Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI

Tema: "Estado Globalização e Soberania: o direito do século XXI"
4, 5, 6 e 7 de novembro de 2009 – São Paulo – SP

Membros da Diretoria:
Presidente
Prof. *Marcelo Campos Galuppo*
Vice-Presidente
Prof. *Aires José Rover*
Secretário Executivo
Prof. *Vladmir Oliveira da Silveira*
Secretária-Adjunta
Profª. *Eneá de Stutz e Almeida*
Conselho Fiscal
Prof. *Edvaldo Britto*
Prof. *Marcelo Varella*
Prof. *Jaime Wandederley Gasparotto*
Prof. *José Luiz Bolzan (Suplente)*
Profª. *Juliana Neuenschwander Magalhães (Suplente)*
Representante Discente
Prof. *André Guilherme Lemos Jorge*

Colaboradores:
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro
Mestre em Direito - UFSC
Doutoranda em Direito - PUC/SP
Heloisa Simon
Graduanda em Ciência da Computação - UFSC
Elisangela Pruencio
Graduanda em Administração - ASSESC
Silvana Ortiz
Graduanda em Administração - ASSESC
Leonardo Farage Freitas
Desenvolvedor do programa dos Anais em CD-Room - e-mail: leofarage@msn.com
Graduando em Ciência da Computação – UFSC

C749a Congresso Nacional do CONPEDI (18. : 2009 : São Paulo, SP)
Anais do [Recurso eletrônico] / XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2009.
1 CD-ROM

INCLUI BIBLIOGRAFIA
ISBN: 978-85-7840-029-3

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito – Filosofia. I. Título.
CDU: 34

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

FUNDAÇÃO BOITEUX
2009

ÍNDICE

Apresentação 43

João Maurício Adeodato - FORMAÇÃO UNIVERSITÁRIA, EXERCÍCIO PROFISSIONAL E ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO.....45

A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO

Belmiro Jorge Patto - VIRTUAL E ATUAL: DELEUZE & GUATTARI E A FILOSOFIA DO DIREITO.....56

Breno Baía Magalhães - A CONCEPÇÃO DE DIREITO EM HART E DWORKIN: ANÁLISE DO ATUAL ESTÁGIO DA DISCUSSÃO ENTRE OS AUTORES E IMPACTOS NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL.....71

Clara Cardoso Machado; Dejair dos Anjos Santana Júnior - NEOCONSTITUCIONALISMO E CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO NO DIREITO PÓS-MODERNO.....88

Estella Libardi de Souza - SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS? DIVERSIDADE JURÍDICA E POSSIBILIDADES DE DIÁLOGO..... 109

Felipe Daniel Amorin Machado - (RE)CONSTRUINDO AS DECISÕES JUDICIAIS, A PARTIR DE RONALD DWORKIN: PODE O JUIZ TOMAR DECISÕES PAUTADAS EM ARGUMENTOS DE POLÍTICA? 131

Fernando de Brito Alves; Thiago Freitas Hansen - BIOPOLÍTICA E EXCLUSÃO NA PÓS-MODERNIDADE 162

Fredson Oliveira Carneiro - CRÍTICA AO SABER JURÍDICO OFICIAL: PRESSUPOSTOS IDEOLÓGICOS PARA UMA SUPERAÇÃO DIALÉTICA.....174

Ivo Jose Kunzler - A NORMA DE COMPORTAMENTO HUMANO E SUA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. UMA PERSPECTIVA DE SUPERAÇAO DA EXPLICAÇÃO A PARTIR DAS REGRAS E PRINCÍPIOS 195

João Carlos Carvalho da Silva; Vinícius José Corrêa Gonçalves - A CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA COMO FATOR CONDICIONANTE DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS 211

Lucas Piccinin Lazzaretti; Roosevelt Arraes - DIREITO, EXCEÇÃO E INIDFERENÇA - FORMAS LEGÍTIMAS E ILEGÍTIMAS DA VIOLÊNCIA ESTATAL 232

Michel Carlos Rocha Santos - POSITIVISMO, TÓPICA E O DIREITO CIVIL: POR UMA NOVA INTERPRETAÇÃO 247

Rafael Faria Basile - A NEUTRALIDADE KELSENIANA E A NORMA FUNDAMENTAL COMO PRESSUPOSTOS DE VALIDADE MITOLÓGICA DO DIREITO: O PROBLEMA DO ESVAZIAMENTO PRAGMÁTICO DO POSITIVISMO JURÍDICO 263

Rafaela Selem Moreira - ENTRE A VALIDADE E A EFICÁCIA: UM ESTUDO DAS IMPORTANTES CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS DE HERBERT HART PARA COMPREENSÃO DO SISTEMA JURÍDICO E SUAS PATOLOGIAS 274

Rodney Loureiro dos Santos; Carlos Paschoalik Antunes - A CRISE É DO POSITIVISMO?.....288

Santiago Artur Berger Sito; Carolina Salbego Lisowski - PROCEDIMENTALISMO E POSITIVISMO: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA.....313

Thiago Rodrigues Pereira - KANT E NIETZSCHE - UMA DISCUSSÃO SOBRE A MORALIDADE.....327

AÇÕES AFIRMATIVAS, INCLUSÃO E CIDADANIA

Alexandre de Castro Coura; Silvagner Andrade de Azevedo - DIVERSIDADE SEXUAL E (RE)CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: REFLEXÕES ACERCA DA IGUALDADE JURÍDICA À LUZ DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... 354

Ana Cleusa Delben; Danilo Lemos Freire - A DIGNIDADE COMO UM CONCEITO DE VIDA 371

Antonio Celso Baeta Minhoto - RELIGIÃO E MINORIAS : UM ESTUDO SOBRE A INTERPRETAÇÃO DAS CORTES SUPREMAS DA ESPANHA, ESTADOS UNIDOS E BRASIL.....397

Arthur Laércio Homci da Costa Silva - COMPENSAÇÃO HISTÓRICA VERSUS DISCRIMINAÇÃO PRESENTE: POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA PARA NEGROS NA PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN.....420

Carlos Eduardo Cunha Martins Silva - A PRERROGATIVA DE SUFRÁGIO DOS PRESOS COMO RADICALIZAÇÃO DA VONTADE DEMOCRÁTICA.....436

Carlyle Popp; Maria Estela Leite Gomes Setti - A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O SEU DIREITO DE TRABALHAR.....460

Claudinei J. Göttems; Thiago de Barros Rocha - A POLÍTICA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES: EM BUSCA DA EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO.....482

Cristiane Bassi Jacob - EDUCAÇÃO CORPORATIVA NAS EMPRESAS FAMILIARES: PROJETO POLÍTICO-CIVILIZATÓRIO PARA CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.....497

Enzo Bello - CIDADANIA, ALIENAÇÃO E FETICHISMO CONSTITUCIONAL..518

Fernando de Brito Alves ; Marcia Cristina Altvater Vilas Boas - INCLUSÃO SOCIAL DO ÍNDIO E PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....546

Francisco Jório Bezerra Martins - A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, EM VIRTUDE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL, ANALISADOS SOB A ÓTICA DA EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL.....574

Hustana Maria Vargas - AÇÕES AFIRMATIVAS NO ENSINO SUPERIOR: O DIFÍCIL ENFRENTAMENTO DA EXCLUSÃO SOCIAL NO BRASIL.....597

Jamile Coelho Moreno - O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DAS MINORIAS.....616

Juliana Cristine Diniz Campos; Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz - CIDADANIA COMO PARTICIPAÇÃO: POR UMA COMPREENSÃO JURÍDICA DO CONCEITO..... 638

Leonardo Augusto Gonçalves - O MINISTÉRIO PÚBLICO E A BUSCA PELA INCLUSÃO SOCIAL: ATUAÇÃO NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....651

Luciana Nogueira Nóbrega; Martha Priscylla Monteiro Joca Martins - OS DIREITOS DAS MINORIAS À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE.....681

Marciele Berger Bernardes; Paloma Maria Santos - EDUCAÇÃO A DISTANCIA E NOVAS TECNOLOGIAS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS.....710

Maria Celia Nogueira Pinto e Borgo - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA E DA PROMOÇÃO DE CIDADANIA A PARTIR DA MEDIAÇÃO EM COMUNIDADES CARENTES. O PAPEL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.....729

Mhardoqueu G. Lima França - A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO CONDIÇÃO PARA A PARTICIPAÇÃO EFETIVA DAS MINORIAS NO PROCESSO DEMOCRÁTICO 742

Nálbia Roberta Araújo da Costa; Belinda Pereira da Cunha - EFETIVIDADE E CIDADANIA NA INCLUSÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DESENVOLVIMENTO, SUSTENTABILIDADE E MEIO AMBIENTE EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA SADIA QUALIDADE DE VIDA PARA AS GERAÇÕES PRESENTES E FUTURAS.....758

Sheila Stolz - MASS MEDIA E INCLUSÃO SOCIAL DE GÊNERO: UM ESPAÇO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA CULTURA EMANCIPATÓRIA E DEMOCRÁTICA.....777

Telma Aparecida Rostelato; Dirceu Pereira Siqueira - CRIANÇAS E ADOLESCENTES: O DIREITO FUNDAMENTAL A UM LAR, COMO COROLÁRIO DE INCLUSÃO SOCIAL VERSUS A DISCRIMINAÇÃO DO ADOTANTE, POR SUA OPÇÃO SEXUAL.....796

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Bruno Bolson Lauda - A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA DIMENSÃO DA CREMATÍSTICA NO DIREITO.....821

Carine Silva Diniz - A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A PRODUÇÃO FAMILIAR NA CONCEPÇÃO DE RICHARD POSNSER E SUA VIABILIDADE NA CONTEXTURA DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO.....843

Clélio Gomes dos Santos Júnior - LEVANDO OS PRINCÍPIOS A SÉRIO: EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO.....864

Emilio de Medeiros Viana - PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS: A PONDERAÇÃO ECONÔMICA COMO CRITÉRIO DE DECISÃO JUDICIAL 875

Grazielly dos Anjos Fontes ; Karolina dos Anjos Fontes - O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E A TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A ATUAÇÃO ESTATAL DIANTE DA LIMITAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS.....889

Ivo Teixeira Gico Junior - NOTAS SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E EPISTEMOLOGIA DO DIREITO.....916

Jannice Amóras Monteiro - OBJETO E MATRIZ CONSTITUCIONAL DA REGULAÇÃO E NORMATIZAÇÃO NO BRASIL À LUZ DO CAPITALISMO HUMANISTA.....944

João Bosco Dutra Ferreira - ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, MEDIAÇÃO E DIREITO DE FAMÍLIA: UM ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS E O BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE.....958

Joffre do Rêgo Castello Branco Neto - TEOREMA DOS INCENTIVOS NEGATIVOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO AO DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA.....982

Lucas Noura de Moraes Rêgo Guimarães - COMMON LAW, CIVIL LAW E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....996

Luciano Benetti Timm; Gustavo Brendler - ANÁLISE ECONÔMICA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: COMMONS VS. ANTICOMMONS.....1017

Marcel Moraes Mota - POSNER, KELSEN E HAYEK: PRAGMATISMO JURÍDICO, POSITIVISMO NORMATIVISTA E LIBERALISMO POLÍTICO-ECONÔMICO AUSTRÍACO.....1038

Raquel de Freitas Manna; Glaucia Aparecida da Silva Faria Lamblem - A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL COMO FUNDAMENTO DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL 1057

Renato Alexandre da Silva Freitas; Gustavo Henrique Stábile - A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA NO RECOLHIMENTO DO ICMS E OS PREJUÍZOS À EFICIÊNCIA ECONÔMICA.....1072

Renato Leite Monteiro - ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA VISÃO DIDÁTICA.....1087

Rodrigo Almeida Magalhães ; Henrique Viana Pereira - ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL EMPRESARIAL E OS PRINCIPAIS MOVIMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS CONTENPORÂNEOS 1101

Terezinha de Oliveira Domingos; Elaine Cristina Saraiva - O TRABALHO COMO GARANTIA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL SOB O ENFOQUE DO CAPITALISMO HUMANISTA.....1116

Uinie Caminha ; Giovani Magalhães Martins Filho - UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA SEPARAÇÃO PATRIMONIAL DOS AGENTES ECONÔMICOS: A SOCIEDADE UNIPESSOAL E O EMPRESÁRIO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA COMO POSSIBILIDADES VIÁVEIS DE REGULAMENTAÇÃO.....1136

BIOÉTICA, BIODIREITO E BIOTECNOLOGIA

Alan Rocha de Souza ; Vitor de Azevedo Almeida Junior - SELECIONANDO DESEJOS E RESTRINGINDO DIREITOS: REFLEXÕES SOBRE A ELEGIBILIDADE INDIVIDUAL À REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....1156

Ana Paula Myszczuk ; Jussara Maria de Leal de Meirelles - TESTES GENÉTICOS, EUGENIA E CONTRATO DO TRABALHO: ANÁLISE À LUZ DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E DO GENOMA HUMANO E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....1177

Carmen Lúcia Costa Brotas - CÉLULAS-TRONCO: UMA AVALIAÇÃO DAS (IM)POSSIBILIDADES DE PATENTEAMENTO.....1201

Cecilia Barroso de Oliveira; Herika Janaynna Bezerra de Menezes Macambira Marques - ASPECTOS JURÍDICOS DA MATERNIDADE DE SUB-ROGAÇÃO.....1220

Denis Franco Silva - TUDO O QUE VOCÊ SEMPRE QUIS SABER SOBRE SEXO, MAS NUNCA TEVE CORAGEM DE PERGUNTAR: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO STF SOBRE A PESQUISA EM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS.....1243

Edna Raquel Hogemann - O PENSAMENTO DE DWORKIN E SINGER SOBRE O VALOR INTRÍNSECO DA VIDA HUMANA E SEUS LIMITES BIOÉTICOS.....1261

Francisco Jório Bezerra Martins - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA CONFRONTADA COM AS MANIFESTACOES DE ÚLTIMA VONTADE: O CASO DO TESTAMENTO VITAL.....1279

Gabrielle Bezerra Sales - GENITORES E AS PREROGATIVAS DA FILIAÇÃO: DO PATRIMONIALISMO À PATERNIDADE PRÉ-NATAL.....1292

Gisele Mendes de Carvalho - LACUNAS NA PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL DO NASCITURO: OS DELITOS DE ABORTO CULPOSO E DE LESÕES AO CONCEBIDO.....1314

Ivana de Oliveira Fraga - VIOLAÇÃO A IDENTIDADE, INTIMIDADE, INEDITISMO GENÉTICO, COMO AFRONTA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO INDIVÍDUO.....1341

Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla ; Fernando Heitor Raphael Silveira - REPRODUÇÃO ASSISTIDA, PLANEJAMENTO FAMILIAR E SAÚDE SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....1366

Laura Scalldaferri Pessoa - PENSANDO O FINAL: REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DE MORRER.....1390

Lino Rampazzo - A FORMULAÇÃO DO CONCEITO DE PESSOA NO IV E V SÉCULO E SUA ATUAL APLICAÇÃO NA BIOÉTICA E NO BIODIREITO.....1416

Lorena Vargas Lembrança - O FILHO ETERNO: O DIREITO, O RECONHECIMENTO E A EUGENIA.....1443

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira - A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A RESPONSABILIDADE PELO DEVER DE INFORMAR.....1461

Roberta Laena Costa Jucá ; Denise Almeida de Andrade - DA BIOÉTICA PRINCIPIALISTA À BIOÉTICA SOCIAL: ESTUDO DE CASES DA PRÁTICA DA EUTANÁSIA NO BRASIL.....1491

Tatiane Kipper ; Diego Marques Gonçalves - POLÍTICAS PÚBLICAS E PESQUISA BIOTECNOLÓGICA NO BRASIL: APONTAMENTOS E REFLEXÕES A RESPEITO DO TEMA.....1505

Tiago Batista Freitas - NOTAS SOBRE PRINCÍPIOS BIOÉTICOS DA CONSTITUIÇÃO.....1520

Valéria Silva Galdino Cardin ; Andryelle Vanessa Camilo - DAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO.....1545

Wilson Engelmann - (RE)VISITANDO O CONCEITO DE BEM COMUM: A REVOLUÇÃO CIENTÍFICA DAS NANOTECNOLOGIAS E A CONSTRUÇÃO DE UMA EXISTÊNCIA HUMANAMENTE DIGNA.....1564

Nilson Tadeu Reis Campos Silva; Márcia de Fátima Serra - A TUTELA DOS TRANSPLANTES SOB A ÓTICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: A BUSCA DE LEGITIMAÇÃO.....1586

CRIMINALIDADE E CRIMINALIZAÇÃO

André Pedrolli Serretti - A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS PARA A TEORIA DO GARANTISMO PENAL.....1607

André Rocha Sampaio - UMA VISÃO DA TEORIA DA PENA PELA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS.....1638

Gabriel Aparecido Anizio Caldas ; Fabiana David Carles - DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....1659

João Araújo Monteiro Neto; Francisca Jordânia Freitas da Silva - A DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA.....1679

João Paulo Arrosi - O LIMIAR DO INIMIGO: ENTRE O DIREITO PENAL E A DOMINAÇÃO TOTALITÁRIA.....1692

Joice Cristina de Campos - SOCIABILIDADE, VIOLÊNCIA E MUDANÇA NA ROTINA DE VIDA.....1706

José Sebastião de Oliveira; João Batista Garcia dos Santos - O CRIME DE STALKING: UMA REFLEXÃO ENTRE A LEI MARIA DA PENHA, O DIREITO DE FAMÍLIA E O ACESSO À JUSTIÇA.....1723

Josiane Petry Faria ; Eliane Fontana - A SOLIDARIEDADE COMO ELEMENTO DE INTEGRAÇÃO SOCIAL: ALGUNS APORTES ACERCA DA VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE.....1744

Letícia de Souza Baddauy - CRIMES DA GLOBALIZAÇÃO.....1759

Lilia Maia de Morais Sales ; Andrine Oliveira Nunes - SEGURANÇA E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: TRANSFORMANDO OS CONFLITOS POR MEIO DO DIÁLOGO.....1775

Luiz Eduardo de Vasconcellos Figueira - JULGAMENTO MORAL, INCRIMINAÇÃO E DECISÃO JUDICIAL NO TRIBUNAL DO JÚRI.....1789

Marília Denardin Budó - AUTORITARISMO COOL E MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA: DESVENDANDO O DISCURSO LEGITIMADOR DO EXTERMÍNIO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POBRES NO BRASIL.....1813

Pedro Ivo de Sousa; Mariana Machado Santos Sousa - (IM)POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO JUDICIAL DIANTE DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO PROFERIDO PELO STF NO HC 82.844;RJ.....1854

Plínio Antônio Britto Gentil ; Ana Paula Jorge - ENTREGA DE ARMA DE FOGO PELO POSSUIDOR: DESCRIMINALIZAÇÃO OU EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE?.....1871

Ricardo Alves Bento ; Patricia Stucchi Bento - ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS - NECESSIDADE DE POSTURA ATIVA DO LEGISLADOR.....1885

Vanessa Chiari Gonçalves - A CRIMINALIZAÇÃO DAS AÇÕES DOS MOVIMENTOS CAMPESINOS NO BRASIL: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....1901

DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO

Alba Paulo de Azevedo ; José Albenes Bezerra Júnior - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS LIMITES ENTRE O JURÍDICO E O POLÍTICO NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....1911

Bruno Meneses Lorenzetto - O DEBATE ENTRE KELSEN E SCHMITT SOBRE O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO.....1924

Carolina Grant - O MOVIMENTO DE DIVERSÃO E OS PRESSUPOSTOS DE EFICIÊNCIA, FUNCIONALIDADE E GARANTIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....1945

Eliane Fontana - A FUNÇÃO DO ESTADO-JUIZ NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: ALGUNS APORTES ACERCA DO PROTAGONISMO JUDICIAL.....1963

Gabriela Mansur Soares; Mariano Henrique Maurício de Campos - SÚMULAS VINCULANTES E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA REFLEXÃO À LUZ DA NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL KELSENIANA.....1979

Janete Ricken Lopes de Barros; Mariana Caetano da Silva Souza Schwindt - A NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DAS VARAS CÍVEIS.....1994

José Alcebíades de Oliveira Junior - PODER JUDICIÁRIO E QUESTÕES DE PODER, DIREITO E DEMOCRACIA – CONTRIBUIÇÕES DE MAX WEBER E JÜRGEN HABERMAS PARA UMA SOCIOLOGIA JUDICIÁRIA.....2011

Jose Henrique Mouta Araújo - PROCESSOS REPETITIVOS E O DESAFIO DO JUDICIÁRIO: RESCISÓRIA CONTRA INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL.....2025

José Ribas Vieira; Mônica Campos de Ré - AS TEORIAS DIALÓGICAS E A DEMOCRACIA DELIBERATIVA DIANTE DA REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 2044

Luiza Costa Braga Cruz - O DIREITO COMO INTEGRIDADE E A APLICAÇÃO JUDICIAL DA SÚMULA VINCULANTE.....2064

Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho - A GLOBALIZAÇÃO E OS DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI EM PROL DA REALIZAÇÃO DO BEM-ESTAR E DO DESENVOLVIMENTO 2089

Rafael Sérgio Lima de Oliveira ; Mário Lúcio Garcez Calil - A NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA E O DESAFIO DO JUDICIÁRIO PARA ULTRAPASSAR AS BARREIRAS DA DURAÇÃO RAZOÁVEL.....2115

Renata Pereira Carvalho Costa - A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO E SUA CONFORMAÇÃO PARADIGMÁTICA: O DESAFIO DE MATERIALIALIZAR O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....2141

Rodrigo de Souza Tavares ; José Guilherme Berman - TEORIAS DIALÓGICAS E OS SISTEMAS DE CONSTITUIÇÕES NÃO ESCRITAS: O CASO ISRAELENSE.....2161

Tanya Kristyane Kozicki de Mello - O MANDADO DE INJUNÇÃO E A HIDRA DE LERNA: A TUTELA DOS DIREITOS E INTERESSES DIFUSOS COMO UM NOVO TRABALHO AO JUIZ HÉRCULES.....2189

Têmis Limberger ; Hector Cury Soares - AS POLÍTICAS PÚBLICAS, A DEMOCRACIA E A BUROCRACIA: CAMINHOS E (DES)CAMINHOS DO PODER JUDICIÁRIO EM BUSCA DOS CRITÉRIOS PARA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE.....2211

Vanessa Batista Oliveira Lima - ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....2226

Vanice Regina Lírio do Valle ; Cecília de Almeida Silva - CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO OU SUPREMACIA DO JUDICIÁRIO?.....2251

Zenildo Bodnar - CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS: UM DESAFIO QUALIFICADO PARA O PODER JUDICIÁRIO.....2275

Zulmar Fachin ; Cezar Bueno de Lima - CONSTITUIÇÃO E A POLITIZAÇÃO DAS SENTENÇAS JUDICIAIS NA CONTEMPORANEIDADE.....2289

DESAFIOS DO PODER LEGISLATIVO

Ana Cristina Melo de Pontes Botelho - A CORRUPÇÃO POLÍTICA E SEU ESTUDO À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN E DE SUA PROJEÇÃO NOS SISTEMAS JURÍDICO E POLÍTICO.....2311

Emanuel de Melo Ferreira - A SUSTAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE INCONSTITUCIONAL PELO PODER LEGISLATIVO.....2341

Gina Vidal Marcílio Pompeu - LEIS, ATOS DE GOVERNO E DE OUTRAS AUTORIDADES ESTATAIS: DESAFIOS DO PODER LEGISLATIVO.....2366

Larissa Benez Laraya - DESAFIOS DO PODER LEGISLATIVO: REFORMA POLÍTICA JÁ.....2385

Maria Clara Oliveira Santos ; Adriana Campos Silva - TUDO JUNTO OU SEPARADO? BREVES POSICIONAMENTOS ACERCA DA PROPOSTA DE REFORMA POLÍTICA APRESENTADA PELO PODER EXECUTIVO AO CONGRESSO NACIONAL EM 2009.....2406

Mariano Henrique Maurício de Campos - LEGITIMIDADE POLÍTICA DAS REFORMAS CONSTITUCIONAIS: UM DESAFIO PARA O LEGISLATIVO.....2419

Nara Borgo Cypriano Machado - CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: O MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO MEDIDA DE EXECUÇÃO PENAL.....2439

Ricardo Hermany ; Diogo Frantz - A NECESSIDADE DE EMPODERAMENTO SOCIAL LOCAL ATRAVÉS DO LEGISLATIVO MUNICIPAL NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE CIDADANIA.....2461

Sidraque David Monteiro Anacleto - A CRISE DE LEGITIMIDADE NO LEGISLATIVO FEDERAL.....2485

DIREITO AMBIENTAL: DIREITOS, SUJEITOS, TITULARIDADE E RELAÇÕES

Ana Mônica Medeiros Ferreira - O BIODIESEL COMO ESTRATÉGIA DE MITIGAÇÃO ÀS MUDANÇAS CLIMÁTICAS: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL.....2503

Andryelle Vanessa Camilo - DA SERVIDÃO AMBIENTAL COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE.....2533

Antonio Edilson de Castro Sena ; Sheilla Borges Dourado - REFLEXÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO NO ÂMBITO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS RELACIONADAS À PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE.....2553

Charlene Maria Coradini de Avila Plaza ; Nivaldo dos Santos - MERCADOS DE CRÉDITO DE CARBONO VOLUNTÁRIO E A EMERGENCIA DE DEFINIÇÃO LEGAL NO BRASIL: ASPECTOS TRIBUTÁRIOS E POLÍTICAS DE INCENTIVO.....2568

Clodomiro José Bannwart Júnior ; Valéria Oliveira Martins - FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DO PRINCÍPIO DE PARTICIPAÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL A PARTIR DA PRAGMÁTICA HABERMASIANA.....2596

Deise Marcelino da Silva; Zulmar Fachin - ACESSO À ÁGUA POTÁVEL: DIREITO FUNDAMENTAL DE SEXTA DIMENSÃO 2618

Dempsey Pereira Ramos Júnior - OS BANCOS, A MINERAÇÃO E A ASTROFÍSICA: REPENSAR O TEMPO E A SEGURANÇA NAS RELAÇÕES INTERTEMPORAIS AMBIENTAIS.....2652

Fabianne Manhães Maciel - FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL DA PROPRIEDADE.....2684

Germana Parente Neiva Belchior ; Andreas Joachim Krell - OS PRINCÍPIOS DA PONDERAÇÃO E DA PROPORCIONALIDADE: INSTRUMENTOS PARA SOLUCIONAR CONFLITOS NORMATIVOS QUE ENVOLVEM O DIREITO FUNDAMENTAL A UM MEIO AMBIENTE SADIO.....2709

Gérson Corrêa de Oliveira ; Serguei Aily Franco de Camargo - O PARADOXO DO TRATAMENTO DOS RESÍDUOS DE EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS E ELETRÔNICOS.....2731

Gustavo Luz Gil ; Solange Teles da Silva - POLÍTICA DE SANEAMENTO BÁSICO NO MUNICÍPIO DE MANAUS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS 2750

Janaína Rigo Santin - A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA EM HABERMAS E AS AUDIÊNCIAS PúBLICAS NO ESTATUTO DA CIDADE.....2768

João Carlos Bemergui Camerini - A EMERGÊNCIA DO PLURALISMO JURÍDICO: REFLEXÕES SOBRE AS LUTAS E AS PRÁTICAS DO POVO CAIANINHO.....2782

José Fernando Vidal de Souza - PARQUE OZIEL, 10 ANOS DE LUTA: UMA ANÁLISE DOS CONFLITOS DE DESIGUALDADE SOCIAL E MEIO AMBIENTE.....2804

Marco Túlio Reis Magalhães - COMENTÁRIOS SOBRE AS RELAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MEIO AMBIENTE NOS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....2840

Maurem da Silva Rocha ; Daniela Braga Paiano - O PROTOCOLO DE QUIOTO E A NOVA PROPOSTA PARA QUIOTO 2 2857

Pedro Ivo De Sousa ; Mariana Machado Santos Sousa - TRANSPOSIÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO E PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO: CONSTRUINDO UMA ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO PROFERIDO PELO STF NO ACO 876 MC-AGR;BA.....2871

Tagore Trajano de Almeida Silva - DIREITO ANIMAL E HERMENÊUTICA JURÍDICA DA MUDANÇA: ANIMAIS COMO NOVOS SUJEITOS DE DIREITO.....2890

Thiago Braga Dantas ; Enoque Feitosa - OS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS E O CONCEITO DE SUSTENTABILIDADE: GERAÇÕES FUTURAS DIANTE DOS RECURSOS NATURAIS DO BRASIL.....2905

Vinicius Freitas Lott - COMPENSAÇÃO AMBIENTAL: INSTRUMENTO ECONÔMICO PARA A TUTELA DO MEIO AMBIENTE.....2931

Waleska Marcy Rosa - MORADIA E PRESERVAÇÃO NA COMUNIDADE DA CORÉIA – TERESÓPOLIS – RJ: DIAGNÓSTICO DE UMA COLISÃO DE INTERESSES.....2957

DIREITO, ARTE, LITERATURA E INTERDISCIPLINARIDADE

Adriana Fernandes Clementino - A SUBJETIVAÇÃO ESTÉTICA NO DIREITO E SEUS EFEITOS HERMENÊUTICOS NO ATO DE JULGAR.....2977

Ana Paula Jorge; Plínio Antônio Britto Gentil - TUTELA JURÍDICA DA PAISAGEM URBANA: RUMO À DEFESA DO DIREITO À QUALIDADE DE VIDA.....2996

Carlyle Popp ; Ricardo Reis Messaggi - O DIREITO DE FAMÍLIA A PARTIR DA LITERATURA BRASILEIRA, NOS CONTOS DE NELSON RODRIGUES.....3014

Cássio Marcelo Mochi - A FELICIDADE E A JUSTIÇA EM ARISTÓTELES: A POSSIBILIDADE DE UMA VISÃO LITERÁRIA.....3038

Douglas Antônio Rocha Pinheiro - ENTRE DICKENS E DWORKIN: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO NARRADOR CONSTITUCIONAL.....3069

Ernane Salles da Costa Junior ; Moisés Mileib de Oliveira - CINISMO À BRASILEIRA: ENTRE O ENGANAR E O SER ENGANADO.....3091

Fausto Santos de Morais - A RESPOSTA CORRETA NO JULGAMENTO DE ANTÍGONA: PROPOSTA DE ESTUDO DA TEORIA DWORKINIANA ATRAVÉS DA OBRA DE SÓFOCLES.....3116

Jaqueline Santa Brigida Sena - O JUIZ E A SOMBRA: UMA ANÁLISE DOS FATORES EXTRALEGAIS QUE INFLUENCIAM A ATUAÇÃO JUDICIAL A PARTIR DA PSICOLOGIA ANALÍTICA.....3132

José A Camargo - TEORIA DOS SISTEMAS: AUTOPOIESE E ALOPOIESE.....3152

Júlia Alexim Nunes da Silva - A LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA.....3192

Laura Jane Ribeiro Garbini Both - AS AFINIDADES ELETIVAS ENTRE O DIREITO E A ANTROPOLOGIA NA PERSPECTIVA DE CLIFFORD GEERTZ.....3219

Letícia Franco Maculan Assumpção - O ENSINO JURÍDICO ONTEM E HOJE: UM PARALELO ENTRE O DEPOIMENTO DE GABRIEL GARCIA MÁRQUEZ EM “VIVER PARA CONTAR” E O RELATO DE SÉRGIO ADORNO EM “OS APRENDIZES DO PODER” 3233

Marcelo Campos Galuppo ; Davi Pereira do Lago - DIREITO E MORAL EM AS CRÔNICAS DE NÁRNIA.....3251

Marcus Vinicius Araujo Batista de Matos - ...AND JUSTICE FOR ALL: DISCURSOS, PERSONAGENS E TEORIAS DO DIREITO NO CINEMA AMERICANO.....3274

Nadieje de Mari Pepler - SUBJETIVIDADE JURÍDICA MODERNA EM ROBINSON CRUSOÉ: VIDA E RISCO – TÃO LONGE, TÃO PERTO.....3294

Noeli Fernandes - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: DA FORMAÇÃO LINEAR À FORMAÇÃO INTERDISCIPLINAR DA MAGISTRATURA.....3307

Regina Lúcia Teixeira Mendes da Fonseca - A “ORAÇÃO AOS MOÇOS” DE RUY BARBOSA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE A BRASILEIRA.....3331

Ricardo Nery Falbo - EXIGÊNCIA INTERDISCIPLINAR NO DIREITO: TENSÃO DISCIPLINAR E CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE.....3353

Tércio Aragão Brilhante - ESCRAVIDÃO NEGRA NO BRASIL: QUESTÕES DE POLÍTICA, DIREITO, LITERATURA E FILOSOFIA.....3367

Wilson Madeira Filho - LITERATURA VIRTUAL OU ANOTAÇÕES À MARGEM DO DIÁRIO DE MINA HARKER 3381

DIREITO E EDUCAÇÃO

Alessandra Matos de Araújo - EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO: ANÁLISE DE CONTEÚDO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....3401

Ana Maria D'Ávila Lopes ; Christianny Diógenes Maia - EDUCAÇÃO POPULAR PARA O RESPEITO À DIVERSIDADE CULTURAL NO ESTADO BRASILEIRO 3419

Armando Zanin Neto ; Sérgio de Oliveira Santos - A (DES)VALORIZAÇÃO DA VIDA ATRAVÉS DO DIREITO E DA EDUCAÇÃO.....3435

Assis da Costa Oliveira - EDUCAÇÃO POPULAR EM DIREITOS HUMANOS E PESQUISA-AÇÃO: ARTICULAÇÕES DE UMA PRÁTICA.....3453

Azor El Achkar - ENSINO DO DIREITO E EDUCAÇÃO AMBIENTAL: RELAÇÕES E DESAFIOS PARA PERSPECTIVAS INTERDISCIPLINARES.....3467

Denise Souza Costa - A UNIVERSALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO BÁSICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL 3481

Elisa Bonesi Jardim - O HUMANISMO DA TEORIA FREIREANA PARA A EDUCAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NA CULTURA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL.....3507

Henrique Mioranza Koppe Pereira ; Rafael Lazzarotto Simioni - O ENSINO JURÍDICO E A BIOÉTICA: UM DESAFIO TRANSDISCIPLINAR FRENTE À ESCOLA TRADICIONAL.....3537

Hustana Maria Vargas ; Rafael Mario Iorio Filho - UM EMBATE ENTRE DIREITO, EDUCAÇÃO E SOCIEDADE: APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NAS ESCOLAS.....3552

Ivan Dias Da Motta ; Ana Manuela Reis Rampazzo - CONFLITOS ENTRE A EXPANSÃO E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO E O DIREITO AUTORAL: A BIBLIOTECA DIGITAL.....3572

Jeanine Cristiane Benknestein Pinsent - A INCLUSÃO SOCIAL MEDIANTE AÇÕES EDUCACIONAIS CONSCIENTIZADORAS DA IMPORTÂNCIA DAS RECEITAS FISCAIS.....3595

Juliana Cristine Diniz Campos - OS FUNDAMENTOS AXIOLÓGICO E FORMAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....3613

Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla ; Taís Nader Marta - A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA NA LUTA CONTRA O PRECONCEITO.....3631

Letícia de Oliveira Ribeiro - A EDUCAÇÃO COMO EMANCIPAÇÃO DO INDIVÍDUO.....3670

Luiz Henrique Martim Herrera ; Bianco Zalmora Garcia - APRENDIZAGEM EM JÜRGEN HABERMAS: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA A METODOLOGIA DO ENSINO DO DIREITO.....3684

Magno Federici Gomes - AS NORMAS EDUCACIONAIS SUPERIORES NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA BRASILEIRA DE 1988: CLASSIFICAÇÃO, APLICABILIDADE E ALCANCE.....3711

Mariana Barbosa Cirne - AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA: O CASO PARADIGMÁTICO DO “DUPLO CURSO” E A APLICAÇÃO DA LEGALIDADE ESTRITA.....3740

Milson Lopes de Oliveira ; Aloísio Krohling - A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS COMO ELEMENTO NORTEADOR DA CONCEPÇÃO HUMANISTA DOS CURSOS PROFISSIONALIZANTES DO INSTITUTO FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO (IFES).....3759

Suzéte Da Silva Reis ; Jorge Renato Dos Reis - POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO.....3789

Vivian Bacaro Nunes Soares ; Raquel Cristina Ferraroni Sanches - A EMERGÊNCIA DO CONCEITO DE STAKEHOLDERS NA EDUCAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES NO ENSINO JURÍDICO.....3809

DIREITO E GESTÃO EMPRESARIAL

André Vinícius da Silva Machado - A VINCULAÇÃO CONTRATUAL POR VIA DE CONTRATOS DE ADESÃO.....3824

Artur William Mori Rodrigues Motta - REFLEXOS DA NOVA EMPRESARIALIDADE NA GESTÃO DAS ORGANIZAÇÕES DO TERCEIRO SETOR: APRIMORANDO A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA.....3843

Cíntia Aparecida Nunes Pereira ; Mariana Mutiz de Sá - PRÁTICAS BEHAVIORISTAS E DIGNIDADE DO EMPREGADO: UM ESTUDO DE CASO NO BRASIL.....3861

Clélio Gomes dos Santos Júnior - EVOLUÇÃO DO DIREITO DE EMPRESA E ELEMENTO DE EMPRESA.....3875

Fábio Gabriel de Oliveira - O CONTRATO DE TRESPASSE NO DIREITO BRASILEIRO.....3897

Francisco Luciano Lima Rodrigues - OS REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO E DAS ALTERAÇÕES DE PRECEDÊNCIA DOS CRÉDITOS FISCAIS E TRABALHISTAS NA NOVA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS SOBRE O PRINCÍPIO REPUBLICANO.....3923

Frederico de Andrade Gabrich ; Sérgio Mendes Botrel Coutinho - ANÁLISE ESTRATÉGICA E DIALÉTICA DA AQUISIÇÃO DAS COTAS PELA PRÓPRIA SOCIEDADE LIMITADA.....3937

Gilson Martins Mendonça - THE BUSINESS OF BUSINESS IS BUSINESS? A OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DA ORDEM ECONÔMICA EM ASSEGURAR A TODOS EXISTÊNCIA DIGNA, CONFORME OS DITAMES DA JUSTIÇA SOCIAL.....3952

José Querino Tavares Neto ; Larissa Priscilla Passos Junqueira Reis Bareato - SOCIOAMBIENTALISMO E GOVERNANÇA CORPORATIVA.....3973

Josilene Hernandes Ortolan ; Norma Sueli Padilha - ATIVIDADE EMPRESARIAL E A FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL.....3990

Lais Machado Lucas - CÓDIGOS DE CONDUTAS EMPRESARIAIS: UM ENSAIO DE QUALIFICAÇÃO JURÍDICA.....4008

Marlene Kempfer Bassoli; Sérgio Luiz Candil - A INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO POR MEIO DE FOMENTOS CONDICIONADOS AOS CRITÉRIOS DE CERTIFICAÇÕES DE SISTEMA DE GESTÃO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL.....4040

Nathalie de Paula Carvalho - GLOBALIZAÇÃO E SUPERCAPITALISMO: A FALÁCIA DA RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS.....4063

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior ; Daniella Bernucci Paulino - A CRISE MUNDIAL, O MERCADO DE CAPITAIS E A STOCK MARKET EXCEPTION: AS TENDÊNCIAS RESTRICIONISTAS DO DIREITO DE RECESSO NAS FUSÕES E INCORPORAÇÕES SOCIETÁRIAS.....4076

Sharon Cristine Ferreira de Souza ; Clodomiro José Bannwart Júnior - O PAPEL DO DIREITO NO NOVO MODELO DE GESTÃO EMPRESARIAL SOCIALMENTE RESPONSÁVEL.....4093

DIREITO ECONÔMICO E MODERNIDADE

Alan Fernandes Minori ; Ana Luísa Celino Coutinho - DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E INTERVENÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA: UMA ANÁLISE DO MODELO DA ZONA FRANCA DE MANAUS.....4120

Christina de Almeida Pedreira - A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS DEMISSÕES COLETIVAS: UMA FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL BRASILEIRA.....4146

Edson Luciani de Oliveira - O CONSUMO PELO PRISMA DO DIREITO ECONÔMICO: OS CASOS DA SOJA TRANSGÊNICA E DA QUEBRA DE PATENTES DOS MEDICAMENTOS PARA O TRATAMENTO DA AIDS.....4165

Everton das Neves Gonçalves ; Joana Stelzer - O DIREITO ECONÔMICO E A ECONOMIA INTERNACIONAL PARA O MODERNO COMÉRCIO EXTERIOR.....4191

Francisco Carlos Duarte ; Leonel Vinicius Jaeger Betti Jr. - DIREITO ECONÔMICO E MEIO AMBIENTE: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO TEMPO SOCIAL E A PROMESSA DE UM FUTURO SUSTENTÁVEL.....4219

Giovani Clark ; Leonardo Alves Corrêa - DIREITO ECONÔMICO E PÓS-POSITIVISMO: O DIÁLOGO ENTRE A TEORIA DAS NORMAS DA FILOSOFIA DO DIREITO E A DIVISÃO DE REGRAS, PRINCÍPIOS E NORMAS DE WASHINGTON ALBINO PELUSO DE SOUZA.....4235

José Vicente Santos de Mendonça - A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO ECONÔMICO E O IDEAL DE RAZÃO PÚBLICA: O CASO DA INTERVENÇÃO DIRETA MONOPOLÍSTICA E CONCORRENCIAL.....4256

Maíza Costa de Almeida Alves ; Daniel Rivorêdo Vilas Boas - ESTADOS GLOBALIZADOS E AUTODETERMINAÇÃO ECONÔMICA: A REGULAMENTAÇÃO DA CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO MERCADO INTERNACIONAL.....4281

Marcos Antonio Madeira de Mattos Martins - DIREITO ECONÔMICO E MODERNIDADE: A CRISE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....4313

Marcos Vinício Chein Feres ; Belissa Maria Piva Machado - DIREITO COMO INTEGRIDADE E PATENTES: UMA QUESTÃO DE POLÍTICA ECONÔMICA OU UMA QUESTÃO DE DIREITO?.....4338

Maritana Copatti Lauermann ; Everton Lauermann - BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA ECONOMIA DE LIVRE MERCADO PAUTADA NO LIBERALISMO, SOBRE A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE DE RISCO, E DA NECESSIDADE DE UM CONSENSO QUE BUSQUE A PROTEÇÃO E INTERESSE COMUM.....4351

Nathalie de Paula Carvalho - A QUESTÃO DA EXCLUSÃO SOCIAL NO MUNDO GLOBALIZADO.....4369

Tito Livio Barichello - A ORDEM ECONÔMICA NA MODERNIDADE E O DIREITO PENAL ECONÔMICO.....4385

Vanessa Batista Oliveira Lima - DOS DESAFIOS IMPOSTOS PELA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: EXCLUSÃO SOCIAL VERSUS CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....4419

DIREITO INTERNACIONAL: INTEGRAÇÃO E GLOBALIZAÇÃO

Arthur Laércio Homci da Costa Silva ; Ricardo Araujo Dib Táxi - CONTRIBUIÇÕES DOS INATIVOS BRASILEIROS: INSTRUMENTO DE ANÁLISE PARA O JULGAMENTO NA CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS..... 4438

Carla Liguori ; Carolina Gladyer Rabelo - GOVERNANÇA NO MUNDO GLOBALIZADO: A REORGANIZAÇÃO DA ORDEM MUNDIAL.....4457

Daniela Menengoti G. Ribeiro ; Daniel Patroni - A INCONSTITUCIONALIDADE DA NEGATIVA DA CIDADANIA ITALIANA POR VIA MATERNAL 1948: A LEI ITALIANA, A CONVERSÃO DE NOVA YORK E AS DECISÕES CONTEMPORANEAS.....4475

Dimas Pereira Duarte Júnior ; Júlio da Silveira Moreira - POLÍTICA INTERNACIONAL DE OBAMA: REAFIRMAÇÃO DO IMPERIALISMO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS 4491

Elve Miguel Cenci ; Adriana Regina Marcato Armeni - ASPECTOS DA SOBERANIA FRENTE À GLOBALIZAÇÃO.....4506

Fernando Fernandes da Silva ; Caroline Ribeiro Abreu - A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL SUBAQUÁTICO NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO BRASILEIRO.....4525

Gina Vidal Marcílio Pompeu ; Sarah Araújo Viana - DO LIBERALISMO GLOBAL AO NEOSSOCIALISMO NA AMÉRICA LATINA: UM ESTUDO DE CASO DA REPÚBLICA BOLIVARIANA DA VENEZUELA.....4541

Heloise Guarise Vieira - A REGULAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E A TEORIA LIBERAL DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS: O CASO DO CORTE GENITAL FEMININO.....4567

Henrique Weil Afonso - PERSPECTIVAS REALISTAS E IDEALISTAS SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL EM PROCESSO DE FRAGMENTAÇÃO.....4584

José Albenes Bezerra Júnior - “90 ANOS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT): OS DESAFIOS DA EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL TRABALHISTA FRENTE ÀS QUESTÕES DA GLOBALIZAÇÃO E DA SOBERANIA DOS ESTADOS EM PLENO SÉCULO XXI”.....4608

Larissa Ramina - OS EMBATES DA RODADA DE DOHA E DO NEOLIBERALISMO: NOVO COLAPSO E VELHOS MOTIVOS.....4620

Luciana Gualda e Oliveira - A POLÍTICA PANIS ET CIRCENSES DO SISTEMA MULTILATERAL DO COMÉRCIO.....4643

Maíra Fajardo Linhares Pereira - OS EUA E O COMBATE INTERNACIONAL ÀS DROGAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA BASEADA NO DIREITO COMO INTEGRIDADE.....4661

Marco Aurelio Antas Torronteguy - ACORDOS BILATERAIS DE COOPERAÇÃO SANITÁRIA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A COOPERAÇÃO BRASILEIRA COM ANGOLA E COM CABO VERDE.....4686

Natália Medina Araújo - SOBRE O JULGAMENTO DA EXTRADIÇÃO DE PINOCHET PELA CASA DOS LORDES: TRADIÇÕES FILOSÓFICAS E CONTRADIÇÕES.....4718

Orides Mezzaroba ; Danielle Jacon Ayres Pinto - CONSTRUÇÃO CONTEMPORÂNEA DO PODER ESTATAL: O CASO DA NORUEGA.....4733

Stefania Dib Crippa - AS TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NO CONCEITO DE SOBERANIA: DO ESTADO MODERNO AO ESTADO PÓS-NACIONAL.....4745

Vitor Eduardo Tavares de Oliveira - DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL: O CASO MOX PLANT.....4758

DIREITO TRIBUTÁRIO E CIDADANIA

Ana Paula Duarte Ferreira Maidana ; Maria de Fátima Ribeiro - O EXERCÍCIO DAS COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO ESTATAL VOLTADA À DEFESA DO MEIO AMBIENTE E À PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.....4789

Antônio de Moura Borges; Luciana Gualda e Oliveira - O CONTROLE DAS PRÁTICAS DE ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL.....4813

Antonio Roberto Winter de Carvalho - APLICAÇÃO DE POLITICAS FISCAIS PARA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO PARA EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA.....4836

Carlos Araujo Leonetti - NOVAS TENDÊNCIAS NA TRIBUTAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO.....4854

Charlise Paula Colet ; Marli Marlene Moraes Da Costa - A FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO MECANISMOS DE CONSOLIDAÇÃO DA CIDADANIA E DA JUSTIÇA SOCIAL.....4863

Elisberg Francisco Bessa Lima; Uinie Caminha - PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA FISCAL DIANTE DA TEORIA DA UTILIDADE NEGOCIAL.....4892

Eloi Cesar Daneli Filho ; Hugo Thamir Rodrigues - REPÚBLICA E TRIBUTAÇÃO SOLIDÁRIA: CAMINHO EM DIREÇÃO DE UMA CIDADANIA POLITICAMENTE ATIVA PARA O SÉCULO XXI.....4917

Fabiana Eliza Mattos; André Ricardo Guimarães Reckzigel - A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS INATIVOS EM FACE DO PRINCIPIO ESTRUTURAL DA SOLIDARIEDADE DO GRUPO.....4944

Fábio Periandro de Almeida Hirsch - A EFETIVAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS BRASILEIRO COMO MECANISMO DE DESONERAÇÃO DA RENDA DOS CIDADÃOS: INSTRUMENTAL TEÓRICO E PRÁGMÁTICO.....4960

Flávio Couto Bernardes ; Luiz Gustavo Faria de Azevedo Branco - OS LIMITES DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO EM FACE DO DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTOS.....4983

Gabriela Coutinho Frassinelli - TRIBUTAÇÃO DOS SITES E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....5013

Leonel Cesarino Pessôa - A INCLUSÃO DO DIRETOR OU GERENTE NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.....5034

Marina Grimaldi de Castro; Carolina de Melo Rezende Miana - A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SÓCIOS-GERENTES E ADMINISTRADORES À LUZ DO NOVO ENTENDIMENTO DA 1ª SEÇÃO DO STJ.....5048

Nelson Souza Neto - OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO ESTADO E SUA ATIVIDADE FINANCEIRA.....5070

Rafaela Braga Ribeiro ; Alessandra Machado Brandão Teixeira - A TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO E A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA – UMA ANÁLISE TARDIA, MAS NECESSÁRIA.....5098

Rafhael Frattari Bonito - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NA CONSTRUÇÃO DE PRESUNÇÕES TRIBUTÁRIAS RELACIONADAS AO CRITÉRIO QUANTITATIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA: O CASO DOS REGIMES DE ESTIMATIVA NO ISSQN 5117

Raquel Cavalcanti Ramos Machado - TRIBUTAÇÃO APÓS A CRISE ECONÔMICA DE 2008: LIMITES LIGADOS À LEGITIMAÇÃO E À FINALIDADE DA INTERVENÇÃO ESTATAL.....5145

Ricardo Nussrala Haddad - A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS TRIBUTÁRIAS.....5160

Wander Henrique de Almeida Costa - CONSELHOS E ORDENS PROFISSIONAIS – TEORIA GERAL DAS ANUIDADES E A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA.....5175

DIREITOS DA PERSONALIDADE E AUTONOMIA PRIVADA

Adriana Barbosa da Silva; Thomaz Jefferson Carvalho - OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO AUTOR NO DIREITO BRASILEIRO.....5192

Alan Rocha de Souza ; Raul Murad Ribeiro de Castro - AUTONOMIA E REPRODUÇÃO ASSISTIDA: UM CAMPO EM CONSTRUÇÃO.....5205

Cecilia Barroso de Oliveira - O DIREITO À ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO DECORRÊNCIA DO DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE.....5226

Claudio José Amaral Bahia ; Gisseli Giovana Pereira de Moraes Bueno - O DIREITO CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO DO EXERCÍCIO DO NOME E DA SEXUALIDADE CORRELATA À PSIQUE DO TRANSEXUAL: A ADEQUAÇÃO INTEGRAL.....5243

Dennis Otte Lacerda - DIREITO DA PERSONALIDADE E INTEGRIDADE PSICOFÍSICA.....5268

Edilaine Aparecida Pelincer ; Lysian Carolina Valdes - O CONTRATO E O NOVO PERFIL PRINCIPIOLÓGICO: A DIGNIDADE HUMANA COMO LIMITE À AUTONOMIA PRIVADA E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....5288

Fernando Gaburri - A DESTITULARIZAÇÃO DE DIREITO DA PERSONALIDADE: DA VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO ENVOLVENDO A CESSÃO DE PSEUDÔNIMO.....5311

Francisco Pizzette Nunes - A EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE NAS RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS.....5333

Gretha Leite Maia ; Zaneir Gonçalves Teixeira - GÊNERO E DIREITOS DE PERSONALIDADE: OS CAMINHOS DA JURISPRUDÊNCIA NOS CASOS DE IDENTIFICAÇÃO CIVIL DE TRANSEXUAIS.....5365

José A Camargo - O DIREITO À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA NOS DIREITOS BRASILEIRO E COMPARADO 5382

José Carlos Moreira da Silva Filho ; Elisa Scheibe - TRANSEXUAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE SOB O PRISMA DA REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....5411

Joyceane Bezerra de Menezes; Vitor Ramos Eduardo - CONFLITOS PRINCIPIOLÓGICOS EM TORNO DA PRÁTICA DA EUTANÁSIA NO BRASIL: EM DEFESA DA AUTODETERMINAÇÃO 5432

Juliana Aprygio Bertoncelo ; Marcela Berlinck Pereira - DIREITO AO CADÁVER.....5457

Leda Maria Messias da Silva ; Lory Kurahashi - DIREITOS DE PERSONALIDADE DO EMPREGADO E A TERCEIRIZAÇÃO.....5491

Lícia Maria Teixeira Osório ; Nathalie Carvalho Candido - O PARTO ANÔNIMO E A NOVA LEI DE ADOÇÃO: UM ESTUDO DA FILIAÇÃO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....5521

Marcio Fernando Candéo dos Santos - O DIREITO AO SEGREDO: A VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE NO ÂMBITO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....5534

Natasha Ribeiro Vianna - ANÁLISE COMPARATIVA DO DIREITO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL E EM PORTUGAL.....5561

Paulo Sergio Vianna - DIREITO AO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NAS PROPRIEDADES AGRÁRIAS.....5577

Valéria Silva Galdino Cardin - DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....5608

DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA

Adamo Dias Alves; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - CARL SCHMITT VERSUS WEIMAR.....5632

Alexandre Shimizu Clemente; Riva Sobrado de Freitas - A VINCULAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERSUBJETIVAS.....5648

Ana Isabel Modena; Alexandre Antônio Bruno da Silva - O MERCADO COMO INSTRUMENTO PARA A GARANTIA DA DEMOCRACIA NO MUNDO GLOBALIZADO.....5677

Antonio Moreira Maués ; Breno Baía Magalhães - DIREITO À IGUALDADE E TRANSCENDÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES.....5700

Bernardo Augusto Ferreira Duarte - LEVANDO O DIREITO AO LAZER A SÉRIO.....5724

Bruno Cunha Weyne - AS DIFICULDADES TEÓRICAS DA CONCEPÇÃO ONTOLÓGICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....5754

Cassiana Alvina Carvalho - RECONHECIMENTO SOCIAL E DEFICIT DE CIDADANIA: A SOBERANIA POPULAR QUESTIONADA DIANTE DO ESTADO (DEMOCRÁTICO) MULTICULTURAL.....5775

Ivelise Fonseca da Cruz - UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: DEVER DA COMUNIDADE-CIDADÃO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....5795

Jose Carlos Buzanello - FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO.....5822

Juarez Monteiro de Oliveira Júnior - O HABEAS CORPUS 82.424-2 E A CONSTRUÇÃO DOS CONCEITOS DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIGNIDADE DA PESSOA.....5842

Loiane Prado Verbicaro - AS TEORIAS DEMOCRÁTICAS À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS.....5872

Lucas de Alvarenga Gontijo ; Adalberto Antonio Batista Arcelo - A BIOPOLÍTICA NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO: A REPRODUÇÃO DA SUBCIDADANIA SOB A ÉGIDE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA.....5887

Márcia Elayne Berbich de Moraes - VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E RESPONSABILIZAÇÃO PENAL: QUESTÕES PRÉVIAS A LA LEI 6.683 DE 1979 (ANISTIA).....5904

Marco Túlio Reis Magalhães - DESAFIOS DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO (FUNDAMENTAL) AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: O EXEMPLO DA CONCESSÃO DE FLORESTAS E DO AQUECIMENTO GLOBAL.....5921

Maria Lirida Calou Araújo e Mendonça ; Marcio Rodrigues Melo - O DIREITO DE SUPERFÍCIE COMO INSTRUMENTO PARA IMPLEMENTAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA PARA IMPLEMETAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA.....5938

Osmir Antonio Globekner - A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO CONCEITO DE SAÚDE E DE DIREITO À SAÚDE E A PARTICIPAÇÃO CIDADÃO.....5952

Osvaldo Ferreira Carvalho - A CONCEPÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO TRUNFOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL 5981

Pedro Luís Piedade Novaes - DO DIREITO FUNDAMENTAL DE RECEBIMENTO DO BENEFICIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PELOS MENORES DEFICIENTES E CARENTES.....6001

Viviany Almeida Loureiro ; João Henrique Vasconcelos Arouck - ARGUMENTOS PARA A MANUALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.....6025

Zélia Luiza Pierdoná - O DIREITO À SAUDE E A IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS POR DECISÕES JUDICIAIS INDIVIDUAIS.....6042

ENSINO DO DIREITO NO BRASIL: REGULAÇÃO, AVALIAÇÃO E EXPERIÊNCIAS

Aírton José Ruschel ; Aires José Rover - O USO DAS TECNOLOGÍAS WEB NO ENSINO DO DIREITO: A EXPERIÊNCIA DA DISCIPLINA INFORMATICA JURÍDICA.....6057

Ana Karmen Fontenele Guimarães Lima - LIMITAÇÕES DA FORMAÇÃO JURÍDICA: DA NECESSIDADE DE UM ENSINO CRÍTICO E HUMANISTA.....6077

Anderson Alex Vanoni ; Vitor Eduardo Frosi - A CRISE DO ENSINO DO DIREITO NO BRASIL, E SUA SUPERAÇÃO PELA UTILIZAÇÃO DO MÉTODO SOCRÁTICO.....6104

Andrea Joffily Parahyba - A CRISE DO ENSINO JURÍDICO E UMA NOVA PROPOSTA DE METODOLOGIA PARA O ENSINO DAS DISCIPLINAS CONSTITUCIONAIS.....6125

Antonio Walber Matias Muniz; Mara Solange Myrela Cunha Vieira - QUALIDADE DO ENSINO JURÍDICO E FORMAÇÃO DE PROFESSORES: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA PEDAGÓGICA.....6143

Carla Sofia Pereira - O ENSINO JURÍDICO NA ERA DA INFORMAÇÃO INSTANTÂNEA - NOVAS TÉCNICAS PARA VELHOS DESAFIOS: UM ESTUDO DE CASO.....6169

Flávio Bento ; Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - A HISTÓRIA DO ENSINO DO DIREITO NO BRASIL E OS AVANÇOS DA PORTARIA 1886 DE 1994.....6186

Flávio Shoji Tani ; Alexandre Edno de Carvalho - REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DA OAB NA FORMAÇÃO ACADÊMICA DOS BACHAREIS EM DIREITO 6212

Frederico de Andrade Gabrich ; Rômulo Augusto Lasmar Mendonça - ANÁLISE ESTRATÉGICA DO ENSINO JURÍDICO NO SÉCULO XXI.....6234

Jeferson Antonio Fernandes Bacelar - SABERES DAS DISCIPLINAS E SABERES PEDAG?GICOS: OS DESAFIOS DO ENSINO DA HISTÓRIA DO DIREITO.....6268

José Bittencourt Filho ; Eneá de Stutz e Almeida - ONDE ESTÃO AS PROPEDÊUTICAS? (PROPOSTA PEDAGÓGICA PARA COMPATIBILIZAR A FORMAÇÃO JURÍDICA COM O PAPEL SOCIAL DOS OPERADORES DO DIREITO).....6281

Lusia Ribeiro Pereira ; Adail Ribeiro Motta - O PROFESSOR UNIVERSITÁRIO DE DIREITO INSERIDO NA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS.....6297

Mariana Cavarra Bortolon - A NECESSIDADE DE UMA FORMAÇÃO HUMANÍSTICA EFETIVA NO ENSINO DO DIREITO.....6317

Nirson Medeiros da Silva Neto ; Lorenna Mendes Pacheco - PRÁTICA JURÍDICA E EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: ALGUMAS MEDITAÇÕES À LUZ DE PIERRE BOURDIEU.....6341

Raquel Cristina Ferraroni Sanches ; Newton Carlos Freire Pereira - O ENSINO DOGMÁTICO DO DIREITO COMO ELEMENTO LIMITADOR À UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.....6356

Ronald Silka de Almeida - AVALIAÇÃO NO CONTEXTO UNIVERSITÁRIO: COM ÊNFASE AOS CURSOS DE GRADUAÇÃO EM DIREITO.....6374

Viviane Cristina Rodrigues Cavallini ; Fernanda Eloise Schmidt Ferreira - ENSINO DO DIREITO NO BRASIL: REGULAÇÃO, AVALIAÇÃO E EXPERIÊNCIAS.....6391

HERMENÊUTICA E TRANSFORMAÇÃO DO MÉTODO JURÍDICO NA CONTEMPORANEIDADE

Alexandre de Castro Coura; Rodrigo Francisco de Paula - PERSPECTIVAS SOBRE UM NECESSÁRIO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO DAS SÚMULAS VINCULANTES.....6413

Ana Isabel Modena; Alexandre Antonio Bruno da Silva - HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....6431

Ana Paula Martins Albuquerque - A HERMENÊUTICA MODERNA CONSTITUCIONAL COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO PARA SE EVITAR O “AGRAVAMENTO DO ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....6449

Fausto Santos de Morais - O LIMITE DA COMPREENSÃO FENOMENOLÓGICA DO DIREITO NO CASO CONCRETO: A PARADOXAL FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS E A SUA INCOMPATIBILIDADE COM A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....6481

Henrique Mioranza Koppe Pereira ; Rafael Lazzarotto Simioni - A DECISÃO JURÍDICA EM NIKLAS LUHMANN: OPERAÇÃO, DIFERENÇA E ABERTURA.....6499

João Freitas de Castro Chaves ; Eduardo Porto Carreiro Neves - ENTRE A TEORIA E A PRÁXIS JURÍGENAS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DA CRIAÇÃO DO DIREITO NO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO.....6514

Larissa Pinha de Oliveira - O MODELO PROCEDIMENTAL DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE JÜRGEN HABERMAS E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO DE PETER HÄBERLE.....6539

Luana Paixão Dantas do Rosário - APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA GADAMERIANA E HABERMASIANA NO DIREITO: UM VETOR ÉTICO E EMANCIPATÓRIO PARA A POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO 6554

Marcel Vitor de Magalhães e Guerra ; Valesca Raizer Borges Moschen - COMPATIBILIDADE DE SISTEMAS – NECESSIDADE DE QUEBRA DE UM MODELO DE ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL RÍGIDO: ARTIGOS 88 E 89 DO CPC 6582

Marco Aurélio Roamgnoli Tavares - SISTEMA AUTOPOIÉTICO LUHMANIANO: OUTRO PARADIGMA PARA A INTERDISCIPLINARIEDADE JURÍDICA.....6596

Mariana Pimentel Fischer Pacheco - FORMAÇÃO (BILDUNG) PARA A RESPONSABILIDADE DE DECIDIR – UMA CRÍTICA À METODOLOGIA JURÍDICA MODERNA A PARTIR DA HERMENEUTICA DE HANS-GEORG GADAMER.....6611

Marta Marília Tonin ; Maria da Gloria Colucci - DIRETRIZ HERMENÊUTICA DO ART. 6º DO ECA E A EXPLORAÇÃO SEXUAL NO BRASIL 6628

Martha Priscylla Monteiro Joca Martins ; Vinicius de Mattos Magalhães - A CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA INTERPRETAÇÃO DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SINCRETISMO METODOLÓGICO: UM ESTUDO DO “CASO ELLWANGER” 6647

Mauricio Martins Reis - CRISE DE IDENTIDADE DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE: AJUSTE “DE FUSO” DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....6672

Maurício Zanotelli; Paulo Ferrareze Filho - A HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO CONDIÇÃO COMPREENSIVA DA CONSTITUIÇÃO: UMA (TRANS)FORMAÇÃO DO OPERADOR À INTÉRPRETE.....6695

Renata Pereira Carvalho Costa - A POLITIZAÇÃO DO DISCURSO DE APLICAÇÃO NORMATIVA PELO STF: PARA UMA ANÁLISE CRÍTICA DO SIGNIFICADO DO PRINCÍCIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES À LUZ DO JULGAMENTO DA ADIN 855-2;PR.....6711

Ricardo Araujo Dib Taxi - A ATUALIDADE HERMENÊUTICA DE ARISTÓTELES.....6734

Rogério Wanderley Guasti - A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO E DA JUSTIÇA – DE UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA A UM DEBATE METODOLÓGCO ATUAL DA CRÍTICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA À HERMENÊUTICA.....6751

Wilson Levy Braga da Silva Neto - CONSTITUCIONAL: REFLEXÕES SOBRE A (IN)EFICÁCIA DAS NORMAS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL.....6777

HISTÓRIA DO DIREITO E DO PENSAMENTO JURÍDICO

Adamo Dias Alves; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - HISTÓRIA DO CONCEITO DE BONAPARTISMO.....6801

Bernardo Augusto Ferreira Duarte - OS ELEMENTOS FUNDANTES DO CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA CONTRA-MAJORITÁRIA.....6819

Carlos Sérgio Gurgel da Silva - REFLEXÕES SOBRE A DINÂMICA JURÍDICA NAS PERSPECTIVAS DE HANS KELSEN E LOURIVAL VILANOVA.....6845

Edson Medeiros Branco Luiz ; Leonardo Figueiredo Barbosa - O STF E OS PRIMEIROS ANOS DA DITADURA MILITAR: UM ESTUDO DE CASO SOBRE OS PODERES CONSTITUIDOS ENTRE 1964 A 1969.....6867

Erica Ludmila Cruz Barros - DIREITO E ESTADO: UMA ANÁLISE A LUZ DE LOURIVAL VILANOVA E HANS KELSEN.....6885

Fernanda Cristina Covolan - MOVIMENTOS POPULARES NO IMPÉRIO, TERRA E CIDADANIA.....6899

Gilson Ciarallo - DESACATOS, IRREVERÊNCIAS E FEITIÇARIA NAS PRÁTICAS JUDICIAIS DO BRASIL-COLÔNIA: A COSMOVISÃO MÁGICA CONTRA O SISTEMA COLONIAL.....6914

Gustavo César Machado Cabral; Mário André Machado Cabral - AS LIBERDADES NO FINAL DO ANTIGO REGIME: PANORAMA GERAL EM PORTUGAL E NO BRASIL NO FINAL DO SÉCULO XVIII.....6931

Henrique Machado Rodrigues de Azevedo - APONTAMENTOS SOBRE A INFLUÊNCIA DA QUEDA DO IMPÉRIO ROMANO E SURGIMENTO DO SACRO IMPÉRIO ROMANO-GERMÂNICO NA IDÉIA CLÁSSICA DE PODER CONSTITUINTE.....6960

João Carlos Jarochinski Silva - O ANACRONISMO NA FORMULAÇÃO DO DISCURSO – DIREITOS HUMANOS ANTES DO ESTADO NACIONAL.....6974

José Américo Silva Montagnoli - O CONCEITO DE “SUJEITO DE DIREITO” COMO ATOMIZAÇÃO LIBERAL DA IDÉIA DE POVO: TRAÇOS HISTÓRICOS DE UMA EXITOSA EMPREITADA JURÍDICO-BURGUESA.....6987

José Bittencourt Filho ; Eneá de Stutz e Almeida - DA ANISTIA POLÍTICA À ANISTIA DA POBREZA.....7006

Leonardo Varella Giannetti - A INFLUÊNCIA DAS IDEIAS DE JOÃO DE PARIS (JOÃO QUIDORT) E DE MARCÍLIO DE PÁDUA NA CONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO POLÍTICO MODERNO.....7028

Lucas Noura de Moraes Rêgo Guimarães - RUDOLPH STAMMLER E A INTEGRAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA.....7053

Magno Federici Gomes ; Isabella Saldanha de Sousa - ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO DE DIREITO: AS CONTRIBUIÇÕES E OS LIMITES DAS TEORIAS PROPOSTAS POR AUSTIN E HART.....7077

Maria Fernanda Salcedo Repolês - O CASO DOS CRIMES DE HERMENÊUTICA: PRECEDENTE DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....7099

Nadieje de Mari Pepler - ALTERIDADE NO HORIZONTE ÉTICO CRÍTICO DA LIBERTAÇÃO: UM DIÁLOGO ENTRE SENSIBILIDADE E IDENTIDADE NO PENSAMENTO DE EMMANUEL LEVINAS.....7115

Paula Maria Nasser Cury ; Antônio Cota Marçal - UMA RELEITURA DA ESCOLA DA JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS À LUZ DO PRAGMATISMO CONTEMPORÂNEO.....7134

Sarah Araújo Viana - A INFLUÊNCIA DE JOAQUIM NABUCO NO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NA QUESTÃO DO DIREITO À IGUALDADE.....7145

MATRIZES DOS CONCEITOS DE JUSTIÇA

Bruno Meneses Lorenzetto ; Katya Kozicki - O CONCEITO DE JUSTIÇA PARA DERRIDA E LÉVINAS.....7166

Daniel Cabaleiro Saldanha - APONTAMENTOS PARA UMA IDÉIA DE JUSTIÇA EM ROMA.....7184

Éder Ferreira ; Lauren de Miranda Celestino - O DIREITO NOS MANUSCRITOS DO JOVEM MARX.....7205

Felipe Cavaliere Tavares - MICHAEL WALZER E AS ESFERAS DA JUSTIÇA.....7217

Fernando Rister de Sousa Lima - A MATRIZ LUHMANNIA DA JUSTIÇA.....7231

Ivanilda Figueiredo - O ACESSO À DIREITOS ATRAVÉS DO SISTEMA DE JUSTIÇA: APRESENTANDO A CONSTRUÇÃO DE UM OBJETO DE PESQUISA E DAS VARIÁVEIS DE ESTUDO.....7242

José Raul Cubas Júnior - DIREITO E JUSTIÇA. ANÁLISE A PARTIR DO PENSAMENTO DE HANS KELSEN. PAZ SOCIAL ABSOLUTA OU RELATIVA?.....7261

Kendra Corrêa Barão - O CONCEITO DE JUSTIÇA PARA OS ANTIGOS: SOFISTAS, SÓCRATES, PLATÃO E ARISTÓTELES.....7275

Leonardo Alejandro Gomide Alcántara - JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E TEORIA MORAL - UMA ABORDAGEM SOBRE AS VERTENTES UTILITARISTAS E DEONTOLOGICAS DE PETER SINGER E JOHN RALWS.....7301

Luciano Braz da Silva; Lafayette Pozzoli - A ÉTICA E A VIRTUDE COMO MATRIZES DA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA NA FILOSOFIA GREGA CLÁSSICA 7320

Thaísa Haber Faleiros - JUSTIÇA, AUTOPOIESE E LEGITIMAÇÃO. IMPEDIMENTOS PARA A REALIZAÇÃO DO DIREITO EM PAÍSES DA MODERNIDADE PERIFÉRICA.....7343

Thiago Azevedo Guilherme - CRITÉRIOS LÓGICO-RACIONAIS DE ESTIPULAÇÃO DA LÓGICA JURÍDICA E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES. A RELAÇÃO ENTRE IGUALDADE E JUSTIÇA.....7372

MODELO CONSTITUCIONAL DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Ana Paula Duarte Ferreira Maidana ; Maria de Fátima Ribeiro - A CONSTITUCIONALIDADE DA TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL SÓCIO-AMBIENTAL: REFLEXOS NA INTERVENÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL.....7387

Ana Rita Nascimento Cabral - O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: EFICÁCIA E EFETIVIDADE. UMA ANÁLISE A PARTIR DO CONCEITO JURÍDICO 7403

Antônio Carlos Diniz Murta - DOS FUNDAMENTOS DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO “IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO – IPTU” SOBRE INSTITUIÇÕES DE ENSINO ENQUANTO LOCATÁRIAS DE IMÓVEIS URBANOS.....7418

Antonio Walber Matias Muniz - CIRCULAÇÃO DE PESSOAS E MERCADO DE TRABALHO.....7448

Cassandra Libel Esteves Barbosa Boggi - O IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA E A SUA EFETIVIDADE EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL.....7463

Débora Maciel Alevato - ASCENÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO.....7491

Deraldo Dias de Moraes Neto - DA POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO "EX OFFICIO" DA PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS.....7503

Gabriel Antonio de Abreu Vieira - O FEDERALISMO BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DA EVOLUÇÃO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO.....7525

Henrique Machado Rodrigues de Azevedo ; Felipe Lobato de Carvalho Mitre - O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E SEUS REFLEXOS NA INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DAS PESSOAS JURÍDICAS COMO COOBRIGADOS NA EXECUÇÃO FISCAL.....7554

Leonardo Varella Giannetti - O SIGILO BANCÁRIO E A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA: UM ENFOQUE NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....7580

Marciano Seabra de Godoi ; Luciana Goulart Ferreira Saliba - O DIREITO TRIBUTÁRIO INTERPRETADO PELO STJ – ANÁLISE DOS ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTAM A EXIGÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES AO SESC E AO SENAC DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS.....7607

Pablo Dutra Martuscelli - APONTAMENTOS ACERCA DO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E SUA FUNÇÃO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....7629

Rafhael Frattari Bonito; Júlio César Mota Mourão - FEDERALISMO FISCAL: ANÁLISE DO SISTEMA BRASILEIRO DE ICMS À LUZ DA PEC 31-A DE 2007.....7645

Raimundo Frutuoso de Oliveira Júnior - A VEDAÇÃO DO CONFISCO TRIBUTÁRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....7672

Raphael Manhães Martins - A INTERPRETAÇÃO DOS SIGNOS TRIBUTÁRIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....7691

Thábata Biazzuz Veronese - AS POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS À LUZ DA RESPONSABILIDADE SOCIAL AMBIENTAL EMPRESARIAL.....7718

MODERNIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Aline Sueli de Salles Santos - ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXOS E TENDÊNCIAS DO INSTITUTO DO CONCURSO PÚBLICO.....7743

Ana Luísa Celino Coutinho ; Aluisio Mario Lins Souto - AGÊNCIAS REGULADORAS MULTISSETORIAIS COMO CONTROLE DAS FALHAS DE MERCADO.....7768

Carlos Henrique de Aragão Cavalcante; Raimundo Frutuoso de Oliveira Junior - AGÊNCIAS REGULADORAS: LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E CONTROLE JUDICIAL.....7797

Carlos Magno de Souza Paiva - EFICIÊNCIA E LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA.....7815

Daniel Barros Garcia - O COMBATE AO DENGUE PELO ESTADO E O PRINCÍPIO DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO.....7829

Eduardo Hoffmann ; Adriane Haas - PREGÃO PRESENCIAL: DESNECESSIDADE DE PRESENÇA FÍSICA DO LICITANTE.....7844

Erica Ludmila Cruz Barros - A FACE MODERNA DO DIREITO ADMINISTRATIVO: PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CRISE DA LEGALIDADE.....7874

Guilherme Ribeiro ; Ana Carolina Izidório Davies - MODERNIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA QUE AFASTA A EXCLUSÃO SOCIAL.....7899

Helena Telino Monteiro - A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....7927

Janaina Machado Sturza; Viviane Teixeira Dotto Coutinho - A GESTÃO DEMOCRÁTICA DAS CIDADES NO BRASIL: CONSTRUINDO UMA SOCIEDADE PARTICIPATIVA.....7952

Katherinne de Macedo Maciel Mihaliuc; Thales José Pitombeira Eduardo - A INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE PRIVADA E SUA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS QUE REGEM A ATUAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO: UM ESTUDO DE CASO NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA-CE.....7976

Manoel Messias Peixinho; Carolina Altoé Velasco - PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SETOR DA SAÚDE.....7995

Miriam Pamplona Machado; Mario César Maggio Sturmer - PROVA EMPRESTADA: A UTILIZAÇÃO DA PROVA PENAL NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES.....8012

Naira Neila Batista de Oliveira Norte - O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....8028

Patrica Borba Vila Guimarães; Rafael Diogo Diógenes Lemos - PARTICIPAÇÃO POPULAR E EFICIÊNCIA NAS AGÊNCIAS REGULADORAS: FUNDAMENTOS, LIMITES E CONFLITOS.....8044

Ricardo Hemany; Diogo Frantz - MODERNIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O EMPODERAMENTO SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS.....8069

Simone Zanotello - GOVERNO ELETRÔNICO (ASPECTOS GERAIS) E AS COMPRAS GOVERNAMENTAIS.....8100

Yanko Marcius de Alencar Xavier; Rafael Diogo Diógenes Lemos – DA EVOLUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO: A IMPORTÂNCIA DA CONSENSUALIDADE NO NOVO MARCO REGULATÓRIO SANITÁRIO.....8123

O DIREITO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Auriney Uchôa de Brito - PODER DA MÍDIA: UMA ANÁLISE DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....8140

Azor El Achkar - A CULTURA DO SIMULACRO NA SOCIEDADE DO ESPETÁCULO E OS NOVOS MECANISMOS DE SIMULAÇÃO ESPETACULAR.....8154

Fábio de Barros Bruno - E-COMMERCE E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO.....8169

Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire ; Tainah Simões Sales - O EXERCÍCIO DA CIDADANIA DIGITAL NO PROCESSO LEGISLATIVO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS.....8196

Gustavo Raposo Pereira Feitosa; Fernando Moura Linhares - NOVAS TECNOLOGIAS APLICADAS À JUSTIÇA E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO À PRIVACIDADE.....8216

Gustavo Silva Calçado - DIREITO A UMA PUBLICIDADE CONTROLADA.....8234

Ivan Dias da Motta; Cássio Marcelo Mochi - OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O DIREITO À EDUCAÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....8247

José Renato Gaziero Cella; Danilo Cesar Maganhoto Doneda - LÓGICA, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E COMÉRCIO ELETRÔNICO.....8279

João Araújo Monteiro Neto; Francisca Jordânia Freitas da Silva - OS CRIMES ELETRÔNICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....8301

João Victor Rozatti Longhi - A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN E O DIREITO À INFORMAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. O “FURTO” DE CAMELOS JURÍDICOS REAIS NA DOMESTICAÇÃO DO DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO ÂMBITO DA INTERNET.....8340

Katherine Lages Contasti Bandeira ; Isa Maria Freire DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO AO DIREITO: CAMINHOS PARA SE PENSAR A EQUIDADE DO ACESSO À PRODUÇÃO CIENTÍFICA.....8370

Marco Antônio Sousa Alves; Richard-Paul Martins Garrell - O DIREITO DE AUTOR DIANTE DAS NOVAS FORMAS DE CRIAÇÃO E DIFUSÃO MUSICAL: A QUESTÃO DO SAMPLING 8400

Marcos Antonio Madeira de Mattos Martins; Karla Cristina da Costa e Silva Matos Ferragi - DIREITO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: A CONFIANÇA COMO BASE DE PODER DA GOOGLE.....8420

Regiane Alonso Angeluci - DIREITO À IDENTIDADE VIRTUAL.....8439

Renato Leite Monteiro - CIBERNÉTICA: A INVASÃO DA PRIVACIDADE E DA INTIMIDADE 8462

Tatiana Stroppa - O DEVER DE VERDADE NO TRATO DA NOTÍCIA.....8480

Vitor Souza Lima Blotta - O DIREITO NO DIVÃ: POR UMA DISCURSIVIZAÇÃO DO GOZO NO TELESPAÇO PÚBLICO.....8504

Washington Luiz Testa Júnior - DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO FACTUAL VERDADEIRA: PROIBIÇÃO DA MENTIRA NO ESTADO CONSTITUCIONAL-DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....8535

ORIGEM, FUNDAMENTOS E EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS

Amanda Queiroz Sierra - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROBLEMÁTICA DOS IMIGRANTES EM SITUAÇÃO IRREGULAR 8552

Arthur Roberto Capella Giannattasio - ENSINO E RECUSA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: A AMBIVALÊNCIA DAS ORIGENS, DOS FUNDAMENTOS E DA EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS.....8565

Basile Georges Campos Christopoulos - O ORÇAMENTO PÚBLICO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....8588

Camila Bruna Zanetti ; Flávia de Ávila - A POLÍTICA ECONÔMICA DO MERCOSUL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS.....8605

Cristhian Magnus de Marco - APONTAMENTOS SOBRE A ABERTURA MATERIAL DO CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: COMENTÁRIOS AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 466.343-1.....8628

Fernando Batistuzo Gurgel Martins - OS DIREITOS, SUAS DENOMINAÇÕES E EFICÁCIA DO PONTO DE VISTA DO INDIVÍDUO: A RELEVÂNCIA DO CONHECIMENTO DA ADEQUADA TERMINOLOGIA E DIFERENCIAÇÃO DOS DIREITOS COMO FORMA DE COLABORAÇÃO PARA O ALCANCE DA SATISFAÇÃO PESSOAL 8647

João Henrique Vasconcelos Arouck - A ELEGIBILIDADE INDÍGENA COMO QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS: O CASO YATAMA VS. NICARÁGUA.....8669

José Querino Tavares Neto ; Thallyta Ranyelle De Fátima Borges - ABDICAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS EM PROL DO COLETIVO NA DOMINAÇÃO CARISMÁTICA.....8694

Jussara Maria de Leal de Meirelles ; Nelson Souza Neto - EFICÁCIA DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O USO DE EMBRIÕES HUMANOS PARA PESQUISA: INCONGRUÊNCIA A INDICAR ALTERAÇÕES.....8707

Leonardo Augusto Gonçalves - ORIGENS, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE DAS CONSEQÜÊNCIAS DO DÉFICIT NA

IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO.....8730

Miguel Rocha Nasser Hissa - A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL AO SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO À LUZ DA AUTONOMIA MUNICIPAL NO SISTEMA FEDERATIVO BRASILEIRO.....8758

Pietro de Jesús Lora Alarcón - O DIREITO À PAZ: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTALMENTE HUMANO.....8778

Renata Catacci Guimarães - CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....8796

Rubens Beçak ; João Ricardo de Castro Barbosa do Amaral - A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR VIA DO ENSINO MÉDIO 8819

Sheila Stolz - PONDERAÇÕES SOBRE O CARÁTER UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS 8835

Telma Aparecida Rostelato - VIOLAÇÃO A DIREITOS DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA: O CASO DAMIÃO XIMENES LOPES – PIONEIRA CONDENAÇÃO DO BRASIL, PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 8848

Theresa Rachel Couto Correia - GLOBALIZAÇÃO, MIGRAÇÃO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS 8880

PROCESSO E ACESSO À JUSTIÇA

Adalberto Simão Filho; Luis Fernando Cordeiro - A PROTEÇÃO DA EMPRESA E DE SUA PRIVACIDADE EM FACE DO CONVENIO PARA PROTESTO DE SENTENÇAS JUDICIAIS TRABALHISTAS.....8894

Adriano Sant'Ana Pedra - A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE CESSAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA ABORDAGEM COMPARADA DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESPANHOL E BRASILEIRO.....8908

Christianny Diógenes Maia - ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR E ACESSO À JUSTIÇA.....8938

Cristiano Simão Miller - O FORMALISMO PROCESSUAL EM SEDE RECURSAL COMO OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA.....8956

Danielle Annoni; Marcia Marcondes Diniz de Freitas - SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DOS CASOS CATARINENSES ENTRE 2006 E 2007. 8975

Danyelle Bezerra Terhorst - O ACESSO À JUSTIÇA E O PODER JUDICIÁRIO.....9002

Fabio Resende Leal - NOVAS CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: SINCRETISMO PROCESSUAL E ESPECIALIZAÇÃO PROCEDIMENTAL.....9019

Flávio Shoji Tani ; Valéria Cristina de Oliveira - A DEFICIÊNCIA NO ACESSO À JUSTIÇA 9048

Ivan Aparecido Ruiz ; Judith Aparecida de Souza Bedê - DIREITOS FUNDAMENTAIS, MEDIAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA.....9064

Joyce de Matos Barbosa - O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO: PROJETO DE LEI N. 4.827;1998.....9083

Juliana de Camargo Maltinti - DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO EFETIVA.....9118

Lia Cordeiro Felismino - A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA.....9137

Lissa Cristina Pimentel Nazareth; Luiz Antonio Ferreira Nazareth Júnior - O DIREITO PENAL JUVENIL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA E JUVENTUDE.....9163

Luis Otávio Vincenzi de Agostinho ; Paulo Mazzante de Paula - O EMPREGADO MIGRANTE E HIPOSSUFICIENTE: BREVE REFLEXÃO SOBRE A COMPETÊNCIA TRABALHISTA E O ACESSO À JUSTIÇA.....9184

Madson Ottoni de Almeida Rodrigues; Maria dos Remédios Fontes da Silva - O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL E SUA CONCRETIZAÇÃO PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU.....9199

Mariana Barbosa Cirne - O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: A ANÁLISE DO CASO DO COLÉGIO PEDRO II PARA UMA PROPOSTA DE LIMITES SOB O PARADIGMA DA INTEGRIDADE SEGUNDO RONALD DWORKIN.....9222

Mônica Bonetti Couto ; Luiz Claudio Correia dos Anjos - A FUNGIBILIDADE RECURSAL E A FUNÇÃO INSTRUMENTAL DO PROCESSO: HIPÓTESE DE AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.....9236

Thais Aranda Barrozo ; Renato Lima Barbosa - A ARBITRAGEM E OS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO.....9253

Vinícius Diniz Monteiro de Barros - PRIMEIROS DELINEAMENTOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE NO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO.....9272

Willians Franklin Lira dos Santos - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEVER DE CAUTELA E A CONVENIÊNCIA DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM DEMANDAS ACIDENTÁRIAS.....9290

PROCESSO E DEMOCRACIA

Abraão Soares dos Santos ; Sarah de Castro Vasconcelos - A JUSTIÇA TRANSICIONAL E A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES OCORRIDOS NO REGIME MILITAR DIANTE DA RETROATIVIDADE NA APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE CARÁTER SUPRALEGAL.....9312

Ananda Barros Matos - ESFERA PÚBLICA, PODER CONSTITUINTE E DEMOCRACIA 9328

Bruna Schlindwein Zeni; Tânia Regina Silva Reckziegel - CONTRATO SOCIAL, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PARTICIPAÇÃO POPULAR 9343

Delton Ricardo Soares Meirelles - CONSELHOS COMUNITÁRIOS NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA.....9354

Fábio Presoti Passos - A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DOS CRIMES FALIMENTARES E A ATUAL AUSÊNCIA DO INQUÉRITO JUDICIAL.....9381

Fernando Hota Tavares; Ana Paula Pereira Silva - TEORIA DEMOCRÁTICA DO DISCURSO E “TÉCNICA” DE RECURSOS ESPECIAIS “REPETITIVOS”: ENSAIO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 11.672;2008 (ART. 543-C, DO CPC) 9401

Heron Santana Gordilho - JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO SISTEMA CRIMINAL DO BRASIL E DOS EUA 9421

José Américo Silva Montagnoli - ESBOÇO DE UMA TEORIA DA PROCESSUALIDADE INCLUSIVA: TERCEIRO ESFORÇO CRÍTICO-DISCURSIVO NO ENCAMINHAMENTO DE UMA JUDICACIONALIDADE FUNDADA NO DIREITO DEMOCRÁTICO.....9438

Juliana Maria Matos Ferreira ; Gisele de Campos Versiani - INTERPRETAÇÃO DA LEGITIMAÇÃO SEGUNDO O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 9461

Leonardo Augusto Marinho Marques; Larissa Marila Serrano da Silva - TENSÃO ENTRE PUBLICIDADE E SIGILO NA CONSTRUÇÃO DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO 9479

Luana Paixão Dantas do Rosário - AMICUS CURIAE: INSTITUTO PROCESSUAL DE LEGITIMAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO JUDICIÁRIO POLITIZADO.....9500

Luiz Claudio Correia dos Anjos ; Dulce Calmon de Bittencourt Pinto de Almeida - BREVES NOTAS SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA E OS PRINCIPAIS DESAFIOS DA NOVÍSSIMA LEI 12.016 DE 2009..... ..9522

Rafaela Selem Moreira - A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO FERRAMENTA PARA CONSTRUÇÃO DE UMA DEMOCRACIA PAUTADA NA RAZÃO COMUNICATIVA.....9541

Rogerio Borba da Silva - O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O CONTROLE JURISDICIONAL.....9556

Rosberg de Souza Crozara - O CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E A LIMITAÇÃO AO PODER ESTATAL: A FUNÇÃO CONTRA-MAJORITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PROTEÇÃO AO MAIS DÉBIL 9585

Thiago Caversan Antunes ; Luiz Fernando Bellinetti - ABRANGÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.....9604

Valéria Maria Lacerda Rocha - A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E OS EFEITOS PRODUZIDOS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE 9622

PROPRIEDADE INTELECTUAL, POLÍTICAS DE INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

Alexandre Ricardo Pesserl ; Marciele Berger Bernardes - A BIBLIOTECA TOTAL: GOOGLE BOOK SEARCH E AS OBRAS ÓRFÃS.....9642

Ana Cristina Azevedo Pontes de Carvalho - CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ÀS OBRAS INTELECTUAIS NA INTERNET 9658

Antonio Carlos Ribeiro - AS FLEXIBILIDADES DA PROTEÇÃO PATENTÁRIA DE MEDICAMENTOS E SUA APLICAÇÃO EM EPIDEMIAS.....9671

Armando Zanin Neto ; Sérgio de Oliveira Santos - PATENTES “PIPELINE”: ALIENAÇÃO DOS INTERESSES NACIONAIS 9691

Charlene Maria Coradini de Avila Plaza ; Nivaldo dos Santos - AS CELEUMAS DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS E O DIREITO CONSTITUCIONAL DE LIVRE ACESSO À EDUCAÇÃO, À INFORMAÇÃO E A CRIAÇÃO INTELECTUAL.....9706

Claudio José Amaral Bahia ; Ana Carolina Peduti Abujamra - MONOPÓLIO, CONCORRÊNCIA EM PROPRIEDADE INTELECTUAL, FLEXIBILIZAÇÃO E O ACESSO À MEDICAMENTOS NO ESTADO DEMOCRATICO SOCIAL BRASILEIRO: EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE?.....9732

Guilherme Coutinho Silva - DIREITOS AUTORAIS E DIVERSIDADE CULTURAL.....9751

Helga Maria Martins de Paula - A PROPRIEDADE INTELECTUAL SOB O PRISMA DA BIODIVERSIDADE.....9765

Iara Rodrigues de Toledo ; Marcos Freitas Pereira - O DIREITO AUTORAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A PROTEÇÃO DA OBRA INTELECTUAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 9778

Jorge Renato dos Reis ; Eduardo Pires - AS FUNÇÕES DO DIREITO DE AUTOR NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO 9796

Larissa da Rocha Barros Lima - DOS DIREITOS HUMANOS À PROPRIEDADE INTELECTUAL – O CONFLITO ENTRE A PROTEÇÃO AUTORAL E O ACESSO À INFORMAÇÃO NA INTERNET.....9813

Luciana Nogueira Nóbrega - A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E OS MECANISMOS DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS PATENTES NO CONTEXTO DO DIREITO À SAÚDE 9841

Marco Antônio Sousa Alves; Leonardo Machado Pontes - O DIREITO DE AUTOR COMO UM DIREITO DE PROPRIEDADE: UM ESTUDO HISTÓRICO DA ORIGEM DO COPYRIGHT E DO DROIT D'AUTEUR 9870

Marcos Vinício Chein Feres ; Marcelo de Castro Cunha Filho - MEDICAMENTOS QUIRAIS: DIREITO À PATENTE OU PSEUDO-INOVAÇÃO?.....9891

Marcos Washowicz ; Juliana Silva da Rocha - A RELAÇÃO ENTRE A DIVERSIDADE CULTURAL E O DIREITO AUTORAL E SEUS DESDOBRAMENTOS.....9906

Rafael Neumayr - A PROTEÇÃO DOS ELEMENTOS INTELECTUAIS DE IDENTIFICAÇÃO DA EMPRESA POR MEIO DAS TEORIAS DA CONCORRÊNCIA DESLEAL E DO ABUSO DO DIREITO.....9926

Roberto Henrique Porto Nogueira ; Michael César Silva - PERSPECTIVAS DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL 9946

Sávio de Aguiar Soares ; Alberto Vizzotto - DIREITO INTELECTUAL E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE OS NOVOS PARADIGMAS 9966

RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS CONTEMPORÂNEAS

Ana Cleusa Delbel; Danilo Lemos Freire - O PRINCÍPIO DA PARIDADE ENTRE CÔNJUGES E CONVIVENTES: ALGUMAS PECULIARIDADES SOBRE ESTAS ENTIDADES FAMILIARES.....9983

Ana Karmen Fontenele Guimarães Lima - CONTRATAÇÕES TRABALHISTAS COMPULSÓRIAS: UMA RELEITURA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS EM PROL DA PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....10017

André Gomes de Sousa Alves ; Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa - O CONTRATO ENTRE A PRÁXIS ECONÔMICA E A REGULAÇÃO JURÍDICA:

SOBRE A CIRCULAÇÃO DO CONTRATO E O MERCADO DE BOLSAS BRASILEIRO.....10049

Carlos Roberto Martins Rodrigues ; Joffre do Rêgo Castello Branco Neto - A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, O MERCADO E A EFFICIENT BREACH THEORY.....10079

Caroline Sátiro de Holanda ; Patrícia Oliveira Barros - A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE ASSISTÊNCIA IMATERIAL NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL.....10094

Claudio José Franzolin - INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO NO CONTRATO E OS PODERES DO JUIZ NO CÓDIGO CIVIL: PARA UMA EFETIVA TUTELA JURISDICIONAL DOS CONTRATANTES.....10125

Denise Almeida de Andrade ; Márcia Correia Chagas - O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR NO BRASIL: A QUESTÃO DA FILIAÇÃO E DA IDENTIDADE GENÉTICA NO ÂMBITO DO "PROJETO PARENTAL" REALIZADO POR MEIO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....10150

Eduardo Pires ; Neiva Cristina de Araujo - CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: ASPECTOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....10179

Fernanda Paes Leme Peyneau Rito - DA RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL À RESPONSABILIDADE SOCIAL: REFLEXÕES SOBRE A CAUSALIDADE ...10196

Grasiele Augusta Ferreira Nascimento; Maria Aparecida Alckmin - DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR E OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA DO EMPREGADOR: INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO TRABALHADOR.....10225

Katherinne de Macedo Maciel Mihaliuc; Thales José Pitombeira Eduardo - O PLANO DIRETOR COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL PARA A GARANTIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....10241

Leonardo José Peixoto Leal - ACIDENTES DE CONSUMO E RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL.....10259

Livia Gaigher Bosio Campello ; Mariana Ribeiro Santiago - REPERCUSSÃO DO VALOR SOLIDÁRIO NO DIREITO AOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS.....10281

Marcelo Barbosa de Melo - A ONEROSIDADE EXCESSIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....10309

Marcelo Piazzetta Antunes - A PRINCIPIOLOGIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO.....10338

Maurem da Silva Rocha ; Daniela Braga Paiano - ALIMENTOS GRAVÍDICOS: ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS E SUA APLICABILIDADE PELOS TRIBUNAIS PÁTRIOS.....10373

Renata Ovenhausen Albernaz ; Camila Salgueiro da Purificação Marques - RELAÇÃO HUMANA E DIREITO DE FAMÍLIA: EM BUSCA DA EXPRESSÃO DE UMA RELAÇÃO HUMANA CONSTITUTIVA DA EXPERIÊNCIA FAMILIAR.....10392

Roberto Grassi Neto - CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES JURÍDICAS COM AS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS.....10415

Vivian Bacaro Nunes Soares; Norma Sueli Padilha - A FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO JURÍDICO PRINCIPIOLÓGICO DA PROPRIEDADE 10436

TRABALHO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL NA CONTEMPORANEIDADE

Alessandro Severino Valler Zenni; Elizabet Leal da Silva - A DIGNIDADE DO TRABALHADOR: BÚSSOLA AOS NOVOS PARADIGMAS DO TRABALHO, EMPREGO, E INCREMENTO HARMONIZADOR ENTRE CAPITAL E TRABALHO.....10467

Carolina Pereira Lins Mesquita- A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO NA CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA, DO DISCURSO NORMATIVO E DA JUSTIÇA SOCIAL.....10495

Daniel Ganem Misse - O SERVIDORES DA ANATEL E O REGIME JURÍDICO ÚNICO.....10515

Eliana Galvão Dias - TRABALHO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SOCIAL NA CONTEMPORANEIDADE 10530

Fátima Cecília Araújo Paes Wermelinger - EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NA RELAÇÃO DE TRABALHO.....10555

Gustavo Henrique Paschoal - DIREITO DOS REFUGIADOS AO TRABALHO NO BRASIL.....10572

Lívia Mendes Moreira Miraglia - A CONSOLIDAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO TRABALHO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....10605

Luana Michelle da Silva Godoy - IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO NO MUNDO DO TRABALHO: A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E A ATUAÇÃO SINDICAL.....10625

Maria Cristina Cardoso Pereira - ATIVISMO JUDICIAL E SINDICALISMO PÚBLICO: OBSERVAÇÕES SOBRE O COMPORTAMENTO DAS CORTES NOS ESTADOS UNIDOS E BRASIL.....10639

Maria Roseniura de Oliveira Santos - O PESQUISADOR EMPREGADO E AS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR: PECULIARIDADES

JUSTRABALHISTAS E O DESENVOLVIMENTO, A CIÊNCIA E A TECNOLOGIA.....10658

Patrícia Garcia dos Santos - GLOBALIZAÇÃO, REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA E MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA BRASILEIRA.....10685

Paulo Henriques da Fonseca - A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A PROTEÇÃO DO TRABALHO 10699

Ramona Cardoso Vieira ; Fabiano Gomes de Oliveira - O TRABALHO COMO FATO ECONÔMICO, GLOBALIZAÇÃO E A DIGNIDADE DO TRABALHADOR....10724

Sielen Barreto Caldas - PARA A PROMOÇÃO DO AUTÔNOMO: DIREITO DO TRABALHO E MICROCRÉDITO.....10741

Wander Henrique de Almeida Costa - O PAPEL DOS CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS DE SAÚDE NA RETOMADA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL.....10768

Wilson Madeira Filho - NOVAS CONFIGURAÇÕES DO ARCAICO: PERCURSOS DA NEO-COLONIZAÇÃO DEMOCRÁTICA NO MUNICÍPIO DE PRACUÚBA (AP).....10779

TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO NO SÉCULO XXI

Ana Maria Viola de Sousa ; Grasiele Augusta Ferreira Nascimento - TRANFORMAÇÕES DO DIREITO NO SÉCULO XXI: A TUTELA JURÍDICA DA MULHER BRASILEIRA.....10815

Benigno Cavalcante - AS SOCIEDADES SIMPLES NO CONTEXTO DO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO.....10832

Camila Bruna Zanetti ; Giovani Clark - POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL: A MÍDIA ENTRE CONCENTRAÇÃO E DEMOCRATIZAÇÃO.....10847

Clara Maria Faria Santos - AS CIDADES E A PERSONALIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL.....10862

Clóvis Airton de Quadros - NOVOS PARADIGMAS DA PESQUISA CIENTÍFICA EM DIREITO.....10887

Daniel Ricardo Andreatta Filho ; Alessandro Severino Valler Zenni - A (RE)CONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E DO DIEITO EM PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR NA CONTEMPORANEIDADE.....10905

Eloi Cesar Daneli Filho; Liton Lanes Pilau Sobrinho - NEOLIBERALISMO, GLOBALIZAÇÃO, DESCONTRUÇÃO DO ESTADO-FISCAL E POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL.....10926

Everton das Neves Gonçalves ; Joana Stelzer - ESTADO, GLOBALIZAÇÃO E SOBERANIA: FUNDAMENTOS POLÍTICO-JURÍDICOS DO FENÔMENO DA TRANSNACIONALIDADE.....10948

Jane Felipe Beltrão ; Assis da Costa Oliveira - CONSTITUCIONALISMO MULTICULTURAL E POVOS INDÍGENAS: OUTRA CIDADANIA É POSSÍVEL?.....10972

José dos Santos Carvalho Filho - A REPERCUSSÃO GERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA.....10989

Leonardo Alejandro Gomide Alcântara - CONTORNOS POLÍTICOS E INSTITUCIONAIS DA CONTEMPORANEIDADE: ESFERA PÚBLICA, CONSUMO E CIDADANIA.....11011

Luana Paixão Dantas do Rosário - NEOCONSTITUCIONALISMO, A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E A DIMENSÃO ÉTICO-MORAL DO DIREITO.....11027

Luciana Rodrigues Penna ; Holgonsi Soares Gonçalves Siqueira - IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: FLEXIBILIDADE E PLURALISMO NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NO SÉCULO XXI.....11055

Pedro Rafael Malveira Deocleciano ; Francisco Lisboa Rodrigues - EXPANSÃO, LIMITES E LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: TRANSFORMAÇÕES DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO NO SÉCULO XXI.....11078

Ricardo Nasser Sefer - A CRISE DE TEMPESTIVIDADE DO DIREITO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TUTELA AMBIENTAL.....11094

Rosa Inês de Novaes Cordeiro; Sandra Lúcia Rebel Gomes - AS NOVAS TECNOLOGIAS DE COMUNICAÇÃO E DE INFORMAÇÃO E A DINÂMICA DA PRODUÇÃO DO CONHECIMENTO EM DIREITO: DA GESTAO DA INFORMAÇÃO À COMUNICAÇAO CIENTÍFICA.....11107

Tagore Trajano de Almeida Silva - FUNDAMENTOS DO DIREITO ANIMAL CONSTITUCIONAL.....11126

Thiago Penido Martins - EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....11162

> "Na ocasião em que tomas a toga viril, Nicandro, já independente dos teus primeiros preceptores, eu te envio por escrito a dissertação que fiz sobre o modo de ouvir, para saberes ouvir convenientemente as pessoas desejosas de te persuadir. Pois a ausência de autoridade, a qual certos jovens, por carência de instrução, julgam ser liberdade, constitui os desejos, como que libertos de suas amarras, em déspotas mais duros do que os mestres das crianças e os pedagogos" (PLUTARCO. *Como ouvir*)

Apesar da diversidade de orientações teóricas e metodológicas dos integrantes da comunidade acadêmica do Direito no Brasil, há mais razões para estarmos juntos do que divididos, uma vez que partilhamos, todos nós, de um projeto comum: a formação, por meio da pesquisa e da pós-graduação, de juristas comprometidos com o aprimoramento das instituições democráticas e que produzam um conhecimento jurídico renovado e adequado às novas exigências impostas pelo desenvolvimento social, cultural, político, econômico, científico e tecnológico. Só que, por vezes, os afazeres acadêmicos e profissionais nos levam a esquecermo-nos disso. Por isso é importante encurtar e assegurar a travessia da distância que nos separa. É assim desde o início dos tempos. Foi assim, por exemplo, em Roma. Quando Numa Pompílio percebeu que não era mais possível que o rei assumisse as funções religiosas que lhe competiam, atribuiu-as, não por acaso, aos funcionários que faziam e guardavam as pontes sobre o Tibre: os *pontifices*. Pois as pontes ligam dois mundos, e unem aqueles que, até então, estavam separados, ao contrário dos muros, que separam aqueles que estavam unidos.

Construir pontes não é um trabalho fácil, pois grandes pontes não podem ser construídas por apenas uma pessoa. Também a diretoria do CONPEDI, ou qualquer órgão que represente a área, só pode construir diretrizes para sua atuação após a contribuição de cada um de nós, o que se faz, antes de tudo, pelo ouvir. E, como o ouvir não é algo fácil, tão pouco pode sê-lo o construir as pontes de que necessitamos. Em primeiro lugar, é preciso abrir mão daquilo que Stephen Covey chamou, como muita propriedade, de nossa "*biografia particular*": temos a tendência a interpretar as idéias dos outros a partir de sua adequação a nossos *pré*-juízos; temos a tendência a acreditar que o que funcionou ou não funcionou para nós também funcionará ou não funcionará para os outros. Em segundo lugar, é preciso tornar-se influenciável. Quem ouve, tendo tomado uma decisão previamente ao ouvir, dá pouco valor ao tempo do outro e de si mesmo. Ouvir é, antes de tudo, dar voz a todos. E, nesse processo de ouvir a todos, de ouvir de fato, em que alguém está pronto a reformular seus pontos de vista a partir do que o outro diz, a verticalidade dos muros vai sendo gradativamente substituída pela horizontalidade das pontes.

O XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo entre os dias 04 e 07 de novembro de 2009, no campus da FMU, foi um grande exercício de escuta para todos nós. Não foram somente teses jurídicas, apresentadas em 30 grupos de trabalho e que deram origem aos **600** trabalhos ora publicados, representando as mais diversas orientações teóricas que confirmam o pluralismo acadêmico de nossa área: importantes posições acerca da pesquisa e da pós-graduação em Direito foram firmadas, o que deu origem à *Carta de São Paulo,* documento que muito contribuiu para a elaboração de uma plataforma de reivindicações junto aos órgãos de fomento. Essas diretrizes foram construídas após muita divergência que, paradoxalmente, ou dialeticamente, produziu

consenso em torno do documento final, que expressa não as opiniões ou reivindicações da diretoria do CONPEDI, mas da área como um todo. Opiniões sobre, por exemplo, se devemos ou não ofertar mestrados profissionais, se as condições de pesquisa oferecidas pelos órgãos de fomento são ou não adequadas, ou sobre como se deve avaliar a produção intelectual da área devem ser formuladas por todos nós, e não por alguns poucos escolhidos. Pois o CONPEDI não são seus diretores, mas todos nós. A área de Direito é o CONPEDI. Desde a publicação desse documento, portanto, não se pode mais falar em nome da área sem que previamente se realize uma discussão ampla e pública sobre quais sejam suas opiniões.

Construir pontes ouvindo a todos: esse deve ser o compromisso de cada um dos integrantes do CONPEDI.

Marcelo Campos Galuppo
Presidente do CONPEDI na gestão 2007/2009

FORMAÇÃO UNIVERSITÁRIA, EXERCÍCIO PROFISSIONAL E ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO

João Maurício Adeodato

Mestre e Doutor pela Universidade de São Paulo
Pós-Doutorado pela Fundação Alexander von Humboldt na Universidade de Mainz
Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife
Pesquisador 1-A do CNPq
Consultor jurídico
Ex-membro da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB (1995-2000 e 2006)
Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Maurício de Nassau

Introdução: O estado da arte no que diz respeito a discordâncias institucionais.

Nos anos imediatamente posteriores à edição da Portaria 1886, em 1994, a Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tinha seu trabalho facilitado por uma grande identidade entre seus membros e as Comissões competentes do Ministério da Educação. São exemplos disso a primeira Comissão do Exame Nacional de Cursos, antigo "Provão", e as diversas Comissões da Secretaria de Ensino Superior, cujas composições incluíam membros da própria Comissão da OAB. Hoje, diversamente, nota-se disparidade de perspectivas entre as duas instituições. Um exemplo disso é a Comissão instituída pelo MEC em outubro de 2006, sem qualquer comunicação à Ordem, depois de a Comissão de Ensino Jurídico ter encaminhado várias sugestões, fruto de trabalhos imediatamente anteriores, realizados a convite do próprio MEC, os quais foram e permanecem simplesmente ignorados.

Há outra falta de unidade em relação ao trabalho desenvolvido pelas diferentes instituições que se ocupam do ensino jurídico no país, tais como o Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), a Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDi) e o Colégio Brasileiro de Faculdades de Direito. Dentre outros aspectos, lamentam a falta de conexão entre si.

Dentro da própria OAB, por seu turno, também detecta-se falta de homogeneidade entre a CEJ e a Comissão de Exame de Ordem, sem contar aquela existente entre as mesmas duas comissões em seus âmbitos seccionais. A CEJ do Conselho Federal tem enfrentado dificuldades, por exemplo, porque algumas seccionais não enviam os pareceres e nem sequer os dados solicitados (estatísticas de Exame de Ordem, realização e relatórios de visita às faculdades etc.), seja no que concerne aos processos de autorização, seja de reconhecimento.

A principal discordância entre a CEJ e a Comissão de Exame de Ordem, em seu âmbito federal, parece dizer respeito exatamente aos conteúdos que devem estar presentes no currículo das faculdades de direito. Claro que ambas as comissões têm suas próprias atribuições a cuidar, dentre as quais ressalta, no que concerne à Comissão de Exame de Ordem, o problema de sua unificação nacional, a qual, apesar de óbvia em um país no qual a licença para advogar não se restringe a âmbitos estaduais, enfrenta resistências tenazes.

No conteúdo, o Exame de Ordem permanece mnemônico, isto é, testa mais a memória do que qualquer outra atividade mental, e dogmático, no sentido de exigir conhecimentos baseados em meros relatos descritivos do direito positivo. Isso

contrariamente às recomendações da própria Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal, que rejeita projetos de cursos de direito de cunho preparatório para esses tipos de exames e concursos e procura induzir ao ensino de disciplinas que despertem mais a crítica e a criatividade,

Do outro lado, na esfera interna do Ministério da Educação, também percebem-se concepções díspares, quando não antagônicas. Aqui cabe registrar aquela existente entre as políticas de graduação, a cargo da Secretaria de Ensino Superior, SESu, e de pós-graduação *stricto sensu*, sob o comando da Fundação Coordenadoria de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior, a CAPES. Como é de conhecimento geral e debatido na grande mídia, há uma política francamente expansionista da parte da primeira, inclusive ignorando solenemente pareceres fundamentados em contrário da CEJ, conduzindo a uma expansão do ensino privado e à autorização e credenciamento de mais de mil faculdades de direito no momento no país. Do lado da CAPES, os pedidos para autorização de cursos de mestrado, para não falar nos de doutorado, encontram um índice de mais de noventa por cento de rejeição. Isso levando em conta a íntima relação entre os dois setores, propugnada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a qual exige um percentual de mestres e doutores nos cursos de graduação que jamais encontrará satisfação diante das políticas dos dois órgãos, ainda que submetidos ao mesmo Ministério, diametralmente opostas.

Nada disso sói estranhar neste país. Dois exemplos farão corar o leitor.

O primeiro deles é o caso do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Goiás. Não se quer aqui criticar os critérios da Comissão da Área de Direito da CAPES, mas simplesmente chamar atenção, como diz o subtítulo acima, para as discordâncias institucionais. Esse Curso de Mestrado foi descredenciado pela CAPES, sob diversos argumentos técnicos, cuja propriedade, repita-se, não está aqui sob julgamento. Ocorre que cabe ao Governo Federal, e daí ao Ministério da Educação, prover condições para o bom funcionamento de instituições a seus cuidados. Um curso de mestrado tradicional, em instituição pública federal, único existente há 19 anos, em uma região reconhecidamente carente nesse ponto, há três anos tenta, debalde, voltar ao sistema nacional de pós-graduação em direito. E um órgão do próprio governo descredencia o que o governo não fez.

Outro exemplo vem da Universidade Federal de Pernambuco. Com um Programa de Pós-Graduação em Direito consolidado e tradicional, em uma região ainda hoje carente na área, foi incentivada por sua Reitoria e pela própria CAPES, ao credenciar seu Curso de Doutorado em 1996, a qualificar os corpos docentes de faculdades no seu entorno por meio dos mestrados e doutorados interinstitucionais, à época denominados “cursos fora de sede”. Com a extraordinária demanda reprimida, provocada pela expansão da graduação, além dos óbvios dividendos políticos, a Reitoria da UFPE houve por bem assinar convênios com diversas instituições, a certa altura sem cuidar de avaliar se haveria condições institucionais para o devido atendimento dos pleitos.

De repente o Programa da Faculdade de Direito do Recife se viu ameaçado de rebaixamento ou mesmo descredenciamento, abandonado pela própria Reitoria que o colocara nessa situação. Isso não chegou a ocorrer e o rasto desse trabalho foi dos mais auspiciosos: Universidades como a Federal de Alagoas, a Federal do Rio Grande do Norte, a Federal do Piauí, a de Fortaleza e muitas outras tiveram alavancados seus próprios programas de pós-graduação devido ao trabalho da Faculdade de Direito do Recife. Hoje é indicador de excelência ou “solidariedade”, na avaliação da CAPES, o

fato de uma instituição promover cursos fora de sede. Ora, pois, tudo está bem quando acaba bem.

Uma última referência se faz útil, esta apenas para menção, quanto à superposição de funções entre a CAPES e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, o CNPq, vinculado ao Ministério da Ciência e Tecnologia, ministério mais infenso a pressões políticas, cujas competências e critérios para concessão de bolsas e fomento à pesquisa apresentam notória desconexão.

1. As argumentações que fundamentam as discrepâncias.

Da perspectiva da OAB, a preocupação central é com o mau desempenho da profissão, que pode provocar e vem de fato ensejando danos irreparáveis à sociedade. Causam espécie considerações ainda hoje persistentes sobre sua competência para o exercício das funções delegadas para a Comissão de Ensino Jurídico, teclas reiteradas desde sua criação, tema no qual cabe mera remissão dogmática às normas jurídicas pertinentes. A competência da CEJ parece indiscutível: embora não vinculante, ela é muito importante como indutora de qualidade. No fundo, e aí vai uma opinião pessoal, a qualidade dos cursos de direito depende de uma ampliação de sua carga horária, meta que se pode observar na política da CEJ desde sua criação. Um curso com seis anos de duração, porém, tem contra si interesses economicamente relevantes, em torno dos quais se unem alunos e empresários do ensino.

Certamente a burocracia do MEC não vê com bons olhos o que lhes parece um imiscuir-se indevido da OAB em atribuições constitucionais e legais específicas. As pressões para extinção do exame de ordem vêm ao encontro de uma política de inserção formal de jovens entre 18 e 24 anos no ensino superior, sob pressão dos critérios da comunidade internacional, aliada ao pouco investimento necessário à instituição de faculdades de direito.

Do ponto de vista do MEC, coincidência entre governos em outras áreas tão díspares, quanto os desses dois Presidentes da República que abarcarão 16 anos no comando do país, é ao mercado que cabe decidir a inserção profissional de enormes contingentes de formandos em direito, independentemente da necessidade, por parte da sociedade, de seus serviços, ou de critérios qualitativos que lhes parecem elitistas ou oriundos de reservas de mercado e temor de concorrência.

O argumento é a baixa proporção de jovens entre 18 e 24 anos no terceiro grau no Brasil, atrás de países supostamente mais atrasados da América Latina. A inserção desse público no ensino superior vem privilegiar o curso de direito, encarregado de satisfazer as estatísticas oficiais que o governo vai apresentar perante a comunidade internacional, alegadamente devido a seu menor custo.

Por parte da OAB, o tema envolve complexas questões de política interna. A utilização de critérios rígidos sobre o conhecimento das artes do direito no exame poderia configurar uma medida de alto custo político, eventualmente provocando perda de apoio no plano local e talvez até no nacional, o que, a experiência tem mostrado, forneceria combustível para eventuais oposições pregarem uma “abertura” de forte apelo eleitoral. Poderia também ser disfuncional, para as Seccionais, que já enfrentam problemas de inadimplência, provocados pela proletarização da profissão, diminuir as receitas provenientes do grande aumento no número de advogados inscritos. Advogados influentes, mais administradores de cursos preparatórios do que causídicos, constituem também grupos de pressão que não podem ser ignorados.

2. Os problemas específicos da área de direito.

Parece fora de dúvida, a crer nos indicadores, que a área de direito encontra-se em desvantagem diante de outros campos do conhecimento no Brasil, sejam as ciências "duras", sociais, teóricas ou aplicadas. Se procede a afirmação de que as ciências biológicas e as matemáticas estariam acima da ciência do direito, dentro de um "ranking" dos diversos saberes, o ensino e a pesquisa em direito enfrentam o pior dos mundos possíveis. As aulas-conferência não são um mal em si, mas exigem professores altamente qualificados e, mesmo assim, não podem ser exclusivas. O problema do direito com os relatos descritivos do direito positivo que caracterizam aulas, cursos e produção bibliográfica. A própria qualidade do exame de ordem e dos concursos públicos vai na mesma direção. Não se problematiza, não se ensina a pensar. Não consideram o currículo do candidato, sua história pregressa... Vários motivos levaram a esse estado de coisas.

Como a demanda por professores é muito grande e de caráter recente na história do país, não houve tempo para preparar esses profissionais. O resultado é um amadorismo atroz, em geral fruto de um recrutamento de profissionais do direito para os quais o ensino é diletante e a pesquisa que o alimentaria é inteiramente desconhecida. O exame vestibular para o nível superior, na área de direito, praticamente desapareceu devido ao crescimento da atividade privada e ao número de vagas superior à demanda. Nas instituições públicas, nas quais ainda persiste unicamente pelo caráter gratuito das mesmas, o exame cai num pragmatismo dirigido pelos cursos secundários preparatórios, nos quais as disciplinas importantes para o estudo do direito são suplantadas por um tecnicismo dominado por disciplinas inúteis. O corpo discente é assim selecionado ignorando as necessidades específicas do aluno para o curso de direito: são bons alunos, pelo menos no início, mas nem sempre são os melhores.

Dentro da faculdade de direito, a situação torna-se ainda mais complicada: professores descompromissados, ausentes ou atrasados contumazes, excesso de turmas e de alunos, além das querelas internas que atazanam a vida da universidade pública. A penúria financeira das federais, aliada a uma partidarização política do alunado e até do professorado, nefasta diante do demagogismo eleitoral para escolha de seus dirigentes, tudo isso leva a um crescente e progressivo desinteresse dos alunos ao longo do curso. É impressionante a decadência geral que a faculdade de direito pública lhes causa.

A piorar a penúria, toda e qualquer iniciativa para angariar recursos e melhorar os parcos ganhos dos professores é tachada de "privatização da universidade pública", atravancada com ações na justiça e temperada com mais demagogia política. As fundações das universidades são expostas como as grandes vilãs, os governos simplesmente ignoram as necessidades de manutenção e aprimoramento e o caos prossegue.

Mesmo que as ações do ministério público e de líderes estudantis para impedir as especializações tenham sido vencidas em alguns juízos, e vencedora em outros, os professores sem dedicação exclusiva, a grande maioria do corpo docente qualificado na área de direito, simplesmente desistiram de organizar e participar desses cursos; foram trabalhar na iniciativa privada e nas parcerias público-privadas, como as escolas ligadas aos tribunais e procuradorias, hoje muito à frente das especializações públicas. Assim, os mesmos cursos que tinham servido para complementar o financiamento da faculdade pública, foram para o âmbito privado.

Do lado das faculdades privadas, a situação é inteiramente diferente. Embora isso não seja válido para todos os cursos, certamente no curso de direito os alunos da universidade pública são os egressos das escolas privadas de nível médio, pois sua muito melhor condição financeira lhes permitiu escapar da baixa qualidade da escola pública de nível fundamental e médio. Isso causa uma das maiores injustiças sociais no Brasil, fazendo com que o aluno com melhores condições financeiras estude gratuitamente na faculdade de direito pública e que o aluno mais sacrificado vá para a faculdade privada, sem condições de estudar e esfalfado por um longo dia de trabalho. Claro que o ensino chamado público não é gratuito a não ser para as famílias dos alunos; ele é pago por esse povo pobre, que pelo menos nas faculdades de direito não consegue entrar.

A pesquisa jurídica nas instituições privadas, porém, ainda é aspiração distante, ressalvadas muito poucas exceções. Se criar um corpo docente além de horistas já se afigura tarefa muito difícil, imagine-se viabilizar condições de iniciação científica e dedicação ao estudo fora da sala. O investimento alto e o insignificante retorno financeiro assusta os empresários e a falta de pressão das entidades governamentais lhes dá o devido respaldo.

3. Aferição de qualidade docente e pós-graduação.

Mas a situação do ensino e da pesquisa em direito no Brasil também apresenta horizonte mais esperançosos, pois a discussão sobre o profissional de direito que se quer no Brasil não se esgota no terceiro grau. Deixando de lado a educação fundamental, que também exige a experiência dos especialistas, cada vez mais passa a pós-graduação a ocupar lugar de destaque, seguindo, aliás, tendência mundial. A demanda revela-se no grande número de novos cursos de especialização (*lato sensu*) surgidos no país, incluindo aqueles promovidos no ministério público, na magistratura estadual, na justiça federal. Quanto à pós-graduação em sentido estrito, já estão credenciados mais de sessenta cursos de mestrado em direito, enquanto que, dos quatorze cursos de doutorado, só três têm mais de quinze anos de atividade. O número de mestrados, por seu turno, era muitas vezes menor há dez anos, o que dá uma dimensão da demanda, mesmo levando em conta a extrema rigidez da CAPES no credenciamento de novos cursos. Essa expansão parece ser inexorável.

Mesmo as instituições privadas de ensino jurídico conscientizam-se da importância, qualitativa e empresarial, da pós-graduação, nesse mundo de serviços especializados. Se o ensino do direito pode ser visto pelos empresários como um negócio, aos poucos já surge a consciência de que qualidade e lucro não se opõem; muito ao contrário, complementam-se. Por outro lado, sistemas de apoio ao estudante menos abastado, concedendo-lhe créditos educativos e bolsas, vêm cooperando para um acesso mais democrático a essas escolas.

Já é antiga a discussão sobre se deve prevalecer uma perspectiva generalista ou especializante na educação escolar. Se esse problema já é crucial nos três anos que antecedem a opção profissional do aluno, ingresse ele ou não no ensino superior, do ponto de vista do ensino jurídico a preparação fornecida pelo nível médio e o correspondente vestibular parecem definitivamente inadequados. Não se trata de concepções pedagógicas excessivamente interdisciplinares, pois não é esse o caso, mas sim de uma exagerada concentração em conhecimentos específicos que muito pouco têm a ver com as profissões jurídicas, enquanto que, por limitações até de tempo, são bem menos numerosas e, em existindo, mais negligenciadas, disciplinas fundamentais

para o estudo do direito como lógica, ética, retórica, história, línguas estrangeiras, noções gerais de política e cidadania etc.

Causa espécie o fato de tantos jovens desejarem ingressar nos cursos jurídicos e as matérias essenciais a esses estudos serem inteiramente negligenciadas nos exames vestibulares e no seu corolário, no ensino de segundo grau. Se a demanda pelas profissões de físicos, engenheiros, químicos e biólogos, espelhando o mercado de trabalho, é tão reduzida, não se compreende a insistência de conteúdos programáticos sobre mitoses, meioses, moles e vetores. Uma reforma que já começa a se delinear em algumas poucas escolas deve ampliar matérias mais úteis aos futuros juristas. Para que a mudança não cause o prejuízo ao contrário para os estudantes com inclinações mais técnicas e tecnológicas, os currículos seriam opcionais, como os antigos clássico e científico.

Claro que a grande necessidade é por escolas e cursos profissionalizantes, toda essa discussão só tem sentido porque a preocupação aqui é com a educação jurídica universitária, o terceiro grau. Essas opções pedagógicas continuam a constituir problemas também no curso de graduação em direito, o qual necessita fornecer ao aluno uma educação humanística mais geral, uma formação técnica nos fundamentos do direito positivo e as habilitações específicas para a prática profissional.

Esses muitos problemas discentes não podem ser separados de sua contraparte principal, qual seja, um corpo docente que jamais se submeteu a qualquer modalidade de aferição acadêmica, cujo currículo reduz-se a uma manipulação dos colegas e das lideranças estudantis. Na melhor das hipóteses, um concurso na juventude distante, bem sucedido para uma carreira jurídica burocrática, pouco ajuda nas habilidades acadêmicas de um professor. Claro que há advogados e juizes com dimensão universitária, dependendo de sua historia de vida, mas a grande maioria é de diletantes. Isso para não falar dos professores que invectivam contra pesquisas, cursos e titulações e que sequer concursos ou experiência profissional naquelas áreas dogmáticas possuem, além das sinecuras públicas que lhes foram porventura presenteadas.

Ajudando a superar todas as dificuldades enfrentadas pelos juristas, porém, os programas de estudo e pesquisa em seus diversos níveis têm crescido mais e mais em todo o país.

4. Dois mundos a conciliar: o público e o privado diante da área de direito.

Apesar da argumentação pretensamente objetiva e geral, as ações opostas à pós-graduação parecem ter um fundamento nitidamente pragmático e, por motivo deste caráter existencial de sobrevivência, esses críticos atuam denodadamente em defesa de seus interesses, sobretudo no que concerne aos ambientes no serviço público. Ultrapassados em todos os sentidos, eles temem a pós-graduação, como um mundo desconhecido, um mundo no qual não viveram e cuja importância não querem compreender.

Nas universidades públicas, por exemplo, não corresponde à verdade a afirmação de que os critérios para progressão na carreira de magistério dependem exclusivamente da pós-graduação. Por um lado, é certo que, em universidades de qualidade, o entendimento é que ter defendido uma tese de doutorado simboliza simplesmente o fim da carreira de aluno; não é preciso ir ao exterior para encontrar esta perspectiva, pela qual o bom professor precisa apresentar muito, muito mais do que isto.

Por outro lado, contudo, em universidades menos qualificadas, é perfeitamente possível progredir na carreira se o docente, mesmo sem experiência profissional em pesquisa, até sem ter realizado qualquer trabalho de maior fôlego, vem produzindo trabalhos outros, como artigos, pareceres e inclusive decisões em revistas especializadas, tem publicado em congressos, é convidado para ministrar cursos e palestras em outras universidades, vem compondo bancas examinadoras de concursos públicos jurídicos, ainda que não-acadêmicos, vem cooperando junto a órgãos de pesquisa sérios, em suma, "tem currículo". O que não se pode é nivelar por baixo e aceitar como título acadêmico uma banca de advocacia bem ou mal sucedida ou a escolha política para participação em tribunais superiores, conquistas sem dúvida admiráveis, mas que nada têm a ver com ensino, pesquisa ou extensão universitárias.

Se pode haver advogados, procuradores, ministros e desembargadores com dimensão universitária, basta olhar para ver os muitos a quem a ciência do direito é inteiramente estranha, o que não é nenhum demérito, desde que se perceba a diferença. A atividade dogmática é um dos objetos dela, mas é ignorante e falaz confundi-la com a atividade científica. O profissional em formação não se deve deixar enganar pela mágoa impotente que subjaz aos últimos cantos de cisne que combatem os critérios de excelência acadêmica, sobretudo a pós-graduação, estertores já extintos em todas as universidades decentes do mundo e prestes a calarem-se mesmo aqui na periferia.

Como estratégia bem sucedida de preparação para a pós-graduação e ao mesmo tempo de integração entre graduação e pós-graduação aparece o Programa Integrado de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), fomentado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) em cooperação com as universidades, sobretudo as federais. A área de direito tem participado, ainda que timidamente. Mesmo diante dos dados quantitativos referentes à progressiva privatização do ensino superior, sobretudo na área jurídica, a absoluta predominância das universidades públicas em relação ao PIBIC demonstra uma relação qualitativa inteiramente diferente, na qual estas levam grande dianteira. Inobstante a queda no ensino público superior, seu alunado ainda é, sem dúvida, o melhor. Para atrair uma clientela mais capacitada, dentre outras estratégias, as universidades privadas que perseguem a qualidade têm procurado instituir seus próprios programas de iniciação científica, com ou sem apoio do governo, muitas com sucesso.

Nas faculdades de direito públicas, a exigência de dedicação exclusiva, regime de trabalho que impede o professor de exercer outras atividades, incluindo ensino e pesquisa em outra instituição, tem provocado êxodo de professores e funcionários, diminuição de regime de trabalho e de dedicação por parte de profissionais qualificados, atraídos pelo mercado, mas também menos interesse de pessoas melhor preparadas em trabalhar nelas.

No âmbito privado, o aumento de faculdades de direito tem muitas causas e facetas: o governo não tem o ensino superior nem a pesquisa como prioridades, o empresariado viu que alguns cursos podem ser lucrativos, a profusão e a confusão legislativas facilitam as coisas, além de conflitos de competência (os conselhos estaduais autorizam faculdades de direito pertencentes a autarquias, por exemplo, sem passar por qualquer manifestação da OAB).

O ponto bom é o aumento do mercado e vagas de trabalho para os professores de direito. Não vêm à toa as disputas internas na magistratura ou no ministério público, que chegaram até o Supremo Tribunal Federal, a respeito de quantas aulas semanais seus membros podem assumir.

5. Especialização e profissionalização do docente.

A pós-graduação em direito no Brasil começa na primeira metade do século passado, com a implantação dos cursos de doutorado no Recife, Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte. Esses cursos tinham perfis relativamente simples, pode-se dizer mais correspondentes aos mestrados ou mesmo às especializações de hoje. A pós-graduação da Faculdade de Direito do Recife, por exemplo, instituída em 1938, como curso de doutorado, apresentava apenas oito disciplinas de trinta horas em sua grade curricular, sem exigências de língua estrangeira ou produção científica substancial. Tal qual em outros países como a Itália, por exemplo, não havia nível de mestrado na pós-graduação em direito. Tampouco eram padronizadas as estruturas acadêmicas.

Na passagem para a década de 1970, com uma maior centralização e fiscalização por parte do governo, as exigências doutorais passaram a ser maiores e mais unificadas, fazendo com que se expandisse no país a criação de cursos jurídicos de mestrado, em detrimento dos doutorados, muitos dos quais foram, por assim dizer, rebaixados à condição de mestrados, como no o caso do mestrado em direito na Faculdade de Direito do Recife. A tradição anterior desses doutorados, porém, parece ter feito com que os primeiros mestrados e os demais que a eles se seguiram se encaminhassem para uma excessiva complexidade: os poucos mestrados em direito consolidaram-se como cursos longos, dispersos em seus conteúdos, calcados em estudos que não se dirigiam às dissertações, fazendo com que a média de tempo de conclusão se colocasse entre as mais altas e menos desejáveis das áreas de conhecimento classificadas pela Fundação Capes e pelo MEC.

Implantou-se assim, no Brasil, uma cultura de mestrados em direito com carga horária exagerada, consistindo de disciplinas desconexas entre si e de corpos docentes isolados em suas linhas de pesquisa e excessivamente burocráticos em suas exigências curriculares. Não se deve esquecer, porém, a importância desses primeiros mestrados na formação da pesquisa jurídica e maturação científica da área. Este perfil acadêmico começa a mudar com rapidez nos últimos anos e aí a OAB, por meio de sua Comissão de Ensino Jurídico, tem tido um papel importante na criação e apoio de exigências prévias para criação e manutenção de cursos jurídicos, mesmo sendo um órgão de classe, na opinião de alguns desvinculado dessa sorte de problemas. Dentre elas, a exigência de titulação que incentiva a demanda por pós-graduações em direito.

A tendência parece ser a de simplificar e expandir os mestrados, reservando às instituições mais sólidas a responsabilidade pelos cursos de doutoramento. O problema é que, para consolidar um curso de mestrado, a instituição precisa de doutores e não de mestres, problema que só pode ser solucionado enviando professores para cursar doutorados fora do Brasil, opção cada vez mais difícil, diante da escassez de bolsas para a área de direito, ou realizando doutorados interinstitucionais ou itinerantes, dentro do país.

Do outro lado, mais na base da pirâmide da educação jurídica no Brasil de hoje, está aparentemente consolidado um processo de aumento de possibilidades de acesso à Universidade por parte da população, processo esse que já há várias décadas teve início. Nesse sentido, continua sendo crescente o número de cursos de graduação, aumentam-se vagas em cursos já instituídos e mesmo novos centros universitários e universidades despontam a todo momento.

O nível de crescimento dos cursos de pós-graduação, contudo, longe de acompanhar este ritmo, sequer tem feito frente à demanda e às expectativas dos egressos do ensino do terceiro grau, clientela em potencial para programas de especialização, mestrado ou doutorado. Evidentemente, pelo seu grau de aprofundamento e por suas exigências peculiares, os cursos de pós-graduação não podem oferecer o mesmo índice de crescimento em relação aos bacharelados. Mas essa e outras discrepâncias parecem exageradas no que concerne à área jurídica.

É sabido que investimento em educação é uma das vias mais eficientes para possibilitar a mobilidade social. No Brasil de hoje, entra na escola pública superior quem fez escola básica privada e vice-versa. Excluindo-se estratégias complicadas e de resultado duvidoso, na direção de "ações afirmativas" que reservariam quinhão de vagas especificamente para os economicamente menos favorecidos ou outros critérios, chega-se então a uma encruzilhada lógica e, enquanto tal, muito simples: só há duas maneiras, as quais não são excludentes, mas muito ao contrário conciliáveis, para enfrentar o problema.

Uma delas é melhorar a qualidade do ensino público fundamental, possibilitando aos mais pobres concorrência leal pelas melhores faculdades de direito. A outra, melhorar a qualidade da escola privada superior. Claro que sem deixar cair o nível da escola superior pública, patrimônio ímpar dentre países subdesenvolvidos como o nosso, asneira que o governo já vem há muito praticando, infelizmente. A primeira solução está realmente nas mãos do governo, é um problema social. A segunda tem como estratégia básica incrementar a pós-graduação em direito nas instituições privadas, nas quais investir na qualidade da infra-estrutura física (de informática, biblioteca, instalações etc.) é relativamente simples; seu grande problema é a qualificação docente.

Salta aos olhos a enorme desproporção quantitativa entre graduação e pós-graduação em direito, a qual não tem paralelo em qualquer das áreas do conhecimento em que se tem estruturado o sistema educacional brasileiro. Observe-se ainda, dentre as numerosas peculiaridades do curso e do campo profissional jurídico, que a pós-graduação não se dirige especialmente à formação de novos docentes, notando-se uma demanda diversificada também da parte de bacharéis sem especial interesse no magistério, mas com pretensões de titulação e aprofundamento para inserção e progresso em suas respectivas carreiras profissionais, demanda a que a pós-graduação *lato sensu* não tem conseguido responder em termos qualitativos. Que os juristas precisam constantemente atualizar-se parece ser um truísmo no mundo moderno. Os dados coletados e analisados pela CEJ, nas pesquisas levadas a efeito pela OAB, mostram que há uma grande demanda, também por parte de agentes jurídicos desvinculados de atividades acadêmicas, pelos cursos de pós-graduação, sejam cursos curtos de atualização, sejam especializações, mestrados ou doutorados. Todos os indicadores apontam na direção de um mercado de trabalho cada vez mais dirigido à prestação de serviços, ambiente do operador jurídico, mas sobretudo a serviços especializados. Para setores mais complexos, em suma, uma formação de quarto grau é primordial.

Tentem-se listar alguns entraves que encontra a especialização e inserção profissional do advogado no momento:

a) As dificuldades encontradas pelas instituições de ensino jurídico para qualificar seus docentes em nível de Mestrado e Doutorado;

b) Os índices efetivos insuficientes de titulação dos atuais professores, prejudicando a qualidade e a produtividade do ensino e da pesquisa em direito, posto ser a titulação uma condição prévia exigida pelas agências de fomento nacionais e internacionais, daí as pouquíssimas bolsas;

c) A necessidade de desenvolver uma política de capacitação para todo o Sistema de Educação das IES, sobretudo diante das exigências de titulação e produção científica colocadas aos cursos de graduação em direito pelo Ministério da Educação;

d) A demanda no sentido de criar mecanismos de integração entre a Universidade e a comunidade profissional, representada pelas diversas categorias de operadores jurídicos, visando aprimorar as práticas jurídicas forenses e não forenses;

e) As dificuldades encontradas para publicação da produção acadêmica e científica na área jurídica, pois há poucos veículos com controle de qualidade e sua longevidade é ainda menor. O catálogo *Qualis* da CAPES, além de problemas de informação sobre publicações estrangeiras, pode ter uma maior divulgação e transparência de critérios, tais como qualidade intrínseca dos trabalhos, *curricula* dos autores, vinculação a uma instituição de prestígio, longevidade, dentre outros.

Implantam-se assim novas relações entre o ensino superior e sociedade, procurando fazer do professor também um pesquisador que atualiza o saber que transmite, pois uma instituição de ensino superior deve ser caracterizada, principalmente, pelo nível de seu corpo docente.

Face à função da universidade, no sentido de responder aos desafios colocados pelas mudanças, o sistema de pós-graduação *stricto sensu* precisa ser colocado como maior estimulador ao progresso do conhecimento jurídico. No entanto, em termos nacionais, apesar de algum apoio às instituições promotoras desses cursos, mediante as agências de fomento, a situação da pós-graduação, em especial a da área de direito, não tem se desenvolvido da melhor forma, com muita política e pouca sensibilidade para com as desigualdades regionais e as parcerias institucionais.

A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO

VIRTUAL E ATUAL: DELEUZE & GUATTARI E A FILOSOFIA DO DIREITO*

VIRTUAL AND ACTUAL: DELEUZE & GUATTARI AND LAW'S PHILOSOPHY

Belmiro Jorge Patto

RESUMO

O presente trabalha trata da crise do positivismo, contrapondo-se a ela a idéia de dois autores da filosofia, quais sejam, Gilles Deleuze e Félix Guattari que propõem uma filosofia da ontologia e da diferença. Avalia as transformações da epistemologia das ciências em geral, e como se dá esta transformação quando aplicada ao Direito. Ressalta a importância da postulação do problema como ponto de partida para a otimização de possíveis soluções. Trata ainda do aspecto lingüístico do Direito como uma dimensão importante para estabelecer a hipótese de que o que está positivado não é o direito, mas, a virtualidade do Direito. Isto porque o que importa não é a lei positivada, mas o processo de constituição que antecede a própria lei, seus agenciamentos, seu conteúdo, sua expressão e a determinação que as máquinas abstratas são capazes de relacionar e atualizar. O processo passa a ser então a interface de atualização do virtual. Descarta-se a idéia da atuação concreta da lei. A conceituação de virtual e atual é vista não como distinção, mas como problematização dessa relação ininterrupta das duas dimensões.

PALAVRAS-CHAVES: POSITIVISMO; CRISE; DELEUZE; GUATTARI; ONTOLOGIA; EPISTEMOLOGIA; DIREITO; PROCESSO, ATUAL; VIRTUAL.

ABSTRACT

This work deals with the crisis of positivism, in contrast to it the idea of two authors of philosophy, namely, Gilles Deleuze and Félix Guattari propose that a philosophy of ontology and difference. Assesses the changes in epistemology of science in general, and how is this transformation when applied to law. Emphasizes the importance of positing the problem as a starting point for the optimization of possible solutions. This is still the language aspect of the law as an important dimension to establish the hypothesis that what is enacted is not right, but virtuality of the law. This is because what matters is not the law positively valued, but the process of formation before the law itself, its connections, its content, its expression and the determination that the abstract machines are able to connect and actualize. The process then becomes the interface to actualize the virtual. Discard the idea of concrete actions of the law. The concept of virtual and actual is seen not as a distinction, but as a continuous questioning of the relationship of two dimensions.

KEYWORDS: POSITIVISM; CRISIS; DELEUZE; GUATTARI; ONTOLOGY; EPISTEMOLOGY; LAW; PROCESS; ACTUAL; VIRTUAL

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

A crise por que atravessa o positivismo parece inconteste. A crise da autoridade, os problemas de corrupção, as novas ordens econômicas, suas crises, suas conseqüências sociais, já não podem mais ficar ao largo do mundo jurídico, nem tampouco ser subestimado por ele.

De outro lado o pensamento científico também está passando por constantes renovações epistemológicas, colocando em xeque vários dos pressupostos até bem pouco tempo assumidos como verdadeiros pela ciência jurídica.

O presente trabalho trata de algumas questões relativas a tais problemas da perspectiva filosófica da diferença e da ontologia, instituídas a partir das obras dos filósofos franceses Gilles Deleuze e Félix Guattari. Como se observará, não somente as idéias mas também a linguagem e a forma da escrita desses autores muitas vezes geram estranhamentos no universo jurídico, acostumado ao formalismo quase cartesiano do pensamento positivista e iluminista que perpassou por muito tempo a filosofia do Direito.

Inicia-se o trabalho pela localização no plano epistemológico do que seria a filosofia e a filosofia da ontologia e da diferença, para então começar a tratar especificamente do positivismo e seu núcleo central, qual seja, a idéia de direito material.

Demonstra-se a partir de uma teoria da linguagem ontológica a impossibilidade de tal concepção, contrapondo-se a ela as noções de *agenciamento, conteúdo, expressão, territorialização, desterritorialização e máquina abstrata*.

Num segundo momento, e como conseqüência da referida contraposição, a idéia de instrumentalidade do processo também é revisitada a partir dessa ontologia, demonstrando que não se trata de dois mundos distintos, mas de uma mesma interação entre o virtual e o atual, no conceito de processo como interface.

Por fim, são evidenciados os conceitos de atual e virtual e suas conseqüências para o Direito, demonstrando-se que tais conceitos são mais adequados aos fenômenos jurídicos contemporâneos, por isso aptos a solução de alguns problemas que até então vêm demonstrando sua persistência na comunidade jurídica, até porque, como indicado no texto, a questão é também de formulação do próprio problema que pode levar a soluções inadequadas.

1. PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS

Antes de mais nada é importante destacar que os pensadores Gilles Deleuze e Félix Guattari instituiram uma filosofia *da ontologia*, que num primeiro momento passou despercebida e depois, com alguns *eventos*, ela foi se tornando mais clara e apreensível. Os fluxos e as dinâmicas que atualizam o virtual são os objetos de suas observações.[1]

Por isso as idéias conceituais, esparsas em todas suas obras, muitas vezes parece não *fazer sentido*. Quando falam nos movimentos de placas tectônicas, não estão se referindo a metáforas, mas, justamente aos *movimentos* vivos do planeta, que acabam por determinar os *destinos* de uma dada civilização. Seja no *plano de expressão* global, seja no *plano de intensão* local.

Quando pensam o virtual e o atual, estão-se referindo não a uma dualidade, mas a uma integral/diferencial. Curvas, *linhas de fuga* que são capazes de *desterritorializar* estruturas *territorializadas*. Uma *máquina abstrata* e seus *agenciamentos*. Novas territorializações que *estabilizam* os fluxos binários do sistema, virtualizando novas *potências*.

Poderia se pensar o ordenamento jurídico nas mesmas categorias virtualidade/atualidade a partir dessas premissas filosóficas. Assim cabe primeiramente identificar os conceitos centrais que muitas vezes impedem a construção de uma filosofia *do* Direito, sem os vícios da representação positivista.

Não seria função de *uma* filosofia a construção de conceitos? [2] Assim, seria possível uma filosofia *do* Direito, mais que uma filosofia geral aplicada ao Direito, uma vez que tais conceitos pertencem a determinado campo de enunciação, muitas vezes gerando mal-entendidos quando aplicados a campos distintos.

Assim, antes da formulação de *novos* conceitos, é preciso verificar se os postulados das filosofias que tentam explicar o jurídico ainda subsistem aos fatos e às dinâmicas da vida *atual*.

2. DIREITO MATERIAL?

A pergunta que se faz é se é possível falar-se em Direito material ainda hoje, depois de tantas *revoluções científicas*.[3] Na verdade já se deveria assumir de uma vez que o Direito é produzido não *na* Lei, mas a partir das interpretações dos textos de lei. Mesmo naquelas situações onde se parece estar diante de *critérios objetivos*, tais como a capacidade civil que se perfaz aos 18 (dezoito) anos de idade, no nosso sistema, não se poderia deixar de observar que, em verdade, trata-se de uma *presunção* legal. A não ser desse modo, se estaria admitindo a inexistência de qualquer objeção ao próprio critério. Dessa forma, basta a dúvida razoável para que o critério caia por terra enquanto materialidade e necessite de declaração judicial para que possa ser validado no mundo fático.

Veja-se que a distinção é importante para esclarecer que, mesmo nos casos onde não há qualquer questionamento, a *certeza* da capacidade é mediada pela *presunção* e não diretamente do texto de lei.

Este fato é muitas vezes obnubilado pela idéia do *direito material* que faria crer na eficácia da lei antes mesmo do pacto social, que é, este sim, o que efetivamente lhe garante aquele atributo, ou seja, não há falar-se em eficácia da lei, mas sim do consenso de que a sociedade se obriga, no pacto social, a cumprir a lei.[4]

No Brasil, temos a curiosa hipótese da *lei que não pega*, a demonstrar a fragilidade da idéia de *direito material*.

Então, seria possível a afirmação de um *direito material* naquele nível, do pacto social? Ainda nos parece que a resposta deve ser negativa, uma vez que a norma é perpassada por conceitos *jurisdicizantes* que não estão escritos no próprio texto, tais como as idéias de sistema, proporcionalidade, razão, justiça, etc.

Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho de Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. - A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, "respeitados os direitos individuais e nos termos da lei" (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado.[5]

Como se observa na maioria das vezes, o texto de lei não é suficiente para apreender o sentido da norma e, mesmo do Direito, sendo necessária a interpretação que aparece como parte integrante do processo de atualização do próprio direito. Tal afirmação é bastante diferente daquela comum entre os processualistas no sentido de que a função do processo seria a concretização, pela decisão, do direito material.[6]

O que se afirma aqui é a hipótese de que o que se encontra no ordenamento jurídico positivado não é *o* Direito, mas *a virtualidade do direito* que obrigatoriamente necessita da atualização de seu conteúdo significante pela expressão da decisão judicial, não como dois mundos dicotômicos, mas como uma mesma dimensão que não cessa de agenciar a máquina abstrata da produção jurídica.[7]

Cabem aqui alguns esclarecimentos conceituais.

Quando Deleuze e Guattari tratam do problema da linguagem afirmam que "não existe significância independente das significações dominantes nem subjetivação independente de uma ordem estabelecida de sujeição. Ambas dependem da natureza e da transmissão das palavras de ordem em um campo social dado".[8]

Por sua vez, conceituam:

"Chamamos *palavras de ordem* não uma categoria particular de enunciados explícitos (por exemplo, no imperativo), mas a relação de qualquer palavra ou de qualquer enunciado com pressupostos implícitos, ou seja, com atos de fala que se realizam no enunciado, e que podem se realizar apenas nele. As palavras de ordem não remetem, então, somente aos comandos, mas a todos os atos que estão ligados aos enunciados por uma 'obrigação social'. Não existe enunciado que não apresente esse vínculo, direta ou indiretamente. Uma pergunta, uma promessa, são palavras de ordem. A linguagem só pode ser definida pelo conjunto das palavras de ordem, pressupostos implícitos ou atos de fala que percorrem uma língua em um dado momento".[9]

Como se observa, há sempre uma relação entre o significado e "um dado momento" que está configurado na atualidade do mundo, por isso é possível aos autores a afirmação da relação entre linguagem e poder, mas não como se a linguagem portasse algo de instituinte nessa relação. "Não se trata de uma origem da linguagem, já que a palavra de ordem é apenas uma função-linguagem, uma função coextensiva à linguagem".[10]

Quanto ao que vimos afirmando sobre a possibilidade do *direito material*, os autores nos dão o exemplo que parece ser conclusivo:

"Quando Drucot se pergunta em que consiste um ato, ele chega precisamente ao agenciamento jurídico, e dá com exemplo a sentença do magistrado, que transforma o acusado em condenado. Na verdade, o que se passa antes - o crime pelo qual se acusa alguém - e o que se passa depois - a execução da pena do condenado - são ações-paixões afetando os corpos (corpo da propriedade, corpo da vítima, corpo do condenado, corpo da prisão); mas a transformação do acusado em condenado é um puro ato instantâneo ou um atributo incorpóreo, que é o expresso da sentença do magistrado. (...) As palavras de ordem ou os agenciamentos de enunciação em uma sociedade dada - em suma, o ilocutório - designam essa relação instatânea dos enunciados com as transformações incorpóreos ou atributos não corpóreos que eles expressam".

No horizonte de uma filosofia do Direito que busca a construção de conceitos dessa área de conhecimento, não é mais possível deixar passar ao largo tais hipóteses, pois válidas até que sejam falseadas a ponto de não resistirem no confronto com a atualidade dos mesmos conceitos.[11] O que parece impossível é a afirmação da existência do *direito material* como queriam os positivistas, como se o Direito fosse capaz de descrever a realidade dos fatos e instituí-los como verdades independentes somente porque inscritos no texto de lei.

Quando se afirma, por sua vez, que há um agenciamento da máquina abstrata que produz o Direito, tais conceitos também necessitam uma melhor apreensão. Os autores trabalham tais relações a partir da idéia de diagrama, com eixos horizontais e verticais, deixando entrever, no entanto, não existir um primado do conteúdo sobre a expressão, mas como afirmado, seriam duas dimensões que interagem mutuamente, que se pressupõem mutuamente. Assim:

"Mas quando empregamos essa palavra vaga 'intervir', quando dizemos que as expressões intervêm ou se inserem nos conteúdos, isso não é ainda um tipo de idealismo no qual a palavra de ordem vem do céu, instantaneamente? Seria preciso determinar não uma origem, mas os pontos de intervenção, de interseção,e isso no quadro da

pressuposição recíproca das duas formas. Ora, as formas, tanto de conteúdo quanto de expressão, tanto de expressão quanto de conteúdo, não são separáveis de um movimento de desterritorialização que as arrebata. Expressão e conteúdo, cada um deles é mais ou menos desterritorializado, relativamente desterritorializado segundo o estado de sua forma. A esse respeito, não se pode postular um primado da expressão sobre o conteúdo, ou o inverso".[12]

Se aplicado ao que dissemos, pode-se afirmar que aquilo que acontece na positivação da lei e na decisão judicial são os agenciamentos maquínicos dos conteúdos e das expressões, numa relação contínua de várias dimensões no movimento daquilo que se atualiza como Direito.

Falta ainda explicar o que é esse agenciamento maquínico, e como ele é capaz de atualizar a produção do direito, e quais as conseqüências de tal afirmação. Mais uma vez, os autores nos socorrem:

"Podem-se tirar daí conclusões gerais acerca da natureza dos Agenciamentos. Segundo um primeiro eixo, horizontal, um agenciamento comporta dois segmentos: um de conteúdo, o outro de expressão. Por um lado, ele é *agenciamento maquínico* de corpos, de ações e de paixões, mistura de corpos reagindo uns sobre os outros; por outro lado, *agenciamentos coletivos de enunciação*, de atos e de enunciados, transformações incorpóreas sendo atribuídas aos corpos. Mas, segundo um eixo vertical orientado, o agenciamento tem, de uma parte, *lados territoriais* ou reterritorializados que o estabilizam e, de outra parte, *picos de desterritorialização* que os arrebatam".

Resta claro, então, que a lei positivada não é um conteúdo fechado que não dependa de um campo de enunciação social, com toda a sua dinâmica e complexidade. Por isso mesmo se fala de um processo legislativo. Ao mesmo tempo, a decisão judicial, por sua vez, não faz as transformações incorpóreas surgirem de *per se*, mas são fruto de territorializações daqueles picos de desterritorializações dos regimes de signos jurídicos e, por isso é possível falar de mudança de sentido jurisprudencial.

No limite, o Direito se atualiza para se virtualizar imediatamente após, num eterno movimento, talvez naquilo que Nietzsche chamou de *eterno retorno*, retorno não ao igual, mas justamente retorno à diferença.

"Desse ponto de vista, a interpenetração da língua com o campo social e com os problemas políticos encontra-se no âmago da máquina abstrata, e não na superfície. A máquina abstrata enquanto relacionada ao diagrama do agenciamento nunca é linguagem pura, exceto por erro de abstração. É a linguagem que depende da máquina abstrata, e não o inverso. No máximo é possível distinguir, nela, dois estados de diagrama: um no qual as variáveis de conteúdo e de expressão se distribuem segunda sua forma heterogênea em pressuposição recíproca em um plano de consistência; outro, no qual não se pode nem mesmo distingui-las, porque a variabilidade do mesmo plano fez com que este predominasse precisamente sobre a dualidade das formas, tornando-as 'indiscerníveis'. (No primeiro estado remeteria a movimentos de desterritorialização ainda relativos, ao passo que o segundo teria alcançado um limiar absoluto de desterritorialização)".[13]

E, adiante concluem:

"Eis por que é necessário chegar, no própria agenciamento, a algo que é ainda mais profundo do que essa faces, e que dá conta ao mesmo tempo das duas formas em pressuposição: formas de expressão ou regimes de signos (sistemas semióticos), formas de conteúdo ou regimes de corpos (sistemas físicos). É o que denominamos *máquina abstrata*, sendo que esta constitui e conjuga todas os picos de desterritorialização do agenciamento. E é acerca da máquina abstrata que se deve dizer: ela é necessariamente 'muito mais' do que a linguagem. (...) Uma verdadeira máquina abstrata não possui qualquer meio de distinguir por si mesma um plano de expressão e um plano de conteúdo, porque traça um só e mesmo plano de consistência, que irá formalizar os conteúdos e as expressões segundo os estratos ou as reterritorializações. Mas, desestratificada, desterritorializada por si mesma, a máquina abstrata não tem forma em si mesma (muito menos substância) e não distingue em si conteúdo e expressão, ainda que presida fora de si a essa distinção e a distribua nos estratos, nos domínios e territórios. Uma máquina abstrata em si não é mais física ou corpórea do que semiótica, ela é *diagramática* (ignora ainda mais a distinção do artificial e do natural). Opera por *matéria*, e não por substância; por *função*, e não por forma. As substâncias, as formas, são de expressão 'ou' de conteúdo. Mas as funções não estão já formadas 'semioticamente', e as matérias não estão ainda 'fisicamente' formadas. A máquina abstrata é pura Função-Matéria - o diagrama, independentemente das formas e das substâncias, das expressões e dos conteúdos que irá repartir".[14]

Por isso o Direito é tão complexo e de tão difícil definição. Mesmo sua *função* já não é pacífica no sentido de *regular a vida em sociedade*, até porque se não se explicitar o que se *entende* por "regular", "vida" e "sociedade" não é possível vencer o impasse da tautologia do significante/significado da própria função.

Assim, o direito não está posto na lei positivada. Muito ao contrário, o Direito é constante atualização/virtualidade dos agenciamentos maquínicos com todas as suas dimensões diagramáticas, nesse sentido é que se pode dizer *direito vivo*. É nesse sentido que se poderá escapar ao impasse da constante representação jurídica positivista que aprisiona a existência impossibilitando as linhas de fuga da dinâmica social, num suposto *status quo* que não passa da redução grosseira da complexidade dos devires da singularidade dos eventos.

3. DA *FUNÇÃO ATUALIZANTE* DO PROCESSO

Insiste-se em avaliar o mundo de maneira mecânica, no sentido newtoniano da física. Tal fato acaba contaminando as diversas ciências de forma a distorcer algumas de suas mais importantes conclusões, obscurecendo muitas vezes o próprio objeto de estudo. Não é diferente, pensa-se, na ciência do Direito. Por muito tempo se tem usado a metáfora da "ferramenta" processual, como um dos meios de solução para os problemas da concretude e da efetividade do Direito.

Tal visão pressupõe a completude de conteúdos da norma de direito material. Mas, caberia perguntar:

Como se dá o processo legislativo, ou seja, as pressões sociais são os sintomas do "Direito em ebulição" já preexistentes, ou o objeto "Direito" somente surge quando,

virtualizado na norma positivada em sistema é então sujeitado a um processo de interpretação/aplicação?

A última hipótese parece hoje a mais plausível, não porque se estaria revisitando Kelsen, mas sim porque o que constitui o objeto Direito apresenta *sempre* conteúdos significantes problemáticos que necessitam de interpretação, justamente pelo fato de estarem positivados em sistema. Assim, o que pareceria uma objeção torna-se a razão mesma da interpretação. Ou seja, o que está em jogo não é a positividade, mas a atualização da virtualidade da norma positivada em sistema.

O Direito surge, então, a partir do processo que o atualiza. Atual aqui tem não só o significado temporal do presente, mas também a dimensão espacial do estar presente. Ou seja, é somente a partir da decisão judicial que o Direito virtualizado na norma se atualiza no tempo/espaço.

O que se quer dizer é que a lei só ganhará *atualidade* quando interpretada, ainda que à luz dos princípios e, não quando positivada no processo legislativo.

Quanto ao fato social, ele é um dos fatores que põem em movimento o processo legislativo, mas definitivamente, não é seu motor principal: os anseios sociais passam pela interface legislativa do Estado, de modo a atualizar-se somente após todo o trâmite procedimental - nele estão presentes as ações dos "lobbies", das bancadas, dos interesses nem sempre públicos dos parlamentares e de seus "assessores", além da ação do próprio tempo.

As pressões sociais, no entanto, têm o condão de impedir a eficácia ou mesmo o início do processo legislativo. São duas as maneiras em que isso se dá: primeiro, os projetos podem ser "engavetados" onde hibernarem por longo período; segundo, os projetos sofrem "emendas" e se modificam no sentido de "aplacar" os ânimos. Muito raras são, nesses casos, as hipóteses de consensos e, mesmo quando existentes, isto, no entanto, não corrobora a metáfora fisiológica do "Direito vivo".

Em verdade o que ocorre aí é o fato social que, embora tenha alguma potência de agenciamento da máquina abstrata, não é muitas vezes relevante para a atualização da norma a ser positivada. Isto porque é desinfluente naquilo que virá a ser a virtualidade da norma positivada em sistema. O que se quer dizer é que uma vez que adentra ao sistema, a norma passa a exigir sua interpretação para ganhar atualidade.

Veja-se, de outro lado, que os únicos meios de retirar uma norma do sistema são as ações que controlam a constitucionalidade da mesma, portanto devem ser objeto de análise interpretativa. O "desuso" é caso típico em que a regra deixa, não de ser observada, mas, de ser objeto de interpretação porque não representa qualquer influxo no sistema. Mas, ainda que se queira fazer uso de tal norma, deverá a mesma ser interpretada.

Assim, não há falar-se, deve-se repisar, em Direito material a ser confirmado pelo processo, nem em Direito como dado social preexistente. No primeiro caso, não há a dicotomia substantivo/adjetivo, mas a atualização daquilo que é virtual. No segundo, são os agenciamentos maquínicos que possibilitam as "escolhas" dos conteúdos das normas.

Ora, mesmo a liberdade só existe diante do "princípio da legalidade". Um interessante paradoxo. A liberdade deveria ser o território da anomia, onde o que não é proibido é permitido. Justamente o contrário da visão do princípio da legalidade. Ali não deveria haver incidência de nenhum Direito: a liberdade seria um valor e não um Direito. Por isso ela só poderia existir fora do Direito. Ou seja, aquilo sobre que o Direito se debruçaria seria a coerção, a diminuição da liberdade, ainda que de forma "reparadora".

Mas hoje é inconteste o caráter legal da liberdade e das garantias a ela inerentes.

Este fato é importante para se compreender a idéia de Justiça. Nosso olhar permanece no campo da mecânica, no ponto de referência. A Justiça enquanto idéia, está sim fora do Direito, mas quando se diz fora não se quer dizer alheia como objetivo a ser alcançado em perspectiva. Não! A Justiça é um código semiótico para a atualização do sistema.

No entanto, ao atualizá-lo, se *presentifica* na decisão, que passa a ser novo código para outras decisões e assim sucessivamente. Ou seja, no momento mesmo em que se atualiza, torna-se virtualidade positivada em sistema. E aqui também não há mais se negar o caráter normativo da jurisprudência. Então se percebe que se deve abandonar a metáfora mecânica do ponto de referência (fim a ser alcançado), para entender a Justiça como código semiótico de interpretação (agenciamento maquínico).

Dessa forma, ocorre uma abertura do sistema para a complexidade da vida social. O processo, então, passa a ser uma interface onde os dados semióticos da norma virtual positivada em sistema serão agenciados, não de maneira mecânica, mas de maneira informacional/comunicacional, atualizando-o em Direito.

Disso decorrem algumas conseqüências importantes. A primeira delas é a imanência entre Direito e processo, e não mais mera representação do "direito material" pelo "direito processual". A segunda, é que os pontos de partida epistemológicos do Direito e do processo carecem de revisão.

Portanto o percurso do processo é fundamental no agenciamento do Direito, porque não é uma ferramenta que possibilita concretizar o direito posto, mas é interface que faz comunicar a virtualidade e a atualidade. Tem uma função completamente diferente, porque informa os dados apresentados com conteúdos próprios, internalizando na virtualidade do sistema positivado a interpretação atualizadora.

"Em seu aspecto material ou maquínico, um agenciamento não nos parece remeter a uma produção de bens, mas a um estado preciso de mistura de corpos em uma sociedade, compreendendo todas as atrações e repulsões, as simpatias e as antipatias, as alterações, as alianças, as penetrações e expansões que afetam os corpos de todos os tipos, uns em relação aos outros. Um regime alimentar, um regime sexual regulam, antes de tudo, misturas de corpos obrigatórias, necessárias ou permitidas. Até mesmo a tecnologia erra ao considerar as ferramentas nelas mesmas: estas só existem em relação às misturas que tornam possíveis ou que as tornam possíveis. O estribo engendra uma nova simbiose homem-cavalo, que engendra, ao mesmo tempo, novas armas e novos instrumentos. As ferramentas não são separáveis das simbioses ou amálgamas que definem um agenciamento maquínico Natureza-Sociedade. Pressupõem uma máquina social que as selecione e as tome em seu *phylum*:uma sociedade se define por seus

amálgamas e não por suas ferramentas. E, da mesma forma, em seu aspecto coletivo ou semiótico, o agenciamento não remete a uma produtividade de linguagem, mas a regimes de signos, a uma máquina de expressão cujas variáveis determinam os usos da língua. Esses elementos, assim como as ferramentas, não valem por eles mesmos. Há o primado de um agenciamento maquínico dos corpos sobre as ferramentas e sobre os bens, primado de um agenciamento coletivo de enunciação sobre a língua e sobre as palavras".[15]

Como se costumava dizer: a vida social é dinâmica e o direito não consegue acompanhar essa dinâmica. Isto porque a epistemologia jurídica partia dos pressupostos positivistas do *direito material* e do processo como instrumento de *concretização* daquele direito. Tudo isso parece inadequado na filosofia da ontologia que ora se propõe, uma vez que toma o resultado pela causa e a representação pela diferença.

4. O VIRTUAL E O ATUAL

A contraposição entre virtual e atual é bastante complexa e do ponto de vista filosófico não se confunde com o possível e o real. Como são conceitos fundamentais para o presente trabalho, a perspectiva que se adota é a da filosofia da diferença que tem como busca a ontologia e não a representação.

Para Pierre Lévy, "o virtual não se opõe ao real, mas sim ao atual. Contrariamente ao possível, estático já constituído, o virtual é como o complexo problemático, o nó de tendências ou de forças que acompanha uma situação, um acontecimento, um objeto ou uma entidade qualquer, e que chama um processo de resolução: a atualização. Esse complexo problemático pertence à entidade considerada e constitui inclusive uma de suas dimensões maiores". E, conclui o autor:

"O real assemelha-se ao possível; em troca, o atual em nada se assemelha ao virtual: *responde-lhe*".[16]

Como se observa, e não se deve confundir com a utilização freqüente do termo "virtual" por força das tecnologias da informação, o sentido que se quer aqui utilizar é totalmente inovador e funda uma nova perspectiva para o Direito e os problemas de sua interpretação e aplicação.

Sendo a virtualidade uma instância de *problematização* que, por sua vez, não se alheia à solução dada na atualização, infere-se que a relação existente entre processo e Direito não pode ser aquela que pretende a visão da instrumentalidade, que estaria muito mais afeita aos conceitos de possível e real onde o processo atua apenas como representação última do "direito material".

Sendo, ainda, o Direito linguagem, as questões que estão envolvidas em seu processo de interpretação e aplicação são muito mais condizentes com os conceitos de virtual e atual, do que aos conceitos de possível e real, uma vez que a linguagem é ela em si mesma uma virtualidade.

Ainda com Pierre Lévy:

"A partir da invenção da linguagem, nós, humanos, passamos a habitar um espaço virtual, o fluxo temporal tomado como um todo, que o imediato presente atualiza apenas parcialmente, fugazmente. Nós *existimos*".[17](*Op. Cit.*, p. 71).

Disso se observa que as questões hermenêuticas que surgem dessa perspectiva tendem a ganhar novos contornos, uma vez que a interpretação sempre se deu a partir do pressuposto da "concretude" dos conteúdos da norma positivada, como se já houvesse um sentido estático preexistente no sistema. Mesmo as normas de calibração do sistema que são vistas como prontas e acabadas, apenas esperando seu momento de aplicação. Ora, tal visão não se coaduna com a dinâmica da vida social e muito menos com as questões aqui levantadas, uma vez que estando virtualmente positivadas no sistema, deverão também ser objeto de constante atualização.

Por isso a função hermenêutica não seria a de "descobrir" os sentidos ocultos já contidos previamente na norma, mas como acima afirmado, a atualização é uma das respostas à virtualização, que leva em conta todos os *agenciamentos maquínicos* e as condições *atuais* de resolução do problema posto. Não custa repisar, a postulação do problema pode por si só levar a diferentes resultados.

Uma decisão não seria tão-somente uma decisão para resolver um *caso concreto*, mas no momento de seu surgimento, ela passaria a integrar a virtualidade do sistema, tornando-se ao mesmo tempo uma resposta e uma nova *problematização*, o que demonstra quão erroneamente tem sido considerada a questão da pacificação social através da decisão judicial.

Somente para ilustrar, imagine-se que duas pessoas tenham pactuado um contrato de locação, e instrumentalizaram o pacto através daqueles formulários prontos. Suponha-se que o referido formulário já traga disposto um determinado índice de correção. Pois bem, pode ocorrer que esses dois sujeitos levem a efeito as obrigações ali contraídas sem qualquer discussão ou conflito.

Agora, suponha-se que outras duas pessoas avençaram as mesmas condições e no momento da correção o locatário tenha achado injusto o índice de correção de seu instrumento e tenha buscado a redução do índice pela via judicial. Na hipótese de obter sucesso, poderá tal solução judicial estar criando conflitos naquelas relações que aparentemente estavam pacificadas porque as partes estavam interpretando a norma diferentemente da interpretação *autorizada* do Poder Judiciário.

É fácil observar no exemplo exposto o quão frágil é o dogma de que a função do processo é a pacificação social através da aplicação dos conteúdos concretos do direito material. Em verdade a dinâmica é totalmente outra, muito mais afeita à lógica do virtual e do atual do que do possível e do real, uma vez que aquela decisão judicial passa a integrar o sistema como novo código semiótico para a interpretação e aplicação da norma virtualizada em sistema.

Pode-se então concluir que o processo é uma singularidade complexa capaz de atualizar o Direito, capaz de *agenciar* o próprio Direito, pois somente através da interpretação/aplicação é que exsurge o conteúdo efetivo da virtualidade da norma positivada em sistema. Tal conteúdo, no entretanto, não é estático, uma vez que a partir dele se possibilitam novas interpretações de *todo* o sistema positivado, demonstrando a

dinâmica com que deve ser entendida a atividade de interpretação e atualização do Direito pelo processo, num movimento que jamais se fecha em si mesmo mas, pelo contrário, está em constante movimento de abertura para novas virtualidades e novas interpretações atualizadoras.

Quanto ao Direito, sua atualização é capaz de gerar significados novos, podendo-se considerar tais significados como verdadeira produção de novos conteúdos normativos. Assim, quando o Direito é positivado em sistema, a Jurisprudência alcança um nível de importância radicalmente diferente daquele considerado corriqueiramente pela doutrina e mesmo pelo Poder Judiciário, uma vez que é a partir da interpretação que se *expressa* o que é *o* Direito.

Dessa perspectiva se conclui que o *acesso à Justiça* possibilitado pelo processo, reafirma a complexidade das sociedades atuais [18], com seus fluxos, velocidades, em constante movimento de desterritorialização/reterritorialização, sendo impossível falar-se de certeza ou mesmo de concretude da norma, uma vez que os conteúdos e as expressões integram aquilo que se denomina a *máquina abstrata do* Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, é possível afirmar pela inexistência do *direito material*, não porque seja uma idéia ruim, mas porque inadequada para a solução das problematizações que hoje se põem à filosofia do Direito.

Não é mais possível trabalhar os absolutos: *sociedade, humano, lei, sistema*, etc. sem levar em consideração os agenciamentos que conduzem a tais formações, que são sempre dinâmicas, provisórias, relacionais. Ora, se estes são os objetos que constituem os estudos de uma filosofia do Direito, nada mais consentâneo que a apreensão de conceitos elaborados para trabalhar com tais características.

As idéias de agenciamento, conteúdo, expressão, territorialização, desterritorialização, máquina abstrata, é uma hipótese viável para se verificar se há correta problematização dos fenômenos que o jurídico deve responder, por isso submetê-los à lógica da falseabilidade parece ser a melhor epistemologia.

O Direito, por sua vez, não se explica mais pela idéia de direito positivo, nem o processo como instrumento de atuação da vontade concreta da lei. Assim, os conceitos de interface, atual e virtual parecem ser os que melhor explicam muitos do problemas e problematizações que hoje são postas à solução por uma possível filosofia ontológica e da diferença do Direito.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, 246 p.

DeLANDA, Manuel. *Intgnsive science and virtual philosophy*. London: Continuum, 2002, 223 p.

DELEUZE, Gilles. *Mil platôs* - capitalismo e esquizofrenia. v. 2, Gilles Deleuze e Félix Guattari; trad. Ana Lúcia de Oliveira e Lúcia Cláudia Leão. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1995, 107 p.

_____. *O que é a filosofia?* Gilles Deleuze, Félix Guattari, trad. Bento Prado Jr. e Alberto Alonso Muñoz. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2001

DINAMARCO, Cândido Rangel. et.al. *Teoria geral do processo*. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, 351 p.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicsa*. 5 ed., São Paulo: Perspectiva, 2000, 257 p.

LÉVY, Pierre. *O que é o virtual*. São Paulo: Ed. 34, 1996, 160 p.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 9 ed., São Paulo: Pensamento, 1993, 527 p.

---

[1] Manuel DeLanda referindo-se à epistemologia de Deleuze afirma: "The role of the thinker is not so much to utter truths or stablish facts, but to distinguish among the large population of true facts those that are important and relevant from those that are not. *Importance and relevance*, not truth, are the key concepts in Deleuze's epistemology, the task of realism being to ground these concepts preventing them from being reduced to sujbective evaluations or social conventions. This point can be made clearer IF we contrast Deleuze's position not with the linguistic version of correspondence theory but with the mathematical one. In this case a relation of correspondence is postulated to exist between the *state* of a physical object and the *solution* to mathematical models capturing the essence of that object. By contrast, Deleuze stresses the role of correctly posed *problems*, rather than their true solutions, a problem being well posed IF it captures an objective destribution of the important and unimportant, or more mathematically, of *the singular and the ordinary*". DeLANDA, Manuel. *Intgnsive science and virtual philosophy*. London: Continuum, 2002, p. 7. Em tradução livre: O papel do pensador não é a verdade absoluta ou estabelecer fatos, mas distinguir entre uma grande quantidade de ocorrências aquelas que são importantes e relevantes das que não são. *Importância e relevância*, não verdade, são conceitos centrais na epistemologia de Deleuze, sendo tarefa do realismo o estabelecimento desses conceitos, evitando-se sejam reduzidos a considerações subjetivas ou convenções sociais. Este ponto fica claro se nós compararmos a posição de Deleuze, não com a versão lingüística da teoria da correspondência, mas com a matemática. Neste caso, a relação de correspondência é postulada como ocorrência entre os *estados* de um objeto físico e as *soluções* do modelo matemático que captura a essência daqueles objetos. Diferentemente, Deleuze sublinha o papel da correção na formulação dos *problemas*, mas do que em suas soluções, o

problema sendo bem posto se capta a distribuição objetiva daquilo que é importante ou não, ou matematicamente falando, d*o singular e do ordinário*.

[2] "Simplesmente chegou a hora, para nós, de perguntar o que é a filosofia. Nunca havíamos deixado de fazê-lo, e já tínhamos a resposta que não variou: a filosofia é a arte de formar, de inventar, de fabricar conceitos". DELEUZE, Gilles. *O que é a filosofia?* Gilles Deleuze, Félix Guattari, trad. Bento Prado Jr. e Alberto Alonso Muñoz. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2001, p. 10.

[3] "Algumas vezes um problema comum, que deveria ser resolvido por meio de regras e procedimentos conhecidos, resiste ao ataque violento e reiterado dos membros mais hábeis do grupo em cuja área de competência ele ocorre. Em outras ocasiões, uma peça de equipamento, projetada e construída para fins de pesquisa normal, não funciona segundo a maneira antecipada, revelando uma anomalia que não pode ser ajustada às expectativas profissionais, não obstante esforços repetidos. Desta e de outras maneiras, a ciência normal desorienta-se seguidamente. E quando isto ocorre - isto é, quando os membros da profissão não podem mais esquivar-se das anomalias que subvertem a tradição existente da prática científica - então começam as investigações extraordinárias que finalmente conduzem a profissão a um novo conjunto de compromissos, a uma nova base para a prática da ciência. Neste ensaio, são denominados de revoluções científicas os episódios extraordinários nos quais ocorre essa alteração de compromissos profissionais. As revoluções científicas são os complementos desintegradores da tradição à qual a ciência normal está ligada". KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicsa*. 5 ed., São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 24-25.

[4] Não desenvolveremos aqui estas idéias do consenso, do pacto, etc., elas mesmas problemáticas. Nossa intenção é tão-somente deixar patente que sempre há algo dinâmico que está para além daquilo que diz o texto de lei.

[5] STF - HC 93050/RJ - rel. Min. Celso de Mello - 2ª Turma - j. 10.06.08; p.700.

[6] "O processo é indispensável à *função jurisdicional* exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei". CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DIINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 275.

[7] Para Karl Popper, a "partir de uma idéia nova, formulada conjecturalmente e ainda não justificada de algum modo - antecipação, hipótese, sistema teórico ou algo análogo - podem-se tirar conclusões por meio de dedução lógica. Essas conclusões são em seguida comparadas entre si e com outros enunciados pertinentes, de modo a descobrir-se que relações lógicas (equivalência, dedutibilidade, compatibilidade ou incompatibilidade) existem no caso". POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 9 ed., São Paulo: Pensamento, 1993. p. 33.

[8] DELEUZE, Gilles. *Mil platôs* - capitalismo e esquizofrenia. v. 2, Gilles Deleuze e Félix Guattari; trad. Ana Lúcia de Oliveira e Lúcia Cláudia Leão. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1995.p. 17.

[9] Idem, p. 16.

[10] DELEUZE. *Op. cit.*, p. 13.

[11] "Contudo, só reconhecerei um sistema como empírico ou científico se ele for passível de comprovação pela experiência. Essas considerações sugerem que deve ser tomado como critério de demarcação, não a *verificabilidade*, mas a *falseabilidade* de um *sistema*. Em outras palavras, não exigirei que um sistema científico seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas, em sentido positivo; exigirei, porém, que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo; *deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico*". POPPER, Karl. *Op. cit.*, p. 42. Nos parece tais premissas sejam plenamente coerentes e aplicáveis ao Direito.

[12] DELEUZE. Op. cit., p. 28.

[13] Idem, p. 33 e 34.

[14] Idem, p. 98 e 99.

[15] DELEUZE. Op. cit., p. 31 e 32.

[16] LÉVY, Pierre. *O que é o virtual*. São Paulo: Ed. 34, 1996, p. 16-17.

[17] LÉVY, Pierre. *Op. cit.*, p. 71.

[18] "Seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da 'modernidade fluida' produziu na condição humana. O fato de que a estrutura sistêmica seja remota e inalcançável, aliado ao estado fluido e não-estruturado do cenário imediato da política-vida, muda aquela condição de um modo radical e requer que repensemos os velhos conceitos que costumavam cercar suas narrativas. Como zumbis, esses conceitos são hoje mortos-vivos. A questão prática consiste em saber se sua ressurreição, ainda que em nova forma ou encarnação, é possível; ou - se não for - como fazer com que eles tenham um enterro decente e eficaz". BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 15.

A CONCEPÇÃO DE DIREITO EM HART E DWORKIN: ANÁLISE DO ATUAL ESTÁGIO DA DISCUSSÃO ENTRE OS AUTORES E IMPACTOS NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL*

THE CONCEPT OF LAW IN HART AND DWORKIN: ANALYSIS OF THE CURRENT STAGE OF DISCUSSION BETWEEN THE AUTHORS AND IMPACTS ON NATIONAL CASE LAW

Breno Baía Magalhães

RESUMO

Com o passar dos anos, muito já foi discutido a respeito do embate filosófico travado entre Hart e Dworkin. Todavia, muitas dúvidas ainda circundam os principais pontos de divergência entre os autores, em especial após a exposição das ideias de Dworkin na obra O Império do Direito e da resposta de Hart em seu pós-escrito póstumo. Dessa forma, observa-se que a discussão central entre ambos é a separação entre Direito e Moral, assim como a implicação dessa na interpretação do direito e da existência, ou não, da discricionariedade judicial. Partindo dessa premissa, e analisando alguns julgados do poder judiciário brasileiro, podemos perceber quais as concepções acerca do direito adotadas por nossos Tribunais.

PALAVRAS-CHAVES: HART; DWORKIN; POSITIVISMO; DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL; INTERPRETAÇÃO DO DIREITO; CONCEITO DE DIREITO; JURISPRUDÊNCIA

ABSTRACT

Over the years much has been discussed about the philosophical clash held between Dworkin and Hart. However, many doubts still surround the main points of the disagreement between the two authors, especially after Dworkin published The Law´s Empire and the response of Hart in his posthumous postscript. Thus, it is clear that the central debate between them is the separation between law and moral and its implications on the interpretation of the law and the existence or not of judicial discretion. On that premise, and considering some jurisprudence from the higher curts in Brazil, we can see which conceptions of law are adopted by our courts.

KEYWORDS: HART; DWORKIN; POSITIVISM; JUDICIAL DISCRETION; INTERPRETATION OF LAW, CONCEPT OF LAW, JURISPRUDENCE

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Sem dúvidas, o embate filosófico entre Hart e Dworkin foi um dos mais acirrados e importantes debates travados no mundo jurídico do século XX. Muitos trabalhos foram escritos acerca deste debate, expondo o pensamento dos autores e apontando as divergências entre eles. Por isso, pergunta-se: ainda é pertinente revolver este tão decantado assunto neste começo de século?

Para responder a pergunta acima é necessário, em primeiro lugar, contextualizar o debate, ou seja, apontar o ponto nevrálgico em que os autores, efetivamente, divergem. Dessa forma, imperioso analisar as recentes obras dos autores e esclarecer, desde as sutis, às substanciais alterações que os autores fizeram ao longo dos anos, e que aparecem descontextualizadas ou não percebidas pela maioria dos autores nacionais[1]. Nesse sentido, ao encontrar o ponto específico em que divergem os autores, poderemos analisar de como o judiciário, em especial, nossos Tribunais Superiores interpretam o direito, ou melhor, qual concepção do direito adotam no momento da decisão. Através desse exercício, tornar-se-á mais fácil de perceber qual dos dois autores "venceu" o debate, na medida em que o tema ainda é alvo de muitas controvérsias no âmbito acadêmico e sua repercussão na prática jurídica é de suma importância para a legitimidade das decisões do Judiciário.

1. A CONCEPÇÃO DE HART SOBRE O FENÔMENO JURÍDICO

1.1. O que é Direito?

Os primeiros capítulos da obra *O conceito de Direito* visam superar algumas formulações positivistas construídas ao longo dos anos sobre o Direito, em especial a de autores ditos aquelas de Austin e Kelsen (HART, 1986, p.6)[2]. Com efeito, através das críticas às concepções acerca do Direito em voga na época, Hart propôs um conceito universal, que pudesse ser adequado a quaisquer sistemas jurídicos vigentes numa sociedade complexa moderna.

Partindo deste pressuposto, Hart acentua que a profusão de inúmeros conceitos daquilo que poderia ser considerado direito é perpetrada por equívocos acerca da formulação de sua natureza essencial (1986, p. 5). Nesse sentido, o problema de definições anteriore é que estas se ocuparam apenas de alguns aspectos pontuais do fenômeno jurídico, olvidando de outros focos importantes. Ainda que confirme a impossibilidade de formular uma teoria que descreva, de forma efetiva, todas as nuances do Direito, Hart se esforça em abarcar a inteireza do fenômeno jurídico, com o fito de acolmatar algumas lacunas de certas teorias jurídicas, ou seja, busca fundamentar a existência e o alcance de todas as espécies de regras existentes e as conseqüências de sua aplicação.

No intuito de esclarecer sua teoria, bem como demonstrar as falhas daquelas que lhe precederam, o autor lança algumas questões que estão presentes em todos os ordenamentos jurídicos existentes, quais sejam: Já que algumas condutas humanas não são mais facultativas, mas sim obrigatórias em certo sentido, como o direito pode se diferenciar de ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com essas? 2) como se estabelece a estreiteza entre a obrigação jurídica e a moral? Por outras palavras: em que

condição uma conduta pode ser considerada como obrigatória e não facultativa? 3) o direito pode ser considerado como uma união de regras? O que elas são e como surgem? (HART, 1986, p.10-18)

Para responder às questões propostas, Hart argumenta utilizando o exemplo do assaltante na situação de um assalto à mão armada. Afirma, contrariando a teoria que identifica o direito com ordens coercitivas, que o assaltante não poderia impor ordens, uma vez que não dispõe de direito legítimo para tanto. Com efeito, o comando não se baseia no mal que se pode infligir àquele que o descumprir, mas sim por respeito à obediência hierárquica existente nas relações interpessoais. Austin diz que a ordem do assaltante é um comando, uma vez que dirigido a uma única pessoa. Neste passo, a imposição de condutas por funcionários não é o método padrão do direito, daí existirem leis gerais e abstratas que dão conta das condutas sociais. O aspecto de ordenação de condutas específicas a um indivíduo é secundário, pois não é função da lei ordenar que algo seja feito. Por exemplo, caso o assaltante reproduza sua fala em uma sala vazia, não lograria êxito por falta de interlocutores, ainda que esta fala se considere como um comando. Ou seja, o assaltado é obrigado pela conduta do meliante de infligir-lhe um mal imediato, contudo, não tinha a obrigação jurídica de fazê-lo (HART, 1986, p. 26-31).

Tem-se que, primeiramente, para configurar uma regra, eleger determinada conduta como um padrão. Determinar que alguém está sujeito a uma obrigação indica que existe uma regra. Mas o inverso, nem sempre, é verdadeiro. As regras são concebidas e referidas como impondo obrigações quando a procura geral de conformidade com elas é insistente e a pressão social é grande sobre aqueles que se desviam delas. Esta pressão está intimamente determinada à manutenção de um aspecto importante para a vida social, ademais, ela determina uma cadeia vinculante que limita as ações humanas (HART, 1986, p.95-98).

A existência da pressão não determina, todavia, a interiorização das pressões sociais. Há de se observar o importante aspecto interno das regras, consubstanciado pelo modo como o grupo social encara seu próprio comportamento, ou seja, seu posicionamento crítico em relação às regras sociais que praticam (HART, 1986, p.98). Ou seja, a teoria do direito como ordem coercitiva apenas vislumbra o aspecto externo das regras (dando a falsa impressão de que as pessoas agem com receio de prováveis retaliações nos desvios de condutas regradas), mas desconsidera que um sujeito pode não sentir-se obrigado a realizar uma ação, não obstante tenha de fazê-la em nome da higidez do regramento social.

Outro aspecto importante eu sua teoria, diz respeito aos diversos conteúdos das leis e a refutação da tese de que as regras seriam apenas aquelas que estatuem sanções punitivas no caso de seu descumprimento. Com efeito, ao tratar das diferenças do conteúdo das leis, Hart (1986, p. 40) afirma que uma lei criminal ou que imponha a responsabilidade civil se contrapõem às leis que determinam a feitura e a realização de um contrato, porquanto as últimas não impõem deveres e obrigações. Salienta a importância de se considerar o caráter relativo à função social da lei para que lhe se diferencie das demais, como uma lei penal e uma civil, por exemplo. Nesse sentido, exemplifica o papel informativo e limitador das leis processuais, que, não indicando a abstenção ou realização de algum comportamento por parte do juiz, apenas apontam balizas para sua decisão e que não impõem sanções punitivas ao juiz que as descumpre.

Em função da diferença de conteúdo das regras, existe, igualmente, uma distinção entre os atos nulos praticados por particulares e as decisões de Tribunais que violam leis processuais acerca de sua competência jurisdicional. O primeiro ato não produz efeitos jurídicos, já o outro ato, não sendo impugnado devidamente, será juridicamente válido e passível de execução. Ou seja, a nulidade se apresenta como o não preenchimento de uma condição essencial para o exercício de poder outorgado pelas leis, retirando eficácia jurídica ao ato. Impertinente, portanto, sua identificação com uma sanção criminal, por instância

Arremata, por fim, que as leis criminais determinam um comportamento indesejado pela sociedade, por isso que são impostas graves sanções punitivas ao infrator. No caso das leis civis que regulamentam determinadas condutas, ainda que seja possível nulidade do ato que exterioriza a conduta, esta é encorajada e prevista pela lei.

Em seguida, o autor expõe sua teoria de que o direito resulta da combinação de regras primárias de obrigação e secundárias de reconhecimento, mudança e adjudicação (HART, 1986, p. 89).

As regras, portanto, se dividem em dois tipos: uma regra primária, que se define como aquela que estatui deveres e direitos e a secundária, que possibilita que sejam criadas as segundas, ao atribuir poderes. As regras primárias indicam ações que envolvem movimento; as do segundo tipo conduzem não só ao movimento, mas às alterações de deveres ou obrigações. Desta forma, para se chegar ao que seria direito, há de se efetivar a junção destas regras (HART, 1986, p. 103). Salienta que esta compreensão não é exaustiva do direito, contudo pode ser um caminho importante para se desenvolver respostas às principais questões que causam perplexidade aos juristas (HART, 1986, p.109).

Para que um hábito seja considerado uma regra, demandará tempo sem possibilidade de determinação precisa de seu início, e o inverso também é verdadeiro. Um processo de enfraquecimento desta regra demandará um tempo enorme, tornando certos hábitos estáticos. E o terceiro e último problema é o da eficácia. Trata-se da necessidade de impor os castigos às violações às regras, impostas por órgãos autorizados para dar real efetividade às regras.

Para que se resolvam esses problemas, e determinar o aspecto jurídico das regras, é necessário que se incorporem as regras secundárias às primárias (HART, 1986, p. 102). Para a crise de incerteza, se acoplam às regras primárias, as regras secundárias de reconhecimento. Estas determinam se uma regra é de determinado grupo social, a qual deve apoiada pela pressão social que ele exerce. Este reconhecimento, além de dirimir a incerteza, agrega o fato da validade das regras (HART, 1986, p. 104).

Para o problema da estática, cria-se o regime das regras de alteração. Que, em miúdos, determina que algumas regras sejam destinadas a alguns indivíduos para que insiram ou alterem as regras primárias (HART, 1986, p. 105).

Para remediar a ineficácia da pressão social difusa, são necessárias as chamadas regras de julgamento, que também servem para determinar que alguns indivíduos detenham o poder de julgar, de maneira definitiva, e com legitimidade, se houve violação à regras primárias (HART, 1986, p. 106).

1.2 A interpretação do direito em Hart: a textura aberta das regras e a discricionariedade judicial.

Após a exposição acerca do entendimento de Hart do que seria o Direito, cumpre explicitar de que modo esta concepção implica na interpretação das regras por ele propostas. Antes de prosseguir na explicação da interpretação do Direito em Hart, entendemos, por oportuno, esclarecer que suas explanações nessa área visam combater o realismo e o formalismo jurídico e seu cepticismo em relação às regras e à interpretação do direito[3]

Argumenta que as regras gerais, e não os mandamentos individuais determinados para cada indivíduo, é que devem ser o principal instrumento de controle social, uma vez que são importantes a abstração e generalidade das regras jurídicas como forma de padronização das condutas sociais[4]. A textura aberta das regras advém, por sua vez, dos termos gerais aplicados para prescrever as condutas. Nesse passo, como modelos de comunicação de tais padrões de condutas, temos as leis e os precedentes. Todavia, afirma:

Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto á forma de comportamento exigido por elas. Portanto, os limites de aplicação do âmbito da regra são de linguagem. Esta não pode enunciar todos os casos em que pode ser aplicada, nem os fatos podem ser rotulados previamente como sendo subsumidos à regra. No mesmo sentido, os cânones interpretativos possuem limites igualmente lingüísticos, na medida em que os próprios precisam ser interpretados para que se extraia o exato significado dos termos lingüísticos da regra (HART, 1986, p.139).

Hart conclui que, como não há uma convenção acerca das possibilidades de significados que um termo pode ter, o intérprete deve fazer uma escolha entre qual significado aplicar (1986, p.140). Nesse sentido, podemos observar que o autor prega um poder discricionário aberto pelos limites apresentados pela linguagem. Salienta, ademais, que determinados aspectos dos casos individuais variarão sobremaneira do padrão geral estabelecido pelas regras, em contextos socialmente importantes (mas imprevisíveis), que não poderão ser criadas pelo poder legislativo, de forma antecipada, regras uniformes a serem aplicadas caso a caso. Pondera, afinal, que essa situação implica que não existe (simplesmente porque não foi anteriormente contemplada) uma resposta certa e adequada para um caso concreto difícil.

Esta problemática, além de surgir na lei, se apresenta nos precedentes. Neste passo, Hart atesta a função criadora dos tribunais, pois estes criam o direito na mesma medida em que os funcionários da administração o fazem com sua competência de editar atos administrativos para dar concreção a uma determinada lei. Todavia, os juízes devem manter os padrões estabelecidos pela regras de reconhecimento, sendo impossível a criação de diretrizes padronizadas pelo próprio judiciário, como quer o realismo jurídico. Os limites de sua interpretação discricionária estariam, portanto, nas leis. Estas limitam a discricionariedade, mas não a exclui, afirma o autor (1986, p. 155-161).

2. A CONCEPÇÃO DE DWORKIN SOBRE O FENÔMENO JURÍDICO.

Em sua obra *O império do Direito*, Dworkin descreve a concepção que entende que deve ser aplicada para explicar o fenômeno jurídico. Como ponto de partida, o filósofo estabelece uma premissa inicial de que, na prática, existe divergência quanto à interpretação do que seria o direito, ou melhor, uma divergência sobre a interpretação daquilo que constitui o fundamento do direito em relação a determinadas proposições jurídicas[5] trazidas pelos atores jurídicos (1999, p. 8-10). Com efeito, aponta o autor, a divergência pode ocorrer em alguns aspectos, mas não em casos centrais – a maioria das divergências é teórica e não empírica, ou seja, sobre os fundamentos do direito e não acerca dos fatos que o constituem. O autor demonstra que na maioria dos casos não existem divergências quanto aos fatos históricos – todos os juízes estão concordes com aqueles, porém a divergência quanto à decisão persiste. Esta situação nos faz demonstrar que o âmbito da divergência é outro, ou seja, o problema está circunscrito às teorias interpretativas a serem utilizadas pelos juízes na aplicação do direito (DWORKIN, 1999, p. 55-56).

Nesse passo, e conforme o salientado alhures, Dworkin (1999, p. 46) rejeita expressamente as teorias semânticas do direito, em especial o positivismo jurídico, porquanto esta teoria semântica está estabelecida na idéia de incompletude do ordenamento jurídico, na medida em que não aceita que os indivíduos tenham outros direitos, fora aqueles que estão previstos por instituições sociais específicas reconhecidas como produtoras do Direito, além de não poder responder à questão da divergência teórica existente no Direito.

Ademais, em contraposição à teoria de Hart, o direito deve ser considerado como uma junção de princípios e regras, na medida em que ambas se conformam como padrões jurídicos a serem seguidas no caso de obrigações jurídicas (DWORKIN, 2002, p. 36). Os princípios estabelecem uma direção a ser tomada para promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, enquanto exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade política. Todavia, necessitam de uma decisão particular para serem aplicados. Devem ser considerados, nesta medida, como uma inclinação, uma razão para poder decidir algo. Os princípios têm peso (2002, p. 42), o que as regras não têm. Aqueles não determinam sempre quais as obrigações que o pleiteante possui, apenas indicam ou prescrevem determinados comportamentos. Como as regras operam no campo da validade, seus conflitos são resolvidos pelos critérios de resolução das antinomias (2002, p. 39).

2.1. O direito como integridade.

Dessa forma, a fim de buscar a melhor concepção a ser utilizado pelo direito, Dworkin (1999, p. 112-120) se propõe a estudar duas concepções do direito que se afastam da perspectiva semântica e analisa se elas se adéquam ao primado de trazer o direito, enquanto conceito interpretativo, a sua melhor luz. O autor salienta que para que haja divergência de concepções acerca de algo, tem de haver, inicialmente, um mínimo de consenso a respeito de algum elemento constitutivo do objeto interpretado (1999, p. 86-88). Nesse passo, aquilo que o autor aponta como consenso nas teoria é a força coercitiva do direito. Portanto, a concepção mais adequada deve apontar uma melhor justificativa e fundamentação para o uso da coerção por parte do Estado (1999, p.116).

A primeira destas concepções é a convencionalista. Segundo esta doutrina, o direito está ligado às convenções sociais, de modo que todo direito está assentado nas decisões políticas anteriores e os juízes devem, portanto, obrigatoriamente segui-las. Contudo, diferente das teorias semânticas, não quer dizer que o juiz não possa superar os paradigmas quando não haja precedente anterior quando for julgar determinado caso. Nessas situações não existe o direito, o direito é criado e aplicado de forma retroativa de acordo com uma decisão discricionária do juiz laçando mão de argumentos extrajurídicos. Como o juiz deve se eximir de decidir de acordo com suas convicções morais e políticas, deverá buscar a regra que teria pensado o legislador entendido como legítimo nas convenções sociais. Todavia, esta concepção apresenta falhas irremediáveis e deve ser descartada. Ademais, os juízes adeptos do convencionalismo não tomariam uma decisão que pudesse alterar convenções, porque daí surgiria uma regra diferente, o que limita sua atividade jurisdicional e de interpretação do direito em face das sempre cambiantes estruturas sociais.

Uma segunda concepção trazida à baila por Dworkin é a pragmática. Trata-se, em sua essência, de uma concepção cética, porque nega que as decisões políticas do passado ofereçam justificativas suficientes e plausíveis ao uso da forca coercitiva do Estado em determinado momento. Sua fundamentação, portanto, está na justiça ou em outros valores importantes que serão utilizáveis para o progresso da sociedade. Os juízes, por sua vez, são livres para escolher a regra que vão utilizar no caso em questão. Da mesma forma que o convencionalismo, o pragmatismo falha em trazer o direito a sua melhor luz. Nesse sentido, Dworkin pondera que o direito deve levar em consideração a integridade moral política e considerar esses valores como diferentes do valor justiça, portanto, para que seja alcançado há de se levar em consideração uma exigência de preferência entre princípios, seja pelo legislador, seja pelo julgador na aplicação do direito. Tomando por base as falhas dessas concepções, o autor lança mão de sua própria, qual seja: o direito como integridade.

A integridade refere-se ao compromisso de que o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, a fim de estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade (DWORKIN, 1999, p. 201-202). Segundo Dworkin (1999, p. 203), será mais fácil entender a interpretação construtiva do Direito, se se aceitar a integridade como uma virtude política, uma vez que as exigências da mesma se dividem em integridade na legislação (que solicita aos legisladores que produzam leis coerentes com os princípios) e a integridade no julgamento (que solicita aos que julgam o façam também de forma coerente com os princípios).

Conforme o salientado por Dmitruk (2007, p 152-153), o caminho feito por Hércules para encontrar a melhor resposta a um problema jurídico difícil é, em linhas gerais, o seguinte: 1) encontrar, uma teoria coerente sobre os direitos em conflito, tal que um membro do legislativo ou do executivo, com a mesma teoria, pudesse chegar a maioria dos resultados que as decisões anteriores dos tribunais relatam; 2) Selecionar diversas hipóteses que possam corresponder à melhor interpretação do histórico das decisões anteriores; caso elas se contradigam é necessário encontrar uma correta; 3) Encontrar a hipótese correta, a partir do pensamento de que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça e equidade e o devido processo legal adjetivo, e que esses princípios devem ser aplicados de forma a garantir a aplicação justa e eqüitativa do direito. A partir de uma teoria coerente sobre política e direito é possível encontrar

uma resposta satisfatória quando princípios conflitam (DWORKIN, 1999, p. 253); 4) Eliminar toda hipótese que seja incompatível com a prática jurídica de um ponto de vista geral. 5) Colocar a interpretação à prova. Perguntar-se-á se essa interpretação é coerente o bastante para justificar as estruturas e decisões políticas anteriores de sua comunidade (DWORKIN, 1999, p. 288-294). Neste momento, Dworkin justifica o nome de Hércules, uma vez que nenhum juiz real poderia aproximar-se da tarefa que a ele foi confiada. Todavia, esta prática deve ser acentuada no momento de uma decisão, para que esta se justifique politicamente e possa evitar o poder discricionário do juiz.

2.2. O poder discricionário.

Em franca oposição ao pensamento de Hart, Dworkin rejeita a idéia de que os juízes são completamente livres para decidir os casos difíceis, como defendem os positivistas, apoiados apenas em suas próprias considerações acerca daquilo que seria melhor para o caso. Ou seja, refuta a idéia de que possam agir como legisladores, criando o direito para o caso concreto de forma retroativa.

O autor, em seguida, define o poder discricionário como o poder de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade (2002, p.50). Nesse sentido, estabelece uma analogia com o espaço vazio dentro de uma rosca, i.e., a discricionariedade seria um espaço vazio de decisão circundado de restrições. Em seguida, o autor a divide em três sentidos. Os dois primeiros são os sentidos fracos e dizem respeito à indeterminação de uma decisão de alguém submetido às ordens de outrem e a impossibilidade de revisão da decisão que é dada em última instância, respectivamente (2002, p. 51-52).

As criticas do autor americano se voltam, todavia, para o sentido forte de discricionariedade. Este, por sua vez, é obtido quando a decisão a ser dada não está limitada por nenhum padrão de uma autoridade superior (2002, p.52). Em suma, a discricionariedade não determina que o juiz possa decidir sem seguir padrões mínimos de bom senso e equidade, mas sempre seguindo os padrões estabelecidos pela autoridade. No sentido forte, entretanto, a decisão dotada de discricionariedade não pode ser equivocada por ser desobediente, pois os juízes aplicam seus próprios padrões nos casos em que as regras não respondem, e os padrões invocados por eles não lhes vinculam ou impõem obrigações jurídicas (2002, p. 58).

Dworkin arremata que os positivistas têm de considerar o caráter extrajurídico dos princípios, porque a regra de reconhecimento não poderia dar justificativa a esses padrões como jurídicos, pois não há regras que determinem sua produção ou existência. Do mesmo modo, não podem ser elencados quaisquer princípios tomando por base o entendimento pessoal do julgador, pois poderia significar a justificação da alteração radical de regras socialmente enraizadas. Ademais, os julgadores não são livres para escolhê-los, pois nenhuma regra seria obrigatória, caso pudessem elencar os padrões principiológicos que lhes aprouvessem (2002, p.60).

Nesse sentido, Ikawa (2004, p. 113) conclui que Dworkin propõe a existência de um dever legal do juiz de analisar de modo mais holístico as fontes da lei, inclusive no que toca a princípios não convencionais e torna o direito capaz de alcançar mesmo casos difíceis, fornecendo a ele critérios mais objetivos do que o mero recurso à

discricionariedade em sentido forte. Tornando, por conseguinte, o direito capaz de alcançar casos difíceis, sem retirar do juiz a discricionariedade em sentido fraco[6].

3. A RESPOSTA DE HART E A O ATUAL ESTÁGIO DO DEBATE HART-DWORKIN.

3.1 O pós-escrito de Hart e a resposta a seus críticos

Na ocasião do lançamento da 2ª ed. do Livro *The Concept of Law*, seus editores, Penelope A. Bulloch e Joseph Raz, aproveitaram a oportunidade para publicar o pós-escrito que estava sendo redigido por Hart (que havia morrido poucos anos antes do lançamento da novel edição) e respondia às críticas feitas por Dworkin, bem como a outros críticos. De acordo com nota dos editores, o pós-escrito não estava totalmente finalizado, na medida em que faltaram algumas citações em notas de rodapé, ratificações de algumas citações, além de constarem alguns erros de digitação que tornaram, por vezes, o texto incoerente e que escaparam à revisão Hart[7]. Todavia, a publicação do texto foi a oportunidade do autor, de forma sistemática, responder (ainda que postumamente) a seus críticos . No próprio texto do pós-escrito, Hart concorda com alguns críticos, ao afirmar que partes de sua obra são obscuras e incoerentes e aproveita a oportunidade para esclarecê-las e retificá-las, oportunamente (1994, p. 239).

Hart começa sua resposta, indagando que seu escopo com *O Conceito do Direito* difere radicalmente daquele empreendido por Dworkin. Hart afirma que sua concepção é descritiva (pois é moralmente neutra e não possui objetivos de justificação, ou seja, não intenciona justificar ou criticar a partir da moral ou outras bases, as formas e estruturas que surgem na sua discrição do direito) e geral (ao passo que não está ligada a nenhum tipo de cultura jurídica ou sistema legal). De acordo com Hart, a obra de Dworkin é avaliativa e justificadora, bem como está endereçada, exclusivamente, ao direito anglo-americano. Afirma que é avaliativa, na medida em que a tarefa legal da ciência do direito é interpretativa, e busca justificativa moral às praticas legais, através de princípios que se encaixam melhor e são coerentes com o sistema, demonstrando o direito sob sua melhor luz (1994, p.240- 241).

Em seguida, Hart atesta que a visão do positivismo de Dworkin leva em consideração apenas as divergências no que diz respeito à existência ou não dos fatos (*plain-fact positivism)*, na medida em que o positivismo os tomaria como fundamentos das proposições jurídicas e seus padrões estão fixados, previamente, pelo direito (1994, p.245). Contudo, o que se observa é que, em verdade, existem julgamentos de valor e controvérsias sobre a moral. Hart rejeita a crítica de que sua teoria estivesse fundada no erro do positivismo, que Dworkin chama de aguilhão semântico, uma vez que em sua teoria não está especificado que todos os sistemas legais contêm uma regra de reconhecimento, ou que, caso o conceito de direito não fosse fixado, cada pessoa teria uma concepção diferente dele. Aponta que Dworkin também ignora o fato de que regras de alguns países passam pelo teste de *pedigree*, na medida em que se validam, também, pelo conteúdo da regra de reconhecimento, pois tais critérios últimos de validade incluem princípios substantivos de justiça e valores morais. Ou seja, o teste admite valores, não apenas fatos (1994, p. 266-267).

Acerca da discricionariedade judicial, Hart afirma que a margem de criação de direito que atribui aos juízes é limitada por inúmeros constrangimentos a que não estão sujeitos, por exemplo, os órgãos legislativos (1994, p. 273). Afirma, ainda, que os juízes não podem introduzir reformas de larga escala, mas devem agir como um legislador prudente faria, decidindo com suas próprias crenças e valores. Uma das possibilidades da justificação da discrição seria o uso da analogia para regular casos semelhantes, pois o juiz estaria lançando mão de uma regulamentação que está em conformidade com princípios ou razões subjacentes, baseadas no direito existente (1994, p. 274). Segundo Hart, sempre que julgam um caso difícil, os juízes não se desatinam a legislar de forma desmedida, mas realizam uma atitude interpretativa semelhante aquela que Dworkin defende, uma vez que os juízes citam qualquer princípio geral, ou qualquer objetivo ou propósito geral, que se pode considerar relevante para determinada área do direito (1994, p. 275). Todavia, isso não elimina o processo de criação do direito, na medida em que o juiz deve escolher, por exemplo, a melhor analogia para o caso, confiando em seu senso do que é melhor para o deslinde do caso. Com efeito, explica, o direito é incompleto e, em alguns casos, não oferta nenhuma resposta. Os Tribunais devem, portanto, exercer a função restrita de fazer a lei, chamada discricionariedade judicial. Mesmo com a crítica de Dworkin, o autor continua a defendê-la, pois aponta que o argumento daquele de se apoiar em juízos morais, em busca de fatos de uma objetividade moral, seria relegar ao juiz um julgamento discricionário do que ele julga mais correto como padrão moral ao julgar um caso. Daí afirmar sua relutância em acatar teorias controversas acerca do status da objetividade moral.

Hart aceita a crítica de que sua teoria possibilita a aplicação do Direito *ex post facto*, bem como entende injusta quaisquer aplicações retroativas do direito. Porém, nos casos difíceis essa injustiça é mitigada, uma vez que, como esses casos foram deixados sem regulamentação pelo direito, inexistindo, dessa forma, conhecimento prévio da sociedade de seus direitos e deveres jurídicos, não há de se falar em expectativas justificadas frustradas. Complementa que esta possibilidade de criação do direito não seria antidemocrática ou injusta (1994, p. 275-276)

3.2. O atual estágio da discussão.

Com base no que foi exposto acima, pudemos identificar as formulações teóricas acerca da concepção de direito de Hart e Dworkin, assim como sua implicação na interpretação do mesmo para cada autor. Através das distintas formulações, podemos traçar algumas considerações a respeito dos argumentos expendidos pelos autores e sua principal e pontual discordância.

À época em que Hart formula suas respostas (1994), Dworkin já havia lançado sua empreitada mais refinada ao pensamento positivista, representada pela obra *The Law´s Empire* (1986), que configura um aprimoramento de seu pensamento, especialmente, em função das respostas dos teóricos que seguiam a doutrina de Hart[8], bem como do próprio, as suas teses expostas nos ensaios *Model of Rules I* e *II*[9].

Portanto, n *´O Império do Direto* podemos observar que Dworkin não mais combate o positivismo através do argumento de que aquele modelo não comportaria a existência de princípios jurídicos, uma vez que a regra de conhecimento, tal como formulada por Hart, impossibilitaria o reconhecimento daqueles padrões como jurídicos, pois seu teste para aferição de um padrão como jurídico ou não, seria apenas de origem (*pedigree*) e

não de conteúdo. Todavia, Hart nunca limitou sua teoria apenas às regras e fez questão de salientar isso em sua obra, permitindo que a teoria da regra de reconhecimento pudesse abarcar princípios e valores morais, que deveriam ser levados em consideração pelo julgador nos casos difíceis (HART, 1994, p. 263).

O que se depreende desse refinamento na teoria de Dworkin, é que o direito deve ser considerado como um conceito interpretativo e suas disposições devem ser interpretadas, de forma construtiva, sob sua melhor luz, para que se possa justificar a utilização da coerção estatal. Esta interpretação se coaduna com aquilo que o autor considera como um princípio importante: o da integridade. Nesse passo, o direito como integridade requer que se interpretem as decisões políticas passadas de maneira a dar-lhes a melhor interpretação, de acordo com as finalidades do direito.

Nesse sentido, podemos observar que a distinção mais efetiva entre as teorias dos autores reside nas implicações da divisão entre moral e direito[10]. Dworkin apregoa a existência de princípios morais vinculantes, que devem ser levados em consideração no momento da decisão do juiz, não de forma arbitrária, mas que devem ser buscados de forma construtiva, através do apoio institucional conferido a esse princípio, da busca do histórico político-institucional das decisões passadas e se elas se coadunam com os princípios morais da comunidade no momento do julgamento. Hart, por outro lado, leva em consideração apenas a moral convencional como formadora da regra social, deixando de lado a concorrencial, que não é fruto do consenso, levando em consideração apenas a aceitação de uma parte dos deveres a serem assumidos pelo juiz. Ou seja, dentro de sua regra de reconhecimento, apenas uma parte da moral é considerada pelo autor, aquela formulada pelo consenso. Ademais, ainda que busque princípios morais para o julgamento (apenas aqueles considerados jurídicos), o juiz ainda possui o poder discricionário de invocá-los ou não, bem como de escolher aqueles que considera mais relevantes, de acordo com sua consciência, e não através de uma moral objetiva que o vincule como uma obrigação jurídica.

O poder discricionário dos juízes ao interpretar o direito e decidir os casos difíceis é o principal ponto de divergência entre os autores, em função das distintas concepções que possuem a respeito da moral no Direito. Hart refuta a possibilidade de valores morais objetivos vinculantes ou que os juízes tenham uma obrigação jurídica (advinda desses direitos morais) de julgar um caso de uma determinada forma, a fim de se chegar a uma resposta correta, como defende Dworkin. O jurista inglês defende que o juiz tem o poder de criar o direito como um legislador prudente, que leve em consideração os precedentes como guia, a analogia como maneira de garantir uma espécie de analogia e que não realiza transformações radicais, com base em padrões e valores morais presentes na regra de reconhecimento que não o vinculam juridicamente, podendo deles dispor da maneira que julgar mais correta.

4. O DEBATE HART-DWORKIN E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: QUAL DOS JURISTAS É O "VENCEDOR"?

Tomando como base o que fora salientado acima, podemos, através da análise de alguns casos pontuais, estabelecer qual concepção de Direito é adotada nas fundamentações dos juízes. Longe da pretensão de abarcar uma vasta gama de julgados, selecionamos

alguns, bem como algumas discussões, que são exemplificativas das divergências teóricas compartilhadas pelos juízes, além de demonstrar as problemáticas implicações de determinadas interpretações jurídicas. Com efeito, a adoção de determinada concepção sobre o Direito condiciona, diretamente, o tipo de interpretação que o julgador lançará mão para decidir um determinado caso. Em face dessa questão, perguntamos: em nosso país, os juízes decidem pelo modelo de Hart ou Dworkin?

A adoção de uma concepção de Direito baseado na teoria de Hart pode levar a resultados indesejáveis e, na maioria das vezes, injusto. De acordo com este autor, os juízes, em face da textura aberta das regras, deve interpretá-las de acordo com suas escolhas acerca do que entendem como moralmente relevante, ou seja, os juízes estariam autorizados a utilizar os princípios jurídicos que julgarem relevante, de forma discricionária, sem que estejam submetidos a nenhuma parâmetro objetivo de julgamento ou de obrigações jurídicas de decidir de uma determinada forma.

Como exemplo desses casos, lembramos duas decisões de juízes singulares que causaram espanto na comunidade jurídica no ano de 2007 (não muito tempo atrás). A primeira delas, da lavra do Dr. Manoel Maximiano Junqueira Filho, juiz da 9ª Vara Criminal Comarca de São Paulo, capital, decidiu que não havia nenhuma conduta criminosa no ato de chamar um jogador de futebol de homossexual. Não satisfeito, o juiz fundamentou sua decisão no sentido de que " (...) *o futebol é jogo viril, varonil, não homossexual (....) Quem se recorda da Copa do Mundo de 1970, quem viu o escrete de outro jogando (Félix, Carlos Alberto, Brito, Everaldo e Piaza; Clodoaldo e Gérson; Jairzinho, Pelé, Tostão e Rivelino), jamais conceberia um ídolo seu homossexual (...).* Para o juiz, "*o que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal*".

Outro exemplo de discricionariedade judicial podemos observar na decisão do Dr. Edílson Rumbelsperger Rodrigues, da Comarca de Sete Lagoas, Minas Gerais, em que decidiu pela inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha (11.340/06), fundamentando que a "*Lei Maria da Penha — como posta ou editada — é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é anti-ética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta. Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher — todos nós sabemos — mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem.*" Concluiu que "*Ora! Para não se ver eventualmente envolvido nas armadilhas desta lei absurda o homem terá de se manter tolo, mole — no sentido de se ver na contingência de ter de ceder facilmente às pressões — dependente, longe portanto de ser um homem de verdade, másculo (contudo gentil), como certamente toda mulher quer que seja o homem que escolheu amar*".

Julgando sem que padrões morais objetivos ou de uma interpretação construtiva, bem como sem o guia da integridade, o intérprete utiliza suas concepções morais sobre aquilo que ele julga correto. Dessa forma, adotando essa concepção, são produzidas decisões como as descritas logo acima.

Um exemplo de dissídio jurisprudencial atual que diz respeito a esta discussão, envolve a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho. O STJ e o STF têm jurisprudências sólidas divergentes em relação a mais adequada aplicação do

princípio em testilha. Segundo interpretação do STJ, não é possível utilizar o art. 20 da Lei n.º 10.522/02 como parâmetro para aplicar o princípio da insignificância, já que o mencionado dispositivo se refere ao ajuizamento de ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição nas execuções até R$ 10.000,00 (dez mil reais), e não de causa de extinção de crédito. O melhor parâmetro para afastar a relevância penal da conduta é justamente aquele utilizado pela Administração Fazendária para extinguir o débito fiscal, consoante dispõe o art. 18, § 1.º, da Lei n.º 10.522/2002, que determina o cancelamento da dívida tributária igual ou inferior a R$ 100,00 (cem reais) (STJ, 5ª Turma, AgRg no Ag 873.362 / RS, DJe 29/06/2009, Rel. Min. Laurita Vaz)[11].

O STF, por sua vez, entende que a análise quanto à incidência, ou não, do princípio da insignificância na espécie deve considerar o valor objetivamente fixado pela Administração Pública para o arquivamento, sem baixa na distribuição, dos autos das ações fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União (art. 20 da Lei n. 10.522/02), que hoje equivale à quantia de R$ 10.000,00, e não o valor relativo ao cancelamento do crédito fiscal (art. 18 da Lei n. 10.522/02), equivalente a R$ 100,00 (STF, 1ª Turma, HC 96.309/RS, DJe 24/04/2009, Rel. Min Carmen Lúcia) [12].

De acordo com o argumento da integridade, podemos buscar um argumento lógico que aponta para uma resposta no caso em questão. Ora, se o ilícito penal é a mais grave modalidade de ilícitos no ordenamento jurídico, uma vez que as sanções aos atos criminosos podem levar à privação da liberdade do indivíduo, não pode ser coerente com ordenamento jurídico, bem com os princípios constitucionais que informam o direito penal[13], que um ato indiferente para a administração (impossibilidade de propor execuções fiscais ou arquivá-las, quando o valor seja igual ou inferior à R$ 10.000,00) possa levar a uma reprimenda penal. Ao que parece, o STJ julga o caso da forma em que o valor fixado na lei, lhe pareça conveniente, sem atentar para princípios que devem lhe ater juridicamente e para a manutenção da coerência no ordenamento jurídico.

Por outro lado, o STJ vem fortalecendo jurisprudência muito interessante, que aponta o extremo cuidado com valores morais da sociedade, bem como a atenção ao peso dos princípios que dão fundamento a determinadas regras civis substanciais e processuais, como nos casos em que indefere o cancelamento de registro de paternidade, em ações negatórias de paternidade, ainda que escoradas por exame de DNA, quando o pleiteante reconhece a criança espontaneamente, sem nenhum vício de consentimento (como erro, dolo ou coação). Nesse sentido, cita-se ementa de um desses julgados:

Direito civil. Família. Criança e Adolescente. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Interesse maior da criança. Vício de consentimento. Ausência de alegação. Mera dúvida acerca do vínculo biológico. Exame de DNA não realizado. Cerceamento de defesa não caracterizado. *O ajuizar de uma ação negatória de paternidade com o intuito de dissipar dúvida sobre a existência de vínculo biológico, restando inequívoco nos autos, conforme demonstrado no acórdão impugnado, que o pai sempre suspeitou a respeito da ausência de tal identidade e, mesmo assim, registrou, de forma voluntária e consciente, a criança como sua filha, coloca por terra qualquer possibilidade de se alegar a existência de vício de consentimento, o que indiscutivelmente acarreta a carência da ação, sendo irreprochável a extinção do processo, sem resolução do mérito. - Se a causa de pedir da negatória de paternidade repousa em mera dúvida acerca do vínculo biológico, extingue-se o processo, sem*

resolução do mérito, nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC, por carência da ação. - Uma mera dúvida, curiosidade vil, desconfiança que certamente vem em detrimento da criança, pode bater às portas do Judiciário? Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, consciente no momento do reconhecimento voluntário da paternidade, leva para o universo do infante os conflitos que devem permanecer hermeticamente adstritos ao mundo adulto. Devem, pois, os laços afetivos entre pais e filhos permanecer incólumes, ainda que os outrora existentes entre os adultos envolvidos hajam soçobrado.(STJ, 3ª Turma, Resp 1.067.438/RS, Dje 20/05/2009, Rel. Nancy Andrighi)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que possamos ter a exata noção do atual estágio da discussão teórica acerca do direito travada entre Hart e Dworkin, precisamos analisar as obras desses autores e as diferentes formas de abordar os questionamentos suscitados pelo debate, ou melhor, analisar de que forma os autores respondem às críticas feitas de seus posicionamentos. Nesse contexto, é importante visualizar a obra de Dworkin e a diferença de abordagem que faz do positivismo nos ensaios *O modelo das Regras I e II* e o que faz, por exemplo, na obra *O Império do Direito*. Do mesmo modo, deve-se contextualizar as respostas dadas por Hart em seu pós-escrito, a fim de que possamos depurar o ponto essencial da divergência entre ambos.

Este ponto diz respeito a separação entre direito e moral. Hart é favorável à separação e afirma que sua teoria descritiva pode aceitar a presença de princípios que podem ser invocados pelo juiz no momento da decisão, todavia, tais princípios, decorrentes de uma moral convencional e desde que considerados como jurídicos pela regra de reconhecimento, são utilizados de forma discricionária pelo juiz, na medida em que não está sujeito a padrões na decisão, assim como não possuem obrigação jurídica de invocá-los para resolver um determinado caso difícil.

Dworkin, por sua vez, utiliza o argumento do direito como integridade para justificar sua teoria e afastar a posição positivista de que direito e moral estão separados. Portanto, o direito deve ser considerado como um conceito interpretativo e deve ser interpretado de forma construtiva, para que seja construído sob sua melhor luz, a fim de justificar a utilização da coerção estatal. Nesse sentido, o direito como integridade requer que se interpretem as decisões políticas passadas de maneira a dar-lhes a melhor interpretação, de acordo com as finalidades do direito.

Por fim, ao analisar algumas decisões de nosso judiciário, pudemos observar que, na maioria dos casos, a formulação proposta por Hart é mais utilizada, ainda que inconscientemente, pelos juízes. Os valores morais que lançam mão para julgar um caso, não são aqueles advindos de uma construção histórico-política, nem de uma moral política objetiva, ou de uma análise das decisões políticas anteriores, seguidas de uma teoria a respeito de como o direito deve ser interpretado. Ainda que combatam, é impossível negar que os juízes julgam como querem, ou seja, de acordo com sua própria

consciência ou daquilo que julgam a melhor forma, para eles, de analisar o fenômeno jurídico, aumentando, dessa forma, a margem de discricionariedade em suas decisões e pondo em xeque, contraditoriamente, um conceito caro ao positivismo: a segurança jurídica.

Dworkin tinha razão, portanto, ao tratar da abordagem positivista, e pudemos comprová-lo após analisar os casos apresentados, uma vez que, como não estão juridicamente obrigados a decidir um caso de determinada maneira, lançando mão da integridade no direito, a fim de reduzir sua discricionariedade, bem como olvidar a existência de uma moral política objetiva vinculante, os juízes divergem teoricamente, não daquilo que o direito é, mas sim daquilo que eles acham que deveria ser. Por fim, para responder a pergunta posta na introdução, a resposta parece, agora, simples: Sim, ainda precisamos discutir o embate Hart- Dworkin no século XXI.

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.

CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Tradução de Patrícia Sampaio. Barcelona: Ariel, 1984.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 4ªed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

DMITRUK, Erika Juliana. **O Princípio Da Integridade Como Modelo De Nterpretação Construtiva Do Direito Em Ronald Dworkin**. In. REVISTA JURÍDICA Da Unifil, Ano IV - nº 4: Paraná, 2007

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. (Trad.) Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HART, Herbert. **The Concept of Law**, 2ª ed. Oxford, Oxford University, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V. I, 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

IKAWA, Daniela R**.. Hart, Dworkin e discricionariedade**. Lua Nova, São Paulo, n. 61, 2004 . disponível em . Acesso em 15 de julho 2009.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. trad. Antônio Ulisses Cortês. Fundação Calouste Gulbenkian, s, Lisboa, 2006.

SHAPIRO, Scott J. **The "Hart-Dworkin" Debate**: A Short Guide for the Perplexed. February 2, 2007). U of Michigan Public Law Working Paper No. 77. Disponível em http://ssrn.com/abstract=968657. Acesso em 18 de julho de 2009.

---

[1] Muitos textos que têm como objeto o debate entre os filósofos anglo-saxões estão centrados, em sua maioria, nas obras *O Conceito de Direito*, de Hart e *Levando os Direitos a Sério*, de Dworkin. Salientando os ataques feitos pelo último ao conceito de direito apresentado pelo primeiro. Todavia, poucos dedicam atenção às substanciais respostas dadas por Hart em seu pós-escrito às contraposições de Dworkin, bem como aos novos argumentos trazidos pelo último na obra *O Império do Direito*, que diferem daquelas sustentadas nos ensaios intitulados *O Modelo de Regras I e II.*

[2] De Austin, Hart utiliza a obra *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Por sua vez, Kelsen tem seus argumentos refutados por Hart, com base na obra *General Theory of Law and State* (1949).

[3] De acordo com Bobbio (1995, p. 144), as doutrinas realistas do direito (características de países da *Common Law*) advogam que o direito é somente aquilo que os Tribunais decidem que é, ou seja, as leis existentes e não aplicadas ou que ainda não foram objeto de decisões judiciais, não são direito, apenas uma *flatus vocis*. Para os formalistas, considerações acerca do direito independem de questões relacionadas a seu conteúdo, apenas a sua forma, ou seja, o que aparenta (BOBBIO, p. 145). Hart afasta o formalismo ao salientar que, para que se afirme que o direito é aquilo que os tribunais decidem, é necessário que eles se baseiem em regras preexistentes que indiquem como proceder nestes casos. Quanto ao realismo, ainda que o rejeite na maioria dos casos, em que haja uma resposta clara na regra e na impossibilidade dos Tribunais de criarem os métodos de decisão correta, dele se aproxima em casos em que podem se extrair várias interpretações da regra. Todavia, sua contribuição é inestimável, pois fundamentava a necessidade de se atentar às prescrições e limitações aos intérpretes trazidas pelas regras, conforme salienta Oscar Vieira (2005, p. 224)

[4] Podemos citar, no mesmo sentido, o que Kaufmann (2006, p. 236) afirma sobre a relação entre generalidade, abstração e equidade. Afirma o alemão que, porquanto que a lei não pode regulamentar ou prever todos os casos existentes no mundo fático, as disposições legais, para que atendam aos critérios da igualdade, devem ser generalizados ao máximo.

[5] Dworkin (1999, p. 6) conceitua proposições jurídicas como as afirmações e alegações feitas pelas pessoas sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza

[6] Casmiglia (1984) confirma esta conclusão ao afirmar que Dworkin sugere a negação do poder político do juiz sem reduzir sua atividade a uma mera operação mecânica, confirmando a possibilidade de se invocar os outros tipos de poder discricionário. Em seu modelo, arremata o espanhol, o juiz é garantidor de direito e não criador deles.

[7] *Concept of Law*, 1994, Editor´s Note, p. VIII e IX.

[8] Como, por exemplo, Joseph Raz e Genaro Carrió.

[9] Curioso ressaltar que, no Brasil, as principais obras de Dworkin sobre sua teoria do Direito foram editadas com cronologia inversa de suas publicações originais. *Levando os Diretos a Sério* (2002), *Uma Questão de Princípio* (2000) e *O Império do Direito* (1999), no original, respectivamente, 1977/78, 1985 e 1986.

[10] Shapiro (2007, p. 5) chega a essa mesma conclusão, e afirma: "*Dworkin´s basic strategy throughout the course of the debate has been to argue that, in one form or another, legality is ultimately determined not by social facts alone, but by moral facts as well. In other words, the existence and content of positive law is, in the final analysis, governed by the existence and conten of the moral law. This contention, therefore, directly challenges and threatens to undermine the positivist picture about the nature of law, in which legality is never determined by morality but rather by social practice. For it judges must consider what morality requires in order to decide what the law requires, social facts alone cannot determine the content of law*".

[11] No mesmo sentido, ver: Resp 1.015.609/RS, 5ª. Turma, Dje 01/06/2009, Rel. Jorge Mussi; HC 82.226/SC, 5ª Turma, Dje 25/05/2009, Rel. Laurita Vaz; HC 107.407/PR, 5ª Turma, Dje 25/05/2009, Rel. Laurita Vaz.

[12] No mesmo sentido, ver: HC 96.734/PR, 2ª Turma, DJe 24/04/2009, Rel. Ellen Gracie; HC 96.976/PR, 2ª Turma, DJe 08/05/2009, Rel. Cezar Peluso; HC 94.502/RS, 1ª Turma, DJe 20/03/09, Rel. Menezes Direito; HC 93.072/SP, 1ª Turma, DJe 12/06/2009, Rel. Carlos Britto; HC 95.749/PR, Dje 07/11/2008, Rel. Eros Grau.

[13]Como, por exemplo, os da subsidiariedade e do fragmenatariedade.

NEOCONSTITUCIONALISMO E CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO NO DIREITO PÓS-MODERNO*

NEOCONSTITUTIONALISM AND POSITIVISM CRISIS IN THE LEGAL RIGHT POST- MODERN

Clara Cardoso Machado
Dejair dos Anjos Santana Júnior

RESUMO

A crise do positivismo deve ser compreendida a partir da transformação do constitucionalismo no decorrer da história. A alteração da natureza da estrutura do direito juntamente com a mudança de paradigma da ciência jurídica edificou as bases do neoconstitucionalismo e do direito pós-moderno. Este trabalho tem o objetivo de retratar a evolução do constitucionalismo a fim de verificar a correspondência deste com o direito pós moderno, principalmente no tocante à eficácia e a interpretação das normas constitucionais.

PALAVRAS-CHAVES: POSITIVISMO; CONSTITUCIONALISMO; NEOCONSTITUCIONALISMO; EFICÁCIA; NORMAS CONSTITUCIONAIS; INTERPRETAÇÃO

ABSTRACT

The crisis of positivism must be understood from the transformation of constitutionalism in the course of history. The change in the nature of the structure of law with the paradigm shift in the jurisprudence built the foundations of law neoconstitutionalism and postmodern. This work aims to portray the evolution of constitutionalism in order to verify the correspondence of this with the right post-modern, primarily concerning the effectiveness and interpretation of constitutional

KEYWORDS: POSITIVISM; CONSTITUTIONALISM; NEOCONSTITUTIONALISM; EFFECTIVENESS; CONSTITUTIONAL, INTERPRETATION

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, marcado pela concepção contemporânea de direito Constitucional também denominado por muitos de neoconstitucionalismo, delineia novos paradigmas para o Ordenamento Jurídico em consonância com a pós-modernidade.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Do ponto de vista ideológico, conceitua-se Neoconstitucionalismo como fenômeno sócio-político-cultural que afere uma carga axiológica, normativa e suprema à *Lex Maxima* e exige uma leitura verticalizante de todos os ramos da ciência jurídica - a constitucionalização dos direitos.

Numa perspectiva teórica, o neoconstitucionalismo caracteriza uma teoria do direito que põe em xeque o positivismo jurídico, sob a ótica do direito pós-moderno. Portanto, o neoconstitucionalismo teórico representa uma alternativa em relação à teoria juspositivista tradicional. (COMANDUCI, 2003, p. 81)

A crise do positivismo é uma realidade do direito pós-moderno. A ruptura do paradigma dominante revela-se imprescindível para a compreensão da efetividade das normas constitucionais e da nova hermenêutica constitucional, características marcantes do novo olhar sobre o Direito Constitucional.

Destarte, emerge na comunidade científica uma revolução necessária à criação de uma nova teoria. Corroborando este pensamento, explica Thomas Samuel Kuhn (2006, p. 125), "[...] consideramos revoluções científicas aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior."

A revolução neoconstitucional é um processo em andamento que busca a efetivação das aspirações da sociedade. Em face disto, é mister ultrapassar as barreiras fincadas pelo positivismo jurídico, para a partir de uma interpretação concretizadora do texto constitucional efetivar suas normas.

EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

"A ciência moderna nasceu da esmagadora ambição de conquistar a Natureza e subordiná-la às necessidades humanas."

(Bauman, *Modernidade e ambivalência*)

A fim de entendermos a questão da evolução do constitucionalismo mister a pré-compreensão da época em que ocorreram as alterações que deram desenvolvimento à matéria. A partir desse momento, portanto, poderemos entender o contexto em que ocorreram os principais fatos e teorias que deram margem ao seu incremento. Portanto, as considerações iniciais *supra* servem de suporte para o entendimento global que se fará no decorrer deste ponto.

Inegavelmente, as questões mais atuais e relacionadas, por exemplo, à interpretação e à aplicabilidade das normas constitucionais não podem ser bem compreendidas se não forem enunciados os principais fatos históricos responsáveis pela transformação dos Estados e, logicamente, dos modelos normativo-constitucionais que sustentaram tais ordenamentos.

Pode-se afirmar, inicialmente, com espeque na lição do professor Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 23), que o constitucionalismo foi um movimento político-constitucional que pregava a necessidade da elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas.

Essas constituições escritas tinham o objetivo de limitar o poder supremo do monarca. Luís Roberto Barroso (2001, p. 07) ensina que o discurso do Estado atravessou ao longo do século XX três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neo-liberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto -, condescendente com os ricos e rigorosa com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.

Do Constitucionalismo Liberal ao Constitucionalismo Social. A Modernidade e as suas Conseqüências

Vimos acima que a formação dos Estados Nacionais, no fim da Idade Média, possibilitou a centralização do poder em uma única pessoa: o monarca. Detentor do poder total, seu poder era absoluto, o que o permitia intervir em qualquer setor da sociedade, fosse ela econômica, social ou política.

A teoria filosófica do Absolutismo era baseada no direito divino dos reis. Esses detinham poder ilimitado outorgado por Deus e eram tidos como os legítimos representantes de Deus na terra. Surgiu, a partir daí, o que se passou a chamar de "direito natural", o qual deu início à escola do *jusnaturalismo*. Para a referida escola, existia um sistema de normas "superiores" às normas estatais, devendo estas estar em conformidade com aquelas. O direito natural teria validade em si mesmo, sendo anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, era ele quem deveria prevalecer.

De acordo com Barroso (2001, p. 20), o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: a) uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a lei ditada pela razão. Influenciada pela ideologia teológica conseqüente da Idade Média, a versão de que o direito natural decorre da vontade de Deus teve maior força no Absolutismo.

Com o movimento iluminista, os filósofos da luz passaram a criticar a fé e o dogma religioso através da razão. As ciências físicas e sociais passaram a ser compreendidas à luz do conhecimento científico, havendo uma grande evolução das ciências. Consolidou-se, assim, juntamente com o iluminismo, a *modernidade*, movimento para o qual a ordem, o indivíduo, a soberania e o Estado devem estar em primeiro lugar.

Barroso (2001, p. 21) explica que nesse momento o iluminismo se associa ao jusnaturalismo (na sua segunda versão), o que deu substrato jurídico-filosófico às duas

grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a mitigação do poder do Estado. É justamente nesse momento que a burguesia articula sua chegada ao poder.

A mitigação do poder estatal se deu, principalmente, com a normatização, a positivação dos direitos naturais em leis escritas. Para Manoel Jorge da Silva e Neto (2008, p. 43), a gênese do constitucionalismo clássico está atrelada ao irrefreável ímpeto quanto à positivação de direitos e garantias aptos à salvaguarda dos indivíduos quanto à intromissão ou arbítrio praticados pelo Estado. Não se poderá compreender a noção de constitucionalismo daquela época se não se atentar para o autêntico motivo conducente à inclusão das liberdades públicas nos textos constitucionais: a preservação da liberdade individual.

Não podemos esquecer que esse era o grande objetivo dos burgueses: abreviar o poder do Estado a fim de dilatar a liberdade individual, tanto na política quanto na economia.

Sobrevém que, antes, a expressão da razão era o monarca, transmissor da vontade de Deus; nos Estados modernos, a expressão da razão é materializada com o advento da lei. No mesmo entendimento, Eduardo C. B. Bittar assevera que se os medievais acreditavam em Deus, e sacralizavam rituais de vida em nome de Deus, e cometiam barbaridades em nome de Deus, os modernos descobriram um novo Deus, a quem se devota igualmente a mesma dedicação febril e cega: o progresso.

Para o renomado Barroso (2001, p. 13-14), o sistema jurídico passa a ser considerado completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, analogia, princípios gerais. Separado da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.

Começa, assim, a consolidação do positivismo em detrimento do jusnaturalismo. Conforme Paulo Dourado Gusmão (2002, p. 385), o Positivismo pretendia ser a filosofia da ciência, ou seja, o coroamento do saber científico. Excluindo de seu domínio a metafísica, acabou sendo o saber fundado nos fatos *tout court*. No que diz respeito à esfera jurídica, pondo de lado a metafísica, reduzindo o direito ao direito positivo e definindo-o como fato, passível de estudo científico, fundado em dados reais, o Positivismo Jurídico tornou-se a doutrina do direito positivo.

Segundo Bittar (2009, p. 67-71), a filosofia da época, que haveria de fundamentar esse posicionamento de base socioeconômica, só poderia encontrar acolhida no pensamento de Augusto Comte, com a superação da era mítica (fundamentação pela natureza e pela mitologia) e metafísica (fundamentação pela revelação e pelas fontes divinas) pela era positivista (fundamentação da ação pela tecnologia, pela razão, pela ciência empírica).

Para o autor, a culminância da positivação e da história da legalização e normatização de documentos jurídicos ocorreu apenas no século XIX, especialmente, com o desenvolvimento das seguintes Escolas: 1) Pandectística que vê o direito como corpo de regras cujo modelo era o direito romano – o *usus modernus pandectarum* (Alemanha, Glück; Windscheid; Jellinek); 2) Exegese que defende a codificação como uma espécie de iconização dogmático-exegética, guiada pelo axioma da intangibilidade do sentido normativo atribuído pelo legislador (França, Demolombe; Troplong; Laurent; Aubry et

Rau); 3) Jurisprudência dos Conceitos que traça a arquitetura dos conceitos e do ordenamento jurídico cientificamente interpretado num sistema de regras (Jhering; Puchta); entre outras tendências, como a Escola Analítica da Jurisprudência, de John Austin. Nesse contexto, Bittar classifica como voz dissonante da época a Escola Histórica de Savigny (*Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência* – 1814), uma vez que se opõe à criação de um Código Alemão por acreditar no *volkgeist* ("espírito do povo") e na força dos costumes, não deixando, não obstante, de pensar também lógico-dedutivamente as fontes históricas do direito.

No século XX, a maior expressão do pensamento normativista-positivista surgiu com Hans Kelsen que afirmava que "A ordem jurídica de um Estado é, assim, um sistema hierárquico de normas gerais".

Percebe-se, assim, que a modernidade é guiada pelo que se pode chamar de "império das leis", sendo um dos pilares do Estado moderno.

Na pretensão de se fazer uma "ciência" jurídica, eliminou-se a moral e os valores do Direito, passando a ciência do direito a ser pautada exclusivamente em fatos. Daí o célebre brocardo "dai-me os fatos que lhe darei o direito". O Direito passou a ser, então, uma mera subsunção de análise dos fatos à norma adequada existente no ordenamento jurídico.

Desta forma, as conseqüências do direito moderno não foram o esperado. A realidade não coadunava com a expressão principal da Revolução Francesa, marco histórico do iluminismo: "Igualdade, Liberdade e Fraternidade".

A pretensa "igualdade" era meramente formal, cada vez mais as pessoas eram *desiguais*. O avanço da economia com o modelo liberal apenas fez aprofundar as desigualdades sociais, criando um verdadeiro abismo na sociedade. Por ser apenas um garantidor das liberdades individuais, da propriedade e da segurança, a não-intervenção do Estado na esfera econômica e social fez com que os trabalhadores fossem cada vez mais explorados.

Aliando tal fato com o fim da Primeira Guerra Mundial, a situação começa a mudar. Começam a eclodir movimentos sociais contra a opressão dos empregadores, briga por melhores salários e por melhores condições. Mais do que isso, inicia a pressão para que o Estado volte a intervir na sociedade, não apenas regulando, mas proporcionado direitos previsto nas Cartas.

Para o professor Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 119), com a derrocada do Estado liberal, surgiu um novo constitucionalismo com reflexo direto no modelo estatal. O Estado muda de configuração, assumindo renovados papéis e múltiplas funções. Advém o Estado social, ou, como preferem alguns denominá-lo, o Estado do Bem-Estar Social (o *Welfare State*) ou Estado providência, prestador de serviços, de perfil essencialmente intervencionista, que exige a presença marcante e decisiva do poder público no domínio das relações socioeconômicas. O homem passa a depender do Estado, de quem se exigem prestações positivas.

Surge, assim, o Estado social, diametralmente oposto ao modelo liberal. Neste, o Estado deveria se abster nas relações sociais e econômicas, naquele, é necessária a intervenção

estatal. O Estado passa a ter destaque também na vida jurídica, uma vez que os direitos previstos nas constituições devem ser garantidos, e, por isso, normatizados. Passa-se a falar, assim, em "direitos fundamentais".

Manoel Jorge da Silva e Neto (2008, p. 45) afirma que o constitucionalismo social tem fundamentos de natureza sociológica, política e jurídica. Sob o prisma sociológico, ressaltam-se os movimentos sociais contestadores da estrutura vigente, cujo exemplo marcante é a Revolução Socialista Soviética. Ao examinarmos o aspecto político da introdução das normas de direito social nas constituições, admitimo-la como resultado da decisão levada ao fim e ao cabo pelas forças políticas predominantes à época da manifestação constituinte. O fundamento jurídico é conducente à constatação da necessidade de se introduzir na norma maior do sistema os elementos sociais como forma de expressar mais marcantemente o compromisso do Estado com a questão social, bem assim para impedir ou dificultar sobremaneira a sua retirada por conveniência do legislador ordinário.

A fim de se normatizar esses elementos necessários para o bem-estar social, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 122) assegura que, nesse momento, surge um número considerável de normas programáticas, dispondo sobre direitos sociais e econômicos, carentes de efetivação. Decerto, essa programaticidade das Constituições haverá de se combinar com sua efetividade, sob pena de se negar vigência ao Estado Constitucional Democrático de Direito.

Canotilho chama essa Constituição do Estado Social em "Constituição Dirigente". A idéia de Constituição Dirigente leva à idéia de que não cabe mais à constituição servir como um instrumento de governo, mas sim determinar um plano global de metas, deve a constituição traçar programas e diretrizes a fim de traçar os objetivos do Estado para com a sociedade. Mas isso requer novos conceitos, novas orientações jurídicas, um novo movimento, como o pós-modernismo.

O Advento do Direito Pós-Moderno e o Neoconstitucionalismo: a crise do positivismo jurídico

Essa nova necessidade de se adequar a real efetividade da Constituição com a nova realidade e anseios da sociedade mundial colocou em xeque o positivismo jurídico, já que este, ao normatizar a razão iluminista, colocou de lado os valores e a moral, focando unicamente os fatos.

Contudo, o pilar do positivismo jurídico, a razão, sofreu dois abalos nos últimos séculos de tamanha relevância que ficou demonstrado que essa "razão" buscada no século da luz nada mais é do que pura ilusão.

Ao comentar sobre esses abalos, Barroso (2001, pp. 8-11) assegura que o primeiro ocorreu ainda no século XIX, com Karl Marx. Este assentou que as crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais dependiam da posição do indivíduo, das relações de produção e de trabalho, na forma como estas se constituem em cada fase da história

econômica. Vale dizer: a razão não é fruto de um exercício da liberdade de ser, pensar e criar, mas prisioneira de uma *ideologia*, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade.

Ou seja, a suposta "razão" dependerá da classe social do intérprete, da sua posição econômica e política. Sendo assim, uma mesma pessoa que figure numa determinada posição terá em relação a uma hipotética matéria "X" a *razão A*; essa mesma pessoa, figurando numa posição diametralmente oposta à inicial, poderá ter em relação a mesma matéria a *razão B.*

Continua o ilustre autor afirmando que o segundo abalo à "razão" ocorreu com Freud. Freud descobriu que o homem não é senhor absoluto da própria vontade, de seus desejos, de seus instintos. O que ele fala e cala, o que pensa, sente e deseja é fruto de um poder invisível que controla o seu psiquismo: o *inconsciente*. Ou seja, o homem nem sempre toma suas decisões em função da razão, mas sim por "vontade" do seu inconsciente.

Barroso não quis demonstrar que a razão perdeu a sua importância, ao contrário, ele afirma que ela é muito importante, mesmo no ordenamento jurídico. O que ele quis demonstrar é que a razão divide o palco da existência humana com, pelo menos, mais dois fatores: a ideologia e o inconsciente.

Mas não foram apenas esses dois fatores que proporcionaram a derrocada do positivismo jurídico. O positivismo jurídico foi derrotado com suas próprias forças, com sua própria ambição.

O objetivo do positivismo (juntamente com o modernismo) era, utilizando da mesma metodologia utilizada nas ciências naturais, criar uma *ciência do Direito*. Todavia, essa metodologia nunca foi observada nas ciências sociais como nas naturais. Nestas, o método é puramente descritivo, analisa-se os dados para se chegar a uma conclusão. No Direito, a situação é inversa. A norma é um *dever-ser*, normatiza-se uma norma para que a sociedade molde a sua conduta a ela. A norma não é um "dado", mas uma "criação" do operador do direito.

Ademais, desproporcionados de valores, percebeu-se que as normas jurídicas eram elaboradas sem condão de melhorar a vida em sociedade, mas sim a de beneficiar os governantes que faziam parte da máquina pública. Isso pôde ser visto como a implementação do nazismo e fascismo. Ambos os movimentos, apesar de cometerem atos bárbaros com outros homens, tiveram todas suas ações consubstanciadas em suas respectivas cartas constitucionais. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico desprovido de valores éticos e morais já não era mais aceita.

Barroso (2008, p. 27) explica que a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição de relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais. Essa nova ideologia deu margem o surgimento de uma nova teoria de constitucionalidade, o *neoconstitucionalismo.*

Percebe-se, assim, que os ideais propugnados pela modernidade, apesar de terem desenvolvido o mundo moderno, trouxeram grandes conseqüências para a humanidade. Bittar (2009, p. 87) afirma que a ciência converteu a ciência em produto, e esta, uma vez tornada produto sob a lupa de investigação do cientista, também se tornou produto na esteira da produção capitalista. Em nome do progresso, portanto, conseguiu-se um regresso tão ilimitado que ameaça colocar a humanidade sob uma catastrófica e irreversível condição de barbarização. Daí a importância do retorno aos valores, período que os jusfilósofos nomearam de *pós-modernidade*.

A pós-modernidade surge como a necessidade de um período de transição, de revisão da modernidade e de reconstrução de valores, a necessidade de um longo processo de maturação axiológica. Como resultado desse novo período, surge o movimento *supra* mencionado, o neoconstitucionalismo.

Enaltecendo a importância dessa transição, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 33-36) assenta que o neoconstitucionalismo, ou o novo direito constitucional como também é conhecido, destaca-se como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma de *Estado Legislativo de Direito*, para *Estado Constitucional de Direito*, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa.

Com efeito, as novas Constituições passaram a ser verdadeiras normas jurídicas, sendo a norma mais relevante do ordenamento, por isso que dotada de supremacia. Mas tais normas deixaram de ser desprovidas de valor, todo o ordenamento passou a ser centrado nos valores escolhidos por cada carta constitucional. Ilustrativamente, os principais valores da Constituição brasileira de 1988 são a *soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* e *o pluralismo político*.

Porém, não é só isso. Para Ricardo Maurício Freire Soares (2007, p. 78), o neoconstitucionalismo fez com que o processo de normativização da Constituição deixasse de ser considerada um diploma normativo com um valor meramente programático ou como um conjunto de recomendações ou orientações dirigidas ao legislador para operar como uma normatividade jurídica com eficácia direta e imediata. Além disso, as Constituições passaram a incorporar conteúdos materiais que adotam a forma de direitos, princípios, diretrizes e valores, dotados de um amplo grau de indeterminação e de uma forte carga valorativa, como se verifica no rol de conceitos controvertidos (dignidade, justiça, liberdade autonomia).

Em verdade, o pós-positivismo não procura destruir os resultados principais do positivismo. Ele apenas procura colocar valores onde antes não existia. Assim, esses valores passaram a ingressar nas Constituições como *princípios*, tanto implícitos como explícitos. Esses princípios servem de vetores, guia tanto para os intérpretes do Direito como para seus operadores.

Os princípios sempre estiveram presentes no âmbito filosófico e jurídico, o que distingue os princípios na era pós-moderna dos demais é a sua *normatização*. Os

princípios, como visto, passam a ser de cumprimento obrigatório por todos que estejam resguardados por uma carta constitucional.

Para Barroso (2001, p.30), os princípios possuem três diferentes funções: condensar valores, dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete. Coadunando com o entendimento deste trabalho, salienta o eminente autor que na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

Primeiramente, deve-se lembrar que, normalmente, as regras possuem caráter objetivo, geral e abstrato, delimitando as condutas e as hipóteses de situações em que ela pode incidir. Nesse contexto, as regras operam-se no sistema denominado subsunção: ocorrendo o fato descrito na norma, a conclusão será a que nela estiver prescrita. Havendo conflito de regras no caso concreto, apenas um deles poderá sair vencedor no momento da interpretação, excluindo-se o outro do ordenamento jurídico. É a modalidade denominada *tudo ou nada*.

Por outro lado, os princípios possuem maior grau de abstração, não regulando condutas e não estabelecendo as hipóteses de situações em que eles poderão incidir. Sua aplicação decorre do sistema denominado *ponderação*, no qual o intérprete, havendo conflito entre princípios no caso concreto, deverá sopesar qual deles tem um valor "maior" *naquele* caso, o que não ocasiona a exclusão do outro princípio, já que ele poderá ter um valor "maior" em outro caso.

Ambos os instrumentos interpretativos têm importância no mundo jurídico, os princípios e as regras possuem igualmente o mesmo *status* de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete.

Dentre as diversas possibilidades de distinção entre regras e princípios, vale destacar a distinção quanto ao conteúdo feita por Barroso (2004, p; 353) em outro trabalho de sua autoria. Ele assevera que os princípios destacam-se como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados, trazendo em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são *valores*. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais são *fins* públicos. Já as regras limitam-se a traçar uma conduta. A questão relativa a valores ou a fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador,e não transferida ao intérprete. Daí ser possível afirmar-se que regras são descritivas de condutas, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos.

Percebe-se, assim, que a perspectiva pós-moderna e pós-positivista influenciou decisivamente na formação de uma moderna hermenêutica constitucional, sendo o Direito considerado um sistema aberto de valores, pluralista e dialético, não restrito apenas aos operadores do direito.

Esse nova olhar sobre o Direito, principalmente o direito constitucional, trouxe duas características marcante, de acordo com Barroso (2001, p. 42): a) o compromisso com a

efetividade de suas normas; e b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional.

A Efetividade das Normas Constitucionais e o Direito Pós-Moderno

De que serve um ordenamento cuja fundamentação remonta à norma fundamental se, na prática, não é capaz de ser praticado?

(Bittar, *O Direito na Pós-Modernidade*)

A Modernidade trouxe grandes anseios e grandes expectativas para a humanidade. Porém, destituídas de valor, as normas constitucionais ficaram eivadas de falta de eficácia. A pós-modernidade surge para preencher essa lacuna, incutindo valor e eficácia nas normas antes ineficazes.

O entendimento da eficácia está intimamente ligado à produção de efeitos jurídicos. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 199) assenta que uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos. Vigência e eficácia, portanto, não se confundem. Enquanto aquela opera no mundo do *dever-ser*, esta se realiza no mundo do *ser*.

Para que haja eficácia, é preciso que a norma cumpra com alguns pressupostos. Tais pressupostos serão diferentes a depender do tipo de eficácia que se espera, se social ou jurídica. Flávia Piovesan (2003, p. 57), citando Michel Temer esclarece que a eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de situações concretas, mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.

Sinteticamente, pode-se dizer que a eficácia social (também chamada de efetividade) é a real possibilidade de aplicação da norma a casos concretos, dela ser efetivamente obedecida e aplicada, enquanto a eficácia jurídica está relacionada às condições de aplicabilidade da norma. Nesse sentido, Barroso (2001, p. 85) conclui afirmando que a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.

Percebe-se, portanto, que a norma jurídica antes de ter eficácia social, deve ter eficácia jurídica. Ou seja, a possibilidade de produção de efeitos deve ser anterior à sua efetiva obediência.

Sendo assim, podemos dizer que há a possibilidade de existir normas jurídicas dotadas de eficácia jurídica, mas sem eficácia social. Exemplificativamente, temos as omissões

inconstitucionais. Estas são frutos de normas não-regulamentadas, o que inviabiliza a efetividade do exercício do direito prescrito pela Constituição no mundo exterior.

Não se pode deixar de mencionar que o termo eficácia jurídica é tida como um termo conexo ao de aplicabilidade de acordo com José Afonso da Silva. Assim sendo, pode-se dizer que norma aplicável tem o mesmo significado de norma juridicamente eficaz.

O conceito de eficácia *supra* sustentado coaduna com o posicionamento do professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2001, p. 195), para quem o termo eficácia pode expressar tanto uma eficácia social (efetividade) quanto uma eficácia técnica, sendo essa a qualidade que mais a aproxima à realidade social.

Contudo, essa eficácia é relativa. As normas constitucionais possuem diferentes funções e diferentes graus, o que levou José Afonso da Silva ao estudo da "aplicabilidade das normas constitucionais", classificando-as em normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada.

Mas dizer que uma norma é eficaz não significa dizer que ela é justa. Bittar (2009, pp. 205-206) esclarece-nos que este não é um paralelo perfeito, pois as normas podem ser qualificadas de diferentes maneiras, tais como: a) justa e ineficaz: ocorre quando a norma é justa mas não é implantada na prática em virtude das dificuldades de sua observância; b) injusta e eficaz: oposta a anterior, aqui a norma é injusta mas é implantada na realidade social, seja pelo uso da força seja pela vinculatividade que produz socialmente; c) justa e eficaz: ocorre quando a norma é adequada aos anseios sociais e é plenamente recepcionada pela sociedade; d) injusta e ineficaz: ocorre quando a rejeição pela quebra de critérios de justiça desencadeia a inobservância da norma, seja pela sociedade, seja pelas autoridades que a aplicariam.

Sendo assim, deve-se atentar para quando a norma pode ser entendida como ineficaz, uma vez que este tipo de norma deve ser banida das constituições pós-modernas. Mais uma vez, Bittar (2009, 207-208) explica em quais facetas pode se conhecer uma norma como ineficaz, *in literis*:

1) A norma é ineficaz porque não produz efeito sobre as pessoas às quais se destina (observância espontânea na dicção de Tercio, caso em que a questão da eficácia funciona como um termômetro na mensuração do grau de adesão do ordenamento e suas prescrições à ordem social e às suas expectativas valorativas; 2) a norma é ineficaz porque não possui as condições técnicas para produzir efeitos (norma de eficácia contida; norma de eficácia limitada), caso em que a norma carece de novas atitudes do legislador (constitucional ou infraconstitucional) no sentido de garantir com que a norma superior seja completada pela norma inferior ou no sentido de que a norma inferior delimite melhor o campo de emprego da legislação superior; 3) a norma é ineficaz porque as autoridades não a aplicam, nem no plano administrativo, nem no plano judicial (observância por imposição de terceiros), caso em que a comunidade jurídica rejeita a aplicação da norma considerando-a em desuso, ou ainda, formal e/ou axiologicamente imprópria para a aplicação; 4) a norma é ineficaz porque prevê um comportamento impossível de ser cumprido, ou prevê uma exigência impossível de ser

faticamente observada, por carência de condições materiais para seu cumprimento, por critérios tecnológicos, econômicos, operacionais, ou outros.

Portanto, o mais interessante para a sociedade pós-moderna é que a norma seja eficaz, e, se possível, na sua plenitude. Mas as cartas constitucionais, e a brasileira em especial, possuem normas que não possuem essa aplicabilidade plena, haja vista a necessidade de posterior normatização para regular a sua matéria: são as chamadas "normas constitucionais de eficácia limitada".

Para José Afonso da Silva, as normas de eficácia limitada subdividem-se em dois grupos: *a)* normas constitucionais de princípio institutivo (ou organizado); e *b)* normas constitucionais de princípio programático.

As primeiras, normas constitucionais de princípio institutivo ou organizado, como o próprio nome já diz, se destinam a criar organismos ou entidades. Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 162) elucida que essas normas são classificadas como de eficácia limitada porque dependem de lei para alcançarem a plenitude, ou seja, que elas instituem órgãos ou entidades e que necessitam do legislador para lograrem funcionamento, no qual o art. 18, § 2º figura como exemplo.

José Afonso ainda sub-classifica as normas constitucionais de princípio institutivo em duas espécies, impositivas ou facultativas. As normas impositivas são aquelas que determinam, ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa. Ilustrativo o exemplo referente ao art. 88 da Constituição, o qual verbera que "A *lei disporá* sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios". Já as normas facultativas não impõem uma obrigação, mas limitam-se a dar ao legislador ordinário a *possibilidade* de instituir ou regular a situação nelas delineadas. Exemplo claro é o art. 125, § 3º: "A *lei estadual poderá* criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual (...)".

Conclui-se, portanto, que nas normas impositivas há a obrigatoriedade do legislador de emitir o comando normativo. Nas normas facultativas, diversamente, há a faculdade do legislador, se considerar conveniente, de regular determinada matéria constitucional.

Por seu turno, as normas constitucionais programáticas fazem parte das constituições contemporâneas, haja vista serem elas os componentes sócio-ideológicos das constituições atuais. Procura-se através delas o fim social do direito, é uma busca incessante para uma democracia substancial, de justiça social e de bem comum.

Parte das constituições atuais, a sociedade pós-moderna clama pela efetivação das normas programáticas, normas-programa de um conjunto de valores de uma constituição. E, quando limitadas, essas normas necessitam de regulamentação. Ocorre que, por vezes, não há a realização dessa normatização, o que torna a norma ineficaz. Essa conduta do legislador em "não legislar" quando obrigado pela Constituição caracteriza o que a doutrina chama de *omissão inconstitucional*.

A fim de conferir a eficácia almejada pela pós-modernidade, criaram-se diversos instrumentos de combate a essas omissões, quais sejam: o mandado de injunção, a

inconstitucionalidade por omissão e a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

DOGMÁTICA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO PÓS MODERNO: o método hermenêutico concretizador.

Um dos aspectos diferenciais do constitucionalismo contemporâneo é a nova hermenêutica constitucional, que vai de encontro ao formalismo e ao dedutivismo lógico dos positivistas e traça uma dogmática de interpretação do Direito Constitucional em conformidade com a realidade político-social do Estado.

Hermenêutica é "a teoria científica da arte de interpretar" (MAXIMILIANO, 1998, p.1). Em contrapartida, interpretação jurídica é a atribuição de um sentido ou um significado a signos ou símbolos, dentro de determinados parâmetros (BASTOS, 2002, p. 28). Nessa linha, interpretação e hermenêutica não são conceitos sinônimos. Enquanto a interpretação é um ato concreto, a hermenêutica está num plano abstrato e abrange a interpretação, além de gerar enunciados para utilização do intérprete.

A interpretação constitucional é uma forma de interpretação jurídica, porém dotada de certas peculiaridades, justificadas, segundo Luis Roberto Barroso (2008, p.107), devido à superioridade hierárquica de seu texto (supremacia da Constituição), à natureza da linguagem (normas principiológicas), ao conteúdo específico (normas organizacionais) e ao caráter político da Lei Fundante do País.

A supremacia normativa da Constituição é nota essencial no processo de interpretação constitucional. No sentido lógico-jurídico delineado por Hans Kelsen (1998, p. 222), a Constituição é o fundamento de validade do ordenamento jurídico exigindo, pois, uma forma específica de interpretação. Como a Lei Maior não tem outro paradigma a ser seguido, deve encontrar o fundamento de validade em si mesma, compatibilizando suas normas a fim de conservar a unidade de seu texto.

Na Constituição há inúmeras normas principiológicas que, além de objetos de interpretação, servem de diretrizes para interpretação constitucional (BASTOS, 2002, p. 80). Os princípios constitucionais são dotados de um alto grau de abertura e de abstratividade, fato que proporciona ao intérprete um leque de possibilidades interpretativas, atualizando o texto constitucional.

Também singulariza a interpretação do documento constitucional o seu conteúdo específico. É dizer: dentro da Constituição há tanto normas de conduta, que regem os comportamentos dos indivíduos, como normas organizacionais, que estruturam organicamente o Estado e disciplinam a criação e a aplicação das demais normas do ordenamento jurídico (BARROSO, 2008, p.109).

Ainda neste cerne convém destacar que a Constituição, apesar de jurídica, tem traços eminentemente políticos uma vez que determina as principais opções políticas do Estado, consagrada, por J. J. Gomes Canotilho (1992), como "estatuto jurídico do fenômeno político". Demais disso, a origem da Constituição através de um poder

político fundamental (poder constituinte originário) também denota o caráter marcadamente político (BARROSO, 2008, p.110). Deste modo, não é possível neutralizar inteiramente a interferência de fatores políticos na interpretação constitucional. Entretanto, convém ressaltar que a interpretação da Constituição é uma tarefa jurídica e não política, mas que não deve ser indiferente às conseqüências políticas das decisões.

Outro ponto que merece destaque em relação à interpretação constitucional é que se deve refutar a interpretação clássica inteiramente objetivista, que restringe a interpretação à *mens legis* (vontade da lei) e à operação silogística do dedutivismo lógico, característica de uma interpretação de bloqueio (FERRAZ, 1989, p. 10). Ora, é evidente que a tarefa do intérprete no Estado Contemporâneo não pode mais se resumir a analisar a norma (premissa maior) e aplicá-la a um caso concreto (premissa menor) com vistas a um resultado como se fosse um processo matemático e independente de sua vontade. A interpretação jurídica e, principalmente, a constitucional, tem que levar em consideração a realidade histórico-concreta em que a norma está inserida e a pré-compreensão do intérprete a fim de acompanhar a evolução da sociedade (HESSE, 1998, p. 61).

Esse conjunto de particularidades não afasta completamente a interpretação constitucional através dos métodos clássicos de Savigny (interpretação gramatical, histórica, lógica e sistemática), porém dá guarida a novos métodos de interpretação que permitem a concretização e a atualização das normas constitucionais, em repúdio ao formalismo clássico.

Na linha desse raciocínio, ilustra Paulo Bonavides (2007, p. 466):

Os métodos clássicos de interpretação exerceram um influxo inovador mínimo com respeito ao alargamento material da Constituição, por se prenderem aos quadros fechados da norma jurídica, sem um salto mais ousado para o sistema, cujos fins, na época do liberalismo, se compadeciam valorativamente, ou seja, ideologicamente, com esse conhecimento restrito da norma, vista por seu exclusivo teor jurídico.

Frise-se que não há um método correto de interpretação da Lei Maior. Verdadeiramente, a interpretação das normas constitucionais obtém-se a partir de um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência com o intuito de ampliar o horizonte de compreensão do intérprete e lhe facilitar a concretização do direito.

Os doutrinadores alemães foram os precursores da dogmática da interpretação constitucional, através da criação de métodos interpretativos, como, por exemplo, Theodor Viehweg (método tópico), Konrad Hesse (método hermenêutico-concretizador), Friedrich Muller (método normativo-estruturante), Rudolf Smend (método científico-espiritual) entre outros. Para eles, era imperioso perscrutar um sentindo mais profundo de Constituição afastando-se do formalismo e edificando uma hermenêutica material da *Lex Maxima.*

O emprego destes instrumentos de interpretação fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de

substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional (BONAVIDES, 2007).

A nova interpretação constitucional deve-se transformar em um instrumento a serviço da realização política, social e econômica do Estado, concretizando princípios e programas insculpidos na Lei Fundamental.

Nos limites propostos por este estudo, convém ressaltar o método concretista de Konrad Hesse, que considera a interpretação constitucional uma atividade de concretização da Constituição, circunstância que permite ao intérprete decifrar o próprio conteúdo material da norma através da criatividade interpretativa. "[...] O conteúdo da norma só fica completo no ato interpretativo" (HESSE, 1998, p. 56).

A interpretação como concretização é inspirada na Tópica de Theodor Viehweg, técnica de pensar por problemas. "Com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado. Tornam-se meros pontos de vista ou simples *topoi*, cedendo lugar à hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa". (BONAVIDES, 2007, p. 495). No método tópico alcança-se a norma partindo-se do problema, fato que gerou muitas críticas entre os constitucionalistas.

Adverte J. J. Gomes Canotilho (1992): "[...] Além de poder conduzir a um casuísmo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para o problema". A interpretação é uma atividade normativa vinculada, constituindo a constituição escrita um limite insuperável (HESSE, 1998, p. 69), não se admitindo o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema. A tópica não traça limites à criatividade do intérprete.

Contrariamente, a concretização parte do texto da norma, que limitará a esfera de abrangência do intérprete, para o problema concreto. "Onde o intérprete passa por cima da Constituição, não mais interpreta, senão modifica ou rompe a Constituição" (HESSE, 1998, pp. 69 -70)

O procedimento de concretização da Constituição deve levar em consideração a pré-compreensão do intérprete (fundamentada e conscientizada), o problema concreto a se resolver e a norma que será concretizada. "Não existe interpretação constitucional independentemente de problemas concretos" (HESSE, 1998, p.62).

A mera interpretação do texto não é, por si só, capaz de conferir uma concretização exata da mesma. Para tanto é necessário que se analise o sistema normativo no qual a norma se encontra (programa normativo), bem como se agreguem elementos materiais, ou seja, que se faça uma relação entre a norma e a realidade (âmbito normativo). Somente através desses elementos é que se alcança a tão almejada concretização da norma (HESSE, 1998, p. 65).

O método hermenêutico-concretizador quer garantir o equilíbrio entre o texto normativo e a situação concreta, bem como assegurar que não se mantenha uma consideração meramente formalista da norma constitucional.

A importância do referido método reside na possibilidade de interpretar a Constituição dentro da realidade em que está inserida, atualizando suas normas e, conseqüentemente, preservando o Texto Maior.

A concretização permite a passagem do universo normativo-constitucional para o universo fático, diminuindo a abstratividade e generalidade das normas. Altera-se o sentido das normas sem modificar o conteúdo formal. Tal fato promove a renovação e atualização do texto constitucional acompanhando, portanto, as mutações operadas no seio da sociedade em virtude do caráter evolutivo dos preceitos constitucionais. (BASTOS, 2002).

Este modelo de interpretação está em consonância com as perspectivas do direito pós moderno, que almeja a concretização das normas da Constituição a partir da contextualização destas à realidade a fim de atualizar, adequar e manter a força normativa vinculante da Magna Carta.

A dogmática da interpretação constitucional é um dos pilares do Estado Democrático, uma vez que permite a realização prática e efetiva das normas constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pós-modernidade é um período de transição da modernidade para algo que ainda está por vir. Traz consigo, paradoxalmente, a dúvida da sua própria existência e a esperança da mudança, a expectativa de que o futuro possa conceder os benefícios prometidos (e não cumpridos).

Resultado dessa nova perspectiva, surge o direito pós-moderno. O poder, anteriormente centrado nas mãos de um rei soberano e posteriormente na lei, hoje figura em posse da coletividade. A interpretação constitucional não é mais feita exclusivamente pelos *doutos* jurídicos, mas por todos que sejam destinatários da norma constitucional. O direito pós-moderno tenta resgatar os valores perdidos com a modernidade, fazendo com que as normas constitucionais deixem de ser vistas como meras opiniões e passem a ser verdadeiras obrigações constitucionais.

Nasce o neoconstitucionalismo nessa transição de resgate aos valores, a fim de que a justiça social seja realizada na esfera social. Fruto de uma nova perspectiva, melhor seria que todas as normas constitucionais já fossem criadas dotadas de plena eficácia, o que nem sempre ocorre. Resquícios ainda de uma era moderna, há normas que possuem eficácia limitada, necessitando de posterior normatização legislativa para que seja obtenham sua eficácia plena.

Ocorre que o período em que nos encontramos ainda é de mudança. E o legislador brasileiro ainda tem o vício de se distanciar da realidade social ao elaborar os projetos de lei. Em virtude disso, ansiosos pela realização dos direitos que tanto almejam, a sociedade procura cada vez mais o judiciário com o escopo de concretizá-los.

A sociedade hodierna clama por um Estado ativo, que defenda os direitos individuais e que efetive os direitos sociais. Da mesma forma, a esfera individual deixa de ser a única existente, a coletividade se organiza e exige a eficácia e a regulamentação dos direitos transindividuais.

Assim como a sociedade, o Direito evolui. Dirley da Cunha júnior (2009, p. 132) assenta que a Constituição Federal de 1988 é um exemplo disso. A Constituição Cidadã não figura mais como um mero instrumento de governo que fixa competências e ordena processos, pelo contrário, ela é um plano normativo global que enuncia metas, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela Sociedade. Ela não é apenas uma "Constituição Social", vai além, sendo "Dirigente", "promissora" e "aberta para o futuro".

Resta agora *sermos* pós-modernos, incutirmos em toda a sociedade o sentimento de mudança para que possamos cumprir o princípio da efetividade proposta pela carta constitucional, tornando, assim, o Estado brasileiro um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional.* 2 ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constittucional/ Celso Bastos editor, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: um análisis metateórico. In: CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s).* Madrid: Editorial Trota, 2003, p. 75- 98.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito:* Técnica, Decisão e Dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2003.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia.* São Paulo: Editora Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas.* Tradução Beatriz Viana e Nelson Boeira. 9 ed. São Paulo: Perspectiva, 2006

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativias: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito:* Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA. José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA NETO. Manoel Jorge e, *Curso de Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Em verdade, não há um consenso entre os filósofos sobre quando surgiu a modernidade. De acordo com Eduardo C. B. Bittar (2009, pp. 43-44), a modernidade para Habermas teria nascido com Hegel, e seu racionalismo onipresente seria a máxima manifestação da vontade colonizadora moderna do mundo. A modernidade, para Foucault, teria nascido com Kant, na medida em que ninguém melhor que ele teria se pronunciado sobre a dimensão do indivíduo e sobre a consciência ética do dever que este filósofo de Köenigsberg, e a crítica seria a *Aufklärung*. O autor prefere o posicionamento de Castoriadis, para quem a modernidade possuiria três fases: a da formação do Ocidente (séculos XII ao XVII), com as primeiras manifestações da acumulação e da revolução que se preparava no bojo da Idade Média; a da crítica da modernidade, com sua afirmação (século XVIII até a Segunda Guerra Mundial), quando se solidificam os grandes pilares da mudança social, econômica e política das sociedades; a da retirada para o conformismo (Segunda Guerra Mundial em diante), com a queda das hegemonias ideológicas e a retirada para a crítica dos arquétipos da modernidade.

Segundo Barroso (2001, p. 24), as teses fundamentais do positivismo filosófico podem ser assim expressas: (i) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração; (ii) o conhecimento científico é objetivo. Funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja

preservado de opiniões, preferências ou preconceitos; (iii) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos do conhecimento, inclusive às ciências sociais.

A fim de dirimir duvidar, Bittar (2009, p. 78) esclarece que a legislação não é uma criação da modernidade. Ele aponta que há fortes notícias do uso e emprego de leis escritas (*nómos; lex*) desde as épocas mais remotas da Antiguidade. A Lei das Doze Tábuas, na cultura romana, é, sem dúvida, o marco mais admirável dos testemunhos da criação normativa escrita na tradição jurídica ocidental. A própria idéia de Código também não é uma novidade moderna, pois o termo remete à palavra *codex*, ligado à história romana. No entanto, a modernidade inventou a legislação como meio único de realização de práticas jurídicas vinculando-as a procedimentos escritos formais a serem emanados por atos estatais.

Não iremos aqui tecer comentários minuciosos em relação à mudança de entendimento do mestre Canotilho, que passou a considerar, posteriormente, a "morte da Constituição Dirigente". Em verdade, Dirley da Cunha júnior (2008, p. 126-128) assevera que a Constituição dirigente ainda vive, como condição fundamental, aliás, da garantia do cumprimento dos direitos fundamentais sociais reconhecidos no texto constitucional. O ilustre autor ainda nos mostra que, em conferência realizada na *I Jornada de Estudos sobre a Constituição Dirigente em Canotilho*, o próprio mestre autor enfatiza que a Constituição dirigente não morreu, ele reafirma o compromisso e a capacidade de a Constituição dirigente limitar a liberdade de conformação do legislador e vinculá-lo aos fins que integram o programa constitucional.

No mesmo entendimento, Bittar (2009, p. 108) assenta que a pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós, e isto é fato. Suas verdades, seus preceitos, seus princípios, suas instituições, seus valores (impregnados do ideário burguês, capitalista e liberal) ainda permeiam grande parte das práticas institucionais e sociais, de modo que a simples superação imediata da modernidade é ilusão.

De acordo com o renomado autor "(...) eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados sob prismas diferentes: aquela com potencialidade; esta com razoabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos." (SILVA, 2008, p. 03)

Sobre o tema, v. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 126-127. Importante, também, sua consideração acerca da obrigatoriedade da regulamentação: "Algumas normas obrigatórias chegam, mesmo, a marcar data até a qual a lei reguladora deverá estar votada, como foi exemplo o art. 4º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de São Paulo, de 13 de maio de 1967, e é também o caso de várias disposições transitórias e finais da Constituição italiana." (p. 128)

A respeito do tema, leia-se Peter Häberle: "*Hermenêutica Constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição"

SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS? DIVERSIDADE JURÍDICA E POSSIBILIDADES DE DIÁLOGO*

SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS? DIVERSIDAD JURÍDICA Y POSIBILIDADES PARA EL DIÁLOGO

Estella Libardi de Souza

RESUMO

A discussão acerca dos sistemas jurídicos dos povos indígenas, no Brasil, ganhou novos parâmetros após o reconhecimento da diversidade pela Constituição Federal de 1988. No entanto, poucos avanços foram vislumbrados na questão: o Estado brasileiro permanece como um sistema único, impondo as normas jurídicas da sociedade hegemônica aos povos indígenas, ignorando (ou pouco considerando) as normas diferenciadas que regulam a organização social e o funcionamento das sociedades indígenas. A superação do colonialismo jurídico, isto é, da subordinação dos Direitos indígenas ao Direito estatal, demanda repensar os tradicionais paradigmas do Direito e do Estado, reconhecendo a diversidade étnica, cultural e jurídica. Demanda, sobretudo, compreender as práticas jurídicas desconhecidas, uma vez que o profundo desconhecimento acerca de Direitos diferenciados contribui para a manutenção de discriminações jurídicas. Trabalhando entre a Antropologia e o Direito, consideramos a necessidade de encontrar ferramentas teórico-metodológicas adequadas para compreender como o Direito se manifesta nas sociedades etnicamente diferenciadas e, assim, possibilitar a "desconstrução" de falsos paradigmas a respeito dos povos, a quem se deve garantir o direito à diferença. Recorremos à construção teórico-metodológica dos antropólogos Clifford Geertz, Bronislaw Malinowski, Marcelo Fernández Osco, e Manuel Moreira, formulando um modelo que possa servir de guia à análise de sistemas jurídicos diferenciados. A compreensão dos Direitos diferenciados permite criar possibilidades de gerenciamento da diferença e alternativas que viabilizem a autonomia jurídica dos povos, possibilitando, assim, a transformação do Estado unitário e homogêneo em Estado plural, baseado no diálogo intercultural, como demandam os povos indígenas.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS INDÍGENAS, DIREITOS DIFERENCIADOS, PLURALISMO JURÍDICO, COLONIALISMO JURÍDICO, ESTADO PLURAL

RESUMEN

La discusión acerca de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, en Brasil, ganó nuevos parámetros después del reconocimiento de la diversidad por la Constitución Federal de 1988. Sin embargo, pocos avances se han vislumbrado: el Estado brasileño se mantiene como un sistema único, con la imposición de las leyes de la sociedad

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

hegemónica a los pueblos indígenas, haciendo caso omiso a las distintas normas que rigen la organización social y el funcionamiento de las sociedades indígenas. La superación del colonialismo jurídico, es decir, de la subordinación de los derechos indígenas a la ley estatal, requiere un replanteamiento de los paradigmas tradicionales de la ley y el Estado, reconociendo la diversidad étnica, cultural y jurídica. Requiere, sobre todo, entender las prácticas jurídicas desconocidas, ya que la profunda ignorancia acerca de los diferentes derechos, contribuye al mantenimiento de la discriminación jurídica. En el diálogo entre la Antropología y el Derecho, consideramos la necesidad de la búsqueda de adecuadas herramientas teóricas y metodológicas para la comprensión de cómo la ley se manifiesta en las sociedades étnicamente distintas y permitir, así, la deconstrucción de los falsos paradigmas sobre los pueblos indígenas, para garantizar el derecho a la diferencia. Usamos la construcción teórica y metodológica de los antropólogos Clifford Geertz, Bronislaw Malinowski, Marcelo Fernández Osco, y Manuel Moreira, para la formulación de un modelo que puede guiar el análisis de sistemas jurídicos distintos del hegemónico. La comprensión del pluralismo jurídico puede crear alternativas de manejo que permitan la autonomía jurídica de los pueblos, lo que permite la transformación del estado unitario y homogéneo en plural, basado en el diálogo intercultural, como lo requieren los pueblos indígenas.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHOS INDÍGENAS, DERECHOS DIFERENCIADOS, LURALISMO JURÍDICO, COLONIALISMO JURÍDICO, ESTADO PLURAL

Povos indígenas e o direito à diferença

A Constituição Federal brasileira de 1988, ao reconhecer aos povos indígenas o direito à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, afirmou o direito dos povos nativos à diferença, calcado na existência de diferenças culturais. Araújo (2006) observa que a Constituição de 1988 quebrou o paradigma da integração e da assimilação que até então dominava nosso ordenamento jurídico, e que, desde então, houve um avanço significativo na proteção e no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas no país.

No entanto, vinte anos de Constituição e as marcas do colonialismo ainda não foram plenamente superadas. Não obstante os avanços, as concepções tecidas pelo etnocentrismo do colonizador e da sociedade envolvente, ao longo de cinco séculos, a respeito dos povos indígenas, ditos “primitivos”, “bárbaros”, “arcaicos” ou “selvagens”, e as práticas tutelares do Estado brasileiro, que não abandonou as (velhas) estratégias de homogeneização cultural, permanecem e dificultam a manutenção das formas próprias de vida dos povos indígenas, como garante a Constituição.

Nesse sentido, a discussão acerca dos sistemas jurídicos dos povos indígenas, no Brasil, após o reconhecimento da diversidade pela Constituição de 1988, ganhou novos parâmetros, mas, nos últimos vinte anos, poucos avanços foram vislumbrados na questão: embora se pretenda sensível à diversidade, o Estado brasileiro permanece como um sistema único, impondo as normas jurídicas da sociedade hegemônica aos povos indígenas, ignorando (ou pouco considerando) as normas diferenciadas que regulam a organização social e o funcionamento das sociedades indígenas.

Neste artigo, discutimos (1) a situação de subordinação dos sistemas jurídicos indígenas ao Direito hegemônico – isto é, o colonialismo jurídico –, sob o paradigma do monismo jurídico que informa os Estados "nacionais", e (2) a necessidade de reconhecimento de tais sistemas jurídicos pelo Estado, o que implica, em primeiro lugar, em compreender os sistemas jurídicos diferenciados de forma adequada.

Em seguida, na tentativa de contribuir para a compreensão dos sistemas de Direito diferenciados, formulamos, a partir de etnografias "jurídicas", um modelo que possa servir de guia à análise dos sistemas diferenciados. Por fim, tratamos da possibilidade de transformação do Estado homogeneizador em Estado plural, de modo a contemplar a diversidade cultural e jurídica e permitir aos povos indígenas o exercício dos sistemas de Direito próprios.

Direitos indígenas: entre o colonialismo jurídico e a pluralidade de Direitos

Afirmar a existência de sistemas jurídicos diferenciados praticados pelos povos indígenas é questionar os paradigmas fixados historicamente de um Estado soberano e criador de normas. Segundo Wolkmer (2001), a cultura jurídica nacional foi sempre marcada pela ampla supremacia do oficialismo estatal sobre as diversas formas de pluralidade de fontes normativas que existiam. O autor ressalta a condição de superioridade de um Direito Estatal que sempre foi profundamente influenciado pelos princípios e pelas diretrizes do Direito colonizador alienígena.

Desde o início da colonização, as antigas práticas jurídicas nativas foram desconsideradas, impondo-se uma cultura legal proveniente da Europa e da Coroa Portuguesa, de modo que o(s) Direito(s) indígenas foram gradativamente sendo submetidos a uma ordem normativa que visava implementar as condições e as necessidades do projeto colonizador dominante. Contudo, como observa Marés (2006), antes da independência dos países latino-americanos, Portugal e Espanha mantinham leis de colonização (ou melhor, de conquista) que abrigavam ou protegiam os povos indígenas, muitas vezes reconhecendo Direito próprio, isto é, os reconhecia como povos diferentes.

No entanto, o processo de formação do Estado brasileiro não admitiu grupos diferenciados no (pretenso) território nacional. Segundo Marés,

"... a cultura constitucional clássica não podia aceitar a introdução, nas constituições, do reconhecimento dos direitos de povos indígenas a um território e à aplicação nestes territórios de seu Direito próprio, porque entendia que seria um Estado dentro de um Estado." (2006: 68)

No mesmo sentido, Fernández Osco (2000), em etnografia sobre os Direitos *Aymaras*, na Bolívia, afirma que, durante a colônia, o índio tinha certo reconhecimento político e jurídico, ainda que estivesse subordinado aos poderes coloniais; mas, com a criação da república – formada por cidadãos livres, iguais e fraternos – e o direito positivo impôs a desaparição dos índios do panorama político, assim como se anulou a vigência das representações de poder nativas.

Desse modo, o Estado e o Direito que foram forjados teriam que ser unos e geradores de sua própria fonte: "Estado único e Direito único,... mesmo que para isso tivesse que reprimir de forma violenta ou sutil as diferenças...". (Marés, 2006: 63). Nesse sentido, assim como a formação do Estado brasileiro pressupôs uma única nação, pressupôs também um único Direito; a homogeneização das culturas significava também a homogeneização dos Direitos.

Segundo Marés (2006), a lei formou-se como um sistema que não admite concorrência e, por isso mesmo, privilegia uma única fonte, além de descartar como não-Direito tudo aquilo que não está claramente inserido no sistema. Trata-se, com efeito, de uma interpretação etnocêntrica do Direito, que não admite que um conjunto de regras diferenciadas que organizam uma sociedade distinta possa ser acatado como Direito, convivendo lado a lado com o Direito estatal (Araújo, 2006).

A cultura jurídica que pautou a ordem normativa que se impôs no processo de formação do Estado brasileiro foi a que predominava nos Estados europeus, nascida com o Estado moderno, e que foi exportada (e imposta) para as colônias. Tal cultura jurídica é marcada pela doutrina do monismo, concepção que

"... atribui ao Estado Moderno o monopólio exclusivo da produção de normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que se vão impondo." (Wolkmer, 2001: 46)

O monismo jurídico formou-se, de acordo com Wolkmer (2001), associado (entre outros fatores) ao Estado absolutista, cujos soberanos subordinaram as fontes de produção jurídica à vontade daquele que detém o poder político; este poder reduziu o Direito ao Direito Estatal, protegido pela coação. Thomas Hobbes, o principal teórico da formação do monismo jurídico ocidental, afirmava que

"... só o Estado prescreve e ordena observância daquelas regras a que chamamos leis... [O] Estado, ou seja, o soberano, é o único legislador... [N]inguém pode fazer leis a não ser o Estado, pois nossa sujeição é unicamente para com o Estado."

No período que vai da Revolução Francesa até o final das primeiras codificações do século XIX, o monismo adquire novos contornos. Para Wolkmer (2001), a influência no domínio político da teoria da separação dos poderes e do princípio da soberania nacional tende privilegiar a lei escrita como fonte do Direito, agora, não mais como emanação do Estado incorporado pelo soberano absolutista, mas como expressão do Estado enquanto vontade da nação soberana.

Assim, "[a]o contrário do Estado absolutista, que torna a pessoa do monarca a única fonte legitimadora, no Estado-Nação liberal privilegia-se um órgão político legislativo com independência para implementar a vontade geral de toda a Nação." (Wolkmer, 2001: 52) Além disso, nesse período, que

"... correspondente à sistematização dogmática do monismo jurídico, é perceptível a gradativa postulação e redução do Direito Estatal ao Direito Positivo; consagra-se a exegese de que todo Direito não só é Direito enquanto produção do Estado, mas, sobretudo, de que somente o Direito positivo é verdadeiramente Direito." (Wolkmer, 2001: 55)

Nos anos 20/30 aos anos 50/60 do século XX, a legalidade dogmática ganha rígidas pretensões de cientificidade, e alcança a sua culminância no formalismo dogmático da Escola de Viena, representada basicamente pela "teoria pura do Direito" de Hans Kelsen. De acordo com Wolkmer (2001), "[a] proposta 'científica' de Kelsen descarta o dualismo Estado-Direito, fundindo-os, de tal modo que o Direito é o Estado, e o Estado é o Direito Positivo." (2001: 57)

Nessa perspectiva, o Estado é identificado com a ordem jurídica, isto é, o Estado encarna o próprio Direito. Para Wolkmer, não obstante o esgotamento desse paradigma de legalidade e a despeito do declínio dessa concepção jurídica de mundo que predomina na cultura jurídica dos Estados por mais de três séculos, o monismo "... resiste a qualquer tentativa de perder sua hegemonia, persistindo, dogmaticamente, na rígida estrutura lógico-formal de múltiplas formas institucionalizadas." (2001: 59)

Desse modo, os pressupostos ideológicos dessa doutrina – estatalidade, unicidade, positivação e racionalização – permanecem na doutrina jurídica brasileira, marcada por uma tradição monista de forte influxo kelseniano. (Wolkmer, 2001)

Segundo tais pressupostos "... só o sistema legal posto pelos órgãos estatais deve ser considerado Direito Positivo, não existindo positividade fora do Estado e sem o Estado..." ("princípio da estatalidade"), e o Direito

"... além de encontrar no Estado sua fonte nuclear, constitui-se num sistema único de normas jurídicas integradas ("princípio da unicidade"), produzidas para regular, em determinado espaço e tempo, os interesses de uma comunidade nacionalmente organizada. Ainda que se admitam outras fontes jurídicas, consagra-se peremptoriamente a lei estatal como expressão máxima da vontade predominante do Estado-Nação... [I]mpõe-se... o princípio de que toda sociedade tem apenas um único Direito, e que este "verdadeiro" Direito, instrumentalizado por regras neutras positivamente postas, só pode ser produzido através de órgãos e de instituições reconhecidos e/ou oficializados pelo Estado." (Wolkmer, 2001: 61)

Além disso, por tais pressupostos, todo o direito se reduz ao Direito positivo e, desse modo, reduz o Direito à ordem vigente ("positividade"). Para Wolkmer (2001), "[a] positividade, enquanto processo de formulação, generalidade e validade objetiva, é o traço essencial do Direito Estatal." (2001: 62). Por fim, as normas são identificadas e qualificadas como jurídicas pela maneira como são decididas, e não pelo conteúdo, característica da racionalização positivista.

Assim, em razão da vigência dos pressupostos do monismo e do positivismo jurídico na cultura constitucional brasileira, o Estado contemporâneo e o Direito "nacional" sempre negaram a possibilidade de convivência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos. (Marés, 2006) Como resultado, os sistemas jurídicos diferenciados dos povos indígenas no Brasil vêm sendo ignorados, negados e, desse modo, violados, por meio da imposição do Direito estatal, próprio da sociedade hegemônica e, portanto, estranho aos povos indígenas. Ainda que alguns sistemas jurídicos nacionais admitam a aplicação das regras jurídicas indígenas, dentro dos territórios indígenas e entre membros das comunidades – como o faz, no Brasil, o Estatuto do Índio – é sempre de forma secundária (quando a Lei for omissa) ou inferior (desde que não contrarie as normas estatais).

Para Marés (2006), isso equivale a dizer que os Direitos indígenas não têm autonomia frente ao nacional. Além disso, no Brasil, ainda que o Estatuto do Índio tolere – para utilizar a expressão da lei – a aplicação das normas indígenas, os tribunais, mesmo em delitos praticados dentro das terras indígenas e entre indígenas, têm se considerado competentes para o julgamento.

Configura-se, assim, o que Fernández Osco (2000) denominou de colonialismo jurídico: a situação de subordinação do Direito indígena ao Direito estatal, resultado das discriminações jurídicas criadas pelas constantes tensões entre colonizadores e colonizados e pelo colonialismo interno, onde o estatal é hegemônico frente ao não estatal. Para o autor, o colonialismo jurídico a que estão submetidos os povos indígenas demonstra a incapacidade de coexistência na diversidade, tanto política como social e jurídica.

O reconhecimento dos Direitos indígenas enquanto ordens jurídicas diferenciadas, paralelas ao Direito estatal, não é possível sob o paradigma do monismo jurídico e seus pressupostos: os Direitos indígenas não são estatais, uma vez que são praticados em sociedades "sem Estado", ou melhor, *contra* o Estado; não são positivos nem racionalizados, uma vez que não passam pelo processo de "formulação, generalidade e validade objetiva" do Direito estatal; tampouco tem a Lei como principal expressão e não são produzidos através de órgãos e de instituições reconhecidos e/ou oficializados pelo Estado. São, no entanto, Direitos, que, não obstante as tentativas de homogeneização cultural e jurídica, permanecem vivos e são considerados legítimos nas sociedades que os praticam; demandam, assim, repensar os tradicionais paradigmas do Direito.

Nesse sentido, a noção de pluralismo jurídico pode trazer novas perspectivas o debate. Wolkmer (2001) demonstra que há várias definições e interpretações do que é pluralismo jurídico; o autor o define, de forma genérica, como

"... a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais." (Wolkmer, 2001: 219)

Apesar das diversas acepções do termo, a noção de pluralismo jurídico, de forma geral, questiona os pressupostos do monismo jurídico, afirmando a existência de outras práticas jurídicas no mesmo espaço do Direito estatal; desse modo, amplia horizontes, uma vez que traz a possibilidade de perceber que o Direito do Estado não é único e onipresente.

A noção tem sido utilizada no Direito e nas Ciências Sociais para compreender a relação dos Direitos indígenas com o Direito estatal na América Latina, embora o debate, no Brasil, com raras exceções, (ainda) não tenha ganhado fôlego. Para Castro Lucic e Sierra (1998), o pluralismo como referente de discussão e de investigação nas ciências sociais abre perspectivas novas para compreender as dinâmicas sócio-jurídicas e culturais das sociedades.

"El pluralismo jurídico como perspectiva para compreender los sistemas jurídicos en sus lógicas própias, y en su relación con el Estado, em contextos históricos de dominación, presenta um nuevo escenario para sustentar la idea que la pluralidad debe

ser um principio rector delas políticas estales y de la sociedad em su conjunto. Se trata, en efecto, de re-definir um nuevo proyecto de Estado y de nación inclyente y garante de las diferencias y de las pluralidades jurídicas y culturales de las sociedades." (1998: 9-10)

Entretanto, deve-se ressaltar que, como aponta Fernández Osco (2000), embora se apele para conceitos como "diversidade cultural" ou "pluralismo jurídico", a falta de compreensão dos direitos diferenciados dos povos indígenas tem levado à manutenção das discriminações jurídicas, pois, muitas vezes, ainda se concebem os Direitos indígenas a partir dos conceitos do Direito ocidental – ao se falar, por exemplo, na existência de um "Direito penal indígena" ou "Direito civil indígena", quando sociedades indígenas não estabelecem essa divisão.

Da mesma forma, quando se estudam Direitos indígenas a partir do marco interpretativo do Direito hegemônico – por exemplo, desenvolvendo a análise do Direito a partir das instâncias familiar, privada e pública, que não necessariamente existem entre povos indígenas (ou, pelo menos, não da forma que se colocam na sociedade envolvente) ou, ainda, classificando as sanções em econômicas, morais, materiais, quando povos indígenas não utilizam essas categorias (novamente, pelo menos não da forma em que são aplicadas no Direito hegemônico) – não é possível enxergar os conceitos próprios dos Direitos indígenas. Os Direitos indígenas precisam ser compreendidos nos seus próprios termos, devem ser analisados a partir do interior das comunidades e não unicamente a partir do enfoque do Direito estatal, sob o risco de impossibilitar a criação de mecanismos que, de fato, contemplem a diversidade jurídica.

Ao serem qualificados ou hierarquizados conforme o padrão do Direito estatal, os Direitos diferenciados, são considerados "não escritos", "sem tribunais" (entres outras qualificadoras negativas) e, desse modo, "inferiores" ou "subsidiários" em relação ao Direito estatal. Assim como a cultura dos povos indígenas não pode ser medida tendo por parâmetro a sociedade envolvente (sob o risco de, novamente, reproduzir os falsos paradigmas da "aculturação" e da "civilização" desses povos), os Direitos indígenas não podem ter como parâmetro de validade e legitimidade o Direito hegemônico.

Nesse sentido, a identificação do "costume" de nosso sistema jurídico com o "costume" do Direito indígena é uma analogia defeituosa. (Moreira, 2005) Como aponta Geertz (1998), na medida em que a complexa prática jurídica das sociedades orais é posta sob o signo do costume esvazia-se o conteúdo simbólico que caracteriza tais práticas. Perde-se de vista o profundo significado delas, o seu verdadeiro princípio, porque, para tais povos, o "costume" é o próprio Direito.

Para Fernández Osco (2000) expressões como direito consuetudinário indígena, costume jurídico ou usos e costumes são utilizadas para classificar e englobar o Direito indígena nas concepções unívocas ocidentais, e têm a clara intenção de subordiná-lo a fonte do direito estatal.

Segundo Hoekema,

"... él término 'derecho consuetudinario' tiene rasgos negativos, sugiere que su base de eficacia y validez reside en el visto bueno del Estado así como en la ideologia jurídica dominante. Particularmente se suele asignar um papel subordinado al derecho consuetudinario, es decir tomando em cuenta sólo cuando el derecho oficial le deja un espacio abierto por ejemplo para suplir normas juridicas estatales. De esa manera, no es substitutivo al orden legal dominante, y no es reconocido como sistema de regulación y control con plena vigencia y autonomía para ejercerse dentro del territorio." (1998: 267)

Os Direitos indígenas, defende Fernández Osco (2000), não são direito consuetudinário (tampouco resolução alternativa de conflitos), mas sistemas jurídicos que funcionam paralelamente ao Direito positivo estatal nos espaços das comunidades. Tais (sub)conceitos de nenhuma maneira asseguram a real coexistência de Direitos em situação de igualdade; ao contrário, mantém os povos indígenas sob o colonialismo jurídico, uma vez que significam dizer que as formas de jurisdição e administração de justiça indígena são válidas sempre que não sejam contrárias à Constituição ou às leis, limitando a inclusão do Direito indígena e predefindo o controle e a subordinação.

Nas entrelinhas, o Estado expressa o caráter monopolizador da norma jurídica, mostrando que se está muito longe do autêntico pluralismo jurídico.

Do "modelo" para a compreensão de direitos diferenciados

Na tentativa de encontrar ferramentas adequadas para a compreensão de Direitos diferenciados do ocidental hegemônico, recorremos à construção teórico-metodológica dos antropólogos Clifford Geertz (1998), Bronislaw Malinowski **(2003 [1926])** e Marcelo Fernández Osco (2000), e Manuel Moreira (2005).

Para compreender Direitos diferenciados de forma adequada, isto é, nos seus próprios termos, afastando as categorias jurídicas com pretensa validade universal, é necessário considerar, em primeiro lugar, as bases culturais do Direito. Geertz, defendendo uma abordagem cultural do Direito (ou, nas palavras do autor, uma maneira hermenêutica de pensar o Direito), define-o como uma espécie de imaginação social, como "... uma forma de ver o mundo, semelhante... à ciência, ou à religião, ou à ideologia, ou à arte – mas que, no caso específico do direito, vem acompanhado de um conjunto de atitudes práticas sobre o gerenciamento de disputas que essa própria forma de ver o mundo impõe aos que a ela se apegam...". (1998: 276)

Na perspectiva hermenêutica de Geertz (1998), o Direito, como produto do comportamento humano, compreende significados sociais: é um dizer algo sobre algo, uma forma de pensar, que não apenas regula o comportamento, mas o constrói. Desse modo, o Direito não é simplesmente um conjunto de normas, regulamentos, princípios, e valores limitados, mas é parte de uma maneira específica de imaginar a realidade, que traduz uma visão geral de mundo; com o caráter definidor da vida, o Direito constrói a vida social em vez de (meramente) refleti-la. Para o autor, o Direito é uma das grandes formulações culturais da vida humana, e, como tal, contribui para uma definição de um estilo de vida social (uma cultura) tanto quanto concepções religiosas ou filosóficas;

assim, é artesanato local. As variadas formas de Direito dão vida às comunidades onde existem e as transformam naquilo que as comunidades são.

Partindo desta concepção de Direito, Geertz (1998) formula a noção de sensibilidade jurídica, que compreende idéias, em uma determinada cultura, sobre o que é a justiça e sobre as maneiras como ela deve ser exercida. As sensibilidades jurídicas referem-se, assim, aos significados emanados do campo jurídico-legal, destacando as bases culturais do Direito. Segundo o autor, as sensibilidades jurídicas traduzem um conceito de justiça específico, um sentido de Direito particular a cada cultura, variando conforme o saber local. Tais sensibilidades são formadas pelo agrupamento de uma série de eventos, regulamentos, políticas, costumes, crenças, sentimentos, símbolos, procedimento e conceitos metafísicos. Nas palavras de Geertz, sensibilidade jurídica é esse "... complexo de caracterizações e suposições, estórias sobre ocorrências reais, apresentadas através de imagens relacionadas a princípios abstratos...". (1998: 325)

A compreensão do Direito como parte da cultura, e a noção de sensibilidade jurídica, permitem, assim, perceber que o Direito, como qualquer formulação cultural, não é universal e, portanto, não representa a mesma coisa em todos os lugares; como saber local, o Direito se expressa de acordo com a lógica própria de cada sociedade. Nesse sentido, os Direitos indígenas (e os não-indígenas) não podem ser compreendidos fora do contexto em que são praticados; por ser uma construção coletiva da cultura, que contribui tornar uma comunidade aquilo que ela é, os Direitos indígenas estão em estreito vínculo com os demais aspectos das culturas em que estão inseridos, como a cosmologia, a religião, a mitologia, o complexo ritual.

Cada povo indígena possui Direito próprio, que compreende as formas de viver e pensar daquela comunidade e que expressa uma sensibilidade jurídica peculiar. De acordo com Ruiz Chiriboga (2006), o(s) Direito(s) indígena(s) compreende(m) os sistemas de normas, procedimentos e autoridades que regulam a vida social das comunidades e lhes permite resolver conflitos internos de acordo com seus valores, perspectiva de mundo, necessidades e interesses.

Desse modo, não é difícil concluir que o direito dos povos indígenas de manter culturas próprias, como garante a Constituição Federal de 1988, pressupõe necessariamente o direito de usar mecanismos de justiça próprios, porque as práticas culturais indígenas – como o sistema de parentesco, as concepções religiosas e o vínculo com a terra – estão presentes na administração da justiça. Por esse motivo, a imposição de Direitos estranhos aos povos indígenas não viola, apenas, os sistemas jurídicos próprios: violenta a sociedade como todo e desrespeita a diversidade étnica e cultural que garante a Constituição brasileira, uma vez que, como afirma Sierra (1998), o Direito é elemento central da identidade étnica, a tal ponto que um povo que perdeu seu Direito, perdeu parte importante da sua identidade.

Considerando a concepção de Direito como saber local, recorremos às etnografias produzidas sobre sistemas jurídicos diferenciados para verificar como tais Direitos se manifestam no interior de sociedades etnicamente distintas da ocidental hegemônica. Malinowski **(2003 [1926]),** Fernández Osco (2000) e Moreira (2005), em tempos e continentes diferentes, produziram etnografias qualificadas sobre direitos diferenciados: o primeiro, sobre o Direito dos Trobriandeses, nas Ilhas Trobriand (Melanésia), nas primeiras décadas do século XX; o segundo, sobre o Direito *Aymara*, na Bolívia, na

última década daquele mesmo século; o terceiro, sobre o Direito *Mbya*-Guarani, na Argentina, no início do século XXI. Apesar das diferenças, os autores revelam os paradoxos suscitados a partir de um sistema jurídico tomado como único, e afirmam a necessidade, cada uma a seu modo, de considerar o Direito pela ótica da sociedade que o pratica.

Partindo do conhecimento do quotidiano trobriandês e de sólida pesquisa de campo, Malinowski **(2003 [1926])** volta sua atenção para os mecanismos que instituem e mantêm a lei e a ordem em uma sociedade tribal, revelando a complexidade das forças sociais que constituem a lei nativa que, diferente do habitual, não é um sistema de ordenação específico, diferenciado da "visão de mundo", mantido pelos agentes sociais, embora se construa como sistema jurídico plenamente identificável.

O autor inaugura uma nova forma de abordagem na Antropologia do Direito, pois, ao mesmo tempo em que demonstra a existência se um sistema jurídico diferenciado entre os povos nativos, contrariando a idéias de não possuíam leis, rechaça a "naturalização" presente à época, que, em sentido contrário, considerava a lei nativa como um sistema "perfeito" e, por isso apresentava os agentes sociais presos aos "grilhões da tradição".

Malinowski **(2003 [1926]) define a lei como as** diversas forças que contribuem para a ordem, a uniformidade e a coesão em uma sociedade, afirmando que, nas sociedades melanésias, a lei é diferenciada, uma vez que não reside em um sistema especial de decretos, que prevê e define possíveis formas de contravenção e provê barreiras e reparos apropriados, mas é o resultado da configuração de obrigações que impossibilitam uma pessoa de esquivar-se às responsabilidades sem sofrer por isso no futuro. Para o autor, as leis são "... certas regras consideradas como obrigações compulsórias de um indivíduo ou grupo em relação a outro indivíduo ou grupo." (**2003 [1926]: 17)**

A lei dos Trobriandeses não é um conjunto homogêneo e perfeitamente unificado de regras; consiste, ao contrário, de uma série de sistemas mais ou menos independentes, ajustados uns aos outros apenas parcialmente, num estado de equilíbrio tenso, com explosões ocasionais. Dessa forma, Malinowski **(2003 [1926])** também formula uma concepção mais elástica da lei, percebendo as regras como ajustáveis e adaptáveis. Portanto, a apreensão do exercício etnográfico efetuado por Malinowski traz a possibilidade de compreensão da aplicação da lei entre os nativos, mostrando-as, como racionais e necessárias à vida social.

Antropólogo *Aymara*, Fernandéz Osco (2000) rea**firma a necessidade de estudar e considerar, pela perspectiva antropológica, os sistemas jurídicos não-ocidentais e tratar da resistência nativa às sociedades hegemônicas e seus sistemas jurídicos nada inclusivos e não-plurais.** Partindo do ponto de vista dos povos indígenas, o autor revela a vitalidade dos sistemas jurídicos que "sobreviveram" ao extermínio colonial, tornando indissociáveis passado e presente na apreensão do sistema jurídico dos *Aymara*, além de tomar a termo a pesquisa antropológica como instrumento de contribuição ao debate sobre pluralidade jurídica, em lugar de trabalho estritamente acadêmico.

Fazendo etnografia dos Direitos em três comunidades *Aymaras*, o autor revela a dinâmica desses sistemas jurídicos, as mudanças e as permanências observadas desde

antes do contato até o presente, permitindo enxergar as tensões e transformações por que passaram esses sistemas jurídicos durante o período colonial, na formação do Estado nacional boliviano e no passado recente, após as mudanças constitucionais. A análise parte do método *Aymara quip nayra*, que consiste em ver o passado e o presente como um todo integrado.

Fernández Osco (2000) utiliza o método *quip nayra* ao tratar do Direito indígena uma vez que o tema, para o autor, além de muito complexo e pouco estudado, deve ser lido atando seus próprias fronteiras históricas: partindo de um ponto inicial até um ponto final. No caso do Direito *Aymara*, o autor considera do Direito Inca até os atuais sistemas jurídicos *Aymaras*. Segundo o autor, "[e]sta lectura debe realizarse a manera de un amarro... sólo de ese modo habrá de comprenderse mejor ciertas continuidades históricas, como la perdurabilidad del *ethos* colonial o la fuerza descolonizadora desde lo indígena." (2000: XXIV).

De acordo com Fernández Osco (2000), o Direito indígena das comunidades guarda constinuidades com o que foi a administração da justiça antes da conquista, durante a colônia e no início do período republicano. Assim, nas estruturas atuais de poder indígena estão presentes continuidades jurídicas e organizativas de épocas passadas.

O autor, mostra, por exemplo, como o Direito Inca foi-se mesclando (em razão da situação colonial imposta) ao Direito colonial, de inspiração européia, que, se por um lado era uma estratégia do colonizador para melhor controlar os povos conquistados, por outro, era também uma estratégia dos povos nativos para manterem muitas das antigas práticas jurídicas, ainda que as mais controversas fossem mantidas na clandestinidade.

A estrutura de autoridades nas diversas comunidades indígenas é um exemplo vivo das dinâmicas que marcaram as transformações e adaptações dos Direitos indígenas em razão das novas situações advindas do contato e do interior das comunidades. Conforme informa Fernández Osco (2000), as autoridades originárias indígenas foram obrigadas a repartir poder político e jurídico com as autoridades impostas pelo colonizador europeu (e, mais tarde, pelo colonizador interno), no mais das vezes com o objetivo de usurpar completamente as funções originárias.

No entanto, as comunidades estabeceram diversas estratégias para manterem seus sistemas jurídicos com relativa autonomia, e atendendo às suas necessidades. Assim, em alguns casos, esvaziaram o poder das autoridades impostas; em outros, reconfiguraram as funções dessas autoridades que, tomadas pela comunidade, assumiram as antigas funções jurídicas das autoridades originárias; além disso, tornaram autoridades próprias da comunidade (elegendo para os cargos os pessoas do grupo) antigas autoridades que faziam parte da estrutura político-administrativa do Estado, atribuindo-lhes funções jurídico-políticas e tornando-as uma espécie de ponte entre o Estado e as comunidades.

O autor torna evidente que as diversas comunidades *Aymaras* não possuem sistemas jurídicos idênticos, pois, além de serem formadas por grupos diferenciados entre si, não vivenciaram os processos históricos da mesma maneira, e estabeleceram diferentes estratégias na relação com a sociedade envolvente e o Direito hegemônico. Apesar disso, é possivel encontrar traços comuns, como o caráter sagrado dos sistemas jurídicos indígenas, em estreito vínculo com o mundo rutual-religioso. Tal leitura permite

perceber que, como afirma o autor, nas comunidades *Aymaras*, a justiça não é (apenas) um valor ou mera abstração mental, mas se encontra em constante movimento, é parte da dinâmica social. Segundo Fernández Osco (2000), "[l]as personas van materializando la norma a cada momento, ya sea en su sentido explicitamente jurídico, o en los sentidos social o moral." (2000: 171).

Desse modo, a justiça é parte da experiência diária, e, por isso mesmo, o conceito de justiça não é igual em todos os grupos sociais, além de mudar historicamente. O Direito mostra-se, assim, dinâmico, da mesma forma que as culturas em que estão inseridos não são estáticas; os Direitos e as culturas não se congelaram no tempo, mas se transformaram a partir das novas necessidades surgidas de demandas internas e das relações estabelecidas pelo contato com o colonizador e com a sociedade envolvente.

Com a peculiaridade de ser juiz-antropólogo – ou antropólogo-juiz –, Moreira (2005) discute, numa abordagem multidisciplinar, a situação de pluralidade jurídica na Argentina, e a conseqüente "fricção interjudicial". A expressão refere-se à contraposição do Direito indígena ao Direito estatal, sob o "sistema interétnico" forjado pela tensa convivência entre duas populações vinculadas por interesses diametralmente opostos; para Moreira (2005) a insubordinação do Direito indígena revela a instabilidade do sistema.

O foco do trabalho do autor está reconstruir e descrever o antigo modelo jurídico indígena registrando os vestígios arqueológicos que parmaneceram na sociedade indígena atual, a fim de observar e comparar como se modificaram ou se mantiveram as práticas judiciais e estabelecer prescrições acerca da maneira de resolver conflitos quando aparecem fricções interjudiciais. Portanto, a etnografia sobre a cultura jurídica da sociedade *Mbya* efetuada por Moreira (2005) atende a uma finalidade prática: o que fazer quando, no contexo intercultural, os sistemas jurídicos indígenas e estatal se contrapõe na resolução de um conflito, dando-lhe respostas opostas e inconciliáveis?

Para encontrar uma solução, é preciso conhecer o modo *Mbya* de resolver conflitos. Moreira (2005) dedica especial atenção nos mecanismos judiciais utilizados para combater os delitos, ou seja, o processo de julgamento dos crimes, em que aparecem os rituais, as lógicas e os significados acordados para a solução de litígios. O autor descreve, assim, em que consistia o julgamento *Mbya* antes e as modificações operadas após o contato com a justiça dominante.

A partir dos relatos feitos por lideranças indígenas, Moreira (2005) reconstrói o que foi o procedimento judicial *Mbya* na origem, e que permanece vivo na memória oral do povo *Mbya*-Guarani: o *Aty Guassú*, que significa "grande assembléia" e corresponde a um ritual semelhante ao que os preceitos jurídicos ocidentais definem como julgamento.Segundo Moreira (2005), para a sociedade *Mbya*, os delitos têm origem no sobrenatural e, mais do que atos reprovados pela comunidade, revelam uma desobediência à ordem religiosa e social, causando desequilíbrio que contamina todo o grupo.

Por esse motivo, a justiça é um instrumento de purificação exercido por toda a coletividade, e o julgamento é uma ferramenta da divindade, um mecanismo coletivo que conecta a dimensão terrena com a sagrada. Moreira (2005) descreve a seqüência de atos que dava início ao *Aty Guassú* – detenção do culpado, comunicação às aldeias

vizinhas, instalação da assembléia –, convocado apenas para o julgamento dos crimes considerados graves, como o homicídio, e o funcionamento do mesmo.

O que cabe destacar, no entanto, é que o *Aty Guassú* não é considerado apenas uma ferramenta de pacificação social, reparadora e expiatória; é também uma forma de repetição, reforço e prova ritual da conformidade da comunidade com as crenças religiosas. Durante o ritual da grande assembléia, se recordam os valores da comunidade, renovando o pacto social e místico. Desse modo, de acordo com o autor, a função do julgamento, quando estabelece um castigo, atende a dois propósitos: a solução de um conflito e a reconciliação da comunidade com os deuses, que devem ser aplacados. É por essa razão que a sociedade *Mbya* não vê sentido nos procedimentos adotados pela justiça estatal: a cultura jurídica antiga permanece viva e somente mediante a participação e o repúdio coletivo, que manifesta o desacordo da comunidade com o crime, é que este poderá ser expurgado.

Segundo Moreira (2005), a administração do Direito próprio foi desaparecendo gradualmente e perdendo a característica coletiva dos procedimentos judiciais, frente à invasão e imposição de mecanismos judiciais estranhos, que expropriaram o povo *Mbya* de obter justiça e de renovar as crenças religiosas. Hoje, a administração de justiça indígena praticamente se restringe a questões domésticas ou crimes menores, como o roubo; em caso de homicídio, sempre atua a justiça estatal.

Com efeito, quando há homicídio, as comunidades têm cada vez mais declinado jurisdição, como uma espécie de comportamento adaptativo. No entanto, a aparente subordinação se trata apenas de uma estratégia da comunidade para não se envolver em conflitos maiores que poderiam pôr em perigo a estabilidade social do grupo, em face da vigilância e coerção exercidas pelo Direito dominante. Para Moreira, tal restrição à jurisdição indígena "... no puede ser interpretada como conformidade ni reconocimiento del derecho oficial, sino como um amordazamiento del ejercicio del propio derecho." (2005: 184)

O conhecimento judicial e a memória jurídica não se perderam, embora o estado de subjugação das comunidades indígenas ao longo de séculos ao Direito do conquistador tenha debilitado, modificado e disfarçado o procedimento original com traços sincréticos. Segundo Moreira (2005), há notícia de cerimônias secretas realizadas na clandestinidade, que mantêm muitos dos aspectos do juízo original, adaptadas para mantê-las longe do olhar impositivo do Estado, o que demonstra a resistência ao Direito hegemônico. De acordo com o autor, os confrontos entre o Direito *Mbya* e o Direito estatal "[s]e acenúan cuando las partes de la controversia son indígenas. En estos casos, la comunidad se resiste de diferentes formas a aceptar que sean juzgados por blancos." (2005: 158) Em alguns casos, a comunidade rejeita a solução dada ao conflito pela justiça estatal e se considera plenamente competente para realizar novo julgamento, segundo o que prescreve o Direito *Mbya*, a despeito da pena aplicada pelos "brancos", pois a pena imposta por estes não satisfaz a comunidade indígena e não reestabelece a paz do grupo.

Desse modo, o trabalho de Moreira (2005) permite perceber os choque entre sensibilidades jurídicas diferenciadas que convivem no mesmo território, e os conflitos suscitados pela insubordinação do Direito indígena ao estatal, o qual tenta submeter aquele. Ao analisar permanências e mudanças no Direito *Mbya*, o autor demonstra as

permanências que indicam resistências e as mudanças que se operaram pelos conflitos com o sistema jurídico estatal, e que tem gerado prejuízos para os povos indígenas.

Pelo exposto, apoderar-se da construção teórico-metodológica de Geertz (1998), Malinowski (2003 [1926]), Fernández (2000) e Moreira (2005) traz a possibilidade de compreender a situação de colonialismo jurídico a que estão submetidos os povos nativos, numa legislação utopicamente plural que não admite os sistemas jurídicos indígenas. Mais do que isso: permite ver o vigor e a coerência dos sistemas jurídicos dos povos indígenas que, não obstante o colonialismo jurídico externo e interno, permanecem mais vivas do que nunca.

Possibilita, ademais, a formulação de um "modelo" que possa servir de guia à análise de sistemas jurídicos diferenciados, que podemos esboçar partindo dos seguintes pressupostos: 1) o Direito é uma formulação cultural e, portanto, não se manifesta da mesma forma em todos os lugares; 2) os Direitos têm conteúdos específicos, expressam sensibilidades jurídicas também específicas e, assim, as idéias sobre o que é o Direito, a justiça e maneira como deve ser exercida não são universais; 3) em sociedades etnicamente diferenciadas da ocidental, não há (necessariamente) rígida separação entre o Direito e os demais aspectos da cultura na qual está inserido, podendo estar em estreito vínculo como a cosmologia, a religião, os mitos e os rituais; 4) os Direitos diferenciados, embora se manifestem de forma diversa e possuam conteúdos diversos em sociedades etnicamente diferenciadas, são considerados legítimos nas sociedades que os praticam, e contribuem para a manutenção de estilos de vida; 5) os Direitos diferenciados (como qualquer Direito e assim como as sociedades que os praticam) são dinâmicos, sofrem mudanças e preservam continuidades, de acordo com as necessidades novas trazidas pelas situações internas e pelo contato com outras sociedades e Direitos; 6) cada sistema jurídico possui conceitos e categorias próprias, de modo que os Direitos diferenciados não são inteligíveis nos termos do Direito hegemônico; devem ser analisados nos seus próprios termos, partindo do "ponto de vista do nativo"; 7) os sistemas jurídicos diferenciados em vigor devem ser analisados integralmente, verificando permanências e mudanças, pois as primeiras indicam resistências e as segundas podem ter se processado em meio a conflitos; 8) os Direitos diferenciados não constituem uma categoria única: embora (eventualmente) possamos identificar traços comuns, quando falamos em Direitos diferenciados é sempre no plural – assim, não se pode falar em "um" Direito indígena, mas de Direitos indígenas.

Povos indígenas e Direito(s): a construção do Estado plural

A mobilização indígena nas últimas décadas, por meio do movimento indígena organizado, passou a questionar, com força crescente, os pressupostos tradicionais do Estado – enquanto sistema único, assentado na idéia de nação, formada por cidadãos livres e iguais – reclamando o reconhecimento das identidades, dos legítimos direitos, e da diversidade étnica e cultural no âmbito dos Estados.

Sobretudo, os povos indígenas reivindicam autonomia frente aos Estados, como forma de exercício do direito à autodeterminação, o que implica, segundo Luciano (2006), no respeito aos direitos indígenas: o desenvolvimento das culturas, línguas, medicinas e o reconhecimento dos territórios como espaço étnico. Implica, também, em

respeitar as autoridades indígenas e as diversas formas de organização e representação política em todos os níveis de poder. E implica, além disso, no reconhecimento de autogovernos comunitários no âmbito do Estado nacional.

A autonomia indígena no Brasil significa, portanto, o autogoverno dos povos indígenas nos marcos do Estado, e não soberania política diante do Estado brasileiro. Refere-se assim à possibilidade de criação de uma coletividade política no seio da sociedade nacional, de acordo com um regime político-jurídico pactuado (Luciano, 2006) – isto é, acordado e não somente concebido – que permita aos povos indígenas se ocuparem dos assuntos internos e manterem sistemas jurídicos próprios.

No entanto, o reconhecimento da diversidade cultural e a conseqüente necessidade de garantir autonomia política para determinadas coletividades no âmbito dos Estados conflitam com a concepção de Estado nacional – homogêneo e unitário, no qual o foco está no indivíduo enquanto sujeito de Direito – e demandam repensar a concepção de Estado e a relação deste com os povos que coexistem no território (dito) nacional.

A partir da década de 1980, os Estados latino-americanos, confrontados com as demandas indígenas, foram obrigados a iniciar um processo de reformas constitucionais que abrigasse – com variados graus de alcance – o reconhecimento do caráter multicultural e pluriétnico das sociedades. (Castro Lucic e Sierra, 1998)

Tal processo – que não está isento de conflitos e contradições – aponta para uma nova relação entre os povos indígenas e o Estado, historicamente partidário (e promotor) da exclusão destes povos. Para Castro Lucic e Sierra,

"[t]odo indica que estos hechos están cuestinando de manera frontal la opción liberal... característica de los Estados latinoamericanos, cuya finalidade fue la de construir sociedades nacionales unificadas bajo una sola ley y una sola cultura... que impide reconocer la realidad histórica diversa y plural de estas sociedades, y en particular la existencia de colectividades indígenas com identidades difereciadas y con formas propias de organización social y jurídica. De aqui la urgencia de pensar en nuevas formas de participación cuidadana y de reconocimiento de derechos coletivos culturales y políticos diferentes, como base para fortalecer la vida democrática de los países." (1998: 7-8)

Os povos indígenas, ao pleitearem o reconhecimento da diversidade cultural, da autonomia indígena e da pluralidade de Direitos colocam, para toda a sociedade (dos Estados latino-americanos), duas questões: qual é o tipo de Estado em que vivemos e qual é o tipo de Estado que queremos construir todos em conjunto?

Ao formular tal questão, Herrera (2007) refere-se a três tipos de Estado: nacional, moderno e multicultural. O primeiro refere-se à concepção de Estado que enfatiza o indivíduo como sujeito de Direito, no qual predomina a ideologia da homogeneidade cultural, isto é, todos são iguais, sem grandes diferenças. Segundo Herrera (2007), a crítica a tal tipo de Estado é que favorece (ou não protege ante) a violação sistemática dos direitos coletivos; não há proteção de grupos diferenciados dentro do Estado nacional. E, além disso, há grande tensão interétnica entre os distintos grupos étnicos e os grupos nacionais: tal modelo de Estado é marcado pela fricção, pelo

enfrentamento e pelos conflitos, uma vez que há um setor que impõe uma visão de Estado e controla o poder de distintas maneiras, subordinando os demais grupos.

O segundo modelo – o Estado moderno – é, para Herrera (2007), o que predomina hoje nos países latino-americanos, nos quais pela primeira vez se aceita a idéia da coletividade como sujeito de direito: não são apenas indivíduos, mas também coletivos que têm direitos reconhecidos dentro do Estado; há reconhecimento dos direitos das minorias, as quais não são somente minorias étnicas (homossexuais, por exemplo, se constituem enquanto minoria em tal modelo).

No entanto, conforme afirma Herrera (2007), os povos indígenas e as organizações indígenas criticam a idéia de Estado Moderno. A crítica dos povos indígenas é que eles demandam ser reconhecidos como povos e não como minorias e tal modelo de Estado inclui os direitos dos povos indígenas no mesmo nível ou na mesma posição que os direitos de outras minorias. Segundo o autor, os povos indígenas afirmam que:

"... não só somos [os povos indígenas] diferentes de outras minorias, senão que, ademais, temos direitos históricos; somos anteriores ao Direito ocidental que se aplica em nossos países. E não somos só anteriores, o que nos dá um direito histórico, senão que, ademais, nós tínhamos e temos nosso próprio Direito, anterior ao Direito ocidental. Então, aquilo que nós demandamos como povos indígenas, [nós] o demandamos [como] a restituição daqueles direitos ou, se vocês preferem, de nossos sistemas de Direito que temos perdido por imposição do Direito positivo ou ocidental. Queremos que isso nos seja restituído. Porém, ademais, não queremos que nos dêem direitos, que nos concedam direitos... Não queremos ser protegidos... Simplesmente queremos o reconhecimento do que nos corresponde como povos originários, antes de mais nada."

O terceiro modelo de Estado é o Estado Multicultural, o qual, segundo Herrera (2007), é o rumo que segue a América Latina nos últimos anos. No Estado multicultural se reconhece que existem não apenas minorias, mas também outra categoria: os povos originários. Para Herrera (2007), nos Estados Multiculturais se assume o que se denominava de Direitos de Terceira Geração, isto é, direitos coletivos, sobrepostos aos direitos individuais; ou, ao menos, haveria uma tendência em admitir que não devem existir somente direitos individuais, mas que devem conviver direitos coletivos e direitos individuais, de alguma maneira. E, por esse motivo, se reconhece a categoria de povos indígenas como uma categoria distinta, especial, concreta, com direito à autonomia e à autodeterminação.

No entanto, para Herrera (2007), freqüentemente o Estado se converte num Estado protecionista, encarregado de tutelar o cumprimento, a observação dos direitos indígenas. E, a participação política dos indígenas, sempre negada, adquire o formato de mecanismos de consulta sobre assuntos que, vindo da política oficial, podem afetar os povos indígenas: eles têm o direito a opinar, porém, não de vetar; podem apenas opinar sobre tudo.

A critica indígena a tal modelo de Estado é que as relações estabelecidas com o Estado – nacional, moderno ou multicultural – não são suficientes. Os povos indígenas pleiteiam uma nova relação com o Estado, na qual eles tenham autonomia; dessa forma, demandam a construção de uma nova institucionalidade, onde a autonomia é a base que permeia a totalidade da institucionalidade do Estado. Nesse sentido, segundo Herrera

(2007), a autonomia é o princípio básico, o ponto central da construção de um novo Estado.

A demanda dos povos indígenas à sociedade nacional é, de acordo com Herrera (2007), a adesão ao princípio do respeito intercultural, o qual não significa apenas reconhecer a diferença: significa, sobretudo, reconhecer a assimetria, isto é, que os distintos grupos estão em posições desiguais. Para assegurar o respeito intercultural é necessários que os grupos reconheçam qual é a posição – econômica, política, etc – dos outros e, principalmente, quais são as origens, o processo que levou cada grupo a estar na posição em que está hoje.

A diversidade cultural é o princípio básico da crítica dos povos indígenas ao Estado Multicultural. Porque, em termos gerais, o multiculturalismo é caracterizado pelo reconhecimento à diversidade cultural; porém, aqui haveria, para Herrera (2007), uma armadilha: reconhecer a diversidade cultural não significa – segundo os críticos do multiculturalismo – nada mais que dizer que, num contexto determinado (por exemplo, num Estado Nação), há grupos distintos, diversos, com culturas diferentes. Desse modo, não se diz nada acerca das condições em que se dão as relações entre os grupos.

Tal posicionamento é, para o autor, típico dos Estados que se reconhecem como multiculturais. O Estado se concebe como pluralista, includente, permitindo a cada povo existente (e respectivos membros), gozar de direitos sob a proteção estatal. Aqui está, para Herrera, outra característica dos Estados multiculturais: protecionismo, paternalismo. "Um Estado que diz: todos têm direitos, os distintos grupos, e *protejo* os direitos; porém, além disso, *defino* quem tem os direitos... [por meio da] institucionalidade jurídica...".

Segundo Herrera (2007), a discussão de fundo é o debate sobre "multiculturalismo *versus* interculturalidade". Porque, na perspectiva da interculturalidade, a consciência da diversidade cultural exige redefinir a instituição democrática, repensar toda a institucionalidade do Estado Democrático, questionando o que significa reconhecer a diversidade e o que significa reconhecer a autonomia dos povos.

A interculturalidade – que, para Herrera (2007), tem muito mais um caráter latino-americano – seria, assim, uma proposta ética e uma proposta política; "... para muitos, é fundamentalmente uma proposta política e de ação política, é um princípio revolucionário... do ponto de vista político, porque se orienta a aperfeiçoar o conceito de cidadania... [O] que significa ser cidadão? Em que Estado?" Para Herrera (2007), a proposta da interculturalidade é aperfeiçoar conceito de cidadania, propondo o conceito de cidadania intercultual, para todos: indígenas e não-indígenas, a qual enfatiza que os distintos povos vivem em constante relação e interação e que, porém as relações se dão em condições distintas, isto é, podem produzir desigualdades.

Desse modo, não basta reconhecer que há grupos diversos no Estado; além disso, é necessário, especialmente no que se refere aos povos indígenas, fortalecê-los. As relações e interações – que ocorrem de forma tensa, conflitante – precisam ser acordadas no consenso. Para Herrera (2007), o conceito de consenso é muito importante, porque garante o direito à livre determinação: pressupõe a criação de espaços de deliberação e acordo, sem exclusão de representação e opinião na administração do poder. Implica em colocar-se no lugar do outro e entender sua visão

de mundo e valores; trata-se do diálogo horizontal que aceita que grupos distintos estejam inter-relacionados, influenciando-se mutuamente nos espaços territoriais e podendo ter um projeto (político) conjunto.

Nesse sentido, os povos indígenas propõem a transformação do Estado unitário e homogêneo em Estado plural e descentralizado, que possibilite em seu interior a existência e o desenvolvimento de espaços de autonomia e de interdependência justos e eqüitativos, capazes de impulsionarem a conformação de um Estado plurinacional. (Luciano, 2006).

A construção de um Estado verdadeiramente plural implica em levar a sério a proposta política de diálogo intercultural, que permita a maximização da autonomia indígena. A autonomia indígena, por sua vez, demanda – entre outras questões – o reconhecimento dos direitos indígenas e o respeito da jurisdição indígena no âmbito dos territórios das comunidades, uma vez que a realização plena da autonomia dos povos indígenas não é possível sem que possam decidir sobre a resolução de conflitos internos.

Desse modo, o reconhecimento dos Direitos indígenas – não de forma subsidiária, mas substitutiva, no âmbito da jurisdição indígena – é medida necessária para garantir a autonomia político-jurídica dos povos indígenas no Brasil e o respeito à diversidade cultural assegurado, no Brasil, pela Constituição Federal de 1988.

Com efeito, para Bonilla Maldonado

"... los derechos de autogoverno de las minorias culturales deben ser maximizados [porque] [l]as minorías no pueden sobrevivir como culturas particulares si no tienen la possibilidad de usar sus tradiciones para determinar los contornos de su vida privada y pública. Como consecuencia,... las minorías culturales deben tener la possibilidad, como tiene la mayoria... de transformar sus perspectivas políticas en estándares normativos aplicables en sus comunidades, [y] juzgar a sus miembros de acuerdo a estos estándares normativos...". (2006: 42)

Nessa perspectiva, diversidade cultural, autonomia política e pluralismo jurídico são dimensões correlatas, que devem ser consideradas no mesmo plano.

Nesse sentido, no projeto político intercultural, os sistemas jurídicos indígenas devem ser considerados no mesmo patamar do Direito estatal, significando que a atual subordinação deve dar lugar à coordenação: cada Direito tem âmbito próprio de competência e as fricções que (inevitavelmente) surgem em razão das relações entre os diversos grupos, devem ser resolvidas por meio do diálogo, do consentimento, e não da imposição.

A convivência entre os diversos povos, grupos étnicos e comunidades no âmbito dos Estados deve ser regulada por meio de pactos políticos, acordos interculturais, os quais devem ser também os marcos ou parâmetros que devem ditar os limites de atuação dos diversos sistemas jurídicos presentes num mesmo território.

Portanto, criar possibilidades de gerenciamento da diferença significa extrapolar o (mero) reconhecimento: é preciso promover a diversidade cultural – inclusive jurídica – forjando as condições em que as diversas manifestações culturais dos mais diversos povos possam coexistir em igualdade. Para isso, é necessário ampliar a compreensão do outro, por meio da multiplicação do diálogo entre realidades, perspectivas e concepções das diversas coletividades. (Henriques, 2006)

O reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas no âmbito do Estado brasileiro dependerá, evidentemente, da nossa capacidade de diálogo intercultural, que pressupõe a possibilidade de mútua compreensão; e, como afirma Luciano (2006), dependerá também da nossa capacidade de recriar e reinventar o Estado.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Ana Valéria *et alii*. *Povos Indígenas e a Lei dos "Brancos": o direito à diferença.* Brasília, MEC/SECAD – LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível também em htpp://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/.

BRASIL. Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Disponível em htpp:// www.presidencia.gov.br/legislacao.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. *O índio e o mundo dos brancos. Uma interpretação sociológica da situação dos Tukúna*. 2ª ed. São Paulo, Livraria Pioneira Editora, 1972.

CASTRO LUCIC, Milka & SIERRA, María Teresa. "Derecho indígena y pluralismo jurídico en América Latina". *In América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, Volume LVIII, nº 1-2, México, 1998.

FERNÁNDEZ OSCO, Marcelo. *La ley del Ayllu: Práctica de jach'a justicia y jisk'a justicia (Justicia Mayor e Justicia Menor) en comunidades Aymaras*. La Paz-Bolivia, Programa de Investigación Estratégica en Bolivia, 2000.

GEERTZ, Clifford. "O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa" *In O Saber Local: novos Ensaios em Antropologia Interpretativa. Petrópolis, Vozes, 1998. pp. 249-356.*

HENRIQUES, Ricardo. "Apresentação" *In* LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje.* Brasília, MEC/SECAD – LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível também em: htpp://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/.

HERRERA, Alejandro. "Formação indígena na área jurídica, experiências na América Latina". Palestra proferida durante o *Seminário Formação Jurídica e Povos Indígenas: desafios para uma educação superior*, realizado em Belém, no período de 21 a 23 de março de 2007.

HOBBES, Thomas. *Leviatã.* 2ª ed. São Paulo, Abril Cultural, 1979.

HOEKEMA, André. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario” *In América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, Volume LVIII, nº 1-2, México, 1998.

LIMA, Maria do Socorro Lacerda & SOUZA, Estella Libardi. *Religião e cosmologia: fundamentos do Direito Guarani*. Trabalho apresentado na 26ª Reunião da Associação Brasileira de Antropologia. Disponível em: http://201.48.149.88/abant/arquivos/24_5_2008_16_20_27.pdf.

LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje.* Brasília, MEC/SECAD – LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível também em htpp://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Brasília/São Paulo, UnB/Imprensa Oficial do Estado, 2003.

MARÉS, Carlos Frederico. *O Renascer dos Povos para o Direito.* Curitiba, Juruá, 2006.

MOREIRA, Manuel. *La cultura Jurídica Guarani*. Argentina, Antropofagia, 2005.

SIERRA, María Teresa. “Autonomia y Pluralismo Jurídico: El Debate Mexicano”, *In América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, Volume LVIII, nº 1-2, México, 1998.

SOUZA, Rosinaldo Silva de. Direitos humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. *In* NOVAES, Regina Reis & KANT DE LIMA, Roberto (orgs.). *Antropologia e Direitos Humanos*. Niterói, EdUFF, 2001.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos. *Um grande cerco de paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil.* Petrópolis, RJ, Vozes, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura jurídica no Direito.* 3ª ed. São Paulo, Alfa Ômega, 2001.

Cf. ARAÚJO, Ana Valéria *et alii*. *Povos Indígenas e a Lei dos “Brancos”: o direito à diferença.* Brasília, MEC/SECAD – LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível também em: htpp://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/.

Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura jurídica no Direito.* 3ª ed. São Paulo, Alfa Ômega, 2001.

Cf. MARÉS, Carlos Frederico. *O Renascer dos Povos para o Direito.* Curitiba, Juruá, 2006.

Cf. FERNÁNDEZ O., Marcelo. *La ley del Ayllu: Práctica de jach’a justicia y jisk’a justicia (Justicia Mayor e Justicia Menor) en comunidades Aymaras*. La Paz-Bolivia, Programa de Investigación Estratégica en Bolivia, 2000.

Cf. HOBBES, Thomas. *Leviatã.* 2ª ed. São Paulo, Abril Cultural, 1979: 161-164 *apud* Wolkmer, 2001: 51.

Cf. REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado.* 4ª ed. São Paulo, s. ed., 1984: 231 a*pud* Wolkmer, 2001: 60.

Diz o Estatuto do Índio: "Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte." Conferir: **Lei nº 6.001/1973.** Disponível em htpp:// www.presidencia.gov.br/legislacao.

Pierre Clastres questiona o "critério da falta" utilizado para descrever sociedades nativas – como sociedades sem Estado, sem escrita, sem história – que as qualificam de forma negativa. Além disso, segundo o autor, por trás de tais classificações está a concepção evolucionista e etnocêntrica que percebe tais sociedades como a infância, a primeira fase na evolução da humanidade e, como tal, seriam sociedades "... incompletas, inacabadas, destinadas por conseguinte a crescer, a se tornar adultas... A ausência de Estado marca o que nelas existe de incompleto, o estágio embrionário de sua existência, sua anistoricidade." (1982: 109). Clastres propõe ver as sociedades nativas como "... sociedades completas, acabadas, adultas e não mais como embriões infrapolíticos..." (1982: 109). Para o autor, as sociedades nativas não possuem Estado porque o recusam, porque "[a] propriedade essencial... da sociedade primitiva é exercer um poder absoluto e complexo sobre tudo que a compõe, é interditar a autonomia de qualquer um dos subconjuntos que a constituem... A tribo manifesta... sua vontade de preservar essa ordem primitiva, interditando a emergência de um poder político individual, central e separado." (1978: 147-148) São, desse modo, sociedades que se organizam *contra* o Estado. Conferir: CLASTRES, Pierre. "A questão do poder nas sociedades primitivas" *In Arqueologia da violência: ensaios de antropologia política.* São Paulo, Brasiliense, 1982 e CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o estado*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1978.

Marés (2006) utiliza a noção de jusdiversidade para referir-se ao reconhecimento dos Direitos e jurisdições dos povos.

Cf. CASTRO LUCIC, Milka & SIERRA, María Teresa. "Derecho indígena y pluralismo jurídico en América Latina". *In América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, Volume LVIII, nº 1-2, México, 1998.

Cf. MOREIRA, Manuel. *La cultura Jurídica Guarani*. Argentina, Antropofagia, 2005.

Cf. GEERTZ, Clifford. "O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa" *In O Saber Local: novos Ensaios em Antropologia Interpretativa. Petrópolis, Vozes, 1998. pp. 249-356.*

Cf. HOEKEMA, André. "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario" *In América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, Volume LVIII, nº 1-2, México, 1998.

Cf. MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Brasília/São Paulo, UnB/Imprensa Oficial do Estado, 2003.

Sobre a relação entre religião, mitologia e Direito, num sistema jurídico diferenciado (no caso, o *Mbyá-Guarani*), consultar: Lima & Souza (s/d).

"Para los indios [*quip nayra*] es un fundamento implícito y explícito a la vez, pues no podemos abstraernos de la memoria histórica, de las perversidades de las prácticas jurídicas coloniales y neocoloniales, así como tampoco podemos separar lo público de lo privado; la realidad de la esfera sobrenatural; lo jurídico de la dimensión ceremonial ritual; la sanción ética y social de la sanción jurídica; lo intelectual de la acción práctica; la familia de la comunidad." Conferir: Fernández Osco (2000: 2).

Pose-se definir cultura como "... uma atualização constante e incessante de significados e *valores coletivos* próprios de um dado grupo humano." Conferir: Souza (2001: 65-66).

Conforme explica Moreira (2005), o conceito de "fricção interjudicial" foi inspirado no conceito de "fricção interétnica" de Cardoso de Oliveira. Segundo este autor, fricção interétnica refere-se ao "... ao contato entre grupos tribais e segmentos da sociedade brasileira, caracterizados por seus aspectos *competitivos* e, no mais das vezes, *conflituosos*, assumindo esse contato muitas vezes proporções 'totais', i. e., envolvendo toda a conduta tribal e não-tribal que passa a ser moldada pela *situação de fricção interétnica*." (1972: 128. Grifos no original.)

Segundo Moreira (2005), delitos considerados menores, como roubo, eram – e ainda são – resolvidos pelo cacique.

Cf. LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje.* Brasília, MEC/SECAD – LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível também em htpp://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/.

Tais questões foram formuladas por HERRERA, Alejandro. "Formação indígena na área jurídica, experiências na América Latina". Palestra proferida durante o *Seminário Formação Jurídica e Povos Indígenas: desafios para uma educação superior*, realizado em Belém, no período de 21 a 23 de março de 2007.

BONILLA MALDONADO, Daniel. *La constituición multicultural.* Bogotá, Siglo del Hombre Editores/ Universidad de los Andes – Faculdad de Derecho/ Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2006.

Cf. HENRIQUES, Ricardo. "Apresentação" *In* LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje.* Brasília, MEC/SECAD – LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível também em: htpp://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/.

(RE)CONSTRUINDO AS DECISÕES JUDICIAIS, A PARTIR DE RONALD DWORKIN: PODE O JUIZ TOMAR DECISÕES PAUTADAS EM ARGUMENTOS DE POLÍTICA?*

(RE) BUILDING THE JUDGMENTS, FROM RONALD DWORKIN: CAN THE JUDGE MAKE DECISIONS BASED ON ARGUMENTS OF POLICY?

Felipe Daniel Amorin Machado

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma discussão acerca da (re)construção das decisões judiciais e de sua fundamentação, a partir de um caso concreto, tomando como marco a teoria do Direito como integridade proposta por Ronald Dworkin. Para tanto, apresentou-se as teorias de Dworkin, face às outras concepções de Direito por ele criticadas, em especial seu debate frente ao positivismo defendido por H. L. A. Hart. Em seguida, demonstra-se as bases da teoria do Direito como integridade, perpassando pela crítica de Dworkin à discricionariedade judicial, ao Direito concebido como um conjunto de regras e às fundamentações pautadas em argumentos de política. Na construção da concepção do Direito como integridade, apresenta-se as teses que lhe dão sustentação, assim demonstrando que o Direito sempre oferece uma reposta correta, que se dá através da (re)construção das decisões proferidas no passado (cadeia do Direito), devendo esta ser feita através de uma interpretação construtiva que visa demonstrar determinada prática social em sua melhor luz. Essa perspectiva hermenêutico-crítico de Dworkin culmina num conceito interpretativo de Direito, o Direito como integridade, que garante a validade das normas se elas constam ou derivam dos princípios de justiça, equidade ou devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO COMO INTEGRIDADE; INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA E FUNDAMENTAÇÃO.

ABSTRACT

This work presents a discussion about the (re)construction of the decisions and its recital, from a real case, taking as landmark the theory of the Law integrity proposal by Ronald Dworkin. For in such a way, were demonstrated the theories of Dworkin, front the others conceptions of Law for him criticized, in special the debate against the positivism defended by H.L.A. Hart. After that, shows the bases of the theory of the Law as integrity, passing by the critical of Dworkin against the judicial discretionary, the Law conceived as a set of rules and to the recitals based in policies arguments. In the construction of the conception of the Law as integrity, presents the thesis that gives sustentation to it, demonstrating that the Law always offers a correct answer, that occurs through the (re)construction of the precedents (chain of Law), that should be made by

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

one constructive interpretation that demonstrate one determinate practical social in its better light. This hermeneutic-critic perspective of Dworkin culminates in an interpretative concept of Law, the Law as integrity, that guarantees the validity of the norms if they consist or derive from the principles of justice, equity or due process of law.

KEYWORDS: LAW AS INTEGRITY; CONSTRUCTIVE INTERPRETATION; AND RECITAL OF THE DECISIONS.

1. Colocação o problema

O presente trabalho apresenta uma discussão acerca das decisões judiciais, demonstrando, a partir da teoria do filósofo do Direito, o americano Ronald Dworkin, que os juízes devem pautar suas decisões em argumentos que assegurem o direito de um indivíduo ou de um grupo, ao invés de basear seu *decisium* em argumentos que visem bem-coletivo em detrimento dos direitos fundamentais. Para tanto, se apresenta as teses propostas por Dworkin para, ao final, re-construir o julgado de um caso concreto sob a luz de sua teoria.

O marco adotado neste trabalho é a teoria do Direito como integridade, proposta na obra de Ronald Dworkin, que propõe uma reflexão a respeito da fundamentação das decisões judiciais, reconstruindo seus limites e possibilidades que possam ser estruturadas dentro de um paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva busca-se oferece respostas a perguntas como: “Existe resposta correta para um caso controverso?”; “O Direito possui resposta para todas as questões?”; ou então, “Qual é a melhor interpretação de uma norma?”.

2. O Positivismo jurídico De H.L.A. Hart

Dworkin erige como alvo de suas análises as construções teóricas de Herbert Lionel Adolphus Hart[1], representante do positivismo jurídico[2] que, segundo o próprio Dworkin, oferece a teoria mais elegante e completa do positivismo[3], “a mais influente versão contemporânea do positivismo” (2002, p. XI)[4].

Diversas são as tentativas dos positivistas de elaborar um critério capaz de justificar a validade das normas jurídicas. Cabe mencionar, a famosa teoria kelseniana da “norma fundamental” (*Grundnorm*), sendo concebida como uma norma pressuposta (hipotética e condicional)[5], da qual todas as demais retirariam sua validade, em um processo silogístico-formal, no qual a norma fundamental funcionaria como fundamento de validade do ordenamento (KELSEN, 1987, p. 217). Não há uma preocupação com o “conteúdo” da norma fundamental, sendo irrelevante se ela comporta uma ordem jurídica justa ou injusta. Esse entendimento encontra suas bases na compreensão que Kelsen (1987) tem acerca do Direito, conceituando-o como uma ordem social

coercitiva, impositiva de sanções. Em outros termos, o Direito é um sistema de normas válidas que dizem respeito ao uso da coerção em uma sociedade[6].

Hart se mantém fiel à tradição positivista, atribuindo a validade de uma norma ao seu procedimento de positivação, ou seja, à legitimação do sistema dá-se pela referência à legalidade do procedimento de normatização. Entretanto, Hart inova a teoria positivista ao inserir na análise jurídica o chamado "paradigma hermenêutico"[7]. Apropriando-se deste conceito, Hart desloca seu campo de análise: "passa-se de um conhecimento do Direito atrelado aos aspectos semânticos e sintáticos da linguagem jurídica, para uma análise detida aos aspectos pragmáticos da linguagem do Direito, privilegiando seus usos e funções" (KOZICKI, 1997, p. 129-130).

Em Hart o Direito é caracterizado como a união de regras primárias de obrigação e regras secundárias, podendo ser estas últimas regras de criação, alteração, exclusão e aplicação das regras primárias, bem como configurar uma regra de reconhecimento. Nas palavras de Hart, as regras primárias e secundárias são assim entendidas:

Por força de regras de um tipo, que bem pode ser considerado um tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito à acções que envolvem movimento ou mudanças físicos; as regras do segundo tipo tornam possíveis actos que conduzem não só a movimento ou mudanças físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações (HART, 1994, p. 91).

A validade do Direito em Hart é atribuída ao preenchimento de uma regra empírica[8], a "regra de reconhecimento" (*rule of recognition*). Podemos concluir, nesse sentido, que a "regra de reconhecimento" varia de ordenamento para ordenamento (sistemas jurídicos simples e complexos), eis que é um ato de vontade; é uma regra secundária que regula a produção, alteração, exclusão e aplicação de normas primárias, atuando também como o fundamento último de validade do ordenamento jurídico. Ademais, a regra de reconhecimento incorpora como Direito os costumes e práticas sociais, o que representa um avanço (e uma grande diferença) em relação à norma fundamental de Kelsen.

Dworkin ao dissertar sobre a "regra de reconhecimento" de Hart, enfatizando sua oposição à teoria de Austin[9], assim a caracteriza:

Hart refutava a opinião de Austin de que a autoridade jurídica é um fato puramente físico de comando e obediência habituais. Afirmava que os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra mestra fundamental (que ele chamou de "regra de reconhecimento") que atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar leis. Assim, as proposições jurídicas não são verdadeiras apenas em virtude da autoridade de pessoas que costumam ser obedecidas, mas, fundamentalmente, em virtude de convenções sociais que representam a aceitação, pela comunidade, de um sistema de regras que outorga a tais indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas (DWORKIN, 2003, p.42).

Ainda em análise da regra de reconhecimento ressalta Dworkin que ela "é a única regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação" (2002, p. 34). Desse modo, para saber qual a "regra de reconhecimento" adotada por uma comunidade, deve-se observar como se comportam seus cidadãos, bem como os fundamentos das decisões proferidas pelos funcionários públicos (juízes e administradores) daquela mesma comunidade.

Como acima mencionado, Hart concebe o paradigma hermenêutico em sua análise jurídica, entendendo que a chave para a compreensão do Direito está na compreensão da linguagem. Segundo o autor sustenta que a linguagem jurídica não se apresenta sempre de forma inequívoca. As palavras, inseridas em diferentes contextos, apresentam uma vasta gama de sentidos que lhe são atribuídos pelo intérprete. Diante desta multiplicidade de sentidos atribuídos aos signos lingüísticos, corre-se o risco de haver entraves comunicativos. Como nos ensina Hart, "em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer" (1994, p. 139).

Segue Hart dizendo que é possível se defrontar com casos que sempre ocorrem em contextos semelhantes, de modo a ser clara a regra a ser aplicada, mas, por outro lado, também há situações nas quais, não obstante possuir algumas características semelhantes, um caso possui algumas peculiaridades que lhe são próprias (1994, p. 139). Nesta segunda hipótese, o intérprete depara-se com uma situação em que não é claro se ela se enquadra no âmbito de incidência de determinada regra, encontrando assim dificuldades de orientar-se pela finalidade da respectiva regra, estando em uma espécie de, como diria Kátya Kozicki (2006, p. 412) parafraseando Hart, "zona de penumbra normativa". Hart lembra que para dirimir eventuais dúvidas sobre o sentido da norma a ser empregada deve-se utilizar de alguns cânones de interpretação. Entretanto, apesar desses diminuírem a imprecisão dos termos, não conseguem eliminar suas incertezas por inteiro. Como diz o próprio Hart, "cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação. Eles, tão como as regras, não podem fornecer a sua própria interpretação" (1994, p. 139).

Desse modo, Hart demonstra que aplicação das regras jurídicas, ao menos nos casos difíceis (*hard cases*), não é um procedimento automático de subsunção de fatos a normas, o que é por ele caracterizado como "o paraíso de conceitos" dos juristas (1994, p. 143). A "textura aberta do Direito" exige um esforço argumentativo na busca da resposta adequada ao caso, à luz da realidade, tentando afastar a incerteza e a imprevisibilidade do texto legal[10].

Continua Hart afirmando que o legislador, devido à sua natureza humana, não consegue prever todas as situações fáticas que necessitam ser legisladas (1994, p. 141-142). Diz que, ao próprio legislador, é impossível, em última análise, a determinação concreta da finalidade das regras, eis que sempre lhes serão opostas situações anteriormente não previstas. A título de exemplo, Hart oferece uma situação em que uma pessoa é chamada a decidir se a regra que proíbe o uso de veículos no parque é aplicável a determinado caso (1994, p. 139-143). Sendo este caso o de uma ambulância que tivesse de circular pelo parque para salvar um homem que sofrera um acidente, a regra deveria ser aplicada? A finalidade da regra, que poderia ser determinada em um primeiro momento como sendo a de preservar a paz no parque a qualquer custo, se mantém? Ou

deve ser mitigada em face de situações anteriormente não previstas, como, por exemplo, a da ambulância? Como se deveria resolver este caso? Segundo Hart, a solução seria uma mera escolha. Conforme ilustra o próprio autor,

o poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional (HART, 1994, p. 139). [...] Quando surge o caso não contemplado, confrontamos as soluções em jogo e podemos resolver a questão através da escolha entre os interesses concorrentes, pela forma que melhor nos satisfaz (HART, 1994, p. 142).

Com isto, quer-se demonstrar que a proposta de Hart para a solução da textura aberta dos enunciados jurídicos que significa "áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais [...], os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre os interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso" (1994, p. 148), é, na verdade, o reconhecimento de uma discricionariedade judicial[11]. Dworkin bem sintetiza esta solução de Hart ao afirmar que

quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria [teoria do positivismo jurídico], o "poder discricionário" para decidir o caso de uma maneira ou de outra. (DWORKIN, 2002, p. 127).

Diante do exposto, conclui-se que, para Hart, a impressão dos significantes jurídicos é resolvida através da possibilidade de escolha pelos juízes, através de seus poderes discricionários, da interpretação que lhes pareça mais adequada frente ao caso concreto.

Segundo Hart, por conseqüência da textura aberta do Direito, os tribunais ao julgarem determinados casos que não estejam previstos ou regulados legalmente, utilizariam de seu poder discricionário para criar o Direito, ao invés de aplicar aquele pré-existente. Deve o julgador, diante da análise das peculiaridades do caso concreto, decidir buscando o equilíbrio entre os interesses conflitantes. A decisão do respectivo juiz deve configurar, nas palavras de Hart: "imparcialidade e neutralidade ao examinar as alternativas; considerações dos interesses de todos os que serão afetados; e preocupação com a colocação de um princípio geral aceitável" (1994, p. 221). Assim, conclui Hart que os juízes podem chegar a decisões distintas, porém válidas, para casos que se configurem semelhantes. Isto porque, segundo Hart, existe uma pluralidade de princípios que podem embasar decisões judiciais divergentes, desde que estes julgados possam "tornar[em]-se aceitável como produto racional de escolha esclarecida e imparcial" (1994, p. 221).

Cabe ressaltar, que este poder discricionário delegado aos juízes não se confunde com um poder arbitrário. A discricionariedade judicial encontra limites nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, ou seja, no consenso firmado acerca de determinada questão jurídica numa certa comunidade. Assim, o magistrado ao criar direito novo encontra-se limitado pelo direito preexistente. Este limite é exposto por Hart ao afirmar que

“em qualquer momento dado, os juízes mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correcta. Estes padrões são considerados pelos tribunais como algo que não pode ser desrespeitado livremente por eles no exercício da autoridade para proferir essas decisões, que não podem ser contestadas dentro do sistema. [...] Esta regra circunscreve, ao mesmo tempo que permite, a actividade criadora dos seus titulares. (HART, 1994, p. 159).

Em suma, conclui-se que a linguagem possui termos imprecisos – textura aberta do Direito –, que depende do intérprete para lhe atribuir sentido no interior de determinado contexto. As proposições jurídicas, como textos que são, possuem termos ambíguos necessitando do intérprete para lhe dar definição, no interior de determinada situação. Na solução destes entraves comunicativos, cabe ao intérprete tomar uma atitude discricionária na atribuição de sentido dos textos jurídicos. Assim, o juiz, ao se deparar com um caso em que não seja clara a regra a ser aplicada ou que existam duas ou mais regras que, *prima facie*, se candidatam à aplicação, deveria utilizar-se da discricionariedade judicial, entendida como uma autorização para escolher uma dentre as interpretações possíveis do caso *sub judice*, para decidir o respectivo caso. O uso do poder discricionário do julgador cria Direito novo; parte da presunção – leia-se ficção – de que a parte envolvida no caso já teria determinado direito, mas, em realidade, o magistrado está legislando, eis que decide segundo seu subjetivismo, criando precedente para o futuro, embora limitado pelos entendimentos jurídicos presente em determinada comunidade.

3. A filosofia do direito de Ronald Dworkin

Embora tenha sido o sucessor de H. L. A. Hart na *Chair of Jurisprudence* da Universidade Oxford, Ronald Dworkin[12] é conhecido como um contumaz crítico do positivismo jurídico de tradição anglo-americana. Todavia, sua crítica, bem como toda a sua construção teórica é extensiva ao positivismo romano-germânico, sendo seus principais ataques feitos à rígida distinção positivista entre Direito e Moral, à tese da discricionariedade, e à concepção positivista do Direito como um modelo de e para um sistema de regras. Dworkin rejeita a concepção positivista do Direito como um modelo de regras[13], e utiliza-se de um critério lógico-argumentativo para apontar outros padrões (*standards*) normativos, sendo eles princípios e políticas (*policies*). Para Dworkin, regras são padrões de comportamentos válidos (produzidos juridicamente ou transmitidos pelo costume), estabelecidos convencionalmente, em princípio capazes de regular suas próprias condições de aplicação. Em outros termos, as regras descrevem situações e imputam suas respectivas conseqüências. Ao dissertar sobre políticas (*policies*), Dworkin afirma que estas se referem

[à]quele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). (DWORKIN, 2002, p. 36).

Já os princípios, segundo Dworkin, apresentam dois níveis diversos de sentido, sendo um genérico ou externo, em oposição às regras, e outro específico, ou interno, em

oposição às políticas. Em sua perspectiva interna, os princípios, nas palavras de Dworkin, se caracterizam como

um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2002, p. 36).

Na sua perspectiva externa, os princípios devem ser analisados frente às suas co-relações com as regras. Assim, desde já algumas semelhanças entre ambos podem ser apontadas, como o fato de serem normas de caráter vinculante e deontológico. Entretanto os princípios tratam de questões de justiça e, ao contrário das regras, possuem um caráter aberto, eis que não estabelecem seus critérios de aplicação.

Princípios e regras também se distinguem em relação ao seu modo de aplicação eis que, conforme nos ensina Menelick de Carvalho Netto (2004, p. 38-39), a composição estrutural do ordenamento jurídico.

Diante da distinção[14] exposta, percebe-se que frente a um conflito de regras, uma delas deve ser extinta do ordenamento, eis que, sob o risco de se relativizar a coerência do sistema jurídico, regras conflitantes não podem coexistir, sendo aplicadas "à moda do tudo ou nada". Já em se tratando de princípios, estes possuem um caráter transitivo de modo que, em sua aplicação, um princípio cede lugar ao outro sem que isto macule a sua validade. Na esteira desta distinção, arrebata Habermas, ao dizer que

só se pode solucionar um conflito entre regras, introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras conflitantes como inválida. Ora, no conflito entre princípios, não se faz necessária uma decisão de tipo "tudo ou nada". É certo que um determinado princípio goza de primazia, porém não a ponto de anular a validade dos princípios que cedem o lugar. Um princípio passa à frente de outro, conforme o caso a ser decidido. No desenrolar dos casos, estabelece-se entre os princípios uma ordem transitiva, sem que isso arranhe sua validade. (HABERMAS, 2003, p. 259).

Ainda é apontada por Dworkin mais uma diferença entre princípios e regras, ao pontuar que "os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância" (2002, p. 42). Assim, na concorrência de aplicação entre dois ou mais princípios diante de um caso concreto

aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. (DWORKIN, 2002, p. 43).

Dworkin afirma que as regras não possuem essa dimensão de peso ou importância (2002, p. 43). Aqui, merece relevo uma consideração que evita distorções na interpretação das teorias de Dworkin. Como acima exposto, uma leitura coerente da

obra Dworkin revela que “entre princípios e regras ocorre uma diferença, e não uma distinção estrutural” (STRECK, 2007, p. 259). Não existe hierarquia entre princípios e regras, sendo que no momento de aplicação, ambos devem ser levados em consideração. Os princípios não atuam de forma supletiva em situações em que faltam regras ou em que estas são contraditórias entre si. Ambos, princípios e regras, são aplicados concomitantemente, sendo que os princípios muitas vezes atuam ao balizar a leitura das regras e/ou sua contextualização, isso sem mencionar a integração entre princípios e regras, feita através de uma interpretação construtiva do Direito (DWORKIN, 2003, p. 55-108), que possibilita sua adequada aplicação diante de um *hard case*[15].

Dworkin traz à tona uma discussão sobre se é possível aplicar a regra de reconhecimento de Hart aos princípios, a fim de se concluir pela sua integração ou não a determinado sistema jurídico. A esta análise de origem da regra[16], oriunda da regra de reconhecimento, Dworkin dá o nome de teste de *pedigree*. Dworkin considera que o critério de validade jurídica de Hart, em verdade, significa que

“a maioria das regras de direito são válidas porque alguma instituição competente as promulgou. Algumas foram criadas por um poder legislativo, na forma de leis outorgadas. Outras foram criadas por juízes, que as formularam para decidir casos específicos e assim as instituíram como precedentes para o futuro”. (DWORKIN, 2002, p. 64).

Segundo Dworkin, esse teste de *pedigree* não funciona com os princípios, pois “a origem desses princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas no [*sic*] compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo” (2002, p. 64).

Acreditar na correção do teste de *pedigree* é concordar com o positivismo em que o Direito é um conjunto de regras. Entretanto, é justamente neste ponto que Dworkin afirma que para além das regras, existem princípios e diretrizes políticas que não podem ser identificadas por sua origem, mas sim por seu conteúdo e coerência argumentativa. Argumentar a favor da validade de um princípio é, segundo Dworkin, debater-se

com todo um conjunto de padrões – eles próprios princípios e não regras – que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação. Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedentes, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de ouros padrões do mesmo tipo. (DWORKIN, 2002, p. 65) [...] argumentamos a favor de um princípio e seu peso apelando para um amálgama de práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciária aparecem juntamente com apelos às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade (DWORKIN, 2002, p. 58).

Esta argumentação em favor dos princípios não se aplicaria às regras, como proporia Hart com sua regra de reconhecimento que trabalha a relação entre aceitação e validade. Nas palavras de Dworkin,

Além disso, as técnicas que aplicamos ao argumentar em favor de outro princípio não se situam [...] em um plano inteiramente diferente dos princípios que elas defendem. A aguda distinção de Hart entre aceitação e validade não se sustenta. Se estamos

argumentando em favor do princípio de que um homem não deve beneficiar-se de seus próprios delitos, podemos citar os atos dos tribunais e do poder legislativo que o especificam, mas isso fala em favor

tanto do poder legislativo que os especificam, mas isso fala em favor tanto da aceitação do princípio como de sua validade. (DWORKIN, 2002, p. 65).

Hart, em sua sofisticada construção positivista, supera Austin[17] ao afirmar que a regra de reconhecimento "poderia estipular que algum costume conte como direito, antes mesmo que os tribunais o reconheçam" (DWORKIN, 2002, p. 67). Entretanto, Hart não se desincumbe do ônus que esta afirmação impõe à sua teoria, eis que, segundo Dworkin,

ela não pode utilizar, como único critério, a cláusula de que a comunidade considera tal prática moralmente obrigatória, pois isso não permite distinguir regras jurídicas costumeiras de regras morais costumeiras e não resta dúvida de que nem todas as obrigações morais aceitas de há muito como costume em uma comunidade, são sancionadas pelo direito. Se, por outro lado, o teste consistir em saber se a comunidade considera a prática costumeira como juridicamente obrigatória, a razão de ser da regra suprema é solapada, pelo menos para essa classe de regras jurídicas. (DWORKIN, 2002, p. 67-68).

Conclui Dworkin[18], afirmando que o tratamento que Hart dá ao costume

equivale a uma confissão de que existem pelo menos algumas regras de direito que não são obrigatórias pelo fato de terem sua validade estabelecida de acordo com os padrões de uma regra suprema – mas que são obrigatórios, tal com a regra suprema – porque são aceitas como obrigatórias pela comunidade. Isso reduz a fragmentos a elegante arquitetura piramidal que admiramos na teoria de Hart: não podemos mais afirmar que apenas a regra suprema [regra de reconhecimento] é obrigatória em razão de sua aceitação e que todas as demais regras são válidas nos termos da regra suprema. (DWORKIN, 2002, p. 69).

Por um caminho inverso, Dworkin rejeita o teste de *pedigree*, ou seja, descarta a regra de reconhecimento de Hart como um critério hábil a verificar a validade das normas, assim retirando do positivismo um de seus mais importantes sustentáculos, que é aquele de se estipular um método seguro de identificação do que é ou não Direito.

Essas formulações de Dworkin receberam algumas criticas[19], entretanto, ele as rebateu sob o argumento de que o fato da regra de reconhecimento ser incerta acresce uma determinada flexibilidade à teoria de Hart, bem como a debilita, eis que, ao analisar alguns contra-exemplos, percebe-se que estes podem estar em maior número do que os positivistas crêem, pois as divergências tornam-se ainda maiores à medida que os casos tornam-se mais difíceis, são os chamados *hard cases* que, em verdade se colocam como o ponto fraco da teoria positivista, posto que, segundo o próprio positivismo, nestas situações defendem a existência de um poder discricionário no ato da decisão judicial.

Este é o ponto alto da crítica de Dworkin ao positivismo. Como acima já apresentado, segundo as teses positivistas, diante de um *hard case* em que, *prima facie*, não seja claro a qual regra este deve se subsumir, o magistrado estaria autorizado a decidir

discricionariamente, introduzindo assim novos direitos ao ordenamento. Nas palavras de Calsamiglia,

o núcleo mais importante da crítica ao modelo da função judicial positivista está centrado no tema dos casos difíceis. Dworkin sustenta que quando existem contradições ou lacunas, o juiz não tem discricionariedade porque está determinado pelos princípios. Esta tese está fundamentada em dois argumentos: A) qualquer norma se fundamenta em um princípio; B) os juízes não podem criar normas retroativas. Têm a obrigação de aplicar os princípios porque formam parte essencial do direito. Os princípios não são pseudo-regras. Na análise dos princípios aparece com claridade meridiana a relação entre a argumentação moral e a argumentação jurídica. (CALSAMIGLIA, 1984).

Dworkin descreve a existência de dois sentidos ao termo "poder discricionário", um fraco e outro forte, sendo que o primeiro ainda se subdividiria em outras duas ramificações (2002, p. 50-54). A primeira acepção do sentido fraco do termo "poder discricionário" pode ser entendida quando uma autoridade deve exercer sua capacidade de julgar dentro de balizas já estipuladas por uma autoridade superior ou por um regulamento especifico; o conceito de poder discricionário, neste caso, depende da observância do contexto, qual seja, aquele em que o julgador encontra padrões que limitam sua decisão. Já a segunda diz respeito aos funcionários públicos (juízes ou administradores públicos) que possuem autoridade para decidir sem que suas decisões possam ser revistas ou canceladas por ninguém, como, por exemplo, um juiz de futebol que marca indevidamente um pênalti. Por fim, o sentido forte da expressão "poder discricionário", que para Dworkin é a acepção que melhor se enquadra ao modelo positivista, é aquele em que o julgador, no ato decisório, não se encontra limitado pelos padrões de um regulamento ou por aqueles estipulados por uma autoridade superior (2002, p. 55). Nas palavras de Dworkin dizer que o positivismo se enquadra na acepção forte do termo "poder discricionário" é o mesmo que dizer que, "quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei" (DWORKIN, 2002, p. 55).

Ao analisar a resposta que o positivismo dá aos *hard cases*, Dworkin o inseri no segundo sentido do termo "poder discricionário". Segundo Dworkin, na perspectiva positivista, o juiz na iminência de decidir um caso fazendo uso de seu poder discricionário utiliza uma linguagem que supõe que uma ou outra das partes já tinha o direito preexistente de sair vitoriosa na demanda (2002, p. 127). Dworkin afirma que esta crença positivista não passa de uma ficção, que na verdade o magistrado "legisla novos direitos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão" (DWORKIN, 2002, p. 127). Sobre esta questão assevera Calsamiglia que

caso se admita a discricionariedade judicial, então os direitos dos indivíduos estão à mercê dos juízes. A tese da discricionariedade supõe retroatividade. Os direitos individuais só são direitos se triunfam frente ao governo ou à maioria. Deixar à discricionariedade do juiz a questão dos direitos significa não se tomar a sério os direitos. Frente ao poder jurídico do juiz – poder criador de direito discricionário – Dworkin propugna a função garantidora - não criadora - do juiz. (CALSAMIGLIA, 1984).

Há uma total rejeição de Dworkin à possibilidade criadora de Direito por parte do juiz. Segundo o autor

mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente (DWORKIN, 2002, p. 127).

Desse modo, o juiz não possui uma atividade criadora do direito, mas sim uma tarefa hermenêutico-investigativa, devendo reconstruir a história institucional de determinada sociedade, a fim de se chegar a uma decisão que respeite esta história passada, em consonância com as particularidades do caso presente, sempre aberto a horizonte futuro. Diante de um caso concreto o magistrado deve reconstruir "o" direito e não "um" direito. Nesse sentido Cattoni de Oliveira afirmar que

uma reconstrução dos princípios do Direito, que parte de concepção jurídica fundada num modelo de princípios, requer do Poder Judiciário agir politicamente, não no sentido de se dar curso a concepções próprias do julgador a respeito de que o que esse consideraria pragmaticamente ou eticamente preferível, mas no sentido de se garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. [...] O julgador, procurando colocar-se da perspectiva de sua comunidade, considerada como uma associação de co-associados livres e iguais perante o Direito, deve compreender criticamente para desenvolver o melhor possível o sistema de direitos fundamentais. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 68).

Como apresentado, Dworkin rejeita a idéia positivista de discricionariedade judicial, eis que, segundo o autor, aceitar tal instituto é concordar que os direitos individuais estariam à mercê dos juízes. Dworkin apresenta dois sentidos ao termo "poder discricionário", um fraco e outro forte, enquadrando positivismo na segunda acepção do termo, que é aquele em que o magistrado, no momento da decisão, não se encontra limitado pelos padrões de um regulamento ou por aqueles estipulados por uma autoridade superior (2002, p. 55). O autor sustenta que a tese da discricionariedade leva os juízes a criarem Direito novo, aplicando-o retroativamente. Segundo Dworkin, o juiz não deve ter uma perspectiva criadora do direito, mas sim garantidora, de modo a perpetrar a efetividade dos direito fundamentais que se colocam como a base de sua filosofia.

Dworkin sustenta que o juiz diante de um caso difícil não deve inventar o Direito, mas sim descobri-lo, devendo, para isso, realizar uma interpretação construtiva da história institucional de determinada sociedade. Desse modo, partindo da tese dos direitos, Dworkin afirma que os indivíduos podem ter outros direitos para além daqueles especificados pela legislação ou pelos costumes, ou seja, que existem direitos provenientes de outras pautas de regulação de conduta, princípios e diretrizes políticas (CHUERI, 2006, p. 259-263). A partir desses conceitos, já apresentados em item anterior, Dworkin analisa quais argumentos seriam capazes de justificar moral e politicamente uma decisão que pretenda tornar efetivos os direitos existentes que subjazem aos casos difíceis. Estes argumentos distinguem-se entre "argumentos de princípio" e "argumentos de política" (*policies*) (DWORKIN, 2002, p.129-130).

Dworkin afirma que os argumentos de princípio se sobressaem aos argumentos de política (2005, p. 534).[20]

Como se percebe no caso citado, todas as decisões anteriores à do STF, bem como o parecer do MPF, fizeram um juízo de proporcionalidade tendo de um lado os direitos do cidadão, no caso do indiciado, e por outro a eficiência das investigações que, naquele caso específico, representam os interesses do Estado. Nesta relação os direitos foram vistos como bens negociáveis, eis que foram afastados em prol de medidas que supostamente trariam benfeitorias ao corpo social. Cattoni de Oliveira disserta sobre a posição de Dworkin frente a concorrência entre direitos e programas políticos, ao asseverar

que um direito não pode ser compreendido como um bem, mas como algo que é devido e não como algo que seja meramente atrativo. Bens e interesses, assim como valores, podem ter negociada a sua "aplicação", são algo que se pode ou não optar, já que se estará tratando de preferências otimizáveis. Já direitos não. Tão logo os direitos sejam compreendidos como bens ou valores, eles terão que competir no mesmo nível que esses pela prioridade no caso individual. Essa é uma das razões pelas quais, como lembra Habermas, Ronald Dworkin haver concebido os direitos como "trunfos" que podem ser usados nos discursos jurídicos contra os argumentos de políticas. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 68).

O posicionamento de Dworkin sobre o mérito do julgamento do HC n.º 82.354, provavelmente poderia ser identificado quando ele afirma que sua visão é de

que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. (DWORKIN, 2005, p. 101).

Com isso, Dworkin nos adverte que tribunal e legislativo não se confundem[21], devendo o primeiro pautar suas decisões em argumentos de princípio, enquanto que o segundo pode justificar seus programas políticos em argumentos de política. Os argumentos pautados em princípio são mais consistentes que aqueles fundados em políticas (CHUEIRI, 1997, p. 160).

Arrebatando a questão, complementa Kress e Anderson ao afirmarem que Dworkin, "*claims that while judicial policymaking would offend democratic principles, decisions based upon preexisting rights grounded in principle are significantly less objectionable, if they are objectionable al all*"[22] (KRESS e ANDERSON, 1989, p. 342). Toda a filosofia de Dworkin está fundada na defesa dos direitos fundamentais, isto significando "que os direitos individuais são *trunfos* frente à maioria. Nenhuma diretriz política nem objetivo social coletivo pode triunfar frente a um autêntico direito" (CALSAMIGLIA, 1984). Desse modo, como liberal[23] que é, Dworkin concebe os direitos fundamentais acima da soberania popular[24], assim preservando tais direitos frente a eventuais influências provenientes de processos majoritários de deliberação. Isto se dá, pois nem sempre uma lei proposta pela maioria será uma lei justa, podendo estar em desconformidade com os direitos fundamentais. Dworkin não entende a democracia como a "ditadura da maioria".

As constituições dos Estados modernos[25], que empreendem geralmente em seu primeiro capítulo os direitos fundamentais dos cidadãos impondo-os frente aos processos majoritários de formação da vontade política, têm, na perspectiva de Dworkin, como escopo primordial, proteger os direitos e liberdades individuais que asseguram a liberdade moral dos indivíduos (VERBICARO, 2005). Com isso, deve se entender que os direitos e garantias estampados no texto constitucional devem ser interpretados como trunfos, como comandos inegociáveis que não cedem frente a argumentos de política, devendo o Poder Judiciário, por uma concepção principiológica do Direito, atuar de forma a concretizar[26] e ampliar a efetividade dos direitos fundamentais.

Admitindo-se a discricionariedade judicial, os direitos individuais ficariam desprotegidos, ou seja, estariam à mercê dos juízes[27]. Desse modo, a fim de garantir os direitos individuais, Dworkin propõe, contrariamente ao positivismo[28], a concretização do direito por intermédio de uma busca da racionalidade a ser alcançada através de uma interpretação construtiva[29]. Aqui se inseri a discussão acerca da relação entre moral e Direito proposta por Dworkin. Alguns autores[30] entendem que Dworkin confunde a relação entre Direito e moral, entretanto estes não estão interpretando a proposta de Dworkin sobre a sua melhor luz.

As idéias de Dworkin apresentadas podem ser assim sintetizadas: a) existem direitos para além daqueles especificados pela legislação ou pelos costumes; b) os argumentos capazes de justificar moral e politicamente uma decisão são os argumentos de política (*policies*) e de princípio, sendo que estes últimos sobressaem-se aos primeiros, eis que não são facilmente objetáveis por razões de política, sendo que esta dimensão política não corresponde a expedientes de consecução da felicidade geral, ou seja, de objetivos pautados na noção de bem comum (fins sociais, econômicos ou políticos – pragmatismo), mas sim na aplicação dos direito fundamentais; c) os tribunais devem tomar decisões pautadas em princípio e não em políticas (*policies*), enquanto que o legislativo, embora devessem seguir o exemplo dos tribunais, pode justificar seus programas políticos em argumentos de política; d) os direitos fundamentais são trunfos frente à maioria, bem como diante de argumentos de política (*policy*), sendo considerados acima da soberania popular; e) admitir-se a discricionariedade é colocar os direitos fundamentais à mercê dos juízes, eis que estes, em ultima análise, seriam quem interpretaria o sentido destes direitos, bem como suas condições de aplicação e eficácia; e f) a moral e o Direito são sistemas co-originários, sendo que a primeira se insere no segundo através dos direitos fundamentais, ou seja, as exigências morais se traduzem no código jurídico através de sua inserção no respectivo código que é feita pelos direitos fundamentais, ganhando, assim, densidade jurídica própria.

Segundo Dworkin, há sempre uma única resposta para os casos difíceis e não apenas respostas diferentes (2003; 2005). Casos controversos despertam discussões que, geralmente, chegam a conclusões distintas umas das outras. Dworkin contesta a solução proposta pelo positivismo, segundo a qual haveria diversas soluções cabendo ao juiz escolher uma delas[31]. Inicia-se a exposição com uma questão proposta pelo próprio Dworkin: “Quando não existe nenhuma resposta certa para uma questão de Direito? (2005, p. 175)

A resposta dada pelo positivismo se pauta nos casos controversos, situações essas em que o juiz não identifica no arcabouço de regras aquela adequada ao caso. Assim, Hart

(1994), fazendo uso da textura aberta do Direito, propõe que podem existir casos em que não haveria nenhuma resposta à determinada questão de Direito, devendo o julgador exercer o seu poder discricionário para dar solução à demanda[32]. Esta proposta nos induz à conclusão de que existem lacunas no Direito – ausência de resposta –, ou seja, situações as quais o Direito não é capaz de oferecer uma resposta adequada, bem como que, diante destas situações, o juiz é chamado a utilizar a discricionariedade para dar solução à controvérsia.

Dworkin (2005, p. 175 ss) fornece um exemplo, a partir da suposição de que o legislativo aprovou uma lei segundo a qual os contratos sacrílegos (leoninos) serão, a partir de então, considerados inválidos. A comunidade está dividida sobre se um contrato assinado no domingo é sacrílego somente por esta razão, sendo que o legislador não previu esta situação quando da edição da lei. João e Antônio assinaram um contrato no domingo, estando agora o primeiro exigindo seu cumprimento, enquanto que o segundo argüi a invalidade do contrato. Diante desta situação, deve o juiz procurar a resposta correta para a questão de ser o contrato válido ou, simplesmente, não há resposta correta?

Dworkin parte da premissa de que certos conceitos jurídicos, como os de responsabilidade civil, crime e contrato válido podem ser designados como "dispositivos"[33], ou seja, eles possuiriam a peculiaridade de que, sendo válidos em determinada situação, fazem com que os juízes tenham um dever, *prima facie*, em decidir o pleito em certo sentido, o mesmo ocorrendo quando inválidos (2005, p. 176). A maneira como Dworkin se utiliza logicamente destes conceitos dispositivos é que dá sustentabilidade à sua tese da resposta correta a toda e qualquer pretensão jurídica.

O positivismo, conforme já mencionado, afirma existir certa imprecisão no sentido de determinados signos lingüísticos (textura aberta da linguagem e por conseqüência do direito), devendo o juiz interpretá-los a partir do uso de seu poder discricionário. No exemplo do contrato de João e Antônio, um positivista faria o seguinte raciocínio: existem, pois, duas proposições jurídicas: (1ª) o contrato de João é válido; e (2ª) o contrato de João não é valido. Todavia, o conceito de validade pode ser vago quando depender do conceito de sacrílego (leonino) e, portanto, a questão sobre a validade do contrato não teria uma resposta correta (CHUEIRI, 1997, p. 172). Como se percebe nesta situação a discricionariedade judicial aparece não por uma disposição afirmativa, mas a revelia, pois, como afirma Dworkin, "como a lei não estipula nada, nem mesmo a discricionariedade, o juiz deve fazer o que puder, por sua própria conta" (2005, p. 180).

O positivismo, nas palavras de Chueiri, ergue três argumentos a favor da tese de nenhuma resposta correta, sendo eles

a) a vagueza ou, conforme HART, a textura aberta da linguagem jurídica, que torna impossível afirmar ser uma proposição jurídica verdadeira ou falsa; (b) a existência nas proposições jurídicas de uma estrutura oculta que explica como pode ser verdadeiro que as proposições (o contrato de T é válido e o contrato de T não é válido) não servem à descrição do fato; e (c) a suposição de que as proposições jurídicas controvertidas possam ser nem verdadeiras nem falsas. (CHUEIRI, 1997, p. 172-173).

A crítica de Dworkin aos argumentos positivistas é a de que o positivismo mantém uma análise semântica e sintática da linguagem das regras jurídicas. Assim, o impacto das

regras sobre o direito seria pautado nesta análise, sendo que palavras cujo sentido é impreciso, como, por exemplo, sacrílego, acarretaria uma indeterminação de seus efeitos jurídicos. Estes problemas tornam-se freqüentes nos casos difíceis, nos quais não há concordância acerca do critério, a partir do qual, as pretensões em questão se estruturam para alcançar seu significante. Somente se pode discutir sobre a permissão ou não de uma ambulância parar em locais proibidos para atendimento de urgência, caso haja concordância sobre o que é uma ambulância e sobre o que é um atendimento de urgência.

Como caminho para a superação das imprecisões Dworkin elege a interpretação, sendo que somente por ela seria possível encontrar o significado das regras, a partir dos princípios e políticas que melhor lhe justificam em uma comunidade política. Desse modo, a resposta correta não é algo dado objetivamente, mas sim construído argumentativamente, com bases em argumentos de princípios, sendo que para alcançá-la se faz necessário um exercício reflexivo-interpretativo como em uma interpretação literária.

A prática jurídica é entendida por Dworkin como uma um exercício interpretativo, sendo esta atitude interpretativa o verdadeiro cerne de sua Filosofia do Direito. A interpretação em Dworkin, mais do que mera hermenêutica teórica, é o que dá uma significação peculiar à sua teoria, e simultaneamente revela o caráter interdisciplinar que o Direito assume em sua construção..

Para explicar sua tese da resposta correta, Dworkin sugere a analogia da prática jurídica ao exercício literário, caracterizando a idéia da cadeia do Direito (*chain of Law*). Segundo Cattoni de Oliveira, esta idéia da cadeia do Direito, que também é designada pela metáfora do "romance em cadeia" (*chain novel*).

Na metáfora do romance em cadeia, Dworkin compara o juiz de direito com um escritor (porque acrescentam algo) e com um crítico (porque interpreta) das tradições que resgatam (dos precedentes). Desse modo ao decidir cada caso o juiz

deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. (DWORKIN, 2005, p. 238).

As decisões anteriores têm o mesmo papel dos capítulos precedentes dos romancistas. Ambos serão interpretados para se chegar a uma nova decisão e a um novo capítulo do romance respectivamente. Entretanto, esta prática jurídica, a exemplo do ocorre na literária, deve atender a alguns critérios, a saber, de finalidade e de valor.

Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade e valor. Mas finalidade ou valor, aqui, não pode significar valor artístico, porque, o Direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. [...] Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito, como os dos acidentes, deve

demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve. (DWORKIN, 2005, p. 239).

Poderia se questionar, se este tipo de interpretação poderia ser utilizado como um arcabouço no qual o juiz busca na história institucional o que bem entender; assim, utilizando-se dessa roupagem mais complexa, para novamente exercer a discricionariedade judicial positivista. Afastando definitivamente esta questão, pontual é a assertiva de Cattoni de Oliveira, ao afirmar que "essa descrição geral da interpretação jurídica não é uma licença para que cada juiz descubra na história institucional o que ele quiser nela encontrar. Em outras palavras, o juiz deve interpretar a história institucional e não inventar uma história melhor" (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 99). Desse modo, a interpretação do juiz deve coadunar-se com esta história, a qual funciona como um verdadeiro limite interno, ou seja, como uma condição de possibilidade de sentido, o que não significa que para Dworkin haja uma fórmula para saber se determinada interpretação é adequada ou não.

Por outro lado, o juiz deve ter em mente que ele está vinculado ao que foi decidido no passado, mas não preso. O magistrado em seu ato decisório se necessário acrescentará novas idéias aos entendimentos anteriores ou os alterará radicalmente em seu *decisium*. O que deve ser garantido em todo caso é a coerência para com o Direito. Como já afirmado por Dworkin, os princípios são "incontáveis e se transformam com tanta rapidez que o início de nossa lista estaria obsoleto antes que chegássemos à metade delas" (DWORKIN, 2002, p. 70), assim um princípio que sustentou uma decisão no passado pode não mais ter o mesmo peso nos dias atuais. Dessa maneira, se faz necessária uma teoria do erro que explique a quebra de linearidade das decisões.

Ademais podem até mesmo haver leituras diferentes do mesmo princípio ou do mesmo romance, sendo que todas as interpretações poderiam encontrar apoio no texto para demonstrar sua coerência.

Retornando à pergunta feita no início do tópico anterior: "Quando não existe nenhuma resposta certa para uma questão de Direito?" (DWORKIN, 2005, p. 175) Poderíamos oferecer, com base em Dworkin, uma resposta no sentido de que sempre haverá uma resposta correta, qual seja, a melhor possível. Não há que se falar que todos os juízes decidiram de modo semelhante ou que se busca uma resposta ideal, em verdade, o que se exige é uma decisão que seja coerente com o Direito representando a melhor interpretação das práticas jurídicas de determinado corpo social.

Não existem respostas perpétuas, que possam, decidindo uma demanda, determinar a solução de quaisquer outros casos, a interpretação é sempre construtiva, eis que dizer que existe uma única reposta correta para um caso, "é possível dada a complexidade do evento posto à decisão, que o torna único; se ele é único, a respectiva decisão não pode ser a criação de um *standard* que determine a priori a solução de qualquer outro caso, ainda que "semelhante" (BAHIA, 2004, p. 324). No fim, toda decisão é principiológica e todo caso é um *hard case*.

Pelo exposto, chega-se ao conceito de interpretação construtiva como aquela que "busca fazer de um objeto o melhor que ele pode ser, e a interpretação assume diferentes

formas em diferentes contextos, somente porque tarefas diferentes incluem diferentes padrões de valor ou sucesso" (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 114).

Dworkin esboça três etapas necessárias da interpretação construtiva face ao caso concreto, sendo elas: 1ª) "etapa pré-interpretativa" - diz respeito ao momento pré-interpretativo, na qual são identificados as regras e os padrões que fornecem o conteúdo experimental da prática, fornecendo alguns conceitos sob os quais há consenso, entre os participantes, acerca de seus significados – segue-se a linha de Gadamer de que não existe conhecimento sem pré-compreensão; o conceito prévio é condição de conhecimento; 2ª) "etapa interpretativa" – relaciona-se ao momento interpretativo, em que o intérprete concentra-se numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na primeira etapa – significa argumentar sobre a conveniência, ou não, de se buscar uma prática com essa forma geral. Neste ponto se busca a reposta se é válido ou não a pratica, devendo se colocar a prática de tal forma que o interprete se sinta participante e alvo da mesma; 3ª) "etapa pós-interpretativa" – o intérprete ajusta a idéia daquilo que a prática "realmente" requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa, ou seja, deve-se buscar a melhor adequação da prática em relação à justificativa que se aceita na etapa interpretativa.

Pelo exposto, conclui-se que em Dworkin, o conceito de interpretação construtiva relaciona-se ao contexto das instituições políticas que se sucederam no tempo. Assim, na interpretação é necessário manter a coerência entre as decisões passadas destas instituições, com o presente representado pelo caso concreto que o magistrado tem diante de si, mas com o horizonte aberto para o futuro, e este liame de ligação que dá legitimidade a esta interpretação é garantido pela concepção de Dworkin do Direito como integridade (*Law as integrity*)[34].

Pela perspectiva de Dworkin, na teoria política existiriam certos ideais que deveriam ser perseguidos, sendo eles

os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo eqüitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem. Para ser breve, vou chamá-los de virtudes da eqüidade, justiça e devido processo legal adjetivo (DWORKIN, 2003, p. 199-200).

Dworkin concebe um quarto ideal, que se insere ao lado destes e com eles se relaciona, chamado *integridade.* Essa exigência específica de moralidade política pode ser entendida a partir do princípio da igualdade, no qual devemos tratar da mesma maneira os casos semelhantes, mas a ele não se resume, pois

a integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e eqüidade corretos. (DWORKIN, 2003, p. 202).

A concepção do Direito como integridade[35] traduz a busca de Dworkin por um conceito de Direito capaz de traduzir as práticas sociais sob sua melhor luz. Desse modo, o autor chega a uma compreensão interpretativa de Direito que se revela numa prática argumentativa, capaz de demonstrar que

Juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Rejeitamos o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente com os outros. (DWORKIN, 2003, p. 488-489).

Esta atitude fraterna mencionada por Dworkin, também se mostra importante na proposta de direito fraterno construída por Eligio Resta que, apresentada por Barros e Machado (2006), parte justamente da retirada do conteúdo paternal do direito, sustentando seu caráter fraternal, decorrente da possibilidade de reconhecermos o direito como jurado em conjunto por irmãos (*coniuratio*).

Nesta perspectiva, adere-se à lição de Cattoni de Oliveira a respeito de que o julgador somente atenderá ao ideal de integridade "procurando colocar-se da perspectiva da sua comunidade, considerada como uma associação de co-associados livres e iguais perante o Direito" (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001). Esta comunidade deve ser concebida como um agente moral distinto que possui princípios que não se confundem com aqueles pertencentes a maioria de seus membros. A integridade permite o entrelaçamento da vida moral e política dos cidadãos, a partir do instante que eles aceitam que são governados por princípios comuns. A política (*politics*)[36] é concebida como uma arena de debates acerca de quais princípios deverão ser adotados. Os direitos e deveres dos cidadãos dependem desse sistema de princípios e não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições. A integridade pressupõe um dinamismo e uma permanente transformação, sem perder, contudo, a coerência. Nessa esteira, o Direito se insere como um empreendimento político.

Segundo Dworkin, devemos obedecer aos comandos do Direito[37], pois vivemos em uma comunidade de princípios. Essa comunidade, na verdade, se trata de uma associação de cidadãos que se vêem unidos por laços consolidados historicamente e não pelo simples pacto de um suposto contrato associativo. Essa identidade faz que um associado tenha frente aos demais, direitos e obrigações concomitantes (DWORKIN, 2003, p. 231-251). Esse modelo de comunidade pressupõem quatro condições, senda elas: 1ª) os membros que pertencem à determinado grupo social consideram que as obrigações que existem entre eles são do tipo que inexiste em face de outras pessoas que dele não participe, como, por exemplo, um estrangeiro; 2ª) as mencionadas obrigações se referem e envolvem diretamente dois membros da comunidade, ao invés de percorrer todo o grupo; 3ª) as ditas obrigações são, via de regra, entendidas como provenientes de uma responsabilidade para com o grupo, ou seja, cada membro, mesmo que indiretamente e de forma abstrata, tem um interesse pelo bem-estar coletivo; e 4ª) as ações do grupo, ou seja, da comunidade, devem demonstrar um igual interesse por todos seus membros[38].

Não se deve incorrer no erro de pensar que o conceito de comunidade de princípio se relaciona a um laço emotivo que una seus membros, sendo justamente essa característica que faz com que tal associação seja maior e mais anônima do que se imagina. Assim, nas palavras de Dworkin, as pessoas se vêem unidas em uma comunidade de princípio, a partir do momento em que "aceitam que seus destinos estão

fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político" (2003. p. 254).

A compreensão de Dworkin sobre o Direito como integridade opõe-se ao convencionalismo[39] e ao pragmatismo[40]. Contra o primeiro argumenta-se que Direito não é uma questão de descobrir e aplicar determinadas convenções sociais (especiais), voltando-se para o passado, como queria o convencionalismo. Já em desfavor do segundo sustenta-se que o Direito não se trata de uma questão de persecução do bem comum, reduzindo as proposições jurídicas a programas instrumentais voltados para o futuro como defendido pelo pragmatismo. O ponto que diferencia o Direito como integridade[41] das demais acepções de Direito é a sua fundamentação no princípio da "integridade".

Dworkin estabelece uma distinção entre a integridade na legislação[42] e a integridade no julgamento, sendo esta última o nosso objeto de análise. A eficiência do princípio da integridade no julgamento é melhor demonstrada a partir de uma perspectiva interna, ou seja, da perspectiva do juiz, eis que possibilita com maior precisão avaliar seu impacto reconhecendo sua força superior frente às outras concepções de Direito.

Aos juízes são submetidos diuturnamente casos difíceis, optando eles por diferentes decisões de acordo com sua interpretação. Um juiz que respeite o ideal interpretativo da integridade decide estes casos tentando "encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade" (LAGES, 2004, p. 482). Dessa forma, a integridade "não se impõe por si mesma; é necessário o julgamento" (DWORKIN, 2003, p. 489).

Conclui Dworkin dizendo que estas dimensões devem ser fundidas numa opinião geral sobre a interpretação, de modo que "todos os aspectos considerados, torna o histórico legal da comunidade o melhor possível do ponto de vista da moral política. Dessa forma, os julgamentos legais são difusamente contestáveis" (2003, p. 489).

Por derradeiro, poder-se-ia sintetizar o conceito de Direito como integridade (*Law as integrity*), como aquela concepção, segundo a qual "as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que ofereçam a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade" (DWORKIN, 2003, p. 272).

Assim, através do ideal de Direito como integridade, chega-se a uma concepção construtiva de interpretação a ser aplicada ao caso concreto. Refutar a possibilidade de se chegar a uma interpretação correta do Direito, significa rejeitar sua própria força normativa, abrindo-se, dessa maneira, espaço a arbitrariedades e decisionismos, incompatíveis com a preservação e respeito aos direitos e garantias fundamentais contemplados pelos ideais democráticos.

4. Referências Bibliográficas

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica do Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE

OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004. Parte III, p. 301-357.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases princiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional. In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.) *O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas Editora, 2006. p. 227-238b

BARROS, Flaviane Barros. MACHADO, Felipe D. A.. Violência Doméstica, Política Criminal e Direito: uma análise do estatuto da Violência Doméstica a partir da compreensão dos direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito. *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI* – Belo Horizonte: Boiteuax, 2007. p. 5190-5208.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança 6.594* Rio de Janeiro. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Publicado D.J. 01.07.1996

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82.354-8* Paraná. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado D.J. 24.09.2004.

BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 de agosto de 2006.

BRASIL. *Constituição da república Federativa do Brasil. Código Penal. Código de Processo Penal*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Luiz Flávio Gomes. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. *Código Civil. Código Comercial. Código de Processo Civil*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CALSAMIGLIA, Albert. *Prefácio à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin Derechos en Serio.* Barcelona, Editora Ariel, 1984. [on line] Trad. de Patrícia Sampaio. Disponível em: . Acesso em: 01.05.2008

CARRIÓ, Genaro R. *Princípios jurídicos y positivismo jurídico.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_____. De que maneira o direito se assemelha à literatura?. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.10, n.19, p.87-1103, 1. sem. 2007.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995.

_____. A dimensão jurídico-ética da razão: O liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: Editora JM, 1997.p. 150-195.

_____. Dworkin, Ronald. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006. p. 259-263.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva***.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O direito da liberdade: uma leitura moral da constituição.* São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia I: entre facticidade e validade.* Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed., Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martin Fontes, 1987.

KOZICKI, Katya. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do Direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: Editora JM, 1997.p. 129-149.

_____. Hart, Herbert L.A.. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006. p. 409-412.

KRESS & ANDERSON, Dworkin in transition. *The american journal of comparative law*, vol. 37, n. 2, spring 1989. p. 342

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, novembro de 2000.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança n. 1.0000.00.211921-2/000(1)*. Mandado de segurança - Veículo - Confisco em virtude de condenação por crime de tráfico ilícito de entorpecentes - Bem pertencente a terceiro - Cancelamento da medida. Impetrante: Andréia Aparecida Almeida. Autoridade Coatora: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Uberaba. Relator Kildare Carvalho. D.J.: 08.06.2001

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 2.0000.00.385139-6/000(3)*. Agravo de instrumento - Reintegração de posse - Limite subjetivo da coisa julgada - Terceiro que não participou da relação processual- Impossibilidade. Agravante: Centrais de Abastecimento de Minas Gerais (CEASA). Agravado: Antônio Soares Filho. Relator Batista Franco. D.J.: 15.02.2003

MINAS GERAIS. 3ª Vara de Tóxicos da comarca de Belo Horizonte. *Ação Penal n. 0024.07.771.488-9*. Autor: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Réu: Flávio Saul Caiado Costa e Victor Hugo Marques do Nascimento. Juiz José Eustáquio Lucas Pereira. D.J.: 01.04.2008

OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria de Ronald Dworkin*:* O Direito como Integridade. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004. Parte I, p. 151-168.

RESTA, Eligio. *Direito Fraterno.* Trad. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2ª. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

VERBICARO, Loiane Prado. A judicialização da política à luz da teoria de Ronald Dworkin. *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI* - Fortaleza: Boiteuax, 2005. p. 223-224.

VITA

[1] Nascido na Inglaterra, atuando como advogado em Londres (1932 a 1949). Lecionou na Universidade *Oxford*, onde ocupou a cadeira de *Jurisprudence* (Teoria do Direito), cargo que manteve até 1969 quando foi sucedido por Ronald Dworkin. Em 1961, Hart publica uma de suas mais importantes obras *The Concept of Law* (O Conceito de Direito), que foi reeditada em 1994 com a inserção de um posfácio que rebate as críticas feitas por Ronald Dworkin. Faleceu em 1994.

[2] O reconhecimento da teoria de Hart como pertencente à escola positivista se dá ao fato dele analisar o Direito a partir da noção de obrigação jurídica e de regra.

[3] Deve-se mencionar que não se enquadra na proposta deste trabalho uma análise aprofundada do positivismo jurídico, o que, por si só, exigiria grandes esforços, além de se desviar do objeto principal a que se propõe este estudo.

[4] Na mesma obra, afirma Dworkin: "desejo examinar a solidez do positivismo jurídico, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H. L. A. Hart" (2002, p. 27).

[5] Diz-se pressuposta, pois não há uma norma superior da qual a norma fundamental pudesse retirar o seu caráter de validade; ou ainda, a norma fundamental não pode ser elaborada por uma autoridade, porque a competência desta, para tanto, teria de se fundar em outra norma (KELSEN, 1987, p. 217).

[6] Destaca-se, nesta oportunidade, que a construção kelseniana é mais complexa do que esta pequena exposição merecendo, portanto, uma análise mais aprofundada pelo leitor.

[7] O paradigma hermenêutico caracteriza-se por colocar em relevo a função do intérprete, constituindo assim uma importante abertura no processo do conhecimento jurídico. Lenio Streck, ao dissertar sobre o tema, afirma: "A viragem lingüística-hermenêutica (*ontologische Wendung*) demonstrou que ambas as metafísicas (clássica e moderna) foram derrotadas. E o direito, *locus* privilegiado do processo hermenêutico – porque os textos necessitam sempre de interpretação, questão que a própria dogmática jurídica reconhece –, não pode caminhar na contramão desse rompimento paradigmático. Tais conclusões, porque hermenêuticas, não são, a toda evidência, definitivas. Como já referido acima, a hermenêutica, por ser crítica, está inexoravelmente condenada à abertura ao diálogo" (STRECK, 2007, p. 409-410).

[8] Ou seja, ela é uma questão de fato. Na maior parte das vezes sua existência não é anunciada, mas integra o ordenamento, não sendo pressuposta como a "norma fundamental" de Kelsen. Ressalta Dworkin que a regra de reconhecimento "não pode ser ela mesma válida, de vez que, por hipótese, ela é a última instância e não pode, portanto, satisfazer os testes estipulados por uma regra ainda mais fundamental" (DWORKIN, 2002, p. 34).

[9] John Austin, mais um ilustre adepto do positivismo, concebe o Direito como um comando coercitivo e habitualmente obedecido pelos membros de uma sociedade política, que foi estabelecido pelo soberano, sendo "o soberano" aquele que é obedecido por todos, mas não obedece a ninguém. Enfim o Direito é o comando do soberano. Hart critica Austin, afirmando: (a) que o exercício do poder é móvel, assim não se podendo falar em um grupo que se possa dizer soberano; (b) o conceituado de habitualidade é

mitigado, eis que os grupos que se revezam no poder podem alterar o direito previamente positivado; (c) o direito não é um comando, não é uma regra unilateral. Ele é auto-vinculante, ou seja, as autoridades que o produzem também devem obedecê-lo; e (d) Ao se falar em obrigação jurídica, para Austin, as pessoas cumprem as normas porque são obrigadas, devem obedecer aos comandos do soberano. Hart rompe com este entendimento, afirmando que isto inibiria a distinção entre "ser obrigado" e "ter uma obrigação". Ter uma obrigação significa que o sujeito internaliza o caráter compulsório da obediência à norma jurídica. O ser obrigado corresponde a uma ordem à qual o sujeito é compelido sob pena de sofrer um dano. No possuir uma obrigação, esta se origina de uma regra criada por uma autoridade, que é competente para aquele ato em virtude de outra regra à qual se dirige a todos. Como diria Dworkin "esta seria a diferença entre uma lei válida e as ordens de um pistoleiro [que se impõe pelo uso da força]" (2002, p.32).

[10] Segundo Hart, os sistemas jurídicos se vêem em permanente tensão entre duas necessidades sociais, sendo elas: (a) necessidade de segurança jurídica, que permitiria aos indivíduos aplicarem regras jurídicas entre si, como, por exemplo, realizando contratos; (b) a necessidade de deixar-se em aberto questões que só conseguem ser resolvidas adequadamente diante da análise das peculiaridades do caso concreto (1994, p. 143).

[11] Nesse sentido a discricionariedade de Hart pode ser equiparada à teoria do moldura de Kelsen exposta no capítulo VIII da Teoria Pura do Direito.

[12] Nasceu nos EUA. Foi sócio do escritório de advocacia *Sullivan and Cromwell* em Nova York até se tornar professor na Universidade de Yale. Posteriormente sucedeu o professor H. L. A. Hart na *Chair of Jurisprudence* da universidade de Oxford. Após sua aposentadoria na Universidad de Oxford, Dworkin passou a lecionar na Universidade de Londres.

[13] O modelo do positivismo é estritamente normativo, pois só atribui caráter normativo às regras, deixando fora de análise os princípios e as diretrizes políticas (*policies*). O conceito de uma regra chave – como a regra de reconhecimento – permite identificar as regras pertencentes àquele sistema jurídico mediante um teste que Dworkin denomina o teste de seu *pedigree* (2002, p. 63-64).

[14] Habermas também se refere à diferenciação entre regras e princípios feita por Dworkin, afirmando que "regras são normas concretas, já determinadas para uma aplicação específica, como, por exemplo, as prescrições formais para a redação de testamentos; ao passo que os princípios jurídicos são gerais e carentes de interpretação (direitos humanos, igualdade de tratamento, etc.)" (2003, p. 258).

[15] Os casos difíceis ou *hard cases*, como utilizado por Dworkin, são aqueles em que diante de um caso concreto o juiz não encontra nenhuma regra que o regule ou encontra duas ou mais regras conflitantes sobre o respectivo fato.

[16] Este teste de origem ou de *pedigree*, que garante validade às regras, se preocupa tão-somente com sua forma de positivação, ou seja, de integração ao ordenamento jurídico, pouco importando seu conteúdo.

[17] Austin afirmara que costumes somente poderiam integrar o direito após o seu reconhecimento pelos tribunais, enquanto agentes do soberano (DWORKIN, 2002, p. 67).

[18] Segundo Dworkin, o direito não se resume a um conjunto de regras, mas congrega princípios provenientes da moralidade política. A argumentação jurídica invoca e faz uso desses princípios que os tribunais desenvolvem mediante processo de argumentação e de criação de precedentes. Estes princípios são especificamente morais. Como conseqüência, a argumentação jurídica depende da argumentação moral no sentido de que os princípios morais têm um importante papel na argumentação jurídica. Assim, defende que a tese central do positivismo - separação entre direito e moral - é falsa. Por essa tese, alguns chamam Dworkin de jusnaturalista. Entretanto, Dworkin rejeita o modelo de argumentação típico do naturalismo, porque não acredita na existência de um direito natural que seja constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis. Dworkin parte do pressuposto de que a argumentação moral se caracteriza pela construção de um conjunto consistente de princípios. Trata-se de uma tarefa reconstrutivo-racional do pensamento moral que se estende ao pensamento jurídico. Dworkin, ao rejeitar o positivismo e o jusnaturalismo, tem, pois, o seu próprio aparato analítico: o modelo da reconstrução racional aplicado ao conhecimento do direito.

[19] Genaro Carrió critica Dworkin afirmando que o positivismo não é um modelo de regras como dito por este, e que o ordenamento concebe os princípios juntamente com as regras, acrescentando que elas não necessitam ser aplicadas à moda do tudo ou nada. Nas palavras do próprio Carrió: "A regra de reconhecimento, com seu núcleo central de significado claro e sua periferia de casos duvidosos, constitui o critério último que o sistema oferece para identificar as regras particulares do mesmo, mesmo que se trate de regras específicas, de *standards* ou de regras de outro tipo. Não há nada na noção de uma regra de reconhecimento que impeça que uma pauta do tipo que diz que a ninguém deve ser permitido beneficiar-se com sua própria transgressão seja uma regra do sistema se satisfaz os requisitos estabelecidos naquela regra última" (CARRIÓ, 1970, p. 57 e ss – tradução livre).

[20] A título de exemplo, apresenta-se a questão do *habeas corpus* (HC) n.º 82.354. Trata-se de *writ* impetrado no Supremo Tribunal Federal (STF) em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que negou provimento ao mandado de segurança, que possuía como objeto o requerimento de vista de inquérito policial em trâmite perante o Departamento de Polícia Federal em Foz do Iguaçu/PR. Tanto o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quanto o STJ indeferiram o pleito de vista dos autos com base em argumentos de política, que se manifestam no confronto entre garantias do cidadão *versus* interesses públicos – leia-se, finalidades coletivas – conforme se demonstra em trechos extraídos do voto do Ministro Relator, Sepúlveda Pertence:*2. O acórdão da instância de origem – o TRF de Porto Alegre – está resumido nesta ementa – f. 98: "MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. SIGILO. ART. 20 – CPP. ACESSO AO ADVOGADO. ESTATUTO DA OAB (LEI No 8.906/94).*

1 – Sendo o inquérito policial um dos poucos poderes de autodefesa do próprio Estado no combate ao crime, deve ser assegurado no transcurso do procedimento investigatório o sigilo necessário à elucidação dos fatos (art. 20 – CPP). Nesse escopo, a regra insculpida no inc. XIV do artigo 7º da Lei n.o 8.906/94 (Estatuto da advocacia)

que permite o acesso amplo e irrestrito do advogado aos autos do inquérito policial, deve ser interpretada levando em consideração a supremacia do interesse público sobre o privado, devendo ser restringida a publicidade nos casos em que o sigilo das investigações seja imprescindível para a apuração do ilícito penal e sua autoria, sob pena do procedimento investigatório tornar-se inócuo, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.

2 – Se nos processos judiciais ou administrativos sob o regime de segredo de justiça o próprio Estatuto da Ordem estabelece restrições ao princípio da publicidade (art. 7º, §1º) com muito mais razão deve ocorrer na fase apuratória em que se colhem os primeiros elementos a respeito da infração penal e sua autoria, mormente nos tempos atuais onde se expande a macrocriminalidade (tráfico ilícito de entorpecentes, crimes contra o sistema financeiro nacional, lavagem de ativos provenientes de crimes, etc.) onde, em muitos casos, o sigilo nas investigações ;e vital para o esclarecimento dos fatos."

3. Na mesma área de ponderação entre o interesse estatal no sigilo das investigações policiais, de um lado, e, de outro, a garantia da ampla defesa dos direitos do indiciado e as prerrogativas profissionais da advocacia, situou-se a discussão do recurso ordinário, ao qual – contra dois votos vencidos – a Segunda Turma do STJ negou provimento. [...]

06. Como informações, remeteu-me cópia de acórdão do STJ, assim resumindo na ementa da il. Ministra ***Eliana Calmon*** *– RMS 12516:*

"ADMINISTRATIVO – INVESTIGAÇÕES POLICIAIS SIGILOSAS – CF/88, ART. 5º, LX E ESTATUTO DA OAB, LEI 8.906/94.

1. O art. 20 do CPP, ao permitir sigilo nas investigações não vulnera o estatuto da OAB, ou infringe a Constituição Federal.

2. Em nome do interesse público, podem as investigações policiais revestirem-se de caráter sigiloso, quando não atingirem o direito subjetivo do investigado.

3. Somente em relação às autoridades judiciárias e ao Ministério Público é que inexiste sigilo.

4. Em sendo sigilosas as investigações, ainda não transformadas em inquérito, pode a autoridade policial recusar pedido de vista do advogado.

5. Recurso ordinário improvido." (BRASIL, STF, 2004, p. 36).

O Ministério Público Federal (MPF), em seu parecer, também se posiciona acerca do confronto entre garantias individuais e objetivos coletivos, conforme disserta o Ministro Relator Sepúlveda Pertence:

10. Ad cautelam, requeri se pronunciasse o Ministério Público Federal sobre o mérito da pretensão. [...]

12. O parecer apela ao princípio da proporcionalidade ou ao uso da razoabilidade para, ao final da ponderação entre os interesses em confronto asseverar:

"E o ponto de equilíbrio está em assentar-se que; [...]

5º) A interpretação aqui elaborada dos incisos XIV e XV do artigo 7º, do Estatuto do Advogado não é restritiva, mas compreensiva, porque obediente ao princípio da proporcionalidade no embate jurídico, sob o prisma processual penal, entre a pessoa e a sociedade." (BRASIL, STF, 2004, p. 37-39).

No julgamento de mérito do *habeas corpus*, o STF concedeu a ordem, reconhecendo ao advogado o direito de acesso aos autos como corolário dos direitos fundamentais do indiciado, aduzindo que

2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que antes previu as hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. (BRASIL, 2004, p. 29-30).

[21] Dois argumentos referentes à democracia parecem realçar esta situação, pois, o primeiro afirma que uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e que se responsabilizam perante ela. Assim se os juízes não são eleitos como eles serão responsabilizados pelo direito que criam perante o eleitorado? O segundo aduz que um juiz ao criar uma norma e aplicá-la retroativamente a um caso concreto, imporá uma punição à parte perdedora da demanda, não por ter transgredido algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz *ex post factum*. (DWORKIN, 2002, p. 132)

[22] Dworkin afirma que enquanto a feitura da política judiciária ofenderia os princípios democráticos, as decisões baseadas sobre direitos pré-existentes fundados em princípios são significativamente, menos objetáveis, se que são objetáveis (KRESS e ANDERSON, 1989, p. 342 – tradução livre).

[23] Duas são as teses primordiais do liberalismo enquanto filosofia política normativa: 1) "Estado deve proteger um conjunto de direitos fundamentais dos cidadãos"; e 2) o "Estado deve ser neutro no que se refere às condições de boa vida a que os cidadãos devotem lealdade e que se empenhem em realizar." (VITA, 1993, p. 12). Os comunitários, ao contrário dos liberais, privilegiam a soberania popular face os direitos fundamentais - participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos. (CITTADINO, 2004, p. 7)

[24] Segundo Vera Karam de Chueiri: "A tese dos direitos distingue, objetivamente, direitos individuais e fins sociais, bem como a dimensão concreta daqueles, na qual reside a sua força argumentativa. Desta forma, os direitos individuais consistem em objetivos políticos individualizados, enquanto os fins sociais consistem em objetivos

políticos não individualizados. Esta distinção respeita o lugar e a função que tais objetivos ocupam em uma determinada teoria política, posto que diferentes teorias atribuir-lhes-iam diferentes *features*" (CHUEIRI, 1997, p. 164).

[25] Fala-se numa leitura moral da Constituição. De acordo com ela, os direitos fundamentais nela garantidos devem ser interpretados como princípios morais que decorrem da justiça e da equidade e que fixam limites ao poder governamental. (DWORKIN, 2006, p. 01-59)

[26] Mais uma vez, Chueiri nos adverte que "o caráter concreto dos direito fundamentais afasta-os da retórica jurídica intuitiva que se pratica nos tribunais, bem como a retórica reducionista do positivismo que às vezes é praticada nos tribunais, na medida em que se identificam nestes direitos, objetivos políticos precisos que expressam de forma definida as suas dimensões. Não basta dizer que os cidadãos têm direito à liberdade de expressão, mas sim, que determinado jornal tem direito a publicar planos de defesa tidos como secretos, desde que com isso não se crie risco de perigo físico para as tropas militares" (CHUEIRI, 1997, p. 164).

[27] Para Dworkin, os juízes estão em uma posição diferente daquela dos legisladores, eis que, embora devessem os últimos não necessitam de razões de princípio para justificar as regras por eles elaboradas. Já os juízes devem se pautar em argumentos de princípio, pois às partes pré-existem direitos e obrigações, advindos da legislação e dos precedentes, cujo cumprimento lhes – aos juízes – cabe obrigar.

[28] Que ante o caso difícil abandona o problema à irracionalidade e ao sentimento subjetivo do juiz.

[29] Esta idéia é apresentada através da analogia que Dworkin faz do juiz ao crítico literário. O crítico vai continuar a escrever uma história já iniciada por outro escritor, mas, ao mesmo tempo, ele faz sua crítica na medida em que interpreta o que já fora escrito. Nesse sentido deverá o juiz levar em consideração as decisões políticas do passado ao mesmo tempo que projeta o futuro para chegar à melhor justificação possível da prática jurídica como um todo. Esse procedimento construtivo consubstancia o direito como integridade. (DWORKIN, 2003, p. 275-279)

[30] Que a jurisprudência e a administração da moral se aproximem, segundo as modernas teorias da decisão judicial, isto se deixa confirmar também em ambiciosas contrações teóricas da atualidade. Ronald Dworkin é expressão plena do pensamento dominante de que direito e moral não podem ser separados na atividade jurisprudencial. (MAUS, 2000, p. 186)

[31] Dworkin também se contrapõe a solução dada pelo realismo jurídico, segundo a qual, nas palavras de Cattoni de Oliveira "as decisões em nada se ligariam ao passado de uma comunidade jurídica, mas tão-somente a um futuro a ser projetado politicamente a cada nova decisão possível de legitimação a *posteiori*". (CATTONI DE OLIEVIRA, 2007. 87)

[32] Para os positivistas, caso não haja uma norma exatamente aplicável, o juiz deve decidir discricionariamente, assim sustentando a posição de que o direito não pode oferecer resposta a todos os casos que se propõem. (DWORKIN, 2005, p. 46-50)

[33] “Os juristas parecem presumir, por exemplo, que uma troca de promessas constitui um contrato válido. Se constitui, então os juízes tem o dever *prima facie* de fazer cumprir essas promessas se assim for requerido em sua jurisdição; mas, se não constitui, os juízes têm pelo menos o dever *prima facie* de não fazê-lo sobre fundamentos contratuais. Os juristas parecem supor que uma pessoa privada é responsável ou não, conforme o direito, pelo dano que seu ato causou; se for, os juízes têm o dever de condená-la à reparação dos danos, mas senão for, eles têm o dever de não fazê-lo. [...] Se é verdade que uma troca de promessas constitui ou não um contrato válido, que alguém processado por um delito é ou não responsável por danos, que alguém processado por um delito ou não responsável por danos [...], então todos os casos em que essas questões são dispositivas têm uma resposta correta. Pode ser incerto e controvertido qual é a resposta correta, assim como é incerto e controvertido se Ricardo III assassinou os príncipes” (DWORKIN, 2005, p. 176-177)

[34] "O Direito como integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim determine" (DWORKIN, 2003, p. 274). O que se busca no passado é a composição coerente de princípios de uma dada comunidade. Com isso poder-se-á encontrar a única decisão correta para cada caso.

[35] Habermas, ao se referir a Dworkin, afirma que a concepção do Direito como integridade, “tem precisamente esse sentido: trata-se de um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração. Fazendo uma referência à minha crítica a Gadamer, Dworkin caracteriza seu procedimento hermenêutico-crítico como uma “interpretação construtiva” que explicita a racionalidade do processo de compreensão através da referência a um paradigma ou a um fim” (HABERMAS, 2003, p. 260-261).

[36] Política aqui é entendida como *politics* em contraponto à *policy*. O primeiro termo (*politics*) diz respeito às relações entre os cidadãos de determinada comunidade política, já o segundo (*policy*) corresponde à persecução do bem comum, termo utilizado como sinônimo de programas sociais.

[37] Dworkin insere a questão da obediência ao Direito ao afirmar: “Uma concepção de direito deve explicar de que modo aquilo que chama direito oferece uma justificativa geral para o exercício do poder coercitivo pelo Estado.” (DWORKIN, 2003, p. 231).

[38] Dworkin assim disserta sobre esta quarta exigência: “As responsabilidades que uma verdadeira comunidade mobiliza são especiais e individualizadas, e revelam um abrangente interesse mútuo que se ajusta a uma concepção plausível de igual interesse” (2003. p. 243).

[39] “O Convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. É evidente que vão surgir problemas interpretativos ao longo desse processo: por exemplo, pode ser necessário interpretar um texto para decidir que lei nossas convenções jurídicas constroem a partir dele. Uma vez, porém, que um juiz tenha aceito o convencionalismo como guia, não terá novas ocasiões de interpretar o registro legislativo como um todo, ao tomar decisões sobre casos específicos” (DWORKIN, 2003, p. 272).

[40] “O Pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmático utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a idéia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não mais poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade” (DWORKIN, 2003, p. 273).

[41] O Direito como integridade recusa, a dualidade entre descobrir um direito pré-existente (como no convencionalismo) e inventar um direito novo (como no pragmatismo), porque entende que a prática jurídica é mais bem compreendida quando se reconhece que as decisões judiciais fazem ao mesmo tempo as duas coisas e nenhuma delas (DWORKIN, 2003, p. 271-331).

[42] “O princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. [...] O princípio da integridade no julgamento pede: aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido.” (DWORKIN, 2003, p. 203).

BIOPOLÍTICA E EXCLUSÃO NA PÓS-MODERNIDADE* **

BIOPOLITICS AND EXCLUSION IN POST-MODERNITY

Fernando de Brito Alves
Thiago Freitas Hansen

RESUMO

O texto aborda as discussões mais relevantes para o tema da biopolítica e da exclusão na pós-modernidade. Se distanciando do conceito foucaultiano de biopolítica, que em certa medida reduz a questão aos problemas da disciplina do corpo, desenvolve a reflexão de Hardt e Negri, para em tempos de pós-modernidade e globalização problematizar a teoria do Estado e da democracia, explorando seus contextos de crise, especialmente os de premente e contemporânea liquidez. Utilizando Zygmunt Bauman como referência, busca criar uma relação entre a sociedade líquida deste, com o conceito de multidão de Hardt e Negri, compreendendo o individualismo e a crescente crise do direito positivo como termos de uma lógica de exclusão auto-referente.

PALAVRAS-CHAVES: BIOPOLÍTICA; EXCLUSÃO SOCIAL; PÓS-MODERNIDADE; CRISE DO ESTADO E DO DIREITO

ABSTRACT

This text approaches the more relevant discussions about biopolitics and the exclusion in the post-modernity context. Moving away from Foucault concept of biopolitics, which reduces this question as body discipline problems, develops a reflection of Hardt and Negri, for the post-modernity time and the globalization to problematize the theory of State and democracy, exploring their crisis contexts, specially their urgent and contemporaneity liquidity. Taking Zygmunt Bauman as reference, seeks to make a relation between the liquid society of these with the crowd concept of Hardt and Negri, understanding the individualism and the growing crisis of positive law as terms of a self-referential exclusion logic.

KEYWORDS: BIOPOLITICS; SOCIAL EXCLUSION; POS-MODERNITY; STATE AND LAW CRISIS

Este breve ensaio tem por objetivo relacionar o texto *Multidão* de Hardt e Negri, com as reflexões pós-modernas de Bauman e outros sobre o problema da bio-política e da exclusão na pós-modernidade. A obra que constitui nosso marco teórico fundamental é dividida em três partes: Guerra, Multidão e Império e é

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.
** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

continuação do livro *Império* dos mesmos autores. Numa proposta metodológica que inverte a lógica hobbesiana, que primeiro publica sua teoria sobre o cidadão (*De cive*) para só então elaborar uma teoria do Estado (*O Leviatã*), os autores estabeleceram novo paradigma para a compreensão do Estado contemporâneo.

Inversão esta entendida também pela própria crise que o Estado vive, sobretudo quanto sua legitimidade e soberania, atualmente em franca decadência.

O Estado territorial soberano, que é o elemento essencial da política, democrática ou qualquer outra, está hoje mais fraco do que nos períodos anteriores. O alcance e a efetividade das suas atividades são menores do que nos períodos anteriores. Seu controle sobre a obediência passiva e sobre os serviços ativos dos seus súditos ou cidadãos é declinante. Os dois séculos e meio de crescimento initerrupto do poder, do alcance, das ambições e da capacidade de mobilizar os habitantes dos Estados territoriais modernos, qualquer que seja a natureza ou a ideologia dos seus regimes, parecem ter chegado ao fim. (HOBSBAWM, 2007, p. 106)

Embora o conceito de multidão desenvolvido pelos autores tenha permanecido demasiado indefinido, é inegável que eles sugerem haver na contemporaneidade uma rebeldia da multidão contra o Império reivindicando a construção de novas formas de soberania em contextos de cidadania global.

Seria possível contrapor o conceito de multidão de Hardt e Negri ao conceito de Massa desenvolvido por Ortega y Gasset. Do ponto de vista fenomelógico é possível observar com Ortega y Gasset (A rebelião das massas. 1987, p. 37-41 *passim*) que a sociedade é sempre a unidade dinâmica de dois fatores: "minorias e massas". Massa é todo aquele grupo que não atribui a si mesmo um valor por razões especiais, mas que se sente "como todo mundo", não se angustia com isso, e sente-se bem por ser idêntico aos demais. Minoria é todo aquele (grupo) que se distingue pela atribuição (autoreferente ou extrínseca) de um valor. O problema contemporâneo da relação minoria/massa é o que Ortega y Gasset denominou de hiperdemocracia, na qual a massa atua diretamente sem lei, por meio de pressões materiais, impondo gostos e aspirações.

O autor em comento afirma:

A característica do momento é que a alma vulgar, sabendo que é vulgar, tem a coragem de afirmar o direito da vulgaridade e o impõe em toda parte. Como se diz nos Estados Unidos: ser diferente é indecente. A massa faz sucumbir tudo o que é diferente, egrégio, individual, qualificado e especial. Quem não for como todo mundo, quem não pensar como todo mundo, correrá o risco de ser eliminado. E é claro que esse "todo mundo" não é "todo mundo". "Todo mundo" era, normalmente, a unidade complexa de massa e minorias discrepantes, especiais. Agora, todo mundo é apenas a massa. (Op. cit., p. 41 – grifo no original)

Na fronteira da fenomenologia e do enfrentamento crítico da questão, é possível se deparar com um fenômeno comum da hodiernidade: *"a estatização da vida, o intervencionismo do Estado, a absorção de toda espontaneidade social pelo Estado; isto é, a anulação da espontaneidade histórica [...]"* (Op. cit., p. 131). A estatização da vida é uma espécie de subproduto da "politização das massas"[i], que frequentemente

implica no estabelecimento de estratégias de bloqueio do reconhecimento dos espaços de convivência das minorias.

Uma destas estratégias de desvalorização das minoriais, Hobsbawm (2007, p. 188) aponta, como exemplo desse fenômeno, a disseminação forçada da democracia liberal e ocidental, neste sentido,

Além de ameaçar a integridade dos valores universais, a campanha para disseminar a democracia não terá êxito. O século XX demonstrou que os países não conseguem simplesmente refazer o mundo ou abreviar as transformações históricas. Tampouco podem produzir mudanças sociais com simples transplante de instituições através das fronteiras.

E seu olhar pessimista revela que a relação de democracia e minorias, muito embora possa ser vista como elementar, atua de forma duvidosa, já que para este autor é sabido (2007, p. 99) "*desde Tocqueveille e John Stuart Mill, que a liberdade e a tolerância para com as minorias frequentemente são mais ameaçadas do que protegidas pela democracia*."

Hardt e Negri procuram distinguir a Multidão de Povo. Na acepção dos autores, *o povo é uno*. A multidão é, todavia, composta por um conjunto de singularidades (2005, p. 139). A idéia de singularidade remete ao filósofo contemporâneo Guiles Deleuze e poderia ser compreendida como se a multidão jamais pudesse ser reduzida a uniformidade. A singularidade é uma espécie de subjetividade que não nega a diferença, ao contrário das partes que compõem o povo, posto que se tornam indistintas e indiferentes. A multidão sempre se mantém múltipla. Os autores tratam a multidão do ponto de vista sócio-econômico, mas não negam as facetas bio-politicas do conceito.

Tendo em vista que a democracia encontra-se em uma crise de legitimidade, ou como diz Hobsbawm (2007, p. 13) de que a democracia é a vaca sagrada do ocidente, e que produz menos leite que o esperado, o papel da multidão, ante a crise dos modelos de direito e de Estado, é o de reposicionar problemas fundamentais da democracia. Uma dessas questões para compreender como a multidão poderia estabelecer uma nova forma de democracia é a da representação, que muito embora tenha-se resolvido, em parte, no contexto da superação do absolutismo, inegavelmente possui limites que precisam ser discutidos em propostas de democracia global. Em entrevista publicada pela *Revista Novos Estudos*, nº 75, do CEBRAP, em julho de 2006 (p. 93-108), Nicholas Brown e Imre Szeman procuraram fazer com que os autores da obra em comento respondessem a uma pergunta fundamental: *O que é a multidão?*. Parece-nos que uma das questões fundamentais da obra foi formulada pelos entrevistadores aos autores nos seguintes termos:

Vocês afirmam explicitamente que a tarefa primordial de Multidão é reconceitualizar o conceito de democracia, e um dos aspectos mais poderosos de seu trabalho é a preeminência dada à possibilidade de democracia numa escala global. Vocês compreeendem a questão da democracia à luz das limitações profundas que se impuseram ao conceito desde sua formulação contemporânea nos finais do século XVIII

(quando as possibilidades presentes na pólis grega foram redimensionadas para a escala do Estado-nação), mas também referindo-se ao que vocês vêem como a abertura potencial hoje disponível para a atualização da "democracia real do governo de todos para todos, baseado em relações de igualdade e liberdade" (p.67). Há particularmente dois limites conceituais e materiais que precisam ser ultrapassados antes que o governo de todos para todos possa vir a existir: primeiro, a associação de democracia com representação, que tem sido fundamental tanto para as várias formas de republicanismo como também para as de socialismo; segundo, o conceito de soberania, que restringe o processo de decisão a uma unidade (de qualquer modo constituída), ao invés de a uma pluralidade da multidão. Vocês podem falar sobre cada um desses limites e sobre a possibilidade de democracia que existe no outro lado de cada um deles?

Vocês estão certos ao dizer que representação e soberania constituem os dois obstáculos centrais ou pontos de conflito para qualquer inovação teórica ou experimentação prática preocupada com a renovação da democracia. No caso da soberania, a tarefa é relativamente clara:destruir de uma vez por todas o elemento transcendente (ou,pior,o elemento místico) no qual se apóiam a idéia da política em todas as suas formas e a idéia de governo em sua articulação com o domínio do capitalismo tardio. Já o conceito de representação coloca-nos um desafio mais complexo. Certamente as formas operacionais predominantes de representação hoje em dia, especialmente os arranjos eleitorais correntes, são extremamente limitadas. Mas isso não deve nos levar a buscar a abolição imediata de todas as formas de representação — ou até, em termos práticos, exigir que os esquemas representativos existentes estejam inteiramente de acordo com suas promessas. Somente poderíamos caminhar para além da representação, se isso for um projeto factível, ao fazer pressão nas formas existentes e experimentando novas formas de representação.

A relação com a história, sob esse ponto de vista, é dupla. Há caminhos nos quais os desafios e possibilidades de nossa era são novos,mas temos muito a ganhar ao reconhecer certas continuidades com o passado. Por exemplo, não se apressem em colocar o republicanismo como um todo no campo da soberania e da representação. Thomas Jefferson, no final de sua vida,após seu mandato presidencial, tentou esclarecer como o termo "republicanismo" deveria ser utilizado.Nos primeiros tempos dos Estados Unidos, existiam muitos e vagos usos do conceito: "consideramos que tudo o que não seja monarquia é republicano".[ii] Agora,eis uma tentativa de Jefferson de definir com mais precisão. "Se eu atribuísse a esse termo uma idéia precisa e definitiva, diria pura e simplesmente que ele significa um governo dos próprios cidadãos, em massa, agindo direta e pessoalmente, de acordo com regras estabelecidas pela maioria; e que qualquer outro governo é mais ou menos republicano na proporção em que possui em sua composição mais ou menos desse ingrediente de ação direta dos cidadãos" (p. 1.392). Jefferson tentava se opor às distantes e controladas formas de representação previstas pela Constituição e pelos Federalistas com algum tipo de ação e participação diretas dos cidadãos.

Com isso não queremos dizer que podemos encontrar as respostas no passado,mas reconhecer que nossa continuidade em relação a determinadas tradições pode ajudar a encontrar o caminho correto.

As respostas efetivas,é claro,somente virão com a prática.A crise generalizada da representação coloca no centro da agenda política a necessidade de experimentar novas

formas de representação e formas não-representativas de organização democrática.Um dos aspectos da nossa tarefa teórica é acompanhar essas experimentações à medida que surgem.

O conceito de multidão tem como um de seus objetivos demonstrar que

uma teoria da classe econômica não precisa optar entre a unidade e a pluralidade. Uma multidão é uma multiplicidade irredutível; as diferenças sociais singulares que constituem a multidão devem sempre ser expressas, não podendo ser aplainadas na uniformidade, na unidade, na identidade ou na indiferença (2005, p. 145).

A multidão não deve ser considerada como uma multiplicidade fragmentada e dispersa, ela, na verdade, resgata a idéia atomista da singularidade associada com a subjetividade pós-moderna deleuziana.

Em momento muito interessante do texto, Hardt e Negri se propõem analisar uma frase de protesto sul-africana: "*Nós somos os pobres!*" e concluem que toda a multidão é produtiva e toda ela é pobre. Essa conclusão pode ser encarada tanto do ponto de vista econômico e social, mas também do ponto de vista bio-político; sendo que neste caso, conduzirá ao conceito de inclusão diferencial, ou precária (como preferem outros, ao invés de exclusão), idéia que é fundamental na construção de uma topografia da exploração e implicará na noção de *apartheid global*.

Bauman (2007, p.26) discorre em sua obra sobre o conceito de indivíduo, alocando-o no contexto pós-moderno da vida líquida – situação vivida contemporaneamente em que tudo é fugaz e o consumismo se torna a base de reconhecimento social – e observa que para se adaptar aos anseios de mercado desta sociedade, os "indivíduos" devem paradoxalmente, ao contrário de se individualizar, se igualar aos outros "indivíduos" em busca de aceitação social. O conceito de individualização muda, apaga sua historicidade, cancela sua memória e se adapta à lógica de mercado, produzindo exclusão e reproduzindo a vulgaridade das Massas de Gasset. O diferente, o *outro*, a *multidão*, não são componentes desta sociedade líquida, suas individualizações não são contabilizadas, são, na expressão de Boaventura de Sousa Santos, subjetividades desestabilizadoras "*[...] que se rebelam contra práticas sociais conformistas, rotinizadas e repetitivas, e se deixam estimular por experiências de limiar, ou seja, por formas de sociabilidade excêntricas ou marginais*" (SANTOS, 2001, p. 249). A exclusão triunfa em favor da lógica do consumo.

(...) como ato de emancipação pessoal e de auto-afirmação, a individualidade parece carregar uma inata *aporia*: uma contradição *insolúvel*. Precisa da sociedade como berço e como destino. Qualquer pessoa que procure sua individualidade ao mesmo tempo em que esquece, rejeita ou menospreza a sóbria/sombria verdade se arrisca a enfrentar muita frustração. *A individualidade é uma tarefa que a sociedade dos indivíduos estabelece para seus membros* – como tarefa individual, a ser realizada individualmente por indivíduos que usam recursos individuais. E, no entanto, essa tarefa é

autocontraditória e autofrustrante: na verdade, é impossível realizá-la. (BAUMAN, 2007, p. 29 – grifos no original)

Mantendo esta linha de raciocínio, Bauman desenvolve uma argumentação quanto à exclusão do *outro*, e assim é possível entender a formação da *multidão*. Aqueles que não conseguem se emancipar perante a liquidez do mundo, mantém-se fixos, presos à sua condição de cidadãos de segunda classe, com infinita capacidade de subversão das regras do jogo (direito posto para legitimar as massas vulgares), e de revolução para a construção de um novo modelo de Estado, fundado em uma espécie de democracia radical[iii].

(...) a individualidade é e deverá continuar sendo por muito tempo um privilégio. Um privilégio dentro de cada uma das sociedades quase autônomas, em que o jogo da auto-afirmação é levado à frente por meio da separação entre os consumidores "emancipados", plenamente desenvolvidos – lutando para compor e recompor suas individualidades singulares a partir das 'edições limitadas' dos últimos modelos da alta-costura –, e a massa sem rosto dos que estão 'presos' e 'fixos' a uma identidade sem escolha, atribuída ou imposta, sem perguntas, mas em todo caso 'superdeterminada'. (BAUMAN, 2007, p. 39)

É possível assim, criar um paralelo entre o conceito de indivíduo de Bauman com a noção de massa de Ortega y Gasset., não se confundido, portanto, com a "a massa sem rosto" de Bauman, já que são, na realidade, o oposto, mais próximos ao conceito de Multidão de Hardt e Negri. Usando o conceito de indivíduo de Bauman como peso e medida, é possível distinguir a *massa* da *Multidão*. Estes não se adaptam e acabam lutando pela criação de espaços democráticos, maiores que apenas *lugares comuns no discurso*, da práxis habermasiana, mantendo-se, no entanto, excluídos. Aqueles, por sua vez, moldam a sociedade a seu bem querer, já que atuam "emancipadamente" pelo mercado, determinando assim o lugar social, político e jurídico da *Multidão*.

Os pobres acontecem tanto nos países subdesenvolvidos quanto nos desenvolvidos. A multidão é essa subjetividade global que tem legitimidade material para reivindicar a construção do novo conceito de soberania, como se a pergunta formulada pelo abade de Seyès: *"Qu'est-ce que le tiers état ?"*, fosse reformulada nos seguintes termos: *"O que é a multidão?*".

Embora a problemática seja fundamentalmente moderna, Hardt e Negri procuram não desenvolver qualquer discurso nostálgico com relação aos corpos sociais modernos (2005, p. 251), inclusive substituindo o conceito de corpo social pelo de carne social numa referência explícita ao pensamento de Maurice Merleau-Ponty, que tinha a carne como verdadeira tecitura do mundo.

A propósito Benedito Nunes[iv] afirmaria:

O tocar e o ser tocado, o vidente e o visível, que se estendem para além do corpo no tecido carnal do mundo de que antes falamos, são colhidos na móvel trama dessa linguagem operante. Nenhuma tradição da Filosofia ocidental sustenta, de fato, a extensividade cósmica e ontológica emprestada por Merleau-Ponty a esse termo"carne", configurando, na tradição apostólica cristã, o corpo enquanto passível de juízo religioso

e escatológico. A carne não é nem a matéria nem a forma da antiga Filosofia. Como nos diz Laurent Jenny, a carne, que desborda do corpo, também é latência: "Ela é esse fundo inesgotável , esse recurso de uma obscuridade cega, um `invisível' tenebroso do qual emergem sem cessar novas diferenciações formais. Desse ponto de vista [continua a mesma autora], a teoria da carne, em Merleau-Ponty, tem qualquer coisa de uma embriologia do ser (Jenny 1997, pp.136-7).

O conceito de "carne social" equivale ao de *physis* dos antigos pré-socráticos. A carne social é viva, informe e desordenada, não é como o corpo social moderno que se punha como natural (a família, o estado, o povo, a nação). Essa noção de "carne social" conduz a construção de uma *biopolítica do monstruoso*.

Nesse contexto é mister refletir sobre os direitos de singularidade, que para Hardt e Negri, são melhores comprendidos como expressão de uma ética de performatividade do que fenômenos extritamente jurídicos. A ética performativa é dada no comum, na comunicação social. Esses direitos nascem de uma perspectiva comunitária (2005, p. 266) de direitos. O comum, de acordo com os citados autores, não se refere a noções tradicionais da comunidade ou do público, mas na comunicação entre singularidades e *"se manifesta através de processos sociais colaborativos da produção"* (op.cit., loc. cit.).

Surgem então uma teoria jurídica ou legal do comum, com algumas tarefas: a primeira é de caráter negativo, e consiste em demonstrar a falsidade do liberalismo, principalmente do princípio que afirma ser tudo determinado pelo mercado; a segunda tarefa consiste em deslocar os conceitos de "interesse geral" e "interesse público" para permitir a participação comum na gestão de bens e serviços que tenham esse carater; do ponto de vista do direito internacional, surge uma terceira tarefa, que define as relações entre sujeitos pelo comum, como resultado de uma produção biopolítica.

Na última parte da obra *Multidão*, Hardt e Negri se propõem a discutir o problema da democracia como projeto inacabado da modernidade. De acordo com os autores em comento, o problema da democracia em um mundo global manifesta-se juntamente com o problema da guerra.

As teorias do Estado modernas quando constróem o conceito de soberania o fazem no enfrentamento do problema da guerra civil. Hobbes, por exemplo, procurou, refletindo sobre as guerras civis na Inglaterra, cunhar um conceito de ordem política que tinha a guerra civil como instância negativa, contra a qual se escorou.

Hobbes inegavelmente propõem uma solução "ambivalente e incompleta" (2005, p. 303). A soberania moderna não põe fim a violência e ao medo, como pretendia Hobbes, antes, põe fim a guerra civil pela organização estável e coerente, numa ordem política, da violência e do medo.

Contemporaneamente, o problema da guerra civil e as discussões sobre democracia surgem em uma escala muito maior, e impõe a discussão e proposição

e uma nova forma global de soberania e novas formas de participação democrática, principalmente em sociedades divididas[v].

A misogenia acaba por impor um modelo de estado baseado na vigilância e no controle, produzindo sociedades cada vez mais inóspitas.

A insegurança ambiente concentra-se no medo pela segurança pessoal; que por sua vez aguça ainda mais a figura ambígua e imprevisível do estranho. Estranho na rua, gatuno perto de casa... Alarmes contra assalto, bairros vigiados e patrulhados, condomínios fechados, tudo isso serve ao mesmo propósito: manter os estranhos afastados. A prisão é apenas a mais radical dentre muitas medidas — diferente do resto pelo suposto grau de eficiência, não por sua natureza. As pessoas que cresceram numa cultura de alarmes contra ladrões tendem a ser entusiastas naturais das sentenças de prisão e de condenações cada vez mais longas. Tudo combina muito bem e restaura a lógica ao caos da existência. (BAUMAN, 1999, p.116)

Da mesma forma, a globalização antes vista como o futuro e a prosperidade, é atualmente fenômeno de crise do Estado soberano, e dissemina o caos e o medo. Nesta lógica,

Depois de vinte anos sem prestar atenção nas consequências sociais e humanas de um capitalismo global incontido, o presidente do Banco Mundial chegou à conclusão de que, para a maior parte da população mundial, a palavra 'globalização' sugere 'medo e insegurança' em vez de 'oportunidade e inclusão'. (HOBSBAWM, 2007, p. 111)

Todo esse processo de transformação redundou na precarização e na desintegração dos "laços humanos", a solidão demudou as relações sociais em relações autônomas. O egoísmo atingiu proporções assustadoras, o enigma identitário do ser humano coloca-o em um paradoxo, qual seja, o de destruir o outro ou mantê-lo longe de si:

O medo tem salvado a humanidade do apocalipse. O temor das represálias limita a agressividade, verdade que vale para os homens e para as nações. Assim, a terra é dominada pelo egoísmo e pelo medo. Nesse 'inominável', vivemos agora sem teleologia nem escatologia, dia após dia, e à pergunta um tanto ingênua colocada por Gauguin – *De onde viemos? Quem somos? Para onde vamos?* – a ciência responde: 'Vocês descendem do macaco, são perversos polimorfos e rumam para a morte'. Mas ela não confere sentido a esse itinerário. (VINCENT, 2009, p. 213)

O ceticismo quanto à política – sobretudo a democracia – acompanha esta mesma linha de raciocínio. As relações autônomas minoram a criação de uma identidade e os direitos já reconhecidos, poucas vezes são efetivados. A solidão cresce na mesma proporção da atitude cética[vi].

Entre os jovens, cada vez mais prevalece o 'cada um por si'. Mais do que a amizade, são redes de cumplicidade que orientam a busca da sobrevivência, a abstenção da balbúrdia política. A sociedade pretensamente sem classes resulta num egoísmo cheio de cautela. Tal como o capitalismo. Isso significa que as 'derivações' para falar como Pareto, têm pouca influência e o homem continua a ser o que é (mais hobbesiano e menos

rousseauísta), sejam quais forem o sistema política e a ideologia que o legitimam. (VINCENT, 2009, p. 211).

Entre as principais críticas relacionadas a essa problemática (guerra civil, democracia e exclusão) estão as queixas ao sistema representativo, as queixas de direito e justiça, e as queixas econômicas. Quanto as primeiras, elas se dirigem tanto as distorções de representação internas de cada Estado, quanto externas, voltadas a atacar as distorções de representatividade existentes na Organização das Nações Unidas, por exemplo. As queixas de direito e justiça ocorrem porque a despeito de serem freqüentemente reconhecidos nas constituições nacionais, não são efetivados especialmente no tocante aos grupos minoritários, isso tanto no mundo desenvolvido, quanto no mundo subdesenvolvido, o que tem colaborado para o aumento do número de movimentos que tem por escopo a reivindicação de direitos, ou da efetivação dos já reconhecidos. Do ponto de vista internacional, a discussão se desloca dos direitos civis das minorias para os direitos humanos, onde as reclamações substancialmente são as mesmas. Quanto as queixas econômicas diga-se que estão relacionadas ao alcance da pobreza no mundo de hoje. Embora presente no mundo todo, ela é distribuída de forma desigual de acordo com critérios de raça, etnia e gênero. Por exemplo, encontram-se no sul da Ásia e na África subsaariana aproximadamente 70% da população mundial que vive com menos de um dólar por dia[vii].

Essa série de críticas, ou queixas da *Multidão*, faz com que desenvolvamos o que Foucault chamou de "ontologia crítica de nós mesmos", não com a perspectiva de construir meta-relatos a exemplo dos modernos, mas como análise histórica dos limites auto-impostos e das possibilidades de superação, com evidentes implicações biopolíticas.

Da mesma forma, Bauman repara que o conceito de indivíduo pode ser tanto "de direito" como "de fato", explicando assim que a luta pela efetivação ou reconhecimento de direitos não finda na garantia formal destes, e sim na produção de condições sociais básicas que permitam a inserção da *Multidão* nos jogos sociais da vida líquida contemporânea.

As chances de se cruzar o fosso entre a individualidade *de jure* e a *de facto* são altamente desiguais em todo o planeta. Como os governos do rico Ocidente gastam 350 bilhões de dólares por ano para subsidiarem sua agricultura, as vacas européias estão em melhor situação do que metade da população mundial. (BAUMAN, 2007, p.38)

No campo da biopolítica, os resultados dessa desigualdade de acesso à individualidade são conhecidos: fundamentalismo, terrorismo, imigração ilegal, tráfico de pessoas etc. Fenômenos esses retratados como respostas naturais à exclusão pós-moderna.

Portanto, seria de se esperar que, para os muitos cujas chances de pegar o bonde da individualização são no mínimo distantes, e mais provavelmente inexistentes, resistir com unhas e dentes à 'individualidade' e a tudo o que esta representa não só parece uma opção sensata, mas de fato uma conseqüência 'natural' de sua condição. O 'fundamentalismo', escolhendo apegar-se a uma identidade herdada, ou atribuída, é o filho natural e legítimo da individualização implementada em escala planetária. (BAUMAN, 2007, p.40)

Para concluir com Gérard Vincent (2009, p. 213), afirmar-se-ia: "*nesse mundo desorientado (no sentido etimológico, isto é, já não se sabendo mais de que lado nasce o Sol), o homem, qualquer que seja sua posição, seu papel, sua função, está mais solitário do que nunca perante a dificuldade de escolha*". A *Multidão*, contudo, como carne social do Estado em crise, acaba por se posicionar no *locus* privilegiado de categoria revolucionária. A multidão é toda produtiva e toda ela é pobre. A *Multidão* faz a experiência de limiar, posto que vive à margem do Estado e do Direito, e, essa experiência genuína de marginal problematiza pontos nodais do direito positivo, possibilitando que a sua crise prefigure, ao mesmo tempo e dialeticamente, a possibilidade de sua reproposição.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999

_____. *Vida líquida*; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BROWN, Nicholas, SZEMAN, Imre. *O que é a Multidão? Revista Novos Estudos*, nº 75, CEBRAP: São Paulo, 2006.

EAGLETON, Terry. *The Idea of Culture*. Oxford: Blackwell Publishers, 2000.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão:* guerra e democracia na era do império. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005.

HOBBES, Thomas. *De Cive, Filósofos a Respeito do Cidadão*. Tradução de Ingeborg Soler. Petrópoles: Vozes, 1993.

_____. *O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.* 4 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1998. (Col. Os Pensadores)

HOBSBAWM, Eric J. *Globalização, democracia e terrorismo*; tradução José Viegas – São Paulo: Companhias das Letras, 2007.

Hudson, Barbara. Human Rights, Citizenship And Inequality: Doing Justice In Democratic But Divided Societies. *Revista Argumenta*. CEPE/CONPESQ, Revista do Programa de Mestrado da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro**:** Jacarezinho – PR, 2007, n. 7.

_____. *Desigualdade e cosmopolitismo*: fazendo justiça num mundo de estranhos. In: CAMBI, E., KLOCK, A. B., ALVES, F. B. *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba, Juruá, 2008.

JEFFERSON, Thomas. *Writings*, Nova York: Library of America, 1984.

LAURENT Jenny,: *Merleau-Ponty et le Littéraire*. Paris: Presses de L´École Normale Supérieure, 1997.

MERLEAU-PONTY, Maurice: *La phénoménologie de la perception*. Paris: Gallimard, 1945

_____: *Le visible et l´invisible.* Paris: Gallimard, 1964.

Mouffe, Chantal, *La paradoja democrática*. Gedisa: Barcelona, 2003.

NUNES, Benedito. Physis, Natura - Heidegger and Merleau-Ponty. *Nat. hum.*, Dec. 2004, vol.6, no.2, p.271-287.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

SANTOS, Boaventura Souza. *A Critica da Razao Indolente:* contra o desperdicio da experiencia. São Paulo: Cortez, 2001.

VINCENT, Gérard. *Uma história do segredo?* In PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. *História da vida privada* – Vol 5; tradução Denise Bottman. – São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

---

[i] A idéia da "politização das massas" precisa ser esclarecida. Significa simplesmente que "*quando a massa se sente insatisfeita, ou simplesmente tem algum forte desejo, é para ela uma grande tentação essa possibilidade permanente e segura de conseguir tudo – sem esforço, luta, dúvida ou risco -, sem precisar fazer nada além de apertar a mola e ligar a portentosa máquina. A massa diz para si mesma: "O Estado sou eu", o que é um erro completo. O Estado só é a massa no sentido que se pode dizer que dois homens são idênticos porque nenhum deles se chama João. O Estado contemporâneo e a massa só coincidem em ser anônimos. Mas acontece que o homem-massa pensa, de fato, que ele é o Estado, e tenderá cada vez mais a fazê-lo funcionar a qualquer pretexto, a esmagar com ele qualquer minoria criadora que o perturbe – o que perturbe em qualquer campo: na política, nas idéias, na indústria.* " (Ortega y Gasset, 1987, p. 132)

[ii] Thomas Jefferson. *Writings*, Nova York: Library of America,1984, p.1.396.

[iii] Cf. Mouffe, Chantal, *La paradoja democrática*. Gedisa: Barcelona, 2003.

[iv] NUNES, Benedito. **Physis, Natura - Heidegger and Merleau-Ponty**. *Nat. hum.*, Dec. 2004, vol.6, no.2, p.271-287.

[v] *Diversity and division are unavoidable; they are conditions of modernity, made more complex over the centuries by population movements associated with wars, famines, imperialism, the slave trade and other drivers of migration. The citizens of modernity do not live in the near-homogeneous societies envisaged both by traditional forms of indigenous justice, and by the Enlightenment philosophers and politicians who developed the theories and institutions of justice that were implemented in Europe and exported around the globe: Brazilian law and governance is largely based on the Portuguese tradition; Canadian on the English. Post-Enlightenment liberal theories were based on the lives and interests of a narrow – and therefore not radically pluralist – group of persons: white, property-owning males. These theories did not concern themselves about rights of indigenous people or slaves: they were 'barbarians' who would respond only to tyranny. But the radical divisions in modern societies mean that these Enlightenment principles, which served well in the move from absolutist to constitutional governments, are no longer adequate to realise the aims of democratic societies in regard to rights; that is, they have not proved effective for the extension of rights to all citizens. Issues of rights of minority groups to cultural recognition; rights of women; rights of temporary workers, rights of those who appear to threaten the physical security, economic well-being or preservation of culture of democratic societies make new principles and procedures of justice necessary. Democratic but divided societies must adjudicate competing rights claims; they must find ways of including the hitherto excluded and marginalised; they must acknowledge and accommodate hitherto unrecognised identities; they must define rules of membership and decide which rights are membership rights and which are universal human rights; they must establish rights and responsibilities in relation to fields new to governance, such as environmental concerns. They must find modes of accommodation and establish procedures of fair co-operation between groups and individuals who may have different and even conflicting interests and ideas of the good life.*(HUDSON, 2007, p. 245)

[vi] "*Os principais problemas que confrontamos no novo milênio – guerra, fome, pobreza, enfermidade, dúvida, drogas, contaminação ambiental, migrações forçadas, - não são particularmente culturais para nada. Não são problemas que tenham que ver primordialmente com o valor, o simbolismo, a linguagem, a tradição, a pertença ou a identidade e muito menos com as artes*". (EAGLETON, 2000, p.130 - *tradução nossa*)

[vii] Condições que estão imobilizadas pela "imobilidade dos miseráveis" e pela impossibilidade de superação das pressões da globalização e da "liberdade dos opressores", em seus discursos que dão legitimidade ao modelo proposto de sociedade moderna e mundo globalizado, ou seja, um mundo econômico, tecnológico, científico, extremamente desigual e excludente. Este mundo proposto tem como instância negativa a fome, a pobreza e miséria absoluta, onde 800 milhões de pessoas estão em condições de subnutrição e 4 bilhões de pessoas vivendo na miséria (BAUMAN, 1999, p. 81). Para Bauman (1999) a pobreza leva ao processo de degradação social que nega as condições mínimas de vida humana. A soma do resultado "fome=pobreza", derivam outros fatores que "enfraquecem os laços sociais" e criam novos entraves para a promoção da justiça em um mundo de estranhos (Hudson, 2008).

CRÍTICA AO SABER JURÍDICO OFICIAL: PRESSUPOSTOS IDEOLÓGICOS PARA UMA SUPERAÇÃO DIALÉTICA*

CRITICAL WHEN KNOWING LEGAL OFFICER: ESTIMATED IDEOLOGICAL FOR AN OVERCOMING DIALECTIC

Fredson Oliveira Carneiro

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar criticamente as bases ideológicas que sustentam o direito enquanto fenômeno social determinado pela tensão das relações de poder historicamente construídas e a conseqüente produção hegemônica desse saber na tentativa de superá-la. Pretende-se também contribuir com a crítica do modelo de saber jurídico dito oficial na tentativa de elucidar suas insuficiências teórico-práticas e a necessidade de se repensar este modelo a partir de uma ciência crítica fundada numa concepção materialista e dialética da história, que se encarregue de um seu potencial prospectivo bem como a superação de sua prática no senso comum tipicamente especulativo e descritivo. O potencial ideológico que assume o fenômeno jurídico deve, portanto ser evidenciado como uma forma elementar de libertação a partir de uma perspectiva dialética das relações sociais na concretude da qual o direito faz parte, a partir do compromisso com uma práxis emancipatória, ou seja, com a transformação efetiva das relações sociais.

PALAVRAS-CHAVES: CIÊNCIA, DIREITO, DIALÉTICA, IDEOLOGIA, EMANCIPAÇÃO.

ABSTRACT

This article aims to critically examine the ideological basis underpinning Law as a social phenomenon determined by the tension of power relations historically constructed and consequent hegemonic production of this knowledge, in an attempt to overcome it. It is also intended to contribute to the critique of the so-called official legal knowledge, in an attempt to elucidate their theoretical and practical shortcomings and the need to rethink this model from a critical science grounded in a materialist and dialectical conception of history, which takes the task of its prospective potential, as well as overcome their praxis in a typically descriptive common sense. The ideological potential that Law phenomenon assumes must therefore be highlighted as an elementary form of liberation starting from a dialectical perspective of social relations, in the concreteness of which Law is part of, from the commitment to an emancipatory praxis, i.e. the effective transformation of social relations.

KEYWORDS: SCIENCE, LAW, DIALECTIC, IDEOLOGY, EMANCIPATION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento histórico do capitalismo como sistema economicamente hegemônico no mundo, tornou imprescindível a formulação de um Direito fundamentalmente legitimador da ordem econômica e social emergente, já que se objetivava fundamentar um discurso legal de dominação necessário para garantir a imposição de desigualdades sociais justificadoras da existência desse sistema. Essencial para a sustentação dos preceitos normativos do Direito na sociedade capitalista é o seu próprio arcabouço ideológico instituído em torno da orientação social e política de determinada ordem hegemonicamente imposta. Portanto, para que melhor se compreenda a dinâmica social da juridicidade em sua totalidade, não se pode prescindir da análise das principais correntes ideológicas norteadoras do pensamento jurídico e sua reprodução contemporânea.

A também imprescindível análise das condições materiais de aplicação e efetivação das normas jurídicas deve estar, contudo, subordinada ao entendimento das forças sociais que as determinam. Num contexto de globalização do capitalismo como estágio limite do desenvolvimento deste enquanto sistema econômico modernamente hegemônico faz-se necessário o estudo do pluralismo jurídico, como um reflexo do enfraquecimento do modelo de juridicidade dominante, tanto em seus aspectos supra-estatais (a partir da construção de uma legalidade paralela ao Estado, sendo esta produzida pelas grandes corporações do capitalismo globalizado) quanto no que respeita às suas características infra-estatais (produção de normatividades sociais a partir de práticas políticas emancipatórias, às quais desempenham papel fundamental os Movimentos Sociais).

É a partir da práxis destes últimos que se poderá esboçar e concretizar uma concepção outra de direito disposto a representar os reais anseios da sociedade tomada como a totalidade complexa de diversos interesses conflitantes, que tem no capitalismo a representação da *luta de classes* e no Estado moderno, (mais especificamente em sua estrutura legal) a *regulação* das relações sociais convertidas em relações jurídicas que, como se cristalizou no cânone hegemônico do direito, visa garantir uma co-existência *pacífica* entre os grupos sociais distintos. Co-existência esta que promove a exploração, espoliação e opressão político-social, representativa, cultural e ideológica das maiorias populacionais pelas elites nacionais e internacionais composta por minorias sociais. Esta dinâmica social como se encontra na sociedade capitalista contemporânea produz uma série de ilusões jurídicas entre outras, o bem comum e a paz social desmentidas por qualquer análise empírica da materialidade do mundo, que na verdade representam um mínimo ético do discurso político-jurídico dominante essencialmente não observado na prática pelas nações ocidentais que os apregoam como valores universais.

Para avançar no caminho de compreensão da estrutura jurídica cristalizada pela cultura ocidental a partir de seus fundamentos político-ideológicos faz-se necessário um estudo da categoria *ideologia* e da crítica à sua formulação prática na sociedade capitalista, bem como da função que esta desempenha e de seus reflexos na lógica de dominação impregnada nas relações jurídicas contemporâneas. Em seguida, passa-se ao estudo da produção do *conhecimento*, da forma como este se apresenta ideologicamente nas sociedades modernas e como essa produção é determinante para se justificar a desigualdade social, para depois vislumbrarem-se as concepções de *conhecimento jurídico*, de sua produção hegemônica e dos limites que estas encerram na compreensão e transformação da realidade social. Só a partir de então se inicia a análise dos

pressupostos para a construção de propostas alternativas de produção, compreensão, e práxis do direito, que tem por fim a concretização da *emancipação social*, a partir da concepção de uma ciência socialmente útil e transformadora da realidade material plasmada nas relações sociais desigualmente estabelecidas ao longo da história.

A IDEOLOGIA ENTRE A INVERSÃO E A SUPERAÇÃO

A ideologia entendida a partir do pensamento marxiano pode ser concebida como fruto da sociedade de classes, o que significa que não nasceu na sociedade capitalista, mas é nela que se constitui sua forma mais bem elaborada até então, dado que é nesta sociedade que a estrutura de classes assume contornos mais profundos. Para Marx a ideologia só surge a partir da fragmentação do processo de trabalho, ou seja, no momento em que se estabelece a divisão do trabalho entre trabalho intelectual e trabalho material.

A divisão do trabalho – intelectual por um lado e material por outro - para Marx é a própria mutilação do homem que o transforma num homem dividido, dado que esta é a gênese da separação dos homens nas sociedades históricas. Essa separação assumiu diferentes formas ao longo do desenvolvimento de diversas sociabilidades como nas sociedades feudais (senhor feudal e servo), escravocratas (proprietário e escravo) e capitalistas (capitalistas e trabalhadores assalariados). Essa configuração para Marx resulta em extrema violência, já que fraciona o processo de trabalho pelo qual possibilita uma apropriação (daqueles que detém o controle do trabalho intelectual e dos meios de produção contra aqueles a quem só sobra a execução das atividades anteriormente idealizadas por outrem) mais eficaz da produção do trabalho subordinado. Essa apropriação do trabalho desencadeia o processo por Marx denominado nos *Manuscritos econômico filosóficos* de trabalho estranhado. É a partir do desenvolvimento desses conceitos que Marx chega a conclusão de que a ideologia somente se faz necessária a partir do estabelecimento dessas relações sociais desiguais, desencadeando nesse ínterim as condições que aprofundam a legitimação da ideologia que se constitui no processo de alienação.

Pode-se então afirmar que a ideologia dominante é mais uma das faces da opressão exercida pela classe hegemônica em determinado período histórico, como afirma Marx na citação que segue:

Os pensamentos da classe dominante são também, em todas as épocas, os pensamentos dominantes, ou seja, a classe que tem o poder *material* dominante numa dada sociedade é também a potência dominante *espiritual*. A classe que dispõe dos meios de produção material dispõe igualmente dos meios de produção intelectual, de tal modo que o pensamento daqueles a quem são recusados os meios de produção intelectual está submetido igualmente à classe dominante. Os pensamentos dominantes são apenas a expressão ideal das relações materiais dominantes concebidas sob a forma de idéias e, portanto, a expressão das relações que fazem de uma classe a classe dominante.; dizendo de outro modo, são as idéias do seu domínio. Os indivíduos que constituem a classe dominante possuem entre outras coisas uma consciência, e é em conseqüência disso que pensam; na medida em que dominam enquanto classe e determinam uma época histórica em toda a sua extensão, é lógico que esses indivíduos dominem em

todos os sentidos, que tenham, entre outras, uma posição dominante como seres pensantes, como produtores de idéias, que regulamentem a produção e a distribuição dos pensamentos da sua época; as suas idéias são, portanto, as idéias dominantes da sua época. (MARX, Karl. ENGELS, F. 1976, p. 55-56)[2]

Para além do recorte sobre a problemática da dominação, a ideologia assume em Marx basicamente dois sentidos. Um amplo e outro estrito. Como este trabalho não se propõe a exaurir o tema em análise, tomaremos do pensamento marxiano apenas o sentido estrito que aparece em obras como A Ideologia Alemã e A miséria da Filosofia. É nessas obras que Marx destila uma poderosa crítica à vertente idealista da escola hegeliana representada por teóricos como Bruno Bauer, Max Stirner, Feuerbach e Proudhon em ascensão na Alemanha da época, contrapondo a esta a vertente materialista que pressupõe a análise social a partir das condições materiais da sociedade real e não aquela produzida pelas abstrações características do idealismo. Para Marx o idealismo ao criar categorias puramente ideais que não correspondem à realidade concreta, dotadas de abstrações que posteriormente se voltam para a realidade como produtoras desta, oculta o homem concreto sob uma abstração, o que se constitui como uma inversão do real. Assim como define Luiz Fernando Coelho completa-se um ciclo da teoria marxiana sobre a ideologia:

Em todos os momentos revela-se a denúncia de um processo de inversão, pelo qual o homem cria idéias, conceitos e categorias, ou seja, representações da realidade, e em seguida considera que a realidade é que decorre dessas representações, e assim, afasta-se do real em suas cogitações para apegar-se às imagens ou aos mitos que o representam. (COELHO, 2003, p. 123)

Esta inversão da realidade possibilita e é possibilitada pelo aprofundamento das desigualdades sociais que justificam as mais diversas práticas de opressão. Práticas estas que põe em cheque a eficácia de categorias jurídicas como o anacrônico *bem comum,* a famosa *dignidade da pessoa humana,* a mentirosa *paz social.* E que também questionam a legitimidade e aplicação das regras propriamente *democráticas,* que com a crise da *representatividade* no Estado Moderno em que vivem as democracias contemporâneas evidencia o baixíssimo alcance de categorias como a *cidadania*.

Como se questionava o professor Milton Santos (2007), não se acredita aqui que existam na realidade social brasileira cidadãos de fato, para além das classes privilegiadas socialmente. Dado que no plano das relações sociais concretas o que se assiste neste país é um desolador quadro de desrespeito a esses institutos jurídicos, na verdade *concedidos*[3] pelos detentores do poder político a partir dos conflitos sociais ao longo do processo histórico através da promoção de massacres sociais (muitas vezes pelo próprio Estado) contra os grupos minoritariamente identitários, apesar de majoritários populacionalmente, com forte componente discriminatório característico da sociedade brasileira. Esse posicionamento está plasmado nas ilusões ideológicas e jurídicas que tentam, mas não mascaram o teor estritamente conservador que permeia todas as relações sociais e políticas impostas pela elite do país através de um discurso pseudo ético-jurídico que nada garante para as lutas do povo, pelo contrário, só engessa o potencial reivindicatório e transformador das lutas populares, ao passo que garante para a classe dominante a reprodução do status quo que assegura o lugar de privilégios de toda sorte nas suas condições de existência.

Contra os argumentos defendidos contemporaneamente pelas correntes reacionárias que apregoam o fim da ideologia e da história, as quais vêm galgando espaços políticos de representação, como também dentro dos departamentos das universidades brasileiras, da qual a Universidade Federal da Bahia é um exemplo, radica-se aqui o entendimento de que outras concepções de Estado, Direito, História e Ideologia devem ser observados, dado o seu caráter dinâmico e dialético ao longo do tempo, orientada para a construção de uma práxis jurídica libertadora. Tal intento só é possível a partir do reconhecimento dessas categorias como essenciais para a construção de uma ciência útil que mobilize seu potencial transformador para a emancipação da humanidade.

MANIPULAÇÃO IDEOLÓGICA: DOMINAÇÃO E MUDANÇA SOCIAL

O mundo contemporâneo está impregnado de ideologia. Capturada pelo sistema hegemonicamente dominante, a cultura pretensamente universal de cunho neoliberal-conservador, predominante no Ocidente orienta ou desorienta a chamada "opinião pública" a se revestir de concepções, visões de mundo e interpretações da realidade social por vezes de forma deturpada, a serviço dos grupos econômicos sustentadores dessa própria ordem também detentores dos meios de comunicação cada vez mais ágeis e globais.

Esses pressupostos estão tão arraigados na sociedade contemporânea que pouco se percebe como as pessoas são induzidas a acreditar em determinada versão dos fatos, ou como se sustentam determinados padrões de validade das ciências, que legitimam o seu discurso, como verdadeiro. Sendo que em todos esses casos na defesa de um posicionamento, mesmo que sustentado como "neutro", há um forte componente ideológico que o orienta. Como analisa o filósofo húngaro István Mészáros no trecho transcrito abaixo:

Nas sociedades capitalistas liberal-conservadoras do Ocidente, o discurso ideológico domina a tal ponto a determinação de todos os valores que muito frequentemente não temos a mais leve suspeita de que fomos levados a aceitar, sem questionamento, um determinado conjunto de valores ao qual se poderia opor uma posição alternativa bem fundamentada, juntamente com seus comprometimentos mais ou menos implícitos. O próprio ato de penetrar na estrutura do discurso ideológico dominante inevitavelmente apresenta as seguintes determinações "racionais" preestabelecidas: a) quanto (ou quão pouco) nos é permitido questionar; b) de que ponto de vista; e c) com que finalidade. (MÉSZÁROS, 2004, p. 58)

Como afirma Mészáros, essas determinações "racionais" são imprescindíveis para a compreensão do quanto estamos imersos na ideologia dominante e em que medida podem-se apresentar propostas alternativas para uma outra forma de compreensão do mundo tanto legítima quanto pressupõe as concepções de mundo impostas pela ideologia hegemônica. Os questionamentos que levanta ao fim da citação são de extrema pertinência, dado que a própria postura crítica se subordina diretamente às condições materiais de determinada época histórica no que limita e no que amplia as possibilidades de assumir-se um posicionamento crítico diante das imposições de toda sorte, condicionantes da existência social.

No que se refere ao direito posto e ao conhecimento jurídico produzido nas universidades percebe-se que as repostas a essas determinações são desoladoras. Denota o quão difícil é a produção de um conhecimento alternativo ao pensamento jurídico predominante. Das correntes ideológicas que fundamentam o direito ainda predominam por um lado a corrente que defende o direito natural e por outro a corrente que se coloca na defesa do direito positivo ainda que assim não se reconheçam. Manipuladas para fundamentar a ordem jurídica como legitimadora da organização social vigente, ambas as correntes se fundamentam em pressupostos de validade inerentes ao tempo em que surgiram, o que determina a sua demarcação histórica, portanto, transitória. Dado que a realidade social é dinâmica e se apresenta em constante alteração, modificando as relações sociais, tais ideologias não conseguem mais dar conta da explicação e manutenção da produção do Direito enquanto regulamentador da ordem social.

Antes de passar para uma análise mais criteriosa das correntes ideológicas referidas, faz-se necessário versar sobre a importância que assumem as ideologias no processo de dominação. A dominação é tema recorrente no pensamento político e encontrou em Maquiavel um grande marco. Depois dele diversos autores trabalharam com esse tema, apresentando, contudo análises distintas de acordo com o tempo histórico em que viveram. Como descreve Gramsci no trecho que se segue:

Bodin funda a ciência política na França num terreno muito mais avançado e complexo do que aquele oferecido pela Itália a Maquiavel. Para Bodin, não se trata de fundar o Estado unitário-territorial (nacional), isto é, de retornar à época de Luís XI, mas de equilibrar as forças sociais em luta dentro desse Estado já forte e enraizado; não é o momento da força que interessa a Bodin, mas o do consenso. (GRAMSCI, 1984, p. 17)

Depreende-se então da análise de Gramsci sobre um dos maiores teóricos do absolutismo, que os rumos do pensamento político haviam se deslocado na história, já que em Maquiavel o foco das análises girava em torno da questão da unificação do território italiano à época ainda fragmentado, para os estudos de Bodin, numa França já consolidada enquanto Estado unificado, em que a preocupação era a efetivação de um consenso capaz de garantir uma dominação “legítima”. Tal afirmação contempla a noção de transitoriedade das relações sociais influenciadas pelas condições materiais de existência de cada época com a superação das antigas formas de sociabilidades e de concepções do mundo e da ciência.

O que se denota de mais comum a ambos os autores é que eles visualizavam o Estado Moderno enquanto instrumento legítimo e legal mais indicado para promover a dominação que contrapõe os “fortes” de um lado e os “fracos” de outro, efetivamente promovida a partir de simulacros das abstrações metafísicas tão características do positivismo que a estes se seguiu. A formação de um pretenso consenso tornou-se então a fórmula mais indicada na solução de questões relativas aos problemas sociais advindos da organização política, jurídica e social do Estado Moderno tipicamente capitalista, o qual na verdade promove a ocultação dos antagonismos e realidades sociais distintas do modelo que se hegemoniza. É esse o processo que teóricos como Boaventura de Sousa Santos denomina de Sociologia das ausências, através da qual se constrói as condições necessárias para a produção de invisibilidades sociais que ocultam a realidade como ela realmente é. O ente soberano defendido pelos clássicos do pensamento político utiliza de sua força para suprimir qualquer tentativa de superação

das desigualdades por ele criadas e mantidas a fim de garantir a produção e reprodução social do capital.

A partir de fatores históricos, tal qual a eminência dos regimes socialistas durante o século XX, o Estado capitalista objetivando a garantia da sua hegemonia passou por processos de reestruturação que possibilitaram a sua manutenção histórica. Por isso o Estado Moderno, como garantidor das relações capitalistas de produção, tomou para si a incumbência de executar as políticas direcionadas a minimizar os antagonismos sociais que, no entanto não alteraram as condições de exploração e opressão social que garantem a sobrevivência do capital, pelo contrário, possibilitaram a sua manutenção ao tornar menos aparente a dominação e as relações desiguais. Este processo foi constituído por componentes fortemente orientados a partir da manipulação ideológica da máquina estatal. Portanto, na análise que faz do Estado no pós-guerra acerca do desenvolvimento das práticas estatais com o intuito de minimizar as desigualdades sociais, Mészáros afirma que:

É claro que a própria tentativa de eliminar as contradições da *base material* por meio da manipulação *superestrutural* é contraditória. Entretanto, embora seja ilusório esperar a superação dos antagonismos materiais básicos da sociedade utilizando-se tais medidas, ainda que a eclosão das contradições mais agudas possa ser postergada com sucesso por algum tempo, seria absurdo minimizar a eficácia prática da manipulação do Estado para criar um consenso em relação às crenças ideológicas. (...) A intensidade das intervenções diretas do Estado depende em larga medida da viabilidade temporária de se tentar resolver as contradições estruturais da base material pela manipulação superestrutural. (...) Entretanto, visto que as próprias tendências mais centralizadas e autoritárias operam dentro da mesma esfera de intervenções manipuladoras do Estado, é uma ilusão esperar delas soluções estruturais importantes. (MÉSZÁROS, 2004, p. 145)[4]

Portanto, afirma-se que a mudança social efetiva só se concretizará com a emancipação da humanidade. E esta não poderá ser sequer compreendida enquanto se continuar reproduzindo a concepção de que o mundo sempre foi assim e assim será até o fim da vida humana no planeta (como propõem as concepções dogmático-positivistas, que no caso do direito, acreditam ter apreendido a realidade social independente do tempo histórico que se viva a partir das formulações abstratas que acreditam explicar o mundo), pelo contrário para buscar tatear as possibilidades de enxergar a emancipação social da humanidade, deve-se ampliar o cânone da ciência, da política e do direito como pressuposto de aferição das resultantes humanas das forças contra-hegemônicas que empreendem as lutas libertárias pela construção de sociabilidades alternativas ao mundo como o conhecemos.

Entende-se assim que por mais inovadoras que possam parecer, as mudanças propostas dentro do âmbito da legalidade positivista estatal, estas não garantirão uma efetiva emancipação social para além da deficiente emancipação política trazida pelas democracias liberais do século XIX até aqui vigentes. Essas políticas estatais que se apresentaram de forma mais evidente no Estado providência europeu não garantem melhoras efetivas na realidade social, no que há aqui mais uma convergência com Mészáros, já que não alteram a organização de exploração e subordinação do homem[5] e degradação da natureza, impostas pelo capital. Pelo exposto, este trabalho propõe a superação dialética dos modos de produção jurídicos a partir do acúmulo teórico-social

e ideológico-político que embasa teórica e metodologicamente as linhas que aqui se desenvolvem. É, portanto essencial a reconstrução conceitual dos modelos de ciência e ciência jurídica como se propõe a seguir.

O CONHECIMENTO

A espécie humana difere dos demais animais que habitam o planeta terra não só pela racionalidade que possui, ou seja, pela autoconsciência a esta inerente, mas também pelo processo que dessa racionalidade se desencadeia através dos objetivos – prévia ideação - impregnados nas atividades que desempenha, previamente orientadas, para a realização de determinados fins a que se propõe. Essa capacidade de apreensão consciente do mundo e da realidade natural e social que o constitui torna o ser humano, o mais apto possível para uma intervenção mais profunda nessa realidade. É por isso que a atividade de compreensão do mundo pelos seres humanos além do contato sensorial e emocional é constituída pelas formulações conceituais e categoriais características do desenvolvimento do pensamento filosófico e científico, elaborados a partir da superação do contato aparente com o mundo, em outras palavras, parte da necessidade de se chegar à essência do mundo para melhor compreender sua estrutura existencial. É através desta compreensão que torna-se possível, após a apreensão da totalidade que compõe o mundo, uma intervenção direta nas relações que nele se afiguram a fim de transformá-las ou conservá-las.

O processo de conhecimento se constitui a partir da relação dialética que ocorre na materialidade do mundo entre o sujeito do conhecimento e o ser, o existir que está à sua volta. Esse ser é o seu objeto. Essa relação é sintetizada pela construção de conceitos que refletem, inclusive ideologicamente, as tensões travadas entre esses elementos – sujeito, objeto e conceito. Contemporaneamente não se pode sustentar essa segmentação, principalmente nas ciências sociais, da relação sujeito-objeto como outrora formulada, dado que o entendimento do objeto de estudo como uma totalidade complexa de relações na qual o sujeito do conhecimento está imerso evidencia a impossibilidade de separação total da realidade pelo sujeito que se propõe a estudá-la.

O desenvolvimento de formas mais elaboradas de conhecimento do mundo redundou na criação de distinções básicas que separam totalmente as formas de produção do saber em: científico e filosófico por um lado e vulgar por outro.

O conhecimento vulgar é entendido como aquele que é produzido pelas pessoas comuns a partir das suas experiências sensoriais com o mundo, ou seja, pelo entendimento que tem da complexidade das relações travadas no mundo, que reproduz a compreensão de um mundo aparente, superficial, em outras palavras é o senso comum. O conhecimento científico e filosófico por outro lado, constituídos a partir da observação do ser existente, ganhou mais complexidade com a superação da aparência dos fenômenos, na busca pela essência que os constitui, ainda que esta se apresente, para a dialética, como relativa, sendo o seu âmbito de validade a realidade mesma, a história. Para tanto se propôs a superar o senso comum a partir das abstrações que possibilitam ao sujeito ir além das aparências assumidas pelos fenômenos, relacionando-os na busca de sua razão de ser, para isso, esse modelo teve que se ordenar num sistema racional caracterizado

pela tradição filosófica do ocidente que assim o legitimava enquanto conhecimento científico e, portanto, criador de um modelo de saber, ou seja, de um paradigma.

O modo de produção do conhecimento assim modernamente constituído subjugou as outras formas de se conceber o mundo através da imposição de uma hierarquia que o delegou a lugar de destaque. A ciência moderna como se desenvolveu a partir de então criou o que Boaventura de Sousa Santos denomina de razão indolente a partir de métodos sociológicos (sociologia das ausências) que produziram invisibilidades através da ocultação das formas tradicionais de se representar o mundo, tornando legítimas apenas as verdades cientificamente verificáveis.

A função que esses modos de produção do conhecimento têm é tema recorrente no debate filosófico-científico. Desde a simples compreensão do mundo até a sua transformação são delegadas a esses processos de construção do saber diversos objetivos, a partir de posicionamentos político-ideológicos bastante demarcados que influenciam diretamente o rumo das resultantes produzidas por estes conhecimentos no mundo concreto. O debate que aqui se põe é, portanto, a necessidade de se repensar o modo de produção desses saberes, em específico o saber jurídico oficial, a partir de outras concepções metodologicamente cravadas no pensamento dialético.

A viabilidade desse projeto está diretamente vinculada ao amadurecimento das investigações científicas no âmbito do direito crítico. Como forma de procurar respostas para perguntas ou problemas não encontrados na literatura especializada no tema que se propõe a estudar, nesse caso o próprio conhecimento jurídico, a pesquisa se funda então nas indagações quanto a determinadas formas de concepção e vivência no mundo. Tais questionamentos se originam das inquietações provocadas pelo incômodo pairar da pretensa homogeneidade do saber jurídico que oculta a riqueza social e acadêmica a esse entendimento não visibilizada por diversos fatores e ocultada através de diferentes formas. Miracy Gustin apresenta - em obra paradigmática no que se refere à pesquisa jurídica – a necessária percepção da demarcação do que é direito para além do fenômeno jurídico estatal a partir da importância da investigação científica na busca de possibilidades emancipatórias.

As investigações no campo do Direito estarão, portanto, sempre voltadas à procura de possibilidades emancipatórias dos grupos sociais e dos indivíduos e pelo conteúdo moral dessa emancipação. Afirma-se, assim, que o Direito e a produção de seu conhecimento não se restringem à regulação social. Se assim fosse, as investigações seriam desnecessárias, pois o caminho social não seria transformador. [...]

Logo, a produção do conhecimento é sempre contextualizada. Ela tem um tempo e um espaço e se inicia pela crítica não só de seu contexto como dos próprios meios e teorias que utiliza para a produção do conhecimento jurídico. Por essa razão, o conhecimento científico origina-se em si mesmo, por meio de seus procedimentos e de formas sistematizadas e críticas de raciocínio, mas aspira a um conhecimento final que promova um senso comum emancipado em relação a seus sentidos ético, político, estético e do próprio saber que produz. (GUSTIN, M. DIAS, M. 2006, p. 7-8)

O PENSAMENTO DIALÉTICO E O DIREITO

Concebida de diversas formas ao longo da história a dialética assume em Hegel e Marx sua formulação mais bem elaborada. Para Hegel a dialética consiste numa aplicação científica do princípio, inerente ao pensamento em si mesmo em conformidade com as leis do seu próprio desenvolvimento e do desenvolvimento do ser em geral[6]. Na análise que faz da dialética hegeliana, Marx a visualiza como idealista pela primazia concedida ao plano espiritual em detrimento do plano material. Esta visão materialista aceita a concepção triádica da evolução dialética das coisas, mas nega o lugar do espírito concedido pelo idealismo, reduzindo-o a simples representação da realidade material.

Portanto a concepção da dialética que aqui se apresenta como a trazida por Bruno Moura é aquela libertada do caráter idealista que compôs a escola hegeliana até a contraposição materialista:

A dialética consiste na busca, com base na lógica concreta, por uma compreensão da "coisa em si", não da *representação* da coisa, nem do seu conceito, mas daquilo que lhe conceitua. Tal distinção não só apresenta duas formas ou graus de apreender a realidade, formas que, portanto, são de conhecimento, mas apresenta uma compreensão de como se processa o fazer humano. Apresenta uma visão do homem afastada do mito de que este consiste em um "abstrato sujeito cognoscente". (MOURA, 2007, P. 23)[7]

Assim a dialética é concebida como um sistema de pensamento racional que reflete o movimento real da dinâmica do mundo, em seus aspectos natural e social. Tal movimento é aquele intrínseco à totalidade. O pensar dialético exige assim esse entendimento da totalidade, como afirma Luiz Fernando Coelho.

Por isso, encarar dialeticamente as manifestações da vida social, entre as quais o direito, importa em considerá-las em sua totalidade e dinamicidade imanentes. Essa cosmovisão implica a consciência de que, se o sujeito cognoscente – em nosso caso o jurista – é parte do objeto que estuda, o fenômeno jurídico, a própria atividade de conhecer o direito, tal como em relação à sociedade, já é uma atuação participativa que modifica o objeto. O grau de consciência dessa participação, quando o sujeito a assume como algo que ele mesmo se propõe, completa a dialética do conhecimento do social, que é, ao mesmo tempo, a dialética da participação do sujeito na transformação de seu objeto. (COELHO, 2003, p. 40-41)

O pensamento dialético no direito representa um avanço sem precedentes em sua análise enquanto fenômeno social, já que extrapola as concepções tradicionalmente hegemônicas, sem, contudo negligenciá-las, pelo contrário aproveitando todo o acúmulo teórico formulado até então. Contudo, tais concepções dominantes devem ser superadas pelos próprios antagonismos nos quais se sustentam criados pelo desenvolver das sociedades, da ciência e filosofia ao longo da história, denotam a incapacidade, até mesmo teórica, de se fundamentar com base na realidade fática do mundo o arcabouço teórico-prático hegemonicamente desenvolvido no mundo das idéias. Os pressupostos para essa concepção dialética do direito serão melhor evidenciados adiante, após uma devida análise do saber jurídico a partir das bases ideológicas que o fundamentam hegemonicamente na modernidade.

CONHECIMENTO JURÍDICO: ENTRE O POSITIVISMO E O JUSNATURALISMO E PARA ALÉM DE AMBOS

Segundo o professor Roberto Lyra Filho, a ideologia pode-se apresentar de três diferentes formas: a) ideologia como crença; b) ideologia como falsa consciência; c) ideologia como instituição[8]. No que se refere a primeira e a segunda forma, a ideologia é considerada enquanto aquela que é veiculada na sociedade e é absorvida pelos sujeitos como um todo, uma coletividade por vezes amorfa que reproduz as lógicas impostas pelo sistema. A última forma é aquela que é procurada na sociedade independentemente dos sujeitos, ou seja, compõe-se do conhecimento produzido e nem sempre veiculado pelos grandes atores dos meios de comunicação, o que por certo, dificulta o acesso e propagação das formas de conhecimento que reproduzem uma ideologia diversa da predominante. Caso que ocorre no âmbito da produção acadêmica do direito com as publicações alternativas às formas hegemônicas do conhecimento jurídico – principalmente as que apresentam concepções marxistas ou mesmo materialistas acerca do direito - que não encontram lugar nas grandes editoras e para, além disso, essas obras não se inserem facilmente nas livrarias – também constituídas por interesses mercadológicos -, até mesmo aquelas especializadas na produção jurídica.

O desenvolvimento do conhecimento jurídico ainda hoje é predominantemente influenciado por duas correntes ideológicas opostas: o direito natural e o positivismo legalista. A doutrina do direito natural (composta por três tipos de jusnaturalismo: teológico, cosmológico e humanista, sendo este último o que se apresenta mais forte contemporaneamente) entende o direito e o exercício da justiça como o conjunto de direitos inerentes ao homem por sua própria condição humana que garantiria a este o exercício de direitos como à vida, liberdade e igualdade. O que pressupõe uma natureza humana comum a todos os indivíduos independentemente de suas especificidades sociais e biológicas, ou seja, credita à existência uma condição que torna o ser humano, humano. Contudo, estes direitos nunca se apresentaram historicamente na realidade social para a grande maioria da população dos países que os adotam, como é teorizado por essa doutrina de tradição greco-romana. Nem em seu lócus de origem o direito natural conseguiu concretizar-se ou representar essa realidade, já que permaneceu relegado ao campo do *dever ser*, dado que a universalidade entendida como detentora de direitos era apenas os cidadãos da cidade grega, categoria que não incluía as mulheres e os escravos daquela sociedade.

O direito natural foi concebido historicamente a partir de três pontos de vista distintos, característicos da realidade social a qual serviam. A primeira forma de se compreender o direito era a partir da explicação cosmológica, para a qual o direito se integrava à ordem da natureza, dado que a explicação e a justificação do mundo se davam pela natureza, concebida pela existência da ordem natural característica da organização social de nações como a grega e a egípcia; Uma segunda concepção pode ser chamada de teológica, dado que esta se fundamenta na noção de que Deus é a origem do Direito. Surgida na Idade Média, essa concepção do direito fundamentava as relações sociais e políticas da época que tem como um dos grandes expoentes, o padre Tomás de Aquino, o que denota o forte caráter religioso de tradição judaico-cristã dessa concepção do direito. É a partir dessas formulações que ganha importância o direito canônico. E por

fim um terceiro modo de conceber o direito que se desenvolveu através do direito natural foi o elaborado sob o ponto de vista antropológico, que colocou os ideais humanistas do Renascimento no cerne da razão humana, como fundamento para a concretização de um direito que se assentou na base das declarações de direitos provenientes da Revolução Francesa e da independência dos Estados Unidos.

O positivismo a seu turno se apresenta como a corrente ideológica que concebe o direito e a justiça como aquela proveniente da realização da ordem e da segurança através do cumprimento da lei, independentemente de seu conteúdo. No que rompe com o direito natural, dado que a origem deste não reside mais num Deus transcendental e sim numa "vontade geral" expressa nos textos das leis. É do positivismo que surge a chamada estrita legalidade como exercício de um direito forjado como legítimo que deve ser aplicado a qualquer custo. O positivismo jurídico tem suas bases de fundamentação lançadas no trabalho de um conjunto de juristas que mobilizaram seus esforços intelectuais na elaboração de todo um sistema pretensamente científico para o estudo do direito. Os movimentos em torno dessas mobilizações teóricas tiveram no jurista austríaco Hans Kelsen seu maior expoente, dado que este é o teórico que deu corpo à noção de direito destituído de qualquer influência social, política ou filosófica – deve-se, contudo ressaltar que Kelsen reconhece essas influências, mas por uma opção teórico-metodológica as afasta do estudo da ciência do direito (normativista). Havia, nesse contexto, a necessidade de construção de uma ciência do direito dotada de uma pureza que a caracterizasse enquanto ciência autônoma das ciências sociais. Essa estrutura jusfilosófica redundou essencialmente na fundamentação da ordem dominante como legítima para o exercício da força política, ideológica e social. Para Roberto Lyra Filho, o positivismo é "de qualquer sorte, uma redução do direito à ordem estabelecida" (LYRA FILHO, 2006, p. 29).

O positivismo normativista, como também é conhecido, se expressa principalmente em três espécies: a) o positivismo legalista, que defende a lei enquanto objeto do direito. Essa modalidade é a que mais forte direciona o entendimento de que o Direito deve ser circunscrito ao Estado, como se este não existisse para além daquele que seria o único legítimo para criá-lo. Essa corrente é a predominante nas faculdades de direito contemporaneamente e é reproduzida na realidade social como a única forma verdadeira de produção de direitos. Essa é a concepção hegemônica na modernidade; b) historicista ou sociologista. Sendo a primeira o deslocar-se para as formações jurídicas pré-legislativas baseadas nos costumes, via de regra os da classe dominante, o que demonstra o caráter ideológico de tal determinação; e a segunda como aquela forma que pressupõe o esquema da abordagem historicista generalizando-o; c) psicologista, que determina que a *vontade do povo* não paira mais na sociedade, mas é atributo de sujeitos determinados privilegiados socialmente. É aqui que se assenta a concepção do legislador e de sua vontade transcendental que ocupa o mesmo espaço de determinação em qualquer lugar e a qualquer tempo.

Para superar esse dualismo jurídico – contraposição de direito natural por um lado e positivismo jurídico por outro -, Roberto Lyra Filho propõe uma reestruturação a partir da criação de uma teoria dialética do direito que não desconsideraria a positividade sem, contudo reproduzir o positivismo, e tampouco deslegitimaria a ordem jurídica enquanto ordem justa sem também cair num enquadramento jusnaturalista, como pode ser aferido adiante:

Somente uma nova teoria “realmente dialética” do Direito evita a queda numa das pontas da antítese (teses radicalmente opostas) entre direito positivo e direito natural. Isto é, importa em conservar os aspectos válidos de ambas as posições, rejeitando os demais e reenquadrando os primeiros numa visão superior. Assim, veremos que a positividade do Direito não conduz fatalmente ao positivismo e que o direito justo integra a dialética jurídica, sem voar para nuvens metafísicas, isto é, sem desligar-se das lutas sociais, no seu desenvolvimento histórico, entre espoliados e oprimidos, de um lado, e espoliadores e opressores, de outro. (LYRA FILHO 2006, p. 27).

As possibilidades de concretização dessa corrente dependem em grande parte da orientação e organização dos cursos jurídicos ansiosos por superar a antiga dicotomia que não mais explica o mundo em que vivemos se não pela força imposta pelo positivismo normativista. Contudo, o maior obstáculo dentro das faculdades de direito tem sido a sua própria razão de existir: a formação de *profissionais* qualificados para reproduzir socialmente e de forma acrítica um conhecimento produzido nos moldes da sociedade do século XIX com pinceladas do positivismo do século XX. Como bem ensina o professor argentino Luiz Alberto Warat, os operadores do direito tem-se engendrado para uma prática social imersa num “senso comum teórico” que com suas próprias palavras se compõe de “vozes incógnitas das verdades jurídicas”. Essas *vozes* pretensamente *neutras* é que fundamentam uma prática que tende ao conservadorismo positivista e justifica a realização de um direito que tem visado muito mais a conservação das relações de poder até aqui praticadas, do que a transformação social como proposta pela Constituição brasileira de 1988 em seu artigo 3º, III no qual há expressa previsão constitucional para a erradicação da pobreza. O que em si, já demonstra certo grau de subordinação do direito estatal às demais formas sociais de produção de direitos.

Com o objetivo de demonstrar a possibilidade teórica de sua proposta o professor Roberto Lyra Filho afirma que só através da sociologia jurídica é que poderemos atingir a construção de uma teoria dialética do Direito.

A sociologia jurídica é a única base sólida para iniciarmos a nova reflexão, a nova Filosofia Jurídica, a fim de que esta última não se transforme num jogo de fantasmas ideológicos, perdendo nas nuvens o que vem da terra. As ideologias jurídicas são filosofia corrompida, infestada de crenças falsas e falsificada consciência do que é jurídico, pela intromissão de produtos forjados pelos doutrinadores. Para uma concepção dialética do Direito, teremos de rever, antes de tudo, a concepção dialética da sociedade, onde o Estado e o direito estatal são, a bem dizer, um elemento não desprezível, mas secundário. (LYRA FILHO, 2006, p. 47).

Há assim uma tarefa árdua pela frente. Não basta lutar por um direito dialético, sem antes entender o seu potencial transformador e as forças emancipatórias[9] que poderemos extrair da aplicação dele, para isso é necessária a revisão da própria dialética da sociedade a partir também de um direito dialético. Para tanto, deve-se alcançar a máxima de que só há justiça quando há justiça social. Esta última emergindo das lutas sociais pela emancipação humana e pela libertação das estruturas de poder determinantes da opressão e exploração dos povos.

PRESSUPOSTOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO DIALÉTICO E CRÍTICO

A construção de pensamentos alternativos para alternativas formas de se conceber o direito deve estar vinculada à superação das formas dominantes[10], e para tanto de sua apreensão enquanto componente de uma realidade histórica já superada pelo mover das forças sociais, para que a partir de então seja possível o desenvolvimento de um outro direito baseado nas reais necessidades históricas do povo. Um importante movimento teórico que visou a superação da proposta metodológica do positivismo como única forma de representação do rigor necessário para se alcançar o status de ciência do direito, foi o culturalismo fenomenológico de autores como Miguel Reale, Carlos Cossio e Goldschmidt, que, contudo, se mostrou inviável para o que propunha.

O brilhante professor de Filosofia do Direito, Luiz Fernando Coelho aponta no fragmento abaixo sua explicação para a impossibilidade de construção de uma teoria crítica do direito a partir dos mesmos pressupostos do positivismo como ocorreu com a corrente teórica do culturalismo:

Mas o escopo metodológico dessa dialética acabou por limitar-se à descrição dos fatores implicados, reduzindo-se a saberes retrospectivos e descritivos sem ultrapassar os limites de uma teoria da ciência do direito, vale dizer, sem adentrar à objetividade desta teorização. Assim, o culturalismo fenomelógico, sem embargo de constituir a vertente mais expressiva para uma compreensão verdadeira do direito como experiência, acabou por revelar-se inviável para a crítica prospectiva e transformadora de seu objeto. É que as teorias jurídicas elaboradas pelas diversas manifestações do culturalismo dialético envolviam pressupostos idênticos aos inerentes aos paradigmas positivistas de caráter empírico ou analítico; e tais pressupostos, consubstanciados na preocupação descritiva e retrospectiva em relação a seu objeto, representam sério obstáculo à elaboração de uma teoria crítica, por levarem a considerar o objeto como algo pressuposto e acabado que ele se antepõe ao conhecimento e não que possa ser por ele construído. (...) aos teóricos do movimento culturalista escapou que a ciência do direito não descreve uma ordem imanente, objetivamente pressuposta, mas a constrói ideologicamente. (COELHO, 2003, p. 5-6).

Reside exatamente neste aspecto a dificuldade de demarcar outras concepções do direito, ou seja, há um desafio de entender que o objeto dessa teoria crítica deve ser construído ideologicamente e não tomado como já constituído, ainda que as formas dominantes devam ser consideradas, fato que impede a fundamentação de pressupostos para um direito que responda à necessidade de libertação dos povos e emancipação humana. Para tanto, essa teoria que se afigura enquanto crítica deve ser propositiva de novas configurações jurídico-sociais que possibilitem as condições necessárias de vida digna para o povo oprimido. Essa crítica também no dizer do professor Luiz Fernando Coelho deve ser além de “um compromisso com a verdade, um compromisso mais profundo com a denúncia histórica” [11].

E a história do Brasil está intrinsecamente vinculada ao processo colonial sofrido na tensão entre as forças hegemônicas dos países que influenciaram toda a noção de civilização imposta às sociedades tradicionais que aqui viviam. A afirmação de uma postura crítica pressupõe, portanto, que se assente num posicionamento diante da realidade que é o lócus de origem da análise em que se funda de maneira a buscar em

sua essência as causas para determinado estado de coisas. Em outras palavras, essa postura crítica no caso do Brasil não pode prescindir de um profundo debruçar sobre a realidade de um país colonizado desde a sua "descoberta".

Fundamental para esse processo é o próprio posicionamento dos intelectuais subalternos. Por isso, deve-se mencionar o que Boaventura de Sousa Santos trabalha como uma das possibilidades temáticas e analíticas das teorias pós-coloniais, o intelectual pós-colonial. O intelectual pós-colonial ocupa lugar estratégico na construção de possibilidades para uma reconstrução das realidades subalternas alternativas ao modelo até aqui imposto. E essa reconstrução assume caráter eminentemente crítico ao buscar efetivar novas concepções de mundo e padrões culturais referentes à realidade histórica do povo oprimido que assume um potencial contra-hegemônico nas suas lutas organizadas socialmente. Essa reconstrução deve necessariamente se compor a partir de um método dialético que vise inscrever o direito num outro paradigma científico e social.

No que se refere à dialética social e a inscrição do direito nesta, afirma o professor Lyra Filho:

A luta de classes e grupos, que cinde o bloco demográfico (da população), as oposições de espoliados e espoliadores, de oprimidos e opressores, movimenta a dialética social e, nela, a vertente jurídica, incompreensível e inexplicável fora deste contexto. (LYRA FILHO, 2006).

Dessa forma se compreende a realidade social não como as ideologias dominantes comumente se esforçam em demonstrar abstratamente, mas como realmente ela é materialmente. Um complexo de dominações e libertações travadas na luta pela sobrevivência diária, ou seja, pela luta de classes. Desde a infra-estrutura sócio-econômica nacional até a infra-estrutura sócio-econômica internacional as tensões são determinadas pelo fluxo de relações sociais advindas dos grupos opressores contra os grupos oprimidos, a partir dos quais se constrói as dinâmicas políticas, jurídicas e sociais que modelam o mundo de acordo com os interesses que acabam predominando, mesmo que através da força. O reconhecimento dessas relações é uma condição *sine qua non* para a construção de um direito crítico e dialético que advenha da própria materialidade do mundo e não das nuvens metafísicas do positivismo. Essa prerrogativa também é levantada pelo professor Luiz Fernando Coelho quando afirma:

O projeto basilar de uma teoria critica do direito trata, em suma, de pensar o direito em função da dialeticidade do social, mas envolvendo um compromisso ético e político muito mais profundo do que o simples acatamento às leis e às instituições que através dela se consolidaram, o que transcende em muito o quadro de uma teoria do direito positivo. Além disso, muito mais do que uma interdisciplinaridade do saber jurídico articulado com os diversos planos das ciências da sociedade, a teoria crítica se constitui numa transdisciplinariedade, isto, em função de sua própria lógica dialética. (COELHO, 2003, p. 10).

Reconhecer a dialética das relações sociais às quais o direito faz parte e a partir daí assumir a postura crítica necessária a proposição de novas formas do reconhecimento de

outros saberes e outros direitos é elementar para que o direito possa também figurar enquanto expressão da libertação dos oprimidos e espoliados pela ordem capitalista. Só esse caminho poderá desencadear a ofensiva pela construção da emancipação social como uma possibilidade jurídica transformadora da realidade social.

Para tanto, faz-se necessário e urgente tratar das concepções *cientificamente* elaboradas para o Estado e o Direito superando a redução deste aos limites impostos por aquele em suas relações políticas como Marx em A ideologia alemã já alertava:

Sendo portanto o Estado a forma através da qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer os seus interesses comuns e na qual se resume toda a sociedade civil de uma época, conclui-se que todas as instituições públicas têm o Estado como mediador e adquirem através dele uma forma política. Daí a ilusão de que a lei repousa sobre a vontade *livre*, desligada da sua base concreta. O mesmo acontece com o direito que é por sua vez reduzido à lei. (MARX, 1976, p. 95-96) [12]

Essa superação só poderá se concretizar a partir da tomada de posição crítica que lhe justifique através de uma atividade conscientemente orientada para a reconstrução conceitual e prática do direito enquanto fenômeno juridicamente social, tal tarefa só se concretizará pela práxis. A práxis se impõe contra a ideologia dominante e à sua mais perversa produção social, a alienação. É a práxis a atividade que torna possível a conscientização das realidades como realmente são e o grau de manipulação ideológica a qual se sujeita a sociedade, para que através daquela seja possível a reconstrução desta, evidente com a participação efetiva característica da práxis.

O conceito de práxis aqui tratado é o mesmo trabalhado pelo professor Luiz Fernando Coelho que o apresenta em três dimensões. Para Coelho (1976) a práxis se sustenta enquanto trabalho intelectual, enquanto trabalho físico e como trabalho político. Enquanto trabalho intelectual a práxis traz novo sentido à função do conhecimento, o conhecimento por si só não se justifica. O conhecimento só é verdadeiramente válido quando sua eficácia se comprova na prática e através da práxis possa representar a transformação da realidade social com a emancipação dos dominados. Enquanto trabalho físico, a práxis se relaciona como a superação da divisão social do trabalho – oposição entre os sujeitos que desempenham o trabalho intelectual e trabalho manual - imposta pelo modo de produção capitalista que aliena o trabalho através do processo de fetichismo teorizado por Marx em grande parte de sua obra. Já no plano político a práxis é a orientadora das mediações necessárias para a construção de projetos políticos capazes de representar a conquista da autonomia popular e da libertação da opressão. É nesse plano que a atividade dos movimentos sociais assume imensa relevância, dado que a práxis é para estes a essência de suas lutas, cujo meio é o da conscientização.

CONCLUSÃO

A necessária superação do modelo de juridicidade vigente está muito além das proposições aqui trabalhadas, mas deve-se, contudo, ressaltar a importância da disputa dos espaços de produção da intelectualidade brasileira como uma forma de inserção qualificadamente fundamentada dos temas em debate na desconstrução e reconstrução

teórico-conceitual e prática dos modos de produção do direito. Esta realidade trabalhada em nosso contexto de diversas formas ao longo dos últimos vinte anos, nem sempre é reconhecida como deveria pelo potencial transformador que engendra em suas proposições, devido ao fato de representar a construção de um pensamento muito avançado para a mediocridade dominante na produção jurídica contemporânea, que importa diretamente na descaracterização do modelo jurídico hegemônico enquanto única forma detentora da produção da verdade absoluta à qual se reputa em detrimento das outras formas de saber ainda que estas se fundem na comprovação empírica de suas proposições.

Pelo exposto é que este trabalho propõe uma melhor reflexão sobre os fundamentos *científicos* do direito posto para a sua superação a partir da construção de um novo direito, um direito dialético que represente os reais anseios da luta pela justiça social contra as arbitrariedades que oprimem o povo. Povo este que não legitima e na maior parte das vezes nem conhece a produção jurídica dominante que só tem garantido a perpetuação das relações de poder e opressões contra a grande maioria das populações do mundo.

A sociedade contemporânea reproduz nessas condições históricas as situações de desigualdade que a muitos se afigura como a vivência da barbárie como a realidade que se desdobra no início do século XXI. Barbárie provocada pela imposição de um modelo civilizacional que para existir deve suprimir a existência dos outros os condenando à invisibilidade social pelo simples fato de serem diversos e conseqüentemente antagônicos. O que justifica a perversidade dos processos político-econômicos desenvolvidos pelas forças hegemônicas que dominam todo o restante do mundo social, cultural, política, jurídica e ideologicamente.

Essa última se afigura como uma das mais perversas formas de dominação, já que extirpa daqueles que não tem escolhas o direito de pensar criticamente, ou seja, o direito à sua subjetividade individual e coletiva (sendo esta alijada pelas concepções tipicamente individualistas da moral liberal) que possibilite o acúmulo das forças sociais na luta pela garantia de seus direitos e pela subversão das demais formas de opressão através de práticas libertadoras e emancipatórias. É, portanto a partir da compreensão da ideologia como categoria crítica que se poderá vislumbrar novas concepções de mundo no desvelamento das realidades postas como verdadeiras. Como defendido pelo professor Roberto Lyra Filho, o direito que possibilitará a concretização da justiça não deve se afastar da realidade com o distanciamento característico das formulações metafísicas predominantes na produção do conhecimento jurídico até aqui formulado, mas deverá se aproximar da realidade social, como um reflexo das lutas sociais do povo e também a sua própria concretização.

Não é o idealismo jusnaturalista que, ou se rende ao direito positivo (às normas de dominação), porque a este concede o poder de definir, em especial, o que a “Justiça” é, nas situações particulares e concretas; nem aquele outro jusnaturalismo progressista, de combate, que continua, entretanto, pondo de um lado o “direito ideal” e de outro o “direito real”. A contradição entre a injustiça real das normas que apenas se dizem justas e a injustiça que nelas se encontra pertence ao processo, à dialética da realização do Direito, que é uma luta constante entre progressistas e reacionários, entre grupos e classes espoliados e oprimidos e entre grupos e classes espoliadores e opressores. Esta

luta faz parte do Direito porque o Direito não é uma “coisa” fixa, parada, definitiva e eterna, mas um processo de libertação permanente. (LYRA FILHO, 2006, p. 82).

À maneira de conclusão, mas longe desta, dado que como referido acima pelo professor Lyra Filho, o direito não deve ser entendido como um retrato fixo ao qual se esteja contemplando e encerrando conclusões, pelo contrário deve ser experienciado como um constante movimento, numa inter-relação de fatos sociais, tais quais a luta de classes, as intersecções entre os valores morais e éticos, os reflexos das ideologias e das relações de poder, enfim toda a complexidade constitutiva das relações sociais da sociedades contemporâneas. Isso significa dizer que o direito, assim como as demais formulações teóricas e científicas, está subordinado aos efeitos do tempo, dado que é construído por seres humanos e, portanto é social, histórico e transitório. Também é por isso que se sustenta aqui a proposta de superação dialética da produção jurídica hegemônica.

As relações a que está adstrito o direito em contraposição às abstrações transcendentais anteriormente assinaladas mais se assemelham com uma superposição de imagens estabilizadoras e desestabilizadoras[13] do mundo, ou seja, se traduz num processo dinâmico, inscrito na história, nos conflitos e que não deve ser encarado abstratamente em seus institutos, mas materialmente em sua concretude social. É a partir dessas imagens desestabilizadoras que se deve revelar a indignação com um mundo construído sobre desigualdades sociais que afloram em conflitos violentos em qualquer parte do planeta que não atingem o sujeito de direito abstrato e metafísico do direito posto, mas massacra milhões de homens materialmente existentes furtando destes toda sorte de direitos, inclusive o meta-direito a ter direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política e as lições dos clássicos.** Organizado por Michelangelo Bovero; tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. – 9ª reimpressão.

COCCO, Giuseppe e CAMACHO, Oscar Vega. **A Força das Ruas:** O papel das mobilizações sociais para enfrentar a crise. A construção de novas propostas na América Latina. Le Monde, diplomatique – Brasil. Nº 21. São Paulo. Instituto Pólis. Abril, 2009.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito.** 3ª. Ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2003.

FARIA, José Eduardo. **Pluralismo Jurídico e Regulação:** oito tendências do direito contemporâneo. In: COSTA, A. B. (org.). O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 51-63.

GRAMSCI, Antonio. **Maquiavel, a Política e o Estado Moderno.** 5ª. Ed**.** Tradução de Luiz Mário Gazzaneo. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 1984.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 2ª ed.

LYRA FILHO, ROBERTO. 1926-1986. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006. (Coleção primeiros passos; 62).

MARX, K. ENGELS, F. **A Ideologia Alemã**. Vol.I, Portugal/Brasil, Editorial Presença e Livraria Martins Fontes, 1976, 3ª ed.

_____ **Manuscritos Econômico-filosóficos.** Primeiro Manuscrito, parte final, in *Marx/Engels*, História. Fernandes, F. (org). São Paulo: Ed. Ática, 1983.

MÉSZARÓS, István. **O Poder da Ideologia**. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo, SP: Boitempo, 2004.

MOURA, Bruno de Almeida. **Para além do saber jurídico oficial**: ensaio por uma nova ciência do direito, de base materialista histórica e dialética (marxista), à luz da teoria pasukaniana. 2007. 98 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

SANTOS, Milton. **O espaço do cidadão.** 7. ed. São Paulo: EDUSP, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999.

_____ **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. Coleção "Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática". Vol. I. 6ª. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

_____ **Poderá o direito ser emancipatório?** Revista Crítica de Ciências Sociais, 65, Maio de 2003.

_____**A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. 2ª. Ed. São Paulo, SP: Cortez Editora, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito. Vol. 1: Interpretação da lei, temas para uma reformulação.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

---

[1] Estudante de graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. É membro do grupo de estudos Direito e Movimentos Sociais.

[2] Grifos do autor.

[3] A palavra *"concedidos"* nesse contexto foi grifada para denotar o caráter de concessão de direitos e não seu caráter de conquista efetiva, como um exemplo o que ocorre com as cotas raciais nas universidades públicas. Após essa concessão – fruto das lutas organizadas pelos movimentos sociais - comumente se questiona a sua legitimidade com a qual ou não consegue se sustentar por muito tempo ou quando consegue o faz de forma subordinada. O caráter de subordinação rechaça assim a noção de conquista social.

[4] Grifos do autor.

[5] Aqui a expressão *homem* é entendida como gênero humano, consagrada pelo uso, mas evidente que se inclui a mulher.

[6] Como demonstra Luiz Fernando Coelho, essas leis se manifestam como um processo de tese, antítese e síntese, o qual revela o tornar-se ou o vir a ser. Cada coisa, cada ente, é, ao mesmo tempo, uma síntese da tese e antítese anteriores e também sua contradição que se superam em outra síntese superior, afirmada como nova tese a engendrar sua própria e nova antítese, numa transformação continua e ascendente. (COELHO, 2003, p. 34)

[7] Grifos do autor.

[8] LYRA FILHO (2006).

[9] SANTOS 2003.

[10] Analisadas anteriormente, quando do estudo das correntes ideológicas do Direito.

[11] COELHO, 2003, p. 10.

[12] Grifos do autor.

[13] SANTOS (2006).

A NORMA DE COMPORTAMENTO HUMANO E SUA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. UMA PERSPECTIVA DE SUPERAÇAO DA EXPLICAÇÃO A PARTIR DAS REGRAS E PRINCÍPIOS*

THE NORM OF HUMAN BEHAVIOR AND ITS LEGAL INTERPRETATION. A PERSPECTIVE OF OVERCOMING OF THE EXPLANATION FROM THE RULES AND PRINCIPLES

Ivo Jose Kunzler

RESUMO

Este artigo pretende analisar o normativismo jurídico do comportamento humano dentro de seu período pós-positivista, numa perspectiva de superação da classificação proposta por inúmeros doutrinadores entre princípios e regras, para apontar a força do sistema de normas jurídicas e sociais como uma grande unidade sistêmica, onde as mais diretas e simples se encontrem numa perspectiva de alcance e os aspectos principiológicos e complexos estejam numa relação sistemática para completar o sistema e se relacionar com outros sistemas, e assim formar a unidade normativa, sem o apelo a classificação.

PALAVRAS-CHAVES: NORMATIVISMO. UNIDADE SISTÊMICA COMPLEXA.

ABSTRACT

this article intends to inside analyze the legal normatively of the human behavior of its period after-positivist, in a perspective of overcoming of the classification proposal for innumerable lawyers between principles and rules, to point the force of the system of rules of law and social as a great systemic unit, where most direct and simple if they find in a reach perspective and the principlelogics and complex aspects are in a systematic relation to complete the system and if to relate with other systems, and thus to form the normative unit, without it appeals the classification.

KEYWORDS: NORMATIVELY. COMPLEX SYSTEMIC UNIT

I. Introdução

Com o presente estudo se pretende investigar e propor uma alteração da compreensão acerca da divisão conceitual que atualmente vigora sobre a manifestação normativa, seja no campo jurídico, seja em outros domínios da vida em sociedade. A preocupação central deste trabalho é demonstrar que a manifestação normativa jurídica da sociedade não se limita às regras e princípios, ou mesmo outras fontes de desígnios como postulados, etc. Em verdade o que se quer afirmar, é de um lado a importância desta classificação da manifestação normativa em regras e princípios, para se compreender o real significado da norma jurídica, na perspectiva da superação dos estreitos limites do

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

jusnaturalismo e positivismo, mas ao mesmo tempo apresentar uma metodologia e interpretação da normatividade da vida do homem em sociedade que se apresente dentro de uma perspectiva sistêmica, em que não existe espaço para vazio normativo. O estudo demonstrará o perigo que representa a classificação atual, na medida em que se têm regras, princípios e postulados, mas que nada impede como o próprio autor apresenta[1], a existência de subprincípios. A conclusão lógica que se pode chegar é a de que, em havendo subprincípios haverá subregras, ou super-regras e igualmente super-princípios. Do que não é difícil concluir, que em verdade a norma é única, e que a polêmica em torno da classificação guarda ao mesmo tempo uma grande façanha científica, a de que desvendou e desmistificou a escola jusnaturalista e derrubou o positivismo jurídico de seu reinado, mas de outro lado burocratiza, e de certa forma a amplitude que o sistema jurídico tem, independentemente da classificação atual, uma vez que não há espaço para a vida do homem, senão pela obediência a normas, escritas ou não, jurídicas ou não, e isto é fundamental.

Ao interprete não cabe a atividade descompromissada, muito pelo contrário, ele tem é que encontrar no sistema normativo a solução mais apropriada para o deslinde do caso concreto.

II – O fundamento de existência da norma comportamental. Regras e princípios ou apenas normas de naturezas diversas.

Comecemos por afirmar que o mundo do homem, individual e social, é um mundo valorativo, onde não se pode nem se tem tudo o que se quer, e onde os valores individuais, coletivos, de grupos, etc., sejam eles quais forem, são escolhidos como desejos e necessidades permitidos e autorizados, dentre todos, inclusive dos proibidos. Os doutrinados jurídicos e os jusfilósofos tem se esforçado para apresentar uma classificação da normatização comportamental do homem. As normas jurídicas, [...] não passam de uma parte da experiência normativa. Além das normas jurídicas, existem preceitos religiosos, regras morais sociais, costumeiras, regras daquela ética menor que é a etiqueta, regras da boa educação, etc.[2] Assim, quando nos referimos à norma jurídica, estamos de acordo com Bobbio, que afirma: *a experiência jurídica é uma experiência normativa*, pois a nossa vida se desenvolve em um mundo de normas.[3]

No entanto, uma compartimentalização do autorizado, do permitido e do proibido, sem observar a interdisciplinaridade e dependência recíproca e complementar entre todas as normas, ao que parece tem permitido com que a norma jurídica, que é a face escrita mais importante da disciplina normativa humana, tem sido também compartida. Talvez pelo uso indevido de linguagem ou terminologia no lugar de apenas referir-se a norma, este fato conduziu e ainda conduz o intérprete à idéia de lacunas de norma, pela inexistência de regras ou princípios positivados, identificando locais inabitados pela vida normativo-disciplinada, e onde o reino da selvageria normativa se afirma como vazio de ordem.

Para Bobbio, todas as regras têm em comum um elemento característico que consiste [...] em serem proposições que têm a finalidade de influenciar o comportamento dos

indivíduos e dos grupos, de dirigir as ações dos indivíduos e dos grupos rumo a certos objetivos ao invés de rumo a outros.[4] Claramente, o autor se vale da palavra regra como sinônima de norma, quando afirma que o número de regras que nós, seres que agem com finalidade, cotidianamente encontramos em nosso caminho é incalculável, ou seja, é tal que enumerá-las é um esforço vão, como contar os grãos de areia de uma praia.[5]

Ao se referir à norma jurídica, Ávila salienta que as normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. Em alguns casos há norma, mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que prevêem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes dêem suporte físico.[6]Situação parecida existe a respeito das normas de costume, religiosas, morais e etiquetas, elas existem, ninguém nega a sua existência, mas elas nem sempre estão escritas em algum documento estatal, e o sistema jurídico pode as reconhecer, até mesmo se valer delas para solução de conflitos. Todavia, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surge com o uso específico e individual.[7]

A normatização jurídica da sociedade enfrentou etapas históricas distintas, e com métodos igualmente distintos. No sistema codificado o legislador não tem medido esforços para bem servir a sociedade de leis escritas, captando os valores que a sociedade elege como mais importantes, e com isso entregar ao juiz o instrumento legal para tomada de decisões. No sistema do *common law* os juízes tem observado atentamente os *cases* para tomarem suas novas decisões. Desta tarefa interpretativa, e a partir da linguagem utilizada pelos operadores do direito para legislar de decidir, advieram os significados de regras e princípios de direito, de lacunas e de ponderações entre princípios.

A distinção entre regras e princípios não é nova. Mas, a despeito de sua longevidade e de sua utilização freqüente, a seu respeito imperam a falta de clareza e polêmica. [...] Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. [...] Segundo o critério da generalidade, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.[8]

III – A normatização como totalidade valorativa. A regra jurídica como comando normativo mínimo e o princípio como comando normativo compositivo do sistema jurídico sem o esgotamento da amplitude valorativa do sistema

A partir da afirmação de que a norma jurídica aplicada no caso concreto é extraída por atividade hermenêutica de uma unidade valorativa sistemática – princípios e regras - composta de instrumentos legislativos e jurisprudenciais, e de *cases* no sistema *common law*, não se pode conceber mais uma situação de ausência normativa dentro do sistema, pois em uma ponta do sistema é integrada pela regra e na outra ponta pelos princípios.

Em verdade a polêmica em torno da existência de espaços não normatizados no sistema jurídico, é um resultado do positivismo jurídico, senão da afirmação do próprio sistema codificado, e da esperança de que todos os fatos relevantes e passíveis de existência normativa pudessem ser escritos em documentos e expressarem-se ao acesso de todos. Quando em verdade, a valoração normativa de acordo com o que se afirmou acima, antes de estar na letra da lei ou no seu texto, está no resultado da interpretação que o hermenêuta confere ao texto por ocasião da aplicação ao caso concreto. Quem pretende compreender a experiência jurídica nos seus vários aspectos deverá considerar que ela é a parte da experiência humana cujos elementos constitutivos são: ideais de justiça a realizar, instituições normativas para realizá-los, ações e realizações dos homens frente aqueles ideais e a estas instituições.[9]

Afirma o autor, que se podem distinguir três teorias reducionistas da norma: [...] uma teoria que reduz a validade à justiça; outra que reduz a justiça à validade; e a última reduz a validade à eficácia. [...] Considerando que todas as três concepções estão viciadas pelo erro do "reducionismo", que leva à eliminação ou, pelo menos, ao ofuscamento de um dos três elementos constitutivos da experiência jurídica e, portanto, a mutilam.[10] Daí surge o debate entre direito natural, positivismo jurídico e realismo jurídico. Para o direito natural a lei deve estar de acordo com a justiça.[11] Para o positivismo jurídico é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado. Para Kelsen, aquilo que constitui o direito como direito é a validade, não quer em absoluto afirmar que o direito válido seja também justo, mesmo porque os ideais de justiça, para ele, são submetidos e irracionais; o problema da justiça, para Kelsen, é um problema ético e é distinto do problema jurídico da validade.[12] O positivismo filosófico foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana.[13] O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico par ao mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, como características análogas às ciências exatas e naturais.[14]

No decorrer do pensamento jurídico do século XX, em diversos momentos, houve teóricos do Direito que buscaram captar o momento constitutivo da experiência jurídica não tanto nos ideais de justiça nos quais de inspiraram os homens, ou dizem inspirar-se, ou ainda nos ordenamentos jurídicos constitutivos, mas sim na realidade social, onde o direito se forma e se transforma, nas ações dos homens que fazem e desfazem com seu comportamento as regras de conduta que os governam. [...] em antítese aos jusnaturalistas poderiam ser chamados de realistas e em relação aos positivistas conteudísticas.[...] Segundo o ponto de vista por eles defendido, pecam por abstração tanto o jusnaturalistas quanto o positivistas, os primeiros porque substituem o direito real pela aspiração à justiça, os segundo porque o substituem pelas regras impostas e

formalmente válidas, que freqüentemente são pura forma vazia de conteúdo. Os positivistas veriam apenas o contraste existente entre direto válido e direito justo.[15]

Podemos indicar três momentos no século XIX, que alargaram o horizonte da ciência jurídica. O primeiro momento é representado pela escola histórica do direto, do grande jurista alemão Friedrich Carl Von Savigny e de seu discípulo Frierich Puchta. [...] É a expressão mais genuína do romantismo jurídico.[16] [...] A mudança de perspectiva no estudo do direito se manifesta sobretudo na consideração do direito consuetudinário como fonte primária do direito, isto porque ele surge imediatamente da sociedade e é a expressão genuína do sentimento jurídico popular em confronto com o direito imposto pela vontade do grupo dominante (a lei) e aqueles elaborados pelos técnicos (o chamado direito científico).[17] O segundo momento de reação antijusnaturalista e também antiformalista é representado por um vário e vasto movimento histórico, iniciado na Europa continental no final do século XIX e podemos chamá-lo de concepção sociológica do direito.[18] E como terceiro momento, o mais violento e radical da revolta antiformalista, a concepção realista do direito que logrou êxito na primeira metade do século passado nos Estados Unidos da América. Não se pode esquecer que os países alglo-saxões são naturalmente mais inclinados a teorias sociológicas do direito devido a posição que o direito consuetudinário (*common law*) ocupa em seus sistemas normativos que não conhecem as grandes codificações. O pai espiritual destas modernas correntes realistas é um grande jurista, que por longos anos foi juiz da Corte Suprema, Oliver Wendell Holmes (1841 – 1935).[19] A escola realista, por outro lado, que teve como mais radical defensor Jerome Frank, vai bem mais adiante dos princípios que se podem extrair de Holmes e Pound. A tese fundamental por ela sustentada é que não existe um direito objetivo, isto é, objetivamente dedutível de dados determinados, sejam eles fornecidos pelos costumes, pela lei ou pelo precedente jurídico: o direito é continua criação do juiz, é obra exclusivamente do magistrado no ato em que decide uma controvérsia.[20]

De tal forma, como pode ser observado, as várias posições normativas do direito ao serem postas em prática, na vida cotidiana enfrentaram problemas ligados a imperfeições e parcialidades. Logo, haveria que se continuar a busca por uma atividade mais plena, e logo veio a hermenêutica sistemática. Neste sentido, a “práxis” é a aplicação do Direito aos fatos concretos; o problema reside, então, no explicitar de modo preciso, se cabe ao sistema um qualquer significado no tocante a obtenção das proposições jurídicas convenientes. Esta possibilidade é negada, com convicção, por uma opinião muito difundida.[21]

Neste ponto, a “interpretação sistemática” ocupa um lugar firme entre os “cânones da interpretação” jurídica. A tal propósito pensa-se, normalmente, na interpretação a partir do sistema exterior da lei, portanto nas colisões retiradas da localização de um preceito em determinado livro, secção ou conexão de parágrafo, da sua configuração como proposição autônoma ou como mera parte de uma proposição, etc.[22]

Como isso, se evidenciou a possibilidade fundamental de aproveitar o sistema para a obtenção do Direito; trata-se, agora, de elaborar o seu significado particular nesse domínio, vem como em especial as especificidades do pensamento sistemático perante outras forma de argumentação teleológica. Também aqui se pode, de novo, trabalhar com os dois elementos do conceitos de sistema: o da ordenação teleológica e o da defesa da unidade valorativa e da adequação do Direto.[23]

O que foi concluído para a interpretação em sentido estrito, isto é, para a interpretação das normas no quadro do seu sentido literal vale, *mutatis mutandis*, para a integração de lacunas. A afirmação da jurisprudência dos interesses de que a integração das lacunas não seria possível através duma argumentação a partir do sistema é improcedente para um sistema teleológico e, do mesmo modo, também para este não faz sentido a contraposição tão apreciada entre a "construção apreensora" e a "construção integradora de lacunas. Pois, quando no desenvolvimento do sistema interior de uma ordem jurídica, se trate da descoberta dos valores fundamentais constitutivos, surgem aqueles elementos, com cujo auxílio não só a determinação, mas também a integração de lacunas é possível numa série de casos: os princípios gerais.[24]

Segundo Dworkin, o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e eqüidade. [...] Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, eqüidade e devido processo legal, que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. [...] O direito como integridade é, portanto, mais inflexívelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo.[25] A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direto de uma comunidade; [...] exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar.[26] O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a eqüidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.[27]

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. [...] mas quem quer que aceite o direito como integridade, deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá as vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral.[28]

A discussão central na definição da totalidade normativa, é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de *otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.[29] As regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isto significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um principio.[30]

Em verdade, o que precisa ser percebido é que o sistema normativo é único, interado e sistêmico, e não admite conflitos e lacunas intransponíveis. Razão porque existem

normas de maior importância e de menor importância – princípios e regras. Partindo-se da afirmação de que um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida,[31] [...] e no caso de colisões entre princípios devem ser solucionados de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio, e, de acordo com o outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzido uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sobre determinadas condições. [32]

Pode-se com grande grau de certeza afirmar que dentro de um sistema jurídico, e entre este em sua relação com os outros sistemas jurídicos e extra-jurídicos, na esteira da afirmação de que não existe lacuna nem espaço sem normatização, o caminho da disciplina da vida em sociedade caminhe do ponto mais certo e preciso ao mais abstrato e qualificado. Por conseguinte haverá uma zona em que não haverá normatização puramente de regras, nem a prevalência de apenas princípios. Isto é, haverá que se ter uma terceira via de hermenêutica, onde não haverá a aplicação do sistema da inclusão de uma cláusula de exceção nem a precedência de um princípio frente a outro. Pudéssemos expressar o caminho normativo da regra ao princípio por um conjunto de círculos que aumentam e grau e quantidade de normas, onde no centro do primeiro e menor círculo se encontra um ponto representativa da regra mínima, e no enésimo círculo se encontre um conjunto de princípios que em meio do caminho dos princípios expressam as normas mais qualificadas em grau e sistema. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância.[33]

Ainda, que o ponto da regra indicada fosse o ponto mais preciso e singular, e depois da indicação do círculo representativo dos princípios, ainda continuaria o mundo da normatização, internacional, de normas religiosas, dos costumes, das regras de etiqueta, e outros princípios expressivos de normas de metadireitos, inseridas dentro do sistema jurídico interno de cada país, e normas de abrangência externa, que correspondem a direitos internacionais e mundiais, humanitários.

Alexy argumenta a existência de uma primeira característica *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido eles não contém um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. [...] Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão desse conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.[34] Considerando a localização, o topos dos princípios, os fatores que levam ao reconhecimento de um princípio ou de uma regra, pode-se afirmar, com alto grau de comprometimento, que os Direitos Fundamentais situam-se na categorização de princípios e como tal deve ser tratado.[35]

Considerando a atualidade, a abertura constitucional ao mundo dos valores, os princípios desempenham papel primordial. [...] uma das principais características do

paradigma pós-positivista, hoje vigente no Direito, é o reconhecimento do papel central dos princípios, que põem operar esta ligação entre o universo jurídico e o plano moral.[36]Embora o tema ora versado ainda seja nebuloso e controvertido, as soluções hoje se encaminham para o reconhecimento de que, se por um lado as constituições albergam valores que são relevantes na interpretação constitucional, abrindo-as para conteúdos morais, por outro lado, é necessário que a aplicação da Lei Maior se lastreie em metodologia preocupada com o estreitamento das margens de subjetivismo, incerteza e insegurança das decisões. [...] A adoção da perspectiva principialista da Constituição não exclui, mas antes impõe, o desenvolvimento de *práxis* interpretativas e argumentações constitucionais racionais, transparentes, que gerem estabilidade e previsibilidade e não quebrem a idéia do direito como produto da vontade racional do povo, e não o fruto do decisionismo de magistrado, convertidos à posição de oráculos sagrados.[37]

O novo século se inicia fundado na percepção de que o direito é um sistema aberto de valores. A constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A idéia de *abertura* se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia a pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real.[38]

Há que se considerar ainda, e especialmente dois princípios que despontaram no Brasil nos últimos anos: o da razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana. [...] A dignidade da pessoa humana – ainda vive, no Brasil e no mundo, um momento de elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica.[39]

Se de um lado da normatização da vida em sociedade, a ponta qualificadora mínima recebeu a denominação de regra jurídica, e pela simplicidade de entendimento e interpretação desta norma não se existe grande dificuldade de percebê-la no ato de concretização jurisdicional, de outro lado a alta qualificação do trabalho hermenêutico dos princípios jurídicos, torna necessária cada vez mais atividade interpretativa de a hermenêutica através dos princípios jurídicos para se captar os valores jurídicos, morais, costumeiros que informam todo o sistema normativo da sociedade e que de alguma forma densificam os princípios que compõem e integralizam todo o ordenamento da vida social. Assim, as normas atuam sobre as outras normas do mesmo sistema jurídico, especialmente definindo-lhes o sentido e seu valor. Como já foi devidamente demonstrado, os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão dos sentidos das regras.[40]

No plano da eficácia direta, os princípios exercem uma função integrativa, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras.[41]

Para buscar demonstrara amplitude da normatização em sociedade, e a necessária harmonia entre sistemas diferentes, busca-se no direito comunitário o exemplo de que não existem espaços sociais sem normas, apenas, e muitas vezes a norma existe, e no entanto, por razões outras, o intérprete não as reconhece. Se dependesse de aplicação, a incidência das normas não se consumaria sem que houvesse o seu reconhecimento pelo intérprete e aplicador. E o reconhecimento, nesse sentido, é uma categorias psicológica,

extrajurídica, portanto (categoria antropológica). Não haveria então como explicar hipóteses, porventura freqüentes, em que a inaplicação da lei resulta do desconhecimento da situação de fato subjacente à norma que incidiu. Nada obstante a infalibilidade da incidência, o preceito resta, em tais hipóteses, desaplicado.[42] Tanto na causalidade natural quando na causalidade jurídica, o nexo aplicacional de causa e efeito é abstrato. Para a incidência da causalidade natural, não é necessário ato de reconhecimento.[43]

Ao afirmar que o espaço normativo sistemático se estende além das fronteiras de cada Estado, se conclui com Borges, que o Direito Comunitário, também denominado direito da integração, está contido no ordenamento jurídico-comunitário, que não se estrutura e desenvolve no território de determinado país, porém no espaço de integração, o âmbito territorial de validade das normas comunitárias, que é regionalizado (p.ex., direito europeu, MERCOSUL).[44] Sobre as fontes do direto comunitário, o autor afirma que são múltiplas: no início era o direito internacional dos tratados (*pacta sunt servanda*). É com base no direito internacional público que se instituiu uma comunidade, tenha ela maior ou menor âmbito de atuação dentre os seus objetivos institucionais. [...] O direito comunitário *lato sensu* rege-se ainda, num primeiro momento (pré-histórico), por normas constitucionais estatais que disciplinam a competência orgânica para celebrar os tratados (p. ex., a do Presidente da República), os procedimentos para a sua homologação e o órgão habilitado para efetivá-la (o Congresso Nacional).[45]

O efeito mais emblemático na atualidade sobre todos os aspectos da sociedade, senão de forma direta sobre o fenômeno jurídico, é a globalização, que não é um mero *flatus vocis*, nem um artifício retórico, é o modo de produzir-se, em nível planetário, a dominação tecnológica.[46] No entanto, a globalização corresponde a um processo evolutivo, no inter-relacionamento dos povos, e. é, a uma tendência histórica. Não se sabe sequer, nem é possível antecipar, se esse processo sofrerá aceleração ou desaceleração e muito menos se um dia terá ele um ponto terminal.[47]

Convictos de que a normatização é expressão da totalidade organizacional da sociedade, e o sistema maior contém os sistemas menores, e que todos se completam, e contemplam normas de todas as naturezas, conhecidas e reconhecidas ou não, deve-se ainda que rapidamente atentar para a disputa entre a teoria dualista[48] e monista de recepção interna dos preceitos normativos do direito estabelecido fora das fronteiras da nação. É velha a disputa entre as teorias monistas das relações entre as ordens jurídicas interna e internacional: (a) o primado do direito nacional; (b) o primado do direito internacional. São monistas ambas essas teorias, por que partem da unidade entre direito nacional e internacional, como um postulado de epistemologia jurídica (teoria do conhecimento jurídico). Para o monismo jurídico, o direito nacional e o direto internacional integram um sistema normativo, que expressa a unidade da ordem jurídica universal. Direito nacional e direito internacional seriam assim partes de um só sistema normativo. [49]

Deste pensamento resulta que a divisão da norma em regras, princípios, postulados,[50]é um artifício didático e para compreender com maior facilidade o sistema, mas que a normatização da sociedade, seja ela local, regional ou mundial é uma realidade que ultrapassa essa divisão, e que existem regras que possuem maior qualidade e complexidade, se aproximando dos princípios, e também existem subprincípios que estão mais para regras do que propriamente princípios. Mais, que esta

lógica sistemática é valida dentro de um sistema nacional, e também deste para com os outros sistemas independentes, num grau superior de sistematização de normas.

III – Conclusão

Pelos fundamentos anteriormente citados, e pela lógica exposta, se tem a convicção de que a normatização da vida em sociedade em realidade, sempre e em todos os tempos, reflete de alguma forma os valores e sentimentos históricos. No entanto, em se buscando um fundamento sociológico da norma, se pode com grande grau de certeza chegar a conclusão de que não existe espaço para o vazio normativo apontado pelo positivismo, nem que determinadas decisões apesar de jurídicas não são capazes de refletir a justiça em sua plenitude, como quer o jusnaturalismo. No entanto, quando se tem em consideração as particularidades locais e jurídico-constitucional, considerando o desenvolvimento desta sociedade, em face da época histórica vivida em relação a humanidade como um todo, das organizações internacionais e do nível de cultura e religiosidade de um povo, se tem um nível de normatização, ainda que o intérprete não consiga captar nem perceber a norma jurídica ou não, a ser aplicada a um determinado conflito.

A utilidade histórica da classificação das normas em princípios e regras permitiu com que se evoluísse para uma interpretação normativa integrativa, sistêmica, e não mais se marcasse passo no texto legislado ou na idéia da falta de regulamentação do princípio, fazendo com que este último seja entendido como um valor social de aplicabilidade imediata, escolhido pela sociedade como tal.

Portanto, para que não se encontre outros desígnios lingüísticos mais aperfeiçoados para as normas, mais classificações que não se fazem mais imperiosas, e com isso se enverede em um caminho de discussão sem grandes resultados epistemológicos, devemos, pois, entender que a normatização da sociedade mais do que uma realidade é uma necessidade, e ela existe independentemente de a aceitarmos ou querermos. A vida humana somente é possível porque existem normas jurídicas, costumeiras, éticas, religiosas. Todas com a mesma validade e eficácia inter-pessoais. A diferença que as jurídicas têm a especial característica da sanção em caso de descumprimento. Mas certo é que todas as outras normas também têm um efeito punitivo, reconhecido. E neste sentido, o julgador, o interprete deve perceber, quanto maior a explicitação da norma, maior será a eficácia e eficiência da normatização na aplicação do preceito normativo, e melhor será a vida em sociedade. Portanto, pouco importa se a norma vem de princípio ou de regra, e mais que isso, essa nomenclatura e classificação perdem prestígio se o interprete conseguir ver a norma como expressão de um sistema, e deste em combinação com os outros sistemas, sendo algumas normas mais especiais e precisas, que têm uma sistemática de aplicação diferenciada em relação às normas de sistema mais abrangentes e mais qualificadas. Isso fará inclusive com que se tenha em mente um único sistema normatizado, subdividido em sistemas mais especializados, porém nunca se perderá a noção de unidade lógica, e não um sistema compartimentado, classificado, e que enseja ao entendimento e estímulo a dogmatismos e de lacunas e vazios normativos.

VI – Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. Alemã. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. *A Organização Mundial do Comércio – OMC e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços*. In Comercio Internacional e Tributação. Heleno Taveira Tôrres (coord.), São Paulo: Editora Quartier Latin. 2005.

AVILA, Humberto. *Sistema Constitucional* Tributário: de acordo com emenda constitucional n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva. 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros. 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de janeiro: Renovar. 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, São Paulo: Edipro. 2008.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. Instituições de Direto Comunitário Comparado: União Européia e Mercosul. São Paulo: Saraiva. 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e Tradução de A. Menezes cordeiro. 4ª ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian. 2008.

CANOTILHO, Jose Joaquim. *Direito Constitucional*. 7ª edição. Coimbra, Portugal. Edições Almedina. 2003.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo: revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

GIDDENS, Antony. *Mundo em Descontrole*. Tradução: Maria Lúcia X. de A. Borges. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record. 2003.

GORCZEVSKI, Clóvis. *Direitos Humanos. Dos Primórdios da Humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

MORIN, Edgar. *A Religação dos Saberes: o desafio do Sec. XXI*. Paris: Editora Bertrand Brasil. 1998.

MORIN, Edgar. *As duas globalizações: Complexidade e Comunicação uma Pedagogia do Presente*. Edgar Morin, Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: 2ª ed. Sulina/EDIPUCRS. 2002.

NUNES, A. J. Avelãs. *A Constituição Européia: a constitucionalização do neoliberalismo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora. 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Rio de Janeiro. Centro de Informação das Nações Unidas, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5ª ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Max Limonad. 2002.

REIS, Jorge Renato dos; FISCHER, Eduardo Ferreira. *Hermenêutica para Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. In Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Organizadores: Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal. Santa Cruz do Sul: Edunisc. 2006.

RESENDE, Paulo-Edgar A. *A Federação como Alternativa Democrática nas Relações entre Nações*. in Desafios da globalização, 3ª ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997.

SALEME, Edson Ricardo. *Pressupostos dos Contratos Internacionais*. In Contratos Internacionais: aspectos gerais e com o poder público. São Paulo: Editora Lex. 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2004.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 6ª ed. reformada e atualizada. Rio de janeiro: Editora Forense. 2007.

---

[1] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição a Aplicação dos Princípios Jurídicos. 5ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 129.

[2] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, São Paulo: Edipro. 2008, 26.

[3] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, São Paulo: Edipro. 2008, 23.

[4] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, São Paulo: Edipro. 2008, 26.

[5] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, São Paulo: Edipro. 2008, 27.

[6] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 30.

[7] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 32.

[8] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. Alemã. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p. 87.

[9] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, São Paulo: Edipro. 2008, 53.

[10] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, São Paulo: Edipro. 2008, 54.

[11] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, São Paulo: Edipro. 2008, 55.

[12] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, São Paulo: Edipro. 2008, 59.

[13] BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito constitucional Brasileiro*. Rio de janeiro: Renovar. 2003, p. 23.

[14] BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito constitucional Brasileiro*. Rio de janeiro: Renovar. 2003, p. 24.

[15] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, São Paulo: Edipro. 2008, 63.

[16] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, São Paulo: Edipro. 2008, 63.

[17] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, São Paulo: Edipro. 2008, 64.

[18] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, São Paulo: Edipro. 2008, 64.

[19] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, São Paulo: Edipro. 2008, 65.

[20] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, São Paulo: Edipro. 2008, 66.

[21] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes cordeiro. 4ª ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian. 2008, p. 149.

[22] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes cordeiro. 4ª ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian. 2008, p. 158.

[23] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes cordeiro. 4ª ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian. 2008, p. 154.

[24] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes cordeiro. 4ª ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian. 2008, p. 168.

[25] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo: revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 271.

[26] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo: revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 273.

[27] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo: revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 291.

[28] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo: revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 305.

[29] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. Alemã. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p. 90.

[30] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. Alemã. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p. 91.

[31] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. Alemã. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p. 92.

[32] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. Alemã. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p. 93.

[33] BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 31.

[34] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. Alemã. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p. 104.

[35] REIS, Jorge Renato dos; FISCHEER, Eduardo Ferreira. *Hermenêutica para Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. In Direitos sociais e políticas Públicas: desafios contemporâneos. Organizadores: Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal. Santa Cruz do Sul: Edunisc. 2006, p. 1650.

[36] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2004, p. 152.

[37] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2004, p. 154.

[38] BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 35.

[39] BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 36.

[40] AVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*: de acordo com emenda constitucional n.42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva. 2004, p 45.

[41] AVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*: de acordo com emenda constitucional n.42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva. 2004, p 45.

[42] BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. Instituições de Direto Comunitário Comparado: União Européia e Mercosul. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 45.

[43] BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. Instituições de Direto Comunitário Comparado: União Européia e Mercosul. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 51.

[44] BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. Instituições de Direto Comunitário Comparado: União Européia e Mercosul. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 56.

[45] BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitár*io. Instituições de Direto Comunitário Comparado: União Européia e Mercosul. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 64.

[46] BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. Instituições de Direto Comunitário Comparado: União Européia e Mercosul. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 65.

[47] BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. Instituições de Direto Comunitário Comparado: União Européia e Mercosul. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 71.

[48] BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. Instituições de Direto Comunitário Comparado: União Européia e Mercosul. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 81.

[49] BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. Instituições de Direto Comunitário Comparado: União Européia e Mercosul. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 79.

[50] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 129.

A CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA COMO FATOR CONDICIONANTE DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS *

DOGMATIC CONSTRUCTION AS A CONDITIONANT ON EFFECTIVENESS OF RIGHTS

João Carlos Carvalho da Silva
Vinícius José Corrêa Gonçalves

RESUMO

O presente trabalho busca, inicialmente, diferenciar, no âmbito do direito constitucional, as noções de eficácia e efetividade, de modo a revelar como insuficientes para a promoção dos direitos fundamentais as referências doutrinárias feitas tão-somente à noção à primeira, à qual se deve adicionar o elemento da efetividade, sob pena de se produzirem teorias estéreis no tocante à prestação do direito material. Ressalta-se, nesse ponto, a importância da dogmática constitucional enquanto instância apta a limitar ou avançar na construção de direitos. Sem recusar valor a esta dogmática - reputada como construção eminentemente ideológica – sugere-se uma prática voltada à conscientização e aceitação de seu potencial antidemocrático, de modo a permitir uma atuação emancipatória do direito, pautada, aqui, na dignidade da pessoa humana. De outra parte, visando ilustrar estas premissas, apresentam-se dois recortes jurídicos. No primeiro - de caráter notadamente dogmático – apresentam-se em confronto um modelo arcaico e outro moderno de direito constitucional, representado este último pelo neoconstitucionalismo que, encampando verdadeira inovação em relação às teorias tradicionais, a elas se opõe na tentativa de maximizar a efetividade da Constituição Federal. O segundo, baseado na jurisprudência, ressalta a possibilidade judicial de criação ou obstaculização de direitos, utilizando-se como exemplo prático o instituto do mandado de injunção.

PALAVRAS-CHAVES: DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL. EFETIVIDADE. IDEOLOGIA.

ABSTRACT

This paper, initially, aims to differentiate in the context of constitutional law, the concepts of efficacy and effectiveness, revealing as insufficient for the promotion of fundamental rights the doctrinal references made only about the notion of efficacy, for which it must add the effectiveness' element, avoiding produce sterile theories regarding the provision of substantive law. It is emphasized, at this point, the importance of constitutional dogmatic as limit or improvement in building rights. Without refuse value to this dogmatic - regarded as highly ideological construction - it is suggested a practice focused on awareness and acceptance of its anti-democratic potential, to allow an emancipatory role of law, based here, in the dignity of the human person. On the other hand, to illustrate these assumptions, there are two legal cutouts. In

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

the first - especially of dogmatic nature - are in a confrontation an archaic model and other modern of constitutional law, the latter represented by neoconstitucionalism, which represents true innovation on the traditional theories and faces them to the attempt to maximize the effectiveness of Federal Constitution. The second one, based on case law, emphasizes the judicial possibility of creating or avoiding rights, using as practical example of the writ of injunction.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL DOGMATIC. EFFECTIVENESS. IDEOLOGY.

1 Introdução

O tema da eficácia das normas constitucionais é assunto que está sempre em pauta no debate doutrinário e acadêmico. Isso se justifica pela situação de carência experimentada por grande parcela dos cidadãos, os quais se vêem alijados de oportunidades básicas para uma vida digna. Paradoxalmente, incrementa-se cada vez mais a gama de direitos fundamentais no corpo da Constituição Federal, bem como alimenta-se paulatinamente esta inclusão através da produção teórica em torno deles.

Justamente por isso, uma das nuanças do assunto que se torna particularmente relevante no presente momento histórico, diz mais diretamente com a *efetividade* das normas constitucionais (i. e, sua eficácia social) do que propriamente com a previsão de direitos e a construção de teorias acerca de sua *eficácia jurídica* e *aplicabilidade* (que outrora exerceram papel fundamental na "luta pelo direito" e ainda o continuam exercendo).

Em âmbito estritamente jurídico, é possível dizer que *eficácia* refere-se à simples possibilidade de aplicação da norma. Para deter esta potencial aplicabilidade, mister que reúna em si todos os requisitos para viger e, da mesma forma, seja legitimamente formulada. Por outro lado, *efetividade* relaciona-se com o que José Afonso chama de eficácia social, ou seja, refere-se à efetiva aplicação da norma no contexto social, quando esta alcança seus objetivos (SILVA, 2000, p. 60-65).

É importante observar que muito desse segundo aspecto (eficácia) tem importância decisiva no tocante ao primeiro deles (efetividade), ou seja, a teorização da eficácia das normas constitucionais tem grande influência na própria questão da efetividade da Constituição Federal e na efetiva entrega do direito material ao jurisdicionado.

Obviamente, a lei não se aplica a si mesma. Necessita, antes de tudo, de substrato humano e material para transformar a realidade circundante. Todavia, o conjunto de saberes (e fazeres) em torno da lei pode, em via oposta, obstar sua aplicação criativa e construtiva, ainda que haja aparelhamento estatal suficiente para tanto.

Nesse caso, torna-se imprescindível questionar qual deve ser o papel desempenhado pela dogmática constitucional[1] na construção dos direitos. Seria, de fato, construí-los, ou apenas analisá-los, agrupá-los e classificá-los, sob o manto do rigor científico, mesmo que isso significasse impor obstáculos à sua efetivação?

No estudo da efetividade e da eficácia das normas constitucionais, a doutrina jurídica tem dado preferência à segunda, tratando-a como conceito eminentemente *técnico-jurídico*. A efetividade, por sua vez, embora também detenha contornos jurídicos, apresenta maior amplitude social, o que torna mais dificultoso seu estudo, razão pela qual tem sido relegada ao plano sociológico.

Entende-se *efetividade* como algo posterior à *eficácia.* Somente possuindo eficácia e, conseqüentemente, aplicabilidade social, é que se poderá aferir o grau de efetividade da norma, ou seja, o seu alcance social e a extensão de seus efeitos na comunidade. Logo, a eficácia é pressuposto da efetividade.

Em sendo assim, as construções doutrinárias relativas à eficácia das normas constitucionais desempenham papel determinante na prestação jurisdicional e na entrega do bem material ao cidadão, já que são pré-requisito da aplicabilidade social da norma.

Com isso, o que se quer evidenciar é que o papel do jurista torna-se tão ou mais relevante do que o do próprio legislador, sobrelevando-se a hermenêutica como ciência fundamental no contexto jurídico-social.

Dado o caráter criativo da interpretação, é lícito afirmar que o intérprete, ao buscar o sentido do texto legal, exerce um papel construtivo desse sentido e atua de maneira transformadora na realidade social.

Com efeito, o jurídico não preexiste ao conhecimento. Consectário lógico é que aquele não pode ser descrito por este, mas é construído pelo ato mesmo de conhecer. Ou seja, o jurista "cria e modifica o direito à medida que, em o conhecendo, interpreta-o" (COELHO, 2003, p. 398).

Sob esse ponto de vista, a dogmática ganha enorme relevância social, porquanto diretamente vinculada ao texto normativo, aos fatos concretos e aos valores sociais. Constitui-se, pois, numa ponte que, ao ligar estes três elementos, *constrói* a norma que irá incidir no caso concreto, buscando, com isso, a resolução de conflitos e a harmonia social calcada na idéia de justiça. Assim, aquele que se dispõe a estudar o fenômeno jurídico possui uma responsabilidade inafastável para com o social, pois inserido nele.

2 Crítica à dogmática constitucional: tentativas de estabelecer um parâmetro de qualidade teórica

A dogmática jurídica é severamente criticada como instância ideológica, destinada a viabilizar a manutenção da ordem social, econômica e política em favor dos interesses de grupos microssociais hegemônicos (COELHO, 2003, p. 352). Subscrevendo, a princípio, esta idéia, há que se antever que, na ocasião da constatação desse caráter ideológico da dogmática jurídica, não deve o jurista rejeitar a dogmática como objeto desde já viciado, mas operar um direito emancipatório, que almeje a eliminação do discurso dominador do direito. Para isso, é fundamental conhecer o grau de alienação que incide no discurso jurídico, de modo a nele atuar conscientemente.

COELHO (2003, p. 175-179) refere-se à dogmática jurídica como sendo o "saber construído a partir das normas aceitas como uma realidade a ser mantida, independentemente de considerações outras que não sejam puramente normativas". Aduz que tal conceituação, sofrendo contínua atenuação ao longo dos anos, atualmente não exclui um "posicionamento crítico de caráter axiológico, tendo em vista certos valores consagrados *de lege lata*, em confronto com os que o Estado legislador preconiza *de lege ferenda*".

Segundo o autor, não se trata de "identificar a ideologia, descrevê-la como objeto e comentá-la de um ponto de vista exterior a ela, mas, [...] assumi-la, enfim, como algo imanente que pode modificar o social e ser por ele modificado" (COELHO, 2003, p. 137).

Entretanto, é possível reconhecer legitimidade à dogmática atualmente praticada no cenário jurídico brasileiro. Isso porque, se de um lado a positivação meramente formal e ideológica dos direitos fundamentais serve, em grande medida, tão somente para aplacar os anseios sociais (constitucionalização simbólica), é igualmente verdade que muitos destes direitos emanam de reivindicações e lutas sociais que se construíram verdadeiramente ao longo da história, possuindo, por esta razão, nítido caráter protetor e emancipatório. E mesmo se assim não fosse, deve-se reconhecer o caráter legitimamente garantístico dos direitos fundamentais, muitos dos quais apresentam plena justiciabilidade e, por conseguinte, efetiva aplicação social.

No mais, a ideologia se faz presente na dogmática através da "ideologização" dimanada dos próprios juristas. Destarte, se a construção dogmática sempre depende da atuação destes juristas, certamente ela sempre conterá um mínimo de caráter ideológico. Por esta razão, torna-se mais profícuo discutir a atuação do jurista em nível de consciência/alienação (para usar a terminologia de Coelho) do que se rebelar contra a ideologia do direito e buscar um modelo isento e inalcançável. Ou seja, mister reconhecer o caráter ideológico do direito e proceder a um exercício contra-ideológico e libertador, haja vista que toda construção doutrinária será sempre premida por concepções particulares e interessadas do mundo.

A dúplice fundamentação (de um lado, a fundamentação metafísica do jusnaturalismo e, de outro, a fundamentação científica do positivismo) que sustentou o direito ao longo dos séculos parece suficiente para possibilitar uma atuação participativa e comprometida do jurista, tendo em vista que ambos os modelos podem assentar-se, perfeitamente, no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se traduz no apogeu dos direitos naturais e no alicerce das modernas democracias calcadas no direito positivo.

Tal princípio é apresentado por Ana Paula de Barcellos como parâmetro hermenêutico para a resolução de conflitos normativos. Segundo a autora, as normas que promovem diretamente a *dignidade* devem prevalecer sobre aquelas que apenas indiretamente contribuem para esse fim, no caso de estarem em conflito. Esse é o critério utilizado pela autora em seu esquema racional de ponderação. É um critério material que simboliza uma opção valorativa inerentemente subjetiva.

Justamente por se mostrar subjetiva é que exige uma justificação racional, sob pena de, instaurando verdadeira ditadura de valores, negar a pluralidade cultural característica à sociedade contemporânea.

Em termos substanciais, pode-se afirmar a preponderância das normas configuradoras da *dignidade humana* com base no *consenso subjetivo* que há acerca da importância e imprescindibilidade do princípio da dignidade humana para o sistema político-jurídico nacional e internacional.

Tanto no plano interno, com a Constituição Federal de 1988, quanto no plano internacional, com a criação de inúmeros tratados versando sobre direitos humanos, elegeu-se o princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundamental a ser respeitado e concretizado por todos.

Mesmo os procedimentalistas, que não admitem a construção de consensos ou unanimidades em uma sociedade pluralista, vêem no princípio em comento uma referência indeclinável. Isto porque, na óptica deles, o respeito à dignidade é pressuposto indispensável para o funcionamento adequado dos procedimentos legitimadores do direito e da própria democracia.

Principalmente após a Segunda Guerra, diversas Constituições e, dentre elas, a brasileira, passaram a promover e proteger a dignidade da pessoa humana expressamente através de preceitos positivados nos textos constitucionais. Tal princípio tornou-se central no cenário jurídico pátrio, consistindo em fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, vez que a própria CF/88 o enfatiza como valor guia para o restante do ordenamento.

No plano internacional, o princípio da dignidade da pessoa humana é inserido na noção de *direitos humanos*. Atualmente, muitos são os organismos internacionais que, integrados por diversos países do mundo, consideram a proteção aos direitos humanos um de seus objetivos principais. É o que se nota pelo grande número de tratados e acordos internacionais abordando pontos relacionados com a proteção dos direitos humanos (BARCELLOS, 2005, p. 255).

Nesse sentido, afirma Jürgen Habermas que “a legitimação do direito nas sociedades contemporâneas deve ser construída a partir do consenso obtido por meio da comunicação e diálogo públicos, e não a partir de argumentos autoritativos ou consensos materiais prévios” (*apud* BARCELLOS, 2005, p. 264). Todavia, a escolha do princípio da dignidade da pessoa humana não traduz apenas uma escolha apriorística e pessoal. Ao contrário, é uma constatação da realidade político-jurídica dos ordenamentos ocidentais.

Sobre esse ponto conclui Barcellos que:

seja por se tratar de uma opção material claramente perceptível na Constituição de 1988, seja por decorrer de um consenso universal, seja pela necessidade de construir um ambiente no qual procedimentos democráticos e eqüitativos possam funcionar, a prioridade das normas que diretamente promovem a dignidade – quando em conflito insuperável com outras cuja relação com o bem estar individual seja apenas indireta –

encontra-se amplamente justificada do ponto de vista jurídico e racional (BARCELLOS, 2005, p. 270).

Sendo lícita a utilização do principio da dignidade da pessoa humana como parâmetro para a resolução de conflitos entre normas, poder-se-á aceitá-lo, também, como medida para o abalizamento de teorias jurídicas.

Diferentemente das ciências naturais, as ciências sociais (dentre elas a jurídica) são necessariamente premidas por escolhas pessoais a partir de interpretações subjetivas. Destarte, decisões pautadas em regras jurídicas serão válidas apenas quando racionalmente justificadas. E o serão quando partirem de embasamentos principiológicos aceitos pela comunidade.[2]

Algumas dificuldades, porém, instalam-se a partir desse ponto. A primeira delas refere-se à possibilidade de, com tal condicionamento axiológico único/restrito, podar-se a criação teórica pautada em paradigmas diferentes do eventualmente escolhido, o que reduziria o potencial criativo do jurista, tornando-se, mesmo, um fator de arbitrariedade.

Esta crítica, porém, padece de fundamento na medida em que remanesce a possibilidade de uma inversão de paradigmas, bastando, para tanto, aceitar a idéia da inexistência de valores absolutos. Ademais, levando-se em conta o que anteriormente foi dito acerca do conteúdo ideológico da dogmática, há que se aceitar que mais importante do que a gama de valores que emanam do ordenamento é o modo pelo qual o jurista os utiliza. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana vale muito mais como um guia voltado à *práxis* do que à teoria.

Em segundo lugar, poder-se-ia argumentar que a introdução tão aberta de determinados valores no direito retiraria dele sua pureza científica, contribuindo para a insegurança jurídica e abrindo as portas para o subjetivismo decisionista. Ora, o sistema jurídico *é* baseado em princípios e estes apresentam grande carga axiológica. Além disso, as decisões judiciais, as opções legislativas e as técnicas científico-doutrinárias são igualmente permeadas de valorações e opções subjetivas. Negar tais fatos é fechar os olhos à realidade e agir ideologicamente. De outro lado, o controle das decisões se faz a partir da analise de sua fundamentação, decorrência de mandamento constitucional inserido no artigo 93, IX, da CF.

Por fim, a dificuldade em definir qual o princípio ou valor a ser dado como pedra-angular da construção dogmática é superada mediante o acordo comum. Certamente, esse acordo não é obtido sem o mínimo de consciência crítica.

Se é possível vincular a um direito tão individual como o de propriedade um princípio, o interesse social (função social da propriedade), é igualmente possível fazer da dogmática constitucional um instrumento de construção de direitos em vez de uma ciência objetiva das leis, utilizando-se para isso o parâmetro da dignidade da pessoa humana.

Isso não implica em determinar que esta ou aquela doutrina acerca da eficácia das normas constitucionais esteja certa ou errada. Mas permite opor a uma delas outra que seja fundada em padrões determinados e essencialmente construtivos. Para tanto,

funcionará o princípio da dignidade da pessoa humana como verdadeiro padrão de qualidade.

Em virtude desse parâmetro – que já se encontra em prática - ocorre atualmente uma mudança significativa na dogmática constitucional, voltada a formulações hermenêuticas que priorizam a noção de constitucionalização do ordenamento jurídico. Porém, nem sempre há a preocupação em garantir a máxima eficácia aos direitos fundamentais, sendo que construções dogmáticas, por vezes, servem para obstruir a concessão de direitos, exercendo papel verdadeiramente contraproducente. De fato, teorias doutrinárias podem frustrar a efetividade de direitos, na medida em que valorizam excessivamente o formalismo e o processo como fins em si mesmos. Como reação, a doutrina moderna tem procurado superar a síndrome de inefetividade das normas constitucionais, proporcionando inclusão social e a realização das promessas constitucionais.

3 Novos paradigmas em direito constitucional

As normas constitucionais possuem, modernamente, verdadeiro *status* de normas jurídicas, apresentando um caráter induvidoso de imperatividade, que se traduz em eficácia e aplicabilidade. Em virtude disso, merecem observância obrigatória por parte do Poder Público e dos cidadãos.

Segundo José Afonso da Silva:

se uma constituição é um documento jurídico, um sistema normativo, e fundamentalmente jurídico, não forma sentido admitir que nesse conjunto normativo existam disposições não-jurídicas, meramente diretivas e indicativas, como se sustenta para as normas programáticas (SILVA, 2000, p. 49).

Tal imperatividade é amplificada pela idéia de supremacia que marca o texto constitucional, o qual vincula, além das condutas sociais, os demais sub-ordenamentos jurídicos infraconstitucionais (BONTEMPO, 2008, p. 156).

É possível vislumbrar no presente cenário jurídico uma nova abordagem do direito constitucional – o neoconstitucionalismo - caracterizada pela idéia de força normativa da constituição, segundo a qual as normas constitucionais dispõem de verdadeira eficácia jurídica e aplicabilidade social, não se apresentando como meros programas políticos.

Para as correntes que encampam o neoconstitucionalismo afirmar que as normas constitucionais têm força normativa é reconhecer que a Constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está dotada de caráter jurídico imperativo. Se a Constituição vale como uma lei, as regras e os princípios constitucionais devem obter normatividade, regulando jurídica e efetivamente as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos (CAMBI, 2007, p. 6-7).

No mais, Silva já reconhecia força jurídica à constituição, aduzindo que

não se nega que as normas constitucionais têm eficácia e valor jurídico diversos umas de outras, mas isso não autoriza recusar-lhes juridicidade. Não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições. Todo princípio inserto numa constituição rígida adquire dimensão jurídica (SILVA, 2000, p. 80).

Aliada à noção de neoconstitucionalismo, apresenta-se também uma nova compreensão hermenêutica nominada *pós-positivismo*. De acordo com ele, admite-se que certos valores compartilhados pela comunidade, em dado momento histórico, adentram no campo jurídico e se materializam nos princípios constitucionais. O que há de realmente novo nessa concepção é que tais princípios, reconhecidamente, possuem força normativa (BONTEMPO, 2008, p. 172).

Registre-se que o caráter normativo e imperativo pleiteado por estes novos ideais também deve incidir sobre as chamadas normas de eficácia limitada de conteúdo programático. Na medida em que traçam programas para atuação do legislador, norteiam a implementação de importantes políticas e ações sociais, condicionando a atuação do Poder Público e de seus órgãos.

Com efeito, é possível afirmar que

o reconhecimento da força normativa da Constituição marca uma ruptura com o Direito Constitucional clássico, onde se visualizavam normas constitucionais programáticas que seriam simples declarações políticas, exortações morais ou programas futuros e, por isto, destituída de positividade ou de eficácia vinculativa (CAMBI, 2007, p. 07).

Não se ignora a crítica dirigida a tais teses, no sentido de que é inapropriado falar-se em *neoconstitucionalismo* se ainda o direito constitucional pátrio não alcançou as promessas do constitucionalismo e da modernidade. Entretanto, para além da nova terminologia, o que se pretende evidenciar é que tais teorias se comprometem na mesma ou em maior medida a realizar o projeto constitucional na construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

Assim, nota-se, pela inovação terminológica, que a doutrina tem procurado criar novos conceitos visando à superação de paradigmas ineficazes de efetivação de direitos fundamentais, almejando tornar efetivos os mais importantes direitos previstos na Constituição Federal - muitos dos quais nem saíram do papel.

Destarte, buscando diretamente a realização dos direitos fundamentais, culminam com a promoção da dignidade da pessoa humana. A partir daí, é possível entender esta nova atitude teórica como criação comprometida com a realização do valor básico da dignidade da pessoa humana, desvinculando-se da produção abstrata de conceitos pela simples técnica que isto requer.

4 Modelos tradicionais acerca da eficácia das normas constitucionais

Remonta a Rui Barbosa a classificação das normas conforme sua eficácia, o qual as subdividia, baseando-se em direito estrangeiro, em auto-executáveis e não auto-

executáveis. A partir daí, diversas foram as classificações propostas pela doutrina acerca da eficácia das normas constitucionais.

A classificação proposta por José Afonso da Silva, consistente em enumerar as normas jurídicas como sendo de eficácia plena, contida e limitada (estas últimas em organizativas e programáticas), é uma das mais conhecidas e aceitas na doutrina pátria.

Segundo sua classificação, as normas de eficácia plena ensejariam aplicabilidade imediata, direta e integral de todos os seus efeitos, a partir de sua entrada em vigor. As normas de eficácia contida, por sua vez, possuiriam aplicabilidade direta e imediata, mas não integral, uma vez que, em determinadas ocasiões, poderiam ser restringidas pela atuação discricionária posterior do Poder Publico.

Quanto às normas de eficácia limitada, elas deteriam aplicabilidade indireta e reduzida, necessitando de normatividade ulterior (infraconstitucional) para sua completa implementação. Dividem-se em normas programáticas (traçam diretrizes e programas a serem cumpridos visando aos fins sociais do Estado) e normas organizatórias (estabelecem esquemas para a organização e estruturação dos órgãos estatais).

Quanto aos dois primeiros grupos (eficácia plena e contida), existe razoável consenso no tocante à aplicabilidade das normas e, por conseguinte, à implementação dos direitos por elas assegurados, já que elas possuem normatividade suficiente para serem imediatamente aplicadas. Todavia, a situação difere quando se fala em normas de eficácia limitada de conteúdo programático.

As normas de caráter programático têm como denominador comum a baixa densidade normativa ou, ainda, uma normatividade "insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado" (SARLET, 1998, p. 265).

Tais normas são identificadas, por vezes, com as normas de cunho prestacional, notadamente as consagradoras de direitos sociais, uma vez que estas dependem da atuação do legislador ordinário e do Poder Público para sua efetiva concretização no seio social.

Assim, é possível se falar em (a) *direitos de defesa*, oponíveis pelo particular em face do Estado, integrados principalmente pelos direitos individuais (liberdade, igualdade, etc.), positivados em normas de eficácia plena; e (b) *direitos a prestações*. Estes são formados, principalmente, a partir dos direitos sociais, positivados através de normas de cunho programático.

Os direitos individuais, por um lado, dificilmente reclamam a criação de uma lei que os complemente em sua eficácia, já que se referem, na maioria das vezes, a limitações impostas ao Estado (dever de abstenção). Além disso, o legislador conferiu a esta gama de direitos grande densidade normativa, o que permite sua aplicação imediata e eficácia plena.

Com relação aos direitos sociais, a questão torna-se intrincada à medida que sua implementação depende de uma atuação positiva por parte do Estado, seja para criar

condições materiais próprias à concretização do direito, seja no sentido de produzir uma legislação ordinária que regule a matéria constitucional, tornando-a exeqüível.

Quer parecer, portanto, que a eficácia dos direitos sociais estará sempre condicionada a uma atuação futura, seja do legislador, seja do administrador, propiciando-se condições efetivas para a concretização dos objetivos estampados na norma constitucional positivada através de fórmulas programáticas.

Não é a simples classificação (direitos prestacionais) ou o a técnica pela qual são positivadas (normas programáticas) que determina o seu grau de eficácia e aplicabilidade das normas. De fato, há um processo racional de análise do direito constitucional que permite agrupar suas normas segundo um gênero semelhante e distingui-las através de uma diferença específica.

Logo, os direitos prestacionais não o são em virtude de serem classificados como tais. Ao contrário, tal nomenclatura lhes é atribuída em virtude de suas características em comum. Na hipótese, porque demandam *prestações* por parte do Estado.

Todavia, a classificação das normas e a técnica pela qual são positivadas acabam, muitas vezes, numa verdadeira inversão de posições, por definir o conteúdo dos princípios constitucionais no imaginário doutrinário e jurisprudencial.

Tanto é que Silva, citando Recaséns Siches, aduz que o mister de julgar está premido por valorações ou estimativas, as quais não seriam, todavia, mera projeção dos critérios axiológicos pessoais do juiz. Ao contrário, empregaria o juiz, "como critérios valoradores, precisamente as pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica positiva", interpretando esses cânones previamente estabelecidos de modo a adequá-los às situações concretas (SILVA, 2000, p. 157).

Assim, a repetição incessante destas "verdades", a saber, que determinadas normas possuem caráter programático-prestacional, acaba por inculcar na dogmática constitucional a ideia (falsa e ideológica) de uma natureza ontológica da norma constitucional, roubando destas normas, de antemão, toda a potencial eficácia que lhe poderia ser destinada pelo jurista. Assim, resta fragilizado o trabalho interpretativo do operador do direito enquanto construtor do sentido do texto e criador da norma, a qual há de variar perante o caso prático e a análise concreta. De fato, um dos efeitos mais danosos da produção da verdade é a conseqüente incapacitação de o jurista desenvolver um pensamento crítico por si mesmo, o que se nota claramente no universo acadêmico das faculdades de direito, mais parecidas com cursos pré-concurso.

Além disso, a tese da reduzida eficácia das normas programáticas pode ensejar a classificação de programática de toda norma constitucional incômoda. No dizer de José Afonso, "seria fácil, assim, descartar-se da incidência de uma regra, bastando tachá-la de programática e, com isso, nos termos de tal doutrina, o princípio seria posto de lado" (SILVA, 2000, p. 153).

5 A dogmática constitucional e a busca pela efetivação de direitos

Nota-se que a classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia acaba se constituindo num fenômeno restritivo ao alcance dos direitos nelas previstos. Isto, para além dos obstáculos materiais que representa, consiste verdadeiro empecilho ideológico.

Em sentido semelhante, considera Sarlet ideológica a postura daqueles que tentam "desqualificar os direitos sociais como direitos fundamentais, incluindo aqueles que outorgam às dificuldades efetivamente existentes o cunho de barreiras intransponíveis" (SARLET, 1998, p. 318).

E continua: "negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de [...] gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real". Admite, pois, referido autor, uma clara tendência em negar-se, pura e simplesmente, aos direitos sociais sua eficácia e efetividade.

Muito se fala em "norma de direito fundamental de eficácia limitada". Mas seriam as normas de direitos sociais ontologicamente limitadas? Ou tal resulta de mera teorização? A própria locução "norma de direito fundamental de eficácia limitada" encerra uma contradição aberrante, porquanto reúne em si a idéia de imprescindibilidade e a idéia de limitação do algo imprescindível.

Nesse sentido, afirma Bobbio que:

o campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de "programáticas". Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hit et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confinados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o 'programa' é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de "direito" (BOBBIO, 1992, p. 77)?

Não se nega, em absoluto, a inesgotável importância do pensamento dogmático e, tampouco, da criação e aprimoramento das teorias e conceitos acerca do direito como um todo. Tais são imprescindíveis para o próprio desenvolvimento do direito enquanto ciência, resultando na criação de melhores técnicas e meios de solução de conflitos. Todavia, há que se atentar para que o produto do pensamento não seja, em si mesmo, obstáculo aos atores jurídicos.

Aduz Queiroz que "não infreqüentemente, os técnicos do direito (a doutrina em especial) se põem a criar e sofisticar conceitos e institutos com absoluta independência da realidade, sem nenhuma relevância prática ou mesmo teórica ou acadêmica" (QUEIROZ, 2008). Segundo o autor, nem sempre a doutrina se interessa por questões de relevo, pondo-se a trabalhar segundo um esquema *ars gratia artis*.

Ainda que assim não seja, a produção cientifica não pode mais fechar os olhos ao impacto que o conhecimento provoca na sociedade e sua relação com as demais ciências. São o bastante os conflitos armados que tomam o mundo e a ameaçadora degradação ambiental para mostrar que é necessário o comprometimento não só com a pureza científica, mas com o seu resultado para a evolução humana.

Com efeito, a consciência científica está

a exigir novas posturas a partir do momento em que se verificou ser muito mais importante construir uma sociedade justa e compatível com a dignidade humana, do que descrever neutralmente como se processam as relações sociais, assim, o saber social passou a exigir a solução dos problemas que são objeto de seus estudos, em vez de simplesmente as descrever ou mesmo compreendê-los em sua dialeticidade (COELHO, 2003, p. 59).

Continua Queiroz afirmando que a técnica, que deveria ser um meio a serviço da justiça, "converte-se em um fim em si mesmo por meio de um diálogo (às vezes um monólogo) entre diletantes do direito, os quais elegem os temas considerados importantes e lançam, por assim dizer, a moda no direito" (QUEIROZ, 2008).

Através das construções doutrinárias é possível estabelecer uma verdade sobre a interpretação da norma jurídica. Basta citar o uso corriqueiro de expressões como "melhor doutrina" e "corrente majoritária" para observar como se identifica o consenso acerca de determinado tema. Ademais, o uso de tais locuções possui o efeito reflexo de legitimar os próprios argumentos que delas se utilizam. Assim, o argumento passa a ser válido por integrar a "posição dominante", e não por sua própria pertinência.

No caso, o conhecimento sobre as normas constitucionais e sua eficácia, exposto e aceito por grande gama de juristas, acaba por valorizar em demasia uma técnica e um formalismo insuficientemente comprometidos com os direitos fundamentais, servindo, em última análise, para relativizar a urgência na sua implementação.

José Afonso da Silva, talvez se apercebendo do risco em se atrelar a eficácia dos programas políticos da Constituição a uma teoria da eficácia das normas constitucionais, apresentou a idéia segundo a qual existem certos *princípios políticos constitucionais conformadores da ordem social e econômica* (justiça social, propriedade privada, redução de desigualdades) que, abarcando e sustentando as disposições constitucionais programáticas (i.e., normas programáticas), com elas não se confundem, haja vista que, eles sim, possuem aplicabilidade direta. Segundo o autor, tais princípios "hão de reputar-se plenamente eficazes e diretamente aplicáveis, embora nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhes têm dado aplicação adequada, como *princípio-condição* da justiça social" (SILVA, 2000, 143).

Luiz Fernando Coelho vai além – não erroneamente – para dizer que a doutrina construiu ao longo dos séculos um conjunto de mitos jurídicos, apresentados sob estrutura normativa e aceitos pelo senso comum como se espelhassem a sociedade e o homem, o que proporcionou o desenvolvimento da ideologia no direito. Assim, os conceitos jurídicos seriam, na verdade, manifestações da ideologia criada no bojo da dogmática jurídica, responsáveis por identificar o fenômeno jurídico com um conjunto de abstrações doutrinárias, como se fossem a mesma coisa (COELHO, 2003, p. 351).

Além do quanto foi afirmado, a dogmática jurídica em geral e a constitucional especificamente, além de constituírem verdadeiros monopólios do saber, têm o condão de embasar as decisões da justiça e conferir a elas o aspecto de justas e científicas.

Ainda que tais decisões deneguem a concessão de direitos arvoradas na "inaplicabilidade imediata da norma", na sua "eficácia limitada", na necessidade de "*interpositio legislatoris*" ou no princípio da separação de poderes, estarão fundamentadas e amplamente embasadas na doutrina. Assim, muitos são os argumentos para se negar a prestação do direito que, aos leigos, soam como impropérios.

Ora, o que se busca é o Direito, e tais decisões acabam esquecendo, em nome da técnica jurídica e da "ciência" (e quiçá, em benefício de interesses dos grupos hegemônicos), que por detrás do processo há um cidadão a reclamar um bem que a Constituição Federal lhe promete.

Não se quer aqui ignorar a "natureza das coisas", imaginando que a classificação atribuída à norma tem o condão de, por si, concretizar ou não concretizar direitos. Mas há que se chamar atenção para determinados fatores que transitam por entre o discurso jurídico de maneira ideológica de modo a barrar a implementação da justiça social.

6 O princípio da aplicabilidade imediata

A questão da efetividade das normas constitucionais (bem como a relativa à importância da doutrina na entrega do direito ao jurisdicionado) polemiza-se quando se traz à baila a regra insculpida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, que diz que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Tal regra confere aos direitos fundamentais um regime jurídico diferenciado, responsável por lhes conferir um alto grau de eficácia, abrangente tanto dos direitos individuais quanto os coletivos, sociais e políticos.

É difícil, porém, traçar um consenso sobre o alcance do referido dispositivo, já que em torno dele gravitam diversas teses. Dentre elas, ocupando pólos opostos, há quem considera que a norma do artigo 5º não tem o condão de conferir, juridicamente, aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais estampados na Constituição, tendo em vista a existência de limitações materiais e naturais à concretização das necessidades humanas, bem como a existência de normas que se restringem a apresentar meros programas de atuação. Neste caso, as normas constitucionais estariam sempre condicionadas à criação de uma lei ordinária que complementasse a sua eficácia jurídica, bem como dependentes da atuação positiva por parte do Estado.

Para esta corrente, os direitos fundamentais têm aplicação obrigatória até o limite das possibilidades das instituições competentes para efetivá-los. Uma vez deparando-se com óbices intransponíveis de natureza econômica ou estrutural, haveria que se ponderar sobre a viabilidade da aplicação da norma.

É o que se denomina reserva do possível**,** expressão que se refere a limitações de ordem econômica relativa ao esgotamento dos meios para a implementação dos direitos, uma

vez que estes demandam gastos por parte do governo para serem concretizados (CAMBI, 2007, p. 13).

Encontrar-se-á, pois, em face de grande dificuldade, imposta pelo binômio "direitos fundamentais/reserva do possível", elementos que exigem um sopesamento no sentido de avaliar a possibilidade de efetivação prática do direito constitucionalmente previsto, caso este venha a ser concedido ao cidadão.

Não obstante, é imprescindível que se atente à necessidade de concretização das condições mínimas que garantam a dignidade da pessoa humana, como própria exigência constitucional e meta do Estado Democrático de Direito.

Assim, em sentido oposto a essa primeira corrente, há quem adote o posicionamento de que, em face do disposto na regra do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, até mesmo as normas fundamentais de eficácia limitada de conteúdo programático gozariam de aplicabilidade imediata, independentemente de futura concretização legislativa.

Afirma Ingo Sarlet que

mesmo os diretos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis... (SARLET, 1998, p. 255).

Para além de estabelecer aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, funcionando como uma cláusula maximizadora, implica em deles extrair uma resposta positiva sempre que acionados.

Nesse sentido, aduz Silva:

se elas [normas programáticas] impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, se ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados, nisso claramente se encontra seu caráter imperativo – imperatividade que se afere nos limites de sua eficácia, mas sempre imperatividade. Por outro lado, esses comportamento e comando, delas resultantes, criam uma situação não apenas de expectativa, mas de vantagem efetiva, ainda que diminuta, em favor de todos aqueles sujeitos que se acham em condições de se beneficiar com a vantagem de sua aplicação e observância. Decorre disso um vínculo jurídico inequívoco, que constitui o enlace entre os sujeitos da relação nelas fadada, caracterizando a bilateralidade atributiva essencial a toda regra de direito (SILVA, 2000, p. 154).

Obviamente, é preciso não romantizar a idéia de que a positivação de norma como a do artigo 5º, § 1º, permitiria a implementação imediata de todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Destarte, a idéia de que todos os direitos fundamentais adquirem, por força do disposto no art. 5º, §1º, da CF/88, eficácia plena e aplicabilidade imediata, independentemente de qualquer ato concretizador, deve ser avaliada com certa cautela. Mas tal cuidado não deve servir de óbice à atividade

jurisdicional na concretização de direitos, porquanto a mora do legislador em regulamentar normas programáticas mostra-se extremamente perniciosa à população, notadamente às classes carentes de recursos financeiros. É preciso não fazer do texto constitucional letra morta, e o entendimento pela aplicabilidade imediata das normas fundamentais programáticas potencializa a idéia de eficácia normativa da própria Constituição, conferindo maior proteção e efetividade aos direitos fundamentais sociais, promovendo maior inclusão e justiça social.

De qualquer modo, diante da norma que não estabelece critérios mínimos para sua aplicabilidade (artigo 218 da Constituição Federal, por exemplo) e, por isso, não cria direitos subjetivos, há sempre a possibilidade de interferência do judiciário em questões administrativas e legislativas como forma de completar-se "forçadamente" a lei. É o que aduz Sarlet, quando afirma que "ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador" (SARLET, 1998, p. 319).

O neoconstitucionalismo, ao fazer prevalecer o texto constitucional, homenageia a promoção do direito materialmente considerado, minimizando a importância de construções teóricas extremamente técnicas, formalistas e distantes da realidade social.

Por esta razão, pode ser considerada uma doutrina mais apta à consecução dos fins almejados pelo Estado Democrático de Direito.

Afinal, esta é a posição que melhor se coaduna com o "parâmetro" da dignidade humana, eleito como fator preponderante na resolução de conflitos e, por que não, na construção teórico-dogmática.

Pela exposição até aqui realizada, percebe-se facilmente uma evolução na doutrina constitucional em direção ao fortalecimento da Constituição, a par da qual se apõem e se estabelecem novos paradigmas.

Embora não contraditórios, tais modelos doutrinários (clássico e atual) são particularmente divergentes quanto à questão da efetividade dos direitos constitucionais, porquanto a nova doutrina se pauta fortemente pela máxima efetividade da Constituição Federal, enquanto a anterior apresentava-se mais retraída nesse ponto. Dessa maneira, o que outrora parecia definitivo (a não aplicabilidade de certos direitos), se desvanece aos poucos no cenário jurídico atual em virtude do paulatino reconhecimento de direitos subjetivos decorrentes de normas constitucionais ditas programáticas.

A tarefa de dizer qual das teorias é melhor e se sobrepõe à outra é difícil, tendo em vista a impossibilidade de se fornecerem padrões absolutos unanimemente aceitos. Contudo, a partir do elemento de coesão (dignidade da pessoa humana), tal missão ganha contornos mais nítidos e pode ser mais facilmente resolvida.

7 Interpretação jurisprudencial e construção de direitos

Apesar da norma do 5º, §1º, da CF/88, é de se observar a existência de posicionamentos contrários à eficácia plena de todos os direitos fundamentais. Todavia, ao lado destas,

encampando postura progressista, há os defensores da tese da aplicabilidade imediata a todas as normas de direitos fundamentais. Para eles, a necessidade de futura complementação normativa ou atuação positiva estatal seria sanada através de mecanismos criados pela própria Constituição. Exemplos destes mecanismos seriam a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e a ação civil pública.

Por meio de tais figuras, a cláusula da aplicabilidade imediata acabaria, pois, dirigindo-se não apenas ao legislador e ao Poder Público, mas também ao Judiciário quando, conforme o caso, este estivesse diante de ação visando suprir deficiências legislativas, como na hipótese do mandado de injunção.

Prevê a Constituição Federal, em seu artigo quinto, inciso LXXI, que o mandado de injunção será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Nota-se que o legislador constitucional procurou, com referido instituto, combater a inércia do Poder Público na regulamentação das normas que prevêem direitos fundamentais, já que ele se volta, principalmente, para a defesa de direito que, embora previsto na Constituição, depende de norma regulamentadora para sua concretização.

Trata-se, pois, de verdadeiro remédio jurídico voltado à tutela dos direitos fundamentais, previsto para suprir omissões legislativas e, com isso, afastar eventuais teses de “inaplicabilidade de direitos por falta de norma regulamentadora”.

Vê-se, portanto, que a despeito da existência de uma dogmática tímida no que tange à eficácia das normas, o legislador previu instrumento jurídico capaz de sanar as deficiências normativas dos direitos fundamentais e, bem assim, dificuldades teóricas a respeito do tema da eficácia.

Assim, à primeira vista, o mandado de injunção parece resolver o problema da existência de direitos constitucionais que, trazendo em seu conteúdo prestações de cunho social, valem-se de normas de caráter programático para sua positivação.

De certo modo, porém, quer parecer que a jurisprudência, apoiada nos conhecimentos teóricos tradicionais, aproximou, indevidamente, o instituto do mandado de injunção da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, concebida como meio de controle abstrato das normas constitucionais.

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal, até há pouco tempo, guiava-se por entendimento segundo o qual as decisões em sede de mandado de injunção estavam aptas a tão-somente declarar a mora do Poder Público para que este tomasse as providências cabíveis.

Afirma Barroso que

sem nutrir simpatia pela inovação representada pelo mandado de injunção e rejeitando o ônus político de uma competência normativa que não desejava, a Corte esvaziou as potencialidades do novo remédio. Invocando, assim, uma visão clássica e rígida do

princípio da separação dos Poderes, promoveu a equiparação do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (BARROSO, 2006, p. 257).

Com efeito, o entendimento jurisprudencial repeliu a utilização do mandado de injunção como instrumento político, preservando-se, com isso, da delicada tarefa de imiscuir-se em searas não judiciárias. Nota-se que os juízes dispõem de semelhante ou maior força em relação à dogmática no estabelecimento de verdades, porquanto mostra a capacidade da jurisprudência em aniquilar instrumento idôneo à tutela de bens jurídicos.

Assim, em que pese a obviedade da afirmação, é de se dizer que, igualmente relevante para a concretização de direitos fundamentais é a jurisprudência, a qual, por vezes, acaba decidindo, ela mesma, os rumos teórico-hermenêuticos de certos institutos jurídicos.

Mas, numa relação dialética, a nova dogmática tem a virtude de trazer uma nova jurisprudência. Desse modo, nova orientação surgiu acerca do tema, a partir dos MI 283-5 e 284-3, quando admitiu o Supremo a possibilidade de utilizar o mandado de injunção para conferir aplicabilidade imediata a normas de eficácia limitada, concedendo direitos previstos na Constituição Federal não devidamente regulamentados.

Assim, é possível concordar que

afigura-se melhor a orientação que identifica no provimento judicial na espécie uma natureza constitutiva, devendo o juiz criar a norma regulamentadora para o caso concreto, com eficácia inter partes, e aplicá-la, atendendo, quando seja o caso, à pretensão veiculada (CLÈVE, 2000, p. 254).

Nesses casos, o órgão jurisdicional acaba por substituir o órgão responsável pela elaboração da lei, criando o juiz a norma necessária para solução do caso concreto.

Em que pese as críticas dirigidas a tese da aplicabilidade imediata, aduzindo a impossibilidade de se mudar “a natureza das coisas” (não cabendo ao juiz determinar a concretização de algo irrealizável), é salutar compreender-la como sendo algo além de um simples mandamento de otimização da eficácia dos direitos fundamentais.

Conforme assinala Castanheira Neves, uma boa interpretação “não é aquela que, numa perspectiva hermenêutico-exegética, determina corretamente o sentido textual da norma; é antes aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto” (*apud* QUEIROZ, 2008).

Nesse sentido, a finalidade do conhecimento jurídico praticado pelo jurista não é “definir o que está contido nas leis, no costume, na jurisprudência, na doutrina e nos princípios gerais do direito, mas realizar os seus valores, tornar efetiva a justiça, de preferência com a lei, mas se necessário contra a lei” (COELHO, 2003, p. 170).

É possível, pois, imaginar o mandado de injunção como instrumento efetivo de concreção de direitos não regulamentados, sempre que o caso particular o permitir, concedendo-se eficácia plena e aplicabilidade imediata até mesmo à norma eminentemente programática. Nesse sentido, a reserva do possível deve ser analisada

caso a caso, para se avaliar a real dificuldade em concretizar o direito, evitando seu emprego banal e falacioso.

Nota-se, portanto, que através desta ação constitucional é possível fazer valer, de maneira eficaz e abrangente, a norma do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, o que certamente contribui para a necessária efetivação de direitos fundamentais.

O avançar do Judiciário no campo do direito administrativo mostra que, de fato, alterou-se o entendimento acerca do mandado de injunção. Afinal, as normas já não são tão programáticas assim.

E para comprová-lo, mostra-se válido transcrever trechos do voto do ministro Marco Aurélio no MI 721, proferido no final do ano de 2007:

Iniludivelmente, buscou-se, com a inserção do mandado de injunção, no cenário jurídico constitucional, tornar concreta, tornar viva a Lei Maior, presentes direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, de exercício de direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas à nacionalidade, soberania e cidadania.

Depreende-se do voto do ministro do STF a conotação positiva que tem o mandado de injunção no contexto constitucional brasileiro, apto a dar vida ao texto da Constituição, tornado muitas vezes letra morta por posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Extrai-se dessa "doutrina" a exata noção de que, em diversas ocasiões, almejando-se resguardar princípios e teorias, acaba-se por negligenciar a própria prestação jurisdicional:

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao *excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes*. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta do inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão da omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania. *Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador*. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada (grifo nosso).

Certamente, "enclausurar o processo no formalismo dogmático significa, conforme já salientado, negar a justiça substancial, propalada pelo Estado de Bem Estar Social, contemplado na Constituição Federal de 1998" (CAMBI, 2001, p. 119).

Tanto é assim que mudança de entendimento do STF teve repercussão direta no cotidiano forense relativamente ao mandado de injunção. Nos anos de 2005 e 2006, sob

a égide da teoria não-concretista, foram impetrados trinta e sete mandados de injunção junto ao STF, dezessete em cada ano. Em 2007 foram ajuizadas quarenta e nove ações, sendo que, destas, vinte foram propostas no mês de dezembro, logo após a alteração de entendimento no tribunal. No ano de 2008 esse número subiu para 140, chegando, no primeiro semestre de 2009, a 662 mandados impetrados.

Portanto, o mandado de injunção começa a ser resgatado como importante instrumento de acesso à justiça. E o que está base desse movimento é a própria superação de concepções estéreis acerca de teorias seculares, como, no caso, o princípio da divisão dos poderes.

Não se pretende com isso tão-somente dizer que a evolução do mandado de injunção constitui ilustração insofismável de como a doutrina e a jurisprudência podem influenciar na interpretação da norma e, com isso, abalar ou fomentar a própria concessão de direitos.

O que é necessário antever é que a doutrina, ao realizar seu mister interpretativo, estabelece apenas uma das verdades possíveis, condicionando, assim, mais do que formulações teórico-processuais, mas também o próprio direito material.

Vive-se hoje uma efervescência de direitos fundamentais e a doutrina volta-se para a noção de máxima eficácia da Constituição Federal. Futuramente, outros serão os ideais defendidos e pleiteados, razão pela qual é necessário compreender o sentido de cada momento histórico numa relação dialética, retirando dele tudo que possa oferecer no tocante à harmonia social, o que contribuirá para a evolução do homem na construção de uma sociedade justa.

Necessária, portanto, é a consciência da função social subjacente à dogmática constitucional e à jurisprudência que, no caso do mandado de injunção, mostram uma nítida evolução na direção dos direitos fundamentais, de todo comprometida com sua realização.

8 Considerações finais

O estudo do direito no presente momento histórico vem privilegiando cada vez mais a ciência hermenêutica, o que tem fortalecido sobremodo o papel do judiciário na sociedade brasileira. Neste processo, resulta claro que ao jurista e ao juiz é dado deliberar sobre a norma constitucional e seu sentido, quase que independentemente do texto escrito da lei.

Obviamente, isto possibilita que os operadores do direito exerçam um papel construtivo do saber jurídico e não apenas reprodutor da realidade posta. É possível aduzir-se, assim, que a dogmática constitucional, bem como a jurisprudência, exercem papel decisivo na implementação dos direitos previstos aos cidadãos.

Essa atuação, por vezes, se dá de modo contraproducente, a dificultar a concretização dos direitos, haja vista a existência de posicionamentos injustificadamente conservadores no âmbito judiciário.

Reconhecer o caráter subjetivista e ideológico da práxis jurídica é um primeiro passo para avançar na construção de uma sociedade justa, o que não se faz negando a importância da doutrina e jurisprudência, senão buscando conhecer suas limitações a fim de superá-las.

Uma "dogmática insuficiente" pode ser combatida com uma "dogmática arraigada" e comprometida com valores sociais, a qual possibilita a abertura de novos caminhos na jurisprudência e melhor serve à construção de uma sociedade livre e solidária.

Obviamente, parâmetros hermenêuticos e teorias constitucionais continuarão a sofrer alterações e evoluir, tornando sempre provisório o conhecimento que se tem no presente. Essa relatividade do conhecimento jurídico, bem como a possibilidade sempre presente de mudança de paradigmas, servem para pôr à prova o exagero de posturas formalistas que enfatizam o "processo" em detrimento do material, haja vista a possibilidade de se negar hoje algo que amanhã deverá ser dado.

O mandado de injunção constitui um dos exemplos mais eloqüentes desse fato, pois, como se observa, o direito estava lá o tempo todo, mas só foi buscado a partir do momento em que alterou-se a interpretação jurisprudencial acerca do instituto.

Um parâmetro importante para a perquirição de teorias jurídicas há de ser encontrado no princípio da dignidade humana, o qual representa toda a gama de direitos básicos e fundamentais para uma existência plena e digna.

Tal princípio constitui pedra angular do ordenamento jurídico brasileiro e um dos fundamentos da democracia, possuindo inegável reconhecimento por parte da comunidade jurídica.

Lembre-se que, ao privilegiar a dignidade humana, não se está investindo em uma ditadura de valores, porquanto tal princípio encontra respaldo tanto no direito constitucional pátrio quanto no direito internacional, valendo-se do consenso de centenas de países para alcançar o centro das construções teóricas modernas.

De fato, a um só tempo, a dignidade humana lastreia a produção normativa brasileira, guia o intérprete do direito a extrair o sentido da norma, fomenta a promoção dos direitos fundamentais, mobiliza a opinião internacional pela proteção aos direitos humanos e põe o Homem no cerne das preocupações sociais, constituindo, assim, importante parâmetro a modular o pensamento jurídico na consecução dos fins colimados pelo Estado Democrático de Direito.

9 Referências bibliográficas

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional***.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas***:** limites e possibilidades da constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos Sociais*. Curitiba: Juruá, 2008.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em <http//:www.panoptica.org>.

_____. *Jurisdição no processo civil.* Curitiba: Juruá, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito.* 3 ed. rev. atual. e ampl. Minas Gerais: *Del Rey*, 2003.

FILHO, Willis Santiago Guerra. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito.* Tradução de Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Critica da razão técnico-juridica*. Fonte: www.novacriminologia.com.br, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

---

[1] Entende-se por dogmática constitucional o conjunto de construções teóricas elaboradas em torno da norma constitucional.

[2] Cf. PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIREITO, EXCEÇÃO E INIDFERENÇA - FORMAS LEGÍTIMAS E ILEGÍTIMAS DA VIOLÊNCIA ESTATAL*

LAW, EXCEPTION AND INDIFFERENCE - LEGITIMATE AND ILLEGITIMATE FORMS OF STATE VIOLENCE

Lucas Piccinin Lazzaretti
Roosevelt Arraes

RESUMO

Em observância dos problemas que acercam o Estado moderno, um dos que freqüentemente é invocado como um dos mais preocupantes é o estado de exceção. A prova de que o positivismo jurídico não resiste em suas bases teóricas e começa a ceder perante problemas que não está em sua área de compreensão, não é nada mais do que a entrada para uma possibilidade de excepcionalidade. Trata-se neste trabalho dos pontos onde o positivismo jurídico é omisso ou falho, gerando então casos em que a decisão é eminentemente política. Avalia-se a decisão política e os problemas que ela acarreta para a segurança jurídica e para os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito. Chega-se ao fim a uma situação onde não há decisão política positiva, mas havendo falhas no positivismo jurídico, gerando a indiferença, que será tratada como um novo caso de exceção.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO DE EXCEÇÃO, DIREITO, INIMIGO, AMIGO, INDIFERENÇA.

ABSTRACT

In compliance with the problems than about the modern state, one of which is often cited as one of the most worrisome is the state of exception. Evidence that legal positivism does not stand on its theoretical basis and begins to give way to problems that are not in their area of understanding, is nothing more than the entry for a chance of exceptionality. It is this work to where legal positivism is missing or flawed, then generating cases where the decision is highly political. We analyze the policy-making and the problems it brings to the legal and the fundamental values of democratic rule of law. You get to the end to a situation where there is no positive political decision, but there are flaws in the legal positivism, leading to indifference, which is treated as a new case of exception.

KEYWORDS: STATE OF EXCEPTION, RIGHT, ENEMIES, FRIENDS, INDIFFERENCE

1. INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Dentre as angústias a que o cidadão moderno está submetido grande parte advém da figura que conhecemos por Estado. Teorizado tal qual está há mais de duzentos anos, sofreu diversas mudanças em sua camada externa, porém permaneceu intocável em alguns pressupostos. Sendo assim, os cidadãos que se deparam com um mundo onde a insegurança os afronta nos campos estético, ético e religioso; também agora faz surgir a dúvida sobre o quão eficiente e seguro é o Estado Democrático de Direito. Ao que se resume, em primeiro momento, como uma busca incessante pela segurança de direitos, em um segundo momento vemos não apenas o refúgio pela segurança, mas também o equilíbrio entre os deveres. Equilíbrio esse que se baseia em crer que a figura do Estado não é o *Leviatã* hobbesiano, mas antes de tudo é o contrato social rousseauniano. Os pressupostos referidos anteriormente satisfazem uma parcela dos casos e não todos os casos, o que remete a pensar que em quase todo o tempo o contrato social, a democracia e o direito são realmente incisivos e aplicáveis. No entanto, há casos que não são acolhidos pelo direito – conseqüentemente nem pelo Estado – e que são os geradores da insegurança moderna. As teorias tendem a denominar esses casos de "excepcionais" e os tratam como pequenas aberrações que devem ser rapidamente sanadas e resolvidas. Porém, como pretendemos demonstrar, ainda assim há discrepâncias que fogem ao controle do Estado, e que mais do que isso, são uma afronta direta ao Estado, onde há a necessidade desta instituição maior delimitar quem são seus amigos e quem são seus inimigos.

Com a observação dos casos extremos em que o presente trabalho levará o positivismo jurídico ao seu limite, ou seja, nos casos em que não há nem previsão, tampouco solução jurídica aparente, tendo então que socorrer-se na política. Na esfera política demonstraremos os limites do que se conhece por Estado de Exceção e juntamente com isso faremos uma delimitação de como o soberano se posiciona perante os casos excepcionais, onde o Estado é afrontado e precisa decidir para não sofrer duras penas.

Levados ambos ao extremo, o positivismo jurídico e o decisionismo político, apresentaremos o que hoje acontece nos estados modernos, onde há uma mescla entre o direito positivado e a decisão puramente política, que são os causadores da insegurança por parte dos cidadãos modernos. Visando por fim encontrar uma área comum onde o direito positivado encontre-se com a decisão política sem gerar insegurança tendo como escopo a melhoria da sociabilidade ao invés do poder.

2. OS LIMITES DO ESTADO DE DIREITO (PROBLEMAS LIMÍTROES PARA KANT E KELSEN)

Premissas aterradas em conceitos firmes, seguidas de inferências incontestáveis, constroem teorias político-jurídicas não raras vezes de origem um tanto turvas. As relações e limites que se estabelecem entre "direito" e "político", como se avaliará a seguir, revela que premissas aparentemente seguras escondem em seu âmago problemas tão profundos que mesmo o esforço pela formulação de hipóteses e proposições pode mostrar-se vão, ante a maleabilidade dos próprios conceitos tradicionais utilizados para compreendê-los.

O positivismo jurídico apresentado por Hans Kelsen, com suas bases amplamente fundadas na filosofia de Immanuel Kant, é um exemplo de teoria cujas aplicações, na maioria dos casos, são bem sucedidas, porém, é também uma teoria que possui

sustentáculos tão custosos a sua sobrevivência quanto negligenciados pela grande parte de seus críticos.

A euforia intelectual ocasionada pela "racionalização" das regras jurídicas, assentou nas sociedades modernas ocidentais a idéia de que o "Império da lei" e da segurança jurídica proporcionada pelo Estado de Direito - cujas regras previamente conhecidas, genéricas, abstratas e estáveis estabelecem um âmbito comum de racionalidade, criando, ao menos formalmente, uma comunidade jurídica assegurada pelas instituições estatais – seria suficiente à limitação do campo do "político", do arbítrio e da violência do *Leviatã*.

Mas, o pequeno problema esquecido pela teoria positivista sobre esse Estado é muitas vezes tão complexo que nem sabemos por onde apanhá-lo. Como já mencionado, em situações ordinárias o positivismo não vê um grande problema para sustentar-se, até porque há como força legitimadora um Estado detentor da força, legitimada formalmente por um procedimento legiferante reconhecido publicamente. Contudo, são os casos extremos que, ao forçarem o positivismo a dar uma resposta mais incisiva, trazem à tona não apenas a fragilidade do Estado de Direito, mas também desmoronam todas as premissas em que esse Estado é fundamentado.

Antes de tratar sobre o positivismo jurídico de Hans Kelsen é necessário voltar às origens de seu pensamento e ver quais são os embasamentos filosóficos puros para a estruturação deste positivismo jurídico.

Tais estruturações são encontradas nas obras de Immanuel Kant, com ênfase para o livro "*Metafísica dos Costumes*", sendo esse onde o filósofo de Königsberg expõe sua doutrina para a fundamentação de uma república juridicamente legitimada. Kant principia seu livro a partir de uma reminiscência de toda sua obra já concluída, por isso faz diversas referências aos conceitos explicitados no ciclo de Críticas que havia publicado anteriormente. Entender noções como a "norma" kantiana é também entender os conceitos "*a priori*", "*imperativos categóricos*", entre outros tantos, que serão brevemente retomados ao longo do texto.

Podemos partir da "*introdução à doutrina do direito*" para, junto com Kant, entendermos como se estabelece sua idéia de república legalista. São dois questionamentos que iniciam o embasamento; "O que é Doutrina do Direito?", contido no "Parágrafo A" e "O que é direito?", contido no "Parágrafo B".

Seguem-se então as respostas que nos guiarão na compreensão de sua teoria:

"Denomina-se doutrina do direito (ius) a soma daquelas leis para as quais é possível uma legislação externa. Se houve realmente uma tal legislação, é a doutrina do direito positivo, e diz-se daquele nesta versado – o jurista (iurisconsultus) – que é experiente na lei (iurisperitus) quando não somente conhece leis externas, como também as conhece externamente, isto é, na sua aplicação a casos que ocorrem na experiência."[1]

Na observância desse trecho, há de se notar que quando o filósofo diz "daquelas leis para as quais é possível uma legislação externa", ele está intencionando diferenciar essas leis do que entendemos por leis morais, e que dessa forma, e somente dessa forma é possível se fundar uma noção positivista de Estado. Outro ponto de destaque é

encontrarmos o jurista como alguém que é experiente na lei não apenas conhecendo as "leis externas", como também conhecendo as variações nas quais essas leis se distribuem no mundo factual. Kant assume que os homens são seres racionais, e que munidos dessa capacidade podem usar de sua razão – como já vinha dissertando no seu ciclo de Críticas – para estabelecer um Estado Republicano, onde a legislação é feita por homens que realmente utilizam de suas razões e que conhecem as aplicações práticas do uso de sua razão pura. Porém é na segunda resposta que tudo fica mais evidente, ao dizer que:

"O direito é, portanto, a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com a lei universal de liberdade."[2]

A palavra "condições" trata implicitamente das condições sociais para que as pessoas possam unir voluntariamente suas escolhas de acordo com a lei universal da liberdade. As "condições" externas à livre escolha válida universalmente amparam-se no conceito de *res* pública, ambiente jurídico-estatal onde as relações humanas se estabeleçam de uma forma legalmente igualitária, ou seja, onde a legislação, e, portanto, o direito se promulga visando o equilíbrio na convivência dos cidadãos.

Kant não ignora com isso a existência de um Estado detentor da força, ou também que haverá governantes controladores deste Estado, apenas está afirmando que quanto maior for o respeito a essa República legalista tanto maior será o nível de liberdade e pacificidade dos cidadãos, que poderão desempenhar suas escolhas dentro das limitações impostas pela "lei universal da liberdade" positivada.

Nesse sentido, direito, liberdades dos cidadãos e violência são situados em patamares racionais bem definidos. No Estado Direito a violência é um recurso público que está à disposição do Estado. O Estado a detém faticamente, mas não legitimidade seu uso na vontade do governante, da maioria, de um partido ou de uma facção. O uso da força estatal somente encontra autorização num imperativo racional (categórico), que é a lei universal da liberdade.

Como afirma Bobbio: "*Não se pode, portanto, dizer que o homem no Estado tenha sacrificado por um determinado objetivo uma parte da sua liberdade externa a ele inata, mas que abandonou completamente a liberdade selvagem e sem lei para reencontrar novamente a sua liberdade, em geral não diminuída, em uma dependência legal, vale dizer em um Estado jurídico, porque essa dependência brota da sua própria vontade legisladora.*"[3]

Ora, se o homem racional é capaz de abandonar completamente sua liberdade selvagem, suas idiossincrasias, para unir-se pacificamente a outros homens igualmente interessados em compartilhar o gozo das liberdades isso somente poderá o ocorrer no âmbito de um Estado jurídico, ou seja, num Estado em que antes da força impera a lei da liberdade universal.

Estabelecidos tais conceitos cremos que podemos começar a esmiuçar onde a teoria do direito e do Estado kantiana principia sua falha e de que forma isso se estende para o positivismo jurídico de Kelsen.

Se a legalidade é construída através do pressuposto de que todo o homem detém as faculdades da razão, e mais do que isso, que os legisladores são verdadeiros utilizadores desta razão; se assumimos que há uma possibilidade de vida republicana, e que a nossa liberdade é limitada dentro das leis impostas pelo Estado que é detentor da força, onde ficaria então o problema da exceção? Ou seja, como lidar com os casos que não se conformam ao uso da razão, como compreender uma violência estatal desarrazoada que extrapola os limites da lei da liberdade universal?

Kant trata das exceções ao direito, tomando como referencial o ponto de vista do indivíduo. A exceção tocada na "*Metafísica dos Costumes*" refere-se ao "estado de necessidade" que se estabelece no conflito entre direitos/deveres oponíveis, estritamente, entre indivíduos.

Porém, a solução kantiana para o uso da força no "estado de necessidade" não difere absurdamente – respeitando os devidos graus – da exceção do direito levada a cabo pelo Estado. Pontua Kant: "A divisa do direito de necessidade é: 'a necessidade não tem lei (*necessitas non habet legem*)'. No entanto, não poderia haver necessidade alguma que fizesse o que é injusto se conformar a lei."[4]

Para Kant o "estado de necessidade", em se tratando de um indivíduo, é sempre uma ação injusta contra o direito de outrem. Tal agressão ao direito é impunível, tolerada, mas jamais justa. A afastabilidade da lei é uma potência que não visa propriamente desconstituí-la, mas sim reafirmá-la ante fatos extremos que não estão no âmbito de avaliação do direito (exceção).

O excepcional, no contexto kantiano, é tolerado porque o homem racional pode compreender as circunstâncias fáticas que conduziram alguém à prática de um ilícito. Como as ações no "estado de necessidade" não são sindicáveis pela lei da liberdade, porque não um rol mínimo de escolhas possíveis para o necessitado, não há desvalor jurídico em sua ação, não há dever de reparação, tampouco o Estado tem fundamento legítimo (liberdade de escolha) para puni-lo. De outro lado, jamais o ato violador da regra jurídica, embora tolerado, jamais receberá a qualificação de "lícito"!

Como se percebe, o exemplo do "estado de necessidade" evidencia o caráter duplo da exceção kantiana: o ilícito impunível; a violação sem reparação; o jurídico sem coerção.

A duplicidade da exceção, de ser violência autorizada sem fundamento jurídico, não explorada por Kant. Por mais que existam alguns escritos políticos seus que fazem pequenas menções à possibilidade de exceção não só plano individual, mas no plano estatal, o tema é sempre tratado com relutância.

Exemplo dessa preocupação evidencia-se no texto "Sobre a expressão corrente: Isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática" (Kant, p. 85), do qual se extrai o seguinte excerto:

"Daí se segue que toda a oposição ao poder legislativo supremo, ***toda a sedição para transformar em violência o descontentamento*** *dos súditos, toda a revolta que* ***desemboca na rebelião****, é num corpo comum o crime mais grave e mais punível, porque*

arruína o seu próprio fundamento. E esta proibição é incondicional, de tal modo que ***mesmo quando o poder ou o seu agente, o chefe do Estado, violaram o contrato originário*** *e se destituíram assim, segundo a compreensão do súbdito, do direito a ser legislador,* ***porque autorizou o governo a proceder de modo violento (tirânico), apesar de tudo, não é permitido ao súbdito resistir pela violência à violência****. Eis a razão:* ***numa constituição civil já existente, o povo não tem por direito a decisão de determinar como é que ela deve ser administrada. Pois, supondo que ele tem um tal direito e, claro está, o direito de se opor à decisão do efectivo chefe de Estado, quem deve decidir de que lado está o direito? Não pode ser nenhum dos dois, como juiz em causa própria. Seria, pois, preciso haver ainda um chefe acima do chefe, que decidisse entre este e o povo – o que é contraditório."*** *[5]*

Neste trecho evidencia-se que a oposição dos cidadãos a um governo tirânico, mesmo quando legítima, ou seja, fundamentada na "lei universal da liberdade", não é reconhecida pelo direito. Ou seja, os cidadãos não têm direito de resistir uma ordem injusta e o Estado, por ser o detentor fático da violência autorizada publicamente, mesmo agindo ilicitamente permaneceria no campo da impunibilidade, da não-responsabilização.

Se os cidadãos pudessem se opor, de igual para igual, ao governante, ao Estado, então *"Seria, pois, preciso haver ainda um chefe acima do chefe, que decidisse entre este e o povo – o que é contraditório."* *[6]*.

Como se percebe, Kant lança a dificuldade de se lidar com um tipo de poder estatal não submetido ao domínio do direito, que é impunível e que, ao mesmo tempo, não deve enfrentar oposição.

Mas, o que justificaria uma proposição radical do dever de obediência à ordem estatal, mesmo que originalmente arbitrária e, portanto, sem seu fundamento ético mais essencial? Por que propor a proibição de resistência violenta (somente a violenta) à ordem injusta do governante?

Note-se que esse dever exigido dos cidadãos é um dever jurídico, próprio de uma constituição civil real que, por sua vez deriva da idéia de contrato originário. Tal dever não causaria dúvidas quanto a sua exigibilidade se o próprio governante estivesse respeitando os direitos individuais dos cidadãos. Mas, quando o governante se põe para além do direito, ou seja, quando o governante sai da esfera do direito, da regra, e põe-se numa situação excepcional, estritamente política, existe algum dever de reciprocidade entre ele e os cidadãos?

Podem os cidadãos, de igual forma, beligerarem contra o Estado ou o governante tirânico como se fossem inimigos? Para Kant a resposta é negativa: os cidadãos não estão em relação de reciprocidade com a autoridade do Estado quando ela excepciona do Estado de Direito, ou seja, os cidadãos devem ater-se ao seu dever ético-jurídico de zelarem pelo império do direito, abstendo-se da possibilidade de ingressarem nos domínios do político, da inimizade, da oposição violenta.

Nessa zona limítrofe entre direito e político, entre dever de respeito e reciprocidade entre todos os homens de um lado, mas da possibilidade real da hierarquização política, da rivalidade e da possibilidade de violência arbitrária que se pode exercer por meio do Estado, Kant cessa sua argumentação.

A impressão que fica é que Kant reluta quanto à exceção porque teme que um só homem ou um pequeno grupo tenha o controle do poder e que com isso a tirania se instale. Essa preocupação é válida. A preocupação kantiana fica evidente em alguns trechos seus que incrivelmente são muito semelhantes ao pensamento original de Hans Kelsen, como nas palavras de Kant; "nenhuma outra vontade é possível a não ser a de todo o povo"[7], ou até mesmo, "nenhuma vontade particular pode ser legisladora para um corpo comum"[8]. Não nos é de difícil assimilação, com a leitura dessas frases, sentir os motivos que impediam Kant de crer em uma exceção estatal, que tem por característica o afastamento do direito, como assinalou posteriormente Carl Schmitt.

Essas idéias supracitadas, onde o povo é a origem do contrato social e onde a vontade do povo não deve ser submetida a uma vontade particular, mas sim a uma lei universal da liberdade (imperativo categórico), fica muito mais frágil quando a base de toda a sustentação se supõe ser democrática, como é o caso da teoria de Hans Kelsen.

Enquanto ficávamos na observância da teoria kantiana sentíamos um só problema, que como vimos era o problema da eterna legalidade, mesmo nos casos em que a exceção se mostra e com ela aflora a fragilidade do Estado de Direito. No entanto, a teoria do positivismo jurídico, tal como Hans Kelsen apresenta é mais frágil porque torna prescindível qualquer fundamento moral (absoluto ou relativo) para assentar as premissas do ordenamento jurídico, do Estado de Direito.

Para Kelsen:

*"A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade." Com efeito, pressupõe-se como evidente que a ordem coercitiva estadual própria é Direito."**[9]***

Deparar-se com a teoria pura do direito, proposta por Hans Kelsen, e não indagar nenhuma vez em que se fundamenta a "norma fundamental" (*Grundnorm*) seja talvez impossível, mormente quando se deparar diante de situações excepcionais cujas respostas não estão previamente definidas no direito positivo, mas que demandam alguma decisão.

O Direito que funda o Estado e o Estado que funda o Direito não passa de uma tautologia, como veremos, que é plenamente aplicável em casos ordinários, mas que ruirá quando o casos da necessidade e da urgência surgem. A peculiaridade das situações emergenciais de ameaça violenta ao Estado também foram percebidas por Kelsen, no seguinte excerto da Teoria Pura do Direito em que o autor diferencia uma "comunidade jurídica" de um "bando de salteadores":

"Se a rapina e o assassinato não fossem proibidos nas relações entre os salteadores, não estaríamos sequer em face de qualquer comunidade, não existiram um 'bando' de salteadores. Por isso, pode ainda a ordem interna do bando entrar muitas vezes em conflito com uma ordem de coerção, considerada como ordem jurídica, em cujo domínio territorial de validade se exerça a atividade do mesmo bando. Se a ordem de coerção que constitui esta comunidade e abrange a sua ordenação interna e externa não é considerada como ordem jurídica, se o seu sentido subjetivo, segundo o qual as pessoas se devem conduzir de conformidade com ela, não é havido como sendo o seu sentido objetivo, é porque não se pressupõe qualquer norma fundamental por virtude da qual as pessoas se devam conduzir de harmonia com tal orem – isto é, por força da qual a coação deve ser exercida sob os pressupostos e pela forma que esse ordenamento determina.

(...)

[Porém] *Se esta ordem de coação* [do bando de salteadores] *é limitada no seu domínio territorial de validade a um determinado território e, dentro desse território, é por tal forma eficaz que exclui toda e qualquer outra ordem de coação, pode ela ser considerada como ordem jurídica e a comunidade através dela constituída como 'Estado', mesmo quando este desenvolva externamente – segundo o Direito internacional positivo – uma atividade criminosa."**[10]***

Dessa percepção, no entanto, não se extrai qualquer questionamento acerca do tratamento que o Estado de Direito afrontado deveria impor aos seus opositores ('bando de salteadores'). Se Kant trata do "estado de necessidade" como uma exceção individual à aplicação do direito, negando sua aplicação no plano coletivo ou estatal, cingindo-se a apontar os perigos de se afrontar o Estado (daí o dever do cidadão de suportar suas ordens), Kelsen reconhece a possibilidade de um grupo (de cidadãos ou de estrangeiros) afrontar violentamente a segurança estatal para impor outra, sem, porém, indicar os desdobramentos das possíveis reações estatais.

É nessa lacuna entre o ponto de vista kantiano e o kelseniano que a mais forte teoria opositora ao positivismo jurídico evidencia – o decisionismo de Carl Schmitt –que os fatos, como seus desafios práticos, são mais complexos e comportam mais ameaças e acasos políticos que o Estado de Direito podem suportar.

Haveria situações em que o Estado, vendo-se ameaçado gravemente, poderia defender-se tal como o indivíduo no "estado de necessidade" kantiano? Não poderia esse Estado defender-se sendo culpável, mas não punível? Ora, diante dos casos extremos não poderia o Estado de Direito, concebido por Kant e Kelsen, ser excepcionado, substituindo-se a soberania da Lei, pela soberania do governante?

Ante a perplexidade dessas situações excepcionais é que Carl Schmitt opõe-se à Kant e Kelsen afirmando que:

"O caso extremo de conflito só pode ser decidido pelos próprios interessados; a saber, cada um deles tem de decidir por si mesmo, se a alteridade do estrangeiro, no caso concreto do conflito presente, devendo, portanto, ser repelido e combatido, para a preservação da própria forma de vida, segundo sua modalidade de ser."[11]

3. O MARTELO DE THOR

Ao abordar a exceção tal como fizemos anteriormente, vimos que há uma diferença no que defende o positivismo e no que é possível que se aconteça. Enquanto os defensores do positivismo jurídico admitem pequenos casos de exceção, desde que esses se dêem de forma isolada, ou seja, particular, em outro oposto há aqueles que, como Carl Schmitt, defendam que até mesmo o Estado pode se sentir ameaçado a tal ponto que precise declarar uma necessidade para com os seus cidadãos.

Carl Schmitt em seu livro "*O conceito do político*" inicia suas pontuações com a frase, "O conceito de Estado pressupõe o conceito de político"[12]. Porém, o próprio conceito de político pressupõe dois conceitos interligados que farão total diferença na observação do que aqui pretendemos investigar. Schmitt utiliza dos antônimos: "amigo" e "inimigo", para estabelecer o que é o político e desta forma também estabelecer o que se dará com o Estado, já que esse pressupõe o político.

Para Carl Schmitt pressupor o conceito de político é dizer que o Estado está ou possa estar em divergência com os que o compõem, ou até mesmo de que um Estado está em conflito com outro Estado. O que caracteriza em grande parte o conceito de político do pensador alemão é que de forma alguma o político está associado às noções de moral, estético, entre tantas outras, embora os juízos morais, estéticos, etc, sejam utilizados para qualificar o "amigo" e desqualificar o "inimigo".

O político é o que funda o Estado, são as junções por interesses que nos unem, e, portanto, "a diferenciação entre amigo e inimigo tem o sentido de designar o grau de intensidade extrema de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação."[13] Sendo a política algo que permeia os outros ramos da humanidade "o inimigo político não precisa ser moralmente mau, não precisa ser esteticamente feio; não tem que surgir como concorrente econômico", ou seja, o político surge da pura questão de interesse advindo de uma decisão estipulante sobre quem é inimigo ou não.

Para o decisionismo, quando o Estado se vê em ameaçado por um iminente caos, em que a urgência leva os governantes a decidirem sobre algumas questões que não podem ser deliberadas com observância ao ritual legal é que o punho forte do soberano lança mão de medidas concretas, provisórias e personalistas para tentar retomar a normalidade das instituições jurídicas. Esse soberano muitas vezes não pode ficar ao julgo de um embasamento legal, nem pode esperar pela deliberação democrática que eventualmente decidirá qual é a melhor atitude a se tomar. A urgência da necessidade reclama a decisão soberana, sendo, portanto, definido que "soberano é quem decide sobre o Estado de Exceção."[14]

Logo chegamos à evidência que o Estado de Direito não tem ascendência sobre as decisões políticas do soberano quando situações emergenciais ocorrem. Ou seja, o direito é afastado por um momento para que a execução das vontades do soberano tenha força o suficiente para sanar o problema.

O que diferencia a exceção estatal para a exceção individual é a posição em que cada qual se encontra. O indivíduo, no "estado de necessidade" retratado por Kant, age com

excepcionalidade porque é compelido a isso, não sendo punível. O Estado de Direito excepcionado pelo soberano assume a forma de "Estado de Exceção".[15]

Schmitt pontua essa questão afirmando que "o caso extremo de conflito só pode ser decidido pelos próprios interessados"[16] Ao estabelecer quem é o seu inimigo o Estado também coloca os seus cidadãos sob uma alerta. Todos os cidadãos devem também assumir o inimigo do Estado como seus inimigos, caso contrário tornar-se-ão esses cidadãos inimigos do Estado.

Por se tratar do âmbito político, não devemos entender esse inimigo como algo particular. Ressalva Schmitt:

"O inimigo, portanto, não é o concorrente ou o adversário em geral. O inimigo também não é o adversário particular, que odiamos por sentimento de antipatia. Inimigo é um conjunto de homens, pelo menos eventualmente, isto é, segundo a possibilidade real, *combatente*, que se contrapõe a um conjunto semelhante. Inimigo é apenas o inimigo público, pois tudo que refere a tal conjunto de homens, especialmente a um povo inteiro, torna-se, por isto, público."[17]

Portanto, somente o soberano tem a possibilidade de posicionar-se como indicador de quem é, ou não, o inimigo, já que o inimigo é um "inimigo público". Tudo isso se tratando em exceção estatal. O soberano, suas decisões e por conseqüência seu inimigo, são aqui tratados dentro do Estado de Exceção, onde não há a aplicação do rito jurídico.

Há, nesse sentido, uma complacência do direito em relação ao âmbito do político, do extraordinário-excepcional, para aquelas raras ocasiões de instabilidade institucional esteja o soberano autorizado a agir ou omitir-se diante da violência sem que seus atos e os atos de seus comandados sejam puníveis. [18]

Tal complacência, porém, apresenta exigências jurídicas que visam, ao menos formalmente, circunscrever o ambiente e o período da suspensão do direito. Daí a exigência da publicidade da declaração do Estado de Exceção, que, se não garante a efetividade de direitos e garantias fundamentais (suspensos pelo decreto excepcional), ao menos indica com lealdade o propósito coletivo do Estado de Exceção, qual seja: o restabelecimento das instituições do Estado de Direito.

Porém, o ritual jurídico não exclui o poder superlativo da figura do soberano (o martelo de Thor), conforme nota Schmitt: *"na figura do soberano, todos esses elementos voltam a reunir-se: o soberano é, simultaneamente, supremo legislador, supremo juiz e supremo mandatário, última fonte de legalidade e última base de legitimidade."**[19]***

Daí decorrer o medo, muitas vezes justificado, de alguns autores que se deparam com a teoria decisionista. É de que havendo esse soberano com tamanho poder há também a chance de deturpação para uma ditadura moderna e até mesmo para uma tirania. Isso é justificado antes de tudo pelos exemplos históricos que chegam até nós. A barbárie que a guerra nos trás é sempre um ponto de afastamento dos estudiosos da teoria do estado para com a observância das teorias do Estado de Exceção.

Esse medo pode ser identificado pelas palavras de Norberto Bobbio; "O fim da guerra, como se sabe, não é individualizar um eventual culpado ou condená-lo, mas sim render o inimigo, matando-o ou fazendo-o prisioneiro"[20]. Essa noção de guerra pode também ser entendida como Estado de Exceção. E esse horror à guerra e à mortandade desenfreada é comum a todos, amigos e inimigos.

Tais preocupações são diagnosticadas por Agamben:

"O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema política. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos."[21]

4. INDIFERENÇA JURÍDICA

O fato de Kant perceber a possibilidade de rivalização entre os cidadãos e o Estado/governo tirânico assentando, imediatamente, o dever dos primeiros de absterem-se de oporem resistência violenta às ordens – mesmo que ilegítimas - do segundo, não torna o Estado de Direito imune às incursões do âmbito do político em suas instituições, tampouco exclui a possibilidade de o Estado tratar seus cidadãos como se estivessem à margem da comunidade jurídica, como se fossem estrangeiros ou refugiados. E os cidadãos, uma vez postos á margem da esfera ordinária do direito pelo próprio Estado, ainda guardariam algum dever jurídico de respeito ao Estado?

O incômodo da questão revela-se no fato de que a suspensão da ordem jurídica pelo Estado, fora das hipóteses excepcionais reconhecidas pelo direito, traz consigo a possibilidade do totalitarismo, dos crimes estatais e do fim da paz interna.

Nesse contexto, desenha-se outra lacuna na teoria político-jurídica do Estado de Direito, figurada pelos seres humanos integrantes de uma comunidade jurídica que não são tratados nem como cidadãos (porque colocados à margem do direito) nem são reconhecidos como inimigos públicos por meio da declaração do Estado de Exceção.

É nesse âmbito de indistinção entre amigo-inimigo, criada por um Estado tirânico, que os valores mais caros ao Estado de Direito perdem sentido, instalando-se uma forma permanente de governar pelos mecanismos excepcionais do político.

O Estado figura formalmente como "de Direito", porque inexistentes os motivos jurídicos autorizadores da suspensão da ordem constitucional. Em termos práticos, porém, o Estado age à margem da lei violando seus deveres negativos[22] ou omitindo-se quanto aos seus deveres positivos[23]. Por sua vez, os cidadãos excluídos, ou não

tem garantida a reparação pela violência sofrida, como se o Estado com eles se relacionasse sem qualquer dever de reciprocidade ou de reparação.

Nesta situação impar em que o "Estado de Direito" vige formalmente, porque inexistem motivos à declaração da exceção legítima (autorizada pela Constituição), grupos de seres humanos são lançados a uma terceira condição político-jurídica: não são nem sujeitos de direito, nem amigos/inimigos.

Os "não-cidadãos não-inimigos" nem sempre são identificáveis (fato que por si só exige nossa atenção quanto a possibilidade de qualquer tornar-se objeto desta ações estatais ilegítimas), tampouco há um critério objetivo de violações estatais que indicam que alguém foi abandonado pelo Estado, circunstância que revela uma preocupação importante, qual seja saber em que hipóteses poderíamos reconhecer a desobediência às ordens estatais como fundadas nalgum direito constitucional, como criminalidade pura e simples, ou como uma oposição política (violenta).

Ao desaparecem as distinções clássicas entre o jurídico, a exceção e o político, apresentadas por Kant, Kelsen e Schmitt outros problemas contemporâneos surgem para desafiar a própria noção de "Estado de Direito", a exemplo do totalitarismo parcial, não-declarado denunciado por Agamben.

Restabelecer ou reformulas tais distinções (que se tentará desenvolver em trabalhos futuros), considerando as peculiaridades do direito e do político neste momento histórico mostra-se uma tarefa necessária, senão urgente, para realinhar o papel do Estado (de direito ou excepcional) nas sociedades ocidentais modernas.

5. CONCLUSÃO.

Problematizar o positivismo jurídico foi, juntamente, problematizar o liame entre o puramente jurídico e o puramente político. Ambos se mostraram ineficazes se aplicados isoladamente e tomados como verdade única. A racionalização humana não é tanta que pode solver todos os nossos problemas antes mesmo que eles apareçam, e mesmo que as mais perspicazes mentes se colocassem a imaginar os casos mais desafortunados, nem assim possuiríamos segurança sobre o que é possível acontecer.

O que fica claro ao observarmos as relações humanas, sociais e principalmente as relações de poder, é que o leque de possibilidades é tão amplo que não passaria de parvoíce tentarmos anteceder tais casos fortuitos. Sendo assim, teorizar as relações de poder e o lugar do direito positivado é também teorizar os casos excepcionais.

Longe de sustentar algo que nos empurre para um totalitarismo, devemos sustentar até nossos conceitos mais caros, como é o caso do apego a vida humana e da individualidade, sobre uma perspectiva de solução emergencial. Ao que tudo indica as teorias que para nós se apresentam são incapazes de gerir tais dificuldades, e antes de tudo, devemos então nos colocar a pensar para que soluções ponderadas e conscientes – mas nunca prepotentes – possam submergir de nossos problemas.

A situação do cidadão, e do homem como ser vivo não pode ser meramente um joguete nas mãos de teóricos e poderosos. Algo escrito toma proporções que talvez extrapolem o desejado, sendo que a condição humana não deve ser, de forma alguma, alçada para um campo onde seja executável, ou até mesmo para um campo de indiferença.

O problema que encontramos, que nos afronta diretamente e que mais rapidamente devemos solucionar é o problema da indiferença. O cidadão que não é tomado como inimigo pelo Estado, que supostamente se encontra dentro do contrato social, mas que, no entanto, não recebe os bônus do Estado, sendo coagido apenas com o ônus para com esse Estado. O cidadão indiferenciado não é um caso isolado, muito pelo contrário, a indiferença chegou a tal nível que não há volta se não resolvermos o caos que é o abandono do Estado. E resolvermos esse problema é, conjuntamente, resolvermos o problema das legitimidades do positivismo jurídico e do decisionismo político, para que se alcance uma fundamentação de escopo igualitário e sociável, não uma teoria meramente aceitável, com imensos problemas encobertos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** Editora Boitempo, 2004.

_____. **Homo sacer – o poder do soberano e a vida nua.** Editora UFMG, 2004.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias do poder em crise.** Editora UNB, 4ª Ed, 2005.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão, Lisboa/Portugal, Edições 70, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado, 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Trad. Tito Livio Cruz Romão, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

_____, Carl. **O conceito de Político**. Trad. Álvaro L. M. Valls, Petrópolis, Vozes, 1992.

_____, Carl. **Teologia Política.** Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

---

[1] KANT, Immanuel, *Metafísica dos Costumes*, pg. 75.

[2] KANT, Immanuel, *Metafísica dos Costumes*, pg. 76.

[3] Bobbio, apud Kant, p. 106.

[4] KANT, Immanuel, *Metafísica dos Costumes*, pg. 82.

[5] Kant, A paz perpétua e outros opúsculos, p. 85-6.

[6] Kant, A paz perpétua e outros opúsculos, p. 85-6.

[7]Kant, A paz perpétua e outros opúsculos, Pg.57.

[8]Kant, A paz perpétua e outros opúsculos, Pg.57.

[9] Kelsen, Teoria Pura, p. 78.

[10] KELSEN, p. 52-3.

[11]SCHMITT, Carl. *O conceito de político*. Pg. 52.

[12] SCHMITT, Carl. *O conceito de político*. Pg. 43.

[13] SCHMITT, Carl. *O conceito de político*. Pg. 52.

[14] SCHMITT, Carl, *Teologia Política*, pg. 7.

[15] Uma observação é necessária para não se confundir qualquer ação violenta contra o Estado como uma ação política. Se um grupo de revolucionários, desejosos do fim de um governo, empenham esforços para afetar o governo causando mortes ou outros atos agressivos, não se faz necessário que o Estado os posicione como inimigos. O Estado por ser o detentor da força legitimada pode reprimir essas atitudes como reprimiria um homicídio comum ou um ato de vandalismo qualquer (crimes comuns). Não são os revolucionários que indicam o Estado como inimigo, eles não tem capacidade para tanto. É o Estado que decide atuar sobre esses revolucionários como inimigos, tornando-os não-cidadãos. Nesse sentido, as figuras contemporâneas do denominado “direito penal de inimigo” transparecem uma confusão conceitual sobre a possibilidade

de o Estado declarar um cidadão inimigo, sem que, necessariamente, decrete o Estado de Exceção.

[16] SCHMITT, Carl. *O conceito de Político*. Pg. 52.

[17] SCHMITT, Carl. *O conceito de Político*. Pg. 55.

[18] Apesar dos riscos, o Estado de Exceção mostra-se como uma figura reconhecida pelo próprio direito constitucional, quando ritualiza as autorizações para suspensão do direito por meio do "estado de guerra", do "estado de sítio", do "estado de defesa", dos "decretos emergenciais", das "intervenções da União nos Estados e Municípios" e das "medidas provisórias".

[19] SCHMITT, Legalidade e Legitimidade, p. 4.

[20] BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise. Pg. 98.*

[21] AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer – o poder soberano e a vida nua*,, p. 13.

[22] No exemplo brasileiro, a Constituição vigente consagrou os direitos e garantias fundamentais no art. 5º. Esse dispositivo impõe deveres negativos ao Estado de abster-se de invadir o âmbito das decisões privadas dos cidadãos, exceto em situações muito especiais autorizadas em lei.

[23] Vários desses deveres encontram-se enumerados no art. 6º da Constituição brasileira, que exigem a concretização de alguns direitos sociais para uma existência minimamente digna para todas as pessoas.

POSITIVISMO, TÓPICA E O DIREITO CIVIL: POR UMA NOVA INTERPRETAÇÃO*

POSITIVISM, TOPICS AND CIVIL LAW: LOOKING FOR A NEW INTERPRETATION

Michel Carlos Rocha Santos

RESUMO

Este artigo analisa a obra "Tópica e jurisprudência" de Theodor Viehweg, com o amparo de Manuel Atienza, no seu "As razões do direito", pretendendo discutir uma nova possibilidade interpretativa para o Direito Civil, ampliando-o. A análise inicia-se traçando contrapontos ao positivismo jurídico e ao dogma da subsunção (interpretação lógico-dedutiva) evidenciando a insuficiência deste método, passando pela identificação das principais características da tópica, como método de construção do raciocínio jurídico e ferramenta para a interpretação do direito. A tópica desenvolvida por Viehweg se baseia nas obras de Aristóteles e Cícero e, pode ser sintetizada, a partir da apresentação do caso concreto, chamado por ele de "pensamento problemático", em que o problema é compreendido como caso de difícil solução e que não apresenta uma única resposta. Neste contexto, foram realizadas interseções com a interpretação comumente utilizada no Direito Civil, abordando as cláusulas abertas, os sistemas e microssistemas do Direito Civil, bem como a importância dos princípios jurídicos na fundamentação neste ramo do direito.

PALAVRAS-CHAVES: POSITIVISMO JURÍDICO – TÓPICA – INTERPRETAÇÃO – DIREITO CIVIL.

ABSTRACT

This article reviews the work "Topics and Law" (Topik und Jurisprudenz) of Theodor Viehweg, assisted by Manuel Atienza, in his "The reasons of the law", and intends to discuss a new possibility for interpreting the civil law, extending it. The analysis begins opposing the legal positivism and the dogma of subsumption (logical-deductive interpretation) showing the inadequacy of this method. The next step is the identification of the main features of topical including the construction method of legal reasoning and a tool for the interpretation of the law. The topic developed by Viehweg is based on the works of Aristotle and Cicero, and can be synthesized from the presentation of the case, he called the "thought problem", where the problem is understood as a case of difficult solution and that doesn't have a single answer. In this context, there are overlaps with the interpretation commonly used in civil law, approaching the open clause, the systems and micro-systems of civil law, and the importance of the legal principles in the reasons of this law area.

KEYWORDS: LAW POSITIVISM – TOPICS – INTERPRETATION – CIVIL LAW

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A insuficiência do positivismo jurídico e a inadequabilidade recorrente da interpretação lógico dedutiva são as premissas que norteiam o presente trabalho. A sociedade evolui muito rapidamente, e há uma constante modificação das relações jurídicas. Nem sempre a legislação estatal positivada consegue dar respostas às novas questões que se colocam. Buscando-se novas alternativas para a interpretação, verificar-se-á a tópica, considerada a partir das reflexões de Theodor Viehweg.

A obra de Viehweg está inserida no conjunto denominado de "teorias da argumentação jurídica", compreendendo diversas teses desenvolvidas por uma gama variada de autores juristas e/ou filósofos, cujas obras foram publicadas a partir da metade do século XX[1], que trazem como ponto em comum a rejeição ao método lógico formal como meio de análise dos raciocínios jurídicos, método este de interpretação característico do positivismo jurídico.

Nesse sentido, pretende-se analisar o estudo desenvolvido por Theodor Viehweg, na sua obra "Tópica e jurisprudência", com a valiosa contribuição de Manuel Atienza, no seu "As razões do direito", procurando relacioná-lo com as perspectivas interpretativas do Direito Civil.

Desde já fica claro que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o estudo das idéias desenvolvidas pelo citado autor, que se mostram complexas em alguns pontos e repleta de detalhes. Muito menos se pretende dissecar por completo os temas e fundamentos relacionados ao positivismo jurídico. Dessa forma, pretende-se indicar as características mais importantes para a compreensão do positivismo jurídico e da tópica, sempre as adequando na interpretação comumente utilizada pelo Direito Civil.

2. DESENVOLVIMENTO

O desenvolvimento deste trabalho consiste na verificação das características do positivismo jurídico, dando-se enfoque ao método de interpretação que o acompanha. Em seguida, serão expostas as notas marcantes da obra de Theodor Viehweg, e paralelamente serão apontados os pontos de interseção com o Direito Civil Brasileiro, para ao final ser apresentada conclusão acerca da aplicação do modo de pensar tópico a este ramo do direito.

2.1 Positivismo jurídico: noções basilares e interpretação

Quando se fala em positivismo jurídico, logo vem à mente a idéia de formalismo, literalidade, ausência de interpretação, subsunção. O positivismo jurídico há muito vem sendo contestado como teoria filosófica e como meio de interpretação do direito. Suas diretrizes estão relacionadas ao positivo sociológico de Augusto Conte, e sua referência singular é a obra de Hans Kelsen. A verdade é que o positivismo jurídico abriu as portas para o desenvolvimento de outras formas de interpretação e compreensão do fenômeno jurídico, levando inúmeros pesquisadores e filósofos ao seu enfrentamento, sempre na busca de maneiras alternativas e mais adequadas ao modo de se enxergar e analisar o direito.

É importante ter em mente que o momento histórico dos séculos XVIII e XIX é marcado pela afirmação do paradigma do Estado Liberal, de ideologia burguesa e que serviu de instrumento para contraposição ao *ancien régime*, ou seja, ao Estado Absolutista, onde reinavam os desmandos do Estado e a insegurança jurídica. A grande questão impulsionadora para instauração do Estado Liberal foi a necessidade de se instituir leis gerais e abstratas, que dessem tratamento igualitário (mesmo que formalmente) a todas as pessoas e que promovessem a segurança nas relações jurídicas.

Historicamente, é possível precisar que o positivismo jurídico é fruto da explosão legislativa que se verificou principalmente a partir das grandes codificações do século XIX, que tem como principal representante o Código Civil Francês de 1804. O *Códex* Francês trouxe consigo, o desenvolvimento da denominada Escola da Exegese, caracterizada pela afirmação de que o trabalho do intérprete se limita à compreensão e elucidação dos textos legislativos, sem que se dê importância à criação ou integração da norma jurídica.

Quem promove tal análise é BOBBIO (1995), em trabalho dedicado exclusivamente ao positivismo jurídico. O jurista e filósofo italiano esclarece que o positivismo "é o direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como lei" (BOBBIO, 1995, p. 119). O positivismo jurídico foi relacionado ao primado da lei, entendida como direito inequívoco e completo, capaz de dar soluções a todas as questões e dilemas da sociedade. Assim, a legislação estatal, representada principalmente pelos Códigos, constituir-se-ia num sistema fechado, suficiente e claro, sendo totalmente desnecessário e temerário qualquer trabalho de interpretação mais amplo dos preceitos normativos.[2]

O impulso legislativo torna a lei fonte exclusiva e privilegiada do direito, sendo esta a representação racional e sistemática da experiência jurídica. A melhor representação de sistema foi exprimida com o fenômeno da Codificação, mas como adverte BOBBIO (1995), mesmo nos países que não se utilizaram da codificação, como foi o caso da Alemanha e Inglaterra, ocorreu o fenômeno da supremacia da lei sobre as demais fontes de direito. O direito, representado pela norma posta pelo Estado, segundo o devido processo legislativo de sua criação, era a representação ideal do "jurídico". Pensava-se: nada mais adequado e perfeito do que uma norma jurídica escrita, com conteúdo predeterminado e claro, a qual deveria ser apenas aplicada ao caso concreto.

Ainda com base na lição de Norberto Bobbio, pode-se afirmar que o positivismo jurídico tem como fundamento a visualização do direito como um fato, não como algo valorativo. Parte-se da premissa de que o direito é um apanhado de fatos, situações sociais, devendo o jurista analisá-lo da mesma forma que o cientista se debruça sobre a realidade natural. Direito não é valor ou emoção, é apenas fato social (BOBBIO, 1995).

Com relação à interpretação, vigora perante o positivismo jurídico o método da subsunção, que pode ser chamada também de interpretação mecanicista. A atividade interpretativa não cria o direito, apenas declara aquilo que já vem consubstanciado na legislação positivada.[3] Percebe-se como é fácil o trabalho do intérprete perante o positivismo jurídico, uma vez que a resposta para todos os problemas, dilemas e conflitos da sociedade já estariam previamente discriminados na legislação. Assim, basta aplicar a lei ao fato e, através deste trabalho lógico dedutivo se tem a manifestação do direito a ser aplicado. Assim, está findo o trabalho do intérprete.[4]

Hans Kelsen, um dos principais representantes do positivismo jurídico, formula a sua "Teoria pura do direito", aduzindo que o direito é entendido como fenômeno puro, isento de qualquer experiência externa a ele próprio. Considera a existência de dois mundos: o do ser e o do dever-ser. O ser seria o mundo da natureza e o dever-ser o mundo das normas. Parece ser evidente a intenção de Kelsen, em traduzir o direito em ciência, com preceitos e enunciados próprios e independentes. Nesse sentido é que a teoria pura do direito estabelece uma análise estrutural do seu objeto (o direito), sem que se sobreponha à esta, a análise de questões relacionados à justiça, sociologia, antropologia e fenômenos culturais e sociais. Para se compreender o direito, basta olhar para ele próprio.

A tarefa do jurista consiste em analisar a norma jurídica positivada ou legislada, que é a manifestação por excelência do direito e, então com base apenas na norma, ou no ordenamento em que ela está inserida, extrair a solução para as questões fáticas que reclamam uma resposta, o que geralmente é feito pelos órgãos judiciários. Esta análise é o resultado do trabalho do jurista. Conforme dito antes, este trabalho de interpretação é totalmente isento de questões valorativas ou relacionadas à justiça. Vale o que está indicado no ordenamento e somente isso. Por isso, a teoria de Hans Kelsen é denominada "Teoria Pura do Direito".[5]

Para construir a sua teoria, Kelsen lança mão do critério de validade, segundo o qual o ordenamento é um conjunto escalonado de normas jurídicas, em que a norma inferior retira seu fundamento de validade da norma hierarquicamente superior e assim sucessivamente. Para colocar um fim, um ponto final nesta estrutura escalonada, Kelsen utiliza a alegoria da "norma fundamental", norma esta que não é positivada, mas pensada, pressuposta, e que serve de fundamento para o ordenamento.

Dessa forma, se a norma jurídica foi criada segundo o devido processo de produção, que estará indicado na norma hierarquicamente superior, segundo a sistemática do escalonamento, tem-se como válido este processo de criação e não se questiona sobre o conteúdo da norma criada. [6]

É claro que uma análise aprofundada do positivismo demanda várias páginas de estudo e análise, mas para fins deste trabalho entende-se que estão suficientemente indicadas suas principais características, necessárias ao que se pretende abordar: a questão da interpretação mecanicista e a compreensão do direito como fenômeno alheio ao critério de justiça.

E são por essas razões que o positivismo jurídico merece ser contestado, pois o primado da lei e da interpretação lógico-dedutiva revelou que a norma positivada nem sempre é capaz de contemplar todas as situações da vida, nem sempre conseguindo acompanhar as evoluções e revoluções havidas no meio social.

É de se salientar que a sociedade passa por constantes modificações e a todo o momento a dogmática se depara com novas questões e dilemas a serem apreciados e garantidos pelo direito. A sociedade não é estanque, ela evolui e o direito simples e puramente positivado nem sempre consegue dar uma resposta satisfatória. O dogma da completude do ordenamento jurídico se perdeu a partir do momento que a sociedade passou a evoluir em maior velocidade do que a própria legislação positivada.

Conforme dito, o foco deste trabalho é o Direito Civil com suas novas vertentes interpretativas. O Direito Civil viveu, ou ainda vive, sob os auspiciosos ares da Codificação, que é sem dúvida uma representação do fenômeno legislativo e também do positivismo. O dogma da completude do Código não mais se sustenta, porque sempre existiram comportamentos não regulados pelo direito positivado. É preciso recorrer a outros mecanismos, especialmente de interpretação, para que o direito seja compreendido sempre como sistema aberto, e que sofre influência de fenômenos externos.

Nessa ordem de idéias se realiza a análise da obra de Theodor Viehweg, jurista alemão que retomou a tradição da tópica como instrumento de interpretação do fenômeno jurídico, na tentativa de levar suas reflexões ao campo do Direito Civil.

2.2 Theodor Viehweg e a Tópica: características e análise

A obra de Viehweg, "Tópica e Jurisprudência" teve sua primeira edição publicada em 1953 na Alemanha, e tem como ponto central a retomada dos estudos do modo de pensar tópico.

Viehweg (2008) faz um apanhado histórico e analítico da obra de Aristóteles e Cícero para reinventar a noção da tópica. Em Aristóteles, se utiliza da "Tópica", uma das seis obras reunidas no *Organon*, que se ocupa da arte grega da disputa, campo de atuação dos sofistas e retóricos. Há uma análise em torno da arte da discussão (disputa), que Aristóteles tenta converter em prática filosófica. Assim é que Aristóteles trabalha com o que é apodítico e o que é dialético, pertencendo a tópica a este último. A tópica, na obra de Aristóteles, tem por objeto conclusões construídas a partir de premissas que parecem ser verdadeiras com base em uma opinião respeitável.

Segundo Viehweg (2008), na obra de Aristóteles a tópica está relacionada com a idéia de *topoi*, caracterizado como pontos de vista que podem ser utilizados em diversos sentidos e lugares, dotados de universalidade e aplicados contra ou a favor ao que é opinável, e que podem levar à verdade.

Também é aproveitada pelo citado autor a "Tópica" de Cícero, que toma como base a idéia desenvolvida por Aristóteles, mas tentando esboçar um sentido prático à tópica. Para Cícero, a tópica é uma prática da argumentação que se baseia num catálogo de *topoi*.

Cícero tenta formular e aplicar um inventário de tópicos (pontos de vista, argumentos) passíveis de utilização no raciocínio jurídico. A tópica sugere a invenção de argumentos, e para Cícero, um argumento é uma razão que serve como convencimento de alguém. Os argumentos estão contidos nos *topoi*, que são sedes ou depósitos de argumentos. A tópica, como método de interpretação, é a arte de encontrar esses argumentos.

Atienza (2006) nos informa que a tópica volta a ser utilizada no pós-guerra em diversas disciplinas, e não apenas no Direito, e que a sua idéia central, como método de análise do raciocínio jurídico, é se contrapor à lógica. A lógica aqui deve ser entendida como método de explicação do raciocínio, que voltado para o direito, desenvolve e justifica o

que podemos chamar de compreensão ou interpretação mecanicista ou por subsunção do direito.

Viehweg (2008) defende que a tópica é uma técnica do pensamento que está dirigida ao problema, que examina uma coisa sob diversos ângulos. A tópica não trabalha com verdades absolutas, mas com possíveis soluções. [7]

A partir dessa caracterização da tópica, Viehweg sustenta que a jurisprudência da Roma Antiga e da Idade Média foi essencialmente tópica. Para ele, o jurista romano se colocava diante do problema, e a partir dele buscava argumentos para a sua solução, não pretendendo a construção de um sistema cheio de conceitos (ATIENZA, 2006).

Afirma que o *ius civile* era constituído por coleções de regras, de tópicos, que eram aceitos por pessoas notáveis e estudiosas. E na Idade Média, o modelo de interpretação seguia a busca de argumentos possíveis de solucionar um problema. Não existia preocupação em se configurar um sistema, mas sim em dar respostas aos casos (problemas).

A partir da idade moderna, a cultura ocidental abandonou a tópica, substituindo-a pelo método axiomático dedutivo. Isso nos parece ser fruto do desenvolvimento do Estado Moderno e posteriormente do Estado Liberal, aliado à necessidade da classe burguesa em legitimar um ordenamento jurídico escrito e sistematizado, o que veio a culminar em fins do século XVIII nas grandes codificações.

Com a efervescência das leis, e posteriormente com o primado do positivismo, estabelece-se o método lógico dedutivo, onde a interpretação consiste em partir de uma série de princípios e axiomas que devem ter as propriedades de plenitude, compatibilidade e independência, mas que não se aplica no campo da jurisprudência.

Para fins deste trabalho, o termo jurisprudência, citado diversas vezes na obra de Viehweg, deve ser compreendido como “ciência jurídica”, com seus preceitos dogmáticos, conceituais e sistemáticos. Viehweg defende que a jurisprudência, a ciência do direito, não pode ser sistematizada. Para ele, implementar na técnica jurídica um caráter científico é equivocado, porque seria necessário axiomatizar o direito e estabelecer a proibição da interpretação das normas e uma intervenção contínua do legislador.

A solução seria manter o caráter tópico do Direito, e entendê-lo como uma forma de busca do justo. A jurisprudência é uma técnica que opera topicamente dentro do sistema jurídico (ATIENZA, 2006).

Na obra de Viehweg, os *topoi*, depósitos de argumentos, podem originar raciocínios dedutivos ou meramente lógicos. Ou seja, Viehweg não rejeita a interpretação lógico-formal e considera importante ter a variedade de argumentos, dada a possibilidade de amplamente defender este ou aquele, tudo com o objetivo de convencer alguém que, no campo do Direito, pelo menos em termos de processo judicial, é o juiz.

O modo de pensar tópico se contrapõe, no campo da aplicação do direito, ao modo de pensar lógico-dedutivo, que tem raízes no cartesianismo e nas ciências matemáticas, por considerar que este método se mostra insuficiente em determinados casos. Parece clara

a intenção de Viehweg em chamar atenção para a insuficiência legislativa, e para a racionalidade limitada do legislador, que não consegue prever e criar leis para todas as situações do cotidiano.

De acordo com Atienza (2006), a tópica se caracteriza como uma técnica do pensamento problemático, em que se torna central o *topos* ou lugar-comum, se constituindo como atividade de busca e exame de premissas. A ênfase não está na conclusão, mas nas premissas, que são construídas a partir dos argumentos existentes nos *topoi.*

Para Tércio Sampaio:

"Quando se fala, hoje, em tópica, pensa-se como já dissemos, numa técnica de pensamentos que se orientam para problemas. Trata-se de um estilo de pensar e não, propriamente, de um método.

(...)

Ao contrário, é um modo de pensar, problemático, que nos permite abordar problemas, deles partir e neles culminar. Assim, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados com caráter problemático visto que jamais perdem sua qualidade de tentativa". (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 304).

O repertório ou catálogo de *topoi* não é limitado, mas sim, elástico, provisório e infinito. Os tópicos são possibilidades de orientação e fios condutores do pensamento, da argumentação. Para algo ser caracterizado como tópico, deve se mostrar razoável, plausível, juridicamente ou não, já que na perspectiva de Viehweg, as ciências sociais podem oferecer diversos tópicos ao Direito. E principalmente, não existe hierarquia entre os tópicos, que já se mostram diluídos no sistema aberto que é, ou pelo menos deve tentar ser, o direito.

Para Viehweg, o direito deve ser compreendido como um sistema aberto. Alguns institutos e categorias (preceitos) usados nos processos jurídicos precisam permanecer ambíguos, passíveis de interpretações mais amplas, para assim ser permitida a acolhida de novas idéias.

As palavras se transformam para receber o conteúdo que a comunidade lhes confere. Não faz sentido estabelecer, previamente, o sentido das palavras, antes que se esteja diante do caso a ser solucionado e que receberá a aplicação das normas jurídicas.

Transportando tal pensamento para o Direito Civil, pode-se visualizar a idéia de sistema aberto quando examinamos os artigos 421 e 422 do Código Civil[8], quando trazem em seu texto os chamados "conceitos jurídicos indeterminados", como função social, boa-fé e probidade, que podem ser amplamente conceituados pela doutrina, mas que ganharão sentido e eficácia quando aplicados aos casos (problemas).

Os conceitos indeterminados ficam estanques no texto codificado, e irão assumir diversos significados conforme a atuação das partes no ato de argumentar. O juiz ao analisar o caso e aplicar o direito, irá dizer se o conteúdo antes lacunoso ou impreciso se preencheu ou precisou, e assim decidirá pela aplicação ou não da norma ao caso. O

trabalho das partes envolvidas, diante da discussão acerca das cláusulas gerais, consiste em municiar o magistrado com a valoração de conceitos, princípios e preceitos eqüitativos.

Viehweg entende problema como um caso de difícil solução, uma questão que permite a apresentação de mais de uma resposta, sendo necessário buscar apenas uma como solução, desde que seja a mais plausível ou razoável para o problema.

Para Atienza (2006) o modo de pensar por problemas de Viehweg se aproxima da noção de casos difíceis, encontrada, por exemplo, em Ronald Dworkin. Viehweg defende que um problema é toda questão que oferece mais de uma resposta, e se faz necessário buscar uma única resposta como solução. Contudo, Dworkin (2002) defende a necessidade de uma única resposta certa (*right answer*), o que segundo ele garante "integridade" ao sistema. Viehweg prefere trabalhar com o conceito de decisão razoável, plausível, ao invés de se inclinar pela decisão certa.

A teoria de Theodor Viehweg reforça que a ênfase da interpretação jurídica deve ser dada ao problema e não ao sistema[9]. Se a ênfase da interpretação é dada ao sistema jurídico, este sistema realiza uma seleção de problemas, e os que ficam de fora dele, simplesmente, ficam sem ser resolvidos ou sem qualquer atenção por parte do Direito.

Se a ênfase é dada ao problema, o caminho é buscar o sistema, ou vários tipos de sistemas, que possam oferecer a solução para o problema. O problema a ser solucionado vai gerar uma seleção de sistemas.

Dentro das discussões presentes no Direito Civil, pode-se citar, por exemplo, a união homoafetiva, a adoção de crianças por casais homossexuais, a questão dos embriões excedentários, os testes com células-tronco, e até mesmo o problema dos entes despersonalizados, debate tão antigo e ainda sem contornos bem delineados. Se nesses casos, a ênfase for dada ao sistema, esses problemas simplesmente não são selecionados, e ficam sem solução.

Mas se ao contrário, procura-se fixar primeiro o problema, a busca da solução partirá para o sistema, ou sistemas de Direito Civil, contando também com seus princípios, e então uma solução terá que ser encontrada, fruto que será da ampla argumentação e confronto de tópicos.

Surge então, a questão relacionada ao controle a ser exercido no confronto entre os tópicos, para que se chegue à almejada solução plausível. Viehweg (2008) esclarece que o debate é a instância de controle, na perspectiva do discurso dialético[10].

Parece ser possível relacionar o termo debate, com o termo processo (pensando no âmbito judicial de solução de conflitos), em que o controle da decisão será garantido com a observância do contraditório e da ampla defesa, ou seja, com o pleno exercício da dialeticidade pelas partes, considerando a possibilidade de chances iguais de proposição e contraposição de premissas, para o surgimento de tópicos.

A idéia de vários sistemas permeia o Direito Civil, quando se faz referência aos chamados microssistemas, como o do consumidor, idoso e adolescente, que são reflexo da grande produção legislativa ocorrida após promulgação do Código Civil de 1916.

Esses diversos sistemas, ou microssistemas, apresentam para o intérprete diversas fontes interpretativas, já que dotados de princípios próprios e especiais.

Pode-se dizer que o Direito Civil trabalha atualmente com diversos problemas a serem solucionados, a partir da aplicação deste ou daquele sistema. A teoria de Viehweg não defende que deve existir hierarquia entre os tópicos, e tão pouco entre os sistemas. O problema a ser resolvido, naturalmente, a partir do trabalho de argumentação e interpretação, irá selecionar os sistemas que serão capazes de apresentar as respostas mais razoáveis e plausíveis. E esta seleção de sistemas será fruto do trabalho das partes envolvidas e do convencimento produzido na figura do juiz.

A princípio, pode pairar alguma dúvida sobre como se realizará a seleção de sistemas, em que o intérprete procurará alguma fórmula que ofereça a resposta correta. Valiosa nesse contexto a lição de Pietro Perlingieri:

"A questão não reside na disposição topográfica (código, leis especiais), mas na correta individuação dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código, e por outro lado, sem desatenção às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas". (PERLINGIERI, 2007, p. 6)

Equivale dizer que o intérprete deverá em primeiro lugar precisar o problema, qualificá-lo, como defende Viehweg, para só então procurar, nos diversos sistemas existentes, a solução mais plausível e razoável, sempre a partir do confronto dos tópicos (argumentos), sem a necessidade de se privilegiar este ou aquele sistema.

Dessa forma, o sistema de normas jurídicas será sempre renovado pela interpretação, porque mantido de forma aberta, a possibilitar novas construções sobre entendimentos e soluções a serem aplicadas aos problemas.

Ao analisar a obra de Viehweg, Atienza (2006) estabelece diversas críticas, que podem ser assim resumidas: (i) as noções básicas da tópica são imprecisas e equívocas; (ii) a noção de problema é vaga, e deveria ser melhor esclarecida, já que toda a teoria gira em torno desse fator; (iii) o conceito de topos é equívoco, podendo ser entendido como argumento, enunciado, conteúdo, ou forma argumentativa, noções de direito, adágios, princípios, etc; (iv) a teoria de Viehweg menciona que o Direito deve ser preocupar com a busca do justo, apresentando proposições vazias sobre justiça, sem estabelecer efetivamente um método de controle.

O citado autor também menciona que a tópica de Viehweg não pode ser compreendida como uma teoria da argumentação jurídica e que o seu mérito foi ter descoberto um campo para sua investigação (ATIENZA, 2006).

As críticas devem ser vistas com cuidado, já que não nos parece que Viehweg teve a pretensão de criar uma teoria da argumentação. Parece ser mais factível acreditar que Viehweg procurou apresentar uma alternativa ao positivismo jurídico, e seu rigor tecnicista, inserindo a argumentação, a partir da construção e procura de tópicos, como ferramenta para a solução dos problemas.

De acordo com Bittar; Almeida:

“Viehweg não é um contestador do positivismo jurídico, mas oferece uma alternativa ao perigo de seu tecnicismo cego. Em sua obra central *Tópica e jurisprudência*, Viehweg não cria nenhum novo conceito, mas faz um preciso e sintético estudo analítico-histórico da tópica de Aristóteles, a civilística contemporânea. Graças a esse estudo, Viehweg reintroduz a argumentação como ferramenta do Direito para a busca da decisão.

(...)

O que se faz imprescindível esclarecer é que Viehweg não tinha a intenção de criar um novo conceito; seu interesse era iluminar e chamar a atenção para um campo do saber que estava sendo negligenciado pelo Direito. Dessa perspectiva, sua obra foi e continua sendo um marco da Filosofia do Direito do século XX.” (BITTAR; ALMEIDA, 2007, p.427/428)

Viehweg procurou alertar que o direito lida essencialmente com problemas a serem solucionados, e que estes, muitas vezes, não são passiveis de solução apenas com a subsunção da norma ao fato. Não basta simplesmente utilizar a aplicação fria da lei. É preciso interpretar e questionar os conteúdos legislativos, porque estes nem sempre conseguirão estar sintonizados com as mudanças da sociedade, e dar a resposta mais adequada ao problema.

A lógica formal pode ser útil à interpretação jurídica, mas será insuficiente para os casos mais difíceis, quando o intérprete poderá utilizar o método tópico para buscar, a partir do problema e de sua contextualização, a solução mais adequada, razoável ou plausível, sempre na perspectiva da busca pelo justo.

2.3 O pensamento tópico e o Direito Civil

O Direito Civil passa por uma crise[11] nos seus institutos, reflexo das transformações nos seus princípios, valores, aspectos materiais e formais. De acordo com AMARAL (2006), a crise de paradigmas decorre da inadequabilidade dos institutos jurídicos construídos no século XIX, para a solução de problemas da sociedade atual.

Dando enfoque ao Direito Civil, não se vislumbra, atualmente, a prevalência absoluta do Código Civil, como ocorreu a partir do século XIX, principalmente a partir da instituição do Código Civil Francês. Fruto do pensamento e ideologia liberal, o Código Civil Napoleônico surge como monumento legislativo, um sistema completo e coerente, capaz de prever solução para todas as questões da vida privada das pessoas, dando ao mesmo tempo a segurança jurídica tão almejada pela sociedade burguesa.

O Código na verdade foi concebido como uma arma contra os desmandos ocorridos no *ancien régime*, e representou uma separação entre a sociedade civil e o Estado. Este, agora, devia se submeter ao regramento existente no Código e os cidadãos, ao contrário do que ocorria antes, passam a ter acesso a este conteúdo legislativo, visualizando de antemão os limites da atuação estatal na esfera privada. É a era da igualdade formal, com acesso de todos à lei, que não faz qualquer distinção no momento de ser aplicada.

A evolução da sociedade, principalmente com a Revolução Industrial e o franco desenvolvimento econômico provocou profundas modificações nas sociedades, que viram aparecer novas formas de contratação, novos tipos de sociedade familiar, relações obrigacionais as mais diversas, evolução dos tipos societários empresariais, problemas na construção da teoria dos atos ilícitos e responsabilidade civil, e com tudo isso, gradativamente, o Código vai se tornando insuficiente na regulamentação desses novos institutos e situações.

A ampla produção legislativa ocorrida a partir do surgimento do Código, como reflexo das modificações da sociedade contemporânea, indica que o Direito Civil atual não se funda em uma só lei codificada, existindo legislação para diversos setores sociais e econômicos. Atualmente temos leis especiais para os idosos (Lei 10.741/03), criança e adolescente (Lei 8.069/90), consumidor (Lei 8.078/90), Locação (Lei 8.245/91), Registro Públicos (Lei 6.015/73), entre outros.

Para Lorenzetti (1998), o Código vive em companhia de microssistemas e subsistemas jurídicos, anotando ainda que o Código perdeu a sua centralidade, e esta se desloca progressivamente para o que ele denomina "constitucionalização do Direito Civil".

Neste trabalho não existe a pretensão de enfrentar o problema do assunto relacionado a constitucionalização do Direito Civil, que para alguns significa interpretar o Direito Civil conforme a Constituição (aliás, o que sempre ocorreu, não havendo nenhuma novidade nesse aspecto); e para outros, que a Constituição passa a tratar, em seu corpo, assuntos e institutos típicos do Direito Civil. Tão pouco se pretende verificar se o Código Civil, promulgado no ano de 2002, está ou não no centro do sistema de Direito Civil.

Este trabalho destaca os estudos de Theodor Viehweg, que podem contribuir para a necessária atualização do modo de interpretar no Direito Civil, em meio à grande expansão legislativa e à promulgação ("reedição") de um Código no ano de 2002. O método de busca de tópicos, como forma de construção da argumentação e busca da solução justa (plausível, razoável) ao problema, encontra abrigo e relação com os desafios palpitantes enfrentados pelo Direito Civil contemporâneo.

Conforme já citado neste trabalho, diversas questões (problemas) não são passíveis de solução apenas com o recurso de aplicação lógico-dedutiva dos preceitos do Código Civil, podendo ou de algum microssistema. Constata-se atualmente insuficiência legislativa em vários setores da sociedade ou mesmo regulamentação deficiente ou retrograda sobre determinados assuntos, razão pela qual é preciso construir uma nova forma de argumentação, em especial, com o auxílio de princípios, como se estes fossem os *topois* mencionados na teoria de Viehweg.

Não se trata de reformular os códigos e as leis, mas sim de promover uma interpretação mais adequada e consentânea com o pluralismo, corolário lógico da democracia, e com os princípios preconizados pela Constituição da República de 1988.

Gallupo (1999) elucida que os princípios são verdadeiros conteúdos normativos, e devem ser aplicados nos limites e no contexto das circunstâncias fáticas, sem que sejam determinados por estas circunstâncias. Ou seja, os princípios, como topoi (argumentos)

devem se direcionar para o problema (circunstância fática), mostrando, no momento da aplicação e solução do caso, a sua adequabilidade.

Os tópicos mencionados por Theodor Viehweg são frutos do debate dialético das partes, a partir da compreensão dos textos normativos. A tópica serve essencialmente como método de procura de argumentos para a solução de casos difíceis. Os catálogos de *topoi* podem ser constituídos por textos legislativos, e principalmente, por princípios, já que estes, pela sua elasticidade e conteúdo aberto se adequam melhor à noção de tópicos.

Os princípios, em especial os do Direito Civil, dotados que são de conteúdo normativo, ou seja, são verdadeiras normas jurídicas, atuam como tópicos para a solução dos casos difíceis, ou casos que apresentam mais de uma solução. E ao contrário do direito positivado em leis, os princípios não possuem hierarquia entre si, assim como os tópicos.

Diante da insuficiência da interpretação lógico-dedutiva, no Código e também no corpo legislativo dos microssistemas, abre-se caminho para a construção da argumentação a partir da busca de tópicos nos sistemas jurídicos e seus respectivos princípios. Contextualizando o problema e partindo dele, é possível construir uma decisão que seja fruto da atuação das partes envolvidas e, que conte com a legitimidade de ter sido construída dentro do sistema, ou sistemas jurídicos incidentes, mas sempre com ênfase no problema.

Assim é que a obra de Viehweg, negando o tipo de raciocínio lógico seqüencial, tão característico da Codificação, em especial, na interpretação do Direito Civil dos séculos XIX ao XX, apresenta método de raciocínio que busca enfoque no problema a ser solucionado pelo aplicador. Priorizando o problema, é possível através do debate dialético das partes selecionar o sistema ou sistemas que podem oferecer respostas a este problema, sempre pela busca da decisão razoável e justa.

A teoria de Viehweg se mostra muito atual, em especial no Direito Civil, e abriu caminho para diversos campos de investigação no direito. Parece ser adequado afirmar que a tópica, como forma de problematização do pensamento jurídico, serve como método, ainda que incompleto, para a busca de soluções aos grandes problemas enfrentados pelo Direito Civil. Tal realidade se mostra mais adequada às grandes questões vivenciadas pelo Direito Civil, e evita que o intérprete se apegue ao tecnicismo cego do positivismo jurídico.

3. Considerações finais

À guisa de conclusão, sinteticamente pode-se dizer que o positivismo jurídico teve sua razão de ser e importância dentro do contexto histórico em que surgiu, mas que atualmente não á capaz de oferecer resposta a todos os problemas enfrentados, em especial no Direito Civil. A obra de Theodor Viehweg trabalha com a reconstrução da tópica de Aristóteles e Cícero, procurando evidenciar o caráter problemático do direito, e que as soluções e alternativas jurídicas devem focar sempre o problema que se pretende resolver, e não o sistema ou sistemas que podem ser utilizados.

Apesar das críticas que são feitas à obra de Viehweg, consubstanciadas na falta de rigor metodológico e na falta de precisão dos conceitos, não se pode negar a importância e a atualidade do debate por ele desenvolvido. O direito possui em si o caráter aporético, e não resta dúvida que as soluções interpretativas cunhadas pelo positivismo jurídico são insuficientes para satisfazer aos dilemas e problemas atuais.

O que Viehweg procurou evidenciar foi a insuficiência do método lógico-sistemático para a interpretação e construção dos raciocínios jurídicos, principalmente diante dos chamados casos difíceis, ou casos que apresentam mais de uma solução. A tópica preconiza o modo de pensar que leve em consideração o problema a ser solucionado, objetivando a busca da decisão mais justa, razoável e plausível.

Parece ser muito adequada a interseção da teoria desenvolvida por Viehweg com o Direito Civil, que passa atualmente por mudanças de paradigmas, e enfrenta constantemente novos desafios e problemas que muitas das vezes não são passíveis de solução com o simples recurso da interpretação literal ou lógico-dedutiva aos conteúdos do Código Civil e dos microssistemas.

Mostra-se clara a intenção de Viehweg em compreender o direito como um sistema aberto, em que o conteúdo dos institutos e preceitos dogmáticos são passíveis de modificação e atualização segundo o trabalho de interpretação. Assim, a sugestão de Viehweg encontra abrigo na tendência de construção de cláusulas gerais abertas no Direito Civil, e também com a tendência acertada de utilização dos princípios como fonte normativa, justamente por possuírem o caráter tópico e elástico, ao contrário do que ocorre com a lei positiva, pretensamente completa e coerente, mas que tem se mostrado inúmeras vezes insuficiente para abranger e regulamentar todos os dilemas da sociedade e do direito civil.

O modo de pensar tópico pode ser importante arma para o enfrentamento dos novos desafios do Direito Civil, sempre com o objetivo de encontrar não simplesmente a solução legal (legislativa) para os problemas, mas também a solução mais justa e adequada.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica.** 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. ; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2. ed. 15. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

FIÚZA, César. **Direito civil: curso completo.** 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação.** Revista de Informação Legislativa, n. 143 jul/set. 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito** (versão condensada pelo próprio autor). 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica.** São Paulo: Landy Editora, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos.** 5. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

[1] Nesse sentido, por exemplo: Chaim Perelman e o seu "Nova retórica: tratado da argumentação; Stephen Toulmin com "The uses of argument; Neil Maccormick com "Legal reasoning and legal theory; e Robert Alexy com "Teoria da argumentação jurídica".

[2] Importante nesse sentido a lição de Tércio Sampaio: "De modo geral, o positivismo jurídico, sobretudo no sentido restrito de *positivismo legal*, apresenta uma concepção de sistema de características notáveis, em que pese a diversidade das suas formas. Em primeiro lugar, trata-se de um sistema fechado, do que decorre a exigência de acabamento, ou seja, a ausência de lacunas". FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2. ed. 15. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, p. 33.

[3] São de Norberto Bobbio os seguintes apontamentos: "(...) o positivismo jurídico sustenta a *teoria da interpretação mecanicista*, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica). Este foi o ponto escolhido pelos adversários para desencadear a contra-ofensiva contra o positivismo jurídico e que gerou um debate tremendo, chamado pelos alemães de batalha dos métodos (*Methodenstreit*)", BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 1995, p.133.

[4] Como reforço, as observações de Tércio Sampaio: "De modo geral, pelo procedimento construtivo, as regras jurídicas são referidas a um princípio ou a um pequeno número de princípios daí deduzidos. Pelo dogma da subsunção, segundo o modelo da lógica clássica, o raciocínio jurídico se caracteriza pelo estabelecimento de uma premissa maior, que conteria a diretiva legal genérica, e de uma premissa menor, que expressaria o caso concreto, sendo a conclusão a manifestação do juízo concreto", FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2. ed. 15. São Paulo: Atlas, 2008, p. 34.

[5] Para melhor compreensão, ver BITTAR; ALMEIDA: "Então, a atitude do jurista, segundo Kelsen, deve consistir num partir da norma jurídica dada, para chegar à própria norma jurídica dada. Essa postura é nitidamente contrária à que procura questionar os valores que antecederam à elaboração da norma jurídica (aqui se procede raciocinando com base na norma retrospectivamente), ou ao que seria possível de se conceber após a elaboração da norma jurídica (aqui se procede raciocinando de acordo com a norma prospectivamente). Para o positivismo kelseniano, a norma jurídica é o alfa e o ômega do sistema normativo, ou seja, o princípio e o fim de todo o sistema". BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 356.

[6] Vale registro as palavras de Hans Kelsen: "Diferentes são as normas de direito. Esta não valem por causa do conteúdo. Todo e qualquer conteúdo pode ser direito. Não existe conduta humana que, como tal, por sua essência, esteja excluída de tornar-se conteúdo de uma norma jurídica. Sua validade não pode ser, por isso, questionada se seu conteúdo não corresponder a um valor material ou moral de algum modo estabelecido. Uma norma vale como norma jurídica apenas porque foi estabelecida de

modo bem determinado, criada segundo uma regra bem determinada e estabelecida de acordo com um método específico. O direito só vale como direito positivo, ou seja, como direito regulamentado. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito** (versão condensada pelo próprio autor)**.** 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 95.

[7] Para Viehweg: "O aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está orientada para o problema. *Aristóteles* tem ressaltado essa questão diversas vezes.Isto está dito nas primeiras palavras de sua Tópica. E é em consonância com elas que também as classificações que propõe à tópica são classificações segundo as esferas dos problemas. De fato, as conclusões giram em torno dos problemas." (...) "A tópica pretende proporcionar orientações e recomendações sobre o modo como se deve comportar numa determinada situação caso não se queira restar sem esperança. Essa constitui-se, portanto, *a técnica do pensar problematicamente"*. (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 33/34).

[8] Art. 421 – A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

[9] Parece ser adequada a compreensão de "sistema" como sendo o ordenamento jurídico, em suas várias manifestações, como a Constituição, os Códigos, as leis esparsas, os regulamentos, etc., acompanhados dos diversos conceitos, classificações e critérios dogmáticos que lhe são anexos. Sobre o assunto ver: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 145/148.

[10] Eis as palavras de Viehweg: "Mas, também aqui, o pensamento tópico em si auxilia, precisamente na forma de interpretação. (...) Nem toda interpretação (interpretação, exegese, hermenêutica) faz isso, porém alguma pode fazê-lo. Ela se constitui numa parte da tópica e é apropriada às modificações das quais se tem aludido. O dialético, se o é no sentido no qual se tem discutido, com isso de, de modo particular se faz boa prova. Vê-se claramente que no procedimento aqui descrito, as premissas fundamentais se legitimam, como se pode ver, pela aceitação do interlocutor do discurso. (...) É evidente que o debate é a única instância de controle e a discussão de problemas se mantém dentro daquela esfera do que Aristóteles tem chamado de dialeticidade. O que, por aceitação, na disputa tem restado provado, é admissível como premissa." (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 43/44).

[11] Crise no sentido de superação de paradigmas, com mudança de enfoque nos principais institutos como a família, o contrato e a propriedade, como foi já advertido pelo Professor César Fiúza, no seu Direito Civil: curso completo (2006).

A NEUTRALIDADE KELSENIANA E A NORMA FUNDAMENTAL COMO PRESSUPOSTOS DE VALIDADE MITOLÓGICA DO DIREITO: O PROBLEMA DO ESVAZIAMENTO PRAGMÁTICO DO POSITIVISMO JURÍDICO*

KELSEN'S NEUTRALITY STANDARD AND BASIC ASSUMPTIONS AS DATE MYTHOLOGY LAW: THE PRAGMATIC EMPTHYING PROBLEM OF LEGAL POSITIVISM

Rafael Faria Basile

RESUMO

A tese central deste trabalho é um resgate da chamada "pureza metodológica" pensada por Hans Kelsen em seu trabalho enquanto justificativa de uma epistemologia jurídica própria desenvolvida em sua principal obra, Teoria Pura do Direito. A preocupação em estabelecer uma análise estrita dos conceitos jurídicos a partir de uma validade estrita que se inicia com a separação entre o direito e a natureza, bem como com a identificação de que os sentidos subjetivo e objetivo dos atos são separados pela estrita legalidade.

A proposta conceitual de Kelsen carrega consigo uma estrita fidelidade de sua metodologia de uma epistemologia jurídica não legatária de elementos meta jurídicos, para pensar a neutralidade do sistema e verificar as condições de possibilidade de um método transcedental para investigação das condições apriorísticas da ciência do Direito, é instituidora de um referencial de validade estritamente mitológico. Isto porque, sendo um pressuposto de neutralidade e validade que não encontram correspondência de conexão no plano fático da moral ou das ciências sociais, a concepção normativa kelseniana é deferidora de um sistema que gravita em uma justificativa estritamente mitológica, que não encontra correspondência de validade na experiência normativa histórica de um povo.

Ademais, vemos que a perspectiva de um sistema referenciado tão somente pela validade permite uma leitura do positivismo jurídico como medida justificadora não de um ilusionismo ou de um referencial apofântico da linguagem, mas o deferimento de um espaço lógico-temporal no qual não se trabalha uma concepção pragmática dos valores jurídicos.

O que se pretende é identificar o esvaziamento ético e axiológico aberto pela proposta do positivismo jurídico enquanto tentantiva de separação do jurídico e do justo, quando talvez a acepção kelseniana de que no "sentido jurídico-positivo, fonte do direito só pode ser o direito" (KELSEN, 2006, p. 239), que cria um referencial mitológico de validade e possibilidade de aplicação do direito.

PALAVRAS-CHAVES: POSITIVISMO JURÍDICO; VALIDADE; NEUTRALIDADE; MITOLOGIA.

ABSTRACT

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

The central thesis of this paper is a rescue call "methodological purity" designed by Hans Kelsen in his work as a justification for its own legal epistemology developed in his major work, Pure Theory of Law. The concern to establish a strict analysis of legal concepts from a strict life that begins with the separation between law and nature, as well as the identification of the subjective and objective meanings of acts are separated by the strict legality.
A conceptual proposal for Kelsen carries a strict fidelity to its method of legal epistemology not legality of legal meta elements, to think the neutrality of the system and check the conditions of the possibility of a transcendental method to investigate the conditions of a priori knowledge of the law, not operate in a referential validity strictly mythological.
This is because, being an assumption of neutrality and validity as no corresponding connection in terms of factual moral or social science, the normative conception deferidora Kelsen is a system that revolves strictly mythological justification, which does not have its validity in normative historical experience of a people. Furthermore, we see that the prospect of a system referred to as the only valid to a reading of legal positivism as a means of justifying not an illusion or a reference apophantic language, but the acceptance of a logical space-time in which no one works pragmatic conception of legal values.
What is intended is to identify the ethical and axiological emptying open by the proposal of legal positivism while trying to separate the legal and fair, when perhaps the meaning Kelsen that the "positive-legal sense, a source of law can only be the right "(Kelsen, 2006, p. 239), which creates a mythological reference to validity and the applicability of the law.

KEYWORDS: LEGAL POSITIVISM; VALIDITY; NEUTRALITY; MYTHOLOGY.

1. Introdução

O significado essencial do mito é "a transposição de planos, de processo que obriga uma realidade a cumprir um vistoso salto de níuveis transformando-se em uma meta-realidade" (GROSSI, 2006, p.58).

As palavras acima citadas revelam-nos que talvez a proposta de neutralidade metodológica para a validade normativa no Direito inaugurada pela Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen em verdade tenha cumprido a função de instaurar uma instância de validade mitológica na epistemologia jurídica da contemporaneidade.

E a principal questão que se coloca é que a concepção do Direito como sistema dotado da prerrogativa de uma produção semântica deixa de ser, a partir de Kelsen, uma questão de conteúdo para se tornar uma prerrogativa de autoridade, de competência jurídica do exercício de um poder discricionário, assim como a mitologia fez para justificar seus preceitos de ordem e comando na antiguidade.

2. Desenvolvimento

Efetivamente, a pureza e neutralidade metodológica de Kelsen tornam vazios os fundamentos axiológicos que explicam o sentido do texto normativo, não em sua essência, mas enquanto experiência concreta das formas de vida na sociedade. Assim, o Direito se realiza como instrumento normativo pela sanção, mas os motivos justificadores do texto estão na construção de seus pressupostos narrativos.

A grande justificativa do positivismo jurídico está em que

"Recusada a justiça e a eficácia como critérios de juridicidade, o positivismo vai ter de elaborar o seu próprio critério. Este será a "validade". Norma jurídica não é norma justa ou norma eficaz, mas norma válida. E, de acordo com Bobbio, para o positivismo a validade de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, pela qual essa existe na esfera do direito ou, em outros termos, existe como norma jurídica: dizer que uma norma jurídica é válida significa dizer que essa faz parte de um ordenamento jurídico." (BARZOTTO, 2004, p. 20)

A partir daí vemos que a estrita validade é a marca do positivismo jurídico para pensar a possiblidade de um sistema epistemologicamente estruturado para explicação dos conceitos jurídicos. Contudo, um sistema jurídico também gravita em torno do problema da justiça das normas jurídicas e da justiça das decisões. Tal perspectiva leva em conta o que Manuel Atienza chama de construção de argumentos não apenas para justificação, mas também para aplicação do direito.

Porém, a análise que Kelsen tem por objetivo fazer da norma jurídica anula a possibilidade de compreensão da justiça e da eficácia, inserindo tão somente uma preocupação que remonta à idéia de origem normativa para a compreensão do que o direito é.

Como referncial mitológico havemos que considerar que não estamos anulando sua capacidade de estabelecer um referncial, mas tão somente comparando ou estabelecendo um paralelo de tal proposta epistemológica com uma narrativa tal qual é construída pelos mitos.

Mitologia é o estudo de quaisquer lendas religiosas ou heróicas que sejam tão estranhas à experiência de um estudante que ele não consegue acreditar em sua veracidade.

Aqui, chama-nos atenção que a proposta normativa da ciência do Direito lançada por Kelsen efetivamente não nos foge à possibilidade de crença ou verificação quanto a sua possibilidade, mas uma dificuldade conceitual de apreensão da neutralidade rígida que o autor pretende instituir para a ciência do Direito.

Efetivamente, para o positivismo jurídico o "verdadeiro fundamento de validade de uma norma não é o poder, mas outra norma" (BARZOTTO, 1999, p. 22), quando então efetivamente a discussão sobre a validade do direito é diretamente transposta para um referencial de fundamentação inexistente quanto aos seu conteúdo,

abandonado em um *locus* de validade estanque e referenciadora de uma autoridade culturalmente pressuposta.

Também, todo edifício kelseniano é construído para validar um positivismo jurídico da idéia de "autoprodução" do direito no sentido de que uma norma seja considerada válida se, e somente se, foi posta por uma autoridade que recebeu o poder de emanar normas obrigatórias por uma autoridade superior, à qual por sua vez foi autorizada por uma autoridade ainda superior.

Acrescente-se que para o positivismo jurídico, a validade, que diz respeito ao conceito de coerência da norma jurídica dentro da estrutura de um sistema, é uma qualidade puramente jurídica. Contudo, a essencialidade da qualidade jurídica talvez tenha por fito isolar a norma jurídica e, via de conseqüência, coloca o edifício positivista em xeque quando

Além disso, Outro artifício do positivismo para estampar um isolamento da moral está na norma fundamental, que institui o critério de validade para o direito em um raciocínio de circularidade fundante na ciência do Direito. De fato, a concepção positivista do direito pressupõe o direito como uma estrutura escalonada de normas, necessário para evitar que o direito fundamente-se na moral (um consenso valorativo originário) ou na política (um ato de poder), que uma norma jurídica constitua um fundamento do ordenamento. (BARZOTTO, 1999).

Contudo, haveremos de delimitar o sentido de um positivismo jurídico enquanto referencial de validade mitológico. De acordo com Galuppo (2002a, p.7)

O Positivismo Jurídico, apesar de contido em germe na gênese da própria Modernidade, é muito mais radical que a positivação, consistindo numa epistemologia e numa ideologia de leitura do direito positivo, essencialmente metafísica, que crê, de uma forma um tanto quanto contraditória com a idéia de *mudança* inerente ao fenômeno da positivação, na auto-existência do objeto criado pelo homem, notadamente da lei, razão pela qual o Positivismo pretende converter o conhecimento jurídico em *ciência*. (GALUPPO: 2002ª, p. 7)

Em especial, chama-nos atenção o que Galuppo (2002a) destaca como a primeira e principal característica do positivismo jurídico: a ficção. Tal elemento, criador de um referencial de validade absolutamente ficcional e da lei como objeto "auto existente", retira a possibilidade de conhecimento quanto a essência normativa ou valorativa, enquanto a inteligência humana adquire tão somente uma perspectiva de seu conhecimento enquanto "objeto" estudado, e não de suas razões.

Tal vertente ou compreensão do positivismo jurídico referencia-se na aceitação de certa falibilidade e insuficiência da inteligência humana para o conhecimento do sistema jurídico, sob o qual seria apenas formular um convencimento de uma estrutura ficcional legatária de uma forma representativa de validade e verdade, ou seja, um referencial eminentemente mitológico para a verificação da validade do direito.

Também, temos que considerar quais seriam as efetivas ou verdadeiras propostas do positivismo jurídico enquanto epistemologia jurídica da validade e do conhecimento sobre a norma jurídica, segundo Norbert Hoerster

A chamada atribuição de sentido objetivo a um ato de vontade subjetivo empenhada por Kelsen é semelhante à validação que os mitos fazem, na história, para deferir sentido a atos e fenômenos da natureza. A aproximação que pretendemos fazer é de que tal referencial de validade transpõe a esfera estrutural da justiça para o Direito, opondo uma fabula do discurso jurídico pela via da validade. Quanto à natureza mitológica de tal operação de pressuposição de conceitos pela via da validade normativa no direito, haveremos por destacar qual sentido da palavra mitologia estamos empregando.

Do ponto de vista de qualquer ortodoxia, mito pode ser definido simplesmente como a religição de outro povo, para o qual uma definição equivalente de religião seria mitologia mal compreendida, a má compreensão consistindo na interpretação de metáforas míticas como referências ao fato real.

Assim como os sonhos, os mitos são produtos da imaginação humana. Em consequência, suas imagens, embora derivadas do mundo material e de sua suposta história, são, a exemplo dos sonhos, revelações das esperanças, desejos e temores mais profundos, de potencialidades e conflitos, da vontade humana - que, por sua vez, é movida pelas energias dos órgãos do corpo operando de formas diversas uns contra os soutros e em conjunto. Isso quer dizer que todo mito, intencionalmente ou não, é psicologicamente simbólico. Portanto, suas narrativas e imagens devem ser lidos, não literalmente, mas como metáforas. (CAMPBELL: 1988, p. 55)

No mesmo sentido encontramos uma simbologia e uma explicação do relacionamento do mito com a realidade no conceito de Ferrater Mora

Chama-se mito a um relato de algo fabuloso que se supõe que aconteceu num passado remoto e quase sempre impreciso. Os mitos podem referir-se a grandes feitos heróicos que, com frequência são considerados como fundamento e o começo da história de uma comunidade ou do género humano em geral. Podem ter como conteúdo fenómenos naturais, e nesse caso costumam ser apresentados alegoricamente. Muitas vezes, os mitos comportam a personificação de coisas ou acontecimentos.

Quando o mito é tomado alegoricamente, converte-se num relato com dois aspectos, ambos igualmente necessários: o fictício e o real. O fictício consiste em que, de facto, não aconteceu o que o relato mítico diz. O real consiste em que, de certo modo, o que diz o relato mítico corresponde à realidade. O mito é como um relato daquilo que poderia ter acontecido se a realidade coincidisse com o paradigma da realidade.

Na antiguidade, alguns, como os sofistas, separaram o mito da razão, mas nem sempre para sacrificar inteiramente o primeiro, pois com frequência admitiram a narração mitológica como envoltura da verdade filosófica. Esta concepção foi retomada por Platão, especialmente quando considerou o mito como modo de expressar certas verdades que escapam ao raciocínio. Neste sentido, o mito não pode ser eliminado da filosofia platónica, pois desapareceriam então dela a doutrina do mundo, da alma e de Deus, bem como parte da teoria das ideias. O mito é para Platão, muitas vezes, algo mais que uma opinião provável. Mas, ao mesmo tempo, o mito aparece nele como o modo de expressar o reino do devir. (FERRATER MORA: 1978, p. 187)

O modelo de referência que a norma fundamental cria pode ser compreendido, via de regra, como uma referência de validade de um ponto cuja essência é inatingível, inalcançável. Assim, a fundamentação mitológica do referencial de validade estaria presente na característica proposta por Kelsen no sentido de verificar-se uma teoria capaz de instituir um controle sobre a validade do direito não se pautando em discussões ou debates referenciados pelo *justo/injusto*, mas efetivamente por critérios de validade tipicamente sistemática (GALUPPO, 2002a)

Este conceito de ciência, que pressupõe neutralidade do próprio conhecimento jurídico, concebido em si mesmo como uma empreitada sistematizadora da realidade jurídica, produz no final do século XX uma série de paradoxos insuperáveis pelo próprio paradigma. De um lado, encontramos na Ciência do Direito um *rigorismo jurídico*, que só encontra precedentes no *rigorismo moral kantiano*, e que desconhece completamente a *ética da responsabilidade* inerente não ao conhecimento (descritivo) da realidade (natural), mas à *ação* política e jurídica, que articularia, em uma sociedade plural, o direito com a moral e com a ética, evidenciando seus compromissos com a ação prática. Assim, o Positivismo Jurídico, por sua metodologia, opera um reducionismo no próprio fenômeno. A terceira e quarta características da epistemologia do Positivismo Jurídico são, portanto, a adoção do critério de verdade para aferição do conhecimento e a adoção do pensamento sistemático, que pretende encontrar na Ciência do Direito um processo de redução da complexidade do ordenamento jurídico positivado, recorrendo-se à construção de um sistema baseado em classificações, divisões, etc. (GALUPPO: 2002a, p. 4)

Além dos problemas destacados por Galuppo (2002a), havemos por destacar o ponto fundamental que pretendemos enfrentar: Não seria, tal proposta de neutralidade e validade do positivismo jurídico, determinante de um referencial estritamente mitológico para a ciência do Direito? Os problemas de um referencial de validade para a ciência do Direito posto em uma estrutura mitológica encontrariam a intangibilidade e impossibilidade de conhecimento do objeto estudado, tal qual os mitos pretendiam com a verdade e a realidade.

Efetivamente, contribui o esclarecimento empenhado por Hoerster quanto à tese da neutralidade defendida por Kelsen no sentido de que

Portanto, do ponto de vista do conceito de Direito, o direito vigente pode ter qualquer conteúdo. Normas tanto extremamente imorais ou injustas como as leis racistas na Alemanha de Hitler ou no atual Sul da África se submetem ao conceito de direito se respondem aos princípios constitucionais internos do respectivo ordenamento jurídico. (HOERSTER: 1992, p. 12)[1]

As narrativas mitológicas, na história da humanidade, cumpriam um objetivo de justificação do objeto (vida e realidade), que colocavam seus destinatários em uma posição tão somente conformista e de aceitabilidade dos seus preceitos, sem jamais ser possível uma verificação do sentido de verdade semântica subjacente a tal discurso.

Portanto, chegamos a uma possibilidade de compreensão do referncial mítico validado na Teoria Pura do Direito de Kelsen, ao determinar o conceito de norma jurídica referenciada por uma neutralidade metodológica, ao possibilitar-se vislumbrar que, assim como os mitos, a proposta kelseniana se torna efetivamente um pressuposto

cultural da ciência jurídica moderna, uma tentativa de justificação do caráter coativo e imperativo das normas jurídicas furtando-se à discussão de problemas conceituais e estruturais para a ciência do Direito, como, por exemplo, o problema da justiça.

Na época contemporânea, prevaleceu o estudo do mito como elemento possível, e em todo o caso ilustrativo, da história humana e de certas formas de comunidade humana. O mito não é mero objecto de pura investigação empírico-descritiva, nem tão pouco é manifestação histórica de nenhum Absoluto: é modo de ser ou forma de uma consciência: a "consciência mítica". Esta consciência tem um princípio que se pode investigar mediante um tipo de análise que não é nem empírica nem metafísica, mas - em sentido muito lato - epistemológico. Mas como, ao mesmo tempo, a consciência mítica é uma das formas da consciência humana, o exame dos mitos ilumina a estrutura dessa consciência. O que se investiga deste modo é a função dos mitos na consciência e na cultura. A formação de mitos obedece a uma espécie de necessidade: a necessidade da consciência cultural. Os mitos podem ser considerados como supostos culturais. (FERRATER MORA: 1978, p. 189)

Nesse sentido, vemos que o discurso pretendido pelo positivismo jurídico defere as características fundamentais de um referencial mitológico, produto de uma consciência das formas humanas que estrutura e justifica o sistema do direito.

Além disso, vemos que remanesce o problema de que, a justificação ou plano de justificativa dos valores subjacentes às normas jurídicas e ao Direito em uma estrutura rígida e essencialmente normativa tal qual a pretendida pelo positivismo jurídico e da forma como acima demonstrada, retira a possibilidade de formação de qualquer convencimento ou conhecimento humano quanto aos preceitos que ensejam a formação destes mesmos valores.

Também, cumpre-nos destacar que a essencialidade do discurso mitológico cria uma esfera de distanciamento e uma convicção sem qualquer questionamento dos pressupostos de formação dos conteúdos subjacentes à norma fundamental, seus elementos e sua aplicabilidade. Uma forma de linguagem instituída pela mitologia, que aqui muito se aproxima da proposta da neutralidade do positivismo jurídico está na estrutura da linguagem criada pelo positivismo jurídico de uma literatura especificamente encarregada de perpetuar esta linguagem.

Segundo Junito de Souza Brandão (2005: p. 238)

Desejamos, tão somente, mais ma vez, e à guisa de 'memento', observar, com se frisou no vol. I, cap. 1, p. 26, que sempre houve um liame muito forte, na Grécia, entre mito e literatura, já que esta, por motivos que não interessa repisar aqui, tinha por matéria prima, não raro obrigatória, o mitologema."

Assim também, na literatura jurídica contemporânea, o positivismo jurídico e a tese da neutralidade aparecem como centros de justificação de um referencial de validade que não encontra sustentáculo em uma possibilidade da passagem do referencial semântico para o pragmático, no sentido de que não se propõe, com a validade instituída pelo positivismo jurídico, uma perspectiva de justificação dos valores jurídicos subjacentes à norma.

Isto cria o problema do esvaziamento tanto semântico[2] quanto pragmático[3] do referencial de validade da norma jurídica a partir da norma fundamental, criando para o Direito uma perspectiva de convencimento que não permite a verificação, no âmbito da Teoria do Direito, da propriedade dos conceitos fundamentais da justiça, igualdade e verdade dos valores jurídicos.

Enquanto mitologia narrativa de um produto cultural, a norma jurídica dotada de validade pela perspectiva kelseniana somente cumpriria o esforço de uma meta-linguagem jurídica, criando conceitos não jurídicos em sua essencialidade, somente em sua forma, para explicar conceitos jurídicos que se deferem tanto na construção de argumentos legislativos (ATIENZA, 2003) quanto na perspectiva de aplicação do direito.

Contra tal perspectiva essencialmente convencionalista, conformada em um positivismo jurídico que tem legado uma tradição essencialmente conformadora de um discurso mitológico da validade, havemos que destacar que a linguagem tem uma função precípua e que não foi corretamente considerada por Kelsen, adstringindo-se tão somente a uma distinção do sentido subjetivo e do sentido objetivo do ato de vontade, esquecendo-se da centralidade da linguagem.

Pode haver algumas visões do mundo e de como nele se deveria viver - visões que, especialmente, enfatizam a sua surpreendente diversidade, sua complexidade e mistério, sua defeituosa e imperfeita beleza e que não podem ser completa e adequadamente colocadas na linguagem da prosa filosófica convencional, um estilo marcadamente monótono e carente em imaginação, mas somente em linguagem e formas mais complexas, mais alusivas e mais atentas ao específico. (NUSSBAUM, 1990: p.03)

É aqui, portanto, que a estrutura ficta da validade normativa merece um cuidado e ser efetivamente revisitada pela Teoria do Direito, uma vez que a norma fundamental estruturada no projeto de Kelsen da Teoria Pura do Direito e da Teoria Geral das Normas elabora tão somente uma ficção jurídica mitológica, quando não podemos concordar com Bobbio no sentido de que "se não postulássemos uma norma fundamental, não acharíamos o *ubi consistam*, ou seja, o ponto de apoio do sistema. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro" (BOBBIO: 1995, p. 54-55).

Ao contrário, o chamado *ubi consistam* (ponto de apoio) já é pressuposto em uma estrutura normativa de validade que se referencia na tese da neutralidade que pressupõe a norma fundamental, e este ponto de apoio nada mais cumpre que uma função cultural de conformação de um discurso mitológico de verdade e validade previamente existente, impossibilitando a construção de argumentos jurídicos sob a perspectiva de justificação e aplicação do Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003.

BARZOTTO, Luiz Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BOBBIO. Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* 6 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia Grega*: volume III. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. 13ª Ed.

CAMPBELL, Joseph. *The Inner Reaches of Outer Space*: Metaphor as Myth and as Religion. Nova York: Van der Marck Editions, 1985.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Para entender Kelsen*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DREIER, Ralf. *Derecho y justicia.* Bogotá: Temis, 1994.

FERRATER MORA, José. *Dicionário de Filosofia*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1978.

GALUPPO, Marcelo Campos. *A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo*. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, 2002a. 7 folhas. (mimeograf.).

GALUPPO, Marcelo Campos. A teoria discursiva do direito e a renovação do conceito de princípios jurídicos. *In:_____. Igualdade e diferença:* Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002b. p. 167 a 198.

GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. *In:* FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). *Direito civil*: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 159 a 184.

HOERSTER, Norbert. *Em defensa del positivismo juridico*. Barcelona: Gedisa, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006

KELSEN, Hans. *Teoria geral da norma*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 2002.

New Larousse Encyclopedia of Mithology. Londres: Hamlyn Publishing, 1959.

NUSSBAUM, M. *Love's Knowledge*. New York and Oxford: Oxford University Press, 1990.

VILANOVA. Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, p. 165, 1997.

---

[1] Tradução nossa.

[2] Por semântica pretendemos dizer da ciência que se ocupa do significado das palavras.

[3] O pragmatismo é uma corrente de pensamento ou movimento filosófico que em linhas gerais defende que toda função do pensamento está em produzir hábitos de ação.

Podemos afirmar que predominaram duas tendências no pragmatismo: a primeira afirma que o significado de uma proposição está relacionado com as conseqüências futuras de experiência que direta ou indiretamente é capaz de prever que irão acontecer, não importando que isso seja ou não crível; a segunda defende que o significado de uma proposição consiste nas conseqüências futuras de ser possível crer que aconteça. (FERRATER MORA: 1978, p. 227)

ENTRE A VALIDADE E A EFICÁCIA: UM ESTUDO DAS IMPORTANTES CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS DE HERBERT HART PARA COMPREENSÃO DO SISTEMA JURÍDICO E SUAS PATOLOGIAS*

BETWEEN VALIDITY AND EFFECTIVENESS: A STUDY OF THE HERBERT HART'S THEORETICAL CONTRIBUTIONS TO UNDERSTAND THE LEGAL SYSTEM AND ITS PATHOLOGIES

Rafaela Selem Moreira

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a relevância das contribuições teóricas de Herbert Hart para compreensão do sistema jurídico e suas patologias no Brasil. Neste intuito, serão exploradas algumas das principais noções desenvolvidas por Herbert Hart acerca do conceito de direito que muito contribuíram para a sofisticação da teoria de John Austin. Entre elas destacaremos a noção de normas sociais e a idéia de ponto de vista interno das obrigações. Veremos ainda, as noções de regras jurídicas primárias e secundárias, de regra de reconhecimento último e ordenamento jurídico, bem como suas patologias.

Na análise sobre as patologias do ordenamento jurídico, o foco será a relação entre eficácia e validade das normas jurídicas na realidade brasileira, mais especificamente nas práticas de organização social nas favelas da cidade do Rio de Janeiro. Neste último tópico serão analisadas algumas repercussões da aparição e multiplicação das favelas no sistema jurídico oficialmente vigente.

PALAVRAS-CHAVES: CONCEITO DE DIREITO – HERBERT H. HART - NORMA SOCIAIS – REGRAS JURÍDICAS –ORDENAMENTO JURÍDICO – EFICÁCIA - PATOLOGIA - FAVELAS DO RIO DE JANEIRO

ABSTRACT

This paper discusses the relevance of the theoretical contributions of Herbert Hart for understanding the legal system and its pathologies in Brazil.

For this purpose, it will explore some of the key concepts developed by Herbert Hart in his studies about the concept of the law which greatly contributed to the sophistication of John Austin's theory. These highlight the notion of social norms and the idea of the internal point of view. We will also see the notion of primary legal rules and secondary legal rules, of the ultimate rule of recognition, legal system and its pathologies. On the analysis of the legal system's pathologies, the focus will be on the relationship between effectiviness and validity of legal rules in the Brazilian reality, specifically on the social practices adopted in the slums of Rio de Janeiro. This last topic will discuss the consequences of the emergence and proliferation of slums to the current oficial legal system.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: CONCEPT OF LAW - HERBERT H. HART - SOCIAL NORMS - LEGAL RULES - JURISDICTION - EFFECTIVENESS - PATHOLOGY - SLUMS OF RIO DE JANEIRO

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar, no contexto da filosofia analítica anglo-saxônica, alguns relevantes aspectos do pesamanto de Herbert Hart que, assim como seu antecessor, John Austin, busca em seus estudos desenvolver uma teoria acerca do conceito de direito. Nessa tarefa, ambos delinearam características identificadoras do direito, no entanto, sem defini-lo como um conceito acabado no qual poderia se colar uma etiqueta: "direito". (SGARBI, 2006). Seguindo a preocupação de Austin em "determinar os contornos do direito através de um modelo teórico – contextualizado – de reflexão sobre o conhecimento jurídico com cuidados de cunho lingüístico" (SGARBI, 2006: 01), seu herdeiro e crítico, Herbert Hart vem em seus estudos (HART, 2009), sofisticar o modelo teórico desenvolvido por Austin, enriquecendo-o com novos elementos.

No que tange ao contexto de criação da obra intitulada "O conceito de Direito" o inglês Hart (2009), é instigado por situações jurídicas complexas vividas em sua realidade, especialmente pelos chamados "municipal legal systems". No entanto, apesar de inserido em um dado contexto inglês, o objetivo do autor é desenvolver uma teoria que seja ao mesmo tempo geral e descritiva, que não se vincule com nenhum sistema jurídico ou cultura específica o que nos permitirá analisá-la fora do contexto de sua produção.

Veremos neste trabalho algumas das principais noções desenvolvidas por Hart (2009) acerca do conceito de direito que muito contribuíram para a sofisticação da teoria de Austin. Entre elas destacamos a noção de normas sociais e da idéia do ponto de vista interno das obrigações. Veremos ainda, outras contribuições de Hart à filosofia do direito como as noções de regras jurídicas primárias e secundárias, de regra de reconhecimento último e ordenamento jurídico, bem como suas patologias. Pretendemos, contudo, ao longo desta exposição, não perder de vista aspectos de uma realidade tipicamente brasileira, mais especificamente, das favelas cariocas.

Feita essa breve introdução, passaremos a análise dos principais conceitos trabalhados pelo autor na mencionada obra partindo, junto com Hart, do pensamento de seu conterrâneo John Austin.

Breves linhas sobre a teoria de direito de John Austin

Segundo Austin (1832 *apud* SGARBI, 2006), o estudo do direito consiste no estudo do direito positivo que se materializa através de leis que, segundo o autor, são impostas pelo soberano aos seus súditos. Nessa trilha, leis nada mais são que ordens que se

apóiam nos elementos: desejo, comunicação desse desejo e dano ou sanção para o caso de sua desobediência. Desse modo, para Austin, toda lei positiva corresponde a uma ordem da pessoa soberana ou de um corpo soberano de pessoas ou ainda alguém com a devida outorga desse soberano, ou seja, subordinados ou delegados políticos.

(...) [Todo] direito positivo, ou todo direito simples e estritamente assim chamado, é estabelecido, direta ou indiretamente, por um indivíduo ou corpo soberano a um membro ou membros da sociedade política independente na qual seu autor é supremo. Por outras palavras, é estabelecido, direta ou indiretamente, por um monarca ou grupo soberano a uma pessoa ou pessoas em um estado de sujeição com respeito a seu autor. (AUSTIN, 1832 *apud* SGARBI, 2006: 05)

No entanto,

(...) todo soberano real exerce ao menos alguns desses poderes por meio de subordinados políticos ou delegados que representam o autor soberano. (AUSTIN, 1832 *apud* SGARBI, 2009: 19).

Dessa forma, para Austin, as normas jurídicas emanadas do soberano são por um lado prescritivas de ordens quanto aos "súditos" e por outro lado, imperativas quanto aos funcionários, responsáveis pela aplicação da devida punição em caso de desobediência. Sejam ordens de prestação positiva ou negativa, são essas normas conceitualmente caracterizadas como: a) heterônomas: pois dada pelo soberano ou seu delegado; b) externas: por tratar-se de uma prática; c) uma hipótese: pois regula de modo condicional tanto fatos como atos. (SGARBI, 2006)

Trata-se de uma teoria do direito que pretende de forma simples, apoiar-se nas noções: comando, sanção e soberano. O objetivo de seu autor, assim como o de Hart, ser assemelham: ambos buscam a clareza na identificação e normas jurídicas.

[Sua] teoria figura-se de extrema simplicidade e clareza: se uma norma N pertence a uma ordem jurídica OJ, isso significa que ela, a norma N, foi ditada pelo soberano [que passa a ser assim habitualmente obedecido] (SGARBI, 2006: 28)

Amigos, amigos. Teorias à parte: críticas de hart à austin

A crítica de Hart a teoria preditiva de Austin, consiste no seguinte pensamento: a idéia de norma não é constituída com base simplesmente na idéia de hábito de obediência oriundo no medo de uma força coercitiva, sanção ou punição. Hart critica a idéia de direito percebida a partir de uma perspectiva de hábito de obediência e sanção. (SGARBI, 2006)

Constrói este autor, sua crítica a partir da observação da continuidade do chamado "hábito de obediência" para além da pessoa de um determinado soberano. A ligação que garante a continuidade, entre um rei e outro, no que tange a criação do direito é a idéia de uma lei que dispõe sobre a sucessão, criada pelo soberano "habitualmente obedecido". Para Hart, essas normas de sucessão introduzem um novo conjunto de elementos que não podem ser descritos em termos de hábito de obediência às ordens

gerais de um soberano. Haveria, portanto, a necessidade de outros elementos mais sofisticados que um mero hábito.

Em primeiro lugar, mero hábito de obediência às ordens dadas por um legislador não pode outorgar ao novo legislador o *direito* de suceder o antigo e dar ordens e seu lugar. Em segundo lugar, a obediência habitual ao antigo legislador não pode, por si só, tornar provável ou fundamentar nenhuma presunção de que as ordens do novo legislador serão obedecidas. Para que esse direito e essa suposição existam no momento da sucessão, deve ter havido na sociedade, durante o reinado do legislador anterior, uma prática social geral mais complexa que qualquer outra que possa ser descrita em termos de hábito de obediência: deve ter havido a aceitação da norma segundo a qual o novo legislador tem o direito à sucessão. (HART, 2009: 73)

Para Hart, é característico do sistema jurídico, normas que promovam a transição de um legislador para outro, o que evita uma descontinuidade da atividade de criação do direito. Para isso, é necessária a aceitação de uma norma, o que envolve um movimento maior que a simples obediência habitual. A partir dessa constatação, segue o autor analisando a distinção entre hábito e norma a fim de arar um solo propício ao desenvolvimento de sua teoria do direito.

Segundo HART (2009), o que diferencia uma norma de um hábito é o processo de reflexão e crítica. Enquanto o hábito é constituído pela obediência irrefletida, tranqüila e enraizada a uma ordem, mesmo que contrária a "fortes inclinações", em função do medo de uma punição, a norma exige uma sofisticação dessa conduta a partir de crítica e reflexão. Podemos ver essa distinção sob três aspectos: 1) uma norma não é mera convergência de comportamento sem qualquer reflexão ou crítica, mas pelo contrário, nasce a partir da reflexão e crítica, motivo pelo qual sua inobservância é censurada como algo errado; 2) A censura a uma conduta é legitimada nesta mesma reflexão e crítica que dá origem a norma, com base nisto, quem censura acredita ter "uma boa razão para que seja feita" (HART, 2009: p. 74); 3) O aspecto interno das normas, ausente no conceito de hábito desenvolvido por Austin;

A objeção fundamental é que a interpretação preditiva obscurece o fato de que, onde existem normas, as infrações não são apenas motivos para prever-se sanções hostis que se seguirão, ou que um tribunal aplicará penas e sanções àqueles que violem as normas, mas também uma razão ou justificativa para aquelas reações e para a aplicação dessas sanções. (HART, 2009: p. 109)

Para Hart, a obrigação surge apenas quando se tem uma norma. O direito não se reduz a comandos e, para se descobrir a existência de uma obrigação não se deve olhar apenas para a punição em que a mesma se desdobra em caso de sua inobservância, mas também para o motivo que justifica a punição em si, ou seja, a razão pela qual o não cumprimento de uma determinada norma autoriza uma punição. Sublinhamos aqui a idéia de "razão", ou "motivação" das obrigações uma vez que é a partir desse aspecto que Hart desenvolverá uma de suas mais importantes contribuições para a teoria do direito: a noção de aspecto interno das normas.

O ponto de vista interno das obrigações e a noção de norma social

Onde há direito há a idéia de obrigação, eis o ponto de partida comum entre as teorias de Austin e Hart que apesar das críticas ao antecessor, reconhece na idéia de obrigação o ponto de partida para a análise e descrição do direito.

Como vimos, Hart (2009) introduz a sofisticada noção de ponto de vista interno da norma onde irá trabalhar com a idéia de obrigação sob diferentes perspectivas do sujeito. "Ser obrigado" diferencia-se da idéia de "ter obrigação" que é assim internalizada a partir de uma reflexão do sujeito que percebe na obrigação uma razão para sua existência e observância. A idéia de ponto de vista interno da norma, no entanto, não deve ser confundida com uma mera questão de sentimentos, com uma idéia de "se sentir obrigado". Essa sensação é uma experiência psicológica e não é suficiente nem necessária para caracterizar a existência de uma norma vinculante.

Temos, portanto, na idéia de ponto de vista interno o cerne da distinção entre um mero hábito de obediência e uma norma social. Isso por que, para haver uma regra[1] é preciso haver a internalização de uma determinada conduta habitual. A regra estará um passo além do mero hábito, ou seja, de uma mera regularidade de conduta constatada a partir da observação. Essa internalização pressupõe uma atitude crítica e reflexiva de um determinado padrão para assim tornar-se verdadeira norma social.

Desse modo, para Hart as normas sociais são constituídas a partir da internalização de hábitos e é a partir dessas normas sociais que serão reconhecidas as normas jurídicas válidas de uma determinada comunidade. Para solucionar a indagação acerca da maneira pela qual podemos saber quais normas sociais são também jurídicas, ou seja, como identificar normas jurídicas, Hart irá desenvolver a idéia de regras secundárias conforme veremos a seguir.

A noção de normas secundárias e o papel da norma de reconhecimento último

A afirmação de que alguém tem uma determinada obrigação pressupõe a existência de uma norma, mas a recíproca nem sempre é verdadeira, ou seja, nem sempre a existência de uma norma corresponde à idéia de existência de obrigação. O tipo de obrigação prescrito por uma norma é relacionado pelo autor com o tipo de pressão correspondente, configurando assim diferentes "categorias" de obrigações. Por exemplo, uma norma cuja prescrição não observada corresponde a uma pressão em nível psicológico – sentimento de culpa ou vergonha – pode estipular uma obrigação moral. Por sua vez, quando a pressão é unicamente social podemos estar diante de uma norma consuetudinária. (HART, 2009: p. 112)

No entanto, como sabermos que normas sociais são também normas jurídicas?

[Apenas] numa pequena comunidade, estreitamente unida por laços de parentesco, sentimentos e convicções comuns, localizada num ambiente estável, poderia conseguir viver sob tal regime de normas não-oficiais. Sob quaisquer outras condições, essa forma simples de controle social se mostraria deficiente e exigiria vários tipos de suplementação. (HART, 2009 : p. 119)

Essa estrutura social simples, apoiada apenas em normas que Hart denomina primárias – que estabelecem obrigações – tem como conseqüência a problemática da incerteza quanto às normas válidas. Uma sociedade não é estática e, por conseguinte, é necessário que as normas sociais acompanhem esse movimento. No entanto, se não há uma norma que estabeleça a forma como isso será feito, poderíamos cair em dois extremos: ou não haveria maneira de modificar as normas sociais existentes ou normas sociais surgiriam umas sobre as outras sem qualquer critério claro que permitisse tanto às autoridades quanto aos cidadãos uma identificação clara das regras válidas a serem observadas naquela sociedade.

Além da problemática, por um lado da incerteza e, por outro do caráter estático que as normas poderiam adquirir nesse contexto que Hart (2009) denomina "pré-jurídico", há ainda um terceiro problema que é o da ineficiência da pressão social para a obediência às normas. Segundo o autor, isto ocorreria em função da ausência de critérios objetivos para identificação das normas válidas, o que dispersaria a pressão social em um espaço de intermináveis disputas acerca das regras sociais válidas.

A solução vislumbrada por Hart para essas questões seria a suplementação de estruturas sociais baseadas em regras primárias de obrigações com o que ele denomina normas secundárias. Segundo o autor,

> [a] introdução da correção para cada um dos defeitos mencionados poderia ser considerada, em si mesma, uma etapa da transição do mundo pré-jurídico ao jurídico, pois cada recurso corretivo traz consigo muitos dos elementos que permeiam o direito: certamente, combinados, os três recursos bastam para converter o regime de normas primárias em algo que é indiscutivelmente um sistema jurídico. (HART, 2009 : p. 122)

Normas secundárias são, portanto, uma categoria de normas que diferentemente das primárias - que estabelecem obrigações- dispõem sobre as próprias normas primárias. A finalidade das normas secundárias é resolver, de forma conclusiva, a problemática da incerteza, estática e ineficiência das normas primárias através de disposições claras e objetivas sobre a identificação, eliminação e alteração do direito vigente.

Assim, pretende Hart solucionar a questão da incerteza com a norma secundária que denominará "norma de reconhecimento". A solução para o caráter estático do regime de normas primárias é, nesse contexto, solucionada a partir da concepção da "norma secundária de modificação" que terá uma ligação muito estreita com a "norma de reconhecimento" pois, quando existirem normas de modificação, as normas reconhecimento deverão fazer referência a atividade legislativa como traço identificador das normas válidas. Por fim, quanto à questão da ineficiência da pressão social difusa, haverá uma regra secundária que denominará "norma de julgamento" onde indivíduos serão apontados como responsáveis para decidir se, em um determinado caso, houve ou não a violação de uma norma primária. Através da norma secundária de julgamento serão introduzidos conceitos jurídicos importantes como o de juiz, tribunal, julgamento e jurisdição.

Dentre as regras secundárias descritas, segundo Hart, é na regra de reconhecimento que repousa o fundamento de um sistema jurídico pois é nela que, em um Estado Moderno, tanto os indivíduos quanto as autoridades públicas dispõem de critérios válidos para a identificação das normas primárias de obrigação.

Num sistema jurídico moderno, no qual existem várias “fontes” do direito, a norma de reconhecimento é a correspondente mais complexa: os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedentes judiciais. (HART, 2009 : p. 130).

No entanto,

No cotidiano de um sistema jurídico, é muito raro que sua norma de reconhecimento seja expressamente formulada como uma norma. (HART, 2009: p.131).

Portanto, a norma de reconhecimento é para Hart de um fato social. Do ponto de vista interno, o emprego de normas reconhecimento é feito de forma implícita tanto pelos tribunais como por outras autoridades na identificação das normas do sistema jurídico. Do ponto de vista externo sua constatação é observada na prática de uma determinada sociedade.

De acordo com essa teoria, uma norma jurídica é válida se satisfaz aos critérios oferecidos pela norma de reconhecimento, assim, Hart substitui a idéia de que a base de um sistema jurídico advém do hábito de obediência a um soberano pela noção de norma última de reconhecimento que só existe enquanto

uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato. **(**HART, 2009 : p. 142)

Conforme ensina Herbert Hart (2009), a norma de reconhecimento deve ser verificada sob dois aspectos, “direito” e “fato”. O sistema jurídico, assim como um ser humano pode passar por um estágio onde ainda não nasceu, ou por outro lado, pode estar em estado de degenerescência avançado, perto do fim de sua vida, portanto, esses dois aspectos devem ser observados em conjunto: se a norma é factual, a partir de um ponto de vista externo, ou seja, se existe na prática real do sistema e se a norma é considerada válida a partir de um ponto de vista interno feito por aqueles que a utilizam para identificar o direito.

Diante dessa complexidade, percebemos que a idéia de obediência a lei é “produto final” desse sistema jurídico e ocorre no ponto onde o sistema jurídico atinge com o cidadão em particular. Por esse motivo não seria possível resumir todo sistema jurídico à simples idéia de obediência. Trata-se de algo, como vimos, mais complexo, envolvendo a criação e identificação, uso e aplicação, tanto oficial quanto pública, das normas jurídicas.

No entanto a obediência é indispensável para a existência de um sistema jurídico, afinal, é justamente enquanto as leis válidas conforme critérios de validade do sistema são obedecidas pela maior parte da população que se pode afirmar a existência do sistema jurídico.

Exigem-se, portanto, duas condições mínimas necessárias e suficientes, para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as normas de comportamento válidas de acordo com critérios últimos de validade do sistema devem ser obedecidas; por outro

lado, as normas de reconhecimento que especificam os critérios de validade jurídica e as normas de modificação e julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos comuns de comportamento oficial por parte das autoridades do sistema. (HART, 2009 : p. 150)

Considero, especialmente para a análise do sistema jurídico no Brasil, de extrema relevância a distinção feita por Hart entre as noções de validade e eficácia das normas. Enquanto a validade é verificada a partir de critérios definidos pela norma de reconhecimento de um dado sistema, a eficácia corresponde ao fato de que uma determinada norma de direito que exige certo comportamento é mais freqüentemente obedecida que infringida. No entanto, segundo o autor, uma ineficácia prolongada, ou seja, a reiterada infração de uma ou mais normas pode acabar por atingir a validade das mesmas.

Devemos distinguir a ineficácia de uma norma jurídica dada, que pode ou não afetar sua validade, de uma desconsideração generalizada pelas normas do sistema. Tal desconsideração pode ser tão total e tão prolongada que nos autorize a dizer, no caso de um sistema novo, que ele nunca chegou a se afirmar como o sistema jurídico de um determinado grupo; e no caso de um sistema estabelecido há longo tempo, que ele deixou de ser o sistema jurídico do grupo (HART, 2009: p. 133-134)

Assim, segundo o autor, para se dizer com segurança que um sistema jurídico existe, precisamos saber se as normas reconhecidas como oficialmente válidas são geralmente obedecidas. Quando o setor oficial se afasta do privado, no sentido de não haver mais obediência geral às normas consideradas válidas, estaremos diante de um caso de patologia do sistema jurídico. Essa patologia pode se originar por diversas formas, seja por uma revolução, pela criação não autorizada de uma nova constituição ou de um novo sistema jurídico ou ainda, "[pelo] simples colapso do controle jurídico ordenado diante de uma situação de anarquia ou banditismo, sem pretensões políticas ao governo (...)" (HART, 2009 : p.152). Nesses casos, o estágio no qual se pode afirmar que o sistema jurídico finalmente deixou de existir, segundo o autor, não pode ser definido com exatidão. Com isso em mente analisemos algumas práticas sociais relacionadas à identificação e aplicação do direito na cidade do Rio de Janeiro.

Análise da teoria de Hart no contexto social carioca

Temos então, segundo Hart, o cerne do sistema jurídico na combinação de normas primárias e secundárias que, apesar de não responder todos os problemas relacionados ao estudo do direito, constitui poderoso instrumento para análise desses problemas.

Dentre os problemas relacionados ao estudo do direito Hart aponta as diferentes possibilidades de patologia do sistema jurídico, problemática essa que, conforme vimos, permeia a relação entre eficácia e validade das normas jurídicas.

Pretendo nesse item dar mais atenção a essa problemática tendo em vista a realidade brasileira. Dentre a rica diversidade de realidades sócio-culturais co-existentes no Brasil, faço a opção de empreender o estudo proposto a partir das práticas de organização social nas favelas da cidade do Rio de Janeiro. O foco desta analise são as

repercussões da aparição e multiplicação das favelas no sistema jurídico oficialmente vigente.

As práticas sociais realizadas nas favelas da cidade são ainda conhecidas superficialmente pela maioria das pessoas. Segundo o pesquisador Abramo (2003), a carência de dados produz algo que denomina "senso comum" (2003, p. 05) que, segundo ele, alimenta reflexões e representações sobre o universo dos pobres que nem sempre refletem a realidade, devendo, portanto, ser confrontado por resultados empíricos de pesquisas que permitam uma visão mais abrangente sobre a realidade factual.

Considerando a atenção dada por Hart ao aspecto factual das normas, como demonstra em sua noção de regra de reconhecimento última, concebida enquanto fato social, desenvolverei - em breves linhas - o contexto fático dessas comunidades.

Dentre as pesquisas desenvolvidas pela prefeitura do Rio de Janeiro acerca das favelas, seleciono para análise nesse trabalho o estudo sobre a dinâmica do mercado de solo informal em favelas (ABRAMO, 2003). Entre os resultados desse estudo, foi verificado que[2],

[quando] vemos o percentual de rotação do estoque imobiliário do mercado informal nas favelas, verificamos que ele apresenta em média, para os bairros estudados, um patamar ligeiramente superior ao do mercado formal, sinalizando uma relativa regularidade no funcionamento desse mercado. Da mesma maneira, quando tabulamos os preços praticados no sub-mercado de assentamentos consolidados, confirmamos a hipótese de um mercado onde os preços não apresentam um comportamento errático; eles obedecem a uma certa lógica e regularidade revelando que há efetivamente um funcionamento do mercado informal em favelas, isto é, ele não é aleatório ou sazonal. Em outras palavras, o volume e o patamar de preços das transações imobiliárias confirmam a existência de um mercado informal que regula o acesso a terra urbana nas favelas consolidadas. (ABRAMO, 2003, p.07).

No entanto, apesar da existência de um mercado imobiliário regular em favelas, à luz das normas jurídicas válidas a partir de critérios últimos de identificação do direito utilizados pelas autoridades oficiais: juízes e tribunais; bem como pelas demais autoridades oficiais, como funcionários da administração pública, estas transações são, na maioria das vezes[3], consideradas uma infração à lei ou juridicamente nulas[4] (MOREIRA, 2007).

Podemos verificar a partir desses dados uma incompatibilidade entre as decisões judiciais e a prática reiterada de considerável parcela da população da cidade.

A insuficiência estatal para resolução de conflitos urbanos em "zonas marginais", ou seja, áreas de favelas, é reconhecida pelas autoridades oficiais. Isso é o que se verifica a partir de decisões proferidas por magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que reconhecem a incapacidade da atuação estatal nesses espaços[5] (MOREIRA, 2007). Em função dessa insuficiência no atendimento às demandas originadas nessas áreas, a partir da lógica da necessidade, são criadas regras sociais que orientam o dia-a-dia dessa população favelada como uma espécie de "direito informal".

Many of the massive slums that are ubiquitous in large cities around the world function with little or no official legal presence, beyond the purview of law and courts, often without legally recognized rights; order is maintained and intercourse conducted in these areas through other social norms, institutions mechanisms. (…) Observers have identified or described legal aspects of these developments in terms of legal pluralism (TAMANAHA, 2008 : p. 21).

Um desses observadores foi Boaventura de Souza Santos (1988) que durante a década de setenta se instalou em uma favela carioca a qual passou a chamar de "Pasárgada".

No interior de "Pasárgada" identificou a presença de um "direito informal não oficial", não profissionalizado, muitas vezes criado por analogia às regras jurídicas oficialmente válidas[6], administrado pela Associação de Moradores da comunidade que funcionava como uma instância de resolução de conflitos, especialmente de conflitos envolvendo direito de habitação e propriedade de terra. A partir de sua pesquisa, Boaventura de Souza Santos conclui que "embora o direito estatal [seja] o modo de juridicidade dominante ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade" (SANTOS, 1988, p. 54).

Considerações finais

Sobre essas questões, Hart (2009) oferece um esclarecimento que auxilia aos leitores a construção de uma compreensão, ou ao menos, uma nova lente para a análise da problemática que acaba por envolver a noção de sistema jurídico em uma atmosfera nebulosa. Esclarece o autor que

[até] que a população ficasse dividida e a "lei e ordem" entrassem em colapso, seria equivocado dizer que o sistema jurídico cessara de existir: pois a expressão "o mesmo sistema jurídico" é ampla e elástica o suficiente para que não seja preciso postular que um consenso oficial unificado a respeito de *todos* os critérios originais de validade jurídica é condição necessária para que todo o sistema jurídico permaneça "o mesmo". Podemos apenas descrever a situação da forma como fizemos e considerá-la um caso anormal, abaixo dos padrões, contendo em si mesmo a ameaça de dissolução do sistema jurídico. (HART, 2009 : p. 158)

No que tange a avaliação do caso estudado quanto a sua normalidade e aos padrões de comportamento vigentes, de acordo com pesquisa realizada pelo IBGE em 2000, na cidade do Rio de Janeiro, de uma população total de 5.851.914 habitantes, 1.092.783 residem em áreas consideradas subnormais e 4.75914 em áreas normais. Esses números parecem ainda mais consideráveis quando relacionamos à taxa de crescimento anual média da população do Rio de Janeiro que apresentou entre 1991 a 2000 crescimento de 0,73% ao ano sendo que, enquanto a população normal crescia 0,38% ao ano, a taxa de crescimento da população subnormal era de 2,40% ao ano. Isto significa dizer que, nos últimos anos, para cada 1 criança nascida em área considerada normal, 6 nasceram em favelas e/ou periferias (MOREIRA, 2007).

Diante do acelerado crescimento da população favelada que atualmente corresponde a mais de um terço da população de uma grande cidade, e da dificuldade, reconhecida

pelas autoridades oficias, em resolver conflitos nessas áreas, constatamos certa ineficácia da regra secundária de julgamento, reconhecida de acordo com critérios estabelecidos pela regra de reconhecimento última. Essa falta de eficácia se agrava diante da consolidação de um quadro social estabelecido *contra-legen*, como é o caso das habitações construídas em favelas. Acredito, muito firmemente na necessidade considerarmos essa realidade como contendo em si, nas palavras de Hart, "a ameaça de dissolução do sistema jurídico", sem cairmos na falaciosa conclusão que, em função desse contexto, o sistema jurídico deixou de existir.

Não ignoramos que a problemática exposta revela uma difícil e nebulosa questão que afeta diretamente a eficácia de determinadas normas jurídicas e pode, ao longo do tempo afetar a própria validade destas. No entanto, valendo-me da teoria de Hart, acredito que, consciente da patologia que o acomete, o sistema jurídico oficial permanece vivo nas práticas da maioria da população.

Sobre isso conforme Herbert Hart acredito que nesse ponto do estudo da teoria do direito

(...) deixar de lado todo o aspecto oficial e abandonar a descrição do uso das normas nas atividades legislativa e judicial e, em vez disso, conceber o mundo oficial em sua totalidade, como uma pessoa ("o soberano") que, através de vários órgãos ou porta-vozes, dá ordens às quais o cidadão obedece de forma habitual [seria tentar a partir de] uma alegoria conveniente (...) descrever fatos complexos que ainda aguardam uma descrição, ou um relato mitológico desastrosamente confuso". (HART, 2009 : p. 146)

Conclusão

Neste trabalho analisamos alguns aspectos da teoria do direito de Herbert Hart a partir de sua crítica e sofisticação à teoria de John Austin. Verificamos a concepção de Hart de normas sociais como algo além do mero hábito de obediência ao soberano. Analisamos sua noção de ponto de vista interno e externo das obrigações, através dos quais sofistica da noção de norma desenvolvida por Austin.

Vimos a percepção de Hart - preocupado com a complexidade das sociedades modernas - sobre impossibilidade de se conceber um sistema jurídico apenas com norma sociais primárias e ainda, como esse autor, a partir de três questões a serem solucionadas - qual sejam, a incerteza em relação às normas jurídicas válidas, sua possibilidade de alteração e eficiência - desenvolve a noção das regras secundárias de reconhecimento, modificação e julgamento.

Analisamos ainda a importância da norma de reconhecimento de Hart para a identificação do ordenamento jurídico válido e como essa norma não necessariamente corresponde a um texto legal, constituindo verdadeira prática social.

No que tange a validade das normas jurídicas, percebemos a partir da diferenciação entre validade e eficácia, a importância da presença de ambas para a existência e manutenção de um ordenamento jurídico saudável. Pudemos ver ainda como patologias são formadas no sistema jurídico quando as normas jurídicas validas perdem sua

eficácia. Para empreender esse estudo, observamos alguns aspectos da realidade vivida pela população que reside em comunidades faveladas da cidade do Rio de Janeiro.

Encerramos este trabalho concordando com o professor Herbert Hart quanto a impossibilidade de sua teoria do direito responder a todas as questões e problemas relacionados ao estudo do direito, especialmente em suas zonas cinzentas. No entanto reconhecemos a relevância das contribuições de Herbert Hart no aprimoramento da compreensão do complexo fenômeno jurídico, neste longo e árduo caminho de definir "o conceito de direito".

Bibliografia

ABRAMO, Pedro. A Dinâmica do Mercado de solo informal em favelas e a mobilidade dos pobres. Mar. 2003. Disponível em < http://www.armazemdedados.rio.rj.br/arquivos/105a%20dinâmica%20do%20mercado%20de%20solo%20informal%20em%20favelas.PDF> Acesso em 06 de abr. de 2006.

AUSTIN, John. 1832. The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence, London: Weindenfeld and Nicolson. Trad.: Juan Ramón de Páramo Argüelles, El objeto del la jurisprudencia, Madrid: CEC (2002).

HART, Herbert L. A. 2009. O conceito de direito. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes 399p.

MOREIRA, Rafaela Selem. 2007. Mediação de conflitos: limites e possibilidades no contexto de uma favela carioca. Direito Estado e Sociedade. Nº30 jan/jun :212-229.

SANTOS, Boaventura de Souza. 1988. *O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Editora Fabris. 115p.

SGARBI, Adrian. 2006. Clássicos de teoria do direito. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumem Jures. 204p.

TAMANAHA, Brian Z. 2008. Understanding legal pluralism: past to present, local to global. Legal Studies Research Paper Series. 07-0080: 1-63.

---

[1] Esclarecemos que os termos “regra” e “norma” deverão ser tomados neste trabalho como equivalentes. Em alguns estudos encontramos a referência à palavra regra (SGARBI, 2006) utilizada no mesmo sentido que a palavra “norma” é empregada na mais recente tradução para o português da obra de Hart intitulada “O conceito de direito” (HART, 2009).

[2] “No caso da cidade do Rio de Janeiro, temos mais de 500 favelas catalogadas no sistema SEBREN do Instituto Pereira Passos da Secretaria de Urbanismo da Prefeitura Municipal da Cidade do Rio de Janeiro.” (ABRAMO, 2003, p. 07). A pesquisa em tela foi realizada em 15 dessas favelas.

[3] A pesquisa jurisprudencial ora apresentada foi realizada a partir de consulta ao website do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A palavra chave utilizada para a localização da jurisprudência ora trabalhada foi “FAVELA”. As decisões analisadas na pesquisa ocorreram entre os anos de 1996 e 2006.

[4] Para exemplificar essa posição, apresento a Ementa do acórdão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, desembargador relator Marco Aurélio Froes no julgamento da Apelação Cível nº. 2003.001.18587, em 30 de setembro de 2003.

EMBARGOS DE TERCEIRO
SOCIEDADE COMERCIAL
TRANSFERENCIA DE ACOES
FRAUDE A EXECUCAO
PENHORA

EMBARGOS DE TERCEIROS: Impossibilidade de incidência de fraude em ato praticado por terceiro. - A alteração de participação societária não se opera perante credores já existentes quando da celebração do ato. - A alteração societária com cessão patrimonial provocando esvaziamento patrimonial de devedor não produz efeitos perante os seus credores, principalmente quando já ajuizada ação executiva ou mesmo cognitiva condenatória. Possibilidade do credor buscar a garantia do Juízo com penhora de bens que, já em fase de judicial, foram transferidos a terceiros, **eis que a cessão de bens pelo devedor não produz efeitos perante os credores. Bens indicados para penhora devem ser compatíveis com o valor do débito, sendo que imóvel localizado dentro de favela não possui qualquer valor comercial.** - Não comprovação de alegações de que os bens não mais pertencem ao executado em razão de transferência de participação acionaria. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO[4] (nosso grifo).

[5] A título de exemplo apresentamos abaixo ementa de acórdão da 5º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, desembargador relator Carlos Ferrari no julgamento do agravo de instrumento de nº. 2002.002.17443, em 11 de março de 2003.

EXECUCAO POR TITULO EXTRAJUDICIAL

ARRESTO

INDEFERIMENTO DO PEDIDO

EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - Pedido de arresto de automóvel em razão de **não ter sido possível a citação da ré, em outra causa, barrado que foi o oficial de justiça, na entrada de favela, por homens armados**. Indeferimento. Agravo de instrumento. O arresto somente tem cabimento nos casos expressos em lei No caso, além da dificuldade de citação não se incluir entre as hipóteses tipificadas no artigo 813 do Código de Processo Civil ela não se deu por ato da devedora, ocorrendo, ao contrário, por circunstância certamente alheia à sua vontade. Improvimento. (nosso grifo)

[6] Sobre isso, Tamanaha reconhece a influência que exerce o sistema jurídico oficial sobre prática pública de reconhecimento de normas sociais e, de forma recíproca, a influência dessa prática social no sistema jurídico oficial: “Although less formal by design, customary and religious courts sometimes adopted the forms and styles of state courts. Both sides of this dual system influenced one another in various ways, including exchanging or recognizing the other’s norms.” (TAMANAHA, 2008 : p.17)

A CRISE É DO POSITIVISMO?*

LA CRISIS ES DEL POSITIVISMO?

Rodney Loureiro dos Santos
Carlos Paschoalik Antunes

RESUMO

O que se denominou como "crise do Direito" nada mais é que um aspecto relevante de uma crise geral, muito mais profunda cuja razão de ser é o próprio sistema de produção das normas. Na verdade trata-se de uma crise de legitimidade, de uma crise de soberania.
No processo legislativo há sempre um complexo de fins e valores, de motivos ideológicos que atuam na decisão do legislador, cuja opção final reflete a conversão de uma das proposições jurídicas possíveis, conflitantes ou não, em norma. Essa conversão não deixa de ser um critério de preferência e escolha, já que se opta por um valor e descarta-se outro, contudo, há necessidade de justificação do valor adotado que somente pode ser fundamentada na soberania popular. Mas o que é soberania popular? Qual o seu alcance? Quem é o povo? Por que devemos obedecer a uma lei? Quando se pode atribuir o caráter de legitimidade a uma lei?
A concepção de soberania e da intensidade de intervenção do Estado na órbita individual será diferente conforme o ponto de vista do estado natural do homem, que para Hobbes era Caótico e violento, enquanto para Rousseau e Locke era natural, pacífico.
É imperioso um conhecimento maior do que seja a soberania popular, da estrutura do poder que está por detrás do Direito (Bobbio) e do Direito que está por detrás do poder (Kelsen), caso contrário, nossa sociedade não solucionará o que se chama de crise do positivismo nem será capaz de conhecer soluções, normativas ou não, para os nossos problemas atuais.

PALAVRAS-CHAVES: CRISE, POSITIVISMO, LEGITIMIDADE, SOBERANIA, POVO, PODER, NORMA.

RESUMEN

Lo que se denominó como "crisis del Derecho" nada más es que un aspecto relevante de una crisis general, mucho más profundiza cuya razón de ser es el propio sistema de producción de las normas. En la verdad se trata de una crisis de legitimidad, de una crisis de soberanía. En el proceso legislativo hay siempre un complejo de fines y valores, de motivos ideológicos que actúan en la decisión del legislador, cuya opción final refleja la conversión de una de las proposiciones jurídicas posibles, conflitantes o no, en norma. Esa conversión no deja de ser un criterio de preferencia y elección, ya que se opta por un valor y se descarta otro, pero, hay necesidad de justificación del valor adoptado que solamente puede ser fundamentada en la soberanía popular. Pero lo que es

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

soberanía popular? Cual su alcance? Quién es el pueblo? Por qué debemos obedecer la una ley? Cuando se puede atribuir el carácter de legitimidad la una ley?

La concepción de soberanía y de la intensidad de intervención del Estado en la órbita individual será diferente conforme el punto de vista del estado natural del hombre, que para Hobbes era Caótico y violento, mientras para Rousseau y Locke era natural, pacífico. Es imperioso un conocimiento mayor que sea la soberanía popular, de la estructura del poder que está por detrás del Derecho (Bobbio) y del Derecho que está por detrás del poder (Kelsen), de lo contrario, nuestra sociedad no solucionará lo que se llama de crisis del positivismo ni será capaz de conocer soluciones, normativas o no, para nuestros problemas actuales.

PALAVRAS-CLAVE: CRISIS, POSITIVISMO, LEGITIMIDAD, SOBERANÍA, PUEBLO, PODER, NORMA.

1 - Introdução: O que se quer dizer com Crise?

A palavra crise é sem dúvida uma das expressões mais usadas nos dias de hoje. Contudo, faz-se necessário delimitar seu alcance a fim de se apreender o que realmente se quer afirmar com esta expressão. Há vários tipos de crise, a crise econômica, a crise política, a crise religiosa, a dos costumes, e a que nos interessas mais de perto: a crise do Direito. Cumpre consignar que sempre estivemos em crise; que nunca de fato estamos satisfeitos com nossas conquistas ou com a situação em que estamos, o que necessariamente não é algo negativo, uma vez que esta eterna insatisfação humana, essa sensação de que as coisas poderiam ser diferentes para melhor, nos leva ao progresso, a busca de novas alternativas, ao questionamento dos valores que adotamos, é justamente esta capacidade de vislumbrar algo melhor que nos torna especiais, humanos, diferenciados na criação divina.

Não resta dúvida que há uma crise de valores no ocidente, proporcionada, dentre outras coisas, pelo impacto da ciência sobre a sociedade que aumentou a participação humana nos bens materiais e questionou valores religiosos que outrora serviram como forma de controle moral e social de determinados indivíduos considerados à margem do sistema. O que se denominou como “crise do Direito” nada mais é que um aspecto relevante de uma crise geral, muito mais profunda que, na visão de Miguel Reale,[1] apresenta um grave sintoma: a perda de confiança nas soluções normativas, tal fenômeno foi denominado por crise do positivismo.

A referida crise, na visão de Miguel Reale, se deve a um predomínio do aspecto emocional e intuitivo sobre o racional, a um conceito restrito de norma jurídica, concebida como simples proposição normativa, desvinculada das condições fático-axiológicas, objeto de sua significação, ou seja, a norma vem envolvida pela realidade que lhe dá significado e dela não pode ser separada, como preferem alguns cientistas[2].

A norma jurídica nada mais é que um enunciado de um comando que torna obrigatória certas formas de coexistência social. Ela enuncia uma ordem em conformidade a uma determinada diretriz de comportamento. Melhor argumentando, é uma proposição que

envolve uma opção entre diversas proposições normativas, sem confundir-se com o enunciado da escolha nem exaurir-se na decisão tomada.[3]

Essa opção entre diversas proposições normativas possíveis gera uma tensão entre a norma e a realidade, já que esta última participa da norma como contexto, é captada em uma multiplicidade de elementos, em um bloco monolítico e nunca pode ser reduzida exclusivamente e tão somente ao seu texto. Nas palavras de Faria: *"Logo, se o texto da norma efetivamente não se confunde com a própria norma jurídica, sua aplicação à realidade concreta é vista mais como um processo de adaptação valorativa do que uma operação meramente silogística"*.[4]

As normas, desse modo, conflitam com as demais valorações dos grupos sociais, pois no processo legislativo há sempre um complexo de fins e valores, de motivos ideológicos que atuam na decisão do legislador, cuja opção final reflete a conversão de uma das proposições jurídicas possíveis, conflitantes ou não, em norma. Essa conversão não deixa de ser um critério de preferência e escolha, já que se opta por um valor e descarta-se outro, contudo, há necessidade de justificação do valor adotado que somente pode ser fundamentada em critérios baseados na persuasão e nunca no convencimento, nesse sentido esclarece Faria[5]:

"Isto porque essas justificações não trabalham com evidências – pois tanto o Direito, como a Política, jamais poderão ser reduzidos a esquemas axiomático-dedutivos expressos pelas ciências exatas, os quais se caracterizam por conter um elemento interno de coerção, que as torna indiscutíveis – mas sim com um repertório de topoi, ou seja, certas formas de procura – para usar as palavras de Viehweg, pontos de vista universalmente aceitos e utilizados, empregados tanto a favor como contra, e que parecem conduzir a verdade – que representam pontos de apoio para uma argumentação e servem de orientação prática na elaboração de estratégias".

É justamente este processo político que determina a conversão de preferências individuais em uma decisão coletiva, para a qual existem múltiplas alternativas. Essa opção legislativa em editar determinado comportamento como proibido ou permitido, em detrimento de outras opções normativas, determina uma visão diferenciada do ordenamento jurídico e do sistema político conforme a posição de quem olha, ou seja, os detentores do poder do Estado têm uma visão distinta das dos membros da sociedade civil, nesse sentido continua Faria[6]: *"A relativização da idéia de justiça e bem comum conduz, desta maneira, ao problema do relacionamento entre poder e legitimidade, à conseqüente distinção entre obediência obtida pela eficácia do poder e a obediência sustentada na autoridade da lei e do direito"*.

Deste modo, cumpre ressaltar que o fenômeno da positivação do Direito não pode se restringir a uma conversão de preferências individuais em coletivas e, considerando que há sempre um ato decisório marcando o aparecimento da norma, pois não há uma única linha legítima a ser adotada, uma vez que vivemos em uma sociedade complexa e plural, torna-se imperioso submeter-se a validade da norma adotada a uma decisão soberana.

No Estado de Direito, a discrição do legislador deve circunscrever-se a determinados limites, porém, não se deve negar que lhe resta um considerável campo de escolha segundo os critérios de conveniência e oportunidade, insuscetíveis de um controle

judicial mais aprofundado. É justamente por meio deste este ato de escolha que se verifica a correlação fundamental existente entre direito e poder. Toda norma jurídica ao abrigar um conflito de valores, necessita de uma interferência decisória do poder que estará sempre sujeita aos perigos da arbitrariedade, da personalização do responsável pelo ato e da supremacia dos interesses particulares no momento da decisão.

É justamente neste ponto que reside um dos aspectos mais tormentosos da Democracia. A corrupção ideológica do legislador leva inevitavelmente à falência dos desígnios populares e põe na berlinda a legitimidade do sistema político e jurídico. Como bem disse Montesquieu, a virtude é o maior princípio da República, pois sem ela, a mencionada conversão de interesses particulares em interesses coletivos cai por terra[7].

O que se quer dizer é que a tão debatida crise moderna não se origina e nem reside exclusivamente no positivismo. Também não é da Democracia, penso eu. É sim, uma crise de legitimidade, de representação. Na verdade, nossos representantes políticos ignoram e desprezam o vínculo ético, moral e jurídico estabelecido com seus eleitores por meio do sufrágio. Ao desprezar esse liame, abandonam a função de depositários da soberania popular e produzem leis divorciadas das necessidades sociais.

Nessa linha de argumentação pode-se inferir que as leis, ou melhor, a opção escolhida pelo legislador dentre as variáveis possíveis, costumeiramente não está em harmonia com a vontade popular. Desse modo, essa norma ilegítima em sua gênese, causa a impressão que a crise reside no sistema jurídico positivo; que ele não é devidamente observado e que já não há mais confiança nas soluções normativas, seja porque abundam leis injustas, seja por deficiência do sistema processual ou lentidão da justiça, ou ainda no modo elitista e discriminatório como ela é aplicada pelos tribunais. Corrija-se a legitimidade que os demais fatores por si só se alinharão. É pelo alicerce que se começa, caso contrário o sistema não se estrutura. Mas há interesse em estruturá-lo?

Conclui-se, nessa linha, que a crise do direito surge no abuso do poder alimentado pelo déficit de legitimidade. Os detentores do poder social estão umbilicalmente atrelados aos detentores do poder político. Este tipo de promiscuidade deslegitima a produção legislativa e, conseqüentemente, impede a atuação devida do Estado quando este, por dever constitucional positivado, deve agir.

O exposto acima, à primeira vista, insinua que o Estado não seria a única fonte de direito, tese vigorosamente refutada por KELSEN e por aqueles que acreditam na existência objetiva do Estado. Essa concepção objetiva do Estado é de entendimento mais lógico e de mais fácil compreensão, contudo, ignora a complexidade do direito e de sua feição multifacetária. Em sentido contrário, uma corrente significativa defende a possibilidade de um direito não estatal, utilizando como argumento o fato da existência de uma dinâmica jurídica composta por estímulo e resposta entrecruzados; tal constatação afasta a possibilidade de se aceitar o Estado como única fonte normativa. Quem não aceita a concepção objetiva de Estado, argumenta que uma ficção, um mito, não pode ser fonte de direito e sim os poderes engendrados nos embates das forças sociais.[8]

Para uma melhor exposição do tema, imprescindível produzir o ensinamento de ROBERTO AGUIAR:[9]

"Já dissemos que assim que é promulgada uma norma, ela passa a ser aplicada pelos macroaplicadores e microaplicadores, cada um deles revalorizando a norma dentro dos parâmetros estabelecidos, podendo até mesmo invadir o praeter legem. Dessa forma, a norma jurídica vai invadindo os mais escondidos escaninhos da sociedade. Mas, essa mesma norma vai entrar em choque com interesses de grupos, vai esbarrar nos costumes ou vai contradizer o lucro ou o processo de produção de outros grupos. Essas associações humanas não vão receber o teor normativo e suas respectivas sanções com um ânimo plácido. Eles vão exercer pressão, eles vão ameaçar, eles poderão retirar o apoio que anteriormente davam ao poder político. Se tais grupos são significantes para a sustentação do poder, ele terá de recuar, ou, promulgando nova norma, ou criando exceções à norma originária, o que significa, simplesmente, também criar nova norma."

"Essa nova norma, geral ou excepcional, embora promulgada pelo Estado, embora sancionada pelo poder, não será manifestação de sua vontade. O Estado dá vida legal, legitima um teor normativo que, se não inserido no ordenamento jurídico, poderia criar uma fissura no poder político e, conseqüentemente, no próprio ordenamento".

"Em casos desta natureza a fonte foi outro grupo, um grupo com poder real que obrigou o poder formal a recuar, para que continuasse formal e real".

Outros não são os ensinamentos contidos na obra de FERDINAND LASSALE. Sua tese afirmava que o que está escrito em uma folha de papel, deve necessariamente vir justificado pelos fatores reais e efetivos do poder. A Constituição seria uma lei fundamental, porque é à base da organização política do Estado, e também porque representa, ou tem em si, uma força ativa, que necessariamente faz que o ordenamento jurídico e demais institutos fiquem condicionados na sua fisionomia, no seu modo de ser e essência, dadas pela diretriz dessa lei fundamental. Essa força ativa são os fatores reais do poder, aquelas forças existentes na realidade social, que fazem com que a supra-estrutura de um Estado tome certa direção. Portanto, conclui LASSALE, que os problemas constitucionais não são primordialmente problemas de direito, mas de poder; a verdadeira Constituição somente reside nos fatores reais e efetivos de poder que regem este país; e as Constituições escritas não têm valor e nem são duradouras mais do que quando dão expressão fiel aos fatores de poder vigentes na realidade social.[10]

Outro fator significativo da chamada crise do positivismo reside na aplicação da lei pelos órgãos judiciários. Os juízes não são eleitos, não tem responsabilidade política, portanto, seu campo de atuação não pode ser ilimitado, não podem exorbitar e nem invadir esferas reservadas a outros poderes. Infelizmente, por conta de um legislativo inoperante e medíocre, e de um Executivo afeto a políticas clientelistas, o Poder Judiciário tem crescido em atribuições e adentrado em espaços que não lhe competem, cometendo verdadeiros atentados ao equilíbrio dos poderes e ao Estado Democrático.

Outro fator a ser observado é o que diz respeito a uma suposta neutralidade do juiz. As sentenças judiciais não podem ser entendidas como meros consectários da lei. Já não se admite mais o juiz boca da lei, alheio à realidade e ao conteúdo material e efetivo dos problemas a ele apresentados. O magistrado apolítico, neutro e isento, bem como a imparcialidade do Judiciário, não passam de uma ficção cultivada por uma cultura jurídica e idealista.[11]

Inegável é o caráter político das decisões judiciais. Não são um ato isolado e sim uma opção realizada pelo órgão responsável pela aplicação e conhecimento do direito. Suas decisões não são mera aplicação da lei ao caso concreto; na verdade portam significações muito mais amplas, as quais repercutem politicamente produzindo expectativas de resultado. Não é a jurisprudência dominante um programa político vitorioso no âmbito dos tribunais?

Impossível ignorar a formação pessoal de cada julgador. A aplicação do direito pelo juiz vem necessariamente atrelada as suas concepções políticas, a sua classe social e no modo como ele concebe o direito. É justamente neste ponto que reside um dos aspectos mais relevantes da crise do direito, uma vez que esses elementos (caráter político das decisões judiciais e a ausência de imparcialidade do órgão judiciário) estão ausentes no direito legislado, mas marcadamente presentes no momento em que ele é aplicado, com acentuada influência em seu produto final. Deste modo, cumpre ressaltar que não são somente os juízes que necessitam de novos ares culturais, mas também as escolas de juristas que precisam de um banho de modernidade e de uma abertura para problemas socioeconômicos complexos e permanentes.[12]

Desse modo, é imperioso refletir que vivemos em um Estado de Direito detentor do monopólio da força e do poder de prescrever normas jurídicas de cumprimento obrigatório, atribuindo uma sanção àqueles que a descumprirem. A Constituição brasileira no Título I, Art. 1º prescreve que todo o poder emana do povo, que por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (CB Art. 1º, parágrafo único). O ponto crucial desta questão se alicerça no aspecto de que o poder de editar normas e de aplicar sanções deve necessariamente vir fundamentado, não mais em desígnios divinos, metafísicos ou nos interesses de uma oligarquia dominante, e sim na soberania popular. Sem essa legitimação quem governa é a força, o poder ilegítimo e não o Estado de Direito.

Mas o que é soberania popular? Qual o seu alcance? Quem seria esse povo capaz de legitimar democraticamente um ordenamento jurídico e político de uma nação?[13] Tais questionamentos tornam imperioso um estudo mais pormenorizado do poder que está por detrás do Direito. É necessário um entendimento mais aprofundado da influência dos fatores reais de poder dispersos na sociedade, caso contrário não se encontrará solução ao que se entende por crise do positivismo. É fundamental perquirir o que é o poder, qual sua estrutura e como ele age silenciosamente, ardilosamente, subtraindo a legitimidade do ordenamento jurídico de quem de direito e semeando a indiferença por tudo aquilo que pode revelar sua face.

2 - **Algumas palavras sobre a soberania**.

Constata-se que em um dos seus aspectos mais elementares o poder é exercido por homens concretos que utilizam a força, ou a potencialidade de usá-la, a fim de subjugar outros homens concretos.

O estado da natureza é caótico. Neste impera a lei do mais forte, de modo que a razão sucumbe ante a violência. A sociedade moderna, na qual o homem vive angustiado e

amedrontado, tem se pautado na eliminação da violência, considerada, na visão de muitos, um resquício indesejável de herança animal presente no homem.

No estado natural, anterior a cidade, o homem nem sempre podia conduzir-se pela razão, e como só há liberdade quando impera a razão e não somente a força, a cooperação mútua tornou-se condição para uma vida digna, na qual se torna possível o cultivo de valores mais edificantes. Para isso cedeu-se parcela de liberdade, mas, em contrapartida, possibilitou-se o desfrute de um estado civil provedor de segurança e de paz com a devida institucionalização da violência que passou a ser atributo exclusivo do Estado.

Com esse objetivo, e com vistas também à obtenção de proteção contra as invasões estrangeiras e a eliminação do mais fraco pelo mais forte, entendeu-se por bem a designação de um poder comum a todos, poder este conferido a um só homem ou a uma assembléia como representante de determinado grupo, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar, todos assim submetendo sua vontade a vontade do representante.

Desse modo, o poder era encarado como algo gerado da união dos homens e do contrato social, nesse sentido é a precisa lição da excelente tese de doutorado de FÁBIO ULHOA COELHO:

"O poder, contudo, tanto em um autor como no outro, é entendido como um corpo resultante ou da união dos homens (Espinosa) ou do contrato firmado entre eles (Hobbes). Um corpo que nasce, cresce, possui substancialidade e que pode também morrer. Essa perspectiva, que se convencionou mais recentemente por teoria da soberania, reifica o poder, desqualificando-o como uma relação entre os homens para o mostrar como um objeto que se tem, ou não, que se ganha ou que se perde".[14]

Surge então, no final do século XVI, juntamente com o conceito de Estado, o termo soberania, que vem a indicar, em toda sua plenitude, o poder estatal, sujeito único exclusivo da política. Em sentido lato, soberania é o poder em última instância, é a racionalização jurídica do poder no sentido da transformação da força em poder legítimo.

Aqui não se faz necessário uma descrição minuciosa das definições doutrinária a respeito do termo soberania, porém, a fim de se estabelecer ao menos uma base mínima apresento alguns conceitos retirados da importante obra de DALMO DE ABREU DALLARI:

"Procedendo a uma síntese de todas as teorias formuladas, o que se verifica é que a noção de soberania está sempre ligada a uma concepção de poder, pois mesmo quando concebida como centro unificador de uma ordem está implícita a idéia de poder de unificação. O que nos parece que realmente diferencia as concepções é uma evolução do sentido político para uma noção jurídica de soberania. Concebida em termos puramente políticos, a soberania expressava a plena eficácia do poder, sendo conceituada como o poder incontrastável de querer coercitivamente e de fixar as competências. Por esse conceito, largamente difundido, verifica-se que o poder soberano não se preocupa em ser legítimo ou jurídico, importando apenas que seja absoluto[...] Uma concepção jurídica leva ao conceito de soberania como poder de

decidir em última instância sobre a atributividade das normas, vale dizer, sobre a eficácia do direito[...]".[15]

Em essência, tanto em seu conceito político ou jurídico, a soberania é a prerrogativa de fazer leis e de anulá-las, já que deste poder se resume todos os outros. É o único que de forma cogente impõe comportamentos, sendo, portanto, absoluta, perpétua, indivisível, inalienável e imprescritível.

As teorias da soberania desfrutam intenso prestígio nos dias atuais pelo fato de servirem de justificação do poder político em razão de sua causa eficiente, que residiria num direito de o poder atuar por ser legítimo em sua origem. Estabeleceu-se, desse modo, uma relação de obediência como dever, e soberania como direito, o direito de comandar.

Esse poder unificador citado por DALARI usa desse direito, muito embora ele não lhe pertença de princípio, pondo em xeque o pressuposto das teorias da soberania: *quem é o titular originário deste direito*? O argumento tem como base a razão de que por detrás do conceito jurídico de soberania, encontra-se uma fundamentação metafísica: deve existir uma vontade suprema que rege a comunidade humana, vontade boa por natureza e que deve ser obedecida. O poder concreto deve emanar do supremo soberano – Deus ou sociedade – e deve encarnar essa vontade. Na medida em que realiza essas condições é legítimo. Portanto, toda a teoria da soberania tem uma origem comum: a soberania divina, de tal modo que a abordagem normativa via soberania deságua necessariamente numa explicação teológica.[16]

O soberano é quem decide qual o direito válido em uma sociedade; e é o soberano justamente porque é o senhor absoluto da idéia de direito atuante no grupo político. Com esta idéia MICHEL FOUCAULT, ao analisar as relações entre direito e poder, observa que nas sociedades ocidentais, desde a Idade Média, a elaboração do pensamento jurídico se fez essencialmente em torno do poder real.[17]

Dessa posição do Rei como personagem central da arquitetura jurídica surge a necessidade teórica de justificar o poder. Sendo assim, à noção de soberania vem indissoluvelmente ligado o caráter original e absoluto de poder soberano, não sendo fundamental para sua configuração o fato do soberano vir personalizado na figura de um rei ou de uma assembléia de homens. O que realmente se faz relevante é que a soberania é uma força que nasce das circunstâncias históricas em um determinado período e em uma comunidade, possuindo como qualidade preponderante não depender, quanto a sua existência, de qualquer ordem jurídica preestabelecida. Na verdade ela representa a quebra de laços com o período medieval em que o poder estava difuso e desconcentrado, sem unidade.

É justamente nessa noção de soberania que serve de fundamento justificador para a formação dos grandes Estados territoriais, fornecendo também o arcabouço teórico propício para justificar, simultaneamente, a expansão do poder e sua concentração num único foco irradiador, qual seja: o rei ou uma assembléia, não importando se democrática ou aristocrática. Com essa fundamentação, o direito passa a ser um princípio centralizador, de maneira que, em determinado território, numa determinada esfera de poder, concebe-se tão somente um direito: aquele emanado de quem detém o poder soberano.

No final do século XVII até o início do século XIX o saber jurídico ocidental tinha como base de sustentação o Direito Romano e o Direito Canônico, que por sua vez se concentravam quase que exclusivamente no âmbito do direito privado.

A reação ao Romanismo e ao Jusnaturalismo fomentou a manifestação de um novo saber jurídico que impulsionou o surgimento de ciências como a Sociologia Jurídica, a História do Direito e também de uma Política do Direito. Em decorrência desta nova manifestação, principalmente como reação ao Romanismo, surge a questão da superioridade do Estado sobre o Direito, ou do Direito sobre o Estado, na qual se expressa a idéia de uma legislação resultante de decisões de vontade, sustentada na soberania popular com limitações jurídicas a ação e ao poder estatal.[18]

Tal processo é decorrente, na verdade, de três períodos revolucionários: a Revolução Inglesa de 1688, da qual surge o Parlamentarismo, a independência norte-americana, que estrutura a separação dos poderes e o regime federativo, e por fim, a Revolução Francesa que foi uma das grandes responsáveis pela teoria do liberalismo.

Pela precisão, reproduzo o ensinamento de JOSE EDUARDO FARIA:

"Este processo revolucionário e de renovação intelectual dos séculos XVII e XVIII culmina no aparecimento do moderno Estado de Direito: O Estado Liberal do século XIX, resultante de um determinado padrão histórico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil, por intermédio de um Direito Público desenvolvido em torno de um conceito de poder público em que se diferenciam a esfera pública e o setor privado, os atos de império e os atos de gestão. Portanto, é a partir do estabelecimento do princípio da legalidade que surge o moderno problema da legitimidade das normas constitucionais, em função da pergunta clássica da política: por que obedecer"?[19]

Diante desta pequena explanação se faz necessária uma análise do que fundamenta o sistema jurídico e político: a soberania. Se esta não é devidamente observada tudo que lhe surgir por derivação será conseqüentemente maculado, ilegítimo e não gerará, por si só, um dever fundamentado de obediência.

3 - Estado Absoluto e Estado constitucional.

Com o surgimento do Estado surgiram duas teorias que procuravam apreender os limites do exercício do poder. Uma encarava o monarca como corpo vivo da soberania, afirmando que seu poder não conhecia limitações. O poder do Estado não coexiste com outros poderes (teoria absolutista). Uma segunda teoria defendia uma limitação do poder soberano, pretendia a elaboração de regras e fixação de limites a fim de que este apresentasse um mínimo de legitimidade (teoria do Estado Constitucional).

O maior expoente da teoria absolutista de Estado é THOMAS HOBBES.

O modelo de Hobbes apresenta a dicotomia surgida entre estado de natureza e sociedade civil. Para o filósofo, no estado da natureza prevalece a insegurança, o medo e o temor. Deste estado surge a guerra de todos contra todos. Em razão do conflito permanente, os

homens, guiados pela reta razão, contraem um pacto de união, pacto este que rompe com o estado da natureza e dá nascimento ao Estado.

É como se cada homem realizasse um pacto com todos os homens, transferindo o direito de governar a si mesmo a outro homem ou assembléia, diluindo a violência assassina da razão e institucionalizando o uso da força. Feito isso, a multidão unida numa só pessoa se chama Estado, do Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. É assim que HOBBES descreve o nascimento do poder.[20] A ciência política da era moderna (da época de HOBBES) tinha na noção do já citado contrato social, a base do estado e do poder, conceitos inseparáveis para a época. Consigne-se que o referido pacto idealizado por Hobbes não é um pacto bilateral entre povo e soberano e sim multilateral, de cada homem com cada homem para reconhecer como soberano um terceiro.

Para HOBBES, pois, o Estado é uma criação humana e para ele o poder soberano é irrevogável, absoluto, indivisível, portanto, a soberania, e conseqüentemente também o Estado, são produtos artificiais, resultado da autorização e da renúncia ao direito de governar-se a si mesmo.

Essa tese absolutista de HOBBES afirma que o Estado é soberano, não se limitando a nenhum vínculo ou obrigação e, correspondentemente, a obediência dos súditos deve ser absoluta, somente admitindo exceção no direito à vida.[21]

HOBBES rejeita a teoria do direito natural, segundo a qual o soberano estaria submetido às leis naturais. Observa-se que a concepção de direito natural considerava as leis como mandamentos divinos. Em sentido contrário a esta teoria, HOBBES afirma que as leis naturais são ditadas pela razão, que não constituem uma obrigação de fato e não podem limitar o poder soberano, diferenciando-as assim das leis positivas, por entendê-las por regras morais atuantes no nível da consciência. Nesse sentido é oportuna a citação de BOBBIO[22]: *"O vínculo que os súditos têm com relação às leis positivas não é da mesma natureza do que prende o soberano às leis naturais[...] Enquanto as leis positivas constituem para os súditos comandos que precisam ser obedecidos absolutamente, as leis naturais são, para o soberano, apenas regras de prudência[...]"*

O Leviatã deve concentrar o maior poder de que os homens puderem concentrar. Não deve ele submeter-se nem as próprias leis e nem ao poder eclesiástico, uma vez que este último não tem natureza coercitiva e sim educadora.

Essa posição radical quanto ao poder absoluto de HOBBES servia à monarquia. Porém, as concepções de poder sem limites do Estado que não respeita as próprias leis que elabora e nem a propriedade privada, faz surgir outra corrente: a do Estado Constitucional cujos maiores defensores são LOCKE, ROUSSEAU E MONTESQUIEU.

Para LOCKE[23] o poder político baseia-se no consenso o que, neste ponto, não difere do pensamento de HOBBES. Para ele, o que constitui qualquer sociedade política nada mais é do que o consenso de homens livres capazes de formarem maioria para se unirem e incorporarem a tal sociedade. O que LOCKE questiona em HOBBES é a teoria da identificação do estado natural do homem com o estado de guerra. Em sua obra ficou

claramente demonstrado que é justamente a tentativa de se evitar este estado de guerra, a principal razão que move o homem do estado natural para a sociedade política. Por sua vez, o objetivo principal desta sociedade política é a proteção da propriedade.

A propriedade em LOCKE possui um caráter muito mais abrangente do que o aspecto material. Para ele engloba também o direito á vida, ao corpo. Essa abordagem conferiu ao pensador o título precursor dos liberais modernos, uma vez que pregava que o maior objetivo da união dos homens em comunidade seria a preservação da propriedade[24].

Segundo LOCKE é o consenso o único princípio válido de legitimação do Estado. O consenso manifesta-se no contrato social que por sua vez forma o corpo político. Dessa forma o consenso de cada indivíduo forma uma comunidade que atua como um só organismo regido pelo princípio da maioria. É a obrigação de obediência ao mandato da maioria que possibilita a existência da sociedade civil.

A concepção do estado natural em LOCKE, que como explicitado acima não é a do estado de guerra em HOBBES, impõe ao Estado um respeito à condição natural do homem, não concebendo, desse modo, uma intervenção absoluta do poder soberano nas liberdades individuais, uma vez que todos os homens são livres, iguais e independentes por natureza.

LOCKE, assim como HOBBES, tem a idéia de que a sociedade nasce com um contrato e são uníssonos na concepção moderna da teoria do poder:

"Locke, enfim, não escapa a tradição moderna da teoria do poder, que o colhe reificado da experiência em sociedade para sobre ele dissertar. Nele também se cogita de um corpo político resultante do contrato social, que se move na direção para a qual sua força o impulsiona, tal como a sociedade política dirigida pela vontade da maioria".

"A reificação do poder ocorre quando as pessoas desapercebem-se do seu caráter exclusivamente humano, para reconhecê-lo como algo independente da maneira como estão se relacionando. O poder assume a direção da vida, tornando os homens seus servos".[25]

ROUSSEAU possui inclinação jusnaturalista. Para ele o ideal moral é a natureza, onde o homem é espontâneo e feliz; a infelicidade do homem reside no seu distanciamento do estado da natureza. A degeneração humana ocorreu no momento em que o homem passou a conviver em sociedade, e o problema crucial é dar a esta uma forma tal que o homem recupere nela a própria natureza, ou seja, encontrar uma forma de estado na qual a lei civil tenha o mesmo valor da lei natural.

Efetivamente este é o problema fundamental do Contrato Social: *"Encontrar uma forma de associação que defenda a pessoa e os bens da cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes"*.[26]

Assim, o Estado para ter legitimidade deve nascer de um contrato pelo qual todo indivíduo aliene a si mesmo e aos seus direitos à comunidade, pois, cada um dando-se a todos não se dá a ninguém.[27]

É nessa linha que surge em ROUSSEAU o conceito de vontade geral, que não é definida como a vontade de todos, mas a vontade de cada um, aquilo que na vontade de cada indivíduo deve coincidir com a vontade dos demais. Enquanto a vontade geral está relacionada ao interesse comum, a individual está com o interesse privado que não passa de uma soma das vontades particulares.[28]

Como corolário, a vontade geral, ou pode-se dizer soberania, é, por não traduzir interesses particulares, a única fonte da Lei e, uma vez que esta é a expressão daquela, ninguém poder ser superior a Lei. Melhor explicando, a vontade geral se origina da razão do justo, o bem comum, enquanto a vontade de todos é um desvio, é a supremacia do interesse particular sobre a razão.

É de se consignar que a unidade do poder soberano, na ótica de ROUSSEAU, está na reunião de todos os cidadãos. Não é admitida em sua obra a figura do representante, uma vez que em sua concepção, ter representantes é o mesmo que ceder a outros o direito de exercer a própria liberdade civil, o que na sua visão é inconcebível: *"A soberania não pode ser representada pela mesma razão por que não pode ser alienada, consiste essencialmente na vontade geral e a vontade absolutamente não se representa"*.[29]

Mais a frente conclui afirmando que: *"Os deputados do povo, pois, não são e nem podem ser seus representantes; são simples comissários, e nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não tenha ratificado diretamente é nula, não é uma lei"*.[30]

Por fim, forçoso concluir que na teoria de ROUSSEAU não surge contraste entre Direito positivo e Direito natural, uma vez que a validade do Direito positivo e da vontade geral que lhe serve de fonte, está condicionada pela cláusula essencial do contrato social, qual seja, aquela pela qual o homem não renuncia à própria liberdade, à própria qualidade de homem, aos direitos da humanidade, pois tal renúncia não se compadece com a natureza do homem.[31]

Justificada está, pois, a asserção de que ROUSSEAU pode ser considerado o último jusnaturalista.[32]

4 - Separação dos Poderes

Independentemente dos direitos preexistentes ao Estado, a teoria das separações dos poderes busca impor limites internos ao poder, impedindo sua concentração e atribuindo as funções estatais a órgãos distintos.

No Espírito das Leis, MONTESQUIEU indaga sobre o "espírito" das leis jurídicas atribuindo a este um substrato histórico, constituído por uma multiplicidade de fatores que determinam a organização político-social, portanto jurídica, dos diferentes povos nas distintas situações históricas.

A teoria tripartida do poder de MONTESQUIEU, sob o pálio argumentativo de que o poder concentrado nas mãos de uma única pessoa seria a definição da própria tirania,

não é, e não pode ser aplicada em sua rigidez nos dias atuais, porque eliminaria as múltiplas possibilidades de relações inter-orgânicas que exercem uma função de controle.

Sustenta-se com propriedade que o poder estatal, uno em sua essência, se divide em três funções (para alguns "poderes") coordenadas: legislativo, executivo e judiciário, que correspondem a três funções do Estado: legislação, administração e justiça, que são formas distintas do mesmo processo de criação do Direito; portanto, o Direito tem a característica de regular a sua própria criação, estabelecida uma harmonia com as prescrições de uma norma superior (ver KELSEN).

A tripartição do Poder do Estado apresenta uma definição marcadamente política, podendo ser encontrada, de forma embrionária em HOBBES e LOCKE e tendo sua formulação aperfeiçoada e revelada de forma mais explícita em O Espírito das Leis de MONTESQUIEU[33].

Parte significativa da doutrina diz que o próprio MONTESQUIEU estava ciente de que a tripartição não tinha cunho científico, e servia às ideologias burguesas, que a utilizou como instrumento destinado a embasar definitivamente sua posição como classe social dominante[34]; portanto, trata-se de uma noção essencialmente ideológica com fins didáticos, alicerçada no princípio da divisão do trabalho que deve ser entendida como momentos distintos de um mesmo processo de tutela normativa com que está comprometido o Estado. Esse dever estatal de cumprir determinadas funções beneficia os destinatários do poder, pois referida separação, robustece a liberdade ao proteger o cidadão do absolutismo e da tirania (reinante na época da concepção desta teoria).

MANUEL FERREIRA FILHO defende que, cientificamente falando, não existe uma função jurisdicional diversa da administrativa. Politicamente falando, para salvaguarda da liberdade individual, a aplicação da lei em casos concretos deve ser sempre confiada, em última análise, a órgãos independentes e imparciais não subordinados ao governo, mas somente ao direito impessoal.[35]

Quando se fala em separação de poderes, é sempre necessário se ter em mente os seus objetivos, quais sejam: a soberania popular, a eficácia constitucional e a proteção dos direitos fundamentais. Portanto, a mencionada separação deve servir a uma realidade democrática (soberania popular) ao respeito da Constituição pelos governados e principalmente pelos governantes, aplicando-a de modo imparcial (eficácia constitucional) e com respeito aos direitos fundamentais sob pena de se tornar, em caso contrário, uma ditadura da maioria.

Infelizmente os controles e as competências estabelecidos na Constituição não funcionam como deveriam na prática, uma vez que temos um controle de constitucionalidade misto, com elementos do controle concentrado, característico de constituições européias e do sistema difuso, criação norte-americana, mas não temos uma Corte Constitucional nos moldes europeus, nem uma Suprema Corte nos moldes americanos.

Na verdade o mau funcionamento das funções de controle tem como origem as circunstancias políticas, o despreparo de nossos legisladores e principalmente o fato que

os detentores do poder não tem qualquer interesse na defesa da legalidade e da constitucionalidade naquilo que seja contrário á manutenção de seu “status quo”.

Em qualquer regime político ou econômico, o governo, as elites e os detentores do poder sempre tendem a exceder seus limites, portanto, é forçoso concluir que o poder é sempre o mesmo, mudando apenas a ideologia, os discursos de verdade que sempre tentam justificar nas “razões de Estado” seus abusos e desrespeitos aos direitos humanos, bem como o não cumprimento dos Direitos Sociais tão claramente estipulados em nossa constituição.

5 - BOBBIO, KELSEN e a Soberania

KELSEN, jurista de significativa expressão apresenta uma visão um tanto diferenciada do que seja a soberania.

Estudamos até aqui que o homem em determinado momento de sua existência entendeu por bem viver em sociedade. Conforme analisado acima, a posição que se adota em relação ao estado de espírito em que o homem vivia em seu estado natural determina, ou justifica, a legitimidade do modo de intervenção e atuação do Estado na sociedade.

Nessa linha, HOBBES defende que o estado natural do homem é o de guerra, basta lembrar sua célebre frase: “o homem é lobo do homem”, portanto, compartilha a tese de que a intervenção do Estado nos direitos e liberdades do cidadão deve ser absoluta. LOCKE, ROUSSEAU E MONTESQUIEU defendem a limitação do poder soberano, uma vez que concebem o homem espontâneo e feliz em seu estado natural.

O ponto comum entre as teorias citadas é de que o poder soberano resulta de um contrato, de um pacto em que a vontade geral é alienada a um soberano ou a uma assembléia de homens. Esse consenso, ou como prefere ROUSSEAU, a vontade geral, é que dá legitimidade á soberania e determina a validade do ordenamento jurídico.

O pensamento de KELSEN parte de outro fundamento, é o que analisaremos.

Positivista até as entranhas, KELSEN expurgou da Ciência Jurídica qualquer elemento relacionado com a sociologia, a psicologia, a ética e a política, não por admitir que entre essas matérias e o direito não haja conexão, mas sim por uma questão de atribuir ao Direito o status de Ciência, dotado de uma pureza metodológica de como o Direito é, e não de como ele deve ser[36].

KELSEN restringia o Direito à norma, distinguindo-a de outros comandos encontrados na ordem social, ou seja, o que dá qualidade jurídica a uma norma é o fato de ela pertencer a um ordenamento sistematicamente construído. Portanto, o jurista austríaco refuta a tese do direito natural, por acreditar que o ordenamento jurídico encontra validade em critérios não metajurídicos, como Deus, natureza, etc.

O sistema Kelseniano parte da tese que o ordenamento jurídico regula sua própria produção[37], melhor explicando: a fim de que uma norma seja jurídica ela precisa ser produzida em conformidade com outra norma jurídica, que por sua vez terá de ser

regulada por outra norma jurídica. Logo, a norma jurídica inferior é regulada por uma norma jurídica superior até alcançar o ponto culminante de sua teoria, o ápice da pirâmide normativa: a norma hipotética fundamental.

É justamente nesse ponto que surge a indagação: Qual o fundamento dessa norma hipotética fundamental? Qual sua origem? Para tentar explicar ninguém melhor que o próprio KELSEN[38]:

"Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico jurídico para distingüir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior."

É neste ponto acima narrado que KELSEN inverte a origem do poder que sustenta o ordenamento jurídico, BOBBIO[39] ao analisar KELSEN explica o fato:

"Aquilo que pode merecer alguma reflexão é porque Kelsen tenha considerado, contrariamente á tradição do direito público, colocar no vértice do sistema não o poder supremo do qual extraem validade todas as normas do sistema, mas a norma suprema da qual extraem legitimidade todos os poderes do sistema. A uma questão deste gênero se pode responder antes de tudo tratando de entender o mecanismo do sistema, e, em segundo lugar, tentando dar uma interpretação ideológica sobre a escolha de um ponto de partida em vez de outro".

Ocorre que em uma teoria positivista o conceito de produção jurídica e o conceito do que vem a ser poder vêm necessariamente atrelados. Nesta concepção, um ordenamento jurídico é produzido pela vontade humana e para que normas sejam produzidas é preciso que alguém tenha o poder de fazê-lo. Concluí-se, portanto, que a noção de norma não pode ser dissociada da noção de poder, são as duas faces da mesma moeda.[40]

Adotando-se a teoria de BOBBIO de que norma e poder são duas faces da mesma moeda surge o problema da abordagem da essência do que seja Estado, que pode ser analisado pela ótica da norma, como defende KELSEN, ou sob a perspectiva do poder, como apregoado pelos defensores da teoria tradicional do Direito Público. BOBBIO[41], como de costume, não foge do tema:

"Como se sabe, chegando a norma fundamental que fecha o sistema, Kelsen não deixa de precisar que, não obstante a norma fundamental, o ordenamento jurídico é válido em seu conjunto só se for também eficaz, ou seja, se aqueles que têm o poder de produzir as normas do sistema têm o poder de fazê-las cumprir e, em conseqüência, as normas do sistema (im grossen und ganzen) observadas.

Desse modo, contrária e simetricamente à teoria tradicional, a Teoria Pura do Direito deixa entender que, quando se alcança o vértice do sistema, não se pode mais separar o

Direito do poder, e se torna cada vez mais difícil entender onde acaba um e começa o outro. A máxima dos legisladores lex facit regem se converte continuamente na máxima oposta, sempre apoiada pelos políticos realistas, Rex facit legem."

As duas máximas fundamentais citadas por BOBBIO *lex facit regem e rex facit legem* representam duas concepções de Estado, a positivista, que considera o Direito sob ótica do poder e a doutrina do Estado de Direito que considera o poder sob o ponto de vista do Direito. Esse contraste, explica BOBBIO, nasce por conta de perspectivas diferentes: a dos políticos e a dos juristas.

Os primeiros, interessados particularmente no tema poder, enxergam o Direito como direito positivo e entendem que esta concepção não pode deixar de lado o tema poder. Os segundos concebem o poder como domínio, senhorio, que não pode deixar de lado o Direito[42].

Os dois conceitos acima suscitaram inúmeras discussões a respeito da norma jurídica fundamental de KELSEN, e, somente considerando um entrelaçamento entre a doutrina do poder (positivismo jurídico) e a doutrina do Direito (Estado de Direito), será possível superar essa contradição, e como explica BOBBIO[43]:

"A norma fundamental tem numa teoria normativa do Direito a mesma função que a soberania numa teoria política ou, caso se queira, potestativa do direito: tem a função de fechar o sistema. Com essa diferença: a norma fundamental tem a função de fechar um sistema fundado na primazia do direito sobre o poder; a soberania tem a função de fechar um sistema fundado na soberania na primazia do poder sobre o direito. Enquanto o poder soberano é o poder dos poderes, a norma fundamental é a norma das normas. Objeta-se que a norma fundamental não é uma norma como todas as outras e é uma simples hipótese da razão. Mas o poder supremo não é também ele uma hipótese da razão?"

As duas teorias têm em comum a estrutura hierárquica em que as normas ou os poderes, conforme a concepção adotada, são postas, não lado a lado, mas em nível superior-inferior, ou, adotando-se a concepção de KELSEN, como estratos de uma pirâmide em cujo ápice situa-se o poder representado pela soberania ou pela norma hipotética fundamental.

Nesses termos constata-se a simetria entre a norma fundamental de KELSEN e a teoria tradicional do poder soberano, com a diferença que a teoria tradicional, observando a escada de baixo para cima, de poder em poder, chega ao poder soberano, fundamento da autoridade de todos os outros poderes; a teoria de KELSEN parte das normas inferiores até, de norma em norma, a norma fundamental, entendida como o fundamento de validade de todas as outras normas do sistema[44].

BOBBIO conclui seu raciocínio afirmando que:

"Se as duas escadas terminam na norma fundamental ou no poder soberano depende manifestamente uma vez mais do ponto de partida. Mas a escolha de um ou de outro ponto de partida é apenas questão de oportunidade. Retomando e adaptando ao nosso tema a fórmula de uma célebre tese filosófica, pode-se dizer que, no vértice do sistema normativo, lex potestas convertuntur."[45]

Ambas as teorias fecham o sistema, mas não resolvem a questão da legitimidade, uma vez que o poder soberano e a norma hipotética fundamental pressupõem um poder legitimante ou fundante anterior, portanto, não respondem a questão: por que obedecer?

Para responder esta questão será necessário sair do sistema. É aqui que se confirma que a teoria da soberania possui, conforme TERCIO SAMPAIO FERRAZ (nota de rodapé nº 16), um aspecto teológico ou metafísico, quais sejam, o contrato social no caso da soberania sob a ótica do poder, ou a eficácia, no caso da norma fundamental de KELSEN, consignando-se que neste caso o termo soberania é analisado sob a ótica da norma.

6 - Teoria da Soberania Popular

Essa teoria não pretende conter o poder por meio dos direitos naturais (jusnaturalismo) ou em sua difusão por órgãos diferentes (tripartição dos poderes).

Os precursores desta teoria acreditam que é possível se alcançar a participação de todos os cidadãos, defendendo que o poder fundamentado no consenso popular não pode cometer abusos, posto que o povo não utilizaria o poder contra si mesmo.

A singularidade desta teoria é que, contrariamente as duas que lhe precedem, considera que a atribuição do poder a quem não pode abusar dele, no caso a vontade geral, dispensa motivos para preocupações com a limitação do poder absoluto.[46]

Aqui cumpre consignar que tal teoria se constitui uma falácia em sua aplicação de fato. O povo não é devidamente representado e talvez nunca tenha sido em nenhum governo no mundo. A limitação do poder que essa teoria entendia dispensável torna-se cada vez mais necessária nos dias presentes. E por limitação de poder incluí-se uma obrigação positiva do Estado, caso contrário o “status quo”, que é patentemente desigual, se mantém. O Estado quando não cumpre sua função social, comete um abuso de poder, pois não é legítima a omissão de quem tem, por norma constitucional, o dever de agir. Para confirmar esta afirmativa, basta observar a desigualdade social extremamente acentuada nos países periféricos e também, embora menos significativa, presente nos países centrais.

Cumpre observar que complexidade desta concepção não reside unicamente nos fatores acima apontados. O próprio conceito de “povo” não apresenta um caráter unívoco e sim plurívoco. Na antiguidade clássica já se usava o termo povo, contudo, com o surgimento da idéia democrática, o referido conceito passou a desfrutar de acentuada importância, uma vez que passou a ser a essência fundamental deste regime, servindo como função legitimadora da soberania e conseqüentemente do ordenamento jurídico dela originado.

O conceito de “povo”, portanto, deve ser devidamente delimitado semanticamente e esmiuçado juridicamente, caso contrário, a sua significação etérea e ambígua, acaba servindo de justificação às ideologias dominantes e aos interesses dissociados do Bem Comum, nesse sentido a lição de FABIO COMPARATO[47]:

"Na teoria política constitucional, povo não é conceito descritivo, mas claramente operacional. Não se trata de designar, com esse termo, uma realidade definida e inconfundível da vida social, para efeito de classificação sociológica, por exemplo, mas sim de encontrar um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas, no universo jurídico-político".

O fato é que a Constituição brasileira no Título I, Art. 1º constitui-se a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito no qual todo o poder emana do povo, que por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (CB Art. 1º, parágrafo único). Diante de tão importante atribuição surge a crucial pergunta, título da importante obra de Muller, Quem é o povo?

Quem seria essa figura que legitima todo o ordenamento jurídico, que fundamenta a violência estatal e serve de alicerce para o regime democrático? Seria o povo ativo formado pelos eleitores atuantes nas eleições, nos referendos e plebiscitos? Ou a expressão "povo" não teria um significado preciso, servindo apenas como uma referência, um ícone? Em outras palavras, o fato é que o povo não exerce a soberania que lhe é atribuída constitucionalmente; é sim entregue a própria sorte, abandonado a si mesmo, e neste caso a invocação do povo, da ação "em nome do povo", é apenas icônica.[48]

O ícone é intocável, não diz respeito a nenhuma pessoa viva, não possui vontade própria, portanto, a vontade que lhe é atribuída como vontade geral só pode ser uma vontade particular. Logo, se as Constituições falam de "povo" o falam pela necessidade de legitimar-se, ou seja, com essa expressão, a Constituição legitima-se a si mesma.

É pela sua importância justificadora e legitimadora de todo o poder estatal, que o termo "povo" não poder ser pronunciado como uma metáfora inofensiva. É perquirindo seu alcance e delimitando inequivocamente seu conteúdo que conseguiremos compreender os fatores reais de poder que estão por detrás do Direito e da sociedade.

Por que obedecemos às leis? É legítima essa obediência? Vivemos de fato em uma Democracia? A verdade é que a soberania popular tornou-se uma fórmula mais do que desgastada, foi mais símbolo do que realidade. Esvaziou-se, tornou-se uma ideologia e, embora constantemente invocado nos discursos políticos e no texto constitucional, o verdadeiro papel do povo não foi devidamente delimitado no processo político e muito menos no jurídico.

Não aceitamos mais a soberania absoluta de ninguém, nem a popular, e não acreditamos que a mera educação será suficiente para inibir crimes contra a humanidade. Outro não é o entendimento de COMPARATO[49] ao afirmar que maioria do povo é capaz de esmagar "democraticamente" a minoria, ou, que é muito pior, a minoria, que detém o poder de controle social, utiliza o voto majoritário popular para legitimar sua dominação e acentuar a exclusão social.

A título de encerramento mais uma vez FABIO KONDER COMPARATO[50]:

"Tudo isso me permite observar que, nos países de grande desigualdade social – dos quais o Brasil é, por assim dizer, o modelo perverso – o aperfeiçoamento democrático não passa necessariamente, tal como sucede em países igualitários (rectius, de forte

classe média), pela atribuição de maiores poderes decisórios para o povo, através da ampliação do uso obrigatório de referendos e consultas populares. É que justamente, esses poderes acrescidos não serão de fato exercidos pelo povo, enquanto corpo coletivo unitário, mas sim pelos detentores do verdadeiro Kyrion ou poder supremo efetivo, no seio do povo. Em suma, pelos oligarcas de sempre. São eles – e unicamente eles – que constituem na realidade o Aktivvolk, segundo a terminologia adotada pelo professor Muller".

7 - Conclusões e Soluções?

Diante de tão sombria perspectiva qual a solução para tão angustiante problema? A crise não é do positivismo é de legitimidade; é anterior, concomitante e posterior à constituição do ordenamento jurídico. A referida crise acentua-se ainda mais na excessiva e inevitável liberdade conferida aos magistrados pelos princípios gerais indeterminados, pelas normas de conteúdo aberto e também em interpretações de órgãos superiores que muitas vezes fazem jurisprudência ao arrepio da lei. A soberania é a viga fundamental do sistema democrático e do ordenamento jurídico de uma nação. Se ela mesma não se sustenta, se está deslegitimada, nada mais resta, tudo pode ser questionado, o ordenamento jurídico, o sistema político, as leis; menos algo: os direitos fundamentais, e nada mais! Será?

Ultimamente, muito se tem falado da teoria garantista de LUIGI FERRAJOLI. Dentre muitos argumentos citados em sua obra Direito e Razão, o que mais provoca reflexões pertinentes ao tema elaborado neste singelo artigo é a distinção elaborada pelo autor entre legitimação externa e legitimação interna. Por legitimação externa, FERRAJOLI entende a legitimação do direito por princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios morais, políticos, racionais, naturais. Por sua vez, a legitimação interna corresponderia à legitimação do direito por princípios internos ao próprio ordenamento jurídico positivo, na adequação da norma legal com os princípios constitucionais, principalmente aos princípios fundamentais. A mencionada distinção coincide, na visão do jurista italiano, com os conhecidos critérios de *justiça*, ponto de vista externo, *e validade*, ponto de vista interno.[51] O garantismo de FERRAJOLI aponta que uma das principais mazelas do direito contemporâneo (no caso penal, mas ressalve-se que o próprio autor defende uma teoria geral do garantismo) residiria na confusão estabelecida entre a legitimação externa e a legitimação interna, chegando inclusive a afirmar que a separação entre as duas legitimações seria o pressuposto do modelo garantista.[52]

Na visão do mencionado autor é possível perceber, na história do pensamento jurídico-filosófico, duas grandes categorias nas quais se agrupam as teorias sobre a legitimação do Direito: as que separam e distinguem a legitimação interna da externa (positivismo jurídico) e a categoria que as confundem, ora subordinando a legitimação interna à externa, ora condicionando a legitimação externa à interna.

No primeiro grupo encontra-se o positivismo jurídico que apregoa a distinção entre direito e moral. No segundo grupo encontra-se o que se denominou de substancialismo jurídico e formalismo ético, teorias que justificam a validade do sistema a elementos externos ao ordenamento jurídico, como valores de direito natural superiores ao direito

positivo. Para esta segunda corrente, o direito positivo seria um valor ético e não somente jurídico.[53]

Em suma, a proposta garantista defende uma limitação do poder em prol da liberdade individual. Para FERRAJOLI, o garantismo exclui tanto a autolegitimação ético-política como a heterolegitimação jurídica do direito, exigindo que sua legitimação política seja somente externa, baseada em interesses individuais e coletivos, e que a sua legitimação jurídica seja somente interna, isto é, fundada na lei. Esta separação minimiza o exercício do poder e maximiza as liberdades individuais, na verdade, o que se propõe é a inserção do garantismo em um positivismo crítico, no qual o critério de legitimação dos atos jurídicos não está na lei, qualquer que seja seu conteúdo, mas na Constituição Federal, com todo seu complexo de valores e princípios[54].

A teoria garantista defende que a confusão entre legitimação externa e legitimação interna deságua em modelos legais substancialistas e autoritários, tanto quando subordina o direito à moral, ignorando a fonte positiva do direito, como quando, ao contrário, subordina a moral ao direito, legitimando apenas em suas fontes legais os conteúdos das leis, deixando, por conseqüência, espaços demasiadamente abertos ao arbítrio do Poder Judiciário.

FERRAJOLI centra sua abordagem partindo do pressuposto que o garantismo surge no descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundamentadas nela, defendendo a busca de uma adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais. O ponto de sustentação de sua doutrina se assenta no ideal democrático que serve de norte a uma fundamentação legal, necessariamente realizada em consonância com os princípios constitucionais fundamentais. Melhor dizendo: ou a lei está em harmonia com as garantias fundamentais do cidadão ou não deve ser aplicada pelo juiz. FERRAJOLI demonstra que a tutela dos direitos fundamentais somente poderá ser efetivada a partir de uma limitação do exercício do poder, para tanto, deve-se evitar o arbítrio e adotar-se regras racionais de limitação e controle, como também maximizar as garantias individuais através de decisões judiciais fundamentadas em vínculos de conhecimento e não de autoridade.

Nenhuma crítica pode ser feita à doutrina do ilustre jurista italiano. Contudo, a teoria garantista não é a panacéia de todos os males, como querem alguns juristas influentes da atualidade. É justamente nesta visão acanhada que reside o problema, pois a falta de aprofundamento e discussão do alcance real desta doutrina e também das soluções apontadas por ela, traz o perigo de que as mudanças realmente estruturais e necessárias não ocorram.

O garantismo pode navegar em um vazio ontológico uma vez que a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais não é tarefa das mais simples, embora haja princípios de secularização cultural em sua formação. Os princípios podem ter que se ajustar ao caso concreto, muitas vezes não se aplicam em determinadas situações e, como costumeiramente ocorre nos tribunais, alguns princípios cedem, conforme as circunstâncias, a outros princípios que, especificamente naquele caso concreto, são vistos pelo aplicador do direito como mais adequados. Inegável que nestes casos há uma preferência, um ato de escolha, logo, uma manifestação de poder que deve necessariamente vir fundamentada. Mas fundamentada em que dispositivo? Essa

fundamentação não se dá na razão, no direito natural ou ainda na moral? Ou pior, não se dará nas "razões de Estado"? Mas nesse caso não retornamos ao ponto de partida? A tese de DWORKIN segundo a qual os princípios somente serão aceitos nas decisões judiciais se assumidos como eficazes perante a sociedade é suficiente para solucionar a complexidade da aplicação do direito nos dias atuais?

Há uma tendência moderna de se buscar a salvação do direito positivo (principalmente do direito penal) na Constituição e nos direitos e garantias fundamentais. Tal postura **não** merece reparos, está isenta de críticas, porém, necessário um questionamento mais aprofundado: como fixar um conteúdo seguro ao que seja um direito fundamental? A imprecisão de seus conceitos abertos, juntamente com sua elevada carga valorativa, não possibilita um desvirtuamento em sua aplicação?A Constituição está em crise, talvez não salve a si mesma, como poderá salvar o ordenamento jurídico? Cometo a indelicadeza de encerrar este artigo com perguntas para as quais não tenho resposta, mas argumento em meu favor que quem aponta o problema não precisa necessariamente oferecer a solução, aliás, entendo que apontar o problema é o início da resolução, uma vez que ela necessariamente passa por uma argumentação e por um debate social em os interessados são chamados a se manifestar.

Uma coisa enfim é clara: ou a sociedade brasileira se organiza (toda ela, não somente a classe dominante) e debate com profundidade seus problemas estruturais políticos e jurídicos ou andaremos em círculos, desnorteados, sem direção e sem atracar em um porto seguro, adotando soluções ilegítimas, paliativas e provisórias que beneficiam uns poucos em detrimento de muitos.

---

[1] REALE, Miguel, o Direito como Experiência, editora Saraiva, 1999, p. 188.

[2] Idem, p.189.

[3] FARIA, Jose Eduardo. Poder e Legitimidade, Editora Perspectiva, 1978, p. 42.

[4] Idem. p.42.

[5] Idem. p.43.

[6] FARIA, Jose Eduardo. Poder e Legitimidade, Editora Perspectiva, 1978, p. 45.

[7] ROUSSEAU, Jean Jacques. O Contrato Social. São Paulo,1999, Martins Fontes, Livro III cap. IV, p.84.

[8] AGUIAR, Roberto A. R. de, Direito Poder e Opressão. Editora Alfa-Ômega, 3º edição; 1990, p.47.

[9] Idem. p. 46/47.

[10] LASSALE, Ferdinand. O Que é uma Constituição? Belo Horizonte: Editora Lider, 2001 p. 71.

[11] FARIA, J. E. e LOPES, J. R. L. pela Democratização do Judiciário, in Direito e Justiça: A função Social do Judiciário. Org, Jose Eduardo Faria, p.165.

[12] Idem. p. 166.

[13] MULLER, Friedrich. Quem é o povo? Max Limonad, 1998, p. 47.

[14] COELHO, Fabio Ulhoa, Direito e Poder, Saraiva, 1° edição, 2005, pág. 26.

[15] DALLARI, Dalmo de Abreu, Elementos de Teoria Geral do Estado, 1995, pág. 68.

[16] FERRAZ JR.,Tercio Sampaio, Poder do Estado e poder soberano na formação do conceito jurídico de poder, apostila do curso "Direito e Poder", São Paulo, PUC, Pós Graduação em Direito (doutorado), 1995 pág. 07.

[17] FOUCAULT, Michael. Microfísica do Poder, 14 edição, 1999, pág. 180, Organização, introdução e Revisão de Roberto Machado.

[18] FARIA, Jose Eduardo. Poder e Legitimidade, Editora Perspectiva, 1978, p. 33.

[19] FARIA, Jose Eduardo. Poder e Legitimidade, Editora Perspectiva, 1978, p. 34.

[20] HOBBES Thomas, 1651, Victor Civitas, 1974, pág. 109/110.

[21] HOBBES Thomas, De Cive. Elementos filosóficos a respeito do cidadão. Petrópolis: Vozes, 1993, VI, p. 13.

[22] BOBBIO, Norberto, A Teoria das Formas de Governo, Brasília, 1980, p. 107/108.

[23] LOCKE, John. Segundo Tratado do Governo Civil. Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultura, 1978, cap. VIII 99:78.

[24] SARMENTO, Daniel, Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada, 2003 Malheiros editores, p. 312. Artigo publicado na obra Dos Princípios Constitucionais de LEITE, George Salomão (organizador).

[25] COELHO, Fabio Ulhoa, Direito e Poder, Saraiva, 1° edição, 2005, pág.32.

[26] ROUSSEAU, Jean Jacques. O Contrato Social. São Paulo, 1999, Martins Fontes, Livro I, cap. VI ,p.20/21.

[27] Idem, Livro I, cap. VI, p.21.

[28] Idem, Livro II, cap. III, p.37.

[29] Ibidem, Livro III, cap.XV, p.114.

[30] Ibidem, Livro III, cap.XV, p.114.

[31] Ibidem, Livro I, cap. IV, p. 14/15.

[32] BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p.44.

[33] BOBBIO, Norberto, A Teoria das Formas de Governo, Brasília, 1980, pág. 104/105.

[34] ALVIN, Arruda, Código de Processo Civil Comentado, vol. I, São Paulo, 1975, pág. 99.

[35] FILHO, Manuel Ferreira, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, 1976.

[36] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6º edição São Paulo/ Martins Fontes, 1998 p.1.

[37] Idem, p.219.

[38] Idem, p. 223.

[39] BOBBIO, Norberto. Direito e Poder, São Paulo: Editora Unesp, 2008, p.156.

[40] Idem, p. 157.

[41] Idem, p. 191.

[42] BOBBIO, Norberto. Direito e Poder,São Paulo: Editora Unesp, 2008, p.199/200.

[43] Idem, p.210.

[44] Idem, p.211.

[45] Idem, p. 212.

[46] BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p.16.

[47] MULLER, Friedrich. Quem é o povo?, Max Limonad, 1998, prefácio de Fabio Comparato, p. 13.

[48] Idem, p.67.

[49] MULLER, Friedrich. Quem é o povo? Max Limonad, 1998, prefácio de Fabio Comparato, p. 27.

[50] Idem. p.27.

[51] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal. 2º edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006. P. 199.

[52] Idem. p. 201.

[53] Idem. p.201/202.

[54] Idem. p. 201.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Roberto A. R. de, Direito Poder e Opressão. Editora Alfa-Ômega, 3º edição; 1990.

ALVIN, Arruda, Código de Processo Civil Comentado, vol. I, São Paulo, 1975.

BOBBIO, Norberto, A Teoria das Formas de Governo, Brasília, 1980.

BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

BOBBIO, Norberto. Direito e Poder, São Paulo: Editora Unesp, 2008.

COELHO, Fabio Ulhoa, Direito e Poder, Saraiva, 1° edição, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu, Elementos de Teoria Geral do Estado, 1995.

FARIA, J. E. e LOPES, J. R. L. pela Democratização do Judiciário, in Direito e Justiça: A função Social do Judiciário. Org. Jose Eduardo Faria.

FARIA, Jose Eduardo. Poder e Legitimidade, Editora Perspectiva, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 2º edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JR.Tercio Sampaio, Poder do Estado e poder soberano na formação do conceito jurídico de poder, apostila do curso "Direito e Poder", São Paulo, PUC, Pós Graduação em Direito (doutorado), 1995. FOUCAULT, Michael. Microfísica do Poder, 14 edição, 1999, Organização, introdução e Revisão de Roberto Machado.

FILHO, Manuel Ferreira, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, 1976.

HOBBES Thomas, 1651, Victor Civitas, 1974.

HOBBES Thomas, De Cive. Elementos filosóficos a respeito do cidadão. Petrópolis: Vozes, 1993.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6º edição São Paulo/ Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. O Que é uma Constituição? Belo Horizonte: Editora Lider, 2001.

LOCKE, John. Segundo Tratado do Governo Civil. Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultura, 1978.

MULLER, Friedrich. Quem é o povo? Max Limonad, 1998.

REALE, Miguel, o Direito como Experiência, editora Saraiva, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques. O Contrato Social. São Paulo, 1999, Martins Fontes.

SARMENTO, Daniel, Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada, 2003 Malheiros. editores, Artigo publicado na obra Dos Princípios Constitucionais de LEITE, George Salomão (organizador).

PROCEDIMENTALISMO E POSITIVISMO: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA*

PROCEDURALISM AND POSITIVISM: A NEEDED REFLECTION

Santiago Artur Berger Sito
Carolina Salbego Lisowski

RESUMO

O presente trabalho pretende investigar as nuances da corrente procedimental da teoria do direito, principalmente em seu desdobramento processualístico, em relação à corrente positivista do direito, de cariz kelseniano, compreendida como alvo das críticas da corrente pós-positivista da segunda metade do Século XX. Buscou-se, a partir do procedimentalismo habermasiano, de caráter comunicativo, compreender as linhas gerais de uma teoria sociológico-jurídica rica, capaz de pensar o processo legislativo muito além de seu caráter meramente positivo, de participação democrática. Identificou-se, conclusivamente, que a figura central deste processo que a razão move contra si mesma, é o cidadão. O positivismo, filho dos paradigmas estatais liberalistas, e filosóficos iluministas, efetuou um recorte axiológico na sociedade, pondo direito de um lado e sociedade de outro. O procedimentalismo habermasiano se insurge contra esse momento, e pugna por um agir democrático-comunicativo.

PALAVRAS-CHAVES: PROCEDIMENTALISMO, POSITIVISMO, CIDADANIA, DEMOCRACIA

ABSTRACT

This paper aims to investigate the features of the current theory of procedural law, especially in it's processualistic relationships, with the current Positive Law Theory, drafted by Kelsen, understood as a target of criticism from the current post-positivism of the second half of the twentieth century. Was sought, from the Habermas's proceduralism, communicative character, to understand the outlines of a rich sociological-legal theory, able to think the legislative process beyond its purely positive character of democratic participation. It was found conclusively that the central figure in this process that the reason moves against itself, is the citizen. Positivism, son of liberalist state paradigms, and philosophical Enlightenment, made a cut set of values in society, putting the Law side and Society aparted from each other. The Habermas's proceduralism protested this moment, and strives for a democratic and communicative act.

KEYWORDS: PROCEDURALISM, POSITIVISM, CITIZENSHIP, DEMOCRACY

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A problemática que se utiliza como pano de fundo adota proporções que por si só seriam suficientes para a realização de uma nova abordagem acadêmico-científica. Mas pela amplitude das objeções levantadas, impossível condensar, em um só *paper*, toda a riqueza argumentativo-filosófica daquilo que é proposto, tanto por procedimentalistas, como por substancialistas.

Porém, parte-se da conjuntura jurídica brasileira, que atravessa um período de requestionamento e reflexão extremamente oportuno e profundo. As exigências de políticas públicas prometidas (dirigismo constitucional) e não implementadas (insuficiência estatal) apenas acirram o debate acerca de que mudança precisa (ou não) o sistema jurídico sofrer.

A ordem social exige (em especial as classes menos favorecidas), do sistema jurídico, maior proteção/efetivação/aplicação de direitos, cujo Estado Democrático de Direito, ainda não incorporado, jura garantir. Aliás, a primeira divergência se dá na própria compreensão do que é e como deve se operar, interna e externamente, o Estado Democrático de Direito.

Contudo, a tradição positivista no Direito se mantém condicionando o fazer jurídico a uma série de paradigmas e dogmas, ainda resquícios de outras interferências que afetaram o direito de forma decisiva. Assim, os pensadores do direito, reduzidos pelo positivismo a meros "aplicadores" ou "operadores", restam na condição de reféns desse paradigma que desconsidera qualquer condição ideológica, idiossincrasia, própria dos sujeitos e, por conseqüência, do Direito feito por eles. Crê-se em uma suposta eficiência do sistema advinda da supremacia das regras, por elas mesmas, em detrimento, por exemplo, do reconhecimento das interfaces entre o fazer jurídico e outros campos do conhecimento. É a autoreferência que da Luhmann fala.

Acontece que, em face à condição de Estado Democrático de Direito em que se vive, as referidas concepções dogmáticas restam insuficientes à demanda da sociedade. Cada vez envolta em relações - e por conseqüência, conflitos – mais e mais complexas, o corpo social clama pelo judiciário na resolução dessas questões. Assim, o Estado Democrático de Direito enfrenta essa questão e, dentro dele, o Direito permanece apartado, pelo abismo existente entre previsão e aplicação, da sociedade.

A referida concepção, se adequada ou não, não exclui o fato de que o processo, enquanto instrumento/meio de satisfação do direito material, também é afetado por tais fatores. Assim, a compreensão que se tem sobre esse instrumento, nessas condições, é imprescindível para que seja revelada qual a própria concepção de Direito dos sujeitos.

Inerente a todos esses questionamentos, situa-se o embate entre a tese procedimentalista e a substancialista tomando a perspectiva processual. Partindo do escopo da questão constitucional, tem-se que sua força normativa não mais pode/deve ser subsumida à "ordem" que direciona a ação dos indivíduos e faz o intermédio entre cidadão e Estado. Pelo contrário, conforme as palavras de Hommerding (2007), "a Constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida".

Disso, tem-se que força normativa, o grau de dirigismo, enfim, o entendimento sobre o papel constitucional dentro do conjunto de leis vai estar relacionado à concepção que se tem acerca das teses procedimentalista e substancialista. Nesse mesmo sentido, também relacionado à substância e procedimento – e por esse viés que se encaminha o presente texto – configura-se o processo civil.

Em linhas bastante gerais, poder-se-ia dissociar duas concepções, quais sejam: que o processo é compreendido, reduzidamente e de maneira encerrada, como um instrumento, sendo que a Democracia aconteceria por ele ou, de outra banda, como um meio apto a implementar os valores constitucionais substantivos (claro, sem desconstituir o procedimento), questionando o princípio da maioria a partir de uma intervenção efetiva da jurisdição constitucional (entenda-se de todas as instâncias do Poder Judiciário).

A opção por um dos dois caminhos ocasiona a (des)identificação do sujeito – e aqui, em especial, daqueles estudiosos do Direito – com uma concepção do que seja o próprio fazer jurídico. Essa determinação leva a soluções completamente diferentes, o que instiga, por assim, dizer, a abordagem desta temática.

Como foi referido, o papel do processo civil perante o Estado Democrático de Direito vai manter relação direta com o entendimento que se estabelece acerca da noção de procedimento e substância e, assim, o que está instaurado é a supervalorização do procedimento, mas enquanto fazer esvaziado, e não em sua relação, inevitável, com a substância.

Talvez seja possível identificar uma grande questão, em se tratando do procedimentalismo, que são as noções mobilizadas para se tratar de tal tema, e aqui se toma essa tese para desenvolvimento do presente estudo. Há um espaço muito tênue que afasta, porém, em alguns momentos, parece aliar procedimento e dogmática positivista e é desse espaço sinuoso que se pretende tratar, apontando convergências e afastamentos nessas noções, tão relevantes à reflexão do Direito.

O positivismo, do procedimantalismo, aciona um entendimento no qual o procedimento é um simples instrumento pragmático, através do qual o direito deve ser aplicado, descomplexificando o entendimento. Trata-se de um movimento necessário ao se reconhecer a insuficiência do sistema direito. Leonel Severo Rocha, calcado em Luhmann, aponta que devido às intermináveis possibilidades do mundo da vida, resta ao sistema direito filtrar as questões que entender relevantes. Ao fazê-lo, juridiciza, seletivamente, aquilo que “acha” que pode resolver. O termo entre aspas revela que a incapacidade do sistema direito (enquanto positivista em sentido estrito) deriva de sua pretensão completude e certeza. Contudo, ao se tomar algumas noções procedimentais que se sustentam a partir da participação cidadã, têm-se os diálogos enquanto entes fundantes da formação e justificação do Direito. Aqui a certeza é uma construção.

Nessa concepção, não se pode pensar em um Direito que se encerra em seu próprio fazer, o qual, muitas vezes, sendo intolerável a interferência de outros sujeitos, afora aqueles autorizados pelo sistema, na construção de uma discursividade, ou evocando para si a tarefa de legislador político. O que resta disso é a mais antidemocrática limitação das potencialidades da sociedade civil, no exercício de sua cidadania. Aqui há um uso autoritário do poder jurídico.

Não se quer desautorizar ou deixar de reconhecer a função do sistema Judiciário, mas sim, conforme Hommerding (2007), "reconhecer que os discursos de justificação do Direito não se confundem e não podem ser usurpados pelos discursos de aplicação". Contudo, algumas características do procedimentalismo já indicam que, conforme toma-se de entendimento neste texto, suas percepções confundem-se, e muitas vezes podem ser tomadas não da maneira teórica que se quer. Aponta-se, desde já, por exemplo, que uma das preocupações da teoria procedimental é justamente convidar todos (amplitude do agir comunicativo) sujeitos a contribuírem na formação do consenso, eis que este fomentará a formulação do discurso de fundamentação (lei). E a lei somente será legítima no momento que possuir a contribuição ampla e democrática dos seus destinatários.

Habermas, postulando acerca da concepção procedimental, é incisivo na defesa da tripartição dos poderes, como condição procedimental de um direito legítimo e público. Um dos princípios do substancialismo (corrente adversária da compreensão procedimentalista do direito), como mencionado, é a exigência de um Judiciário forte e intervencionista. Assim, entende-se papel do Estado Democrático de Direito implementar uma jurisdição constitucional capaz de garantir, efetivamente, o amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais, à uma população carente de efetividade jurídica.

PROCEDIMENTALISMO OU POSITIVISMO: relações entre os institutos

Há uma corrente procedimental do direito que regula a faticidade da segurança jurídica e a validade da correção jurisdicional através de um sistema normativo compreendido sistematicamente, seguro em si e que seria suficiente para a satisfação da demanda social-jurídica. Esse fator aproxima-o da corrente positivista. Isso se deve a observância prioritária da ordem legal, eis que essa representa o ideal democrático, comunicativamente construído, em ampla construção produzida por sujeitos de direito emissores de atos de fala em condições de simetria argumentativa. Daí a confusão erigida por aqueles que consideram o procedimentalismo com *longa manus* do positivismo.

Assim, a dúvida trazida pelo título, de fato, se justifica. Tanto que Luiz Moreira afirma:

No entanto, estes processos políticos de formação e institucionalização da vontade democrática dos cidadãos, livres e iguais, são necessários, mas não suficientes para a efetivação da liberdade. A sua circunscrição nos limites da faticidade procedimental instituída pelo ordenamento jurídico pouco ou nada difere das formulações do *positivismo* ou do *normativismo jurídico* – dado que resultaria no abandono de uma instância crítica ou regulativa –, uma vez que assumiríamos, agora sim, uma posição dogmática em *sentido estrito*.

Se Habermas pretendesse alongar a percepção exegético-normativista, não teria reconstruído o direito, como sistemática interpretativa. Nem pretenderia uma via capaz de solidificar correção jurisdicional com segurança jurídica. Simplesmente optaria pela

via kelseniana de direito conforme a lei. O recorte axiológico produz uma certeza (dogmática) que mascara um resultado correto, mas que ao menos produz "certa" segurança jurídica. Atualmente o modelo encontra seu declínio, principalmente pelo fato de ser incapaz de produzir, efetivamente, seu desiderato justificador.

Mas a idéia habermasiana não pretendeu esses trilhos. A *terceira via* sempre foi seu objetivo, e tal pensamento fica claro no seguinte trecho:

O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. Eu parto da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito.

Ou seja, Habermas reconhece e parte destas duas paradoxais compreensões da ciência jurídica para reconstruir o direito, a partir dele mesmo. Utilizando esses pressupostos, Habermas oferta a terceira via, para regular a tensão entre a facticidade e a validade, interna e externamente ao direito.

E se pode considerar o positivismo como um derradeiro fim do procedimentalismo, então é preciso compreender as limitações do próprio positivismo em si. Desse ponto em diante, aplicável a doutrina de Lenio Luiz Streck, cujo maior mérito é, sem dúvida, perceber e enumerar as razões da inaplicabilidade da teoria discursiva habermasiana (e de forma mais ampla, a insuficiência do positivismo jurídico) no Brasil. A incapacidade brasileira de absorver a contingência teórica de Habermas se revela de muitas formas, e destas tratar-se-á a partir de então.

Que o procedimentalismo alimenta-se do dogmatismo, Habermas deixa claro, quando afirma que

esta idéia [procedimentalismo] é 'dogmática' num sentido *sui generis*. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a qual é 'dada' através da estrutura lingüística das formas da vida sócio-culturais, as quais *nós*, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir.

O que não resta claro é esse sentido *sui generis* que Habermas menciona. Até onde se pode perceber, o dogmatismo referido tem as mesmas características de qualquer outro dogmatismo, ou seja, pré-determinando comportamentos e interpretações, esquivando-se da realidade delineadora de casos concretos, eis que pretensiosa ao ponto de pré-julgar os fatos, antes de compreendê-los. Para o filósofo alemão, o grande mérito de sua

teoria está no fato de superar a necessidade de pré-determinação daquilo que é bom, ou ideal, para a sociedade, como faziam os paradigmas liberais e sociais. A única formalidade está na observância do procedimento para a construção de uma materialidade comprometida com a coletividade. Seu conteúdo não é o mais importante. Aliás, nem importante é. O importante é que a tensão entre facticidade e validade resta apaziguada por um contexto estrutural lingüístico, das formas de vida sócio-culturais, que permitem aos sujeitos identificar-se com aquilo que são e com aquilo que defendem.

Porém, Streck é perspicaz quando ataca o dogmatismo, pois engendra contra tal compreensão a culpa pela indeterminabilidade do direito. Os contextos normativos que pretendem a completude do ordenamento não o fazem sem recorrer às conjunturas principiológicas. Recorda-se que completude é "a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para cada caso. Tendo em vista que a ausência de uma norma costuma ser chamada de 'lacuna', 'completude' significa a 'ausência de lacunas'". Mas a suprema dificuldade de previsão de *todas* ocasiões é ressaltada por Perelman:

Para construir um instrumento perfeito, o sistema de direito deveria ter todas as propriedades exigidas de um sistema formal, a um só tempo completo e coerente: seria necessário que para cada situação dependente da competência do juiz houvesse uma regra de direito aplicável, que não houvesse mais que uma, e que esta regra fosse isenta de toda ambigüidade.

Neste trecho Perelman salienta todas características pretensamente abarcadas pelo positivismo jurídico, quais sejam: a completude, a unidade e a coerência. E Habermas, mesmo intencionado a quebrar tal barreira, nela apenas se soma. Pois não há como pretender construir uma nova ordem (legal!) para um modelo (brasileiro) de tamanhas desigualdades sociais. Talvez o maior obstáculo a proliferação conceitual da teoria discursiva habermasiana no Brasil resida justamente nesse ponto, qual seja: sendo a democracia representativa alvo de tantas críticas, é natural que o simples observar do procedimento legislativo não represente *suficiente* garantia acerca da materialidade do ordenamento, principalmente por que o contexto positivista (e seus defeitos) não seria(m) sequer abalado(s) por tal teoria.

Assim, a grande crítica ataca a frase habermasiana de que "somente as condições processuais da gênese das leis asseguram a legitimidade do direito". E nesse ponto merece razão Streck, pois a condição (imposta por Habermas) nada diz com a observância, mínima, ao dirigismo pretendido pela norma superior. A substância legislada, mesmo respeitando procedimento legislativo prescrito constitucionalmente, pode ter caráter inconstitucional. Basta que contradiga, reduza ou negue imediata aplicabilidade a qualquer direito fundamental e está feito o exemplo. Como se a participação dos sujeitos na produção legislativa fosse garantia *suficiente* para elidir qualquer problema de cunho jurídico-social! Mas e a substância do direito? Como o direito material será determinado/constituído? A sistemática habermasiana não se

preocupa com o *a posteriori* do direito "legitimamente" construído. Esse fator fica claro quando Habermas afirma que

a *teoria do direito*, fundada no discurso, entende o Estado Democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para a formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito.

A preocupação com a indeterminabilidade do produto legislativo não resta trabalhada. Isso reflete, possivelmente, num distorcido conteúdo. O texto positivado ainda será composto de frases, sujeitas à composições semânticas, à imprecisões terminológicas, incompletudes (pois como supra ressaltado, é impossível prever todos comportamentos jurídicos do ser humano em sociedade), etc. Tudo isso aliado ao descaso (aceito) acerca do dirigismo constitucional, tem-se uma manifesta inaplicabilidade. Os objetivos fundamentais elencados pela Constituição Federal, em seu art. 3º, restam abandonados, democraticamente isolados do território jurídico, deixados à implementação do executivo, cujas políticas públicas também desenham amplo panorama de críticas e admoestações.

É dessa forma que se visualiza, em Habermas, um movimento contra o natural desdobramento da doutrina brasileira: enquanto o fluxo das obras se têm posicionado amplamente em "ampliar as leituras constitucionais" ou "interpretar à luz da constituição", Habermas deixa tal aspecto à deriva. Isso decorre, naturalmente, da diferença gritante entre as realidades do autor e do contexto brasileiro (texto-contexto), como mencionado no início do capítulo.

Tal (pretensa) regularidade emprestada à tensão proeminente entre facticidade e validade não teria o condão de produzir uma *resposta correta*. Isso por que a barreira legalista impede um conhecimento aprofundado das questões judiciais, aliás, sequer tem esse intuito. Se há processo legislativo, há lei. Se há lei, há problemas interpretativos de ordem contextual. Assim que a contingência liberal-individualista-patrimonialista-normativista se perpetua, fincando mais profundas as raízes e impedindo uma efetivação complexa da Carta Magna (e sua principiologia).

Lenio também aponta (outra) importante deficiência do positivismo neste trecho:

A toda evidência, tais questões devem ser refletidas a partir da questão que está umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito, isto é, a concretização de direitos, o que implica superar a ficcionalização provocada pelo positivismo jurídico no decorrer da história, que afastou da discussão jurídica as questões concretas da sociedade.

Desta forma, o que se toma aqui como procedimentalismo possui sim suas críticas ao sistema (pós) positivista. As regras, tais como postas na conjuntura jurídica brasileira,

possuem perceptíveis *lacunas*. Habermas deixa clara a preocupação com a indeterminabilidade do direito causada pelo positivismo ao afirmar que:

O leque das formas do direito foi ampliado através de lei relativas a medidas, leis experimentais de caráter temporário e leis de regulação, de prognóstico inseguro; e a inserção de cláusulas gerais, referências em branco e, principalmente, de conceitos jurídicos indeterminados na linguagem do legislador, desencadeou a discussão sobre a "indeterminação do direito", a qual é motivo de inquietação para a jurisprudência americana e alemã.

A própria tese procedimentalista reconhece problemas com o positivismo e é nesse momento que há oscilações, em pontos que convergem e outros que afastam-se. Não se desvencilha, não sugere intervencionismos, mas reconhece uma profunda dúvida acerca da indeterminabilidade dos termos jurídicos. Justamente este aspecto é criticado por Lenio, já que Habermas reconhece os problemas do positivismo, mas calca a tese procedimentalista sob premissas positivistas, apenas remodelando-as.

Tem-se em Habermas o principal defensor da idéia do procedimento como *medium* entre sociedade e sistema jurídico. Logo nas primeiras linhas procura evidenciar a importância da razão procedimental, aduzindo que:

Após um século que, como nenhum outro, nos ensinou os horrores da não-razão existente, os últimos resquícios da confiança numa razão essencialista evaporaram-se. E a modernidade, uma vez consciente de suas contingências, cada vez mais fica dependente de uma razão procedimental, isto é, de uma razão que conduz um processo contra si mesma.

Mas a configuração habermasiana não encerra a totalidade do pensamento acerca do procedimentalismo. Remete-se o leitor ao autor estadunidense John Hart Ely, outro expoente do pensamento procedimentalista do direito.

Por fim, revisita-se as questões abordadas acerca do procedimento.

LIÇÕES CONSIDERADAS PELA DISCUSSÃO

Interessante é verificar como Habermas conduz parte da sistemática do direito para fora do Judiciário. Ou melhor, como o direito acontece, em razoável parte, fora dos tribunais.

A começar pela reafirmação da tripartição dos poderes estatais, reforçando o *checks and balances*, de alma democrática.

A estrutura semântica dos discursos intersubjetivos é que seria a responsável por impulsionar os poderes a trabalhar, seja implementando políticas públicas num sentido de atender a vontade emitida via poder comunicativo transformado em poder administrativo (Poder Executivo), seja construindo comunicativamente os contornos de diplomas legais mais comprometidos com o ideal social solidário (Poder Legislativo), ou ainda, seja protegendo a simples possibilidade de tudo isso acontecer (Poder Judiciário). É como se o direito estivesse para o Judiciário assim como está para o Legislativo e para o Executivo. Não deslocamento de tensão e sim partilhamento (harmônico) de pressão e administração jurídica.

Especial comentário precisa ser tecido acerca da construção legítima do direito. A lei, expressão natural da ordem normativa, é e precisa ser uma identidade, um reconhecimento mimético daquilo que o social desenha como importante. E isso só se constrói com um povo autonomamente considerado. Só pode respeitar o princípio da autolegislação o cidadão que for ciente do quanto ele representa para a sociedade e o quanto ele representa pra si mesmo. Nesse ponto, ressalta-se a importância que Habermas deu ao conceito de cidadão. Este é muito mais que um portador de título eleitoral, que é convidado a depositar papel em uma urna periodicamente.

O verdadeiro cidadão é o agente social integrador, autônomo o suficiente para liberar-se do discurso dominante, para averiguar o que é melhor para si, e principalmente, é aquele que, independentemente da idade, sexo, cor, religião, pensa e reflete, atendendo o pedido de Baruch de Espinosa. É aquele que compreende que o seu sucesso está intrinsicamente ligado ao sucesso coletivo que lhe circunda, que considera o *alter*, e além disso, nunca finaliza a dialogicidade natural da democracia. Aqui estaria o embrião da justiça que Kelsen, na sua contrução lógico-matemática do direito, não permitiu encaixe, ou para usar um termo luhmaniano, acoplamento.

Por isso Habermas evidencia, e assim se procurou demonstrar, que a tese procedimentalista tem, em seu núcleo duro, a preocupação em aproximar o direito e a sociedade. Isso se daria pelos contextos comunicativos e pela atuante expressão do cidadão. Preocupação que naturalmente o afasta da abstração produzida pelo positivismo frio, cujo núcleo de autonomização não permitia esse enlace.

O questionamento que se apresenta, por fim, é: o descompasso do direito e da sociedade se dá no nível da substancialização do direito ou na sua aplicabilidade procedimental? Quem arrasta e quem é arrastado? Algumas modificações legais comprovam que a substância do direito tem encontrado problemas de atualização. Os conceitos erigidos nos diplomas legais, incomodativamente, insistem em se manter alheios às exigências sócio-culturais. O procedimento democrático de concepção legal não tem sido o real óbice. Recorda-se que direito material e formal não equivalem à substância e procedimento, respectivamente. Até por que a alteração processual penal é prova cabal desse detalhe. A alteração é processual (formal), mas o cerne modificado é substância jurídica (modelo acusatório, ajustamento constitucional, etc.). Mas, por outro lado, não há garantias de que o problema legislativo não represente um câncer procedimental ainda maior e mais abrangente.

Por todas essas considerações, inclusive as últimas, pode se considerar, reafirmando a introdução deste trabalho, que a tese procedimentalista não coincide com a proposta kelseniana de direito positivo. As diferenças, mesmo que sutis, precisam ser exploradas. Tal trabalho demandaria nova abordagem. Mas que os equívocos de generalização não se perpetuem.

Não resta dúvidas acerda da complexidade e da riqueza do edifício teórico procedimental, ainda mais de cariz habermasiano. O presente trabalho apenas procurou, nessa imbricação, resgatar os principais conceitos capazes de delinear a amplitude jurídico-reflexiva do Procedimentalismo e sua relação com o positivismo. E o principal ator, nesse jogo aqui investigado é sem dúvida, o cidadão.

O direito, revisitado e recompreedido, tranforma-se em importante instância de integração social. Este provoca a presença de um Estado Democrático de Direito que abandone a compreensão liberal de separação entre Estado e sociedade, carro-chefe de grande parte dos males sócio-jurídicos do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.

BOBBIO, Noberto. **O positivismo Jurídico** – Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: ed. Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: ed. Universidade de Brasília, 9ªed, 1997.

_____. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Traducción de Marta Guastavino. 4ª ed. Barcelona: ed. Ariel, 1999.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o Trabalho Científico**. Explicitação das Normas da ABNT. 13ª. ed. Porto Alegre: s.n., 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6ª edição. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

HABERMAS, Jürgen**. Direito e Democracia**: entre faticidade e validade, Volumes I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MACRIDIS, Roy. **Ideologias políticas comtemporâneas**. Tradução de Luis Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1982.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Verdade e Significado**. *In*: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Morais [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate "procedimentalismo versus substancialismo**, 2007. Disponível em http://www.lex.com.br/noticias/artigos/default.asp?artigo_id=1137025&dou=, acessado em 14/09/2009

MOREIRA, Luiz. (org.) **Com Habermas, Contra Habermas**: Direito, Discurso e Democracia. São Paulo: Landy Editora, 2004.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Verdade e Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. (orgs.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário 2008. N.º 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. **Introdução geral do Direito I**. Porto Alegre: ed. Fabris, 1994.

LUHMANN, Niklas *apud* ROCHA, Leonel Severo. **Uma nova forma para a observação do direito globalizado**: policontexturalidade jurídica e estado ambiental. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. (orgs.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário 2008. N.º 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 143.

ROCHA, Leonel Severo. **Uma nova forma para a observação do direito globalizado**: policontexturalidade jurídica e estado ambiental. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. (orgs.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário 2008. N.º 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 154.

MOREIRA, Luiz. *Direito, Procedimento e Racionalidade*. In: MOREIRA, Luiz. (org.) **Com Habermas, Contra Habermas**: Direito, Discurso e Democracia. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 196.

Denomina-se terceira via a opção de Habermas por afastar-se, primordialmente, do paradigma liberal-burguês, por entendê-lo insuficiente para os padrões complexos e principiológicos da pós-modernidade, e também do paradigma social (comunitarista), de funções distributivas e protetivas. O Estado Liberal e o Estado Social são nítidas opções abandonadas. A terceira via (Estado democrático de Direito) é o objetivo final. Sua implementação seria o berço perfeito para a construção e administração de todos seus conceitos e hipóteses, até aqui expostas.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 242.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 190.

Tanto é verdade que Habermas cita: *"One of the distinctive features of this approach is that the outcome of the legislative process becomes secondary. What is important is whether it is deliberation – undistorted by private power – that gave rise to that outcome."* In: SUNSTEIN, Cass R. *apud* HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 342. Tradução livre: (Uma das características marcantes desta abordagem é que o resultado do processo legislativo torna-se secundária. O importante é saber acerca da deliberação - não falseada pelo poder privado - que deu origem àquele desfecho.)

BOBBIO, Noberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 259.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.33-4.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 181.

Sobre distorções de conteúdo, há que se fazer menção à Lei dos Crimes Hediondos. É fascinante como no Brasil a mídia tem a capacidade de hipervalorizar o conteúdo fático do mundo, para dele extrair, provocar e induzir um legislar, muitas vezes, absurdo. A primeira lei dos crimes hediondos surgiu, como notoriamente se sabe, pela pressão midiática produzida por um assassinato de uma atriz de uma rede televisiva. A mãe da vítima, (naturalmente) inconformada, fazendo uso de suas influências políticas, fez repercutir o tema no parlamento. Pouco tempo após o acontecido a lei foi aprovada e sancionada. Em seu conteúdo (alvo de posterior Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI) havia dispositivos flagrantemente inconstitucionais, como a impossibilidade de progressão de regime e da concessão de liberdade condicional aos condenados por crime hediondo. Após a discussão da ADI, o texto foi reformado pelo congresso, que permitiu a progressão e a liberdade, apenas com proporções majoradas. Mas a lei ficou em vigor e produziu efeitos *manifestamente* inconstitucionais. Frise-se um aspecto: essa lei respeitou o *procedimento legislativo*.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A garantia do desenvolvimento nacional. A erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. A promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

Resposta correta é um termo cunhado por Ronald Dworkin. Guarda relação direta com aquilo que o positivismo jurídico chamou de *hard cases* (casos difíceis). Os "casos difíceis" são aqueles onde o ordenamento jurídico (nos sistemas *civil law*) ou as regras costumeiras e precedentes (nos sistemas *common law*) não conseguem fornecer ao juízo, as diretrizes e rumos a seguir em determinada questão litigiosa. O juiz, (pretensamente) amarrado ao código dogmático atenderia, no caso do Brasil, à utilização da LICC (Lei de Introdução do Código Civil), que prevê o uso da analogia e dos princípios gerais do direito, no preenchimento da lacuna legal. Conforme R. Dworkin, isso é um uso pleno e notório da discricionariedade. E explica: "na verdade ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão." In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127. A resposta correta seria o decidir jurisdicional não discricionário, ou seja, aquela resposta que, mesmo não presente prontamente no ordenamento jurídico, pode ser atingido através de processos interpretativos principiológico-filosóficos.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 45.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1-2.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Vol. II. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 174.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 8.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 12.

Aqui pode-se falar da Lei Maria da Penha, da reforma do Código de Processo Penal, das alterações do Processo de Execução, etc.

Interessantes leituras sobre o tema podem ser encontradas em: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. (orgs.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário 2008. N.º 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

KANT E NIETZSCHE - UMA DISCUSSÃO SOBRE A MORALIDADE*

KANT E NIETZSCHE - UN DEBATE SOBRE A MORALIDAD

Thiago Rodrigues Pereira

RESUMO

Com o início da crise do positivismo já na metade do século XX, juristas, jus-filósofos, filósofos, cientistas políticos, dentre outros estudiosos, começaram a repensar o Direito procurando encontrar um novo paradigma para ele. A teoria kelseniana começava a perder força, e comaçava a nascer a chamada virada kantiana, onde novamente a questão da moralidade volta a ser pensada dentro do Direito, e não só a moralidade mas também a filosofia, a sociologia, a antropologia, a psicologia, dentre outras ciências. Começavam os juristas a entenderem que a pureza do Direito é im possível. Em que pese esse avanço da moralidade kantiana pensada no Direito em relação ao positivismo, o presente trabalho vem fazendo uma crítica a moralidade kantiana propondo uma nova matriz ao Direito, que seria uma matriz nietzschiana.

PALAVRAS-CHAVES: MORAL; POSITIVISMO; CRISE; KANT; NIETZSCHE

RESUMEN

Con el inicio de la crisis del positivismo desde el início del siglo XX, los abogados, jus-filósofos, filósofos, politólogos, entre otros investigadores comenzaron a replantearse el Derecho buscando un nuevo paradigma que ya existen. La teoría de Kelsen comenzó a menguar, y el nacimiento de la "virada kantiana", donde de nuevo la cuestión de la moralidad es pensada en el Derecho, no sólo moral sino también la filosofía, la sociología, la antropología, la psicología, entre otras ciencias. Los juristas comenzaron a comprender que la pureza de la ley es imposible. A pesar de este progreso del pensamiento en el Derecho con la moral kantiana en relación con el positivismo, este trabajo ha sido hacer una crítica de la moral kantiana, proponiendo un nuevo arreglo a el Derecho, sería una matriz de Nietzsche.

PALAVRAS-CLAVE: MORAL; POSITIVISMO; CRISIS; KANT; NIETZSCHE

I- INTRODUÇÃO

Dentro da temática abordada na disciplina Teoria da Justiça ministrada pelo Prof. Dr. Vicente Barreto[1], o presente trabalho optou em abordar a questão a cerca da moralidade kantiana procurando traçar um paralelo com a visão nietzschiana sobre o tema moralidade, com isso demonstrando a posição diametralmente oposta entre esses dois grande filósofos alemães.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A opção por abordar esse tema ocorre em virtude da tese de doutoramento em desenvolvimento que procurará repensar o direito a luz de um novo paradigma, onde a filosofia da consciência que desde Sócrates-Platão impera, seria substituída por um paradigma nietzschiano. O mencionado paradigma clássico se encontra também dentro do pensamento kantiano, pensamento esse que pode ser considerado como o mais influente do Direito, seja a interpretação kelseniana a teoria de Kant, seja pela chamada virada kantiana ocorrida na 2ª metade do século XX tendo como um dos seus principais expoentes John Rawls, onde a questão da moral foi reintroduzida no pensamento jurídico e a idéia de um Direito Puro, "Limpo" de toda e qualquer influência de outros ramos do saber como a filosofia, a sociologia, a antropologia, a psicologia, etc e também livre de questões políticas e sociais começou a perder força e hoje, cada dia mais, essa idéia que começou academicamente vai se disseminando e "contaminando" os chamados "ramos práticos" do Direito.

Assim, o presente trabalho de conclusão de disciplina do curso de doutoramento em Direito da Universidade Estácio de Sá procurará abordar os aspectos mais relevantes da questão a cerda da moralidade ínsita na filosofia kantiana traçando um paralelo com o pensamento nietzschiano, utilizando para demonstrar a opção pelo segundo outros filósofos como Spinoza e Foucault.

II – A MORAL KANTIANA

O pensamento de Immanuel Kant pode ser posto no mesmo nível da filosofia de Platão, Aristóteles e Descartes. Kant é sem dúvida um dos filósofos mais influentes da história do pensamento humano ocidental, onde seu pensamento já está de tal forma dentro até do inconsciente ocidental. A influência de seu pensamento, seja da sua idéia de moralidade, seja da sua metafísica ou dos limites do conhecimento humano são marcantes no desenvolvimento da filosofia ocidental.

Antes de mencionar o que mais interessa ao presente trabalho, que é a moralidade kantiana, mister se faz apresentar, mesmo que em breve considerações, os argumento principais que formam a filosofia de Kant.

O racionalismo tinha em Kant mais um de seus defensores ferrenhos, até que o filósofo prussiano resolveu ler o cético David Hume. Segundo o próprio Kant, foi após ler Hume que ele "desperta do seu sono dogmático", ou seja, após ler Hume, Kant se afasta do racionalismo clássico pautado no modelo Leibniz-Wolf, que tem como seu primeiro expoente Descartes, onde Kant afirma que "*o dogmatismo é, portanto, o procedimento dogmático da razão sem uma crítica prévia da sua própria capacidade*[2]". O ceticismo de Hume fez com que Kant revisse sua antiga possição racionalista em oposição ao empirismo. A partir disso, Kant passou a considerar de grande importância os questionamentos levantados pelos empiristas (em especial Hume) e com isso passou a construir seu pensamento com o intuito de coadunar o racionalismo com o empirismo, e chamou esse "novo" pensamento filosófico de racionalismo crítico. Com isso, a preocupação de Kant passou agora a ser: O que posso fazer?; O que devo fazer?; O que devo esperar?; O que é o homem?.

Sua primeira obra da “fase crítica” foi talvez a sua mais importante, a Crítica da Razão Pura. O principal objetivo dessa obra seria o estabelecimento de critérios de demarcação entre o que podemos legitimamente conhecer e as falsas pretensões ao conhecimento. Com isso Kant cria sua “filosofia transcendental”, e nela

“contém a teoria do conhecimento de Kant, ou seja, sua analise das condições de possibilidade do conhecimento, por meio da qual se pode delimitar a ciência da pseudociência, distinguindo o uso cognitivo da razão, que efetivamente produz conhecimento do real, de seu uso meramente especulativo, em que ao pensamento não correspondem objetos. Pode-se dizer que essa obra consiste, por um lado, no exame da constituição interna da razão; por outro lado, no exame de seu funcionamento[3]”.

Em sua Crítica da Razão Pura, Kant irá voltar a discussão sobre a distinção entre juízos analíticos e juízos sintéticos. Entretanto, ele acrescenta a idéia de conhecimentos *a priori* e *a posteriori*. Os juízos analíticos seriam de caráter lógico e não produzem conhecimento e sim apenas exprimiriam algo já existente, independente de experiências, seriam universais e necessários, mas não-cognitivos. Kant chama de juízos sintéticos àqueles *a posteriori*, ou seja, que dependem de experiência e são ampliação do conhecimento humano, ou seja *“produzem conhecimento, mas não são universais nem necessários, pois baseiam-se na experiência e, no máximo, resultam na generalização empírica[4]”*.

Apesar dessa diferenciação feita por Kant entre juízos sintético e analítico, onde os primeiros seriam *a posteriori* e os segundos *a priori*, ele acredita que essa distinção seria insuficiente, pois acredita existirem juízos universais e necessários que ampliem o conhecimento, que seriam os juízos sintéticos *a priori*, que seria um conhecimento independente da experiência mas seria relacionada a ela. Seriam exemplos de juízos sintéticos *a priori* a física, a matemática e os juízos filosóficos da nova teoria do conhecimento pensada por Kant.

Para conseguir isso, Kant irá realizar a chamada revolução copernicana:

“Trata-se aqui de uma semelhança com a primeira idéia de Copérnico. Na impossibilidade de prosseguir na explicação dos movimentos celestes enquanto admitia que toda a multidão de estrelas se movia em torno do espectador, tentou obviamente melhorar o resultado, fazer antes girar o espectador e deixar os astros imóveis. Na metafísica, sem duvida, pode-se tentar o mesmo, no que diz respeito à intuição dos objetos. Se a intuição tivesse de se guiar pela natureza dos objetos, não vejo como deles se poderia conhecer algo *a priori*. De outra feita, se o objeto – enquanto objeto dos sentidos – se guiar pela natureza da nossa faculdade de intuição, posso perfeitamente representar essa possibilidade[5]”

Portanto, o objetivo central do pensamento kantiano é encontrar certezas, verdades, aliás, Kant segue a trajetória de quase a totalidade dos filósofos até então, ou seja, criar um sistema filosófico capaz de encontrar certezas e verdades. A forma de encontrar essas certezas seria a ciência[6]. Kant afirma que:

“Tão-só o resultado possibilita de imediato julgar se a elaboração dos conhecimentos pertencentes aos domínios próprios da razão segue ou não o caminho seguro da ciência. (...) Obviamente, seria muito mais difícil para a razão seguir o caminho seguro da ciência, tendo de tratar não apenas de si, mas também objetos. Isso porque, enquanto propedêutica, a lógica é apenas como a antecâmara das ciências e, tratando-se de conhecimentos, pressupõe-se sem dúvida, uma lógica para os julgar, mas tem procurar-se a aquisição destes nas ciências designadas por esse nome com propriedade e objetividade[7]”.

O interessante na filosofia kantiana é portanto a união entre o racionalismo e o empirismo, entre Descartes e Hume:

“ao contrário do que encontramos em Descartes, o ‘eu penso’ kantiano não é puro, nem anterior às experiências da consciência, mas precisamente o que lhes dá unidade e não pode ser considerado independentemente delas. Do mesmo modo, Kant afasta-se da questão de Hume sobre a identidade pessoal, que o teria levado a afirmar que o ‘eu’ é apenas um ‘feixe de percepções’; ao contrário, para que haja experiências, estas têm de er remetidas a um ‘eu’ de que são experiências. Se o ‘eu’ não é substância pensante de Descartes, tampouco o é o ‘feixe de percepções’ de Hume, mas consiste na unidade originária da consciência”.

Mas não só a “razão pura” é objeto de preocupação filosófica para Kant. Ele se interessa, e é o que mais nos importa aqui, por questões relativas a moral. Essas questões para Kant serão debatidas em importantes obras suas como Fundamentação da Metafísica dos Costumes, Crítica da Razão Prática e a Metafísica dos Costumes. Essa é a *razão prática* kantiana.

Questão interessante na relação entre razão pura e prática é que enquanto na pura estamos limitados a nossa estrutura cognitiva, na razão prática somos livres, apesar dessa liberdade ser ligada a ética, o que, conforme será demonstrado com a visão nietzschiana, essa liberdade não será assim “tão livre”. De acordo com a visão kantiana:

“a ética é, no entanto, estritamente racional, bem como universal, no sentido de que não está restrita a preceitos de caráter pessoal ou subjetivos, nem a hábitos e práticas culturais ou sociais. Os princípios éticos são derivados da racionalidade humana. A moralidade trata assim do uso prático da razão livre da razão. Os princípios da razão práticas são leis universais que definem nosso deveres. Portanto, os princípios morais resultam da razão prática e se aplicam a todos os indivíduos em qualquer circunstância. Pode-se assim considerar a ética kantiana como uma ética do dever, ou seja, uma ética prescritiva[8]”.

A idéia da liberdade é assim de grande relevância para o pensamento kantiano. Mesmo questionado por Nietzsche, essa “liberdade kantiana” é primordial para sua idéia de autonomia, portanto, *“a origem da moral encontra-se na autonomia, na autolegislação da vontade. Visto que a autonomia é equivalente à liberdade, o conceito-chave da época moderna, a liberdade, obtém através de Kant um fundamento filosófico[9]”*.

Kant então vai apostar nessa idéia de liberdade, liberdade essa pautada na idéia da racionalidade completamente alijada de qualquer instinto, paixão.

"De modo geral a razão significa a faculdade de ultrapassar o âmbito dos sentidos, da natureza. (...) A razão prática , como ela mais abreviadamente se chama, significa a capacidade de escolher sua ação independentemente de fundamentos determinantes sensíveis, os impulsos, as carências e paixões, as sensações do agradável e desagradável[10]."

Assim, a idéia do universal está então intimamente ligada à moralidade kantina, e para conseguir isso, Kant idealizou o que ele chamou de imperativos hipotético e categórico. No imperativo hipotético, há um caráter mais prático, onde se estabelece regra para o estabelecimento de um fim, de um objetivo a ser perseguido, "*o imperativo hipotético diz somente que a ação é boa em vista de algum propósito possível ou real[11]*". Já o imperativo categórico, existe a idéia de um valor universal:

"A fim de saber o que hei de fazer para que o meu querer seja moralmente bom, não preciso buscar muito longe uma penetração especial. Inexperiente a respeito do curso da coisas do mundo, incapaz de estar preparado para os acontecimentos que nele se venham a dar, basta que eu pergunte a mim mesmo: - Podes querer que a tua máxima se converta em lei universal? Se não poder, deves então rejeita-la, e não por causa de qualquer prejuízo que dela pudesse resultar para ti ou para os outros, mas porque ela não pode caber como princípio em uma possível legislação universal[12]".

Quem melhor resume esses imperativos é o próprio Kant quando diz:

"No caso de a ação ser apenas boa como meio para qualquer outra coisa, o imperativo é hipotético; se a ação é representada como boa em si, por conseguinte como necessária em uma vontade em si conforme a razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é categórico[13]".

Assim, moralidade e universalidade estão intimamente ligados e, poderíamos dizer, a felicidade destes dependeria, o que seria impensável para Nietzsche.

"A perspicácia de Kant relativa ao significado da felicidade torna compreensível por que sempre de novo a felicidade é afirmada como princípio do agir moral. Kant menciona também a razão exata por que – pressuposta a determinação de Kant da felicidade – as teorias que ligam a moralidade a esse princípio são falsas. Porque a moralidade é incondicional e válida de modo estritamente universal, mas a felicidade, como contentamento com o todo da existência, depende da constituição (individual, social e genérica) do sujeito, de suas inclinações, de seus instintos e necessidades, de seus interesses, nostalgias e esperanças, bem como das possibilidades que os mundos natural e social oferecem, em uma palavra: porque a felicidade pelo seu conteúdo é variadamente condicionada empiricamente, não se presta para lei universal e não pode fornecer o fundamento determinante da moralidade[14]".

III – A ÉTICA NIETZSCHIANA E OS FILÓSOFOS QUE CRITICARAM O PENSAMENTO FILOSÓFICO TRADICIONAL

O pensamento de Nietzsche pode ser considerado como o mais radical da história da filosofia ocidental, e sua crítica é sempre muito ácida quando ele

menciona Sócrates ou Kant em seus escritos. Sua crítica feroz à filosofia tradicional já começa em seus primeiros escritos, quando faz pesadas críticas a Sócrates. Desde a sua obra "O Nascimento da Tragédia" em 1871, até ao seu último escrito publicado em vida que foi "Crepúsculo dos Ídolos" em 1888, Nietzsche procurava a mesma coisa, ou seja, denunciar a moral que dominava o mundo, propondo uma transvaloração de todos dos valores, onde deveríamos, por seu método genealógico, investigar a origem dos valores antes de simplesmente aceita-lo. Nietzsche denunciava também os erros da ciência moderna que ficou presa em sua "própria teia", numa busca desenfreada atrás de *verdades absolutas*, termo essa também muito criticado por Nietzsche pois constatou a sua impossibilidade.

Nietzsche acredita que o pensamento humano acabou sendo decidido na opção que foi feita pela filosofia tradicional de Parmênides ao invés de Heráclito, a quem acredita ser o maior pensador pré-socrático e até certo ponto um predecessor seu. A idéia da eterna mutabilidade das verdades está contida em Heráclito, conforme foi demonstrado no capítulo 1. Nietzsche em sua *A Filosofia na Época Trágica dos Gregos*, de 1873, credita a Heráclito a primeira negação de dualidades física e metafísicas de mundos, quando afirmou:

"Dessa intuição Heráclito extraiu duas negações conexas, que somente pela comparação com as teses de seus antecessores são trazidas à clara luz. Primeiramente, negou a dualidade de mundo inteiramente diferentes, que Anaximandro havia sido forçado a admitir; não separava mais um mundo físico de um metafísico, um reino das qualidades determinadas de um reino da indeterminação indefinível. Agora, depois desse primeiro passo, não podia mais ser impedido de uma audácia ainda maior da negação: negou em geral, o ser. Pois esse mundo único que lhe restou – cercado e protegido por eternas leis não escritas, fluindo e refluindo em brônzeas batidas de ritmo – não mostra, em parte nenhuma, uma permanência, uma indestrutibilidade, um baluarte na correnteza. Mais alto do que Anaximandro, Heráclito proclamou: 'Não vejo nada além do vir-a-ser. Não vos deixeis enganar!É vossa curta vista, e não a essência das coisas, que vos faz acreditar ver terra firme em alguma parte no mar do vir-a-ser e do parecer. Usais nomes das coisas como se estas tivessem uma duração rígida: mas nem mesmo o rio em que entrais pela segunda vez é o mesmo que da primeira vez[15]".

Acrescenta ainda Nietzsche sobre Heráclito, que os ensinos dele se encontram com o seu pensamento da não permanência das coisas, do eterno *devir*, do eterno via-a-ser, da possibilidade da existência dos opostos, ou seja, tudo que Parmênides negou com a sua idéia de que o *ser é e o não-ser não é*.

"O eterno e único vir-a-ser, a total inconsistência de todo efetivo, que constantemente apenas faz efeito e vem a ser mais não é, assim como Heráclito o ensina, é uma representação terrível e atordoante, e em sua influencia aparenta-se muito de perto com a sensação de alguém, em um terremoto, ao perder a confiança na terra firma. Era preciso uma força assombrosa para transportar esse feito em seu oposto, no sublime, no assombro afortunado. Isto Heráclito alcançou com uma observação sobre a proveniência própria de todo vir-a-ser e perecer, que concebeu sob a forma de polaridade, como desdobramento de uma força em duas atividades qualitativamente diferentes, opostas, e que lutam pela reunificação. Constantemente uma qualidade consigo mesma e separa-se em seus contrários; constantemente esse contrários lutam outra vez um em direção ao outro. O povo pensa, por certo, conhecer algo rígido, pronto, permanente; na verdade,

há cada instante luz e escuro, amargo e doce lado a lado e presos um ao outro, como dois contendores, dos quais ora um, ora o outro tem a supremacia. O mel segundo Heráclito, é a um tempo amargo e doce, e o próprio muno é um cadinho que tem de ser constantemente agitado. Da guerra dos opostos nasce todo o vir-a-ser: qualidades determinadas, que nos parecem como duradouras,exprimem apenas a preponderância momentânea de um dos combatentes, mas com isso a guerra não chegou ao fim, a contenda perdura pela eternidade. Tudo ocorre na medida desse conflito, e é precisamente esse conflito que revela a eterna justiça[16].

A questão central no pensamento de Nietzsche é a questão da verdade. Ele diferente de praticamente todos os filósofos mais importantes até então, por não propor uma epistemologia com base em definir critérios do que seria efetivamente falso e verdadeiro no conhecimento, como pensou Platão, Kant, entre outros pois "desde o início, a investigação nietzschiana sobre o conhecimento não se limita ao interior da questão do conhecimento, mas o articula com um nível propriamente político ou social com o objetivo de mostrar que a oposição entre verdade e mentira tem uma origem moral[17]".

Para realizar essa investigação sobre a moral, os valores, Nietzsche idealiza um método, ao qual o batiza de método genealógico. Esse método é mais do que simplesmente investigar a história de nossas supremas referencias de valor, mas também a fazer uma nova Avaliação do valor desses valores, portanto, não se trata apenas de um estudo da gênese dos valores, mas sobretudo do valor dessa gênese[18].

Nesse estudo do valor dos valores, Nietzsche faz duras críticas a idéia de verdade absoluta e de valores morais universais (tanto que Kant é sempre mencionado em suas obras sem que ele efetivamente escreva seu nome, e normalmente Kant é mencionado de uma forma sarcástica).

"Em associação a isso, delineiam-se outras frentes de batalha: antes de mais nada, parte-se da idéia heterodoxa de que nossos valores mais elevados, aqueles que consideramos como referenciais supremos para nosso pensamento, crença e ação – tais como, por exemplo, Bem e Mal, Verdade e Falsidade, Realidade e Ilusão, Responsabilidade e Acaso, Dever, Obrigação, Culpa, Pecado e Inocência – não correspondem a conceitos cuja significação seja permanente, independente do curso da história e das transformações culturais; eles não tem como correspondentes 'verdades eternas' universalmente reconhecidas e professadas por todos[19]".

Nietzsche entende então, criticando os moralistas, afirmando que os supremos valores morais não são absolutos, de validade objetiva, independentes dos condicionamentos psicológicos, sociais, políticos, econômicos e culturais, pois a história faz parte de tudo, e nela há diversos fatores que os fazem mudar radicalmente o seu sentido. Assim, valores morais não devem ser tidos como padrões invariáveis de julgamento, pelo contrário, pode e até devem ser objetos desses julgamentos, para que assim se possa exigir critérios superiores aos referenciais morais instituídos[20].

Então a quem cabe valorar a ciência, os conhecimentos, o nosso pensamento? Segundo Nietzsche, cabe a arte e a filosofia estabelecer os valores da ciência, que nada mais é do que "dominar" o instinto de conhecimento. Nietzsche não propõe o aniquilamento da ciência, mas domina-la. Até que ponto a ciência é quem deve

determinar os valores? Essa é a questão que preocupa Nietzsche já no século XVIII e que hoje parece ser ainda mais atual em virtude dos avanços científicos, principalmente no campo da medicina, genética.

Nietzsche não critica o conhecimento em si, mas sim o instinto de conhecimento sem medida e sem discernimento, o instinto ilimitado de conhecimento, a verdade a qualquer preço. Dominar a ciência e determinar o seu valor no sentido de controlar a exorbitância de suas pretensões, no sentido de estabelecer até onde ela pode se desenvolver.

O pensamento nietzschiano vem então denunciar que o conhecimento, ao longo da historia da filosofia, foi pensado como distante da moral, o que é um equívoco. Isso aconteceu pois a idéia era da razão dominando tudo e a todos, como "comandante suprema" da vida dos homens como se ela detivesse toda as verdades que o homem necessitasse, independente da moral que existiria em outra esfera, mas não na teoria do conhecimento. Nietsche então demonstra que o conhecimento só é possível junto da moral, pois são intrinsecamente ligados. Nem mesmo a filosofia escapa do projeto moral:

"De leve fui descobrindo o que até agora tem sido a grande filosofia. Nada mais que uma autoconfissão do autor, uma espécie de *mémoires* involuntárias e desapercebidas. As intenções morais – ou imorais – também formavam, em toda a filosofia, o verdadeiro germe vital de onde sempre desabrochou a planta inteira. Realmente, para elucidações do problema de como se formam as mais remotas afirmações metafísicas de um filósofo seria bom – e mesmo inteligente – perguntar primeiro: a que moral quer *isto* – quer ele – chegar? Pois que não acredito que o 'instinto do conhecimento' seja o pai da filosofia, mas sim que um outro instinto se serviu apenas aí, como noutros campos, do conhecimento – e do desconhecimento! – como de um instrumento[21]".

Assim, Nietzsche propõe portanto subordinar o conhecimento e a verdade à moral, que funcionaria como critério de avaliação do conhecimento quando não aceita nem que o próprio conhecimento faça uma critica interna, nem que a verdade esteja fora de uma genealogia da moral. Portanto, "se a questão do conhecimento remete à da moralidade, se a norma do conhecimento não é epistemológica mas moral, é porque a vida é o critério ultimo de julgamento tanto do conhecimento quanto da mora[22]l". Assim, os moralistas querem fazer pensar que a ciência está livre da moral, quando na verdade a moral está "embutida" na ciência, e a maioria dos indivíduos nem se apercebe disso acreditando nessa falácia.

Nietzsche entende então, criticando os moralistas, afirmando que os supremos valores morais não são absolutos, de validade objetiva, independentes dos condicionamentos psicológicos, sociais, políticos, econômicos e culturais, pois a história faz parte de tudo, e nela há diversos fatores que os fazem mudar radicalmente o seu sentido. Assim, valores morais não devem ser tidos como padrões invariáveis de julgamento, pelo contrário, pode e até devem ser objetos desses julgamentos, para que assim se possa exigir critérios superiores aos referenciais morais instituídos[23].

Então a quem cabe valorar a ciência, os conhecimentos, o nosso pensamento? Segundo Nietzsche, cabe a arte e a filosofia estabelecer os valores da ciência, que nada mais é do que "dominar" o instinto de conhecimento. Nietzsche não propõe o aniquilamento da ciência, mas domina-la. Até que ponto a ciência é quem deve determinar os valores? Essa é a questão que preocupa Nietzsche já no século XVIII e que hoje parece ser ainda mais atual em virtude dos avanços científicos, principalmente no campo da medicina, genética.

Nietzsche não critica o conhecimento em si, mas sim o instinto de conhecimento sem medida e sem discernimento, o instinto ilimitado de conhecimento, a verdade a qualquer preço. Dominar a ciência e determinar o seu valor no sentido de controlar a exorbitância de suas pretensões, no sentido de estabelecer até onde ela pode se desenvolver.

O pensamento nietzschiano vem então denunciar que o conhecimento, ao longo da historia da filosofia, foi pensado como distante da moral, o que é um equívoco. Isso aconteceu pois a idéia era da razão dominando tudo e a todos, como "comandante suprema" da vida dos homens como se ela detivesse toda as verdades que o homem necessitasse, independente da moral que existiria em outra esfera, mas não na teoria do conhecimento. Nietsche então demonstra que o conhecimento só é possível junto da moral, pois são intrinsecamente ligados. Nem mesmo a filosofia escapa do projeto moral:

"De leve fui descobrindo o que até agora tem sido a grande filosofia. Nada mais que uma autoconfissão do autor, uma espécie de *mémoires* involuntárias e desapercebidas. As intenções morais – ou imorais – também formavam, em toda a filosofia, o verdadeiro germe vital de onde sempre desabrochou a planta inteira. Realmente, para elucidações do problema de como se formam as mais remotas afirmações metafísicas de um filósofo seria bom – e mesmo inteligente – perguntar primeiro: a que moral quer *isto* – quer ele – chegar? Pois que não acredito que o 'instinto do conhecimento' seja o pai da filosofia, mas sim que um outro instinto se serviu apenas aí, como noutros campos, do conhecimento – e do desconhecimento! – como de um instrumento[24]".

Assim, Nietzsche propõe, portanto, subordinar o conhecimento e a verdade à moral, que funcionaria como critério de avaliação do conhecimento quando não aceita nem que o próprio conhecimento faça uma critica interna, nem que a verdade esteja fora de uma genealogia da moral. Portanto, "se a questão do conhecimento remete à da moralidade, se a norma do conhecimento não é epistemológica mas moral, é porque a vida é o critério ultimo de julgamento tanto do conhecimento quanto da mora[25]l". Assim, os moralistas querem fazer pensar que a ciência está livre da moral, quando na verdade a moral está "embutida" na ciência, e a maioria dos indivíduos nem se apercebe disso acreditando nessa falácia.

A história tem um papel central no pensamento nietzschiano, pois é com ela que ele procura demonstrar a correção de suas assertivas. Ele afirma nada poder ser subtraído à passagem do tempo e ao curso da história, pois a história irá demonstrar que, assim como Heráclito pensou, tudo está em um *devir*, em um vir-a-ser eterno, pois quando usamos o método genealógico, percebemos que "não existe essência originária que se mantém permanente e se realiza progressivamente ao longo da história. Eles se

modificam permanentemente, são produtos de relações de poder, cuja configuração se dá na história efetiva dos povos[26]".

Nossas idéias de bom e mal, estando dentro dessa historicidade de perene *devir*, deve também sempre passar pelo crivo genealógico nietzschiano. Por isso Nietzsche escreveu um livro onde pretendia mostrar aos leitores a necessidade de ultrapassar esses conceitos tidos como estanques pela filosofia tradicional, refletindo ao longo da história, repensado esses valores, tentando ir *além do bem e do mal*. Há uma nítida diferença em Nietzsche que muitos confundem por acreditarem em verdades universais. Bem e mal são diferentes de bom e mal. Para Nietzsche não existe *o bem* nem *o mal*, o que existe é o *bom para mim* e o que *mau para mim.* Onde bom é o que aumenta a minha potencia de agir e mau por outro lado é o que diminui minha potencia de agir, que é o que provém da fraqueza.

Contra Kant que propõe uma filosofia moral com seus imperativos categórico e hipotético, Nietzsche por seu turno, com a sua radicalidade habitual, afirma que o *homem moral* não seria efetivamente bom nem melhor que outro, mas sim que ele é fraco, reativo e negativo. Esse *homem moral* é incapaz de reavaliar os valores, de fazer uma transvaloração dos valores, ficando encerrado nesse círculo de pseudovirtudes. Nietzsche portanto vem desvalorizando todos os valores, pensando uma nova idéia de perfeição, onde o que não corresponde a nossa lógica, ao nosso *belo*, *bom* e *verdadeiro* poderia ser perfeito em um sentido superior ao nosso próprio ideal[27]. Ele flexibiliza qualquer ideal de perfeição, até porque para Nietzsche, o que é julgado por perfeito, belo, verdadeiro, bom, hoje, amanha pode não mais o ser, e ele por obvio não pode se fechar em conceitos herméticos. Ele está sempre aberto a novas "verdades"|.

A sua filosofia genealógica, com base em uma perspectiva trágica e dionisíaca, critica os valores metafísicos, morais, epistemológicos que vigoram na modernidade, mas que na verdade remontam ao platonismo da filosofia, que é o pensamento filosófico intrinsecamente metafísico e moral, e que constituem o âmago do *niilismo[28]*.

A proposta de Nietzsche, ao criticar a filosofia de caráter metafísico platônico da existência de dois mundos, o mundo das idéias, o mundo ideal e perfeito e o mundo sensível, o mundo da aparência onde estaríamos, se assemelha a idéia de Spinoza, pois ambos não pensam o corpo separado da mente, a espírito do corpo, a razão dos instintos, o *apolíneo* do *dionisíaco*. Não existiria essa dicotomia. Assim Nietzsche propõe a criação de novos valores para a vida, não valores corretos transcendentais, mas sim valores *afirmativos para a vida*. A essência da filosofia de Nietzsche é ser uma filosofia *feliz*, sem pecados, recalques, culpa, e sua teoria da tragédia já exposta é justamente isso, mesmo na tragédia não há motivo de desespero pois esta faz parte da vida. Portanto, "Cindir o mundo em um 'verdadeiro' e um 'aparente', seja do modo cristão, seja do modo kantiano (um cristão *pérfido* no fim das contas) é apenas uma sugestão da *décadence*: um sintoma de vida que decai[29]."

A sua filosofia dos bons encontros é uma tentativa de combater o *niilismo*, que é a criação de valores morais considerados superiores, pois este encontro *niilista* corresponderia a uma vontade de potência negativa, pois a reduz, e o que ele prega é o oposto, uma vontade de potencia afirmativa, de superabundância de vida. Esse projeto então de transvaloração visa garantir a vitória da vontade de potencia afirmativa

mudando o princípio de avaliação. Esse é um verdadeiro contra-movimento. A questão dessa avaliação é em ultima instancia, a questão das condições de intensificação ou conservação, de amento ou diminuição da vida[30].

Todas essas questões de Nietzsche apenas podem funcionar se primeiro se *desconfiar da razão*, pois a razão foi posta em um pedestal que tudo deve passar pelo seu crivo. O homem não pode ser definido pela sua razão, pela sua consciência. Ele é mais do que isso! E a sua consciência não é mais do que um outro órgão como outro qualquer, não é superior a nada. Enquanto os racionalista querem por o homem em posição superior a todo o resto da natureza por causa da sua razão, bem aos moldes platônicos e agostinianos, Nietzsche discorda, mostrando que o homem nada mais é do que um membro integrante do conjunto. O homem não é apenas homem, é animal também, e portanto como pode desprezar seus instintos? O que faz o homem diferir dos outros seres e poder ter os instintos e a razão em pé de igualdade. O homem não pode ser considerado uma espécie superior aos outros animais em relação ao progresso. Assim Nietzsche inverto tudo que foi até hoje pensado em relação a racionalidade, onde sempre foi acreditado serem os instintos que nos enganavam. Ele então vai dizer que não são os instintos que nos enganam, mas sim a razão, que falsifica muitas vezes o testemunho dos sentidos, mas os sentidos não mentem.

Portanto, a sua idéia de felicidade difere frontalmente da tradicional. Para Nietzsche a felicidade corresponde ao maior número possível de bons encontros, de vontade de potencia positiva, na relação harmônica da razão com os instintos, do *apolíneo* com o *dionisíaco*. Já na filosofia tradicional, a felicidade é vista como o uso correto da razão, e é justamente isso que Nietzsche critica:

"Tudo é ao mesmo tempo oculto, cheio de segundas intenções, subterrâneo – Procuro compreender de que idiossincrasia provém essa equiparação socrática entre Razão = Virtude = Felicidade: essa equiparação que é, de todas as existentes, a mais bizarra, e que possui contra si, em particular, todos os instintos dos helenos antigos[31]"

A filosofia trágica dionisíaca de Nietzsche está em oposição, em luta contra a filosofia racional, em especial a filosofia de Sócrates/Platão e de Kant. A articulação do conhecimento com o social que neste momento pretende sobretudo elucidar como a exigência de verdade surge da exigência da coexistência pacifica entre os homens, da exigência da vida gregária. Paz, segurança e lógica estão intimamente ligadas.

Além de Nietzsche que será o grande marco teórico da tese de doutoramento, outros filósofos serão também muito utilizados, filósofos que comungam, ou ao menos tem algumas similitudes com o pensamento nietzschiano. Talvez, segundo o próprio Nietzsche, o filósofo anterior a ele que mais identificação tenha sido Baruch de Spinoza. Spinoza pode ser considerado como sendo o precursor de Nietzsche, pois teria sido o primeiro a inaugurar um pensamento genealógico, pensamento esse ainda não como o método genealógico nietzschiano, mas que se pode conceber como a sua forma embrionária. Nietzsche afirma isso quando diz:

"Eu tenho um precursor! Eu estou muito espantado, arrebatado! Eu tenho um precursor, e que precursor! Eu quase não conhecia Spinoza. Que eu me sinta atraído por ele nesse momento releva de um ato 'instintivo'. Não é apenas que sua tendência global seja a mesma que a minha: fazer do conhecimento o afeto mais poderoso - em cinco pontos principais eu me reencontro em sua doutrina, e sobre essas coisas, esse pensador, o mais anormal e mais solitário que seja, me é verdadeiramente muito próximo: ele nega a existência do livre-arbítrio; dos fins; da ordem moral do mundo; do não-egoísmo; do Mal. Se, de fato, nossas divergências são igualmente imensas, ao menos repousam sobre as condições diferentes da época, da cultura, do saber. In summa: minha solidão que, como do alto das montanhas, muitas vezes me deixa sem ar e faz jorrar meu sangue, é ao menos uma dois-lidão - magnífica![32]"

A crítica que Spinoza fez foi à confusão que desde a filosofia clássica se faz, de que a finalidade de uma coisa é o motivo de sua existência, e fazer filosofia seria dar causa as coisas. Foi Aristóteles quem expressamente escreveu que fazer filosofia seria dar causas as coisas, onde dividiu as dimensões da casualidade em quatro: 1)causa formal, que seria a causa que faz a coisa ser o que ela é; 2)causa material, que seria o elemento que constitui a coisa, do que a coisa seria feita; 3)causa eficiente, que seria a causa da mudança, o agente transformador das coisas; 4)causa final, que seria o objetivo, o propósito, o motivo, a finalidade da coisa.

A quarta e última causa é a que interessa no presente estudo por ter influenciado todo o pensamento filosófico *a posteriori*, e que Spinoza, e posteriormente Nietzsche criticaram com tanta intensidade. Essa quarta causa criada por Aristóteles tem a ambição de encontrar uma finalidade em todas as coisas. A sua filosofia, como bem afirma Danilo Marcondes Ferraz, é fortemente teleológica (telos = finalidade) onde ele supõe que tudo na realidade possui uma finalidade, onde a natureza teria uma regularidade, uma ordem, e que seria impossível tal ordem ser obra do acaso, devendo portanto existir um propósito[33].

A intuição genealógica de Spinoza, antes ainda de Nietzsche, vem a denunciar essa idéia de causalidade como fim que desde Platão e Aristóteles vinha vigendo no pensamento filosófico. Portanto, Spinoza foi o primeiro genealogista, no melhor sentido nietzschiano do termo, tanto no aspecto da genealogia como investigação das causas, como também na idéia das causas serem fundamentalmente afetivas[34]. Pode-se entender o termo genealogia (termo esse cunhado por Nietzsche) como senso uma "analise histórica da formação de determinados discursos que constituem um saber, ou saber, relacionando-os com formas de exercícios do poder em um contexto social e cultural especifico[35]". Pode-se perceber essas idéias genealógicas em Spinoza quando ele afirma que "os homens se supõe livres porque têm consciência das suas volições e do seu apetite e não pensam, nem em sonho, nas causas pelas quais são dispostos a desejar e a querer, sendo delas totalmente ignorantes[36]". Sua idéia de genealogia também se encontra em sua obra *Tratado Político*, quando ele afirma que:

“os filósofos concebem as emoções que combatem entre si em nós como vícios nos quais os homens caem por erro próprio. É por isso que se habituaram a ridicularizá-las, deplorá-las, reprová-las, ou, quando querem parecer mais morais, detestá-las. Julgam assim agir divinamente e elevar-se ao pedestal da sabedoria, prodigalizando toda sorte de louvores a uma natureza humana que não existe em parte alguma, e atacando através de seus discursos a que realmente existe. Concebem os homens, com efeito, não tais como são, mas como eles próprios gostariam que fossem. Daí, por conseqüência, que a maioria deles, em vez de uma ética, tenha escrito uma sátira[37]”.

Um ponto de suma importância no pensamento spinoziano é em relação a sua idéia de conhecimento. Spinoza divide em três os *gêneros de conhecimento.* O primeiro gênero de conhecimento seria aquele de caráter universal, oriundos das idéias das afecções geradas pelo que é exterior à alma humana, sendo por isso considerado por ele como sendo um conhecimento inadequado. Nesse primeiro gênero, as idéias são produtos dos afetos que nascem da relação do homem com a natureza, mas que tornam-se confusas por não levar em conta a natureza do corpo humano. Por esse motivo, as idéias se tornam vagas,e junto com as opiniões e imaginações que temos da natureza não exprimem a real essência dos corpos e sim as disposições do nosso corpo. Pertencem a esse grupo de conhecimento as idéias dadas pelos nossos sentidos, e as relações entre eles e o mundo sensível.

O segundo gênero de conhecimento seria quando racionalizamos a experiência sensível. Esse conhecimento é composto de noções comuns das propriedades das coisas resultadas de um entendimento adequado da natureza, sendo esse conhecimento adequado nada mais do que o conhecimento de primeiro gênero agora racionalizado, ou seja, o conhecimento racional da experiência é dado pela atividade intelectual que reage sobre a experiência, obtendo uma representação objetiva da natureza. Esse segundo gênero corresponde ás leis da natureza e a ordem conferida ao conhecimento. Percebemos que, a luz da filosofia spinoziana, apesar dessas leis e conhecimentos até serem verdadeiros, ainda são de cunho universal, ou seja, totalizantes, sendo ainda impossível para esse segundo gênero entender a singularidade dos corpos.

O último e superior gênero de conhecimento é o terceiro gênero, que é caracterizado como sendo um conhecimento intuitivo, mas intuitivo esse não no caráter de uma revelação. Esse conhecimento intuitivo seria o mais perfeito de todos pois, como ensina o é justamente aquele que passa da universalidade da razão (esta já não sendo uma abstração imaginada da experiência, como Spinoza acusa ser o caso da racionalidade cartesiana) à singularidade da reação, ‘presentificando’ ou ‘atualizando’ o conhecimento – para o instante, de modo que o conhecimento, tal como para Nietzsche, é uma ação, uma criação, recriando-se no espaço e no tempo atuais[38]. Portanto, é esse terceiro gênero que percebe a essência das coisas singulares em relação com a natureza humana, pois esse conhecimento não mas é dado por uma razão universalizada, mas sim por uma razão singularizada.

O primeiro filósofo a criticar a forma condenável que eram tratadas as paixões humanas, que era uma verdadeira condenação moral, vista como viciosas, que seria oriundas de falhas da vontade ou do livre-arbítrio, foi René Descartes, contudo, ainda permaneciam em sua filosofia as idéias de que o homem seria caracterizado essencialmente pelas paixões e de que as paixões indicariam o seu lado animal, ou seja,

em termos ontológicos, o homem seria dividido em duas partes, o corpo e o espírito, ou como dizia Aristóteles, o homem seria uma substância composta de matéria e idéia (forma) [39] .

Portanto, conforme ensina André Martins:

"quando o homem seguia a sua natureza propriamente humana, agia segundo sua razão, guiando-se por uma moral universal de conduta – que encontra seu apogeu no imperativo categórico kantiano, e sua versão mais flexível certamente na prudência aristotélica. Quando, ao contrário, curvava-se ao corpo, às demandas animais portanto, às necessidades, aos prazeres da carne, tomava-se pelas paixões, que o levavam à perdição, à conduta viciosa, ao pecado e a inverdade"[40]

É contra essa ontologia clássica que Spinoza propõe sua filosofia e cria uma nova ontologia:

"Diversamente de seus contemporâneos (e dos precursores destes quanto a esta questão, tais como Platão e Aristóteles), Espinosa não considera os vícios ou paixões um erro, nem tampouco os associa a uma animalidade do homem, que se contraporia à sua razão. O que afirma, muito pelo contrário, é que os vícios e as paixões (no sentido de passividade[41], reatividade) têm uma origem comum à da virtude (que é sinônimo de força, coragem e potência[42]): esta origem é o fato de o homem, sendo uma modificação da substância, somente existir em relação com os demais modos, com o ambiente, sendo portanto impossível que ele não se afete, que permaneça neutro, fora do mundo no qual existe e conhece. Assim, em meio às afecções, o homem poderá conhecer a si próprio nas relações, isto é, poderá conhecer seus afetos, voltando a seu favor o acaso, os encontros, inevitáveis, de modo a que esta relação momentânea aumente sua potência de agir e de pensar, afetando-o de alegria. Esta é a ação; sendo o pathos o caso em que nossas afecções, nossos encontros, nos afetam de modo triste ou alegre, dependendo mais das causas externas serem boas ou más, do que de nós próprios, ora diminuindo ora aumentando nossa potência de agir ao sabor do acaso; o que ocorrerá sem dúvida tanto mais ignoremos a maneira pela qual nos afetamos. Neste caso, nosso afeto e nossas ações são frutos apenas *parcialmente* de nossa maneira de ser, ou seja, são determinados em grande parte por causas externas não reapropriadas por nós, à nossa maneira.(...)

Este conhecimento dos afetos, este voltar o acaso a nosso favor, assim como favorecer os bons encontros, pontos em comum a Nietzsche e Espinosa, só é possível por sua ontologia comum, ou seja, pelo fato de entenderem que corpo e mente são aspectos de um mesmo indivíduo, e que este é em relação, inserido no mundo, um modo de ser da substância: o acaso, o devir, nos atravessa, é o movimento da vida, o tempo, que constitui e é constituído por nosso *conatus*, por nossa Vontade de Potência. Conhecer

nossos afetos é presentificar um conhecimento intuitivo das relações que estabelecemos com e no mundo no qual nos constituímos; é, nele, determinarmo-nos pelo que é comum a ele e a nós –eticamente –, e não pelo que se nos apresenta somente externamente –moralmente[43]" .

Conforme já foi dito, sempre houve na civilização ocidental uma nítida separação do corpo e da mente, separação essa totalmente impensada para os povos orientais, que assim como Spinoza, sempre pensaram em um corpo junto com a mente. Spinoza nos mostra que não existe essa submissão do corpo à mente, o que existe é *um corpo pensante ou uma mente carnal.*

Portanto, Spinoza vem, com sua nova ontologia, juntando afeto e razão, corpo e mente. Ele não vê mais o indivíduo como "composto de corpo e alma, mas como corpo e alma sendo dois aspectos do indivíduo, idéias e pensamentos afetam e são afetados pelas coisas e pelos corpos, os transformando e sendo transformados; de modo que o homem é animal também em sua razão, assim, como seu corpo é propriamente humano. É nesse sentido que Spinoza afirma: 'São as mentes e não os corpos que erram e se enganam[44]".

A diferença entre moral e ética é de suma importância para filosofia spinoziana e necessária para pensar essa "nova" ontologia proposta por ele e seguida *a posteriori* por Nietzsche. O que caracteriza a Moral é o fato do indivíduo se submeter a ela. Por exemplo, Deus existir não é Moral, mas o que deriva dessa existência, que nós temos que nos submetermos a Sua vontade, isso sim é Moral. Já a Ética seria uma compreensão de como as coisas, de forma imanente, são. Portanto, quanto mais agirmos nos realizando, nos sentindo bem, mais essa ação será ética. Moral sempre é reativa, enquanto a Ética sempre será ativa. Moral se relaciona com o Poder, que é reativo, enquanto a Ética se relaciona com a Potência, que é ativa. A Moral sempre atrapalharia a tendência de Spinoza (ou instinto de Nietzsche), enquanto a Ética não vem a atrapalhar[45].

Portanto, a moral vem a ser o que "vem de fora", o que, por exemplo, é imposto pela sociedade. Percebemos isso claramente na filosofia de Kant, de seus imperativos categóricos, onde o mais importante é o indivíduo se submeter a uma regra universal transcendental, em detrimento dos seus próprios desejos. Isso acarretará sérias implicações em todo o pensamento jurídico, em especial da jurisdição constitucional, onde a idéia para sua criação é a de que juízes, que seriam isentos e habilitados tecnicamente, decidiriam, com base em valores que poderíamos dizer universais, julgados de cunho constitucionais, onde alguns entendem serem esses juízes constitucionais verdadeiros guardiões da constituição, outros entendem serem eles quase como "a voz da sociedade" decidindo casos relevantes socialmente.

Uma dificuldade a princípio para essa nova ontologia proposta por Spinoza, e que possuiu semelhança com a posposta por Nietzsche, que seria uma filosofia em prol da vida, em prol dos bons encontros, dos bons afetos, seria a definição de justiça, tendo em vista que muitos dos conceitos a cerca da justiça foram formulados com base em uma ontologia clássica, em um pensamento linear no melhor estilo cartesiano e em uma moral transcendente e em imperativos categóricos kantianos que levam em conta o dever ser sem se preocupar tanto com a individualidade, com o pensamento complexo, com a felicidade individual e sim apenas em um comportamento social que seria

“hipoteticamente” mais adequado. É nesse sentido que os comentadores dizem que a *Ética* de Spinoza é uma teoria da potência, que se opõe à lei moral, que é uma teoria do dever.

Ao que parece, o pensamento jurídico ainda se encontraria nesse segundo gênero de conhecimento, ainda preso as idéias racionalistas, faltando dar esse salto que o levará (levará os juristas) ao terceiro gênero de conhecimento. A diferença também de Spinoza para o pensamento tradicional kantiano-cartesiano é que, conforme já mencionado, para ele ética e moral seriam duas coisas diferentes, apesar de serem originárias da mesma palavra grega. Spinoza portanto é um filosofo dos mais originais, onde seu pensamento vem romper com séculos de repetição do pensamento platônico e aristotélico (claro que cada filósofo, tenha escolhido o caminho platônico ou o aristotélico, criou em cima dessas teorias, mas sempre com base nelas) em prol de uma nova forma de pensar. *Uma forma verdadeiramente feliz de pensar*. Uma forma que privilegia os bons encontros, e que nos ensina que mesmo os encontros que por ventura normalmente baixariam a nossa potencia de agir, devem pelo contrário serem diferentemente assimilados por nós para que com isso possamos aumentar ainda mais nossa potencia de agir.

Se Spinoza foi pelo próprio Nietzsche considerado como seu precursor, é também inegável que o filósofo posterior a ele que maior similitude guarda com seu pensamento é Michel Foucault. Michel Foucault foi um dos filósofos mais influentes filósofos do século XX. Com o declínio na década de 70 do século XX da influencia da filosofia de Jean-Paul Sartre e do próprio existencialismo, Foucault, também um filósofo francês, começou a despontar se tornando rapidamente o novo *maître à penser*[46].

Vários são as obras de Foucault que podem figurar entre as mais importantes do século XX, tais como História da Loucura, História da Sexualidade, Vigiar e Punir, Microfísica do Poder, etc. Sua obra tem como característica básica a crítica e o questionamento aos pressupostos epistemológicos da filosofia tradicional. Foi provavelmente um dos filósofos mais influenciado pelo pensamento nietzschiano. Muito utilizou em suas obras o método genealógico[47] de Nietzsche, criando até um método similar que deu o nome de *método arqueológico*, que consistia na “analise do discurso de um determinado saber ou ciência com o intuito de explicitar elementos implícitos e subjacentes a este saber e ao conjunto de práticas que estabelece[48]”. Foucault questionava então a idéia de conhecimento, da ciência como sendo um conhecimento neutro. Para ele a ciência sofria e muito influencia políticas, culturais, sociais na elaboração de suas teorias. Sua visão de conhecimento pode-se dizer era relativista, onde via o conhecimento como uma tentativa de exercer o poder[49].

Sua denuncia do conhecimento como “poder-saber” foi marcante em sua obra *História da Loucura*, onde ele mostra a mutabilidade do conceito da loucura, onde, dependendo dos interesses das classes dominantes (economias e políticas), esse conceito se alargava ou se retraia: pois “neste nível não se trata de saber qual é o poder que age do exterior sobre a ciência, mas que efeitos de poder circulam entre os enunciados científicos; qual é seu regime interior de poder; como e por que em certos momentos ele se modifica de forma global[50]”. Sua visão de conhecimento como batalha pelo poder se assemelha muito ao de Nietzsche pois também prega essa relativização do saber, onde não haveria as “verdades absolutas” kantianas, mas sim disputas pela “verdade”:

“O problema é ao mesmo tempo distinguir os acontecimentos, diferenciar as redes e os níveis a que pertencem e reconstituir os fios que os ligam e que fazem com que se engendrem, uns a partir dos outros. Daí a recusa das analises que se referem ao campo simbólico ou ao campo das estruturas significantes, e o recurso à analises que se fazem em termos de genealogia das relações de força, de desenvolvimento estratégicos e de táticas. Creio que aquilo que se deve te como referencia não é o grande modelo da língua dos signos, mas sim da guerra e da batalha.A historicidade que nos domina e nos determina é belicosa e não lingüística. Relação de poder, não relação de sentido. A história não trem “sentido”, o que não quer dizer que seja absurda ou incoerente. Ao contrário, é inteligível e deve poder ser analisada em seus menores detalhes, mas segundo a inteligibilidade das lutas, das estratégias, das táticas. Nem a dialética (como lógica das lutas, das estratégias, das táticas. Nem a dialética como lógica da contradição), nem a semiótica (como estrutura da comunicação poderiam dar conta do que é inteligibilidade intrínseca dos confrontos[51]”.

Como Nietzsche, a história para Foucault tinha um papel importante em seu pensamento. Comentando sobre ideologia, Foucault afirma que em um discurso, o problema não seria revelar o que de cientificidade e verdade possuiu nele, mas sim de der historicamente como e produzem efeitos de verdade no interior de discursos que não são em si nem verdadeiro nem falso[52]. Portanto, para Foucault, a verdade não existiria fora do poder ou sem o poder. A verdade seria então desse mundo, e não de um mundo transcendente. Mas a verdade pertenceria a esse mundo como uma “multiplicidade de verdades”, e se ela é múltipla, é porque ela é relativa, e como ele próprio afirmou:

“Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua ‘política geral’ de verdade: isto é: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros dos fatos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizadas para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro[53].”

Outro importante filósofo que, apesar de não comungar em grande parte com o pensamento nietzschiano, é grande importância para a presente pesquisa é Martin Heidegger. Martin Heidegger é considerado por muitos como sendo o mais importante filósofo do século XX25. Sua filosofia é uma ruptura com o modelo tradicional do pensamento ocidental. Sua principal obra foi Ser e Tempo (*Sein und Zeit)*, que mesmo inacabada foi sem dúvida uma das obras mais lidas e mais influentes do último século. Nessa obra, Heidegger procurou retomar uma idéia que, segundo ele, estava abandonada a muito, que é a ontologia, pois apenas se estaria estudando, desde Platão, os entes, esquecendo-se do Ser.

“Embora nosso tempo se arrogue o progresso de afirmar novamente a ‘metafísica’, a questão aqui evocada caiu no esquecimento.(...) A questão referida não é, na verdade, uma questão qualquer. Foi ela que deu fôlego às pesquisas de Platão e Aristóteles para depois emudecer como questão temática de uma real investigação. O que ambos conquistaram manteve-se, em muitas distorções e ‘recauchutagens’, até a lógica de Hegel. E o que outrora, num supremo esforço de pensamento, se arrancou aos fenômenos, encontra-se, de há muito, trivializado”. (...)

“No início dessa investigação não se pode discutir em detalhes os preconceitos que, sempre de novo, plantam e alimentam a dispensa de um questionamento do ser. Eles encontram as suas raízes na própria ontologia antiga. Esta, por sua vez, pode apenas ser interpretada de modo suficiente – quanto ao fundamento de onde brotaram os conceitos e quanto à adequação das justificativas propostas para as categorias e sua completude – esclarecendo-se e respondendo à questão do ser. Por isso nós só conduziremos a discussão dos preconceitos até onde a necessidade de se repetir a questão sobre o sentido do ser for evidente26”.

O que Heidegger queria portanto era à volta do estudo da questão do ser. Apenas o ente passou a ser estudado em detrimento do ser que teria um conceito muito vago. Entretanto, Heidegger demonstra que não se pode pensar o ente separado do ser pois todo o ente está presente no ser. O ente caracterizaria-se por mostra-se, o aparecer, a manifestação, mas também pelo desaparecer, o ausente, o errante. *“O ser é sempre o ser de um ente. O todo dos entes pode tornar-se, em suas diversas regiões, campo para se libertar e definir determinados setores de objetos27”*. Os entes estariam assim sempre no ser (verdade) e também no não ser (não verdade).

O que mais interessa para a tese de doutoramento, e por conseguinte para o presente trabalho de encerramento de disciplina é a idéia de verdade em Heidegger. Sua idéia é inovadora em relação à filosofia tradicional, pois busca na tradição poética o sentido a sua idéia para verdade. Critica a alteração do sentido grego para verdade, que é *aletheia*, feito por Platão em sua Alegoria da Caverna. O sentido de *aletheia* na tradição poética grega quer dizer manifestação, desvelamento do ser, retirada do véu, tendo portanto a verdade um sentido primordialmente ontológico, significando o mostrar-se do ser. A idéia de visão correta de Platão, onde o homem teria que se acostumar, teria que adequar, o seu olhar ao objeto, teria surgido aí à idéia metafísico-epistemologica. Ficou a verdade então como a adequação do sujeito ao objeto. Heidegger propõe então à volta da idéia de *aletheia* ao seu sentido etimológico, que é, conforme já mencionado, a idéia de desvelamento, manifestação, onde o homem seria o único ente que procura o ser 28.

Para firmar esse seu pensamento, Heidegger idealiza a idéia de ser aí, que ficou mundialmente conhecido como *Dasein*29. Para Heidegger o homem é o único ente que busca o ser. A questão que mais nos intereça é a epistemologia heideggeriana, ou seja, como ele vê a verdade e qual o seu pensamento para atingir, encontrar essa verdade. Conforme já mencionado, a verdade para Heidegger está no ser e não no ente como a filosofia tradicional normalmente tratou.

“Três teses caracterizam a apreensão tradicional da essência da verdade e a opinião gerada em torno de sua primeira definição: 1. O ‘lugar’ da verdade é a proposição (o juízo). 2. A essência da verdade reside na ‘concordância’ entre o juízo e seu objeto. 3. Aristóteles, o pai da lógica, não só indicou o juízo como o lugar originário da verdade, como também colocou em voga a definição da verdade como ‘concordância30’ ”.

Assim, como a verdade está no ser, e o ser é (está) na pre-sença (é o ser aí), no *Dasein*, a verdade está encoberta, ‘velada’, necessitando ser desvelada. O “ser verdadeiro enquanto ser-descobridor é um modo de ser na pre-sença31”. Portanto, são “os fundamentos ontológicos-existenciais do próprio descobrir que mostram o fenômeno mais originário da verdade32”.

“Na medida em que a pre-sença é essencialmente a sua abertura, na medida em que ela abre e descobre o que se abre, a pre-sença é essencialmente ‘verdadeira’. A pre-sença é e está ‘na verdade’. Essa proposição tem sentido ontológico. Não significa que onticamente a presença tenha sido introduzida sempre ou apenas algumas vezes ‘em toda a verdade’, mas indica que a abertura de seu ser mais próprio pertence à sua constituição existencial33.”

A verdade assim existe, está encoberta, devendo o homem encontra-la na pre-sença, no ser, no *Dasein34*. A pre-sença, portanto, é e está essencialmente na verdade, e a verdade só se dá na ,medida e enquanto a pre-sença é, e só assim o ente é descoberto e ele só se abre enquanto na pre-sença. Assim, toda a verdade em geral, só é verdade enquanto pre-sença é, antes da pre-sença e depois da pre-sença não havia verdade pois a verdade não poderia ser enquanto abertura, descoberta e descobrimento. O exemplo de Heidegger são as leis de Newton, onde ele afirma que tais leis antes de serem descobertas, elas não seriam verdadeiras, nem falsas do ponto de vista ôntico. Os entes das leis de Newton já existiam, elas já existiam mas apenas se tornaram verdadeiras com Newton. *“Com elas, o ente em si mesmo se tornou acessível à pre-sença. Com a descoberta dos entes, estes se mostraram justamente como os entes que antes delas já eram. Descobris assim é o modo de ser da ‘verdade35’”*.

Por fim, podemos mencionar a idéia de Heidegger sobre a existência de verdades absolutas. Aplicando-se a idéia heideggeriana de verdade como desvelamento, até se poderia aceitar a idéia da existência de verdades absolutas, mas só poderia ser comprovado de modo suficiente caso se logre demonstrar que em toda a eternidade, a pre-sença foi e será. Portanto, a existência da prova de que a pre-sença foi e sempre será é condição para se identificar verdades eternas.

“Toda verdade é relativa ao ser da presença na medida em que seu modo de ser possui essencialmente o caráter de pre-sença. Ser´que essa relatividade significa que toda a verdade é ‘subjetiva’? Caso se interprete ‘subjetivo’ como o que está ao arbítrio do ‘sujeito’, certamente não. Pois, em seu sentido mais próprio, o descobrimento retira a proposição do arbítrio ‘subjetivo’ e leva a pre-sença descobridora para o próprio ente. E apenas porque ‘verdade’ como descobrimento é um modo de ser na pre-sença é que ela se acha subtraída ao arbítrio da pre-sença. Também a ‘validade universal’ da verdade enraíza-as simplesmente no fato de que a pre-sença pode descobrir e libertar o ente em si mesmo. Somente assim é que esse ente pode em si mesmo se ligar a cada proposição possível, ou seja, a sua própria demonstração36”.

Heidegger critica então por fim não só a idéia de uma verdade eterna como também as idéias de um cético em relação à verdade, pois em ambas as idéias não podem ser efetivamente comprovadas, pois não teríamos como provas que ambas se dão.

IV – CONCLUSÃO

Foram apresentados no presente trabalho de conclusão de disciplina autores que discordam a cerca da idéia da moralidade. Primeiramente foi apresentado o pensamento kantiano e sua idéia de moralidade ligada a universalidade. Depois foi apresentado o pensamento de Nietzsche e de filósofos que discordaram da filosofia tradicional, que tem em Kant o seu maior expoente no pensamento moderno.

Para Kant então, a felicidade é condicionada a uma idéia de moralidade, e a moralidade nos leva, desde que obedeçamos os imperativos kantianos, a encontrar a felicidade, felicidade essa que é completamente separada de instinto e paixões.

Já para Nietzsche, paixão e instintos sempre devem estar em concomitância com a razão, e sem essa união, a felicidade não poderia ser encontrada pois o homem é também um animal, onde racionalidade e instinto compõe o homem, sem um ter preponderância sobre o outro, e sim o correto seria uma perfeita harmonia entre eles.

A questão da ciência para Kant também é importante, pois ele acredita que ela é segura e se aplicada na metafísica, na sua moralidade, também nos levará a certezas. Nietzsche vai discordar completamente disso pois não acredita que a ciência possa no dar a certeza sempre tão almejada pelo homem. Pelo contrário! O homem deve é aprender a viver na incerteza pois a certeza não existe, deve aprender que vive em um *devir*, em um vir a ser. E memso a ciência, não está alijada da influencia da moralidade e portanto não é segura como teria pensado Kant.

A filosofia de Nietzsche não busca portanto criar um sistema filosófico a ser seguido para se ter felicidade, certezas como a grande maioria dos filósofos, pelo contrário, Nietzsche sempre afirma que não busca seguidores, o que ele sempre busca é o super-homem, que é o homem que conseguiu ver alem, deixar de ser apenas homem preso na idéia kantiana de moralidade, é o que ele afirma de forma muito bonita em seu Zaratustra e também em todas as suas obras.

Assim, ser nietzschiano é sempre tentar ter bons encontros, mas sempre que tivermos um mal encontro, procurarmos tirar dele o melhor, ou que ele nos afete menos, tendo a certeza não existe, que a felicidade não é alcançada com uma vida moral, mas sim uma vida ética, onde você sempre ira buscar aumentar sua potência de agir.

A moralidade oprime o homem e não permite que ele se torne, no dizer de Nietzsche, um super-homem, no homem que sabe lidar com o *devir*, com o vir a ser, e portanto sem isso, será sempre um homem recaucado, sempre um niilista, e portanto infeliz. É nisso que o pensamento nietzschiano pode contribuir com o homem do século XXI. O paradigma tradicional fracassou. As promessas da modernidade não se concretizaram. Nunca se viu tantas pessoas em consultórios psiquiátricos. Assim, o pensamento nietzschiano pode contribuir com uma vida mais feliz, que nos “arma” a entender melhor a vida, percebendo que a vida não é “cor-de-rosa”, e sim cheia de atribulações, mas nessas atribuições podemos não tentar afastar os problemas, mas sabendo lidar com ele, não baixarmos muito nossa potência de agir.

Portanto, o melhor seria termos uma vida ética, nos moldes nietzschianos do que uma vida moral aos moldes kantianos, pois é uma vida artificial, onde valores psudo-universais nos são empurrados, sempre muitas vezes questionarmos.

VII – BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. Ética a Nocômaco. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BARRETO, Vicente de Paulo. Dicionário de Filosofia do Direito. 1ª ed, Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. História da Loucura. Rio de Janeiro: Perspectiva, 2007.

_____. História da Sexualidade. Rio de Janeiro: Graal, 2008.

_____. Dos Delitos e das Penas. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. O Nascimento da Biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. A ordem do discurso. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 02.11.1970. São Paulo: Loyola, 1996.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte 1, Tradução de Márcia Sá Cavalcante Shuback, São Paulo: Vozes, 2002

_____. Introdução a Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Martin Claret, 2003.ènio Amado Editor, 1976.

_____. A Paz Perpétua e outros opúsculos. Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. A Metafísica dos Costumes. Bauru: EDIPRO, 2003.

_____. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KIRK, G. S. *et all.Os Filósofos Pré-Socráticos*. 4ª ed Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

MACHADO, Roberto. *Nietzsche e a Verdade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2002.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia – dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1997.

PLATÃO. Fedro. São Paulo: Martin Claret, 2004

_____. A República. São Paulo: Martin Claret, 2006.

POPPER, Karl. Conjecturas e Refutaciones, Barcelona: Paidos, s/d

_____. Conocimento Objectivo, , 2ª ed., Madrid: Tecnos, 1982.

SPINOZA, Baruch. Ética demonstrada à maneira dos geômetras. São Paulo: Martin Claret, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

---

[1] O presente estudo surgiu como trabalho de conclusão de disciplina da Teoria da Justiça do Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ ministrada pelo Prof. D. Vicente de Paulo Barreto.

[2] KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. São Pulo: Martin Claret, 2003, p. 29.

[3] FERRAZ, Danilo Marcondes. Iniciação à História da Filosofia – Dos Pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 208.

[4] *Idem*,p. 208.

[5] KANT, Immanuel. Idem, p. 29.

[6] Merece ser mencionado que isso é muito criticado por Nietzsche que vê na ciência também junto com a idéia tão criticada também por ele que é a moralidade. Nietzsche não confia na ciência com Kant faz, até porue ele não acredita na possibilidade de valores universais, tema essa tão defendido por Kant.

[7] *Ibidem*, p. 25 e 26.

[8] FERRAZ, Danilo Marcondes. *Idem.* P. 213.

[9] HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 184.

[10] *Ibidem*,p. 188.

[11] KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos, São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 45

[12] *Idem, p. 31.*

[13] *Idem*, p. 45.

[14] [14] HÖFFE, Otfried. P. 218.

[15] NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. A Filosofia na Época Trágica dos Gregos. Coleção os Pensadores. - 5.ed. - São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 199.

[16] *Ibidem*, 1999, p. 258.

[17] *Ibidem*, p. 38.

[18] NIETZSCHE, Friedrich. Para a Genealogia da Moral. São Paulo: Scipione, 2001, p. 13.

[19] *Ibidem*, p. 13-14.

[20] *Ibidem, p. 15.*

[21] NIETZSCHE, Friedrich. Para Além do Bem e do Mal – prelúdio de uma filosofia do futuro. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 36-37.

[22] MACHADO, Roberto. 2002, p. 53.

[23] *Ibidem, p. 15.*

[24] NIETZSCHE, Friedrich. Para Além do Bem e do Mal – prelúdio de uma filosofia do futuro. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 36-37.

[25] MACHADO, Roberto. 2002, p. 53.

[26] NIETZSCHE, Friedrich *, 2001, p. 22.*

[27] MACHADO, Roberto, 2002, p. 86.

[28] *Ibidem*, p. 86.

[29] [29] NIETZSCHE, Friedrich. Crepúsculo dos Ídolos – ou como filosofar com o martelo. Tradução de Marco Antonio Casa Nova. Rio de janeiro: Relume Dumará, 2000, p. 33.

[30] MACHADO, Roberto, 2002, p. 89.

[31] NIETZSCHE, Friedrich, 2000, p. 22.

[32] NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Carta a Franz Overback. http://guaikuru.blogspot.com/, 1881. Disponível em http://guaikuru.blogspot.com/2006/03/friedrich-nietzsche-carta-franz.html. Acesso em 17 de maio de 2007.

[33] MARCONDES, Danilo. Iniciação à História da Filosofia – dos Pré-Socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1997, p. 73 *et seq*.

[34] MARTINS, André. Filosofia e Saúde, métodos genealógico e filosófico conceitual. Rio de Janeiro:Caderno de Saúde Pública, 20(4), 950-958, jul-ago de 2004.

[35] MARCONDES, Danilo, 1997, p. 273.

[36] SPINOZA, Baruch. Ética demonstrada à maneira dos geômetras. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 118.

[37] SPINOZA, Baruch. Tratado político. São Paulo: Abril Cultural; 1983. p. 307 .

[38] MARTINS, André. Nietzsche, Espinoza, e o acaso e os afetos. Revista O que nos faz pensar, n° 14, Rio de Janeiro, PUC-RJ, 2000, p. 187.

[39] MARTINS, André. A Conciliação entre Corpo e Mente. Revista Discutindo Filosofia, n 3º , ano 1, São Paulo: Escala Educacional, 2006, p.8.

[40] Idem., 2006, p. 8 e 9.

[41] ESPINOSA, Baruch. Ética demonstrada à maneira dos geômetras. São Paulo, Editora Martin Claret, 2002.

III, def.3, p;. 197: "Por afeto, entendo as afecções do corpo, que aumentam ou diminuem, ajudam ou contrariam a potência de agir deste corpo, e ao mesmo tempo as idéias destas afecções. Se portanto podemos ser causa adequada de uma destas afecções, então por afeto entendo uma ação; senão, uma paixão."

[42] Idem, 2000, IV, def.8, p 288.

[43] Idem, 2000, *passim.*

[44] *Idem*, 2000, p.189.

[45] PEREIRA, Thiago Rodrigues. A Diferença da Ontológica ética spinoziana e a ética aristotélica. www.franca.uneso.br. São Paulo: 2006, Disponível em http://www.franca.unesp.br/revista/a_diferenca_ontologica_entre_a__.htm

[46] A expressão *maître à pensar quer dizer o* "intelectual como figura pública cujo pensamento influencia tendências e atitudes e que se pronuncia sobre os acontecimentos políticos, sociais, culturais de seu tempo". MARCONDES, Danilo, 1997, p. 259.

[47] Foucault define o método genealógico como "uma forma de história que dê conta da constituição dos saberes, dos discursos, dos domínios de objeto, etc, sem ter que se referir a um sujeito, seja ele transcendente com relação ao campo de acontecimentos, seja perseguindo na sua identidade vazia ao longo da história". FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 7ª edição. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p.6.

[48] *Ibidem*, 1997, p. 272.

[49] HAMLYN, D.W. Uma Historia da Filosofia Ocidental. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990, p. 393-394..

[50] FOUCAULT, Michel, 1988, p.4.

[51] Ibidem, p. 5.

[52] *Ibidem*, p. 6.

[53] *Ibidem*, p. 12.

25 Outro filósofo que também é mencionado por muitos como sendo também o maior filósofo do século XX é Ludwing Wittgenstein. Sempre é muito difícil escolher um para ser considerado como o maior filósofo de um século, ainda quando existem, como é o caso do século XX, grandes filósofos como Heidegger, Wittgenstein, Sartre, Foucault, Popper, dentre inúmeros outros.

26 HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Parte 1, Tradução de Márcia Sá Cavalcante Shuback, São Paulo: Vozes, 2002, p. 27-28.

27 *Ibidem*, p. 35.

28 MARCONDES, 1997, p. 266.

29 HEIDEGGER, 2002, p. 309. Notas Explicativas da tradutora. "A palavra Dasein é comumente traduzida por existência. Em Ser e Tempo, traduz-se em geral, para as línguas neolatinas pela expressão 'ser aí' être-lá, esser-ci, etc. Optamos pela tradução de pré-sença pelos seguintes motivos: 1) para que não fique aprisionado às implicações do binômio metafísico essência-existência, 2) para superar o imobilismo de uma localização estática que o 'ser aí' poderia sugerir. O 'pre' remete ao movimento de aproximação, constitutivo da dinâmica do ser, através das localizações; 3) para evitar um desvio de interpretação que o 'ex' de 'existência' suscitaria caso permaneça no sentido metafísico de exteriorização, atualização, realização, objetivação e operacionalização de uma essência. O 'es' firma uma extraordinária, mas interior e exterior fundam-se na estruturação da pré-sença e não o contrário; 4) pré-sença não é sinônimo de homem e humanidade. É na pré-sença que o homem constrói o seu modo de ser, a sua existência, a sua história, etc. (cf. entrevista de Heidegger ao *Der Spiegel*, Ver. Tempo Brasileiro, n° 50, julho/set. 1977)"

30 *Ibidem*, p. 282.

31 *Ibidem*, p. 288.

32 *Ibidem*, p. 288.

33 *Ibidem*, p. 289.

34 Um outro aspecto que também é de grande importância no pensamento heideggeriano é a questão do tempo, pois a temporalidade é fundamental na estrutura do ser pois o *Dasein* existe como antecipação e também como possibilidade, voltado ao futuro, ao vir-a-ser. Depende então o ser tanto do seu passado quanto do seu futuro, sendo o presente apreendido pela intuição, sendo a existência do ser essa complementaridade da temporalidade que compõe a existência do ser.

35 *Ibidem*, p. 296.

36 *Ibidem*, p. 296-297.

AÇÕES AFIRMATIVAS, INCLUSÃO E CIDADANIA

DIVERSIDADE SEXUAL E (RE)CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: REFLEXÕES ACERCA DA IGUALDADE JURÍDICA À LUZ DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

SEXUAL DIVERSITY AND (RE)CONSTRUCTION OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL IDENTITY: REFLECTIONS ON LEGAL EQUALITY IN LIGHT OF THE PARADIGM OF THE LAW'S DEMOCRATIC STATE

Alexandre de Castro Coura
Silvagner Andrade de Azevedo

RESUMO

Este artigo busca analisar aspectos da diversidade sexual, caracterizada pela orientação sexual e identidade de gênero, relacionando-os, sob o viés da igualdade jurídica, à (re)construção discursiva da identidade constitucional brasileira. De uma analogia inicial com o processo de (re)construção da identidade do sujeito constitucional norte-americano, e das identidades postas inicialmente "de fora" da proteção constitucional, como a identidade negra e homossexual, parte-se para a aplicação, no discurso constitucional brasileiro, das idéias apresentadas por Michel Rosenfeld, em seu livro "A identidade do sujeito constitucional". Por meio do ferramental reconstrutivo da negação, da metáfora e da metonímia, apresentado por Rosenfeld, pretende-se demonstrar a atual pertinência da identidade homossexual, ligada a aspectos da diversidade sexual, à identidade do sujeito constitucional brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: IDENTIDADE CONSTITUCIONAL, IGUALDADE, ORIENTAÇÃO SEXUAL, IDENTIDADE DE GÊNERO, ROSENFELD.

ABSTRACT

This article explores aspects of sexual diversity, characterized by sexual orientation and gender identity, linking them, under the legal equality, to the (re)construction of the brazilian constitucional identity. From an analogy with the initial process of (re) construction of the identity of the north-american constitutional subject, and identities initially placed "outside" of constitutional protection, such as black and gay identity, we proceed to the application in the brazilian constitutional discourse, the ideas presented by Michel Rosenfeld, in his book "The identity of the constitutional subject". Through reconstructive tooling of the denial, metaphor and metonymy, presented by Rosenfeld, intended to demonstrate the current relevance of homosexual identity, linked to issues of sexual diversity, to the identity of the brazilian constitutional subject.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL IDENTITY, EQUALITY, SEXUAL ORIENTATION, GENDER IDENTITY, ROSENFELD.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 INTRODUÇÃO

Os autores da Constituição norte-americana de 1787 iniciaram-na com uma frase envolvente e acolhedora: "*We the people of the Unided States...*"***[1]***. Entretanto, em breve análise é possível verificar que à época apenas alguns homens, brancos, protestantes e proprietários de terra, poderiam ser calorosamente acolhidos por essa assertiva e considerados sujeitos de direitos dentro da nova ordem política que estava se fundando.

A posição dos escravos afroamericanos encontrava-se inevitavelmente à margem do alcance constitucional estabelecido:

Com base no credo fundamental de que todos os homens – com sentido de seres humanos – nascem iguais, 'Nós, o Povo' deveria se referir a, no mínimo, todos os adultos com residência permanente nos EUA em 1787. Entretanto, à medida que a Constituição de 1787 omite a escravidão, não se pode dizer com justiça que a expressão 'Nós, o Povo' inclua os escravos afroamericanos então vivendo nos EUA. (ROSENFELD, 2003, p. 25)

Mergulhados no paradigma constitucional do Estado Liberal, de natureza burguesa, os autores da Constituição norte-americana buscavam consolidar o direito à igualdade, liberdade e propriedade, de maneira formal, não se importando com as desigualdades que de fato apresentavam-se na sociedade da época, notadamente na questão racial.

Enquanto ainda vigorava a escravidão nos EUA, a Suprema Corte, para solucionar problemas relativos ao direito de propriedade sobre os escravos, resolveu a questão da desigualdade racial com a negação de pertinência dos afroamericanos à raça humana (ROSENFELD, 2003, p. 60). Assim, o "Nós o Povo" continuava pleno e sublime, a envolver "todos os seres humanos" daquela época.

Essa proposital exclusão da identidade negra ao sujeito constitucional norte-americano irá reverberar, ao longo da história, em sangrentas lutas pela reconstrução da identidade constitucional dos negros, numa tentativa de subsumi-la à proteção do emblemático "Nós o povo". A reivindicação por direitos civis atingiu seu apogeu na década de 60 do século passado. Em 1963, o ícone dessa luta, Martin Luther King, em onírico discurso, dizia ter um sonho no qual seus quatro filhos iriam um dia viver em uma nação em que eles não seriam julgados pela cor da sua pele, mas pelo conteúdo de seu caráter.

Bastaram então mais 45 anos para que Barack Obama fosse eleito o primeiro presidente negro dos Estados Unidos da América, o que marca não apenas a ruptura do governo de intolerância de George W. Bush, mas também a esperança visivelmente contagiante do povo americano de que realmente uma mudança estava por se iniciar, confirmando o *slogan* de sua campanha: "*Change we can belive in*"[2]. A eleição de um presidente negro, até recentemente impensável, denota a transformação social pela qual o país vem passando desde sua fundação em 1787.

Entretanto, passados mais de dois séculos desde a fundação dos Estados Unidos, haveria alguma identidade, posta inicialmente à margem do sujeito constitucional, que estivesse se esgueirando para o acolhimento contido no exórdio constitucional? Será que outros sonhos, semelhantes ao de Martin Luther King, inspiraram a mente de marginalizados constitucionalmente?

A voz silenciada de Martin Luther King certamente ecoou entre os homossexuais freqüentadores do bar *Stonewall Inn*, em Nova Yorque, quando, em junho de 1969, inauguraram a luta mundial dos homossexuais por liberdade e direitos iguais. Indignados com o tratamento discriminatório realizado pela polícia, decidiram enfrentá-la em uma série de violentos confrontos. *Stonewall* foi um marco por ter sido a primeira vez que um grande número de homossexuais se reuniu para resistir aos maus tratos da polícia para com a sua comunidade. Hoje é largamente reconhecido como o evento que inaugurou os modernos movimentos sociais em defesa de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros, atualmente sob a designação da sigla LGBT. Além disso, deu origem a diversas manifestações de visibilidade e protesto, denominadas mundialmente de "celebração do orgulho gay". No Brasil, a Parada do Orgulho Gay de São Paulo é a maior do mundo e reuniu, em sua última edição, cerca de 3,5 milhões de participantes.

Uma das grandes conquistas do movimento LGBT, e que assinala a ruptura com a posição conservadora assumida anteriormente pelo presidente George W. Bush, ocorreu em 18 de março de 2009, quando o porta-voz do departamento de Estado, Robert Wood, declarou que "Os Estados Unidos apóiam a Declaração da Organização das Nações Unidas sobre 'Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero' e tem a satisfação de se juntar a outros 66 Estados-membros que declararam seu apoio à declaração". O Ministro das Relações Exteriores da Holanda, Maxime Verhagem, na assinatura da declaração, disse aos jornalistas que "aquele era um dia muito especial na ONU" e declarou: "Pela primeira vez na história, um grande grupo de Estados-Membros fala na Assembléia Geral da ONU contra a discriminação baseada na orientação sexual e identidade de gênero. Com a declaração de hoje, isso já não é um tabu dentro da ONU."[3]

Orientação sexual e identidade de gênero são características que qualificam os integrantes do grupo social formado por lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros (LGBT), integrando o que comumente se convencionou chamar de diversidade sexual. Entretanto, convém esclarecer inicialmente o adequado vocabulário que envolve as questões relacionadas à diversidade sexual, uma vez que os conceitos envolvidos serão fundamentais para o adequado entendimento do tema, evitando-se assim equívocos lingüísticos e (pre)conceitos.

2 CONCEITOS E (PRE)CONCEITOS

Diversidade sexual comumente caracteriza o grupo formado por pessoas cuja orientação sexual e/ou a identificação com o próprio gênero, masculino ou feminino, ocorrem de

forma não-convencional ao padrão estabelecido culturalmente como “normal” por uma dada sociedade.

Numa visão atual sobre o tema, a orientação sexual refere-se ao desejo sexual orientado a determinado sexo biológico, podendo essa orientação variar conforme a preferência heterossexual (quando o desejo sexual de dirige ao sexo oposto), homossexual (quando se dirige ao mesmo sexo) ou bissexual (dirigido a ambos os sexos biológicos). Todavia, lésbicas, gays e bissexuais desenvolvem uma orientação sexual que diverge do padrão de “normalidade” estabelecido culturalmente, que varia nas sociedades em função de sua localização espaço-temporal.

A identidade de gênero diz respeito, grosso modo, à complexa forma de identificação de uma pessoa com o seu próprio sexo determinado biologicamente, que muitas vezes não coincide com o chamado “sexo psicológico” desenvolvido durante sua vida. É o caso de travestis, transexuais e transgêneros, cujas características envolvem nuances de difícil definição.

Travestis geralmente são pessoas que se travestem de forma a identificar-se fisicamente com o sexo oposto. Entretanto, não há qualquer repúdio ao seu próprio órgão sexual de nascimento. Diz-se, nesses casos, que o sexo biológico diferencia-se do sexo psicológico desenvolvido pela pessoa durante sua vida.

Os transexuais possuem também sexo biológico incongruente como o sexo psicológico, mas manifestam repulsa ao próprio órgão sexual determinado biologicamente, fazendo com que muitos recorram às chamadas cirurgias de “adequação de sexo” (biológico ao psicológico). Ou, como esclarece Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2005, p. 90), a pessoa transexual “sente-se psicologicamente prisioneira dentro de um corpo exterior, apresentando um completo divórcio entre mente e corpo”.

Os transgêneros, cuja definição pela própria comunidade LGBT ainda não é clara, identificam o grupo de pessoas que não aderem firmemente ao papel social estabelecido para o gênero masculino e feminino, “transitando” episodicamente de um gênero a outro.

Essas denominações/classificações não pretendem “rotular” pessoas em função de sua orientação sexual ou identidade de gênero, nem mesmo restringir ou descartar outras formas de manifestação da sexualidade humana, mas reúnem características que tornam possível a identificação ou constituição de grupos politicamente organizados que buscam o reconhecimento social e jurídico de minorias discriminadas.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A NECESSIDADE DE RECONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE HOMOSSEXUAL

A Constituição Federal de 1988, fundada no paradigma do Estado Democrático de Direito, estabelece como objetivos fundamentais da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. A abertura interpretativa desse dispositivo constitucional, densificador do princípio da igualdade, permite incorporar nesse rol de preconceitos a orientação

sexual e a identidade de gênero. O constituinte, por covardia ou omissão em assegurar positivamente a proteção constitucional a essas formas discriminatórias, não impediu a sua posterior inclusão.

A Constituição, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, deve ser compreendida, nas lúcidas palavras de Marcelo A. de Oliveira Cattoni (2006, p. 321):

[...] da perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, aberto ao longo do tempo histórico, que atualiza, de geração em geração, o sentido performativo do ato de fundação em que os membros do povo se comprometem, uns com os outros, com o projeto de construção de uma república de cidadãos livres e iguais.

No Brasil, apesar da homossexualidade não ser considerada uma conduta ilegal, tanto nos discursos de justificação como nos de aplicação normativa, a condição homossexual apresenta-se ainda em situação de marginalidade constitucional e/ou indefinição legal.

A produção legislativa federal sobre o tema é inerte e incapaz de promover a emancipação político-jurídica de pessoas cuja orientação sexual e identidade de gênero divergem do padrão heterossexual majoritário. Desde 1995 tramita no Congresso Nacional o projeto de lei da união civil entre pessoas do mesmo sexo. Outros 17 projetos de lei que envolvem temas relacionados à homossexualidade tramitam no Congresso Nacional. Entretanto, com exceção da Lei Maria da Penha, que, visando coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, exclui a orientação sexual como critério impeditivo ao gozo de direitos fundamentais, nenhuma outra produção legislativa federal sobre o assunto foi aprovada até o momento.

Penosa também é a tramitação – mais de oito anos – do Projeto de Lei da Câmara, PLC nº 122, cuja oposição por parte da bancada evangélica fundamenta-se fortemente em argumentos religiosos. O projeto visa criminalizar atos de homofobia, ou seja, de discriminação, preconceito ou de agressão dirigidos à população LGBT, equiparando esta situação à discriminação por raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, sexo e gênero, já existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Em relação aos discursos de aplicação normativa relacionados ao tema, polêmico é o reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer no artigo 226, parágrafo 3º, que "para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento", aparentemente, numa interpretação literal, exclui a proteção constitucional à união estável entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, a questão não é tão simples quanto parece.

O reconhecimento jurídico das "uniões homoafetivas"[4] constitui-se um dos grandes debates jurídicos da atualidade. Diante do silêncio legislativo em relação ao tema e da divergente hermenêutica jurídico-constitucional de dispositivos referentes à união estável, as demandas judiciais de casais homossexuais que mantém uma relação de convivência e afetividade têm sido postas à apreciação do Judiciário. O chamado "Direito Homoafetivo", que envolve questões afetas à orientação sexual e à identidade de gênero, vem sendo construído pela Jurisprudência, cujas decisões nos casos

concretos divergem substancialmente em função da maneira como a homossexualidade é tratada e entendida perante o Judiciário.

Grosso modo, o Judiciário tem se manifestado, nas demandas relativas às uniões homoafetivas, de três maneiras: (i) pela impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista a vedação imposta pela "literalidade" do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, que, nessa visão, restringiria a união estável apenas àquela estabelecida entre o homem e a mulher; (ii) pela interpretação analógica, equiparando as uniões homoafetivas às sociedades de fato, caracterizando essas relações apenas pelo vínculo econômico comum, com tramitação em vara cível; e (iii) pela interpretação analógica, equiparando as uniões homoafetivas às uniões estáveis, reconhecendo a afetividade e o projeto de vida em comum como constitutivos dessas relações, independente de gênero, com trâmite do processo em vara de família.

Como conseqüência de demandas judiciais tão recorrentes, e decisões tão divergentes, a questão agora é posta à apreciação do Supremo Tribunal Federal por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF Nº 132, e pela Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, a ADI Nº 4.277.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF Nº 132, que tramita no Supremo Tribunal Federal, foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e pleiteia o reconhecimento de que o regime jurídico das relações estáveis dos funcionários públicos civis municipais também deve se aplicar às uniões homoafetivas.

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, ADI Nº 4.277, proposta pela Procuradora Geral da República, Deborah Duprat, pleiteia a declaração de inconstitucionalidade do Artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro de 2002[5]. Tal ação é devida em razão da divergência de entendimentos quanto ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, que em sentido majoritário desqualifica-as como união estável.

Partindo-se dos pressupostos utilizados na fundamentação da ADPF Nº 132, de que a homossexualidade é um fato presente e cada vez mais visível nas sociedades contemporâneas; que as relações homoafetivas não se configuram atos ilícitos e podem ser consideradas próprias à esfera privada das pessoas; que os argumentos utilizados nas decisões judiciais devem ser de natureza laica, pública e não expressar uma visão particular de mundo; e, além disso, que a legitimidade do Direito, em sociedades complexas, funda-se em comunidades de membros livres e iguais, nas quais a pluralidade de visões de mundo é característica marcante; chega-se à constatação que o Direito não pode desconsiderar o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas ou mesmo manifestar-se em decisões judiciais com tanta discrepância de entendimentos.

Ora, o que impede o tratamento igualitário entre as uniões estáveis heterossexuais e homossexuais? A identidade homossexual estaria à margem da identidade do sujeito constitucional brasileiro? Toda a construção jurisprudencial das decisões relativas às demandas de reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, bem como a existência da ADPF 132 e da ADI Nº 4.277, parecem confirmar o que Rosenfeld pretendeu alertar:

Ainda que os constituintes tivessem podido escrupulosamente evitar se referir a essas outras identidades ao elaborarem o texto constitucional amplamente fundado, traços das

identidades deixadas de fora indubitavelmente se esgueirariam de volta ao *corpus* constitucional, como subproduto da interpretação e da elaboração das normas constitucionais. (ROSENFELD, 2003, p. 22)

Tudo isso demonstra a necessidade de reconstrução da identidade homossexual no discurso constitucional. Utilizando-se das idéias e argumentos desenvolvidos por Michel Rosenfeld, no livro "A identidade do sujeito constitucional", buscar-se-á elementos do processo de reconstrução da identidade homossexual no discurso constitucional brasileiro.

4 CONSTITUCIONALISMO E IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

Religião, moralidade, tradição, costumes, padrões de "normalidade", todos esses fatores têm se apresentado como critérios impeditivos de reconhecimento e emancipação de minorias em função de sua orientação sexual ou identidade de gênero. A título de exemplo, na assinatura da Declaração da ONU sobre Orientação Sexual e Identidade de Gênero, realizada em 18 de dezembro de 2008, a homossexualidade era considerada ilegal em setenta e sete países e punida com pena de morte em sete, notadamente em países de cultura religiosa fundamentalista.

O desenvolvimento de sociedades hipercomplexas e diferenciadas, com visões plurais de mundo, bem como a revolução lingüístico-pragmática surgida na filosofia, influenciaram diretamente a concepção e formação do paradigma do Estado Democrático de Direito, de caráter pluralista e aberto. Contudo, em relação à diversidade sexual, continuará o Direito ainda impregnado de concepções da época pré-moderna, na qual direito, religião, moral, tradição e costumes formavam um amálgama normativo indiferenciado? (CARVALHO NETTO, 2000, p. 476)

A evolução do constitucionalismo evidencia a necessidade de respeito à alteridade e de reconhecimento de minorias, legitimando o caráter plural das sociedades contemporâneas. Desde o surgimento das revoluções liberais burguesas essa evolução vem incorporando ao discurso constitucional o reconhecimento de grupos socialmente vulneráveis, como o caso de mulheres, negros e homossexuais. Nesse sentido, afirma Michel Rosenfeld (2003, p. 29-30):

Da perspectiva do constitucionalismo moderno, a ordem política pré-moderna podia evitar, sobretudo, a obsessão com a oposição entre o 'eu' e o 'outro' à medida que ela era capaz de sustentar uma visão unificada moldada pela religião, a ética e as normas jurídicas que se apoiavam mutuamente e que eram compartilhadas por todos. O constitucionalismo moderno, por outro lado, não pode evitar o contraste entre o eu (*self*) e o outro como uma consequência do pluralismo que lhe é inerente.

Diante desse contexto, de complexidade, pluralismo e mutabilidade social, surge uma importante questão: como é possível o estabelecimento da identidade do sujeito constitucional? O desenvolvimento da filosofia da linguagem aponta que o "congelamento" da identidade do sujeito constitucional pelos autores constituintes é

apenas aparente, uma vez que "sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída" (ROSENFELD, 2003, p. 18). Ou, mais precisamente:

> […] não é obvio congelar a identidade constitucional no momento de seu nascimento. Mas ainda não é obvio que esse congelamento seja desejável, pois seria autocontraditório uma vez que os próprios constituintes tinham a intenção de criar tão-somente o delineamento de uma moldura capaz de satisfazer as necessidades das gerações futuras. (ROSENFELD, 2003, p. 18)

Nesse sentido, uma visão principiológica e discursiva do Direito e da Constituição, vistos não mais como um sistema fechado de regras, parece ser capaz de oferecer soluções mais legítimas e coerentes na reconstrução da identidade do sujeito constitucional, delimitada por essa moldura maleável estabelecida pelos constituintes.

Assim, o constitucionalismo moderno, no processo de reconstrução da identidade do sujeito constitucional, deve sujeitar-se à idéia de governo limitado, à aceitação do Estado de Direito e à proteção dos direitos fundamentais (ROSENFELD, 2003, p. 36). Este último apresenta-se como fator legitimador da proteção constitucional às minorias, como as relacionadas à diversidade sexual. Dessa forma, no constitucionalismo moderno a ocupação do lugar do legítimo sujeito constitucional ocorre com a alienação de poder, se submetendo às prescrições do Direito e em face dos direitos fundamentais.

5 A NATUREZA DA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL

Rosenfeld desenvolve a tese segundo a qual o sujeito constitucional encontra-se constantemente carente de reconstrução, mas essa reconstrução jamais pode se tornar definitiva ou completa. A identidade do sujeito constitucional se desenvolve, dessa forma, em um hiato ou na ausência, o que guarda analogia com a teoria psicanalítica do sujeito de Freud e Lacan, e com a teoria filosófica do sujeito, de Hegel. Entretanto, a ausência do sujeito constitucional não nega o seu caráter indispensável, daí a necessidade de sua reconstrução.

O processo de reconstrução da identidade constitucional é influenciado por sua propensão em se alterar com o tempo e pela tensão entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes. Essas identidades relevantes, que farão parte da determinação da identidade constitucional, desdobram-se, por exemplo, em identidades nacionais, regionais, linguísticas, religiosas, éticas, políticas e ideológicas.

Uma constatação da alteração da identidade constitucional ao longo do tempo é dada pela Constituição norte-americana e seu "Nós o povo", cuja interpretação foi paulatinamente incorporando identidades inicialmente "deixadas de fora".

Quanto à tensão entre a assimilação e rejeição de identidades relevantes, Rosenfeld afirma que "a identidade do sujeito constitucional só é suscetível de determinação parcial, mediante um processo de reconstrução orientado no sentido de alcançar um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes" (ROSENFELD, 2003, p. 27).

Ou seja, a identidade do sujeito constitucional é mutável e determinada apenas parcialmente, num jogo de rejeição e assimilação que o torna sempre incompleto e carente de reconstrução, que jamais pode tornar-se definitiva ou completa.

6 A RECONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE HOMOSSEXUAL NO DISCURSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Inicialmente é importante retomar o que Rosenfeld afirma sobre o sujeito e o discurso constitucionais:

[…] o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência e inerente incompletude, precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma autoidentidade plausível. (ROSENFELD, 2003, p. 40)

O discurso constitucional passará a se configurar, então, na narrativa por meio da qual a identidade homossexual deverá instrumentalizar-se, como autoidentidade constitucional plausível e pertinente à identidade do sujeito constitucional.

Essa autoidentidade constitucional, entretanto, “só pode ser articulada pouco a pouco, por um sujeito parcial que deve construí-la a partir de fragmentos díspares que precisam ser projetados em um passado e em um futuro incertos”. (ROSENFELD, 2003, p. 41).

O processo de reconstrução da identidade constitucional, tal qual é apresentado por Rosenfeld, é instrumentalizado por três ferramentas: negação, metáfora e metonímia:

A negação, metáfora e metonímia combinam-se para selecionar, descartar e organizar os elementos pertinentes com vistas a produzir um discurso constitucional no e pelo qual o sujeito constitucional possa fundar sua identidade. A negação é crucial à medida em que o sujeito constitucional só pode emergir como um 'eu' distinto por meio da exclusão e da renúncia. A metáfora, ou condensação, por outro lado, que atua mediante o procedimento de se destacar as semelhanças em detrimento das diferenças, exerce um papel unificador chave ao produzir identidades parciais em torno das quais a identidade constitucional possa transitar. A metonímia ou deslocamento, finalmente, com sua ênfase na contiguidade e no contexto, é essencial para se evitar que o sujeito constitucional se fixe em identidade que permaneçam tão condensadas e abstratas ao ponto de aplainar as diferenças que devem ser levadas em conta se a identidade constitucional deve verdadeiramente envolver tanto o eu quanto o outro. (ROSENFELD, 2003, p. 50)

Assim, utilizando esse ferramental reconstrutivo, buscar-se-á uma autoidentidade homossexual plausível e pertinente à identidade do sujeito constitucional, que inclua pessoas que, em virtude de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero, possam ainda situar-se fora do alcance constitucional. Tal exclusão, conforme visto anteriormente, ocorre quando há desequiparação de direitos em relação ao grupo de orientação sexual ou identidade de gênero “majoritários”, ou quando há discriminação negativa em razão das mesmas características. Antes de tratar da interação entre as três

ferramentas, que nos dará um sentido determinado dentro do discurso constitucional, passemos à analise de cada uma delas.

6.1 Negação

De acordo com Rosenfeld, "o papel da negação no processo de estabelecimento da identidade do sujeito constitucional mostra-se multifacetado, intrincado e complexo, pois envolve funções como rejeição, repúdio, repressão, exclusão e renúncia" (ROSENFELD, 2003, p. 51).

A contribuição essencial da negação para a definição da autoidentidade constitucional manifesta-se na busca de uma identidade distinta. De outra forma, "enquanto pura negatividade, o sujeito constitucional experiência a si próprio como ausência, carência, hiato e aspira preencher esse vazio interno mediante o desenvolvimento de uma identidade positiva" (ROSENFELD, 2003, p. 52 e 53).

Nesse momento reconstrutivo, entra em cena uma das principais características do constitucionalismo, o pluralismo:

Em termos mais amplos, o pluralismo busca promover a maior diversidade possível de concepções de bem como meio para a maximização da autonomia e dignidade humanas. Desse modo, o primeiro estágio do pluralismo deve ser um momento negativo, no qual ele nega exclusividade ou predomínio de todas as concepções concorrentes de bem (exceto, é claro, a do próprio pluralismo). (ROSENFELD, 2003, p. 54)

As manifestações da diversidade sexual, evidenciadas principalmente pelas variantes da orientação sexual e da identidade de gênero, expressam concepções de vida que as constituem enquanto pessoas.

A tentativa de "colonização" do Direito por argumentos religiosos vai de encontro a essa concepção de pluralismo. É o que ocorre no Brasil quando projetos de lei que envolvam a temática homossexual não avançam no Congresso Nacional. É o caso do Projeto de Lei 5003/2001, que mais tarde veio se tornar o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006, que propõe a criminalização da homofobia, ou seja, a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, equiparando esta situação à discriminação de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, sexo e gênero, já previstas pela Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

O projeto enfrenta oposição de setores conservadores no Senado e de segmentos de fundamentalistas religiosos. O maior embate tem ocorrido com os evangélicos, os quais apelidaram o PLC 122 de "mordaça" e "ditadura gay". O principal argumento apresentado pelos religiosos é de que os gays passariam a ser imunes a qualquer tipo de crítica ou atitude que se contraponha aos "valores cristãos". O PLC 122/06 tramitou cinco anos na Câmara Federal até ser aprovado, seguindo para a análise do Senado. No total, já são oito anos de discussão no Congresso sem nenhuma decisão efetiva.

Diante desse contexto, Rosenfeld esclarece que o “pluralismo deve combater as religiões intolerantes que pretendam um monopólio da verdade” (ROSENFELD, 2003, p. 54). Entretanto, Habermas traz um contraponto:

“O Estado liberal não pode transformar a exigida separação institucional entre religião e política numa sobrecarga mental e psicológica insuportável para os seus cidadãos religiosos. Entretanto eles devem reconhecer que o princípio do exercício do poder é neutro do ponto de vista das visões de mundo. Cada um precisa saber e aceitar que, além do limiar institucional que separa a esfera pública informal do parlamento, dos tribunais, dos ministérios e das administrações, só contam argumentos seculares.” (HABERMAS, 2005, pg. 147)

Nesse sentido, importante é a indagação de Lúcio Antônio Chamon Junior (2005, p. 183-184):

Qual seria o papel do Direito na sociedade que tem como alternativas de ação tanto a possibilidade orientada ao entendimento quanto a orientada ao sucesso? O autor (Habermas) vai desenvolver esta investigação a partir da análise que pode ser feita do processo de “colonização interna”, enfim, da “colonização do mundo da vida” pela política e pela economia, enfim, o fenômeno da judicização do mundo da vida antes organizado e estruturado comunicativamente. O emprego do termo “colonização” se deve ao fato de questões antes abertas a uma proposta de solução comunicativa a ser travada no mundo da vida são transportadas para uma discussão jurídica que, além de “abafar” tal produção genuína de soluções pelos próprios afetados, reflete a estrutura do Direito não referida ao próprio mundo da vida, mas sim aos sistemas da Economia e do Estado.

Esse “processo de colonização do mundo da vida”, operado pela economia e pela política, que se utilizam do agir instrumental, também pode ser utilizado por outros sistemas como por exemplo a religião. Nesse sistema, a ação que o caracteriza pode ser considerada instrumental, pois se orienta por dogmas e visões de mundo (meio) que visam a “salvação de fieis” (fim). Quando tais argumentos são transpostos para a esfera pública, há a descaracterização do agir comunicativo, impondo uma visão de mundo e concorrendo com direitos fundamentais.

Como decorrência do pluralismo, inerente ao constitucionalismo, e por meio da negação, o sujeito constitucional homossexual emerge como um 'eu' distinto por meio da exclusão e da renúncia, que são apresentadas tanto nos processos de justificação quanto nos de aplicação normativa. Esse é o primeiro momento que se seguirá na busca da definição de uma autoidentidade constitucional positiva, a ser complementada pelo ferramental reconstrutivo da metáfora e da metonímia.

6.2 Metáfora

A metáfora é a ferramenta que, no discurso jurídico e constitucional, explora similaridades e equivalências para o estabelecimento de vínculos de identidade, numa dialética entre semelhanças e diferenças. Segundo Rosenfeld, “a função metafórica

exerce um papel essencial tanto na retórica jurídica quanto no discurso constitucional" (ROSENFELD, 2003, p. 62).

Na argumentação jurídica, ela contribui no estabelecimento de analogias e similaridades, como ocorre na prestação jurisdicional no sistema da *common law*, fundado no precedente, e no uso da analogia, nos casos de lacuna da lei, utilizado pelo sistema de direito romano-germânico.

É o que ocorre quando, no Brasil, demandas de reconhecimento jurídico de relações homoafetivas são postas à apreciação do Judiciário, cuja decisão fundamenta-se, em alguns casos, na analogia com a união estável heterossexual:

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe que seja feita a analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria. (TJRGS, 4ª G. C. Cív., El 70003967676, Redatora para acórdão Desª. Maria Berenice Dias, j. 14.11.2003)

No caso da decisão judicial acima, a função metafórica utilizada na analogia, prevista no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, estabeleceu semelhanças, "o elo afetivo que identifica as entidades familiares", em detrimento das diferenças, "convivência duradoura, pública e continua entre pessoas do mesmo sexo".

No discurso constitucional, a função metafórica não fica restrita ao nível da retórica, mas "também contribui para assentar pontos cardeais de referência na ordem constitucional" (ROSENFELD, 2003, p. 64).

O postulado da igualdade, assentado pelo constitucionalismo moderno, de que "todos os homens nascem iguais" depende de uma análise metafórica que enfatize as similaridades à custa das diferenças:

Sem dúvida, não se trata tanto do fato de todos os seres humanos compartilharem certas características em comum, mas sim da proposição contrafactual de que todos os serem humanos são iguais enquanto agentes morais, que constitui a espinha dorsal do universo normativo associado ao constitucionalismo. (ROSENFELD, 2003, p. 64)

Rosenfeld também traz mais dois exemplos de aplicação da função metafórica ao discurso constitucional. O primeiro trata-se do *dictum* norteamericano "*the constitution is colorblind*" ("a Constituição é cega à cor das pessoas"), no qual há ênfase às similaridades entre as raças, aquilo que elas compartilham em detrimento das diferenças entre elas. É o que Michel Rosenfeld (2003, p. 65) afirma quando diz:

Essa metáfora legitima, sobretudo, a doutrina constitucional que veda as distinções e classificações fundadas na raça e promove a identidade constitucional que se eleva acima da desunião, da divisibilidade, da política racial. De um ponto de vista normativo,

a doutrina constitucional apoiada pela metáfora da indiferença à cor tem a virtude de vedar o uso das diferenças raciais como um meio de juridicamente se colocar em desvantagem as minorias raciais oprimidas.

Outro exemplo apresentado é o caso discutido pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Bowers v. Hardwick*, em 1986, que entendeu, por 5 a 4, que o sexo consensual entre adultos homossexuais não era um direito à privacidade constitucionalmente protegido. Diferentemente da concepção majoritária, que se apoiou na condenação dessa prática em razão de padrões éticos, morais e religiosos, razoável é o posicionamento do voto dissidente do Ministro J. Stevens:

Nos termos do Ministro Stevens, do ponto de vista do indivíduo, homossexuais e heterossexuais têm o mesmo interesse em decidir como viverão suas próprias vidas e, mais estritamente, em decidir como se comportarão em suas associações pessoais e voluntárias com seus companheiros. A intromissão do Estado na conduta privada de qual qualquer um deles é igualmente opressiva. (ROSENFELD, 2003, p. 67)

Na construção, portanto, de uma autoidentidade constitucional caracterizada pela orientação sexual e identidade de gênero, a função metafórica tem sua importância no processo de estabelecimento de similaridades com grupos sociais em que tais características apresentam-se majoritariamente opostas ou distintas, em detrimento àquilo que as diferencia, ou seja, a preferência por determinada orientação sexual ou a livre identificação com o próprio gênero.

6.3 Metonímia

A metonímia, em um processo contraposto ao da metáfora, promove as relações de contigüidade no interior de um contexto, ou seja, evoca as diferenças mediante a contextualização.

Com sua ênfase na contiguidade e no contexto, a metonímia é essencial para se evitar que o sujeito constitucional se fixe em identidades que permaneçam tão condensadas e abstratas ao ponto de aplainar as diferenças que devem ser levadas em conta se a identidade constitucional deve verdadeiramente envolver tanto o eu quanto o outro. (ROSENFELD, 2003, p. 50)

Da mesma forma que na metáfora, Rosenfeld aponta o papel importante da metonímia na retórica jurídica e constitucional. Os argumentos jurídicos fundados na metonímia, “evocam as diferenças mediante a contextualização, repousam sobre as relações de proximidade para delinear um quadro que revele o máximo possível de detalhes concretos.” (ROSENFELD, 2003, p. 70). É o caso dos argumentos utilizados na seguinte decisão judicial:

MUDANÇA DE SEXO. TRANSEXUALIDADE. PRENOME E SEXO. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. AVERBAÇÃO À MARGEM. 1. O fato da pessoa ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a pretensão, já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. 2. Diante das considerações peculiares da pessoa, o seu nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo, o

que justifica plenamente a alteração. 3. Deve ser averbado que houve determinação judicial modificando o registro, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se, assim, a publicidade dos registros e a intimidade do requerente. 4. Assim, nenhuma informação ou certidão poderá ser dada a terceiros, relativamente às alterações nas certidões do registro civil, salvo ao próprio interessado ou no atendimento de requisição judicial. (TJRS, 7ª C. Cív., AC 700118911594, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 25.04.20070)

É possível notar nesse acórdão a intenção do magistrado em ressaltar as diferenças e peculiaridades do caso concreto. Ou seja, o contexto da transexualidade permitiu o destaque das diferenças que embasaram o deferimento do pedido, possibilitando a alteração do nome de registro.

No discurso constitucional, a função metonímica exerce importante papel na definição de direitos constitucionais e na identidade constitucional, conduzindo "a uma maior contextualização e, portanto, a uma maior especificação, do mesmo modo que a metáfora aponta para as similaridades". (ROSENFELD, 2003, p. 71)

Quanto à definição de uma autoidentidade do sujeito constitucional, o processo metonímico é apresentado por Michel Rosenfeld (2003, p.74) da seguinte forma:

Ao passo que ao constitucionalismo importam o pluralismo e a heterogeneidade, a identidade constitucional não pode ser reduzida a mera relação de semelhança. Precisamente porque a identidade constitucional deve preencher o vazio, o hiato entre o eu e o outro, ela deve incorporar as diferenças por meio da contextualização para evitar a subordinação de uns aos outros no interior do mesmo regime constitucional.

Rosenfeld alerta que o papel da metonímia no discurso constitucional pode ser empregado tanto para promover a ampliação quanto a restrição de direitos constitucionais. Como exemplo do emprego da contextualização metonímica para limitar direitos constitucionais, é retomado o exemplo do caso *Bowers v. Hardwick*, no qual a maioria dos ministros contextualizou a homossexualidade, para combater a metáfora do indivíduo autônomo que decide por si só, sob os cânones da moral judaico-cristã como uma prática abominável.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca reconstrutiva da identidade do sujeito constitucional envolve, como foi visto, a complexa interação entre os processos de negação, metáfora e metonímia. Nesse sentido, afirma Rosenfeld:

De um ponto de vista geral, a negação especificamente por meio da determinação, do recalcamento ou da repressão e da renúncia, assume o papel principal na tarefa de esculpir a identidade do sujeito constitucional, com a metáfora e a metonímia cumprindo a importante missão de fornecer conteúdo aos respectivos papeis da identidade e da diferença. Mas identidade e diferença só podem adquirir formas determinadas ao se utilizar o trabalho da metáfora e da metonímia. (ROSENFELD, 2003, p. 83)

Dessa forma, a negação à identidade homossexual altera o *status quo* da identidade constitucional, criando um hiato, um vazio que precisa ser preenchido pelos processos discursivos da metáfora e da metonímia. A nova identidade constitucional necessita, então, de um processo dialético de estabelecimento de novas coordenadas paradigmáticas (metáfora) e sintagmáticas (metonímia). Segundo Rosenfeld (2003, p. 86): "essa dialética procura estabelecer um equilíbrio entre o pólo da identidade e o pólo da diferença", numa tensão que deve evitar o duplo perigo da identidade por demais restritiva e a diferença insuficientemente determinada.

O processo discursivo da metáfora desloca a identidade constitucional para além de preconceitos relativos à diversidade sexual, buscando similaridades na autonomia privada, no princípio da igualdade e na dignidade da pessoa humana, e menosprezando as diferenças relativas às características que inicialmente desencadearam o processo de negação.

Já o processo metonímico contextualiza as diferenças, especificando a nova identidade homossexual como parte da identidade do sujeito constitucional, pois as diferenças relativas à orientação sexual e identidade de gênero passam a ser incorporadas à identidade constitucional, em equilíbrio dinâmico com as demais identidades relevantes.

Assim, a negação da identidade constitucional promove um vazio ou hiato, sendo necessário um rearranjo na identidade do sujeito constitucional por meio dos processos metafóricos e metonímicos, que culminarão na sobredeterminação, isto é, no assentamento de "novos marcos ao longo das vias metafórica e metonímica na identidade constitucional." (ROSENFELD, 2003, p. 94)

Essa sobredeterminação é sensível às diferenças de tempo e lugar, permitindo à identidade constitucional se desenvolver e se reinventar sem abdicar de seu enraizamento em algum passado coletivo plausível. (ROSENFELD, 2003, p. 107)

A dialética da reconstrução da identidade constitucional, fundada na tensão entre metáfora e metonímia, explicita o potencial e as limitações do sujeito constitucional, em sua luta por alcançar equilíbrio em um cenário sempre mutável. Nesse aspecto, compreender e aplicar a força normativa da Constituição, na expressão de Konrad Hesse, como a "interpretação construtiva de um sistema de direitos fundamentais" (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 321) permite que a identidade do sujeito constitucional torne-se dinâmica, aberta e não naturalizada.

Tendo em vista que "a identidade do sujeito constitucional jamais pode se tornar assentada, pois não há como superar a separação entre o eu e o outro" (ROSENFELD, 2003, p. 111), a evolução da identidade do sujeito constitucional, ao incorporar a identidade homossexual, não se fixa ou estabiliza. Ela permanece constantemente aberta a um novo rearranjo, a um novo discurso constitucional reconstrutivo que estabeleça novos parâmetros e deslocamentos metafórico-metonímicos.

8 REFERÊNCIAS

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte: Mandamentos, v.3, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Minorias e democracia no Brasil**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol.1, n. 4, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HABERMAS, J. **Entre naturalismo e religião**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

---

[1] *"We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America"*. Tradução livre: "Nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma união mais perfeita, estabelecer a justiça, garantir a tranqüilidade interna, promover a defesa comum, o bem-estar geral e assegurar os benefícios da liberdade para nós e para os nossos descendentes, promulgamos e estabelecemos a Constituição para os Estados unidos da América."

[2] Tradução livre: "A mudança na qual podemos acreditar".

[3] Entrevista disponível em: <http://www.reuters.com/article/worldNews/idUSTRE4BH7EW20081218> Acesso em: 11 set. 2009.

[4] Expressão cunhada por Maria Berenice Dias, ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, destacando a característica da afetividade presente nas relações entre pessoas do mesmo sexo, assim como nas uniões estáveis heterossexuais.

[5] Artigo 1.723 – É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A DIGNIDADE COMO UM CONCEITO DE VIDA*

THE DIGNITY LIKE A LIFE'S CONCEPT

Ana Cleusa Delben
Danilo Lemos Freire

RESUMO

A falta de conceituação é um dos fatores que ultimamente tem dificultado a aplicação do direito na realidade contemporânea, uma vez que como ciência sua principal característica deve ser a busca efetiva resultados. Certo, contudo, que o direito encontra-se inserido no mundo das ciências humanas, portanto inexatas, contudo tal inexatidão vê-se pautado na característica de sua aplicação e não em seus métodos de pesquisa e desenvolvimento. A falta de conceitos precisos dificulta ainda mais sua aplicação. E dentro de uma realidade que se relativiza tudo, é necessário que ao menos os conceitos bases ou fundantes sejam contratos e soídos. Abordará desta forma uma caminhada aos diversos conceitos em diversas ciências a cerca do objeto da dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVES: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; DIGNIDADE DE VIDA; VIDA DIGNA; CONCEITOS.

ABSTRACT

The lack of conceptualization is one of the factors that have recently hampered the application of law in contemporary reality, as science as its main feature should be the actual search results. Certain, however, that the right is inserted into the world of humanities, so inaccurate, but this inaccuracy is made based on the characteristic of its application and not in their methods of research and development. The lack of precise concepts hinders its further application. And within a reality that relativizes all, it is necessary that at least the concepts are bases or founding contract and soldier. Address so a walk to several different concepts in science about the object of human dignity.

KEYWORDS: HUMAN DIGNITY; DIGNITY OF LIFE; DECENT LIFE; CONCEPTS

INTRODUÇÃO

Vê-se que nos dias atuais um dos questionamentos que se torna patente, sem querer silenciar-se é se o Poder Judiciário encontra-se ou não em crise.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A pergunta, contudo, vai muito mais além de um singelo questionamento institucional, ou seja, não se pergunta apenas se a "Instituição Judiciário" encontra-se em conflito, demonstrado pelas constantes divergências dos Ministros, dos conflitos de decisões entre os Tribunais, ou dos "bate bocas" que freqüentemente tem estado presente nos plenários.

Não, a pergunta vai mais além, ela envolve as decisões que ora vêem sendo tomadas pelo Judiciário, com a coerência, ou melhor, com a falta desta; os aspectos políticos que têm invadido tais deliberações, e a falta de compromisso com as leis, sistemas e conceitos jurídicos em tais decisões, que não trazem mais a segurança jurídica aos tutelados.

Esta falta de segurança tem se refletido em um profundo descrédito ao poder Judiciário, que embora a mídia busque dizer não existir, encontra-se patente em cada cidadão que deixa de crer no Judiciário como forma de solução de seus conflitos.

Ousamos dizer que parte deste descrédito encontra-se na ausência de uma conceituação e definição de realidades e termos jurídicos e uma distanciação dos conceitos vigentes aos fatos e objetos concretos.

Toda decisão deve partir de um estudo profundo do objeto a ser tutelado, o conhecimento, entre seus estágios de formação, passa pelo deixar conhecer é o que se pode dizer sujeito cognocente e cognoscível. Assim, o conhecimento científico é conceitual, ou seja, significa que objeto é apreendido, posto ao conhecimento, é idealizado conceitualmente quando sujeito capta o objeto, é apresentada ao sujeito de forma de conceito.

Parece certo que a grande crise encontra-se no aspecto conceitual. Nossos Tribunais, não ousam em suas decisões enfrentar conceitos, não se apresentam aos objetos postos com humildade de aprendizado, característica básica de um cientista.

Decidir é mais que fazer ciência, é após apreendido o objeto, deliberar sobre este objeto nas vidas dos tutelados. É passar ao momento reflexivo do conhecimento, enfrentando os conceitos. Assim pautado nestes entendimentos que a ausência real de conceitos básicos tem sido a verdadeira crise do Judiciário, que se passa a uma relativização de tais conceitos.

A lógica é simples, quando não se apreende um objeto em sua plenitude, não o conhece direito, tal realidade gera consequentemente uma falta de compromisso real e sério com o objeto do estudo e esta falta de compromisso traz a relativização do objeto por influência do conhecimento do senso comum.

De outro giro, o que se observa é uma relativização dos conceitos mais básicos de nosso direito, o direito a vida e a dignidade de vida. Entendemos que se tais conceitos não forem apreendidos em sua totalidade, todos os demais conceitos serão relativizados e errados, uma vez que os referidos conceitos são as bases fundantes de todo o sistema jurídico. Ainda mais porque no direito de um modo geral, nas categorias gerais, tudo que se exige não é separar conceitos e sim distingui-los sem separá-los.

Busca-se deste modo, um simples giro por tais temas com intuito de colocar-se como sujeito cognocente no objetivo de nos aproximarmos dos conceitos reais de tais objetos. Deste modo ousamos deslizar pelos caminhinhos do conhecimento, de forma singela com o intuito de resgatar conceitos perdidos destes dois objetos, de modo que sua apreensão seja um pouco mais plena.

1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A pessoa humana traz em si valores que lhe são privativos, os quais integram a sua personalidade e lhe permitem desenvolver-se em sociedade. Dentre estes valores, a dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade.

Segundo Leda de Oliveira Pinho "os direitos da personalidade irradiam-se da personalidade e esta qualifica o ser humano como pessoa. Logo, a personalidade precede aos direitos da personalidade; é seu suporte necessário". [1]

Juridicamente falando, a designação de direitos da personalidade está restrita aos direitos subjetivos, os quais constituem o *minimun* necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Ou seja, há determinados direitos "sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo [...]"[2]. São os denominados " [...] direitos essenciais, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade." [3]

1.1 A Personalidade Pré-Natal

No intuito de responder a questão de que medida o nascituro é objeto de tutela, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa faz referência ao artigo 24°, n° 1, da Constituição portuguesa, o qual prescreve, entre os direitos fundamentais, que: "a vida humana é inviolável"[4]. Assim, considerando que a vida humana é um processo modelado numa determinada natureza, para ele o grau da evolução da natureza humana não é determinante; o que importa seria a sua estrutura e dinâmica. Desta maneira, seria inconteste a existência de vida humana no nascituro concebido, eis que este, "desde a sua concepção, emerge como um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humanas autônomas, embora funcionalmente dependente da mãe".[5]

Ainda, o nascituro não seria protegido somente em nível de garantias constitucionais, mas, igualmente, no âmbito das relações entre os particulares, em virtude da eficácia civil da citada norma.

No tocante ao conteúdo do bem juridicamente tutelado da personalidade do nascituro, o autor afirma que uma proteção jurídica eficaz e completa a este ser humano ainda em formação, a caminho de uma humanização plena, só seria crível mediante uma tutela geral da personalidade física e moral do nascituro. Ou seja, sob a ótica jurídica, seria o conjunto representado pelo ser do nascituro concebido que faz jus ao absoluto amparo legal, independentemente de também se configurarem tutelas especiais sobre alguns dos elementos da personalidade do concebido.

Desta maneira, e desde logo, seria tutelável a vida do nascituro concebido, sendo ilícito e indenizável o aniquilamento de sua vida, excetuados os casos permitidos, expressamente, de interrupção da gravidez fundada em justa e tempestiva enumeração legal. Da mesma forma, a integridade física do nascituro auferiria proteção legal.

A tutela da personalidade do nascituro concebido abrangeria, inclusive, a sua personalidade moral. A referida tutela implicaria ainda, proteção do espaço e das fontes vitais do mesmo.

Ainda, é de destacar que a tutela em comento compreenderia não somente a defesa do nascituro contra atos violadores da sua personalidade física ou moral, como, também, o resguardo contra omissões ilícitas.

Por fim, analisando a questão dos limites da tutela da personalidade do nascituro, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa[6] aduz que, além dos limites comuns à tutela da personalidade dos seres humanos nascidos ou concebidos, existiriam aqui "limites particulares resultantes do condicionamento natural do concebido face à sua mãe". Neste ponto, há de se ter em mente que o nascituro deve tolerar, numa perspectiva de ponderação de valores jurídicos, os riscos naturais e sociais corridos por sua mãe e os atos e riscos voluntários que esta assuma de maneira lícita.

1.2 A Personalidade da Pessoa Nascida com Vida

Neste ponto, analisar-se-á o bem juridicamente tutelado da personalidade humana no período compreendido entre o seu nascimento completo e com vida até o momento de sua morte.

Inicialmente, é de se salientar que a tutela jurídica geral da personalidade humana respeita à personalidade do homem concreto, individualizado e, por esta razão, tal tutela acompanha e se amolda à evolução do ser humano, em seu processo (físico, psíquico e cultural) de crescimento, maturação e de envelhecimento.

1.3 A Personalidade Humana Post-Mortem

Com o advento do evento morte a personalidade jurídica do indivíduo se extingue. Todavia, isto não obsta que existam bens da personalidade física e moral do *de cujus* que persistam no mundo das relações jurídicas. É o caso do cadáver, da identidade e da imagem, da honra, da vida privada, das obras e das demais objetivações instituídas pelo falecido e nas quais ele tenha fixado sua marca, de maneira muito pessoal.

Muito além de uma mera tutela de bens jurídicos, o ordenamento jurídico português institui uma permanência genérica dos direitos da personalidade do *de cujus* após a sua morte, como assevera Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, pois respeitam interesses próprios dessas mesmas pessoas em vida, não se confundindo, pois, com os interesses das pessoas a quem a lei atribui capacidade para os exercer, por possuírem uma especial relação com o morto e os seus valores. [7]

Em relação aos limites do bem personalidade física e moral do extinto, juridicamente tutelada, perduram *post mortem* os limites à personalidade que vigoravam em vida. Na tutela da personalidade de pessoas já falecidas existem limitações decorrentes da própria

natureza da morte, isto é, cessam os bens e os direitos da personalidade que pressuponham um titular vivo e atuante, como no caso do direito à vida, o direito à liberdade e o direito de associação.

Em virtude do princípio da ponderação de interesses, os direitos da personalidade das pessoas já falecidas podem sofrer limitações decorrentes dos direitos conflitantes, mas superiores valorativamente.

2 O DIREITO À VIDA E O DIREITO À DIGNIDADE DE VIDA

Antes de qualquer coisa, faz-se necessário para o entendimento do Direito à vida e à dignidade de vida, faz-se necessário o entendimento do que realmente vem a ser o conceito, ou melhor, a definição de dignidade e vida, buscando assim a natureza destas duas dimensões básicas da existência. Torna-se deste modo importante, descobrir em primeiro momento a definição da natureza humana, a discussão sobre a qual se tem travada, entre as diversas ciências, inúmeros debates, pois não se pode falar de dignidade humana sem que se trate anteriormente da natureza humana a ser dotada de dignidade.

Como ponto de partida para o entendimento da natureza humano far-se-á uso do entendimento Mário Bigotte Chorão:

O conceito de natureza humana subjacente à noção de direito natural tem, pois, um sentido metafísico (referido à essência ontológica da pessoa humana) e não meramente naturalístico, fenoménico ou empírico. E é, como se viu, um conceito teleológico, que implica o dinamismo da acção do homem em direcção aos seus fins essenciais. [...] Em suma, o teleológico radica na metafísica do ser, na plenitudo essendi, que é, assim, um verdadeiro valor. [8]

Partindo deste ponto de vista jusnaturalista, evidencia-se que a natureza humana se perfaz mais pelos valores que por sua matéria em si, e a partir deste entendimento que se pode entender Kant, uma vez que este busca conceituar primeiramente moralidade, buscando valer-se unicamente dos princípios embasados na razão pura, descartado assim os princípios da existência, afirmando que:

A boa vontade não é boa pelos efeitos que se promove ou realiza, pela aptidão para alcançar a finalidade proposta, mas tão-somente pelo querer, isto é, em si mesma, e considerada em si mesma, deve ser avaliada em grau muito mais alto do que tudo o que possa ser alcançado em proveito de qualquer inclinação, ou mesmo, se quiser, da soma de todas as inclinações.[9]

Kant parte do pressuposto, como anteriormente dito, que a natureza humana possui algo mais que apenas sua matéria, aludindo a esta matéria os valores de boa vontade, intrínsecos a natureza humana, que se apresenta dentro dos valores do próprio do ser humano, afirmando que os valores não podem ser tratados na esfera da natureza humana como são tratados na das coisas, pois em se tratando destas, fala-se em preços, em se tratando de natureza humana, refere-se a valores, que terminam por definir seu conceito de dignidade: "quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra

equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade."[10]

Desta feita de acordo com entendimento trazido por Kant existem, no mundo social, duas categorias de valores: o preço e a dignidade. Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e revela interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí a exigência de jamais se transformar o ser humano em meio para alcançar fins particulares ou egoístas[11]. Via de conseqüência adverte Maria Cecília Bodin Moraes, a legislação elaborada pela razão prática, a vigorar no mundo social, deve levar em conta, como sua finalidade suprema, a realização do valor intrínseco da dignidade humana. [12]

Essa apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade, o valor de tal disposição de espírito e põe-se infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.

Segundo Ingo Wolfgane Sarlet, a idéia do valor intrínseco da pessoa humana encontra raízes no pensamento clássico e no ideário cristão. Tanto no Antigo Testamento quanto no Novo Testamento encontram-se referências no sentido de que o ser humano teria sido criado à imagem e semelhança de Deus, premissa esta da qual o Cristianismo extraiu a inferência de que o ser humano é dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento. [13]

No início da Idade Média, Anicio Manlio Severino Boécio, formulou, para a época, um novo conceito de pessoa e acabou por influenciar a noção contemporânea de dignidade da pessoa humana, ao definir a pessoa como substância individual de natureza racional.[14]

Para a afirmação da idéia de dignidade humana, foi de fundamental importância a contribuição de Francisco de Vittoria, que, no século XVI, sustentou, relativamente ao processo de aniquilação, exploração e escravização dos índios e baseado no pensamento estóico e cristão, que os indígenas, em virtude do direito natural e de sua natureza humana, eram, em princípio, livres e iguais, necessitando serem respeitados como sujeitos de direitos, proprietários e na condição de signatários dos contratos firmados com a coroa espanhola[15].

Roque Cabral, em seu livro *A Dignidade da Pessoa Humana* afirma que para Kant, o ser humano é inquestionavelmente um valor absoluto, que se dá em si mesmo, pois este é acima de tudo dotado de razão afirmando ainda que esta razão é a raiz de sua dignidade pois dá ao homem a possibilidade de ser um fim em si mesmo. [16]

Na esfera do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e laicização, conservando-se, no entanto, a noção fundamental da igualdade de todos os seres humanos em dignidade e liberdade. Neste período, destaca-se o nome de Immanuel Kant, o qual construiu sua concepção, baseado na natureza racional do ser humano. A autonomia da vontade, para ele, é a faculdade de determinar a si mesmo e agir em

conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana.

Para Ingo Wolfgan Sarlet, é no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais significativa, ainda hoje, parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa maneira, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana. [17]

Segundo Luiz Antônio Rizzatto Nunes, o principal direito fundamental garantido constitucionalmente é o da dignidade da pessoa humana[18]. A dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o arcabouço da guarida dos direitos individuais. Contudo, deve-se voltar a pergunta inicial do que vem a ser dignidade?

2.1 A Busca de um conceito

Buscar uma definição única da dignidade da pessoa humana é uma tarefa que exige muito mais que uma pesquisa, visto que o assunto é de extrema amplitude e complexidade, não sendo definido até o presente momento, mesmo porque definir tal realidade é realmente adentrar a essência do ser humano, respondendo assim perguntas que se perpetraram por séculos.

Contudo, na busca, singela, de alcançar tal definição, iniciemos pela definição apresentada no Dicionário de Filosofia de Nicola Abbagnano que diz que "por princípio da **dignidade da pessoa humana**, entende-se a exigência enunciada por Kant consoante a fórmula do imperativo categórico".[19]

Aponta-se que nos dizeres de Deonisio da Silva falando-se em termos de etimologia, dignidade vem do latim *digna*, o que se traduz como merecedora de alguma coisa digna, podendo significar ainda, cargo, honra ou honraria. É deste modo, adjetivo derivado da forma verbal *decet, de decere*, convir. Surge, portanto, deste adjetivo os significados para decente, consistindo, assim, em seu sinônimo. [20]

Dignidade assevera Luiz Antônio Rizzatto Nunes, é um conceito que foi sendo formado no transcorrer da história e chega ao início do século XXI repleto de si mesmo como um valor supremo, construído pela razão jurídica. [21]

A dignidade é garantida por um princípio. Logo, é absoluta, plena, não podendo sofrer arranhões, nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo. É necessário apontar o conteúdo semântico de dignidade, sem admitir que se faça dele conceito relativo, mutável de acordo com o sentido de bem e mal ou conforme o momento histórico.

É imprescindível identificar, ainda, a dignidade da pessoa humana como conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que marca a experiência humana. Na Alemanha, *verbi gratia*, foi exatamente a experiência nazista que gerou a consciência de que se devia preservar a qualquer custo a dignidade da pessoa humana.

Desta maneira, a fim de se definir dignidade é necessário levar em consideração todas as violações que foram praticadas.

Extrai-se dessa experiência histórica o fato de que a dignidade nasce com o indivíduo. O ser humano é digno, porque é. Amparando-se em Heiddegger: o ser *é*. Ser *é* ser. Logo, basta a formulação: sou. Então a dignidade nasce com a pessoa; é-lhe inata, inerente à sua essência. [22]

No Brasil, não se vivenciaram tamanhas atrocidades por isso a concepção de dignidade da pessoa humana foi sendo construída aos poucos.

Todavia, há de se considerar o fato de que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. Neste contexto sua dignidade aufere um acréscimo de dignidade.[23]

É evidente que, se por um lado, a qualidade da dignidade aumenta, ampliam-se, de outro lado, novos problemas em termos de resguardo. Afinal, na medida em que o ser humano age, socialmente, poderá ele próprio (tão dignamente protegido) violar a dignidade de outrem.

Deve-se, pois, coligar no conceito de dignidade uma qualidade social como limite à possibilidade de garantia. Em outros termos, a dignidade só é garantia ilimitada, se não ferir outra.

Ainda, é de se notar outra questão: essa outra poderia ser ela própria? Ou seja: pode o indivíduo violar a própria dignidade? Por exemplo: se drogando? Tentando tirar sua própria vida? Abandonando-se materialmente? Embebedando-se? Enfim, existe algo de consciência filosófica e/ou científica na garantia da própria dignidade?

Para Luiz Antônio Rizzatto Nunes, tem-se de dizer que, de fato, como se trata de uma razão jurídica adquirida no decurso da história e, nesta, tanto a ciência como a filosofia e a ética também se sustentam numa evolução da própria razão humana, a resposta é não. Não pode o indivíduo agir contra a própria dignidade. [24]

Ademais, nas hipóteses aventadas, cabe ao Estado o dever de zelar pela saúde psíquica do indivíduo.

É necessário não olvidar que o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser desconsiderado em ato algum de interpretação, aplicação ou mesmo criação das normas jurídicas.

O direito à vida é um direito essencial entre os essenciais, inato, deduzível do direito penal. Segundo Adriano de Cupis[25],

Direitos essenciais, [...], são aqueles que têm por objeto os bens mais elevados; uma vez que, entre tais bens, existe um que por seu turno se sobrepõe aos outros, o correlativo direito tem necessariamente de receber uma nota distintiva, tal que poderíamos denominá-lo, se isso fosse lícito, direito "essencialíssimo". Que o bem da vida se sobreponha aos outros, pode deduzir-se facilmente do fato de nenhum outro bem poder conceber-se separado dele. Daqui deriva que o direito de que ele é objeto adquire

logicamente a referida nota distintiva. O direito à vida é um direito inato, na medida em que respeita ao indivíduo pelo simples fato de este ter personalidade. É deduzível do direito penal, pois que é neste que se contém as normas das quais se pode fazer derivar a sua existência.

Considerando o fato de ser um imperativo social de caráter essencial, o bem da vida auferiu a tutela da lei penal primeiro que qualquer outro bem.

Como já salientado alhures, o direito à vida é tão essencial que é garantido mesmo ao nascituro, ser humano "dotado de unidade na complexidade de sua estrutura, em profunda transformação, a caminho de uma humanização plena, de que já detém os elementos potenciais".[26]

Inclusive, Ingo Wolfgan Sarlet indica a existência de uma tendência moderna da proteção constitucional e legal da fauna e da flora, bem como dos demais recursos naturais. A referida proteção compreende, até mesmo, os atos de crueldade praticados pelo ser humano, o que revela que a própria comunidade humana enxerga em determinados comportamentos um conteúdo de indignidade. "Se com isso está a se admitir uma dignidade da vida para além da humana, tal reconhecimento não necessariamente conflita com uma noção de dignidade própria e diferenciada da pessoa humana, que, à evidência, somente e necessariamente é da pessoa humana". [27]

Desta maneira, é de se verificar que também nesta perspectiva a dignidade da pessoa humana (independentemente de se aceitar, ou não, a tese da dignidade da vida não-humana) há de ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que a sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana, acima de outras espécies, mas sim, aceitar que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações envolvendo outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção.

A dignidade da pessoa humana, segundo Ingo Wolfgan Sarlet[28] é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

De outro vértice Maria Cecília Bodin de Moraes afirma que os seres humanos se distinguem, por deter uma substância única, uma qualidade própria apenas aos humanos, ou seja, "uma dignidade inerente à espécie humana". [29]

O direito à vida, assim como todos os outros direitos da personalidade, individualiza-se pela sua intransmissibilidade, irrenunciabilidade, etc. Todavia, o consentimento do titular, visando afastar a antijuridicidade do fato lesivo ao bem "vida", é inútil, haja vista que não tem nenhum efeito.

O direito à vida, afirma Adriano de Cupis, é um direito privado. Realmente, respeita à pessoa como tal, quer dizer, considerada no círculo dos fins que tem como simples ser humano, e não perde tal característica, quando se exerça contra o Estado. [30]

Degni assevera que a obrigação legal de prestar alimentos constitui-se numa maneira de tutela civil do direito à vida[31]. Adriano de Cupis, em sentido diverso, afirma que, apesar de esta obrigação ser estabelecida visando a proteção da vida humana, o seu objeto não é a vida. Trata-se de um bem diverso, dedicado à manutenção da vida. [32]

Em um conflito entre o direito à vida e a garantia da dignidade, é possível objetar que aquele é mais importante que este. Segundo Miguel Ekmekdjian:

Se realizarmos uma enquete sobre a relação hierárquica entre o direito à dignidade e o direito à vida, possivelmente grande parte das respostas apontaria em primeiro lugar o direito à vida e abaixo deste o direito à dignidade. O argumento que aparenta ser decisivo é que sem vida não é possível a dignidade. Esta afirmação pode parecer de grande impacto, contudo é errônea.[33]

Assim, como já evidenciado, a dignidade é um valor preenchido *a priori*, ou seja, todo ser humano tem dignidade somente pelo fato já de ser pessoa. Se é difícil a fixação semântica do sentido de dignidade, isso não implica que ela possa ser violada. Ela é a primeira garantia das pessoas e a última instância de guarida dos direitos fundamentais, sendo visível sua violação, quando ocorre.

Melhor explicitando: ainda que existam diversas posições acerca da definição do conceito de dignidade, isso não impede que na prática social se possam assinalar as violações reais que contra ela se efetivem. Pelo contrário. Torna-se necessário que se lute pela sua implementação, sendo a sua efetivação dever de todos os que militam no campo jurídico.

2.2 A dignidade humana sob o prisma jurídico

Todo homem, sujeito de direito é um cidadão[34] sendo assegurada constitucionalmente a dignidade da pessoa humana, como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, vez que garante "condições mínimas de existência, conforme a justiça social"[35], ao mesmo tempo também é tutelada a personalidade do indivíduo como princípio fundamental da dignidade, nos moldes do art. 1º, III, da Constituição Federal, e das nas garantias de igualdade material (art.3º, III, da Constituição Federal) e formal (art. 5º, da Constituição Federal)[36].

A Carga Magna introduziu uma nova ordem, composta por diversos sistemas, os quais, mediante a atividade interpretadora, buscam coesão e harmonia. A referida atividade deve ser dirigida por uma lógica maior, que conduza ao respeito aos direitos fundamentais e à ordem constituída.

Este papel é exercido pela concepção de dignidade humana, norma constitucional principiológica, a capitanear a interpretação constitucional. Da mesma forma, a dignidade humana pode ser considerada como um direito fundamental a prestações positivas e negativas. Neste sentido, é de se notar que a dignidade humana adquire função bidimensional: é valor a indicar o caminho a ser percorrido pela hermenêutica, e é norma instituidora de direito material consubstanciado em norma-princípio ou norma-regra.

Segundo Ingo Wolfgen Sarlet dignidade:

[é] irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode e (deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. [37]

Assim, considerando esta natureza intrínseca da dignidade, há de se a considerar também como produto cultural, fruto da construção humana, ao longo da história.

A dignidade, em sua dimensão material, é construída a partir das considerações acerca do agir humano, concretamente observado. Nesse campo, o conteúdo e a extensão da dignidade se elabora a partir da prática observada em todos e em cada um. No tocante aos poderes constituídos, a dignidade ora assume o papel de fronteira à sua atuação, ora se identifica como objetivo da atuação destes.

As violações à dignidade, quando existem, sucedem em relação a determinada pessoa e não ao ser humano em abstrato, haja vista que a idéia de dignidade encontra-se vinculada à idéia de individualidade.

Não obstante essa característica individual, não há como se negar à dignidade da pessoa também uma natureza comunitariamente elaborada. Assim, ao mesmo tempo em que é individual, peculiar a cada ser humano, existe também uma dignidade humana conjunta social. Tal fato se justifica, pois todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos, o que os compele a exercer o direito à dignidade de forma inter-relacional, respeitando-os na medida em que a igualdade os torna todos titulares de um mesmo direito.

Uma questão controvertida refere-se ao conteúdo material da dignidade. Neste sentido, Jussara Maria Moreno Jacintho formula os seguintes questionamentos: Como a dignidade se manifesta? Qual o papel da sociedade no preenchimento desse conteúdo? Como a imperatividade dos princípios constitucionais pode determinar o conceito de dignidade humana e o seu conteúdo material? [38]

Muitos estudiosos têm se dedicado à empreitada de definir o conteúdo e a extensão do conceito de dignidade humana, mas, nem por isso a extensão do esforço arrefeceu. Pelo contrário. Quanto mais se debate, mais se percebe não só a profundidade do tema, como

a cogente necessidade de discuti-lo, em especial diante dos indicadores sociais e das constantes e sistemáticas violações a direitos fundamentais.

Comumente, o conteúdo da dignidade tem sido formulado em seu sentido negativo: fere a dignidade não agir neste ou naquele sentido, não observar esta ou aquela condição. No entanto, existe uma certa dificuldade em se formular uma concepção positiva, consoante a qual se alcança e se respeita a dignidade com esse ou aquele agir positivo.

Ingo Wolfgang Sarletconceitua a dignidade como:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. [39]

Em que pese a densidade deste conceito, denota-se uma imprecisão quanto aos seus elementos conceituais. A dignidade humana, pela sua extensão e pelo seu legado axiológico, foi vazada como norma-princípio, primeiramente, mas que necessitará, certamente, de outros teores a fim de alcançar o seu intento.

Jussara Maria Moreno Jacintho afirma ainda, que a dignidade da pessoa humana como comando de dever ser se apresenta em uma dupla dimensão, ora como princípio de hermenêutica, ora como direito material expresso seja por intermédio de uma principio seja mediante uma regra, cujo conteúdo está, ainda, em franco delineamento. [40]

2.2.1 A dignidade no enfrentamento do STF quando do julgamento do caso células-tronco

O que se tem visto recentemente é que poucas vezes no Supremo Tribunal Federal tem enfrentado temas de difícil solução. Lê-se que nas decisões tomadas, fundamentam-se principalmente no texto de lei e no direito comparado. Poucos são os verdadeiros enfrentamentos que tem realizado no que tange aos conceitos dos objetos.

Tal posicionamento tem sido visto por diversos ângulos, como medo de enfrentar tais problemas visto sua amplitude e conseqüência; como uma incompentencia funcional para tanto, deixando ao encargo do legislativo tais conceituações e ainda como uma forma de despreparo dos integrantes do Supremo, pois em que pese o saber político que existe de alguns, a realidade política dos eleitos questiona sua capacidade científica.

De fato o receio de enfrentar tais problemáticas tem sido marcas patentes do Supremo, eis que muitas vezes os ministros enfrentam os problemas apenas quando não há mais saída, e assim o fazem de forma superficial, tal realidade se vislumbrou na recente votação realizada sobre a inconstitucionalidade das pesquisas em células tronco.

Poucos foram os Ministros que enfrentaram o tema e o dissecaram em sua necessidade e essência, adentrando as questões de importância e mérito, a grande maioria resumiu sua decisão nas questões periféricas, longe do enfrentamento do objeto proposto, sendo até mesmo explícitos em afirmar esta realidade.

A Ministra Ellen Gracie inicia seu voto por dizer que:

Equivocam-se aqueles que enxergam nesta Corte a figura de um árbitro responsável por proclamar a vitória incontestável, dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais. Esta seria certamente, uma tarefa digna de Sísifo. [...]

Por ora, cabe a esta Casa averiguar a harmonia do artigo 5º da Lei 11.105, de 24.03.2005, (Lei de Biossegurança) com o disposto no texto constitucional vigente.[41]

Certo que não se pode contar com os votos apresentados pelos Ilustres Ministros Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Lewandowski e Carlos Alberto Direito, visto que estes não enfrentaram o mérito da questão a partir da análise da dignidade humana, mas trilharam outras fontes de convencimento para seus votos.

Inspiração ao tema da dignidade Humana apresentou a Ministra Carmem Lúcia, quando no princípio de seu voto apresenta o verdadeiro apreço pela busca de apreensão do objeto, focando por certo sua visão no contexto do jurídico, destaca-se assim de seu voto:

Aqui, a Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única religião, Juiz, no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o Direito imparcial. Por isso como todo Juiz, tenho que me ater ao que é o núcleo da indagação constitucional posta neste caso: a liberdade, que se há de ter válida, ou não, e que foi garantida pela lei questionada, de pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, nos termos do art. 5º, da Lei 11.050/2005.[42]

Apresenta-se neste voto um princípio da ciência quando destaca que a deve o direito ser imparcial e a ciência neutra, como forma de buscar a solução de conceitos que são deveras importantes para a solução dos problemas apontados ao Supremo.

Seguindo em seu voto a Douta Ministra segue o entendimento aqui já apresentado, partindo do conceito Kantiano aceita que o ser humano não pode ser um meio, mas um fim em si mesmo, de modo que toda a Constituição possui no seu bojo ético o fator decorrente da impossibilidade de utilização da espécie humana - em qualquer caso de meio - para fins comerciais, eugênicos ou experimentais.[43]

Fator de significativa relevância no voto apresentada pela Douta Ministra é a confusão, entre o conceito de dignidade de vida e vida digna.

Não se pode embaraçar os dois conceitos em uma única definição, pois não o são. Falar em vida digna reflete os aspectos exclusivamente fenomênicos e constitucionais, ou seja, trata-se de condições efetivas de vida, que pode ser entendida como qualidade de vida. Já dentro do conceito da dignidade de vida, o conceito abrange muito mais que o puro aspecto econômico ou social, atentando-se principalmente para a realidade existente na Própria essência humana que se torna digno apenas pelo fato de ser Humano.

Em face deste efetivo engano de conceitos, o equívoco ocorre, quando afirma a Douta Ministra que:

Dignidade humana é princípio, e esse se aplica na ponderação necessária para que o sistema possa ser integralmente acatado, Mesmo o direito a vida haverá de ser interpretado e aplicado com a observação da sua ponderação em relação a outros que igualmente se opõem para a perfeita sincronia e dinâmica do sistema constitucional.[44]

Assim, passa a existir o conflito e erro porque a dignidade humana como já dito anteriormente não se trata de princípio, mas sim de valor, e mais, valor fundante, que regula a interpretação até mesmo dos princípios.

Destarte, não se pode confundir a garantia dada pela Constituição em seu art. 5º - direito à vida digna - com o valor dignidade humana, que com certeza possui natureza diversa sendo que este contém aquele. Desta forma, funda-se a Douta Ministra nos conceitos de vida digna e não de dignidade humana, sendo que percorre os dois conceitos de forma desordenada, em que pese buscar de modo brilhante apresentar um conceito ou ao menos uma definição da dignidade de vida, que pode ser trazido na sua integralidade.

A dignidade distingue-se de outros elementos conceituais de que se compõe o direito, até porque esse traz em si a idéia da relação e toda relação impõe o sentido de partilhamento, conjugação e limitação. Diversamente disso, contudo, a dignidade não é partida, partilhada ou compartilhada em seu conceito e em sua experimentação. Mostra-se no olhar que o homem volta a si mesmo, no trato que a sei confere e no cuidado que a outro despende. A dignidade mostra-se numa postura na vida e numa comporta numa convivência. Por isso a referencia comum, hoje, à dignidade na morte no processo que a ela conduz e no procedimento que se adota no sofrimento que pode precedê-la. E se diz mesmo que a vida é justa, ou injusta, quando se trata de tal ou qual forma alguém, sujeito a experiências que não são consideradas compatíveis com o que suporta o homem com dignidade.[45]

- A Nobre Ministra apresenta uma forma detalhada alguns aspectos que abrange o conceito de vida, sem, contudo, conseguir demonstrar tal conceito. Como ponderado anteriormente, a busca de um conceito versa sobre a capacidade de se apreender o objeto, que aqui é a dignidade humana e abstraí-lo em seu conceito. Nesta exposição apresentada pela Ministra, vêem-se alguns elementos que podem compor a dignidade humana, mas não um conceito de dignidade humana.

- Conceituar a dignidade humana tem sido trabalho pouco buscado até mesmo pela complexidade de se absolver o objeto que em si já é metafísico, não se encontrando no mundo fenomênico, e acreditamos que em virtude de sua característica metafísica e da dificuldade de apreendê-lo que se tem buscado nos dias atuais uma forma de concretizar a dignidade através de realidade fenomenológica, assim a dificuldade de se conceituar o metafísico se transforma na conceituação da vida digna.
- A própria Ministra aceita que a dignidade é absoluta, não possuindo valoração, como já afirmava Kant estando no mundo do *dever ser* e devendo ser trazido para o mundo do ser, e quando assim o faz aproxima-se mais do conceito de dignidade. Vejamos:

[...] a dignidade é impossível de ser avaliada, medida e apreçada porque é fim e contem-se no interior do elemento sobre o qual se expressa; relaciona-se ela como a essência do que é considerado, por isso não se oferece a medida convertida ou configurada como preço.

De conceito filosófico que é em sua fonte e em sua concepção moral, a princípio jurídico a dignidade da pessoa humana, tornou-se uma forma nova de o Direito considerar o homem e o que dele, com ele e por ele se pode fazer numa sociedade política. Por força da jurisdição daquele conceito, o Próprio Direito foi repensado, reelaborado e diversamente aplicada foram as suas normas, especialmente pelos Tribunais constitucionais.[46]

- Assim, fica entendido que no entender da Ministra, o homem possui dignidade, pois esta é inerente a espécie humana, ou seja, a própria humanidade possui uma dignidade que encontra-se contida na ética da espécie e é exatamente esta singularidade insubstituível a condição humana que o qualifica a condição acima das demais tornando-o digno.
- É certo que a Ministra ainda busca uma nova conceituação, pelo que entende ser as modificações do objeto pela influencia dos tempos, contudo, há que se destacar que o objeto, ora analisado, não sofre influencia do tempo, mas este tão somente aumente a abrangência de compreensão.
- Assim destaca que no ver da Douta Ministra, dentro dos contornos contemporâneos é inquestionável o fato que o uso da palavra dignidade ganha novos significados, abrangendo a integridade, a intangibilidade e inviolabilidade do ser humano, mas não apenas tomado seus atributos em sua dimensão física, mas sim em toda a dimensão existencial do humano, lançando assim este conceito para além do campo metafísico.[47]
- Infelizmente, não posso concordar com tal realidade, uma vez que se trata de objeto metafísico, que se encontra na esfera do *dever ser*, podendo sim ter reflexos na esfera do *ser*, mas jamais o integrando.
- Abrange ainda o entendimento de que se trata de um princípio, o que já demonstramos não concordar por entender que se trata de valor, diga-se de passagem, valor supremo onde se fundam as bases de interpretações do direito.
- Segue seu voto expondo que o 'princípio' da dignidade humana trata-se de um 'superprincípio' constitucional, sendo que este se estende para além da pessoa, atingindo toda a espécie humana, mesmo que os sistemas não o reconheçam ou o façam de maneira precária.

2.3 Dignidade como atributo do ser humano

- Segundo Gilberto Haddad Jabur, o respeito à dignidade consolida a "condição mínima de existência humana, encarnada nos direitos personalíssimos"[48]. E Letícia Ludwig Möller entende que a dignidade da pessoa humana deve ser considerada no mesmo patamar de outros valores relevantes, como "a soberania, a dignidade, o pluralismo político e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, o fundamento do Estado Democrático de Direito[49]".
- Desta feita, no intuito de finalizar a questão, opta-se pelo entendimento de que a dignidade da pessoa humana é valor fundante dos direitos em geral e, também dos direitos da personalidade, fundamental ao Estado e à Constituição, tendo por fundamento o respeito ao ser humano, constituindo-se em atributo intrínseco da pessoa humana.
- Segundo o professor Elimar Szaniawski, este destaca que a dignidade humana precede o direito, razão pela qual, todo ser humano possui em si a idéia da dignidade, não necessitando ser esta positivada, salienta, contudo, que a positivação deste "princípio" passo a ser realizado por decorrência natural do reconhecimento de sua importância na fundamentação do Estado Democrático de Direito, nos dizeres do professor:
- A idéia de que todo o ser humano é possuidor de dignidade é anterior ao direito, não necessitando, por conseguinte, ser reconhecida juridicamente para existir. Sua existência e eficácia prescinde de legitimação, mediante reconhecimento expresso pelo ordenamento jurídico. No entanto, dada a importância da dignidade, como princípio asilar que fundamenta o Estado Democrático de Direito, esta vem sendo reconhecida, de longa data, pelo ordenamento jurídico dos povos civilizados e democráticos, como princípio fundamental, como valor unificador dos demais direitos fundamentais, inserido nas Constituições, como princípio jurídico fundamental.[50]
- Maria Celina Bodin de Moraes em seu livro Danos à Pessoa Humana reafirma o entendimento anteriormente apresentado de que o cristianismo foi o primeiro a conceber a idéia de dignidade humana, dando a natureza da dignidade humana[51].
- Neste viés, pode-se entender que a dignidade da pessoa humana é característica imanente ao ser humano como tal, não sendo atributo imanente à vida e sim ao sujeito, e nesta linha de pensamento, Luiz Antônio Rizzato Nunes ensina:
- A dignidade da pessoa humana constitui-se em uma conquista que o ser humano realizou no decorrer dos tempos, derivada de uma razão ético-jurídica contra a crueldade e as atrocidades praticadas pelos próprios humanos, uns contra os outros, em sua trajetória histórica.[52]
- No conceito filosófico, partindo do entendimento de Kant, seu entendimento é que não seja possível ser o homem um meio para os outros, ou seja, para ele o ser humano é um fim em si mesmo. Deste modo, a dignidade é um atributo imanente ao sujeito, visto que ainda em seu entender, a dignidade humana é individualizada, atribuindo a cada qual por sua particularidade, ou seja, a pessoa humana é digna por seu próprio valor intrínseco:
- [...] no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.[53]

- Destaca-se deste modo que a dignidade pode ser tida como um direito da pessoa humana, mas como dito anteriormente, aquela só é direito porque precede este. A dignidade, deste modo, é essência do ser humano, e não simplesmente um direito. Segundo Moraes:
- A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar [...].[54]
- Importante ressaltar, nesta busca de definir o atributo, o que nos ensina Ingo Wolgang Sarlet apontando que a dignidade da pessoa humana é irrenunciável e a qualifica, afirmando que ela existe ainda que o Direito não a reconheça. Deste modo anuindo, ou melhor, avalizando o que se tem buscado enfatizar neste contexto[55]. Ponderando, todavia, que é importantíssimo o papel exercido pela ordem jurídica, quanto ao intuito de promover e proteger a dignidade, uma vez que esta é essência do ser humano, deve ser tutelada em sua realidade jurídica. [56]
- Tal necessidade destaca Carolina Pereira Kirst se faz, pelo simples fato de ainda que saibamos que a dignidade pré-existe ao Direito, e ainda que esta possua previsão constitucional, são imprescindíveis ações que tornem os direitos fundamentais, reais e efetivos, integrantes verdadeiramente da vida de todo e qualquer indivíduo. [57]
- Ainda neste entendimento, de que a dignidade é atributo do indivíduo, Ingo Wolgang Sarlet destaca Hoefling, que defende que toda pessoa possui dignidade, independente de qualquer característica, sendo, inclusive, irrelevante se o titular tem consciência ou não da sua dignidade: ela existe mesmo assim. [58]
- Fernando J. Regateiro em matéria publicada sob título de "O embrião e a dignidade Humana" aduz que:
- A vida é o suporte da dignidade humana, pelo que o direito à vida deverá ser inviolável, para todo o ser humano, porque a vida é um valor em si, um valor absoluto, não instrumental, e um pilar da civilização em que vivemos. Da vida humana, como um valor anterior ao Estado e à Lei, e da sua dignidade intrínseca derivam outros valores como a liberdade, a igualdade ou a solidariedade.[59]
- Apesar de posicionamento diverso ao apresentado é necessário sua apresentação, mesmo porque tal definição não é pacificada nos meio acadêmicos, Alessandro Severino Vallér Zenni[60] acentua que a dignidade da pessoa humana é atributo desta afirmando que o homem é a um só tempo ser e dever ser e que o exercício da liberdade humana que o leva a dignidade. Assim:
- Esse movimento ontológico vivenciado pela liberdade humana rumo ao ético obedece a uma lei. Justamente nesta passagem de ser a dever ser, no seio do grupo, o homem realiza sua dignidade enquanto pessoa humana, e ferido esta ordenação natural, imerge em nihilificação. Essa é a concepção realista de dignidade humana incorporada pelo tomismo.[61]
- Encerra, pois sua argumentação por dizer que é esse esforço livre de dinamização do ser do homem na busca de seu acabamento denomina-se de dignidade da pessoa humana, a grande tarefa do direito contemporâneo.
- Pode-se, pois concluir que apesar das diversas divergências sobre o tema, seria mais lógico e prudente dizer que a dignidade da pessoa humana é um atributo da pessoa, do indivíduo e não da vida. Ressalta-se que quando falamos que é atributo da pessoa não estamos individualizando a dignidade, mas em suas

conceituações genéricas vê-se que é atributo pertencente a todos os seres humanos.

- Entendemos dentro deste posicionamento, que a vida, ao nosso ver, não possui atributos peculiares, por ser a sua própria essência, sendo esta, portanto elemento necessário para que haja a dignidade da pessoa, tornando-se portanto suporte necessário para que haja a dignidade de vida.

3. CONCLUSÃO

Fica certo que decidir é um árduo trabalho e tal realidade se foi presenciada principalmente na decisão realizada pelo STF com relação às células troncos.

Certo também que muitas decisão jamais serão plenas enquanto não se enfrentar temas que ora urgem por serem enfrentados. Os conceitos mais básicos do direito devem ser certos, não se pode fazer ciência quando os conceitos não se realizam, deste modo é de se destacar que conceito fundantes do direito são complexo e por esta mesma razão devem ser enfrentados.

Trata-se por certo de uma ciência humana o que lhe atribui a qualidade de ciência inexata, por alguns, contudo a inexatidão encontra-se não nos conceitos e objetos, mas na aplicação com o mundo fenomênico. Sabendo que ponderar conceitos absolutos é difícil e para não dizer impossível, vê-se ao menos a necessidade de mensurá-los.

O presente estudo, num primeiro momento, apresentou os direitos da personalidade, partindo-se da idéia de que a personalidade está intimamente ligada à pessoa. O referido direito encontra proteção desde o início até o fim da vida.

Em seguida, apresentou-se uma discussão sobre o direito à dignidade, desde seus princípios, passando-se pela discussão acerca da exclusividade ou não de tal direito para o ser humano.

Também, discorreu sobre o direito à vida, caracterizado como imprescindível e salutar.

Após a análise das teorias conceituais de renomados juristas brasileiros e estrangeiros atingimos a conclusão de que o direito à dignidade é indispensável ao ser humano. Mas não somente a este e sim também aos seres não humanos.

Neste sentido, salienta-se que é obrigação de todos, em especial dos operadores do direito (advogados, promotores de Justiça, juízes, professores de Direito, etc.), pautar suas condutas e decisões pela imprescindível implementação real do respeito à dignidade da pessoa humana, princípio absoluto.

Destarte, verifica-se a importância do estudo e compreensão das temáticas abordadas, eis que se tratam de questões recorrentes no cotidiano das pessoas. Destacando-se ainda a necessidade de uma melhor conceituação dos objetos de estudo do direito.

Cientes desde o começo que a tarefa de conceituar exige muito mais que um artigo, este não se logrou no anseio de fazê-lo, mas de navegar em uma pequena abordagem do tema, levantando seus aspectos relevantes na conceituação.

Por fim concluímos que a verdadeira ciência do direito somente se realizará com a efetivação dos conceitos, seus estudos e aplicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO Nicola. *Dicionário de Filosofia*. [Por: Ivone Benedetti]. São Paulo: Martins Fontes, 1998. *(Dizionario di filosofia)*. Dicionário.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios.* Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Superior Tribunal Federal.* **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510-0/DF.** Requerente: Procurador-Geral da República (CF 103, 0VI). Requerido: Presidente da República Congresso Nacional. Relator: MINISTRO CARLOS BRITTO. Brasília, 29 mai. 2008.

CALÒ, Emanuele. *Bioética.* Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CHORÃO, MÁRIO BIGOTTE. *Introdução ao Direito*, I. *O Conceito de Direito*, Coimbra, Almedina, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana:* teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade.* Campinas: Romana, 2004.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: RT, 2000. p. 194-195

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade humana* - princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995.

KIRST, Carolina Pereira. *O princípio da dignidade humana frente ao sistema prisional.* Graves omissões e contradições em relação à legislação vigente. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2082, 14 mar. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12461>. Acesso em: 15 ago. 2009.

MÖLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia:* o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2007.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. *Dano à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Notas para um ensaio sobre a dignidade da pessoa humana*. Conceito fundamental da Ciência Jurídica. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1116, 22 jul. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8668>. Acesso em: 28 ago. 2009.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Culpa no Desenlace Conjugal***.** Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html> Acesso em: 15 abr. 2009.

PINHO, Leda de Oliveira. *Direitos da personalidade, difusos, coletivos e individuais homogêneos:* investigação sobre as possíveis correlações entre direitos. Revista Jurídica CESUMAR Mestrado, Maringá, v.5, n.1, p. 303-332, jul. 2005.

ROQUE, Cabral. *A dignidade da pessoa humana os Poderes e limites da Genética*, Actas do IV Seminário do CNECV, Presidência do Conselho de Ministros, 1998.

REGATEIRO, Fernando J. *O embrião e a dignidade humana*, PPFMC Messaggero di S.Antonio Editrice <http://www.mensageirosantoantonio.com/messaggero/pagina_articolo.asp?IDX=141IDRX=27#top>. Acesso em 28 out. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgan. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____ *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Deonísio da. *De onde vêm as palavras - origens e curiosidades da língua portuguesa.* 14. ed. São Paulo: A Girafa. 2004.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade.* Coimbra: Coimbra, 1995.

SPINELI, Ana Claudia Marassi. Dos Direitos da Personalidade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Jurídica Cesumar*. v. 8, n. 2, p. 369-382, jul./dez. 2008.

SZNANIASKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua tutela.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica:* Questão LXXXIII. [S.I], [s.n].

ZENNI, Alessandro Severino Vallér, O retorno à metafísica como condição para concretização da dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica CESUMAR.* Mestrado v. 4, n. 1 (julho 2004): Maringá, 2004.

---

[1] PINHO, Leda de Oliveira. Direitos da personalidade, difusos, coletivos e individuais homogêneos: investigação sobre as possíveis correlações entre direitos. *Revista Jurídica CESUMAR.* Mestrado, Maringá, v. 5, n. 1, p. 303-332, jul. 2005.

[2] CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade.* Campinas: Romana, 2004. p.23.

[3] Idem.

[4] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade.* Coimbra: Coimbra, 1995. p. 157.

[5] Idem., loc.cit.

[6] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de *op.cit.*, p. 165.

[7] Ibidem. p. 193.

[8] CHORÃO, Mário Bigotte. *Introdução ao Direito.* I. *O Conceito de Direito.* Coimbra: Almedina, 1989. p. 143.

[9] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995. p. 71-72.

[10] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995, p. 71-72.

[11] KANT *apud* MORAES, Maria Cecília Bodin de. *Dano à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 81.

[12] MORAES, Maria Cecília Bodin , *op, cit.*

[13] SARLET, Ingo Wolfgan. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 30.

[14] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p.18.

[15] SARLET, Ingo Wolfgan. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 32.

[16] ROQUE, Cabral. A dignidade da pessoa humana. *In* Poderes e limites da Genética, Actas do IV Seminário do CNECV, Presidência do Conselho Ministros, 1998, p. 29-30.

[17] SARLET, Ingo Wolfgan, *op.cit.*, p. 34.

[18] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: doutrina e jurisprudência. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 45.

[19] ABBAGNANO Nicola. *Dicionário de Filosofia*. [Por: Ivone Benedetti]. São Paulo: Martins Fontes, 1998. *(Dizionario di filosofia)*. Dicionário. p. 276.

[20] SILVA, Deonísio da. *De onde vêm as palavras* - origens e curiosidades da língua portuguesa. 14. ed. São Paulo: A Girafa. 2004. p. 264.

[21] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: doutrina e jurisprudência. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 46.

[22] HEIDDEGGER *apud* NUNES, Luiz Antônio Rizzatto *op.cit.*, p. 49.

[23] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto, l*oc. cit.*

[24] Ibid., p. 50.

[25] CUPIS, Adriano de *op.cit.*, p. 72.

[26] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de *op.cit.*, p. 161.

[27] SARLET, Ingo Wolfgan *op.cit.*, p. 34-35.

[28] Idem. p. 63.

[29] MORAES, Maria Cecília Bodin de. *Dano à pessoa humana: uma leitura civil*-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 77.

[30] CUPIS, *op.cit.*, p. 74.

[31] DEGNI apud CUPIS, *op.cit.*, p. 75.

[32] CUPIS, *op.cit.*, p. 74.

[33] EKMEKDJIAN apud NUNES, *op.cit.*, p. 52.

[34] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as "discriminações positivas".* Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html>. Acesso em: 17 mai. 2009.

[35] SPINELI, Ana Claudia Marassi. Dos Direitos da Personalidade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 8, n. 2, p. 369-382, jul./dez. 2008. p. 378.

[36] SPINELI, Ana Claudia Marassi. Dos Direitos da Personalidade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 8, n. 2, p. 369-382, jul./dez. 2008. p. 378.

[37] SARLET, Ingo Wolfgan *op.cit.*, p. 35.

[38] JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade humana* - princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2008. p. 39.

[39] SARLET apud JACINTHO, idem.

[40] JACINTHO, *op.cit.*, p. 40.

[41] VOTO ADI 3.510/DF Ministra Ellen Gracie *in* BRASIL. *Superior Tribunal Federal*. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510-0/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República (CF 103, 0VI). Requerido: Presidente da República Congresso Nacional. Relator: MINISTRO CARLOS BRITTO. Brasília, 29 mai. 2008.

[42] VOTO ADI 3.510/DF Ministra Cármen Lúcia *in* BRASIL. *Superior Tribunal Federal*. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510-0/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República (CF 103, 0VI). Requerido: Presidente da República Congresso Nacional. Relator: MINISTRO CARLOS BRITTO. Brasília, 29 mai. 2008.

[43] Cf. VOTO ADI 3.510/DF Ministra Cármen Lúcia *in* BRASIL. *Superior Tribunal Federal*. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510-0/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República (CF 103, 0VI). Requerido: Presidente da República Congresso Nacional. Relator: MINISTRO CARLOS BRITTO. Brasília, 29 mai. 2008.

[44] VOTO ADI 3.510/DF Ministra Cármen Lúcia *in* BRASIL. *Superior Tribunal Federal.* **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510-0/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República (CF 103, 0VI). Requerido: Presidente da República Congresso Nacional. Relator: MINISTRO CARLOS BRITTO. Brasília, 29 mai. 2008.

[45] Idem.

[46] Ibidem.

[47] VOTO ADI 3.510/DF Ministra Cármen Lúcia *in* BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510-0/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República (CF 103, 0VI). Requerido: Presidente da República Congresso Nacional. Relator: MINISTRO CARLOS BRITTO. Brasília, 29 mai. 2008.

[48] JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: RT, 2000. p. 194-195.

[49] MÖLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade.* Curitiba: Juruá, 2007, p. 143.

[50] SZNANIASKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua tutela.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 141.

[51] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pg. 77-78

[52] NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.* São Paulo: Saraiva, 2002. p.40

[53] Kant *apud* SARLET, Ingo Wolgang. *Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33.

[54] MOARES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* São Paulo: Atlas S.A, 2006, p. 16.

[55] SARLET, Ingo Wolgang. *Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 40.

[56] MORAES, Maria Cecília Bodin de. *Dano à pessoa humana: uma leitura civil-*constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77.

[57] KIRST, Carolina Pereira. *O princípio da dignidade humana frente ao sistema prisional*. Graves omissões e contradições em relação à legislação vigente. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2082, 14 mar. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12461>. Acesso em: 15 ago. 2009.

[58] SARLET, Ingo Wolgang. *Dimensões da dignidade, ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 161

[59] REGATEIRO, Fernando J. *O embrião e a dignidade humana*, PPFMC Messaggero di S.Antonio Editrice <http://www.mensageirosantoantonio.com/messaggero/pagina_articolo.asp?IDX=141IDRX=27#top> Acesso em 28 de outubro de 2008.

[60] Cf. ZENNI, Alessandro Severino Vallér, O retorno à metafísica como condição para concretização da dignidade da pessoa humana. *Revista jurídica CESUMAR*, Mestrado v. 4, n. 1 (julho 2004): Maringá, 2004.

[61] ZENNI, Alessandro Severino Vallér. O retorno à metafísica como condição para concretização da dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica CESUMAR*. Mestrado v. 4, n. 1 (julho 2004): Maringá, 2004. p.8.

RELIGIÃO E MINORIAS : UM ESTUDO SOBRE A INTERPRETAÇÃO DAS CORTES SUPREMAS DA ESPANHA, ESTADOS UNIDOS E BRASIL*

RELIGION AND MINORITIES : A STUDY ABOUT THE SUPREME COURTS INTERPRETATION ON SPAIN, EUA AND BRAZIL

Antonio Celso Baeta Minhoto

RESUMO

A religião sempre esteve presente nos relacionamentos humanos ao longo da história e, do mesmo modo, nos conflitos e manifestações de intolerância. Aliás, o tema da tolerância, e de sua ausência, domina boa parte das discussões atuais, especialmente no campo político, bem como no campo social.Neste estudo, buscamos traçar uma visão sobre religião e liberdade religiosa, destacando de modo objetivo a questão das minorias e sua interpretação jurisprudencial junto às cortes supremas da Espanha, dos Estados Unidos e do Brasil. Nossa pretensão, ainda mais, é destacar como o tema das minorias religiosas é visto pelas cortes dos países destacados, procurando vislumbrar que tipo de evolução se pode esperar no trato da questão em termos de futuro.

PALAVRAS-CHAVES: RELIGIÃO; MINORIAS; CORTES CONSTITUCIONAIS; ESPANHA; ESTADOS UNIDOS; BRASIL.

ABSTRACT

Religion always have been on the human relationships along the history and, also, on the conflicts and intolerance expressions.By the way, the intolerance theme, and its lack or absence, takes the major part on the contemporany discussing, specially on the social and also on politics area. In this paper, we seek to compose a vision about religion and religion freedom, emphasizing objectively the minorities question and its jurisprudential interpretation on the supreme courts of Spain, USA and Brazil. Our target here, even more, is enphasize how the minorities subject is viewed by the supreme courts of the countries above, seeking to find out what kind of evolution we can wait about all this issue, in terms of future.

KEYWORDS: RELIGION; MINORITIES; STATE; CONSTITUTIONAL COURTS; SPAIN; UNITED STATES; BRAZIL.

1. Introdução

No âmbito do direito, e das pesquisas realizadas dentro do universo jurídico, cada vez mais o estudo de diversos temas demanda incursionamento em outros campos de

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

pesquisa. É a chamada interdisciplinariedade que, com relação ao presente estudo, mostra-se como algo mandatório praticamente. Isso não significa, contudo, afastamento por completo do campo jurídico, para a elaboração de algo a ele estranho, mas apenas a adoção de uma abordagem conscientemente ampliada, com vistas a melhor analisar certos aspectos relevantes ou mesmo necessários ao tema escolhido e acima indicado.

Ponto importante a ser destacado nesta introdução, é a tradição da temática objeto de nossa pesquisa. Religião é assunto sabidamente vetusto, tratado e estudado ao longo de praticamente toda a história humana. O foco, aqui, no entanto, é verificar específico como vêem e interpretam a questão da religião frente às minorias os tribunais máximo de Espanha, Estados Unidos e Brasil, esclarecendo que no caso dos Estados Unidos, foram escolhidos alguns casos antigos e clássicos (*leadind cases*) sobre o tema, algo que, a nosso ver, auxilia na formação de uma visão mais ampla da atuação daquela corte, possibilitando, por fim, traçar um quadro comparativo entre as interpretações dos mais altos tribunais de cada um daqueles países.

Por fim, destaquemos que o item mais contemporâneo aqui presente, ao menos quanto ao seu trato, digamos, de modo mais positivado ou formal, é o das minorias. Abordá-las frente à religião é o desafio aqui assumido, conquanto, por cautela e parcimônia, devamos alertar não se tratar o presente estudo de um tratado exaustivo, mas apenas a busca por novas luzes sobre questões tão tradicionais.

2. Religião e minoria religiosa

O objetivo do presente trabalho passa longe de um tratadismo como já dissemos acima. O tema é extenso, desafiador e é, pelo próprio meio escolhido para veiculá-lo, um estudo como o presente, exigente de uma vital ponderação na abordagem das diversas questões que intercruzam a questão central, da religião, das minorias e da interpretação de tais itens junto às cortes supremas acima destacadas.

Assim, sem pretender esgotar assunto algum, entendemos ser interessante mencionar algumas idéias sobre o que seria religião ou sobre o sentimento de religiosidade, de buscar uma conexão com o sagrado, com o divino, algo importante, imagina-se, para situar questionamentos futuros e para podermos aprofundar de modo mais adequado alguns aspectos aqui abordados.

Schleiermacher, de modo bastante resoluto, afirma ser religião "*um sentimento ou uma sensação de absoluta dependência*"[1], uma afirmação que não parece ser inverídica, mas que, ao mesmo tempo, não se mostra tão completa quanto seria um certo ideal neste campo. Imaginar o sentimento de religiosidade apenas e tão-somente como uma manifestação de dependência, de carência e até mesmo de subserviência, de fato soa incompleto. Desse modo e buscando essa completude, encontramos Glasenapp com uma síntese mais ampla, talvez menos formal que a de Schleiermacher, defendendo ser religião "*a convicção de que existem poderes transcendentes, pessoais ou impessoais, que atuam no mundo, e se expressa por insight, pensamento, sentimento, intenção e ação*" [2].

A religião, de qualquer maneira, e seja qual for o modo ou forma de sua manifestação, sempre busca ao menos dois elementos, quais sejam a transcendência e a conexão (ou reconexão). A transcendência retira o crente de sua condição humana comum, até mesmo inferior e o alça a algo pretensamente superior, elevado, livre das "impurezas" ou das falhas daquele que busca tal transcendência, o crente. A conexão é conseqüência da transcendência. Uma vez elevado de sua condição humana comum, o rito, o meio, a forma escolhida pelo religioso, ou crente, visa estabelecer sua conexão com esta esfera superior, extra-mundo, com a qual quer manter contato e ligação.

E neste ponto, desta junção dos elementos acima dispostos, observamos o surgimento de um elemento importantíssimo na vivência religiosa que vem a ser a noção do sagrado. Remontando à própria formação morfológica do termo, Gaarder expõe que "*sagrado indica algo que é separado e consagrado; profano denota aquilo que está em frente ou do lado de fora do templo*"[3], mas é Rudolf Otto quem, sobre tal idéia, traz a observação mais interessante :

"*O sagrado é aquilo que é totalmente diferente de tudo o mais e que, portanto, não pode ser descrito em termos comuns (...) É uma força que por um lado engendra um sentimento de grande espanto, quase de temor, mas por outro lado tem um poder de atração ao qual é difícil resistir*"[4]

Do ponto de vista jurídico, sem embargo dos esclarecimentos acima expendidos, interessa de modo especial assegurar a liberdade de crença e a liberdade religiosa, ou seja, garantir "*o direito que tem o homem de adorar seu Deus, de acordo com a sua crença e o seu culto*"[5].

A partir desse ponto, devemos situar toda esta temática de religião e liberdade no âmbito das minorias. Neste sentido, de todo recomendável saibamos o que caracteriza uma minoria[6] – não apenas religiosa, mas minoria de um modo geral – sem o que não teremos uma base lógica firme de saída para um tema que é vital a este estudo.

Filosoficamente, a busca de uma definição é sempre uma empreitada mais complexa do que a simples conceituação eis que, em si mesmo, definir exige colocar limites mais rígidos no objeto sob análise, ou seja, colocar *fins* no sentido de lhe delimitar a existência. Já conceituar permite uma visão mais pessoal, ainda que se valendo de aspectos técnicos razoavelmente firmes de informação, tornando a sentença final algo mais plástico, menos rígido e fechado do que uma definição, sem, contudo, perder seu sentido e utilidade maior que é justamente o de nortear o pesquisador no manejo dos elementos de seu estudo, conferindo-lhe as principais características do objeto examinado

Objetivamente, nota-se que o termo minoria não vem sendo tratado de um modo propriamente científico pela doutrina existente. Observa-se algumas pontuações, quase rascunhos direcionados à busca de uma espécie de apreensão dos itens mais marcantes da idéia em questão. Da análise geral dessas disposições doutrinárias postas de modo mais esparso, chegamos a uma conclusão que, muito embora não possa ser tomada de modo definitivo, parece indicar um caminho bastante natural, qual seja o de que o termo em foco é efetivamente polissêmico e de apreensão conceitual tormentosa, fruto, especialmente, de sua aplicação e mesmo natureza extremamente variada em face dos diversos grupos classificados como minoritários. De todo modo, de um ponto de vista

didático e levando-se em conta o contraponto acima exposto, podemos dizer que um grupo minoritário apresenta as seguintes características:

2.1. Incapacidade de auto-proteção. As minorias se mostram incapazes, no mais das vezes ao menos, de se protegerem e de protegerem seus interesses de modo independente ou autônomo.

2.2. Demandantes de especial proteção estatal. Justamente em decorrência de uma reconhecida e notória incapacidade de articulação e autonomia na busca de defesa de seus interesses, os integrantes das minorias demandam especial atenção do Estado, manifestada através de mecanismos, de instrumentos, de estruturas cujo escopo final seja oferecer aos integrantes destas minorias, tal como aqui exposto, as mesmas oportunidades oferecidas aos não integrantes destes grupos.

2.3. Vulnerabilidade social. Por diversas e variadas razões, ou por vezes em decorrência de poucos motivos, o integrante de uma minoria encontra-se em situação de vulnerabilidade social. O que seria, por sua vez, vulnerabilidade social? Em arguta observação, Muniz Sodré nos informa ser a vulnerabilidade social caracterizada pelo fato do grupo minoritário "*não ser institucionalizado pelas regras do ordenamento jurídico-social vigente*". Prossegue o mesmo autor :"*por isso, pode ser considerado 'vulnerável', diante da legitimidade institucional e diante das políticas públicas. Donde sua luta por uma voz, isto é, pelo reconhecimento societário de seu discurso"*[7]

2.4. Distanciamento do padrão hegemônico. Esta outra característica das minorias tem a peculiaridade de gerar efeitos deletérios aos integrantes das minorias ainda que estes nenhum tipo de ação tomem com relação a si mesmos frente a este padrão. É uma ação involuntária com relação a tais indivíduos e atuante de modo "automático" por parte da sociedade majoritária, ou seja, a sociedade como um todo, excluídas as minorias.

Estar fora de um certo padrão (social, comportamental, moral, estético, econômico, psicológico) é, em si, algo excludente para integrantes destes grupos minoritários e este é pelo menos um dos motivos ou uma das razões que os torna passíveis de usufruírem uma proteção especial, eis que incapazes de suportarem ou gerirem sua própria proteção social, como já consignamos anteriormente.

2.5. Opressão social. Importante notar que essa opressão aqui referenciada apresenta graus variáveis e diferenciados em face de cada grupo minoritário, bem como em face de diversas variáveis, muitas delas altamente subjetivas e prenhes de aspectos mutáveis, o que torna sua própria dinâmica movediça e frequentemente imprevisível.

Assim, nos limites do presente estudo e para os fins de discussão aqui propostos, podemos ofertar um conceito de minoria cujo sentido de existência é nortear uma ampliação do estudo desta temática e proporcionar, se possível, uma visão cientificamente aceitável, abrangente o suficiente e útil para uma reflexão dentro deste escopo analítico.

Destarte, minoria é um segmento social, cultural ou econômico vulnerável, incapaz de gerir e articular sua própria proteção e a proteção de seus interesses, objeto de pré-conceituações e pré-qualificações de cunho moral em decorrência de seu distanciamento do padrão social e cultural hegemônico, vitimados de algum modo e em graus variados de opressão social e, por tudo isso, demandantes de especial proteção por parte do Estado.

Convém mencionar, sem embargo do conceito acima, que a ONU, através de Resolução, ainda no ano de 1954, buscou conceituar o termo minoria e o fez afirmando ser "*aqueles grupos não dominantes dentro de uma população, que possuem e desejam preservar tradições ou características étnicas, religiosas ou lingüísticas marcadamente diferentes do resto da população*".

Especificamente com relação às minorias religiosas, convém fazer aqui, neste ponto, breve digressão histórica, a fim de melhor situar o tema deste tópico, eis que não se observa um surgimento concomitante de liberdade religiosa e proteção às minorias religiosas, como se poderia supor, mesmo no âmbito do constitucionalismo e da proteção estatal ofertada à sociedade no bojo do ideário típico das revoluções do final do século XVIII.

Desde o início da Idade Média pretendia a Igreja a junção do poder transcendental ou divino com o poder secular, justificando tal entendimento justamente na simples existência do primeiro e de sua alegada preeminência sobre aquele outro. Nesse sentido, sempre quis a Igreja o poder terreno e sempre lutou para tê-lo e mantê-lo[8], chegando a, tempos depois, quando pressionada sobre o exercício, por vezes arbitrário, deste mesmo poder terreno que efetivamente exercia, a lançar mão de preceitos religiosos no âmbito da esfera política, tais como as afamadas excomunhões que alguns governantes divergentes experimentaram[9].

Bem por isso, Jonatas Eduardo Mendes Machado nos lembra que a proteção estatal à liberdade religiosa surgiu numa dinâmica oscilante e de disputa entre o poder eclesiástico e o poder político terreno, e pouco se assemelhava com a idéia de proteção a este instituto tal com concebido no seio do constitucionalismo, tempos depois, o que não afastou os conflitos de outrora, mas acomodou-os na forma de pactos, tratados e concordatas especialmente entre os Soberanos ou governantes e o Papa[10].

Esses acordos de boa convivência, contudo, jamais conceberam a inclusão protetiva da tutela estatal em prol de qualquer grupo religioso minoritário. A liberdade religiosa, objetivamente, focava-se na fé católica e na chamada fé cristã reformada, advinda dos movimentos religiosos surgidos no próprio seio da Igreja Católica, especialmente a partir do século XVI com Lutero e Calvino.

Àquela época, a proteção efetiva do Estado voltava-se a tais grupos e tão-somente a eles. Mais do que isso, essa proteção inicialmente até se fundou em razões subjetivas ligadas à concepções espiritualistas de harmonia entre crentes de uma mesma árvore religiosa – a exemplo do filósofo Erasmo – mas, em pouco tempo essa boa convivência baseou-se, como nos ensina Henry Kamen, em razões eminentemente práticas e ligadas, elementarmente, ao comércio e à economia[11].

Desse modo, a idéia de proteção a minorias vai surgir bem mais à frente com relação ao momento histórico ora destacado, especialmente com a revalorização do ideal democrático observado, basicamente, do final da 2ª Guerra Mundial até os tempos presentes.

Partindo para as especificidades que circundam o objeto de nossa análise, observamos, com Contreras Mazario[12], haver uma diferenciação bastante importante no estudo presente e esta se volta para o fato de que algumas minorias buscam sua completa aceitação e inclusão na sociedade de um modo geral enquanto outras perseguem a preservação de seus valores, não hegemônicos, num meio que lhes é naturalmente hostil ou pelo menos não receptivo.

Exemplificativamente, podemos mencionar o exemplo dos negros e da cultura de origem africana. Já é uma realidade no Brasil a normatização, a edição de leis e de regramentos formais, de natureza jurídica, regulando a inserção do estudo da cultura africana como elemento curricular regular no ensino fundamental e médio de nossas escolas. Assim, tal medida visa gerar uma aceitação e uma homogeneização dessa cultura afro de modo a torná-la integrante de um todo maior, dominante e majoritário, difundido na sociedade de um modo geral.

Desinteressa a este tipo de segmento social, deste modo, uma postura puramente preservacionista, eis que tal medida poderia gerar um isolamento de suas manifestações, distanciando-a, assim, de uma virtual (e desejada) junção com a cultura ou com os valores culturais vigentes. No entanto, quando partimos para uma análise da minoria religiosa, observamos justamente o oposto, ou seja, uma busca de diferenciação do padrão hegemônico como forma de obter sua própria preservação enquanto manifestação social autônoma, independente, possuidora de valores diferenciados, únicos, autênticos, peculiares. Neste sentido e citando manifestação da Comissão dos Direitos Humanos da ONU, Contreras Mazario pontua[13] :

"La protección de las minorias consiste em la protección de los grupos que no son predominantes en un país y que, si bien desean en general ser tratados en pie de igualdad con la mayoria, desean en cierta manera recibir um trato diferente para preservar las características fundamentales que los distinguem de la mayoría de la población"

Um último ponto de debate sobreleva-se e deve ser destacado. Ocorre que, como vimos no tópico anterior, há elementos característicos em todo grupo minoritário e, como fica claro após alguma reflexão sobre o termo, a idéia matemática de minoria como um grupo ou conjunto numericamente inferior, é inservível quando usamos a mesma idéia no campo da análise da sociedade humana, especialmente sua dinâmica.

Há exemplos de relevo a endossar esta visão. Os negros, na África do Sul, sempre foram, numericamente, uma maioria. Contudo, sempre estiveram submetidos a uma minoria branca ou de origem européia, algo especialmente marcante durante a vigência do chamado *apartheid*, regime político segregacionista ali vigorante por largo período de tempo.

Há situações em que as mulheres, por exemplo, podem figurar como um grupo submetido ao controle ou ao poder dos homens, muito embora sejam, em escala

mundial, numericamente mais expressivas que os homens (53% frente a 47%). No entanto, encontramos Contreras Mazario defendendo, no campo do estudo das minorias religiosas, uma postura que não é exatamente contra o afirmado acima, mas que, ao mesmo tempo, relativiza, a nosso ver em demasia, a questão em foco e se aproxima do risco de uma sempre temerária distorção.

Partindo de um texto da própria ONU, o pesquisador em tela destaca as dificuldades "*que levantaria a aspiração à condição de minoria de parte de grupos tão pequenos que o tratamento especial de que fossem objeto poderia, por exemplo, gravar os recursos do Estado com uma carga desproporcionada*" e, em seguida, o próprio autor em foco pondera que, em matéria de tratamento de grupos minoritários, "*não* [se] *pode responder exclusivamente a um conteúdo puramente matemático, nem tampouco maximalista que leve a afirmar sua irrelevância, ou tão restritivo que suponha sua exclusão*", arrematando, por fim, como que fornecendo o norte para se encaminhar a questão :

"*se trata, a meu entender, de uma questão essencialmente prática que somente pode resolver-se com o exame de cada caso concreto e que não é possível decidir de forma unívoca em uma definição como a presente*"[14].

Como dito acima, convém ter cautela com este tipo de questionamento. Por outro lado, contrapor número mínimo de integrantes de uma minoria aos recursos do Estado pode ser inapropriado e até mesmo perigoso.

Perigoso porque cria uma situação de liberação de responsabilidades pelo Estado, uma espécie de salvo-conduto potencial em favor dos governantes, dos gestores da máquina estatal, postos frente a um critério numérico-financeiro que claramente se divorcia da idéia de proteção, tão cara ao conceito de minoria.

É também inapropriada tal política, porque se mostra difícil aceitar e conceber que se um grupo minoritário é de fato tão diminuto, possa, de fato, gerar um dispêndio de recursos tal que gere um desequilíbrio profundo na administração estatal.

3. As cortes supremas do Estados Unidos da América e da Espanha e a questão das minorias religiosas

O início do século XIX pode, talvez, ser descrito como aquele em que podemos observar a mais estável situação social desde o descobrimento da América. A revolução industrial encontrava-se em seu auge, o liberalismo, com a finalização completa dos movimentos revolucionários do final do século XVIII, estava definitivamente implantado e, no campo religioso, a separação religiosa dentre as várias crenças – mas especialmente entre catolicismo e protestantismo – se mostrava já sedimentada e a convivência entre os crentes de cada segmento, se não era um exemplo de harmonia, tampouco apresentava grandes conflitos.

O que se seguiu, e que procuraremos aqui exibir, foram as situações específicas e individuadas na vivência das religiões e, por outro lado, especialmente a partir do século XX, o surgimento de minorias religiosas cujo espaço foi gradativamente sendo ocupado,

sendo seu futuro, contudo, incerto em termos de liberdade de manifestação. Alguns casos do século XIX e sua interpretação pela Suprema Corte dos Estados Unidos podem ser bastante ilustrativos sobre determinado aspectos importantes a serem destacados não somente com relação à tolerância – elemento típico quando se trata de minorias religiosas – mas, até com mais intensidade, relativamente a dinâmica da religião com um todo, no período destacado[15].

Sobre a liberdade religiosa, algo que envolve diretamente a idéia de tolerância, há um interessante caso de 1819, o caso "*Darthmouth v. New Hampshire*", sendo, em verdade, um dos casos mais antigos e emblemáticos sobre o tema. Resumidamente, um pastor presbiteriano, John Wheelock, foi retirado da presidência de um colégio privado dirigido ou administrado por um grupo de devotos congregacionalistas. Wheelock apelou ao governador que, surpreendentemente, removeu o grupo, substituindo-o por outro de sua indicação, classificando ainda o Colégio Darthmouth de "*medieval*" e "*dominado por sacerdotes*".

O caso chegou à Suprema Corte que, seguindo o voto do Juiz Marshall, confirmou, inicialmente, o caráter de instituição privada do colégio Darthmouth, bem como atestou terem os devotos dirigentes do colégio a autoridade e a palavra final sobre a instituição. Marshall ressaltou que o colégio iniciou-se através da coleta de fundos ainda na Inglaterra, com o objetivo de disseminar o cristianismo – nominado por Marshall como "*nossa sagrada religião*" – entre os grupos indígenas norte-americanos e, neste sentido, afirmou que o propósito educacional, pura e simplesmente, não tornava a instituição pública ou submetida de modo tão profundo ao Estado. E o grupo dirigente original foi reconduzido à direção do colégio.

Há, contudo, casos mais pungentes em seus aspectos elementares e que, bem por isso, nos mostram os limites da liberdade religiosa frente ao Estado e frente ao indivíduo. Esse, aliás, parece ser o mote do caso *Reynolds v. United States*, de 1879. Trata-se do caso de um mórmon, George Reynolds, processado por manter um relacionamento poligâmico, o que era vedado por leis federais norte-americanas. A suprema Corte foi mais uma vez instada a se manifestar sobre a questão e, na ocasião, o Juiz Morrison Waite afirmou que o "*o Congresso não pode limitar a liberdade religiosa, mas deixou assentado que esta liberdade só pode ser absoluta em matéria de crença e não de comportamento*".

Sobre a mesma temática (poligamia), mas em face de outro caso, de 1889, outro juiz da Suprema Corte, Field, confirmou o entendimento acima e asseverou que "*poucas práticas são tão perniciosas como a poligamia*" e ainda deixou assente que a Emenda nº 1 jamais teve a intenção de "*permitir a violação de deveres sociais ou subversão da boa ordem*", além do que, prossegue Field, "*liberdade religiosa deve estar subordinada à lei penal*".

Em *Vidal v. Girard`s Executors*, de 1844, temos um caso bastante emblemático para os fins de nosso trabalho. O caso em si é simples, mas as conseqüências nele contidas e a interpretação adotada pela Suprema Corte foram importantes para o futuro da liberdade religiosa e seus limites perante a sociedade e do Estado. Stephen Girard deixou um testamento em que fazia uma substancial doação a um colégio de meninos sob a

condição de que nenhum tipo de sacerdote ou clérigo, de qualquer tipo de religião, pudesse lecionar ali. Após a morte do testador, os parentes de Girard buscaram a modificação do testamento e este, conquanto julgado como legal junto à justiça estadual da Pennsylvania, chegou à Suprema Corte.

Atuando em nome dos autores e fazendo uma apaixonada defesa do cristianismo, Daniel Webster defendeu que os sacerdotes cristãos são representantes de Cristo na Terra e excluí-los "*equivale a excluir Cristo*" e, além do mais, prossegue Webster, "*não há nenhum exemplo histórico de caridade genuína sem a presença de uma fundação Cristã*". A ação, contudo, foi rejeitada pela Suprema Corte. O juiz Story acatou o argumento da defesa de que nenhuma lei exige que uma fundação caritativa ofereça instrução religiosa e, além disso, o fato do cristianismo ser aceito como a lei da terra da Pennsylvania deve ser visto ou interpretado dentro do campo das liberdades pessoais.

Poderia-se objetar a citação dos casos acima baseando-se, para tanto, no fato de que são casos muito antigos, todos os século XIX. No entanto, convém esclarecer que a estruturação do direito em países de cultura anglo-saxã (*common law*), permite a adoção de casos antigos para o julgamento de questões similares na atualidade. Os chamados *leading cases*, seja de que época forem, sempre são lembrados, utilizados e estudados, até porque tratam, normalmente, de questões elementares, frequentemente ligadas as direitos fundamentais, como liberdade, manifestação do pensamento e religião, como vemos aqui[16].

De todo modo, não é somente em face de casos antigos que podemos traçar um perfil de atuação e interpretação da suprema corte norte-americana sobre a questão religiosa, especialmente com relação às minorias. Há casos recentes que são igualmente úteis e emblemáticos quanto ao tema em foco.

Desse modo, um caso interessante, e que envolve diretamente a questão da liberdade religiosa, é *Wisconsin v. Yoder* (1972) o qual lidou com o poder da comunidade religiosa *amish* sobre seus membros. Os *amish*, como os *huteritas* no Canadá e mesmo os *quakers* nos próprios EUA, tentaram dificultar a saída de seus membros do grupo, mas de um modo peculiar. Eles queriam retirar suas crianças da escola regular antes dos dezesseis anos, isso para limitar severamente a extensão do que as crianças aprenderiam sobre o mundo externo. Os *amish* defendiam isso com o argumento de que liberdade religiosa protege a liberdade de um grupo viver de acordo com sua doutrina, mesmo que isso limite a liberdade individual das crianças. A Suprema Corte Norte Americana aceitou a argumentação *amish*, contudo, ficou patente que aceitá-la importa numa renúncia do ser humano como um ser capaz de revisar seus próprios fins[17].

Numa realidade próxima a dos EUA, ainda podemos citar uma decisão da Corte Suprema do Canadá sobre os *huteritas*. À semelhança dos *quakers* e dos *amish*, que vivem em comunidades isoladas nos EUA, os *huteritas* também seguem um modo de vida totalmente apartado da sociedade majoritária, atuando sempre em prol da preservação intransigente de seus valores e de seus costumes. Em 1969, chegou ao tribunal máximo do Canadá (*Hofer v. Hofer*) uma causa em que dois membros de uma comunidade *huterita* alegavam terem sido expulsos da comunidade por apostasia e demandavam, no judiciário, pelo recebimento de sua parte na comunidade que ajudaram a construir, sendo que não poderiam sair da comunidade sem deixar tudo para trás, "*até mesmo a roupa do corpo*".

A comunidade *huterita*, no entanto, defendeu este costume sob o fundamento de que a liberdade de religião protege a capacidade de uma congregação viver de acordo com sua doutrina religiosa, mesmo que isso limite a liberdade individual, a semelhança do ocorrido no caso *Wisconsin v. Yoder*, junto à Suprema Corte dos EUA, acima citado. A Suprema Corte Canadense aceitou o argumento *huterita* e não acolheu o pedido dos dois dissidentes[18].

Os exemplos acima são úteis, como já se disse, mas não esgotam a evolução da temática, notadamente com relação a outras nações que igualmente vivenciaram as mesmas questões e resolveram estas a seu modo, contribuindo de algum modo para um melhor entendimento de variadas pontuações que circundam a problemática central. Além disso, mostram uma realidade muito peculiar, de cultura religiosa quase que exclusivamente protestante.

Assim, e como um contraponto que se nos afigura útil e interessante a um só tempo, escolhemos o Supremo Tribunal Constitucional da Espanha para expor mais alguns aspectos importantes sobre as questões ventiladas, notadamente com vistas a exibir um entendimento mais atual, mais contemporâneo de uma corte de índole constitucional num ambiente europeu. Vejamos, assim, alguns casos e a visão da corte espanhola sobre tais casos[19]. Manifestando-se sobre a liberdade de culto e sobre o dever, no âmbito de um Estado Contemporâneo, de haver amparo estatal ao indivíduo, possibilitando de forma ampla e sem embaraços sua manifestação religiosa, decidiu o Tribunal :

"*El hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los indivíduos de las Fuerzas Armadas no solo determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los indivíduos y comunidades. No padece el derecho a la libertad religiosa o de culto, toda vez que los ciudadanos miembros de las susodichas Fuerzas son libres para aceptar o rechazar la prestacion que se les ofrece (...)*" (Espanha, STC 24/1982[RTC 1982, 24])

E igualmente se manifesta sobre a liberdade religiosa :

"*Este Tribunal ha declarado que la libertad religiosa, entendida como un derecho subjectivo de carácter fundamental, se concreta en el reconocimiento de un âmbito de libertad y de una esfera de 'agere licere' del individuo, es decir, reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales*" (Espanha, STC 166/1996 [RTC 1996, 166])

Dentro da chamada liberdade religiosa coletiva, item rigorosamente fundamental para qualquer minoria religiosa, consignou o Tribunal espanhol a idéia de não-restrição, assim como consignou a noção fundamental da não-discriminação, nos seguintes termos:

"*Una comunidad de creyentes, Iglesia o confesión no precisa formalizar su existência como asociación para que se le reconozca la titularidad de su derecho fundamental a profesar un determinado credo, pues ha de tenerse en cuenta que la Constitución*

garantiza la libertad religiosa 'sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley'" (Espanha, STC 46/2001 [RTC 2001, 46])

"*La libertad de creencias (...) tiene una particular manifestación en el derecho a no ser discriminado por razón de credo o de religión, de modo que las diferentes creencias no pueden sustentar diferencias de trato jurídico*" (Espanha, STC 1/1981 [RTC1981, 1]

Finalmente, num julgado cuja ementa é um pouco mais extensa, parece ser bastante útil observar a problemática da neutralidade religiosa dos centros de ensino e escolas públicas, algo aparentemente simples, mas que precisa, de outra banda, conferir o máximo respeito à individualidade da pessoa humana e de seu direito a professar uma fé determinada. Segue :

"En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los Centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. Esta neutralidad, que no impide la organización en los Centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 Constitución), es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo Centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente. La neutralidad ideológica de la enseñanza en los Centros escolares públicos regulados en la LOECE impone a los docentes que en ellos desempeñan su función, una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por la circunstancias, no han elegido para sus hijos Centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita" (STC 5/1981 [RTC 1981,5])

Vemos, ante os julgados aqui transcritos, um posicionamento interpretativo claro por parte da Suprema Corte Espanhola, exibindo uma junção entre valores tradicionais e típicos de uma formação judaico-cristã, mas ainda mais especialmente católica, convivendo com os ditames mais relevantes de um estado democrático de direito, como certamente se propõe a ser a Espanha do século XXI.

4. O Supremo Tribunal Federal e a questão das minorias religiosas

A realidade religiosa no Brasil, para os fins aqui buscados, deve ter três bases analíticas elementares : uma, a do catolicismo como crença majoritária, como grupo majoritário no país (83,5% da população, segundo o IBGE, 2006); duas, a da aplicação de uma moral religiosa mesclada com outra de caráter laico nas manifestações dos tribunais brasileiros; e três, e por fim, o caráter de tolerância e sincretismo religioso presente na sociedade brasileira.

Quanto a esta última característica, uma espécie de tolerância inerente à própria formação da sociedade brasileira, é fato não haver registro em terras brasileiras de grandes questões de conflito envolvendo minorias religiosas, como se observa, por exemplo, na Irlanda ou na Índia, desde há muitos anos. Há fatos pontuais, históricos, como o da Revolta de Canudos, no século XIX, mas o conflito aí existente não era decorrente de questões religiosas, mas eminentemente sociais[20].

Estima-se que a formação do povo brasileiro, com contribuição de vários troncos étnicos, notadamente o europeu, o africano e o indígena, tenha colaborado fortemente para esta situação em que conflitos motivados por aspectos religiosos são virtualmente inexistentes ou episódicos. Também como decorrência dessa mescla étnica e genética, e como elemento auxiliar nesta ausência de conflitos, observa-se uma mescla religiosa, o chamado sincretismo religioso, tão típico de boa parte da população brasileira.

Os nossos tribunais, como veremos nos julgados abaixo, vêem na religião uma referência moral, especialmente quando se trata de aplicá-la a grupos sociais minoritários como, por exemplo, detentos ou presidiários. Como dissemos acima, observa-se, no Supremo Tribunal Federal, por exemplo, uma transposição de uma moral laica com preceitos religiosos, tudo utilizado como forma de se avaliar uma dada situação posta sob julgamento.

Assim, um interessante julgado do Supremo Tribunal Federal, de 1981, defende não apenas que o aprisionado ou detento possa exercer sua crença religiosa, mas inclusive defende tal atividade como benéfica à reeducação do presidiário, algo que revela a forte influência religiosa, especialmente a católica, na sociedade brasileira e outro julgado mais recente, de 2007, transcrito na seqüência em resumido trecho, reconhece de modo expresso o direito da liberdade religiosa e do exercício de crença como algo inalienável e inerente ao ser humano, referindo, no caso concreto, também a um presidiário :

RE 92916/PR – PARANÁ; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator Min. ANTONIO NEDER; Julg. 19/05/1981; Suspensão condicional da pena. Suas condições. Caso em que se proibiu o beneficiário de freqüentar, auxiliar ou desenvolver cultos religiosos (...) A justiça deve estimular no criminoso, notadamente o primário e recuperável, a pratica da religião, por causa do seu conteúdo pedagógico, nada importando o local.

HC 91874/RS - RIO GRANDE DO SUL; HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. CARLOS BRITTO; Julgamento: 31/08/2007. (...) [o ser humano] Se é parte de algo (o corpo social), é também um algo à parte. A exibir na lapela da própria alma o bóton da originalidade. Que não cessa pelo fato em si do cometimento de um crime do tipo hediondo, seguido ou não de condenação judicial e posterior cumprimento da pena em estabelecimento prisional do Estado. Afinal, não é de se confundir jamais hediondez do crime com hediondez da pena, visto que direitos subjetivos outros não são nulificados pela condenação penal em si, como os direitos à saúde, à integridade física, psicológica e moral, à recreação, à liberdade de expressão, à preferência sexual e de crença religiosa (...)

Nota-se, assim e para os casos em foco, a concessão de um nítido destaque para a religião como um instrumento ou um veículo de recuperação, de ressocialização, de

reinserção do detento, do presidiário, do criminoso que cumpre sua pena, fazendo-o retornar ao convívio social por intermédio de uma via religiosa ativa quando recluso, funcionando tal dinâmica, ademais, como um aspecto que conta positivamente na avaliação do preso como homem.

Há, em outros julgados, um foco mais policialesco e fiscalizatório, com um viés de cunho moral ainda mais pronunciado. Muito embora sejam julgados mais antigos, mencionamos três exemplos interessantes do Supremo Tribunal Federal no sentido aqui estacado e um outro, logo na seqüência, que caminha no sentido inverso, relativizando a importância da religião na avaliação da conduta de uma pessoa :

RMS 16857; Relator(a) Min. ELOY DA ROCHA; DJ 24-10-1969 RTJ 51/03. Poder de policia reconhecido ao estado para evitar a exploração da credulidade pública. Mandado de segurança deferido em parte, para assegurar, exclusivamente, o exercício do culto religioso, enquanto não contrariar a ordem pública e os bons costumes e sem prejuízo da ação, prevista em Lei, das autoridades competentes. Recurso provido em parte.

RMS 9453; Relator(a): Min. CUNHA MELLO; Julg: 29/08/1962; Poder de polícia. Livre exercício dos cultos religiosos, assegurado pela Constituição, não implica na tolerância de ofensa aos bons costumes, na relegação de disposições do Código Penal.

RE 38846; Relator(a): Min. LAFAYETTE DE ANDRADA; Julgamento : 08/07/1958. Curanderismo. Qualquer princípio de crença, a serviço do curanderismo, é nocivo à saúde física e moral do povo, e, portanto, constitui crime punível. Ausência de ofensa ou violação de lei federal. Recurso não conhecido.

RE 24624; Relator(a): Min. RIBEIRO DA COSTA; Julg : 05/04/1954; DJ 05-08-1954. A crença religiosa de pessoa não constitue qualidade essencial da mesma. Quando não atentatórias das normas da moral social dominante, quaisquer crenças e praticas religiosas não constituem defeito de honra e boa fama de quem as segue. Se o cônjuge não consentiu no casamento por erro essencial sobre a pessoa do outro, não consentiu no art. 218 e 219, i, do código civil, pedir sua anulação. Não se conhece do extraordinário.

Mesmo em julgados mais recentes, o aspecto religioso é levado em conta na avaliação da conduta do detento, especialmente para efeito de concessão de benefícios legais, como já dissemos acima. A atividade ou a inatividade religiosa do pleiteante é tomada como elemento referencial que pode auxiliá-lo ou não na obtenção do benefício almejado :

HC 89305 MC; Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA; Julgamento:19/10/2006; DJ 27/10/2006 (...) 2. A despeito dos argumentos expedidos pelo Impetrante, é inviável, em parte, o presente habeas corpus. [...] Para o acusado Moisés Júlio Gonçalves, vulgo 'Meio-kilo': Trata-se de pessoa portadora de personalidade totalmente distorcida e adversa ao direito e à sociedade, já que demonstra inclinação para a vida criminosa, ócio e dedicação à violência. A conduta social não merece melhor sorte, pois se vê em

todos os autos que o acusado não tem vida social, familiar ou religiosa condigna, nem tampouco qualquer histórico no seu passado de trabalho honesto e honrado (...)

Os julgados acima contemplam[21], além do próprio tratamento conferido pela corte em apreço ao tema da liberdade religiosa, ainda a visão ali empreendida sobre tal assunto em face das minorias, nosso objetivo central neste estudo.

Sem embargo do acima exposto, um caso concreto, ocorrido há pouco tempo e envolvendo uma minoria religiosa, ilustra bem a dinâmica existente neste relacionamento entre maioria e minoria – pelo menos no Brasil – e mostra que as vicissitudes aí existentes devem ser levadas em conta de modo mais aproximado. Há, no Brasil atual, uma realidade peculiar com relação às minorias religiosas, de grande importância nos últimos vinte ou trinta anos, que vem a ser o movimento evangélico, composto de variadas instituições, cuja estruturação varia de pequenas organizações até outras de grande porte, como é o caso da Igreja Universal do Reino de Deus (IURD), dirigida pelo auto-intitulado Bispo Edir Macedo.

A IURD adquiriu, já há vários anos, um canal de televisão (Record), jornais impressos, emissoras de rádio, participações em outras empresas, além de ter aberto vários templos ao longo do globo. Possui, desse modo, uma estrutura empresarial com faturamento anual estimado na casa dos 2 bilhões de reais. Frente a uma maioria católica, os evangélicos – e dentre estes os fiéis e integrantes da IURD – são, ou seriam, uma minoria religiosa. Mas um evento recente jogou novas luzes sobre esta relação e, nesse entremeio, em face também do Estado.

Em dezembro de 2007, o jornal Folha de São Paulo, o jornal de maior circulação no território brasileiro, publicou uma reportagem sobre a Igreja Universal, sob o título "*Igreja Universal completa 30 anos com império empresarial*". O texto questionava a ligação entre atividade empresarial e religiosa da IURD, algo que gerou uma reação da entidade religiosa em foco[22] o que, só por si, seria perfeitamente aceitável num ambiente democrático como o da sociedade brasileira contemporânea, até porque, praticamente no mesmo dia, a Associação Brasileira de Imprensa também divulgou nota de apoio à jornalista[23].

A questão a ser analisada foi a estratégia adotada pela IURD na seqüência dos fatos. Ao invés de acionar judicialmente o jornal Folha de São Paulo, a IURD teria estimulado seus fiéis e integrantes a entrarem com ações na Justiça de modo isolado, ao mesmo tempo em que incluíam a jornalista autora da matéria, Elvira Lobato, na ação judicial e não apenas o Jornal. A "Folha", então, defendeu-se em editorial e criticou o que chamou de estratégia de atuação da IURD que procurava, segundo a visão do Jornal, dificultar ou mesmo inviabilizar sua defesa e da jornalista.

Alguns viram nisso uma estratégia condenável, outros entenderam ser parte do "jogo democrático". De todo modo, fica, para efeitos de nosso estudo neste trabalho, a noção de que a situação de minoria religiosa, só por si, pode não representar necessariamente uma situação de vulnerabilidade ou de especial tutela estatal, submetendo-se a outros elementos e a uma análise mais ampla.

Destarte, o caso da IURD acima comentado de modo breve exibiu a articulação de seus fiéis em prol de seus interesses, além de ter se valido a instituição religiosa em foco de toda a sua estrutura de comunicação para cooptar apoios e veicular idéias contrárias à reportagem. Se isso é aceitável ou não, como forma de atuação num ambiente democrático, é uma questão cuja análise não cabe neste estudo, mas mostra – e este é o foco de nossa atenção – peculiaridades da dinâmica maioria-minorias no campo religioso que devem ser levadas em conta.

5. Conclusão

A presente conclusão só pode referenciar o que já foi dito ao longo do texto presente e destacar que muito embora o Brasil passe ao largo dos problemas religiosos observados em outras partes do planeta, envolvendo grupos religiosos majoritários e minoritários, convém adotar postura de cautela e lembrar que por trás de uma atitude de tolerância supostamente natural, podemos encontrar uma manifestação de simples indulgência. Martinez de Pisón bem indica o que queremos dizer :

"El acto de tolerancia presupone, por tanto, primeramente la existencia de razones para no admitir una acción, una ideologia o una creencia. Sin embargo, trás sopesar o ponderar outro tipo de razones éstas se sobreponen a las primeras de forma que se convierten en un motivo válido para cambiar la actitud y, en definitiva, permitir, tolerar dicha acción, ideología y creencia. Con razon se ha señalado que, vistas así las cosas, etimologicamente, 'tolerar' tiene um sentido negativo, implica una valorización negativa"[24]

O tipo de ponderação acima transcrita se mostra útil ao debate para fornecer um certo senso de profundidade à discussão, evitando, assim, basearmos nossas visões em platitudes estéreis cuja aceitação se aguarda seja concretizada como se fosse a água de um rio que encontra a cachoeira e fatalmente se lança ao solo. Não há, no presente tema, fatalidades e nem idéias tão incontestáveis que não sejam submetidas a qualquer processo humano singular adotado para outros tantos projetos e idéias de transformação social.

Igualmente digna de nota é a observação de que estamos, no tema em destaque, imersos de modo completo na subjetividade. Se afigura-se fácil ou pelo menos muito mais simples trabalhar, por exemplo, pela abolição da tortura fundando-se, para tanto, na própria carga de abjeção e imoralidade que a conduta em si mesmo carrega, o mesmo não se dá no campo religioso.

Uma mulher que, por razões religiosas tem seu clitóris extirpado, causa comiseração e repulsa de um modo geral, mas, dolorosa e inegavelmente expõe um grupo de valores culturais, pessoais e religiosos que efetivamente existe e não pode ser, sem mais, extinto ou proibido. Sem embargo, os exemplos acima configuram-se prova cabal de que a religião é hoje um foco extremamente importante de conflito numa abordagem mundial. Está no centro ou pelo menos na seqüência de fatos e atos que levam aos conflitos.

A jurisprudência das cortes máximas de Espanha e Estados Unidos, de outra banda, mostram como a base cultural e os costumes de cada povo, de cada nação, de cada estado, influenciam os julgadores ali atuantes. A base católica espanhola e a base protestante norte-americana, conquanto evidentemente matizadas e relativizadas nos julgados sobre temática religiosa, marcam presença e mostram que a neutralidade do julgador, premissa marcante na concepção positivista ortodoxa do direito, revela-se como item de difícil constatação na prática.

No Brasil, e como vimos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aqui mencionada, há uma forte mescla de moral e preceitos religiosos na avaliação das situações submetidas ao crivo da corte maior. Isso, por si só, pode tanto revelar um traço cultural de nosso povo e ser aceito como tal, como se tornar elemento de alta subjetividade que pode, do mesmo modo, gerar avaliações distorcidas e essencialmente religiosas, no âmbito de um estado laico.

Bem por isso, é preciso situar a religião e o sentimento religioso em seu campo específico, sem qualquer coerção ou embaraço, mas igualmente sem uma espécie de correspondência direta entre tal campo e a política, por exemplo, algo que redunda em ações estatais motivadas por fundamentos religiosos, no mais das vezes com argumentos excludentes e reducionistas para os não participantes daquela visão de mundo. Exatamente neste sentido, Jonatas Eduardo Mendes Machado pontua com bastante clareza e frisa ser vital diferenciar o chamado discurso *teológico-confessional* do discurso *jurídico-constitucional*, algo assim elaborado pelo autor português destacado :

"Um e outro correspondem a espaços discursivos distintos, situados em diferentes níveis de generalidade, subordinados a uma diversa teleologia intrínseca. O primeiro é, naturalmente, um discurso exclusivista, virado acima de tudo para a defesa de uma concepção de verdade objectiva. O segundo, é naturalmente inclusivo, que não homogeneizante, na medida em que se apóia num princípio de igual dignidade da pessoa humana e num conceito alargado de liberdade religiosa"

Prossegue ainda o mesmo autor, detalhando esta diferenciação :

"No primeiro caso, o silogismo de base segue muitas vezes a matriz aquiniana, de acordo com a qual, 1) só a verdade tem direitos; 2) só a confissão dominante é a verdade; 3) logo, só a confissão dominante tem direitos. No segundo caso, o silogismo é completamente diverso : 1) todos os cidadãos têm direito a uma igual liberdade; 2) católicos, protestantes, ateus, etc, são cidadãos; 3) logo, católicos, protestantes, ateus, etc., têm direito a uma igual liberdade"

Assim, o novo panorama constitucional deve partir de uma base inclusiva, o que é um conceito relativamente recente, em conjunto com uma outra base, a tolerância[25], esta já conhecida há tempos, ao menos na idade moderna. A junção de tais elementos é vital para a proteção e vivência plena, sadia, livre e ampla das minorias no tocante à religião

ou à não-religião (ateus e agnósticos), que, claro, devem ter assegurado seu espaço de existência neste particular de forma digna.

Referências

BARROS, Alberto Ribeiro. *Direito e poder em Jean Bodin : o conceito de soberania na formação do estado moderno*, São Paulo : EDUSP, 1999.

CONTRERAS MAZARIO, José Maria. *Las Naciones Unidas y la Protección de las Minorias Religiosas*, Valencia : Tirant lo Blanch, 2004.

GAARDER, Jostein; **HELLERN**, Victor; **NOTAKER**, Henry. *O livro das religiões*, São Paulo : Companhia das Letras, 2002.

GIERKE, Otto von. *Teorias Políticas de la Edad Media*, Madrid : Centro de Estúdios Constitucionales, 1995.

HITCHCOCK, James. *The supreme court and religion in american life. Volume I : the odissey of the religion clauses*, Princeton : Princeton University Press, 2004.

KAMEN, Henry. *Nacimiento y desarollo de la tolerancia en la Europa moderna*, Madrid : Alianza, 1991.

KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship : a liberal theory of minority rights*, New York : Oxford University Press, 1996.

LOPEZ CASTILLO, Antonio. *La libertad Religiosa en la jurisprudencia constitucional*, Madrid : Arazandi, 2002.

MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *O regime concordatário entre a "libertas ecclesiae" e a liberdade religiosa*, Coimbra : Coimbra, 1993.

_____. *Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva : dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, Coimbra : Coimbra, 1996.

MARTINEZ DE PISÓN, José. *Tolerância y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid : Tecnos, 2001.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *O federalismo brasileiro e a questão das competências constitucionais relativas à acessibilidade e inclusão social do portador de deficiência*, São Paulo : Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo IV, Coimbra : Coimbra, 2000.

MUNIZ SODRÉ. *Por um conceito de Minoria, in* "*Comunicação e Cultura das Minorias*", Raquel Paiva e Alexandre Barbalho (orgs.), São Paulo : Paulus, 2005.

PINTO FERREIRA, Luis. *Curso de direito constitucional*, São Paulo : Saraiva, 1998.

TAYLOR, Charles. *A política do reconhecimento, in* "*Multiculturalismo*", K. Anthony Appiah (org), Lisboa : Instituto Piaget, 1998.

---

[1] *Apud* GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. *O livro das religiões*, São Paulo : Companhia das Letras, 2002, p. 17;

[2] *Apud* GAARDER et alii, op. cit., p. 17;

[3] GAARDER *et alii*, op. cit., p. 19;

[4] *Apud* GAARDER *et alii*, op. cit., p. 18;

[5] PINTO FERREIRA, Luis. *Curso de direito constitucional*, São Paulo : Saraiva, 1998, p. 102. No mesmo sentido, mas detalhando ainda mais o ponto da liberdade religiosa, Jorge Miranda assim comenta : "*A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis*", MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, tomo IV, Coimbra : Coimbra, 2000, p. 409.

[6] Muitas das idéias e conceitos expostos neste item foram fruto de intenso debate no programa de doutorado da Instituição Toledo de Ensino, de Bauru, SP, do qual é o autor integrante como aluno, tendo tomado parte em tal debate Fábio Alexandre Coelho, Cleber Sanfelice Otero e Antonio Borges de Figueiredo, também alunos do programa em foco, além do professor Vidal Serrano Nunes Junior, em cujas aulas se pôde desenvolver a troca de idéias aqui referenciada. A mesma exposição de idéias consta em outro artigo do autor, já publicado : *O federalismo brasileiro e a questão das competências constitucionais relativas à acessibilidade e inclusão social do portador de deficiência*, São Paulo : Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, 2008, p. 21-35;

[7] *Por um conceito de Minoria, in* "*Comunicação e Cultura das Minorias*", Raquel Paiva e Alexandre Barbalho (orgs.), São Paulo : Paulus, 2005, p. 11;

[8] As passagens e acontecimentos envolvendo a Igreja como entidade que chamou para si de modo exclusivo a titularidade do poder terreno ou secular, especialmente na baixa Idade Média, são notórias. Os Papas, àquele tempo, defendiam tal postura de modo expresso : "*Como representante de Cristo, la cabeza terrenal de la Iglesia es el titular de lo que en su origen es un principado unitario sobre la comunidad de los mortales, él es su sacerdote e su rey, su monarca espiritual y temporal, su supremo legislador y juez*

en todos los âmbitos" (Gregório VII, lib. I, ep. 1075, sendo que a mesma idéia foi defendida também pelo Papa Inocêncio III, c. 34, X 1, c. 6, X 1, 3333; c. 13, X 2, 1). Digna de nota é a observação de que havia efetivamente, também, uma doutrina bastante forte fora da Igreja que apoiava sua pretensão de acumulação de poder religioso-poder terreno, os chamados canonistas ou decretalistas. Apenas para citar alguns, podemos destacar Ptolomeu de Lucca, Egydio Romano, Agustín Trionfo, Pedro de Andlo e Álvaro Pelayo. Na verdade, não só os Papas, mas os doutrinadores que lhe faziam eco, baseavam-se, entre outros textos, no próprio evangelho : "*Todo reino dividido contra si mesmo acaba em ruína e nenhuma cidade ou casa dividida contra si mesma poderá subsistir*" (Mt, 12, 25). Egydio Romano, nesse aspecto e como exemplo de defesa da Igreja fora de seu seio, assevera que "*o poder terreno e temporal, como é terreno, como recebe os frutos da Terra, e como é temporal, como tem os bens temporais, é tributário e censuário do poder eclesiástico, reconhecendo a este no lugar de Deus, e em reconhecimento da própria servidão deve apresentar-lhe os dízimos*". Todas as citações desta nota foram retiradas de GIERKE, Otto von. *Teorias Políticas de la Edad Media*, Madrid : Centro de Estúdios Constitucionales, 1995, pp. 78-83.

[9] A excomunhão do Rei Henrique IV pelo Papa Gregório VII é bastante ilustrativo. Vejamos trecho emblemático do édito de excomunhão : "*A mim como teu representante me foi especialmente confiado a mim pela tua graça foi dado por Deus o poder de ligar e desligar no Céu e na Terra. Apoiando-me pois nesta crença para a honra e defesa da tua Igreja e em nome de Deus Todo-Poderoso, o Pai, o Filho e o Espírito, por intermédio do teu poder e autoridade, retiro o governo de todo reino dos germanos e da Itália ao rei Henrique filho do Imperador Henrique, porque ele ergueu-se contra a tua Igreja com uma inaudita soberba. E liberto os cristãos do juramento de fidelidade que lhe tiverem feito ou vierem a fazer, e proíbo a quem quer que seja de o servir como rei, porque é justo que aquele que procura diminuir a honra da tua Igreja perca a honra que deveria ter*". A resposta de Henrique não tardou. Veio em 27 de março de 1076 e, dentre outras afirmações, asseverou o seguinte : "*(...) tu pensaste que a nossa humildade era fruto de temor, daí não receaste em te insurgir contra este poder que nos foi concedido por Deus, tendo ousado ameaçar que dele nos despojaria como se tivéssemos recebido o reino de ti, como se na tua mão e não na mão de Deus estivesse o reino ou império. Jesus Cristo, nosso senhor, nos chamou para o reino, mas não te chamou para o sacerdócio*". O Rei excomungado ainda tentou, auxiliado por alguns bispos católicos descontentes, criar uma espécie de anti-papa, situação que, inclusive, gerou a chamada "*Querela das Investiduras*", que só foi posta a termo com a Concordata de Worms, em 1122, sendo ali estabelecido que os bispos seriam escolhidos pelo clero e o imperador teria o direito de decidir as eleições que fossem contestadas. Todas as citações desta nota foram retiradas de BARROS, Alberto Ribeiro. *Direito e poder em Jean Bodin : o conceito de soberania na formação do estado moderno*, São Paulo : EDUSP, 1999, p. 150.

[10] *O regime concordatário entre a "libertas ecclesiae" e a liberdade religiosa*, Coimbra : Coimbra, 1993, p. 7.

[11] Cf. KAMEN, Henry Arthur Francis. *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa Moderna*, Madrid : Alianza Editorial, 1991. Sobre Erasmo, e outros de mesma linha de raciocínio, diz Kamen : "*para Erasmo, como para otros humanistas contemporâneos, la tolerância no era un ideal; se trataba únicamente de un médio para asegurar esa armonia religiosa que todos los cristianos ansiabán*". Acerca das razões

comerciais para haver tolerância religiosa, o mesmo autor cita comentário de Sir William Petty: "*(...) para el progreso del comercio, si es que este es un motivo suficiente, debemos ser tolerantes en cuestiones de opinión*". Mais à frente, é o próprio Kamen quem afirma que "*los viajeros protestantes creían que la pobreza de Espana e Itália era consecuencia directa de su catolicismo intolerante, y que la creciente prosperidad de Inglaterra provenia de su actitud liberal hacia los disidentes, en especial desde 1689. La revocación del edicto de Nantes vino a reforzar esta opinión*", op. cit., p. 27, 216-218.

[12] CONTRERAS MAZARIO, José Maria. *Las Naciones Unidas y la Protección de las Minorias Religiosas*, Valencia : Tirant lo Blanch, 2004, p. 147;

[13] *Idem, ibidem*, p. 148. O mesmo autor ainda traz interessante observação sobre este ponto. A proteção a que faz jus a minoria religiosa seria aceitável somente, enquanto e na medida em que esta minoria religiosa fosse manifestada através de integrantes do Estado ou do país em questão. Ou seja, os nacionais ou pelo menos os residentes do país e, ainda mais, que demonstrassem lealdade ao Estado envolvido, teriam o direito de reclamar a proteção especial deste mesmo Estado em face de seus valores e de sua fé religiosa. Convém obtemperar a exigência acima, trazida à tona em 1954, para torná-la mais contemporaneamente aceitável. Imaginando, por hipótese, que um dado país organize Jogos Olímpicos de caráter mundial. A esse evento certamente acorrerão inúmeros cidadãos – entenda-se atletas, dirigentes, torcedores, jornalistas – de inúmeros Estados e, por lógica, com profissões de fé religiosa variadas. No momento dos Jogos, muitos destes indivíduos poderão se encontrar em situação de minoria em face da religião preponderante do país organizador do evento esportivo em questão. Seria razoável se aceitar que a ausência de residência ou lealdade dos integrantes destas hipotéticas minorias em face do país recepcionante os tornasse indefesos em relação a eventuais atos abusivos, autoritários ou limitativos no que concerne ao exercício de sua fé religiosa ? Tudo leva a crer que não. O exemplo em si mostra o descompasso de tal virtual situação com a evolução dos direitos humanos e do sistema de proteção real aos direitos das chamadas minorias num plano efetivamente supranacional.

[14] *Idem, ibidem*, op. cit., p. 186;

[15] Todos os casos e exemplos aqui mencionados – exceção aos comentários que são do próprio autor – foram retirados de HITCHCOCK, James. *The supreme court and religion in american life. Volume I : the odissey of the religion clauses*, Princeton : Princeton University Press, 2004;

[16] Apenas para ilustrar o ora afirmado, vemos que o caso *Plessy v. Ferguson*, por exemplo, de 1896, tratou da segregação racial nos EUA e foi um dos mais emblemáticos da ideologia do "*separate but equal*" (separados mas iguais), visão que vigorou no país até 1954, em que o julgamento de outro caso, Brown v. Board of Education, adotou entendimento diverso sobre a questão. A visão exposta no caso *Plessy v. Ferguson*, porém, é até hoje utilizada para fins de interpretação das políticas públicas e sociais de caráter inclusivo, as chamadas *affirmative actions*, o que bem demonstra o quanto queremos exibir quanto à atemporalidade de julgados dessa natureza.

[17] KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship : a liberal theory of minority rights*, New York : Oxford University Press, 1996, p. 162

[18] Idem, ibidem, p. 161.

[19] LOPEZ CASTILLO, Antonio. *La libertad Religiosa en la jurisprudencia constitucional*, Madrid : Arazandi, 2002

[20] Sucintamente, em 1896, um beato de nome Antonio Conselheiro arrebanhou, no sertão da Bahia, um verdadeiro séqüito de miseráveis, desempregados e sertanejos em geral em torno de uma idéia de salvação. Ele acreditava que havia sido enviado por Deus para acabar com as diferenças sociais e também com os pecados republicanos, entre estes, estavam o casamento civil e a cobrança de impostos. Com estas idéias em mente, ele conseguiu reunir um grande número de adeptos que acreditavam que seu líder realmente poderia libertá-los da situação de extrema pobreza na qual se encontravam. Devido a enorme proporção que este movimento adquiriu, o governo da Bahia não conseguiu por si só segurar a grande revolta que acontecia em seu Estado, por esta razão, pediu a interferência da República. Esta, por sua vez, também encontrou muitas dificuldades para conter os fanáticos. Somente no quarto combate, onde as forças da República já estavam mais bem equipadas e organizadas, os incansáveis guerreiros foram vencidos, em 1897, pelo cerco que os impediam de sair do local no qual se encontravam para buscar qualquer tipo de alimento e muitos morreram de fome. O massacre foi tamanho que não escaparam idosos, mulheres e crianças, in http://www.suapesquisa.com/historia/guerradecanudos/, acesso em 20/10/2008.

[21] Com um viés mais técnico, há uma manifestação monocrática do STF que trata da questão da liberdade de culto e exercício de crença, a seguir transcrita de modo parcial ; Ext 815 / EU - ESTADOS UNIDOS DA AMERICA; EXTRADIÇÃO; Relator(a): Min. MOREIRA ALVES; Julgamento: 06/04/2001; DJ 24/04/2001. DESPACHO : *1. O Dr. Juiz Federal da Vara de Execuções Penais da Seção Judiciária de São Paulo encaminha a esta Corte, por fax, petição formulada pelos advogados dos extraditandos Tuvia Stern e Harry Drummer, na qual, alegando-se que a eles, judeus ortodoxos, a religião judaica impõe a observância de preceitos rígidos por ocasião do período em que se comemoram festas religiosas como a de Páscoa, requerem possam os extraditandos celebrar em suas residências esse evento religioso, de 7 a 15 do corrente, podendo ser conduzidos à carceragem, para pernoite, nos dias 10, 11 e 12. 2. Das duas extradições em causa, sou relator da relativa a Tuvia Stern, razão por que me compete decidir apenas o requerimento na parte que lhe diz respeito. 3. Tendo em vista que o parágrafo único do artigo 84 da Lei nº 6.815/80 estabelece que a prisão do extraditando persistirá até o julgamento final da extradição, não se admitindo a concessão de liberdade vigiada, prisão domiciliar ou prisão-albergue, nada preceituando em contrário o Tratado de Extradição firmado entre o Brasil e os Estados Unidos da América, e, ainda, que o artigo 5º, VII, da Constituição assegura a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva nos termos da lei, indefiro o presente pedido. Comunique-se ao Dr. Juiz Federal da Vara de Execuções Penais da Seção Judiciária de São Paulo*. Brasília, 06 de abril de 2001. Ministro MOREIRA ALVES Relator;

[22] A IURD fez publicar, em 19 de fevereiro de 2008, a seguinte nota à imprensa : "*A Igreja Universal do Reino de Deus, entidade religiosa há 30 anos no Brasil, com mais*

de 5 milhões de fiéis e presente em 170 países, vem a público esclarecer que: 1. Fiéis de várias partes do país estão procurando a Iurd para manifestar seu repúdio em relação às notícias classificadas como lamentáveis, publicadas por veículos de comunicação, especialmente no que se refere à origem e destinação de seus dízimos; 2. O dízimo é um aspecto da liberdade de crença consagrada pela Constituição Federal; 3. A Iurd já ingressou com suas ações judiciais e não tem qualquer interesse de orquestrar e incentivar processos individuais por parte de seus fiéis; 4. A Iurd respeita a liberdade de Imprensa, os jornalistas e suas entidades representativas, porém, não admite que reportagens sejam usadas para ofensas de outras garantias constitucionais como a dignidade da pessoa humana, o acesso à Justiça, à liberdade de crença e à inviolabilidade da honra; 5. A Imprensa deve atuar com responsabilidade e não pré-julgar, manipular ou condenar precipitadamente; 6. A Iurd não está à margem da sociedade. É uma entidade regularmente constituída, conforme a legislação brasileira, que deve ser respeitada como todas as outras denominações religiosas no estado democrático de direito. É inaceitável, que no uso de suas prerrogativas, a mídia utilize denominações ofensivas e preconceituosas como seita, bando e facção em referência à Iurd; 7. A Iurd apóia a posição de todas as entidades de classe quando está em questão a Democracia. A Imprensa, com responsabilidade, pode noticiar e os fiéis, da mesma forma, podem acessar a Justiça; 8. Cabe ao Judiciário, com a imparcialidade e independência que lhe são inerentes, a palavra final. São Paulo, 19 de fevereiro de 2008. Igreja Universal do Reino de Deus", http://www.idp.org.br/web/idp/content/view/id/1021, acesso em 16 de outubro de 2008.

[23] Eis a íntegra da nota da ABI : "*Ao longo de sua existência, o país conheceu a fúria repressiva do poder do Estado contra a liberdade de imprensa, como se deu sob o Estado Novo e sob a ditadura militar que nos infelicitou entre 1964 e 1985, mas jamais assistira a uma investida partida da própria sociedade civil contra a liberdade de informação com a abrangência e o conteúdo desta que se materializa nas ações judiciais armadas contra esses jornais e contra essa jornalista. Através desse procedimento, buscam os autores de tais ações obter a cobertura do Poder Judiciário para cercear e condicionar o exercício do direito de informação. Numa evidência de que há um cérebro e um comando a centralizar a instauração dessas ações judiciais, seus autores estão espalhados por quase 20 Estados da Federação, no caso da Folha de S.Paulo, e ajuizaram esses feitos em municípios longínquos, numa clara demonstração de que a ação assim coordenada tem por objetivo dificultar a defesa da parte adversa. Há a nítida intenção de dificultar o direito de ampla defesa e do contraditório assegurado pela Constituição, em face da disposição da lei processual de que o alegado na inicial será tido como procedente se não houver contestação, ainda que se ressalve, nesta hipótese, a formulação de convicção própria pelo juiz. A existência de um comando na ação liberticida fica patente também em outros aspectos desse conjunto de ações, que repetem a mesma redação em quase todas as petições, à exceção de umas poucas, fazendo a mesma descrição, exibindo os mesmos argumentos e formulando as mesmas postulações, entre as quais a concessão do benefício da justiça gratuita, para livrar os autores dos ônus materiais de sua iniciativa. Salvo um ou outro caso, em que se reclama o pagamento de indenizações por danos morais que variam entre R$ 10.000,00 e 12.000,00, os demandantes fixam o valor do pleiteado em R$ 1.000,00, para diminuir o montante de seu desembolso na hipótese de negação do pedido de benefício da justiça gratuita pelo juiz da causa. Subscritas por pastores mobilizados pela Igreja Universal como um encargo de seu ofício religioso ou por fiéis convocados para tal missão, essas ações constituem em seu conjunto intolerável*

agressão à ordem democrática, pelo empenho em substituir o exercício de direitos consagrados pela legislação, especialmente o direito de resposta, por alternativa que, embora aparentemente abrigada pelas leis do país, subtrai o direito de ampla defesa estabelecido pela Constituição. É grave e preocupante que tal se faça sob o pálio de uma confissão religiosa, que se porá acima do olhar dissonante dos que não a professam e da visão crítica com que estes a encarem. A ABI dirige-se aos magistrados responsáveis pelo julgamento dessas ações para alertá-los acerca dos danos que o deferimento do pleiteado pode causar à democracia no país, objeto de um processo de construção ainda não encerrado e que deixou ao longo da recente História do Brasil não poucas vítimas e não poucos mártires. Apela também a ABI aos cidadãos comuns e às instituições representativas dos diferentes segmentos da sociedade para que manifestem a esses magistrados a sua preocupação com a decisão que deverão tomar em cada causa, que não afeta apenas a Folha de S.Paulo, "A Tarde" e a jornalista Elvira Lobato, mas principalmente a integridade da democracia no país. Com esse fim a ABI divulgará proximamente em seu site (www.abi.org.br) os nomes desses juízes e os endereços desses juizados, para viabilizar a manifestação dos cidadãos ofendidos por essa ação antidemocrática. Por fim apela a ABI à Anistia Internacional para que desencadeie um movimento mundial de solidariedade com os jornais e a jornalista ora ameaçados. Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 2008. Mauricio Azêdo, presidente.", http://www.idp.org.br/web/idp/content/view/id/1021, acesso em 16 de outubro de 2008.

[24] MARTINEZ DE PISÓN, *op. cit*., p. 59;

[25] A tolerância é tema que merece estudo à parte, não podendo ser tratada aqui de maneira incidental. Recomendamos, dentre as diversas leituras de qualidade sobre o tema, a já citada obra de Henry Kamen.

COMPENSAÇÃO HISTÓRICA VERSUS DISCRIMINAÇÃO PRESENTE: POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA PARA NEGROS NA PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN*

HISTORICAL COMPENSATION VERSUS PRESENTS DISCRIMINATION: AFFIRMATIVE ACTION POLICY FOR THE BLACK BY RONALD DWORKIN

Arthur Laércio Homci da Costa Silva

RESUMO

O presente trabalho objetiva apresentar o real escopo para o desenvolvimento de políticas de ação afirmativa no Brasil, a partir de debate entre os fundamentos de compensação histórica versus discriminação presente, definindo qual a melhor base de justiça. Por fulcro teórico, serão utilizadas as ideias de Ronald Dworkin, expostas em três de suas principais obras, mediante a discussão de casos específicos envolvendo a temática da ação afirmativa.

PALAVRAS-CHAVES: DISCRIMINAÇÃO; COMPENSAÇÃO HISTÓRICA; AÇÃO AFIRMATIVA; RONALD DWORKIN.

ABSTRACT

The study presents the real scope for the development of affirmative action in Brazil, as discussed in the basis of compensation versus historical discrimination present, defining the best basis for justice. For core theoretical ideas are used by Ronald Dworkin, displayed on three of his major works, through the discussion of specific cases involving the issue of affirmative action.

KEYWORDS: DISCRIMINATION; HISTORICAL COMPENSATION, AFFIRMATIVE ACTION; RONALD DWORKIN.

INTRODUÇÃO: AS JUSTIFICAÇÕES DA AÇÃO AFIRMATIVA

"A raça negra é uma espécie humana tão diferente da nossa quanto a raça de cachorros *spainel* dos *galgos* (...). A lã negra nas suas cabeças e em outras partes [do corpo] não se parece em nada com o nosso cabelo; e pode-se dizer que a sua compreensão, mesmo que não seja de natureza diferente da nossa, é pelo menos muito inferior." (VOLTAIRE, apud PENA, 2008, p. 14)

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O excerto acima, escrito no século XVIII pelo árduo defensor das liberdades civis François-Marie Arouet, conhecido pelo pseudônimo Voltaire, retrata a realidade histórica que marcou a cultura de diversas sociedades ocidentais. Essa visão também foi difundida nas colônias dos principais países expansionistas da Europa, chegando ao Brasil com fácil adaptação, não só porque era biologicamente aceita[1], mas mais por atender os interesses econômicos que giravam em torno do intenso comércio de escravos instalado na colônia.

Não obstante a constatação histórica da noção biológica que era empregada para rotular os negros no Brasil, não se pode olvidar a importância desse grupo[2] para a formação da sociedade pátria, nos aspectos mais variados possíveis. Desde a construção da cultura musical até a orientação do método de trabalho, os negros influenciaram diretamente no modo de viver da sociedade brasileira.

Em contrapartida, o povo brasileiro, longe de ter sido construído por movimentos racialmente estanques, passou por processos contínuos de miscigenação, nos quais os diferentes grupos raciais emaranharam-se de maneira tão forte que passou a ser difícil definir quem de fato são os negros e os brancos. Conforme aduz Roberto DaMatta:

No caso da nossa sociedade, a dificuldade parece ser justamente a de aplicar esse dualismo de caráter exclusivo; ou seja, uma oposição que determina a inclusão de um termo e a automática exclusão do outro, como é comum no racismo americano ou sul-africano, que nós brasileiros consideramos brutal (...). Isto é, entre o preto e o branco (que nos sistemas anglo-saxão e sul-africano são termos exclusivos), nós temos um conjunto infinito e variado de categorias intermediárias em que o *mulato* representa uma cristalização perfeita. (DAMATTA, 1986, p. 41)

Por conta dessa mistura de raças existente no Brasil, tornou-se comum alcunhar o país de multirracial, no sentido de que congrega dentro da nação diversos grupos racialmente definidos. Essa afirmação ganhou espaço na nossa cultura geral, especialmente na música, nas novelas, no cinema e nas artes.

Entretanto, no presente, essa noção de multirracialidade do Brasil começa a ser veementemente contestada, especialmente por conta das marcantes diferenças sociais que ainda são visualizadas entre os negros e os brancos. Se é complexo definir quem de fato são os negros e os brancos, parece razoavelmente simples visualizar que a grande parcela das pessoas que compõem a população de baixa renda no Brasil se autodeclara negra.

Tanto por razões históricas quanto por razões sociais, começou-se a discutir a necessidade de promoção de políticas públicas de ação afirmativa, no intuito de promover os direitos básicos da população negra, mediante critérios que objetivam maior igualdade social e econômica entre os grupos raciais que povoam o território nacional.

Dada essa realidade de discussão, o objetivo do presente trabalho é definir qual o real escopo para o desenvolvimento das políticas de ação afirmativa no Brasil, a partir de um debate entre os fundamentos de *compensação histórica* e

discriminação presente, a fim de definir qual destes é o melhor fundamento de justiça para as ações afirmativas.

Como base teórica, serão utilizadas as ideias do filósofo estadunidense Ronald Dworkin, não apenas pela ampla construção já desenvolvida pelo autor, mas porque foi nos Estados Unidos da América que o debate sobre as ações afirmativas alçou o seu vôo mais alto, e Dworkin se apresenta, naquele contexto, como um dos principais expoentes da discussão.

O filósofo norte-americano aborda a questão das ações afirmativas em suas principais obras, mediante a discussão de casos específicos envolvendo a temática, aplicando a sua teoria da igualdade na elaboração das suas conclusões. Esses casos serão objeto de análise nesse trabalho, bem como a abordagem final feita pelo autor, na obra *A virtude soberana*, na qual faz um apanhado geral sobre a situação das políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos da América.

Vale salientar, contudo, que não se almeja, após a apresentação da abordagem dworkiana, transportá-la diretamente para o contexto brasileiro, pois é evidente que a discriminação racial existente por aqui foi e é bem distinta da experimentada por lá, conforme já deixou claro o excerto transcrito das lições de Roberto DaMatta. Contudo, a noção de justiça das ações afirmativas construída pelo autor é importante para a elaboração da teoria brasileira.

Ademais, não se discute nesse trabalho a necessidade de promoção de políticas de promoção da igualdade para negros no Brasil; parte-se do pressuposto de que essas políticas são necessárias. O que se objetiva, nessas linhas, é debater qual o melhor fundamento para essas políticas, na seguinte perspectiva: as ações afirmativas são necessárias para promover compensação histórica aos negros, ou são necessárias para dissolver a discriminação que ainda hoje é patente na sociedade brasileira?

É sobre esses dois argumentos estruturais das ações afirmativas que o trabalho versará.

1. AS POLÍTICAS DE COTAS: O CASO BAKKE

O primeiro caso exposto por Dworkin a ser trabalhado foi descrito no livro *Uma questão de princípios* (1985), caso este que balançou os alicerces da Suprema Corte norte-americana.

Na década de 70 do século XX, a escola de medicina da Universidade da Califórnia instituiu programa de ação afirmativa objetivando maior admissão de estudantes negros e integrantes de outros grupos minoritários entre os seus discentes. Pelo programa, 16 (dezesseis) das 100 (cem) vagas existentes para ingresso na faculdade de Medicina eram destinadas aos negros e integrantes grupos minoritários, sendo que, para alcançar o acesso, esse grupo privilegiado necessitava de uma média menor do que a alcançada pelos estudantes que disputavam as demais vagas ofertadas (vagas para não-negros).

Allan Bakke era um estudante branco que foi reprovado no exame de acesso à universidade, embora a sua nota fosse suficiente para que ingressasse caso não houvesse sido instituído o programa de cotas em favor dos membros de grupos minoritários.

Descontente com a sua reprovação, Bakke procurou o Poder Judiciário estadunidense, chegando o caso, ainda na década de 1970, à Suprema Corte, sob o título de *Regents of the University of California v. Allan Bakke.* A Suprema Corte decidiu a questão em favor de Bakke, embora não tenha discutido com afinco a constitucionalidade do programa da Universidade da Califórnia, que utilizada a raça como o critério fundamental para a destinação das vagas. Na decisão, prevaleceu a argumentação construída pelo juiz Powell, a qual é objeto de análise e críticas por parte de Ronald Dworkin.

Todavia, antes de tecer críticas à decisão da Suprema Corte, Dworkin apresenta e rechaça os argumentos levantados pelos advogados de defesa de Bakke, valendo citá-los.

Os argumentos da defesa de Bakke eram basicamente três:

a) Os programas de ação afirmativa são inconstitucionais, por violarem o direito individual à igualdade daqueles que não obtiveram a vaga;

b) O indivíduo possui o direito de ser avaliado exclusivamente de acordo com seu mérito, e não como membro de um grupo racialmente definido, e;

c) A igualdade racial pregada nos Estados Unidos da América não permite qualquer tipo de discriminação, em face da cláusula de igual proteção.

Em resposta a esses três argumentos, Dworkin aduz que a sociedade norte-americana é uma sociedade racialmente consciente, por consequência inevitável de uma história de escravidão, repressão e preconceito, e o objetivo das ações afirmativas é exatamente o de desconstruir essa consciência racial da sociedade estadunidense:

Os programas de ação afirmativa usam critérios racialmente explícitos porque seu objetivo imediato é aumentar o número de membros de certas raças nessas profissões. Mas almejam, a longo prazo, reduzir o grau em que a sociedade norte-americana, como um todo, é racialmente consciente.

(...)

Eles usam medidas vigorosas porque as mais suaves fracassaram, mas seu objetivo final é diminuir, não aumentar a importância da raça na vida social e profissional norte-americana. (DWORKIN, 2001, p. 439)

Para Dworkin, é impossível reformar a consciência racial da sociedade por meios racialmente neutros. Nessa medida, a escolha da raça como fator de inclusão dos negros nas universidades é uma questão de critério, a qual não pode ser declarada inconstitucional pela Suprema Corte, sendo contestada por Bakke apenas com

fundamento no direito abstrato à igualdade. Usar o programa de ação afirmativa é uma estratégia para atacar um problema existente a nível nacional, e a sua utilização é justa e necessária porque ainda hoje a consciência racial da sociedade norte-americana é muito forte.

Dworkin não rejeita, sob hipótese alguma, que a aplicação desses programas possui custos específicos para a sociedade, desde a restrição do acesso a determinados direitos por parte de pessoas que não estão inseridas nos grupos reconhecidos como vulneráveis, até o risco de que os próprios negros se sintam ofendidos por esse tipo de política.

Entretanto, na visão de muitas universidades, os ganhos desse tipo de política superam os seus prováveis prejuízos, embora o autor reconheça que os ganhos, assim como os prejuízos, estão todos no campo da probabilidade, e não da certeza.

Ainda assim, Dworkin defende a instituição dos programas, pois não reconhece a inconstitucionalidade da utilização da raça como um critério de admissão nas universidades, desde que o seu objetivo esteja devidamente delineado e seja sério, fato constatado no programa da Universidade de Califórnia. Tratando as vagas em universidades de medicina como recursos que devem ser distribuídos à sociedade, o filósofo estadunidense aduz que a política de ação afirmativa seria uma maneira de promover a distribuição igualitária desses recursos, reconhecendo as diferenças de caráter social que marcam os negros na sociedade dos Estados Unidos da América.

Ainda na discussão desse caso, Dworkin passa a tecer comentários a respeito da decisão adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em especial ao voto proferido pelo juiz Powell, que parece ter sido o único a tangenciar a constitucionalidade do programa da Universidade da Califórnia.

O fundamento do juiz Powell era no sentido de afastar a raça como o único (ou principal) critério para admissão nas universidades norte-americanas. Não afirmou categoricamente que a raça não poderia ser utilizada como critério para admissão, mas que a raça não poderia constituir-se no principal critério para a destinação das vagas, fato ocorrido no programa da Universidade da Califórnia. Nessa medida, outros critérios mais flexíveis poderiam ter sido adotados, como, por exemplo, a destinação de uma pontuação inicial maior para os membros de determinadas classes, submetendo-os aos demais exames nas mesmas condições dos demais candidatos.

Não obstante a constatação de Powell, Dworkin afirma que o voto do juiz da Suprema Corte de maneira alguma analisa a questão constitucional que está presente no caso, e, se o faz, deixa de considerar fatores importantes na decisão. Para Dworkin, “a questão é, antes, que não há nenhuma diferença, do ponto de vista dos direitos individuais, entre os dois sistemas” (DWORKIN, 2001, p. 463), seja o de acesso flexível, seja o de cotas.

Independentemente do sistema adotado pelas universidades, o fato é que a classificação racial que objetive uma vantagem adicional aos grupos marcados pelo preconceito não pode ser declarada inconstitucional por utilizar a raça como critério de promoção dos direitos, vez que a cláusula de igual proteção objetiva extirpar da

sociedade norte-americana a discriminação negativa que assolou – ainda assola – o país, materializada no preconceito em desfavor dos negros.

Assim sendo, embora no caso Bakke a Suprema Corte tenha declarado a inconstitucionalidade do sistema de cotas, Dworkin afirma que o Judiciário não apreciou a questão de maneira completa, vez que permitiu que a raça, de outra maneira, pudesse ser utilizada como critério para admissão nas universidades.

2. AÇÃO AFIRMATIVA NO ÂMBITO PRIVADO: O CASO WEBER

Ainda na obra *Uma questão de princípios* (1985), Dworkin explora novo caso que foi apreciado pela Suprema Corte estadunidense.

A fábrica da Companhia de Alumínios Kaiser, no Estado de Louisiana, instituiu programa no qual os negros que trabalhavam na Companhia receberiam vantagens em programas de treinamento para admissão em cargos mais elevados na fábrica, em decorrência de acordo firmando com o Sindicato dos Siderúrgicos, pois foi constatado que quase a totalidade dos cargos de alto escalão da empresa não era ocupada por trabalhadores negros, embora boa parcela dos trabalhadores ocupantes dos demais cargos de nível inferior fosse de negros.

Nesse programa de treinamento para funções qualificadas, o critério de participação seria o tempo de casa do funcionário, exceção feita aos trabalhadores negros, que ingressavam no programa automaticamente por pertencerem a um grupo socialmente desfavorecido, com o intuito de criar proporção de funcionários negros nos postos qualificados semelhante à proporção de negros na força de trabalho da região onde estava localizada a fábrica.

Entretanto, um funcionário branco da fábrica chamado Brian Weber ficou descontente porque não foi classificado para uma das vagas do programa de treinamento destinadas aos brancos, por não ter o tempo de casa suficiente. Em decorrência de distinção em função da raça instituída pelo programa, Weber procurou o Poder Judiciário dos Estados Unidos da América para discutir a ilegalidade do programa em face da Lei de Direitos Civis de 1964, que dispõe na seção 703-A do título VII, que é ilegal:

(1) deixar de contratar ou recusar-se a contratar, ou despedir, qualquer indivíduo ou discriminar qualquer indivíduo no que diz respeito a compensação, termos, condições ou privilégios de emprego por causa da raça, cor, religião, sexo ou origem nacional de tal indivíduo ou

(2) limitar, segregar ou classificar seus empregados ou candidatos a emprego de qualquer maneira que prive qualquer indivíduo de oportunidades de emprego ou que afete adversamente sua condição como empregado por causa da raça, cor, religião, sexo ou origem nacional de indivíduo.

Chegando a causa na Suprema Corte, cinco juízes sustentaram a improcedência dos argumentos de Weber, aplicando a teoria da *State Action*, segundo a

qual o Judiciário não pode intervir nas relações privadas para fazer valer a aplicação dos direitos fundamentais, pois o particular só poderá exigir a observância desses nas relações em face do Estado.

Contudo, embora não houvesse sido arguida, já que estava em pauta apenas a legalidade do programa em face da Lei de Direitos Civis, a questão de fundo chegou a ser debatida por dois juízes, que, tomando rumos distintos, discutiram a viabilidade do programa diferenciado de acesso dos negros ao treinamento para cargos de maior escalão na empresa, e a constitucionalidade desse programa.

Dworkin explora a dissidência dos votos dos juízes Brennan – que interpreta a Lei dos Direitos Civis no sentido de que permite a promoção de ações afirmativas, pois objetiva promover a igualdade aos negros –, e Rehnquist – para quem a lei incorpora concepção de igualdade que proíbe qualquer distinção baseada em raça.

De início, Dworkin critica as duas decisões por tentarem de diversas maneiras "adivinhar" qual era o objetivo do Congresso Nacional no momento da criação do dispositivo legal supracitado. Dworkin despende boa parte de sua argumentação para afirmar que a interpretação dada pelo Judiciário não possui meios suficientes para descobrir qual o sentido objetivado pelo Poder Legislativo no momento da criação da norma. As noções de "intenção legislativa", "compreensão coletiva", ou qualquer outro modo de interpretação que almeje aplicar a vontade do Congresso no momento da criação da lei são considerados falhos por Ronald Dworkin.

Por isso, dentre os vários argumentos utilizados pelos juízes da Suprema Corte, Dworkin concorda com a disposição trazida pelo juiz Brennan, pela qual a ação afirmativa não era exigida pela lei, mas também não era proibida por ela. Para fundamentar essa ideia, Brennan constrói a sua argumentação na seguinte perspectiva:

1) Pode-se reconhecer um programa político sustentado pelas disposições do título VII da Lei, que reduz a inferioridade econômica de negros e outras minorias;

2) O programa permitirá planos como o da Kaiser;

3) É errado o Governo intervir nas políticas privadas de contratação e recursos humanos apenas para assegurar equilíbrio racial, mas nada impede que esse programa seja instituído de forma voluntária, pois trata-se de uma decisão de gerenciamento, e;

4) Uma regra que proíba a ação afirmativa voluntária certamente constitui intervenção em decisões tradicionais de gerenciamento.

Entretanto, Dworkin reforça que esse caso precisa ser analisado detidamente, pois congrega duas possibilidades sérias de interpretação, e cabe ao Poder Judiciário definir qual a melhor resposta a ser dada para a questão.

Nessas circunstâncias, a moralidade política (justiça) deverá pautar a escolha da melhor decisão, buscando-se sempre a construção de uma sociedade mais justa racialmente, o que, na perspectiva de Dworkin, seria de fato a intenção do legislador na formulação da Lei dos Direitos Civis.

Assim sendo, as ações afirmativas na seara das relações privadas não podem ser obrigadas pelo Estado, embora também não possam ser proibidas se adotadas voluntariamente.

No Brasil, essa realidade é deveras diferente, especialmente porque o nível de intervenção do Estado nas relações privadas, para assegurar o exercício de direitos fundamentais, é bastante acentuado, tendo em conta que almeja viver em um Estado democrático de Direito que possui diversos objetivos de caráter social. Portanto, a decisão adotada nesse caso precisaria ser melhor construída se quisesse ser aplicada por aqui.

3. DISCRIMINAÇÃO POSITIVA *VERSUS* DISCRIMINAÇÃO NEGATIVA: OS CASOS SWEATT E DEFUNIS

Na obra *Levando os direitos a sério* (1977), Dworkin apresenta dois casos que dão base à sua primeira e talvez mais importante análise da temática das ações afirmativas, traçando, em seguida, diversas ideias que dariam base à sua teoria da igualdade, exposta no livro *A virtude soberana, teoria e prática da igualdade* (2000).

Em 1945, um negro chamado Sweatt tentou ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, entretanto foi recusado, pois uma lei estadual determinava que somente brancos poderiam frequentar a universidade. A Suprema Corte declarou que a lei violava os direitos garantidos na 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, pela qual nenhum Estado pode negar aos seus cidadãos igual proteção perante suas leis.

Em 1971, um judeu chamado DeFunis candidatou-se a uma vaga na Faculdade de Direito da Universidade de Washington e foi recusado, ainda que suas notas fossem superiores às de candidatos aprovados pertencentes a grupos minoritários. Ele pediu à Suprema Corte que declarasse que a prática da Universidade, menos rigorosa com candidatos pertencentes a grupos minoritários, violava a 14ª Emenda e era, portanto, inconstitucional.

O caso de Defunis dividiu os grupos que classicamente lutavam por causas liberais. Conforme assinala Dworkin:

No passado, os liberais sustentaram, como parte de um conjunto de atitudes, três proposições distintas: a) que a classificação racial é um mal em si mesma; b) que todos têm direito a uma oportunidade educacional proporcional às suas habilidades; c) que a ação afirmativa estatal é o remédio adequado para as graves desigualdades existentes na sociedade norte-americana. Na última década [1970], contudo, ganhou corpo a opinião de que essas três proposições liberais não são compatíveis, pois os programas mais eficazes de ação estatal são aqueles que dão uma vantagem competitiva aos grupos raciais minoritários. (DWORKIN, 2002, p. 345)

Dworkin detém-se na análise específica do caso Defunis, partindo da premissa de que ninguém possui o direito a insistir que a inteligência seja adotada como único critério para a admissão em no ensino superior, não obstante reconheça que o

argumento de Defunis é muito mais profundo, pois o mesmo argúi que tem direito a que a raça não seja usada como critério, independentemente de quanto uma classificação racial possa contribuir para o bem-estar da sociedade. A fundamentação de Defunis é embasada no direito abstrato à igualdade.

Parte da importância do caso Defunis está em definir a igualdade como política e a igualdade como direito. Para Dworkin, a abordagem deve necessariamente centrar atenções na conceituação do que seja o direito à igualdade.

Nessa perspectiva, os cidadãos teriam dois tipos de direito à igualdade: a) direito a *igual tratamento*, que representa uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo (ex: direito a voto igual em uma democracia), e; b) direito ao *tratamento como igual*, que materializa a ideia de ser tratado com o mesmo respeito e consideração de qualquer outra pessoa.

Nas palavras de Dworkin, "o direito de um indivíduo de ser tratado como igual significa que sua perda potencial deve ser tratada como uma questão que merece consideração. Mas essa perda pode, não obstante isso, ser compensada pelo ganho da sociedade em geral" (DWORKIN, 2002, p. 351).

Por meio dessa noção de igualdade como direito a tratamento como igual, Dworkin critica a ideia *anti* ação afirmativa pela qual a raça não pode ser utilizada de maneira nenhuma como critério para a admissão em uma faculdade, pois todo e qualquer critério pode ser mal manejado, e não apenas o critério racial.

Não obstante isso, os argumentos utilitaristas que fundamentam a ação afirmativa também não devem ser sustentados. Uma ação afirmativa não deve ser promovida porque dá à sociedade maior bem-estar geral, seja esse bem-estar no sentido psicológico (maior prazer), ou no sentido preferencial (agrada a preferência da maioria dos cidadãos).

O indivíduo não pode jamais ser considerado como *meio* para garantir a melhoria de vida da sociedade. O homem é o fim da ação afirmativa, e não o meio pelo qual a sociedade poderá corrigir as injustiças cometidas no passado em desfavor dos negros. Por isso, a ação afirmativa só é válida se enfoca diminuir a discriminação presente, que é materializada no preconceito racial existente na sociedade norte-americana e que impede a igualdade de negros e brancos no acesso à educação superior.

Nessa perspectiva, os argumentos de Defunis não podem prevalecer, pois a ação afirmativa promovida pela Universidade de Washington possui um fundamento moral (de justiça) que não existia no caso da Universidade do Texas, a qual impedia o acesso dos negros em razão do preconceito existente na sociedade.

A dicotomia entre a validade das discriminações negativas e das discriminações positivas fica evidente nesse caso, no qual Dworkin defende por razões de justiça a instituição de políticas de ação afirmativa. Adiante, o autor apresenta quais fundamentos práticos e teóricos da necessidade de estímulo a esse tipo de programa.

4. FUNCIONALIDADE E JUSTIÇA DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

Na obra *A virtude soberana. Teoria e prática da igualdade* (2000), Dworkin expõe toda a sua teoria da igualdade, dispensando os sete primeiros capítulos da obra para tanto. Na segunda parte do livro, o autor discute questões práticas relativas às ações afirmativas, e nessa perspectiva tenta responder a duas indagações: as ações afirmativas funcionam? As ações afirmativas são justas?

Inicialmente, o autor afirma que na atualidade as políticas de ação afirmativa vêm passando por um momento de grande dificuldade, pois várias universidades dos Estados Unidos da América do Norte estão adotando medidas para cancelar os seus programas, que vinham sendo aplicados desde a década de 1970.

Em 1996, o Quinto Tribunal Itinerante de Apelação norte-americano declarou inconstitucional o programa de admissões diferenciadas da faculdade de Direito da Universidade do Texas, ao julgar o caso *Hopwood v. Texas*, e dois dos cincos juízes que apreciaram o caso declararam que a interpretação dada no caso Bakke – acima reportado – teria sido anulada. A Suprema Corte recusou-se a anular a decisão do Tribunal de Apelação, e a decisão acabou se alastrando para diversos outros Estados da federação.

O fato é que a grande maioria das críticas aos programas de ação afirmativa se concentram nas suas consequências, em especial na diminuição do padrão educacional pela admissão de estudantes sem qualificação no ensino superior.

Uma pesquisa estatística denominada de *A Forma do Rio* (*The Shape of de River*) foi desenvolvida com o intuito de avaliar os reais impactos das políticas de ação afirmativa na sociedade estadunidense, e, para constatar a validez desse estudo, é necessário que sejam distinguidos os dois aspectos fundamentais do debate sobre as ações afirmativas:

O primeiro é uma questão de princípio: a ação afirmativa para negros é injusta porque viola o direito e todo candidato ser julgado por seus méritos individuais? O segundo é uma questão de diretriz ou consequência prática: a ação afirmativa produz mais mal do que bem, porque faz com que alguns negros se matriculem em cursos além de suas capacidades, ou estigmatiza todos os negros como inferiores, ou faz com que a comunidade se torne mais, em vez de menos, prevenida com relação à raça? (DWORKIN, 2005, p. 549)

Na atualidade, a questão prática está em maior evidência, tanto pelos defensores quanto pelos críticos dos programas de ação afirmativa. Entretanto, as conclusões adotadas por esses dois grupos são superficiais, pois estão embasadas em casos isolados e não na realidade global desse tipo de política pública. Por isso, o estudo realizado em *A Forma do Rio* é tão importante para a compreensão exata dos efeitos práticos dos programas de ação afirmativa.

O estudo afirma que as faculdades que instituíram programas de ação afirmativa formaram, de fato, muitos estudantes negros com potencial para ocupar

cargos de liderança na sociedade estadunidense. Se em 1951 o percentual de negros que ingressavam nas universidades que foram alvo de pesquisa era de 0,8% por escola, em 1989 esse percentual subiu para 6,7%.

Outra conclusão admitida pelo estudo refuta a premissa obrigatória de que os estudantes negros eram menos qualificados que os estudantes brancos, e as estatísticas confirmam que em algumas disciplinas o desempenho dos negros era superior ao desempenho dos alunos brancos.

Por outra, o índice de evasão de negros aprovados em programas de ação afirmativa é muito pequeno se comparado à média nacional, não obstante se reconheça que o índice de evasão dos negros é maior do que o índice de evasão dos brancos, fato justificável por conta da procedência familiar desses negros, que geralmente advêm de famílias de baixo poder aquisitivo e às vezes são obrigados a abandonar os estudos por questões financeiras – embora essa justificativa não possa ser considerada universal.

Os negros formados nas universidades que aderiram a programas de ingresso diferenciado também conseguiram melhor inserção no mercado, embora a remuneração recebida por eles seja inferior à remuneração auferida pelos brancos formados nas mesmas condições, o que evidencia a existência de preconceito na economia norte-americana.

O estudo também comprovou que o aumento do número de negros nas universidades, ao invés de estigmatizá-los, proporcionou-lhes uma melhor aceitação entre os estudantes não-negros, e que, mesmo a maioria dos estudantes não-negros que não foram admitidos nas universidades em razão da implementação de programas que destinavam vagas específicas para negros não se ressentem da aplicação da política de ação afirmativa.

Nos Estados Unidos da América, ficou constatado que a maioria dos estudantes advindos de famílias de baixa renda é branca, o que desorienta a adoção de uma política de ação afirmativa para pobres, e não para negros. No Brasil, essa realidade é substancialmente diferente, pois a grande parcela da sociedade inserida nas classes economicamente desprivilegiadas se autodeclara negra.

Com base nesses e em outros dados, Dworkin comprova que é evidente a funcionalidade dos programas de ação afirmativa, de modo que a sua contraposição só poderá ser realizada se forem encontrados argumentos de princípio que indiquem a sua possível injustiça. Na prática, percebeu-se que esse tipo de política traz muito mais benefícios do que prejuízos para a sociedade como um todo.

"Por que, então, tanta gente considera injusta a ação afirmativa?" (DWORKIN, 2005, p. 573). Para Dworkin, essa posição denota uma visualização equivocada que a sociedade norte-americana possui a respeito do fundamento das ações afirmativas. Nesse passo, começa a discorrer sobre as razões que levam a crer que a ação afirmativa é justa.

Para tanto, parte da análise da cláusula de igual proteção, inserida na Constituição estadunidense a partir da Emenda décima quarta. Essa cláusula proíbe que o Governo institua qualquer tipo de discriminação que seja desvantajosa ao indivíduo.

“A cláusula não garante que todos os cidadãos terão benefícios iguais em todas as decisões políticas; ela lhes garante somente o tratamento igualitário – com igual consideração e respeito em deliberações e processos políticos que resultem em tais decisões” (DWORKIN, 2005, p. 584).

Dworkin afirma que a análise da justiça das ações afirmativas não pode ser feita de maneira classificatória, mas sim caso a caso, o que possibilitaria um maior acerto no julgamento dos programas instituídos pelas universidades, embora demandasse um trabalho mais acurado por parte do Judiciário, além de acarretar menor previsibilidade às decisões judiciais das cortes locais.

Também é verdade que a cláusula de igual proteção oferece um juízo moral forte para o julgamento das políticas de ação afirmativa, e os juízes deverão buscar sempre esse critério de justiça para analisar os casos concretos. Para Dworkin, as classificações raciais não são moralmente mais equivocadas do que qualquer outro tipo de classificação, que dê prevalência às aptidões físicas ou genéticas, por exemplo.

Essa classificação é justa não para compensar a discriminação realizada no passado, mas para garantir benefícios a toda a sociedade no futuro:

As justificativas compensatórias presumem que a ação afirmativa é necessária, (...) para compensar as minorias pelos danos a sua raça ou classe no passado, e [eu] estava certo ao assinalar o erro de se supor que uma raça “deve” compensação a outra. Mas as universidades não aplicam os critérios de admissão sensíveis à raça para compensar indivíduos nem grupos: a ação afirmativa é um empreendimento voltado para o futuro, e não retroativo, e os alunos minoritários a quem ela beneficia não foram, obrigatoriamente, vítimas, individuais, de nenhuma injustiça no passado. As grandes universidades esperam educar mais negros e outros alunos minoritários, não para compensá-los por injustiças passadas, mas para proporcionar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os a acabar com a maldição que o passado deixou sobre nós. (DWOKIN, 2005, p. 606).

Embasado nessa premissa, Dworkin afirma que o programa de ação afirmativa que tenha por objetivo essa promoção da igualdade no presente e no futuro não pode ser considerado injusto e inconstitucional.

5. CONCLUSÃO: A HISTÓRIA NÃO PODE SER COMPENSADA

Após a apresentação dos casos trabalhados por Dworkin, e das razões que lhe levam a compreender a justiça das políticas de ação afirmativa, parece mais tranquilo apresentar um fundamento válido para a aplicação desse tipo de política pública no Brasil.

Não é segredo nenhum o fato histórico de que o Brasil, desde a chegada dos europeus, sempre foi um país racialmente consciente, e sempre teve uma sociedade negra marginalizada. A forte cultura de exploração da mão-de-obra escrava – o Brasil foi um dos últimos países independentes a abolir (oficialmente) a escravidão – fez com

que os negros sempre tivessem papel de menor importância econômica na sociedade pátria.

Por essa razão, muitas pessoas entendem que a promoção de políticas de ação afirmativa em favor dos negros seria uma forma justa de compensar as discriminações históricas às quais esse grupo foi submetido.

Entretanto, com base nas lições de Dworkin, percebe-se que a fundamentação das políticas públicas de ação afirmativa na ideia de compensação histórica deixa de tratar o homem como um fim em si mesmo, tratando-o como meio para o alcance de um objetivo específico. Isso não é salutar, pois os próprios negros seriam considerados instrumentos para a formação de uma sociedade racialmente mais justa, e a ideia de compensação (ou favor histórico) permaneceria no ideário da sociedade por bastante tempo. A utilidade da medida não justificaria jamais a utilização do homem como um instrumento.

Embora a raça tenha sido fator predominante para o desprestígio dos negros no Brasil, essa mesma raça não pode dar sustentação a políticas compensatórias, que mais reforçam do que rechaçam as diferenças entre os grupos raciais nesse país.

Assim sendo, outro fundamento, mais sólido e justo, deve ser encontrado para dar base à promoção das necessárias políticas de ação afirmativa. Esse fundamento, na realidade brasileira, é a discriminação que ainda hoje sofrem os negros no contexto pátrio.

A desigualdade entre negros e brancos atravessou a história, e permanece vigente até hoje no Brasil e em boa parte do mundo, e a ação afirmativa se justifica por sua existência na atualidade, e não pelas desigualdades do passado. Afirmar que hoje existe no Brasil em uma sociedade racialmente justa, neutra, e que a ação afirmativa só serviria como meio de compensação histórica, é fechar os olhos para a realidade, que é marcada pela discriminação velada, que deixou de ser biológica e passou a ser econômica e social, entretanto possuindo o mesmo alvo: os negros.

Aliás, o próprio conceito de raça ganhou novos contornos. Hoje em dia é cada vez mais aceita a noção de raça como um conceito de origem sociocultural. Conforme afirma Arthur Kaufman, “as raças não existem em nossa mente porque são reais, mas são reais porque existem em nossa mente” (KAUFMAN, *apud* PENA, 2008, p. 05). Os negros, outrora biologicamente rejeitados, passaram a ser social, cultural e economicamente rejeitados na contemporaneidade, e a ação afirmativa que objetive a promoção de seus direitos é justa porque tende a diminuir a discriminação presente e futura, e não a compensar um erro do passado.

Essa formulação do conceito de raça na atualidade possui um importante efeito prático, porque não se pode definir com certa clareza, conforme se assentou na introdução, quem de fato são os negros e os brancos no Brasil. Por essa nova conceituação, o critério de autodeclaração ganha força, embora se reconheça a possibilidade de casos isolados de fraude. Contudo, a fraude parece ser um risco inevitável na promoção desse tipo de política, e a possibilidade da sua existência – que é ainda mais patente no contexto da sociedade materialista e patrimonialista do Brasil – não pode desvirtuar a nobreza e a justiça desse tipo de política pública.

A teoria de Ronald Dworkin, embora receba críticas de diversas ordens, especialmente por ser considerada por muitos como amplamente utilitarista e contraditória[3], parece dar fundamento a essa ideia, e por isso foi e é tão importante para a justificação teórica das políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos da América. No Brasil, embora mereça diversos ajustes de ordem prática e mesmo teórica, a noção fundamental da teoria pode ser extraída, no sentido de pregar a necessidade da ação afirmativa mediante um critério de justiça que visa corrigir um erro do presente, com base na moralidade política da sociedade.

Por fim, deve-s deixar claro que, para que seja considerada justa e virtuosa, qualquer política de ação afirmativa deve ser criteriosamente estudada antes de ser aplicada. Além disso, trata-se de uma política de longo prazo, mas que deve realmente possuir um prazo de aplicação bem definido, assim como devem ser devidamente definidos os objetivos desse tipo de política, para que a sociedade fique ciente dos benefícios que poderá trazer.

O fundamento na discriminação presente deve ser explícito, pois o racismo é um fato no Brasil. A poesia cantada de Gabriel O Pensador, na música *Racismo é Burrice (2002),* evidencia a realidade da brasilidade, que encara de forma jocosa esse mal que nos assola:

E de pai pra filho o racismo passa

Em forma de piadas que teriam bem mais graça

Se não fossem o retrato da nossa ignorância

Transmitindo a discriminação desde a infância

E o que as crianças aprendem brincando

É nada mais nada menos do que a estupidez se propagando.

REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luis Fernando. **Justiça Social. Gênese, estrutura e aplicação de um conceito.** Porto Alegre: Revista da Faculdade de Direito da PUCRS. Vol. 28, Ano XXV, 2003.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Ações afirmativas: fundamentos e critérios para a sua utilização.** Belém: Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, n° 98, Vol. 50, 2006.

DAMATTA, Roberto. **O que faz do brasil, Brasil?.** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. Teoria e prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Derechos em sério. Barcelona: Aliel, 1984.**

_____. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípios.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em Direito Constitucional e Internacional.** Disponível em: http//:www. Lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0095.pdf. Acesso em 30 out. 2008.

PENA, Sérgio D.J. **Humanidade sem raças?** São Paulo: Publi Folha, 2008.

PENSADOR, Gabriel O. **Racismo é Burrice.** Gabriel O Pensador: MTV ao Vivo. Rio de Janeiro: 2002. Disponível em: http://www.gabrielopensador.com.br/index1_flash. htm. Acesso em 16 jul. 2009.

SANTOS, Élvio Gusmão. **Igualdade e raça. O erro da política de cotas raciais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2041, 1 fev. 2009. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12281. Acesso em: 14 jun. 2009.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.** Brasília: Revista de Informação Legislativa, 131: 283-295, jul./set. 1996.

---

[1] "Atribui-se ao naturalista sueco Carl Linnaeus (1707-1778) a criação do sistema de classificação da espécie humana em raças, em 1767. No seu *Systema Naturae*, Linnaeus dividiu a espécie humana em quatro raças (além de uma quinta, mitológica e sem importância para este trabalho) (...). De acordo com Linnaeus, as raças humanas eram: *Homo sapiens europaeus*, branco, sério e forte; *Homo sapiens asiaticus*, amarelo, melancólico e avaro; *Homo sapiens afer*, negro impassível e preguiçoso; *Homo sapiens americanus*: vermelho, mal-humorado, violento." (GUSMÃO, 2009)

[2] Quando se apresenta a noção de que os negros são um grupo, ou uma classe racial, não se objetiva, de maneira alguma, encará-los assim. Esses termos, em verdade, são necessários nesse primeiro momento da abordagem, apenas para reforçar as ideias que foram historicamente desenvolvidas no Brasil, e que até hoje ainda persistem por aqui. Não obstante, ainda se verá qual o conceito de raça mais apropriado para discutir as ações afirmativas.

[3] Para uma excelente síntese das críticas que a teoria de Ronald Dworkin recebeu na Europa, ver o prefácio da obra *Derechos en Sério* (Levando os Direitos a Sério), escrito por Albert Calsamiglia. A obra foi publicada em 1984 na Espanha. Além disso, ver o trabalho de Luis Fernando Barzotto, que a partir da formulação do conceito de justiça social, critica a teoria de justiça distributiva de Dworkin, no sentido de que não pode ser aplicada para a promoção de ações afirmativas referentes ao acesso ao ensino superior no Brasil (BARZOTTO, 2003).

A PRERROGATIVA DE SUFRÁGIO DOS PRESOS COMO RADICALIZAÇÃO DA VONTADE DEMOCRÁTICA*

THE PREROGATIVE OF SUFFRAGE OF THE PRISONERS AS RADICALIZATION OF DEMOCRATIC WISH

Carlos Eduardo Cunha Martins Silva

RESUMO

O presente artigo examina a importância da manifestação da vontade política dos presos, no intento de aprofundar uma maior consolidação da democracia em nosso país. Nesse objetivo, o ensaio aborda a relevância da liberação do poder constituinte, associado a uma ampliação da participação no processo de decisão política, como forma de elevar à condição de cidadão, determinadas pessoas que se encontram fora da comunidade política. Nesta perspectiva, este estudo destaca as violações cometidas pela administração pública, no que concerne ao direito de voto dos presos provisórios, bem como evidencia determinados aspectos que motivariam uma condição política ativa dos internos do sistema penitenciário com condenação criminal em caráter definitivo.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS POLÍTICOS; PRESOS; PODER CONSTITUINTE; CIDADANIA; DEMOCRACIA.

ABSTRACT

The present article examines the importance of the manifestation of the prisoners' political wish, in the project of deepening a larger consolidation of the democracy in our country. In that I aim at, the rehearsal approaches the relevance of the liberation of the constituent power, associate the an enlargement of the participation in the process of political decision, as form of elevating to citizen's condition, certain people that they are out of the political community. In this perspective, this study detaches the violations committed by the public administration, in what it concerns to the right of the temporary prisoners' vote, as well as it evidences certain aspects that would motivate a political condition activates of the interns of the penitentiary system with criminal condemnation in definitive character.

KEYWORDS: POLITICAL RIGHTS; PRISONERS; CONSTITUENT POWER; CITIZENSHIP; DEMOCRACY.

Noções introdutórias

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Os internos do sistema prisional brasileiro, quer sejam os que estão presos provisoriamente ou os condenados em caráter definitivo, não têm obtido a possibilidade de manifestar-se politicamente através do exercício do direito de sufrágio, concretizado na prática pelo voto.

Observamos, na atualidade, que no tocante aos custodiados cautelares, apesar de inexistir qualquer proibição normativa a impedir-lhes a manifestação concreta da vontade política, os mesmos têm suas condições de cidadania sistematicamente desrespeitadas, sendo tais violações correntemente justificadas através de malsinadas dificuldades operacionais alegadas por uma administração pública cada vez mais burocratizada.

Por sua vez, os detentos com sentença criminal transitada em julgado, ainda que afetados pela proibição trazida pelo mandamento descrito no artigo 15, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em virtude de uma interpretação constitucional consentânea com os princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana, indicadores do sentido da leitura do ordenamento jurídico pátrio, não podem ser privados de suas manifestações eleitorais.

Por conseguinte, cabe invocar a relevante opinião de Dalmo Dallari, elevando a participação política a uma necessidade fundamental da natureza humana, indispensável para impedir que alguns imponham uma ordem injusta, o que sempre acaba sendo prejudicial a todos.

Com isso, visualizamos que a construção de uma democracia efetiva não pode prescindir da opinião de quem queira e tenha a oportunidade de expressá-la, pois a manifestação do sujeito é a única que pode conduzir à soma em lugar da divisão, representando um passo adiante na construção de um humanismo.

1. O poder constituinte da multidão como paradigma de uma democracia plena

O exercício do poder constituinte deve ser o meio pelo qual a vontade democrática, expressa intensamente nas questões sociais, se torna idônea a ingressar no sistema político. Nesse sentido, ele pode ser caracterizado como uma força de ruptura que modifica, interrompe e desfaz todo o equilíbrio anteriormente existente e toda continuidade possível.

Ao contrário, identificado com o paradigma do equilíbrio e da continuidade, visto ser uma doutrina jurídica que conhece apenas o passado, está o constitucionalismo que, no entender de Negri:

“define a ordem social e política como o conjunto articulado, seja de ordens sociais distintas, seja de poderes jurídicos e políticos distintos: o paradigma constitucionalista é sempre o da “constituição mista”, da mediação da desigualdade e na desigualdade, portanto um paradigma não democrático.”

Assim sendo, o poder constituinte, compreendido então como uma força de ruptura e de expansão, conceito inexorável à pré-constituição da totalidade democrática, entra em

colisão de maneira direta, contundente e duradoura com o constitucionalismo, que é a teoria e prática do governo limitado pela lei e pelo controle jurisdicional dos atos administrativos.

Nesse viés, vale destacar que no poder constituinte está contida a idéia do passado não mais explicar o presente, daí porque somente o futuro é apto a fazê-lo, motivo pelo qual o referido ato constitutivo se encontra numa constante dinâmica de forma e reforma.

Sobre os movimentos de forma e de reforma incessantes, eles significam que toda potência, representada pelo ato constituinte de geração de direitos, pode se tornar uma *potestas*, um poder constituído, sendo correto afirmar-se que o contrário também pode acontecer, em razão das mudanças ocasionais que tendem a se observar nesse processo ao longo do tempo.

Nessa seara, cabe revelar o desacerto da pretensão do constitucionalismo, compreendido como um poder constituído, de regular juridicamente o poder constituinte, fracionando-o e bloqueando sua temporalidade constitutiva, desconstituindo-se a idéia de que a constituição não seria um ato do povo, mas sim do governo.

Pensando nestes marcos, se acredita na eficácia de um mecanismo interno do constitucionalismo, traduzido num sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que objetiva ao controle recíproco de diferentes autonomias, no intento de conspurcar uma compreensão radical da vontade democrática, expressa pelo poder constituinte. À emergência do tema, cumpre enfatizar o correlato pensamento de Victor Nunes Leal:

"Assim, para que as reivindicações populares pudessem eventualmente converter-se em lei válida, exeqüível, seria preciso transpor um sem-número de obstáculos. Não poderia haver, portanto, um estado mais bem estruturado para servir aos interêsses da burguesia naquela fase histórica do que o estado liberal, com poderes divididos, segundo o sistema de freios e contrapesos. MONTESQUIEU foi, sem dúvida, o grande construtor do liberalismo político, porque êle soube descrever essa forma de estado de maneira magistral.

Aí está, portanto, explicado o verdadeiro sentido sociológico da divisão de poderes. Era um sistema concebido menos para impedir as usurpações do executivo do que para obstar as reivindicações das massas populares (ainda em embrião, mas já carregadas de ameaça)."

Noutro giro, vale ressaltar que a constituição do social surge da potência fundamentada na ausência, ou seja, motivada pelo desejo, que nutre constantemente seu movimento.

A aludida potência tem sua expansividade e produtividade ancorada num vazio de limitações, numa clara ausência de determinações positivas, onde o poder constituinte encontra seu lugar.

Esta força constituinte, que surge então daquela falta de determinações, do turbilhão do vazio, como uma necessidade totalmente aberta, conduz a potência constitutiva ao não esgotamento no poder constituído.

Tomando como fundamento a questão de que a ausência de pressupostos e a plenitude da potência representam um conceito bem positivo de liberdade, verificamos que a onipotência e a expansividade presentes no poder constituinte são inerentes a um contexto democrático pleno.

Nessa toada, frise-se como componente indissociável da democracia, a denominada multidão, que, segundo Hardt e Negri, é composta de um sistema biopolítico expansivo e inclusivo, onde toda a população tende a tornar-se necessária, já que a sociedade global funciona conjuntamente, como um todo complexo e integrado.

Tal multidão, a partir de sua perspectiva de se produzir no comum e de produzi-lo, tende a esvaziar a distinção entre produção econômica e governo político, posto que ela é competente a construir uma organização política da sociedade, baseada na cooperação, na comunicação, nas formas de vida e nas relações sociais.

Pensando nessa perspectiva, observamos a democracia da multidão como um procedimento absoluto da liberdade e do governo, hábil a manter aberto aquilo que o pensamento jurídico, através dos antigos postulados da soberania, notadamente defendidos na via do constitucionalismo, gostaria de enclausurar. Sobre o tema, pronunciam-se também Hardt e Negri:

"Uma forma de entender a democracia da multidão, portanto, é uma sociedade dos códigos-fonte abertos, ou seja, uma sociedade cujo código-fonte é revelado, para que todos possam trabalhar em cooperação na solução de seus problemas e na criação de novos e melhores programas sociais."

Nesse ínterim, cumpre mencionar que na organização da multidão, o direito à desobediência e à diferença ocupam um papel fundamental, pois não existe qualquer obrigação *a priori* em relação ao poder, visto que se trata de um conjunto difuso de singularidades que produzem uma vida comum.

Com efeito, a idéia de obrigação que pudesse estar situada neste âmbito organizacional multitudinário, só teria advento caso ocorresse um processo decisório, em conseqüência da incontroversa vontade política ativa da multidão, que, excluindo a soberania do campo político, seria capaz de governar a si própria, decidindo o seu destino.

À propósito, no que tange ao plano de democracia da multidão, ele se encontra necessariamente exposto tanto à violência quanto à repressão do poder soberano, o que lhe impõe a paradoxal classificação como um projeto de resistência.

Todavia, devemos considerar que esta qualificação do projeto democrático da multidão se transforma então num poder constituinte, apto a criar as relações e as instituições sociais de uma nova sociedade.

Impulsionada pela crescente produção do comum, a multidão realiza trocas constantes com as singularidades como um todo, o que afeta determinantemente a ambas, ao passo que isto implica na formação de uma espécie de motor constituinte, movido pelas redes de produção cooperativas originárias daqueles câmbios permanentes, propiciando-se desta forma o aparecimento de uma nova lógica institucional na sociedade.

Consubstanciado nesta nova lógica institucional na sociedade, como um paradigma a ser alcançado na busca pela verdadeira democracia, Hardt e Negri observam:

"Um dos mais graves erros dos teóricos políticos é considerar o poder constituinte como um ato político puro separado do ser social existente, como mera criatividade irracional, o ponto obscuro de alguma expressão violenta do poder. Carl Schmitt, assim como todos os pensadores fascistas e reacionários dos séculos XIX e XX, sempre tentou exorcizar o poder constituinte dessa maneira, com um calafrio de medo. Mas o poder constituinte é algo completamente diferente. Ele é uma decisão que emana do processo ontológico e social do trabalho produtivo; é uma forma institucional que desenvolve um conteúdo comum; uma manifestação de força que defende a progressão histórica da emancipação e da libertação; é, em suma, um ato de amor.

As pessoas hoje em dia parecem incapazes de entender o amor como um conceito político, mas é precisamente de um conceito de amor que precisamos para apreender o poder constituinte da multidão. O moderno conceito de amor é quase exclusivamente limitado ao casal burguês e ao espaço claustrofóbico da família nuclear. O amor tornou-se uma questão estritamente privada. Precisamos de uma concepção mais generosa e irrestrita de amor. Precisamos recuperar a concepção pública e política de amor comum às tradições pré-modernas."

Preocupado com esta dimensão política do amor, propicia a forjar as novas bases de uma humanidade voltada para a constituição do comum, que não mutile as singularidades dos sujeitos que a integram, Plastino afirma:

"É precisamente porque se insere em um coletivo que o acolhe, que o sujeito se produz em sua diferença e singularidade. O conceito de indivíduo é muito pobre para pensar a complexidade desse riquíssimo processo, podendo ser substituído com vantagem pelo conceito de sujeito pensado na sua singularidade.

Ao produzir-se na sua singularidade, o sujeito emerge do coletivo, dele se diferenciando, ao mesmo tempo em que tem nele seu ambiente vital, condição imprescindível para sua emergência. Nesta perspectiva, a afirmação da 'diferença' e da 'singularidade' convive articuladamente com a 'inserção' e o pertencimento, ultrapassando o artificialismo que consiste em pensar um sujeito como um indivíduo que precede o social e nele se insere num segundo momento."

Ademais, invocando-se a importância política do amor, no que toca à necessidade de se constituir com o outro numa relação fundamentada na premissa da alteridade, justificada mediante os postulados da piedade, Rousseau caminha no rumo contrário de sua época ao afirmar que:

"é certo que a piedade é um sentimento natural que, moderando em cada indivíduo a atividade do amor de si mesmo, concorre para a conservação mútua de toda a espécie. É ela que nos leva a socorrer, sem refletir, aqueles que vemos sofrer; (...) é ela que, em vez desta máxima sublime da justiça ponderada: *Faze ao próximo o que queres que te façam*, inspira a todos os homens esta outra máxima de bondade natural, bem menos perfeita, porém talvez mais útil do que a precedente: *Alcança teu bem com o menor mal possível para o próximo*. É, em suma, nesse sentimento natural, mais do que nos argumentos sutis, que se deve procurar a causa da repugnância que todo homem

experimentaria ao fazer o mal, mesmo independentemente das máximas da educação. Conquanto possa pertencer a Sócrates e aos espíritos de sua têmpera adquirir a virtude pela razão, há muito tempo o gênero humano já não existiria, se sua conservação só dependesse dos raciocínios daqueles que o compõem."

Pelo exposto, vislumbramos que uma vertente mais radical da democracia, tendo como base a multidão, necessita de uma construção permanente do comum, estimuladora da participação de todos, agregando-se assim as diferentes singularidades, com o escopo de fomentar uma nova organização da vida social, que rompa com a questão disciplinar e com os mecanismos de controle presentes na sociedade atual.

Particularizando esses postulados, quanto mais cidadãos ativos observássemos, maiores seriam as possibilidades de que as instituições democráticas estivessem em afinidade com as redes comunicativas e colaborativas que produzem e reproduzem a vida social, podendo chegar-se assim, quem sabe, ao patamar de se estabelecer a construção de um "direito comum", para além da dicotomia entre direito público e privado, que simplesmente representam formas diversas de gestão do capital coletivo.

Quando se fala no mencionado "direito comum", quer se enfatizar a possibilidade de abertura e recomposição do espaço de ação das forças singulares da multidão, na forma de uma subjetividade política.

2. A importância da ampliação da participação política para o alargamento da cidadania

De início, cabe ressaltar a consagração de uma ampliada participação política na Declaração Universal de Direitos Humanos que, em seu artigo 21, 1, preceitua a prerrogativa de que "toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios, públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos."

Ato contínuo, destaque-se em nível regional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada e aberta à assinatura na conferência especializada interamericana de 22 de novembro de 1969, internalizada no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 678/92, que, no seu artigo 23, 1, "a", ao tratar dos direitos políticos, faculta a todos os cidadãos, o gozo do direito de participar da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos.

Em sentido contrário ao regulamento internacional e regional em matéria de direitos humanos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 15, inciso III, ostenta um reprovável dispositivo, atentatório à cidadania, que é a suspensão dos direitos políticos dos condenados por sentença penal condenatória transitada em julgado, enquanto durarem os efeitos da condenação criminal.

Ora, não se pode sustentar numa constituição, que se pretenda ser cidadã, a existência de um dispositivo constitucional que venha a suprimir a capacidade de sufrágio dos condenados criminalmente com sentença passada em julgado, enquanto estiverem

sofrendo os efeitos desta condenação, porque isto é inferiorizar a cidadania deles perante todos os outros cidadãos, o que acarreta um claro vício de inconstitucionalidade material da norma supressora daquela prerrogativa dos apenados.

Nesse diapasão, deve-se enfatizar que a cidadania é princípio fundamental do Estado brasileiro (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), pronta a orientar a interpretação dos dispositivos constitucionais, em virtude de sua normatividade. Acerca deste conceito, Luís Roberto Barroso advoga que os princípios não são como as regras, comandos imediatamente descritos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam finalidades públicas a serem realizadas por diferentes meios.

Levando-se isto em consideração, a importância do sufrágio dos presos se reconheceria no poder que lhes fosse dado para participarem na gerência da vida pública. Tomando essa incumbência para si, talvez encontrariam um modo de serem ouvidos e representados socialmente, já que, na atualidade, os internos do sistema prisional, muitas das vezes encontram na rebelião seu único meio de expressão. A respeito desta forma específica de se obter visibilidade por parte dos detentos, bem se coloca Heleno Fragoso:

"As rebeliões são fato comum nas prisões. Elas se devem ao ambiente anormal, autoritário e opressivo, e ocorrem por toda a parte, periodicamente. A comissão que investigou a rebelião de Attica concluiu que uma das causas estava na falta de caminhos não violentos para que os internos pudessem expressar as suas queixas acumuladas."

Sob um enfoque democrático, estratégica é a importância da manifestação da opinião política dos presos, que encontrariam na participação eleitoral, a legitimidade necessária para intervirem em todas as fases do ciclo do poder, asseguradas, desta sorte, as suas opções e escolhas dentro do processo. Corroborando tal premissa, Michelangelo Bovero assegura que:

"qualquer um que esteja submetido às decisões coletivas tem (ou melhor, deveria ter) o direito de participar do processo de formação dessas mesmas decisões. Isto significa que os direitos de "cidadania política", os direitos de participação no processo decisório político, devem ser considerados direitos da pessoa, ou seja, cabem (deveria caber) a qualquer um como pessoa, uma vez que a pessoa está submetida àquelas decisões políticas: e não há qualquer razão válida para excluir qualquer um daqueles que estejam (de modo estável) submetidos a uma ordenação normativa do direito de participar na formação desta mesma ordenação."

Contudo, há que se mencionar os óbices existentes no âmbito de formação da manifestação da vontade política no processo eleitoral, em conseqüência da forte influência do poder econômico, bem como das forças políticas dominantes. Isto culmina, evidentemente, na redução do campo da cidadania e impulsiona uma indispensável revisão de todo aquele procedimento.

Ciente da influência negativa das questões econômicas nos rumos da efetiva participação na vida política no Estado, Guillermo O' Donnell descreve que o capitalismo deve engendrar a figura do sujeito livre e igual ante ao direito, ao contrato e

à moeda, sem o que não poderia existir a ação seminal de compra e venda da força de trabalho e a apropriação do valor.

No seu entendimento, ele frisa que esta liberdade efetiva (na esfera abstrata que se encontra posta) e ilusória (em relação à posição das classes sociais) dos sujeitos se aplicaria igualmente à cidadania, onde os esforços para limitar a participação na comunidade política aos "proprietários" são bastante consideráveis, já que quem deve aparecer abstratamente igual para contratar tende a surgir na mesma condição no intento de constituir o poder político. Com isso, o poder se voltaria à reprodução da sociedade e da dominação de classe que a articula.

Nesse âmbito, cabe destacar a defesa de Benjamin Constant a respeito da articulação do poder voltada à reprodução social e a dominação de classe, baseada numa enganosa idéia de unidade, expressada numa concepção flagrantemente demofóbica e contramajoritária:

"O povo – dizem – é absolutamente incapaz de indicar para os diversos postos do governo os homens que são mais convenientes pelo seu caráter e talento. O povo não deve acolher, imediatamente. Os colégios eleitorais devem se formar não pela base, mas pelo píncaro da sociedade. (...) Deste modo, os eleitores terão sempre o maior interesse na manutenção da ordem e da liberdade pública, na estabilidade das instituições e no progresso das idéias, na solidez dos bons princípios e no aperfeiçoamento gradual das leis e da administração. (...) Quando um povo numeroso e disseminado num vasto território escolhe seus mandatários principais sem intermediários, essa operação o obriga inevitavelmente a dividir-se em seções entre si distantes e que não lhe permitem nem a comunicação nem os acordos recíprocos. Decorre disso uma seleção fragmentária. Tem que se buscar a unidade das eleições na unidade do poder eleitoral."

Nesse contexto, cumpre igualmente destacar as preocupações demofóbicas e contramajoritárias de James Madison, semelhantes às anteriormente apontadas, oriundas da concepção de Benjamin Constant:

"É de grande importância numa república não apenas proteger a sociedade contra a opressão de seus governantes, mas proteger uma parte da sociedade contra a injustiça da outra. Existem necessariamente diferentes interesses em diferentes classes de cidadãos. Se uma maioria estiver unida por um interesse comum, os direitos da minoria ficarão ameaçados."

De outro modo, Friedrich Müller aborda esta noção de limitação da comunidade política como técnica de redução da cidadania, a partir de sua idéia sobre a "marginalização" como subintegração, explicada pela discriminação parcial de parcelas significativas da população, que, apesar de verem asseguradas apenas a sua presença física num determinado território, são tendencial e difusamente excluídas dos sistemas prestacionais (econômicos, jurídicos, políticos, médicos, de treinamento e educação, entre outros).

O autor alemão ainda menciona que os grupos populacionais excluídos podem ser tratados conforme o direito ou não-direito, dependendo de seu comportamento ou de acordo com as situações e as chances que se apresentarem para eles. Na prática se retira deles a dignidade humana, conseqüentemente, a própria qualidade de seres humanos,

consoante se verifica através da atuação dos aparelhos de repressão estatal que, corriqueiramente, violam os direitos fundamentais e outras garantias jurídicas dos subintegrados.

Na mesma linha de raciocínio, Marcelo Neves enxerga que nos Estados componentes da modernidade periférica, no lugar da legitimação por procedimentos democráticos, em torno dos quais se sustentaria um suposto espaço público pluralista, há uma tendência à privatização do Estado, o que, em larga medida, contribui para torná-lo cenário de interesses particulares conflitantes, os quais buscam se impor à margem dos procedimentos constitucionais, maculando-se, desta forma, a concretização constitucional dos direitos humanos e da soberania do povo.

E o teórico vai mais além, seguindo a trajetória do pensamento de Friedrich Müller, ao expor como um dos obstáculos da realização do Estado Democrático de Direito nos países da modernidade periférica, notadamente no Brasil, a generalização das relações de subintegração que impedem a inclusão dos subintegrados nos sistemas sociais, marcadamente no sistema jurídico, no sentido da ausência de direitos e deveres a serem partilhados reciprocamente por eles, o que significa a inexistência da cidadania como um mecanismo de integração jurídico-política igualitária da população na sociedade.

Entretanto, o objetivo de maximização da cidadania guarda consonância com a luta pela igualdade de todos, no que tange à sua qualidade de seres humanos, à dignidade humana, aos direitos fundamentais e às demais garantias de proteção legalmente vigentes, sem que se permita que as ligeiras diferenças de nacionalidade, os direitos eleitorais passivos e ativos ou a faixa etária atrapalhem este embate.

Noutras palavras, na batalha contra a exclusão, uma democracia constitucional não pode justificar-se apenas perante o povo ativo nem diante dele enquanto instância de atribuição, mas deve indispensavelmente poder fazer isso também frente ao *demos*, na condição de destinatário de todas as prestações afiançadas que a respectiva cultura da constituição invoca. Nesta medida, a superestrutura, constituída do binômio, superintegração/subintegração (inclusão/exclusão), deslegitima então uma sociedade formada não apenas no âmbito do Estado de Direito, mas já a partir de seu sustentáculo democrático.

Outrossim, enfoque-se a importante lição de Heller, que coloca a constituição de um Estado não como processo mas produto, não como atividade mas forma desta atividade, em síntese, ela seria uma forma aberta por onde passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida.

Por tudo o quanto se expôs neste tópico, somos levados a conclusão de que a ampliação da esfera de atores políticos é importante para a construção de uma via democrática efetiva, não cabendo ao texto constitucional expressar regramentos que venham discriminar alguns sujeitos, subtraindo-lhes a sua condição de cidadãos.

3. O desrespeito do direito de sufrágio dos presos cautelares

Preliminarmente, deve-se observar que o sufrágio é um direito inquestionável do cidadão. Desta feita, sendo cada sujeito componente da coletividade política, cada um seria titular de parte ou fração da soberania. Neste caso, a aludida prerrogativa inerente à cidadania se apresentaria como o ato de expressão da livre vontade dos participantes de um colégio eleitoral.

Materializado mediante a forma do voto, que transportaria a vontade popular para o plano prático, o direito de sufrágio, teoricamente universal no ordenamento jurídico pátrio, por força da norma constitucional inscrita no artigo 14, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não é o de fato, visto que existem algumas restrições que impossibilitam essa universalidade.

Tais restrições, a teor do que entende Valda Mendonça, devem ser aceitas dentro do princípio da universalidade do sufrágio, por razões de ordem eminentemente técnicas e não discriminatórias, que, porventura, advém de condições de nascimento, fortuna ou de capacidade especial.

Contraditoriamente ao fundamento trazido pela autora, de maneira periódica, uma gama de pessoas no Brasil deixam de exercer a sua cidadania política a cada pleito eleitoral, em decorrência de uma simples condição, qual seja, a de serem presos cautelares, ou melhor, detentos com custodia cautelar decretada e, portanto, sem condenação criminal transitada em julgado, militando em seu favor a presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Neste panorama, verifique-se que aparentemente não existe nenhuma escusa de ordem técnica a impedir uma condição ativa da cidadania dos presos provisórios, mormente se levarmos em consideração o preceito do artigo 15, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Porém, os entraves burocráticos da administração pública penitenciária acabam por dificultar a livre expressão da vontade política destes detentos.

A Associação pela Reforma Prisional (ARP), entidade da sociedade civil responsável pelo acompanhamento da implementação de leis, decisões judiciais e administrativas sobre direitos dos presos e condições carcerárias, chegou a catalogar que em 16 (dezesseis) estados brasileiros os presos provisórios tinham os seus direitos políticos ignorados.

Impende-se ressaltar que a gravidade desta vertiginosa exclusão política dos detentos provisórios, guarda íntima ligação com os designos autoritários, transformadores da segregação cautelar numa verdadeira prisão-pena, o que se vê muito em função da lacuna semântica observada nos fundamentos de decretação da custódia preventiva, insculpidos no artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro.

Num sentido contrário a estes apelos autoritários, caracterizadores da prisão cautelar como uma espécie de antecipação da pena, está o importante precedente do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Celso de Mello, no sentido de reforçar a garantia da presunção de inocência ao acusado, tomando-se como postulado a fundação do sistema jurídico brasileiro em bases democráticas:

“HABEAS CORPUS - CRIME HEDIONDO - ALEGADA OCORRÊNCIA DE CLAMOR PÚBLICO - TEMOR DE FUGA DO RÉU - DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - RAZÕES DE NECESSIDADE INOCORRENTES - INADMISSIBILIDADE DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. O CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. - A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E DA ORDEM PÚBLICA NÃO CONSUBSTANCIA, SÓ POR SI, CIRCUNSTÂNCIA AUTORIZADORA DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que o réu, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública. ABANDONO DO DISTRITO DA CULPA PARA EVITAR SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA - DESCABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. - Não cabe prisão preventiva pelo só fato de o agente - movido pelo impulso natural da liberdade - ausentar-se do distrito da culpa, em ordem a evitar, com esse gesto, a caracterização da situação de flagrância. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se

legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. DISCURSOS DE CARÁTER AUTORITÁRIO NÃO PODEM JAMAIS SUBJUGAR O PRINCÍPIO DA LIBERDADE. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário." [grifos nossos]

Diante disso, a assimilação de um processo penal democrático em nosso sistema jurídico, perpassa pela preservação de todas as garantias individuais do acusado, o que será capaz de evidenciar uma condição maior de desenvolvimento de sua cidadania, pois através deste caminho ele ganhará a visibilidade do poder público, a partir da perspectiva de sua constituição como um sujeito dotado de direitos.

Noutra vertente, frise-se, na atualidade, a existência de uma rede nacional de apoio e defesa ao voto dos presos condenados e provisórios, capitaneada pela Associação Juízes para a Democracia (AJD), e subscrita por diversas entidades da sociedade civil, cujo interesse é colocar no centro de seus debates, as questões necessárias à efetivação da cidadania política dos apenados.

Nesse propósito, destaque-se a valorosa iniciativa de sediar a 179ª Seção da 27ª Zona Eleitoral, no primeiro turno das eleições municipais de 2008, da 52ª Delegacia de Polícia (Nova Iguaçu), sendo a primeira unidade prisional a considerar os direitos políticos dos detentos provisórios no território fluminense. Sobre o assunto, vale citar alguns pontos relevantes da matéria de João Paulo Gondim para o veículo de comunicação Fazendo Média:

"A votação na unidade prisional, notabilizada por promover atividades cidadãs com seus presos, como cursos de alfabetização e cineclubes, só ocorreu após intensas cobranças de entidades envolvidas na luta pelos direitos humanos no estado do Rio de Janeiro como a Associação dos Juízes para a Democracia (AJD), a Associação para a Reforma Prisional (ARP), o Instituto Carioca de Criminologia (ICC), o Tortura Nunca Mais/RJ, a Comissão de Direitos Humanos da OAB-RJ, a Pastoral Carcerária, o Justiça Global e o Conselho da Comunidade e Pastoral Metodista.

Além disso, os 200 (duzentos) presos da 52ª Delegacia de Polícia enviaram um abaixo-assinado ao Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE-RJ), solicitando o cumprimento da garantia constitucional.

Após uma série de reivindicações, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro emitiu, em maio, 102 títulos aos custodiados. Entretanto, foram cassados, até as eleições de 2008, os direitos políticos de quatro detentos, com sentença transitada em julgado.Durante o período eleitoral, candidatos a vereador fizeram campanha na carceragem. Nenhum postulante à prefeitura apareceu.

Alguns juízes da comarca de Nova Iguaçu também passaram pela carceragem: Wanderley de Carvalho Rego, presidente da Justiça Eleitoral, João Batista Damasceno, titular da 7ª Vara Cível, e Francisco Mariano de Brito, da Vara de Infância, Juventude e do Idoso, que fez questão de aconselhar os presos que não deixassem de votar, pois os problemas carcerários serão resolvidos apenas com pressão política.

Afinados no discurso, os visitantes das eleições na 52ª DP destacaram o alto valor da cidadania dos detentos e lamentaram que um evento de tal importância ocorresse tão tardiamente e em apenas uma localidade do estado. A tranqüilidade na qual a eleição transcorreu foi elogiada por unanimidade.

Alvoroço, só o da animação causada pelo show dos funkeiros, após o último voto. Felizes, os detentos cantaram as músicas em uníssono, tendo nas mãos copos plásticos com refrigerante e um dos duzentos salgadinhos comprados para celebrar o evento.

A assessoria de imprensa do TRE-RJ justificou a mora constitucional de 20 (vinte) anos sem facultar o voto aos presos provisórios sob a alegação de que as votações na cadeia seriam de “difícil execução”, pois “presos liberados e transferidos não voltariam para seus domicílios eleitorais (as delegacias)” e também por “questões de segurança”, inclusive dos próprios mesários das eleições.

Delegado titular da 52ª DP, Orlando Zaccone, não se furtou de contestar os argumentos do TRE-RJ, “Isso não tem fundamento. Em relação à segurança, não existe lugar mais seguro do que o próprio local em que a pessoa está custodiada. Haveria problema de segurança se nós tivéssemos que transportar o preso da carceragem para um local fora. Mas não é isso que está sendo proposto. E o argumento da segurança dos funcionários cai por terra porque os próprios agentes de segurança podem ser treinados para desempenhar funções de presidente, vice-presidente, mesário, secretário”, afirmou o delegado. Ele ainda acrescentou que não há crime eleitoral na cadeia, como boca-de-urna.

Ainda sobre os supostos problemas do voto dos presos provisórios, Zaccone continua a rebatê-los, “Vimos que o preso domiciliado aqui que recebeu o alvará de soltura pode retornar pra cá só pra votar. E tem outro aspecto: nós podemos garantir aos presos que não conseguiram, por algum motivo, tirar o título eleitoral nessa seção justificar, perante a Justiça Eleitoral, o seu voto, o que também ocorreu. Sobre o preso transferido para outra delegacia, ele pode ser transferido para a custódia onde ele tem o título, dois dias antes da eleição. Por exemplo, se eu tiver algum preso que tirou o título nesta sessão mas que foi transferido para outra unidade, eu posso muito bem transferi-lo dois, três dias antes para ele ficar aqui somente no período eleitoral e poder votar. A questão toda

é a seguinte: saber se há interesse político em fazer valer esse direito ou não. A discussão é no campo da política. Tudo o que se coloca de contra-argumento são argumentos políticos que muitas vezes visam retirar o direito do preso provisório de votar", fulminou Zaccone.

De acordo com o delegado, o governo já acenou que a partir das eleições de 2010 todos os TREs do Brasil serão obrigados a criarem seções eleitorais nas unidades que abrigam presos provisórios."

O exemplo positivo do estado do Rio de Janeiro, que viabilizou o direito de sufrágio dos presos preventivos na 52ª Delegacia de Polícia, só pôde se concretizar na prática, graças aos precedentes consolidados pelas diversas resoluções proferidas no Tribunal Superior Eleitoral, autorizando o voto dos detentos provisórios, na forma do artigo 136, *caput*, da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral).

Acresça-se isto, a preciosa contribuição do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, ao editar a Resolução nº 14/94, fixadora de regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil. Em seu artigo 63, o referido regulamento estabelece que são assegurados os direitos políticos ao detento que não está sujeito aos efeitos da condenação criminal com trânsito em julgado.

A seu turno, clame-se ainda a constituição de um verdadeiro absurdo, na hipótese de que numa população carcerária de 7.259 presos provisórios em todo o estado do Rio de Janeiro , só encontrarmos aproximadamente cerca de uma centena de custodiados aptos ao exercício de seus direitos políticos.

Isto nos conduz à certeza de que o ato de negar a possibilidade da livre expressão política torna "invisível" o interno do sistema prisional, constituindo-se tal ação como um fato proposital, de caráter discriminatório, feito no interesse de uma administração pública incapaz de fomentar políticas públicas inclusivas e forçosamente crédula na função da pena como forma de reinserção social do condenado.

Desmitificando de maneira categórica esta crença no sistema penitenciário como meio de inclusão social dos detentos, estão os dizeres de Augusto Thompson, explicitando que "reformar criminosos pela prisão traduz uma falácia e o aumento de recursos, destinados ao sistema prisional, seja razoável, médio, grande ou imenso, não vai modificar a verdade da assertiva".

Do mesmo modo, Wacquant critica a penitenciária ao pontuar que o funcionamento interno dos estabelecimentos penais é cada vez mais dominado pela austeridade e segurança, com o objetivo de reinserção social do infrator, reduzindo-se a mero *slogan* de marketing burocrático.

Por fim, a falência da penitenciária abre caminho para o que Deleuze apresenta como os novos meios de controle alternativos ao confinamento disciplinar do presídio, os quais constituem exemplos, as penas substitutivas e o monitoramento de condenados criminais por coleiras eletrônicas, também pouco contributivos à reintegração e à cidadania dos infratores da lei penal.

4. A possibilidade de expressão da vontade política dos condenados em sentença criminal transitada em julgado

As conseqüências da imposição de uma pena de prisão são extremamente pesadas a quem é destinatário dela. Desde os vilipêndios dos direitos mais caros à condição humana, passando pela estigmatização do cárcere e atingindo o ápice com a perda da condição de cidadão, o apenado paga um preço muito alto pela violação da norma penal.

Adotando essa trajetória de raciocínio, Luigi Ferrajoli entende o cárcere como uma instituição ao mesmo tempo não liberal, desigual, atípica, ao menos em parte extralegal e extrajudicial, lesiva à dignidade da pessoa, penosa e inutilmente aflitiva. Oriundo do projeto iluminista de mitigação e da racionalidade das penas, guiado através do princípio da proporcionalidade, não parece mais idôneo, porque não pertinente ou necessário a satisfazer a nenhuma das duas razões que, de plano, justificariam a sanção criminal, quais sejam, a prevenção do delito, dado o caráter criminógeno do cárcere, destinado a sempre funcionar como escola de delinqüência, além de recrutamento da criminalidade organizada, e a prevenção da vingança privada e da punição informal, satisfeita, na atual sociedade da mídia, muito mais pela publicidade do processo e pelo caráter simbólico e estigmatizante da condenação.

Dissertando sobre a clientela do sistema prisional, Alessandro Baratta enfoca a questão sob um ponto de vista macrossociológico, no intento de explicar os critérios que permeiam a seleção da população criminosa:

“se partimos de um ponto de vista mais geral, e observarmos a seleção da população criminosa dentro da perspectiva macrossociológica da interação e das relações de poder entre os grupos sociais, reencontramos, por detrás do fenômeno, os mesmos mecanismos de interação, de antagonismo e de poder que dão conta, em uma dada estrutura social, da desigual distribuição de bens e de oportunidades entre os indivíduos. Só partindo deste ponto de vista pode-se reconhecer o verdadeiro significado do fato de que a população carcerária, (...) em sua em enorme maioria, seja recrutada entre a classe operária e as classes economicamente mais débeis. Realmente, só do interior desta perspectiva tal significado pode subtrair-se ao álibi teórico que, ainda em nossos dias, é generosamente oferecido pelas interpretações “patológicas” da criminalidade.”

Aquiescendo com o caráter classista do direito penal acima exposto, Pachukanis enfatiza as distorções da realidade expressas no sentido de sua prática no interior do Estado de classe:

“As teorias do Direito Penal, das quais se deduzem os princípios da política penal dos interesses da sociedade no seu conjunto, constituem deformações, conscientes ou não, da realidade. “A Sociedade no seu conjunto” existe apenas na imaginação dos juristas; de fato, existem somente classes que têm interesses opostos, contraditórios. Todo sistema histórico de política penal traz as marcas dos interesses da classe que o realizou. O senhor feudal mandava executar os camponeses revoltosos e os moradores da cidade que se opunham ao seu domínio. As cidades aliadas enforcavam os cavaleiros salteadores e destruíam os seus castelos. Na Idade Média, todo o indivíduo que quisesse exercer um ofício sem ser membro da corporação era tido como um violador da lei; a

burguesia capitalista, ainda em fase de nascimento, declarou delituosos os esforços dos operários para se agruparem em associações."

Em linhas gerais, os presos não têm as mínimas condições de diálogo com a sociedade que os produziu, os encarcerou e os esqueceu, já que poucas pessoas se aventuram a conhecer a difícil realidade das unidades prisionais em nosso país. Estas penitenciárias, que costumam se assemelhar às masmorras medievais, dada a situação de insalubridade e de segregação que apresentam, propiciam uma situação de maus tratos, de doenças, de fome e de abandono aos apenados, que vêem escoar sua condição humana nas cadeias cada vez mais superlotadas.

Ao ensejo, partindo de uma genealogia baseada na correlação entre o macro-poder constituído pelo aparelho de Estado e os micro-poderes difundidos no seio social, Foucault teoriza o desenvolvimento dos grandes aparelhos estatais, como instituições de poder asseguradoras da manutenção das relações de produção e desenvolvimento do capitalismo com enfoque na produtividade.

Paralelamente, o teórico francês descreve um poder sobre a vida, conhecido como biopoder, espécie de anatomia política surgida no século XVIII, que se configuraria através de técnicas centradas no corpo humano individual, objetivando à sua melhor distribuição no espaço e um maior aproveitamento de suas forças (em termos utilitários). O conjunto destas práticas, presentes em todos os níveis da sociedade, propiciaria o surgimento das disciplinas, que se conformariam em instituições de confinamento ou de seqüestro dos indivíduos, como a família, a escola, a fábrica, o hospital, o manicômio, o presídio, entre outras.

Tomando por base a instituição disciplinar do presídio de Foucault, observamos que ela é capaz de moldar as subjetividades dos detentos, estigmatizando-os permanentemente como refugos ou estorvos sociais. Além do mais, a mesma investe numa política coercitiva de trabalho sobre os corpos dos apenados, esquadrinhando-os, desarticulando-os e recompondo-os, o que se apresenta como uma gestão calculada de suas vidas, angariando-se assim a sujeição de seus "corpos dóceis" e a cisão destes, da potência que suas aptidões naturais os poderiam conduzir.

Não bastasse toda essa situação de desprezo, invisibilidade social e de submissão ao poder disciplinar, os presos ainda têm de suportar o fato de sequer poderem defender seus ideais e interesses, principalmente aqueles que mais afetam a sua vida diretamente, como a questão da regulamentação da remuneração do trabalho exercido por eles na penitenciária e a participação dos mesmos na administração dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUPEN), visto que são impossibilitados constitucionalmente de exercitarem sua opinião política, enquanto estiverem cumprindo pena.

Proibindo-os assim de votar, confrontamos um dispositivo constitucional presente no capítulo dos direitos políticos (suspensão das prerrogativas políticas) e outro descrito na base de apoio do Estado Democrático de Direito brasileiro (cidadania), devendo-se resolver o conflito entre os dispositivos da constituição, optando-se pela utilização da

técnica da ponderação de valores constitucionais, priorizando-se a escolha pelo valor mais adequado à vontade constitucional. Neste caso, a opção valorativa deve-se ater à qualidade de cidadão do apenado, posto que ela se caracteriza como um dos pilares informativos de todo o nosso ordenamento jurídico.

Não obstante, além de ofender o núcleo material da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme anteriormente pontuamos, a suspensão dos direitos políticos dos condenados suscita uma aporia em parte da doutrina, quanto à necessidade de constar expressamente da sentença penal condenatória a determinação da subtração daquelas prerrogativas.

Na intelecção de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins "o que é importante notar é que nessa hipótese a suspensão deverá constar expressamente da sentença, enquanto a perda momentânea deflui da própria sentença transitada em julgado, ainda que omisso o decisório judicial a respeito".

Em sintonia com os movimentos de vanguarda, advindos do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, coloca-se o posicionamento do juiz gaúcho Eugênio Couto Terra, entendendo que, ao sentenciar, o magistrado tem de levar em conta o artigo 92 do Código Penal Brasileiro, ou seja, que esta suspensão de direitos políticos não seria automática, mas sim um efeito da condenação que o juiz tem de, motivadamente declarar na sentença. Outro exemplo disso residiu no processo 0012.05.0014008-2, da 6ª Vara Criminal do Foro Central de Porto Alegre, que obteve enorme repercussão, motivando os advogados e defensores a recorrerem de sentença contendo suspensão de direitos políticos. Tais paradigmas chamaram a atenção para a importância de não se excluir do processo eleitoral uma quantidade tão grande de pessoas, mas se buscar um verdadeiro sufrágio universal. Com isso, poderá ganhar força um novo entendimento a respeito do direito de voto da população carcerária.

Atento às pressões realizadas pelas diversas entidades da sociedade civil que compõem a rede nacional de apoio e defesa ao voto dos presos condenados e provisórios, o Congresso Nacional, mediante Proposta de Emenda à Constituição nº 65/2003, de autoria do senador Pedro Simon, finalmente trouxe à baila o debate sobre a possibilidade de voto dos condenados criminais com sentença transitada em julgado.

A idéia chave da proposta de emenda seria situar os condenados juntamente com analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e os menores de dezoito, na condição de beneficiários do voto facultativo, incluindo-os na relação dos inelegíveis, ao lado dos inalistáveis e dos analfabetos. Desta feita, o artigo 14, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ganharia um pequeno acréscimo num de seus parágrafos, enquanto que o artigo 15, inciso III, do mesmo diploma legal, seria revogado.

Justificando a sua proposta legislativa, o autor da medida esclarece que a cassação dos direitos políticos dos condenados não pode ser compreendida como uma pena adicional à privação da liberdade, mas como uma decorrência das limitações que a pena impõe ao direito de ir e vir do preso. Se a suspensão temporária do direito de voto do condenado decorre de limitações de ordem técnica, a tecnologia empregada presentemente nas eleições permite a instalação e o funcionamento de urnas nos presídios.

O primeiro relator da Proposta de Emenda à Constituição nº 65/2003, senador Álvaro Dias, manifestou-se pela aprovação da matéria em razão de que na forma presente, a suspensão dos direitos políticos, enquanto durarem os efeitos da condenação, constitui penalidade adicional que, por incidir da mesma maneira sobre todo condenado, não guarda relação alguma com a gravidade do delito que motivou a condenação. Sendo assim, trata-se de uma dose extra de pena, que atinge a todos os condenados por igual. Se considerarmos a gradação das penas de acordo com a hierarquia dos delitos, um princípio elementar de administração da justiça, é possível duvidar, com bons argumentos, da justiça de penalidades dessa ordem.

Lamentávelmente, a Proposta de Emenda à Constituição nº 65/2003 tramita no Congresso Nacional há seis anos, se arrastando na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal, sendo que nela já ocorreram duas trocas de relatores, trazendo divergentes opiniões sobre a matéria discutida.

Adite-se a isto, o fato de que na atualidade a proposta legislativa tramita em bloco com outras propostas relativas à mesma matéria (Propostas de Emenda à Constituição nº 14/2003; 39/2004; 28/2008 e 1/2009), possuindo atualmente como relator, o presidente da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal, senador Demóstenes Torres, que encaminhou parecer pela rejeição do conjunto propositivo em 02 de julho de 2009, constando como sua última providência a designação de pauta para o debate do assunto.

Considerações finais

Em decorrência do que se expôs, é necessária uma irrestrita concepção de cidadania, para se perceber o quanto é importante o sufrágio dos presos, sejam eles provisórios ou com condenação criminal transitada em julgado, já que, desta forma, somos aptos a alcançar uma democracia de bases sólidas, onde a participação de todos, indistintamente de qualquer fator discriminatório, é indispensável à consecução de uma nova sociedade, sustentada pela constituição das relações em direção ao outro, lançando-se mão das premissas da alteridade e dando-se a devida importância ao amor no seu aspecto político.

Para tanto, devemos compartilhar com Roberto Lyra Filho, a adequação do pensamento jurídico, ao processo de lutas sociais constantes, utilizando-se de artifícios de vanguarda e resistências contra as forças conservadoras dos grupos opressores, a fim de que possamos encontrar os caminhos para a superação dos conflitos, tendo como medida a busca da consideração das singularidades dos sujeitos.

Nesse momento, devemos recordar os ensinamentos de Rousseau, quando ele ressalta a importância de se observar uma igualdade legítima de todos os sujeitos no contexto da vida em sociedade:

“em lugar de destruir a igualdade natural, o pacto fundamental substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima toda a desigualdade física, que entre os homens lançara a natureza, homens que podendo ser dessemelhantes na força, ou no engenho, tornam-se todos iguais por convenção e direito.”

Destarte, mencione-se ainda que os direitos de cidadania dos presos não só se regulariam pela Carta Magna, como também pela Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), em seus artigos 40, 41, 64, 66 e 81. No entanto, vale ressalvar que tais prerrogativas, na maioria dos casos, acabam por tornar-se letra morta, tendo em vista a realidade cruel do sistema prisional.

Logo, mostra-se importante que o detento possa ser cidadão, para que possa exigir o cumprimento de seus direitos no cárcere e, até mesmo, possa fiscalizar a conduta da administração pública, notadamente a penitenciária, realizando o controle de legalidade de seus atos, mediante, quem sabe, a propositura de uma ação popular.

Finalmente, é oportuno frisar nossa concordância com o pensamento de Heleno Fragoso, quando ele afirma que a suspensão dos direitos políticos dos presos é infundada, servindo para estigmatizá-los e marcar sua separação do mundo livre, o que é extremamente censurável, se pensarmos na hipótese de que todos são importantes para a constituição de uma sociedade democrática efetiva.

Referências bibliográficas

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. II. São Paulo: Saraiva, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

COCCO, Giuseppe Mario; NEGRI, Antonio. *Glob(AL): Biopoder e lutas em uma América Latina globalizada*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

CONSTANT, Benjamin. *Princípios Políticos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que é participação política*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: *Conversações*. Rio de Janeiro: 34, 1992, p. 219-226.

FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In: *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 31-39.

FERREIRA, Carlos Lélio Lauria. *Parecer sobre o voto do preso. Reivindicações de presidiários. Processo nº 08001.002269/2001-11*. Aprovação na 315ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. São Luís. 27 out. 2005.

FILHO, Roberto Lyra. *O que é Direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

FOUCAULT, Michel. Direito de morte e poder sobre a vida. In: *História da sexualidade I – a vontade de saber*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 127-149.

_____. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direitos dos presos. Os problemas de um mundo sem lei. In: CATÃO, Yolanda; FRAGOSO, Heleno Cláudio; SUSSEKIND, Elisabeth. *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GONDIM, João Paulo. *Presos provisórios do Rio de Janeiro finalmente votam*. Fazendo Média, Rio de Janeiro, 12 out. 2008. Política. Disponível em: <http://www.fazendomedia.com/2008/politica20081012.htm>. Acesso em: 24 ago. 2009.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

LEAL, Victor Nunes. A Divisão de Poderes no Quadro Político da Burguesia. In: CAVALCANTI, T. e outros. *Cinco Estudos*. Rio de Janeiro: FGV, 1955, p. 92-113.

LINS, Ronaldo Lima. *A indiferença pós-moderna*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006.

MENDONÇA, Valda de Souza. *Voto livre e espontâneo: exercício de cidadania política consciente*. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NEGRI, Antonio. *Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

O' DONNELL. Guillermo. Anotações para uma teoria do estado. p. II. *Dados, Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1980, p. 71-82.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PLASTINO, Carlos Alberto. Cidadania como Pertencimento: uma reflexão a partir da psicanálise. In: *Trabalho, Educação e Saúde*. v. 4, n. 2. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, 2006, p. 385-394.

PUGGINA, Rodrigo. O direito de voto do preso. In: FERREIRA, Carlos Lélio Lauria. *Parecer sobre o voto do preso. Reivindicações de presidiários. Processo nº 08001.002269/2001-11*. Aprovação na 315ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. São Luís. 27 out. 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Do Contrato Social*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que é participação política*. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 36.

LINS, Ronaldo Lima. *A indiferença pós-moderna*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 84.

NEGRI, Antonio. *Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 21.

LEAL, Victor Nunes. A Divisão de Poderes no Quadro Político da Burguesia. In: CAVALCANTI, T. e outros. *Cinco Estudos*. Rio de Janeiro: FGV, 1955, p. 92-113, p. 108.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 420.

Ibidem, p. 425.

Ibidem, p. 439.

PLASTINO, Carlos Alberto. Cidadania como Pertencimento: uma reflexão a partir da psicanálise. In: *Trabalho, Educação e Saúde*. v. 4, n. 2. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, 2006, p. 385-394, p. 393.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 192/193.

COCCO, Giuseppe Mario; NEGRI, Antonio. *Glob(AL): Biopoder e lutas em uma América Latina globalizada*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 208.

A Súmula nº 9 do Tribunal Superior Eleitoral diz que a suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independendo de reabilitação ou de prova de reparação dos danos.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 214.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direitos dos presos. Os problemas de um mundo sem lei. In: CATÃO, Yolanda; FRAGOSO, Heleno Cláudio; SUSSEKIND, Elisabeth. *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 22.

BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 131.

O' DONNELL. Guillermo. Anotações para uma teoria do estado. p. II. *Dados, Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1980, p. 71-82, p. 74.

CONSTANT, Benjamin. *Princípios Políticos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1989, pp. 103/104.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 351.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 91.

Ibidem, p. 94.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 247.

Ibidem, p. 248.

MÜLLER, Friedrich. *op. cit*., pp. 94/95.

HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 296.

MENDONÇA, Valda de Souza. *Voto livre e espontâneo: exercício de cidadania política consciente*. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 100.

Dado obtido no sítio eletrônico <http://www.arp.org.br/noticias.php?i=119>. Acesso em 23 ago. 2009.

Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC 80.719/SP. Relator: Celso de Mello. ac. un. Julgado em 26.06.2001. DJ 28.09.2001, p. 37.

As entidades da sociedade civil são o Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais, a Pastoral Carcerária Nacional da Igreja Católica, a Pastoral Carcerária da Igreja Metodista, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Instituto de Acesso à Justiça, a Associação pela Reforma Prisional, a Associação Brasileira de Magistrados, o Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, o Instituto Carioca de Criminologia, o Instituto de Estudos Criminais do Estado do Rio de Janeiro, o Justiça Global, o Movimento de Magistrados Fluminense pela Democracia, a Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, a Associação Paulista de Defensores Públicos e a Associação Grupo Reconstrução e Movimento pela Consciência Prisional. Informação obtida no meio eletrônico <http://www.arp.org.br/noticias.php?i=309>. Acesso em 23 ago. 2009.

GONDIM, João Paulo. *Presos provisórios do Rio de Janeiro finalmente votam*. Fazendo Média, Rio de Janeiro, 12 out. 2008. Política. Disponível em: <http://www.fazendomedia.com/2008/politica20081012.htm>. Acesso em: 24 ago. 2009.

As Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral nº 20.471/99, nº 20.997/2002, nº 21.160/2002, nº 21.633/2004 e nº 21.804/2004, firmaram posicionamento na direção de franquear a possibilidade de voto dos presos provisórios.

Informação do portal eletrônico do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, <http://www.mj.gov.br/DEPEN/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>, referente ao período do mês de junho de 2008. Acesso em 22. ago. 2009.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 16/17.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 119.

DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: *Conversações*. Rio de Janeiro: 34, 1992, p. 219-226, p. 225.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 70.

FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In: *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 31-39, p. 36.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, pp. 106/107.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 48.

FOUCAULT, Michel. Direito de morte e poder sobre a vida. In: *História da sexualidade I – a vontade de saber*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 127-149, p. 132.

_____. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 119.

Acerca da questão, observe-se a recente decisão no CC 92.859/MS, proferida pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça

(STJ), que assegurou a competência do juízo de execução penal, para a apreciação do pedido de recebimentode valores decorrentes do

trabalho prestado durante o período executivo da pena, consoante faculta o artigo 66, inciso III, alínea "f", da Lei nº 7.210/84 (Lei de

Execução Penal).

BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 215.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. II. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 667.

PUGGINA, Rodrigo. O direito de voto do preso. In: FERREIRA, Carlos Lélio Lauria. *Parecer sobre o voto do preso. Reivindicações de presidiários. Processo nº 08001.002269/2001-11*. Aprovação na 315ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. São Luís. 27 out. 2005, p. 17.

FERREIRA, Carlos Lélio Lauria. *Parecer sobre o voto do preso. Reivindicações de presidiários. Processo nº 08001.002269/2001-11*. Aprovação na 315ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. São Luís. 27 out. 2005, pp. 26 e 27.

Informações completas sobre a tramitação da matéria na página virtual do Senado Federal <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=60853&p_sort=DESC&cmd=sort>. Acesso em 25 ago. 2009.

FILHO, Roberto Lyra. *O que é Direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 83.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 35.

Regulamentada pelo artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e pela Lei nº 4.717/65, assegura como legitimado para a sua propositura o cidadão, que deve fazer prova de sua condição através do título eleitoral ou documento que a ele corresponda (artigo 1º, § 3º, da Lei nº 4.717/65).

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *op. cit.*, p. 41.

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O SEU DIREITO DE TRABALHAR*

PERSON WITH DESABILITIES AND THEIR RIGHT TO WORK

Carlyle Popp
Maria Estela Leite Gomes Setti

RESUMO

O presente ensaio pretende verificar, através da análise da Política Nacional de Integração da Pessoa com Deficiência, se seus preceitos se coadunam com os interesses de mercado, ou seja, em que medida a política de integração alcança efetividade já que a lógica de mercado exige alta produtividade. Por outro lado, pretende ainda analisar de que modo os costumes determinam, ou não, a busca por educação e qualificação por parte das pessoas com deficiências, e a acolhida por parte da sociedade e, especialmente, dos empresários, do trabalho dos deficientes. Por fim, pretende-se analisar de que modo pode o trabalho contribuir para a conquista da autonomia e da dignidade das pessoas com deficiência.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS ESPECIAIS; PESSOAS COM DEFICIÊNCIA; TRABALHO E DIGNIDADE HUMANA

ABSTRACT

This paper intends to verify, through analysis of the National Politics to Integration of Persons with Disabilities, its precepts are in line with market interest, in the extent to which policy achieves effective integration since the logic of the market requires high productivity. On the other hand, also wants to examine how the customs determine whether or not the search for education and skills for people with disabilities, and accepted by society and, especially, business, work for the disabled. Finally, intends to analyze how work can contribute to the achievement of autonomy and dignity of persons with disabilities.

KEYWORDS: SPECIAL RIGHTS; PERSONS WITH DISABILITIES; JOB AND DIGNITY

"Quando eu era cristão e queria lutar contra a miséria, meu dia começava com um Padre-Nosso. Tinha fome de divindade. Hoje, ainda luto contra a miséria, mas meu dia começa com um Pão-Nosso. Tenho fome de humanidade." *Betinho*

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 INTRODUÇÃO

Há vinte anos a Constituição Federal Brasileira, apelidada de “Constituição Cidadã”, inovava, ao menos no que se refere às suas antecessoras, ao dispor logo no seu artigo 1º que a dignidade humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito de que se constitui a República Federativa do Brasil[1].

Muitos estudos passaram a analisar, então, e do ponto de vista jurídico, o que se entende por dignidade da pessoa humana ou, ainda, a tentar compreender e juridiscizar um valor – a dignidade – como norma constitucional.

Já o princípio da igualdade, anteriormente consagrado em outras Cartas Constitucionais, ganha nova cor, novo espaço na Constituição vigente. Se outrora tal princípio fora considerado apenas no que diz respeito à igualdade formal, nessa nova ordem constitucional, mais do que antes, o que se pretende é que a igualdade formal adquira novo sentido. Sentido este mais próximo daquilo que já ensinava o Mestre de Haia, Ruy Barbosa: o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na justa medida de sua desigualdade.

Reconhecer as diferenças entre homens e mulheres, jovens e idosos, negros e brancos não implica necessariamente em segregá-los, mas sim em possibilitar-lhes o exercício de qualquer atividade “na justa medida de sua desigualdade”. Não se quer com isso asseverar as diferenças. Ao contrário, reduzi-las.

É também a nossa Lei Fundamental que propõe, no seu artigo 3º, como objetivo do Estado brasileiro, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária[2].

O real valor da Constituição brasileira é evidenciado quando se faz dela uma interpretação sistemática, coadunando seus preceitos uns aos outros. Assim temos que só há igualdade, a despeito da diferença inerente à natureza humana de cada indivíduo na sociedade, quando reconhecidas estas diferenças. Mais do que isso, o respeito a tais diferenças só é possível a partir do gesto solidário de quem se encontre nas posições tidas por dominantes. Ressalte-se que o sentido constitucional de solidariedade não é o de piedade ou benevolência, mas reflete a idéia de que a solidariedade reúne as pessoas no seio de uma mesma comunidade (COMPARATO, 2006, p. 577). O resultado da soma dos conceitos igualdade e solidariedade é a dignidade humana.

Transportando a carga ideológica representada pelos princípios da igualdade, da solidariedade social e da dignidade humana para o mercado de trabalho, podemos afirmar com certo grau de certeza que a todos é dado o direito de exercer uma atividade profissional, tendo respeitadas as suas habilidades e limitações. Impor restrições ao exercício de atividade ou função a quem quer que seja é contrário a tudo o que prevê a nossa Carta Magna.

É natural que haja atividades que exijam habilidade especial, ou condicionamento físico específico e essas limitações não representam afronta ao texto constitucional. O desrespeito à Lei Fundamental ocorre quando há imposição de limite ao exercício de

atividade a quem se presuma não tenha condições de exercê-lo ou porque a oferta da vaga implique em adaptação do empregador às necessidades do empregado.

Como se percebe, o presente estudo é notadamente voltado às dificuldades que encontram as pessoas com deficiências no acesso aos postos de trabalho. Não desprezando outras tantas formas de discriminação, que igualmente segregam, tolhem a auto-estima e reduzem a dignidade humana, cuida-se no momento de analisar as vicissitudes que acometem aqueles que padecem de limitações físicas ou mentais e que precisam ou desejam trabalhar para prover o sustento ou para o desenvolvimento pessoal e profissional.

Favorecer o acesso de pessoas com deficiências ao mercado de trabalho não é medida de caridade, mas de respeito à dignidade humana. Em última análise, de respeito à lei.

2 PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS

Primeiramente, é de se justificar o uso da expressão "pessoa com deficiência" em detrimento de outras expressões consagradas pelo uso, como "portadores de necessidades especiais" ou "pessoas com necessidades especiais".

Como preleciona Maria Lúcia Toledo Moraes Amiralian de acordo com o ICIDH – International Classification of Impairmants, Disabilities and Handicaps – da Organização Mundial de Saúde, o conceito de deficiência comporta a seguinte classificação:

Deficiência: perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária ou permanente. Incluem-se nessas a ocorrência de uma anomalia, defeito ou perda de um membro, órgão, tecido ou qualquer outra estrutura do corpo, inclusive das funções mentais. Representa a exteriorização de um estado patológico, refletindo um distúrbio orgânico, uma perturbação no órgão.

Incapacidade: restrição, resultante de uma deficiência, da habilidade para desempenhar uma atividade considerada normal para o ser humano. Surge como conseqüência direta ou é resposta do indivíduo a uma deficiência psicológica, física, sensorial ou outra. Representa a objetivação da deficiência e reflete os distúrbios da própria pessoa, nas atividades e comportamentos essenciais à vida diária.

Desvantagem: prejuízo para o indivíduo, resultante de uma deficiência ou uma incapacidade, que limita ou impede o desempenho de papéis de acordo com a idade, sexo, fatores sociais e culturais. Caracteriza-se por uma discordância entre a capacidade individual de realização e as expectativas do indivíduo ou do seu grupo social. Representa a socialização da deficiência e relaciona-se às dificuldades nas habilidades de sobrevivência. (AMIRALIAN, 2000)

O que se denota de tal classificação são as várias facetas da deficiência que refletem os aspectos físico (deficiência), funcional (incapacidade) e social (desvantagem) que uma condição clínica acarreta a um indivíduo.

Há que se ter em mente que as expressões utilizadas para designar as pessoas com deficiências vêm evoluindo ao longo do tempo e levam sempre em conta, além do seu significado semântico, o valor que atribuem aos por elas representados. Desta forma, podemos lembrar que as pessoas com deficiências já foram designadas pelo termo "inválidos", ressaltando o valor que representavam para a sociedade da época (início do século XX), ou seja, nenhum. Seguiram-se os termos "incapazes", ressaltando uma capacidade residual, "defeituosos", salientando o aspecto físico em contraste com as pessoas consideradas 'perfeitas', "deficientes", relevando as dificuldades advindas da deficiência, "excepcionais", querendo mencionar as pessoas com deficiência intelectual, "portadores de deficiência", como se a deficiência fosse algo que se porta, se leva, mas que leva à idéia equivocada de que se tem a opção de não portar, "pessoas com necessidades especiais" ou "portadores de necessidades especiais", num esforço eufemístico de dissuadir a realidade de uma condição de vida (SASSAKI, 2003).

A expressão "pessoa com deficiência" surge desta evolução da terminologia e busca agregar o valor "pessoa" sem dissimular ou amenizar a deficiência, que é tomada, na expressão, de forma digna, como componente da personalidade. Desta idéia, assim como dos debates levados a efeito pelas próprias pessoas com deficiência resultou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada, juntamente com o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 6 dezembro de 2006, e ratificada pelo Brasil em 30 de março de 2007, que assim conceituou:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de bases com os demais (tradução livre dos autores)[3].

Assim, em atenção à Convenção referida é que se optou, neste ensaio, pelo uso da expressão "pessoa com deficiência".

Superada a questão terminológica, importa lembrar que a deficiência física ou mental foi, em tempos remotos, fato a impedir mesmo o reconhecimento da personalidade jurídica de uma pessoa. Se buscarmos as fontes do Direito Romano que tanto contribuíram para a construção do Direito Ocidental, teremos que sequer era reconhecida a humanidade do deficiente que, sem tal predicado, era abandonado à morte logo depois do nascimento.

Com o desenvolvimento das ciências e o surgimento do cristianismo tais idéias foram banidas da sociedade e do direito. Contudo, as dificuldades pelas quais passam o deficiente a depender do grau e do tipo de deficiência e a dedicação que requer de seus familiares foi tomada, ao longo da história, como fardo insuportável o que, por sua vez,

fez incutir na cultura das sociedades ocidentais um sentimento de pena em relação a todos aqueles que, pelas circunstâncias da vida, sejam obrigados a conviver com a deficiência. Dizer deficiente, em tais sociedades, ainda equivale a dizer limitado, impossibilitado, incapaz. Ora, todo ser humano é dotado de faculdades e limitações em maior ou menor grau. Por que causa pena apenas a limitação facilmente perceptível aos sentidos humanos? São tantas as dificuldades pelas quais passam os homens no seu convívio diuturno com os demais, e tão difícil compor diferentes formas de pensar e de agir que o filósofo francês Jean-Paul Sartre chegou mesmo a dizer que "o inferno é o outro". As dificuldades de se ajustar, de se amoldar às exigências sociais são tantas que nos dias atuais não é raro o indivíduo buscar o auxílio de psicólogos e psiquiatras, passando horas em sessões de terapia para compreender a si e aos outros. Em casos extremos, porém comuns, valer-se de medicamentos (drogas lícitas) e drogas (ilícitas) para controlar/entorpecer os efeitos que as emoções causam.

Todas estas dificuldades e limitações alcançam as mais diversas esferas da vida humana, inclusive a capacidade laborativa. A depressão e outros transtornos psíquicos são responsáveis por grande parte dos afastamentos (licenças) de trabalho por motivo de doença.

De outro lado, a história conheceu personalidades que se destacaram não em razão de sua deficiência, mas de suas notáveis habilidades. Ludwig Van Beethoven, compositor alemão nascido no século XVIII, sofreu degeneração auditiva que deixou-o praticamente surdo, no entanto, ainda assim, foi capaz de criar das mais belas obras que a música clássica já conheceu. Antônio Francisco Lisboa – o Aleijadinho – importante ícone das artes brasileiras do século XVIII, escultor que era, foi acometido por severa doença que lhe causou a deformidade das mãos[4], de tal modo que lhe eram atados os cinzéis para que pudesse entalhar, o que fazia com maestria. Contemporaneamente, tem-se o exemplo de Stephen Hawking, físico inglês, que aos 21 anos teve diagnosticada uma doença degenerativa e incurável – a esclerose lateral amiotrófica – que paralisa os músculos, mas não afeta as funções neurológicas de modo que, ainda que com o desenvolvimento da doença passasse a depender cada vez mais de aparelhos para manter-se vivo, continuou os estudos de física tornando-se PhD em cosmologia e hoje ocupa a cadeira que fora de Isaac Newton na Universidade de Cambridge. São alguns deficientes notáveis e notáveis seriam os seus feitos ainda que perfeitamente saudáveis, tanto mais se considerarmos a superação dos limites impostos pela deficiência.

O gesto pretensamente protetor de impedir ao deficiente o exercício de um trabalho deriva mais da ignorância do que da necessidade de tutela, mais do conforto do são do que do deficiente. As formas de discriminação podem também se revestir de aparente cuidado, mas a aparência se desfaz frente aos fracos argumentos, especialmente quando são tantos os exemplos de superação e brilhantismo encontrados entre pessoas com deficiência.

Todos são iguais na justa medida de sua desigualdade. Respeitar e conviver com as mais diversas necessidades e limitações humanas não só é possível, mas é o que se espera de seres humanos, que se distinguem dos demais animais exatamente porque dotados de razão.

3 A DIGNIDADE E O TRABALHO

A sabedoria popular ensina que o trabalho enobrece o homem. Há verdade no dito popular. Nas sociedades modernas, é precipuamente através do trabalho que o homem provê o seu sustento e se insere na sociedade.

O trabalho dignifica não só por conta da possibilidade que dá ao indivíduo de alimentar a sua família, mas pelo desenvolvimento pessoal que fomenta. O exercício de atividade laborativa requer, no mais das vezes, qualificação, profissionalização, técnica, ou seja, requer do trabalhador dedicação ao aprendizado de um ofício, ao conhecimento em determinado setor, e o conhecimento é instrumento a serviço da liberdade, da autonomia. É através do conhecimento que se exercita a razão.

A Declaração dos Direitos Humanos prevê de maneira expressa que:

Artigo II. 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Mais adiante assevera: “Artigo XXIII. 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Com base no artigo XXIII da Declaração dos Direitos Humanos, a OIT – Organização Internacional do Trabalho, em sua Convenção 122, prescreve:

Artigo 1º 1. Em vista de estimular o crescimento e desenvolvimento economic, de elevar os níveis de vida, de atender às necessidades de mão de obra, e de resolver o problema do desemprego e do subemprego, todo Membro formulará e aplicará, como um objetivo essencial, uma política ativa visando promover o pleno emprego, produtivo e livremente escolhido.

2. A mencionada política deverá procurar garantir que:

(a) haja trabalho para todas as pessoas disponíveis que procurem trabalho;

(b) este trabalho seja o mais produtivo possível;

(c) haja livre escolha de emprego e que cada trabalhador tenha todas as possibilidades de adquirir as qualificações necessárias para ocupar o emprego que lhe convier e de utilizar nesse emprego, suas qualificações assim como seus dons, qualquer que seja sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social.

3. Essa política deverá levar em conta o estado e o nível de desenvolvimento econômico assim como a relação entre os objetivos de emprego e outros objetivos econômicos e sociais, e será aplicada através de métodos adaptados às condições e usos nacionais. (tradução livre dos autores)[5]

A Constituição Federal trata do tema em diversos dispositivos. Primeiramente, ao elencar o direito ao trabalho no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, XIII) e dos direitos sociais (art. 6º). No que respeita diretamente ao trabalho do deficiente, é o art. 7º, XXXI que prevê, como direito dos trabalhadores, a "proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência". O artigo 170, que trata da ordem econômica, também menciona o valor social do trabalho, porém será analisado oportunamente.

O que se pode extrair dos tratados internacionais e da Constituição é a expressa proteção ao trabalho, mas mais do que isso, a proteção à livre escolha do trabalho por todos aqueles que estejam disponíveis e à procura de emprego e a proibição de qualquer forma de discriminação atinente aos critérios de admissão de pessoas com deficiência como forma de concretização do projeto constitucional de desenvolvimento nacional.

Tal proteção, derivada de políticas de inclusão fomentadas pela Lei Maior, revela uma política de solidariedade social, nos moldes do que preleciona o Mestre de Coimbra, J. J.Gomes Canotilho:

[...] o direito à segurança social, tal como outros direitos sociais (direito à saúde, educação e habitação) impõe uma política de solidariedade social. [...] Designa-se, por isso, política de solidariedade social o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política [...] gera, cria e implementa protecções institucionalizadas no âmbito econômico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins-de-infância, o sistema de apoio à terceira idade, o sistema de protecção da juventude, o sistema de protecção de deficientes e incapacitados (CANOTILHO, 2002, p. 482-483).

Ademais, nota-se a preocupação com o direito à qualificação do trabalhador, o que justifica toda a política de inclusão/acessibilidade voltada às pessoas com deficiência.

O que se percebe no dia-a-dia, no entanto, é algo bastante diverso. De um lado, a atividade econômica – entenda-se: empresas – que, com vistas à busca pelo lucro pela via da eficiência econômica – máximo de ganho versus mínimo de despesas –, não se empenham em adaptar-se às necessidades dos deficientes, como espaços adequados para deficientes que dependam, por exemplo, de cadeira de rodas ou muletas, equipamentos ilustrados em braile ou a capacitação dos demais profissionais em LIBRAS – Língua Brasileira de Sinais, etc. De outro lado, a pouca iniciativa empresarial em adaptar-se às necessidades dos deficientes, e a insegurança em relação à

conquista e manutenção do emprego, associada às políticas assistenciais empregadas pelo governo brasileiro através da Previdência Social, levam as pessoas com deficiência a uma situação bastante diversa da pretendida pelos textos legais até aqui analisados, qual seja, o subemprego, uma vez que se submetem a trabalho sem registro com o fito de manterem os benefícios previdenciários de que podem ser titulares.

Se todo o projeto constitucional amparado pelos tratados internacionais que o precederam e impulsionados pelas necessidades sociais e pelo contexto sócio-cultural nacional pretende a proteção da dignidade humana através do respeito ao valor social do trabalho, a prática nos mostra situação oposta, na qual a dignidade do deficiente é aviltada pelo poder econômico das empresas.

Forma-se, a partir de então, um círculo vicioso difícil de se romper: a empresa não oferece oportunidades, o trabalhador deficiente se mantém dependente das políticas assistenciais e não se qualifica, a empresa não oferece oportunidades.

A tarefa de romper mencionado círculo incumbe tanto à empresa, quanto ao trabalhador deficiente. Ao tratar da responsabilidade social da empresa em relação aos trabalhadores, Eduardo Farah, aludindo à tese de doutoramento de Elisabeth Caldeira, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aponta para a solução. Diz ele:

Talvez o mais importante pensamento na administração empresarial moderna seja “a construção pessoal da consciência democrática nas relações de trabalho: uma educação social na empresa”, pela qual tanto o empregador e seus delegados como os empregados compreendam suas funções e responsabilidades na organização da empresa como meio, haja vista que a empresa não é um fim em si mesma! (FARAH, 2002, p. 701)

Para que o deficiente exerça dignamente o direito ao trabalho, mister se faz a conjugação de esforços seus, no que respeita à sua formação técnica, profissional, e à busca de emprego; da empresa, no que diz com a abertura de postos de trabalho destinados ao labor do deficiente; da sociedade, que deve encarar com naturalidade a deficiência valorizando a pessoa por trás dela. Desta conjugação de esforços surge o cenário para a inclusão definitiva da pessoa com deficiência na sociedade e, especialmente, no mercado de trabalho.

4. LIVRE INICIATIVA E RESPONSABILIDADE SOCIAL[6]

Sociedade e comércio andam juntos desde os primórdios das civilizações modernas. Sabe-se que o homem deixou a vida nômade e a economia de subsistência para dar origem às cidades organizadas em razão de dois fatores básicos: a invenção da escrita e o desenvolvimento do comércio (COULANGES, 2006).

Sobre as origens do comércio, Requião assim preleciona:

Na obra que perdura até nossos dias, expressando o gênio do pensamento helênico – *A República*, de Platão –, o filósofo, ao perquirir a origem da justiça, indaga primeiro das origens do Estado. Precisamente pela impossibilidade em que se encontram os indivíduos de saciarem, com suas próprias aptidões e recursos, todas as suas necessidades, é que são levados a se aproximarem uns dos outros para trocar os produtos excedentes de seu trabalho. O homem, por isso, tende à vida em grupo, constituindo-se em sociedade. (REQUIÃO, 2009, p. 4)

Do trecho acima se denota a relação entre comércio e trabalho. A sociedade somente se configura em razão da especialização do trabalho e do comércio do excedente de produção.

Nos dias atuais, o conceito de comércio, que envolve mediação, lucratividade e profissionalismo, não é suficiente para abarcar todos os meandros da atividade econômica, de tal sorte que surge a idéia de empresa que gera por efeito o deslocamento do foco de atenção do ato de comércio para a atividade econômica, do sujeito – comerciante – para o objeto – produção de bens ou prestação de serviços.

A empresa, tomado o termo na sua acepção econômica, é assim o conjunto organizado de capital e trabalho empregado para a consecução de uma finalidade econômica ou, no dizer de Rubens Requião, "uma combinação de elementos pessoais e reais, colocados em função de um resultado econômico" (2009, p. 50).

A idéia de combinação de elementos pessoais e reais destaca a importância das pessoas para a empresa, seja em razão de serem elas, em última instância, as destinatárias dos bens e serviços, seja porquanto é através delas que se desenvolve a atividade econômica.

Ora, se assim é, ainda que se possa argumentar em favor do lucro como razão de ser da empresa, ou seja, do lucro como finalidade última da atividade econômica, não é possível afastar a idéia de que a empresa, mais do que personalidade jurídica titular de direitos e deveres na ordem jurídica, deve ser reconhecida como instituição social. Se, analogamente, a família é o núcleo da sociedade pois é nela que é forjado o indivíduo, destinatário de toda ação política e social, a empresa é o núcleo da economia, pois é através dela que o indivíduo realiza a sua existência, seja através do exercício de uma atividade laborativa, seja pela via da aquisição de bens e serviços. Surge, então, a idéia de responsabilidade social.

É certo que a empresa surge e se destaca em razão do exercício da liberdade de alguém. Requião preleciona que "Como criação de atividade organizativa do empresário e como fruto de sua idéia, a empresa é necessariamente aferrada à sua pessoa, dele recebendo os impulsos para seu eficiente funcionamento" (2009, p. 50).

Essa é justamente a idéia de liberdade de iniciativa. E é do exercício de tal liberdade que se originam alguns dos problemas do capitalismo, como as desigualdades sociais e a exclusão.

Lafayette Josué Petter assinalou:

Como a atividade econômica tem por fundamento a livre iniciativa, ou seja, a liberdade do agente econômico de trilhar os caminhos que bem lhe aprouverem dentro do balizamento normativo autorizado pelo sistema jurídico, o exercício desta liberdade sempre e a cada dia surpreende, caracterizando-se o mercado como o mais dinâmico e produtivo dos sistemas econômicos, mas, pelo mesmo motivo, aquele que mais tende a abusar do poder econômico conquistado dentro deste espaço de liberdade. (PETTER, 2005, p. 163)

Considerando tal fato é o Estado chamado a – a despeito da tutela da liberdade de iniciativa e da propriedade privada – intervir, nem que seja para determinar o norte, os objetivos, as finalidades de toda atividade econômica. Neste sentido o Direito Brasileiro encarta, na Constituição Federal, os princípios da ordem econômica. Diz o caput do artigo 170 que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna[7]. Ora, sendo assim, toda atividade empresarial, seja interna, ou melhor, as relações com os colaboradores, seja externa, relativa aos contratos, aos consumidores e à própria noção de empresa enquanto instituição deve ser lastreada por tais valores.

O papel do Estado a representar os anseios sociais que reclamam da empresa uma nova postura perante os homens está bem encartado nas palavras de Cristiane Derani:

A Ordem Econômica presente na Constituição de 1988 é nitidamente voltada à estabilização econômica, através de atividades conjuntamente desenvolvidas pelo Estado e agentes privados, visando cristalizar bases para o desenvolvimento. Isto revela uma opção jurídica pela orientação global da economia, afastando a idéia do Estado como ator pontual das relações econômicas, prestando o que chamaria de ‘socorros emergenciais’ àquilo que seria de exclusivo campo dos particulares. É por esta valorização da participação do Estado, que se pode falar de políticas públicas do desenvolvimento, por intermédio das quais ao estado caberia definir diretrizes (policies) capazes de estabelecer uma ‘economia planificada’, impondo a salvaguarda de fatores que assegurariam uma relação de mercado sustentável a longo prazo. Ao Estado caberia esta visão mais estendida no tempo, impossível de se impor nos relacionamentos imediatistas e particularizados que caracterizam as relações dos agentes na produção capitalista. (DERANI, 2008, p. 179)

A responsabilidade social da empresa decorre exatamente da consciência do empresário acerca dos reflexos de sua iniciativa no cenário social.

A este respeito é a lição de Eduardo Farah:

Para que a autonomia empresarial atenda ao princípio da solidariedade social, é imprescindível que o homem seja o epicentro dos interesses da empresa, não apenas objeto ou considerado como valor econômico-financeiro. Porém isso somente será possível se houver uma política econômica direcionada a este fim, pois as chamadas "leis de mercado" não atendem, por si só, a estas premissas. (FARAH, 2002, p. 687)

A atividade econômica, quando impregnada de sentido axiológico, é capaz de propiciar o desenvolvimento nacional pela via do desenvolvimento tecnológico, produção e circulação de bens e serviços, aperfeiçoamento profissional e crescimento pessoal que favorece.

5 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O MERCADO DE TRABALHO

A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, como se vê, depende, em grande parte, deste agir ético empresarial. Depende, ainda, e para muito além das políticas de tutela dos interesses deste grupo de pessoas, de uma mudança na forma de ter o deficiente na sociedade.

O caminho, segundo Maria Teresa Eglér Mantoan:

Está na busca e no encontro de um sentido para a existência humana, cujo sujeito, o homem, não está determinado pela sua condição física, mental ou sensorial, mas principalmente por seu modo de ser, autêntico e único. Superar a visão passiva e negativa da Deficiência, entendê-la como mais uma possibilidade no universo da pluralidade de possibilidades e tratar seus portadores como membros ativos da cultura, são medidas de garantia para a integração. (MANTOAN, 1997, p. 22)

A política para integração das pessoas com deficiência, no ordenamento jurídico brasileiro, está representada pelo Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999.

Segundo o texto legal, é objetivo da política de integração, entre outros, "integração das ações dos órgãos e das entidades públicos e privados nas áreas de saúde, educação, trabalho, transporte, assistência social, edificação pública, previdência social, habitação, cultura, desporto e lazer, visando à prevenção das deficiências, à eliminação de suas múltiplas causas e à inclusão social"[8]

Com relação ao acesso ao trabalho, o decreto determina que "É finalidade primordial da política de emprego a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho ou sua incorporação ao sistema produtivo mediante regime especial de trabalho protegido" (Art. 34), e como modalidades de inserção laboral "I – colocação

competitiva: processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que independe da adoção de procedimentos especiais para sua concretização, não sendo excluída a possibilidade de utilização de apoios especiais; II – colocação seletiva: processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que depende da adoção de procedimentos e apoios especiais para sua concretização; e III - promoção do trabalho por conta própria: processo de fomento da ação de uma ou mais pessoas, mediante trabalho autônomo, cooperativado ou em regime de economia familiar, com vista à emancipação econômica e pessoal" (Art. 35).

O artigo 36 do Decreto n. 3.298/99 prevê que, para as empresas com mais de cem funcionários, impõem-se a reserva de dois a cinco por cento das vagas para as pessoas com deficiências[9]. Nada impede, contudo, que por meio de dissídio coletivo, convenção coletiva, ou acordo normativo, seja estendida tal determinação a empresas com menor número de empregados, até por que o artigo 7ª, inciso XXXI da Constituição Federal "é norma constitucional de irrefutável auto-aplicabilidade" (SILVA NETO, p. 107).

A Convenção da OIT nº 159, de 1983, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 51, de 28 de agosto de 1989 conceitua a pessoa com deficiência no art. 11, como: "Para efeitos da presente Convenção, entende-se por 'pessoa deficiente' todo indivíduo cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente reconhecida".

Para efeitos do mercado de trabalho, considera-se pessoa com deficiência aquela que apresenta perda ou anomalia de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gere incapacidade para o desempenho de atividades, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Todas as pessoas portadoras de algum tipo de deficiência, independente de serem ou não beneficiarias do Regime Geral de Previdência Social, tem direito à habilitação e reabilitação profissional para adquirir capacidade a obter trabalho, conservá-lo e progredir profissionalmente.

O termo habilitação e reabilitação profissional é o meio pelo qual se possibilita que a pessoa portadora de alguma anomalia, a partir da identificação de suas potencialidades laborativas, adquira o nível necessário para o seu desenvolvimento profissional para ingresso ou reingresso no mercado de trabalho.

Esclarece-se que a orientação profissional é prestada pelos correspondentes serviços de habilitação e reabilitação profissional tendo em conta as potencialidades da pessoa com deficiência, identificadas no relatório emitido pela equipe multiprofissional, que deverá considerar os seguintes pontos: educação escolar efetivamente recebida e por receber; expectativas de emprego existentes em cada caso; possibilidade de empregos existentes em cada caso; motivações, atitudes e preferências profissionais; necessidades do mercado de trabalho.

Classificam-se como procedimentos especiais os meios utilizados para a contratação da pessoa que, em conseqüência do seu grau de deficiência, transitória ou permanente, exija condições especiais para a realização do trabalho, como redução de jornada com

salário proporcional, ambiente de trabalho adequado. Observa-se que os procedimentos especiais são efetuados pelo contratante, ou seja, pelo empregador.

O valor principal dessa norma é a abertura de postos de trabalho aos deficientes, uma vez que estabelece a obrigatoriedade das empresas promoverem a contratação de um mínimo de pessoas com deficiência, proporcional ao número total de trabalhadores que compõem seus quadros. Conforme assevera Ricardo Tadeu Marques da Fonseca (1997) "deve a sociedade propiciar prioritariamente os meios aptos a inserir o portador de deficiência no convívio social, valorizando o seu trabalho e as suas qualidades pessoais".

Informa-se que a obrigatoriedade, ora mencionada, não inclui os deficientes habilitados ou reabilitados que não sejam por meio de processos desenvolvidos ou homologados pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). Excetuam-se as pessoas com deficiências que, apesar de não terem se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, possuem condições para o exercício da função a ser desenvolvida.

Nos termos da Professora Cláudia Salles Vianna (2007), os deficientes computados na mencionada obrigatoriedade são:

Beneficiários reabilitados – todos os segurados e dependentes vinculados ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS, submetidos ao processo de reabilitação profissional desenvolvido ou homologado pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS);

Pessoa portadora de deficiência reabilitada – aquela que concluir curso de educação profissional de nivel básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior com diploma devidamente reconhecido pelo Ministério da Educação ou aquela pessoa com certidão de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS).

Observa-se que a obrigatoriedade a qual as pessoas jurídicas de direito privado estão sujeitas não se aplica aos órgãos públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, pois o percentual de deficientes que poderão participar de um concurso público é regulada pela Constituição Federal .

O que se denota da análise das normas supra-nacionais e do projeto constitucional, aliados à regulamentação para a integração da pessoa com deficiência ao mercado de trabalho é a conformação de um quadro normativo propício ao tratamento igualitário dos deficientes, tratamento este que preserva a igualdade de acesso sem paternalismos mas com respeito às diferenças e limitações impostas pela condição física ou mental do trabalhador.

Também na seara do Direito Empresarial, as idéias de governança corporativa já exigem do empresário uma nova postura no trato das demandas sociais, seja nas suas relações com os sócios, com os trabalhadores ou com os consumidores, sem esquecer-se da

postura que lhe é exigida em relação ao meio-ambiente. Outra vez tem-se em conta a idéia de responsabilidade social, ou sócio-ambiental.

O quadro geral do mercado de trabalho comporta a inclusão, assim, das pessoas com deficiência, exigindo-lhes apenas que estejam habilitadas para as funções a que se candidatam.

A questão da qualificação é importante no que respeita às pessoas com deficiências em razão das dificuldades de acesso às escolas, da ignorância, em diversos casos, de pais e professores, de uma cultura apegada à idéia de deficiência como sinônimo de incapacidade, motivo de vergonha e constrangimento. Tal panorama sustenta o argumento de que, em grande parte, as vagas destinadas aos deficientes ficam ociosas por não se encontrar quem as possa preencher adequadamente.

Por outro lado, não são raros os testemunhos de pessoas com deficiência que encontram óbices intransponíveis no preconceito e no excesso de paternalismos quando, ao buscarem o seu aprimoramento intelectual e aperfeiçoamento profissional são preteridas em favor de outros pelo simples fato de as escolas, ou os estabelecimentos que oferecem estágios profissionais não estarem capacitados a receber essa parcela de cidadãos em flagrante desobediência à lei e a todos os princípios de Direito, o que desmotiva e leva à inércia na busca pela autonomia e dignidade.

O Estado assistencialista representado no nosso ordenamento pela Previdência Social, também contribui para a inércia na busca da autonomia pelas pessoas com deficiência à medida que, para receber o auxílio assistencial basta preencher o requisito de ser deficiente e ter renda familiar *per capta* inferior a vinte e cinco por cento do salário mínimo vigente[10].

O estímulo à participação da pessoa com deficiência no mercado de trabalho transcende a lei. Deve partir da família, dos educadores, dos empresários e do Estado, ou seja, trata-se de um movimento social de solidariedade, de acolhida do deficiente como cidadão, como força motriz de um Estado que se pretende Democrático de Direito.

6. A VIOLAÇÃO DO DIREITO E SUA EFETIVIDADE[11]

Os direitos que o ordenamento concede à pessoa com deficiência somente têm razão de ser se dotados de eficácia. Esta efetividade advém do Poder Judiciário, decorre do processo.

Conforme afirmação clássica de Chiovenda (1935), deve o processo fornecer ao que busca a tutela jurisdicional “tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de obter” (livre tradução dos autores)[12].

Assim, não deve ser o processo meio de obtenção de vantagem para o devedor inadimplente, ou seja, não pode seu descumprimento obrigacional propiciar encargo inferior ao que teria se cumprisse a obrigação voluntariamente (VIDIGAL, 1965, p. 117)[13].

Neste aspecto, relembra-se a necessidade de a decisão ser útil ao interessado, ou seja, propiciar a entrega do bem de vida por ele buscado. Entregar-lhe menos é favorecer o inadimplente, conceder-lhe decisão inútil. Logo, "onde houver uma insatisfação lamentada, uma alegação de direito inobservado, ali terá lugar a atividade jurisdicional e ela há de endereçar-se, sempre que possível, ao mesmíssimo resultado jurídico-material específico pelo qual o direito objetivo material haja manifestado sua preferência" (DINAMARCO, 1987, p. 427).

Assim, com relação à dita efetividade, o ordenamento jurídico é mero instrumento. A segurança de se obter através do processo tudo aquilo que o adimplemento da relação jurídica de direito material garantiria à parte prejudicada, em última *ratio*, depende da figura do juiz. *Mutatis mutandis*, como conclui Bedaque (1995), cabe ao magistrado "a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização de direitos".

Como já visto, às pessoas com deficiência, assim como a todo cidadão, é constitucionalmente garantido o direito ao trabalho, cujo valor social constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso V, da Constituição Federal). O artigo 7º, XXXI, proíbe qualquer tipo de discriminação no tocante aos salários e critérios de admissão do trabalhador com deficiência. Tudo isto é conseqüência do Estado Democrático de Direito previsto na constituição, fruto do sistema jurídico adotado[14].

Esta regra é dotada de efetividade e exigibilidade, sendo que a garantia mínima de reserva de mercado aos deficientes não o significa que ele não concorre em igualdade de condições com não deficientes no mercado de trabalho. A não contratação, a dispensa sem justa causa em razão da deficiência, é situação que comporta agir do Poder Judiciário.

Sob o regime de proteção do Decreto n. 3.298/99, contudo, a dispensa sem justa causa de empregado com deficiência física, no contrato de prazo indeterminado, somente poderá ocorrer após a contratação de um substituto em condições semelhantes.

A norma contida no §1º do artigo 93 da Lei n° 8.213/91[15] não objetiva a estabilidade a pessoas deficientes em seus cargos, entretanto é um instrumento de obstar qualquer intenção de empregadores, de efetuarem um cumprimento inicial da lei, para mostrarem adaptação aos órgãos fiscalizadores, e num momento posterior, eliminarem essas pessoas de seus quadros.

O atendimento ao preceito legal é bem esposado em recente julgado do TST (2007), da lavra da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi:

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. DEFICIENTE FÍSICO. EMPRESA COM MAIS DE 100 (CEM) EMPREGADOS. ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91. O v. acórdão regional observou a disposição do artigo 93 da Lei nº 8.213/91, que obriga a empresa com 100 (cem) ou mais empregados a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras

de deficiência, habilitadas. Na hipótese vertente está registrado que a Reclamada possui mais de 100 (cem) empregados em seu quadro. O dispositivo refere a quantidade de empregados na empresa, e não em cada estabelecimento, como quer fazer crer a Reclamada. Ressalte-se, por oportuno, que o § 1º do preceito estabelece garantia indireta de emprego, pois condiciona a dispensa do trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado à contratação de substituto que tenha condição semelhante. Trata-se de limitação ao direito potestativo de despedir, motivo pelo qual, uma vez não cumprida a exigência legal, devida é a reintegração no emprego. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS O Tribunal Regional deferiu a verba honorária tão-só com fundamento no princípio da sucumbência, a despeito de o Autor não estar assistido pelo seu sindicato. São indevidos os honorários advocatícios, à luz da Orientação Jurisprudencial nº 305 da C. SBDI-1 e da Súmula nº 219/TST. (Processo: RR - 129/2002-002-22-00. Publicação: 14/12/2007. Relatora: Ministra MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI)

Contudo, o mencionado dispositivo é alvo de alguma divergência doutrinária já que há quem a considere garantia de emprego e quem a considere ato jurídico submetido a uma condição suspensiva. Considerando-se o primeiro entendimento, a dispensa do trabalhador deficiente antes da contratação de outro em semelhante condição ensejaria indenização ou reintegração. Neste entendimento considerar-se-ia o escopo protetivo do dispositivo em questão. Sendo assim, a única saída possível seria o reconhecimento da nulidade da dispensa, com a conseqüente reintegração do trabalhador até a nova contratação prevista. No caso do julgado transcrito, parece ter sido este o entendimento da Relatora, que assim se manifestou em suas razões de voto:

A efetiva igualdade de oportunidade e de tratamento para trabalhadores portadores de deficiência exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos, sejam físicos, econômicos, sociais ou culturais, que impedem a sua concretização, pois se trata de situação em que a prevalência do princípio da igualdade exige o tratamento desigual dos desiguais. [...] os abrangentes poderes do mecanismo de mercado têm de ser suplementados com a criação de oportunidades sociais básicas para a equidade e a justiça social. (TST, 2007)

A despeito de tudo o quanto se considerou até aqui, importa ressaltar que se o deficiente for vítima de assédio psicológico/moral durante a relação de trabalho, como por exemplo, brincadeirinhas dos colegas de trabalho sobre sua condição, física ou mental, próprias da deficiência, terá direito à reparação de tais atos contra o empregado causador, e solidariamente com o empregador que responde por eleição. Se quiser, poderá dar por extinto o contrato de trabalho por culpa do empregador.

A garantia legal e constitucional ao trabalhador com deficiência não é somente a de acesso ao trabalho, mas também à qualidade do ambiente de trabalho, no seu mais amplo sentido. Tudo decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana.

7. CONCLUSÃO

Bem, da educação fundamental em estabelecimento de ensino regular ou especial, quando necessário, até o preenchimento de uma vaga de trabalho, à pessoa com deficiência incumbe trilhar um caminho no sentido da autonomia, da realização pessoal através da formação profissional.

Se é o objetivo do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, fundada nos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e da dignidade humana, a responsabilidade pela consecução deste projeto constitucional recai sobre cada um dos agentes sociais, seja o cidadão considerado individualmente, seja a empresa considerada institucionalmente.

Seja como for, a Política Nacional de Integração da Pessoa com Deficiência assim como as normas supra-nacionais e a Constituição ao tratar do tema, muito embora aperfeiçoem as condições para a integração das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho, não têm o condão de afastar o preconceito e a discriminação que sofrem aqueles que se encontra nessa condição.

Como toda forma de preconceito é vetorial e em sentido duplo, o esforço deve ser mútuo, tanto das pessoas com deficiência, que devem buscar o conhecimento, o aprimoramento e aperfeiçoamento técnico-profissional, como dos não-deficientes, que devem abrir-lhes as portas não por caridade ou benevolência, ou o que é pior, pena, mas por, enxergando além da deficiência, deixarem-se sensibilizar pelas capacidades únicas de cada pessoa.

A despeito de todo arsenal jurídico composto por normas supra-nacionais, programáticas e regulamentadoras, a integração das pessoas com deficiência requer uma grande dose de solidariedade, de respeito à humanidade inerente a cada cidadão independentemente de sua condição física, mental ou psíquica. Requer a capacidade extrema de ver além da diferença ou de ver na diferença as condições para o desenvolvimento social.

Aprender a buscar a essência por trás da aparência é muito mais do que um ideal utópico, mas uma imposição fundamental para a construção da tão festejada sociedade livre, justa e solidária.

Tornar efetiva a proteção constitucional concedida ao deficiente é um dos grandes desafios entregues ao poder judiciário neste novo milênio.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIRALIAN, Maria L. T. M. et alii. **Conceituando deficiência**. In: Revista de Saúde Pública vol. 34 n. 1 São Paulo Feb. 2000. Disponível em

http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102000000100017. Acesso em 05 de agosto de 2009

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo - Influência do Direito Material sobre o Processo**. 4ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1995

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988

BRASIL. **Lei n. 8.213**, de 24 de julho de 1991

BRASIL. **Decreto n. 3.298,** de 20 de dezembro de 1999

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzione de Diritto Processuale Civile**. 1º vol. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1935

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. Ed. São Paulo: Ltr Editora, 2007

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 1ª Ed., Ed., RT, São Paulo, 1987

FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Trabalho Protegido do Portador de Deficiência. In: **Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência**, Coleção Advocacia Pública & Sociedade n. 1, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP), São Paulo : Max Limonad, 1997, p. 135-139

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Edipro, 2001

ILO – International Labour Organization. **Convention 122: Employment policy convention.** 1964. Disponível em http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C122. Acesso em 6 de setembro de 2009

MANTOAN, Maria Teresa E. **A integração de pessoas com Deficiências: contribuições para uma reflexão sobre o tema**. São Paulo: Memnon SENAC, 1997

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração universal dos direitos humanos.** Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em 6 de setembro de 2009

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica ao trabalho dos portadores de deficiência. In: VIANA, Márcio Túlio *et allie* (coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais na ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2009

SASSAKI, Romeu K. Como chamar as pessoas que têm deficiência? In. **Vida independente: história, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos**. São Paulo: RNR, 2003, p. 12-16. Disponível em http://www.adiron.com.br/mznews/data/comochamar.pdf. Acesso em 05 de agosto de 2009

SILVA NETO, Manoel Jorge e. O Ministério público do trabalho e o portador de deficiência. In: **Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência**, Coleção Advocacia Pública & Sociedade n. 1, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP), São Paulo : Max Limonad, 1997, p. 105-109

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Recurso de Revista n. 129/2002.002.22.00. Oitava Turma. Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Data do julgamento: 5.12.2007. Disponível em http://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR - 129/2002-002-22-00.0&base=acordao&rowid=AAAdFEAAiAAACmjAAZ&dataPublicacao=14/12/2007&query='Maria Cristina Irigoyen Peduzzi'. Acesso em 13 de setembro de 2009

UN – United Nations. **Convention on the rights of persons with disabilities**. Disponível em http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/500/79/PDF/N0650079.pdf?OpenElement. Acesso em 05 de agosto de 2009

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Manual Pratico das relações trabalhistas.** 8ª ed. São Paulo: LTr, 2007

VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. **Direito Processual Civil**. 1ª ed. Saraiva: São Paulo, 1965

---

[1] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político. (destacamos)

[2] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação. (destacamos)

[3] UN. **Convention on the rights of persons with disabilities**. Article 1. Purpose. "Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others". Disponível em http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/500/79/PDF/N0650079.pdf?OpenElement. Acesso em 05.08.2009.

[4] A causa misteriosa da doença que o acometeu ainda não foi esclarecida, porém as deformações alcançaram todo o corpo. Cita-se, no presente trabalho, a deformidade das mãos em razão do ofício de escultor que requer a habilidade exatamente destes membros.

[5] ILO – International Labour Organization. **Convention 122. Employment policy convention, 1964**. "Article 1. 1. With a view to stimulating economic growth and development, raising levels of living, meeting manpower requirements and overcoming unemployment and underemployment, each Member shall declare and pursue, as a major goal, an active policy designed to promote full, productive and freely chosen employment.

2. The said policy shall aim at ensuring that:

(a) there is work for all who are available for and seeking work;

(b) such work is as productive as possible;

(c) there is freedom of choice of employment and the fullest possible opportunity for each worker to qualify for, and to use his skills and endowments in, a job for which he

is well suited, irrespective of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin.

3. The said policy shall take due account of the stage and level of economic development and the mutual relationships between employment objectives and other economic and social objectives, and shall be pursued by methods that are appropriate to national conditions and practices". Disponível em http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C122. Acesso em 6 de setembro de 2009.

[6] Sobre o tema da responsabilidade social das empresas, v., por todos, BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto, **Responsabilidade social da empresas – práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

[7] BRASIL. **Constituição Federal.** 1988. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

[8] BRASIL. **Decreto n. 3.298**, de 20 de dezembro de 1999. Art. 7º São objetivos da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência:

I - o acesso, o ingresso e a permanência da pessoa portadora de deficiência em todos os serviços oferecidos à comunidade;

II - integração das ações dos órgãos e das entidades públicos e privados nas áreas de saúde, educação, trabalho, transporte, assistência social, edificação pública, previdência

social, habitação, cultura, desporto e lazer, visando à prevenção das deficiências, à eliminação de suas múltiplas causas e à inclusão social;

III - desenvolvimento de programas setoriais destinados ao atendimento das necessidades especiais da pessoa portadora de deficiência;

IV - formação de recursos humanos para atendimento da pessoa portadora de deficiência; e

V - garantia da efetividade dos programas de prevenção, de atendimento especializado e de inclusão social.

[9] É da seguinte forma a divisão da proporcionalidade: a) empresas de 100 a 200 empregados – 02% dos cargos; b) empresas de 201 a 500 empregados – 03% dos cargos; c) empresas de 501 a 1000 empregados – 04% dos cargos; d) empresas com mais de 1000 empregados – 05% dos cargos.

[10] Informações disponíveis no Portal da Previdência Social disponível em http://www.previdenciasocial.gov.br

[11] Agradecemos o auxílio na pesquisa e elaboração do capítulo a advogada Ana Letícia Maier de Lima.

[12] CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**. p. 41: "tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto de conseguire".

[13] Conforme afirma Vidigal, "o direito existe para se realizar. Todo o seu valor reside na possibilidade prática de sua realização".

[14] Como lembra Manoel Jorge e Silva Neto (1997, p. 109), "Estado Democrático de Direito não é expressão recheada de declaratividade, como nos inclinamos a creditar, aqui e alhures. É a forma da unidade política nacional que, juntamente com os princípios fundamentais, dentre eles a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, informam o arcabouço ideológico e institucional do País e, por corolário, a ofensa à garantia legal e constitucional outorgada aos portadores de deficiência é ofensa também ao modelo de comunidade política por nós concebido".

[15] BRASIL. **Lei n. 8.213**, de 24 de julho de 1991: Art. 93. § 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

A POLÍTICA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES: EM BUSCA DA EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO*

THE POLICY OF SHARES IN UNIVERSITIES: LOOKING FOR EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO EDUCATION

Claudinei J. Göttems
Thiago de Barros Rocha

RESUMO

Ao estabelecer que o Estado brasileiro rege-se pelo regime democrático, a Constituição de 1988 não só incorporou ao texto cimeiro da ordem jurídica os anseios sociais da época, como ditames estanques. Ao contrário, o ordenamento constitucional, distante de ser conselhos ou opiniões, traduz-se em regras impositivas que vinculam o administrador e os administrados, reconhecendo-se a força normativa dos preceitos constitucionais. O direito fundamental à educação, comando normativo consagrado no artigo 205 da Constituição Federal, revela-se necessário para a consecução da dignidade humana e imperioso para o desenvolvimento pátrio. Garantir o acesso à educação, através de ações afirmativas, é fator decisivo para mitigar os entraves históricos e culturais que suprimiram de parcela da população usufruir deste direito fundamental e assegurar a igualdade substancial. Necessário, porém, que sejam repensadas as políticas de cotas a fim de não se negar vigência ao direito à igualdade, fundamento da democracia, sob a argumentação de se prevalecer, em qualquer hipótese, a inclusão das minorias.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO FUNDAMENTAL. EDUCAÇÃO. IGUALDADE. MINORIAS.

ABSTRACT

When it was determined that the Brazilian State is ruled by the democratic system, the Constitution of 1988 hasn't only incorporated the social wishes of that time as strong principals to the constitutional papers. Otherwise, the constitutional papers are able to translate the rules which affect the administration agent and the society, recognizing the strength of these constitutional principals. The fundamental right to education, constitutional clause written in the article 205 of the Constitution, is necessary to reach human dignity and essential to the State development. Assuring the access to this right to education through positive actions is an important attitude to soften the historical and cultural obstacles which have taken from society the possibility of this constitutional right's usufruct and guaranteeing the substantial equality. However, it is also necessary to re-think about the policy of shares in universities in order not to deny legal effect to

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

the right to equality, which is the reason of democracy, under the argument of prioritizing the inclusion of minorities in all situations.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS. EDUCATION. EQUALITY. MINORITIES

Introdução

O movimento de constitucionalização dos Estados, iniciado no final do século XVIII, trouxe para o centro da justificação jurídico-política os textos constitucionais.

Incialmente concebida como mera carta de intenções, a Constituição tinha como função exclusiva organizar politicamente o Estado.

A evolução constitucionalista, vivida especialmente a partir da segunda metade do século XX, consagrou a Constituição como norma jurídica erigida à fundamentalidade do ordenamento jurídico. Os textos normativos fundamentais incorporaram as promessas da modernidade: limitação e separação do Poder estatal, supremacia das normas constitucionais, reconhecimento e fruição dos direitos fundamentais.

Desde a concepção inicial, contudo, a igualdade sempre foi fator que se fez presente nas Constituições, consequência dos ideais iluministas que culminaram com a Revolução de 1789, e tinha a função de democratizar a sociedade. Não se demorou a perceber que a democracia formal, pautada na lei, não era suficiente para consolidar os ideais democráticos.

A percepção de que a igualdade formal é insuficiente para caracterizar a democracia, visto que é, também, do conteúdo democrático, a fruição dos direitos fundamentais, conduziu à necessidade de assegurar para a sociedade a efetividade normativa da Constitiução, reconhecendo-se que as normas nela insertas, sejam regras ou princípios, em especial as que consignem os direitos e garantias fundamentais, são impositivas.

Feita esta constatação, primou-se em garantir que os comandos constitucionais são normas jurídicas e, como tais, têm caráter vinculativo, incumbindo ao Estado e aos cidadãos sua observância.

Especialmente em países periféricos, de democracia tardia, como é o caso do Brasil, as promessas constitucionais não devem se limitar a meros indicadores do caminho a ser trilhado, a sugestões futuristas. Os direitos fundamentais, ao contrário, conclamam imediata concretização, e sua efetividade é essencial para a consolidação da democracia. Reconhecer, portanto, a imposição normativa dos comandos constitucionais é contribuir para a formação de consciência democrática e, por conseguinte, da consolidação da democracia substancial.

Neste contexto, sobreleva-se o direito fundamental à educação que assegura a todos o direito ao ensino e impõe ao Estado a obrigação de promover a educação com fundamento nos princípios consagrados constitucionalmente.

Reconhecer a normatividade das disposições constitucionais que estabelecem os direitos, garantias e princípios que regem a educação, assegurando aos cidadãos a concretude dos ditames da Constituição, é a garantia de caminhar firme rumo à democracia substancial e à consolidação do Estado Democrático de Direito.

Diante da impossibilidade fática de assegurar a todos a fruição dos direitos fundamentais, especialmente em países periféricos, as ações afirmativas constituem importante mecanismo que visa a mitigar ou eliminar óbices, sejam culturais, étnicos, econômicos ou sociais, impeditivos do acesso a concretude das normas constitucionais.

No âmbito educacional, as ações afirmativas se caracterizam pela adoção de políticas de quotas nas universidades que visam a permitir o acesso das minorias aos bancos universitários. Não se pode, contudo, deixar de assegurar a observância dos critérios de igualdade. Portanto, a fim de se permitir o acesso sem vilipendiar o princípio da igualdade, necessário a adoção de medidas que assegurem o acesso das minorias excluídas com a observância do princípio da igualdade.

1. A Constituição como norma jurídica

Impulsionada pelos ideais iluministas e sob a tríplice bandeira da igualdade, liberdade e fraternidade, a Revolução Francesa teve como ápice a Declaração de Direitos, cunhada em 1789, em que já se proclamava a inexistência de Constituição em toda sociedade onde não estivesse assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes.

Fundamentado em matriz ideológica burguesa, o novo Estado, criado a partir da consagração da separação de poderes, tinha como finalidade limitar os poderes da Coroa e assegurar a igualdade. Erigiu-se a lei, geral e abstrata, como mecanismo apto a suplantar as desigualdades do Antigo Regime e assecuratório dos direitos do cidadão frente ao Estado.

Elegeu-se, então, o parlamento como responsável por assegurar, através da lei, o direito à igualdade. Percebeu-se, porém, que a lei, dotada de generalidade e abstração, não era suficiente para garantir a igualdade, que se traduziu numa igualdade meramente formal, visto que as desigualdades sociais ainda persistiam.

Superado o marco inicial de contraposição ao *Ancien Régime* era necessário garantir à lei o *status* de norma superior.

A par das codificações que regulamentavam o direito privado, as constituições passaram a regulamentar o direito público, inaugurando uma nova concepção de Estado, que o qualificava como um Estado constitucional.

A Constituição, agora escrita, passa a ser concebida como uma ordenação (direito ordenador), a norma fundamental que valida o direito posto e as normas inferiores, organizando o Estado, respeitando o primado da separação de poderes, e limitando sua forma de atuação na esfera privada, com vistas a garantir os direitos fundamentais, consistindo numa "[...] ordenação sistemática e racional da comunidade política através

de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”[1].

Embora ciente de que às Constituições da época não era dado o valor que o constitucionalismo atual lhes atribui, certo é que os ideais que fundamentaram o Estado burguês, sob a égide de um ordenamento jurídico superior e imutável, contrapondo-o à vontade soberana do monarca, foram imprescindíveis para a atual compreensão da vinculação que a ordem constitucional impõe ao ordenamento jurídico.

A superação do Estado legislativo pelo Estado constitucional “pressupõe o caráter normativo das Constituições, as quais passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio para todos os poderes do Estado”[2].

A Constituição já não se atém somente em fixar os limites do poder estatal frente à liberdade e a organizar a formação política do Estado, senão se converte em positivação jurídica dos valores eleitos pela sociedade como fundamentais, vinculando a administração à busca pela efetividade e consolidação dos direitos consagrados socialmente.

Desde a advertência de Ferdinand Lassalle em não se transformar a Constituição em meras folhas de papel, distante da realidade social, até os dias atuais, com o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, muito se evoluiu acerca da doutrina constitucional e da efetividade do texto normativo fundamental.

É conhecido o ensinamento de José Afonso da Silva sobre a efetividade das normas constitucionais. Segundo o ilustre constitucionalista pode-se separá-la em três grupos: normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada. Para o autor, sinteticamente, as normas de eficácia plena são aquelas normas constitucionais de aplicabilidade direta, imediata e integral que, quando entram em vigor, estão aptas a produzir os seus efeitos totais sem a necessidade de serem integradas pela legislação ordinária. As normas constitucionais de eficácia contida possuem aplicabilidade direta e imediata, mas seu campo de aplicação poderá ser restringido pelo legislador ordinário, permanecendo, porém, plenamente eficazes enquanto não houver lei infraconstitucional que limite sua abrangência. Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas de aplicabilidade mediata e reduzida, que necessitam de lei ordinária que integre seu conteúdo e lhe permita produzir todos seus efeitos, dividindo-se em: normas constitucionais de princípio institutivo, que tem como finalidade a estruturação de instituições, órgãos ou entidades do Estado; e normas constitucionais de princípios programáticos que tem a finalidade de apontar as perspectivas que devem guiar o Estado e a finalidade que se pretende para o futuro.[3]

Celso Antônio Bandeira de Mello[4], por sua vez, sem desconsiderar o modelo oferecido por José A. da Silva, classifica as normas constitucionais em relação à possibilidade de que possuem de gerar direitos imediatos para os administrados, dividindo-as em:

a. Normas que outorgam um poder-direito e que, portanto, não necessitam de uma prestação alheia para seu desfrute. “O bem jurídico é protegido e desfrutável em si mesmo – não como *contrapartida* de vínculo estabelecido em *relação jurídica*”, sendo

exemplos as normas que asseguram o direito de ir e vir, de inviolabilidade do domicílio, direito de propriedade, dentre outras. Para a fruição de tais direitos, não é necessária uma ação positiva, mas, ao contrário, reclamam uma abstenção, uma omissão para que não se embarace o seu exercício. Tais normas outorgam, de imediato, (i) uma utilidade concreta e (ii) a possibilidade de exigir esta utilidade em caso de embaraço ou turbação por outrem.

b. Normas que estabelecem o necessário para gerar uma utilidade concreta, mas que, ao contrário das normas que outorgam um poder-direito, dependem de uma prestação alheia. Caracterizam-se por estabelecer um direito em sentido estrito cuja fruição é conseqüência de uma relação jurídica entre o detentor do direito e o obrigado a prestá-lo. Portanto, para que seja possível a fruição do direito, a norma constitucional deve estabelecer qual o comportamento específico para sua concreta satisfação. Exemplifica a presente dicção a norma do artigo 210, parágrafo 1º, da Constituição que estabelece o ensino religioso como disciplina do ensino fundamental, de matrícula facultativa. A simples existência da norma permite ao administrado a fruição do ensino religioso e a exigência que ele seja ministrado.

c. As normas constitucionais podem, ainda, estabelecer apenas uma finalidade a ser cumprida pelo Poder Público, sem apontar os meios necessários para atingi-la. Tais normas, diferentemente do que ocorre com as primeiras, não estabelecem poder-direito ou outorgam um direito em sentido estrito, mas nem por isso deixam de ter finalidade, pois outorgam ao administrado a (i) possibilidade de se opor ao cumprimento de regras contrárias ao preceito constitucional e (ii) exigir, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas por tais normas quando estiver em pauta os interesses por elas protegidas.

Verifica-se, destarte, que a divisão proposta pelo doutrinador tem como finalidade a distinção entre as normas constitucionais em conformidade com a fruição de seu conteúdo pelo administrado.

Embora guarde similitude com a divisão proposta por José Afonso, a classificação ora proposta dela se distingue na medida em que a primeira toma em conta a eficácia das normas em si mesmas sem a preocupação quanto à "consistência da posição jurídica que deferem aos administrados".[5]

A evolução do movimento constitucionalista levou a consagração da imperatividade normativa da Constituição. Desde a concepção inicial de norma destinada a regulamentar o poder estatal até o reconhecimento contemporâneo da força normativa dos princípios constitucionais, a Constituição assumiu importante papel na consagração dos direitos fundamentais nela insertos.

É importante verificar que desde os primeiros movimentos revolucionários que se opuseram ao regime monárquico, o conteúdo da igualdade sempre esteve presente, visto ser este o primado da democracia.

Acreditava-se que assegurar a igualdade através da lei era sucedâneo da participação democrática. Contudo, a falaciosa assertiva sucumbiu à evolução social, tendo a sociedade percebido que a igualdade formal não é suficiente para garantir a democratização do Estado, vez que a lei não é apta a romper com as desigualdades

factuais e a democracia não se constrói senão com a efetividade dos direitos fundamentais.

Reconhecendo-se a normatividade da Constituição como ordem jurídico-imperativa e tendo ela em seu arcabouço consagrado os direitos fundamentais eleitos pela sociedade ao longo dos anos, é de se concluir ser corolário para a efetivação do Estado democrático a efetividade das normas constitucionais, em especial as que estabelecem direitos fundamentais.

2. O direito fundamental à educação

O reconhecimento de que os direitos do homem são fundamentais conduziu à necessidade de salvaguardá-los de supressão pelo legislador ordinário. A fim de não se deixar ao legislador comum a possibilidade de mutação dos direitos consagrados com o passar histórico, a positivação dos direitos naturais e inalienáveis do indivíduo mereceu a dimensão de "[...] *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais", sem o que os "[...] direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política".[6]

A constitucionalização, desta forma, garante aos direitos fundamentais sua indisponibilidade ao legislador ordinário e ao Poder Constituinte Derivado eis que consagrados como estrutura fundamental da ordem jurídico-constitucional e dotados de imutabilidade em sede de normas constitucionais derivadas.

Além de garantir a imutabilidade dos direitos erigidos à Constituição, a constitucionalização tem ainda, como conseqüência, o controle judicial de constitucionalidade de atos reguladores destes direitos, vinculando os poderes estatais, devendo, desta forma, os direitos fundamentais serem "[...] compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes 'declarações de direitos'".[7]

A normatização dos direitos fundamentais na Constituição traz consigo a consagração da ideia de fundamentalidade formal dos direitos, e tem como consequência que (i) as normas que consagram os direitos fundamentais estão no ápice da ordem jurídica e sua alteração deve passar pelo crivo de um processo legislativo diferenciado, constituindo, em muitos casos, (ii) óbice à edição de normas, ainda que constitucionais, tendentes à modificação ou extinção destes direitos, assim como, por se tratarem de normas que veiculam direitos fundamentais, (iii) têm aplicabilidade imediata.

A história constitucional brasileira, desde a Carta de 1824, reconhece a fundamentalidade do direito à educação. Assim é que o artigo 179, inciso XXXII da Constituição de 1824 já assegurava o direito à educação primária gratuita.

A atual carta constitucional, no artigo 6º, consagrou a "[...] educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados" como direitos sociais. Vislumbra-se, assim, que ao lado de outros direitos sociais, a educação foi tratada pelo legislador constituinte como fundamental.

Para dar concretude ao aludido direito, o texto constitucional normatizou em capítulo próprio, inserido no Título VIII – Da ordem Social, o direito à educação estabelecendo que se constitui "[...] direito de todos e dever do Estado e da família" tendo como finalidade "[...] o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (Art. 205).

Denota-se, da letra normativa, que a Constituição erigiu o princípio da universalidade como orientador do direito à educação, consistindo em direito de todos frente ao Estado, estabelecendo, também, o fim que deve nortear a consecução do ensino. Combinado com o Art. 6º, a educação é elevada ao nível dos direitos fundamentais do homem, exigíveis, portanto, judicialmente se não for prestado espontaneamente.

José Afonso da Silva afirma que a normatização da forma explicitada

[...] significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (Art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização.[8]

O artigo 206 estabelece os princípios que devem nortear o ensino, destacando-se a igualdade de condições para acesso (inciso I), gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (inciso IV) e a gestão democrática do ensino público (inciso VI).

Por seu turno, o artigo 208 estabelece o dever do Estado com a educação explicitando a forma de sua efetivação.

A exequibilidade, destarte, do direito à educação subsiste na forma de prestações positivas do Estado para garantir a expansão do ensino como forma de garantir ao homem a incorporação a seu patrimônio cultural pessoal de conhecimento que lhe permita o desenvolvimento, o exercício da cidadania e a capacitação para o trabalho. Observa-se, com isso, que o conteúdo de fundamentalidade do direito à educação o é tendo em vista que esse direito constitui patrimônio inalienável do ser humano e condição que lhe possibilita o conhecimento, exercício e exigibilidade dos direitos individuais.

A imposição normativa, desta feita, estabelece o *modus* pelo qual o poder estatal deve dar azo à concretização dos ditames constitucionais. Por se tratar, segundo a classificação proposta por Celso Antonio B. de Mello, de direito que depende de prestação positiva do Estado, a omissão do poder público em cumprir as imposições constitucionais assegura ao administrado a tutela jurisdicional do direito violado.

Deixando o poder estatal de dar integral cumprimento aos ditames constitucionais que asseguram o direito à educação, na forma preconizada no Texto Maior, vilipendiando, assim, o direito fundamental assegurado ao administrado, *ex surge* para este a faculdade de exigir o adimplemento obrigacional através da tutela jurisdicional.

Incumbe, portanto, ao Legislativo a adoção de leis que propiciem a fruição do direito à educação; ao Executivo a adoção de políticas implementadoras; e ao Judiciário, excepcionalmente, a interferência em caso de omissão dos demais órgãos do poder.

3. Política de cotas e igualdade

A população afro-descendente, as mulheres, as crianças e demais grupos fragilizados ou preteridos socialmente devem ser vistos nas individualidades e peculiaridades de sua condição social. Desta assertiva emerge a situação, ou lhe serve de amparo, de que ao lado do direito à igualdade surge o direito à diferença com vistas à distinção e um tratamento especial.

O direito à igualdade, assim, quando verificado sob a análise da concessão de benefícios, privilégios, tratamento especial para determinados grupos, afasta-se da sua vertente formal preconizada no *caput* do artigo 5º, da Carta Magna de 1988.

A igualdade formal, sob a bandeira de que todos são iguais perante a lei, sede lugar para a igualdade material e seu ideal de justiça social e distributiva, adotando, para o reconhecimento desta igualdade substantiva, os critérios de gênero, orientação sexual, raça, condição econômica etc.

Nas oportunas palavras de Boaventura de Souza Santos[9] a questão acerca da igualdade material/substantiva foi assim reduzida:

Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

É de se consignar que na Carta Magna há previsões de busca pela igualdade material, servindo como referência exemplificativa desta hipótese o prelecionado em seu art.37, inciso VII.

Assim, na busca da igualdade material as ações afirmativas são instrumentos de inclusão social, consistentes em medidas especiais que têm por escopo regular a origem discriminatória de determinados grupos com a aceleração do processo de busca pela igualdade.

Neste cenário, com o escopo formal de se eliminar a segregação racial, que nos dizeres de Flávia Piovesan[10] ocorre “quando somos tratados iguais, em situações diferentes; e diferentes, em situações iguais”, adotam-se políticas compensatórias que aceleram ao processo igualitário, com estímulo à inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. As denominadas ações afirmativas.

Nas palavras de Flávia Piovesan[11], as ações afirmativas “constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que esta deve se moldar na forma do respeito à diferença e à diversidade”.

Desta feita, através de ações afirmativas busca-se a concretização de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua inserção e ascensão na sociedade, objetivando o alcance da igualdade substantiva em prol de grupos socialmente vulneráveis.

No Brasil, o debate sobre políticas que resultem na adoção de ações afirmativas é recente, tendo tido maior repercussão com o posicionamento favorável acerca de políticas públicas que venham a favorecer grupos historicamente discriminados nas áreas da educação e do trabalho na III Conferência das Nações Unidas de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban, África do Sul, de 31 de Agosto a 07 de Setembro de 2001.

Em termos educacionais, no estado brasileiro há o programa de bolsa escola, que atua no favorecimento de populações de baixa renda com incentivo na manutenção dos filhos nas escolas; ação que visa, ainda, a combater o trabalho infantil.

Quanto a educação superior não há um consenso sobre qual o caminho com maior aspecto de ideal deve-se tomar, existindo questões com altas indagações no tocante ao *discrímen* a adotar como diferenciador apto à percepção destes ou daqueles benefícios, donde ora se tem a raça (cotas raciais), outrora a posição econômica (critério econômico), noutrora ambos em combinação.

A questão que nos mostra crível a ser debatida é se a adoção de cotas raciais para o ingresso de estudantes negros nas universidades é um remédio que se justifica de fato com vistas a sua aptidão para supressão das diferenças étnicas e os efeitos gerados através da efetivação das medidas que terão este propósito.

Uma pesquisa acerca dos efeitos das ações afirmativas e da adoção de cotas realizada na Malásia, Índia, Sri Lanka, na Nigéria e em outros países daquele continente, revela posição oposta àqueles que debruçam suas opiniões em conclusões favoráveis aos resultados obtidos com a implementação de ações afirmativas consistentes em sistema de cotas. Tal qual expõe Ali Kamel, além das previsíveis reações, há aquelas motivadas pelo atiçamento do preconceito.

Na índia, os registros de atrocidades contra os intocáveis eram de 13 mil nos anos 1980; pularam para mais de vinte mil nos anos 1990 (o número de mortos era quatro vezes maior nos 1990 do que nos 1980). Na Nigéria, a adoção de políticas de preferência racial levou a uma guerra civil, provocando o cisma que criou Biafra (mais tarde reincorporada), sinônimo de fome e miséria. Sri Lanka, quando da independência, era uma nação em que duas etnias, com língua e religião diferentes, conviviam harmoniosamente. Com a adoção de políticas de preferência étnica, o que se viu foi uma das mais sangrentas guerras civis. [12]

No Brasil não teremos guerras civis nem atrocidades físicas contra grupos favorecidos pela implementação de políticas compensatórias, não pela inexistência de revolta dos que irão se sentir desprestigiados, mas pelas características do povo brasileiro.

Dentre os não beneficiados pela política de cotas emergirá o sentimento de que o mérito não mais importa, ou então de que tal atributo não é mais determinante para a conquista de um posto de trabalho ou vaga na universidade.

Há ainda que se considerar que por suas características as políticas de cotas detenham, obrigatoriamente, caráter temporário, mantendo-as até a supressão da desigualdade ou mitigação da inferioridade.

Ora, uma vez praticada, a supressão dos benefícios resultaria em ato político impopular, pois inegavelmente afastaria de determinados grupos certas facilitações, sendo conseqüência bastante significativa para que, uma vez implantadas, tornem-se perpétuas no cenário político brasileiro.

Em paralelo a estas hipóteses navega em velas sem ventos populistas a opinião daqueles que propõem a radicalização de um processo que resulte no aumento de qualidade do ensino fundamental e médio, garantindo a todos, brancos, negros, pardos, pobres ou ricos, iguais ou desiguais, um ensino de qualidade, dando-lhes chance de ingresso em uma universidade, recompensando com mérito a dedicação ao trabalho e estudo.

O oposto é permitir a conclusão de que os negros por si não são aptos a conquistar uma vaga em universidades públicas, condição que se mostra injustificada, eis que certa a capacidade intelectual o respectivo poder de aprendizagem, faltando-lhes apenas a equivalência de oportunidades na construção da base de seu conhecimento.

Ocorre que este desequilíbrio de oportunidades também é imposto a brancos de classes sociais desprestigiadas, bem como a alguns grupos da sociedade (moradores de favelas e filhos de egressos, por exemplo). Na hipótese concreta da concessão de benefícios a negros que se encontrem no mesmo patamar econômico de brancos há, indubitavelmente, a impingência a estes últimos do sentimento de injustiça, pois foram preteridos na concessão de benefícios mesmo estando em condições de igualdade com os beneficiados.

Por derradeiro, nos dizeres de Ali Kamel a síntese importa que

Os negros brasileiros não precisam de favor. Precisam apenas de ter acesso a um ensino básico de qualidade, que lhes permita disputar de igual para igual com gente de toda cor.[13]

No aspecto histórico, a questão de inserção de estudantes negros em universidades públicas encontra amparo no julgamento do caso *Brown v. Board of Education* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1954.

Quando do julgamento deste caso foi feito uma opção em favor das minorias, posto que um grupo de estudantes negros apelou da decisão de uma Corte estadual que havia mantido a segregação racial nas escolas públicas estaduais, requerendo a aplicação da cláusula constitucional de igual proteção. Em sua conclusão, restou estabelecido que a regra de segregação racial, em qualquer contexto, viola a Emenda 14 à Constituição dos Estados Unidos. Este julgamento não fixou condições para implementação da sua decisão, fato superado somente em *Brown v. Board of Education II*, em 1955, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que as Cortes inferiores fossem responsáveis por supervisionar a implementação do precedente fixado em 1954[14].

Em 1971 um estudante negro ingressou com ação (*Swann x Charlotte-Mecklenburg Board of Education*) em uma Corte Federal alegando que sua escola estava

descumprindo a decisão fixada em Brown, argumentando que em razão do descumprimento a Corte Distrital local foi levada a elaborar um plano visando o fim da segregação, que incluía cotas a serem observadas pelas escolas públicas, uma vez que estas continuavam a segregar alunos pela cor. A Suprema Corte manteve o plano judicial sob o fundamento de que uma vez que as autoridades escolares falharam, as Cortes distritais tinham discrição para empregar seus poderes em favor do precedente fixado em Brown[15].

No cenário norte-americano a questão referente a segregação racial, e posteriormente às cotas, se desenvolveu através do Pode Judiciário, através de atos de justiciabilidade, tendo a Suprema Corte fixado paradigmas e estendendo as condições para que as Cortes inferiores promovessem a inclusão de estudantes negros nas cadeiras universitárias.

Sem a adstrição aos precedentes emanados dos Tribunais superiores, o cenário nacional assiste a proposições de projetos de leis que determinam regras para a reserva de vagas no ingresso nas instituições de ensino superior das redes federal e estadual com a fixação de critérios de inclusão por razões de etnia com critérios universais de renda.

Em meados de 1967 o estado brasileiro tornou-se signatário da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial da Organização das Nações Unidas, situação que por corolário o fez se comprometer à aplicação de ações afirmativas como forma de promoção da igualdade para inclusão de grupos étnicos historicamente excluídos no processo de desenvolvimento social.

Com vistas à efetivação deste compromisso está em tramitação o Projeto de Lei nº 180, de 2008, que dispõe sobre o ingresso de estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas e para estudantes autodeclarados negros, pardos e indígenas nas universidades federais e estaduais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, assegurando um total de 50% das vagas existentes para este grupo de alunos.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado declarou a constitucionalidade material do projeto de Lei, asseverando que suas proposições buscam dar cumprimento ao princípio da isonomia, pois estabelece políticas de ação afirmativa que visa a compensar a histórica desvantagem a que foram submetidos os grupos sociais e étnicos beneficiados com a garantia de vagas que busca proporcionar.

Enquanto este projeto de Lei mantém sua tramitação, a questão da reserva de vagas vem sendo tratada diretamente pelas universidades e de forma esparsa pelos Tribunais nacionais, os quais, por característica, não adotam precedentes como paradigmas, situação que resulta a prolação de sentenças fundamentadas em motivos isolados, quando não contraditórias entre si.

Conclusões

O direito à educação deve ser analisado sob a ótica da Carta Constitucional com vistas a assegurar sua concretização, fator importante para garantir à sociedade a busca pela igualdade, consubstanciada não só pelo formalismo legal, mas, em maior medida, pela

efetividade dos direitos fundamentais. Neste aspecto, o direito à educação está intrinsicamente ligado à democracia.

O acesso ao processo educacional é fonte mitigadora das desigualdades e fundamento para a cultura democrática, processo que se reveste da busca pela igualdade fática, uma vez que a democracia não pode ser vista como mero aparato normativo-político.

Garantir à sociedade a participação política é apenas uma faceta da democracia que reclama, atualmente, a efetivação dos direitos fundamentais.

A atual Constituição brasileira estabeleceu a educação como direito social fundamental, determinando os mecanismos que devem ser adotados para a sua consecução, gerando para os administrados um direito em sentido estrito, que exige do Poder Público a adoção de medidas que assegurem a efetividade constitucional.

O Poder Constituinte, assim o fazendo, consubstanciou o direito educacional como patrimônio inalienável do ser humano e ínsito ao atual estágio de evolução dos direitos fundamentais, vinculando os administradores na tarefa de bem cumprir os comandos normativos, incumbindo-lhes o encargo de editar e adotar instrumentos que resultem em ações com o propósito único de implementá-lo.

A omissão na adoção e execução de políticas públicas tendentes a efetivar a educação garante ao administrado a busca pela tutela jurisdicional do direito violado, cumprindo ao Poder Judiciário, através da jurisdição constitucional, zelar pela efetividade normativa da Constituição.

Garantir, assim, a efetividade do direito à educação, é permitir que a sociedade evolua culturalmente rumo à democracia substancial, buscando, além da participação política, a consecução dos direitos fundamentais, importante para a evolução e consolidação do Estado Democrático.

A implementação de políticas públicas que reflitam ações afirmativas com o escopo de garantir à determinados grupos privilégios que objetivem a mitigação de preconceitos e desprestígio de acesso a oportunidades é encargo constitucional fixado em desfavor dos legisladores infraconstitucionais e dos dirigentes do poder executivo.

Ante a ausência de regulamentação específica para a adoção de medidas mitigadoras dos óbices ao acesso dos grupos minoritários, incumbe ao Judiciário a análise de casos concretos a fim de prover ações afirmativas que resultem na concretização do acesso igualitário ao direito educacional, assegurando o direito a igualdade material.

Hodiernamente, derivada da inexistência de disposição normativa abstrata e geral, as universidades normatizam a política de cotas com base em critérios isolados que, não raras vezes, desprestigiam a igualdade material e a isonomia, lançando ao Judiciário a obrigação de readequação do *discrímen* adotado a fim de equacionar o direito fundamental do acesso à educação dos grupos e classes minoritárias compatibilizando-o com o princípio da igualdade formal e material.

Referências

APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 10ª ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000

BURDEAU, Georges. **A democracia**. Tradução de Paulo António dos Anjos. 2ª ed. Coleção Saber. Ciência jurídicas, econômicas e sociais. S.l.: s.e., s.d.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2007

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002

FRISHCEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KAMEL, Ali. **Não somos Racistas**: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2006

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. Barueri: Manole, 2003.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais.** Malheiros, 2009

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

MORENO, Beatriz González. **El Estado Social**: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Cotas Raciais no Ensino Superior**: Ações Afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2009

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar**: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004

TEZANOS, José Félix. ***La democracia incompleta**: el futuro de la democracia postliberal.* Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2002.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. **A democracia na América**: sentimentos e opiniões. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

---

[1] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 48.

[2] CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2007, p. 18

[3] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126, 138 e 164.

[4] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais.** Malheiros, 2009, p.22 e ss.

[5] *Idem*, p.17

[6] Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 377.

[7] *Idem*, p.377.

[8] *Op. cit.*, p. 313.

[9] SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar**: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.56

[10] PIOVESAN, Flávia. **Cotas Raciais no Ensino Superior**: Ações Afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2009, p.18

[11] *Op.cit.*, p.21

[12] KAMEL, Ali. **Não somos Racistas**: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2006, p.92

[13] *Op. Cit.*, p.95

[14] APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 17.

[15] *Op. Cit.*, p.226/227

EDUCAÇÃO CORPORATIVA NAS EMPRESAS FAMILIARES: PROJETO POLÍTICO-CIVILIZATÓRIO PARA CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS*

EDUCAZIONE CORPORATE NEL IMPRESE FAMILIARI: PROGETTO POLITICO CIVILIZATORIO PER CONSTRUZIONE DAL CITTADINANZA E L'EFFICACIA DEI DIRITTI SOCIALI

Cristiane Bassi Jacob

RESUMO

A educação é a chave mestra para o desenvolvimento de um Estado, assim, frente à sua relevância social e a incapacidade estatal de propiciar o atendimento aos direitos sociais a todos os brasileiros, o presente artigo tem como escopo demonstrar como a educação corporativa, na era do conhecimento, pode propiciar que os stakeholders estejam mais preparados, no que tange às suas competências, refletindo em boas práticas de governança corporativa aplicadas à responsabilidade societária e social, para a construção da cidadania. Tendo em vista que as empresas familiares constituem a grande maioria das organizações em operação no Brasil, intenta-se, por meio da educação corporativa nas empresas familiares, alicerçar uma cadeia de conhecimento nos campos organizacional, familiar, social e comunitário, uma vez que as instituições buscam a formação de atores sociais capazes de cooperar com a comunidade, identificando criticamente o contexto em que se inserem, a fim de participar ativa e continuamente do processo civilizatório. A nova postura dos stakeholders pautada na responsabilidade social corporativa possibilita uma sociedade mais consciente e responsável agregando valor à instituição que trabalha com a educação para a cidadania.

PALAVRAS-CHAVES: EDUCAÇÃO CORPORATIVA, EMPRESAS FAMILIARES, CIDADANIA, DIREITOS SOCIAIS

RIASSUNTO

L'istruzione è la chiave per lo sviluppo di uno stato, quindi, di fronte alla loro rilevanza sociale e l'incapacità di prestare assistenza ai diritti sociali di tutti i brasiliani, il presente articolo ha lo scopo di dimostrare come l'educazione corporate nell'era della conoscenza, in grado di fornire le parti interessate che sono più preparati, in termini di competenze, riflettendo sulle buone pratiche di governo societario applicati alle società e la responsabilità sociale, per la costruzione di cittadinanza. Dato che le imprese familiari costituiscono la stragrande maggioranza delle organizzazioni presenti in Brasile, che cerca, attraverso l'istruzione nel corporate imprese familiari, di costruire una catena di conoscenze in campo organizzativo, familiare, sociale e di comunità, come istituzioni cercano la formazione degli attori sociali in grado di cooperare con la

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

comunità, individuando le criticità contesto in cui esse operano, al fine di partecipare attivamente e continuamente il processo di incivilimento. Il nuovo atteggiamento delle parti interessate sulla base di responsabilità sociale delle imprese consente un più consapevole e responsabile azienda un valore aggiunto per l'istituzione che funziona con l'educazione alla cittadinanza.

PAROLE CHIAVE: EDUCAZIONE CORPORATE, IMPRESE FAMILIARI, CITTADINANZA, DIRITTI SOCIALI

1. Introdução

Nossa Constituição Federal em seu artigo 1º proclama que são fundamentos do Estado nacional a cidadania e a dignidade da pessoa humana e no artigo 205 prevê que a educação é um direito constitucional assegurado a todos, dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Compete ao Poder Público a implementação da educação, contudo, a iniciativa privada atendendo às condições constitucionais exigidas, poderá atuar no ramo da educação, tendo em vista a insuficiência do Estado para a grande demanda educacional.

No Brasil, infelizmente, a educação tem sido relegada a segundo plano pelos nossos governantes, sendo que a realidade demonstra que as políticas públicas não mitigam o problema social no que tange à educação em todos os níveis e seguimentos.

Juliana Cristine Diniz Campos e Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz enunciam:

A situação de insuficiência financeira do Estado, ilustrada pela expressão abstrata da “reserva do possível”, associada a uma ampla aceitação teórica da idéia de que o Poder Público só estaria normativamente obrigado a garantir um mínimo existencial ao indivíduo, o qual só incluiria a educação básica, dá ensejo à defesa da idéia de que inexiste um direito subjetivo público à garantia estatal de acesso ao ensino médio e superior, com universalidade de acesso e gestão democrática e autônoma. [1]

Antonio Joaquim Severino pondera criticamente:

A política educacional desenvolvida pelo poder público nas últimas décadas não deixa a menor dúvida: parece que a educação nada mais cabe do que preparar a mão-de-obra barata e descartável para um capitalismo selvagem e obscurantista. E à educação escolar só tem sobrado o triste destino de reproduzir um sistema social satisfeito com sua estrutura rígida e cruel. Não obstante o teor desse diagnóstico, cabe à educação, em geral, e à educação universitária, em particular, contribuir sistematicamente para a ruptura desse círculo de ferro. Ela é também lugar de contradição, espaço de ruptura. [2]

Bem se sabe que, hodiernamente, educar não tarefa das mais fáceis, sendo incumbência do Estado e da família, que nem sempre concretizam com eficiência tal missão. Calmon de Passos sustenta que “faz-se presente uma vontade política que, se inexistente, produz

endêmico desatendimento dessa necessidade básico da cidadania real". E continua: "Nunca a educação foi prioridade entre nós. E o que é pior, a educação precariamente dada é insatisfatória, ministrada muito mais em termos de manutenção do *status quo*, privilegiador e elitizante, que num sentido transformador e emancipador. Há um discurso farisaico e uma prática hipócrita no particular". [3]

Com vistas a buscar mecanismos de ruptura desse panorama a iniciativa privada, representada pelas empresas familiares, atentas à sua função social, comprometidas com o desenvolvimento organizacional, humano e social tem buscado participar ativamente no processo de educação complementando o dever estatal de viabilizar e efetivar educação para todos, por meio da educação corporativa.

As empresas familiares visando sua função social tem papel relevante na promoção da educação, impedindo o agravamento da situação educacional no país, buscando, ademais, maior inclusão social dos agentes envolvidos com os negócios empresariais, exercendo, assim, maior controle social. [4]

Justifica-se, destarte, a escolha da temática frente à realidade nacional, em que a maior parte das empresas constituídas, seja formal ou informalmente, são familiares e a tendência contemporânea demonstra que as sociedades empresárias que desenvolvem sua função social, alicerçada na responsabilidade societária e social, se preocupam com os *stakeholders*[5] e com a educação continuada nas instituições com vistas a garantir a efetividade de direitos sociais e a cidadania.

Nesse sentido são os ensinamentos de Maria Christina de Almeida:

A redefinição do papel e ou missão na sociedade, com a conseqüente ampliação das responsabilidades sociais, muitas vezes obtendo para si funções inerentes à atividade estatal é um aspecto polêmico da questão. Nesse caso, alguns pesquisadores têm entendido como inadequada a substituição da atividade de responsabilidade pública, por agentes realizadores, imbuindo de outras finalidades que não aquelas que se propuseram a realizar.[6]

Mesmo frente ao posicionamento de alguns doutrinadores no sentido de que as empresas não devem realizar outras atividades que não a descrita no seu objeto social, entendemos de modo diverso, posto que frente à crescente conscientização da responsabilidade social empresarial, as famílias empresárias têm buscado cumprir além da função societária, indo de encontro aos interesses da coletividade.

Nilda Tevês Ferreira pondera:

Quando o sentimento coletivo de ser integrante do grupo não existe mais, quando cada um se vê como um estranho, a sociabilidade se enfraquece, dando lugar à indiferença, a uma certa resistência passiva, uma espécie de morte coletiva. Não se trata de formar cidadão que pensem poder resolver sozinhos os seus problemas, mas pessoas que percebam o quanto precisam caminhar junto com outras, aprender a negociar seus conflitos, ganhar e seduzir seu companheiro para projeto que atendam aos anseios coletivos. [7]

Luiz Antonio Ramalho Zanoti resume:

O foco é, portanto, a justiça social, que se viabiliza à medida que cada um oferecer a sua quota de contribuição para o bem comum. Com efeito, a busca do bem comum é uma responsabilidade coletiva. Partindo do princípio de que sem distribuição não há bem comum, logo a ausência de bem comum é uma responsabilidade coletiva, e não apenas do Estado, como instituição. [8]

Questiona-se: Qual o papel da empresa familiar no contexto nacional? A iniciativa privada tem responsabilidade com a educação nacional? A Educação Corporativa propicia a construção da cidadania?

O objetivo específico é buscar evidenciar que os dirigentes das empresas familiares estão se conscientizando que a busca de resultados econômicos de forma isolada, sem considerar o bem estar dos *stakeholders* é prática ultrapassada; o empresariado tem atuado no campo social a fim de melhorar as condições de vida dos envolvidos no seu entorno, principalmente dos seus empregados, buscando, assim, a construção de uma organização social mais justa e coadunada com interesses da coletividade.

Pretende-se demonstrar a importância da iniciativa privada participar mais ativamente no processo de educação dos envolvidos no processo empresarial, cooperando com o ente estatal na promoção e incentivo de direitos sociais como a educação. O mecanismo utilizado pelas empresas familiares no afã de suprir deficiências do governo nesse sentido é a implementação de práticas de educação corporativa.

2. Aspectos acerca da cidadania e as normas programáticas da Constituição Federal de 1988

Questões relacionadas à cidadania e aos direitos humanos têm sido debatidas frente à sua relevância social, consideradas suas imbricações no cotidiano dos indivíduos. O conceito de cidadania, em sua origem, vem da Grécia antiga, onde significava vivência política ativa na comunidade, na cidade (pólis). Quando se pensa em cidadania vinculamos a imagem de grupo restrito de pessoas privilegiadas que usufruem direitos ainda não difundidos a todos.

A expressão cidadania se relaciona aos direitos fundamentais das pessoas, como o direito a participação política (o direito de eleger e ser eleito) e o direito de participar ativamente de todas as atividades sociais garantidas constitucionalmente; ocorre, porém, que existem os aspectos negativos, como a exclusão da cidadania por muitos brasileiros, que em razão de sua situação de pobreza e dependência impede que tomem decisões livres e autônomas. [9]

Hodiernamente ser cidadão implica, igualmente, no exercício dos direitos fundamentais, assim falar em cidadania pressupõe o exercício de direitos e o cumprimento de deveres inerentes ao cidadão.

A cidadania deve viabilizar que as pessoas sejam sujeitos de ação e não objetos de ação do Estado, assim, pensar em cidadania restrito a um grupo seleto da elite é uma idéia

errônea, uma vez que vinculada ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, traduzindo para o cidadão um conjugado de liberdades e obrigações políticas, econômicas e sociais.

Nilda Tevês Fereira salienta que "a cidadania é um duplo na identidade do homem. Na esfera individual, cada um é único e inigualável; na esfera pública, cada um é um cidadão, teoricamente igual a todos os outros assim considerados". [10]

A mesma autora resume que as pessoas devem aprender a inibir sua inclinação a centrar-se em si mesmo, a se liberar de seus próprios limites e encontrar sua plenitude na experiência política. Espera-se que o indivíduo esteja sempre pronto a se submeter ao ideal comum a serviço do interesse da coletividade. [11]

Ernani Bohnenberger sustenta que ser cidadão significa lutar por seus direitos em todos os espaços, reafirmando o valor da solidariedade contra o valor do individualismo, o valor da cooperação contra o valor da competição, o valor do público contra a exaltação do privado. [12]

A idéia acentuada na concepção de cidadania é a que o bem-estar individual e social, a felicidade e a retidão dependem, mais largamente do que nunca, das relações existentes entre pessoas e classes na vida institucional. A educação torna-se assim, embora indiretamente, a força modificadora das instituições sociais, realizando um melhor ajustamento dos indivíduos. [13]

Calmon de Passos sintetiza com clareza acerca do assunto:

Cidadania, portanto, engloba mais que direitos humanos, porque, além de incluir os direitos que a todos são atribuídos, em virtude de sua condição humana, abrange, ainda, os direitos políticos. Correto, por conseguinte, falarmos numa dimensão política, numa dimensão civil e numa dimensão social da cidadania. Ser cidadão implica na efetiva atribuição de direito nas três esferas mencionadas, porque careceria de sentido participar do governo sem condições de fazer valer a própria autonomia, bem como sem dispor de instrumentos asseguradores das prestações devidas pelo Estado, em nome da igualdade de todos. [14]

Corrobora ainda afirmando que a limitação ou a supressão de qualquer das esferas apontadas evidencia a fragilização da cidadania. [15] Desta feita, pode-se dizer que a cidadania compreende os direitos políticos, relacionados à participação do cidadão na vida social; os direitos civis, voltados à autodeterminação [16] e os direitos sociais, garantidos constitucionalmente. Ser efetivamente cidadão implica na participação ativa do cidadão, seja na exigência de que o Estado se abstenha de praticar algo, seja na exigência de prestações positivas.

A cidadania é insuscetível de ser plasmada a partir do "discurso", consubstanciando-se quando representada efetivamente por atores sociais reais. A cidadania é uma das expressões do poder político; é o poder de controle dos governados sobre seus governantes, e esse poder não pode resultar, jamais, do "dizer" sobre ele, como visto, mas de sua existência inequívoca, como fato, no conviver político quotidiano, institucionalizado substancialmente, não apenas formalmente. [17]

A larga exclusão social, a deficiência na efetivação dos direitos sociais e dos direitos humanos em nosso país é que contribui para os limites da cidadania no Brasil. Infelizmente estamos distantes de uma sociedade de cidadãos, pois não são assegurados a todos os brasileiros o direito de participação política, o direito de autodeterminação e os direitos sociais.

Vislumbra-se a "cidadania plena", contudo desfrutamos de uma cidadania tutelada que é aquela formalmente reconhecida, mas substancialmente enfraquecida pelo acentuado grau de incapacitação da vontade do governado, levada a cabo pelos governantes; as incapacitações "diretas" e "indiretas" resultam do "não saber" e do "depender" dos indivíduos na sociedade. [18]

A cidadania ativa é plausível se o homem tiver acesso à formação educacional, que possibilitará sua atuação de forma real nas deliberações políticas de uma sociedade democrática de direito. [19]

Desta maneira, pode-se asseverar que para se conquistar a cidadania plena devemos permear um processo formativo, educativo e contínuo, ou seja, um dos caminhos para a formação da cidadania plena é a educação, na busca do equilíbrio entre os elementos de direitos individuais e os deveres sociais, assim, temos contemporaneamente, que o sentido da educação encontra substrato no entrelaçamento do indivíduo com a sociedade e a busca pela cidadania coletiva, uma vez que a instrução, independentemente do seu nível propicia a modificação do homem, suas atitudes e ideologias.

Nilson José Machado enuncia que educar para a cidadania é prover os indivíduos de mecanismos para a realização da participação motivada e competente, da simbiose entre interesses pessoais e sociais, da disposição para sentir as dores do mundo. [20] Assim, afigura-se que ao transformar o mundo social e natural, o homem transforma a si mesmo, e o objeto último dessa transformação é a supressão de suas carências, quaisquer que sejam. [21]

No que tange aos aspectos constitucionais, Calmon de Passos pontifica:

No âmbito do estritamente formal, nossa Constituição é inexcedível. Nenhuma outra do mundo é mais rica e mais prolixa em deferir ao indivíduo direitos fundamentais. Nossos direitos individuais e coletivos se espraiam em setenta e sete incisos do artigo 5º de nossa Constituição e protegem desde a nossa intimidade até as mais sociais de nossas manifestações pessoais: locomoção, expressão, reunião, informação; todas essas esferas do indivíduo são devidamente enunciadas e erigidas a direitos fundamentais. Nem ficamos aquém em matéria de direitos sociais. O art. 6º os menciona em termos gerais, abrangentesm inclusive, de capítulos outros que não os destinados aos direitos fundamentais, e os artigos 7º, 8º e 9º enumeram os mais diretamente ligados à atividade econômica, num conjunto de quarenta e dois incisos. [22]

Quanto à educação pode-se dizer que se trata de norma programática[23], posto que traduz um programa de atuação estatal, sendo vislumbrados por princípios para serem cumpridos, desta feita, não são auto-aplicáveis. A existência de normas constitucionais que garantem o direito à educação impõe, deste modo, o dever estatal de criar mecanismos para sua implementação, promovendo a dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se que o constitucionalismo do futuro identifica-se com as seguintes vertentes, a saber: *i)* a verdade; *ii)* a solidariedade; *iii)* a continuidade; *iv)* a participação do povo; *v)* a integração; *vi)* a universalização dos direitos humanos, *vii)* o consenso e o *viii)* ideal de cidadania. [24] Significa dizer a participação popular que por meio do exercício da cidadania no contexto social propiciará maior solidariedade, se traduzindo em um novo conceito de igualdade, que levará a práticas mais transparentes, morais e éticas.

3. Considerações acerca do conceito de empresa familiar no Brasil

As empresas familiares estão presentes em todos os países do mundo, sendo expressiva sua contribuição social e econômica ao país, uma vez que são responsáveis pela empregabilidade de milhares de brasileiros, assim como auxiliam na produção e distribuição de bens e serviços.

O contexto nacional demonstra que grande parcela das empresas constituídas são familiares, que têm sido influenciadas pelos traços culturais dos imigrantes, em que os fundadores, geralmente, são os patriarcas, tidos como empreendedores, trazendo às sociedades seus parentes próximos, fundando, assim, um modelo de empresa fundamentado na solidariedade, no desejo de vencer as adversidades e na confiança mútua provocada pelo vínculo parental.

Lansberg citado por Carla Francisca Bottino-Antonaccio ressalta que "não há nada mais primário do que a confluência entre a família e o trabalho". Antes da Revolução Industrial, todo o trabalho era feito em casa. Quando surgiu a Revolução Industrial o trabalho se separou da casa e, ao longo dos séculos, as empresas se diversificaram, se complexificaram e muitas se tornaram grandes multinacionais. [25]

Kelin E. Gersick *et al* propõem a descrição de empresas familiares como uma operacionalização de três círculos, ou seja, sub-sistemas, a saber: a) a família; b) a empresa/negócio e c) a propriedade. Assim, as motivações, as preocupações e os interesses dos indivíduos podem ser compreendidos a partir da sua localização nos círculos. [26] Trata-se de três subsistemas independentes, contudo superpostos, significa dizer que os proprietários (sócios e acionistas) estarão no sistema propriedade, assim como os membros da família estarão no sistema família e todos os funcionários no sistema gestão/empresa. As pessoas com mais de uma conexão com a empresa estarão em um dos setores sobrepostos, que podem estar inseridos em dois ou três círculos ao mesmo tempo. [27]

Donnelley define empresa familiar como aquela que se identifica com uma família há pelo menos duas gerações e quando essa ligação resulta numa influência recíproca na política geral da empresa e nos interesses e objetivos da família. Para tanto, revelam-se algumas condições, como: a) a sucessão dos cargos administrativos é determinada pelos laços de família; esposas e filhos dos atuais dirigentes encontram-se no Conselho Administrativo; b) os valores institucionais importantes da empresa identificam-se com uma família, isto é, as ações (formais e informais) praticadas por um membro da família refletem-se na reputação da empresa; c) os parentes (sobrinhos, netos, genros) sentem-se obrigados a ficar com ações por razões mais do que puramente financeiras, geralmente afetivas. [28]

Para este autor se configura empresa familiar quando a companhia encontra-se relacionada com uma determinada família há pelo menos duas gerações e quando essa ligação resulta numa influência recíproca na política geral da firma e nos interesses e objetivos da família. [29]

Denize Grzybovski e João Carlos Tedesco definem empresa familiar:

(...) considera-se, empresa familiar como sendo aquela organização empresarial que tem sua origem e sua história vinculadas a uma mesma família há pelo menos duas gerações, ou aquela que mantém membros da família na administração dos negócios, ou seja, empresa que é controlada e/ou administrada por membros de uma família. Não se incluem nessas aquelas em que a família apenas investe o dinheiro (simples investidor) e aquelas em que o fundador não tem herdeiros. [30]

João Bosco Lodi entende que as empresa são fundadas em conceitos pessoais e que somente após a segunda geração é há uma expansão dos conceitos, passando a abarcar a família como um todo. [31] No entanto, existem autores que definem empresa familiar com base em suas características, não estando necessariamente vinculadas às gerações, como pressupõe aquele autor.

Nesse sentido, Nilva Maria de Clodoaldo P. G. Leone identifica que a caracterização da empresa familiar parte da observção de alguns fatos como o fato de ser iniciada por um membro da família; existem membros da família participando da propriedade e/ou direção; os valores institucionais identificam-se com o sobrenome da família ou com a figura do fundador; e, por fim, a sucessão está ligada ao fator hereditário. [32]

Armando João Dalla Costa entende que o conceito mais adequado de empresa familiar é aquele que deve levar em conta, além do estilo de administração, a relação propriedade e gestão, ou seja, quando um ou mais membros de uma família exercem a maior parte do controle administrativo, por ser (em) proprietário(s) da maior parte do capital, independentemente de estar na primeira ou segunda geração. [33]

Galgo e Vilela definem que a “empresa familiar está longe de ser um consenso. Não parece ser necessário que uma família possua capital majoritário para que, estando presente na administração do negócio, imprima as características mais marcantes da gestão familiar.” [34]

Pode-se dizer que a empresa familiar vincula patrimônio, família e sociedade empresária, além da “herança” de valores e princípios norteados pela meta de continuidade de sucesso da empresa e preocupados com a segurança das gerações futuras.

Em pesquisas realizadas, quando dirigentes empresariais definem empresa familiar o fazem levando em consideração o conjunto de valores e crenças do fundador, que devem ser observados pelos demais integrantes da sociedade.

4. Considerações acerca da Educação Corporativa no Brasil

As corporações familiares, ao longo dos anos, vêm percebendo a importância e a urgência de difundir o conhecimento entre seus colaboradores, aproveitando-se o capital intelectual a fim de alterarem o modelo de gestão de modo a permitir um maior comprometimento de todos os envolvidos na produção ou circulação de riquezas.

Tais mudanças organizações envolvem a prática de educação corporativa nas instituições, assim, o potencial das pessoas nas empresas tem sido revisto, buscando-se um melhor desempenho não fundado somente na otimização dos lucros e redução de custos, mas focado agora na função social da empresa e sua responsabilidade com a coletividade ao seu entorno.

Os empregados constituem elementos alavancadores de resultados dentro da organização, representando vantagem competitiva no mercado, assim, o capital intelectual personaliza o negócio familiar, nesse sentido a educação corporativa tem a função de permitir aos envolvidos que dêem continuidade ao processo educacional ou de formação profissional. [35]

Educação corporativa pode ser definida como uma prática coordenada de gestão de pessoas e de gestão do conhecimento tendo como orientação a estratégia de longo prazo de uma organização. Entende-se que a educação corporativa é mais do que treinamento empresarial ou qualificação de mão-de-obra, pois articula coerentemente as competências individuais e organizacionais no contexto mais amplo da empresa. Com isso, as práticas de educação corporativa estão intrinsecamente relacionadas ao processo de inovação nas empresas e ao aumento da competitividade de seus produtos (bens ou serviços). [36]

Lélio Lauretti pontifica que as empresas podem melhorar as condições de vida das comunidades onde atua, podendo, estimular o ensino, em particular o profissionalizante. [37] O principal objetivo da educação corporativa é evitar que o profissional se desatualize técnica, cultural e profissionalmente e perca sua capacidade de exercer a profissão com competência e eficiência, causando desprestígio à profissão, além do sentimento de incapacidade profissional. Desta forma, educação corporativa é o conjunto de práticas educacionais planejadas para promover oportunidades de desenvolvimento do empregado com vistas a ajudá-lo a atuar efetiva e eficazmente na instituição. Os programas de educação corporativa constroem a ponte entre o desenvolvimento das pessoas e as estratégias de negócio da empresa, visando a uma vantagem competitiva e promoção da cidadania. [38]

A realidade empresarial contemporânea demonstra que muitas empresas criam suas próprias universidades corporativas motivados pela convicção de que interessa à empresa integrar o trabalho e a aprendizagem de maneira mais consistente, como forma de ampliar as habilidades de seus recursos humanos, visando à continuidade da prestação de um serviço de qualidade para a comunidade, agregando valor à instituição em razão da formação pessoal e profissional dos seus *stakeholders*.

Marisa Eboli ensina que a missão da educação corporativa é formar e desenvolver os talentos humanos na gestão dos negócios, promovendo a geração, assimilação, difusão e aplicação do conhecimento organizacional, através de um processo de aprendizagem ativa e contínua, e gerando resultados. [39]

Diz-se que a educação corporativa está inserida no contexto da governança corporativa, abrangendo todos capital humano da organização e até mesmo os agentes externos, como os clientes, os parceiros, os fornecedores e a comunidade. Pode-se dizer que a educação corporativa trabalha a auto-realização do educando, a qualificação para seu exercício profissional e o preparo para o exercício consciente da cidadania de forma contínua e constante.

O crescimento econômico de uma instituição está atrelado a diversos fatores, sendo um deles a competência dos envolvidos no processo empresarial, é nesse contexto que se insere o processo de educação corporativa, funcionando na valorização do capital humano dentro da corporação e em conseqüência na valorização da pessoa humana.

Ana Rosa Chopard Bonilauri acredita que a "utilidade" da ação educacional nas organizações é tangibilizada quando informações de contexto são identificadas por meio da análise histórica da empresa, de seu posicionamento e do que almeja no futuro; da análise do ambiente no qual operam, levando-se em consideração os parceiros, os competidores, o mercado e os clientes; das especificidades e perspectivas de evolução e inovação da tecnologia aplicada ao seu negócio, dos regulamentos, das normas e da legislação que regem suas operações financeiras e de mercado ou as que regem as relações de trabalho; bem como da análise das competências da organização e das competências humanas que abrigam e que caracterizam seu capital intelectual e potencial de reatividade e alavancagem de resultados; e, por fim, de sua organização interna: governança corporativa e o modo de relacionamento externo. [40]

Com a globalização e a ausência de barreiras físicas as relações empresariais familiares se tornam mais dinâmicas exigindo que as empresas estejam aptas a propiciar atualização aos seus empregados, principalmente, a fim de se adequarem às mudanças econômicas, sociais e legais visando a continuidade dos negócios de família, bem como a função social da empresa, com vistas a cidadania dos envolvidos nesse processo.

José Artur Rios salienta que nas organizações é "ponto pacífico que o desenvolvimento não pode ser adotado como meta única, e que a essência do desenvolvimento social é a participação".[41] Nesse sentido, temos uma parcela do setor privado envolvido com atividade de interesse público que é a educação, cabendo às empresas que assumirem essa tarefa a responsabilidade compartilhada com o Estado.

As empresas contemporâneas que desenvolvem práticas de educação corporativa têm procurado treinar seu pessoal, criando uma cultura de aprendizagem contínua, almejando as melhores práticas, seja no âmbito organizacional, pessoal ou social. Nesse contexto, o processo de formação para o trabalho, assim como a educação para a cidadania ganha especial significado no contexto organizacional voltado para a função social da empresa.

Sandra Pires Barbosa pontifica:

A discussão em torno do controle social tem aumentado diante da certeza de que é preciso não só que o aparato do Estado se torne realmente público, mas que o espaço do público não se esgote no estatal. A intenção é que surja um novo padrão de relacionamento entre Estado e sociedade, no qual se verifique uma divisão das responsabilidades e das tarefas, sobretudo em áreas como bem-estar, proteção

ambiental, educação e planejamento urbano, tudo tendendo a amenizar o hiato existente entre Estado e sociedade. [42]

Mister se faz, assim, que as empresas familiares, que mundialmente são representativas para o desenvolvimento sócio-econômico dos Estados, desenvolvam ativamente projetos políticos-civilizatórios no afã de contribuir com o ente estatal na atividade de garantir aos cidadãos a educação, que é um direito social.

Tendo em vista que a educação é de interesse coletivo as empresas que desenvolvem a educação corporativa têm buscado a promoção e o incentivo do estudo envolvendo os *stakeholders*, contribuindo, desta forma, com a sociedade no que tange à construção da cidadania.

A idéia de equilibrar forças e interesses entre ente estatal e as empresas familiares, conduzindo a participação e a cooperação social para objetivos comuns e essenciais no tocante às atividades de interesse coletivo, como a educação, implica envolver organizações e pessoas de modo a fazê-las compartilhar a responsabilidade pelas mudanças sociais e culturais.

5. Educação Corporativa para a construção da cidadania

A insatisfatória atuação do poder público na educação nacional, bem como a ausência de fiscalização no que tange à atuação das instituições privadas propicia um ensino, muitas vezes deficitário. A frustração popular quanto ao ensino nacional é patente, com isso, uma das missões das empresas familiares é justamente suprir as deficiências proporcionando que os *stakeholders* estejam mais preparados para o mercado de trabalho, tornando-se partícipes fundamentais para a construção da cidadania de todos os envolvidos.

Carlos Roberto Jamil Cury comenta:

O Brasil é ainda um país endividado com sua população. Nossa cidadania educacional está longe de ser um exemplo. Convivemos com milhões de crianças fora da escola ou presentes na escola, mas fora da idade apropriada. Avançamos muito nesse campo, mas enquanto houver uma criança sem escola ou fora da idade adequada, o *direito de todos e dever do Estado* não terão se consubstanciado. Temos milhões de jovens e adultos que não tiveram a oportunidade de entrar na escola ou dela tiveram que se evadir mais cedo, por condições de sobrevivência ou por repetência. A educação infantil e o ensino médio inda são privilegiados. [43]

Quando o poder central revela-se inacessível aos interesses da população, e a política deixa de ser o caminho para o exercício dos direitos, a tendência é surgirem novas formas de organização, que vão constituir o que se entende por “sociedade civil”.[44] Porém, a idéia de um mundo baseado na dualidade Estado-mercado, com o Estado notoriamente enfraquecido, parece já não corresponder ao figurino ideal talhado para o atendimento dos interesses de toda a sociedade. A realidade aí está para nos mostrar o

neoliberalismo em sua faceta mais desfavorável: de um lado, a miséria crescente que atinge cada vez mais pessoas e segmentos sociais. De outro, uma fração cada vez menor da sociedade acumula um volume de riqueza incalculavelmente maior. Em nossos dias, as críticas ao Estado do bem-estar social soam desafinadas em face de uma conjuntura mundial "pós-socialista". [45]

Marco Maciel pondera que faz-se indispensável colocar todas as potencialidades da Nação a serviço das necessidades básicas de seu povo, de tal sorte que o princípio da cidadania passiva alcance uma dimensão nova - o conceito de cidadania ativa. [46] Complementa o mesmo autor:

Não queremos preparar mão-de-obra qualificada para atender às exigências do processo econômico. Queremos, sim, preparar homens que possam se realizar material e espiritualmente e, ao mesmo tempo, formar para a sociedade cidadão ativos, conscientes de seus deveres e responsabilidades, capazes, portanto, de dar á democracia que aspiramos meios de sobreviver ás crises e de sustentar-se na solidariedade social. [47]

Afirma-se não ser possível manter uma educação popular somente reativa, sendo necessário o desenvolvimento de um processo educativo de modo a viabilizar cidadania pró-ativa perante os desafios da sociedade do risco e da vulnerabilidade que afeta importantes grupos humanos, os meio ambientes e os recursos naturais. [48]

Bem se sabe que a educação para a cidadania pressupõe envolvimento cognitivo e afetivo dos partícipes, uma vez que a educação ao estilo bancária dificilmente funcionará como propulsora da cidadania, desta feita, a educação para a cidadania pretende fazer de cada aluno um agente de transformação e que seus efeitos se reproduzam na sociedade, modificando, assim, a coletividade ao seu entorno.

A educação atua no âmbito individual, no entanto, prepara cidadãos para uma sociedade que transmitirão para a coletividade o sentido de cidadania, com isso, salienta-se que é parte integrante da vida do homem e da sociedade.

Pode-se dizer que há uma relação dialética entre o individual e o coletivo, sendo impossível realizar este sem preservar aquele, assim, cabe-nos construir a ordem social, com sentido de agentes modificadores, sendo viável apenas pelo exercício da cidadania, por meio da educação.

Tendo em vista que a educação corporativa tem como foco os *stakeholders*, mister se faz o reconhecimento de suas realidades, compreendendo em que sentido a instituição pode atuar a fim de criar condições de maior inserção social, propiciando a educação para a cidadania. Bem se sabe que a objetivo precípuo de uma universidade corporativa é o desenvolvimento das competências profissionais, técnicas e gerenciais que viabilizam as estratégias corporativas, no entanto, a educação corporativa tem um viés mais amplo, pois trabalha igualmente com a missão da instituição, com a responsabilidade social de todos os envolvidos na cadeia negocial.

Marco Maciel sintetiza quanto à educação que deve abarcar todos os processos em que o indivíduo se constrói como homem concreto, agente da história: o trabalho, as artes, a família, a associação profissional e o lazer. Deve buscar desenvolver uma consciência social maior, bem como uma preocupação pela ação social. [49] Entende que "o

individual e o coletivo se mesclam. As aspirações profissionais aparecem conjuntamente ás questões de cidadania que atentam para o coletivo, sem, contudo, atingirem uma relação de unidade". [50]

Podemos aproveitar esse raciocino para o processo de educação nas instituições, voltadas aos *stakeholders* e com fim de modificar os paradigmas no que toca à função das empresas no mercado.

De forma geral, as experiências nessa área têm enfatizado os seguintes objetivos globais, segundo Eboli:

· ?Difundir a idéia de que o capital intelectual será o fator de diferenciação das empresas no próximo milênio;

· ?Despertar nos talentos humanos a vocação para o aprendizado;

· ?Incentivar e estruturar atividades de autodesenvolvimento;

· ?Motivar e reter os melhores talentos contribuindo para o aumento da felicidade pessoal, dentro de um clima organizacional saudável. [51]

Jeanne Meister cita o depoimento de Judy Schueler[52]:

Nossa visão, quando criamos o programa de orientação para o UCH, foi desenvolver um ambiente no qual nossos funcionários pudessem aprender a ser bons cidadão. Para nós, ser um bom cidadão significa mais do que apenas desempenhar as tarefas do cargo. Um bom cidadão age como se fosse o dono da empresa, deseja a satisfação dos clientes, sabe que essa satisfação vem do modo como um trabalho é realizado e assume a responsabilidade de lutar continuamente para melhorar o seu trabalho". [53]

Frisa-se, deste modo que a educação corporativa tem o viés de estimular o exercício da cidadania individual e corporativa, buscando formar atores sociais capazes de pensar de forma crítica a realidade organizacional, com possibilidade de modificar a realidade fundamentados em postura ética e socialmente responsável, refletindo na sociedade esse novo modelo.

Alcides Terra ensina:

O ensino corporativo, portanto, garante ganhos para toda a sociedade, e tem, sem dúvida, um efeito multiplicador. Profissionais qualificados, motivados, éticos, habituados a trabalhar em equipe, imbuídos do sentimento de cidadania e com espírito empreendedor tendem a se tornar naturalmente líderes e referências em suas famílias e nas comunidades onde vivem. [54]

Alguns autores como Débora Ribeiro Silva preconizam que as universidades corporativas representam não um centro de custo para a organização, mas sim uma redução de custos nos programas de educação continuada, um entendimento de que devem ser auto-sustentáveis, e uma visão, já presente em algumas organizações, de que devem ser um centro de lucro. [55]

Luiz Manoel Gomes Junior pontifica que atualmente não se pode pensar somente na defesa intransigente do lucro ou da livre iniciativa, ambos valorizados, contudo, se impõe a busca pela função social da empresa, 'indispensável' em qualquer atividade, individual ou coletiva, bem como na própria atuação do Pode Público. [56]

As empresas familiares nacionais devem buscar participar da melhoria das condições de vida das comunidades em que se inserem, sendo a educação corporativa um mecanismo crescente que propicia a educação continuada e a formação de cidadãos mais conscientes de sua razão de ser na coletividade.

Muitas vezes os empresários de empresas familiares de pequeno porte acreditam, erroneamente, que a responsabilidade social das instituições se esgota com o recolhimento de impostos, geração de empregos e circulação de bens ou serviços, no entanto, isso traduz apenas a responsabilidade societária da empresa. A ausência de percepção no que tange à importância da consciência para a responsabilidade social reflete negativamente para as instituições familiares, podendo, inclusive, propiciar a morte prematura de algumas delas.

Paulo Eduardo Lépore e Lucas de Souza Lehfeld assinalam:

Socialmente responsável, portanto, seria aquela empresa que desenvolvesse espontânea e ativamente projetos de cunho social tais como: a) programas de educação e profissionalização de seus funcionários e da comunidade em que se insere; b) investimentos que propiciassem condições de desenvolvimento em áreas marginais que muitas vezes são esquecidas pelos poderes públicos; c) fomento a programas de desenvolvimento de crianças e adolescentes carentes ou em situação de abandono; d) oferecimento de condições de trabalho digno à população carcerária. Esse rol exemplificativo de atividades nada mais demonstraria do que um necessário engajamento com o fito de promoção dos direitos sociais insculpidos principalmente nos artigos 6º e 7º da CF que tem como objetivo erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, cumprindo com os objetivos fundamentais da República Federativa de acordo com o artigo 3º do mesmo diploma supracitado. [57]

Grifo Nosso

Com essa nova visão, diz-se que a educação corporativa é um novo instrumento das organizações pra incurtir nos envolvidos a cultura, os valores, as tradições e a visão da empresa, propiciando que a cidadania seja uma constante entre os envolvidos, por meio do pensar compartilhado.

Conclui-se, portanto, que a educação corporativa é uma potencial fonte de lucratividade no sentido de que estima o capital humano da organização familiar, bem como exorta uma mudança da realidade, fazendo com que os envolvidos nesse processo se tornem cidadãos livres, emancipados e que transcendam barreiras na busca constante pelo conhecimento, e em assim sendo, faz com que a família empresária cresça e se desenvolva na base de profissionais-cidadãos que projetam seu futuro com base na educação oferecida, contribuindo destarte com a coletividade, em razão dos reflexos de suas atitudes.

6. Considerações Finais

Iniciamos o artigo tratando acerca da base constitucional que proclama a cidadania no Estado nacional, bem como a dignidade da pessoa humana. Em seguida tratamos do direito à educação, dever do Estado e da família. No entanto, frente à inobservância estatal no sentido de garantir a todos os direitos sociais, demonstramos que cabe à iniciativa privada, representada pelas empresas familiares, cumprir além da função societária, cumprir sua função social, com vistas ao desenvolvimento organizacional, humano e social.

Desta feita pode-se concluir que as empresas familiares no Brasil não têm obrigação legal de assegurar educação à coletividade ao seu entorno, contudo, hodiernamente, muitas famílias empresárias têm se direcionado neste sentido, trabalhando com a responsabilidade social, principalmente em relação aos seus empregados e colaboradores mais diretos.

Esse fato se justifica não somente em razão da obtenção de melhores práticas organizacionais com vistas à maximização dos lucros da empresa, mas, sobretudo, à responsabilidade social que reflete no processo político-civilizatório. Vislumbra-se, desta forma, que a educação corporativa é instrumento hábil a propiciar a construção da cidadania dos stakeholders.

Conclui-se, deste modo, que os dirigentes das empresas familiares estão se sensibilizando quanto à necessidade de desenvolvimento de políticas públicas e privadas que pugnem pelo arrefecimento das disparidades sociais. Assim, conscientizam-se de que a busca de resultados econômicos de forma isolada deve ser suplantada por práticas conjuntas da iniciativa privada no afã de contribuir com o Estado que por inúmeras razões não consegue efetivar concretamente os ditames constitucionais relacionados aos direitos sociais, mais notadamente quanto à educação.

Nesse sentido, a educação corporativa representa um manancial de possibilidades aos *stakholders*, que tem seu capital humano valorizado, possibilitando, destarte, uma mudança de paradigma no meio empresarial, posto que educação nas empresas foca a figura do homem no contexto do trabalho, com vistas a fazer com que a cidadania rompa barreiras e liberte o homem para a construção de uma realidade mais justa, solidária e voltada à coletividade.

6. Referencias Bibliográficas

ADACHI, Pedro Podboi**. Família S.A:** gestão da empresa familiar e solução de conflitos. São Paulo: Atlas, 2006, p. 18.

ALMEIDA, Maria Christina de. A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas. Disponível em: **<http://www.unimar.br/pos/Direito_vol_03.pdf>** Acesso em 18 de agosto de 2009.

ANTONACCIO, Carla Francisca Bottino. **Empresas familiares: uma compreensão sistêmica. Tese de doutorado.** Departamento de psicologia – PUC-RIO, fevereiro de 2007.

BARROS, Aidil Jesus da Silveira.; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. **Fundamentos de Metodologia Científica.** São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

BOHNENBERGER, Ernani L. Notícia: Educação para a cidadania. Disponível em: **<http://tv.pucsp.br/colab/2007/09/05/noticia-educacao-para-cidadania>**. Acesso em 22/07/2009.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. O acesso à educação na ordem constitucional brasileira: a consolidação da cidadania no estado democrático de direito. Anais CONPEDI. Disponível em: **<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/10_309.pdf**>. Acesso em 14/07/2009.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Cidadania Tutelada. In FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz. (org). **Hermenêutica, Cidadania e Direito.** Campinas/SP: Millennium, 2005.

COSTA, Armando João Dalla. Sucessão e sucesso nas empresas familiares. Disponível em:
<http://www.economia.ufpr.br/publica/textos/2005/Armando%20dala%20costa.pdf> Acesso em 10 de janeiro de 2008

Disponível em: **<http://pt.wikipedia.org/wiki/Autodetermina%C3%A7%C3%A3o>** Acesso em 20 de agosto de 2009.).

DONNELEY, Robert. **A empresa familiar**. São Paulo :Abril-Tec, 1976.

Educação Corporativa. Disponível em: **<http://www.educor.desenvolvimento.gov.br/educacao>** .Acesso em 02/03/2009.

FERREIRA, Nilda Tevês. **Cidadania:** uma questão para a educação. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

GERSICK, Klein; HAMPTON, Davis Marion McCollom; LANSBERG, Ivan (org.). **De geração para geração.** Ciclos de vida das empresas familiares. São Paulo: Negócio Editora, 1998

GORGATI, Vlamir. **Os Determinantes da Estrutura de Capital de Empresas Familiares Brasileiras Durante o Processo Sucessório.** São Paulo, 2000.

GRAU, Eros Roberto. Estado de Direito e Cidadania. *In* GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org). **Direito Constitucional:** Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheros, 2001.

GRZYBOVSKI, Denize; TEDESCO, João Carlos. Empresa familiar X Competitividade. Disponível em: **<http://www.upf.br/cepeac/download/rev_n11_1998_art3.pdf>** Acesso em 10 de dezembro de 2007.

LEITE, Giseli. O Constitucionalismo e sua história. Disponível em: **<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1773>.** Acesso em 10/07/2009.

MACHADO, Nilson José. **Pensando e fazendo educação de qualidade**. São Paulo: Moderna, 2001.

MONROE, Paul. **História da educação.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, .

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969.** Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 126-127).

RICCA, Domingos. Empresa Familiar. Disponível em: **<http://www.empresafamiliar.com.br>.** Acesso em 10 de fevereiro de 2008.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Empresa na Ordem Econômica:** Princípios e Função Social. Curitiba: Juruá, 2009.

---

[1] O acesso à educação na ordem constitucional brasileira: a consolidação da cidadania no estado democrático de direito. Anais CONPEDI. Disponível em: . Acesso em 14/07/2009.

[2] BARROS, Aidil Jesus da Silveira.; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. **Fundamentos de Metodologia Científica.** São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

[3] Cidadania Tutelada. *In* FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz. (org). **Hermenêutica, Cidadania e Direito.** Campinas/SP: Millennium, 2005, p. 19.

[4] "A idéia de controle social está atrelada ao ressurgimento da sociedade como elemento político. No século passado, o Estado existia para colocar ordem nas sociedades humanas, tidas como desagregadas, como conjunto de interesses desarmônicos e conflitantes". (BARBOSA, Sandra Pires. Direito à informação e controle social da atividade econômica. *In* **Revista de Direito Administrativo**, v. I, 1991, p. 61).

[5] Há na literatura diferentes definições para o termo *stakeholders,* sendo que autores adotam classificações mais abrangentes, considerando *stakeholders* todas as pessoas ou "partes interessadas".

[6] A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas. Disponível em: Acesso em 18 de agosto de 2009.

[7] **Cidadania:** uma questão para a educação. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 223- 228.

[8] **Empresa na Ordem Econômica:** Princípios e Função Social. Curitiba: Juruá, 2009, p. 78.

[9] GRAU, Eros Roberto. Estado de Direito e Cidadania. *In* GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org). **Direito Constitucional:** Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheros, 2001, p. 198.

[10] *Op. Cit*. p. 20.

[11] *Idem Ibidem*, p. 134.

[12] Educação para a cidadania. Disponível em: . Acesso em 22/07/2009.

[13] MONROE, Paul. **História da educação.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, , p. 341-342.

[14] *Op. Cit*. p. 14.

[15] *Idem Ibidem*. p. 16.

[16] A autodeterminação dos povos é um direito que as populações habitantes de um determinado território que compõem ou não um estado-nação (tríade Estado – Povo – Território) têm de afirmarem perante todas as outras populações sua capacidade de se auto-governarem, manterem a criação cultural e tradições próprias, de terem soberania, e de constituirem as suas próprias leis (Disponível em: Acesso em 20 de agosto de 2009.).

[17] *Idem ibidem*. p. 40.

[18] CALMON DE PASSOS, JOSÉ JOAQUIM. *Op. Cit*. p. 40.

[19] ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Empresa na Ordem Econômica:** Princípios e Função Social. Curitiba: Juruá, 2009, p. 137.

[20] **Pensando e fazendo educação de qualidade.** São Paulo: Moderna, 2001, p. 41.

[21] *Op. Cit*. p.5.

[22] *Op. Cit.* p. 30.

[23] "Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função." (MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 126-127).

[24] LEITE, Giseli. O Constitucionalismo e sua história. Disponível em: **.** Acesso em 10/07/2009.

[25] ANTONACCIO, Carla Francisca Bottino. Empresas familiares: uma compreensão sistêmica. **Tese de doutorado. Departamento de psicologia – PUC-RIO**, fevereiro de 2007.

[26] GERSICK, Klein; HAMPTON, Davis Marion McCollom; LANSBERG, Ivan (org.). **De geração para geração**. Ciclos de vida das empresas familiares. São Paulo: Negócio Editora, 1998.

[27] ANTONACCIO, Carla Francisca Bottino. Empresas familiares: uma compreensão sistêmica. **Tese de doutorado. Departamento de psicologia – PUC-RIO**, fevereiro de 2007, p. 92.

[28] *Apud.* GRZYBOVSKI, Denize; TEDESCO, João Carlos. Empresa familiar X Competitividade. Disponível em: Acesso em 10 de dezembro de 2007.

[29] DONNELEY, Robert. **A empresa familiar.** São Paulo :Abril-Tec, 1976.

[30] *Op. Cit.*

[31] *Apud.* RICCA, Domingos. Empresa Familiar. Disponível em: Acesso em 10 de fevereiro de 2008.

[32] *Apud.* ADACHI, Pedro Podboi. **Família S.A:** gestão da empresa familiar e solução de conflitos. São Paulo: Atlas, 2006, p. 18.

[33] COSTA, Armando João Dalla. Sucessão e sucesso nas empresas familiares. Disponível em: Acesso em 10 de janeiro de 2008.

[34] GORGATI, Vlamir. **Os Determinantes da Estrutura de Capital de Empresas Familiares Brasileiras Durante o Processo Sucessório**. São Paulo, 2000, p. 25.

[35] CERRI, Rodrigo Natal Marincek. O homem e sua valorização nas organizações modernas. *In* PIMENTEL, Rosalinda Chedian. (Org.). **Sucessão Familiar & Empreendedorismo:** Teoria e Analise de casos. São Paulo: Novo Saber. (sd), p.98.

[36] Educação Corporativa. Disponível em: .Acesso em 02/03/2009.

[37] MELO, Marcelo (Org). **Acontece nas melhores famílias:** repensando a empresa familiar. São Paulo: Saraiva: Virgília, 2008, p. 73.

[38] SILVA, Deborah Ribeiro. Educação Corporativa. Disponível em: **.** Acesso em 01 de janeiro de 2009.

[39] EBOLI, Marisa. Educação Corporativa e Gestão do Conhecimento como vantagem competitiva. Disponível em: Acesso em 01 de janeiro de 2009.

[40] BONILAURI, Ana Rosa Chopard. **Educação com resultados.** Revista TeD: Inteligência Corporativa, edição 155, ano 16, 2008, p. 42.

[41] *Apud.* BARBOSA, Sandra Pires. Direito à informação e controle social da atividade econômica. *In* **Revista de Direito Administrativo**, v. I, 1991, p. 62.

[42] *Op. Cit*.p. 62.

[43] CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação como desafio na ordem jurídica. *In* **500 anos de educação no Brasil.** LOPES, Eliane Marta Teixeira. (Org). Belo Horizonte: Autêntica, 2003, p. 569.

[44] *Idem Ibidem*. p. 564.

[45] *Idem Ibidem*. p. 565.

[46] MACIEL, Marco. **Educação e Liberalismo**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987, p. 43.

[47] *Op. Cit.* p. 61.

[48] VARGAS, Jorge Osório Vargas. **Educação Popular na América Latina:** diálogos e perspectivas. Brasília, 2009, p. 192.

[49] *Op. Cit.* p. 151.

[50] *Op. Cit.* p. 155.

[51] EBOLI, Marisa. **Universidades Corporativas.** Brasília: USP/PROGEP, 1999.

[52] Diretora do *Universitty of Chigago Hospital* (UCH).

[53] MEISTER, Jeanne C. **Educação Corporativa.** São Paulo: Pearson Makron Books, 1999, p. 94.

[54] A Educação Corporativa e sua contribuição para o Brasil. Disponível em: **www.educor.desenvolvimento.gov.br/arq.../artigo8-alcidesterra.pdf**> *Disponível em 01/01/2009.*

[55] SILVA, Débora Ribeiro. Educação Corporativa. Disponível em: **_Corporativa_Deborah_Ribeiro_Silva.pdf>.** Disponível em: 01/01/2009.

[56] **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 3.

[57] Formas de Cooperação Empresarial com o Desenvolvimento Sustentável e Responsável: a Geração de Responsividade Social pela Interação com os Stakeholders. Disponível em: **.** Acesso em 12/03/2009.

CIDADANIA, ALIENAÇÃO E FETICHISMO CONSTITUCIONAL*

CITIZENSHIP. ALIENATION AND CONSTITUTIONAL FETISHISM

Enzo Bello

RESUMO

O presente trabalho apresenta um estudo sobre o conceito de cidadania e suas relações (teóricas e práticas) com a constituição, para demonstrar a atualidade do pensamento marxista, enquanto instrumental analítico para se examinar criticamente a atual conjuntura dos países latinoamericanos, especialmente quanto à efetividade das práticas cidadãs e seu uso simbólico nas normas jurídicas. O problema proposto trata da necessidade e viabilidade de se superar a noção meramente passiva (status de direitos) do conceito de cidadania, revigorando-se a sua vertente ativa, com ênfase na participação política e suas formas de manifestação no século XXI. Será utilizada uma abordagem interdisciplinar, relacionando teoria política, sociologia e direito, tendo-se como referencial as teorias da alienação e do fetichismo da mercadoria, formuladas por Karl Marx e Friedrich Engels, a serem utilizadas como ferramentas analíticas para a compreensão das relações entre cidadania e constituição. Serão demonstradas duas hipóteses: (i) a vertente passiva da cidadania, como status de direitos, é limitada em termos de uma democracia material, pois se restringe a enunciar direitos de cidadania, sem proporcionar para a sua real efetividade; e (ii) no atual período histórico, verifica-se um processo de alienação da cidadania, no qual esta é transferida do âmbito da prática política e social para o espaço do direito e a figura do estado, gerando um fetichismo constitucional dos cidadãos, que são eximidos de uma participação política ativa em prol de uma ampliação do espaço do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVES: CIDADANIA; CONSTITUIÇÃO, PARTICIPAÇÃO POLÍTICA; TEORIA DA ALIENAÇÃO; FETICHISMO DA MERCADORIA

ABSTRACT

This research presents a study about the concept of citizenship and its relationships (theoretical and pragmatic) with the constitution, to show the actuality of marxist thought, as analytical tool to examine critically the present time conjuncture of the latin american countries, specially to the effectiveness of the citizen practices and its symbolic use in the law norms. The problem proposed deals with the necessity and viability to overcome the passive notion (rights status) of the concept of citizenship, reviving its active slope, with emphasis in the political participation and its forms in the 21th century. It will be adopted an interdisciplinary approach, linking political theory, sociology and law, considering as theoretical point of view the theories of alienation and of the goods fetishism, developed by Karl Marx and Friedrich Engels, as analytical

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

tools to the comprehension of the relationships between citizenship and constitution. It will be demonstrated two hypothesis: (i) the passive slope of citizenship, as rights status, is limited in terms of a substantial democracy, because it is restricted to enunciate citizenship rights, without produce its real effectiveness; and (ii) in the present time, it is identified a process of alienation of the citizenship, in which this one is transferred from the place of the political and social practice to the law and state fields, generating a constitutional fetishism to the citizens, which are exempted from an active political participation while the space of the Courts is enlarged.

KEYWORDS: CITIZENSHIP; CONSTITUTION, POLITICAL PARTICIPATION; THEORY OF ALIENATION; GOODS FETISHISM

1. Introdução: plano de trabalho

O presente trabalho apresenta um estudo sobre o conceito de cidadania e suas relações com a constituição, demonstrando a atualidade do pensamento marxista, enquanto instrumental analítico para se examinar criticamente a atual conjuntura dos países latinoamericanos, especialmente quanto à efetividade das práticas cidadãs e seu uso simbólico nas normas jurídicas.

A justificativa que motivou a elaboração deste estudo é singela e significativa. Pode-se afirmar que, contemporaneamente, poucos estudiosos do direito, principalmente os brasileiros, dedicam atenção ao pensamento marxista; outros simplesmente o desprezam sem conhecê-lo, ou, por vezes, apresentam leituras reducionistas, simplistas e, portanto, equivocadas. Por outro lado, como se buscará demonstrar, as categorias teóricas e os estudiosos dessa corrente de pensamento oferecem contribuições de extrema relevância para uma compreensão crítica do direito, situado num campo mais amplo que o meramente dogmático, e da ineficácia social das normas jurídicas.

O advento do século XXI representa um período histórico marcado por significativas transformações na economia, nas relações sociais e na política, mas também é notabilizado pelas suas ambivalências. Supostas mudanças de paradigmas e diversas linhagens teóricas têm sido invocados para se compreender a sociedade do século XXI. Porém, não é raro entender-se pela ocorrência de uma conjugação entre progressos recentes (avanços na tecnologia, produção, etc.) e a continuidade de temas como a concentração de riquezas, a exploração do trabalho, as desigualdades sociais e a pobreza.

Portanto, é de vital relevância trazer à tona o pensamento de Karl Marx e apresentar aos juristas alguns dos principais teóricos contemporâneos do marxismo, buscando-se uma interface das suas contribuições com o direito. Como delimitação de objeto, será conferida ênfase ao Direito Constitucional, pois este tem se mostrado o campo jurídico mais fértil para reflexões interdisciplinares e sintetiza uma gama de temas nodais no projeto teórico e político desenvolvido por Marx (economia, política, sociedade, estado, etc).

O problema proposto trata da necessidade e viabilidade de se superar a noção meramente passiva do conceito de cidadania, revigorando-se a sua vertente ativa, com ênfase na participação política e suas formas de manifestação no século XXI.

Será utilizada uma abordagem interdisciplinar, relacionando teoria política, sociologia e direito, tendo-se como referencial as teorias da alienação e do fetichismo da mercadoria, formuladas por Karl Marx, a serem utilizadas como ferramentas analíticas para a compreensão das relações entre cidadania e constituição.

Serão demonstradas duas hipóteses: (i) a vertente passiva da cidadania, como *status* de direitos, é limitada em termos de uma democracia material, pois se restringe a enunciar direitos de cidadania, sem proporcionar a sua real efetividade; e (ii) no atual período histórico, verifica-se um processo de dupla alienação da cidadania (do homem em relação à política e da cidadania para o direito), no qual esta é transferida do âmbito da prática política e social para o espaço jurídico e a figura do estado, gerando um fetichismo constitucional dos cidadãos, que são eximidos de uma participação política ativa em prol de uma ampliação do espaço estatal.

Por fim, num sentido mais específico, através da noção de "confluência perversa" entre ampliação democrática e retração neoliberal, será analisada a conjuntura contemporânea dos países latino-americanos, desvendando-se o pano de fundo das relações econômicas, políticas e sociais que subjazem ao constitucionalismo vigente.

2. O conceito de cidadania e suas principais noções

A cidadania consiste em um dos principais temas da teoria política. Tradicionalmente, denota a vinculação dos indivíduos à comunidade política, motivo pelo qual também é objeto de interesse em diversos ramos do conhecimento – história, filosofia, sociologia e direito. Historicamente, possui dois marcos fundamentais – antigüidade e modernidade –, que informaram seu desenvolvimento e delinearam suas duas noções fundamentais: a de cidadania ativa e a de cidadania passiva.

Ao longo do tempo, elas se materializaram em dez aspectos no seu relacionamento com o estado, sendo os cidadãos considerados enquanto tais sempre que identificados como: sujeitos; pagadores de tributos; soldados; detentores de direitos; constituintes; soberanos; (co)nacionais; indivíduos privados; participantes políticos; e iguais.

Desde seus primórdios na Antigüidade Clássica, o conceito de cidadania é identificado por duas grandes matrizes: a greco-romana e a romana-imperial, que, respectivamente, correspondem às concepções ativa e passiva da cidadania.

Na Grécia antiga, a cidade-estado era considerada uma comunidade política e moral, composta por indivíduos que, em sua dimensão pública, constituíam uma identidade coletiva e assumiam a forma de um corpo político; daí a visão de Aristóteles da comunidade como organismo vivo. No contexto dos helênicos, a população (formada apenas por homens adultos, livres e militares) era tida como responsável pela existência da cidade, concebida como construto histórico, e dirigia seus rumos com base nas

deliberações produzidas em praça pública (assembléias), no exercício da democracia direta, e em condições de igualdade entre os indivíduos reconhecidos como cidadãos.

Nesse contexto, tinha-se um enorme desprezo pelas atividades não políticas, especialmente o trabalho, considerado indigno e, portanto, conferido somente aos escravos – sujeitos sequer reconhecidos como seres humanos. Os cidadãos, por sua vez, dedicavam tempo integral à *polis* e à sua participação na *Agora*, consubstanciando a figura aristotélica do *zoon politikon* (animal político).

Apesar de já apresentar em seu bojo elementos como liberdade e igualdade – para poucos, é verdade –, a cidadania grega era formada em meio às relações entre público e privado. Assim, os cidadãos consistiam na minoria dos indivíduos habitantes das cidades, posto que tal condição possuía caráter censitário e era reconhecida, restritamente, aos que reunissem condições de garantir sua subsistência sem trabalhar.

Na Roma antiga, a cidadania também era compreendida em sentido ativo, como envolvimento direto e participação efetiva dos indivíduos no autogoverno (administração) da cidade. Daí a etimologia da expressão cidadania apontar para o termo latino *civitas*. Tal como entre os helênicos, a cidadania romana era atribuída apenas a um grupo seleto de indivíduos (patrícios e clientes) e pautada por uma clivagem entre liberdade e escravidão, porém com um novo norte: a idéia de dependência.

Por meio do *ius gentium*, o direito romano considerava como cidadão quem não estivesse sujeito à dominação de outrem e fosse capaz de subsistir e atuar politicamente de forma autônoma, sem depender de ninguém. Ao invés de direitos, como no período moderno, o cidadão romano era dotado de virtudes cívicas, tidas como marco da passagem do homem natural, preocupado com o âmbito privado da vida (família, comércio etc.), para o envolvimento nos assuntos comuns dos indivíduos, típicos da cidade.

Na sua fase imperial (século III a.C. / 476 d.C.), Roma teve uma enorme expansão territorial dos seus domínios. A anexação de novas regiões se tornou uma constante, de modo que os povos conquistados tornavam-se parte da população do Império e deviam se submeter ao seu modelo de estratificação social. Assim, tornou-se necessária a concessão da cidadania romana a indivíduos de outras procedências, porém de forma diferente do que ocorrera no período republicano.

Como se tratava de aglutinar populações heterogêneas, sem origens comuns e desprovidas de condições para participar de atividades políticas, adotou-se uma nova compreensão da cidadania, marcada pela impessoalidade – elemento característico da cidadania moderna. Então, a cidadania romana imperial assumiu uma forma passiva, na qual os cidadãos possuíam identidade comum ao serem dotados de títulos e direitos, que lhes eram garantidos pelas leis e os desobrigavam de participar da elaboração destas.

Cerca de dez séculos depois, a concepção ativa da cidadania voltou a ser adotada com o resgate de humanismo cívico. Com o Renascimento, destacando-se o pensamento de Maquiavel, promoveu-se um resgate da figura clássica do cidadão romano, como uma forte associação entre virtude e liberdade, em termos de autonomia e autogoverno.

Após percorrer esses períodos históricos dotada de uma certa hegemonia, a vertente da cidadania como participação política passou a ter um papel secundário no período feudal e, decisivamente, com o advento da modernidade. Para se explicar essa transição, no âmbito da filosofia, costuma-se relacionar a cidadania à não menos polissêmica noção de liberdade política e suas principais concepções teóricas.

Caracterizada por Isiah Berlin como "liberdade negativa" e por Benjamin Constant como "liberdade dos modernos", essa nova abordagem foi cunhada pelos pensadores liberais, de Thomas Hobbes a John Locke, Jeremy Bentham, John Stuart Mill, entre outros. Para se exaltar a autodeterminação individual, preconiza-se a liberdade como ausência de interferência na esfera privada – e não mais a liberdade como independência. Com a centralidade do racionalismo, ganha proeminência o ideal de cada pessoa ter a capacidade de livre escolha sobre seus rumos, sem impedimentos pela comunidade política.

Nessa concepção, a liberdade individual tem a sua manifestação mais genuína no estado civil hobbesiano. Neste, os indivíduos abrem mão de uma parcela das suas liberdades em troca de segurança, cabendo ao estado interferir – geralmente por meio de leis – na esfera particular, e exercer seu poder de coerção, unicamente para proteger a propriedade privada e a integridade física dos cidadãos.

De outra banda, materializadas historicamente pela *Commonwealth* (1688) e pelo jacobisnismo (1793), e abordadas por pensadores como Jean-Jacques Rousseau e Karl Marx, as chamadas "liberdade positiva" ou "liberdade dos antigos" representaram uma nova retomada, na contra-corrente da modernidade, da idéia de cidadania ativa. Revigorada, esta foi atrelada a uma idéia de justiça distributiva e preconizou o pertencimento dos indivíduos a uma comunidade democraticamente autogovernada, bem como o autodomínio dos cidadãos e a participação política direta nos assuntos da coletividade.

Apesar das suas peculiaridades, Rousseau e Marx compartilham certas premissas fundamentais para a atualização da noção de cidadania ativa. Ao contrário dos liberais, entendem que o individualismo puro não existe antropologicamente e que o homem é naturalmente um ser social, constituído no meio em que nasce e (con)vive com seus semelhantes. A propriedade é considerada como a origem das desigualdades entre os homens e a fonte da desagregação social. Já a liberdade e a igualdade são compreendidas em sentido material, ligadas à sua efetiva implementação no campo social. Portanto, tais pensadores não aceitavam a figura moderna da democracia representativa, argumentando que o poder político não pode ser delegado pelos homens e conferido a uma elite, e defendiam a democracia direta.

No campo da sociologia, evidenciado na modernidade, verifica-se uma análise da cidadania correspondente aos perfis de sociedade assumidos nesse paradigma. Norteada pelas noções de evolução, transformação e mudança social, a dimensão sociológica da cidadania identifica esse conceito, sucessivamente, com a sociedade de mercado, a sociedade do trabalho e a sociedade pós-industrial, conferindo à ele diferentes conotações de acordo com cada um desses panoramas. A noção mais difundida da compreensão sociológica é a apresentada por Thomas H. Marshall, que concebe a cidadania moderna como um processo evolutivo e aponta a cidadania democrática como

composta pelas cidadanias civil, política e social, revelando uma conjugação entre as desigualdades do mercado e a igualdade jurídica.

Na seara do direito, a cidadania é compreendida por meio de uma visão mitigada da idéia de *status*, que corresponde à titularidade, por parte dos indivíduos, de direitos e obrigações formalmente instituídos por declarações de direitos e/ou textos constitucionais/legais. Conforme preconizado pela dogmática jurídica, influenciada pelo pensamento kantiano, reconhece-se como cidadão todo indivíduo apto ao exercício de direitos políticos – ao menos o de votar –, promove-se a igualdade de todos perante a lei (isonomia formal) e garante-se uma pretensa universalidade do alcance dos direitos em regimes de sufrágio universal.

Na doutrina contemporânea do direito, principalmente no Brasil, tem-se entendido que somente uma abordagem jurídica pura – quando muito aliada a uma reflexão pela filosofia do direito – é capaz de compreender e equacionar a questão da cidadania na chamada "era dos direitos". Assim, relegam-se a um segundo plano, ou mesmo desconsideram-se, as dimensões política, sociológica e histórica da cidadania, em razão da sua alegada insuficiência para o enfrentamento da temática diante de um novo contexto, no qual reconhece-se formalmente todas as categorias de direitos e exige-se uma aposta plena na sua efetivação por meio dos tribunais.

3. A cidadania moderna e suas características

Com a formação do estado moderno, justificado pelo princípio da nacionalidade, a cidadania foi atribuída aos indivíduos com base no localismo territorial de cada estado nação. Ao lado dos elementos políticos e econômicos, decisivos para a formação dos estados nacionais, concorreram outros fatores como o idioma, a etnia, a tradição, o território, a moeda, a pátria e a identidade histórica e cultural, que deram azo ao surgimento do nacionalismo.

Além de funcionar como elemento de legitimação para sistemas políticos mais desenvolvidos e complexos que os da Antigüidade, a cidadania era compreendida como sinônimo de pertencimento a um determinado estado. Assim, evidenciava uma lógica de inclusão da burguesia nos campos político e social, pautada pela formação das cidades e abandono do campo, e pela ascensão das fábricas e desvalorização da agricultura.

Com o surgimento do liberalismo, representado por Michael Walzer como a "arte da separação" – cartografia social e política de um novo modelo político –, a cidadania assume outra faceta e apresenta uma definição mais clara. A visão orgânica e hierárquica da Idade Média é substituída pela figura de "muros", que delimitam e protegem o exercício das liberdades. Estas baseiam-se em um suporte moral (pré-político) e assumem a forma de "direitos naturais", considerados fundamentais e universais, cujo conteúdo deveria ser preenchido por cada indivíduo, sem a interferência do estado.

Com a cidadania liberal – calcada nos ideários do antropocentrismo e da agência humana –, surge um *status* jurídico determinando que a condição de portador de cidadania consistia em estar atrelado a um estado nacional e protegido pela lei. Destarte,

passavam os indivíduos (nem todos) de súditos a cidadãos, e tinham resguardados seus assuntos privados (propriedade, riqueza, segurança, intimidade...) pelos direitos civis.

Erigindo-se o contratualismo e o *jusnaturalismo* como modelos filosóficos predominantes, passou-se a conferir um tratamento central aos direitos naturais – especialmente a propriedade privada, a autonomia de vontade para contratar e a segurança pessoal. Tidos como anteriores à instituição da organização política, tais direitos tinham como principal tarefa limitar a ação estatal perante os "cidadãos", garantindo-lhes uma série de liberdades públicas alheias a qualquer intervenção arbitrária. Como corolários dessa concepção foram instituídos os princípios da legalidade e da igualdade perante a lei (ou isonomia formal), que representavam mais uma forma de resguardo contra a interferência estatal na esfera individual.

Constituiu-se, desse modo, a primeira versão dos direitos de cidadania na modernidade, a dos *direitos individuais* ou *negativos*. Como se entendia o estado a partir de uma concepção limitada e restrita à garantia da propriedade e da segurança individual, não lhe cabia implementar qualquer prestação material, mas se abster de intervir na esfera particular e fiscalizar as condutas das pessoas para que fossem assegurados e promovidos os valores acima indicados.

Evidenciados pelo advento das revoluções estadunidense e francesa do século XVIII, tais direitos se relacionam ao modelo de estado liberal, que representa uma concepção de justiça pautada pela igualdade e pela distribuição de direitos – com vistas unicamente à garantia da autonomia privada (direitos civis e políticos) e à não intromissão do estado no funcionamento do mercado – através de uma estruturação jurídica formalista, na qual o direito privado prevalece sobre o direito público.

Quanto ao elenco dos pressupostos do modelo de direito privado liberal, é precisa a síntese de Abramovich e Courtis: (i) construção de sujeitos de direito individuais; (ii) equivalência dos sujeitos de direito, expressada através de noções como a igualdade formal perante a lei e a igualdade das partes contratantes; (iii) consagração do princípio da autonomia da vontade; e (iv) limitação das funções do estado à criação de regras gerais e abstratas e à criação de bens jurídicos individuais.

Em suma, são as seguintes as características da cidadania liberal: passividade, formalidade, institucionalidade, caráter restritivo, igualdade normativa, nacionalidade e territorialidade. Para viabilizar um sistema que as organizasse, promoveu-se nos textos constitucionais e declarações de direitos uma clara separação entre os "direitos do homem", tidos como universais e inerentes à figura do "homem abstrato", e os "direitos do cidadão", de titularidade condicionada ao pertencimento a um determinado estado.

Exemplo desse modelo de cidadania é a Constituição francesa de 1791 apresentou uma distinção entre cidadãos "ativos" e "passivos", cabendo a estes apenas o gozo de direitos civis – simbolizados pelo direito à propriedade e, portanto, na prática, exercidos apenas pelos indivíduos detentores dos meios de produção. Já àqueles, que compunham um círculo seleto, eram reconhecidos direitos políticos de eleger os governantes e candidatar-se em pleitos eleitorais, assegurando a sua hegemonia no controle do Estado.

Como será visto adiante, na cidadania moderna, há uma identificação da vertente ativa com os direitos políticos (votar e ser eleito) e a cidadania, em sentido amplo, com a dimensão jurídica (*status* de direitos).

4. A "cidadania liberal-democrática ampliada" de Thomas H. Marshall como concepção canônica da cidadania moderna

Há um ponto comum em todos os autores que intervém nos debates sobre a teoria da cidadania nas duas últimas décadas: a adoção da concepção formulada pelo sociólogo britânico Thomas Humprey Marshall como ponto de partida. Já tida como a palavra final em termos de cidadania, a teorização de Marshall consiste em uma acepção referencial, que corporifica a idéia de seguridade social como rede de proteção que obriga o estado a assumir a responsabilidade pelos rumos da sociedade e, conseqüentemente, a compensar as desigualdades geradas pelo mercado na distribuição de riquezas entre as pessoas.

Objetivando incorporar as demandas sociais por bem-estar no espectro político-jurídico, Marshall desenvolveu, em 1949, uma concepção liberal-democrática ampliada de cidadania – até hoje canônica em termos teóricos e normativos – que estendeu o *status* de cidadão a novos atores e a outros antes discriminados. Sua leitura evolucionista identifica, no contexto inglês, uma ampliação do raio de abrangência do conceito de cidadania, então representada tanto pelo alargamento dos direitos como pelo aumento dos sujeitos detentores do *status* de cidadãos.

Adotando como noção central o conceito de "classes sociais" e considerando suas tensões nas disputas pelo poder político, Marshall aponta um progresso em relação ao modelo liberal restrito de cidadania. Reconhece uma sucessão cronológica de conquista de direitos: no século XVIII, dos direitos civis (direito de propriedade, direitos de liberdade de expressão, pensamento, religião e de contratar, direito à intimidade e à privacidade, etc.); no XIX, dos direitos políticos (direitos de votar e ser votado, de fiscalizar as condutas dos representantes do povo, de formar e integrar partidos políticos etc.); e, no XX, dos direitos sociais (direitos ao trabalho, à seguridade social, à educação, à saúde, à habitação, à associação sindical, etc.) no séc. XX.

Marshall caracteriza sua visão institucional da materialização dos direitos de cidadania por meio da apresentação de quatro entidades políticas que, em seu entender, têm a responsabilidade de efetivá-los, a saber: os tribunais, os corpos representativos, os serviços sociais e as escolas.

No aspecto ideológico, a formulação de Marshall é pautada na social democracia. Assim, para conciliar elementos historicamente contraditórios (igualdade e desigualdade), ele pôs em tensão os conceitos de *status* e classe social: (i) para compreender a igualdade, representou-a com o *status* de cidadania, elemento capaz de posicionar no mesmo patamar formal todos os indivíduos que abrange; e (ii) para caracterizar a desigualdade, simbolizou-a com o capitalismo de mercado e sua lógica discriminatória de estratificação da sociedade em classes sociais.

Outro autor freqüentemente tido como referencial ao se iniciar qualquer debate contemporâneo sobre cidadania é Norberto Bobbio. Sua abordagem, que prevalece no âmbito do direito, apresentou o desenvolvimento dos direitos de cidadania por meio de um esquema histórico formal, numa perspectiva expansiva compatível com a de Marshall. Para tal, desenvolveu uma classificação em sucessivas "gerações" – primeira: direitos individuais e políticos; segunda: direitos sociais; e, terceira: direitos transindividuais –, tendo sempre como eixo a centralidade do estado.

5. A teoria da alienação e o conceito de fetichismo da mercadoria como instrumentais para a crítica da cidadania moderna

A postura de Karl Marx é extremamente crítica perante os "direitos do homem" e sua natureza individual e privada, entendendo-os como direitos classistas e egoístas que expressavam privilégios da classe burguesa e prerrogativas dos proprietários dos meios de produção em detrimento da classe trabalhadora. Em seu texto de juventude "A questão judaica", denunciou a discrepância entre os "direitos humanos" e os "direitos dos cidadãos" como uma discriminação classista e legalizada entre a burguesia e o proletariado em formação, pois o sufrágio era atribuído somente aos proprietários, com base em critérios censitários, excluindo-se a maior parte da população do acesso ao exercício do poder político.

Nas palavras de Marx:

"Os direitos do homem são, em parte, direitos políticos, que só se podem exercer quando se é membro de uma comunidade. O seu teor é a participação *na vida da* comunidade*, na vida* política *do grupo, na vida do* Estado*"*

"Os chamados direitos do homem*, como sendo distintos dos* direitos do cidadão*, constituem apenas os direitos de um* membro da sociedade civil*, ou seja, do homem egoísta, do homem separado dos outros homens e da comunidade"*

"nenhum dos possíveis direitos do homem vai além do homem egoísta, do homem como membro da sociedade civil; ou seja, como indivíduo destacado da comunidade, limitado a si próprio, ao seu interesse privado e ao seu capricho pessoal"

"(...) os libertadores políticos reduzem a cidadania e a comunidade política *a simples* meio *para preservar os chamados direitos do homem; e que, por conseqüente motivo,* o citoyen *é declarado como escravo do 'homem' egoísta, a esfera em que o homem age como ser genérico vem degradada para a esfera onde ele atua como ser parcial; e que, finalmente, é o homem como* bourgeois *e não o homem como* citoyen *que é considerado como o homem* verdadeiro *e* autêntico*"*.

"(...) o homem como membro da sociedade civil é identificado como o homem autêntico*, o* homme *como distinto do* citoyen*, porque é o homem na sua existência sensível, individual e imediata, ao passo que o homem político é unicamente o homem abstrato, artificial, o homem como pessoa* alegórica, moral. *Assim, o homem tal como é na realidade reconhece-se apenas na forma do homem egoísta, e o homem verdadeiro, unicamente na forma do* citoyen abstrato*"*.

Com esse discurso, Marx não visava a negar a validade dos direitos civis e/ou propor a supressão da dimensão privada das pessoas, mas criticar a cidadania civil pelo seu caráter restrito quanto à abrangência de sujeitos e insuficiente para a promoção da "cidadania plena", por ele denominada "emancipação humana". Para a meta histórica de superação do capitalismo, Marx estabeleceu como pauta um necessário processo de ampliação da cidadania, com a expansão dos direitos civis – inclusive com uma re-significação da propriedade dos meios de produção em termos coletivos e verdadeiramente universais –, a adoção do sufrágio universal e a incorporação das demandas dos trabalhadores no espaço político em termos de direitos.

Nesse sentido, a abordagem de Marx em relação a elementos da super-estrutura – política, em sentido amplo, e cidadania e direitos, em sentido estrito – é pautada pela sua descoberta sobre o processo histórico-social que rege as relações de produção material no capitalismo, que é representado pelo binômio "alienação/desalienação".

Central no edifício teórico de Marx, o conceito de alienação foi desenvolvido no capítulo XXII ("o trabalho alienado") dos *Manuscritos Econômicos Filosóficos*, de 1844, obra que representa o marco da transição entre a sua juventude e maturidade intelectual. Marx buscava formular uma *"nova 'ciência humana' revolucionária"* e adotou como pedra angular o termo "alienação", para desvendar o funcionamento e as repercussões das relações dos homens com a natureza, individualmente, com os demais homens e com a sociedade.

A partir das suas críticas à religião, ao direito, à política e à economia, identificou que o homem é movido por relações de "estranhamento", sendo a noção de "alienação do trabalho" a matriz ou denominador comum estrutural de todo um processo complexo de alienações (religiosa, jurídica, moral, artística, política, etc.). Portanto, a partir da centralidade do trabalho, Marx assim apresenta sua teoria da alienação:

"Assim como o trabalho alienado [1] aliena do homem a natureza e [2] aliena o homem de si mesmo, de sua própria função ativa, de sua atividade vital, ele o aliena da própria espécie (...) [3] (...). Ele (o trabalho alienado) aliena do homem o seu próprio corpo, sua natureza externa, sua vida espiritual e sua vida humana *(...). [4] Uma conseqüência direta da alienação do homem com relação ao produto de seu trabalho, a sua atividade vital e à vida de sua espécie é o fato de que o homem* se aliena *dos* outros homens *(...). Em geral, a afirmação de que o homem está alienado da vida de sua espécie significa que todo homem está alienado dos outros e que todos os outros estão igualmente alienados da vida humana (...). Toda alienação do homem de si mesmo e da natureza surge na relação que ele postula entre outros homens, ele próprio e a natureza"*.

A partir da alienação do trabalho, como matriz conceitual, são identificados outros tipos de alienação, entre elas a jurídica:

"O homem não só aliena parte de si mesmo na forma de Deus, como também aliena outros produtos de sua atividade espiritual na forma de filosofia, senso comum, arte, moral; aliena os produtos de sua atividade econômica na forma da mercadoria, do dinheiro, do capital; e aliena produtos de sua atividade social na forma do Estado, do ***direito****, das* ***instituições sociais****"*.

Diante dessa dinâmica e retomando a crítica de Marx à diferenciação entre "direitos do homem" e "direitos do cidadão", é possível estabelecer uma relação direta entre a alienação política-jurídica e a concepção moderna do conceito de cidadania. Nesse sentido, identificamos um processo de **dupla alienação da cidadania**, no qual esta é transferida (i) do homem político concreto para a figura abstrata do "cidadão", projetado nas instituições do estado, e (ii) do âmbito da prática político-social para o espaço do direito, simbolizado pela constituição.

Essa dupla alienação da cidadania se desdobra no que denominamos **alienação constitucional**, que, por sua vez, possui dois sentidos. O primeiro é representado pela ignorância/desconhecimento dos cidadãos em relação ao que representa a constituição e quais as suas reais limitações. Já o segundo, identificado a partir da teoria da alienação em Marx, simboliza a separação do cidadão em relação à cidadania, que é transferida para a normatividade dos direitos e da constituição, caracterizando-se num modelo estadocêntrico.

Outro conceito extraído da construção teórica de Marx, relevante para argumentação aqui apresentada, é o de fetichismo da mercadoria, diretamente relacionado com o de alienação. Abordado no livro 1, volume 1, do Capital ("o fetichismo da mercadoria e seu segredo"), demonstra os elementos fundamentais, porém, até então não identificados, na formação do processo de produção do capital.

Em linhas gerais, Marx identificou que, na sociedade capitalista:

"(...) os objetos materiais possuem certas características que lhes são conferidas pelas relações sociais dominantes, mas que aparecem como se lhes pertencessem naturalmente. Essa síndrome, que impregna a produção capitalista, é por ele denominada fetichismo, e sua forma elementar é o fetichismo da mercadoria enquanto repositório ou portadora do valor. (...) as propriedades conferidas as objetos materiais na economia capitalista são reais e não produto da imaginação. Só que não são propriedades naturais. São sociais. Constituem forças reais, não controladas pelos seres humanos e que, na verdade, exercem controle sobre eles; são as 'formas de aparência' objetivas das relações econômicas que definem o capitalismo. Se essas formas são tomadas como naturais, isto se deve a que seu conteúdo ou essência social não é visível imediatamente e só pode ser revelado pela análise teórica". (...)

"A ilusão do fetichismo brota da fusão da característica social com as suas configurações materiais: o valor parece inerente às mercadorias, natural a elas como coisas. Por extensão desse fetichismo elementar, qualquer coisa, ao desempenhar o papel de dinheiro – o ouro, por exemplo –, converte-se na verdadeira encarnação do valor, na concentração pura e aparente de um poder que é, de fato, social"

A partir dessas constatações, foi desvendado o elemento central do sistema capitalista, representado pelo "fetichismo da mercadoria", que consiste em:

"(...) um ponto de partida e uma boa referência para a análise das relações não-econômicas. Sua análise estabelece uma ***dicotomia entre aparência e realidade ocultada*** *(sem que a primeira seja necessariamente falsa) que pode ser levada para a análise da ideologia; discute relações sociais vividas como e sob a forma de relações*

entre mercadorias ou coisas, o que ***tem aplicação na teoria*** *da reificação e* ***da alienação"***. (grifei)

Da noção de fetichismo da mercadoria e da sua relação direta com o conceito de alienação, na esteira do nosso argumento, é possível extrair elementos para a formação de um novo conceito, denominado **fetichismo constitucional**, que representa a ilusão, gerada pela concepção moderna da cidadania passiva (status de direitos), de que a cidadania se realizaria plenamente ao ser confiada ao direito e à constituição.

Como já demonstrado pela análise de Marx, o pensamento liberal-burguês estabeleceu regras jurídicas caracterizando o cidadão como o homem abstrato e o homem como o indivíduo burguês, gerando a falsa impressão que os direitos humanos seriam naturais e universalmente assegurados. Porém, na prática, a história demonstrou que a mera atribuição formal de direitos aos indivíduos não basta, em si, para a sua concretização no plano do real, desvendando-se a separação oculta entre homem e cidadão, assim como entre os direitos dos homens e os direitos dos cidadãos.

No modelo moderno de democracia representativa, a cidadania é fetichizada, na medida em que a efetiva participação política é substituída pela titularidade universal (com exercício limitado) de direitos de participação política, restringindo-se essa tarefa à votação nas urnas e delegando-se o poder decisório aos "representantes do povo". Aqui se desenvolve o processo, antes mencionado, de alienação jurídica e constitucional, que gera dois efeitos: (i) desloca a participação ativa e direta do homem concreto da vida em sociedade para o cidadão abstrato previsto no mundo jurídico (constituição); e (ii) cria a impressão que o *status* de cidadão, ou seja, a titularidade de direitos de cidadania, independentemente da sua real efetividade, consistiria na plena concretização desse conceito.

Dessa forma, revela-se a falsa igualdade entre os homens alegadamente instituída através da cidadania – existente só no plano formal da lei –, pois, por mais universais e efetivos que sejam os direitos constitucionais, não rompem com a exploração da força de trabalho que gera as desigualdades sócio-econômicas e a pobreza generalizada, típicas do sistema capitalista de produção e organização social.

Afinal, por mais extensos que sejam os direitos de cidadania, em termos de titularidade e abrangência de demandas humanísticas e sociais, a alienação do trabalho e as demais formas de alienação (política, religiosa, jurídica, constitucional, da cidadania, etc.) são determinadas pelas relações capitalistas de produção na categoria "fetichismo da mercadoria", que está na infra-estrutura da organização social, portanto, além do *status* jurídico de cidadão, situado na super-estrutura.

Portanto, contra a alienação da cidadania e a fetichização da constituição, é pertinente o alerta de Marx, quando afirma que: *"Hegel parte do Estado e faz do homem o Estado subjetivado; a democracia parte do homem e faz do Estado o homem objetivado. Do mesmo modo que a religião não cria o homem, mas o homem cria a religião, assim também não é a constituição que cria o povo, mas o povo a constituição"*.

O constitucionalismo moderno prevê um modelo econômico capitalista, apesar de se dizer voltado para a promoção da justiça social. Assim, a preponderância dos valores sociais ou individualistas dependerá sempre da disputa de sentidos sobre as normas

constitucionais, especialmente no campo sócio-político, onde se determinará "o que", "para quem" e "como" será efetivado em termos de direitos fundamentais. Até o presente período, o neoliberalismo tem conseguido burlar toda uma normatividade de viés social, fazendo valer seus pressupostos fundamentais, também por ela garantidos com centralidade.

Como bem afirma David Harvey: *"'**Entre direitos iguais, a força decide**.' As lutas políticas sobre a própria concepção de direitos, e mesmo de liberdade, consistem em foco central na busca por alternativas"*. Caso não se tenha esse panorama bem claro, a cidadania ficará desprovida de efetividade e prevalecerá a concepção liberal-burguesa do egoísmo privado, segundo a qual, como advertiu Karl Marx, *"o direito fundamental do capital é a igualdade na exploração da força de trabalho por todos os capitalistas."*.

6. A nova conjuntura política e social da América Latina no final do século XX: o advento da "confluência perversa" entre ampliação democrática e retração neoliberal

A década de 1980 é tida como a "década perdida" para os países latino-americanos, pois conjugou uma forte recessão com um exponencial aumento da dívida externa. Nesse período, encerrou-se um ciclo de cerca de cinqüenta anos do desenvolvimentismo, após mostras claras de enfraquecimento diante da conjuntura mundial de monetarização da economia. Simultaneamente ao crescimento das reivindicações dos movimentos sociais e ao avançar de um amplo processo político de redemocratização institucional na região, delineava-se no campo econômico uma forte guinada para o neoliberalismo. Mundialmente, intensificava-se a implementação da lógica de "acumulação por espoliação", que afetou o cenário latino-americano, assolado por crises financeiras, e ensejou inúmeros empréstimos de dólares junto a instituições supra-estatais (FMI, Banco Mundial, etc.).

Ao longo da década de 1990, o arquétipo neoliberal acometeu a América Latina de forma avassaladora e lhe impôs o novo receituário "universal" da economia mundializada e hegemônica, promovendo profundas transformações nas relações entre estado e sociedade. A partir dos postulados da globalização hegemônica, tal diretiva apresentava fortes críticas ao estado, revelando uma verdadeira cultura de "estadofobia".

Com ênfase na redução estrutural do aparato burocrático estatal – mediante reformas constitucionais e desestatizações – e na tentativa de formação de uma área de livre comércio (a ALCA), foram implementadas diversas políticas para a adequação dos países da região às exigências dos "ajustes estruturais" apregoados por Washington. Após uma série de resultados desastrosos nos campos econômico e social, que culminaram na crise pós-1995, foi deflagrada uma segunda onda de reformas neoliberais, com a adoção das seguintes medidas:

"1) substituição do câmbio fixo e apreciado pelo câmbio flutuante e administrado; 2) elevação do superávit primário dos governos para reduzir o endividamento; 3) maior flexibilização do mercado de trabalho, para aumentar o nível do emprego; 4) aumento da poupança interna, por meio da reforma da previdência; 5) controle público dos

preços em setores não-competitivos privatizados; 6) maior transparência nas futuras privatizações."

Apesar do sucesso eleitoral do modelo neoliberal na região, as sucessivas crises que a têm atravessado demonstram seu fracasso econômico e um grande desajuste social, representado por ainda mais desigualdades e injustiças. Ao longo da década de 1990, a economia se sobrepôs à política e à questão social, coroando a lógica neoliberal de monetarização das relações pessoais, questionada por diversos movimentos políticos e sociais, até então inéditos, de protestos.

No campo político institucional, simultaneamente ao processo de reestruturação do modelo capitalista de organização produtiva até então em vigor na região, transcorreu uma longa fase de transição democrática. Após anos de ditaduras sanguinárias, com o acréscimo da pressão exercida pela comunidade internacional e do enfraquecimento do apoio de Washington, ficou patente o esgotamento dos regimes autoritários, decorrente de sucessivas crises econômicas e sociais, e reflexo da insuficiência dos planos de governo implementados e das políticas de supressão de liberdades impostas aos cidadãos.

Nos mais diversos contextos nacionais, alguns efeitos são fundamentais em termos de cidadania nesses processos de abertura democrática. Dentre eles, dois merecem destaque, em virtude dos desdobramentos positivos que geraram nos planos político e social.

Por um lado, surgiram diversos movimentos de direitos humanos de defesa dos desaparecidos durante os regimes militares (*e.g.*, o das Mães da Praça de Maio, na Argentina). Suas principais ações vêm sendo destinadas à busca pelas pessoas e/ou corpos desvanecidos, bem como à identificação e punição dos militares envolvidos nos episódios de barbárie. Além da abertura dos arquivos oficiais do estado (ainda por se fazer em diversos países, como o Brasil) e da obtenção de indenizações pecuniárias, as famílias das vítimas das ditaduras e os movimentos de defesa dos direitos humanos conseguiram uma importante conquista: o estabelecimento de uma relação direta entre cidadãos e estado, a partir da implementação de uma cultura de direitos humanos na região (quase dois séculos após as revoluções liberais) e de fiscalização da sociedade civil sobre a atuação estatal.

Por outro lado, com a retomada formal da democracia, buscou-se ampliar seu viés material, reconhecendo-se as demandas de grupos sociais minoritários, de caráter político, social, étnico, etc. Para tanto, na reorganização institucional foi fundamental a participação ativa e direta de amplos e novos setores da sociedade civil, antes situados à margem do processo político, que se mobilizaram em torno da bandeira da cidadania. Esta, então, passava a ser concebida como estratégia para o reconhecimento das necessidades dos excluídos e para a implementação de políticas públicas destinadas à construção de uma cidadania "de baixo para cima".

Nesse contexto, os movimentos sociais ganharam evidência e emergiram como novos sujeitos no processo político, atuando no campo não-institucional por meio de um formato inédito de ação política direta, e também almejando resultados no plano oficial e exercendo influência direta na estrutura legislativa e governamental.

Em conjunto com os atores políticos tradicionais – sindicatos e partidos políticos –, os movimentos sociais passaram à centralidade do processo político. Para tal, adotaram a cidadania como denominador comum entre os mais diversos movimentos políticos contemporâneos (mulheres, negros e minorias étnicas, homossexuais, idosos e pensionistas, consumidores, ecologistas, trabalhadores urbanos e rurais) e setores ligados a questões urbanas das grandes cidades como moradia, saúde, educação, desemprego, violência.

Como atesta Evelina Dagnino, resta comprovado, tanto no processo de formação como nos sujeitos da cidadania ampliada, o potencial catalisador desse conceito. Esta tese preconiza a necessidade de conjugação das demandas por redistribuição e reconhecimento como estratégia central na ação política do início do século XXI. Confira-se:

"Estos movimientos, organizados en torno a demandas diversas, encontraron en la noción de ciudadanía no solo una herramienta útil en sus luchas particulares, sino también un poderoso nexo articulador para establecer vínculos comunes. La demanda por la igualdad de derechos incorporada en la concepción predominante de ciudadanía, fue luego extendida y especificada según las diversas demandas en juego. Como parte des este proceso de redefinición de la ciudadanía, se puso en especial énfasis en su dimensión cultural, incorporándose preocupaciones contemporáneas como subjetividades, identidades y el derecho a la diferencia. (…)

La referencia a los derechos y a la ciudadanía creció al punto de constituir el núcleo central de un ámbito ético-político común en el que una gran parte de estos movimientos y otros sectores de la sociedad fueron capaces de compartir sus luchas y retroalimentar sus esfuerzos."

A **cidadania ampliada** (ou nova cidadania) representa, além do reconhecimento de novos direitos a personagens antigos, e de direitos antigos a novos personagens, a constituição de sujeitos sociais ativos e de identidades coletivas em meio a um cenário político e social revigorado. Eis as características dessa nova concepção de cidadania – identificada a partir do contexto brasileiro, porém de indubitável verificação no contexto geral da América Latina:

"A então chamada **nova cidadania**, *ou* **cidadania ampliada** *começou a ser formulada pelos movimentos sociais que, a partir do final dos anos setenta e ao longo dos anos oitenta, se organizaram no Brasil em torno de demandas de acesso aos equipamentos urbanos como moradia, água, luz, transporte, educação, saúde, etc. e de questões como gênero, raça, etnia, etc. Inspirada na sua origem pela luta pelos direitos humanos (e contribuindo para a progressiva ampliação do seu significado) como parte da resistência contra a ditadura, essa concepção buscava implementar um projeto de construção democrática, de transformação social, que impõe um laço constitutivo entre cultura e política. Incorporando características de sociedades contemporâneas, tais como o papel das subjetividades, o surgimento de sujeitos sociais de um novo tipo e de direitos também de novo tipo, bem como a ampliação do espaço da política, esse projeto reconhece e enfatiza o caráter intrínseco da transformação cultural com respeito à construção da democracia. Nesse sentido, a nova cidadania inclui*

construções culturais, como as subjacentes ao autoritarismo social como alvos políticos fundamentais da democratização. Assim, a redefinição da noção de cidadania, formulada pelos movimentos sociais, expressa não somente uma estratégia política, mas também uma política cultural."

Como materialização político-jurídica da transição democrática e resultado da formação da cidadania ampliada, tem sido elaborada uma normatividade constitucional até então inédita na América Latina, com ênfase democrática na questão social. Trata-se da adoção do modelo de **estado social e democrático de direito,** inspirado nas constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978).

No contexto sul-americano, destacam-se as experiências de Brasil e Argentina. No primeiro caso, a Constituição Federal de 1988 representa um pacto plural, resultado de um debate amplo e aberto, baseado em compromissos entre diferentes setores da população. Absorveu uma série de novos institutos e princípios no constitucionalismo brasileiro, a centralidade da dignidade da pessoa humana e um vasto catálogo de direitos fundamentais, com destaque para o valioso rol de direitos sociais (arts. 6 a 10, 196 a 210, 201 a 204 e 205 a 214, e 227), culturais (arts. 215 e 216) e ecológicos (art. 225).

A Argentina promoveu, em 1994, ano do auge do neoliberalismo no país, uma relevante reforma na sua Constituição, editada em 1853. O objetivo dos congressistas era viabilizar a reeleição do então presidente Carlos Meném e garantir a intensificação das políticas neoliberais. Apesar de fortalecer a desregulamentação do mercado e os planos de desestatização, essa reforma manteve intacto o texto do chamado "artigo 14 bis" – incorporado pela Convenção de 1957 –, que foi considerado, na prática, como letra morta pelos sucessivos governantes, enfraquecendo-se os direitos ligados à proteção social.

Na esteira da reorganização institucional deflagrada regionalmente por Brasil e Argentina, porém com um forte apelo às questões de pertencimento e reconhecimento identitários dos povos indígenas e às especificidades sócio-culturais de cada país, foram promulgadas as seguintes constituições: Colômbia (1991); Paraguai (1992); Peru (1993); Venezuela (2000); Bolívia (2007); e Equador (1998). Dentre as conseqüências dessa nova configuração, destacam-se, em termos de cidadania, os mecanismos de participação ativa, como o plebiscito e o referendo, que têm sido muito utilizados, principalmente, na Venezuela, Bolívia e Equador – países em que tem havido um grande reconhecimento da legitimidade e importância dos movimentos sociais no processo democrático.

7. Os reflexos da "confluência perversa" sobre a cidadania

Considerando o contexto acima delineado, em que dois movimentos políticos aparentemente contrapostos demonstram confluir harmonicamente, Evelina Dagnino cunhou a expressão **"confluência perversa"** para simbolizar a conjugação da transição democrática com a implementação do projeto neoliberal na América Latina. Segundo a autora, a "confluência" demonstra a junção entre uma tônica de ampliação substancial da democracia, advinda de reivindicações da sociedade civil e dos movimentos sociais, e uma postura restritiva e minimalista da política assumida pelo estado. Já o adjetivo

“perversa” (em espanhol, *tramposa*) denota a discrepância entre o que aparenta e o que realmente decorre desse fenômeno, cujos resultados são nebulosos e inesperados.

Opera-se um processo de redefinição de sentidos em relação a termos e sujeitos tradicionais da teoria política – sendo os principais “sociedade civil”, “participação” e “cidadania” –, realizando-se uma apropriação semântica de importantes bandeiras da democracia e transformando-as, por meio da discursividade e de forma ilusória e imperceptível, em instrumentos de justificação e efetivação do neoliberalismo.

Como salienta Dagnino, apesar de o neoliberalismo transparecer uma lógica de desmobilização e apatia políticas, ambos os projetos necessitam de uma sociedade civil ativa e bastante eficiente para a consecução dos seus objetivos. Ao invés de negar a importância da **sociedade civil**, a estratégia neoliberal reformula a identidade daquela, configurando-a como espaço para o desenvolvimento da atuação individual dos particulares.

Para tanto, uma série de responsabilidades, principalmente as relativas à questão social, são despolitizadas com a sua retirada da seara do estado e transferência para o âmbito privado, passando a incumbência da prestação de serviços sociais para entidades filantrópicas. Assim, a apropriação neoliberal da sociedade civil faz com que esta seja confundida com o terceiro setor e venha a ser destituída de qualquer aspecto ou papel político.

A noção de **participação** política também é reconstituída mediante um processo de privatização dos espaços e sujeitos políticos. Com o deslocamento de questões eminentemente públicas para a seara privada, as organizações não-governamentais (ONGs) surgem como atores fundamentais para o desempenho das tarefas antes cabíveis ao estado.

Com a respeitabilidade adquirida por estas entidades, decorrente dos elementos técnicos e profissionais das suas composição e atuação, o estado gerencial passa a lhes confiar uma série de atribuições e a lhes remunerar pelos serviços prestados em seu nome. Outro fator relevante que caracteriza essa retórica neoliberal é o seu esvaziamento da atuação política, justificado com a naturalização das desigualdades e a privatização das relações de solidariedade, estas últimas transformadas em medidas voluntárias de caridade a serem adotadas, facultativamente, de acordo com a moral individual de cada particular.

Por fim, ao invés da sua nova perspectiva ampliada, assumida na região em meio a um espaço público revigorado e por sujeitos coletivos politicamente atuantes, a **cidadania** passa a ser explorada numa acepção restritiva, privada e atomizada, consubstanciando não mais o pertencimento à comunidade política, mas a integração dos indivíduos ao mercado competitivo.

Segundo Garretón, a cidadania neoliberal apresenta, basicamente, duas grandes conseqüências: (i) a existência de dois tipos de cidadania: as “novas cidadanias imaginadas ou desejadas” e as “cidadanias institucionalizadas clássicas”; e (ii) a caracterização de um duplo conflito entre incluídos e excluídos em relação à cidadania: pelo acesso tanto à condição de cidadãos como aos direitos da nova cidadania.

Esse novo arquétipo representa os reflexos da insuficiência do modelo minimalista neoliberal, consistindo as cidadanias imaginadas ou desejadas em aspirações para além do campo institucional, pois não se verifica uma institucionalidade adequada para o reconhecimento de novas demandas. Assim, emergem novos problemas ligados à cidadania em campos de poder – espaços econômicos transnacionais, relações de gênero, esfera ambiental, comunidades locais, regionais e supranacionais – em que a outorga de direitos não cabe mais ao estado nacional.

De outra banda, as "cidadanias institucionalizadas clássicas" revelam uma freqüente tensão entre os direitos de cidadania tradicionais e um enfraquecimento das organizações sociais e instituições políticas responsáveis pela sua promoção. Tendo em vista esses fatores, cumpre agora traçar uma análise acerca da situação recente dos direitos de cidadania, de maneira a se ter uma idéia sobre a sua configuração contemporânea, das relações que vêm mantendo entre si, bem como dos indicativos que apresentam para o futuro diante do novo cenário político e social que tem se formado na região.

Tal como nos países nucleares do capitalismo, a temática da cidadania também foi revigorada no contexto latino-americano, tanto na produção teórica como na prática política. Como é típico da natureza histórica e política desse conceito, ele sofreu diversos avanços e retrocessos, que podem ser representados através de uma análise da sua dimensão enquanto *status* de direitos e obrigações, examinando-se os direitos de cidadania.

Em primeiro lugar, merecem destaque os direitos civis, cuja proeminência nunca foi da tradição dos países latino-americanos. Após o período de transição democrática e superação dos regimes ditatoriais (década de 1980), tais direitos foram novamente reconhecidos normativamente nos diversos textos constitucionais e internacionais. Sem embargo, o que se verifica em matéria de direitos civis é um tremendo retrocesso, ilustrado por alguns fatores: agigantamento do direito penal, restrição de garantias clássicas de liberdade, aumento dos índices de encarceramento, violência e mortes – no campo e nas cidades.

Quanto aos direitos políticos, há uma importante manifestação do fenômeno da "confluência perversa". A ampla constitucionalização do sufrágio universal – decorrente da democratização dos governos no continente – continua a conviver, aparentemente de forma pacífica, com uma apatia política generalizada e uma crise da democracia representativa, acrescidas de grandes doses de desigualdades sócio-econômicas e índices elevados de pobreza.

Com essa compreensão restrita dos direitos de participação política, limitados ao exercício do direito de votar, desconsidera-se a dimensão de fiscalização e contestação, inerente ao núcleo da idéia de democracia. Conseqüentemente, passa a preponderar a lógica do "acesso à justiça", segundo a qual se condiciona o exercício da cidadania política ao ingresso no Judiciário, onde se questionam políticas e condutas do estado e de particulares.

Em decorrência disso, busca-se anular a importância dos movimentos sociais, por meio de tentativas governamentais de criminalização de antigas e tradicionais organizações sociais e populares, como o MST no Brasil, as uniões de *cocaleros* na Bolívia, o

movimento zapatista no México, etc. A sociedade civil volta a ser concebida como contraposta ao estado – tal como na dicotomia liberal da separação entre público e privado – e freqüentemente têm sido alvo de confusões com o terceiro setor e corporificada pelas ONGs. Assim, a sociedade é deslocada do âmbito decisório para o da execução das políticas públicas, especialmente as sociais, voltadas para a implementação da cidadania.

Quanto aos direitos de nacionalidade, surgiu uma tendência inovadora, porém não menos decepcionante. Com um acentuado crescimento dos índices de imigração entre os cidadãos latino-americanos, têm ocorrido dois desdobramentos, um interno e outro externo. Primeiramente, verifica-se um grande contingente migratório dos países mais pobres da região para os vizinhos menos míseros. No entanto, ao invés de oportunidades de emprego e melhores condições de vida, os cidadãos nômades acabam por trabalhar em condições sub-humanas e viver em situação ilegal, como ocorre em grandes centros urbanos como São Paulo, Cidade do México, etc. Em segundo lugar, tem-se o caso dos imigrantes que tentam a sorte nos EUA ou na Europa, e acabam tendo resultados ainda piores, sendo considerados como *desplazados* permanentes e simbolizando a figura dos novos párias.

No que tange aos direitos culturais (ou multiculturais), houve avanços significativos na proteção jurídica de minorias étnicas e sociais: reconheceram-se, normativamente, demandas por políticas identitárias e de valorização da cultura, tradição e costume dos povos indígenas latino-americanos, principalmente os andinos. Suas articulações com os direitos sociais e políticos são fundamentais para a eliminação (ou, pelo menos, atenuação) das desigualdades na região, pois conferem a grupos sociais historicamente discriminados, simultaneamente, um direito à diferença, com a preservação de suas heranças culturais, e um direito à isonomia material, com o asseguramento de níveis dignos de condições de vida e da viabilidade de uma participação política igualitária.

Ao contrário do que se poderia imaginar, os efeitos da normatividade jurídica antes apresentada denotam uma constitucionalização simbólica em matéria de direitos, encobertando-se um enorme paradoxo; na verdade, a maior disparidade do mundo entre norma e fato social: enquanto a maioria das constituições fazem previsão expressa ao modelo de estado social, a questão social na América Latina apresenta muitos retrocessos. Exemplos dessas involuções são: o aumento das desigualdades sociais e da pobreza, da dificuldade de acesso a serviços de necessidades básicas, da concentração de renda, da periferização da pobreza, do desemprego, do subemprego e da informalidade no trabalho, do decréscimo da mobilidade social etc., representados pelos índices de pobreza e indigência, respectivamente, de 48,3% (200.000.000 pessoas) e 22,5% (93.000.000 pessoas) em 1990, e 44% (221.000.000 pessoas) e 19,4% (97.000.000 pessoas) em 2002.

8. Conclusão

Diante do exposto, é possível extrair as seguintes conclusões, a respeito de aplicação do instrumental de análise extraído das contribuições de Karl Marx para o conceito de cidadania e suas relações com o direito.

Considerando o minimalismo da visão estritamente jurídica da cidadania e o fato que direitos não são auto-realizáveis, peca por deficiência qualquer compreensão unicamente normativa ou de orientação moral da cidadania, porque despe-a das suas condições de produção e efetividade. Afinal, estas somente se manifestam no plano material, na vida em sociedade e em meio a possibilidades políticas de realização. Assim, não assegura sua concretização a mera previsão normativa de demandas sociais enquanto direitos e garantias, e sua caracterização como de igual patamar em relação aos direitos da tradição liberal.

Portanto, foi demonstrada a hipótese que a vertente passiva da cidadania, como *status* de direitos, é limitada em termos de uma democracia material, pois se restringe a enunciar direitos de cidadania, sem proporcionar a sua real efetividade. Assim, faz-se necessário superar a noção meramente passiva do conceito de cidadania, revigorando-se a sua vertente ativa, com ênfase na participação política, incorporando-se e aprimorando-se seus novos elementos no século XXI: espaços e formas de manifestação, atores político-sociais, etc.

Apresentado o exemplo concreto da "confluência perversa" entre ampliação democrática e retração neoliberal (acobertada pelo fetichismo constitucional), como expressão da nova conjuntura política e social da América Latina, especialmente do Brasil, também restou comprovada a segunda hipótese de base deste estudo. Isto é, no atual período histórico, verifica-se um processo de dupla alienação da cidadania, no qual esta é transferida (i) do homem político concreto para a figura abstrata do "cidadão", projetado nas instituições do estado, e (ii) do âmbito da prática político-social da cidadania para o espaço do direito, simbolizado pela constituição.

Conseqüentemente, caracteriza-se um fetichismo constitucional, que restringe a cidadania à sua faceta jurídica e ao âmbito do estado, criando a ilusão que o direito, o estado e a constituição resolveriam todas as demandas do homem. Como resultado, os cidadãos são eximidos de uma participação política ativa em prol de uma ampliação do espaço estatal, atualmente com foco no Judiciário, paralelamente ao esvaziamento do estado pelo mercado na missão de promover os direitos de cidadania (acepção passiva da cidadania). Por outro lado, também se verifica a limitação da concepção moderna da cidadania ativa (juridicizada na constituição), diante da raríssima utilização dos mecanismos jurídicos/políticos da democracia participativa (referendo, plebiscito, etc).

Assim, revela-se toda a importância da reflexão sobre a cidadania e suas relações com o direito, a partir da visão crítica do pensamento marxista, atualizado e revigorado, que proporciona uma compreensão mais ampla desses conceitos e oferece uma alternativa ao pensamento único liberal. Desse ponto de vista, é possível propor uma alternativa em termos de emancipação/desalienação da cidadania, revertendo-se a cisão moderna entre homem e cidadão e promovendo-se um (re)encontro do homem com o homem.

Para tanto, os contextos latinoamericano e brasileiro têm se mostrado terreno fértil para a extração de novidades a serem teorizadas e aplicadas, na busca de um resgate da política e da efetivação de uma verdadeira democracia, com a valorização da ação política direta, pela sociedade civil e pelos movimentos sociais, caracterizando-se um campo não institucional da política como possível superação do modelo estadocêntrico da cidadania moderna.

9. Referências Bibliográficas

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

ARON, Raymond. *O marxismo de Marx.* 2ª ed., São Paulo: Arx, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.* 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BELLO, Enzo. "A teoria política da propriedade na era moderna: ascensão e crítica do individualismo possessivo". In: MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino de A. (Orgs.). *Direito de Propriedade Privada Urbana.* Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2009, no prelo.

_____. "Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social". In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *Direitos Sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 177-205.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa:* referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ed. Ática, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* 2ª ed. São Paulo: Ed. Campus, 1992.

BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do Pensamento Marxista.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

BUEY, Francisco Fernandez. *Marx (sem ismos).* Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2004.

CEPAL. *Panorama social de América Latina 2006*, p. 08. Disponível na Internet em: http://www.cepal.org/publicaciones/xml/0/27480/PSE2006_Sintesis_Lanzamiento.pdf

DAGNINO, Evelina. "Concepciones de la ciudadanía en Brasil: proyectos políticos en disputa." In: CHERESKY, Isidoro. (Comp.). *Ciudadanía, sociedad civil y participación política.* Buenos Aires: Miño y Dávila Eds., 2006, pp. 387/410.

_____. "¿Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando?". In: MATO, Daniel. (coord.). *Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización.* Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, 2004, pp. 95/110.

GARRETÓN, Manuel Antonio. "Sociedad civil y ciudadanía en la problemática latinoamericana actual". In: CHERESKY, Isidoro. (Comp.). *Ciudadanía, sociedad civil y participación política.* Buenos Aires: Miño y Dávila Eds., 2006, pp. 45/59.

HARVEY, David. *A brief history of neoliberalism.* New York: Oxford University Press, 2005.

_____. *O novo imperialismo.* São Paulo: Loyola, 2004.

HOBSBAWM, Eric J. *Nações e nacionalismo desde 1870:* programa, mito e realidade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status.* Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARX, Karl. *O Capital. Crítica da Economia Política.* livro I, vol. 1 (o processo de produção do capital). Trad. Reginaldo Sant'Anna. 24ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

_____. *Crítica da filosofia do direito de Hegel.* São Paulo: Boitempo, 2005.

_____. *Manuscritos econômico-filosóficos.* São Paulo: Martin Claret, 2004.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MÉSZÁROS, István. *A teoria da alienação em Marx.* São Paulo: Boitempo, 2006.

SADER, Emir; JINKINGS, Ivana. (Coords.). *Enciclopédia Contemporânea da América Latina e do Caribe.* São Paulo: Boitempo, 2006.

SARTRE, Jean Paul. *Questions de méthode: marxisme et existencialisme:* critique de la raison dialethique. Paris: Gallimard, 1972.

SKINNER, Quentin; STRÅTH, Bo. (Eds.). *States and Citizens:* history, theory, prospects. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2003

TELLES, Vera da Silva; PAOLI, Maria Célia. "Direitos sociais: conflitos e negociações no Brasil contemporâneo". In: ALVAREZ, Sônia *et alli.* (Orgs.). *Cultura e política nos movimentos sociais latino-americanos.* Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000, pp. 103/148.

TORRES, Ricardo Lobo. "A cidadania multidimensional na era dos direitos". In: Id. (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 239/336.

WALZER, Michael. *Guerra, política y moral*. Barcelona: Paidós, 2001.

POGGI, Gianfranco. "Citizens and the state: retrospect and prospect". In: SKINNER, Quentin; STRÅTH, Bo. (Eds.). *States and Citizens: History, Theory, Prospects.* Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2003, pp. 39/44.

Cf. WALZER, Michael. "El concepto de ciudadanía en una sociedad que cambia: comunidad, ciudadanía, y efectividad de los derechos". In: Id., *Guerra, política y moral*. Barcelona: Paidós, 2001, pp. 153/166.

BRETT, Annabel. S. "The development of the idea of citizens' rights". In: SKINNER, Quentin; STRÅTH, Bo. (Eds.). *op. cit.*, p. 105.

POGGI, Gianfranco. *op. cit.*, p. 42.

WALZER, Michael. *op. cit.*, pp. 153/166.

Idem, Ibidem, pp. 153/159.

SKINNER, Quentin. "States and the freedom of citizens". In: Id & STRÅTH, Bo. (Eds.), *op. cit.*, p. 13.

BRETT, Annabel. S. *op. cit.*, p. 99.

WALZER, Michael. *op. cit.*, p. 159.

Idem, Ibidem, pp. 106/107.

Para uma abordagem detalhada desses períodos, confira-se os artigos publicados em: PINSKY, Jayme; PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). *História da cidadania.* São Paulo: Contexto, 2003.

BERLIN, Isaiah. "Two concepts of liberty". In: *Four essays on liberty.* Oxford: Oxford Univ. Press, 1969.

CONSTANT, Benjamin. *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni.* Trad. di Giovanni Paoletti. Torino: Einaudi, 2001.

SKINNER, Quentin. "States and the freedom of citizens". *op. cit.*, pp. 15/21.

Idem, Ibidem, pp. 15 e 16/19.

Na modernidade, em razão de diversos fatores – advento de um novo modelo de organização social, ampliação da quantidade de cidadãos proporcionalmente às populações e primazia da democracia representativa –, a cidadania ativa não assumiu as mesmas características dos seus períodos anteriores. Porém, evidenciou-se em momentos pontuais como na fase jacobina da revolução francesa, na Comuna de Paris, etc. Contemporaneamente, a cidadania ativa tem correspondido à democracia semi-direta, cujos mecanismos são o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, e à democracia participativa, representada pelos conselhos governamentais de políticas públicas, pelas consultas populares, etc. Cf. BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa:* referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ed. Ática, 2000.

Veja-se : DELLA VOLPE, Galvano. *Rousseau e Marx : a liberdade igualitária.* Lisboa : Edições 70, 1982.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status.* Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

É muito comum entre os juristas a identificação do termo cidadania com a prática política e os direitos de votar e ser votado, ficando os direitos civis, sociais e de nacionalidade para o campo dos direitos humanos. Nesse sentido, o legislador brasileiro

define como cidadão somente a pessoa dotada de direitos políticos, os quais são tidos como pressuposto para o reconhecimento de direitos civis e/ou sociais perante o Poder Judiciário, p. ex., nos casos de ação popular. Tido como regulamentar ao artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988 – "*qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular (...)*" –, o artigo 1º, § 3º da Lei n.º 4.717/65 prevê que *"A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda"*. Essa também é a perspectiva adotada pela doutrina jurídica, aqui representada por Luís Roberto Barroso, que, invertendo gênero e espécie, assim se manifesta: "***Os direitos de participação** política, **ou** apenas **direitos políticos**, **abrangem** o direito de nacionalidade e **o direito de cidadania**. (...) Pelo segundo, se reconhece ao indivíduo, qualificado por certos requisitos, a capacidade eleitoral (...) e a capacidade eletiva (...)."* (grifos meus) Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.* 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 100.

Correntemente utilizada por juristas, essa expressão foi extraída do famoso livro de Bobbio, de mesmo título: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* 2ª ed. São Paulo: Ed. Campus, 1992.

TORRES, Ricardo Lobo. "A cidadania multidimensional na era dos direitos". In: Id. (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 244, 248/251 e 251 e ss.

HOBSBAWM, Eric J. *Nações e nacionalismo desde 1870:* programa, mito e realidade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004, pp. 63 e ss. Segundo o historiador inglês, *"os últimos dois séculos da história humana do planeta Terra são incompreensíveis sem o entendimento do termo 'nação' e do vocabulário que dele deriva"*. Idem, Ibidem, p. 11.

WALZER, Michael. "El liberalismo y el arte de la separación: la justicia en las instituciones". In: Id., *Guerra, política y moral*. Barcelona: Paidós, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, pp. 15 e ss.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, pp. 56/60.

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004, pp. 50/51.

BELLO, Enzo. "A teoria política da propriedade na era moderna: ascensão e crítica do individualismo possessivo". In: MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. (Orgs.). *Direito de Propriedade Privada Urbana.* Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2009, no prelo.

MARSHALL, T. H. *Op. Cit.*, pp. 63/64.

BOBBIO, Norberto. *Op. cit., passim.*

Diversas críticas foram formuladas às posições de Marx a respeito dos direitos humanos – sejam as desenvolvidas por ele em "A questão judaica", sejam, principalmente, as

retomadas por autores do marxismo. Para tanto, confira-se: BUEY, Francisco Fernández. *Marx (sem ismos).* Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2004, pp. 75/98, esp. 80/81.

MARX, Karl. "A questão judaica". In: *Manuscritos econômico-filosóficos.* São Paulo: Martin Claret, 2004, pp. 30, 31, 33 e 36.

Segundo Marx: *"Qualquer emancipação constitui uma* restituição *do mundo humano e das relações humanas ao* próprio homem. *A emancipação política é a redução do homem, por um lado, a membro da sociedade civil, indivíduo* independente *e* egoísta *e, por outro, a* cidadão*, pessoa moral. Só será plena a emancipação humana quando o homem real e individual tiver em si o cidadão abstrato; quando como homem individual, na sua vida empírica, no trabalho e nas suas relações individuais, se tiver tornado um* ser genérico*; e quando tiver reconhecido e organizado as suas próprias forças (*forces propres*) como forças sociais, de maneira a nunca mais separar de si esta força social como força política"*. MARX, Karl. *Op. cit.*, p. 37.

Como afirma Gajo Petrovic: *"E a alienação de si mesmo não é apenas uma entre outras formas de alienação, mas a sua própria essência e estrutura básica. Por outro lado, a 'auto-alienação' ou alienação de si mesmo não é apenas um conceito (descritivo), mas também um apelo em favor de uma modificação revolucionária no mundo (desalienação)"*. PETROVIC, Gajo. "Alienação". In: BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do Pensamento Marxista.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 05. Nesse sentido, Raymond Aron apresenta três sentidos da desalienação do trabalho: *"1º) não mais trabalhar para criar uma mercadoria; 2º) não mais trabalhar para um outro; 3º) não mais sujeitar-se a um trabalho escravo"* ARON, Raymond. *O marxismo de Marx.* 2ª ed., São Paulo: Arx, 2005, pp. 173.

Sua terminologia apresenta grande complexidade, devido à variação das expressões utilizadas por Marx, em alemão, para representá-lo: *Entäusserung, Entfremdung e Veräusserung*. Segundo Mészaros, *"Em alemão, as palavras* Entäusserung, Entfremdung *e* Veräusserung *são usadas para significar 'alienação' ou 'estranhamento'.* Entäusserung *e* Entfremdung *são usadas com muito mais freqüência por Marx do que* Veräusserung*, que é, como Marx a define, "die Praxis der Entäusserung' (a prática da alienação) (...), ou, em outro trecho, 'Tat der Entäusserung' (o ato da alienação) (...). Assim,* Veräusserung *é o ato de traduzir na prática (na forma da venda de alguma coisa) o princípio da* Entäusserung*. No uso que Marx faz do termo, 'Veräusserung' pode ser intercambiado com* Entäusserung *quando um 'ato' ou uma 'prática' específica são referidos. (...). Tanto* Entäusserung *como* Entfremdung *têm uma tríplice função conceitual: (1) referindo-se a um princípio geral; (2) expressando um determinado estado de coisas; e (3) designando um processo que engendra esse estado. Quando a ênfase recai sobre a 'externalização' ou 'objetivação', Marx usa o termo* Entäusserung *(ou termos como* Vergegenständlichung*), ao passo que* Entfremdung *é usado quando a intenção do autor é ressaltar o fato de que o homem está encontrando oposição por parte de um poder hostil, criado por ele mesmo, de modo que ele frustra seu próprio propósito."* MÉSZÁROS, István. *A teoria da alienação em Marx.* São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 19/20.

MÉSZÁROS, István. *Op. cit.*, p. 21.

Idem, Ibidem, p. 215.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos.* São Paulo: Martin Claret, 2004, pp. 115/119.

PETROVIC, Gajo. "Alienação"… *op. cit.*, p. 06.

MARX, Karl. *O Capital. Crítica da Economia Política.* livro I, vol. 1 (o processo de produção do capital). Trad. Reginaldo Sant'Anna. 24ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, pp. 92 e ss. Georg Lukacs foi o teórico marxista que melhor desenvolveu a noção de "fetichismo da mercadoria", em sua obra *História e consciência de classe*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GERAS, Norman. "Fetichismo". In: BOTTOMORE, Tom. *Dicionário... op. cit.,* p. 149.

Idem, Ibidem, p. 149.

FINE, Ben. "Fetichismo da mercadoria". In: BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do Pensamento Marxista.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 150.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel.* São Paulo: Boitempo, 2005, pp. 49/50.

BELLO, Enzo. "Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social". In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *Direitos Sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 177/205.

HARVEY, David. *A brief history of neoliberalism.* New York: Oxford Univ. Press, 2005, p. 182. Tradução livre de: *"'**Between equal rights force decides**.' Political struggles over the proper conception of rights, and even of freedom itself, move centre-stage in the search for alternatives"*.

MARX, Karl. *O Capital... op. cit.,* p. 336.

O desenvolvimentismo consiste num viés do pensamento latino-americano, aplicado em regimes políticos diferenciados (ditaduras e democracias eleitorais), que preconizou um modelo de acumulação periférico e tinha como objetivo central a industrialização da América Latina, através da substituição das importações de bens de produção e de consumo. Concebia-se o mercado como um complexo denso de dimensões (social, política, etc.) transcendentes à da economia, e o estado com perfil intervencionista na economia e nas relações sociais. MARTINS, Carlos Eduardo. "Pensamento social". In: SADER, Emir *et alli.* (Coords.). *Enciclopédia..., op. cit,* p. 926.

HARVEY, David. *O novo imperialismo.* São Paulo: Loyola, 2004, pp. 115 e ss.

BORON, Atilio. "Estado". In: SADER, Emir; JINKINGS, Ivana. (Coords.). *Enciclopédia Contemporânea da América Latina e do Caribe.* São Paulo: Boitempo, 2006, pp. 511 e 515.

ROSENMANN, Marcos Roitman. "Neoliberalismo". In: SADER, Emir *et alli. Enciclopédia..., op. cit,* p. 346.

DAGNINO, Evelina. “Concepciones de la ciudadanía en Brasil: proyectos políticos en disputa.” In: CHERESKY, Isidoro. (Comp.). *Ciudadanía, sociedad civil y participación política.* Buenos Aires: Miño y Dávila Eds., 2006, p.389.

TADDEI, Emilio. “Movimentos sociais”. In: SADER, Emir *et alli.* (Coords.). *Enciclopédia..., op. cit,* pp. 811/819.

TELLES, Vera da Silva; PAOLI, Maria Célia. “Direitos sociais: conflitos e negociações no Brasil contemporâneo”. In: ALVAREZ, Sônia *et alli.* (Orgs.). *Cultura e política nos movimentos sociais latino-americanos.* Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000, pp. 138/139; e DAGNINO, Evelina. “Concepciones de la ciudadanía en Brasil: proyectos políticos en disputa”..., *op. cit.*, pp. 394/395.

DAGNINO, Evelina. “Concepciones de la ciudadanía en Brasil…”, *op. cit.*, pp. 388 e 395.

Idem, “¿Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando?”. In: MATO, Daniel. (coord.). *Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización.* Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, 2004, pp. 103/104.

Art. 14 bis: “*El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. (…) El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable (…)”*.

Na vigência das suas atuais constituições, especialmente na década de 1990, foram promovidas, no Brasil e na Argentina, reformas constitucionais para se viabilizar juridicamente as políticas de desestatizações e privatizações de relevantes entidades e serviços públicos.

DAGNINO, Evelina. "¿Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando?"..., *op. cit.,* pp. 95/110.

Idem, “Concepciones de la ciudadanía en Brasil: proyectos políticos en disputa.”..., *op. cit.,* p. 402.

GARRETÓN, Manuel Antonio. “Sociedad civil y ciudadanía en la problemática latinoamericana actual”. In: CHERESKY, Isidoro. (Comp.). *Op. cit.,* pp. 52/53.

SOARES, Laura Tavares. “Terceiro setor”. In: SADER, Emir *et alli.* (Coords.). *Enciclopédia..., op. cit,* pp. 1153/1154.

DAGNINO, Evelina. “¿Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando?” ..., *op. cit.,* p. 100.

CEPAL. *Panorama social de América Latina 2006*, p. 08. Disponível na Internet em: http://www.cepal.org/publicaciones/xml/0/27480/PSE2006_Sintesis_Lanzamiento.pdf

INCLUSÃO SOCIAL DO ÍNDIO E PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE*

INDIGENOUS SOCIAL INCLUSION AND PROTECTION OF RIGHT TO HEALTH

Fernando de Brito Alves
Marcia Cristina Altvater Vilas Boas

RESUMO

A questão indígena e a problemática que a envolve vem sendo discutida há tempos e sob diversos matizes, desde a criteriosa análise antropológica à ação política indigenista. No entanto, ainda que inegável a importância de todos os trabalhos e investigações realizados até aqui, o enfoque ao Direito Indígena torna-se premente, haja vista que na prática, pouco se avançou no que diz respeito a inclusão dos povos indígenas sob o enfoque da saúde, ainda mais se considerarmos que as doenças e os problemas de saúde são considerados o primeiro fator de decréscimo das populações indígenas. Desta feita, o presente trabalho tem por objeto fazer uma análise da evolução dos direitos dos índios e o tratamento constitucional dado ao longo de nossa organização política, dando ênfase aos avanços e retrocessos da norma legal, demonstrando, no que for possível, a existência de um completo abismo entre essas normas e a sua praticidade efetiva em nosso país.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO INDÍGENA; INCLUSÃO SOCIAL; TUTELA DO DIREITO À SAÚDE

ABSTRACT

The native question and the problematic which evolves it have been discussed for a long time and in various shades, since the carefully anthropological analyzes to the political native action. However, even with a undeniably importance of all this works and investigations made until now, the focus in Indigenous Law becomes urgent, considering that in practice, there is few advances about inclusion of the native people in a health care, even more if we consider that illness and other health problems are the first factor which causes the native population decrease. Therefore, the present article have as objective make an analyze about the evolution of the native rights and their constitutional treatment given along our political organization, emphasizing the advances and setbacks of the law, demonstrating, in what is possible, the existence of a full and complete abyss between these laws and their effective practicality in our country.

KEYWORDS: INDIGENOUS LAW; SOCIAL INCLUSION; PROTECTION OF RIGHT TO HEALTH

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 – TRATAMENTO CONFERIDO AOS ÍNDIOS EM NOSSA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA

1.1 NO PERÍODO COLONIAL BRASILEIRO

Importante observar já de início que a política colonial em relação às sociedades indígenas baseava-se na preparação educacional desses povos através da catequese, a fim de submetê-los aos ditames assimilacionistas da Metrópole Portuguesa, subjugando o povo indígena inclusive, por meio de violência física, escravização, alterando suas práticas sociais tradicionais.

O antropólogo C. R. Brandão, ainda que tenha posição um pouco diferente da aqui adotada – embora convergente –, explica como o problema da igualdade e da diferença se articulam nas práxis de dominação e de exclusão.

A história dos povos repete seguidamente a lição nunca aprendida de que os grupos humanos não hostilizam e não dominam o "outro povo" porque ele é diferente. Na verdade, tornam-no diferente para fazê-lo inimigo. Para vencê-lo e subjugá-lo em nome da razão de ele ser perversamente diferente e precisar ser tornado igual: "civilizado". Para dominá-lo e obter dele os proveitos materiais do domínio e, sobre a matriz dos princípios que consagram a desigualdade que justifica o domínio, buscar fazer do outro: o índio, o negro, o cigano, o asiático, um outro eu: o índio cristianizado, o negro educado, o cigano sedentarizado, o asiático civilizado. Todos os que são a minoria dos diferentes ou a maioria dos dominados, revestidos do verniz civilizatório daquilo que às vezes se simplifica enunciando que equivale a penetrar na cultura ocidental, o lugar social adequado à identidade mais legítima.

O artifício do domínio – aquilo que é real sob os disfarces dos "encontros de povos e culturas diferentes" – é o trabalho de tornar o outro mais igual a mim para colocá-lo melhor a meu serviço. Ao escravo trazido nas caravelas se batizava no porto de chegada. A consciência ingênua acreditava com isso salvá-lo. Mas o senhor que atribuía ao negro servo um nome de branco, cristão, em troca do nome tribal do lugar de origem, sabia que a água do batismo era apenas uma porta líquida de entrada na redução necessária das diferenças que tornam eficazes os usos da desigualdade. É importante que o escravo fale a língua do senhor para compreendê-lo e saber obedecer. É preciso que possua a mesma fé, para que no mesmo templo faça e refaça as mesmas promessas de obediência e submissão aos poderes ocultos da ordem social consagrada. Promessas que o senhor paga com a festa e o servo com o trabalho.

Assim, aos filhos dos índios abriam escolas e sobre os seus corpos punham roupas de algodão. E se louvava deixarem de comer carne humana, enquanto as cifras geométricas do morticínio dos índios eram civilizadamente escondidas dos assuntos da

“vida nacional”. Aos índios se “reduzia”, se “aldeava”, se “civilizava”. Não para serem iguais aos brancos, sendo índios, mas para serem desiguais sem tantas diferenças e assim servirem melhor, mortos ou subjugados, aos interesses dos negócios dos brancos. [...] (BRANDÃO, 1986, p. 7-9)

Naquela época, tamanho o vigor da agressão física aos indígenas, que muitos religiosos ficaram estarrecidos com a barbárie cometida a eles. Assim, alguns abnegados passaram a assumir posições francas em defesa desses povos, como foi o caso de Bartolomé de las Casas (1999). Essa defesa, na verdade, ocorria em forma de aproximação à comunidade indígena, para que confiantes, pudessem os missionários catequizá-los e subjugá-los aos domínios portugueses.

Em Portugal, frente a essa “defesa” por parte de alguns missionários, passa a surgir uma legislação que enfocava os povos indígenas como “humanos”. Então, na primeira metade do século XVI, os índios eram reconhecidos como "entes humanos". No entanto, entre a lei positiva e a realidade há um profundo abismo. Abismo em relação a todas as classes menos favorecidas, entre as quais as comunidades indígenas, e realidade para a minoria dominante que tem na lei o escopo para a prática de seus interesses nefastos.

De certa forma, a lei foi usada como instrumento de espoliação aos povos indígenas, solucionando o "problema" de mão de obra, escravizando e capturando-os em prol da Coroa portuguesa. Frise-se que esta escravização humana encontrava-se permitida pelo Regimento de Tomé de Souza, outorgado por D. João III em 1548, sendo que este documento fazia alusão a um tratamento amistoso aos indígenas, mas ao mesmo tempo, permitia as "guerras justas" como alternativa para garantir a submissão dos índios resistentes ao domínio dos brancos. Havia a referência do reconhecimento à humanidade indígena por parte dos exploradores.

Em 1537 o Papa Paulo III, no âmbito da igreja, declarou que os indígenas "eram entes humanos como os demais homens" (SANTOS FILHO, 2008, p. 96). Em 1611, através de uma Carta Régia, Felipe III afirmava o direito dos índios sobre seus territórios, dando ênfase a sua não molestação. Porém, na prática isto estava muito aquém da realidade. No ano de 1680, houve o reconhecimento da Coroa Portuguesa do direito dos índios sobre seus territórios. No entanto, na realidade, este território para eles é mais nato do que a qualquer outra pessoa dita "civilizada".

Teoricamente e no “papel”, radicalmente dissociada da realidade brasileira, fora reconhecida a condição de humanos aos indígenas, assim como a condição de legítimos detentores de seus territórios; porém, a par de tudo isto, ocorria a exploração de madeiras nas terras indígenas.

Então, do que se tem notícia, o direito dos índios aos territórios que ocupavam foi reconhecido no Alvará Régio de 1° de abril de 1680, confirmado por uma Lei de 6 de Junho de 1775, a qual previa: “observância do Breve de Benedicto XIV, de 20 de Dezembro de 1741, assim como várias leis do Reino, sobre a liberdade das pessoas e bens e comércio dos índios do Pará e Maranhão.”

É de se observar, que este dispositivo não teve nenhuma eficácia no sentido prático; porém, mesmo assim, é considerado como o ponto de partida para o direito indígena brasileiro, ainda que tivesse validade apenas para os índios do Pará e Maranhão.

Mais tarde, através de Alvará Régio, de 1755, a regra anteriormente editada se aplicaria a todo território brasileiro.

Com a chegada da Família Real portuguesa ao Brasil em 1808, D. João VI, tornou referido Alvará em letra morta e instituiu o princípio da "guerra justa", pelo qual se poderia escravizar os índios em conflito com os colonos.

Também deve ser anotado que a legislação indigenista do século XIX, sobretudo até 1845, era flutuante.

O Decreto n° 426, de 24.07.1845 (conhecido como Regulamento das Missões) regulamentou as missões de catequese e civilização dos índios e, assim, procurou-se estabelecer as diretrizes sérias, mais administrativas do que políticas, para o governo dos índios aldeados. Por ele, prolongava-se o sistema de aldeamentos, entendendo-o como uma transição para a assimilação completa dos índios.

A partir daí fixou-se a dicotomia: índios colonizados e hordas selvagens, terminologia esta que apareceria explícita na Lei de Terras, n° 601, de 18/09/1850 e no seu respectivo regulamento, Decreto n° 1318, de 30/01/1854. O índio colonizado seria o índio aldeado, já atingido pela catequese e próximo dos civilizados, enquanto as hordas selvagens seriam os índios ainda arredios à catequese e à civilização, que viviam nômades, errantes a vagar pelo território nacional, para os quais deveriam ser constituídas reservas a partir de terras devolutas.

Portanto, essa era toda a legislação relativa aos índios no Império: o Regulamento das Missões (Decreto nº. 426), a Lei de Terras, nº. 601, e o decreto que a regulamentava, o Decreto nº. 1318.

1. 2 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

As Constituições Brasileiras até a de 1988, invariavelmente, quando trataram da questão indígena, relegaram a abordagem e o enfrentamento da questão ao direito de posse sobre as terras ocupadas.

A Constituição de 1824, simplesmente omitiu qualquer norma com respeito aos índios.

A primeira Constituição republicana, de 24/02/1891 também ignorou o índio, não lhe reconhecendo qualquer direito. Em seu art. 64, consta apenas a previsão

de passar a posse e domínio das terras devolutas provenientes do Império, aos respectivos Estados Federados. Vejamos:

Art. 64 Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas, de ferro federais.

Parágrafo único. Os parques nacionais, que não forem necessários para serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados.

As normas que havia até então, eram aquelas que constavam na "Lei de Terras" e no seu Regulamento (Decreto nº 1.318, de 30.01.1854, arts. 72 a 75).

A Constituição Federal de 1934 não chegou a trazer alteração substancial, conforme se vê:

Art. 20 São do domínio da União:

I - os bens que a esta pertencem, nos termos das leis atualmente em vigor;

II - os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro;

III - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças.

Art. 21 São do domínio dos Estados:

I - os bens da propriedade destes pela legislação atualmente em vigor, com as restrições do artigo antecedente;

II - as margens dos rios e lagos navegáveis destinados ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular.

Relativamente às terras ocupadas pelos indígenas, em seu art. 129, limitou-se a garantir aos silvícolas a posse das terras por eles ocupadas:

Art. 129 Será respeitada a posse de terra de silvícolas que nela se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Vale observar, neste passo, o fato de os índios, tratados como "silvícolas", já naquela época, terem a posse das terras que nelas estavam permanentemente localizados.

A Constituição de 1937 apenas fez transcrever no art. 154 o mesmo teor contido no art. 129 da Carta de 1934, anteriormente transcrito, dispondo que:

Art. 36 São do domínio federal:

a - os bens que pertencerem à União, nos termos das leis atualmente em vigor;

b - os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a territórios estrangeiros;

c - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças.

Art. 37 São do domínio dos Estados:

a - os bens de propriedade destes, nos termos da legislação em vigor, com as restrições do artigo antecedente;

b - as margens dos rios e lagos navegáveis, destinadas ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular.

Pouco antes da entrada em vigor da Carta de 1946, foi editado o Decreto-Lei nº 9.760/46. Então, por força de emenda constitucional, em face do regime de exceção vivido, acabou sendo alijado do cenário político pela Carta de 1946, isso no que veio a emprestar novo tratamento aos bens públicos de domínio da União.

Sob a vigência da Constituição Federal de 1946, dispôs-se:

Art. 34 Incluem-se entre os bens da União:

I - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, e bem assim as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;

II - a porção de terras devolutas indispensável à defesa das fronteiras, às fortificações, construções militares e estradas de ferro.

Art. 35 Incluem-se entre os bens do Estado os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual.

Ainda, no art. 216, reproduziu-se o texto da Carta de 1934, apenas substituindo a expressão " vedado aliená-las" por "com a condição de não a transferirem".

A Constituição Federal de 1967 mostrou-se mais explícita, relativamente aos bens da União e, então, foi incluído preceito quanto às terras ocupadas pelos silvícolas. De qualquer forma, mais uma vez considerou-se a ocupação, em si:

Art. 4º Incluem-se entre os bens da União:

I - a porção de terras devolutas indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacionais;

II - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, constituem limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro; as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;

III - a plataforma continental;

IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

V - os que atualmente lhe pertencem; e

VI - o mar territorial.

Através do contido no art. 186, restou garantida a posse permanente das terras em que habitavam os silvícolas, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais.

Já o preceito contido n artigo 5°, revelou incluirem-se entre os bens dos Estados e Territórios "os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior".

A Emenda Constitucional n° l, de 1969, não introduziu modificação na regência da matéria, contemplando, tal como a Carta anterior, as terras ocupadas pelos “silvícolas” como sendo da União - artigos 4° e 5º.

A Constituição Federal de 1988, considerada um marco no tocante aos direitos indígenas, será objeto de estudo em item próprio. No entanto, entre a Constituição de 1969 e a de 1988, tivemos a edição da Lei n° 6.001/73, o ESTATUTO DO ÍNDIO, que passaremos a tratar adiante.

1.3 O ESTATUTO DO ÍNIDIO – LEI Nº 6001/73

Como os direitos indígenas ainda continuam sendo regulados pela Lei nº 6001/73 (Estatuto do Índio), cumpre-nos fazer uma análise do problema ora enfocado, ou seja, a problemática da inclusão do índio, a partir da análise da conceituação expressa na referida Lei, onde se vê,

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

A definição de índio, portanto, consta no inciso I do art. 3º, que o considera como *todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional.*

O art. 4º, por sua vez, classifica o índio em três categorias, sendo: *isolados, em vias de integração* e *integrados.*

É justamente neste ponto, de acordo com o entendimento ora esposado, que reside a grande problemática no sentido de se reconhecer o ponto de partida para inclusão social dos índios, ou seja, se aqueles "integrados" na forma prevista no art. 4º, inc. III, do Estatuto do Índio, encontram-se integrados de fato na sociedade.

Para chegar a condição de integrado, o índio deve cumprir os requisitos estabelecidos no art. 9º do Estatuto em foco, que disciplina o seguinte,

Art. 9º. Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes:

I - idade mínima de 21 anos;

II - conhecimento da língua portuguesa;

III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;

IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.

O art. 10, por sua vez, disciplina que,

Art. 10. Satisfeitos os requisitos do artigo anterior e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade, desde que, homologado judicialmente o ato, seja inscrito no registro civil.

A condição de *integrado,* portanto, era feita apenas em caráter formal para fins de cessação do regime tutelar previsto no art. 7º, § 1º da Lei 6015/73. Assim, na prática, ainda que o índio seja considerado *integrado* e investido da plenitude da capacidade civil, a sua inclusão na sociedade não ocorre de forma automática.

Oportuno o esclarecimento de Luiz Fernando Villares (2009, p. 64), ao comentar o art. 4° do Estatuto do Índio:

Classificar os índios em relação ao seu grau de integração com a sociedade é uma questão superada pela antropologia atual, ainda que alguns argumentem que possa ter alguma utilidade jurídica. Essa classificação importava principalmente sob dois aspectos: no campo da aplicação do Direito Penal, já que os índios isolados e em vias de integração não seriam responsabilizados pelos seus atos tipificados como crimes, numa aplicação do conceito de inimputabilidade; em relação à tutela, em razão da qual seriam também os índios isolados e os em via de integração assistidos em certos casos pelo órgão indigenista federal. A interpretação atual das normas previstas no Estatuto com os ditames da Constituição Federal de 1988 e da Convenção 169 da OIT levam a outro caminho.

O citado autor, diante dessas ponderações, recomenda:

que o Estatuto do Índio seja lido com grandes ressalvas, atentando-se ao fato de que muitas de suas normas são inconstitucionais ou foram revogadas, nenhuma expressamente, produzindo algumas delas os efeitos, mas de acordo com uma interpretação sistemática de outros instrumentos normativos.

Conclui-se, assim, que atualmente, após a promulgação da CF/88, tivemos uma completa mudança de paradigma a respeito do tema "integração". O paradigma de "integração" proposto contemporaneamente como bem enfatiza Helder Girão Barreto (2008, pág. 35) é assumido pela CF/88 a partir do momento em que assegura aos índios o "direito à diferença" (arts. 231 e 232).

Um das principais críticas tecidas ao Estatuto do Índio foi bem enfocada pela antropóloga Manuela Carneiro da Cunha, citada por Helder Girão Barreto (2008, p. 36),

A antropóloga afirma que a lei confunde índio com silvícola, como se todo índio fosse habitante da selva, desconsiderando a possibilidade, se não o fato, de que existem índios sobrevivendo nas periferias das pequenas e grandes cidades. Aliás, nosso imaginário – e, por que não dizer, nosso entendimento – está repleto desta correlação:

índio é aquele ser que vive na selva, anda nu, é feroz, primitivo, ou, ao contrário, está em um museu, é o bom selvagem...

É justamente por isso, que não se pode atualmente, analisar os dispositivos constantes da Lei 6001/73 sem se ater ao disposto na CF/88.

1.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Chega-se, então, à Constituição promulgada em 05.10.88, a qual, em contraste com as Cartas anteriores que reservaram apenas um artigo para tratar dos direitos dos índios, especificamente no que diz respeito às terras por eles ocupadas, consagrou-lhes capítulo todo, o Capítulo VIII, com os arts. 231 e 232.

Dispõe o art. 231, que:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º. As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º. É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantindo, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a

exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º. Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3º e 4º.

Por sua vez, o art. 232 estabelece:

Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressas em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

A finalidade do disposto no art. 231, além de reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, é disciplinar a proteção as terras indígenas. Então, ao que se vê, o legislador constituinte reconheceu, num primeiro plano, os direitos originários dos índios sobre as terras por eles ocupadas tradicionalmente e, num segundo momento, passou a definir o conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Além dos dispositivos constitucionais transcritos, os direitos indígenas ainda encontram-se especificamente regulamentados no art. 20, inc, XI, art.22, inc. XIV, art. 109, inc. XI e art. 67 dos ADCT.

De acordo com Helder Girão Barreto (2008, p. 100), quando aos direitos indígenas, é possível identificar dois momentos:

antes da CF/88, os 'direitos indígenas' reconhecidos eram basicamente restritos ao direito de posse sobre a terra, isto é, estritamente de natureza civil; a partir da CF/88, houve uma significativa ampliação destes direitos, sobretudo como conseqüência do reconhecimento de sua organização social, costume, línguas, crenças e tradições e da legitimação processual para a sua garantia e efetivação.

É justamente por isso, que o mencionado autor, entre outros, reconhece que a CF/88, especificamente no que se refere aos "direitos indígenas", representou uma verdadeira "mudança de paradigma".

Ao discorrer sobre a história do Direito Brasileiro, Orlando Villas Boas Filho (2003, p. 289), diz que,

o artigo 231 da Constituição de 1988 é de fundamental importância, visto romper abertamente com a orientação integracionista de toda a legislação anterior que, embora reconhecesse os valores culturais, as tradições, os usos e costumes das comunidades indígenas, sempre teve por meta a integração dos índios na sociedade nacional.

Segundo Luiz Fernando Villares (2009, p. 19, passim), o texto constitucional (1988) representa "*uma escolha de relações e aspirações de uma sociedade em seu tempo histórico*", sendo que "*numa outra sociedade, que não a*

brasileira, o índio sequer é mencionado no respectivo ordenamento [...]", "*quando existe um tratamento legal específico dele, como nos demais países americanos, as regras são diferentes das brasileiras, pois diversas foram e são as realidades que amparam a idealização feita pelo direito*."

Roberto Lemos dos Santos Filho, por seu turno, ao discorrer sobre a importância da CF/88 no que diz respeito aos direitos indígenas, fala sobre ter sido a mesma reconhecida como marco do direito constitucional indígena por ter influenciado a concepção de várias Constituições americanas (Colômbia/1991, México e Paraguai/1992, Peru/1993 e Bolívia/1994).

Evidente que a Constituição Federal de 1988 não esgotou todo o conteúdo dos direitos a que fazem jus os povos indígenas, mas é indiscutível ter sinalizado de forma espetacular um conteúdo mínimo necessário, para que a partir deles, viesse o reconhecimento de outros direitos que direta ou indiretamente, decorram daqueles expressamente previstos nos arts. 231 e 232.

1.5 CONVENÇÃO 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO e a AGENDA 21 DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS:

Através do Decreto Legislativo 134/2002, foi aprovado o texto da Convenção 169 da OIT sobre os povos os povos indígenas tribais em países independentes. Em 19/04/2004, o Decreto 5.051 promulgou a Convenção 169 adotada em Genebra, em 27/06/1989, a qual é constituída por quarenta e três artigos distribuídos em dez seções: política geral, terras, contratação e condições de emprego, indústrias rurais, seguridade social e saúde, educação e meios de comunicação, contratos e cooperação através de fronteiras, administração, disposição final e transitórias.

A Convenção 169/OIT, assim, define a política geral para o tratamento dos povos indígenas, obrigando os governos a assumirem a responsabilidade de desenvolver ação coordenada e sistemática no intuito de proteger os direitos desses povos, garantindo o respeito pela sua integridade (art. 2°), o gozo pleno dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação.

Constata-se que a referida Convenção visa a promoção de maior eficácia das obrigações assumidas pelos Estados.

Neste ínterim, ou seja, após a promulgação da CF/88, também foi elaborado um documento intitulado AGENDA 21 DA ONU/1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, realizada no Rio de Janeiro, que também veio a ampliar e integrar o sistema especial de proteção dos direitos humanos, sendo que um capítulo inteiro desse documento foi dedicado para o reconhecimento e fortalecimento do papel das populações indígenas e suas comunidades, ficando expressamente previsto que as populações indígenas devem desfrutar a plenitude dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sem impedimentos ou descriminações, devendo ser fortalecido o papel dessas populações para a implementação de um desenvolvimento saudável e sustentável.

Vale anotar que a Agenda 21/ONU-Rio-1992 e a Convenção 169/OIT são considerados os principais documentos internacionais que devem servir de base para a prática de políticas sociais, bem como para a formulação de políticas públicas, elaboração de leis e para as soluções de litígios.

1.6 NA CONTEMPORANEIDADE

A Constituição Federal de 1988 trouxe, no plano prático, a necessidade de revisão da legislação ordinária, bem como a inclusão de novos temas no debate jurídico relativo aos índios.

É notória a existência de impasses entre a Constituição Brasileira e o Estatuto do Índio, nascendo daí a necessidade de se buscar soluções para questões baseadas nas interpretações normativas, especialmente no que diz respeito ao tema da capacidade civil plena dos indígenas e no reconhecimento do direito que estes têm de ingressarem em juízo, na defesa dos seus interesses e direitos, deixando de ser apenas uma pendência legislativa passando também a ser uma questão hermenêutica. O impasse que ora se apresenta apenas a título de ilustração reside no fato de que o Estatuto do Índio (Lei 6015/73) foi elaborado em pleno regime de ditadura militar e, sob este aspecto, a questão da tutela do índio não se coaduna com as normas expressas na CF/88.

Então, sob este viés, quando ocorre uma mudança Constitucional, como a de 1988, faz-se necessário a observância da validade de todas as normas existentes no ordenamento jurídico. Para que estas sejam consideradas válidas, tem de se considerar como estando em harmonia com a norma de escalão superior. Explícita é a necessidade de reformulação, atualização do Estatuto, para que aí sim, este possa estar em completa harmonia com a Constituição vigente.

Com a entrada em vigor da CF/88 e sentindo a necessidade dessa reformulação das normas especificamente aplicadas aos índios, passaram a tramitar no Congresso Nacional desde 1991 diversos Projetos de Lei que foram elaborados para a aprovação de um novo Estatuto, muitos deles oriundos do próprio Governo Federal, outros do CIMI (Conselho Indigenista Missionário), do Núcleo de Direitos Indígenas entre outras entidades.

Observa-se, neste passo, que encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados uma proposta de Estatuto das Sociedades Indígenas, representada pelo Projeto de Lei 2057/91 apresentado pelo Deputado Aluízio Mercadante (PT-SP) em 23/10/91. No entanto, a tramitação dessa proposta está paralisada desde 1994, quando foi aprovada por uma comissão especial. Segundo consta, o objetivo deste novo Estatuto é normatizar direitos e obrigações em áreas como demarcação de terras, uso de recursos florestais, proteção ambiental, saúde, educação, atividades produtivas, além de normas penais e punições para crimes contra índios. A última notícia sobre o andamento do referido Projeto de Lei 2057/91, data de 20/08/2009, quando foi apresentado o Requerimento nº 5359/2009, pelo Deputado Eduardo Valverde (PT-RO), pedindo a sua inclusão na Ordem do Dia do plenário da Câmara dos Deputados, considerando que a

matéria nele regulamentada tramita naquela Casa por mais de 17 anos e que, segundo o Parlamentar, já reúne condições políticas para sua votação.

A proposta do Estatuto das Sociedades Indígenas representa o anseio de regulamentar dispositivos constitucionais que já não estão adequados à velha legislação (Estatuto do Índio), pautando-se pelos princípios da integração dos índios "comunhão nacional" e da tutela, aos termos da Constituição Federal.

No entanto, hoje, os direitos dos povos indígenas ainda continuam sendo são regulados pela Lei 6.001/73 e arts. 231 e 232 da Constituição Federal, embora as entidades que representam comunidades indígenas alegam que aquela lei (6001/73) já esteja defasada, por apresentar uma visão discriminatória dos povos indígenas.

Evidente que o Projeto de Estatuto das Sociedades Indígenas, por ser ainda um "projeto" poderá sofrer muitas modificações até que seja definitivamente aprovado, mesmo porque pesa sobre ele diversas críticas. No entanto, o grande diferencial talvez resida no fato de que o Estatuto do Índio fora elaborado em um período de autoritarismo e de exclusão das minorias, o que, em tese, é diferente em tempos atuais, considerando as grandes inovações trazidas pela própria CF/88.

Desta forma, hoje, não se pode falar em direitos indígenas, sem pensar na problemática da inclusão social e o direito a igualdade, partindo da premissa de que o índio é um cidadão brasileiro como qualquer outro, pois faz parte do povo brasileiro. Sendo assim, goza de todos direitos e garantias fundamentais expressamente previstas na Constituição Federal.

É de se observar que a base legal das reivindicações mais fundamentais dos índios no Brasil foi construída pela Constituição Federal/88 e vem sendo presentemente ampliada.

O desafio que se apresenta, no entanto, é assegurar plena efetividade ao texto constitucional, cabendo não só aos índios, mas também às suas organizações, entidades de apoio, universidades, Ministério Público e a sociedade como um todo. Como se trata de um processo lento, pois condicionado à própria conscientização da sociedade, o êxito dependerá necessariamente do grau de comprometimento diário nessa direção por parte de todos os que atuam na questão.

2 - A PROBLEMÁTICA DA INTEGRAÇÃO DOS ÍNDIOS A PARTIR DO SISTEMA DA SEGURIDADE SOCIAL E DA SAÚDE - NECESSIDADE DE SE EFETIVAR AS CONQUISTAS OBTIDAS A PARTIR DA CF/88 E A CONVENÇÃO 169 DA OIT

Não se objetiva abordar aqui sobre a necessidade de se atribuir mais direitos do que aqueles já consagrados aos índios, como discorrido anteriormente, mas na necessidade imperiosa de efetivá-los.

O art. 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos ressalta que:

Todas as pessoas têm capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica, ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

O Direito Indígena, como ramo autônomo do Direito, inserido na pluridimensionalidade dos direitos humanos, também sofre com a falta de efetividade e aplicabilidade desses direitos, e na transposição desse conjunto de leis para o seu dia-a-dia (BARRETO, 2008, p. 95).

A Constituição Federal/1988, ao tratar dos princípios fundamentais, estabelece no art. 1º, inc. III, a dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. E, ainda, como objetivos fundamentais, estatui no art. 3º, inc. III: *"erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais"*.

2.1 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

O tema da igualdade interessa ao direito por razões de várias ordens, mas principalmente porque está relacionado com a problemática da justiça e da inclusão.

De acordo com Jorge Miranda, atualmente

Há três pontos firmes, acolhidos quase unanimemente pela doutrina e pela jurisprudência: que igualdade não é identidade e que igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; que igualdade não significa intenção de racionalidade e, em último termo, de justiça; e que igualdade não é uma "ilha", encontra-se conexa com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material (2003, p. 290)

A idéia de igualdade teve tratamentos diversos ao longo da história do direito. No constitucionalismo clássico a igualdade era concebida como meramente formal e abstrata. O paradigma liberal reconheceu direitos individuais, mas ainda permaneceu atrelado a noção formalista do constitucionalismo clássico. Com a inauguração do paradigma social, houve um amplo movimento que procurou sustentar a igualdade em direitos econômicos e sociais, principalmente trabalhistas e previdenciários.

O art. 5º da Constituição Federal afirma de forma peremptória:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]

Sobre o princípio da igualdade pondera o constitucionalista português Jorge Miranda:

O princípio da igualdade é um princípio estruturante ou conformador das ordens jurídicas desde o constitucionalismo moderno (e, de uma maneira ou outra, de todos os ordenamentos ao longo dos tempos, dentro dos seus quadros próprios).

Todavia, a experiência histórica mostra:

a) Que são coisas diferentes a proclamação do princípio da igualdade e a sua aceitação e aplicação prática; ou a consagração constitucional e a realização legislativa – até porque o princípio comporta manifestações diversas consoante os sectores e os interesses em presença e sofre as refracções decorrentes do ambiente de cada país e de cada época;

b) Que, a par da construção jurídica a fazer e refazer constantemente, importa indagar da cultura cívica dominante na comunidade, das idéias preconcebidas e dos valores aí assentes, da "Constituição viva", da realidade constitucional;

c) Que a conquista da igualdade não se tem conseguido tanto em abstracto quanto em concreto, por meio da eliminação ou da redução de sucessivas desigualdades; e que tem sido fruto quer da difusão das idéias quer das lutas pela igualdade travadas por aqueles que se encontravam em situações de marginalização, opressão e exploração;

d) Que, embora a supressão destas ou daquelas desigualdades nunca seja definitiva e, por vezes, até venha acompanhada do aparecimento de novas desigualdades, o ideal de uma sociedade alicerçada na igualdade (ou na justiça) é um dos ideais permanentes da vida humana e um elemento crítico de transformação não só dos sistemas jurídicos, mas também das estruturas sociais e políticas. (2003, p. 289-290)

Acerta Celso Antonio Bandeira de Mello quando afirma que as normas jurídicas não fazem outra coisa senão discriminar situações (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 12-13), deferindo direitos a certa categoria de pessoas e negando a outras, criando regimes jurídicos diferenciados para não reproduzir injustiças. A lei sempre elege algo como elemento diferencial, nas diversas situações qualificadas, a fim de discriminar situações para atribuir-lhes o efeito correspondente.

O ministro do STF Joaquim B. Barbosa Gomes, fazendo referência a Joaquim de Arruda Falcão, afirma que:

[...] a legislação infraconstitucional deve respeitar três critérios concomitantes para que atenda ao princípio da igualdade material: a diferenciação deve (a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais; (b) ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão "beneficiados" com a diferenciação; e (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexo causal entre a prioridade concedida e a igualdade socioeconômica pretendida. (2002, p. 24)

De qualquer forma, o mais importante para que o reconhecimento da diferença e o tratamento jurídico especial de situações que o justifiquem não se desnature em tirania é que essa diferenciação esteja em consonância com os outros interesses protegidos pela Constituição (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 41-43).

Reportando-se novamente ao constitucionalista português, Jorge Miranda, é de se consignar que o mais importante do princípio constitucional da igualdade não é a proibição do privilégio ou de discriminações, mas o seu sentido ativo, de acordo com o doutrinador,

[...] O cerne do princípio reside no seguinte:

a) Tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes);

b) Tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objectivamente desiguais, e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador;

c) Tratamento desigual que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação;

d) Tratamento igual ou semelhante, em moldes de proporcionalidade, das situações desiguais relativamente iguais ou semelhantes;

e) Tratamento das situações não apenas como existem, mas também como devem existir, de harmonia com os padrões da Constituição material (acrescentando-se, assim, uma componente activa ao princípio e fazendo da igualdade perante lei uma verdadeira igualdade através da lei);

f) Se necessário, admissibilidade de discriminações positivas (ou situações de vantagem fundadas, desigualdades de direito em conseqüência de desigualdades dos factos e tendentes à superação destas). (2003, p. 290)

A posição adotada por Jorge Miranda é bem mais interessante que a de Celso Antônio Bandeira de Mello[i], que afirma ser o *discrimen* aceito pela Constituição em virtude dos valores que ela adota, é preciso ter cautela no levantamento dos valores e interesses

constitucionalmente protegidos, na medida em que a Constituição não é inocente, e muitas vezes traduz o conservadorismo das elites.

É de se consignar, por fim, a necessidade de organização de um sistema especial de proteção ao índio, especialmente do ponto de vista assistencial (assistência social em sentido estrito, saúde e previdência), que possibilite sua inclusão efetiva e a plenificação de seus direitos de cidadania.

2.2 OS REGIMES DE SEGURIDADE SOCIAL

De acordo com o previsto no art. 24 da Convenção 169 da OIT: *"Os regimes de seguridade social deverão ser estendidos progressivamente aos povos interessados e aplicados aos mesmos sem discriminação alguma."*

Conforme bem observa Luiz Fernando Villares (2009, p. 276), a saúde mais do que um regime de seguridade social se constitui como política pública fundamental para a inclusão do índio tendo em vista as dificuldades de atendimento e socorro, e a mortalidade acima da média,

Ao lado da proteção das terras tradicionais, o serviço de saúde é a política pública mais importante de proteção dos povos indígenas, pois a alta letalidade das doenças e a dificuldade no atendimento e socorro causam aos índios mortalidade acima da média da população brasileira. As doenças e os problemas de saúde se apresentaram como o primeiro fator do decréscimo das populações indígenas.

Do relato de um índio (Belmiro Lourenço) extraído do Processo Administrativo nº 08620.002582/2004-DV-13 da FUNAI, que tem por objeto a Revisão dos Limites da Terra Indígena Laranjinha, localizada nos municípios de Abatia, Ribeirão do Pinhão, Santa Amélia e Bandeirantes (Paraná), denota-se a situação ora em comento,

....Depois deu a maleita aqui, lá também. E eles tomaram remédio forte e não guardava dieta. (...) Morreram tudo desse jeito. Tudo numa veizada assim. Por isso que acabou lá. Não ficou nenhum lá. Ficou só uma mulher, essa teve um pouco de tempo aqui, depois foi lá para o Pinhal (Pinhalzinho). Lá morreu. Acabou tudo, fechou. (...) (grifos nossos)

Ora, se as doenças e os problemas de saúde são considerados o primeiro fator de decréscimo das populações indígenas, talvez seja o tempo de rever a ordem de prioridades estabelecidas tanto pelo Governo Federal quanto pela própria Funai e Conselhos Indigenistas, que muitas vezes têm se preocupado mais como a luta pela demarcação de terras do que com a saúde da população indígena brasileira.

De que adianta ter uma vasta extensão de terras demarcadas se os índios estão desasistidos em um de seus direitos primordiais!

Segundo dados do levantamento realizado,

A saúde indígena é um sistema central na luta dos povos indígenas pela conquista de seus direitos, dada a precária situação, em termos de acessos aos serviços, a que eles estão submetidos no Brasil. ***[ii]***

Em pesquisa pela internet, obtivemos alguns dados preocupantes de que muitos índios estão sendo esquecidos pelo FUNASA, órgão responsável pela saúde dos índios no Brasil [iii].

É de se registrar que o regime de saúde pública previsto na forma do art. 198, da CF, foi implementado aos povos indígenas e materializado através do Decreto 3.156, de 27.08.1999, trazendo mudanças na prestação de assistência à saúde indígena, passando da FUNAI para a FUNASA – Fundação Nacional de Saúde, que é um órgão do Ministério da Saúde. Depois da publicação do citado Decreto, foi aprovada a Lei 9.836, de 23.10.1999, que veio a acrescentar à Lei 8.080/90, dispositivos que instituem o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. O art. 19-F da Lei 8.080/90 estabelece que deverá ser levado em consideração no modelo a ser adotado para a saúde indígena a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas. No ano de 1993 ocorreu a segunda Conferência Nacional de Saúde Indígena, momento em que diversas organizações indígenas debateram amplamente as propostas que estavam sendo gestadas em todas as regiões do Brasil sobre a perspectiva de criação de um sistema de saúde específico e diferenciado para as populações indígenas. Das resoluções desta conferência se originou a Lei Arouca (Lei 9836/99), que cria o Subsistema de Atenção a Saúde dos Povos Indígenas tendo por base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas. De acordo com a lei, o subsistema deverá: "obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional. Outras normas foram editadas, como o Decreto 3.156/99, além da Portaria da Funasa 852/99.

Observa-se, no entanto, a par de todas as normas editadas, que "há um descompasso visível entre a normatização que é minuciosa e bastante avançada, e a implementação da política" (Villares, 2009, pág. 280).

É indiscutível que a saúde é um direito fundamental do ser humano. Se a população indígena não tiver esse direito efetivado na prática, cai por terra toda a preocupação no sentido de garantir o direito às terras, educação, etc. A saúde tem que ser vista como preocupação primária, a fim de estancar a alta taxa de mortalidade entre os índios, por problemas quase que ultrapassados pela grande maioria da população.

Também merece destaque uma notícia relatada pela JOCUM[iv] (Jovens com Uma Missão):

Morre de desidratação, dentro da área indígena, a pequena Tititu Suruwahá.

Muitos de vocês conheciam este rostinho alegre e sapeca e acompanhavam sua trajetória. Seus pais, Naru e Kusiumã, procuraram a equipe da JOCUM e pediram ajuda para salvar a vida de sua filha em 2005. A menina nasceu com uma má formação no órgão genital e por conta disso deveria ter sido abandonada para morrer na floresta logo depois do parto. Mas, contrariando a tradição, seus pais lutaram para que ela recebesse tratamento médico e passasse por uma cirurgia corretora do órgão genital.

Quem nos acompanha desde aquele tempo sabe da luta que este casal enfrentou. Conseguimos a autorização da FUNAI e levamos a família para São Paulo, onde ela foi acompanhada na USP e a cirurgia foi marcada. Devido a uma denúncia feita por antropólogos ultra-relativistas a FUNASA não concedeu a autorização para a cirurgia e os pais entraram em desespero. Tudo que eles queriam era a cirurgia e o tratamento médico de sua filha, e então retornariam para a aldeia. O assunto chegou ao conhecimento de uma jornalista da Rede Globo e o impasse foi parar no Fantástico. Em alto e bom som, em rede nacional, Naru fez um apelo desesperado:

Se o médico operar minha filha, meu coração vai ser só sorriso. Se o médico não operar eu vou ter que dar veneno para ela. Meu coração vai ser só tristeza. Eu também acabaria tomando veneno, eu iria me matar.

Envergonhada e pressionada com a repercussão do fato, a FUNASA autorizou a cirurgia na mesma semana. O coração de Naru voltou a ser "só sorriso." Em poucos meses a família estava de volta para a área indígena onde Tititu foi recebida com alegria, e foi totalmente aceita e amada pelo seu povo. Tudo levava a crer que Tititu tinha vencido - ela estava crescendo feliz e se tornando uma menina esperta e levada.

Mas Naru e Kusiumã tinham consciência que a doença de Tititu era grave e que ela precisaria de acompanhamento médico pelo resto da vida. Eles aprenderam a administrar as doses diárias de hormônios e sempre colaboraram quando chegava a época de ir a Manaus para que Tititu fizesse os exames de sangue para o controle hormonal. A FUNASA assumiu o compromisso público de acompanhar Tititu e garantir que os exames não se atrasassem e que o remédio não faltasse nunca. Vários relatórios médicos indicavam que sem o medicamento na dose certa, Tititu sofreria uma desidratação súbita e poderia vir a óbito em poucos dias.

A morte recente de Tititu por desidratação precisa ser explicada. A equipe da JOCUM não estava na aldeia por conta de uma determinação da FUNAI, que alega que os índios confiam mais nos missionários que nos funcionários, e que isso atrapalharia o trabalho das equipes de saúde. É verdade que os índios confiam mais nos missionários, que trabalham com eles desde 1985, falam a língua e respeitam a cultura do povo. Não é verdade que os missionários atrapalham o tratamento médico - pelo contrário, eles servem como intérpretes para as equipes da FUNASA e ajudam os funcionários a

entender os melindres da cultura indígena para que os procedimentos médicos sejam compreendidos e aceitos pelo povo.

*Sem a equipe de missionários, os Suruwahá ficam a mercê de funcionários que não falam a língua nem entendem a cultura. Na verdade, o enfermeiro nem estava na aldeia quando Tititu passou mal, mas num posto de saúde afastado. Naru teve que caminhar horas na mata com a Tititu doente nos braços. Ela já chegou no posto com desidratação avançada e não resistiu." (*grifos nossos).

Extrai-se do relato acima que, muitas vezes, a própria FUNASA corrobora com fator limitador do que deveria ser atuação de sua exclusiva competência.

De fato, as notícias sobre a precariedade, senão omissão no atendimento dos povos indígenas são cada vez mais frequentes, tanto que o Ministro da Saúde José Gomes Temporão chegou a cogitar sua pretensão de tirar o atendimento às comunidades indígenas da responsabilidade da FUNASA. Segundo assessoria do Ministério da Saúde, os técnicos e recursos daquele órgão para a questão indígena seriam centralizados no próprio ministério.

Muitas lideranças indígenas nacionais, especialmente da região amazônica, têm cobrado uma atitude do Ministério da Saúde, pois segundo essas lideranças, ao permitir a execução de serviços de atendimento à saúde indígena por organizações não-governamentais, a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) transfere indevidamente a responsabilidade que lhe cabe. Desta forma, a omissão da FUNASA é latente.

É de se consignar que a União tem se valido de critérios demasiado restritivos para prestar atendimento de saúde aos indígenas, pelo que o Ministério Público tem buscado pronunciamentos do Poder Judiciário, para fazer tutelar o direito à saúde garantido aos indígenas em todo o território nacional, independentemente de estar aldeados ou não. A propósito é o julgado:

ACP. INDÍGENA. ASSISTÊNCIA. SAÚDE. LEGITIMIDADE.

In casu, o MPF propôs ação civil pública (ACP) fundada em procedimento administrativo no qual se apurou a recusa de atendimento odontológico a uma indígena por não mais residir na aldeia, pleiteando a condenação da União e da Funai, dentro do subsistema do SUS, a garantir à família dela o acesso às ações de assistência à saúde prestadas pela Funasa, aos demais indígenas independentemente do local de sua residência, bem como a todos os indígenas que estiverem residindo fora da reserva. O juízo de 1º grau julgou procedentes os pedidos e cominou multa diária em caso de descumprimento da sentença, decisão confirmada em grau de apelação, advindo daí os REsps da União e da Funasa. Para o Min. Relator, a alegação de ilegitimidade ativa do MP para a causa não prospera, ressaltou que a tutela buscada na ação não alcança apenas uma pessoa, mas assegura assistência médica e odontológica a todos os indígenas que se encontram na mesma situação constatada no caso concreto, que evidenciou a postura da Administração de limitá-la aos habitantes do aldeamento

específico. Na verdade, conforme a legislação vigente, deve ser assegurada a assistência aos indígenas em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, inexistindo respaldo jurídico para o critério excludente defendido pela União de que os serviços de saúde alcançam apenas os índios aldeados. Desse modo, é infundado o argumento de que o acórdão recorrido impõe uma obrigação desproporcional à União, priorizando os indígenas não aldeados (ou seja, já integrados à sociedade) em detrimento de outras tantas realidades mais carentes de proteção, isso porque a tutela judicial buscada pelo Parquet, assegurada na sentença e no acórdão, não acarreta prioridade alguma; ao contrário, impõe um tratamento igualitário dos indígenas, afastando-se o ilegítimo discrímen utilizado pela União e pela Funasa, para que o acesso ao serviço de saúde, que já vem sendo prestado, seja assegurado também aos que não residam no aldeamento. Quanto à multa diária, já está consolidado, na jurisprudência do STJ, o entendimento de que essa é cabível contra a Fazenda Pública e a aferição de sua necessidade, bem como eventual redução de valor competem às instâncias ordinárias. Com esses fundamentos, entre outros, a Turma conheceu em parte dos REsps, mas lhes negou provimento. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.040.411-RS, DJe 19/12/2008; REsp 776.065-SP, DJe 25/9/2008, e REsp 987.280-SP, DJe 20/5/2009. REsp 1.064.009-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 4/8/2009.

O ministro Herman Benjamin foi bastante incisivo ao afirmar que a assistência, individual ou coletiva, deve ser garantida de forma universal, já que o funcionamento institucional da Funasa visa atender o subsistema de saúde indígena.

CONCLUSÃO

A consideração do índio como sujeito de direitos com demandas específicas de atendimento por parte do Estado, quer pelo desenvolvimento de políticas públicas, quer pela organização de regimes especiais de seguridade social, ou ainda, do aparelhamento dos órgãos do Estado, especialmente as autarquias já existentes para promover o atendimento adequado aos indígenas especialmente no que diz respeito à saúde e a previdência, é necessária para a consolidação de um Estado Democrático de Direito pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e na igualdade material.

Isto porque na área específica da saúde, os grupos mais oprimidos e discriminados são os que mais sofrem e, dentre estes grupos, estão os índios.

Urge, desta forma, a rediscussão do Estatuto do Índio que atualmente vigora, para adequá-lo à ideologia constitucional hodierna e, sobretudo, harmonizá-lo aos objetivos fundamentais da República, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.*3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARRETO, Helder Girão. *Direito Indígenas* – Vetores Constitucionais. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 8º vol., São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *Identidade e Etnia*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1986

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Tradução de Carlos Nelson Tourinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição, 1996.

FACHIN, Zulmar. *Direitos Fundamentais e Cidadania*. São Paulo: Editora Método, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br, acesso em 24 de outubro de 2006.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro.* Goiânia: AB Editora, 1996.

MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos Reais Agrários & Função Social*. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Constituição e Cidadania.* Coimbra (Portugal): Coimbra editora, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

LAS CASAS, Bartolomé de. *Brevíssima relación de la desctruición de las índias.* Madrid: Editorial Castalia, 1999.

NERY, Nelson Junior e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado.* 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos Sobre o Direito Indigenista.* Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: 6.ed., Editora do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

SOUZA FILHO. Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá Editora, 1998.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. Juruá: Curitiba, 2009

[i] O referido autor entende que uma norma transgride o principio constitucional da isonomia toda vez que o critério especificador está em *"desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento"* (op. cit., p. 42)

[ii] Para melhor compreensão acerca da realidade brasileira, é necessário resgatar alguns princípios sobre saúde e o entendimento do processo saúde e doença, levando-se em conta as especificidades culturais de cada uma das etnias presentes no País. Segundo os princípios que constam no relatório da III Conferência Nacional de Saúde Indígena, realizada em 2001, "... cada povo indígena tem suas próprias concepções, valores e formas próprias de vivenciar a saúde e a doença. As ações de prevenções, promoções, proteção e recuperação da saúde devem considerar esses aspectos, ressaltando os contextos e o impacto da relação de contato interétnico vivida por cada povo...". Foi dessa compreensão, que emergiu a necessidade de entender que o processo saúde e doença é parte integrante de contextos socioculturais e, portanto, deve ser abordado, no âmbito das políticas de saúde, de forma a contemplar a participação social, a intersetorialidade, a integralidade das ações e, sobretudo, a diversidade cultural, em se tratando das populações indígenas. A necessidade imperiosa de se construir um hospital que contemplasse as especificidades dos povos indígenas se deu pela profunda precariedade das condições de saúde, com taxas de morbimortalidade muito superiores às da população brasileira em geral. Destacam-se nesse quadro que o perfil epidemiológico dos povos indígenas é marcado por altas taxas de incidência e letalidade por doenças respiratórias, diarréicas, doenças imunopreveníveis, malária e tuberculose, cardiopatia, doenças hemofílicas, doenças renais, câncer e outros. Conforme os dados estatísticos quanto à saúde indígena, é possível compreender e analisar melhor a situação da saúde dessas populações. Toda a precariedade da saúde indígena se revela nas estatísticas. A FUNAI reconhece que a mortalidade infantil entre os povos indígenas é superior à média nacional. Segundo levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o coeficiente de mortalidade infantil no Brasil em 2004 alcançou 25,1 para cada mil, e no caso dos indígenas ele alcançou, no mesmo ano, 47,48 para cada mil. No Acre, o IBGE divulgou um estudo que mostra que o nível de mortalidade de crianças indígenas é vinte vezes maior que o indicado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que é de três mortes para cada mil nascidos vivos. Considerando a distribuição por faixas etárias, vemos que, entre os menores de um ano, a causa mais freqüente de morte, no período de 2001 a 2003, está relacionada às afecções pré-natais, as quais estão intimamente ligadas às condições de saúde e nutrição, ao nível de escolaridade e de vida das mulheres, como também à qualidade da atenção no pré-natal e no parto. Os dados mostram que, para cada mil nascidos vivos, 60 acabaram morrendo devido à falta do exame pré-natal, à falta de higiene e a questões culturais. Quase 50% das mortes são registradas entre menores de cinco anos de idade. As causas mais freqüentes são doenças transmissíveis, principalmente infecção respiratória, parasitose intestinal, malária e desnutrição. As principais causas dos óbitos na população indígena adulta, em 2003, foram externas, seguidas das doenças do aparelho circulatório, respiratório e as doenças infecciosas e parasitarias. Estes e outros se apresentam como grandes desafios neste momento histórico que vive as comunidades indígenas no Amazonas, na caminhada já iniciada há tempo pela garantia dos direitos e pela melhoria da vida das famílias. O Instituto e Centro de Referência e Apoio à Saúde Indígena,

através de vários atendimentos médico realizado nas comunidades indígenas e na casa de saúde do índio (CASAÍ), têm contribuindo a este processo. A partir das necessidades que foram surgindo nas comunidades e no contexto da caminhada da organização indígena. A necessidade da oferta deste projeto é fruto dos debates e discussões desenvolvidos no seio das organizações indígenas junto a outras entidades que apóiam a caminhada destes povos, entre as quais destaca o Movimento Nacional de Direitos Humanos – MNDH da Arquidiocese de Manaus, parceira direta na elaboração e execução desta proposta, e Casa de Saúde Indígena (CASAÍ), aonde, o Instituto vem prestando atendimento médico e realizando articulações na rede de atendimento do SUS. Para tanto vale a pena consultar o relatório consolidado da III Conferência Nacional dos Povos Indígenas, disponível em http://dtr2004.saude.gov.br/dab/docs/geral/3cnsi.pdf com acesso em 14 de Setembro de 2009.

[iii] Amarante do Maranhão - Os índios da etnia Gavião, das aldeias Governador e Riachinho, situadas a 20 km da sede de Amarante do Maranhão, denunciam que estão sendo esquecidos. O sistema de saúde indígena não está contemplando a comunidade indígena da região. A informação foi prestada pelo cacique da Aldeia Riachinho, Joel Gavião. Segundo ele, uma mulher e oito crianças morreram vítimas de doenças como tuberculose, hepatite e até diabates. Doenças que poderiam ter sido evitadas ou tratadas se os índios tivessem mais assistência, ressaltou o cacique. Para tentar solucionar o problema, Joel Gavião enviou um ofício ao Ministério Público denunciando o descaso com a saúde indígena. A situação é precária, não temos unidade de saúde, remédios e nem médicos para nos atender, criticou o índio, acrescentando que foi solicitado ao Ministério Público a construção de uma unidade de saúde para atender às aldeias. Joel Gavião informou que o registro inadequado de óbitos e a falta de vacinação de crianças e adultos são graves problemas da região. Ele diz que, por causa da situação, três mulheres que não fizeram pré-natal, por falta de transporte, perderam seus filhos no dia do parto. Outro problema grave no estado apontado pelo líder indígena é o aumento dos casos de Aids entre índios. Um levantamento extra-oficial da aldeia mostrou que há pelo menos 18 índios infectados. Estatística - Segundo o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), da Subnutrição de Crianças Indígenas, embora de 2000 a 2006 a mortalidade infantil entre índios tenha diminuído 34,8%, em 35% dos 34 distritos sanitários indígenas há casos de óbitos infantis. No Vale do Javari, a oeste do Amazonas, onde vivem 3,7 mil índios, a taxa chega a 158,3 mortes por mil nascidos vivos. Em 2006, 67 crianças indígenas com até 5 anos morreram de desnutrição. Entre a população não indígena o número de óbitos no período foi 822. A população não-indígena, contudo, é cerca de 300 vezes maior que a indígena. Comparado com 2005, houve queda no número de mortes por desnutrição tanto entre índios (passou de 86 para 67) quanto entre não índios (1.052 para 822). Ainda não há dados fechados relativos a 2007. De acordo com a Fundação Nacional da Saúde (Funasa), somente 32% das 4.095 aldeias brasileiras dispõem de acesso a um sistema de tratamento de água. Recomendação - O relatório da CPI faz 34 recomendações ao Congresso Nacional, Governo Federal, Ministério Público Federal, Tribunal de Contas da União e conselhos de Saúde Indígena. Entre as medidas propostas, está o fim dos convênios firmados entre a Funasa e Organizações Não-Governamentais para a contratação de recursos humanos. O documento solicita ainda que a Presidência da República crie a Secretaria Especial para Assuntos Indígenas, com status de Ministério. Os deputados da CPI visitaram

quatro estados onde foram relatados problemas relacionados à saúde dos índios: Maranhão, Mato Grosso do Sul, Acre e Tocantins. "No Maranhão, detectou-se elevado nível de desnutrição entre crianças e problemas de confiabilidade dos dados de registro de óbitos", disse o relatório. Além disso, os parlamentares vêem irregularidades na cobertura vacinal, suspeita de elevação na ocorrência de casos de Aids e de tuberculose, falta de transporte e condições adequadas de trabalho para os profissionais, além de pouco controle dos recursos. Disponível em> *http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/setembro-2009/indios-gavioes-denunciam-sistema-de-saude-precario* acesso em 14 de setembro de 2009.

[iv] Notícia extraída do no site: http:/ lagoinha.com

A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, EM VIRTUDE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL, ANALISADOS SOB A ÓTICA DA EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL*

LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE LA RESERVA DEL POSIBLE, ANALISADOS BAJO LA ÓPTICA DE LA EFICACIA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Francisco Jório Bezerra Martins

RESUMO

O objetivo deste trabalho é abordar a implementação dos direitos sociais sob a ótica financeira. Destarte, para alcançar esse desiderato é indispensável proceder ao estudo da classificação das normas constitucionais quanto a eficácia, posto que vincula a atividade do legislador e as ações do poder público. Após, analisa-se a atuação do Estado na implementação dos direitos fundamentais, especialmente os de segunda geração. Assim, a costura de todos esses elementos é indispensável para verificar o grau de comprometimento do legislador infraconstitucional no sentido de dar concretude aos direitos sociais. Deste feita, é de crucial importância abordar a participação do Poder Executivo como concretizador direto das prestações sociais, bem como o Poder Legislativo e sua participação quanto a complementação das normas de eficácia limitada e as omissões legislativas, e por fim o próprio Poder Judiciário como instituição de controle de constitucionalidade e de conformidade dos atos estatais. A questão financeira e a realização dos direitos sociais trazem o arremate final ao discorrer a respeito da ausência de vontade política sempre escudada na falácia da problemática financeira, como óbice materialização da vontade do poder originário.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS. RESERVA DO POSSÍVEL. DIREITOS SOCIAIS. IMPLEMENTAÇÃO.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es abordar La implementación de los derechos sociales, bajo una analisis financiera. Así, para alcanzar esta meta es indispensable hacer un estudo acerca de la clasificación de las normas constitucionales y su eficácia, puesto que vincula la atividad del legislador y las acciones del poder público. Adelante, se verifica la actuación del Estado en la implementación de los derechos fundamentales, especialmente aquellos de la segunda dimensión. Por eso, el estudio de todos esos elementos es indispensable para verificar el grado de comprometimiento del legislador infraconstitucional para conferir concretud a los derechos sociales. De echo, es de crucial importancia abordar la participación del Poder Ejecutivo como efectivador directo de las prestacoines socieles, asi como el Poder Legislativo y su participación

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

acerca de las normas de eficacia limitada y las omisiones legislativas, y por fin el propio Poder Judiciario como institución de control de constitucionalidad y conformidad de los actos estatales. La questión financera y la realización de los derechos sociales es el arremate final por discorrer a respecto de la ausencia de voluntad política siempre escudada en la falacia de los problemas financieros, como un óbice para la materialización de la voluntad del poder originario.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHOS FUNDAMENTALES. RESERVA DE LO POSIBLE. DERECHOS SOCIALES. IMPLEMENTACIÓN.

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais mais que uma abstenção do Poder Público, exigem, na sua maioria, uma atuação positiva na sua real efetivação. Toda atuação da Administração demanda gastos e despesas. Aqueles direitos que exigem apenas uma conduta de abstenção evidentemente são menos onerosos. Ocorre que os direitos sociais, por demandarem uma prestação positiva, exigem também um maior dispêndio de recursos para sua concretude. Porém, os recursos são finitos e se sabe que não é possível a sua utilização de forma irresponsável, ou seja, que comprometa a subsistência do próprio Estado e a consecução do bem comum. Partindo dessa premissa, conclui-se de início que atuação da Administração está vinculada ao binômio necessidade-possibilidade.

É inegável a importância que possuem os recursos quando se fala no agir do Poder Público. Este, nas suas ações, encontra duas grandes inspirações, que por vezes servem como barreiras: o Direito, representado pelas leis e garantias constitucionais, e as Finanças, representadas pelo binômio arrecadação-gastos. No seu agir deve o Estado observar estes dois parâmetros. Da não observância do primeiro decorre a nulidade ou até mesmo a ilegalidade do ato; e do segundo parâmetro, decorre a falência do Estado, inflação, recessão econômica dentre outras conseqüências não menos gravosas. Daí que se extrai a importância da pesquisa a ser realizada: ama análise sobre a materialização destes direitos que exigem uma atitude positiva da Administração, com a possibilidade de sua efetiva implementação.

Desta forma, este *paper* serve para despertar a comunidade acadêmica no sentido de atentar para os seguintes questionamentos: qual a contribuição da Constituição de 1988 na concretização dos direitos sociais? Qual o papel do Estado na efetiva implementação dos direitos sociais? Como administrar o problema necessidade-possibilidade dos direitos sociais?

1 A CONSTITUIÇÃO E A IMPLEMENTAÇÃO DOS DOGMAS SOCIAIS

Quando se trata de direitos fundamentais é impossível discutir a sua implementação, eficácia ou mesmo meios para sua concretização sem abordar a Constituição. Até porque ora esses Direitos estão representados por normas que limitam o poder do Estado, como as liberdades individuais, ora, exigem uma prestação positiva por parte do poder público.

Percebe-se ainda que as Constituições modernas estão permeadas de normas programáticas, cuja eficácia está limitada pela ausência de uma norma infraconstitucional regulamentadora. Ao abordar os direitos fundamentais, em especial aqueles denominados sociais, sentimos a necessidade de delimitar o alcance destas normas, de definir a sua natureza, seja para melhor compreender, seja para possibilitar a sua efetiva concretização.

1.1 Classificação da norma constitucional quanto a eficácia

Ao se trabalhar com a norma no caso concreto tem-se a necessidade de lhe delimitar a eficácia e o alcance. É necessária esta classificação tendo em vista que dependendo do grau de vinculabilidade atribuído a cada norma, podemos depreender diversas conclusões, como por exemplo, se estas gerariam direitos subjetivos para os seus destinatários e se poderiam ser aplicadas diretamente às situações por elas reguladas.

Por eficácia entende-se a capacidade que determinada norma tem de produzir efeitos. Ou seja, de ser capaz por si só de regular determinada situação. A doutrina norte-americana a dividia apenas em normas de natureza *self-executing* e *not self-executing* (FERREIRA, 2002). Com o passar dos tempos e com o amadurecimento da doutrina constitucional, essa classificação foi sendo graduada em níveis que variam desde a desnecessidade de complementação normativa, normas de eficácia plena, até as normas que se apresentam apenas como programas, as quais necessitam de um grande complemento normativo para que seja possível o seu gozo, normas de eficácia limitada

Para convencionar a pluralidade de classificações apontadas pela doutrina, será adotada a classificação clássica de José Afonso da Silva (2003), a qual divide as normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada.

Segundo o referido autor as normas de eficácia plena são as apresentam enunciado é claro e elucidativo, que se bastam por si só, e por esse motivo dispensa complemento normativo para a sua aplicação direta a determinada situação.

As normas de eficácia contida, ou restringível, são as que, em uma primeira análise, se apresentam como de eficácia plena, ou seja, regulam inteiramente a situação apresentada, mas possuem no seu texto uma ferramenta que possibilite a contenção de sua eficácia. A Constituição outorga ao legislador que através da edição de uma lei de hierarquia inferior àquela, seja limitada a sua eficácia. Esclareça-se que esta limitação não necessariamente é advinda de uma lei. Pode ser restringida através do uso da discricionariedade do aplicador quando a norma se reporta a conceitos vagos como ordem pública, segurança nacional, integridade nacional, bons costumes e etc.

Por fim temos as normas de eficácia limitada, cujo alcance de plenitude de efeitos exige um complemento normativo. Noutras palavras, apenas enunciam uma direção ou uma idéia que será desenvolvida e especializada em uma legislação infraconstitucional. As normas de eficácia limitada se subdividem em normas de princípio institutivo e normas programáticas. As normas definidoras de princípio institutivo são “[...] aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei” (SILVA, 2003).

Para a satisfação do administrado na condição de ser humano, são necessárias atitudes e ações do Estado na tentativa de equilibrar a balança da desigualdade e proporcionar a todos meios e condições de uma existência digna. Será através da discriminação positiva que será alcançado este fim. Apesar de alguns doutrinadores não atribuírem valor jurídico às normas programáticas, estas não se apresentam como meras sugestões ao Poder Público. Mesmo não possuindo prazo para a sua execução ou sanção pelo seu descumprimento, estas normas vinculam e balizam a atuação do mesmo. Possuem dupla eficácia, revogando as disposições que com elas sejam incompatíveis e somente permitindo a entrada de nova legislação em consonância com seus ditames, a chamada força paralisante da norma constitucional.

Com relação aos direitos sociais, na sua grande maioria, estes se apresentam na forma de normas de eficácia limitada, assim sendo necessitam de um *plus* normativo para que tenham possibilidade de exercício. O que é um grande óbice aos nobres fins constitucionais, já que enquanto não for editado o complemento normativo exigido é impossível o seu exercício, daí alguns doutrinadores afirmarem serem as normas de eficácia limitada, as programáticas, "destituídas de eficácia".

Em todas as classificações existentes quanto à eficácia, há um ponto em comum: não existem normas constitucionais destituídas de eficácia. Quando lhe classificam segundo a eficácia apenas limitam-se a dividi-las, como afirma Dirley da Cunha (2008), em normas de eficácia "forte" e normas de eficácia "fraca", mas todas possuem um mínimo de eficácia. Assim, as normas constitucionais não se apresentam como conselhos ou sugestões que podem ou não ser seguidos, mas sim como normas imperativas que exigem o seu cumprimento. Tendo grande relevância prática, pois todas as normas constitucionais podem e devem ser aplicadas aos casos concretos a que se destinam independente de estarem ou não complementadas. Destarte, se as todas os dispositivos constitucionais são dotados de eficácia, logo, são de observância obrigatória.

Esta conclusão é capaz de fundamentar uma futura intervenção judicial em defesa dos direitos e garantias fundamentais. Esta linha de raciocínio é capaz de mitigar aquela idéia de que a aplicação das normas programáticas são decisões políticas na sua essência. Se são dotadas de eficácia então não há lugar para discricionariedade no tocante a obrigatoriedade de legislar e executar.

1.2 Os direitos sociais na Constituição de 1988

A Constituição de 88 representou um grande salto dentro do constitucionalismo brasileiro. Preocupou-se a mesma de maneira especial com os direitos fundamentais e sua defesa. Defesa esta tanto do indivíduo em face do Estado, quanto da própria Constituição em face do poder constituinte derivado. Nosso poder originário muito sabiamente instituiu diversos mecanismos para resguardar os direitos fundamentais do arbítrio dos que exercem o poder.

Por força do art 5°, § 1°, os direitos fundamentais são de aplicação direta e imediata, ou seja, mesmo que para o seu exercício seja necessário uma legislação, uma complementação normativa, deve-se conferir a máxima força possível. Com relação às normas de eficácia limitada, este dispositivo tem grande importância, pois mesmo dependendo de uma legislação futura, devem ser aplicados ao caso concreto. Mesmo

não sobrevindo a integração normativa necessária, são passíveis de aplicação direta e imediata.

Pode e deve o juiz na aplicação dos direitos fundamentais diante das situações que se lhe apresentem durante o exercício da função jurisdicional aplicar as providências necessárias para que seja possível o seu pleno gozo. Podendo inclusive os juizes contrariarem disposições infraconstitucionais, supostamente inconstitucionais, por apontar fundamento e justificativa no cumprimento da norma superior, a Constituição.

Por força do art. 5°, § 2, os direitos fundamentais estão sujeitos à cláusula de abertura. Assim no texto da norma "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Em decorrência desta regra podemos encontrar os direitos fundamentais seguindo por três caminhos. Os direitos expressos no Título II, capítulos I ao V; os direitos fundamentais decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição e finalmente aqueles oriundos de tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Levando tal conhecimento para o lado dos direitos de segunda dimensão isto se mostra de fundamental importância, pois somente estão sob o título dos direitos e garantias fundamentais as normas relativas ao direito dos trabalhadores, apesar de no art. 6° da Constituição ser mencionado que "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". Somente se preocupou o constituinte no Capítulo II, Dos direitos Sociais, com a parte relativa ao trabalho já que em seus seis artigos, cinco tratam sobre os direitos dos trabalhadores.

Quando se fala em supremacia dos direitos fundamentais, esta compõe-se de dois sentidos. Assim temos a supremacia dos direitos e garantias fundamentais no sentido formal e material. No sentido formal essa supremacia se apresenta na medida em que os direitos e garantias fundamentais, devido a sua própria definição, obrigatoriamente são normas constitucionais, sendo assim gozam do atributo que toda norma constitucional detem. São supremas em relação à legislação infraconstitucional.

Porém com relação aos direitos fundamentais existe uma segunda face, qual seja, são supremos em sentido material. Assim possuem também supremacia devido ao seu conteúdo, que, por ser de fundamental importância, se sobrepõe as demais normas.

1.3 Princípios Constitucionais de Interpretação

Hermenêutica e direitos fundamentais são assuntos que se imiscuem, uma vez que os direitos fundamentais representam um sistema de valores devido ao seu alto grau principiológico.

Em decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais toda a interpretação feita das normas dentro do ordenamento jurídico, quer sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, deve o interprete verificar se as mesmas se compatibilizam com os direitos fundamentais, conforme afirma Daniel Sarmento (apud MARMELSTEIN, 2008): "todos os ramos do Direito, com suas normas e conceitos, devem sujeitar-se a

uma verdadeira ‘filtragem’ constitucional, para que se conformem à tábua axiológica dos direitos fundamentais”.

Como os direitos fundamentais são normas constitucionais, instantaneamente já é possível depreender que os mesmos, somente pelo fato de serem normas constitucionais, gozam do atributo de supremacia perante as demais normas no ordenamento jurídico.

Toda a atividade hermenêutica deve estar voltada para que seja conferida às normas constitucionais a máxima efetividade. Deve estar o aplicador da norma sempre com a mente voltada para o caminho que lhe garanta a maior aplicação no caso específico. Dentre várias formas de aplicação e interpretação da norma deve o intérprete escolher a que se apresente de forma mais eficaz e garanta maior proteção aos direitos fundamentais.

Como decorrência corriqueira da aplicação das normas nos casos que se apresentam no dia-a-dia, ocorre a colisão de normas. Para a resolução destes conflitos utilizam-se diversos critérios, como por exemplo, o da especialidade, hierarquia, cronológico e etc.

Mas o que se fazer quando este conflito se dá entre normas constitucionais que representam valores? Obviamente não é possível resolver estes conflitos através dos critérios tradicionais. Deve-se para tanto utilizar da técnica da concordância prática ou harmonização. Deve então o intérprete “tentar dar a máxima efetividade ao direito fundamental, restringindo o mínimo possível o outro valor constitucional.” (MARMELSTEIN, 2008).

Nessa atividade restritiva aos direitos fundamentais deve-se ter cautela ao mitigá-los, evitando que se chegue a esvaziar o conteúdo normativo, ferindo o núcleo essencial da norma. Deve-se manter aquele conteúdo de identidade da norma, sem o qual a mesma não conseguiria atingir o seu propósito.

Em virtude do princípio da vedação ao abuso dos direitos fundamentais, o qual está implícito em nosso ordenamento constitucional, os direitos e garantias constitucionais não possuem caráter absoluto. Assim, os direitos podem ser mitigados, e através da ponderação deve-se chegar a um resultado justo.

2 ATUAÇÃO DO ESTADO NA CONSECUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Pode-se dizer que o Estado surgiu primeiramente como organizador da sociedade, seja qual for a teoria de surgimento originário do Estado utilizada, a natural ou a contratual, percebe-se que o seu surgimento se deu por uma necessidade. Seguindo-se a tese de Eduard Meyer e Wilhelm Koppers,“[...] o Estado é um elemento universal da organização humana. Meyer define mesmo o Estado como princípio organizador e unificador em toda organização social da humanidade, considerando-o, onipresente na sociedade humana” (*apud* DALLARI, 2000). Assim em um primeiro momento o Estado surgiu como forma de proteção e auto-preservação dos povos.

Porém, em um segundo momento, com a grande concentração de poderes nas mãos do Estado, o mesmo passou de protetor a opressor. Engels afirma que o Estado surgiu apenas para que se “[...] perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas

também o direito de a classe possuidora explorar a não-possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda" (*apud* DALLARI, 2000). Nesse contexto fica latente a necessidade de limitação deste poder.

Devido às revoluções liberais e a revolução burguesa dos séculos XVII e XVIII, que substituíram o estado absoluto pelo estado democrático de direito, surgem, na classificação de Karel Vasak, os direitos fundamentais de primeira dimensão. As chamadas liberdades individuais em face do estado. Devido ao próprio contexto social de repressão vivido, são os direitos de primeira dimensão na sua maioria direitos de face negativa, de abstenção (MARMELSTEIN, 2008).

Como conseqüência da revolução industrial, alastrou-se a situação de desequilíbrio social e opressão do ser humano. Surgindo os direitos protetivos dos trabalhadores. Nesse contexto social de luta em favor dos trabalhadores surge o Estado do bem-estar social o qual se destina a promoção da qualidade de vida do indivíduo.

Através dos direitos de segunda dimensão, procurou a sociedade uma nova proteção do Estado, não bastava mais a idéia de abstenção, agora se fazia necessário uma intervenção do mesmo para equilibrar a balança social e fazer um contrapeso entre as forças sociais que atuam na sociedade e proteger os hipossuficientes sociais. Surgem desta intervenção os direitos fundamentais de segunda dimensão, direitos que fundamentalmente propõem uma idéia de igualdade, a promoção do bem de todos através de ações governamentais que garantam a todos uma igualdade material. Assim, possuem a característica de serem na sua maioria positivos. São direitos à prestações do Estado, à tutela. As demais dimensões dos direitos fundamentais (terceira, quarta e as ditas de quinta dimensão) não serão abordadas, haja vista não serem pertinentes ao tema tratado.

Os direitos fundamentais são voltados principalmente para a limitação do poder. São ferramentas de defesa a serem utilizadas pelo cidadão contra os abusos do Estado. Especificamente com relação aos direitos sociais a idéia toma uma forma diferente, porque ao invés de defesa em face do Estado o que o destinatário dos direitos de segunda dimensão precisa é da defesa em face da sociedade, em face das condições desiguais. Defesa esta a ser provida pelo Estado, como unidade centralizadora dos esforços e mantenedora do indivíduo.

As normas constitucionais, pode-se dizer são de observância obrigatória por todos, mas especificamente em relação aos direitos fundamentais é de grande importância analisar esta observância obrigatória com relação à atuação do Estado. Diferentemente do particular, que apenas deve observância e obediência as normas, o Estado tem o dever, além destes citados, de promoção e proteção dos direitos fundamentais. Para melhor estudo foi dividido o Estado em três faces, face executiva, a face legislativa e face jurisdicional.

2.1 Atuação do Poder Executivo

Apesar de vigorar para a Administração Pública o princípio da legalidade, devem seus agentes verificar no exercício de suas funções se tal conduta, apesar de estar em acordo com a lei, não fere preceito maior. Os direitos fundamentais, como vistos, são preceitos supremos dentro da Constituição.

Fato interessante que se apresenta rotineiramente dentro da Administração Pública é o que se pode de chamar de "supremacia da lei" ao invés da "supremacia da Constituição". Os agentes públicos, em seu proceder durante o desempenho das atividades administrativas, em virtude do princípio da legalidade, possuem um temor maior à normatização infraconstitucional e infralegal, do que as disposições da Constituição, que é a norma máxima e parâmetro de validade para qualquer elemento normativo dentro do ordenamento jurídico. Vigora então, no dia-a-dia das atividades administrativas, a "supremacia de lei", ou seja, ao invés de se primeiro tomar a Constituição e seus valores como supremos o que ocorre é exatamente o contrário, as normas infraconstitucionais acabam tendo uma força dentro da administração pública maior que a própria Constituição.

Como é sabido, os direitos fundamentais de segunda dimensão demandam uma prestação positiva do Estado. Segundo a redação do art. 6° de nossa Constituição, os direitos de segunda dimensão dividem-se em "educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados". SILVA (2001) os agrupa em seis categorias:

(a) direitos sociais relativos ao trabalhador; (b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; (c) direitos sociais relativos à educação e a cultura; (d) direitos sociais relativos à moradia; (e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; (f) direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Assim, em todos os casos para que os direitos sociais sejam implementados se faz necessária a organização de todo o esquema de atividades do Estado. Ou seja, a montagem de todo um aparato estatal para que seja enfim, possível a execução de políticas públicas que materializem os direitos sociais.

A centralização e a descentralização, assim como a desconcentração, são o passo inicial na execução das políticas públicas. A desconcentração e a descentralização conferem mais agilidade e especialidade à atuação do Estado. Em virtude do princípio da eficiência presente no art. 37, *caput*, deve o Estado se utilizar de todas as ferramentas possíveis para que seja fornecido um serviço de qualidade e eficiente.

Verificando de uma maneira geral, na implementação dos direitos de segunda dimensão, cabe ao executivo a análise das circunstâncias *in concreto* enquanto ao legislativo cabe *in abstrato*. Deste modo cabe ao executivo a análise das circunstâncias fáticas na execução das políticas públicas, ou seja todo o *modus operandi* é do Executivo. Assim a maneira como as obras ou serviços serão executados, onde e quando são escolhas que cabem ao Poder Executivo enquanto ao Legislativo, que se movimenta através da edição de leis, deve, através das mesmas, prover meios e traçar planos para que o poder executivo implemente as políticas públicas necessárias.

O papel do Poder Executivo na implementação dos direitos sociais é limitado pela atuação legislativa, haja vista a dotação orçamentária ser decidida pelo legislativo; a criação das entidades formadoras da Administração indireta exigem a edição de uma lei, seja criando, no caso das autarquias, ou autorizando a sua criação, relativo as demais entidades; a instituição de tributos que custearão as atividades estatais e etc. Mas essa dependência não é absoluta, porque o manejo dos recursos é feito pelo Poder Executivo,

assim tem ele uma certa discricionariedade para atuar dentro dos parâmetros estabelecidos.

A atividade executiva, é a atividade de executar, ou seja por em prática o que foi definido pelo legislador de maneira abstrata.

2.2 Atuação do Poder Legislativo

A função legislativa é aquela parte do poder estatal que mais está em contato com as leis já que possui a função de criá-las, sendo esta sua função típica dentro do sistema de repartição dos poderes. Devem assim os órgãos do poder legislativo emitir normatizações, que podem ter cunho infraconstitucional ou constitucional, seguindo as regras do processo legislativo insculpidas na Constituição, elaborando normas de cunho geral e abstrato.

No campo da atuação estatal a lei tem vital importância porque se apresenta como a vontade do Estado pois o mesmo somente age quando a lei determina e da forma como a lei determina. Não se interprete que na administração pública não exista discricionariedade, mas esta somente se apresenta quando a lei lhe faculta e nos limites estabelecidos por ela.

O problema se apresenta quando essas leis necessárias à fruição de direitos e à movimentação do Estado para a consecução dos seus fins sociais não existem, não foram editadas ainda. Existe neste caso um vazio legislativo que se pode chamar de omissão legislativa. Pode-se dizer que a sociedade demanda que o Poder Legislativo exerça sua função. Exige-se do mesmo um status ativo, possui, então, o Legislativo o dever de legislar. Dever este depreendido de todo o sistema constitucional.

Não pode o legislador frustrar justas expectativas da sociedade criadas com o advento de nossa Constituição à medida que não legisla, que não complementa as normas de eficácia limitada. Deixando este vazio normativo que são as omissões legislativas

2.2.1 Omissões Legislativas

Uma omissão legislativa viria a ser uma abstenção do Poder Legislativo em executar sua função típica: legislar. Ressalte-se que não é o simples “não agir” que se configurará como uma omissão. Mas o “não agir” quando se é exigido e obrigado a atuar, assim só há omissão quando o Estado está obrigado a agir e se omite. Nas palavras de CUNHA JÚNIOR (2008) a “Omissão inconstitucional somente é aquela que consiste numa abstenção *indevida*, ou seja, em não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma ‘certa e determinada’”.

Ocorrerá a omissão legislativa quando o Poder Legislativo estiver obrigado a aditar uma lei e não o faz. Para Canotilho (1994) seriam apenas omissões aquelas imposições concretas e explícitas. Não se configuraria, portanto, como uma imposição concreta e explícita o simples dever de emanar normas, não entrando também as normas programáticas, visto que se apresentam não como imposições concretas no texto constitucional, mas apenas como objetivos a serem perseguidos, sendo as mesmas imposições abstratas. Conforme:

O simples dever geral de emanação de leis não fundamenta uma omissão inconstitucional. De igual modo, as <<*ordens constitucionais gerais de legislar*>> (*allgemeine Verfassungsgebote*), isto é, as imposições constitucionais que contem deveres de legislação abstractos (exemplo: as normas programáticas, os preceitos enunciadores dos fins do Estado), embora configurem deveres de acção legislativa, não estabelecem concretamente aquilo que o legislador deve fazer para, no caso de omissão, se poder falar de silêncio legislativo inconstitucional.(CANOTILHO, 1994, p.332, grifo original)

Para o autor, a abstenção de legislar com relação as imposições abstratas situar-se-ia no campo da constitucionalidade, que somente se tornaria em um comportamento inconstitucional se este não atuar legislativo se tornasse uma prática sistêmica. Ora, se a omissão legislativa somente se tornaria inconstitucional com a sua prática reiterada, seria correto então afirmar que é possível ao Legislador se omitir de dar efetividade aos fins sociais do Estado, desde que isso não se perdure no tempo. Seria, então, o mesmo que permitir ao legislador que aniquile justas expectativas criadas pela a Constituição durante um certo período de tempo.

Quanto tempo é necessário para que este deixe de ser um comportamento constitucional e se torne inconstitucional? Parece agora caber ao Judiciário dar essa resposta, haja vista que por ser um critério subjetivo, não é fixo, mas sim variável. Um critério que deverá ser analisado utilizando-se da razoabilidade e da proporcionalidade. Porém deve-se ter em vista que as normas programáticas são dotadas de eficácia e tão logo o Poder Legislativo frustre o seu exercício com o seu comportamento omissivo, tal prática já configura uma omissão inconstitucional. Ainda que não representem deveres explícitos de legislar são objetivos que "devem ser perseguidos" e não que "podem ser perseguidos". Assim quando o Legislador se comporta de maneira a não dar continuidade ao que foi iniciado pelo poder constituinte originário está descumprindo a Constituição.

Verifica-se que podem ser apontadas omissões em sentido material e formal. Tomando as omissões em sentido formal, apenas verifica-se se há ou não norma. Verificando-se a ausência haveria omissão, havendo lei não há que se falar em omissão. Porém, em contrapartida, tomando-se as omissões em sentido material o que se observa, além da ausência ou não de norma, é se esta norma contempla todas as situações que deveria tutelar ou se exclui "[...] alguns cidadãos, total ou parcialmente, de forma expressa, das vantagens [...]" (CANOTILHO,1994) contidas em si. Aberta está a possibilidade de avaliar o conteúdo da norma.

Pode-se falar que mesmo havendo a norma necessária, caso esta não efetive toda a imposição constitucional, a omissão persistirá. Utilizando-se as omissões em seu sentido material, surgem duas outras classificações: omissões absolutas e omissões relativas. As omissões absolutas se revelariam naqueles casos de total ausência de legislação e nas relativas existe a legislação, mas esta fere o princípio da igualdade visto que exclui injustamente cidadãos que se encontram na mesma situação jurídica.

Com relação aos direitos sociais a omissão legislativa se mostra deveras preocupante. Porque mais que uma abstenção, o que se exige é uma atuação positiva e eficaz. Ressalte-se que esta atuação além de existir deve ser eficaz, pois, como foi visto, a atuação insuficiente do legislativo continua se configurando como omissão legislativa.

Como é sabido, o Executivo apenas se move nos moldes da lei e quem detém a prerrogativa de editá-la é o Legislativo. Percebe-se que o Poder legislativo é o ponto de partida de todo o sistema implementador dos direitos sociais. Estas omissões, sejam absolutas ou relativas, devem ser combatidas e evitadas a todo custo. Uma das formas de combate a estas omissões seria perante a via judicial, através de ações que compelissem o órgão omisso a agir. Com relação ao tema tratado levanta-se o questionamento de se este dever de legislar do Poder Legislativo poderia ser transposto para um direito à emanação de normas e se este seria um direito subjetivo.

2.2.2 Direito à emanação de normas e direito subjetivo

Antes de se adentrar ao direito a emanação de normas, é interessante que seja abordado o dever de legislar que compete ao Poder Legislativo. Conforme já explicitado, em decorrência da separação de poderes, que na verdade é uma divisão funcional, cabe ao Poder Legislativo por determinação constitucional a expedição de normas de caráter geral e abstrato bem como a atualização da Constituição. Assim é dever do Legislativo legislar.

Passando agora para o tema deste trabalho, tem grande relevância tal consideração já que os direitos sociais na sua maioria são normas de eficácia limitada, demandando assim um complemento normativo, então o mesmo tem o dever de editar todas as leis necessárias a fruição dos direitos sociais. Poder-se-ia dizer então que os cidadãos detêm o direito a emanação de normas?

Se for pacífico que o legislativo tem o dever de legislar, diferente se dá com relação ao direito à emanação de normas. Nega-se a sua existência principalmente sob a alegação de que se atribuir ao particular um direito a emanação de normas feriria a separação de poderes. Outro argumento seria o de que reconhecer um direito a emanação de normas seria também reconhecer a existência de um direito subjetivo ao cidadão, o que não se poderia cogitar haja vista serem direitos da coletividade e não exigíveis por apenas um único indivíduo.

Ora, se os próprios direitos fundamentais não são de caráter absoluto, o que se dizer então do princípio da separação dos poderes. Não pode o mesmo ser entendido de forma absoluta, de maneira tal que acabe afrontando e impossibilitando a implementação dos direitos fundamentais. Fala-se hodiernamente então em uma nova interpretação da separação dos poderes, esta à luz dos direitos fundamentais.

Assim a separação dos poderes deve ser reinterpretada de uma maneira que se compatibilize com o novo sentimento constitucional de proteção dos direitos fundamentais. Deve-se pensar que a separação dos poderes foi um meio e não um fim. Surgiu para limitar os poderes do Estado.

O referido instituto tem o caráter de proteção do indivíduo em face do Estado, porém não se pode tê-lo como um fim que se sobreporá ao fim máximo do Estado que é a realização do indivíduo. Então, se algum dos poderes falta com o seu dever constitucional de atuar, devem os demais suprir-lhe a falta, evitando que um bem maior seja lesado em face da inércia ou da má atuação de qualquer um deles.

Com relação ao outro argumento de que não se poderia reconhecer a existência de um direito subjetivo a emanação de normas cabe uma breve explanação acerca do que vem a ser um direito subjetivo. Pode-se dizer que direito subjetivo é um poder ou uma faculdade advinda de uma norma jurídica posta pelo Estado de agir conforme e de exigir o seu cumprimento.

Ora, com relação à existência ou não de um direito subjetivo à emanação de normas parece que nossa Constituição preferiu definir a questão em favor da efetividade dos direitos fundamentais, porque em seu art.5º, LXXI, instituiu o Mandado de Injunção para qualquer pessoa, física ou jurídica, que se ache na situação de estar impossibilitado de exercer os direitos e liberdades constitucionais. Assim se posicionou nossa Constituição pela existência de um direito subjetivo à emanação de normas para o cidadão.

2.3 Atuação do Poder Judiciário

A importância do Poder Judiciário para a assimilação do estado democrático de direito é fundamental, haja vista ser o responsável por dizer o direito e resolver os conflitos em definitivo, além de guardar a Constituição e o seu cumprimento. Nos moldes atualmente apresentados, o papel do Poder Judiciário ante a inércia legislativa e administrativa é este: ser o meio para se exigir a execução e o cumprimento dos supracitados direitos mediante as ações próprias. Percebe-se que a função judicial é justamente a de reparação da ordem.

O ator principal desta atuação do Poder Judiciário é o juiz, que deve aplicar a lei não cegamente como propugnava Montesquieu, mas através de uma aplicação voltada para a proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Assim, no Estado Democrático de Direito, o direito vincula a atuação dos poderes negativamente e positivamente, já que o mesmo é um meio de controle e limitação do poder. Sendo assim, é inerente ao Estado Democrático de Direito a conformação dos atos estatais ao Direito.

2.3.1 Controle de constitucionalidade.

O princípio da constitucionalidade afirma que as leis infraconstitucionais, devem se conformar com os preceitos estampados na Constituição, adequando a produção normativa, aos ditames formais e materiais de validade.

Importante ressaltar neste ponto algumas considerações acerca da liberdade de conformação do legislador. A mesma vem a ser aquela parcela do procedimento legiferante em que cabe somente ao Poder Legislativo analisar, se configurando de duas formas: quanto ao tempo e quanto ao conteúdo.

Quanto ao conteúdo da norma, somente cabe ao legislativo, através de seus processos de votação e através dos seus componentes, a análise e a definição dos exatos contornos da lei. Essa discricionariedade com relação ao conteúdo da norma sofre limitações, pois não pode o legislador em sua atividade editar normas que contrariem os dispositivos constitucionais, que firam os direitos fundamentais. A sua atuação é livre, porém dentro destes parâmetros. Além do mais, em face do caráter objetivo que possuem os direitos

fundamentais, chamado de efeito de irradiação, os mesmos se espalham por sobre todo o ordenamento jurídico impedindo normas de conteúdo contrário à elas, vinculando então o conteúdo da norma a ser editada.

Quanto ao tempo, entende-se que somente cabe ao legislador decidir qual o momento oportuno para a edição de determinada norma. Envolve assim uma análise da conjuntura social, do impacto que a norma causará na sociedade e de sua eficácia social. Decisão esta que somente o Poder Legislativo pode tomar. Apesar de ser do legislador a decisão sobre qual seria o momento mais propício para se editar uma lei, não pode o legislador, fundado na sua discricionariedade, violar os direitos fundamentais com a sua inércia.

Apesar da existência de diversas formas de se controlar a constitucionalidade dos atos normativos brasileiros, dar-se-á uma atenção superlativa à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi uma inovação da Constituição de 1988, sendo destinada ao combate das omissões inconstitucionais. Assim, tem o objetivo de declarar a mora do órgão legislativo, fazendo com que o mesmo desperte da sua inércia e exerça seu poder-dever. É bem verdade que as decisões de mérito em AdinPO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) são de caráter meramente de alerta ao órgão legislativo omisso, não possuindo nenhuma força de cogência contra o Poder Legislativo.

Já em face do Poder Executivo a situação se apresenta de outro modo. A AdinPO pode ser também utilizada na situação em que a normatização pela qual dependa a norma constitucional seja ato normativo de competência de órgão administrativo, neste caso, mais que mero conselho, a decisão de mérito da AdinPO terá caráter mandamental com prazo fixado pelo art. 103,§2, de nossa Constituição, qual seja, trinta dias.

Perdeu nossa Constituição a chance de dar um grande passo em direção a uma melhor defesa e promoção dos direitos fundamentais quando fixou apenas para os órgãos administrativos um prazo para a solução da omissão. Mesmo havendo a separação dos poderes sabe-se que em nosso país uma decisão que apenas aconselhe uma determinada conduta não seria cumprida. Apesar de ser, por expressa decisão constitucional, dotada a decisão da AdinPO de eficácia não concretista, entendo que na mesma deve-se adotar a posição concretista geral.

Para a perfeita compreensão do assunto passo a uma breve explicação acerca das duas teorias. Na teoria não concretista o judiciário limitar-se-ia apenas em declarar a mora do sujeito omisso, dando-lhe ciência desta decisão para que cumpra seu dever constitucional. Já na teoria concretista o Poder Judiciário reconhecendo a omissão inconstitucional deveria viabilizar o seu exercício até que seja editada a regulamentação necessária.

2.3.2 Controle dos atos executivos da administração

Se com relação aos atos legislativos próprios se fala em controle de constitucionalidade, com relação aos atos da administração pública há que se falar em controle de conformidade. Assim, o controle que será exercido pelo Poder Judiciário será a verificação da adequação dos atos desempenhados pelos administradores da coisa

pública com a constituição, primeiramente, e, posteriormente, com a legislação infraconstitucional.

A atividade administrativa se divide em atos meramente executórios e atos políticos. Nos atos apenas de execução da Administração Pública o controle de conformidade exercido pelo Poder Judiciário é bem estrito e intensificado, haja vista o próprio princípio da legalidade.

Já nos atos políticos da Administração Pública, o caráter discricionário do atuar do administrador é bem mais amplo, pois as decisões são de cunho político. Envolvem análise de circunstâncias e valores que somente o administrador pode exercer. A atividade política da Administração Pública, apesar de possuir um caráter discricionário mais ressaltado, não está livre de controle. Deve a mesma ser controlada pelos princípios da Proporcionalidade e da razoabilidade sempre tendo como paradigma as disposições constitucionais. O controle exercido será reflexo, mas nunca no âmago das decisões.

2.3.3 Meios processuais para a implementação dos direitos sociais

Pode o sujeito de direito se valer de ações específicas como o Mandado de Injunção, nos casos de omissões inconstitucionais; Mandado de Segurança, nos casos de atos ilegais ou com abuso de poder que violem direito liquido e certo perpetrado por autoridade ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Pode também se valer o cidadão das ações comuns cumuladas com as tutelas de urgência como os provimentos liminares e as antecipações de tutela. Pode-se citar também a Ação Civil Pública.

Primeiramente será abordado Mandado de Injunção que, como a já mencionada AdinPO, se presta nos casos de omissão inconstitucional. Prevista no art. 5º, LXXI, de nossa Constituição, será possível utilizar-se do Mandado de Injunção "[...] sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;". Mas, diferentemente da AdinPO, no Mandado de Injunção busca-se a solução de um caso concreto, para o exercício do direito subjetivo obstado pela falta de norma regulamentadora. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, não cabe Mandado de Injunção quando existir norma e esta for defeituosa ou inconstitucional.

Ora, se norma que se destina a dar plena eficácia a determinado preceito constitucional o faz de maneira incompleta ou se a mesma se apresenta contrária à Constituição a omissão inconstitucional permanece. Como foi visto, para que a omissão inconstitucional, tomada no seu sentido material, seja sanada é necessária que tutele todas as situações que se espera desta.

Assim tomando a realidade como foco, para o indivíduo a falta de norma ou a sua existência insuficiente mostram o mesmo resultado; a impossibilidade de exercer um direito subjetivo, garantido constitucionalmente, devido a um ato legislativo abusivo.

Outro ponto importante relativo ao Mandado de Injunção é com relação aos efeitos da decisão de mérito. Anteriormente fora abordado a eficácia das decisões, porém de

maneira e*n passant*. Com relação acerca da eficácia desta decisão tem-se duas posições: a concretista e não concretista.

Pela *posição concretista*, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara acerca da existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente.(MORAES, 2004)

Subdividindo-se esta posição em concretista geral e concretista individual. Na geral a decisão do judiciário tem alcance *erga omnes*, indo além do caso concreto em tela, "[...] implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente." (MORAES, 2004). Na individual o efeito da decisão atinge apenas o autor da ação, podendo o mesmo exercitar o seu direito, liberdade ou prerrogativa constitucional plenamente.

A posição concretista individual divide-se ainda em direta e intermediária. Na posição concretista direta o Poder judiciário supre imediatamente a falta da norma para aquele indivíduo. Diferentemente, na concretista intermediária, o judiciário, julgando procedente o Mandado de Injunção, comunicaria esta decisão ao órgão omisso, fixando-lhe um prazo para a edição da norma faltante, no caso de não o fazer, autorizaria o Poder Judiciário a fixar as condições para o pleno exercício do direito do autor.

Finalmente a posição não concretista conforme Alexandre de Moraes (2004):

[...] que, firmou-se no sentido de atribuir ao mandado de injunção finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, 'em dar concreção à norma constitucionalpositivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do *writ* como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política'. Sendo esse o conteúdo possível da decisão injuncional, não há falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, mas, tão-somente, deverá ser dado ciência ao poder competente para que edite a norma faltante.

Dentre todas as posições possíveis de serem adotadas, a não concretista se mostra ser a que mais frustra os direitos fundamentais. No momento em que se adota tal posicionamento, a quem o cidadão impedido de exercitar seu direito poderá recorrer para ver implementado um direito subjetivo garantido pela Constituição? Pode-se afirmar sem sombra de dúvida que tal decisão representa um golpe no avanço dos direitos fundamentais.

Sabe-se que apenas com a ciência ao órgão omisso da decisão isto poucos efeitos na realidade geraria. Haja vista a história política do Brasil, os casos de corrupção e frustração dos direitos dos cidadãos. Esperar que o Poder Legislativo ou Executivo cumpram a Constituição de bom grado é uma tarefa árdua, vide as ações em que se declarou a mora do Poder Legislativo que estão pendente de legislação; MI 369, 95 124, 278 dentre outros.

O Mandado de Segurança se presta para defesa não especificamente de um direito, uma liberdade constitucional ou um direito fundamental, mas aplica-se para defesa de qualquer direito liquido e certo que não seja protegido por habeas corpus ou habeas data quando o ato atentatório ao direito é perpetrado por autoridade ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Adentrando no tema deste trabalho não se pode então aplicar o MS (Mandado de Segurança) aos casos em que o direito é garantido por uma norma eficácia limitada, haja vista não ser um direito liquido e certo, pois é pendente de regulamentação. Aplicando-se o MS a atos omissivos e comissivos de autoridade, não se deve confundir com as omissões inconstitucionais que se operam no âmbito da eficácia do direito, diferente dos atos omissivos onde o seu direito é eficaz mas não é respeitado, pois ambos podem se prestar para violar direito liquido e certo.

Cabe agora fazer agora algumas considerações acerca da exigência em juízo de prestações do Poder Público. Temos as figuras do mínimo existencial e da reserva do possível, ambas conexas com o parâmetro financeiro do Estado. Uma argüível pelo Estado e a outra pelo cidadão.

Por demandarem os direitos sociais uma atuação positiva do Estado, pode-se dizer que a sua concretização está condicionada a capacidade financeira.

Falando de maneira abstrata, sabe-se que não há recursos para implementar todos os direitos sociais na sua força máxima. Neste contexto é que se encontra a definição do que vem a ser o princípio da reserva do possível. Os direitos sociais devem ser implementados mas na capacidade financeira que o ente suporta.

Nas palavras do Tribunal Constitucional alemão, a reserva do possível **é aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade**. Se for razoável (melhor dizendo, proporcional), não pode o Estado se negar a fornecer. Assim, pode-se dizer que a reserva do possível é sinônimo de **razoabilidade econômica** ou **proporcionalidade financeira**. (MARMELSTEIN, 2008)

Estaria então o cidadão a disposição financeira do Estado para realização do seu direito? Sim. Mas em contrapartida não pode o Poder Público se negar a fornecer as prestações as quais os cidadãos tem direito pela sua irresponsabilidade financeira. Deve o mesmo se organizar para fornecer o mínimo para que se tenha uma vida digna. Pode o cidadão ainda assim exigir judicialmente sua prestação, não de forma completa, mas um mínimo de tutela estatal, uma parcela mínima indispensável à realização do indivíduo, que não está condicionada a possibilidade financeira do Estado, chamada de mínimo existencial.

Os juízes, no seu atuar em casos de implementação de políticas públicas, devem ter como parâmetro o princípio da reserva do possível no sentido de saber se o Poder Público está fornecendo o máximo possível. Cabe ao ente estatal apresentar a comprovação de que está realizando máximo que pode.

Alegando o Estado que não possui recursos para o fornecimento das prestações para todos, deve demonstrar com a juntada aos autos de demonstrativos financeiros. Neste sentido também se posiciona George Marmelstein (2008):

Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental.

Na tomada da decisão, deve o juiz levar em conta todos os argumentos apresentados e através de um processo de ponderação tomar a decisão que seja a mais acertada, levando em conta a questão financeira, social e política.

3 A PROBLEMÁTICA DA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A implementação dos direitos sociais requer ação. Ação no seu sentido completo, seja vontade de agir, sentido subjetivo, seja a própria ação em si, sentido objetivo, capaz de gerar frutos. Pode-se evidenciar que em diversos casos não há a falta da ação própria, em seu sentido objetivo, mas a falta da ação em sentido subjetivo o que lógicamente leva a inexistência da outra.

Como a elaboração das políticas públicas e todo o aparato para a sua execução são decisões políticas, estas muitas vezes sucumbem ante o jogo político e acabam nunca entrando na pauta de discussões. Interessa mais aos que disputam o poder que os problemas sociais continuem, como fila nos hospitais, falta de moradia, etc., pois assim há subsídio para o seu apelo sensacionalista de caos social.

Em um avanço significativo nesta matéria, lançou nossa Constituição as bases da teoria de proteção dos direitos fundamentais. Se encarregou a doutrina de proporcionar os meios para a sua máxima efetividade, para aumentar o seu alcance, se posicionando no sentido de possibilitar ao Poder Judiciário que sane as omissões públicas e que no exercício da sua função jurisdicional, implemente, na medida do possível, os direitos sociais. Mas toda esta construção teórica deve encontrar no mundo real um terreno propício para o seu desenvolvimento. Conforme o já explicitado princípio da reserva do possível, de nada adiantaria garantir aplicabilidade imediata e direta se não há recursos para garantir o direito, tampouco teria importância a atuação dos juízes de garantir os direitos sociais sem que pudesse o Estado cumprir esta decisão.

Toda atuação do Estado depende da existência de recursos financeiros oriundos principalmente dos tributos. E é na medida dos recursos financeiros que possui que executa seus atos, que fornece as prestações sociais. Os recursos estatais são sempre um meio para realizar um fim.

3.1 Possibilidade financeira

A possibilidade financeira é sempre um parâmetro observado no desempenho de qualquer atividade do Estado. A possibilidade financeira assenta na capacidade do Estado de dispor de recursos para realizar tal atividade. Porém, a verificação da possibilidade vai muito além da aplicação silogística “para implementar os direitos sociais se precisa de recursos, o Estado não tem recursos não implementa”. Deve-se perquirir bem mais que a simples falta de recursos. A possibilidade financeira, relacionada aos direitos sociais, se assenta então, em três aspectos a saber; a existência

de recursos, a administração destes e se é possível remanejar recursos de outras áreas menos importantes para as prestações sociais.

A inexistência de recursos obviamente por si só já se caracteriza em um óbice a efetivação dos direitos sociais. Mas como então consegue o Estado recursos para a implementação das políticas públicas? Ora, em decorrência da soberania que detém o Estado, pode o mesmo exigir dos indivíduos que contribuam financeiramente, custeando assim a execução de suas funções. Ressaltando a importância que os tributos possuem quanto a implementação dos direitos de segunda dimensão, afirma MACHADO (2004) que a " tributação é, sem sombra de dúvida, o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Sem ele não poderia o Estado realizar os seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica." O tributo é um aliado do Welfare State. Apesar do sempre presente argumento da insaciabilidade tributária do Governo, o tributo é a ferramenta pelo qual serão angariados os recursos que serão utilizados na efetivação dos direitos sociais. Se as prestações não estão compatíveis com a carga tributária a seara de discussão é outra, que nada tem a ver com os tributos, mas com a má administração dos recursos advindos dos mesmos.

A administração deve ser feita de maneira responsável, pois do ato de administrar advém tanto o problema quanto a solução. Uma má administração pode gerar o problema de escassez, enquanto uma boa administração pode driblar a falta de recursos, realizando o máximo possível. Mas a quem cabe auferir se está ou não se realizando uma boa administração? Cabe ao Poder Legislativo a análise das contas públicas com o auxílio dos Tribunais de Contas. Nesta análise o Tribunal de Contas estuda e elabora um relatório relativo a administração e o Poder Legislativo julga as contas, sendo parte, tal sistemática, do sistema de freios e contrapesos.

Além do Poder Legislativo, auxiliado pelos Tribunais de Contas, a quem cabe a função de fiscalização da administração dos recursos públicos? A todos os cidadãos deste país. Pode parecer estranho que todos nós temos competência para a fiscalização do emprego dos recursos públicos. O controle exercido pelo cidadão vai além da sua figura unitária, mas projeta-se em um entidade forte: a sociedade. A pressão exercida pela sociedade através da opinião pública pode se mostrar mais eficiente que os meios jurídicos coercitivos. Através do clamor por mudanças podemos alcançar um patamar de mutabilidade da realidade mais profundo que o obtido através das ações judiciais.

Mas a simples denúncia da realidade através dos meios de comunicação em nada pode mudar a realidade, se assim fosse, viveríamos em um país bem diferente do que enxergamos. Em nossos noticiários diários encontramos desde muito tempo as mesmas notícias. A quanto tempo sabemos das filas nos hospitais? Da falta de leitos na rede pública? Da falta de escolas? Da insegurança pública? Enquanto não alcançarmos o sentimento de revolta necessário à mudança, jamais a veremos. Da mesma forma pode-se dizer com relação ao pleito. Como pode-se imputar a um povo sem educação que a mudança da realidade se dará nas urnas com a escolha de candidatos comprometidos? Segundo dados do IBGE, em 2007, 9,90% das pessoas com mais de 15 anos de idade eram analfabetas e, em 2006, somente 50,99% da população brasileira alfabetizada possuía um nível de escolaridade de no mínimo oito anos de estudo. Ressalte-se que nesses período de estudos muito poucos brasileiros tiveram aulas sobre o sistema eleitoral, sobre a votação de projetos de lei, sobre o funcionamento do legislativo, do

executivo, etc. Pergunta-se: como esperar desse perfil de população uma atitude consciente nas urnas?

Outro ponto sobre a administração dos recursos públicos está no sistema montado em relação a fiscalização e a punição dos maus administradores. Detém o Ministério Público, dentre outros, a legitimidade para a proposição da Ação Civil Pública, neste caso por improbidade administrativa. Segundo a lei 8.429 de 1992, a improbidade se dá no caso de atos de improbidade praticados contra o erário público, incluindo os atos que gerarem enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou que atentem aos princípios da Administração Pública. O mais importante é que não visa somente a punição do agente mas a reposição do *status quo* com a devolução ao erário da quantia retirada.

Outro meio, mas agora relativo ao cidadão singularmente falando, é a Ação Popular. Destinada nos casos que o resultado da administração dos recursos públicos seja uma lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público. Assim, se presta a ação para anular ato ilegal ou ilegítimo, omissivo ou comissivo, lesivo ao patrimônio público ou de ente que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Ressalte-se que a ação popular não necessita que a lesão, a qual menciona o art. 5º, LXXIII de nossa Constituição, haja ocorrido, já que pode-se utilizar da Ação Popular como meio preventivo de proteção ao patrimônio público para que se evite uma potencial lesão ao patrimônio. Como ressalta Hely Lopes Meirelles (2004, p. 130, grifo original) "A ação popular tem fins *preventivos e repressivos* da atividade administrativa *ilegal e lesiva ao patrimônio público*, [...]", sendo assim " Como meio *preventivo* de lesão ao patrimônio público, a ação popular poderá ser ajuizada antes da consumação dos efeitos lesivos do ato; como meio *repressivo*, poderá ser proposta depois da lesão, para reparação do dano."(MEIRELLES, 2004).

Além do critério lesão ao patrimônio público deve estar presente o requisito da ilegalidade do ato. Deve o mesmo estar em desconformidade com a normatização. Conforme salienta MEIRELLES (2004) o "desvio de poder da Administração, quando obedece a lei apenas formalmente, afastando-se de seus objetivos, já é há muito tempo considerado como modalidade de ilegalidade dentro do nosso Direito Administrativo, ensejador do cabimento de ação popular". Conforme visto, quando o administrador segue a lei mas se afasta dos objetivos eleitos pelo legislador ,comete ilegalidade.

3.2 Como solucionar o problema da necessidade e possibilidade

O binômio necessidade-possibilidade pode ser visto como o grande tormento do administrador público. A Capacidade Financeira juntamente com o Direito são os dois grandes limitadores das ações estatais. Assim, em virtude da falta de recursos, deixa o administrador de fornecer prestações de melhor qualidade e uma abrangência maior.

A ação, no seu sentido subjetivo, cria no administrador o dever de procurar sempre um meio, dentro da legalidade, para realizar a ação objetiva. Quando se depara com a escassez de recursos, em virtude da ação subjetiva, deve o administrador procurar por alternativas compatíveis com os fins almejados, decorrência do princípio da razoabilidade. A busca por rotas alternativas é inerente a função administrativa.

Quando o administrador se vê diante da situação de escassez de recursos, deve ele, então, diante da situação concreta, procurar encontrar uma solução adequada. Uma

técnica possível é o remanejamento de recursos de outras áreas para a sustentação das prestações sociais do Estado. Deve-se atentar que este caminho se presta a atender uma solicitação excepcional de um caso concreto e somente para o atendimento do mínimo existencial, nunca para um melhoramento da qualidade das prestações, que devem ser perseguidas mediante outras práticas tais como aumento da arrecadação, redução de gastos desnecessários, etc., e nunca com medidas desse caráter. Caso tal prática se mostre reiterada, o que inicialmente seria uma solução, pode prejudicar outras áreas da atuação estatal que se verão tomadas de assalto com freqüência sem que possam se organizar. Este remanejo de recursos deve ser feito pautado nos princípios constitucionais e na eleição de prioridades, devendo ser fundamentado por escrito, pois de tal atitude resultará a lesão a outros direitos. A fundamentação servirá para se verificar posteriormente a sua legalidade.

A eleição de prioridades é a principal ferramenta utilizada para o remanejo de verbas públicas. Em virtude da fundamentalidade das prestações fornecidas a título de direitos sociais, deve-se ter em mente que o seu não fornecimento à população pode causar, em alguns casos, um prejuízo irreparável ao cidadão. Cabe então uma realocação de recursos de outras áreas no intuito de implementar os direitos sociais. Deve-se ficar atento que em nosso país tal situação já deixou de ser excepcional e se tornou cotidiana. O que nos leva a raciocinar que se é uma demanda constante deve-se então aumentar a destinação de recursos e não o remanejo feito pelo administrador. Assim, deve o Executivo, em acordo com o Legislativo, estudar a proposta de uma maior verba para aquela área específica ou a criação de tributos com a finalidade de aumentar os recursos angariados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao observar os dispositivos constitucionais relativos ao direitos de segunda geração, verifica-se diversos dispositivos de proteção e de maximização da eficácia dos direitos sociais. Assim, os direitos fundamentais ocupam uma posição de supremacia dentro de nosso ordenamento jurídico, constituindo-os em cláusulas pétreas. Relativamente à eficácia das normas de conteúdo social, percebe-se que em sua grande maioria são apontadas como de eficácia limitada, programáticas, carente de regulamentação. Mesmo lhes faltando o complemento normativo necessário para o seu gozo, não são as mesmas destituídas de eficácia, posto que obrigam o legislador infraconstitucional a produzir uma lei regulamentadora, que observe a força paralisante constitucional, qual seja, o sentido conferido pelo autor constitucional.

Para conferir uma maior capacidade prática, o constituinte destinou ao inicial ao poder constituído a capacidade de outorgar máxima efetividade e aplicação direta dos direitos fundamentais. Foi de grande importância tal posicionamento de nossa Constituição, pois possibilitou uma proteção nunca vista em nosso constitucionalismo, gerando uma grande ferramenta de proteção aos direitos fundamentais. Além do mais, colocou os direitos fundamentais em um patamar elevado dentro de nossa Constituição, a chamada supremacia dos direitos fundamentais, devido à fundamentabilidade de seu conteúdo. Sendo assim, mesmo que decidisse o poder constituinte reformador abolir de nossa Constituição os direitos fundamentais não poderia, pois são os mesmos cláusulas pétreas. Mais importante que os avanços em matéria de direitos fundamentais é não perder as posições já conquistadas. Nesse esteio podemos falar do efeito “cliquet” e da vedação ao retocesso.

Outro ponto que demonstra a supremacia dos direitos fundamentais é o seu caráter objetivo e subjetivo. Devido ao caráter objetivo, todo o ordenamento gira em torno dos direitos fundamentais, posto que permeiam todo o sistema jurídico. Eles são o ponto principal do ordenamento jurídico brasileiro, além de gerarem direitos subjetivos aos destinatários. Esta assertiva é considera uma conquista grandiosa, pois conduz os atos da Administração a respeitar e efetivar os direitos fundamentais. Assim, mais que apenas distribuir benesses, tratou nossa Constituição de garantir meios e modos para que a política não corrompesse direitos valiosos fruto de uma longa e gradual evolução histórica.

Resta demonstrado que a atuação do Poder Executivo está bastante vinculada à atuação legislativa. Mas, ao passo que está restrito às ordens legislativas, possui uma discricionariedade com relação a administração das verbas públicas. Nessa zona de liberdade deve-se ter cuidado com as decisões políticas da administração, pois mesmo existindo liberdade de ação, em virtude do caráter objetivo e da supremacia dos direitos fundamentais, esta liberdade é limitada e deve estar em conformidade com a Constituição e com as leis. Relativamente ao Poder Legislativo, apesar de atuar sempre *in abstrato*, pode também frustar a eficácia da Constituição quando perpetra as omissões legislativas. Por sua vez, o Poder Judiciário, devido a sua importância para a garantia do Direito, foi aclamado ao vislumbrar suas funções potencializadas pelo Estado Democrático de Direito, assumindo o controle de constitucionalidade e o de conformidade dos atos estatais. Apesar de nossa Constituição garantir a separação dos poderes, é insofismável a latência legislativa para por em marcha a efetivação dos direitos fundamentais. Cresce, portanto, o Poder Judiciário, ao conceder injunções e cuidar para que n'alguns não pereça um bem maior, a dignidade da pessoa humana.

No que tange à administração dos recursos financeiros do Estado, todos os cidadão podem exercê-lo de diversas formas. A fiscalização é a grande solução contra a má administração de recursos públicos e a corrupção. Percebe-se que o grande problema da implementação dos direitos sociais não é a questão financeira, mas a ausência de vontade política para sua real efetivação. Apesar de serem direitos que demandam uma maior movimentação financeira, pois são direitos na sua maioria positivos, o que mais obsta sua implementação é a postura adotada pela administração e a corrupção devoradora do erário nacional. A impossibilidade financeira de efetivação dos direitos sociais é a conseqüência, e a corrupção e a má administração são a causa.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: < http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 13 maio. 2009

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1992.

FERREIRA, Luis Pinto. **Direito constitucional**. 12ª ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 1992/2007. Disponível em: < http://www.ibge.gov.br/series_estatisticas/exibedados.php?idnivel=BR&idserie=ECE304>. Acesso em: 13 maio. 2009

IBGE, Nacional por Amostra de Domicílios 1992/2006. Disponível em: < http://www.ibge.gov.br/series_estatisticas/exibedados.php?idnivel=BR&idserie=ECE353>. Acesso em: 13 maio. 2009

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 24ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança.** 26ª ed. atual. e comp. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. **Constituição e ineficácia social**. Curitiba: Juruá, 2008.

ROCHA, Rosália Carolina Kappel. **A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível**. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_V_novembro_2005/rosalia-eficacia.pdf>. Acesso em: 13 maio. 2009

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

Dentre outros doutrinadores estudiosos da classificação da norma constitucional podemos citar: Luis Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos e Maria Helena Diniz.

AÇÕES AFIRMATIVAS NO ENSINO SUPERIOR: O DIFÍCIL ENFRENTAMENTO DA EXCLUSÃO SOCIAL NO BRASIL*

ACCIÓN AFIRMATIVA EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR: UNA DIFÍCIL LUCHA CONTRA LA EXCLUSIÓN SOCIAL EN BRASIL

Hustana Maria Vargas

RESUMO

Este trabalho busca oferecer novos elementos para referenciar o debate sobre ação afirmativa pela via das cotas, introduzindo a questão da diferenciação interna entre carreiras no ensino superior. Utiliza dados socioeconômicos de estudantes de seis cursos de graduação para compreender seus perfis numa linha de tempo. Essa caracterização é o ponto de partida para se avaliar a pertinência e eficácia das políticas públicas visando a diminuição das desigualdades sociais pela via do ensino superior. Em comparação com outras propostas da vigente política educacional como PROUNI, REUNI ou variados tipos de bônus para ingresso no ensino superior, conclui pela superioridade do sistema de cotas, pela sua capacidade real de diminuir as desigualdades educacionais, objeto de atenção constitucional e condição essencial para a ampliação dos processos de inclusão social e da cidadania.

PALAVRAS-CHAVE: AÇÃO AFIRMATIVA, COTAS, ENSINO SUPERIOR, CIDADANIA.

RESUMEN

Le présent document vise à offrir de nouvelles preuves pour citer le débat sur l'action positive par le biais des quotas, en introduisant la question de la différenciation interne entre les carrières dans l'enseignement supérieur. Utilise les données socio-économiques des élèves dans six cours d'études supérieures pour comprendre leurs profils sur un scénario. Cette caractérisation est le point de départ pour évaluer la pertinence et l'efficacité des politiques publiques visant à réduire les inégalités sociales à travers l'enseignement supérieur. Comparé à d'autres propositions de la politique éducative actuelle comme PROUNI, REUNI ou différents types de bonus pour l'entrée à l'enseignement supérieur, fait valoir que la supériorité du système des quotas, par sa capacité réelle à réduire les inégalités dans l'éducation, l'objet de l'attention et la condition constitutionnelle pour l'expansion des processus d'inclusion sociale et la citoyenneté.

PALAVRAS-CLAVE: ACTION AFFIRMATIVE, QUOTAS, ÉDUCATION, CITOYENNETÉ.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 – O LUGAR DO ENSINO SUPERIOR NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Especialistas em economia da educação (Psacharopoulos e Patrinos, 2004) mostram que entre 30 e 50% da desigualdade salarial no país é explicada pela educação. Ela afeta a má distribuição de renda por dois motivos: pela elevada desigualdade educacional da força de trabalho e pela alta taxa de retorno à educação no país, medida pelo aumento de salário resultante de um ano adicional de estudo. Superpondo as vantagens, a taxa de ocupação cresce de 52% para 87% entre analfabetos e indivíduos que concluíram o ensino superior. Relações positivas entre anos de estudo e longevidade também são hoje estabelecidas, isolado o efeito renda (Néri, 2007).

A baixa mobilidade educacional é outro problema, na medida em que a chance de um filho de pai analfabeto também ser analfabeto é de 34%, enquanto essa probabilidade cai para 0,7% se o pai tiver completado ensino superior. Do outro lado, uma pessoa cujo pai seja analfabeto tem apenas 1,0% de chance de completar o ensino superior, contra uma probabilidade de 60% caso o pai tenha ensino superior completo. Especificando esses percentuais por cor, a chance de um estudante branco cujo pai tenha ensino superior completo alcançar a universidade é de 62,5%, caindo para 40% entre os estudantes negros.

Vêm na mesma direção as considerações de Schwartzman (2004): em períodos de estagnação econômica, a educação funciona sobretudo como um mecanismo de filtragem social, controlando o acesso a posições de autoridade, prestígio e riqueza:

> Ao invés de fonte de geração e distribuição de competências, a educação funcionaria, nestes casos, como mecanismo de distribuição e controle de credenciais que permitem ou não o acesso a posições socialmente vantajosas, determinadas pelas condições anteriores, ou "**capital cultural**" das famílias dos estudantes (grifo nosso). Quando isso ocorre, os aspectos formais e burocráticos da educação se tornam dominantes, reduzindo a relevância da formação técnica e profissional. As dimensões morais da educação também sofrem, com os valores do estudo, da cultura e da competência sendo substituídos pela manipulação crítica dos rituais para a distribuição de credenciais, ou transformados em estilos de vida e símbolos de *status* que discriminam contra os excluídos (Schwartzman, 2004, p. 482).

Pode-se objetar a essas considerações que a expansão corrente do ensino superior no Brasil [1] tende a diminuir o valor desses títulos. Porém, é justamente em meio a esse fenômeno, descrito por Boudon (1979) como "efeito perverso" na forma de declínio do rendimento do investimento escolar em nível superior, que se pode ainda observar uma relação positiva entre o nível de estudos e *status* ou salário. Nesse sentido também nos socorre Bourdieu, para quem "pode-se, sem paradoxo, afirmar que as

principais vítimas da desvalorização dos títulos escolares são aquelas que entram no mercado de trabalho desprovidas de diploma" (Bourdieu, 2002, p. 151).

Tal previsão é confirmada pelo relatório anual sobre educação da OCDE de 2007 (Portal, 2007). O documento destaca que o aumento da proporção de pessoas com ensino superior não representou uma redução das condições salariais das mesmas, já que recebem salários pelo menos 25% maiores do que as que terminaram o ensino médio em todos os países da OCDE. Além disso, mostra que a taxa de desemprego dos que concluíram o ensino superior é sete pontos percentuais inferior à dos que chegaram apenas ao segundo ano do ensino médio e cinco pontos inferior à dos que concluíram o médio. Embora reconhecendo que não se pode deduzir que as pessoas com ensino superior exerçam funções adequadas a suas competências, o relatório ratifica que as vantagens de sua posição não foram reduzidas por causa da massificação dos estudos universitários.

Inegável se torna, enfim, a compreensão do caráter limítrofe da educação e muito especialmente do **ensino superior** numa sociedade fechada, elitista e desigual como a brasileira. Configurando uma verdadeira zona de fronteira, a titulação superior em nosso país não pode deixar de ser compreendida como um bem de elevado valor simbólico, que proporciona retornos econômicos e de prestígio social diferenciados. Como fator de mobilidade social, sua oferta e gestão deve ser objeto da mais criteriosa política pública que se pretenda equânime e consciente do longo caminho a percorrer no sentido de ampliar a cidadania e promover inclusão social.

1.1 – DESIGUALDADES SOCIAIS E DESIGUALDADES EDUCACIONAIS

Esse desafio não pode ignorar a profunda diferenciação interna existente no campo do ensino superior. Há cursos mais e menos prestigiados, realizados em diferentes instituições quanto ao valor simbólico. Vale dizer: embora o título superior represente distinção social e econômica, como vimos, entre si possuem grande variabilidade no tocante aos retornos providos aos seus titulares.

Com relação à hierarquia dos cursos em nosso país, vários estudos (Setton, 1999; Schwartzman, 1998; Queiroz, 2004), oferecem uma tipologia. Importante destacar, sinteticamente, que independente do critério de hierarquização selecionado, encontraremos em seu plano superior profissões tradicionais como Medicina, Direito e Engenharia, tratadas como "profissões imperiais" desde o século XIX (Barbosa, 2003 e Coelho, 1999)[2]. E no plano médio ou inferior, carreiras relacionadas às Licenciaturas.

Os efeitos sociais do desprestígio destas carreiras têm sido bem observados no Brasil atual: professores do ensino básico com diploma superior ganham menos que a média da população com semelhante grau de instrução. Considerando os docentes sem ensino superior, a média salarial é inferior à da população total, conforme tabulação a partir da PNAD 2006 (SALÁRIO, 2008). Assim é que se verifica, provavelmente relacionada a esse fato, a carência de quase 250 000 docentes nas escolas públicas brasileiras, levando em conta as necessidades do segundo ciclo do ensino fundamental e do ensino médio em Física, Química, Biologia e Matemática (FALTAM, 2007). Não se pode dizer que estes docentes inexistam: estudo inédito do MEC mostra que com exceção das áreas de Física e Química, existem mais licenciadas do que a demanda para dar aulas em todas as salas carentes. A conclusão da pesquisa é que há formados em Licenciatura para suprir a demanda, mas eles optam por outros empregos (FALTA, 2007).

A composição social dos diferentes cursos reflete e realimenta essa hierarquia. Desde o vestibular, até o exame do perfil dos concluintes, o que salta à vista é a impregnação da condição socioeconômica na distribuição dos cursos e suas clientelas. No texto "A diferenciação do ensino superior no Brasil", de 1990, Schwartzman (1990, p. 15) considera que:

> Escolher uma carreira, no Brasil de hoje, tem pouco a ver com "vocações" e simples preferências pessoais, e muitíssimo com as condições pessoais e sociais que condicionam esta escolha. Nenhuma política governamental sobre o ensino superior brasileiro pode ser conduzida sem tomar em conta as implicações deste fato.

Os anos 90 trouxeram, junto com a primeira avaliação do ensino superior – o Provão -, um vasto repertório de informações sobre o perfil socioeconômico do graduando no Brasil. Destacamos inicialmente os dados do questionário socioeconômico de 2003 sobre **cor** e **curso**: não apenas os brancos estão mais presentes na universidade que sua representação na sociedade em geral (são 52% dos brasileiros, mas na educação superior somam 72,9%), como ocupam boa parte dos cursos com maior interesse de mercado. Neste ano, os dez cursos de graduação com maiores percentuais de estudantes **brancos** foram: Arquitetura (84,5%), Odontologia, (81,1%), Medicina Veterinária (80,9%), Engenharia Mecânica (80,6%), Farmácia (79,9%), Direito (79,4%), Jornalismo (78,4%), Administração (78,4%), Psicologia (78,1%) e Medicina (77,7%). De outro lado, a presença de **negros** nestes mesmos cursos foi: Arquitetura (1%), Odontologia (0,8%), Medicina Veterinária (1,1%), Engenharia

Mecânica (2,3%), Farmácia (1,2%), Medicina (1%), Jornalismo (3,2%), Psicologia (2,2%), Direito (2,4%) e Administração (2,2%). A representação percentual de negros na sociedade, segundo o IBGE, é de 5,9% (MEC/INEP, 2003).

Mais recentemente, relatórios sobre o ENADE 2006 davam conta de que nos cursos de Formação de Professores aparece a maior proporção de alunos negros e com a menor renda, em oposição às engenharias e aos cursos da área médica, que apresentaram a menor presença de estudantes pobres e não brancos [3].

> A maior proporção de negros e pobres nos cursos de formação de professor e a pequena presença deles nas áreas médicas e de engenharia têm forte correlação com o grau de dificuldade para entrar nos cursos e acaba tendo reflexo também no rendimento salarial futuro. Medicina e engenharia, onde a relação candidato/vaga é quase sempre maior do que nas áreas de formação de professores, são também os cursos que trazem maior retorno financeiro. Segundo pesquisa do Observatório Universitário a partir do Censo 2000, de 20 áreas comparadas, os trabalhadores que se formaram em medicina e engenharia apresentavam maior rendimento médio: R$6.706,00 e R$5.731,00, respectivamente. Com menor rendimento, apareceram os trabalhadores formados em pedagogia (R$1.794,00) e educação física (R$2.172,00) (Góis, 2007, p. C1).

Resultado semelhante encontrou na pesquisa "Jovem negro e universidade pública: contexto e desafios" (Araújo e Silva, 2007), com alunos do curso de Pedagogia da USP. Eis que a escolha deste curso não se apresentou como primeira opção para nenhum dos entrevistados, tendo sua decisão se orientado basicamente pela nota de corte.

Essa face externa do desprestígio de carreiras como as Licenciaturas tem uma contrapartida no interior das instituições de ensino superior, onde esses cursos são igualmente desprestigiados. Comparando-se as instalações físicas, o número de docentes por aluno, os turnos em que os cursos são oferecidos, os recursos para pesquisa – verificam-se distâncias hierárquicas entre as várias escolas dentro de uma universidade, por exemplo. Em debate sobre a democratização do *campus* realizado pelo INEP, um dos palestrantes afirma: "o poder universitário está investindo internamente muito mais nos cursos nos quais a elite opta por estudar. Já nos cursos que têm mais pobres, não há investimentos sérios" (Santos, 2005, p. 83). De outro lado, um aluno de química do turno da noite na UFMG assim depôs sobre esse ponto: "a política da UFMG camufla a realidade que, de fato, não há iniciativas sérias para promoção da inclusão social. À noite não há palestras, seminários, cursos. Nossa formação fica restrita à grade obrigatória. As bibliotecas fecham e tenho dificuldade para pegar os livros. Tudo é muito mais difícil" (REDE, 2006).

Em seguida, destacamos estudos sobre **origem no ensino médio – público ou privado e cursos**. Embora o relatório-síntese do Provão 2003 noticiava a presença, no curso de Medicina, de 9,9% de graduandos egressos do ensino público, Nunes (2004) refinou essa composição demonstrando que nos cursos de Medicina das **federais** essa taxa é de apenas 1,7%. Da mesma forma, enquanto aquele relatório afirmava que "em média o percentual de alunos das instituições de ensino superior (IES) públicas que freqüentaram o ensino médio em escolas públicas é levemente superior à média dos que freqüentaram IES privadas" (MEC/INEP, 2003), outros estudos (Nunes, Martignoni e Carvalho, 2004) mostraram que, em **instituições federais** de ensino verifica-se maior presença de egressos do ensino médio público apenas nos cursos de **Licenciatura** e **Contabilidade**. Nesse sentido, o acesso ao ensino superior público no Brasil, foi calculado por economistas pelo índice de Quase-Gini [4] 0,66, indicando que este acesso é pior distribuído que a renda das famílias (Barros e Fogel, 2001).

2 – POLÍTICA EDUCACIONAL PARA O ENSINO SUPERIOR

A despeito do crescimento de matrículas no ensino superior nos últimos anos, o Brasil conta com apenas 12% de jovens neste nível de ensino. Sensível a estas carências duplamente numérica e social, o governo elaborou um Plano Nacional da Educação (PNE), com vigência decenal. Dentre suas metas destacam-se: a) prover, até 2011, a oferta deste nível educacional para pelo menos 30% da faixa etária entre 18 e 24 anos e b) criar políticas que facilitem às minorias, vítimas de discriminação, o acesso à educação superior, através de programas de compensação de deficiências de sua formação escolar anterior, permitindo-lhes, desta forma, competir em igualdade de condições nos processos de seleção e admissão a esse nível de ensino.

Sem dúvida, este Plano converge com a principiologia de nossa Constituição sobre o tema. Em sintonia com o momento de abertura política, o texto propõe a incorporação de sujeitos historicamente excluídos do direito à educação, pela "igualdade de condições para o acesso e permanência na escola" (art. 206, I). Estabelece também, no artigo 208 inciso V, que o dever do Estado com a educação será efetivado por meio da garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. Associam-se a estas remissões os artigos iniciais da CRFB, especialmente o 1º e o 3º, que tratam dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil. Destacam-se, dentre os fundamentos, a soberania e a cidadania, e dentre os objetivos: construir uma sociedade livre, justa e solidária;

erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Salientemos também o art. 6º, que enuncia os direitos sociais, colocando como primeiro deles a educação.

No entanto, o ritmo da expansão do ensino superior vem declinando a partir de 2003, o que motivou o governo, de forma a implementar as metas do PNE, a adotar uma série de políticas, dentre elas: a criação do PROUNI [5], do Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI) [6] e preconizando uma política de cotas [7].

Tais políticas não escaparam a um intenso processo de interlocução com a sociedade, que se dividiu em diferentes posições acerca desse acesso expandido ao ensino superior. Relembremos com Pérez-Luño (2005, p.90), que os direitos sociais são fins de ação do Estado e não limites de ação do Estado, pois são frutos de intervenção estatal no campo econômico e social, razão pela qual adquirem um significado polêmico quando se trata de desigualdades sociais e tensões sociais.

Dentre aquelas posições, Almeida (2007) destaca: a) os **críticos ou detratores** do vestibular, que não vendo nenhuma possibilidade de melhorar ou aperfeiçoar seu formato, defendem o seu fim, alegando que se trata de um mecanismo excludente. Defensores dessa posição são o MSU (Movimentos dos Sem Universidade) e intelectuais e professores de algumas universidades públicas, defendendo, por exemplo, o sistema de sorteio; b) os **remodeladores**, propondo aperfeiçoamentos e revisões visando diminuir efeitos danosos do formato tradicional. Um primeiro subgrupo propõe mudanças na forma do processo seletivo ao diluir a época da seleção. Trata-se da avaliação seriada, ou seja, as provas seriam feitas ao longo do ensino médio. Instituições como a Federal da Paraíba, de Ouro Preto e de Santa Maria, além da Universidade de Brasília [8], adotaram o formato. Um segundo subgrupo propõe um modelo híbrido, combinando o vestibular existente com acréscimo de pontos na nota dos estudantes oriundos da escola pública e/ou negros para melhorar sua probabilidade de sucesso na obtenção das vagas. Trata-se do sistema de **bonificação ou pontuação acrescida**. Exemplo é o sistema adotado pela Universidade de Campinas, ou o desenvolvido na Universidade de São Paulo, o INCLUSP [9]. Entende-se que não deva existir a reserva da vaga e, sim, que os grupos em desvantagens possam ganhar pontos extras para realizar uma disputa mais equilibrada; c) os refratários a políticas como cotas ou bônus, geralmente formado por professores e intelectuais de várias universidades públicas brasileiras, argumentando que o melhor caminho seria a

melhoria do ensino básico público, mas dentre eles alguns propondo um aprimoramento das condições de disputa dos alunos de baixa renda e egressos da escola pública mediante a **preparação em cursinhos comunitários** e, finalmente, d) os defensores da **reserva de vagas por meio de cotas sociais para alunos oriundos das escolas públicas, cotas com o corte racial** e, também, a combinação de **ambos os critérios**.

As iniciativas mais contestadas, no bojo das políticas de ação afirmativa, são as cotas [10]. De fato, se bem sucedidas, incidirão sobre um padrão de reprodução social secular em nosso país – o que já exaspera aqueles que dele se beneficiam. A dificuldade do sistema brasileiro em absorver preceitos igualitários e universalistas pode ser compreendida em razão da estrutura hierárquica da sociedade brasileira, que se reproduz nas interpretações jurídicas, servindo para justificar e manter o *status* hierárquico social, gerando um déficit de direitos de cidadania. A esse respeito, Bello (2008) considera que a preponderância dos valores sociais ou individualistas dependerá sempre da disputa de sentidos sobre as normas constitucionais, especialmente no campo sócio-político, onde se determinará "o que", "para quem" e "como" serão efetivadas em termos de direitos fundamentais.

No caso das cotas, verifica-se maior aceitação para o ensino público que para cor. Há que se refletir em profundidade sobre o caso. Vieira (2009) considera que muitos setores que se posicionavam contrariamente às políticas de ação afirmativa, hoje se mostram "simpáticos" a iniciativas desta natureza, mas apenas quando se tratam de ações que tenham como público alvo deficientes físicos, mulheres, indígenas e egressos de escolas públicas. Entretanto, mantêm críticas contundentes aos programas que incidem sobre a dimensão racial das políticas afirmativas de direitos, embora eles sejam calçados igualmente no reconhecimento público das diferenças, neste caso, a racial. Esta divisão foi evidenciada e bem caracterizada pela publicação, em nosso país, de dois manifestos. Um contra a política de cotas raciais, entregue à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado, que analisa os Projetos de Lei 73/1999 sobre cotas nas universidades federais e 3.198/2000 que cria o Estatuto da Igualdade Racial, prevendo cotas nos serviços públicos e incentivos às empresas que reservarem vagas aos afro-descendentes. O outro manifesto, a favor das cotas e do Estatuto, contou com mais assinaturas e também foi entregue à comissão.

O marco para entrada desse tema no debate nacional parece ser os estudos publicados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) no início dos anos

90, demonstrando a posição desfavorável da população negra em relação à branca. Estes estudos passaram a nortear as políticas públicas voltadas a reverter as estatísticas que indicavam posições desfavoráveis da população afro-descendente na estrutura social brasileira (Matta, 2009).

Ferreira (2008) historia o processo de escolarização dos negros no Brasil, dentro dos limites da escravidão a eles imposta. Destacamos, desse histórico, o decreto imperial de 1854 que impedia a freqüência de escravos às escolas públicas do Rio de Janeiro. Na Bahia decretos semelhantes datam de 1862, 1873 e 1881. Documentos atestam que por volta do ano de 1872 o índice de alfabetizados entre os escravos era praticamente nulo. No caso das mulheres, havia uma escrava alfabetizada para mil mulheres adultas. No tocante aos homens, em cada mil, dois possuíam algum conhecimento letrado.

Ecos desse *status quo* são percebidos até hoje. Ilustramos com um estudo sobre taxa de sucesso no vestibular de uma importante universidade federal fluminense. Nele verificou-se (Brandão, 2009) que o fato de ser preto leva o candidato a ter uma taxa de sucesso menor que os oriundos de escola pública, de famílias com até três salários mínimos e que aqueles que possuem pai ou mãe com o ensino fundamental incompleto. Para além das origens propriamente socioeconômicas do problema, conclui o autor, há o que os pedagogos chamam de distribuição diferencial do afeto no ensino fundamental. Ou seja, por conta da lógica cultural que aponta o branco como modelo estético e comportamental, os professores tenderiam a ter menor afetividade com os alunos pretos e pardos, o que impactaria sua trajetória escolar desde o início dos processos educacionais.

Tudo isso considerado, nos propusemos a tarefa de investigar empiricamente, como estaria se dando o ingresso de estudantes em diferentes carreiras do ensino superior, com o intuito de avaliar se as políticas educacionais em curso têm propiciado a democratização preconizada nos documentos oficiais. Especificamente nos interessa verificar o ingresso por cor e origem no ensino médio, objeto das políticas de cotas em disputa.

3 – PRESENÇA DE BRANCOS E EGRESSOS DO ENSINO MÉDIO PRIVADO EM GRADUAÇÕES DE MAIOR E MENOR PRESTÍGIO SOCIAL: UMA NOVA ABORDAGEM PARA COTAS

Empreendemos estudo através dos Microdados dos últimos anos do Provão [11] – 2000 a 2003 - em que seis cursos de graduação realizaram simultaneamente aquele exame. Segundo as tipologias referidas, metade destes cursos possui alto prestígio social - Medicina, Engenharia e Direito - e a outra metade, baixo prestígio social - Biologia, Matemática e Letras. Do questionário socioeconômico respondido pelos concluintes, destacamos as variáveis cor e origem do ensino médio. Para efeitos de melhor visualização em gráfico, selecionamos as opções de maior expressão numérica, conforme identificamos em estudo exploratório prévio: branco e ensino médio privado.

Estabelecemos um recorte territorial para esse estudo, o Estado do Rio de Janeiro. Justifica-se: é o Estado que conta com o maior número de pré-vestibulares populares [12] no país (Honorato, 2007; Klein, Fontanive e Carvalho, 2007). É também o Estado que mais incorpora negros no ensino superior na região, bem como é o Estado com maior taxa líquida de escolarização da região sudeste [13]. Finalmente, trata-se de Estado que conta com muitas instituições públicas de ensino superior [14].

Essas características podem falar a respeito de um espaço educacional mais maduro e politizado, já tendo incorporado um número acima da média nacional de estudantes. Tal fato poder ser interessante porque não se trata de um Estado que deverá vivenciar, nos próximos anos, um salto ou uma grande modificação no perfil do ensino superior. Essa situação permitiria auxiliar na projeção da meta de ampliação de matrículas no nível nacional, porque pode estar captando o que seria uma tendência em termos de ingresso no ensino superior, sem os efeitos das políticas governamentais. Assim, a análise dessas políticas se faria de forma mais conseqüente sobre um Estado que estivesse manifestando uma dinâmica social não induzida, o que poderia ser benéfico para o planejamento dessa indução. Em outras palavras: de forma espontânea, como essa expansão tem se dado? Tem atendido os critérios de diminuição das desigualdades sociais? Caso contrário, que tipo de política educacional melhor se adequaria a este propósito?

A esse respeito, julgamos relevante priorizar o estudo sobre a caracterização por cor e origem do ensino médio em instituições públicas do Estado, *locus* específico da política de cotas. Nossa questão ficou, então, assim: como se caracteriza e evolui a presença de brancos e egressos do ensino médio privado em seis cursos de graduação entre os anos de 2000 e 2003, em instituições públicas no Estado do Rio de Janeiro?

Havendo diminuição de alunos com estas características, estaríamos diante de um processo de inclusão de novas frações sociais no ensino superior. Em outras palavras,

caso houvesse inclusão de egressos do ensino médio público e de não brancos, convergindo portanto com os ditames de uma sociedade igualitária, observaríamos **linhas declinantes** nos gráficos. De forma geral, não foi o que se verificou.

Gráfico 1: Egressos do ensino médio privado no ensino superior público em carreiras selecionadas - 2000/2003 – Rio de Janeiro

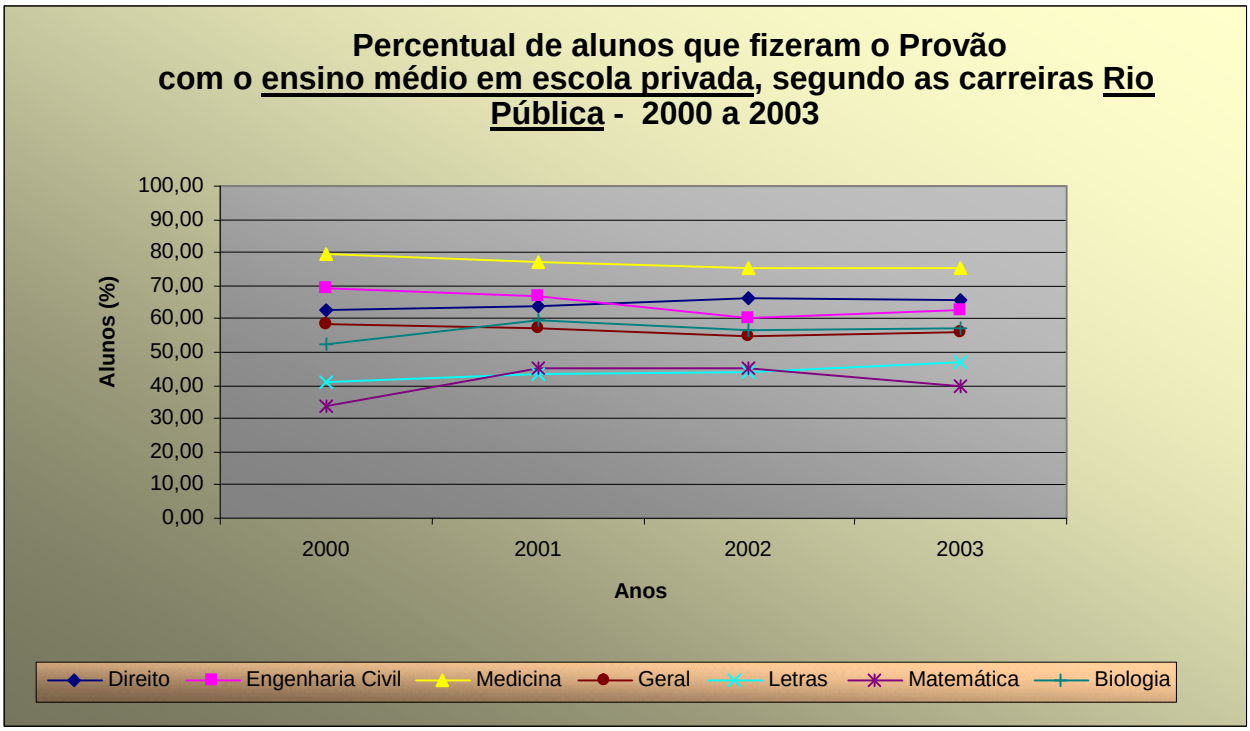

Fonte: Microdados Provão MEC/INEP

Observamos, em primeiro lugar, a severa hierarquia de carreiras demarcada pelo agrupamento das "carreiras imperiais" acima da linha "Geral" [15] e as demais carreiras, abaixo. A maioria inconteste dos graduandos dos cursos de alto prestígio é oriunda do ensino médio privado. A segunda evidência é que, mesmo em meio a um processo de expansão, não se observa uma tendência de inclusão de egressos do ensino médio público expressiva.

Gráfico 2: Brancos no ensino superior público em carreiras selecionadas – 2000/2003 - Rio de Janeiro

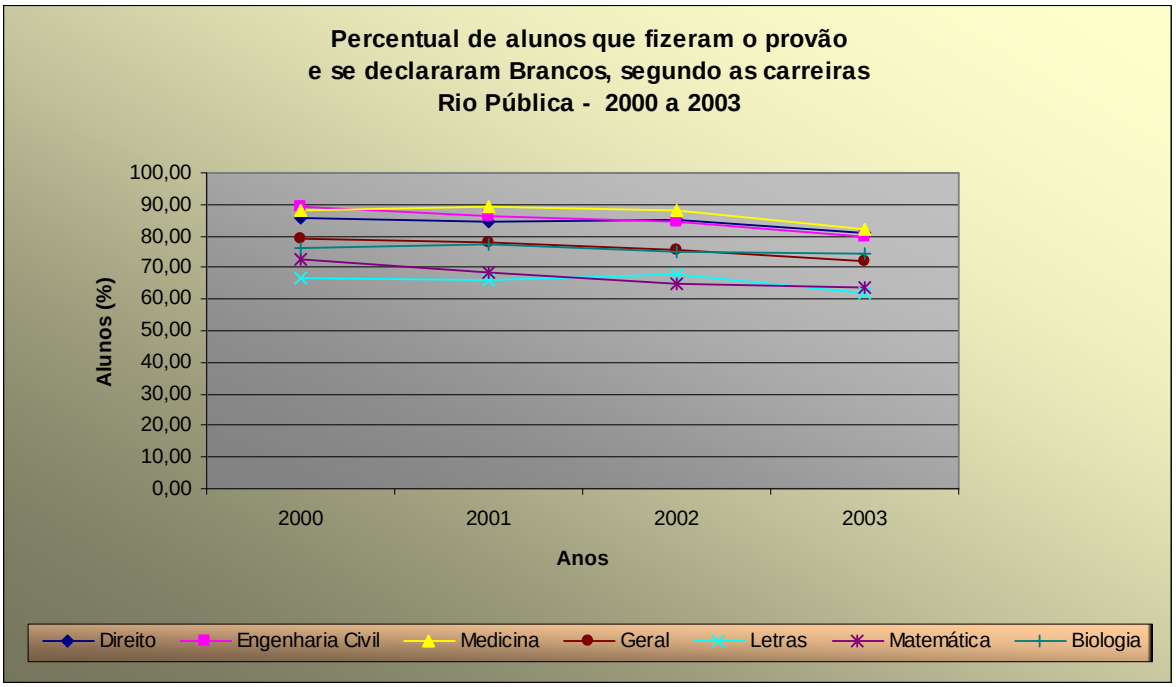

Fonte: Microdados Provão MEC/INEP

Restaram evidenciados: a) da mesma forma, a linha "Geral" aparece no meio dos cursos de alto e baixo prestígio, patenteando uma divisão de ambos em dois grupos estanques, b) elevada presença de brancos em todos os cursos, mais acentuada nos de alto prestígio, c) discreta tendência de inclusão de não brancos ao longo dos anos, a qual deve ser observada com cuidado, vez que a autodeclaração de não branco tem aumentado ao longo dos anos em nosso país e finalmente, d) que a proporção de brancos é ainda maior, em todos os cursos, que a de egressos do ensino médio privado.

CONCLUSÃO

Os dados asseveram o caráter profundamente elitista do ensino superior brasileiro, acentuado por uma quase impermeável hierarquia de carreiras. O que inferimos é que as características de origem social de parcela da população não são suficientes *de per si* para viabilizar o propósito de democratização do ensino superior, especialmente quando se considera uma distribuição entre cursos de maior e menor prestígio social, confirmando, ainda no terceiro milênio, a marca do elitismo no ensino superior, da desigualdade social arraigada e manifesta numa impermeável hierarquia de carreiras. Milton Santos e Maria Laura Silveira (2000) alertavam sobre este ponto: como será enfrentada a questão da variedade e da qualidade da oferta? Esse desafio é central, na medida em que nossa sociedade não deveria tolerar que se prolongue a

situação atual de oferta de educação segundo a capacidade econômica das famílias. Essa situação é tal que os cidadãos já se instalam na nação com um destino predeterminado, discriminados *ab initio*, desde logo condenados a uma certa quantidade e qualidade de educação. Na avaliação de Santos e Silveira, "importante frisar que a superação do *handicap* da herança sócio-cultural pode depender de medidas compensatórias, e estas são do âmbito do poder público" (Santos e Silveira, 2000, p. 47).

Descortina-se, aqui, um irrevogável aspecto *jurídico-constitucionalista*. Os opositores às cotas argumentam que a reserva de vagas afronta a Constituição Federal no quesito ligado à igualdade formal. Os favoráveis apelam para o princípio que rege as políticas de ação afirmativa ou discriminação positiva, o qual propõe "tratar desigualmente os desiguais", sob pena da igualdade formal própria do capitalismo virar cada vez mais uma fábula. São, assim, posturas conflitantes dentro do liberalismo político entre suas correntes "universalista" e "diferencialista".

Examinando ações que questionavam o sistema de cotas nas universidades do Rio de Janeiro no TJRJ, Ferreira (2008) identificou, dentre as 28 existentes em 2005, que a maior parte dos pleitos apresentava erros de fundamentação, caracterizando assim a incompatibilidade do pleito ou ausência de verossimilhança. Podemos entender esse fato como uma grita desesperada e desfocada contra a possível perda de lugares sociais cristalizados na história pátria. Apenas um terço, ou sete demandas, apresentava mérito jurídico. Dentre elas, três obtiveram êxito pelo reconhecimento da **afronta ao princípio da isonomia pela lei**. Outros três casos foram amparados pelo **princípio da razoabilidade**. Apenas um caso obteve o reconhecimento de que a desigualdade deve ser combatida mediante a implantação de políticas especiais, que sendo legais, **não ferem o princípio da isonomia.** Observa-se que uma quantidade considerável de sentenças aceitou o principio da inconstitucionalidade da lei, o que significa taxar como inconstitucional a promoção de políticas afirmativas.

Ora, mediante o que os dados nos têm apontado, entendemos que dentre as políticas públicas intentadas para ampliar o acesso ao ensino superior e dentro dele diminuir suas desigualdades, apenas a política de cotas poderá produzir os efeitos desejados, vez que obriga as instituições a uma reserva de vagas **em todas as carreiras**. Senão, vejamos: em comparação com a política de cotas, o PROUNI é de adesão voluntária pelas instituições, e sua eficácia tem sido colocada à prova, vez que semestralmente sobram vagas no programa. Além disso, proporcionam mais vagas em cursos de baixo prestígio social. Quanto ao programa REUNI, nitidamente tem

intensificado suas ações na direção de aumentar vagas também em cursos de baixo prestígio. Ou seja: não será a passagem pelos mesmos que proporcionará a mobilidade social suficiente para pensarmos no ensino superior coerente com o objetivo constitucional de diminuição da desigualdade social. Embora a implantação do REUNI e do PROUNI possam contribuir para o atendimento das metas quantitativas do governo, não se espere que operem uma mudança qualitativa no quadro social do ensino superior, onde mais egressos do ensino médio público e negros, por exemplo, conquistassem novas posições sociais através do amplo ingresso em carreiras de alto prestígio social, se assim o desejarem. Esta "cortina de fumaça" sobre a desigualdade educacional foi estudada por Bourdieu (2002) como o fenômeno dos "excluídos do interior" [16].

E dentre as possibilidades de cotas por cor e origem no ensino médio, verificamos que os não brancos são ainda subrepresentados no campus em relação aos egressos do ensino médio privado. Decorre desse fato que uma política de cotas que não leve em consideração a cor, poderá não levar às últimas conseqüências uma política inclusiva efetiva que propicie, em simultâneo, a ampliação da cidadania em nosso país.

Acreditamos, por isso, que estamos diante de um momento de inflexão em que, pela aplicação da política de cotas, mais essa artimanha de uma perversa estrutura social excludente pode ser enfrentada. Nesse sentido, seria absolutamente incoerente se justamente as instituições **públicas** de ensino superior não se alinhassem ao projeto de equalização da nação, não acolhendo, pelas cotas, categorias sociais sistematicamente alijadas das mesmas. Negar esse fato significa naturalizar e perpetuar a condição de subcidadania de parcela majoritária da população que hoje pleiteia desvalida seu ingresso no ensino superior, notadamente em carreiras de prestígio.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Wilson Mesquita de. Ampliação do acesso ao ensino superior público no Brasil: posições em disputa. **32º Encontro Anual da Anpocs.** Caxambu, 2007.

ARAÚJO, Elaine Sampaio e SILVA, Aline Maria da. Jovem negro e universidade pública: contexto e desafios. In: GRACINDO, Regina Vinhaes (org.) [et al]. **Educação**

como exercício de diversidade: estudos em campos de desigualdades sócio-educacionais. Brasília: Liber Livro Ed., 2007.

BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira. As profissões no Brasil e sua sociologia. In: **Dados**. Rio de Janeiro, v. 46, n. 3, 2003.

BARROS, Ricardo Paes de e FOGUEL, Miguel Nathan. **Focalização dos Gastos Públicos Sociais em Educação e Erradicação da Pobreza no Brasil.** Disponível em http://www.inep.gov.br/download/cibec/2001/em_aberto. Acesso em 14 jul 2008.

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do **CONPEDI** – Salvador, **2008.**

BOURDIEU, Pierre. Classificação, desclassificação, reclassificação. In: NOGUEIRA, Maria Alice e CATANI, Afrânio. **Escritos de educação**. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. (Coord.). **A miséria do mundo**. Petrópolis: Vozes, 1997.

BRAGA, Mauro Mendes, PEIXOTO, Maria do Carmo L., BOGUTCHI, Tânia F. A demanda por vagas no ensino superior: análise dos vestibulares da UFMG na década de 90. **23ª Reunião da ANPED**. Caxambu, 2000. Disponível em http://www.anped.org.br/reunioes/23/textos/1110T.PDF. Acesso em 12 jun. 2005.

BRANDÃO, André. Indicadores de sucesso no vestibular e desigualdades raciais. **XIV Congresso Brasileiro De Sociologia**. 28 a 31 de julho de 2009, Rio de Janeiro.

ERNESTO, Luciene Marcelino. **Cotas Raciais: a jurisprudência do Amicus Curiae e seu impacto na implantação de ações afirmativas para as(os) negras(os) no Brasil**. 2006. Disponível em www.iara.org.br/pesquisa. Acesso em 23 jul. 2008.

FALTA quem queira ser professor. **O Estado de São Paulo**, 15 out. 2007, p. A16.

FALTAM 246 mil docentes no nível médio. **O Estado de São Paulo**, 3 jul. 2007, p. A15.

FERREIRA, Maria Onete Lopes. Ideologia, desigualdade, discriminação de cor e pobreza numa perpectiva histórica: elementos para a compreensão da ação afirmativa no Brasil de hoje. **II Seminário Internacional de Direitos Humanos, violência e pobreza.** Rio de Janeiro, 2008.

HONORATO, Gabriela de Souza. **Desigualdades escolares e reconhecimento: estratégias de acesso ao ensino superior e ação política**. XIII Congresso Brasileiro de Sociologia. Recife-PE, junho de 2007. Disponível em http://www.sbsociologia.com.br/congresso_v02/papers/GT7. Acesso em 31 ago. 2007.

KLEIN, Ruben, FONTANIVE, Nilma and CARVALHO, José Carmello Braz de. O desempenho de alunos dos cursos pré-vestibulares comunitários no ENEM 2006: análise de um possível impacto da capacitação de professores. 2007. **Ensaio: avaliação e políticas públicas em Educação.** Disponível em http://www.scielo.br/cgi-bin/wxis.exe/iah/scielo. Acesso em 15 jan. 2208.

MATTA, Ludmila Gonçalves da. Cotas raciais: acentuação do racismo ou inclusão social?

Uma problematização da política de cotas no Brasil. **XIV Congresso Brasileiro De Sociologia**. 28 a 31 de julho de 2009, Rio de Janeiro.

MEC/INEP. **Provão 2003. Resumo técnico**. 2004. Disponível em http://download.inep.gov.br/ENC_PROVAO/resumo_tecnico_2003.pdf. Acesso em 05 jun. 2004.

NERI, Marcelo. **Equidade e eficiência na educação: motivações e metas.** 2007. Disponível em http://www4.fgv.br/cps. Acesso em 2 abr. 2007.

NUNES, Edson et al. Educação, quotas e participação no Brasil. Documento de trabalho nº 33. **Observatório universitário.** Julho de 2004. Rio de Janeiro: Databrasil - Ensino e Pesquisa/UCAM. Disponível em http://www.observatoriouniversitario.org.br/principal.htm. Acesso em 8 out. 2005.

NUNES, Edson, MARTIGNONI, Enrico e CARVALHO, Márcia Marques de. Perfil dos Egressos, Quotas e Restrições: uma observação da educação superior no momento de sua reforma. Documento de trabalho nº 32. **Observatório universitário**. Julho de 2004. Disponível em http://www.observatoriouniversitario.org.br/principal.htm. Acesso em 8 out. 2005.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución.* Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

PNAD 2006. Disponível em www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf_release/18**Pnad**_Primeiras_Analises_**2006**.pdf. Acesso em 23 jul. 2008.

Portal UOL Educação, 2007. **Pessoas com ensino superior ganham pelo menos 25% a mais.** Disponível em http://noticias.uol.com.br/educacao/ultnot/ult105u5852.jhtm. Acesso em 23 nov. 2007.

PSACHAROPOULOS, George e PATRINOS, Harry. Returns to investment in education: a further update. Apud FERREIRA, Sérgio Guimarães e VELOSO, Fernando. **Mobilidade intergeracional de educação no Brasil**. Pesquisa e Planejamento Econômico. IPEA, v. 34 n.3, dez. 2004. Disponível em http://ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/80/55. Acesso em 02 ago. 2006.

QUEIROZ, Delcele Mascarenhas. **O negro e a universidade brasileira**. 2004 Disponível em http://www.historia-actual.com/HAO/Volumes/Volume1/Issue3/esp/v1i3c8.pdf. Acesso em 28 ago. 2006.

REDE pública dificulta acesso. **Estado de Minas**, 26 nov. 2006, p. 26.

SANTOS, Frei Davi. **Democratização no *campus*: Brasília, 25 e 26 de outubro de 2005** / Organização: Dilvo Ristoff e Palmira Sevegnani. – Brasília: INEP, 2006.

SANTOS, Milton e SILVEIRA, Maria Laura. **O ensino superior público e particular e o território brasileiro**. Brasília: ABMES, 2000.

SCHWARTZMAN, Simon. **O ensino superior no Brasil, 1998**. AIR Brasil – Pesquisa e Consultoria em Recursos Humanos e Políticas Públicas. 1998. Disponível em http://www.schwartzman.org.br/simon/pdf/lobo.pdf. Acesso em 3 ago. 2004.

SETTON, Maria da Graça Jacintho. A divisão interna do campo universitário: uma tentativa de classificação. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**. Brasília, v. 80, n. 196, p. 451-471, 2002.

STF. Disponível em www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp. Acesso em 23 jul. 2008.

USP aponta auto-exclusão de estudantes carentes. **Folha de São Paulo**, 29 mar. 2004, p. C4.

VIEIRA, Paulo Alberto dos Santos. Políticas de ação afirmativa no Brasil: consensos e controvérsias em torno das cotas raciais. **XIV CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA**. 28 a 31 de julho de 2009, Rio de Janeiro, RJ.

---

[1] Saltamos de aproximadamente 1.500.000 matrículas no ensino superior em 1980 para aproximadamente 5.000.000 em 2007.

[2] Verifica-se que mesmo com a oferta de novos cursos e perdendo peso entre os inscritos, essas três carreiras ainda são as mais procuradas no vestibular da USP. **Folha de São Paulo**, 27 nov. 2005, p. C8.

[3] Pardos, pretos, amarelos e indígenas.

[4] Índice semelhante ao de Gini, elaborado para medir a concentração do acesso ao ensino superior público no Brasil.

[5] Lei 11096/2005. O PROUNI tem como finalidade a concessão de bolsas de estudos integrais e parciais a estudantes de graduação e cursos seqüenciais em instituições privadas. Como contrapartida, oferece isenção de alguns tributos àquelas que aderem ao Programa.

[6] Decreto 6096/2007, elaborado com a finalidade de reduzir as taxas de evasão, ocupar vagas ociosas e aumentar as vagas de ingresso, especialmente no período noturno.

[7] Na forma do Projeto de Lei 73/1999, que institui sistema especial de reserva de vagas, em apreciação no Congresso Nacional, com seus sucedâneos.

[8] Análise do caso da UnB identificou que os estudantes que ingressaram via vestibular apresentaram renda familiar menos concentrada nas categorias de mais alta renda, e que para os cursos mais prestigiados, não contribuiu para minimizar a reprodução da estratificação social na universidade. Pelo contrário, funcionou como um atalho para

que candidatos oriundos dos estratos socioeconômicos mais elevados ingressassem de forma mais rápida no ensino superior.

[9] Esse modelo parece não atender à expectativa de democratização do acesso à instituição na medida em que estudos (Braga, 2000) revelam o fenômeno da seleção prévia, pelos alunos, das instituições onde disputarão suas vagas. No caso da USP, por exemplo, o percentual de candidatos oriundos do ensino médio público continua insignificante, mesmo após a bonificação.

[10] Como a ADI 3330, que questiona o sistema de cotas para negros, indígenas, pessoas com deficiência e alunos da rede pública implementado pelo PROUNI. Ressaltemos que a ADI é um instrumento que objetiva contestar a legalidade de uma lei e/ou ato normativo municipal, estadual ou federal no STF. Sendo assim, a decisão proferida neste espaço é aplicável à toda a sociedade (Ernesto, 2006). Ainda: o atual ministro da educação, Fernando Haddad, ao justificar a política de corte de vagas em cursos mal avaliados pelo MEC, diz que: "preferiu começar a reavaliação do ensino superior pelo curso de direito porque precisava de jurisprudência favorável para enfrentar as instituições de ensino, e o direito é uma área da qual os juízes entendem". Disponível em www.folha.uol.com.br, de 25 mar. 2008.

[11] Em função do alto índice de evasão no ensino superior, julgamos que os dados do Provão são bastante adequados para o exame das políticas educacionais, posto que esse exame se realizava apenas entre **concluintes do ensino superior**, aqueles que venceram todas as barreiras. Dados sobre ingressantes ou "estudantes do ensino superior" de forma geral, podem produzir resultados ilusórios. Por outro lado, os dados do ENADE não nos permitem, ainda, um estudo em série para todas essas carreiras, posto que ele se realiza para diferentes áreas ano a ano. Vale dizer: para se constituir uma série de quatro anos, como constituímos a série do Provão, serão necessários 12 anos.

[12]Comunitários, para negros e carentes.

[13] Possui o maior número de graduandos na faixa etária compatível.

[14] UFRJ, UFF, UNIRIO, UERJ, UENF, UFRRJ, IME, dentre outras.

[15] A linha "Geral" representa a média de todos os cursos – e não apenas os seis destacados – que fizeram o Provão nos anos investigados.

[16] Analisando as transformações do sistema de ensino francês a partir dos anos 50, destaca que uma das maiores conseqüências foi o acesso de categorias até então excluídas da escola, como: pequenos comerciantes, artesãos, agricultores e operários, e que um dos efeitos mais paradoxais deste processo teria sido a descoberta, entre os mais despossuídos, das funções conservadoras da Escola pretensamente libertadora. A eliminação do estudante dentro do sistema desaparece, diluída no tempo e postergada para níveis subseqüentes de escolaridade. A escola passa a ser, entretanto, habitada por estudantes condenados a viver uma escolaridade fictícia, um simulacro de currículo, uma modalidade de seleção altamente eufemística, pois exclui de modo suave e sem traumas aparentes. Quanto ao ensino superior, mantêm em seu seio aqueles que exclui, relegando-os aos ramos menos valorizados. Por conseguinte, "esses excluídos do interior são votados a oscilar - entre a adesão maravilhada à ilusão que a escola propõe e

a resignação a seus veredictos, entre a submissão ansiosa e a revolta impotente" (Bourdieu, 2002, p. 224)

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DAS MINORIAS*

EL PAPEL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS

Jamile Coelho Moreno

RESUMO

Sob qualquer aspecto, ao analisarmos o processo de formação da sociedade brasileira (e dos demais países do novo mundo), visualizamos, como indispensável menção, o relevante papel dos grupos minoritários em relação ao restante da Sociedade. Não nos parece viável abordar o papel do Ministério Público sem antes, estudarmos mais acerca das chamadas minorias, da discriminação que esses grupos sofrem e, ato contínuo, dos instrumentos internacionais e as normas constitucionais que tutelam tais indivíduos. A legislação brasileira referente às minorias como um todo é, de certo modo, muito escassa. Com exceção das referentes aos índios, negros, e estrangeiros, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, leis específicas sobre os demais grupos minoritários, alvo de perseguições por parte de uma maioria. O Ministério Público tem se feito presente na construção de uma postura reivindicatória e participativa da sociedade. É necessário perseguir um modelo de defesa, segurança e assistência, que protege a todos, principalmente os mais necessitados de justiça. Todavia, a falta de especificação do mesmo no ordenamento jurídico pátrio leva, muitas vezes, à impunidade e à omissão do Estado, sendo certo que é justamente nessa esteira que se faz necessário um trabalho de educação e respeito de toda a sociedade, que também tem o dever de resguardar os direitos do próximo.

PALAVRAS-CHAVES: PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MINORIAS. DISCRIMINAÇÃO.

RESUMEN

En todo sentido, para examinar el proceso de formación de la sociedad brasileña (y de otros países en el nuevo mundo), considerado como esencial el importante papel de los grupos minoritarios en relación con el resto de la sociedad. No parece viable en el tratamiento de la función de Ministerio Público sin previa estudiar más acerca de las llamadas minorías, de los cuales estos grupos son objeto de discriminación, y acto continuo, los instrumentos internacionales y constitucionales para proteger a esas personas. La legislación brasileña relativa a las minorías es muy escasa. Con la excepción de referirse a los indios, los negros, y los extranjeros, no hay en Brasil leyes específicas sobre los otros grupos minoritarios objeto de persecución por la mayoría. El Ministerio Público lo ha hecho en la construcción de una reivindicatória actitud participativa de la sociedad. Es necesario llevar a cabo un tipo de defensa, seguridad y

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

asistencia, que protege a todos, especialmente los más necesitados de la justicia. Sin embargo, la falta de especificación en la legislación nacional conduce a la impunidad y el fracaso del Estado, dado que es precisamente esta línea que es necesario trabajar sobre la educación y el respeto de toda la sociedad, que también tiene el deber de proteger los derechos de los proximos.

PALAVRAS-CLAVE: EL PAPEL DEL MINISTERIO PÚBLICO. MINORÍAS. DISCRIMINACIÓN

1 Introdução

Não nos parece viável abordar o papel do Ministério Público sem antes, estudarmos mais acerca das chamadas *minorias*. Cabe a nós, enquanto estudantes e praticantes do Direito, promover a defesa de tais grupos não apenas no que tange aos direitos individuais e coletivos, mas também em face e em defesa dos interesses de todo o restante da população.

Por isso, fundamental analisarmos alguns aspectos básicos deste tema prévio.

Historicamente, sempre se fez presente uma cultura importada, baseada em valores estrangeiros, herdada dos colonizadores europeus, que aqui pouco queriam investir, mas somente queriam extrair riquezas, fazendo de nosso País um simples produtor de matérias-primas e produtos agrários. (NASCIMENTO, 2005, p. 120).

Com efeito, tivemos desde a formação de nosso país uma cultura escravagista, iniciada com a mão-de-obra indígena, depois pela negra e, porque não, já no começo do século XX, pela imigrante.

Ao longo dos tempos, é certo que muito desta cultura se esvaiu, mas não o suficiente para que determinadas práticas discriminatórias não se façam presentes.

Sabe-se que o Legislador Constituinte Originário cuidou de vedar quaisquer tipos de preconceito ou discriminação, explicitamente.

Todavia, na prática, tais vedações não se apresentam completamente eficazes, nem se resumem à previsão constitucional.

Após os dramáticos acontecimentos na Ex-União Soviética e na Ex-Iugoslávia, ou seja, após o colapso dos regimes comunistas, o tema *minorias* voltou a se destacar na agenda internacional, situação que não ocorria desde o período entreguerras (quando o debate se deu no âmbito da Liga das Nações).

Os condenáveis acontecimentos da Segunda Guerra Mundial ocasionaram o reconhecimento do vínculo existente entre o respeito à dignidade do ser humano e à paz. Da mesma forma, houve o reconhecimento de que as ordens jurídicas nacionais, sujeitas a alterações de acordo com o regime político atuante, não eram suficientemente eficazes

para tutela dos direitos dos indivíduos. Nesse esteio, a Carta das Nações Unidas estampa tais considerações e pode ser considerada como vetor para o ulterior processo de universalização dos direitos humanos.

Em prosseguimento, no ano de 1947, a Comissão de Direitos Humanos criou uma subcomissão com a finalidade de prevenção da discriminação e de proteção das minorias. Ao ver rejeitadas todas as propostas de definição do termo *minoria*, esta subcomissão decidiu, em meados da década de cinquenta, condensar suas atividades na prevenção da discriminação, restringindo-se a recomendar a inclusão de uma provisão referente à proteção de minorias nos instrumentos internacionais de direitos humanos a serem elaborados dali em diante.

Então, a visão preoponderante era a que os direitos das minorias estariam suficientemente protegidos pelo enfoque individual e universal que os direitos humanos assumiram no período pós-guerra. Esta visão, ao seu turno, fez com que, em meados da década de 50, o tópico *minorias* passasse a ser excluído da agenda internacional (WUCHER, 2000, p. 4).

De todo o contexto histórico de descolonização, que consagrou o princípio da não-discriminação, foi somente a partir da inclusão do artigo 27, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, que novamente abordou-se acerca do tema *minorias*.

Em 18 de dezembro de 1992, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou a Declaração sobre os Direitos de Pessoas que pertencem a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas.

Apesar de seu caráter jurídico e não-vinculativo, esta Declaração é considerada o instrumento de abrangência global mais generoso em termos de "discriminação positiva", vale dizer, a que mais confere direitos especiais às minorias. (PIRES, *apud* GABI WUCHER, 2000, p. 03).

A sobredita Declaração proíbe a discriminação com base na raça, no sexo, na língua e na religião. Porém, é omissa em relação à efetiva proteção das minorias. Assim, após o fim da estrutura bipolar do mundo, no âmbito da ONU, a Declaração de 1992 pode e deve ser considerada o marco inicial dos novos debates sobre as minorias.

2 Conceito de Discriminação

Discriminação é a prática de ato de distinção contra pessoa do qual resulta desigualdade ou injustiça, sendo essa distinção baseada no fato de a pessoa pertencer, de fato ou de modo presumido, a determinado grupo.

Nessa linha, importante colacionarmos as palavras de Elida Séguin:

Inicialmente, deve-se procurar o sentido das palavras discriminação, preconceito e intolerância. Discriminar é diferençar, distinguir, discernir, separar, especificar (Aurélio Buarque de Holanda). Sérgio Abreu afirma que a palavra discriminação surgiu no fim do século XIX, na França e na Alemanha, "utilizada na Psicologia, sem a idéia de

tratamento desigual", somente no século XX passou a ser ligada, "em matéria econômica e sobretudo no direito e na política, para as minorias e todas as formas de tratamento desigual".

No entender de Norberto Bobbio, por discriminação se entende uma diferenciação injusta ou ilegítima, porque vai contra o princípio fundamental de justiça, segundo o qual devem ser tratados de modo igual aqueles que são iguais. (2002, p. 108-109).

Nesse sentido, explica que

Num primeiro momento, a discriminação se funda num mero juízo de fato, isto é, na constatação da diversidade entre homem e homem, entre grupo e grupo. Num juízo de fato deste gênero, não há nada resprovável: os homens são de fato diferentes entre si. Da constatação de que os homens são desiguais, ainda não decorre um juízo discriminante.

O juízo discriminante necessita de um juízo ulterior, desta vez não mais de fato, mas de valor: ou seja, necessita que, dos dois grupos diversos, um seja considerado bom e o outro mau, ou que um seja considerado civilizado e o outro bárbaro, um superior (em dotes intelectuais, em virtudes morais etc.) e o outro inferior...Um juízo deste tipo introduz um critério de distinção não mais factual, mas valorativo. (IDEM)

Em prosseguimento, Bobbio concluiu que

A relação da diversidade, e mesmo a de superioridade, não implica as consequências da discriminação racial...Da relação superior-inferior podem derivar tanto a concepção de que o superior tem o dever de ajudar o inferior a alcançar um nível mais alto de bem-estar e civilização, quanto a concepção de que o superior tem o direito de suprimir o inferior. Somente quando a diversidade leva a este segundo modo de conceber a relação entre superior e inferior é que se pode falar corretamente de uma verdadeira discriminação, com todas as aberrações decorrentes. (IDEM)

A despeito da evolução das ciências, as pessoas quedaram-se silentes aos novos tempos, bem como à necessidade de aceitar seguimentos especiais ou diferenciados da sociedade, surgindo assim, o *preconceito.*

Desta forma, *preconceito* pode ser conceituado como

Conceito ou opinião formados antecipadamente, sem maior ponderação antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos, idéia preconcebida; julgamento ou opinião formada sem se levar em conta o fato que os conteste; prejuízo. (ABREU, *apud* SÉGUIN, 2002, p. 55)

O preconceito, por sua vez, está associado não só aos que são diferentes, mas também naqueles cuja ação do tempo os modifica. Nessa esteira, importante colacionarmos as palavras de Elida Séguin ao abordar sobre o mesmo tema:

[...] Para dar uma pálida idéia, o preconceito contra o idoso chegou a tal ponto que foi cunhada a expressão *etarismo.* Interessante observar que a questão está sendo revertida pelo mercado consumista: descobre-se que os menos jovens constituem uma possibilidade de consumo que deve ser explorada.

Não se pode deixar de consignar que o próprio grupo social aceita e cria uma estigmatização positiva a determinados comportamentos, como os delitos de trânsito, típicos da classe média. O motorista amador que provoca acidentes, muitas vezes evitáveis, é visto como uma vítima da fatalidade. São cidadãos respeitáveis que involuntariamente causaram danos, tão vítimas quanto suas vítimas, deconhecendo o grupo social que o comportamento gerador foi leviano, imprudente e inconsequente. É o grupo se auto-defendendo. A postura dos Tribunais vem sendo alterada para enxergar nos delitos de circulação um dolo eventual. (2002, p. 57)

Sobre esse aspecto, historicamente, desde o Código de Hammurabi, havia a previsão de castigos proporcionais ao mal causado, assim como fazia distinções nas penas de acordo com a classe social da vítima. Ou seja, ferir ou matar um escravo era menos grave do que alguém do clero.

Com o advento do Código de Manu, já não se levava em conta a classe da vítima, mas apenas a proteção dos valores dos brâmanes, cujo poder se encontrava no ápice dos demais poderes da sociedade Hindu.

A Lei das XII Tábuas, diferentemente dos demais, estebeleceu, ainda que provisioriamente, uma igualdade social inédita, excluindo do direito penal toda e qualquer distinção de classes sociais.

Importante distinguir o preconceito e a discriminação da *intolerância.*

A intolerância deve ser compreendida de uma melhor forma através do estudo de seu antônimo, ou seja, do conceito de *tolerância*:

Condescendência ou indulgência para com aquilo que não se quer ou não se pode impedir; Boa disposição dos que ouvem com paciência opiniões opostas às suas; *Med.* Faculdade ou aptidão que o organismo dos doentes apresenta para suportar certos medicamentos.[1]

Nesse sentido, a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino, adotou Princípios de Tolerância, conceituando-a como

Tolerância é respeito, aceitação e apreciação da rica diversidade de nossas culturas mundiais, nossas formas de expressão e formas de ser humano. Isto é reforçado através do conhecimento, da abertura, da comunicação e da liberdade de pensamento, consciência e crença. Tolerância é harmonia na diferença. Não é apenas um dever moral, é também um requisito político e legal.

A nossa legislação, principalmente a Lei Maior, veda diversas práticas discriminatórias, baseadas em diferentes critérios. Ao final, a questão principal das vedações previstas tanto em normas constitucionais como infraconstitucionais é a garantia do princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput,* da Constituição Federal.

Todavia, não é suficiente a criação de novos tipos penais ou majoração das penas já existentes. A sociedade deve atacar a discriminação e a intolerância no âmago da questão: através da educação, verdadeiro agente de modificação social. (SÉGUIN, 2002, p. 59)

3 Conceito de Minorias

No plano internacional, a falta de consenso em torno dos elementos centrais do conceito *minoria* impede êxito na elaboração de uma definição universalmente aceita.

A questão mais relevante a ser considerada no momento de conceituarmos *minoria* é saber identificar quais os indivíduos pertencem a determinada minoria.

Referindo-se aos direitos atinentes à minorias, O´Donnel constata que:

Sin embargo, su aplicación también se dificulta por la falta de una definición clara y universalmente aceptada del término minoría (*apud* WUCHER, 2000, p. 43)

Ou seja, os problemas de definição devem ser analisados na grande e considerável diversidade de *minorias*, bem como seus respectivos contextos em todo o mundo.

A fim de buscar um significado para *minoria*, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira define como

Inferioridade numérica; parte menos numerosa duma corporação deliberativa, e que sustenta idéias contrárias às do maior número. (1994, p. 11)

Ou, ainda, podemos encontrar o significado de *minoria* como inferioridade em número; a parte menos numerosa de um corpo deliberativo[2].

De fato, nem mesmo a Organização das Nações Unidas conseguiu chegar a um conceito universalmente aceito, já que sempre houve muita hesitação sobre o assunto: a Declaração Universal não tratou particularmente dos Direitos das Minorias, ficando esta tarefa ao encargo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, primeiro instrumento normativo internacional da ONU a tratar sobre o tema mas que, ainda assim, não forneceu uma definição segura de *minoria*, pregando de modo genérico o respeito aos direitos dos grupos minoritários, como evidenciado em seu artigo 27, *in verbis:*

Artigo 27 – "Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua."

Nessa esteira, José Augusto Lindgren Alves salienta que as argumentações para tamanha hesitação têm origem na dificuldade de conciliação das posições assimilacionistas dos Estados do Novo Mundo (formados por populações imigrantes) e as dos Estados do Velho Mundo, com grande gama de grupos distintos em seus territórios nacionais. E, ainda, o mesmo autor adverte que as razões mais profundas para as hesitações nessa área se acham expostas no Prefácio de Francesco Capotorti em seu estudo sobre minorias datado de 1977 (para a regulamentação do artigo 27 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos), a saber: desconfianças dos Estados em relação aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos das minorias, vistos como pretextos

para interferência em assuntos internos; ceticismo quanto ao fato de se abordar, em escala mundial, as situações distintas das diversas minorias; a crença na ameaça à unidade e à estabilidade interna dos Estados pela preservação da identidade das minorias em seu território e, finalmente, a idéia de que a proteção a grupos minoritários constituiria uma forma de discriminação.

Face à necessidade de uma definição de minoria, a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias, criada pela ONU, encomendou ao perito italiano Francesco Capotorti (anteriormente citado) um estudo que resultou na seguinte definição de minoria que, por sua vez, será a definição adotada no presente trabalho:

Um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em posição não-dominante, cujos membros - sendo nacionais desse Estado - possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes das do resto da população e demonstre, pelo menos de maneira implícita, um sentido de solidariedade, dirigido à preservação de sua cultura, de suas tradições, religião ou língua. (Francesco Carpotorti, *apud* Gabi Wucher, 2000, p. 78)

Infere-se dessa definição que o autor elencou o elemento *numérico*, o da *não-dominância*, da *nacionalidade* e da *solidariedade* entre os membros da minoria como constitutivo de uma minoria.

Não há, todavia, consenso no que diz respeito ao *elemento numérico*, qual seja, o tamanho de uma minoria. De um lado, tem-se que as medidas especiais em benefício de uma minoria muito pequena seriam inversamente proporcionais à capacidade financeira do Estado. Por outro lado, tem-se que a titularidade ou o exercício propriamente dito de direito indivídual não poderia depender do tamanho do grupo ao qual o indivíduo pertence.

Inegavelmente, o elemento numérico, por si só, não é suficiente para caracterizar uma minoria que necessite de proteção especial do Estado.

Já o elemento *nacionalidade*, por sua vez, levanta outras controvérsias, na medida em que é questionável se, para reivindicar direitos, as pessoas pertencentes às minorias devem ser cidadãos do Estado em que de fato, vivem. Nesse sentido, a Subcomissão, em primeira sessão, afirmou que pessoas que pertencem às minorias precisam ser nacionais do Estado em que vivem. (WUCHER, 2000, p. 47)

Em prosseguimento, o elemento da *solidariedade* entre os membros da minoria, visando à preservação de sua cultura, tradições, religião ou idioma, tem grande importância, eis que implica em critério subjetivo, vale dizer, na manifestação de vontade implícita ou explícita de preservação das próprias características.

Necessário salientar que há duas definições com que caracterizar minorias, envolvendo as concepções *sociológica* e *antropológica*.

Na sociologia, o termo *minoria* normalmente é um conceito puramente quantitativo, referindo-se ao subgrupo de pessoas que ocupa menos da metade da população total, sendo certo que dentro da sociedade ocupa uma posição privilegiada, neutra ou marginal.

Todavia, no aspecto antropológico, a ênfase é dada ao conteúdo qualitativo, referindo-se aos subgrupos marginalizados, ou seja, minimizados socialmente no contexto nacional, podendo, inclusive, ser uma maioria em termos quantitativos.

Dessa forma, para ser objeto de tutela internacional, a minoria deve, necessariamente, ser caracterizada por uma posição de *não-dominância* que ocupa no âmbito do Estado em que vive.

O elemento de não-dominância, por si só, é o que caracteriza os chamados *grupos vulneráveis.* A despeito da confusão entre os conceitos de *minorias* e *grupos vulneráveis* (as primeiras caracterizadas por ocupar uma posição de minoria no país onde vivem, no sentido literal da palavra, enquanto os segundos podem se constituir de grande contingente numérico destituído de poder, mas que guarda certa cidadania e os demais elementos que poderiam transformá-los em minorias, como as mulheres, crianças e idosos) deixaremos aqui de nos ater à diferença existente, posto que, na prática, ambos sofrem sobremaneira de discriminação e intolerância por parte da sociedade.

Via de regra, quando falamos em *minorias* e *grupos vulneráveis*, logo pensamos: criança, mulher, idoso, aidéticos, homossexuais, pessoas com deficiência. Todavia, a cada dia surgem novos grupos ou, ainda, reconhece-se tratamento diferente – mas discriminatório – recebido por determinadas pessoas que apresentam alguma característica peculiar, como a população carcerária ou os egressos do sistema penitenciário.

4 Direito das Minorias

Primeiramente, para que seja possível abordarmos o tema em apreço, cabe analisarmos se os mesmos se tratam de direitos individuais ou coletivos.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 27 já transcrito, enfatiza os direitos dos indivíduos que pertencem aos grupos minoritários, a despeito de poderem gozar em comunhão com os demais integrantes do grupo, o que pode então obstar a utilização de remédios processuais de defesa coletiva desses direitos, quando se invoca a violação destes.

No entanto, o Comitê de Direitos Humanos determinou que essa é uma questão que deve ser considerada individualmente, devendo haver defesa dos direitos das minorias enquanto direitos coletivos.

Dessa forma, nos casos de respeito à língua, etnia ou religião de uma determinada pessoa pertencente a uma minoria, trataremos de direitos individuais. Já no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos à existência e identidade de um grupo minoritário enquanto tal, falaremos de direitos coletivos.

Não há, por seu turno, um conjunto de direitos aos quais os grupos minoritários estejam mais fortemente vinculados. Entretanto, pacífico o entendimento de que os direitos das minorias são regidos pelo princípio da igualdade e não-discriminação, inexistindo

delimitação de um conjunto mínimo de direitos. Nota-se, nesse esteio, que além dos direitos comuns a todas as pessoas (como direito à vida, liberdade de expressão, direito de não ser submetido à tortura, entre outros) as minorias têm também certos direitos comumente conhecidos, dito básicos - direito à *existência*, à *identidade* e direito *às medidas positivas* - enquanto coletividade.

5 Instrumentos Internacionais

Não existe um rol exaustivo de Convenções Internacionais voltadas para a proteção dos Direitos Humanos. Pode-se afirmar que, talvez, não fosse necessária a existência de inúmeras Convenções. Todavia, poucas, mas igualmente rigorosas e obedecidas já seriam suficientes. Abaixo, destacamos aquelas consideradas mais importantes, que dentro do conteúdo de seus textos tratam dos direitos das Minorias, ou os incluem ao tratar dos Direitos Humanos em geral.

5.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos

Consiste em uma declaração de princípios básicos de direitos humanos e liberdades, em que estão elencados direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, divididos em 30 artigos.

De toda sorte, o que mais nos interessa a respeito das Minorias é o artigo 2º, que assim dispõe:

Artigo 2º - 1. "Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição".

No preâmbulo da Declaração, consta o compromisso dos Estados-membros, em conjunto com a O.N.U, de respeitar e observar os direitos e liberdades especificados na Resolução. Mas, até o momento, não houve criação de nenhum órgão responsável pelo monitoramento destas ações.

5.2 Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio

Deveras, o que influenciou a ONU na criação dessa Convenção foi o terrível contexto histórico observado principalmente durante a 2ª Guerra Mundial, quando houve o extermínio em massa de membros de minorias – cerca de 6 milhões de judeus, 600 mil ciganos e também um grande número de homossexuais – justificado pelos chamados "regimes totalitários".

Preocupadas com a provável propagação dessas idéias, que bem disseminadas poderiam levar até a total extinção dessas minorias, as Nações Unidas aprovaram em 11 de Dezembro de 1948, através da Resolução 96, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Esta, composta por dezenove artigos, em seu artigo 1º, declara ser o genocídio crime contra o Direito Internacional. No artigo 2º, fica estabelecido o que se entende por genocídio:

Artigo 2º - “Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

a) matar membros do grupo;

b) causar lesão grave à integridade física ou mental dos membros do grupo;

c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;

d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo”.

As obrigações dos Estados assinantes estão estabelecidas no artigo 5º:

(...)

Artigo 5º - “As Partes Contratantes assumem o compromisso de tomar, de acordo com suas respectivas constituições, as medidas legislativas necessárias a assegurar a aplicação das disposições da presente Convenção e, sobretudo, a estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo 3º”.

Frise-se, por sua vez, que esses “outros atos” enumerados no artigo 3º são, além do genocídio em si, a associação de pessoas para tal fim, a incitação direta e pública a cometê-lo, a tentativa e a co-autoria do crime.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi apontado o artigo 2º como referente às minorias, na medida em que é pregada a igualdade das pessoas, independentemente de sua raça.

Já na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, não se encontra artigo que trate especificamente desse assunto. Qual seria, dessa forma, a relação dessa Convenção com os direitos das minorias?

A resposta não é tão difícil: de todos os genocídios já registrados no mundo, a grande maioria foi cometida contra representantes das minorias raciais, étnicas e religiosas (*ex vi* o genocídio de judeus e ciganos durante a 2ª Guerra Mundial). Com efeito, ao condenar “a submissão intencional de um grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial” (artigo 2º, alínea “c”), por exemplo, a Convenção está protegendo o direito que as minorias possuem de sobreviver mantendo tanto sua cultura, como suas tradições.

A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio foi ratificada pelo Brasil em 04 de Setembro de 1951, e promulgada pelo Decreto n.º 30.822 de 06 de Maio de 1952.

5.3 Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

O ingresso de dezessete novos países africanos na ONU, o ressurgimento de atividades nazifacistas na Europa e a consequente preocupação ocidental com o antissemitismo influenciaram as Nações Unidas na criação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Resolução 2.106-A (XX) em 21 de Dezembro de 1965, onde está definido o conceito de discriminação racial:

Artigo 1º - "Para os fins da presente Convenção, a expressão 'discriminação racial' significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em iguais condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública. "

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial foi ratificada pelo Brasil em 27 de Março de 1968.

5.4. Convenção da UNESCO para Eliminação da Discriminação na Educação

Aprovada em 14 de Dezembro de 1960 através da UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organização de Cultura, Ciência e Educação das Nações unidas). Ao firmarem a Convenção para Eliminação da Discriminação na Educação, os Estados-partes concordam que :

"Deve ser reconhecido aos membros das minorias nacionais o direito de exercer atividades educativas que lhe sejam próprias, inclusive a direção das escolas e o uso ou ensino de sua própria língua, desde que, entretanto:

I) Esse direito não seja exercido de uma maneira que impeça aos membros das minorias de compreender a cultura e a língua da coletividade e de tomar parte em suas atividades ou que comprometa a soberania nacional;

II) O nível de ensino nessas escolas não seja inferior ao nível geral prescrito ou aprovado pelas autoridades competentes;

III)A freqüência nessas escolas seja facultativa".

5.5 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

Adotado pela Resolução 2.200 – A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de Dezembro de 1966, entrando em vigor apenas dez anos depois, devido ao alcance do número mínimo de ratificações para tanto, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos consiste em um Tratado Internacional cujo objetivo foi, junto com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tornar

juridicamente obrigatório e vinculante tudo aquilo estabelecido anteriormente na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Mas estes dois tratados não se restringiram ao âmbito da Declaração; o Pacto dos Direitos Civis e Políticos impôs novos direitos e garantias outrora não previstas, como o direito à autodeterminação, a proibição da propaganda de guerra ou de incitamento à intolerância étnica ou racial e, figurando como o mais importante, o artigo 27, que trata da proteção dos direitos de minorias à identidade cultural, religiosa e linguística.

Artigo 1º - 1. "Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural".

(...)

Artigo 20 – 1. "Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra."

2. "Será proibida por lei qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência."

(...)

Artigo 27 – "Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua".

Ressalte-se que, após inúmeras discussões, concluiu-se que a autodeterminação citada no 1º artigo é referente a todos os povos, sejam eles minoritários ou não. Já os direitos citados no artigo 27, pertencem aos legítimos representantes de minorias.

Esse Pacto também confirma em seu artigo 26 o ideal de igualdade já previsto na Declaração Universal:

Artigo 26 - "Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação".

O principal órgão de monitoramento do Pacto é o Comitê de Direitos Humanos da ONU, ao qual os Estados-partes devem apresentar relatórios sobre as medidas legislativas, administrativas e judiciárias que adotaram para a maior proteção aos Direitos Humanos, consoante artigo 40, n.º1:

Artigo 40 – 1. "Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a submeter relatórios sobre as medidas por eles adotadas para tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto e sobre o progresso alcançado no gozo desses direitos:

dentro do prazo de um ano, a contar do início da vigência do presente Pacto nos Estados-partes interessados; a partir de então, sempre que o Comitê vier a solicitar."

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi ratificado pelo Brasil em 24 de Janeiro de 1992.

5.6 Declaração dos Direitos das Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas

Essa Declaração foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU, através da Resolução 47/135, de 18 de Dezembro de 1992. A preocupação com a situação atual e futura das minorias levou as Nações Unidas a criarem esse documento, composto de nove artigos, totalmente dedicado a explicitar os direitos estabelecidos no artigo 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, este já citado alhures.

Por não constituir tratado, a Declaração dos Direitos das Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas não possui, por sua vez, caráter obrigatório nem força vinculante, bem como não estabelece um órgão de monitoramento para os Estados que desrespeitem seus artigos. Porém, isto não quer dizer que esta Declaração seja algo sem valor, uma vez que ela insiste em reforçar o respeito a direitos que já possuem certa força jurídica, por assim dizer, eis que se encontram presentes em tratados.

A análise do item 1º do artigo 2º revela a imensa semelhança entre o artigo 7 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos:

Artigo 2º - 1. "Pessoas pertencentes a minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas têm o direito de desfrutar de sua própria cultura, de professar e praticar sua própria religião, de fazer uso de seu idioma próprio, em ambientes privados ou públicos, livremente e sem interferência de nenhuma forma de discriminação".

No item 1º do artigo 8º e no artigo 9º encontramos comentários a respeito do caráter não-obrigatório da Declaração, sem, contudo, suspender às Nações o dever de respeitá-la:

Artigo 8º - 1. "Nada nesta Declaração prevê o cumprimento de obrigações internacionais de Estados em relação a representantes de minorias. Em particular, os Estados devem cumprir de boa-fé as obrigações e compromissos assumidos, referentes a tratados e acordos internacionais dos quais participem".

Artigo 9º - "As agências especializadas e outras organizações do sistema das Nações Unidas devem contribuir para a ampliação dos direitos e princípios estabelecidos nesta Declaração, dentro de seus respectivos campos de competência".

5.7 Convenção Americana de Direitos Humanos

Também conhecida como **Pacto de São José da Costa Rica**, essa Convenção tem caráter regional, uma vez que refere-se apenas aos países que fazem parte da OEA – Organização dos Estados Americanos. Possui 82 artigos, parte deles reconhecendo direitos já previstos no Pacto dos Direitos Civis e Políticos, como o direito à liberdade de expressão, pensamento, opinião e religião, à igualdade perante a lei, à proteção judicial, entre outros. A Convenção Americana não enumera expressamente nenhum direito social, econômico ou cultural, restringindo-se à determinação das obrigações dos Estados-membros, descritas no artigo 26:

Artigo 26 – "Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados".

Os demais deveres dos Estados membros se encontram nos dois primeiros artigos da Convenção.

A Convenção Americana de Direitos Humanos possui um eficiente órgão de monitoria, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo que à esta compete promover a observância e o respeito aos direitos humanos nos países participantes da Convenção, através de relatórios anuais, estudos e pesquisas realizadas junto aos governos dos Estados-membros.

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em São José da Costa Rica, em 22 de Novembro de 1969. O Brasil ratificou-a no dia 25 de Setembro de 1992.

5.8 A Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência

Em prosseguimento, após a exposição das Convenções logo acima, nota-se a inexistência de um tratamento legal internacional mais voltado para os direitos humanos das pessoas com deficiência.

Foi o que a Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência procurou fazer. Logo em seu artigo primeiro, a referida norma define que seu propósito é proteger e assegurar as condições de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência.

Art. 1º - O propósito da presente Convenção é o de promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e eqüitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por

parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Infere-se que o legislador internacional se preocupou mais com a garantia de que as pessoas com deficiência possam gozar dos direitos humanos e de sua liberdade fundamental, do que propriamente em instituir novos direitos.

Com efeito, adotou como parâmetro as condições de igualdade, reforçando a idéia de que barreiras sociais podem impedir a participação do seguimento em condições de igualdade. Dessa forma, a conduta adotada pelo legislador internacional, para que as pessoas com deficiência usufruam dos seus direitos e liberdades, é justamente a maior condição de igualdade.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência representa um importante instrumento legal que proíbe a discriminação contra as pessoas com deficiência/incapacidade em todas as áreas da vida, inclui provisões específicas relacionadas com a reabilitação e habilitação, educação, saúde, acesso à informação, serviços públicos entre outras, e vem preencher uma lacuna nas normas internacionais de direitos humanos existentes.

Ainda que este documento não obrigue aos países a adoção de medidas que não possam suportar financeiramente, exige, no entanto, que trabalhem com o objetivo de adotar progressivamente iniciativas que permitam às pessoas com deficiência alcançar uma maior autonomia pessoal e uma melhor qualidade de vida.

6. Análise da situação das Minorias no âmbito constitucional brasileiro

Importante frisar que o objetivo, nesse ponto do trabalho, não é traçar inúmeros comentários sobre o tema, mas somente evidenciar um panorama geral da situação das minorias ao longo das diversas constituições brasileiras que não fazem mais parte do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de facilitar posterior análise das disposições constitucionais atuais no tocante à proteção das minorias, assim como os reflexos que a última Constituição recebeu dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

6.1 Constituição de 1824

A Constituição de 1824 foi reflexo da Independência do Brasil, encarada como obra da elite, é dizer, fora dos moldes do processo de independência da América Latina, normalmente por lutas populares. Partindo dessa observação é que é possível entender

como uma Constituição garante liberdade e igualdade de todos perante à lei e continua admitindo a escravidão.

A relação entre a Igreja e o Estado era dirigida pelo regime de padroado, colocando os ministros da Igreja sob o controle político do Estado. A religião oficial era a Católica Apostólica Romana, não existindo, dessa forma, liberdade religiosa, já que os cultos particulares a outras religiões eram permitidos, todavia, os públicos eram completamente vedados (artigo 5º).

O voto era censitário, e, mesmo para os eleitores, havia restrições. Não podiam ser nomeados deputados (artigo 95) os libertos, os estrangeiros naturalizados e os que não professassem a religião do Estado.

6.2 Constituição de 1891

A Lei Maior de 1891 refletiu o espírito de "libertação" iniciado com o término da escravatura em 1888 e da Proclamação da República, em 1889, coroando esse período de mudanças com o estabelecimento da liberdade religiosa (mantida nas Constituições seguintes) e a proibição de qualquer diferença em razão de credo.

6.3 Constituição de 1934

É a Constituição do pós-Revolução de 1930, que dá início ao Governo Constitucional de Getúlio Vargas.

Em seu artigo 121, parágrafo 4º, determinava a preferência do trabalhador nacional na colonização e aproveitamento das terras públicas, preferência também referida na Constituição de 1946.

No mesmo artigo, parágrafo 6º, tratava da entrada de imigrantes no território nacional, mas com limitações, ou seja, a corrente imigratória de cada país não poderia exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinqüenta anos, limite esse mantido na Constituição de 1937. Pelo parágrafo 7º, ficava vedada a concentração de imigrantes no território nacional, quanto à localização e assimilação do estrangeiro.

O artigo 129 determinou, ainda, o respeito à posse dos silvícolas.

O artigo 150 tratou do ensino primário gratuito e obrigatório, em idioma pátrio, salvo ensino de língua estrangeira.

6.4 Constituição de 1937

Foi a Constituição imposta por Getúlio Vargas para regular a fase ditatorial de seu governo (1937- 1945), dando início ao Estado Novo.

O artigo 122 garantia liberdade religiosa de crença e culto, mas quanto à liberdade de expressão e de imprensa, havia várias restrições. Os estrangeiros não podiam ser diretores, proprietários ou acionistas de jornais, proibição que é, parcialmente, mantida nas Constituições de 1946 e 1967.

O artigo 133 tratou do ensino religioso não obrigatório, mantido nas Constituições seguintes.

Pelo artigo 150, os estrangeiros naturalizados só podiam exercer profissões liberais se tivessem prestado serviço militar ao Brasil.

6.5 Constituição de 1946

É a Constituição da Redemocratização, depois do Estado Novo.

Não só manteve a liberdade religiosa e o ensino religioso facultativo, como trouxe certas restrições. Em relação ao voto, por exemplo, os analfabetos e os que não soubessem se exprimir na língua nacional não podiam se alistar como eleitores (artigo 132).

O artigo 166 determinou que a educação era um direito de todos, mas o artigo 168 traz que o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional. Vê-se, aqui, patente exclusão das minorias linguísticas do direito ao ensino primário gratuito.

6.6 Constituição de 1967

A Constituição do período militar não trouxe nenhuma inovação em relação às minorias. Apenas manteve determinações já estabelecidas em Constituições anteriores, a saber: liberdade religiosa de crença e culto, ensino primário obrigatório e na língua nacional, restrições aos eleitores, entre outras.

Dessa forma, da análise das Constituições brasileiras de 1824 até 1967, infere-se uma grande lacuna em relação à proteção dos grupos minoritários, haja vista que nenhuma das Constituições trouxe avanços realmente significativos na regulamentação dos direitos das minorias no aspecto objetivo, muito menos referência à proteção das minorias em si, à promoção de sua expressão cultural como grupo presente e atuante na sociedade.

Em relação às pessoas com deficiência, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, trouxe a primeira notícia de proteção específica à pessoa portadora de deficiência, direitos posteriormente apliados pela Emenda nº 12, de 1978.

Localizadas em apenas uma Emenda, na Constituição de 1969, as normas de proteção estavam diluídas no texto final, cuidando de barreiras arquitetônicas, acesso aos edifícios públicos, dentre outros.

6.7 Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 resgatou a democracia no Estado Brasileiro. No entender de Luiz Alberto David Araujo e José Luiz Ragazzi

Estávamos mergulhados numa situação que trazia forte restrição ao exercício das liberdades democráticas, com um Poder Judiciário que exercia a jurisdição de forma limitada, deixando de atuar de forma independente. Os direitos constitucionais eram interpretados de maneira restritiva, o que impedia o livre exercício da fruição das liberdades asseguradas.

Em seu preâmbulo firmou-se claramente a necessidade da instituição de "um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos", disposição essa confirmada no artigo 1º, inciso III, que ressalta como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana; bem como no artigo 3º, inciso IV, que assinala como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, "sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Com efeito, o Constituinte de 1988, não se preocupou tão somente com a inserção de princípios inclusivos, mas sim, em cuidar das minorias, dos excluídos, evitando assim que tais grupos ficassem à margem de todo o processo social.

Para tanto, a igualdade veio anunciada e reafirmada inúmeras vezes (consoante regra geral do artigo 5º, inciso I; artigo 7º, 150, dentre outros).

A despeito do princípio da igualdade ter sido especificado no Título I (Dos Princípios Fundamentais), essa repetição tem um caráter didático, como se assim fosse necessário para seu efetivo cumprimento.

O rol de direitos tem previsão minuciosa na Lei Maior, na medida em que ninguém pode entender que o texto não contempla determinados direitos. Além do mais, a *cláusula pétrea* constante do §4º do artigo 60 garantiu, ainda, a permanência dos direitos e garantias individuais.

Dessa forma, tratou o Constituinte de tutelar o direito à inclusão quando dispôs acerca dos seguintes direitos: Art. 37, inciso VIII, ao dispor acerca da reserva de percentual dos cargos e empregos públicos; Art. 7º, inciso XXXI, ao dispor acerca da impossibilidade de qualquer discriminação no tocante ao salário e critérios de admissão; Art. 205 c/c 208, que dispõe acerca do direito à educação; Art. 1º, inciso IV, que garante os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; Art. 227, §2º c/c art. 244 c/c 227, §2ª, que dispõem acerca do direito ao transporte e à acessibilidade; Art. 203, inciso V, ao assegurar benefício mensal à pessoa portadora de deficiência.

Em prosseguimento, os demais artigos que tratam de minorias em seu aspecto geral são fundamentalmente os de número 215 e 216, localizados no Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo III (Da Educação, da Cultura e do Desporto), Seção II (Da Cultura).

Vale lembrar aqui que a *cultura nacional*, à qual o artigo 215 se refere, não corresponde apenas à cultura do grupo majoritário.

Antes disso, é constituída pela contribuição de todos os grupos, inclusive os minoritários, no processo de formação da sociedade brasileira. A Constituição rechaça, então, qualquer tentativa de hierarquia de culturas, ao prever como dever do Estado a proteção à manifestação das diferentes culturas.

Por manifestações culturais entendem-se os bens materiais e imateriais referidos no artigo 216 e colocados como patrimônio cultural brasileiro, quais sejam, as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas..

A Constituição também procura garantir a proteção da identidade do grupo em seu artigo 216, incluindo-se aí a promoção da ação e memória do grupo. O processo de formação da identidade deve ser encarado como um fenômeno dinâmico, sujeitando-se à ação política do grupo, através de suas decisões e de sua interação com o restante da sociedade, exigindo o cumprimento de seus direitos, sendo certo que, nesse aspecto, ressalta-se a necessidade de proteção à memória do grupo, como fator preponderante da identidade cultural e garantia na ação política dos grupos minoritários.

Assim, em um momento de reflexão, podemos visualizar quão alentadoras são as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano, na medida em que estas se projetam no direito constitucional, enriquecendo-o, bem como demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra amparo nas raízes dos pensamentos internacionalista e constitucionalista.

7. O papel do Ministério Público na tutela das minorias

A legislação brasileira referente às minorias como um todo é, de certo modo, muito escassa. Com exceção das referentes aos índios, negros, e estrangeiros, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, leis específicas sobre os demais grupos minoritários, alvo de perseguições por parte de uma maioria. A falta de tratamento objetivo na legislação brasileira de uma gama maior de grupos, tidos como *minorias*, tanto no aspecto aspecto sociológico (quantitativo) quanto no antropológico (qualitativo), vem a prejudicar a defesa dos interesses dos mesmos como grupos minoritários.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 232, atribui ao Ministério Público Federal a defesa dos direitos e interesses indígenas, não se referindo, porém, à proteção do Ministério Público Federal em relação aos demais grupos minoritários.

Foi somente com a Lei Complementar 75, de 20.05.1993, que as minorias étnicas, como as comunidades negras isoladas (antigos quilombos) e ciganos, por exemplo, foram inclusas sob a tutela do Ministério Público Federal.

A Constituição Federal, em seu artigo 215, inciso I, também afirma que: *"O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório brasileiro"*.

Em relação às pessoas com deficiência, a Carta Magna, em seus artigos 128 e 129, cuidou de entregar a defesa dos direitos indisponíveis ao Ministério Público.

Todavia, o reconhecimento dessa tutela veio somente com a Lei Ordinária nº. 7.853/89 que, de fato, assegurou a representação dos interesses do sobredito grupo de pessoas ao *Parquet*, iniciando-se tal assistência somente em 1989, seja combatendo o preconceito, seja atacando a discriminação ou, ainda, exigindo o cumprimento das regras do edital no que diz respeito à reserva de vagas.

O Ministério Público do Trabalho vem cumprindo seu papel ao se preocupar em combater e eliminar a discriminação na contratação, com o cumprimento de vagas reservadas na contratação de empresas privadas, por força de lei ordinária que, por sua vez, encontra fundamento na Constituição Federal.

O Ministério Público tem se feito presente na construção de uma postura reivindicatória e participativa da sociedade. É necessário perseguir um modelo de defesa, segurança e assistência, que protege a todos, principalmente os mais necessitados de justiça.

Não existe mais espaço para um Ministério Público que não seja social e democrático. Aquela instituição voltada para busca da justiça social, empenhada em transformar a realidade social do Brasil a qual, como é de consenso comum, é absolutamente injusta. Este órgão, por sua vez, está se despindo da pecha de burocrata processual, de parecerista, para interagir com essa sociedade, com os fatores sociais e definir as prioridades em sua atuação.

8 Conclusão

O conceito antropológico, que envolve o aspecto qualitativo e não quantitativo, parece-nos mais adequado à situação do tema, tendo em vista que considera o real quadro de submissão dos grupos minoritários aos majoritários. No Brasil, onde o preconceito é um elemento constante nas atitudes da sociedade, não se pode de forma alguma deixar de lado as comparações entre aqueles grupos conflitantes, visto que são necessárias à conscientização dos membros da própria minoria de que seus direitos estão sendo violados.

Não obstante as citações da legislação internacional sobre o tema, a falta de especificação do mesmo no ordenamento jurídico pátrio leva, muitas vezes, à impunidade e à omissão do Estado, sendo certo que é justamente nessa esteira que se faz necessário um trabalho de educação e respeito de toda a sociedade, que também tem o dever de resguardar os direitos do próximo.

Dessa forma, mesmo considerando todas as dificuldades enfrentadas pelas minorias, bem como e as barreiras impostas à modificação dessa situação, percebe-se a intensa luta desses grupos pela sua sobrevivência e pela manutenção dos seus costumes. Para ajudá-los na manutenção de sua identidade, é preciso que a própria sociedade, munida do poder de participação que possui, realize mudanças sociais que venham a preservar a cultura, os direitos desse grupo, contribuindo para efetiva integração social de todos.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **A proteção constitucional dos Portadores de Deficiência.** 3ª ed. Brasília: Corde, 1994.

ARAUJO, Luiz Aberto David; RAGAZZI, José Luiz. **A proteção constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência.** São Paulo: Revista do Advogado, n. 95, p. 42-50, dez. 2007.

BARNES, Colin. **Las teorias de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas discapacitadas en la sociedad occidental.** In: Discapacidad y sociedad. Dir. Jurjo Torres Santomé. Madrid: Morata, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política.** 10ª ed. Brasília: UnB, 1997

_____.**Elogio da serenidade e outros escritos morais.** São Paulo: Unesp, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **A vedação de práticas discriminatórias no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Revista do Advogado, v. 25, n. 82, p. 120-126, jun. 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

PRIETO, Jesús Souto. **Los depidos por violación de derechos fundamentales y libertades públicas.** In: Constitución y justicia social. Cadernos de Derecho Judicial. Madrid: Lerko Print, 2003.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____ (Coord). **Direito das minorias.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Discriminação.** São Paulo: LTR, 2000.

WUCHER, Gabi. **MINORIAS: Proteção internacional em prol da democracia.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

---

[1] **TOLERÂNCIA** *In*: **DICIONÁRIO da língua portuguesa**. Lisboa: Priberam Informática, 2009. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dldlpo>. Acesso em: 12 jun. 2009

[2] **MINORIA**. *In*: **DICIONÁRIO da língua portuguesa**. Lisboa: Priberam Informática, 2009. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dldlpo>. Acesso em: 5 jun. 2009.

CIDADANIA COMO PARTICIPAÇÃO: POR UMA COMPREENSÃO JURÍDICA DO CONCEITO*

CITOYENNETE COMME PARTICIPATION: POUR UNE COMPREHENSION JURIDIQUE DU CONCEPT

Juliana Cristine Diniz Campos
Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz

RESUMO

O trabalho busca definir os contornos jurídicos do conceito de cidadania, a partir da leitura da carta constitucional vigente. Constatando-se a fluidez semântica do termo, demonstra-se a necessidade de precisar um sentido orientador do intérprete no momento de aplicação e concretização da constituição. Utiliza-se a abordagem metodológica da história dos conceitos para realizar a leitura do texto constitucional, levando em consideração as transformações históricas do significado de cidadania, bem como o sentido que o termo assume dentro da constituição, compreendido como unidade orgânica. Entende-se que a cidadania está relacionada à plena aptidão do indivíduo para a vida pública, envolvendo a dimensão dos deveres e a dimensão do comprometimento, ou seja, da participação no projeto político comum. Ao verificar o descompasso entre o previsto na constituição e a realidade social, a concretização da cidadania no Brasil é compreendida como processo de inclusão de grupos vulneráveis, a fim de que, através de ações afirmativas, possam ostentar a qualidade de cidadãos, isto é, de sujeitos plenamente autônomos e livres.

PALAVRAS-CHAVES: CIDADANIA. PARTICIPAÇÃO SOCIAL. INCLUSÃO. LIBERDADE.

RESUME

Ce travail cherche une définition juridique du concept de citoyenneté, a partir de la lecture de la constitution bresilienne. En constatant la fluidité sémantique du terme, on démontre la necessité d'établir un sens qui puisse orienter l'interprete dans l'aplication et concretisation de la constitution. On utilise l'abordage métodologique de l'histoire des concepts pour faire la lecture du texte constitutionel, en considerant les transformations historiques de la signification de citoyenneté et le sens que le terme gagne dans la constitution, comme unité organique. On entend que la citoyenneté est liée à l'aptitude du individu pour la vie publique, à ce que concerne les devoirs de participation dans le projet politique commun. On vérifie une grande distance entre ce qu'est prevu dans la constitution et la realité sociale, et pour cela la concretisation de la citoyenneté au Brésil signifie un proccès d'inclusion des groupes vulnerables, pour que puissent avoir la qualité des citoyens, c'est à dire, de sujets libres.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

MOT-CLES: CITOYENNETÉ. PARTICIPATION SOCIALE. INCLUSION. LIBERTÉ.

INTRODUÇÃO

A expressão "cidadania" é utilizada já no artigo 1º, inciso II, do texto constitucional de 1988, elencada como um dos fundamentos do estado democrático de direito que a República do Brasil pretende realizar. O emprego do conceito, tradicionalmente associado ao exercício dos direitos políticos em um estado soberano por um dado indivíduo[1], revela-se tanto árduo como indispensável à teoria constitucional contemporânea e sua compreensão tradicional, por excessivamente restritiva, tem se mostrado insuficiente para os fins que a constituição lhe destina. O objetivo deste trabalho é, portanto, desenvolver o significado de *cidadania* a partir do horizonte interpretativo do Direito, tendo em vista a necessidade de orientar racionalmente a aplicação das normas constitucionais, através da coesão semântica de seu texto.

Compreender o conceito de cidadania a partir da perspectiva jurídica implica, em um primeiro momento, definir a significação que a expressão linguística assumiu na realidade política brasileira no período pós-ditadura[2] e precisar a função normativa que o termo detém no contexto[3] da constituição. Faz-se necessário, portanto, analisar, a partir de uma dimensão histórica, o que constitui a juridicidade do *ser cidadão*: que direitos, deveres, projetos e princípios estão associados a essa *qualidade* que o indivíduo está destinado a conquistar no ambiente democrático.

Cortina[4] afirma que a multiplicação de "teorias da cidadania" a partir de década de 90 do século XX deve-se, em grande parte, à necessidade de elaborar um conceito filosófico fundante, que proporcione a superação do individualismo por um sentimento de pertença do sujeito em relação à comunidade política. Associa-se a compreensão da cidadania ao fortalecimento do espaço público por meio do comprometimento individual em um projeto que é comum e cuja direção (ou projeção) o texto constitucional assume. Ser cidadão implica, em termos abrangentes, a qualidade de estar comprometido, de ser participante. Soares esclarece que a cidadania democrática, além de implicar o reconhecimento e a garantia de direitos, pressupõe *a participação ativa dos cidadãos nos processos decisórios da esfera pública* [5].

Verifica-se que o fortalecimento da democracia como modo de organização política fundamental ao longo do século XX na Europa e na América Latina, especialmente a partir das décadas de 80 e 90, trouxe a necessidade de refundar o direito, para compreendê-lo como instrumento de mudança. Os textos constitucionais passaram a utilizar expressões fluidas e abrangentes como "cidadania", "bem-estar", "dignidade humana", as quais carecem de uma significação precisa, de uma idéia unívoca que possa orientar com maior segurança a interpretação dos comandos normativos. O resultado desse processo de requalificação da constituição foi, para muitos, o déficit significativo de efetividade, atribuído ao teor excessivamente "programático" e "utópico" de seus preceitos.

Se é certo que o descumprimento sistemático do texto constitucional não se deve unicamente à abertura de significado dos dispositivos nele elencados, é preciso reconhecer que a falta de um consenso mínimo sobre determinados conceitos básicos têm causado grandes problemas de aplicação. No que se refere à cidadania, observa-se um silêncio geral nos dicionários de política e filosofia, que simplesmente omitem qualquer tentativa de descrição do verbete. Em Bobbio et ali[6], além de Lalande[7], não há sequer menção sobre o que se compreende pelo termo e, apesar disso, como ressalta Cortina[8], nunca houve tanta necessidade de um esclarecimento, de uma teoria da cidadania.

Isso se dá pelo fato de que a democracia contemporânea, além de ser a organização política através da qual se consagrou um rol extenso de direitos e garantias fundamentais, é fundamentalmente o modelo dos deveres. É preciso, portanto, no processo histórico de desenvolvimento democrático, consagrar também os deveres. Pode-se afirmar que, após a superação do período pós-ditadura e do arrefecimento ideológico e retórico contra os direitos fundamentais, o momento se mostra propício ao estabelecimento das exigências, isto é, ao olhar sobre a perspectiva dos deveres fundamentais relacionados à participação política – em sua ampla dimensão de convivência pública – dos indivíduos.

Não é de todo surpreendente essa realidade. Sendo o modelo democrático associado a princípios básicos como o da isonomia e o da liberdade, revela-se fundamental à consolidação do sistema tanto a harmonização das liberdades – que impõe limitações aos direitos e deveres de obediência – como o reconhecimento do outro como igual, que exige uma postura de transformação ante situações de grave desigualdade e desrespeito institucionalizado a direitos. Por essa razão, pode-se afirmar que a constituição brasileira de 1988 é diretiva, representa um projeto de mudança por definição contrafático. Justamente por negar o que é – a desigualdade, por exemplo – ela se mostra necessária e inovadora, o que invalida a concepção da carta constitucional como diploma meramente utópico e, por isso, irrealizável.

Sendo assim, a necessidade de desenvolver a democracia por meio do fortalecimento do espaço público e do estímulo à participação e ao comprometimento, verificada a partir do aumento da violência geral e dos baixos níveis de efetividade das normas políticas fundamentais, impõe o enfrentamento da questão da cidadania, que resgata a dimensão do dever, da necessidade de que o indivíduo, a par dos direitos, tome posição frente aos problemas do grupo. Essa tendência é facilmente observável no texto de 1988 e representa uma característica da democracia contemporânea, fortemente influenciada pela filosofia moral, reinventada.

O objetivo deste artigo é, portanto, estabelecer aportes jurídicos ao conceito de cidadania, entendido como uma unidade de sentido utilizada pelo constituinte com intenções normativas identificáveis argumentativamente. O principal obstáculo que se coloca à tarefa é a questão metodológica: sobre a possibilidade de construção de um conceito único, dada a fluidez observada historicamente nos momentos de sua utilização. Em seguida, enfrenta-se a tarefa de, através do texto da constituição, extrair um significado que sustente uma visão jurídica da cidadania como *status* de participante da vida pública, para além da visão nacionalista-formal de cidadão como titular de direitos cívicos.

CONSTRUÇÃO DO CONCEITO NA HISTÓRIA: A DIFICULDADE METODOLÓGICA INICIAL

Bonavides esclarece ser a política – e, nesse sentido, também o direito político – um dos campos do saber de maior dificuldade científica, dado o *caráter movediço e oscilante do* [seu] *vocabulário*. Para o autor:

[...] as variações semânticas dos termos de que se serve o cientista social de país para país, com as mesmas palavras valendo para investigadores do mesmo tema coisas inteiramente distintas, como, por exemplo, a palavra democracia, a que se emprestas variadíssimas acepções, ameaçando imergir num caos sem saída os mais competentes e idôneos esforços de fixação conceitual.[9]

A constatação tem razão de ser e ilustra uma das grandes dificuldades de interpretação de textos normativos dotados de indiscutível teor político-programático, como é o caso da constituição. Isso porque, como esclarece Goyard-Fabre, *o conceito de "instituição política" conotado pelo direito político tem uma amplitude tão grande que sua compreensão não pode ser muito precisa**[10]***. O que significa *cidadania* é para nós uma questão ao mesmo tempo indispensável – posto que a constituição a elenca entre os princípios fundamentais do estado democrático de direito brasileiro (art. 1º, inc. II) – e árdua, dada a infinidade de sentidos possíveis identificados na história política do conceito no mundo ocidental.

A fim de determinar o alcance semântico do texto constitucional, faz-se necessário, portanto, *compreender o sentido estrutural que os conceitos assumem e a maneira pela qual eles funcionam no quadro global em que se exprimem**[11]***. Isto significa assumir que o *ser cidadão* adquire uma função no sistema normativo constitucional e, partir da leitura do todo, é possível identificar um sentido unívoco, que oriente e esclareça o conteúdo de determinados preceitos, como por exemplo, o *caput* do art. 205, que estabelece, entre os objetivos da prática educativa, *o preparo para o exercício da cidadania*.

Considerando-se o estudo de historiografia política desenvolvido ao longo do século XX, é possível afirmar que a tarefa de definição conceitual pode ser empreendida, fundamentalmente, a partir de duas perspectivas metodológicas: a histórico-conceitual (denominada *Begriffsgeschichte*), empreendida pela experiência alemã e a lingüístico-hermenêutica, desenvolvida pela chamada Escola de Cambridge. Rigorosamente, as abordagens não são incompatíveis entre si, ainda que guardem distinções significativas, e fornecem noções indispensáveis ao trabalho de precisar o conteúdo do conceito de cidadania.

A transformação principal proposta tanto pela *Begriffsgeschichte* como pela Escola de Cambridge residem na superação do *erro freqüente de projetar expectativas do presente sobre o estudo dos autores do passado, produzindo interpretações que não correspondem ao que esses autores de fato pretenderam comunicar* [12]. Nesse sentido, é possível sustentar que termos como "estado", "democracia" e "cidadania" adquiriram

configurações conceituais inteiramente distintas ao longo da história política, malgrado a utilização de expressões linguisticamente equivalentes. Para definir o termo hoje faz-se necessário considerar, ao mesmo tempo, sua história de sentido e a transformação que o texto constitucional foi capaz de operar.

A distinção metodológica fundamental entre a escola alemã e a inglesa reside no processo de constituição do arcabouço conceitual. Enquanto a *Begriffsgeschichte* busca estabelecer a história do conceito em si mesmo considerado, a Escola de Cambrige busca a compreensão do conceito a partir do sentido que o próprio texto enuncia, como realidade única e específica. Nesta abordagem, cumpre indagar a perspectiva do autor, muito mais que *pôr os conceitos políticos e sociais em relação com a continuidade ou com a descontinuidade das estruturas políticas, econômicas e sociais*, como é de interesse da escola alemã.

Os propósitos da *Begriffsgeschichte* são:

Reunindo sistematicamente extensas citações de fontes originais, fornecer, pela primeira vez, informação confiável a respeito dos usos passados (na Alemanha) de conceitos políticos e sociais; caracterizar os modos pelos quais a linguagem tanto deu forma como registrou os processos de mudança que transformaram cada área da vida política e social alemã, de aproximadamente meados do século XVIII até meados do século XIX; tornar mais aguçada para os dias de hoje a consciência de como é usada a linguagem política e social.[13]

A abordagem inglesa difere na medida em que privilegia o sentido interno do conceito relativamente ao texto, a partir de uma análise lingüístico-pragmática. Nesse sentido, seria arbitrária a definição de uma história do conceito isoladamente considerado, sem a verificação do sentido dado à palavra pelo autor.

Apesar de sua rivalidade, as metodologias da escola alemã e da inglesa podem ser úteis como forma de descobrir, no contexto histórico do Brasil, quais os sentidos possíveis para a cidadania no texto constitucional. Ao utilizar uma associação das duas metodologias, em seus pontos principais, tem-se uma análise que é, ao mesmo tempo, contextual e textual, posto que envolve uma pluralidade de perspectivas que se complementam para auxiliar o intérprete na definição do sentido.

A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE CIDADANIA

O conceito de cidadania sofreu uma transformação milenar, na medida em que já se encontram empregos do termo na Antiguidade Clássica, com sentido distinto, mas que de alguma forma contribuiu para a construção da noção contemporânea. *A idéia de que o cidadão é o membro de uma comunidade política, que participa ativamente nela, nasce na experiência da democracia ateniense nos séculos V e IV a.C* [14]. É possível afirmar que a concepção de homem e de sociedade grega do período não admitia uma separação entre o espaço público e privado, na medida em que a nobreza do indivíduo (areté) era identificada justamente por meio de sua qualidade política de cidadão.

Pode-se identificar a estrutura social ateniense no período clássico como eminentemente orgânica, na medida em que:

[...] eles já consideravam as coisas do mundo numa perspectiva tal que nenhuma delas lhe parecia como parte isolada do resto, mas sempre como um todo ordenado em conexão viva, na e pela qual tudo ganhava posição e sentido. Chamamos orgânica a esta concepção, porque nela todas as partes são consideradas membros de um tempo. A tendência do espírito grego para a clara apreensão das leis do real, tendência do presente em todas as esferas da vida – pensamento, linguagem, ação e todas as formas de arte – , radica-se nesta concepção do ser como estrutura natural, amadurecida, originária e orgânica. [15]

A cidadania seria, portanto, a plenitude do indivíduo, através de sua realização pública: o poder de decidir em assembléia o destino comum da sociedade. A democracia ateniense, apesar de sua estreita relação com o conceito de cidadania, apresentou uma configuração consideravelmente diversa da concepção moderna e contemporânea. Considerada espécie de democracia direta, sua estruturação dependia da manutenção de uma rígida hierarquia social, com baixíssima mobilidade, através da qual se negava o direito à participação a uma parcela considerável de indivíduos: escravos, estrangeiros, mulheres, etc.

Nesse sentido, apesar de se ter o conceito de cidadania como a aptidão do indivíduo à participação política, é preciso reconhecer as fortes limitações que o conceito traz em sua acepção antiga, na medida em que serve justamente de critério de distinção (e desigualdade) entre os livres e os não-livres, noutro sentido, entre os aptos a participar e não aptos, dadas as condições particulares de cada um. Cidadão seria, portanto, o *status* daquele indivíduo autorizado a participar das decisões da pólis.

O conceito de cidadania também esteve presente na civilização romana, estando associado à sujeição individual a um dado estatuto legal. A partir dessa perspectiva, *a civitas é definida como a aglomeração humana na qual existe o respeito e o consentimento em relação à lei e ao direito. Não há* res publica *sem um governo justo, já que submetido ao direito* [16]. Pode-se afirmar que à idéia de participação – própria da concepção de cidadania ateniense – associa-se a noção de pertencimento a uma ordem social (e jurídica) dotada de coesão e poder de mando, a república, enquanto governo indireto do povo. Esclarece Cortina:

O cidadão é agora, segundo a definição do jurista Gaio, o que atua sob a lei e espera a proteção da lei em qualquer parte do império: é o membro de uma comunidade que compartilha a lei, e que pode se identificar ou não com uma comunidade territorial. (...) A cidadania é, então, um estatuto jurídico, mais que uma exigência de implicação política, uma base para reclamar direitos, e não um vínculo que pede responsabilidades. [17]

Para a concepção romana, cidadão é o indivíduo que se submete às leis romanas, tanto no que se refere aos direitos como aos deveres, idéia que se aproxima da concepção contemporânea de democracia.

Não se pode falar em emprego difundido do conceito de cidadania durante o período da Idade Média, considerando a fragmentação do poder provocada pela queda do sacro

império romano. A utilização do termo só volta a ser percebida no contexto de formação dos estados nacionais, já na Modernidade, quando se mostra necessário criar a noção de povo, como unidade constituída sob a soberania do poder central. O cidadão é, nesse sentido, o habitante da cidade, aquele que se submete ao poder soberano do estado[18]. Neste momento, o conceito de cidadania se associa à idéia de nacionalidade:

No Estado, são os cidadãos que ostentam a nacionalidade desse país, em que por "nacionalidade" se entende o estatuto legal pelo qual uma pessoa pertence a um Estado, reconhecido pelo direito internacional, e se adscreve a ele. Os traços adscritícios habituais são a residência (jus soli) e o nascimento (jus sanguinis), mas em um Estado de direito como o moderno, a vontade do sujeito é indispensável para conservar a nacionalidade ou mudá-la, bem como a vontade dos já cidadãos desse Estado. [19]

A partir dessa perspectiva, observa-se um conceito de cidadania como sujeição. Foi T.H. Marshall, em obra já clássica, *Cidadania, Classe Social e Status*, que relacionou cidadania com a titularidade de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais, já na perspectiva do estado social, em meados do século XX. É nesse sentido que:

O conceito de "cidadania" que se converteu em padrão foi o de "cidadania social", tal como Thomas H. Marshall o concebeu há meio século. A partir dessa perspectiva, é cidadão aquele que, em uma comunidade política, goza não só de direitos civis (liberdades individuais), nos quais insistem as tradições liberais, não só de direitos políticos (participação política), nos quais insistem os republicanos, mas também de direitos sociais (trabalho, educação, moradia, saúde, benefícios sociais em épocas de particular vulnerabilidade). [20]

A compreensão contemporânea de cidadania representa uma qualidade (status) do indivíduo politicamente inserido, que se refere a: *a)* titularidade de direitos fundamentais, que englobam as múltiplas necessidades dos indivíduos, daí porque estreitamente associada à idéia de estado do bem-estar; *b)* comprometimento no projeto político da sociedade, sintetizado no texto constitucional, considerando que o dever de promover o bem de todos não é unicamente estatal, mas também social. Neste ponto, verifica-se uma superação em relação ao modelo providencialista de estado social, que busca muito mais a tutela dos sujeitos que a promoção da liberdade dos indivíduos para a prática da cidadania.

A explicitação desse contexto histórico mostra-se importante, na medida em que a constituição, como reflexo de um ato de natureza política, abriga o sentido ideológico que o termo traz, de modo que, ao inserir a cidadania entre os princípios fundamentais, optou por reconhecer um dado conceito de ser cidadão historicamente situado.

A CIDADANIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A INCLUSÃO SOCIAL PELA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

A Constituição Federal de 1988 traz a cidadania como um dos fundamentos do estado democrático de direito brasileiro, já em seu art. 1º, inc. II. É possível afirmar que, na

qualidade de princípio fundamental, sua força normativa se estende a todo o texto constitucional, indicando que sua interpretação deve favorecer à realização da cidadania como diretriz básica. Inegável, portanto, a importância de um esclarecimento maior sobre o sentido exato do termo.

A fim de desvendar o sentido jurídico-constitucional do termo cidadania, utilizou-se como método o seguinte percurso: inicialmente, investigar a carga de significados que o conceito trouxe na história, relacionando-a aos processos de transformação estrutural da sociedade, para, depois, analisar, dentro do texto, a partir das utilizações tópicas pelo constituinte, um sentido unívoco, que não ofendesse ao sistema geral da constituição.

É preciso, portanto, precisar quando foi utilizado o termo, o seu *locus*, e, quando possível, a finalidade (teleologia) própria que o conceito, com sua carga ideológica, fosse capaz de conferir à constituição. A partir dessa perspectiva, identificou-se a utilização explícita do termo nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º, inc. II; art. 68, § 1º; art. 205, *caput*.

Os dispositivos mencionados referem-se, respectivamente, ao estabelecimento dos princípios fundamentais da república, à definição de competência exclusiva do Congresso Nacional para legislar sobre cidadania e aos objetivos e fins da educação nacional. É possível observar, portanto, que o conceito está fortemente associado à idéia de bem-estar geral, razão por que seu desdobramento específico foi inserido no título referente à ordem social.

A noção de cidadania que orientou a elaboração da carta constitucional parece se diferenciar da tradicional associação entre cidadania, nacionalidade e exercício de direitos políticos em sentido estrito (eleitorais). Ao estabelecer o regramento da nacionalidade, o constituinte, em nenhum momento, referiu-se ao termo cidadania, preferindo a locução "são brasileiros..." (art. 12). Nesse sentido, não persiste, com a nova constituição, a idéia tradicional de cidadania como sinônimo de nacionalidade, ou com a aptidão para o exercício dos direitos de participação política.

O termo é mais amplo e engloba uma dupla dimensão aparentemente contraditória: ao mesmo tempo em que se vincula à noção de direitos fundamentais sociais, econômicos e sociais, envolve a dimensão do dever, do comprometimento com a coisa pública – revelada não apenas em sua manifestação estatal. A cidadania exigiria, assim, *um elo de natureza diferente, um sentimento direto de participação numa comunidade baseado numa lealdade a uma civilização que é patrimônio comum*[21].

A utilização do conceito no *caput* do artigo 205 não pode ser ignorada, na medida em que a educação desponta como direito-instrumento de preparo do indivíduo para vida pública, para o trabalho e, portanto, *para o exercício da cidadania*. Não se percebe, nesse sentido, uma conotação passiva de cidadão – aquele que detém determinados direitos perante o estado. Revela-se indispensável, nesse sentido, preparar o indivíduo para o conflito e para a vivência democrática, a fim de que seja capaz de determinar seu próprio destino juntamente com os demais[22].

É possível afirmar, portanto, que o conceito jurídico de cidadania no Brasil envolve a plena aptidão do indivíduo para a convivência pública, de modo a que possa concretizar o projeto comum, pelo comprometimento e reconhecimento do próximo. O

descompasso entre a previsão constitucional da cidadania como *qualidade do sujeito público* e a realidade social demandou a criação de uma série de medidas de inclusão denominadas ações afirmativas, que buscam proporcionar o resgate da cidadania de grupos em situação de vulnerabilidade.

A partir dessa perspectiva, a cidadania é vista como um *método de inclusão social*[23], a partir do qual se proporciona a gradativa conquista de direitos, relacionada à emancipação do indivíduo para a participação. Nesse sentido, a gestão pública que ofenda à idéia de cidadania recebida pela carta política pode ser considerada inconstitucional e, nesse sentido, passível de controle judicial e político pelos poderes constituídos, dada a normatividade dos preceitos constitucionais, ainda que de teor principiológico.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo esclarecer (e estabelecer), dentro dos sentidos possíveis que o termo cidadania pode alcançar no contexto brasileiro, uma noção especificamente jurídica, tomando-se a leitura do texto constitucional a partir da perspectiva metodológica da historiografia conceitual. Nesse sentido, o *ser cidadão*, antes de representar uma concepção eminentemente política, tem uma expressão jurídica palpável, isto é, constitui uma qualidade do indivíduo na ordem republicana da qual é parte.

Para realizar o seu objeto, utilizou-se o aporte metodológico da história dos conceitos alemã (Begriffsgeschichte) e da Escola de Cambridge, que tem como principais postulados a necessidade de se analisar a utilização do conceito relativamente às transformações das estruturas sociais, econômicas e políticas – tal como indicado pela escola alemã – estabelecendo-se uma cronologia do termo na história ocidental, ao mesmo tempo em que se atenta para o sentido da expressão internamente ao texto em que é utilizada, isto é, a interpretação a partir da pragmática do autor, como orienta a escola inglesa.

Desse modo, utilizou-se por base textual a constituição federal, na qualidade de norma jurídica principal, cuja função no sistema é estabelecer o fundamento material e formal de todos os demais comandos normativos inferiores. Ao reconhecer que o constituinte recebeu a idéia de cidadania impregnada de uma ideologia própria, que, ao mesmo tempo, pressupõe os sentidos históricos e os supera, tem-se que a interpretação do seu sentido no texto constitucional deve obedecer, necessariamente, a análise de sua transformação na história, como primeiro passo.

Em seguida, é possível estabelecer, como segundo passo, um sentido interno, a partir da leitura do texto constitucional como uma unidade orgânica, na qual os dispositivos se relacionam no intuito de estabelecer uma mensagem coerente. Apesar de interno ao texto positivado, o sentido que se estabelece a partir dessa leitura depende, necessariamente, de uma prévia noção do termo na história, de modo que o ser cidadão

na constituição reflete, indiretamente, a teoria da cidadania do estado do bem-estar desenvolvida ao longo do século XX no mundo ocidental.

Verifica-se que o termo cidadania está associado à ordem social e representa uma qualidade do indivíduo, envolvendo as dimensões jurídicas da titularidade de direitos fundamentais e do comprometimento individual no projeto político comum, tal como postulado por T.H. Marshall. Nesse sentido, afasta-se da compreensão tradicional associada unicamente à nacionalidade e ao exercício de direitos de participação eleitoral.

Reconhecendo-se a realidade social como âmbito de profundas desigualdades sociais, o direito cuida de, através de medidas específicas, as ações inclusivas, proporcionar uma conquista da cidadania de grupos vulneráveis, a partir da perspectiva da cidadania social como inclusão, reconhecimento e direito à participação na democracia, considerada modelo de convivência pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, v. I. Brasília: Editora UnB, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: O Longo Caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do Mundo: Para uma Teoria da Cidadania**, tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **O Princípio da Legitimidade do Poder no Direito Público Romano e sua Efetivação no Direito Público Moderno**. São Paulo: Renovar, 2006, pg. 49 e 50.

DINIZ CAMPOS, Juliana Cristine; DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *O Acesso à Educação na Ordem Constitucional Brasileira: A Consolidação da Cidadania no Estado Democrático de Direito*. *In*: **Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, pg. 762-775.

DUSO, Giuseppe (org.). **Poder: História da Filosofia Política Moderna**. Petrópolis: Vozes, 2005.

FERES JÚNIOR, João (org.). **Léxico da História dos Conceitos Políticos no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JAEGER, Werner. **Paidéia: A Formação do Homem Grego**, tradução de Artur Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João. *História dos Conceitos: Dois Momentos de um Encontro Intelectual*. In: JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João (orgs.). **História dos Conceitos: Debates e Perspectivas**. Rio de Janeiro: Editora PUC-RIO; Loyola, 2006.

LALANDE, André. **Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie**. Paris: PUF, 2008.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1987.

RICHTER, Melvin. *Avaliando um Clássico Contemporâneo: o* Geschichtliche Grundbegriffe *e a Atividade Acadêmica Futura*. In: In: JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João (orgs.). **História dos Conceitos: Debates e Perspectivas**. Rio de Janeiro: Editora PUC-RIO; Loyola, 2006.

SOARES, Maria Victoria Benevides. *Cidadania e Direitos Humanos*. In: CARVALHO, José Sérgio (org.). **Educação, Cidadania e Direitos Humanos**. Petrópolis: Vozes, 2004.

SOUKI, Lea Guimarães. *A Atualidade de T.H. Marshall no Estudo da Cidadania no Brasil.* In: Civitas – Revista de Ciências Sociais, v. 6, n. 1, jan.-jun. 2006, pg. 39-58.

---

[1] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998, pg. 14.

[2] Para Carvalho, *o esforço de reconstrução, melhor dito, de construção da democracia no Brasil ganhou ímpeto após o fim da ditadura militar, em 1985. Uma das marcas desse esforço é a voga que assumiu a palavra cidadania. Políticos, jornalistas, intelectuais, líderes sindicais, dirigentes de associações, simples cidadãos, todos a adotaram. A cidadania, literalmente, caiu na boca do povo. Mais ainda, ela substituiu o próprio povo na retórica política.* CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: O Longo Caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, pg. 7.

[3] A idéia de contexto revela tanto a relação de significado que o termo tem com os demais vocábulos do texto constitucional, como a percepção de que o uso feito pela constituinte é determinante para apreensão de seu significado.

[4] CORTINA, Adela. **Cidadãos do Mundo: Para uma Teoria da Cidadania**, tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005, pg. 19.

[5] SOARES, Maria Victoria Benevides. *Cidadania e Direitos Humanos*. In: CARVALHO, José Sérgio (org.). **Educação, Cidadania e Direitos Humanos**. Petrópolis: Vozes, 2004, pg. 43.

[6][6] BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, v. I. Brasília: Editora UnB, 2004.

[7] LALANDE, André. **Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie**. Paris: PUF, 2008.

[8] CORTINA, Adela. *Op. cit.*

[9] BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2003, pg. 36.

[10] GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pg. 4.

[11] DUSO, Giuseppe (org.). **Poder: História da Filosofia Política Moderna**. Petrópolis: Vozes, 2005, pg. 11.

[12] JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João. *História dos Conceitos: Dois Momentos de um Encontro Intelectual*. In: JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João (orgs.). **História dos Conceitos: Debates e Perspectivas**. Rio de Janeiro: Editora PUC-RIO; Loyola, 2006, pg. 15.

[13] RICHTER, Melvin. *Avaliando um Clássico Contemporâneo: o* Geschichtliche Grundbegriffe *e a Atividade Acadêmica Futura*. In: In: JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João (orgs.). **História dos Conceitos: Debates e Perspectivas**. Rio de Janeiro: Editora PUC-RIO; Loyola, 2006, pg. 42.

[14] CORTINA, Adela. *Op. cit*, pg. 34

[15] JAEGER, Werner. **Paidéia: A Formação do Homem Grego**, tradução de Artur Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pg. 11.

[16] DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **O Princípio da Legitimidade do Poder no Direito Público Romano e sua Efetivação no Direito Público Moderno**. São Paulo: Renovar, 2006, pg. 49 e 50.

[17] CORTINA, Adela. *Op. cit.*, pg. 42.

[18] Para análise da transformação do conceito no período colonial brasileiro, cf. FERES JÚNIOR, João (org.). **Léxico da História dos Conceitos Políticos no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, pgs. 43-60.

[19] CORTINA, Adela. *Op. cit.*, pg. 45.

[20] CORTINA, Adela. *Op. cit.*, pg. 53.

[21] MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1987, pg. 84.

[22] Cf. DINIZ CAMPOS, Juliana Cristine; DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *O Acesso à Educação na Ordem Constitucional Brasileira: A Consolidação da Cidadania no Estado Democrático de Direito*. *In*: Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, pg. 762-775.

[23] SOUKI, Lea Guimarães. *A Atualidade de T.H. Marshall no Estudo da Cidadania no Brasil.* In: Civitas – Revista de Ciências Sociais, v. 6, n. 1, jan.-jun. 2006, pg. 39-58.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A BUSCA PELA INCLUSÃO SOCIAL: ATUAÇÃO NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS*

THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE AND THE SEARCH FOR THE SOCIAL INCLUSION: PERFORMANCE IN THE SCOPE OF THE PUBLIC POLICIES

Leonardo Augusto Gonçalves

RESUMO

As políticas públicas correspondem aos instrumentos destinados à concretização dos direitos sociais, sendo que, por meio delas, devem ser analisadas as prioridades de atuação do Estado, avaliando-se a disponibilidade orçamentária em busca de uma adequada estratégia de alocação dos recursos financeiros. Além das inafastáveis atuações dos Poderes Executivo e Legislativo, a temática das políticas públicas, dentro de uma concepção pluralista, deve abrir espaço para a participação da sociedade, representada pelos seus mais diversos segmentos, destacando-se a atuação dos Conselhos de Gestão como importantes organismos que devem atuar em conjunto com os Poderes do Estado no âmbito da elaboração, implementação e controle das políticas públicas, sempre na busca da superação dos limites impostos pela insuficiência de recursos financeiros, analisando-se de forma criteriosa os argumentos decorrentes da teoria da reserva do possível, buscando-se, ainda, uma nova forma de interpretar a amplitude da discricionariedade administrativa quando o tema em pauta for a concretização dos direitos sociais. As atribuições do Ministério Público no âmbito da tutela dos direitos sociais demandam uma atuação pró-ativa de seus representantes, buscando, em princípio, a mobilização social e dos Poderes do Estado na busca da implementação de políticas públicas que priorizem o atendimento das metas explicitadas no texto constitucional, tomando em conta, em um segundo momento, a possibilidade de ser utilizada a via jurisdicional, sobretudo por meio da ação civil pública, na busca da concretização dos direitos sociais negligenciados pelo Estado. Tal forma de atuação do Ministério Público exige um novo perfil de seus representantes, que devem se mostrar profundamente vocacionados e comprometidos com as causas institucionais, sempre buscando afastar a paralisia do Estado que compromete o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS SOCIAIS; POLÍTICAS PÚBLICAS; MINISTÉRIO PÚBLICO

ABSTRACT

The public policies correspond to the instruments destined to the social rights achievement, being that, through them, there must be analyzed the priorities of

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

performance of the State, evaluating the budgetary availability in search of an adequate strategy of allocation of the financial resources. As well as the indispensable performances of the Executive and Legislative Powers, the thematic of the public policies, in a pluralist conception, must open space for the society participation, represented in their most different segments, pointing out the Management Councils performance like important organisms that must act with the State Powers in the scope of creation, implementation and control of the public policies, always in search of overcoming the imposed limits through the insufficiency of financial resources, analyzing in a thorough way the subsequent arguments of the reserve of the possible theory, looking for, yet, a new way of interpreting the extension of the administrative discretionarity when the subject in guideline is the achievement of the social rights. The prerogatives of the Public Prosecution Service in the scope of the social rights guardianship demand a pro-active performance of its representatives, searching, in principle, the social and the State Powers mobilization in search of the public policies implementation that prioritize the attendance of the presented goals, in the constitutional text, taking charge, in a second moment, the possibility of being used the jurisdictional ways, especially through the public civil action in search of the social rights achievement neglected by the State. Such way of performance of the Public Prosecution Service demands a new profile of its representatives that must show themselves deeply connected and committed to the institutional causes, always trying to move the State paralysis away that commits to the respect to the principle of the dignity of the person human being.

KEYWORDS: SOCIAL RIGHTS; PUBLIC POLICIES; PUBLIC PROSECUTION SERVICE

Introdução

Perplexidade, indignação e esperança: estas são as palavras que explicitam os motivos determinantes deste artigo.

O abismo existente entre os mais ricos e os mais pobres gera a perplexidade, sendo esta a mola propulsora da indignação que, mesmo em um nível profundo, não se mostra capaz de fulminar, por completo, a esperança de que o Direito, enquanto instrumento de transformação social, resgate a dignidade daqueles que a perderam.

A temática pertinente à concretização dos direitos fundamentais, vista como tábua de salvação de referida esperança, é tratada neste trabalho pelo viés dos direitos sociais, sendo as políticas públicas compreendidas como instrumentos de concretização de tais direitos.

Após a apresentação do conceito de políticas públicas, procuramos tratar das etapas voltadas à sua implementação, desde as estratégias de planejamento até a previsão orçamentária.

Os limites concernentes à implementação das políticas públicas são alvo de nossa atenção, sobretudo no que diz respeito à insuficiência de recursos financeiros, com foco especial na análise da teoria da reserva do possível.

Também abordamos a questão da discricionariedade administrativa no que tange às escolhas que envolvem as políticas públicas.

Por fim, ressaltamos o papel do Ministério Público no que diz respeito à busca da concretização dos direitos fundamentais sociais por meio da implementação das políticas públicas.

A abordagem dos mencionados tópicos procura evidenciar a necessidade de que o Ministério Público, por meio do cumprimento irrestrito das prerrogativas institucionais que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal de 1988, trilhe pelos caminhos que garantam a todos os indivíduos o direito à plena inclusão social, com amplo acesso aos serviços públicos capazes de garantir o mais completo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, afastando dos homens e mulheres o estigma da pobreza e da miséria absoluta que os condena à infelicidade, contrariando o destino natural do ser humano.

1. Políticas públicas: conceito

Estamos inseridos em uma democracia formal há mais de duas décadas e, ao longo desse período, implementou-se, de forma gradativa, o debate em torno do conceito de "espaço público", bem como a respeito de que atores devem construir esse espaço e como formular e concretizar políticas capazes de estruturar um País efetivamente democrático, diverso e socialmente justo. (LANZONI, 2007, p. 31)

Os direitos fundamentais sociais, de índole prestacional, demandam a implementação de políticas públicas, expressão que "designa a atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade".[1] (GRAU, 2008, p. 25)

O fundamento das políticas públicas está no reconhecimento dos direitos sociais, aqueles que se concretizam mediante prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais consistem em liberdades, os direitos sociais consistem em prestações. (BREUS, 2007, p. 219)

Por serem exigências de superação da inércia estatal, ou formas de se evitar o desvio da ação dos Poderes Públicos em favor das classes sociais ricas e poderosas, os direitos sociais têm por objeto políticas públicas ou programas de ação governamental que devem ser coordenados entre si. A elevação do nível da qualidade de vida das populações carentes supõe, no mínimo, um programa conjugado de medidas governamentais no campo do trabalho, saúde, da previdência social, da educação e da habitação popular. Tais objetivos sociais são interdependentes, de sorte que a não-realização de um deles compromete a realização de todos os outros. (COMPARATO, 2007, p. 338) Procurando esmiuçar essa abordagem, temos que:

[...] as políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um "law enforcement" (reforço para execução da lei). Não são apenas atos meramente políticos ou de governo, os chamados atos de gestão.

As políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos. Em todas as áreas o Estado deve possuir políticas públicas de forma clara e precisa, na busca de melhor desempenho de suas atividades estatais. As principais políticas públicas são: política econômica, política educacional, política habitacional, política ambiental, política previdenciária, política de saúde e política de segurança pública. A fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos. As políticas públicas correspondem ao planejamento e as obras e serviços públicos caracterizam a execução material da função.

Na sua atuação, o Estado desempenha inúmeras atividades, prestando serviços públicos essenciais e não essenciais, de relevância pública ou não. Para as várias áreas de atuação do Poder Público há necessidade de fixação de uma rota de atuação estatal, seja expressa ou implícita, as chamadas políticas públicas. A Constituição Federal é a base da fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado. (SANTIN, 2004, p. 34-35)

Deve ser registrado, porém, que a exigência da atuação positiva, e não meramente absenteísta do Estado, realça a grande dificuldade para a efetivação das políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais de conteúdo econômico, social e cultural.[2] Neste sentido, uma política pública não se caracteriza como um ato isolado nem como a abstenção no que tange à prática de determinados atos. As políticas públicas estão, de acordo com a mais recente teoria jurídica, atreladas ao conceito de "atividade", sendo este compreendido como uma série de atos, do mais variado tipo, unificados por um mesmo objetivo e organizados num programa de longo prazo. A doutrina jurídica tradicional, tanto nos países de *civil law* quanto nos de *common law*, desde o direito romano, ocupou-se quase que exclusivamente de atos isolados: contratos, testamentos, matrimônio, adoção, nomeação e demissão de funcionários públicos, e assim por diante. "Foi só recentemente, em razão do desenvolvimento da economia de massa, que começaram a ser elaboradas regras jurídicas específicas sobre o desenvolvimento de atividades, como a organização do serviço público, ou a exploração empresarial". (COMPARATO, 2007, p. 339)

As políticas públicas podem ser compreendidas como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com o escopo de garantir igualdade de oportunidades aos indivíduos e, assim, assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos.[3] (APPIO, 2006, p. 136) O terreno das políticas públicas caracteriza-se como o espaço institucional para a explicitação dos "fatores reais de poder"[4] ativos na sociedade em determinado momento histórico, em

relação a um objeto de interesse público. “Política aqui não conota, evidentemente, a política partidária, mas política num sentido amplo, como atividade de conhecimento e organização do poder”. (BUCCI, 2006, p. 242)

Com base no que foi até aqui exposto, podemos dizer que as políticas públicas no Brasil se desenvolvem em duas frentes principais, a social e a econômica, ambas voltadas para o desenvolvimento do País.[5] (APPIO, 2006, p. 136) O desenvolvimento, portanto, pode ser apontado como a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais. O desenvolvimento econômico e social, com a eliminação das desigualdades, pode ser considerado como a síntese dos objetivos históricos nacionais. (BERCOVICI, 2006, p. 144)

Dentro desta concepção, é preciso ressaltar que as políticas públicas, sobretudo aquelas voltadas para a concretização dos direitos fundamentais sociais, estão diretamente ligadas à concepção de desenvolvimento. Para explicitarmos essa idéia:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade. (SEN, 2000, p. 18)

Na busca de uma sistematização, podemos apontar que as políticas públicas agrupam-se em gêneros diversos: a) políticas sociais relacionadas à prestação de serviços essenciais (saúde, educação, segurança, justiça, etc.); b) políticas sociais compensatórias (previdência e assistência social, seguro desemprego, etc.); c) políticas de fomento (créditos, incentivos, preços mínimos, desenvolvimento industrial, tecnológico, agrícola, etc.); d) as reformas de base (reforma urbana, agrária, etc.); e) políticas de estabilização monetária; além de outras mais específicas ou genéricas. (LOPES, 2005, p. 133)

As políticas públicas constituem temática oriunda da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública, sendo que ingressam no foco de interesse do Direito na medida em que o universo jurídico se alarga, abraçando a concepção por meio da qual os

direitos sociais deixam de ser meras declarações retóricas e passam a ser direitos positivados em busca de concretização. (BUCCI, 2006, p. 241)

Trazer o conceito de políticas públicas para o campo do Direito significa aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do Poder, Estado e Administração Pública. (BUCCI, 2006, p. 241-242)

A interpenetração dos universos jurídico e político, dentro do nosso objeto de estudo, mostra-se ainda mais evidente se lembrarmos que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais são caracterizadas, invariavelmente, como normas programáticas, de cunho principiológico, dependentes da atuação posterior das diversas faces do Poder Público, mediante a elaboração de programas voltados para a concretização de tal modalidade de direitos.

A elaboração e cumprimento de tais programas envolvem atividades a serem desenvolvidas tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Poder Legislativo, passando pela contribuição decisiva da própria sociedade civil organizada.

Dentro dessa linha de entendimento, mostra-se necessário destacar que a análise das políticas públicas está diretamente relacionada ao "atual estágio de desenvolvimento da atuação do Estado para a realização dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais". (BREUS, 2007, p. 211)

Com efeito, o Estado, organização política da sociedade, possui sua existência focada na promoção e proteção dos direitos fundamentais, sendo que o desenvolvimento de um Estado será tanto maior quanto maior for a rede de proteção de tais direitos, por meio de políticas públicas eficazes. (AITH, 2006, p. 219)

Vale destacar, aqui, que a Constituição Federal de 1988 caracteriza-se como estatuto marcadamente voltado, tanto do ponto de vista político quanto do jurídico, para a concretização dos direitos fundamentais sociais, apontando para as políticas públicas como instrumentos de ação do Estado contemporâneo brasileiro voltados para tal finalidade.

2. Elaboração das políticas públicas: planejamento e previsão orçamentária

A elaboração de uma política pública guarda um evidente paralelo com a atividade de planejamento, sendo esta voltada para a realização do bem comum, permitindo a elevação do nível de racionalidade das decisões que comandam complexos processos sociais. (BUCCI, 2006, p. 259-260)

A análise da estrutura de um planejamento voltado para a elaboração e implementação das políticas públicas demanda a sua decomposição em três elementos fundamentais: programa; ação-coordenação; e processo.

O “programa” tem como finalidade individualizar as unidades de ação administrativa relacionadas aos resultados que se pretende alcançar. Em outras palavras, o programa nos remete ao conteúdo propriamente dito de uma política pública, à sua dimensão material, sendo que nele são especificados os objetivos a atingir e os meios correspondentes. Por outro lado, considerando que a característica primordial de uma política pública é a de buscar a concretização de um objetivo por meio da observância de um determinado programa, mostra-se evidente que este deve ser concebido como um programa de “ação coordenada”. Agir coordenadamente permite que o Estado consiga obter os resultados almejados no programa. Por último, quanto ao “processo”, tem-se que um programa de ações coordenadas, para efetivar-se, depende da conjugação do procedimento (enquanto conjunto de atos direcionados a um fim) e do contraditório (na medida em que exige a participação ativa e dinâmica dos interessados). (BUCCI, 2006-A, p. 40-44)

A noção de planejamento, com seus três elementos fundamentais (programa, ação-coordenação e processo), que permeia as políticas públicas enquanto programas destinados à implementação de direitos sociais, leva ao entendimento de que a atividade estatal, neste campo, verifica-se por meio de ciclos, abrangendo as fases da formação, execução, controle e avaliação. Neste sentido:

A política pública é tida, pelo senso comum, como procedimento linear em que fases perfeitamente distintas sucedem-se, de modo a se partir da formação, passando pela implementação, finalizando com a avaliação. É necessário ao jurista o conhecimento do ciclo da política pública para tornar possível o controle jurídico de seu processo e de seus resultados.

Desde logo, é preciso ter claro que a política pública dá-se por ciclos, não sendo possível discernir de forma definitiva suas fases, por se verificar um processo de retroalimentação, onde a avaliação não é feita ao final, mas no curso da execução. Isto introduz novos elementos no quadro inicialmente proposto, modificando-o, de forma a adequá-lo à realização do objetivo. (MASSA-ARZABE, 2006, p. 70)

A formação de uma política pública envolve: a) o processo de identificação dos problemas a serem tratados; b) o estabelecimento de uma agenda e propositura de soluções, abrangendo a realização dos estudos multidisciplinares necessários; c) a especificação dos objetivos que se pretende alcançar; d) por fim, a indicação dos melhores modos de condução da ação pública, tratando-se, desta maneira, da formulação da política. (MASSA-ARZABE, 2006, p. 70) Ampliando esta abordagem:

As definições das políticas públicas relacionam-se com o perfil institucional que cada Estado desenha para si, através de seu ordenamento, e esta questão exerce influência significativa nos resultados substanciais do processo político, pois, conforme as regras definidas, haverá vantagens ou desvantagens para os diversos participantes do processo. Quem toma decisões políticas deve estar investido de autoridade formal para

tais atos, já que terá, em conseqüência, autoridade para comprometer os recursos estatais. Cada país estabelece, em sua Constituição, as competências para a definição das escolhas das políticas públicas. Nos Estados democráticos, as decisões surgem da avaliação de, pelo menos, dois poderes, o Legislativo e o Executivo. As decisões políticas costumam ocorrer nos cenários institucionais, onde se reúnem os cidadãos representantes das populações para participar do processo político. Os objetivos desses participantes, todavia, podem não coincidir, pois alguns se orientam pela moral pública, outros, pelos próprios interesses. (DAL BOSCO, 2008, p. 248)

De forma geral, o próprio Poder Executivo, por meio do planejamento de suas estratégias de atuação, é quem elabora as políticas públicas. Sem prejuízo da previsão do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, o Brasil adota, de forma prioritária, a modalidade de democracia indireta ou representativa, com o que se transfere aos mandatários, eleitos pelo voto direto dos cidadãos, a legitimidade para a representação da vontade geral. (AGUIAR, 2009, p. 07)

O Poder Executivo, portanto, caracteriza-se como o responsável direto pela implementação de programas de governo que visem à realização do bem comum.

Atualmente, porém, o Poder Executivo tem se auxiliado das atividades dos chamados Conselhos de Gestão no que diz respeito à elaboração das políticas públicas, sobretudo nas áreas da saúde, crianças e adolescentes, educação e assistência social. Tais Conselhos, que contam com a participação de diversos segmentos da sociedade (Poder Público, entidades de classe, associações, clubes de serviço, etc.), contribuem para o diagnóstico das prioridades do ente público nas áreas correspondentes aos direitos sociais, formulando projetos, encaminhando sugestões e requerimentos ao Poder Executivo no sentido de que sejam implementados.

No Brasil, os Conselhos são resultantes do esforço de mobilização social e dos debates públicos que precederam a Constituição Federal de 1988, sendo que esta adotou o princípio da participação popular na elaboração das políticas públicas da saúde, da assistência social, educação e direitos da criança e do adolescente, buscando possibilitar que a sociedade compartilhe com o Estado a definição de prioridades e a formulação de políticas públicas como forma de exercício da cidadania e de controle social (arts. 29, XII; 194, parágrafo único, VII; 198, III; 204, II; 206, VI; e 227, § 1º.). A criação dos Conselhos de Políticas Públicas (conselhos setoriais) se dá por meio de lei com instituição de suas competências, tais como: planejamento, gestão, fiscalização e avaliação no tocante ao princípio da eficiência. (MARTINS, 2008, p. 116-117)

Ainda a respeito da importância do “sistema de Conselhos”:

Não resta dúvida de que a forma democrática mais autêntica de participação, deliberação e controle é o “sistema de conselhos”, disseminado nos diferentes níveis da esfera e do poder local (bairro, distrito e município). A estrutura geral dos conselhos, que pode também compreender “comitês de fábrica”, “comissões mistas” de espécies distintas ou “juntas distritais”, é, por excelência, a efetivação maior do arcabouço

político de uma democracia pluralista descentralizada, assentada na "participação de base" e no poder da "autonomia local". O "sistema de conselhos" propicia mais facilmente a participação, a tomada de decisões e o controle popular no processo de socialização, não só na dinâmica do trabalho e da produção, como igualmente na distribuição e no uso social. Ademais, no âmbito do espaço público local, a ordenação político-democrática da estrutura piramidal dos conselhos (internamente composta por comitês de consulta, deliberação e execução) é constituída por uma rede de múltiplas forças sociais distribuídas desde uma escala maior (Conselho Comunitário, Municipal ou Distrital) até níveis menores (Conselho de Bairros, de Favelas, de Fábricas, de Entidades Públicas, de Sindicatos, de Associações Profissionais e Comerciais, dos Trabalhadores Urbanos e Rurais etc.).

Registra-se que, quando no governo dos Conselhos, o núcleo de poder reside no conjunto dos organismos de base: as decisões tomadas são passadas, asseguradas e executadas para a cúpula administrativa com delegação. Entretanto, quando o sistema está escalonado sob a forma de uma pirâmide de poderes difusos e interpostos, as bases deverão dispor de instrumentos eficazes para opinar, pressionar e controlar os núcleos de decisão e de poder mais acima. (WOLKMER, 2001, p. 258-259)

A sociedade civil organizada, em especial as instituições que atuam no chamado "Terceiro Setor" (Organizações não Governamentais – ONG's),[6] também colaboram no encaminhamento de diversas questões inerentes aos direitos sociais, promovendo gestões a respeito do tema junto aos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo e demonstrando quais as prioridades a serem implementadas em suas respectivas áreas de atuação. "O Terceiro Setor, trabalhando sobre os valores comuns, reforça as condições culturais e subjetivas com as quais o Estado e o mercado devem funcionar, exercita a cidadania e estimula o cidadão a buscar a democracia". (WESCHENFELDER, 2007, p. 313)

A Administração Pública, na atualidade, passou a adotar novos métodos de atuação que se fundamentam na cultura do diálogo e na oitiva das divergências sociais, seguindo a tendência de não mais se afirmar contrapondo-se à atuação da sociedade. Assim, as relações entre a Administração Pública e a sociedade não mais se assemelham à tutela, sendo que isto ocorre porque a Administração depende da vitalidade das mediações sociais e do dinamismo de seus atores. Desta forma, ao lado de mecanismos tradicionais como a coerção, injunção e constrangimento, a Administração, no que tange à sua interface com a sociedade, deve utilizar, principalmente, a orientação, a persuasão e a ajuda. (PEREZ, 2006, p. 166)

É importante observar que a estrutura fundamental das políticas públicas encontra-se consolidada na Constituição Federal sendo que, dentro de uma concepção pluralista, os sujeitos chamados à interpretação das regras constitucionais pertinentes aos direitos sociais não se limitam àqueles inseridos na estrutura estatal, abrangendo todas as forças sociais interessadas. Neste sentido:

[...] a interpretação constitucional não é um 'evento exclusivamente estatal', seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. [...] Até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos 'órgãos oficiais', naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma 'atividade' que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos [...] e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade. (HÄBERLE, 2002, p. 23-24)

Mostra-se relevante, neste ponto, destacarmos o papel do Poder Legislativo no momento da formulação das políticas públicas destinadas à implementação dos direitos sociais, sobretudo quando a atividade legiferante volta-se para o campo dos instrumentos pertinentes ao direito econômico e financeiro (leis de cunho orçamentário).

Grande parte dos dispositivos constitucionais pertinentes aos direitos fundamentais de segunda dimensão é lançada sob o modelo de norma programática, de natureza eminentemente principiológica.

Não obstante a constatação de que a norma programática goza de plena eficácia e efetividade na exata medida de sua densidade normativa, não é menos certa a idéia de que referida modalidade legal realiza melhor suas potencialidades quando desenvolvida por outras normas jurídicas (leis complementares e leis ordinárias, por exemplo). (ROTHENBURG, 2003, p. 82)

As questões inerentes aos direitos sociais, enquanto direitos subjetivos e tomando em conta sua dimensão jurídico-objetiva, devem ser postas em dois planos: o subjetivo e o objetivo. No plano subjetivo, os direitos sociais devem ser considerados como inseridos no espaço existencial do cidadão, independentemente da possibilidade da sua exeqüibilidade imediata. Já no plano objetivo, as normas consagradoras dos direitos sociais estabelecem imposições legiferantes, no sentido de que o legislador deve atuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos. (CANOTILHO, 2001, p. 367-368)

Assim, inegável a profunda relevância do Poder Legislativo no âmbito da formulação das políticas públicas, sobretudo porque é na esfera do parlamento que as diversas forças sociais colocam-se em debate, apresentando, por intermédio de representantes eleitos pelo povo, seus melhores argumentos, objetivando a construção de pontes destinadas a transpor as profundas desigualdades entre os indivíduos – desigualdades estas que provocam o esgarçamento do tecido social e conduzem, sobretudo os mais humildes, ao sofrimento, distanciando o homem de seu indelével destino: a felicidade.

Outra face imprescindível das políticas públicas diz respeito à necessidade de sua previsão orçamentária. Todos os envolvidos na elaboração e cumprimento das políticas públicas devem ter conhecimento da forma pela qual o planejamento dos gastos públicos é elaborado e executado. Para tanto, mostra-se de extrema importância compreender o papel do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA), uma vez que desempenham função relevante na definição e priorização das ações governamentais.

O planejamento e a implementação das políticas públicas dependem, inequivocamente, da disponibilização de recursos. (BREUS, 2007, p. 231) Assim, é possível afirmar que sem os planos e orçamentos nada de política pública pode ser implementado, sendo que para a adequada compreensão das políticas públicas é essencial que se tenha um adequado conhecimento acerca do regime das finanças da Administração Pública. (LOPES, 2005, p. 132-133)

Todos os envolvidos na elaboração e cumprimento das políticas públicas devem ter conhecimento da forma pela qual o planejamento dos gastos públicos é elaborado e executado. Para tanto, mostra-se de extrema importância compreender o papel do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA), uma vez que desempenham função relevante na definição e priorização das ações governamentais.

De acordo com o art. 174[7] da Constituição Federal de 1988, o planejamento é obrigatório para o setor público e indicativo para o setor privado. Em que pese estar inserido entre os dispositivos que tratam da ordem econômica e financeira, referido artigo aplica-se às normas constitucionais orçamentárias, dando ensejo à formação do que se pode denominar “planejamento orçamentário tridimensional”, tendo por instrumentos o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). (SILVA, 2007, p. 127-128)

A imprescindibilidade de referidos instrumentos legais no campo dos orçamentos públicos decorre da previsão constitucional do princípio da programação, que estabelece uma certa hierarquia ou certo efeito subordinante entre as leis de cunho orçamentário, viabilizando a concretização dos direitos sociais. (SILVA, 2007, p. 127-128)

Necessário destacar, ainda, uma ferramenta que o País conhece, desde o final dos anos 1980, desenvolvida apenas em nível municipal, qual seja: o orçamento participativo. Entre os Municípios que adotaram tal forma de participação popular no âmbito do planejamento orçamentário podem ser citados os de Porto Alegre, Recife e São Paulo. (DAL BOSCO, 2008, p. 295)

O orçamento participativo deve ser encarado como instrumento voltado para a implementação das políticas públicas que têm como alvo a inclusão social e, dentro desta linha de entendimento, afigura-se como autêntica estratégia na busca da efetividade dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

3. Limites à implementação das políticas públicas: insuficiência de recursos financeiros e a teoria da reserva do possível

Os direitos sociais, conforme sustentamos no tópico anterior, demandam recursos que possam cobrir os custos das prestações deles decorrentes.

Ao mesmo passo em que os direitos sociais impõem ao Estado o dever de garantir prestações aos indivíduos, estes estão obrigados ao pagamento autoritário e coativo de tributos destinados a satisfazer as demandas prestacionais.

Dentro do contexto do Estado neoliberal que claramente se busca implantar mundo afora, bem como diante das sucessivas crises financeiras que, em virtude do fenômeno da globalização, afetam quase todos os países, vem à tona o discurso de que é cada vez maior a escassez de recursos públicos necessários para o custeio das políticas voltadas para a implementação dos direitos sociais. (BREUS, 2007, p. 232)

Hoje como ontem, os direitos sociais colocam um problema incontrolável: custam dinheiro, custam muito dinheiro. Por isso, logo no começo da década de 1970, Peter Häberle formulou a teoria da "reserva das caixas financeiras" para exprimir a idéia de que:

[...] os direitos econômicos, sociais e culturais estão sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que eles consistirem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos. Na mesma altura, um outro jusplubicista alemão, W. Martens, reforçava esta idéia através de expressões plásticas que hoje são saturadamente repetidas nos manuais: os direitos subjetivos públicos suscetíveis de realização só podem ser garantidos no âmbito do possível e do adequado, e já por este motivo eles são desprovidos de estado jurídico-constitucional. Desde então, a "reserva do possível" ("Vorbehalt des Möglichen") logrou centralidade dogmática a ponto de obscurecer quaisquer renovações no capítulo dos direitos sociais. (CANOTILHO, 2004, p. 107)

A concepção pertinente à reserva do possível surgiu no momento histórico em que se construía a "teoria dos custos dos direitos", baseada em estudos promovidos em universidades norte-americanas que defendiam a necessidade de se levar em conta o valor econômico que a realização de determinado direito poderia acarretar. (BREUS, 2007, p. 232)

Como fica claro, a teoria da reserva do possível parte do pressuposto de que "as prestações estatais estão sujeitas a limites materiais ingênitos, oriundos da escassez de recursos financeiros pelo Poder Público. Logo, a ampliação da rede de proteção social dependeria da existência de disponibilidade orçamentária para tanto". (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 172)

Entretanto, é preciso lembrar que, apesar das sempre presentes limitações orçamentárias relativas às possibilidades de implementação das políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais sociais, temos como certo que a mera invocação da teoria da reserva do possível não pode ser aceita na busca de uma justificativa para os tão baixos níveis na amplitude de atendimento e na eficiência (qualidade) dos serviços públicos.

De fato, a norma jurídica não tem o condão do “toque de Midas”. A mera previsão constitucional de um determinado direito não cria, por si só, as condições socioeconômicas para implementá-lo. A aplicabilidade e a interpretação da norma constitucional devem ser regidas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a que sejam evitadas conclusões inviáveis. Neste sentido, temos que a Constituição não pode preconizar promessas irrealizáveis do ponto de vista fático e, por isso, a escassez de recursos econômicos não deve ser ignorada pelo operador do Direito, sendo que este não pode ter uma atuação dissociada da realidade socioeconômica. É preciso destacar, por outro lado, que a reserva do possível, por si só, não pode ser utilizada como argumento para se afastar pura e simplesmente qualquer eficácia das normas constitucionais que consubstanciam os direitos sociais, valendo observar que tais normas possuem eficácia para gerar a responsabilidade do Estado pela implementação de políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais de segunda dimensão. Ademais, os direitos sociais geram direitos subjetivos públicos positivos, plenamente exigíveis, não podendo as contingências orçamentárias afastar sua eficácia ou inviabilizar a sua exigibilidade jurisdicional. (PORT, 2005, p. 105-106)

Importante destacar que a teoria da reserva do possível mostra-se em constante tensão com o conceito de mínimo existencial, sendo que referida tensão deve ser harmonizada pelo critério da proporcionalidade, dentro de uma prática argumentativa racional e democrática. (JORGE NETO, 2008, p. 155)

Assim, inegável que a teoria da reserva do possível reveste-se de um caráter contingente, somente sendo aplicável diante de certas condições: “primeira, a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica, etc.); segunda, a de que o Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado; terceira, a avaliação de razoabilidade da demanda”. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 175)

4. Escolha adequada: a questão da discricionariedade administrativa no âmbito das políticas públicas

As políticas públicas devem ser encaradas como um processo destinado à escolha racional e coletiva de prioridades, no qual “explicitam-se e contrapõem-se os direitos, deveres, ônus e faculdades dos vários interessados na atuação administrativa, além da própria Administração”. (BUCCI, 2006, p. 264)

Assim, percebe-se que a temática das políticas públicas está diretamente relacionada com o processo de formação do interesse público e, portanto, à questão da discricionariedade do administrador. Na realidade, as políticas públicas podem ser entendidas como forma de controle prévio da discricionariedade na medida em que exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em conseqüência da qual se desencadeia a ação administrativa. O processo de elaboração da política pública mostra-se apto a documentar os pressupostos da atividade administrativa, tornando viável o controle posterior dos motivos. (BUCCI, 2006, p. 265)

A discricionariedade administrativa pode ser definida como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito”. (DI PIETRO, 2007, p. 67).

A discricionariedade, portanto, é a faculdade que adquire a Administração Pública para assegurar, de forma eficaz, os meios realizadores de determinado fim.[8] A toda evidência, não seria razoável exigir do administrador a previsão de todas as situações possíveis, nem mesmo se poderia estabelecer formas de proceder imutáveis e perenes, uma vez que estas logo se mostrariam inadequadas para atender às freqüentes mutações da vida social. Por este motivo, a discricionariedade caracteriza-se como a ferramenta jurídica entregue ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize de acordo com as necessidades de cada momento. (DI PIETRO, 2007, p. 69)[9]

Observamos, porém, que a existência de uma possibilidade de opção discricionária não torna imune a atividade administrativa ao controle jurisdicional, uma vez que “sua atribuição ao administrador público não significa um ‘cheque em branco’ ou a possibilidade de opções desarrazoadas, personalíssimas, preconceituosas e, sobretudo, ofensivas aos vetores axiológicos do ordenamento jurídico”. (COELHO, 2002, p. 49)

Entretanto, considerando que a discricionariedade, no Estado Democrático de Direito, só existe dentro da lei, com o escopo de satisfazer os fins por ela contemplados, temos que, diante de norma constitucional como aquelas pertinentes aos direitos sociais e que se incumbem de atribuir a todos os indivíduos, por exemplo, o direito público subjetivo à educação básica e à saúde, deixando evidente o dever do Estado de adotar medidas concretas a fim de satisfazer tais desideratos normativos, não há, com efeito, “margem de liberdade para o administrador escolher se vai atender, ou não, os demandatários de tais espécies de atenção pública”. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 202)

Tal conclusão se apresenta diante dos seguintes argumentos:

Cuida-se, em primeiro lugar, de norma constitucional, o que, por si, faz com que os direitos indigitados precedam, no rol de possibilidades do Administrador, quaisquer outros encampados por lei, o que deflui do próprio sentido de hierarquia das espécies normativas, própria de um ordenamento piramidal.

Em segundo lugar, são direitos fundamentais, o que lhes dá precedência – pelo comando de máxima efetividade –, mesmo em relação a outros direitos constitucionais, que não desfrutem do mesmo ***status*** *constitucional.*

São direitos inquestionavelmente insertos no âmbito do chamado mínimo existencial, o que, ainda uma vez, predica-lhes de precedência no rol de prioridades administrativas do Estado.

Estão hospedados em normas cuja compostura jurídica só deposita discricionariedade nos motivos, o que conduz à conclusão de que ao Administrador só remanesce margem discricionária na conformação dos meios materiais para que o objetivo – atendimento

integral da demanda – seja adequadamente alcançado. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 2003)

Assim, a discricionariedade administrativa, nas situações em que o ordenamento jurídico hospede direitos públicos subjetivos, só existe na conformação dos meios que deverão ser adotados para a consecução dos fins estabelecidos pela norma jurídica. Aqui, necessário observar que boa parte dos direitos prestacionais foi regrada por meio de normas programáticas, em que o constituinte, ou o reformador da Constituição, se restringiu à fixação de programas, diretrizes ou fins a serem atingidos. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 204-205)

5. O Ministério Público e as políticas públicas: estratégias de atuação em busca da inclusão social

O art. 127, caput, da Constituição Federal de 1988 define o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Nestes termos, cabe ao Ministério Público atuar como o "grande braço protetor da sociedade". O Ministério Público nem é governo, nem oposição. O Ministério Público é constitucional; "é a Constituição em ação, em nome da sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições". (BONAVIDES, 2003, p. 383-384)

O Ministério Público é, portanto, "pedaço vivo da Constituição; órgão que o Executivo, mergulhado num oceano de podridão, num mar de lama, num abismo de miséria, desejara morto ou inibido para o desempenho de sua missão ética e saneadora das instituições". (BONAVIDES, 2003, p. 383-384 e 388)

Tais características trazem ao Ministério Público especial relevância no rol das instituições que estruturam o Estado Democrático de Direito, colocando-o como base de sustentação de um de seus fundamentos, qual seja, a cidadania (art. 1º, II, da Constituição Federal de 1988).

Ao lhe atribuir a missão institucional correspondente à defesa dos interesses sociais indisponíveis, o legislador constituinte, representando a soberania da vontade popular, depositou no Ministério Público a confiança de que se caracterizaria como o guardião dos direitos sociais.

O Ministério Público, desta forma, deve marcar sua atuação na busca da implementação dos direitos consagrados no art. 6º da Carta Magna. Para tanto, seus representantes, em um primeiro momento, deverão atuar como fonte de mobilização dos diversos atores sociais e de fomento das políticas públicas. "A mobilização da sociedade civil é um processo que deve ser construído pelos Promotores de Justiça e constitui uma das alternativas de efetivação da norma, uma vez que devemos considerar a conexão direito/poder como mecanismo de aprimoramento das relações sociais". (TARIN, 2009, p. 59)

Em sentido amplo, o Ministério Público deve orientar sua atuação para o equacionamento de três demandas básicas: a inclusão social, a ética nas relações públicas e a melhoria da qualidade de vida. O tema da inclusão social, marcado pela necessidade de que seja garantida a dignidade humana, não pode ser tratado fora da preocupação com a melhoria da qualidade de vida. Desta forma, muito mais do que moradia, educação, saúde e lazer, o que se deve buscar é moradia em condições urbanas adequadas, com equipamentos de educação, saúde e lazer eficientes, integrados a um mesmo projeto urbanístico. Em síntese, temos que as questões pertinentes à inclusão social de determinados segmentos da sociedade não podem estar desatreladas a temas relacionados à qualidade de vida, estes tomados em sua perspectiva global. (NUNES JÚNIOR, 2004, p. 24)

No âmbito do movimento social, podemos identificar três importantes personagens que devem atuar, de forma interdependente, no tempo e no espaço, quais sejam: a) o "produtor social", que é a pessoa (ou instituição) capaz de criar condições econômicas, técnicas e profissionais para que um processo de mobilização ocorra, sendo a responsável por viabilizar o movimento, por conduzir as negociações que vão lhe dar legitimidade política e social; b) o "reeditor social", ou seja, a pessoa que, por seu papel social, ocupação ou trabalho, tem a capacidade de readequar mensagens, segundo circunstâncias e propósitos, com credibilidade e legitimidade, possuindo capacidade de negar, transformar, introduzir e criar sentido frente a seu público, contribuindo para modificar suas formas de pensar, sentir e atuar; c) "editor", sendo este a pessoa (ou instituição) profissional de comunicação responsável por fazer chegar ao reeditor as mensagens voltadas para a mobilização e participação social. (TARIN, 2009, p. 60)

Os representantes do Ministério Público podem ser "produtores sociais". Entretanto, para que isto se verifique, alguns obstáculos devem ser transpostos, sobretudo se considerarmos que a formação dos promotores e procuradores não os qualifica para este papel, devendo existir um compromisso institucional no sentido de ser adotada mais esta alternativa de atuação.[10] (TARIN, 2009, p. 60)

O Ministério Público pode atuar como incentivador das entidades e organizações que atuam no chamado "Terceiro Setor", auxiliando na criação e influenciando positivamente na atuação de associações civis, entre as quais aquelas votadas para a defesa dos direitos sociais. É evidente que este processo não surgirá de decisões de cunho burocrático ou de processos judiciais a serem instaurados. O que deve acontecer é uma interação do Ministério Público e de seus agentes no meio social. (NUNES JÚNIOR, 2004, p. 28-29) Deixando claro este entendimento:

Como, por exemplo, falar-se do Ministério Público protegendo direitos humanos, direito à saúde ou direito do consumidor fora do contexto em que a sociedade se organiza para esses fins? Como se falar em proteção da infância sem uma relação estreita com os Conselhos Tutelares e, por via de conseqüência, sem conhecimento dos problemas que afligem a infância e a juventude nas diversas regiões da cidade? Na verdade, o que parece é que o ponto básico de uma reordenação institucional seria exatamente uma inserção mais significativa do Ministério Público no meio social. A partir dessa inserção certamente a redefinição de prioridades e, por via de conseqüência, a reorganização da instituição afluiriam quase que automáticas,

ensejando o engajamento do Ministério Público na sua função de vanguarda das instituições públicas e o seu engajamento nas demandas sociais mais importantes. (NUNES JÚNIOR, 2004, p. 28-29)

Na condição de "produtores sociais", os representantes do Ministério Público podem atuar de duas maneiras fundamentais. A primeira delas se verifica na busca de tornar transparente o direito que é opaco. Tal maneira de atuação verifica-se por intermédio da tentativa de educar, sensibilizar e conscientizar o cidadão a respeito de seus direitos civis, políticos e sociais. Para tanto, podem ser utilizados diversos instrumentos como, por exemplo, os meios de comunicação de massa, cartilhas, vídeos, peças de teatro e palestras. Uma outra forma de atuação diz respeito à busca de uma mobilização social voltada para a formulação das políticas públicas e a implementação dos correspondentes direitos. (TARIN, 2009, p. 66)

No processo de mobilização social, o Ministério Público, por intermédio de seus representantes, deve estabelecer alianças com a sociedade civil e, desta maneira, identificar os problemas a serem enfrentados por meio da formulação de políticas públicas. A fim de ser alcançado tal objetivo, cinco etapas devem ser cumpridas: "1 – decidir que existe um problema; 2 – decidir que se deve tentar resolver o problema; 3 – decidir a melhor estratégia para enfrentar o problema; 4 – atuar na solução do problema; 5 – institucionalizar a solução do problema mediante a formulação de políticas públicas". (TARIN, 2009, p. 67)

Dentro dessa perspectiva, mostra-se necessário que a participação popular seja a mais democrática possível, conclamando-se todas as esferas de representação comunitária por intermédio dos meios de comunicação e, se possível, os representantes do Ministério Público devem se dirigir ao ambiente familiar e social das pessoas para sensibilizá-las a respeito da importância da participação de todos no processo de formulação das políticas públicas, sob pena da participação ser inexpressiva e destituída de valor de transformação. (TARIN, 2009, p. 68)

O movimento tendente à mobilização da comunidade deve assentar-se em um plano de comunicação social, possibilitando o intercâmbio de informações, sendo que tal movimento passa a atingir seus resultados a partir do momento em que ganha espaço na mídia, influenciando na formação da opinião pública. Com isso, o Poder Executivo local, pressionado pelos cidadãos e instituições integrantes do movimento, abandona sua inércia e passa a atuar para atender ao propósito da reação popular, operando as modificações reclamadas pela cidadania. O grau de participação e a solidez destes movimentos fazem com que os meros eleitores ascendam ao patamar de efetivos cidadãos. "O empoderamento dos direitos pelos cidadãos no processo de mobilização social com fins à formulação de políticas públicas os legitima a influir nas decisões políticas, concretizando o ideal da democracia participativa". (TARIN, 2009, p. 68)

Neste ponto, devemos destacar que, mesmo diante de uma profunda mobilização social na busca da concretização dos direitos fundamentais por intermédio das políticas públicas, os Poderes Públicos podem permanecer inertes.

Tal quadro, caso se verifique, pode ensejar a intervenção do Ministério Público em outra esfera, qual seja, a judicial.

O Ministério Público vem se mostrando um agente fundamental na implementação de políticas públicas, especialmente atuando como legitimado ativo em processos individuais e coletivos. Em pouco espaço de tempo, em virtude de intenso esforço institucional:

[...] o Ministério Público brasileiro mudou seu paradigma e passou a ser uma instituição ativa e voltada para a realização do acesso a uma adequada tutela dos direitos, sendo que, para que tenhamos um Ministério Público "cujos pulmões respiram o oxigênio da Constituição",[11] a instituição deve buscar incessantemente ser um meio de acesso à tutela adequada dos direitos sociais e/ou indisponíveis. Por meio do Ministério Público, direitos que não seriam tutelados ou que o seriam de maneira precária – e tutelar direitos precariamente é, em última análise, o mesmo que não os tutelar – passaram a contar com uma possibilidade efetiva de realização. Não soa excessivo afirmar que o Ministério Público otimizou o acesso a uma adequada tutela dos direitos, fortalecendo a democracia e contribuindo para a realização do Estado de Direito. Conjugando o perfil constitucional do Ministério Público com a teoria sobre o acesso à justiça desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth,[12] veremos que a instituição possui instrumentos para a realização das célebres "três ondas" renovatórias do processo [...]. Na implementação judicial de políticas públicas, o Ministério Público vem atuando intensamente, seja por meio de ações coletivas, seja por meio de ações na defesa de direitos individuais indisponíveis, em temas como, por exemplo, direito à saúde, à educação, ao saneamento básico, à ordem urbanística, ao patrimônio cultural, ao meio ambiente, à segurança no trânsito, ao patrimônio público, na defesa de crianças, adolescentes, idosos, portadores de deficiência, comunidades indígenas, entre outras diversas hipóteses, além de ter na ação de improbidade um importante instrumento para a realização de políticas públicas, inclusive por seu caráter pedagógico. Em sua atuação, pode o Ministério Público contribuir decisivamente para a admissibilidade dos processos envolvendo políticas públicas, seja por meio de ações tecnicamente cuidadosas, explicitando as razões que autorizam a iniciativa judicial, seja por uma ativa participação como interveniente, aditando a petição inicial e manifestando-se de modo a suprir falhas que podem impedir indevida e desnecessariamente o julgamento do mérito. (GODINHO, 2009, p. 189-192)

No Brasil, o Ministério Público, que originariamente atuava como braço do poder estatal na punição de crimes, passou, com a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a ter atribuição para defender interesses coletivos e difusos, atuando como verdadeiro advogado da sociedade, ao lado das demais entidades co-legitimadas (como as associações civis ou organizações não governamentais). O papel de órgão de mediação entre a sociedade civil e a Administração mostra-se cada vez mais presente na medida em que aquela vê no Ministério Público uma instituição independente e autônoma que, por conta de sua legitimação constitucional, pode tanto negociar em igualdade de condições com a Administração, ou mesmo com os entes privados prestadores de serviços públicos, quanto agir em juízo, ultrapassando os obstáculos existentes (custas,

honorários advocatícios, preparo técnico para deduzir e defender o direito desrespeitado), o que muito dificilmente ocorre com entidades da sociedade civil organizada, em especial aquelas dedicadas à defesa dos direitos sociais. (FRISCHEISEN, 2000, p. 112-113)

Como se percebe, no campo das políticas públicas pertinentes aos direitos sociais, a intervenção do Ministério Público está diretamente ligada à concretização de uma outra modalidade de direito fundamental: o acesso à justiça. O tema do acesso à justiça é aquele que:

[...] mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica. [...] A consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e sua expansão paralela à do Estado providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e de função mistificadores. (SANTOS, 2001, p. 167)

Assim, temos que o direito ao acesso à justiça passa, muitas vezes, pela atuação do Ministério Público. Neste sentido, vale lembrar que a Constituição Federal estabelece em seu art. 129 que são funções institucionais do Ministério Público a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, bem como a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.[13] Dessa forma, mostra-se inequívoca a legitimidade do Ministério Público para a defesa coletiva dos direitos sociais, assegurados no art. 6º da Lei Maior. (FRISCHEISEN, 2000, p. 118)

Os instrumentos jurídicos postos à disposição do Ministério Público para a tutela dos direitos sociais são, primordialmente, o inquérito civil e a ação civil pública.

O inquérito civil, que se caracteriza como um procedimento administrativo de natureza inquisitiva, tendente a recolher elementos de prova capazes de ensejar o ajuizamento da ação civil pública, também pode viabilizar a intervenção do Ministério Público na esfera extrajudicial.

Os procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público permitem a negociação com a Administração ou com os entes privados responsáveis pela implementação de políticas públicas. A importância desse espaço de negociação é inegável porque nele poderão ser discutidas e contempladas as grandes questões atinentes à efetivação de tais políticas (como as temporais e orçamentárias), permitindo a conciliação entre as várias demandas existentes na sociedade por meio da fixação de

prazos para o cumprimento das exigências legais e eventuais adequações orçamentárias. (FRISCHEISEN, 2000, p. 133)

No inquérito civil também podem ser elaboradas atas compromissárias entre várias partes envolvidas com determinada política pública, sendo que tais partes não necessariamente poderiam ser acionadas em uma ação civil pública ou, mesmo que pudessem, gerariam inúmeras contestações, sem que uma sentença conseguisse impor obrigações principais e secundárias para cada uma delas.

É ainda na esfera do inquérito civil público que poderão ser negociadas mudanças em procedimentos da Administração que, apesar de não serem necessariamente ilegais, mostram-se ineficazes para o alcance de seus objetivos.

O Ministério Público funciona, então, como órgão mediador e indutor das mudanças. (FRISCHEISEN, 2000, p. 133-134)

Dentro do inquérito civil, ou seja, ainda na esfera extrajudicial, um dos instrumentos que pode ser utilizado pelo Ministério Público é o "compromisso de ajustamento de conduta".

Previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, o compromisso de ajustamento de conduta tem como objetivo obter, dos órgãos públicos ou privados, a adequação de atuação em conformidade com as normas constitucionais e legais.

O compromisso de ajuste é o instrumento no qual condições temporais e orçamentárias para a efetiva implantação de determinada política pública poderão ficar assentadas. De se destacar, entretanto, que o compromisso de ajuste não pode resultar na renúncia de direitos ou aceitação de condutas ilegais. O que se mostra passível de negociação são prazos e condições para que a Administração, que tem o dever de cumprir a política pública em questão, se ajuste às exigências constitucionais e legais. Desta forma, o compromisso de ajuste caracteriza-se como ato jurídico firmado perante o Ministério Público, por meio de um instrumento escrito, no âmbito do qual a Administração se compromete a cessar a conduta ilegal ou inconstitucional (comissiva ou omissiva) no prazo e condições negociados. (FRISCHEISEN, 2000, p. 136-137)

Outro instrumento que pode ser utilizado pelo Ministério Público na esfera extrajudicial é a "recomendação", cuja previsão encontra-se no art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/93 (dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União), c.c. o art. 80 da Lei nº 8.625/93 (institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências).

A recomendação, na área dos direitos sociais, permite ao administrador público incorporar em seu planejamento linhas de atuação capazes de auxiliar na efetiva implementação dos direitos assegurados na Constituição, conciliando interesses que foram levados pela sociedade civil ao Ministério Público ou que surgiram da própria ação de fiscal da lei do Parquet.

Se os acordos (reuniões vinculativas e compromissos de ajuste) têm como vetores informativos demandas já postas, o descumprimento da Constituição e da legislação

integradora, seja pela má implementação de determinada política pública seja pela omissão da Administração, as recomendações têm um caráter inovador, qual seja, o de levar à Administração novas demandas, estratégias e idéias. (FRISCHEISEN, 2000, p. 139-140)

Dessa forma, a recomendação:

[...] será mais eficiente, na exata proporção que o Administrador entenda o Ministério Público como um agente que também tem como atribuição constitucional a construção de mecanismos eficazes para o efetivo exercício dos direitos da ordem social constitucional. Nesse sentido, o Ministério Público estará mais uma vez atuando como um canal de mediação de demandas coletivas existentes na sociedade, criando mais um canal de comunicação entre a comunidade e a Administração. (FRISCHEISEN, 2000, p. 140)

Tanto o "compromisso de ajustamento de conduta" quanto a "recomendação" caracterizam-se como instrumentos que buscam evitar a propositura da ação civil pública. "Entretanto, mantendo-se a Administração ou entes privados responsáveis omissos na implantação das políticas públicas garantidoras dos direitos sociais, poderão ser questionados judicialmente". (FRISCHEISEN, 2000, p. 140)

A ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/85, constitui instrumento do Ministério Público para a defesa, em juízo, do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, buscando responsabilizar o agente público que, não cumprindo o seu dever, desrespeitou direito alheio, coletivamente considerado, impondo-lhe uma obrigação de fazer. (FRISCHEISEN, 2000, p. 124-125)

Com base no que foi até aqui exposto, podemos afirmar que o Ministério Público, ao ganhar autonomia funcional e singular status institucional, em sintonia com o mundo democrático, adquiriu posição que lhe permite o desempenho eficaz da função de controle dos Poderes do Estado, especialmente dos Executivos hipertrofiados, passando a ser o condutor da cidadania, caracterizando-se como voz de afirmação do Estado Democrático de Direito, preocupado, agora, em levar ao Poder Judiciário uma interpretação da lei de cunho muito mais social que formal, quando, independente, tornou-se apto a atuar decisivamente para fazer prevalecer o governo das leis sobre o governo dos homens. (GIACÓIA, 2007, p. 282)

Dentro dessa concepção de Ministério Público, uma pergunta que vem à tona é aquela relacionada ao perfil vocacional que poderá atender a essa nova demanda institucional. A este respeito, temos que:

Não será, certamente, aquele que se seduz pelo poder enquanto poder, embora com um novo figurino, mas impregnado de similar coronelismo político, com matreira habilidade midiática na exposição desnecessária de pessoas e valores. E sim o de

*protagonista de uma nova agenda social composta por políticas públicas efetivamente comprometidas com a doutrina dos direitos humanos. Preocupado em alargar o acesso popular ao Judiciário, trazendo para a arena jurídica um novo jeito de operar o Direito, da ótica das questões realmente relevantes para a sociedade, sob o signo da justiça social, por meio do dístico multifário e difuso.**[14]*** (GIACÓIA, 2007, p. 283)

Assim, é preciso que os representantes do Ministério Público, conscientes da importância da missão que devem desempenhar na sociedade, redobrem atenção a respeito de suas atribuições pois:

[...] se é a violência que grassa, tornando o homem presente um refém de seu próprio tempo; se é a fraude que se generaliza, transformando o nosso País no reino da malícia, da esperteza e do enriquecimento ilícito; se é a miséria a se instalar no entorno dos centros urbanos e na distância dos campos com toda sua vasta e nefasta gama de conseqüências; se é, enfim, a despeito da complexidade cada vez maior das relações sociais e do sofisticado avanço tecnológico, uma sociedade cada vez mais contraditória e desigual que se enxerga na janela de nossa realidade; ressai a extraordinária importância do Ministério Público no enfrentamento dessa realidade adversa. (GIACÓIA, 2007, p. 283)

Inegável, portanto, a relevância do papel a ser cumprido pelo Ministério Público no que tange à efetivação das políticas públicas, em especial daquelas voltadas para os direitos fundamentais sociais, razão pela qual os responsáveis pelos rumos da Instituição, em suas diversas esferas, devem conduzir suas gestões na busca da concretização de tal modelo institucional. (DERANI, 2006, p. 133-134)

Vivenciamos um período em que o Ministério Público vem ganhando notoriedade em virtude de sua firme atuação contra forças, sobretudo de ordem política, que, apesar de sua mais absoluta ineficácia e negligência no que diz respeito ao trato da coisa pública, condenando imensas regiões do País ao atraso, jamais foram alvo de questionamentos na esfera judicial, seja no âmbito cível ou criminal.

Essa nova postura dos promotores e procuradores vem provocando a ira dos que, acostumados a lotear o Estado entre seus familiares, apaniguados e asseclas, vislumbram a possibilidade de que sejam impedidos de continuar com tal prática e, por isso, tentam, a todo custo, retirar do Ministério Público suas atribuições, bem como amordaçar os seus representantes.

Contra essa estratégia, o Ministério Público deve se aliar ao povo, fazendo com que a sociedade perceba a relevância de suas atribuições, reconhecendo, assim, os bons resultados de sua atuação, sendo que a opinião pública afigura-se como uma poderosa aliada contra toda e qualquer tentativa de amesquinhamento da Instituição.

Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo nova esperança de que, enfim, as promessas da modernidade, marcadamente aquela voltada para a implementação do necessário para que a dignidade humana fosse algo real e extensível a todos, seriam alcançadas.

Mais de vinte anos depois da promulgação da "Carta Cidadã", referida esperança mostra-se arranhada em decorrência da incapacidade dos Poderes Públicos em tornar realidade o que, com amplitude ímpar, os legisladores constituintes asseguraram a cada um e a todos os membros de nossa sociedade.

As dificuldades financeiras, sempre alegadas pelos administradores como justificativa para a baixa amplitude e qualidade dos serviços públicos essenciais, não devem ser encaradas como argumento definitivo. A escassez orçamentária caracteriza-se como algo diferente da inexistência total e completa de recursos, sendo que as dificuldades devem ser enfrentadas por meio de uma consciente escolha de prioridades, com alocação adequada de recursos, priorizando, por óbvio, o que a Constituição Federal já sinaliza como objetivos e metas fundamentais.

A participação do Ministério Público na elaboração das políticas públicas passa, em primeiro plano, pelo conhecimento da realidade de cada um dos Municípios, Estados e da União no que concerne ao atendimento dos direitos sociais, buscando, em conjunto com os Poderes Executivo e Legislativo, Conselhos de Gestão e sociedade civil organizada definir prioridades a fim de que eventuais falhas nesse atendimento sejam devidamente corrigidas, indicando a melhor forma de fazer com que os orçamentos públicos contemplem recursos suficientes para tanto. Vale observar, entretanto, que o Ministério Público não deve se sujeitar a discussões intermináveis sobre determinada política pública a ser implementada e cumprida. Para que tais discussões estéreis não se verifiquem, é preciso que o Administrador Público tenha sempre presente a possibilidade de que, caso não cumpra o dever constitucional a que está obrigado, o Poder Judiciário poderá ser acionado a fim de que sejam tutelados os direitos sociais de forma efetiva.

Como se percebe, o caminho a ser percorrido em busca da efetiva implementação das políticas públicas voltadas para a garantia dos direitos fundamentais é longo e repleto de dificuldades. Entretanto, o fim almejado é justo e recompensador, sendo que somente poderá ser alcançado por intermédio da mobilização da sociedade e do comprometimento dos Poderes do Estado, tendo no Ministério Público o ponto de apoio e de fomento, encontrando no Poder Judiciárioo Poder Judiciiva o futuro da s a certeza da justiça social, exatamente aquela proclamada por Jesus Cristo, cujo símbolo indelével é a partilha do pão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Claudio Tenorio Figueiredo. O Ministério Público e a implementação de políticas públicas: dever institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos

fundamentais. *In*: VILELLA, Patrícia (coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba, Juruá, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea.* Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006-A.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal. *In*: GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre a lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. Metodologia "fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In:* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Nilson do Rosário. *Políticas públicas, justiça distributiva e inovação: saúde e saneamento na agenda social*. São Paulo: Hucitec, 1998.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa*. Curutiba: Juruá, 2008.

DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade admnistrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GIACÓIA, Gilberto. *Ministério Público vocacional*. Revista Justitia. São Paulo, n. 197, p. 279-286: Ministério Público de São Paulo – Associação Paulista do Ministério Público, 2007.

GODINHO, Robson Renault. A admissibilidade da tutela jurisdicional e a efetividade dos processos envolvendo políticas públicas. *In*: VILELLA, Patrícia (coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOMES, Inajara Tainá Lessa. O papel das ONG's na construção da cidadania no Brasil. *In*: RABELO, Francisco Chagas Evangelista; BERNARDES, Genilda D'arc (orgs.). *Políticas públicas e cidadania*. Goiânia: Cânone, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Poder discricionário*. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 93, p. 41-46: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

LANZONI, Luciana; CRUZ, Célia. Estratégias da sociedade civil. *In*: GHANEM, Elie (org.). *Influir em políticas públicas e provocar mudanças sociais: experiências a partir da sociedade civil brasileira*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2007.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*, Volume I, Tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005-.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. *In:* FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARTINS, Wal. *Direito à saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Ministério Público e defesa da cidadania. *In*: PINSKY, Jaime (org.). *Práticas de cidadania*. São Paulo: Contexto, 2004.

_____. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da Administração Pública*. São Paulo: RCS, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Sandoval Alves da Silva. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

TARIN, Denise. A aliança entre o Ministério Público e a sociedade civil na definição de políticas públicas. *In*: VILELLA, Patrícia (coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WESCHENFELDER, Susimara. Participação cidadã nas políticas públicas através do Terceiro Setor. *In*: COSTA, Marli Marlene Moraes da (coord.). *Direito, cidadania e políticas públicas: direito do cidadão e dever do Estado*, Volume II. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

---

[1] Ainda com Eros Roberto Grau: "A expressão 'políticas públicas' designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do Poder Público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio Direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública – o Direito é também, ele próprio, uma política pública". (GRAU, 2008, p. 26)

[2] Com a observação de Celso Fernandes Campilongo: "Longa tradição sociológica dos países centrais apresenta o quadro evolutivo dos direitos nos últimos séculos da seguinte forma: no séc. XVIII, a afirmação dos direitos civis (liberdade individual, garantias pessoais, propriedade etc.); no séc. XIX, a expansão dos direitos políticos (sufrágio universal, democracia representativa, partidos etc.); por fim, no séc. XX, a consolidação dos direitos sociais e coletivos (saúde, educação, trabalho, acesso à justiça etc.). Marshall, o mais conhecido formulador dessa hipótese, descreveu o processo de forma cumulativa: o respeito aos direitos civis possibilitou a conquista dos direitos políticos; a combinação do reconhecimento dos direitos civis e políticos garantiu a eficácia dos direitos sociais e econômicos, dentre os quais a saúde do trabalhador". (CAMPILONGO, 1995, p. 132-134)

[3] Em complementação, apresentamos o conceito lançado por Nilson do Rosário Costa: "Considera-se como política pública o espaço de tomada de decisão autorizada ou sancionada por intermédio de atores governamentais, compreendendo atos que viabilizam agendas de inovação em políticas ou que respondem a demandas de grupos de interesses". (COSTA, 1998. p. 07)

[4] A expressão é de Ferdinand Lassale, que sobre ela escreve da seguinte maneira: Será que existe em algum país – e fazendo esta pergunta os horizontes clareiam – alguma força ativa que possa influir de tal forma em todas as leis do mesmo, que as obrigue a ser necessariamente, até certo ponto, o que são e como são, sem poderem ser de outro modo? Esta incógnita que estamos investigando apóia-se, simplesmente, nos fatores reais de poder que regem uma determinada sociedade. Os fatores reais de poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser como elas são". (LASSALLE, 2000, p. 10-11)

[5] Na esteira desse entendimento, a posição de Rogério Gesta Leal: "[...] qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o modo de vida republicano, democrático e social que se pretende instituir no País. Em outras palavras, é através de ações estatais absolutamente vinculadas/comprometidas com os

indicadores parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil". (LEAL, 2005, p. 167)

[6] Sobre o relevante papel das ONG's no âmbito das políticas públicas, vale conferir o posicionamento de Inajara Tainá Lessa Gomes: "Graças à Constituição de 1988 foi possível nortear os rumos da democracia no Brasil nos anos seguintes, com uma clara tentativa de impedir que novos governos autoritários ganhassem o poder. O período pós-Constituição de 1988 foi marcado por uma ampliação dos direitos civis e políticos da sociedade brasileira. Todos passaram a ser cidadãos, porém a questão dos direitos sociais ainda permanece controversa, pois a Constituição os garante, mas isso não ocorre de fato. [...] Portanto, é de fundamental importância continuar discutindo a construção de uma cidadania e, ao mesmo tempo, de uma identidade brasileira, para que todos os cidadãos tenham a consciência de seus direitos e possam realmente exercê-los. Assim, a discussão sobre ONG's deve passar pela discussão sobre cidadania, pois essas organizações desenvolvem, muitas vezes, atividades que *a priori* deveriam ser exercidas pelo Estado. As ONG's, muitas vezes, diagnosticam o problema que não foi resolvido pelo Estado e tentam, com ajuda da sociedade civil, resolvê-lo. Portanto, são atores da sociedade que exercem os seus direitos e, simultaneamente, tentam levar a consciência desses direitos às pessoas que deles não usufruem. É notável o desenvolvimento e a difusão das ONG's nesse início de século XXI, muitas vezes encaradas sob uma perspectiva pessimista, como organizações sem legitimidade ou poder para desenvolver políticas públicas eficazes. Outras vezes elas são vistas de forma extremamente idealista ou, até mesmo, ingênua, como se fossem capazes de resolver os problemas que os Estados não conseguiram solucionar. [...] essas organizações vêm para questionar as ações do Estado, mas precisam também se associar a ele para ganhar legitimidade ou poder, a fim de implementar os projetos". (GOMES, 2008, p. 52-53)

[7] Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

[8] Destacando-se a advertência de Eros Roberto Grau: "A análise do tema do poder discricionário reclama, preliminarmente, a determinação de uma precisão. A referência a um poder discricionário porta em si a pressuposição de que o Estado, através de seus agentes, exerça o poder discricionário de decisão (seja decisão administrativa, seja decisão judicial). A noção de poder, contudo, na esfera estatal, compõe-se no conceito de função pública. E toda função pública – não apenas a função administrativa – é expressão de um poder-dever (ou dever-poder, como enfatiza Celso Antônio Bandeira de Mello)". (GRAU, 1990, p. 41)

[9] Com base no entendimento de Bartolomé A. Fiorini. *La discrecionalidad en la Administración Pública. Buenos Aires: Alfa, 1952, p. 31-41.*

[10] Explicitando esse entendimento, a observação de Denise Tarin: "O Promotor de Justiça não nasce pronto, o fato de ter sido aprovado em concurso público não o transforma naquele momento em um profissional dotado de todos os recursos para a solução dos conflitos. Característica fundamental a ser observada pelo Promotor que pretende mobilizar a sua Comarca é a humildade, humildade entendida não como subserviência, mas como equilíbrio emocional que o inspira para o desempenho de suas

funções e o envolve com o sentimento de responsabilidade social". (TARIN, 2009, p. 60-61)

[11] A citação é de Paulo Bonavides. *Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais nº 1. Belo Horizonte: Del Rey, janeiro/junho de 2003, p. 57.

[12] Sobre as "três ondas" relacionadas ao direito ao acesso à justiça, a lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth: "A primeira onda: assistência judiciária para os pobres. Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos aos pobres. [...] A segunda onda: representação dos interesses difusos. O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. [...] A terceira onda: do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça. Um novo enfoque de acesso à justiça. [...] Essa terceira onda de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos 'o enfoque do acesso à justiça' por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso". (CAPPELLETTI *et al*, 2002, p. 31-32, 49 e 67-68)

[13] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...] IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

[14] A esse respeito, explicitando a necessidade de que os promotores e procuradores sejam vocacionados, as preciosas palavras de Paulo Bonavides, fazendo a distinção entre os dois Ministérios Públicos do Brasil – o da Constituição e o do Governo: "Com efeito, há dois Ministérios Públicos no Brasil; um é o da Constituição; o outro o do Governo. Um protege os interesses da Sociedade e o povo o aplaude; o outro serve aos fins de quem governa e o povo o reprova. O primeiro é a efígie da independência e da isenção; advoga a causa social, tutela o bem comum, por isso, recebe os louvores da opinião e do corpo de cidadãos. O segundo, ao revés, se mostra o órgão do *status quo*, é instrumento submisso do Estado, máquina do governo que o mantém debaixo de seu influxo preponderante. O MP da Constituição é a maioria, a legitimidade, o colegiado da cidadania. O do Governo é a minoria, a omissão, o engavetamento, a absência, a deserção nos graves momentos constitucionais de crise do regime. Um é enaltecido, o outro menosprezado. Aquele zela pela moralidade pública em todos os distritos da governança política; este se rebaixa ao grau de servilismo, instrumento inferior do Poder Executivo, o qual lhe nomeia o Chefe, em ordem a configurar, pelos laços da sujeição estabelecida, o vício institucional gerador de toda essa ruptura, que é a guerra civil

interna nos quadros do Ministério Público, responsável do divórcio entre a cúpula e as bases. Um guarda a liberdade, a Constituição, a moral administrativa; o outro faz-se serventuário dos desígnios executivos e se acolhe à sombra do paço presidencial onde cultiva a intimidade do poder". (BONAVIDES, 2003, p. 383-385)

OS DIREITOS DAS MINORIAS À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE*

MINORITIES RIGHTS FROM THE PERSPECTIVE OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EQUALITY

Luciana Nogueira Nóbrega
Martha Priscylla Monteiro Joca Martins

RESUMO

O presente artigo objetiva realizar um estudo acerca do conceito de minorias e dos direitos das minorias a partir do direito a igualdade, considerado em suas dimensões de igualdade e desigualdade, identidade e diferença, na perspectiva do pluralismo jurídico e da interculturalidade. Utilizou-se, para fins desta investigação, de uma pesquisa bibliográfica no campo de conhecimento do Direito e das Ciências Sociais, além de dados estatísticos oficiais e estudos (análise crítica) de casos discutidos perante o Supremo Tribunal Federal, no contexto dos direitos das minorias. Por fim, pretendeu-se aferir como os direitos de minorias hibridizam-se com o direito de igualdade plural e intercultural, na construção social de relações concreta e materialmente igualitária entre os seres humanos considerados em suas diferenças.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS DAS MINORIAS; DIREITO À IGUALDADE; PLURALISMO JURÍDICO; INTERCULTURALIDADE

ABSTRACT

This article intents to realize a study about the concept of minorities and minorities rights from the point of view of equality right, thought in its dimensions of equality and inequality, identity and difference, in the perspective of legal plurality and interculturalism. It's been used, for this investigation, an bibliographic research in the fields of Law and Social Sciences, official data statistics and studies (critical analysis) about cases of the brazilian Supreme Federal Court, in the context of minorities rights. Finally, it seeks to assess how minorities rights blend with plural and intercultural equality rights, in the social construction of relations materially equal between human beings considering their differences.

KEYWORDS: MINORITY RIGHTS; EQUALITY RIGHT; LEGAL PLURALISM; INTERCULTURALITY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Introdução

Nos últimos anos, temos observado, no cenário mundial, o acirramento da intolerância e dos conflitos culturais. A proibição do uso de burcas em escolas francesas, os movimentos neo-nazistas, o assassinato de mulheres em virtude da violência doméstica e familiar, os entraves no processo de demarcação das terras indígenas e a homofobia são exemplos dessa onda de negação da dignidade do "outro" e da hierarquização das diferenças.

Embora esses fenômenos sociais não sejam recentes, é inegável que, com a globalização, colocou-se em maior evidência a situação de exclusão não só econômica, mas também política e cultural, as quais muitos grupos humanos estão submetidos.

Em contrapartida, a luta pelo reconhecimento do direito à igualdade, seja na sua feição formal, consignada na máxima "todos são iguais perante a lei"; seja a igualdade com conteúdo material (tratar igualmente os desiguais na medida de sua desigualdade) não tem sido suficiente para dar soluções satisfatórias para os impactos e os conflitos gerados pelos choques culturais.

Nesse contexto, o presente artigo se insere, buscando, a partir das contribuições do pluralismo jurídico e dos estudos sobre interculturalidade, lançar o debate necessário do direito à diferença, enquanto um importante instrumento para a construção de uma teoria dos direitos fundamentais que objetive o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas.

Assim, a partir de uma pesquisa bibliográfica, que teve como referências obras de pesquisadores do Direito e das Ciências Sociais, além de dados estatísticos oficiais e da análise de casos discutidos perante o Supremo Tribunal Federal, procurou-se contextualizar as lutas pelos direitos das minorias e as formas como eles vem sendo efetivados no Brasil, buscando dar visibilidade ao direito à diferença, contribuindo para que a sociedade reveja suas próprias práticas, consolidando valores constitucionalmente assegurados, em especial o da dignidade da pessoa humana.[1]

2 Minorias: de um conceito numérico a um conceito político

O processo de construção de direitos atinentes às minorias enovela-se em reflexões diversas, as quais traduzem a dificuldade de se estabelecer um consenso acerca de uma definição amplamente aceita de minorias. É o que constata O'Donnell, para quem a aplicação dos direitos das minorias "también se dificulta por la falta de una definición clara y universalmente aceptada del término minoría".[2]

No âmbito internacional, as questões relativas ao reconhecimento dos direitos culturais das minorias étnicas, dos povos indígenas e de outros grupos historicamente excluídos e discriminados só começou a ganhar força na agenda dos direitos humanos em meados dos anos de 1960, ainda que a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas tenha criado, há mais de uma década antes desse período, uma Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias[3].

Um dos primeiros documentos internacionais de direitos humanos que previu expressamente os direitos de minorias foi o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[4], que consagrou um dispositivo importante no caminho do reconhecimento desses novos direitos. Trata-se de seu art. 27, o qual estabelece que:

Art. 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguisticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Com base nesse dispositivo, a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias, em um esforço pioneiro na definição de minorias, sugeriu que o termo significasse, dentro de um conjunto populacional, apenas os grupos não dominantes que possuíssem e desejassem preservar tradições ou características étnicas, religiosas ou linguísticas estáveis, marcadamente distintas do resto da população, devendo ser leais ao Estado do qual sejam nacionais. Corroborando com essa idéia, Francesco Capotorti elaborou, em seu estudo sobre o art. 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, um conceito para minorias, o qual foi amplamente aceito pela doutrina clássica. Para este autor minoria é:

A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members - being nationals of the State - possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language.[5]

Pela definição de Capotorti, são elementos constitutivos do conceito de minoria: o elemento numérico ("a group numerically inferior to the rest of the population of a State"), o elemento de não-dominância ("in a non-dominant position"), o elemento da cidadania ("whose members - being nationals of the State") e o elemento da solidariedade entre os membros da minoria ("and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language").

Adotando, em parte, a definição de Capotorti, Will Kymlicka[6], um importante teórico do Multiculturalismo[7], defende que o termo minorias compreende apenas as minorias nacionais, que correspondem aos grupos humanos que gozavam de autogoverno e estavam concentrados territorialmente em um Estado maior; e os grupos étnicos, entendidos como os grupos que surgiram da imigração individual ou familiar. Neste sentido, o conceito proposto por Kymlicka não difere substancialmente do conceito de minorias como grupos numericamente inferiores e que possuem características religiosas, étnicas ou linguísticas diferentes da maioria da população.

Esse conceito, no entanto, parece não abarcar todas as situações em que grupos humanos têm privados os seus direitos em decorrência de sua condição minoritária. É o caso, por exemplo, dos(as) negros(as) durante o regime do apartheid que vigorou na África do Sul. Naquele país, a maioria numérica negra foi submetida, por anos, a um

sistema de opressão e intolerência levado a cabo por uma minoria branca. Se seguirmos a conceituação de Capotorti, é possível afirmar que os(as) negros(as) não mereceriam a proteção do art. 27 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, pois, naquelas circunstâncias, faltava-lhes um elemento essencial para serem caracterizados como minorias, qual seja, o elemento numérico, já que não constituíam uma minoria populacional.

Ademais, outro ponto importante para caracterização das minorias não foi suficientemente destacado por Capotorti. Trata-se de um critério subjetivo que se relaciona ao sentimento de pertença do indivíduo ao grupo considerado. A posição adotada por Capotorti, de conferir mais importância aos elementos objetivos que subjetivos para conceituação de minoria, foi incorporada pelo Tribunal Permanente de Justiça Internacional[8], para quem pertencer a uma minoria era muito mais uma questão de fato que de vontade. Pires aponta que:

No que respeita ao elemento subjectivo da noção de minoria, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional rejeitou o argumento segundo o qual a declaração de pertença a uma minoria era o único factor que condicionava a possibilidade de exercicio dos direitos previstos pelos Tratados [...]. O Tribunal declarou que as minorias eram definidas por elementos objectivos, como a raça ou a religião e não por simples declaração de vontade das pessoas. Esta declaração deve constituir a constatação de um facto e não a expressão de uma vontade, o que excluía assim o elemento subjectivo da noção de minoria.[9]

Discordando da posição deste Tribunal, Bakatola[10] defende que o critério subjetivo, consistente na auto-declaração, é o instrumento mais adequado para identificar o indivíduo como membro de uma determinada minoria. Seu entendimento parece ter prevalecido nos últimos anos, a partir das declarações e convenções internacionais que se seguiram, a exemplo da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho[11] e da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas[12], nas quais a auto-afirmação da identidade e o sentimento de pertença a um grupo passaram a ser critérios para que um indivíduo seja identificado como membro de uma minoria.

Outro problema que decorre do conceito de Capotorti relaciona-se à exigência de que os grupos minoritários apresentem características étnicas, religiosas ou linguísticas que possam diferenciá-los do resto da população. Nos termos do conceito proposto por Capotorti não seriam compreendidos como minorias as mulheres, os idosos, as crianças, por exemplo, porque não apresentam diferenças linguísticas, étnicas ou religiosas que justifiquem sua categorização como grupos minoritários.

Essas dificuldades decorrentes da adoção do conceito de minorias proposto levaram alguns(mas) doutrinadores(as) a defender que o termo minorias pode fazer referência a diversos grupos humanos, segundo a sociedade na qual se encontrem inseridos, sendo um tema intimamente ligado à cultura[13] de cada povo.

Rompendo com o pensamento tradicional de Capotorti e Kymlicka, Andrea Semprini advoga a tese de que minorias:

[...] são mais movimentos sociais[14], estruturados em torno de um sistema de valores comuns, de um estilo de vida homogêneo, de um sentimento de identidade ou pertença coletivos, ou mesmo de uma experiência de marginalização. Com freqüência é esse sentimento de exclusão que leva os indivíduos a se reconhecerem, ao contrário, como possuidores de valores comuns e a se perceberem como um grupo à parte [...].[15]

A posição de Semprini é corroborada por autores(as) brasileiros(as) que compreendem que o termo minorias deve ser entendido como um conceito cujo elemento numérico não seja essencial. Em verdade, para esses(as) pensadores(as), minorias seria todo grupo humano excluído do exercício de algum direito pelo simples fato de constituir um grupo diferente do que foi estabelecido como padrão.

Reforçando essa compreensão, podemos conceituar minorias como aqueles grupos sociais[16] dos quais é subtraída, em virtude de discriminação, a competência para tomar decisões que alterem os rumos da sociedade, tendo dificuldades em ocupar espaços de poder, embora possam representar a maioria populacional. São grupos humanos cujos direitos são frequentemente negados, embora possam estar assegurados formalmente. Nesse sentido, para Carmen Lúcia Antunes Rocha

[...] não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros que detém o poder. Na verdade, minoria, no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. [...]. Assim, o caso dos negros e mulheres no Brasil, que são tidos por minorias, mas que representam maior número de pessoas na globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.[17]

Sob esse enfoque, Andrea Semprini[18] esclarece que a problemática dos direitos das minorias (conceito político e não numérico) em relação à maioria (idéia que aqui também assume um viés político, significando aqueles grupos humanos que detém poder para definir os rumos da sociedade) pode ser analisada sob duas vertentes: a partir de uma interpretação política e a partir de uma interpretação cultural.

Pela interpretação da Ciência Política, a reivindicação dos direitos das minorias é analisada no contexto de um Estado Nacional. O objetivo dessas reivindicações seria a conquista de direitos específicos e diferenciados, sejam eles individuais, políticos ou sociais. Como exemplo de minorias para a interpretação política, Semprini menciona os índios nos Estados Unidos ou os catalães na Espanha, os quais surgiram por meio de um processo de conquista ou incorporação.[19]

De acordo com a interpretação cultural[20], o conceito de minorias relaciona-se não somente com a questão dos direitos das minorias nacionais ou daquelas que tenham necessariamente uma base étnica ou política, mas abrange outros segmentos sociais que,

por possuírem valores semelhantes, como, por exemplo, um sentimento de exclusão, unem-se em grupos sociais. Nesse sentido, fazem parte do conceito de minorias, não só índios(as), mas negros(as), mulheres, crianças, idosos, homossexuais, dentre outros.[21]

Concebendo-se cultura como uma tessitura que se desenvolve em contextos político-econômico-sociais, não estática, dinâmica em uma pluralidade, traduzida em diversas dimensões, que se comunicam, hibridizam-se e concretizam-se em perspectivas diversas, podemos afirmar que uma mulher jovem, negra, desempregada, mãe, nordestina e brasileira tem em si diversas dimensões culturais (e entrecruzamento de grupos minoritários, tais como: negra, mulher e jovem), as quais precisam ser consideradas na afirmação, promoção e concretização de seus direitos.

Dentre as possíveis classificações para as minorias, uma merece atenção especial, para fins do presente artigo. Ela se relaciona aos objetivos do grupo social considerado, classificando as minorias em "minorities by force" e "minorities by will".[22]

As minorias "by force" são aquelas que se encontram em uma posição de inferioridade na sociedade em que vivem em virtude da discriminação que sobre elas pesam. Pleiteiam não a adoção de novos direitos, mas apenas a efetivação e a concretização de direitos já assegurados nos diplomas jurídicos. Objetivam, portanto, não serem discriminados pelo restante da sociedade. Sem discriminação, estaria aberto o caminho para a inclusão social.

As minorias "by will", no entanto, exigem, além da não discriminação, a adoção de medidas especiais as quais lhes permitam conviver com o restante da população nacional em igualdade de condições, sem que isso implique em assimilação. Em outras palavras, propõem não a inclusão, mas a modificação de estruturas sociais que reproduzem a desigualdade e a exclusão, a partir de medidas concretas de efetivação da igualdade. Gabi Wucher menciona que as minorias "by will"

Ao exigirem a adoção, por parte do Estado, de medidas especiais em seu beneficio, sua problemática torna-se consideravelmente mais complexa e difícil do que as minorias "by force", cujas aspirações já encontram respaldo, no campo normativo-conceitual, no tradicional princípio da não-discriminação. [23]

Embora a classificação seja importante para identificarmos quais as conseqüências jurídicas das reivindicações dos grupos minoritários, é preciso destacar que, no caso do Brasil, ela tem pouca aplicabilidade prática. Isso porque, na ambiência brasileira, os grupos identificados como minorias ora se comportam como minorias "by force", ora se comportam como minorias "by will", ficando difícil categorizá-los em um ou em outro tipo.

Exemplifica-se. As mulheres brasileiras, durante as primeiras décadas do século XX, passaram a exigir mais veementemente o direito de votar e serem votadas (movimento sufragista). Esse movimento buscava assegurar que os direitos reconhecidos aos homens fossem estendidos às mulheres, afastando-se o preconceito e a discriminação que as mantinham no espaço doméstico, privado. O objetivo não era a adoção de direitos diferenciados, mas apenas permitir a inclusão das mulheres na política institucional.

Neste sentido, as mulheres poderiam ser classificadas, naquele momento histórico, como minorias "by force".

Contudo, os movimentos de mulheres e feministas perceberam que o asseguramento do direito ao sufrágio universal na legislação eleitoral e a declaração da igualdade entre os sexos diante da lei (formal-estatal) não foram suficiente para permitir uma paridade[24] nos espaços de poder, em especial no Poder Legislativo e no Executivo[25]; e para viabilizar a construção de relações materialmente igualitárias entre os sexos[26].

Diante disto, as mulheres passaram a lutar pela adoção de direitos diferenciados, em especial, por medidas que visassem a acabar ou minorar os efeitos das desigualdades socialmente construídas entre homens e mulheres, promovendo a igualdade nos espaços de poder. Em resposta, o Estado brasileiro adotou um sistema de cotas para ampliar a representatividade feminina no Parlamento[27]. O sistema de cotas eleitorais por gênero é definido por Drude Dahlerup como um: "simply a type of affirmative action that forces the political parties and other nominating bodies to recruit, nominate, and selected a certain number of percentage of women for political positions"[28].

Com base no exposto, pelo segundo exemplo, podemos classificar as mulheres como minorias "by will". É possível, dessa forma, perceber que um mesmo grupo minoritário pode, a depender do que pleiteia perante o Estado e perante os demais membros da sociedade, ser classificado como minoria "by force" ou minoria "by will".

Assim, em vez de categorizar os grupos minoritários a partir do que reivindicam, o que acabaria absolutizando uma ou outra situação, propomo-nos a compreender as minorias como novos movimentos sociais que trazem para a arena pública, o debate sobre identidade, diferença, igualdade, desigualdade, e interculturalidade, sendo suas reivindicações um exercício legítimo na busca pela concretização de uma Democracia plural, solidária, justa e participativa.

3 Igualdade, Desigualdade, Identidade e Diferença em uma perspectiva Intercultural

Todos os seres humanos são igualmente dignos, e sujeitos iguais de direitos humanos e fundamentais[29] e, para concretizar esses direitos, devem-se afirmar, promover e constituir-se ações no seio da sociedade e do Estado a fim de que essa igualdade de direitos ocorra no plano fático.

A afirmação acima, a qual contém uma noção de igualdade inclusiva, em que, para além da importante proclamação legal da igualdade entre as pessoas, busca-se a uma igualdade substancial, real, não foi algo dado como um a priori da existência humana. Antes, foi construído. O conceito de igualdade, portanto, passou por releituras e rupturas paradigmáticas até que chegasse à forma como hoje é percebido na contemporaneidade.

Aristóteles, na Grécia Antiga, concebia a igualdade como a igualdade geométrica. E esta, nas palavras de Marcelo Campos Galuppo, pode ser assim analisada:

A igualdade geométrica prevalecente no mundo antigo e medieval seria, da ótica moderna, um critério de exclusão social. Quando Aristóteles diz que o critério de distribuição de bens da polis é a proporcionalidade à virtude dos indivíduos, isso implica que nem todos os indivíduos têm acesso (e na mesma proporção) a todos os bens da comunidade política. A distribuição desigual de direitos dos indivíduos pertencentes aos três estamentos atenienses (escravos, metecos e atenienses) indica exatamente isto. Portanto, a pertinência a um grupo excluía o indivíduo dos direitos dos outros grupos, o que é notável, por exemplo, no feudalismo. Os direitos, na prática, dependiam do status comunitário de cada indivíduo. Se fosse mais virtuoso (por sangue ou por conquista própria), possuiria mais direitos. Se menos, possuiria também menos direitos (grifos do autor).[30]

Aristóteles concebia que o cidadão só se realizava na polis, necessitando da vida em comunidade a fim de desenvolver plenamente suas virtudes e de constituir-se politicamente, ou seja, de participar ativamente das decisões acerca das questões atinentes a polis grega. No entanto, não se pode deixar de inferir que Aristóteles excluía de sua concepção de cidadãos as mulheres e os escravos, por exemplo. A sua percepção de igualdade voltava seu olhar para a compreensão/justificação da desigualdade entre os cidadãos gregos e os demais. Isto não lhe retira o mérito de ser considerado o filósofo da igualdade e há de ser compreendido sob o influxo de seu próprio tempo histórico. Ademais, o postulado "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais", originário de seu pensamento, chega à contemporaneidade provocando ainda debates e releituras importantes para a busca da significância de uma sociedade justa e igualitária.

Na modernidade, emerge um novo conceito de igualdade. Marcelo Campos Galuppo traça esse processo de construção pelo seguinte:

Se na Antiguidade coexistiam a igualdade geométrica e a igualdade aritmética, com precedência da primeira na organização da sociedade, a Modernidade abandonará gradualmente a igualdade geométrica e utilizará preponderantemente a igualdade aritmética como princípio da estruturação da organização social. Parece-me que três fatores levaram culturalmente à mudança na utilização do conceito de igualdade: a) a Reforma protestante; b) a Revolução Científica; c) a emergência do capitalismo.

[...] para Lutero, os homens são aritmeticamente iguais. Ao afirmar que não haveria diferença de condição entre cristãos, e que tais diferenças eram criadas pelo homem pela lei (humana), Lutero repudia também a concepção aristotélica acerca da existência de lugares-naturais para os seres humanos na sociedade. Os cargos são ocupados por convenções, e não por privilégios, e mesmo sua criação é convencional.

[No que tange a Revolução Científica, vê-se que] a categoria explicativa utilizada pela ciência clássica, de moldes aristotélicos, era a qualidade [...]. Já a física moderna, da qual é paradigmática a física de Newton, substitui a categoria da qualidade pela categoria da quantidade na explicação da natureza. Ora, o fato de no método científico e na sua explicação do mundo não mais se recorrer à qualidade, mas à quantidade revela uma mudança gradativa no conceito de igualdade predominante na sociedade, porque a igualdade geométrica é aquela que atenta, antes de mais nada, para a qualidade dos seres, enquanto a igualdade aritmética faz uma referência direta à sua quantidade.

[A emergência do capitalismo fez com que] todos pudessem ser equiparados (o que ocorre uma vez que todos são considerados proprietários do próprio corpo) para que o capitalismo pudesse se consolidar, já que este depende de mecanismos de troca que pressupõem esse tipo de igualdade, pois é igualando os homens aritmeticamente, pela equiparação a uma medida única (o tempo de trabalho), que será possível trocar produtos, serviços e mercadorias desiguais. É preciso que os homens sejam igualmente livres para que a lógica da aquisição do trabalho pelo capital seja possível (grifos do autor). [31]

Nos tempos modernos, portanto, todos os seres humanos passaram a ser considerados iguais entre si, pelo menos no campo formal (da legalidade). Sendo iguais entre si, são livres para contratar, fomentando a lógica do modelo capitalista nascente. Na modernidade, o direito a igualdade de todos(as) perante a lei, a chamada igualdade formal, apresenta-se como importante processo de luta pelo reconhecimento de direitos, haja vista que, desta maneira, qualquer cidadão passa a evocar os mesmos direitos que os demais, desconstituindo-se, assim, privilégios advindos do nascimento, da virtude ou de outras fontes.

Contudo, conforme já se demonstrou acima, certos grupos sociais, inicialmente, foram excluídos dessa enunciação, e, mesmo após serem reconhecidos como sujeitos igualmente protegidos por uma normatividade jurídica, a tessitura dos fios das lutas emancipatórias e históricas pela promoção e concretização de direitos trouxe à tona outra dimensão da igualdade.

A luta pela igualdade no viés material só foi possível quando o princípio da igualdade ganhou novos contornos. Até o início do século XX, quando a noção de Estado Liberal de Direito começou a ser questionada, perdurava a concepção de que a igualdade implicava em um não fazer estatal - o Estado tinha o dever de não tratar as pessoas de forma desigual.

Com a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, o princípio da igualdade passou a ser compreendido a partir de novas balizas. O Estado Social de Direito, inaugurado por essas Constituições, exigia uma atuação positiva das instituições públicas, proporcionando uma igualdade efetiva, real e material, tendo em vista a percepção de que a igualdade absoluta perante a lei criara distinções sociais não menos injustas do que as que visava combater. Acerca dessa nova interpretação do princípio da igualdade, para Vital Moreira:

Daí que à antiga luta pela igualdade de direitos tenha acrescido uma nova luta pela efectiva igualdade na fruição desses mesmos direitos. A idéia básica é que a igualdade de direitos, por fundamental que seja, estará sempre incompleta, enquanto se verificar que, por razões de facto, uns são "mais iguais do que outros" (para parafrasear o célebre asserto de George Orwell), em função da sua raça, sexo, condição social, etc. Por isso, a segunda fase da luta pela igualdade é a luta pela igualdade social, real ou efectiva. Doravante, a ação dos poderes públicos já não se basta mais com não atentarem contra a igualdade de direitos (obrigação de não-discriminação), sendo agora necessário que se

envolvam activamente na promoção da igualdade efectiva, mediante acções dirigidas a contrariar a desigualdade real.[32]

Com fundamento nos excertos acima transcritos, construiu-se a noção de igualdade material, que surge de um novo modelo de Estado preocupado em propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, coibindo as discriminações.

A igualdade material surge como um redimensionamento do direito à igualdade. Este passa a ser concebido para além da enunciação legal e da proibição de tratamento desigual (igualdade formal), sendo agora materialmente conceituado como a concretização de ações e medidas de equiparação entre pessoas que se encontram em uma posição factual de desigualdade, como a redistribuição de renda e as medidas afirmativas, por exemplo.

Alexy, ao proceder à análise do art. 3º, §1º, da Constituição Alemã, o qual institui que "Todos são iguais perante a lei"[33], diz que este artigo constitucional remete a fórmula aristotélica "o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente"[34] e que, por sua vez, este enunciado traduz-se em dois outros, quais sejam: "se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório"[35] e "se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório"[36]. Esses dois postulados são denominados por Alexy[37] de direitos de igualdade definitivos abstratos. Para ele, "é possível distinguir três tipos de direitos que derivam do enunciado geral da igualdade"[38]: os já citados definitivos abstratos, os direitos de igualdade definitivos concretos (status negativo, positivo ou ativo) e os direitos de igualdade prima facie abstratos. Estes últimos geram duas situações: "o direito prima facie à igualdade jurídica por ser formulado como um direito [...] a não realização de um tratamento desigual" e o "direito prima facie à igualdade fática", por seu turno, "é um direito (...) a uma ação positiva do Estado".[39] Vê-se, pois, que Alexy consagra o direito à igualdade material ou substancial, intitulada por ele como igualdade fática, dizendo, ainda, este autor, que:

[...] há pelo menos alguns casos nos quais o enunciado geral da igualdade garante direitos que não são direitos do status negativo[40].

[...] é insuficiente interpretar o art. 3º, § 1º, da Constituição alemã no sentido de um direito do status negativo; na verdade, a esse dispositivo de direito fundamental deve ser atribuído um feixe de direitos subjetivos com as estruturas mais variadas. Somente esse feixe é que define o direito fundamental do art. 3º, §1º, como um direito completo.[41]

A igualdade, considerada ao lado da desigualdade, remete a relações sócio-econômicas hierarquizadas e excludentes da fruição de direitos fundamentais dos mais básicos. No entanto, ao lado da igualdade/desigualdade emerge a identidade/diferença como inerente ao direito a igualdade. A fim de se instaurar relações igualitárias tem se percebido que é necessário se concretizar "o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; [e] o direito de ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza".[42]

Compreende-se, pois, que um novo redimensionamento do direito à igualdade vem se consolidando, qual seja a compreensão de que além da enunciação legal, da proibição de tratamento desigual, da adoção de medidas e ações de equiparação das desigualdades deve-se atentar para a hibridização entre as diferenças e desigualdades. Apercebendo-se dessas diferenças a fim de possibilitar que, primeiro, possa-se ter reconhecido o direito a diferença como inerente a autonomia, e ao reconhecimento e autodesenvolvimento da identidade[43], bem como se deve propiciar igualdade de condições quando as diferenças provocam uma posição de inferioridade em relação ao "outro".

Neste contexto, pois, concebe-se o direito a diferença como um redimensionamento do direito a igualdade. Posicionando-se de forma pouco diversa, Flávia Piovesan concebe o direito a diferença como um direito fundamental ao lado e não ínsito ao direito fundamental a igualdade, ao asseverar que:

(...) as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.[44]

A fim de se compreender melhor a significância disso, faz necessário explicitar o que se compreende como igualdade e identidade. Galuppo esclarece que:

Como assinala Antenor Nascentes (1966:393), o termo "identidade" vem do latim escolástico identitate, que por sua vez deriva, por via erudita, do termo latim idem ("o mesmo"). Portanto, identidade implica indistinção entre dois entes. Já o termo igualdade, conforme esse mesmo autor, deriva do termo latino clássico aequalis (e) (1966:365), significando, segundo Ernesto Faria, "da mesma grandeza, da mesma estatura, do mesmo tamanho [...] da mesma idade, contemporâneo [...] igual, uniforme, constante" (1962:43). Enquanto etimologicamente o termo identidade se refere mais propriamente à substância dos entes, o termo igualdade se refere mais propriamente à relação que estabelecem entre si.[45]

Associa-se a identidade/diferença à cultura e à subjetividade, onde emergem com mais intensidade o direito de mulheres; de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros[46]; de minorias étnico-raciais (ex.: negros e negras, povos indígenas); de crianças e adolescentes; e de outras minorias, enfim, serem reconhecidas em suas especificidades.

Por sua vez, a igualdade/desigualdade associa-se a uma relação de hierarquia, em que há a inferiorização de determinados segmentos, em virtude, em geral, de causas econômicas, políticas, sociais, instaurando relações de poder desiguais e possibilitando um acesso desigual à fruição de bens, renda e serviços, qualidade de vida e direitos, sobretudo os econômicos, sociais e culturais.[47]

É comum associar-se a justiça redistributiva (acesso aos direitos econômicos e sociais) à igualdade/desigualdade e a justiça de reconhecimento à identidade/diferença. Tais concepções têm sido tratadas, tradicionalmente, como dissonantes entre si. Nancy Frasier assevera que enquanto a justiça redistributiva liga-se mais à distribuição justa de bens e recursos, à reparação de injustiças sócio-econômicas, à noção de classes sociais e à necessidade de reestruturação político-econômica do Estado; a justiça do reconhecimento refere-se mais diretamente à revalorização de identidades, ao combate à dominação cultural/não-reconhecimento/desrespeito; e estas, na verdade, constituem-se em uma falsa dicotomia, pois são uma dupla dimensão da justiça. Seus fatores estão profundamente interligados e devem ser considerados mutuamente. Assim Nancy Frasier se expressa: "trato redistribuição e reconhecimento como dimensões da justiça que podem permear todos os movimentos sociais"[48]; "nenhuma dessas injustiças é um efeito indireto da outra, mas são ambas primárias e co-originárias"[49]; e, por fim, ela diz: "somente olhando para as abordagens integrativas que unem redistribuição e reconhecimento podemos encontrar as exigências da justiça como um todo".[50] No entanto, a autora afere que:

No plano da teoria moral, [sustentei] uma única e singular concepção bidimensional de justiça que engloba tanto a redistribuição como o reconhecimento, sem reduzir nenhum deles ao outro. E propus a noção de participação paritária como seu núcleo normativo. No plano da teoria social, defendi um dualismo de perspectiva de redistribuição e reconhecimento. Somente essa abordagem, afirmei, pode nos alertar para as potenciais tensões práticas entre demandas por redistribuição e demandas por reconhecimento.[51]

As questões ligadas aos direitos de minorias estão para além da redistribuição e do reconhecimento, podendo-se considerá-las, nesse sentido, como uma "coletividade bivalente".[52] Há uma profunda e complexa hibridização existente entre as questões de diferenças identitárias e relações desiguais (que demandam a justiça de reconhecimento na perspectiva identidade/diferença) e a desigualdade de acesso aos direitos humanos e fundamentais no que diz respeito às minorias (a qual demanda uma justiça de redistribuição na perspectiva igualdade/desigualdade). Nesse processo, há uma implicação mútua, entre essas duas dimensões. Daí o porquê de serem as minorias consideradas como uma comunidade bivalente.[53]

A luta pela concretização dos direitos das minorias na contemporaneidade é compreendida sob o enfoque da igualdade formal, da igualdade material, e da identidade/diferença, como diversas dimensões do direito fundamental à igualdade. A fim de se construir uma igualdade material, portanto, há de se atentar para a busca pela erradicação das desigualdades; e para o reconhecimento, a autonomia, o livre desenvolvimento e a valorização das identidades e das diferenças.

Por fim, percebe-se que, para que o direito humano[54] e fundamental[55] à igualdade alcance uma concretude e adquira um viés emancipatório[56], faz-se necessário que este direito seja compreendido e vivenciado em uma perspectiva intercultural.

Nessa perspectiva, compreende-se que a percepção da existência de culturas multicoloridas e plurais, longe de servir como fundamento a um relativismo cético, amplia os sentidos para a necessidade de se buscar uma relação igualitária e solidária

entre as culturas diversas. Ademais, reconhece-se que se pode, a partir das premissas de que "todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de direitos humanos"[57] e de que "nenhuma cultura é monolítica, todas as culturas comportam versões diferentes de dignidade humana"[58], dentre outras, constituir-se consensos em torno de uma percepção intercultural de direitos humanos, por meio das contribuições que emergem de um diálogo entre as culturas. Para Boaventura de Sousa Santos:

[...] as premissas de um diálogo intercultural [...] pode levar, eventualmente, a [...] uma concepção [de direitos humanos] que, em vez de recorrer a falsos universalismos, se organiza como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e que se constitui em rede de referências normativas capacitantes.

[...] num diálogo intercultural, a troca ocorre entre diferentes saberes que reflectem diversas culturais, ou seja, entra universos de sentidos diferentes e, em grande medida, incomensuráveis.[59]

Assim, as minorias organizadas nos "novos movimentos sociais", em uma diversidade de culturas e reivindicações de necessidades fundamentais[60] e de direitos, podem servir-se desses diálogos interculturais na medida em que se ajam em torno do que as une e lutem conjuntamente pelo que as diferenciam, evitando, assim, uma separação dos movimentos, o que Boaventura de Sousa Santos chama de pluralidade despolarizadas, ou, segundo o autor, "a crença de que politizar uma questão é polarizar uma diferença"[61].

Ao lançar luz nas discussões em torno dos direitos de minorias, a percepção intercultural dos direitos humanos, bem como os conceitos de igualdade/desigualdade, identidade/diferença iluminam as teias de relações e contextos que constituem a humanidade, levando a um redimensionamento teórico e prático (no agir) dos direitos de minorias, conforme será esboçado a seguir.

4 Os Direitos das Minorias

A luta por direitos diferenciados não é um fenômeno recente no contexto da Ciência Jurídica. Em verdade, desde a Grécia antiga, é possível identificarmos um plexo de direitos que atingiam apenas determinados grupos sociais, a exemplo dos direitos à isonomia e isogonia[62], os quais só podiam ser reivindicados pelos cidadãos gregos, categoria que compreendia os homens adultos e nascidos na Grécia.

Destaque-se que, nesse período, a noção de direitos diferenciados era confundida com a noção de privilégios. O objetivo no reconhecimento desses direitos para determinadas parcelas da população não era reduzir as desigualdades fáticas, mas, ao contrário, manter uma estrutura social desigual. Isonomia e isogonia eram direitos reconhecidos a apenas uma parcela da sociedade ateniense, não sendo possível que mulheres e escravos os reivindicassem.

Essa compreensão de direitos diferenciados, contudo, foi se reconfigurando a partir dos novos contornos que as lutas sociais conferiram ao princípio da igualdade. Se, antes, tais direitos eram instrumentos de perpetuação da desigualdade, com o tempo, certos grupos humanos sobre os quais pesava alguma discriminação que os impedia de ter acesso aos bens sociais passaram a se valer da bandeira de direitos diferenciados como forma de reivindicar a igualdade.

Ressalta-se que tais reivindicações, muitas vezes, não encontraram eco nos marcos dos direitos individuais. O liberalismo que orientou a compreensão jurídica do indivíduo como sujeito de direitos, a partir de uma perspectiva individual[63], não consegue dar conta desses grupos minoritários que pleiteiam o reconhecimento de direitos coletivos, extensíveis àqueles que comungam de uma mesma identidade. Isso porque a racionalidade técnico-formal individual mostrou-se disseminadora de uma conjuntura excludente e desigual, homogênea (cultura monolítica e etnocêntrica), e contrária a uma construção de cada qual (ser humano) como sujeito individual e coletivo de direitos, mutuamente solidários e responsáveis pelo cuidado e desenvolvimento sustentável de toda a comunidade humana e do meio ambiente que a constitui.

Tudo isso acaba trazendo para o Direito elementos com os quais os operadores não estão acostumados a lidar. Conflitos em torno do reconhecimento de identidades e suas implicações no âmbito dos direitos trazem insegurança jurídica, sendo, por esse motivo, tidos como potencialmente destruidores e uma ameaça à ordem jurídico-política. No entanto, quando se coloca à questão como decorrência da adoção de um regime democrático, o conflito pode ser entendido como algo positivo, enriquecedor, condição mesma do próprio exercício da democracia. Nesse sentido, Vladimir Safatle assevera que:

A democracia admite o caráter "desconstrutível" do direito, e ela o admite por meio do reconhecimento daquilo que poderíamos chamar de legalidade da "violação política". Pacifistas que se sentam na frente de bases militares a fim de impedir que armamentos sejam deslocados (afrontando assim a liberdade de circulação), ecologistas que seguem navios cheios de lixo radioativo a fim de impedir que ele seja despejado no mar [...], cidadãos que protegem imigrantes sem-papéis, [...], Antígona que enterra seu irmão: em todos esses casos o Estado de direito é quebrado em nome de um embate em torno da justiça.

No entanto, é graças a ações como essas que direitos são ampliados, que a noção de liberdade ganha novos matizes. Sem elas, certamente, nossa situação de exclusão social seria significativamente pior.[64]

As reivindicações das minorias colocaram em debate o pressuposto de uma sociedade homogênea sobre a qual se edificou a noção de Estado moderno e de Estado de Direito. Ao pleitearem direitos diferenciados, incluindo as ações afirmativas, problematizam o princípio da validade universal das leis. Ao lutarem pelo reconhecimento de suas identidades, tornam mais complexo o ideal de igualdade, que, para não incorrer em desigualdades, deve reconhecer o direito à diferença. Ao discutirem autodeterminação, retomam e aprofundam a idéia de pluralismo jurídico[65].

Levar as reivindicações jurídico-políticas das minorias a sério acaba, portanto, nos remetendo a um dos desafios mais relevante das sociedades que optaram, em suas constituições, por um regime democrático[66]. O grande desafio, para além de reconhecer o pluralismo jurídico, consiste em fazer com que esses dispositivos, de apenas textos constitucionais, virem normas pulsantes e orientadoras da vida social.

Observa-se que a Constituição Brasileira de 1988 (CF/88) consagrou diversos dispositivos que implícita ou explicitamente norteiam a temática dos direitos das minorias. Alguns deles serão a seguir reproduzidos para ilustrar a análise proposta:

Art. 3°. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5°. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...].

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Art. 37. [...].

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Art. 210. [...].

§ 2º - O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

O fato de a Constituição ter previsto tais direitos não significa que eles já sejam vivenciados em plenitude pela sociedade brasileira. Anos de preconceito e discriminação geram conseqüências profundas em uma sociedade que continua reproduzindo esses valores no presente. Daí o Supremo Tribunal Federal, ao qual a Constituição atribuiu o papel de guarda das normas constitucionais, ter sido instado, por diversas vezes nos últimos anos, a dar respostas sobre conflitos envolvendo direitos das minorias, sob o enfoque do direito à igualdade. Alguns casos, de grande relevância para o reconhecimento dos direitos das minorias, ajuizados perante a Corte Máxima do país serão alvo de nossa análise nas próximas páginas:

a) Demarcação de terras indígenas na área conhecida como Raposa/Serra do Sol (Pet. 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto)

Em março de 2009, o Tribunal concluiu o julgamento da ação popular proposta por Senador da República contra a União, em que impugnava o modelo contínuo de

demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, situada no Estado de Roraima, e pleiteava a declaração de nulidade da Portaria 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, e do Decreto Homologatório de 15.4.2005, do Presidente da República, que demarcaram as terras indígenas na área referida.

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido, chancelando a demarcação contínua da terra indígena contida nos atos impugnados, rejeitando a proposta da demarcação em ilhas. O resultado do julgamento reconheceu os direitos dos povos indígenas à diferença, rompendo com a lógica assimilacionista e evolucionista que ainda vigora na legislação infraconstitucional.

Os direitos diferenciados que a Constituição assegura aos povos indígenas brasileiros, em especial o direito ao território tradicionalmente ocupado[67], foram considerados pelos Ministros como medidas compensatórias das desvantagens que as populações indígenas têm sofrido em relação aos não-índios.

b) Passe livre para deficientes no transporte coletivo (ADIn 2.649/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia)

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 8.899/94, que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes. A autora da ação sustentou que a Lei afrontava os princípios da isonomia e da livre iniciativa, bem como o direito de propriedade.

Em seu voto, a relatora, Ministra Cármen Lúcia, mencionou que o Brasil, em 2007, assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao direito das pessoas com deficiência. A Lei questionada seria parte das políticas públicas que asseguram direitos diferenciados às pessoas com deficiência, de forma a se obter uma igualdade material e efetiva, em cumprimento aos fundamentos da República.

c) Declaração de (in)constitucionalidade da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) (Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC/19, Rel. Min. Marcos Aurélio)

Em 19 de dezembro de 2007, a Presidência da República ajuizou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 19 (ADC/19), tendo como objeto a Lei Maria da Penha. A ADC cita que um dos argumentos de juízes e Tribunais em todo o país para afastar a aplicação desta lei é o princípio da igualdade, no sentido de que não deve haver diferenciações entre homens e mulheres. Assim, o que está em discussão não é se as mulheres sofrem violência, ou se a violência deve ser punida, e sim, principalmente, se esta lei é uma afronta ao direito à igualdade entre os sexos.

d) Sistema de cotas raciais (Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 186 - ADPF/186, Rel Min. Ricardo Lewandowski)

Ação impetrada em julho do corrente ano pelo Partido dos Democratas (DEM), a qual questiona o sistema de cotas raciais instituído por universidades públicas. Um dos principais fundamentos da ação levantados pelo autor é de que o sistema de cotas

ofende o critério do mérito, malferindo, portanto, o direito à igualdade, compreendido em seu viés formal.

e) Direito de transexuais de alterarem seus nomes no registro civil (Ação Direita de Inconstitucionalidade n°4.275 - ADI/4.275, Rel. Min. Marcos Aurelio)

Ação interposta pela Procuradoria Geral da República, em julho do corrente ano, para que seja reconhecido o direito de transexuais alterarem nome e sexo no registro civil, mesmo os que não fizeram a cirurgia para mudança de sexo (transgenitalização). O direito ao nome é reflexo do direito à personalidade, o qual tem estreita ligação com a identidade e com o critério de auto-identificação. Desse modo, o que se discute na referida ADI são os direitos inerentes ao reconhecimento da identidade e o direito à diferença.

f) União Homoafetiva (Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 178 - ADPF/178, convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4277/DF, Rel. Min. Ellen Gracie)

Ação interposta pela Procuradoria Geral da República, em julho do corrente ano, a qual requer que se torne obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Todos os exemplos acima transcritos de ações que tramitam ou tramitaram no Supremo Tribunal Federal têm em comum o fato de versarem sobre direitos das minorias, sendo importantes reflexos de lutas e reivindicações engendradas por esses "novos movimentos sociais" no sentido de concretizar as promessas constitucionais por uma sociedade mais justa em seus fundamentos e mais igualitária em suas relações. Nesse sentido, cumprem um importante papel de trazer à tona o debate acerca dos conceitos de igualdade, desigualdade, identidade e diferença.

Importa mencionar, contudo, que as reivindicações político-jurídicas das minorias não se limitam àquelas que se encontram processualizadas ou judicializadas. Muitas demandas por novos direitos e pelo reconhecimento do direito à diferença ainda não adentrem as portas do Poder Judiciário, já estão presentes no "mundo da vida". Veja, por exemplo, a questão da aplicação da Lei 11.340/06 para coibir a violência doméstica e familiar em sociedades indígenas que possuem regras próprias para solução desses conflitos (remetendo a discussões acerca da aplicação das leis estatais em contextos interculturais); ou a luta de comunidades remanescentes de quilombos contra determinados projetos de desenvolvimento, propugnando o direito à própria definição de modelo(s) de desenvolvimento(s) para a comunidade.

Embora não estejam nos autos processuais, essas demandas são importantes para o fortalecimento da democracia, ainda que a moderna "razão indolente"[68] não consiga perceber. Nesse contexto, Boaventura de Sousa Santos esclarece que "a experiência social em todo o mundo é muito mais ampla e variada do que a tradição científica ou filosófica ocidental conhece e considera importante".[69]

5 Considerações finais

Em virtude da tessitura das lutas sociais, os profissionais do Direito tem se deparado, mais frequentemente nos últimos anos, com os chamados "hard cases", os quais envolvem, na maioria das vezes, decisões acerca de direitos reivindicados por grupos minoritários. Veja, por exemplo, a questão da demarcação de terras indígenas, como potencialmente geradora de um conflito federativo; do direito à adoção por casais homoafetivos; da possibilidade de as mulheres interromperem a gravidez em caso de anencefalia; das cotas étnico-raciais para ingresso nas instituições de ensino superior; a prioridade orçamentária para a saúde e educação de crianças e adolescentes em virtude da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, etc. Para tais problemáticas, contudo, não se encontra, dentro do ordenamento estatal em vigor, respostas únicas e definitivas. A norma aplicável ao caso vai ser construída pelo intérprete, a partir de métodos hermenêuticos e interpretativos, os quais exigirão que os juízes se atentem para a realidade jurídica, histórica, social, política, cultural e econômica em que estão inseridos os(as) destinatários(as) dessa norma.

Um dos fundamentos principais de todas essas questões é o debate acerca da identidade, diferença, igualdade e desigualdade, fazendo emergir nossa visão sobre o "outro", aquele que é identificado como diferente do que estabelecemos como padrão. A compreensão das reivindicações político-jurídicas das minorias faz emergir a percepção de que a diferença deve ser elemento de respeito e propulsora da construção de uma pluralidade agregatória das diversidades, e não de discriminação, promovendo uma reviravolta cultural após anos de intolerância. Nessa senda, Flávia Piovesan escreve que:

Ao longo da história as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do "eu versus o outro", em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era visibilizada para conceber o "outro" como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações-limite, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo).[70]

Em um contexto em que a exclusão e a desigualdade ainda são a regra, a compreensão dos fatores que causam relações, ambiências e fruições de direitos desiguais, e da identidade de minorias de onde emergem suas diferenças, pode levar a um caminho de construção de uma justiça pluridimensional, a qual contemple a construção de uma sociedade livre, solidária, plural e igual, da qual partilham todos os seres humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. "Ação afirmativa" e os princípios do Direito. A questão de cotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DAHLERUP, Drude. Will gender balance in politics come by itself? In: KELLERMAN, Barbara. RHODE, Deborah L (ed.). Women & Leadership. The State of play and strategies for change. San Francisco: Jossey Bass, 2007.

DIEESE. Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED). 2002. Informações disponíveis em: . Acesso em: 04 set 2009.

FLORES, Joaquim Herrera. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Direitos Humanos e Filosofia Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FRASIER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

KYMLICKA, Will. Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías. Tradução Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós Ibérica, 1996.

MOREIRA, Manuel Alberto Jesús. El concepto de cultura en el derecho. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; RIBEIRO, Fernanda Bittencourt (orgs.). Violência, segurança pública e direitos humanos no Brasil. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2009

_____. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. 2005. Disponível em . Acesso em: 13 de dezembro de 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, ano 33, n°131. Brasília, Jul/Set. 1996.

_____. A proteção das minorias no direito brasileiro. Disponível em http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo03.pdf. Acesso em 5 de jul. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. A Gramática do tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SAFATLE, Vladimir. A democracia para além do Estado de Direito? O desafio de pensar a democracia em tudo aquilo que se encontra à margem do estado de direito. Dossiê: A Democracia e seus Impasses. Cult. São Paulo: n° 137, jul 2009.

SEMPRINI, Andrea. Multiculturalismo. Tradução Laureano Pelegrin. São Paulo: EDUSC, 1999.

TORRES, Carlos Alberto. Democracia, educação e multiculturalismo: dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WUCHER, Gabi. Minorias: proteção internacional em prol da democracia. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2000.

---

[1] Carmen Lúcia Antunes Rocha esclarece a relação entre igualdade e dignidade da pessoa humana: "A Constituição brasileira tem, como principal princípio - para mim, o princípio mais importante, forte, vigoroso -, o da dignidade da pessoa humana, e nisso já se engata exatamente o princípio da igualdade, porque todo mundo que é discriminado e injustiçado torna-se sujeito de um tratamento indigno (...)". (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. A proteção das minorias no direito brasileiro. Disponível em http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo03.pdf. Acesso em 5 de jul. 2009).

[2] O'DONNELL, Daniel apud WUCHER, Gabi. Minorias: proteção internacional em prol da democracia. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2000, p. 43.

[3] "Para compreender a ênfase atual que a UNESCO e outras agências internacionais dão ao papel positivo que a diversidade cultural pode desempenhar para o desenvolvimento social e econômico é preciso começar com uma breve descrição do papel histórico que a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (CNUDH) teve no reconhecimento inicial dos "direitos culturais", inclusive os dos povos indígenas e de outras minorias étnicas e raciais. Em seguida à aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia Geral da ONU, em 1948, a Comissão de Direitos Humanos criou especialmente uma Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias mas, apesar disso, foi só a partir de meados dos anos 1960 que a agenda internacional dos direitos humanos começou a sistematicamente incluir questões relativas ao reconhecimento dos direitos culturais das minorias étnicas, dos povos indígenas e de outros grupos historicamente excluídos e discriminados". (DAVIS, Shelton H. Diversidade cultural e direitos dos povos indígenas. Mana, Rio de Janeiro, vol.14, no.2, Oct. 2008. Disponível em: . Acesso em: 14 Set 2009).

[4] Adotado pela Resolução n.º 2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991. Ratificado pelo Brasil em 24.01.1992. Promulgado pelo Decreto n.º 592, de 6.7.1992. Disponível em: <[5] CAPOTORTI, Francesco apud WUCHER, Gabi. op. cit., 2000, p. 44.

[6] KYMLICKA, Will. Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías. Tradução Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós Ibérica, 1996, p. 26-29.

[7] O Multiculturalismo surgiu como uma teoria e como uma prática voltada à afirmação das diferenças, lançando a problemática dos direitos das minorias e esclarecendo que nenhuma cultura é superior ou inferior a outra, mas apenas diferentes entre si. Carlos Alberto Torres resume o pensamento do Multiculturalismo com a seguinte frase: "qualquer que seja a sua forma ou colorido, o multiculturalismo está relacionado com a política das diferenças e com o surgimento das lutas sociais contra as sociedades racistas, sexistas e classistas". (TORRES, Carlos Alberto. Democracia, educação e multiculturalismo: dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 196). Sem desmerecer a importância político-histórica das reflexões multiculturais, ressalta-se, contudo, que, para fins deste artigo privilegiar-se-á uma perspectiva intercultural de direitos humanos, conforme será demonstrado adiante.

[8] "O Tribunal Permanente de Justiça Internacional, ou Corte Permanente de Justiça Internacional, por vezes referido por Tribunal Mundial, foi um tribunal de jurisdição internacional criado em 1921 no seio da Liga das Nações, iniciando as suas deliberações em 1922. O Tribunal foi instalado no Palácio da Paz, em Haia, tendo cessado a sua actividade em 1940 em resultado da tomada daquela cidade pelas forças da Alemanha Nazi, mas foi apenas formalmente extinto em 1946. Entre 1922 e 1940 o Tribunal deliberou sobre 38 processos de contencioso entre Estados e emitiu 27 recomendações. O Tribunal foi sucedido em 1946 pelo Tribunal Internacional de Justiça criado no contexto da Organização das Nações Unidas". Definição disponível em: <[9] PIRES apud WUCHER, Gabi. op. cit., 2000, p. 48.

[10] BAKATOLA apud WUCHER, Gabi. op. cit., 2000, p. 48.

[11] Adotada pela 76ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, no ano de 1989. Ratificada pelo Brasil em 2002 e incorporada à legislação brasileira por meio do Decreto nº 5.051/2004.

[12] Aprovada pela Organização das Nações Unidas em 13 de setembro de 2007.

[13] Joaquim Herrera Flores considera que a "cultura não é uma entidade alheia ou separada das estratégias de ação social; ao contrário, é uma resposta, uma reação à forma como se constituem e se desenvolvem as relações sociais, econômicas e políticas em um tempo e um espaço determinados". (FLORES, Joaquim Herrera. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Direitos Humanos e Filosofia Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 363).

[14] Consideram-se estes como os "novos movimentos sociais" atuantes, na perspectiva de uma democracia participativa, como sujeitos proponentes de direitos e articuladores de afirmações e reivindicações em torno dos direitos de minorias. Para um maior aprofundamento sobre o tema ver SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 256-269 e WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 121-139.

[15] SEMPRINI, Andrea. Multiculturalismo. Tradução Laureano Pelegrin. São Paulo: EDUSC, 1999, p. 44.

[16] Esses grupos sociais, os quais, conforme explicitado em nota acima (13), organizam-se na contemporaneidade como "novos movimentos sociais", são concebidos por Antônio Carlos Wolkmer como "novos sujeitos históricos", os quais "são situados como identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomos, advindos de diversos estratos sociais, com capacidade de auto-organização e autodeterminação, interligadas por formas de vida com interesses e valores comuns, compartilhando conflitos e lutas cotidianas que expressam privações e necessidades por direitos, legitimando-se como força transformadora do poder e instituidora de uma sociedade democrática, descentralizadora e igualitária". (WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 240).

[17] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, n° 33, 1996, p. 285.

[18] SEMPRINI, Andrea. op. cit. 1999, p. 43.

[19] Idem, 1999, p. 43-44.

[20] Manuel Alberto Jesús Moreira chama atenção para o fato de que "la idea que prevalece en el universo del Derecho es que a la cultura es un producto del la evolución de la humanidad [...]", "el principio fundamental era el progresso, que le hacía percibir que algunos pueblos habían avanzado más que outros", assim, "la idea de progresso y

evolución se conforma com patrones ideales que petrifican la justicia a la vez que facilitan la desigualdad", "pero la Antropologia Social se emancipa y decide cambiar sus paradigmas y rompe com el evolucionismo a partir de Franz Boas y sua mirada 'particularista histórica', cosa que no ocorre com el Derecho que extiende sus programas evolucionistas a todas las nuevas ramas jurídicas". Ocorre que "la crisis del paradigma ocurre cuando irrumpen em el escenario nuevos derechos e ideas que deben explicar-se a luz de renovados esquemas conceptuales. Y que solo pueden aceptar-se mediante La intervencion multidisciplinaria y constituirse a partir de categorias cuyos significados se oponen belicosamente a los aceptados tradicionalmente. Por exemplo 'pluralidad cultural', 'derechos indígenas', 'pluralidad jurídica'e 'derechos colectivos'. Moreira conclui, então, que "no existen dudas que la creencias dominantes em el âmbito legal compartido por juristas, abogados y operadores judiciales se encuentram contaminadas por la idea evolucionista de la cultura. Pero paradójicamente los documentos, declaraciones de derechos y jurisprudência de los tribunales internacionales apuntam em dirección contraria. La contradicción permite suponer uma anomia estructural porque se sigue pensando em el modelo enterior, pero dentro de um modelo pluricultural. Esta evidencia hace necessário revisar los programas de la cultura hegemônica que vacila y demora em aplicar La nueva legalidad". (MOREIRA, Manuel Alberto Jesús. El concepto de cultura en el derecho. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; RIBEIRO, Fernanda Bittencourt (orgs.). Violência, segurança pública e direitos humanos no Brasil. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 469-470; 478).

[21] SEMPRINI, Andrea. op. cit. 1999, p. 44.

[22] Essa classificação é mencionada por Gabi Wucher (WUCHER, Gabi. op. cit., 2000, p. 50-51), sendo igualmente adotada por Bakatola e Pires.

[23] WUCHER, Gabi. op. cit., 2000, p. 51.

[24] No processo de construção da Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher (Pequim/Beijing, 1995), desenvolveu-se o conceito de paridade, que reflete o fato de que pessoas de um e outro sexo são diferentes e, no entanto, iguais em direitos.

[25] Os resultados do pleito brasileiro municipal de 2008, bem como os das eleições anteriores (municipais e federais), apontam que as mulheres são sub-representadas no campo da política. Essa situação não é exclusiva do Brasil. Há somente 18,2% de mulheres legisladoras no mundo. Segundo a ONU, no atual ritmo, a igualdade de participação entre os sexos em casas legislativas só será concretizada em cem anos. Informações disponíveis em: . Acesso em 09 abr. 2009.

[26] Exemplifica-se: Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano, do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), divulgado em 1995 pela ONU, dois terços dos analfabetos do mundo são mulheres. Informação disponível em: . Acesso em 07 abr. 2009.

[27] Art. 10 da Lei nº 9.504/97 [...]. §3º. Do número de vagas resultantes das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo. (grifos nossos).

[28] DAHLERUP, Drude. Will gender balance in politics come by itself? In: KELLERMAN, Barbara. RHODE, Deborah L (ed.). Women & Leadership. The State of play and strategies for change. San Francisco: Jossey Bass, 2007, p. 228.

[29] Antonio Carlos Wolkmer explicita a "propensão segura de se visualizar o Direito como fenômeno resultante das relações sociais e valorações desejadas". (WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., 2001, p. 78).

[30] GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 48-49.

[31] Idem. 2002, p. 68-69.

[32] MOREIRA, Vital apud BELLINTANI, Leila Pinheiro. Ação afirmativa e os princípios do Direito. A questão de cotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. xviii.

[33] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 393.

[34] Idem. 2006, p. 397.

[35] Idem. 2006, p. 421.

[36] Idem. 2006, p. 422.

[37] Idem. 2006, p. 430.

[38] Idem. 2006, p. 429.

[39] Idem. 2006, p. 432.

[40] De acordo com Robert Alexy: "Se alguém é afetado por uma proibição que desrespeita o enunciado da igualdade, então ele pode ter um direito definitivo concreto, fundado no enunciado da igualdade, à cessação da intervenção, ou seja, um direito do status negativo". (ALEXY, Robert. op. cit. 2006, p. 431).

[41] ALEXY, Robert. op. cit. 2006, p. 432.

[42] SANTOS, Boaventura de Sousa. A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, p. 313.

[43] Exemplifica-se: o direito à liberdade sexual da mulher traduz-se em diversos direitos, tais como o acesso a anticoncepção e planejamento familiar, a não-discriminação em virtude de orientação sexual, a não-violência sexual etc.

[44] PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. Disponível em . Acesso em: 13 dez de 2008.

[45] GALUPPO, Marcelo Campos. op. cit. 2002, p. 214.

[46] "O termo atual oficialmente usado para a diversidade no Brasil é LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e trangêneros). A alteração do termo GLBT em favor de LGBT foi aprovada na 1ª Conferência Nacional GLBT realizada em Brasília no período de 5 e 8 de junho de 2008". Informação disponível em: . Acesso em: 04 set 2009.

[47] Para maior aprofundamento sobre o tema vide SANTOS, Boaventura de Sousa. A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, p. 279-302.

[48] FRASIER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 169, 174, 189.

[49] FRASIER, Nancy. op. cit. 2008, p. 174.

[50] Idem. 2008, p. 189.

[51] Idem. 2008, p. 189.

[52] Idem. 2008, p. 174.

[53] Exemplifica-se com os seguintes dados: a última Síntese dos Indicadores Sociais, elaborada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), mostra que as trabalhadoras com até 4 (quatro) anos de estudo recebiam, por hora, em média, 80,8% do rendimento dos homens com esse nível de escolaridade, enquanto que aquelas com 12 anos ou mais de estudo recebiam 61,6% do rendimento-hora masculino. Dentro de casa, elas trabalhavam 4,4 horas a mais por dia em afazeres domésticos. A Síntese de Indicadores Sociais tem como base os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD 2004). Dados disponíveis em: . Acesso em: 07 abr 2009. "Nas seis regiões metropolitanas analisadas pelo Dieese, embora haja diferenças de região para região, as taxas de desemprego são maiores entre os negros do que entre os não-negros. Em Salvador, por exemplo, onde são encontradas as maiores taxas em ambos os casos, 29,0% dos negros encontram-se desempregados, enquanto a taxa entre não-negros é de 19,9%. Em São Paulo, essas taxas são de 23,9% e 16,7%, entre negros e não-negros, respectivamente". "Com relação às condições de vida, os níveis de pobreza e indigência mostram que os pardos e os pretos vivem em condições mais precárias do que os brancos: 48,4% dos pardos são pobres e 22,3%, indigentes; as proporções entre pretos são 42,9% e 18,3%, de pobres e indigentes, respectivamente; enquanto 22,6% dos brancos são pobres e 8,1% são indigentes." Fonte: PED - Pesquisa de Emprego e Desemprego. Elaboração: DIEESE, 2002. Informações disponíveis em: . Acesso em: 04 set 2009. "Uma nova pesquisa desenvolvida pelo The Williams Institute indica que casais de lésbicas nos Estados Unidos têm mais probabilidades de serem pobres do que casais heterossexuais. Com dados de 3 outras pesquisas, incluindo o censo nacional de 2000, os pesquisadores compararam a taxa de pobreza entre homossexuais e heterossexuais: 24% das lésbicas e bissexuais são consideradas pobres, em comparação com 19% de mulheres heterossexuais, 15% de homens gays e bissexuais e 13% de

homens heterossexuais". Informação disponível em: . Acesso em: 04 set 2009. "No Maranhão, de 2001 a 2006, o percentual de meninos e meninas entre 7 e 14 anos matriculados na escola passou de 95% para 96,7%. Se, por um lado, é um avanço importante, por outro, significa que ainda há 3,3% das crianças de 7 a 14 anos excluídos do ensino obrigatório. E, ao enfocar as comunidades indígenas, esse percentual salta para 62,5% de meninos e meninas indígenas de 7 a 14 anos fora da escola. Entre os adolescentes, 18,1% dos maranhenses entre 15 e 17 anos não estudam". Fonte: "Situação da Infância e da Adolescência Brasileira 2009 - O Direito de Aprender: Potencializar Avanços e Reduzir desigualdades", Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), 2009. Informação disponível em: . Acesso em: 04 set 2009.

[54] A Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) dispõe que:

Art. I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Art. II - Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

[55] O direito à igualdade foi normatizado na Constituição Federal Brasileira de 1988 no art. 5°, caput.

[56] No esteio de Boaventura de Sousa Santos compreende-se que "a emancipação não é mais do que um conjunto de lutas processuais, sem fim definido. O que a distingue de outros conjuntos de lutas é o sentido político das processualidades das lutas. Esse sentido é, para o campo social da emancipação, a ampliação e o aprofundamento das lutas democráticas em todos os espaços estruturais da prática social". (SANTOS, Boaventura de Sousa de. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2003). Ademais, o pensamento de Paulo Freire lança luz sobre essa processualidade na construção da emancipação humana: "Libertação e opressão, porém, não se acham inscritas, uma e outra, na história, como algo inexorável. Homens e mulheres, ao longo da história, vimo-nos tornando animais deveras especiais: inventamos a possibilidade de nos libertar na medida em que nos tornamos capazes de nos perceber como seres inconclusos, limitados, condicionados, históricos. Percebendo, sobretudo, também, que a pura percepção da inconclusão, da limitação, da possibilidade, não basta. É preciso juntar a ela a luta política pela transformação do mundo. A libertação dos indivíduos só ganha profunda significação quando se alcança a transformação da sociedade". (FREIRE, Paulo. Pedagogia da esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido. São Paulo: Paz e Terra, 1997).

[57] SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit. 2006, p. 446.

[58] Idem. 2006, p. 446.

[59] Idem. 2006, p. 447.

[60] Para um aprofundamento sobre o conceito de necessidades fundamentais, confira WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., 2001, p. 241-248.

[61] SANTOS, Boaventura de Sousa. Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 99.

[62] Isogonia é o direito de qualquer cidadão de expor em público seus interesses e suas opiniões e debater com os demais.

[63] Acerca do individualismo, Antonio Carlos Wolkmer diz que: "o individualismo, enquanto aspecto nuclear da moderna ideologia liberal e enquanto expressão da moralidade social burguesa, prioriza o homem como centro autônomo de decisões econômicas, políticas e racionais. A ação justifica-se não pela afirmação interativa com o social, mas por uma subjetividade em que o sujeito racional 'se reconhece e se afirma como individualidade'". (WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., 2001, p. 39-40).

[64] SAFATLE, Vladimir. A democracia para além do Estado de Direito? O desafio de pensar a democracia em tudo aquilo que se encontra à margem do estado de direito. Dossiê: A Democracia e seus Impasses. Cult. São Paulo: n° 137, p. 44, jul 2009.

[65] No esteio do pensamento de Antonio Carlos Wolkmer: "[...] há de se designar o pluralismo jurídico como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais". (WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. 2001, p. 219).

[66] Confira em Dossiê: A Democracia e seus Impasses. Cult. São Paulo: n° 137, p. 40-64, jul 2009. E em SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., 2007, p. 83-126, o capítulo intitulado "Para um democracia de alta intensidade".

[67] Constituição Federal de 1988.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

[68] "[...] a razão criticada é uma razão cuja indolência ocorre por duas vias aparentemente contraditórias: a razão inerme perante as necessidades que só ela pode imaginar como lhe sendo exterior; a razão displicente que não sente necessidade de se exercitar por se imaginar incondicionalmente livre e, portanto, livre da necessidade de provar a sua liberdade. Bloqueada pela impotência auto-infligida e pela displicência, a experiência da razão indolente é uma experiência limitada, tão limitada quanto a experiência do mundo que ela procura fundar. É por isso que a crítica da razão indolente é também uma denúncia do desperdício da experiência." (SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., 2000, p. 42).

[69] Idem, 2006, p. 94.

[70] PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2009, p. 295-296.

EDUCAÇÃO A DISTANCIA E NOVAS TECNOLOGIAS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS*

DISTANCE EDUCATION AND NEW TECHNOLOGIES: CHALLENGES AND PERSPECTIVES

Marciele Berger Bernardes
Paloma Maria Santos

RESUMO

No intuito de habilitar a população para o ingresso na chamada sociedade da informação, diversos países, dentre eles o Brasil, têm investido na implementação do governo eletrônico (e-gov). Dessa forma, muito mais do que colocar serviços na internet, o papel crucial dos governos hoje é viabilizar o acesso a sociedade em rede através da alfabetização digital. Nesta perspectiva, este artigo discute essas questões e apresenta uma síntese do atual estágio de desenvolvimento do e-gov sob a ótica da educação mediada por tecnologias, a partir de um recorte específico, a existência das novas salas de aula virtuais, que através da internet, traçam o novo ensino à distância. O referencial teórico está relacionado ao estudo do e-gov, com enfoque no governo para o cidadão, onde se insere o projeto de informática na educação. Para tanto, utilizou-se como estratégia metodológica o levantamento e análise documental e bibliográfico. Os resultados parciais sinalizam que deve haver um esforço coletivo para permitir que os núcleos de ensino a distância já existentes sejam implementados com seriedade e comprometimento.

PALAVRAS-CHAVES: SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, GOVERNO ELETRÔNICO, EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA

ABSTRACT

In order to enable the population to join the so-called information society, several countries, including Brazil, have invested in the electronic government' implementation. Thus, much more than putting services on the Internet, the crucial role of governments today is to enable access to the network society through literacy. In this perspective, this article discusses these issues and presents an overview of the current stage of e-government development from the perspective of education mediated by technology from a specific focus, the existence of the new virtual classrooms, that through the Internet, outlines the new distance education. The theoretical framework is related to the study of e-government, focusing on the government to the citizen, which is part of the informatics project in education. It was used as the methodological

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

strategy a survey and analysis of document and literature. Partial results indicate that there must be a collective effort to allow that the cores of existing distance education could be implemented with seriousness and commitment.

KEYWORDS: INFORMATION SOCIETY, ELECTRONIC GOVERNMENT, DISTANCE EDUCATION.

Introdução

Nos últimos 20 anos, a revolução tecnológica digital atingiu todas as áreas da indústria, das telecomunicações, do comércio e dos serviços. Máquinas que só podiam ser operadas por especialistas passaram a ser substituídas por microcomputadores cada vez mais potentes e acessíveis. Com o acelerado progresso obtido tanto no campo da tecnologia dos computadores, quanto no da programação, a informática deixou de ser uma área reservada a especialistas e se expandiu cada vez mais na vida cotidiana, permitindo o acesso das pessoas a uma proporção cada vez maior de informação.

Essa nova realidade ampliou consideravelmente o papel dos fatores de produção, aumentando o desempenho das pessoas e a competitividade do mercado. Passou a existir uma maior exigência em termos de qualidade por parte dos consumidores o que têm levado a que as empresas busquem uma força de trabalho cada vez mais qualificada.

É certo que as aplicações da informática transformaram profundamente e continuam transformando quase todas as atividades humanas, convertendo-se numa excepcional ferramenta de trabalho em terrenos tão diversos quanto as comunicações, o ensino, a medicina e a saúde, a automação e até o direito.

Evidentemente, a tecnologia quer evoluir, esta é sua natureza. Os limites de adoção e divulgação de uma inovação, contudo, são a necessidade social, os recursos sociais e um ambiente social favorável. A maior ou menor confluência destes elementos é que determinam o maior ou menor grau de evolução numa sociedade e a direção da mesma. Hoje, estes elementos mostram que a sociedade brasileira exige que estas alternativas atinjam a educação e a escola. Não é mais possível conviver com currículos irremediavelmente obsoletos. O uso da tecnologia como instrumento no processo educativo é possível e necessário, passando pelo onipresente computador, pela Internet e finalmente, na integração de todos estes recursos, pela educação a distância (de ora em diante EaD).

É consabido que a educação é direito de todos e a sua promoção é dever do Estado e da família, em colaboração com a sociedade. Dela depende o pleno crescimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania e a conseqüente qualificação para o trabalho (artigo 205 da Constituição Federal Brasileira). A partir disso, surge a seguinte indagação: Como realizar este ideal?

As novas tecnologias de comunicação podem ser usadas como instrumento de desenvolvimento da educação e o Brasil está se empenhando no aumento do acesso à informação. Os níveis deste investimento é que dirão se haverá sucesso ou não, mas certamente o sucesso dessas iniciativas perpassa pela desconstrução de paradigmas e a construção de um modelo baseado no professor coletivo e no estudante autônomo.

A EaD ou a teleducação está imersa neste contexto. Além disto, não surgiu do nada e tem uma longa história de experimentações, sucessos e fracassos. Também não é desconhecida dos brasileiros. Esse método de educação era e é aplicado por diversas instituições educacionais tradicionais, usando especialmente a via postal, forma esta de interação totalmente ultrapassada.

No geral, via-se até recentemente a EaD como uma educação de segunda categoria, a ser utilizada por aqueles que não tiveram oportunidade de uma educação presencial convencional. Com as novas tecnologias, este preconceito não tem mais sentido. A EaD deve ser considerada no contexto da educação em geral, sem subvalorizá-la nem considerá-la a solução para todos os problemas da área. Evidentemente, há uma mudança que é substancial e que é determinante para o sucesso ou fracasso da EaD: a valorização da experiência individual e cultural dos alunos passa a ser fundamental.

De qualquer maneira, a EaD está em expansão no mundo todo. Há o aumento da demanda por formação ou qualificação e a multiplicação de meios técnicos capazes de garantir a efetivação desse tipo de educação. Além e por causa disto, os textos legais começam a tratar a EaD como parte de uma estratégia de ampliação democrática do acesso à educação pela sociedade brasileira.

Hoje, as melhores universidades começam a oferecer EaD e muitas delas através da Internet. Isto não quer dizer que tudo está pronto, ao contrário, uma das principais deficiências é ainda a falta de pessoas capacitadas e especializadas em educação on-line.

É diante desse quadro, que este trabalho sente-se inclinado a abordar como a informática e a internet estão transformando o aprendizado e o ensino, que nova educação é necessária para o uso da Internet e quais iniciativas do governo estão sendo tomadas no sentido de resguardar (e até promover) acesso igualitário às tecnologias de informação e comunicação. Para tanto, o trabalho foi estruturado da seguinte maneira: a seção 1 traz o conceito de governo eletrônico e seus estágios de desenvolvimento. Na seção 2, tem-se um panorama das mudanças sistêmicas ocasionadas pela sociedade da informação. A seção 3 aborda a Educação a Distância. Na seção 4 apresenta-se os a regulamentação da EaD no Brasil. A seção 5 traz a necessidade de flexibilização dos curso para a inserção da EaD. Na seção 6 apresentam-se recomendações para um modelo pedagógico baseado em EaD e finalmente, na sequência, são apresentadas as conclusões do trabalho.

1. Governo eletrônico: definições e formas de manifestação

Antes de explorar os benefícios da estruturação acima proposta, é indispensável conhecer uma visão e diagnóstico dos principais marcos no programa de governo eletrônico brasileiro.

Uma questão inicial na abordagem de experiências de e-gov, refere-se ao seu objetivo de transformar a relação entre os governos, cidadãos e empresas, sobretudo em termos de agilidade e transparência dos processos. De acordo com Sanchez (1996), o e-gov visa o fomento aos valores democráticos, tais como a participação, a transparência, a atenção à dignidade humana, a representatividade e o controle, pela sociedade, sobre os agentes públicos. O e-gov tem base na utilização das tecnologias de informação e comunicação para democratizar o acesso à informação, ampliar discussões e dinamizar a prestação de serviços públicos com foco na eficiência e efetividade das funções governamentais.

Segundo Hoeschl (2002) os objetivos estratégicos do e-gov que incluem: melhoria da qualidade, segurança e rapidez dos serviços para o cidadão; simplificação dos procedimentos e diminuição da burocracia; avanço da cidadania; democracia da informação; transparência e otimização das ações do governo; educação para a sociedade da informação; facilidade de acessar o governo; integração das informações para o cidadão; geração de empregos na iniciativa privada; otimização no uso e aplicação dos recursos disponíveis; integração entre os órgãos do governo; aproximação com o cidadão; desenvolvimento do profissional do serviço público; aperfeiçoamento dos modelos de gestão pública; e universalização do acesso da informação.

A definição de Governo Eletrônico, conforme Santos (2003) está relacionada ao uso da tecnologia da informação e da comunicação para promover maior eficiência e maior efetividade governamental, facilitando o acesso aos serviços públicos, permitindo ao grande público o acesso à informação, e tornando o governo mais *accountable* para o cidadão. Por sua vez, Grölund (2002) revisa definições de governo eletrônico destacando três objetivos comuns: tornar o governo mais eficiente, prover melhores serviços aos cidadãos e melhorar os processos democráticos. Grölund e Horan (2004) argumentam que as definições sobre governo eletrônico derivam da prática e não do suporte de desenvolvimento teórico consistente. Os autores afirmam que governo eletrônico está mais ligado à governança que a governo, considerando que o termo governança eletrônica é mais apropriado. Riley (2004) aponta a distinção entre governo e governança e afirma que a função básica do governo é focar a sociedade para atingir os interesses públicos, enquanto que a governança é uma forma de descrever as ligações entre o governo e seu macro-ambiente, seja político, social ou administrativo. Além disso, o referido autor refere que outra forma de descrever essa diferença seja que enquanto o governo se relaciona com certas atividades específicas e de curto prazo, a governança se relaciona com processos e resultados de longo prazo. O termo governo eletrônico assim, é mais usado pelos pesquisadores em sistemas de informação e o termo governança eletrônica é mais usado pelos cientistas sociais (Grölund e Horan, 2004).

De forma geral, o uso de tecnologias da informação permitindo a interação com o cidadão e a melhoria da gestão interna dos órgãos são evidenciadas pelas seguintes opções:

a) Governo para Governo (*Government-to-Government* - G2G): nesta relação, tanto o ofertante do bem ou serviço quanto o beneficiário fazem parte do governo e se encontram em uma relação horizontal. Envolve relações intra ou inter governos; b) Governo para Cidadão (*Government-to-Citizen* – G2C) e Cidadão para Governo (*Citizen-to-Government* – C2G): essa relações envolvem a interação entre governos e cidadãos. As transações são efetuadas não somente pelo uso da Internet, mas também

por outros canais que demandam suporte de tecnologia da informação e comunicação como *call centers*, quiosques ou lojas de atendimento, telefonia móvel dentre outros; c) Governo para Negócios (*Government-to- Business* – G2B) e Negócios para Governo (*Business-to-Government* – B2G): envolve a interação do governo com empresas privadas (AFONSO, 2001, p. 21-64).

Dentro desse quadro, cumpre registrar que o presente estudo se insere na categoria G2C, com destaque para a prestação de serviços educacionais, uma vez que dinâmica da sociedade da informação requer educação continuada ao longo da vida, que permita ao indivíduo não apenas acompanhar as mudanças tecnológicas, mas, sobretudo inovar.

Convém observar que a metodologia de avaliação de e-gov passa por cinco níveis diferenciados. O primeiro deles, denominado de emergente, corresponde ao estabelecimento de uma presença governamental na Internet. Nos estágios de crescimento e interação, segundo e terceiro respectivamente, os sites de governo ampliam a oferta de informações e passam a receber dados dos cidadãos. No quarto estágio, chamado de transacional, as transações entre governos e usurários tornam-se mais complexas. Finalmente destaca-se o quinto estágio, o de integração generalizada. Nessa fase o cidadão possui acesso a todos os serviços e informações de governo por meio de uma porta única de entrada (AFONSO, 2001).

Contudo, faz-se necessário esclarecer que o nível de interação supramencionado demanda alterações consideráveis nos processos de trabalho de forma a aproximar o cidadão dos serviços que podem ser prestados pelo Estado. Além disso, é preciso considerar que, no Brasil, até mesmo a educação básica ainda apresenta deficiências marcantes. Particularmente nos segmentos sociais de baixa renda e em regiões menos favorecidas, o analfabetismo permanece como realidade nacional. O desafio, portanto, é duplo: superar antigas deficiências e criar as competências requeridas pela nova economia.

Na sociedade do conhecimento, a pior pobreza é o analfabetismo**,** não apenas o analfabetismo comumente conhecido, mas aquele decorrente da ignorância frente ao uso das novas tecnologias, criando uma nova categoria de excluídos: os chamados analfabetos digitais.

O fato essencial é que a nova sociedade é em si muito dinâmica, marcada por processos complexos e por isto mesmo, sujeita a muitos riscos. Mas estes processos são a garantia de novas oportunidades, desde que os governos atinjam o estágio subseqüente na prestação de serviços por via eletrônica. Não basta apenas afixar informações na internet. É preciso alcançar um estágio em que, a partir dos canais governamentais, os cidadãos possam se integrar, coordenar e fomentar ações para a utilização de tecnologias de informação e comunicação, e com isso contribuir para a inclusão social de todos os brasileiros na nova sociedade, uma vez que a construção da sociedade informacional, na forma apresentada por Castells (1999), passa pela efetiva constituição de uma sociedade que opera em rede.

2. Sociedade da informação: Mudanças sistêmicas

Conforme visto anteriormente, o desenvolvimento das novas tecnologias, em especial, a informática e a Internet, tem dado à sociedade, nos últimos anos, poder de ação antes jamais pensado e geralmente depositado em monopólios, em sua grande maioria estatais. Com o aumento das demandas e pressões da sociedade de massas e da economia de mercado, o próprio Estado redefine seu papel, tornando-se essencialmente regulador e tendo a sociedade como fonte e partícipe nesse processo em que o Direito é o seu grande instrumento. Além disso, diversos controles estão sendo assumidos, em parte ou no todo e nas mais diversas áreas, por organismos da sociedade. Isso exige um alto grau de troca de informação e conhecimento (ROVER, 2001).

Dessa forma, com a abertura da Internet à operação comercial, a partir de meados de 1995, o governo brasileiro cumpriu o primeiro ciclo de desenvolvimento das redes nacionais. O programa Sociedade da Informação no Brasil (http://www.socinfo.org.br/) visa propor alternativas para a próxima fase da Internet no país.

Visando atender as propostas do referido programa o Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia (CTT) instituiu, em dezembro de 1999, o programa Sociedade da Informação, estruturado em sete grandes linhas de ação:

· Mercado, trabalho e oportunidades.

· Universalização dos serviços e formação para a cidadania.

· Educação na sociedade da informação.

· Conteúdos e identidade cultural.

· Governo ao alcance de todos.

· P&D, tecnologias-chave e aplicações.

· Infra-estrutura avançada e novos serviços.

Cada linha de ação possui seus próprios mecanismos de execução e sua fase de implantação se consolidou com a redação do **Livro verde**, súmula de possíveis aplicações de tecnologias da informação que devem orientar o governo e a sociedade civil nas ações que visam ao estabelecimento e extensão das novas tecnologias a todos os brasileiros.

Os objetivos do programa são expostos no do **Livro Verde:**

O governo, nos níveis federal, estadual e municipal, tem o papel de assegurar o acesso universal às tecnologias de informação e comunicação e a seus benefícios, independentemente da localização geográfica e da situação social do cidadão, garantindo níveis básicos de serviços, estimulando a interoperabilidade de tecnologias e redes. Além disso, cabe ao governo estimular e viabilizar a participação de minorias

sociais e outros segmentos marginalizados, os pequenos negócios, bem como as organizações sem fins lucrativos, de modo a que esses segmentos possam ter acesso aos benefícios que a sociedade da informação possa proporcionar. Cabe ainda estabelecer condições equânimes de competição entre os diferentes agentes econômicos, sem inibir as iniciativas de investimento e de novos negócios e implementar não só políticas públicas, mas também um aparato regulador e legal, harmônico e flexível, que proteja os interesses dos cidadãos e estimule o desenvolvimento do setor privado (TAKAHASHI, 2000, p. 11).

Com relação a linha objeto deste artigo, educação mediada por tecnologias, a orientação do programa Sociedade da Informação é que "o conceito de universalização deve abranger também o de democratização, pois não se trata tão somente de tornar disponíveis os meios de acesso e de capacitar os indivíduos para se tornarem usuários dos serviços da Internet" (TAKAHASHI, 2000, p. 31), trata-se, sobretudo, de permitir que as pessoas atuem como provedores ativos de conteúdos que circulam na rede, quarto e quinto estágios de integração do e-gov, conforme apresentado no item anterior.

A partir disso, ganha relevo a temática da alfabetização digital (e-educação), entendida não apenas como a aquisição de habilidades básicas para o uso de computadores e da internet, mas também como a capacidade das pessoas a utilizarem essas mídias em favor dos interesses e necessidades individuais e comunitários, com responsabilidade e senso de cidadania.

3. Definição e características da EAD

A EaD não é um método de mediação tecnológica tão inovadora que elimine a possibilidade de comparação com as demais formas de ensino aprendizagem. Contudo, há diferenças fundamentais.

Os cursos tradicionais têm sua marca fundamental na presença de alunos e professores em um local e tempo determinados. Deste fato, há conseqüências sobejamente conhecidas, positivas e negativas. Os cursos não presenciais superam aquela exigência da presença síncrona de alunos e professores num local determinado e baseiam sua metodologia em recursos tecnológicos que substituem total ou parcialmente aquela presença. Por exemplo, os chamados cursos de EaD tradicionais, baseiam sua metodologia principalmente no material didático escrito e transmitido via postal. Já a EAD on-line ou baseada em recursos digitais e de rede é mais dinâmica, permitindo um maior controle sobre todo processo.

O que diferencia a EaD da educação presencial, é o fato de que a responsabilidade pedagógica não recai preponderantemente sobre o professor como indivíduo, mas sobre a instituição, que congrega professores e especialistas para a elaboração do material didático e de técnicas apropriadas para o acompanhamento do aluno e verificação de sua aprendizagem.

Em outras palavras, a exigência de meios que possibilitem a comunicação de dupla via entre professor e aluno sem estarem juntos na sala de aula é o grande diferencial da EaD. Resumidamente, pode-se sumarizar as principais características:

· Separação física entre professor e aluno.

· Baseada fortemente em recursos didáticos de conteúdo e apoio.

· Aprendizagem autônoma do estudante.

· Forte influência da organização educacional (planejamento, plano, projeto).

Finalmente, há uma definição legal de EaD como uma forma de ensino que possibilita a auto-aprendizagem, com a mediação de recursos didáticos sistematicamente organizados, apresentados em diferentes suportes de informação, utilizados isoladamente ou combinados e veiculados pelos diversos meios de comunicação (art. 1º, Decreto 2.494).

3.1 Aspectos positivos e negativos da EAD

Tendo em vista que o elemento principal sobre o qual passou a se basear o ensino aprendizagem nessa modalidade a distância recai sobre o conteúdo, de um lado e o aluno, de outro, é possível trazer algumas características importantes e que se traduzem em pontos positivos desta metodologia pedagógica:

· Aprendizado personalizado.

· Elevada quantidade de opções de comunicação.

· Acesso universal (BRUNO, 2001).

· Independência da disponibilidade de tempo do usuário.

· Administração central quanto a qualidade do conteúdo.

· Baixo risco de equívocos na entrega do material digital.

· Critérios de avaliação e aproveitamento diversificados e relativamente automáticos.

· Custo reduzido, principalmente com a utilização da Internet.

· Aumento da audiência e possibilidade de compartilhamento entre instituições de ensino (TAKAHASHI, 2000).

· Liberdade de local e horário.

· Maior facilidade para o trabalho em equipe.

Evidentemente, estas vantagens decorrem de uma mudança que exige novas contrapartidas no uso destas tecnologias, notadamente em termos de investimento e

cuidados pedagógicos. A internet amplia os benefícios já experimentados com fitas de vídeo e softwares, mas não se pode destacar os cuidados necessários para evitar os erros do passado. Deve-se cuidar que os investimentos para manutenção do sistema são muito maiores, além de se ter que criar e adequar metodologias de ensino, regulamentar a atividade e definir e acompanhar indicadores de qualidade (TAKAHASHI, 2000).

Os riscos de se ter uma EaD de segunda classe são reais, mas não por uma natureza intrínseca do modelo, mas pelas circunstâncias institucionais dos controles sobre o processo educativo que certamente devem existir e que cabem ao Estado e aos próprios usuários dos serviços (BENAKOUCHE, 2000). Na verdade, a avaliação da aprendizagem é um problema que não diz respeito apenas à EaD, mas especificamente nela o problema deve ser tratado com maior cuidado.

O problema que se coloca desde logo para a EaD, em decorrência em parte do velho preconceito, são as resistências que lhe são feitas especialmente por profissionais da educação. Estas dificuldades teóricas decorrem de vários motivos:

· Desconhecimento do significado da técnica (VARGAS, 1994).

· Desconhecimento das características atuais da sociedade (BENAKOUCHE, 2000).

· Desconhecimento das possibilidades da EaD.

· Falta de cultura de EaD.

Na medida em que estudos forem se disseminando, será possível verificar as mudanças da situação acima. Por outro lado, avaliando-se as experiências de EaD desenvolvidas relaciona-se outros pontos importantes que definem uma situação de despreparo na sua adoção. Pode-se denominar de dificuldades práticas:

· Falta de planejamento da atividade de produção e transmissão do conteúdo. Não dar

a devida atenção à tecnologia e à necessária adaptação às novas mídias (RODRIGUES, 2002).

· Falta de preparação de seu seguimento.

· Falta de dimensionamento dos custos.

· Falta de critérios e de estruturas de avaliação dos projetos.

· Inexistência de estruturas para a gerência dos projetos e a prestação de contas de seus objetivos.

· Inexistência de uma memória sistematizada dos programas, permitindo a sua descontinuidade.

· Permanência de uma visão administrativa que desconhece os potenciais e as exigências da EaD, fazendo com que essa área sempre seja administrada por pessoal sem a necessária qualificação técnica.

Em decorrência destas desatenções ocorrem outros problemas que podem ser chamados de dificuldades pedagógicas, portanto, relativas às relações professor aluno. Sendo assim, cabe enumerá-las:

1. Há um relativo isolamento do estudante que não conta com o apoio e o estímulo de um grupo de pessoas que estão nas mesmas condições que ele. Na medida em que avançam

as experiências on-line e baseadas em recursos digitais e de rede este problema pode ser minimizado.

2. Como ainda não faz parte, de forma mais concreta, do dia-a-dia do professor e do aluno, pode haver problemas de adaptação e motivação. É preciso envolver os alunos em processos participativos, afetivos, em que a aprendizagem não seja só teórica. Mas, o que se utiliza predominantemente são métodos expositivos com pouca interação. Os alunos, por sua vez, estão acostumados a ficar passivos. Por outro lado, o aluno desorganizado vai deixando passar o tempo adequado para cada atividade e terá dificuldade em acompanhar o ritmo de um curso (MORAN, 2002).

3. Em maior ou menor grau, os modelos não presenciais padronizam mais os métodos para todos os alunos. Quantas aulas presenciais não sofrem deste mal? Evidentemente, esta situação torna-se mais complicada nos cursos não presenciais, principalmente nos tradicionais. Enfim, os cursos continuam focados na informação, no professor, no aluno individualmente e não na construção do conhecimento e na interação, na aprendizagem cooperativa.

4. Não dar a devida atenção e valor à avaliação, que nesta modalidade ganha um *status* importante como um momento de *feedback* de todo processo. Em última análise, como avaliar os alunos?

5. O correto dimensionamento das turmas em relação aos recursos matérias e humanos disponíveis.

6. O volume de trabalho é grande e acarreta conseqüências importantes no sucesso do programa.

7. É um modelo que exige educadores, gestores e alunos maduros, intelectual e emocionalmente.

Assim, diante do exposto, importante reiterar que a questão da integração das novas tecnologias nos processos educacionais transcende questões puramente técnicas para se situar no nível da definição das grandes finalidades sociais da educação. Os fins e os modos dessa integração dependem, portanto, das escolhas da sociedade: deve a escola educar para a cidadania (entendida como combinação de equipamentos, conteúdo,

habilidades, entendimento e apoio social, a fim de que o usuário possa envolver-se em práticas sociais significativas) ou apenas para a produção?

3.2 Regulamentação da EAD no Brasil

Há quem afirme que vários dos problemas da EAD no Brasil decorrem ou decorriam da ausência de regulamentação e que essa demora ilustra a dificuldade de se chegar a consensos num processo inovador (BENAKOUCHE, 2002). Evidentemente, a existência de inúmeros interesses - inclusive internacionais - envolvidos no processo é até natural. O que não pode ser natural é a convivência com cursos de má qualidade ou que visem apenas o lucro fácil.

Contudo, a realidade no Brasil, hoje, não é de total desregulamentação. Os fundamentos legais que autorizam a implementação e a aplicação da EaD no Brasil, estão na Lei Federal 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), cujos regulamentos estão disciplinados nos Decretos 2.494, de 10 de fevereiro de 1998, 2.561, de 27 de abril de 1998 e pela Portaria Ministerial 301, de 07 de abril de 1998. Visando especialmente o ensino de graduação nas universidades entrou em vigor em outubro de 2001 a portaria do MEC 2253.

Desta forma e sinteticamente, seriam observadas as modalidades de EaD fundamental, médio e técnico (Decreto n.º 2.494/98), de ensino superior de graduação e educação profissional em nível tecnológico e finalmente (portaria Ministerial 301 de 1998), de pós graduação (Resolução CES CNE 01/2001). Para cada curso que se pretenda oferecer, deve haver o devido credenciamento e autorização para o seu funcionamento.

Outros critérios estão aí definidos, inclusive a exigência de provas presenciais e defesa presencial de trabalho de conclusão de curso. Por outro lado, há quem fale da inexistência de legislação específica que trate da questão do e-learning (BRUNO, 2001). Não parece que tal instrumental tenha outra natureza que se distancie do modelo de EaD e que por isto mereça norma específica. As normas e critérios que estão valendo hoje para o EaD em geral, e que devem ser adaptadas como qualquer regulamentação, valem também neste caso mais específico, e é o que vem ocorrendo com as experiências realizadas.

De maneira geral, é possível afirmar que a atual legislação retira da EaD o caráter apenas supletivo que as legislações anteriores lhe atribuíam, quando esta era baseada nas tecnologias postais, de rádio e televisão. Em casos específicos ainda permanece essa restrição. É o caso do ensino fundamental, no qual o ensino à distância será utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais.

Nota-se também que há várias regulamentações específicas, tendo sido delegadas ao Ministro de Estado da Educação e do Desporto e das autoridades dos sistemas de ensino o poder de regular aspectos fundamentais da EaD. Esta pode ser uma boa maneira de não engessar em demasia uma prática que tem, em sua natureza, um caráter aberto de lidar com o conhecimento, sua transmissão e assimilação. É o que busca realizar o texto da lei, dando um regime especial para a EaD, expresso este na flexibilidade de requisitos para a admissão, horário e duração, sem prejuízo, quando for o caso, dos

objetivos e diretrizes curriculares fixadas nacionalmente (Art.1º, Parágrafo único, Decreto 2.494).

Enfim, a LDB (Lei de Diretrizes e Bases), em seu artigo 80, trata da EaD com seriedade, estabelecendo que o Poder Público deverá incentivar o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada. Fica evidente que se procura valorizar o papel da EaD, principalmente nas situações em que é preciso avançar rapidamente como no ensino de jovens e adultos insuficientemente escolarizados e na capacitação para os professores (Art. 87, § 3º, LDB). Felizmente, a EaD passa a fazer parte do projeto pedagógico da sociedade brasileira.

4. Ead e os Cursos de Graduação

Os cursos de graduação a distância no Brasil não estão à margem do processo e estão regulamentados. Podem oferecer esta modalidade todas as instituições públicas ou privadas legalmente credenciadas para o ensino superior a distância. Isto é feito através de parecer do Conselho Nacional de Educação, homologado pelo Ministro da Educação por meio de Portaria publicada no Diário Oficial, nos termos da Lei 9.394/96 (LDB), do Decreto 2.494/98 e da Portaria MEC Nº 301/98.

Eis a condição básica de toda e qualquer empreitada de EaD: o credenciamento das instituições e autorização e reconhecimento dos programas, recredenciamento e renovação de autorização de cursos.

A LDB (Art. 80) define genericamente que estas fases têm seus procedimentos, critérios e indicadores de qualidade definidos em ato próprio do ministro de Estado, em nome da União. Na realidade, esta situação precisava ser mais bem definida, respeitando-se a autonomia e a descentralização administrativa. Dessa forma, o Decreto 2.561 assim definiu:

· A União credencia, autoriza, controla e avalia programas de EaD do seu sistema de ensino, ou seja, o superior (incluindo o tecnológico);

· Os sistemas estaduais (e quando houver, municipais) credenciam, autorizam, controlam e avaliam programas de EaD nos níveis fundamental, médio (incluindo o técnico) e os das instituições de ensino superior pertencentes a seu sistema.

Contudo, em relação aos cursos de graduação e educação profissional em nível tecnológico, a portaria 301 reafirma a competência da união em definir requisitos como baixar normas gerais (art. 9, inciso VII) e autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar tanto os cursos das Instituições de educação superior como os estabelecimentos do seu sistema de ensino (art. 9, inciso IX). Portanto, os detalhes em relação ao credenciamento das instituições de ensino superior para cursos de EaD estão regulamentados por esta portaria.

Os critérios e informações necessárias para credenciamento e autorização para oferta na modalidade à distância estão aí definidos. Entre eles pode-se citar o histórico de

idoneidade institucional, competência demonstrada pela qualificação, adequação da infraestrutura, infra-estrutura de informação, resultados em avaliações nacionais e experiência anterior. Também são exigidas informações institucionais detalhadas, explicitação do suporte aos professores e tutores no atendimento aos alunos, explicitação da qualificação e experiência profissional, descrição do processo seletivo e de avaliação.

A portaria também descreve todas etapas do andamento do processo de credenciamento, desde o protocolo até a homologação de parecer desfavorável. No geral, o processo de avaliação é o mesmo aplicável aos cursos presenciais, sendo analisado na Secretaria de Educação Superior, por uma Comissão de Especialistas na área do curso em questão e por especialistas em EaD. O Parecer dessa Comissão será encaminhado ao Conselho Nacional de Educação.

A instituição só poderá reapresentar solicitação de credenciamento depois de transcorridos dois anos da data de publicação da homologação do pedido anterior. As instituições que obtiverem o credenciamento serão avaliadas para fins de recredenciamento após cinco anos, podendo ser renovado após avaliação (Portaria 301). São os termos de norma superior (art. 2º, § 4º, Decreto 2.494).

Não é difícil concluir que a regulamentação da EaD tem suas peculiaridades, e neste sentido as normas foram promulgadas. Contudo, há casos que mesmo sendo a norma especial ela utiliza os mesmos caminhos da legislação referente à educação presencial. É o caso, por exemplo, dos certificados e diplomas de conclusão de cursos de graduação obtidos em cursos de EaD, em instituições estrangeiras. Mesmo conveniadas com instituições brasileiras, deverão ser reavaliados para gerarem efeitos legais, de acordo com as normas vigentes para o ensino presencial (art. 6º, Decreto 2.494).

Por fim, caso não haja uma regulamentação específica fica evidente que as normas em vigor regeriam, sem qualquer problema, o espaço aparentemente vazio. Afinal, as diretrizes curriculares nacionais não fazem diferença entre qualquer forma de ensino.

5. Flexibilizando os cursos de graduação

Em outubro de 2001 foi lançada a Portaria MEC 2253 que tratou de flexibilizar o currículo dos cursos de graduação permitindo que até 20% de cada disciplina seja implementada mediante o uso de EAD ou até 20% das disciplinas do curso sejam oferecidas em EAD.

O processo foi relativamente rápido, pois deu entrada na Secretaria de Educação Superior[1] (Sesu) em setembro de 2000. Sua publicação em outubro desencadeou inúmeras discussões sobre o estado da arte da EaD na legislação e nas instituições de ensino superior brasileiras, sem contar o aumento de pedidos de credenciamento. O processo se iniciou, mas dentro de poucos anos esta discussão do presencial e a distância terá muito menos importância. Não existe outra solução senão a integração dos núcleos de EaD com as atuais coordenações dos cursos presenciais. Definitivamente, esta parece ser a legislação que contribui decisivamente para a expansão de ofertas em EAD, abrindo a possibilidade do ensino superior ser parcialmente feito de forma não

presencial de forma integrada e alternada. Vinte por cento é uma etapa inicial interessante para a criação de cultura on-line em professores, alunos e instituições. A partir destas experiências, cada universidade poderá definir melhor quais as estratégias das ações a se tomar no futuro tendo em vista o leque de possibilidades que se abre.

Questões como quais as áreas de conhecimento privilegiar, quais as disciplinas que necessitam de maior presença física e quais não, são opções que não podem ser dadas a priori e de forma generalizada. Estrategicamente, é interessante começar com as disciplinas cujos professores estejam mais familiarizados com as tecnologias e que se dispõem a experimentar (MORAN, 2002).

Haveria também a utilização suplementar da EaD dentro da estrutura de cada curso em caso de dependência em disciplinas, para permitir que o aluno integralize a carga horária total exigida no tempo mínimo previsto para a conclusão do curso. Por isto, as disciplinas escolhidas deveriam ser aquelas em que, habitualmente, o maior índice de reprovações indicaria serem de acentuada dificuldade para a aprendizagem dos alunos.

O importante é começar e experimentar diversas soluções para assim avançar para propostas curriculares mais complexas. Para tanto, devem ser seguidos os requisitos estabelecidos pelo MEC quanto à qualificação acadêmica e experiência profissional das equipes multidisciplinares, corpo docente e especialistas nos diferentes meios de informação a serem utilizados.

Enfim, a discussão da educação, esta sim interminável, não estará entre os cursos presencias e os a distância. A categoria dos cursos semi-presenciais será onipresente. A dicotomia presencial-virtual desaparece com a mediação permanente da tecnologia. Esta se instalará definitivamente na sala-laboratório-estúdio-residência. O futuro pertence aos professores e alunos digitais.

6. Recomendações para um modelo pedagógico baseado na EAD

Evidentemente, antes de qualquer ação é preciso uma profunda reflexão sobre as possibilidades e os impactos da adoção da modalidade de EaD na instituição e nos cursos de graduação. Para tanto, deve-se levar em conta uma série de recomendações. O próprio Ministério da Educação (2002) disponibilizou um documento com alguns indicadores de qualidade no sentido de orientar a elaboração de projetos de cursos de graduação a distância. Nesse sentido, procurou-se sumarizar alguns itens importantes e que devem merecer a atenção das instituições, conforme segue:

· Investir em uma visão estratégica unificada e que contemple amplamente todas as condições necessárias para que a EaD se torne uma atividade significativa e efetiva em todos os âmbitos do ensino, garantindo-se a sua integração com políticas, diretrizes e padrões de qualidade definidos para o ensino superior como um todo.

· Dar à EaD um tratamento diferenciado, podendo ser tratada como uma unidade de negócios autônoma, embora integrada com as outras esferas do ensino.

· Aparelhar esta unidade de negócios para operacionalizar as atividades mercadológicas, financeiras e de fomento interno e externo às atividades de EaD.

· Dar apoio imediato às iniciativas de EAD já em andamento ou planejadas pelas várias unidades.

· Fazer as necessárias alterações normativas internas no sentido de harmonizá-las com o modelo proposto, valendo-se, inclusive, dos princípios da autonomia universitária.

· Levar em conta a implementação do Plano de Desenvolvimento Institucional que prevê o quanto a instituição irá ampliar o número de cursos de graduação, garantindo uma relação proporcional com a equipe de implantação do projeto.

· Levar em conta o momento mais adequado para a oferta.

· Iniciar com projetos piloto, utilizando os cursos de extensão e os cursos seqüenciais a fim de começar pelo que se conhece melhor, pelo que é mais familiar e de fácil execução.

· Estabelecer parcerias e convênios com outras universidades.

· Não discriminar a EaD em relação à educação presencial, tanto no que diz respeito à certificação e seu status, quanto ao rigor dos critérios de seleção e avaliação.

· Organizar com clareza as informações sobre o curso oferecido, montando o desenho do projeto.

· Planejar os custos de implementação e manutenção da graduação a distância.

· Investir em uma infra-estrutura de apoio adequada para a implementação do ensino a distância, adotando e utilizando tecnologia padrão e de alto nível.

· Preocupação permanente com a qualidade dos recursos educacionais especialmente em relação à comunicação e interatividade entre professor e aluno

· Investir em uma equipe profissional multidisciplinar.

· Estimular e apoiar, nas mais diversas formas, os docentes que quiserem se envolver em EAD. Criar curso interdisciplinar específico para a formação de docentes em EAD.

· Verificar quais áreas de conhecimento e quais cursos estariam mais aptos para o uso da modalidade de ensino a distância.

· Observar que há grupos diferentes de disciplinas, de formação fundamental, profissional ou de reforço.

· Definir claramente a dimensão das turmas.

· Garantir avaliação de qualidade, contínua e abrangente.

Em face deste aspectos e competências a serem trabalhadas para a inserção de um modelo pedagógico baseado em EaD, é notório que a aceitação e uso desses recursos depende da capacidade dos sujeitos envolvidos adotarem uma visão transversal e integrada de saberes e de disciplinas cultivando, dessa forma, uma reciprocidade de quadros conceituais. Nesse sentido, a inclusão da EaD na formação universitária em cursos de graduação e pós-graduação implica a necessidade de uma mudança cultural e de repensar o significado do ensino aprendizagem.

Considerações finais

Este breve apanhado da experiência brasileira na sua inserção na Sociedade da Informação mostra que as novas tecnologias, apesar de todas as críticas que lhes possam ser feitas, revolucionaram ou estão em condições de revolucionar a educação. Porém, não há milagres. É fundamental a existência de um meio ambiente institucional interessado na aplicação das mesmas, em todos os seus âmbitos. Deve haver forte investimento tanto em recursos tecnológicos, como na produção de material didático próprio e na formação de professores.

Assim, o que se espera com esse trabalho é formar um pequeno aporte ao que nós próximos anos virá a compor uma mudança estrutural na seara educacional com a chegada massiva das novas tecnologias, com destaque para os equipamentos informáticos. Tais medidas, se devidamente conduzidas, constituirão efetivos *locus* de construção da cidadania, rompendo com tradicionais barreiras que separam o centro das periferias do Brasil. Contudo, depende da implementação de políticas públicas democráticas e fiscalização da comunidade, para que o Estado/governos, oportunize uma educação digital de qualidade, criando condições de direito ao acesso e cidadania, eliminando progressivamente o que Manuel Castells chama de: exclusão digital.

Não é absurdo afirmar que o Brasil vive um momento em que a sociedade tem consciência da importância da luta por um projeto educacional consistente. Sem ele, não há futuro possível. Neste, a educação mediada tecnologicamente e, em especial, o ensino a distância, virá como uma conseqüência natural de sistemas educacionais mais abertos, flexíveis e ágeis.

Nessa perspectiva, surge o interesse em estudar as iniciativas que estão sendo tomadas pelo governo (e-gov) a partir de uma vertente específica, a educação a distância. Nesse sentido, como a informática e a internet são etapas dessa sociedade da informação, buscou-se analisar que nova educação é necessária para o uso da internet.

A partir disso, constatou-se que, de forma geral, há um avanço considerável nas iniciativas do governo no estágio 1 (presença inicial na Internet), verificado através de iniciativas legislativas prevendo a regularização do ensino a distância. É notório que esse avanço vai se reduzindo em relação aos estágios seguintes, o que se faz necessário atentar para a necessidade de continuar os investimentos rumo aos demais estágios de e-gov. O maior de todos os desafios é a existência de um meio ambiente institucional interessado na aplicação das mesmas, em todos os seus âmbitos. Deve haver forte investimento, tanto em recursos tecnológicos quanto na produção de material didático próprio e na formação de professores. Em conseqüência, haverá uma efetiva

democratização do acesso ao conhecimento, condição fundamental para a construção de uma verdadeira cidadania.

Este deve ser um esforço coletivo do qual devem participar todas as escolas, Universidades e iniciativa privada em geral. Em particular as universidades, é importante que os núcleos de EaD já existentes saiam do seu isolamento e se aproximem dos departamentos e grupos de professores interessados em flexibilizar suas aulas, que facilitem o trânsito entre o presencial e o virtual.

A EaD integrada na universidade não é algo que acontece da noite para o dia. As possibilidades estão aí e não há alternativa senão pô-las em prática, com seriedade e comprometimento ético.

Referências

AFONSO, José Roberto Rodrigues; FERNANDES, Andréa Gomes. E-Governo no Brasil**:** experiências e perspectivas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 15, p. 21-64, jun. 2001. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1502.pdf . Acesso em: jun. 2009.

BENAKOUCHE, Tâmara. Educação à Distância (EAD): Uma Solução ou um Problema? **Nº 5/2000 SOCIUS** - Centro de Investigação em Sociologia Económica e das Organizações. Instituto Superior de Economia e Gestão. Universidade Técnica de Lisboa.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a emenda Constitucional nº 56, de 20 de dezembro de 2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Ministério da Educação (2002) Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

BRUNO, Gilberto Marques. **Considerações sobre a questão do ensino à distância no Brasil e a necessidade de uma legislação voltada ao e-learning diante do crescimento do w.w.w.** Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/3849/3420.

Acesso em: 11 set. 2009.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra. v.1, 1999.

GRÖLUND, Ake; HORAN, Thomas. **Introducing e-gov:** history, definitions, and issues. Communication of the Association for Information Systems. v. 15, 2004, p. 713 – 729.

GRÖNLUND, Ake. **Electronic Government** – Design, Applications, and Management. Hershey, PA: Idea Group, 2002.

HOESCHL, Hugo Cesar. **Curso de Governo Eletrônico**. Disponível em: <http://www.ijuris.org/editora/publicacoes.htm#janela>. Acesso em: 23 maio 2009.

MORAN, José Manuel. **Pedagogia integradora do presencial-virtual**. Disponível em: http://rxmartins.pro.br/teceduc/pedagogia-integradora.htm. Acesso em: 11 set. 2009.

RILEY, Thomas B. **E-Governance vs**. E-Government. Information for Development. Disponível em: <http://www.i4donline.net/issue/nov03/egovernance.htm>. Acesso em 24 maio 2009.

RODRIGUES, Gabriel Mário. **Os desafios da Educação a Distância**. Disponível em:<http:// Buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em: 12 ago 2009.

ROVER, Aires José. **Informática no direito:** inteligência artificial, introdução aos sistemas especialistas legais. Curitiba: Juruá, 2001.

SANCHEZ, Oscar Adolfo. **O Governo Eletrônico no Estado de São Paulo**. Série Didática nº 6 – julho 2003. Disponível em: <http://www.cedec.org.br/files_pdf/DIDATI7-GOV%20ELETR.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2009.

SANTOS, Roberval J. L**. Governo Eletrônico:** o que se deve fazer e o que não se deve fazer. XVI Concurso de Ensayos e Monografias del CLAD sobre a Reforma del Estado y Modernización de la Administración Publica. Caracas: 2003.

TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil:** livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. 203p.

VARGAS, Milton. **Para uma Filosofia da Tecnologia**. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

---

[1] A Secretaria de Educação Superior (Sesu) é a unidade do Ministério da Educação responsável por planejar, orientar, coordenar e supervisionar o processo de formulação e implementação da Política Nacional de Educação Superior. Informação disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=287&Itemid=354. Acesso em: 11 ago. 2009.

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA E DA PROMOÇÃO DE CIDADANIA A PARTIR DA MEDIAÇÃO EM COMUNIDADES CARENTES. O PAPEL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL*

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL ACCESO A LA JUSTICIA Y DE LA PROMOCIÓN DE CIUDADANIA POR LA MEDIACIÓN EN COMUNIDADES CARENTES. EL PAPEL DE LA ORDEN DE LOS ABOGADOS DEL BRASIL

Maria Celia Nogueira Pinto e Borgo

RESUMO

Analisa a atuação do Estado como pacificador social mediante a imposição de decisões aos conflitos levados ao Poder Judiciário e a dificuldade de, através da estrutura atual, de cumprir esse papel. Afasta o mito do monopólio da jurisdição, fruto da noção de Estado paternalista, e destaca a ascensão de meios extrajudiciais de pacificação social. Enfoca a mediação como prática comunicacional e restaurativa que leva à solução do conflito pelos próprios mediandos, através do auxílio do mediador, e apresenta a mediação comunitária como alternativa concreta de viabilização do acesso à justiça por aqueles que se encontram à margem da sociedade e do Direito, além da promoção da emancipação e exercício de cidadania pelo indivíduo. Sugere e aponta a possibilidade de atuação da Ordem dos Advogados do Brasil na implementação de programas de mediação comunitária voltado a tais fins.

PALAVRAS-CHAVES: JURISDIÇÃO; PACIFICAÇÃO SOCIAL; ESTADO; MEDIAÇÃO; ACESSO À JUSTIÇA; MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA

RESUMEN

Analiza la atuación del Estado como pacificador social mediante la imposición de decisiones a los conflictos llevados al Poder Judiciário y la dificultad de, por medio de la estructura atual, de cumplir esse papel. Aleja el mito del monopólio de la jurisdición, fruto de la noción del Estado paternalista, y destaca la ascensión de medios extrajudiciales de pacificación social. Enfoca la mediación como práctica comunicacional y restaurativa que lleva a la solución del conflicto por las proprias personas envolvidas, por medio del auxilio de um mediador, y presenta la mediación comunitária como alternativa concreta de vazbilización del acceso a la justicia por aquellos que están alejados de la sociedad y del Derecho, además de promover la emancipación y ejercicio de ciudadania por el individuo. Sugere y apunta la posiblidad de atuación de la Orden de los Abogados del Brasil en la implementación de programas de mediación comunitária volvidos a tales finalidades.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

PALAVRAS-CLAVE: JURISDICIÓN; PACIFICACIÓN SOCIAL; ESTADO; MEDIACIÓN; ACCESO A LA JUSTICIA; MEDIACIÓN COMUNITARIA

INTRODUÇÃO

Um dos temas de maior repercussão atualmente no meio jurídico – seja nos Tribunais, seja nas manifestações legislativas e doutrinárias – diz respeito à garantia constitucional do acesso à Justiça, prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, implementada, agora, também pelo inciso LXXVIII da mesma norma, que prevê a razoável duração do processo como direito fundamental.

Por outro cariz, sabe-se que a estrutura contemporânea do Poder Judiciário não permite o acesso à Justiça, ou, se o faz, não o faz adequadamente. Isso porque – conforme se verá no decorrer deste trabalho - não se pode confundir acesso à justiça com acesso ao Poder Judiciário, este, sim, mais facilmente exercido, em vista da garantia do direito de ação, e dos benefícios para tanto, como a assistência judiciária gratuita.

O acesso à justiça passa, mas não necessariamente, pelo acesso ao Poder Judiciário. Na realidade, o acesso à Justiça deve ser entendido de forma mais ampla, não apenas como a possibilidade de levar uma pretensão a Juízo, mas, principalmente, de vê-la resolvida do modo mais adequado possível.

Por fim, é inarredável que a valorização dos meios alternativos de solução dos litígios ganha força nesse cenário, eis que, sua utilização na resolução de conflitos de interesses à margem do próprio Estado, através da atividade da própria sociedade civil é, sem dúvida, mais benéfica para todos.

É exatamente isso que se busca demonstrar com o presente trabalho, sempre analisando a viabilidade de se levar a aplicação da mediação às comunidades carentes – bairros e associações locais – a fim de que possam solucionar seus conflitos de modo mais ágil e menos custoso, o que, por via reflexa, poderá trazer resultados positivos inclusive para o Poder Judiciário, a partir da diminuição de processos em trâmite.

1. O PAPEL PACIFICADOR DO ESTADO E A DIFICULDADE DO PODER JUDICIÁRIO EM PROMOVER A *SOLUÇÃO* DE CONFLITOS

Dentre as funções estatais está abrangida a jurisdição, caracterizada como a capacidade de decidir conflitos (que podem envolver o próprio Estado), a partir da imposição de sua vontade[1], manifestada através de uma sentença. O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce.

Embora se trate de escopo da jurisdição, a pacificação nem sempre é alcançada através da atuação jurisdicional do Estado, conforme se demonstrará nos tópicos adiante. O fato

é que desde o impedimento ao particular de promover justiça por meios próprios - afastando a possibilidade de autotutela praticada até então - o Estado tomou para si a função de terminar conflitos de interesses, impondo sobre as vontades antagônicas dos litigantes a vontade suprema da coletividade.

Assim, o Estado se tornou responsável por administrar e distribuir a justiça através do Poder Judiciário, em caráter *definitivo*, posto que os litigantes não poderão mais discutir sobre questão já decidida, e *substitutivo*, à medida que renunciam qualquer forma pessoal de solução de conflito e se submetem à decisão do Estado.

A partir desse conceito simples de jurisdição, e das características e finalidades perfunctoriamente apresentadas interessa refletir a respeito da condição do Estado (através do Poder Judiciário) de atender todos os jurisdicionados que batem às suas portas. E mais, é necessário que o Estado realize seu escopo social, promovendo a autonomia do indivíduo, proporcionando-o a dignidade necessária ao adequado exercício da cidadania. Nesse sentido diz Cândido Rangel Dinamarco:

Por isso é que, hoje, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. (...).

Agora, a visão social e política do fenômeno processual, amparada nessa tendência já definida pode sugerir válida abertura do leque dos objetivos, para que se chegue à visão integrada problemática posta e se possa, afinal, dar-lhe a necessária sistematização. E esta, como é intuitivo, para ser completa há de incluir o exame dos múltiplos escopos da jurisdição, seja no significado de cada um, seja na distribuição de todos entre os diversos planos propostos (social, político e jurídico), seja ainda de maneira como a consideração de cada uma das metas prefixadas pode repercutir em outros campos (...) e sobretudo na técnica processual. (DINAMARCO, 2003, p. 186-188).

A visão do Estado onipotente e paternalista deve ser substituída pela concepção de Estado emancipador do indivíduo, sem o qual o Estado Democrático de Direito não se efetiva, e se torna mera diretiva teórica. A respeito disso, Sérgio Alves Gomes ensina:

Pressupõe-se que toda pessoa tende à sua máxima realização enquanto ser que já é alguém, mas que sempre pode ir ‘mais além’, na evolução de seu próprio ser – nunca acabado, sempre finito, imperfeito e carente de novos desenvolvimentos – desde eu tenha *possibilidades* de exercer racional e equilibradamente os espaços de liberdade que só o regime democrático pode garantir. (GOMES, 2008, p. 369).

Não se trata, em hipótese alguma, de excluir o Poder Judiciário como promotor de direitos e garantidor da ordem e das instituições públicas. Trata-se de canalizar os esforços do Estado para, através de outros meios, permitir a solução dos mais variados conflitos à iniciativa privada, mantendo-se a facultatividade do acesso à jurisdição estatal.

Apesar das críticas – e até descrédito – por parte da comunidade jurídica, esses os modelos alternativos de pacificação social em nada afrontam a Constituição, tampouco enfraquecem ou desprestigiam o Judiciário. Ao contrário, vêm para minimizar a crise

jurisdicional e permitir ao Estado atue de modo mais apropriado, com *ultima ratio* às situações cuja solução não foi possível aos particulares[2].

Nessa esteira, ganham notoriedade os meios alternativos (ou não judiciais[3]) de pacificação social, em demonstração nítida de que o Poder Judiciário não tem condições de, sozinho, "pacificar com justiça" e promover a dignidade da pessoa humana. Isso porque sequer o cenário das lides judiciais são favoráveis, haja vista que o "mundo" jurídico ainda é muito distante da vida real de milhares de brasileiros, especialmente aqueles que vivem em comunidades carentes. Apesar das muitas tentativas e progressos alcançados ao conciliar o Direito com necessidades sociais[4], é inegável que a estrutura atual do Poder Judiciário não suporta a imensa quantidade de litígios levados à sua apreciação, razão pela qual não se trabalha os fatores que levam ao conflito, mas tão somente a questão jurídica. A respeito disso, Carlos Eduardo de Vasconcelos, lastreado na lição de Célia Zaparolli, ensina que;

Com efeito, (...), a cultura da justiça estritamente adversarial e formal alimenta conflitos e, muitas vezes, mais violência entre as partes como na sociedade e nos próprios profissionais, perpetuando-se pelas gerações. A justiça de 'quantos processos ganhei e não quantos conflitos auxiliei a administrar' advém e reforça a noção equivocada de que, para que haja um vencedor, necessariamente deve haver um perdedor. (VASCONCELOS, 2008, p. 46).

Essas e outras dificuldades têm conduzido os processualistas modernos a procurar novos meios alternativos para a solução de conflitos, representados arbitragem, negociação, conciliação e mediação, esta última objeto do trabalho.

2. SOBRE A MEDIAÇÃO

2.1. Generalidades

De acordo com Carlos Eduardo de Vasconcelos:

Mediação é um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito -, expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo.

(...).

A mediação é tida como um método em virtude de estar baseada num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da comunicação, da psicologia, da sociologia, da antropologia, do direito e da teoria dos sistemas. E é, também, uma arte, em face das habilidades e sensibilidades próprias do mediador.

(...).

Há modelos focados no acordo e modelos focados na relação. Os modelos focados no acordo (mediação satisfativa e conciliação) priorizam o problema concreto e buscam o acordo. Os modelos focados na relação (circular-narrativo e transformativo) priorizam a transformação do padrão relacional, por meio da comunicação, da apropriação e do reconhecimento. (VASCONCELOS, 2008, p. 36).

De acordo com Ângela Har Buonomo Mendonça (2006, p. 31-32) constata que a solução de conflitos através da mediação algumas vezes ocorre de forma empírica, mas tem se desenvolvido de forma sistemática, especializada e profissional à medida que se mostra a sua eficácia como meio de pacificação social e de promoção de cidadania.

Em relação às suas características, Luiz Alberto Warat (2000, p. 09 e seguintes) ensina que a mediação tem como características peculiares o *sigilo*, pois apenas as partes envolvidas e o mediador têm acesso aos dados referentes à controvérsia e à solução dada pelo processo de mediação.

Outra peculiaridade é a *informalidade de tramitação*, visto que a formulação dos pedidos não requer o formalismo previstos para o processo judicial. Assim, quaisquer discussões e requerimentos são feitos de forma verbal, o que as aproxima, facilitando, assim, o desfecho positivo da controvérsia.

Além disso, também é bastante atrativo o *baixo custo* do procedimento de mediação resultante do fato de que com ela, o único gasto se refere ao mediador, o qual deverá ser pago por ambas as partes. Diferente do processo judicial não há despesas processuais, nem custas e nem mesmo honorários advocatícios a serem pagos, sendo até mesmo facultativa a participação de advogados.

Por fim, outra característica da mediação é a *celeridade*, resultante da própria informalidade do procedimento. Saliente-se, ainda, que a maior celeridade será obtida nas hipótese de menor conflituosidade emocional entre as partes envolvidas. Também haverá maior grau de restabelecimento das relações sociais (ou das relações em conflito) quanto menor for a conflituosidade das partes mediandas. Portanto, diferentemente da arbitragem, são elas - e não um terceiro, no caso, o árbitro - que encontrarão a solução para o caso concreto, obedecendo sempre os parâmetros do Direito. Nesse sentido:

Na mediação os mediandos não atuam como adversários, mas como co-responsáveis pela solução da disputa, contando com a colaboração do mediador. Daí porque se dizer que a facilitação, a mediação e a conciliação são procedimentos não adversariais de solução de disputas, diferentemente dos processos adversariais, que são aquelas em que um terceiro decide quem está certo, a exemplo dos processos administrativos, judiciais ou arbitrais. (VASCONSCELOS, 2008, p. 36).

Em razão disso, o papel do mediador é conduzir os envolvidos na busca da compreensão de todos os aspectos relevantes do problema, a fim de que "...eles pratiquem uma comunicação construtiva e identifiquem seus interesses e necessidades comuns" (VASCONCELOS, 2008, p. 36), e a partir disso criem uma solução onde todos ficarão satisfeitos. Trata-se de procedimento não adversarial. E seu objetivo principal não é a busca do direito a ser aplicado ao conflito, senão o apaziguamento das

partes envolvidas na controvérsia, a partir de uma solução adequada a ambos e que permita – tanto quanto possível - a continuidade das relações envolvidas.

2.2. Considerações sobre a mediação como método viabilizador do acesso à Justiça e emancipação do indivíduo

Considerando-se a função pacificadora do Estado, e o seu dever de promover a dignidade da pessoa humana como condição indispensável ao exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito, tem-se que o acesso à Justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo judicial, ou possibilidade de ingressar em juízo. Para que haja o efetivo acesso à Justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se de forma adequada, sendo também refutáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade e efetivação do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais.

Sobre o assunto, é célebre a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth ao afirmarem que:

Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 11-13).

O direito fundamental ao acesso à justiça reclama a pluralidade de meios para que ele se dê de modo efetivo. Atualmente não basta a jurisdição estatal, mas é preciso implementar outros meios capazes de proporcionar a emancipação e dignificação do cidadão juntamente com a pacificação social. Por isso Carlos Eduardo de Vasconcelos (2008, p. 47) afirma que “faz-se necessária, pois, a introdução dos princípios e práticas da justiça restaurativa no nosso sistema de Justiça”.

Analisando as características da mediação expostas no tópico anterior, percebe-se que a mediação proporciona economia de tempo e dinheiro, já que, via de regra, os conflitos são solucionados mais rapidamente (em relação à média de tramitação do processo judicial), e de forma que não haja adversários, repita-se. A autonomia dos mediandos em relação às decisões tomadas com o auxílio do mediador visam o restabelecimento social e em última análise levam ao equilíbrio das relações entre as partes, estando estas em perfeita igualdade de tratamento viabilizando a pacificação das relações entre elas.

Entretanto, o principal que se pretende destacar nesta oportunidade é o fato de que a mediação procura levar em conta todos os elementos envolvidos no conflito, estudar a fundo os casos e os indivíduos deles participantes e antes de apresentar opções de solução dos conflitos viabiliza a pacificação com a efetiva participação das partes, que irão efetivamente resolver o problema através do exercício de sua autonomia. E nesse aspecto, interessante ressaltar que os acordos firmados pelos mediados são, na grande maioria dos casos, cumpridos, exatamente pela participação na solução do problema. Sobre isso, explica Luiz Alberto Warat:

As práticas sociais de mediação se configuram num instrumento ao exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se auto determinarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia como uma forma de produzir diferenças e tomar decisões com relação a conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania. (WARAT, 2000, p. 09).

Mas o principal de tudo isso é que ao fazê-lo a mediação comunitária proporciona mais do que a mera resolução do conflito, mas transforma quem antes era adversário em colaboradores; estimula e vitaliza a comunicação entre os indivíduos em conflito de modo a proporcionar aquilo que a jurisdição pública não tem condições de oferecer por suas próprias características: a rapidez e a satisfação entre as partes que dessa forma restabelecerão suas relações. Segundo Carlos Eduardo de Vasconcelos (2008, p. 46), “o restabelecimento das relações entre as partes concorre para a continuidade dos vínculos pessoais, familiares ou de negócios...”, fazendo com que o acordo tenha maior possibilidade de cumprimento espontâneo.

No mesmo sentido, Ângela Hara Buonomo Mendonça defende o uso da mediação como forma de “empoderamento” de grupos socialmente excluídos, exatamente pela mesma razão emancipadora do indivíduo, ora destacada:

Uma possibilidade que nos parece merecedora de especial atenção é o uso da *mediação* como ferramenta de estímulo à solidariedade intergrupos, utilizada como mecanismo facilitador do estabelecimento de cooperação entre partes, e como recurso que promove a capacitação individual, facilitador do “empoderamento” de grupos menos favorecidos. (...). No mesmo sentido destaca a dimensão de valorização do cidadão referindo-se ao “envolvimento dos indivíduos em atividades coletivas” que geram benefícios em um espectro mais amplo, e estimula o debate acerca da validade ou não do paradigma de capital social no processo de fortalecimento da democracia contemporânea. Pondera a respeito que, “...quando há, de fato, um processo interativo para decidir sobre assuntos comunitários, o lado *perdedor* não questiona a legitimidade do resultado, pois a decisão passou por uma discussão pública, inclusiva e regular do ponto de vista de procedimentos” (2003:89). (MENDONÇA, 2006, p. 32).

Logo, ao contrário do que pode acontecer no exercício da jurisdição, não há mera decisão de conflito, mas via de regra a verdadeira solução do conflito, que nem sempre é garantida pela imposição de uma sentença judicial. Assim, percebe-se que a mediação surge como meio eficaz de promoção da autonomia do indivíduo induzindo-o ao pleno exercício da cidadania e a concretização da democracia.

3. A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO EXPRESSÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA E DO EXERCÍCIO DE CIDADANIA. PROPOSTA DE ATUAÇÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

Como se expôs até agora, o acesso à Justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias, em todos as esferas do Estado: União, Estados e Municípios, em conjunto com os órgãos atuantes na sociedade. Neste sentido, a Constituição Federal é permeada por normas que trazem, em si, a idéia de garantia do acesso à Justiça, em especial às pessoas que se encontram em situação econômico-social especial.

De acordo com o art. 3º, da Constituição, *"constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária"*, e *"III – erradicar a pobreza e a marginalização (...)"*. No mesmo sentido, o art. 4º, VII, traz como princípio da República a *"solução pacífica dos conflitos"*. Mais adiante, o art. 5º, XXXV indica que *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*. E o inciso LXXVIII, recentemente introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, é explícito em que *"a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação"*.

Diante de todos esses exemplos, e da interpretação teleológica que exsurge da própria Constituição e dos valores que ela encerra, não é outra a conclusão senão a de que o Estado – repita-se, em todas as suas esferas – é responsável pela distribuição da Justiça, não apenas entendida como monopólio da jurisdição (até porque se trata de idéia já mitigada, conforme se disse oportunamente), mas, sim como viabilizador da pacificação social de modo mais abrangente possível.

A partir dessa premissa surge a necessidade de se implementar a prática da mediação como meio paraestatal de solução de conflitos, levando-os às camadas mais carentes. Em última análise, trata-se de projeto de *caráter dúplice*, pois permite o acesso de pessoas carentes ou à margem do Poder Judiciário, a possibilidade de solucionar seus problemas em pouco tempo e com baixo custo e, por outro lado, desobstruiria sensivelmente a pletora de processos do Poder Judiciário.

A implementação da mediação comunitária pode ser alternativa concreta de acesso à justiça na medida em que oportuniza àquelas pessoas que se acham à margem do Direito (e dos fóruns, dos advogados, da realidade das lides judiciais) solucionarem seus problemas, decidindo-os da maneira mais adequada à sua própria realidade, além de possibilitar a manutenção (ou menor degradação) das relações envolvidas. Para chegar a uma decisão adequada – juntamente com a orientação do mediador – as partes são

levadas a refletir, a comunicar-se, a considerar várias perspectivas do conflito e também das possíveis soluções. Eis o principal fator de emancipação do cidadão, pois não depende mais exclusivamente do Estado onipotente e paternalista para dirigir sua própria vida.

Além desse importante fator emancipatório e de cidadania, a mediação comunitária permite, paulatinamente, a prevenção de conflitos, justamente pela prática da comunicação construtiva.

Desse modo, a mediação comunitária pode ser meio eficaz de promoção da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, III da Constituição.

De acordo com o que se expôs anteriormente, a mediação comunitária se enquadra no modelo de mediação focada na relação, e não no conflito, pois tem "...melhores resultados nos conflitos entre pessoas que mantêm relações permanentes ou continuadas", como se dá em comunidades ou bairros. (VASCONCELOS, 2008, p. 36-37). Segundo Ângela Hara Buonomo Mendonça:

Como mecanismo de qualificação participativa nos diversos assuntos de interesse de um grupo, a mediação assume uma feição multidisciplinar, podendo promover o diálogo entre áreas da ciência como a antropologia, a sociologia, a psicologia e o direito. Sob essa "roupagem" o termo se amplia em sua abrangência de aplicação, e permite visualizar sua utilização em comunidades menos favorecidas, objetivando um trabalho com enfoque na democratização de informações sobre direitos, deveres e cidadania, e a promoção de uma comunicação eficaz no inter-relacionamento do grupo. A consciência sobre direitos e deveres e a construção de habilidades em comunicação traz em seu bojo um processo implícito de transformação social do grupo. Como conseqüência natural, o grupo tende a adotar um novo comportamento frente aos problemas comuns e aos conflitos interpessoais, e a transformação pode funcionar como facilitadora da adoção de uma nova abordagem para a solução de problemas e conflitos relacionados com os moradores da comunidade, através das próprias partes envolvidas, da atuação de agentes locais e da atuação de mediadores de conflitos interpessoais. (MENDONÇA, 2006, p. 33).

Assim, através da mediação comunitária pode-se solucionar conflitos comunitários coletivos, além de outros que envolvam os moradores de determinada comunidade carente, que reclamem por solução pacífica.

Neste ponto é que se pensa no papel da Ordem dos Advogados do Brasil como fomentador de programas de mediação comunitária. A estrutura e suporte para a implementação desses programas pode ser oferecida por aquele órgão[5], na condição de serviço público, nos termos do art. 44, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia):

A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da Justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas

Além disso, destaca Carlos Eduardo Vasconcelos (2008, p. 46) que dentre os deveres dos advogados está o de "estimular à conciliação entre litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios", conforme estabelece o art. 2º, VI, parágrafo único do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Portanto, os próprios advogados inscritos nas seccionais contribuiriam com a prática da mediação comunitária, atuando como mediadores, além de fiscalização e orientação das partes no procedimento de mediação.

Ressalte-se que, pela desnecessidade de conhecimentos técnicos, os próprios advogados poderiam atuar na condição de mediador, desde que devidamente treinados para tanto. Assim:

Na mediação o profissional da advocacia pode atuar como mediador ou como assessor jurídico, neste caso tendo o cuidado de contribuir, com dados técnicos-jurídicos, para o avanço de uma negociação de ganhos mútuos, mantendo-se em atitude não adversarial. Por conhecer as normas de ordem pública, esclarecerá os limites jurídicos a serem considerados. Com isto, poderá concorrer para um acordo baseado em fundamentos jurídicos válidos, evitando possíveis nulidades. (VASCONCELOS, 2008, p. 46).

Do mesmo modo como existem comissões sobre os mais variados temas relacionados à atuação dos advogados (Comissão de Direitos Humanos, Terceiro Setor, Ensino Jurídico, dentre outras) seria adequada a criação de comissões específicas de advogados para implementar esse projeto. Além disso, pelo caráter multidisciplinar da mediação, outros órgãos de classes ligados a diversas áreas do conhecimento e até mesmo as universidades teriam condições de disponibilizar seus profissionais e/ou alunos, que também possam atuar no procedimento de mediação.

Caberia às comunidades, por sua vez, organizar, através de seus representantes a existência e disponibilização de espaço físico para que as pessoas em conflito possam levar sua intenção de vê-lo solucionado através da mediação. Nesse local, os próprios representantes do bairro poderiam (e seria razoável), de início, realizar uma espécie de triagem a fim de verificar a real necessidade da mediação e, somente após isso, as partes envolvidas no conflito seriam encaminhadas ao mediador para início dos trabalhos.

Não restam dúvidas de que se trata de um longo trabalho e cujos obstáculos (financeiros, sociais e especialmente culturais) precisam ser transpostos. Também os resultados podem chegar gradativamente, à medida em que a prática da mediação se tornar mais comum. Mesmo assim, os benefícios ao indivíduo (imediatamente) e ao Estado Democrático de Direito (mediatamente) serão duradouros.

CONCLUSÃO

Após séculos de hegemonia estatal na *decisão* de conflitos, os meios extrajudiciais (ou alternativos) de solução de controvérsias têm ganho destaque na sociedade contemporânea como forma de auxiliar o Estado na sua função de pacificação social. A estrutura atual do Poder Judiciário não é capaz de proporcionar aos jurisdicionados a efetiva prestação da tutela jurisdicional tal qual exigida pela Constituição Federal e pela

processualística contemporânea. A conseqüência imediata disso são os fóruns abarrotados, decisões demoradas, caras, e nem sempre efetivas ou adequadas à situação extraprocessual. Por outro lado, é inegável que grande parcela da sociedade brasileira (em especial os moradores de comunidades carentes) vivem à margem do Poder Judiciário, e até mesmo do Direito.

É preciso substituir a noção de Estado paternalista, que leva à segregação social de tais pessoas, pela consciência de que o indivíduo tem condições de exercer a cidadania que lhe garante a Constituição. Mas para isso é preciso emancipá-lo, torná-lo cidadão de fato e de direito.

Nesse cenário, merece destaque a prática da mediação, como forma não adversarial de solução de conflitos, em que se priorizam os ganhos mútuos. Em outras palavras, através da mediação não há vencedores e perdedores, mas tão somente vencedores. Essa importante característica permite o restabelecimento ou a menor degradação possível das relações envolvidas (sejam familiares, comunitárias, comerciais) e, em certa medida, também funcionam como meio de prevenção de novos conflitos na medida em que habilitam as partes envolvidas ao desenvolvimento da comunicação construtiva.

O enfoque buscado nesta oportunidade foi o da mediação comunitária, relativa às questões coletivas (ou outras que exijam solução pacífica) dentro de comunidades carentes.

Acredita-se, assim, que a médio e longo espaços de tempo é possível implementar a prática da mediação comunitária através da Ordem dos Advogados do Brasil, especificamente para atender pessoas de bairros e comunidades carentes que optem por solucionar seus conflitos de modo rápido, adequado e menos oneroso (ou nada oneroso). Tem-se, então, medida concreta de acesso à justiça.

Por outro lado, o principal que se pode destacar da mediação comunitária é o seu fator emancipador do indivíduo, tornando-o efetivamente cidadão capaz de se inserir na sociedade, conforme se disse nos parágrafos anteiriores. Através da comunicação construtiva, da autonomia privada para a tomada de decisões - pautadas sempre por normas jurídicas de ordem pública – o indivíduo tem a oportunidade e as condições necessárias para passar de cidadão excluído para cidadão efetivo no Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**, vol 2: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pallegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 13.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermnêutica constitucional:** um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. I*n*: **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. **Mediação comunitária.** Uma ferramenta de acesso à Justiça?. 2006. Trabalho de conclusão de curso (Mestrado Profissionalizante em Bens Culturais e Projetos Sociais do Programa de Pós Graduação em História Política e Bens Culturais). Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** Modelos, processos, ética e aplicações. São Paulo: Editora Método, 2008.

WARAT, Luiz Alberto. Mediación, el derecho fuera de las normas: para uma teoria no normativa del conflicto. *In* Revista **Scientia iuris**, n. 4. Londrina, 2000.

---

[1] Entenda-se como vontade a direção extraída do ordenamento jurídico, a partir das várias fontes do Direito (Lei, jurisprudência, contratos, doutrina, etc.).

[2] Se não mais prevalece o mito da hegemonia jurisdicional do Estado, permanece, entretanto, o seu monopólio em relação ao uso da força. Do contrário haveria completa desordem social e ameaça às instituições jurídicas. Por tal razão o laudo arbitral e o acordo fruto de procedimento de mediação, por exemplo, são cumpridos judicialmente.

[3] Não significam, contudo, que não sejam jurisdicionais, a exemplo da arbitragem, cuja jurisdicionalidade é praticamente pacífica atualmente. Em posicionamento contrário vide Luiz Guilherme Marinoni, para quem "...resulta a constatação de que a atividade arbitral não pode, *ao menos segundo as teorias de jurisdição que se costuma adotar atualmente,* ser tida como jurisdicional. (...). Às críticas que se podem formular a essa conclusão, pode-se responder com simples argumento prático: de que serve uma medida urgente concedida por um árbitro, se – *ao menos na forma da legislação atual* – deve ela ser concretizada dentro do Poder Judiciário? Note-se, nesse passo, que o Poder Judiciário, para realizar essa decisão provisória arbitral, utilizaria do processo de execução, *indiscutivelmente inadequado para atender à urgência de qualquer situação.* (...). De tudo isso, em que pese a louvável discussão a respeito do tema, não parece causar seu enfrentamento maior dificuldade. Nem parecem ser tão traumáticas as conclusões resultantes da opção pelo caráter não jurisdicional da arbitragem". (MARINONI, 2008, p. 778-780).

[4] Através de reformas legislativas, bem como implantação de Defensorias Públicas, assistência judiciária gratuita, projetos sociais a exemplo de mutirões judiciais, de conciliação, dentre outros.

[5] A manutenção financeira, em princípio, caberia, além da OAB, à ação conjunta da União, Estados e Municípios, em atenção à regra do art. 23, I, da Constituição, pelo qual é competência comum daqueles entes *"zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas..."*. Essa ação conjunta não se limitaria às questões estruturais do projeto, mas principalmente, financeira, já que parte – ou a totalidade, dependendo da estrutura disponível de cada Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil – dos recursos para implantação e manutenção de programas de mediação para os bairros viria da União (primordialmente), dos Estados e Municípios, secundariamente. Esclareça-se que este é atrativo imediato da aplicação da mediação nos bairros e comunidades carentes: *a gratuidade dos serviços*.

A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO CONDIÇÃO PARA A PARTICIPAÇÃO EFETIVA DAS MINORIAS NO PROCESSO DEMOCRÁTICO *

LA RÉALISATION DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ COMME UNE CONDITION POUR LA PARTICIPATION EFFECTIVE DES MINORITÉS DANS LE PROCESSUS DÉMOCRATIQUE

Mhardoqueu G. Lima França

RESUMO

A desigualdade sempre foi uma constante no seio social, seja oriunda de fatores econômicos, sociais ou culturais, tais circunstâncias permitem a formação de minorias em direitos, pois não tendo os seus direitos sociais efetivados são impedidas de participarem de modo substancial do processo democrático. Tomando como pilar argumentativo, a democracia radical idealizada por Habermas, na qual o indivíduo é concebido como co-autor das ações estatais e não mais mero destinatário, vez que a democracia passa a ser participativa, torna-se imperioso garantir estas minorias em direitos, por meio de ações afirmativas, o direito à igualdade de oportunidades, no intuito de que as minorias participem de modo ativo da formação da vontade democrática, tendo assim, condições de demonstrarem as suas reais convicções, não se prestando como instrumento para a persecução dos fins das maiorias em direitos.

PALAVRAS-CHAVES: DEMOCRACIA RADICAL; PRINCÍPIO DA IGUALDADE; AÇÃO AFIRMATIVA.

RESUME

L'inégalité a toujours été une constante au sein de la société, est dérivée de facteurs économiques, sociaux ou culturels, de telles circonstances permettent la formation des droits des minorités en, car ne pas avoir leurs droits sociaux ont efficaces sont empêchés de participer substantiellement au processus démocratique. Prenant comme pilier argumentative, la démocratie radicale idéalisé par Habermas, dans laquelle l'individu est conçu comme co-auteur des actifs de l'État et non plus seulement destinataire, parce que la démocratie devient participative, est nécessaire garantir ces droits à des minorités, travers une action affirmative, le droit à l'égalité des chances, afin que les minorités de participer en mode actif de la formation de la volonté démocratique, par conséquent, en mesure de démontrer leurs véritables convictions, pas servir de instrument pour la poursuite de l'application de droits de la majorité.

MOT-CLES: DÉMOCRATIE RADICALE; PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ, L'ACTION AFFIRMATIVE

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1INTRODUÇÃO

É imperioso na atualidade desenvolver problemáticas e buscar possíveis soluções para estas no que se refere à meios para garantir às minorias os seus direitos básicos com o objetivo de incluí-las de modo efetivo no processo democrático visando uma democracia radical.

O presente ensaio trata da temática da efetivação do princípio da igualdade como condição para uma participação substancial das minorias no processo democrático, tal abordagem assume grande relevo hodiernamente, ao passo que a sociedade cada dia mais é formada por diferentes, que muitas das vezes por possuírem atributos dessemelhantes da maioria são postos à margem da sociedade, não lhes sendo permitido usufruir de seus direitos em termos básicos, e por este fato não conseguem exercer de modo adequando a cidadania.

Deste modo, esta argumentação parte da questão de como elevar as minorias no contexto social a fim de que participem de maneira eficaz da democracia. Na busca de uma resposta para esta indagação é trazido à luz reflexões sobre a democracia a partir de uma conceituação básica, em um primeiro momento, posteriormente, com o escopo de aumentar o campo da discussão esboça-se a idéia de democracia radical, realçando a mudança do papel do cidadão, de destinatário das ações estatais para assumir a posição de co-autor.

Prosseguindo nas articulações destes pensamentos chega-se a desigualdade como ensejadora das minorias, fato causador da exclusão desta parcela social da comunicação formadora da vontade democrática, impedindo que assumam a condição de co-autores na perspectiva da democracia radical. Com o objetivo de uma resolução para tal problema, reflete-se sobre a necessidade de garantir aos grupos socialmente marginalizados, por meio de ações afirmativas, o direito à igualdade, a fim de que participem do processo democrático, de maneira livre e igualitária, expressando as suas convicções e ideologias.

2 DEMOCRACIA E O DIREITO DAS MINORIAS

Ulysses Guimarães, presidente da constituinte de 1988, no prefácio dos primeiros exemplares da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, asseverava que “o homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania.” [1], ao traçar tais palavras, referia-se à desigualdade tão marcante no seio da sociedade brasileira, e tal situação afeta sobremaneira o exercício da cidadania e conseqüentemente, produz efeitos reflexivos na democracia.

Como isso pergunta-se o que é democracia? De maneira simplória e imediata, sem muito pensar pode-se dizer que é “o governo de todos”, ou então, de forma mais comumente ouvida, é aquela forma de governo na qual a maioria toma as decisões. Assim o que seria minoria e maioria? Poderia se dizer que a minoria seria aquela parcela da população mencionada por Ulysses, estes então, não participariam da

democracia, pois não seriam “cidadãos” efetivamente? Deste modo, chega-se à problemática deste pequeno ensaio, como elevar as minorias a participar efetivamente da democracia, a fim de que se tenha uma democracia radical que é a possibilitadora do Estado Democrático de Direito?

Para o fluir deste labor é necessário entender a relação atual existente entre a democracia e as minorias, para tanto, procurar-se-á estabelecer uma definição mínima de democracia, como se sabe, discorrer sobre este assunto é uma das tarefas mais árduas, pois em sua órbita gravita fortes influencias de outras áreas do conhecimento, tais como a filosofia, sociologia, ciência política, entre outras disciplinas, “raros termos de ciência política vêm sendo objeto de tão freqüentes abusos e distorções quanto a democracia.”(Bonavides, 2008, p.287)

Considerando que este breve artigo não tem como problemática central o estabelecimento de um conceito preciso – nem sei se isso seria possível – do termo democracia, buscará a adoção de uma definição, mais comum e pacífica entre os doutrinadores do ramo.

Como pilar desta argumentação parte-se da conceituação que Paulo Bonavides chama de “profunda e genial definição lincolniana de democracia: governo do povo, para o povo, pelo povo.” (Bonavides, 2008, p.288)

Ocorre que tal singeleza densa não basta, é preciso alargar um pouco mais o campo conceitual da democracia, mas sem adentrar em grandes discussões, para isso é interessante se ater à definição mínima exposta por Noberto Bobbio. Neste sentido, a democracia é entendida como a forma de governo contraposto a todas as formas de governo autocrático, caracteriza-se por um conjunto de normas que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões e com quais procedimentos serão tomadas[2].

Isto porque, para que uma decisão tomada por indivíduos seja considera uma escolha coletiva é necessário que esta seja acostada em regras e, que os sujeitos autorizados a escolher a decisão vinculatória para todos os membros da sociedade obedeçam a certos procedimentos. [3]

A democracia caracteriza-se também, pela modalidade de decisão, a regra fundamental é da maioria, ou seja, as decisões são consideradas coletivas aquelas aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem competem tomar a decisão. [4]

É caracterizada, ainda, pelo dever de assegurar, àqueles que são chamados a decidir, alternativas reais de escolhas e meios de escolher entre uma e outra. Para que isso se realize é necessário que se garanta, aos que iram escolher, os direitos de liberdades, tido com um dos direitos invioláveis do indivíduo. [5]

De maneira simplória, e de forma mais comum, a democracia[6] pode ser definida sob três principais aspectos, a necessidade de um conjunto de regras para regular quem está autorizado a tomar as decisões e de que modo serão tomadas, a regra fundamental de que as decisões deverão ser oriundas da maioria e, por fim, a garantia dos direitos de liberdade àqueles que irão decidir, desta forma, o conceito de democracia se alargar, demonstrando que este regime tem como fim a busca de uma ordem social mais próxima o possível do que poderia ser chamado de “governo do povo e para o povo”.

A partir desta conceituação básica, mas suficiente para desenvolver a problemática proposta, ater-se-á a um ponto conceitual específico deste instituto, o da "garantia dos direito de liberdades àqueles que irão decidir", para fazer a seguinte indagação; com é possível assegurar os direitos de liberdade no momento da escolha, com meio democrático, em uma sociedade fortemente marcada pela desigualdade?

Rousseau, no contrato social, convencido de que democracia verdadeira jamais existirá, pois requer um número muito grande de condições que dificilmente seria preenchida por um estado. Para ele o *locus* ideal do brotar da democracia seria em um Estado pequeno, "no qual o povo seja fácil de reunir e cada cidadão possa facilmente conhecer todos os demais", onde impere "uma simplicidade de costumes que impeça a multiplicação dos problemas e as discussões espinhosas" e por fim, "uma grande igualdade de condições e fortunas", "pouco ou nada de luxo". [7]

A última afirmação, acerca de "uma grande igualdade de condições e fortunas" que interessa neste momento, pois tem-se ciência de que uma democracia como imagina Rousseau dificilmente se concretizaria em qualquer sociedade dita democrática, haja vista, que cada dia mais os estados estão maiores e populosos não tendo condições de um cidadão conhecer o outro, percebesse claramente a idealização de democracia direta, ou seja, que todos decidam sobre tudo, e isso em uma sociedade cada vez mais complexa como são as hoje é materialmente impossível.

No que tange a igualdade, na qual Rousseau[8] se refere com iguais em "condições e fortunas", "pouco ou nada de luxo", esta é uma necessidade básica para um estado que deseja efetivamente ter uma democracia radical, sem ter aqui a pretensão de defender a formação de um modelo democrático nos moldes rousseauniano, pois como já foi dito anteriormente, esta seria inviável para a sociedade atual, mas a questão da igualdade é de suma importância, pelo fato de que somente através da concretização deste instituto em termos básicos será possível garantir liberdade de escolha no processo democrático.

Habermas ao justificar o princípio do Estado de Direito a partir da teoria do discurso, expõe o princípio da soberania popular, segundo a qual todo poder emana do povo, abordando ao direito subjetivo de todo cidadão participar com igualdade de chances, na formação da vontade democrática, este princípio significa que todo poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. [9]

Entende-se desta forma, que o poder político se orienta e legitima-se a partir da formação de opinião e da vontade estruturada discursivamente pelos cidadãos. Como nas sociedades modernas é impossível que os cidadãos estejam tomando as suas decisões de modo direto, "o princípio parlamentar da criação de corporações representativas deliberativas oferece uma saída alternativa" [10]

No momento da formação destas "corporações deliberativas representativas" para que se possa garantir a formação de uma opinião e da vontade parlamentar, aberta a todos os cidadãos, como preceitua o "princípio do pluralismo político" é necessário a garantia do direito fundamental da igualdade, pois os direitos fundamentais possibilitam a autonomia pública e privada dos cidadãos, constituindo ao mesmo tempo, limites ao poder estatal e a formação de uma comunidade de homens livres e iguais que se dão normas para reger a sua vida. "A garantia dos direitos fundamentais, no duplo sentido,

de direitos individuais e de direito de participação política, involve (sic), assim, compreendê-los como garantias do processo democrático" [11]

Deste modo, a democracia não poder ser entendida nos termos liberais, como uma mera disputa de mercado que regulam de forma maquinal as regras de escolha de um governo comprometido com os interesses majoritários, como também não pode ser concebida nos moldes republicanos, os quais defendem a estabilidade ético-politico, a partir do exercício da autonomia enquanto liberdade positiva. [12]

A democracia deve ser esboçada sob o prisma de Habermas, como democracia radical, na qual o cidadão deixa de ser destinatário das ações do estado, para assumir um postura de co-autor, deste modo a democracia passa a ser participativa e o "direito e a Constituição procedimentos que viabilizam a inclusão social de todos na discussão/produção de políticas públicas". [13]

Neste diapasão, um dos vieses possibilitadores de uma democracia radical é a efetivação do princípio da igualdade pela faceta material, desta forma, será possível que todos os cidadãos participem do processo democrático, de maneira livre e igual, pois não terão barreiras econômicas, sociais ou culturais, que os impeçam de fazer as suas escolhas e participarem das discussões de acordo com as suas convicções e interesses reais.

Neste momento, é necessário esclarecer que o termo minoria, para o presente trabalho, não deve ser entendido de modo quantitativo, mas sim numa qualificação jurídica, como aqueles grupos que foram contemplados como um rol menor de direitos, efetivamente assegurados, ou melhor, concretizados, em relação àqueles que detém poder. Na verdade, minoria, no Direito democraticamente concebido deveria ser representada por um número menor, vez que a maioria é representada por um número maior de cidadãos, ocorre que maioria é determinada por aqueles que detêm o poder político, econômico e social inclusive, desta forma, no que se referem aos direitos efetivamente assegurados e respeitados, a minoria nem sempre representa o menor número. [14]

Para superar tal conjuntura, na qual as minorias são excluídas do processo democrático, é preciso uma transformação social, assegurando condições mínimas do exercício regular da cidadania, como a de desfrutar de uma situação sócio-econômica confortável, acesso à educação de qualidade, dentre outras circunstâncias que colocariam a população hipossuficente num patamar de realizar a sua escolha de acordo com as suas convicções e não por suas "necessidades", em suma, a realização do pleito constitucional da igualdade é o viés de início rumo a uma democracia radical, participativa, no qual o cidadão é co-autor das políticas estatais.

Celso Antônio Bandeira de Mello explica muito bem a necessidade da elevação das minorias na sociedade, valendo à pena a transcrição literal de seu texto:

"Uma vez que a democracia se assenta na proclamação e reconhecimento da soberania popular, é indispensável "que os cidadãos tenham não só uma consciência clara, interiorizada e reivindicativa deste título jurídico político que se lhes afirma constitucionalmente reconhecido como direito inalienável, mas que disponham das condições indispensáveis para poderem fazê-lo valer de fato. Entre estas condições estão, não apenas (a) as de desfrutar de um padrão econômico-social acima de mera subsistência (sem o que seria vã qualquer expectativa de que suas preocupações

transcendam as da mera rotina da sobrevivência imediata), mas também, as de efetivo acesso (b) à educação e cultura (para alcançarem ao menos o nível de discernimento político e traduzido em consciência real de cidadania) e (c) à informação, mediante o pluralismo de fontes diversificadas (para não serem facilmente manipuláveis pelos detentores dos veículos de comunicação de massa). ”” (Mello, 2001)

De acordo com o raciocínio aqui discorrido, uma democracia tida como perfeita ou próxima dessa adjetivação, via além da positivação de suas regras nos textos constitucionais, da decisão ser tomada pela maioria, da garantia do direito de liberdade no momento da escolha, é necessário também, que os estados tidos como democráticos assegurem a todos e principalmente às minorias, educação de qualidade, uma postura socioeconômica que ultrapasse a mera subsistência, propicie o acesso à cultura e informação imparcial, para que estes possam criar uma consciência real de cidadania, que passem a se preocupar um pouco mais como a política e deixem de ser instrumentos para a persecução dos fins das maiorias em direitos, desta forma, estará se assegurando além de direitos básicos, a verdadeira liberdade no momento da escolha, pois atuaram no mesmo patamar de direitos.

Para a realização de tal pleito em um ambiente social formado por posições sociais e econômicas com traços profundos de desigualdade, na qual grande parcela da sociedade fique a margem da discussão política, por terem seus direitos sociais inefetivados, tornando-se, assim minorias, *locus* da sociedade no qual os reflexos da democracia não irradiam, ficando a par do processo de formação do poder político-estatal, é necessário a adoção de medidas para elevar estas minorias a condição de uma participação efetiva no cenário da democracia, se despindo da condição de receptor das ações estatais, para ultrajar o papel de participe destas ações, e um dos caminhos para tal realização é assegurá-los à igualdade.

3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO INSTRUMENTO ASSEGURATÓRIO DOS DIREITOS DAS MINORIAS

A desigualdade sempre esteve presente no meio social, até mesmo como uma preocupação, facilmente percebível ao observar o evoluir do princípio da igualdade, este no seu desenvolver vagaroso, passou por diversas concepções até se firmar como fator necessário para uma vida digna e participativa em sociedade.

No período medieval ou para alguns autores paradigma medieval[15], havia forte discriminação entre castas, na qual a vida da população era determinada desde o nascimento, ou seja, a determinante era a condição social e as relações estamentais[16] vivenciada pelas gerações anteriores.

No constitucionalismo clássico a igualdade aparece num contexto, em que “resumia-se ao fim dos privilégios feudais em face do Fisco e às Corporações de Ofício. Significava que todos deviam igualmente arcar com os tributos e que cada indivíduo poderia igualmente aceitar as condições de seu contrato de trabalho”. (Cruz, 2002, p.04)

O constitucionalismo liberal, sob influência das revoluções francesa e americana, período da positivação dos textos constitucionais, se firma como marco, ao passo que

pela primeira vez na história há a inversão dos valores, nos quais as necessidades coletivas cedem espaço às prioridades individuais. É neste momento, pelo ideal liberal burguês, que o direito à liberdade ganha forte expressão e a sociedade postula a neutralidade estatal.

Sob este contexto, as constituições nascentes traziam em seus bojos a idéia de igualdade. Ocorrer que se edificou um conceito de igualdade somente perante a lei, no qual a lei genérica e abstrata deve ser igual para todos, sem qualquer distinção, cria-se um *locus* neutro, o qual proporcionará o desenvolvimento dos indivíduos de maneira livre permitindo que busquem a igualdade. A concepção de igualdade nestes moldes se deu pela necessidade de erradicar as distinções e discriminações baseadas na linhagem e na posição social. [17]

No século XIX, auge do processo tecnológico e da eclosão da segunda revolução industrial, a sociedade era marcada pela concentração de renda nas mãos de poucos e pela exploração do trabalho do homem. Ante as más condições de trabalho e a ausência de direitos que lhe garantissem melhor condição para labutar e viver em sociedade, e, tendo em vista, a falta de saneamento básico e diversos outros requisitos para o bem estar social, passa-se a exigir a atuação estatal em oposição ao ideário liberal, surge assim, o constitucionalismo social, que foi consolidado pela carta alemã de Weimar.

Neste momento, a sociedade expurga o abstencionismo do Estado e passa a exigir prestações positivas em favor da população. É nesta caracterização do novo atuar estatal, que o princípio da igualdade se despe de seu aspecto formal para ultrajar uma concepção material, como é muito bem exposto por Álvaro Ricardo Souza Cruz;

“O paradigma social do direito consolidou a perspectiva de tratamento privilegiado do hipossuficiente econômica e socialmente, dando colorações distintas ao princípio da igualdade, tal como concebido pelos revolucionários franceses. A igualdade deixa seu aspecto meramente formal, assumindo uma concepção material e inovadora, permitindo a consecução da máxima: “Tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”.” (Cruz, 2005, p.10).

Verificou-se que o simples fato de positivar de maneira expressa o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, não transcendia o texto constitucional, era insuficiente para proporcionar aos indivíduos hipossuficientes as mesmas oportunidades que aos indivíduos socialmente privilegiados, era necessário a igualdade de oportunidade e não de condições, como pontifica a faceta formal do princípio da igualdade.

A igualdade material, fruto do Estado Social de Direito, inversamente ao conceito de igualitário formal, busca a igualdade de oportunidades, leva em consideração as desigualdades concretas, propondo que se tratem as situações desiguais de maneira desigual. No mesmo viés afirma Joaquim B. Barbosa Gomes;

“Começa, assim, a esboçar-se o conceito de igualdade material substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, que se levem na devida conta as desigualdades concretas existentes na sociedade, devendo as situações desiguais ser tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a

perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade." (Gomes, 2001, p.04).

Com a igualdade material, passa-se a tratar o indivíduo especificamente, reluzindo as suas características singulares, com finalidade de extirpar ou pelo menos minorar as desigualdades econômicas, sociais, com escopo último de promover justiça social. Em meio esta necessidade de incluir, de proporcionar a igualdade aparecem políticas sociais como instrumentos de efetivação e concretização da igualdade material, e o principal meio é conhecido por ações afirmativas ou discriminação positiva[18].

Antes de expor o instituto da ação afirmativa, vale trazer à baila o pensamento Álvaro Ricardo Souza Cruz, com relação ao evoluir do princípio da igualdade. Para este autor no paradigma do Estado Democrático de Direito o significado do princípio da igualdade foi alterado, passou a centrar no princípio da dignidade da pessoa humana. Ante esta noção, o indivíduo não pode ser visto de forma abstrata e distante, mas de maneira concreta e palpável, particularizando a defesa dos hipossuficientes, em especial, das minorias. [19]

Utilizando-se como meio de argumentação o ideal de Habermas, defende que a igualdade material se desloca para uma igualdade procedimental, ou seja, o indivíduo não deve obrigatoriamente ser tratado de modo igualitário pelas normas, mas devem ser iguais nos direitos e na forma efetiva em que participam no processo de elaboração da norma. [20]

Acrescenta-se ao princípio da igualdade o prisma da dignidade da pessoa humana passa a exigir do Estado maior proteção, promoção e inclusão social, das diferentes minorias que detêm dessemelhantes projetos de vida, visando proporcionar numa sociedade pluralista efetiva democracia, na qual são asseguradas as características singulares de cada indivíduo e de determinadas coletividades que se distinguem por diversos fatores, e o melhor meio de realização desses direitos repousa no instituto das ações afirmativas.

4 AÇÃO AFIRMATIVA COMO MEIO DE INCLUSÃO

Na perspectiva de apresentar uma possível solução para o problema discutido neste presente ensaio, que abordou o conceito de democracia chegando à exposição de Habermas de uma democracia radical, argumentou-se sobre a necessidade da efetivação do princípio da igualdade em uma visão que poderia chamar de cronológica, e neste momento será debatido, ou melhor, exporá o instrumento, para alcançar a efetividade do preceito igualitário, que são as ações afirmativas, que tem por fim precípuo a inclusão social de todos na discussão e produção de políticas públicas, com o intuito de minorar as desigualdades.

Para compreender de modo denso o instituto das ações afirmativas, é necessário se remeter à sociedade liberal, como já foi dito, esta tinha em seu bojo como fundamento principal a neutralidade estatal, ou seja, era defeso a intervenção do Estado na vida social, acreditava-se que a simples inserção de regras e princípios, neste caso, o da igualdade, seria o suficiente para assegurar a efetiva paridade e consenso num conjunto social marcado pelo pluralismo.

A idéia liberal foi digna de fracasso, pois países tradicionalmente formados por uma diversidade social, apesar de existir em seus textos constitucionais inúmeras disposições que garantam a igualdade, há ainda vários grupos socialmente marginalizados, [21] assim depara-se com um caso nítido de inefetividade das normas constitucionais.

Constatou-se, que as simples disposições legal-constitucionais não seriam meio suficiente para garantir uma igualação eficiente nas sociedades plúrimas, era necessário que o Estado renuncia-se a sua neutralidade, ou seja, era preciso uma ação estatal a fim de efetivar o princípio da igualdade, como realça Joaquim B. Barbosa Gomes:

"Tal estado de coisas conduz a duas constatações indisputáveis. Em primeiro lugar, a certeza de que proclamações jurídicas por si só, revistam elas a forma de dispositivos constitucionais ou normas de inferior hierarquia normativa não são suficientes para reverter um quadro social que finca âncora na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo, em suma, na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis de franca dominação e a outros, papeis indicativos do *status* de inferioridade, de subordinação. Em segundo lugar, o reconhecimento de que a reversão de um tal quadro só será viável com a renúncia do Estado à sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir, ao contrário, uma posição ativa, até mesmo radical se vista à luz dos princípios norteadores da sociedade liberal clássica."(Gomes, 2001, p. 37).

É neste contexto que surgem as ações afirmativas como instrumento de efetivação do princípio constitucional da igualdade e de inclusão dos diferentes, com a pretensão de garantir mais que a igualdade perante a lei, mas também no seio social.

As ações afirmativas podem ser entendidas como o conjunto de políticas voltadas à concretização do princípio da igualdade pela faceta material, realizadas pelo setor público, privado ou por órgãos dotados de competência, de caráter compulsório ou voluntário e temporal, a fim de promover, integrar indivíduos e grupos tradicionalmente discriminados. É formula de extrair do isolamento, da discriminação social as minorias[22].

No intuito de corroborar com o presente estudo, mas adotando a definição acima expressa, para o este ensaio, vale citar a conceituação de dois célebres estudiosos sobre o tema ora em comento, com a finalidade de ventilar outros argumentos a este trabalho.

Joaquim B. Barbosa Gomes em sua obra Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiências dos EUA), ao definir as ações afirmativas, nota-se a adoção do caráter compensatório, assim é expresso:

"Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vista ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização ao ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais com a educação e o emprego." (Gomes, 2001, p.40).

Álvaro Ricardo Souza Cruz em obra de grande relevância sobre o direito à diferença conceitua de maneira simples, mas como conteúdo pesado este instituto:

"As ações afirmativas podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patogenia física/psicológica, etc." (Cruz, 2005, p. 143).

Ante o exposto, torna-se nítido que ao contrário das políticas governamentais embasadas simplesmente na positivação de garantias em texto legal, às ações afirmativas se fundam em meios de inclusão advindas tanto da esfera pública como privada, até mesmo por órgãos dotados de competência jurisdicional, ou seja, ações efetivas de diversos setores da sociedade com o escopo de concretizar a igualdade de oportunidade para todos.

Vale destacar que as ações afirmativas são paliativo temporário, ou seja, é remédio que deve ser utilizado em determinado período e não de forma contínua. A compreensão do caráter temporário é fundamental, a fim de entender que este tipo de ação positiva é utilizado de modo excepcional, com o escopo de corrigir determinada situação de flagrante discriminação ou desnivelamento, após a correção e a restauração da situação anterior, a ação afirmativa não deve ser mais utilizada, pois corre-se o risco de criar uma discriminação reversa.

Insta ressaltar, que não se propõe a realização de modo absoluto do princípio da igualdade, tal perfeição não possibilitaria a pluralidade social em graus mínimos o que é salutar para a articulação de diferentes posições em um processo democrático. [23]

Deste modo, o conteúdo aristotélico de que "desde o momento em que nascem, os homens estão determinados uns para a sujeição, outros para o comando" (Aristóteles, 1999, p. 150.), a concepção de uma sociedade formada por castas e a igualdade formal, após o evolucionar social e a busca vagarosa do Direito no intuito de acompanhar este evoluir, são superados pela igualdade de oportunidade, por meio da ação afirmativa, que tem por objetivo elevar as minorias.

Em suma, alocando as ações afirmativas com a temática ora detida, são medidas tanto de cunho público como privado, como já foi exposto, que busca, em termos gerais, concretizar o princípio da igualdade. Este atuar positivo é instrumento pelo qual se efetiva os direitos básicos das minorias, lhes permitindo o acesso, à educação, à saúde, cultura, salário digno, entre outras benesses, desta forma, resgata as minorias em direitos não só da exclusão social, mas também as possibilitam de participarem de modo livre e igualitário do processo democrático, vez que por ter os seus direitos assegurados atingem um patamar social e um grau de liberdade que passaram a atuar, de modo independente, de acordo com seus interesses e convicções, da formação da vontade democrática.

Trazendo à órbita deste debate, o prisma da democracia radical de Habermas, as ações afirmativas em um estado marcado pela desigualdade é ferramenta possibilitadora da mudança de foco do cidadão, - de cidadão destinatário para cidadão co-autor - ela permite que a democracia seja participativa, pois instrumentaliza o direito e a

Constituição, a fim de alcançar a inclusão de todos na discussão e produção de políticas públicas.

5 CONCLUSÃO

A articulação do presente artigo abordou de maneira ligeira a idéia de democracia radical, permeou a desigualdade social, demonstrando que esta é fator motivador da exclusão no processo participativo da formação da vontade da democracia, defendeu que a solução para esta questão é a efetivação do pleito constitucional da igualdade, por meio das ações afirmativas como sendo a forma de elevar às minorias dentro do ambiente social para que participem de modo livre e igualitário, tudo isso motivado pela necessidade de efetivar o princípio da igualdade como condição para a participação efetiva das minorias no processo democrático.

Tal reflexão rasa, não tem a pretensão de dar cabo a esta discussão, mas sim de incentivar o debate acerca desta temática, no entanto, de maneira simplória, pode-se considerar que chegou-se a uma resposta para a problemática levantada no início da articulação deste pensamento, qual seja, como efetivar os direitos das minorias para que participem de modo ativo da democracia, a fim de que se tenham uma democracia radical?

A resposta para esta indagação, de maneira simples, sem grandes fundamentações, pois estas já foram dadas no fluir deste ensaio, pauta-se na garantia da igualdade, não de uma igualdade em termos absolutos, mas na igualdade de oportunidades e de direitos efetivados, nos quais o cidadão possa ter a possibilidade de ter um salário digno, uma boa educação, moradia adequada, possibilitando que no momento de exercer a cidadania, a exerça de modo livre o bastante para fazer as suas escolhas motivadas por suas convicções e reais vontades, e não por suas necessidades e carências sociais que muita das vezes são circunstâncias para que este cidadão socialmente marginalizado seja instrumento para a persecução dos fins das maiorias em diretos. É somente num contexto social como demonstrado acima, que a igualdade é efetiva em termos básicos, que ocorrerá uma democracia radical.

Esta discussão talvez seja o início da construção para uma solução do problema que Ulysses Guimarães lamentava no momento da promulgação da nova ordem constitucional brasileira, que nascia em meio grandes expectativas de uma nação carente de liberdade e igualdade, que ainda hoje, de modo minorado, são problemas a serem enfrentados, com o fito de se aproximar do ideal de democracia participativa.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A política*. Coleção os Pensadores. São Paulo. Editora nova cultura LTDA. 1999. p.150.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. O Direito e as formas de Integração Social desde a Teoria do Discurso de Jürgen Habermas: Pequeno Estudo do Capítulo I de Facticidade e Validade. ***Virtuajus.*** Belo Horizonte, ano 04, n. 02, dez. 2005. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/O%20Direito%20e%20as%20Formas%20de%20Integracao%20Social.pdf. Acesso em: 27 jun. 2009

BOBBIO, Noberto. PASQUINO, Nicola Matteucci Gianfranco. *Dicionário de Política*.v.1. 5ª ed.São Paulo. Editora Unb, 2000.

BOBBIO, Noberto. *Estado Governo Sociedade: para uma teoria geral da política*. 13ª ed. São Paulo. Paz e Terra, 2001.

BOBBIO, Noberto. *O Futuro da Democracia*. 10ª ed. São Paulo. Paz e Terra, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 15ª ed. São Paulo. Editores Malheiros, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e principio da igualdade: O direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades. Rio de Janeiro. Editora Lumem Júris, 2008.*

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Jus Navigandi*, teresina, ano 5, n.51, out. 2001, disponível em <http://www.jus2.uol.com.br/texto.asp?id=2290>. Acesso em: 17 dez.2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Minorias e Democracia no Brasil. ***Virtuajus***. Belo Horizonte, ano 04, n. 02, dez. 2005. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/Minorias%20e%20Democracia%20no%20Brasil.pdf. Acesso em: 07 abr. 2009.

OMMATI, José Emílio Medauar. O Princípio do Estado de Direito a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. ***Virtuajus***. Belo Horizonte, ano 04, n. 02, dez. 2005. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/O%20Principio%20do%20Estado%20de%20Direito.pdf. Acesso em: 27 jun. 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 33, n.131, p.283-295, jul./set.1996.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e Outros Escritos*. São Paulo. Editora Cultrix. 1968. p. 73-74.

---

[1] Pensamento exposto por Cármen Lúcia no artigo Ação Afirmativa: O conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 33, n.131, p.283-295, jul./set.1996.

[2] BOBBIO, Noberto. *O Futuro da Democracia*. 10ª ed. São Paulo. Paz e Terra, 2006.p. 30.

[3] BOBBIO, Noberto. *O Futuro da Democracia*. 10ª ed. São Paulo. Paz e Terra, 2006.p.31.

[4] BOBBIO, Noberto. *O Futuro da Democracia*. 10ª ed. São Paulo. Paz e Terra, 2006 p. 31.

[5] BOBBIO, Noberto. *O Futuro da Democracia.* 10ª ed. São Paulo. Paz e Terra, 2006 p. 32.

[6] É um esboço de uma definição mínima democracia representativa, não sendo adotado com centro para a discussão, mas como argumentação necessária ao desenvolvimento da problemática.

[7] “Rigorosamente falando, nunca existiu verdadeira democracia nem jamais existirá” p.73. “Ademais, que de coisas difíceis de reunir não supõe tal govêrno (sic)? Primeiramente, um Estado bastante pequeno, em que seria fácil congregar o povo, e onde cada cidadão possa fàcilmente (sic) conhecer todos os outros; em segundo lugar, uma grande simplicidade de costumes, que antecipe a multidão negócios e as discussões espinhosas; em seguida, bastante igualdade nas classes e nas riquezas, sem que a igualdade não poderia subsistir muito tempo nos direitos e na autonomia ; enfim, pouco ou nenhum luxo; porque ou luxo é feito das riquezas, ou as torna necessária, já que corrompe ao mesmo tempo ricos e pobres, uns pela posse, outros pela cobiça, vende a pátria à lassidão e à vaidade, e afasta do Estado todos os cidadãos, submetendo-os uns aos outros e todos à opinião. ROSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e Outros Escritos*. São Paulo. Editora Cultrix. 1968. p. 73-74.

[8] Resta deixar claro que o presente artigo não tem como escopo a defesa do modelo democrático de Rousseau, apenas o expõe como pilar argumentativo da problemática proposta.

[9] OMMATI, José Emílio Medauar. O Princípio do Estado de Direito a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. *Virtuajus*. Belo Horizonte, ano 04, n. 02, dez. 2005. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/O%20Principio%20do%20Estado%20de%20Direito.pdf. Acesso em: 27 jun. 2009.

[10] OMMATI, José Emílio Medauar. O Princípio do Estado de Direito a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. *Virtuajus*. Belo Horizonte, ano 04, n. 02, dez. 2005. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/O%20Principio%20do%20Estado%20de%20Direito.pdf. Acesso em: 27 jun. 2009.

[11]OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Minorias e Democracia no Brasil. ***Virtuajus***. Belo Horizonte, ano 04, n. 02, dez. 2005. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/Minorias%20e%20Democracia%20no%20Brasil.pdf. Acesso em: 07 abr. 2009.

[12] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Minorias e Democracia no Brasil. ***Virtuajus***. Belo Horizonte, ano 04, n. 02, dez. 2005. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/Minorias%20e%20Democracia%20no%20Brasil.pdf. Acesso em: 07 abr. 2009.

[13]CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência.* 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.203.

[14] “Não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder, na verdade, minoria, no direito Democraticamente concebido e praticado, teria que representar um número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria e determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em

determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime d a representação democrática nas instituições governamentais, em que o número que determina a maioria (cada cidadão faz-se representa por um voto, que é o seu, e da soma dos votos é que se contam os representados e os representantes para se conhecer a maioria), em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o menor número de pessoas. Antes, neste caso, uma minoria pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso de negros e mulheres no Brasil, que são tidos como minorias, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira." ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 33, n.131, p.283-295, jul./set.1996. p. 285

[15] Denominação utilizada por Álvaro Ricardo Sousa Cruz.

[16] A noção de direito natural ligava-se a noção de direito de nascença.

[17] "A importância desses eventos foi fundamental para a compreensão das idéias libertárias do Século XVIII. Pela primeira vez, o homem viu reconhecidos os seus direitos individuais. A igualdade deixou definitivamente seus aspecto geométrico, que distinguia os homens em castas, impondo privilégios me razão do nascimento e se estabeleceu na forma aritmética. A partir de então todos seriam igualmente tratados pela lei." CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.7.

[18] Terminologia utilizada pelo direito europeu.

[19] "A noção de igualdade deixa de se centrar no conteúdo (igualdade material), ao voltar-se para o exame dos pressupostos procedimentais que devem se cumpridos no discurso de produção do Direito." CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.11.

[20] "Por ela, o indivíduo deixa de ser visto apenas como destinatário das ações estatais, ao assumir uma postura de co-autor. Em outras palavras, a democracia passa a ser participativa e o Direito e a Constituição procedimentos que viabilizam a inclusão de todos na discussão/produção de políticas públicas." CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.203.

[21] Como é o caso brasileiro, o texto constitucional apresenta diversas disposições que garante a igualdade, mas são dignas de ineficácia, assim pode ser visto, de maneira exemplificativa, os artigos 5º, inciso I, artigo 7º, inciso XXX, artigo 196, dentre outros.

[22] Cármen Lúcia Antunes Rocha em artigo denso sobre esta temática, expressa de maneira sábia o fim último das ações afirmativas nos seguintes dizeres: "Ação

afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias." ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 33, n.131, p.283-295, jul./set.1996. p. 280.

[23] "Um grau absoluto de redistribuição de resultados pode provocar a estipulação de um horizonte moral único, de uma hierarquia moral única, ou mesmo de hierarquias morais variadas valoradas em um único patamar, em um relativismo radical, como se afirmou anteriormente" IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades. Rio de Janeiro. Editora Lumem Júris, 2008.. p.82.*

EFETIVIDADE E CIDADANIA NA INCLUSÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DESENVOLVIMENTO, SUSTENTABILIDADE E MEIO AMBIENTE EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA SADIA QUALIDADE DE VIDA PARA AS GERAÇÕES PRESENTES E FUTURAS*

EFFECTIVENESS AND CITIZENSHIP IN THE INCLUSION OF THE CHILD AND THE ADOLESCENT: DEVELOPMENT, SUSTAINABILITY AND ENVIRONMENT IN REASON OF THE BEGINNING OF THE WHOLE PROTECTION AND THE HEALTHY QUALITY OF LIFE FOR THE PRESENT AND FUTURE GENERATIONS

Nálbia Roberta Araújo da Costa
Belinda Pereira da Cunha

RESUMO

O trabalho trata da inclusão da Criança e do Adolescente na perspectiva do Estatuto da criança e do adolescente, tendo como ação afirmativa a possibilidade do Desenvolvimento, Preservação do meio Ambiente com vistas às gerações presentes e futuras, a partir do crescimento humano necessário, suas garantias e instrumentos de defesa. A análise adequa as ações afirmativas do desenvolvimento, preconizada pela política de assistência à criança e ao adolescente, relacionada com a doutrina da proteção integral, de inclusão e cidadania encontrada no Estatuto dando amparo jurídico infanto-juvenil, através da Política Nacional do Meio Ambiente e nos Princípios Ambientais preconizados pela Constituição.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO. CIDADANIA. MEIO AMBIENTE. SUSTENTABILIDADE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CRESCIMENTO HUMANO.

ABSTRACT

The work talks about the inclusion of the Child and the Adolescent in the perspective of the Statute of the child and the adolescent, having as affirmative action the possibility of the Development, Preservation of the environment with sights to the present and future generations, from the necessary human growth, its guarantees and instruments of defense. The analysis adjusts the affirmative actions of the development, praised for the politics of assistance to the child and the adolescent, related with the doctrine of the whole protection, of inclusion and citizenship found in the Statute giving infant-youthful legal support, through the National Politics of the Environment and in the Ambient Principles praised by the Constitution.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: RIGHT. CITIZENSHIP. ENVIRONMENT. SUSTAINABILITY. THE CHILD'S AND OF THE ADOLESCENT'S STATUTE. HUMAN GROWTH.

Introdução

O interesse pela presente pesquisa decorre da compreensão de responsabilidade objetiva mútua da família, do Estado e da sociedade no desenvolvimento de medidas públicas apropriadas e práticas sociais concretas capazes de defender os interesses das crianças e dos adolescentes, principalmente das que vivem à margem da sociedade, quando são vítimas de violência doméstica, praticam ato infracional, e não possuem condições de desenvolvimento biopsicosocial adequado. Aliado a isso, vislumbra-se a possibilidade de inserir e incluir a criança e o adolescente num meio social adequado, a partir da preservação do ambiente, com vistas ao crescimento humano e conseqüente desenvolvimento concreto e efetivo, considerando o crescimento econômico a partir do respeito ao crescimento humano, que depende da oferta de um mundo melhor.

A infância e a adolescência alvo de interesse social, discussões, preocupações, ações filantrópicas e políticas, é pouco relacionada a questões de desenvolvimento havendo escassez de pesquisas sobre o que efetivamente demanda o novo método de amparo jurídico e de interpretação legal quando trata-se da seara do meio ambiente e do desenvolvimento.

As relações sociais com a família, a Igreja, o Estado, a Justiça e outras categorias perpetuaram valores morais, jurídicos, religiosos e culturais, reproduzindo dominadores e subjugados em seus papéis, mas o foco principal continua sendo a infância pobre e marginalizada, que permanece à mercê da sociedade. Assim a história das políticas sociais, da legislação e da assistência pública e privada é empregada no sentido de manter a desigualdade social e a segregação das crianças e adolescentes de classes sociais baixas.

Graças à revolução tecnológica e do direito da criança e do adolescente, é perceptível o avanço da criança e do adolescente no que diz respeito ao acesso a diversos meios de informações e consumo no mercado econômico e financeiro, o que torna pertinente frisar a modificação de valores e costumes da população infanto-juvenil que altera a nova realidade social das famílias, da sociedade e do Estado.

Atualmente as crianças e os adolescente fazem parte dos interesses do mercado e do desenvolvimento, sendo perceptível o investimento feito para incrementar o mercado infantil, criando modos infalíveis de venda e consumo de produtos tais como: marcas famosas de roupas e calçados infanto-juvenis, brinquedos específicos para as diversas faixas etárias, equipamentos eletro-eletrônicos, incluindo celular, notebook, videogame, e até linhas automotivas específicas.

Desta forma se desenvolvem adultos em miniatura e o mercado infantil contribui para o capitalismo pós-moderno tendo em vista que as crianças e adolescentes são

consumidores em potencial e que seus pais e responsáveis estão equitativamente relacionados com o desenvolvimento consumerista do referido capitalismo.

Nesta concepção pretende-se demonstrar o direito do desenvolvimento associado ao direito da criança e do adolescente, os quais devem permitir a inserção da criança e do adolescente como integrantes do sistema capitalista e dos interesses da sociedade; no entanto deve-se garantir que esses cidadãos que compõem o crescimento humano necessário, encontram-se protegidos integralmente devido a condição de maior vulnerabilidade ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além disso, o provimento adequado e a tutela efetiva e concreta dos direitos e garantias constitucionais e infra-constitucionais conferidos a criança e ao adolescente permitem a aplicação de todas as espécies de ações pertinentes à defesa dos direitos e interesses infanto-juvenis, representando a efetividade da tutela jurídica processual de todos os direitos e interesses consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

1.0-Notícia Histórica do Direito da Criança e do Adolescente

No Brasil as crianças e os adolescentes desvalidos, órfãos, abandonados, negligenciados, maltratados, violentados e delinqüentes receberam assistência durante séculos e coube esta responsabilidade aos diversos segmentos sociais e políticos, desde a Igreja, até as instituições filantrópicas. É pertinente relembrar que nessa visão apenas as crianças e os adolescentes em situação de risco social necessitavam de cuidado e suporte da sociedade, do Estado e da Justiça, e por contraponto, as crianças e os adolescentes que possuíam família, classe social elevada, e estrutura educacional e de saúde não necessitavam da atenção e amparo do Estado. Por motivos equivocados como esse torna-se necessário abordar por quantas mãos passaram as crianças e os adolescentes brasileiros ao longo da história.

No período colonial, a Igreja e o Estado prestavam conjuntamente assistência à infância por intermédio da burocracia dos representantes da Igreja Católica e da Corte. Os jesuítas cuidavam das crianças indígenas visando retirá-las do paganismo e disciplinã-las nos costumes cristãos, como casamento monogâmico, confissão, perdão dos pecados, medo do inferno. A conversão das crianças em futuros súditos do Estado português exercia influência decisiva na conversão dos adultos às estruturas sociais e culturais importadas. (RIZZINI; PILOTTI, 2009, p. 17).

No período feudal, os jesuítas perderam o poder político e material nas missões indígenas, foram expulsos e a escravidão dos índios foi proibida. No entanto as crianças negras escravas continuaram nas mãos dos senhores feudais, que tinham a opção de mantê-las até os 14 anos, ressarcindo os gastos com elas, mediante trabalho gratuito até os 21 anos. É importante mencionar que o abandono de crianças, escravas ou não, era uma prática bastante freqüente até meados do século XIX, mesmo nos países civilizados. (RIZZINI; PILOTTI, 2009, p. 18).

Na Idade Média, a relação entre pai e filhos se caracterizava por profundo respeito e inteira reverência, sendo o pai para eles pessoa sacrossanta, e qualquer falta, rebelião, injúria e negligência em relação ao pai era legitimamente punida pelo próprio pai ou pela justiça pública. A família cumpria sua função reprodutiva, assegurava a

transmissão da vida, de defesa e assistência estreitando os laços afetivos entre pais e filhos e também incentivavam a aprendizagem das crianças. (PEREIRA, 2009, p. 83).

Destacadamente a autora supracitada menciona que a partir do século XVIII, na Europa, a iniciativa de levantamentos demográficos da população incluindo crianças abandonadas e prostitutas tornou-se um fator de considerável importância influenciando na história da proteção infanto-juvenil. Nessa época o discurso da igualdade e da felicidade de Rousseau demonstrava preocupação com a criança e o poder dos pais, partindo da idéia de família como única sociedade natural.

No Brasil, o século XVIII foi marcado pela estrutura política de proteção e acolhimento dos "enjeitados", ou seja, dos recém nascidos deixados em lugares públicos. Os neonatos e lactentes deixados nas rodas dos expostos eram alimentados por amas-de-leite alugadas mediante pequenas pensões. As rodas surgem como entendimento entre as Câmaras Municipais e as Santas Casas de Misericórdia, inicialmente a carioca e a soteropolitana, com recursos doados por benfeitores ou decorrentes de contratos com a "Misericórdia", passando-lhe a administração dos expostos mediante pagamento. (PEREIRA, 2009, p. 89).

O asilo de órfãos, abandonados ou desvalidos, que fugiam do controle da família e atingiam a ordem pública tornou-se uma prática do século XIX no Brasil, e propiciava o incentivo à educação industrial aos meninos e educação doméstica às meninas. As instituições eram mantidas por ordens religiosas, auxiliadas por donativos e pelo poder público. Assim a prática de recolher crianças em asilos propiciou a constituição da cultura institucional de assistência ao menor, perdurando até a atualidade. (RIZZINI; PILOTTI, 2009, p. 20).

O recolhimento, ou a institucionalização, pressupõe a segregação do meio social, o confinamento, a contenção espacial, o controle do tempo e a submissão à autoridade, isto em nome do disciplinamento interno, da preservação do desvio de conduta e reeducação dos "degenerados".

Irma Rizzini (1990, p. 80) em detalhado trabalho de pesquisa a respeito da "Assistência à infância na passagem para o século XX: da repressão à educação", focaliza sobretudo o conflito entre as forças da caridade e da filantropia, comparando a disputa econômica e política pela dominação sobre o pobre.

Assim a filantropia surge para dar continuidade à obra de caridade, mas sob uma nova concepção de assistência baseada na reintegração social. A caridade reage às tendências filantrópicas argumentando que se distanciam da religiosidade. Neste ínterim o Estado passa a intervir criando projetos, leis e instituições que integrarão o projeto de assistência social como política social a ser seguida nacionalmente.

É importante mencionar que na passagem do século XIX para o XX juristas defendiam em congressos internacionais o ideal de um novo direito com participação ativa da Europa, Estados Unidos, América Latina, onde relevasse a reeducação em detrimento da punição dos menores. (RIZZINI; PILOTTI, 2009, p. 22).

Nessa época o interesse pela questão da criança e do adolescente infrator decorria do crescimento da criminalidade entre os menores tendo em vista o consequente

crescimento populacional, a concentração de atividades urbanas, o trabalho infantil e o desenvolvimento econômico. A violência no ambiente de trabalho expunha as crianças e os adolescentes aos maus tratos dos patrões e operários adultos. A partir disso consolidou-se a Justiça e Assistência para os menores viciosos e delinqüentes que deveria encaminhá-los para as casas de correição ou as colônias correcionais, daí as crianças e adolescentes passaram para as mãos dos tribunais e reformatórios.

A partir de 1902, o Poder Público criou os "Institutos Disciplinares" destinados a correção e recuperação de jovens delinqüentes, até então tratados como adultos nas hipóteses de envolvimento criminal. Estes institutos eram divididos em duas seções onde a primeira destinava-se aos maiores de nove anos e menores de catorze; e também os maiores de catorze processados por vadiagem, em cumprimento a sentença do juiz de direito. A segunda seção recebia os menores entre nove e catorze anos, que eram encaminhados por autoridades policiais, mas que não cometiam crimes eram apenas pequenos mendigos, vadios, viciosos e abandonados. Após o período de adaptação os menores da segunda seção eram encaminhados às frentes de trabalho agrícola. (DI PRIORE, 1999, p. 223-225).

Observa-se como análise comparativa que durante o século XIX a assistência prestada pelos asilos preocupava-se, predominantemente, com a moral, enquanto no século XX percebe-se o crescimento em importância das perspectivas econômica e política da assistência, muito embora a formação moral se mantivesse.

O Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, consolida a legislação menorista, ou Código de Menores, denominando-a Código Mello Matos. Tal código utilizava comumente a terminologia menor delinqüente e menor abandonado, além de atribuir ao direito penal às questões criminais que envolvessem menores.

Depois de décadas de debate e anteprojetos o meio jurídico substitui o Código de Menores de 1927, pelo Novo Código de Menores de 1979 que passa a utilizar a denominação de menor em situação irregular, e tem noção de criança marginalizada como patologia social. Assim caberia ao Juiz de Menores intervir na irregularidade desde a privação de subsistência e omissão dos pais, até a autoria de infração penal.(RIZZINI;PILOTTI, 2009, p. 28).

O Código de Menores de 1979 abrangia os casos de abandono, a prática de infração penal, o desvio de conduta, a falta de assistência ou representação legal e deste modo possuía controle social da infância e da adolescência permitindo que o judiciário responsabilizasse a família, a sociedade e o Estado nos casos de omissões dos direitos básicos da criança e do adolescente (ISHIDA, 2009, p. 5).

Na década de 1980 iniciou-se grande mobilização popular e diversos segmentos da sociedade civil organizaram-se na luta pela garantia de direitos às crianças e aos adolescentes. Esta reivindicação dos direitos de cidadania decorria da Assembléia Nacional Constituinte, que traria a reforma da Constituição Federal (CF) de 1988, e a partir daí a introdução da redação definitiva do artigo 227 da CF/88, no qual foram declarados os Direitos Fundamentais da criança e do adolescente.

O Direito brasileiro estabeleceu novo paradigma em relação à população infanto-juvenil a partir da titularidade de direitos estabelecida pela Constituição Federal, e sobretudo

com a entrada em vigor da Lei nº 8.069 de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, havendo expressiva mudança de discurso teórico, político e jurídico do direito da criança e do adolescente no Brasil.

2.0- A Efetividade do Direito da Criança e do Adolescente na Contemporaneidade

Se a história constitucional brasileira pode se vangloriar da presença permanente da Declaração de Direitos e Garantias Individuais do Cidadão, a Constituição de 1988, além de enumerá-los, exaustivamente, no art. 5º, introduziu na Doutrina Constitucional a declaração especial dos Direitos Fundamentais da Infanto-Adolescência, proclamando a Doutrina Jurídica da Proteção Integral e consagrando os direitos específicos que devem ser universalmente reconhecidos. (PEREIRA 2009, p. 19)

A locução "proteção integral" é auto-explicativa, sendo indicada com finalidade política do Direito da Criança e do Adolescente que aplicou a partir da Convenção/89 a doutrina específica cujos princípios amparam, protegem, orientam e inspiram a prioridade absoluta, o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sobremodo a proteção integral infanto-juvenil.

No contexto jurídico atual, a efetividade do Direito da Criança e do Adolescente decorre da regulamentação da Constituição Federal de 1988, inspirada nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) que respaldam a composição infraconstitucional de apoio à criança e ao adolescente no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 no seu artigo 227 assegura e garante o cumprimento dos direitos e deveres do Direito da Infância e Adolescência expressando:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (p. 68).

A principal modificação ocorrida no Direito da Criança e do Adolescente é fruto da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, no dia 20 de novembro de 1989, cujos documentos antecedentes são: a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924, a Declaração sobre os Direitos da Criança pelas Nações Unidas de 1959, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estatutos e instrumentos pertinentes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem-estar da criança. (UNITED NATIONS CHILDREN' S FUND, 2009).

A Convenção/89 estabelece normas jurídicas universais para a proteção da criança, assim como lhe garante os direitos humanos básicos, incluindo-se aí a sobrevivência, o desenvolvimento e a total participação em empreendimentos sociais, culturais, educacionais e outros igualmente necessários ao seu crescimento e ao seu bem-estar individual. (BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 422).

O Brasil em 24 de setembro de 1990 ratificou na totalidade a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, e através da Lei nº 8.069/90 revolucionou o Direito Infanto-juvenil, adotando a doutrina da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente. Essa doutrina tem como referência a proteção de todos os direitos infanto-juvenis, que compreendem, ainda, um conjunto de instrumentos jurídicos de caráter nacional e internacional (LIBERATI, 2007, p. 13).

É pertinente ressaltar que o conteúdo da mencionada Convenção permeia pela adoção da política não discriminatória em relação à condição da criança e pode ser conferido no seu artigo 2º § 1 onde os Estados Membros comprometem-se a respeitar e garantir os direitos ali previstos e assegurarão a toda criança sujeita à sua jurisdição, sem discriminação de qualquer tipo, independente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica, ou social, fortuna, impedimentos físicos, nascimento ou qualquer outra condição. (BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 404).

A doutrina da proteção integral assegura o direito universal às crianças e aos adolescentes, não sendo exclusividade dos menores, caracterizados como infratores, mas a universalidade deve abandonar os conteúdos manifestamente discriminatórios que considerava como criança, apenas o filho legítimo; e o menor, o infrator que necessitava de iniciativas caritativas, filantrópicas, correcional-repressivas, assistencialistas e paternalistas de atendimento ou acolhimento registrados na antiga história de desproteção.

A doutrina da proteção integral, referida por Costa (1982) considera que o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude como reconhecimento da vulnerabilidade deverá ser a condição *sine qua non* para a adoção de políticas públicas específicas para promoção e defesa de seus direitos.

Cury, Paula e Marçura (1999, p. 19) complementando o disposto sobre a doutrina da proteção integral relatam que o fundamento principal é a concepção de que a criança e o adolescente são sujeitos de direito, frente à família, à sociedade e ao Estado. Deste modo rompem-se os ideais de que sejam simples objetos de intervenção do mundo adulto, agora são titulares de direitos comuns, e especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

A legislação contemporânea impõe a proteção especial do Estado em razão da condição em desenvolvimento da criança e do adolescente, aliada a valorização do vínculo familiar como facilitador natural de tal desenvolvimento. Assim é válido mencionar que se responsabilizam os pais, tutores, e responsáveis legais na forma de Direitos e Deveres elencados nos artigos 3º e 18º §1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1979), em comum acordo com o ordenamento jurídico interno vigente (Lei nº8069/90).

Através desse instrumento legal de defesa, a criança deve ser tratada como interesse público, e o propósito do constituinte originário e da legislação infraconstitucional é incumbir tanto a família, quanto a sociedade e o Estado a relevante tarefa de assegurar todos os direitos e deveres da criança e do adolescente, considerando sua condição de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

Indubitavelmente o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no seu artigo 6º menciona que se levarão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (PINTO, WINDT, CÉSPEDES, 2009).

Aplicando a interpretação do artigo 6º tem-se como objetivo o respeito: aos fins sociais da Lei, às exigências do bem comum, aos direitos e deveres individuais e coletivos, à condição de peculiaridade da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

A expressão fins sociais demonstra a intenção do legislador de permitir que se deve acompanhar os fenômenos sociais, para que se perceba as contribuições da vida cotidiana no direito infanto-juvenil.

As exigências do bem comum correspondem ao ideal de justiça e o acesso à justiça através da rede de proteção integral, de modo a contribuir com a cidadania da criança e do adolescente.

O respeito aos direitos e deveres individuais e coletivos pode ser interpretado a partir da definição de respeito que no sentido jurídico descrito por De Plácido e Silva (2005, p. 124) "é o tratamento atencioso, a própria consideração que se deve manter nas relações com as pessoas respeitáveis, seja pela idade, por sua condição social, pela ascendência ou grau de hierarquia em que se acham colocadas".

Segundo Rivera (2005, p. 97) "a trilogia liberdade-respeito-dignidade é o cerne da doutrina da proteção integral, espírito e meta do estatuto, e nesses três elementos cabe à dignidade a primazia, por ser o coroamento da construção ética estatutária".

O respeito, como direito fundamental da criança e do jovem, vincula a sua condição de ser dependente de outras pessoas, por isso abrangem os direitos e deveres individuais e coletivos.

Destacando o direito individual de ser (dar e receber afeto, atenção), direito de personalidade (identidade e imagem pessoal, integridade moral, física e psíquica), direito à honra, direito de família (sucessão, herança), direito de propriedade alerta-se contra a idéia que a criança e o adolescente não são mais objetos jurídicos, mas sujeitos de direito porque desde a concepção estão salvaguardados seus direitos.

Quanto ao direito coletivo elas têm direito fundamental ao respeito e a liberdade de idéias e crenças, de costumes e hábitos, incluindo o respeito aos horários de refeição, higiene, sono, vigília, brincadeiras e estudo. O direito à liberdade física de locomoção também deverá ser garantido o que não significa deixar a criança e o adolescente sem amparo, desprotegido. A liberdade de ir e vir orientada é a autentica liberdade do infante

ou jovem inexperiente, sendo alcançada por meio da educação e da convivência familiar equilibrada, onde a autorização dos pais ou responsável é essencial.

É dever de a coletividade velar pela dignidade da criança e do adolescente abrangendo a responsabilidade ativa, objetiva, que envolve desde a tomada de decisões até as conseqüências de seus atos ao representá-los. Assim a garantia deve ser prerrogativa de segurança legalmente firmada, onde a responsabilidade ativa envolve o ato voluntário em virtude do qual a pessoa se obriga a dar, fazer ou não fazer algo pela criança e pelo adolescente. (PEREIRA, 2009, p. 151).

Desta forma, não é exagerado dizer que o art. 18, ECA, é o ponto crucial da Doutrina da Proteção Integral, cujo fundamento está precisamente nessa "dignidade inerente que as pessoas em desenvolvimento partilham com todas as demais pessoas humanas". (RIVERA, 2005, p. 82).

A interpretação dada à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento sugere que a criança e o adolescente desconhecem seus direitos e deveres, e assim não têm condições de defesa própria, necessitando do zelo e cuidado da justiça, do Estado, da sociedade e da família. Cada fase do desenvolvimento biopsicosocial deve ser revestida de singularidade e completude relativa a condição que se encontram.

Os direitos fundamentais, relativos à criança e ao adolescente estão elencados dos artigos 7º a 69, do ECA, e relatam: o direito a proteção à vida e à saúde; o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; o direito à convivência familiar e comunitária; o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; o direito à profissionalização e à proteção no trabalho. Aplicando este instrumento de defesa mediante a efetivação de políticas sociais públicas permite-se o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência a toda e qualquer criança e adolescente.

Na análise dos direitos fundamentais é pertinente mencionar que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos inerentes à pessoa humana, e devem ser assegurados por todos os meios, com o fim de proporcionar-lhes o pleno desenvolvimento. Assim os instrumentos legais mais utilizados para garantir o exercício dos direitos fundamentais referentes à criança e ao adolescente aplicam-se através do mandado de segurança, do *habeas corpus* e da ação civil pública (LIBERATI, 2007, p. 21).

Mazzilli (1992, p.226) dá exemplos concretos de ações civis públicas propostas na área de proteção da infância e da adolescência tais como: contra a Fazenda Pública e os empregadores em geral, assegurando condições de aleitamento materno; contra a Fazenda Pública assegurando condições de saúde e educação; contra hospitais; contra empresas de comunicação; contra editoras; contra entidades de atendimento; contra os pais ou responsáveis; e de execução de multas.

Além disso, o artigo 212, ECA autoriza a aplicação de todas as espécies de ações pertinentes à defesa dos direitos e interesses infanto-juvenis, representando a "efetividade da tutela jurídica processual de todos os direitos e interesses consagrados no Estatuto". Grinover (2005, p. 712) refere que o sistema processual deve ser interpretado autorizando a conclusão da ação propiciando provimento adequado, tutela efetiva e concreta dos direitos materiais conferidos a criança e ao adolescente.

A igualdade na relação processual consiste na garantia de que as partes terão perante o judiciário as mesmas possibilidades de alegações e de produção de provas, e pressupõe também o direito a ampla defesa e o contraditório como garantia e direito fundamental previsto no artigo 5º, LV, CF assegurando a todo cidadão, inclusive a criança e o adolescente, os meios e recursos a ela inerentes. A presença obrigatória de advogado (art. 111, III, ECA), prevista no artigo 133, CF deixa de ser facultativa como ocorria no Código de Menores.

Diante das considerações acima o dever de cuidado objetivo, o qual se submete a criança e o adolescente é garantido tanto pela Constituição Federal quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e a conseqüência para sua inobservância pelos pais e responsável, está expressamente declarada no artigo 73, ECA que diz "a inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física e jurídica".

Oportunamente os direitos garantidos na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ao serem recebidos pelo §2º do artigo 5º da CF, prevêem que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", configurando desta feita *status* de direito fundamental em nosso sistema constitucional.

3.0- Meio Ambiente, Sustentabilidade e Crescimento Humano

A Constituição Federal não poupou esforços ao inserir no artigo 225, o direito à sadia qualidade de vida, com vistas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Recepcionado constitucionalmente como bem difuso, o meio ambiente é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, já que impõe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo.

Da proteção constitucional decorre, portanto, o direito de todos e o correspondente dever de preservação do bem ambiental difuso, o que certamente inclui o ar atmosférico, a água – compreendida a água doce dos rios, mares e oceanos como águas salgadas – e o solo.

Além disso, toda a vida no planeta, aí incluem-se aves e animais de todas as espécies, bem como a espécie humana – homens, mulheres, crianças e fetos – têm assegurado o direito que têm como fim maior a qualidade sadia de vida, a partir de um ambiente (este em que estão inseridos todos) equilibrado ecologicamente.

Daí decorre a essencialidade do meio equilibrado à sadia qualidade de vida, colocando o legislador constituinte tais bens numa conexão direta e correlatamente indispensável, gerando uma prejudicialidade recíproca e imprópria, por certo.

Ora, se o meio não estiver ecologicamente equilibrado não será sadia a qualidade de vida e, por outro lado, se a qualidade de vida não será sadia se o equilíbrio ecológico do ambiente encontrar-se comprometido.

Por certo, os estudos do Direito Ambiental representam parte da preocupação social, que se reflete no ordenamento jurídico brasileiro, do que se chama de movimento ambientalista, que ganha espaço e relevância a partir de seus laços 'na realidade humana que o produz e alimenta', apoiado em bases científicas, envolvendo além das Ciências Naturais, políticos, economistas, sociólogos, profissionais do Direito (BENJAMIN, 1993, p.10).

Como princípios gerais do Direito Ambiental tem-se: 1º) Princípio do Direito à sadia qualidade de vida, destacando a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, na Declaração de Estocolmo/72; assegurado, também, na sessão de Estrasburgo, em 4.9.97, ao afirmar que "todo ser humano tem o direito de viver em um ambiente sadio"(DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, 1972) .

A qualidade de vida difere da mera sobrevivência, o que se traduz no trabalho feito, anualmente, pela Organização das Nações Unidas – ONU, ao elaborar a classificação dos países em que a qualidade de vida é medida, pelo menos, em três fatores, que são a saúde, educação e produto interno bruto'.

O Decreto 3.321/99, promulgou o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, chamado "Protocolo de São Salvador", concluído em 17.11.88, que prevê em seu artigo 11 que "1. Toda pessoa tem direito de viver em ambiente sadio e a dispor dos serviços públicos básicos; 2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente." É a mesma a expressão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que decidiu no caso López Ostra, no sentido de que 'atentados graves contra o meio ambiente podem afetar o bem-estar de uma pessoa e privá-la do gozo de seu domicílio, prejudicando sua vida privada e familiar.'

4.0- Crescimento Humano e Desenvolvimento

Em apertada síntese, o crescimento econômico é definido tradicionalmente como o aumento da capacidade produtiva da economia, não podendo ser confundido com o desenvolvimento propriamente dito.

Para que o desenvolvimento seja real é necessário a presença dos dois fatores do crescimento, sendo um econômico e o outro humano e, portanto, o aumento da produção de bens e serviços ou mesmo a aceleração econômica, definida pelo índice de crescimento anual do Produto Nacional Bruto, (PNB) não representa, isoladamente o crescimento humano e, consequentemente, também não representa, isoladamente, o desenvolvimento pleno. As oportunidades sociais pretendidas pelos indivíduos, cidadãos, podem modificar e edificar seu próprio destino, tendo como variáveis as chamadas condições dos agentes livres e sustentáveis, que tenham liberdade, incluindo seus direitos básicos como cidadãos para alçarem seu vôo (SEN, 2000).

Essencial, pois, não se confundir crescimento ou expansão com desenvolvimento enquanto efetiva realização de possibilidades sociais, do exercício da cidadania, aí incluindo os fatores essenciais à vida humana em sociedade como os cuidados com a saúde e a manutenção da mesma a partir do meio em que se vive, educação – o que

inclui o acesso às escolas – , aumento da expectativa de vida, alimentação, empregabilidade, lazer, resultando no chamado índice de desenvolvimento humano – IDH, favorável e positivo em dado lugar e em determinada época (PNUD).

5.0-Instrumentos de Proteção ao Direito da Criança e do Meio Ambiente

A preocupação com o meio ambiente ganhou relevância em todas as áreas, permeando, assim, outros ramos do Direito, merecendo destaque a protecão da criança e do adolescente, despertando a consciência e a importância do tema para a prevenção, combatendo a degradação, a destruição, com vistas a preservação dos recursos naturais para gerações presentes e futuras.

A exigência da proteção jurídica do meio-ambiente é decorrente da situação 'sufocante' de degradação da qualidade de vida, que possa ser detectada em vários fatores como o esgotamento de recursos de água potável, desaparecimento das espécies, destruição da camada de ozônio, multiplicação dos depósitos de lixo tóxico e radioativo, efeito 'estufa', erosão de solos férteis, devastação do patrimônio ecológico, artístico e cultural (BENJAMIN, 1993, p. 11).

Com a Constituição Federal de 1988 o Direito ao meio ambiente, assim tomado o bem difuso a ser protegido, veio expressamente assegurado no artigo 225, ao prever o Direito de todos ao "meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações" (SMANIO, 2001, p.286).

Decorre da proteção constitucional que o meio ambiente é bem comum de toda humanidade, para as presentes e futuras gerações e, considerando sua essencialidade, cabe ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo, impondo o caráter de evitar-se qualquer situação que possa modificar o equilíbrio do meio ambiente e a qualidade de vida sadia.

Foram estabelecidas três concepções fundamentais no âmbito do Direito ambiental, com a previsão do artigo 225, ao indicar o Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de todos, ao estabelecer a natureza jurídica dos bens ambientais como sendo de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida e, ao impor tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defender e preservar os bens ambientais para as presentes e futuras gerações (FIORILLO, 1995, p. 185).

A proteção e preservação ao meio ambiente, insculpida em nossa Constituição está no mesmo sentido da Declaração sobre o ambiente humano realizada na Conferência das Nações Unidas de Estocolmo, que assim prevê (ESTOCOLMO, 1972):

"O homem tem o Direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras.A esse respeito, as políticas que promovem ou perpetua o apartheid, a segregação social, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira permanecem condenadas e devem ser eliminadas. Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas

dos ecos sistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequados. Deve ser mantida e, sempre que possível, restaurada ou melhorada a capacidade da Terra de produzir recursos renováveis vitais. O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio representado pela flora e fauna silvestres, bem assim o seu habitat, que se encontram atualmente em grave perigo, por uma combinação de fatores adversos. Em conseqüência, ao planificar o desenvolvimento econômico, dever ser atribuída importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres"(p. 123).

Tomado em toda sua amplitude, o conceito de meio ambiente e, conseqüentemente de sua proteção jurídica, vale dizer, do ramo do Direito que desse bem se ocupa, o Direito ambiental denota como um sistema de proteção a bens e interesses, que dizem respeito à vida e saúde dos seres vivos e do seu *habitat* (ROCHA, 1999, p.130).

Trata, assim, nossa Constituição Federal, da vida, saúde e das relações humanas com esses bens, tendo por referência a preservação do planeta e das espécies, sobretudo humana, a tudo relacionando-se o meio ambiente, que com esses se confundem, abrangendo, além da proteção propriamente dita, os princípios que norteiam todas essas relações, como se depreende dos artigos 5º, inciso LXXIII, 20, inciso II, 23, 24, 91, parágrafo 1º, III, 129, inc. III, 170, inc. VI, 173, par. 5º, 174, par. 3º, 186, inc. II, 200, inc. VIII, 216, V, 220, par. 3º,, II, 231, par. 1º, além do próprio 225 (CUNHA, 1999, p. 49).

A partir da função de lei fundamental destinada à Constituição Federal, à qual cabe traçar "o conteúdo e limites da ordem jurídica" tendo-o feito quanto ao meio ambiente com a proteção referida, também decorrem suas garantias ao bem ambiental difuso, estabelecidas constitucionalmente como verdadeiras regras quanto à sua preservação (MILARÈ, 2001, P.227).

Tais regras referem-se à defesa, ao conferir ao cidadão, através da ação popular, legitimidade para sua propositura, tendo por objeto anular ato lesivo ao meio ambiente, dispondo com isso, a "mais ampla garantia de proteção ambiental, uma vez que qualquer cidadão pode pleitear em juízo a defesa do meio ambiente"(NERY; FIORILLO; ABELHA, 1996, p.30).

A segunda, refere-se à defesa através do inquérito civil e da ação civil pública, atribuindo ao ministério público a promoção de ambos os instrumentos, visando à proteção do meio ambiente, com o dever constitucional de zelar pela sua proteção, encontrando-se, assim, balizada a proteção ambiental pelos princípios constitucionais e legais do Meio Ambiente, bem como por aqueles norteadores da Política Nacional do Meio Ambiente.

São, assim, chamados de princípios globais aqueles do artigo 225, vale dizer, da Política do Meio Ambiente, os da:.obrigatoriedade da intervenção estatal (caput e parágrafo 1º); prevenção e precaução (caput e, v.g., par. 1º, IV, com exigência de EIA/Rima); . princípio da informação e da notificação ambiental (caput e parágrafo 1º; VI); .educação ambiental (caput e parágrafo 1º; VI); . participação (caput); . poluidor pagador (parágrafo 3º); .responsabilidade das pessoas física e jurídica (parágrafo 3º); . soberania dos Estados para estabelecer sua política ambiental e de desenvolvimento com

cooperação internacional (parágrafo 1º, art. 225, c/c normas constitucionais sobre distribuição de competência legislativa); . eliminação de modos de produção e consumo e da política demográfica adequada; . princípio do desenvolvimento sustentado referente ao Direito das integrações (caput).

São tratados como princípios constitucionais e legais do Meio Ambiente, o da obrigatoriedade da intervenção estatal, artigo 225, caput e parágrafo 1º, e artigo 2º, da Lei 6.938/81; e o princípio da prevenção e da precaução, expresso igualmente no artigo 225, da Constituição Federal, caput, e parágrafo 1º, inciso IV, e também, art. 2º, da Lei 6.938/81.

Referentemente à obrigatoriedade da intervenção estatal, o Poder Público tem o dever de defender e preservar o meio ambiente, assegurando, todavia, sua efetividade, vale dizer, deve dar-se a preservação efetiva e não meramente formal, no sentido de promover a ação governamental com o fim de manter e defender o equilíbrio ambiental e a qualidade sadia de vida.

Além disso, como "alicerce ou fundamento do Direito", os princípios gerais que informam o Direito ambiental brasileiro, têm também apoio em declarações internacionais, em que tais princípios formam e orientam a geração e a implementação deste ramo do Direito, como sistema de proteção ao bem ambiental (MACHADO, 2002, P. 45)

O conceito de sustentabilidade encontra-se inserido na relação entre as atividades humanas e sua dinâmica e a biosfera, com suas dinâmicas, geralmente mais lentas. Essas relações devem permitir a continuidade da vida humana, para que possam os indivíduos satisfazer suas necessidades com o desenvolvimento das diversas culturas humanas, de modo tal que as variações provocadas à natureza das atividades humanas estejam entre certos limites, de maneira a não destruírem o contexto biofísico global.

As novas teorias do desenvolvimento sustentável e da economia ecológica põem-se diante de um novo paradigma: não mais uma economia baseada somente sobre dois parâmetros, quais sejam o trabalho e o capital, mas uma economia ecológica que reconhece a existência de três parâmetros, que são o trabalho, o capital natural e o capital produto do homem.

6.0 Apresentação de caso que envolve trabalho infantil e agressões ambientais

Nos fins do século XX destacaram-se uma série de negociações internacionais acerca da preservação ambiental global e debates sobre um outro modelo de desenvolvimento que não o modelo clássico baseado em crescimento econômico, apenas. Em 1972, atendendo a uma solicitação do Clube de Roma, os colaboradores do MIT – Massachussetts Institute of Technology, calcularam pela primeira vez, os "limites do crescimento" e advertiram contra os riscos de um crescimento exponencial do consumo dos recursos naturais, bem como da população mundial, verificando a diminuição da biodiversidade, e a ligação entre as atividades humanas e as conseqüências no clima mundial além da degradação aos recursos naturais renováveis ou não renováveis.

Nesse sentido destacamos alguma atividade humana que tenha detectado agressão ambiental, além do sacrifício humano, além de suposições relevantes da constatação do trabalho infantil, como demonstra o Relatório para o Direito Humano ao Trabalho:

A Relatoria Nacional para o Direito Humano ao Trabalho reuniu-se com os/as trabalhadores/as residentes na área do Engenho Meia Légua para discutir os casos apresentados na denúncia pela CPT/PE. Segundo relato dos/as trabalhadores/as residentes no Engenho ora citado, há 16 famílias de trabalhadores/as rurais morando na área, onde também trabalham. A maior parte dos/as trabalhadores/as trabalha na propriedade desde os 12 anos de idade, fator que configura o costume dos proprietários em utilizar-se da mão-de-obra infantil, promovendo o descumprimento da legislação nacional e dos mecanismos internacionais dos quais o Brasil é parte. Há quinze anos, os/as trabalhadores/as estão trabalhando sem percepção de salários, recebendo apenas vale-compras, os quais só lhes permitem adquirir gêneros alimentícios na mercearia de um indivíduo chamado Jairo, que só fornece cereais aos/as trabalhadores/as. A compra da carne é obrigatoriamente realizada na mercearia da esposa do Jairo. Ambos estipulam o preço que julgam necessário às mercadorias, o que induz os/as trabalhadores/as ao endividamento progressivo. Os/as trabalhadores/as não têm frutas e verduras inseridas em sua dieta alimentar, o que já desencadeia uma alimentação deficiente no tocante aos valores nutricionais indicados à alimentação diária.

7.0- Considerações Finais

Nesta oportunidade enfatiza-se o notável avanço do Direito brasileiro decorrente da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação contemporânea e efetiva no cuidado e amparo infanto-juvenil.

A doutrina da proteção integral contida no ECA é a base dos direitos fundamentais da criança e do adolescente salvaguardando sua condição de cidadão em desenvolvimento biopsicosocial integrando a população economicamente ativa.

A responsabilidade e o compromisso completam a necessidade que haja respeito as crianças e adolescentes para que a partir disso eles possam assumir suas titularidades de direitos próprios, não obscurecendo sua condição de maior vulnerabilidade, de prioridade absoluta, e de pessoas em desenvolvimento, sendo diferenciado o tratamento em face da família, da sociedade, do Estado e da Justiça.

Outros valores da realidade social contemporânea devem ser destacados nas relações humanas: a singularidade, a proteção, a tolerância, a paciência, a celeridade, a dedicação convocam os legisladores e aplicadores do Direito da Criança e do Adolescente a identificá-los na convivência com a criança e o adolescente, incorporando em seu cotidiano de decisões, a mais benéfica e efetiva para assegurar o cuidar e a proteção integral que tanto almejam a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

O crescimento humano e econômico são essenciais e indissociáveis para a realização efetiva do desenvolvimento, possibilidade real da ação afirmativa da proteção integral da criança e do adolescente, com vista ao cumprimento e aplicação do ECA e da Politica Nacional do Meio Ambiente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é regido, precipuamente, pelo chamado princípio da proteção integral da criança, o que significa que em toda e qualquer situação o que se sobrepõe, ou seja, o mais importante, é a proteção total, integral da criança. A sobrevivência e o desenvolvimento das regiões, dos países, fez o ser humano lutar incansavelmente por tudo que julga adequado, apropriado, necessário e, muitas das vezes, compatível com a realidade que o cerca, não podendo, todavia, dispor da vida e segurança da criança e do meio ambiente como recurso natural indispensável à própria vida para presentes e futuras gerações.

Com a proposta de uma reflexão mais atenta para os elementos básicos necessários à vida, como a própria Terra, faremos uma digressão breve sobre os temas integrados que norteiam o MEIO AMBIENTE E O CONSUMO, inseridos num contexto social contemporâneo.

A educação é a base, o alicerce, a mola propulsora dos comportamentos, atitudes e, consequentemente das relações humanas inseridas na sociedade. Em razão disso, a situação atual de nosso Planeta, portanto, a vida na Terra em nossos dias, é retrato de mais de uma época do que fizeram muitas gerações passadas, continuamente.

Com isso, quer-se acreditar que não é por acaso – certamente não é – o aquecimento da Terra, a escassez da água, a poluição dos rios e mares, as enchentes catastróficas que engolem cidades e estados, entre outras ocorrências da natureza que põe-se a gritar. Ter a consciência que os recursos naturais são finitos – até mesmo os renováveis – é necessário para educar, orientar as crianças, jovens e adultos, que estão sobre a Terra.

Sem isso, com vontade de usufruir incansavelmente, ou seja, no afã de que no dia seguinte tudo se renovará como num passe de mágica, esperando da natureza uma produção acelerada como no tempo da grande Revolução Industrial, e que pudesse dar-se como aquela Natural, árvores, verdadeiras florestas, mangues, rios e mares estariam refeitos e toda e qualquer agressão.

Sim, porque o ser humano precisa alimentar-se, vestir-se, progredir, alcançar lugares de destaque, ser melhor – sempre! – que o outro, dirigir veículos potentes e inusitados, aviões, habitar grandes palácios, em toda a parte.

Educar é construir algo para além disso; certamente romper as próprias barreiras conscientizando-se de que a vida humana no Planeta depende de todos e, quanto a isso o crescimento humano será necessário.

Referências

ASSIS, Simone Gonçalves de. Crianças e adolescentes violentados: passado, presente e perspectivas para o futuro. *Caderno de Saúde Pública*, v. 10, supl. 1 Rio de Janeiro, 1994.

ASSIS, Simone Gonçalves de; CONSTANTINO, Patrícia. Violência contra crianças e adolescentes: o grande investimento da comunidade acadêmica na década de 90. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (organizadora). *Violência sob o olhar da saúde:*

infrapolítica da contemporaneidade brasileira. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 2003, p. 163-189.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. *Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão*. Coord. Antonio Herman V. Benjamin. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1993, p. 10.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Mini-código de direitos humanos.* São Paulo: Juarez de oliveira, 2008, p. 399-439.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Assistência à Saúde. *Notificação de maus-tratos contra crianças e adolescentes pelos profissionais*: um passo a mais na cidadania em saúde. Normas e Manuais Técnicos. Série A, n.167. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

CASTRO, Dagmar Silva Pinto de. *Construção de um saber e responsabilidade social na psicologia:* o conselho tutelar em foro. Tese de Doutorado em Psicologia - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2002.

CAVALCANTI, Maria de Lourdes Tavares. Prevenção da violência doméstica na perspectiva dos profissionais de saúde da família. *Ciência e Saúde Coletiva.* v. 4, n.1, 1999, p.193-200.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS, Suécia, junho de 1972.

CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Versão em Português para as Nações Unidas. Disponível em: <http://www. unicef/ boes.org/um/porun- c. html. > Acesso em: 13 de agosto de 2009.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. Municipalização: possibilidade ou realidade. *Cadernos CBIA*, n. 2, Rio de Janeiro: [s.e.],1982.

CUNHA, Belinda Pereira da. *Antecipação da tutela no Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p.49 e 55.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado.* 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico* (atualizado por Nagib Slaibi Filho; Gláucia Carvalho). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DEL PRIORI, Mary. *História das Crianças no Brasil.* São Paulo: Contexto, 1999.

DESLANDES, Suely Ferreira. O atendimento às vítimas de violência na emergência: prevenção numa hora dessas? *Ciência & Saúde Coletiva.* v. 4, n. 1 Rio de Janeiro: [s, e,], 1999, p. 81-94.

DOMENICO, Eliana Galvão Dias de. *Infrações administrativas nos estatuto da criança e do adolescente.* Dissertação de Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2000.

FIORILLO. In “A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos”. *Ação civil pública – Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p.185.

FIORILLO; NERY, Rosa; ABELHA, Marcelo, *In Direito Processual Ambiental Brasileiro*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1996. p. 30.

GOMES, Romeu. Da denúncia à impunidade**:** um estudo sobre a morbi-mortalidade das crianças vítimas de violência. *Caderno de Saúde Pública.* 1998, p. 301-311.

GOMES, Romeu *et al*. A abordagem dos maus-tratos contra a criança e o adolescente em uma unidade pública de saúde. *Ciência e Saúde Coletiva.* V. 7, n.2, 2002, p. 275-283.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado (Coords. Cury, Amaral e Silva, Méndez). São Paulo: Malheiros, 2005.

ISHIDA, Válter Kenji. *A infração administrativa no estatuto da criança e do adolescente.* São Paulo: Atlas, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da Criança e do Adolescente.* 2. ed., São Paulo: Rideel, 2007.

_____. *Direito à Educação:* uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINS, Christine Baccarat de Godoy. *Violência contra menores de 15 anos no município de Londrina, Paraná:* análise epidemiológica de suas notificações. Tese de Doutorado em Saúde Pública - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 45.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Ação civil pública no estatuto da criança e do adolescente. In: *Estatuto da Criança e do Adolescente:* Estudos sociojurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MILARÉ, Edis. *In Direito do Ambiente*. 2ª ed. Sào Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 227.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. O significado social e para a saúde da violência contra crianças e adolescentes. In: WESTPHAL, Márcia Faria (org). *Violência e criança.* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (USP); 2002, p. 95-114.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente:* uma proposta interdisciplinar. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2009.

PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade Mecum.* Obra coletiva da Editora Saraiva 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIVERA, Deodato. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. (Coords. Cury, Amaral e Silva e Méndez). São Paulo: Malheiros, 2005.

RIZZINI, Irma. A assistência à infância na passagem do século XX: da repressão à reeducação. *Revista Fórum Educacional*, 1990, p. 80.

RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco. *A arte de governar crianças.* 2 ed. São Paulo: Cortez, 2009.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. "Reparação de danos ambientais". *Revista de Direito Ambiental* n. 19. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 130.

SCHERER, Edson Arthur; SCHERER, Zeyne Alves Pires. A criança maltratada: uma revisão da literatura. *Revista Latino-americana de Enfermagem*, v. 8, n. 4, Ribeirão Preto: [s. e.], 2000, p. 521-531.

SILVA, Roberto. *A Construção do Estatuto da Criança e do Adolescente.* In:Âmbito Jurídico. Disponível em: < http:/ www.ambito-juridíco.com.br> Acesso em: 8 de agosto de 2009.

Smanio, Gianpaolo Poggio "A tutela constitucional do meio ambiente". *In Revista de Direito Ambiental*, n. 21, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, 286-290.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND – UNICEF. *Convenção internacional sobre os direitos da criança,1989.* Innocenti Report Card; Disponível em: <www.unicef-icdc.org>. Acesso em: 5 de agosto de 2009.

WHO - World Health Organization. *Preventing Violence – a guide to implementing the recommendations of the World Report on Violence and Health.* Geneva: WHO; 2004. Disponível em: <http://www.who.int/gb>. Acesso em: 20 de julho de 2009.

MASS MEDIA E INCLUSÃO SOCIAL DE GÊNERO: UM ESPAÇO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA CULTURA EMANCIPATÓRIA E DEMOCRÁTICA*

MASS MEDIA AND SOCIAL INCLUSION OF GENDER: A SPACE FOR THE CONSTRUCTION OF EMANCIPATING AND DEMOCRATIC CULTURE

Sheila Stolz

RESUMO

O Instituto Internacional de Investigação e Capacitação das Nações Unidas para as Mulheres – UN/INSTRAW, em seu Relatório de 2005, alerta para a acentuada reprodução nos meios de comunicação social de estereótipos do que as sociedades assumem como "feminino e masculino", manifestados em imagens sexistas e que contribuem para a manutenção das desigualdades de gênero. Diante do que enfatizam, entre outros autores, LOURO, HALL e BOURDIEU, é através da cultura manifestada em diversas instâncias sociais, como a família, mídia e escola que se estabelecem as relações interpessoais e as significações compartilhadas do ser mulher. Como instância social, a mídia exerceu e continua exercendo, uma profunda e decisiva orientação na vida sócio-política-cultural de toda sociedade e, como tal, constituem-se em um importante instrumento de formação/configuração social de gênero. Se realmente as representações estéticas das mulheres difundidas pela mídia são as únicas responsáveis por criar padrões de corpos de mulher que passam a ser socialmente exigidos e que diferem substancialmente, dos corpos reais – fazendo com que as mulheres estabeleçam, sob a imposição dos olhares e das reações dos outros, relações fundamentalmente de invasão e exclusão dos seus próprios corpos –, ou se são elas próprias, as mulheres, que deixam submeter-se aos padrões estereotipados sem questioná-los, trata-se de uma problemática que demanda, indubitavelmente, investigações de caráter transdisciplinar, tendo em vista as inúmeras variáveis desta questão. Partindo das concepções teóricas feministas e da (des)construção do conceito de gênero, buscar-se-á compreender porquê a aparência corporal é fundamental na constituição da identidade, discutindo ademais, a relevância sócio-jurídica dos meios de comunicação social de massa tornarem-se difusores de uma imagem pluralista e promotora do respeito à diversidade estética e de gênero existentes nas sociedades democráticas contemporâneas, essencialmente multiculturais e heterogêneas.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS. GÊNERO. POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL. MASS MEDIA. DEMOCRACIA

ABSTRACT

The United Nations International Research and Training Institute for the Advancement of Women – UN/INSTRAW, in its 2005 Report alerts to the accentuated reproduction in the social media of stereotypes of which societies assume as "female and male",

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

shown in sexist images and which contribute for the maintenance of inequality of gender. In view of what they emphasize, among other authors, LOURO, HALL and BOURDIEU, and through the manifested culture in several social segments, such as family, media and school where the interpersonal relationships are established and are shared the significances of the woman being. As social segment, the media has exerted and continues to do so, a profound and decisive orientation in the social, political and cultural life of the entire society and, as such, constitute themselves in an important tool of social formation/configuration of the gender. If truly the esthetics representations of women spread by the media are the only responsible for creating patterns of women bodies which start to be socially required and, which differ substantially, from the real bodies- making women establish, under the imposition of views and from the reactions of others, relationships fundamentally of invasion and exclusion of their own bodies-, or if the women let themselves submit to the stereotyped patterns without questioning. This is about a problematic which requires, undoubtedly, transdisciplinary investigation, having into account the countless variables of this issue. Starting from theoretical feminists conceptions and from (des)construction of the concept of gender, thus, the aim is to understand why the corporal appearance is fundamental in the constitution of identity, discussing also, the social and legal relevance in the social media of mass which has become a diffuser of a pluralist image and promoter of respect to esthetic diversity and gender in the nowadays democratic societies, essentially multicultural and heterogenic.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL. GENDER. PUBLIC POLICIES OF SOCIAL INCLUSION. MASS MEDIA. DEMOCRACY

1. Introdução

O Instituto Internacional de Investigação e Capacitação das Nações Unidas para as Mulheres - UN/INSTRAW, em seu Relatório de 2005, referente ao progresso na aplicação da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim[1], alerta para a acentuada reprodução nos meios de comunicação social de massa - MCSM de estereótipos do que a sociedade global e suas distintas culturas assumem como "feminino e masculino", manifestados em imagens identificadamente sexistas e que contribuem, desta forma, para a manutenção das desigualdades entre homens e mulheres. Neste sentido, convém recordar, conforme nos ensina Hall (1997), que os significados que compartilhamos na cultura, não são constantes, fixos, nem pré-existem como coisas no mundo social, são sim produções que constantemente se modificam e que se manifestam em diversas instâncias sociais, como a família, a mídia e a escola[2], circulando, consequentemente, através de diferentes processos ou práticas culturais[3] e em distintos campos de saberes, como a psicologia, a educação e o Direito. E, como ratifica Silva:

Tais significados inscrevem diferentes marcas nos corpos, moldam e regulam as percepções, os gestos, os sentimentos, os valores, as crenças, os hábitos, as maneiras de ser, de perceber a si e aos demais, e de agir como mulher ou homem [...] (2008, p.91).

Assim, reconhecemos que os meios de comunicação social de massa - no que concerne especificamente a este ensaio a imprensa, o rádio, a televisão, a *internet* e as novas tecnologias de informação e comunicação - exercem na atualidade e têm exercido desde muito tempo (corroborando com a constatação do Relatório de 2005 da UN/INSTRAW), uma profunda e também decisiva orientação na vida social, política e cultural de toda e qualquer sociedade e, como tal, constituem-se em um importante instrumento de formação e configuração social de gênero.

Portanto, e como muito bem ressalta Young, "[...] as questões de gênero e sexualidade deveriam ser analisadas como questões de justiça [...]" (1997, p.95), posto que, o discurso da justiça constitui-se, segundo esta autora (1990, p.15), em um discurso que faz referência, entre outros aspectos, a injustiça, a dominação e a opressão institucionalizadas.

Neste contexto, onde convivemos com "antigas" e novas tecnologias de informação e comunicação de massa, o acesso aos bens simbólicos converteu-se em um requisito indispensável à gênese do comportamento individual e coletivo. Ademais, o fato de que os meios de comunicação possibilitam o incremento das relações interpessoais - tanto em âmbito local como em escala planetária - é mais um elemento que requer que o seu acesso e uso sejam para além de democrático, ético. Não obstante, como é notório, tanto em nível local como global, os meios de comunicação são controlados por monopólios econômicos transnacionais e/ou por elites locais, circunstâncias que limitam não só o exercício do direito de cidadania e livre expressão, mas também o acesso a uma informação diversificada e plural, particularmente no que tange às mulheres, cujas ações, interesses e movimentos não são devidamente reconhecidos e potencializados nas notícias e anúncios veiculados nos *mass media*[4].

Outrossim, vivemos numa época de exacerbado culto ao corpo, que impele as mulheres a uma infindável exposição a riscos graves à sua saúde como, por exemplo, a submissão à dietas milagrosas - de injeção de drogas e medicamentos - e/ou de operações cirúrgicas modeladoras e transformadoras do seu corpo em busca de um padrão de beleza produzido e ditado socialmente como desejável. Sendo que os MCSM exercem um relevante papel na criação, reforço e difusão de estereótipos, oferecendo majoritariamente ao espectador/consumidor uma representação de mulher "ideal", que costuma ser "branca, jovem e delgada"[5], bem como objeto de interesse e produto de consumo para muitas mulheres. Convém advertir, seguindo Louro que:

Reconhecer-se numa identidade supõe, pois, responder afirmativamente a uma interpelação e estabelecer um sentido de pertencimento a um grupo social de referência. Nada há de simples ou de estável nisso tudo, pois essas múltiplas identidades podem cobrar, ao mesmo tempo, lealdades distintas, divergentes ou até contraditórias. [...] Essas muitas identidades sociais podem ser, também, provisoriamente atraentes e, depois, nos parecem descartáveis [...] (2001, p.12).

Nesta conjuntura, conhecida e vivenciada por muitos, cabe o seguinte questionamento: Serão os MCSM, através da programação e da publicidade que veiculam, a principal causa ou o espelho da produção desta representação social de mulher?

Podemos começar respondendo a esta pergunta recorrendo a um exemplo bastante paradigmático: a conhecida enfermidade chamada de Transtornos de Conduta Alimentar - TCA. Estes complexos e graves transtornos afetam a milhares de mulheres e, em particular, àquelas mais jovens que se submetem à dietas suicidas para perder peso, em busca de uma identidade/padrão valorizada socialmente. Alguns especialistas acusam e responsabilizam os MCSM e a publicidade veiculada pela *indústria da beleza, em seus diversos segmentos - de* alimentação, farmacêutico, de moda, de produtos de higiene e beleza... - por difundirem modelos estereotipados de "ser mulher", que corroboram decisivamente ao desencadeamento de inúmeras doenças (marcadamente os transtornos alimentares). Se realmente os modelos difundidos pelos meios de comunicação são os únicos responsáveis por estas e outras situações referentes a impactos na saúde e na auto-estima da mulher, ou se são elas próprias, as mulheres - pressionadas por si mesmas e o seu meio - que se deixam submeter aos padrões estereotipados sem questioná-los, trata-se de uma problemática que demanda, indubitavelmente, investigações de caráter multi e transdisciplinar, tendo em vista as inúmeras variáveis constituintes desta questão.

Partindo-se das abordagens realizadas no âmbito do Projeto de Pesquisa ***Discutindo a categoria gênero: um olhar social, histórico e jurídico sobre "o lugar" das mulheres na contemporaneidade*** (realizado junto ao Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio Grande - NUPEDH/FURG), buscar-se-á o compreender e sopesar porquê a aparência corporal é fundamental na constituição da identidade e respectivo reconhecimento de ser mulher, discutindo o papel que ocupam os MCSM no que concerne a imagem feminina e as representações sociais de gênero, correlacionando os protótipos anunciados nos *mass media* e a conseqüente violação de direitos humanos e fundamentais que provocam. Indicaremos ademais, que a aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e do arcabouço legal vigente, podem ser instrumentos úteis para reverter os males causados pela discriminação estética e de gênero vigentes na atualidade brasileira.

2. Estado de Direito, Democracia e MCSM

2. 1. Aclarando conceitos e concepções

Na conhecida obra "*Notas sobre Derecho y Lenguaje*", Carrió aponta a estreita vinculação entre o fato de que os operadores jurídicos empregam a linguagem como uma ferramenta de trabalho, e os conseqüentes problemas que advém da utilização dos termos que integram esta linguagem[6] e que condicionam, em grande medida, os acordos e desacordos existentes na seara jurídica. Afirma Carrió que:

[...] quem se vale de uma palavra desvinculando-se do significado usual que em contextos análogos ela recebe, ou escolhe como único aceitável um dos significados atuais excluindo os outros, corre o risco de que os demais não o entendam, ou o entendam de forma equivocada caso não torne explícita a estipulação ou se ela não resulta do contexto (1990, p. 95).

No que se refere à noção de *democracia* pode-se dizer que, além de ambígua, ela é de uma frondosidade conceitual ímpar residindo aí à dificuldade de uma categorização simples e definitiva da mesma. Pode-se argüir, portanto, que o conceito de democracia é um conceito essencialmente controvertido (*essentially contested concept*). Ditos conceitos, de acordo com Gallie (1965)[7], - habitualmente utilizados nas ciências humanas e sociais - caracterizam-se pelos seguintes contornos[8]:

1) por ter uma forte carga valorativa;

2) por fazer referência a realidades que também são valoradas tanto positiva como negativamente;

3) por possuir uma estrutura interna complexa, composta de distintos elementos a partir dos quais se conforma uma entidade que recebe uma determinada valoração;

4) porque os elementos configuradores da entidade não possuem entre eles uma hierarquia pré-determinada, circunstância que permite perspectivas distintas sobre o conceito;

5) por possuir um caráter eminentemente aberto, sendo sua importância e aplicabilidade variável de acordo com o contexto.

Não entraremos aqui na contenda que questiona o interesse teórico-prático da definição apresentada por Gallie, posto que acreditamos que o que importa de tal definição, é a compreensão de que existem conceitos cuja natureza mesma requer, tanto no âmbito jurídico como da filosofia política, constantes debates sobre o seu correto uso seja por sua complexidade, seja porque possuem uma forte carga emotiva, seja porque adquiriram outras conformações fruto de novos contextos histórico-sociais.

Acrescenta-se a esta constatação, o fato de que no âmbito do Direito as dimensões ideológicas e axiológicas assumem um extraordinário protagonismo. Todos estes condicionantes exigem, conseqüentemente, uma aproximação reflexiva sobre as definições e conceitos elaborados, já que uma parcela substancial dos debates e controvérsias persistentes gira em torno precisamente de conceitos essencialmente controvertidos.

Terminados estes esclarecimentos iniciais, e com base nas advertências realizadas, passamos a dar seqüência à discussão a que nos propusemos no início deste ensaio.

Muito se fala sobre o papel dos MCSM como instrumentos aptos a garantir a democracia e o aperfeiçoamento das típicas instituições do Estado de Direito, mas será que os MCSM têm realmente cumprido essa função? Para responder a essa pergunta, faz-se imprescindível, em um primeiro momento, especificar de quê concepção ou concepções de democracia estamos tratando para depois poder estabelecer suas interfaces com a mídia priorizando, para tanto, alguns de seus componentes mais imediatos como, por exemplo, a discussão sobre as liberdades de expressão e de imprensa e sua interconexão com os Direitos Humanos.

Já conscientes das advertências que previamente foram feitas, um ponto essencial a ser enfrentado consiste em encontrar um conceito de democracia minimamente compartilhado. Se nos remetermos à etimologia da palavra democracia: *demos* (povo) e *kratos* (governo-poder), esta parece ser uma tarefa simples. Neste sentido, democracia é o governo-poder do povo. Não obstante a relevância da definição etimológica, ela nos diz muito pouco quando pensamos em nossas heterogêneas e complexas sociedades. Como adverte Lively (1990, p. 8) se a democracia é o governo-poder do povo, cabe indagar-se que constitui o governo e que é o povo? Em outros termos, é necessário definir que é o povo e também estabelecer os critérios de pertencimento dos indivíduos na categoria povo, bem como definir como se organiza o governo (poder) em seu âmbito funcional-instrumental. No terreno dos chamados modelos de democracia, surgem, só a título de exemplo, as perguntas: 1) como funcionam; e/ou, 2) como devem funcionar as democracias? Como todas estas indagações são cruciais no debate sobre a democracia, é bem verdade que elas foram capazes de gerar uma infinidade de bibliografia. Sem embargo, uma forma de delimitarmos o modelo de democracia que trataremos a seguir é circunscrevê-lo ao âmbito da democracia liberal. Reconhecendo as limitações deste *paper*, podemos começar demarcando as características mais importantes de um sistema liberal que são:

1) A liberdade: certamente este é o conceito mais representativo dentro do liberalismo clássico, acentuando-se sua importância como valor basilar do constitucionalismo, sobretudo o estadunidense. Em um conspícuo trabalho sobre o tema, argumenta Dahl (1989, p. 88-91) que a liberdade em sua relação com a democracia possui as seguintes conotações: liberdade geral e liberdade de autodeterminação e autonomia moral.

2) A propriedade: a concepção mais compartilhada entre os teóricos liberais clássicos (John Locke e Adam Smith, por exemplo), considera que a propriedade é um direito natural. Não obstante esta máxima não seja mais defendida por muitos autores contemporâneos - dado que a igualdade é considerada um Direito Humano limitador da propriedade -, alguns teóricos (entre eles, Snare, 1972) ressalvam que, no âmbito do liberalismo, a propriedade é, em certa medida, uma guia norteadora do conteúdo das normas jurídicas precisamente porque as relações estabelecidas entre o liberalismo político, a democracia liberal e o capitalismo sempre foram bastante pródigas[9].

Como as concepções de democracia adquiriram natureza e amplitude distintas e, por vezes, antagônicas - dependendo de quem a interpreta e explica -alude Held (1996) a existência de 12 diferentes modelos de democracia e, precisamente por esta amplitude de concepções plausíveis de democracia, acreditamos ser suficiente delimitar[10] o enfoque sobre a democracia liberal a duas grandes concepções de democracia que

podem ser denominadas de: *minimalista* ou *procedimental* e *maximalista* ou *substantiva*. Dentro de cada uma delas existe, ademais, uma pluralidade de conceitos. No que segue, identificaremos de forma concisa os pressupostos, elementos e funções de cada um destes grandes blocos de concepções.

A obra "*Capitalism, Socialism and Democracy*" de autoria de Schumpeter (1942), revisitada por Przeworski (1999) costuma ser considerada um marco canônico dos fundamentos da democracia procedimental. Não obstante, dado a complexidade da mesma, empregaremos a concepção de democracia mínima, desenvolvida e defendida por Bobbio (2000), como aquela que apresenta um conjunto de regras que: 1) são capazes de expressar quem está a cargo do Poder e, como tal, autorizado a tomar as decisões coletivas; e, 2) sob que procedimentos. Segundo Bobbio, se existem regras capazes de contestar estas questões, existe, consequentemente, uma democracia mínima. A identificação da democracia como método consegue abarcar os diferentes perfis que pode adquirir a democracia, sempre, é claro, que este perfil não invalide sua natureza e seus valores congregados em um conjunto de pressupostos básicos:

1. participação política do maior número de indivíduos que estejam interessados em fazer parte da vida política;

2. regra da maioria - compreendida como o critério central para a toma de decisões políticas - que se coaduna e respeita os direitos das minorias;

3. garantia dos direitos de liberdade e livre informação, considerados fundamentais para que os cidadãos e cidadãs possam optar por diferentes programas políticos e governantes que se alternarão no poder;

4. pluralismo político;

5. eleições regulares, imparciais e suficientemente indefinidas quanto aos resultados eleitorais;

6. controles e contrapesos entre os três poderes do Estado.

Os pressupostos apresentados por Bobbio o fazem um firme defensor do marco legal que acompanha um sistema democrático, dado que este permite, a juízo do autor, neutralizar as arbitrariedades, os autoritarismos, os totalitarismos e/ou qualquer forma de poder Estatal que se apresente com o intuito de restringir as liberdades. A principal função da democracia constitui-se, portanto, em assegurar a liberdade dos indivíduos frente à prepotência do Estado. Um dos principais problemas desta concepção é que pode levar-nos a pressupor que uma vez estabelecida à democracia procedimental, a comunidade política terá resolvido todos os seus problemas. Outro ponto nefrálgico, expressado por Bobbio, diz respeito à opacidade ou falta de transparência quanto às ações do Poder Estatal que podem levá-lo a governar para mais além dos anseios da vontade popular.

A concepção substantiva de democracia que passamos a esboçar tem como ponto de partida os estudos de Diamond (1999), para quem a democracia liberal deveria ser a realização concreta de um exercício de coerência e deliberação em prol da inclusão de outros elementos ao conjunto de pressupostos básicos da democracia procedimental.

Para o autor, o controle do Estado e de suas respectivas decisões, constitui um dos componentes específicos da democracia liberal, opinião também manifestada por Touraine (1996) quando afirma que nenhum princípio tem uma importância tão central na idéia democrática como o da limitação do Estado, que deve respeitar em suas ações e políticas aos direitos fundamentais. A estes requisitos, somam-se, de acordo com o seu entendimento (1999, p. 11-12), a efetiva participação dos grupos minoritários com independência dos interesses ou das práticas que sustentem; a existência de diversos canais de participação cidadã e que sejam adicionais aos partidos políticos existentes; o acesso a diversas fontes de informação por parte dos cidadãos/cidadãs; o direito a liberdade em suas distintas facetas: de crença, religião, opinião, ideologia, discussão, expressão, publicação, reunião e petição; a igualdade política dos cidadãos/cidadãs independentemente de seus recursos financeiros e econômicos; a efetiva proteção das liberdades individuais e de grupo por parte de órgãos judiciais independentes e não discriminatórios; a proteção dos cidadãos/cidadãs contra detenções arbitrárias, exílio, tortura e intromissões arbitrarias por parte dos órgãos do Estado ou de forças não estatais organizadas. Estes componentes implicam outro mais: nos casos em que a autoridade política encontra-se limitada e sua ações são balanceadas e ponderadas, os direitos individuais e das minorias protegidos e o Estado de Direito efetivamente assegurado, a democracia requer uma Constituição - ou seja, uma norma suprema de salvaguarda de direitos, princípios e valores -, e de onde, conclui o autor, que "as democracias liberais são e devem ser democracias constitucionais" (1999, p. 12).

As vinculações realizadas com mediação da Constituição entre a democracia, os princípios constitucionais e a garantia dos Direitos Humanos caracterizam a democracia substancial. Entende-se por democracia substancial as articulações estabelecidas entre o liberalismo político e a tradição democrática (no que diz respeito à organização das democracias liberais), com outro fator decisivo: o social - fator este que se bem autônomo, conecta-se com o componente democrático (em maior medida) e com o componente liberal (em menor medida) -. A presença do componente social supõe uma re-situação dos anteriores e uma nova complexidade organizativa e de processos de decisão, já que o sistema político deve agora alcançar um novo equilíbrio fundamentado na compatibilidade prática das distintas racionalidades: liberal, democrática e social. Assim, nas democracias liberais-sociais ocidentais, impõe-se a idéia de que sem uma dimensão substancial que promova o acesso dos cidadãos/cidadãs a uma série de bens e serviços sociais públicos - que por muito tempo foram privilégios de uma determinada camada social - bem como a eliminação da dependência fática e material daqueles que se situam abaixo de certos limites sócio-econômicos, carece totalmente de sentido a lógica democrática (Heller, 1985). A dimensão maximalista da democracia supõe, também, a criação de espaços para a participação popular e cidadã com o conseqüente respeito por identidades e culturas diversas. Em definitiva, esta concepção de democracia requer o incremento de políticas públicas de distribuição de riquezas e de inclusão social, desafios prementes que enfrentam, entre outras, as democracias latino-americanas.

Nota-se que até o momento não foram tratadas, por nenhum dos teóricos da democracia citados, as relações que se estabelecem ou que podem vir a se estabelecer entre a democracia e os MCSM, circunstancia que decorre do fato de que este tema ainda é abordado de forma superficial na teoria política[11]. Apesar das claras deficiências existentes no debate intelectual e político sobre ditas a relações, essa é uma tendência que vem se transformando nos últimos anos. Keane (1991), por exemplo, ressalta que a

luta por uma mídia democrática é um projeto em curso sem soluções definitivas. Depois de explicar o quanto os MCSM são importantes na construção da opinião pública, Sartori (1998) critica de forma incisiva o que chama de informação e educação realizadas através da imagem televisiva, argumentado que a exposição constante à televisão - focada centralmente no uso da imagem -, provoca a diminuição na capacidade de compreensão e de discussão de conceitos abstratos representando sérios problemas para a democracia e às atividades políticas.

Neste diapasão, argumenta Bourdieu (1997), que à consolidação de uma democracia efetiva possui co-relação com a manutenção e garantia de um espaço equânime conferido pela mídia aos diferentes atores sociais, circunstancia que notadamente não se verifica na atualidade.

2. 2. A Trajetória da Regulação dos MCSM no Brasil e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Ainda que não seja nossa intenção realizar neste *paper* uma análise detalhada dos instrumentos normativos que tratam da regulação dos MCSM, pensamos ser conveniente trazer a colação alguns breves subsídios sobre o tema.

Uma das principais características da regulação dos *mass media* decorre do fato de a figura do Estado - através do Governo federal - original e historicamente sempre centralizou o poder de concessão e/ou proibição de funcionamento das empresas de comunicações. A mencionada centralização Estatal aparece no primeiro ato normativo do setor - o Decreto 20.047, de 1931 (regulamentado pelo Decreto 21.111, de 1932), permanecendo no mais relevante inalterada por mais de meio século, até que em 1991 se estabelece uma nova política de licitações nas concessões públicas de comunicação.

Ao analisar a história da implantação das comunicações no Brasil, Ribeiro (2001) relaciona os distintos elementos que contribuem para uma relação mais ou menos próxima entre as empresas de comunicação e os agentes políticos, a saber:

1. O sistema de concessões públicas.

2. O controle oficial das cotas de papel e outros insumos básicos à comunicação.

3. Financiamentos, isenções fiscais e subsídios.

4. Fiscalização governamental das atividades de comunicação.

5. Publicidade governamental.

Não há dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 acenou com avanços consideráveis no que concerne à regulação dos meios de comunicação social de massa, estabelecendo, por exemplo, o estímulo à produção independente e regionalizada, a promoção da cultura nacional e regional e as restrições de publicidade ligada a produtos prejudiciais à saúde. Contudo, a inexistência de uma legislação que regulamente esses dispositivos constitucionais, acaba por atribuir aos avanços constitucionais o mero papel

de postulados teóricos, sem a respectiva força de aplicação legal. Não obstante estas circunstancias, no que concerne a imagem da mulher vinculada nos MCSM, é necessário reconhecer que alguns novos e importantes avanços ocorridos são frutos da atuação vigilante da sociedade civil organizada - em particular através de ONGs e dos movimentos de mulheres - e do Ministério Público, ainda que a maioria das ações públicas impetradas acabem sendo frustradas, dado a inexistência de políticas públicas de controle do que se difunde em ditos meios, *verbi gracia*, o famoso caso envolvendo a cervejaria Skol e a ONG Observatório da Mulher. Em 2006, na campanha publicitária "Musa do Verão" da cervejaria Skol - amplamente divulgada nos meios televisivos -, aparece no material publicitário uma mulher loura e magra, de biquíni, que, depois de ser clonada como uma garrafa de cerveja, passa a ser distribuída entre os homens. A ONG Observatório da Mulher recorreu ao Ministério Público de São Paulo que instaura um Inquérito Civil Público. A Ambev, detentora da Skol, a princípio acenou que assinaria um Termo de Ajustamento de Conduta, mas como não houve acordo no concernente ao conteúdo do Termo, a empresa acabou abandonando o diálogo.

Resultado diferente obteve-se na denúncia impetrada em 2003 pelo Cladem-Brasil, uma rede latino-americana de ONGs, contra a cervejaria Kaiser que colocou em circulação as bolachas de chope que diziam "Mulher e Kaiser: especialidades da casa". Por força de um Termo de Ajuste de Conduta com a Promotoria de Defesa do Consumidor de São Paulo, a cervejaria Kaiser foi obrigada a fazer anúncios de contra-propaganda em jornais e revistas de circulação nacional, além de financiar seminários em cinco regiões do País para reparar os danos à imagem da mulher.

Com base nos exemplos supracitados, consideramos crucial a aprovação de leis que tornem obrigatórias a execução dos ditames constitucionais e das declarações de Direitos Humanos que o Brasil é signatário, seja como forma de contraposição a lógica econômica e mercadológica que norteia as ações da mídia através da ampliação de sua responsabilidade social, seja como forma de atender às necessidades sociais, aos interesses públicos e aos valores éticos e que devem nortear a sociedade brasileira segundo a Constituição Federal[12].

Antes de concluir esta seção, cabe retomar as imagens de mulher transmitidas pelos comerciais de cerveja citados anteriormente, pois, o simples fato de que ainda se vinculem este tipo de protótipos reforça o entendimento de que, todavia, se perceba e aceite sociamente à plena disposição dos corpos femininos como se objetos de consumo e de embelezamento do entorno se tratassem, demonstrando, ademais, o quão pouco as mulheres são valorizadas e reconhecidas como sujeitos de direitos autônomos e com vontade própria. Neste sentido, convém recordar que de acordo com o art. 1º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - "Convenção de Belém do Pará" (1994) - entende-se por violência contra a mulher "[...] *qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada"*. Entre os direitos elencados por essa Convenção o artigo 6º estabelece que o direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros: "[...] *a) o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação; e b) o direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação*".

Ademais, para equilibrar a situação feminina, sugere a Convenção de Belém do Pará

que incumbe aos Estados a implantação de políticas públicas com vistas a fomentar o conhecimento e a proteção dos direitos femininos e o incentivo à modificação de fatores sócio-culturais de discriminação, indicando no art. 8º, "g", que cabe aos Estados incentivar os "[...] *meios de comunicação a que formulem diretrizes adequadas de divulgação, que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas as suas formas e enalteçam o respeito pela dignidade da mulher"*.

Nota-se neste dispositivo a intenção de se acordar com os meios de comunicação social a possibilidade, de *per se* plausível, de que em sua programação sejam incluídos, entre outros, valores que estimulem a igualdade feminina e diminuam a discriminação de gênero. No entanto, este mesmo dispositivo, também pode ser interpretado como uma obrigação para que os MCSM não aumentem a incidência de distintos tipos de violência contra a mulher ao impor ideais de beleza difíceis de serem alcançados, ou ao apresentar as mulheres apenas como objeto estético, de docilidade e/ou de submissão, perpetuando, por conseguinte, os estereótipos e os comportamentos pouco afeitos à igualdade de gênero.

Outros Tratados de Direitos Humanos também podem ser interpretados de forma a exigir maior respeito à imagem feminina e à igualdade de gênero. Entre eles, o Pacto de Direitos Civis e Políticos, que enfatiza, no artigo 26, a proibição de qualquer forma de discriminação, seja por motivo de "[...] *raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação"*. No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, no 10º princípio, estabelece que: "[...] *a criança gozará de proteção contra atos que possam suscitar discriminação racial, religiosa ou de qualquer outra natureza"*. Por "discriminação de outra natureza" entende-se também a discriminação de gênero e, neste caso, o que se pretende evitar é a transmissão daqueles estigmas prejudiciais à formação infantil capazes de perpetuar a discriminação de gênero.

Não estamos aqui, como alguns podem apressadamente imaginar, defendendo o cerceamento da liberdade de expressão e imprensa que possuem os meios de comunicação. Trata-se mais bem de ampliar a responsabilidade da mídia, exigindo que tais liberdades atentem e atendam às necessidades sociais. Em outros termos, que a mídia incluía em sua programação uma maior diversidade estética e de gênero, evitando a discriminação contra a mulher.

2. 3. O MCSM e as Políticas Públicas de Gênero

Ainda que a liberdade de expressão e imprensa sejam valores cruciais à democracia liberal-social, torna-se imprescindível questionar o que de fato representam, na atualidade, estes ideais. Podemos começar argumentando que a censura estatal-governamental nunca é uma ameaça definitivamente vencida, nem mesmo nas democracias liberais-sociais consolidadas; se bem, também seja verdade, que a censura encontra em espaços democráticos fortes obstáculos para instalar-se tanto no que diz respeito a existência de dispositivos constitucionais e legais limitadores, tanto como pela resistência oferecida pela opinião pública aos atos que apontam a alguma forma de censura.

Pois bem, se de um lado são necessários mecanismos regulatórios para banir a censura dos regimes constitucionais adotados pelas democracias contemporâneas - com o intuito de salvaguardar a liberdade de expressão e de imprensa -, de outro, e cada vez mais, também se torna evidente a necessidade de que se formularem marcos legais regulamentadores do exercício dessas liberdades. Primeiro, porque em um contexto em que o exercício das liberdades de expressão e imprensa se encontram frequentemente subordinados aos interesses do MCSM, nos deparamos, necessária e frequentemente, com restrições e ausências de opiniões e imagens diversificadas. Segundo, porque alguns atores sociais - em particular aqueles historicamente excluídos - encontram sérias dificuldades em obter espaços de visibilidade nos MCSM, permanecendo, portanto, alijados de um importante espaço público. Terceiro, porque muitos espaços que são concedidos a estes atores sociais acabam mais bem transmitindo imagens e opiniões depreciativas e/ou estigmatizantes.

Desta forma, o Direito Humano a uma comunicação ampla e plural, não passa de um direito limitado - restrição essa que, note-se bem, não deriva só e necessariamente de uma decisão político-empresarial dos controladores das empresas midiáticas, mas também é o resultado de falhas inerentes ao próprio sistema político -. Tendo clareza destes limites, não se pode deixar de afirmar que em um sistema democrático as liberdades de expressão e de imprensa não podem ser entendidas como se de uma mera liberdade negativa[13] se tratassem. Sendo assim, a liberdade de expressão e de imprensa se fortalece quando efetivamente associada ao direito positivo de participação na esfera pública, questão na qual a mídia ocupa um papel central. Desse modo, aumentar significativamente os pólos de produção e difusão da informação, elevando a diversidade de discursos na esfera dos MCSM, é um importante caminho para a democratização social.

A partir dessa perspectiva, portanto, fenômenos como a concentração da capacidade de difundir informações deve ser afrontada como uma ameaça tão importante à liberdade de expressão quanto à censura governamental. Situação que é particularmente crítica no que diz respeito à radiodifusão e a televisão, como bem demonstra a análise de Konder Comparato sobre esta questão quando afirma que nos MCSM "[...] apenas os detentores das licenças para exploração dos canais de radiodifusão possuem plena liberdade de manifestação do pensamento e de opiniões; os demais membros da coletividade, não". Resta-nos perguntarmos se a regulação democrática do conteúdo dos MCSM mais que indução a censura e restrição às liberdades de expressão e imprensa não representa, de fato, o exercício do pleno direito a voz, pensamento e opinião de todos os atores sociais?

De acordo com os defensores do pluralismo democrático[14], no que concerne às relações entre os atores sociais e a mídia, faz-se necessário que se rompa com a unilateralidade das relações entre os atores sociais e a mídia. Não obstante, para que este rompimento ocorra, devem ser satisfeitos alguns requisitos mínimos e substanciais de igualdade social para que efetivamente o conjunto de cidadãos possa ter voz pública e superar aquilo que Dewey denominou de "o isolamento do público dos aspectos políticos da vida social" (Dewey, 1954: 224). Em segundo lugar, argumentam os pluralistas, entre eles Thompson (1995, p. 240-43), que é imprescindível a equiparação de oportunidades de expressão, através de um *pluralismo regulado* de diversas organizações independentes da mídia, para que os diversos atores e grupos sociais

possam se beneficiar da publicização midiática. Neste sentido, a visibilidade midiática cria uma nova base reflexiva e recursiva para atores sociais. este espaço público serve não apenas para que os atores modifiquem suas estratégias de apresentação e suas práticas discursivas na esfera pública, mas também para conformar o modo pelo qual os sujeitos e os membros dos diversos grupos sociais se entendem a si próprios e a seus interesses legítimos.

3. S*er, perceber-se e atuar como mulher!*

Em sua clássica obra "*O Segundo Sexo*" Simone de Beauvoir nos brinda como uma das mais marcantes e representativas frases do movimento feminista: *"On ne naît pas femme, on le devient"*[15]*, e sendo que esta nova forma de analisar a situação da mulher considera os fatores sociais e culturais como capazes de gerar uma construção do que histórica e socialmente se entende por "ser mulher", propiciando, ademais, o surgimento do conceito de gênero*[16]*, acreditamos ser crucial buscar compreender a construção sócio-cultural existente na sociedade contemporânea ocidental e, em particular, na brasileira no que concerne às mulheres e suas implicações, tendo como foco as imagens femininas divulgadas pelos MCSM.*

Após séculos de uma divisão nítida e rígida dos papéis sociais destinados aos homens e às mulheres, e das inúmeras lutas em prol da libertação feminina tem-se, na contemporaneidade, a efetiva possibilidade de ruptura destas atribuições e funções previamente estabelecidas pelas normas sociais e de conduta e, como conseqüência, a quebra irreversível do paradoxo do masculino como oposto ao feminino. Surge, portanto, a necessidade de uma redefinição do "ser homem" e do "ser mulher", bem como do que isso representa e/ou pode vir a representar em nossas complexas, heterogêneas e multiculturais sociedades. A percepção de que a ordem social pode ser diferente daquela que o senso comum consolidou, auxiliando a gerar inúmeras mudanças na situação da estrutura social e familiar, acaba por emergir como fator propulsor da liberdade feminina. É imprescindível, porém, observar atentamente as características desta liberdade conquistada em forma de igualdade de direitos entre homens e mulheres, pois ainda são impostas às mulheres inúmeras e significativas limitações como aquela referente à dificuldade do engendramento de uma nova forma autônoma e eqüitativa da mulher ser, perceber-se e atuar dentro do corpo social, seja na vida privada ou pública.

Não se trata de minimizar as conquistas alcançadas pelo movimento feminista, mas de observar atentamente o uso que se fez, se faz ou se pode fazer dessas conquistas. A busca pela concretização material dos avanços formais como, por exemplo, o direito à igualdade jurídica entre homens e mulheres, ocorridos outrora deve aliar-se, como bem sinaliza Oliveira, à necessidade do "[...] primado da diferença sem hierarquia e sem ambigüidade [...]" (1991, p.15). Essa conquista do "lugar" do feminino não é algo simples ou já dado por muitas razões. Dentre elas, pode-se arrazoar, que ainda se vive em uma estrutura social eminentemente masculina, seja na esfera pública - onde os homens são majoritariamente aqueles que exercem os cargos de direção e poder - seja na esfera privada - onde as mulheres ainda continuam assumindo as funções consideradas tipicamente femininas ou configurando-se, nesta mesma esfera, vítimas da violência sexual e sexista. Em segundo lugar, a existência de novos e porque não dizer,

plurais papéis que a mulher vem sendo compelida a exercer de forma simultânea - a feminilidade transfigurada entre outras nas atividades do lar e maternais e as consideradas tipicamente masculinas e que envolvem o trabalho, o profissionalismo, a objetividade, a racionalidade e a competitividade.

Em suma, a situação complexa e cambiante em que se encontra a mulher do século XXI é fruto das rupturas tão bravamente alcançadas pelas mulheres no passado e que, apesar de se constituírem em conquistas positivas, não só geram novos desafios, mas também exigem a superação das velhas e ainda presentes atitudes patriarcais e arcaicas.

4. Corpo, subjetividade e Representações do Gênero Feminino nos MCSM

O aspecto exterior desempenha um papel importante para fixar e manter uma imagem de nós mesmos e, como tal, possui um significativo e considerável peso no que se refere à auto-estima e ao sentimento de segurança em si mesmo. Em se tratando de adolescentes e de indivíduos caracterizados por uma personalidade instável, o aspecto exterior e a imagem do eu, estão essencialmente atrelados ao modo como os demais reagem perante eles.

Historicamente, a imagem e a auto-estima das mulheres estiveram unidas, sobremaneira, a dois aspectos: à satisfação masculina e à sua inaptidão para o exercício de atividades úteis. Veja-se, por exemplo, o artigo publicado no Diario Popular de Pelotas em 1909):

A mulher d'aqui a 100 annos

Nos salões parisienses tem sido muito commentada a predicção da celebre cantora mme. Melba.

A grande artista, como se fôra uma pithonisa, declara que a belleza das mulheres será bem maior no dia em que as modas excentricas tenham desapparecido.

"Dentro de cem annos - disse mme. Melba - o typo mulheril que prevalecerá será quase perfeito. O maior uso das faculdades mentaes idealisará de alguma forma a mulher do futuro." A sua apparencia correra paralela á sua intelligencia. Haverá uma uniformidade no trajar, certa reserva nos modos, gestos e nas palavras: o orgulho e a affectação terão desapparecido."

"A sua emancipação, que, seguramente estará triumphante, não será um obstaculo para que ella conserve o amor no seu intimo. A mulher será sempre uma mulher...

E lembremo-nos que temos de esperar a frioleira de cem annos (!) para que todas as mulheres sejam formosas, boas, amáveis, intelligentes...

Oxalá bem antes a mulher procure ser amavel para com o sexo *forte*, desfazendo-se dos taes chapéos *cloche*, essa arreliante monstruosidade que tanto as afeia. Se ellas começassem por ahi, mas já, a obra que nos promettem para d'aqui a cem annos!...

O costume da **vendagem dos pés femininos - praticado na China, que provocava a deformação dos pés e respectiva dificuldade para caminhar - e a utilização do** *"corsé"* (corpete, espartilho) - utilizado na Europa, sobretudo, na França, durante o século XVIII, a fim de diminuir a cintura e avolumar as cadeiras e glúteos femininos que **causava além da** má formação de muitos órgãos internos, dificuldades para respirar - são outros exemplos que remetem à busca de um mesmo objetivo: a exigência imposta de transformação e modelagem do corpo feminino a um determinado padrão/modelo.

Não obstante a modernidade tenha proporcionado a conquista de um grau significativo de liberdade, atualmente milhares de mulheres espalhadas por todo o planeta, deflagram contra si mesmas, uma série de medidas modificadoras e agressoras do seu próprio corpo, algumas inclusive beirando a autodestruição. O corpo se converte, neste contexto, em um objeto ameaçador ao qual é necessário domesticar e mortificar com fins estéticos, algo que se pode considerar um típico paradoxo da contemporaneidade. A conquista da beleza parece ter-se democratizado e, nesta euforia coletiva, as mulheres não atentam ao fato de que estão sendo submetidas a um novo tipo de dominação e domesticação: a do culto ao corpo perfeito e uniformemente aceitável, como sinaliza Goellner:

Um corpo que, ao mesmo tempo que é único e revelador de um eu próprio, é também um corpo partilhado porque é semelhante e similar a uma infinidade de outros produzidos neste tempo e nessa cultura (2003, p.40).

Mas, por que as mulheres caem neste jogo?, ou, o que procuram provar se auto-flagelando?

As mulheres caem neste jogo muito provavelmente porque freqüentemente funciona, em nossa dinâmica social, o dispositivo de vinculação entre estereótipos e beleza, ou em outras palavras, o indivíduo bonito e delgado costuma ser identificado como aquele que obtém triunfo e êxito pessoal e profissional e, ao contrário, o indivíduo feio e obeso identifica-se majoritariamente com o indivíduo fracassado e incompetente. Como os estereótipos se constituem em um conjunto de crenças, de representações sociais sobre os atributos que caracterizam um grupo social e sobre os quais existe um acordo básico (LOSCERTALES, 2003, p.98), acabam, operando também, como um valor funcional e adaptador das condutas, servindo como modelos para categorizar e promover generalidades que permitem o conhecimento do mundo e o reconhecimento do outro. O corpo e a aparência externa são, portanto, eixos que dão dimensão aos estereótipos sobre mulheres. Deste modo, boa parte destes estereótipos culturais são gerados e/ou reforçados pelos MCSM, quando em sua programação proporcionam ao seu público-

alvo protótipos, isto é, figuras humanas ideais para serem admiradas, imitadas e com as quais é imprescindível que o individuo se auto-identifique. Ao fomentar modelos que influenciam na criação de identidades sociais, os MCSM reforçam e divulgam determinadas crenças e valores que podem robustecer estereótipos tradicionais e/ou criar novos estereótipos acerca de homens e mulheres.

Comumente, os protótipos que aparecem nas mídias dirigidas às mulheres são estimuladores de padrões de comportamento, convertendo-se na maioria das vezes em um veículo bastante eficaz no aporte de mensagens diretas ou subliminares sobre a feminilidade e a masculinidade e, em outras tantas, em um veículo pouco ou nada idôneo para formar e aperfeiçoar condutas cidadãs. Nos estereótipos televisivos, por exemplo, a figura da mulher adota elementos relacionados com a beleza, a casa e ao cuidado da família, costumando apresentar-se como um pessoa passiva e muito agradável, não obstante, algumas vezes, ela também aparece em espaços reservados tradicionalmente ao sexo masculino - neste caso, a mulher em foco costuma "ter boa aparência e ser esbelta".

Mas será que os MCSM são tão eficazes, persuasivos e poderosos, a ponto das mensagens recebidas pelos indivíduos serem sempre e inquestionavelmente assimiladas de forma uniforme, direta e acriticamente?

Indubitavelmente, os MCSM exercem um imenso poder de persuasão, no entanto, desconsiderar que elementos de tipo pessoal, familiar e social podem ser obstáculos a uma assimilação acrítica equivale a subestimar a autodeterminação individual. A aceitação ou não de uma mensagem, imagem e/ou produto depende de um complexo processo em que fatores de ordem psicológica e social também desempenham um especial protagonismo.

4. Conclusão

Iniciamos este ensaio analisando algumas concepções de democracia com o intuito de indicar o papel que cabe ser desempenhado pelos MCSM em uma sociedade democrática. Logo após, examinamos a contribuição de alguns Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a própria Constituição Federal de 1988 no que tange a regular a liberdade de expressão e imprensa e a respectiva veiculação de imagens discriminatórias da mulher. Mencionamos, ademais, as conquistas históricas do feminismo e a sua luta por igualdade, para chegarmos à constatação de que, atualmente, é amplamente difundida a idéia de que a mulher é "maltratada" pelos meios de comunicação social de massa e sua publicidade, parecendo ser indiscutível que esta realidade simbólica possui correspondência com a realidade cotidiana/objetiva, onde as mulheres seguem lutando por eqüidade ao mesmo tempo que aceitam, paradoxalmente, muitas "escravidões" relacionadas à produção de seus corpos.

Este contexto complexo e em constante mutação, característico da contemporaneidade, faz com que por vezes mudanças sociais significativas ocorram sem que o Direito lhe dê a devida importância ou sem que os operadores jurídicos realizem uma análise

aprofundada de tais aspectos. As repercussões sócio-culturais dos temas aqui abordados são de difícil mensuração, ainda que de uma grandeza inegável, sobretudo, no que concerne a respostas concretas que o sistema jurídico de um Estado de Direito Democrático deve dar. Se as mulheres, neste movimento de construção e reconstrução de suas identidades e papéis são forçadas a uma busca por desmistificações de estereótipos e conquistas de seus próprios paradigmas, elas estão também diante de mais um dos muitos obstáculos que caracterizam as relações de gênero.

O corpo feminino mais do que servir aos interesses do discurso mercadológico e socialmente construído, precisa buscar sua plena e livre expressividade. Somente desta forma, a mulher, enquanto pessoa humana, será capaz de alcançar sua integral dignidade. E é esta plenitude do respeito aos limites do eu, d@ outr@ e d@s outr@s, que torna possível a construção de uma individualidade coesa e harmônica, independentemente de questões sexuais e características particulares de cada corpo. É também a salvaguarda, a promoção e o respeito pelos Direitos Humanos e fundamentais que viabiliza a construção de uma cultura emancipatória e democrática.

Referências Bibliográficas

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**. 7 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

ANDI. Mídia e Políticas Públicas de Comunicação. Brasília, 2007.

BEAUVOIR, Simone. **El segundo sexo**. Tradução de Pablo Palant. Madrid: Aguilar, 1981.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 13 ª. Tradução de Carmen C. Varrialle [et al.]. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, James e William REHG (Eds.). **Deliberative democracy**. Cambridge: MIT Press, 1997, pp. 67-86.

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. "Convenção de Belém do Pará", 1994. [1] Esta Declaração, proveniente da **IV Conferência Mundial sobre a Mulher: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz**, realizada em Pequim no ano de 1995, constitui-se como documento mais amplo e completo produzido por uma Conferência das Nações Unidas com relação aos direitos das mulheres, posto que, ademais de congregar em seu bojo as Conferências e os Tratados anteriores, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as

Mulheres e a Declaração de Viena, indica as doze áreas nas quais urge que os Estados atuem eficazmente quanto à proteção e respeito às mulheres, quais sejam: 1. A persistente e crescente carga de pobreza sobre as mulheres; 2. As lacunas, insuficiências e desigualdade no acesso à educação e à formação; 3. As lacunas e insuficiências no acesso desigual e no domínio dos cuidados de saúde e serviços afins; 4. A persistência da violência contra as mulheres; 5. A persistência do sofrimento e da vitimização das mulheres que vivem em áreas de conflito armado e/ou sob ocupação estrangeira; 6. A persistente desigualdade entre homens e mulheres nas estruturas econômicas e políticas em todas as formas de atividades produtivas e a discriminação no acesso aos recursos; 7. A insuficiência de mecanismos aptos a promover o avanço das mulheres; 8. A falta de respeito, promoção e proteção dos direitos humanos das mulheres; 9. A persistência dos estereótipos femininos; 10. A desigualdade de acesso e participação das mulheres em todos os sistemas e meios de comunicação de massa; 11. As desigualdades na gestão dos recursos naturais e proteção ambiental; 12. A persistente discriminação contra as meninas e a violação dos seus direitos.

[2] Alguns dos Aparelhos Ideológicos de Estado apontados por Althusser (1998).

[3] No que diz respeito à análise de gênero, Marilyn Strathern (1988) apresenta um excelente trabalho que aborda a dicotomia entre "eles" e "nós", confrontando as diferenças entre o pensamento ocidental, antropológico e feminista, e as formas de pensar na sociedade melanésia, seu foco de estudos.

[4] Veja-se neste sentido a reveladora pesquisa *Mídia e Políticas Públicas de Comunicação* realizada pela Agência de Notícias dos Direitos das Crianças -ANDI e aonde aponta que " [...]temas relevantes para populações específicas - como as relações entre mídia e infância (8,4%), questões de gênero (1,6%), raça/etnia (1,9%), pessoas com deficiência (0,6%) e direitos humanos em geral (4,6%) - foram agendados em um volume aquém do que seria de esperar-se em um País com as características do nosso". (2007, p.16).

[5] O preconceito contra a obesidade é uma manifestação a mais do *culto à magreza* - característica corporal que está diretamente associada à imagem de poder e da mobilidade e ascensão sociais -, culto este que gera um quadro de comportamentos sociais "esquizofrenizantes", já que de forma contraditória a indústria de alimentos, através da mídia, apela ao consumo de alimentos hipercalóricos, enquanto a sociedade exige, sobretudo das mulheres, que sejam esquálidas, delgadas e magras.

[6] Como bem aponta Hart a "[...] grande anomalia da linguagem jurídica [...]" manifesta-se na "[...] nossa incapacidade para definir suas expressões mais cruciais em termos de contrapartidas fáticas ordinárias [...]" (1962, p. 97).

[7] Com relação a este tema veja-se também, McINTYRE (1973-1974).

[8] Veja-se mais sobre este tema em STOLZ, 2008.

[9] Para uma crítica ao ideário liberal da propriedade privada desde um ponto de vista abstrato e eticista veja-se: Macpherson, 1970.

[10] Esta delimitação procede do fato de que o nosso objetivo, no que tange a este trabalho, não consiste em tecer uma exaustiva revisão desta temática.

[11] Opinião manifestada entre outros pelo por MIGUEL, Luis Felipe "Um ponto cego nas teorias da democracia: os meios de comunicação", in: BIB - Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais. N. 49. Rio de Janeiro, 2000, pp. 51-77.

[12] Constituição Federal de 1988: "*Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV".*

[13] Aquela que impede o Estado ou terceiros de proibirem indiscriminadamente atos de fala e de expressão.

[14] Entre eles J. Madison, D. B. Truman e R. Dahl.

[15] *Tradução: "Não nascemos mulheres, tornamo-nos mulheres". Esta célebre frase é originária de François Poulain de la Barre, autor cartesiano do final do século XVII, de quem* Beauvoir apanha a citação que serve de introdução ao seu livro. Como já se advertiu inúmeras vezes, o feminismo fundamenta suas raízes na Ilustração, precisamente porque se utiliza do conceito de igualdade, preconizando a partir dele o ideal de que, tanto os homens como as mulheres, contam com as mesmas capacidades essenciais e que, portanto, ambos os sexos devem desfrutar das mesmas oportunidades. Desde o período que muitos reconhecem como a origem do feminismo, datado de finais do século XIX - tendo como referencial as Teorias da Desigualdade (LENGERMANN; NIEBRUGGE-BRANTLEY, 2000) - e configurado a partir da luta organizada de maneira coletiva pelas mulheres quando solicitavam, entre outros direitos, relações mais justas de trabalho e o exercício do voto, se aceitam as diferenças entre homens e mulheres em alguns âmbitos reivindicando-se, não obstante, que ditas diferenças sejam reconhecidas em igual valor àquelas diferenças dos homens. Portanto, a aceitação da diferença pelo feminismo, se faz e se exige dentro de um marco conceitual que tem a igualdade como conceito orientador e basilar. A teoria e a prática feministas converteram a igualdade em um conceito altamente controvertido dentro do movimento, pois ainda que considerado fundamental nas lutas originárias do feminismo contemporâneo, é considerado por muitas teóricas e ativistas feministas como um obstáculo para as diferenças e a conseqüente ressignificação de conceitos que ainda sobrevivem dominados por estruturas patriarcais.

[16] Tais estudos *dedicados a analisar as questões relativas às mulheres e, em particular, as diferenças entre sexo e gênero* desencadearam uma representativa e numerosa "bibliografia feminista". O conceito de gênero marca a agenda do que se convencionou chamar de "Segunda Onda" do movimento feminista (que tem seu cerne nos anos 70 do século XX), assinalada pelas tentativas de explicar em que consistem as diferenças entre homens e mulheres e que alcance possuem no marco de igualdade, servindo assim de fundamento para a interpretação feminista de mundo. Sobre o gênero veja-se também STOLZ, 2007.

CRIANÇAS E ADOLESCENTES: O DIREITO FUNDAMENTAL A UM LAR, COMO COROLÁRIO DE INCLUSÃO SOCIAL VERSUS A DISCRIMINAÇÃO DO ADOTANTE, POR SUA OPÇÃO SEXUAL*

CHILDREN AND ADOLESCENTS: THE FUNDAMENTAL RIGHT TO A HOME, HOW COROLÁRIO SOCIAL INCLUSION VERSUS DISCRIMINATION THE ADOPTER, AT ITS OPTION SEXUAL

Telma Aparecida Rostelato
Dirceu Pereira Siqueira

RESUMO

O artigo chama-nos a atenção para a questão da adoção no País, a qual tem como âmago a concessão de um lar, compreendido como família (ainda que substituta) às crianças e adolescentes, enfatizando-se a inclusão social desta categoria de pessoas, que passa a contemplar o significado de ter o direito fundamental à não permanecer abandonado, por aquela família biológica que não pode ou não quer assumir a responsabilidade de lhes dispensar os cuidados necessários à fruição de uma vida digna. O contraponto estabelecido sedimenta-se nas restrições que vem sendo impostas às pessoas que pretendem integrar a listagem dos adotantes, mas que são impossibilitados de efetivar a adoção, em decorrência de sua opção sexual. Concluem que tal impedimento resvala na latente afronta a princípios e direitos constitucionalmente consagrados, tais como a dignidade humana, intimidade e igualdade, devido à atitude preconceituosa e discriminatória, sobretudo pela inferência oriunda da análise da nomenclatura transexual, que nada mais é que uma pessoa que tem um sexo psicológico, oposto ao seu sexo físico, logo se torna inconcebível estabelecer-se restrição à adoção, embasando-se neste fator.

PALAVRAS-CHAVES: INCLUSÃO SOCIAL, CRIANÇAS E ADOLESCENTES, ADOÇÃO, DISCRIMINAÇÃO, TRANSEXUAIS.

ABSTRACT

The article calls our attention to the issue of adoption in the country, which has as its core the provision of a home, understood as a family (even substitute) for children and adolescents, emphasizing the social inclusion of older people, which has included the significance of having the fundamental right to not remain abandoned for that biological family that can not or will not take responsibility for them to provide the care necessary to the enjoyment of a decent life. The counterpoint settles down on the restrictions that have been imposed on people who want to join the list of adopters, but are unable to effect the adoption, due to his sexuality. They conclude that this would slips in latent affront to constitutional rights and principles enshrined such as dignity, privacy and equality, because of bigotry and discrimination, especially by inference from the analysis of naming a transsexual, which is nothing more than a person who has

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

a gender identity, as opposed to their physical sex, then it is inconceivable to establish restrictions on the adoption, citing to this factor.

KEYWORDS: INCLUSION, CHILDREN AND ADOLESCENTS, ADOPTION, DISCRIMINATION, TRANSGENDER.

1. INTRODUÇÃO

O estudo objetiva abordar a temática da inclusão social das crianças e adolescentes, no País; inclusão esta, voltada para o direito de ter um lar, embutidos neste, o direito de se alimentar, de abrigar-se do frio e da chuva, de ter carinho, atenção e afeto, de ter companhia de uma pessoa que lhes queira bem, enfim, o direito de ter uma família.

Para tanto, pretendem adentrar no estudo do significado e abrangência da prefalada inclusão social, a fim de justificar a adequação do tema.

Na seqüência, indicar-se-á quem são as crianças e adolescentes, segundo a definição jurídica, bem como a proteção de seus direitos e a adoção, como alternativa à eliminação do abandono, com que se deparam, elencando os requisitos fixados pela legislação, para tal.

Propõem estabelecer como cerne do trabalho, a celeuma travada, acerca da adoção por pessoas transexuais, buscando explicitar o significado desta nomenclatura.

Por fim, anseiam minudenciar inferências voltadas a asseverar que a motivação: opção sexual, não pode ser empregada para impedir a adoção, posto que despida de fundamentação e coerência, sobretudo por contrariar extenso rol de preceitos constitucionais, opondo-se aos desígnios da inclusão social.

Como bem salienta Maria Berenice Dias:

A mais tormentosa questão que se coloca – e que mais tem dividido as opiniões, mesmo entre os que vêem as relações homossexuais como uma expressão da afetividade – é a que diz respeito à adoção por parceiros do mesmo sexo. A intensa reação contra o deferimento da adoção para homossexuais apenas reflete a face mais aguda do preconceito. Como as relações sociais são marcadas pela heterossexualidade, é enorme a resistência pela crença de haver um dano potencial futuro por ausência de referências comportamentais. Assim, haveria a possibilidade de ocorrer seqüelas de ordem psicológica ao adotado. Também há o mito de que os filhos de homossexuais teriam a tendência de tornarem-se homossexuais. [1]

2.INCLUSÃO SOCIAL: ASPECTOS PONTUAIS

A inclusão é um processo, assevera Claudia Werneck que *"(...) normalizar uma pessoa não significa torná-las normal. Significa dar a ela o direito de ser diferente e ter suas necessidades reconhecidas e atendidas pela sociedade"*. ***[2]***

A inclusão, nos últimos tempos, remete às desigualdades sociais, no dizer de Eugênia Augusta Gonzaga Fávero[3].

Em selecionado artigo, Rossana Teresa Curioni[4] define a inclusão social como sendo:

A inclusão social se fundamenta em princípios éticos de reconhecer e respeitar o preceito de oportunidades iguais perante a diversidade humana, diversidade esta que exige peculiaridade de tratamentos, para não se transformar em desigualdade social.

A idéia de inclusão, para Rossana Teresa Curioni [5] consiste na preocupação com a defesa da igualdade de oportunidade para todos, bem como o acesso a bens e serviços públicos.

A sociedade liberal-capitalista ocidental tem como primado à neutralidade estatal, que se expressa numa postura de não intervenção na esfera individual e social. Esse absenteísmo se traduz na crença de que bastava inserir-se nas Constituições a garantia da igualdade formal de todos os indivíduos e grupos componentes da Nação, sendo isso suficiente para garantir a harmonia social e a efetiva igualdade de acesso ao bem-estar individual e coletivo. Como se sabe essa idéia, na realidade prática, mostrou-se totalmente fracassada[6] e, até, muitas vezes resultou no oposto. Pietro de Jesús Lora Alarcón[7] trata desse tema entrelaçando as idéias de Justiça e igualdade, nos seguintes termos:

Acontece que uma fórmula de igualdade reduzida a um tratamento equivalente a todos os homens conduz a uma idéia insuficiente e formal de Justiça. Uma igualdade nesse sentido, sem distinção de particularidades dos indivíduos do todo social, seria irrealizável, visto que não levaria em conta as condições de cada ser humano, seus méritos, probabilidades e possibilidade de acesso aos bens sociais [...].

Nesta senda leciona Antonio Celso Baeta Minhoto e Cleber Sanfelici Otero[8]:

No entanto, uma proximidade do Estado e do direito com sua base humana mais elementar pode significar uma inclusão de mais vozes em seu exercício, bem como criar uma real possibilidade, via edificação de um ambiente propício para tanto, de uma postura mais inclusiva, que torne possível, inclusive, o nascimento de um novo direito, mais inclusivo e menos excludente, mais propositivo e menos impositivo, mais concreto e menos formal, mais efetivo e menos declarativo.

Com essa contradição, emerge o ideal social marxista de que não se deveria buscar proteger apenas o indivíduo, mas precipuamente a sociedade como um todo, tendo como membros todos os indivíduos[9].

A Constituição brasileira de 1988 foi resultado de um amplo processo de discussão, sendo o ápice da derrocada dos mais de vinte anos de ditadura militar. A formatação do

catálogo atual dos direitos fundamentais está intimamente ligada à redemocratização do país. O debate sobre o conteúdo do que viria a ser a atual Constituição pode ser considerado um processo de dimensão gigantesca, sem precedentes na história nacional.

Nosso constituinte revela preocupação acentuada com a proteção igualitária de todas as pessoas e à minoração ou supressão das desigualdades – ou seja, a necessidade de se promover à inclusão social –, é a de que constituem objetivos fundamentais do Estado brasileiro construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF), bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF) além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF).

Afinada no mesmo sentido, encontra-se a igualdade estatuída expressamente, em várias passagens da Constituição Federal brasileira, repetida nas mais diversas searas (exemplos: art. 4º, V; art. 5º, "caput", I, XLI e XLII; art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV; art. 19, III; art. 37, VIII; art. 150, III.) o que, mais do que uma simples redundância, demonstra uma real preocupação do legislador constituinte em deixar explícita a vigência desse princípio e sua indispensável observância.

A isonomia deve ser observada desde a edição da lei, em detrimento de apenas nivelar os cidadãos no momento posterior, diante da norma posta. É dizer, esse preceito magno é voltado tanto para o aplicador da lei como para o próprio legislador. Entretanto, é preciso buscar atingir maior precisão nessa análise, pois a igualdade não é absoluta, já que as pessoas não são todas absolutamente iguais entre si. É aqui que se fala em igualdade formal (perante a lei) e igualdade material (no plano fático, de forma efetiva).

Não basta, contudo, que se recorra à clássica afirmação de Aristóteles, segundo a qual a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida dessa desigualdade. Faz-se necessária uma análise mais crítica e aprofundada da questão. Nesse sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra sobre o tema. Questiona o autor: Quem são os iguais? Quem são os desiguais? Qual a medida da desigualdade?

A resposta dada pelo autor é a seguinte:

[...] qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico.

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.[10]

Sendo assim, qualquer elemento que resida nas pessoas, coisas ou situações, poderá ser considerado pelo legislador como fator de discriminação, não repousando no traço de diferenciação escolhido, em regra, desacato ao princípio isonômico. O que não se admite é a ocorrência dessas desequiparações de forma fortuita ou injustificada.

Importante então destacar que o constituinte cuidou da igualdade sob dois prismas. Quando o Poder Constituinte Originário elaborou o texto magno, tratou de estabelecer proteção a certos grupos de pessoas que, no seu entender, mereciam tratamento diverso. Disciplinou a posse indígena (art. 231, § 2.º), o trabalho da mulher (art. 7.º, XX), a reserva de mercado de cargos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII) e outras tantas regras. Para esses casos específicos, o constituinte furtou ao intérprete a tarefa de verificar a correlação lógica entre o elemento diferencial e a distinção de regime jurídico. O legislador constitucional se deu pressa em definir que, nessas hipóteses expressamente previstas no texto, deve haver discriminações específicas para proteger determinado grupo de pessoas[11].

Por outro lado, não se deve pensar que, por existirem essas distinções expressamente estatuídas estaria excluída a possibilidade de que se estabeleçam outras, as quais podem ser extraídas da interpretação da própria Constituição, ou veiculadas pela legislação infraconstitucional. São as chamadas ações afirmativas.

Sobre essas medidas, assim se manifesta Joaquim B. Barbosa Gomes[12]:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção ex post facto, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Por assim dizer, a sociedade demanda do Estado, e mesmo da iniciativa privada, o compromisso do resgate das minorias e dos grupos vulneráveis, compostos por aqueles que sofreram e sofrem discriminações e dificuldades que os afastam do acesso a direitos, que lhes são declarados. E a essas pessoas deve se garantir que tenham uma vida tão igual quanto possível à das demais pessoas consideradas *incluídas.*

2.1 EXISTE DELIMITAÇÃO PARA A SUA APLICAÇÃO?

A positivação dos direitos fundamentais é produto do diálogo continuado entre o progressivo desenvolvimento de técnicas de seu reconhecimento no campo do direito positivado e da paulatina afirmação ideológica da liberdade e da dignidade da pessoa humana. O Estado não podia mais ficar indiferente diante da miséria das pessoas. A liberdade pura e simples interessa apenas ao grupo dominante, pois ela aguça as

distorções sociais e ajuda a manter firme a estratificação social entre dominantes e dominados.

A sociedade liberal-capitalista ocidental tem como primado à neutralidade estatal, que se expressa numa postura de não intervenção na esfera individual e social. Esse absenteísmo se traduz na crença de que bastava inserir-se nas Constituições a garantia da igualdade formal de todos os indivíduos e grupos componentes da Nação, sendo isso suficiente para garantir a harmonia social e a efetiva igualdade de acesso ao bem-estar individual e coletivo. Como se sabe essa idéia, na realidade prática, mostrou-se totalmente fracassada[13] e, até, muitas vezes resultou no oposto. Pietro de Jesús Lora Alarcón[14] trata desse tema entrelaçando as idéias de Justiça e igualdade, nos seguintes termos:

Acontece que uma fórmula de igualdade reduzida a um tratamento equivalente a todos os homens conduz a uma idéia insuficiente e formal de Justiça. Uma igualdade nesse sentido, sem distinção de particularidades dos indivíduos do todo social, seria irrealizável, visto que não levaria em conta as condições de cada ser humano, seus méritos, probabilidades e possibilidade de acesso aos bens sociais [...].

Com essa contradição, emerge o ideal social marxista de que não se deveria buscar proteger apenas o indivíduo, mas precipuamente a sociedade como um todo, tendo como membros todos os indivíduos[15].

“Teoricamente, a zona de convergência entre os socialistas e os críticos do capitalismo se encontrava, precisamente, na demanda pela proteção social e nessa perspectiva, se por um lado, na Alemanha Marx e Engels advogavam pela substituição do Estado por um outro em mãos dos trabalhadores, o que significava uma autêntica revolução, por outro lado, os liberais que auguravam um capitalismo mais ao longo prazo manifestavam que o Estado não podia mostrar-se indiferente diante da miséria dos homens que conformavam a nação alemã. Proteger socialmente significa incluir, ou seja, aumentar o número de atores sociais a favor das mudanças econômicas.

Nesse passo, é bom lembrar que o constitucionalismo, como movimento político e ideológico surgido quase que ocasionalmente na Inglaterra do Século XIII, foi sempre uma presença incômoda para os que pugnavam por manter seu status de privilégio [...].”[16]

A Constituição brasileira de 1988 foi resultado de um amplo processo de discussão, sendo o ápice da derrocada dos mais de vinte anos de ditadura militar. A formatação do catálogo atual dos direitos fundamentais está intimamente ligada à redemocratização do país. O debate sobre o conteúdo do que viria a ser a atual Constituição pode ser considerado um processo de dimensão gigantesca, sem precedentes na história nacional.

Da mesma forma se deu com relação ao universo dos direitos fundamentais, de modo especial no que diz respeito ao reconhecimento de uma série de direitos econômicos, sociais e culturais, frutos de acirrada discussão. Comparando-se a Constituição Federal de 1988 e o sistema constitucional pretérito, constatam-se

inovações de significativa relevância na seara dos direitos fundamentais. Pela primeira vez a matéria recebeu tratamento com a merecida importância, sendo inédita a outorga a eles, pelo direito constitucional positivo vigente no Brasil, do status jurídico especial que lhes é devido[17].

Encontra-se a igualdade estatuída expressamente, em várias passagens da Constituição Federal brasileira, repetida nas mais diversas searas (exemplos: art. 4º, V; art. 5º, "caput", I, XLI e XLII; art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV; art. 19, III; art. 37, VIII; art. 150, III.) o que, mais do que uma simples redundância demonstra uma real preocupação do legislador constituinte em deixar explícita a vigência desse princípio e sua indispensável observância.

A isonomia deve ser observada desde a edição da lei, em detrimento de apenas nivelar os cidadãos no momento posterior, diante da norma posta. É dizer, esse preceito magno é voltado tanto para o aplicador da lei como para o próprio legislador. Entretanto, é preciso buscar atingir maior precisão nessa análise, pois a igualdade não é absoluta, já que as pessoas não são todas absolutamente iguais entre si. É aqui que se fala em igualdade formal (perante a lei) e igualdade material (no plano fático, de forma efetiva).

Não basta, contudo, que se recorra à clássica afirmação de Aristóteles, segundo a qual a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida dessa desigualdade. Faz-se necessária uma análise mais crítica e aprofundada da questão. Nesse sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra sobre o tema. Questiona o autor: Quem são os iguais? Quem são os desiguais? Qual a medida da desigualdade?

A resposta dada pelo autor é a seguinte:

"[...] qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico.

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição".[18]

Sendo assim, qualquer elemento que resida nas pessoas, coisas ou situações, poderá ser considerado pelo legislador como fator de discriminação, não repousando no traço de diferenciação escolhido, em regra, desacato ao princípio isonômico. O que não se admite é a ocorrência dessas desequiparações de forma fortuita ou injustificada.

Importante então destacar que o constituinte cuidou da igualdade sob dois prismas. Quando o Poder Constituinte Originário elaborou o texto magno, tratou de estabelecer proteção a certos grupos de pessoas que, no seu entender, mereciam tratamento diverso. Disciplinou a posse indígena (art. 231, § 2.º), o trabalho da mulher (art. 7.º, XX), a reserva de mercado de cargos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII) e outras tantas regras. Para esses casos específicos, o

constituinte furtou ao intérprete a tarefa de verificar a correlação lógica entre o elemento diferencial e a distinção de regime jurídico. O legislador constitucional se deu pressa em definir que, nessas hipóteses expressamente previstas no texto, deve haver discriminações específicas para proteger determinado grupo de pessoas[19].

Por outro lado, não se deve pensar que, por existirem essas distinções expressamente estatuídas estaria excluída a possibilidade de que se estabeleçam outras, as quais podem ser extraídas da interpretação da própria Constituição, ou veiculadas pela legislação infraconstitucional. São as chamadas ações afirmativas.

Sobre essas medidas, assim se manifesta Joaquim B. Barbosa Gomes[20]:

"Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção ex post facto, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito."

Por assim dizer, a sociedade demanda do Estado, e mesmo da iniciativa privada, o compromisso do resgate das minorias e dos grupos vulneráveis, compostos por aqueles que sofreram e sofrem discriminações e dificuldades que os afastam do acesso a direitos. E essas pessoas deve se garantir que tenham uma vida tão igual quanto possível ã das demais pessoas consideradas incluídas.

3. MINORIAS NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO, UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSEXUAIS.

Há muitas minorias, que às vezes não representam necessariamente a correspondência a uma exata minoria, mas mesmo a uma maioria; uma maioria de pessoas se analisarmos o contingente numérico.

Minoria é o conceito que se adota com a finalidade de indicar que certas pessoas sofrem discriminações, tendo seus direitos de cidadania desrespeitados.

Observamos que o "termo minoria é, portanto, um termo claramente polissêmico e de apreensão conceitual tormentosa, fruto, especialmente, de sua aplicação e mesmo natureza extremamente variada em face dos diversos grupos classificados como minoritários".[21]

Pode-se indicar exemplificativamente, como pessoas que integram as minorias[22], as pessoas com deficiência, as crianças e adolescentes e os idosos. Estas pessoas, componentes das nominadas *minorias* necessitam de um tratamento diferenciado para que possam ser incluídas no seio da sociedade.

O tratamento diferenciado, que se sedimenta na observância ao princípio constitucional da isonomia, reveste-se de seu significado reverso, qual seja, a discriminação positiva, enfim, o princípio da igualdade, visto sob o enfoque de seu mais profundo significado.

O princípio da igualdade é o mais invocado entre todos, no texto constitucional e como aponta Maria Berenice Dias, com ele: "[...] é outorgada específica proteção a todos, vedando discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade".[23]

Ademais, é insuficiente a lei assegurar direitos equânimes, ou seja, assegurar que não sejam feitas distinções que nem a própria legislação tenha estabelecido, como dispõem os Arts. 3º, inc. IV e 5º, *caput* da Constituição Federal, que tratam em suma, sobre o impedimento de preconceito e discriminação de toda e qualquer natureza e inviolabilidade de diversos direitos, pois necessário se faz estabelecer outros critérios para que se atinja a igualdade, de modo eficaz, com o que a igualdade material requer o "[...] tratamento prioritário e diferenciado àqueles grupos ou pessoas que são carecedores da igualdade, em razão de circunstâncias específicas".[24]

É exatamente isso: devemos buscar o cristalino significado da máxima aristotélica, que preconiza: *a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*, pois não é suficiente tratar igual os iguais e desigual os desiguais; mais que isso, é necessário estabelecer quem são desiguais e qual a extensão desta desigualdade.

A motivação desta definição é exatamente o que vem justificar a atuação do Estado, na diminuição de obstaculizações no convívio social, destes considerados *desiguais*, através de políticas públicas, intervenção estatal, ações afirmativas e outras técnicas que tenham como objetivo o rechaçamento à discriminação e marginalização social. São, em síntese, as discriminações positivas[25].

É através da discriminação positiva que se preserva o princípio da igualdade, pois por meio dela busca-se igualar as pessoas e grupos sociais (componentes das minorias) que se encontram numa posição de inferioridade ou mesmo desequilíbrio dentro do contexto social, seja ela sócio-econômica, social, cultural e/ou biológica, e ainda distribuir melhor as oportunidades presentes.

Nesta senda preconiza Sidney Madruga[26]:

Note-se ainda, que a discriminação positiva não tem apenas o escopo de prevenir a discriminação, na medida em que, como se discorrerá, possui **duplo caráter**, qual seja o **reparatório** (corrigir injustiças praticadas no passado) e o **distributivo** (melhor repartir,

no presente, a igualdade de oportunidades), direcionados, principalmente, para as áreas da educação, da saúde e do emprego. *(grifos inexistentes no original)*

A vulnerabilidade e exclusão social de determinados grupos requereram a dispensa de tratamento diferenciado, pelo legislador, com o fim de aplicar a igualdade de fato, invertendo o próprio conceito de discriminação (negativa), importando beneficiar uma minoria.

Não obstante, como asseverado, a nomenclatura *minoria* não corresponde necessariamente à representatividade numérica, posto que muitas vezes compreende mesmo a uma grande massa populacional, como restará demonstrado.

Diversas são as categorias de pessoas que vivem em condições de marginalização social, entretanto com o objetivo de melhor elucidação do tema, propusemo-nos a comentar a adoção oriunda de uma união homoafetiva, ou seja, a discriminação por ocasião da opção sexual do casal.

4. A NECESSÁRIA PERSPECTIVA APROFUNDADA DA INCLUSÃO SOCIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, À LUZ DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao pretender tecer quaisquer considerações às questões protetivas de crianças e adolescentes, primeiramente constitui-se imprescindível mister a indicação de quem é considerado, segundo a legislação pátria, enquadrado a esta categoria de minorias, que são.

Pois bem.

O Governo Federal divulga que atualmente, 20% da população brasileira é formada por crianças, adolescentes e jovens, entre 10 e 19 anos de idade.

E quem são eles?

O ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 2º., preconiza que criança é a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos e, adolescente, aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade.

É fato que o Brasil, signatário da Convenção sobre os Direitos da Criança, está diante da necessidade de preparar a infância para viver na sociedade e ser educada de acordo com os ideais de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade.

Logo, é inolvidável que não haveria razão para a precisa indicação, conforme a idade, não fosse a preocupação latente para com a disciplinação dos meios voltados à forma de exercício dos direitos destes.

Sendo assim, ser criança corresponde então, segundo o preconizado pelo ECA, encontrar-se na idade compreendida entre 0 (zero) a 12 (doze) anos de idade, ao passo

que o adolescente é o que se encontra em idade imediatamente posterior, até completar 18 (dezoito) anos.

A motivação da delimitação destas idades, para enquadrar numa ou noutra nomenclatura, adveio de longínqua data e aprofundados estudos, cravando-se mais especificamente nos recursos da Psicologia, disciplina tão cara ao Direito, que constantemente recorre aos conceitos fixados por outros ramos da ciência, dada a sua interdisciplinaridade, isto com o fim precípuo de melhor regular o convívio social, dispensando tratamento adequado àqueles que carecem de tutela jurisdicional, na exata medida de sua necessidade.

Entretanto, Marília Campos Oliveira e Telles e Antônio Carlos Mathias Coltro[27] asseveram que as crianças e adolescentes são sujeitos de suas próprias vidas e que independentemente do critério etário que se adote, deve-se preservar a autonomia privada (o seu exercício com liberdade e responsabilidade), já que o critério etário adotado pelo legislador não é o mais adequado.

Nesta seara, a salvaguarda dos direitos das crianças e adolescentes compõe o Capítulo VII, do Título VIII da Carta Constitucional de 88 (ladeando a Família e o Idoso), além de integrar o texto do ECA de 1990, e não pára por aí, para este fator é que se faz imperioso despertar a atenção, já que diversas normas, que se encontram estabelecidas, quer no ECA, quer na própria Constituição Federal, enquadram-se à classificação das normas constitucionais programáticas, sendo meros preceitos declaratórios de direitos, logo no dia-a-dia devem ser desenvolvidos métodos que viabilizem a aplicação e integral executoriedade de tais preceitos, com o fim de não fazer daqueles, uma descartável “letra morta” do nosso ordenamento jurídico.

A preocupação para com o modo de vida disponibilizado pelo Estado, às crianças e adolescentes, vai além da esfera de proteção da dignidade da pessoa humana, recai sobre o aspecto da preocupação com o futuro do País.

Ensinam João Carlos Leal Júnior e Natália Taves Pires[28] que:

Com a evolução dos tempos, percebeu-se a necessidade de leis que, além de proteger a família como um todo, dando à mesma o caráter de direito fundamental do homem, tivessem por escopo proteger a criança e o adolescente, seguindo o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, o qual norteia nosso ordenamento jurídico bem como a instituição familiar (...)

Ademais: segundo dados científicos, é na infância e na adolescência que são desenvolvidos os caracteres da personalidade humana, até que se definam a personalidade; em considerando tais dados, fica fácil compreender a importância do ambiente e relações tidas pelos mesmos, já que irão repercutir mais tarde, necessariamente na atuação destes, na sociedade, na conceituação para eles, do que é certo e errado, justo e injusto.

As pessoas com quem a criança e o adolescente convivem são contribuidores da formação psicológica daqueles. É a psicologia que esclarece este fenômeno.

Na obra Adolescência e Formação da Identidade em Erik Erikson[29] é explicitada a questão:

Apesar de ter de ser feita interiormente pelo próprio indivíduo, a construção da identidade necessita do contributo das pessoas significativas com que o adolescente convive. Estas funcionam como um modelo de identificação. Por outro lado, funcionam como um espelho que lhe devolve a imagem que a sociedade tem a seu respeito.

Percebe-se que o País já avançou bastante na sua luta, rumo à proteção dos direitos das crianças e adolescentes, disponibilizando inclusive um Estatuto, que disciplina a matéria, até mesmo de maneira exaustiva, mas nota-se que ainda é insuficiente.

E tal insuficiência deve-se a certas considerações preconceituosas e marginalizadoras, que partem da própria sociedade, perceptíveis em singelos atos havidos, no convívio social e é para estes atos que nos propomos a despertar a atenção dos leitores.

Vejamos: a criança e o adolescente que não têm um lar, que vivem no abandono, tendo que remexer latões de lixo para conseguirem saciar sua fome, senão desmaiam nas ruas, têm o seu direito de ser adotada tolhido, face à mentalidade retrógrada da nossa sociedade, a qual culmina com a ausência de legislação que autorize um transexual a ser adotante.

É inconcebível permitir-se que uma criança ou um adolescente não seja adotado porque quem se prontifica em dar-lhe um lar, alimento, abrigo e carinho, preenchendo o papel de um pai ou de uma mãe, não é um heterossexual.

Ora, é isso, há que se focar neste viés a questão: o impedimento fulcra-se no fato de o pretenso adotante não ser heterossexual!

Talvez assim pudéssemos enfatizar a discriminação, em virtude do sexo, ou melhor, da opção sexual, que acaba por sedimentar latente afronta ao disposto no art. 3º., inciso IV da Constituição Federal, pois a afirmação: *proíbe-se a adoção, no Brasil, por homossexuais*, soa como valsa aos ouvidos da sociedade preconceituosa.

Como preleciona Aimbere Francisco Torres:

[...] a negativa do direito à adoção por pares homossexuais é o mesmo que impedir às crianças o direio de terem pais e, com eles, constituírem uma família, em que estes pequenos e desprotegidos seres humanos, cujo destino não lhes sorriu com a sorte, serão amados e possuirão um verdadeiro lar. Não se pode perder de mira, ainda, o fato de que os estudiosos são categóricos em afirmar a inexistência de qualquer prejuízo à criança no que se refere a sua formação psicológica. [30]

Então, a proposta é a de inversão da justificativa, de modo que a ênfase venha denotar a discriminação.

Esta odiosa marginalização, ainda que não se queira enxergar, resulta num mal grandioso e irreparável, uma vez sendo certo que diversas crianças e adolescentes têm o seu direito de desfrutar de um lar, que ressalve-se, é constitucionalmente consagrado

(além de previsto num extenso Estatuto) entrevado, repercutindo em descumprimento aos anseios traçados pela clamada inclusão social.

Importa asseverar que a inclusão social, como descrito no capítulo 2, não encerra definição destinada a categorias de pessoas que ocupam indefinidamente um lugar de exclusão, mas estende-se igualmente àquelas pessoas que, de repente possam sofrer discriminação e por isso tenham seus direitos tolhidos, independentemente do aspecto sobre o qual recaíam.

Enfim, a inclusão social deve direcionar-se a todos, em todas as circunstâncias.

Diante de tais assertivas, inolvidável que as crianças e adolescentes, quando impedidas de receber um lar e neste englobados: o direito a uma alimentação digna, a um abrigo nas noites gélidas e à atenção e ao carinho de uma pessoa que o queira bem, resulta na inafastável exclusão social, tão rechaçada hodiernamente.

Frise-se que aludido rechaçamento restringe-se aos discursos, já que a prática está muito distante de amoldar-se aos desígnios traçados nas legislações, aliás, rol bastante amplo, disponibilizado no nosso ordenamento.

Verifica-se que o que se carece é de efetivação dos direitos e para que isto possa ser viabilizado, faz-se necessária à análise de cada caso, portanto a justificativa da não autorização de adoção de crianças e adolescentes por transexuais é inaceitável, porque se embasa tão-somente na questão da opção sexual do adotante.

A inclusão social deve ser observada sob todos os ângulos, o que não está ocorrendo, portanto.

4.1 SUMÁRIA ABORDAGEM ACERCA DA ADOÇÃO, NOS DIAS ATUAIS

Nos dias atuais, o instituto da adoção vem sofrendo alguns avanços, que têm colocado o menor no centro, avanços estes que buscam efetivar o bem estar da criança como forma de incluí-la realmente no convívio da sociedade, não a deixando a margem da sociedade.

Dentre outros avanços, devemos destacar a Lei n. 12.010 de 03 de agosto de 2009, a qual prevê que a criança tenha o direito de opinar, fato este que por certo traz maior efetividade ao instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre outras novidades, o diploma contempla que a adoção seja feita por maiores de 18 anos, desconsiderando o estado civil destes, impondo que em caso de adoção conjunta, deva-se observar que os adotantes sejam casados (matrimônio civil) ou mantenham uma convivência sob o regime da união estável.

Prevê ainda a criação de cadastros em níveis nacionais e estaduais sobre crianças e adolescentes em condições de adoção, e ainda, em tal cadastro deverá constar ainda relação de casais habilitados para a adoção.

Quanto à adoção realizada por estrangeiros, fixa que também haverá um cadastro destinado a estes, sendo que os mesmos só poderão ser consultados em não havendo interesse de brasileiros pela adoção. Nesta senda, a adoção internacional só será possível em última instância.

Dentre os inúmeros aspectos trazidos pelo novo texto legal, devemos considerar como um avanço o fato de que o menor será ouvido pelo Poder Judiciário após ter sido entregue a família substituta, isso visando o bem estar deste menor.

Nota-se que houve avanço no tocante a adoção. Porém, tal avanço merece prosseguir, pois somente assim poderemos realmente cumprir nosso papel de sociedade comprometida com o bem estar da criança.

4.2 TRANSEXUAIS NO PAPEL DE ADOTANTES: O PRECONCEITO SOCIAL

Muitas incumbências são estabelecidas às pessoas, das mais diversificadas maneiras e estas pessoas, que recebem tais outorgas, passam a figurar como verdadeiros responsáveis pela realização daquele encargo, no desempenho daquele papel.

Na sequência deste pensamento, pode-se tecer a assertiva no sentido de que a pessoa que solicita a inserção de seu nome, na lista dos que têm interesse em adotar uma criança ou um adolescente, como dispõe o art. 50 do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, cadastram-se ao desempenho de um papel, o qual deduz o dever de educar, cuidar, amar e respeitar.

Este é um gesto, sem sombra de dúvidas, de amor, pois não é qualquer pessoa que se prontifica a doar parte do que tem (não somente sob o aspecto material, mas também afetuoso), despender parcela do seu tempo, para dedicar a uma outra pessoa pequenina, que necessita de cuidados maiores que um adulto, dividir o seu lar com alguém que nunca viu antes, realmente não é para qualquer um.

Mesmo porque, recorrendo-nos do dicionário[31], verifica-se que *lar* tem como um de seus sinônimos *"(...) 3. Fig. A casa de habitação. 4. Fig. A família (...)."*

O lar não significa apenas viver sob um teto (pois nalgumas situações estas crianças e adolescentes não estão nas ruas, mas em abrigos ou orfanatos), mas poder desfrutar de uma convivência com pessoas que queiram o nosso bem, que façam tudo para sermos felizes, daí englobada a dispensa de carinho e mesmo, bens materiais, indispensáveis à higiene, alimentação, medicamentos, etc.

Estar sob a proteção de uma família, ainda que não seja consanguínea, é ter a sensação de estar protegido dos males do mundo, o que traz uma felicidade ao ser humano, o sentir-se importante para alguém, o ter um lugar para descansar e dormir, o ter alguém para conversar; a felicidade é o bem que todos indistintamente buscamos diuturnamente, não sendo diferente para as crianças e adolescentes.

A Constituição Federal veio consagrar como um dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, o direito à convivência familiar. Por isso, sob todos os ângulos de

análise, a ilação não pode ser outra, senão a de que conceder a possibilidade de alguém ter um lar, subsume a possibilidade de não mais deixá-lo abandonado.

O instituto jurídico da adoção encerra em seu bojo, referido desiderato e é nos arts. 39 a 52 do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente que se encontram relacionadas as exigências necessárias aos adotantes.

Não raras vezes as crianças e adolescentes têm uma família biológica, mas esta não quer ou por algum motivo não pode dispensar-lhes tais cuidados.

Não é demais enfatizar que a preocupação sempre se volta aos interesses e bem-estar da criança e do adolescente a serem adotados, com o fito de conceder-lhes uma oportunidade de ter melhor condição de vida, uma existência digna. O foco recai sobre o alcance da inclusão social, de maneira ampla e irrestrita.

Portanto, insta salientar ainda, que inexiste qualquer menção inerente à pessoa transexual que almeje adotar uma criança ou um adolescente. Com isso, conduz-nos a concluir que não há qualquer restrição legal à efetivação da adoção, por uma pessoa que tenha opção sexual diversificada daquela considerada comum, pela sociedade.

Nesta seara, pela lógica, infere-se que o intérprete não pode estabelecer qualquer obstaculização para o atingimento dos preceitos legais, ou seja, para a perpetração da inclusão das crianças e adolescentes que não tem um lar, segundo a acepção do termo.

Ora, se o legislador não se ocupou da matéria, não será o legislado que poderá fazê-lo!

Mesmo porque, segundo Luiz Alberto David Araújo, há que se compreender que "(...) o sentido da palavra 'transexual' deve ser o da não identidade entre o sexo psicológico e o sexo biológico de determinado individuo". [32]

Em sentido análogo, Aracy Augusta Leme Klabin:

[...] o transexual como um indivíduo, anatomicamente de um sexo, que acredita firmemente pertencer a outro sexo. Essa crença é tão forte que o transexual é obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado a fim de ajustar-se ao 'verdadeiro' sexo, isto é, ao seu sexo psicológico.[33]

Já, Elimar Szaniawski entende que "em outras palavras, são indivíduos que apresentam, ao simples exame ocular, genitais externos do tipo masculino e são portadores de uma psique totalmente ou predominantemente feminina, e vice-versa, conforme já se acentuou."[34]

Pois bem, pode-se compreender portanto, como sendo transexual, uma pessoa que não aceita o seu sexo biológico, ou seja, que psicologicamente é do sexo oposto do seu físico, acarretando a inconformidade e a não aceitação de seus aspectos sexuais primários e secundários, sendo que a mais marcante implicação é o sofrimento intenso que atinge fortemente a vida destas pessoas, impedindo-as de viver uma vida dotada de normalidade e dignidade como os demais cidadãos.

Desta análise, que nos orienta a compreender quem seriam os transexuais, depreende-se que é inconcebível pretender-se retirar o direito de uma criança ou de um adolescente a ter um convívio familiar saudável, dado o preenchimento de todos os requisitos traçados pelo ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (os quais versam sobre a idade mínima do adotante – arts. 40, 42 e §§ 2º e 3º ; conclusão favorável de estágio de convivência – art. 46; o oferecimento de ambiente familiar adequado – art. 29), criando-se um subterfúgio a servir de justificativa a tal ato.

Além disso, desde que não sejam, o adotante, ascendentes ou irmãos do adotando, conforme ressalva constante no art. 42, §1º. do ECA, a adoção pode perfazer-se.

Ademais: maior gravame concentra esta atuação impeditiva, ao verificar-se que se centra a real discriminação na opção sexual daquele que pretende adotar. Ora, inexiste correlação fática.

O único argumento que poderia sobressair-se e embasar tal ato seria o da ausência de ambiente familiar adequado à criação e desenvolvimento sócio-psicológico de uma criança ou de um adolescente, entretanto tal análise efetiva-se no período de estágio de convivência, cujo resultado é avaliado por pessoa que detém conhecimento técnico, para tanto, ou seja, assistentes sociais, designados pela autoridade judiciária, que podem mesmo recorrer à entrevista com os pretensos adotantes e inclusive com a própria criança ou adolescente.

Não importa se este transexual vive ou não em união homoafetiva, haja vista que o conceito de família já fora modificado, inclusive em âmbito constitucional, como se averigua no art. 226, § 4º, portanto o direito de adotar seria igual.

Nesta esteira, a Lei 8069/90 veio inclusive possibilitar expressamente, a adoção, por pessoas solteiras, como dispõe o art. 42, pois independentemente do estado civil do adotante, este pode proporcionar um lar equilibrado e digno à criança ou adolescente que jamais desfrutou de segurança, no seio familiar (se é que algum dia tiveram uma família), destacando-se assim o intuito legislativo de se ampliar às formas de concessão de lar às crianças e adolescentes, por acatar a família monoparental.

Sendo assim, é de se ver que o preconceito recai sobre a opção sexual em si; na realidade, verifica-se que não faz muita diferença, para a sociedade, se esta pessoa tem uma união estável e duradoura.

O que na realidade vem se implementando é o fato de que o preconceito está se sobrepondo à possibilidade das crianças e adolescentes abandonados virem a ter um lar e conviver com pessoas que lhes dispensem atenção e carinho, além dos cuidados que se viabilizam através da concessão de bens materiais.

A opção sexual do adotante não pode ser levada em conta, como requisito abonador ou não, no processo de adoção, pois esta é questão de foro íntimo, e resguardado está na seara do direito à intimidade.

5. A NECESSÁRIA TRANSMUTAÇÃO DA MENTALIDADE, PARA O ATINGIMENTO DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

É fato, que em pleno século XXI a sociedade brasileira ainda vem dispensando tratamento diferenciado às pessoas, o que repercute em severa marginalização social e daí brotando situações de exclusão. Pode-se asseverar que tais ocorrências devem-se a inefetivação dos direitos vários, que a ordem jurídica disciplina.

Ora, é inolvidável que dispomos de farta legislação e instrumentos normativos diversos, regulamentadores da matéria: inclusão social; denotando a preocupação com a temática, entretanto meras declarações não se constituem elementos hábeis à consolidação dos direitos, o que se carece é de efetivação destes direitos.

No caso sob apreço, para que seja atingida a inclusão social das crianças e adolescentes, viabilizando-lhes a usufruição dos direitos que a Constituição Federal e demais legislações reservaram-lhes, mormente o de ter um lar, sob o qual possam ficar ao abrigo do frio e da chuva, dormir e descansar, debaixo da proteção de um adulto que se predisponha a criar-lhes e cuidar de suas doenças, dar-lhes alimento, afeto e educação, torna-se necessário que se envidem esforços para interpretar os desígnios traçados pela inclusão social. Enfim, compreender o seu real significado.

A passos lentos verificamos esparsas decisões jurisprudenciais, neste sentido, sobressaindo atuações corajosas, num permeio de tanto preconceito social, veja:

Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público.

1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais), considerando que o adotado, agora com dez anos, sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro, e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens.

Votação Unânime – Apelo improvido – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – Acórdão: Apelação Cível – Processo 1998.001.14332 Relator: Desembargador Jorge Magalhães – Julgamento: 23.03.1999 – Nona Câmara Cível.

Este é o caso em que o Ministério Público interpôs Apelação Cível, insurgindo-se contra a adoção de uma criança de 10 anos, por um professor que se declarara homossexual.

Em outro caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi permitida a adoção de duas crianças por casal formado por pessoas de mesmo sexo, na decisão do recurso de Apelação nº 70013801592, da Comarca de Bagé, o qual foi interposto pelo Ministério Público contra decisão de primeira instância que deferiu o pedido. Transcrevemos a ementa:

Apelação cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.

Verifica-se então, que felizmente já dispomos de orientações jurisprudenciais, neste sentido.

Mas são poucas, entrementes, por todo o aparato de normas, das quais se dispõem em nosso sistema jurídico, é possível asseverar convictamente que a problemática não se encontra no amparo às crianças e adolescentes, mas no *fazer acontecer*, *fazer valer* estes direitos. É necessária a efetivação dos direitos, para que a almejada inclusão social desta classe de pessoas torne-se definitivamente eficaz.

Na última década do século passado, Norberto Bobbio já havia predito em sua obra: "[...] problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los".[35] Mais adiante conclui:

[...] o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.[36]

É este o paralelo a ser traçado para com a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes – pouco adianta mudar a legislação ou acrescer-lhe disposições, destinadas a criar e ampliar direitos desta categoria de pessoas, o ordenamento já dispõe de farta normatividade a respeito, o que se carece é a conscientização dos aplicadores do direito, bem como da sociedade como um todo, quanto à atuação voltada à consagração da efetivação destes direitos, tornando viável a imediata fruição dos mesmos, tal qual podemos indicar o exemplo dos acórdãos antes citados.

Por tudo isso, é de se convir que trabalhos voltados à conscientização social deveriam ser desenvolvidos habitualmente, demonstrando o papel de cada um nesta tarefa destinada à inclusão social das crianças e adolescentes, esclarecendo que afastar o preconceito é o primeiro passo para se atingir este desiderato constitucional, sob pena de permanecermos *fazendo de conta* que nos preocupamos com o nosso semelhante.

Na realidade, hodiernamente esta luta proclamada não passa de uma grandiosa hipocrisia, revestindo um tratamento desigual e discriminador, dispensado a uma categoria de pessoas que precisa viver e este viver há que ser compreendido, sob os auspícios da existência digna, já que todos viemos ao mundo para sermos felizes, não podendo defrontarmo-nos com frustrações e privações constantes, cuja causa é o preconceito.

Como conceber que uma criança ou um adolescente, que tem o direito de ser adotados, assegurado em âmbito constitucional, não o serem, justificando-se pela opção sexual do adotante, pelo fato desta não coincidir com aquela considerada normal, pela sociedade. Isto corresponde a aceitar que os princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade e o do rechaçamento à marginalização e discriminação social, sejam desrespeitados.

Em que pode uma pessoa transexual ser melhor que uma heterossexual, no que pertine à criação e educação de uma criança ou adolescente?

Cremos que o amor é o mesmo... E é isso o que importa.

CONCLUSÕES

1. O direito a adoção, deve ser interpretado como um direito fundamental, visando sempre a prevalência a dignidade da pessoa humana. Afinal, se, entendermos dessa forma certamente estaremos obedecendo aos ditames constitucionais.

2. Aos juristas incumbe a difícil tarefa de conformar adequadamente a norma ao caso concreto, de modo a abstrair o máximo de efetividade possível destes ditames.

3. Reconhecer aos parceiros homossexuais, o direito à adoção, representa um avanço, uma redução às desigualdades sociais, e muito mais do que isso, representa um verdadeiro caminhar ruma a uma sociedade mais justa e inclusiva, que visa prestigiar o "bem estar" do menor acima de qualquer possibilidade de preconceitos.

4. Certamente a sociedade tem um grande caminho a percorrer, no sentido de afastar comportamentos preconceituosos, perpetrando uma igualdade não meramente formal, não apenas na Lei, mas no convívio, em sua materialidade. Mas certamente nosso legislativo vêm dando os primeiros passos, devendo o Poder Judiciário caminhar neste mesmo sentido para que assim possa atuar de maneira realmente efetiva.

5. As uniões homoafetivas devem por certo passar a ser verdadeiramente reconhecidas como entidade familiar, pois esta é a igualdade prevista na ordem constitucional, a qual clama maior efetividade.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano**: e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2004.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual.** São Paulo: Saraiva, 2000.

_____; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 11º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ATIQUE, Henry. Esporte, inclusão social e a Constituição Federal de 1988. In: Antonio Celso Baeta Minhoto (org.). Constituição, minorias e inclusão social,

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11ª ed. 14ª tirag. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Processo, igualdade e justiça. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 2, p. 165-198. São Paulo: Método, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CURIONI, Rossana Teresa. Pessoas Portadoras de Deficiência: inclusão social no aspecto educacional. Uma realidade? Direito da Pessoa Portadora de Deficiência: uma tarefa a ser completada Bauru: EDITE, 2003.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa; MATIAS, Matheus Ricardo Jacon. Fundamentos filosóficos dos deveres de inclusão. In: ARAUJO, Luiz Alberto David; RAGAZZI, José Luiz (Coord.). A proteção da pessoa portadora de deficiência um instrumento de cidadania. Bauru: Edite, 2006.

DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito & a justiça. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. A igualdade desigual. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 02:51-68. São Paulo: Método, 2003.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Direitos das Pessoas com Deficiência – garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004, p. 37-8.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ações afirmativas e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

KOSOVSKI, Ester. **Minorias e discriminação**: direito das minorias. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEAL JÚNIOR, João Carlos e; PIRES, Natália Taves. **Revista Jurídica Cesumar,** v. 9**,** nº 01: 15-34. Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2009.

MADRUGA, Sidney. Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MATOS, Francisco Gomes de. **Fator QF – quociente de felicidade**: ciclo de felicidade no trabalho. São Paulo: Makron Books, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. atual. 11ª tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MINHOTO, Antonio. Constituição, minorias e inclusão social. São Paulo: Rideel. 2009.

PIRES, Maria José Morais. A Discriminação Positiva no Direito Internacional e Europeu dos Direitos do Homem. Documentação e Direito Comparado, Lisboa, n. 63-64, p. 18-19, 1995.

Revista do Advogado, ano XXVIII, nº 101:70-76. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2008.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; GOTTEMS, Claudinei J. **Direitos fundamentais:** da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira. Birigui: Boreal, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. 2º ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual. Estudo sobre o transexualismo- Aspectos médicos e jurídicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TELLES, Marília Campos Oliveira e; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Estatuto da criança e do adolescente.: uma lei de gente grande. *In:* **Revista do Advogado**, ano XXVIII, nº 101:70-76. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2008.

TORRES, Aimbere Francisco. Adoção nas relações homoparentais. São Paulo: Atlas, 2009.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Nona Câmara Cível – Apelação Cível nº 1998.001.14332 – Relator: Desembargador Jorge Magalhães – j. 23/03/1999. Disponível em: <http://www.tjrj.gov.br>. Acesso em: 23 jul. 2009.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Sétima Câmara Cível – Apelação nº 70013801592 – Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias – j. 24/04/2006. Disponível em: <http://www.tjrs.gov.br>. Acesso em: 23 jul. 2009.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Ações afirmativas e o princípio da igualdade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WERNECK, Claudia. Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

<http://www.psicologado.com/site/psicologia-geral/desenvolvimento/adolescencia-e-formacao-da-identidade-em-erik-erikson>. Acesso em 24 jul.2009.

---

[1] DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito & a justiça. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107.

[2] WERNECK, Claudia. Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva. 2ª. ed., Rio de Janeiro: WVA, 2000. p. 52.

[3] FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Direitos das Pessoas com Deficiência – garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004, p. 37-8.

[4] CURIONI, Rossana Teresa. Pessoas Portadoras de Deficiência: inclusão social no aspecto educacional. Uma realidade? Direito da Pessoa Portadora de Deficiência: uma tarefa a ser completada Bauru: EDITE, 2003, p. 422.

[5] CURIONI, Rossana Teresa. Pessoas Portadoras de Deficiência: inclusão social no aspecto educacional. Uma realidade? Direito da Pessoa portadora de Deficiência: uma tarefa a ser completada. Op. cit., p. 423.

[6] GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ações afirmativas e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36-37.

[7] ALARCON, Pietro de Jesús Lora. Processo, igualdade e justiça. Revista brasileira de direito constitucional. São Paulo, v.2, 2004. p. 214.

[8] MINHOTO, Antonio. Constituição, minorias e inclusão social. São Paulo: Rideel. 2009. p. 61.

[9] COELHO, Paulo Magalhães da Costa; MATIAS, Matheus Ricardo Jacon. Fundamentos filosóficos dos deveres de inclusão. In: ARAUJO, Luiz Alberto David; RAGAZZI, José Luiz (Coord.). A proteção da pessoa portadora de deficiência um instrumento de cidadania. Bauru: Edite, 2006. p. 19.

[10] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. atual. 11ª tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 17.

[11] ob. cit. p. 72.

[12] ob. cit. p. 39.

[13] GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. p. 36-37.

[14] Processo, igualdade e justiça. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 2, p. 165-198. São Paulo: Método, 2003. Da mesma maneira, Paulo Bonavides (2003, p. 214) assevera tratar a igualdade de um dos elementos componentes da idéia de Justiça.

[15] COELHO, Paulo Magalhães da Costa; MATIAS, Matheus Ricardo Jacon. Fundamentos filosóficos dos deveres de inclusão. In: Luiz Alberto David Araujo e José Luiz Ragazzi (coord.). A proteção da pessoa portadora de deficiência: um instrumento de cidadania, p. 19.

[16] Proteção internacional dos portadores de deficiência. In: Luiz Alberto David Araujo e José Luiz Ragazzi (coord.). Ob. cit., p. 136.

[17] ATIQUE, Henry. Esporte, inclusão social e a Constituição Federal de 1988. In: Antonio Celso Baeta Minhoto (org.). Constituição, minorias e inclusão social. p. 69.

[18] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 2003 p. 17.

[19] ATIQUE. Ob. cit., p. 72.

[20] Ob. cit., p. 39.

[21] MINHOTO, 2009, p. 21.

[22] Terminologia questionada por SÉGUIN, Elida. Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 09, vez que conceituar minorias é complexo, já que não condiz com um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em quantidade menor, em relação à população deste, devendo ser sopesada a realidade jurídica ante as conquistas modernas.

[23] DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 02:51-68. São Paulo: Método, 2003. p. 52.

[24] VILAS-BÔAS, Renata Malta. Ações afirmativas e o princípio da igualdade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 21.

[25] Conforme discorre PIRES, Maria José Morais. A Discriminação Positiva no Direito Internacional e Europeu dos Direitos do Homem. Documentação e Direito Comparado, Lisboa, n. 63-64, p. 18-19, 1995: "a discriminação positiva traduz-se na adoção de normas jurídicas que prevêem um tratamento distinto para certas pessoas ou categorias de pessoas visando a garantir-lhes uma igualdade material em relação aos outros membros da sociedade".

[26] MADRUGA, Sidney. Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 59.

[27] Revista do Advogado, ano XXVIII, nº 101:70-76. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2008.

[28] LEAL JÚNIOR, João Carlos e; PIRES, Natália Taves. Revista Jurídica Cesumar, v. 9, nº 01: 15-34. Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2009.

[29] <http://www.psicologado.com/site/psicologia-geral/desenvolvimento/adolescencia-e-formacao-da-identidade-em-erik-erikson>. Acesso em 24 jul.2009.

[30] TORRES, Aimbere Francisco. Adoção nas relações homoparentais. São Paulo: Atlas, 2009.

[31] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1010.

[32] ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional do transexual, São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 29.

[33] ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional do transexual, p. 29, ao citar Aracy Augusta Leme Klabin. "aspectos jurídicos do transexualismo", dissertação de mestrado apresentada na faculdade de direito da Universidade de São Paulo, não publicada, 1977, p. 05.

[34] SZANIAWSKI, Elimar. Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual. Estudo sobre o transexualismo- Aspectos médicos e jurídicos. Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 49.

[35] BOBBIO, 1992, p. 25.

[36] Ibidem, mesma página.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA DIMENSÃO DA CREMATÍSTICA NO DIREITO*

CONOMIC ANALYSIS OF LAW: A DIMENSION OF CHREMATISTICS IN LAWS

Bruno Bolson Lauda

RESUMO

O presente artigo busca traçar, de forma geral, as características principais da chamada "Escola da Análise Econômica do Direito", de Posner, Coase e Calabresi, e compará-la brevemente e sinteticamente com a crematística em Aristóteles, que é a arte da obtenção de riquezas, no sentido de que, sendo esse o objetivo primordial do aspecto normativo da Análise Econômica do Direito, seria ela uma dimensão da crematística no Direito. Busca concluir que a Análise Econômica do Direito se trata da aplicação de métodos crematísticos ao Direito, tão-somente. Diferencia o ponto de vista normativo do ponto de vista descritivo da Análise Econômica do Direito em relação à teoria de Aristóteles.

PALAVRAS-CHAVES: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, CREMATÍSTICA, UTILITARISMO, PENSAMENTO ECONÔMICO ANTIGO, PENSAMENTO ECONÔMICO MODERNO, ECONOMICISMO

ABSTRACT

The present article seeks to trace, in a general way, the main characteristics of the so-called "School of Law and Economics", by Posner, Coase and Calabresi, and compare it briefly and synthetically to the chrematistics in Aristotle, which is called the art of acquiring riches, in the sense that, being it the main objective of the normative dimension of the Economic Analysis of Law, it would be a dimension of chrematistics in laws. It concludes that the economic analysis of law is nothing but the use of the chrematistic method into the Law sphere. Establishes the difference between the normative point of view and the descriptive point of view of the Economic Analysis of Law and Aristotle's economic theory.

KEYWORDS: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, CHREMATISTICS, UTILITARIANISM, ANCIENT ECONOMIC THOUGHT, MODERN ECONOMIC THOUGH, ECONOMICISM

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O presente trabalho tem por fulcro a realização de uma breve análise comparativa entre a chamada "Escola da Análise Econômica do Direito" e a economia e a crematística como concebidas por Aristóteles. Procuramos precisar, pois, até que ponto as proposições e os instrumentos teórico e analíticos típicos da Escola Análise Econômica do Direito nada mais seriam do que uma manifestação de uma dimensão crematística do Direito.

Entendemos por necessária, pois, a busca de maior interdisciplinariedade no trato das questões jurídicas. As ações dos juízes, advogados e demais operadores do Direito, bem como das próprias partes dentro do processo (e mesmo fora dele) têm reflexos econômicos que não devem ser ignorados. Da mesma forma, uma *boa* teoria do Direito deve encampar os caracteres econômicos do Direito.

Nesse sentido, é também nosso objetivo o de compreender o pensamento econômico aristotélico, contrastando-o com o referido na Análise Econômica do Direito, e ressaltando o que tiverem de comum (se tanto).

O material utilizado foi exclusivamente bibliográfico, tendo em vista ser prescindível qualquer análise factual para os objetivos propostos, que é o de contrapôr dois paradigmas teórico-conceituais. Recusamo-nos a realizar uma análise histórica, também, ainda que possa ser útil e perfeitamente realizável em trabalhos posteriores sobre o mesmo tema, em virtude do caráter exclusivamente teórico do enfoque do presente trabalho.

Isto posto, tem-se que o estudo da economia em Aristóteles, para o Direito, se faz importante por duas razões. A primeira, por ser ele, possivelmente, o primeiro pensador a desenvolver uma teoria econômica[1], e o mais importante da antiguidade. Em dois de seus trabalhos realiza, Aristóteles, a parte mais significativa de seus trabalhos a respeito da análise da economia: o primeiro é o livro V da *Ética a Nicômaco*, o segundo é o livro I da *Política*.

Além disso, a concepção aristotélica da economia balizaram o tratamento ocidental às questões econômicas até, pelo menos, o renascimento, com o surgimento do metalismo e das primeiras colônicas na América. O tratamento dado pelo medievo à economia era fortemente aristotélico, bem como, especialmente, o pensamento de Tomás de Aquino. E ainda deve-se considerar que a influência de Aristóteles foi muito além do próprio mundo ocidental, tendo atingido, ainda, toda a região do Oriente Médio.

Ou seja, Aristóteles, como pensador econômico, teve influência prática por mais tempo do que qualquer moderno, em especial aqueles cujas idéias vão de encontro às de Aristóteles. Portanto, em uma época de crise, política, econômica, social, intelectual, e, principalmente, ambiental, uma procura pelo “retorno às raízes” – não apenas no sentido de explicar de onde veio o mundo tal como está, mas especialmente como eram as idéias que vigiam no passado – faz-se necessária e interessante.

É isso que nos propomos a fazer, tomando como base Aristóteles, por sua importância e estatura tão elevadas. Tomaremos sua concepção de economia como paradigma não

apenas por sua descomunal influência, mas também por seu acerto em vários pontos fundamentais, que serão devidamente avaliados.

Assim, em se tratando da divisão dos trabalhos em economia que produziu Aristóteles, tem-se que há dois trabalhos principais, , dentre todas as obras sobreviventes de Aristóteles, que tratam do tema da economia e da crematística.

No *Ética a Nicômaco*, Aristóteles trata da Economia no mesmo livro em que trabalha com a Justiça, discorrendo sobre a justiça nas relações de troca entre os homens, percebendo a economia como parte da ética.

Na *Política*, por sua vez, Aristóteles trata das quatro formas de aquisição: as naturais e justas, o escambo e a compra por meio de um intermédio, a moeda, e as antinaturais e injustas, a troca da mercadoria por dinheiro a fim de se obter mais dinheiro (modo segundo o qual a mercadoria é que é o intermediário, e não o dinheiro), e a mais antinatural e injusta de todas, o empréstimo a juros. Aristóteles diferencia, em suas exposições, a economia, como sendo a ciência prática que objetiva saber usar bem os meios disponíveis para manter e sustentar a casa (oikos) e a pólis, da crematística, como sendo a técnica de simplesmente adquirir riquezas[2].

Assim, pode-se dizer que, em Aristóteles, a economia se encontra subordinada à ética e à política. Estas devem impor limites e fins para a economia.

Nisso a economia aristotélica se diferencia da moderna, a qual na verdade é a crematística, posto que se preocupa apenas com a geração de riquezas, e não com a finalidade precípua do agir econômico, que é a sustentação da casa e da pólis. A Escola da Análise Econômica do Direito, parece-nos, trabalha com essa perspectiva, a de adquirir riquezas (por meio da sua ênfase na maximização da utilidade), em seu aspecto normativo.

Nossa exposição é no sentido de trabalhar com esta diferenciação relativamente ao Direito, ressaltando o aspecto crematístico inerente à Análise Econômica do Direito, e verificar seu lugar (se houver) dentro do corpo da teoria econômica aristotélica. Nossa análise é puramente teórico-descritiva: queremos demonstrar a existência de uma dimensão crematística, compreendida na teoria econômica de Aristóteles, na Análise Econômica do Direito, e nada mais.

1. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A escola da Análise Econômica do Direito nasceu nos Estados Unidos da América, em Chicago, tendo suas raízes teóricas nos trabalhos de Ronald Coase[3], Gary Becker[4], Guido Calabresi[5], e Richard Posner[6] nas décadas dos sessenta e dos setenta. Sendo os três primeiros economistas, e o quarto, Posner, renomado jurista americano.

A escola da Análise Econômica surgiu, relativamente ao tempo, quando da crise da década dos setenta do Estado do Bem-Estar Social. Apareceu como movimento alternativo do Direito norte-americano, que buscava apresentar novas posições e idéias às doutrinas realista[7] e convencionalista[8] então dominantes. Difundiu-se por várias faculdades de Direito e de Economia do país, para, então, no alvorecer da década dos noventa, aportar aos países de tradições jurídicas distantes da *Common Law*, de origens Romano-Germânicas.

Originalmente trabalhava-se apenas com análises dos efeitos econômicos de decisões judiciais e legislações relativas a trustes (antitrustes), contratos empresariais, e atividades criminosas[9]. Desenvolvimentos posteriores passaram a colocar seu instrumental a serviço de análises referentes a temas tributários, constitucionais, administrativos, de reparação civil, e também de contratos.

Almeja, a Análise Econômica do Direito, descobrir e esclarecer os efeitos econômicos dos contratos, decisões judiciais e leis, sob a perspectiva da eficiência econômica, de maior utilidade geral. Tem um lado *positivo*, que trata de análises descritivas, e um aspecto *normativo*, o qual busca colocar o que se deve e o que não se deve se fazer para que se atinja determinado objetivo.

No que tange a contratos, objetiva, especificamente, a Análise Econômica do Direito, nos dizeres de RICHARD POSNER[10]:

"O objetivo de um sistema, metodologia, ou doutrina de interpretação contractual é o de minimizar os custos de transação, compreendidos, em sentido amplo, como obstáculos a esforços voluntários de mover recursos para um uso mais valioso. Esses custos podem ser muito grandes quando, induzindo-se as partes a não contratar, eles evitam que os recursos sejam alocados de maneira eficiente. Em razão de os métodos de redução de custos de transação contratuais, como a litigância, são em si mesmos custosos, cuidadosos custos de oportunidade se fazem necessários." [Tradução Livre]

Contratos representam situações de interação voluntária entre as partes. O termo "contrato" é utilizado aqui como significando um conjunto de compromissos interdependentes que gozam de algum tipo de proteção legal[11]. Em se tratando de contratos, temos que seu elemento principal, em termos legais, é o *pacta sunt servanda*, o princípio da obrigatoriedade do cumprimento dos contratos.

De acordo com tal princípio, as partes não podem eximir-se de sua obrigação voluntariamente pactuada por meio do instrumento contratual, podendo, qualquer uma delas, no caso de infração ou descumprimento por parte de outra, invocar a proteção legal do Estado e exigir o adimplemento daquela obrigação, ressarcimento, ou punição para a parte infratora. "O contrato é lei entre as partes"[12], como coloca o famoso adágio.

Entretanto, temos que nem todos os compromissos contratuais são efetivamente protegidos pelo Estado. Há aqueles que são simplesmente nulos; nunca adentraram o

ordenamento jurídico (por exemplo, um contrato versando sobre a obrigação de um dos contratantes de vender-lhe uma casa no além-vida). Também existem os ilegais: seu objeto não é reconhecido como juridicamente passível de proteção (contratos de compra-e-venda de drogas ilícitas, por exemplo).

Mas há também aqueles que se situam numa espécie de limiar da proteção legal. São contratos que, em princípio, gozam de proteção jurídica; mas esta acaba por se ver mitigada quando do caso concreto por conta da aplicação de algum princípio, ou pela observância de alguma circunstância de fato, que lhe retiram, aos olhos do agente encarregado de render-lhes a proteção estatal, o mérito dessa mesma proteção e a possibilidade de sua ocorrência.

Contratos de longo prazo, por exemplo, ou envolvendo uma obrigação futura, podem acabar por sofrer de disparidades entre as obrigações assumidas por uma das partes e o benefício que esta deverá vir a ter com o pacto. Ou simplesmente uma grande discrepância entre os ganhos auferidos por uma parte e os benefícios colhidos pela outra.

Nesses casos, é muito comum ver-se aplicada, por exemplo, a chamada teoria da imprevisão[13], dentre outras, como forma de admitir-se o rompimento do contrato ou a sua revisão. Contudo, tais discrepâncias ou disparidades é o que se vê. O que não se vê[14] são as conseqüências das decisões judiciais que buscam mitigá-las, uma vez globalmente consideradas.

O rompimento e a reinterpretação de um contrato por conta de uma decisão judicial muitas vezes acaba por trazer conseqüências que vão além dos efeitos visualizáveis entre as partes[15]. O fim do contrato pode ensejar uma desconfiança entre os demais agentes econômicos que tenham pactuado contratos de mesmo tipo daquele que foi forçadamente rompido ou reinterpretado. Como bem observa, por exemplo, CLÁUDIO PETRINI BELMONTE [16]:

"Assim, com base no exemplo da cadeia de exportação de gado para o Líbano, têm-se diversos outros contratos de compra e venda de gado realizados com os produtores rurais, contratos de intermediação de compra e venda, contratos de transporte rodoviário do gado até o Porto de Rio Grande, contratos aduaneiros, contratos de transporte marítimo, entre outros.

Nesse caso, a hipótese de inadimplemento em um dos elos prejudicaria a cadeia como um todo. E, por conseqüência, acarretaria um enorme prejuízo para a economia e para a sociedade, restando demonstrado que os efeitos irradiados dos contratos vão além da relação das partes, por mais que obrigue apenas "A" e "B", já que o não cumprimento dos contratos implica na quebra da finalidade da liberdade de contratar."

Nessas circunstâncias, o custo para se efetuar ou se manter os contratos se eleva. Trata-se de aumento dos custos de contratar (ou custos de transação, tema que será tratado a seguir), gerado pela ação estatal no sentido de proteger determinados contratos de forma

diferente da maneira originalmente prevista pelas partes, ou por omissão, pela negativa de proteção estatal frente a esses contratos.

É evidente que há relações contratuais que às quais o Estado não deve render proteção, por ofenderem irreparavelmente a ordem jurídica. Entretanto, face ao nebuloso terreno das conseqüências advindas do rompimento ou da reinterpretação de um contrato, torna-se necessário, na ótica da Escola da Análise Econômica do Direito, analisar os efeitos da ação intervencionista ou da omissão estatais quando do trato com quaisquer contratos.

Quando o julgador, pois, se defronta com um caso no qual há um mínimo de possibilidade no sentido de se romper ou de se reinterpretar um contrato, por conta seja de quaisquer motivos relevantes (como disparidade econômica entre as partes), na verdade está ele fazendo um *juízo de pesos* entre o valor dado ao *pacta sunt servanda* e ao outro bem jurídico em questão. Coloca, a Escola da Análise Econômica do Direito, nessas circunstâncias, a seguinte proposição: utilizar o critério da *eficiência* como forma de traçar uma linha, de onde é possível fazer prevalecer um determinado princípio em detrimento de outro nas relações contratuais.

Assim, tem-se o objetivo da Análise Econômica do Direito, no que toca aos contratos, que é o de responder a estas duas perguntas: 1) *"qual o sentido da economia do contrato?"* e 2) *"em relação a quais contratos a proteção jurídica total e efetiva representa um bem?"*.

Para respondê-las, utiliza-se de instrumental teórico que pode ser resumido a três conceitos básicos. São eles: Escolha Racional, Custos de Transação e Eficiência.

1.1. A Escolha Racional ou Maximização Racional

O conceito de escolha racional não se trata da idéia de que os indivíduos sempre fariam escolhas racionais no sentido de correção de suas ações, como poderia entender, primeiramente, um leigo. Por "escolha racional" se entende, simplesmente, que o homem é um ser racional que busca maximizar a sua satisfação. Não presume onisciência ou perfeição de mente e de informações.

Coloca-se, desse modo, que o homem busca maximizar a sua *utilidade*, desse modo. Por utilidade, dentro da escolha racional, deve-se entender que os agentes escolhem sempre, dentre duas ou mais alternativas, àquela que melhor se adeqüa à sua escala de preferências. O agente é capaz de ordenar as diversas alternativas que se lhe apresentam em função de sua utilidade para si. Nesse sentido, se uma determinada pessoa se vê diante de três alternativas, A, B e C, e prefere A a B, B a C, e A a C, irá escolher A.

Importante ressaltar, nesse ponto, que a utilidade não é objetiva, mas puramente subjetiva. A utilidade de um homem em relação a algo é única, e não pode ser comparada à de outro em relação à mesma coisa. Não existem comparações interpessoais de utilidade e de escalas de preferência[17].

A utilidade depende do grau de satisfação que o indivíduo espera obter de uma determinada escolha. Esse grau, por sua vez, provém de sua análise subjetiva acerca dos custos e benefícios que terá com essa escolha.

Como esses custos representam a abdicação de uma escolha em prol de outra (por exemplo, colocar um real na poupança ou utilizar esse mesmo um real para comprar um doce), temos que as escolhas que o indivíduo faz são uma mera comparação subjetiva de utilidade, na qual se pesam os custos e os benefícios de uma escolha e de outra. A isso se chama "custo de oportunidade".

A Escolha Racional, portanto, nada mais é do que algo intrínseco à ação racional do indivíduo. Qualquer escolha que fizer será feita de acordo com o grau de satisfação superior que espera daquela escolha em particular em detrimento de outras possíveis, as quais se situam, na sua escala de valores, em posição inferior à que efetivamente fez.

1.2. Os Custos de Transação

Custo de transação é um conceito imprescindível para se entender a economia do contrato. Foi criado – ou descoberto – pelo economista Ronald Coase, na década dos setenta, no artigo intitulado "*The Nature Of The Firm*", ainda que, à época, ainda não tivesse dado ao conceito efetivamente esse nome.

Custos de transação, na definição econômica, são todos os custos envolvidos para a realização ou feitura de uma troca, ou de um contrato. Sob uma perspectiva mais ampla, são todos os custos decorrentes das instituições e da interação humana, no tempo[18], para se efetuar uma determinada transação. Envolvem os custos de feitura, litigância, manutenção, etc. Até mesmo os custos de transporte podem adentrar a equação, a variar de acordo com o tipo de contrato em questão.

De acordo com Williamson[19], há dois tipos de custos de transação que afetam os agentes econômicos: 1) os custos pré-contratuais de negociar e fixar os termos dos contratos; 2) os custos de manutenção da relação contratual, custos de eventual litigância, e de renegociação.

Os custos de primeiro tipo costumam ser mais comuns em contratos incertos, nos quais a realização do pactuado depende de condições que as partes não sabem ao certo quais são ou se vão mesmo se dar de acordo com o esperado por cada uma delas.

Custos do segundo tipo, por sua vez, são mais freqüentes em contratos de longo prazo, com obrigações a serem realizadas por ambas as partes no decorrer do tempo. Em especial, os custos de litigância, no Brasil, se mostram especialmente custosos, como é de conhecimento comum. São deste tipo os custos de transação mais comuns e mais fáceis de ocorrer nos contratos agrários, dado o fato de que são de prestação contínua e geralmente de longo prazo.

A existência de cláusulas obrigatórias pode ou não implicar custos de transação reduzidos. Sim, no caso de servirem para reduzir os custos iniciais e também evitar

litigâncias; não, caso sofram de má-redação e/ou levem à revisão judicial dos contratos, por falhas interpretativas ou por imposição de termos que gerarão problemas no futuro.

1.3. A Eficiência

Em um sentido, considerando-se não um bem ou serviço em particular, mas a totalidade deles, equilíbrio pode ser definido como o padrão de interação entre indivíduos que é alcançado quando todos os agentes estão maximizando sua utilidade simultaneamente, e de forma que nenhuma alteração no quadro possa implicar em incremento nessas utilidades. A situação descrita aqui é o chamado *Ótimo de Pareto*[20]. Ocorre quando se atinge uma situação na qual não é possível aumentar a utilidade de mais ninguém sem prejudicar a outrem.

Essa é a situação que leva ao conceito de Eficiência. Diz-se que uma determinada *troca* é eficiente quando vai ao encontro do Ótimo de Pareto – isto é, incrementa a utilidade, em direção ao equilíbrio geral. É importante ressaltar aqui, novamente, que a utilidade é individualmente considerada.

Por isso, uma situação de Ótimo de Pareto não é necessariamente justa, em termos de igualdade de condições das partes. Significa apenas que é eficiente economicamente. Ou, de acordo com VASCO RODRIGUES[21]:

"Dizer que uma situação é Pareto-Eficiente, é um óptimo de Pareto, não é o mesmo que dizer que é justa, boa ou correcta. Por exemplo, se duas pessoas famintas tiverem que distribuir entre si dois quilos de arroz e uma se apoderar e toda comida, a situação resultante é um óptimo de Paeto: não é possível aumentar a satisfação da pessoa que não recebeu arroz sem prejudicar a que dele se apropriou. No entanto, presumivelmente, a maioria das pessoas não considerariam essa distribuição justa."

Dentro do exemplo citado por ARAÚJO, se temos dois sacos de arroz, para serem distribuídos entre duas pessoas, e uma delas se apropriar de ambos, justa ou injustamente, ter-se-á um Ótimo de Pareto, pois não se pode tirar um saco de arroz da pessoa que se apropriou dos dois sem prejudicá-la. Não se fazem análises interpessoais de utilidade por sua precariedade. Não seria possível dizer que a utilidade maior seria atingida se a cada pessoa, nesse caso, fosse dado um saco de arroz, se, por exemplo, fossemos informados de que uma delas é solteira, e a outra, casada e com cinco filhos.

Em resumo: uma dada situação é eficiente quando não pode receber melhoramentos, ou quando as alternativas são mais custosas do que o *status quo*.

2. A economia em Aristóteles

A elaboração, por Aristóteles, de seu conceito de economia, começa pela introdução do que é o homem, no que define o homem como sendo um *zoon politikon*, isto é, um animal político[22], posto que o homem só se realizaria como indivíduo dentro da comunidade política, sendo, o homem, fora dela, "*ou um bruto, ou uma divindade*"[23].

Não existiria o homem fora da comunidade política, senão como uma besta, e certamente não como humano. Diz Aristóteles: "*a cidade é, por natureza, anterior ao indivíduo, porque se um indivíduo separado não é auto-suficiente, permanecerá em relação à cidade como as partes em relação ao todo*"[24].

Para a realização do homem, este deve buscar o seu bem viver. Por outro lado, o homem não vive isolado dos demais. Portanto, para a realização do bem do indivíduo, deve-se procurar, também, o bem da pólis, que é o campo da realização do político. Isto é, deve-se procurar o *bem comum*.

No entanto, é condição necessária para a realização do bem comum almejado pela pólis a provisão de bens para que se proceda à consecução dos projetos de bem comum, visando a melhora da pólis e dos indivíduos que a compõem. Aí, tem-se, como função do caracter político do homem, que o faz ser um *zoon politikon*, o caracter *econômico* do homem, que o faz ser também um *animal econômico*.

O homem, portanto, para Aristóteles, tem uma dimensão produtora, econômica, voltada à finalidade de sustentar a si mesmo e à pólis, a fim de poder promover o seu próprio bem e o bem comum.

Torna-se mais fácil a compreensão do sentido da economia, em Aristóteles, por meio da análise da etimologia da palavra montada por Aristóteles. Economia é "oekonomia", que é uma junção dos termos "oikos", que se refere à casa, à unidade familiar, e de "nomos" que se refere à casa, fragmento inicial da teoria econômica de Aristóteles.

Assim, Aristóteles começa a elaboração de sua teoria econômica não por conta de uma espécie de adesão precursora ao individualismo metodológico[25], e sim porque a casa é a unidade básica o primeiro nível da vida social. É na casa que o homem passa a maior parte do seu tempo, e são relativas à casa boa parte das relações entre os homens. Dessa forma, a provisão de bens para a casa não poderia ter apenas a finalidade de mantê-la, isto é, de mera subsistência, mas deveria estar de acordo com as necessidades do *vínculo familiar*, razão de ser da casa.

No entanto, para Aristóteles, como já afirmado, o homem é um animal político, um *zoon politikon*. Isso significa que o homem só tem existência individual enquanto membro da Pólis, e só é capaz de atingir a felicidade e a finalidade de sua existência, representadas na *eudaimonia**[26]***, dentro da Pólis, e nunca fora dela.

Logo, a boa administração da casa (isto é, a mantença da unidade familiar de acordo com o fim encerrado em sua essência) serve a um outro fim justo, que é a manutenção da Pólis. Contudo, a administração da própria Pólis, como entidade composta pela reunião de várias casas, requer, ela própria, manutenção e finalidade.

É nesse sentido que entra a economia, como arte de bem administrar as riquezas da pólis, não só no sentindo de sua manutenção, de sua existência, mas sim na melhora da vida de seus cidadãos. Não compreendido, porém, nisso, tão somente o aspecto quantitativo, que o utilitarismo subjetivista moderno[27] iria, posteriormente, enfatizar, mas sim o qualitativo, no sentido de servir a um fim cívico, de tornar a pólis melhor, de acordo com um ideal de bem comum. Não se trata da simples melhora das condições de vida, e sim de uma orientação para o bem viver.

A economia, em Aristóteles, é uma ciência bastante diferente do uso moderno, que se refere à ciência que estuda as relações de produção, distribuição e consumo de bens e serviços. A economia aristotélica é mais abrangente: inclui o uso desses bens e serviços e todo o conjunto de relações segundo as quais foram criados ou deverão ser utilizados.

A concepção de economia de Aristóteles poderia ser chamada, a fim de evitar confusões para com a utilização moderna da palavra, de *metaeconomia*, posto que se refere à uma ciência que estaria *acima* da economia propriamente dita, estando esta lhe subordinada, e que lhe geraria diretrizes e princípios e lhe estabeleceria limites epistemológicos e metodológicos. Entretanto, em respeito à terminologia utilizada por Aristóteles, nos furtaremos de trabalhar com tal expressão ao tratarmos de sua teoria.

Para Aristóteles, a economia é necessariamente parte da Ética, e subordinada à Política. Portanto, o uso a que devem ser direcionadas às riquexas deve ser bom; e, de outro, no âmbito da pólis, cabe à política, em função da ética, de forma não raro casuística, determinar de que forma deverão ser obtidas e usadas as riquezas. Isso não significa que é o *Estado* que deve, pura e simplesmente, *planejar* a economia: em verdade, ARISTÓTELES[28] se posiciona francamente em favor da propriedade privada, porém com *limites ao seu uso*:

"A sequência natural das idéias traz a questão da propriedade. Qual será a lei a propósito das propriedades no projeto da melhor constituição? Elas serão comuns ou pessoais? (...) Se as terras são lavradas por outros que não os cidadãos, outra será a questão, e mais fácil; porém, se os que os cultivam o fazem por conta própria, a razão do interesse trará maiores dificuldades. O desnível entre os trabalhos e os prazeres despertará, evidentemente, o descontentamento dos que trabalham muito e pouco recebem, contra os que pouco trabalham e recebem muito. (...) A comunidade dos bens desperta, portanto, estes e outros inconvenientes. (...) ...o atual processo de posse que se recomenda pela autoridade dos usus e pela prescrição de leis sábias deve oferecer grande vantagem. Englobará os benefícios dos dois sistemas, quer dizer, da propriedade possuída em comum e da posse individual, concomitantemente. (...) ...o valor da propriedade será muito mais aumentado, pois cada um se esforçará integralmente como se se tratasse de uma coisa exclusivamente sua. (...) ...tendo cada cidadão sua propriedade particular, põe-na em serviço dos amigos, e dela se serve em parte como de um bem comum. (...) **É preferível, portanto, que os bens sejam pertencentes a particulares, porém que se tomem propridedes comuns pelo uso que se faz deles**." [GRIFO NOSSO]

Nessa esteira, isto é, no relativo ao uso da propriedade para e de acordo com o *bem comum*, essencial ao conceito de Economia em Aristóteles é a distinção entre *valor de uso* e *valor de troca*. Aristóteles inicia esta sua exposição com o exemplo de um calçado[29], mencionando o seu uso próprio, qual seja, o de calçar e proteger os pés. Isso seria o seu *valor de uso*. Como coloca Aristóteles[30]:

“Comecemos pela seguinte observação: cada coisa que possuímos tem dois usos, dos quais nenhum repugna a sua natureza; porém, um é próprio e conforme a sua

destinação, outro desviado para algum outro fim. Por exemplo, o uso próprio de um sapato é calçar; podemos também vendê-lo ou trocá-lo para obter dinheiro ou pão, ou alguma outra coisa, isto sem que ele mude de natureza; mas este não é o seu uso próprio, já que ele não foi inventado para o comércio. O mesmo acontece com as outras coisas que possuímos. A natureza não as fez para serem trocadas, mas, tendo os homens uns mais, outros menos do que precisam, foram levadas por este acaso à troca."

Ou seja, para Aristóteles, é o *valor de uso* das coisas que as torna passíveis de serem trocadas. Nesse sentido, um sapato torna-se um objeto desejável numa troca por causa de sua utilidade, isto é, a proteção dos pés, ao ser calçado.

Assim, pode-se resumir o conceito de *valor de uso* na proposição de que o valor de uma coisa, para uma pessoa, deriva de sua utilidade para o bem de alguma pessoa. Este valor não é subjetivo, entretanto: o valor é objetivo e refere-se á utilidade *intrínseca* da coisa.

Desse modo, a troca, de uma coisa por outra, de acordo com a natureza, deve referir-se sempre ao seu valor de uso; isto é, é a utilidade da coisa que faz com que os homens a desejem e a troquem por outras, que para si também sejam úteis. Não é a natureza das coisas que leva os homens a trocarem-nas, e sim as diferentes necessidades dos homens, tão variáveis quanto eles próprios. Nas palavras de Aristóteles, "*A natureza não as fez para serem trocadas, mas, tendo os homens uns mais, outros menos do que precisam, foram levadas por este acaso à troca*"[31].

Por outro lado, nisso Aristóteles distingue a troca necessária da supérflua e antinatural. Esta não é nenhuma outra senão o comércio pelo comércio; ou, na fórmula marxiana mais conhecida, D-M-D, ou seja, dinheiro pela mercadoria, a fim de que esta seja, por sua vez, trocada por valor superior ao inicial, parte do qual deverá ser usada para adquirir novas mercadorias para, por sua vez, também serem trocadas por soma superior às que foram compradas.

O comércio pelo comércio é considerado por Aristóteles como sendo antinatural. Na citação anteriormente referida, Aristóteles alude à distinção entre o comércio enquanto troca bilateral e ao comércio por dinheiro. A isto corresponde o *valor de troca*: a quantia pela qual uma coisa pode ser trocada por outra.

O *valor de uso*, por sua vez, e isso é de extrema relevância, não necessariamente se traduz em *valor de troca* tão considerável quanto à sua utilidade intrínseca (isto é, o seu valor de uso). Remetemo-nos ao exemplo do diamante e da água: o valor de troca do primeiro é muito maior do que o da segunda, no entanto o seu valor de uso é praticamente nulo, ao passo que o da água está entre os mais elevados dentre todas as coisas[32].

O conceito que Aristóteles dá à riqueza se refere ao sustento da casa e da pólis. Nesse sentido, a riqueza só é útil à medida em que serve para o sustento da pólis. Logo, a riqueza *verdadeira* é aquela que se refere às coisas com alto *valor de uso*, e não de troca.

Ademais, parte ou dimensão da economia se preocupa apenas com a obtenção da riqueza, e a economia, como um todo, em como melhor usá-la. Aristóteles considerava a técnica de adquirir riquezas, como uma parte da economia. Contudo, essa técnica para ser natural, e portanto boa, em relação à economia, deveria se ocupar apenas dos bens de primeira necessidade, e não dos supérfluos. A verdadeira riqueza é aquela que serve ao próprio sustento; é a riqueza cujo fundamento é o valor de uso dos bens que a compõem, e não o seu valor de troca.

Assim, se de um lado desejável e necessária é a parte da economia que busca encontrar os meios necessários à manutenção da casa, e da pólis, porém sem considerar a si mesma como fim último, de outro é indesejável e antinatural a parte da economia que se ocupe exclusivamente com o valor de troca dos bens que procura obter. Se, de um lado a economia propriamente dita, como um todo, se preocupa com os fins a que se destinam as riquezas, de outro é uma parte dela que deve se ocupar da obtenção desses bens; essa parte, denomina-se *crematística*.

3. A Crematística

Uma vez exposto o que Aristóteles entende por economia, parte-se para a explicação do que entende por crematística. Em essência, crematística, para Aristóteles, é a mera "arte[33] de adquirir riquezas[34]"; no que difere da economia, que se refere a como melhor utilizá-las.

Como, para Aristóteles, as causas finais têm maior importância que as causas eficientes, tem-se que a crematística seria inferior à economia, posto que, como técnica, referente à produção, estaria subordinada a uma ciência do saber prático, que, no caso, é a economia. A finalidade última, pois, da economia, seria mais importane que a da crematística, que seria apenas um meio para àquela.

No que toca à crematística, coloca Aristóteles duas formas segundo as quais se dá a aquisição de riquezas, uma natural e outra contrária a natureza. As formas naturais de aquisição são aquelas sancionadas pela natureza do homem e de acordo com o bem. Por exemplo, a agricultura, a caça, a pesca, a coleta e até a guerra, a primeira uma atividade produtiva, e as demais atividades extrativistas, para fins de subsistência direta do próprio trabalho. Este ponto é de suma importância, posto que dentre as formas ditas naturais, Aristóteles considera somente aquelas que não advêm do comércio, mas da produção, da propriedade, e por ela limitadas[35]. Nesse sentido, ARISTÓTELES[36]:

"Existe, porém, outro modo de conquista a que se denomina principalmente, e com razão, a arte de adquirir; é o que não impõe fronteiras à riqueza, e que, dada a vizinhança que os aproxima, em geral se acredita ser aquele de que acabo de falar. Não o é, ainda que dele não esteja por demais afastado: um é natural, o outro não provém da natureza e é, sobretudo, o resultado da inteligência e de uma certa arte."[37]

As formas não naturais a que se refere Aristóteles são aquelas que não estão ligadas diretamente à origem na propriedade, e que não são, portanto, necessárias e limitadas. A crematística antinatural, nesse sentido, está encerrada nessa separação: o necessário do

supérfluo, considerando os recursos necessários como sendo, somente estes, “a verdadeira riqueza”[38].

Para Aristóteles, pois, somente é verdadeira riqueza aquilo que se presta a um bom uso, um uso necessário ou útil. É aí que se faz a separação entre a crematística natural, “boa”, e a crematística antinatural, “ruim”. Esta teria por função não a geração de riquezas segundo um bom fim, necessário e útil, e sim um fim ruim. A riqueza é boa segundo a destinação que a ela é dada.

Aristóteles reconhece na criação da moeda um expediente necessário, e bom, para que os homens pudessem ter um meio de troca, segundo o qual poderiam comerciar seus bens e satisfazer suas diferentes necessidades de acordo com as suas diferentes produções. Nesse sentido, coloca Aristóteles[39]:

“Convencionou-se dar e receber nas trocas matéria que, por si mesma útil, fosse de fácil condução nas diversas circunstâncias da existência, como o ferro, a prata, inúmeras outras substâncias das quais foram determinadas inicialmente somente as dimensões e o peso, e, finalmente, foram marcadas com um sinal impresso para obviar o inconveniente das medições frequentes; a marca passou à figura como uma identificação de qualidade. Quando a necessidade da permuta trouxe a invenção da moeda, novo ramo apareceu na ciência de enriquecer: o comércio varejista, que talvez tenha sido, a princípio, feito de maneira muito singela, porém no qual a experiência introduziu mais arte depois, quando se ficou melhor conhecendo onde deveriam ser procurados os objetos da permuta e o que era necessário para se ter maior lucro. Eis a razão por que a ciência de enriquecer passou a ter como finalidade o dinheiro cunhado, sendo o seu desideratum principal ensinar os modos de o conseguir em grande quantidade; é efetivamente esta ciência que traz a abastança e as grandes fortunas.”

Por outro lado, também serviu, a introdução da moeda, para que se tornasse possível a referida acumulação D-M-D, isto é, o dinheiro pelo dinheiro, com a mercadoria como intermediário. A partir de então, riqueza passou a ser sinônimo de grande quantidade de dinheiro; entretanto, no esquema natural, isto é, M-D-M, no qual o dinheiro é que é o intermediário, e não a mercadoria, estaria compreendido que riqueza é a grande quantidade de bens, e não necessariamente a grande quantidade de dinheiro[40].

Esta última seria a crematística antinatural, de acordo com Aristóteles, isto é, a aquisição de dinheiro apenas para obter mais dinheiro. Trata-se de uma degeneração do sistema inicial da moeda, cuja finalidade teria sido a de facilitar trocas não contrárias à natureza entre os homens.

Este sistema inicial, isto é, baseado na aquisição de riquezas, tinha por imperativo a necessidade de que estas tivessem um fim, qual seja, o bom uso, de acordo com as carências da casa e da Pólis. A degeneração, por outro lado, faz com que a aquisição de riquezas se torne um fim em si. Nesse sentido, coloca Aristóteles[41]:

“O fim a que se propõe o comércio não tem limite determinado. Ele compreende todos os bens que se podem adquirir; mas é menos a sua aquisição do que seu uso. O objeto da ciência econômica; esta, portanto, está necessariamente restrita a uma quantidade determinada. Não ignoramos que neste ponto a teoria é desmentida pela prática. Todos,

e principalmente os comerciantes, amam o dinheiro, não julgam ter o suficiente e sempre acumulam. De um ao outro, é apenas um passo.”

A crematística é uma técnica de aquisição de riquezas que tem como finalidade, assim, no sistema com moeda, a obtenção de dinheiro, que deverá ser usado para trocas. No entanto, essa técnica de aquisição deve ter por finalidade a obtenção de riquezas – e é aí que reside a diferença entre a crematística natural e a crematística antinatural.

Importante ressaltar, nesse ponto, que a crematística não é considerada algo ruim. É o seu mau uso, ou a permissão de que a crematística passe a ocupar o território da economia, como se fosse toda ela, que é condenada por Aristóteles. A crematística em si, como técnica de obtenção de riquezas, é necessária ao sustento da casa e da pólis.

Ocorre que a crematística fornece os meios para a obtenção de dinheiro em abundância, mas não está preocupada com o seu devido uso. Esse campo é o da economia. A crematística natural, portanto, apenas serve de instrumento – técnica – para que a economia, que é a ciência que trata do bom uso das riquezas disponíveis – possa operar. No que fugir disso, a crematística torna-se antinatural.

Para Aristóteles, pois, dá-se que a crematística antinatural é aquela que ignora essa obrigação, ou que a encampa. A crematística antinatural toma o lugar da economia, ou ignora a sua posição; daí o seu erro. Dá-se, pois, que o produto da crematística antinatural, ou, o comércio pelo comércio, é nada mais senão a produção ilimitada de riquezas monetárias. No entanto, a economia, por definição, trata de encontrar o bom uso para riquezas reais, limitas. Logo, há uma contradição. Nesse sentido, Aristóteles[42]:

“Frequentemente, tem-se como riqueza a abundância de metais cunhados, visto que tal abundância indica o objeto da ciência e da indústria e do pequeno comércio. De outro modo, tem-se a moeda como uma inconsequente brincadeira sem qualquer base natural, visto que os mesmos que dela se utilizam podem estabelecer outras convenções, e a moeda deixará de ter valor ou utilidade, e um homem rico em metais cunhados poderá ter falta de gêneros de primeira necessidade. Esquisita riqueza aquele que, por maior que ela seja, não pode impedir a seu possuidor de morrer de fome - como aquele Midas de que fala a fábula, cujo desejo de possuir mudava em ouro todas as iguarias que lhe serviam."

Aristóteles não condena a troca monetária e sim, mas apenas aquela cujo único objetivo é a produção ilimitada de riqueza monetária. O dinheiro, a moeda, deve servir apenas como intermediário entre as trocas, e não como fim destas.

A crematística não se preocupa com o uso das riquezas, mas apenas com a sua obtenção. No momento em que a obtenção de dinheiro passa a ser a única preocupação, a crematística passa a ocupar o lugar da economia – porém sem fornecer um substituto à altura para as suas funções. O que, de todo modo, seria absolutamente impossível: se o dinheiro não possui qualquer natureza, senão a de intermediário, não se poderia encontrar qualquer outro uso para ele senão o de continuar a servir de intermediário. A crematística, elevada à posição de economia, não tira ou altera a natureza do dinheiro, mas subverte a sua função. De meio de troca, passa a ser fim.

Na mesma esteira, Aristóteles também condena a instituição dos juros. A moeda seria, para Aristóteles, apenas um veículo de trocas; não poderia ter o condão, portanto, de gerar riqueza, ainda que apenas monetária, isto é, também de valor de troca.

Nisso é possível que Aristóteles tenha se enganado, pois, conforme críticos que se lhe seguiram, como BÖHM-BAWERK[43], a instituição dos juros nada mais é do que um pagamento que se faz pelo tempo de gozo do dinheiro que se retira do credor, com o empréstimo que o priva (temporariamente, mas também, em maior ou menor grau, contingencialmente) do dinheiro. Por conseguinte, e isto dentro da própria concepção aristotélica de economia, se o tempo tem de fato algum valor de uso – e supõe-se que o tenha – então a sua troca seria justa, bem como, necessariamente, o pagamento pela mesma, sob a forma de juros.

As consequências práticas da encampação, pela crematística, do campo da economia, em Aristóteles, são vastas. Primeiramente, ocorre uma alienação na função da atividade econômica. De forma de buscar o auto-sustento, que, por definição, é limitado, passa a ser um fim em si mesma, e ilimitada.

O homem perde, portanto, a noção de que aquilo que visa obter com a atividade econômica deveria servir a um fim que não a obtenção de mais riquezas, mas o seu bem viver. Em outras palavras, o homem passa a adquirir riquezas apenas com a finalidade de adquirir ainda mais riquezas.

Nesse sentido, interessantes são as palavras de E. F. Schumacher, que colocou que, muito embora a produtividade e a produção tenham crescido exponencialmente no último século, em todas as áreas econômicas, a demanda bens, nos países já então ricos, que antes era satisfeita com o nível de produção anterior, aumentou na mesma função da produção. Coloca o economista alemão[44]:

“A pergunta para iniciar minha investigação é evidentemente esta: há o bastante para fechar o círculo? Imediatamente deparamo-nos com uma dificuldade séria: o que é “bastante”? Quem pode nos explicar? Por certo não será o economista que busca o “crescimento econômico” como o valor máximo, e, por conseguinte, não concebe o “bastante”. Há sociedades pobres que têm excessivamente pouco; mas, onde está a sociedade rica que diga: “Chega! Temos bastante”? Não existe nenhuma.”

Assim, o uso do dinheiro deixa de se reportar à troca segundo as necessidades. Para Aristóteles, isso está em desacordo com o bem viver, e se explicaria pela atenção exclusiva, de parte dos homens, ao mero viver, isto é, ao atendimento aos seus prazeres. Nesse sentido[45]:

“(...)Da mesma forma, parece necessário que a economia tenha um limite em toda a riqueza, ainda que, como se observa, aconteça frequentemente o contrário. Efetivamente, todos aqueles que buscam enriquecer aumentam indefinidamente a quantidade de dinheiro cunhado que possuem. Isso advém da afinidade de ambas as ciências, pois os meios não são iguais para ambas. (...) O objetivo de uma é a posse, o de outra o aumento dos objetos possuídos, de maneira tal que muitos pensam que o acréscimo da riqueza é o objetivo da ciência econômica, e permanecem na crença de que é necessário manter ou aumentar sem imites o que têm em metais cunhados. A razão dessa disposição do espírito está em que se pensa em viver, não em *bem viver*; e,

sendo sem limites esse desejo, busca-se multiplicar indefinidamente os meios de o conseguir. Os mesmos que aspiram ao bem viver buscam também os prazeres do corpo, e, parecendo firmarem-se tais prazeres na aquisição da fortuna, nada mais fazem senão procurá-la."

Assim, a crematística, elevada à condição de todo, isto é, como se fosse, ela própria, a economia, e não mera parte dela, leva à subversão do bem viver em relação ao homem que a pratica. Na família, leva à desagregação, pela preocupação com bens supérfluos, e não com as necessidades do núcleo familiar. E, de outro, se também tornada prática institucional, isto é, chancelada pela pólis, e praticada pelos seus cidadãos nos assuntos que lhe disserem respeito, pode levar à sua ruína.

CONCLUSÃO

Há, sem dúvida, semelhanças entre a Escola da Análise Econômica do Direito e a teoria econômica de Aristóteles. Primeiro, como já foi colocado, dá-se que a Escola da Análise Econômica do Direito trabalha sob a perspectiva da maximização da utilidade.

Isso significa, essencialmente, que, de um ponto de vista *descritivo*, a Análise Econômica do Direito tentará *explicar* os institutos jurídicos e o seu funcionamento sob uma perspectiva utitarista e economicista. Em resumo, dirá e tentará demonstrar que um determinado instituto jurídico é de tal forma porque é *mais eficiente* que seja assim do que qualquer das alternativas - essa sendo uma potencial explicação. A teoria econômica de Aristóteles nada tem a declarar acerca desse aspecto da Análise Econômica do Direito, nos parece.

Por outro lado, sob um ponto de vista *normativo* - isto é, do que se *deve* fazer acerca de um determinado instituto jurídico, ou idéias acerca da criação de um determinado instituto - o critério de maximização de utilidade, da Análise Econômica do Direito, torna-se pertinente, no que diz respeito à teoria econômica de Aristóteles. Ocorre, pois, que ali, assume, a Análise Econômica do Direito, uma dimensão crematística.

Parece-nos que o instrumental *descritivo* da Escola da Análise Econômica do Direito tem bastante acerto, isto é, consegue explicar muitos aspectos da realidade, tanto de um ponto de vista *jurídico* quanto *econômico* de forma bastante superior à teorias convencionais[46]. Sendo esse realmente o caso - e nos parece que seja - fica claro que o Direito tem, indubitavelmente, uma dimensão crematística (se é possível, pois, explicar a ocorrência de fenômenos jurídicos por meio de uma explicação ao menos *parcialmente* econômica, é porque esses fenômenos necessariamente contam com uma dimensão crematística).

A questão que permanece, no entanto, é a relativa ao aspecto *normativo* da Análise Econômica do Direito. Explicar, por meio de uma análise econômica, a ocorrência de um determinado fenômeno jurídico é diferente de fazer uma proposição normativa com

bases crematísticas (no caso, utilitárias - maximização da utilidade). No momento em que a Escola da Análise Econômica do Direito, assumindo o seu caráter *normativo*, tece qualquer proposição nesse sentido - por exemplo, no sentido de buscar maior produtividade, ou produção, por meio da criação ou da extinção de um determinado instituto jurídico - está se referindo à uma dimensão crematística encerrada no Direito.

Até aí, isso está de acordo com a teoria econômica de Aristóteles: esta não limita, de forma alguma, a crematística à obtenção de bens exclusivamente para o limite mínimo de subsistência; ao contrário, o bem viver inclui seus luxos, e é, sem dúvida, uma falácia afirmar que porque um estado em particular – o mero viver, tomado por riquezas supérfluas, e a vida em função delas – é ruim, o seu oposto completo seria bom. Não: o "justo meio", na teoria econômica de Aristóteles, encontra-se na negação das superficialidades à medida em que ameaçarem a integridade do todo. Nesse sentido, coloca J. S. MACKENZIE[47]

[Tradução livre] "Ter necessidades é ter esperanças, e ter esperanças é estar no caminho para o progresso. É verdade que alguns dos movimentos mais característicos dos tempos recentes (...) incluíram como elemento essencial uma simplificação de nosso modo de vida e um esforço no sentido de voltar às condições naturais; e eu estou muito longe de levantar qualquer dúvida sobre a sabedoria dessas empreitadas. Mas, se tais esforços envolveriam uma restrição de nossas demandas em alguns aspectos, eles implicariam uma extensão delas em outros. **O que é desejável não é suprimir as demandas, mas direcioná-las com sabedoria**." [grifo nosso]

Ou seja, o problema não é a produção em si, ou o fato de alguns bens serem supérfluos, e sim o que se deve fazer, e em que direção deve atuar o sistema produtivo como um todo. A aquisição de riquezas não é um mal, o mal é consideração disto como sendo um fim último, o fim supremo a ser buscado, seja pela sociedade, seja pelo homem individualmente considerado, numa intersecção entre Ética, Política e Direito, que caracteriza a obra de Aristóteles.

Para Aristóteles, o nível de capacidade produtiva de uma sociedade é assunto que interessa tanto à economia quanto à crematística; porém, é suficiente para esta, e não para aquela. Para a economia, mais importa o direcionamento que se dá a essa capacidade de produção, e não a sua magnitude em termos puramente quantitativos. Assim, a Análise Econômica do Direito se manifesta como estando de acordo com a teoria econômica aristotélica - desde que se ressalte o fato de que a dimensão crematística é só parte do fenômeno econômico: as proposições normativas da Escola da Análise Econômica do Direito fazem parte da crematística, e não da economia, em Aristóteles.

Nesse sentido, a sua limitação em relação ao Direito é clara: a crematística é uma dimensão da economia, a qual está subordinada à política; e o Direito, por sua vez, como ciência prática, se sujeita aos mandamentos da ética e da política. Logo, a Análise Econômica do Direito, dentro dessa perspectiva, pode apenas explicar uma parte do Direito: sua análise descritiva e suas proposições normativas serão sempre, assim, limitadas, ainda que corretas e acertadas.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ARISTÓTELES, **Ética a nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

COASE, Ronald. **The nature of the firm**. Oxford, U.K.: Blackwell Publishing. *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16, Nov. 1937, pp. 386-405.

COELHO, José Fernando. **Contratos agrários**: uma visão neo-agrarista. Curitiba: Juruá, 2006.

MACKENZIE, J. S. **The relation between ethics and economics.** International Journal of Ethics, Vol. 3, No. 3 (Abril, 1893). Chicago: The University of Chicago Press pg. 281-308.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law.** 6ª ed. New York, NY, USA: Aspen Publisher's, 2002.

POSNER, Richard. The law and economics of contractual interpretation, *In* **Texas Law Review**, Vol. 83, N. 06, 2005. Pg. 1583.

RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito: uma introdução.** Coimbra, Portugal: Livraria Almedina. 1ª Ed., 2007.

SCHUMACHER, E. F. **O negócio é ser pequeno.** São Paulo: Círculo do Livro, 1973

WILLIAMSON, Oliver. **The economic institutions of capitalism**. 1ª ed. New York, NY, USA: The Free Press, 1985.

---

[1] YOUNKINS, Edward W. **Aristotle and economics**. Disponível em: http://www.quebecoislibre.org/05/050915-11.htm Acesso em 11/04/2009.

[2] Diferenciamos aqui "arte" de "técnica" ("techne"), nos mesmos termos que eram comuns aos filósofos clássicos, no sentido de que a arte tem de ter um fim, e um fim bom, ao passo que a técnica (techne) se preocupa somente com os meios, e não com os fins, sendo "o processo pelo próprio processo", diferenciação esta exposta por Platão, no "Górgias". Nesse sentido, a economia, que se ocupa dos meios necessários à sustentação da casa (oikos) e da pólis, seria uma arte; ao passo que a crematística, como exposição de meios adequados para a aquisição de riquezas, seria uma técnica, posto que não visaria um fim necessário e justo.

[3] COASE, Ronald H. The problem of social cost, in **Journal of Law and Economics**, Vol. 3, 1960.

[4] BECKER, Gary. **Crime and law enforcement**, 1968.

[5] CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and law of torts, in **Yale Law Journal**, n. 70, 1961, 499.

[6] POSNER, Richard. **Economic analysis of law.** 6ª ed. New York, NY, USA: Aspen Publisher's, 2002.

[7] Sob a influência de Oliver Wendell Holmes, os realistas legais mais influentes nos Estados Unidos da América foram Karl Llewellyn, Felix S. Cohen, Arthur Linton Corbin, Jerome Frank, Robert Lee Hale, Herman Oliphant, Thurman Arnold, Hessel Yntema, Max Radin, William Underhill Moore, Leon Green, e Fred Rodell. Resumidamente, o que colocam os realistas legais é que o Direito é por vezes indeterminado nos casos concretos, sendo, na prática, o Direito, aquilo que os juízes e os tribunais determinam, utilizando, para fazê-lo, toda sorte de considerações extralegais. Na Escola da Análise Econômica do Direito, considera-se a eficência econômica um critério passível de adoção para a solução dos casos difíceis e indeterminados.

[8] De Herbert L. A. Hart, ou a versão do positivismo jurídico para o *common law*, encerrada em seu *magnum opus* "The Concept of Law" ("O Conceito de Direito"). Entendia que os fundamentos do Direito eram as decisões passadas e a validade das normas jurídicas, referendadas por sua origem juridicamente perfeita.

[9] Em especial, quanto a este último aspecto da análise econômica do direito, Gary Becker foi contemplado com o *sveriges riksbanks pris i ekonomisk vetenskap till alfred nobels minne*, o chamado "prêmio nobel de economia", em 1992, por seu trabalho acerca da interação e comportamento humanos sob a ótica do instrumental da microeconomia, inclusive até mesmo as atividades criminosas. Alegou, Becker, em seu trabalho, que o criminoso age de forma racional ao praticar a sua atividade, sendo o crime, sob a ótica do agente, uma atividade econômica como outra qualquer, na qual são pesados custos, riscos e benefícios. Daí a conclusão de que a criminalidade pode ser minorada ou majorada de acordo com os estímulos e desestímulos a que está submetida – incluindo-se aí legislações penais mais brandas e mais severas. V. http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1992/.

[10] POSNER, Richard. The law and economics of contractual interpretation, *In* **Texas Law Review**, Vol. 83, N. 06, 2005. Pg. 1583. Original: "The goal of a system, methodology, or doctrine of contract interpretation is to minimize transaction costs, broadly understood as obstacles to efforts voluntarily to shift resources to their most valuable use. Those costs can be very great when, by inducing parties not to contract, they prevent resources from being allocated efficiently. Because methods of reducing contractual transaction costs, such as litigation, are themselves costly, careful tradeoffs are required."

[11] RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito: uma introdução.** Coimbra, Portugal: Livraria Almedina. 1ª Ed., 2007. Pg. 125.

[12] Princípio de origem romana anterior à Lei das XII Tábuas, consagrado no Código Napoleônico, em seu art. 1.134, e repetido por outros ordenamentos, inclusive o

brasileiro. Trata-se do princípio da supremacia da vontade levado às suas últimas conseqüências. Também chamado de *pacta sunt servanda*, representa uma recusa de interferência, por parte do Estado, na vida privada. É um dos princípios mais caros a qualquer ordenamento jurídico de caráter liberal. Muito embora se encontre terrivelmente mitigado atualmente, no Brasil, por conta de crescente intervenção estatal aplicada com o fim de prevenir práticas e situações consideradas abusivas, especialmente na presença de grande disparidade econômica entre as partes contratantes, dá-se que ainda é o princípio norteador das relações contratuais, sem o qual não poderia existir o próprio contrato. É possível dizer, até mesmo, que, onde a mão-de-ferro do Estado não se faz presente, os particulares desrespeitam as limitações impostas pelo Leviatã e aplicam o princípio do *pacta sunt servanda* em sua totalidade, sem quaisquer restrições.

[13] V. GAGLIANO, Pablo Stolze. Algumas considerações sobre a Teoria da Imprevisão. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001.

Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2206. Acesso em: 21 jun 2009.

[14] Citamos em homenagem ao economista francês Fréderic Bastiat (1801-1850), que consideramos como sendo um notável precursor da Análise Econômica do Direito. Bastiat utilizava a frase "o que se vê e o que não se vê" referindo-se às conseqüências perversas, mas ocultas, de leis e de políticas cujos proponentes não enxergavam, preferindo focar-se nos seus efeitos mais imediatos, tendo escrito, ao longo de sua breve vida, vários ensaios versando sobre tal tema. O que se vê pode ser bom, mas o que não se vê não raro implica males muito superiores aos benefícios. Ver BASTIAT, Frédéric. Frédéric Bastiat. 1ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Instituto Liberal, 1989. Também disponível em: http://www.ordemlivre.org/files/bastiat-ensaios.pdf. Acesso dia 12 jun 2009.

[15] Lembramos aqui a superação da idéia da relativização dos efeitos dos contratos, já aduzida há algum tempo pela doutrina abalizada.

[16] *Apud* COELHO, José Fernando. **Contratos agrários**: uma visão neo-agrarista. Curitiba: Juruá, 2006. Pgs. 73 e 74.

[17] No que a Ciência Econômica moderna, bem como, conseqüentemente, a Análise Econômica do Direito, se diferenciam de uma de suas raízes, o utilitarismo de Jeremy Bentham. Bentham afirmava, categoricamente, em seu *Introduction to the Principles of Morals* (1780), que a utilidade de cada um poderia ser medida com precisão e comparada à de outrem, possibilitando, assim, políticas maximizadoras de utilidade geral. Tal concepção é rejeitada atualmente, especialmente após a emergência do Marginalismo de Menger e Walras.

[18] Ver COASE, Ronald. **The nature of the firm**. Oxford, U.K.: Blackwell Publishing. *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16, Nov. 1937, pp. 386-405.

[19] WILLIAMSON, Oliver. **The economic institutions of capitalism**. 1ª ed. New York, NY, USA: The Free Press, 1985. Pg. 388.

[20] Vilfredo Pareto (1848-1923) foi um economista, sociólogo e engenheiro italiano.

[21] RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito: uma introdução.** Coimbra, Portugal: Livraria Almedina. 1ª Ed., 2007. Pg. 27.

[22] ARISTÓTELES. **Política.** São Paulo: Martin Claret, pg. 14.

[23] Ibidem, pg. 15.

[24] Ibidem, pg. 14.

[25] TERMO – E A ALEGAÇÃO É CONTROVERSA, FAVOR NOTAR-SE – QUE SE DIZ TER SIDO CUNHADO POR CARL MENGER, NA SUA OBRA "INVESTIGATIONS INTO THE METHOD OF THE SOCIAL SCIENCES WITH SPECIAL REFERENCE TO ECONOMICS". NA ECONOMIA, SE TRATA DE REDUZIR O OBJETO DE ANÁLISE AO MENOR ELEMENTO POSSÍVEL – NO CASO DESTA CIÊNCIA, O INDIVÍDUO.

[26] O bem viver, de acordo com as virtudes e a razão prática. Ver ARISTÓTELES, **Ética a nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 1097b, pg. 25.

[27] Referimo-nos ao utilitarismo subjetivista de Menger, Jevons e Walras, por eles desenvolvido no séc. XIX e evolução das idéias utilitaristas de Jeremy Bentham. De acordo com John Moser (The Origins of the Austrian School of Economics, Humane Studies Review, 11: 1), a teoria subjetiva do valor pode ser resumida na seguinte frase: para que uma coisa possua valor, deve ser, ao mesmo tempo, útil e escassa, e de forma que a sua utilidade se refira à sua capacidade de satisfazer às necessidades, subjetivamente consideradas, de qualquer indivíduo.

[28] ARISTÓTELES. **Política.** São Paulo: Martin Claret, pgs. 43-44.

[29] ARISTÓTELES. **Política.** São Paulo: Martin Claret, pg. 25.

[30] Ibidem, pg. 25.

[31] Ibidem, pgs. 25-26.

[32] Situação hipotética muito comentada por economistas oitocentistas. O seu criador foi Adam Smith, entretanto tal posição é disputada, tendo em vista a sua citação por Locke e John Law, entre outros.

[33] Arte, aqui, corresponde ao sentido platônico de "técnica", já mencionado.

[34] ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, pg 27.

[35] Ibidem, pg 25.

[36] ARISTÓTELES. **Política.** São Paulo: Martin Claret, pg 24.

[37] Na tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes, publicada pela editora Vega de Lisboa,, os termos aparecem mais claramente descritos, efetivamente se referindo, Aristóteles, à crematística e à economia de forma expressa, a

ver: "existe, porém, outro modo de aquisição a que a maior parte chama, e justamente, crematística, em relação à qual parece não existir limite nem de riqueza nem de propriedade: muitos supõem que é idêntica à anteriormente mencionada, devido à afinidade entre ambas: na realidade, não é idêntica à que referimos mas também não está muito afastada; uma é natural, a outra não, provindo mais de uma certa forma de engenho e arte."

[38] Aristóteles. **Política.** São Paulo: Martin Claret, pg 25.

[39] Ibidem, pg. 26.

[40] Famosa posição análoga é a de Adam Smith, segundo a qual o que faz a riqueza de uma nação é a quantidade de bens que possui, e não os metais. V. SMITH, Adam, "An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations", livro IV.

[41] Aristóteles. **Política.** São Paulo: Martin Claret, pg 26.

[42] ARISTÓTELES. **Política.** São Paulo: Martin Claret, pg 26.

[43] BÖHM-BAWERK, Eugen von. **Teoria da exploração do socialismo-comunismo**. São Paulo: Editora José Olympio, 1987.

[44] SCHUMACHER, E. F. **O negócio é ser pequeno.** São Paulo: Círculo do Livro, 1973, pgs. 21 e 22.

[45] ARISTÓTELES. **Política.** São Paulo: Martin Claret, pg 27.

[46] Citamos como exemplo o caso da polêmica acerca da massiva revisão judicial dos contratos de financiamento de safra de soja do período de 2002 a 2004 no estado de Goiás, remetendo ao trabalho realizado por LUCIANO BENETTI TIMM, qual seja, " *Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito*. Disponível em http://www.viadesignlabs.com/lawandeconomics/Funcao_Social_Contrato.pdf.".

[47] MACKENZIE, J. S.. **The relation between ethics and economics.** Pg 297. Original: "To have wants is to have hopes, and to have hopes is to be in the way of progress. It is true that some of the most characteristic movements of recent times (...) involve as one essential element a simplification of our modes of life and an effort to get back to more natural conditions; and I am very far from wishing to throw any doubt on the wisdom of such endeavors. But if those efforts would involve a restriction of our wants in some respects, they would imply an extension of them in others. What is desired is not to suppress wants, but to direct them wisely".

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A PRODUÇÃO FAMILIAR NA CONCEPÇÃO DE RICHARD POSNSER E SUA VIABILIDADE NA CONTEXTURA DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO*

EL ANÁLISIS ECONÍMICO DEL DERECHO Y DE LA PRODUCCIÓN DE LA FAMILIA POR RICHARD POSNER Y SU VIABILIDAD EM EL DERECHO DE FAMILIA BRASILENO

Carine Silva Diniz

RESUMO

O presente trabalho desenvolveu o estudo da análise econômica do direito com vistas a verificar a plausibilidade da aplicação das suas premissas ao direito brasileiro, e em especial, ao novel direito de família reformulado a partir da promulgação Constituição Republicana de 1988, com ênfase à produção familiar.
Verificou-se, em apertada síntese, que o fim precípuo da análise econômica do direito, na acepção do seu maior expoente Richard Posner, é que o direito deverá sempre buscar a maximização da riqueza social e, nas conjecturas em que não é viável a inserção das diretrizes mercadológicas, imperioso se formular um ambiente de mercado para se obter a maior eficiência. Assim, os recursos deverão ser destinados àqueles que mais os valorizam, observando-se, que a análise econômica do direito acastela a aplicação da teoria econômica ao direito.
Nessa contextura, o ensaio ora elaborado teve o condão de demonstrar a impossibilidade da análise do direito de família constitucionalizado em termos econômicos, uma vez que o fim econômico, qual seja, a maximização da riqueza social, não deverá ser o único a ser perseguido pelo direito, em consonância com os preceitos do Pacto Constitucional de 1988, principalmente em se tratando de área que em sua maior parte não acoberta institutos economicamente apreciáveis.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO. ECONOMIA. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. DIREITO DE FAMÍLIA.

RESUMEN

En este artículo desarrollaremos un estudio del análisis económico del derecho, con el objetivo de comprobar la posibilidad de aplicación de sus premisas al derecho brasileño, en especial ao al nuevo derecho de familia que fue cambiado por la promulgación de la Constitución de la República de 1988 con énfasis a la producción familiar.
En síntesis, comprobamos que el principal objetivo del análisis económico del derecho, de acuerdo con su principal teórico Richard Posner, es que el derecho deberá lograr la maximización de la riqueza social y en las conjeturas en que no sea posible la inserción de variables mercadológicas, indispensable se hace la formulación de una situación

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

semejante con la de mercado para obtener una mayor eficiencia. En ese contexto, el ensayo desarrollado tuvo como objetivo mostrar la imposibilidad de un análisis económico del derecho de familia con los efectos de la Constitución de 1988 en la óptica económica, pues el fin económico, cual sea, la optimización de la riqueza social, no puede ser el único objetivo buscado por el derecho, incluso de acuerdo con los principios de la Constitución de 1988, principalmente hablándose de una área que por lo general no incluye institutos apreciables económicamente.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO. ECONOMÍA. ANÁLISIS ECONÓMICÓ DEL DERECHO. DERECHO DE FAMILIA.

Intróito

Pretende-se verificar a possibilidade da aplicação da análise econômica do direito ao direito de família brasileiro, especialmente, no que diz respeito ao direito aplicado à produção familiar.

Precipuamente, mister salientar que a análise econômica do direito é um movimento surgido no início dos anos 60 nos Estados Unidos, que tem tido grande aceitação em todo o mundo, e, no Brasil, vem conquistando cada dia mais adeptos.

Eis, pois, a importância do presente estudo, uma vez que necessário averiguar se os institutos jurídicos nacionais são compatíveis com os institutos por ventura adotados por esta teoria, ou seja, se não são contrários à legislação vigente. Ademais, é preciso averiguar se dada proposição é adequada à realidade social brasileira.

A Família

A família sempre se firmou como prima célula da sociedade. Sobrevém, igualmente, da inevitável necessidade do indivíduo de coexistir com seus iguais, o que de fato proporcionou e segue proporcionando o desenvolvimento da vida humana.

O vocábulo **família**, com bem apercebe Semy Glanz (2005, p. 17), é derivado da palavra latim *família*, que, por sua vez, se originou de um termo *famel* que significava escravo para os ocos que eram o povo habitante da península Itálica.

A definição simplória dada pelos dicionários segue a mesma linha, no sentido em que a define com sendo o “conjunto de pai, mãe e filhos; pessoas do mesmo sangue; descendência; linhagem.” (BUENO, 1965, p. 531).

Durante os séculos a família assumiu variadas significações. Ora englobou ascendentes, descentes e colaterais (família extensa ou em sentido lato) ora se reduziu ao casal e sua

prole (família nuclear ou em sentido estrito). Certo é que a família esteve presente em todas as sociedades, sob a modelagem da união mais ou menos continua e socialmente aceita entre homem e mulher e seus filhos, pressupondo a aliança (casamento) e a filiação (ROUDINESCO, 2003, p. 13-14). Imperioso observar que os feitios familiares correspondem diretamente às formas de organização da sociedade, a depender do contexto histórico. Assim, existiram organizações familiares fundadas na identidade religiosa, biológica e, presentemente, em critérios afetivos (ALDROVANDI E SIMIONI, 2004, p. 10-11).

As transformações por que passou a família ao longo dos séculos se deveram ao progresso científico e econômico, sendo marcos significativos a revolução industrial e a revolução tecnológica.

Faz referência Elisabeth Roudinesco (2003, p. 19) ao fato de que foram três as fases de evolução da família. A princípio, tem-se a família tradicional que objetivava a transmissão patrimonial, com preponderância da autoridade patriarcal. Em um segundo momento, entre os séculos XVIII e meados do século XX, destaca-se as formações familiares embasadas na afetividade, denominada família moderna. A partir dos anos 60, aflora a família contemporânea ou pós-moderna que privilegia a realização do indivíduo, contando com a disseminação das separações e divórcios.

A família econômica assumiu o modelo da família cristã, incorporando José como a figura do patriarca que controlava de perto, ao contrário da figura do rei, os seus demais membros. Salienta Elisabeth Roudinesco (2003, p. 38) que "a ordem familiar econômico-burguesa repousa, portanto, em três fundamentos: a autoridade do marido, a subordinação das mulheres, a dependência dos filhos."

Conforme descreve Jean-Louis Flandrin (1995, p. 19), nos séculos XVII e XVIII existia sinonímia entre os termos família, parentesco, linhagem, raça e casa. Inclusive, Le Play, citado pelo referido autor (1995, p. 61), é categórico ao afirmar que a família composta pelos pais e seus filhos solteiros, por ele denominada família instável, era uma das piores características da sociedade industrial, uma vez que a sua tendência era se desfazer com a morte dos pais ou com a saída dos filhos de casa.

Elemento que contribuiu para a mudança da concepção familiar no século XVIII foi a incursão feminina que teve o condão de desnaturar a soberania patriarcal. Após a Revolução Francesa e respeitando os ditames da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o casamento sofreu transformação ao passo em que perdeu sua conotação divina e se tornou um contrato firmado entre homem e mulher; com a adoção do divórcio, persiste enquanto apoiado no amor.

No século XIX, a família já não coincidia com o casamento e se encontrava centrada no afeto entre as partes. Do mesmo modo, a família passou a ser nuclear. Os genitores assumiram papel mais maternalizante, instaurando-se uma nova relação entre pais e filhos.

O termo parentalidade se popularizou a partir dos anos 70, significando uma releitura da paternidade, doravante entendida como qualidade, função, o que representou uma inversão da dominação masculina (ROUDINESCO, 2003, p. 157). Neste contexto e

com os progressos da inseminação artificial é que foram possíveis as paternidades homossexuais.

Com a possibilidade de controle da natalidade pela mulher e estabelecimento de diversidades de formatos familiares, tem-se o advento da família pós-nuclear, que são, nos dizeres de Elisabeth Roudinesco (2003, p. 155), as famílias "ditas 'co-parentais', 'recompostas', 'biparentais', 'multiparentais', 'pluriparentais' ou 'monoparentais'."

O casamento passa, assim, por uma redefinição dos seus contornos, já que não mais se enquadra no conceito de outrora que o concebia como espaço de administração e transmissão de bens, mas sim, hodiernamente, espécie de instituição de seguridade. Desta feita, as dificuldades sociais e econômicas hodiernas fazem da família o refúgio do indivíduo, onde se dá a união moral e material dos seus membros.

Finalmente, o termo família pode ser empregado em dilatada acepção, mas a entidade familiar diz respeito unicamente ao núcleo familiar sob as suas mais variadas formas. Trata-se de triunfo do pluralismo familial. E esta diversidade teve como pano de fundo as mutações econômicas, sociais, psicológicas e educacionais ocorridas durante os séculos.

A tendência atual, já sob o pujante alicerce do desenvolvimento ecotecnológico, é que as entidades familiares não tenham filhos ou que estes sejam concebidos serodiamente e sustentados com a aposentadoria dos pais, nas ponderações acuradas de Alvin Toffler (1973, p. 202).

Mister rematar que o principal desígnio das formações familiares hodiernas, ou seja, da família constitucionalizada, é o desenvolvimento dos seus membros e a promoção da sua dignidade (DINIZ, 2008, p. 693). Evidencia-se, dessa feita, clara mutação da família tida como entidade econômica para espaço reservado ao desenvolvimento dos seus componentes. Citando, ainda, as alocuções do professor Cristiano Chaves de Farias (2004, p. 16), a família-instituição cedeu lugar à família-instrumento do desenvolvimento da pessoa humana, ou, segundo Luiz Edson Fachin (2002, p. 15), a família-poder sucumbiu à família-cidadã (ente aberto e plural).

Família e pessoa, em leitura constitucional, não são conceitos complementares, uma vez que a família se presta à realização do ser humano que, do mesmo modo, deve contribuir para o desenvolvimento da família, abrindo mão dos seus interesses privados que sejam a ela contrários.

O conceito de análise econômica do direito

Prefacialmente, se faz necessário transcrever o pensamento de Maurício Rubio que assim se manifesta:

A conceituação tradicional da Análise Econômica do Direto (AED) consiste em aplicar a microeconomia, a teoria de preços neoclássica, ao estudo dos sistemas legais. O chamado enfoque econômico se baseia em três premissas. As duas primeiras se relacionam com as alegações a respeito do comportamento individual: os indivíduos são racionais – maximizam sua utilidade – e, por outro lado, respondem aos incentivos de preços dos mercados e aos incentivos legais que se podem assimilar aos preços em situações de não mercado. Estes duas suposições têm implicações definitivas enquanto efeito das leis sobre as condutas. A terceira premissa fundamentalmente normativa, diz respeito aos sistemas jurídicos, e como seu impacto sobre a sociedade, pode e deve ser analisado com base no critério de eficiência. Ademais, se prescreve que o sistema jurídico deve promover antes de tudo a eficiência econômica. (RUBIO, 2007, p. 247, tradução nossa). [1] [2]

Do conceito acima transcrito, afere-se que os indivíduos são maximizadores de sua utilidade ou riqueza e que os mercados se acertam para conseguir uma conjuntura social ótima. Assim, o primordial instrumento da análise econômica do direito é a escolha racional do indivíduo também conhecido como *homo economicus*. Sobre o assunto, Mauricio Rubio traz maiores esclarecimentos:

De maneira geral, se supõe que o indivíduo é egoísta, que o conteúdo das suas preferências é determinado por seus próprios interesses e que seu bem-estar é independente dos demais. Sobre as crenças, se considera que são internamente consistentes, que levam em conta as leis da probabilidade e que reúnem toda a informação disponível acerca dos meios alternativos para alcançar certos fins. Estas suposições sobre a racionalidade das preferências, junto com a consistência das crenças e a maximização da utilidade constituem a teoria da escolha racional em sua forma mais tradicional. (RUBIO, 2007, p. 45, tradução nossa).[3]

Para José Augusto Fontoura Costa (2001, p. 157), “a AED se constitui como o estudo sobre o Direito a partir da teoria econômica neoclássica, sobretudo com as feições dadas pela Escola de Chicago[4]. O método é econômico e a análise se faz num único sentido – da Economia para o Direito.”

De outra forma, Vicenzo D. Florenzano, a ela se reporta:

[...] a ideia de compreender uma análise das consequências do ordenamento jurídico vigente num dado momento histórico, incluindo normas constitucionais, infraconstitucionais e decisões judiciais (jurisprudência), sobre a economia, notadamente, no que se refere à alocação de recursos escassos, para, então, proceder a uma adequação dos institutos jurídicos aos critérios da racionalidade econômica, sobretudo, no que se refere à eficiência e à maximização da riqueza. (FLORENZANO, 2005, p. 258).

Resumidamente, os referidos autores asseveram que a análise econômica do direito tradicional (Escola de Chicago) encontra maior aplicabilidade na microeconomia e pressupõe que os indivíduos agem racionalmente, buscando a maximização de sua utilidade, ou seja, a base desta teoria considera aspectos estáticos e, normalmente, que se desenvolve a curto prazo. Tendo em vista dadas conclusões, deverá o direito buscar a maximização econômica.

Com o mesmo entendimento, Jesús Antonio Bejarano, mas também se referindo às demais variantes da análise econômica do direito, posiciona-se:

Denominado nos termos da cultura anglo-saxônica como *law and economics* a análise econômica do direito define um campo de aplicação da teoria econômica (principalmente a microeconomia e das bases conceituais da economia de bem-estar) o exame da formação, estrutura, processos e impactos econômicos da lei e das institucionais legais. (BEJARANO, 1999, p. 155, tradução nossa).[5]

Também ressalta Tomazette:

A análise econômica do direito representa, em última análise, a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos para examinar a formação, a estrutura, os processos e o impacto do direito e das instituições legais. Metodologicamente, a análise econômica do direito aplica os aparatos conceituais e os métodos empíricos da economia para a análise do fenômeno jurídico. (TOMAZETTE, 2007, p. 181).

A concepção mais moderna da análise econômica do direito para José Saraiva é:

[...] aquela que observa a produção e a aplicação das leis como um sistema de incentivos, decisivamente, influenciador das decisões futuras a serem empreendidas na sociedade, não apenas pelos agentes econômicos, mas por todos os partícipes do sistema jurídico. Essa atividade influenciadora das ações originar-se-ia no tratamento pelo direito que passaria a levar em consideração os incentivos por ele oferecidos, em favor de determinada conduta humana, não se adstrindo à mera constatação dos aspectos econômicos envolvidos nas relações jurídicas. A moderna análise econômica do direito assume uma postura ativa no plano das relações sociais, por ser um instrumento da atividade jurídica para influir no desenvolvimento econômico e nas soluções dos conflitos, por ventura ocorrentes na comunidade. (SARAIVA, 1998, p. 81).

Este autor chega até a admitir que, na seara da análise econômica do direito, existe uma hierarquia entre economia e direito, própria da análise, ao passo que a economia guia a elaboração e aplicação das normas jurídicas (1998, p. 84). Assim, não deverá o direito intervir na situação em que há possibilidade de solução mercadológica para uma questão jurídica. Deverá, outrossim, reduzir os custos de transação, casos existentes ou até mesmo simular uma situação de mercado, na ausência de competição, para se alcançar estes fins.

Alguns autores a preceituam como sendo um método de estudo:

Uma das razões do sucesso da análise econômica do Direito como método de estudo da legislação está na constatação de que, em um determinado modelo econômico, a legislação é uma importantíssima variável a ser considerada. Sua capacidade de influência sobre a ocorrência econômica estudada é potencialmente muito elevada e, por isso mesmo, não pode ser deixada de lado.

[...]

Analisar o Direito conforme critérios e métodos econômicos nada mais é do que procurar elaborá-lo, interpretá-lo e aplicá-lo de modo a alcançar a eficiência econômica, entendida esta como a maximização na geração e distribuição dos recursos materiais disponíveis em uma dada comunidade. (PIMENTA, 2006, p. 162-167).

Outros a consideram como sendo uma releitura do direito sob o prisma econômico:

A AED é uma nova leitura do Direito, a partir da Economia, que utiliza leis, princípios, metodologia e institucionais, que projeta sobre materiais ou objetos próprios do Direito.

[...]

Neste contexto se empregam técnicas analíticas que visualizam soluções para controvérsias jurídicas como eleições sociais que implicam sopesar custos e benefícios ou ponderar valores sociais em conflito.

[...] A premissa de que parte esta análise é que os indivíduos são agentes racionais que elegem suas ações para maximizar suas utilidades individuais sobre a base de uma ordem coerente de preferências transitivas, o que permite predizer seu comportamento ou reação a respeito das previsões ou câmbios do ordenamento jurídico. O conjunto de preferências dos agentes econômicos é estável e as eleições estão orientadas para a busca da eficiência na utilização dos recursos. (KLUNGER, 2006, p. 9, tradução nossa). [6]

Também, concordando com essa acepção, manifesta-se Guillermo Cabanellas:

O conceito de análise econômica do Direito se extrai da própria denominação desta disciplina: é a aplicação dos instrumentos analíticos da ciência econômica aos fenômenos jurídicos.

[...]

A técnica e instrumentos da análise econômica do Direito são essencialmente econômicos; se trata de aplicar os instrumentos da análise econômica do Direito a uma parte – certamente que não menor – do esforço social produtivo. (CABANELLAS, 2006, p. 21-22, tradução nossa).[7]

Interessante também transcrever a conceituação realizada por Alexandre Bueno Cateb que ressalta a sua importância como estudo interdisciplinar do direito e da economia:

A análise econômica do direito importa no estudo interdisciplinar de temas considerando as particularidades de cada disciplina em proveito de um entendimento comum. Para o advogado, conhecer temas e meandros da economia trará o estudo do direito para o lado prático, deixando de ser apenas um instrumento de justiça. Conhecendo as ferramentas econômicas, o advogado poderá melhor pensar o direito como instrumento de distribuição e eficiência na realização de objetivos. (CATEB, 2008, p. 2).

Guiomar Therezinha Estrella Faria, em interessante explanação (1994, p. 11-15), realiza a distinção entre “análise” e “interpretação” no âmbito da doutrina estudada. Para a autora, as palavras têm distintos significados, e, nesse contexto, acredita que, inclusive, Richard Posner a empregou no título de sua obra com o objetivo não só de caracterizá-lo como um método interpretativo do direito (como modo de suprir lacunas do texto legal), mas sim como possibilidade de aplicação da teoria econômica em todo contexto jurídico.

Nesse sentido, apregoa Maria Isabel Vianna de Oliveira Vaz (2000, p. 369):

[...] a “análise econômica do direito” a de corresponder a uma atividade intelectual de busca de elementos de natureza econômica que inspiraram determinada diretriz normativa às entidades produtoras do direito.

E por “interpretação econômica do direito”, entende-se a fase posterior à análise, que tem como escopo identificar as repercussões de natureza econômica que uma norma é capaz de gerar sobre a realidade social.

Para esta autora, apesar de constituírem conceitos diversos, análise e interpretação do direito não se excluem, antes pelo contrário, se complementam. E o qualificativo “econômica” somente agrega informações oriundas da Economia no trabalho de conhecimento e aplicação da norma.

Para concluir, depois de realizada acurada explanação, Irineu Galeski Júnior (2008, p. 33) chama a atenção para o caráter interdisciplinar da análise econômica do direito, o que faz nos seguintes termos:

Portanto, a Análise Econômica do Direito é essencialmente um movimento interdisciplinar, que traz para o sistema jurídico as influências da ciência social econômica, especialmente os elementos “valor”, “utilidade” e “eficiência. Busca aplicar seu método a todas as searas do direito, apresentando um novo enfoque de forma dinâmica – desde aquela em que é fácil vislumbrar a inter-relação, como o direito da concorrência e contratos mercantis – até naquelas que causa maior estranheza para o jurista, como o direito penal e relações familiares. (GALESKI JÚNIOR, 2008, P. 33).

A Produção Familiar e a Análise Econômica do Direito

Conforme exposto, objetiva o presente trabalho verificar a (in)compatibilidade da análise econômica do direito brasileiro, sob a perspectiva desenvolvida por Richard Posner, em especial no que diz respeito à produção familiar. Para tanto, faz-se necessário desenvolver os principais pontos das asseverações do autor no que diz respeito ao assunto em comento.

A título elucidativo, é preciso igualmente se reportar a obra do Nobel em Economia, Gary Becker, que em seu livro “Tratado sobre la familia” também analisa, com detalhes, a instituição familiar, utilizando o enfoque econômico. O autor, conforme já citado, é adepto da mesma cátedra de Richard Posner, razão pela qual muitas das alocuções de ambos os autores são similares.

A Produção Familiar para Richard Posner

O autor inicia os seus escritos ponderando que, para a análise econômica do direito, o lar familiar não deve ser visto como exclusiva unidade de consumo, mas também como unidade de produção de bens tangíveis e intangíveis. Considera como bem desse processo produtivo o tempo dos membros da família, em especial o tempo da mulher nos arranjos tradicionais, não sujeito às regras de mercado.

Menciona que a família é ambiente propício para a divisão do trabalho e, logo, produz ganhos oriundos da especialização dos seus partícipes. A seu turno, Gary Becker (1987, p. 30) afirma que a divisão do trabalho entre os membros da família se dá por razões das diferenças biológicas entre homens e mulheres, bem como pela diversidade da experiência que diferencia o investimento no capital humano.

A divisão do trabalho segundo o sexo justifica-se porque a participação do homem na produção dos filhos termina com a fecundação do óvulo. A partir de então, será a mulher a responsável pela gestação, concepção e amamentação da criança. Portanto, o tempo de trabalho da mulher no mercado não seria tão eficiente quanto o mesmo tempo empregado no lar. (BECKER, 1987, p. 38-40). Também consigna que o tempo das mulheres é mais valioso no período decisivo da criação dos filhos. Lado outro, o tempo de trabalho das solteiras e das anciãs é menor que o tempo de trabalho dos homens.

Na família tradicional, para Richard Posner, o marido se especializa em alguma profissão que gera renda e proporciona a aquisição de bens necessários para a manutenção de seus integrantes e, por conseguinte, para a produção final da família. Por outro lado, o tempo da esposa é utilizado no processamento desses bens de mercado (preparo da alimentação, dentre outros). Gary Becker, assim, conclui que para que a mulher tenha garantias contra o abandono e demais adversidades, o casamento é um acordo de longo prazo firmado entre as partes (1987, p. 30-31).

A especialização complementar do homem e da mulher no âmbito familiar tem o condão de maximizar, respectivamente, a renda da família e o valor do tempo da esposa na produção familiar. Mais ainda: a divisão do trabalho entre o casal aumenta a renda real total da família. A título elucidativo, Posner cita o exemplo de uma pessoa que trabalha meio período como médico e meio período como advogado produz menos que uma pessoa com igual habilidade que labora, em período integral, como médico ou como advogado, pois aquele que exerce somente uma atividade laborativa tende a ser mais produtivo do que aquele que divide seu tempo em afazeres distintos (2000a, 136).

Posner explica que o bem mais importante produzido pela família são os filhos, e o fato de existirem poucos casamentos sem filhos não desnatura a afirmação, porque, se não fosse por estes, a família não seria contemplada com a importância que lhe assegura a sociedade.

Já a criação dos filhos, em especial nos primeiros anos, denota grande sacrifício de tempo familiar, principalmente do tempo das mulheres nas formações tradicionais, o que a impede de trabalhar no mercado laboral. Assim, a mulher trocará o trabalho remunerado do homem pelo trabalho doméstico. Do mesmo modo, este compra de sua mulher o trabalho despendido na criação dos seus filhos.

O autor esclarece, todavia, que a clássica divisão de trabalho entre marido e mulher é resultado do preconceito que recai sobre a classe feminina, pelo que nada obsta que a

divisão se opere de forma contrária. Aclara ainda que esta divisão pode ter sido motivada pela grande incidência da mortalidade infantil, principalmente no século passado. Em razão desse fato, para se garantir um numerário de filhos adultos, a mulher durante o seu período fértil, devia se manter constantemente grávida. Observa, ainda, que, mesmo nos tempos hodiernos, as mulheres que têm filhos trabalham menos no mercado remunerado do que os homens.

Assegura o autor que a diferença entre a família e as associações comerciais ou uma pequena fábrica se manifesta na inexistência das atividades desenvolvidas no lar, de hierarquia, burocracia ou mesmo da forma contratual. Ao lado disso, o afeto funcionaria como os mecanismos de controle existentes nas empresas. O afeto é aqui considerado como uma forma de altruísmo. Desta feita, conforme acentua o autor (2000a, p. 137), se A ama B, logo um aumento na felicidade, utilidade ou bem-estar de B importará também no aumento da felicidade, utilidade ou bem-estar de A.

Posner assinala que a diminuição dos matrimônios e o aumento do número de divórcios na sociedade atual representam que os benefícios do casamento se apoucaram, o que significa dizer, seguindo a linha de intelecção do autor, que o fato de ter muitos filhos teve sua importância reduzida. Tal fato se justifica pela ocorrência de diminuição da mortalidade infantil (o que tornava mais provável que os filhos havidos chegariam à idade adulta); pelo aumento do custo dos filhos e pela redução dos custos do trabalho feminino remunerado (com a chegada no mercado de eletrodomésticos que poupava o trabalho doméstico e com a crescente demanda de trabalhos remunerados que dispensava o uso de força física).

Os filhos primeiramente foram abordados pelo autor como o produto final da família. No entanto, este diz que igualmente poderão ser tratados como insumos de diferentes produtos. Elenca quatro situações em que, para os economistas, produzem-se os filhos (POSNER, 2000a, p. 137):

- na ocorrência de relações sexuais, como fruto indesejado;
- investimento de produção de renda;
- fonte de serviços e
- desejo de preservação dos traços genéticos e continuidade de família.

Comentando as razões que levam as famílias a terem filhos, apregoa que, com o desenvolvimento das técnicas contraceptivas e abortivas, a primeira razão não faz mais sentido. Sem razão de ser também é a segunda opção, com exceção nas sociedades pobres. Vale lembrar, a este respeito, que durante largo período da história familiar os filhos eram tidos como propriedade dos pais. Somente no século passado é que esta realidade se desnaturou, muito em razão da proibição do trabalho infantil e pelo advento dos planos de seguridade pública. Assim, para o autor, os motivos que levam os pais a quererem filhos estão estampados no terceiro e quarto item.

Gary Becker afiança ainda que o investimento em filhos com “orientação sexual desviada” poderá ocasionar que estes busquem uma divisão de trabalho diversa da mais eficiente ou tradicional, tendo em vista as diferenças biológicas entre homens e mulheres.

Críticas à teoria desenvolvida por Richard Posner no respeitante à produção familiar

Informa Mauricio Rubio (2007, p. 431) que a base hodierna da análise econômica da família concentra-se na função da utilidade neoclássica, incluindo em seus elementos não somente bens e serviços mercadológicos, mas também alimentos, moradia, saúde, afeto que são obtidos pelo esforço conjunto dos membros da família.

Nesse ínterim, a justificativa econômica para a formação familiar parte de pressuposto de que o referido instituto pode ser concebido como instrumento apto a auxiliar a maximização dos interesses individuais.

Conforme anteriormente analisado, Richard Posner estabelece uma correlação entre empresa e família, para caracterizar essa entidade como unidade produtora, caracterizando, assim, a denominada “nova economia familiar”.

Rachel Sztajn (2000, p. 382-383) pondera que a análise econômica do direito de família se dará levando-se em consideração a escolha racional e a concorrência de bens escassos, objetivando o aumento do bem-estar individual e a eficiência na alocação dos recursos patrimoniais e extrapatrimoniais, tais como solidariedade, afeto, companheirismo, saúde (lembrando que, para os partidários da análise econômica do direito, a utilidade detêm preço e, logo, valor econômico). Afirma, ainda, que a família é a base do trabalho.

Nesse diapasão, Chiara Saraceno, (1992,p. 174), identifica quatro pontos de vistas diferentes, pelos quais, contemporaneamente, pode-se analisar o sistema família-trabalho:

· a família pode ser tida como espaço de oferta de trabalho;

· pode-se ter em conta o trabalho doméstico-familiar, a fim de que se realize a análise de sua composição e valor econômico;

· pode-se realizar uma análise das influências, em termos de organização, entre os tempos de labor remunerado e labor familiar e

· pode-se considerar a posição profissional de cada membro da família como identificador sócio-cultural (econômico, tempo, cultural).

Com idêntico raciocínio de Richard Posner, assevera a autora que a família, pelo fato de se caracterizar como entidade que concentra desígnios comuns e dada a sua relativa estabilidade, assemelha-se a um contrato celebrado entre as partes (um acordo de vontades). Gary Becker, a seu turno, o qualifica como sendo um acordo a longo prazo firmado entre as partes, visando a proteção da mulher contra o abando e demais adversidades.

Rachel Sztanj ainda entende ser o casamento uma instituição social:

[...] estruturas humanas que modelam comportamentos, as formas organizacionais, que não se confundem com as instituições, disciplinam as relações de governo e poder dentro das estruturas. A família como uma instituição que molda inter-relações entre pessoas ligadas por vínculos especiais, cria mecanismos de estímulo e controle de comportamentos, visando a propiciar a estabilidade das relações que se desenvolvem ao longo do tempo e que, se supõe, serão mantidas pela vida das pessoas (2000, p. 386).

Posner, conforme explicitado, informa que, para a concepção econômica, o casamento existe em razão da eficiência, em virtude de promover a divisão do trabalho e ganhos advindos da especialização dos cônjuges. Gary Becker, a esse respeito, propugna que a diferença biológica é uma das razões que justifica a divisão do trabalho doméstico, em razão de que o homem seria o responsável pela fecundação do óvulo, e, em contrapartida, a mulher responderia pela gestação, concepção, amamentação e criação do filho, o que revela ser o tempo de trabalho da mulher no mercado menos valioso do que o mesmo tempo empregado no trabalho doméstico.

Richard Posner, para exemplificar os seus argumentos, toma o modelo de família tradicional, em que o marido trabalha fora do lar e a mulher se entrega aos trabalhos domésticos, que é tratado como a formação familiar mais eficiente. Todavia, tal preceito não condiz com a realidade da sociedade atual, marcada por uma multiplicidade de formações familiares.

Coteja o matrimônio às sociedades comerciais, destas, contudo se diferenciando porque as partes não são livres para estipular a duração da união, em caso de descumprimento das obrigações as sanções são mais severas e, por fim, os conflitos oriundos do enlace se resolvem no seu contexto.

Deveras, nos argumentos apontados pelos autores não é considerado o fato da histórica dominação masculina exercida sobre a mulher e, tampouco a conjectura de que, muitas das vezes e mesmo atualmente, referida dominação permanece e que as mulheres não têm consciência das nuances econômicas da divisão do trabalho proposta por Richard Posner.

Curioso observar, ainda, como preleciona Mauricio Rubio (2007, p. 449) que a livre atuação do mercado e mesmo o fundamento da divisão mais eficiente do trabalho na

contextura familiar imprimem a desigualdade entre os cônjuges, no respeitante ao exercício de poder e ao acesso a recursos. Por outra parte, tem-se que não sendo o trabalho doméstico remunerado muito comum ainda é a conclusão de que a mulher não contribui financeiramente para a manutenção do lar (ROEMER, 2007, p. 446).

A assertiva de que os problemas dos casais se resolvem no próprio ambiente familiar por se tratarem de situações ineficientes leva a crer que o autor não está familiarizado com a triste realidade da violência doméstica, até mesmo porque não a mencionou em toda a sua exposição sobre a análise econômica da família. O autor não consegue explicar, em termos racionais, a violência doméstica e mesmo os ciúmes que permeiam as relações familiares. Fato é que as formações familiares são espaços propícios ao desenrolar de conflitos e que estes, muitas das vezes, se resolvem frente ao poder judiciário.

Causa ainda mais admiração o autor ter ignorado o problema em comento pelo fato de ter sido a teoria econômica do direito de família cunhada na diferença entre os sexos.

A este respeito sobreleva transcrever o pensamento de Mauricio Rubio:

Diferentemente do direito de família, preocupado constantemente com as desigualdades de poder na família, com as relações de dominação, cauteloso com o tema das adoções e crescentemente turbado com problema das agressões físicas domésticas, a família típica da análise econômica continua sendo um ente harmonioso e livre de situações conflitivas. A preocupação secular do direito e, em geral de todos os sistemas normativos, com o adultério, e a desigualdade de seu tratamento quando cometido pelo homem ou pela mulher, tampouco é um tema que apareça sequer no tratamento econômico da família que, a exceção de algumas discrepâncias em matéria de participação laboral, não estabelece diferenças importantes entre homens e mulheres. (RUBIO, 2007, p. 452, tradução nossa). [8]

Importante destacar, contudo, que o entendimento elege o casamento como figura central da formação familiar e a formação familiar mais eficiente, fato este que não condiz com a realidade constitucional brasileira, uma vez que a Constituição Republicana concebeu uma concepção pluralista da família (DINIZ, 2008, p. 700), conforme já devidamente traçado.

Dessa maneira, as relações familiares, por conseguinte, foram funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe (GAMA, 2001, p. 57). A única diferenciação que se pode realizar entre as entidades familiares, dá-se no plano interno dessas relações, na maneira que cada estrutura familiar se organiza (DINIZ, 2008, p. 702).

A igualdade da diversidade dos feitios familiares se alicerça em princípios constitucionais, como o princípio e o fundamento do pluralismo e da democracia na esfera das organizações familiares e da escolha da espécie de família (art. 1º, V); princípio da igualdade material dos componentes da família (art. 5º, I) e os princípios da

liberdade, justiça e solidarismo nas relações familiares (art. 3º, I) (GAMA, 2001, p. 57-58). Nesse sentido:

Aprioristicamente, o princípio da igualdade das entidades dimana do pluralismo de famílias reconhecido pela Constituição. Ademais, não poderia a Carta Política, garantidora do Estado Democrático de Direito, determinar qual seria a melhor e mais apropriada forma de constituição familiar. Esta preferência competirá ao próprio indivíduo que elegerá a entidade que melhor corresponda à sua realização existencial, prestigiando, assim, o princípio da liberdade de escolha. Contudo, não poderá haver restrições de direitos em razão desta escolha. (DINIZ, 2008, p. 705).

Denota-se, ainda, conforme amplamente tratado, que as uniões livres constituíram o cerne da formação familiar brasileira, desde a época da colônia. Também muito comuns eram as organizações monoparentais, assim como nos dias atuais. Dessa feita, trata-se de retrocesso avaliar a família como uma formação contratual, destinada a promover a maximização de bens e serviços, independente se patrimoniais ou não. Não se pode perder de vista que, hodiernamente, a família, cada vez mais, se desprende de sua acepção econômica e privilegia o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Rachel Sztajn (2000, p. 386) apresenta solução ao problema acima exposto, quando afirma que as uniões não convencionais (distintas do casamento), fundadas através de acordo dos seus partícipes, deveriam ser tratadas igualmente às sociedades e aos seus membros como associados. Dessa forma, estariam sujeitas ao regime de direitos e obrigações.

O recurso apresentado, contudo, não coaduna com a contextura constitucional. Primeiramente porque o Diploma Constitucional de 1988 não estabeleceu as formas familiares que deveriam ser adotadas pela sociedade brasileira, não excluindo, assim, quaisquer modelos de formação familiar. E, em segundo lugar, a resolução da dificuldade em apreço deve se pautar na interpretação constitucional (DINIZ, 2008, p. 702-704).

Conclusão

Conclusão elementar é de que o modelo de análise econômica do direito de família, no aspecto da produção familiar, sugerido por Richard Posner não abarca as sociedades em que as mulheres não gozam da liberdade de escolha com relação à atividade sexual, tampouco em relação à opção de ter ou não filhos ou sobre o numerário da sua prole. Também não é condizente com as sociedades em que as mulheres são ainda agredidas por seus maridos e companheiros e que muitas destas não contam com o auxílio masculino na criação e educação dos filhos. Por fim, não agrega as sociedades em que proliferam as mais variadas formações familiares.

Imperioso destacar que a formação da sociedade brasileira sofreu uma série de influências como a miscigenação da população, a diversidade das constituições familiares, a diversidade de diplomas legais, a escravidão, diferenças raciais, culturais e religiosas que certamente não colaboraram para o seu crescimento econômico. E os ditames pregados pela análise econômica do direito de que a melhor organização familiar é a que mais maximiza a riqueza, não faz sentido nesta peculiar conjuntura.

Arrematando, importa lembrar que um Estado Democrático de Direito como é o Brasil desde a 1988 não se faz viável a acolhida da análise econômica do direito nos termos expostos, sob pena de se molestar direitos fundamentais. Entretanto, a utilização da economia como instrumento de interpretação do direito, tanto é possível como recomendável.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O Direito de Família no contexto de.organizações socioafetivas: dinâmica instabilidade e polifamiliaridade. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.4, n.34, p.5-30, fev./mar. 2006.

BECKER, Gary. **Tratado sobre la familia**. Tradução Carlos Peraita de Grado. Madrid: Alianza Universidad, 1987. 366p. Título original: Treatise on the family.

BEJARANO, Jesús Antonio. El análisis economico del derecho: cometários sobre textos básicos. **Revista de Economia Institucional**, Bogotá, n.1, p.155-167, nov. 1999. Disponível em: http://www.uexternado.edu.co/facecono/ecoinstitucional/workingpapers/jbejarano1.pdf. Acesso em: 30 mar. 2008.

BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário escolar da língua portuguesa.** 5. ed. Rio de Janeiro: MEC, 1965. 1390 p.

CABANELLAS, Guillermo. El análisis económico del Derecho: evolución histórica metas e instrumentos. In: KLUGER, Viviana. (Comp.). **Analisis economico del Derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2006. Cap.2, p.21-37.

CATEB. **Análise econômica da lei de sociedades anônimas**. Associação Mineira de Direito e Economia, 2008. Disponível em: http://www.amde.org.br/papers/00001.pdf<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 03 fev. 2009.

COSTA, José Augusto Fontoura. Análise econômica do Direito: entre a segurança e a adaptação. **Revista da Faculdade de Direito de Sorocaba**, Sorocaba, v.8, n. 1, p.149-175, jan./jun. 2001.

DINIZ, Carine Silva. A salvaguarda dos direitos dos cônjuges e dos companheiros na perspectiva Civil-Constitucional. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Cap.27, p.689-713.

FACHIN, Luiz Edson. Família, direitos e uma nova cidadania. In: CONGRESSO DE DIREITO DE FAMILIA, 3, 2002, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2002. p.15-22.

FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. **Interpretação econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. 111p.

FACHIN, Luiz Edson. Família, direitos e uma nova cidadania. In: CONGRESSO DE DIREITO DE FAMILIA, 3, 2002, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2002. p.15-22.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Constitucional à família: ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.61, n.23, p.5-21, abr./maio 2004.

FLANDRIN, Jean Louis. **Famílias:** parentesco, casa e sexualidade na sociedade antiga. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1995. 291p. (Nova história).

FLORENZANO, Vicenzo D.. Teoria pura do Direito versus análise econômica do Direito: uma breve análise das supostas incompatibilidades. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p.252-267, jan./jun. 2005.

GALESKY JÚNIOR, Irineu. **A análise econômica do Direito e a repetição do indébito tributário**. 2008. 230f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=928. Acesso em: 25 mar. 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**. 2.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001. 630p.

GLANZ, Semy. **A família mutante**: Sociologia e Direito comparado inclusive o novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 716p.

KLUGER, Viviana. Introducción. In: KLUGER, Viviana. (Comp.). Analisis economico del Derecho. Buenos Aires: Heliasta, 2006. Cap. 1, p. 7-19.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, Economia e relações patrimoniais privadas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 43, n. 170, p. 159-163, abr./jun. 2006. Disponível em: http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/92839. Acesso em: 06 nov. 2008.

POSNER, R. A.. El Derecho Familiar y la reglamentación sexual. Tradução Eduardo L. Suarez. In: POSNER, R. A.. **El análisis económico del Derecho**. 4. ed. México: Fondo de Cultura, 2000a. Cap. 5, p.135-155. Título original: Economic analiysis of Law.

ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução de José Luis Pérez Hernádez. 3. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. 114p.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Salazar Editor, 2003. 199p.

RUBIO, Mauricio. **Economía jurídica**: introducción al análisis econômico del Derecho Iberoamericano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. 756p.

SARACENO, Chiara. **Sociologia da família.** Tradução M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Editorial Estampa, 1992. 252p.

SARAIVA, José. A análise econômica, o conhecimento do Direito e a realidade jurídica brasileira. **Universitas/Jus**, Brasília, n. 2, p. 73-99, 1998.

SZTAJN, Rachel. Direito de Família: notas de análise econômica In: CONGRESSO BRASILEIRO DE FAMILIA, 2, 2000. Belo Horizonte. **Anais**... Belo Horizonte: IBDFAM, 2000. p.381-409.

---

[1] La aproximación tradicional al Análisis Económico del Derecho (AED) consiste en aplicar la microeconomía, la teoría de precios neoclásica, al estudio de los sisitemas legales. El llamado enfoco económico se basa en tres premisas. Las dos primeras tiene que ver con los supuestos sobre comportamiento individual: los individuos son racionales – maximizan su utilidad – y, por outro lado, responden a los incentivos de precios en los mercados y a los incetivos legales que se pueden asimilar a los precios en las situaciones de no mercado. Estos dos supuestos tienen implicaciones definitvas en cuanto al efecto de las leyes sobre las conductas. La tercera premisa fundamentalmente normativa, plantea los sistemas jurídicos, y su impacto sobre la sociedad, puedem e deben analizarse con base en el criterio de eficiencia. Además, se prescribe que el sistema jurídico debe promover ante todo la eficiencia econômica."

[2] A análise econômica do direito também é conhecida por sua sigla "AED" que é amplamente utilizada pelos teóricos.

[3] De manera general, se supone que el individuo es egoísta, que el contenido de las preferencias está determinado por su propio interés y que su bienestar es independiente del de los demás. Sobre las creencias, se plantea que son internamente consistentes, que tiene en cuenta las leyes de la probabilidad y que reúnen toda la información disponible acerca de los medios alternativos para alcanzar ciertos fines. Estos supuestos sobre la racionalidad de las preferencias, junto con la consistencia de las creencias y la maximización de la utilidad constituyen la teoría de la elección racional en su forma más tradicional.

[4] Escola que teve sua ascensão na década de 60 e que foi responsável pela renovação do estudo do Direito e Economia. Também elaborou o conceito clássico da Análise Econômica do Direito. Richard Posner é um dos maiores nomes deste movimento, ao lado de Aaron Director e Gary Backer.

[5] Denominado en los términos de la cultura anglosajona como *law and economics* el análisis económico del derecho define un campo de aplicación de la teoria económica (principalmente la microeconomía y las bases conceptuales de la ecomomía del bienestar) al examen de la formación, estructura, procesos e impactos económicos de la lei y de las instituciones legales.

[6] Al AED é uma nova leitura do Direito, a partir de la Economía, de la que utiliza leyes, principios, metodología e instituciones, que proyecta sobre materiales u objetos propios del Derecho.

[...]

En este contexto se emplean técnicas analíticas que visualizan las soluciones a controversias jurídicas como elecciones sociales que implican sopesar costos e beneficios o ponderar valores sociales en conflicto.

[...] La premisa de la que parte este análisis es que los individuos son agentes reacionales que eligen sus acciones para maximizar sus utilidades individuales sobre la base de un orden coherente de preferecias transitivas, lo que permite predecir su comportamiento o reacción respeto de las previsiones o cambios de el ordienamiento jurídico. El conjunto de preferencias de los agentes económicos es estable y las elecciones están orientadas a la búsqueda de la eficiencia en la asignación de los recursos.

[7] El concepto de análisis económico del Derecho viene dado por la propia denominación de esta disciplina: es la aplicación de los instrumentos analíticos de la ciencia económica a los fenômenos jurídicos.

[...]

La técnica e instrumentos del análisis económico del Derecho son esencialmente económicos; se trata de aplicar los instrumentos del análisis económico del derecho a uma parte – ciertamente que no menor – del esfuerzo social productivo."

[8] A diferencia del derecho de familia, preocupado constantemente por las asimetrías del poder en el holgar, por las relaciones de dominación, cauteloso con el tema de las adopciones y crecientemente turbado por el problema de las agresiones físicas domésticas, la familia típica del análisis económico continúa siendo un ente armonioso y libre de situaciones conflictivas. La preocupación secular del derecho y, y en general de todos los sistemas normativos, por el adulterio, y la asimetría en su tratamiento cuando es cometido por ele hombre o la mujer, tampoco es un tema que aparezca

siquiera en el tratamiento económico de la familia que, la excepción de algunas discrepancias en materia de participación laboral, no establece diferencias importantes entre hombres y mujeres.

LEVANDO OS PRINCÍPIOS A SÉRIO: EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO*

TAKING PRINCIPLES SERIOUSLY: EFFICIENCY AS A LEGAL PRINCIPLE

Clélio Gomes dos Santos Júnior

RESUMO

Ronald Dworkin e Richard Posner sempre são lembrados pelas divergências de pensamento sobre o direito, sua interpretação e aplicação. É muito fácil identificar e apontar os pontos divergentes entre as obras destes dois ícones da doutrina do common law norte-americano. Entretanto, este artigo se propõe a apresentar uma possível conciliação. Da obra de Dworkin foi extraída a teoria da integridade no direito, que defende a interpretação e aplicação de todos os princípios colhidos no ordenamento jurídico e nos precedentes, com força de norma jurídica. Da obra de Posner foi extraída a noção de eficiência (maximização da riqueza) como princípio jurídico. O artigo procura ressaltar a idéia de que a conciliação é possível, a partir de uma (re)leitura das principais obras desses autores, independentemente da adesão ou defesa de um ou outro.

PALAVRAS-CHAVES: FILOSOFIA DO DIREITO, ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, PRINCÍPIOS, PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA, MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA.

ABSTRACT

Ronald Dworkin and Richard Posner are always remembered by the diversity of thought on the Law, its interpretation and application. It is very easy to identify and point out the divergences between these two icons of the north american common law doctrine. However, this article aims to present a possible conciliation. From Dworkin was taken the theory of the integrity in the law, which defends the interpretation and application of all principles learned in the statute and precedents, with power like law. From Posner was taken the concept of efficiency (maximization of wealth) as a principle. The article intends to emphasize the idea that the conciliation is possible, from a (re)reading of major books of these authors, without adhering to either.

KEYWORDS: PHILOSOPHY OF LAW, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, PRINCIPLES, PRINCIPLE OF EFFICIENCY, MAXIMIZATION OF WEALTH.

1 - Introdução

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

“A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado.”[1]

“A solidez das interpretações jurídicas e de outras proposições jurídicas é mais bem dimensionada, portanto, através do exame de suas consequências para o universo dos fatos.”[2]

As divergências entre Ronald Dworkin e Richard Posner são bastante conhecidas no meio acadêmico. As citações acima ilustram bem a distância existente entre estes dois ícones da doutrina do *common law* norte-americano, pois expressam opiniões diametralmente opostas sobre a interpretação do direito. Para Dworkin o direito é uma instituição integrada por princípios. Para Posner o direito não é ciência, é produto do pragmatismo, que pode até ser denominado como *praticalismo*[3].

Os dois autores divergem em muitos outros temas, desde a concepção do que é o direito (para Dworkin é uma instituição social íntegra; para Posner nem é ciência, mas, uma atividade), passando pelo seu fundamento (para Dworkin o direito é mais ligado à moral; para Posner é mais *behaviorista*) até o problema da aplicação (para Dworkin deriva da integridade de princípios; para Posner é simples questão de fato).

À primeira vista, as obras dos dois autores parecem inconciliáveis, a ponto de suscitar no leitor a precipitada inclinação por algum deles. Na maioria das vezes, essa inclinação toma a forma de uma defesa radical, mais consubstanciada nas críticas dirigidas contra o outro, do que no cerne da doutrina desenvolvida por cada um.

Sem expressar a adoção da doutrina de um ou de outro autor, pelo menos expressamente, este artigo tem por objetivo demonstrar que há uma possibilidade de conciliação entre as suas doutrinas. Em verdade, as doutrinas de Ronald Dworkin e de Richard Posner podem se complementar, pelo menos no ponto aqui desenvolvido.

O título do artigo procura ilustrar essa complementaridade das obras destes dois autores. Cumpre alertar que ele não tem a pretensão de esgotar a doutrina de Ronal Dworkin ou de Richard Posner. A única pretensão do trabalho é demonstrar que pode haver um diálogo entre eles. E se isto suscitar uma leitura das obras de um desses autores, por aqueles que se vêm inclinados à defesa do outro, então o artigo terá cumprido com sucesso o seu objetivo. A exposição se mostra menos preocupada com a verdade das doutrinas expostas, do que com a adesão ao ponto de conciliação exposto.

2 – A doutrina de Ronald Dworkin: a força normativa dos princípios

“Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.”[4]

Em *O Império do Direito*, Ronald Dworkin expõe o conceito de direito como integridade de princípios. Essa integridade deve existir desde o momento da elaboração das normas até o momento de sua aplicação. Trata-se de uma integridade horizontal, não vertical, voltada para o diálogo entre todos os princípios do ordenamento jurídico vigente em uma comunidade e em uma determinada época.

Dworkin nega expressamente o que designa de convencionalismo – o direito nascido das convenções sociais sobre sua elaboração, interpretação e aplicação, mais voltado para o passado. Também rejeita o pragmatismo jurídico – o direito nascido das decisões judiciais, prolatadas em um programa instrumental voltado para o futuro.

A integridade no direito desenvolvida por Dworkin vai além das convenções sociais e dos precedentes, e busca a única solução para o caso concreto na interpretação dos princípios jurídicos. Assim, o juiz não deve resolver um caso concreto pela simples aplicação de uma convenção social (uma regra disposta em lei) ou de um precedente (uma regra definida em julgamento anterior). Muito além disso, o juiz deve colher os princípios explícitos ou implícitos nas convenções sociais e nos precedentes e interpretá-los, para formular a única solução adequada para o caso concreto enfrentado.

Nesse ponto reside a grande contribuição do pensamento de Ronald Dworkin para o que se denomina de pós-positivismo, a idéia de que os princípios têm força de normas jurídicas, simplesmente porque são espécies das normas jurídicas.

A partir da idéia da normatização dos princípios é possível romper com as doutrinas positivistas de Kelsen e Hart e avançar no estudo da norma jurídica.

Os casos concretos são resolvidos pela aplicação de normas jurídicas. Valores não decidem casos concretos. Porém, é importante observar que os princípios introduzem os valores magnos da sociedade no ordenamento jurídico, por meio de enunciados abstratos, que ganham concreção no sistema através das regras jurídicas.

Esta dinâmica coincide com a conclusão de Dworkin em outra obra de grande importância para o tema, *verbis*: "quando Hércules fixa direitos jurídicos, já levou em consideração as tradições morais da comunidade, pelo menos do modo como estas são capturadas no conjunto do registro institucional que é sua função interpretar"[5]

As tradições morais são os valores vigentes em uma determinada comunidade, que não têm força normativa alguma. No entanto, essas tradições morais podem se tornar princípios jurídicos, por meio da sua previsão em uma legislação ou num precedente, de forma explícita ou implícita. Desta forma é que Dworkin procura demonstrar que o trabalho de interpretação dos princípios ultrapassa o convencionalismo e o pragmatismo jurídico, na medida em que não reconhece força normativa às convenções ou aos precedentes, mas, aos princípios colhidos em ambos.

Desta forma, passou-se a sustentar que as normas jurídicas constituem um gênero, do qual os princípios juntamente com as regras constituem as espécies, ambos com força normativa para a solução de casos concretos apresentados ao juiz.

Paulo Bonavides[6] sintetiza bem a evolução da teoria da força normativa dos princípios exposta, e advoga a prevalência destes no pós-positivismo jurídico:

"Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo este desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios."

Com essa evolução, os princípios gerais de direito perderam muito de sua importância no cenário jurídico. A integridade no direito de Dworkin busca a plenitude do ordenamento nos princípios jurídicos, de forma que não haverá as chamadas lacunas, que constituem o único campo de incidência/aplicação dos princípios gerais de direito.

Essa distinção ultrapassa o objetivo deste artigo, sendo suficiente afirmar que, sem dúvida alguma, Dworkin trata de princípios jurídicos, e não de princípios gerais de direito.[7]

No desenvolvimento da teoria normativa dos princípios, Dworkin também trata da incoerência ou do choque de princípios: "Hércules sabe que, em termos de princípios, o direito está longe de ter uma coerência perfeita."[8] É na citação de um caso concreto relacionado ao direito sobre acidentes que o autor propõe um verdadeiro diálogo de princípios (o da solidariedade coletiva e o da responsabilidade extracontratual). Nesse caso, Dworkin busca uma solução que não nega a força normativa dos princípios, coerente com a integridade no direito, que vale ser transcrita:

"Esses são princípios independentes, e considerá-los contraditórios seria um grave mal-entendido da lógica dos princípios. Não é incoerente reconhecê-los como princípios; pelo contrário, qualquer ponto de vista moral seria falho se negasse um dos dois impulsos. Em alguns casos, porém, vão entrar em conflito, e a coerência então exige um sistema não arbitrário de prioridade, avaliação ou acomodação entre eles, um sistema que reflita suas fontes respectivas em um nível mais profundo de moral política."[9]

E mais adiante, o autor conclui:

"Minha situação como intérprete é, portanto, a seguinte: as restrições de adequação exigem que eu encontre um lugar, em qualquer interpretação geral de nossa prática jurídica, para os dois princípios abstratos de solidariedade e responsabilidade. Nenhuma

interpretação geral que negasse qualquer um deles seria plausível; a integridade não poderia ser atendida se um deles fosse totalmente desautorizado."[10]

O estudo do caso supra transcrito demonstra que Dworkin sustenta a interpretação de todos os princípios jurídicos aplicáveis ao caso concreto, sem exclusão ou negação de qualquer um deles. Aliás, o diálogo de princípios, sem restrição a qualquer um deles, é extremamente caro à sustentação da integridade no direito.

E é exatamente esse o ponto de contato entre a doutrina de Ronald Dworkin e de Richard Posner, na medida em que a eficiência, erigida à categoria de princípio jurídico, deve ser considerada, e com força normativa, na interpretação e aplicação do direito.

3 – A doutrina de Richard Posner: a eficiência como princípio jurídico

"Uma das coisas que os juízes devem fazer é observar o precedente, ainda que não inflexivelmente; portanto, se a eficiência é o princípio que anima boa parte da doutrina do *common law*, os juízes têm uma certa obrigação de tomar decisões que sejam compatíveis com a eficiência."[11]

Em *Problemas de filosofia do direito*, Richard Posner, o maior expoente da Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida por Direito e Economia, sustenta que a eficiência (maximização da riqueza) não é mais o único critério de justiça, mas, um princípio jurídico importante na interpretação e aplicação do direito.

Posner é conhecido no meio acadêmico pela defesa radical da teoria econômica do direito. Faz-se sempre presente a idéia de que Posner ainda sustenta a eficiência como único critério de justiça, como fundamento ético do direito. Essa é uma idéia equivocada, exposta geralmente por quem não acompanhou a evolução histórica[12] da sua doutrina sobre a teoria econômica do direito e sobre o princípio da eficiência.

A evolução histórica mencionada passou, pelo menos, por três fases. **[13]**

A primeira fase é identificada com a obra *Economic Analysis of Law*[14], livro que lança as premissas básicas da AED e expõe os pilares do *common law* norte-americano do ponto de vista da teoria econômica (propriedade, contrato, responsabilidade civil e criminal e processo). Nesta obra, Posner defende que os pilares do *common law* se desenvolveram com base no princípio da eficiência (maximização da riqueza), porque este sempre foi uma máxima social da própria sociedade americana.

Por lançar uma doutrina descritiva dos principais institutos do direito norte-americano, sob o ponto de vista da teoria econômica, Posner ainda é classificado como um autor da análise econômica positiva, que apenas procura identificar os prováveis efeitos das normas jurídicas sobre o comportamento das pessoas, sem influenciar a interpretação e aplicação do direito com base na observação desses efeitos.

A segunda fase é identificada com a obra *The Economics of Justice*[15], que defende radicalmente que "o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas, boas ou desejáveis é a maximização da riqueza da sociedade."[16] Nesta obra, Posner realmente trata a eficiência como o critério ético do direito, como seu único fundamento. Bruno Salama identifica uma doutrina normativista em Posner, no sentido de que sua análise econômica passa (de positiva) a propor que o direito seja interpretado e aplicado com base no critério da eficiência (maximização da riqueza).

Esta posição despertou uma furiosa crítica de Ronald Dworkin, publicada no artigo *Is Wealth a Value*?[17] Neste artigo, Dworkin expressa a posição contrária à teoria econômica do direito, com a afirmação de que a riqueza não é um valor social. As críticas ferrenhas à teoria econômica do direito são condensadas em um capítulo próprio (Capítulo VIII) de *O Império do Direito*.

A terceira fase é identificada com a obra *Problemas de filosofia do direito***[18]**, aqui tomada como a mais importante obra do autor, justamente porque nela Posner revê alguns dos conceitos básicos da AED e, apesar de expor posicionamentos completamente distantes da obra de Ronald Dworkin, aceita a principal crítica formulada por este contra a teoria econômica do direito, no sentido de que a eficiência não pode ser um critério de justiça, porque não é um valor – e a justiça requer valores.

Posner não abandona a teoria econômica, mas, claramente abranda a sua exposição, considerando que a eficiência não passa de um princípio jurídico importante (talvez o mais importante) para a interpretação e aplicação do direito norte-americano.

O autor parte do pressuposto básico de que as pessoas são maximizadoras de seus próprios interesses, todas as pessoas, em todas as suas atividades que implicam uma escolha.**[19]**

Partindo dessa premissa, Posner sustenta que as normas jurídicas incorporam "preços" às condutas socialmente indesejáveis. E podem (devem) também incorporar "incentivos" às condutas socialmente desejáveis. Enfim, pessoas respondem a incentivos, seja para abandonar ou rever uma conduta, seja para colocá-la prática.

De fato, a doutrina de Posner vem expressamente baseada no consequencialismo, isto é, no estudo das conseqüências das várias interpretações possíveis do direito aplicável a um caso concreto, como se observa da seguinte citação:

"O teste fundamental de uma regra derivada da teoria econômica não é a elegância ou a logicidade da derivação, mas o efeito da regra sobre a riqueza social."[20]

Segundo Posner, a aplicação do direito que não cogita dos resultados da escolha de uma dentre várias interpretações possíveis é míope, ou está fadada a produzir o que se conhece por letra morta. Talvez por isso seja tão comum a expressão de que "a lei não pegou", em alusão à ineficácia de determinadas normas ou institutos jurídicos.

Sem a pretensão de esgotar o tema, podem ser reproduzidas algumas das principais críticas apontadas pelo próprio autor à sua teoria econômica: i) o modelo econômico do comportamento humano, de maximização dos próprios interesses, está equivocado ou não pode ser comprovado; ii) o estudo apropriado da economia se refere a uma

atividade mais de mercado do que independente do mercado, por isso não se aplica ao comportamento humano fora do mercado; iii) a teoria da maximização da riqueza (eficiência) é incompleta, porque nada tem a dizer sobre a distribuição de direitos.

Em resposta a essas críticas, Posner procura demonstrar que a riqueza considerada por ele não é composta só por valores monetários, mas, principalmente, por valores não monetários (vida, lazer, família, liberdade). Assim, é importante enfatizar a dimensão não pecuniária da riqueza, considerada por Posner como princípio, para, a partir daí, admitir que ela também se aplica aos comportamentos alheios ao mercado.

O homem econômico estudado por Posner não é uma pessoa levada exclusivamente por incentivos pecuniários.[21]

Desta forma, é notório o fato de que as pessoas atuam sempre sobre uma análise de custo-benefício (sacrifício-prêmio), na tentativa de maximizar seus próprios interesses. Esta premissa se aplica a qualquer pessoa e em qualquer situação. É importante observar a noção de racionalidade limitada em Posner, que considera que as pessoas sempre realizam uma análise econômica, ainda que inconscientemente, para atuar dentro ou fora do mercado.

Sobre a impossibilidade de prova das premissas utilizadas pela teoria econômica, Posner cita que nem tudo em ciência pode ser comprovado. É o que ocorre, por exemplo, com a astrofísica, que não admite prova para o cálculo da distância entre a terra e o sol, por absoluta impossibilidade material de realizar (hoje) tal comprovação.

Por fim, Posner não sustenta que a teoria econômica se preste à distribuição de direitos, porém, defende que uma solução eficiente deve considerar todos os dados fáticos de um problema, dentre eles, a distribuição inicial dos direitos, sob pena de se tornar ineficiente. Esta conclusão pode ser ilustrada pelo seguinte trecho:

“Se a maximização da riqueza for indiferente à distribuição inicial de direitos, será mutilada enquanto conceito de justiça”.

Contudo, a principal contribuição de Posner, na perspectiva do presente trabalho, está na revisão da sua teoria econômica, para admitir que a eficiência não é o critério ético fundamental do direito. A eficiência é apenas um princípio, um dentre os vários que o juiz deve observar na busca de uma solução para o caso concreto, um princípio econômico-normativo, mais instrumental do que basilar do direito.[22]

4 – Conclusão: a conciliação possível

O estudo foi desenvolvido de forma direcionada para a busca de uma conciliação possível das doutrinas expostas pelos dois principais autores norte-americanos, Ronal Dworkin e Richard Posner.

Dworkin sustenta a integração no direito, por meio da interpretação de todos os princípios jurídicos disponíveis no ordenamento, para a solução adequada do caso concreto, sem exclusão ou negação de qualquer princípio. Esta interpretação se dá pelo diálogo dos princípios, colhidos nas convenções sociais e nos precedentes judiciais.

Posner sustenta que a eficiênca é um princípio jurídico que o juiz deve observar no julgamento do caso concreto, não só porque constitui a base das convenções sociais da comunidade norte-americana, mas, principalmente, porque é o fio condutor da doutrina do *common law*.

Nesse ponto reside a possibilidade de uma (re)leitura das doutrinas de Ronald Dworkin e Richard Posner, para concluir que a eficiência, como princípio jurídico que é, deve ser considerada, e com força normativa, na interpretação e aplicação do direito.

Apesar de o estudo partir de autores que escrevem sobre o *common law*, a sua conclusão é igualmente válida para nosso caso, e demais países de *civil law*.

Isto porque a eficiência também é reconhecida como princípio jurídico no Brasil, introduzido na Constituição da República, art. 37, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. E para ilustrar a eficiência como princípio jurídico, vale citar a lição de José Afonso da Silva, que destaca a sua origem e natureza econômica:

"Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa idéia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados."[23]

Se tal princípio é previsto para a administração pública, mais válido e aplicável será para a atividade econômica, que atua com a noção de custo/benefício de forma mais usual e menos dirigida. A lição citada serve bem aos fins deste artigo, para demonstrar que o princípio da eficiência é um princípio jurídico reconhecido também pelo ordenamento pátrio, e como tal, deve ser observado na interpretação e aplicação do direito, na exata perspectiva das doutrinas de Ronald Dworkin e Richard Posner.[24]

O estudo se propôs a demonstrar um ponto de conciliação entre as doutrinas de Ronald Dworkin e Richard Posner. Este ponto é o princípio da eficiência.

Durante a exposição das obras de cada autor, o artigo procurou satisfazer a dupla exigência do direito, citada por Chaim Perelman[25]. A primeira de ordem sistemática, procurando manter-se coerente na exposição dos textos de cada autor. A segunda de ordem pragmática, procurando demonstrar posições aceitáveis aos olhos do leitor, principalmente considerando o natural revanchismo existente entre os adeptos de cada doutrina. Acredita-se que as exigências foram satisfeitas e o objetivo alcançado. Porém, caso o objetivo principal não tenha sido aceito, apela-se para o objetivo secundário, qual

seja, o de ressaltar a importância de uma (re)leitura das obras destes dois autores norte-americanos.

5 – Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4 ed. Brasília: EdUNB, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 1998.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Is Wealht a Value?* Journal of legal Studies, 9: 1980. p. 191/226.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 6th ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. 6th ed. Harvard University Press, 1983.

SALAMA, Bruno. *Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner*. http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/

SALAMA, Bruno. *A História do Declínio e Queda do Eficienticismo na Obra de Richard Posner*. http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

---

[1] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 492.

[2] POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 625.

[3] A expressão "praticalismo" foi apreendida dos artigos *Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner* e *A História do Declínio e Queda do Eficienticismo na Obra de Richard Posner*, de Bruno Meyerhof Salama, ambos disponíveis em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/

[4] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 305.

[5] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 192.

[6] BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 1998, p. 265.

[7] Sobre os princípios gerais de direito e o positivismo jurídico, remete-se o leitor à obra de BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4 ed. Brasília: EdUNB, 1994.

[8] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 319.

[9] DWORKIN. o*p. cit*. p. 320.

[10] DWORKIN. o*p. cit*. p. 321/322.

[11] POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[12] A expressão evolução histórica toma por base o critério temporal e não é sinônimo de melhoria.

[13] Para uma completa compreensão da referida evolução histórica da obra de Posner, remete-se o leitor aos artigos *Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner* e *A História do Declínio e Queda do Eficienticismo na Obra de Richard Posner*, de Bruno Meyerhof Salama, ambos disponíveis em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/

[14] POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 6th ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

[15] POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. 6th ed. Harvard University Press, 1983.

[16] SALAMA, Bruno. *A História do Declínio e Queda do Eficienticismo na Obra de Richard Posner*. disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/.

[17] DWORKIN, Ronald. *Is Wealht a Value?* Journal of legal Studies, 9: 1980. p. 191/226.

[18] POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[19] POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 473/474.

[20] POSNER. o*p. cit*. p. 486.

[21] POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 512.

[22] "O fato de que, pragmaticamente interpretada, a maximização da riqueza é mais instrumental do que basilar não constitui objeção a seu uso como guia do direito e de políticas públicas." POSNER. op. cit. 520.

[23] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 651.

[24] É importante observar que há doutrina contrária à qualificação da eficiência como princípio jurídico do direito constitucional, vide BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 75.

[25] PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 238.

PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS: A PONDERAÇÃO ECONÔMICA COMO CRITÉRIO DE DECISÃO JUDICIAL*

JUDICIARY AND PUBLIC POLITICS: THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AS JUDICIAL DECISION CRITERION

Emilio de Medeiros Viana

RESUMO

A moderna doutrina do Direito Constitucional e os teóricos da dogmática dos direitos fundamentais atribuem ao juiz o papel de responsável, em última análise, pela efetivação do texto constitucional. O exercício de tão magna missão não pode ignorar os custos para o exercício de quaisquer direitos e as escolhas trágicas que a escassez dos recursos disponíveis para a efetivação dos mesmos impõe. O juiz moderno, social e economicamente responsável, pode e deve valer-se da ponderação econômica como critério de decisão, mormente quando se cuida de deliberar a respeito de políticas públicas. Para tanto, deve-se repensar formação jurídica, especialmente de quem é incumbido de julgar. A ponderação econômica não pode ser confundida com critério único de justiça, mas não pode ser ignorada, pena da proliferação de decisões que, conquanto justas do ponto de vista absolutamente individual, potencialmente geram um injusto coletivo.

PALAVRAS-CHAVES: PODER JUDICIÁRIO. POLÍTICAS PÚBLICAS. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

ABSTRACT

The modern doctrine of the Constitucional Law and the studious of the human rights attribute to the judge the responsability, in last analysis, for making effective the Constitutional Text. The exercise of so great mission cannot ignore the costs for the exercise of any rights and the tragic choices that the scarcity of the available resources imposes. The modern, social and economically responsible judge, can and must use itself the economic analysis of law as decision criterion, mainly when he has to deliberate regarding public politics. For in such a way, legal formation must be rethink, especially of who is charged to judge. The economic analysis of law isn´t wisdom of justice, but it cannot be ignored. If so, we may have a lot of just decisions, of the absolutely individual point of view, but able to cause a collective unjust.

KEYWORDS: JUDICIARY. PUBLIC POLITICS. ECONOMIC ANALYSIS OF LAW.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

A moderna doutrina do Direito Constitucional e os teóricos da dogmática dos direitos fundamentais atribuem ao juiz o papel de responsável, em última análise, pela efetivação do texto constitucional. Paulo Bonavides[1], por exemplo, chega a aludir ao *juiz social*, consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição. Para referido autor, o *juiz social* é aquele que, dando plena efetividade ao texto constitucional, contribui para a diminuição das desigualdades sociais, especialmente nos países subdesenvolvidos. Referida noção é tanto mais relevante em país que, como assinala Gustavo Amaral[2], primava pela insinceridade normativa.

Tendo em conta que os direitos fundamentais efetivam-se por meio de políticas públicas, a questão que imediatamente se põe diz com a possibilidade de controle judicial na adoção e execução de tais políticas. Referida discussão contrapõe os princípios da máxima efetividade dos direitos fundamentais, da separação de poderes e da democracia representativa, o primeiro a demandar atuação proativa do Judiciário, os demais pressupondo respeito às escolhas públicas realizadas por representantes eleitos democraticamente pelo povo.

Como adverte George Marmelstein[3], surge do aludido conflito um paradoxo: a impossibilidade de implementação dos direitos fundamentais por meio do Judiciário transforma-os em mera retórica política; a exigibilidade deles na esfera judicial ameaça deslocar as decisões políticas do Legislativo e do Executivo para o Judiciário.

O presente trabalho propõe, mesmo de forma aligeirada, superação do conflito em prol da atuação proativa do Judiciário, premissa à questão central que aqui será abordada, qual seja, a utilização da ponderação econômica como critério de tais decisões.

A utilização da ponderação econômica não pode ser tida como critério único de justiça, mas pode significar importante instrumental na formação da decisão a respeito da efetivação de direitos fundamentais.

1. POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE JUDICIAL.

O Estado moderno atua desempenhando inúmeras atividades, prestando serviços públicos essenciais e não essenciais. Alguns autores conceituam *políticas públicas* como mera rota de atuação estatal. Corresponderiam, assim, ao planejamento, ao passo que as obras e serviços públicos caracterizam a execução material de uma dada função[4].

A função-dever do Estado brasileiro de planejar para si próprio e para a sociedade civil que o sustenta encontra fundamento no art. 147 da Carta Cidadã de 1988[5]. A elaboração de *políticas públicas*, entendidas como planejamento da atuação estatal, planos de governo, encontraria, então, fundamento no aludido dispositivo constitucional.

Outros autores, contudo, designam por *políticas públicas* tanto o planejamento quanto o atuar do Estado propriamente dito[6]. É nesta última concepção que compreendemos e

empregamos, aqui, o termo *políticas públicas*. Por *políticas públicas* designa-se, pois, tanto a atuação estatal na busca de um fim que lhe é próprio quanto o programa, as balizas desta atuação, as quais viabilizam aludido atuar.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional 19, de 1998, o legislador constituinte derivado impôs aos gestores públicos a obrigação de eficiência quando da prestação de quaisquer serviços públicos (redação atual do art. 37, *caput*, da Constituição da República).

A moderna noção de concretização plena dos direitos fundamentais impõe, neste ponto, a colocação de um problema: se os direitos fundamentais efetivam-se por meio de políticas públicas e se os gestores públicos estão submetidos ao princípio da eficiência, caberá controle judicial para o caso de desatendimento de aludido princípio (o da eficiência)? A resposta que se impõe é afirmativa.

A consagração constitucional da eficiência como condição de validade do ato administrativo (e qualquer política pública exterioriza-se por meio de um ou mais atos administrativos, como é óbvio) tornou vazia de sentido a restrição usualmente oposta à apreciação judicial do mérito administrativo. Se o Judiciário não deve, em princípio, avaliar conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário, tem de aferir, por conta do novo mandamento constitucional, sua eficiência.

Entender de forma diversa importaria em fazer letra morta da Constituição. Postura restritiva do Judiciário, abstendo-se de enfrentar a questão, soaria como denegação de prestação jurisdicional. Ainda mesmo que a resposta à indagação proposta pareça evidente, inúmeros óbices têm sido opostos à possibilidade de aludido controle.

Sustenta-se, corriqueiramente, que a intervenção do Estado-Juiz na escolha da política pública mais eficiente importaria em agressão intransponível ao dogma da separação de poderes. Sustenta-se, de igual, que careceria ao julgador, que não passou pelo sufrágio popular, legitimidade para sobrepor-se à escolha que fora feita pelo gestor conduzido pelo voto.

Valter Foleto Santin[7] sustenta que o controle judicial dos atos administrativos sobre a eficiência dos serviços públicos - ele alude especificamente aos serviços de segurança pública, mas o raciocínio é extensível a quaisquer outros serviços públicos - é benéfico à população, em prol da cidadania, porque se destina a exigir melhor prestação do serviço estatal. A Constituição da República é a base de fixação das políticas públicas. Ao intervir impondo observação do Texto Constitucional, portanto, o Judiciário nada mais faz que exercer o seu papel primordial - exatamente o de fazer observar a Constituição.

Nagibe de Melo Jorge Neto[8] salienta que as transformações pelas quais passou a estrutura e organização do Estado na contemporaneidade, em decorrência, sobretudo, do surgimento de uma sociedade a cada dia mais complexa, estão a determinar uma nova configuração da separação dos poderes. O Poder Judiciário assume a função não somente de solucionar conflitos e interpretar as normas jurídicas, mas também se vê impelido a construir, no caso concreto, o sentido dessas normas e, conseqüentemente, conformar as políticas públicas determinadas ao Estado pelos comandos constitucionais. Não há, pois, falar em ofensa ao dogma da separação de poderes.

Trata-se de nova perspectiva na atuação do Judiciário, determinada, em larga medida, pelo pós-positivismo, que impôs a força normativa da Constituição e a máxima efetividade dos direitos fundamentais[9].

Tampouco se pode cogitar de falta de legitimidade do Estado-Juiz para enfrentar tais questões, por não terem passado seus membros pelo crivo do sufrágio popular. Ora, a simples submissão a concurso de provas e títulos legitima a atuação do magistrado. Como bem anota Valter Foleto Santin[10], os magistrados são dotados de uma espécie de mandato institucional, vez que escolhidos entre os demais cidadãos em um certame onde a capacidade de representação é apurada não a partir do voto, mas pela aferição de conhecimento. O mesmo autor adverte que, se acaso faltasse legitimidade ao Judiciário para enfrentar demandas envolvendo políticas e ações fixadas pelos demais poderes, por carecer do sufrágio popular, também não poderia julgar ações e lesões a direitos do cidadão. Como admitir mandados de segurança, por exemplo? Seria a morte do Judiciário - e, por extensão, da cidadania.

Não há refutação possível para o argumento por último exposto por Nagibe de Melo Jorge Neto[11], respeitante à visão da decisão judicial como resultante de discurso democrático. O debate público, que tem lugar no desenvolvimento da argumentação judicial, pode se converter em um importante instrumento de democracia participativa.

Decisão judicial transcende, portando, a visão kelseniana de ato da vontade do juiz. É construída a partir dos argumentos esgrimidos pelas partes, das provas e das pressões sociais eventualmente envolvidas.

É o conjunto de argumentos que têm culminância na decisão judicial e a participação direta do povo, na condição de parte, que conferem, portanto, legitimação às decisões judiciais.

[...]

A decisão judicial legitima-se, pois, pelo discurso democrático do qual é fruto, pela racionalidade à qual deverá estar sujeita e, formalmente, pelo próprio texto constitucional e pela ampla acessibilidade aos cargos da magistratura [12].

Com muita freqüência, também se opõe à possibilidade do controle judicial das políticas públicas a questão orçamentária. Argumenta-se, de um lado, que o momento de elaboração do orçamento é o ambiente democrático por excelência para deliberações em derredor das políticas públicas por serem implementadas. Aduz-se, de outro, que todos os direitos possuem custos[13] e que os recursos são escassos, invocando-se, indiscriminadamente, a tese da "reserva do possível".

Se é evidente que os direitos possuem custos e que os recursos são escassos, também o é que o Texto Constitucional impõem alocação eficiente de recursos, como já demonstrado. Não havendo eficiência, outro meio não há de efetivar os comandos do Estado Democrático de Direito senão através do controle judicial.

Constitui equívoco, de outra parte, sobrelevar o papel do ambiente legislativo que dá origem ao orçamento, tomando-o por momento por excelência das escolhas democráticas a respeito dos gastos por serem realizados e das políticas públicas que por serem implementadas. Os recursos públicos são sempre escassos e, portanto, há necessidade de planejamento e adequada execução, de modo a fazer com que alcancem o máximo resultado possível. As escolhas por serem feitas pelos legisladores incumbidos na confecção do orçamento, no entanto, encontram-se vinculadas por aquelas que, prévia e democraticamente, foram feitas pelo legislador constituinte. A deliberação política a respeito dos gastos públicos, portanto, já foi democraticamente tomada quando da elaboração do Texto Constitucional, que sinalizou por onde devem seguir os legisladores infraconstitucionais[14].

Sendo assim, o papel do orçamento é o de viabilizar a plena efetivação do Texto Constitucional. Se porventura o orçamento afasta-se das diretrizes traçadas na Constituição, como supor a inviabilidade da intervenção judicial para fazer efetivar os valores previstos na Constituição?

De último, Virgílio Afonso da Silva[15] opõe argumento sério ao que designou de *ativismo judicial despreparado*: os juízes não estão preparados para decisões que envolvam políticas públicas. Impõe-se, assim, repensar formação jurídica.

... os juízes, ao tratarem do problema dos direitos sociais como se fossem problemas iguais ou semelhantes àqueles relacionados a direitos individuais.ignoram o caráter coletivo dos primeiros. Esse caráter coletivo exige, como não poderia deixar de ser, políticas que são pensadas coletivamente, algo que os juízes não fazem. Com isso, pretendo sublinhar que a questão discutida neste trabalho não é uma mera questão de opção entre ativismo ou contenção judicial, embora ela seja freqüentemente apresentada como se assim o fosse. É certo que os partidários da idéia de contenção judicial têm que defender que os juízes devem se manter afastados de decisões relativas a políticas públicas, mas isso não significa que toda corrente ativista tenha necessariamente que defender o seu oposto, ou seja, que os juízes devam sempre decidir sobre políticas públicas. Nesse sentido, é possível defender uma forma de ativismo judicial - ou seja, defender que os juízes são legítimos para discutir políticas públicas - e, mesmo assim, sustentar que esse ativismo é limitado por uma série de razões estruturais. Isso significa que, embora o ativismo judicial seja uma possibilidade, ele depende de diversas mudanças estruturas na educação jurídica, na organização dos tribunais e, sobretudo, nos procedimentos judiciais, para que passe a ser possível tratar os direitos sociais e sobre eles decidir de forma coletiva.

Aqui reside o ponto central do presente trabalho. A moderna noção da plena efetividade do Texto Constitucional - e, por óbvio, dos direitos fundamentais nele assegurados - há estimulado constante intervenção judicial nos gastos e políticas públicas. Decisões disseminam-se, contudo, ignorando as respectivas repercussões para além dos autos. De fato, as decisões judiciais geram aquilo que Luciano Benetti Timm[16] chamou de efeitos de segunda ordem. Os provimentos judiciais não apenas solucionam o conflito concreto, mas geram precedentes e afetam as expectativas dos agentes privados. No

jargão econômico, geram externalidades. O mesmo autor arremata que tais efeitos, os quais podem ser positivos ou negativos para a sociedade, precisam ser considerados pelos órgãos decisórios.

A utilização do instrumental disponibilizado pela Análise Econômica do Direito, neste contexto, é indispensável ao julgador moderno, social e economicamente responsável.

2. CUSTOS DOS DIREITOS E ESCOLHAS TRÁGICAS.

Indispensável à discussão a respeito da utilização da ponderação econômica como critério de decisão judicial deitar olhar, previamente, a respeito da questão dos custos dos direitos e das escolhas trágicas que a escassez de recursos disponíveis enseja.

Óbvio a mais não poder que todos os direitos demandam custos. Há clássica divisão entre direitos individuais (civis e políticos) e direitos sociais e a falsa suposição de que apenas os últimos demandam prestações (deveres) positivos.

Gustavo Amaral decompõe os direitos em pretensões (positivas e negativas) para demonstrar que todos eles demandam umas e outras e, portanto, custos. Assim é porquanto todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para a respectiva implementação[17]. Assim, mesmo o direito de propriedade, por exemplo, demanda custos do Poder Público, relacionados com a manutenção da ordem que garante o regular exercício de tal direito.

A evidente escassez de recursos enseja a necessidade da adoção de escolhas trágicas (**trade-off**). Quem atender? Quem não atender? Quantos atender? Flávio Galdino[18] esclarece:

Antes de ser inimiga ou mero artifício ideológico para denegação de direitos, a compreensão da escassez de recursos - ao lado da correta compreensão dos custos dos direitos - através de análises de custo-benefício, significa um meio de converter o Direito em poderoso instrumento de transformação social, representando também, até mesmo, uma justificativa para o próprio Direito.

Tais questões são ainda mais importantes em um estado como o brasileiro, voltado ao bem-estar social (**welfarista**, para tomar emprestado o neologismo de Luciano Benetti Timm[19]).

O modelo de Estado voltado ao bem-estar social, eleito pelo constituinte de 1998, há imposto aos julgadores nacionais a necessidade de não, raro, enfrentarem situações que compelem controle judicial de políticas públicas. Tal o meio único de tirar do papel os direitos inscritos no Texto Constitucional.

Questões ligadas à efetivação dos direitos sociais, sobretudo, têm ensejado decisões que impõem ao Estado gastos muitas vezes vultosos, mesmo que em prol de apenas um cidadão. Inúmeras são as referências a fornecimentos de medicamentos importados, de próteses, de tratamentos no estrangeiro etc.

Referidas decisões, se analisadas individualmente, são absolutamente justas.

Frise-se, por relevante, que tais decisões são adotadas, no dia-a-dia forense, sob o influxo da premência e da cognição aligeirada que são próprias dos provimentos de índole antecipatória. Situações como tais, quando postas à consideração do julgador, praticamente não deixam margem alguma de dúvida para o julgador. A parte está à beira da morte e o julgador, homem que é, não tem outro impulso que não seja assegurar-lhe a vida. Diante de disjunção impor ao Erário a obrigação de fornecer medicamento dispendioso ou garantir a vida de um ser humano, qualquer julgador tenderá a ordenar fornecimento do medicamento. E se, ao final, restar apurado que a parte não tinha direito a dito medicamento? Neste caso, deverá o Ente Público cobrar do demandante - ou de seus sucessores, se ele não houver sobrevivido - o valor despendido.

A questão é que, mesmo na hipótese de recuperação posterior do valor desembolsado, o Ente Público teria, concretamente, utilizado em um dado momento recursos que estavam, por certo, destinados a outra finalidade. Para atender um cidadão, outros tantos provavelmente foram desatendidos.

A decisão que é justa do ponto de vista individual, portanto, pode ser injusta sob o prisma coletivo, mormente se for observada a questão da escassez de recursos[20].

Como deve agir o julgador, então, em tais situações? A proposta, como já restou assentado, é a de que utilize a ponderação como critério de decisão.

3. PONDERAÇÃO ECONÔMICA.

A difusão dos postulados da Análise Econômica do Direito (AED) entre nós tem provocado severas discussões. Alguns ignoram a dimensão ética do Direito, para apontar que a solução para a sua decantada crise é a submissão aos interesses do mercado.

Ignorando a noção de Estado do Bem-Estar Social, consagrado pelo constituinte de 1998, Rachel Sztajn[21], por exemplo, afirma:

Supor que compete ao sistema normativo partir de modelos assistencialistas para promover a distribuição da riqueza deixa de lado uma questão prévia, a qual tem de ver com estímulo à criação de riqueza. Ou seja, dificultar a apropriação do valor por quem o produza tende a reduzir o bem-estar geral.

Outros, contudo, destacam a necessidade de compreendê-la e utilizá-la, como qualquer método. Paula A. Forgioni[22] ensina que a AED pode e deve ser aplicada em benefício da implementação de políticas públicas.

Fruto de contexto absolutamente liberal[23], a AED parece sugerir que o Direito é vassalo dos determinismos econômicos. Nada obstante, o Direito também existe exatamente para subjugar tais determinismos (regras que seriam ineficientes do ponto de vistas do mercado existem, valem e são eficientes, como aquelas respeitantes à função social da empresa, por exemplo). A transposição dos postulados da AED para a realidade nacional, portanto, não pode perder de vista que ela oferece importante instrumental, apto a complementar a formação da convicção do julgador diante de conflitos concretos. Não pode, contudo, ser tomada como remédio capaz de solucionar todos os males[24].

Aliás, Guido Calabresi observou, há muito, que a hipótese de que a AED possa dar respostas definitivas para os dilemas normativos é "ridícula"[25].

A doutrina nacional disseminou a utilização da expressão ponderação de direitos para referir-se àquilo que Gustavo Amaral designou de conflito de demarcação[26]. Havendo colisão de direitos fundamentais, segundo o modelo proposto por Robert Alexy, o intérprete realiza ponderação e finda por estabelecer o direito fundamental que, na hipótese concreta, prevalecerá.

Ocorre que o modelo proposto vislumbra apenas conflitos entre direitos que demandam prestações negativas (liberdade de expressão e direito à honra e à imagem, por exemplo). Como anota Gustavo Amaral[27], em caso tais, decidido o conflito, a solução é, tal qual ocorre nas ações demarcatórias, aplicada retroativamente. Tal importa dizer que, para o caso concreto, sempre houve o direito afirmado (à honra e à imagem, por exemplo), e nunca o direito negado (à informação, no exemplo referido).

O modelo de ponderação proposto, nada obstante, não oferta solução às situações que demandam prestações positivas, ainda mais quando tais prestações demandam recursos que, por definição, são escassos.

Uma coisa, como referido no exemplo anterior, é estabelecer se, no caso concreto, prevalecerá o direito à privacidade ou o direito à informação. Outra bem diversa é decidir entre internar alguém que precisa de uma cirurgia e bancar o medicamento importando de outrem (conflito entre direito à vida e direito à vida), tudo diante de recursos escassos.

Criticando o modelo argumentativo proposto por Robert Alexy, Luciano Benetti Timm[28] estabelece:

Esse conflito entre opções trágicas aparece na literatura jurídica constitucional sobre a conhecida "teoria da colisão de princípios ou direitos fundamentais". Sem aprofundar demais a discussão, nessa linha de pensamento, a solução do problema jurídico em questão passa por uma ponderação de princípios diante do caso concreto, avaliando-se as circunstâncias e o peso de cada princípio em um processo argumentativo que

acontecerá em um tribunal. Entretanto o método argumentativo proposto por esta escola é fundamentalmente retórico-discursivo e não oferece guias interpretativos, nem critérios desejáveis de previsibilidade e nem mesmo de precisão quanto ao melhor resultado á sociedade daquele debate que acontecerá no tribunal no caso concreto.

A possibilidade da utilização da ponderação econômica como critério de decisão põe-se exatamente para aquelas situações em que o modelo antes referido não oferta solução possível.

A utilização da ponderação econômica - vale dizer, da busca da solução capaz de produzir resultado/eficiência social mais abrangente - é que deve guiar o julgador em situações como tais. Se o julgador não se deve guiar por critérios exclusivamente econômicos (negar internação tão somente porque isto importaria em retirar recursos supostamente destinados a outro fim, ou deixar de impor fornecimento gratuito de medicamento indispensável à vida tão somente porque isto poderá levar a ganhos imprevistos e demasiados para o fabricante), não pode perder de vista a busca do resultado social o mais abrangente possível.

Isto importa dizer que o julgador deve levar em conta, no ato de decidir, a possibilidade de que aquela decisão seja reprisada em outras demandas, bem assim a possibilidade de que os recursos disponíveis sejam suficientes para tanto. De igual, deve buscar meios de propiciar ao Ente Públicos meios de otimizar os gatos acaso realizados (como no exemplo já clássico de concessão de tratamento médico no exterior, com a recomendação de envio de profissional local para aprender a tecnologia e retransmiti-la aqui).

Supera-se, assim, a contradição entre micro e macrojustiça. A decisão que interessa não é mais apenas aquela mais adequada ao caso concreto, mas aquela mais apta a efetivar a vontade constitucional para o conjunto da sociedade.

Realidade que não pode ser ignorada, no contexto nacional atual, é a possibilidade de autêntico abuso de demandar contra o Estado, utilizando de forma astuciosa e distorcida a idéia de plena efetividade do Texto Constitucional.

Assim é que se tem presenciado, com alguma freqüência, pessoas de condições financeiras razoáveis (classe média) pleiteando dos Entes Públicos, por exemplo, bombas de insulina ou próteses. Referidas pessoas, por suas posses, têm maior acesso à informação e ao Judiciário e invocam indiscriminadamente o direito à saúde.

Tenho que o que restou assegurado pelo Texto Constitucional foi atendimento emergencial, e não qualquer atendimento de saúde. Por isto e pela escassez de recursos, deve o julgador realizar ponderação econômica a respeito da conveniência da concessão da prestação pretendida, notadamente com vistas à maior eficiência de tais recursos, vale dizer, à possibilidade de atender mais e melhor as pessoas que mais necessitam.

4. ATIVISMO JUDICIAL DESPREPARADO - NECESSÁRIA EVOLUÇÃO.

Já restou destacado que um dos óbices opostos ao controle judicial das políticas públicas diz com a falta de educação jurídica adequada, o quem tem ensejado atitude proativa de juízes não preparados para fazê-lo[29].

Tanto mais grave a situação do despreparo quando se cogita de instrumentos tão novos quanto aqueles fornecidos pela AED. Malgrado assim seja, já se encontra em gestação, pela ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, programa de curso por ser oferecido pelas escolas de magistratura para todos os que nela ingressarem, em qualquer de suas esferas (federal, estadual ou do trabalho), Pelo projeto, haverá módulos de conteúdo obrigatório e módulos cujo conteúdo será fixado pela respectiva escola de magistratura. Um dos módulos obrigatórios sugeridos diz com AED e ponderação econômica.

Aludida atitude da ENFAM demonstra a preocupação na formação dos novos quadros, os quais já seriam treinados para lidar com tais instrumentos.

Vital o papel que vem sendo exercido pelas escolas de magistratura, ofertando cursos de formação e fomentando fóruns de discussão a respeito das relações entre Direito e Economia e, assim, contribuindo para a adequada preparação daquelas que já se encontram no exercício da judicatura.

CONCLUSÃO

Estabeleceu-se, como premissa da discussão aqui desenvolvida, que incumbe ao Estado-Juiz buscar a máxima efetividade do Texto Constitucional.

Impossível o exercício de tal mister sem que o Poder Judiciário controle políticas públicas. Aludido controle, contudo, não se há de fazer de qualquer modo, nem segundo o discricionário critério de quem julga.

Decisões judiciais que envolvam implementação de direitos fundamentais e, portanto, controle de políticas públicas, não se podem guiar exclusivamente pelo critério econômico da eficiência. A eficiência não é critério de justiça.

Nada obstante, também não podem ignorar, para continuar no jargão econômico, as externalidades de tais decisões, vale dizer, os efeitos que transcendem autos e partes envolvidas e se projetam para toda a sociedade. A percepção e aferição de tais efeitos são indispensáveis à prolação de decisões que possam alcançar o critério de justiça desejável.

Neste contexto, indispensável a utilização dos instrumentos fornecidos pela Análise Econômica do Direito, especialmente a ponderação econômica.

Imperioso, também, que os julgadores sejam preparados para lidar com aludido instrumental, como já vem sendo pensado pela ENFAM e executado por algumas das escolas de magistratura do país.

BIBLIOGRAFIA:

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL, Gustavo e MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* In *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* (Org. SARLET, Ingo W. e TIMM, Luciano B.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 87-109.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matérias de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* (Org. SARLET, Ingo W. e TIMM, Luciano B.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 111-147.

BARROS, Sérgio Resende de. *A proteção dos Direitos pelas Políticas*. In *Direitos Humanos Fundamentais (Revista Mestrado em Direito).* Osasco: Editora do Centro Universitário UNIFIEO, ano 7, vol. 2, 2007, pp. 27-43.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

CALABRESI, Guido. *Thoughts on the Future of Economics" Journal of Legal Education* v. 33, 1983, p. 363.

FORGIONI, Paula A. *Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou Mistificação?* In *Direito e Economia (Revista de Direito Mercantil).* Vol. 139, pp. 242.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2008.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais*. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008,

SANTIN, Valter Foleto. *Controle Judicial da Segurança Pública*. São Paulo: RT, 2004.

SALAMA, Bruno Meyerhof. "*O que é Direito e Economia?"* Disponível em *ww.fgvsp.br/institucional/biblioteca/pe/SP000405055.pdf* .

SARLET, Ingo W. e FIGUEIREDO, Mariana F. *Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* (Org. SARLET, Ingo W. e TIMM, Luciano B.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 11-53.

SCAFF, Fernando F. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* (Org. SARLET, Ingo W. e TIMM, Luciano B.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 149-172.

SILVA, Virgílio Afonso. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Fundamentais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 587-599.

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. (Org. ZYLBERSTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel). Rio de janeiro: Elsevier, 2005, pp. 74-83.

TIMM, Luciano B. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?* In *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* (Org. SARLET, Ingo W. e TIMM, Luciano B.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 55-68.

TORRES, Ricardo L. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* (Org. SARLET, Ingo W. e TIMM, Luciano B.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 69-86.

---

[1] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 587.

[2] AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2.

[3] MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 309.

[4] SANTIN, Valter Foleto: *Controle Judicial da Segurança Pública*. São Paulo: RT, 2004, p. 35.

[5] BARROS, Sérgio Resende de: *A proteção dos Direitos pelas Políticas*. In *Direitos Humanos Fundamentais (Revista Mestrado em Direito).* Osasco: Editora do Centro Universitário UNIFIEO, ano 7, vol. 2, 2007, p. 28..

[6] JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais*. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 53.

[7] Op. Cit., p. 226.

[8] Op. Cit., p. 22.

[9] JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. Cit., p. 97.

[10] Op. Cit., p. 224.

[11] Op. Cit., p. 22.

[12] JORGE NETO, Nagibe de Melo, Op. Cit., p. 25.

[13] A questão será retomada mais adiante.

[14] Neste sentido, BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matérias de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* (Org. SARLET, Ingo W. e TIMM, Luciano B.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 117.

[15] SILVA, Virgílio Afonso. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Fundamentais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 595-596.

[16] TIMM, Luciano B. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?* In *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* (Org. SARLET, Ingo W. e TIMM, Luciano B.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 64-65.

[17] HOME, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Co., 1999, p. 9, *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 72.

[18] GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 252.

[19] TIMM, Luciano B. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?* In *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* (Org. SARLET, Ingo W. e TIMM, Luciano B.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62.

[20] Neste sentido, vide AMARAL, Gustavo e MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* In *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* (Org. SARLET, Ingo W. e TIMM, Luciano B.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 87.

[21] SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. (Org. ZYLBERSTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel). Rio de janeiro: Elsevier, 2005, p. 82.

[22] FORGIONI, Paula A. *Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou Mistificação?* In *Direito e Economia (Revista de Direito Mercantil).* Vol. 139, pp. 242.

[23] A Análise Econômica do Direito surge a partir do utilitarismo de Jeremy Benthan e ganha projeção a partir da Escola de Chicago e dos estudos de Richard Posner. Os indivíduos são vistos como maximizadores de seus próprios interesses ou utilidades, o que significa afirmar que suas escolhas estão vinculadas ao maior proveito individual que possam obter delas. Trata-se de conceito operacional, tendente a permitir a análise das relações econômicas numa dada sociedade. O homem é visto como animal econômico (*homo economicus*). Eficiência torna-se critério de justiça. A eficiência deixa de ser uma ciência moral. Busca-se a maior eficiência econômica possível nas alocações (destinações de gastos) sociais. Vide, a respeito, GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2008, pp.240-243.

[24] Vide conclusões do artigo de FORGIONI, Paula A., Op. Cit.

[25] CALABRESI, Guido. *Thoughts on the Future of Economics" Journal of Legal Education* v. 33, 1983, p. 363. No mesmo sentido: SALAMA, Bruno Meyerhof. "*O que é Direito e Economia?"* Disponível em *ww.fgvsp.br/institucional/biblioteca/pe/SP000405055.pdf* .

[26] AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 126.

[27] Op. Cit., p. 126.

[28] TIMM, Luciano B. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?* In *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* (Org. SARLET, Ingo W. e TIMM, Luciano B.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65.

[29] Virgílio Afonso da Silva, como destacado, refere-se a ativismo judicial despreparado. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Fundamentais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 595-596.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E A TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A ATUAÇÃO ESTATAL DIANTE DA LIMITAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS*

THE PRINCIPAL OF THE ADMINSTRATIVE EFFICIENCE AND THE TEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS COSTS. THE STATE ACTING BEFORE THE LACK OF FINANCIAL RESOURSES

Grazielly dos Anjos Fontes
Karolina dos Anjos Fontes

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o princípio da eficiência que passa a nortear toda a Administração Pública e determinar que esta deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. A atuação estatal depende de recursos financeiros captados juntos à sociedade para que possa implementar os direitos fundamentais, tem-se, que a aferição do seu custo econômico é elemento importantíssimo para que a efetividade desses direitos fundamentais seja alcançada em sua plenitude, inclusive, deve ainda o administrador público ter como parâmetro, para utilizar da melhor maneira possível os recursos disponíveis, o princípio da eficiência. A idéia de que os direitos prestacionais que compõem o mínimo existencial não poderão ser negados com o argumento de que não há recursos suficientes para sua efetivação não pode ser considerada, sem antes se observar, após a definição de seus custos, a prioridade, responsabilidade e razoabilidade. Os direitos representam custos para o Estado, e dependem todos eles de prestação estatal positiva ou negativa. O que ocorre é que esses direitos, após serem analisados seus custos devem ser submetidos ao processo de escolhas trágicas. O Estado sempre estará sujeito a essas escolhas trágicas, pois é da sua essência, enquanto ente administrador, ou seja, gestor, reconhecer e diagnosticar as necessidades públicas, definir a obtenção e a afetação dos recursos, bem como a definição de prioridades no caso de inexistirem recursos suficientes. A escolha deve estar atrelado à idéia de eficiência, ou seja, fazer a escolha considerando, qual seria aquela que teria a melhor aplicação e qual a que dentre os custos seria mais benéfica para a coletividade, sempre observando os princípios e regras constitucionais. Dessa forma, a implementação dos direitos fundamentais deve sem dúvidas levar em consideração o custo dos direitos e a escassez de recursos.

PALAVRAS-CHAVES: PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA, DIREITO FUNDAMENTAIS, CUSTO DO DIREITO.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

ABSTRACT

The objective this study is to analyze the principle of efficiency that is to guide the Public Administration and determine that it must act quickly and need to produce results that meet the needs of the population. The state action depends on funds raised together to the company so that you can implement fundamental rights, has been that the tuning of its economic cost is very important element for the effectiveness of these rights is achieved in its entirety, including, it must also the public administrator having as parameter for the best use of available resources, the principle of efficiency. The idea that the rights prestaciones that make up the existential minimum can not be denied on the grounds that not enough resources for its effectiveness can not be considered without prior notice if, after the definition of costs, priority, responsibility and reasonableness. The rights represent costs to the state, and they all rely on state provision of positive or negative. What happens is that those rights, after they analyzed their costs should be submitted to the process of tragic choices. The state will always be subject to such tragic choices, it is of the essence, as an entity administrator, or manager, to recognize and diagnose the public needs to define the achievement and affectation of resources and priority setting where there were no resources. The choice should be tied to the idea of efficiency, make the choice considering what one would have the best value and what that among the costs would be more beneficial to the community, always observing the constitutional rules and principles. Thus, the implementation of fundamental rights must undoubtedly take into account the cost of rights and lack of resources.

KEYWORDS: PRINCIPLE OF EFFICIENCY, FUNDAMENTAL RIGHT, COST OF RIGHTS.

1. Introdução

Importa salientar que o ordenamento jurídico está numa fase de reconhecimento dos princípios como espécies normativas, com grau hierárquico superior a todas as demais normas, especialmente, quando reconhecidas constitucionalmente. É o caso do princípio da eficiência que passa a nortear de toda a Administração Pública e determinar que esta deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população.

Verificou-se que o Estado contemporâneo tornou-se um Estado mantenedor das necessidades sociais, estando vinculado à uma forma de atuação eficiente. Buscou-se frisar que a eficiência que tanto é exaltada para a consecução do Estado Contemporâneo, incluindo o brasileiro, não poderia ser entendida apenas como uma forma de maximização do lucro. Como veremos, o princípio da eficiência no âmbito do Estado deverá ser encarada como um mecanismo capaz de exercer da melhor maneira possível as missões de interesse coletivo que dependem do Estado para a sua realização.

Assim, enfatizamos que o Estado Contemporâneo, através das modificações no curso da história, evidenciou a necessidade de se observar os custos para que se

pudessem implementar os direitos. Verifica-se que o Estado Brasileiro teve que se modernizar para atender a esta nova realidade mista, qual seja a de ser um garantidor dos agentes sociais, bem como dos agentes econômicos.

A partir dessa transformação passa-se a observar que a atuação estatal necessariamente depende de recursos públicos. E considerando que estes recursos são finitos, e muitas vezes mal utilizados, por faltar cumprimento do princípio da eficiência, tem-se que o limite para sua atuação enquanto promotor do desenvolvimento depende sempre das quantidade de recursos públicos disponíveis.

Desta feita, considerando que a atuação estatal depende de recursos financeiros captados juntos à sociedade para que possa implementar os direitos fundamentais, tem-se, que a aferição do seu custo econômico é elemento importantíssimo para que a efetividade desses direitos fundamentais seja alcançada em sua plenitude, inclusive, deve ainda o administrador público ter como parâmetro, para utilizar da melhor maneira possível os recursos disponíveis, o princípio da eficiência.

A importância desse sucinto trabalho está justamente na defesa da idéia de que os direitos prestacionais que compõem o mínimo existencial não poderão ser negados com o argumento de que não há recursos suficientes para sua efetivação, mas antes deve-se observar, após a definição de seus custos, a prioridade, responsabilidade e razoabilidade. Neste aspecto, o presente trabalho visou, justamente, trazer para a discussão a importância dos custos da atuação estatal frente à efetividade dos direitos fundamentais, a partir da interpretação constitucional baseada no princípio da eficiência

2. O Estado Contemporâneo e suas transformações

Antes de adentrarmos no tema que trata sobre os custos dos direitos a partir de uma visão pautada no princípio da eficiência administrativa, é oportuno traçar algumas premissas acerca das modificações ocorridas no Estado Contemporâneo, haja vista que essas modificações foram responsáveis pela evidenciação da necessidade de se observar os custos para que se possa implementar os direitos.

Cumpre dizer que o Estado moderno surge com o absolutismo, em que a figura do monarca representava a autoridade-mor desse Estado. Ocorre que com o fim deste período, passou a vigorar no século XIX as idéias do liberalismo, através da ascensão da burguesia que além de detentora do poder econômico passou a deter também o poder político. Neste contexto, observa-se que os interesses da burguesia que ascendia coadunava-se com os ideais liberais, caracterizados pela intervenção mínima do Estado, cujas funções restringiam-se à vigilância da ordem social e a proteção contra as ameaças externas.

Há que se dizer que o Estado liberal foi totalmente a favor da valorização do indivíduo, e neste sentido acabou por privilegiar a burguesia como sendo o setor economicamente mais forte, o que gerou, a partir do século XIX, movimentos sociais, que ensejaram após o século XX numa maior intervenção do Estado. Uma prova dessa

necessidade de maior intervenção do Estado ocorreu justamente nos Estados Unidos, defensores do liberalismo, que com a queda da bolsa de Nova York em 1929, teve que se valer de uma política estatal, o chamado New Deal, para que a economia pudesse ter um equilíbrio. Observa-se que após a segunda guerra mundial, o intervencionismo do Estado teve que ser ainda mais fortalecido, haja vista a necessidade de se reconstruir os países que foram destruídos pela guerra.

Não há dúvidas de que esse processo de intervenção estatal visava a implantação do Estado de bem estar social, que estava sendo construído a partir dos excedentes econômicos que tinham que ser aplicado para suprir as necessidades sociais. Porém, a partir da modificação do status financeiro e da economia, que foi acarretada justamente pela diminuição dos excedentes de produção, verificou-se a necessidade de redefinir as funções do Estado.

Observa-se que o não crescimento do Estado não se deu apenas em países totalitários, mas também em países não totalitários, inclusive nos primeiros três quartos do século XX. Interessante que este crescimento foi acompanhado do aumento das ineficiências do Estado. Desta feita, a política dos anos 80 e 90 ficou marcada pelo retorno às idéias liberais, principalmente nos países desenvolvidos. Há que salientar que o processo de queda do estatismo deu-se ainda mais com o colapso do comunismo[1].

Interessante que o Brasil sofreu um movimento exatamente contrário ao que aconteceu com os países desenvolvidos que primaram pela redução do intervencionismo do Estado. Simplesmente, após sair do regime de ditadura militar, ocorreu o crescimento do Estado, através do seu aparelhamento, que foi subsidiado pela promulgação da Constituição Federal de 1988, que fixou o Estado como solucionador de todos os problemas sociais[2]. Insta salientar que essa situação pela qual passou o Estado Brasileiro permitiu que o mesmo e tornasse ineficaz e ineficiente.

Um país como o Brasil , capitalista e periférico, torna extremamente complicada a tarefa de definir o que seria uma atividade estatal essencial para a sociedade. Basta verificar que o Estado brasileiro não é composto apenas por agentes sociais, mas também por agentes econômicos, e o mais interessante é que estes dois agentes necessitam de uma atuação estatal que garanta o desenvolvimento de suas atividades. Esta forma de atuação do Estado é uma contradição, mas é a única capaz de conseguir equalizar as duas situações que coexistem no Estado brasileiro, quais sejam: o fato de ser capitalista, e pertencer ao rol de países influentes economicamente, e ao mesmo tempo o fato de pertencer ao rol de países periféricos que sofrem, ainda, com demandas sociais graves[3].

É por essa razão que a atuação estatal é tão forte, basta observar que todas as funções do Estado: executivo, legislativo e judiciário, incidem não só sobre áreas de evidente interesse público, tais como saúde, educação, transportes, segurança pública e nacional, infra-estrutura, previdência e assistência social, meio ambiente, cultura; mas também sobre setores que exigem a normatização e a fiscalização do Estado, tais como mercado financeiro, serviços, indústria, comércio exterior, além de regulação sobre setores econômicos de relevante importância, tais como: aviação civil, petróleo, telefonia, saúde suplementar, dentre outras.

Diante da dificuldade de se definir o tipo de Estado que se quer no Brasil, considerando o que foi exposto, a única posição satisfatória que se tem é o tipo de Estado que não se quer, ou seja, um Estado ineficiente, lento, que não consegue atender às demandas sociais. É por essa razão que o modelo de Estado brasileiro exige uma modernização nas suas funções e na forma de atuação, mudanças essas que devem considerar, sobretudo, a existência de concentração de recursos públicos disponíveis para realização efetiva das atividades que são consideradas essenciais ao organismo social.

2.1 O ordenamento jurídico brasileiro e a nova realidade estatal

Verifica-se que o Estado Brasileiro tem que se modernizar para atender a esta nova realidade mista, em que tem que ser um garantidor dos agentes sociais, bem como dos agentes econômicos.

A tendência do Estado brasileiro, sem sombra de dúvidas, foi a de transferir para a iniciativa privada as atividades econômicas que antes eram diretamente realizadas pelo Estado. Basta observar o Programa Nacional de desestatização, que vinha sendo implementado não apenas como meio de reduzir o custo estatal com atividades que poderiam ser exercidas pela iniciativa privada, como também pela necessidade de se melhorar os mecanismos de eficiência ao desenvolvimento dessas atividades.

O Estado brasileiro quanto à sua intervenção na ordem econômica, percorreu outra tendência, qual seja, a abertura do mercado para a participação de empresas estrangeiras, restringindo assim os monopólios no setor econômico que antes era movimentado apenas pelo Estado. Os exemplos mais fortes são justamente as concessões para a exploração de serviços de telecomunicações, pesquisa em lavras de jazidas de petróleo e gás natura, abertura para o investimento do setor privado, tendo em vista a dificuldade de recursos públicos, que acabavam por diminuir os serviços públicos mais prioritários tais como a saúde e a educação.

Outra forma de atuação do Estado brasileiro parece estar pautada na consensualidade, quanto à função administrativa do Estado. Verifica-se que esse tipo de atuação antes era considerado uma espécie de tabu do direito administrativo, considerando que este ramo do direito, tinha como base a superioridade da decisão administrativa, no sentido de não poder ser discutido, no intuito de se chegar a uma espécie de acordo quanto a sua utilidade. Porém, esse “novo” modo de atuação permitiu o ressurgimento de antigos instrumentos jurídicos, tais como as concessões de serviço público e bens públicos.[4] A partir dessa nova forma de atuação do Estado é que se verifica a sua adequação à realidade vigente, qual seja, a de um Estado garantidor da ordem social e econômica.

Todavia, essa nova forma de atuação do Estado brasileiro não se trata de um modelo excepcional, antes segue a tendência mundial de reduzir o seu porte e sua intervenção no sentido de se adequar à globalização, característica dos tempos atuais. Tanto é verdade que esta tendência pode ser visualizada com a edição da Emenda

Constitucional n. 19/1998, que fomentou a expansão da atividade estatal administrativa no âmbito da sociedade civil organizada, que por sua vez, deu vazão à retração da estrutura administrativa, além da sua racionalização, através de posturas mais gerenciais, cuja base é a eficiência administrativa, como princípio constitucional.

O processo de transferência de atividades econômicas de interesse público para a iniciativa privada é marcada pela seguinte peculiaridade: o Estado continua como titular do serviço, no entanto transfere a execução para o particular. Em decorrência dessa situação *sui generis* surge a necessidade de o Estado se aparelhar de outros tipos de órgãos, que tivessem uma estrutura diferenciada capaz de assumir as contingências desse novo modelo de atuação do Estado diante da economia. Essa estrutura diferenciada teria por finalidade pressionar a atuação estatal, por meio de planejamento, regulação e fiscalização do serviço exercido pela iniciativa privada, bem como teria o condão de solucionar, sob o enfoque tecnicista, os conflitos que por ventura ocorressem. Foram criadas, pois, as chamadas agências reguladoras, as quais, previstas na Constituição da República, através das emendas constitucionais n. EC nº 08/95 E 09/95, funcionariam como autarquias de natureza especial.

Apenas a título de contextualização doutrinária, é necessário trazer ao foco a idéia de que, considerando essas modificações do Estado Brasileiro, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência tenta viabilizar uma teoria a qual diz que o Estado democrático e social de Direito vai se firmando, após as reformas ocorridas na década de 1990, como um Estado subsidiário.[5]

Com o fito de contextualizar o Estado brasileiro, tem-se que o mesmo seguiu uma tendência mundial que visa acima de tudo racionalizar a utilização dos recursos públicos. Essa adequação foi revigorada pela inserção da Emenda Constitucional n. 19/1998 que permitiu ao Estado optar por um regime de atuação mais eficiente e responsável com o fisco. Essa opção demonstra que o Estado brasileiro preocupa-se em diminuir o dispêndio dos escassos recursos públicos com a máquina administrativa, e tem como objetivo fazer com que se aumente a quantidade de recursos destinados para as demandas sociais mais latentes e mais necessárias para a população. Verifica-se, portanto, que a concretização do princípio da eficiência depende justamente da forma gestão dos recursos, seguindo, pois, as regras orçamentárias definidas no ordenamento jurídico pátrio.

2.2 A eficiência administrativa como elemento normativo do Estado brasileiro

É sabido que a eficiência administrativa tem como parâmetro e corolário o princípio da economicidade, cujo objetivo é justamente maximizar o recurso público a ser utilizado pela administração pública de modo que seja eficiente e totalmente compatível com os benefícios que deverão ser trazidos para a coletividade.

O Estado contemporâneo, como já se viu, tem por função essencial satisfazer as necessidades sociais, estando vinculado à uma forma de atuação eficiente. Porém, é importante salientar que essa eficiência que tanto é exaltada para a consecução do

Estado Contemporâneo, incluindo o brasileiro, não pode ser entendida apenas como uma forma de maximização do lucro; no âmbito do Estado ela deve ser encarada como um mecanismo capaz de exercer da melhor maneira possível as missões de interesse coletivo que dependem do Estado para a sua realização. Deste modo, a eficiência deve estar pautada nos seguintes aspectos: na obtenção da maior realização prática do ordenamento jurídico, que compreende, justamente, a busca pela efetividade da norma, a partir de uma minoração dos ônus possíveis, tanto para o Estado, no sentido financeiro, como para a sociedade, no que tange à limitação das liberdades dos cidadãos.[6]

Com o desenvolvimento da hermenêutica constitucional, a doutrina passou a entender que o ordenamento jurídico deve ser balanceado por regras e princípios. Às regras caberia a realização da segurança jurídica e aos princípios caberia a função de garantir a justiça no caso concreto, haja vista que os princípios são mais flexíveis e são influenciados pelos valores, no entanto, por serem imperativos, tem força normativa tal qual as regras, com o diferencial de que condiciona a atividade do hermeneuta do direito.

Ronald Dworkin diferencia os princípios das regras a partir de um aspecto lógico, qual seja, estes dois elementos da norma estabelecem *standards* que servem para delimitar as decisões particulares, no entanto, a aplicação de um dos tipos normativos se diferenciam pelo fato de estabelecer uma orientação particular, com enfoques diferente. Por exemplo, as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada, não se procura analisar o critério do subjetivo do fato. Se os fatos que a regra estipula estão dados, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou então não é, caso em que nada contribuirá para a decisão[7].

Já Robert Alexy também diferencia regras e princípios, sob o aspecto lógico ou qualitativo. Porém, para ele a distinção entre princípios e regras é melhor evidenciada a partir dos casos de colisão entre as normas, já que os conflitos entre regras são solucionados com base nos aspectos de validade da norma, considerando-se os critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade, enquanto os conflitos entre princípios são solucionados a partir da ponderação quanto ao peso de cada princípio, consideradas as circunstâncias do caso concreto. Significa dizer que, no conflito entre princípios, não há extinção do princípio de menor adequação valorativa à hipótese do caso concreto, mas tão somente o seu afastamento, continuando o mesmo inserto no ordenamento jurídico vigente, podendo ser aplicado em outro caso concreto em que sua carga valorativa seja mais adequada[8].

Robert Alexy ainda considera que os princípios são tidos como mandados de otimização, no sentido de que eles podem ser implantados seguindo várias escalas de concretização, a partir da análise das circunstâncias tanto fáticas quanto jurídicas que digam respeito ao caso em concreto. Quanto as regras estas impõem uma exigência que é ou não cumprida, não se permitindo a sua concretização em diversos graus, tal como ocorre nos princípios[9].

Insta dizer que no que diz respeito ao conflito de normas e sua solução, a distinção entre princípios e regras é interessante para se perceber como esses tipos normativos se comportam diante de conflitos normativos. No primeiro caso, a solução de conflitos entre princípios resolve-se pela ponderação, ou seja, coloca-se os princípios

opostos numa “balança” e a partir daí ver qual o que tem maior ou menor peso num dado caso concreto. No segundo caso, por sua vez, tem-se que quando há conflitos entre regras, a forma de solução se funda na exclusão de uma regra do ordenamento jurídico, tendo em vista que perdeu sua validade no momento de sua aplicação ao caso concreto. Desta feita, a doutrina mais moderna vem entendendo que regras e princípios são espécies de um mesmo gênero qual seja a norma, cujo objetivo é dar mais consistência ao ordenamento jurídico, uma vez que permite a unidade do sistema, através dos aspectos valorativos que são aceitos pela sociedade.

Esse novo modo de pensar o ordenamento jurídico, como sendo um sistema de princípios e regras, trouxe uma questão interessante para quem cuida da Administração Pública, sabe-se que uma grande parcela dos operadores do direito ainda acreditam que devem obediência irrestrita à legislação infraconstitucional, sem, contudo, considerar os valores constitucionais reconhecidos. Sem sombra de dúvidas o intérprete do direito deve obedecer fielmente a Lei, no entanto, não pode se esquecer de que esta lei não pode estar em conflito com os ditames constitucionais, visto que a Constituição prevalece sobre todas as normas, em virtude do princípio da supremacia da Constituição.[10]

Essa nova compreensão acerca da supremacia da Constituição tem bastante importância para essa nova realidade do Estado. Essa nova forma de atuação implica na existência de um arcabouço jurídico capaz de sustentar a possibilidade de gestão dentro do princípio constitucional da eficiência. Ao colacionarmos o movimento de hermenêutica constitucional não se quer aqui, em momento algo, menosprezar a lei, muito pelo contrário, quer se valorizar os seus elementos finalísticos, sob o seguinte prisma: as regras legais devem ser interpretadas e aplicadas, isto é, todo o ato normativo só será válido se for a forma mais eficiente, ou na impossibilidade desta, se for pelo menos a forma mais razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico.[11]

Ora, a Constituição da República tem sua base axiológica fundada em torno dos princípios, e com relação ao princípio da eficiência não seria diferente principalmente após a Emenda Constitucional N. 19/98. Mas, a pergunta que se faz é: será que a inserção expressa desse princípio inaugura assim um novo parâmetro jurídico para a interpretação das normas do direito brasileiro? Alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, Lúcia Valle Figueiredo, Maria Silvia Di Pietro, entendem que a inserção desse princípio na Constituição Federal em nada inovou no ordenamento jurídico, visto que, sempre coube a Administração Pública agir com eficiência em suas competências. Celso Antônio Bandeira de Mello diz que este princípio é mais uma faceta do princípio mais amplo, já tratado no Direito Italiano, qual seja, o princípio da boa administração[12].

A afirmação de que o princípio da eficiência ingressou na ordem constitucional brasileira com a emenda constitucional n. 19/98, como se viu com as opiniões supra, configura-se como bastante controvertida, porque se assim for admitido, não estará se considerando que o texto constitucional, em sua redação original, continha de forma expressa a exigência de eficiência, ou seja, o princípio da eficiência não era algo totalmente novo. O administrativista Hely Lopes Meireles, já discorria sobre o que se chama de poderes e deveres do administrador público, corroborando o chamado dever de eficiência. Essa noção de dever de eficiência permitiu a compreensão de que a

administração pública estivesse interligada ao mais moderno princípio da função administrativa que não se contentava mais em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. O princípio da eficiência mesmo antes de seu revigoramento pela EC N. 19/98 já impunha ao agente público realizar com presteza, precisão, perfeição e rendimento funcional suas funções. Desta forma, corroborava HELY LOPES MEIRELLES com o dever de eficiência correspondente ao "dever de boa administração" da doutrina italiana, da qual Celso Antônio Bandeira de Mello também se coaduna[13].

Interessante que quando adotamos o entendimento de que o princípio da eficiência não é algo novo, passamos a perceber com mais clareza que na verdade a eficiência é uma exigência intrínseca à atividade pública, e que necessariamente essa atividade deve ser racional e instrumental seguindo pois as necessidades da coletividade. Assim, não há como se conceber um comportamento administrativo que seja negligente, contra-produtivo e ineficiente.

Tem se observado que a doutrina jurídica tem feito do princípio da eficiência a panacéia para todos os males da Administração Pública, e com isso, tem se criado muitas expectativas quanto às suas atribuições, como se a sua inserção no caput do artigo 37 tivesse modificado todo o núcleo do ordenamento jurídico administrativo. Há que se dizer que para os entusiastas dessa idéia de que o princípio da eficiência é algo novo, a sua inserção no artigo 37 da CF/88 marca uma espécie de ruptura da administração pública que passa a permitir que esta cuide mais dos resultados do que dos processos, isto é, passa a administração pública a se preocupais mais com o elemento material do que com o formal. No entanto, fazendo o contraponto há quem acredite que a consagração do princípio da eficiência no artigo 37 da CF/88 significaria uma espécie de exaltação da ideologia neoliberal, que traduziria um retrocesso na ordem constitucional. Porém, esta última visão parece esquecer que a eficiência deve ser inerente a uma boa administração pública, nos limites estabelecidos pela lei. Embora haja questionamentos sobre se o princípio da eficiência é algo novo ou não, isso não é questão essencial, visto que a função administrativa é sempre uma atividade voltada para o cumprimento de uma determinada finalidade, exercida em favor dos administrados, razão pela qual é necessária a obediência da legalidade, impessoalidade, moralidade, responsabilidade, publicidade e eficiência[14].

Importa salientar que na Administração de resultados o princípio da legalidade é “temperado” pelo princípio da eficiência, do mesmo modo que implica na aplicação de normas que gerem bons resultados, implica também na impossibilidade de se aplicar normas que gerem maus resultados. É por isso que se diz que o princípio da eficiência está diretamente ligado ao princípio da proporcionalidade no que tange aos elementos de adequação e necessidade[15].

A inserção expressa desse princípio contribui, pois, no sentido de chamar atenção da Administração Pública quanto a necessidade de agir conforme uma legalidade de resultado. Há que se dizer que o princípio da eficiência não visa de forma alguma mitigar o princípio da legalidade, muito pelo contrário, ele tem o condão de embeber a legalidade numa nova lógica, qual seja, a legalidade finalística e material, e não uma legalidade meramente abstrata ou formal[16] .

Iannotta apud Aragão diz que a Administração deve construir uma decisão concreta e operativa, que conserve os mais possíveis bens pessoais não incompatíveis com o bem-direito de relevância pública e que satisfaça o maior número de interesses possível, satisfazendo desta forma o maior número de direitos fundamentais.[17]

Observa-se, então, que embora já existisse no ordenamento jurídico pátrio menção sobre a eficiência na administração pública, com a sua inserção expressa no artigo 37 da CRF/88, verifica-se que houve uma ampliação da estrutura das normas jurídicas, o modelo que era de hipótese de incidência associado à sanção continua válido, no entanto outros modelos passam a ter validade, qual seja o modelo de finalidade associado ao meio de alcances destas finalidades[18]. E é justamente esse último modelo que serve de base para fundamentar a administração de resultados que utiliza a legalidade temperada pelo princípio da eficiência.

Assim, o princípio da eficiência, embora não seja novo em nosso sistema jurídico, mereceu destaque por ser revigorado pela Emenda Constitucional 19/98. Importa dizer que ao focarmos as atividades da administração pública sob a ótica desse princípio, principalmente após a sua positivação, tem-se que diversos institutos do direito público podem ser renovados, inclusive permitindo um controle mais efetivo da competência discricionária de agentes públicos.

2.3 O princípio da eficiência como parâmetro de interpretação do Direito Brasileiro na atuação da Administração Pública

A administração pública brasileira é marcada historicamente pela corrupção, nepotismo e pela baixa qualidade dos seus serviços.[19] Muito embora a legislação administrativa já contemplasse o conceito de eficiência, parece-nos que este encontrava-se esquecido, enquanto dever jurídico.

No entanto, como se viu alhures, o Brasil vem passando por um processo de mudança de perfil de Administração Pública, inclusive, se fala em desburocratização, desregulamentação, e até mesmo em desconstitucionalização, em virtude da implementação de novas entidades e institutos na administração pública, tais como: as agências reguladoras, os contratos de gestão e etc. [20] É justamente essa mudança de perfil que permitiu uma maior valoração da eficiência na Administração Pública. Esse valor vem sendo buscando pela sociedade, pois não mais se admite como natural uma situação de ineficiência na Administração Pública. Observa-se, então, que a cristalização deste valor ganhou normatividade, transformando-se em um princípio a ser observado por todo o ordenamento jurídico no que tange à Administração Pública.[21]

Considerando todo esse contexto, tem-se que a eficiência passa a ser um princípio norteador de toda a Administração Pública. Odete Medauar seguindo essa linha, entende que a eficiência está ligado à idéia de ação. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população.

Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão - características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções[22].

Todavia, é importante lembrar que a fixação, no artigo 37 da CF/88, pela EC n. 19/98, da eficiência administração como princípio expresso funciona como um marco, visto que, é sabido que quando um princípio jurídico é encontrado expresso no ordenamento, isto é, no texto legal, ele constitui-se como norma plenamente concretizável e exigível, vinculando o administrador público e o cidadão[23]. Essa vinculação compreende, justamente, a possibilidade de sindicabilidade judicial quanto a existência ou não de eficiência na atividade administrativa do Estado. É como o professor França diz "a eficiência administrativa pode ser aceita como princípio na medida que viabilize a invalidação de qualquer ato do Estado atentatório aos seus ditames".[24]

Seguindo esse contexto, tem-se que a concretização do princípio da eficiência modificou o ordenamento jurídico a partir do momento em que permitiu a instrumentalização de alguns procedimentos jurídicos, os quais foram essenciais para a atuação da sociedade civil organizada dentro do Estado, bem como agilizou os procedimentos de licitação adotados pela Administração Pública, dentre outras mecanismos para propiciar uma atuação estatal mais ágil e menos custosa. Conforme já exposto anteriormente, o Direito está numa fase de reconhecimento constitucional dos princípios como espécies de norma, tendo, inclusive, grau hierárquico superior.

Assim, pode se dizer que se antes da EC n. 19/98 A eficiência já era uma conduta que deveria ser buscada pela Administração, não há dúvidas de que após a sua sedimentação como princípio, e, portanto, elevação à categoria de norma constitucional expressa, com características indubitáveis de coerção e imperatividade, passa, portanto, a ser dever jurídico do gestor público e portanto deve ser plenamente observada em relação à coletividade, sob pena de ser oponível ao poder judiciário por descumprimento do ordenamento jurídico.

Corroboramos, pois, o entendimento de que é a eficiência um princípio jurídico, tal qual os demais princípios constitucionais, conhecidos, tais como a legalidade. É inquestionável a imposição do regime jurídico - administrativo quanto ao dever de boa administração por parte do gestor público, pois este tem o dever de ser criterioso e diligente na busca de efetivar o interesse público consagrado em lei. Inclusive, o princípio da eficiência é bastante relevante quando se está diante da discricionariedade administrativa[25].

A eficiência, portanto, funciona como um parâmetro interpretativo de toda a Administração Pública, com o diferencial de que é norma plenamente exigível, principalmente, por estar incrustada na Constituição Federal. Desta forma, o Estado deve desempenhar as suas atividades administrativas no sentido de produzir resultados os mais satisfatórios possíveis ao atendimento das necessidades da coletividade e da própria máquina administrativa, despendendo o mínimo possível de recursos públicos para tanto. O Administrador interpretar as normas a que está sujeito sob o prisma da legalidade material, em detrimento de um exacerbado formalismo que eventualmente seja exigido pela legislação vigente.

Há que se lembrar que a atuação do administrador público, em busca da eficiência não pode se afastar dos demais princípios. Cumprir o princípio da eficiência significa que o administrador deve agir no sentido de se atingir o melhor resultado, todavia, deverá fazer nos exatos limites da Lei, sempre voltada para o alcance do interesse público e respeitados os parâmetros morais validos e socialmente aceitáveis.

3. Os custos dos direitos

Conforme já explicitado, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro, e mais especificamente a Carta Magna de 1988 passou por uma série de modificações para que o Estado Brasileiro se adequasse à nova realidade econômica, política e social, essas mudanças foram responsáveis pela transformação de um Estado que visava apenas a diminuição do custo da produção do capital e da geração de emprego para um Estado prestador de serviços e fomentador do desenvolvimento.

A partir dessa transformação passa-se a observar que a atuação estatal necessariamente depende de recursos públicos. E considerando que estes recursos são finitos, e muitas vezes mal utilizados, por faltar cumprimento do princípio da eficiência, tem-se que o limite para sua atuação enquanto promotor do desenvolvimento depende sempre das quantidade de recursos públicos disponíveis[26].

Desta feita, considerando que a atuação estatal depende de recursos financeiros captados juntos à sociedade para que possa implementar os direitos fundamentais, verifica-se, que a aferição do seu custo econômico é elemento importantíssimo para que a efetividade desses direitos fundamentais seja alcançada em sua plenitude, inclusive, deve ainda o administrador público ter como parâmetro, para utilizar da melhor maneira possível os recursos disponíveis, o princípio da eficiência.

3.1 A evolução dos custos da atuação estatal

Após a constatação de que para se implementar direitos é necessário observar os seus custos, para isso tracemos as fases de evolução dos custos da atuação estatal. Para explicar essa nova compreensão acerca dos direitos a partir dos seus custos, interessante é o modelo abordado por Flávio Galdino, o qual traça quatro fases para explicar a evolução dessa temática. A primeira corresponde à fase da indiferença, nesta o caráter positivo da prestação jurisdicional e o seu custo é absolutamente indiferente ao pensamento jurídico. Na segunda fase, tem-se que há o reconhecimento institucional dos direitos positivos, ou seja, as prestações estatais que dizem respeito aos direitos sociais, no entanto, há um afastamento quanto a exigibilidade de implementação desses direitos. A terceira fase, denominada de Utopia, refere-se à crença ideológicas cuja influência é dada pela doutrina econômica de Keynes, a qual dizia que as despesas sem limites iguala direitos negativos e positivos; nesta fase reconhece-se a positivação dos

direitos sociais, porém despreza-se seu custo de implementação. A quarta e última fase, segundo Galdino, corresponde à fase de limitação de recursos. Essa fase é marcada pela superação do modelo Keynesiano, e neste sentido traça-se o equilíbrio orçamentário com o seguinte objetivo, o Estado deve sustentar as despesas públicas limitando-se, contudo, à sua receita. Há que salientar que nesta quarta fase começa a se esboçar a idéia de que se o pensamento jurídico ainda não consegue "incluir a realidade em seu espectro de considerações, passa a ter em conta, ao menos, as impossibilidades materiais de prestações públicas, ainda que os direitos a tais prestações, sejam objeto de reconhecimento em sede judicial."[27]

O modelo teórico exposto prima pelo reconhecimento da chamada reserva do possível, visto que o Estado brasileiro ainda está na fase de limitação dos recursos. Todavia, conforme veremos a limitação de recursos não é óbice para a não concretização dos direitos fundamentais sociais. Essa idéia de que a efetividade dos direitos positivos tem como elemento limitador a reserva do possível, cria uma falsa impressão quanto à inexistência de limites financeiros às ditas atuações estatais negativas[28]. Todavia, essa idéia será desmistificada a seguir, quando for exposta a teoria dos custos.

3.2 A teoria dos custos dos Direitos

Pois bem, primeiramente há que se dizer que os professores das Universidades de Princeton e Chicago, Stephen Holmes e Cass Sunstein, respectivamente, desenvolveram a teoria do custo dos direitos. Diagnosticaram inclusive que os direitos de defesa ou de ações negativas demandam dispêndio de recursos públicos, caso contrário os cidadãos não poderiam usufruir a propriedade privada ou qualquer outro direito individual da forma como o fazem.

Os autores americanos para chegarem à conclusão acima citada em relação à demanda de recursos públicos, verificaram que os direitos de defesa ou direitos a ações negativas necessitam, tanto quanto os direitos prestacionais, de uma interação social, bem como de cooperação social e financiamento governamental. Insta dizer que Holmes e Sunstein não pretenderam trabalhar com os aspectos morais referentes aos direitos fundamentais, até porque o tema do custo dos direitos é eminentemente descritivo, não prescritivo. Para tanto, adotaram como principal alvo a distinção que é feita entre direitos negativos e direitos positivos.[29]

O que Holmes e Sunstein demonstraram é, de fato, o que se apresenta, quando se discute quais direitos efetivar, é uma questão de prioridades, pois mesmo os direitos a ações negativas demandam considerável aporte de recursos públicos[30].

Desta forma, o maior questionamento é justamente como escolher qual a melhor ação, dentre as que demandam custos? Por exemplo, o que escolher? Incrementar o aparato policial ou investir na área de saúde pública? Sendo que ambas as escolhas demandarão custos. É justamente na definição dessas prioridades que se deve sempre considerar o mínimo existencial. A teoria de Holmes e Sunstein tem, portanto, o

condão de demonstrar que o argumento da reserva do financeiramente possível não pode frustrar a concretização dos direitos prestacionais que compõem o mínimo existencial.

Pode-se dizer que teoria dos custos baseia-se em escolhas, e conseqüentemente na noção de escassez de bens, que reflete um conflito entre valores, isto é bens. A pergunta que se faz é: como resolver esse conflito de bens? Flávio Galdino diz que os juristas normalmente encontram respostas para esse conflito no: vazio da proporcionalidade, no vácuo da ponderação, na metafísica razoabilidade. Contudo, a posição jurídica é por deveras ampliada se assim posta, uma vez que se trata não de uma ponderação, de uma proporcionalidade ou de uma razoabilidade, mas sim, em última análise, de uma simples opção. Não há dúvidas de que o jurista opta, sim, entre dois valores: ou protege a vida de um, em detrimento de se alocar recursos a muitos, ou se opta pela coletividade em detrimento do direito subjetivo de um só. Está posta a opção, sem maiores floreios, nua opção implica sacrifício. Não há qualquer margem de fuga. Conforme análise dos custos por Flávio Galdino, em muitas situações, seja qual for a solução, isto é, ainda que seja a melhor ou a mais justa ou a que atende ao maior número, é uma opção trágica[31].

Guido Calabresi e Philip Bobbit diz que a escassez de recursos públicos impõe sacrifícios, impedindo que se resolvam todos os anseios da sociedade, por mais imprescindíveis que sejam. Assim, o agente público fica obrigado, à margem de sua vontade pessoal, a ter que fazer escolhas[32].

Flávio Galdino continua a dizer que o mundo em que se depara, o mundo real, não é aquele dos autos, dos processos, é aquele que possui limites às exigências absolutas. A realização dos fins sociais deverá necessariamente acarretar o sacrifício de outros[33].

Assim, tem-se que os direitos para serem afirmados, demandam necessariamente prestações estatais, e quando eles entram em choque, o Estado, tem por obrigação fazer uma opção, e essa opção será considerada trágica, na medida em que um direito não será atendido, porém, essa escolha trágica será minimizada se for feita da forma a obedecer o princípio da eficiência. Dessa forma, a conceituação e implementação dos direitos fundamentais deve sem dúvidas levar em consideração o custo dos direitos e a escassez de recursos. .

3.3 Os direitos fundamentais x deveres fundamentais

Segundo Casalta Nabais, a primeira consideração a se fazer é o fato de que nos estudos acerca dos direitos fundamentais ocorreu o esquecimento dos deveres fundamentais. Na verdade, podemos afirmar que os deveres fundamentais constituem um assunto que não tem despertado grande entusiasmo na doutrina[34].

Após a segunda guerra mundial constatou-se na doutrina Européia que houve uma mitigação quanto à importância dos deveres em geral, mais especialmente os

deveres fundamentais. Na verdade, houve um desprezo visível, principalmente quando comparado com a elevação constitucional dos direitos fundamentais e a sua análise exaustiva pela dogmática jurídica.

Verifica-se que esse desprezo pelos deveres está presentemente ancorado também naquilo que podemos designar por discurso quantitativo dos direitos fundamentais. No entanto, dada a importância deste tema para compreensão inclusive dos direitos fundamentais, Casalta Nabais procurou revigorar a teoria dos deveres fundamentais.

Quanto ao fundamento jurídico, podemos dizer que o fundamento dos deveres fundamentais reside na constituição, ou talvez melhor, na sua previsão constitucional. O que significa que na ausência de uma disposição constitucional a prever os deveres obsta ao seu reconhecimento como deveres fundamentais, como deveres no plano constitucional[35].

Quanto à inaplicabilidade direta dos deveres fundamentais, é de salientar que, ao contrario do que ocorre em matéria de direitos, liberdades e garantias, as normas constitucionais relativas aos deveres não são diretamente aplicáveis aos seus destinatários subjetivos. Porque os deveres fundamentais, por via de regra, não têm o seu conteúdo concretizado na constituição, sendo, pois, deveres de concretização legal[36].

Voltando-se para os custos dos direitos, podemos dizer que, qualquer comunidade organizada normalmente uma comunidade organizada na forma que mais êxito teve até ao momento, ou seja, na forma de estado moderno está necessariamente ancorada em deveres fundamentais, que são: justamente os custos lato sensu ou suportes da existência e funcionamento dessa mesma comunidade[37].

Pode-se encontrar custos ligados à própria existência e sobrevivência do estado, que se apresentam materializados no dever de defesa da pátria, integre este ou não um específico dever de defesa militar. Além, do que encontramos custos ligados ao funcionamento democrático do estado, que estão consubstanciados nos deveres de votar, seja de votar na eleição de representantes, seja de votar diretamente questões submetidas a referendo. E por fim, temos que existem custos em sentido estrito ou custos financeiros públicos concretizados portanto no dever de pagar impostos[38].

Há que se frisar mais uma vez que os direitos não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos[39].

Na verdade, é como Nabais assinala, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm, portanto, custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais é mais fácil apontar esses custos, mas também custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ser esquecidos, ou simplesmente escondidos.[40]

Todavia, há que se fazer o seguinte questionamento: se todos os direitos têm custos financeiros públicos, cabe então perguntar qual a razão ou as razões para que

ainda se tenha a idéia de que apenas os direitos sociais assentam custos? Uma resposta pode fundar-se na distinção de custos em que assentam uns e outros. Vejamos: enquanto os direitos sociais têm por suporte fundamentalmente custos financeiros públicos diretos visíveis a olho nu; os clássicos direitos e liberdades assentam sobretudo em custos financeiros públicos indiretos cuja visibilidade é muito diminuta ou mesmo nula.

Com efeito, os custos dos direitos sociais concretizam-se em despesas públicas com imediata expressão na esfera de cada um dos seus titulares, uma esfera que assim se amplia na exata medida dessas despesas. Por isso, todos os direitos têm custos financeiros públicos, sejam custos indiretos nos clássicos direitos e liberdades, sejam custos diretos nos direitos sociais.

A lição mais importante que se pode tirar quando se analisa os direitos fundamentais sob a ótica dos deveres é que a partir dessa visão pode-se perceber melhor a importância dos custos dos direitos para sua implementação, e a partir daí é que se pode entender um Estado com ideais de liberdade e solidariedade. Como Nabais diz, um Estado de Liberdade com um preço moderado[41].

4. O custo da atuação estatal e a garantia dos direitos fundamentais através da manutenção do mínimo existencial

Os seres humanos, em qualquer tempo, lugar e cultura, têm necessidades básicas comuns e precisam ter essas necessidades atendidas, sob pena de terem suas vidas prejudicadas, enquanto cidadão digno e atuante na sociedade.

A dignidade está diretamente ligada à autonomia pessoal, e exige o atendimento de condições materiais mínimas para a existência humana. José Afonso da Silva diz que: “Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura”, pois a “liberdade humana com freqüência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade”[42].

De acordo com Ingo Sarlet,

“Não deveria haver, por exemplo, qualquer resquício de dúvida no que concerne à importância do direito à saúde, à assistência e previdência social, à educação, tanto para o efetivo gozo dos direitos de vida, liberdade e igualdade, quanto para o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.”[43]

É sabido, pois, que Estado deve proporcionar os meios para satisfazer as necessidades básicas dos cidadãos. No entanto, ele não tem condições de resolver de uma só vez as mazelas sociais. Importante dizer que no que tange aos direitos prestacionais, estes devem ser entendidos na noção de satisfação progressiva. Porém,

mesmo que eles não possam ser garantidos em sua integralidade, em virtude de alguma situação específica de um Estado, é necessário dizer que existe a obrigatoriedade deste Estado manter pelo menos um mínimo de direitos, possível de ser exigido judicialmente.

Interessante, a observação de Ricardo Lobo Torres, o qual reconhece que nos países em desenvolvimento os direitos fundamentais e o mínimo existencial tendem a ter grande extensão, devido à imprescindível proteção estatal à sobrevivência dos miseráveis. Isso se aplica fortemente para os todos os países da América Latina[44].

Ana Paula de Barcellos admite que o mínimo existencial é como se fosse uma espécie de núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, e corresponde justamente às condições básicas para a existência. Importa, dizer, pois, que essas condições são materiais e podem ser elencadas da seguinte forma: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados, as condições instrumentais dizem respeito justamente ao acesso à justiça. O núcleo da dignidade, ou seja, o mínimo existencial, impõe-se como regra, em vista do que se deve reconhecer eficácia positiva[45].

Ricardo Torres chama atenção para a noção de que o mínimo existencial surge em decorrência da Declaração dos Direitos do Homem, e de princípios como a igualdade, o respeito à dignidade da pessoa humana e a configuração do Estado Social de Direito. Para este autor, o mínimo existencial diz respeito a qualquer direito, desde que seja considerado em sua dimensão essencial e inalienável, e tem a ver com a questão da pobreza, a qual também é uma noção bastante variável. Engloba principalmente as condições sem as quais não é possível exercer os direitos de liberdade[46].

Robert Alexy afirma categoricamente que não teria valor o direito de liberdade se não tivesse atrelado os seus pressupostos fáticos para poder-se fazer uso dele. Dessa afirmação conclui-se que a satisfação do mínimo existencial é um momento crucial para que aquela pessoa excluída da sociedade por carência de recursos possa, depois de receber apoio estatal, participar ativamente das deliberações do Estado, expressando assim, de forma autônoma a sua convicção[47]. Desta feita, percebe-se que satisfazer o mínimo existencial implica em dar efetividade ao princípio da democracia, não se tratando pois tal necessidade de satisfação de privilégio ou caridade por parte do Estado.

Luis Roberto Barroso separou em grupos quanto à forma de efetivação de seus direitos sociais. Primeiramente temos aqueles cidadãos que agem de seguem uma disposição legal, de forma a contestar a atuação do Estado, que considerem atentadora aos direitos sociais, é o caso do direito de greve. O segundo grupo seria o daqueles que ensejam na possibilidade de exigir prestações positivas do Estado, através de políticas públicas, é o caso por exemplo, da educação, saúde; vale lembrar que qualquer omissão em relação a essas prestações geram inconstitucionalidade. O terceiro grupo, por fim, depende da atuação do poder judiciário, par que contemplem interesses, cuja realização fica a mercê da edição de norma infraconstitucional integradora, ressalvando que a Constituição não delega ao legislador competência para conceder os direitos, concedendo ela própria. [48]

A partir dessa separação, tem-se que, de uma maneira geral, a concretização dos direitos prestacionais exige um comportamento ativo por parte do Estado o que demanda custos.

4.1 A falta de recursos financeiros e sua implicação na realizabilidade das normas fundamentais

O tema merece atenção na medida em que se discute as prestações positivas, a serem proporcionadas pelo Estado e suportadas pelas Sociedade. Quando se diz que o Estado deverá dispender dinheiro, se está afirmando que os contribuintes em geral, a sociedade como um todo deverá arcar com tais despesas., afora, as hipóteses de empréstimos e emissão de moeda que, de toda sorte, repercutem sobre os indivíduos.

Se definitivamente não houver recursos, as formas textuais mais claras e precisas não serão capazes de superar essa realidade fática: serão normas irrealizáveis. Luis Roberto Barroso condena a norma desde o seu nascedouro se houver manifesta ausência de condições materiais para sua consecução[49].

O que se pretende enfatizar, portanto, é que, ao cuidar da interpretação do Direito constitucional em particular é preciso ter em mente além dos elementos puramente jurídicos, dados da realidade, sendo um deles as condições materiais e financeiras de realização dos comandos normativos.

Como registrado por Kelsen, há uma distância entre o dever ser e a realidade que ele quer transformar. Por outro lado, não se pode olvidar que o propósito do direito é alterar a realidade. Não haveria sentido nem utilidade em instituir normas jurídicas para descrever a realidade tal qual ela se apresenta. Esse aspecto merece destaque para que o argumento da impossibilidade material não se vulgarize vindo a tornar-se a desculpa cômoda que impeça a mudança sócia programada pelo direito.

Seja como for, a máxima de que há necessidades e desejos ilimitados e recursos limitados continua válida, e será preciso enfrentar a existência ou não de recursos disponíveis para atender principalmente às prestações positivas que se concluiu poderem ser exigidas judicialmente.

4.2 A reserva do possível, as prioridades orçamentárias e a fragilidade do argumento como fatores de impedimento para concretização dos direitos sociais prestacionais: análise crítica

O debate em torno dessa questão remete justamente ao tema da reserva do possível. Esta expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a

serem por eles supridas. Novamente, pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo[50].

É bem de ver que o tema da reserva do possível, embora não tenha recebido atenção específica da doutrina brasileira até a década de 90, não era totalmente desconhecido. Já se observava a exaltação dessa ideai quando se falava em limites para execução de direitos sociais, que tradicionalmente são considerados como direitos positivos que demandavam ações do Estado e custavam dinheiro. Desta forma, por não ter um debate mais aprofundado, o tema da reserva do possível tornou-se um argumento que impedia a sindicabilidade dos direitos sociais. E o principal argumento que se opõe à concretização dos direitos prestacionais consistia justamente no fato de demandarem recursos financeiros. [51]

Assim, afirma-se que a efetivação dos direitos prestacionais estaria condicionada à reserva do financeiramente possível. Com este discurso, privilegiava-se, principalmente na esfera jurisdicional, a concretização dos direitos às prestações negativas, ditos de primeira geração/dimensão, os direitos da liberdade. Entretanto, esse raciocínio desenvolvido assentava-se em um pressuposto falacioso, qual seja, a idéia de que apenas os direitos às prestações positivas demandavam investimentos estatais. Porém, essa idéia foi rechaçada a partir do estudo que envolve a análise econômica do direito, que surgiu justamente para demonstrar que inclusive a garantia das liberdades exigia despesas na sua concretização.

Todavia, a nova amplitude que a discussão dos custos dos direitos e da reserva do possível vem assumindo trouxe a luz à algumas visões interessantes como a de que a percepção de que não é possível estudar o direito de forma isolada. Ora, a melhor técnica jurídica não poderá fazer surgir os recursos que por acaso inexistam. Percebeu-se que os direitos sociais não são os únicos a custar dinheiro, e esse é um ponto fundamental. Também os direitos individuais e os políticos demandam gastos para se efetivarem (exemplo: manutenção da polícia, bombeiros para resguardar a propriedade; a realização das eleições e etc.)

Assim, a diferença entre os direitos sociais e os individuais no que toca ao custo é uma questão de grau e não de natureza. Ou seja, é mesmo possível que os direitos sociais demandem mais recursos que os individuais, mas isso não significa que estes apresentem custo zero. Desta forma, não tem cabimento o argumento que afastava o atendimento dos direitos sociais pelo simples fato de que eles demandam ações estatais e custam dinheiro, pois já se sabe que a proteção dos direitos individuais também tem seus custos, só que a sociedade já está acostumada a eles[52].

Uma outra visão do problema é a que se estabelece a relação entre a escassez relativa e as escolhas trágicas que haverão de ser feitas, necessariamente. Ora, decidir investir os recursos existentes em determinada área significa, ao mesmo tempo, deixar de atender outras necessidades, ainda que a opção de abandonar um campo específico não tenha sido inconsciente. A questão é extremamente complexa, pois exige o estabelecimento de prioridades e de critérios de escolha caso a caso, que poderão variar no tempo e no espaço, de acordo com as necessidades sociais mais prementes[53].

Em resumo, tem-se que a limitação de recursos existe e é uma conseqüência que não se pode ignorar. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter os recursos, para em seguida gastá-los em obras , prestações de serviços ou qualquer outra forma de política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

Na realidade, além da presunção (salvo situações inteiramente desviantes: guerras, calamidade pública), a objeção da reserva do possível suscitada em face de pretensões contidas nesse mínimo revelaria a confissão de uma conduta inconstitucional anterior por parte da própria autoridade pública. Com efeito se a alegação é real, isto é, se de fato não há recursos físicos ou alocados no orçamento, e ao mesmo tempo, condições elementares para a dignidade humana deixaram de ser asseguradas a um indivíduo é porque os recursos públicos existentes foram alocados em desacordo com a prioridade estabelecida pela Constituição[54].

5. Conclusão: A necessidade de superação do modelo vigente.

O presente artigo tratou de analisar dois elementos importantes que definem o atual modelo Estatal regulador, quais sejam: o princípio da eficiência como elemento interpretativo do Estado Brasileiro, e a análise econômica dos custos da atuação estatal para implantação de direitos fundamentais.

Chegamos à conclusão de que é essencial que ultrapassemos àquela concepção de que os custos econômicos correspondem à óbices para a efetivação dos direitos ditos prestacionais, quais sejam: os direitos sociais, econômicos e culturais e que estes devem ser limitados sempre pela reserva do possível.

É importante salientar que aquele argumento puro e simples não se sustenta, tendo em vista que todos os direitos representam custos para o Estado, e dependem todos eles de prestação estatal positiva ou negativa. O que ocorre é que esses direitos, após serem analisados seus custos devem ser submetidos ao processo de escolhas, que como se viu, foi denominado como escolhas trágicas, uma vez que um direito ficaria sem realização. Porém, esse tipo de escolha deveria estar atrelado à idéia de eficiência, ou seja, fazer a escolha considerando, qual seria aquela que teria a melhor aplicação e qual a que dentre os custos seria mais benéfica para a coletividade, sempre observando os princípios e regras constitucionais.

Interessante é que o Estado sempre estará sujeito a essas escolhas trágicas, pois é da sua essência, enquanto ente administrador, ou seja, gestor, reconhecer e diagnosticar as necessidades públicas, definir a obtenção e a afetação dos recursos, bem como a definição de prioridades (eficiência) no caso de inexistirem recursos suficientes[55].

Basta uma simples análise econômica para perceber que os recursos públicos são finitos e as demandas da sociedade são infinitas. É por esta razão, e considerando que o Estado sempre terá que fazer as chamadas escolhas trágicas, é que a análise dos custos torna-se eficiente, pois funciona como um elemento objetivo que permite o

Estado tomar uma decisão coerente com a realidade financeira do Estado, através da definição de prioridades, para que se "gastem" os recursos públicos disponibilizados pela sociedade, da melhor maneira possível e para consecução dos direitos mais essenciais.

Observou-se que a fixação da eficiência administrativa como princípio constitucional expresso encontrou uma certa ojeriza entre alguns juristas brasileiros, todavia, não há que se discutir que esse princípio constitucional é plenamente dotado de características essenciais para sua exigibilidades quais sejam: a imperatividade e a coercibilidade. O princípio da eficiência é, pois, um dever do administrador público que tem por obrigação proporcionar serviços públicos eficientes para a coletividade. Assim, não há dúvidas de que o princípio da eficiência funciona como um parâmetro interpretativo de todas as demais normas vigentes no ordenamento jurídico, uma vez que uma das funções primordiais dos princípios jurídicos é o de justamente reconhecer os valores mais importantes da sociedade.

Desta forma, verifica-se que o Estado brasileiro tem o dever de desempenhar suas atividades administrativas seguindo os critérios de satisfatividade quanto ao atendimento das necessidades da sociedade e inclusive da própria administração pública, devendo despender os recursos de acordo com o grau de prioridades, sempre definindo a melhor opção, dentre as escolhas trágicas. Observa-se, então, que vivemos um momento jurídico em que é necessário de interpretar as normas sob o viés da legalidade material, ou seja, da legalidade de resultados, fugindo, pois, daquela concepção formalista que pode ser exigida pelas leis infra-constitucionais.

É inquestionável a idéia de que um Estado moderno, principalmente aqueles em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, não tem como se eximir dos fatores metajurídicos que influenciam sobremaneira os demais Estados, como por exemplo, os fatores econômicos, políticos, culturais, tecnológicos, ambientais. É, pois, natural que um Estado Constitucional contemporâneo não possa se afastar das leis econômicas vigentes[56], no entanto, não se quer aqui restringir a Constituição a uma mera carta econômica, sem considerar os seus elementos políticos e sociais. Há que salientar que quanto à hierarquia de princípios fundamentais, tem-se que os direitos fundamentais tem primazia quanto às regras orçamentárias, uma vez que são considerados cláusulas pétreas na Constituição. Todavia, isso não significa que o administrador deva desconsiderar o custo para a implantação desses direitos fundamentais, pois desconsiderar esse aspecto, incorreria na inefetividade da norma, pois haveria previsão constitucional, mas não se teria condições de implementá-La por faltar-lhe recursos financeiros disponíveis. Verificamos que grande parte da doutrina brasileira confunde, justamente, a importância interpretativa do fator econômico, que é atualmente um elemento intangível à qualquer Estado contemporâneo, com a subordinação do Estado Constitucional às relações econômicas.

Há que salientar que o Estado Brasileiro por mais que ainda seja um Estado com limitação de recursos, e por mais que os custos da sua atuação ainda sejam encarados como óbices às prestações positivas, temos que o processo de mudança já se inicia, mesmo que a passos lentos. Basta observar a busca do Estado Constitucional pela eficiência administrativa, bem como pela responsabilidade fiscal, no intuito de se permitir a efetividade das políticas públicas com objetivo de se proporcionar elevação

dos índices sociais, bem como de dar efetividade aos direitos sociais previstos na Constituição da República.

Verifica-se aos poucos que a análise prévia do custo da atuação estatal em relação à determinada efetivação de um direito fundamental a partir de políticas públicas já é enquadrado como um elemento definidor quanto à sua exigibilidade. O Estado não pode se esquecer que os custos para implementação dos direitos mais essenciais deve ser utilizado para definir o mínimo existencial que é capaz para se manter a dignidade do ser humano.

Observa-se que os direitos prestacionais que compõem o mínimo existencial não podem ser negados com o argumento de que não há recursos suficientes para sua efetivação, mas antes deve-se observar, após a definição de seus custos, a prioridade, responsabilidade e razoabilidade. Interessa antes proteger a dignidade, pois aqui não há espaço para a discricionariedade. Desta feita, entendemos que a reserva do possível é importante porque abre os olhos para a prudência, mas não pode obstaculizar a efetivação de direitos essenciais à existência digna.

A solução, portanto, para o impasse entre a imprescindibilidade de um direito e seu custo é justamente o estabelecimento do mínimo existencial, desta feita não há oponibilidade de escusas, basta lembrar que sem condições de sobrevivência digna, não há sujeito de direito e, conseqüentemente, razão de ser de um ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales.** Theorie der Grundrechte. Trad. Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **O princípio da eficiência.** Revista de Direito Administrativo Econômico. N.4, Nov./dez 2005 e jan 2006. Salvador/BA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 14 ed., São Paulo, Malheiros, Editores, 2002

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais:** O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula *et al*. **O começo da história**. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In* **A nova interpretação constitucional : ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Org. Luís Roberto Barroso. Rio de janeiro : Rio de Janeiro : Renovar, 2003. p. 327/378.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da constituição brasileira. 7.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).** *In* A Nova interpretação constitucional : ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro : Renovar, 2003. p. 01/48.

CALABRESI, Guido, *et* BOBBIT, Philip. **Tragic Choices - The conflicts society confronts in the allocation oftragically scarce resources.** New York/London: W. W. Norton & Company. 1978.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La constitución como norma y El Tribunal Constitucional**. Ed. Civitas. Madrid.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência administrativa na Constituição Federal**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, junho/julho/agosto.

FREITAS, Juarez, **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais,** 2 ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

FUKUYAMA, Francis. Construção de Estados: **Governo e organização mundial no século XXI.** Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GONÇALVES, Vânia Maria Nascimento. **Estado, Sociedade Civil e Princípio da Subsidiariedade na Era da Globalização**. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Despesa Pública - Conflito entre Princípios e Eficácia das Regras Jurídicas - O Princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da Despesa Pública**. Revista Trimestral de Direito Público 2/1993. Malheiros Editores.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York: W.W. Norton & Company, 1999.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995

MODESTO, Paulo. **Função Administrativa**. In: Revista do Serviço Público, n. 2/3, vol. 119, 1995, p. 110; Revista Trimestral de Direito Público (RTDP) n. 2,

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma nova Administração Pública**. RDA 220. Abril/junho 2000.

_____.**A Globalização e o Direito Administrativo.** *In* Revista de Direito Administrativo . RDA 226. Out/dez 2001. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.p. 265/280.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos.** Publicado pelo site da advocacia geral da União. Disponível em: <http://www.agu.org.br>. Acesso em 20 de julho de 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAVARES, José. **Administração Pública e Direito Administrativo** : Guia de Estudo. 2a ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo**,** Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul.-set. 1989.

TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso D. de Albuquerque [dir.]. **Arquivos de Direitos Humanos**, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

---

[1] FUKUYAMA, Francis. Construção de Estados: Governo e organização mundial no séculoXXI. Rio de Janeiro: Rocco, 2005. p. 18.

[2] BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *in* A Nova interpretação constitucional : ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Org. Luís Roberto Barroso. p. 45.

[3] SABINO CASSESE *Apud* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Uma nova Administração Pública. RDA 220. Abril/junho 2000.

[4]MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Globalização e o Direito Administrativo. *In* Revista de Direito Administrativo . RDA 226. Out/dez 2001. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.p. 265/280. p. 278.

[5] GONÇALVES, Vânia Maria Nascimento. Estado, Sociedade Civil e Princípio da Subsidiariedade na Era da Globalização. Rio de Janeiro : Renovar, 2003. p,. 195.

[6] ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O princípio da eficiência. Revista de Direito Administrativo Econômico. N.4, Nov./dez 2005 e jan 2006. Salvador/BA, p. 01.

[7] Cf. DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

[8] ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fudamentales. Madrid: Centro de EstudiosConstitucionales, 1993, p. 86- 87.

[9] Ibidem, p. 86-87.

[10]BARCELLOS, Ana Paula *et al*. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In* A nova interpretação constitucional : ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Org. Luís Roberto Barroso. Rio de janeiro : Rio de Janeiro : Renovar, 2003. p. 327/378.p,329**.**

[11] ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O princípio da eficiência. Revista de Direito Administrativo Econômico. N.4, Nov./dez 2005 e jan 2006. Salvador/BA, p. 4.

[12] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 14 ed., São Paulo, Malheiros, Editores, 2002, p. 104.

[13] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 20ª ed., São Paulo, Malheiros 1995, p.90.

[14] MODESTO, Paulo. Função Administrativa. In: *Revista do Serviço Público*, n. 2/3, vol. 119, 1995, p. 110; Revista Trimestral de Direito Público (RTDP) n. 2, p. 211-224,1993.

[15]Cf. FREITAS, Juarez, O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, 2 ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 85-6.

[16] ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O princípio da eficiência. Revista de Direito Administrativo Econômico. N.4, Nov./dez 2005 e jan 2006. Salvador/BA, p. 5.

[17]IANNOTTA, Lúcio. Principio di Legalitá e Amministrazione di Resultato , in Amministrazione e legalitá - Fonti normativi e ordenamento (Atti Del convegno , macerata 21 e 22 maggio 1999) Giuffrè Editore , Milano, 2000,pp 45 *apud* ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Op. Cit. p. 4.

[18]ENTERRIA, Eduardo Garcia de. La constitución como norma y El Tribunal Constitucional. Ed. Civitas. Madrid, pp. 181/2.

[19] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, junho/julho/agosto, p.182.

[20] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Op. Cit, p.1.

[21] GRAU, Roberto Grau. A ordem econômica na constituição de 1988. 2. ed., São Paulo : Malheiros., 1991, p.194-196.

[22] MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 4.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 145.

[23] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Op.cit., p.3.

[24] Ibidem, p. 3.

[25] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Op.cit, p. 7.

[26] Cf. GRAU, Eros Roberto. Despesa Pública - Conflito entre Princípios e Eficácia das Regras Jurídicas - O Princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da Despesa Pública." Revista Trimestral de Direito Público 2/1993.Malheiros Editores.

[27] GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 174.

[28] Ibidem. p. 181-182.

[29] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The cost of rights**:** why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 35.

[30] Ibidem, p. 48

[31] GALDINO, Flávio. Op. Cit., p. 159.

[32] CALABRESI, Guido, et BOBBIT, Philip. Tragic Choices - The conflicts society confronts in theallocation oftragically scarce resources. New York/London: W. W. Norton & Company. 1978, passim.

[33] GALDINO, Flávio. Op. Cit., p. 159.

[34] NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dosdireitos. Publicado pelo site da advocacia geral da União. Disponível em:<http://www.agu.org.br>. Acesso em 20 de julho de 2009, p. 2.

[35] NABAIS, José Casalta. Op. Cit, p. 6-7.

[36] Ibidem, p.9

[37] Ibidem, p. passim.

[38] Ibidem, p. 10.

[39] NABAIS, José Casalta. Op.cit, p. 11.

[40] ibidem, p. 12.

[41]Ibidem, p. 24.

[42] SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 149.

[43] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 116.

[44] Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo**,** Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul.-set. 1989.

[45] BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 61-62.

[46] TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso D. de Albuquerque [dir.]. Arquivos de Direitos Humanos, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 42.

[47] ALEXY, Robert. Op. Cit, p. 487.

[48] BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 7.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 108-112.

[49] BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit,, p. 59.

[50] BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit. p. 236-237.

[51] BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit**.** p. 109,

[52] BARCELLOS, Ana Paula. Op. Cit. p.238-239.

[53] Ibidem, p. 239.

[54] BARCELLOS, Ana Paula. Op. Cit., passim.

[55] TAVARES, José. Administração Pública e Direito Administrativo : Guia de Estudo. 2a ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1996. p. 28. 87

[56] Cf. MALISKA, Marcos Augusto. Estado e Século XXI: A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12.

NOTAS SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E EPISTEMOLOGIA DO DIREITO*

NOTES ABOUT LAW & ECONOMICS AND LAW EPISTEMOLOGY

Ivo Teixeira Gico Junior

RESUMO

Trata-se de uma contextualização da Análise Econômica do Direito – AED dentro da episte-mologia jurídica em um contexto civilista. A partir de uma revisão dos paradigmas dominantes no direito brasileiro, contextualiza-se histórica e epistemologicamente a abordagem da AED. O objetivo é oferecer uma primeira abordagem por juristas e economistas, ressaltando algumas utilidade e limi-tações para ambos os campos. Uma vez contextualizada a AED no direito, alguns pontos não exaus-tivos da metodologia econômica e, portanto, da própria AED, são apresentados e analisados em ter-mos de compatibilidade com os paradigmas dominantes do direito. O resultado é uma primeira a-proximação do que seja a AED e como ela se encaixa no quadro jurídico atual.

PALAVRAS-CHAVES: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, ANÁLISE POSITIVA, ANÁLISE NORMATIVA, EPISTEMOLOGIA, METODOLOGIA, DIREITO.

ABSTRACT

This is a presentation of Law & Economics (L&E) within legal epistemology in a civil law context. Starting from a review of the modern paradigms in Brazilian law, L&E is historically and epistemologically contextualized. The main objective is to offer a first approach for lawyers and economists to comprehend L&E's approach by stressing its usefulness and limitations. Once L&E is contextualized within the law, some economics methodological tools, hence L&E's, are presented and analyzed in terms of compatibility with modern legal paradigms. The result is a first approach to L&E and how it fits in modern legal framework.

KEYWORDS: LAW & ECONOMICS, POSITIVE ANALYSIS, NORMATIVE ANALYSIS, EPISTEMOLOGY, METHODOLOGY, LAW.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas conseqüências. A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas conseqüências.

De um ponto de vista histórico-epistemológico, principalmente após a Segunda Guerra Mundial e a ocorrência do Holocausto, a reação dos juristas ao juspositivismo do século XIX foi um retorno ao direito enquanto valor, próximo ao jusnaturalismo, mas fixado em princípios constitucionais, tendo seus praticantes não apenas abandonado a idéia de ciência jurídica, mas efetivamente se afastado das demais ciências naturais e sociais na medida em que elas teriam falhado em fornecer uma Teoria do Valor que pudesse racionalizar decisões jurídicas. A solução implicitamente adotada estaria na filosofia. Não por outro motivo os paradigmas dominantes na metodologia jurídica atual emprestam largamente da filosofia em detrimento de todas as outras formas de conhecimento humano. Apenas a titulo de exemplo, basta lembrar que os programas de pós-graduação em direito muitas vezes exigem que seus discentes cursem cadeiras de filosofia do direito, mas cadeiras interdisciplinares raramente são ao menos oferecidas.

A conseqüência desse afastamento é que, mesmo após a grande evolução que as ciências naturais e sociais sofreram durante o século XX, os juristas ainda não possuem qualquer instrumental analítico robusto para descrever a realidade sobre a qual exercem juízos de valor ou para prever as prováveis conseqüências de decisões jurídico-políticas que são seu objeto de análise tradicional. É justamente nesse sentido que a Análise Econômica do Direito – AED é mais útil ao direito, na medida em que oferece um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos. Assim como a ciência supera o senso comum, essa compreensão superior à intuição permite um exercício informado de diagnóstico e prognose que, por sua vez, é fundamental para qualquer exercício valorativo que leve em consideração as conseqüências individuais e coletivas de determinada decisão ou política pública.

Por outro lado, posturas e culturas de cada disciplina divergem marcadamente em vários aspectos, sendo o diálogo entre juristas e economistas muitas vezes truncado, para não se dizer antagônico. A proposta do presente artigo é oferecer uma primeira aproximação a AED contextualizando-a do ponto de vista epistemológico, no intuito de facilitar o diálogo pela exposição dos pontos em que a aproximação pode ser útil e apontando para os pontos que devem ser tratados com especial cautela, já que os praticantes de AED – tanto economistas quanto juristas – não necessariamente possuem o treinamento adequado em ambas as áreas.

2. O DIREITO NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ONDE SE ENQUADRA A AED?

Nas ciências naturais e sociais, o conhecimento evolui geralmente circunscrito a um dado paradigma, vigente em um dado momento histórico, dentro do qual os pesquisadores contemporâneos normalmente não questionam os pressupostos sobre os quais trabalham: são os chamados períodos de "ciência normal". O trabalho de pesquisa é, via de regra, melhorar e expandir o conhecimento existente dentro desse arcabouço teórico aceito explícita ou implicitamente pela comunidade científica contemporânea. Quando as dificuldades de explicar novos fenômenos ou de responder a antigas questões de forma satisfatória se avolumam substancialmente, essa superestrutura metodológica se rompe e há, gradualmente ou não, uma mudança de paradigma[1].

A utilização de paradigmas, apesar de ser uma noção relativamente griz, é útil na compreensão de como a abordagem dos operadores do direito tem variado no tempo e no espaço e, assim, o contexto histórico dentro do qual se insere a AED para que se possa compreender adequadamente sua metodologia e epistemologia.

2.1. JUSNATURALISMO

De acordo com a tradição ocidental, foram os gregos os primeiros a associar ao direito uma natureza dúplice, parte decorrente da opinião dos homens e dela dependente, e parte decorrente da própria natureza e, portanto, universal e independente da opinião dos homens[2], sendo que o direito natural se sobreporia ao direito dos homens, constituindo uma ordem limítrofe permanente e imutável[3]. De certo modo, esse difícil balanço entre uma noção metafísica de justiça (dita natural) e as leis dos homens (*demokratía*) permeou e permeia o debate jurídico até hoje.

O paradigma jusnaturalista como uma forma de limitação ao poder do governante desaparece em certo ponto da história com a queda do Império Romano e ressurge, de forma semi-independente e dispersa, na Idade Média[4]. Durante esse período, na contínua disputa entre poder secular e religioso, o fundamento do direito natural ora se assentava na razão ou na natureza (logo, independentemente da Igreja), ora em deus[5]. É importante salientar que dentro do paradigma jusnaturalista não existe diferença entre análise positiva (o que é) e normativa (o que deve ser) do direito, pois se uma lei contradiz o direito natural, não decorre da razão (natureza) ou de deus (intelecto divino) e, portanto, não é justa, logo, não é direito. Nesse sentido, a discussão jurídica será sempre e necessariamente uma discussão idiossincrática de valores morais e éticos do observador, intérprete ou aplicador, salvo se o interlocutor acreditar em uma moral universalista, o que é cada vez mais raro em uma sociedade que se deseja e reconhece pluralista e multivalorativa.

2.2. JUSPOSITIVISMO

Essa percepção começa a mudar ainda no século XVIII, com Kant, que propugna a total separação entre direito (objeto de preocupação do jurista) e moral (objeto de preocupação do filósofo). Em Kant, a ciência do direito se diferencia das demais ciências pelo objeto, que é o estudo das leis exteriores gerais garantidas por uma sanção estatal. O jurista deve afastar-se de questões morais (o que é justiça) e da realidade fática e preocupar-se com as normas escritas, pois apenas elas revelariam a vontade geral[6].

É nesse contexto histórico que surge, no século XIX, o juspositivismo, como uma decorrência do aparecimento e sucesso das ciências naturais em explicar o mundo, a partir do Positivismo, mas com o qual não se confunde. O objetivo do Positivismo de Comte era aplicar diretamente à sociedade (e, portanto, ao homem) os métodos bem-sucedidos das ciências naturais, pois eles seriam os únicos capazes de fornecer respostas verdadeiras aos problemas humanos e sociais. Daí a propositura de uma física social, posteriormente, sociologia. A idéia era repudiar o metafísico ou teológico e centrar-se no que era lógico e empiricamente verificável.

No âmbito jurídico, as idéias de Kant e o Positivismo tiveram seu primeiro reflexo relevante na Escola Histórica Alemã, normalmente associada ao objetivismo histórico de Savigny[7], cujo objetivo era demonstrar que a história não é fruto da razão, como diziam os iluministas, mas sim que o homem é um ser individual e variável de acordo com sua história. Se isso é verdade, então, não existe e não pode existir um único direito, igual para todos os povos, tempos e lugares. Não há direito universal, ele é sempre um produto histórico e, como todos os fenômenos sociais, varia no tempo e no espaço.

Após o ataque da Escola Histórica, ocupa o lugar do jusnaturalismo como paradigma dominante o juspositivismo, cuja proposta é estudar o direito de um ponto de vista científico, tal como efetivamente é, e não como deveria ser[8], consolidando a distinção entre análise positiva (o que é) e normativa (o que deve ser) do direito. A principal característica do positivismo jurídico é a negação da existência de um direito natural e a separação clara do que venha a ser direito, moral e política. Nessa linha, reconhece-se explicitamente que o direito é um fato social, existente independentemente de ser justo, correto, completo ou de ter qualquer outro atributo metafísico, o que não quer dizer que tais fatores não sejam relevantes para a filosofia do direito, apenas que o direito **existe** independentemente deles.

Seguindo a tradição kantiana e na tentativa de manter o seu status de conhecimento autônomo e relevante perante as ciências naturais e as ciências sociais emergentes, os juspositivistas entenderam ser necessário desenvolver independência metodológica e estabelecer objeto próprio, a norma. Assim como Émile Durkheim, em seu esforçou para transformar a sociologia em uma ciência objetiva e autônoma inventou a sociedade como ente coletivo diverso da agregação de seus indivíduos e da mente humana, em uma tentativa de distinguir o método e o objeto sociológico do econômico e do psicológico[9], no direito, a estratégia adotada foi a incorporação de uma perspectiva formalista segundo a qual o direito seria (a) o resultado de uma ação volitiva humana;

(b) seu conteúdo independeria da moral ou de outros campos do conhecimento e, por isso, (c) seria um sistema lógico fechado e coerente de regras da qual a decisão jurídica correta sempre poderia ser inferida lógica e autonomamente do direito posto. Nascia o ordenamento jurídico[10].

Por outro lado, o direito perde o seu caráter sacro e passa a ser compreendido e trabalhado como o resultado de uma opção humana e não uma ordem imutável e universal. Como conseqüência, percebe-se que as estruturas sociais podem ser alteradas pelo direito, agora concebido como um instrumento de mudança social consubstanciado na lei. O direito, portanto, não necessariamente é, mas deve seguir uma finalidade racional. Daí, por exemplo, a crítica juspositiva ao direito consuetudinário casuístico e asistemático, que não reflete um instrumento de mudança, mas o costume prévio dos povos[11]. No mesmo sentido, as grandes codificações seriam o mecanismo mais adequado de se organizar o direito.

Inicialmente focado na atividade legislativa e na coercibilidade do direito[12], já na metade do século XX, sob a influência de Kelsen, o interesse juspositivista se desloca para as instituições aplicadoras do direito (e.g. Judiciário), seu caráter normativo e a sistematicidade do ordenamento jurídico. O direito, então, não constituiria uma ciência social causal (preditiva) como a sociologia ou a economia, mas pura e simplesmente normativa (autorizativa, prescritiva)[13]. Note-se que a sistematicidade do ordenamento jurídico não implica em afirmar que o direito positivo gera sempre uma única resposta correta, tão-somente reconhece-se que não seria possível criar um critério científico (ou jurídico enquanto ciência) que permitisse a escolha da alternativa “mais” correta, pois tal escolha seria sempre valorativa e, portanto, subjetiva[14].

O juspositivismo contribuiu para a teoria jurídica ao estabelecer de forma clara a distinção entre análise positiva e normativa do direito, bem como com a identificação do direito como um mecanismo de mudança social, que deveria obedecer a critérios de racionalidade. Por outro lado, seu formalismo não apenas excluiu das faculdades de direito qualquer forma de análise normativa (o que deve ser), como resultou na adoção de uma postura xenófoba e hermética, contrária ao próprio Positivismo filosófico, cujo resultado foi eliminar o diálogo entre o direito e as ciências.

Em última instância, os juristas (teóricos e práticos) ficaram e permanecem sem qualquer instrumental analítico adequado para avaliar as conseqüências de suas decisões ou interpretações, atendo-se a uma retórica formalista sem maiores preocupações empíricas falsificáveis ou pragmáticas. Por essa razão, em sua prática cotidiana, se voltaram ao exercício de análise e classificação de normas e regras em abstrato, cujo principal instrumento (hermenêutica) em larga medida não passa de um jogo de palavras sob o qual escolhas reais são ignoradas ou simplesmente escamoteadas. Obviamente esse resultado enfraqueceu e degenerou a proposta de finalidade racional do direito.

É importante reconhecer que a teoria e a práxis jurídica atuais continuam a trabalhar, ao menos em parte, dentro desse paradigma. Salvo raríssimas exceções, a educação jurídica no Brasil permanece sendo prioritariamente baseada em apresentação de princípios gerais para, em seguida, analisar-se as regras e peculiaridades de cada ramo do direito. Nos cursos de direito, as disciplinas de outras áreas (e.g. sociologia, economia, ciência política, psicologia), quando ministradas, o são de forma desconexa das disciplinas jurídicas, não influenciando seu conteúdo de forma relevante. A

principal conseqüência é a carência de um instrumental analítico mais robusto (teoria) como o disponível nas demais ciências sociais com as quais o direito não dialoga de fato, o que me parece ser um legado largamente atribuível à degeneração da proposta juspositivista enquanto método e levado ao extremo pelas idéias e escolas sucessoras.

2.3. NEO-CONSTITUCIONALISMO, PÓS-POSITIVISMO E A AED

O juspositivismo gerou várias respostas nos variados países. Na França surge a Escola da Livre Investigação Científica em reação à Escola Exegética. Enquanto esta acreditava que o direito se limitava à interpretação do direito codificado, aquela entendia que havia um maior espaço de atuação do intérprete, cuja ação deveria ser cientificamente fundamentada, mas que acabava por se confundir com a própria lei. Na Escandinávia, surge o Realismo Jurídico focado na análise dos conceitos jurídicos fundamentais; enquanto nos EUA, o jusrealismo combate o formalismo Langdelliano (doutrinalismo)[15], para demonstrar que (i) o direito é indeterminado, no sentido de não fornecer uma única resposta; (ii) as decisões judiciais não são mera aplicação mecânica da lei e que o resultado é influenciado pela identidade, ideologia e política daqueles que o administram (juízes); e, portanto, (iii) o jurista deveria empregar uma abordagem mais pragmática perante o direito fundada no conhecimento de outras ciências para promover de forma balanceada os interesses sociais (instrumentalismo jurídico).

No Realismo Jurídico norte-americano a reação ao juspositivismo resultou em um clamor pela interdisciplinaridade com as demais ciências para aproximar direito da realidade social, afastando-se de seu formalismo estéril. Esse movimento acabou por gerar várias escolas de pensamento jurídico interdisciplinares, não necessariamente convergentes, que tentavam enxergar o mundo de forma mais realista e pragmática pela ciência, como a Análise Econômica do Direito[16] e os Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*)[17], entre outros movimentos.

Já nos países de tradição européia-continental, inclusive no Brasil, a reação veio com o Neo-Constitucionalismo[18], que se propõe a denunciar a incapacidade de o raciocínio lógico-formal lidar com questões controvertidas, para as quais não há uma única resposta e retoma a posição segundo a qual não seria possível uma referência a direito sem uma conotação valorativa. A ocorrência da Segunda Grande Guerra e do Holocausto, não "impedidos" pelo direito, incitou seus propositores a sustentar que o direito não poderia ser desprovido de conteúdo moral e que, portanto, esse só faz sentido quando combinado com valores éticos que o limitem e guiem.

Para justificar sua posição, geralmente, fazem referência à linha de defesa de nazistas que, durante o Julgamento de Nuremberg, alegaram não ter cometido qualquer crime, uma vez que teriam atuado rigorosamente em consonância com o ordenamento jurídico alemão. Todavia, muitos neo-constitucionalistas ignoram ou preferem ignorar que a doutrina nazista era nitidamente contrária ao princípio basilar juspositivista da legalidade, segundo o qual o juiz deveria decidir apenas segundo a lei, tendo o Estado nazista relativizado a lei em nome do "são sentimento popular" (*gesundes*

Volsempfindem) para promover sua perigosa agenda por meio do próprio Poder Judiciário[19].

Não por outra razão, enquanto os jusrealistas buscaram aproximar o direito da realidade social pelas ciências, os neo-constitucionalistas buscam reaproximar o direito da filosofia, em uma tentativa de síntese e superação do jusnaturalismo e do juspositivismo, por meio da relativização do direito escrito que, no caso concreto, pode e deve ser flexibilizado se não for razoável (e, porque não dizer, justo). Não obstante, no neo-constitucionalismo, as valorações morais e éticas realizadas em paralelo com a interpretação da lei são operacionalizadas por princípios jurídicos[20], incorporados expressa ou implicitamente às constituições nacionais, ao invés de por meio de um direito natural metafísico, característico do jusnaturalismo. O fundamento da valoração passa a ser, portanto, o resultado de um comando do próprio ordenamento jurídico (norma) e não de um padrão meta-jurídico.

Agora o problema do direito não é mais apenas de subsunção da norma aos fatos, o que representaria uma função meramente técnica para os órgãos aplicadores, mas de compatibilidade e ponderação entre normas-regra e normas-princípio[21] no estabelecimento de um balanço de interesses contrapostos, o que se assemelharia a uma versão primitiva da análise custo-benefício muito utilizada na juseconomia. Lamentavelmente, no paradigma neo-constitucionalista, o consenso limita-se ao reconhecimento de que há espaço para escolhas além da regra legal, contudo, não há acordo entre as várias correntes e pensadores com relação à metodologia que deve ser aplicada na tomada de decisões[22].

A título de exemplo, a Tópica Jurídica foi uma das primeiras tentativas de superar as limitações juspositivistas alegando criar um mínimo de racionalidade a decisões valorativas por meio da leitura retórica do direito. Por isso é chamada de Teoria da Razão Prática, segundo a qual se aplicaria a "lógica do razoável" para controlar os exercícios valorativos por meio do emprego discursivo dos *topoi* de Aristóteles que seriam "pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade"[23], sem qualquer pretensão de sistematicidade, visto que a lógica seria derivável do e aplicável ao caso concreto[24].

Obviamente, a argumentação tópica é falha na medida em que apenas identifica *topoi* aceitáveis para uma determinada audiência sem fornecer qualquer instrumental analítico que possibilite a comparação entre eles, nem sua hierarquização valorativa, ou seja, não constitui nem oferece uma teoria de valores[25], que é justamente o problema que teria se proposto a resolver. Além disso, ao relativizar toda e qualquer forma de conhecimento como um *topos* (argumento possível), eleva ao mesmo nível conhecimento científico e senso comum, desde que suas proposições sejam razoáveis. Para minar ainda mais a sua utilidade enquanto método de análise, não apenas em Wiehweg, mas também na práxis jurídica atual, não fica clara a relação entre a tópica e o direito escrito, que muitas vezes se torna apenas mais um *topos* e, portanto, pode ser desconsiderado em nome de um critério idiossincrático de justiça, normalmente não explicitado.

Na busca por critérios operacionalizáveis de justiça e de como tomar uma decisão jurídica racional, tornou-se comum na comunidade jurídica moderna a busca de apoio

teórico em filósofos que vêm tentado criar critérios ideais de se chegar a proposições normativas racionais e justas, como a postura minimax por detrás do véu da ignorância de John Rawls[26], a situação de discurso ideal de Jürgen Habermas[27], os mandados de otimização de Robert Alexy[28] ou o juiz hercúleo de Dworkin[29] e sua decisão "correta" [30]. Não obstante, a prática hoje demonstra apenas que a vontade consubstanciada na lei positivada foi completamente relativizada, sem que emergisse um critério minimamente universal que a substituísse na criação, interpretação e aplicação do direito[31].

Apesar da clara preocupação com valores, o neo-constitucionalismo não se preocupa suficientemente com as reais conseqüências de determinada lei ou decisão judicial. Não que ignorem a realidade social em suas considerações[32], tão-somente digo que seu foco tem sido elaborar justificativas teóricas e abstratas para a flexibilização da lei e sua compatibilização com princípios de conteúdo indeterminado, segundo algum critério de justiça, que se esforçam para criar e legitimar como racionais e não voluntaristas. O desenvolvimento de instrumentos analíticos capazes de auxiliar o intérprete a identificar, prever e mensurar tais conseqüências no mundo real é que foi epistemologicamente relegado a segundo plano ou para outros ramos do conhecimento humano com os quais o direito tradicionalmente não dialoga. O problema, por óbvio, é que a mera intuição do intérprete e aplicador do direito perante o caso concreto, principalmente os mais complexos, não é suficiente.

Em outras palavras, ainda que tenha havido algum sucesso em reaproximar o direito da moral e da ética, para que tenhamos uma compreensão plena do fenômeno jurídico[33] e para que os supostos critérios de justiça sejam operacionalizáveis, é necessário que antes sejamos capazes de responder à simples pergunta: a norma X é capaz de alcançar o resultado social desejado Y dentro de nosso arcabouço institucional? Enfim, precisamos não apenas de justificativas teóricas para a aferição da adequação abstrata entre meios e fins, mas também de teorias superiores à mera intuição que nos auxiliem em juízos de diagnóstico e prognose e que permitam, em algum grau, a avaliação mais acurada das prováveis conseqüências de uma decisão ou política pública dentro do contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será implementada.

É nesse contexto que começa a ser discutida e considerada no Brasil a Análise Econômica do Direito, cujo propósito é justamente introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões jurídicas, em uma postura pragmática largamente compatível com as escolas atuais de pensamento jurídico, inclusive a neo-positivista e a neo-constitucionalista. É compatível com o neo-positivismo porque pode ser entendida como um auxílio na avaliação das conseqüências das possíveis interpretações do direito positivo, quando ambíguo, como reconhecido por Kelsen[34]. É compatível com o neo-constitucionalismo, pois ao informar o que está na balança, permite uma maior compreensão das conseqüências de cada solução jurídica adotada, possibilitando a ponderação informada de valores e princípios ou simplesmente de uma interpretação conforme, em que se tenha consciência acerca do que a sociedade está a sacrificar para alcançar um dado objetivo.

Em suma, é justamente nesse aspecto que a Análise Econômica do Direito oferece sua maior contribuição do ponto de vista epistemológico jurídico. Se a avaliação da adequação de determinada norma está intimamente ligada às suas reais conseqüências

sobre sociedade (conseqüencialismo), a juseconomia se apresenta como uma interessante alternativa para esse tipo de investigação. Primeiro, porque oferece um arcabouço teórico abrangente, claramente superior à intuição e ao senso comum, capaz de iluminar questões em todas as searas jurídicas, inclusive em áreas normalmente não associadas a este tipo de análise (não-mercadológica). Segundo, porque é um método de análise robusto o suficiente para o levantamento e teste de hipóteses sobre o impacto de uma determinada norma (estrutura de incentivos) sobre o comportamento humano, o que lhe atribui um caráter empírico ausente no paradigma jurídico atual. E terceiro, é flexível o suficiente para adaptar-se a situações fáticas específicas (adaptabilidade) e incorporar contribuições de outras searas (inter e transdisciplinariedade), o que contribui para uma compreensão mais holística do mundo e para o desenvolvimento de soluções mais eficazes para problemas sociais em um mundo complexo e não-ergódigo.

Além de auxiliar em juízos de diagnóstico e prognose, a AED pode contribuir para a explicação da própria razão de existência de uma determinada norma jurídica, o que é normalmente o âmbito de investigação da Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*), mas essa agenda de pesquisa já é bem mais complexa que a primeira e ainda está em desenvolvimento. E mesmo para as discussões normativas (i.e. o que o direito deve ser) a AED pode contribuir substancialmente ao indicar pontos de consenso e dissenso, mas aqui, como nos demais paradigmas, a controvérsia é muita mais intensa e a sua utilidade pode ser mais limitada. A esta altura é conveniente explorarmos um pouco o que significa realizar uma análise econômica para então discutirmos o que seria uma análise juseconômica.

3. A ECONOMIA NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: A METODOLOGIA DA AED

3.1. EPISTEMOLOGIA DA ECONOMIA: O QUE É ECONOMIA?

Quando falamos em economia nossa pré-compreensão nos leva automaticamente a pensar em dinheiro, mercados, emprego, inflação, juros, etc. Não obstante, desde seu nascedouro, a economia esteve relacionada a outros assuntos muito mais amplos como política, moral e direito. É sempre interessante lembrar que o próprio pai da economia, Adam Smith, era professor de direito e para ele, assim como para muitos de seus contemporâneos e sucessores, direito, política e economia eram facetas de uma mesma e indissociável realidade social[35].

Na realidade, o objeto da ciência econômica inclui toda forma de comportamento humano. O principal motivo dessa amplitude é que, antes de qualquer coisa, ela é um método. Para nossos propósitos, a definição que melhor traduz essa idéia é a de Lionel Robbins[36] segundo a qual a economia é "a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos." Assim, a abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do

mercado ou não[37]. Toda atividade humana relevante, nessa concepção, possui um aspecto econômico.

Nessa linha, a abordagem econômica a que me refiro é antes de tudo um método de pesquisa sobre o comportamento humano, um conjunto de instrumentos analíticos. Esse ponto é de tamanha importância, que tomarei emprestadas as palavras – hoje clássicas – de John Maynard Keynes, para afirmar que: "[a] Teoria Econômica não fornece um conjunto de conclusões assentadas imediatamente aplicáveis à política. Ela é um método ao invés de uma doutrina, um aparato da mente, uma técnica de raciocínio, que auxilia seu possuidor a chegar a conclusões." [38]

E aqui é importante esclarecer alguns pontos normalmente objeto de debate e confusão, a saber, a abordagem econômica não se limita à análise de mercados, a um estudo dos indivíduos, nem pressupõe que os indivíduos são egoístas ou possuem qualquer outro tipo de motivação em especial. A teoria econômica é uma teoria sobre comportamentos e não sobre motivações.

Como dito, a abordagem econômica não se limita a bens e necessidades materiais[39], muito menos a problemas em contextos mercadológicos. Há muita verdade no dito popular segundo o qual tudo na vida tem um preço, basta que se reconheça que ele pode ser explícito no contexto mercadológico ou implícito em outros contextos. Por exemplo, quando você opta por ler este texto ao invés de desenvolver qualquer outra atividade (e.g. brincar com seus filhos, jantar, sair com amigos), o benefício (utilidade) que seria auferido com as atividades abandonadas ou postergadas é o preço que se paga pela leitura desse artigo, ainda que ele tenha sido obtido gratuitamente, pois o tempo é um recurso escasso. A mesma lógica pode ser aplicada à decisão de ter filhos, casar-se, escolher uma profissão, decidir que língua estrangeira estudar, ir à igreja ou não, etc. Ao aplicarmos a abordagem econômica a situações como essas, somos capazes de extrair informações (*insights*) que nos auxiliam a melhor compreendê-las e somos capazes de realizar juízos de prognose passíveis de comprovação ou refutação empírica.

Além disso, a abordagem econômica não é preocupada exclusiva nem principalmente com o indivíduo, ela apenas parte do comportamento individual (individualismo metodológico[40]) para tentar compreender o comportamento coletivo, inclusive para poder realizar prognoses sobre a provável reação de uma dada comunidade a uma alteração em sua estrutura de incentivos (efeitos macro).

Por último, essa abordagem também não requer que se suponha que os indivíduos são egoístas, gananciosos ou motivados apenas por ganhos materiais[41], tão-somente assume-se que os agentes são racionais maximizadores de sua utilidade, seja lá o que isso significa para **eles**. Assim, por exemplo, são plenamente passíveis de análise econômica situações em que o comportamento humano tenha como motivação central elementos imateriais ou psicológicos, como prestígio (e.g. academia), poder (e.g. política) ou mesmo altruísmo (e.g. família).

A esta altura deve estar claro ao leitor que um economista moderno, nessa perspectiva, se vê como um praticante da "ciência da escolha humana" e é justamente nessa qualidade que a abordagem econômica é de maior utilidade para o direito ao auxiliar a compreensão (diagnóstico) e a previsão (prognose) das conseqüências sociais de cada escolha. A abordagem econômica é um método que pode nos fornecer o arcabouço

teórico (conjunto de ferramentas) robusto o suficiente para nos auxiliar a compreender como o ser humano reagirá a cada alteração de sua estrutura de incentivos e, em última instância, como o direito pode elaborar tal estrutura para alcançar maior bem-estar social.

3.2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA AED

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e mundo no direito. A AED tem por característica a aplicação dessa metodologia a todas as áreas do direito, de contratos a constitucional, de regulação a processo civil, e é justamente essa amplitude de aplicação que qualifica uma abordagem AED da simples aplicação de conhecimentos econômicos em áreas tradicionalmente associadas à economia, como direito comercial, regulatório, concorrencial ou defesa comercial.

A melhor forma de compreendermos no que consiste esta proposta é estudarmos, ainda que brevemente, três das principais peças teóricas desse instrumental analítico, a saber: (i) a distinção entre análise positiva e normativa; (ii) a explicação por meio de modelos; e (iii) o individualismo metodológico e a Teoria da Escolha Racional.

3.2.1. AED Positiva e Normativa

O primeiro ponto relevante para a compreensão da metodologia econômica é a sua postura positivista que reconhece como válido e útil do ponto de vista epistemológico e prático a distinção entre **o que é** (positivo) e **o que deve ser** (normativo). O jurista está acostumado a realizar algo próximo desse tipo de distinção quando discute o ser e o dever-ser juspositivista no sentido de que o que é (fato) deve corresponder ao que deve ser (norma), do contrário, deve haver uma sanção. No entanto, a proposição econômica está relacionada a um critério de verdade e a um critério de valor, enquanto no juspositivismo essa proposição se degenerou em um critério de eficácia ou violação da norma ou, em termos autopoéticos, lícito/ilícito.

A idéia aqui é que há uma diferença entre o mundo dos fatos que pode ser investigada e averiguada por métodos científicos, cujos resultados são passíveis de falsificação, o que chamarmos de análise positiva, e o mundo dos valores, que não é passível de investigação empírica, não é passível de prova ou de falsificação e, portanto, não é científico, que chamaremos de análise normativa. Nesse sentido, quando um juiz investiga se A matou B, ele está realizando uma análise positiva (investiga um fato),

enquanto quando ele se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, ele está realizando uma análise normativa.

Essa postura está muito ligada à proposição que ficou famosa como a Guilhotina de Hume, em seu Tratado sobre a Natureza Humana, segundo a qual não é possível deduzir-se o dever-ser do ser, isto é, que proposições puramente factuais só podem levar a ou implicar em outras proposições puramente factuais e jamais em julgamentos de valor. Em outras palavras, fatos não levam a proposições éticas e vice-versa. Essa posição implica em assumir que há uma distinção clara entre o mundo dos fatos e o mundo dos valores e a distinção entre os dois mundos díspares poderia ser resumida assim[42]:

Positivo	**Normativo**
É	Deve ser
Fatos	Valores
Objetivo	Subjetivo
Descritivo	Prescritivo
Ciência	Arte
Verdadeira/Falso	Bom/Ruim

Obviamente, quando estendida essa distinção ao direito, problemas culturais começam a surgir. É minha experiência pessoal como professor e advogado que os juristas estão tão acostumados a pensar em termos valorativos e a discutir questões em termos valorativos, que seus argumentos em debates públicos ou privados sobre questões relativamente simples flutuam com extrema facilidade entre um mundo e outro, a ponto de – muitas vezes – se tomar um argumento valorativo como factual e vice-versa. Nesse sentido, a aceitação e a compreensão plena da distinção entre análise positiva e normativa representa um pequeno desafio para a comunidade jurídica, treinada na tradição atual de pensar tudo em termos valorativos, sem distinguir questões de fato de questões de valor[43].

Por outro lado, é importante ressaltar que a distinção entre ser e dever ser não é tão pacífica quanto a Guilhotina de Hume nos faz crer, pois o contexto cultural, a ideologia, a visão política, a história do pesquisador influenciam de várias formas o objeto de estudo e a metodologia aplicada, o que pode alterar substancialmente os resultados da pesquisa. Além disso, enquanto é relativamente simples perceber a diferença entre proposições de ser versus deve ser, o exercício cognitivo de aceitar uma certa proposição como ser pressupõe um consenso social prévio[44] sobre os critérios que "devem" ser aceitos como capazes de estabelecer o que é[45].

Independentemente da questão clássica acerca da possibilidade de a ciência ser ou não neutra, que não deve ser esquecida, me parece relativamente simples perceber que, quando comparado com o grau de miscigenação entre fato e valor que ocorre no direito, a aplicação da Guilhotina de Hume, ou a simples adoção de uma postura positivista, ainda que em termos pragmáticos, se não epistemológicos, representa um grande ganho

em clareza de comunicação e estabelecimento de pontos de vista (mesmo se divergentes). É muito útil poder reduzir eventuais discordâncias a pontos normativos ou positivos e, por isso, ainda que por argumentos puramente pragmáticos, a distinção me parece útil e importante para a ciência e, portanto, para a AED.

Nesse sentido, quando um praticante da AED está utilizando seu instrumental para realizar uma análise positiva (e.g. um exercício de prognose, uma aferição de eficiência), dizemos que ele está praticando ciência econômica aplicada ao direito. Aqui, o jueconomista *qua* juseconomista não é capaz de oferecer quaisquer sugestões de políticas públicas ou de como certa decisão deve ser tomada. O máximo que ele pode fazer é identificar as possíveis alternativas normativas (se textuais, aplicando-se técnicas hermenêuticas) e investigar as prováveis conseqüências de cada uma (aplicando-se a AED), bem como comparar a eficiência de cada solução possível, auxiliando em uma análise de custo-benefício.

Por outro lado, quando o praticante de AED está utilizando o seu instrumental para realizar uma análise normativa (e.g. afirmar que uma política pública X deve ser adotada em detrimento de política Y, ou que um caso A deve ser resolvido de forma W), ele está apto a fazê-lo enquanto praticante de AED **se, e somente se**, o critério normativo com base no qual as referidas alternativas devem ser ponderadas estiver previamente estipulado, por exemplo, por uma escolha política prévia consubstanciada em uma lei. Por exemplo, se o objetivo é reduzir a quantidade de seqüestros-relâmpagos, a AED normativa pode nos auxiliar a identificar qual a melhor política de punição, qual a melhor estrutura processual para este tipo de delito, etc. Nessa linha, qualquer objetivo pode servir de guia para a AED normativa, desde uma maior preocupação com distribuição de riqueza até a forma mais eficiente de se controlar preços.

Por outro lado, se o que se busca é aconselhamento não apenas em relação ao meio de se alcançar um objetivo social, mas também qual objetivo social buscar, então, a análise juseconômica não necessariamente trará ganhos substanciais em relação à análise oferecida pelas demais áreas, devendo ser considerada em conjunto com as demais e reconhecidas suas limitações.

Note-se que nem todo praticante de AED se sente confortável com a realização de análises normativas, acreditando às vezes não ser essa a seara adequada dos juseconomistas. Já no extremo oposto, houve inclusive praticantes de AED, como Richard Posner, que chegaram a propor que, na ausência de qualquer teoria do valor operacionalizável e consensual, haveria justificativas éticas para se adotar a maximização da riqueza social como critério normativo, pois ela funcionaria como uma forma de aproximação da busca pela eficiência[46]. Não obstante, após um longo e intenso debate dentro[47] e fora[48] da tradição AED, seu propositor reconheceu que essa posição é insustentável e que não há base moral para limitar o direito à maximização da riqueza[49].

Dado que apenas agora a AED está começando a se desenvolver no Brasil, é importante notar que, como por limitações lingüísticas o jurista brasileiro não costuma ter acesso à literatura em língua inglesa e há poucas traduções para o português, nossa comunidade teve acesso limitado a esse interessante debate. Na realidade, nos vários debates e colóquios que participei com alunos e professores das mais variadas escolas ficou claro

para mim que a esmagadora maioria dos juristas brasileiros que tomou contato com a questão o fizeram apenas por meio da crítica oferecida por Dworkin, que era a única obra traduzida para o português. O fato da posição de Posner ter encontrado ferenhos críticos dentro da comunidade AED, de esse debate já ter se encerrado há mais de uma década com a vitória de Guido Calabresi, que é um dos fundadores da AED, e sempre se opôs radicalmente à referida proposição, e que o próprio Posner abandonou sua posição original, passou completamente desapercebido dos juristas locais.

A partir dessa visão ciclópica e superficial, se espalhou com relativa rapidez na academia brasileira certo preconceito "contrário" à AED como se ela se limita-se à antiga posição de Richard Posner e que dependesse de alguma forma de sua proposição para ser um instrumental útil. Não é de causar surpresa que se tornou comum encontrar professores ou estudantes de direito que, sem jamais ter estudado um único texto de AED, afirmam que não concordam com a sua abordagem. Não raras vezes, quando indagados sobre o que é AED, apenas reafirmam seus preconceitos ao declararem que é mais uma tentativa de dominação americana. Sempre curioso notar que a mesma resistência não se tem com a doutrina alemã, francesa, portuguesa. Enfim, pareceu-me importante essa pequena pausa para tocar em um dos mitos associados à AED e que não resiste à mais singela análise.

Enfim, feita essa breve digressão, é importante frisar que a AED pode se tornar um poderoso ferramental nas mãos de juristas ou economistas treinados. Com ela é possível se investigar as prováveis conseqüências de certa política ou decisão judicial, bem como identificar os meios mais eficientes e, portanto, menos custosos de se alcançar um determinado objetivo social, **desde que esse objetivo tenha sido previamente estabelecido**, seja por um julgamento de valor do pesquisador ou do juiz, seja por uma escolha política prévia já realizada pelo ente competente (e.g. Legislativo). É importante frisar essa diferença, pois, dado que muito dos praticantes da AED são juristas de treinamento, eles tendem a colocar uma ênfase excessiva na análise normativa, quando a maioria da análise juseconômica é positiva.

Em resumo, a AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes conseqüências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela interpretação, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a análise normativa se destina a nos auxiliar a escolher entre alternativas possíveis, isto é, escolher entre arranjos institucionais ou legais diversos dado um valor (vetor normativo) previamente definido.

3.2.2. Reducionismo e Modelagem

Outro ponto que vale a pena levantar aqui é a utilização de modelos teóricos para descrever a realidade e o papel dos pressupostos desses modelos. Praticantes da AED reconhecem a imensa complexidade do mundo real e a imensa dificuldade – ou impossibilidade – de se lidar com todas as variáveis simultaneamente. Por isso, assim como os economistas, os praticantes de AED elaboram modelos teórico do problema em questão, inserindo apenas algumas variáveis relevantes para a sua solução, na tentativa

de, simplificando o problema, conseguir obter perspectivas que de outra forma estariam escondidas do pesquisador. Nesse desiderato, pressupostos simplificadores são adotados para que seja possível se focar apenas no coração do problema.

Muitas vezes economistas e praticantes de AED são criticados por simplificar excessivamente o mundo real de todos os fatores realmente relevantes, mas – na realidade – o interessante do método econômico está em justamente auxiliar na escolha dos pressupostos corretos para a análise (modelagem) de forma a tornar o problema compreensível e tratável, sem tornar o modelo irrelevante[50]. Ao jurista não deve causar estranheza a noção de verossimilhança dos modelos econômicos, tão cara ao direito processual. Não obstante, convém lembrar que, enquanto no direito processual a dificuldade de operacionalizar critérios de verdade são superados pelo estabelecimento de verdades formais, na AED como na economia a operacionalização dos critérios de verdade varia – até certo limite – de acordo com a disponibilidade do usuário em lidar com estruturas modelares mais complexas.

Nesse sentido, é necessário registrar que os modelos econômicos são descrições simplificadas da realidade (verossimilhança) e não podem ser tomados como verdades absolutas. Além disso, a sua utilização para guiar a aplicação do direito positivo é tarefa indubitavelmente mais árdua do que a sua mera construção teórica ou compreensão. No direito concorrencial, área que mais se aproxima da AED e onde a economia é utilizada com freqüência, é possível se notar algumas dificuldades culturais com a utilização de modelos como instrumento analítico decorrentes da inexperiência de seus praticantes. Tais problemas podem ter diversas naturezas.

Primeiro, a incapacidade do modelo de prover respostas a questões específicas pode ser resultado de uma falha na coleta de todas as informações relevantes. O processo administrativo ou judicial pode não ter sido capaz de captar todas as variáveis necessárias para se alcançar um resultado satisfatório. Assim como no Judiciário, não sendo possível alcançar a plenitude das informações relevantes, o aplicador do direito deve invariavelmente substituir os elementos inexistente com deduções e suposições racionalmente legitimadas para poder concretizar a norma (verdade formal). A AED permite ao aplicador do direito, com certo grau de segurança, captar de forma legítima alguns desses elementos faltantes, bem como melhor compreender os elementos presentes.

Segundo, a incapacidade de o modelo fornecer resultados satisfatórios quando confrontado com a realidade pode decorrer de inadequações de alguns dos elementos estruturais do próprio modelo econômico, isto é, a aplicação do modelo à realidade pode levar a resultados inconsistentes com a realidade como posta. Além da falta de elementos essenciais para alimentá-lo, essa indeterminação pode decorrer da necessidade de revisão de algum pressuposto (elemento estrutural) do modelo. Muitas vezes, com o correspondente incremento de sua complexidade.

Por outro lado, conquanto o modelo seja capaz de explicar – ainda que parcialmente – o comportamento do agente econômico e sua estrutura de incentivos, facilitando desse modo o julgamento baseado em uma análise prognóstica mais sólida, é possível que a sociedade, por meio do ordenamento jurídico, comande resultado diverso do que aquele previsto pelo modelo econômico. De forma que ao aplicador do direito não cabe – embora contrariado – optar pela opção antijurídica, mesmo satisfazendo de forma mais

adequada algum valor (por ele considerado predominante) contido no modelo econômico. Dito de outra forma, a aplicação do direito não se submete apenas à racionalidade econômica da eficiência, mas sim e precipuamente à racionalidade jurídica, aqui entendida como o conjunto de escolhas do legislador enquanto representante legítimo da sociedade ou do juiz no caso concreto, quando a norma não é suficientemente clara, ou ainda, do administrador, em seu exercício de discricionariedade.

O reconhecimento da submissão ao comando normativo não implica afirmar que dentro do espectro potencial de atuação do direito não haja espaço para visões concorrentes sobre uma mesma realidade jurídica (baseada em sólidos fundamentos econômicos ou não). Significa apenas que a cada intérprete impõe-se, como limite legitimador necessário de seu discurso, o texto da própria norma. O legislador pode ter feito escolhas ruins, o processo legislativo não é perfeito, entretanto, não há qualquer outro agente social legitimado a estabelecer a regra que deve substituir os erros do legislador, senão o próprio. Cabe àqueles que identificaram, a seu ver, o equívoco legislativo mobilizar as engrenagens políticas para sua visão da realidade, dita superior, ser positivada.

Por outro lado, o fato de o direito reger-se pela lógica jurídica não exime o aplicador do direito ou o formulador de políticas públicas de conhecer o funcionamento básico da realidade. De outra forma, a sociedade será incapaz de estimar o custo da política a ser implementada, correndo o risco, inclusive, de o remédio causar mais dano que a própria doença. Para que uma política pública seja legítima, não basta ser elaborada pelos órgãos competentes (legitimidade formal). É necessário que a sociedade saiba o custo de sua aplicação para decidir se está disposta a arcar com ele, ou seja, se a relação custo–benefício é interessante (legitimidade material). Em lição aos neo-constitucionalistas de plantão, vale lembrar a lição de Hovenkamp[51] quando afirma que "[a]ntes que alguém possa 'ponderar' valores concorrentes [...] é necessário que possua uma idéia muito boa do que está sendo colocado na balança."

Além de necessário para informar o ponderamento de valores, o instrumentário econômico também pode ser útil para auxiliar o jurista a determinar se a regra jurídica estabelecida será suficiente para atingir os objetivos pretendidos. Tudo isso passa pela elaboração de modelos simplificadores capazes de limitar o escopo da análise e, simultaneamente, iluminar os aspectos mais relevantes.

3.2.3. *Homo Oeconomicus* (Individualismo e Racionalidade)

Por fim, outro elemento da AED que merece ser abordado é o chamado *Homo Oeconomicus* que é, na realidade, um instrumento analítico tão útil quanto incompreendido. O *Homo Oeconomicus* é uma simplificação metodológica adotada pela economia, a fim de permitir a modelagem do comportamento humano a despeito de questões ideológicas, culturais ou históricas. Como já discutido no item anterior, obviamente a idéia não é que tais elementos não são relevantes para o comportamento humano, mas sim que essa simplificação metodológica – não obstante ser uma

simplificação – é útil no isolamento do comportamento médio humano, de forma que seja possível modelar os vários problemas e fazer predições relativamente adequadas.

Em suma, podemos resumir os pressupostos da AED a dois: pessoas maximizam e mercados equilibram. De acordo com a Teoria da Escolha Racional, indivíduos maximizam e, portanto, a unidade básica da análise deve ser a escolha individual de cada um. Essa postura é o que se convencionou chamar de individualismo metodológico, segundo o qual para se compreender os comportamentos ou ações do Estado ou da Sociedade a melhor forma é compreender os comportamentos individuais dos agentes que os compõem e que, em última análise, serão responsáveis pelo resultado macro que desejamos compreender. Vale lembrar que esse artifício é apenas um instrumento analítico, sem implicações éticas no sentido de representar uma postura segundo a qual os interesses individuais **devem** ser maximizados ou que os agentes devem se comportar dessa ou daquela forma[52]. A AED é uma teoria sobre comportamentos não um parâmetro de avaliação de condutas.

Além disso, adotar individualismo metodológico não significa que a AED pressupõe necessariamente que os indivíduos não são altruístas no sentido de não levarem em consideração em suas decisões o bem-estar de outros. Apesar de na maioria das análises esse pressuposto simplificador ser adotado, nada impede que ele seja emendado de acordo, sem qualquer perda de validade da análise. Na análise econômica da família, por exemplo, geralmente se pressupõe que os pais são altruístas em relação aos filhos[53]. Da mesma forma, o individualismo metodológico não implica em os indivíduos tomarem suas decisões isoladamente de seus pares. A idéia de que indivíduos tomam decisões dentro de seu contexto social, por exemplo, é muitas vezes explicitada em modelos que utilizam Teoria dos Jogos.

É importante lembrar aqui que, conquanto a AED seja estruturada sobre um número limitado de pressupostos, estes podem ser livremente emendados pelo pesquisador caso para seu problema em particular aquele pressuposto exclua um aspecto fundamental da análise[54]. Na abordagem Neo-institucionalista da AED, por exemplo, as instituições passam a ser fundamentais nos modelos empregados. Já na AED comportamental, a teoria da racionalidade é complementada para incluir uma série de desvios comportamentais identificados em estudos psico-econômicos recentes (limitações cognitivas), como o efeito propriedade, viés passado, desconsideração sistemática de pequenas probabilidades, etc. Ainda, na AED sociológica, incorpora-se a possibilidade de normas sociais estruturarem o comportamento humano de forma a alterar o resultado padrão do individualismo metodológico. Desde que o aplicador tenha ciência da utilidade e das limitações dos pressupostos, o emprego de modelagem na compreensão, explicação e descrição do comportamento humano promete ser de grande utilidade.

4. CONCLUSÕES

Uma das grandes vantagens de se adotar a metodologia juseconômica para a compreensão de fatos sociais é que ela é, em princípio, passível de comprovação empírica e, portanto, de falsificação. Nesse sentido, é razoável considerarmos as

afirmações decorrentes de teorias econômicas empiricamente sólidas como sendo amplamente superiores aos ditos fatos intuídos com base meramente no senso comum. Enquanto proposições valorativas não podem ser provadas ou invalidadas e, portanto, não são passíveis de falsificação (apesar do que sustentam os Tópicos e sua razão prática), as conseqüências previstas por modelos econômicos podem ser testadas e rejeitadas ou melhoradas, caso não sejam adequadas aos fatos. Esse é o papel da Econometria (ramo da estatística aplicada utilizada na medição e comprovação de fatos econômicos).

A possibilidade de refutação empírica torna o método juseconômico flexível e adaptável, no sentido de evoluir gradativamente à medida que teorias são falsificadas ou novos fenômenos não são explicáveis pelos modelos anteriores. Além disso, a teoria também é flexível na medida em que um pesquisador pode criar um modelo econômico inicialmente simples para então ir, gradualmente, relaxando seus pressupostos e/ou incluindo novos aspectos (i.e., outras variáveis) de forma a se aproximar mais do caso concreto até que a complexidade adicional (marginal) não mais compense o ganho marginal de precisão e se tenha em mãos uma aproximação da realidade útil o suficiente para seu propósito imediato[55].

A formalização de premissas e precisão de conceitos (linguagem rigorosa) no método juseconômico também é uma grande vantagem quando aplicadas ao direito. Dado que no mundo jurídico a palavra e seu significado têm poder e dada a influência da retórica tópica na metodologia jurídica moderna e sua capacidade de tudo relativizar em argumentação retórica, é extremamente comum entre juristas o abuso de conceitos e definições, que diariamente são distorcidos – na academia e nos tribunais – ao limites da irreconhecibilidade. A aproximação com a linguagem matemática levou naturalmente a que os termos em economia fossem estabelecidos de forma rigorosa e, portanto, flutuassem muito menos ao redor do significante do que no direito, diminuindo custos de informação, reduzindo ruídos no diálogo e possibilitando a construção de conhecimento sem intermináveis discussões filológicas. Assim, a aplicação do método juseconômico pode nos auxiliar a gastar mais tempo discutindo idéias e conseqüências de nossas escolhas do que significados de palavras.

Na mesma linha, no método juseconômico as premissas do modelo, mesmo as implícitas, são mais transparentes do que no raciocínio jurídico tradicional, o que permite uma avaliação crítica muita mais fácil no primeiro caso do que no segundo. Em outras palavras, o método juseconômico – quando bem aplicado – requer a explicitação clara dos pressupostos sobre os quais o raciocínio é desenvolvido. Simplificações são feitas, presunções são realizadas, hipóteses são levantadas, todavia todas são geralmente explicitadas ou de fácil identificação. A incorporação desse hábito de transparência tornaria várias discussões mais proveitosas no direito.

Outra vantagem do método juseconômico é a sua flexibilidade para incorporar não apenas novo conhecimento econômico, mas também desenvolvimentos em outras áreas do conhecimento humano, como por exemplo, a sociologia, psicologia e a neurologia para explicar melhor certos fenômenos. A grande questão, é claro, será quando e como os modelos econômicos, que são simplificações da realidade, são bons o suficiente para guiar uma tomada de decisão. Essa compreensão, no entanto, dependerá não apenas do caso concreto e do modelo, mas também de um bom preparo do aplicador.

Convém alertar aqui também para os perigos da aplicação do método econômico para toda e qualquer questão, pois há searas mais claramente afeitas a esse tipo de método e outras menos, bem como a possibilidade de conseqüências indesejáveis do imperialismo da economia, contudo, esse alerta será mais produtivo após uma avaliação cuidadosa e livre de preconceitos da Análise Econômica do Direito e sua proposta.

Do exposto é possível se concluir que existe um amplo espaço dentro da metodologia jurídica atual para técnicas que auxiliem o jurista a melhor identificar, prever e explicar as conseqüências sociais de escolhas políticas imbuídas em legislações (*ex ante*) e decisões judiciais (*ex post*). A AED é justamente a proposta atual mais promissora a cumprir este papel, desde que se compreenda adequadamente sua metodologia e limitações. O grande problema é que seu emprego correto pressupõe um preparo que juristas e economistas brasileiros não recebem nos bancos das faculdades. Nem os primeiros são expostos às técnicas necessárias, nem os segundos são incentivados a explorar esse amplo ramo de atuação para a economia aplicada que pode ser a AED.

Esse quadro parece estar mudando e em várias universidades brasileiras iniciativas interessantes têm surgido. Na Universidade Católica de Brasília foi criado o primeiro mestrado em Direito com uma linha de pesquisa inteiramente voltada para a AED[56]. Na Universidade de Santa Úrsula foi criado no departamento de economia um mestrado em Economia do Direito e das Leis[57]. Na UFRGS há um programa de pós-graduação *Lato Sensu* em Direito e Economia. Além disso, disciplinas individuais têm sido oferecidas ou grupos de pesquisa formados em várias instituições como Universidade Federal do Ceará, USP, UFMG, Fundação Getúlio Vargas (do Rio e de São Paulo), Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Centro Universitário Curitiba, Universidade Cândido Mendes, entre outros. Assim, o diálogo entre direito e economia promete se estreitar cada vez mais e gerar muitos frutos para ambas áreas.

Nesse contexto, é conveniente e oportuno refletirmos sobre os limites e a utilidade desse diálogo para que bons frutos não sejam perdidos com debates e discussões inócuas decorrentes de desentendimentos e desinformação ou que o fascínio natural com o novo não nos leve a abusos que mais prejudicam do que auxiliam na construção de uma compreensão melhor do mundo.

5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2ª Ed. São Paulo: Landy, 2005.

AQUINO, Tomás de. Suma Teológica. Tomo I. Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira et alii (Trad.). São Paulo: Loyola, 2001.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Livro V, Capt. 7. Pietro Nassetti (Trad.) Cole¬ção a Obra-Prima de Cada Autor. Vol. 53. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ARROW, Kenneth J. A Difficulty in the Concept of Social Welfare, The Journal of Political Economy, Vol. 58, nº 4, Aug., 1950, pp. 328-346.

AUSTIN, John. The Province of Jurisprudence Determined. Great Minds Series. Amherst, NY: Prometheus Books, 2000 [1832].

BARROSO, Luis Roberto. A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, V. 9, nº 33, 2006, pp. 56 e ss.

BECKER, Gary. The Economic Approach to Human Behavior. Chicago: University of Chicago Press, 1990 [1976].

BLAUG, Mark. The Methodology of Economics – or how economists explain. 2nd Ed. Cambridge Surveys of Economic Literature. Cambridge: Cambridge University, 1992.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito. Nello Morra (Comp) Márcio Pugliesi et alii (Trad.) São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 4ª ed. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (Trad.). Revisão Técnica de Cláudio De Cicco. Brasília: EdUNB, 1994 [1960].

CALABRESI, Guido, An exchange about law and economics: a letter to Ronald Dworkin, Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, pp. 553-62.

COLEMAN, J., Efficiency, Utility and Wealth Maximization, Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, pp. 509-51.

COMTE, Isidore Auguste Marie François Xavier. Discurso sobre o Espírito Positivo. Antônio Geraldo da Silva (Trad.). São Paulo: Escala, [s.d.].

COOTER, Robert D. Law and The Imperialism of Economics: an introduction to the economic analysis of law and a review of the major books, 29 UCLA L. Rev. 1260 (1982).

DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. 10ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1982 [1895].

DWORKIN, Ronald, Is wealth a Value?, Journal of Legal Studies, Vol. 9, 1980, pp. 191-226.

DWORKIN, Ronald, Why efficiency?, Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, pp. 563-69.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Luís Carlos Borges (Trad.) São Paulo: Martins Forense, 2001; e Levando os Direitos a Sério. Nelson Boeira (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. J. Baptista Machado (Trad.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbnekian, 1996.

GICO Jr., Ivo T. Cartel – Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex, 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Movimento do Critical Legal Studies. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

HABERMAS, Jürgen. Verdades e Justificações: ensaios filosóficos. Milton Camargo Mota (Trad.) São Paulo: Loyola, 2004.

HART, Herbert L A. Conceito de Direito. Armindo Ribeiro Men¬des (Trad.) 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HENDERSON, Hubert D. Supply and Demand. With Introduction by J. M. Keynes. New York: Harcourt, Brace, 1922.

HOBBES, Thomas. A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England. Joseph Cropsey (Ed.) Chicago: University of Chicago, 1997 [1681].

HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy – The law of competition and its practice. 2nd ed. Minnesota: West Group, St. Paul, 1999.

KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. 2ª Ed. Edson Bini (Trad.) Clássicos Edipro. São Paulo: Edipro, 2008.

KATZ, Avery Wiener. Positivism and the Separation of Law and Economics, Michigan Law Review, Vol. 94, nº 7 (Jun., 1996), pp. 2229-2269.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. João Baptista Machado (Trad.) 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERKMEESTER, Heico. Methodology: General. Verbete 0400, p. 385. In: BOUCKAERT, Boudewijn e De GEEST, Gerrit (Ed.). Encyclopedia of Law & Economics. Disponível no endereço http://users.ugent.be/~gdegeest/0400book.pdf (Acesso em 30/04/09).

KRONMAN, Anthony T., Wealth Maximization as Normative Principle, Journal of Legal Studies, Vol. 2, 1980, pp. 227-43.

KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira (Trad.) São Paulo: Perspectiva, 2007.

LARENZ, Karl. Metodologia Jurídica. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LAZEAR, Edward. Economics Imperialism, Quarterly Journal of Economics, Vol. 115, nº 1, Feb, 2000, pp. 99-146.

LUHMANN, Niklas. Law as a Social System. Klaus A. Ziegert [Trad.] Oxford Social Legal Studies. New York: Oxford University, 2008 [2004].

MALLOY, Robin Paul e EVENSKY, Jerry (Ed.). Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics. (Law and Philosophy Library). Springer, 1994.

MARSHALL, Alfred. Principles of Economics: Abridged Edition. Cosimo Classics, October, 2006.

MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism and Beyond. Princeton University Press, 2006.

MÜLLER, Ingo. Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich. With an introduction of Detlev Vagts. Deborah Lucas Schneider (Trad.). Cambridge, Mass.: Harvard University, 1991.

PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles K. The Origins of Law and Economics – Essays by the Founding Fathers. Mass.: The Locke Institute, 2005.

PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: a nova retórica. Vergínia K. Pupi (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PLATÃO. As Leis – Incluindo Epinomis. Com Prefácio de Dalmo de Abreu Dalari. Edson Bini (Trad.) São Paulo: Edipro, 1999.

POLINSKY, A. Mitchell. An Introduction to Law and Economics. 2nd Ed. Aspen Law & Bussiness, 1989.

POPPER, Karl. A Lógica da Pesquisa Científica. 8ª Ed. São Paulo: Cultrix/Pensamento, 2000.

POSNER, Richard A. The Problems of Jurisprudence. Cambridge: Harvard University, 1990.

POSNER, Richard A. The Economics of Justice. Cambridge: Harvard University, 1983 [1981].

POSNER, Richard A., Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, 8 Journal of Legal Studies 103 et seq. (1979)

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 3ª Ed. São Paulo: Martins, 2008 [1971].

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIZZO, M., The Mirage of Efficiency, Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, pp. 641-58.

ROBBINS, Lionel. An Essay on the Nature and Significance of Economic Science. 2nd Ed. Rev. and Ext. London: Macmillan and Co., Limited., 1945.

ROBINSON, Joan. The Economics of Imperfect Competition. London: Macmillan, 1933.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Metodologia Jurídica. Série Biblioteca Clássica. São Paulo: Rideel, 2005 [1814].

STOLLEIS, Michael. The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany. Thomas Dunlap (Trad.). Chicago: University of Chicago, 1998.

TAMANAHA, Brian Z. On The Rule of Law. Cambridge: Cambridge University, 2004.

WIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (Trad.) Brasília: Depar¬tamento de Imprensa Nacional, 1979.

---

[1] KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira (Trad.) São Paulo: Perspectiva, 2007, pp. 57 e ss.

[2] Vide, por exemplo, ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Livro V, Capt. 7. Pietro Nassetti (Trad.) Coleção a Obra-Prima de Cada Autor. Vol. 53. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 117.

[3] Essa posição é relativamente clara no Segundo Livro de "As Leis" de Platão que, após ter presenciado seu mestre, Sócrates, ser condenado à morte pelos democratas atenienses, passou a desconfiar do poder ilimitado da democracia (vontade do povo). Assim, o direito natural – o Governo pelo Direito – desempenharia o salutar papel de limitação à vontade popular que, irrestrita, seria perigosa, i.e., o governo (mesmo democrático) deveria estar submetido ao direito (natural). Cfr. PLATÃO. As Leis – Incluindo Epinomis. Com Prefácio de Dalmo de Abreu Dalari. Edson Bini (Trad.) São Paulo: Edipro, 1999.

[4] Para um resumo desse período, vide TAMANAHA, Brian Z. *On The Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University, 2004, Capt. 2.

[5] Tomás de Aquino é um dos maiores expoentes dessa corrente medieval ao mesclar o pensamento de Aristóteles ao da Igreja Católica e fundamentar o direito natural na razão divina. Cfr. AQUINO, Tomás de. Suma Teológica. Tomo I. Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira *et alii* (Trad.). São Paulo: Loyola, 2001.

[6] Cf. KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. 2ª Ed. Edson Bini (Trad.) Clássicos Edipro. São Paulo: Edipro, 2008. Note-se que Kant era filósofo de formação e não jurista.

[7] "[S]eria melhor que existisse algo totalmente objetivo, algo de todo independente e distante de toda convicção individual: a lei. [...] A lei deveria, pois, ser completamente objetiva, conforme sua finalidade original, isto é, tão perfeita que quem a aplique não tenha nada a agregar-lhe de si mesmo". SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Metodologia Jurídica. Série Biblioteca Clássica. São Paulo: Rideel, 2005 [1814], p. 7.

[8] Cfr. BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito. Nello Morra (Comp) Márcio Pugliesi *et alii* (Trad.) São Paulo: Ícone, 2006, pp. 15-44. Ressalte-se que o juspositivismo constitui simultaneamente (a) um método para o estudo, (b) uma teoria e (c) uma ideologia do direito, sendo essas dimensões relativamente autônomas.

[9] "Se, com efeito, talvez possamos contestar que todos os fenômenos sociais, sem exceção, se impõem ao indivíduo do exterior, a dúvida não se afigura possível no que diz respeito às crenças e práticas religiosas, às regras da moral, aos inúmeros preceitos do direito, isto é, no que se refere às manifestações mais características da vida coletiva. Todas elas são expressamente obrigatórias. Ora a obrigação é a prova de que essas formas de agir e de pensar não são obra do indivíduo, mas emanam de uma potência moral que o ultrapassa, quer o imaginemos misticamente sob a forma de um deus, quer dela façamos uma concepção mais temporal e mais científica. A mesma lei encontra-se, portanto, em ambos os domínios." DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. 10ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1982 [1895], p. 197.

[10] Cfr. BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 4ª ed. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (Trad.). Revisão Técnica de Cláudio De Cicco. Brasília: EdUNB, 1994 [1960].

[11] Já no sec. XVII, por exemplo, vide HOBBES, Thomas. *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*. Joseph Cropsey (Ed.) Chicago: University of Chicago, 1997 [1681], pp. 53 a 76.

[12] O início do juspositivismo, no século XIX, pode ser associado ao trabalho de John Austin, que trabalhou e popularizou as idéias de Jeramy Bentham, seu amigo pessoal, em sua obra AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Great Minds Series. Amherst, NY: Prometheus Books, 2000 [1832].

[13] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. João Baptista Machado (Trad.) 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 95 e ss.

[14] "[D]e um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra." KELSEN, op.cit., p. 391. Veja também, em geral, HART, Herbert L A. Conceito de Direito. Armindo Ribeiro Mendes (Trad.) 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

[15] Apesar de a doutrina norte-americana distinguir entre o juspositivismo e o Doutrinalismo de Langdell, as semelhanças são evidentes entre uma e outra escola, separadas apenas pelo sistema jurídico. Para uma interessante revisão da história da AED no contexto consuetudinário, vide MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton University Press, 2006, Capt. 1, em especial, pp. 14-19.

[16] Para as origens históricas da AED, veja PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles K. *The Origins of Law and Economics – Essays by the Founding Fathers*. Mass.: The Locke Institute, 2005.

[17] Cfr. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Movimento do *Critical Legal Studies*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

[18] No Brasil é comum denominar essa corrente como Pós-Positivista. No entanto, seu foco é a reaproximação entre direito e moral por meio da constitucionalização do direito, e não o reconhecimento da impossibilidade de se alcançar o conhecimento perfeito e que, portanto, o conhecimento científico deve ser considerado apenas como verdade não refutada (falsificacionismo), posição característica do Pós-Positivismo. Assim, o Neo-Constitucionalismo não dialoga com o Positivismo filosófico, mas sim com o juspositivismo, razão pela qual usamos termos diversos em nome da clareza. Cf. POPPER, Karl. A Lógica da Pesquisa Científica. 8ª Ed. São Paulo: Cultrix/Pensamento, 2000; e BLAUG, Mark. *The Methodology of Economics – or how economists explain*. 2nd Ed. Cambridge Surveys of Economic Literature. Cambridge: Cambridge University, 1992, pp. 3-50.

[19] Cfr. BOBBIO, O Positivismo..., p. 236; STOLLEIS, Michael. *The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany*. Thomas Dunlap (Trad.). Chicago: University of Chicago, 1998; e MÜLLER, Ingo. *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich. With an introduction of Detlev* Vagts. Deborah Lucas Schneider (Trad.). Cambridge, Mass.: Harvard University, 1991.

[20] Vide a respeito BARROSO, Luis Roberto. A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 72 e ss.

[21] Utiliza-se a expressão norma-regra e norma-princípio apenas para ressaltar que, no neo-constitucionalismo, ambos constituem comandos normativos e, portanto, possuem aplicabilidade. Dentro desse paradigma, princípios não são mais apenas valores que informam a interpretação das regras, eles podem e devem ser aplicados diretamente. Obviamente, a esta altura deve estar claro que o conteúdo de um princípio depende fundamentalmente dos olhos do observador.

[22] Nesse sentido, vide LARENZ, Karl. Metodologia Jurídica. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

[23] WIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (Trad.) Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, pp. 26 e 27.

[24] "[S]e uma ciência do direito pressupõe posicionamentos, tais posicionamentos não serão considerados irracionais, quando puderem ser justificados de forma razoável." PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: a nova retórica. Vergínia K. Pupi (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 480. No mesmo sentido, WIEHWEG, op.cit., p. 36.

[25] ENGISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. J. Baptista Machado (Trad.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbnekian, 1996, p. 384.

[26] Cfr. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 3ª Ed. São Paulo: Martins, 2008 [1971], em que segue a tradição de justiça circunstancial de David Hume e o espírito Kantiano para, em uma interessante aplicação do conceito de maximização do mínimo (minimax) da Teoria dos Jogos, propor um modelo de desigualdade social ótima,

contribuindo não apenas para o direito com sua Teoria da Justiça, mas também para a Economia do Bem-Estar Social com a decorrente função de utilidade social em formato de L.

[27] Cfr. HABERMAS, Jürgen. Verdades e Justificações: ensaios filosóficos. Milton Camargo Mota (Trad.) São Paulo: Loyola, 2004.

[28] Cfr. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2ª Ed. São Paulo: Landy, 2005.

[29] Cfr. DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Luís Carlos Borges (Trad.) São Paulo: Martins Forense, 2001; e Levando os Direitos a Sério. Nelson Boeira (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[30] Note-se que dentro desse paradigma o direito se afastou das ciências naturais e sociais, erroneamente associadas aos juspositivismo (que **também** as renega por não serem objeto próprio do direito) e se aproximou mais da filosofia, em busca de uma resposta sobre o que é justo e o que é direito. Não por outra razão, Rawls, Habermas, Alexy e Dworkin têm formação filosófica. Apenas Habermas tem outra formação complementar (sociologia) e apenas Rawls não tem formação jurídica.

[31] A sociológica Teoria dos Sistemas, às vezes considerada como uma alternativa, de tão abstrata e complexa, é de pouca utilidade em uma discussão de cunho prático como esta. Além disso, a teoria se restringe a uma abordagem meramente descritiva, sem qualquer pretensão preditiva, o que seria impossível na visão de seu propositor, *in verbis*: "*The disadvantage of systems theory* [...] *lies in its high intrinsic complexity and the related abstractedness of its concepts*. [..] *Therefore, we do not intend to present a theory that is supposed to guide practice. Instead, we describe the legal system as a system that observes itself and describes itself* […] *without any attempt to represent the outside world in the system*." LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Klaus A. Ziegert [Trad.] Oxford Social Legal Studies. New York: Oxford University, 2008 [2004], nota 30, p. 64 e p. 65.

[32] A título de exemplo, vide o texto de Barroso em que afirma que a racionalidade e legitimidade de uma interpretação dependem da consideração de suas conseqüências práticas no mundo real, todavia sem oferecer nem elaborar uma metodologia acerca de como identificar ou prever tais conseqüências. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, V. 9, nº 33, 2006, pp. 56-58.

[33] Afinal de contas, o direito é fato, valor e norma e, portanto, qualquer análise isolada de apenas uma dessas facetas será incompleta. Cfr. REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

[34] Cfr. nota 15 supra.

[35] Sobre a relação entre direito e economia em Adam Smith, vide MALLOY, Robin Paul e EVENSKY, Jerry (Ed.). *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics*. (Law and Philosophy Library). Springer, 1994.

[36] Economia é "*the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses*." ROBBINS, Lionel. *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*. 2nd Ed. Rev. and Ext. London: Macmillan and Co., Limited., 1945, p. 16. Disponível no endereço www.mises.org/books/robbinsessay2. pdf (Acessado em 16/11/08).

[37] Para interessantes exemplos de como a economia pode iluminar aspectos ocultos de ações humanas fora do contexto mercadológico, vide, por exemplo, BECKER, Gary. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1990 [1976].

[38] "*The Theory of Economics does not furnish a body of settled conclusions immediately applicable to policy. It is a method rather than a doctrine, an apparatus of the mind, a technique of thinking, which helps its possessor to draw correct conclusions.*" Introdução de John Maynard Keynes em HENDERSON, Hubert D. *Supply and Demand. With Introduction by J. M. Keynes*. New York: Harcourt, Brace, 1922, p. V. Disponível no endereço www.gutenberg.org/dirs/1/0/6/1/ 10612/10612.txt. Idéia semelhante está presente em ROBINSON, Joan**.** *The Economics of Imperfect Competition*. London: Macmillan, 1933, p. 1.

[39] Note-se que há definições mais restritivas, como a de Alfred Marshall segundo o qual a economia seria "um estudo da humanidade no curso das atividades corriqueiras da vida; ela examina[ria] aquela parte da ação individual ou coletiva que se conecta de forma mais próxima com a obtenção e o uso dos requisitos materiais do bem-estar." MARSHALL, Alfred. *Principles of Economics: Abridged Edition*. Cosimo Classics, October, 2006, p. 1.

[40] O individualismo metodológico tem um longo histórico de sucesso em outras ciências sociais, tendo inclusive sido apelidado por alguns de imperialismo econômico, cfr. COOTER, Robert D. *Law and The Imperialism of Economics: an introduction to the economic analysis of law and a review of the major books*, 29 UCLA L. Rev. 1260 (1982); e LAZEAR, Edward. *Economics Imperialism, Quarterly Journal of Economics*, Vol. 115, nº 1, Feb, 2000, pp. 99-146.

[41] Por outro lado, em determinados contextos, adotar tais pressupostos pode simplificar a análise substancialmente e, portanto, ser útil, da mesma forma que ignorar o atrito em certos contextos na física pode ser útil.

[42] BLAUG, op.cit., p. 113.

[43] Para um interessante trabalho sobre o choque cultural entre a posição jurídica e econômica por causa do positivismo, bem como sobre as dificuldades de tal distinção, vide KATZ, Avery Wiener. *Positivism and the Separation of Law and Economics, Michigan Law Review*, Vol. 94, nº 7 (Jun., 1996), pp. 2229-2269.

[44] Note-se que aqui não estamos dizendo que o consenso será votado pela comunidade, dado que temos plena ciência do Paradoxo de Arrow, mas sim que os critérios de verdade positiva serão relativamente claros e socialmente aceitos dentro de um mesmo paradigma e, portanto, podem mudar. Sobre o Paradoxo, vide ARROW, Kenneth J. *A Difficulty in the Concept of Social Welfare, The Journal of Political*

Economy, Vol. 58, nº 4, Aug., 1950, pp. 328-346, disponível no endereço http://gatton.uky.edu/Faculty/hoytw/751/articles/arrow.pdf (consultado em 26/11/08).

[45] BLAUGH, op.cit., p. 114.

[46] Para a proposta original, cfr. POSNER, Richard A., *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, 8 *Journal of Legal Studies* 103 et seq. (1979); ou ainda, *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University, 1983 [1981].

[47] A título de exemplo, cfr. CALABRESI, Guido, *An exchange about law and economics: a letter to Ronald Dworkin*, Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, pp. 553-62; KRONMAN, Anthony T., *Wealth Maximization as Normative Principle*, Journal of Legal Studies, Vol. 2, 1980, pp. 227-43.

[48] A título de exemplo, cfr. COLEMAN, J., Efficiency, Utility and Wealth Maximization, Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, pp. 509-51; DWORKIN, *Is wealth a Value*?, Journal of Legal Studies, Vol. 9, 1980, pp. 191-226; DWORKIN, *Why efficiency*?, Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, pp. 563-69; DWORKIN, Uma Questão ..., Capt. IV; RIZZO, M., The Mirage of Efficiency, Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, pp. 641-58.

[49] Cfr. POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University, 1990, pp. 382 e ss.

[50] POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. 2nd Ed. Aspen Law & Bussiness, 1989, p. 4.

[51] "*Before someone can 'balance' competing values* […] *he must have a fairly good idea about what is being thrown into the scales.*" HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy – The law of competition and its practice*. 2nd ed. Minnesota: West Group, St. Paul, 1999, p. 71.

[52] KERKMEESTER, Heico. Methodology: General. Verbete 0400, p. 385. *In*: BOUCKAERT, Boudewijn e De GEEST, Gerrit (Ed.). *Encyclopedia of Law & Economics*. Disponível no endereço http://users.ugent.be/~gdegeest/0400book.pdf (Acesso em 16/11/08).

[53] Vide Becker, nota 38 supra.

[54] KERKMEESTER, op.cit., p. 383.

[55] Sobre as dificuldades de se realizar análises normativas com base em modelos econômicos vide GICO Jr., Ivo T. Cartel – Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex, 2006, pp. 112 a 119.

[56] Cfr. o sítio do programa de mestrado em www.mdireito.ucb.br.

[57] Vide http://www.usu.br/iceg/pos/mecodir.htm.

OBJETO E MATRIZ CONSTITUCIONAL DA REGULAÇÃO E NORMATIZAÇÃO NO BRASIL À LUZ DO CAPITALISMO HUMANISTA*

PURPOSE AND HEAD OF CONSTITUTIONAL AND REGULATORY ADJUSTMENT IN BRAZIL IN THE LIGHT OF HUMAN CAPITAL

Jannice Amóras Monteiro

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de estudar o Direito Econômico sob a perspectiva do movimento Humanista que, diferentemente da Escola de Chicago, entende o capitalismo não apenas como uma fonte inesgotável de riquezas, como também e principalmente, como uma ferramenta de cidadania e justiça social. Deste modo, clara está a crescente influência que a defesa dos direitos humanos tem exercido em todo o mundo, consubstanciando-se em textos constitucionais e internacionais que os defendem com veemência não apenas no plano teórico, mas especialmente na prática, com políticas de implementação de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Seguindo esta linha é que a Constituição Federal Brasileira de 1988 foi promulgada numa perspectiva de um capitalismo humanista, que prima pela dignidade da pessoa humana, em conformidade com os ditames da justiça social, tendo o artigo 174 como sua matriz constitucional definidora da atividade de regulação e normatização do Estado, asseverando que é indicativa para o setor privado e determinando para o setor público, demonstrando a exata medida em que ambas as normas estão entrelaçadas e complementam-se mutuamente para tornar possível a realização de equidade social, como forma de desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO ECONÔMICO, CAPITALISMO HUMANISTA E CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA.

ABSTRACT

This work has the scope to study the Economic Law from the perspective of the Humanist movement that, unlike the Chicago School, believes that capitalism not only as an inexhaustible source of wealth, but also and primarily as a tool of citizenship and social justice . Thus, clear is the growing influence of human rights has played all over the world, establish the constitutions and in international vehemently defend them not only in theory, but especially in practice, policy implementation rights and guarantees of citizens. Following this line is that the Brazilian Constitution of 1988 was enacted with a view of human capital, which excels in dignity, in accordance with the dictates of social justice, and Article 174 as its constitutional matrix defining the activity of regulatory and normalization of the state, asserting that is indicative for the private sector and setting for the public sector, showing the exact extent that these provisions

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

are intertwined and complement each other to make possible the realization of social equity as a form of development.

KEYWORDS: ECONOMIC LAW, HUMANIST CAPITALISM AND BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION.

1. INTRODUÇÃO

A dicotomia entre a limitação e escassez dos recursos naturais (finitos) e as necessidades humanas (infinitas) fez surgir a Economia como ciência social que estuda a carência e administração dos recursos limitados à disposição dos habitantes do planeta.

Bem assim, os fatos econômicos dependem das instituições jurídicas e sobre elas exercem influência, no sentido de que quanto mais escassos os bens e mais aguçados os interesses sobre eles, maior a quantidade e diversidade de normas necessárias para o equilíbrio de tais interesses, exercendo, por conseguinte, maior pressão quando da elaboração de normas que disciplinem fatos econômicos.

É esta noção que dá ensejo ao conhecimento do Direito Econômico, que se dedica ao estudo da intervenção do Estado no domínio econômico, de caráter essencialmente multidisciplinar com múltiplas interferências recíprocas e não codificadas entre o Direito e a Economia.

Entretanto, a importância do papel do Estado no sistema econômico nunca foi motivo de consenso entre os economistas e os cientistas políticos, destacando-se, nesse ponto como objeto de estudo para o presente trabalho, duas escolas de pensamento: a escola de Chicago e o capitalismo humanista.

A primeira, para explicar formalmente o funcionamento dos mercados competitivos, deu pouca importância para a necessidade de justificar a função do Estado no sistema. No paradigma neoclássico, o Estado era visto como uma caixa preta, cujas características internas estavam fora do alcance da análise econômica. Por outro lado, os pensadores da escola do capitalismo humanista, consoante todas as transformações por que passava a Europa do século XX, modificaram sua maneira de pensar e passaram a enxergar o Estado e suas funções como elemento ativo fundamental para o equilíbrio do sistema econômico capitalista.

Neste trabalho, é feita uma síntese das duas principais escolas do pensamento sobre o tema à luz da intervenção do Estado na economia. Em seguida, com base nas dimensões mercado e governo, que são os mecanismos básicos responsáveis pela transformação dos meios em fins econômicos, é operacionalizada uma análise sucinta das premissas básicas dessas correntes de pensamento e são identificados os principais pontos de convergência e divergência entre essas escolas. Ademais, é analisado ainda qual das correntes de pensamento foi adotada pelo Estado brasileiro e bem assim pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

Cabe destacar que o artigo foi dividido em 5 (cinco) macros capítulos. O primeiro e o segundo introduzem o tema para em seu ápice explicar o Direito Econômico a partir do Humanismo, sem olvidar a diferenciação de pensamento entre as duas escolas. Já o terceiro capítulo busca analisar o objeto dos processos de regulação e normatização no Brasil à luz do capitalismo humanista a fim de que se possa entender quais as formas possíveis de intervenção do Estado na Economia, significado e abrangência dos termos regulação e normatização e de que forma esse assunto está abordado na Constituição Federal Brasileira de 1988. Por fim, no capítulo quatro, é tratada a matriz constitucional das atividades de regulação e normatização do Estado e no capítulo final, são abordadas as conclusões do trabalho.

2. O DIREITO ECONÔMICO A PARTIR DO HUMANISMO

A dicotomia entre a limitação e escassez dos recursos naturais (finitos) e as necessidades humanas (infinitas) fez surgir a Economia como ciência social que estuda a carência e administração dos recursos limitados à disposição dos habitantes do planeta.

Nessa perspectiva, os fatos econômicos dependem das instituições jurídicas e sobre elas exercem influência, no sentido de que quanto mais escassos os bens e mais aguçados os interesses sobre eles, maior a quantidade e diversidade de normas necessárias para o equilíbrio de tais interesses, exercendo, por conseguinte, maior pressão quando da elaboração de normas que disciplinem fatos econômicos.

É esta noção que dá ensejo ao conhecimento do Direito Econômico, que se dedica ao estudo da intervenção do Estado no domínio econômico, isto é, de que modo o Estado intervém na economia, quais seus limites e quais seus objetivos em tal ação. Deste modo, o foco do artigo é estudar a intervenção estatal no domínio econômico seja ela feita por meio de atividade reguladora no plano econômico ou como modalidade interventiva e empresarial. É um direito sem código que se expressa por meio de outras modalidades de instrumentos, como, por exemplo, as "agências".

Destarte, de acordo com José Afonso da Silva a ordem econômica adquiriu dimensão jurídica, a partir da Constituição mexicana de 1917, quando passou a ser disciplinada em constituições. (1)

Discutindo o assunto, apresentam-se a seguir as duas escolas de pensamento sobre a matéria: a escola de Chicago e a escola do pensamento humanista.

2.1) Capitalismo Humanista x Escola de Chicago - Análise Econômica do Direito

A origem da Escola de Chicago está relacionada à interpretação neoclássica dada ao “teorema de Coase” (1960). (2)

Diz referido teorema que o que é transacionado nos mercados não são - como normalmente os economistas supunham - entidades físicas, mas sim os direitos de

realizar certas ações. Em outras palavras, quando existem direitos de propriedade claramente definidos e os custos de negociação e transferência de propriedade são baixos, as falhas de mercado tenderiam a desaparecer, ou seja, a solução sempre seria aquela da economia neoclássica, qualquer que fosse o sistema legal em vigor.

A observação acima pode ser ilustrada por meio de um exemplo. Suponha que uma distribuidora de bebidas polui o terreno do vizinho com pó de embalagens *pet* e que existe uma lei proibindo este tipo de incômodo. Se for permitido às partes estabelecerem uma negociação, será encontrada uma solução em que a empresa paga certa quantia ao vizinho para que este desista de mover uma ação contra aquele. Assim, o vizinho obterá um resultado melhor, pois receberá uma quantia maior do que o dano causado, e o fabricante também porque pagará um valor menor do que o prejuízo que teria se tivesse que se mudar ou parar a produção. Entretanto, esta solução só será possível se duas condições forem satisfeitas: (i) clara definição dos direitos de propriedade; e (ii) baixo custo de transação (por exemplo, um sistema judicial eficiente capaz de garantir o cumprimento cabal dos contratos).

O "teorema de Coase" (1960) influenciou sobremaneira o pensamento econômico-político subseqüente e deu base à interpretação neoclássica do teorema (identificada com a Escola de Chicago).

O argumento mais poderoso da Escola de Chicago é a idéia de que o direito consuetudinário (*common law*) é um instrumento mais eficiente para a alocação de recursos do que a maioria das formas de intervenção governamental. Por outro lado, a regulação tem sido alvo de críticas severas, entre as quais a de que leis de regulação são calculadas para transferir renda aos pequenos grupos de interesse bem organizados; e a de que os resultados produzidos por políticas de regulação são tão imprevisíveis, que não podem ser justificados sob o argumento da eficiência.

Deste modo, como se pode inferir, a Escola de Chicago prima pela não intervenção do Estado na economia, por ineficiência daquele, com destaque para suficiência do capitalismo para a superação de suas distorções.

Opondo-se a esta análise, surge a corrente denominada Capitalismo Humanista, que entende a necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico como garantidor da supremacia do homem.

O Humanismo, enquanto movimento estético, literário e filosófico originou-se na Itália, na segunda metade do século XIV, exaltando o valor humano como meio e finalidade. Para o pensamento humanista o valor fundamental de uma doutrina é o homem, seu sentimento, sua originalidade e sua superioridade sobre os outros animais. O homem passa a ser visto como um ser que pode construir seu próprio destino, um ser que constitui o centro do universo.

Conforme leciona Nicola Abbagnano, o Humanismo foi um aspecto fundamental do Renascimento, mais precisamente o aspecto em virtude do qual o Renascimento é o reconhecimento do valor do homem em sua totalidade e a tentativa de compreendê-lo em seu mundo, que é o da natureza e da história. (3)

Em recente defesa de dissertação de mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, o autor Thiago Matsushita defendeu que a história contemporânea evidencia a existência de humanistas oriundos das mais diversas vertentes filosóficas, a exemplo da corrente Marxista para a qual o humanismo deve ser entendido sob o prisma de uma sociedade igualitária e livre da exploração capitalista. (4)

Ser humanista significa, portanto, valorizar o ser humano, defendendo-o das injustiças sociais impostas pela ordem vigente. Significa, ainda, colocar o homem e sua dignidade acima de tudo na complexidade das relações sociais. É o homem sobrepondo-se aos dogmas, preconceitos e instituições injustas.

É deste movimento conhecido como Humanismo que surge o interesse pelos valores e pelos direitos humanos.

Entrementes, a noção de que a cada ser humano são garantidos alguns direitos básicos é parte de uma longa história e serviu de inspiração para a maioria das revoluções da história, incluindo a inglesa, a norte-americana, a francesa, a mexicana, a russa e a chinesa, sendo certo que seu reconhecimento na esfera internacional, bem como universal, ocorreu especialmente a partir da segunda metade do século XX, sendo elevado à categoria de princípio.

Bem assim é que no tratado constitutivo das Nações Unidas, seus signatários se obrigavam a tomar atitudes, em conjunto e separadamente, pela conquista do respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos os cidadãos e povos, sem qualquer distinção de raça, sexo, língua ou religião. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que no ano de 2008 completou 60 (sessenta) anos, representantes de muitas e diversas culturas endossaram os direitos lá estabelecidos como um padrão comum de conquista para todos. E em 1976, o Acordo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Acordo Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados previamente pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1966, entraram em vigor.

Aplicando o conceito de Humanismo ao Direito temos que este é indispensável não somente como instrumento de criação humana para fins de preservar, limitar e moldar a liberdade do ser humano, mas com o fim de preservar a dignidade humana e os direitos fundamentais, por intermédio da concretização da justiça social, e de reger sua vida em sociedade.

Embora relativamente nova, a vertente humanista no direito contemporâneo se espraia por todas as ramificações da Ciência Jurídica, sobretudo no âmbito do Direito Econômico, manifestando-se no direito de todos os homens de gozar em igualdade de condições dos bens existentes no mundo.

Nesta perspectiva, ensina Arjun Sengupta que qualquer direito econômico ou social para um indivíduo ou coletividade pode qualificar-se como um direito humano, uma vez que o padrão moral ou assertiva ética do direito seja aceito por todas as pessoas em uma sociedade civil particular, e que seja possível identificar ao menos um grupo de responsáveis, se não um responsável específico, que esteja em posição de fornecer o direito e que deseje aceitar sua obrigação de ajudar. Assim, segundo o Acordo

Internacional, os direitos econômicos, sociais e culturais são direitos humanos, tal qual o direito ao desenvolvimento, conforme preceitua a Declaração de 1986. (5)

No Brasil, a ordem econômica passou a ser disciplinada com a Constituição de 1934, com princípios e normas aplicáveis, além da clara opção pela forma econômica capitalista, apoiada na apropriação privada dos meios de produção e na propriedade privada (artigo 170 da atual Constituição Federal Brasileira de 1988), como um mecanismo de consecução dos direitos fundamentais, amplamente postos no Título II da Constituição Brasileira de 1988, bem como de forma esparsada em todo o seu corpo, ocupando uma posição central na Carta Magna que se propôs a instaurar um verdadeiro Estado Democrático de Direito (art. 1º. da Constituição Federal de 1988).

3. OBJETO DA REGULAÇÃO E NORMATIZAÇÃO NO BRASIL À LUZ DO CAPITALISMO HUMANISTA

Muito embora a Constituição Federal Brasileira de 1988 tenha feito uma clara opção pelo sistema capitalista de mercado, isso não significa dizer, nos termos do art. 170, CF/88, que se trate do capitalismo puro e simples como pregado pela Escola de Chicago, baseado na livre e infindável exploração. Ao revés, o referido dispositivo constitucional tem como objetivo o caráter humanista da atividade, isto é, um capitalismo social ou um capitalismo humanista, fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com vistas a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Questão relevante é perceber quais direitos são tutelados pelo artigo 170 CF/88 e a que geração ou dimensão de direitos fundamentais eles se referem.

Classicamente, é possível a identificação de diversas classificações dos direitos fundamentais, ora adotando-se a expressão dimensão dos direitos ora optando-se pelo verbete gerações dos direitos.

Para o escopo deste trabalho, preferimos a nomenclatura dimensões de direitos, por entendermos que os direitos humanos não se substituem ao longo do tempo, pois na verdade há um processo de cumulação e expansão permanente, conforme Wolfang Sarlet:

Não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais. (6)

De acordo com Norberto Bobbio (7), por nós seguido neste trabalho, os direitos fundamentais classificam-se em 3 dimensões. A primeira dimensão dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade. A segunda dimensão, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na

igualdade. Por fim, a última dimensão seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade.

Novas gerações foram acrescidas à tríade inicial, destacando-se a quarta, desenvolvida por Paulo Bonavides (8), para o qual o direito à democracia (direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo comporiam a quarta dimensão dos direitos fundamentais, "compendiando o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos" e, somente assim, tornando legítima e possível a tão temerária globalização política. Complementarmente, José Afonso da Silva (1) cita uma quinta dimensão de direitos fundamentais composta pelos direitos solidários (direito à paz, ao desenvolvimento, comunicação, meio ambiente, patrimônio comum da humanidade).

Deste modo, analisando-se o artigo 170 da Carta Magna Brasileira à luz da classificação exposta acima, conclui-se que o direito enunciado no diploma legal em comento, no capítulo da Ordem Econômica, é, em verdade, um direito de 3ª. Dimensão porque protege a todos, isto é, a coletividade, que, em última instância, é a humanidade, a população.

Nesta linha de pensamento, cabe neste passo examinar de que forma, ao longo da história, o Estado vem atuando na economia de forma a atingir e assegurar a consecução dos objetivos acima propostos, sendo como agente normativo ou regulador.

3.1. As Formas de Intervenção do Estado Na Economia

Preliminarmente, cabe ressaltar que, quanto à intervenção Estatal, há basicamente 3 (três) tipos de Estado:

a) Estado liberal ou mínimo: com pouca ou nenhuma interferência estatal na economia e que teve em Adam Smith seu grande pensador que utilizava o conceito de “Mão Invisível do Estado” para explicá-lo;

b) Estado total: modelo de Estado pesado, com interferência mediata e imediata deste na economia e que tem em Cuba seu exemplo clássico;

c) Estado neoliberal: no qual existe um encolhimento do Estado, mas este ainda permeia as relações econômicas. Este é o modelo adotado pelo Brasil, que garante um rol de direitos mínimos e fundamentais, que como visto acima, podem ser classificados como de terceira dimensão.

Tratando da intervenção do Estado na economia, Nelson Nazar (9) ensina que a intervenção do Estado no domínio econômico divide-se em duas formas. A primeira é "atividade reguladora no plano econômico", voltada para a atuação do Estado no domínio econômico. E a segunda é "modalidade empresarial", que envolve a realidade produtiva como ela se apresenta no mercado, sendo certo que, em qualquer caso, o objeto é a disciplina da intervenção do Estado neoliberal no domínio econômico.

Deste modo, ao Estado cabe a função de atuar como agente interveniente e regulador na economia, pelo que se faz mister a análise da matriz constitucional dessa forma de atuação, que disciplina e limita tais atividades.

3.2. Regulação e Normatização

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto (10), o texto da Constituição de 1988 contemplou a função estatal de regulação da economia de modo expresso no art. 174 ao estabelecer que o Estado exerce o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica.

Vital Moreira entende por atividade regulatória "o estabelecimento e a implementação de regras para atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos". (11)

Por outro lado, a função normativa do Estado se perfaz com a produção de normas (leis, regulamentos, dentre outros) que irão propiciar a atuação estatal. Complementa Vital Moreira: "É certo que, em princípio toda a ação estadual sobre a economia privada há de pressupor uma norma prévia (lei, regulamento), mas as medidas de execução concreta dessa norma é que dão espessura ao correspondente regime de regulação". (11)

A forma como o Estado intervém na economia é fator determinante para seu desenvolvimento e atração de investidores estrangeiros, de modo que a atividade de regulação como "calibragem" de uma dada atividade e de fiscalização das regras normatizadas são funções do Estado no intuito de permitir o regime de livre concorrência e do capitalismo, entretanto, nos moldes humanistas (e não segundo o modelo da Escola de Chicago).

Desta forma, o Estado deve atuar cumprindo o fim comum de limitação da liberdade original dos indivíduos e, conseqüentemente, demarcar a autonomia privada, a partir da sua opção constitucional relativa ao sistema econômico, bem como dos princípios econômicos adotados.

Analisemos a partir deste momento, os conceitos expostos aplicados ao ordenamento jurídico brasileiro e sua Carta Magna.

3.3. Constituição Econômica e Ordem Econômica Brasileira

O conceito de Constituição Econômica não é uníssono. Alguns doutrinadores entendem que para haver Constituição Econômica, basta existir dentro de uma determinada Constituição um capítulo específico da ordem econômica (Constituição Econômica formal). Já para outros, seria necessária a presença de elementos como: escolha do modelo econômico, a tratativa dos modelos de produção, disciplinando a relação do capital com o trabalho, a finalidade do modelo e, por último, o tratamento jurídico e alinhado conforme o modelo e as atividades dos setores públicos e privados (Constituição Econômica material).

Na doutrina pátria, André Ramos Tavares, seguido por outros constitucionalistas, afirma que no direito brasileiro consagrou-se o entendimento de que a Constituição Econômica é o conjunto de princípios, normas e regras que disciplinam a economia, ou seja, a ordem econômica, alinhando-se à idéia de Constituição Econômica formal. (12)

Deste modo, o fim precípuo da Constituição Econômica, como visto, seria o de estabelecer princípios, normas e regras que regulem e normatizem a ordem econômica.

Ao revés, na prática, não é assim que ocorre e a ordem econômica assume como desiderato e função o dever de observar todo o conjunto de normas e regras, constitucionais e infraconstitucionais, que modelam a forma de intervenção do Estado na economia, tendo como objetivos, segundo Américo Luís Martins da Silva: o progresso econômico, a estabilidade econômica, a justiça econômica e a liberdade econômica. (13)

Portanto, na ordem jurídica brasileira, o eixo central da ordem econômica é constituído pelo artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que estabelece os ditames e princípios para a atuação do Estado. Entretanto, é o art. 174 que disciplina de que forma tal intervenção do Estado na economia deve processar-se, asseverando-a como indicativa para o setor privado e determinante para o setor público, o que torna indispensável, nesse momento, a análise conjunta das duas disposições constitucionais para a perfeita compreensão do tema.

4. O ARTIGO 174, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, COMO MATRIZ CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE DE REGULAÇÃO E NORMATIZAÇÃO DO ESTADO SOB OS DITAMES DO CAPITALISMO HUMANISTA

Destarte, levando-se em conta a forma e a intensidade da intervenção do Estado nas relações econômicas estabelecem-se os tipos de políticas públicas de regulação e normatização que devem ser adotada para efetivar na prática os direitos fundamentais.

Assim é que a Constituição brasileira aponta no sentido do desenvolvimento mais sadio e solidário, fornecendo instrumentos para aplicação concreta desses objetivos. Há, entretanto, uma ressalva: atribui ao Estado a atividade regulatória, bem como a de estabelecer diretrizes, de caráter *indicativo*, para o setor privado (art. 174, caput), o que vem a produzir reflexos quando da delegação aos particulares das atividades públicas.

Portanto, o Estado dito regulador é subproduto da ascensão do neoliberalismo, que ganhou força ideológica a partir do esgotamento do modelo predatório de 1946 – 1969.

O Estado deixa de lado a intervenção ativa (que no ordenamento jurídico brasileiro só é admissível nos casos previstos na Constituição e quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo) para assumir a intervenção passiva. Concedendo ou permitindo a particulares a prestação de serviços públicos, envolve-se o Estado em outro nó górdio cultural. É da natureza da atividade particular a busca de lucro, grande, rápido e sem controle, não permitindo a Constituição brasileira, em

qualquer hipótese, o estabelecimento de diretrizes ou planejamento, em caráter obrigatório, para o setor privado.

Ao longo da história, a intervenção estatal brasileira trilhou caminhos que podem ser assim resumidos:

No Brasil, a intervenção estatal no domínio econômico teve, ao longo do século XX, as seguintes principais vertentes: regulação da atividade econômica, atuação empresarial, prestação de serviços públicos e fomento econômico. Na década de 90, o Estado se retirou, em larga medida, da atividade empresarial. Assistiu-se também à ampla delegação de serviços públicos a agentes privados. O papel de regulador da atividade econômica passou a ser o papel preponderante do Estado. (14)

O trato da economia nas Constituições brasileiras demonstra que as opções políticas variaram e migraram de um liberalismo parcial e importado para um intervencionismo ora radical, ora moderado.

A primeira Constituição, de 1824, conforme ensina Emilia Viotti da Costa, adotava "em parte" o sentido liberal: a liberdade consagrada era aquela que coincidia com a ordem existente: manter a estrutura escravista de produção e cercear as pretensões democratizantes. (15)

Já a Constituição de 1891 nasceu num contexto histórico de hegemonia que, extraindo da lição de Nicolau Sevcenko (16), podemos resumir: em meados do século XIX, a Europa ocidental estava numa fase de desenvolvimento tecnológico que lhe assegurava o domínio de poderosas forças naturais, fontes de energia, meios de transporte e comunicação, armamentos e conhecimentos especializados.

A hegemonia européia se baseava na idéia de uma vocação inata para o saber, o poder e a acumulação de riquezas, expressa pela fórmula "ordem e progresso", significando que conduziria o mundo a um futuro de abundância, racionalidade e harmonia.

A abundância e racionalidade no Brasil de 1889 eram representados pela economia agro-exportadora, com o café como principal produto, que perdurou na chamada república velha (até 1930).

A Constituição de 1891 (modelada, mas não copiada, na Constituição dos Estados Unidos da América) espelhou o modelo econômico liberal: vedava a intervenção estatal na iniciativa privada, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho. (17)

Sob essa Constituição, Rui Barbosa, na pasta da Fazenda, estabeleceu um novo regime financeiro que facilitava o crédito, dava liberdade total aos Bancos e emitia moeda vertiginosamente. O modelo, denominado "Encilhamento", que durou até 1892, pretendia estimular a criação de grandes empresas agrícolas e industriais. O resultado foi a criação companhias dedicadas à exploração dos valores das suas próprias ações, desenvolvendo-se desenfreado jogo de Bolsa. Diante da inflação desordenada, as taxas cambiais favoreciam as moedas estrangeiras. A crise do sistema oligárquico foi resultado da falta de entendimento entre as elites e do descontentamento dos militares,

defensores da centralização do poder. E, no bojo da revolução, subiu ao poder Getúlio Vargas, cujo nome se associava à “modernização” do país.

O ingresso do Brasil na economia industrial deu-se, por opção de Getúlio Vargas, em 1930, que combinou uma política de queima de estoques de café com o desenvolvimento da indústria. O que lhe valeu ser um dos primeiros países do mundo a superar a crise provocada pela quebra da Bolsa de Nova Iorque de 1929.

A política econômica, então, caracterizou-se por forte intervencionismo. Foi negociada a dívida externa e criados os primeiros conselhos regulatórios, nas áreas de finanças, comércio e recursos energéticos, como o Conselho Federal de Comércio Exterior (1934), o Conselho Técnico de Economia (1937), o Conselho Nacional de Petróleo (1938), o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (1939). E criado um órgão de planejamento: a Coordenação da Mobilização Econômica.

Marco desse período, portanto, a Carta constitucional de 1937 espelha a opção política pelo intervencionismo da Economia.

O Estado foi assumindo a responsabilidade pela produção de insumos básicos. Em 1940, foi criada a Companhia Siderúrgica Nacional, em 1942 a Companhia Vale do Rio Doce, em 1943 a Companhia Nacional de Álcalis e a Fábrica Nacional de Motores e em 1945, a Companhia Hidrelétrica do São Francisco.

Juntaram-se, pois, na era Vargas (1930-1937 e 1937-1945, na Ditadura do “Estado Novo”) as duas formas de intervenção na Economia: a regulação da atividade privada e a produção direta.

A queda de Vargas, em 1945, foi efeito de conjuntura internacional. A participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial em defesa da *democracia* e a vigência de uma *ditadura* dentro do país estimulou setores da classe média com poder de mobilização (estudantes, jornalistas) a lutarem pela queda de Vargas.

A Constituição de 1946 caracterizou-se pela opção liberalista.

Mas ainda uma vez Getúlio Vargas foi conduzido ao poder, nas eleições de 1950. Desta feita, a sua política nacionalista e o incentivo à sindicalização dos trabalhadores deram6 origem a forte campanha anti-Vargas, encabeçada por setores das Forças Armadas e patrocinada pela classe média.

No governo Juscelino Kubitschek (1956-1960) iniciou-se a transição de uma política nacionalista para outra desenvolvimentista, marcada pela expansão econômica e pelo ingresso de capitais estrangeiros. A aliança populista entre o Estado, a classe trabalhadora organizada e a burguesia nacional entrou em crise entre 1961 e 1964 e desembocou no golpe militar.

A Carta de 1967, emendada em 1969, amoldada à união entre militares e tecnocratas patrocinou a modernização nas áreas de telecomunicações, do setor financeiro, da diversificação da pauta de importações, a concentração renda e o aumento da dívida externa. A crise do regime autoritário deu-se, no âmbito da Economia, por conta da

crise fiscal, à qual já nos referimos. Durante todo o período do regime militar, o que se observa é a sistemática intervenção sobre a economia.

O fim do regime militar, em 1985, acelerou as pressões, nacionais e internacionais, pela adoção do neoliberalismo.

Finalmente, sob a atual Constituição percebe-se um movimento muito maior tendente à saída do Estado da economia, numa clara tendência do Estado agindo como agente regulador do mercado. Entrementes, clara está a função do Estado como agente facilitar do mercado sem olvidar a consecução dos direitos humanos, como bem se comprova, ainda, com a redação do atual dispositivo constitucional, integrante da ordem econômica, do artigo 219, da Constituição Federal, que é taxativo ao dizer que o mercado integra o patrimônio nacional, o que não significa repulsa ao liberalismo, mas lhe dá um sentido social, porque destinado a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país numa verdadeira concepção social do mercado.

5. CONCLUSÕES

Historicamente o governo brasileiro pouco fez em defesa das garantias fundamentais de seus cidadãos. A experiência da ditadura militar entre os anos de 1964 e 1985 deixou resquícios de autoritarismo ainda presentes na atualidade, muito embora seja o país signatário de documentos internacionais de garantia desses direitos fundamentais, de que exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos que comemora 60 (sessenta) anos.

Não obstante os obstáculos enfrentados, governos de diferentes países vêm demonstrando interesse pela defesa dos direitos humanos. O corolário da adesão à causa das garantias fundamentais dos cidadãos leva a crer que a fundamentação política desses direitos perdeu seu interesse. Não se trata mais de buscar razões, mas de construir condições para a realização dos direitos proclamados.

Consoante este preceito, a Constituição Federal Brasileira de 1988 foi promulgada numa perspectiva de um capitalismo humanista, que prima pela dignidade da pessoa humana, em conformidade com os ditames da justiça social.

Prova disso é o artigo 170, caput, da CF/88, que elenca os princípios que devem ser observados na consecução de uma existência digna a todos; entretanto, é o art. 174 que traz qual é a forma de intervenção do Estado na economia, seja como agente regulador ou normativo, asseverando que é indicativa para o setor privado e determinando para o setor público, demonstrando a exata medida em que ambas as normas estão entrelaçadas e complementam-se mutuamente para tornar possível a realização de equidade social, como forma de desenvolvimento.

6. REFERÊNCIAS

(1) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo,* 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

(2) COASE, Ronald. *The problem of social cost. Journal of law and economics, V. 3, 1-44,* 1960.

(3) ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

(4) MATSUSHITA, Thiago Lopes. *Análise reflexiva da norma matriz da ordem econômica*. São Paulo. Dissertação de mestrado, 2007.

(5) SENGUPTA, Arjun. *On the theory and practice of the right to development.* In: *Human Rights Quartely*, Volume 24, Number 4, November 2002.

(6) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

(7) BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 1992.

(8) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

(9) NAZAR, Nelson. *Direito econômico*. São Paulo: Edipro, 2004.

(10) MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal.* In: Revista de Direito Público da Economia. Ano 1, n. 1 (abri/jun 2003). Belo horizonte: Fórum, 2003.

(11) MOREIRA, Vital. *Auto-regulamentação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

(12) TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

(13) SILVA, Américo Luís Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

(14) RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Cooperação e desenvolvimento: a regulação da atividade reguladora*. In: Regulação e desenvolvimento. Calixto Salomão Filho, coordenador. São Paulo: Malheiros, 2002, 125 p.

(15) COSTA, Emilia Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 2 ed. São Paulo: Ciências Humanas, 1979, 116 p.

(16) SEVCENKO, Nicolau. *A corrida para o século XXI – No loop da montanha-russa.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

(17) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, MEDIAÇÃO E DIREITO DE FAMÍLIA: UM ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS E O BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE*

LAW AND ECONOMICS, MEDIATION AND FAMILY LAW: A STUDY ABOUT THE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURTS AND THE BINOMIAL NECESSITY-POSSIBILITY

João Bosco Dutra Ferreira

RESUMO

Este trabalho aborda a Análise Econômica do Direito - AED - aplicada ao Direito de Família, em especial ao instituto dos Alimentos. Iniciou-se por uma breve revisão da literatura a respeito de conceitos e de ferramentas da Economia de que se vale a AED. Em seguida, tratou-se da situação da AED na ordem jurídica brasileira, com ênfase ao Direito de Família. Procurou-se- verificar os possíveis vínculos entre a AED e a mediação familiar. Realizou-se um recorte especial, analisando-se a AED e o instituto dos Alimentos. No intuito de contribuir com uma visão prática, complementou-se o trabalho com uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre a aplicabilidade da AED à questão dos Alimentos - instituto tão caro ao Direito de Família -, que, todavia, não prescinde de uma forte conotação econômica. Por fim, procurou-se demonstrar que é preciso promover a reconciliação do Direito com a Economia, como condição necessária à reconstrução do Direito contemporâneo. É preciso encurtar os caminhos que ligam o Direito e a Economia e quebrar a resistência dos profissionais do Direito em aplicar teorias econômicas. Os raciocínios jurídicos são indissociáveis da apreciação econômica. Verifica-se um certo temor em se assumir a existência humana também como uma realidade econômica; como se se estivesse a desafiar princípios morais; como se Direito e Economia não fizessem parte do mesmo mundo globalizado.

PALAVRAS-CHAVES: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO; DIREITO DE FAMÍLIA; MEDIAÇÃO; ALIMENTOS; EFICIÊNCIA.

ABSTRACT

The present assignment focuses the employee of Law and Economics to Family Law, particularly to questions involving spousal or child or parental support. The study started by a succinct revision of the state of the art concerning on the concepts and tools of Economics in wich Law and Economics is based on. Afterwards, it was analyzed the use of Law and Economics by the juridical order. In the same way, the possible link between Law and Economics and Mediation in Family Law. A special analysis was done about law and economics and legal support - spousal, child and parental support. In order to contribute to a practical view, it was included a jurisprudential and doctrinal research. It was concluded that even for Family Law the principles of Law and

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Economics are applicable. It is necessary to promote the reconciliation of the Law with the Economics - condition sine qua non for the reconstruction of contemporary Law. Judicial reasonings are strongly linked to Law and Economics almost always by an indirect way, but there is a resistance in applying economic reasonings as if it was an immoral behavior. People do have to remember that the Law and the Economics integrate the same global world.

KEYWORDS: LAW AND ECONOMICS; FAMILY LAW; MEDIATION; SUPPORT; EFFICIENCY.

A suficiência dos bens corpóreos é necessária ao exercício da virtude.[1]

1. INTRODUÇÃO

Mas o que é preciso para que [os homens] fiquem contentes não é que tenham mais ou menos, mas que se convençam de que não têm direito a mais ou a menos.[2]

Ao se propor a empreitada de tratar da Análise Econômica do Direito aplicada ao Direito de Família, vem sempre à mente uma indagação: onde e como se situa a questão no direito contemporâneo? Que seria importante discutir previamente ao tema? Que poderia ser abordado e com quais fundamentos, pois se acredita haver uma grande inter-relação entre o Direito de Família e a Economia?

A partir de uma breve incursão à Análise Econômica do Direito, à Mediação e a alguns institutos do Direito de Família, passou-se a uma reflexão a partir de jurisprudências dos tribunais relativas a alimentos, sobretudo àquelas concernentes a aspectos econômicos e que apresentam um desvio evidente para uma justiça sócio-distributiva.

A despeito das abordagens sucintas, procurou-se não fugir ao enfrentamento de questões ainda não pacificadas, como a assunção de posições caras ao Direito de Família ou abordar por outro ângulo, o econômico, as questões pertinentes às relações subjetivas existenciais; tampouco se eximiu de tecer críticas à comunidade jurídica nem de se propor uma solução a contribuir para melhorar o estado de coisas.

O trabalho encontra-se permeado sobretudo com idéias contidas nas obras de Andrés Roemer – *Introducción al análisis económico del derecho* – e de Richard A. Posner – *El análisis económico del derecho*. Buscou-se como contraponto, ou melhor, como uma possibilidade prática da aplicação da análise econômica à mediação e a institutos concernentes ao Direito de Família, particularmente aos Alimentos.

A mediação é abordada na medida em que tende a ser parte de um sistema jurídico privado, livre do intervencionismo estatal, como também deveria ser uma ordem econômica ideal.

Finaliza-se o presente trabalho com uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, embora sucinta, sobre a aplicabilidade da análise econômica do direito à questão dos Alimentos – instituto tão caro ao Direito de Família, mas que não prescinde de uma forte conotação econômica.

2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

É importante, antes de se fazer um recorte ao tema proposto, compreender o que é a ciência econômica e seu objeto de estudo, pois a análise econômica dela vai derivar. Por ciência econômica pode-se entender o campo do conhecimento que tem por objeto o estudo dos fenômenos relacionados com a obtenção e a utilização dos recursos materiais necessários ao bem-estar da sociedade, em outras palavras, "é o estudo de como a sociedade escolhe entre suas necessidades e desejos de forma a adequá-los aos recursos materiais de que dispõe e de como a sociedade procura aperfeiçoar a utilização desses mesmos recursos materiais". (PIMENTA, 2006, p.160)

Passa-se, agora, ao estudo da teoria da análise econômica do direito que se vale da aplicação de ferramentas da Economia ao Direito.

2.1. Conceito

A análise econômica do direito ou *Law and Economics*, segundo a denominação original, nos E.U.A.- berço da teoria, é a disciplina que procura explicar os fenômenos jurídicos à luz de métodos e conceitos da Ciência Econômica. Portanto, a análise econômica do direito situa-se entre a Teoria Jurídica e a Ciência Econômica, procurando analisar, conciliar e aplicar conceitos dessas duas disciplinas aos fenômenos jurídicos. Ou seja, mais que uma análise, trata-se de uma interpretação do direito a partir da ótica econômica.

Como movimento contemporâneo, a análise econômica do direito representa os ramos que unem os estudos do direito e da economia onde as pesquisas abordam, a partir de ferramentas da ciência econômica, as causas e efeitos (reflexos) do direito na economia e vice-versa. (ROEMER, 1994, p. 5 e seg.).

As ferramentas da ciência econômica mais utilizadas são a análise custo-benefício, os conceitos de transação e, mais recentemente, os testes (e formulações) econômicos.

De acordo com Alvarez

a análise econômica do direito é uma tentativa de dotar o pensamento jurídico de uma teoria que explique o comportamento dos indivíduos perante as regras e os efeitos destas na consecução de resultados eficientes. Uma teoria preditiva e explicativa é possível por dois motivos, em primeiro lugar, porque o direito influi no comportamento dos indivíduos e, em segundo lugar, porque esta influência é de natureza econômica. (ALVAREZ, 2006, p. 56).

2.2. O fenômeno jurídico e a Análise Econômica

O universo de fenômenos jurídicos abrangidos pela análise econômica do direito açambarca todos os ramos do direito, alguns de maneira mais visível, outros de maneira indireta. Inicialmente desenvolvida nos países cujo sistema jurídico de origem é a *commom law*, a análise econômica do direito encontra ainda bastante resistência nos países de direito codificado (ALPA, 1997, p.32; COOTER, 1991; POSNER, 2005; ROEMER, 1994, p.84 e seg.).

Se se considerar a aproximação entre o sistema político e o sistema jurídico, vários aspectos da análise econômica do direito já foram ou têm sido tratados pelas ciências sociais, pelo direito, inclusive. Porém, a ênfase desenvolvida nos países de *common law*, sobretudo nos E.U.A., a partir da segunda metade do século passado, touxe particularidades à aplicação da análise econômica ao direito. Duas são as subdivisões da análise econômica do direito: a análise positiva e a análise normativa.

A análise econômica positiva do direito utiliza as ferramentas da análise econômica para descrever e prever os efeitos das regras de direito sobre o comportamento dos sujeitos. Por exemplo, pode-se analisar, descrever e comparar um sistema de responsabilidade civil objetiva com um sistema de responsabilidade civil subjetiva. Como produto, pode-se deduzir as respostas racionais produzidas pelos agentes sob cada um dos modelos de responsabilidade aplicados. Trata-se de um tipo de análise em ordem direta. Parte-se do início (da aplicação) para chegar-se aos efeitos da norma, sob a ótica econômica. Representa uma análise da situação "como é", pois agrega mais valor histórico a um sistema jurídico. Essa análise assume que os seres humanos são agentes racionais e reagem sempre aos incentivos a que se encontram submetidos. Por outro lado, a análise normativa do direito tem como centro de observação a eficiência. Analisa-se a norma como "deveria ser" ou "deverá ser". A eficiência é normalmente traduzida como a *melhoria de Pareto* e o *ótimo de Pareto*. São conceitos desenvolvidos pelo economista e engenheiro Vilfredo Pareto e largamente aplicados à ciência econômica. O ótimo de Pareto considera uma condição ótima em termos econômicos quando não for possível melhorar a situação, ou a utilidade, de um agente sem diminuir a situação, ou a utilidade, de qualquer outro agente. O ótimo de Pareto geralmente é produto das melhorias de Pareto que irão culminar naquela situação em que já não se consegue mais otimizações. É interessante remarcar que um ótimo de Pareto não tem necessariamente um aspecto socialmente benéfico ou moralmente aceitável. Outro conceito muito empregado na análise econômica é a *eficiência de Kaldor-Hicks*; semelhantemente ao ótimo de Pareto, porém, por ser um conceito mais abrangente, pode ser aplicada a uma maior gama de fenômenos. Isto é, como no mundo da vida, a maior parte das transações implica em ganhadores e perdedores não se poderia aplicar sobre elas a eficiência de Pareto. Já o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks prevê, ao menos em tese, uma

compensação ao perdedor por parte do ganhador (PIMENTA, 2006, p. 163 e seg.; RODRIGUES, 2007, p.33 e seg.; ROEMER, 1994, p.12 e seg.).

Propõe-se uma reflexão sobre a certa semelhança, (ou vinculação?) que parece existir entre as análises econômicas positiva e normativa do direito e os planos normativos. Marcelo Galuppo menciona dois planos relativos às normas; o *plano de justificação*, que se efetiva na fase de produção da norma jurídica e o *plano de aplicação*, que, conforme o próprio nome indica, efetiva-se no momento de aplicação da norma ao caso concreto. (GALUPPO, 2002, p.184). A análise econômica normativa do direito em sua busca pela eficiência, buscando analisar como a situação "deveria ser", pode oferecer grande contribuição, política inclusive, ao plano de elaboração ou de justificação das normas; enquanto a análise econômica positiva do direito em muito se alinha com o plano de aplicação das normas.

As principais críticas aos critérios de eficiência, segundo Alvarez (2006) que também apresentam aproximações e dissensões da Escola Crítica do Direito (KENNEDY, 1998), são:

- a teoria do agente racional não é uma representação satisfatória da realidade devido à sua grande simplificação da natureza humana;

- há uma desconsideração quase absoluta com os objetivos de uma justiça distributiva;

- também há desinteresse pelos direitos humanos.

2.3. Situação da Análise Econômica do Direito na ordem jurídica brasileira

No Brasil, não se constata de maneira sistemática a aplicação das técnicas de análise econômica pelos vários segmentos operacionais do Direito. Mas, é interessante a opinião geral e generalizada de que temos um sistema judiciário ineficiente e que precisa de reformas urgentes. A análise econômica do direito não é estudada, tampouco aplicada, em escala significativa, limitando-se a algumas Faculdades de Direito, e, mesmo assim, na maioria delas, vinculada aos curso de pós-graduação. A disciplina Economia (noções ou introdução) faz parte do currículo mínimo da graduação (bacharelado) em Direito.

Quanto à prática jurídica, Armando Castelar Pinheiro ressalta o distanciamento e a não-adesão dos magistrados à análise econômica do direito:

Em pesquisa recente com magistrados, 73,1% dos entrevistados responderam que concordam com a afirmativa seguinte: "o juiz tem um papel social a cumprir e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos".(...) é importante que os juízes entendam melhor a repercussão econômica das suas decisões. Em particular, que quando eles buscam a justiça social estão mandando sinais e afetando expectativas e comportamentos dos agentes econômicos em geral, no Brasil e no exterior. (PINHEIRO, 2003, p.19-20).

Outro aspecto do mesmo estudo acima demonstra que

Há também uma divergência fundamental sobre o dilema justiça social e segurança jurídica. Para a economia, a justiça social deve ser buscada essencialmente através da redistribuição da receita de impostos, notadamente através das políticas públicas nas áreas de educação, saúde, habitação etc. Os magistrados brasileiros, porém, acreditam que a busca da justiça social justifica sacrificar a segurança jurídica, com uma larga maioria deles sendo de opinião que "O juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos." Em proporção minoritária, mas também significativa, grande número de magistrados também acredita que a busca da justiça social justifica decisões que violem as leis. (PINHEIRO, 2003, p.22).

A imprevisibilidade do sistema judicante, não assegurando um mínimo de segurança jurídica, leva o profissional do direito a se cercar de toda a cautela possível, introduzindo nas regras "todas as proteções possíveis para garantir que mesmo nos casos mais excepcionais a justiça seja feita" (PINHEIRO, 2003, p.21). Isso também impede, ou dificulta a busca por alternativas jurisdicionais, como a mediação ou a arbitragem, por exemplo: se a Justiça não garante "a justiça", que se dirá dos métodos alternativos?

Tal estado de coisas certamente eleva os custos de transações, elimina oportunidades de negócios, enfim, reduz a eficiência em todos os níveis.

3. DIREITO, ECONOMIA E JURISDIÇÃO[3]

A questão problematizada é a seguinte: até que ponto os brasileiros estamos aptos a atuar como cidadãos compondo uma sociedade civil comparável aos países desenvolvidos e até que ponto a esfera pública política está em sintonia com as demandas dos novos tempos? O baixo nível de instrução dos brasileiros, a enorme desigualdade sócio-econômica, a ausência de um patrimônio mínimo[4] garantido a todos, e a permanência de elites detendo o poder, ainda representam um imenso desafio na busca da *melhor sociedade*. O ônus da nossa democratização tardia, a inexistência de um histórico de mobilização de massas e de uma *justiça que se cumpra*, são expressões do *quantum* que ainda se tem a caminhar, do desafio a ser vencido, para a instituição de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Em uma perspectiva histórica e cultural do Direito, ou do acesso a ele, o Brasil tem caminhado de maneira semelhante à grande maioria dos países (democraticamente) desenvolvidos. Em um estudo de vários países, dentre eles o Brasil, Sergio Chiarloni (2004), conclui que a crítica geral não é somente à qualidade da prestação jurisdicional em si – as leis existem e são aplicadas apropriadamente (quando vinculantes). A crítica vai para os custos, a demora e a baixa efetividade do processo, com seus recursos, além do ainda deficitário acesso à justiça.

A esse respeito, manifesta-se Francisco Amaral:

Aspecto interessante da crise [Judiciária] no Brasil, que diz respeito à sua normatização social, é a crescente freqüência com que professores e alunos se reúnem para discutir aspectos do Direito contemporâneo e, particularmente, para elaborar o que eu chamo de "estruturas jurídicas de resposta" aos problemas da sociedade atual. Isso traduz o reconhecimento da função do jurista, que é a de criar soluções para os novos desafios, reelaborando os modelos jurídicos já estabelecidos. Como isso pressupõe um *background* de natureza cultural e científica, parece-me serem as universidades o *locus* mais adequado para o desenvolvimento desse processo de desconstrução e reconstrução jurídica, evitando repetir, nessa experiência, os modelos superados do passado. (AMARAL, 1999).

A própria história do Brasil, segundo César Fiuza, demonstra, ou, até mesmo, explica o estado em que se encontra a jurisdição brasileira:

O estado é falho em sua função jurisdicional, aliás, como em muitas outras. As razões desse mau funcionamento encontram raízes na própria evolução histórica e na ânsia pela manutenção do sistema econômico. Pode-se, facilmente, concluir que as falhas da jurisdição são opção histórica do sistema. (...) É opção do sistema que, vê nisso forma de manutenção do *status quo*. Justiça inoperante, mesmo que, para isso, paguem até seus próprios protegidos. O processo judicial é formalista, lento e ineficaz. (FIUZA, 1995, p.36).

Paulo Sérgio Domingues, analisa a crise na Justiça e apresenta algumas soluções:

Em uma análise abrangente do problema, podemos reconhecer a existência, no país, de algo que poderíamos chamar de “sistema judiciário”, que envolve o julgamento de conflitos, a elaboração de leis processuais e a interpretação das leis e da Constituição, mas também a segurança pública, a investigação criminal, o sistema prisional, a Defensoria Pública, o Ministério Público, a advocacia e outros. Tudo visando à distribuição de justiça em cada caso concreto [...] Decorrência lógica é admitir que a eficácia desse “sistema judiciário” depende da eficiência de várias instituições dos três Poderes, interdependentes entre si. A atuação falha de uma delas pode implicar na falência de todo o sistema.[...] Para melhorar a Justiça e acelerar os processos necessitamos, no mínimo: [...] Alterar profundamente as leis processuais: por exemplo, limitando o número de recursos aumentando a força das decisões das instâncias inferiores e diminuindo as hipóteses de acesso aos tribunais superiores, valorizando as ações coletivas, para evitar a multiplicação de demandas idênticas; fortalecer os juizados especiais, levando as experiências de desburocratização e informatização neles

adotadas ao processo tradicional. [...] Que o Executivo implante efetivamente a Defensoria Pública da União, cumprindo a obrigação constitucional de oferecer assistência jurídica à população. (DOMINGUES, 2004).

A esse rol de proposições visto acima, ainda se poderia acrescentar uma maior ênfase aos meios alternativos de resolução de conflitos, como a Mediação e a Arbitragem, por exemplo.

3.1. Relações jurídicas e autonomia

Inicialmente, há que se discorrer sobre a evolução da autonomia no contexto dos vários paradigmas de Estado que se sucederam na Modernidade. Em resposta ao Estado Absolutista, nasceu o Estado Liberal, verdadeiro berço da autonomia da vontade. Esse Estado tinha como característica a intervenção mínima na esfera privada, o caráter quase absoluto da propriedade privada, a economia competitiva do livre mercado e a acumulação de capitais, além de uma igualdade meramente formal entre os indivíduos. Nesse contexto, os atos negociais consubstanciavam a máxima *pacta sunt servanda*, o negócio fazendo lei entre as partes, independentemente de princípios relativos a alteridade e justiça. Pode-se afirmar que havia a manifestação da autonomia da vontade em estado puro, conseqüência do individualismo marcante do Estado Liberal. A situação vai-se modificar com a evolução ao Estado Social de Direito, com o surgimento dos direitos de segunda geração, com as restrições impostas pelo novo Estado às liberdades individuais - o dirigismo contratual e a função social da propriedade. A essa época, a autonomia da vontade, dadas as restrições a ela impostas pelo Estado Social, passa a se manifestar como autonomia privada. Os atos negociais entre os indivíduos consubstanciam-se na esfera do Direito Privado, mais bem delimitada pelo Estado e mais estritamente sob a sua tutela.

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.

Sinônimo de autonomia da vontade, para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão "autonomia da vontade" tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real. (AMARAL, 2006, p.345).

Acredita-se ser a preferência pela expressão "autonomia privada" fruto de uma maior e melhor delimitação do Direito Privado, com a evolução dos paradigmas de Estado. Particularmente, com o advento do Estado Democrático de Direito, que surge, portanto, de uma crise de legitimidade. O cidadão deixa de ser o sujeito passivo da tutela estatal, passando a ter participação ativa na vida do Estado. Não mais se concebe um poder estatal que não seja legitimado. E, para isso, há que se ter uma sociedade

pluralista, livre, justa e solidária, onde os espaços para o diálogo, para as interações positivas, sejam garantidos, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Bruno Torquato Naves,

A denominação autonomia privada veio apenas substituir a carga individualista e liberal da autonomia da vontade. Ao Direito, pois, resta analisar a manifestação concreta da vontade, segundo critérios objetivos de boa-fé, e não suas causas e características intrínsecas. Não é objeto do direito perquirir sobre o conteúdo da consciência interna de cada ser. Daí decorre nossa preferência por esta posição e, conseqüentemente, pela expressão autonomia privada. (NAVES, 2003, p.82).

3.2. A Análise Econômica do Direito e o Direito de Família[5]

De conhecimento corrente é o fato de ter o direito civil brasileiro forte conotação patrimonialista, sobretudo à época do Código Civil de 1916. As relações jurídicas patrimoniais sempre tiveram mais relevo que as relações jurídicas existenciais (LIMA, 2003, p. 250). Esse estado de coisas vai-se alterar com a nova Constituição, em 1988. A função social adquire ares de princípio constitucional, valendo também para as relações familiares, seja através do casamento, em sentido clássico, seja pela união estável ou pela formação das novas modalidades (constitucionais) de relações familiares (famílias monoparentais).

Valendo-se das palavras de Mauro Cappelletti,

O direito civil substantivo, ou seja, aquele direito substantivo sobre o qual operam os tribunais cíveis, continua, pelo contrário [em comparação aos sistemas comunistas], sendo, para nós, “ocidentais”, a princípio – exceção feita de alguns setores do mesmo, como de alguns aspectos do direito de família ou do direito do trabalho, agrário, industrial -, um direito privado. Este cria, por conseguinte, direitos subjetivos privados, isto é, deixados à livre disponibilidade do indivíduo, o qual pode dispor deles de modo diverso: alienando-os, transferindo por doação ou por sucessão, renunciando a eles, etc. (CAPPELLETTI, 2001, p.21).

Contemporaneamente, já se propugna, pela aplicabilidade da análise econômica do direito à esfera existencial. Essa é a nova questão que se propõe: a aplicabilidade da análise econômica do direito às questões de Direito de Família, visto tratar-se muitas vezes de questões já postas em prática de maneira não sistemática, mas abundantemente, como se verá a seguir. Já foi dito que para a normatização social, professores e alunos do Direito têm procurado elaborar *estruturas jurídicas de respostas*. Ainda segundo Amaral (1999), “O Direito é hoje um mundo de incertezas, porque os problemas e os desafios são tão grandes e constantes que não temos como

encontrar, nos nossos modelos jurídicos, soluções imediatas". Reforça-se a assertiva, acrescentando-se as palavras de J.J. Calmon de Passos:

[...] essa sensibilidade para o socialmente institucionalizado e ainda não formalmente regulado é que é, justamente, o divisor de águas entre os que fazem da prática do direito apenas uma profissão e os que, tentam construir conhecimento a serviço dos homens. (PASSOS, 1999).

Vale-se de recentes posições doutrinárias para a defesa da aplicabilidade da análise econômica às questões de Direito de Família:

As normas que regulamentam o Direito de Família são, na sua maioria, normas de ordem pública ou cogentes. Entretanto, mesmo nas questões que versam sobre o direito de família, a vontade das partes envolvidas pode e deve ser considerada. A autonomia privada não pode ficar circunscrita ao direito das obrigações (RODRIGUES JÚNIOR, 2007).

Em sua obra, Vasco Rodrigues reforça a questão:

A aplicação da economia a questões "não económicas" causa frequentemente estranheza e até desagrado. A estranheza resulta, em grande medida, de os fenómenos analisados não parecerem ocorrer no contexto de mercado e as escolhas efectuadas não parecerem ser determinadas por preços. Qual é o preço de um filho? Haverá uma oferta e procura de filhos? E de maridos? (...) embora, de facto, não existam mercados nem preços explícitos para a maioria desses "produtos e serviços" é, muitas vezes, possível analisar o seu fornecimento como se eles existissem. (RODRIGUES, 2007, p.36).

Enfim, não se pode olvidar a dimensão econômica da produção familiar (POSNER, 1992).

3. MEDIAÇÃO

A mediação integra as alternativas para resolução de disputas. É nítido o aspecto privatístico da mediação que tem seu espaço de aplicação diretamente relacionado aos direitos disponíveis, na esfera privada. Portanto, a condição de aplicabilidade da

mediação estaria vinculada aos direitos disponíveis ou a situações em que determinados direitos podem ser tratados sob a perspectiva da disponibilidade.

Ora, se o que interessa, de fato é a pacificação social, pouco importa que ela se realize por intermédio do Estado, mediante jurisdição ou por outros meios. É possível e, às vezes, mais indicado, que alguns conflitos se resolvam a partir de outros meios, como, por exemplo, da arbitragem e da mediação. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.26).

3.1. Conceito

O termo mediação teve sua origem no verbo latino *mediare*, dividir ao meio, colocar-se no meio. Assim ensina o Prof. Fiuza (1995, p.51), "mediação é palavra polissêmica utilizada, tanto como sinônimo de corretagem, enquanto intermediação mercantil, quanto como equivalente jurisdicional, na solução de conflitos de interesses".

A realidade e as necessidades sociais acabaram por atribuir tal termo ao processo de resolução de disputas mais condizente com a evolução do homem e o contexto em que se encontra: Estado Democrático de Direito, necessidade de ser, o homem, livre, além de sujeito de direitos, partícipe direto no processo de elaboração, interpretação e aplicação do Direito, enfim, responsável pelo seu próprio destino e o de seus semelhantes.

Apresentam-se a seguir dois conceitos de mediação, bastante interessantes. O primeiro deles, tem autoria de profissional do Direito, atuando em área – Direito do Trabalho – onde a mediação já está presente, de maneira sistemática, há mais tempo, no Brasil.

Mediação consiste na conduta, pela qual determinado agente, considerado terceiro imparcial em face dos interesses contrapostos e das respectivas partes conflituosas, busca auxiliá-las e, até mesmo, instigá-las à composição, cujo teor será, porém, decidido pelas próprias partes.[...] É figura, às vezes, chave na vida social, quer no âmbito das relações interindividuais ou microssociais, quer no âmbito comunitário mais amplo. (DELGADO, 2002, p.1431-1432).

O segundo conceito, abaixo, já adiantando o caráter multidisciplinar da mediação – para muitos, interdisciplinar ou transdisciplinar -, é da lavra conjunta de um médico psiquiatra e de uma psicóloga, especialistas em mediação familiar.

A mediação é um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final resolve o problema com uma solução mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito. (HAYNES; MARODIN, 1996, p.11).

Há que se esclarecer que a mediação é um processo, uma técnica não adversarial de resolução de conflitos que privilegia a negociação entre as partes - conduzida por um intermediário -, mas não deve ser confundida nem com a conciliação, tampouco com a

arbitragem. Nesses dois últimos processos, o intermediário, seja o conciliador, seja o árbitro, exerce uma influência muito direta na solução do conflito, às vezes, realmente decidindo, optando por determinada solução. Ao contrário, na mediação as partes são auxiliadas pelo intermediário e serão elas que irão construir a melhor solução para seu caso, em uma perspectiva de co-autoria de um acordo, ou de uma transformação comportamental, onde ambas saem ganhando (SERPA, 1999, p.366; VEZZULLA, 1995, p.15).

3.2. Aspectos gerais

A aplicabilidade da mediação tem campo vasto. Em posição bastante otimista, Vezzulla (1995, p.15), afirma que "todas as questões comerciais, cíveis, trabalhistas e familiares podem ser submetidas à mediação". Em Serpa, encontra-se exemplificado um rol onde a mediação tem sido eficazmente aplicada em

[...] disputas: comerciais, civis e demandas envolvendo quebra de contrato; demandas industriais e do trabalho; questões de vizinhança e comunitária, envolvendo propriedade, posse, etc; questões públicas e conflitos sociais; conflitos internacionais e disputas familiares. (SERPA, 1999, p.371).

Ao rol acima ainda se pode acrescentar o emprego da mediação em questões ambientais. É de conhecimento geral a grande importância e o uso bastante corrente do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC -, verdadeiros acordos obtidos em processo de mediação, entre setores da indústria e do comércio e órgãos públicos, com intermediação do Ministério Público do Trabalho e do Meio Ambiente.

Como foi afirmado, a mediação tem natureza jurídica de contrato. Daí resulta a importância para a mediação do princípio da livre estipulação negocial, juntamente com o princípio da autonomia privada.

A liberdade negocial pode ser compreendida como a prerrogativa conferida ao sujeito de direito, com personalidade jurídica, de vincular-se, ou não, na esfera dos contratos. Deve-se ressaltar que o princípio da livre estipulação negocial deve estar perfeitamente conformado aos limites do Direito. Atualmente, tal princípio encontra forte ligação aos princípios da boa-fé, do interesse público, da ordem pública e da função social.

3.3. Mediação familiar

Vários autores propugnam pelo emprego da mediação em todas as situações em que haja controvérsias, nesse sentido, Vezzulla (1995, p.15) e Riberti Nazareth (2001, p.54). Acredita-se que, respeitadas as delimitações legais, é amplo o espectro para emprego da mediação. Pode-se afirmar, então, que onde houver conflito, deve-se questionar a

possibilidade de se aplicar a mediação. Isso vale também para as situações que envolvem a família.

Conflito é inerente à vida humana, pois as pessoas são diferentes, carregam histórias particulares, têm pontos de vista e se comunicam de formas diferentes, valores, poderes, interesses, recursos ou posições diferentes, dizendo respeito, então à tensão e à luta entre duas partes. No ciclo vital de uma família, no caminho entre o casamento e o divórcio, quando estas diferenças abrem fendas profundas, instala-se o conflito. (GRISARD FILHO, 2002, p.15).

A Juíza francesa Danièle Ganancia aponta a dupla especificidade do conflito familiar:

- os conflitos familiares, antes de serem conflitos de direito, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, antecedidos de sofrimento.

- dizem respeito a casais que, além da ruptura, devem imperativamente conservar as relações de pais, em seu próprio interesse e no interesse das crianças.

Ou seja, a resposta judicial sozinha é insuficiente e, muitas vezes, inadaptada às necessidades dos cônjuges. (GANANCIA, 2001, p.7).

É voz corrente dentre os estudiosos que a jurisdição tradicional, na maioria das vezes, não traz respostas suficientes para os conflitos de Direito de Família. Isso, dada a elevada carga de subjetividade que contêm. A conciliação não seria o meio mais adequado, pois os envolvidos não têm consciência real do que buscam nem do que podem conseguir (CASABONA, 2001, p.84-92). Pelo que já se expôs, a mediação supre à perfeição essa deficiência do processo tradicional.

Por fim, reforçando tudo o que foi enunciado acima, apresenta-se a posição de duas especialistas em questões familiares, Maria Berenice Dias e Giselle Groeninga:

A mediação é um complemento ideal de auxílio à Justiça, principalmente na área de Direito de Família, em que se busca a transformação dos conflitos de forma pacífica para que o casal resolva os problemas decorrentes da ruptura com menor custo emocional, econômico e social. Ao auxiliar na reorganização da vida, na retomada da auto-estima, propicia o trânsito entre o objetivo e o subjetivo. (DIAS; GROENINGA, 2001, p.63).

3.4. Análise Econômica do Direito e Mediação

Defende-se aplicável a análise econômica do direito às questões em que se vale da mediação como o meio de se resolver o conflito. A mediação tem a vontade e a autonomia como elementos caracterizadores essenciais, pois as partes é que decidem, voluntariamente, a participar do processo e a construir, por si mesmas, a solução do conflito ou, até mesmo, elas podem optar pelo encerramento do processo, sem terem chegado a um acordo. E podem fazer isso, independentemente da outra parte. A única vinculação recíproca existente será no cumprimento do acordo e no respeito às regras do procedimento que elas mesmas adotarão ao se autocomporem. Como foi dito, a mediação tem natureza jurídica de contrato, é completamente vinculada a questões de direito privado, portanto, é *locus,* por excelência, de manifestação do princípio da autonomia privada. Enfim, o que se busca é uma tutela eficiente, traduzida por uma solução obtida de forma ampla, plena, rápida, útil, eficaz e econômica. A fundamentação para a aplicabilidade da análise econômica do direito à mediação busca amparo na idéia, não pacificada, de que os seres humanos são sempre capazes de escolhas racionais privadas. Escolhas que têm por objetivo (ainda que implícito) a busca pela solução mais eficiente.

5. DOS ALIMENTOS

Uma democracia começa com três refeições diárias[6].

Para Perlingieri (2002, p.158), saúde é a integridade psicofísica, traduzida como o livre e saudável desenvolvimento da pessoa humana. O que não deixa de ser uma garantia fundamental, expressa na Constituição da República e integralmente vinculada às questões de ordem econômica, como bem afirma o Prof. Eduardo G. Pimenta:

O art. 3º da Constituição Federal de 1988 elenca o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalidade e a redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos da República Federativa do Brasil. (...) Assim, a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente (ou seja, com o objetivo de maximização da riqueza) é não apenas possível, mas é também uma exigência da Constituição Federal de 1988, que a elevou, com se vê, ao nível de um dos objetivos fundamentais da República. (PIMENTA, 2006, p.167).

Nesse contexto, cuida-se a seguir de um dos institutos mais caros ao Direito de Família e dos mais necessários ao livre e saudável desenvolvimento do ser humano que são os Alimentos.

5.1. Conceito e generalidades

Os alimentos constituem o complexo de bens, em dinheiro ou em espécie, que são fornecidos a outrem em cumprimento de um dever de assistência ou em razão de mera deliberação. O direito de pedir alimentos aos parentes, cônjuge e companheiro encontra amparo no Código Civil de 2002, nos artigos 1.694 a 1.710. A ação de alimentos está disciplinada na Lei N. 5.478-68 (Lei de Alimentos – LA). A ação de alimentos tem cabimento quando houver necessidade por parte do autor, ou autores, que seja fixada através da jurisdição uma pensão alimentícia que tenha por objetivo atender as suas necessidades fundamentais, como, por exemplo, alimentação, vestuário, moradia, assistência médica, cultura e lazer, educação, remédios, dentre outras. (ARAÚJO JÚNIOR, 2007, p.33 e seg.).

É interessante remarcar que a Lei de Alimentos não restringe o pólo ativo da ação que pode ser uma criança, ou mulher (ex-esposa, companheira), mas também pode ser um idoso, um pai ou mãe, homem ou mulher, desde que necessitem dos alimentos e que o procedam em face de quem tenha o dever de prestar tal obrigação.

Anteriormente a uma sentença definitiva, podem ser os alimentos provisórios ou provisionais. São provisórios os fixados de imediato ao início da lide, nas ações amparadas pela Lei de Alimentos. Os alimentos provisionais são aqueles reclamados pela parte, ao propor a ação, ou mesmo antes de propor ação de separação judicial ou divórcio, estando amparados pelo Código Civil, art. 1.706, e pelo Código de Processo Civil, arts.852 e seg.

Os alimentos civis (ou côngruos) são aqueles compatíveis com a condição social do alimentando, mantendo inclusive sua posição social; incluem até despesas com educação e lazer. Já os alimentos naturais (ou mínimos) são aqueles indispensáveis à sobrevivência do alimentando.

Ainda segundo Rodrigo C. Pereira,

Também não podem ser ignoradas as demais fontes da obrigação alimentar, tais como a vontade e o ato ilícito. É possível criar a obrigação alimentar, através de negócio jurídico bilateral. A prática de ato ilícito também pode gerar a fixação de alimentos, conforme preceitua o art. 948, II, do CCB/2002. Estes guardam algumas diferenças em relação ao instituto dos alimentos de Direito de Família. (PEREIRA, 2002, p.2).

5.2. Análise Econômica do Direito e os Alimentos

O estudo que se propôs cuida da questão dos alimentos como instituto do Direito de Família. De acordo com Francisco José Cahali (2003, p.226), a pensão alimentícia devida ao ex-cônjuge ou ex-convivente tem seu histórico pautado (embora de forma não exclusiva) no caráter indenizatório-punitivo, enquanto a pensão devida aos familiares consangüíneos se pauta pelos princípios da solidariedade familiar. Já a pensão devida aos filhos menores é oriunda do dever de sustento inerente ao poder familiar. O objetivo

dessa introdução acima é ressaltar que, independentemente dos fundamentos, a obrigação alimentar, uma vez estabelecida, tem caráter ou conseqüência patrimonialista e não foge ao mundo da economia.

Código Civil de 2002 assim prescreve:

Art.1.694
..... § 1º. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu próprio trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Constata-se uma evidente aplicação da busca pelo ótimo de Pareto e, se se considerar como compensação (ou até incentivo) a possibilidade de o alimentante fazer uso no seu Imposto de Renda dos valores despendidos com a pensão alimentícia, constata-se uma busca pela eficiência de Kaldor-Hicks.

Portanto, a despeito de muitos não o saberem ou o negarem por falta de uma reflexão aprofundada, a análise econômica do direito vem sendo aplicada à questão dos alimentos quer do ponto de vista positivo ou normativo.

5.3. Alimentos e patrimônio

Apesar de haver uma forte tendência de despatrimonialização do Direito de Família e as posições doutrinária e jurisprudencial serem, por vezes, até divergentes, há um desvio para o não emprego declarado de teses econômicas ao instituto dos alimentos. A jurisprudência procura fundamentar suas decisões com forte viés social, mas, ao trabalhar com o binômio necessidade-possibilidade, está, com certeza, buscando uma otimização das decisões.

5.3.1. Posição doutrinária

Em função das teorias atuais sobre a repersonalização do direito[7] e da afetividade como princípio geral a orientar os institutos do Direito de Família, a posição doutrinária tem-se manifestado no sentido de considerar a obrigação alimentar como dever (moral ?) da família.

Citando Antonio Cicu, Ferreira e Ribeiro afirmam que a doutrina não reconhece a natureza patrimonial dos alimentos: “não existiria nem um interesse, nem um encargo

de natureza patrimonial, eis que, prevalecendo, sobretudo, estaria o caráter *superior, social e familiar* do instituto". (FERREIRA; RIBEIRO, 2004, p.344 e seg.).

5.3.2. Posição jurisprudencial

A Jurisprudência dos Tribunais Superiores não é muito pródiga na aplicação (declarada) da análise econômica do direito. Porém, nas questões de Direito de Família versando sobre alimentos, pode-se encontrar casos muito semelhantes, em que o binômio necessidade-possibilidade é reiteradamente utilizado para justificar as decisões. Em pesquisa à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em recursos tratando de alimentos não se conseguiu coordenar as expressões "análise econômica do direito" e "alimentos". Porém, na sua maioria, os recursos versando sobre alimentos justificam-se com o binômio necessidade-possibilidade. Na inexistência de um *leading case*, apresenta-se um acórdão que merece atenção especial, particularmente por ter seus votos maior rigor em detalhes e fundamentações. Cuida-se do REsp 665.561-GO, cuja ementa (excertos) é apresentada a seguir:

EMENTA

CIVIL E PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL – RETENÇÃO LEGAL - AFASTAMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – NÃO INDICAÇÃO - OFENSA À LEGISLAÇÃO FEDERAL - ACÓRDÃO - OMISSÃO/CONTRADIÇÃO/FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - ALIMENTOS PROVISIONAIS - CÔNJUGES – SEPARAÇÃO JUDICIAL - DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA – BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – SÚMULA 07/STJ - 'QUANTUM' EXORBITANTE - REDUÇÃO - POSSIBILIDADE.

1 - Em se tratando de discussão acerca de concessão e arbitramento de alimentos provisionais, resta configurada a excepcionalidade necessária a justificar o imediato processamento do Recurso Especial, afastando-se o regime de retenção legal (art. 542, § 3º, do CPC).

.....

5 - Não se vislumbra contradição ou falta de fundamentação do v. acórdão que, julgado por maioria de votos, assentou-se totalmente na fundamentação desenvolvida pelo e. Relator vencido, mas restaurou o *quantum* fixado liminarmente em Primeiro Grau, adotando os fundamentos então expendidos pelo d. Magistrado singular. Isso porque se trata de hipótese de cognição sumária, a qual não demanda exame pormenorizado dos documentos constantes dos autos, referentes ao binômio necessidade/possibilidade, haja vista não se cuidar de estabelecimento em definitivo dos alimentos.

6 - Quanto ao mérito recursal, cinge-se a questão ao exame de afronta aos arts. 399 e 400 do CC/1916, porquanto ter-se-ia inobservado o binômio necessidade/possibilidade quando da concessão e do arbitramento da pensão alimentícia.

.....
.

9 - Todavia, constatado evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, do montante da pensão alimentícia, em flagrante violação ao princípio da razoabilidade, às regras de experiência, ao bom senso e à moderação, distanciando-se, por conseguinte, das finalidades da lei, é possível a revisão, nesta Corte, de aludida quantificação, sem mácula aos ditames da Súmula 07, a exemplo do que ocorre com a estipulação de valor indenizatório por danos morais e de honorários advocatícios. Precedente. *In casu*, entendendo exorbitante o montante arbitrado (R$ 20.000,00 - vinte mil reais), notadamente por se tratar de alimentos provisionais, tenho por razoável sua redução a R$

10.000,00 (dez mil reais).

Igualmente a esse Acórdão, vários outros foram encontrados e se percebe a clara apreciação econômica das questões postas em Juízo. Também, sem adotar um reducionismo simplista, pode-se afirmar com convicção que todas as questões judiciais terão sempre uma vinculação monetária - um “preço implícito”. (RODRIGUES, 2007, p.37).

Fica aqui a seguinte questão em aberto: aqueles que trabalham com o Direito, conhecendo as técnicas da análise econômica e assumindo francamente a sua aplicação, não produziriam (em todas as instâncias) decisões mais eficientes?

6. CONCLUSÃO

Há quem defenda o instituto dos Alimentos como obrigação moral, ou dever de consciência, mas isto não se sustenta frente ao conteúdo econômico ou patrimonial, inerente à questão alimentícia. Se se falasse em suporte ou sustento integral - que seria uma visão ampliada da questão de alimentos -, aí sim, poderia haver uma conotação existencialista e menos patrimonialista. O sustento, à maneira que se observa no Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, ou na própria CR88, envolve valores passíveis de se determinar monetariamente, mas também afeto, cuidado, isto é, valores relativos a aspectos morais.

Porém, a constatação é outra: nos Tribunais o que se busca são, via de regra, compensações ou utilidades passíveis de serem convertidas em moeda, no mais estrito dos seus significados. Pode até ser que em certos casos a obrigação alimentar não tenha caráter patrimonial, mas em momento algum deixa de ter reflexos econômico-financeiros; portanto será sempre passível de ser analisada à luz das teorias econômicas.

Considerando-se que os alimentos oriundos de relação de parentesco, filiação ou casamento (idem, união estável) são insumos que afetam toda uma cadeia produtiva, inclusive a estrutura familiar; deve-se tratá-los à luz das teorias econômicas, pois compõem bens de mercado. A busca de recursos para suprir os alimentos por parte de quem deve fazê-lo e o consumo deles por parte do alimentando constituem uma *unidade familiar de produção*, totalmente inscrita no mundo econômico.

É preciso encurtar os caminhos que separam o Direito e a Economia e quebrar as resistências dos profissionais do Direito em aplicar as técnicas econômicas. Os raciocínios jurídicos são indissociáveis da avaliação econômica, seria uma hipocrisia não assumir essa premissa. Há um certo temor em assumir que somos sujeitos econômicos, como se isso estivesse a desafiar princípios morais ou como se Moral e Economia não fizessem parte do mesmo mundo.

Embora não pratiquemos uma análise econômica do direito sistematicamente em nossas atitudes jurídicas, somos, a sociedade em geral, sujeitos condenados a decidir. E, todas as vezes que o fazemos, atuamos como agentes econômicos, sempre buscando a solução ou a opção mais eficiente, que possibilite mais ganhos, sejam eles de natureza explicitamente econômica ou não. Obviamente, não se compactua com a ideia radical de que justiça seja igual a eficiência, mas sem eficiência dificilmente haverá justiça.

7. REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. **A análise econômica do direito na perspectiva do jurista**. Tradução: João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**. v.9, n.29, p.49-68, jul.-dez. 2006. Disponível em: <http://publique.rdc.puc-rio.br/direito>. Acesso em: 12/12/2007.

AMARAL, Francisco. **Autonomia privada**.CEJ, dez. 1999. Disponível em: <http://www.justicafederal.gov.br/revista>. Acesso em: 06/10/2006.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no Processo Civil.** 10 ed. São Paulo: ATLAS, 2007.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BARBOSA, Lívia. **Igualdade e meritocracia**: a ética do desempenho nas sociedades modernas. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

BRASIL. **Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil**. Organização: Yussef Said Cahali. 10 ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Francisco José. Dos alimentos. In: **Direito de Família e o Novo Código Civil**. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução: Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica-Ed. Líder, 2001.

CASABONA, Marcial Barreto. Mediação e lei. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, n.62, p.84-92, maio, 2001.

CHIARLONI, Sergio. **Uma perspectiva comparada da crise na Justiça Civil e dos seus possíveis remédios**. Trad. Johann Homonnai et Ricardo Pereira Rodrigues. Mensagem recebida por: <joao.bosco.ferreira@cvrd.com.br>. Acesso em: 26 out. 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COOTER, Robert; GORDLEY, J. Economic analysis in civil law countries: past, present, future. **International Review of Law and Economics**, University of California at Berkeley, n.11, p.261-263, 1991.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

DIAS, Maria Berenice; GRÖENINGA, Giselle. A mediação no confronto entre direitos e deveres. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, n.62, p.59-63, maio, 2001.

DOMINGUES, Paulo Sérgio. Colocando os pingos nos jotas: de que reforma o Judiciário precisa? **Revista Teoria e Debate**, São Paulo, ano 17, n.57, mar./abr. 2004.

FERREIRA, Jussara S. A. B. Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima. Direito de Família – Pensão alimentícia e tributação. In*:* **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). BeloHorizonte: Del Rey, 2004.

FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GANANCIA, Danièle. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, n.62, p.7-15, maio, 2001.

GRISARD FILHO, Waldyr. O recurso da mediação nos conflitos de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese Publicações, n. 14, jul./ago./set. 2002.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar**. Tradução: Eni Assumpção e Fabrizio Almeida Marodin. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

HENDERSON, Hazel. **Transcendendo a Economia**. São Paulo: Cultrix, 1991.

KENNEDY, Duncan**. Law-and-economics from the perspective of critical legal studies.** In: The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law. p.465-474. 1998.

Disponível em: <http://www.duncankennedy.net/documents/Law%20and%20Economics%20from%20the%20Perspective%20of%20cls.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2008.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do Direito Civil atual. **Direito Civil**: atualidades. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.241-258.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização do Direito de Família e o novo Código Civil. **Revista CONSULEX**, n. 180, 15 jul. 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1998.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Relacionalidade e autonomia privada**. O princípio da autonomia privada na pós-modernidade. 2003. Dissertação (Mestrado). Belo Horizonte, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

PASSOS, J. J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. **Ciência Jurídica**. Nº 86, março/abril, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria geral dos alimentos. In: **Alimentos no Código Civil**. CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. (Trad.) Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito, economia e relações patrimoniais privadas**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_170/R170-10.pdf>. Acesso em: 12 set. 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado:** cooperação ou confronto? 2003 Disponível em:<http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/direito_e_economia_num_mundo_globalizado.pdf>. Acesso em 12 set. 2007.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho.** Tradução: Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Mexicana, 1992.

POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho en el *common law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. Tradução: Enrique Pascuel. **Revista de Economía y Derecho,** Lima, v.2, n.7, p.7-16, invierno, 2005.

RIBERTI NAZARETH, Eliana. Psicanálise e mediação – meios efetivos de ação. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, n.62, p.49-58, maio, 2001.

RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito**. Lisboa: Almedina, 2007.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho.** Tradução: José Luis Pérez Hernández. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1994.

SÃO TOMÁS DE AQUINO. **Do governo dos príncipes ao rei de Cipro e do governo dos Judeus à duquesa de Brabante.** Tradução: Arlindo Veiga dos Santos. São Paulo: Editora Anchieta, 1946.

SERPA, Maria de Nazareth. Mediação e as novas técnicas de dirimir conflitos. Congresso Brasileiro de Direito de Família, I, 1999, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.355-394.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da Mediação**. Colaboração de Ângelo Volpi Neto et al. Curitiba: Instituto de Mediação, 1995.

---

[1] Do governo dos príncipes ao rei de Chipre, São Tomás de Aquino (1946). Seria uma análise econômica aplicada à Filosofia Moral?

[2] Como epígrafe de sua obra "Igualdade e Meritocracia", Lívia Barbosa (1999, p.7), citando Durkheim.

[3] Recomenda-se a obra "Transcendendo a economia", de Hazel Henderson, onde se evidencia a Economia caminhando em direção à Justiça. O Direito, por sua vez, precisa caminhar rumo à Economia, onde se dará o encontro: no ponto de equilíbrio justiça-eficiência.

[4] Entendendo-se aqui patrimônio mínimo como o *mínimo existencial*: saúde, educação, alimentação, lazer, trabalho, acesso à justiça e demais bens da vida condizentes à dignidade humana.

[5] O Direito de Família tem sido orientado por resquícios do Estado Social, particularmente nos países em desenvolvimento, onde o Estado Providência e seu assistencialismo exacerbado ainda tem sido a tônica. Porém, o que se espera é uma superação das carências mais elementares da população brasileira, em geral, e a superação daquele modelo de Estado, alinhando-se com o novo paradigma (Estado Democrático de Direito), dominado por um novo *pathos* e *ethos*. Plauto Faraco de Azevedo, citando Wieacker, afirma que "o *pathos* da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes, da legislação e da aplicação do direito, é o da solidariedade..." (AZEVEDO, 2000, p.94).

[6] Millor Fernandes. **Millôr definitivo: a bíblia do caos**. Porto Alegre: LP&M, 1994, p.311.

[7] Ver o artigo de Paulo Luiz Netto Lôbo, "A repersonalização do Direito de Família e o novo Código Civil".

TEOREMA DOS INCENTIVOS NEGATIVOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO AO DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA*

THEOREM OF INCENTIVE EFFECTS IN THE COURT OF LABOR LAW VIOLATION OF LABOR

Joffre do Rêgo Castello Branco Neto

RESUMO

Com este artigo se analisa os incentivos provocados pelo Direito na Justiça do Trabalho, segundo conceitos da escola de pensamento "Análise Econômica do Direito". Também analisa a possível aplicação na Ciência do Direito da "Teoria dos Jogos". Em ambos os casos se busca uma solução eficiente para os conflitos, sob a ótica econômica, ainda que a mesma não seja considerada justa. O trabalho bibliográfico e contém a análise de um caso concreto para exemplificar a tese final defendida de que os incentivos apresentados pelo nosso ordenamento jurídico são negativos, daí a denominação de Teorema dos incentivos negativos na Justiça do Trabalho ao descumprimento da legislação trabalhista.

PALAVRAS-CHAVES: TEOREMA DOS INCENTIVOS NEGATIVOS. DIREITO DO TRABALHO. TEORIA DOS JOGOS. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

ABSTRACT

With this article analyzes the incentives caused by the law in the Labor Court, according to concepts of the school of thought "Economic and Law". It also examines the possible application in the Science of Law "Theory of Games". In both cases one seeks an efficient solution to the conflicts in the economic perspective, even though it is not considered fair. The literature review and contains an analysis of a case to illustrate the final thesis held that the incentives provided by our legal system are negative, hence the name Theorem of negative incentives in the Labor Court for breach of labor legislation.

KEYWORDS: THEOREM OF NEGATIVE INCENTIVES. LABOR LAW. THEORY OF GAMES. ECONOMIC OF LAW.

Introdução

Na prática forense observa-se que muitos são os custos que envolvem a solução de conflitos, ou mesmo a mera prestação jurisdicional de "dizer o direito" em uma ação declaratória.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Entre os custos facilmente valoráveis estão as taxas de distribuição, emolumentos notariais, honorários advocatícios, Fundo Especial de Reaparelhamento e Modernização do Poder Judiciário e do Ministério Público, taxa da OAB, entre outros. Parafraseando Rachel Sztajn (1998, nº 112, p. 75), são "custos provocados pelo Direito". Também merecem destaque mais três agentes provocadores de custos: (I) incapacidade de nosso ordenamento jurídico prevenir a ocorrência de litígios através de punições mais severas e eficazes; (II) os meios de coerção do sistema legal brasileiro não são eficientes; (III) várias de nossas leis são passíveis de entendimentos diversos e até mesmo antagônicos.

A soma destes fatores, que não são únicos, tem resultado catastrófico: acúmulo e repetição de processos judiciais, lentidão processual, insegurança jurídica, além da diminuição na qualidade da prestação jurisdicional. Por tudo isso é comum ocorrerem "vitórias de Pirro", onde se ganha, mas com alto preço a se pagar pela vitória; surgem leis que "não pegam"; ou se torna quase impossível saber qual vai ser a solução dada pelo Poder Judiciário diante de um caso concreto que lhe é apresentado.

Várias são as fórmulas apresentadas tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Judiciário para tentar dirimir os efeitos negativos da citada conjuntura legal e processual. Entre elas temos a criação de leis que permitem a realização de audiências de conciliação com o objetivo de se alcançar acordos, como é o caso da CLT; a realização de programas que buscam promover conciliações entre as partes litigantes como é o caso do "Movimento pela conciliação" promovido pelo Conselho Nacional de Justiça desde vinte e três de agosto de 2006.

Tudo até agora citado compõe características da sociedade brasileira e, diante delas, este artigo busca demonstrar a possibilidade de aplicação de conceitos da escola de pensamento (ou movimento intelectual) denominado "Law and Economics", também conhecido como "Análise Econômica do Direito" (EAD), em nosso ordenamento jurídico, com enfoque especial um caso que tramitou na Justiça do Trabalho da 22ª Região, sob a ótica do empregador, para se descobrir o que é mais eficiente: cumprir os deveres trabalhistas na forma e prazos estabelecidos em lei ou esperar uma possível reclamação trabalhista onde existe uma grande possibilidade de realização de acordo com valores abaixo ao do pedido, demonstrando que no sistema jurídico atual prevalece o incentivo ineficiente.

1 Conceitos básicos

A escola de pensamento "Law and Economics" tem sua célula mater na Escola de Chicago, tendo maior destaque entre os seus defensores Ronald H. Coase e Richard Posner. A EAD busca a aplicação de princípios econômicos ao Direito, como uma forma de formular e interpretar a normas de maneira mais eficiente, maximizando a riqueza.

Para este pensamento, os Juízes ao decidirem os casos concretos objetivando menores perdas, eles estão sendo eficientes e não justos. Eficiência é um conceito mais próximo da realidade das partes, mais tátil, não estando em um plano subjetivo e abstrato como ocorre com o conceito de justiça.

Obter uma sentença favorável nem sempre significa alcançar a Justiça, até porque o referencial de justo é bem próximo de vingança, situação não prevista em nosso ordenamento jurídico. Já quando se busca eficiência, se tenta dirimir os custos, melhor dizendo, os custos de transação, trazendo para as partes a satisfação provocada pela solução da disputa.

Entretanto, a base para se tornar possível uma aplicação da Economia ao Direito é o pressuposto de que todas as pessoas agem racionalmente, sempre buscando a melhor satisfação de seus interesses. Diante disto fica clara a influência do Utilitarismo de Stuart Mill: “Felicidade entendida como prazer e ausência de dor. (...) Prazer e ausência de dor são as únicas coisas desejáveis como fins (...) seja pelo prazer inerente a elas, seja como meio de promoção do prazer e prevenção da dor.”

Não podemos esquecer que os seres humanos vivem em sociedade, e para tanto necessitam de regras, sob pena de perderem a condição humana. Cícero já observava tal característica ao afirmar que "um homem não deve abster-se tanto, que chegue a esquecer-se que é homem".

Tem-se então que as pessoas podem ser estimuladas positiva ou negativamente a tomarem determinadas decisões. Esses estímulos são os chamados pela economia de incentivos externos, que são melhores absorvidos pelas pessoas diante de um sistema de premiação e punição como ocorre com o Direito, onde se pude quem descumpre a uma determinada lei, como no caso de pena de prisão para quem matar outra pessoa, ou se premia quem cumpre a lei, como ter fazer jus a aposentadoria por tempo de contribuição após trinta e cinco anos de contribuições ao INSS.

1.1 Solução eficiente

Coase afirma, através do chamado Teorema de Coase, que diante da ausência de custos de transação e de regras bem definidas, os agentes econômicos poderão negociar de forma a internalizar as externalidades. Entende-se como externalidades algo que afete o equilíbrio de um agente econômico causado por outro agente, que pode inclusive ser o Estado, sem que entre eles exista qualquer transação econômica. Com a internalização (absorção dos custos de transação) destes fatores externos com o menor custo final será a solução eficiente.

Assim podemos dizer que eficiência se refere à relação existente entre benefícios e custos de transação. Deste conceito básico, podemos suscitar duas outras abordagens sobre o princípio da eficiência: Ótimo de Pareto e Princípio Kaldor-Hicks.

O primeiro deles, Ótimo de Pareto, estabelece que uma relação será eficiente se beneficiar um dos agentes mas sem prejudicar o outro participante desta relação. É de difícil visualização prática tal princípio, já que se levarmos em consideração que vivemos em um mundo capitalista, sempre que uma riqueza é transferida haverá a produção de custos a ser assumido por alguém. Percebe-se que não existem ganhos sem perdas.

Já o Princípio Kaldor-Hicks tem como eficiente a relação onde alguns indivíduos ganham mais do que aqueles que perdem, de forma que os "ganhadores" possam compensar as perdas dos outros sem que eles modifiquem sua condição de "ganhadores". É como se ocorresse uma distribuição parcial de riqueza entre os agentes.

Com base em Kaldor-Hicks, podemos exemplificar como a norma jurídica pode atuar para maximizar o bem-estar do maior número de pessoas, sendo um incentivo positivo: imposto sobre grandes fortunas, onde o valor arrecadado seria utilizado em programas sociais e investimentos base, como educação, para a sociedade carente.

Também podemos aplicar o princípio da eficiência na solução de conflito de normas, onde sequer existem, pelo menos em um primeiro plano, aspectos financeiros. Vejamos como J.J. Canotilho (2009, p.1224) disserta sobre o tema:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

1.2 Teoria dos jogos

Bem conceitua CARVALHO (2007, p. 213-234) que Teoria dos jogos é o:

"Método utilizado para representar e compreender as decisões tomadas por agentes que interagem entre si. Também é correto afirmar que, a partir dessa compreensão, constitui um meio para a adoção da melhor escolha nos casos de interação estratégica."

Esta teoria busca estabelecer estratégias para se alcançar eficiência, onde com base no que o outro agente faz ou pode fazer segundo um comportamento racional, se tomam decisões mais favoráveis para alcançar o objetivo final.

Mas o que é jogo? Segundo esta teoria jogo é uma situação conflitante, como um litígio processual, onde um dos jogadores deverá fazer uma escolha, sem esquecer que as outras partes também estão realizando escolhas. Então, para se atingir o máximo de eficiência que se defende desde o início do trabalho é necessária a adoção racional de uma estratégia, onde se leva em consideração as possíveis jogadas do oponente e as variáveis, como as externalidades (exemplo seria o Direito como um incentivo) e até mesmo a irracionalidade humana (porque é fato que o comportamento humano também sofre influencia da emoção e da percepção sensorial).

Na prática jurídica podemos exemplificar de forma simples a aplicação da Teoria dos Jogos ao Direito, chamado jogo legal: De um lado temos o Estado (representado pelo Município), que fiscaliza e organiza o trânsito através de leis; do outro lado temos um motorista, que está atrasado para uma reunião de negócios e por isso não pode perder tempo parando em semáforos. O primeiro jogador (Estado) tem um comportamento pré-

definido em lei, no caso o Código de Trânsito, enquanto que o outro ainda a possibilidade de escolher qual decisão tomar, se cumpre ou não a lei.

Diante da seguinte situação, o jogador deve se perguntar o que é mais eficiente e útil para ele, o que lhe interessa mais, se pagar multas por não parar em sinais de trânsito fechados e não perder a reunião de negócios ou cumprir a lei e correr o risco de perder a reunião?

Fica clara neste ponto a posição do Direito que deve ser de incentivar as pessoas a agirem de forma nele estabelecido (nas leis), entretanto o incentivo (seja a premiação seja a punição) deve ser suficientemente capaz de desestimular o outro agente a descumprir o ordenamento jurídico.

Voltando ao caso ora analisado: caso as multas sejam de valores pecuniários mínimos perante os valores que podem ser alcançados em uma negociação caso o agente esteja na reunião, a solução racional será a de não parar nos sinais de trânsito. Vale até lembrar o postulado de Adam Smith para quem ambição individual serviria ao bem comum, ou seja, o ser humano deve agir segundo seu próprio interesse.

Conclui-se que através desta teoria podemos observar o quanto o direito pode influenciar o comportamento dos agentes, já que neste caso ele funciona como um incentivo externo, seja positivo, seja negativo.

2 O Teorema dos incentivos negativos na Justiça do Trabalho

Muitas são as obrigações legais que possuem os empregadores com seus empregados. Férias, décimo terceiro salário, recolhimento de FGTS, são algumas dessas obrigações.

Tais deveres são em regra pecuniários ou, quando não o são, podem ser convertidos em valores financeiros, como é o caso da manutenção de um ambiente de trabalho digno. Independente disso, não resta dúvida, segundo o raciocínio econômico que vem sendo defendido, que todas as disposições legais neste sentido são custo de transação.

A relação laboral por si só já é conflituosa, onde o empregador subordina a mão de obra de seu empregado em troca pelo pagamento de salário, ou seja, existe uma disputa de classes em eminente tensão.

Por conta de tal condição, a lei trabalhista tem como característica a busca pela pacificação de conflitos na tentativa de se alcançar paz social, com o mínimo de ingerência estatal.

Isto se dá através da busca constante pela conciliação, onde, no rito ordinário, pelo em dois momentos se busca a solução do litígio pelo acordo. Vejamos o que determina a Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 846. Aberta a audiência, o Juiz ou presidente proporá a conciliação.

Art. 850. Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de dez minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão. (BRASIL, 2009, on line).

Já nos dissídios coletivos, antes mesmo do início das ações judiciais, é possível ainda na esfera administrativa dos sindicatos, a realização de acordos e convenções coletivas de trabalho, que terão força de lei para os trabalhadores e empregadores daquela categoria profissional envolvida. Tal procedimento também está previsto na CLT nos artigos 625-A a 625-H, que prescrevem a existência das chamadas comissões de conciliação prévia. Tal texto celetista foi inserido pela Lei nº 9.958, de 12.01.2000.

Ocorre que os citados acordos resultam da concessão de direito e deveres de ambas as partes, ou seja, caso um trabalhador ingresse com uma reclamação trabalhista requerendo diferenças salariais no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais), poderá fazer um acordo com seu empregador, para que este último lhe pague em dez parcelas de um mil reais, ou mesmo que lhe uma única parcela de três mil reais. Ou seja, os direitos fundamentais dos trabalhadores, previsto no art. 7º da Constituição Federal, ainda que irrenunciáveis, são negociáveis via acordo judicial, ou acordo e convenção coletiva.

Se não bastassem as previsões celetistas já referidas, o Conselho Nacional de Justiça, desde 23 de agosto de 2006, deu início ao "Movimento pela Conciliação", onde os Juízes têm se esforçado ao máximo em proporcionar um acordo, o que nem sempre é a solução ótima de Pareto para as partes.

Esta situação tem se ampliado, e porque não dizer, se agravando com a expedição das recomendações nº 6, 8 e 15 do CNJ que tratam sobre o tema.

Merece destaque a recomendação nº 6 que "recomenda aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Tribunais de Justiça que passem a valorar cada acordo realizado pelos magistrados como uma sentença para todos os efeitos."

Isto significa que, o acordo realizado tem o mesmo peso do que uma sentença na contagem de produtividade do magistrado, que será utilizada para que o mesmo seja promovido por merecimento, em conformidade com a Lei Orgânica da Magistratura, Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. A título de exemplo temos o art. 86 da citada Lei Complementar:

Art. 86. O acesso dos Juízes do Trabalho Presidentes de Juntas de Conciliação e Julgamento ao Tribunal Regional do Trabalho, e dos Juízes do Trabalho substitutos àqueles cargos, far-se-á, alternadamente, por antigüidade e por merecimento, este através de lista tríplice votada por Juízes vitalícios do Tribunal e encaminhada ao Presidente da República.

Uma nova situação se faz presente: os Juízes passam agora a serem agentes do litígio processual, já que os mesmo têm interesse em realizar acordo em audiência, ato processual mais célere e menos trabalhoso do que uma sentença que pressupõe estudo

mais aprofundado do caso, mas que ambas possuem o mesmo valor para efeitos de crescimento dos Magistrados de carreira.

A princípio os Juízes deveriam ser imparciais, sem interesses particulares no litígio. Entretanto, com base na análise econômica da "Law and Economics", os mesmo deixam de ser representantes do Estado-Juiz para serem parte, agentes, jogadores com interesses individuais a serem alcançados, que são, ter maior produtividade, para alcançar uma promoção por merecimento e, quem sabe, chegar a pelo menos ao cargo desembargador, tendo por fim, um incremento salarial.

Já o empregador, como jogador, ao traçar sua estratégia, deverá considerar pelo menos os seguintes aspectos: (I) alcançar eficiência, reduzindo os custos de transação de uma relação empregatícia, tendo, assim, maior lucro, é o objetivo final; (II) internalizar os custos processuais para que de fato se alcance a maximização da riqueza; (III) informação inicial de que existe a possibilidade de realização de acordo, com valor final inferior ao constante na reclamação trabalhista, conforme previsão legal; (IV) interesse do reclamante, empregado, em receber o valor que lhe é devido com urgência, já que a sua contraprestação, trabalhar, já ocorreu; (V) interesse do Juiz, que figura como agente dessa relação, em realizar o acordo por lhe ser mais confortável.

Daí o questionamento: o que é mais eficiente para o empregador, cumprir ou não cumprir a legislação trabalhista?

A estratégia pode ser traçada antes mesmo da ocorrência de qualquer litígio processual, no momento em que ainda o empregado executa seu dever contraprestacional, já que ao se levar em consideração a realidade apresentada se pode concluir que a estrutura jurídica utilizada na Justiça do Trabalho, com a promoção de acordos "a qualquer preço", onde inclusive os Juízes figuram como jogadores segundo parâmetro da Teoria dos Jogos, e a legislação trabalhista como um todo, podem ser considerados como incentivos ao não cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador. Daí o Teorema dos incentivos negativos na Justiça do Trabalho.

3 Estudo de caso

Para alcançar a conclusão relatada anteriormente, é necessária a aplicação prática do citado Teorema em audiência de conciliação. Para tanto, será utilizado um caso prático, real.

Neste processo, a reclamante trabalhou como cozinheira em uma obra de construção civil sem o pagamento de qualquer direito trabalhista, já que era erroneamente considerada diarista pelo empregador.

Requereu a reclamante o pagamento de cerca de R$ 15.000,00 (quinze mil reais). Realizada a audiência inicial de conciliação, fora firmado acordo no importe de R$ 2.150,00, dividida em duas parcelas sucessivas, sendo primeira de R$ 500,00 (quinhentos reais) e a segunda de R$ 1.650,00 (mil seiscentos e cinqüenta reais). Além disso, as custa processuais foram no valor de R$ 43,00 (quarenta e três reais), segue a ata de audiência:

ATA DE AUDIÊNCIA

PROCESSO:PROCESSO: 00261-2007-001-22-00-0

RECLAMANTE: MARIA INES VENCAO

RECLAMADO: VANGUARDA ENGENHARIA LTDA.

Em 23 de março de 2007, na sala de sessões da MM. 1ª VARA DO TRABALHO DE TERESINA/PI, sob a direção da Exmo(a). Juíza ALESSANDRA DUARTE ANTUNES DOS SANTOS FREITAS, realizou-se audiência relativa ao processo identificado em epígrafe.

Às 10h26min, aberta a audiência, foram, de ordem da Exmo(a). Juíza do Trabalho, apregoadas as partes.

Presente o(a) reclamante, acompanhado(a) do(a) advogado(a), Dr(a). FRANCISCO DA SILVA CASTELO BRANCO, OAB nº 1985/PI. Presente o proprietário do(a) reclamado, Sr(a). RAIMUNDO FRANCISCO LOPES DOS SANTOS, acompanhado(a) do(a) advogado(a), Dr(a). JOFFRE DO REGO CASTELO BRANCO NETO, OAB nº 4528/PI.

As partes transigiram e firmaram acordo nos seguintes termos: A parte reclamada pagará à parte reclamante a importância líquida de R$ 2.150,00, dividida em duas parcelas sucessivas, sendo primeira de R$ 500,00 vencível no dia 23-03-2007 e a segunda, de R$ 1.650,00, vencível no dia 10-04-2007.

Multa de 50% sobre o valor total do acordo em caso de eventual inadimplemento, de quaisquer das parcelas, sem prejuízo do vencimento antecipado daquelas que porventura remanescerem.

Os aludidos pagamentos deverão ser efetuados na Secretaria da Vara até o final do expediente bancário das instituições de crédito que estão instaladas aqui no Fórum Osmundo Pontes.

As partes declaram que o valor objeto do acordo refere-se aos seguintes títulos:

a) aviso prévio - R$ 650,00;

b) multa do art. 477 - R$ 650,00;

c) saldo de salário - R$ 850,00

Intime-se o INSS (art. 832, §4°, da CLT). Ainda como parte do presente acordo, a parte reclamante entrega e o reclamado recebe, neste ato, a sua respectiva CTPS para as anotações de baixa do vínculo de emprego que existiu entre as partes, com data de 23-12-2006, na função de cozinheira e a remuneração de um salário mínimo.

Concede-se o prazo de cinco dias, a contar desta data, para que a parte reclamada proceda às respectivas anotações na carteira profissional da demandante, ora recebida,

sob pena de descumprimento do presente acordo, com as cominações da cláusula penal acima estipulada.

Ainda fazendo parte do presente acordo, a parte reclamada procederá à emissão e entrega à demandante das respectivas guias CD/SD, dentro do prazo de cinco dias, a contar desta data. Consignando-se que em caso de eventual descumprimento da presente obrigação de fazer, responderá a parte demandada pelo equivalente monetário.

A presente ata autoriza o saque do FGTS pelo obreiro, A presente ata autoriza o saque do FGTS pelo obreiro, independentemente de expedição de alvará.independentemente de expedição de alvará.

Cumprido o presente acordo, as partes outorgam entre si plena e irrevogável quitação pelo pedido inicial e pelo extinto contrato de trabalho havido entre as partes, para nada mais reclamar, seja na esfera administrativa ou judicial.

HOMOLOGO o presente acordo para que surta os seus efeitos legais. Custas processuais no valor de R$ 43,00, a cargo da parte reclamada, que deverá proceder ao respectivo recolhimento e comprovação nos autos dentro do prazo de cinco dias, a contar do vencimento da última parcela do presente acordo, sob pena de execução.

RECLAMANTE: _____

ADVOGADO: _____

RECLAMADO: _____

ADVOGADO: _____

A presente ata, devidamente assinada e acompanhada dos demais documentos exigidos por lei, é documento hábil a autorizar o trabalhador a requerer, perante o órgão competente, o benefício do seguro-desemprego, se for de sua conveniência, computando-se o prazo a partir da data em que as guias forem efetivamente entregues à parte reclamante.

ALESSANDRA DUARTE ANTUNES DOS SANTOS FREITAS

Juíza do Trabalho

Bruno Andrade de Macedo

Chefe do Serviço de Audiências

Observa-se que sob este aspecto o acordo foi extremamente vantajoso. É bem verdade que não se incluiu outros custos, como honorários de advogado da empresa, deslocamento, tempo, etc. Mas mesmo que fossem incluídas estas externalidades, em decorrência da diferença entre o pedido inicial e o valor final pago, ainda seria vantajoso o acordo.

Também não se discutiu os pedidos da inicial, para valorar como de fato devidos ou não. Entretanto, pouco seria reduzido do valor pedido caso ocorresse a condenação, lembrando que um princípio processual trabalhista é o in dubio pro operário.

4 Conclusões

Diante do exposto, é possível concluir que o movimento intelectual da análise Econômica do Direito é de extrema aplicação prática em nosso ordenamento jurídico.

Inclusive, junto ao Direito Laboral, a EAD é capaz de promover estratégias administrativas ao empregador que, sem levar em consideração aspectos morais e éticos, pode buscar maior lucratividade e eficiência em uma relação empregatícia, até mesmo deixando de cumprir com suas obrigações trabalhistas de empregador.

A estrutura do nosso Poder Judiciário, que prioriza a realização de acordos, tem como ficou demonstrado, provocado um incentivo negativo ao empregador no cumprimento de seus deveres, de forma quem em muitos casos é mais eficiente ser acionado judicialmente por meio de uma reclamação trabalhista do que pagar em dias o seu empregado.

Fica claro que o Direito, neste ponto, não está cumprindo com sua obrigação de incentivar os agentes de forma positiva a cumprirem com os deveres legais com um menor custo, por tanto, ser chamado de Teorema dos incentivos negativos na Justiça do Trabalho. Enquanto perdurar este modelo, continuaremos a ter cada vez mais demandas judiciais, mais empregados desrespeitados, menor segurança jurídica, e má prestação jurisdicional.

Referências

ANAMATRA. **Primeira Jornada de Direito Matéria e Processual do Tribunal Superior do Trabalho.** Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/anexos/ementas_aprovadas.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2008.

ANDRADE, Raquel Barbosa. Da teoria dos jogos e o equilibrio de Nash em face ao sistema juridico brasileiro. **Revista do instituto dos magistrados do Ceara.** *Ano 2004, v. 8 , n. 15, mes JAN/JUN,* páginas 295-304.

BASTOS, Núbia Maria Garcia. **Introdução à metodologia do trabalho acadêmico.** 5 ed. Fortaleza: Nacional, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal Brasileira.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2009.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 jun. 2009.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região - Piauí. Processo 00786.2005.041.14.00-7.. Data do Julgamento: 23.03.2007. Disponível em: <http://www.trt22.jus.br/consulta/MovProJVaras.jsp?NumPro=1524&AnoPro=2007&VVV=3&SS=0&RR=22&SS=00>. Acesso em: 10 jun. 2009.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** São Paulo: Almedina, 2009.

CARVALHO, Jose Augusto Moreira de. Introdução à teoria dos jogos no Direito. **Revista de direito constitucional e internacional.** *Ano 2007, v. 15, n. 59, mes ABR/JUN*, páginas 213-234.

FONSECA, João Bosco Lepoldino de. **Direito econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

JURIS SÍNTESE IOB nº 66, legislação atualizada e consolidada até 06.08.2007. São Paulo: IOB, 2007. CD-ROM.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** Rio de Janeiro: Eslevier, 2005.

POUSADA, Estevan Lo Re . Alguns conceitos elementares de teoria dos jogos. Uma analise sucinta de aspectos potencialmente relevantes. **Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro.** *Ano 2003, v. 42, n. 132, mes OUT/DEZ*, páginas 166-176.

QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988.** São Paulo: LTR, 2006.

SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Neste momento aplica-se o conceito denotativo de custo, sendo sinônimo de preço, esforço, valor, tempo.

Tal fundo não está presente em todas as instâncias ou ramos do Poder Judiciário, entretanto está presente na Justiça Comum do Estado do Piauí, conforme Lei estadual

nº. 5.425/2004, regulamentada pela Resolução nº. 010/2005 do Tribunal de Justiça, por exemplo.

Também não está presente em todos os Estados da Federação.

Poder, capacidade de conseguir o melhor rendimento com o mínimo de erros e/ou de dispêndio de energia, tempo, dinheiro ou meios.

Publicou em 1960 a obra "The problems of social coast", onde analisa os custos sociais de uma atividade econômica. Neste trabalho desenvolveu o que ficou conhecido como Teorema de Coase.

Publicou a obra Economic analysis of Law em 1973, onde faz um apanhado das teorias da escola de Chicago sobre Direito e Economia.

Cícero, filósofo romano que viveu de 106 a 43 a.C..

"Custos incorridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisão acerca da caracterização ou não da transação e no monitoramento e na exigência do cumprimento, pela outra parte, do que foi negociado." (PINHEIRO, 2005, p. 75)

Constituição Federal de 1988: Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 20/98, DOU 16.12.1998)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 53, de 19.12.2006, DOU 20.12.2006)

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (NR)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 20/98, DOU 16.12.1998)

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Ata da audiência do processo 00261-2007-001-22-00 que tramitou na 1ª Vara do Trabalho da 22ª Região, em Teresina – PI.

COMMON LAW, CIVIL LAW E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO*

COMMON LAW, CIVIL LAW AND THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Lucas Noura de Moraes Rêgo Guimarães

RESUMO

A análise econômica do direito – AED é um meio de se compreender e aplicar o Direito que vem crescendo ao longo das últimas décadas. Sua origem vem dos países de tradição jurídica do common law e, sendo assim, verifica-se se é possível o transplante da AED para países de tradição jurídica baseada na civil law. Muitos estudiosos do assunto militam no sentido de que o common law é um sistema que produz leis mais eficientes. Alguns autores argumentam, ainda, que as diferenças entre as duas tradições não são tantas, e que, portanto, a transposição da AED é possível. Contudo, tal transposição deve ser vista com cautela, pois, embora a globalização tenha encurtado distâncias e diminuído diferenças, é inegável que ainda existem países diferentes entre si no que se refere a ideologias políticas, nível de atuação do Estado na vida social e graus de desenvolvimento sócio-econômico. Não levar em conta estas diferenças quando da aplicação da AED ao sistema jurídico brasileiro, o que pode exigir adaptações e mutações da Análise conforme originalmente concebida, pode inviabilizar a aplicação da AED em países de tradição da civil law, tal qual o Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CONSUETUDINÁRIO E DIREITO ESTATUTÁRIO; ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO; EFICIÊNCIA.

ABSTRACT

The Economic Analysis Of Law – EAL is a path to comprehend and to apply Law that has been gaining importance over the last decades. Its origin comes from countries whose law traditions is based of the common law and, thus, comes into matter the analysis if it is possible to transpose the EAL to civil law tradition based countries. Many scholars argue that common law is a system that produces more efficient laws. Some others argue that there is no great differences between those two law traditions and, therefore, the transposition is possible. Nevertheless, such transposition must be seen with caution, because although the globalization might have shortened the distances and diminished differences, it is undeniable that still there is countries that differ from one another, especially in which deals with political ideologies, State acting in the social life and levels of social and economical development. To not take these differences into consideration when applying the EAL to the Brazilian juridical system, which might demand adaptations and mutations in the Analysis as originally conceived, can perhaps obstruct the use of EAL in civil law tradition based countries, such as Brazil.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: COMMON LAW AND CIVIL LAW; ECONOMICAL ANALYSIS OF LAW; EFFICIENCY.

1. Introdução

Desde o trabalho pioneiro de Ronald Coase, *The problem of social cost*, escrito em 1960, vem se desenvolvendo uma linha de estudos voltada, em linhas gerais, para a possibilidade de a Economia servir de instrumento para o Direito, seja quando da atividade legiferante, seja no momento da aplicação da lei. A estes estudos deu-se o nome de Análise Econômica do Direito – AED, *Law & Economics*, Direito e Economia. Referidos estudos partem da idéia de que o homem se comporta de forma racional, está em busca da satisfação das suas necessidades, e vive num ambiente de recursos escassos. Além disso, responde a incentivos. A AED, portanto, vê a lei como um incentivo, ou seja, entende ser possível, por meio de leis, direcionar e prever o comportamento humano.

O problema que se coloca neste artigo reside em saber até que ponto é possível falar-se numa análise econômica do direito no Brasil, país de tradição jurídica da *civil law*, tendo em vista que a AED mostrou-se bastante eficaz e producente justamente em países de tradição jurídica do *common law*.

Embora os estudos neste campo venham crescendo amplamente, pouco se tem escrito acerca do transplante da AED aos países da *civil law*, em especial aqueles países em desenvolvimento, tal qual o Brasil. Esta questão, prévia a qualquer aplicação desmedida e desarrazoada da AED, deve ser enfrentada, razão pela qual se reputa importante para o campo do Direito e de suas interações com outros ramos do conhecimento um artigo sobre o tema, enfocando o aspecto da influência da tradição jurídica para o surgimento de um estreitamento das relações entre Direito e Economia, traduzida na análise econômica do Direito. Contudo, trata-se, ainda, de um primeiro contato com o tema, de forma que a bibliografia citada não é exaustiva e se tem plena ciência de que alguns pontos não são abordados, tais como as outras possibilidades de interação entre Direito e Economia (como a visão monista proposta por Rudolph Stammler) e demais conceitos da Economia que são criticados, quando de sua aplicação ao Direito, dos quais a eficiência e a racionalidade são exemplos. Para a consecução deste intento, utiliza-se, majoritariamente, obras estrangeiras consagradas e fartamente lidas pelos aplicadores da AED, tais como *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner, *The Firm, The Market and The Law*, de Ronald Coase, e a obra *Derecho y economía: uma revisión de la literatura*, organizada por Andrés Roemer. Com relação à bibliografia brasileira, é de grande valia o livro organizado por Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*.

Adianta-se que é inegável a associação feita entre *common law*, práticas liberais e desenvolvimento econômico, de forma que talvez não seja possível que a AED seja exitosamente aplicada em países de tradição da *civil law*, ou naqueles ainda em desenvolvimento, ou, também, nos países que adotam práticas econômicas de cunho mais protecionista e social, em detrimento de uma liberdade de mercado. Contudo,

imprescindível que tal assertiva seja ponderada com o fenômeno da globalização, onde se verifica um crescente sincretismo das tradições e práticas jurídicas. Analisar esta possibilidade é o escopo deste artigo.

2. Surgimento da AED

A análise econômica do Direito – AED é um movimento de estudos surgido na década de 60, que busca um maior diálogo entre Economia e Direito. A AED reconhece o impacto e importância do Direito na determinação dos resultados econômicos e, assim, oferece ao aplicador do Direito ferramentas econômicas na resolução de casos judiciais, na criação de políticas públicas e em outras situações diversas.

É de se notar que o movimento de *Law & Economics* possui diversas escolas ou linhas de pensamento, cujo único ponto de convergência é o uso da Economia para a criação de leis "melhores". Diferem, contudo, quanto ao modo de abordagem e realização deste diálogo entre Direito e Economia, bem como na interpretação dos preceitos. Assim, dentro deste movimento há a Escola de Chicago, a Escola da Escolha Pública, os Institucionalistas e os Neo-institucionalistas, dentre outros.

Importa, portanto, não afastar a idéia de que o movimento do *Law & Economics* não possui uma uniformidade de pensamento, nem possui ponto de partida bem definido, tendo em vista a pluralidade de linhas de raciocínio dentro de si. Não obstante, para este movimento, uma coisa é certa: o uso da Economia no Direito, de fato, pode trazer leis mais eficientes. Nas palavras de Andrés Roemer:

"A AED surge como evolução e parte de um processo que busca capacitar a interdisciplinaridade e pragmatismo da ciência jurídica. É uma disciplina que pretende ser científica e racionalizadora das decisões públicas (ou privadas) e que tem como elemento característico funciona como ferramenta complementar (não substituta) do direito. Em resumo, a AED se apresenta como teoria econômica aplicada à ciência jurídica, teoria que por sua configuração e método de análise fornece ferramentas de previsibilidade ao direito, fazendo dele uma ciência pragmática, útil e pouco custosa".

Para Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, reconhece-se "que as leis, o Judiciário e o direito em geral exercem um papel essencial na organização da atividade econômica". Já Edmund W. Kitch informa que existem duas tradições intelectuais da AED moderna:

"A primeira é a venerável tradição da economia política, derivada do trabalho de Adam Smith e uma larga lista de notáveis escritores e comentaristas. O interesse desta tradição no direito surge, por sua vez, do interesse nos mercados. (...) Assim, um interesse no comportamento do mercado conduz naturalmente a um interesse no direito e na maneira em que este afeta a conduta daquele. A segunda tradição é das escolas de direito, nas quais a AED se desenvolveu a partir da agenda do realismo legal. Esta ensinava que os estudiosos do direito devem analisar a lei com a ajuda das ciências sociais, tal e como na prática. E uma das ciências a que os acadêmicos recorreram foi a economia".

Autores anotam que a origem dos trabalhos nesta área da AED se deu a partir dos pensamentos de Ronald Coase, Guido Calabresi e Trimmarchi.

Coase debruça-se sobre a análise dos custos de transação na Economia oriundos da atuação do Direito. Segundo o Teorema de Coase, "se não há custos de transação, a assunção inicial de um direito não vai afetar o uso último deste direito". Contudo, importa ter em mente que, no mundo real (e não no ideal), existem custos de transação, e as instituições legais desempenham papel significante na análise e sopesamento destes custos. Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, a respeito do trabalho de Coase, discorrem:

"Na perspectiva proposta por Coase, as leis atuam sobre a atividade econômica, por intermédio da política econômica, desempenhando quatro funções básicas: protegem os direitos de propriedade privados; estabelecem as regras para a negociação e a alienação desses direitos, entre agentes privados e entre eles e o Estado; definem as regras de acesso e de saída dos mercados; promovem a competição; e regulam tanto a estrutura industrial como a conduta das empresas nos setores em que há monopólio ou baixa concorrência".

Já Guido Calabresi desenvolveu estudo no sentido de destacar a importância da análise de impactos econômicos quando da regulação da responsabilidade civil. Decio Sylbersztajn e Rachel Sztajn, ao citar Calabresi, anotam que "uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões [jurídicas]".

Trimmarchi cuidou de trazer ao direito codificado (*civil law*) as regras desenvolvidas pelo direito consuetudinário (*common law*), partindo do pressuposto de que este último geraria regras mais eficientes. É neste último ponto que reside o objeto deste artigo. Contudo, antes de adentrar no tema específico, abre-se tópico para algumas considerações gerais acerca da AED, com o fim de situar o debate.

3. *Law & Economics* (ou análise econômica do direito – AED)

Sucintamente, *Law & Economics* "é a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torná-las cada vez mais eficientes". A respeito do aspecto da eficiência, Chris Sanchirico aduz que "muito do *Law & Economics* – como correntemente praticado – apóia-se na sua habilidade de justificar seu foco exclusivo na eficiência".

Alguns autores, visando a uma maior ingerência da economia no direito, afirmam a insuficiência da norma, *de per se*, como instrumento indutor de condutas. Lewis A. Kornhauser assim afirma:

"A ingênua teoria de que os agentes geralmente adaptam seu comportamento ao padrão requerido pelas normas jurídicas se apóia na idéia de que a norma por si mesma proporciona uma razão suficiente para a ação. Apesar dos avanços registrados pelas análises econômicas dos direitos de propriedade e das obrigações, os acadêmicos do

direito resistem à idéia de que as motivações econômicas podem substituir ou esgotar a força normativa da lei".

Embora este movimento seja recente, vários estudiosos, muito mais economistas do que juristas – o que vem em prejuízo ao debate e ao afloramento de idéias que escapem ao senso-comum e à idéia-fixa de que a Economia guia o comportamento humano – , têm se debruçado sobre a análise econômica do Direito. Contudo, há certa resistência de alguns *experts* em ver possível uma relação entre Direito e Economia, ao menos nos moldes como é colocada pela AED.

Rudolph Stammler, por exemplo, embora não seja um crítico da AED, prefere ver as relações entre Direito e Economia tendo o homem, enquanto ser social, no centro desta relação. Desta visão decorre sua concepção monista da vida social. Assim, faria pouco (ou nenhum) sentido falar em AED, já que Direito (forma da vida social) e Economia (matéria da vida social) seriam um e a mesma coisa. É que para falar em AED pressupõe-se que Direito e Economia estejam separados, sejam duas coisas independentes, o que não se verifica na teoria da Stammler, para quem estes dois ramos são "faces da mesma moeda", moeda esta que seria o homem enquanto ser social, que, sob uma regulação, coopera para satisfação de suas necessidades.

Outros apontam severas diferenças metodológicas entre Direito e Economia, o que impossibilitaria um diálogo frutífero e coerente. Tais diferenças, conforme anota Rachel Sztajn, seriam mais visíveis em países de *civil law*, onde "predominam a dogmática, a discussão e classificação das fontes do Direito, expostas de maneira sistemática para desenhar um conjunto coerente, que não segue a metodologia adotada pelos economistas baseada na análise de esquemas empíricos". A mesma autora ressalta a resistência de alguns operadores do Direito em aceitar o *Law & Economics*:

"Por conta de diferentes metodologias utilizadas pelos dois ramos do conhecimento – o modelo dogmático e abstrato ensinado nas escolas de Direito e a construção de modelos a partir de dados empíricos recolhidos na sociedade associados a teorias – nas escolas de economia –, os operadores do Direito vêem com desconfiança e com restrições as tentativas de associar o raciocínio econômico aos esquemas abstratos predominantes na formulação e análise das normas jurídicas. Esquecem-se, entretanto, de que, por estarem mais presos à análise da realidade social, os economistas vêm enveredando rapidamente pelos meandros dos modelos normativos propostos pelo Direito".

É notório que há, com a globalização e a complexidade da sociedade, um abrandamento das características da *civil law* mencionadas pela autora, devendo-se falar numa interação recíproca entre as características desta tradição jurídica com as do *common law*. Ademais, no Direito brasileiro e em outros países de tradição de *civil law* existe um afastamento da dogmática e do positivismo com um concomitante caminhar em direção aos valores e princípios morais. Os próprios textos constitucionais trazem não apenas regras rígidas e prontas a serem aplicadas ao caso concreto, mas também normas programáticas, valores e princípios sociais, que devem nortear o aplicador do Direito. Fala-se constantemente em ponderação de interesses, dignidade da pessoa humana, direitos humanos, desenvolvimento nacional, expressões estas que não se traduzem do dia para noite em regras prontas para serem subsumidas.

Vêm de Fritjof Capra importantes considerações acerca do estudo dos valores sociais pelas ciências sociais:

"O estudo dos valores sociais é, pois, de suprema importância para todas as ciências sociais; é impossível existir uma ciência social 'isenta de valores'. Os cientistas sociais que consideram 'não-científica' a questão dos valores e pensam que a estão evitando estão simplesmente tentando o impossível. Qualquer análise 'isenta de valores' dos fenômenos sociais baseia-se no pressuposto tácito de um sistema de valores existente que está implícito na seleção e interpretação dos dados".

A crítica de Capra alinha-se ao pensamento de Omar Aktouf, para quem, a Economia, ao ignorar a análise de valores, alçou-se à categoria de "ciência". Outro aspecto que dá à Economia a aparência de uma "ciência" exata, decorrente deste "deixar de lado" questões acerca dos valores, está no uso de uma linguagem extremamente técnica e no crescente uso de métodos quantificativos, passíveis de serem traduzidos em termos monetários.

A diferença metodológica entre Direito e Economia também é verificada por Posner, quando discorre acerca da desnecessidade de economistas provarem suas premissas:

"Porque a economia não responde à questão de se a distribuição existente de renda e de riqueza é boa ou ruim, justa ou injusta, embora ela possa nos dizer os benefícios de se alterar os custos desta distribuição existente, o economista não pode expedir prescrições mandatórias visando a mudanças sociais. (...) Mostrando como uma mudança na política econômica poderia levar-nos à obtenção de uma determinada meta, eles [economistas] podem fazer uma declaração normativa sem ter que defender suas premissas fundamentais".

Em outras palavras, o método dos economistas é empírico: os economistas sabem – ou julgam saber – que por meio de determinadas práticas podem alcançar determinado resultado.

Pérsio Arida aduz no mesmo sentido:

"O pensamento econômico encontra dentro de seu próprio movimento os conceitos que lhe permitem captar o efeito da norma sobre a vida econômica; é também capaz de entender a evolução da norma como adaptação às vicissitudes da vida econômica ou como resultante da ação de grupos de interesse; não é, no entanto, capaz isoladamente de compreender a evolução da norma quando decorrente de dinâmicas normativas ou internas ao próprio sistema jurídico".

Rachel Sztajn aponta que a maioria das críticas à aproximação de Direito e Economia são feitas com base na visão de Economia segundo a Escola de Chicago. Explica a autora que esta Escola utiliza-se da econometria para quantificar os efeitos das normas. Os críticos desta corrente entendem ser impossível quantificar, por exemplo, o sentimento de afeto que guia uma família a adotar uma criança.

Assim, ao mesmo tempo em que há um intercâmbio das tradições jurídicas, o que poderia sugerir uma maior aceitação do *Law & Economics* em países da *civil law*,

tal aceitação deve ser vista com muita atenção, pois esse caminhar em direção a valores e princípios muitas vezes pode levar à direção oposta a uma análise empírica proposta pela Economia, cujas preocupações giram em torno de eficiência, racionalidade, indução de comportamentos e outras questões centradas no indivíduo que, aumentadas para o campo macro, podem não trazer paz social, embora tragam desenvolvimento econômico.

4. *Common law vs. civil law*

Com relação ao tema trazido por Trimmarchi, qual seja, a transposição para o direito codificado (*civil law*) das regras desenvolvidas pelo direito consuetudinário (*common law*), importa, primeiramente, lembrar que no âmbito das comparações, seja de regras jurídicas ou de modelos econômicos, torna-se imprescindível analisar os sistemas jurídicos sobre os quais tais regras ou modelos se assentam, bem como questões históricas, sociais, culturais, geográficas e morais. De um país para outro, há uma série de variáveis que devem ser levadas em consideração. Érica Gorga afirma que "a análise da eficiência dos sistemas jurídicos deve então atentar para a complexidade e as particularidades de cada sistema".

Daí resulta a dificuldade e cautela necessária quando da importação de modelos econômicos, principalmente, de um país para outro. Não há indício algum de que, apenas em razão de determinado modelo ter dado certo (seja lá o que se entenda pela expressão – seja desenvolvimento, felicidade, crescimento) num país, este modelo possa ser aplicado, com certeza de êxito, noutro país.

Somente estas afirmações já bastariam para dar a dimensão do hercúleo trabalho que aqueles que buscam transpor normas ou modelos de um contexto para outro devem enfrentar. É importante, portanto, que esta noção permeie o pensamento daqueles que buscam um diálogo entre ordenamentos jurídicos e modelos econômicos distintos entre países.

Para Ugo Mattei e Roberto Pardolesi, o direito comparativo é uma modalidade de estudos nova, cujo principal objeto tem consistido em ressaltar as diferenças entre os sistemas legais, mais do que as analogias. Este estudo das diferenças tem especial importância para a AED, visto que uma das resistências em transpor para os países da *civil law* seus preceitos está nas estruturas jurídicas de tais tradições. A ressaltar os estudos comparativos, traz-se o entendimento de Edmund W. Kitch:

"O estudo da história jurídica e da lei comparativa é importante porque provavelmente somente apareçam diferenças significativas na estrutura das instituições legais onde tenha diferenças significativas nas condições de custo que enfrenta a sociedade. (...) Para entender os aspectos importantes de nosso sistema jurídico precisamos compará-lo com leis criadas por uma cultura diferente. (...) Os estudiosos da lei conhecem a importância dos estudos comparativos e históricos, mas estes estudos são descritivos. A AED nos proporciona um marco analítico que unifica a direção até o trabalho histórico e comparativo".

Após estudar o movimento do *Law & Economics* (ou AED), constata-se que as maiores contribuições a respeito do assunto vieram de países cuja tradição jurídica é o *common law*. Recentemente, porém, surgiram trabalhos que afirmam a AED dentro da tradição da *civil law*. Neste aspecto, é justamente por conta destes estudos recentes da AED – comparação analítica de sistemas diferentes – que se deve ter cautela na análise de institutos que funcionam satisfatoriamente em países de tradição do *common law* e na "importação" destes institutos para países de tradição da *civil law*. Os estudos jurídicos de direito comparado são profícuos e bem aceitos justamente por serem descritivos; não há a intenção de "torcer" determinado sistema jurídico para que se adéqüe a uma determinada realidade. Na verdade, o que se deve fazer, após longos estudos – histórico-culturais, inclusive – é, caso se entenda pela possibilidade de transposição, fazer o uso de adaptações, concessões e mutações, uma vez que não se importam contextos, apenas idéias. Se a Economia e estudos dentro do seu campo buscam, de forma indiscriminada, aplicar modelos "à seco", correm o risco de verem-se frustrados.

Érica Gorga, em seu trabalho, busca responder questões tais como: *Common law* é mais eficiente que a *civil law*? É possível aplicar *Law & Economics* para os países que adotaram a *civil law*, já que este último sistema parte de noções de equidade e justiça, baseando sua análise na norma posta, e não na criação de regras como indutoras de comportamento?

A autora cita alguns estudos que apontaram que países cujo sistema baseava-se no *common law* tinham maior desempenho econômico do que os países da *civil law*. Em síntese, o *common law* seria mais eficiente porque os juízes, no julgamento da equidade, teriam maior grau de liberdade e independência, "o que permitiria uma evolução contínua do Direito no sentido de proteger os investidores, o que não ocorre no sistema de direito romano-germânico". Outros autores, tais como Bentham e Weber, entendem que o sistema da *civil law* é mais eficiente, pois possuiria maior racionalização e coerência interna.

Ao falar em maior desenvolvimento econômico em razão de determinado sistema (legal ou econômico), não se pode deixar de lado o pano de fundo ideológico desta afirmação. Posner chamou a atenção para este aspecto, em tópico que trata de críticas à aproximação econômica do direito-.

Érica Gorga, aludindo a Paul G. Mahoney, lembra que este:

"argumenta que o resultado econômico superior dos países com tradição de direito consuetudinário é decorrente das diferenças entre os conteúdos ideológicos e constitucionais dos dois sistemas, já que a tradição do direito consuetudinário estaria historicamente ligada a uma maior proteção dos direitos de propriedade e direitos contratuais contra a ação estatal. Já o direito romano-germânico teria como base um governo central mais forte e menos disciplinado pelo Judiciário".

Edmund W. Kitch anota:

"A ascensão da AED tem-se relacionado com uma mudança no clima intelectual que se voltou mais receptivo à idéia de que os mercados são uma forma efetiva de organização social em muitas situações. (...) Provavelmente, graças a esse elemento da AED alguns

tem a perspectiva de que se trata de um movimento intelectual contaminado irremediavelmente com ideologia".

Ainda, a idéia que liga liberalismo a países de tradição do *common law* e, por conseqüência, a uma maior eficiência, permeia o pensamento de Lewis A. Kornhauser que, para afirmar o entendimento de que "a lei não tem força normativa intrínseca", exemplifica: "nada na formulação de direitos de propriedade leva seus donos a explorar a propriedade de uma ou outra maneira".

Ora, é bem verdade que em países com tradição histórica "ligada a uma maior proteção dos direitos de propriedade", como afirma Paul Mahoney quando discorre do *common law*, o exemplo de Kornhauser faz sentido. Contudo, cai por terra num sistema de *civil law* como o brasileiro, que vige o princípio constitucional da função social da propriedade, por exemplo. Assim, na tradição brasileira, o Estado, mediante regras, pode sim determinar como o dono de uma propriedade pode explorá-la, em razão de se ter a Constituição Federal como moldura do nosso Estado Democrático de Direito. Outro exemplo diz respeito ao art. 421 do Código Civil, que versa sobre a função social do contrato, permitindo, igualmente, um maior dirigismo estatal nas relações privadas. Inegável que a razão de ser deste dispositivo está na Constituição Federal e no princípio da justiça social. Pela escolha política dos constituintes brasileiros, há uma mitigação da liberdade de propriedade em função da realização da justiça social. Esta característica do direito brasileiro, bem como as razões que levaram a tal escolha, não pode ser esquecida no âmbito dos estudos da AED.

Tais constatações só vem fazer coro à necessidade de cuidados quando da comparação de sistemas jurídicos de tradições distintas.

Posner, defensor da eficiência da *common law*, vai afirmar que "quando são os juízes que fazem as leis substantivas as regras tendem a ser consistentes com os ditames de eficiência", muito embora reconheça que ainda não há uma "teoria aceita pela generalidade de porque e como o direito consuetudinário pode converter-se em um instrumento para promover a eficiência econômica".

Algumas críticas podem ser feitas quanto à tese de maior eficiência do *common law*, quando comparado ao *civil law*. Érica Gorga traz em seu artigo diversos autores que questionam tal assertiva, cuja base fundamental é a de que, sendo as normas feitas a partir de decisões judiciais, assumir-se-ia que neste ambiente as regras são mais eficientes que aquelas criadas pelo processo legislativo, pois os casos levados ao Judiciário e as decisões deles decorrentes tenderiam, com o tempo, a criar normas cada vez mais eficientes. A divergência dentro deste entendimento estaria apenas em saber quem é o responsável por tornar as normas eficientes, se os próprios juízes ou as partes. Deste modo, vê-se afirmações de que "juízes tendem a basear suas decisões em intuições econômicas" (Posner) ou "o resultado do processo seria dado não pelas ações dos juízes, mas pela ação das partes privadas que o originaram" (Rubin, Priest, Goodman).

Dentro das críticas feitas à tese de superioridade, quanto à eficiência, do *common law*, há afirmações no sentido de um elevado grau de reducionismo quando se toma apenas os casos levados aos juízes como únicos responsáveis por tornarem as normas eficientes. Assim, Hadfield pensa que seria "impossível a produção de normas eficientes

para o conjunto de situações sobre as quais incidem as normas". A regra eficiente somente seria obtida, portanto, analisando-se todos os possíveis desdobramentos desta regra, considerando não apenas os casos levados ao Judiciário, mas também aqueles em que as partes optaram pela mediação, aqueles em que uma delas reconheceu a sucumbência, não gerando qualquer "pretensão resistida". Haveria um caráter de "amostralidade" e "aleatoriedade" dos casos levados ao Judiciário, o que impediria que dali saíssem regras eficientes para todos os casos.

Outro ponto passível de crítica guarda relação com o necessário abstracionismo e idealismo que o modelo da eficiência precisa para fazer sentido. Paul H. Rubin coloca que a eficiência no *common law* existe, dentro de uma contenda judicial, se as partes de cada lado "representam o conjunto inteiro de interesses sociais do mesmo lado nas futuras disputas do mesmo tipo". Ou seja, um litígio concreto deve ser capaz de, no que se refere aos interesses das partes, reproduzir todos os possíveis interesses de litígios futuros com o mesmo objeto. Só assim há que se falar em eficiência. Se os interesses das partes não são representativos dos futuros interesses das futuras partes, então não há eficiência. Ainda em países da tradição da *civil law*, onde há o balizamento legal positivado, o juiz, de posse da hermenêutica, pode, com base na mesma lei, diante de um mesmo objeto, mas tendo em vista diferentes contextos, aplicar a lei de forma diversa daquele julgamento dado anteriormente. E nem por isso tal decisão terá sido ineficiente.

Zywicki, citado por Érica Gorga, afirma que o advento da *stare decisis* vai levar a um surgimento de pressão de grupos de interesses com o fim de moldar o Direito conforme queiram, em detrimento da diluição de riquezas para a sociedade. É que quanto mais estável for um sistema – estabilidade esta tornada possível pela *stare decisis* – maior valor terá o precedente. Sendo determinado precedente favorável a determinado grupo, maior valor terá um novo caso tendente a seguir o precedente. A autora afirma:

"Segundo Zywicki, a adoção dessa doutrina induziu o aumento da busca de rendas no direito consuetudinário, o que era anteriormente associado somente à tradição do direito romano-germânico.

Quando não existe *stare decisis*, a possibilidade de retorno do investimento das partes no litígio fica reduzida, já que não haverá a criação de um precedente estável. (...) Antes da aceitação da *stare decisis*, a obtenção de julgamento favorável pela parte tinha valor bem reduzido, pois não se formava o 'estoque de capital' de precedente (...). Com a adoção da *stare decisis*, tal situação é modificada de modo consistente, pois a obtenção de um precedente favorável pode significar um fluxo de capital substancial no longo prazo para as partes que se engajam em disputas recorrentes. Por isso, aumentam os incentivos das partes para investir no processo judicial, de modo a buscar a obtenção de um precedente que as favoreça".

Havendo, portanto, esse interesse dos grupos mais fortes em recorrerem ao Judiciário para buscar decisões em benefício próprio, há uma tendência à produção de normas ineficientes, ao contrário do que prega a tese da proeficiência do *common law*. Diz-se ineficientes porque o resultado da demanda será sempre favorável aos grupos de interesses, sempre mais fortes e melhor equipados financeiramente, o que se traduz em melhores advogados (que, supõe-se, tenham freqüentado melhores escolas, estudado mais, adquirido mais conhecimento), maior número de apelações e recursos a outras

instâncias, sem contar hipóteses esdrúxulas, porém cada vez mais recorrentes, de corrupção e venda de sentenças. Desta forma, pergunta-se: eficiência para quem? Eficiência em que termos?

À parte da questão da eficiência, Pierre Bourdieu analisa o instituto da *stare decisis* sob outro enfoque, que é o do uso deste para a manutenção do campo jurídico, ou seja, como meio para firmar sua autonomia. A auto-afirmação da autonomia jurídica no uso da *stare decisis* estaria no fato de que, ao utilizar um precedente reconhecido, o jurista acaba por fundamentar o direito pelo Direito, quando na verdade (e tendo em vista que dois casos nunca são exatamente iguais) haveria todo um leque de decisões que poderiam ser tomadas, inclusive decisões que poderiam se valer de preceitos não-jurídicos.

Na verdade, para Bourdieu, defender a autonomia do campo jurídico é ir em direção à ortodoxia, negando o poder criativo aderente à realidade econômico-social da jurisprudência. Infere-se, portanto, que o campo do Direito teria menos autonomia em países de tradição do *common law*, onde os juízes "criam" direitos. Nas palavras de Bourdieu:

"... os defensores da autonomia e da lei como entidade abstrata e transcendente são, de fato, os defensores de uma ortodoxia: o culto do texto, o primado da doutrina e da exegese, quer dizer, ao mesmo tempo da teoria e do passado, caminham a par da recusa em reconhecer à jurisprudência o menor valor criador, portanto, a par de uma denegação prática da realidade econômica e social de uma recusa de toda a apreensão científica desta realidade".

Oona A. Hathaway questiona o entendimento de Posner quanto à tendência de os juízes decidirem de acordo com suas convicções econômicas. Afirma a autora, citada por Érica Gorga, que:

"Os juízes também lançam mão do uso de precedentes para preservar a sua reputação e prestígio. Isso pode ser um incentivo particularmente forte para o juiz que deseja ser indicado para os tribunais superiores. Além disso, os juízes seguem os precedentes porque sabem que se falharem regularmente em fazê-lo arriscam tratamento especial pelos seus pares".

Contra a tese da eficiência da *common law*, merece ser citado Paul H. Rubin, que, numa visão mais ponderada, afirma que "os observadores do direito que concluem que o direito consuetudinário é mais eficiente que o estatutário confundem um efeito devido ao tempo, com outro devido à eficiência". A discussão, mais do que entre *common law* e *civil law*, estaria em "direito no início do século" e "direito que se seguiu após". Ainda, em outras palavras, "o sentimento atual de que os estatutos são menos eficientes que as normas de direito consuetudinário se baseia em relações atuais e não em princípios universais".

Assim, uma mudança de cunho tecnológico permitiu que grupos de interesse gastassem menos com *lobby* frente aos parlamentares e frente aos juízes. Neste sentido, a ineficiência, tida como resultado da prática destes *lobbies*, vez que criam direitos em benefício próprio do grupo de interesse, estaria mais na redução dos custos com *lobby*, o que envolve custos de informação, comunicação e transporte. Afirma o autor que a

análise da eficiência ou não das normas deve ser verificada de forma empírica, tendo em vista as particularidades de cada caso.

Ugo Mattei, também citado por Érica Gorga, entende que a *civil law*, cuja base são os códigos, reduz as incertezas quanto às possibilidades de julgamento de um juiz, pois seu balizamento estaria na norma escrita e posta, reduzindo, portanto, o custo de informação no processo. Gastar-se-ia menos, também, com advogados, interposição de recursos, caso se saiba as possíveis decisões dos juízes.

Dito isto, necessário que se aponte para uma convergência entre estas duas tradições do Direito, tendo em vista, principalmente, a complexidade e dinamicidade da sociedade e de suas inter-relações econômicas causadas pela globalização. Neste sentido, haveria uma influência recíproca do *common law* e da *civil law*. A fim de exemplificar essa influência recíproca entre as duas tradições, vale lembrar o código civil californiano e o instituto do efeito vinculante na Alemanha e Espanha.

Ao final de seu artigo, Érica Gorga conclui nos seguintes termos:

"Portanto, a convergência formal e funcional entre as tradições de Direito possibilita que tanto as eficiências quanto as ineficiências existentes em cada tradição sejam compartilhadas. (...) Tal convergência, de certa forma, esvazia a investigação sobre qual tradição é a mais eficiente, já que ambas contarão com características eficientes e ineficientes no aspecto macro".

Pelo exposto, entende-se que o movimento de *Law & Economics* (ou AED) tem no sistema do *common law* – muito mais do que na *civil law* – campo fértil para crescer. Em razão da globalização e da complexidade e dinamicidade da sociedade, é notório um movimento de inter-relação entre as tradições do Direito, o que pode permitir um diálogo entre seus institutos. Fruto deste diálogo é justamente a aplicação da AED ao sistema da *civil law*.

Todavia, os argumentos da complexidade da sociedade e maior intercâmbio das tradições não podem servir de justificativa para uma aplicação irrestrita e precipitada da AED nos países da *civil law*. São muitas as diferenças entre as tradições (são a regra, na verdade, e não a exceção); os exemplos práticos dados pela doutrina muitas vezes são inaplicáveis aos países da *civil law*; o modo como economistas e juristas de um país de tradição consuetudinária pensam o papel do juiz e das instituições e diferente do modo como os mesmo profissionais pensam as mesmas instituições em países de tradição estatutária. Ainda, não se pode esquecer que o contexto histórico-social onde se deu o transplante da AED do *common law* para a *civil law* foi o europeu, países com nível de desenvolvimento econômico-social alto, diferentemente de países latino-americanos, como o Brasil.

O próprio argumento da eficiência do *common law* pode levar a um entendimento de que, portanto, a prática da AED deveria ser levada à cabo apenas em países com esta tradição. Tomando por base as críticas e ponderações feitas acima acerca da eficiência ou não, do ponto de vista econômico, do *common law* e da *civil law*, entende-se possível o uso da AED como ferramenta dos juristas e aplicadores do Direito, desde que se pondere o fato de que as diferenças entre as tradições podem levar à impossibilidade de aplicar a AED em países em desenvolvimento de tradição fundada na *civil law*.

5. Conclusões

A análise econômica do Direito – AED é um movimento recente e vem ganhando força, principalmente nos meios acadêmicos, tendo em vista os trabalhos pioneiros de Coase, Calabresi e Trimmarchi. Embora recente, já possui algumas linhas de pensamento – tais como aquelas advindas da Escola de Chicago, a Escola da Escolha Pública, e outras –, o que caracteriza sua falta de uniformidade quanto ao modo de abordagem e realização do diálogo entre Direito e Economia.

Para esses autores, e muitos outros, a Economia pode servir de importante ferramenta quando da aplicação do Direito, de modo a torná-lo mais eficiente. Seria, portanto, uma teoria econômica aplicada às questões jurídicas, fornecendo instrumentos de previsibilidade ao Direito. O foco principal da AED está na aplicação da Economia em questões que, até pouco tempo, eram estritamente jurídicas, tais como direito civil, meio-ambiente, contratos, procedimentos criminais, dentre outras. Assim, constata-se um alargamento do foco de estudo econômico, que antes se cingia ao mercado.

Prévia a qualquer discussão acerca da AED é o tema das tradições do Direito. Hoje se verifica grande movimentação de práticas econômicas eficientes nos países de tradição do *common law* em direção aos países da *civil law*. Todavia, tendo em vista a diferença de contextos históricos, sociais, culturais e mesmo jurídicos e econômicos, tais intercâmbios devem ser vistos com muita atenção, pois, em razão da complexidade e dinamicidade da sociedade, é possível – talvez provável – que as particularidades de cada país influam de modo determinante para o fracasso destes intercâmbios entre tradições.

Pode-se concluir que boa parte do sucesso da AED se dê em razão do seu ambiente de aplicação original, qual seja, o *common law*, ambiente este não verificável em muitos outros países nos quais se tenha começado a olhar para a AED, como o Brasil. Fala-se em maior eficiência e desenvolvimento econômico de países que possuem o *common law* como pano de fundo, muito embora haja opiniões em sentido contrário, ou seja, de que a *civil law* seria uma tradição jurídica melhor. Resta saber até que ponto esta tradição influi para a obtenção de um maior desenvolvimento econômico, considerando a orientação política e ideológica de cada país, bem como o contexto social.

Em síntese, o debate entre maior ou menor eficiência do *common law* quando comparado à *civil law* traz como pano de fundo a ideologia que guia as afirmações dentro destes estudos. Um maior desenvolvimento econômico estaria relacionado a uma maior liberdade dos juízes e a uma menor ingerência do Estado nos direitos contratuais e de propriedade. Se tal assertiva é verdadeira, maior cuidado então deve-se ter no estudo comparativo destas duas tradições, no âmbito de aplicação da AED. Talvez a AED não se mostre útil para países em desenvolvimento, ou cujos governos se mostrem intervencionistas, com tradição na *civil law*.

Melhor seria falar numa convergência de tradições, tendo em vista a forte globalização que guia o mundo atual. É notória a influência recíproca destas tradições, tendo como maiores exemplos o instituto da *stare decisis* e os códigos nos países do

common law. Contudo, o modo como economistas e juristas dos diversos países de ambas as tradições veem o papel do juiz e das instituições diferem entre si. Ainda, não se pode esquecer que o contexto histórico-social onde se deu o transplante da AED do *common law* para a *civil law* foi o europeu, países com nível de desenvolvimento econômico-social alto, diferentemente de países latino-americanos, como o Brasil.

Parece mais prudente analisar caso a caso as hipóteses de aplicação da AED em países da *civil law* – e mesmo assim, somente após correto entendimento das estruturas e fundamentos que montam o ambiente de aplicação da AED –, ao invés de uma aplicação irrestrita, apenas tomando por base o sucesso em países do *common law*, pois, do contrário, o argumento da eficiência pode levar à conclusão de que a AED é instrumento próprio destes países.

6. Bibliografia

ARIDA, Pércio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa/Rio de Janeiro: Ed. Difel/Bertrand Brasil, 1989.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. 25. Ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Estados Unidos: The University of Chicago Press, 1988.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 5. Ed. Addison-Wesley, 2008.

FARIA, Guiomar T. Estrella. *Interpretação Econômica do Direito*. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

KITCH, Edmund W. Los fundamentos intelectuales del análisis económico del derecho. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000.

KORNHAUSER, Lewis A. El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000.

MATTEI, Ugo; PARDOLESI, Roberto. Análisis económico del derecho en países de tradición civil: un enfoque comparativo. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7. Ed. Estados Unidos: Aspen Publishers, 2007.

_____. Usos y abusos de la teoría económica en el derecho. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000.

_____. La decadencia del derecho como disciplina autónoma: 1962-1987. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000.

ROEMER, Andrés. Apresentação do livro *Derecho y economía: uma revisión de la literatura*. 1. Ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 2000.

RUBIN, Paul H. Derecho consuetudinário y derecho estatutário. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000.

SANCHIRICO, Chris. *Deconstructing the new efficiency rationale*. Cornell Law Review, v. 86, n. 1005, 2001.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & Economia*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

COASE, Ronald. *The problem of social cost*. The Journal of Law and Economics. Estados Unidos: The University of Chicago Press, 1960, p. 1-44. Também disponível em COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Estados Unidos: The University of Chicago Press, 1988.

Não se faz aqui a distinção entre Análise Econômica do Direito e *Law & Economics*, podendo-se falar, inclusive, em Interpretação Econômica do Direito. Para uma distinção

entre estes termos, recomenda-se FARIA, Guiomar T. Estrella. *Interpretação Econômica do Direito*. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 11.

Alguns textos já foram escritos sobre o transplante da AED de países do *common law* para países da *civil law*, conforme citados ao longo deste trabalho; contudo, o foco dessa análise cingia-se aos países europeus de tradição na *civil law*, os quais já se encontravam desenvolvidos, diferentemente de países sul-americanos, em vias de desenvolvimento ou, até, "subdesenvolvidos".

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 85.

ROEMER, Andrés. Apresentação do livro *Derecho y economía: uma revisión de la literatura*. 1. Ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 2000, p. 11.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 11.

KITCH, Edmund W. Los fundamentos intelectuales del análisis económico del derecho. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: uma revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, pp. 51-52.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 1.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7. Ed. Estados Unidos: Aspen Publishers, 2007. p. 7.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 12.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 2.

Richard Posner e muitos outros, citados ao longo deste tópico, também entendem neste sentido.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 75.

SANCHIRICO, Chris. *Deconstructing the new efficiency rationale*. Cornell Law Review, v. 86, n. 1005, 2001, p. 1069.

KORNHAUSER, Lewis A. El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 21. Em outra passagem, o mesmo autor afirma: "Ao contrário, a teoria econômica nega que a pura incorporação de uma diretriz contida na lei ofereça algum motivo para alguém atuar". KORNHAUSER, Lewis A. El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 36.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 75.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 75-76.

Segundo Pércio Arida, "é possível que a pesquisa em Direito, ao iluminar de forma radicalmente diversa a imbricação entre normas e valores, venha a sugerir caminhos para a pesquisa em Economia radicalmente diversos dos até agora trilhados". ARIDA, Pércio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 63.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. 25. Ed. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 182.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. 25. Ed. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 183.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7. Ed. Estados Unidos: Aspen Publishers, 2007. p. 14.

ARIDA, Pércio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 61.

Lewis A. Kornhauser aduz que "ocasionalmente, os críticos [da AED] tiram o mérito deste projeto ao considerá-lo como um simples produto da obstinação em introduzir uma nova regra técnica e modelos matemáticos formais ao emaranhado verbal do direito". KORNHAUSER, Lewis A. El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 19.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 80.

GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 150.

MATTEI, Ugo; PARDOLESI, Roberto. Análisis económico del derecho en países de tradición civil: un enfoque comparativo. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 368.

KITCH, Edmund W. Los fundamentos intelectuales del análisis económico del derecho. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 58.

LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. *Legal determinants of external finance*. The Journal of Finance. Vol. LII, nº 3, 1997, p. 1.131. LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. *Law and finance*. The Journal of Politic Economy. Vol. 106, nº 6, 1998, p. 1.113. JOHNSON, Simon; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; LA PORTA, Rafael; SHLEIFER, Andrei. *Tunneling*. American Economic Review. Vol. 90, nº 2, 2000, p. 22

GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 146.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7. Ed. Estados Unidos: Aspen Publishers, 2007. p. 27.

O mesmo Posner, em artigo sobre a decadência do Direito como ciência autônoma, entende que a idéia de Direito como disciplina autônoma traduz uma idéia política e que esta autonomia foi possível somente até o início da década de 60, quando haviam poucas diferenças ideológicas entre os partidos. "... a cena intelectual estadunidense de finais dos 50 e início dos 60 se encontrava notoriamente livre de contendas ideológicas. Num período assim era natural pensar no Direito não em termos políticos, senão técnicos, como uma forma de 'engenharia social'. Com o fim do 'consenso ideológico', acabou também o 'consenso político'". Aumentando-se o espectro de opiniões políticas, aumenta-se o espectro de entendimentos jurídicos sobre determinado assunto, consoante aduz Posner: "agora sabemos que se apresentamos um problema jurídico a dois pensadores de direito igualmente respeitáveis, escolhidos aleatoriamente, obteremos soluções completamente incompatíveis, decorrendo daí que, evidentemente, não podemos nos basear apenas no conhecimento jurídico para prover soluções definitivas a problemas legais". Fácil ver a relação desta anotação histórica com o aumento do campo da Economia em direção ao Direito, fenômeno que tem a AED como marca por excelência. POSNER, Richard A. La decadencia del derecho como disciplina autónoma: 1962-1987. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, pp. 106-107. Na mesma toada: "A habilidade do jurista de resolver os problemas dos agentes econômicos passou a depender de novas ferramentas para interpretar normas, fatos e documentos legais; consequentemente, a noção de autonomia do direito decaiu, em especial pela necessidade de se socorrer do conhecimento de outras áreas, em particular a Economia". PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e mercados*. Rio de

Janeiro: Elsevier, 2005, p. 87. Ainda uma outra visão, trazida por Pierre Bourdieu, informa que essa pretensa autonomia do Direito não possui natureza ideológica, mas é resultado do próprio funcionamento do campo jurídico, cuja sistemática perpetua seus integrantes no poder de dizer e interpretar o Direito: "Esta retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade, que pode ser o princípio de uma autonomia real dos pensamentos e das práticas, está longe de ser uma simples máscara ideológica. Ela é a própria expressão de todo o funcionamento do campo jurídico e, em especial, do trabalho de racionalização, no duplo sentido de Freud e Weber, a que o sistema das normas jurídicas está continuamente sujeito, e isto desde há séculos". BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa/Rio de Janeiro: Ed. Difel/Bertrand Brasil, 1989, p. 216.

GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 148.

KITCH, Edmund W. Los fundamentos intelectuales del análisis económico del derecho. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, pp. 59-60.

KORNHAUSER, Lewis A. El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 39.

Sobre o tema, TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & Economia*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

A respeito do papel dos juízes, Pierre Bourdieu anota: "É claro que os magistrados, por meio da sua prática, que os põe diretamente perante a gestão dos conflitos e uma procura jurídica incessantemente renovada, tendem a assegurar a função de adaptação ao real num sistema que, entregue só a professores, correria o risco de se fechar na rigidez de um rigorismo racional: por meio da liberdade maior ou menor de apreciação que lhes é permitida na aplicação das regras, eles introduzem as mudanças e as inovações indispensáveis à sobrevivência do sistema que os teóricos deverão integrar no sistema". Nota-se que a discrição se assemelha bastante ao papel dos juízes do *common law*, apenas. Quanto ao papel dos juristas da *civil law*, a citação a seguir parece mais aderente à realidade: "Pertence aos juristas, pelo menos na tradição dita romano-germânica, não o descrever das práticas existentes ou das condições de aplicação prática das regras declaradas conformes, mas sim o pôr-em-forma dos princípios e das regras envolvidas nessas práticas". BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa/Rio de Janeiro: Ed. Difel/Bertrand Brasil, 1989, pp. 220-221.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7. Ed. Estados Unidos: Aspen Publishers, 2007. p. 569.

POSNER, Richard A. Usos y abusos de la teoría económica en el derecho. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 73. Posner elenca três críticas à tese da eficiência do

direito consuetudinário, dizendo, ao final, que se trata de debilidades da teoria econômica que não podem ser facilmente ignoradas. São elas: a primazia da retórica não econômica nas decisões judiciais, a baixa qualidade de boa parte das evidências que apontam para a referida tese, e a falta de evidência quantitativa de que esta tese é, de fato, verdadeira. POSNER, Richard A. Usos y abusos de la teoría económica en el derecho. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 75.

"Em todos os modelos econômicos dos fenômenos legais se assume que o legislador atua uma única vez, a princípio, quando escolhe a estrutura do jogo a que se submeterão os agentes. Este pressuposto pode parecer inadequado para os tribunais de direito consuetudinário, como pode ser num processo de sentença caso a caso, no qual os tribunais 'fazem a lei'. Esta perspectiva sugere que a sentença pode apresentar problemas de consistência similares àqueles estudados na bibliografia referente ao planejamento". KORNHAUSER, Lewis A. El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, pp. 35-36.

GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 154.

GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 163.

RUBIN, Paul H. Derecho consuetudinário y derecho estatutário. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 318.

Pércio Arida, ao explicar a insuficiência da pesquisa econômica no completo entendimento da historicidade da norma, afirma que a pressão dos grupos de interesse seria vista como um retrocesso dentro da pesquisa econômica. Ao lado deste retrocesso estariam também distorções no processo de representação parlamentar e a "ignorância econômica" do legislador. ARIDA, Pércio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 67-68.

GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 165.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa/Rio de Janeiro: Ed. Difel/Bertrand Brasil, 1989, p. 231.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa/Rio de Janeiro: Ed. Difel/Bertrand Brasil, 1989, p. 252.

GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 192.

RUBIN, Paul H. Derecho consuetudinário y derecho estatutário. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 314.

RUBIN, Paul H. Derecho consuetudinário y derecho estatutário. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 316.

GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 171.

No mesmo sentido: "Todas essas generalizações a respeito da diferença entre as duas tradições, entretanto, parecem simplistas em relação à sutileza e complexidade da realidade. Por exemplo, embora os EUA seja ostensivamente um país do *common law*, os estados norte-americanos tentam obter uma maior uniformidade em direito comercial por meio do *Uniform Commercial Code*". COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 5. Ed. Addison-Wesley, 2008 , p. 61.

GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 179.

GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 181.

GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 185.

ANÁLISE ECONÔMICA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: COMMONS VS. ANTICOMMONS*

ECONOMIC ANALYSIS OF INTELLECTUAL PROPERTY: COMMONS VS. ANTICOMMONS

Luciano Benetti Timm
Gustavo Brendler

RESUMO

A economia globalizada é caracterizada pela diminuição das fronteiras geográficas entre os agentes econômicos e países. O transporte de pessoas e bens – que teve redução de mais de 50% em seu custo nas últimas décadas – e, sobretudo, a tecnologia, foram os responsáveis por esse "achatamento do globo". Não é mais a produção, mas a informação e o conhecimento os maiores responsáveis pelo desenvolvimento econômico de um país. Eis a era da "Economia do Conhecimento". O capital intelectual, no final do século XX, despontou como o fator diferenciador do desempenho dos agentes econômicos e, por via reflexa, da economia de um país. A Era Industrial foi substituída pela Era do Conhecimento. Aquela era baseada em recursos físicos; a última, estriba-se no conhecimento. Mas como incentivar o processo de inovação? Cooter & Schaefer sugerem ser a aproximação entre os inventores da tecnologia (cientistas) e o financiamento. Cooter & Schaefer defendem que cada estágio do financiamento exige um determinado modelo de organização jurídica; o financiamento familiar requer um adequado direito de propriedade; um financiamento privado requer um bom direito contratual; e o financiamento público via mercado de capitais exige um eficiente direito societário e regulatório. Além disso, Cooter & Schaefer ensinam que a melhor política governamental voltada para o desenvolvimento é o investimento em infra-estrutura. Mas o desenvolvimento de um país depende, na era da Economia do Conhecimento, de outros dois elementos não salientados por Cooter & Schafer, a saber: a) de eficientes direitos de propriedade intelectual e sistema registral; b) associado a uma política governamental que invista em educação e pesquisa integrada à sua exploração mercadológica. O presente ensaio pretende, diante das premissas acima expostas, aprofundar estes dois requisitos do desenvolvimento econômico ainda não explorados por Cooter & Schaefer, ou seja, da propriedade intelectual como mecanismo de incentivo à inovação (ou não) e das políticas públicas incentivadoras à inovação, ambos aplicados ao caso brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: INOVAÇÃO. DESENVOLVIMENTO. PROPRIEDADE INTELECTUAL. POLÍTICAS PÚBLICAS. DIREITO E ECONOMIA.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A globalized economy is characterized by the shortening of geographical frontiers among private players and nations. The transportation of goods and people – that suffered a dramatic cost decrease in the last few decades – and technology are the main responsible for making the "globe flat". It is not production anymore but information and knowledge the key factors for economic development of a nation. This is the so called "Knowledge-based" Economics. The intellectual capital, in the late 20th Century, started to differentiate the economic performance of the countries. Industrial Era was superseded by "Knowledge-based" Economics. The former was based on natural resources; the latter on knowledge. But how can one create incentives for innovation to happen? Cooter & Schaefer suggests that the liason between inventors and finance is the key factor. Cooter & Schaefer argues that each stage of financing requires a specific model of law; family finance requires good property law; private finance requires adequate contract law; public finance needs good corporate laws and capital market regulation. Besides that Cooter & Schaefer suggests that the best government policy to create growth is infrastructure investment. However, it seems that the development of a country depends on two other factors: a) efficient property laws and patents agencies; b) associated with governmental policy that invests on education and research integrated with its market exploration. The present paper will address these two complementary points in Cooter & Schaefer theory on innovation and development of a nation, taking into account specifically the Brazilian case.

KEYWORDS: INNOVATION. DEVELOPMENT. INTELLECTUAL PROPERTY. PUBLIC POLICIES. LAW AND ECONOMICS.

INTRODUÇÃO

Alguns países são mais ricos do que outros porque as suas economias crescem mais. Para fins de se alcançar o desenvolvimento econômico, o caminho mais adequado, de acordo com a teoria schumpeteriana (1985), em voga entre muitos economistas e aqui adotada como premissa, é o de que a inovação constitui-se em fator essencial para este desiderato.

Além disso, o desenvolvimento de inovações, conforme afirmado por Cooter e Schaefer (2006), resultaria do jogo praticado entre agentes a partir dos incentivos institucionais. Desse modo, boas instituições – entendidas aqui como conjunto de regras formais e informais – incentivariam inovações. Dentre essas instituições, os autores citados enfocam as instituições jurídicas e seu reflexo no desenvolvimento econômico por meio do estímulo à combinação entre financiamento e inovação. Cooter e Schaefer (2006) conferem especial destaque, nesse campo, ao direito contratual, aos direitos de propriedade e finalmente ao direito societário e de mercado de capitais.

Chama a atenção que Cooter e Schaefer (2006) não conferem nesse estudo, especial destaque à propriedade intelectual. Ainda que se possa admitir que seja esta uma forma de direito de propriedade, causa estranheza a ausência de referência específica a este ponto, até porque a literatura jurídica tradicional nos Estados Unidos relativa à propriedade intelectual costumeiramente reconhece a importância desses direitos para a promoção de pesquisa e desenvolvimento em novas tecnologias.

Com efeito, o mesmo Professor Robert Cooter (2003), em obra já clássica da abordagem de *Law and Economics*, defende que os direitos de propriedade intelectual destinar-se-iam a eliminar uma falha de mercado provocada pela dificuldade que o inovador tem de apropriar o valor social daquilo que produz. Trata-se da *nonappropriability*, que é derivada das características, assemelhadas aos bens públicos, das informações e das inovações baseadas nestas. É como se a propriedade intelectual viesse a resolver problemas da chamada "tragédia dos comuns" (*tragedy of commons*) – isto é, tendência à exaustão derivados do consumo de bens públicos ou quase públicos. Por essa razão, deve-se acreditar que, de acordo com essa mesma literatura, ainda que não referida expressamente, é a propriedade intelectual estímulo à inovação.

Essa abordagem da propriedade intelectual vem sendo rivalizada por críticos na Europa, dentre eles Hestermeyer e Mathews, com grandes reflexos no Brasil. São autores que afirmam que a propriedade intelectual e seu direito de exclusão e de exclusividade geram lucros extraordinários às companhias farmacêuticas e outras empresas de tecnologia às custas da limitação do acesso das populações carentes a bem essenciais. São autores que defendem, no âmbito internacional, uma interpretação do TRIPS (Acordo no Âmbito da Organização Mundial do Comércio sobre padrões mínimos de proteção da propriedade intelectual) à luz de Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, Sociais e Econômicos no âmbito da ONU (Organização das Nações Unidas).

Vale dizer, as políticas públicas de saúde não poderiam ficar reféns dos direitos de propriedade intelectual. Mais, estes direitos de exclusão não trariam qualquer benefício à geração de inovação; ao contrário, traria estagnação tecnológica endógena do país, conforme demonstrado por Maristela Basso (2005) e Marcos Wachowicz (2005). Seria, em linguagem de *law and economics*, a tragédia dos *anti-commons* (descrita mais adiante no trabalho).

Percebe-se, portanto, hoje no Brasil um intenso debate acerca do papel desempenhado pelos direitos de propriedade intelectual. Afinal, quem tem razão? É possível buscar dados empiricamente constatáveis para comprovação das hipóteses científicas em debate para o caso brasileiro?

Do ponto de vista legal, não há como negar que o legislador brasileiro reconheceu na propriedade intelectual um meio idôneo para que fossem atingidos o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Tal entendimento é corroborado pelo disposto no inciso XXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal, ao reconhecer que "a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País."

No presente ensaio, pretende-se analisar os pressupostos teóricos, favoráveis e contrários à relação que há entre proteção dos direitos de propriedade intelectual e desenvolvimento de inovações, vale dizer, esclarecer os posicionamentos da literatura acerca de tal relação, delineando o marco teórico sobre o tema. Em uma segunda fase, ainda em construção, buscar-se-á dados e constatações específicos, sobre o tratamento brasileiro à inovação e sobre a relação propriedade intelectual e desenvolvimento.

Essa constatação empírica da relação entre proteção da propriedade intelectual e geração de inovação e de desenvolvimento será feita por meio de questionários a serem enviados aos representantes do setor empresarial brasileiro de farmácias (ou outro a ser definido), questionando a relação dos direitos de propriedade intelectual na promoção das inovações no Brasil.

Por ora, foram aproveitados levantamentos governamentais sobre a matéria com o fim de buscar elementos para julgar a acuidade das teorias rivais.

Assim, o presente ensaio está dividido em duas partes. Na primeira, faz-se o debate sobre o tratamento conferido pela abordagem de *Law and Economics* ao tema da propriedade intelectual, versando sobre a possível ***tragédia dos comuns*** adveniente da inexistência de proteção. Ainda na primeira parte, consta uma das teorias rivais: **A *tragédia dos anticomuns***.

Na segunda parte deste ensaio, há a constatação de implicações e dados brasileiros referentes ao tratamento conferido à inovação, o que servirá de base para o futuro debate sobre as evidências empíricas a serem colhidas no Brasil.

1. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

Por parte da literatura, a propriedade intelectual é considerada como o necessário incentivo para que alguém produza alguma coisa melhor ou que encontre um jeito melhor de produzir uma coisa antiga, afirma Cooter (2003). Vale dizer, a propriedade intelectual apresenta-se como um mecanismo de incentivos para que os agentes econômicos engajem-se em atividades de elevados custos e riscos de pesquisa e desenvolvimento (P&D).

Em sentido contrário, há os que defendam que a propriedade intelectual é considerada um entrave para o desenvolvimento de inovações, principalmente as subseqüentes àquelas já desenvolvidas. Isso, argúi-se, tem por conseqüência a sub-utilização da novidade protegida e, em decorrência, a perda de bem-estar para a sociedade como um todo. Aliam-se nessa linha de pensamento aqueles autores que defendem que a propriedade intelectual bloqueia o acesso a direitos fundamentais, sobretudo os de saúde, dificultando políticas públicas governamentais.

A) A ABORDAGEM DE LAW AND ECONOMICS E A TRAGÉDIA DOS COMUNS EM RELAÇÃO À PROPRIEDADE INTELECTUAL

Há na literatura jurídica norte-americana uma constante referência de que os direitos de propriedade intelectual ajudam a impulsionar o desenvolvimento da economia, por meio da concessão do direito exclusivo de criar, usar e explorar o objeto protegido, de acordo com Hettinger (1989).

Os autores norte-americanos argumentam que a proteção da propriedade intelectual confere o incentivo necessário para o aperfeiçoamento de tecnologias e idéias, tendo os inventores o direito de ser proprietários daquilo que criaram, com a possibilidade de se apropriar de seu valor social. Se esse incentivo econômico não for concedido, os

agentes econômicos não terão a vontade e o emprenho necessários para inovar, tendo em vista que os concorrentes fiar-se-iam em suas descobertas, vale dizer, seriam "caroneiros" (*free-riders*) de seu desempenho.

De acordo com a definição de North (1994), as instituições de um país formam a estrutura de incentivos que recai sobre a sociedade. Especificamente, North (1994, p. 361) define as instituições como "(..) as regras do jogo, tanto formais quanto informais e, também, as suas características de eficácia. Juntas, definem a forma em que o jogo deve ser jogado (...)."

De acordo com a definição de Douglass North, as instituições de um país são um fator mais importante para o seu desenvolvimento do que as riquezas naturais, o clima favorável ou a agricultura. Afirma North (2000, p. 3) que "as instituições são as regras do jogo, tanto as formais quanto as informais e também as suas características de eficácia. Juntas, definem a forma em que o jogo deve ser jogado (...)."

Os agentes econômicos, ou os "jogadores" na expressão de North (2000), são seres racionais que reagem à estrutura de incentivos representada pelas instituições. Uma das premissas adotadas pelo movimento de Direito e Economia é que os agentes econômicos reagem aos incentivos fornecidos pelo ambiente em que vivem e, ainda, que tais incentivos podem ser fornecidos pelo ordenamento jurídico.

Em assim sendo, as regras jurídicas, os tribunais e os órgãos registrais e regulatórios do governo compõem as instituições. Isso significa que se o ordenamento jurídico emitir sinais de que não protegerá os direitos de propriedade ou de que é ineficiente nesse campo, o resultado seria, seguindo aquela mesma literatura, a dissipação de rendas através da competição entre os agentes econômicos para se apropriarem (mais do que produzirem) dos escassos recursos existentes.

Nesse sentido, a fim de bem compreender a necessidade de um país contar com a adequada estrutura de incentivos capaz de estimular os seus cidadãos a alocar recursos, tempo e energia na atividade produtiva de inovações, cabe analisar a natureza destas.

Para tanto, há que se ressaltar a diferença existente entre bens públicos e bens privados, conforme o estabelecido pela ciência econômica (e não com base na classificação jurídica do Código Civil Brasileiro, que classifica os bens não a partir de sua natureza, mas de sua titularidade). Os bens públicos, economicamente considerados, assumem as características de não-rivais (não-disputável) e não-exclusivos.

Por não-rival, entende-se o bem em que, para qualquer nível específico de produção, o custo marginal de sua produção é zero para um consumidor adicional. Vale dizer, o custo adicional oriundo de uma pessoa a mais utilizar esse bem é igual a zero – o que aconteceria, por exemplo, em situações de ausência de escassez de um bem como o ar ou segurança pública.

Por rivalidade, entende-se que o consumo de um bem por uma pessoa deixa menos do mesmo bem para o consumo de outra pessoa. E por exclusividade, entende-se que o consumo de um bem por uma pessoa exclui outra de consumir, ao mesmo tempo, o mesmo bem.

Com efeito, percebe-se que os bens privados, tendo em vista o sentido econômico, são bens rivais e excludentes. Ora, um automóvel não pode ser utilizado, ao mesmo tempo, para trafegar em direções opostas, vez que a utilização do veículo por um motorista, em uma direção, exclui outro motorista de usá-lo, ao mesmo tempo, na direção oposta. Então, o uso do carro por um motorista deixa menos (nesse caso, não deixa nada) do mesmo carro para o uso do outro motorista.

Por outro lado, a característica de não-exclusividade significa que a utilização de um bem por um indivíduo não exclui outros indivíduos de utilizarem, ao mesmo tempo, o mesmo bem. Como a exclusão de um indivíduo é muito difícil de ser feita, mesmo aqueles que não desejam retribuir pela utilização do bem, poderão usar o mesmo. Se conseguem fazê-lo sem, contudo, retribuir, desaparece o incentivo à utilização mediante pagamento, conforme Pindyck (2002).

Em assim sendo, como escreve Cooter (2003), os bens públicos, na definição econômica, qualificam-se como não-rivais e não-excludentes. Pense-se na prestação do serviço de segurança nacional contra ataques aéreos. Se uma companhia privada fosse a prestadora do serviço, aqueles cidadãos que desejassem ser protegidos deveriam pagar uma quantia mensal ou anual para que o serviço fosse a eles prestado. Em uma mesma rua, alguns moradores iriam contratar o serviço e, assim, pagariam à companhia prestadora. Outros moradores vizinhos, entretanto, agiriam oportunistamente e não contratariam o aludido serviço. Isso significa que não seriam protegidos? Não. Seriam protegidos tanto quanto aqueles que contrataram o serviço. Por quê?

A explicação econômica para isso é a de que se demonstra hercúlea a tarefa de excluir os moradores que não contrataram o serviço de receber proteção, vez que a companhia prestadora do serviço, ao proteger os morados contratantes, estaria, automaticamente, protegendo os moradores não-contratantes. O serviço de vigilância e monitoramento realizado para o contratante do serviço de segurança contra ataques aéreos abrange as intermediações de sua casa, englobando, necessariamente, as casas vizinhas. Dessa forma, por que os vizinhos pagariam pela proteção que já, gratuitamente, receberiam?

Assim, tem-se que a exclusão daqueles que não pagaram pela prestação do serviço é muito custosa, pelo fato de ser muito barata a sua proteção (no exemplo seria automática). São chamados de *free-riders* aqueles indivíduos que recebem os benefícios da prestação do serviço (ou utilizam-se de um bem) sem pagar pelo mesmo. Isso faz com que a companhia privada não tenha incentivos para prestar esse tipo de serviço e, então, a quantidade ofertada do mesmo seria abaixo de um nível ótimo. Tal serviço deveria ficar, dessa forma, a cargo do Poder Público - como ocorre na realidade.

O mesmo se dá com as informações. As informações são, no sentido econômico, assemelhadas aos bens públicos, ou bens quase-públicos. Isto é, a utilização da informação por uma pessoa não deixa menos da mesma informação para a utilização por outra pessoa (não-rival) e, via de conseqüência, a utilização da informação por uma pessoa não exclui outra de valer-se da mesma informação ao mesmo tempo (não-excludente), relata Cooter (2003).

Tal como no exemplo da prestação do serviço de segurança contra ataques aéreos, a exclusão dos indivíduos, que não pagam por informação, é muito custosa, vez que a sua transmissão é muito barata. Assim, os indivíduos que produzem informação e não conseguem excluir de seu uso aqueles que dela se valem sem retribuição, terão poucos incentivos para continuar produzindo informação.

O conhecimento materializa-se na forma de um novo processo, do qual resultará, por certo, um novo produto. Mas esse produto, não-raro, compõe um novo processo produtivo. Por exemplo, dota-se um chip de valor apenas se tiver a capacidade para melhorar a performance de uma máquina, que visa a desenvolver um melhor produto ou serviço. Ainda, uma célula geneticamente modificada terá o seu significado na interação com as demais partes do corpo humano. Em assim sendo, as revoluções tecnológicas – e a atual, baseada na intangibilidade, não é diferente – constituem-se de inovações, cujos resultados são produtos, serviços e processos, com a característica de que, não-raro, os primeiros (produtos e serviços) integram o último (processo).

Na medida em que a globalização requer a transformação dos insumos, dos meios e do produto da produção, e, no atual contexto tecnológico, por ser o conhecimento elemento que permeia todos os níveis de produção, o conhecimento (elemento do modo informacional) acaba por atuar e transformar a si mesmo (insumo).

As inovações contêm informações – as quais são a base do conhecimento - e, devido a isso, enfrentam o mesmo problema dos bens públicos econômicos, vale dizer, tendem a ser não-rivais e não-excludentes. Em assim sendo, aqueles agentes econômicos que produzem inovações não terão incentivos para fazê-lo, uma vez que qualquer indivíduo possa valer-se das mesmas sem que haja, em contrapartida, a retribuição.

Richard Posner (2005) explica que os custos de produção da inovação são, geralmente, elevados, ao passo que a sua disseminação custa tanto quanto o meio usado para a sua transferência. Ou seja, uma vez que a inovação foi produzida, o custo marginal para a produção de uma unidade a mais é irrisório (pelo menos se comparados aos custos fixos). O exemplo do software (custoso para produzir) distribuído pela internet (barato para disseminar) ilustra bem a situação acima.

Essa situação representa uma falha do mercado. Isso porque o montante de inovação produzido será abaixo do ótimo quando o inovador não conseguir se apropriar do valor social daquilo que produzir. Com a proteção, via propriedade intelectual, atribui-se ao bem público uma exclusividade, transformando-o em bem privado, do ponto de vista econômico.

Com a introdução da propriedade privada, resulta elucidado quem é proprietário do quê. A alocação dos recursos à produção, o que é incentivado com a proteção pelos direitos de propriedade, faz com que o bem-estar da população resulte mais elevado do que quando, concomitantemente, ocorre a dissipação da renda (retirada de recursos da produção e a sua destinação à atividade expropriadora). “Em especial, a formalização da propriedade privada e a sua defesa pelo Estado permitem que, em vez de gastar parte do seu tempo defendendo o que possuem, as pessoas podem se concentrar inteiramente em produzir e gerar renda” (PINHEIRO, 2005, p. 95). Claro, na propriedade intelectual, não seria a escassez do produto que exigiria a atribuição de direitos de propriedade, mas a

necessidade de se estabelecer uma política correta de incentivos em prol da inovação, evitando-se aquilo que a literatura econômica denomina de "tragédia dos comuns".

Explica-se. Harold Demsetz (1967), em um artigo seminal intitulado *Toward a theory of property rights*, refere uma experiência com índios no Canadá. Aduz a existência de duas áreas, uma em que existiam direitos de propriedade e outra em que tais eram ausentes. Esse teria sido o resultado, segundo ele, de realidades geográficas e climáticas diversas, que estabeleceram ora a abundância, ora a escassez de recursos. A propriedade privada fora estabelecida em áreas de escassez a fim de proteger aqueles mesmos recursos, conferindo-lhe uma exploração racional.

Como já referido *supra*, a previsão e a proteção dos direitos de propriedade têm o condão de promover a eficiência produtiva. Aliás, Cooter (2000) assevera que o regime de propriedade privada é criado visando a encorajar a produção, desincentivar o roubo e reduzir os custos de proteger os bens.

Nesse sentido, direitos de propriedade claramente assinalados fazem diminuir o montante de externalidade gerado. A "externalidade" é um conceito econômico. Define-se como a geração de um benefício (externalidade positiva) ou a causação de um dano (externalidade negativa) em que o *proveito* (adveniente do benefício gerado) não é usufruído por quem o gerou e o *custo* (decorrente de um dano) não é suportado por quem o causou. Tratando-se de custos, quando não há a definição clara dos direitos de propriedade, aquele agente que causa o dano não leva em conta, ao agir (seja produtor ou consumidor), os custos deste dano advenientes. E se não recair sobre o ofensor, a responsabilidade pelo dano causado, não haverá incentivos para que o reduza. Dessa forma, o nível de externalidade negativa gerado estará sempre acima de um ponto ótimo, sendo o dano causado e ninguém pelo mesmo responsabilizado. Além disso, cabe notar que a propriedade faz recair sobre o seu titular todos os benefícios e os custos dela advenientes. Vale dizer, as externalidades, com a propriedade, são internalizadas.

Assim, de acordo com Soto (2001) tem-se que a propriedade exerce outras funções para além de, tão-somente, proteger a posse, como a de conferir segurança às transações, o que gera um incentivo aos cidadãos no sentido de "respeitarem títulos, honrarem contratos e obedecerem à lei". Por isso, a assinalação objetiva da propriedade tende a fazer com que o seu titular dê a melhor destinação àquilo que titulariza, maximizando a sua utilidade, vez que preferirá mais gozar dos seus benefícios do que suportar os seus custos.[8] E a internalização é perfeita quando todos os custos e benefícios entram no processo de tomada de decisão do titular da atividade que os gera. Definir claramente direitos de propriedade tem por conseqüência promover esta internalização.

É de se notar a possibilidade de ocorrência, em situações como a referida, do que se denominou de a ***tragédia dos comuns***. A tragédia dos comuns ocorre quando os direitos de propriedade sobre um ativo produtivo são deficientemente assinalados ou não podem ser tornados válidos e respeitados.

O exemplo clássico que ilustra tal situação é o referido por Hardin (1968), o professor de biologia da Universidade da Califórnia, Santa Barbara, que cunhou a expressão ***tragédia dos comuns***, em artigo de 1968 publicado na revista norte-americana *Science*. Imaginou Hardin um campo de pasto cuja propriedade seria comum, vale dizer, todo pecuarista que quisesse levar o seu gado para ali pastar poderia fazê-lo, sem que tivesse

de pagar por essa oportunidade. Um pecuarista, ao agir racionalmente, perguntaria: “Qual a utilidade, para mim, adveniente do incremento de um animal adicional em meu rebanho?”.

Desse ato, o pecuarista perceberá todos os ganhos e só incorrerá, imediatamente, em uma fração dos custos do incremento que realizou. Ao agir assim, gerará um problema de externalidade, vez que não leva em consideração, no processo de tomada de decisão para incrementar o seu rebanho, os custos sociais de tal aumento advenientes. E só o faz porque sabe que, pelo fato de se tratar de um recurso comum, o custo de sua atividade será suportado, pelo menos imediatamente, mais pelos outros pecuaristas do que por ele próprio.

Mas isso não é tudo. O incremento no rebanho não seria feito por apenas um pecuarista. Pelo fato de ser irrisório o custo para incrementar o rebanho em uma unidade e levar um animal a mais para o pasto comum, e em razão de o custo gerado não ser suportado por quem o originou, a tendência é que todos os pecuaristas que se valem do recurso comum assim atuem. Tal situação decorre, ainda, de que cada pecuarista não tem incentivos para levar em conta o quanto a sua própria atividade afetaria a atividade dos demais pecuaristas.

Dessa forma, o ato de um pecuarista que visava a, tão-somente, maximizar o seu interesse, transforma-se em uma tragédia, vez que o recurso que antes era tido por comum (livre acesso para qualquer pessoa) e suficiente, passa a ser comum e escasso, porquanto o número total de cabeças de gado excederia a capacidade suportada pela área destinada ao pasto, vale dizer, a sua utilização em excesso conduziria à concretização da chamada tragédia dos comuns.

A inserção de uma unidade a mais traz, a quem a insere, mais ganhos do que perdas. Em assim sendo, a racionalidade impõe que a inserção continue sendo feita de maneira irrestrita, para fins de colher os ganhos da exploração do recurso comum. Isso porque se um agente assim não fizer, outros assim agirão, conforme Pindyck (2002).

Essa conclusão assume um tom de generalidade. Isso porque não é só o pastor, cuidando de seu rebanho em um pasto de uso comum, que agirá dessa forma; mas, sim, todos os agentes que se encontrarem em situação semelhante, vale dizer, quando o ganho em utilizar um recurso comum demonstrar-se superior à perda de tal uso adveniente, tal como afirma Fernando Araujo (2008).

Por isso, “a racionalidade colectiva levará ao incremento cumulativo e à ruína do recurso, dada a liberdade de acesso: essa liberdade acaba por ter conseqüências trágicas”, segundo Araujo (2008, p. 63).

Como dito já, a situação se assemelha quando se adentra no campo da propriedade intelectual. No afã de tornar as criações intelectuais amplamente acessíveis, não se conferindo direitos de propriedade intelectual sobre as mesmas, Araujo diz que isso “pode degenerar, em última instancia, numa ***Tragédia dos Baldios***” (2008, p. 192).

Com efeito, a produção de inovações pelos inovadores faz com que gerem à sociedade externalidades positivas. Se não houver mecanismo que faça com que o inovador possa

permitir ou não o acesso de terceiros ao resultado de sua atividade inventiva, ter-se-á um recurso comum. Como tal, estará sujeito à ***tragédia dos comuns***.

Isso porque o inovador não estará hábil a afastar do uso de sua inovação aqueles que com a sua produção não contribuem, o que o deixa sem possibilidade de recuperar uma mínima fração da externalidade positiva que causou. Dito de outra forma, investirá recursos sem que possa reaver o investimento. Nas palavras de Fernando Araújo (2008, p. 75): "[d]ada essa deficiência de incentivos, a tendência será para o sub-investimento".

Com efeito, a sobre-utilização da expressão de uma idéia (não da idéia considerada em si), isto é, uma inovação passível de proteção pelas vias da propriedade intelectual, é capaz de gerar um desincentivo ao desenvolvimento de outras inovações. Ou seja, a sobre-utilização (leia-se acesso ilimitado) de inovações torna escasso o desenvolvimento de outras inovações. Se o inovador não for dotado de salvaguardas que o guarneçam da sobre-utilização da inovação que produz, não terá incentivos para continuar produzindo.

Embora haja o argumento de que a informação tenha por característica a não-rivalidade, tal como diz Lemley (2006) deve-se ressaltar que a produção de inovações é custosa. O agente que produz informações e que, a partir delas, desenvolve um objeto patenteável, espera obter retorno pelo seu investimento, o que se constitui em um mecanismo de incentivo para que continue a gerar outras informações passíveis de conversão em patente. Aliás, tomando por base o argumento de Lemley – de que não há sentido em evidenciar a tragédia dos comuns em informação-, se a informação é não-rival, o retorno esperado por ela o é. Havendo mais de um fornecedor do objeto que contém a informação e somente um deles tendo arcado com os custos de produção desse objeto, o retorno ficará com aqueles que não precisaram despender recursos e tempo em seu desenvolvimento, vez que podem cobrar dos destinatários do objeto insuficientemente protegido um preço muito abaixo daquele que pode cobrar o seu desenvolvedor, que será "punido" por inovar.

Devido a isso, se a dissipação de renda destinada a apropriação de recursos de terceiros tiver por conseqüência um prêmio, ao invés da punição de quem a pratica, pode-se atingir como resultado a denominada seleção adversa, de acordo com Eaton (2002). Vale dizer, segundo Araujo (2008), que os agentes econômicos que despendem renda, recursos e esforços na promoção de inovações, por não ter recuperados os investimentos realizados, são incentivados a deixar esta atividade quando a dissipação de renda é premiada. A concorrência enfrentada pelos inovadores, que é adveniente dos dissipadores de renda, torna insustentável a sua permanência em determinados mercados. Nesse sentido, o inovador não conseguirá comercializar a sua inovação por um preço que reflita o seu valor real, tendo por conseqüência a desistência da atuação, afirma Cooter (2003). Com o tempo, os inovadores deixarão o mercado. Ao final, tem-se a escassez de inovações, i.e., a ***tragédia dos comuns***. É um desfecho que não interessa a ninguém.

Como evitar esse resultado? Ao valer-se da economia, o Direito passou a contar com uma teoria capacitada para analisar e descrever como as pessoas responderiam às leis. Para a melhor compreensão, considere-se a clássica definição de uma lei: "A lei é uma obrigação respaldada por uma sanção estatal", segundo Cooter (2000, p. 3).

Norberto Bobbio (2007, p. 24) aduz que: a “noção de sanção positiva deduz-se, a *contrario sensu*, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma sanção a uma ação boa.” Nesse sentido, o mecanismo de prêmios e punições deve fazer com que os indivíduos tenham incentivos a inverter recursos na atividade produtiva e, ainda, serem sancionados quando dissipam renda na atividade expropriadora.

O problema da não-apropriabilidade representa uma falha do mercado. Isso porque o montante de inovação produzido será abaixo do ótimo quando o inovador não conseguir se apropriar do valor social de sua inovação. Para a correção dessa falha, Cooter & Ulen, em seu livro Law and Economics (2003), sugerem a concessão de direitos da propriedade intelectual para os agentes promotores de inovações. A concessão de direitos de propriedade intelectual assume a roupagem de prêmio aos inovadores, bem como o cogente respeito aos mesmos faz as vezes de sanção aos expropriadores.

Ao se conferir proteção, pelos direitos de propriedade intelectual, ao desenvolvedor da inovação, atribui-se a ele a capacidade de reaver o investimento feito no desenvolvimento do novo produto ou processo produtivo. O resultado econômico de um custoso projeto de pesquisa e desenvolvimento, muitas vezes, não é previsível, sendo incerto o seu sucesso financeiro. Em vista disso, ao se conferir direitos exclusivos de propriedade ao criador da idéia sobre o modo como a expressa faz com que possa se apropriar do valor social gerado, o que talvez não ocorresse se outros indivíduos pudessem usar, fruir e dispor da inovação sem ter contribuído para o seu desenvolvimento.

Além disso, importa notar que, se na evolução biológica os mais aptos sobrevivem, na evolução econômica os mais aptos são emulados. Vale dizer, os mais aptos no mercado de inovações (os inovadores) atraem os concorrentes. Se estes tiverem o poder de se apropriar dos resultados da inovação dos mais aptos, imprimirão deslealmente a concorrência, vez que se beneficiarão dos frutos decorrentes sem terem incorrido nos custos inerentes.

Entretanto, importa considerar a assertiva do eminente professor português Fernando Araújo (2008, p. 81), ao alertar que:

Terminemos este ponto com a ressalva com a qual possivelmente o deveríamos ter começado: a solução da privatização, ainda onde possível e abstractamente desejável, não é isenta de riscos graves que se prendem com outros tipos de questões: a excessiva fragmentação em parcelas privadas de um recurso que se encontrava até uma certa altura indiviso pode inutilizar esse recurso, no sentido de o colocar em dimensões inferiores às aceitáveis em termos de exploração, fazendo perder economias de escala e impondo custos de coordenação - pode, em suma, conduzir ao pólo opostos dos <>.

Devido a este alerta, é necessária a análise de uma das teorias rivais à abordagem de *Law and Economics*, para fins de diagnosticar os possíveis nódulos no tratamento da propriedade intelectual como mecanismo de incentivo ao desenvolvimento de inovações.

B) TEORIA RIVAL: ANTICOMMONS

Com efeito, há a posição doutrinária de que os direitos de propriedade intelectual geram mais danos do que benefícios à atividade inovadora (ineficiência, portanto, mesmo sob critérios de Kaldor-Hicks). Com base nos afirmações de que a propriedade intelectual dá causa ao bloqueio de pesquisas, à falta de acesso a fármacos, ao elevado preço dos produtos protegidos, analisa-se uma das teorias que contraditam a abordagem da análise econômica do direito tradicional. Trata-se dos *Anticommons* .

No ano de 1998, o professor da Universidade de Michigan, Michael Heller, conferiu uma mais útil e realista definição àquilo que fora chamado em 1982, por Frank Michaelmann, de ***Anticommons***. Em primeiro lugar, o próprio Heller reconheceu, no citado artigo, que a noção de ***anticommons*** é o diâmetro oposto da noção de ***commons***, bem como as respectivas tragédias.

Em assim sendo, se o que se entende por ***tragédia dos comuns***, conforme elaborado por Garret Hardin, é a situação em que há vários usuários de um bem escasso e nenhum destes usuários têm o poder de excluir os demais, o resultado seria a sobre-utilização do bem. Os usuários assim agiriam porque não teriam incentivos para conservar o recurso.

Por outro lado, a ***tragédia dos anticomuns*** surge quando há mais de um proprietário sobre um recurso escasso e a cada um deles (proprietários) é atribuído o direito de excluir os demais. Ou seja, trata-se de uma situação na qual nenhum dos proprietários tem a totalidade de direitos sobre o recurso (*bundle of rights*), mas cada um deles tem partes dos respectivos direitos e, disso, portanto, decorre o poder de exclusão. Dito de outra forma, se não houver unanimidade de vontades, o recurso resultará não-utilizado.

Michael Heller (1998), para chegar à mencionada mais realista noção, baseou-se no exemplo das lojas de Moscou, no período da Rússia pós-socialista. Heller relata que, no período socialista, as lojas de Moscou apresentavam as vitrines e as prateleiras vazias pelo fato de que tal regime não oferecia incentivos suficientes para que houvesse a produção de bens de consumo.

No entanto, no início dos anos 90, do século passado, quando a derrocada do regime em vigor, e ao longo daquela década as lojas permaneceram vazias, ao passo que houve a proliferação de quiosques de metal sobre as calçadas em frente às lojas. Acerca disso, Heller fez a seguinte indagação: por que os proprietários dos quiosques não deixam o frio e passam a ocupar as lojas?

A queda do regime socialista fez com que o governo russo emitisse uma plêiade de leis e decretos descentralizando os direitos de propriedade sobre os prédios comerciais nas cidades. O intuito era que os governos locais passassem a ter a propriedade de tais construções, com o direito de vender, locar ou financiar os imóveis destinados ao comércio. Mas o governo central não queria perder o controle total sobre estes bens. Assim, por falta de clareza nas “regras do jogo”, nem os governantes locais nem os locatários/usuários dos prédios comerciais sabiam quais direitos possuíam. O resultado disso foi que os agentes econômicos interessados em praticar o comércio em Moscou montaram quiosques nas ruas para contornar a burocracia. E as lojas continuaram vazias.

A explicação que circunda tal fato é que nenhum dos proprietários das construções detinha os direitos necessários para que pudessem exercer a sua propriedade. Por meio

de agências regulamentadores, os governos, central e local, impunham demasiados encargos para a junção de todos esses direitos. Por exemplo, havia seis agências para aprovar os contratos de locação dos imóveis. Com tamanho número de proprietários, o bloqueio ao uso demonstrava-se imperativo.

Nesse caso, o governo central não proveu cada indivíduo com um ***bundle of rights*** representativo dos direitos de propriedade tal como em uma economia de mercado. Ao reverso, fragmentou direitos e os distribuiu, fragmentadamente, aos governos regionais e locais, a empresas quase-públicas, a sindicatos e a agências privadas. Os direitos de propriedade somente eram capazes de ser exercidos quando houvesse unanimidade de vontades.

Essa situação ilustra, adequadamente, a *tragédia dos anticomuns*, vale dizer, a sub-utilização de um recurso pelo fato de aos seus proprietários ser conferido o direito de exclusão e, ainda, pela falta de hierarquia entre os proprietários quando da tomada de decisão. Assim, ao agirem isoladamente podem, coletivamente, subutilizar o recurso.

Mas, qual o motivo que teriam os proprietários para vetar (excluir) a utilização do recurso escasso? Com base nos escritos de Ronald Coase, é possível compreender o motivo pelo qual os proprietários utilizam o seu poder de veto sobre o recurso escasso e, como consequência, geram a sua subutilização.

Para melhor entendermos o problema, regressaremos ao exemplo das lojas de Moscou, dado por Hardin. Enquanto a loja permanecesse desocupada, tudo aquilo que um dos proprietários deveria fazer, para ver se os seus direitos estavam ou não sendo respeitados pelos demais proprietários, era passar em frente à loja e, rapidamente, perceber ou não movimento. De outro lado, caso a loja estivesse em funcionamento, para que qualquer dos proprietários pudesse verificar se o seu direito estava ou não sendo respeitado pelos demais proprietários, deveria fazer muito mais do que passar em frente à loja e verificar o movimento. Dito de outra forma, os custos de transação incorridos pelos proprietários para deixar a loja fechada é muito menor se comparados aos custos que incorreriam para controlar as atitudes de cada um dos agentes ao longo das transações.

A partir do afamado texto de Hardin (1986 citado por Heller & Eisenberg, 1998, p. 54-58), em relação à ***tragédia dos anticomuns*** sobre a propriedade real, há, por parte da doutrina, a alegação de que o mesmo ocorreria com a propriedade intelectual.

Hardin & Eisenberg (1998) colocam que, da mesma forma que a multiplicidade de proprietários dos prédios comerciais das ruas de Moscou gerou a subutilização do recurso apropriado, a multiplicidade de titulares de direitos de propriedade intelectual ocasionaria a não proliferação de inovações. Para o caso de Moscou, a solução apontada foi a privatização. Contudo, especificamente em termos de patentes, a doutrina não aponta a "privatização" como solução, justamente porque o resultado seria uma tragédia.

Principalmente no ramo das ciências biomédicas, Heller & Eisenberg (1998) argumentam que os direitos de propriedade intelectual provocam uma fragmentação de direitos, o que faz com que os custos de transação tornem-se elevados para o desenvolvimento de inovações subseqüentes. Isso equivale a dizer que aos titulares dos

direitos de propriedade intelectual foram concedidos o direito de excluir os demais inovadores, opondo um veto sobre a possibilidade de inovações futuras. A conseqüência disso seria a ***tragédia dos anticomuns***.

Entretanto, Heller & Eisenberg aplicam, na opinião de Richard Epstein & Bruce Kuhlik, a analogia da tragédia gerada em termos de propriedade real sobre a propriedade intelectual de maneira equivocada. Isso porque Heller & Eisenberg, ao basearem-se em exemplos tais como as lojas de Moscou ou de praças de pedágio que cobram elevados preços dos motoristas nas estradas, desconsideram a natureza dinâmica do processo de inovação.

Ademais, o amplo escopo de proteção conferido aos titulares de patentes – o que é permitido por escritório de patentes, pelo fato de ser permitido na respectiva legislação - faz com que qualquer inovação sobre o objeto protegido constitua uma infração. A conseqüência é o fenômeno do *lock-out*, podendo causar a inviabilidade de setores industriais, conforme Müller (2008).

Sem falar ainda na discussão sobre medicamentos e saúde pública, em que a mencionada tragédia dos anti-comuns se acentuaria sobremaneira (como se verá abaixo).

Inobstante, a própria doutrina, como demonstra Müller (2008), argumenta em favor da possibilidade da ocorrência da tragédia dos ***anticommons***, na seara da propriedade intelectual, reconhece a não-existência de dados empíricos confirmando a hipótese.

Aliás, as pesquisas empíricas apontam o contrário. John P. Walsh, Ashish Arora e Wesley M. Cohen (2003) conduziram 70 entrevistas com (I) advogados atuantes na área da propriedade intelectual, (II) cientistas, (III) gerentes da indústria farmacêutica, (IV) empresas de biotecnologia, (V) escritórios de transferência de tecnologia de universidades e (VI) agentes governamentais, com o propósito de averiguar a hipótese de o patenteamento de ferramentas de pesquisa ter por conseqüência o retardo da produção de inovações na área específica das ciências biomédicas.

Como resultado, os autores da pesquisa obtiveram que:

· Nenhum dos pesquisados informou que os projetos de importância para a respectiva instituição não deixarem de ser desenvolvidos em razão de dificuldade a ferramentas de pesquisas protegidas por direitos de propriedade intelectual;

· As universidades e as indústrias pesquisadas adotaram *working solutions*, capazes de viabilizar os seus projetos de pesquisa e desenvolvimento, tais como: a) licenciamento de tecnologia; b) *inventing around*; c) utilização de patentes estrangeiras não depositadas no país da pesquisa; d) utilização de bases públicas de dados e de ferramentas de pesquisas, (e) disputas judiciais e, finalmente, (f) valer-se da tecnologia sem a permissão do titular do direito;

· o licenciamento de tecnologia é expediente comum na indústria farmacêutica, o que sugere que o problema do acesso a ferramentas protegidas por direitos de

propriedade intelectual tornam-se acessíveis pela via contratual (contrato de transferência de tecnologia);

· a maioria dos pesquisados responderam que a infração da patente, principalmente, por universidades é comum, o que é justificado com "exceção para pesquisa";

· 1/3 das indústrias pesquisadas reconheceram valer-se de ferramentas patenteadas sem obter a devida licença, o que, da mesma forma, é justificado como "exceção para pesquisa";

· A maioria das indústrias pesquisadas revelou que tolera a infração de suas patentes pelas universidades (com exceção das patentes sobre processos de diagnósticos a ser utilizados em testes clínicos), vez que este uso tem o condão de elevar o valor da tecnologia patenteada.

2. AS IMPLICAÇÕES E AS EVIDÊNCIAS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL

Conforme pesquisa do Ministério da Ciência e Tecnologia, no ano 2000, no Brasil, o Estado investia mais em ciência e tecnologia (C&T) do que o setor privado. Nesse sentido, o Estado gastou, no referido ano, R$ 8.651,3 bilhões (oito bilhões seiscentos e cinqüenta e um milhões e trezentos mil), ao passo que a iniciativa privada, no mesmo período, despendeu R$ 5.699,1 bilhões (cinco bilhões seiscentos e noventa e nove milhões e cem mil).

No ano de 2004, no Brasil, os gastos em Pesquisa e Desenvolvimento, em termos percentuais, eram efetuados, em 60%, pelo Estado, e, em 40%, pelo setor privado, conforme Salermo & Kubota (2008). É de ser ressaltado, ainda, que, segundo Takai et al. (2008), nos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) a relação entre investimento em P&D e Produto Interno Bruto (PIB) é de, em média, 2,5%, destacando-se a Coréia do Sul, país em que a referida relação é de 3%. Por outro lado, no Brasil, a relação entre investimentos em P&D e PIB é de 1%.

Em que pese tal constatação, verifica-se que o número de pedidos de patentes depositados no Brasil, por solicitantes residentes no Brasil, apresenta pequeno e constante crescimento (salvo pequenas exceções) desde o início da década de 1990, segundo dados do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), de acordo com a pesquisa do Ministério da Ciência e Tecnologia (2008).

Cabe notar, por relevante, que o único período no qual se percebe, claramente, um salto no número de pedidos depositados deu-se entre os anos de 1996 e 1997, época em que, justamente, entrou em vigor a nova Lei de Propriedade Industrial, a Lei nº 9.279/1996. Nesse sentido, tem-se que, em 1996, foram depositados 17.916 pedidos e, no ano de 1997, houve 20.354 depósitos de pedidos, conforme MCT.

Com efeito, no ano de 1980, no USPTO, residentes brasileiros depositaram 53 (cinqüenta e três) pedidos e obtiveram 24 (vinte e quatro) concessões, ao passo que os residentes na Coréia do Sul, por exemplo, depositaram, no mesmo ano, 33 (trinta e três) pedidos e obtiveram 8 (oito) concessões. Todavia, é de ser referida a desigualdade entre estes dois países no ano de 2006: o Brasil depositou 333 (trezentos e trinta e três) pedidos e obteve 152 (cento e cinquenta e duas) concessões; a Coréia do Sul depositou 21.963 (vinte e um mil novecentos e sessenta e três) pedidos e obteve 5.835 (cinco mil oitocentos e trinta e cinco) concessões.

O Brasil, em termos de ciência e tecnologia, é um país tardio. Como afirma Salermo (2008) a sua indústria desenvolveu-se, tão-somente, na segunda metade do século XX, bem como a estruturação dos cursos de pós-graduação deu-se não antes da década de 1970.

As políticas governamentais brasileiras têm o seu foco voltado muito mais para a pesquisa acadêmica, descompromissada com os resultados práticos, do que para o desenvolvimento de inovações nas empresas.

Com o apoio de órgãos públicos, como o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), da Financiadora de Projetos (FINEP) e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), o Brasil investiu, a partir do último quarto do século XX, em ciência e em mecanismos de financiamento para o desenvolvimento de pesquisa científica nas universidades e nos institutos de pesquisa. Por outro lado, deixou a descoberto o desenvolvimento de inovações tecnológicas nas empresas.

Com efeito, em que pese a existência de tentativas por parte do governo brasileiro de fomentar a inovação no setor privado, somente a partir de 2003, com a adoção da Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE) e de seus derivados, tais como, a Lei de Inovação e a Lei do Bem, é que as instituições (no sentido dado por Douglass North) brasileiras passaram a induzir a inovação nas empresas nacionais, conforme citado por Salermo (2008).

O modelo desenvolvido por Vannevar Busch (1945), em seu trabalho denominado *Science – The Endless Frontier*, prevê que, de um lado, as atividades de pesquisa básica deveriam ser desenvolvidas sem o objetivo de que fossem alcançados resultados práticos e, de outro, que a pesquisa aplicada converteria as descobertas feitas pela pesquisa básica em inovações tecnológicas.

Importa notar, ainda, o baixo percentual de pós-graduados trabalhando nas empresas brasileiras. Pela pesquisa feito por Cruz & Mello (2006), em termos percentuais, no Brasil, somente 25% dos pós-graduados trabalham no setor empresarial, ao passo que em países como Estados Unidos e Coréia do Sul – dois dos três maiores depositantes de patentes no USPTO – este número chega a 80%. Isso significa que 75% dos pesquisadores brasileiros trabalham em instituições públicas, o que só faz evidenciar a expressiva importância do Estado no desenvolvimento de inovações no Brasil.

A) A MOROSIDADE DO ESCRITÓRIO DE PATENTES BRASILEIRO - INPI

A morosidade do órgão brasileiro competente para o registro de propriedade industrial, o Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI) é, possivelmente, fator de descrédito no sistema patentário por parte do setor privado.

Pela pesquisa realizada por Takai, Camargo e Mendes (2008) o INPI leva, em média, 7,2 anos para conceder uma patente, número consideravelmente superior ao dos escritórios de registro internacionais, que é de 2,4 anos. Mais especificamente, a falta de agilidade do INPI decorre (I) do pequeno número de avaliadores e (II) da falta de infra-estrutura em informática, de acordo com Kubota. Disso decorre que o problema do escritório de patentes brasileiro não é a produtividade média do avaliador, mas o excesso de demanda sobre cada um deles.

Nesse sentido, uma breve comparação do INPI com os escritórios de patentes dos Estados Unidos (USPTO) e da Coréia do Sul (KIPO), em termos de número de examinadores, prazo médio de concessão de patentes e demanda média por examinador, com base em dados de 2005, a pesquisa de Salermo e Kubota (2008) revela que:

a) Enquanto o INPI conta com 120 examinadores, no USPTO este número é de 4.400 e no KIPO de 900;

b) Enquanto o prazo médio para se conceder uma patente no INPI é de 102 meses, no USPTO este prazo é de 29,1 meses e no KIPO de 30 meses;

c) Enquanto no INPI a demanda média por examinador é de 167 pedidos de depósito, no USPTO este número é de 68 e no KIPO é de 56.

Além disso, tem-se que a base industrial brasileira é amplamente multinacionalizada. Entretanto, as empresas multinacionais instaladas no Brasil não direcionam recursos para o desenvolvimento de programas de pesquisa e desenvolvimento em solo brasileiro.

Dessa forma, tem-se que a estruturação do órgão brasileiro de patentes é fundamental para que depositar patentes venha a ser mais vantajoso do que penoso para os inovadores atuante no Brasil.

B) A RELAÇÃO ENTRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E PRODUTIVIDADE

Por fim, cabe referir a relação encontrada entre depósitos de marca e de patentes e a produtividade dos agentes econômicos. Segundo estudo de Luna e Baessa (2008), as empresas foram classificadas conforme a indicação abaixo e, a partir disso, constatou-se o seguinte em relação ao depósito de marcas e patentes no INPI:

a) As empresas que depositam marcas e patentes assumem comportamento mais competitivo no mercado, vez que se valem da inovação tecnológica e da diferenciação de seus produtos e serviços para conquistar a preferência do consumidor;

b) Empresas que depositam apenas marca são, também, diferenciadoras, mas atuam, exclusivamente, sobre a sensibilidade do consumidor;

c) Empresas que depositam apenas patentes auferem ganhos exclusivos de melhorias tecnológicas, independentemente de associação à imagem;

d) Empresas que não adotam estratégia em relação a marcas e patentes.

Após verificar estas tendências, os autores passaram a identificar a qualidade da mão-de-obra atuante nessas empresas. A relação é direta entre mão-de-obra com maior tempo de estudo e produtividade com as empresas que depositam marcas e patentes.

A partir disso, a conclusão atingida pela pesquisa de Luna e Baessa foi a de que os ganhos de produtividade das empresas que possuem o perfil mais inovador, isto é, que só depositam patentes, são de 7,1% na indústria e de 49,4%, no setor de serviços, em comparação com as empresas que não adotam nenhuma estratégia em relação à propriedade intelectual.

Ainda, em relação às empresas que somente adotam a estratégia de depositar apenas a marca, isto é, que atuam sobre a percepção do consumidor, o aumento da produtividade é de 6,3%, para a indústria, e de 11,3%, no setor de serviços, comparativamente às empresas que não adotam quaisquer estratégias sobre os bens intangíveis.

C) AÇÕES RECENTES ADOTADAS NO BRASIL

Diante disso, o Estado brasileiro reagiu, na tentativa de estimular o desenvolvimento de inovações tecnológicas, editando, em 2004, a Lei nº 10.973, denominada de Lei de Inovação e Tecnologia, que estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

Com esta Lei, visa-se à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do país.

Entretanto, constata-se que o intento da referida norma apresenta-se adequado, mas os meios que disponibiliza para o atendimento dos fins a que se destina não se demonstram eficazes, principalmente pelo que segue:

a) a inovação somente é capaz de dar vantagem competitiva ao inovador se for mantida privada até o momento em que a inovação que a contém for lançada no mercado. Isso porque se um grande número de pessoas pudessem acessá-la antes de ser comercializada, os inovadores não conseguiriam obter os benefícios de terem inovado. Por exemplo, os economistas analisam mercados com base em informações públicas. De acordo com Cooter, Shäfer e Timm (2006, p. 2):

“Se os economistas pudessem usar informações públicas para predizer o trajeto do desenvolvimento empresarial, eles seriam então capazes de investir e obter lucros extraordinários, ao passo que os inovadores ganhariam menos ou talvez deixassem de recuperar o valor de seus investimentos. A previsibilidade da inovação empresarial seria

a causa de seu próprio óbito. A inovação é lucrativa pela mesma razão que os economistas não são ricos".

b) os funcionários do governo não têm motivação para gerar riqueza. Isto é, os funcionrios do governo não têm incentivos para gerar aquilo de que não podem se apropriar;

c) requer do inventor independente que já tenha, antes de ser incentivado pelo Estado, desenvolvido a sua invenção, vez que, para que o órgão público, sob a sigla ICT (Instituição de Ciência e Tecnologia), adote a sua invenção, esta deve estar com o respectivo pedido de patente já depositado;

d) para que os agentes econômicos possam ter seus projetos financiados, estes devem ser aprovados em cumprimento às normas do Edital que regular o processo de decisão. Entretanto, tal prazo, não-raro, é demasiado curto, o que não facilita a apresentação de proposta, em sua totalidade, adequada;

e) os incentivos fiscais dispostos em seu artigo 28 e regulados nos artigos 17 a 26, da Lei do Bem (Lei nº 11.196/2005), são complexos, o que acaba por retrair os investimentos (insegurança jurídica) que poderiam ser feitos em inovação com base em tais benefícios.

Assim, como resultou demonstrado, mediante breve comparação com base no número de pedidos de depósitos de patentes e de patentes concedidas no USPTO e de que o número de pedidos de depósito e de concessão de patentes no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) é maior em relação a estrangeiros do que em relação a brasileiros, o Brasil tem muito a evoluir. As ferramentas de *law and economics* podem ser úteis para a nova postura, tanto do Estado quanto dos agentes econômicos atuantes no Brasil, em relação à propriedade intelectual.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. ***A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: o problema econômico do nível óptimo de apropriação***. Lisboa, Ed. Almedina, 2008

BARBOSA, Cláudio R. ***A propriedade intelectual enquanto informação. Uma perspectiva de law and economics***, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE), 2006, p.4, (disponível em http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1076&context=bple).

BOBBIO, Norberto. ***Da Estrutura à Função: novos estudos de Teoria do Direito.*** Trad. de Daniela Versiani, Barueri, SP: Manole, 2007

COOTER, R., SCHÄFER, H.B. e TIMM, Luciano Benetti. ***Menos é Mais***. *The Latin American and Caribbean journal of Legal Studies*, Vol. 1, n.1, artigo 8, 2006.

COOTER, R., SCHÄFER, H. B e TIMM, Luciano Benetti. ***O Problema da Desconfiança Recíproca***, *The Latin American and Caribbean journal of Legal Studies*, Vol. 1, n.1, artigo 8, 2006.

COOTER, Robert and ULEN, Thomas. ***Law and Economics***, Addison Wesley Editor, 2003.

COOTER, Robert D.; SCHAEFER, Hans-Bernd. ***Solomon's Knot: how law can end the poverty of nations***. Cap. 3, P. 4.

DEMSTZ, Harold. ***Toward a Theory of Property Rights***, The American Economic Review, vol. 57, No. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the Amrican Economic Association, May, 1967.

EATON, B. Curtis; EATON, Diane F. ***Microeconomia***. Tradução de Cecília C. Bartalotti. São Paulo, Ed. Saraiva, 3ª edição, 1999.

GAMBARDELLA A., GIURI, P. and LUZZI, A. "The Market for Patents in Europe", *LEM Working Paper*, 2006.

HETTINGER, E. "***Justifying Intellectual Property Rights***". In 18(1) Philosophy and Public Affairs 31-52.

HELLER, Michael. ***The Tragedy of the Anticommons: property in transition from Max to Markets***. Harvard Law Review, 111, pp. 45 e ss.

HARDIN. Michael; EISENBERG, Rebeccas. ***Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research***. Science, 280/5364, 698.

LEMLEY, Mark A. ***Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property***. UC Berkeley Pubic Law, Paper n. 144, 2003.

LUNA, Francisco; BAESSA, Adriano. ***Impacto das Marcas e Patentes no desempenho econômico das firmas***. In DE NEGRI, João Alberto; KUBOTA, Luis Claudio. ***Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica no Brasil***. Brasília: IPEA, Cap. 1, p. 483, 2008.

NORTH, Douglass C ***Economic Performance Through Time.*** The American Economic Review, Vol 84, No. 3, (Jun. 1994), p.360.

PATE, R. Hewitt. ***Promoting Economic Growth Through Competition and Innovation***, em palestra à *Chinese Academy of Social Sciences, Institute of Law*, Beijing, 01/07/04.

PINDYCK, Robert e Rubenfeld, D**.** ***Microeconomia***, 6a ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. ***Direito, economia e mercados***, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. ***Intellectual property: A Law and Economics Approach***. Journal of Economic Perspectives, Volume 19, Number 2, 2005.

SALERMO, Mario Sergio; KUBOTA, Luis Claudio. ***Estado e Inovação.*** In DE NEGRI, João Alberto; KUBOTA, Luis Claudio. ***Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica no Brasil***. Brasília: IPEA, Cap. 1, p. 45, 2008.

SCHUMPETER, Joseph A. ***Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico***. Trad. de Maria Sílvia Possas, 2ª Ed., São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 148.

SOTO, Hernando de. **O Mistério do Capital**: Por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2001. 308 p.

TAKAI, Anselmo; CAMARGO, Hélio; MENDES, Ricardo; SENNES, Ricardo. ***Propriedade Intelectual e Inovação: uma análise de dez instituições brasileiras***. In CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS. ***Parceiras Estratégicas***. Brasília: CGE, Nº 26, Junho 2008, p. 180.

WALSH, John P.; ARORA, Ashish; WESLEY, M. Cohen. ***Working Through the Patent Problem***. Science Magazine… disponível em: www.sciencemag.org/cgi/content/summary/299/5609/1021. Acessado em 11/05/2009.

POSNER, KELSEN E HAYEK: PRAGMATISMO JURÍDICO, POSITIVISMO NORMATIVISTA E LIBERALISMO POLÍTICO-ECONÔMICO AUSTRÍACO*

POSNER, KELSEN AND HAYEK: JURIDICAL PRAGMATISM, NORMATIVIST POSITIVISM AND AUSTRIAN POLITICAL ECONOMICAL LIBERALISM

Marcel Moraes Mota

RESUMO

Este artigo busca discutir relações entre análise econômica do direito e atividade jurisdicional, através da consideração da doutrina do pragmatismo jurídico de Richard Posner. A fim de alcançar esse propósito, é interessante comparar a perspectiva de Posner com a teoria pura do direito de Kelsen e a teoria liberal de Hayek. Posner e Kelsen concordam que é permitido a um juiz escolher fundamentos econômicos para decidir. Por outro lado, Hayek pensa que um juiz tem que simplesmente seguir uma ordem jurídica espontânea. Dworkin critica as teses fraca e forte de Posner que rejeitam o papel da moralidade na decisão jurídica. Conclui-se que a doutrina de Posner não se coaduna com uma ontologia do direito adequada.

PALAVRAS-CHAVES: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. RICHARD POSNER. JULGAMENTO PRAGMÁTICO. MORALIDADE.

ABSTRACT

This article seeks to discuss connections between economic analysis of law and jurisdictional activity, by considering Richard Posner's juridical pragamatism doctrine. In order to achieve that purpose, it is interesting to compare Posner's perspective with Kelsen's pure theory of law and Hayek's liberal theory. Posner and Kelsen agree that a judge is allowed to choose economic grounds to make a decision. In the other hand, Hayek thinks that a judge ought to simply follow an spontaneous juridical order. Dworkin criticizes both strong and weak Posner's theses which reject morality's role in juridical decision. It is found that Posner's doctrine does not suit an adequate ontology of law.

KEYWORDS: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW. RICHARD POSNER. PRAGMATICAL ADJUDICATION. MORALITY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Introdução.

Este artigo tem por objetivo discutir os reflexos da análise econômica do direito na aplicação do direito realizada pelos órgãos jurisdicionais, analisando-se a doutrina do pragmatismo jurídico de Richard Posner.

De início, convém mencionar os elementos do conceito de direito e suas respectivas noções de validade, porque são fundamentos teóricos com base nos quais se poderá avaliar a solidez da proposta juspragmática de Posner.

Em seguida, apresentam-se alguns aspectos da análise econômica do direito, abordando-se um conceito de ciência econômica, os tipos de preços, a idéia de *homo economicus*, conceitos de eficiência econômica e a distinção entre as feições positiva e normativa da análise econômica do direito.

Posteriormente, interessa expor os principais traços da repercussão do *everyday pragmatism* de Richard Posner no âmbito do direito, o que o leva a forjar a *pragmatical adjudication*.

Uma vez esclarecido os pontos salientes do que Posner entende por pragmatismo jurídico, propõe-se o exame da compatibilidade dessa concepção doutrinária com a teoria pura do direito de Hans Kelsen.

A fim de proporcionar uma perspectiva mais ampla das relações entre análise econômica do direito e a função desenvolvida pelos juízes, mencionam-se aspectos da teoria liberal de Friedrich Hayek a respeito.

Com vistas a uma reflexão apurada acerca do pragmatismo jurídico de Posner, é de todo conveniente fazer referência às críticas que lhe são dirigidas por Ronald Dworkin, oportunidade em que se as cotejará com uma compreensão adequada dos elementos do conceito de direito.

Ao final, enumeram-se conclusões, que sintetizam as noções mais relevantes sedimentadas nesta breve pesquisa.

1. Elementos do conceito de direito. Correspondentes noções de validade.

Nas discussões justeóricas sobre o conceito de direito, encontram-se referências a três elementos: legalidade conforme ao ordenamento, eficácia social e correção material.

A partir do exame da legalidade conforme ao ordenamento, elabora-se o conceito jurídico da validade. Uma norma será juridicamente válida, se puder ser fundamentada com base em outra norma jurídica válida. Ao elemento da eficácia social corresponde o conceito sociológico de validade, que diz respeito ao grau de observância dos comandos jurídicos, assim como ao grau de aplicação de sanções, em caso de descumprimentos dos deveres estabelecidos pelas normas jurídicas. Por sua vez, o elemento da correção material, ou correção moral, dá origem conceito de validade moral do direito, que examina a adequação das normas jurídicas a padrões de justiça.

Cumpre salientar que esses elementos considerados em si mesmos, ou em suas relações com os demais, ensejam diversas interpretações, o que responde pela variedade de propostas conceituais no âmbito da ontologia jurídica.

De particular interesse, apresenta-se a controvérsia sobre o caráter conceitualmente necessário da correção material, ou correção moral, na ontologia jurídica, tendo em vista que não há disputas teóricas de relevo entre não-positivistas e positivistas sobre a necessidade conceitual dos elementos da legalidade conforme ao ordenamento e da eficácia social.

Assim, um dos critérios pelos quais é possível distinguir não-positivistas e positivistas vem a ser a aceitação, ou não, do elemento da correção moral como integrante do conceito de direito. Os positivistas afirmam que não há relação conceitualmente necessária entre moral e direito, de forma que não haveria de se falar que a correção material faz parte do conceito de direito. Já os não-positivistas sustentam precisamente o contrário, porquanto defendem que moral e direito estão conceitualmente relacionados, de modo que o conceito de direito pressupõe a referência ao elemento da correção moral, a que corresponde o conceito de validade moral das normas jurídicas.

No âmbito do pensamento jurídico não-positivista, distinguem-se as teorias jusnaturalistas das pós-positivistas, a depender da relação sugerida entre as normas jurídicas e as normas morais. Para os jusnaturalistas, o direito positivo está situado em um plano inferior ao direito natural, o que conduz à subordinação das normas jurídicas às normas morais. De acordo com uma perspectiva pós-positivista, rejeita-se o recurso ao direito natural, vislumbrando-se a relação de complementação entre normas jurídicas e normas morais.

Verifica-se que uma teoria do direito pós-positivista se coaduna perfeitamente com uma visão global da dogmática jurídica, em que as dimensões analítica, empírica e normativa apresentam-se complementares e inseparáveis, afastando-se os riscos de abordagens teóricas reducionistas, como são as teorias positivistas.

O conhecimento das normas das normas jurídicas válidas (dimensão empírica), associado à clarificação dos conceitos (dimensão analítica), permite àquele que se depara com um problema jurídico fundamentar racionalmente uma possibilidade de decisão (dimensão normativa), como sendo aquela que deve ser adotada, o que revela a pertinência da racionalidade prática na argumentação jurídica.

Se o jurista busca compreender o direito como ele é, não poderá fazê-lo adequadamente, caso ignore o papel desempenhado pelos elementos morais no exame da validade das normas jurídicas e na aplicação do direito. Para isso, não poderá servir-se de uma teoria positivista, mas encontrará base teórica consistente na seara do pós-positivismo, sem recair no anacronismo de posições teóricas que predicam a validade superior de um direito natural.

2. Aspectos da análise econômica do direito.

A economia tem por objeto bens escassos, que por isso mesmo são susceptíveis de valor econômico. Diante da escassez dos bens, o ser humano precisa fazer escolhas, que serão mais bem feitas, caso sejam guiadas por padrões racionais. Surge assim a economia

como ciência das escolhas racionais relativas a bens escassos em face do querer humano.

Decorre da escassez de um bem seu valor econômico, que se deixa representar por um preço. Ocorre que nem todo preço se reveste do caráter pecuniário. Há preços pecuniários e não-pecuniários (*shadow prices*). No contexto jurídico, a diferença pode ser apreendida claramente, *v.g.*, pela comparação entre o valor de um cheque (preço pecuniário) e o valor do direito à liberdade (preço não-pecuniário).

Atrelada à definição da ciência econômica como conhecimento relativo às escolhas racionais com referência a bens limitados diante da vontade do ser humano está a concepção, certamente questionável, de acordo com a qual o ser humano seria um maximizador de utilidade racional.

De fato, a assunção de que o homem age consoante padrões de racionalidade econômica somente pode ser aceita em parte, já que muitas vezes o ser humano prefere a solução economicamente menos viável, ou simplesmente não tem condições cognitivas ou até mesmo psicológicas de tomar a decisão que o pretenso *homo economicus* tomaria, como revelam as contribuições da *behavioral economics*. Apesar disso, há formulações teóricas que aprofundam a suposição de racionalidade do comportamento humano, a ponto de pretender-se predizer o resultado de complexas interações coletivas, como atestam os estudos da *game theory*.

A análise econômica do direito parte do pressuposto de que a atribuição de direitos pode ser valorada economicamente, o que pode servir, por exemplo, para descrever os efeitos econômicos da adoção de determinada legislação, ou de determinadas decisões jurisdicionais. Além disso, dando-se um passo adiante, a análise econômica assumiria funções diretivas, de modo a estabelecer que normas jurídicas ou que modos de decidir devem ser empregados, a fim de se alcançar o melhor estado de eficiência econômica.

Quando o objeto da análise econômica se restringe à função de explicação dos efeitos econômicos de algum fenômeno jurídico, resta caracterizada a análise econômica do direito positiva. Já quando se elabora uma análise econômica do direito com pretensões prescritivas, ingressa-se no domínio da análise econômica do direito normativa.

Afigura-se problemático afirmar que uma análise econômica do direito possa assumir funções normativas, já que não é dado ao economista dizer quais objetivos que uma sociedade deve perseguir, ou que normas de adotar. Isso porque o estabelecimento de finalidades, em sociedades democráticas, é uma questão sempre aberta à interação dialógica entre os cidadãos.

Poderá ser útil, porém, uma análise econômica do direito positiva, com fulcro em elementos empíricos, capaz de informar, *v.g.*, se a revogação de determinada lei será, ou não, uma medida útil para atingir dada finalidade econômica.

Importa salientar que as teorias da análise econômica do direito se dirigem primordialmente aos sistemas jurídicos que fazem parte do *common law*. Com respeito ao *civil law* e, em particular, ao direito constitucional, afirma-se que a aplicação da análise econômica do direito pode ser útil, todavia nesses casos o direito não pode ser interpretado, como se sugere pelos adeptos da AED em relação ao *common law*, como

um sistema de maximização da riqueza da sociedade. Dessa forma, em relação ao direito brasileiro, em há constituição analítica e extensa legislação, verifica-se que o horizonte de aplicação da AED é bem mais restrito do que no direito dos Estados Unidos.

A busca por alguma forma de eficiência econômica não é questão puramente científica, capaz de ser descoberta objetivamente, como são as leis da natureza. A título ilustrativo, o ser humano caricaturado como *homo economicus* decorre de uma visão utilitarista do comportamento humano.

Com o objetivo de afastar o conceito de eficiência econômica das críticas que são feitas ao utilitarismo, forjou-se o critério da otimidade de pareto (*pareto improvement*), pelo qual uma transação econômica é considerada superior, se ela tiver como resultado a melhora de pelo menos uma das pessoas envolvidas e que, além disso, nenhuma dessas pessoas fique em situação pior em relação ao estado anterior. Naturalmente, na base da formulação do critério da otimidade de pareto está o princípio moral da igualdade, no sentido que o interesse dos envolvidos merece igual consideração e respeito.

Observa-se, porém, que o *pareto improvement* tem aplicação assaz restrita, mostrando-se imprestável para contextos que envolvam expressivo número de pessoas, já que, nessas situações, é praticamente impossível que alguma alteração introduzida venha a ocasionar melhoras, sem prejudicar alguém.

Em cenários mais complexos, em que há muitos interesses envolvidos, segue-se o conceito Kaldor-Hicks de eficiência econômica, segundo o qual uma transação seria economicamente eficiente, desde que a melhora proporcionada aos envolvidos beneficiados seja maior do que o prejuízo causado a terceiros, que poderiam ser compensados pelos que se viram em situação melhor após a transação.

Dessa maneira, o conceito Kaldor-Hicks de eficiência econômica é útil para fundamentar, por exemplo, políticas econômicas que prejudiquem algum setor da sociedade, mas que sejam melhores para a sociedade como um todo. Mais uma vez, são evidentes implicações morais nesse conceito, já que, ainda utilizando o exemplo mencionado, é uma questão de moralidade política saber se algumas pessoas podem ser prejudicadas, se isso for um meio para atender uma finalidade de toda a sociedade.

Uma situação extrema pode elucidar, ademais, limites morais para aplicação de um conceito de eficiência econômica. Imagine-se que o recurso à tortura, para obter uma informação, seja capaz de evitar enormes danos para um grande número de pessoas. Não há dúvida de que, do ponto de vista econômico, o valor dessa informação seja maior do que os danos à saúde causados ao torturado. Não obstante, permanece o problema moral do caráter abominável da tortura, por ser prática contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com isso, busca-se justificar a assertiva de que os critérios de eficiência econômica não podem ser compreendidos em seu contexto mais amplo, sem referências a questões morais.

3. Apresentação do *everyday pragmatism* de Richard Posner no campo do direito (*pragmatical adjudication*).

Richard Posner acredita que o modo de pensar pragmático tem muito a contribuir para a compreensão do sistema jurídico dos Estados Unidos, país em que os cidadãos em geral adotariam essa visão de mundo em suas relações do dia-a-dia, tendo em vista que a sociedade norte-americana teria perfil marcadamente comercial. Desde logo, portanto, vêem-se dificuldades para a aplicação da doutrina de Posner no sistema jurídico brasileiro, porquanto o perfil da sociedade brasileira é diferente da sociedade dos EUA.

Desde logo, cumpre esclarecer que o que Posner entende por pragmatismo não se confunde com as contribuições filosóficas clássicas elaboradas, *v.g.*, por Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey. Isso pois haveria de se distinguir o pragmatismo do dia-a-dia (*everyday pragmatism)* do pragmatismo filosófico.

Diferencia-se o *everyday pragmatism* do pragmatismo filosófico, fundamentalmente, por aquele ser uma concepção não-teórica, o que implica afirmar ser uma concepção destituída de qualificação filosófica. Consistiria, o pragmatismo do dia-a-dia, na projeção da idiossincrasia média estadunidense, assumindo, portanto, foros de concepção contextual autocompreendida como não teorizada.

O reflexo do *everyday pragmatism* no campo do direito se manifestaria em uma concepção da decisão jurídica que seria adotada, no entender de Posner, pela maioria dos juízes dos Estados Unidos, contexto em que se inclui ele próprio. Trata-se do julgamento pragmático, ou *pragmatical adjudication*, que consiste, portanto, em uma concepção da atuação jurisdicional insusceptível de ser universalizada, ou sugerida a países com cultura e ordenamentos jurídicos diferentes daqueles dos EUA, já que é condicionada por características socioculturais específicas.

Nessa modalidade de julgamento, o juiz seguiria uma disposição geral de fundamentar suas decisões “em fatos e conseqüências, em vez de conceptualismos e generalidades ”.

Como Richard Posner mesmo reconhece, essa formulação do que seria *pragmatical adjudication* deixa a desejar, por ser “incompleta e inespecífica”. Dessa forma, é necessário prover uma descrição mais detalhada da concepção de julgamento pragmático, a fim de que se possa compreendê-lo devidamente, evitando-se interpretações indesejadas pelo autor, mas admissíveis pela expressão literal da primeira formulação que oferecera a respeito.

Assim, importante equívoco a ser debelado seria imaginar que *pragmatical adjudication* seria uma espécie de julgamento baseada tão-somente em consideração conseqüencialistas casuísticas. Em verdade, o julgamento pragmático envolve o exame das conseqüências sistêmicas e não-sistêmicas do caso concreto. Por conseqüências sistêmicas são entendidas as conseqüências de uma decisão em relação ao princípio do Estado de Direito (*rule of law*), que exige, entre outros aspectos de grande relevância, a separação entre as funções de julgar e de legislar. Considerações não-sistêmicas, então, seriam aquelas confinadas aos limites do caso concreto.

Cabe ao juiz pragmático avaliar, em cada caso, qual tipo de considerações conseqüencialistas deve prevalecer, sempre tendo presente uma noção de eficiência econômica. Ademais, não são somente conseqüências imediatas que devem ser consideradas, vez que as conseqüências em longo prazo também são importantes. Convém ainda ressaltar que o juiz, na concepção de Posner, não está jungido ao exame

de todas as conseqüências possíveis de suas decisões, porque isso seria exigir de mais do juiz, que tem limitações de ordem prática e decorrentes de sua atuação jurisdicional.

Em relação à indagação acerca de qual critério o juiz deve utilizar para escolher que tipo de considerações conseqüencialistas deve prevalecer, Posner responde, valendo-se da afirmação geral de que o critério último deve ser o da razoabilidade.

Nesse ponto, Posner supõe aproximar-se, a um só tempo, do modo de argumentar da sofística e da retórica aristotélica. Ignora, entretanto, ponto de vista central da retórica aristotélica, que vem a ser a rejeição das refutações sofísticas, argumentos que têm a aparência de contestações, mas não passam de falácias.

Impende deixar claro que, na avaliação de Posner, a perquirição sobre as conseqüências de uma decisão proferida por um órgão jurisdicional encontra relevantes limitações, quando o material jurídico dotado de autoridade consiste em estatutos (leis), ou na Constituição. Mais uma vez, resta evidenciado o caráter contextual de sua doutrina da atuação pragmática dos julgadores, já que seu terreno mais fértil de aplicação é o *common law*.

Caracteriza-se o julgamento pragmático, tal como concebido por Posner, por seu viés empiricista, refratário a considerações abstratas de cunho moral ou de teoria política. Fundamentalmente, o juiz, seguindo-se essa linha de pensamento, deve-se ater aos fatos, ao conhecimento científico disponível, deixando lado questões de filosofia moral, já que nenhuma formulação teórica abstrata teria utilidade para guiar o processo decisório. Em vez do recurso a teorias abstratas tidas por inservíveis, o julgador deve considerar a argumentação prática ordinária, ou do dia-a-dia, como sugere a idéia de *everyday pragmatism*.

Em decorrência do empiricismo da *pragmatical adjudication*, o órgão jurisdicional deve privilegiar as razões mais estreitas, em relação aos motivos mais amplos. Compreende-se essa afirmação, haja vista que as razões do primeiro tipo se ligam aos fatos que estão diante do órgão judicante, ao passo que no caso dos razões mais amplas, verifica-se a tendência de contemplação de fatos futuros. Naturalmente, cabe ao juiz pragmático, na visão de Posner, dar mais peso aos fatos que estão diante de si em vez de fatos futuros e, por isso mesmo, abstratos.

Em face da problemática negação da importância de teorias morais para a aplicação do direito, Posner seguramente rejeita a presença do elemento moral no conceito do direito, filiando-se, portanto, à corrente dos positivistas.

Ocorre que o espectro das doutrinas positivistas é bastante amplo, nele incluindo-se autores de posições teóricas divergentes em diversos pontos. Restringindo-se a análise ao campo do positivismo normativista, basta dizer que a concepção pragmática de Posner se opõe ao normativismo de Hart, mas seria compatível com a teoria pura do direito, de Kelsen.

A distância da *pragmatical adjudication* em relação à doutrina positivista de Hart se verifica, na medida em que Hart atribui ao juiz o papel de atuar discricionariamente

somente no espaço deixado pela textura aberta da norma jurídica. Posner considera essa descrição do papel do julgador indevidamente limitada.

A relação entre o esboço de teoria do direito de Posner sobre a atuação jurisdicional e o normativismo kelseniano merece exame mais detalhado, a ser realizada na próxima seção.

4. Teoria pura do direito e *economic analysis of law*.

Hans Kelsen elabora sua doutrina positivista, perseguindo um objetivo que considera fundamental: separar o que é próprio da ciência do direito daquilo que, mesmo relacionado ao direito, não é peculiar à ciência do direito, vez que constituiria objeto de estudo de outros ramos do conhecimento.

Dessa maneira, compreende-se que sua teoria é pura no sentido epistemológico, na medida em que se debruça sobre aquela porção do fenômeno jurídico que seria estritamente jurídica, o aspecto normativo, deixando o exame dos fatos para a sociologia do direito e dos valores para a axiologia jurídica.

Kelsen descreve o sistema jurídico como uma ordem coercitiva, na medida em que, considerado globalmente, prevê sanções para o caso de não realização do comando estabelecido pela norma jurídica.

Levando às últimas conseqüências sua compreensão dinâmica do sistema jurídico, Kelsen chega à conclusão de que não há quaisquer restrições de conteúdo para as normas jurídicas, o que implica a rejeição do elemento da correção material do conceito de direito. Dessarte, a validade de uma norma jurídica independeria de elementos morais, de modo que seria possível haver normas jurídicas extremamente injustas válidas, pela simples circunstância de ser passível de recondução a uma norma superior válida.

Na perspectiva kelseniana da relação entre moral e direito, marcada pelo relativismo ético e pela rejeição do conceito de racionalidade prática, o problema da justiça intersubjetivamente controlável não passa de uma ilusão.

Além disso, na teoria kelseniana, não faz sentido falar de Estado de Direito. Uma razão suficiente para isso seria que não haveria critérios morais racionalmente justificáveis para distinguir um Estado de Direito de um Estado que não fosse de Direito. Ocorre que, em verdade, Kelsen entende que Estado nada mais é do que uma duplicação animista, logo supérflua, do direito.

A estrutura do ordenamento jurídico descrita por Kelsen assume a forma de uma pirâmide, em cujo ápice está a norma fundamental, que serve de fundamento de validade para todas as demais normas, cada vez menos abstratas e gerais à medida com que se aproximam da base.

Nessa representação geométrica do sistema jurídico, as sentenças proferidas pelos órgãos jurisdicionais ordinários são normas individuais e concretas. Logo, a atividade jurisdicional não seria ontologicamente distinta da atividade legislativa, já que ambas funções criariam normas jurídicas.

Observa-se que a função criativa conferida ao juiz na teoria pura do direito se coaduna com a descrição da atuação jurisdicional do pragmatismo jurídico de Posner, já que em ambas perspectivas o juiz não desempenha atividade meramente reprodutora do direito anterior ao caso.

Conforme anteriormente discutido, na concepção juspragmática de Posner, o juiz deve avaliar as conseqüências das soluções possíveis, adotando-se aquela que for mais razoável. Considerando que o direito anglo-americano é mais bem explicado como um sistema jurídico que promove a eficiência econômica, a maximização da riqueza, a ponderação econômica é um elemento de grande relevância no julgamento pragmático. Desse modo, seria difícil mesmo imaginar que o pragmatismo jurídico de Posner concebesse a decisão judicial como mero ato de conhecimento do direito vigente.

Na teoria da interpretação jurídica de Kelsen, cabe ao órgão jurisdicional, intérprete jurídico que se diferencia dos demais por criar direito, decidir por uma das possibilidades interpretativas que se encaixam na moldura do direito, de acordo com um ato de vontade. Nessa perspectiva, não haveria critérios racionais segundo os quais uma possibilidade de decisão seria mais correta do que outra, a busca pela decisão correta seria uma questão de política do direito.

Já que Kelsen afirma que a decisão dos juízes é uma questão de política do direito, conclui-se que sua teoria pura é compatível com o pragmatismo jurídico de Posner, pois, de acordo com a interpretação kelseniana, quaisquer critérios políticos podem ser adotados pelo órgão julgador, o que sem dúvida inclui parâmetros de política econômica.

Está claro também, então, que, na teoria kelseniana, o órgão jurisdicional tem permissão para não considerar critérios hauridos da análise econômica do direito para decidir.

Impende observar que a compreensão kelseniana da função desempenhada pelos juízes está sujeita a fundadas críticas. Uma delas aponta para uma contradição interna da teoria da interpretação kelseniana: de nada adiante falar em limites da moldura normativa, se não existem critérios para definir o estabelecimento dessas molduras.

Ademais, nos quadrantes do Estado Democrático de Direito, não há que se falar de poder jurisdicional discricionário, uma vez que aos órgãos julgadores não se permite margem de decisão livre de parâmetros jurídicos, impondo-se ainda a justificação racional de todas suas decisões.

5. Liberalismo político-econômico de Friedrich Hayek.

A relação sugerida entre teoria do direito e utilização de critérios econômicos para a interpretação judicial do direito não depende da formação econômica do jurista. É o que se conclui a partir do exame da teoria positivista de Kelsen, bem como do esboço de teoria do direito de Posner. Resta saber o que o exemplo de Friedrich Hayek, pensador com graduações em direito e em economia, tem a dizer a respeito.

Friedrich Hayek é um grande expoente do liberalismo político-econômico austríaco, cujas contribuições provieram desde a primeira metade do século XX, contexto

histórico marcado pela forte contraposição entre capitalismo e socialismo, que acabou por bipolarizar o mundo até o marco histórico-simbólico do fim da URSS em 1991.

Em uma época em que se exaltavam as virtudes da economia planificada e se duvidava da capacidade das economias capitalistas de sobreviver diante de suas crises, Hayek firmemente defendeu o liberalismo político-econômico, com base em sua tese central de que o Estado intervencionista conduziria ao totalitarismo, à servidão.

A tese liberal-econômica de Hayek se baseia na idéia de que o projeto de uma economia planificada só seria possível se houvesse um controle de informações sobre todos os agentes que influenciam na economia, o que é inviável de realizar-se, além do que pressuporia um modelo de democracia intervencionista, o qual entraria em conflito com as liberdades básicas do indivíduo. Assim, a busca pela justiça social conduziria à violação da liberdade individual.

Verifica-se que Hayek distancia-se de Kelsen, por sustentar a idéia de Estado de Direito (*Rechtsstaat*) em uma versão liberal, ao passo que este rejeita a duplicidade entre direito e Estado.

Com respeito às formas de estabelecimento das regras jurídicas, Hayek distingue o construtivismo racional da ordem espontânea.

Consoante o primeiro modelo, as normas jurídicas são elaboradas por autoridades institucionalmente designadas, como são os legisladores incumbidos da produção de normas gerais e abstratas. Trata-se, sustenta Hayek, de modelo falho, na medida em que exige um conhecimento de fatos particulares que não é possível de ser obtido.

Pelo paradigma da ordem espontânea, as normas jurídicas são produzidas pelo costume dos indivíduos, daí a razão por que se trata de um modo de estabelecimento espontâneo da normatividade jurídica.

Hayek compreende a sociedade como uma ordem espontânea, de modo que o direito, em consonância com a rejeição liberal de planificação geral da conduta e com o reconhecimento das limitações do conhecimento factual, também deve ser estabelecido espontaneamente, evitando-se os inconvenientes do construtivismo racional, que, em versões fortes, conduziriam à revolta contra a razão abstrata.

A fim de que os juízes não atuem como inimigos da liberdade, Hayek entende que devam limitar-se ao reconhecimento do direito preexistente, o que se ajusta perfeitamente à opção pelo modo espontâneo de estabelecimento das normas jurídicas.

Nessa linha de pensamento, caberia ao órgão jurisdicional manter as expectativas de comportamentos geradas pelos indivíduos em sociedade, através de suas relações costumeiras. A postura do reservada ao juiz, então, assumiria função claramente conservadora.

Torna-se problemática a concepção de Hayek da atuação dos juízes associada ao sistema de ordem jurídica espontânea, quando se leva em consideração a necessidade de legislação interventora, como ocorre, à guisa de exemplo, no âmbito do direito ambiental.

Razões liberal-econômicas levam Hayek a defender que o poder judiciário deva ter, em linhas gerais, a função passiva de reconhecer o direito espontâneo dos indivíduos. Dessa forma, é clara sua incompatibilidade com a sugestão de Posner sobre o julgamento pragmático, que atribui ao juiz o desempenho de um papel ativo na entrega da prestação jurisdicional. Daí porque nem toda análise econômica do direto implica alguma modalidade de ativismo judicial.

6. Crítica dworkiniana ao pragmatismo jurídico de Richard Posner.

O pragmatismo jurídico de Richard Posner está sujeito a inúmeras observações críticas, que decorrem de sua visão incompleta sobre os elementos do conceito de direito, o que acaba por gerar uma compreensão equivocada sobre a atuação jurisdicional.

Preocupado com o modismo do movimento "antiteórico" preconizado por Posner no meio acadêmico dos Estados Unidos, Ronald Dworkin dedica-se a examinar a concepção juspragmática daquele autor, expondo-lhe as mazelas, oportunidade em que reafirma teses sobre a conexão entre direito e moral.

A rejeição de Richard Posner pelo pensamento teórico manifesta-se, por exemplo, na assertiva segundo a qual a pretensão de elaborar uma teoria que regule a ação política e, em particular, a ação judicial não passa de um sonho. O que se rechaça, portanto, nessa perspectiva, é a possibilidade de teorizações sobre a razão prática, que possui relações com a argumentação moral.

Dworkin esclarece que o desprezo de Posner pela teoria moral decorre da confusão conceitual entre a filosofia moral de um lado e, do outro, da sociologia moral, da psicologia moral e da antropologia moral. Ocupa-se a filosofia moral do exame da correção moral das ações humanas. Para a sociologia moral, interessa a investigação empírica sobre convicções morais. A psicologia moral trata do processo psíquico de elaboração ou mudança de convicções morais. Por sua vez, a antropologia moral se dirige a perquirições sobre o desenvolvimento da disposição humana de fazer julgamentos morais.

Dessa maneira, não se pode concluir que as teorias morais são imprestáveis por conta do pluralismo de concepções morais. A diversidade de concepções morais é uma questão de sociologia moral, a qual não impende de buscar, no plano da filosofia moral, definir quais concepções morais são, ou não, corretas.

Através da idéia de *everyday pragmatism*, Posner pretende separar dois tipos de argumentação moral. De um lado, estaria a argumentação moral abstrata, que teria caráter onírico, de interesse restrito dos filósofos e sem nenhum valor diretivo para alguém que tenha que lidar com questões práticas, como é o caso de um juiz. Do outro lado, estaria a argumentação do dia-a-dia, em que estão engajadas as pessoas comuns, que se ocupam de problemas concretos.

Em verdade, não há que se falar em dois tipos de argumentação moral. A diferença entre a argumentação moral do dia-a-dia e aquela desenvolvida em teorizações sofisticadas é tão-somente de grau. Isso já serve como indício da importância de uma teoria moral para a argumentação jurídica em geral e para a argumentação judicial em particular.

A tese forte de Posner reza que nenhuma teoria moral pode servir de base sólida para um julgamento moral. Logo, na aplicação do direito, mesmo que haja questões morais envolvidas, nenhuma teoria moral seria útil. Como se vê, essa tese forte recai no niilismo, que é uma teoria moral relativista radical.

A própria afirmação de que nenhuma teoria moral serve para fundamentar um julgamento moral, convém destacar, é julgamento moral que pressupõe uma teoria moral, a saber, a teoria niilista. Assim sendo, não há como insistir na tese forte de Posner.

Na concepção juspragmática de Posner, é uma questão central a recusa de considerações morais como critérios de decisão. Por isso, sua tese fraca afirma que o juiz deve deixar de lado avaliações morais em seu julgamento, privilegiando argumentos pragmáticos, qualquer que seja a força que uma teoria moral tenha para embasar um julgamento moral.

Observa-se que a tese fraca de Posner se deixa refutar sem maiores dificuldades, bastando que se mencionem alguns exemplos de casos que envolvam direitos fundamentais.

No caso constitucional *Brown x Board of Education*, em que se discutia segregação racial nas escolas. Ainda que se afirme que o juiz deve levar em conta apenas fatos, como seria o dado de que pessoas segregadas sofrem problemas de auto-estima, a própria consideração desses fatos depende de um julgamento moral, qual seja, o de que as pessoas, independentemente da cor da pele, merecem igual consideração e respeito, do contrário o problema da auto-estima não seria considerado relevante.

Outro exemplo pode ser vislumbrado no controvertido direito a morrer dignamente. Posner afirma que tentar resolver esse problema mediante o recurso a um conflito principiológico, em que se contrapõem a autonomia da vontade e a proteção da vida, não passa de uma evasão, porquanto o que importa para solucionar a questão seria examinar, em coerência com sua idéia de *pragmatical adjudication*, os efeitos factuais do suicídio assistido. Negar que essa questão envolve uma colisão de princípios importa em rejeitar que existam normas jusfundamentais protegendo a autonomia individual e a vida, o que não é o caso dos ordenamentos democráticos ocidentais. Se essas normas existem, têm a estrutura de princípios, os quais estão abertos em relação a elementos morais. A análise de elementos empíricos, ainda que albergada pelo procedimento da proporcionalidade, não é suficiente para resolver a questão.

Posner caracteriza sua abordagem sobre o direito como pragmática. Não por acaso, portanto, seu pragmatismo jurídico está sujeito à objeção básica retratada no dilema do pragmatismo.

Com efeito, segundo o modo de pensar pragmático, um princípio moral só pode ser avaliado de acordo com determinado objetivo prático. Sustenta-se, nessa linha, que um princípio moral será bom, se vier a promover determinado estado de coisas. Mas logo se conclui que só é possível saber se determinado de estado de coisas passou a figurar em uma situação melhor do que a de antes, caso se leve em consideração algum objetivo definido, que deve ser justificado, o que suscita um problema de circularidade.

Insatisfeito com as incoerências presentes na autocompreensão de Posner acerca da teoria moral, Dworkin passa a especular qual seria, na realidade, a teoria moral esposada por Posner, embora este não o saiba. Tratar-se-ia de uma compreensão moral biologista (darwinista), porque baseada na idéia de que as convicções morais seriam responsáveis pela sobrevivência da espécie humana. As inclinações morais seriam tidas como naturais, de modo que não faria sentido perquirir-lhes a correção, pois isso seria um dado evolutivo. Assim, a sociedade americana chegaria ao atual estado de evolução, por conta de suas concepções morais, em que sobreleva o elemento econômico, a importância do dinheiro.

Da jurisprudência constitucional dos Estados Unidos, extrai-se exemplo recente daquilo que seria, no entender de Posner, uma aplicação judicial do pragmatismo jurídico, precisamente o caso Bush v. Gore.

Embora não seja possível desenvolver de forma detalhada a análise desse precedente da Suprema Corte norte-americana neste estudo, importa registrar que esse caso traduz, na realidade, manifestação clara dos limites da aplicação da *pragmatical adjudication*.

Vários aspectos dessa decisão podem ser discutidos, porém um desses aspectos assume especial importância. Não seria de relevância inequívoca, para um juiz que siga o viés pragmático, a análise de qual presidente seria melhor para os EUA, no momento de decidir o caso acima mencionado?

Dworkin afirma que justamente a experiência deste caso vai de encontro aos balizamentos propostos pelo pragmatismo jurídico de Posner, a ponto de forçar este a limitar o alcance do seu esboço de teoria juspragmática, já que Posner se recusa admitir considerações partidárias como fundamentos da decisão jurisdicional.

As críticas de Dworkin atingem o âmago da sugestão juspragmática de Posner. São importantes por descortinar a imprescindibilidade de uma teoria moral para a compreensão adequada do direito. A insistência de Posner em ignorar o papel desempenhado pelos elementos morais na decisão jurídica causa-lhe um preço caro: a inadequação de sua doutrina em face de uma ontologia jurídica construída no contexto de superação do positivismo jurídico.

Conclusões.

1. São elementos do conceito de direito a legalidade conforme ao ordenamento, a eficácia social e a correção material, a que correspondem os conceitos de validade jurídico, sociológico e moral.

2. A ciência econômica investiga as escolhas racionais do ser humano, em face de recursos limitados. Faz parte do seu objeto a análise de preços, que podem ser pecuniários e não-pecuniários.

3. Em relação à concepção segundo a qual o ser humano seria um maximizador da utilidade racional, apresentam-se críticas, como aquelas engendrados pela *behavioral economics*, ou idealizações, como a teoria dos jogos.

4. A discussão sobre eficiência econômica, que envolve os critérios de otimidade Pareto e Kaldor-Hicks, não prescinde de elementos morais.

5. A análise econômica do direito tem perfil positivo, quando tem funções meramente explicativas. Caso se pretenda atribuir-lhe função prescritiva, passa a ser análise econômica normativa, o que é de rejeitar-se.

6. O pragmatismo jurídico de Posner é uma concepção doutrinária contextual, que representa projeção do modo de pensar estadunidense (*everyday pragmatism*), de modo que sua aplicação no Brasil é problemática.

7. Implica o pragmatismo jurídico a *pragmatical adjudication*, pela qual o juiz deve seguir uma postura empiricista para decidir, levando em consideração aspectos conseqüencialistas, passível de limitações sistêmicas, como aquelas impostas pela legislação e pela Constituição.

8. A teoria pura do direito de Hans Kelsen não exclui a possibilidade de que o órgão jurisdicional adote a doutrina do pragmatismo jurídico de Richard Posner, já que considera que o juiz aplica o direito podendo valer-se de atos de vontade, os quais seriam insusceptíveis de justificação racional.

9. A análise dos reflexos da teoria liberal de Friedrich Hayek na função jurisdicional revela que é possível elaborar uma análise econômica do direito que reserve ao juiz a função passiva de reproduzir o direito espontâneo, o que se distancia claramente da concepção juspragmática de Posner.

10. A tese forte se Posner reza que nenhuma teoria moral pode fornecer base sólida para um julgamento moral, o que se refuta, por ser uma forma niilismo.

11. De acordo com a tese fraca de Posner, qualquer que tenha a força de uma teoria moral, o juiz deve ignorá-la, o que se contesta através do exame da correção de precedentes constitucionais.

12. As críticas de Dworkin à doutrina juspragmática de Posner merecem ser acolhidas, na medida em que se dirigem contrariamente a uma compreensão equivocada da ontologia jurídica, que se reflete em proposta de uma prática jurisdicional em descompasso com a importância da moralidade para a decisão jurídica.

Referências.

ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts.* 4. Auf. Freiburg, München: Karl Alber, 2005.

. *Theorie der Grundrechte.* Baden-Baden: Surkamp, 1994.

. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Baden-Baden: Suhrkamp, 1991.

ARISTÓTELES. *Órganon.* Trad. de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DREIER, Ralf. *Recht – Moral – Ideologie*: Studien zur Rechtstheorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1981.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes.* Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica.* São Paulo: Saraiva, 2001.

HART, H. L. A. *The concept of law.* 2. ed. New York: Oxford, 1997.

HAYEK, Friedrich A. *Der Weg zur Knechtschaft.* Müchen: Olzog, 2007.

. *Die Verfassung der Freiheit*. 4. Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

. *Law, legislation and liberty*: rules and order. Chicago: The University of Chicago Press, 1983.

. *Law, legislation and liberty*: the mirage of social justice. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem.* Trad. de Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Trad. de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

. *Teoria geral das normas.* Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

. *Teoria pura do direito.* Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

. *Was ist Gerechtigkeit?* Ditzingen: Reclam, 2005.

MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais.* Fortaleza: OMNI, 2006.

OTT, Walter. *Der Rechtspositivismus:* kristische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus. 2. Auf. Berlin: Duncker & Humblot, 1991.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law.* 7. ed. New York: Aspen, 2007.

. *Law, pragmatism, and democracy.* Cambridge, London: Harvard University Press, 2005.

. *The economics of justice.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1983.

. *The problematics of moral and legal theory.* Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*: situação atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts.* 4. Auf. Freiburg, München: Karl Alber, 2005. p. 29.

Com isso, seria possível, no entender dos positivistas, traçar “a distinção entre o direito como ele é e o direito como ele deveria ser”. (*Die Unterscheidung zwischen dem Recht, wie es ist, und dem Recht, wie es sein sollte).* OTT, Walter. *Der Rechtspositivismus:* kristische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus. 2. Auf. Berlin: Duncker & Humblot, 1991. p. 112.

Nesse sentido, v. MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais.* Fortaleza: OMNI, 2006. p. 18 e ss.

Ver DREIER, Ralf. *Recht – Moral – Ideologie*: Studien zur Rechtstheorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1981. p. 51 e ss., GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 69. Observe-se ainda que o reconhecimento das três dimensões da dogmática jurídica é de todo compatível com o tridimensionalismo de Miguel Reale, segundo o qual fatos e valores se afiguram em uma relação dialética de implicação-polaridade, que tem como resultado a estrutura normativa, cf. REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*: situação atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 67 e ss.

Sobre o caráter normativo da ciência do direito, v. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 15.

A articulação de elementos morais e jurídicos da aplicação do direito pode ser fundamentada pela tese do caso especial, v. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Baden-Baden: Suhrkamp, 1991. p. 261 e ss.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law.* 7. ed. New York: Aspen, 2007. p. 3.

Ibid., 2007. p. 5.

Sobre os aspectos da irracionalidade e da hiperracionalidade no comportamento econômico, v. POSNER, Richard. ob. cit., 2007. p. 17 e ss.

Ibid., 2007. p. 24.

Ibid., 2007. p. 25.

Sobre alguns problemas do utilitarismo, ver POSNER, Richard. *The economics of justice.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1983. p. 51 e ss.

POSNER, Richard. ob. cit., 2007. p. 12.

Ibid., 2007. p. 13.

POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy.* Cambridge, London: Harvard University Press, 2005. p. 24-25.

Ibid., 2005. p. 57.

Id. *The problematics of moral and legal theory*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000. p. 227. Traduziu-se. No original: "*on facts and consequences, rather than on conceptualisms and generalities*".

Id. ob. cit., 2005. p. 59. Traduziu-se. No original: "*incomplete and unspecific*".

Ibid., 2005. p. 60.

Ibid., 2005. p. 59.

POSNER, Richard. ob. cit., 2005. p. 60.

ARISTÓTELES. *Órganon.* Trad. de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2005. p. 545, 164a.

POSNER, Richard. ob. cit., 2005. p. 70.

Ibid., 2005. p. 76.

Ibid., 2005. p. 80.

HART, H. L. A. *The concept of law.* 2. ed. New York: Oxford, 1997. p. 128.

POSNER, Richard. ob. cit., 2005. p. 81.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 1.

KELSEN, Hans. cb. cit., 2000. p. 35.

Ibid., 2000. p. 221.

KELSEN, Hans. *Was is Gerechtigkeit?* Ditzingen: Reclam, 2005. p. 52, „*Ich muβ mich mit einer relativen Gerechtigkeit begnügen und kann nur sagen, was Gerechtigkeit für mich ist*“. Traduz-se: “Eu tenho que me contentar apenas com uma justiça relativa e posso somente dizer o que é, para mim, justiça“.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Trad. de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 286.

A respeito do caráter fictício da norma fundamental, em substituição à sua anterior formulação como hipótese, ver Id. *Teoria geral das normas.* Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 328-329.

KELSEN, Hans. ob. cit., 2000. p. 260, “A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito”.

KELSEN, Hans. ob. cit., 2000. p. 394.

Ibid., 2000. p. 393.

No mesmo sentido, v. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 211.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem.* Trad. de Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986. p. 292 e ss.

HAYEK, Friedrich A. *Der Weg zur Knechtschaft.* Müchen: Olzog, 2007. p. 119 e ss.

Ibid., 2007. p. 96 e ss.

Id. *Law, legislation and liberty*: the mirage of social justice. Chicago: The University of Chicago Press, 1978. p. 67.

Id. *Die Verfassung der Freiheit*. 4. Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005. p. 272 e ss.

Id. *Law, legislation and liberty*: rules and order. Chicago: The University of Chicago Press, 1983. p. 11 e ss.

Ibid., 1983. p. 47.

HAYEK, Friedrich. ob. cit., 1983. p. 32.

Ibid., 1983. p. 92.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes.* Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. p. 76.

POSNER, Richard. ob. cit., 2005. p. 56.

DWORKIN, Ronald. ob. cit., 2006. p. 76.

Ibid., 2006. p. 79.

Ibid., 2006. p. 82.

DWORKIN, Ronald. ob. cit., 2006. p. 87.

POSNER, Richard. ob. cit., 2005. p. 76.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte.* Baden-Baden: Surkamp, 1994. p. 494.

MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 122.

DWORKIN, Ronald. ob. cit., 2006. p. 91.

Ibid., 2006. p. 92.

POSNER, Richard. ob. cit., 2005. p. 322.

DWORKIN, Ronald. ob. cit., 2006. p. 102.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL COMO FUNDAMENTO DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL*

THE SOCIAL FUNCTION OF RURAL PROPERTY AS BACKGROUND OF STATE INTERVENTION IN ECONOMIC ORDER AND CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS

Raquel de Freitas Manna
Glaucia Aparecida da Silva Faria Lamblem

RESUMO

A Constituição Federal garante o direito à propriedade privada no capítulo destinado aos Direitos Fundamentais (art. 5º), ratificando-o no capítulo referente à Ordem Econômica (art. 170). Tal garantia encontra, contudo, limites no cumprimento efetivo da função social (art. 186), legitimando a intervenção estatal na propriedade sob quaisquer de suas formas de atuação, desde a limitação de seu exercício até a própria expropriação. A Constituição prevê o instituto da desapropriação como sanção para as propriedades que não cumpram a função social, mas, aparentemente, apenas no quesito da improdutividade, pois o inciso II do art. 185 teria criado uma exceção, que por sua vez anularia o art. 186. Pela literalidade deste inciso, basta que a propriedade seja considerada produtiva, para obstar a desapropriação. Perquire-se, nesta pesquisa, se há antinomia entre os referidos dispositivos constitucionais relativos aos temas referentes ao cumprimento da função social da propriedade, legitimadora da intervenção estatal na propriedade. Buscou-se na Hermenêutica constitucional resposta para esta indagação.

PALAVRAS-CHAVES: INTERVENÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA; FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL; HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT

The Federal Constitution guarantees the right to private property in the chapter for the Fundamental Rights (art. 5°), confirming it in the chapter relating to the Economic Order (art. 170). This guarantee is, however, limits in effective fulfillment the social function (art. 186), legitimizing state intervention in the property under any of its forms of action, since the limitation of exercise until the expropriation itself. The Constitution provides for the institution of expropriation as a penalty for the properties that do not conform to social function, but apparently only in the poorness of the question because the item II of the art. 185 would have created an exception that would turn the art. 186. Literality for this item, simply that the property is deemed to be productive, to prevent

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

the expropriation. Investigate, in this research, whether there is contradiction between those constitutional provisions relating to issues concerning compliance with the social function of property, legitimacy of state intervention in the property. It was in Hermeneutics constitutional answer to this question.

KEYWORDS: STATE INTERVENTION IN THE ECONOMIC ORDER; SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY RURAL; CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988 prescreveu a função social da propriedade como princípio da ordem econômica e social, no art. 170, III, a exemplo das últimas constituições [1]. Mas o constituinte inovou substancialmente o tratamento dado à matéria, ao inserir a função social no âmbito dos direitos e garantias fundamentais do homem no art. 5º, XXIII, além de prever os requisitos mediante os quais a propriedade cumpre sua função social.

Esta postura do constituinte é digna de nota: significa que a função social possui *status* de princípio próprio e autônomo, apto a instrumentalizar toda a estrutura constitucional, e, por via de conseqüência, todo o ordenamento infraconstitucional.

Nesse desiderato, o direito de propriedade é garantido e recebe proteção legal, desde que cumprida a sua função social. É tratado, ao mesmo tempo, como direito individual fundamental e de interesse público, visando a atender os anseios sociais.

Deflagrou-se, destarte, um sincretismo de direitos, eis que o art. 5º tanto garante o direito individual da propriedade, no inciso XXII, como prescreve a função social, logo adiante, no inciso seguinte.

Não se olvida que a dignidade da pessoa é a pedra basilar, influenciando o conteúdo da função social. Dispõe a Carta Magna que, cumprirá a função social a propriedade que, em respeito à dignidade humana, contribua para o desenvolvimento nacional, para a diminuição da pobreza e das desigualdades sociais. Trata-se de pressupostos objetivos e concretos.

Assim, a preocupação em dar à propriedade, mesmo que privada, uma destinação mais vinculada ao benefício coletivo não se faz presente apenas em relação à produtividade, embora seja inegável que a economia tem papel fundamental na busca de uma existência mais digna para todos.

É cediço que a distribuição inadequada de terras gera injustiças, e, por via transversal, uma série de situações indesejáveis, tais como miséria e violência no seio da sociedade. Mister se faz, por isso, maior solidariedade no uso da propriedade. A relativização do direito à propriedade, via pressuposto da função social, demonstra uma salutar reação do ordenamento contra o desperdício de potencialidades para satisfazer as necessidades humanas, materiais e pessoais e, a partir disso, a concretização da dignidade humana.

Não se pode olvidar, ademais, que sob o prisma do Direito Econômico, a propriedade é um elemento vital ao ser humano, necessário à sua sobrevivência, absolutamente essencial à ordem econômica e ao Estado. Trata-se de instrumento de segurança e subsistência, centro gravitacional da atividade e do poder econômico, e por isso mesmo, é instrumento de desenvolvimento do Estado.

A partir desta assertiva, infere-se que a Constituição ao garantir o direito à propriedade não apenas no capítulo referente à Ordem Econômica, mas também a elevou ao *status* de direito fundamental e como tal deve ser especialmente protegida.

No tocante à propriedade rural, o art. 186 da Carta Constitucional estabeleceu as condições necessárias para o alcance da função social, devendo ser atendidos, simultaneamente, os seguintes requisitos: I) aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Depreende-se, do dispositivo suso, que não basta ser extremamente produtiva a propriedade se a produção estiver baseada, por exemplo, no trabalho escravo ou na exploração predatória do meio ambiente.

Em razão disso, a disposição do art. 185 que torna a propriedade produtiva insuscetível à desapropriação, soa destoante dos demais dispositivos, notadamente do inciso II do artigo 186, pois parece significar que o pressuposto da "produtividade" impede qualquer intervenção estatal na propriedade, mesmo que descumpridora de sua função social.

Segundo a leitura conjunta dos dispositivos constitucionais, presume-se que não adianta haver uma produtividade com custo social indesejável. É de conhecimento público, que a redação de tal dispositivo resultou de uma grande pressão política da bancada rural presente na Assembléia Nacional Constituinte, visto que os latifundiários tinham, na época e ainda têm hoje, uma grande e eficaz representação.

Colocadas estas premissas, importa em esclarecer que dada a extensão do tema a respeito do direito à propriedade, sua função social, bem como os diversos entendimentos dos estudiosos de áreas distintas, o presente estudo restringe-se em verificar a possível existência de uma antinomia entre os dispositivos constitucionais relativos aos temas referentes ao cumprimento da função social da propriedade, legitimadora da intervenção estatal na propriedade.

Para tanto, num primeiro momento, será traçado, ainda que sucintamente, uma pequena evolução do conceito de Direito à propriedade, e sua positivação, notadamente no direito brasileiro, seguido da questão do princípio da função social da propriedade e seus reflexos na ordem econômica e por fim, a partir da Hermenêutica constitucional, buscar-se-á desmistificar a possível antinomia entre o artigo 185 e o inciso II do artigo 186 da Constituição.

1. A PROPRIEDADE: CONCEITO E SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O direito de propriedade é tão antigo quanto é a história da humanidade. É cediço, ademais, que o conceito do direito à propriedade, vem mudando com o desenrolar da história. A despeito da inexistência de um conceito único do direito de propriedade, em decorrência de sua evolução histórica, importa ressaltar que referido direito continua tendo um lugar de destaque nas diversas relações jurídicas, daí a relevância do tema.

Antigamente a "propriedade" e o "individual" eram indissociáveis, identificando-se. A propriedade, relação de direito privado, mediante a qual uma coisa pertencente a uma pessoa e se sujeita totalmente à vontade desta, em tudo que não é vedado pelo ordenamento jurídico e pela concorrência de direito alheio. (LARANJEIRA, 2000:154).

O direito de propriedade foi concebido como direito natural, absoluto e imprescritível, conforme atesta a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu artigo 17, definido como "um direito inviolável e sagrado, do qual ninguém pode ser privado". (LARANJEIRA, 2000:156).

Durante muito tempo, a propriedade era concebida como a projeção da personalidade humana no domínio das coisas, considerada por muitos como o mais importante e o mais amplo e sólido de todos os direitos subjetivos outorgados ao indivíduo e que, por longo tempo, conservou as mesmas características que lhe delineara o direito romano. Centro do Direito Privado e eixo fundamental de toda estrutura jurídica do Direito das Coisas, senão, também das Obrigações (MONTEIRO, 1998:82).

No mundo antigo, a situação era bem diversa da atualidade no que se refere à propriedade. Eixo em torno do qual girava todo o direito das coisas, caracterizava-se pelo seu feitio nitidamente individualista; tratava-se, então, de relação jurídica puramente privada e individual, de caráter sagrado e absoluto (BORGES, 1994:2).

No liberalismo do século XIX, a propriedade era considerada como agregação de afirmação da inteligência e liberdade humanas; e o acúmulo de riquezas era sinônimo de poder e sucesso. Portanto havia ampla liberdade para contratar e adquirir bens, desprestigiando qualquer princípio de ordem social [2].

À margem desta filosofia, sobrevivia grande contingente populacional, na mais absoluta miséria, ambiente em a que a noção de função social da propriedade surgiu, originalmente, como reação ao abuso de direito de propriedade, concebida naqueles moldes.

A partir do século XIX, na França e na Alemanha com o Código Civil Alemão esta idéia de propriedade como direito absoluto do indivíduo começou a ser questionado, e passou-se a concebê-la como uma função social.

Sobre o tema, importante escólio de José Afonso da Silva (2000:275):

Demais, o caráter absoluto do direito de propriedade, na concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (segundo a qual seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos), foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso

do direito, do sistema de limitações negativa e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção da propriedade como função social, e ainda à concepção da propriedade socialista, hoje em crise.

Já no século XX, inspirado no pensamento de Augusto Comte, pai do positivismo sociológico, Leon Duguit identificou o interesse social como instituto legitimador do direito de propriedade, posicionando-se contrário ao individualismo jurídico da época (LARANJEIRA, 2000:158).

Vale ressaltar que esta mudança de ideologia não se caracteriza por um movimento que busca a extinção da propriedade privada, ao contrário, o que existe é uma tendência de desapropriação da propriedade caso os interesses coletivos sejam maiores que os individuais. (VARELLA, 1998:204-209).

A este respeito, Paulo Torminn Borges (1994:09) afirma: "Proprietário, sim: proprietário com titularidade garantida; proprietário com direitos assegurados; mas proprietário com deveres sociais, justamente pelo fato de ser proprietário". E complementa: "O que o Estado não poderá fazer é negar, de todo o direito de propriedade, porque desta forma ele suprime o bem daqueles cujo bem compete-lhe promover".

É inolvidável, portanto que, nos dias atuais a concepção do direito de propriedade de forma absoluta e individualista é inviável, posto que proprietário não pode mais utilizar a coisa reputada como sua egoística e indiscriminadamente.

2. DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA[3] E SEUS PRESSUPOSTOS: BREVES CONSIDERAÇÕES

Conforme mencionado alhures, o art. 186 da atual Constituição[4] estabeleceu as condições necessárias para o alcance da função social da propriedade rural, devendo ser atendidos, simultaneamente, os seguintes requisitos: I) aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Observa-se, que princípio da função social da propriedade, tal como previsto no texto constitucional tem como objetivo primordial submeter o interesse individual ao interesse coletivo (bem-estar geral). Significa, portanto, que a função social da propriedade não tem como condão esvaziar ou diminuir o conteúdo do direito de propriedade, mas, sim, dar a ela destino determinado, seja ela rural ou não.

Complementando esta idéia, Eros Roberto Grau (2006:245) afirma:

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade.

A par deste entendimento, a propriedade rural, mais que a urbana, deve cumprir a sua função social, na medida em que ao explorar eficientemente, possa contribuir para o bem-estar não apenas do titular deste direito, mas, por meio de níveis satisfatórios de produtividade, preservação adequada do meio ambiente, manutenção de justas relações de trabalho, assegurar a justiça social a toda coletividade.

É importante ressaltar que a propriedade só merece proteção quando cumpre sua função social (art. 5º, XXIII, CF). Isto posto, é possível analisar a relação entre a matéria civil em questão – o direito real de propriedade – e a matéria constitucional – o cumprimento da função social e a proteção das propriedades – traçando-se a determinação terminológica e interpretando-se a função social como característica fundamental para a existência do direito real de propriedade.

Colocadas tais premissas, mister se faz a análise preliminar dos pressupostos constitucionais. Conforme lição de Eros Roberto Grau (2006:166) "não se deve interpretar a Constituição em tiras, aos pedaços". Por isso, o estudo da propriedade rural seja sob a ótica civil e seja constitucional deve se atentar ao conceito e abrangência da função social e, ainda, ao seu cumprimento como responsabilidade objetiva do titular desse direito.

Com efeito, o primeiro requisito do artigo 186 se refere à produtividade do imóvel rural. Sobre a utilização racional e adequada Arthur Vidigal de Oliveira (2001:15) afirma que "vem demonstrar a intenção do legislador constituinte de não permitir a utilização do imóvel rural, sob a proteção do princípio da propriedade, para fins ilegais ou contra o bem-estar social".

Octávio Mello Alvarenga (1997:92-93) ao se referir à exploração racional da propriedade utiliza a expressão "produtividade-justiça social", afirmando que a Constituição ao determinar a função social à propriedade, consagrando o imóvel rural como "bem de produção", atribuiu ao legislador ordinário[5] a tarefa de fixar os critérios e graus de exigência. E completa:

Temos aí de maneira acentuada a justificativa do direito agrário como direito econômico. A produtividade passa a constituir exigência legal, apoiada e garantida pelo atendimento a laudos técnicos informadores, em primeiro, lugar, das potencialidades da terra, e, seguida, se tais potencialidades correspondem a "índices", fixados pelo órgão federal competente. (...) Segundo o legislador, para que a propriedade seja considerada "produtiva" dois "graus" devem ser considerados: o de utilização da terra e o de eficiência na exploração da terra.

Acresce-se à obrigatoriedade de utilização racional e adequada da terra, a produtividade que respeite o meio ambiente, ou seja, a preservação dos recursos naturais disponíveis. Trata-se do desenvolvimento sustentável, tema interdisciplinar, na medida em que trata de questão inerente ao Direito econômico e ao Direito ambiental[6].

Importa, destarte, em "resguardar o interesse e a preservação para o futuro dos bens oferecidos pela natureza e seus recursos naturais, na tentativa de impedir a total degradação que traz prejuízos irreparáveis à sobrevivência do próprio homem". (OLIVEIRA, 2001:16).

É cediço, ademais, que a terra constitui bem de produção por excelência e indiscutível fonte de riquezas. Mas é bem finito, por isso sua conservação e utilização exigem racionalidade e bom senso. A preservação dos recursos naturais é questão primordial para a sobrevivência da raça humana no planeta. Contudo, o progresso, o crescimento econômico agressivo aliado às "necessidades" humanas não têm permitido que a natureza seja preservada em sua plenitude.

O terceiro e quarto requisitos dizem respeito ao aspecto social da função da terra respeitante ao Direito do Trabalho. Remetem diretamente às obrigações trabalhistas do proprietário ou de quem tem a posse da terra para como os empregados, tais como salário, férias, aviso prévio etc. As relações de trabalho no campo, assim como na urbe, não podem admitir o trabalho escravo, a exploração de mão-de-obra de menores ou qualquer tipo de condição de degradação do ser humano.

Além da proibição a tais tipos de situação, ou seja, um "não-fazer" a função social da terra remete à obrigatoriedade de utilização da propriedade para uma "obrigação de fazer", na medida em que a propriedade deve propiciar um bem estar e crescimento não apenas ao proprietário, mas também aos trabalhadores, bem assim de toda coletividade.

Outro fator de grande relevância sobre a função social da propriedade é sua conexão com o princípio da ordem econômica, pois o direito à propriedade privada, bem como sua vinculação ao cumprimento da função social é tratada, também, no artigo 170 da Constituição, inserido no Capítulo dos "Princípios Gerais da Atividade Econômica", constituindo base de um sistema.

Verifica-se que, a função social da propriedade rural, como princípio da atividade econômica, significa que o proprietário deve agir de acordo com os requisitos da função social, sob a sanção da desapropriação por parte do Estado. Senão vejamos o que prescreve tal dispositivo:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade.

Tais requisitos devem existir simultaneamente necessariamente na propriedade rural para que sua função social esteja caracterizada. Assim, parece de clareza meridiana que o constituinte ao prescrever a função social da propriedade tinha com o objetivo determinar que a propriedade que produz e gera empregos, mas que não preserva o meio ambiente, não cumpre a função social e, ainda, se ela preservar o meio ambiente e produzir, mas não respeitar as leis trabalhistas, nem gerar empregos, também não cumpre sua função social. É o que se depreende diretamente do art. 186 [7].

3. DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A Hermenêutica constitui ferramenta indispensável para interpretação dos dispositivos constitucionais em comento, neste trabalho. Extrair o significado do conteúdo dos preceitos constitucionais não constitui tarefa simples. Pelo contrário, trata-se de uma missão e requer a observância de métodos específicos. Para desempenho de tal mister devem ser utilizados princípios de interpretação, para que o intérprete, possa obter o mais aproximado significado das vontades político-sociais insculpidas na Constituição.

Sobre seu conceito, vale a lição de Reis Friede:

A hermenêutica é, por via de conseqüência, um processo dinâmico, vivo e cíclico, que alimenta, crescente e constantemente, os próprios métodos de interpretação, procedendo, em última instância, à sistematização dos processos aplicáveis para determinar, ao final o sentido verdadeiro e o alcance das expressões do Direito. (2004:154).

Discorrendo acerta da importância desta ciência, Limonge Franca, assim adverte:

Quando se fala em hermenêutica ou interpretação, advirta-se que elas não se podem restringir tão-somente aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são suas limitações para bem exprimir o direito, o que, aliás, acontece com generalidade das formas de que o direito se reveste. Desse modo, é ao direito que a lei exprime que devem endereçar tanto a hermenêutica como a interpretação, num esforço de alcançar aquilo que, por vezes, não logra o legislador manifestar com a necessária clareza e segurança (1997:4).

A respeito da hermenêutica constitucional, Paulo Bonavides tece importante comentário:

A interpretação das normas constitucionais, pelo caráter político de que se reveste em razão de seu conteúdo, se aparta ,em importantíssimo ponto, da metodologia empregada para a fixação do sentido e alcance das outras normas jurídicas, cuja interpretação se move num círculo menos sujeito a incertezas e dificuldades como aquelas que aparecem tocante à norma constitucional.

Despiciendo se faz traçar delongas acerta dos diversos métodos de interpretação de que serve a hermenêutica, entretanto, é cediço que a escolha de um eles é caminho determinante para a obtenção do resultado exato e cientificamente verificado. Ressalte-se que a despeito da existência de diversos métodos de interpretação, esse trabalho se restringirá à utilização de um único método.

Sem intenção de valorizar um dos métodos, seja ele gramatical, histórico, teleológico ou sistemático, eis que eles sem interpenetram e reciprocamente se completam (FRANÇA, 1997:5) e todos possuem imensa importância para a Hermenêutica, tem-se que para o desfecho da questão, destacar-se-á o método sistemático[8].

A interpretação sistemática do direito busca o sentido e alcance da norma jurídica nos sistemas e subsistemas nos quais a ela está inserida, fazendo uso dos princípios e valores que regem estes sistemas. É considerada pelos estudiosos contemporâneos o mais seguro dos métodos de interpretação, pois leva em conta não apenas a norma ou o sentido gramatical de suas palavras, mas sim o sentido e alcance da norma por meio de sua interação com o sistema jurídico no qual ela está inserida prestigiando a carga valorativa e os princípios que o rege (BONAVIDES, 2004:131).

Paulo Bonavides (2004:131) defende este método afirmando que “a interpretação sistemática da Constituição permite ainda estabelecer no regime político a sede daqueles valores a que a linguagem jurídica conferiu a denominação de princípios constitucionais”.

Colocadas tais premissas, infere-se que para a presente pesquisa a hermenêutica é indispensável, posto que, em se tratando de normas constitucionais (o inciso II do artigo 185, bem como o artigo 186) devem coexistir de forma harmônica, sem que haja oposição ou conflitos entre elas afim de que a segurança jurídica se efetive no ordenamento jurídico brasileiro.

4. A QUESTÃO DA ANTINOMIA ENTRE A NORMA DO ART. 185, II E A NORMA DO ART. 186. CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal exige a desapropriação das terras que não cumpram sua função social, conforme dispõe seu artigo 184.

De seu turno, em o artigo 186, a Constituição prescreve os pressupostos atinentes à função social da propriedade, dispondo que estes deverão ser que cumpridos simultaneamente, conforme já dissertado anteriormente.

Por outro lado, pela literalidade do artigo 185, a propriedade produtiva não pode ser desapropriada.

Considerando, portanto, a produtividade não é o único pressuposto para o cumprimento da função social, poder-se-ia dizer que há uma antinomia entre tais regras constitucionais?

Ditam os artigos 185 e 186 da Constituição Federal de 1988, respectivamente:

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que eu proprietário não possua outra;

II – a propriedade produtiva.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

É inolvidável que no inciso I do artigo 185 não existe qualquer controvérsia ou conflito aparente de normas. A discrepância se encontra no inciso II do mesmo artigo, havendo quem defenda que tal dispositivo constitui mecanismo jurídico para evitar a desapropriação de qualquer propriedade produtiva, em desprezo aos dispositivos do artigo 186.

Basta uma simples leitura dos dois artigos para se constatar que apenas o inciso I (aproveitamento racional e adequado) do artigo 186 corresponde ao inciso II do artigo 185, sendo que os demais incisos parecem totalmente desvinculados daquele.

Diante deste quadro, duas hipóteses se colocam, sendo que uma delas há que sobressair. A primeira hipótese seria compreender que o quesito "produtividade" deverá ter significado apenas sob a ótica econômica e esta sobreporia sobre os demais, a ponto de penalizar apenas as propriedades improdutivas com a desapropriação-sanção.

A segunda hipótese seria vincular a idéia de "produtividade" ao significado de "função social" da propriedade rural, considerando, assim, a primeira apenas um dos requisitos da segunda.

Ao considerar como válida a primeira hipótese, significa desprezar todo o significado histórico e construção doutrinária em torno da função social da propriedade, notadamente da rural. Destarte, se prevalecer apenas o inciso II do artigo 185, implicitamente estar-se-ia anulando o artigo 186, bem como todo o artigo 7º que trata dos direitos trabalhistas, bem como o artigo 225, que confere proteção ao meio ambiente (VARELLA (1998:255).

De outra sorte, se considerar o princípio da dignidade humana o fundamento de todo ordenamento constitucional, bem assim as diretrizes básicas e fundamentais em torno da qual gira da Constituição, tais como a promoção do bem comum, a redução das desigualdades sociais, a erradicação da pobreza e a garantia do desenvolvimento social, utilizando-se uma interpretação sistemática, sem dúvida, a segunda hipótese deve ser eleita como a verdadeira.

Demais disto, numa abordagem sistemática, pode-se compreender como produtiva não apenas sob a ótica economicista, propensa a lucros individuais e imediatos, mas sob o ponto de vista humano que favoreça o bem coletivo na medida em que respeita o direito dos trabalhadores e preserva o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, ou seja, a produtividade dever ser compreendida como capacidade de produção contínua, por meio do desenvolvimento sustentável.

A interpretação sistemática dos dispositivos em comento leva a compreender que não há, portanto, discrepância entre as normas constitucionais, e se acaso houver antinomia, é perfeitamente solucionável.

Para tanto, é necessário que visualize o ordenamento jurídico constitucional como um todo, considerando os princípios gerais e específicos, explícitos e implícitos, integrando-os e buscando sua interação constante, colhendo significado útil, sendo, portanto, vedada a interpretação isolada de modo a suprimir ou mesmo reduzir sua finalidade.

Resta claro, portanto, que a propriedade, mormente a rural, deve cumprir sua função social, atendendo simultaneamente todos os requisitos dispostos no artigo 186 da Carta Magna, que autoriza sua desapropriação por interesse social.

CONCLUSÃO

A propriedade privada é direito fundamental garantido no artigo 5º da Constituição brasileira, bem como princípio indissociável da Ordem econômica inserta no artigo 170 da mesma Carta Magna.

A despeito da garantia da inviolabilidade da propriedade, a Constituição condicionou sua proteção ao cumprimento da sua função social, sobrepondo o interesse coletivo sobre o individual.

Depreende-se do texto constitucional os pressupostos da função social, quais sejam aproveitamento racional da propriedade, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, a preservação do meio ambiente, a relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores.

O artigo 184 da atual Constituição brasileira autoriza a intervenção estatal na propriedade que deixa de cumprir sua função social e, por sua vez, o artigo 185 prescreve algumas vedações à desapropriação. Estaria desautorizado, neste caso, o estado a intervir na propriedade produtiva em detrimento dos demais requisitos da função social.

A partir de uma interpretação sistemática dos supramencionados dispositivos, e considerando o precioso ensino do eminente jurista Eros Roberto Grau, que a Constituição não pode ser interpretada aos pedaços, como se seus dispositivos fossem tiras soltas, verificou-se que a produtividade é conteúdo da função social.

Que a "produtividade" individual não pode ser invocada para garantia da propriedade e tutelar situações em que aquela derive de exploração inadequada de mão-de-obra, bem como uso irracional e degradante do meio ambiente.

Destarte, considerando que a Constituição é a Carta Magna da República Federativa do Brasil cujo princípio basilar é a dignidade da pessoa humana, tendo como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades, a promoção do bem comum e considerando, ainda, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho conforme ditames da justiça social, o postulado da preservação do meio ambiente, a função social da propriedade não pode prescindir do artigo 186 em sua integralidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Octavio Mello. **Política e Direito agroambiental**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARROS, Washington Monteiro de. **Curso de Direito Civil.** vol 3º Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15ª ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editora, 2004.

BORGES, Paulo Torminn Borges. **Institutos Básicos do direito agrário**. 8ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva,1994.

BRASIL. Lei nº. 6.747 de 10 de dezembro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6746.htm>. Acesso em 14/04/2009.

BRASIL. Lei nº. 8629 de 25 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8629.htm>. Acesso em 14/04/2009.

DINIZ, Maria Helena, **Conflito de Normas**, São Paulo, Saraiva, 1987

DOWER, Nelson Godoy Bassil Dower. **Instituições de Direito público e privado**. 13ªed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 5ª ed. revista e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma interpretação e hermenêutica**.6ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 19ª ed. atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2007

GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1990.

LARANJEIRA, Raymundo. **Direito Agrário brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Instrumentos de Tutela e direitos constitucionais**: teoria prática e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Artur Vidigal de. **Função Social da Propriedade Rural na Democracia**. Brasília: Editora Consulex, 2001, Ano V, ed. 97.

PINTO JUNIOR, Joaquim Modesto e FARIAS, Valdez Adriani. **Função Social da Propriedade. Dimensões ambiental e trabalhista.** Brasília: NEAD - Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2005.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função Social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6ª ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos Direitos fundamentais**. 2ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VARELLA, Marcelo Dias. **Introdução ao direito à reforma agrária:** direito face aos novos conflitos sociais. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

---

[1] A Carta de 1946, redigida sob os ventos da redemocratização que se seguiu ao final da Segunda Grande Guerra, imprimiu a necessidade do cumprimento da função social da propriedade, inserindo-a entre os princípios da ordem econômica e social, nos seguintes termos: "Art. 147 – O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16,23 promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos". A Constituição de 1967, por sua vez, prescrevia a função social da propriedade entre os princípios da ordem econômica e social, asseverando, em seu art. 157, inciso III: "Art. 157 – A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade"; a situação foi mantida com a Emenda 1/69, no art. 150, § 22, ressalvados os casos de desapropriação.

[2] Como afirma o Professor José Cretella Júnior "Antes, 'propriedade' e 'individual' andavam lado a lado, conjuntamente, identificando-se. Com o correr dos tempos, a propriedade perde seu traço individualista e se torna 'social'". (Revista Consulex - ano V n.97 – janeiro de 2001 pag 14).

[3] A primeira vez que o princípio da função social da propriedade ganhou *status* constitucional no Brasil, ocorreu na Constituição 1934, inspirada no modelo alemão da Constituição de Weimar, cujo art. 113, item 17, rezava: "É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior". A Constituição de 1937 não repetiu o tratamento dado ao tema pela sua antecessora, assegurando "o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia" (art. 122, item 14).

[4] Além da Carta Magna, outras normas de índole infraconstitucional também dispõe sobre a função social da propriedade, sendo que dentre ele, vale destacar a Lei O Estatuto da Terra, Lei n. 4.504/64, prevê que a propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

[5] A lei 8.692/93 em seu artigo 6º, fornece tais os critérios de forma objetiva.

[6] Sobre o tema, interessante e profundo o estudo realizado por Octávio Mello Alvarenga na obra "Política e Direito Agroambiental – comentários à nova lei de reforma agrária", da editora Forense, Rio de Janeiro,1997. Na mencionada obra o pesquisador faz referência ao direito comparado, bem como analisa o problema ambiental em países desenvolvidos estabelecendo uma parâmetros com a situação de países em desenvolvimento, como o Brasil.

[7] Importante mencionar o artigo 9º da Lei 8.629, de 25.02.1993, que tem por escopo detalhar os preceitos constitucionais referentes à função social da propriedade: Art. 9º**.** A função social é cumprida quando a propriedade rural atende simultaneamente, segundo graus e critérios estabelecidos nesta lei, os seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio-ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. § 1º – Considera-se racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração especificados nos parágrafos 1º a 7º, do art. 6º desta Lei. § 2º – Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade. § 3º – Considera-se preservação do meio-ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas. § 4º – A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como as disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais. § 5º – A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais do imóvel.

[8] Para a compreensão do que seja a interpretação sistemática, faz-se necessário compreender o que seja "sistemas jurídicos", como são organizados, seus caracteres fundamentais, de que forma se interagem com os subsistemas e estes entre si e, finalmente, como influenciam e são influenciados pelas regras, princípios e valores. Paulo Bonavides faz interessante estudo sobre o tema em sua obra Curso de Direito Constitucional, Editora Malheiros.

A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA NO RECOLHIMENTO DO ICMS E OS PREJUÍZOS À EFICIÊNCIA ECONÔMICA*

REPLACEMENT TAX IN PROGRESSIVE ICMS AND DAMAGES TO ECONOMIC EFFICIENCY

Renato Alexandre da Silva Freitas
Gustavo Henrique Stábile

RESUMO

Hodiernamente, substituição tributária é a responsabilização de uma terceira pessoa pelo recolhimento de um tributo no lugar daquela que desencadeou o surgimento da obrigação tributária. A obrigação, portanto, é transferida àquele contribuinte que oferece melhores condições para o seu cumprimento. Não se confunde com a responsabilização por transferência, em que a um terceiro é transferida a responsabilidade independente de ele ter tido alguma participação no fato gerador, ficando ambos responsáveis pelo pagamento. Na responsabilização por substituição, o terceiro tem algum vínculo com o fato gerador, ainda que exclusivamente subjetivo, assumido o encargo por completo de recolher aos cofres públicos o tributo devido pelo substituído, ficando este último excluído inteiramente da relação. A substituição é um instituto jurídico particular e típico do direito tributário e que se caracteriza pela extensão da obrigação a pessoa diversa daquela pessoa do contribuinte, pois este último é substituído, completamente, na relação obrigacional, mantida com a Administração Financeira, por aquela pessoa diversa, à qual incumbe o adimplemento de tudo, indistintamente, que o obrigue, tanto material quanto formalmente e que se derive da relação jurídica. Esta permite que seja alcançada maior justiça fiscal pela distribuição eqüitativa da carga tributária que o sistema propicia, ao evitar a sonegação. Dito de outra forma, cumpre-se melhor o ideal da generalidade de tributos mais eficiente, na tributação. Feita esta breve explicação do instituto, fica evidente que se trata de um mecanismo que em última análise tem a legítima pretensão de tornar a atividade administrativa de arrecadação à medida que reduz os gastos com a fiscalização, impõe o ônus do pagamento dos tributos de forma equânime e aumenta os níveis de arrecadação.

PALAVRAS-CHAVES: INTERVENÇÃO DO ESTADO; SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; LIVRE INICIATIVA; LIVRE CONCORRÊNCIA

ABSTRACT

Today's replacement, is the tax liability of a third person for the collection of a tax in place of what triggered the emergence of tax obligation. The obligation is therefore transferred to that taxpayer that offers better conditions for its fulfillment. Should not be confused with the responsibility for transfer, in which a third is transferred the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

responsibility regardless of any involvement he had in fact generator, both being responsible for payment. Accountability in place by the third party has any link with the fact generator, though only subjective, given the burden entirely on public funds to collect the tribute due from the substituted, the latter being excluded entirely from the relationship. The replacement is an independent legal and typical of the particular tax law and which is characterized by the extent of the obligation that the person other person of the taxpayer, as the latter is replaced, completely, with the obligation, held with the Financial Administration, by that person other , which instructs the adimplementy all, without distinction, that requires both formal and material as that emanating from a legal relationship. This allows to achieve greater fiscal fairness for equitable distribution of tax burden that the system provides, to avoid evasion. In other words, it is generally the better the idea of taxes more efficient, in taxation. Following this brief explanation of the institute, it is evident that this is a mechanism that ultimately has a legitimate claim to make the collection of administrative activity as it reduces spending on the surveillance, imposes the burden of paying taxes on a fair and increases the levels of revenues.

KEYWORDS: INTERVENTION OF THE STATE, TAX RELIEF, FREEDOM INITIATIVE, FREE COMPETITION.

INTRODUÇÃO

No mecanismo de substituição tributária para frente ou progressiva, o tributo ao invés de ser recolhido pelo contribuinte que praticou o fato gerador descrito na lei, será responsável pelo pagamento um terceiro que vinculado aquele fato gerador, encontra-se em fase anterior a ocorrência deste fato. Para facilitar o entendimento, tem-se como exemplo a venda de veículos da fábrica para a concessionária e desta para o consumidor final.no regime de recolhimento em análise, o tributo incidente na operação final é recolhido pela fábrica, a primeira integrante da cadeia.

Ocorre que a legislação, ao disciplinar este instituto, introduziu uma peculiaridade que passou a caracterizá-lo. O legislador ao prever as situações em que teria lugar a substituição tributária progressiva, inseriu, no regime, a antecipação do momento de recolher e não apenas a substituição do sujeito passivo da obrigação.

Isto significa, no caso do ICMS, que o contribuinte que dá início à cadeia de fatos geradores do tributo irá arcar com o ônus de reter e recolher o tributo incidente sobre o ciclo econômico futuro que a lei determinar, podendo ser todo ele (como ocorre normalmente) ou apenas parte do ciclo. A Lei Complementar n. 87/96, em seu artigo 6°, §1°, dispõe que “a responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto que incidirá sobre uma ou mais operações ou prestações, não importando que sejam antecedentes, concomitantes e subseqüentes”.

Tendo vista que o tributo será pago antes de terem ocorrido seus fatos geradores, não existindo, consequentemente, a base de cálculo final para aplicação da alíquota, deve o valor da operação futura ser estimado para que o contribuinte substituto possa recolher o montante aos cofres públicos.

Como preleciona o prof. Paulo de Barros Carvalho (1999, p. 46):

Uma das funções da base de cálculo é medir a intensidade do núcleo factual descrito pelo legislador. Para tanto, recebe a complementação de outro elemento que é a alíquota, e da combinação de ambos resulta a definição do *debitum* tributário. Sendo a base de cálculo uma exigência constitucionalmente obrigatória, a alíquota, que com ela se conjuga, ganha, também foros de entidade indispensável.

Em resumo, para implementação da substituição tributária para frente, em linhas gerais, é necessário: que seja presumido o evento desencadeador da pretensão estatal, previsto na hipótese de incidência da norma, o qual terá lugar em outra fase da cadeia de incidências do tributo; que seja estimada a base de cálculo que seria observada caso inexistisse a substituição, ou melhor, caso o pagamento do tributo viesse a ocorrer após o evento no mundo fenomênico, e que por derradeiro, haja vínculo entre o substituto e o substituído (PINHO, 2002, p. 232).

A importância deste último requisito foi bem demonstrada por Hamilton Dias de Souza (2005, p. 16), que assim resumiu a relação estabelecida entre substituto e substituído:

O substituto há de ter vínculo com a situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária. Tal vínculo há de ser, de fato ou de direito, quer com o fato material (fato bruto) quer com a pessoa que realizou tal fato (contribuinte). Essa extensão do vínculo decorre da própria essência do fato gerador, espelhado por situação de fato definida em lei que, para ser suficiente a dar origem à obrigação tributária, deve ocorrer concretamente, em todos os seus aspectos, seus pressupostos indissolúveis. Assim, tratando-se de referência ao contribuinte, é do aspecto pessoal do fato gerador que se trata e, portanto, o vínculo com a pessoa que realiza o fato material (elemento objetivo do fato gerador) é, em síntese, vínculo com o próprio fato gerador (elemento subjetivo – aspecto pessoal). O importante é que exista tal vínculo e que ele perita possa o substituto ressarcir-se do ônus do tributo por ele pago, de forma a assegurar a aplicação do princípio da capacidade contributiva e em obediência ao perfil constitucional do imposto.

Explicada a operacionalização da sistemática da substituição tributária progressiva, resta ainda serem feitas algumas considerações sobre o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS – objeto também de nosso estudo.

O imposto sobre circulação de mercadoria tem como antecedente histórico um dos mais antigos tributos criados modernamente, o imposto sobre vendas. Alcides Jorge Costa (1979, p. 1) lembra que a difusão dos impostos sobre vendas teve lugar logo após a 1 Guerra Mundial, momento em que países como a França e a Alemanha, por estarem enfrentando graves dificuldades financeiras, lançaram mão deste tributo em virtude de produzir facilmente grande arrecadação.

No Brasil, a introdução do imposto sobre vendas deu-se por volta de 1932, quando era de competência federal e denominava-se “imposto sobre vendas mercantis”. Em 1934, foi transferido para a esfera de competência dos Estados, tendo sua nomenclatura sido alterada para “imposto sobre venda de consignação” (IVC).

As Constituições que se sucederam 1937 e 1946, não lhe alteraram as características iniciais, quais sejam, a de ser um imposto que compete aos Estados e ser multifásico, incidindo sobre todas as fases de circulação das mercadorias. Esta última característica permitia a incidência do imposto "em cascata" durante a circulação da mercadoria. Isto significa que o imposto incidia sobre o valor da mercadoria até o fim do ciclo econômico, sem permitir qualquer tipo de dedução. Dessa maneira, o imposto incidia não só sobre o valor real da mercadoria, mas sobre as incidências anteriores dele, constituindo, por conseguinte, parte do custo do produto.

A respeito das desvantagens que esta desvirtuação operava no ciclo econômico da mercadoria, por meio da agregação do montante recolhido de imposto ao custo da mercadoria, são esclarecedores os dizeres de Alcides Jorge Costa (1979, p. 7):

A primeira desvantagem é a de que o imposto de vendas do tipo multifásico cumulativo incentiva a integração vertical das empresas. Se o tributo é pago em cada operação de que resulta a passagem da mercadoria de uma empresa para outra, até entrega ao consumidor, quanto mais integralizada verticalmente uma empresa, tanto menor será o ônus a que ficarão sujeitas as mercadorias por ela vendidas.

Lembra este autor (1979, p. 8) que à época da implantação do IVC cumulativo, no comércio de algodão, as grandes empresas começaram a manter suas próprias máquinas de beneficiamento do produto. Dessa maneira, pagariam o imposto apenas quando comprassem o algodão do produtor e no momento da venda. Neste passo, os empresários menores restaram prejudicados, pois seus produtos ficavam mais caros em razão de estarem sujeitos a, no mínimo, mais incidência de impostos. Outro defeito, conclui Alcides Jorge Costa, é que o imposto "em cascata" não constitui uma carga uniforme para todos os consumidores que, na verdade, são os que suportam o ônus, que fica tanto maior quanto mais longo o ciclo da produção e da comercialização[1].

Finalizando, este ilustre tributarista preleciona (1979, p. 13-14), que o imposto sobre o valor acrescido constitui uma conquista da ciência fiscal e não o resultado final de uma evolução pragmática:

Através da instituição de pagamentos fracionados, mostra que o imposto sobre o valor acrescido não é senão o resultado final de um procedimento lógico e técnico de aperfeiçoamento que, na França, partindo de um imposto monofásico antes tosco, levou a um imposto sobre o valor acrescido não muito racional no início, mas facilmente sujeito a aperfeiçoamento.

Para por fim a esta desvirtuação que o imposto operava no ciclo econômico da mercadoria, o Imposto sobre Vendas e Consignações foi substituído pelo Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Essa foi uma das inovações trazidas pela Emenda Constitucional n. 18, de 1 de dezembro de 1965, à Constituição de 46.[2]

O fim da desvirtuação foi conseguido, com a introdução do mecanismo da não-cumulação do imposto. Passou a ser permitindo que do valor do imposto devido nas operações futuras fosse subtraído o valor do imposto pago nas anteriores.

Foi, portanto, com vistas no aperfeiçoamento que surgiu o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, atual ICMS, que se diferencia do antigo ICM, à primeira vista,

por ter seu campo de incidência ampliado, alcançando, além das operações relativas à circulação de mercadorias, os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e os serviços de comunicação (conforme artigo 155, II, da Constituição Federal de 1988).

As características principais sempre mencionadas pelos estudiosos do imposto ora em estudo são basicamente duas: plurifásico e não-cumulativo. O ICMS é um imposto plurifásico, pois incide sobre várias etapas quais passa a mercadoria, desde sua produção até alcançar seu destino intrínseco, o consumidor final. Há que se destacar que, apesar de ser uma das características que diferencia o imposto sobre circulação de mercadorias da maior parte dos demais impostos e ser frequentemente observada, ela não é obrigados demais impostos e ser frequentemente observada, ela não é obrigatória. O imposto pode ter seu recolhimento direcionado para um único momento do ciclo econômico circulatório do bem, sem que seja desvirtuado qualquer mandamento constitucional.

O princípio da não-cumulatividade, no que toca o ICMS, está encartado no artigo 155, §2°, I, da CF de 1988. A reprodução dos termos utilizados neste inciso facilitará o prosseguimento da análise do princípio: "será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços como montante nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou Distrito Federal."

Esse mecanismo visa a evitar justamente a incidência do imposto "em cascata", fazendo com que, ao final do ciclo econômico do produto, o consumidor final – dito contribuinte de fato, por ser quem suporta o ônus do tributo – pague o montante correspondente à aplicação da alíquota do imposto sobre o valor da última operação. A operacionalização do sistema é relativamente simples: a cada fase da circulação da mercadoria, o contribuinte fará a dedução do valor tributo que incidiu nas etapas anteriores (crédito) do valor do tributo incidente sobre a operação que está sendo realizada (débito). É, portanto, basicamente, uma conta aritmética de débitos e créditos.

Do exposto até o momento, percebe-se que a opção constitucional por um ICMS não-cumulativo, significou a criação de um imposto que deve onerar exclusivamente o consumo, na medida em que se autorizou o creditamento do montante pago nas operações antecedentes. Desse modo, apenas o consumidor deverá arcar com todo o ônus do tributo.

Em síntese, o imposto sobre circulação de mercadorias é um tributo que deve onerar apenas o consumo final. Toda a operatividade do princípio da não-cumulatividade está relacionada à não oneração do consumo além da alíquota máxima prevista para aquela operação. A não observância deste mecanismo, portanto, tende a gerar alíquotas maiores que a previsão legal, bem como onerar o contribuinte de direito, duas situações que além de violarem a lógica do sistema tributário, causam ineficiência econômica na sociedade.

INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO INSTITUTO DA SUBSTITUIÇAO TRIBUTÁRIA – CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA?

A substituição tributária para frente desde sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro sempre suscitou críticas vorazes de consagrados tributaristas do país conforme visto linhas atrás. A pretensão do legislador constitucional reformador em conferir lugar na Constituição Federal para a sistemática, ao contrário de livrá-la das manifestações adversas, tornou-as mais contundentes.

Este clima de insegurança que se instaurou em virtude da corrida dos Estados para atualizarem suas legislações e regulamentos do ICMS e, em contraposição, a posição contrária de toda a doutrina especializada afirmando veementemente que o novel instituto padecia do vício da inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, intérprete último da Carta Magna, foi instado a se manifestar sobre a matéria.

Ocorre que o Tribunal Constitucional, como visto, não foi sensível aos argumentos baseados nas violações às normas constitucionais-tributárias, tais como violação aos princípios da não-cumulatividade, do não-confisco, da capacidade contributiva, da tipicidade fechada, da legalidade tributária.

A decisão assentou que a substituição tributária para frente da «elos Estados[3] não padece de qualquer inconstitucionalidade consoante art. 150, § 7°, da Constituição somente prevê a devolução do que foi antecipado no caso de não ocorrer o fato gerador presumido.

Não restando mais o que discutir no tocante às incongruências dessa decisão frente aos princípios constitucionais tributários, tendo em infinidade de posições contrárias manifestadas, chega-se ao ponto do presente estudo: a análise deste modelo de substituição tributária progressiva criado pelos Estados, no qual não é prevista a devolução do excedente recolhido, diante das proteções constitucionais à livre concorrência e ao consumidor.

Percucientes os dizeres de Isabel Vaz (1993, p. 23), para quem "um ramo do conhecimento comunica-se com outro, oferece-lhe subsídios, ou desperta novas indagações, de modo que a interinfluência de informações pode contribuir, quando adequadamente utilizada, para uma análise mais completa de um determinado assunto".

Partindo também deste raciocínio Antônio Carlos Cintra do Amaral (2002, p. 3-4), renomado administrativista, resumiu a importância da comunicabilidade entre as ciências sociais na tentativa de alcançar a verdade por detrás do conhecimento científico social e sua aplicação prática:

A pesquisa acadêmica nas ciências sociais e aplicação prática de seus resultados estão padecendo hoje de um defeito geral, que mesmo as maiores realizações, dentro dos ramos especializados, não podem compensar. Uma excessiva divisão do trabalho, uma ausência de cooperação sintética entre as várias secções da investigação social, restringe cada vez mais a verdade de qualquer conhecimento parcial eficiência de qualquer ação concreta.

Por derradeiro, não há como ser esquecida a herança doutrinária deixada por Alfredo Augusto Becker (1963, p. 27-32), consagrado tributarista, que de longa data, já se pronunciava:

A autonomia do Direito Tributário é um problema falso e falsa é a autonomia de qualquer outro ramo do direito positivo. (...) A evolução econômica e social da humanidade dentro do ritmo vertiginoso da aceleração da História quebrou todos os ramos clássicos do direito, de modo que uma das grandes tarefas do jurista contemporâneo é estabelecer a nova e racional divisão didática do direito.

Com vistas nessa unidade que tem o sistema jurídico *é* que se torna não apenas possível, mas, sobretudo, necessário que a substituição tributária para frente sem a devolução do excesso tributado seja confrontado com a livre concorrência e com a proteção do consumidor, por serem princípios protegidos pela Lei Máxima do país.

Ademais, a discussão em torno da matéria torna-se ainda de grande interesse em razão das novas ações diretas de inconstitucionalidade propostas atualmente pelos Estados de São Paulo e Pernambuco.

ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA – ECONOMIA DE MERCADO, LIVRE INICIATIVA, LIVRE CONCORRÊNCIA E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

A *ultima ratio* da imposição tributária é indubitavelmente a necessidade da manutenção do Estado, permitindo a este a consecução das atividades previstas pelo ordenamento jurídico.

Entretanto a necessidade de realização dessas necessidades (tanto sociais como econômicas) não garante ao Estado a possibilidade de, aleatoriamente, sujeitar os cidadãos ao pagamento de tributos independente de qualquer limitação. Estes limites são previstos na Carta Magna, que delimita minuciosamente as competências tributárias dos entes federados (limites formais), bem como traz as normas protetivas dos direitos dos contribuintes (limites substanciais).

Mas não *é* só. Estando a atividade tributária inserida na atividade financeira do Estado e está estritamente relacionada a opção política do legislador constituinte de uma economia de mercado longe da intervenção estatal que caracterizou o regime constitucional da constituição pretérita, não há como abstrair-se da importância da observância do princípio da livre iniciativa, erigido a fundamento do Estado Democrático de Direito e da Ordem Econômica.

Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 69) não deixa dúvidas da importância da análise das imposições tributárias além do foco fechado do direito tributário. Para este constitucionalista:

A atividade tributária, considerada de uma perspectiva ampla, insere-se dentro da atividade financeira. O Direito Tributário é dotado de autonomia didática e científica. Todavia, sua autonomia não é absoluta, pois, como já foi visto, a divisão do Direito em áreas é sempre relativa. O Direito Tributário não deve descurar dos princípios mais amplos que informam toda a atividade financeira, como também não o deve deixar de considerar que as divisões do Direito em áreas se dão para melhor compreensão e funcionamento do próprio sistema jurídico, que não perde a sua unidade por essa divisão em ramos. Esta última ocorre justamente, para definir as competências e a aplicação de princípios específicos daquela área. É comum a solução de uma caso depender da aplicação de uma norma e um ou mais princípios. Os princípios dão o sentido final a regra.

Inocêncio Mártirez Coelho (1995, p. 61-62) de maneira proficiente pronuncia-se sobre os princípios da livre iniciativa *e* livre concorrência para a ordem econômica do país:

Começo por observar que, pela primeira vez na história de nosso Direito Constitucional, a livre concorrência foi elevada á dignidade de princípio constitucional, como se acha consagrada no art. 170 da Lei Fundamental em vigor, e isto depois de, no caput desse mesmo artigo, declarar-se que ordem econômica no Brasil se funda, entre outros, sobre o valor da iniciativa privada. Por sinal que esta é referida destacadamente logo no art. l da Carta, não se devendo olvidar que esse artigo é de natureza manifestamente preambular, pois enumera quais são 'princípios fundamentais 'de nosso Estado Democrático de Direito. Assim sendo, não é este ou aquele dispositivo isolado da Constituição que nos permitirá captar o novo sentido da nova ordem econômica, mas sim todo o contexto de suas disposições.

Ora livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa ao princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados artigos l° e 170.

Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental significando o princípio econômico segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado. Houve, por conseguinte, ineludível opção de nossos constituintes por dado tipo de política econômica, pelo tipo liberal do processo econômico, o qual só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado quer do embate de forças competitivas privadas que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros.

Estas assertivas não deixam dúvidas da elevação da livre iniciativa a princípio fundamental da sociedade brasileira. Fica clara, também, a importância que foi conferida ao princípio da livre concorrência, que, como dito, consubstancia um princípio econômico que demanda a liberdade dos agentes econômicos de fixarem os preços dos seus produtos e estabelecer sua forma de atuação.

Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 106) assevera com toda clareza a filiação de ordenamento constitucional pátrio ao modelo econômico baseado numa economia de mercado, suas palavras são elucidativas:

O caput do art. 170 da Lei Maior estabelece: ' A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios... '. Daí se depreendem quatro fundamentos: valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna e justiça. Do contexto extrai-se que o Brasil filia-se ao modelo capitalista de produção, também denominado de economia de mercado, embora a Carta Magna só vá fazer referência expressa ao mercado no art. 219.

Este mesmo autor (2000, p. 113) afirma que a regra estabelecida na Constituição Federal é o mercado livre baseado na liberdade de iniciativa e a proteção da manutenção da concorrência. Desta feita, qualquer forma de restrição a este modelo tem de estar galgado em outra previsão constitucional, sob pena de criar limites inconstitucionais. Uma vez mais seus dizeres são preclaros:

A liberdade de iniciativa e de empresa pressupõe o direito de propriedade da mesma sorte que são de certa forma uma decorrência deste. O seu exercício envolve uma liberdade de mercado, o que significa dizer que são proibidos os processos tendentes a tabelar os preços ou mesmo a forçar a sua venda em condições que não sejam as resultantes do mercado. A liberdade de iniciativa exclui a possibilidade de um planejamento vinculante. O empresário deve ser o senhor absoluto na determinação do que produzir, como produzir, quanto produzir e por que preço vender. Essa liberdade, como todas ao outras de resto, não pode ser exercida de forma absoluta. Há necessidade de alguns temperamentos. O importante, contudo, é notar que a regra é a liberdade. Qualquer restrição a esta há de decorrer da própria Constituição ou de leis editadas com fundamento nela.

Diante disso, percebe-se a que a Constituição Federal de 1988 ao prever expressamente a proteção à livre concorrência, deixou claro que os agentes econômicos teriam a liberdade constitucionalmente protegida de se valerem de sua iniciativa para a formação de uma economia de mercado independente do direcionismo estatal. Esta independência, no que se refere a relação Estado-Cidadão, manifesta-se principalmente na impossibilidade de o Estado intervir na fixação de preços do mercado.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 192) delimita as atividades que o Estado deve desenvolver segundo a Ordem Constitucional Econômica:

A participação do Estado na atividade econômica não há de ter um caráter coercitivo: o planejamento (para o setor privado) é indicativo; o incentivo tem em si mesmo a idéia de estímulo para uma ação autônoma; a fiscalização, a de acompanhamento, com a verificação da observância das normas cabíveis. Assim, na visão da Constituição, a empresa, constituída pela livre iniciativa, atua em livre concorrência, estimulada pelo incentivo estatal, orientada pelo planejamento, sob a fiscalização do Estado para o respeito às leis e às normas essenciais ao interesse público.

E mais a frente demonstra que não existe qualquer previsão constitucional que permita a intervenção estatal nos preços dos produtos:

Não há na Constituição vigente, qualquer norma expressa sobre a formação de preços. A disciplina constitucional desta questão tem, portanto, de ser deduzida do sistema e inferida a partir dos princípios e regras que a Lei Magna adota. (...) Ora, numa economia descentralizada, é o mercado que forma os preços, não qualquer ordem estatal. O próprio intervencionismo, o próprio planejamento, como têm de se coadunar com essa forma de economia, devem necessariamente respeitar o mercado, quer dizer, a formação de preços no mercado. Por outro lado é expressa a Constituição ao consagrar o princípio da livre concorrência (art. 170, IV).

É evidente, portanto, que, num sistema de livre concorrência, cada um fixa o preço do que produz, ou vende. Somente assim poderá competir com outros produtores e vendedores. E o respeito à livre concorrência - reitere-se o ensinamento - que a fixação de preços pelo produtor não seja entravada pelo Poder Público.

A livre concorrência não é incompatível com a intervenção do Estado na atividade econômica. Ela apenas exige que esta intervenção seja indireta, quer dizer, respeitosa da liberdade de decisão dos que procuram e dos que oferecem os bens, e da liberdade de formação do preços. Certamente, o Estado pode influenciar estas liberdades por um política financeira, monetária ou social. Mas a liberdade de determinação dos agentes econômicos, em última análise, não é eliminada. A economia é somente orientada.

Acrescente-se que a Constituição vigente admite a legitimidade do lucro, portanto, de preços, que, além de cobrir o custo do bem e as despesas a ele relativas, enseje uma margem de proveito para o vendedor ou produtor. Ela (Constituição) o faz de modo indireto, ao propor-se a coibir o aumento arbitrário dos lucros. Assim, ela admite um lucro legítimo e condena um lucro arbitrariamente aumentado embora não seja fácil, pelo menos à primeira vista, distinguir entre eles.

Disto resulta, sem dúvida, a possibilidade de um acompanhamento de preços, de uma vigilância sobre os preços, não a sua fixação pelo Poder Público. De fato, o produtor ou o vendedor têm o direito de estabelecer o seu preço, incluindo nele o lucro normal, arcando com as sanções por abuso se aumentar arbitrariamente esse lucro. O papel do Estado, destarte, é repressivo; ele deve punir os abusos do poder econômico, por meio dos instrumentos que a lei, baseada no art. 173, § 3°, lhe fornecer.

Para definir a amplitude dada ao princípio da livre concorrência pela Carta Magna, diz-se haver no conceito moderno de concorrência um elemento comportamental que deve ser observado. Este seria a "competitividade", que servirá para definir a livre concorrência, na medida em que ele exige a descentralização de coordenação como base

da formação dos preços, neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço.

Em síntese, a livre concorrência prevista em nossa Constituição como um dos princípios-base da livre iniciativa, tem o elemento anímico-comportamental competitividade como orientador. Este elemento demanda descentralização de coordenação estatal na formação dos preços do mercado, fato que, em última instância, consubstancia uma forma de tutela do consumidor.

Luís Roberto Barroso (2002, p. 2), professor de direito constitucional, não vê no princípio da livre concorrência um limite absoluto à intervenção do Estado no controle dos preços da economia. No entanto, deixa livre de dúvidas que não ter um caráter de absolutividade, significa que tal forma de atuação estatal somente se justifica em situações excepcionalíssimas.

Esta possibilidade (de intervenção estatal legítima em matéria de preços), eventual e drástica, não se confunde com a idéia que tem ganho curso em certos segmentos governamentais: a de que a livre iniciativa, decisão política fundamental do constituinte de 1988, deva ceder passo diante de todos os demais bens em alguma medida valorados pela Constituição, ou pior, deve submeter-se às decisões circunstanciais da conveniência política.

Importante notar que a livre iniciativa e o valor social do trabalho as princípios que subordinam toda a forma de atuação do Estado que tenha como escopo a intervenção na economia, não importando se esta tem lugar de modo direto (congelamento de preços) ou indireto (não devolução do excesso tributado). Na medida em que a livre iniciativa foi elevada não apenas a fundamento da Ordem Econômica (artigo 170 da CF/88), mas, sobretudo, como princípio fundamental que constitui o Estado Democrático de Direito (artigo 1°, IV, da CF/88), o que sobreleva seu peso e importância na interpretação das demais normas constitucionais, principalmente aquelas que conferem poderes de intervenção ao Estado sobre a economia.

Neste contexto, a estimativa de preços que tentam impor os Estados por intermédio da substituição tributária progressiva, baseados no permissivo do artigo 150, § 7° da Constituição Federal, demanda a interpretação desta norma juntamente com os demais princípios consagrados na Carta Magna. Desse confronto, chega-se a conclusão que a não devolução do excedente recolhido antecipadamente, além de violar o sistema constitucional tributário, entra em colisão, também, com os princípios da livre concorrência e da proteção ao consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução pela qual passou o Imposto sobre Circulação de Mercadorias deu ensejo a criação de um imposto neutro, ou seja, que não causa perturbações das condições de equilíbrio econômico. A substituição tributária para frente visa alcançar eficiência na atividade arrecadatória do Estado, permitindo a facilitação da fiscalização e a redução da evasão fiscal. A antecipação do tributo não pode se transformar em mecanismo que resulte numa oneração fiscal sobre o patrimônio ou capital.

O modelo econômico configurado na Constituição Federal de 1988 baseia-se na economia de mercado. Esta previsão constitucional é fruto de uma opção sociopolítica influenciada por um desenvolvimento institucional implementado ao longo da história constitucional do país. Desrespeitar princípios consagrados pelo constituinte, não consubstancia apenas desrespeito às normas expressas da Constituição, mas, acima de tudo, a violação de uma sólida construção socioeconômica que visa atingir patamares elevados de justiça social.

Os princípios da Ordem Econômica (livre concorrência e proteção do consumidor) configuram um limite constitucional a intervenção do Estado nos preços dos produtos. Qualquer intervenção deve ter como restaurar o equilíbrio no mercado (ou seja, impedindo lucros arbitrários e concentrações prejudiciais à economia), não podendo o Estado agir inadvertidamente de modo a desconfigurar a liberdade de formação dos preços do mercado, desrespeitando a previsão constitucional de concorrência livre.

Inexistindo respaldo jurídico para que os Estados não devolvam o excedente tributado, fica patente que a medida não proporcional para fins que busca alcançar. Dito isso, impende ressaltar que a instabilidade e a insegurança jurídica instaurada pela substituição tributária para frente não advêm do instituto em si, mas, sobretudo da decisão do Supremo Tribunal Federal que, ao interpretar o § 7° do artigo 150 da Constituição Federal, atrelou à viabilidade da implantação do novel regime de arrecadação a impossibilidade de devolução do excedente, bem como de que seja feita qualquer cobrança superior ao estimado.

Nesse passo, frise-se que o julgamento da ADIn 1.851 o ministro Ilmar Galvão acreditava que a substituição tributária para frente somente ocorreria com produtos cujo preço eram fixados pelo fabricante ou tabelados pelo Estado. Verifica-se, por conseguinte, que é no mínimo precário aceitar como vinculante este julgamento, na medida em que atualmente poucos são os produtos que têm o preço fixado pelo fabricante e nenhum tem o preço tabelado pelo Estado. Importante, ainda, perceber que a decisão inverteu os pólos da interpretação jurídica constitucional, na medida em que interpretou a Constituição tendo como base as legislações estaduais que não previam a devolução. A “constitucionalização” do instituto não tinha a finalidade de criar a figura da substituição tributária para frente. Esta já existia no ordenamento jurídico brasileiro, praticamente desde a entrada em vigor do Código Tributário Nacional.

Dessa maneira, a inserção do instituto no artigo 150 da Constituição parece indicar que o legislador constitucional reformado pretendia criar mais uma proteção aos contribuintes e não apenas dar aos Estados a prerrogativa de se locupletarem legitimamente com a arrecadação do ICMS.

Na medida em que a substituição tributária já existia no ordenamento jurídico brasileiro, a figura criada no § 7° do artigo 150 deve ser interpretada em prol dos contribuintes. Por

esse motivo, conclui-se que a previsão de devolução da quantia antecipada no caso da não ocorrência da venda da mercadoria consubstancia uma proteção elaborada pelo legislador constitucional aos contribuintes submetidos ao regime da substituição tributária para frente. Isto porque não havia na legislação infraconstitucional a previsão de uma devolução célere do imposto recolhido antecipadamente se não ocorresse o fato gerador presumido, portanto, a devolução do tributo somente teria lugar por intermédio de uma injusta repetição de indébito tributário.

Desse modo, fica evidente que o § 7° não veio para criar uma figura tributária para desvirtuar as diretrizes do Direito Tributário, mas tão-somente para proteger o contribuinte de uma situação que acarretaria num efeito confiscatório de seu patrimônio. A devolução expedita que a Constituição demanda tem respaldo em nosso ordenamento, por ser medida que gera justiça fiscal e, por via indireta, justiça social.

Tem-se ainda, que a não devolução do excesso não encontra em lugar algum da Constituição sua legitimação. Pelo contrário, tendo em vista que as interferências e intervenções estatais devem dar-se nos estreitos limites das previsões constitucionais de planejamento, de fiscalização das atividades e de seu incentivo. Qualquer outra forma de intervenção somente se justifica em situações drásticas em que o mercado perde a rota da eficiência, passando a operar de maneira que impeça ou inviabilize a entrada de concorrentes, bem como acarretando falsas expectativas de consumo com o intuito de gerar lucros excessivos.

Para que se dê a efetiva operatividade da sistemática não se faz necessária a não devolução do excedente. O que o regime demanda é uma forma diferenciada de fiscalização, na medida em que será verificado se os créditos apresentados pelo substituído efetivamente existem, tendo esta verificação a função de autorizar e legitimar o crédito, bem como de servir de parâmetro para as futuras estimativas da base de cálculo.

Essa diferenciação (exigida não somente para alcançar mais eficiência econômica, mas em razão da determinação constitucional de que os tributos serão graduados segundo a capacidade econômica dos contribuintes) em nada prejudicará a arrecadação dos Estados e estará respeitando os princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como dando concretude aos princípios norteadores da Ordem Econômica Constitucional, quais sejam a livre iniciativa, livre concorrência e a proteção ao consumidor.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antonio Carlos Cintra.*O Princípio da Eficiência no Direito Administrativo.* Salvador: Revista Diálogo Jurídico, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à atuação Estatal no Controle de Preços.* São Paulo: Revista Diálogo Jurídico, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro.* São Paulo: Ed. Celso Bastos, 2000.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva, 1963.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártirez. *A Defesa da Livre Concorrência na Constituição de 1988.* São Paulo: Revista da Procuradoria Geral da República, 1995.

COSTA, Alcides Jorge. *ICMS na Constituição e na Lei Complementar.* São Paulo: Resenha Tributária, 1979.

F. FILHO, Manoel G. *Direito Constitucional Econômico.* São Paulo: Saraiva, 1990.

PINHO, Alessandra Gondim. *Do Fato Jurídico Tributário.* Revista de Direito Tributário, vol. 79, 2002.

SOUZA, Hamilton Dias. *ICMS – Substituição Tributária.* Artigo in Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: vol. 12, 2005.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência.* Rio de Janeiro: Forense, 1993.

[1] Como a essencialidade do produto não guarda relação alguma com a extensão do ciclo a que fica sujeito até chegar ao consumidor, pode acontecer – e realmente era o que acontecia muitas vezes – que o produto mais essencial seja o mais onerado. Por exemplo, jóias têm um ciclo de produção e comercialização normalmente mais curto que o de certos artigos de alimentação, como a carne.

[2] No Brasil a partir da reforma constitucional introduzida pela EC n. 18/65, e por força da Constituição Federal de 1967, alterada pela EC n. 1/69, previu-se que o imposto federal, sobre produtos industrializados e o imposto estadual sobre circulação de mercadorias seriam não-cumulativos.

[3] Importante deixar claro que o modelo de substituição tributária para frente sem a devolução do excedente recolhido antecipadamente previsto nas legislações estaduais e considerado constitucional pelo STF não deflui diretamente do que dispõe o § 7 do artigo 150 da CF/88, mas sim da interpretação conferida pelo Pleno do Supremo no julgamento da Adin 1.851.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA VISÃO DIDÁTICA*

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: A DIDACTIC VIEW

Renato Leite Monteiro

RESUMO

O presente trabalho visa explicitar os fundamentos da Análise Econômica do Direito e de que maneira esta escola pode ser aplicada para que seja alcançado os princípios da segurança, efetividade e previsibilidade no ordenamento jurídico como um todo. Para isso, foram elencados o histórico; o fundamento maior e postulados; as falhas do mercado; as diretrizes para a formulação, aplicação e interpretação de textos normativos; por que a Análise Econômica pode servir ao Direito. Finalizando com exemplos práticos como o mercado legal de adoção e de órgãos, o mercado legal de drogas, o direito a moradia e o Sistema Financeiro de Habitação, a legalização do aborto como forma de diminuição da criminalidade e o dilema moral que envolve sua aplicação eficiente da chamada Escola de Chicago.

PALAVRAS-CHAVES: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. EFICIÊNCIA. PREVISIBILIDADE. SEGURANÇA

ABSTRACT

This paper aims to set out the reasons for the Economic Analysis of Law and in what way this school can be applied to deliver the principles of safety, effectiveness and predictability of the legal system as a whole. For this, we listed the its history; the main foundation and assumptions; market failures; the guidelines for the formulation, implementation and interpretation of legal texts; why the economic analysis can serve the law. Concluding with practical examples such as the legal market of human organs and adoption agencies, the legal market for drugs, the right to housing and the Housing Finance System, the legalization of abortion as a way to reduce crime and the moral dilemma involving the efficient application of the so-called Chicago School.

KEYWORDS: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW. EFFICIENCY. PREDICTABILITY. SECURITY

Introdução

A escola da análise econômica do direito tenta implementar os postulados econômicos na aplicação e interpretação de princípios e paradigmas jurídicos, para dessa maneira

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

aumentar o grau de previsibilidade e eficiência das relações intersubjetivas inerentes ao estudo do Direito e do ordenamento jurídico.

Normalmente denominada de Escola de Chicago, devido ao seu precursor maior, o Professor Richard Posner, a AED sofre, principalmente no Brasil, um preconceito muito grande e não embasado, causado por comentários não construtivos que distorcem a realidade do seu funcionamento.

Principalmente depois da primeira fase da reforma do judiciário, iniciada com a EC 45, em 2004, que elevou o princípio da eficiência e da celeridade ao patamar de princípio fundamental, a AED vem de encontro aos anseios dos estudiosos e dos aplicadores dos Direito, mormente no quesito políticas públicas, que mesmo antes da adição do retalho à constituição já tinha o princípio da eficiência, cravado no art. 170, 1º e 3º da CF/88, como norte.

Esse trabalho procura delinear os aspectos básicos da Análise Econômica do Direito, demonstrando, através de casos práticos, como este pode ser de muita valia para o Direito Brasileiro, para tentar, ainda, desmistificar essa névoa que encobre essa não tão nova escola jurídica.

1 **Histórico**

Muitos dos estudos sobre Análise Econômica do Direito clamam que esta teve início com os estudos de Ronald Coase, mas é possível traçar um histórico mais aprofundado de suas origens.

No século 18, Adam Smith discutiu os efeitos econômicos na legislação mercantilista. Entretanto, aplicar economia para analisar a regulação de atividades não relacionadas ao mercado teve origem indireta com Jeremy Benthan (1789), e a escola do utilitarismo, teoria ética que responde a todas as questões acerca do que fazer, do que admirar e de como viver, em termos da maximização da utilidade e da felicidade. Através de seus estudos, Bentham examinou sistematicamente como se dá o comportamento dos atores sociais ao se depararem com incentivos legais e assim pôde avaliar os resultados de um estado medido através do nível de bem-estar social. Os estudos desse autor contém uma significante e extensa análise sobre Direito Penal, aplicação coercitiva da lei e sobre procedimentos legais.

Entretando, como já mencionado, o início direto da AED se deu com Ronald H. Coase (1960) e o denominado Teorema de Coase, no seu livro *The Problems of Social Cost*, que afirma que se os agentes envolvidos com externalidades puderem negociar (sem custos de transação) a partir de direitos de propriedade bem definidos pelo Estado, poderão negociar e chegar a um acordo em que as externalidades serão internalizadas. Coase, como descreve Juliana P. Guia, afirma que:

Em uma situação sem custos de transação as instituições existententes não exercem influência sobre a alocação eficiente de recursos, pois os direitos podem ser negociados livrementes entre as partes, de forma a se alcançar a alocação eficiente, independentemente de sua distribuição inicial. Contudo, a realidade é diferente e os

custos de transação so de fato positivos e, não raro, muito altos. Assim, o direito passa a ter significante papel de influência nas ações dos agentes econômicos, podendo contribuir para a obtenção de uma alocação eficiente dos recursos disponíveis ou, ao contrario, prejudicá-la.[1]

Mas não somente esse autor serviu de base para a AED. Outros fizeram contribuições da mesma relevância, como as dadas por Gary Becker (1968), no seu *Crime and Punishment: An economic approach*. Nesse estudo, o autor, após calcular a probabilidade de ser pego e potencial punição, optou pela prática de crimes. Essa conclusão foi dado ao afirmar que criminosos racionalmente vêem que os benefícios dos seus crimes superam os custos de uma provavél apreensão, declaração de culpa e punição. Ainda no seu trabalho, chegou a conclusão que os custos do aumento da vigilância são maiores do que o do aumento de uma possível pena, sendo, portanto, a melhor política diminuir a vigilância e aumentar a pena[2]. Todavia, existem muitos debates morais sobre as conclusões de Becker.

Guido Calabresi (1970), com seu livro *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, proporciona uma análise econômica eficiente das regras do direito indenizatório, ao afirmar que o objetivo principal desse ramo do direito não a absoluta minimização da ocorrência de perdas em acidentes, porque o custo acidental total de qualquer atividade econômica inclui tanto o custo esperado dos acidentes que ocorrem quanto os custos esperados pela sociedade para evitar que estes acidentes ocorram.[3]

Entretanto, o maior nome da AED seria o do Professor da Universidade de Chicago, Richard Posner (1972), que lançou os pilares dessa escola com o seu livro *Economic Analisys of Law*, que abaixo serão delineados com maior precisão.

2 **Fundamento maior e postulados**

O fundamento maior da Análise Econômica do Direito seria trazer segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico. Da mesma maneira que os mercados, para serem dotados de um funcionamento adequado necessitam desses postulados, a AED tenta agregar maximização, equilíbrio e eficiência as relações jurídicas.

O princípio do equilíbrio funciona como conceito básico de todas as relações econômicas, mas que encontra mais de um significado, entre eles o chamado *Equilíbrio de Nash*, que, aplicado a Teoria dos Jogos, pode assim ser ser resumido:

A combinação de estratégias que mais provavelmente vai ser escolhida pelos jogadores é aquela em que nenhum jogador pode se sair melhor do que outro ao escolher a estratégia, dado a estratégia que os demais escolhem. A estratégia de cada jogador deve ser a melhor resposta a estratégia dos demais.[4]

Muitos dos postulados que regem essa escola não lhes são exclusivos, sendo estes compartilhados com movimentos como o da Codificação e do Positivismo Jurídico, que também encontram sua razão de ser na segurança e na previsibilidade. Estes podem aqui ser elencados nos seguintes[5]:

a) Em face da escassez de recursos devido às necessidades humanas, a alocação mais eficiente gerará o incremento do bem-estar e do fluxo de relações econômicas;

b) Ótimo Paretiano (ou eficiência da Pareto; ou eficiência alocativa): alocação mais eficiente dos recursos, afirma que: (i) uma sociedade não se encontra em uma situação ótima se não houver pelo menos uma modificação capaz de melhorar a posição de alguém, sem prejudicar a de outra; (ii) uma escolha eficiente é aquela tomada quando não há outra alternativa que seria preferível por todos os envolvidos, levando em conta seus objetivos e preferências individuais; (iii) uma alocação ineficiente ocorre quando existe alguma alternativa que todos os outros preferem ou que seria aceita por pelo menos um deles, quanto que para os demais seria indiferente;

Outro critério de eficiência é aquele que se denomina eficiência de Kaldor-Hicks (ou Welfare Economics), segundo qual uma mudança em que alguns indivíduos saiam prejudicados é possível, desde que aqueles que melhorem de posição ganham mais do que perdem aqueles que pioram de situação. Assim, os indivíduos que melhoram de sua situação podem teoricamente compensar aqueles que ficam piores, podendo eventualmente levar a uma situação de eficiência alocativa no sentido de *Pareto.*

Autores notam que o *Ótimo Paretiano* tem claras desvantagens em relação as políticas públicas, pois seria quase impossível, na prática, proceder a qualquer grande mudança sem que alguém ficasse em situação pior.

c) A forma mais eficiente de alocação seria determinada pelo livre mercado, e não pela intervenção estatal;

d) Esse funcionamento do livre mercado pressupõe o maior grau possível de concorrência entre os agentes que nele atuam;

e) A formulação/interpretação/aplicação de textos normativos não podem ser influenciados por considerações desestabilizadores e não-uniformes, como a busca do ideal de justiça, sob pena do comprometimento da segurança e da previsibilidade;

f) O escopo (determinável e uniforme) do Direito é a busca da eficiência alocativa, atrelada sempre ao bem-estar do consumidor. Consequentemente, o grau de eficiência alocativa é diretamente proporcional ao bom fluxo de relações econômicas;

g)É legítimo que o foco do ordenamento jurídico repouse na *eficiência alocativa*, porque resultante consideração global das preferências individuais.

George Marmelstein[6] faz uma comparação entre esses princípios de eficiência e métodos de resolução de conflitos entre direitos fundamentais:

(...) o conhecido Teorema de Pareto, bastante utilizado entre os economistas e que está na base do raciocínio econômico. Uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto

se ao menos um indivíduo melhora de situação, sem que o outro piore. Uma idéia simples, mas extremamente valiosa.

(...)

O princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais exige que o intérprete sempre tente fazer com que o direito fundamental atinja a sua realização plena. O ideal é que, ao realizar essa tarefa de concretização, nenhum outro direito fundamental seja afetado de modo negativo. Ou seja, a situação perfeita é conseguir maximizar a efetividade de um dado direito fundamental sem prejudicar a situação jurídica de outras pessoas. Percebeu a ligação dessa idéia com o Teorema de Pareto?

Ocorre que, muitas vezes, essa meta não poderá ser atingida. Havendo colisão de direitos, certamente haverá pelo menos um deles que será atingido de forma negativa, ainda que parcialmente. Sendo assim, surge outra preocupação para o intérprete: tentar dar a máxima efetividade ao direito fundamental, restringido o mínimo possível o outro valor constitucional colidente.

É nesse sentido que aparece o princípio da concordância prática.

O princípio da concordância prática, de acordo com o Tribunal Constitucional alemão, "determina que nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas que todas elas, o quanto possível, serão reciprocamente poupadas e compensadas". Trata-se, portanto, de uma tentativa de equilibrar (ou balancear) os valores conflitantes, de modo que todos eles sejam preservados pelo menos em alguma medida na solução adotada.

Também no princípio da concordância prática há uma preocupação de buscar a "eficiência no sentido de Pareto", de modo que o direito fundamental afetado seja sacrificado o mínimo possível.

(...)

O tão alardeado princípio da "reserva do possível" é exemplo disso. Por esse princípio, os direitos fundamentais cuja realização implique em gastos financeiros (como o direito à saúde, por exemplo) somente podem ser efetivados na via judicial se estiverem dentro do financeiramente razoável ou proporcional.

O raciocínio que inspira o princípio da reserva do possível é inegavelmente econômico: implementar um direito a prestação exige a alocação de recursos, em maior ou menor quantidade, conforme o caso concreto, e, vale ressaltar, não apenas recursos financeiros, mas também recursos não-monetários, como pessoal especializado e equipamentos. No entanto, há menos recursos do que o necessário para o atendimento de todas as demandas. As decisões que visam concretizar um dado direito podem, muitas vezes, gerar novas formas de ameaças, privando outros potenciais beneficiários da fruição dos bens ou serviços a que também teriam direito. Logo, o Judiciário, quando for julgar demandas que importem em alocação de recursos, deverá levar em conta que sua decisão poderá interferir na realização de outros direitos, de modo que somente deve agir se estiver seguro que não causará um mal maior.

É lógico que, muitas vezes, o aspecto econômico não será tão relevante ao ponto de impedir a concretização de um direito fundamental. Afinal, conforme entendimento do STF, manifestado em voto do Min. Celso de Mello, “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana” (Pet. 1.246-SC).

3 **Falhas do mercado**

Afirma-se ainda, que são as falhas do mercado, ocasionadas pela impossibilidade do sistema ser regido apenas pela concorrência, que impedem que o maior grau de eficiência seja atingido, e por conseqüência, um maior grau de bem-estar. A função única e exclusiva do Estado seria o de intervir para neutralizar ou minimizar essas falhas na busca por um maior grau de bem-estar. As falhas seriam dadas pela: (i) assimetria de informações, ou seja, a falta de uniformidade de conhecimento das partes envolvidas; (b) existência de poderes econômicos mais fortes do que os outros, a exemplo dos monopólios; (iii) externalidades, que ocorrem quando terceitos são afetados, sendo que essas afetações podem ser positivas, quando um investimento revestido em conhecimento, e negativas, a exemplo da destruição do meio ambiente; (iv) bens públicos, que são bens que não podem ser subtraídos do uso de terceiros; não há como impedir que outros (*free riders*) se beneficiem do investimento e gastos feitos pelo proprietário.

4 **Diretrizes para a formulação/aplicação/interpretação de textos normativos**

A AED, na sua busca por eficiência, formula ainda nortes que devem auxiliar na formulação, aplicação e interpretação de textos normativos. Estes podem ser resumidos nos seguintes[7]:

a)Nenhum direito há de ser absoluto, pois sempre é necessário examinar os custos e os benefícios para todas as partes envolvidas na relação, e não apenas para uma delas (ex: a empresa poluidora e os benefícios que ela traz para a população);

b) O sistema jurídico deve proporcionalizar a redução dos custos de transação;

c)Cabe ao direito os “marcos regulatórios”, diminuindo o risco a ser suportado, aumentando o grau de segurança e previsibilidade;

d) Devido ao fato da intervenção estatal gerar custos, ela só deve ser admitida quando necessária para a neutralização das falhas do mercado;

e)As normas jurídicas nada mais são que incentivos ou não-incentivos a que os agentes econômicos atuem de determinada forma. A sanção é simplesmente um preço que será

valorado pelo agente econômico conforme a lógica do custo/benefício de seus possíveis comportamentos;

f) A única função do direito é possibilitar a melhor eficiência alocativa, neutralizando as falhas. Caso não haja falhas, o mercado se responsabilizará pela alocação de recursos.

5 **Por que a Análise Econômica pode servir ao Direito?[8]**

Muitos questionam qual seria a validade da aplicação de princípios econômicos no Direito e pra que serviriam estes nesse meandro. O que fazem esses questionamentos muitas vezes se utilizam de argumentos sociológicos, filosóficos e psicológicas para tentar embasar o seus argumentos a favor da não-aplicação. Todavia, esses argumentos não devem ser ignorados, e sim mesclado com o que a Análise Econômica pode trazer, visto que esta escola pode auxiliar a uma melhor compreensão da realidade na missão dos operadores do Direito em solucionar e evitar problemas.

Dessa maneira, ao ouvir tal indagação, o Professor David Friedman formulou as seguintes proposições para demonstrar como a análise econômica pode servir ao direito:

a)AED permite a identificação dos efeitos de determinada norma jurídica ou decisão, ou seja:

Na medida em que a análise econômica auxília a compreensão dos reais efeitos produzidos pelos atos normativos e pelos outros atos ou fatos jurídicamente relevantes, especialmente as consequencias menos óbvias, ela se mostra útil para para todos aqueles que produzem ou estudam as normas jurídicas.[9]

b) A AED pode explicar a razão pela qual determinada normas jurídicas encontram lugar no ordenamento, ou seja, pode-se chegar a conclusão que mesmo sendo as regras jurídicas oriundas de um poder estatal centralizador, a razão de sua existência e alocação se dá devido a uma lógica de eficiência e maximização dos efeitos, que lastreada nos princípios econômicos pode vir a ser melhor alocada e utilizada;

c) AED serve ao Direito para determinar qual o tipo de norma que deve ser acolhida pelo ordenamento sob o prisma da eficiência econômica, que passa a ser a pedra angular do ordenamento jurídico. Entretando, como defendido por muitos autores, esse tipo de aplicação não pode ser amplamente utilizada no Direito Brasileiro devido a uma barreira constitucional, que não permite levar em consideraçào apenas os aspectos econômicos quando da aplicação e elaboração das normas jurídicas. Todavia, essa proteção não impede a utilização desses princípios para uma maximização de resultados.

Steve Shavel[10], enumera, ainda, duas preocupações principais da Análise Econômico do Direito, quais sejam: (i) a determinação dos efeitos das normas legais; (ii) a avaliação do grau de desejo dos efeitos dessas normas em respeito as definições específicas do *welfare state*

6 **Exemplos práticos da aplicação da Análise Econômica do Direito**

Muitos dos exemplos dados para tentar demonstrar a Análise Econômica do Direito são extremos, mas funcionam como forma de explicitar os postulados básicos dessa escola. Resta aqui colacionado alguns deles:

6.1 *Mercado legal de adoção e de orgãos*

Tese levantada por Richard Posner em seu livro sobre AED, afirma que caso o procedimento de adoção seguisse os parâmetros do mercado e assim pudesse ser comercializado e negociado, este seria muito mais eficiente e traria muito mais benefícios a sociedade.

Demonstra que o número de crianças que deixam de ser adotadas devido a todo o procedimento burocrático do Direito e também o número de crianças que são abandonadas por não ser permitido as chamadas "barrigas de aluguel" é muito maior do que o aceitável. Caso os princípios da AED fossem seguidos, esse números sofreriam quedas drásticas. Para corroborar a sua tese, traça um paralelo com auto-regulamentação dos mercados e faz um contraste entre o nível de eficiência destes e do serviço público.

Tal lógica também pode ser aplicada a um possível mercado legal de orgões, que seguiria a concatenação de idéias do mercado de adoção.

6.2 *Mercado legal de drogas*

Atualmente, o tráfico internacional de drogas é o segundo negócio mais lucrativo do mundo[11], atrás apenas da indústria bélica. Isso sendo ainda um mercado ilegal na quase totalidade dos países do mundo. A AED defende que a legalização de tal mercado traria proveitos para as partes envolvidas, mormente o mercado, o governo e os consumidores.

Afirma que o número de consumidores poderia vir a aumentar no início, como um *boom* momentâneo, mas que no futuro ele se estabilizaria e voltaria ao patamar do consumo ilegal. Durante esse interstício, o governo iria acumular muito em recolhimento de impostos, que poderiam ser diretamente revestidos para a manutenção da saúde e para a implantação de clínicas de recuperação de viciados. Além disso, o governo teria controle sobre a qualidade das drogas comercializadas, funcionando como uma agência reguladora, da mesma maneira que é feito com as demais mercadorias.

Outro procedimento que poderia ser aplicado seria a aplicação de pesadas taxas e impostos, com o direto intuíto de aumento dos preços, o que levaria a uma diminuição do consumo, como há décadas vem acontecendo com os cigarros.

Como resultado indireto, as mega-organizações criminosas seriam substituídas por grandes corporações legais, que por sua vez desmantelariam o chamado *estado*

paralelo, que atualmente tem o poder total sobre algumas regiões, como algumas favelas no Rio de Janeiro.

6.3 *Direito a moradia e o Sistema Financeiro de Habitação*

Exemplo levantada por George Marmelstein, em *post*[12] no seu *blog*[13], que merece ser repassado na íntegra, ao demonstrar como a AED pode ser aplicada claramento em casos do cotidiano e não somente em casos esdrúxulos:

(...) uma breve análise do caso da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador, um julgamento do STF que se baseou essencialmente na análise econômica do direito.

Por força da Lei 8.009/90, o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar (bem de família) passou a ser considerado impenhorável. Ocorre que a Lei 8.245, de 18.10.91, acrescentou o inciso VII à Lei 8.009/90, para ressalvar a penhora "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação". Em razão disso, o imóvel residencial daquele que assumiu o encargo de fiador tornou-se passível de penhora.

Em um primeiro momento, no STF entendeu que seria inconstitucional a referida lei, por violar o artigo 6º da Constituição que reconhece o direito à moradia como um direito fundamental (art. 6º).

Eis a ementa: "CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressalvando a penhora "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação": sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido" (STF, RE 352490, rel. Min. Carlos Velloso, j. 25 de abril de 2005).

Contudo, menos de um ano depois, o STF modificou seu posicionamento, passando a entender que seria possível a penhora do único imóvel de uma pessoa que assuma a condição de fiador em contrato de aluguel. Na ementa, ficou assentado que "a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do artigo 3º, inc. VII, da Lei 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

O argumento central apresentado no voto do Min. Cezar Peluso, que foi o grande artífice da virada jurisprudencial no caso da penhora do bem de família do fiador, foi de índole econômica. A lógica foi a seguinte: não aceitar a penhora do bem de família do fiador tornará o contrato de aluguel menos atrativo para os proprietários de imóveis. Logo, o contrato se tornará mais caro. O contrato mais caro irá impedir ou dificultar o acesso à moradia para muitas pessoas menos abastadas. Portanto, ao invés de prejudicar o direito à habitação, a norma que autoriza a penhora do bem de família do fiador, na

verdade, possibilita que mais pessoas tenham acesso à moradia, por um preço menor. Em outras palavras, “a norma, abrindo a exceção à inexpropriabilidade do bem de família, é uma das modalidades de conformação do direito de moradia por via normativa, porque permite que uma grande classe de pessoas tenha acesso à locação”.

Particularmente, não concordo com a conclusão do STF, embora reconheça que o argumento econômico foi bem interessante. Na minha visão, a solução poderia ser outra tanto com base na teoria dos direitos fundamentais quanto na própria análise econômica da questão.

Do ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais, parece-me que o direito à moradia é um valor mais importante do que o cumprimento do contrato, no caso específico, até porque a obrigação principal foi assumida por terceiro. Além disso, aparentemente, houve violação da isonomia, na medida em que aquele que contraiu a obrigação principal (o inquilino) não poderá perder um eventual imóvel que tenha e o fiador sim.

Mas o importante é o argumento econômico. A idéia levantada pelo Min. Peluso foi a de que a restrição ao direito à moradia do fiador (autorização da penhora do seu bem de família) daria maior garantia aos proprietários de imóveis, reduzindo os custos de inadimplência e, conseqüentemente, baratearia o valor do aluguel, permitindo que mais pessoas pudessem alugar o imóvel. Ou seja, no final das contas, o direito à moradia estaria sendo prestigiado.

Faltou, contudo, demonstrar o acerto do raciocínio com dados mais consistentes. Não há, nos argumentos apresentados, qualquer estudo mais profundo demonstrando que aceitar a penhora do bem de família do fiador irá diminuir o preço das locações ou que não aceitar essa penhora acarretará uma diminuição da oferta de moradias para locação.

Do mesmo modo que o Ministro Peluso estabeleceu uma lógica econômica em favor da sua tese, também é possível, com a mesma lógica (ou seja, sem base empírica), chegar a solução completamente oposta. Vejamos, pois, a questão sob a ótica do fiador para demonstrar que a penhora do bem de família do fiador poderá prejudicar o mercador imobiliário para pessoas de baixa renda.

A partir do momento em que uma pessoa sabe que, assumindo o encargo de fiador, poderá perder seu bem de família, certamente ele pensará duas vezes antes de assinar o contrato. Ou seja, menos pessoas aceitarão ser fiadores de contratos de locação e, conseqüentemente, será mais difícil conseguir alugar um imóvel. É preciso reconhecer que ninguém ganha dinheiro sendo fiador. O encargo é, muitas vezes, resultado de uma relação de confiança e não algo que trará alguma vantagem financeira ao fiador.

Desse modo, como o fiador poderá perder seu imóvel se o inquilino não cumprir com suas obrigações, poucas pessoas aceitarão esse encargo. Logo, os proprietários terão que aceitar alugar seu bem mesmo sem a assinatura de um fiador e, conseqüentemente, terão menos garantias de que o contrato será cumprido. Com menos garantias, os custos de locação aumentarão e, conseqüentemente, o preço de aluguel também irá subir, fazendo com que menos pessoas consigam ter a capacidade econômica para firmar o contrato de inquilinato.

Portanto, até mesmo sob a ótica econômica, a possibilidade de penhora do bem de família do fiador não se justifica. Observe que não tenho qualquer estudo sério capaz de comprovar minha análise econômica da questão, como também o STF não apresentou nada nesse sentido.[14]

6.4 *A legalização do aborto como forma de diminuição da criminalidade*

Tese controversa postulada no livro Freaknomics[15], afirma que desde a legalização do aborto em 1973, no famoso caso decidido pela Suprema Corte Americana, Roe v. Wade, a quantidade de criminosos diminuiu quando comparado com os anos 1990. Isso teria se dado porque a maioria das crianças que foram abortadas depois da legalização teriam ido parar na rua caso não tivessem sofrido tal procedimento. Esta seria a tese central da sua defesa, mas sabendo de sua fragilidade, se embasa em outros pilares, como a melhoria na stratégias das polícias, novas prisões, diminuição da demanda de drogas, envelhecimento da população, maior controle sobre armas, uma economia forte, mas nenhum desses argumentos parece ser tão forte quanto o fato da legalização do aborto e sua contribuição para a diminuição de crianças abandonas e sem acesso à educação.

6.5 *O dilema moral*

Todavia, é revelante ressaltar qual o questionamento que nos impede de aceitar moralmente alguns desses exemplos? O fato de nossa sociedade carregar certos valores, que por sua vez restam consubstanciados em princípios jurídicos, que não podem ser ignorados no processo de criação e aplicação da norma jurídica. Em face dos princípios e dos valores existentes em nosso ordenamento, podemos dizer que o Direito vislumbra outros escopos que não, simplesmente, a busca da eficiência alocativa. Nas palavras de Newton de Luca, o "*o mercado sabe tudo sobre preço, mas nada sobre valores*"[16].

Conclusão

Podemos concluir que a Análise Econômica do Direito, ou Escola de Chicago ou Yale, não se trata de uma nova escola jurídica, mas sim uma continuação de estudos que datam do século 18, mas que começam a ter uma maior influência nos anos de 1970, quando se iniciou a aplicação de teorias econômicas nas ciências jurídicas na tentativa de se alcançar um maior grau de segurança, previsibilidade e eficiência das normas do Direito.

Além disso, restou constatado que os postulados da AED há muito já são utilizados em diversos ramos do Direito e que não existe razão suficiente para a bestialização que é feita por alguns estudiosos quando da aplicação da análise econômica no direito.

Os postulados da AED e as diretrizes para a aplicação, formulação e interpretação das normas jurídicas tem a função precípua de aumentar, como já afirmado, o grau de

segurança, previsibilidade e eficiências das relações intersubjetivas inerentes ao Direito, diante de uma necessida básica de harmonização e positivação, mormente sob o prisma econômico e da mínima intervenção do estado nas relações particulares.

Foi visto também que muitos dos exemplos extremos utilizados pelos doutrinadores para demonstrar a AED não são aceitos devido a valores e pré-conceitos que nossa sociedade carrega, que servem ao mesmo tempo como barreira de proteção para a elaboração, aplicação e interpretação das cláusulas-objeto da Análise Econômica do Direito.

Bibliografia:

AIRD, Douglas G., Gertner, Robert H. and Picker, Randal C., Game Theory and the Law. Cambridge-MA: Harvard University Press, 1998.

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An economic approach. New York: Columbia University, 1968. Acesso em 06 dez 2008. Disponível em < http://www.ww.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf >

CALABRESI, Guido e BOBBITT, Philip. Tragic choices: the conflicts society confront in allocating tragically scarce resources. Norton: Nova York, 1978.

COGGIOLA, Oswaldo. O tráfico internacional de drogas e o capitalismo. Revista Adusp, ed. ago 1996. USP: São Paulo.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 250-251.

GUIA, Juliana Pitelli. O contrato preliminar e a Análise Econômica do Direito. In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLV, julho-setembro/2006, p. 243-254.

MARMELSTEIN, George. Análise Econômica dos Direitos Fundamentais. Acesso em: 06 dez 2008. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2007/12/14/analise-economica-dos-direitos-fundamentais/>

LEVITT, Steven; DUBNER, Sthepen. Freakonomics : O Lado Oculto e Inesperado de Tudo que nos Afeta - Ed. Revista e Ampliada. Editora Campus: Rio de Janeiro, 2007.

SHAVELL, Steve. Economic Analysis of Law. Harvard University Press: Cambridge, 2000.

ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. Direito e Economia: Análise econômica do Direito e das Organizações. Editora Campus: Rio de Janeiro, 2005.

---

[1] GUIA, Juliana Pitelli. O contrato preliminar e a Análise Econômica do Direito. In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLV, julho-setembro/2006, p. 246-247.

[2] BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An economic approach. New York: Columbia University, 1968.

[3] SHAVELL, Steve. Economic Analysis of Law. Harvard University Press: Cambridge, 2000.

[4] Tradução livre: *The combination of strategies that players are likely to choose is one in which no player could do better by choosing a different strategy given the strategy the other chooses. The strategy of each player must a best response to the strategies of the other.* AIRD, Douglas G., Gertner, Robert H. and Picker, Randal C., Game Theory and the Law. Cambridge-MA: Harvard University Press, 1998. pág. 21.

[5] FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 244-247.

[6] MARMELSTEIN, George. Análise Econômica dos Direitos Fundamentais. Acesso em: 06 dez 2008. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2007/12/14/analise-economica-dos-direitos-fundamentais/>

[7] FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 244-247.

[8] FRIEDMAN, David *in* FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 252-255.

[9] FRIEDMAN, David. Perché l'analisi economica può servire al Diritto. L'Ordine del Diritto. Bolonha, Il Mulino, 2004. p. 40 *in* FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 252-255.

[10] SHAVELL, Steve. Economic Analysis of Law. Harvard University Press: Cambridge, 2000.

[11] COGGIOLA, Oswaldo. O tráfico internacional de drogas e o capitalismo. Revista Adusp, ed. ago 1996. USP: São Paulo.

[12] Comentário colocado em sítio virtual

[13] Espécie de diário virtual

[14] MARMELSTEIN, George. Análise Econômica dos Direitos Fundamentais. Acesso em: 06 dez 2008. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2007/12/14/analise-economica-dos-direitos-fundamentais/>

[15] LEVITT, Steven; DUBNER, Sthepen. Freakonomics : O Lado Oculto e Inesperado de Tudo que nos Afeta - Ed. Revista e Ampliada. Editora Campus: Rio de Janeiro, 2007.

[16] LUCCA, Newton de. Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo, tese de concurso para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP, Sào Paulo, 2001, p. 167 *in* FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 252-255.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL EMPRESARIAL E OS[*] [**] PRINCIPAIS MOVIMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS CONTEMPORÂNEOS

ECONOMIC ANALYSIS OF CORPORATE CRIMINAL LAW AND THE MAIN CONTEMPORARY POLITICAL-CRIMINAL MOVEMENTS

Rodrigo Almeida Magalhães
Henrique Viana Pereira

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo examinar, dentro da análise econômica do direito, o direito penal empresarial. Por meio de pesquisa na doutrina referente aos temas law and economics e direito penal econômico, pondera-se os três principais movimentos político-criminais contemporâneos: o Abolicionismo, o Movimento de Lei e Ordem e o Direito Penal Mínimo. As características estudadas permitem analisar economicamente a eficiência do direito penal econômico. A análise econômica se atenta para verificar a eficiência das normas. No caso do Direito Penal Econômico, a corrente mais condizente com a estabilidade e eficiência do mercado é a do Direito Penal Mínimo, eis que colabora para uma aplicação racional do direito penal. Além disso, o Direito Penal não pode ser visto como solução primordial para o combate a crimes empresariais. Tendo em vista que o empresário é maximizador dos próprios interesses, a criação de incentivos para que ele atue respeitando as normas de direito penal econômico é mais eficaz para o desenvolvimento econômico de forma estável do que a tentativa de reprimir utilizando o direito penal de modo desenfreado. Por fim, ao mencionar os incentivos, é sabido que alguém terá que custeá-los. Não existe almoço grátis. Pode ser que o custo de criar incentivos e evitar as práticas delitivas empresariais tenham um custo benefício vantajoso para toda a sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. DIREITO PENAL EMPRESARIAL. MOVIMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS CONTEMPORÂNEOS. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL EMPRESARIAL.

ABSTRACT

This article aims to examine, within the economic analysis of law, the economic crimes. Through research in the doctrine concerning law and economics and economic criminal law, analyses the three main contemporary political-criminal movements: Abolitionism, the Movement for Law and Order and the Minimum Criminal Right. The characteristics studied are going to analyze economically the efficiency of the economic criminal law. The economic analysis is carefuk to check the efficiency rules. In the case of economic crimes, the current more consistent with the stability and efficiency of the market is the

---

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

[**] Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Minimum Criminal Right, that contributes to a rational application of criminal law. Beyond that, the criminal law can not be seen as a primary solution for the fight against economic crimes. Given that the businessman are the maximizador of their own interests, the creation of incentives for them to act in compliance with the standarts of economic criminal law is more effective for economic development, in a stable form, than try to supress using the criminal law so rampant. Finally, by referring to incentives, we know that someone will have to cost them. There is no free lunch. Ir may be that the cost of incentives and avoid economic crimes have a cost-effective benefits for the entire society.

KEYWORDS: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW. CORPORATE CRIMINAL LAW. CONTEMPORARY POLITICAL-CRIMINAL MOVEMENTS. ECONOMIC ANALYSIS OF CORPORATE CRIMINAL LAW.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, é muito comum encontrar, tanto em ensaios doutrinários, quanto em decisões judiciais concretas, menções à análise econômica do direito. Mas é difícil deparar com manifestações acerca dessa análise com o direito penal econômico. Sobre esse ramo específico do direito criminal, assistem-se diariamente notícias sobre os crimes empresariais, especialmente sobre as enormes operações da Polícia Federal brasileira. Tudo isso ao lado do aumento da criminalidade em geral, do colapso do sistema carcerário, da sensação de insegurança e impunidade. Enfim, todos esses sintomas desembocam numa generalizada descrença em face do sistema penal atual.

Nesse contexto é que se constata a existência de modalidades de crimes que passavam quase imperceptíveis à sociedade: a criminalidade empresarial. Nossa legislação pátria ainda não dispõe de armas - técnicas de política criminal - totalmente adequadas ao combate a esse tipo de condutas criminosas. A criminalidade empresarial ainda não foi totalmente desvendada pela nossa política penal.

O que se torna perceptível é a necessidade de uma maior eficácia penal com relação a essa forma de criminalidade. A força do legislador está presente, eis que, além de existirem vários crimes previstos no Código Penal (*v.g.* contrabando, descaminho, delitos contra o sistema previdenciário, dentre outros), várias leis surgiram, e ainda surgem, no sentido de anunciar parcelas dessa tutela penal devida. Nesse sentido, também nascem diferentes correntes sobre as formas de aplicação e interpretação das leis penais.

Diante disso, anuncia-se que existe uma necessidade de analisar o sistema penal pátrio referente aos crimes empresariais, sob a ótica da análise econômica do direito. Em geral, tais manifestações delituosas são de natureza patrimonial, pelas consequências que delas derivam e pela finalidade de maximização dos lucros que inspira os autores. É um ramo diferente do direito penal comum eis que, neste, o que desencadeia a repressão é o dano sofrido por uma pessoa e, no caso do ramo penal econômico, o ilícito ameaça a esfera de interesses de uma coletividade.

Tais discussões não são muito comuns eis que não muitos autores se propõem a interligar o direito empresarial - especificamente a análise econômica - com o direito penal. Atentando à necessária relevância das questões abordadas em tais discursos, com o presente artigo é feita uma proposta de fornecimento de bases mínimas para um estudo sobre a análise econômica do direito relacionada com a tutela penal econômico-empresarial, sem a pretensão de esgotar esse ilimitado tema.

Pretende-se principalmente visitar e apreciar, de modo sucinto, as três correntes principais que dividem os estudiosos do Direito Penal: o Abolicionismo, o Movimento de Lei e Ordem e o Direito Penal Mínimo, visando analisar economicamente a eficiência do Direito Penal Econômico.

Alguns dos conceitos que serão expostos são fundamentais para analisar economicamente o Direito Penal Econômico, com todos seus problemas. E, somente após essa análise, espera-se seja possível uma melhor reflexão acerca de um possível caminho adequado sobre os rumos para superar as dificuldades atuais.

Em síntese, com este artigo é realizada uma proposta de início de estudo sobre a análise econômica do direito aplicada às três principais correntes do Direito Penal, especificamente tendo como pano de fundo o Direito Penal Econômico.

Dessa forma, serão estudadas as consequências práticas para os problemas penais econômico empresariais. Esse processo de aprendizagem é demorado, mas contínuo e necessário. Esse artigo não tem a ambição de responder a todas as questões ou convencer todo o público leitor. Apenas é oferecida uma breve pesquisa, bem como uma análise preliminar.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 - Considerações sobre a análise econômica do direito

Não raro a análise econômica do direito é vista como um dos movimentos de maior impacto nos estudos jurídicos da atualidade, em especial do direito privado. No Brasil, também denominada de “Direito e Economia” - oriunda do termo *law and economics* - se relaciona de forma bastante íntima com o mercado.

O mercado envolve os empresários, os bens, serviços, a família, enfim, toda a sociedade. GOLDBERG (2005) conceitua mercado como um conjunto de institutos jurídicos que garante as trocas. Atualmente o entendimento de que o próprio mercado é necessário para a organização econômica da sociedade está se tornando pacífico. Dessa forma, ele é fundamental para a economia, tendo, por fim, de forma clara, uma relevante função social.

Nesse sentido, pode-se afirmar, conforme entende Bruno Salama, que a análise econômica do direito se preocupa com "problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade" (SALAMA, 2008, p. 49). E, ressalte-se, essa preocupação está sempre atenta para uma análise das possíveis consequências práticas. Não se pode deixar de perceber e nem isolar um raciocínio jurídico de seus reflexos na sociedade.

Para POSNER (1975), a análise econômica do direito compreende a aplicação de teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico. Ainda para esse consagrado autor, como utilidade que a economia de mercado pode oferecer à ciência jurídica, é necessária uma busca cada vez maior por eficiência nas transações relacionadas, visando a maximização da riqueza. Tudo isso eis que, como sabido, os recursos são limitados e a capacidade humana de criar necessidades é ilimitada. Todos não podem ter tudo o que quiserem.

Nesse sentido, transcrevo a famosa, sucinta e reveladora frase do consagrado economista Milton Friedman: *there's no free lunch!* Em um sentido superficial, essa frase pode ser entendida num sentido egoísta, no qual acredita-se que por trás de todos os presentes existiriam segundas intenções. Fazendo uma análise mais profunda, pode-se interpretar essa frase em um sentido mais condizente com a análise econômica do direito, de modo que se o almoço foi de graça para alguém, outra pessoa terá que arcar com as despesas. Todo almoço é pago por alguém. Não existe almoço grátis. E essa afirmação é irrefutável.

Fica mais claro ao se pensar na política. A população sempre pede melhorias nos serviços públicos, escolas públicas e hospitais de qualidade. Mas quem pagará por isso? O governo? Então esse custo será repartido por quase toda a população por meio de impostos. Nesse sentido, pode-se concluir que o serviço fornecido pelo Estado é, na verdade, uma negação de uma ação caridosa. Pode parecer de graça, mas, na verdade, o custo social é alto, muito alto. Se uma pessoa não está pagando, pode ter certeza que outra estará.

No presente estudo fundamental citar um postulado básico da economia, qual seja, a maximização da riqueza. Sobre essa expressão, válido mencionar a interpretação de Richard Posner, que entende ser a maximização da riqueza a política de tentar maximizar o valor agregado dos bens e serviços, sejam eles comercializados em mercados formais ou bens e serviços não econômicos (vida, lazer, liberdade e a família).

Tendo em vista que o empresário, da mesma forma que todo ser humano, sempre tentará maximizar seus próprios interesses, analisando todas as variáveis e conseqüências de uma norma, ele avaliará os custos de infringir ou não uma norma penal empresarial, por exemplo.

Com as considerações acima traçadas sobre maximização dos interesses, passa-se à análise do Direito Penal Econômico e das principais correntes do Direito Penal.

2.2 O direito penal econômico

O chamado Direito Penal Econômico, ou Penal Empresarial, possui matéria complexa eivada de tecnicismo e de árdua apreensão. Esse ramo do direito visa tutelar a atividade econômica desenvolvida numa economia de mercados livres. Apesar de integrar o direito penal, possui íntima ligação com a atividade econômico-empresarial, eis que, na grande maioria dos casos, os agentes que infringem as normas de Direito Penal Econômico são empresários, exercendo suas atividades, na busca da maximização de seus interesses, ávidos por lucros.

Esse tipo de tutela penal se encontra justificada pela natureza supra individual dos bens jurídicos protegidos. Por exemplo, a tutela da ordem tributária através do direito penal econômico visa proteger, ainda mais, as receitas tributárias, que darão respaldo econômico necessário para a realização das atividades destinadas a atender às necessidades sociais.

Ainda sobre a tutela da ordem tributária, fundamental ressaltar que a tributação é um eficaz instrumento de erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais, na medida em que ocorra uma distribuição funcional da renda. Vale ressaltar que a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais constituem objetivos essenciais de nosso Estado Democrático de Direito (art. 3º, inc. III, CR/1988).

Jair Leonardo Lopes ensina:

Em se tratando das relações do direito penal com outras disciplinas jurídicas, merece referência especial o denominado “Direito Penal Econômico” que, segundo alguns, tem por objeto os crimes praticados “na produção, distribuição e consumo de bens e serviços”. (LOPES, 2005, p. 34).

Contrabando, descaminho, delitos contra o sistema previdenciário, dentre outros previstos no Código Penal, fazem parte do ramo específico do direito penal econômico. Da mesma forma, os crimes previstos na Lei de Falência e Recuperação de Empresas e os previstos nas seguintes legislações: Lei dos crimes contra o sistema financeiro (7.249/86), Lei dos crimes ambientais (9.605/98), Lei de licitações (8.666/93), Lei dos crimes de lavagem de dinheiro (9.613/98), Lei 9.279/96 (que prevê crimes contra as patentes, contra os desenhos industriais, contra as marcas, contra as indicações geográficas e os crimes de concorrência desleal), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, arts. 61 a 76) e a Lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei nº 8.137/90).

Então, percebe-se que o legislador preocupa-se, cada vez mais, com a regulação da atividade empresarial, prevendo sanções penais para várias práticas que lesem interesses difusos. Assim, pode-se afirmar que atualmente o empresário, ao maximizar seus

interesses, deve estar atento para que sua atividade econômica não prejudique o bem estar coletivo.

Nesse sentido, as palavras de Rachel Sztajn: “A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da idéia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo.” (SZTAJN, 2005, p. 76).

E, é claro, o empresário somente irá pensar no bem estar coletivo se isso não significar prejuízo para ele, aumentando seus custos de modo não eficiente. O custo benefício sempre deve ser analisado, eis que inerente à atividade empresarial.

Sobre o sentido de eficiência aqui tratado, importante citar as palavras de Bruno Salama: “Eficiência diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos”. (SALAMA, 2008, p. 55).

Após essas breves considerações sobre Direito e Economia, passa-se à análise das três correntes principais que dividem os estudiosos do Direito Penal, para, após, apreciar a análise econômica de eficiência.

2.3 Os três principais movimentos político-criminais contemporâneos

2.3.1 O Abolicionismo

O movimento abolicionista possui bases nas idéias humanitárias que, devido aos horrores presenciados pelo mundo na época da Segunda Guerra Mundial, ganharam novo fôlego. O fundamento do abolicionismo é que punir penalmente não resolve os problemas sociais e, até mesmo, colabora, eis que o sistema penal funciona como uma escola de horrores, uma fábrica de criminosos. Então, se as sanções penais são cruéis e pioram a sociedade, contribuindo para a criminalidade, devem ser abolidas.

Os doutrinadores adeptos do abolicionismo, cujas origens são atribuídas ao italiano Fillipo Gramatica, defendiam a perda de legitimidade do poder punitivo exercido pelo sistema penal vigente, devendo o mesmo, então, ser abolido e substituído por outros modelos de solução de conflito. Tal conclusão fundou-se em severas críticas dirigidas ao Direito Penal, visto como um sistema ineficaz e cruel.

Em síntese precisa, Rogério Greco entende que:

“A crueldade do Direito Penal, a sua natureza seletiva, a incapacidade de cumprir as funções atribuídas às penas (reprovação e prevenção), a característica extremamente estigmatizante, a cifra negra correspondente às infrações penais que não foram objeto de persecução pelo Estado, a seleção do que deve ou não ser considerado como infração

penal, bem como a possibilidade de os cidadãos resolverem, por meio de outros ramos do ordenamento jurídico (civil, administrativo, etc.), os seus conflitos inter individuais, levaram um grupo de autores a raciocinar, definitivamente, com a tese abolicionista". (GRECO, 2006, p. 10).

É inegável a contribuição trazida pelo pensamento abolicionista que, ao analisar as misérias do Direito Penal, promoveu a conscientização sobre os problemas deste a serem superados, especialmente tendo-se em vista a fragilização do princípio da dignidade da pessoa humana por uma utilização irracional e inadequada do *ius puniendi* e, mais especificamente, do instrumento da prisão.

Contudo, até mesmo alguns doutrinadores que defendiam o discurso abolicionista reconheceram a grande dificuldade em se lidar com desvios comportamentais graves sem a utilização do sistema penal. Para várias situações, não se conseguiu encontrar alternativa que não fosse a aplicação do Direito Penal. Dessa forma, apesar de ser um sistema falido, o sistema penal é necessário, eis que ainda não existe outra solução.

Sendo assim, o discurso abolicionista foi perdendo força, mas suas críticas fizeram com que prosperassem o princípio da intervenção mínima (a criminalização de uma conduta só será legítima se for necessária para a proteção de um bem jurídico) e o garantismo, bases em que se apóia a idéia do Direito Penal Mínimo, teoria a ser abordada mais adiante.

2.3.2 O Movimento de Lei e Ordem

Em sentido oposto à corrente abolicionista, encontra-se a tese do Movimento de Lei e Ordem, que defende um discurso do Direito Penal Máximo, no qual esse Direito é visto como a solução primordial para a resolução dos problemas que afligem a sociedade.

Ao invés de se embasar em dados empíricos que demonstrem uma efetiva diminuição da criminalidade ou a solução eficaz dos problemas sociais que visa resolver, tal discurso é sustentado pela mídia sensacionalista que dissemina o medo generalizado na sociedade. Amedrontada, acuada pela insegurança e convencida por idéias preconceituosas, a população passa a clamar por uma resposta enérgica do Estado em face da criminalidade aparente e da violência urbana, sem perceber, de fato, os erros inerentes a um discurso que prega o endurecimento irracional das normais penais e flexibilização dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito, que deveria garantir o bem-estar da população, fornecendo aos cidadãos condições para uma existência digna, cede lugar a um Estado Penal, que dá menor importância aos direitos fundamentais, priorizando o sistema penal repressivo em detrimento de investimentos sociais essenciais. Em

conseqüência, a própria sociedade é a mais prejudicada, vendo-se cada vez mais afundada em injustiças e desigualdades sociais que só fazem aumentar ainda mais o problema da criminalidade, culminando em um círculo vicioso que sem fim.

Os postulados pregados pelo discurso do Movimento de Lei e Ordem começam a ganhar apoio na década de 90, figurando-se como exemplo significativo o movimento denominado "Tolerância Zero", instituído na cidade de *New York* pelo então prefeito *Rudolph Giuliani*.

Tal movimento recebeu duras críticas por parte da doutrina penal, sendo considerado uma maneira cruel de perseguição aos pobres e marginalizados nos espaços públicos, servindo mais como maneira de tentar acalmar a população de classe média e alta e como manobra eleitoreira do que como medida eficaz de combate e prevenção à criminalidade.

Outra vertente do Movimento de Lei e Ordem que ganhou projeção mundial é o denominado "Direito Penal do Inimigo", preconizado pelo alemão *Gunther Jakobs*. Em brevíssima síntese, tem-se que *Jakobs* procura traçar uma distinção entre um Direito Penal do Cidadão, no qual seriam observados todos os princípios fundamentais garantistas inerentes ao Direito Penal moderno, e o Direito Penal do Inimigo, destinados a um grupo específico de delinqüentes que deliberadamente desrespeitam o Estado de Direito, os quais não poderiam, portanto, ter direito à observância dos direitos e garantias assegurados aos cidadãos.

Não é difícil perceber que um discurso calcado em flexibilização, e até mesmo, inobservância dos direitos e garantias fundamentais, configura um enorme retrocesso que não pode ser tolerado em um Estado Democrático de Direito. Não se pode permitir que a dignidade da pessoa humana seja vulnerabilizada em nome de um discurso vazio que utiliza conceitos indeterminados, como "delinqüentes" e "inimigos", os quais podem ser, facilmente, selecionados pela orientação política dominante. Toda a sociedade, sem dúvida, sairá prejudicada, assombrada pela ameaça do desrespeito a garantias básicas há muito conquistadas pela humanidade.

E, por fim, além da ameaça à dignidade da pessoa humana trazida pelo discurso do Movimento de Lei e Ordem, tem-se que a tentativa de se educar a sociedade através do Direito Penal, incriminando-se comportamentos pouco relevantes e agravando penalidades, leva a um Direito Penal puramente simbólico, impossível de ser aplicado. Ademais, o Direito Penal é instrumento que somente deve ser utilizado em último caso, quando esgotadas as demais vias (direito civil e administrativo).

Mais do que um discurso que não condiz com efeitos práticos positivos e, ainda, perigoso, o Movimento de Lei e Ordem encerra a autofagia do sistema penal que, inflado exageradamente, seria incapaz de ser observado pelo meio social. Aumentando-se desnecessariamente o número de delitos, aumentaria ainda mais a cifra negra, e o sistema penal, já sobrecarregado, se tornaria insustentável, conduzindo à ineficácia e absoluta ausência de credibilidade no sistema.

2.3.3 O Direito Penal Mínimo

No meio entre as duas radicais correntes acima abordadas, situa-se o Direito Penal Mínimo. Baseado na idéia do que foi chamado de garantismo penal, desenvolvido principalmente por *Luigi Ferrajoli* em sua obra Direito e Razão,

"o direito penal mínimo, que dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e certeza." (FERRAJOLI, 2006, p. 102).

A concepção minimalista do Direito Penal implica a adoção de diversos princípios que deverão ser observados tanto pelo legislador na criação e revogação de tipos penais, quanto pelos aplicadores da lei penal. Dentre tais princípios indispensáveis a um Direito Penal Mínimo, garantidor dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos em face do *ius puniendi* estatal, podem ser destacados: intervenção mínima; lesividade; adequação social; insignificância; individualização da pena; proporcionalidade; responsabilidade pessoal; limitação das penas; culpabilidade e legalidade.

Em suma, tem-se que, no discurso minimalista, o Direito Penal é tido como instrumento importante de controle social, mas cuja utilização legítima só pode se dar em um juízo de *ultima ratio*, ou seja, quando falharem instrumentos menos drásticos de controle social, nos quais se incluem sanções impostas pelo direito civil e administrativo, bem como o controle social não formal, exercido, por exemplo, pela família, escola e instituições religiosas.

Sem afastar-se de uma concepção garantista, tendo como máxima a aplicação racional do Direito Penal em respeito ao postulado inafastável da dignidade da pessoa humana, o *ius puniendi* estatal só pode ser exercido em uma lógica de mínima intervenção possível do sistema penal sobre as liberdades dos cidadãos, com uma máxima proteção às garantias individuais.

Sendo assim, o Direito Penal, de acordo com a referida corrente, passa a ser um sistema de caráter subsidiário – pois só terá incidência quando falharem os outros meios de controle social – e fragmentário – pois passa a se ocupar, tão somente, das mais graves lesões aos bens jurídicos mais importantes à sociedade. Vale ressaltar que o Direito Penal mínimo não proíbe uma aplicação rígida do direito. Pelo contrário, a aplicação deve ser rígida, mas, ao mesmo tempo, racional.

2.4 Análise econômica do direito penal empresarial

Pelos estudos de análise econômica do direito, pode-se afirmar que o empresário, ao exercer atividade econômica organizada, irá analisar todas as consequências de seus atos, tendo em vista que age maximizando seus interesses em busca de lucros dentro de

um mercado livre e globalizado. Por isso, para que o Estado consiga que o empresário atue de uma certa forma, deve apresentar incentivos para direcionar e orientar suas atividades econômicas.

Com relação aos incentivos, pode-se dizer que o empresário primeiro busca informações, para medir o que ganha e o que perde com determinada escolha. Ele sempre tenta antever as consequências de seu comportamento. Trata-se de uma análise de custo benefício, exercício diário na vida de quem exerce atividade empresarial.

Com relação ao Direito Penal Econômico, o empresário irá analisar todas as variáveis na hora de infringir ou não uma norma. Posto isso, deve-se pensar qual das correntes - abolicionista, lei e ordem ou direito penal mínimo - privilegia o desenvolvimento econômico. Além disso, devem ser analisadas quais dessas correntes que desestimula a prática de condutas penalmente relevantes.

Ademais, conforme pensamento de Steven Shavell (2000), quando uma pessoa resolve cometer ou não um ato criminoso, ela analisará a sanção prevista e o benefício que ela pode obter. Caso a sanção seja superior do que o benefício esperado e a pessoa decida não cometer o ato, pode-se dizer que ela foi dissuadida a isso e o sistema preventivo funcionou da forma esperada.

Para exemplificar, pode-se citar a hipótese de um sócio de uma sociedade empresária que, antes de implantar uma certa estratégia tributária, consulta um famoso advogado criminalista buscando saber se sua conduta configuraria ou não um crime. E, além disso, quais as consequências que isso poderia trazer para a pessoa jurídica e para ele. Nesse sentido, os movimentos abolicionista, lei e ordem e do direito penal mínimo podem fornecer bases como critérios orientadores para os que visam aplicar o direito penal econômico de modo eficiente.

3 CONCLUSÃO

A análise econômica do direito se preocupa com a estabilidade e eficiência do mercado, analisando sempre as possíveis consequências práticas e visando um desenvolvimento econômico sustentável. O Direito Penal Econômico visa tutelar crimes específicos que na atualidade estão se tornando comuns, em face do insaciável interesse dos empresários por lucros. Os crimes empresariais prejudicam interesses coletivos, razão pela qual merecem tratamento especial.

Nesse sentido, percebe-se também que um dos principais objetivos da tutela penal do que tange direito penal econômico é assegurar que o patrimônio de uma pessoa jurídica atenda à sua função social, contribuindo para o regular funcionamento dos mercados, estabilidade econômico social e, consequentemente, para um desenvolvimento econômico sustentável. Isso tendo em vista que o legislador deu tratamento mais severo nos casos de ameaça a interesses econômicos coletivos, atendendo a um critério de proporcionalidade e razoabilidade das penas.

Toda essa preocupação se justifica eis que o aumento dos crimes que ocorrem na seara empresarial causam evasão de impostos, poluição desenfreada, prejudicam a

concorrência, geram instabilidade nos mercados, prejudicando o processo de desenvolvimento econômico e, consequentemente, dificultando a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais. Para combater esse tipo específico de criminalidade, podem ser aplicadas três teorias: Lei e Ordem, abolicionismo e direito penal mínimo.

O movimento de Lei e Ordem, como visto, possui efeito prático de contribuir para a imagem de um direito penal ineficaz, simbólico e seletivo. Dessa forma, não desestimula condutas ilícitas, principalmente por parte de um empresário, que dificilmente será cliente do sistema penal eis que, pela atual política dominante, não será visto como "inimigo".

Então, o empresário, tendo em vista o risco pequeno e a descrença com relação ao direito penal, preferirá infringir as normas penais empresariais a cumpri-las. Em uma análise prévia, por exemplo, o empresário escolherá cometer um crime contra ordem tributária ao invés de cumprir com suas obrigações tributárias, eis que seria uma escolha economicamente viável para ele.

O movimento abolicionista também não contribuiria para um desenvolvimento sustentável da economia. Se o movimento da lei e ordem leva a uma descrença no sistema penal, a abolição desse levaria a uma situação caótica, eis que inexiste substituto para o direito penal. Atualmente é até difícil imaginar uma sociedade em que a atividade empresarial não possa estar submetida à tutela penal. Nesse sentido, inexistiria regulação penal para o mercado, prejudicando a estabilidade das negociações.

Já a corrente do Direito Penal Mínimo parece mais adequada com relação ao Direito Penal Empresarial. Não visa abolir o sistema e nem aplicá-lo de forma desregrada, em detrimento de direitos fundamentais. Visa uma aplicação racional e eficiente do direito penal, buscando combater a criminalidade de um modo eficaz. Nesse sentido, haverá aplicação do direito penal, mas somente em caso de necessidade. E não seriam admitidas violações a direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, o Direito Penal Mínimo é, sem dúvida, a concepção mais aceita atualmente pelos estudiosos e aplicadores do Direito Penal Econômico, sendo considerado o discurso mais coerente com a realidade social e, portanto, mais apto a realizar os fins a que se propõe o Direito Penal, na sua função primordial de proteção aos bens essencialmente necessários ao convívio em sociedade.

Pouco adianta tomar-se o Direito Penal Econômico como a tábua da salvação para o problema da criminalidade empresarial, se suas causas não forem estudadas e tratadas. É preciso se ter em mente o fato de que o crime, antes de ser criado pelo Estado através de normas incriminadoras, é fenômeno social. E, além disso, necessário lembrar que o empresário age visando maximizar seus próprios interesses, o que leva a crer que a criação de incentivos para não cometer delitos (contra a ordem tributária, por exemplo) é muito mais eficaz do que simplesmente prever penas mais rígidas na legislação.

Portanto, a mera criação de leis, por vezes fruto de casuísmos que geram comoção social e propostas demagógicas, não resolve a questão, pelo contrário, a agrava. Ao criar medidas emergenciais e ilusórias, altamente repressivas e criminalizadoras, com o

intuito de acalmar a opinião pública, se levará à descrença do direito penal, eis que poucos serão submetidos a sua força desproporcional.

Por um outro lado, o total ceticismo quanto ao Direito Penal não se mostra a melhor saída. Não se pode ignorar que o Direito Penal foi e ainda é importante instrumento de controle social, especialmente em face de determinadas situações de especial gravidade para o meio social. E, atualmente, é uma importante arma de prevenção de crimes que o Estado possui. Não é o único meio, porém, e deve ser utilizado tendo-se em vista, sempre, os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Então, no que tange a busca pela forma de aplicação mais eficiente das normas de direito penal empresarial, pode-se concluir, por este estudo preliminar, que a corrente que deve ser aplicada é a do Direito Penal mínimo, eis que privilegia os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Esse rígido respeito a normas essenciais é necessário para que a economia se desenvolva com segurança, colaborando para que o mercado também exerça importante função social.

Por fim, ao que parece, é melhor criar incentivos para o empresário agir respeitando as normas do direito penal econômico do que tentar reprimir penalmente de modo desenfreado. Por isso, para que o Estado consiga que o empresário atue de uma certa forma, deve apresentar incentivos para direcionar e orientar as atividades econômicas.

Em futuros trabalhos pretende-se pesquisar acerca dos incentivos que podem ser criados para que os empresários atuem respeitando o direito penal empresarial, de modo que o caráter preventivo do direito seja ressaltado. E, além disso, quais os custos e as possíveis externalidades – positivas e negativas – que podem ocorrer, eis que, ao criar tais incentivos, alguém terá que custeá-los. Pretende-se ainda analisar economicamente a implementação desses incentivos, para estudar se a relação custo benefício para a sociedade é vantajosa. *There's no free lunch!*

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023: informação e documentação: referências**: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6024: numeração progressiva das seções de um documento escrito**: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6028: informação e documentação: resumo**: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

BAKER, C. E., ***The ideology of Economic Analysis of Law***. 5 Phil. & Pub. Aff. 3, 47.1975.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BECKER, Gary S. ***Crime and Punishment: An Economic Approach***. *Journal of Political Economy*, n. 76, v. 2, 1968, p. 169-217.

BECKER¸ Gary S. e STIGLER, George J. ***Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers***. *In Journal of Legal Studies*,Vol. 3, Nº 1, 1974, p. 1-18.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Victor Civitas, 1974.

BRASIL. **Constituição de 1988**: Constituição da República do Brasil. 9ª ed., São Paulo: RT, 2007.

BUCHANAN. James M. **Custo e Escolha: Uma indagação em Teoria Econômica**. Trad. Luiz Antônio Pedroso Rafael. São Paulo: Inconfidentes, 1993.

COASE, Ronald H. ***The Problem of Social Cost***. 3 J. Law & Econ. 1960.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; PEDRAZZI, Cesare. **Direito Penal Societário**. 3ª ed., São Paulo: DPJ, 2005.

FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. **Interpretação Econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GOLDBERG. Daniel. **Poder de compra e Política Antitruste**. 2005. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

GRECO, Rogério. **Direito penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 2ª ed., Niterói, RJ: Impetus, 2006.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

ORSAGH, Thomas. ***Is There a Place for Economics in Criminology and Criminal Justice?***. *In Journal of Criminal Justice*, Vol. 11, 1983, p. 391-401.

RUBENSTEIN, Ed., 1995, "***The Economics of Crime: The Rational Criminal***," *Paper delivered at the Center for Constructive Alternatives, Hillsdale College, Hillsdale, Michigan* (*February 9*), 19-21.

PARETO, Wilfredo. ***Manual de Economia Política***. Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

POSNER, Richard A. ***The Economic Approach to Law***. *Texas Law Review*, v. 53, n. 4, 1975.

_____. ***Economic Analisys of Law***. Boston: Little Brown, 1977.

_____. ***The Economic of Justice***. Cambridge: Harvard University, 1981.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: RT, 2004.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é "Direito e Economia"?.** *In*: TIMM, Luciano Benetti. *Direito & Economia.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49-61.

_____. **O que é Pesquisa em Direito e Economia?** Caderno Direito GV, número 22 – março/2008. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/interna.aspx?PagId=HTKCNKWI&IDCategory=4&IDSubCategory=139>. Acesso em 16 jan. 2009.

SHAVELL, Steven. ***El Derecho Penal y El Uso Óptimo de Sanciones No Monetarias como Medida de Disuasión***. *In:* ROEMER, Andrés (compilador). *Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura*. Cidade do México: *Centro de Estudios de la Governabilidad y Políticas Públicas: Fondo de Cultura Económica: Instituto Tecnológico Autónomo de México*, 2000, p. 437-469.

SZTAJN, Rachel. ***Law and Economics***. *In*: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito & economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES LÓPES, Juan. ***Análisis Economico del Derecho***. Madrid: Ed. Tecnos, 1987.

O TRABALHO COMO GARANTIA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL SOB O ENFOQUE DO CAPITALISMO HUMANISTA*

WORK AS A GUARANTEE OF ECONOMIC AND SOCIAL DEVELOPMENT IN THE FOCUS OF HUMAN CAPITAL

Terezinha de Oliveira Domingos
Elaine Cristina Saraiva

RESUMO

O artigo tem o objetivo de delinear o estudo do trabalho como garantia do desenvolvimento econômico e social sob o enfoque do capitalismo humanista. O estudo compreende explanação no que tange os conceitos básicos dignidade da pessoa humana, capitalismo humanista e o trabalho como fonte de vida digna. Analisaremos brevemente a efetividade do inciso VII do Artigo 170 da Constituição Federal, no que se refere as relações de trabalho e de emprego, face à globalização e à crise do direito do trabalho, nos dias atuais. Faremos uma conexão com os princípios constitucionais e trabalhistas e traremos a visão moderna vinculada aos Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVES: CAPITALISMO HUMANISTA; TRABALHO; EMPREGO; DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

ABSTRACT

The article aims to outline the study of work as a guarantee of economic and social development from the standpoint of human capital. The study includes explanation in terms the basic concepts of human dignity, human capital and labor as a source of worthy life. We will review briefly the effectiveness of section VII of Article 170 of the Constitution, regarding labor relations and employment in the face of globalization and the crisis in employment law today. We will make a connection with the constitutional principles and labor and will bring a modern vision linked to human rights.

KEY WORDS: HUMAN CAPITAL; WORK, EMPLOYMENT, HUMAN DIGNITY.

I - INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a efetividade do inciso VII do Artigo 170 da Constituição Federal dentro das relações de trabalho e de emprego, face à globalização e à crise do direito do trabalho, nos dias atuais. Faremos uma conexão com os princípios

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

constitucionais e trabalhistas e traremos a visão moderna vinculada aos Direitos Humanos.

Trata-se de um assunto de grande interesse no meio acadêmico por sua natureza diversa e pelos conflitos gerados nas relações de trabalho. De natureza controvérsia, este trabalho não se destina a solução destes problemas, mas, visa apenas, a uma explanação mais detalhada e aprofundada do tema, visando apresentar as diversas fórmulas fraudulentas que são praticas em nosso País.

A globalização trouxe ao mercado de trabalho novas necessidades e formas de relações trabalhistas. Esta nova realidade não encontra respaldo jurídico na sua totalidade, o que acarreta em conflitos de interesses, visando favorecer o pode econômico em detrimento da classe trabalhadora.

Desregulamentação e flexibilização das normas trabalhistas estão previstas em nosso ordenamento jurídico. Atualmente diversos setores utilizaram-se destas figuras justificando que a crise econômica lhes trouxe prejuízos.

Estas negociações coletivas ocorrem sempre com a participação dos sindicatos da categoria profissional e econômica, contudo, várias garantias trabalhistas têm sido subtraídas dos empregados.

O trabalho escravo ainda que considerado extinto pelas legislações vigentes, é contemporâneo e constantemente verificado em nossa sociedade. Em diversos setores da economia brasileira são encontrados trabalhadores em regime de trabalho semelhante ao de escravos, sem condições mínimas de higiene, saúde e segurança.

A estes trabalhadores resta apenas a fiscalização e a intervenção do Poder Público para lhes assegurar condições dignas de trabalho e de cidadania.

Para finalizar, abordaremos as figuras do trabalho informal com os seus desvios de finalidade.

Alguns empregadores, de forma indiscriminada, tentam burlar a legislação, impondo à classe trabalhadora regimes de trabalho informal ou em desacordo com as normas vigentes, ora para se beneficiar da redução de encargos tributários e ora para se isentar de responsabilidades inerentes à atividade econômica.

II - BREVES CONSIDERAÇÕES

Os vetores econômicos apontam uma tendência mundial de desenvolvimento que superam as expectativas. A mola propulsora deste evento global é o trabalho humano, baseado na produtividade e na qualidade de vida do ser humano.

Embora, tenhamos que admitir que o nível de desenvolvimento é desigual nas diferentes áreas geográficas, é plausível de reconhecimento que a globalização trouxe consigo a expectativa de mudança, de crescimento. A globalização se deu também nas relações de trabalho, a mão de obra tornou-se um ícone de medida para o desenvolvimento econômico-social da sociedade contemporânea.

A livre circulação de mercadorias, bens e serviços e a abertura do comércio promoveram a mobilidade do trabalhador de acordo com seu grau de instrução. Nos tempos atuais, pode-se afirmar que as empresas públicas e privadas escolhem seus colaboradores, da mesma forma que os colaboradores escolhem onde e em quais condições irão trabalhar.

A tecnologia facilitou o trabalho e propiciou a melhora da qualidade de vida. No entanto, a que se refletir sobre as conseqüências positivas e negativas das mudanças ocasionadas pela evolução tecnológica e pela globalização, pois é praticamente impossível pensarmos uma ação que consiga isolar-se desses parâmetros.

Os ganhos são inegáveis! A jornada de trabalho do individuo adulto reduziu-se drasticamente nos últimos 30 anos, o trabalho braçal foi reduzido consideravelmente, as políticas públicas estão cada vez mais empenhadas em erradicar o trabalho infantil e propiciar educação fundamental ao desenvolvimento individual. Nas palavras Marxistas, o trabalhador continua vendendo sua força de trabalho, mas, adquiriu ao longo da evolução social, garantias que ajudam a produzir melhoras na qualidade de vida. O salário é um item importante para alavancar o crescimento, pois por um lado dá ao trabalhador segurança para o sustento de sua família, por outro incentiva o consumo de bens de primeira necessidade como alimentação, moradia, vestuário, saúde, educação e lazer.

É com certeza uma via de mão dupla, cujos resultados influenciam diretamente o modo de vida da sociedade contemporânea. Para que o comércio estabelecido prospere, necessário se faz para a superação de qualquer obstáculo alavancar o consumo, que se dá mediante a circulação da moeda. Logo, temos evidentemente o que se pode denominar um ciclo, onde, renda gera qualidade de vida, trabalho gera renda, renda gera consumo, consumo gera renda, que gera novos investimentos, mais trabalho, mais consumo, propulsionando o desenvolvimento econômico-social em busca constante por um ponto de equilíbrio no qual todos os indivíduos alcancem o máximo de qualidade de vida dentro de suas expectativas e possibilidades reais.

Nesta linha de raciocínio, ensina Ricardo Hasson Sayeg [1] "*Nos países centrais do capitalismo, o Estado do bem-estar social somente se recolheu no pós-guerra e migrou para o Estado liberal, na medida em que a economia veio proporcionalmente restabelecendo a sustentação perdida para fazer frente, pela sua ordem natural, às demandas sociais, ao ponto em que iam retomando a consistência da economia. Ao se resgatar o liberalismo econômico, em 1975, foi formado o G-7, Grupo dos Sete, composto por Alemanha, Reino Unido, França, Itália e Japão com os Estados Unidos da América e Canadá, atualmente chamado de G-8, Grupo dos Oito, em face da inclusão da Rússia, o qual iniciou e lidera o atual fenômeno da globalização econômica.*"

Ao considerar que o trabalho é uma ferramenta de realização do ser humano, reconhecemos o direito inerente ao homem de ter um trabalho que lhe proporcione a possibilidade de vida digna.

No Brasil, a Constituição Federal, procura assegurar o direito ao desenvolvimento econômico, ao trabalho, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, entre outros.

III - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Antes de estudarmos as relações de trabalho e emprego, cumpre em virtude de uma questão metodológica, apresentar em breves linhas os conceitos de dignidade da pessoa humana.

Willis Santiago Guerra Filho [2] preceitua *"Dentre os "princípios fundamentais gerais", enunciados no art. 1º da Constituição de 88, merece destaque especial aquele que impõe o respeito à* ***dignidade da pessoa humana****. O principio mereceu formulação clássica na ética Kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de molde a que o outro seja tratado como um objeto, e não como igualmente um sujeito. Esse princípio demarcaria o que a doutrina constitucional Alemã, considerando a disposição do art. 19 II da Lei Fundamental, e denomina-se "núcleo essencial intangível" dos direitos fundamentais. Entre nós, ainda antes de entrar em vigor a atual Constituição, a melhor doutrina já enfatizava que "o núcleo essencial dos direitos humanos reside na vida e na dignidade da pessoa". Os direitos fundamentais, portanto, estariam consagrados objetivamente em "princípios constitucionais especiais", que seriam a "densificação" (CANOTILHO) ou "concretização" (embora ainda em nível extremamente abstrato) daquele "principio fundamental geral", de respeito à dignidade humana."* (grifo do autor)

Desta feita, os direitos fundamentais tal como delimitado, nas palavras de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior[3] *"Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Dessarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direito à fraternidade e à solidariedade). Nota-se, nesse aspecto, que os Direitos Fundamentais, passam a assumir também uma dimensão institucional, na medida em que pontuam a forma de ser e atuar no Estado que os reconhece. Como cogitar de um Estado Democrático Social de Direito, se liberdades públicas e direitos sociais não são reconhecidos e protegidos. Assim sendo, porém, o Estado que os proclama e protege assume uma formatação específica, ditada pela pauta de Direitos Fundamentais que encampa."*

Sabrina Morais [4] faz advertência no sentido que *"(...) a dignidade humana supõe ver o homem como ponto central no mundo. Conforme já enfatizado aqui, a idéia dos Direitos Humanos surge como necessidade de resgatar o individuo, colocando-o no cerne de toda a estrutura social, de modo que esta gire ao seu redor, valorando-o adequadamente como fim e não como meio para a obtenção de interesses"*. Ainda nessa trilha preleciona *"A partir da visualização do individuo como único e igual, e considerando esses valores universais, estabelecem-se limites pautados na racionalidade e que se traduzem, em maior ou menor escala, no reconhecimento desses valores nos ordenamentos jurídicos, gerando direitos que, por sua vez, impõe restrições tanto para os membros da sociedade quanto para o próprio Estado"*. Considerando essas premissas *"As relações humanas devem indispensavelmente inundar-se desse valor dignidade, orientador das condutas, para que delas fruam elementos de respeito, cooperação e solidariedade para com o próximo, seu semelhante, e também detentor dos mesmos direitos que qualquer outro ser humano vivente"*.

Sob esse prisma para George Marmelstein [5] *"A dignidade humana é, portanto, a base axiológica dos direitos fundamentais"*. Sendo assim, apresenta uma breve reflexão em que *"Costuma-se dizer que o homem, pelo simples fato de sua condição humana, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. Essa é a idéia básica de dignidade da pessoa humana..."*. Para este autor, considerar-se-á que são atributos da dignidade humana: *"(a) respeito à autonomia da vontade, (b) respeito à integridade física e moral, (c) não-coisificação do ser humano e (d) garantia do mínimo existencial."* Devidamente reconhecidos pela Carta Magna de 1988 *"os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e delimitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que por sua importância axiológica, fundamentam-se e legitimam todo ordenamento jurídico"*. Por ora cumpre-nos destacar que *"a dignidade da pessoa humana é um elemento intrínseco ao conceito de direitos fundamentais, qualquer comportamento que vá em direção oposta, ou seja, que contribua para a destruição dessa dignidade, não merecerá ser considerado como direito fundamental (principio da proibição de abuso). Em outras palavras: nenhuma pessoa pode invocar direitos fundamentais para justificar a violação da dignidade de outros seres humanos"*.

Embora, não seja possível esgotar as reflexões que se referem à dignidade da pessoa humana, dada a amplitude e complexidade desse conceito de crucial importância, optamos por sintetizar as idéias supra-abordadas com os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet a dignidade da pessoa humana é o atributo inerente e peculiar de cada indivíduo que o torna benemérito de respeito e consideração, quer seja por parte da comunidade em que vive, quer seja pelo Estado. Isto engloba um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa de qualquer ato degradante e desumano, cujo objetivo é garantir as condições mínimas para uma vida digna, proporcionando sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em harmonia com os demais seres humanos.

IV – CAPITALISMO HUMANISTA

Encontramos a fundamentação dos aspectos até aqui apresentados no que ensina a doutrina humanista.

Com efeito, o cristianismo traz em sua essência o humanismo, propagado pelos ideais de Santo Agostinho, considerando a pessoa o cerne para a realização do bem comum, no qual o homem é respeitado como ser único e igual, muito embora, historicamente existem situações, que em prol de interesses esconsos, alguns fatos desvirtuaram esses objetivos, tal como ocorrido no período denominado Santa Inquisição.

Acerca do temo humanismo, pode-se afirmar que este abarca uma corrente de pensamento cujo objetivo está direcionado para o homem, em benefício do homem, isto é, defende comportamentos éticos objetivando proteger a liberdade, a fraternidade, a institucionalização de direitos voltados ao bem-estar e a dignidade da pessoa humana.

Diante desse contexto, é válido afirmar que todos os homens são iguais e são sujeitos dos mesmos direitos e deveres fundamentais, conforme preconizado pelo sistema constitucional brasileiro em seu art. 5º *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à*

segurança e à propriedade...” Da mesma feita o art. 1º da Constituição Federal prescreve *“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania;* ***III - a dignidade da pessoa humana;*** *IV -* ***os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa****; V - o pluralismo político.”* (grifo nosso)

Pode-se afirmar que o humanismo tal como concebido, precede o direito positivado, visto que seu fundamento está constituído no campo da natureza do ser humano, do direito natural e da ética. Sua gênese se deu a partir de grandes revoluções e está profundamente ligada a evolução dos Direitos Humanos, cuja essência reside na necessidade de resguardar os direitos do homem das ameaças do próprio ser humano, encontrando sua validade na própria humanidade.

Sob este enfoque, Vladimir Oliveira da Silveira [6], em sua tese de doutorado expõe à respeito do surgimento dessa doutrina no Brasil *“A doutrina humanista do direito econômico aparece no Brasil formalmente em 2002, preconizada pelo Professor Ricardo Sayeg, em suas aulas de direito econômico da PUC/SP, que conosco e os Professores Cláudio Finkelstein e Nelson Luiz Pinto vem profundindo-a e, para tanto, instituimos o Instituto Nacional de Contencioso Econômico (INCE), tendo havido à adesão do Professor Willis Santiago Guerra Filho e, no plano internacional, da Professora Maria M. Rocasolano. Assim, vem se construindo a teoria de que o objeto do direito econômico corresponde aos direitos humanos econômicos como valores fundamentais que tenham por fim assegurar, inter alia, igualdade de oportunidades econômicas para todos em relação ao acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, moradia, emprego, distribuição de renda, entre outros na esfera do Estado-Nação; (...)*”

Vivemos um momento singular na história da humanidade, em que se atravessa uma crise mundial. Isto se deve ao fenômeno da globalização que compartilha os frutos do saudável crescimento e incentiva o desenvolvimento, em contrapartida, aquinhoa as dificuldades. Portanto, a crise financeira que assolou os Estados Unidos da América em 2008 disseminou as conseqüências pelo mundo. Esta crise não se limita a questão meramente financeira, é também uma crise dos valores, remetendo o mundo a um

período de reflexões onde se torna imprescindível rever os conceitos no que tange ao Capitalismo e a sua evolução.

Há uma urgência em tomar atitudes que revertam o quadro ora apresentado, cabendo a sociedade e ao Estado mudanças dos paradigmas, muito embora, sejam positivados tais direitos, é necessário concretizá-los, como explicita Vladimir Oliveira da Silveira [7] *"Assim, no Estado Democrático de Direito, o direito econômico tem vigência nas relações econômicas que tratem de interesses coletivos e difusos. A Constituição Econômica estipula as suas bases e princípios de regência, que podem ser positivos ou negativos. Portanto, do mesmo modo que o rio sai da nascente em direção ao mar com total liberdade interna dos peixes, a Constituição econômica dirigente conduz os indivíduos com ampla liberdade interna, porém na direção estipulada pela sociedade no pacto social. No caso, da Constituição Brasileira, conduz para o bem estar e inclusão social, ou seja, para a construção de uma sociedade mais fraterna, solidária e justa. Com efeito, é evidente a preocupação com o desenvolvimento humano e o estabelecimento de condições mínimas de dignidade humana. Conforme já se mencionou, a cidadania hoje está integrada ao regime econômico estabelecido, portanto implica não só na inclusão política como também econômica, social e cultural. Nesse sentido, essa quadrupla inclusão deverá levar a pretendida inclusão social integral."*

De fato, é papel do direito econômico promover a inclusão almejada pela corrente humanista. Ilustremos com os ensinamentos de Vladimir Oliveira da Silveira *"Note-se que a causa do direito econômico é exatamente a inclusão. E o princípio da racionalidade econômica, que é o objeto, está intimamente relacionado com essa causa, porque de fato acontece a escassez dos bens econômicos, que servem para a satisfação das necessidades humanas. Portanto, o equilíbrio entre a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano é o que de fato poderá trazer os objetivos assumidos pela Constituição"*.

A busca do ser humano por uma vida digna, pela felicidade, pela liberdade é uma variável dependente do nível de empregabilidade, visto que através do trabalho que se garante o mínimo existencial.

Por outro lado há que se pensar que a superação desse delicado momento econômico pode, através da reflexão e da adoção de políticas econômicas e financeiras mais humanistas, remeter o homem a um Capitalismo Humanista de Mercado, conforme ensina Ricardo Hasson Sayeg [8] ao asseverar que *"Portanto, deflagrou-se o que talvez seja a atual tendência. Uma economia social de mercado relativizando o direito subjetivo de propriedade com o equilíbrio social, valendo-se das liberdades: Um capitalismo social de mercado. Como disse o presidente da Franca, 'um capitalismo regulamentado'. Da minha parte, como se verá adiante, as presentes reflexões propõem que a tendência mundial se direcione além disso, ou seja, em prol de uma economia humanista de mercado: Um capitalismo humanista."*

A Constituição Federal de 1988, no art. 170, assegura a Ordem Econômica brasileira e tem por objetivo garantir e promover a vida digna perseguindo a meta da inclusão social, de acordo com os pressupostos da justiça social. Reserva-se o direito/dever de intervir na economia, para atender aos interesses coletivos seja no âmbito privado ou público. A respeito do assunto, atente-se para o primor da lição de Vladimir Oliveira da Silveira [9] *"Não é por outro motivo que parte dos fundamentos e objetivos da Constituição são repetidos, ou melhor detalhados, nessa parte especial – a Ordem Econômica. Sem embargos, observa-se que a Ordem Econômica é mais do que parte da Ordem Jurídica é o seu coração, que pulsa incansavelmente, no sentido de mantê-la viva dentro de um contexto reformista e contra-revolucionário, que não se conforma com os avanços sociais e a perspectiva de garantia dos direitos econômicos, culturais, políticos e sociais"*.

Convém aqui invocar os preceitos de Ricardo Hasson Sayeg[10] que sabiamente preleciona *"Estamos, todos e tudo, em estado de fraternidade, destinatários e, simultaneamente, promotores universais dela, sem exclusão, o que entendo que seja a lei universal da fraternidade. Portanto o humanismo integral consagra a lei universal da fraternidade que, mesmo abstraído de seu conteúdo teológico, culturalmente aplica-se a todos e a tudo. Não há quem em sã consciência negue o valor universal da fraternidade. Não é à toa que a fraternidade está consagrada no lema da Revolução Francesa, precursora do Estado de Direito, bem como, no artigo 1º, da Declaração Universal de Direitos Humanos, afirmada amplamente pelos povos da Terra. Nesse âmbito, com as ressalvas apontadas adiante, eu assumi o humanismo integral como marco teórico-filosófico no direito, que expressa a lei universal da fraternidade, por*

conta de objetivamente crer que ele visa a implementar concretamente uma sociedade fraterna, sendo o mapa que, a meu ver, decifra o direito natural da fraternidade em favor do Homem e de todos os Homens, bem como do Planeta".

V – A GLOBALIZAÇÃO E A CRISE ATUAL DO DIREITO DO TRABALHO

A globalização advém das privatizações, das empresas multinacionais, da tecnologia, dentre outros elementos que concernem para a incorporação de normas internacionais em nosso direito brasileiro trazendo atribuições ao Estado e às empresas para melhor organização política, econômica e social.

Face à competitividade das empresas, visando cada vez mais lucro e exigindo maior produtividade de seus empregados, o mercado de trabalho passou por diversas transformações e hoje, visualizamos uma grande desigualdade social, econômica, política, cultural, religiosa, racial etc.

Com base nesses argumentos os patrões tiram "proveito do enfraquecimento do poder sindical e da grande quantidade de mão-de-obra excedente (desempregados e subempregados) para impor regimes e contratos de trabalho mais flexíveis" [11]

Por causa disto, não visualizamos os princípios fundamentais aplicáveis ao direito do trabalho, presentes nos contratos de trabalho, em especial, o da dignidade da pessoa humana, da hipossuficiência do empregado, o princípio de proteção ao empregado, o princípio da irrenunciabilidade de direitos e o princípio da primazia da realidade.

Assim, a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que a flexibilização das normas trabalhistas seria o melhor mecanismo para compatibilizar as mudanças radicais existentes nas relações de trabalho e de emprego face ao Brasil contemporâneo.

Por outro lado, temos que, a garantia mínima previstas ao trabalhador faz parte de um conjunto de valores humanos civilizatórios (mínimio existencial), que encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana previsto constitucionalmente como maior patrimônio da humanidade.[12]

Desta forma, o Direito do Trabalho vive, nos dias de hoje, uma transição, tendo em vista que alguns defendem a intervenção estatal nas relações de trabalho e outros, são favoráveis à desregulamentação (ausência total do Estado nas relações de trabalho) deixando o contrato de trabalho livre às regras de mercado, sob o argumento de que os trabalhadores atuais são mais conscientes, maduros e menos explorados.

Entendemos que não se aplica ao Brasil a regra da desregulamentação visto que, nos dias atuais, presenciamos a figura do trabalho escravo além da exploração de outras atividades e trabalhadores que desrespeitam totalmente a legislação trabalhista vigente através das atividades informais.

A flexibilização seria o melhor meio de composição para os conflitos trabalhistas desde que fosse realizada de forma justa, responsável e sem abuso.

Como componente adicional para sua eficácia, teríamos que compartilhar do poder estatal para acompanhar as flexibilizações das normas trabalhistas e não deixar que o sindicato crie normas favoráveis, apenas aos empregadores.

VI - TRABALHO ESCRAVO

De acordo com a Constituição Federal de 1988, regras e princípios constitucionais determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), a valorização do trabalho (Arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII) e à intervenção sindical nas relações trabalhistas (Art. 8º, III e VI) assim, toda pessoa tem direito ao trabalho, sendo livre a sua escolha e, às regras impostas pelo empregador deverá ser mediante condições justas e favoráveis ao trabalhador, face aos princípios protecionistas do Direito do Trabalho e, face à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Contudo, o trabalho escravo nos traz afronta a todas as regras e princípios ora expostos acima.

A palavra escravo significa “quem vive em absoluta sujeição a um senhor; que está dominado por uma paixão ou por qualquer força moral; servo, criado.”[13]

Assim, escravo é aquele que se sujeita às ordens de um senhor, que o usa como propriedade. Ele não possui direitos, liberdade e está sujeito à opressão e dependência de seu senhor. Seu trabalho é constante e o único objetivo é satisfazer a vontade de seu dono.

A escravidão, no Brasil, começou com os índios que escravizavam prisioneiros de guerras. Após, chegaram os portugueses com os escravos negros africanos.

Apesar da Abolição da Escravatura, assinada através da Lei Áurea em 13 de maio de 1888 pela Princesa Isabel do Brasil e pelo Conselheiro Rodrigo Augusto da Silva (autor da lei), vivenciamos, após 118 anos, constantes exemplos do trabalho escravo em nosso País.

Nos dias de hoje, presenciamos a escravidão de negros e de brancos uma vez que todos os trabalhadores brasileiros estão sujeitos ao trabalho escravo seja mediante a exploração do trabalho do menor, do trabalho da mulher, das condições desfavoráveis face ao ambiente de trabalho insalubre e perigoso e das constantes exigências de trabalho extraordinário.

Em alguns casos, visualizamos aquela escravidão dos senhores feudais, como por exemplo, o caso flagrado pelos fiscais do Governo Federal e membros do Ministério Público do Trabalho no Sul de Goiás, onde encontraram 98 trabalhadores em regime análogo à escravidão em uma obra que integra o PAC (Programa de Aceleração do Crescimento). Na obra encontraram instalações sem cama nem banheiro e os funcionários trabalhavam em troca apenas de comida acumulando dívidas e não recebendo salários.[14]

No trabalho escravo dos dias atuais, encontramos a ausência da liberdade, da expressão e a presença da exploração dos trabalhadores em troca apenas, da sobrevivência.

Não podemos alegar o desconhecimento das leis. Acreditamos que homens e mulheres que são submetidos ao trabalho escravo até possuem conhecimento de parte dos direitos que lhe são lesados, mas, em sua grande maioria, não existe o acesso aos direitos trabalhistas. Ademais, os empregadores não deixam informações e não dão oportunidade para estes trabalhadores se manifestarem, face ao labor inaceitável.

Estes trabalhadores ficam alojados em locais afastados assim, não conseguem ir embora e acabam por aceitar as humilhações de seus patrões que lhe passam cada vez mais dívidas, face ao trabalho que não é desenvolvido da forma que lhe foi ordenado.

Os senhores empregadores brasileiros, clandestinamente, manipulam aqueles trabalhadores que necessitam das garantias mínimas previstas na Constituição Federativa de 1998, tais como: moradia, alimentação, saúde e trabalho.

Hoje, infelizmente, a escravidão contemporânea é marcada pelo autoritarismo, pela corrupção e pelo total desrespeito às legislações vigentes e pelos direitos humanos.

A fim de eliminar este tipo de exploração, felizmente, o Ministério Público do Trabalho, a Justiça do Trabalho e o Governo Federal, vêm atuando de forma eficiente com as fiscalizações aplicando, inclusive, multas e indenizações consideráveis aos empregadores que insistem nesta prática desumana.

A Justiça do Trabalho da 14ª Região (RO/AC) condenou uma empresa, Fazenda Anita, situada no Município de Chupinguaia, sul de Rondônia, a pagar a título de indenização por danos morais coletivos (R$ 260.000,00) e individuais, R$ 64.000,00 (Sessenta e quatro mil reais) a cada um dos 50 trabalhadores que laboravam em situação análoga à de escravo.[15]

Por sua vez, o Ministério Público do Trabalho possui uma “lista suja” das empresas que praticam o trabalho escravo. A empresa Coteminas, maior empresa têxtil do país, pertencente à família do vice-presidente da República, José Alencar, foi alvo de uma blitz do Ministério Público do Trabalho há dois anos. A empresa havia conseguido na 1ª Vara do Trabalho de Blumenau o direito a não figurar na lista, mas, a União recorreu e o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 12ª Região, em Santa Catarina, aceitou o recurso. A decisão foi publicada no dia 28 de setembro de 2009 no Diário Oficial e ainda cabe recurso. Nesta empresa, foram vistas irregularidades mediante a terceirização das atividades. A operação do grupo móvel do Ministério do Trabalho ocorreu em 2007 e encontraram 26 trabalhadores em condições análogas à de escravos. Segundo os fiscais, os alojamentos dos trabalhadores não constavam com instalações sanitárias, o que os obrigava a tomar “banho de paninho”. Também não havia local adequado para as refeições, fornecimento de água potável, equipamentos de proteção individual e fornecimento de energia elétrica nos alojamentos.[16]

O governo Lula criou em 2005 o Plano Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo, que objetiva atender a legislação brasileira vigente, bem como às determinações dos Direitos Humanos. Trata-se de um acordo, cujos signatários tem, entre outros compromissos, o de cancelar qualquer contrato com quem for flagrado utilizando escravos, bem como, contemplar as vítimas com seguro desemprego e alguns benefícios sociais temporários.

Ademais, ocorreu a implantação da Justiça do Trabalho Itinerante para atender o interior dos Estados do Pará, Mato Grosso e Maranhão apesar de entendermos que, o trabalho escravo ocorre em todo o Brasil e não apenas, na Região Norte, como visto no exemplo da empresa de Blumenau, Santa Catarina.

VII – DAS FRAUDES NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E DE EMPREGO

A expressão relação de trabalho possui o caráter genérico, ou seja, abrange todos os tipos de contratações dentre elas, a relação de emprego, o empregado doméstico, o trabalhador eventual, o trabalhador autônomo, o estagiário, o voluntário, o cooperado e as demais figuras de trabalho informal.

Para configurarmos a relação de emprego se faz necessária a análise dos requisitos do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), quais sejam: prestação de serviços por pessoa física, mediante dependência econômica e pagamento de salário, habitualidade na prestação de serviços e pessoalidade.

Por sua vez, para descaracterizar o vínculo de emprego, os empregadores poderão usar uma das figuras acima expostas, desde que não estejam presentes os requisitos que configuram a relação de emprego.

Esta prática visa o aumento na competitividade em um mercado já bastante concorrido e saturado, com alto índice de automação e robotização das máquinas.

Contudo, o índice de desemprego cresceu demasiadamente visto a falta de capacitação profissional dos trabalhadores, a queda na atividade econômica, em

momentos de crise, a invasão de produtos importados sem critério de proteção, em diversos seguimentos da economia brasileira, o que forçou muitos indivíduos a ingressarem no trabalho informal e ou aceitarem trabalhos em regimes fraudulentos ou em desacordo com a legislação vigente.

Nas atividades que são reguladas pela relação de trabalho, os trabalhadores não possuem os direitos previstos aos empregados com contrato de trabalho formal, tais como férias, décimo terceiro salário, hora extra remunerada, FGTS, licença maternidade-paternidade, seguro desemprego dentre outros direitos e benefícios presentes em normas coletivas de trabalho.

As atividades que utilizam mão de obra informal estão concentradas, atualmente, nos setores do comércio, das indústrias, dos pequenos serviços, das fábricas de fundo de quintal e da construção civil, ou seja, está disseminada nos diversos setores em que haja atividade econômica.

Além da figura do desemprego, algumas pessoas que necessitam complementar a renda se sujeitam às atividades informais como meio de subsistência para adequar-se ao orçamento doméstico mediano.

Um dos motivos da migração dos trabalhadores para a classe dos informais é a carga tributária que incide diretamente sobre a folha de pagamento dentre outros encargos que são obrigatoriamente devidos pelo empregador.

Não podemos colocar a culpa apenas nos empregadores, o Governo Federal, por sua vez, acresce demasiadamente os tributos incidentes sobre o emprego, assim, quando um empregador contrata um empregado com salário de R$ 1.000,00 (Um mil reais), os tributos que incidem sobre esta remuneração fazem com que este salário custe o dobro para o empregador.

Assim, podemos concluir que para empregado e empregador, do ponto de vista financeiro, é vantajosa a contratação informal, mas, apenas durante a vigência do contrato, pois, quando ocorre a rescisão deste contrato, o empregado não recebe os valores a que teria direito em um contrato de trabalho formal, principalmente no que diz respeito às verbas rescisórias (aviso prévio, décimo terceiro salário, férias acrescidas de 1/3 constitucional, fundo de garantia por tempo de serviço, seguro desemprego, dentre

outros benefícios).

Trata-se de uma alternativa encontrada por estes profissionais que aceitam esta troca de direitos, mas, conforme nossa legislação vigente e os princípios inerentes ao Direito do Trabalho, esta prática está totalmente desvirtuada de sua finalidade, principalmente porque o empregado não pode abrir mão das garantias mínimas previstas pela Constituição Federal de 1988 e pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Estamos diante de direitos indisponíveis, irrenunciáveis, sendo assim, empregado e empregador não podem fechar os olhos a todos os direitos que, basicamente, asseguram a vida digna de um ser humano brasileiro.

Como a necessidade força o empregado, considerado hipossuficiente na relação de trabalho, a aceitar estas imposições de seus empregadores, o número de fraudes tendem a crescer cada vez mais em nosso País.

VIII - CONCLUSÃO

As relações trabalhistas sempre tiveram um caráter conflituoso visto que tratam de interesses distintos, onde o empregador detém o poder econômico e procura de todas as formas o aumento da margem de lucro que lhe foi diminuída pela globalização da economia, lançando mão de práticas nem sempre legal. Por sua vez, o empregado, figura hipossuficiente nas relações de trabalho e por sua necessidade de subsistência, se submete a regimes e condições de trabalho desfavoráveis e em desacordo com a nossa legislação.

Diversos princípios constitucionais e inerentes ao Direito do Trabalho são lesados por ambas as partes. Empregador condiciona suas regras face ao seu poder diretivo e empregados aceitam estas condições, face à omissão do governo em não oferecer condições básicas e mínimas de sobrevivência.

O Estado por sua vez, através do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho, procura fiscalizar e coibir tais práticas, mas, infelizmente as mesmas

proliferam-se em nosso País. Ademais, o mesmo não oferece um número adequado de fiscais para apurar as fraudes e irregularidades apresentadas em diversos ramos de atividade.

Concluímos que esta difícil tarefa de regularizar as fraudes existentes nas relações de trabalho cabe aos operadores do direito, ao Poder Judiciário, ao Poder Legislativo ao impor demasiadamente encargos pesados e à sociedade civil organizada no intuito de impedir e não aceitar práticas abusivas e lesivas aos empregados, empregadores e ao Estado.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 3 ed., Niterói: Impetus, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4.ed., São Paulo: RCS Editora Ltda, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

Melhoramentos **minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997.

MORAIS, Sabrina. **O Direito Humano Fundamental ao Desenvolvimento Social: Uma abordagem interdisciplinar e pluralista ao direito constitucional comparado entre Brasil e Espanha**. Florianópolis: OAB/SC, 2007.

REIS, Thiago. Disponível em: <http://www.g1.globo.com> Acesso em: 29-09-2009.

SAYEG, Ricardo Hasson. **Doutrina Humanista de Direito Econômico: a Construção de um Marco Teórico.** Tese de Livre-Docência aprovada e não publicada, na Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2009.

SCOLESE, Eduardo. **Trabalho Escravo é Flagrado em Obra do PAC**. Jornal a Folha de São Paulo, 2009.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. **O Direito ao Desenvolvimento na Doutrina Humanista do Direito Econômico.** Tese de doutorado aprovada e não publicada, na Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2006.

Tribunal Superior do Trabalho.

---

[1] Ricardo Hasson Sayeg. **Doutrina humanista de direito econômico: a construção de um marco teórico.** p. 25.

[2] Willis Santiago Guerra Filho. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. p.61-62.

[3] Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. p. 110-111.

[4] Sabrina Morais. **O Direito Humano Fundamental ao Desenvolvimento Social: Uma abordagem interdisciplinar e pluralista ao direito constitucional comparado entre Brasil e Espanha**. p. 59.

[5] George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**. p. 18-21

[6] Vladmir Oliveira da Silveira. **O Direito ao desenvolvimento na doutrina humanista do direito econômico.** p. 121.

[7] Ibidem, p.154.

[8] Ricardo Hasson Sayeg. **Doutrina humanista de direito econômico: a construção de um marco teórico.** p. 27-28.

[9] Vladmir Oliveira da Silveira. **O Direito ao desenvolvimento na doutrina humanista do direito econômico.** p. 149.

[9] Ricardo Hasson Sayeg. **Doutrina humanista de direito econômico: a construção de um marco teórico. Tese de Livre-Docência**, p. 44.

[10] Vólia Bomfim Cassar. **Direito do Trabalho**. p. 20. Apud I ANNI, Octavio, **A Era do Globalismo**. p.162.

[11] Ibidem. p.23.

[12] Melhoramentos **minidicionário da língua portuguesa**. p. 199.

[13] Eduardo Scolese. **Trabalho Escravo é Flagrado em Obra do P**AC. Jornal a Folha de São Paulo, 08 de setembro de 2009.

[14] Fonte: Tribunal Superior do Trabalho, Acesso em: 11-09-2009.

[15] Thiago Reis, Disponível em:<http:// www.g1.globo.com> Acesso em 29-09-2009.

UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA SEPARAÇÃO PATRIMONIAL DOS AGENTES ECONÔMICOS: A SOCIEDADE UNIPESSOAL E O EMPRESÁRIO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA COMO POSSIBILIDADES VIÁVEIS DE REGULAMENTAÇÃO

AN ECONOMIC ANALYSIS OF THE PATRIMONIAL SEPARATION OF THE ECONOMIC AGENTS: SINGLE PARTNER COMPANIES AND THE INDIVIDUAL ENTREPRENEUR OF LIMITED LIABILITY AS VIABLE POSSIBILITIES OF REGULATION

Uinie Caminha
Giovani Magalhães Martins Filho

RESUMO

Este artigo tem por objetivo apresentar a sociedade unipessoal e o empresário individual de responsabilidade limitada como alternativas possíveis para a regulamentação da separação patrimonial do empresário, limitando-se a responsabilidade ao patrimônio vinculado à atividade. A base teórica que sustenta a sociedade unipessoal é obtida através da Teoria do Contrato Plurilateral, de Tullio Ascarelli, e da Teoria do Contrato Organização, de Calixto Salomão Filho. O que serve de fundamento ao empresário individual de responsabilidade limitada é a Teoria do Patrimônio de Afetação. A partir de uma análise econômica de ambas as teorias e ainda das críticas que a elas se fazem, percebeu-se a maior eficiência da limitação da responsabilidade do empresário individual, como meio de fomentar o empreendedorismo, servindo tanto para as pequenas quanto para as grandes empresas.

PALAVRAS-CHAVES: SOCIEDADE UNIPESSOAL; EMPRESÁRIO INDIVIDUAL; RESPONSABILIDADE LIMITADA; CONTRATO PLURILATERAL; PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO.

ABSTRACT

This article aims to present the unipersonal society and the individual entrepreneur of limited liability as a possible alternative for the regulation of the patrimonial separation of the entrepreneur, so that its liability as a entrepreneur would be limited to the assets specifically bound to such activity. The theoretical basis that supports the unipersonal society is gotten through the Theory of the Plurilateral Contract, of Tullio Ascarelli, and the Theory of the Organization Contract, of Calixto Salomão Filho. The basis for the limited responsibility of the individual entrepreneur is the Theory of the Patrimony of Affectation. An economic analysis of both theories shows that the limitation of liability of the individual entrepreneurs is more efficient, as means to foment the development of market, since it would be useful either for small or big businesses.

KEYWORDS: SINGLE PARTNER COMPANY; INDIVIDUAL ENTREPRENEUR; LIMITED LIABILITY; PLURILATERAL CONTRACT; PATRIMONY OF AFFECTATION.

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido a respeito da regulamentação de instituto jurídico que venha a garantir aos agentes econômicos a limitação de responsabilidade ao patrimônio vinculada à determinada atividade econômica. Tais discussões têm sido feitas tanto em termos de doutrina, quanto em sede de direito comparado, valendo ressaltar, ainda, as recentes tentativas de regulamentação da limitação de responsabilidade do empresário individual, no Brasil.

Com efeito, de 2003 a 2009, tivemos nada menos do que cinco tentativas de regulamentação, a saber: os Projetos de Lei nº 2.730/03 (arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, em face do fim da legislatura), 3.667/04 (cujo dispositivo que regularia a limitação de responsabilidade foi retirado, em face da previsão do projeto de lei anterior ter sido considerado mais adequado e abrangente), 5.805/05 (aprovado na comissão temática e na de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara do Deputados; porém, pediu-se a declaração de prejudicialidade em face do veto, e suas motivações, dado a instituto semelhante que estava previsto na Lei Complementar nº 123/06); a Lei Complementar nº 123/06 (cujo dispositivo foi vetado, em face de manifestação dos Ministérios da Fazenda e do Trabalho e Emprego), além do Projeto de Lei nº 4.605/09, apresentado recentemente.

Fazendo-se um cotejamento aos formatos apresentados como mecanismos a regulamentar a limitação de responsabilidade do empresário individual, percebe-se uma oscilação entre uma solução societária (a sociedade unipessoal de responsabilidade limitada) e uma solução não-societária (o empresário individual de responsabilidade limitada). O que se busca, a princípio, nesse artigo é apresentar, do ponto de vista teórico, as alternativas aludidas.

Pretende-se analisar se, das alternativas apresentadas, há alguma que seja mais viável que a outra ou se seria preciso apresentar uma terceira alternativa. Com efeito, não se pode deixar de notar, conforme leciona Iolanda Lopes Abreu (1988, p. 113) é aspiração antiga do comerciante individual a limitação de sua responsabilidade patrimonial e que, na medida em que não se regula tal aspiração de modo direto, consegue-se tal intento, mediante negócios indiretos, como as chamadas sociedades fictícias. Assim, a partir de uma análise econômica, buscar-se-á demonstrar a maior eficiência da limitação de responsabilidade do empresário individual, como mecanismo para fomentar o empreendedorismo, servindo de incentivo tanto para a pequena quanto para a grande empresa.

Para tal finalidade, o presente texto se encontra dividido em quatro seções além desta introdução e da conclusão. Na primeira seção, apresentar-se-ão os contornos gerais da sociedade unipessoal. Na segunda, será analisada a figura do empresário individual de responsabilidade limitada, a fim de que, na terceira seção, sejam verificadas as principais críticas referentes à regulamentação da limitação de responsabilidade do

empresário individual. Por fim, na quarta seção, far-se-á uma breve exposição acerca do movimento de Law and Economics para que, então, seja possível demonstrar que a limitação de responsabilidade do empresário individual funcionará como um incentivo a que os agentes econômicos venham a regularizarem a sua situação, mediante registro na Junta Comercial. De quebra, tal instituto se faz perceber como um mecanismo eficiente para fomentar o empreendedorismo.

É imprescindível, ainda nesse intróito, ressaltar a mudança de perspectiva havida na transformação da disciplina de Direito Comercial para Direito Empresarial. O novo âmbito do Direito Comercial (ou do Direito Empresarial, segundo alguns) é formado através do binômio – atividades empresárias e mercado. Com efeito, mediante a noção de viabilidade econômica atrelada à função social da empresa, tem-se que as atividades empresárias que se revelarem economicamente viáveis devem ser preservadas, e o Estado precisa garantir tal preservação, visando o bom funcionamento do mercado. É a atividade que qualifica o sujeito enquanto empresário; é a atividade empresária, ou seja, a atividade exercida pelo empresário que passa a primeiro plano, quando da mudança de perspectiva da disciplina. De mesmo naipe é o entendimento da Rachel Sztajn (2004, p. 10):

Mercado e organizações, creio, são o cerne do moderno Direito Comercial. Portanto, os princípios norteadores do Direito Comercial, mesmo com a unificação do direito privado, não afastam a antiga concepção sobre ser ele um direito especial em relação ao direito comum, direito civil, agora, entretanto, não mais relacionado aos atos de comércio, de criação francesa, mas como direito dos mercados e das empresas. Não um direito classista ou corporativista, mas um direito de caráter econômico que replica a microeconomia.

Atenta-se contra a função social da empresa a manutenção do *status quo*. Urge, portanto, que se regule a limitação de responsabilidade do empresário individual. Deve o patrimônio da empresa ser o alvo único de obrigações empresariais, não se misturando, nem se confundindo, do ponto de vista de responsabilidades, o patrimônio empresarial e o patrimônio pessoal, ambos já separados desde Alberto Asquini (1998, p. 118). Percebe-se, portanto, que a atividade empresarial passa a ser relevante para o novo Direito Comercial, e não mais o sujeito ou o ato por este praticado.

Dessa forma, se é a atividade econômica organizada voltada a atender um interesse de mercado o viés importante, torna-se imperioso que se dê à referida atividade o mesmo tratamento jurídico e não tratamentos distintos diante de atividade desenvolvida por pessoa física ou por pessoa jurídica.

1. A SOCIEDADE UNIPESSOAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Uma possibilidade viável de se estruturar um modelo que venha a garantir ao empreendedor individual a limitação de responsabilidade ao patrimônio destinado ao empreendimento se dá por intermédio da chamada sociedade unipessoal de responsabilidade limitada. Com efeito, na exata medida em que não se confundem a personalidade dos sócios com a da sociedade, cada qual tem seu respectivo patrimônio. Deve se ressaltar, ademais, que, segundo a Teoria Poliédrica da Empresa, a sociedade é sujeito de direito, ou seja, é titular de patrimônio, distinto do patrimônio dos respectivos sócios, com o fito de adquirir direitos e contrair obrigações. Entretanto, não é tão fácil,

nem tranqüila, a adoção do referido modelo, da estrutura sob exame. Com efeito, o sistema societário brasileiro é fortemente contratualista, apesar da Lei nº 6.404/76 ter sido concebida segundo a teoria do ato institucional. Em sendo assim, percebe-se a necessidade de haver pelo menos duas pessoas para se poder falar em contrato social. É o que se vê no art. 981, do Código Civil, ao prever que:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Apesar da necessidade de pessoas se obrigarem a contribuir para a formação do patrimônio social, o que denota a idéia de se precisar de dois ou mais sócios, não se pode deixar de notar que o direito brasileiro já reconhece algumas possibilidades de unipessoalidades, vale dizer, de sociedades unipessoais. Antes, porém, de apresentá-las, faz-se mister que se apresente as noções pelas quais se deve entender enquanto sociedade unipessoal. Há de se destacar também as espécies de sociedade unipessoal reconhecidas.

De início, é preciso separar da noção de sociedade unipessoal, as chamadas sociedades fictícias. Estas são aquelas sociedades que quanto ao quadro societário, atende-se a formalidade de se ter mais de um sócio, mas que um destes tem participação tão relevante no capital social, sendo certo afirmar que não se trata nada mais do que um mecanismo indireto para se conseguir a limitação dos riscos e, portanto, a limitação de responsabilidade. Não estando regulamentada diretamente, os empreendedores buscarão, como é natural, por outro meios, fórmulas ou estruturas que dêem ensejo à efetivação da limitação de responsabilidade ao patrimônio empregado para o exercício da atividade. A este respeito, leciona Luiz Antonio Soares Hentz (2003, p. 172):

A negação da responsabilidade limitada para o empresário individual resultou, na prática, em todos os lugares, na utilização de métodos condenáveis. Dentre os meios de que se tem valido a engenhosidade jurídico-empresarial para se furtar à responsabilidade patrimonial plena, como sucede com a firma individual, está a sociedade fictícia ou *pro forma*. No Brasil, jamais se deu grande importância à má utilização do modelo societário para o exercício da empresa.

Assim, o fato da não regulamentação da responsabilidade limitada ao empresário individual dá ensejo à formatação das sociedades fictícias que nada mais são do que aquelas em que um dos sócios é quem, de fato, exerce a atividade empresarial, sendo os demais sócios, apenas, pessoas que cedem seus nomes para a formação do quadro societário. O mesmo Luiz Antonio Soares Hentz (2003, p. 173), com a clareza que lhe é peculiar, ressalta:

Com efeito, é sabido que a responsabilidade patrimonial do comerciante em nome individual pelas dívidas contraídas na sua atividade empresarial é irrestrita. Abrange todo o seu próprio patrimônio, não só o destacado para sofrer os riscos da empresa, como se dá na sociedade empresária. A fim de evitar a responsabilidade ilimitada, trata-se de criar sociedades fictícias, constituídas mediante simulação, o que, também no direito brasileiro, não as torna inválidas senão quando houver intenção de prejudicar terceiros ou de violar disposição de lei.

Caracterizam-se a sociedades fictícias pela existência de um “sócio”, o empresário, e outro ou outros que apenas cedem o nome para integrar o quadro social. O que o empresário deseja e alcança é a limitação da sua responsabilidade patrimonial pelas dívidas provenientes da atividade empresarial. Para efeitos jurídicos, tem-se uma sociedade – e com a conseqüência da divisão patrimonial (...)

Com o mecanismo das sociedades *pro forma*, favorece-se também a sociedade, que não será demandada por dívidas dos sócios (art. 292, do antigo CCom, cujo princípio prevalece no novo CCB, embora sem que esteja expressamente consignado no texto).

Não é de se admirar, contudo, que é justamente da praxe das sociedades fictícias que surge um dos maiores argumentos em prol da adoção da chamada sociedade unipessoal, como se percebe com Calixto Salomão Filho (2006, p. 199-200):

No caso ora em análise, dever-se-ia imaginar uma realidade de empresários que exercitam todos a atividade em nome próprio e querem escolher a forma organizativa mais conveniente para o exercício do comércio. Nesse caso, e somente, nesse caso, poder-se-ia pensar em escolhas de política legislativa, como a de manter a coerência sistemática, ainda que em prejuízo de um maior incentivo à pequena e média empresa.

Uma tal situação, porém, não existe. E são os próprios legisladores a admitir. A introdução de uma forma de limitação de responsabilidade do comerciante individual decorre exclusivamente do reconhecimento de uma situação de fato, consistente na utilização de sociedades fictícias, com um ou mais homens-de-palha, introduzidos com o único objetivo de permitir a limitação de responsabilidade.

(...) Em caso de instituição de uma forma que não ponha à disposição do empresário as mesmas vantagens da sociedade, esse continuará a fazer uso das sociedades fictícias.

Dentro desse mesmo contexto, não se pode deixar de lembrar a diferenciação exposta por Wilges Ariana Bruscato (2005, p. 242):

Como exposto, muitos apenas adotam a forma societária com a única intenção de proteger o patrimônio pessoal, em caso de insucesso da empresa, quando não há outra alternativa. Em casos tais, existe, na realidade, uma empresa, individualmente explorada, e, formalmente, uma sociedade empresária, somente na aparência, em que o empreendedor é o titular da grande maioria das quotas e o sócio de mero favor aparece com tímida participação, por que, em realidade, dela não participa, nem na constituição, nem no desenvolvimento da empresa. Esta é a sociedade fictícia.

Atualmente, ela se diferencia da sociedade unipessoal.

A sociedade unipessoal, no entanto, não é uma simulação: existe reconhecimento legal de formação do ente composto por um único membro. A sociedade unipessoal tem sido definida como aquela “em que todas as partes sociais são pertença de uma única pessoa, singular ou coletiva”.

Diferençada, portanto, a sociedade unipessoal da sociedade fictícia ou *pro forma*, é preciso que se apresentem as espécies de sociedades unipessoais reconhecidas pela doutrina. Quanto ao momento da constituição, classificam-se as sociedades unipessoais

em: sociedade unipessoal originária, sociedade unipessoal superveniente, esta subdividida em sociedade unipessoal superveniente temporária e sociedade unipessoal intercorrente.

A chamada sociedade unipessoal originária ou *ab initio* definida como sendo aquela que já surge apenas como um sócio como membro componente do quadro societário. Já a sociedade unipessoal superveniente é aquela constituída com mais de uma pessoa como membro componente do quadro societário, mas que passa a ter apenas um sócio, em razão da saída ou da expulsão dos demais sócios.

Fala-se, de um lado, em sociedade unipessoal superveniente temporária quando se está diante daquelas sociedades constituídas com mais de um sócio e que, por qualquer razão, passam, temporariamente, a ter apenas uma pessoa como membro componente do quadro societário, recompondo-se a pluralidade de sócios em certo período de tempo. Vale ressaltar que, em sendo recomposta a pluralidade de sócios, no tempo previsto pelo ordenamento jurídico, pelo referido lapso temporal, a sociedade terá funcionado com um apenas um sócio; perdendo-se referido prazo, ser-lhe-á dada a pecha da irregularidade, não lhe restando outra coisa que não seja a liquidação e posterior extinção. É acidental, portanto, a redução do quadro societário a um, nesta hipótese.

Por fim, tem-se a sociedade unipessoal intercorrente que é aquela sociedade que nasce plurilateral, mas que se torna unipessoal e assim continua com o correr da existência, sem limitação temporal e sem se tornar irregular. A redução aqui é preordenada, vale dizer, a sociedade tem origem plurilateral, porém, já se encontra acertada a redução do quadro societário.

Sobre a classificação que ora se apresenta, em comentários ao art. 981, do Código Civil, Rachel Sztajn (2008, p. 131) aduz que:

A exigência de pluralidade de pessoas, duas ou mais, na formação do contrato, constante deste artigo, afasta a legislação brasileira da mais recente orientação nos ordenamentos da Europa Continental, de admitir-se a organização de “sociedades unipessoais”. A unipessoalidade, comum no Brasil na organização da empresa pública, ganha, com a Décima Segunda Diretiva Comunitária, legitimidade desde a constituição. Sobre a unipessoalidade intercorrente, isto é, número de sócios ficar reduzido a um, embora originariamente a pluralidade existisse, também não é admitida pelo ordenamento pátrio.

Apesar de concordar com a autora acima citada no que tange à unipessoalidade intercorrente, é preciso que se diga que a legislação brasileira não se afasta, mas sim tem se aproximado dos ordenamentos da Europa Continental, haja vista a regulamentação, ainda que de modo excepcional, da unipessoalidade superveniente temporária, pelo Código Civil.

Com efeito, a par de, de fato, vedada a unipessoalidade intercorrente, o direito brasileiro reconhece uma possibilidade de sociedade unipessoal originária e uma possibilidade de sociedade unipessoal superveniente temporária, com prazo de recomposição a variar se estejamos diante sociedade empresária regida pelo Código Civil, ou pela Lei nº 6.404/76. Tratam-se, respectivamente, da Subsidiária Integral (prevista nos arts. 251 e seguintes, da Lei nº 6.404/76) e da unipessoalidade com prazo para recompor a

pluralidade de sócios em 180 dias (art. 1033, IV, do Código Civil) ou em 1 ano (art. 206, I, “d”, da Lei nº 6.404/76), anteriormente relatadas.

2. O EMPRESÁRIO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

A outra possibilidade viável para se regulamentar o instituto que ora se propõe é o empresário individual de responsabilidade limitada. Vale dizer, atualmente vige, no direito brasileiro, o princípio da responsabilidade ilimitada para o empresário individual. Frise-se, por oportuno, a regra geral é a de que por obrigações decorrentes da atividade empresarial, sejam referentes a débitos ou a danos, o empresário individual irá responder com todo o seu patrimônio, inclusive o pessoal, não havendo, portanto, separação patrimonial, relativa aos bens e relações jurídicas inerentes à atividade empresarial daqueles relativos à vida pessoal do empresário.

Diz-se regra geral na medida em que a legislação nacional, com o Código Civil, reconhece uma possibilidade de exercício de atividade empresarial, com limitação de responsabilidade. Trata-se da continuidade do exercício de empresa por incapaz antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor da herança, prevista no art. 974, do Código Civil. Neste caso, desde que com precedente autorização judicial, não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens, estranhos ao acervo empresarial, que o incapaz possuía, antes da interdição ou da sucessão.

Apesar de a opinião da doutrina seja a de que tal limitação de responsabilidade decorrera do entendimento pelo qual o incapaz não poderia sofrer os ônus do insucesso empresarial, exatamente por lhe faltar de algum modo o discernimento, no sentido de informar se quer ou não empreender, e até que ponto empreender, o fato é que se materializou a idéia do patrimônio de afetação para fins empresariais, em nosso ordenamento jurídico.

Não se pode aqui olvidar que já Asquini (1998, p. 118) asseverava que o patrimônio empresarial, em razão de seu escopo, é um patrimônio especial distinto do restante patrimonial do empresário. O próprio Asquini ressalta que, em razão desta segregação patrimonial, construíram-se as teorias sobre a personificação da empresa, que não se sustentam, nem foram acolhidas. Afora a criação de uma sociedade que pudesse ter apenas um sócio no seu quadro societário, chamada, portanto, de sociedade unipessoal, já vista, a outra possibilidade viável é exatamente a de se limitar a responsabilidade do empresário ao patrimônio envolvido na atividade empresarial. Adotando-se o princípio da unidade patrimonial, como tal reconhecido no direito brasileiro, pode-se reconstruir a idéia apresentada no sentido de que se buscaria a limitação da responsabilidade do empresário individual à parcela patrimonial afetada à sua atividade.

Nesta perspectiva, são as palavras de Wilges Ariana Bruscato (2005, p. 269):

O patrimônio de afetação é uma forma de excluir, por exceção, bens em situações específicas e determinadas, como já ocorre no bem de família, nos bens sujeitos à comunhão de bens dos cônjuges, no usufruto, no espólio em relação ao herdeiro, etc.

Essa possibilidade se abre, vencendo-se o caráter indivisível do patrimônio. No entanto, se se considerar tal questão insuperável, basta entendê-la como mero destaque de bens de um patrimônio único. (...)

A operacionalidade de tais massas patrimoniais se dá através do sujeito único de direito, que as utilizará tendo como divisor de águas a *finalidade* empresarial, a destinação específica, devidamente inscrita. E por isso o empresário não deve dela se afastar, sob pena de responsabilização pessoal.

Tradicionalmente, como se viu, o empresário individual, em razão das obrigações oriundas do exercício da atividade empresarial, tem responsabilidade ilimitada. Sylvio Marcondes Machado (1956, p. 19) explica:

O princípio da responsabilidade ilimitada, consagrado nas legislações e segundo o qual a pessoa responde por suas dívidas com todos os bens, constitui o eixo de um inteiro sistema organizado no plano jurídico para prover à segurança das relações dos homens, na ordem econômica. Sujeitando a massa dos bens da pessoa à satisfação de suas obrigações, a lei, de uma parte, confere aos credores garantias contra o inadimplemento do devedor; de outra, impõe a êste (sic) uma conduta de prudência na gestão dos próprios negócios. E, assim, refreia a aventura, fortalece o crédito e incrementa a confiança.

É curioso notar que foi, também, a segurança das relações econômicas que fez mitigar o princípio da responsabilidade ilimitada, dando origem ao princípio da limitação de responsabilidade. Convém esclarecer, conforme Antônio Martins Filho (1999, p. 289), que o princípio da responsabilidade limitada em matéria de direito comercial tem sua explicação em imperativos de ordem sociológica, "que nada mais significa do que a revolta dos fatos contra a lei". O principal argumento para o não reconhecimento da limitação de responsabilidade do empresário individual se deve à chamada teoria da unidade do patrimônio. Contradita tal argumento Antonio Martins Filho (1999, p. 292), ressaltando:

O tradicional argumento da "indivisibilidade do patrimônio" e outros que tais, poderão ser invocados, à guisa de resposta a essas interrogações. Mas, a êles (sic) teremos o ensêjo (sic) de abordar, em outro capítulo dêste (sic) trabalho.

Por enquanto limitamo-nos a reconhecer a emprêsa (sic) individual de responsabilidade limitada representa um imperativo da hora presente, isto é, mais uma pressão dos fatos sôbre (sic) a lei.

A teoria da unidade do patrimônio e, por decorrência, o princípio da responsabilidade ilimitada vem sofrendo um abrandamento haja vista a tese do patrimônio de afetação, pela qual se concebe uma segregação ou divisão do patrimônio, que, ficam vinculados a uma finalidade específica, só respondem por obrigações oriundas de tal patrimônio. Assim, não há comunicação dos patrimônios, geral e afetado, na constância da afetação patrimonial. Credores do patrimônio de afetação deverão se contentar com este patrimônio separado, não podendo visar o patrimônio geral para garantir seus interesses, e vice-versa. A respeito do patrimônio de afetação, leciona Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 251):

Com a construção da teoria da afetação, uma corrente de juristas pretendeu atingir a doutrina tradicional da unidade do patrimônio, sustentando que aqueles bens constituem *patrimônio de afetação*, distintos e separados. Opera-se, assim, a cisão do complexo bonitário, sustentando-se que, afora o *patrimônio geral*, há os *especiais*, destacados pela

afetação. Desta sorte, abrir-se-ia uma brecha na noção da unidade e indivisibilidade, pois que, enquanto a doutrina tradicional considera o patrimônio como uma relação *subjetiva* ("cada pessoa tem um patrimônio"), a teoria da afetação entende que existem bens a compor os *patrimônios* da pessoa (natural ou jurídica), *objetivamente* vinculados pela idéia de uma afetação a um fim determinado.

Apesar de o referido autor entender que a afetação só implica em patrimônio caso seja verificada a criação de uma personalidade, o direito brasileiro reconhece o patrimônio de afetação sempre que parcela de um patrimônio é destacada para um fim determinado e que, como tal, não se misturam, nem comunicam com o chamado patrimônio geral. Pode se sentir perfeitamente o acolhimento da referida teoria, quando se lê o art. 119, IX, da Lei nº 11.101/05, que prevê:

Os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.

O patrimônio de afetação seria, assim, o meio pelo qual poderá ter consagrada a limitação de responsabilidade do empresário individual, uma solução não-societária, na qual não precisaria ser reconhecida uma nova personalidade jurídica. A responsabilidade do empresário individual restaria limitada à parcela do patrimônio afetada à atividade econômica. O patrimônio empresarial seria, assim, um patrimônio especial e distinto do patrimônio geral do empresário, dentro do que defende, inclusive, Alberto Asquini. Percebe-se, inclusive, que o patrimônio empresarial é distinto do patrimônio geral do empresário, em dois momentos, no Código Civil: o art. 974, que regula a continuação, desde que com precedente autorização judicial, da atividade empresarial por incapaz com limitação de responsabilidade aos bens afetados à atividade empresarial, antes da sucessão ou da interdição; e no art. 978, que prevê:

O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real.

Priscila M. P. Corrêa da Fonseca (2008, p. 123) comenta que:

O referido dispositivo legal assegura a independência do patrimônio da empresa em relação ao de seu titular ou sócios. Visa, outrossim, evitar que a empresa possa sofrer solução de continuidade em sua atividade negocial em razão de eventuais desentendimentos entre cônjuges – sejam eles sócios ou não –, ou mesmo em razão de resistência injustificada por parte de um deles quando a alienação de bem móvel ou imóvel se fizer indispensável ao andamento dos negócios sociais.

Não é difícil perceber que o patrimônio empresarial é independente do patrimônio pessoal do empresário titular. É assim, o patrimônio empresarial, nada mais do que uma parcela do patrimônio de uma pessoa que é destacada para ser utilizada especificamente em um empreendimento econômico, ou seja, trata-se, pois, de patrimônio de afetação. Com efeito, inexiste qualquer razão para não se reconhecer a independência do

patrimônio da empresa em relação ao do seu titular, mantendo-se o princípio da responsabilidade ilimitada do empresário individual. Se há independência entre o patrimônio da empresa e o patrimônio do titular, há patrimônio de afetação, pelo que as obrigações vinculadas a tal patrimônio deveriam ser, apenas, por ele, garantidas, sendo certo notar que não deveriam obrigações do titular que não tenham ligação com a empresa utilizar-se do patrimônio afetado a fim de ser garantidas.

3. CRÍTICAS ÀS ESTRUTURAS POSSÍVEIS

As críticas a que se impõem à regulamentação da limitação de responsabilidade do empresário individual, independentemente da estrutura a ser utilizada, dirigem-se a quatro grandes pontos. O primeiro deles diz respeito ao princípio da unidade do patrimônio, aquele pelo qual toda pessoa tem apenas um, e somente um, patrimônio, que serve para garantir aos interesses de terceiros. Um outro foco de discussão diz respeito à definição que o direito brasileiro dá para sociedade empresária; com efeito, deve-se ter o mínimo de dois sócios, na conformidade do art. 981, do Código Civil, pelo que descabe, regra geral, falar-se em sociedade unipessoal. O terceiro ponto diz respeito à pretensa novidade do tema, ou seja, o fato de não haver repercussões ou regulamentação da limitação de responsabilidade do empresário individual, no direito comparado. O último dos vértices de discussão de respeito ao entendimento pelo qual em sendo reconhecida a limitação de responsabilidade, restarão abertas as portas para o cometimento de ilícitos e de fraudes.

No que tange à unidade do patrimônio, o direito brasileiro já fez mitigar referido princípio, por intermédio da teoria do patrimônio de afetação (parcela de patrimônio destacada do patrimônio geral de uma pessoa, sendo destinada a uma finalidade específica, prevista em lei). É imperioso lembrar que a segregação patrimonial de parcela do patrimônio para um fim específico só ocorrerá se autorizada pelo direito positivo e que, segundo Caio Mário (1998, p. 251) “aparece toda vez que certa massa de bens é sujeita a uma *restrição* em benefício de um fim específico”.

Apesar do art. 981, do Código Civil, de fato, ressaltar que “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir” para o exercício de uma atividade econômica, havendo a necessidade de se ter, portanto, duas ou mais pessoas, sendo certo notar que, acaso reduzido a uma pessoa o quadro societário, e não sendo recomposta a pluralidade de sócios, em 180 dias, ter-se-á a dissolução da sociedade (art. 1033, IV, CC/02), não se pode olvidar daquilo a que se propõe o ato constitutivo de sociedade. Com efeito, a teoria que melhor explica o ato constitutivo da sociedade é a teoria do *contrato plurilateral*, de Tullio Ascarelli, que, na visão de Marlon Tomazette (2003, p. 26-29) tem por principais características, como já visto, dentre outras a distinguir o contrato plurilateral (natureza jurídica do contrato de sociedade) dos demais contratos, a possibilidade de mais de duas partes, diferentemente do contrato bilateral em que só se tem, apenas duas partes, bem como o fato de que o contrato plurilateral está aberto a adesão de novas partes, sem que isso modifique ou implique na formação de um novo contrato, o que nos remete a que, também, a saída de partes vinculadas a tal contrato, vale dizer, a saída de sócios não modifica o contrato em questão, que continua a ser o mesmo.

Apesar de caracterizar o contrato plurilateral como aquele que se caracteriza “pela possibilidade da participação de mais de duas partes” e “pelo fato de que, quanto a todas

essas partes, decorrem do contrato, quer obrigações, de um lado, quer direitos, de outro" (ASCARELLI, 2008, p. 374), Tullio Ascarelli (2008, p. 411-413) apresenta-o como uma modalidade de contrato "aberto", ressaltando:

Às vezes, o contrato importa permanente oferta de adesão a novas partes (que satisfaçam determinadas condições) e permanente possibilidade de desistência de quantos dele participem, sem que seja necessária uma reforma do contrato para que novas partes participem dele ou para que se retirem os que já participam. (...)

Todavia, mesmo quando a entrada de um novo sujeito ou a desistência de um outro sujeito seja possível só modificando o contrato social, estaremos diante de uma hipótese inconcebível nos demais contratos, sempre rigorosamente limitados a apenas duas partes.

Oportunamente, acrescentou-se – e isto acentua a diferença – que os novos sujeitos entram a fazer parte do contrato originário; de fato, nos limites da responsabilidade que lhes é própria, eles respondem também pelos débitos contraídos anteriormente à sua participação na sociedade.

Por outro, a saída de um sujeito é compatível com a possibilidade de continuação do grupo.

A se entender a característica em exame no sentido de se ter no contrato plurilateral a indeterminação do número de partes neste contrato, e sabendo-se que o contrato plurilateral está sempre aberto a novas adesões, restaria sustentada do ponto de vista teórico a possibilidade de se ter no direito brasileiro a chamada *sociedade unipessoal*. Ressalte-se que a presente tese, aliada ao princípio da preservação da empresa, é que justifica a espera de um lapso temporal para não se extinguir, de plano, uma sociedade cujo quadro societário fique restrito a apenas uma pessoa, um sócio.

Não se pode deixar de lembrar-se da tese do *contrato-organização*, de Calixto Salomão Filho (1995, p. 58). Tal teoria ressalta que o contrato-organização é uma das espécies dos chamados contratos associativos e que se distinguem dos chamados contratos de permuta, na medida em que "o núcleo dos contratos associativos está na organização a ser criada, enquanto que nos contratos de permuta o ponto fundamental é a atribuição de direitos subjetivos". Tullio Ascarelli (2008, p. 424) ressalta que, em se considerando a sua função econômica, o contrato plurilateral constituiria um contrato de organização.

A crítica relativa à não regulamentação ou ao não reconhecimento da limitação de responsabilidade do empresário individual não se sustenta mais, por si só, ante a análise comparada. Com efeito, a 12ª Diretiva da Comunidade Européia generalizou o reconhecimento da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada no continente europeu. Sylvio Marcondes Machado (1956), Antonio Martins Filho (1999), Calixto Salomão Filho (1995) e Sergio Campinho (2003), relatam que tal instituto tem sido

estudado com afinco e regulamentado em diversos países, tanto a título de Europa, quanto a título de América.

Marcelo Bertoldi (2008, p. 170), inclusive, explica que:

a sociedade unipessoal de Liechtenstein, que era exemplificada como uma exceção à regra geral da pluripessoalidade, acabou por transformar-se, hoje em dia, em somente mais um exemplo de país que permite a existência de sociedades com apenas um sócio.

Sobre o cometimento de fraudes, é imperioso ressaltar que, com ou sem limitação dos riscos inerentes à atividade empresarial, a possibilidade de fraudes jamais deixará de existir. Basta que se tenham instrumentos eficientes para coibir o cometimento de fraudes, tais como a desconsideração da personalidade jurídica, sendo certo perceber a possibilidade de sua aplicação, afim de coibir as fraudes, remodelando-a para algo como a "desconsideração da autonomia patrimonial". Não se pode olvidar, no que tange ao problema das fraudes do pensamento de Antonio Martins Filho (1999, p. 312) ao enunciar que:

Com efeito, certa corrente de doutrinadores considera a tese juridicamente admissível, mas afirma que êsse tipo de empresa uma espécie de porta aberta à fraude na vida prática. Daí a conclusão de que se torna perigosa e, pois, desaconselhável a sua adoção pelo direito positivo.

Êste argumento, ao que nos parece, não terá fôrça suficiente para sufocar uma idéia em marcha e já em vias de concretização.

[...]

Os que aceitam esta hipótese como sendo a mais viável e, sob a pressão deste estado psicológico, propalam abertamente tal pensamento, não se recordam que, em oposição constante à boa fé – garantia máxima das operações fiduciárias – está a argúcia impreterível dos indivíduos inescrupulosos, os quais tanto podem agir em nome individual como coletivamente. Destarte, a possibilidade de fraude, na trepidação da vida econômica, jamais deixará de existir, com ou sem a limitação dos riscos do estabelecimento do comerciante singular.

Desse modo, percebe-se que as críticas mais contundentes feitas ao instituto ora proposto, de nenhum modo, merecem prosperar. São, portanto, todas, críticas insustentáveis.

4. UMA ANÁLISE ECONÔMICA SOBRE A SEPARAÇÃO PATRIMONIAL DOS AGENTES ECONÔMICOS

Sempre que se remete a fazer qualquer análise econômica seja de normas jurídicas, seja de instituições reguladas pelo Direito, de logo surgem as discussões acerca da relação entre Direito e Economia ou mesmo do modo como essas duas ciências devem dialogar. Não obstante seja antiga a referida relação, Rachel Sztajn (2005, p. 74) destaca que é "vista como alguma coisa marginal, de pouca importância". Entretanto, continua a mencionada autora a ressaltar que "é imensa a contribuição que o diálogo entre Direito e Economia pode oferecer ao propor soluções para questões atuais".

A mesma Rachel Sztajn (2005, p. 75), demonstra:

Comum aos estudos de *Law and Economics* é a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torná-las cada vez mais eficientes.

Law and Economics é, assim, um movimento que, em síntese, prega a adoção do ferramental econômico para o fim de avaliar ou analisar as normas jurídicas, em seus efeitos econômicos, visando um ordenamento jurídico mais eficiente. Nesse sentido, Rachel Sztajn (2005, p. 75) chama a atenção de como a Economia pode contribuir para o aperfeiçoamento de normas jurídicas:

Tomando a Economia como poderosa ferramenta para analisar normas jurídicas, em face da premissa de que as pessoas agem racionalmente, conclui-se que elas responderão melhor a incentivos externos que induzam a comportamentos mediante sistema de prêmios e punições. Ora, se a legislação é um desses estímulos externos, quanto mais as forem as normas positivadas aderentes às instituições sociais, mais eficiente será o sistema.

Para o *Law and Economics*, o Direito Positivo é um sistema de incentivos que visa determinar as condutas a serem tomadas por parte dos agentes econômicos a partir de incentivos. Fala-se de incentivos positivos quando se está diante de uma conduta que o "sistema" tenha por desejável, aquela em que os agentes econômicos devem praticar. De outro lado, pode haver incentivos negativos, quando se esteja diante de uma conduta que o direito positivo vise proibir, tendo por fim a sua inibição. No primeiro caso, sempre que o agente econômico se portar em conformidade com a norma ele deve receber uma premiação. No segundo caso, se o agente pratica um ato, uma conduta, que o Direito queira reprimir, ele deve receber uma punição. A premiação e a punição, assim, funcionam como incentivos. O Direito, portanto, é um conjunto de normas incentivadoras de condutas, baseado em um sistema de proteção a fazer com que as normas sejam cumpridas. Nesse prisma, a legislação deve ser um incentivo eficiente.

Não se pode olvidar que os agentes econômicos têm por finalidade a maximização da utilidade e dos resultados, pois ao maximizar utilidades gerarão para si mesmos e para a sociedade um maior bem estar. Ocorre que tais agentes atuam a partir de características que lhes são inerentes. Vale dizer, os agentes econômicos têm racionalidade limitada e atuam de modo oportunista. Décio Zylbersztajn (online) ensina que:

[...] os agentes desejam ser racionais, mas só conseguem sê-lo parcialmente. A limitação decorre da complexidade do ambiente que cerca a decisão dos agentes, que não conseguem atingir a racionalidade plena.

Na mesma linha, demonstra Calixto Salomão Filho (2007, p. 36) que:

Incerteza e informação imperfeita não são limitações dentro das quais os indivíduos procuram maximizar sua utilidade, como querem os neoclássicos; mas limites ao próprio processo de raciocínio. Esse é o pressuposto dessa teoria.

Já sobre o oportunismo, ressalta Décio Zylbersztajn (online):

Oportunismo implica no reconhecimento de que os agentes não apenas buscam o auto-interesse, que é um típico pressuposto neoclássico, mas podem fazê-lo lançando mão de critérios baseados na manutenção de informações privilegiadas, rompendo contratos *ex-post* com a intenção de apropriar-se de "quase rendas" associadas àquela transação e, em última análise, ferindo códigos de ética tradicional aceitos pela sociedade.

Essas, portanto, são as características dos agentes econômicos. Todo agente econômico busca sempre o seu próprio bem estar. Porém, esse agente não consegue compreender racionalmente todas as informações disponíveis no mercado. Vale dizer, nas relações econômicas havidas no mercado, sempre, uma das partes terá mais informações acerca do objeto das transações. Assim, a racionalidade do agente é limitada às informações que ele consegue apreender das relações que pratica. Do mesmo modo, é a partir de tal contexto que os agentes econômicos se relacionam firmando contratos. É visando oportunidade de gerar utilidades para ambos os agentes econômicos que os contratos são firmados. Na busca do auto-interesse, são formadas relações jurídicas. Porém, é a mesma busca pelo auto-interesse de cada agente que faz com que determinado agente venha a romper mencionados contratos.

Do que se vê até o momento, para o *Law and Economics* existem basicamente duas premissas básicas. A primeira é a de que os indivíduos maximizadores de riqueza, ou seja, são seres racionais que buscarão atender aos próprios interesses a partir de escolhas por eles realizadas. Reitere-se que tais escolhas serão feitas por alguém que tem racionalidade limitada e que age mediante oportunismo. A segunda é a de que as escolhas realizadas por tais indivíduos acarretarão, sempre conseqüências.

A propósito, ensina Cristiano de Carvalho (online) que:

Nesse sentido, o método econômico aplicado ao comportamento humano implica que os indivíduos normalmente agem de forma racional, buscando melhorar o seu bem-estar e avaliando as suas escolhas através de uma avaliação custo/benefício. Cabe não incorrer na confusão freqüente entre escolha racional e escolha acertada ou correta. Fazer escolhas racionais não implica, de forma alguma, que, aos olhos dos demais, a alternativa optada pelo sujeito seja a melhor para si ou para outros.

Para o tema em debate, é preciso que se relembre a definição de empresário trazida pelo Código Civil de 2002, em seu art. 966. Segundo tal dispositivo, "considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços". Ressalta, ainda, o art. 967, do mesmo Código que "é obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade". Sabe-se, contudo, que, à míngua do que possa parecer à primeira vista, o registro não é condição para considerar alguém como empresário, tendo por finalidade a regularização do exercício da atividade empresarial. É atividade, portanto, que vai qualificar alguém como sendo empresário. Segundo Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2008, p.126):

[...] podem ser relacionados na forma abaixo os requisitos ou elementos qualificativos e distintivos do empresário: (i) exercício de uma *atividade*; (ii) a *natureza econômica* da atividade; (iii) a *organização* da atividade; (iv) a *profissionalidade* do exercício de tal atividade (elemento teleológico subjetivo); e (v) a finalidade da *produção ou troca de bens ou serviços* (elemento objetivo).

Do exposto, resulta distinguir, de um lado os empresários formais, porque registrados na Junta Comercial, exercendo atividade regular; e, de outro, os informais, não registrados, exercendo atividade irregularmente. É o caso de se perguntar da motivação, pela qual existe um mercado informal tão grande, ou até maior, do que o mercado formal.

A resposta para a presente indagação é dada sob a análise *Law and Economics*. Com efeito, como já se disse, os indivíduos, a partir de um sistema de incentivos regulados pelo Direito, pautam as suas condutas. Ocorre que tais indivíduos sempre fazer uma verdadeira análise de custo/benefício acerca do cumprimento das prescrições legais. Nesse sentido, é que se diz que ele faz uma escolha racional, sendo racional tanto atender, como não atender normas, desde que a conduta tomada seja mais vantajosa, vale dizer, traduza-se no aumento do bem estar, na maximização de utilidade para tal indivíduo. Desse modo, para aqueles que exercem atividades empresariais de modo informal, é mais vantajoso não formalizarem, mediante registro na Junta, tal atividade. Seja pelo fato de que os incentivos positivos trazidos ("premiações" dadas pelo Ordenamento Jurídico, em razão da formalização) não são tão eficientes a ponto de incentivarem a que os agentes econômicos venham a se registrar; seja pelo fato de que os incentivos negativos ("punições" dadas pelo Ordenamento Jurídico, em razão da não formalização), do mesmo modo, não se demonstram eficientes, a ponto de forçarem a regularização das atividades pelos empresários informais.

Fábio Ulhoa Coelho (2008, p. 66), acerca do empresário não registrado, ensina que:

O empresário que não cumpre suas obrigações gerais – o empresário irregular – simplesmente não consegue entabular e desenvolver negócios com empresários regulares, vender para a Administração Pública, contrair empréstimos bancários, requerer a recuperação judicial etc. Sua empresa será informal, clandestina e sonegadora de tributos.

Desse modo, tais atos e negócios funcionariam como incentivos positivos para a regularização da situação daqueles que estão na informalidade. Funcionam, portanto, como premiação para os empresários "formais", registrados, pois, apenas estes é que poderão praticar tais atos e negócios. Não se pode deixar de cogitar acerca da ineficiência de tais incentivos. Com efeito, como já se disse, é da própria natureza dos agentes econômicos a limitação ou a minoração dos riscos relativos ao empreendimento econômico a que se dedicam. Na hipótese de limitação de riscos, os agentes econômicos tenderão a alocarem em tal empreendimento econômico uma maior disponibilidade de recursos, pois reduzidas serão as possibilidades de perda de tais investimentos.

Nesse ínterim, cabe relembrar as lições de Romano Cristiano (2007, p. 107):

Foi visto que a empresa, como gênero, não indica todas as atividades humanas: indica apenas aquelas atividades cujo exercício não pode prescindir da existência de boa dose de risco, não importa a natureza deste. [...]

E a empresa econômica? Qual o risco que ela faz correr? Faz correr, sem dúvida alguma, o risco de perda, total ou parcial, do capital empregado na respectiva atividade (quando não do inteiro patrimônio pessoal do empresário individual ou dos sócios ilimitadamente responsáveis de sociedade empresária). Pois um capital é necessário

sempre, em qualquer hipótese, como elemento fundamental ou essencial: é de fato inconcebível a existência de empresa econômica desprovida do mesmo.

Na medida em que a "empresa é risco" e que é necessária a utilização de capital para o exercício de atividade empresarial, limitando-se a responsabilidade do empresário ao patrimônio por ele empregado para o exercício de sua atividade, o empresário tenderá a empregar mais recursos para o desenvolvimento de sua empresa. Exatamente pela falta de tal limitação é que se vê a profusão de sociedades limitadas, apenas de fachadas. São as já comentadas sociedades fictícias.

Por óbvio, a separação patrimonial do empresário ficaria condicionada ao registro da empresa. Desse modo, tem-se que a limitação de responsabilidade do empresário individual, em qualquer de suas vertentes, resultaria em incentivo eficiente a fim de que houvesse uma maior regularização, diminuindo-se, ao menos em tese, a informalidade. De resto, como com a mencionada separação patrimonial, seja em termos de patrimônio de afetação, seja em termos de sociedade unipessoal, limitar-se-iam os riscos oriundos do empreendimento econômico. Aqueles que se relacionarem com o agente econômico, em razão da empresa, terão, apenas, o patrimônio desta para se satisfazer. Porém, limitando-se os riscos, os empresários tenderão a investir mais em suas empresas, servindo a limitação de responsabilidade individual como um meio eficiente para se fomentar o empreendedorismo.

CONCLUSÃO

Algumas observações devem ser feitas, a título de fechamento. A primeira é a percepção que se tem no que tange à aplicação das soluções apresentadas como meios possíveis para a regulamentação da limitação da responsabilidade do empresário individual. Com efeito, costuma-se apresentar o empresário individual de responsabilidade limitada como mecanismo possível para atender à pequena e média empresa e a sociedade unipessoal para se atender à grande empresa e aos conglomerados econômicos.

Firme na nossa convicção de que o "novo" Direito Comercial é o direito das empresas e dos mercados (relembre-se o binômio apresentado na introdução), é preciso que se pense numa sistemática que atenda, de um lado, o pequeno empresário e de outro a grande empresa, sendo certo notar que o importante é que se tenha um modelo de limitação de responsabilidade do agente econômico ao patrimônio afetado à sua atividade, independentemente do tipo ou do tamanho de sua empresa. Nesse ínterim, a estrutura deve atender tanto ao empresário que necessita de pouca organização quanto da grande empresa que atua perante o mercado de capitais, por exemplo.

Apesar de os autores que se dedicaram ao estudo do tema, no Brasil, entenderem pela adoção de um modelo único, qual seja, a limitação de responsabilidade do empresário individual, via patrimônio de afetação ou sociedade unipessoal, temos que a melhor solução é aquela que consagra ambos os modelos. Assim, a limitação da responsabilidade do empresário individual deve ser reconhecida, a título de provável regulamentação, tomando-se por base inicial de análise, o limite previsto na referida Lei Complementar nº 123/06 para definir a microempresa (art. 3º, I). O empresário individual, com receita bruta anual, até tal limite, responderá pelas dívidas empresariais, apenas com bens e direitos vinculados à atividade empresarial. Superado tal limite, há

de ser aberto um prazo curto, por exemplo, 180 dias, para utilizar o mesmo prazo previsto no Código Civil (art. 1033, IV), no intuito de que o empresário individual se transforme, na conformidade do art. 1115, em sociedade unipessoal limitada, sob pena de passar a ser ilimitada a responsabilidade. O inverso, também, deve ocorrer. Com efeito, se sociedade unipessoal limitada vier a ter faturamento inferior a referido limite, deve ser transformada em empresário individual, com limitação de responsabilidade limitada, no prazo previsto.

No intuito de não se gerar burocracia desnecessária, no sentido de anualmente ocorrer as referidas transformações, deve se disciplinar hipótese na qual se tenha a perda do direito a limitação de responsabilidade, nas modalidades analisadas, propondo-se que tal perda ocorra quando houver a superação ou não for alcançado referido limite, por dois anos consecutivos ou três anos alternados em um período de cinco anos. Não se respeitando tais regras, passa-se à condição de empresa irregular e, portanto, a responder ilimitadamente pelas obrigações empresariais.

Tal deve ser o instrumento a ser regulamentado, valendo dizer que, acaso o empresário atue com desvio de finalidade ou com fraude à lei, a limitação de responsabilidade do empresário individual, em quaisquer das modalidades, deve ser desconsiderada, passando o empresário a responder ilimitadamente pelas obrigações oriundas da fraude à lei ou do desvio de finalidade. Caso tal empresário entre em crise e venha a ser decretada sua falência, é sobre o patrimônio afetado ou sobre o capital social da sociedade unipessoal que deve ser montada a massa falida. O administrador judicial só deverá arrecadar os bens componentes de tais patrimônios.

A regulamentação da limitação de responsabilidade do empresário individual é importante e imprescindível por dois aspectos. O primeiro diz respeito à certeza e segurança de que passarão a ter os agentes econômicos contrataram com o empresário individual, retirando-se a possibilidade de pessoas que não tiveram qualquer relação com o patrimônio afetado à atividade econômica venham a se utilizar de tais bens. O segundo aspecto reside no fato de que, afetando-se a responsabilidade do empresário individual aos bens utilizados para o exercício da atividade econômica, restará intocável a parcela de patrimônio pessoal dos que se dedicam a atividade empresarial. Desta feita, esse patrimônio intocável se constituirá no móvel pelo qual o empresário poderá ter condições mínimas de viver dignamente, bem como de garantir tais condições aos seus familiares, efetivando, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Registre-se, por fim, que a regulamentação da limitação de responsabilidade do empresário individual é sustentada, não somente a partir de uma abordagem jurídico-constitucional. Com efeito, do ponto de vista de uma análise econômica, vislumbra-se que a separação patrimonial do empresário representa um incentivo eficiente a que os empresários venham a formalizarem suas empresas, perdendo-se a motivação para a formação de sociedades fictícias. De outro lado, pelo fato de se segregar patrimônio, fazendo surgir, em todos os aspectos um patrimônio especial, distinto do patrimônio geral do empresário, a separação patrimonial serviria, por função econômica, como um mecanismo eficiente para se fomentar o empreendedorismo. Desse modo, os empresários, em geral, tenderão a alocarem mais recursos em suas empresas em face da aludida limitação.

REFERÊNCIAS

ABREU, Iolanda Lopes. **Responsabilidade patrimonial dos sócios nas sociedades comerciais de pessoas**. São Paulo: Saraiva, 1988.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Quorum, 2008.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, 1996.

BERTOLDI. Marcelo M. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 4 ed. São Paulo: RT, 2008.

BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário Individual de Responsabilidade Limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO, Cristiano de. **Princípios e conseqüências:** a teoria da escolha racional como critério de ponderação – introdução ao problema. Disponível em: <http://www.viadesignlabs.com/lawandeconomics/Principios_e_Consequencias.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 1:** direito de empresa. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORREIA, António de Arruda Ferrer. **Sociedades fictícias e unipessoais**. Coimbra: Atlântica, 1948.

CRISTIANO, Romano. **Empresa é risco:** como interpretar a nova definição. São Paulo: Malheiros, 2007.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da, Sztajn Rachel. **Código civil comentado:** volume XI: direito de empresa; Coordenador: Alvaro Villaça Azevedo – São Paulo: Atlas, 2008.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Direito de Empresa no Código Civil de 2002**. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956.

MARTINS FILHO, Antônio. **Limitação da responsabilidade do comerciante individual**. 2 ed. Fortaleza: Casa José de Alencar, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A sociedade unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **O Novo Direito Societário**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial 1**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZYLBERSZTAJN, Décio. **Economia das Organizações**. Disponível em: <http://www.projetoe.org.br/vteams/teles/tele_01/leitura_01.html>. Acesso em: 18 nov. 2007.

BIOÉTICA, BIODIREITO E BIOTECNOLOGIAS

SELECIONANDO DESEJOS E RESTRINGINDO DIREITOS: REFLEXÕES SOBRE A ELEGIBILIDADE INDIVIDUAL À REPRODUÇÃO ASSISTIDA*

SELECTING WISHES AND RESTRICTION RIGHTS: REFLECTIONS ON INDIVIDUAL ELEGIBILITY TO ASSISTED REPRODUCTION

Alan Rocha de Souza
Vitor de Azevedo Almeida Junior

RESUMO

A família contemporânea desvinculou-se da exclusividade do vínculo matrimonial como forma legítima de constituição familiar, notadamente com a promulgação da Constituição da República de 1988, que, finalmente, recepcionou as alterações da realidade social e a evolução jurisprudencial, estabelecendo novas diretrizes jurídicas, a exemplo da dignidade da pessoa humana e solidariedade familiar. Modificou-se a vocação da familiaridade, que passa a abarcar uma pluralidade de entidades familiares, dentre elas a família monoparental, e, a partir de sua concepção instrumental, afigura-se como o grupo social intermédio hábil a proporcionar o desenvolvimento dos membros da comunidade familiar. A par destas mudanças, agregam-se os efeitos da biotecnociência, particularmente o fenômeno da reprodução assistida, que possibilitou a constituição de famílias monoparentais de forma planejada. Contudo, outros elementos normativos têm possibilitado uma melhor apreciação da matéria. Neste sentido, no plano internacional tem-se o reconhecimento e afirmação como direitos humanos fundamentais dos direitos sexuais e reprodutivos em fins do século XX, que embora ainda sem previsão expressa no ordenamento nacional, tem se aglutinado ao direito ao planejamento familiar, estabelecido no art. 226, parágrafo 6º da Constituição de 1988. A Lei do Planejamento Familiar também ampliou o referencial subjetivo deste direito, sendo agora "direito de todo cidadão", segundo consta no art. 1º, e não mais restrito ao termo "casal" presente no dispositivo constitucional. Engendra-se, desse modo, o problema da elegibilidade individual às técnicas de reprodução assistida. Desta nova forma de constituição familiar, seus critérios legais e princípios jurídicos aplicáveis, trata este artigo.

PALAVRAS-CHAVES: FAMÍLIA; MONOPARENTALIDADE; REPRODUÇÃO ASSISTIDA; PLANEJAMENTO FAMILIAR.

ABSTRACT

The contemporary family is unlinked to the exclusivity of marriage as a legitimate means of family formation, especially with the promulgation of the 1988 Constitution, which finally welcomed the changes in social reality and developments in case law, establishing new legal guidelines, such as human dignity and family solidarity. Changed the vocation of families, which now encompass a variety of family entities, among them single parents, and, from his instrumental conception, it now appears as the social group

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

able to provide adequate development of family members. Alongside with these changes, add the effects of biotechnology, particularly the phenomenon of assisted reproduction, which enabled the formation of single parent families in a planned manner. However, other regulatory elements have allowed a better appreciation of the matter. In this sense, in the international arena, there has been the recognition and affirmation of sexual and reproductive rights as fundamental human rights in the late twentieth century, that although there are no express provision in the national system, has admitted the right to family plannin assisted reproduction g, established in article 226, paragraph 6 of the 1988 Constitution. Family Planning Law also extended the subjective frame of that right which now is "a right of every citizen", as set out in art. 1 and no longer restricted to the term "couple" present in the constitutional provision. It's faced therefore the issue of individual eligibility for assisted reproduction techniques. This new way of constituting a family, their legal criteria and applicable legal principles, is the objective of this article.

KEYWORDS: FAMILY; SINGLE PARENTS; ASSISTED REPRODUCTION; FAMILY PLANNIN

Introdução

Dentre tantas mudanças empreendidas no direito civil contemporâneo, particularmente o tripé no qual durante longo período a tradicional dogmática civilista se assentou - a saber, o contrato, a propriedade e a família, formam os alvos mais atingidos pelas transformações decorrentes da teoria crítica e da constitucionalização do direito civil. Alvejada tanto por mutações constantes no substrato social, mas aceleradas no fim do século passado pelo desenvolvimento da biotecnociência, quanto no substrato axiológico, agora de índole constitucional, o contexto sócio-jurídico no qual se insere a familiaridade hodierna, além das importantes modificações já operadas, tem desempenhado um papel crucial na valorização e promoção da dignidade e pleno desenvolvimento da pessoa humana, a qual diante do atual ordenamento pátrio afigura-se como valor central de todo o sistema, que tem na Constituição sua orientação e seu fundamento, direcionando todo seu arsenal à integral proteção do ser.

Assim, da matrimonialização à pluralização da família, houve o reconhecimento, na Constituição da República de 1988, de novas entidades familiares, que objetivam o desenvolvimento da pessoa humana, compreendendo-as como um espaço democrático, no qual deve imperar a confiança e afeto recíprocos. Assim, em função das opções e valores constitucionais inseridos a partir de 1988, alterou-se, de uma vez por todas, a concepção de família no ordenamento brasileiro, que passa a albergar em seu conceito a flexibilidade, quanto às diversas formas de estruturas familiares, e a instrumentalidade, voltando-se para a realização e desenvolvimento da personalidade de seus membros. Concebe-se, desse modo, a família-instrumento ou a família-serviente que é exatamente a sua vocação como grupo intermediário hábil a proporcionar um ambiente favorável às necessidades existenciais de cada um e de todos, com base no relacionamento respeitoso, cooperativo e solidário.

Com o atual entendimento da família como um instrumento para a realização pessoal, e tendo em vista que podem ocorrer confrontações entre a tutela da personalidade de um dos membros da família com os demais, percebe-se que o direito ainda não conformou diversas situações existenciais nas quais se confrontam o direito ao pleno desenvolvimento do ser humano inserido em determinado seio familiar, carecendo, portanto, que ponderações sejam realizadas no sentido de harmonizar a tutela da dignidade da pessoa em si considerada, sem, no entanto, olvidar o caráter relacional presente no grupo familiar.

Exemplo cabal de confrontações no campo existencial entre os integrantes da família, ainda que com carga de potencialidade, é o direito à reprodução, por via artificial, de pessoa solteira em face do direito à biparentalidade da futura criança. Tal matéria encontra-se longe de um possível consenso no mundo jurídico, ainda mais com as alterações promovidas pela Constituição da República de 1988 que, se de um lado, reconheceu a família monoparental e o direito ao planejamento familiar, por outro, atribuiu primazia aos interesses das crianças e adolescentes.

Se antes atrelada a valores matrimoniais e patrimoniais, o desejo de ter um filho constituía uma das finalidades do casamento, como "conseqüência natural da satisfação do 'débito conjugal'"[1], agora, desvinculada das exigências de uma união formal, passa a ser concebida como um projeto de vida, intimamente relacionado à autonomia reprodutiva e ao próprio desenvolvimento da personalidade de quem almeja ser genitor. Nada obstante, as possibilidades de concretização do desejo parental aumentaram potencialmente com o recurso às técnicas de reprodução assistida, as quais trouxeram novos problemas à familiaridade contemporânea.

Embora, em princípio, destinadas a casais heterossexuais inférteis, não tardou que grupos sociais não contemplados inicialmente pelo discurso biomédico se aproveitassem dessas técnicas como meio de constituir uma família, demonstrando a imprevisibilidade na delimitação ou restrições quanto à sua utilização pela sociedade. Com efeito, pouco se debatia sobre as formas de constituição familiar que essas técnicas proporcionavam às pessoas, em conjugalidade ou individualmente, heterossexuais ou homossexuais, e que o nascimento desse novo ser acarretaria na formação de uma nova família, ainda que monoparental.

A escolha político-jurídica quanto à terapeuticidade ou não deste ato médico, ou se somente o desejo parental bastaria para legitimar o uso destes procedimentos, é crucial para o desenvolvimento do debate. Sob esse viés, cabe indagar se é possível a eleição de determinadas pessoas ou formas de conjugalidade ao uso das técnicas de reprodução humana assistida sem ofender aos princípios fundamentais constitucionais da liberdade, privacidade, igualdade e não-discriminação? Ou, sob outra ótica, se a tutela jurídica do simples desejo de se ter filho chancela a procriação artificial sem colocar em risco à proteção ao pleno desenvolvimento da personalidade da futura criança?

Assim, trata este artigo de analisar os critérios legais e os princípios aplicáveis à questão da elegibilidade individual às técnicas de reprodução humana assistida diante da proteção à autonomia reprodutiva e do direito ao planejamento familiar, respeitando o direito fundamental à liberdade e à pluralidade e solidariedade familiar.

1. O fenômeno da reprodução assistida e a família contemporânea: interseções

Ao descortinar possibilidades de intervenção médica na própria forma de reprodução humana, que de biológica passa a poder ser também através de concepção artificial, com potencial de transformar a organização da família, a filiação e o parentesco, o fenômeno da reprodução assistida surpreendeu ao servir como "um poderoso instrumento de reforço da moral heterossexual e de padrões de constituição de famílias assentados em premissas naturalistas do feminino e do masculino".[2]

A moralização do debate bioético[3] mudou os possíveis rumos previstos para o campo das tecnologias reprodutivas, com realce para a restrição aos usos dessas técnicas por pessoas ou casais não enquadrados dentro do clássico modelo matrimonial entre homem e mulher, na contramão, inexplicavelmente, das profundas transformações operadas no seio da plural família contemporânea.

Neste sentido, Marilena Villela Corrêa afirma que "a família moderna já tinha sofrido profundas e diversas modificações (monoparentalidade, uniões homossexuais, divórcios e novos casamentos, etc.) quando a reprodução assistida surgiu", e, ao contrário do que se poderia imaginar, observa a autora que "não é possível falar em mudanças significativas em nossos sistemas simbólicos ligados à filiação, ao parentesco e à família, mesmo porque, ao menos num primeiro momento, elas [as tecnologias reprodutivas] têm atuado no sentido de respeitar e reforçar esses sistemas"[4]. Sob esse viés, Debora Diniz elucida que "de avanços tecnológicos no passado, doação de esperma e gestação de substituição passaram a ser vistas como técnicas imorais que ameaçam a estabilidade dos valores heterossexuais no campo da reprodução biológica e social".[5]

Vislumbra-se, no entanto, uma moral de caráter externo, altamente restritiva à utilização desse conjunto de técnicas, dominante no debate público cercado de dogmas religiosos, e, na esfera privada, de autodeterminação da vontade de procriar, uma moral elástica, distinta, geralmente, da exteriorizada socialmente. Nesta, há absoluta prevalência do puro desejo de se ter filhos. Sob essa via, observa-se uma certa "despreocupação social" quanto às restrições em virtude da limitada eficácia que possuem as regras pertinentes a este assunto. Nesta esteira, escreveu Debora Diniz: "ter filhos biologicamente vinculados é mais do que um desejo de exercer a maternidade ou paternidade, pois significa a vinculação a um ideal de reprodução social pela função da família e da filiação, inserindo os indivíduos em uma ordem de parentesco"[6].

A conseqüência principal dessa moralização do domínio bioético, particularmente na experiência brasileira, é a ineficácia social das pretensões normativas (e regras deontológicas já existentes, *ex vi* a Resolução do CFM 1.358/1992), em virtude de o debate ético e legislativo sobre a reprodução assistida, não raras vezes, caminharem à margem da nova concepção de família, filiação e parentesco, há tempos renovada na estrutura social dominante e, em grande parte, já reconhecida após a Constituição da República de 1988.

Embora seus efeitos não se limitem sobre o direito de família, é nesta seara que se vislumbram as hipóteses mais delicadas moralmente, capazes de subverterem as

tradicionais regras e princípios aplicáveis as relações familiares. Assim, ainda que seu potencial de transformação de formações sociais imemoriais, como a família, o gênero, a maternidade e a paternidade, não se tenham operado, ao menos na sua totalidade, na efetiva releitura destes institutos, certo é que as práticas já disseminadas e as hipóteses já aventadas descortinaram a fragilidade de alguns, ou a ruína de outros. Além do mais, a manutenção dos sistemas estruturantes no contexto da familiaridade e parentalidade em conjunturas gerais e abstratas não impediram, em momento algum, que o sublime desejo de uns se sobrepujasse à moralidade média, tornando factíveis exemplos antes reservados ao campo ficcional.

A despeito das pretensões de limitações de uso, altamente discutidas no meio acadêmico e legislativo, é indiscutível o velamento das práticas de reprodução assistida no Brasil[7], o que propicia um campo aberto à consecução de interesses individuais ou de casais que desejam ter filhos, fruto da inexistência de regulamentação jurídica e da concentração dos centros especializados no setor de saúde privado. Certo é, que nessa área, há uma dissociação entre a pretensão regulamentar, as parcas regras existentes sobre o assunto e as práticas diárias verificadas nas clínicas especializadas.

Desde a segunda metade da década de 70 do século XX, e depois com a popularização dos métodos conceptivos artificiais, reinam as incertezas e a falta de consenso político, e mesmo, em que pese à imanência da pluralidade moral neste campo, o encaminhamento legislativo[8] está distante de um fim, ainda que provisório em razão do contínuo avanço da biociência e do posicionamento social mutante.

Observa-se, ainda, que a insegurança jurídica acarretada pela carência legislativa não é exclusividade das questões relativas à elegibilidade individual, visto que a ausência de regulamentação e o longo monopólio dos serviços de saúde privados na oferta dessas técnicas, bem como a fragilidade dos dados – realidade na qual se assenta o campo da reprodução assistida no Brasil, somente colaboram para a obscuridade e incerteza que circundam toda a disciplina atinente ao tema.

Desse modo, se, por um lado, os avanços da biotecnociência foram responsáveis por profundas alterações nas relações familiares contemporâneas, por outro, seria excesso lhes imputar todas as modificações sofridas pela família moderna, como o divórcio, as uniões homoafetivas e a monoparentalidade. Ao contrário, o surgimento da reprodução assistida que, num primeiro momento, seria capaz de ampliar os meios de constituição da família monoparental, antes restritos às vicissitudes da vida, parece não ter surtido impacto social relevante. Assim, a possibilidade de constituição de famílias monoparentais através da utilização individual pelas pessoas das técnicas de reprodução assistida não foi imediatamente acatada pela sociedade, o que, por sua vez, refletiu na frenagem pelo direito no uso dessas tecnologias para esses fins.

2. Autonomia e direito reprodutivos

Não demorou muito para que a esfera de respeito à autodeterminação das pessoas alcançasse a vida reprodutiva, o que ganhou impulso do movimento feminista e das

tecnologias reprodutivas. Desse modo, a despeito das reivindicações feministas, principal força motriz na promoção desse direito, em torno da questão reprodutiva remontar a década de sessenta do século passado, esclarece Maria Betânia de Melo Ávila que "[...] a formalização da idéia em termos de direitos reprodutivos é bastante recente", em razão do discurso feminista ter privilegiado, ao menos, num primeiro momento, "[...] a luta pela descriminalização do aborto e o acesso à contracepção"[9], não abarcando à época a atual abrangência do tema dos direitos reprodutivos.

A primitiva noção de direitos reprodutivos, se é que assim se pode denominar, refletia, nas palavras de Maria Betânia de Melo Ávila, "[...] a tensão entre a maternidade obrigatória, concebida como elemento de dominação do homem em relação à mulher, e a contracepção, entendida como forma de libertação". Nesse contexto, o atual entendimento desses direitos, em sentido negativo e positivo, deve-se, segundo a autora, à "redefinição do pensamento feminista sobre a liberdade reprodutiva", posto que "a concepção e o exercício da maternidade eram possibilidades que, do ponto de vista moral, já estavam dadas, inclusive como prerrogativas fundamentais ou essenciais da existência das mulheres".[10]

Acrescenta Miriam Ventura que o privilégio "[...] a proteção do nascituro e a constituição e estabilidade familiar", determinam "uma interdependência entre os direitos das mulheres e os da criança ou da família que, na forma ou na prática, desconsidera aspectos fundamentais da posição das mulheres como titulares de direitos próprios e o fato de que os riscos e custos da procriação se dão em seus corpos".[11]

Flávia Piovesan sustenta, desse modo, que o conceito de direitos reprodutivos "tem sido assim ampliado, no sentido de abarcar todo o campo relacionado com a reprodução e sexualidade humanas, passando a compreender direitos reprodutivos e sexuais, concebidos no âmbito dos direitos humanos".[12]

Reconhece, nessa linha, Flávia Piovesan que "a emergência dos direitos reprodutivos como direitos humanos é um fenômeno contemporâneo"[13], ou, em outras palavras, os direitos sobre a sexualidade e a reprodução "chegaram tardiamente"[14], consolidados somente com a edição dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos nos anos noventa do século passado, em especial pela Declaração e o Programa de Ação sobre população e Desenvolvimento do Cairo de 1994 e pela Declaração e o Programa de Ação de Pequim de 1995.[15]

Esses documentos básicos, informa Leila Linhares, que mesmo não sendo textos legais, pelo menos no sentido estrito comumente empregado, por inferência de seus princípios basilares, "aprovados por consenso pelos Estados-membros das Nações Unidas", configuram-se "como fonte do direito que devem ser incorporadas na sua interpretação e aplicação".[16]

O Programa de Ação da Conferência Internacional do Cairo sobre População e Desenvolvimento relaciona o conceito de direitos reprodutivos com a definição de saúde reprodutiva, em observância dos preceitos emitidos pela Organização Mundial de Saúde, assegurando que "[...] saúde reprodutiva pressupõe a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se, contando com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que freqüência", encontrando-se implícito "[...] o direito de homens e mulheres à obtenção de informação e a ter acesso a métodos de

planejamento familiar de sua escolha que sejam seguros, efetivos, disponíveis e aceitáveis, bem como a outros métodos de regulação da fertilidade de sua escolha não contrários à lei".[17]

No ordenamento pátrio, embora o termo "direitos reprodutivos" ainda não tenha adquirido assento legal, a Constituição da República de 1988, em seu art. 226, parágrafo 7º, ao dispor sobre o direito ao planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, permitiu a introdução, ainda que de modo indireto, da autonomia reprodutiva no sistema jurídico-constitucional brasileiro, complementado pela Lei nº. 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

Para Heloisa Helena Barboza, o exame do parágrafo 7º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, "permite reconhecer a introdução em nosso sistema de denominada 'autonomia reprodutiva'", assegurando-se, para tanto, "o acesso às informações e meios para sua efetivação, ao se atribuir ao Estado o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, e ao se vedar qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".[18]

Conforme Daniel Sarmento o fundamento da autonomia reprodutiva pode ser extraído da "própria ideia de dignidade humana da mulher (art. 1º, III, CF), bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5º, caput e inciso X, CF)", sendo dotada, portanto, "de inequívoco fundamento constitucional"[19].

Sem embargos, embora não se confundam, o desenvolvimento dos direitos ligados à sexualidade e reprodução humanas preenche e fortalece o conteúdo da autonomia reprodutiva, o que é igualmente verificado com o direito ao planejamento familiar, sobretudo este, por ser o único termo expresso na Constituição da República de 1988, tem sido utilizado como fundamento normativo e axiológico dos outros dois, ainda que de modo reflexo.

Porém, impulsos a parte da despatrimonialização do conteúdo da autonomia privada carreados pela constitucionalização do direito civil, anterior tem sido a afirmação da autonomia reprodutiva pelo discurso bioético, a qual teve de ser angariada pelo direito em virtude da crescente demanda de processos que procuram dirimir conflitos no âmbito da engenharia genética. Assim, afora as discussões de cunho doutrinário, no plano jurisprudencial, o ajuizamento de ações constitucionais, como a ADPF nº. 54 e a ADIn nº. 3.510, bem como de *habeas corpus* que versam sobre o direito da gestante de interromper a gravidez de feto anencéfalo, incrementaram e fortaleceram o princípio da autonomia reprodutiva no país, a partir do momento em que julgadores tiveram de se posicionar sobretudo sobre pautas antigas, mas que retornam com força, a exemplo do aborto, e as tecnologias reprodutivas, como no caso da utilização para fins científicos ou terapêuticos de células-tronco de embriões humanos obtidas por meio de fertilização *in vitro*, todos remetendo às liberdades e capacidades ligadas à reprodução humana, seja em seu aspecto contraceptivo, mais comum, ou referente aos emergentes temas vinculados à concepção.

Superados os debates acerca da importância do reconhecimento e respeito ao exercício da autonomia reprodutiva, atualmente, o discurso bioético enfrenta o problema sobre a "imposição ou não de limites ao exercício da autonomia reprodutiva"[20], em virtude, principalmente, da fragilidade do "idealismo universalizante"[21] dos princípios éticos

gerais universais capazes, supostamente, de mediarem grande parte dos conflitos morais típicos da cartilha bioética, evidenciando a "falência universalista da teoria principialista".[22]

Desse modo, vê-se que enquanto na seara jurídica o princípio da autonomia reprodutiva vem ganhando cada vez mais projeção e vitalidade, quer no seu reconhecimento pelo direito, quer na viabilidade constitucional e efetividade quanto à sua aplicabilidade, no campo bioético seu caráter absoluto tem cedido espaço às confrontações com os interesses dos futuros filhos[23], sem, contudo, perder sua força e centralidade tão caros a este domínio. Assim, embora caminhem em sentidos opostos - o direito na busca pelo seu definitivo reconhecimento, enquanto a bioética recepciona a relativização da soberania da autonomia reprodutiva das pessoas[24], vislumbra-se a possibilidade de confluências entre os fundamentos e limitações em ambas as áreas, rumo a um ponto de harmonização entre as diferentes perspectivas possíveis, facilitando a consolidação e promoção do princípio da autonomia reprodutiva, sem que com isso se dê prevalência ao exercício ilimitado, característico do discurso bioético primitivo, ou descarte-se sua influência em prol dos direitos dos futuros filhos, como habituou-se o direito.

Assim, diante da tutela da autonomia reprodutiva, assentada na recente afirmação histórica dos direitos reprodutivos e sexuais no campo dos direitos humanos fundamentais[25], e da ampliação do alcance do direito ao planejamento familiar ao aspecto conceptivo[26], deve-se indagar até que ponto é possível limitar estes direitos em confronto com o direito à biparentalidade? E se este não decorre do princípio do melhor interesse da criança, existe fundamento legal, e quais são estes, para a exigência da figura materna e paterna para a utilização de técnicas de reprodução assistida, especialmente face à inexigibilidade nos casos de adoção?[27]

Resistências à parte de relegar a formação da monoparentalidade somente a causas imprevisíveis, desde a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 – se reconheceu a possibilidade de planejamento da formação da comunidade monoparental, em virtude da não-restrição às pessoas solteiras, maiores e capazes, voluntariamente e deliberadamente constituirem um vínculo paterno-filial com base na socioafetividade. Uma das possíveis explicações para a restrição nas hipóteses de reprodução assistida assenta-se no caráter de solidariedade social geralmente atribuido ao ato de adoção, enquanto que na procriação artificial opera-se o inverso, como se fosse um ato egoístico gerar um filho sem lhe possibilitar, ainda que futuramente, o reconhecimento da paternidade/maternidade.

É claro que ao se reconhecer o direito à reprodução é indispensável que se considerem os direitos fundamentais da criança, estabelecidos na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente da Organização das Nações Unidas, visto que a decisão sobre procriar ou não interfere de modo decisivo na esfera de interesses do filho a porvir. Que tal confrontação deve necessariamente ser harmonizada não restam maiores dúvidas, em virtude da proteção antecipada ao desenvolvimento da personalidade da futura criança, no entanto, o que se debate é a controversa existência do direito da futura criança à biparentalidade, e se este deve integrar o princípio do melhor interesse da criança.

A própria convenção, em seu art. 7º, afirma que: "a criança deve ser registrada ao nascimento a ter direito a um nome, e o direito a adquirir uma nacionalidade e, na

medida do possível, tem o direito de conhecer seus pais e de se criada por eles", reconhecendo, assim, a importância da convivência familiar caracterizada pela triangularização do vínculo paterno-filial, no entanto, mitiga tal imposição ao aceitar que nem sempre é possível e, muito menos, indispensável a dupla figura parental.[28]

Assim, em que pese à preponderância dos interesses da futura criança, esta deve ser entendida como a capacidade de fornecer "todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto", não havendo incompatibilidade entre a doutrina do melhor interesse da criança e a monoparentalidade programada. O próprio texto constitucional ao expressar que o direito ao planejamento familiar funda-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade (parentalidade) responsável, ao mesmo tempo que impõe a relatividade dos interesses do indivíduo que deseja gerar, em respeito aos direitos da futura criança, exige também que se não restrinja os direitos do eventual genitor única e exclusivamente em razão de seu estado civil, posto que a falta de triangularização tradicional da relação parental não enseja, por si só, prejuízos ao filho planejado.

1. Reprodução assistida e monoparentalidade planejada

Da decretação de seu fim à atual defesa e promoção da familiaridade, agora calcada na comunhão de afeto, deslocada a valor central a sua constituição e caracterização na órbita jurídica, outros são os princípios informadores dos relacionamentos inseridos no contexto da vida familiar. De sua democratização à pluralização, passando pela igualdade entre os cônjuges e filhos e o prioritário interesse das crianças e adolescentes, antigas reinvidicações e agora estabelecidos constitucionalmente, defluem-se alterações estruturais na família contemporânea.

Tendo em vista o princípio da pluralidade das entidades familiares, a Constituição da República de 1988, em seu art. 226, parágrafo 4º, prevê a comunidade formada pelos ascendentes e seus descendentes - as chamadas famílias monoparentais. Com efeito, essa forma de estrutura familiar sempre existiu, no entanto, além de não ter o reconhecimento jurídico e estatuto específico, este último inexistente até hoje, sempre esteve reservado à imprevisibilidade dos acontecimentos da vida. E, mesmo após mais de duas décadas de seu reconhecimento em sede constitucional, a doutrina ainda é reticente em aceitar o planejamento destas entidades familiares.

No Brasil, o reconhecimento social e jurídico da família monoparental foi contemporâneo à disseminação das técnicas de reprodução assistida. Contudo, indiferentes à possibilidade de planejamento da monoparentalidade, alguns autores argumentam que permitir sua constituição artificialmente, ou seja, por opção livre e consciente do genitor individual, seria uma forma de estimular a sua formação, o que defendem não ser o objetivo do dispositivo constitucional.

Neste sentido, Eduardo de Oliveira Leite entende ser "precipitado e equivocado [invocar o] art. 226, parágrafo 4º do texto constitucional como argumento legitimador da inseminação artificial da mulher solteira, separada ou divorciada. Enfim, mulher só",

pois defende que “o dispositivo constitucional, de forma louvável, apenas inseriu na esfera da proteção estatal, as famílias ‘monoparentais’; em momento algum as reconheceu com vistas a proliferação das mesmas”[29]. Registra, ainda, Guilherme Calmon Nogueira da Gama que “a Constituição não estimula a formação de famílias monoparentais, mas as reconhece”.[30]

Até hoje poucos são os autores que incluem dentre o rol de causas constitutivas da monoparentalidade, a pessoa solteira que faz uso da procriação artificial, sendo comum encontrar resistência ainda maior quando se trata do homem solteiro elegível, em razão da necessidade do recurso à “barriga de aluguel”, assunto ainda longe de consenso político-social e já fortemente restringido pela resolução n. 1.358, de 11 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina.[31]

Aponta Demian Diniz da Costa que “de uma forma geral, alguns aspectos, ou melhor, algumas causas de monoparentalidade são encontradas em diversas sociedades, tornando-se comum entre diversos países, como, por exemplo, a viuvez, o celibato, o divórcio e a separação”. No entanto, mais a frente, ressalva o autor que “a monoparentalidade planejada merece especial atenção”, como nos casos de adoção e uso de técnicas de reprodução assistida, restringindo, contudo, às hipóteses de mulheres solteiras.[32]

Resta saber, portanto, se as causas de constituição da família monoparental somente podem ser derivadas de infortúnios da vida e não de uma decisão autônoma e consciente do eventual genitor.

4. O direito à reprodução e o problema da elegibilidade individual à reprodução assistida

Intensos foram os debates acerca dos efeitos da reprodução assistida sobre o campo da filiação, da inseminação *post mortem*, e, mais recentemente, da destinação dos embriões excedentes[33], que, por sua vez, depende da intrincada definição da natureza jurídica dos embriões congelados. A despeito dos tímidos avanços em algumas dessas questões[34], outras se qualificam e exigem do direito novas respostas à evolução do contexto social e jurídico que, juntos, descortinam o problema da elegibilidade individual das pessoas às técnicas de reprodução assistida, a qual se acirra no caso dos homens solteiros, pois a regulamentação da gestação de substituição ainda não ocorreu, discutindo-se, inclusive, sua licitude.

Contudo, ao invés da opção pelo debate, se legítimo ou não o emprego dessas técnicas como via de formação de uma família, garantido através do direito à procriação[35] - que até pouco tempo atrás sempre fora visto como mera faculdade[36], preferiu-se a restrição imediata, calcada na suposta proteção do bem-estar da criança a ser gerada, a exemplo da Europa, em oposição ao amplo reconhecimento do direito de ter filhos, com base na proteção da privacidade, inexistindo, portanto, distinção se por meio de relação sexual ou tecnologias conceptivas, como é o caso dos Estados Unidos[37]. No entanto, em que pese a formação dessas duas linhas de entendimento, na América Latina, optou-se, ao

menos, num primeiro momento, pelo ocultamento dessas questões[38], sendo que o tardio debate legislativo brasileiro tem-se inclinado a vertente adotada em alguns países europeus.[39]

Relata Heloisa Helena Barboza, com base nos ensinamentos de Encarna Roca i Trías, que já na década de oitenta do século passado, época de expansão no uso das técnicas de reprodução medicamente assistida, mais precisamente no ano de 1987, em "[...] consulta ao Comitê Diretor dos Direitos Humanos (CDDH) sobre a existência ou não do direito de procriar, mas precisamente sobre a garantia, na Carta Européia, de um direito absoluto de procriar, incluído no direito à vida", obteve-se uma resposta negativa do Comitê. Nesse sentido, reconhece a autora que "em sentido estrito, nem a Comunidade Européia, nem Declarações e Convênios Internacionais, reconhecem explicitamente o direito de procriação como tal, mas apenas o 'de fundar uma família'".[40]

Essa, inclusive, já havia sido a recomendação do Relatório *Warnock*, primeiro documento de consulta sobre as tecnologias reprodutivas, tido como marco ético para o debate legislativo internacional, produzido em 1984, na Grã-Bretanha, no qual sugere-se "[...] como uma regra geral, é melhor para as crianças nascerem em uma família composta por pai e mãe, apesar de se reconhecer a impossibilidade de determinar-se ou predizer com certeza quanto tempo tal relacionamento durará".[41]

Em que pese a questão do acesso às tecnologias reprodutivas, e, consequentemente, da forma de organização familiar possível de ser constituída a partir dessas técnicas estejam "[...] sendo regulado[s] na própria prática, isto é, em função do poder aquisitivo dos solicitantes"[42], a inclusão ao debate da temática dos direitos reprodutivos tem modificado as estruturas jurídicas e sociais que emolduravam o tratamento destinado à compreensão do matéria.

Assim, é a própria atividade de (re)interpretação do tecido normativo que tem permitido o retorno das discussões sobre o tema, que, se não fosse a inexistência de regulamentação, pareceriam solucionados, ao menos do ponto de vista da moral cristã, que não admite a utilização dessas tecnologias por casais homoafetivos e pessoas solteiras com *animus* de constituir família, ainda que monoparental. Desse modo, infere-se do próprio texto da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regulamentou o art. 226, parágrafo 7º da Constituição de 1988, a ampliação e o novo entendimento do direito ao planejamento familiar no país. Ademais, ao incluir "a assistência à concepção e contracepção", devendo, para tanto, serem oferecidos "todos os métodos e técnicas [...] cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção", nos respectivos artigos 3º, parágrafo único, I e 9º, permitiu que se incluíssem as novas tecnologias reprodutivas como possíveis recursos à concepção.

No entanto cabe perquirir ainda se é possível aplicar tais dispositivos em relação à todas as pessoas, independentemente de pertencerem as entidades familiares mencionadas no art. 226 do CRFB/1988 ou se é dispensável a previsão na *lex matter*, adotando-se a exemplificatividade do rol, e, por fim, qual deve ser o entendimento dado ao termo "casal" presente no artigo 226, parágrafo 7º, visto que a partir dessa interpretação, literal ou sistêmica, os efeitos e conseqüências daí advindos serão espraiados em toda a análise da matéria. Vale lembrar, entretanto, que o artigo 1º da Lei complementar sobre planejamento familiar declara expressamente ser direito de todo cidadão, não

permitindo, portanto, fazer ressalvas acerca das pessoas elegíveis às técnicas de reprodução assistida, mesmo que individualmente consideradas e com fins à instituição da monoparentalidade, de forma planejada e consciente, entendimento não comungado, contudo, com grande parte da doutrina pátria.

É bastante comum a confusão entre as garantias de acesso - que abarca a análise tanto de elementos de ordem objetiva, subjetiva e formal, e que acaba por englobar o questão mais específica da elegibilidade às técnicas de reprodução assistida - que corresponde tão-somente aos sujeitos elegíveis aos procedimentos. Como o debate sobre o acesso aos serviços de procriação artificial encampa desde do problema da desigualdade, em virtude dos altos valores envolvidos, até à instabilidade emocional dos pacientes, o exame da matéria acabou por ser direcionado como questão de saúde pública, a reboque da definição pela Organização Mundial de Saúde, impondo, portanto, a observância dos princípios da universalidade e equidade contidos no dispositivo constitucional reservado à promoção do direito à saúde, art. 196, da Constituição de 1988.

No entanto, enquanto não se define a opção político-legislativa acerca da terapeuticidade ou não do ato médico de reprodução assistida, defende Debora Diniz que "a maneira mais razoável e não discriminatória de fundamentar a elegibilidade às técnicas reprodutivas seria deslocá-las do campos da saúde e aproximá-las do campos dos direitos fundamentais, em especial do direito ao planejamento familiar". [43]

Alguns são os motivos que se apresentam, parecendo ser favorável à discussão este deslocamento. Primeiro, em virtude da dificuldade em se diagnosticar, em muitos os casos clínicos, a infertilidade. Outro, é a grande confusão provocada entre os termos infecundidade e infertilidade, que, muito embora, não se confundam, diversos estudos e projetos de lei utilizam indistintamente os termos. Sobre o assunto, discorre Debora Diniz que "Infertilidade e infecundidade são expressões de diferentes fenômenos, apesar de no campo das tecnologias reprodutivas serem dois conceitos intimamente ligados", ensinando ainda que "a infecundade é a ausência de filhos. [...] pode ser voluntária ou involuntária. No primeiro caso, a ausência de filhos é parte de um projeto pessoal ou conjugal e não se expressa como um problema biomédico. Já a infecundidade involuntária é aquela comumente traduzida em termos biomédicos como sinônimo de infertilidade".[44]

Desse modo, a afirmação da autonomia reprodutiva dentro do ordenamento jurídico nacional, mesmo que por via oblíqua, e o reconhecimento do aspecto conceptivo (ou positivo) do direito ao planejamento familiar embasam a existência de um direito à procriação, que embora ainda questionável seu *status* jurídico dentro do ordenamento pátrio, se mera faculdade, direito individual ou direito fundamental, tendenciosa tem sido a doutrina em acatar o último enquadramento. O que, em princípio, poderia aparentar um *locus* normativo condizente com a tutela da reprodução humana pretendida, e, conseqüentemente, traduzir-se em proteção adequada, não tem alterado substancialmente os limites jurídicos do exercício desse direito, eis que o colocam dentre os direitos humanos fundamentais mais relativizados[45] frente à colisão com os demais, restando-lhe posição desprivilegiada na ponderação destes, em que pese a sua consideração como uma das manifestações dos direitos fundamentais.

Considerações finais

Sem meandros, as possibilidades e alternativas geradas pelas técnicas de reprodução assistida criaram as mais profundas inquietações éticas e jurídicas, a partir do momento que se artificializou o ato de procriar, mas, sobretudo, quando grupos sociais, historicamente minoritários e excluídos - a exemplo de casais homoafetivos e os solteiros, enxergaram a possibilidade de realização parental e, consequentemente, de constituição familiar por intermédio das técnicas procriativas artificiais.

Assim como às questões ligadas à sexualidade, o campo da reprodução deve ser encarado como um dos espaços mais íntimos da pessoa humana, domínio pertencente à reserva de intimidade dos sujeitos ou de casais, ainda que se reporte a eleição da via conceptiva artificial para a concretização do projeto parental. Nessa esteira, a tutela jurídica a incidir deve ser capaz de assegurar a dignidade e integridade psicofísica dos envolvidos – os que querem gerar e os que serão gerados, o que não se confunde com obrigatoriedade de biparentabilidade heterossexual.

O recente reconhecimento dos direitos reprodutivos como direitos humanos fundamentais na esfera internacional e do direito ao planejamento familiar, estabelecido no art. 227, § 6º da Constituição da República de 1988, fortalece o reconhecimento do princípio da autonomia reprodutiva, que, por sua vez, reforça a existência de um direito fundamental à reprodução, e, ambos, respeitados os princípios da liberdade e da igualdade, não permitem a restrição, com base em gênero ou formas de conjugalidade, à utilização das técnicas de reprodução assistida, descabendo, portanto, a limitação, em razão única e exclusivamente do estado civil, sobretudo quando houver induvidosa intenção de constituir uma família, ainda que seja monoparental.

Além disso, a nova concepção da família contemporânea contempla uma visão instrumental das estruturas familiares, concebendo uma diversidade de entidades familiares, todas voltadas às exigências humanas. Assim, o ato de geração não deve se restringir aos desejos individuais, no entanto, o direito à reprodução por meio de técnicas de reprodução assistida também não deve ser restringido em função de uma visão ultrapassada da necessidade de biparentalidade heterossexual para o desenvolvimento da personalidade da futura criança.

Esta possibilidade fática aos poucos vai se revelando como uma questão de aceitabilidade social e extensão do legítimo reconhecimento de princípios e normas já presentes em convenções e declarações internacionais e no ordenamento nacional, ainda que implicitamente.

Referências

ABRAHÃO, Ingrith Gomes. A Família monoparental formada por mães sozinhas por opção através da utilização de técnicas de inseminação artificial no ordenamento

jurídico brasileiro. *In: Cadernos de Estudos Jurídicos,* v. 7 n. 7, Belo Horizonte PUC-MG, dez., 2004.

ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. *Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania*. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria - CFEMEA, 1994.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. *In: Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 31, n. 83, setembro/dezembro, 1998.

BRAZ, Marlene; SCHRAMM, Fermin Roland. O ninho vazio: a desigualdade no acesso à procriação no Brasil e a Bioética. In: *Revista Brasileira de Bioética*. v. 1., n. 2., Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética,

BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. *In*: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: Eduardo de Oliveira Leite *et all*. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004a.

_____. Reprodução Assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética, biodireito e o Código Civil*. Belo horizonte: Del Rey, 2004b.

_____. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

CORRÊA, Marilena C. D. V. *Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001.

CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andréa. Reprodução e bioética. A regulação da reprodução assistida no Brasil. In: *Caderno CRH*, v. 18, n. 43, Salvador, jan./abr., 2005.

COSTA, Demian Diniz da. *Famílias monoparentais: reconhecimento jurídico*. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.

DINIZ, Debora. Entre o sonho, o tratamento e o vácuo da lei. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24 jan. 2009.

_____. Quem pode ter filhos? In: DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. *Ensaios: Bioética*. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006a.

DINIZ, Débora. Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. In: *MultiCiência (UNICAMP)*, n. 6, maio, 2006b.

_____; BUGLIONE, Samantha (eds.). *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas do direito brasileiro.* Brasília: Letras Livres, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida - Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. *In: Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LINHARES, Leila. As Conferências das Nações Unidas influenciando a mudança legislativa e as decisões dos Poder Judiciário. In: *Seminário "Direitos Humanos: Rumo a uma Jurisprudência da Igualdade*. Belo Horizonte, de 14 a 17 de maio de 1988.

PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson R. Buquetti. Direitos Reprodutivos e o Poder Judiciário no Brasil. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (orgs.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP; Unicamp/Nepo, 2001.

QUEIROZ, Arryanne. Tecnologias Reprodutivas e Direito: algumas conexões. In: DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha (Eds.). *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas do direito brasileiro.* Brasília: Letras Livres, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e Biodireito. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa (org.). *Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea.* Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP); Brasília: LetrasLivres, 2005.

ZURUTUZA, Cristina. Para uma convenção interamericana pelos direitos sexuais e reprodutivos. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (orgs.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP; Unicamp/Nepo, 2001.

1 BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

2 Neste sentido, Debora Diniz e Rosely Gomes Costa concluem que "o potencial de mudança trazido pelas tecnologias reprodutivas quanto à reprodução e à sexualidade tem redundado muitas vezes na afirmação de noções convencionais de gênero".DINIZ, Debora; COSTA, Rosely Gomes. Infertilidade e Infecundidade: Acesso às Novas Tecnologias Conceptivas. *In: SérieAnis*, n. 37, Brasília: LetrasLivres, 2005, p. 7.

3 *Id. ibid.*, p. 1.

4 CORRÊA, Marilena Villela. *Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001, p. 203-204.

5 DINIZ, Debora. Quem pode ter filhos? In: DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. *Ensaios: Bioética*. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006, p. 186-187.

6 DINIZ, Debora. Entre o sonho, o tratamento e o vácuo da lei. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24 jan. 2009, p. 5.

7 Discorre Debora Diniz que "[...] o curioso é que o silêncio não é uma imposição da autoridade médica, mas um acordo tácito entre quem sonha com o filho e o mercado de bebês. A medicina reprodutiva negocia um valor central à vida social - a reprodução biológica". *Id. Ibid.*, p. 5.

8 Muito já se especulou sobre a proximidade de edição de uma legislação federal sobre reprodução assistida desde a propositura do primeiro projeto de lei n°. 3.638/1993, do então deputado Luiz Moreira, sem, contudo, ultrapassar-se da iminência de aprovação. A iniciar-se do atraso de quase dez anos para o debate legislativo, se adotarmos o nascimento do primeiro bebê de proveta brasileiro como marco temporal, em 1984, até o período atual, lá se vão mais de vinte anos à espera de atuação do legislativo. Atualmente, o que se encontra em estágio mais avançado é o 1184/2003, proveniente do Senado Federal. Sua versão inicial é de autoria do senador Lúcio Alcântara sob o n°. 90, de 1999, sendo relator o senador Roberto Requião, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Sobre o assunto Ver DINIZ, Débora. Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. In: *MultiCiência (UNICAMP)*, n. 6, maio, 2006, p. 2; e, BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução Assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética, biodireito e o Código Civil*. Belo horizonte: Del Rey, 2004, p. 242-243.

9 ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. *Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania*. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria - CFEMEA, 1994, p. 9.

10 *Id. Ibid.*, p. 9.

11VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa (org.). *Bioética, reprodução e gênero na sociedade*

contemporânea. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP); Brasília: LetrasLivres, 2005, p. 117-118.

12 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 242. Esclarece, ainda, Flavia Piovesan que os direitos reprodutivos correspondem a uma gama diversificada de casos, como o aborto, o adultério, a esterilização cirúrgica, estupro, dentre outros, ressaltando, por isso, que a "abrangência do tema dos direitos reprodutivos dificulta a pesquisa sistemática". PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson R. Buquetti. Direitos Reprodutivos e o Poder Judiciário no Brasil. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (orgs.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP; Unicamp/Nepo, 2001, 157.

13 *Id. Ibid.*(2003), p. 272.

14 Ressalta Cristina Zurutuza que " a primeira menção a que o tamanho da família deva ser 'de livre opção do casal' aparece na Declaração Geral da ONU de 1966", acompanhada pela Declaração de Teerã de 1968, que incorporou o planejamento familiar como direito. ZURUTUZA, Cristina. Para uma convenção interamericana pelos direitos sexuais e reprodutivos. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (orgs.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP; Unicamp/Nepo, 2001, 192.

15 PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 272.

16 LINHARES, Leila. As Conferências das Nações Unidas influenciando a mudança legislativa e as decisões dos Poder Judiciário. In: *Seminário "Direitos Humanos: Rumo a uma Jurisprudência da Igualdade*. Belo Horizonte, de 14 a 17 de maio de 1988, *apud*, PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 242.

17 Programme of action of the UNICPD. Reproductive rights and reproductive health: basis for action, item 7.2, *apud*, PIOVESAN, Flávia. *Op. cit*., p. 243.

18 BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. *In*: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 788.

19 SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43-44.

20 DINIZ, Debora. Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez. *In: Cadernos de Saúde Pública*, v. 19, n. 1, Rio de Janeiro, 2003, p. 177.

21 DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. *Op. cit.*, p. 33.

22 *Id. Ibid.*, p. 33.

23 DINIZ, Debora (2003). *Op. cit.*, p. 179.

24 Sobre o caráter relativo dos princípios mediadores - autonomia ou beneficência - da bioética, vide DINIZ, Debora. Bioética: fascinación y repulsión. *Acta bioethica*, Santiago, v. 8, n. 1, 2002, p. 42-43. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2002000100005&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 10 Abr. 2009.

25 PIOVESAN, Flavia. *Op. cit.*, p. 272.

26 A interpretação do art. 1º cominado com os artigos 3º, parágrafo único, I e 9º da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, de uma vez por todas, superou a restrição conceitual calcada no seu aspecto contraceptivo. Observa, no entanto, Heloisa Helena Barboza que "[...] à semelhança do verificado em outros países, predominam as ações voltadas para a anticoncepção: as políticas e plenos governamentais têm sido notoriamente direcionados para o aspecto negativo do planejamento familiar". BARBOZA, Heloisa Helena (2008). *Op. cit.*, p. 785.

27 Art. 42. Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.Em 03 de agosto de 2009, com a promulgação da Lei n. 12.010, foi alterado este dispositivo do Estatuta da Criança e do Adolescente, que com a nova redação está em consonância com a redução da maioridade civil estabelecida no art. 5º do Código Civil de 2002, nos seguintes termos: "Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil".

28BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. In: *Estudos Jurídicos*, v. 31, n. 83, São Leopoldo – RS, set./dez., 1998, p. 151.

29 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 356.

30 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida - Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. *In: Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 539.

31 Conforme a resolução dispõe, somente "[...] podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética. 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial."

32 COSTA, Demian Diniz da. *Famílias monoparentais: reconhecimento jurídico*. Rio de Janeiro: AIDE, 2002, pp. 31, 36 e 45-49.

33 Denominados, ainda, de excedentários ou supranumerários.

34 Em sede de presunção de paternidade, o tema foi parcialmente regulado pelo Código Civil de 2002 no art. 1.597, incisos II, IV e V, enquanto o art. 5º, incisos e parágrafos, da Lei 11.105, de 24 de março de 2005 – Lei de Biossegurança, dispõe sobre a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos via fertilização *in vitro* e não aproveitadas no procedimento médico, tendo, inclusive, sido objeto de ação declaratória de inconstitucionalidade (ADIn n. 3.510), na qual os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram ser compatível com a Constituição o dispositivo mencionado.

35 Heloisa Helena Barboza, em obra pioneira sobre o assunto, já alertava que a questão do direito a se ter filhos "não tem natureza meramente teórica, visto que tal definição imporá os rumos que se devam dar à matéria", argumentando que "se entendido como direito fundamental, não há que se criar qualquer impedimento às técnicas que resultem na ausência de um dos genitores, como ocorre na inseminação artificial de mulheres solteira". BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 37-38.

36 Sustenta Eduardo de Oliveira Leite que " Este 'direito' invocado é apenas uma faculdade, ou melhor, uma liberdade. Catherine Labrusse-Rieu e J. L. Baudoin jé se referiram sobre a matéria em termos bastante claros. Existe uma liberdade de engendrar filhos. Quando a natureza se opõe, o direito médico e social criaram um verdadeiro direito à cura da esterilidade tentando vencer este handicap e permitindo o exercício da liberdade de procriar. Entretanto, procriar não é um direito. [...]". LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 356.

37 BARBOZA, Heloisa Helena (1993). *Op. cit.*, p. 38.

38 Segundo Debora Diniz e Rosely Gomes Costa "[...] A questão do acesso foi um debate esquecido na América Latina, em especial na última década quando houve um enorme crescimento das clínicas de reprodução assistida", e complementam que "[...] foi somente com o início do debate legislativo em diferentes países latino-americanos que o tema da elegibilidade foi seriamente enfrentado como uma das questões centrais à regulamentação do uso e acesso às tecnologias". DINIZ, Debora; COSTA, Rosely Gomes. *Op. cit.*, p. 1.

39 Heloísa Helena Barboza já sinalizava, em obra publicada no mesmo ano do início do debate legislativo brasileiro sobre a reprodução assistida, que, diante dos preceitos esculpidos na Constituição de 1988, parece "mais condizente com nossa ordem constitucional o entendimento do Parlamento europeu". BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. Cit.*, 2003, p. 39.

40 BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 780-781.

41 QUEIROZ, Arryanne. Tecnologias Reprodutivas e Direito: algumas conexões. *In*: DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha (Eds.). *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas do direito brasileiro.* Brasília: Letras Livres, 2002, p. 28-29.

42 CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andréa. Reprodução e bioética. A regulação da reprodução assistida no Brasil. In: *Caderno CRH*, v. 18, n. 43, Salvador, jan./abr., 2005, 106.

43 DINIZ, Debora. *Op. Cit.*, 2006, p. 9.

44 DINIZ, Debora. *Op. Cit.*, 2005, p. 1.

45 Defende Heloisa Helena Barboza que "o reconhecimento do direito à reprodução, em seus aspectos positivo e negativo, não pode conferir-lhe caráter absoluto". BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.*, 2008, p. 786. Guilherme Calmon Nogueira da Gama também sustenta que o "[...] direito à reprodução não é absoluto - como nenhum direito fundamental também não o é - e, desse modo, somente deve ser exercido dentro dos limites que lhe são impostos pelo próprio ordenamento". GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 723.

TESTES GENÉTICOS, EUGENIA E CONTRATO DO TRABALHO: ANÁLISE À LUZ DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E DO GENOMA HUMANO E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988*

GENETIC TESTS, EUGENICS AND EMPLOYMENT: ANALYSIS IN LIGHT OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS AND HUMAN GENOME AND THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Ana Paula Myszczuk
Jussara Maria de Leal de Meirelles

RESUMO

O artigo objetiva realizar breve análise sobre a possibilidade de utilização de testes genéticos na área do Direito do Trabalho. Para tanto, faz um rápido apanhado histórico sobre a utilização destes no século XX e XXI e reflete acerca de medidas eugênicas que foram tomadas por empregadores que tiveram acesso às informações genéticas do trabalhador. Após, apresenta dois marcos jurídicos que devem ser observados quando da análise de questões referentes ao aceso ao "patrimônio genético" e a exigência de realização de testes de saúde do trabalhador: a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988. Apresenta como fundamento básico de proteção, estabelecidos na Declaração o princípio da dignidade da pessoa humana, o respeito a patrimônio genético e a proibição de discriminação genética. No que trata da Constituição Federal, analisa a dignidade da pessoa humana, os direitos (bio)fundamentais e o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

PALAVRAS-CHAVES: DADOS GENÉTICOS, GENOMA HUMANO, DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA, EUGENISMO LABORAL

ABSTRACT

This article aims to briefly review the possibility of using genetic testing in the area of labor law. To this purpose, it presents a historical overview on the use of genetic testing on XX and XXI century and consider about eugenic measures that were taken by employees who had access to genetic information of the employee. Then presents two legal frameworks that should be observed when considering matters relating to access to the "genetic heritage" and the requirement for testing of workers' health: the Universal Declaration of Human Genome and Human Rights and the Brazilian Constitution of 1988. Presents as foundations of protection, established on the Declaration, essentials principles as human dignity, respect to genetic heritage and the prohibition of genetic discrimination. In dealing with the Brazilian Federal Constitution, examines the dignity, rights and the (bio)fundamental principle of ecologically balanced environment.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: GENETIC DATA, HUMAN GENOME, GENETIC DISCRIMINATION, LABOR EUGENICS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

No decorrer do século XX o mundo passou por uma "revolução" biotecnológica. Do surgimento de remédios como a penicilina e as descobertas das técnicas de transplantes até o mapeamento do genoma humano, as ciências biomédicas trouxeram para a vida diária técnicas de reprodução artificial, de terapia celular e genética, descobriram e decifraram o genoma de plantas, animais e do próprio homem, chegando ao século XXI com a possibilidade de fazer combinações de genes e espécies distintas, antes incompatíveis. Todo este conhecimento científico aponta para um futuro, não muito distante, onde se possa modificar a realidade humana, reinventar o homem e a natureza a partir de sua essência bioquímica. Quer dizer, vivemos em uma sociedade que tem o conhecimento científico para reinventar o homem e a própria natureza. Além disto, este conhecimento nos trás muitas esperanças de que, brevemente, possamos ver várias doenças e outros problemas de fundo genético que afetam o ser humano, resolvidos ou com alguma perspectiva de cura.

Porém, este mesmo conhecimento que nos pode "salvar", também acaba por fazer brotar um dos grandes fantasmas da realidade atual, principalmente no que se refere às relações de trabalho: a necessidade de uma "perfeição genética" da pessoa. A possibilidade de acesso ao genoma do ser humano permite que se conheçam as suas características genéticas, visualizando-se seus "good" e "bad" genes, suas aptidões e limitações genéticas para o desempenho de determinada atividade, além de uma predição de eventual existência de doenças futuras. Assim, a cadeia genética de determinado ser humano, poderá ser utilizada para lhe abrir as portas a um futuro brilhante, lhe condenar ao desprezo ou lhe conferir a pecha de "disable".

É previsível que, nos próximos anos, o uso de testes genéticos se dissemine no ambiente laboral, na medida em que a capacidade diagnóstica das enfermidades seja aumentada. Destaque-se que, como toda a coletividade será afetada, as discussões sobre o tema devem ser multidisciplinares e não se pode perder de vista que o que deve prevalecer é a proteção da pessoa humana em face dos avanços noviços da ciência.

Neste contexto de possibilidade de acesso e uso das informações genéticas pela sociedade, para o benefício coletivo ou para o surgimento de novas formas de eugenia ou discriminação, há que se refletir sobre as conseqüências destas descobertas e, neste mister, os juristas têm um desafio muito grande: de enfrentar o novo e tentar harmonizar conflitos ou perplexidades decorrentes do avanço biotecnológico, de modo a impor limites entre o que é cientificamente possível fazer e o que é moralmente desejável realizar.

Para tentar responder aos questionamentos específicos sobre a posição do Direito e dos juristas nestas mudanças sociais e científicas, Carlos Maria Romeo Casabona[1] reflete que os operadores do Direito devem adicionar aos seus conhecimentos técnicos, os aspectos científicos mais relevantes dessas inovações ou descobertas e sua incidência sobre a vida humana. Para discutir, analisar, decidir e/ou pensar sobre as conseqüências

jurídicas desta revolução biogenética, é preciso que acrescentem aos seus conhecimentos jurídicos noções gerais sobre as novas técnicas biomédicas e as possibilidades que estes abrem ao conhecimento da constituição do ser humano.

A partir disto, estará preparado para discutir e avaliar qual será sua conduta frente a este. Sua intervenção deve servir para garantir a convivência e a paz social, resolver os conflitos onde eles surjam e proteger os valores individuais e coletivos mais importantes para a sociedade, sejam estes bens jurídicos já reconhecidos ou novos, que necessitem de identificação e merecedores de proteção[2].

Enfim, em meio a estas controvérsias, descobre-se um desafio ainda maior ao jurista: adaptar-se ao novo, sem perder de vista os principais fundamentos do Direito, Moral e Ética. Fazer com que o medo do novo não seja limite base para as análises biojurídicas e não deixar que as pressões do mercado, que podem levar a uma reificação do ser humana, também se torne a base única da discussão.

2. EUGENIA E DIREITO DO TRABALHO:

Em geral, as descobertas e avanços científicos, em si mesmo, não causam nenhuma polêmica ou discussão em sociedade. Esta questão só vem à tona, quando da aplicação deste conhecimento científico. Vale dizer, é o uso que se dá às novas técnicas da Biologia e Engenharia Genética que preocupam a sociedade. E uma das maiores preocupações atuais é, exatamente, a de que se faça uso do acesso ao genoma para práticas de eugenia e de discriminação genética entre as pessoas. Isto se torna ainda mais destacado nas relações de trabalho, posto que nesta área a discriminação dos trabalhadores em razão de determinada característica com a cor, sexo, religião ou etnia, já foram ou ainda são fatores utilizados para diferenciação ilícita entre os candidatos a um emprego.

Destaque-se que a questão da discriminação genética apenas ressurgiu nos últimos anos, em decorrência do Projeto Genoma Humano. Usando do exemplo do direito comparado, na década de 1970, nos EUA, as empresas se recusavam a contratar trabalhadores negros que tivessem traços característicos de portadores da anemia falciforme. A primeira legislação proibindo esse tipo de intervenção segregacionista ocorreu na Carolina do Norte, em 1975, estendendo-se posteriormente para os demais estados norte-americanos. Já, na década de 1980, cinqüenta e nove empresas informaram que iriam passar a utilizar testes genéticos em seus trabalhadores[3].

Assim, as descobertas biotecnológicas acrescentam ao problema a possibilidade de surgimento de uma nova forma de discriminação, a genética. Elaine Noronha Nassif[4] escreve sobre o tema:

Hoje testemunhamos violação de direitos da personalidade nas relações de trabalho, e o crescimento do número de pedidos de indenização por danos morais. Esses danos podem ocorrer, é bom que se ressalte, antes, durante ou depois da contratação. A discriminação pré-contratual, excludente, é bastante comum entre nós, por exemplo, em relação a sexo, cor, estado civil, beleza, quantidade de filhos. Há os empregadores que

exigem atestado de ligadura de trompa a mulheres, ou que dão preferência a quem seja desta ou daquela religião, dentre outros exemplos.

A novidade de que se pretende aqui cogitar é a da utilização de informações genéticas para recrutamento, seleção e contratação de pessoal.

Imagina-se que nessa espécie de recrutamento nenhuma entrevista terá que ser realizada nem questionários terão que ser respondidos. O resultado de um exame genético será o *curriculum vitae* ou o passaporte para uma vida excluída da sociedade ou de certos grupos dela.

O uso que se pode dar ao conhecimento das características do genoma humano pode criar a figura do "trabalhador perfeito", que tenha todas as predisposições genéticas para o bom desempenho de determinada função, o que acabaria por tornar os demais candidatos inaptos ou indesejáveis para aquele cargo ou empresa. Então, ter-se-ia a "imagem de um homem marcado pelo que os seus gens dizem que ele pode ser e não por aquilo que ele livremente escolheu ser" [5]. Ainda, esta situação poderia levar a construção de uma sociedade com seres que seriam "hiper-produtivos e, consequentemente cidadão de corpo inteiro e outros, hibernariam numa serena angústia com um corpo sadio, mas com um gene doente"[6].

Sobre este assunto reflete Sheila A. M. Mclean[7]:

Talvez seja o medo da discriminação o que mais assalta as pessoas e muitos autores. Já que nossos genes predizem quem e o que somos, não se poderia formar, a partir daí, uma teoria da natureza que nos reduziria de humanidade para mecanismos? Não seria efetivamente a vitória da natureza sobre a educação uma ferramenta de imenso valor para os políticos que quisessem repartir a culpa ou reduzir custos?

Do ponto de vista decisivo, prático, a genética pode ser uma ameaça em aspectos de grande importância para o indivíduo, ao excluir certas características como indesejáveis ou de alto risco. Assim, a maior preocupação consiste em que identificação de diferença não traga consigo a possibilidade de discriminação. De fato, a diferença não implica inferioridade, nem justifica tratamento desigual. Mas, infelizmente, isso ocorre com freqüência... O reconhecimento das diferenças em si não implica discriminação. A discriminação é o uso incorreto dessas diferenças, ao desvalorizar ou isolar aqueles que a possuam. Por isso o poder da ciência em detectar diferenças deve ser supervisionado cuidadosamente, para garantir que não se converta em mais um veículo de exclusão daqueles a quem tememos ou de quem não gostamos.

No contexto destas discussões, pode-se estar presenciando o surgimento do "enfermo são", pois "a utilização de diagnósticos genéticos, possibilitada pelo Projeto Genoma Humano, pode dar lugar em um futuro próximo a um novo grupo de indivíduos. Estes indivíduos serão enquadrados em uma categoria, *nova e irreal*, porque não são enfermos. Mesmo assim podem ser discriminados antes que se manifeste o seu genótipo[8]". Neste sentido, pode-se tomar como exemplo o caso de Teri Seargeant, o

primeiro caso de discriminação genética ocorrido nos EUA, que teve uma falha genética diagnosticada e que a tornava suscetível de paradas respiratórias. Ela foi demitida por ser considerada um “risco” para a empresa em que trabalhava[9].

Importante destacar que esta nova forma de discriminação decorre da tendência e do fascínio que as práticas eugênicas têm sobre a humanidade. “Num sentido mais técnico, eugenia é um termo genérico do século XIX, que indica a ciência que estuda as condições mais propicias à reprodução e melhoramento da espécie humana”. Na atualidade pode-se usar o termo “eugenética”, para se referir a “forma contemporânea da eugenia, uma tecnociência nascida nos anos 70, do encontro entre genética, biologia molecular e engenharia genética”. No contexto desta formulação, pode-se distinguir a eugenética em negativa - que se refere à prevenção e cura de doenças e malformações genéticas - e a positiva - que busca a melhoria das “competências” psicofísica humanas[10].

Fermin Roland Schrann[11] ressalta as preocupações surgidas com a eugenética:

... É objeto de preocupação porque apontaria, por um lado, para uma nova ordem bioantropossocial, feita de novas linhagens de humanos, melhor adaptadas às condições de vida futura e, por outro, para a intensificação do projeto de controle e transformação dos sistemas naturais, em sinergia com o processo de "globalização" da economia, da política, da informação e das tecnologias, graças à redução do social e do cultural ao biológico. “Em outros termos, com a engenharia genética em geral, e a eugenética em particular, abre-se a possibilidade de uma genetização de todos os comportamentos sociais”, e isso (supostamente) em beneficio do bem-estar da espécie homo sapiens sapiens, mas não necessariamente das pessoas.

...os efeitos do espectro do eugenismo sobre o imaginário humano, pois fascínio e espanto acompanham, ambos, a possibilidade aberta de transformar a identidade humana por dentro; ou seja, não mais pela simples modificação do comportamento externo (como acontecia substancialmente com o darwinismo social, a eugenia clássica e a etologia de matriz comportamentalista), mas sim pela transformação dos genes, supostamente responsáveis não só por vários tipos de doenças e malformações físicas e psíquicas mas, outrossim, por atitudes socialmente "reprováveis", tais como agressividade, homoerotismo, infidelidade conjugal, etc. e até mesmo por condições sociais como a dos homeless; em suma, por toda a gama de comportamentos e condições tidos como patológicos e/ou anormais por determinadas culturas e sistemas sociais, fato esse que recoloca a vexata quaestio da definição da "normalidade", já dissecada, no campo do saber biomédico dos anos 60 e 70, por autores como Georges Canguilhem e Michel Foucault. Dessa forma, graças à triagem dos genes considerados úteis (ou "bons") e à modificação e ao descarte dos daninhos (ou "maus"), a nova versão de eugenia representada pela eugenética estaria à procura de uma melhor qualidade de vida para a espécie homo sapiens, mas não necessariamente para todos os indivíduos que a compõem.

Frijop Capra[12] explica que com as descobertas da genética contemporânea estabeleceu-se um dogma de que os genes determinam os traços biológicos e os comportamentos dos seres humanos, por deterem os códigos de produção de enzimas, que são os catalizadores de todos os processos celulares. Deste modo, cada gene comanda linearmente a produção de uma proteína específica. Esta idéia foi chamada de "dogma central" ou determinismo genético e tornou-se a base conceitual de toda a engenharia genética. "O determinismo genético tem sido o paradigma dominante na biologia molecular desde há quarenta anos, no decorrer dos quais deu origem a um bom número de poderosas metáforas. O DNA costuma ser chamado de "programa" ou "projeto" genético do organismo, ou mesmo de "livro da vida", e o código genético seria a "linguagem universal da vida[13]".

Entretanto, na década de 1970 os pesquisadores começaram a analisar organismos cada vez mais complexos e descobriram que, muitas vezes, não há uma correspondência entre as seqüência de uma proteína e de uma seqüência de DNA. Outra descoberta foi a de que é a dinâmica reguladora da rede celular, e não os genes isoladamente, que determina qual será a proteína produzida e como esta vai funcionar. Deste modo, a rede celular pode comandar a formação de muitas proteínas a partir de um único gene e dar àquelas variadas funções. Descobriu-se, ainda, que a produção de proteína também é orientada pela presença, ou ausência, de hormônios, rede de enzimas, proteínas estruturais e outros complexos moleculares.

Todas estas pesquisas levaram os geneticistas a um consenso de que não há um determinismo genético, mas uma redundância funcional nos caminhos genéticos. Vale dizer, as células tem múltiplos caminhos para a produção as estruturas celulares mais importantes e para dar o apoio necessário aos processos metabólicos essenciais. É esta redundância funcional e não o determinismo genético que faz com que haja estabilidade no desenvolvimento biológico e a capacidade de adaptação do ser humano a mudanças ambientais inesperadas.

Deste modo, pode-se concluir que o determinismo ou reducionismo genético faz com que se abandone à visão do ser humano enquanto um organismo e se imponha uma visão cindida e despersonalizada do mesmo, levando a distinção ente indivíduos e grupos sociais com base, exclusiva, em suas características genética. Reduz-se a pessoa a um dependente de sua informação genética e ao produto exclusivo desta e se esquece de seu organismo como um todo e que interage com o meio ambiente.

Victor B. Penchaszadeh[14] alerta sobre o determinismo genético:

O determinismo genético foi uma ideologia das classes dominantes durante o século XIX e primeira metade do século XX. Essa abordagem pseudocientífica ofereceu a base intelectual para a discriminação racial e marginalização de grupos pobres e privados de direitos, além de estigmatizar portadores de deficiência e violar direitos reprodutivos (Kevles, 1995). Dezenas de milhares de esterilizações forçadas de pessoas nas quais foram impostos rótulos como "pobre" e "débil mental", ou de vítimas do alcoolismo, epilepsia ou outras doenças, ocorreram nos Estados Unidos nos anos 20 e começo dos 30. Tais ações eram sempre justificadas por concepções errôneas de determinismo genético (Reilly, 1991)... O determinismo genético também estava por trás da ideologia

de “higiene racial” posta em prática pelos nazistas nos anos 30 e apoiada por geneticistas famosos da Alemanha e Estados Unidos. (Muller-Hill, 1988)... O determinismo genético (visível publicamente) caiu em descrédito após a II Guerra Mundial e a revelação das atrocidades nazistas arranhou drasticamente sua imagem... Entretanto, a obsessão com a genética e as concepções errôneas que enfatizavam o papel dos genes em tais traços continuaram muito fortes...

Em suma, alguns dos principais problemas éticos do determinismo genético velado são: a) transferir a culpa pelos problemas de saúde dos ambientes e estruturas socioeconômicas para as pessoas e a biologia; b) distrair a atenção dos determinantes sociais da doença; c) privilegiar a alocação de recursos para pesquisa sobre determinantes biológicos de enfermidades e comportamentos em detrimento de abordagens mais holísticas; d) apoiar abordagens genéticas individualizadas para a prevenção de doenças que possam não ser eficazes e possam exacerbar as desigualdades sociais; e) dar espaço para a discriminação genética em planos de saúde e ambientes de trabalho; e f) dar fundamentação genética para a discriminação racial e estigmatização de portadores de deficiências.

É de se frisar que, “de acordo com a legislação trabalhista, empregadores podem selecionar seus empregados com base no grau de instrução e na experiência profissional anterior, mas não podem usar como critério de seleção, as condições específicas como idade, sexo, cor de pele e origem étnica”[15]. Desta forma, a exigência de atestados admissionais ou demissionais que revelem a capacidade genética para o trabalho, determinando o tipo de atividade que a pessoa pode desenvolver, terá que passar por um estudo a fim de se conter a tendência de se requisitarem informações genéticas reveladoras do patrimônio genético do trabalhador. Este bem jurídico deve ser tutelado, “não somente de maneira repressiva, mas preventiva, haja vista a ausência de controle de contenção de informações após a sua divulgação, especialmente em se considerando a existência de uma rede mundial de comunicação - a *Internet*”[16].

De toda esta polêmica acerca dos testes genéticos, decorrem os seguintes questionamentos: O que são estes testes, o que revelam ou podem revelar? Como são feitos e qual o grau de certeza que podem alcançar?

Por meio de técnicas de biologia molecular é possível identificar precocemente determinadas doenças, detectar indivíduos suscetíveis e avaliar no meio interno do organismo o grau de exposição a agentes exógenos que podem influir no desencadeamento de doenças de fundo genético. Deve-se considerar, entretanto, que falta muito ainda para que se obtenha o mapeamento e sequenciação completa de genes relacionados à variadas doenças[17]. “É possível, desta forma, identificar não só fatores individuais de suscetibilidade como também doenças genéticas monogênicas ou multifatoriais de manifestação tardia”[18]. O *screening* genético de doenças não garante a manifestação da doença no futuro, pois esta manifestação depende da expressividade e penetrância do gene identificado. Por isto, trabalhadores que sejam portadores de predisposições genéticas, podem nunca vir a apresentar doença, simplesmente por exercerem suas atividades em um ambientes de trabalho adequado, onde os riscos potenciais estejam controlados.

Ainda importante a considerar sobre *screening* genético é a confiabilidade dos métodos utilizados para identificar a presença do algum gene mutado e de seu grau de risco ao portador. É de suma importância levar-se em conta que a baixa prevalência da doença na população indica que somente uma fração mínima de indivíduos identificados como positivos realmente terá a doença. Consequentemente, se o empregador tomar por base exclusivamente os resultados de *screening* genéticos, poderá, erroneamente desclassificar um determinado candidato à determinada função[19].

Não se pode esquecer que a legislação determina que qualquer procedimento que se relacione ao estado de saúde do trabalhador deve ser analisado com o objetivo de proteger sua saúde, integridade física, psíquica e genética; e não para dar causa a novos fatores de opressão do trabalhador.

Sobre esta questão escrevem Gilka J. F. Gattás, Marco Serge e Victor Wünsch Filho[20]:

As ações em saúde do trabalhador têm como objetivo maior proteger a saúde e promover a manutenção de um ambiente saudável e seguro para o trabalhador, bem como adaptar sua capacidade física e psicológica à sua ocupação.

A suscetibilidade individual à exposição a substâncias químicas, por exemplo, pode configurar uma situação de risco importante, principalmente para trabalhadores com baixos níveis de exposição e assim considerados como operando em condições seguras. A pesquisa da presença de marcadores genéticos na população e sua interação com exposições ambientais sobre o risco de doenças é uma área de estudo relativamente recente. Princípios éticos devem nortear a aplicação de testes genéticos em estudos epidemiológicos ocupacionais, pois para os cientistas os resultados obtidos podem apenas fazer parte de um grande quebra-cabeça, enquanto para os demais segmentos da sociedade podem ser usados e interpretados de formas diferentes, algumas certamente equivocadas, com implícitos desdobramentos legais. A estratégia para reduzir os danos causados à saúde do trabalhador deve continuar a ter como base, prioritariamente, a modificação e a adequação dos ambientes de trabalho e não a especificação genética da força de trabalho.

3. MARCOS REGULATÓRIOS (BIO)JURÍDICOS: LIMITES AO USO DA INFORMAÇÃO GENÉTICA DO TRABALHADOR.

As informações genéticas da pessoa do trabalhador não podem estar indiscriminadamente disponíveis ao empregador. A obtenção destas informações suscita problemas tanto em relação ao acesso, como para a sua utilização. Há que se saber quem, sob quais circunstâncias e com quais objetivos pré-fixados poder-se-á realizar exames genéticos, obter-se amostras biológicas, permitir-se o acesso à informação resultante da análise genética, determinar-se para quem estes resultados poderão ser comunicados e quais medidas de proteção às informações serão adotadas[21].

Conclui-se, então, que o Direito e os juristas devem intervir nesta questão, em princípio, para apresentar instrumentos jurídicos que propiciem, dentro do marco da liberdade de investigação, da promoção de avanços científicos e da defesa da dignidade da pessoa

humana, uma interpretação dos conflitos de forma (bio)contextualizada e de modo lançar luzes nos ponto mais importante de toda a questão: a proteção e promoção da pessoa humana. Neste sentido, é possível destacar dois marcos biojurídicos para a análise das inovações biotecnológicas e a contratação na área do trabalho: a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988.

3.1. DIREITO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO, IDENTIDADE, INTIMIDADE E DISCRIMINAÇÃO: ANÁLISE A PARTIR DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DO GENOMA HUMANO E DOS DIREITOS HUMANOS.

Como resultado destas discussões, expectativas e questionamentos são editados vários documentos que procuram nortear a atuação dos pesquisadores apresentando-lhes tanto diretrizes éticas e morais, como limites jurídicos de atuação científica e profissional. Entre estes documentos está a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, cuja finalidade é a de proteger os direitos humanos contra lesões potenciais, originadas na prática de algumas aplicações sobre o genoma humano e garantir o exercício da atividade científica que não contrarie a dignidade humana.

Aprovado por consenso, o projeto da Declaração foi apresentado na XXIX Sessão da Conferência Geral da UNESCO, realizada entre 21 de outubro e 12 de novembro de 1997, com a presença de cento e oitenta e seis Estados, dentre os quais o Brasil. A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos é aprovada, em 11 de novembro de 1997 e busca estabelecer uma limitação internacional às ações relativas ao genoma humano e orientar a formulação das legislações nacionais. Constitui apenas um compromisso moral para os Estados signatários e a comunidade internacional que tem por objetivo específico fixar um marco ético e enunciar princípios duradouros para as atividades relativas ao genoma humano. Sua finalidade é a de proteger os direitos humanos contra lesões potenciais, originadas na prática de algumas aplicações sobre o genoma humano e garantir o exercício da atividade científica que não contrarie a dignidade humana.

Divide seu conteúdo em sete diretrizes básicas nas seguintes[22] alíneas: a dignidade da pessoa humana e o genoma humano; direitos das pessoas envolvidas; pesquisas com o genoma humano; condições para o exercício da atividade científica; solidariedade e cooperação internacional, promoção dos princípios expostos na Declaração e Implementação da Declaração.

Sobre o conteúdo da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos analisa Renata Braga da Silva Pereira[23]:

A “Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos” recorda, em seu preâmbulo, os princípios constitucionais da Unesco, invocando os princípios democráticos da dignidade, da igualdade e de respeito mútuo entre os homens e raças e indica a difusão da educação na humanidade. Defende que a liberdade e a paz são indispensáveis à dignidade do homem e constituem um dever sagrado de todas as

nações. Essa paz...deve dar-se por meio da solidariedade intelectual e moral da sociedade. A Organização se propõe alcançar, mediante a cooperação das nações do mundo, nas esferas de educação, da ciência e da cultura, os objetivos da paz internacional e de bem estar geral da humanidade.

Esta Declaração, que tem por norma cogente a proteção da dignidade da pessoa humana, é o documento guia que servirá para orientar a produção de normas nos Estados signatários, delimitar os limites de atuação na pesquisa sobre o genoma e nortear o caminho a ser seguido para a utilização desta descoberta científica, servindo de suporte ao desenvolvimento e promoção a pessoa humana e do bem comum. É um marco, um norte, no estabelecimento das fronteiras dentro das quais se desenvolve a inventividade humana. É um instrumento poderosíssimo contra a voracidade do mercado e a transformação do ser humano em objeto de consumo.

Na Declaração estabeleceu-se, pela primeira vez, que a cadeia genética da pessoa, seu genoma, faz parte de seu "patrimônio genético". André LIMA analisa o conceito e os limites que o "patrimônio genético" impõe ao poder público, ao indivíduo, à coletividade e aos profissionais da área biomédica:

...Assim sendo, podemos dizer que a expressão "patrimônio genético", na hipótese, revela interesses e direitos que transcendem ao direito individual-privado, ou mesmo ao direito público, despontando para um novo direito ao que chamamos de intergeracional e portanto difuso, em função da inequívoca indeterminabilidade de seus titulares ou sujeitos, que são inclusive as gerações futuras.

Desta forma, a palavra "patrimônio", no presente caso, expressa um conjunto de obrigações das presentes gerações que correspondem a direitos fundamentais relacionados ao ambiente sadio e à qualidade de vida, cujos titulares são, além das presentes, as futuras gerações. A expressão "patrimônio genético" impõe algo mais do que o direito de usar, fruir, gozar e dispor dos recursos genéticos, revelando principalmente o dever de todos aqueles que integram as presentes gerações (poder público e coletividade) de usar sustentavelmente e conservar este "recurso" que a natureza lhes oferece, independentemente de sua titularidade ou propriedade, sem privar as próximas gerações das condições de usar, fruir e gozar desse mesmo recurso[24].

Assim, o genoma de cada indivíduo representa sua identidade ou individualidade genética, isto é, sua identidade biológica. Representa um substrato da identidade pessoal, na qual o ser humano não pode ser reduzido, mas que deve ser levada em conta, quando da realização de pesquisas ou de testes genéticos como expressão da dignidade do ser humano. Isto torna o genoma de cada ser humano irrepetível, inviolável e intangível.

Com a Declaração a identidade genética do ser humano, que é tratada pelo Direito na seara dos direitos da personalidade, foi elevada "a um patamar acima dos ordenamentos jurídicos nacionais. Este tradicional direito da personalidade atingiu um plano ainda mais específico: o da formação genética dos seres humanos. A preocupação em proteger tal direito ultrapassa as fronteiras da regulamentação pelo civil, buscando um campo mais apropriado no direito internacional" [25].

Sobre o conceito e os limites impostos pelo direito à identidade genética leciona José Alfredo de Oliveira Baracho:

...O conceito de identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano e as bases biológicas de sua identidade. Salvaguarda-se a constituição genética individual.

As dimensões da diferença de cada um, a não ser no caso de gêmeos monozigóticos, leva a compreensão de que o genoma é irrepetível. Nesse sentido a identidade é sinônimo de individualidade genética... A idéia de identidade genética tem sido objeto de várias polêmicas...

Estes debates têm levado aos questionamentos em torno dos limites às intervenções genéticas, através de conclusões que vêem possível o entendimento de que a constituição genética individual pode ser alterada exclusivamente para fins de prevenção, terapia ou diagnóstico de enfermidade, bem como prática científica que não têm a finalidade de alteração genética da descendência.

A consagração de um direito à identidade aponta para o entendimento de que o genoma seja não só inviolável, como também irrepetível, para que se haja basicamente fruto do acaso e não da heterodeterminação[26].

O conceito de identidade genética leva a conclusão que esta se realiza através da permanência do código genético do ser humano, o qual, em sua essência, é um modelo de diversidade e constância. Deste modo, a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos estabelece que se deva respeitar à singularidade e diversidade do genoma humano, que este evolui por sua própria natureza e se expressa de maneira diferente as suas potencialidades de acordo com o meio ambiente, o estado de saúde e as condições de vida do indivíduo. Através da transcrição dos caracteres genéticos, realizados com a divisão celular e a transmissão destes pela hereditariedade, tem-se a conservação da espécie através das gerações e a manutenção da diversidade. Porém o genoma não é estável, ou imutável, permitindo variações acidentais ou mutações que proporcionam sua evolução.

As mais recentes descobertas da genética e da biologia molecular demonstram que a estabilidade não é uma propriedade específica do DNA, mas resulta de uma dinâmica complexa de toda a rede celular, como um produto final que se embasa em um equilíbrio entre estabilidade e mutabilidade. Deste modo, é de se concluir que não existe um genoma humano perfeito e acabado, ou seja, um genoma modelo e que sirva de base para análise e aperfeiçoamento de todos os outros. Qualquer pesquisa ou intervenção no genoma humano que busque tal “eldorado” deve ser repudiada e inviabilizada, pois a principal característica e que fez com que a humanidade pudesse sobreviver é a diversidade genética[27].

Uma vez que se entende que não há um genoma modelo, conclui-se que as características genéticas de uma pessoa não podem dar causa a qualquer tipo de discriminação. O direito a não-discriminação se traduz no direito fundamental à igualdade, ou seja, de não ser tratado pelos legisladores, pela sociedade ou pesquisadores de maneira diferente em sua dignidade ou na relação com as demais

pessoas, seja no desempenho de suas funções, seja no exercício de direitos ou liberdades[28].

Deste modo, a Declaração protege os geneticamente desfavorecidos, para que a injustiça genética seja compensada pela justiça social, limitando ou impossibilitando o acesso à informação genética que dê causa a desigualdade entre os seres humanos. A informação genética só pode ser acessada em pesquisas, terapias ou testes, só pode ser obtida ou utilizada se resultar em melhoria da qualidade de vida do ser humano ou no alívio a enfermidades genéticas.

Assim, a requisição de qualquer teste genético pelo empregador não pode ser indiscriminadamente requerida, como um meio de separar os geneticamente aptos, dos geneticamente indesejáveis. Ana Cláudia Pirajá Bandeira e Tatiane Botura Scariot[29] destacam que:

Na verdade, o empregador, de posse dos dados genéticos,. Estará munido do instrumento necessário para iniciar uma política discriminatória, consistente, por exemplo, em demitir ou não empregar pessoas com capacidade laborativa menos desenvolvidas, prática que, se não for devidamente contida, pode dar origem a uma nova classe social de marginalizados, os excluídos do acesso ao mercado de trabalho, o que inclui também os familiares dos sujeitos analisados.

...em suma, o empregador, ao compelir os trabalhadores e candidatos ao emprego a submeter-se a testes genéticos o fá-lo com dupla finalidade, acumulada ou alternativa. A primeira a proceder uma seleção negativa, com o propósito de não contratar os candidatos em que seja diagnosticado qualquer anomalia de segura aparição no futuro (enfermidades de origem monogênica de transmissão hereditária) ou de simples predisposição de caráter multifatorial; a outra é a realização de seleção positiva com o fito de selecionar os trabalhadores mais aptos ao emprego, de acordo com suas características genéticas (maior resistência física ao sol, a determinados agentes tóxicos e cancerígenos, dentre outros).

...na verdade, a privacidade e intimidade dos empregados não podem ser devassadas arbitrariamente, podendo o empregador solicitar informação genética em casos excepcionais, quando demonstrada a necessidade e relevância de avaliar aptidão quanto a execução do contrato de trabalho e, sobretudo, quando manifestar, de forma inequívoca e sem margem para dúvida, que o recurso aos testes genéticos será a única via capaz de assegurar o direito à saúde do trabalhador.

De todo o exposto, chega-se a conclusão que o ser humano não pode ser reduzido às suas características genéticas, pois o genoma se expressa em consonância com o ambiente natural e social de cada indivíduo, seu estado de saúde, suas condições de vida, nutrição e educação. Deste modo, repudia-se o determinismo genético.

É necessário ter-se em mente que “a pessoa humana, na sua totalidade, é mais que um simples corpo ou uma simples ”máquina”, que pode ter suas peças trocadas com o desmonte de outra “máquina”, que pode ser tratada como meio de enriquecimento ou afirmação pessoal ou política”. Constitui-se não só numa garantia de que a pessoa não será objeto de manipulação que a reduza a condição de objeto, mas também, num dever de pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo[30]. Tais garantias levam

a vinculação dos Estados e particulares ao seu respeito e proteção e a obrigatoriedade de promoção de condições que a viabilizem e removam possíveis obstáculos que estejam a impedir às pessoas de serem tratadas com dignidade pelos profissionais das áreas biomédicas.

Regina Fiúza Sauwen e Severo Hryniewicz destacam que "século e século de civilização jurídica deram ao homem o mais absoluto dos direitos; a tutela da personalidade. Séculos e séculos de civilização médica colocam em risco sua inviolabilidade e respectiva não comercialização. Kant, para quem a pessoa nunca é meio, mas sempre um fim, se vivo fosse, talvez perguntasse: O homem é principalmente um ser composto de genes ou de dignidade? [31]".

Em se tendo em vista o exposto, verifica-se que a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos limita o uso de testes genéticos proibindo que se analise o ser humana baseado apenas em seus caracteres genéticos, determinando que se leve em conta suas características pessoais, o meio ambiente em que este vive e suas condições de vida. Os estudos devem desenvolver-se de maneira adequada e diferenciada em cada parte do planeta, respeitando as diversidades de cada região e as variadas expressões que o genoma produz, em virtude das inúmeras características do ser humano e do ambiente em que este se insere.

3.2. PROTEÇÃO DO TRABALHADOR E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A DIGNIDADE DA PESSOA, OS DIREITOS (BIO)FUNDAMENTAIS E O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO:

Na esteira das discussões sobre o genoma humano e até como fruto de seu próprio amadurecimento, na atualidade os juristas buscam bases interpretativas novas ou oxigenadas para a aplicação e resolução de conflitos biojurídicos. Nesta linha de interpretação, formulou-se a teoria da "Bioconstituição" ou "Biodireito Constitucional".

José Alfredo de Oliveira Baracho, entende que a Bioconstituição designa "o conjunto de norma (princípio e regras) formal ou materialmente constitucionais, que tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidade privada, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual e futuro, tendo em vista também as sua relações com a Biomedicina[32]". A partir do conceito de Bioconstituição, pode-se buscar uma oxigenação na forma de interpretação da regras constitucionais brasileiras, voltando-se especificamente para a análise da problemática da biomedicina e voltados para a defesa do ser humano e do meio ambiente. Faz necessário, assim, estabelecerem-se marcos interpretativos bioconstitucionais, presentes na constituição Federal de 1988, que nortearão uma interpretação biocontextualizada.

O fundamento para esta interpretação está depositado no princípio da dignidade da pessoa humana e deste decorrem os direitos fundamentais à vida, igualdade, liberdade e privacidade; além dos princípios socioambientais da precaução, desenvolvimento sustentável e do poluidor pagador. Neste trabalho serão analisados os princípios da dignidade humana, os direitos (bio)fundamentais e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Constituição Federal de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado. O resultado desta escolha legislativa é o de que este princípio torna-se o principal fundamento do sistema constitucional vigente e o último pilar de defesa dos direitos individuais. Desta forma, representa seu princípio e valor fundamental. É a base para qualquer interpretação Bioconstitucional. Assim, este princípio não é só uma escolha ética e moral, mas uma norma jurídica, um valor-guia que direciona as posições jurídico-subjetivas que definem os direitos, garantias e deveres fundamentais. "A pessoa humana é hoje considerada como o mais notável, senão raiz, de todos os valores, devendo, por isso mesmo e dentro de uma visão antropocêntrica, ser o destinatário final da norma, base mesma do direito, revelando, assim, critério essencial para conferir legitimidade a toda à ordem jurídica[33]".

Este princípio serve, também, para dirimir conflitos existentes entre direitos (bio)fundamentais, impondo a restrição de um (ns) ou outro(s) de acordo com a possibilidade de proteção, promoção e desrespeito da pessoa humana. Isto se dá pelo fato de que a dignidade da pessoa humana ser o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, estes direitos existiriam para atuar como meios de concretização da pessoa humana. Neste contexto, a dignidade configura-se no elemento informador e basilar de todos os direitos fundamentais, possuindo função integradora e hermenêutica como parâmetro para a aplicação, interpretação e integração das normas de direitos fundamentais.

Neste entendimento, impõe dever geral de respeito ao ser humano enquanto valor principal e razão da existência do Estado e da sociedade, exigindo uma profunda convicção em respeitá-la e a consecução de uma prática correspondente. Quer dizer, Estado e sociedade devem desenvolver-se no sentido de promover o bem estar, melhorar sua qualidade de vida e a possibilidade de existência do ser humano.

Deste modo, só se justifica a exigência de realização de testes genéticos, se estes servir para promover a existência digna da pessoa humana do trabalhador, se colaborar para melhoria da sua qualidade de vida. Quer dizer, não se deve permitir o acesso ao genoma do trabalhador, com a finalidade de buscar elementos que o diminuam enquanto ser humano ou o tornem um "doente são". Estes testes devem ser impedidos, tanto no momento da admissão de funcionários, quanto no desenvolvimento do contrato de trabalho.

Além deste princípio fundamental, a Constituição Federal positiva outros instrumentos para a realização de uma interpretação Bioconstitucional. Entre estes se encontra o capítulo primeiro, que tutela os direitos (bio)fundamentais, que são aqueles resumem a "concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico" e designam "prerrogativas e instituições que concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas[34]". Em outras palavras, são situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não tem possibilidade de se realizar, não convive e, até mesmo, não sobrevive. Assim, os direitos fundamentais são basilares para interpretação de qualquer questão referente ao Biodireito, uma vez que representam o mínimo de direitos para uma existência digna.

Dentre os direitos fundamentais, o direito a vida constitui a fonte primária de todos os outros direitos do ser humano. Engloba tanto o direito a existência, quer dizer, de estar vivo, de lutar pela vida, de defendê-la e de permanecer vivo. Consiste-se na prerrogativa

de não ter interrompido o ciclo vital por outro meio que não seja a morte espontânea e inevitável. Ainda, o ser humano tem direito a ver preservada sua integridade física, estabelecendo a Constituição que agredir o corpo humano é uma forma de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. Protege-se, também, sua integridade moral, ou seja, a honra, o bom nome, a boa fama e a reputação da pessoa. Inserido neste contexto de proteção ao direito á vida está, também, a proteção contra tratamento desumano ou degradante, ou seja, tratamento que fira o princípio da dignidade da pessoa e desrespeite ou coloque em perigo a vida humana.

Deste modo, não se pode permitir o acesso ao genoma do trabalhador que, embora não o coloquem em risco diretamente, o tratem de forma desumana ou degradante. Tratar o homem de forma desumana é desconsiderá-lo enquanto pessoa; é tratá-lo como coisa ou simples meio para a obtenção de ganhos econômicos. Importa em desconsiderá-lo enquanto sujeito e usá-lo como objeto de direitos, como parte integrante dos meios de produção, mera extensão de uma máquina, um ciborge. Tratar o ser humano de forma degradante significa impor-lhe riscos de danos, danos desnecessários ou impor-lhe condições indignas que contrariem a moral e ética médica. Em outras palavras, tratar a pessoa de forma que prejudique sua saúde, segurança ou bem estar ou crie condições adversas para a continuidade de sua existência.

Além do direito a vida, a Constituição Federal consagra o direito a igualdade. Não se limita a declarar a igualdade perante a lei, também, vedando distinções de qualquer natureza ou qualquer forma de discriminação. A expressão igualdade perante a lei significa que o legislador, ao formular determinada legislação, deve tratar situações idênticas com disposições semelhantes e com disposições distintas situações diferentes; repartindo os encargos e benefícios de forma a dividi-los na proporção de sua diversidade. Por isto, uma interpretação bioconstitucional veda qualquer forma de discriminação. Esta pode ocorrer, basicamente, por duas formas: por meio da outorga de benefício legítimo a pessoa ou grupo, discriminado-as favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupo em iguais condições; ou pela imposição de obrigações, ônus, sanção ou qualquer sacrifício à pessoa ou grupo, discriminando-as desfavoravelmente em face de outras pessoas ou grupo nas mesmas condições. Deste modo, a análise de qualquer controvérsia referente às questões biomédicas está limitada pelo dever de tratar se tratar o ser humano com equidade, ou seja, deve avaliar suas necessidades, condições e méritos e dar a cada ser uma parte igual dos benefícios. Não se podem impor condições diversas para realizar o atendimento de pessoas em iguais condições, seja para beneficiar alguém que não possui os méritos para receber o tratamento; seja para impedir outro que tenha as condições exigidas para sofrer a intervenção.

Isto faz com seja limitado o acesso e uso da informação genética, que não pode gerar qualquer tipo de discriminação. Deve-se atuar sempre refletidamente ao perceber as diferenças genéticas entre os indivíduos e as vulnerabilidades que decorrem desta diversidade, de modo que a interpretação favoreça a criação de uma sociedade solidária e inclusiva, melhorando a qualidade de vida da humanidade e não auxilie no desenvolvimento de uma sociedade preconceituosa ou eugenista. Nesta linha de entendimento, proibi-se a realização de testes genéticos que tenham o intuito de “classificar” o trabalhador, em parâmetros exclusivamente genéticos, tornando-o um amontoado de genes considerados “aptos” ou “inaptos” ao desempenho de determinada função.

Outro aspecto relevante do estabelecimento de marcos interpretativos bioconstitucionais é a tutela da intimidade, incluída todas as manifestações do ser humano na esfera íntima, na esfera privada e na esfera da personalidade. A privacidade "é o conjunto de informação sobre o indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou divulgar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem que seja legalmente obrigado a isto. Este conjunto de informação inclui: a vida doméstica, as relações familiares e afetivas, os hábitos, o nome, a imagem, os pensamentos, segredos e a origem da pessoa. De outro modo, tutela o modo de ser e de viver do indivíduo[35]".

Loreci G. Nolasco[36] entende que a conceituação de intimidade genética compreende

... em conseqüência das novas tecnologias informáticas e biológicas, impõe-se conceituar a intimidade como sendo a garantia conferida ao ser humano de que ele não será vítima de intromissões ou investigações indesejadas sobre sua vida privada e que tais intromissões não podem ser divulgadas, assim como a garantia de que os dados pessoais do ser humano que se tornem conhecidos por qualquer meio, sejam eles biológicos ou informáticos, não serão propagados indiscretamente.

... A genética, por sua vez, faz com que seja necessário falar em intimidade genética, que consiste na garantia conferida ao ser humano de determinar as condições de acesso à informação genética. Tal intimidade compreende dois elementos. O primeiro consiste no elemento objetivo, integrado pelo próprio genoma ou por qualquer tecido ou parte do corpo humano em que seja possível encontrar a informação genética, assim como pelo direito de ter acesso às informações contidas no genoma. O segundo elemento, denominado de subjetivo, consiste na autodeterminação informativa, ou seja, na garantia conferida à pessoa investigada de determinar quem e em que condições é possível ceder as informações sobre o genoma.

O problema do ponto de vista do direito à intimidade, pode ser resumido nas seguintes perguntas: quem e como informar os dados genéticos obtidos através da técnica de seqüência do genoma humano? Quais os requisitos que devem ser observados na obtenção e transmissão dos dados obtidos?

A proteção da intimidade encontra três fundamentos principais: é entendida como o reduto da personalidade, ou seja, a esfera da intimidade que fica direta e exclusivamente reservada ao próprio interessado; como a manifestação de confidencialidade compartilhada para aqueles aspectos da intimidade que, por prescrição legal ou pela natureza das relações interindividuais ou sociais, facultam o acesso a terceiros que estão obrigados, por lei, a manter sua confidencialidade e como proteção ao processamento de dados. Assim, é o indivíduo quem deve decidir a quem revela, quando e com que extensão, ficando proibida a transmissão a terceiros da informação obtida através de análise genética sem o expresso consentimento do interessado ou de sua representante legal.

É de primordial importância frisar que qualquer acesso ao genoma, seja por meio de testes genéticos ou outro instrumento, deve ser precedido do consentimento prévio, livre e informado do(s) trabalhador(es) envolvido(s) na pesquisa ou tratamento. A necessidade de se obter do trabalhador tal permissão deriva do princípio da autonomia da vontade do sujeito e é o requisito que legitima a atividade realizada.

Autonomia é a capacidade, liberdade, que o ser humano possui de determinar-se a si mesmo, sem se deixar dominar pelas vontades alheias. O princípio da autonomia no campo da saúde indica que o trabalhador não pode entregar-se totalmente aos profissionais, que não renuncie a uma parcela maior de sua liberdade em troca de parcela menor de sua saúde. Determina a aceitação por partes dos profissionais da autogovernabilidade das pessoas, quer na sua escolha, quer nos seus atos.

Paulo Antonio de Carvalho FORTES[37] analisa o princípio da autonomia:

A autonomia significa autoderminação, autogoverno, o poder da pessoa humana de tomar decisões que afetem sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psiquíca, suas relações sociais. É um termo derivado do grego *auto* (próprio) e *monos* (lei, regra, norma). Refere-se à capacidade do ser humano de decidir o que é "bom", o que é seu "bem-estar", de acordo com valores, expectativas, necessidades, prioridades e crenças próprias. A pessoa autônoma é aquela que tem *liberdade de pensamento*, livre de coações internas ou externas, para escolher entre as alternativas de ação, pois se existe apenas uma alternativa de ação, um único caminho a ser seguido, uma única forma de algo ser realizado, não há exercício de autonomia.

Além da *liberdade de optar*, a ação autônoma também pressupõe *liberdade de ação*, requer que a pessoa seja capaz de agir conforme as escolhas feitas e as decisões tomadas.

Destaque-se que o princípio da autonomia não é absoluto, sendo limitado pela dignidade da pessoa humana e liberdade do outro ou da coletividade. Isto que dizer, a pessoa não pode renunciar à sua dignidade em favor da realização de um, teste genético, tratamento genético ou por em risco a saúde pública, de outra pessoa ou de um grupo em razão de seu tratamento ou vantagens pessoais. Para que a pessoa possa exercer sua autonomia de decidir sobre a realização de testes genéticos, faz-se necessário que receba o devido esclarecimento prévio sobre os riscos e conseqüência que podem surgir com, ou no decorrer, do processo. A "pessoa autônoma tem o direito de consentir ou recusar o que lhe é proposto, tanto para atos de caráter preventivo quanto para ações curativas, que afetem ou que venham a afetar sua integridade físico-psiquíca ou social[38]".

Assim, o trabalhador deve dar consentimento de forma livre, informada, esclarecida, renovável e revogável. O consentimento deve ser obtido de forma livre, isto é, sem qualquer prática de coação física, psíquica ou moral; sem qualquer simulação ou prática enganosa por parte do profissional ou qualquer outra forma de manipulação da vontade. O profissional pode persuadir, isto é, tentar induzir o paciente por meio de apelos à razão, mas nunca coagir ou manipular, ou seja, tentar fazer com que a pessoa realize o teste, desconhecendo ou tendo uma noção falsa sobre os riscos ou resultados. Quando se diz que o consentimento é esclarecido entende-se que profissional deve fornecer informações suficientes, adequadas e em linguagem compreensível ao trabalhador, para que ele possa ter a consciência de como será o exame, quais seus riscos e benefícios. O consentimento necessita ser renovado quando existam modificações significativas no panorama do caso e na base em que foi obtida a aprovação. Por exemplo, quando seja necessário realizar novos exames genéticos. Por fim, o consentimento não é imutável e pode ser revogado a qualquer instante, pelo paciente ou seu representante legal, através de manifestação de vontade livre e esclarecida.

Ainda, o trabalhador tem o direito de tomar conhecimento dos resultados de testes. Impõe ao profissional o dever de informar e o direito a pessoa de escolher se será ou não informado dos resultados de seus testes ou tratamento. Estas informações devem ser expressas em linguagem que a pessoa concreta possa compreender, ou seja, fornecida dentro de padrões acessíveis de sua compreensão intelectual e cultural. Estas informações devem conter esclarecimentos sobre o objetivo dos procedimentos diagnósticos; sua invasibilidade, duração, benefícios e os desconfortos físicos, psíquicos, econômicos e sociais que podem ser originados com o acesso ao seu genoma.

Em suma, numa interpretação bioconstitucional, não se pode permitir que se exponham livremente as informações genéticas do ser humano e que se tem o dever de sigilo destas, enquanto segredo médico, só as divulgando quando e nas condições determinadas pela pessoa. Esta forma de tutela se torna muito importante quando se refere aos testes genéticos, pois permitem acesso total ao genoma do trabalhador. Desta forma, conclui-se que, só podem ser obtidas as informações autorizadas por este e estritamente necessárias, por mais que o método utilizado permita análise mais completa ou detalhada. Uma prática contrária representaria invasão de privacidade e sujeitaria o infrator às sanções civis e penais cabíveis para o caso.

Para além da tutela dos direitos (bio)fundamentais, a Constituição Federal de 1988, positiva, no capítulo VI, a tutela do meio ambiente. Há uma controvérsia sobre o conceito de ambiente, devido à dificuldade em se imporem critérios científicos para sua definição[39]. Deste modo, o conteúdo pode variar de forma expansiva ou restritiva, de acordo com a inclusão ou exclusão de elementos culturais ou artificiais que fazem parte do meio ambiente. A tendência é abordar o meio ambiente de forma a englobar aspectos artificiais, sociais, culturais, econômicos e políticos.

Toshio Mukai[40] entende que no sentido jurídico podem ser individualizados três sentidos para o termo “ambiente”. O meio ambiente como modo de ser global da realidade natural, baseada num dado equilíbrio dos seus elementos – equilíbrio ecológico, que se retém necessário e indispensável em relação à fruição da parte do homem, em particular à saúde e ao bem-estar físico; o ambiente enquanto ponto de referência objetivo dos interesses e dos direitos respeitante à repressão e prevenção de atividades humanas dirigidas a perturbar o equilíbrio ecológico, convertendo-se o dano ao ambiente em dano ao próprio homem. O ambiente como uma ou mais zonas circunscritas do território, consideradas pelo seu peculiar modo de ser e beleza, dignas de conservação em função de seu gozo estético, sua importância para a investigação científica, ou ainda pela sua relevância histórica. Isto é, o ambiente enquanto soma de bens culturais, enquanto ponto de referência objeto dos interesses e do direito à cultura. O ambiente como objeto de um dado território em relação aos empreendimentos industriais, agrícolas e dos serviços: isto é, o ambiente enquanto ponto de referência objeto dos interesses e direito urbanístico respeitantes ao território como espaço, no qual se desenvolve a existência e a atividade do homem na sua dimensão social.

Enquanto baliza interpretativa, a preservação do patrimônio genético é um dos meios eleitos pela Constituição Federal para garantir a fruição do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este direito consiste-se na prerrogativa que o ser humano tem de gozar da natureza original ou artificial de forma que seja plenamente possibilitada existência, proteção e desenvolvimento da pessoa humana e dos demais organismos vivos existentes, nas suas presentes e futuras gerações. Envolve tanto o

dever de preservação da diversidade genética existente, quanto à prerrogativa da manutenção deste como ora se apresenta sem que se insiram modificações que causem alterações irreversíveis ou descaracterizem o meio ambiente conforme conhecido pelas gerações atuais. É "pressuposto de exercício lógico dos demais direitos do homem, vez que, em sendo o direito à vida *"o objeto do direito ambiental"*, somente aqueles que possuírem vida, e, mais ainda, vida com qualidade e saúde, é que terão condições de exercitarem os demais direitos humanos, nestes compreendidos os direitos sociais, da personalidade e políticos do ser humano[41]". Por patrimônio genético brasileiro entendem-se os recursos genéticos do país, ou seja, os elementos que constituem a estrutura dos recursos naturais (água, ar, solo, fauna e flora) e que compõem o meio ambiente.

O sentido jurídico do termo "preservação do patrimônio genético" na Constituição Federal designa um conjunto de obrigações que as presentes gerações possuem de conservar a variedade e totalidade das características genéticas da natureza de modo a garantir um meio ambiente sadio e a existência com qualidade de vida para as futuras gerações. Assim, a preservação da integralidade e diversidade do patrimônio genético brasileiro se faz imperiosa em virtude de englobar interesses difusos, coletivos e individuais; para evitar a degradação do meio ambiente e a obstrução da fruição plena dos demais direitos do homem.

A importância desta preservação deve ser bastante destacada na área trabalhista, no sentido de que devem ser tomadas medidas que impeçam a busca por um "trabalhador perfeito", com características genéticas determinadas e que tendam a eliminação da diversidade genéticas encontrada em nosso país. Ainda, a imposição de nortes interpretativos bioconstitucionais se torna imprescindível, tendo-se em vista as possibilidades de alterações diretas e indiretas que podem implantar no meio ambiente do trabalho e no próprio ser humano. As modificações nas espécies ou nas possibilidades de interações destas com o meio ambiente podem gerar a degradação ou desequilíbrio ambiental e acabar por gerar a destruição do ser humano. Destaque-se que foi em virtude sua diversidade genética que o ser humano sobreviveu e se adaptou às diversas modificações do meio ambiente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Da chamada "revolução biotecnológica" decorrem várias dúvidas, esperanças e receios. Tanto a sociedade quanto a comunidade científica e jurídica discutem os resultados e aguardam com expectativas as novas descobertas e avanços que o século XXI está a prometer. Nestas condições, os cientistas do Direito têm a desempenhar um papel de mediadores na resolução e harmonização de conflitos, de modo a garantir o efetivo respeito à dignidade humana.

Base teórica e biojurídica para vencer este desafio os juristas possuem. A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988 formam o substrato de proteção ao genoma e ao patrimônio genético da pessoa. Assim, são instrumentos valiosos para auxiliar na orientação do agir e da formulação de possíveis limites a aplicação e/ou avanços da Biotecnologia e Engenharia Genética.

Neste contexto de proteção ao trabalhador em face dos avanços nocivos da Biomedicina, é de afirmar que o empregador não pode exigir ao candidato a emprego ou

ao trabalhador que, ilimitada e indiscriminadamente, preste informações relativas à sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar sua aptidão para o trabalho, tendo em vista a preservação de sua saúde e integridade física ou psíquica. Além disto, uma vez acessado o genoma do trabalhador, as informações que possam ser conhecidas pelo médico, só podem ser comunicadas ao empregador, em termos de o trabalhador estar ou não apto a desempenhar determinada atividade. Ainda, estas informações são tidas como segredo profissional, fazem parte da privacidade e intimidade genética do trabalhador e não podem ser reveladas a terceiros, sem a expressa autorização do trabalhador.

Por fim, há que se ter em mente que a finalidade de qualquer teste genético deve ser a preservação da vida e saúde do trabalhador e qualquer requerimento do empregador que seja contrária a esta premissa e fira sua dignidade e/ou gere discriminação genética deverá ser impedida. Assim, o empregador não pode, para admitir ou manter determinada pessoa no emprego, exigir que este se submeta ou apresente testes ou exames médicos de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a proteção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à atividade o justifiquem.

5. BIBLIOGRAFIA:

ALMEIDA, ALINE Mignon. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

BANDEIRA. Ana Cláudia Pirajá. SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação genética e direitos da personalidade: problemas e soluções. *In*: **Revista Jurídica da Cesumar**. v.6. n.º1.

BARACHO, José Alfredo de. **A identidade genética do Ser humano. Bioconstituição: Bioética e Direito.**

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao Direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBCrim, 1999.

CAPRA, Frijop; **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2002.

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FREIRE, William. **Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Aide, 1998

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. **Ética e saúde: Questões éticas, deontológicas e legais. Tomada de decisões. Autonomia e direitos do paciente. Estudo de caso.** São Paulo: EPU, 1998

GATTÁS. Gilka Jorge Figaro. SERGE. Marco. WÜNSCH FILHO, Victor. **Genética, biologia molecular e ética: as relações trabalho e saúde**. Acessado em: http://www.scielo.br/pdf/csc/v7n1/a14v07n1.pdf

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. SORDI, Sandra. Aspectos atuais do Projeto Genoma Humano. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 186-187.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Limites éticos e jurídicos do Projeto Genoma Humano. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, André. Patrimônio genético: De quem? Para quem? *In*: **Revista de Direitos difusos: Bioética e biodiversidade**. vol.12, 2002.

MCLEAN, Sheila A. M. A regulamentação da Nova Genética. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Biotecnologia, Direito e Bioética**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.150.

MARCO, Carla Fernanda de. **O Biodireito e a tendência da Constitucionalização do Direito Internacional: A dignidade da pessoa humana como valor universal**. Disponível na internet: .

MANTOVANI, Fernando. Sobre o genoma humano e manipulações genéticas. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Biotecnología, Direito e Bioética**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p161-162.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

NASSIF, Elaine Noronha. Genética e discriminação no trabalho: uma cogitação. *In:* **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Jul/dez de 1999.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Eugenismo Laboral: realidade ou ficção?**. Acessado em: htttp:www.referendo-pma.org/questões/genética/eugenismolaboral.htm

PENCHASZADEH, Victor B. Problemas Éticos do determinismo genético. *In*: **Anais VI Congresso Internacional de Bioética**. Brasília, 2002. p. 61-68.

PEREIRA, Renata Braga da Silva. DNA: análise biojurídica da identidade humana *in*: BARBOZA, Heloísa Helena. BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PESSINI, Léo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 4ª ed.rev.ampl. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga (painelista). Questões sobre Biossegurança. *In:* **Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal.** nº 1. Brasília: CEJ, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAUWEN, Regina Fiúza. HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito "in vitro": da bioética ao biodireito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SCHRANN. Fermin Roland. **Eugenia, Eugenética e o espectro do Eugenismo: Considerações atuais sobre Biotecnologia e Bioética.** Acessado em: http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v5/eugenia.htm

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SZTAJN, Rachel. Direito e incertezas da biotecnologia: custo social das pesquisas. *In*: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 36.

---

[1] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao Direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBCrim, 1999. p. 19-21.

[2] De acordo com: BANDEIRA. Ana Cláudia Pirajá. SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação genética e direitos da personalidade: problemas e soluções. *In*: **Revista Jurídica da Cesumar**. V. 6. n.º 1. p. 68.

[3] De acordo com BANDEIRA. Ana Cláudia Pirajá. SCARIOT, Tatiane Botura. Op. Cit. p. 68.

[4] NASSIF, Elaine Noronha. Genética e discriminação no trabalho: uma cogitação. *In:* **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Jul/dez de 1999. p. 109.

[5] NASSIF, Elaine Noronha. *Idem*. p.109.

[6] Conforme: PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Eugenismo Laboral: realidade ou ficção?**. Acessado em: htttp:www.referendo-pma.org/questões/genética/eugenismolaboral.htm.

[7] MCLEAN, Sheila A. M. A regulamentação da Nova Genética. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Biotecnologia, Direito e Bioética**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.150.

[8] De acordo com; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Limites éticos e jurídicos do Projeto Genoma Humano. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.).

Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 323.

[9] Op. cit. P. 323.

[10] SCHRANN. Fermin Roland. **Eugenia, Eugenética e o espectro do Eugenismo: Considerações atuais sobre Biotecnologia e Bioética.** Acessado em: http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v5/eugenia.htm

[11] SCHARANN. Fermin Rolanda. *Idem*.

[12] CAPRA, Frijop. *Op. Cit*. p.178-184.

[13] CAPRA, Frijop. *Idem*. p.179-180.

[14] PENCHASZADEH, Victor B. Problemas Éticos do determinismo genético. *In*: **Anais VI Congresso Internacional de Bioética**. Brasília, 2002. p. 61-68.

[15] GATTÁS. Gilka Jorge Figaro. SERGE. Marco. WÜNSCH FILHO, Victor. **Genética, biologia molecular e ética: as relações trabalho e saúde**. Acessado em: http://www.scielo.br/pdf/csc/v7n1/a14v07n1.pdf

[16] NASSIF, Elaine Noronha. Op. Cit. P. 111.

[17] De acordo com GATTÁS. Gilka Jorge Figaro. SERGE. Marco. WÜNSCH FILHO, Victor. Op. Cit.

[18] GATTÁS. Gilka Jorge Figaro. SERGE. Marco. WÜNSCH FILHO, Victor. *Idem.*

[19] GATTÁS. Gilka Jorge Figaro. SERGE. Marco. WÜNSCH FILHO, Victor. *Ibidem.*

[20] GATTÁS. Gilka Jorge Figaro. SERGE. Marco. WÜNSCH FILHO, Victor. *Ibidem.*

[21] CASABONA, Carlos Maria Romeo. Op. Cit.

[22] Esta Declaração não será analisada em sua totalidade, apenas nos dispositivos que estabeleçam limitações aos pesquisadores, Estados, empresas e comunidade na manipulação do genoma humano.

[23] PEREIRA, Renata Braga da Silva. DNA: Análise biojurídica da identidade humana. *in* BARBOZA, Heloísa Helena. BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 286.

[24] LIMA, André. Patrimônio genético: De quem? Para quem? *In*: **Revista de Direitos difusos: Bioética e biodiversidade**. vol.12, 2002. p.1599.

[25] PEREIRA, Renata Braga da Silva. *Idem*. p. 306.

[26] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Identidade genética do ser humano: Bioconstituição: Bioética e Direito. *In*: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. nº 32, 2000. p. 90.

[27] De acordo com o pensamento de: CAPRA, Frijop; **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2002. p.176 a 178.

[28] De acordo com: GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. SORDI, Sandra. Aspectos atuais do Projeto Genoma Humano. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 186-187.

[29] BANDEIRA. Ana Cláudia Pirajá. SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação genética e direitos da personalidade: problemas e soluções. *In*: **Revista Jurídica da Cesumar**. V. 6. n.º 1. p. 65-66.

[30] De acordo com, SAUWEN, Regina Fiúza. HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito "in vitro": da bioética ao biodireito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p.66.

[31] SAUWEN, Regina Fiúza. HRYNIEWICZ, Severo. *Idem*. p.154.

[32] BARACHO, José Alfredo de. *Idem*. p. 89.

[33] FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 271.

[34] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p.163.

[35] SILVA, José Afonso da. *Ob. Cit.* 1994. p. 164.

[36] NOLASCO, Loreci. Genoma Humano: o direito a intimidade e o Código Civil. *In*: Revista Jurídica UNIGRAN. Vol. 6. nº 11, 2004. p. 70-71.

[37] FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. **Ética e saúde: Questões éticas, deontológicas e legais. Tomada de decisões. Autonomia e direitos do paciente. Estudo de caso.** São Paulo: EPU, 1998.p.37.

[38] FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. *Idem*. p.51.

[39] FREIRE, William. **Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Aide, 1998 p.17-20.

[40] MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p.04

[41] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 31-32.

CÉLULAS-TRONCO: UMA AVALIAÇÃO DAS (IM)POSSIBILIDADES DE PATENTEAMENTO *

STEM CELLS: AN EVALUATION OF (IM) POSSIBILITY OF PATENTING

Carmen Lúcia Costa Brotas

RESUMO

O trabalho visa evidenciar as razões legais e bioética da impossibilidade de concessão de patentes de células-tronco (adultas ou embrionárias). A ausência da atividade inventiva demonstra a inexistência de requisito legalmente exigido para a concessão de tal proteção. Além disto, ainda em relação ao aspecto legal, as células-tronco não podem ser caracterizadas como microorganismo, enquadrando-se na exceção da Lei nº 9.279/1996. Por outro lado, em uma análise bioética, a qual toma o ser humano enquanto detentor de dignidade ontológica, que lhe é inerente pelo simples fato de existir, também depõe acerca da impossibilidade de patenteamento das células-tronco e da sua conseqüente exploração econômica. Destarte, a busca pelo progresso científico e incentivo aos investimentos em pesquisa não podem prosperar como causas para a permissão legal de patenteamento destas células, bem como de todo ou parte de seres humanos. A pertinência desta discussão/reflexão impõe-se de forma ainda mais acentuada em virtude da tramitação no Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 4961/2005, o qual sob a justificativa de proporcionar o avanço biotecnológico do Brasil, amplia as possibilidades de concessão de patentes para todo ou parte de seres vivos, permitindo-a para substâncias ou materiais deles extraídas, obtidas ou isoladas, as quais apresentem os requisitos previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

PALAVRAS-CHAVES: PATENTES; BIOTECNOLOGIA; CÉLULAS-TRONCO

ABSTRACT

The work aims to highlight the reasons of law and bioethics at the impossibility of patenting of stem cells (adult or embryonic). The lack of inventive activity demonstrates that there is no requirement legally required to grant such protection. Moreover, even in relation to the legal aspect, the stem cells can not be characterized as microorganism, matching the exception of Law No. 9279/1996. Moreover, in a bioethical analysis, which takes the human being as owner of ontological dignity that is inherent to the simple fact that there is also testifies about impossibility of patenting of stem cells and their consequent economic exploitation. Thus the quest for scientific advancement and encouragement of investment in research can not thrive as a cause to be legally permitted patenting of these cells, as well as all or part of human beings. The relevance of this debate / discussion is all even more remarkable in view of the National Congress of the Draft Law No. 4961/2005, which under the justification of providing the advance of biotechnology in Brazil, expands the possibilities of granting patents for all or part of

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

living, allowing for the material or extracts thereof, obtained or isolated, which show the requirements of art. 8 and which are not mere discoveries.

KEYWORDS: PATENTS, BIOTECHNOLOGY; STEM CELLS

INTRODUÇÃO

A consolidação da junção entre ciência e tecnologia traz para o homem, no século XXI, cada vez mais a possibilidade de proporcionar para a sociedade respostas para dilemas que pareciam indissolúveis. Nas ciências biomédicas, estes reflexos foram ainda mais acentuados; a biotecnologia colocou a biologia em destaque, atingindo-se parâmetros completamente revolucionários.

Neste cenário, estão as células-tronco, as quais apresentam capacidade de renovação prolongada, podendo, em determinadas condições, gerar células especializadas. Estas células têm duas origens: podem advir do indivíduo adulto (células-tronco adultas) ou serem obtidas nos estágios iniciais do desenvolvimento humano, na fase de blastocisto, gerando as células-tronco embrionárias. Neste último caso a obtenção das células-tronco ocasiona a destruição do embrião, proporcionando questionamentos bioéticos.

As células-tronco podem ser utilizadas tanto para procedimentos de teste de medicamentos, como também para o melhor conhecimento do funcionamento do organismo vivo, além de representarem alternativa terapêutica para doenças como câncer, o mal de Parkinson, mal de Alzeheimer, doença Huntington, esclerose múltipla e lateral, amiotrófica, além de traumas pós-acidentes na medula espinhal.

Estas células, portanto, apresentam grandes capacidades terapêuticas e industriais, representando a esperança de pessoas que padecem de doenças, bem como a perspectiva da indústria em obter uma real fonte de lucro, a qual remunerará de forma bastante satisfatória os investimentos realizados com as pesquisas.

Não por acaso se verifica em países como os Estados Unidos, onde a ciência aplicada prevalece sob a básica e são autorizadas as pesquisas com células-tronco embrionárias, severas disputas pela obtenção de patentes células-tronco. Ademais, vale frisar que este país é tido como avançado em relação à legislação pertinente a propriedade industrial por incentivar a pesquisa permitindo a concessão de patentes para descobertas, bem como para células humanas desde que se trate de uma linhagem celular humana pluripotente isolada ou purificada.

O discurso dos cientistas fulcra-se no avanço legislativo a fim de que o ordenamento pátrio “modernize-se” para ampliar a possibilidade de concessão da proteção patentearia, fomentando os investimentos na pesquisa celular.

No entanto, questiona-se a obtenção deste tão almejado progresso que, em uma doutrina capitalista, é admitido com o intrinsecamente bom e gerador da felicidade da

humanidade, colocando os que propõem uma reflexão mais serena acerca da sua repercussão como fundamentalistas ou religiosos radicais.

Neste diapasão, as patentes de células-tronco humanas são admitidas como violadoras da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, não bastando para a sua legitimação à suposta possibilidade de benefícios para os enfermos e o incentivo a pesquisa nesta área.

Não há como sustentar-se a patente de células-tronco por carência da atividade inventiva, requisito do sistema patenteário, visto que se trata de uma mera descoberta que mediante "maquiagem científica" quer se impor a um ordenamento direcionado a invenções. Admitir a proteção patentearia para estas células é distorcer o fundamento deste sistema para atender a interesses outros.

Diante do cenário que se estabelece a partir do julgamento da ADIN 3510 pelo Supremo Tribunal Federal, a qual questionava a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005, bem como da tramitação do Projeto de Lei nº 4961/2005, que visa ampliar as hipóteses de patenteamento de matéria viva, vislumbra-se uma possível reformulação da legislação vigente acerca da propriedade industrial a fim de adequá-la aos chamados países avançados, ainda que isto tenha como conseqüência a exploração econômica de parte de seres humanos, podendo advir até mesmo da destruição de embriões humanos.

CIÊNCIA NO SÉCULO XXI: A ERA DO DOMÍNIO

Enquanto o século XX foi marcado pelas descobertas advindas da física e da química, o século XXI será marcado pela biotecnologia. A consolidação da junção entre ciência e tecnologia aliada ao destaque da biologia proporcionaram diversos avanços científicos. Exemplos bastante elucidativos são aqueles vislumbrados na área da microbiologia e da engenharia genética, dentre as quais se destaca a descoberta das potencialidades das células-tronco, que proporcionaram verdadeira revolução na medicina regenerativa. Torna-se, então, a biotecnologia importante gerador de conhecimento científico no século XXI.

Michio Kaku (2001) adverte que no século XXI a ciência abandonou a Idade da Descoberta, inaugurando a Idade do domínio. Para ele três descobertas foram fundamentais na configuração desta nova era, quais sejam, o desvendamento do átomo e da molécula da vida e a criação do computador eletrônico. Estas descobertas proporcionaram as revoluções quânticas, do DNA e da informática. Desta forma sentencia Kaku: "passamos de observadores passivos da natureza a coreógrafos ativos da natureza".

A possibilidade de dominar a natureza responde a solicitação da idéia de que o progresso conduz, necessariamente, a humanidade em uma direção benévola ou que conduziria a um maior número de existências felizes. As conquistas na área da biotecnologia coadunam-se com o tão almejado progresso. Este progresso científico torna-se inevitável e incontestável, sendo concebido como a fonte da felicidade humana.

Abordando o mito do progresso científico na sociedade capitalista, Gilberto Dupas (2006) ressalta que a busca pelo progresso é incorporada ao discurso dos cientistas, os quais defendem suas pesquisas a partir deste argumento, identificando, em muitos casos, as propostas de reflexão ética como empecilho a própria ciência. Outrossim, Dora Porto e Volnei Garra (2005, p. 5) ao abordarem a associação entre desenvolvimento, progresso e tecnologia ressaltam a formação de uma "cortina de fumaça que impede que se veja com clareza o quanto à lógica do mercado vem comprometendo a vida biótica e antrópica e o acesso aos recursos naturais das gerações futuras." Desta forma, advertem os autores, que a força desta associação pode ser percebida na deslegitimação das ponderações daqueles que de alguma forma questionam ou refletem acerca dos rumos das pesquisas tecnológicas, os quais são tachados de "obscurantistas" e "fundamentalistas".

Diante desta busca pelo progresso e caminhando na trilha do domínio da natureza, a ciência passa a apresentar a certeza de conquistas a fim de trazer à felicidade a humanidade. Neste cenário estão às pesquisas com células-tronco, que são apresentadas, apesar do estágio das pesquisas cientificas nesta área, como portadoras de soluções para uma gama de males e enfermidades.

BIOTECNOLOGIAS E PATENTES

O termo "biotecnologia" é passível de diversas interpretações, sendo admitido, para alguns, como surgido nos primórdios da humanidade, ou concomitantemente a revolução industrial, ou ainda, mais recentemente com a capacidade de interferência no material genético. (MOSER, Antônio, SOARES, André Marcelo M., 2006)

Na fase atual, a biotecnologia pode ser percebida como o conjunto de métodos e processos advindos das pesquisas realizadas nas ciências biológicas que visam a aplicação industrial. Destarte, Patrícia Aurélia Del Nero (2008, p. 69) concebe a biotecnologia como "o uso de conhecimentos e experiências relativas à biologia para produção mediata ou imediata de bens e serviços".

Na conjuntura científica do século XXI pode-se perceber a preponderância da ciência aplicada em relação à básica. A valorização do produto do "fazer ciência" está centrada no potencial de gerar aplicações.

Marcos Barbosa de Oliveira (2004), nesta perspectiva, ressalta que a ciência pura cujo fim único era a satisfação da curiosidade intelectual do humano praticamente não existe. Ainda que persista a chamada ciência básica[1] caracterizada pela investigação desvinculada das aplicações específicas, prevalece à busca pela ciência aplicada, ou seja, que tenha respostas para as angustias humanas e que possam atender aos anseios do mercado.

Para Oliveira (2004) a mercantização da ciência e da tecnologia apóia-se no sistema de patentes, daí o predomínio da ciência aplicada sobre a básica. Neste diapasão, são identificados dois tipos de mercadorias na sociedade atual: aquelas denominadas de mercadorias propriamente ditas, que podem ser os bens materiais ou serviços; e as mercadorias fictícias, dentre as quais estão às patentes.

As mercadorias propriamente ditas são caracterizadas pelo supracitado autor como excludentes, no sentido de que a posse, o consumo ou usufruto destas exclui ou, pelo menos, reduz, a possibilidade de que ela possa ser possuída, consumida ou usufruída por outrem. Dentre as mercadorias fictícias, as quais não trazem, por si só, esta característica, estão os direitos de propriedade intelectual. Estas referem-se a entidades abstratas, sendo de propriedade exclusiva apenas antes de serem divulgadas. É este caráter não-excludente que as torna mercadorias fictícias, e explica a necessidade de sistemas legais que criem artificialmente esta exclusividade.

No contexto de valorização do conhecimento tecnocientífico, o tema das patentes tem relevância garantida, podendo-se perceber um fortalecimento do sistema de patentes tanto na intensificação, que corresponde à ampliação dos direitos dos detentores de patentes, ao aumento de vigilância e das punições dos infratores, quanto na extensão no estabelecimento de novos tipos de patentes, sendo os mais importantes e mais controvertidos os das patentes de matéria viva, dentre as quais estão às células-tronco humanas, objeto do presente trabalho.

A partir disto desenvolve-se uma campanha liderada pelos Estados Unidos, país no qual a ciência aplicada predomina sobre a básica, com a finalidade de impor regramentos mais amplos para todo mundo globalizado. O acordo TRIPS (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) da Organização Mundial do Comércio, em 1995 é um exemplo desta mobilização.

Desta forma, as patentes assumem papel relevante e decisivo na dinâmica científica, aproximando cada vez mais a atuação do cientista dos ditames do mercado, dos interesses que dele advêm.

CÉLULAS MILAGROSAS

Inseridas na doutrina do progresso como intrinsecamente bom, surgem às células-tronco como promessa de cura de diversos males para os quais a ciência ainda não dispunha de resposta satisfatória de cura. Assim, os portadores de doenças como o mal de Parkison, o câncer dentre outros, bem como aqueles que padecem de limitações físicas começam a vislumbrar nas células-tronco a possibilidade de cura efetiva.

Estas células possuem a capacidade de se auto-renovar (*self renewing)*, ou seja, são células indiferenciadas capazes de se subdividir indefinidamente (*self replicate*), podendo, em determinadas condições, desenvolverem-se originando células especializadas dos tecidos constituintes do organismo (PASQUALOTTO, 2007)

As células-tronco são classificadas de acordo com a sua natureza em embrionárias ou adultas. Aquelas são encontradas nos primeiros momentos do desenvolvimento dos embriões humanos, podendo ser classificadas como totipotentes ou pluripotentes[2], conforme seu potencial de diferenciação. As células adultas, por sua vez, podem ser extraídas de diversos tecidos, tais como a medula, a placenta e o cordão umbilical, possuindo capacidade de diferenciação mais limitada.

Apesar de serem estudadas cientificamente desde a década de 60, conforme assevera Wilmar Luiz Barth (2007, p. 26), em termos de importância destaca-se a publicação dos resultados de duas pesquisas, em 1998, pela empresa Geron Corporations de Merlon Park, na Califórnia, USA, quanto ao isolamento e cultivo em laboratório de linhas de células-tronco.

James A. Thomson, em Wisconsin, Madison, isolou células-tronco provenientes de embriões na fase de blastocitos, ou seja, contendo aproximadamente 200 células, no estágio correspondente a 4 ou 5 dias da fecundação. Ele partiu de embriões oriundos de clínicas de fertilização *in vitro*. As células foram cultivadas, obtendo-se cinco linhagens independentes, as quais deram origem às células de vários tecidos diferenciados.

Já o cientista John Gearhart, na Universidade Johns Hopkins, em Baltimore, USA foi responsável pela segunda pesquisa, na qual foram utilizados fetos abortados que tinham sido destinados ao desenvolvimento de pesquisas.[3]

Esta descoberta científica associada aos resultados advindos da clonagem reprodutiva que deu origem a ovelha Dolly em 1997, fez surgir um novo conceito para as ciências biomédicas: a clonagem terapêutica (JOSÉ, 2008). Este procedimento seria responsável pela reconstrução ou reparação de tecidos danificados por doenças ou acidentes a partir de novas células.

A clonagem reprodutiva foi a técnica utilizada para gerar a ovelha Dolly. Neste procedimento, o óvulo com seu núcleo é implantado no útero, gerando um ser (o clone) com o mesmo patrimônio genético do indivíduo que doou o núcleo. Já na clonagem terapêutica não há a geração de um novo ser, mas sim a produção de células-tronco embrionárias. O óvulo com seu núcleo não serão inseridos no útero, mas cultivado em um meio especial no laboratório, gerando embrião que será destinado a obtenção de linhagens que serão utilizadas em pesquisas cientificas.

Esta técnica (a clonagem terapêutica) agregou para as ciências biomédicas novas e grandes perspectivas, gerando entre os cientistas intenso entusiasmo, o qual foi transmitido para a sociedade, ocasionando expectativas que nem mesmo os cientistas sabem quando poderão responder ou até mesmo se poderão responder.

Assim, a partir da possibilidade de diferenciação os cientistas dividem as células-tronco em dois grupos: as células-tronco somáticas ou adultas e as células-tronco germinais ou embrionárias.

Células-Tronco adultas

As células-tronco adultas ou somáticas são consideradas células pluripotentes, ou seja, são capazes de se diferenciar em quase todas as células, não possuindo a capacidade de gerar um indivíduo, mas apenas os tecidos que o formam. Estão presentes, portanto, nos organismos adultos independentemente da sua idade, visto que o organismo tendo necessidade produzirá novas células para tomar o lugar daquelas mortas ou danificadas.

Renata Campos Nogueira (2009, p. 19), em precisa abordagem, conceitua a célula-tronco adulta como uma célula indiferenciada encontrada em um tecido diferenciado do organismo. Elas são responsáveis pela auto-renovação e homeostase do seu tecido de

origem ao longo da vida. Estas células têm, portanto, o poder de especialização restrito, são capazes de formar todos os tipos de células encontradas no órgão ou tecido de onde foi retirada a célula matriz.

Ressalta a autora que as células-tronco adultas mais estudadas são as células-tronco da medula óssea**.** A medula óssea humana é um tecido complexo formado por uma população de células-tronco, sendo reservatório de várias populações de células-tronco. A medula óssea foi a primeira fonte de célula-tronco adulta relatada na literatura.

Hoje, todavia, a ciência concebe que estas células são encontradas em embriões a partir do 5º (quinto) dia após a fertilização na espécie humana, estando presentes também no cordão umbilical, na placenta, no sangue menstrual, na polpa dentária, na pele, dentre outros.

As células-tronco adultas, no entanto, apresentam algumas características que as tornam, aparentemente, menos viáveis que as embrionárias. Além de serem raras, não estando presentes nos tecidos em grande número, há a dificuldade de isolamento e cultivo destas células *in vitro*, e o problema da compatibilidade genética entre doador e receptor. Alguns cientistas consideram as células-tronco adultas menos viáveis que as embrionárias tendo em vista a sua limitada capacidade de auto-renovação, a qual diminui com o avanço da idade do organismo.

Vale frisar, por oportuno, que as terapias com células-tronco adultas já demonstram resultados satisfatórios. Exemplo bastante elucidativo são os tratamentos realizados com células-tronco adultas em pacientes portadores de doenças crônicas no fígado, realizadas no Hospital São Rafael, localizado no bairro de São Marcos, na capital baiana, que já trazem sobrevida para pacientes que aguardavam na fila para serem transplantados.

Células-Tronco embrionárias

As células-tronco embrionárias ou germinais são classificadas como totipotentes, ou seja, têm a capacidade de se diferenciar em um embrião e em tecidos e membranas extraembrionárias. Esta espécie de célula tem a capacidade de originar todos os tecidos do organismo, incluindo o tecido extraembrionário durante o desenvolvimento do ser.

As células-tronco embrionárias são isoladas da massa celular interna do embrião no estágio de blastocisto, ou seja, por volta do quarto ou quinto dia após a fecundação, quando o embrião possui cerca de 240 células.

Estas células, ressalta Juan Ramón Lacadena (2003), advém de quatro fontes: a) da massa celular interna (ICM) de embriões produzidos por fecundação *in vitro* (FIV) com o único propósito de se obter culturas de tecidos; b) de massa celular interna (ICM) de embriões excedentes de programas de FIV; e c) ICM de embriões somáticos obtidos de clonagem mediante transferência nuclear.

O certo é que a utilização de embriões humanos como fonte de células-tronco traz diversos questionamentos bioéticos e jurídicos, consoante se verificou no julgamento da ADIN 3510 que questionava a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005, o

qual autorizava, no Brasil, a utilização de embriões excedentes do procedimento de reprodução humana assistida, desde que atendidas condições fixadas pelo legislador.

Conquanto estes questionamentos sejam impostos aos avanços das pesquisas com células-tronco embrionárias, as suas supostas potencialidades terapêuticas e industriais fazem com que estas sejam eleitas como mais promissoras em relação às adultas. No entanto, há registro na literatura que trata da matéria da existência de inconvenientes acerca da utilização das células-tronco embrionárias.

Uma vantagem que as células-tronco de organismos adultos têm diante das células-tronco embrionárias, é que elas podem ser prontamente adquiridas a partir do tecido mesmo, não precisando passar por todo o processo de diferenciação e especialização, além de não estarem inclinadas a formarem teratomas. (BARTH, 2006)

POSSIBILIDADES TERAPÊUTICAS E INDUSTRIAIS DAS CÉLULAS-TRONCO

Parte da comunidade cientifica, assim como a mídia em geral, indica as células-tronco como detentoras de potencialidades capazes de curar, de forma milagrosa, diversos tipos de doenças e debilidades.

As pesquisas com células-tronco assinalam possibilidades terapêuticas que vão desde a melhor compreensão dos complexos eventos que marcam o desenvolvimento humano, o que permitirá o entendimento do processo de divisão e especialização celular até a recuperação de tecidos danificados por doenças ou traumas, com enorme avanço para a denominada medicina regenerativa.

Na seara da medicina regenerativa, as células-tronco são vistas, devido as suas características, como passiveis de beneficiar as pessoas que padecem de doenças no sistema nervoso central e periférico, tais como o mal de Parkinson, mal de Alzeheimer, doença Huntington, esclerose múltipla e lateral, amiotrófica, além de traumas pós-acidentes na medula espinhal.

Destaca-se, ainda, o fato de mapeamento das células-tronco embrionárias serem utilizadas para identificar e estudar toxinas ambientais e produtos farmacêuticos capazes de evitar potenciais teratógenos – conjunto de fatores que induzem anormalidades fetais.

Além disso, a partir dessas células seria possível, na indústria farmacêutica, o teste de medicamentos numa linha celular humana a fim de se saber os efeitos, dosagem e grau de rejeição do organismo. Assim, não seria necessário o atual procedimento que consiste na avaliação em animais e depois em humanos para conhecimento da capacidade terapêutica de determinada droga.

Há que se pontuar, por relevante, a possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias, devido as suas características, na indústria cosmética, principalmente em tratamentos de antienvelhecimento.[4]

As potencialidades terapêuticas das células-tronco, notadamente as embrionárias, as tornam interessantes para a indústria, que já vislumbra na obtenção das patentes não só

a possibilidade de retorno do quanto investido, mas também o controle das pesquisas e do promissor mercado que cerca as células-tronco.

Neste sentido, precisa as palavras de Wilmar Luiz Barth (2006, p. 238)

A questão que se abordará neste ponto é relevante à problemática econômica decorrente da derivação, uso e comercialização de células-tronco humanas. Infelizmente, tão logo se anunciaram as pesquisas de Thomson e Gearthart, se iniciou uma corrida pelo patenteamento destas técnicas. O mercado econômico se deparou com este novo produto e os novos investimentos mostraram sua face e seus verdadeiros interesses.

Ocorre que consoante bem asseverou J. P. Remédios Marques (2001) a almejada maximização destes resultados verifica-se na predominância na busca de patentes de produtos em detrimento das patentes de processo, tendo em vista um conjunto de fatores que revelam efeitos desfavoráveis em sede de patentes de processo.

O processo, de *per si*, será considerado muitas vezes banal, não apresentando o requisito da atividade inventiva, o qual é indispensável para concessão de patentes. Além disto, há o fato de que a patente de processo gera menor proteção ao titular, visto que um eventual concorrente poderá desenvolver uma alternativa para a obtenção do produto.

Estas apontadas desvantagens em relação as patentes de processos justificam a predileção pela tutela jurídica aos produtos. Ocorre que no campo da biotecnologia muitos desses produtos trazem consigo a necessidade de algumas ponderações, consoante ocorre com os genes humanos e as células-tronco.

O sistema de patentes foi idealizado para atender os interesses do inventor, que tinha a sua invenção preservada em relação a qualquer tipo de exploração, bem como ao da sociedade que tinha acesso a invenção e conseqüentemente aos benefícios que dela advinham. Este sistema foi estruturado para as chamadas invenções tradicionais, que respondiam aos requisitos legais para a concessão da proteção patentearia. Ocorre, que na contemporaneidade, reivindica-se a aplicação destes ditames legais, próprios do sistema patenteários, para “descobertas” e até parte de seres vivos.

CRITÉRIOS DE PATENTEABILIDADE

Critérios legais atuais

No Brasil, o pedido de patente deve ser dirigido ao Instituto de Propriedade Industrial - INPI, autarquia federal com sede na cidade do Rio de Janeiro. No pedido deve constar requerimento, relatório descritivo, reivindicações, desenho, resumo e comprovante de pagamento da retribuição relativa ao deposito.

A Lei nº 9.279/1996 estabelece como requisitos para obtenção das patentes a novidade, aplicação industrial e atividade inventiva.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2002) uma invenção atende o requisito da novidade quando é desconhecida dos cientistas ou pesquisadores especializados, ou seja, quando

inova no estado da técnica, o qual compreende todos os conhecimentos difundidos no meio científico, acessível a qualquer pessoa e todos os reivindicados regularmente por um inventor, por meio de depósito de patente, mesmo que ainda não tornados públicos.

A aplicação industrial é atendida quando demonstrada a possibilidade de utilização ou produção do invento por qualquer tipo de indústria.

Por sua vez, o requisito da atividade inventiva será atendido se, além de incrementar o estado da técnica, não seja a invenção derivada de forma simples de conhecimento. É necessário que a invenção resulte de um verdadeiro engenho, de um ato de criação intelectual. Desta forma, uma mera descoberta não enseja o atendimento deste requisito na legislação pátria.

Fábio Ulhoa Coelho (2000) ainda inclui no rol de requisitos para patenteamento o desimpedimento. Há invenções que apesar de atenderem aos demais requisitos exigidos pela lei não podem ser patenteadas por razões de ordem pública.

Destarte, o art. 18 da Lei nº 9.279/1996 estabelece que não podem ser patenteados as invenções: a) contrárias à moral, aos costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas; b) as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e c) o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Depreende-se do quanto exposto que a legislação pátria vigente repudia a possibilidade de patenteamento de meras descobertas, bem como de seres vivos no todo ou em parte, excetuando apenas os microorganismos transgênicos, o que afasta a possibilidade de patenteamento de células-tronco, consoante será declinado.

Projeto de Lei nº 4961/2005

Tramita no Congresso Nacional o projeto de Lei nº 4961/2005, de autoria do Deputado Antônio Carlos Mendes Thame, que propõe a alteração da Lei nº 9.279/1996. A proposta deste projeto de lei é criar exceção à restrição de patenteamento de seres vivos e materiais biológicos, tornando passível de registro as patentes sobre substâncias ou materiais dos seres vivos extraídas, obtidas ou isoladas, as quais apresentem os requisitos previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Em 2005, durante a tramitação do Projeto de Lei º 4.961/05 foi proferido parecer pelo então relator, Deputado Jorge Pinheiro, o qual opinava pela sua rejeição. No entanto, em mais uma confusa tramitação, no ano seguinte, o relator alterou seu parecer para considerar-se favorável a proposição do projeto de lei.

Este projeto de lei foi arquivado ao fim da legislatura anterior, e desarquivado em abril de 2007 por requerimento do Deputado Antônio Carlos Mendes Thame. Encerrado o prazo, não foram apresentadas emendas. Em dezembro de 2007, este deputado requereu tramitação em conjunto do Projeto de Lei 654/07, de autoria do Deputado Nazareno Fonteles, o qual propunha alteração da redação do inciso III do art. 18 da Lei nº

9.279/96, que define o que não é patenteável no Brasil, para acrescentar a proibição relativa a todos os organismos geneticamente modificados (OGMs).

Vale frisar que em 25 de junho de 2009, sem repercussão na mídia nacional, foi realizada reunião de audiência pública para debater os fundamentos científicos - tecnológicos e políticos do Projeto de Lei nº 4961/2005.

Nesta ocasião foram ouvidos: Jorge Raimundo, Presidente do Conselho Deliberativo da Interfarma - Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa; Ana Cristina Almeida Müller, Coordenadora da Comissão de Estudos de Biotecnologia da ABPI - Associação Brasileira da Propriedade Intelectual; Gonzalo Enriquez, Professor-Doutor da Faculdade de Economia da UFPA – Universidade Federal do Pará; e Fabrício Rodrigues Santos, Professor e Pesquisador da UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais, representante do CFBio – Conselho Federal de Biologia.

Com base nos pronunciamentos advindos desta reunião pública o relator, Deputado Germano Bonow, alegando a necessidade de políticas de aproveitamento da biodiversidade e sua vinculação à inovação científica e tecnológica, proferiu parecer favorável ao Projeto de Lei nº 4.961/200. Quanto ao projeto nº 654/2007, opinou o mencionado relator pela sua rejeição, tendo em vista, na sua concepção, que este traria enormes prejuízos às pesquisas com organismos geneticamente modificados, realizadas atualmente ao abrigo da Lei 9.279/96.

A partir da experiência legislativa advinda da lei de biossegurança, que em meio a uma confusa tramitação incluiu a disciplina acerca das células-tronco em diploma que versava acerca de organismos geneticamente modificados, bem como da própria tramitação do projeto de lei que culminou na atual lei que disciplina a propriedade industrial (DEL, NERO PATRÍCIA AURÉLIA, 2004), vislumbra-se a alteração da lei de propriedade industrial (Lei 9.279/96) a fim de que sejam ampliadas as possibilidades de concessão de patentes de parte ou todo de seres vivos.

Esta perspectiva de alteração da mencionada lei elucida, consoante assevera Rafaela Guerrante[5], influencia o depósito de muitos pedidos de patentes no INPI relativos a todo ou parte de seres vivos, o que inclui as células-tronco. Na esperança da alteração da lei que disciplina a matéria e tendo em vista que esta autarquia começa (em 2009) a analisar ainda os pedidos depositados em 1999, deposita-se tudo o que se pode, ainda que a legislação vigente não permita a concessão de patentes.

Vale frisar que o Instituto de Propriedade Industrial (INPI, 2007) publicou estudo comparativo dos critérios de patenteabilidade no Brasil, Índia, Comunidade Européia, Austrália, China, Japão e Estados Unidos.

Verifica-se que a legislação americana é a única que define “invenção” como invenção incluindo a descoberta, porém a matéria deve atender ao conceito de “composição da matéria nova e útil”, ou seja, admite a possibilidade de concessão de patentes para descobertas.

No que diz respeito especificamente à células humanas identifica-se a possibilidade de patenteamento na Austrália, com exceção das células totipotentes ou células capazes de dar origem a um ser humano; na China, exceto células-tronco embrionárias e o corpo

humano em seus vários estágios de formação e de desenvolvimento; na Comunidade Européia, com exceção das células germinativas, bem como processo de geração de quimeras de células germinativas ou células totipotentes humanas e animais; nos Estados Unidos, desde que seja uma linhagem celular humana pluripotente isolada ou purificada; e no Japão.

IMPOSSIBILIDADE DE PATENTEAMENTO DE CÉLULAS-TRONCO

Volnei Garrafa e Giovanni Berlinguer (2001, p. 76) ao abordarem a possibilidade de patenteamento de células trazem um questionamento bastante pertinente para a discussão: "a quem pertencem as células retiradas de uma pessoa, modificadas em laboratório e depois utilizadas por outros indivíduos?".

O caso Moore evidencia a importância desta questão no limiar de novas descobertas das potencialidades das células-tronco. O Sr. Moore, afetado por leucemia, soube que células do seu sangue foram retiradas do baço, cultivadas e patenteadas pela Universidade da Califórnia. Ele então reivindicou uma participação nos lucros obtidos na transação. Nesta disputa judicial, a Suprema Corte da Califórnia estabeleceu que cabia a empresa científico-industrial o direito exclusivo de receber os lucros oriundos das células do Sr. Moore que aquela época já ultrapassavam os US$ 3 milhões.

Quanto ao patenteamento de parte de seres vivos, no qual estão inseridas as células-tronco, duas correntes se impõem: aquela que rechaça esta possibilidade afirmando que as células não são produto da inteligência humana, requisito indispensável para o patenteamento. Além disto, asseveram que o conhecimento delas emanado deve estar disponível, sem as limitações que impõem as patentes. A outra corrente posiciona-se a favor da concessão do patenteamento reafirmando a necessidade de remuneração dos investimentos milionários que são empregados para a aquisição dos conhecimentos destas células. (MYSCZUKM; MEIRELLES, 2008)

No presente trabalho, tomar-se-á a corrente que rejeita a concessão de patentes em relação às células-tronco. Dentre as diversas razões que se pode indicar para a impossibilidade de patenteamento destas células impõe-se a inexistência do requisito legal da atividade inventiva. Ora, trata-se de uma descoberta e não de uma invenção, consoante afirmado por J. P. Remédio Marques (2001) ao abordar a possibilidade de patenteamento de genes humanos, considerações também aplicáveis as células-tronco.

Para este autor, tal possibilidade deve ser afastada tendo em vista a ausência de efeito técnico que possa caracterizar a invenção. Eis o primeiro argumento para a impossibilidade de concessão da proteção patentearia: a inexistência da invenção, requisito indispensável no sistema de patentes.

Vale frisar que a lei brasileira de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), no art. 18 exclui o todo ou parte de seres vivos da patenteabilidade, no entanto excetua os microorganismos transgênicos. Neste aspecto, algumas considerações devem ser trazidas à baila.

Patrícia Aurélia Del Nero (2004) ressalta que a Organização Mundial de Propriedade Intelectual – OMPI tem um conceito bastante abrangente de microorganismo, o qual reconhece como microorganismo células isoladas, tecidos, plasmídeos, DNA, genes,

proteínas. Ressalta a autora que a concepção desta organização de microorganismo abrangeria até partes de seres humanos. Destarte, a concepção internacionalmente aceita de microorganismos permite o patenteamento de forma mais ampla do que aquela que se pode vislumbrar.

Nesta seara, Tarsis Barreto Oliveira (2007) destaca a necessidade de revisão da legislação brasileira, com a devida definição e caracterização dos microorganismos a fim de se disciplinar de forma satisfatória quais destas formas de vida estão sujeitas ao patenteamento.

Ressalta ainda o mencionado autor que a elaboração da lei de propriedade industrial no Brasil foi influenciada pelas pressões internacionais, sendo decisiva a forte pressão exercita pelos Estados Unidos a fim de que a legislação brasileira fosse "modernizada". Assim, corroborando com esta afirmação, aduz Del Nero (2004, p. 149) que "modernização' neste sentido, nada mais seria do que a ampliação do rol de bens passiveis de serem patenteados".

Tomando-se a definição de microorganismo encontrada na literatura pertinente a matéria verificar-se-á que se trata de seres vivos diminutos, observáveis através de microscópio, sendo seres autônomos, com a capacidade de autogestão e reprodução. Portanto, partindo-se desta definição e em combinação aos ditames legais, tem-se a impossibilidade legal de patenteamento de células-tronco no Brasil. (PACIONICK, Rodolpho. 1975)

No entanto, é importante ressaltar a ampliação legal trazida pelo projeto de Lei nº 4961/2005, o qual altera os arts. 10 e 18 da Lei nº 9.279/96, dispositivos que restringem a possibilidade de patenteamento de seres vivos. A justificativa para esta ampliação é o possível desestimulo que as restrições da mencionada lei podem trazer para investimentos públicos e privados.

Percebe-se, portanto, mais uma vez a possibilidade real de que partes de seres vivos possam ser patenteadas; paulatinamente se verifica o direcionamento legal brasileiro para garantir o progresso tão desejado (DUPAS, 2006), que consoante afirmamos em item pretérito, não deve ser tomado como intrinsecamente bom e recomendável, sendo imperativa a reflexão acerca das implicações deste avanço.

Neste diapasão, é imperativo registrar, por relevante, que segundo estudo do Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, o pedido de patentes de células-tronco, no Brasil, vem crescendo desde a década de 90, sendo dominado por estrangeiros, notadamente, por norte-americanos. Assim, dos 102 pedidos de patentes apresentados aquela autarquia até 2006, apenas um tinha origem nacional, no entanto, em parceria com universidade americana.

Toma-se, neste cenário, a legislação norte americana como paradigma de avanço, de progresso no que diz respeito à motivação/estimulo da atividade científica. Esta legislação permite, consoante já declinado, o patenteamento de meras descobertas, bem como a concessão da proteção patentearia para células humanas, desde que seja uma linhagem celular humana pluripotente isolada ou purificada. (INPI, 2007)

No entanto, este estímulo a atividade científica ao contrário do que aduz o discurso de cientistas e daqueles favoráveis a eliminação de obstáculos ao engenho cientifico, não trazem para a sociedade o retorno que tanto se espera.

Neste sentido, Márcia Santana Fernandes (2008) ressalta o caso das patentes de células-tronco animais e humanas de titularidade de WARF/WiCell (Wisconsin Alumni Research Foundation), promovidas pelo pesquisador John Thomson, o qual tem gerado grande controvérsia nos Estados Unidos da América e na União Européia.

Esta controvérsia foi ainda mais acirrada, ressalta a autora, quando o próprio cientista John Thomson, em 28 de maio de 2008, publicou na revista Forbes a notícia que estava deixando a Universidade de Wisconsin para formar a empresa *Cellular Dynamics International*, com o objetivo de realizar testes de drogas experimentais e seus efeitos colaterais na área cardíaca, utilizando para tanto as linhagens de células-tronco embrionárias como instrumentos de pesquisa. Em outras palavras, adverte Fernandes, afirmou o mencionado cientista que seria pouco provável que as linhagens celulares embrionárias pudessem ser utilizadas em terapias, como o transplante, ou mesmo para curar doenças, como Câncer, Parkinson e Alzheimeir, mas sim elas seriam úteis para realização de teste de medicamentos.

Portanto, os detentores das patentes de células-tronco, por certo, privilegiarão os ramos da atividade biomédica que maior retorno financeiro trarão, em detrimento daqueles que interessam aos sujeitos que padecem de enfermidades ou limitações físicas.

Outro aspecto relevante ao abordar-se as patentes de células-tronco refere-se a relação entre a pessoa e a parte extraída do seu corpo, e conseqüentemente a questão do consentimento informado.

Adriana Diaféria (2007) adverte que duas concepções são apresentadas acerca desta relação. A primeira refere-se aos direitos da personalidade/direitos de natureza pessoal do doador com o material biológico dele extraído. A outra concepção aduz os direitos patrimoniais ou de natureza patrimonial sobre este material o que implica na possibilidade de patenteamento.

A concepção que toma como ponto de partida o direito da personalidade traz como pressuposto fundamental que a pessoa não pode ser objeto de direito de propriedade, não podendo ser susceptível de valorização econômica ou objeto de qualquer dispositivo que tenha nuances econômica, consoante ocorre com as patentes.

A outra corrente admite a possibilidade de o doador de material genético que tenha gerado uma invenção passível de patenteamento reclamar a participação dos benefícios advindos desta patente, a qual seria formalizada mediante contrato, com o consentimento informado do doador, que previsse tal possibilidade. Admitem estes que o material em tela é de propriedade da pessoa, sendo, portanto, passível de ser comercializado ou transacionado comercialmente.

Concorda-se, neste aspecto, com Márcia Santana Fernandes (2009) quando esta afirma a impossibilidade de patenteamento das células-tronco, tendo em vista que no diálogo entre Bioética e Direito, tomando-se como referencial os direitos humanos, há que se questionar tal concessão com vistas a impedir a coisificação do ser humano. A

dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme preceitua a Constituição Federal, impede qualquer possibilidade de retorno econômico a partir de parte ou todo de seres humanos.

Autorizando o sistema patenteário a proteção de partes do corpo, em especial células-tronco, permite-se que o titular desta patente tenha o direito de possuir o registro da patente, o direito de usá-la, o direito de administrá-la, o direito de explorá-la economicamente por certo tempo, o direito de licenciá-la a terceiros, de incluí-la no seu patrimônio, de demandar em juízo para defender sua propriedade do uso indevido por parte de terceiros. (FERNANDES, 2009)

Portanto, a concessão de patentes de células-tronco dá aos seus titulares, em sentido amplo, um direito de propriedade, o qual lhes permitirá definir em quais procedimentos e tratamentos serão utilizadas estas células; de definir os rumos das pesquisas científicas.

Na verdade, admite-se que estas células por existirem em todos os seres vivos humanos não podem ser passíveis de apropriação com finalidade notadamente econômica. Ainda mais grave as patentes advindas de células-tronco embrionárias, as quais são geradas a partir da destruição de vida humana. Assim, o homem passa a proteger as formas de vida existentes no meio ambiente, tais como os ninhos das aves, mas ao mesmo tempo admite a destruição da vida e a apropriação do ser humano (ainda que em partes).

Fábio Konder Comparato ao abordar a possibilidade de monopolização do genoma humano traz reflexão pertinente também ao patenteamento de células-tronco.

É fundamental, nessa matéria, reconhecer que nenhuma espécie de ser vivo pode ser monopolizada por ninguém, e que o genoma humano de qualquer espécie biológica é um patrimônio universal, cujos componentes não podem, legitimamente, ser objeto de apropriação.

Complementa ainda Comparato

[...] na verdade, para a mentalidade capitalista, somente aquilo que tem preço no mercado, possui valor na vida social [...] com a geral admissibilidade do patenteamento de genes, inclusive do homem, para exploração da industria farmacêutica e utilização de tratamentos médicos, chegamos ao ponto culminante da ânsia capitalista: instituiu-se a propriedade sobre as matrizes da vida.

Admite-se que são necessárias medidas que visem a incrementar/incentivar a atuação da ciência na busca de melhoria da qualidade de vida das pessoas, no entanto, este nobre objetivo não pode ser utilizado para a coisificação do ser vivo, a qual está implícita na concessão de patentes de células-tronco.

Tomando-se a dignidade em sentido ontológico, consoante admite Roberto Andorno (1998), ou seja, como qualidade intrínseca do homem, sendo a mesma para todos, não se pode admitir o patenteamento de partes de seres vivos, tendo em vista a própria exploração econômica que advém deste instituto jurídico.

Consoante determinava Kant deve-se tomar o ser humano como fim e jamais como meio; não se pode admitir que o afã pela aquisição de conquistas cientificas sirva como fundamento para que se possa macular a própria dignidade do ser humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O progresso científico deve ser almejado e perseguido com a utilização de todos os meios legítimos disponíveis na sociedade. Através dos avanços conseguidos pela ciência a humanidade conseguiu debelar diversos males que a colocavam em perigo. As vacinas, os transplantes de órgãos, os procedimentos de diagnósticos cada vez mais precisos e eficientes são exemplos elucidativos dos benefícios proporcionados pela ciência.

A descoberta das potencialidades das células-tronco certamente também devem ser consideradas neste bem-vindo avanço científico, vez que trazem possibilidades terapêuticas para enfermidades para as quais não resta mais esperança ou os resultados dos recursos biomédicos disponíveis não são satisfatórios.

No entanto, as potencialidades terapêuticas das células-tronco não podem ser utilizadas como único fator a ser considerado no que diz respeito às reflexões que proporcionam na Bioética e no Direito.

A utilização de embriões humanos crioconservados, com a mácula ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, enquanto se vislumbra a existência de alternativas reais para as pesquisas, quais sejam as células-tronco adultas, é um aspecto a ser observado e ponderado no limiar deste novo século.

Além disto, a busca pela concessão de patentes de células-tronco adultas ou embrionárias constitui aspecto a ser refletido e amplamente discutido na sociedade sob pena de estarmos dispondo do ser humano de forma irreversível.

A Bioética põe o ser humano como foco principal de todas as reflexões, devendo estas ocorrerem em uma fase anterior a elaboração das leis que passam a disciplinar matérias tão importantes para a humanidade. Os direitos fundamentais, esculpidos na Constituição Federal, pilar de todo o ordenamento jurídico, devem estabelecer os parâmetros e limites para a atuação científica, devendo ser plenamente considerado na elaboração legislativa.

O projeto de lei que tramita no Congresso Nacional (Projeto de Lei nº 4961/2005) com a ampliação das possibilidades acerca da patenteabilidade de seres vivos deve ser amplamente discutido, tendo-se sempre como norte a dignidade da pessoa humana.

Nos casos da legislação estrangeira nas quais já se admite a concessão de patentes para células humanas, acolhendo-se a descoberta como passível desta tutela verifica-se uma distorção dos contornos do sistema patenteário.

Este sistema tem como principal objetivo conjugar os interesses do inventor, aquele que utilizando a inteligência criou algo com repercussão industrial, e da sociedade que deve ter acesso a invenção. No caso das células-tronco não há como se vislumbrar a existência deste principal requisito: a atividade inventiva.

Além disto, deve-se ponderar que ainda que a possibilidade de patenteamento gere maiores investimentos para as pesquisas com células-tronco isto não significa em qualquer hipótese que as pessoas que padecem de enfermidades para as quais a terapia com estas células são indicas terão acesso aos resultados destas pesquisas. Os avanços já experimentados pelas ciências biomédicas e que ainda estão indisponíveis para os usuários do Sistema Único de Saúde demonstra a inexistência direta desta relação.

Ademais, consoante frisou o ministro Eros Grau em voto proferido na ADIN 3510 que questionava a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005, não se pode desconsiderar que há algo de oculto no discurso cientifico que pode ser evidenciado pelo interesse nas patentes e no chamado biopoder. Assim, não se pode admitir que o investimento de valores vultosos não estejam vinculados a possibilidade real de obtenção de lucros igualmente grandiosos. Isto além da questão da distribuição dos benefícios das pesquisas, traz intensas repercussões bioéticas, vez que se toma como patenteável uma parte inerente a todo e qualquer ser humano, ou seja, tem-se a coisificação de um semelhante.

As patentes biotecnológicas constituem uma realidade, servindo como uma conseqüência inerente ao próprio avanço cientifico, no entanto, isto não pode bastar para que se possa patentear as células-tronco quer sejam elas adultas ou embrionárias. Há no Direito, nacional e estrangeira, referencial suficiente para se rechaçar tal possibilidade, tendo-se sempre como fundamento a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos.

Não se pode rejeitar a denominada “sacralidade da vida humana”, tomando-se como base a “sacralidade da atividade cientifica”, ou seja, sustentando-se que para viabilizar e incrementar o agir científico admissível será a apropriação da parte de um ser humano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDORNO, Roberto. **Bioética y dignidad de la persona**. Madrid: Tecnos, 1998.

BARTH, Wilmar Luiz. **Células-tronco e a bioética**: o progresso biomédico e os desafios éticos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

BERLIGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **A mercadoria final: a comercialização de parte do corpo humano.** Trad. Isabel Regina Augusto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2 ed. 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso; ou progresso como ideologia**. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

GRECO, Alessandro. **Células-tronco, uma revisão científica**. São Paulo: Oirã, 2008.

INPI, Instituto Nacional de Propriedade Industrial. **Estudo Comparativo dos Critérios de Patenteabilidade para Invenções Biotecnológicas em Diferentes Países**. 2007.

INPI, Instituto Nacional de Propriedade Industrial. **Patenteamento de células-tronco no Brasil.** Cenário Atual. 2007.

INPI, Instituto Nacional de Propriedade Industrial. **Pedidos de Patentes de Células-tronco**. Julho de 22009.

JOSÉ, Lluís Montoliu. Células-tronco humanas: aspectos científicos. In: MARTINEZ, Julio Martinez (Org.) **Células –tronco humanas**. Aspectos científicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Loyola. 2005.

KAKU, Michio. **Visões do Futuro**. Como a ciência revolucionará o século XXI. Tradução. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

MARQUES, J. P. Remédios. **Patentes de Genes Humanos?** Coimbra: Coimbra Editora. 2001.

MOSER, Antônio; SOARES, André Marcelo M. Bioética. **Do consenso ao bom senso**. Petrópolis: Vozes, 2006.

MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **Patentes e genoma humano**: Análise a partir da dignidade da pessoa. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional CONPEDI. Salvador, 2008.

NERO, Patrícia Aurélia Del. **Biotecnologia**. Análise crítica do marco jurídico regulatório. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Propriedade intelectual**. A tutela jurídica da biotecnologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004.

NOGUEIRA, Renata Campos. **Isolamento, Caracterização e análise da estabilidade citogenética após expansão *in vitro* de células tronco mesenquimais derivadas do epitélio amniótico, tecido adiposo e polpa de dentre decíduo humano**. Dissertação de Mestrado em Biotecnologia pela Universidade Estadual de Feira de Santana, 2009.

OLIVEIRA, Tarsis Barreto. **O patenteamento de seres vivos e as repercussões jurídicas na biotecnologia.** Dissertação de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

PASQUALOTTO, Fábio Firmbach (org.). **Células-tronco**. Visão do especialista. Caxias do Sul: RS: EDUCS, 2007.

PORTO, Dora; GARRAFA, Volnei. **Bioética de Intervenção**: Considerações sobre a economia de mercado. Disponível em: <http:www.nesp.unb.br/ride/catedra3.pdf>.

---

[1] A pesquisa básica cada vez mais se restringe a universidades e centros de pesquisas públicos, enquanto a aplicada centra-se nas empresas privadas.

[2] Totitpotentes são as células capazes de se diferenciar em todos os tecidos que formam um individuo, sendo encontradas nos primeiros 4 (quatro) dias após a fertilização. Já as pluripotentes são as células capazes de se diferenciar em quase todas as células, não possuindo a capacidade de gerar um indivíduo, mas apenas os tecidos que o formam. São encontradas em embriões a partir do 5º (quinto) dia após a fertilização na espécie humana. (PASQUALOTTO, 2007)

[3] Acrescente-se, por relevante, a estes marcos científicos os experimentos realizados por Ângelo Vescovi que partindo de organismos adultos, conseguiu isolar células-tronco, desfazendo a idéia de que nestes não existiam tais células, as quais eram tidas, naquela época, como menos versáteis que as embrionárias, fato que não foi totalmente demonstrado tendo-se em vistas as pesquisas com células-tronco adultas desenvolvidas no Brasil e em outros países.

[4] Vale frisar que a Revista Veja, em 31.08.2005, veiculou a reportagem intitulada "As biofábricas", a qual tratava da utilização de embriões e fetos como fonte de células-tronco pela indústria cosmética, noticiando-se a existência de tratamento antienvelhecimento à base de injeções de células-tronco extraídas de fetos. Quatro sessões, ao custo total de 50.000 dólares, seriam capazes de eliminar rugas, diminuir a calvície e manter a libido a mil [...] Para tanto, mulheres jovens e pobres são incentivadas a interromper a gravidez por volta do terceiro mês para vender o feto. O preço: 200 dólares cada um. Para ganharem um dinheiro extra, algumas engravidam apenas para abortar.

[5] Entrevista concedida a autora no Instituto de Propriedade Industrial – INPI em maio de 2009.

ASPECTOS JURÍDICOS DA MATERNIDADE DE SUB-ROGAÇÃO*

LEGAL ASPECTS OF MATERNITY OF SUBROGATION

Cecilia Barroso de Oliveira
Herika Janaynna Bezerra de Menezes Macambira Marques

RESUMO

Estudo das possibilidades abertas à humanidade pelas ciências no campo da reprodução assistida como meio legitimo para o desenvolvimento do projeto parental entendido como um direito fundamental, limitado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável, assim como pelo princípio da afetividade. Discute o conflito bioética a luz das questões éticas motivadas pelo avanço tecnológico, tanto no meio social como nas relações de poder e dominação. Situa o direito ao planejamento familiar ao sistema constitucional dos Direitos Fundamentais. Aprofunda conhecimentos acerca de cada uma das técnicas de reprodução assistida admitida no Brasil. Por fim, trata especificamente da técnica de maternidade em sub-rogação com suas peculiaridades analisando a legislação acerca da matéria e as controvérsias oriundas da lacuna legislativa.

PALAVRAS-CHAVES: BIOÉTICA, REPRODUÇÃO HUMANA, FILIAÇÃO, MATERNIDADE EM SUB-ROGAÇÃO

ABSTRACT

Study of possibilities open to humanity by science in the field of assisted reproduction as a legitimate development project parental understood as a fundamental right, limited by the principles of human dignity and responsible parenthood, as well as the principle of affection. Discusses the conflict bioethics light of the ethical issues prompted by technological advancement in the social environment and in relations of power and domination. Places the right to family planning to the constitutional system of Fundamental Rights. Deepens knowledge about each of the techniques of assisted reproduction permitted in Brazil. Finally, this particular technique maternity subrogation with its peculiarities analyzing the legislation on the matter and the controversies arising from the legislative gap.

KEYWORDS: BIOETHICS, HUMAN REPRODUCTION, PARENTAGE, MOTHERHOOD IN SUBROGATION

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

Vive-se uma significativa reformulação da estrutura, da noção e da função da família contemporânea. A sociedade vive um momento de profundas transformações, principalmente no âmbito das relações familiares.

A família é, reconhecidamente, o núcleo duro da sociedade, desta forma, torna-se objeto de preocupação pelo direito, porquanto, por mais que sofra variação no tempo, em sua estrutura, perfil, modelo sempre foi essencial para a sobrevivência da espécie.

A transformação que o direito tem encampado revela e revaloriza os vínculos e relações familiares, repersonalizando, assim o Direito de Família, que se vincula, encontrando seus valores na Constituição Federal de 1988.

Ganha relevo neste momento o planejamento familiar, onde se exercita o livre e responsável exercício de liberdade no campo da procriação (carnal ou assistida) e a prioridade absoluta dos melhores interesses das crianças e dos adolescentes, renovando também a importância do Poder Publico no que tange a proteção às famílias, principalmente relacionado a planejamento familiar com base na liberdade e responsabilidade da decisão das pessoas humanas, e também na efetiva assistência a constituição e manutenção dos parentescos civis, somado a isso, o impacto da ciência médica no Direito foi tamanha que impulsionou o surgimento do Biodireito.

No Direito de Família, esse impacto trouxe a necessidade de reavaliação de critérios pelo legislador para o estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial, as novas formas de procriação tornaram as presunções tradicionalmente admitidas tornou-se de certa forma ultrapassadas.

Com o intuito de observarmos os imbróglios jurídicos, nos deteremos em analisar a participação do terceiro para o fim da reprodução, especificamente, para o caso da fertilização *in vitro* com gestação por mãe de substituição, vulgarmente chamada de "barriga de aluguel", onde a mulher leva gestação a termo mediante um contrato.

Diante do exposto, buscaremos, então, desenvolver pesquisa que responda aos seguintes questionamentos: Quais os critérios utilizados para determinação da filiação? Quais as implicações no plano do direito sucessório nos casos de maternidade de substituição? Quais os limites da autonomia pessoal em celebrar contratos de maternidade de substituição?

A justificativa para este trabalho é que as questões relativas o direito de constituir família é erigido como direito fundamental em várias constituições. Ao abordar esse tema pretende-se dirimir questionamentos em uma técnica específica de reprodução assistida que é a maternidade de substituição e as implicações que dela decorre no ordenamento jurídico.

A importância do tema reside no fato de que a maternidade de substituição gera relações parentais questionáveis, tendo em vista que as presunções de maternidade e paternidade, agora já não podem ser vistas como outrora, e com essas mudanças, o direito que regulamenta estas relações necessita de uma abordagem mais profunda e moderna com o intuito de esclarecê-las à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Na maternidade de substituição a mulher gesta em seu útero, óvulo fertilizado de outra mulher, que por alguma razão não consegue manter a gravidez. A fecundação é realizada in vitro com o óvulo da mulher e o esperma do marido ou companheiro e posteriormente implantada no útero de outra mulher.

Entende-se que a maternidade de substituição desafia as noções tradicionais de família e de maternidade, vez que separa a maternidade biológica nos aspectos genéticos e gestacionais.

A Constituição Federal de 1988 inovou quando baniu a descriminação entre filhos, no entanto hoje é afrontada por incertezas decorrentes dos métodos reprodutivos que ainda não foram recepcionados pelo ordenamento jurídico.

O tema em tela suscita discussões no campo jurídico tendo em vista a análise de filiação, de direitos sucessórios, envolvendo as partes da relação e, sobretudo os limites do direito de personalidade bem como a autonomia em contratar.

Tem-se então como objetivo geral demonstrar a relevância no estudo mais aprofundado acerca da maternidade de substituição com o intuito de apresentar soluções para questionamentos levantados. Os objetivos específicos são: apresentar os critérios utilizados hoje em dia para determinar a filiação; Abordar as implicações relacionadas ao direito sucessório no que se refere a maternidade de substituição; Descrever os limites da autonomia pessoal em contratar para o caso de maternidade de substituição.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas através de pesquisa bibliográfica. No que tange à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, visto ser realizada apenas com o intuito de aumentar o conhecimento, sem transformação da realidade. Segundo a abordagem, é quantitativa, através da pesquisa de fatos e dados objetivos, e qualitativa, com a observação intensiva de determinados fenômenos sociais. Quanto aos objetivos, a pesquisa é exploratória, definindo objetivos e buscando maiores informações sobre o tema em questão, e descritiva, descrevendo fatos, natureza, características, causas e relações com outros fatos.

1. As técnicas de reprodução assistida e o Direito

O desenvolvimento das técnicas de Reprodução Assistida gera algumas preocupações, principalmente no campo do direito de família, e mais especificamente ao direito de filiação, sem considerar os impactos possíveis nos direitos de personalidade.

A abordagem desse tema envolve dois aspectos basilares, um, é a questão da popularização e utilização de técnicas que permitam a reprodução humana fora dos padrões tradicionais, e o outro, é a carência de legislação específica sobre o tema, deixando lacunas de difícil integração.

A ausência de legislação pode ser atribuída a um possível descaso do legislativo e da classe jurídica ou mesmo às próprias dificuldades enfrentadas pela matéria na seara ético-antropológica. Os efeitos das técnicas de reprodução assistida não emergiram ainda com forte impacto no âmbito dos tribunais e conflitos daí decorrentes não se apresentaram de modo emblemático no cenário de outros segmentos da sociedade. Isso

não significa que a matéria não seja presente nos tribunais ou mesmo nas instancias sociais de discussão. Mas os debates até aqui desenvolvidos não impulsionaram o labor do legislativo na regulamentação da material.

Normas de ordem secundária, como Resoluções do Conselho Federal de Medicina tratam do assunto. No entanto, a matéria se espraia no campo das relações privadas, com elevado grau de subjetividade. Particulares que investem no planejamento familiar tomam decisões pela reprodução assistida e, no âmbito das clinicas medicas, se sujeitam ao procedimento. Porém, a ascensão dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade, especificamente, vem pondo em pauta, o planejamento familiar como um desses direitos. Não sem razão, a Lei nº 9263/1996, que trata do planejamento familiar, garantindo-se o direito à saúde reprodutiva a todos os brasileiros.

Mas, são diversas as polêmicas geradas em torno da utilização da reprodução assistida e ainda os efeitos delas decorrentes. Por tratar-se de questões novas e pouco discutidas existem muitas dúvidas a serem esclarecidas. Porém, é necessário, um recorte epistemológico, para definir o objeto do presente estudo. Intenta-se aqui, analisar o instituto da maternidade em sub-rogação, apenas uma das diversas técnicas de reprodução assistida, mas por demais polêmica, em vista do procedimento e dos atores que se utilizam para a sua viabilização.

Figure-se, por exemplo, a hipótese de uma mulher casada, impossibilitada de produzir óvulos e gerar filhos por qualquer problema genético, recorrer a uma doadora de óvulo e a uma terceira mulher para que esta geste a criança. Sem contar ainda com a possibilidade do óvulo ser fecundado por meio de reprodução heterologa.

A Resolução n.º 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, traz normas gerais sobre a técnica de maternidade em sub-rogação ou gestação de substituição ou ainda doação temporária de útero. Segue o que se refere acerca da gestação de substituição:

VII – Sobre a gestação de substituição (doação temporária de útero).

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação da doadora genética.

1. As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco de até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2. A doadora temporária do útero não pode ter caráter lucrativo ou comercial.

Por este normativo, a maternidade em sub-rogação só será permitida nos casos em que a indicação é somente essa e, respeitando o parentesco, embora tenha a possibilidade de ser diferente, visto que o Conselho Federal de Medicina deixa a critério dos Conselhos Estaduais de Medicina a exigência do critério de parentesco.

Outro ponto divergente é a questão da lucratividade, em matéria de autoria de Adriana Lopes, publicada na revista VEJA em 05 de maio de 2008, aborda a rentabilidade da “barriga-de-aluguel” no Brasil, observe como afronta a resolução do CFM:

No Brasil, o aluguel de uma barriga é permitido somente em "caráter solidário". Ou seja, entre mulheres com algum vínculo afetivo e sem a presença de dinheiro. Assim determinam as normas dos conselhos regionais de medicina. Na prática, porém, a história é outra. Dos 170 centros brasileiros de medicina reprodutiva, 10% oferecem a suas clientes um cadastro de mulheres dispostas a locar seu útero – e receber por isso. Uma única clínica de São Paulo, só no ano passado, intermediou doze transações do gênero. As incubadoras humanas também podem ser facilmente encontradas na internet, em sites gratuitos de classificados. "Por motivos financeiros, estou disposta a alugar minha barriga para pessoas que queiram ter filhos e não podem", anuncia uma dona-de-casa do interior de São Paulo. Nove meses de aluguel de uma barriga saem, em média, por 40 000 reais, mas há casos em que esse valor chega a 100 000 reais. (LOPES, Adriana,2008)

Não bastando à ausência de lei favorecer a afronta Resolução dos Conselhos, situações como a relatada acima fere os preceitos constitucionais, tendo em vista que a Constituição Federal em seu artigo 199 dispõe acerca da comercialização de material humano:

Art. 199 (...)

Parágrafo 4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, **sendo vedado todo tipo de comercialização**. (grifo nosso)

Na mesma matéria da revista supra mencionada, vê-se um depoimento de uma mulher que cedeu o útero para gestar filho de outra, em troca de dinheiro.

O salário do meu marido não passa de 1 000 reais. Temos três filhos para criar e moramos de aluguel. A vida não é fácil. Decidi ser barriga de aluguel sobretudo para comprar uma casa. Minha família imediatamente concordou. Fui indicada a um casal europeu por uma clínica de fertilização. Já conheci a mãe biológica e ela é gentil e muito carinhosa comigo. Fico impressionada com quanto ela deseja essa criança. Em nenhum momento questionou os 100 000 reais que cobrei. Já fizemos a primeira tentativa de fertilização, mas não deu certo. Em duas semanas, tentaremos de novo. Muita gente pode me achar uma mercenária, mas não devo satisfações a ninguém – só para meus filhos e meu marido. Expliquei direitinho para todos em casa, e lá está tudo bem. Se depois do parto me perguntarem o que aconteceu com o bebê, direi que perdi a criança.
N.J., 35 anos, com o filho caçula, de 9 anos. (VEJA, 05.05.08)

A legislação acerca da maternidade em sub-rogação varia de país para país. Nos Estados Unidos alguns estados permitem a utilização da técnica, inclusive com fins comerciais, enquanto outros não autorizam. Na Índia, é permitida a comercialização desde 2002, o que desencadeou a uma procura das indianas por casais estrangeiros devido ao custo reduzido do procedimento.

No Brasil, a ausência de legislação federal sobre a matéria deixa lacunas, preenchidas parcialmente através das Resoluções dos Conselhos Federal e Estadual de Medicina.

2 A legislação brasileira em torno da maternidade em sub-rogação

O debate legislativo brasileiro com a finalidade de regulamentar as técnicas de reprodução assistida teve um inicio tardio. Considerando como marco de utilização de tais técnicas o nascimento do primeiro bebê de proveta brasileiro[1], em outubro de 1984, a primeira discussão se deu com um atraso de quase dez anos e, ainda hoje, os projetos de lei continuam tramitando nas casas legislativas e a lacuna acerca das técnicas de reprodução assistida permanecem.

O que existe em termos de legislação no que tange a reprodução assistida é a Lei de Planejamento Familiar de nº 9263/96, sobre a qual falaremos minuciosamente a seguir, e que garante todos os meios lícitos para que a pessoa desenvolva seu projeto parental, e a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1358/92, que adota normas éticas para utilização de técnicas de reprodução assistida e os Conselhos Estaduais de Medicina.

A maternidade em sub-rogação é abordada na Resolução do CFM em seu último artigo, dispondo sobre indicação, parentesco entre a mãe substituta e a mãe biológica e sobre a não lucratividade do procedimento.

A Constituição Federal, o Código Civil e o Projeto de Lei 1184/2003, também tratam da reprodução assistida, sendo o último de forma mais detalhada.

2.1 Código Civil

O projeto de lei que deu origem ao novo Código Civil não contemplava a possibilidade de filhos nascidos a partir das técnicas da biomedicina, de forma que se verificava uma omissão acerca dos aspectos civis da reprodução assistida. O legislador continuava pensando a procriação de acordo com as categorias tradicionais do direito.

O Código Civil de 2002 se refere às técnicas de reprodução assistida devido à emenda proposta pelo Senado Federal, mas mesmo assim, não abordou o tema de modo exaustivo e, no conjunto dos dispositivos de direito de família e de direito de sucessões, a matéria sofre muitas lacunas. A emenda tinha a finalidade de suprir a omissão em uma de suas dimensões mais significativas, estabelecendo, nos parâmetros que especifica a legitimidade do filho por meio de técnicas de reprodução assistida.

O Código Civil de 2002, em seu art. 1597, ampliou os casos de presunção de paternidade do marido disciplinando as hipóteses de reprodução assistida, como se vê:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Analisando o inciso V, do artigo supracitado, o legislador agiu timidamente ao estabelecer mera presunção de filiação aos filhos concebidos por fecundação assistida heterologa, com prévio consentimento do marido. Ora, a presunção neste caso é absoluta, assim como na procriação carnal, a certeza da parentalidade se dá relativamente aquele que manifestou a vontade no bojo do desenvolvimento do projeto parental.

Embora o Código Civil seja omisso concernente a essa temática, o raciocínio norteador para as técnicas de reprodução assistida heterologa deverá seguir o mesmo da procriação carnal, substituindo apenas a relação sexual pela vontade qualificada associadas a outros elementos fáticos indispensáveis como a convivência dos companheiros na época da concepção e início da gravidez.

Outro pronto não amparado pelo Código Civil de 2002 é a questão da filiação para filhos havidos por meio da maternidade em sub-rogação, quando após nascido, os pais contratantes deverão acionar o judiciário, para adotar um filho que biologicamente ou não[2], já é seu, seja pela carga genética ou pelo desejo de procriar? Em nome de qual mãe seria emitida a certidão de nascido vivo?

O Código Civil iniciou a discussão acerca dos filhos havidos por meio de reprodução assistida, mas não adentrou no tema relacionado às mães em sub-rogação, deixando uma lacuna na lei. O silêncio do Código Civil prejudica de sobre maneira as relações de parentesco oriundas de técnicas de reprodução assistida heteróloga.

Dependendo de qual técnica for utilizada, a paternidade poderá ser esclarecida por meio do teste em DNA, pelo consentimento do varão, ou por documentos que comprovem o animus de procriar a época da concepção.

Enquanto a maternidade fica vinculada ao que o Código Civil estabelece em seu art. 1602, onde para efeitos legais a maternidade é determinada pelo termo de nascido vivo, fornecido pelo hospital, lesando os envolvidos, nos casos em que se recorre à maternidade em sub-rogação.

A posição omissa do legislador no que tange a filiação em casos de reprodução assistida heteróloga, põe em risco fundamentos que servem de sustentação jurídica para presunção de paternidade/maternidade no que tange aos referidos meios de reprodução

Embora o art. 1593, do Código Civil, mencione de maneira extensiva, como forma de amparar, o reconhecimento do parentesco decorrente da reprodução assistida heteróloga, que o parentesco pode ser natural ou civil, desde que resulte de consangüinidade ou outra origem[3].

O legislador não contemplou expressamente a maternidade em sub-rogação, abordando superficialmente a parentalidade-filiação que decorre de reprodução assistida heteróloga, de uma forma geral, modificando apenas discretamente o sistema jurídico que envolve as relações de parentesco no campo das novas técnicas conceptivas.

No que se refere à utilização das técnicas de reprodução assistida, o Código Civil, na parte que trata acerca da eficácia do casamento, art. 1565, parágrafo 2º, dispõe como livre decisão do casal o que se refere ao planejamento familiar, entendendo, assim que as técnicas estão disponíveis aos casais casados. Enquanto a Lei do Planejamento Familiar estende a todo cidadão.

2.2 Lei do Planejamento Familiar

A Declaração dos Direitos Humanos, em seu art. XII estabelece: "Ninguém será sujeito a interferência em sua vida privada, na família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito a proteção da lei contra tais interferências ou ataques". Observe-se que a vida e a liberdade a formação familiar são estabelecidas como direitos e por isso devem ser garantidos tanto como a honra e a reputação.

A Constituição Brasileira, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu art. 6º, caput, esclarece: "São direitos sociais a educação, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição". A Constituição insere a saúde e a maternidade no titulo referente aos direitos e garantias fundamentais.

A Lei Maior, ainda prevê no seu art. 226º, parágrafo 7º, que com base nos principio dispostos no Ordenamento Jurídico Brasileiro (art. 5º, parágrafo 2º, CF/88), acerca do planejamento familiar:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Não há que se duvidar acerca do planejamento familiar como livre decisão das partes, o que se questiona é sobre a existência ou não de um direito à procriação como direito fundamental autônomo e absoluto.

Na concepção de Brauner (2003, p. 51 e 52), os direitos sexuais e reprodutivos se reconhecem da seguinte forma:

[...] o direito das pessoas de organizar sua vida reprodutiva e de buscar os cuidados que a ciência oferece para a solução e restabelecimento da saúde sexual e reprodutiva. Portanto, deve ser considerada legitima toda intervenção que tenha o objetivo de assegurar o restabelecimento das funções reprodutivas, ou, de oferecer alternativas que possam resultar no nascimento de filhos desejados.

A mesma autora entende que o direito do ser humano de gerar filhos está assegurado como um direito “personalíssimo, indisponível, inalienável, devendo ser protegido pelo Estado e suas instituições”.

Os princípios da “paternidade responsável” e da “dignidade da pessoa humana” consagrados pela Constituição Federal (art. 226, §7), corroboram com o entendimento que, apesar da sua consagração como direito fundamental autônomo, e não apenas uma derivação estrita de demais direito como a vida privada, o direito à liberdade do planejamento familiar, sem interferência de organismos oficiais ou privados, não é absoluto, no sentido de que seu exercício está limitado pelos princípios acima referidos.

Márcia Correia Chagas, (2005, p. 61), em tese de Doutorado esclarece que:

Como todos os direitos fundamentais, o direito à liberdade do planejamento familiar, pode ser depreendido de outros princípios de direitos fundamentais, pois todos se referem à realização, a mais plena possível, do máximo das potencialidades do ser humano como pessoa.

Observando a Lei 9.263/96, a abordagem é explicita no sentido de privilegiar o aspecto contraceptivo em detrimento da à abordagem a cerca da fecundidade, que também diz respeito a planejamento familiar.

A Lei nº 9.263/96 regula o §7º, do artigo 226, da Constituição Federal, e trata do planejamento familiar, estabelecendo penalidades e dando outras providências.[4]

A Lei do Planejamento Familiar garante a todo cidadão o acesso as ações que regulamentem a fecundidade, como se vê:

Art. 2: Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações e regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, homem ou pelo casal.

Parágrafo único: É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.

A definição, pela lei, do que se trata o planejamento familiar, como o direito de constituir família, aumentando a prole ou ainda de optar por não ter filhos, contraria a forma leiga de interpretá-lo apenas como forma de controle demográfico.

A preocupação do legislador no que concerne ao exercício do direito ao planejamento familiar, em seu artigo 9º, é que sejam oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos, não colocando em risco a vida e a saúde das pessoas, garantindo a liberdade de opção, através de acompanhamento clínico, informando sobre riscos, vantagens, desvantagens, acerca das chances de eficácia do tratamento indicado a ser escolhido, de acordo com o que propõe o principio bioética da autonomia, embora não especifique nenhuma das técnicas.

Verifica-se o reconhecimento do texto legal de técnicas de fertilização e de concepção que promova a reprodução humana, levando a constatação de que o direito brasileiro admite tais técnicas como inerentes aos direitos reprodutivos da pessoa. Contudo, há que se considerar limites para o exercício de tais direitos e o parágrafo único do artigo em questão já indica algumas limitações.

As limitações referentes ao planejamento familiar são a dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável e o melhor interesse para a futura criança, observando a afirmação de que o direito à reprodução assistida deve ser considerado dentro do contexto solidarista e humanista do Direito de Família, devendo ser descartado os interesses egoísticos da pessoa que busca auxílios das técnicas, com a finalidade de mera satisfação.

Deste modo, planejamento familiar, envolve o direito de buscar as diversas formas de satisfazer os ideais de formação familiar, não apenas no sentido de contracepção, mas também de fertilização, a pessoas, isoladamente e a casais. É certo que nem todos possuem a mesma necessidade e/ou interesse de gerar filhos, no entanto, deve estar presente nas análises e propostas legislativas a consideração de que a concepção e a reprodução, pertencem a esfera da intimidade e da liberdade pessoal, ressaltando o dever de responsabilidade pelo filho que gerarem.

A maternidade em sub-rogação, embora não abordada especificamente, está amparada pela lei de planejamento familiar que garante o acesso as técnicas de reprodução assistida, devendo ser observados, no entanto, os aspectos éticos para utilização desta técnica.

2.3 Resolução Conselho Federal de Medicina

A esterilidade é considerada pela Classificação Internacional de Doenças – CID [5] “uma enfermidade ou uma conseqüência de uma enfermidade com suas complicações físicas, psíquicas e sociais, de modo que, pelo exposto até aqui, é justificado o anseio senão pela cura ao menos pela minimização dos seus efeitos.

Com a evolução das biotecnologias e da biomedicina surgiram inúmeras possibilidades no sentido de solucionar, ainda que paliativamente, a infertilidade.

Ocorre que, concomitantemente aos avanços, é preciso que se observem fatores éticos no sentido de nortear a utilização das técnicas de reprodução assistida, assim, o Conselho Federal de Medicina – CFM posicionou-se acerca da elaboração de uma resolução para disciplinar a reprodução assistida.

A Resolução de nº 1358/92 surgiu da necessidade de regulamentar procedimentos médicos relacionados à reprodução assistida. Harmonizando o uso de tais técnicas aos princípios da ética médica, visto que grande parte dos casos de infertilidade já pode ser solucionados possibilitando a procriação onde, pelo método tradicional, não seria possível.

Como principio geral, a Resolução de nº 1358/92, aponta que as técnicas de reprodução assistida têm o objetivo de auxiliar o processo de procriação quando as demais condutas terapêuticas se mostraram ineficazes.

A utilização dos meios de reprodução assistida só será permitida se não houver exposição, da paciente e do futuro descendente, a riscos de saúde grave, prevendo ainda a informação detalhada de todos os dados biológicos, jurídicos, éticos e econômicos, devendo os envolvidos e os doadores assinarem o termo de consentimento informado.

A resolução estende as técnicas de reprodução assistida a qualquer mulher capaz, desde que esteja apta a recebê-las, no entanto, nos casos em que a mulher seja casada ou em união estável, é necessário que haja aprovação do cônjuge ou companheiro.

No Brasil, o emprego das mães de substituição está sendo utilizado por mulheres acometidas de infertilidade que as impeçam ou contra indique a gestação, sendo àquela prática permitida, desde que preenchidos todos os requisitos dispostos no Código de Ética Brasileiro através da Resolução nº 1358/92.

Segundo Tycho Brahe Fernandes (2000, p. 77) "mesmo não tendo força de lei, a resolução vincula os médicos e clínicas, os quais seriam os únicos a ter condições de promover a transferência de embrião fecundado *in vitro* para o útero sub-rogado".

Cabe lembrar que, mesmo que houvesse proibição das mães sub-rogadas, a força vinculante do Código de Ética Médica, através da Resolução atual, se restringe apenas aos profissionais da medicina, pois as sanções aplicadas são apenas de caráter administrativo; sem contar que falta uma fiscalização quanto às clínicas especializadas nesta área.

Concernente a maternidade em sub-rogação, a resolução impõe para que a prática não tenha caráter comercial e define que a gestante substituta deva pertencer a família da doadora em até segundo grau, mas sujeita os demais casos a apreciação do Conselho Regional de Medicina.

Desta forma, a Resolução é uma regra a ser obedecida apenas pelos médicos, não possui força de lei, não pode ser utilizada pelo judiciário para impedir os casos em que a utilização do útero de mães que não sejam parentes de sangue, até mesmo porque a lei brasileira não especifica parentes de sangue ou afim, e nem pode regulamentar casos em que ocorre o aluguel do útero.

3 Relações de parentesco e maternidade em sub-rogação

Em matéria de filiação, Lôbo (2000, n.41) esclarece que o "direito sempre se valeu de presunções, pela natural dificuldade em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém, ou então de óbices fundados em preconceitos históricos decorrentes da hegemonia da família patriarcal e matrimonializada".

Pelo exposto, Gama (2003, p. 466) conclui que "se faz necessário que se classifique as espécies de vínculos paterno-filial e materno-filial, sob a ótica do filho, considerando critérios na legislação, doutrina e jurisprudência, ressaltando que não se deseja criar um

tratamento discriminatório entre filhos", o autor continua classificando a filiação como podendo ser jurídica, biológica ou afetiva.

A filiação legal ou jurídica, é a que está relacionada à ficção jurídica criada na lei, a filiação biológica é a vinculada à verdade biológica e a filiação afetiva se refere a verdade socioafetiva, que segundo Gama, "em determinadas hipóteses, prevalece sobre as outras duas".

A filiação biológica era aquela resultante do reconhecimento jurídico de que o fato natural é fonte imediata do vinculo jurídico de filiação, como no caso de relação sexual com a concepção relativamente ao homem e a mulher. Gama (2003, p. 482) discorre acerca da filiação biológica:

A filiação biológica ganhou bastante importância no texto constitucional de 1988 não apenas no sentido de retirar qualquer restrição ou limitação para seu estabelecimento quanto as pessoas que não tinham filiação definida formalmente, mas também de permitir que os filhos matrimoniais passassem a ter condições de impugnar a matrimonialidade de sua filiação e, desse modo, apurar sua filiação biológica.

Por fim, a filiação afetiva só era concebida no que se referia à adoção, Fachin (1999, P. 219) afirmava que "o que determina a verdadeira filiação não é a descendência, e sim os laços de afeto que são construídos", justificando a adoção, e em casos isolados quando se detinha a posse de estado de filho.

O principal fundamento para determinar a filiação seria o afeto, Barbosa (1999, p.140) justifica que "melhor pai ou mãe nem sempre é aquele que biologicamente ocupa tal lugar, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo".

Segundo Pereira (2001, p. 141), o que vem sendo defendido pela doutrina contemporânea é que a "verdadeira paternidade e, consequente filiação, somente é possível em razão de um ato de vontade, um desejo".

Assim, os fundamentos para determinar a filiação podem ser analisados dependendo de cada caso, de forma que o desejo e a vontade de ter o filho prevaleçam.

Para o direito, a maternidade era sempre certa, não havia como olvidar que a mãe seria aquela que concebeu, gestou e deu à luz a determinada criança, enquanto que a paternidade seguia algumas presunções.

A coincidência entre a maternidade gestacional e a maternidade biológica era o que existia, até que as técnicas de fertilização artificial se colocaram a disposição das pessoas, onde, dentre outras, uma mãe sub-rogada pode apenas transportar no útero um feto que não possui qualquer ligação biológica.

Hoje, pode-se desmembrar a maternidade: há casos em que ela é simultaneamente gestacional e genética e outros em que é apenas um ou outro. Nas situações onde existe mera substituição gestacional, as dúvidas suscitadas são menores, visto que as contribuições genéticas não são alheias aos envolvidos.

No que tange a paternidade, quando não havia como avaliar com certeza acerca de quem fosse o pai, aplicava-se, em sentido amplo, o principio de Papiniano: *Pater vero is est quem nuptiae demonstrant* (É verdadeiramente pai aquele quem as núpcias indicam). Este principio é um artifício jurídico por tratar-se de presunção *iuris tantum*, que é a que prevalece quando não há prova contrária.

O avanço da engenharia genética trouxe o exame em DNA, onde o grau de acerto atinge 99,999999%, significando a possibilidade de erro de 1/100.[6]

No momento atual não se considera mais a filiação com base somente na perspectiva biológica. Atualmente, admite-se, além do elemento biológico, o elemento afetivo para a definição dessa forma de parentalidade.

Observando o aspecto cultural, a filiação é entendida como resultado de uma convenção, de um acordo verbal, de uma tradição mítica ou simplesmente de manifestação de vontade, acompanhada de certas garantias.

Coulanges (1993, p.45) afirma que:

Nas sociedades primitivas se recorriam a alguns “arranjos sociais” como meios de solucionar que certos membros ficassem sem prole e desta forma fossem objeto de ira de seus ancestrais o que suas almas tivessem que expiar suas penas post mortem. Nas sociedades civilizadas, a infertilidade passou a ser resolvida com a adoção.

Segundo Sauwen e Hryniewicz (2008, p.98), em estudo da história da cultura, observam-se três constantes nos casos de impossibilidade de se ter filhos:

a) Cada sociedade desenvolve um meio de driblar a infertilidade;

b) A solução encontrada, em geral, leva um certo tempo até ser incorporada ao grupo;

c) Quando determinada sociedade inscreve em seu código de conduta um tipo de filiação, este costuma de fato funcionar.

Hoje, a presunção de maternidade relacionada à parturiente é controversa como foi demonstrado nos casos de maternidade em sub-rogação, embora ainda haja muita divergência e obscuridade, Venosa define da seguinte forma:

Quanto à maternidade, deve ser considerada mãe aquela que teve o óvulo fecundado, não se admitindo outra solução, uma vez que o estado de família é irrenunciável e não admite transação. Nem sempre será essa, porém, uma solução eticamente justa e moralmente aceita por todos. A discussão permanece em aberto. Muito difícil poderá ser a decisão do juiz ao deparar com caso concreto [...] Sob o ponto de vista do filho assim gerado, contudo, é inafastável que essa situação inconveniente terá ele duas mães, uma biológica e outra geradora. Não bastassem os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos jurídicos serão inevitáveis na ausência de norma expressa. (Venosa, 2007, p.275-276)

4 A importância do afeto no Direito de Família

A família atual é baseada no conceito da dignidade da pessoa humana, onde os valores são atentados para o privilegio da pessoa humana, onde conforme o pensamento de Kant, a dignidade humana consiste na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, onde o homem é um fim em si mesmo e não uma mera coisa.

A psicanálise contribuiu para determinação dos novos modelos de parentalidade familiar, onde a figura do pai deixa de ser a essência para tomar seu lugar o afeto. (Roudinesco, 2003, p.93-94).

Abordando sobre o enfraquecimento das crenças religiosas, dos poderes autocráticos e monárquicos, Bezerra de Menezes (2008, p.124), afirma que a partir de então o processo de emancipação das mulheres, dos filhos e dos homossexuais, foi facilitado, causando a decadência da família patriarcal patrimonialista.

A família torna-se *filhocentrista*, onde o foco é apostar na personalidade dos filhos, quando se deseja tê-los e não mais no sentido de renovar a procriação.

A instituição família sempre foi uma realidade sociológica, onde passaram a preponderar os interesses individuais de seus membros, buscando-se a íntegra formação do individuo. É na família que o individuo recebe suas primeiras orientações para a vida coletiva. Assim, a medida que as pessoas modificam seus comportamentos, a sua relação familiar não poderia deixar de sofrer mutações.

A relação materno-filial não se explica apenas a descendência genética e tão pouco com a certidão de nascido vivo, cedida[7] por hospitais no momento do parto, ela se dá, preponderantemente, na relação sócio-afetiva, no desejo de ter o filho e atendê-lo em suas necessidades elementares.

Torna-se visível a valorização do elemento sócio-afetivo, pois a maternidade daquela que gestou, se torna insuficiente se, ao mesmo tempo, não se encontrar o afeto[8].

A consciência da maternidade se dá no momento em que opta por ser mãe, bem como no exercício cotidiano da afetividade que liga o filho, e isso, independente do vínculo biológico.

Desta forma, se o filho adquiriu a condição de sujeito, deixando de ser objeto, as condições precípuas para seu pleno desenvolvimento não podem ser ignoradas, assim, em questões que envolvam conflitos de maternidade, o interesse melhor e maior da criança deverá nortear a decisão.

Não há mais lugar para sentenças que confiram uma paternidade/maternidade fulcrada em apenas um elemento. Vários contornos deverão ser analisados.

A legislação deve ser atualizada com maior brevidade possível, pois sendo dinâmico o Direito, a Lei não o é.

Em defesa dos legítimos interesses da criança não se pode ater à ordem formal em detrimento da verdade real. FACHIN (1996, p.76) afirmava “Da lógica à vida, dos autos

aos fatos: o saber não se instala na verdade formal, antes requer exercício dialético com o mundo e a razoabilidade."

A maternidade é uma transformação do amor, em que o desejo de ter um filho, posteriormente se amplia no envolvimento de afeto, na entrega e no alicerce da compreensão.

5 Direito Sucessório e maternidade em sub-rogação

No âmbito do direito sucessório, o filho resultante das técnicas de reprodução assistida, a partir da técnica de maternidade em sub-rogação, equipara-se, por analogia, com a adoção à brasileira. Embora não haja legislação que trate especificamente da matéria, não se pode deixar de reconhecer a igualdade de direitos entre os filhos havidos por meio de tais técnicas e os demais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 41, caput, iguala a condição de filho adotado a qualquer outro filho, desvinculando-o dos pais e parentes.

No entender de GAMA (2003, p.936), no que se refere aos direitos sucessórios ele explica:

Qualquer lei que venha a ser editada e que pretenda estabelecer a inexistência de direitos sucessórios em favor do filho havido por técnicas de reprodução assistida heteróloga deverá ser declarada inconstitucional por afronta ao disposto no art. 227, § 6º da Constituição Federal.

A inserção do filho havido por maternidade em sub-rogação na família de seus pais significa não apenas de ordem psicológica ou social, mas possui cunho patrimonial, por isso a necessidade do acesso a informação detalhada no momento em que decide utilizar algumas das técnicas. Os direitos sucessórios possuem caráter de reciprocidade entre parentes, assim como o direito de alimentos.

6 Controvérsia acerca da Maternidade em sub-rogação

O estado de filho atribuído a um determinado membro da família é resultante de um vínculo jurídico, no entanto, para que esse vínculo seja efetivamente estabelecido, é necessária a ocorrência de um estado de fato anterior que irá determinar o *status* jurídico. Não necessariamente esse estado de fato será o vínculo biológico, há outras formas, inclusive, tipificadas na legislação que perfazem esse vínculo – adoção e o parentesco sócio-afetivo, por exemplo.

No que se refere à maternidade, a adequação dos vínculos, desde os primórdios transcorreu de forma mais tranqüila, visto que a maternidade sempre foi mais ostensiva, identificada por sinais tais como gravidez, parto, aleitamento. No entanto, o velho brocardo romano *mater semper certa est*, já não pode ser seguramente utilizado.

O vínculo jurídico entre mãe e o filho não pode mais ser estabelecido somente pelo fato da gestação e nascimento, vez que a técnica de maternidade em sub-rogação pode dissociar a mãe biológica da mãe geradora.

O que é evidência não elucida, necessariamente, os fatos, há que se perquirir criteriosamente, para se atribuir a maternidade, não podendo mais a lei ficar adstrita somente ao fato biológico ou jurídico para determinação da maternidade.

A ausência de regulamentação acerca da maternidade em sub-rogação gera questionamentos jurídicos complexos que reverberam em diversas searas do Direito.

Quem pode de fato participar da maternidade em sub-rogação e como pode a aptidão dos participantes individuais ser determinada? Que espécie de atos deveria ocorrer no escopo de qualquer regulamentação proposta? Quais os direitos e obrigações da substituta durante a gravidez? Quais os direitos e obrigações do pai natural (e sua esposa, se for casado) durante a gravidez? Quais os direitos e obrigações das respectivas partes após nascimento com vida? E se o produto da gravidez vier a ser natimorto? Pode a mãe substituta receber compensação financeira? Que medida deve a "mãe substituta" tomar para abdicar de seus direitos como mãe? Quais providências, por outro lado, deve o pai adotar para assegurar ou reivindicar seus direitos como pai? Que medidas deve, de outra forma, a esposa do pai natural reivindicar seus direitos de maternidade? Que procedimento deve a mãe substituta seguir se decidir manter a criança? Quais os direitos e obrigação do pai natural se a mãe substituta decidir manter a criança?

Em resposta aos questionamentos, pode-se concluir que as técnicas de reprodução assistida estão à disposição de qualquer cidadão infértil que deseje desenvolver um projeto parental e que a maternidade em sub-rogação pode ser utilizada por qualquer mulher que esteja impossibilitada de manter a gestação no seu próprio ventre. Quanto à mãe substituta, embora a Resolução do CFM indique que esta deverá pertencer à família da doadora genética, ficando os demais casos sujeitos a autorização dos Conselhos Estaduais de Medicina.

No que tange a obrigação dos pais, a partir que se deu a gestação em substituição, estes devem arcar com o ônus gerado pela gestação, como despesas com médicos, medicamentos, exames, transportes e outros, assim como receber a criança após o nascimento como se tivesse de fato gestado, inclusive nos casos de nascimento com qualquer complicação. Para o caso de natimorto, as despesas também devem ser arcadas pelos pais que doaram o material genético e que estavam à espera do filho.

A reivindicação deve ser feita por meio de uma ação de retificação do registro civil, intentada nas varas de Registro Civil, mediante provas documentais como o termo de consentimento[9] da maternidade em sub-rogação e recibos, além de outros documentos que comprovem que houve a utilização da técnica de maternidade em sub-rogação. Todavia, se o médico que realizar o parto não for o mesmo que promoveu a fertilização em útero alheio, somente poderá aquele que fez o parto registrar na declaração de nascido vivo o nome da parturiente (mãe hospedeira). Neste caso, o interessado (mãe biológica, o pai, o Ministério Público...) ou o próprio oficial do registro civil suscitará procedimento de dúvida (art. 296 c/c os arts. 198 a 204 da Lei nº. 6.015/73) ao juiz da Vara de Registros Públicos, que, com o auxílio da prova pericial

(DNA) e ouvido o Parquet, determinará a inscrição do nome da mãe biológica no registro de nascimento. (FARIAS, 2005, p.130)

Todas as indagações necessitam de uma regulamentação federal para que sejam pacificadas e determinadas de modo que o procedimento de maternidade em sub-rogação atenda seu objetivo de forma que atenda da melhor maneira os anseios dos envolvidos.

CONCLUSÃO

Do estudo que se empreendeu acerca das técnicas de reprodução assistida, em especial da maternidade em sub-rogação, frente ao planejamento familiar como direito fundamental, concluiu-se que embora as tecnologias de reprodutivas auxiliem o desejo do desenvolvimento do projeto parental daqueles que não logram êxito nesse sentido por vias naturais, a utilização de algumas dessas técnicas suscita questionamentos sobre a preservação da dignidade dos entes envolvidos.

A proposta do presente trabalho foi analisar o papel da técnica de reprodução assistida na estrutura parental e os questionamentos com relação a técnica específica da maternidade em sub-rogação. Assim, restou o estabelecimento da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do principio da afetividade nas relações familiares como limites da utilização das técnicas de reprodução, visto que verificou-se a inexistência de uma legislação que balize, a contento tais procedimentos e antinomias entre os diversos princípios e regras estabelecidas na Constituição Brasileira de 1988, assim como nas legislações infra-constitucional, normas éticas e Projetos de Lei sobre o tema. Restou a verificação de que as lacunas e antinomias levam a uma ineficácia na concretização da proteção ao núcleo essencial aos direitos fundamentais: a dignidade humana.

Para tanto empreendeu-se uma pesquisa tanto bibliográfica como legislativa no sentido de tentar responder os questionamentos levantados na introdução.

Embora o avanço da tecnologia tenha trazido grandes vantagens para solução de alguns problemas da humanidade, no caso estudado em especial a infertilidade, concluiu-se que essas possibilidades trouxeram também interesses duvidosos, causando risco para utilização das técnicas assim como ressaltando o binômio poder e dominação, nos casos da barriga de aluguel.

Verificou-se que nem tudo que é cientificamente possível é ética e socialmente aceito, tendo em vista que, se perder de vista os limites éticos pode-se chegar a situações de injustiça e exclusões. Assim, como resposta aos questionamentos levantados no inicio da pesquisa, concluiu-se que:

1. Pode se beneficiar do direito ao planejamento familiar qualquer cidadão que deseje desenvolver seu projeto parental, seja biológico ou sócio-afetivo, observando o principio da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e da afetividade, ressaltando que também deve ser garantido a todo cidadão que não queira desenvolver se projeto parental meios para alcançá-lo.

2. Não existe legislação brasileira acerca das técnicas de reprodução assistida e tampouco da maternidade em sub-rogação. No entanto a Lei de Planejamento Familiar garante todas as técnicas admissíveis. A maternidade em sub-rogação é utilizada no pais por meio de uma Resolução do Conselho Federal de Medicina que a autoriza e que impõe alguns critérios a serem obedecidos para utilização de tal técnica.

3. No Brasil, embora a Resolução do CFM estabeleça que as doadoras temporárias de útero devam pertencer a família da doadora genética, num parentesco ate segundo grau e que a doação não tenha caráter lucrativo, não é o que acontece, tendo em vista ser a Resolução uma norma deontológica e a inexistência de leis que definam os procedimentos, nenhum desses limites são, necessariamente, obedecidos.

4. A presunção de maternidade *mater semper certa est*, que se fundamentava na coincidência entre a verdade biológica e a verdade jurídica, verificada através da gravidez e do parto restou abalada, exigindo assim uma reformulação dos dogmas e postulados considerados até aqui.

5. Nos casos de maternidade em sub-rogação, o que vai definir a maternidade é a afetividade, o animus de desenvolver o projeto parental embasado pelo termo de consentimento de utilização da técnica assinado por todos os envolvidos.

6. Finalmente, no âmbito do direito sucessório, o filho resultante das técnicas de reprodução assistida, a partir da técnica de maternidade em sub-rogação, equipara-se, por analogia, com a adoção à brasileira. Embora não haja legislação que trate especificamente da matéria, não se pode deixar de reconhecer a igualdade de direitos entre os filhos havidos por meio de tais técnicas e os demais, exceto os havidos mediante embriões congelados, pois estes só deverão participar da sucessão na modalidade testamentária.

A insegurança jurídica e a falta de parâmetros normativos eficazes permitem a perpetuação de incertezas e ansiedades, tornando mais frágil a principal teia onde se tecem as relações sociais, a família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

GUIMARÃES, Ana Paula. Alguns Problemas Jurídicos-Criminais da Procriação Medicamente assistida. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999. pág 100-101.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. 5. ed. 6º Vol. São Paulo: Atlas, 2006.pág273-274.

BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei. O mercado humano: a comercialização de parte do corpo humano. Trad.: Isabel Regina Augusto. 2ª Ed.. Brasília. Ed. Universidade de Brasília, 2001.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas, Questoes jurídicas em torno da inseminação artificial. In: RT, vol 678, 1992,

PÉREZ MONGE, Marina. La Filiação Derivada de Técnicas de Reprodução Asistida. Madrid: Fundación Beneficencia et peritia iuris. Colégio de rgistradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002. pág. 329.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2002. pág. 505.

AGUIAR, Mônica. Direito à Filiação e Bioética. Rio de Janeiro: Forense, 2005.pág.109- 111.

BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei. Reprodução Assistida: o mercado humano e a comercialização de parte do corpo humano. Trad.: Isabel Regina Augusto. 2ª Ed.. Brasília. Ed. Universidade de Brasília, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. pág12

400

DECLARACAO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 4 ed., atual. São Paulo: Paulinas, 1978.

PEREA,Juan Guilhermo Figueroa. O exercício da cidadania e a consciência cultural: condições para a construção dos direitos reprodutivos masculinos. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs), op. Cit., 2003. P.365.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas medicas e debates bioeticos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.51 e 52.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação . Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <HTTP

://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em: 19 maio 2009.

OLIVEIRA, Adriane Stoll de. A codificação do Direito . Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3549>. Acesso em: 19 maio 2009.

CHAVES, Antonio. Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, trasnsplantes. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

WIDER. Roberto. Reprodução Assistida: aspectos do biodireito e da bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Sauwen, Regina Fiuza, Severo, Hryniewicz. O Direito “in vitro” da bioética ao biodireito. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2008.

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO UNIVERSIDADE DE COIMBRA, Coimbra, 1932.

Sarmento *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Lumen Juris: Rio, 2002, pág. 69,

LIMA, Taisa Maria Macena. Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002. IN: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, SÁ, Maria de Fátima Freire (Orgs.). Filiação e Biodireito: Uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 251-279.

BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002. IN: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, SÁ, Maria de Fátima Freire (Orgs.). Reprodução Assistida e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 225-250

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

RAPOSO, Vera Lúcia. De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GLANZ, Semy. A família mutante: sociologia e Direito Comparado: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiaçao e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heterologa. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHAGAS, Marcia Correia. Tecnologia médico-reprodutivas e direito fundamental ao planejamento familiar. Recife, 2005. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Pernambuco, 2005.

BEZERRA DE MENEZES, Joyceane. A família na Constituição Federal de 1988 – Uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. Novos Estudos Jurídicos, Santa Catarina, vol 13, nº 1, p. 119-129, jan-jun. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil, DF, Senado, 1988.

BRASIL, Código civil. 46. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL, LEI Nº 9.263, DE 12 DE JANEIRO DE 1996, Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

Resoluçao Conselho Federal de Medicina nº 1358/92

LOPES, Adriana Dias. Gravidez a soldo. Revista Veja, Rio de Janeiro a. 41, n. 18, p. 140-143, 07 maio 2008.

ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais.*(1986). Trad. Virgilio de Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros, 2008.

BELTRÃO, Sílvio Romero. *Directos da personalidade*, de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4.ed. São Paulo:RT, 2006

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o principio dos princípios constitucionais. **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.135-180.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro, 2008.

FONSECA,Cláudia. Concepções de família e práticas de intervenção: uma contribuiçãoantropológica. Disponível em <http://apsp.org.br/saudesociedade/XIV_2/artigo%204_revista%2014.2.pdf>. Acesso em 24. jan. 2007.

GLANS, Semy. A família mutante. Sociologia e direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para alem do numerus clausus. Disponível na Internet: <http:/ /mundojuridico.adv.br>. Acesso em:28 de jun. de 2007.

MADALENO, Rouf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família na Constituição Federal de 1988: uma instituição plural atenta aos direitos de personalidade. **Novos estudos jurídicos**. Revista da Universidade do Vale do Itajaí. Vol.13, no.1. Jan-Jun, 2008, p.119-129.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O direito geral de personalidade e a solução do dissentimento.** Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** Direito de família. VolV. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família.** Uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución. 2.ed. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.*

VECCHIO, Giorgio Del. Lições de filosofia do direito. BRANDÃO, Antonio José. (Trad.). Vol.II. Coimbra: Coimbra, 1972

COULANGES, Fustel. A cidade antiga. São Paulo: Martins Claret, 2005.

---

[1] Primeiro bebe de proveta brasileiro foi Ana Paula Caldeira, nascida em 7 de outubro na cidade de São José dos Pinhais, Curitiba. (Fonte: www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=59845, acesado em 15.05.2009)

[2] Tendo em vista a possibilidade da reprodução assistida utilizando a modalidade de maternidade em sub-rogação, além de utilizar qualquer uma das técnicas, como fertilização *in vitro* ou inseminação artificial, poderá ser com gametas dos pais contratantes ou não.

[3] No projeto de Lei do Código Civil no lugar de outra origem o artigo se referia a adoção, no entanto a substituição se deu como forma de estender para outras situações em que não forma expressamente cogitadas em lei.(GAMA, A nova filiação, 2005, p.957)

[4] Art. 7: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da **paternidade responsável**, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar os recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma de coercitividade por parte de instituições oficiais ou privadas. *(grifo nosso)*

[5] http://www.esquilamedica.hpg.ig.com.br/CID.htm, acessado em 19.05.2009.

[6] http://www.scielo.br/pdf/ref/v12n2/23958.pdf, acessado em 19.05.2009.

[7] O Código Civil Brasileiro no art. 1603 dispõe que a declaração de nascimento (dn) prova a filiação, e os arts. 50 a 66, da Lei nº 6.015/73 discorre o procedimento acerca do registro civil mediante apresentação da declaração de nascimento.[8] O histórico

julgamento bíblico do rei Salomão dimensiona ainda para os dias de hoje o valor do elemento sócio-afetivo. A sentença do vetusto juiz não buscou nem poderia buscar a verdade biológica ou jurídica, utilizando a proposta para sensibilizar aquela que de fato amava a criança. Sendo um ser em desenvolvimento, incapaz de se autogovernar, só estaria bem e em segurança junto da pessoa que mais o amasse.

No momento da ordem "cortai pelo meio o menino vivo", para que cada mãe ficasse com a metade, nada mais importava para mãe zelosa senão a própria vida do filho, que seria salva a custa do afastamento de sua convivência.

Na história, não há elementos para considerar se a maternidade se deferiu à mãe biológica, mas esse não foi o fundamento da questão. No entanto, o melhor interesse foi atendido.

[9] O termo de consentimento informado é uma obrigação para o exercício profissional e para a pesquisa envolvendo seres humanos. Representa o respeito à autonomia Este estudo teve por objetivo reconhecer o grau de entendimento dos indivíduos que participam de uma pesquisa ou de um tratamento. http://trigramas.bireme.br/cgi-bin/mx/

TUDO O QUE VOCÊ SEMPRE QUIS SABER SOBRE SEXO, MAS NUNCA TEVE CORAGEM DE PERGUNTAR: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO STF SOBRE A PESQUISA EM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS*

EVERITHING YOU ALWAYS WANTED TO KNOW ABOUT SEX, BUT WERE AFRAID TO ASK: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT DECISION ABOUT SCIENTIFIC RESEARCH ON HUMAN EMBRYOS STEM CELLS

Denis Franco Silva

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto uma análise discursiva da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIN 3510-0, acerca da possibilidade de destinação para a pesquisa de embriões humanos congelados, prevista na Lei 11.105/95 – Lei de Biossegurança, o que suscitou na corte intenso debate acerca do início da personalidade da pessoa natural no direito brasileiro. Para tanto, se pretende, após breves esclarecimentos acerca da atribuição de personalidade, caracterizar o procedimento de controle de constitucionalidade como um procedimento discursivo em nível de adequação, não se esgotando em um procedimento de mera compatibilidade lógico-formal entre normas para que se explicite como foi construída a decisão proferida.

PALAVRAS-CHAVES: BIOÉTICA; EMBRIÕES; PERSONALIDADE; CONSTITUCIONALIDADE; ADEQUAÇÃO.

ABSTRACT

The aim of this paper is a discursive analysis of the decision of the Brazilian Constitutional Court in the subject of scientific research on in vitro human embryos provided by the Bio-security Act (11.105/95), which raised an intense debate about the moment Brazilian Law attributes the status of person to a human being. In order to do so, after brief commentaries on the meaning of the status of person, the procedure of constitutional control of congress acts is characterized as a discursive procedure in the level of appropriateness, and not mere formal logic compatibility between norms so as to explicit the reasoning beneath the rule established.

KEYWORDS: BIOETHICS; EMBRYOS; STATUS OF PERSON; CONSTITUTIONAL APPROACH; APPROPRIATENESS

1. Introdução (sem trocadilhos)

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

No filme de Woody Allen[1], que se pode já considerar clássico na história do cinema, do qual se retira parte do título deste trabalho, na cena onde se busca a resposta para a pergunta "*O que acontece durante a ejaculação*?", depara-se com um curioso personagem, que se poderia chamar de "o espermatozóide relutante".

Durante a cena, nos momentos que antecedem seu literal "clímax", tal personagem, interpretado pelo próprio diretor, demonstra grande preocupação com seu destino. Reluta, de fato, em cumprir a missão para a qual foi treinado: "*fertilizar um óvulo, ou morrer tentando!"*.

No início, parece ser apenas certa ansiedade, quando argúi seus "colegas": "*Vocês acham que vamos sair desta vez? Vocês por acaso sabem como é estar lá fora?*". Logo após, deixa clara sua apreensão, dizendo: "*Eu estou assustado, eu não quero ir!*" e "*Eu não sei, você ouve essas histórias estranhas, vocês sabem, como dessas pílulas que as mulheres tomam ou de que algumas vezes se arrebenta a cabeça contra uma dura parede de borracha... Ouçam-me, e caso se trate de um encontro homossexual?*"; e por fim: "*Eu não vou sair por aquela coisa. E caso ele esteja se masturbando? Eu não vou ser atirado ao teto!*".

Trata-se, claro, de uma comédia, sendo que as indagações feitas pelo "espermatozóide relutante" funcionam como *punch lines* dentro do *script* justamente por se encontrarem relacionadas, basicamente, a temáticas em evidência na sociedade norte-americana naquele momento: a consolidação da liberação sexual feminina proporcionada pelos anticoncepcionais, um maior reconhecimento enquanto minoria dos homossexuais e a necessidade do freqüente uso do preservativo não apenas como contraceptivo, mas também como forma de prevenção de doenças sexualmente transmissíveis. Outras indagações, relativas à fertilização *in vitro*, por exemplo, seriam inconcebíveis, visto datar-se o filme de 1972 e a primeira fertilização *in vitro* bem sucedida ter ocorrido apenas em 1978, na Inglaterra.

Transpondo-se a cena para os dias atuais, certamente constariam, dentre as indagações do personagem, as seguintes: "e caso se trate de uma fertilização *in vitro*? E se o óvulo por mim fertilizado não for implantado em um útero feminino? Não sei... você ouve essas histórias sobre congelamento e fica preocupado".

---

[1] Everithing you always wanted to Know about Sex*(but were afraid to ask). Diretor: Woody Allen. Roteiro: Woody Allen. Elenco: Woody Allen - John Carradine - Lou Jacobi - Louise Lasser - Anthony Quayle - Tony Randall; Estados Unidos: MGM, 1972.

De fato, a decisão a ser analisada neste breve trabalho refere-se, exatamente, a questões relacionadas, do ponto de vista causal, à popularização do procedimento de fertilização *in vitro*, que leva, necessariamente, ao surgimento de embriões humanos chamados supranumerários, visto que para que se obtenha uma margem mínima de segurança no que se refere à fertilização de embriões viáveis é necessária a fertilização de ao menos cinco óvulos e, para que se obtenha um relativo percentual de sucesso na implantação, somado a um menor risco possível de gravidez múltipla (gêmeos, neste caso, bivitelinos), somente três embriões são implantados a cada tentativa.

Sendo assim, os embriões não implantados em úteros femininos são armazenados e congelados, para destinação a um futuro projeto parental em alguns casos, ou destruídos por processo de incineração.

A decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510-0 versa, precisamente, acerca da destinação a ser conferida aos chamados embriões supranumerários conferida pelo art. 5° da Lei 11.105/95, chamada "Lei de Biossegurança". Saliente-se, aqui, que o objetivo da presente análise não é comparativo (embora tal pudesse ser feito, por exemplo, diante do *Human Fertilization and Embryology Act* do Reino Unido, de 1990[2]), mas se busca – tendo em vista que, dentro de uma teoria geral dos precedentes, as razões apontadas pelo órgão julgador para decidir integram a decisão[3] – analisar a principal justificativa comum, bem como suas conseqüências em um âmbito mais amplo que a autorização para pesquisa em células-tronco embrionárias, para a improcedência da Ação.

2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510-0

A ação direta de inconstitucionalidade nº 3510-0 foi proposta em 30 de maio de 2005 pelo Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, colocando-se em questão a constitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei 11.105/95 (Lei da Biossegurança). Tal dispositivo versa sobre a regulamentação do destino dos embriões excedentes provenientes do processo de fertilização *in vitro*, permitindo sua utilização para pesquisa e terapia, sob determinadas condições.

A redação do artigo 5° da Lei 11.105/95 é a seguinte:

---

[2] Para uma análise do Human Fertilization and Embryology Act veja-se : Mason & MacCall Smith. *Law and Medical Ethics*. Ed. 17, New York: Oxford, 2006.

[3] Neste sentido, MacCormick, Neil, Rethoric and the Rule of Law. Oxford: Oxford Univ. Press, 2005, p, 144.

> Art. 5º - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
> I - sejam embriões inviáveis; ou
> II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
> § 1º - Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
> § 2º - Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisas ou terapia com células - tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.
> § 3º - É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997.

A ação foi proposta sob os argumentos de que tal preceito normativo violaria a garantia fundamental do direito à vida.

Na petição inicial, destacou-se a inobservância do art. 5º, caput, da CF/88 e de seu art. 1º, III. Apontou-se, também, a inconstitucionalidade material do texto legal afirmando que a vida humana acontece a partir da fecundação, desenvolvendo-se continuamente. Nesse sentido, o zigoto constituído por uma única célula, é um "ser humano embrionário"[4].

Em votação, dos onze ministros da Suprema Corte, seis votaram pela improcedência da Ação (Ministros Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello), sendo que os cinco vencidos se manifestaram no sentido de parcial procedência, ou improcedência com ressalvas (Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes), salientando estes, basicamente, a necessidade de uma interpretação conforme, sem redução de texto, no que se refere às pesquisas a serem realizadas e suas conseqüências, ou apontaram necessidade de existência de órgão federal de controle destas.

---

[4] Adin nº 3510-0, Petição inicial disponível em:www.http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletrônico/ConsultarProcessoEletrônico.jsf?tipoConsulta=PROC&numeroProcesso=3510&siglaClasse=ADI.

Concluiu-se, deste modo, pela improcedência da Adin 3510-0 e, portanto, pela constitucionalidade do art. 5° da chamada Lei de Biossegurança.

Como dito, entretanto, cabe observar as razões que embasaram a decisão de improcedência e, neste aspecto, observar que o Supremo Tribunal Federal claramente admitiu a validade (em um sentido lógico-formal de conformidade com o ordenamento), bem como a validez (em um sentido inespecífico de validez normativa) da regra natalista para atribuição de personalidade, como expressamente declarado nos votos em favor da improcedência e, até mesmo, nos relativos à improcedência parcial ou com ressalvas.

Este teria sido o fator determinante para a improcedência da ação, embora se admita que a idéia de dignidade da pessoa humana, protegida constitucionalmente, não atinja apenas seres humanos individualizados, mas se refere também a uma dignidade enquanto espécie humana, motivo pelo qual as pesquisas com células-tronco embrionárias somente são admitidas se presentes as condições cumulativas de: a) serem embriões fertilizados *in vitro* visando um projeto parental; b) serem inviáveis ou estarem congelados há mais de três anos, o que diminui exponencialmente sua viabilidade; c) existir o consentimento dos genitores; d) existir a aprovação por comitês de ética e pesquisa no que se refere ao experimento a ser desenvolvido; e) ser vedada a comercialização do material.

Não se atribuiu, portanto, personalidade ao embrião concebido *in vitro*, delegando-se a este uma mera proteção objetiva, e não subjetiva através de personificação.

3. A atribuição de personalidade: um esclarecimento

A atribuição de personalidade pelo ordenamento implica o *status* de pessoa para o direito. Entretanto, deve-se salientar que o vocábulo “pessoa” para o direito não deve ser compreendido de forma semanticamente ampla, mas sim através de uma redefinição do termo para fins de formação de um vocabulário técnico-específico.

Sendo assim, definir-se o termo pessoa para o direito não traduz uma pretensão da ordem jurídica de abarcar em tal definição toda a complexidade do fenômeno multifacetado que é o ser humano.

O mesmo ocorre, obviamente, em outros campos do conhecimento, sendo que a definição de pessoa ou personalidade muito pode variar diante das perspectivas da antropologia, da psiquiatria ou mesmo da biologia.

O que significa, portanto, ser pessoa para o direito? Carlos Alberto da Mota Pinto aponta alguns pressupostos a serem levados em consideração para responder a este questionamento:

> Num sentido puramente técnico ser pessoa é precisamente ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações; é ser um centro de imputação de poderes e deveres jurídicos, ser um centro de uma esfera jurídica. Neste sentido técnico-jurídico não há coincidência entre a noção de pessoa ou sujeito de direito e a noção de ser humano (...)
> O conceito técnico-jurídico de pessoa não coincide, portanto, necessariamente com o de homem ou de ser humano. Se o direito tem, todavia, em vista a disciplina de interesses humanos, se todo o direito é constituído por causa e para serviço dos homens, é logicamente forçoso que, pelo menos alguns homens sejam dotados de personalidade jurídica[5].

Portanto, através de um procedimento de redefinição nominalista, temos que dentro do amplo significado atribuído ao termo pessoa, o Direito seleciona determinado sentido ou sentidos. De forma geral, tal procedimento pode ser assim ilustrado:

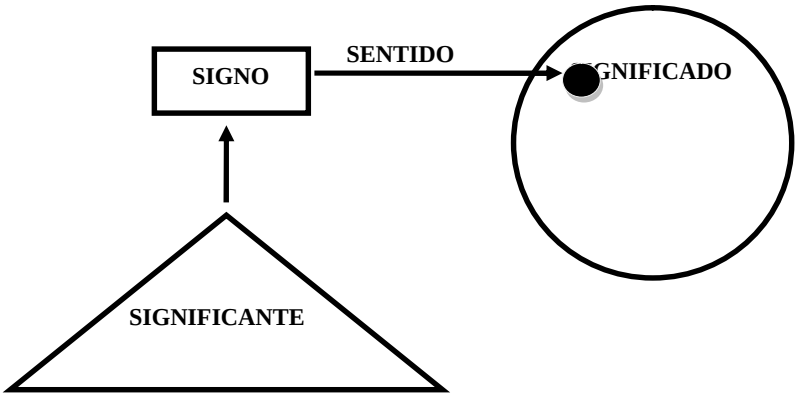

Sendo assim, ser "pessoa", para o direito, não se confunde, propriamente, com ser "humano", daí advindo até mesmo a possibilidade de entes não-humanos serem tratados como centros de imputação de direitos e deveres, *v.g.* as Pessoas Jurídicas.

Entretanto, o princípio ou valor juridicizado da "Dignidade da Pessoa Humana" nos conduz, historicamente, a um movimento de mutação expansiva do universo daqueles entes humanos a quem se imputa o qualitativo de pessoa. Tal pode muito bem ser explicado não pela *definição* de pessoa para o direito, mas pela *função* que desempenha a personificação.

---

[5]MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 84-85.

Antes de adentrar-se nesta questão, todavia, cabe ressaltar que dentro do sentido atribuído ao termo "pessoa" pelo direito, não se encontra somente um elemento qualitativo, mas também um quantitativo, qual seja, a chamada capacidade de direito. De fato, preceitua o art. 1° do CC 2002 que " *toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*".

Dessa maneira, ao atribuir-se expressamente personalidade, atribui-se também, e ao mesmo tempo, uma capacidade de direito ao ente, que pode ser definida (ou melhor, redefinido o termo capacidade, que originalmente denota volume ou massa compartimentáveis em determinadas dimensões espaciais) como a medida ou a extensão de direitos, deveres e demais situações subjetivas nas quais pode figurar aquela pessoa.

Tal capacidade de direito atribuída através da personificação expressa é, sem dúvida, uma capacidade de direito *genérica;* ou seja, como regra, o ente é capaz de figurar na relação, salvo exceções decorrentes de expressas restrições legais ou inerentes à natureza do ente personificado (quanto às últimas, pode-se observar que as pessoas jurídicas, por exemplo, não titularizam direitos de personalidade na mesma extensão e sentido que as chamadas pessoas naturais).

Tendo-se assim bem delimitado o *sentido* atribuído ao termo pessoa quando expressamente utilizado, qual seja, ser apto a titularizar direitos e deveres com uma capacidade de direito ampla e genérica, não existindo neste caso sinonímia entre humano e pessoa, cabe esclarecer qual seria a *função* da personificação.

A personificação funciona, sem dúvida, como um mecanismo de tutela pela ordem jurídica; ou seja, se atribui personalidade e a titularidade de direitos e deveres para que se propicie a possibilidade do ente, através da estrutura dos direitos subjetivos, obter determinado grau de satisfação de seus interesses e expectativas *per se*. O *status* de pessoa representa, assim, uma apurada forma de *proteção* tendo em vista a posição de centralidade perante a ordem jurídica que lhe acompanha. Como bem afirma Ferrara: "*sob o aspecto prático, a personalidade é um método para conseguir certas vantagens que podem ainda ser obtidas aproximativamente por outras vias. É certo que, entre todas, a personalidade é a forma mais evoluída e perfeita, mas não é a única*"[6].

A atribuição de personalidade é, portanto, um mecanismo de proteção subjetiva, visto que remete, imediatamente, à posição de sujeito de direito dentro da estrutura das relações jurídicas. Entretanto, ao lado deste podem encontrar-se

[6] FERRARA, Francesco. *Teoria delle persone giuridiche*. Napoli – Torino: Eugenio Marghieri – Unione Tip-Editr. Torinese, 1915, p. 364.

mecanismos de *proteção objetiva* de determinados entes, interesses ou expectativas, estabelecendo-se deveres gerais, positivos ou negativos, aos entes personificados diante de outros entes que, embora não recebam do ordenamento o atributo da personificação, sejam dignos de tutela e que, portanto, não são valorados negativamente, como se poderia inferir da aplicação de uma lógica dualista-excludente aos conceitos de *pessoa* e *não-pessoa*.

4. Uma perspectiva discursiva do processo decisório em ADIs: justificação e adequação

Tendo sido feitos os esclarecimentos acima, cabe observar que uma melhor compreensão do processo decisório das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, bem como da decisão exposta, pode ser alcançada através de uma perspectiva discursiva que envolva a diferenciação entre justificação e adequação de decisões de caráter normativo.

De acordo com o esquema básico de argumentação proposto por Toulmin[7], a justificação de uma ação pode ser compreendida através da relação entre os dados relevantes e os contornos da situação, que podem ser chamados "*Dados*" e a ação em si que necessita justificação, que pode ser chamada de "*Conclusão*", intermediada pela norma de ação ou "*Mandado*", de onde se pode extrair a seguinte representação visual:

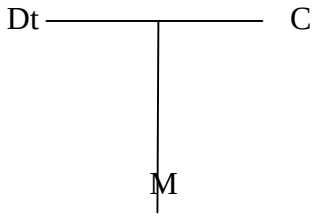

Ou seja, se presente "Dt", então "C". O que significa que diante da situação representada por "Dt" a ação "C" deve ser concretizada.

Sendo assim, a justificativa para uma ação consiste em um mandado sendo aplicado a determinados dados relevantes e contornos situacionais e, para que se estabeleça a relação entre "Dt" e "C" deve-se implicitamente reconhecer e vincular-se a um mandado que recomende, permita ou exija "C" quando "Dt" se encontra presente.

[7] Cf. TOULMIN, Sthephen. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1964, p. 99.

Encontra-se diante, portanto, para a validação de tal esquema argumentativo de ação, da pressuposição da validez de "M" e da vinculação de seus afetados a tal norma[8].

Para que tal ocorra, necessário se torna que "M" seja, enquanto norma, justificada, o que ocorre quando se avança para o nível discursivo, onde se trata, propriamente, da justificação da norma geral de ação em si, onde devem ser obedecidas regras de argumentação que permitam passar das evidências empíricas, que servem de suporte para a norma que necessita de justificação, à norma propriamente[9].

Quanto à justificação de "M", deve-se observar que, em sociedades complexas, nas quais já se encontram superados elementos religiosos ou metafísicos como suporte para o papel de integração social a ser desenvolvido pelo direito e, em função do princípio democrático, o procedimento de justificação de normas de caráter geral depende, ao menos, segundo Habermas, da aplicação, como regra de argumentação, de um princípio do discurso que se expressa na necessidade de imparcialidade dos juízos práticos e cujo conteúdo normativo é neutro frente à moral e ao direito, na medida em que se refere a normas de ação em geral, pressupondo-se uma moral procedimental, qual seja:

> D: Válidas são aquelas normas (e somente aquelas normas) a que todos que se possam ver afetados por elas pudessem prestar seu assentimento como participantes em discursos racionais[10].

O predicado "válido", presente no princípio do discurso, refere-se a normas de ação e correspondentes enunciados normativos, expressando um sentido inespecífico de validez normativa, comum a todo dever-ser. Por sua vez, pelo termo "normas", se entendem as expectativas generalizadas de comportamento nas dimensões temporal, social e de conteúdo. "Afetado" é qualquer um a quem possa concernir as conseqüências das práticas reguladas. Por fim, "discurso racional" seria toda tentativa de entendimento acerca de pretensões de validez que ocorra dentro de condições de

---

[8] Cf. GÜNTHER, Klaus. *The sense of apropriateness: aplication discourses in morality and law*. [trad. FARREL, John], Albany: State University of new York Press, 1993, p. 26.
[9] Cf. GÜNTHER. *The sense of...*, p. 27.
[10] HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 172.

comunicação, em um âmbito instituído e estruturado por deveres ilocucionários, que possibilitem o livre processamento de temas, informações, contribuições ou razões.

O princípio "D", portanto, representa uma reconstrução, consideradas questões atinentes a limitações de conhecimento, tempo e espaço, do princípio "U", utilizado como critério de universalização dos juízos morais.

Tomando-se o princípio "D", assim como "U", como formulações contra-fáticas, pode-se afirmar que, empiricamente, deve-se pressupor o atendimento a "D", em sociedades democráticas, a despeito do déficit representativo inerente às democracias indiretas, por normas aprovadas pelo parlamento, obviamente, em sua versão "*fraca*", conforme se esclarecerá no sub-item seguinte.

4.1. Justificação e adequação

O princípio do Discurso requer que se considerem as conseqüências e efeitos colaterais da observância geral de uma norma ou da aplicação da norma que necessita justificação por todos os potenciais afetados por ela, bem como seu consentimento, o que lhe garantiria imparcialidade.

A partir daí, pode ser feita a distinção entre justificação de uma norma e aplicação desta norma, onde se desenvolve o chamado juízo de adequação (que deve ser também justificado).

De fato, o princípio do discurso espelha a chamada versão fraca de "U", formulada por Günther nos seguintes termos:

> Uma norma é válida se as conseqüências e efeitos colaterais que surgirem para os interesses de cada indivíduo como resultado de sua observância geral sob circunstâncias não modificadas podem ser aceitos por todos[11].

Que deve ser contraposta a sua versão forte, que seria:

> Uma norma é valida e em todo caso adequada se as conseqüências e efeitos colaterais que surgirem para os interesses de cada

[11] GÜNTHER, Klaus. *The sense of apropriateness: aplication discourses in morality and law*. [trad. FARREL, John], Albany: State University of new York Press, 1993, p. 35.

> indivíduo como resultado de sua observância geral em cada situação particular podem ser aceitos por todos[12].

Isto porque a utilização da versão forte de "U" como regra de argumentação para justificação de uma norma implica em conhecimento e tempo ilimitados, de forma a que sejam previstas, no momento da justificação, todas as situações possíveis em que a mesma seria em tese aplicável, bem como todas as conseqüências e efeitos colaterais possíveis. Isto, é claro, comprime a dimensão de adequação da norma junto ao ato de justificação, restando em um momento de aplicação apenas a atividade de subsunção do fato à norma.

É certo que ao se falar do estabelecimento de uma norma ou regra, combina-se esta com a idéia de um número de casos relevantes para esta e, portanto, nos quais a norma pode ser aplicada. Isto significa que se devem imaginar situações nas quais todos os aspectos factuais pressupostos pelo conteúdo semântico da norma se encontram presentes, sendo que da mesma forma se deveria estabelecer a aceitação por todos os afetados de todas as conseqüências e efeitos colaterais advindos de sua observância.

Entretanto, uma situação dificilmente consiste apenas dos contornos estabelecidos de forma genérica pela extensão semântica de uma norma aplicável, bem como os efeitos de sua observância raramente se restringem àqueles previstos inicialmente.

Sendo assim, uma versão forte de "U" não pode ser aceita como critério de justificação, pois implicaria em uma série de limitações subjetivas decorrentes dos níveis históricos de nossa experiência ou conhecimento, de modo que apenas aquelas circunstâncias, conseqüências e efeitos colaterais que a observância geral de uma norma pode gerar que podem ser antecipados devem ser considerados. Dessa maneira, através de "D" somente se pode cumprir parcialmente a exigência de que uma norma seja válida para todos em todas as situações compreendidas em sua extensão semântica.

É necessário, portanto, já que não se pode tematizar validez e adequação em um ato único como sugerido pela versão forte de "U", para satisfazer o critério de imparcialidade, um procedimento de adequação que obrigue a se examinar em cada situação individual se o requisito da norma de que seja obedecida em todas as situações nas quais é aplicável é também legítimo.

Como esclarece Klaus Günther:

---

[12] GÜNTHER. *The sense of...*, p, 33.

> O que é relevante para a justificação é apenas a norma em si, independentemente de sua aplicação em uma situação particular. É uma questão acerca de ser do interesse de todos que todos sigam a regra. Se uma norma incorpora ou não o interesse comum de todos não depende de sua aplicação, mas das razões que podem ser previstas pelas quais uma norma deve ser observada como uma regra por todos. O que é relevante para a aplicação, em contraste, é a situação particular, independentemente de ser sua observância geral também do interesse de todos[13].

Dessa maneira, o momento de aplicação não se reduziria à questão da subsunção ou não dos contornos situacionais concretos àqueles previstos na norma, mas se refere a um procedimento discursivo onde se submete a norma a uma versão mais forte de "U", ou no caso, de "D", levando-se em consideração todas as circunstâncias e contornos situacionais presentes em concreto, bem como todas as outras normas que em tese podem ser aplicadas à situação e suas conseqüências para a realização do juízo de adequação, devidamente justificado. Ou seja, a norma é apenas um, ou mais um, dos pleitos normativos incidentes sobre a situação.

4.2 O Controle de Constitucionalidade como procedimento de adequação

O controle de constitucionalidade material, sem dúvida, refere-se a um momento de aplicação de uma norma, e pode também ser descrito através do esquema básico de argumentação de Toulmin, observadas algumas considerações.

Primeiramente, o esquema de Toulmin se refere à justificativas de ação, que pressupõem uma norma ou *mandado* aceito que conecte a situação ou os *dados* à *conclusão*. Se esta norma ou mandado deve ser pressuposta com base em "D" ou em uma versão mais forte de "D" é o que diferencia os procedimentos de justificação e adequação.

Temos então que, no controle de constitucionalidade uma norma, que pode ser descrita como "presente 'Dt', devido a 'M', então 'C"', deve ser conectada a uma conclusão "C" (válida ou inválida) por um mandado "M", este de natureza constitucional.

Por substituição no esquema previamente apresentado, ter-se-ia então que:

[13] GÜNTHER. *The sense of...*, p, 37-38.

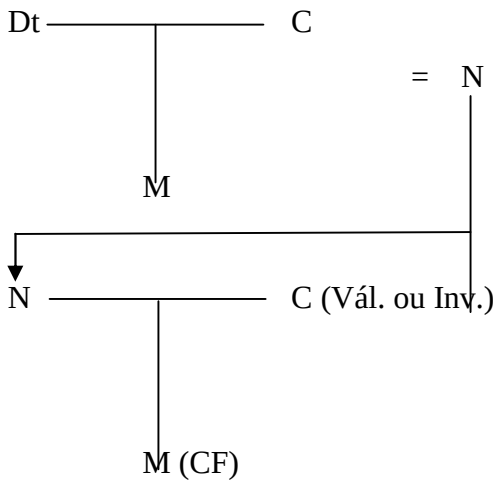

Onde, tratando-se de um discurso de aplicação, deve ser analisada a *adequação* da conexão entre "M" e "N" que permite a ação (no caso, ilocucionária) de se considerar "N" válida ou inválida. Não se trataria, como já dito, da mera subsunção lógico-formal ou não do comando normativo na extensão semântica da norma constitucional, mas da consideração de todo o contexto e contornos situacionais no qual se insere "N", seus efeitos, bem como de sua inserção ou não na extensão semântica de diversos pleitos normativos em princípio aplicáveis ou conjugáveis a "N", de forma que o juízo de *adequação* se encontre assim também racionalmente *justificado* através de uma versão mais forte de "D".

5. Uma análise do Juízo de adequação[14] na decisão da ADI 3510-0

Os fundamentos para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510-0, como observado no item 02, foram uma suposta afronta, tendo em vista tratar-se o embrião *in vitro* de "ser humano", da Garantia Constitucional do direito à vida e de

[14] Fernando Átria, em crítica ao manuscrito deste trabalho, se manifestou contrariamente a um juízo de adequação, visto que a presente análise se daria, ainda, no plano normativo, não se referindo a indivíduos concretos. Entretanto, pode-se observar, por exemplo, que a idéia de "Direito como integridade" de Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998) engloba o juízo de adequação, como bem exposto por Klaus Günter (GÜNTHER. *The sense of....*, p. 278-284), visto que a própria idéia de integridade constituir-se-ia como um princípio de justificação. De fato, acredita-se que os níveis discursivos de justificação e adequação não são passíveis de absoluta separação, sendo mesmo que talvez não se possa falar propriamente em dois níveis discursivos absolutamente distintos.

um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Não se tratando, entretanto, de um mero procedimento de averiguação da compatibilidade lógico-formal ou não entre a norma impugnada, o art. 5° da Lei de Biossegurança, e o texto constitucional, através de critérios de extensão semântica, pode-se dizer que, em um contexto discursivo de adequação, tais fundamentos convertem-se em pleitos normativos a serem ponderados e racionalmente justificados diante de outros pleitos normativos e argumentos atinentes à questão, levando-se em consideração todos os dados fáticos bem como os interesses de todos os afetados.

Sendo assim, embora tenha havido unânime manifestação no que se refere ao acatamento da regra natalista prevista pelo Código Civil pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, afastando-se a pretensão concepcionista do propositor da ação, não se pode afirmar ter sido decidida a questão de forma que a regra natalista, com sua definição de pessoa, em regra, para o direito, defina, por extensão, o âmbito de aplicabilidade da garantia à vida ou da proteção da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, deve-se observar os demais fundamentos trazidos no voto do relator, e compreendê-los, também, como pleitos normativos e argumentos em favor da relação de adequação entre a norma impugnada e a Constituição Federal, aplicáveis, em um contexto de adequação, à questão específica da autorização ou não para pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias.

Pode-se verificar, através do conteúdo do voto do Exmo. Sr. Ministro Carlos Ayres Britto, acompanhado pelos demais que reconheceram a improcedência sem ressalvas que, efetivamente foram apresentados, para o deslinde da questão, diversas normas constitucionais a embasar pleitos normativos diversos da pretensão do proponente, bem como argumentos outros, além da já referida regra natalista, sendo a decisão final, propriamente, fruto de um procedimento de adequação.

De forma sintética, pode-se elencar os seguintes pleitos normativos concorrentes acerca da conexão a ser estabelecida entre o dispositivo impugnado e o ordenamento jurídico como um todo de forma a se estabelecer ou não a relação causal de validade da norma:

- O embrião *in vitro* já é portador de individualidade própria e vida em desenvolvimento, devendo ser reconhecida a personalidade deste;

- A garantia do direito à vida refere-se à qualquer vida humana, não podendo o embrião ser instrumentalizado através de seu uso em pesquisas ou terapia, frustrando-se assim o desenvolvimento de sua vida;

- A não destinação dos embriões a um projeto parental atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que a instrumentalização o transforma em meio, e não fim;

- A liberdade de pesquisa científica, assegurada constitucionalmente (art. 5°, inc. IX, e art. 218, *caput*, da CF/88), garante a possibilidade de que sejam realizadas pesquisas com embriões;

- O direito à saúde, garantido constitucionalmente a todos (art. 6°, *caput* e Seção II, Capítulo II, Título VIII da CF/88) impõe até mesmo o dever de se realizarem pesquisas e terapias com embriões, tendo em vista o potencial de cura que estas representam para toda a coletividade;

- O direito brasileiro se vale, para atribuição de personalidade, da regra natalista (art. 2° do CC), pelo que o embrião *in vitro*, não seria dotado de personalidade e, portanto, não seria portador de direitos;

- O direito ao livre planejamento familiar fundado na paternidade responsável e na dignidade da pessoa humana (art. 226, §7°, da CF/88) legitima os procedimentos de inseminação dos quais são fruto os embriões chamados supra-numerários.

Soma-se aos referidos pleitos normativos o específico contorno situacional definido no voto do relator, qual seja, de tratar-se de analisar a questão atinente às pesquisas ou terapias com embriões *in vitro*, diferenciando-os daqueles que se encontram, em suas palavras "*nas entranhas da mulher*", bem como a consideração dos efeitos decorrentes da norma em todos os afetados.

Efetivamente, o pleito normativo basilar da decisão foi o reconhecimento da licitude e permissibilidade da utilização de técnicas de fertilização *in vitro* com base no direito ao livre planejamento familiar, consectário da dignidade da pessoa humana, como expressamente assinalado no § 7° do art. 226 da CF/88. Isto porque, estabelecida tal possibilidade, I) torna-se inevitável, no atual estágio da técnica, o surgimento de

embriões supra-numerários e II) torna-se inviável, juridicamente, que se estabeleça o dever de destinação parental a todos os óvulos fecundados durante o procedimento.

Dessa maneira, ruem, por falta de coerência interna, os argumentos concepcionistas relativos ao embrião *in vitro*, visto que o reconhecimento de personalidade, embora apto a impedir sua suposta instrumentalização através de pesquisas e terapias, impõe-lhe como destinação o congelamento por prazo indeterminado, que leva à inviabilidade, ou a destruição por incineração. Situação esta na qual certamente não se desvela uma maior proteção a sua vida ou mesmo a sua dignidade.

Da mesma forma, adquirem, automaticamente, maior relevância os pleitos normativos favoráveis às pesquisas e terapias visto que o art. 5° da Lei de Biossegurança assegura, conforme redigido, ao menos certa proteção objetiva ao embrião, com a proibição de fecundação exclusivamente para fins de pesquisa, a proibição de comercialização, a garantia de que somente embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos (o que determina sua inviabilidade, ao menos estatisticamente, podendo haver exceções empíricas) serão utilizados e o necessário consentimento dos genitores, além do controle das pesquisas ou terapias a serem realizadas por comitês de ética e pesquisa ligados às instituições que as desenvolverem.

Decidiu-se, portanto, pela adequação do art. 5° da Lei 11.105/95.

6. Conclusão

Como se pôde observar, apesar de expressamente mencionada e ressaltada, a regra natalista prevista no art. 2° do CC não foi o pleito normativo determinante da decisão pela improcedência da ação, mas sim a situação específica de encontrarem-se os embriões supra-numerários conservados fora "*das entranhas da mulher*", na expressão utilizada pelo Ministro Relator e o pleito normativo referente ao livre planejamento familiar.

Há que se ressaltar que, não se tratando da específica situação de embrião não implantado, desaparece a incoerência interna dos pleitos concepcionistas, e um novo juízo de adequação há que ser feito, no qual não se exclui, necessariamente, uma

proteção subjetiva ao concebido, porém não nascido, como se poderia presumir no caso de pura e simples aplicação da regra natalista.

De fato, somente através desta conclusão se pode entender como contextualizada a citação feita pelo relator do pensamento de Ronald Dworkin[15], em "O Domínio da Vida", abaixo transcrita, em um voto que se declara, ao final, pós-positivista:

> (...) essa constatação de que o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano é o próprio fio condutor de todo o pensamento de Ronald Dworkin, constitucionalista norte-americano, exposto ao longo das 347 páginas do seu livro "Domínio da Vida" (Editora MartinsFontes, São Paulo, 2003). Proteção que vai aumentando à medida que a tais etapas do evolver da criatura humana vai-se adensando a carga de investimento nela: investimento natural ou da própria natureza, investimento pessoal dos genitores e familiares. É o que se poderia chamar de tutela jurídica proporcional ao tamanho desse investimento simultaneamente natural e pessoal, dado que também se faz proporcionalmente maior a cada etapa de vida humana (...)[16].

Assim, embora ao embrião *in vitro* se dispense apenas certa proteção objetiva (controle das pesquisas e terapias e vedação do comércio, por exemplo), ao embrião que se desenvolve em ventre materno resta ainda possibilidade, através de um juízo de adequação, de que se lhe confira crescente proteção, migrando-se inicialmente da proteção meramente objetiva para um modelo subjetivo através de atribuição de personalidade implícita em virtude do reconhecimento de certos direitos, que lhe garantiriam uma mínima capacidade de direito que poderia se expandir até o momento de personificação expressa e atribuição genérica de capacidade de direito: o nascimento.

Portanto, a uma possível indagação, pelo "espermatozóide relutante", em caso de fertilização *in vitro*, acerca de seu destino e proteção, poder-se-ia responder: nesse caso, você tem cerca de 60% de chances de ser implantado em um útero e se desenvolver, recebendo proteção progressivamente maior na medida em que se aproxima o momento de proteção subjetiva plena, o nascimento, com a atribuição

---

[15] Acerca da convergência entre a diferenciação entre juízos de justificação e juízos de adequação e a concepção de Dworkin de Direito como Integridade, veja-se GÜNTHER, Klaus. *The sense of apropriateness: aplication discourses in morality and law*. [trad. FARREL, John], Albany: State University of new York Press, 1993, p. 278-284.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510-0. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em www.srf.gov.br.

explícita de personalidade e capacidade genérica de direitos. Caso não seja implantado, receberá uma proteção objetiva de sua dignidade, sendo-lhe conferidas finalidades de pesquisa ou terapia, fins mais nobres e *adequados* que o congelamento ou a incineração.

7. Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510-0. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em www.srf.gov.br.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998.

Everithing you always wanted to Know about Sex*(but were afraid to ask). Diretor: Woody Allen. Roteiro: Woody Allen. Elenco: Woody Allen - John Carradine - Lou Jacobi - Louise Lasser - Anthony Quayle - Tony Randall; Estados Unidos: MGM, 1972.

FERRARA, Francesco. *Teoria delle persone giuridiche*. Napoli – Torino: Eugenio Marghieri – Unione Tip-Editr. Torinese, 1915, p. 364.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of apropriateness: aplication discourses in morality and law*. [trad. FARREL, John], Albany: State University of new York Press, 1993, p. 278-284.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 172.

MACCORMICK, Neil, Rethoric and the Rule of Law. Oxford: Oxford Univ. Press, 2005.

MASON & MACCALL,

Smith. *Law and Medical Ethics*. Ed. 17, New York: Oxford, 2006.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 84-85.

TOULMIN, Sthephen. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1964.

O PENSAMENTO DE DWORKIN E SINGER SOBRE O VALOR INTRÍNSECO DA VIDA HUMANA E SEUS LIMITES BIOÉTICOS*

THE THOUGHT OF DWORKIN AND SINGER ON THE INTRINSIC VALUE OF THE HUMAN BEING LIFE AND ITS BIOETHICS LIMITS

Edna Raquel Hogemann

RESUMO

Neste artigo, a partir do entendimento defendido por Maurizio Mori a respeito do início da vida, procurou-se traçar um paralelo entre as concepções de pensamento de Ronald Dworkin e Peter Singer no que pertine ao respeito ao valor vida humana e seus limites. Ao longo da exposição de pensamento de ambos os autores, foi possível perceber que para o primeiro, a questão não se refere a se o embrião ou o feto possam ser considerados constitucionalmente como pessoa, pois a polêmica não está situada nesta questão, ou melhor, que a discussão em torno da vida humana deve estar atrelada à sua sacralidade, ao seu valor intrínseco; para o segundo, há que se afastar a idéia do caráter sagrado da vida humana como fundamento para o estabelecimento de um princípio ético universalmente válido. Verificando as ressonâncias entre as abordagens, é possível identificar uma questão comum: a necessidade de uma teoria ética a lastrear a vida. Como também uma profunda questão polêmica: para o primeiro a sacralidade da vida humana e seu valor intrínseco e, para o segundo, o princípio da igual consideração entre os seres viventes, sejam pessoas humanas ou não. O artigo conclui que, a partir de referenciais teóricos divergentes, Singer pode ser considerado um aliado de Dworkin em sua afirmação sobre o caráter sagrado da vida humana desde que incluídas todas as " pessoas", tendo em conta a variação do valor da vida, de acordo com a qualidade dessa vida.

PALAVRAS-CHAVES: PESSOA – VIDA HUMANA – SACRALIDADE

ABSTRACT

In this article, from the agreement defended for Maurizio Mori regarding the beginning of the life, it was looked to trace a parallel between the conceptions of thought of Ronald Dworkin and Peter Singer in relation to the respect to the value life human being and its limits. Throughout the exposition of thought of both the authors, were possible to perceive that for the first one, the question is not mentioned if the embryo or the embryo can be considered constitutionally as person, therefore the controversy are not situated in this question, or better, who the quarrel around the life human being must be binded to its sacredity, to its intrinsic value; for as, he has that to move away to the idea from the sacred character of the life human being as bedding for the establishment of universally valid an ethical principle. Verifying the resonances between the boardings, it is possible to identify a common question: the necessity of an ethical theory to support the life. As well as a deep controversial question: for the first a acredity of the life

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

human being and its intrinsic value e, for as, the beginning of the equal consideration between the living beings, they are people human beings or not. The article concludes that, from divergent theoretical bases, Singer can be considered an ally of Dworkin in its affirmation on the sacred character of the life human being since whom enclosed all the “people”, having in account the variation of the value of the life, in accordance with the quality of this life.

KEYWORDS: PERSON – HUMAN LIFE – SACREDITY

Introdução

Um dos desafios que sempre ocupou a atenção de filósofos, juristas e outros estudiosos foi o de precisar o *início da vida humana*, porém, sem a conotação que o tema assumiu na contemporaneidade, visto que não havia outro modo de se fazer um ser humano, além do método natural da concepção pela conjunção carnal. Por isso, os conflitos relativos ao início da vida da humana eram de outra monta, muito mais ligados à viabilidade dessa vida após o nascimento com vida.

No entanto, as polêmicas que na década de 80 se restringiam à fertilização *in vitro* visando casais inférteis, vêm se ampliando consideravelmente nos últimos anos com as possibilidades abertas para a medicina regenerativa através dos experimentos que envolvem, por exemplo, a clonagem terapêutica. Mas as promessas desses eventuais benefícios não são suficientes para contemplar aqueles que vêem nessa manipulação um atentando contra a vida e a espécie humanas, nem os que associam este processo a um "admirável mundo novo". A discussão está, dessa forma, situada em precisar se os procedimentos que utilizam material celular embrionário humano são eticamente aceitáveis ou não; e, em caso afirmativo, quais seriam os seus limites.

Destarte, vislumbra-se que o próprio modo de formular o dilema envolvido na manipulação de embriões revela que, em última instância, está-se discutindo a pessoa e o valor da vida desta pessoa: o que significa ser pessoa e quais as qualidades que instalam em um ser humano essa condição de ser vivente. Sob esse ponto de vista, o debate entre os autores aqui focalizado pode ser encarado como expressivo das concepções ocidentais sobre esse tema maior. Mas é fato também que as linhas básicas de argumentação presentes na discussão só adquirem inteligibilidade quando referidas à categoria ocidental de Pessoa: o Indivíduo.

A idéia de Pessoa revela-se assim, como inconcusso nó crítico para a bioética e o biodireito a exigir solução, para a qual confluem múltiplas teorizações e indicações prático-aplicativas[1]. As posições colocadas, vão desde a necessidade de uma retomada e defesa do que denominam como "raiz original do conceito de pessoa na natureza humana" , buscando recuperar a coincidência entre a pessoa e ser humano, qualquer que venha a ser a fase do desenvolvimento do ser humano (do seu início até o fim)[2]; até aquelas que restringem esse conceito considerando que fetos, crianças, retardados mentais graves e pacientes comatosos profundos não podem ser considerados pessoas[3].

1. Situando a polêmica

Aristóteles buscava nos fundamentos biológicos as condições para a viabilidade para a pessoa humana tornar-se apta a ser considerada *integrante da humanidade*. Com esse intuito, ele estabeleceu como referencial a 28ª semana após da fecundação[4] e definiu três estágios para o conceito de vida. O primeiro era a vida nutritiva, que englobava todos os seres vivos, plantas, animais e homens. Ele estava presente no momento em que o embrião era formado[5]. O segundo estágio era o da vida sensível, compartida pelos homens e pelos outros animais e, o terceiro e último estágio, seria somente no caso dos seres humanos, com início a partir de quarenta dias após a concepção, quando a vida racional adentraria no embrião masculino[6]. Segundo essa perspectiva teórica, só quando uma vida ou alma contivesse concomitantemente as três formas de vida é que existiria um ser humano.

A Biologia contemporânea estabelece a viabilidade humana na 24 ª semana de gestação. O relatório do projeto inglês[7] para a liberação de pesquisas em "pré-embriões"[8], elaborado sob a coordenação de Warnock, considera que, na ausência de determinação cientificamente mais precisa, desde que o embrião apresente características de vida, pode ser considerado uma "pessoa em potencial", sujeito de direitos e deveres, a partir de quatorze dias de gestação.

Todavia, é forçoso esclarecer que mesmo essa determinação não é aceita de forma pacífica por cientistas e moralistas, que têm entendimentos divergentes e conflitantes sobre o início da vida humana, ainda no útero materno, fazendo com que não se encontre resposta científica para a caracterização da pessoa humana.

Os argumentos contra a legalização da utilização de material genético retirado de embriões sejam dos denominados "excedentes" ou dos que venham a ser produzido em laboratório para fins de pesquisa, freqüentemente se apóiam na equivalência entre o direito das pessoas e o direito dos embriões. Esta equivalência depende de que os embriões sejam já gente: o debate está imbricado com questões sobre o que são pessoas.

É a partir do questionamento desses parâmetros que se estabelece a polêmica sobre a condição do embrião extracorporal, alimentado pela possibilidade técnica, inaugurada pela fertilização *in vitro*, da realização experimentos com eles. Assim é que a discussão sobre o que é eticamente admissível passa além das técnicas avançadas relacionadas com a infertilidade, pelo desenvolvimento do diagnóstico de pré-implantação, por intermédio do qual é possível detectar nos embriões doenças genéticas ou cromossômicas severas, até a possibilidade da utilização de células-tronco dos embriões "excedentes" nas pesquisas ou criá-las em laboratório visando seu uso exclusivamente para fins de pesquisa.

2. Um caso concreto

No dia 27 novembro 1991, quando tinha seis meses de gravidez,Thi-Nho Vo, uma cidadã francesa de origem vietnamita e grávida de seis meses, foi ao hospital Hôtel-Dieu, em Lyons, para realizar exame pré-natal. No mesmo dia, outra mulher, Thanh Van Vo, deveria ter um dispositivo intra-uterino (DIU) removido no mesmo hospital. A grávida, da cidade de Bourg-bourg-en-Bresse-Bresse, não falava francês, e não conseguiu se comunicar com o ginecologista que estava de plantão naquele dia.

François Golfier,o médico,confundiu Thi-Nho Vo com Thanh Van Vo, e tentou remover o DIU, perfurando o saco amniótico, o que tornou necessário fazer um aborto terapêutico em Thi-Nho Vo.

Em decorrência de um processo criminal movido por Thi-Nho Vo em 1991, o médico foi condenado por causar ferimento involuntário cominado com homicídio involuntário, o que elevou a pena aplicada. Em 3 junho de 1996, a Corte criminal de Lyons absolveu o médico. Inconformada Thi-Nho Vo apelou e, em 13 março 1997, a Corte de Apelação de Lyons reformou o julgamento de corte criminal, condenando o médico por homicídio involuntário e sentenciado- lhe a prisão de seis meses (que foi suspensa), e uma multa de 10.000 francos franceses.

Dois anos mais tarde, em 30 junho de 1999, a Corte de Cassação reformou o resultado da Corte do julgamento da apelação, baseando sua decisão em que os fatos do caso não poderiam ser tipificados como homicídio involuntário, por não considerar o feto como ser humano a quem se possa aplicar a proteção da lei criminal.

Em dezembro do mesmo ano, os advogados de Vo recorreram ao Tribunal Europeu defendendo a tese de que uma criança que ainda não nasceu está protegida pelo artigo 2° da Convenção Européia de Direitos Humanos, que garante o direito à vida.

Através de decisão proferida em 07 de Julho de 2004, os juízes por quatorze votos contra três, decidiram que não podem afirmar que durante a gravidez um feto é uma pessoa no sentido jurídico do termo. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não reconhece o estatuto jurídico ao feto.

Na fundamentação da sentença, o tribunal se baseou na ausência de um consenso europeu sobre uma definição científica e jurídica do início da vida , considerando que essa definição deve ser estabelecida pelos Estados.

Os juízes consideraram, no entanto, a existência de um denominador mínimo comum em relação ao estatuto do feto na Europa, que é a necessidade de se proteger a potencialidade deste ente e sua capacidade de se converter em pessoa, sem que isto o torne um ser humano com direito à vida. Por estas considerações, o tribunal considera que seja possível responder em abstrato sobre o que é uma pessoa, segundo a sentença[9].

Há aqui duas questões diferentes a serem observadas. O argumento de que ao feto não é atribuível o status moral ou jurídico de uma pessoa humana é concreto e factível. O feto não possui existência sem o útero da mãe, logo depende dela e não sobrevive sem ela. Isso não invalida que o médico seja punido. Porque a mãe desejava o feto, que era dela. A remoção do feto foi fruto da negligência do médico, que provocou danos à mãe trazendo-lhe prejuízos psíquicos e morais, sendo pertinente uma punição. Mas não se vai aqui aprofundar o aspecto relativo à responsabilidade civil do médico já que não se revela atinente ao tema do presente estudo.

No que diz respeito ao feto em si a questão se revela mais moral do que jurídica - um feto humano e sua mãe não têm o mesmo valor?[10] Não se pode atribuir a ambos o mesmo estatuto moral e jurídico? A mesma resposta pode ser aplicada a um embrião humano? E quanto ao embrião extracorporal?

As respostas a essas questões configuram-se como o nó górdio a ser desatado no debate bioético contemporâneo, pois não há como sobre elas refletir sem se reportar aos denominados "alicerces ontológicos da personalidade humana"[11] , sobre os quais existem consensos e dissensos dos mais variados matizes.

3. O princípio do valor intrínseco da vida humana e seus limites

A polêmica que envolve as questões morais e jurídicas relativas aos entes despersonalizados (embriões e fetos) tem um ponto de partida comum: as especulações em torno da questão do início da vida humana. Essa indagação requer seja definido em que momento o embrião humano adquire o seu estatuto biológico, moral e legal.

Para os concepcionistas a vida da pessoa humana tem início com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide. Somam-se, no entanto, outros entendimentos que sustentam que o início da vida ocorre: com a implantação do embrião no útero; com a formação do sistema nervoso; a partir do terceiro mês (como decidiu a Suprema Corte norte-americana no caso Roe versus Wade, em 1973[12]); ou apenas com a vida extra-uterina.

Mori[13] considera que ao questionamento sobre "quando começa a vida humana?" Cabe somente uma sensata resposta, à luz do pensamento de F. Jacob: "A Vida humana começou no passado longínquo, há centenas de milhares de anos, e desde então ela se tem transmitido através do processo teleológico da reprodução"[14]. Mori reconhece que aos olhos do senso comum a vida humana é percebida desde uma perspectiva "coisalista"(*cosalista*). A perspectiva "coisalista" concebe o mundo como sendo constituído por "coisas" que são produto da fusão de outras "coisas". Em decorrência dessa concepção podemos exemplificar que se temos um pouco de leite (uma coisa) que se une a um pouco de farinha de trigo (uma outra coisa), um pouco de açúcar (outra coisa) e um ovo (outra coisa), teremos em conseqüência um bolo (uma nova coisa). Por esta linha de raciocínio deduzimos necessariamente que a vida começa quando um espermatozóide (uma coisa) se funde com um óvulo (uma coisa) para dar origem a um novo ente que se caracteriza por ser possuidor de uma delimitação espaço-temporal por bordas própria (uma nova coisa). Por via de conseqüência, para Mori, parece ser coerente, normal e até mesmo natural nessa perspectiva "coisalista" a concepção ser considerada como o momento para o começo da vida.

Ainda que o "coisalismo" se valha de toda uma linguagem científica para sustentar suas posições, para Mori segue sendo mero sendo comum, e temos de reconhecer que as questões de ordem biológica não podem ser estudadas por meio de uma perspectiva "coisalista", visto que não estamos a lidar com "coisas", mas com processos que tendem a fim determinado fim (processos teleológicos) que apresentam distintos níveis de complexidade envolvendo o processo vital. Assim, a partir do abandono do modo "coisalista"e da assunção de um "modo biológico" de pensar, a própria pergunta "quando se inicia a vida humana?"Se revela carente de consistência, pois se torna evidente que a questão central é a seguinte: "quando começa o processo teleológico de transmissão da vida? "[15]

Muito embora o autor reconheça que não é fácil estabelecer uma resposta para esta indagação pelo fato de não se estar diante de um simples evento, mas de todo um processo cíclico em que a vida, lato sensu, depois do começo primordial, é um ciclo em permanente movimento e cada um dos eventos deste ciclo pode ser apontado como o

"inicial". Desse modo, não é possível desconsiderar ou relegar a um segundo plano eventos que envolvem desde a escolha do parceiro, até a manifestação da vontade de duas pessoas em "por em ato as capacidades generativas"[16]. Vale o registro de que mesmo ainda separados os gametas estão vivos, são humanos, são vida humana na sua mais exata concepção. Sem contar com o fato de que aos processos tipicamente biológicos soma-se o processo social da cultura (*acculturazione*), que se caracteriza pela "típica transcendência do mundo natural". Por isso, para Mori "nem mesmo quando a proposição 'o embrião é pessoa desde a concepção' for repetida por médicos, biólogos, juízes, cardeais, teólogos e professores, ou esteja escrita nos cartazes dos manifestantes, pode-se torná-la menos absurda, pelo menos se as considerações feitas são corretas"[17].

Para Dworkin, uma questão central - que precede qualquer discussão bioética mormente as que envolvam início e fim da vida humana,ou seja, interrupção voluntária da gravidez e eutanásia - é se a vida possui ou não valor intrínseco. Dworkin rechaça de pronto que o embrião ou o feto possam ser considerados constitucionalmente como pessoa e afirma que a polêmica não está situada nesta questão, ou melhor, que a discussão em torno da vida humana deve estar atrelada à sua sacralidade, ao seu valor intrínseco[18].

Para o autor o valor revela-se como uma propriedade própria das coisas, a despeito do que as pessoas possam pensar ou desejar. Dworkin defende uma concepção transcendente não-relacional de valor intrínseco.

Segundo Dworkin, na visão moral tradicional, a maioria das pessoas crê, ainda que, algumas vezes, apenas no plano intuitivo, que a vida de um ser humano possui um valor intrínseco ou um caráter sagrado[19], independentemente de sua forma (feto, criança, adulto, idoso). Os argumentos contra o aborto, por exemplo, fundamentam-se na idéia de que o feto é um ser cuja vida é dotada de uma santidade humana inocente, iniciada com a concepção biológica do ser. Nesse caso, a tipificação do aborto significa respeitar o caráter sagrado da vida humana.

Denomina objeção de caráter autônomo a condenação do aborto com base na idéia do valor sagrado da vida humana. A vida humana possui um valor em si mesma, iniciado no momento em que o ser é concebido, ou seja, quando inicia sua vida biológica, ainda que não tenha, nesse período, sensações, interesses, movimentos ou direitos. Sob essa perspectiva, o aborto é imoral, pois insulta o valor intrínseco ou, em outras palavras, o caráter sagrado de qualquer etapa ou forma da vida humana[20].

Há ainda uma outra forma de objeção ao aborto que o autor denomina de caráter derivado: o feto constituir-se-ia num ser com interesses próprios desde sua formação, incluindo o interesse em se manter vivo. Desse modo, os fetos possuiriam o direito de ter seus interesses protegidos da mesma forma que os demais seres humanos os têm. A imoralidade do aborto residiria na violação do direito de alguém em seguir vivendo, assim como é imoral matar um ser humano adulto violando seu direito à vida. Em síntese, essa objeção ao aborto pressupõe a existência de interesses e direitos, cuja defesa e proteção cabe ao governo[21].

Assim, há duas perspectivas de argumentação para a defesa do valor da vida: a autônoma, fundada na concepção do valor sagrado; e a derivada, baseada em direitos e interesses dos envolvidos.

A teoria de Dworkin encontra lastro na teoria do caráter sagrado da vida humana[22]. O autor defende que há uma concordância geral com a idéia de que é intrinsecamente mau pôr fim deliberadamente à vida humana como decorrência da consideração de que a vida de cada pessoa[23] possui caráter inviolável, independentemente de qualquer pressuposto acerca de "interesses" ou "direitos" em jogo.

Essa idéia do sagrado, segundo o autor, embora bem conhecida é geralmente mal entendida, pois via de regra o termo sagrado carrega em si uma conotação teísta. Esse entendimento é incorreto, pois além da forma convencionalmente religiosa, o termo sagrado pode ser interpretado de forma secular. Portanto, dizer que a vida humana tem um valor sagrado, não significa, necessariamente, que tal idéia guarde relação direta com a idéia de criação divina. A idéia da sacralidade da vida humana pode resultar da valoração do processo evolutivo que originou a espécie, assegurando-lhe um caráter inviolável[24].

Para os religiosos, a conservação e a prosperidade da vida humana revelam-se de fundamental importância, pois acreditam que a não conservação e a não prosperidade representam uma ofensa ao que é um produto divino do Criador. Para os defensores de um enfoque evolutivo, consubstancia-se como uma falta de respeito ao processo evolutivo da própria natureza. De maneira que a compreensão da sacralidade da espécie humana se estende igualmente para a vida humana individual, uma vez que ela constitui, em si mesma, um produto sagrado ou inviolável resultante da própria formação da vida individual, seja ela o produto de uma criação divina ou de uma evolução[25].

Além da concepção da criação religiosa ou evolutiva, Dworkin aponta uma outra forma de conferir à vida humana o caráter de sacralidade, qual seja, através da criação ou investimento humano. Cada ser humano desenvolvido constitui um produto não só de um investimento ou criação natural, como também de um investimento ou processo humano criativo e consciente. Uma pessoa adulta, - com suas características, interesses, ambições, personalidade e educação -, resulta de um processo humano criador iniciado pelos pais e continuado por ela própria, construindo, assim, sua própria biografia.

Assim, o caráter sagrado de cada vida humana individualmente concebida , do mesmo modo que o da espécie, resulta de duas formas de investimento: a criação natural (divina ou evolutiva) e a criação humana. Em outras palavras, a sacralidade da vida humana começa com a formação da vida por meio da criação natural e continua com a criação humana. Por essa razão, no entender de Dworkin, o sentimento de perplexidade diante da destruição intencional de uma vida humana, constitui um reflexo do sentimento compartilhado por todos acerca do caráter sagrado da vida humana originado nos processos de investimento criativo tanto natural quanto humano. A esse respeito, o autor ressalta: "a vida de um só organismo humano [...] exige proteção e respeito devido ao complexo investimento criativo que essa vida representa e devido ao assombro diante dos processos divinos ou criativos que produzem novas vidas a partir das anteriores"[26]. Além do que, a vida também exige proteção, por conta dos investimentos efetuados pela comunidade e pelo país "em uma linguagem por meio da

qual o ser humano absorve e continua um centro de geração de cultura e formas de vida e valor"[27].

Acrescente-se que Dworkin distingue três modos pelos quais o valor vem a constituir-se: o instrumental, quando o valor do objeto reside em sua utilidade, isto é, na possibilidade de auxiliar as pessoas a obter aquilo que desejam; o subjetivo, na medida em que o objeto tem valor simplesmente porque é desejado por alguém em particular; o intrínseco, que compreende tudo o que não possui valor instrumental ou subjetivo, independendo do que as pessoas gostam, necessitam ou desejam. Segundo Dworkin, esse último carece ser tutelado porque é importante em si mesmo, ou seja, possui uma qualidade inerente que lhe garante o respeito por parte de todos[28].

Dworkin parte do pressuposto de que a vida humana possui um valor sagrado, ou seja, um valor intrínseco. A partir daí pondera que também outras formas de vida, e até mesmo determinados objetos, o têm. Embora as pessoas se dediquem a fazer ou a obter coisas que têm valor, ou porque as necessitam ou porque as desfrutam, algumas realizações são respeitadas não porque satisfazem algum desejo ou interesse, mas porque têm um valor em si mesmas. Nesse sentido, o autor defende que: "[...] muitas de nossas opiniões acerca do conhecimento, da experiência, da arte e da natureza pressupõem que, de diversos modos, essas coisas são valiosas por si mesmas e não somente por sua utilidade e pelo prazer e satisfação que proporcionam"[29].

De acordo com Dworkin, se percebe ainda duas categorias de coisas intrinsecamente valiosas, a saber: as que têm valor intrínseco incremental e as que são sagradas ou invioláveis. No primeiro caso, quanto mais se tem de algo, tanto melhor. No segundo caso, o valor é devido à simples existência da coisa em questão, não existindo relação com a quantidade disponível da mesma. Quando se trata do valor incremental, deseja-se sempre mais, independentemente do quanto já possuído. O valor sagrado é intrínseco a algo e deve-se simplesmente à sua existência. Na concepção de Dworkin a vida não tem valor incremental, é tida como simplesmente sagrada[30].

O processo de atribuição de valor intrínseco a um objeto pode ser efetuado de duas maneiras: por associação ou através de um processo histórico. No primeiro caso, o valor é associado ou designado ao objeto, como o valor que os cidadãos atribuem aos símbolos nacionais de seu país, como a bandeira ou o brasão nacional, por exemplo.

Não se trata aqui de um valor incremental, pois não se deseja ter mais do que uma bandeira ou um brasão; também não é subjetivo, pois o indivíduo não leva em consideração o valor que os símbolos nacionais têm para ele mesmo, mas o valor que representam para a nação como um todo. O valor por associação decorre de investimentos humanos, morais e sociais. O segundo caso envolve um processo por meio do qual algo chegou a ser o que é. O processo de formação do caráter sagrado histórico, que pode ter uma conotação religiosa ou evolutiva, surge através de dois tipos de investimentos, a saber, genéticos e biológicos.

A sacralidade da natureza e das espécies animais não se dá por intermédio de associações, mas através de um processo histórico, convertendo-as em algo sagrado. De acordo com essa concepção, a vida humana adquire diferentes graus de valor, variando conforme a quantidade de investimento criativo aplicada a ela. Como decorrência, se distingue diversos graus de gravidade na perda da vida humana. Assim, uma morte que

ocorre no início da vida, representa uma perda menos importante, visto que o investimento criativo natural e o investimento humano, realizados nessa vida, certamente, terão sido menores[31]. Entretanto, embora as pessoas aceitem a concepção do caráter sagrado da vida humana, elas discordam sobre a questão de se a morte prematura, quando pode ser evitada, supõe sempre a forma mais grave de frustrar uma vida.

Os conservadores extremistas consideram que a morte prematura será sempre e inevitavelmente uma frustração mais grave, quando comparada a qualquer decisão que a adie. Em contrapartida a convicção liberal em oposição à conservadora, considera que, pelo menos em certos casos, optar pela morte prematura diminui as possibilidades de frustração de uma vida, respeitando o princípio do valor intrínseco[32]. Esse desacordo em relação a se a morte prematura representa sempre a mais grave frustração da vida, tem sua origem nas orientações religiosas e filosóficas de cada indivíduo, pondera Dworkin.

Dworkin argumenta que uma pessoa, ao considerar o investimento natural na vida humana algo substancialmente importante, mais essencial do que qualquer outra forma de investimento, defenderá que a morte prematura e deliberada é a maior frustração da vida, ainda que a vida a continuar seja extremamente difícil de ser vivida. Caso não se acredite nisso, pôr fim a uma vida na qual ainda não tenham sido efetuados investimentos humanos pode ser a melhor solução. Pode-se considerar com isso que desacordos sobre o aborto, e por analogia, sobre a utilização de embriões excedentes para pesquisas, são reflexos das diferenças profundas sobre a importância moral atribuída aos investimentos criativos naturais (biológicos e genéticos) e humanos (morais e sociais)[33].

Dworkin assevera que a idéia central do valor sagrado deriva do valor concedido ao "processo, empreendimento ou projeto" e não do valor atribuído aos resultados. É na convicção acerca da existência de um processo histórico de formação da vida humana que reside a noção do sagrado, isto é, na compreensão da maneira como a espécie humana chegou a existir, seja baseada na crença evolutiva, seja na crença religiosa da criação divina. Nesse sentido, as pessoas lamentam a destruição de uma espécie animal ou vegetal por representar a frustração de um processo evolutivo ou projeto de criação irrepetível.

O autor identifica ainda duas características presentes nas convicções acerca do sagrado e inviolável: a primeira diz respeito ao fato de que existem diferentes graus de sacralidade; a segunda está relacionada com o fato de que as convicções sobre a inviolabilidade são seletivas. No que tange às variações do grau de sacralidade, Dworkin sustenta que é considerada mais lamentável a destruição de uma espécie animal, como o do tigre da Sibéria, por exemplo, do que a de uma ave exótica. Essa seletividade está condicionada pelas necessidades básicas de cada um, juntamente com suas crenças e opiniões. Assim, por exemplo, muitas pessoas não têm nenhum pesar por se cortar árvores para deixar espaço com o fim de construir uma casa, ou matar mamíferos complexos para obter alimentos, enquanto outras o têm.[34]

Sobre essa questão, Dworkin aponta que: "de diversos modos os indivíduos são seletivos acerca de que produtos e classes de processos criadores ou naturais são tratados como invioláveis"[35]. Para a maior parte das pessoas, continua, "não há um

único princípio geral do qual fluem todas as suas convicções acerca do sagrado, mas uma complexa rede de sentimentos e intuições"[36]. Resta evidenciado, com isso, que na aplicação da idéia do valor intrínseco haverá diferentes graus de sacralidade, pois não há um único princípio geral seguido por todos para atribuir valor sagrado a algo, mas esse depende daquilo que as pessoas consideram valioso, elas selecionam o que é sagrado conforme suas necessidades, crenças e convicções.

4. Singer e a crítica à sacralidade da vida humana

Paul Singer caminha em direção distinta, e considera que uma teoria ética deve sempre objetivar a universalidade. Um princípio ético universalmente válido não pode estar pautado em uma concepção relativista ou subjetivista. A ética não é relativa nem subjetiva, pois um juízo moral está para além da reflexão sobre os costumes da sociedade na qual é formulado. Embora o indivíduo seja influenciado por crenças e costumes, uma decisão ética é sempre própria do sujeito. A concepção relativista defende que a ética é relativa à sociedade em que se vive, isto é, nenhum juízo moral precisa superar os costumes, apenas justificá-los. Diante disso, o que para um determinado grupo social é eticamente correto, para outro pode estar errado. Mas, esse raciocínio acaba por terminar em erro de juízo ético, ou seja, o que é certo ou errado vai depender da sociedade em questão. Também o subjetivismo, que vê os juízos éticos como descrições das atitudes de quem fala, conduz a conclusões inaceitáveis ao defender que o raciocínio ético, com bases racionais mais amplas, para além da perspectiva subjetiva não é possível. Ao contrário, Singer em sua ética, concede à razão um importante papel nas decisões éticas[37].

Na concepção de Singer, ao serem abordados os temas éticos referentes à igualdade humana, ao aborto, à eutanásia e ao meio ambiente, é necessário recusar "quaisquer pressupostos de que todos os membros de nossa espécie têm algum mérito específico [...] que os coloque acima dos membros de outras espécies simplesmente por serem membros da nossa"[38].

Destarte, Singer propõe o princípio da igual consideração de interesses semelhantes (PICIS) como base sólida para conduzir as relações morais dos seres humanos com outros seres da espécie humana e também as relações com os animais dotados de sensibilidade, não pertencentes à espécie humana[39]. Deve-se deixar de tomar decisões éticas com base na aparência externa do ser, ou em outras características factuais. Deve-se dar relevância aos interesses, principalmente ao interesse em não sentir dor.

De acordo com Singer, a capacidade de sofrer é uma condição prévia para se ter interesses: "a capacidade de sofrimento é a característica vital que confere a um ser o direito à igual consideração"[40]. Quando um ser é capaz de sofrer não há qualquer razão moral para não se levar em conta esse sofrimento. Assim, a igualdade deve ser estendida a todos os que possuem interesses. Qualquer forma de discriminação para com os seres dotados de interesses viola o princípio ético da igual consideração.

Em sua essência, o PICIS exige a atribuição do mesmo valor aos interesses semelhantes dos seres diferentes atingidos pelas conseqüências de um ato, independentemente de características factuais como, por exemplo, o grau de inteligência. Tal princípio não busca fundamento numa presumida igualdade factual, mas na igualdade de interesses

semelhantes. De forma que, em acordo com o PICIS, atribui-se um peso preferencial aos interesses mais relevantes, seja qual for a espécie à qual o ser senciente pertença.

Em decorrência dessa teoria ética, o autor afasta a idéia do caráter sagrado da vida humana como fundamento para o estabelecimento de um princípio ético universalmente válido. A moral tradicional se apóia na sacralidade da vida humana e pressupõe que a singularidade dessa espécie de vida exclui qualquer possibilidade de comparação ou de equiparação com a de outros seres vivos. A proposta inovadora de Singer, de inclusão dos seres sencientes no âmbito da consideração moral, representa uma revolução no campo da ética, sendo recebida com uma forte resistência, pois exige o abandono de intuições e convicções morais fundadas em teses conservadoras. Essa resistência, em parte, tem como motivo o fato de Singer empregar os conceitos de "interesse" e "preferência", os quais acabam por ocupar o lugar daquilo que, na ética tradicional concorrente, é denominado "valor intrínseco" ou "valor sagrado".

Singer considera que a doutrina da sacralidade da vida humana constitui uma forma de afirmar que a "vida humana possui algum valor especial, totalmente diverso do valor atribuído à vida de outros seres vivos"[41]. Todos estão habituados a falar do infinito valor da vida humana, tornando-se difícil abandonar a idéia de que a vida humana tem um valor único. Esse valor justifica o uso de todos os recursos existentes para salvar uma vida humana.

Ao empregar-se expressões como "vida humana" ou "ser humano" prevalece sempre uma certa confusão, sustenta Singer. Por vezes, o termo "ser humano" é empregado como sinônimo de "membro da espécie Homo Sapiens". Em outras situações, o uso do termo "humano" diz respeito aos indivíduos dotados de características como: consciência de si, autocontrole, senso de futuro e passado, capacidade de relacionar-se com os outros, preocupação com os demais, comunicação, etc[42]. Nesse segundo emprego do termo não se faz referência ao fato de o ser pertencer à espécie Homo Sapiens, mas se sustenta que os seres humanos são dotados de determinadas qualidades e o ser em questão as possui em alto grau. Um embrião ou uma criança com grave deficiência mental caberia somente na primeira definição do termo - "membro da espécie Homo Sapiens" -, e não na segunda[43].

Sendo assim, o primeiro problema relativo à idéia de sacralidade da vida humana reside no próprio uso do termo humano. Em virtude das dificuldades do uso desse termo, Singer propõe a utilização do termo humano, para referir aos integrantes da espécie Homo Sapiens, e do termo pessoa, quando se tratar de um ser racional e autoconsciente. O termo pessoa incorpora os elementos do sentido popular de ser humano, não abrangidos por "membro da espécie Homo Sapiens"[44]. O termo pessoa, para Singer, não tem significado equivalente ao termo ser humano. Portanto, pode haver pessoas que não são membros da espécie humana, bem como pode haver humanos que não são pessoas.

Singer se propõe a reavaliar a crença no valor intrínseco da vida dos membros da espécie Homo Sapiens, buscando compreender o caráter sagrado da vida inclusive para os animais por ele considerados como pessoas. Para o autor, deve ser abandonada a crença na existência de um valor especial na vida de um membro da espécie humana e aceitar a existência de um valor especial na vida de uma pessoa[45].

Singer também admite que algumas formas de vida são consideradas preferíveis em comparação a outras. É possível inclusive classificar o valor de vidas diferentes na forma de alguma ordenação hierárquica, ainda que algumas comparações sejam de difícil concretização. Na avaliação do autor, "quanto mais altamente desenvolvida fosse a vida consciente de um ser, quanto mais intenso o grau de autoconsciência de racionalidade e mais ampla a gama das experiências possíveis, mais se preferiria esse tipo de vida" [46] na efetivação de uma escolha entre ela e um nível de consciência inferior.

Desse modo, ao refletir sobre o valor da vida, não se pode afirmar que uma vida é uma vida, igualmente valiosa, seja humana ou animal. Para Singer, se trata de especismo a defesa de que a vida de um ser consciente de si, capaz de pensamentos abstratos, de planejar o futuro, de realizar complexos atos de comunicação, etc., possui um valor maior que a vida de um ser não dotado de tais aptidões.

Por outro lado, Singer aponta para a substituição da antiga crença de que toda vida humana tem o mesmo valor, pela crença de que o valor da vida humana varia, em conformidade com a qualidade dessa vida.

Na opinião de Singer, a única versão defensável da doutrina do caráter sagrado da vida é a denominada doutrina do caráter sagrado da vida pessoal. Esse enfoque estabelece que não somente a vida dos seres integrantes da espécie humana tenha um caráter sagrado. Ela inclui todos aqueles seres definidos por Singer como pessoas, cujas vidas passam a ser consideradas individualmente, independentemente de sua espécie[47].

Finalmente, para Singer, é a capacidade de observar-se existindo no tempo e, desse modo, de aspirar a uma vida mais longa, juntamente com a apresentação de interesses não passageiros, direcionados para o futuro, que constitui a característica responsável por distinguir os seres considerados pessoas, daqueles considerados substituíveis. A morte, para um ser carente de consciência de si, representa tão somente uma interrupção das experiências, em razão da inexistência de um interesse pela continuidade da vida. Por via de conseqüência, não há, na vida desse ser, um valor intrínseco. Em sentido oposto, no caso de uma pessoa, ela pode desejar continuar vivendo, pois possui a autoconsciência e infligir-lhe a morte representaria a perda de um valor insubstituível.

Considere-se como ponto de partida a seguinte questão, formulada por Singer[48]: "Haverá um valor especial na vida de um ser racional e autoconsciente, por oposição a um ser que seja meramente senciente?". Com essa formulação, pretende-se saber se ser "pessoa" implica em pertencer a um grupo com diferentes considerações morais, isto é, destinado a receber um tratamento diferenciado dos demais.

Um possível enfoque encontra-se na proposta de Singer[49] que, a partir do ponto de vista do utilitarismo de preferências, considera que tirar a vida de uma pessoa será normalmente pior do que tirar a vida de algum outro ser, visto que, de acordo com suas preferências, as "pessoas" orientam-se muito pelo futuro. Isso porque "os seres que não conseguem verem-se como entidades dotadas de um futuro não podem ter quaisquer preferências a respeito de sua existência futura"[50]. Essa enfoque de Singer se encaminha no sentido da senciência como critério para se ter um "status moral" e a consciência de si mesmo para se ter "direito à vida".

A análise da concepção utilitarista singeriana que identifica o marco ético e jurídico da vida (humana e não humana) na senciência ou então na capacidade de sentir prazer e dor, leva conseqüentemente ao racionalismo e guarda simetria aos parâmetros utilizados para diagnosticar o momento da morte do ser humano, qual seja, o término da atividade cerebral. Assim o ser humano como Pessoa começaria quando do início da atividade cerebral cortical e terminaria com a cessação dessa mesma atividade.

Tendo em vista essa disparidade de critérios não causa surpresa que as respostas fornecidas à questão do momento em que se instala a condição de Pessoa variem desde a fecundação até algum ponto (indeterminado) depois do nascimento[51], e que, entre esses dois extremos, se anunciem inúmeros outros cortes temporais intermediários.

Conclusões

Ambos autores buscam ampliar o espectro da teoria do valor. Singer critica profundamente a idéia do sagrado, quando essa, na visão tradicional, inclui somente os integrantes da espécie Homo sapiens. A visão tradicional da sacralidade de toda vida humana finda por levar à prática especista, ocultando as características morais de muitas pessoas que possuem valor intrínseco. Assim, o autor recusa a idéia da "sacralidade da vida humana" e aceita a idéia da sacralidade caso inclua todas as pessoas. Dworkin, por sua vez, estende o valor sagrado á diferentes espécies e, inclusive, a coisas inanimadas. Ambos os autores admitem, ainda, diferentemente da visão tradicional sobre o caráter sagrado da vida humana, que o valor da vida varia segundo a qualidade dessa vida.

Embora Singer e Dworkin apresentem semelhanças em suas observações sobre o valor intrínseco, Singer considera que não seja esse o fundamento para o desenvolvimento de uma ética universal.

Dworkin afirma que a idéia do sagrado apresenta graus de variação e as convicções sobre o sagrado ou inviolável são seletivas. Ou seja, as convicções acerca do sagrado resultam de uma complexa rede de sentimentos e intuições[52]. A idéia sobre o valor da vida humana é interpretada de modos distintos, explica o autor. Essas diferentes interpretações expressam instintos muito poderosos e convicções subjetivas. Com isso, o próprio Dworkin admite que a idéia do valor intrínseco está aberta a diversas interpretações[53]. Assim, a teoria do valor intrínseco não pode ser utilizada para formular um princípio universalmente válido, devido aos sentimentos subjetivos de cada um.

A teoria do valor intrínseco conduz ao relativismo e ao subjetivismo éticos, pelo fato de que cada um pode tomar decisões morais com base em seus próprios sentimentos em relação ao objeto sobre o qual se dirige a ação. Aquilo que para uma pessoa é dotado de um grande valor intrínseco, para outra pode não possuir valor algum ou um valor ínfimo. Em outras palavras, as pessoas consideram o que é valioso para elas, de acordo com suas crenças e convicções individuais ou de uma determinada coletividade. Há uma eleição individual ou coletiva, subjetiva ou relativa, daquilo que para elas entendem por sagrado. Desse modo, não sendo um princípio objetivamente determinado, não há possibilidade de o princípio do valor intrínseco ser aplicado de modo universal e imparcial em todos os casos.

Referências

BARRETO, Vicente. A idéia de pessoa humana: Os limites da Bioética, in *Novos Temas de Biodireito e Bioética*, orgs. Heloisa Helena Barboza, Vicente de Paulo Barreto, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DWORKIN, Ronald. *El domínio de la vida. Barcelona: Ariel, 1998.*

ENGELHARDT, H. Tristan. *Manual de Bioética*, SP:Loyola.

FELIPE, Sônia T. Euthanasia ou Kakothanasia: uma leitura das teorias éticas acerca da vida e da morte. Conferência pronunciada na 1ª Jornada do Serviço Social do HCPA - Hospital das Clínicas de Porto Alegre, RS, 20 out. 1999

F. JACOB, *Un caso di aborto. Il processo Chevalier*, organizado pela Asociação "Choisir", Turim, Milão, Einaudi, 1974.

HOGEMANN, Edna Raquel. *Conflitos bioéticos: o caso da clonagem humana*, RJ: Lúmen Júris, 2003.

KUHNEN, Tânia Ap. Do valor intrínseco e de sua aplicabilidade ao meio ambiente.Retirado do site: http://www.cfh.ufsc.br/ethic@/ET33ART4.pdf,

JORNAL DO BRASIL, 09.07.2004

MORI, Maurizio. *A moralidade do aborto: sacralidade da vida e novo papel da mulher*, tradução de Fermin Roland Schramm, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

P. LOUIS, *Aristote. Histoire des Animaux*, I , Paris, Les Belles Lettres,1964.

REPPORT OF THE COMMITTEE OF INQUIRY INTO HUMAN FERTILIZATION END EMBRYILOGY, Chairman: Dame Mary Warnock, Department of Health and Social Security, Her Magesty's Astattionary Office, London 1984.

SINGER, Peter. *Ética Prática*, . São Paulo: Martins Fontes, 1994.

_____. *Repensar la vida y la muerte: el derrumbe de nuestra ética tradicional.* Barcelona: Paidós, 1997

WARNOCK. A ética reprodutiva e o conceito filosófico do pré-embrião. In *Bioética: Poder e Injustiça*, Volnei Garrafa e Leo Pessini (O

---

[1] Diversos são os temas apaixoantes que envolvem questões bioéticas. Do Relatório Belmont aos grandes debates deste início de milênio em torno dos avanços da bioéticos , bem como a importância do estudo dos temas bioéticos e a insuficiência principiológica existente em solucionar as questões tanto éticas quanto morais suscitadas. (HOGEMANN Edna Raquel Rodrigues, Conflito Bioéticos - O Caso da Clonagem Humana, RJ: Lumen Juris 2003).

[2] Alguns partidários desta posição, entre outros: Laura Palazzani (*Il concetto di persona tra bioetica e diritto*), Roberto Andorno (*El Derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro*), E. Sgreccia (*Manuale de Bioetica I. Fondamenti ed ética biomédica*)

[3] ENGELHARDT, H. Tristan. Manual de Bioética, SP:Loyola, p.27.

[4]P. LOUIS, *Aristote. Histoire des Animaux, I* , Paris, Les Belles Lettres,1964, 518 a 3-b 14.

[5] Warnock esclarece que Aristóteles e os demais filósofos gregos da Antiguidade nada sabiam a respeito da existência do óvulo feminino, acreditando que o sêmen masculino produzia um embrião a partir da coagulação do sangue da mulher (A ética reprodutiva e o conceito filosófico do pré-embrião, in *Bioética: Poder e Injustiça*, p. 159).

[6] No caso do embrião feminino esse processo iniciaria após noventa dias da concepção. Segundo Warnock isso seria consequência não de preconceito machista mas de um equívoco de observação dos primeiros estágios de existência do embrião masculino, considerado já possuidor de forma masculina humana visível aos quarenta dias (WARNOCK. A ética reprodutiva e o conceito filosófico do pré-embrião. In Bioética: Poder e Injustiça, Volnei Garrafa e Leo Pessini (Org.), SP:Loyola, 2002., p. 159*)*.

[7] *Repport of the Committee of Inquiry into Human Fertilization end embryilogy*, Chairman: Dame Mary Warnock, Department of Health and Social Security, Her Magesty's Astattionary Office, London 1984.

[8] O termo "pré-embrião" é a denominação utilizada por alguns autores, em especial, norte-americanos, para o concepto humano nos primeiros dias de desenvolvimento, ou seja, desde a fecundação até a implantação no útero.

[9] JORNAL DO BRASIL, 09.07.2004.

[10] Segue nesse mesmo sentido o exemplo da gravidez gemelar na qual um dos fetos era sadio e o outro portador de trisomia 21, citado por Barreto em : BARRETO, Vicente. A idéia de pessoa humana: Os limites da Bioética, in *Novos Temas de Biodireito e Bioética*, orgs. Heloisa Helena Barboza, Vicente de Paulo Barreto, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[11] BARRETO, Vicente. Op. cit.

[12] A Corte Suprema dos Estados Unidos estabeleceu, nesta sentença que tornou-se histórica e referência mundial em torno ao assunto aborto, que, embora faltasse na constituição americana uma defiição do termo "pessoa", "a utilização da palavra é tal que teria aplicação somente depois do nascimento. Em caso nenhum vem permitir a possibilidade de ser aplicada em fase pré-natal (...) a palavra "pessoa"não inclui o não-nascido".

[13] MORI, Maurizio. *A moralidade do aborto: sacralidade da vida e novo papel da mulher*, tradução de Fermin Roland Schramm, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p.p.59-61.

[14] Mori retoma livremente a célebre a firmação de F.Jacob durante o processo Chevalier: "Desde há mais de vinte e cinco séculos, muitos pensadores religiosos e laicos têm estudado o problema (do começo da vida humana) sem encontrar a solução, e isso pelo simples motivo de que não existe uma solução a um problema tão mal colocado. É evidente, de fato, que a vida não começa nunca. Ela continua; continua desde há três bilhões de anos. Um espermatozóide isolado ou um óvulo não são menos 'vivos' do que um ovo fecundado"(F. Jacob, *Un caso di aborto. Il processo Chevalier*, organizado pela Asociação "Choisir", Turim, Milão, Einaudi, 1974, p. 101 (ed. Francesa de 1973).

[15] MORI, op. cit. p.60.

[16] Idem.

[17] MORI, op., cit., p. 62.

[18] Dworkin não utiliza o termo "pessoa" no mesmo sentido de Singer - ser consciente de si no tempo e autobiográfico. Ao fazer uso do termo pessoa, apesar de admitir as ambigüidades que existem em torno dessa palavra, Dworkin o faz com base no sentido prático e constitucional: pessoas são seres que possuem direitos e devem ser tratados como iguais (DWORKIN, Ronald. El domínio de la vida. Barcelona: Ariel, 1998, p. 34/35). Assim, por exemplo, ao dizer que o feto não é uma pessoa, Dworkin quer dizer que ele não é um ser dotado de direitos.

[19] DWORKIN, Ronald. El domínio de la vida. Barcelona: Ariel, 1998, p. 104/106.

[20] DOWRKIN, Op. Cit., p. 20.

[21] DOWRKIN, Op. Cit., p. 19.

[22] É necessário esclarecer que a "sacralidade da vida" não se refere ao mandamento bíblico "não matarás", como é costume acreditar. Mori explicita que o "não matarás!" impõe um dever *prima facie*, enquanto o princípio da sacralidade da vida im põe um dever *absoluto*. Por esse princípio a vida é concebida como um processo teleológico, devendo assurmir a razão humana o dever de repeito *absoluto* dos finalismos próprios do organismo humano. (MORI, op. Cit, p. 88)

[23] Dworkin não utiliza o termo "pessoa" no mesmo sentido de Singer - ser consciente de si no tempo e autobiográfico. Ao fazer uso do termo pessoa, apesar de admitir as ambigüidades que existem em torno dessa palavra, Dworkin o faz com base no sentido prático e constitucional: pessoas são seres que possuem direitos e devem ser tratados como iguais (DOWRKIN, Op. Cit., p. 34/35). Assim, por exemplo, ao dizer que o feto não é uma pessoa, Dworkin quer dizer que ele não é um ser dotado de direitos.

[24] DOWRKIN, Op. Cit., p. 37.

[25] DOWRKIN, Op. Cit., p. 110.

[26] DOWRKIN, Op. Cit., p. 113.

[27] Idem.

[28] Cf DOWRKIN, DV, p. 97/98. No mesmo sentido em que Dworkin distingue as três formas de constituição de valor, Kant, na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, também já havia feito uma distinção semelhante. Para Kant, há coisas que têm valor em si mesmas (valor intrínseco), como a boa vontade. A boa vontade não é boa por aquilo que promove, ela se constitui "como alguma coisa que em si mesma tem o seu pleno valor" (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, [s/d], p. 23). Outras coisas têm valor pela sua utilidade (valor instrumental), constituindo-se como um meio para chegar a outro fim. Há ainda coisas que possuem um valor por representarem conceitos do que é *bom, belo, prazeroso*, as quais estão a serviço das representações individuais (valor subjetivo). FELIPE, Sônia T. *Euthanasia ou Kakothanasia*: uma leitura das teorias éticas acerca da vida e da morte. Conferência pronunciada na 1ª Jornada do Serviço Social do HCPA - Hospital das Clínicas de Porto Alegre, RS, 20 out. 1999, p.28. KUHNEN, Tânia Ap. *Do valor intrínseco e de sua aplicabilidade ao meio ambiente*.Retirado do site: http://www.cfh.ufsc.br/ethic@/ET33ART4.pdf, em 26.12.2005, às 12:35.

[29] DOWRKIN, Op. Cit., p. 98.

[30] DOWRKIN, Op.Cit., p. 99/100.

[31] DOWRKIN, Op. Cit., p. 114.

[32] DOWRKIN, Op. Cit., p. 121/122.

[33] DOWRKIN, Op. Cit., p. 122/123.

[34] DOWRKIN, Op. Cit., p. 108.

[35] DOWRKIN, Op. Cit., p. 109.

[36] Idem.

[37] Cf. SINGER, Etica Prática, . São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 14/19.

[38] SINGER, Peter. Ética Prática, p.3.

[39] Singer denomina como senciente os seres que apresentam duas características moralmente relevantes: a sensibilidade e a consciência. A sensibilidade tem por base a capacidade de sentir dor, permitindo ao ser distinguir-se do meio em que vive. Já a consciência decorre da percepção do ser daquilo que afeta sua sensibilidade. Na medida

em que o ser é consciente tem um interesse em experimentar o prazer e evitar ao máximo o sofrimento. Assim, a senciência por si, assegura a inclusão na comunidade moral, com base na igual consideração de interesses semelhantes, mesmo que o ser não tenha autoconsciência. (SINGER, Peter; Repensar la vida y la muerte: el derrumbe de nuestra ética tradicional. Barcelona: Paidós, 1997, p. 213,). A característica de autoconsciência ou consciência de si (ser autobiográfico, com aptidões mentais superiores) não é exigida por Singer para atribuir a senciência (consciência de seus movimentos imediatos) a um ser. Os interesses dos seres sensíveis devem ser considerados sem levarmos em conta sua autoconsciência. Dessa forma, a dor deve sempre ser reduzida, pois é igualmente má, tanto para seres conscientes como autoconscientes. (SINGER, Peter. Ética Prática. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 60). A senciência é, para o autor, o único limite defensável da preocupação moral com os interesses de outrem.

[40] Op.cit. p.67/68.

[41] SINGER, Peter; Repensar la vida y la muerte: el derrumbe de nuestra ética tradicional. Barcelona: Paidós, 1997, p. 186/187.

[42] Cf FLETCHER apud SINGER, Ética Prática, p. 96.

[43] SINGER, Ética Prática, p. 96.

[44] SINGER, Ética Prática, p. 97/98.

[45] Cf SINGER, Etica Prática, p. 99.

[46] SINGER, Ética Prática, p. 117.

[47] Cf. SINGER, Repensar la vida y la muerte: el derrumbe de nuestra ética tradicional, p. 124/128.

[48] SINGER, Peter. Ética *Prática*, 1994, pp. 99/100.

[49] Idem.

[50] Ibidem. p.p. 104/105.

[51] Ao especular sobre "os critérios de Pessoa", Harris (1993:57 e 59) propõe que "o nascimento não tem nenhum significado especial enquanto demarcador do surgimento de uma pessoa [...] o indivíduo só se torna pessoa em algum momento significativo após seu nascimento".

[52] DOWRKIN, Domínio da Vida, p. 108/109.

[53] DOWRKIN, Domínio da Vida, p.96.Org.), SP:Loyola, 2002

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA CONFRONTADA COM AS MANIFESTACOES DE ÚLTIMA VONTADE: O CASO DO TESTAMENTO VITAL*

LA PROTECIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A VIDA, CONFRONTADA CON LAS MANIFESTACIONES DE ULTIMA VOLUNTAD: EL CASO DEL TESTAMENTO VITAL

Francisco Jório Bezerra Martins

RESUMO

Muitas vezes, por circunstâncias diversas, uma pessoa é levada a permanecer num estado de vida em que as suas atividades básicas não podem ser desempenhadas particularmente. Atos como: banhar-se, vestir-se, alimentar-se e até mesmo fazer as necessidades fisiológicas, passam a ser realizadas com o auxílio de terceiros. Alie-se a essa situação, aquele paciente que não mais consegue expressar a sua própria vontade, que não se comunica, não interage, não participa de qualquer forma da vida em comum com os demais indivíduos da sua coletividade. Em ambos os casos vislumbra-se a impossibilidade de qualquer tratamento produzir efeitos satisfatórios. Há pessoas que simplesmente repudiam esse tipo de existência e defendem a possibilidade de dispor a respeito de seu próprio corpo, escolhendo, enquanto absolutamente capaz, a qual tratamento pretende se submeter. Diferente de outros Estados, a legislação brasileira nada menciona a respeito do tema. Diante da ausência legislativa pátria, naqueles casos mais graves, nos quais há a completa ausência de comunicação, e na certeza médica de que qualquer tratamento será incapaz de produzir resultado satisfatório, o indivíduo está impossibilitado de fazer valer a opção pelo termo da obstinação terapêutica. A assinatura de um testamento vital estipulando a vontade do indivíduo a respeito de tratamentos médicos parece ser o caminho indicado. Destarte, é objetivo deste ensaio, analisar a figura do testamento vital e suas relações jurídicas e sociais concernentes à realidade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: TESTAMENTO VITAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO À VIDA

RESUMEN

Muchas veces, por diversas circunstancias, una persona es llevada a quedarse en un estado de vida en que sus actividades basicas no puedem ser desempenadas particularmente. Atos como: ducharse, vestirse, alimentarse y hasta mismo hacer sus necesidades fisiológicas, tienem que ser hechas con ayuda de otros. Aliese a esta situación, aquél paciente que no consigue expresar su própia voluntad, no se comunica,

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

no interage, no participa de cualquier forma de la vida en común con los demás individuos de su coletividad. En ambos casos es perceptible la imposibilidad de cualquier tratamiento producir efectos satisfatorios. Hay individuos que simplesmente rechazan esa forma de existir y son favorables a la posibilidad de dispor de su propio cuerpo, eligiendo, mientras capaz, cual tratamiento desea someterse. Distinta de otros Estados, no hay nada en el ordenamiento jurídico brasileño acerca del tema. Por la ausencia de leyes nacionales, naquellos casos más graves, en los que hay una completa ausencia de comunicación, y con aseguranza medica que ningun tratamiento sea capaz de producir un resultado satisfatorio, el enfermo no tiene posibilidad de hacer valer su opción por quitar la obstinación terapéutica. La firma en un testamento vital con la declaración de la voluntad del paciente a respecho de los tratamientos médicos talvez sea el camino. El objetivo de este ensayo es analisar el testamento vital y sus repercusiones juridicas y sociales concernientes a la realidad brasileña.

PALAVRAS-CLAVE: TESTAMENTO VITAL. DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA. DERECHO A LA VIDA

INTRODUÇÃO

O direito à vida, amplamente festejado em qualquer ordenamento jurídico, alcança grande relevo nos meios acadêmicos brasileiros. Temas como: eutanásia, ortotanásia, distanásia, aborto terapêutico, bem como o provocado em razão de anencefalia feral, são recorrentes pelos estudiosos.

A pirâmide etária da população brasileira demonstra que a base está enlarguecendo cada vez mais. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, a população com idade igual ou superior a 70 anos saltou de 2.741.506 no ano de 1980, para 6.353.954 no ano 2000. Essa sondagem, que é feita a cada decênio, demonstra que num lapso de 20 anos um aumento de quase 231%. Isso significa dizer que a população brasileira está envelhecendo por diversos fatores: melhor alimentação, mais cuidados com a saúde, avanços medicinais e farmacêuticos, dentre outros.

É sabido que por vezes as terapias medicinais são aplicadas sem o consentimento do enfermo. A família, extremamente cuidadosa para com os seus, não mede esforços para permanecer ao lado dos entes queridos. Assim, empregam todos os esforços no sentido de que seja dispensado o melhor tratamento ao paciente.

Desta forma, tratamentos invasivos ou causadores de efeitos colaterais intensos, utilização de meros paleativos cujo final inócuo os médicos já conhecem, ou ainda a utilização de meios artificiais para a manutenção da vida, como respiradores artificiais, fazem parte do cotidiano hospitalar. Diante deste panorama, hodiernamente ainda é possível sustentar a inexistência de qualquer amparo por parte do Estado para declarações de renúncia de tratamento ou práticas medicinais? Admite-se a ausência do poder público quando da manifestação de vontade de um paciente? Estar dependente diuturnamente de uma máquina não equivale a uma escravização substitutiva de morte naturalmente digna?

A literatura aponta os estadunidenses como precursores do testamento vital. Todavia, países como Bélgica, Holanda, Espanha, dentre outros, já possuem legislação

concernente ao tema da autonomia da vontade, ou, direito de morrer dignamente. Diversas ações judiciais deram azo à discussão e posterior produção normativa a respeito do tema.

A resposta aos questionamentos pode ser ofertada pela figura do testamento vital. Este documento deverá apontar a vontade, os desejos a respeito dos cuidados e tratamentos que o paciente deseja receber. Significa, portanto, respeito à autonomia da vontade e participação do cidadão no que tange às decisões concernentes a sua saúde, e em particular, a assistência médica que deseja ou não se submeter.

DESENVOLVIMENTO

A Constituição brasileira estabelece logo em seu 5º artigo que a vida é um bem inviolável. Desta feita, conclui-se ser um dos direitos fundamentais de maior importância, posto que sem a vida, nenhum outro pode ser reclamado pelo titular.

A interpretação dos direitos fundamentais deve ser praticada no sentido de conferir ao destinatário da norma uma proteção cada vez maior. Esta premissa abre uma vasta possibilidade de interpretação, em especial se tratando do direito à vida.

Ora, o direito à vida não se resume apenas na ausência da inaplicabilidade da pena capital em tempos de paz, ou seja, a impossibilidade do Estado ceifar a existência de um indivíduo. Significa igualmente o Estado praticar ações positivas no sentido de incrementar, melhorar e preservar a continuidade do seu substrato humano. Nos termos de MORAES (2006, p.79) "assegura, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência".

Por sua vez, o princípio da dignidade da pessoa humana igualmente encontra guarida em nosso Texto Maior, ao estabelecer ser posicionado como um dos fundamentos de nossa República (art. 1º, III). Se se trata efetivamente de um fundamento, é pedra basilar, angular de toda estrutura do sistema jurídico.

A dignidade da pessoa humana pode ser entendida como a manifestação de vontade intrínseca de cada indivíduo. Seus valores morais, pensamentos e atitudes que se não ofensivas à legislação, devem ser tutelados, haja vista se tratar de liberdade de manifestação do pensamento. Nos dizeres de PÉREZ LUÑO (2005, p. 324), por dignidade da pessoa humana se supõe o valor básico "fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer lãs necesidades de La persona em la esfera moral". Entre nós, COELHO (2009, p. 172) inclusive o situa numa posição "de valor pré-constituinte e de hierarquia supraconstitucional". Por sua vez, PINHO (2005, p. 398) o define como "um princípio norteador de todo ordenamento jurídico brasileiro, busca a valorização da pessoa, do cidadão enquanto individualidade, do ser com capacidade própria de raciocínio".

Ao conjecturar o direito à vida em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana, alcança-se o raciocínio de que o indivíduo é o senhor de sua razão. Abstraindo a hipótese de transgredir a legislação com arrimo na assertiva anterior, cabe àquele dispor livremente de seus bens e direitos.

Esse argumento nos leva à definição da autonomia da vontade, identificada por Kant (1980), como sendo:

> [...] aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer).

> O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pelas simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objetos e entrar numa crítica do sujeito; pois esta suposição sintética, que ordena apoditicamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente *a priori.*

Por esta vereda, optar por não receber um tratamento, ou até mesmo interrompê-lo quando assim o desejar, *prima facie* não agride o ordenamento jurídico, mesmo porque não há qualquer disposição legislativa específica sobre a matéria.

Sob essa ótica, o testamento vital pode ser a resposta àqueles que pretendem resistir ao tratamento médico compulsório, como medida de preservar a vida humana, respaldado pelo Estado através do cumprimento do princípio da dignidade humana.

Testamento vital, ou declaração de vontade antecipada, pode ser qualquer documento em que uma pessoa expressa aquilo que representa a sua vontade acerca dos cuidados médicos que deseja receber, ou não, caso venha a padecer de alguma enfermidade irreversível ou terminal que a tenha conduzido a um estado em que se seja impossível expressar por si só. Através deste instrumento, o paciente expressa a sua vontade de não prolongar a vida por meios artificiais.

Existem diversos termos que conceituam abreviação da vida, suspensão e prolongamento de tratamento. Os mais conhecidos são: ortotanásia, distanásia e eutanásia. Por ortotanásia, se entende como a interrupção de um tratamento de doença incurável, cuja continuidade só iria prolongar o sofrimento do paciente. A distanásia consiste em insistir em um tratamento que não surtirá efeito algum. Visa exclusivamente prolongar a vida, ou sofrimento, a qualquer custo. A eutanásia, por sua vez, é o oposto do anterior. Conhecida como boa morte, por derivar “do grego eu (bom) e thanatos (morte) quer significar vulgarmente, a boa morte, a morte calma, a morte doce e tranqüila” (DE PLÁCIDO E SILVA). Portanto, a prática da eutanásia consiste em abreviar o sofrimento do paciente. Ela pode ser ativa ou passiva.

A eutanásia ativa exige a prática de algum ato, ou conjunto de ações, cuja finalidade é fazer com que o paciente venha diretamente a óbito, ou amenizar o seu sofrimento até o momento final.

Falar de eutanásia passiva implica em abster-se de iniciar um tratamento a um enfermo terminal ou incurável, ou até mesmo não dar continuidade ao tratamento que fora iniciado, interrompendo todos os cuidados médicos

Hoje, diante da inexistência do *living will*, a eutanásia equivale a prática do homicídio, ainda que privilegiado, pela atenuante do art. 121, §1º do Código Penal *verbis*:

> Art 121. Matar alguém:
> Pena - reclusão, de seis a vinte anos.
> Caso de diminuição de pena
> § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta

> emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

O exemplo supracitado poderia ser configurado como eutanásia ativa.

Mais adiante, o mesmo diploma legal poderia ser aplicado àqueles que de alguma forma ajudem um enfermo a ceifar a sua própria, por acreditar ser insolúvel o seu caso.

> Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:
> Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Bem certo é que, fora das estatísticas mas corrente no mundo dos fatos, as decisões familiares e até mesmo exclusivamente médicas a respeito da continuidade do tratamento ou a sua interrupção, são habituais nos corredores hospitalares e nas assistências domiciliares. Portanto, diante desta realidade não documentada, razão não há para se esquivar do debate ao tema.

Ao se trilhar os caminhos doutrinários, filosóficos, profissionais e pessoais, várias perguntas eclodem. O paciente é obrigado a se submeter a tratamentos médicos paleativos, com a finalidade de lhe prolongar a vida, ainda que carreados de sofrimento e privações? Pode o médico por si só escolher a terapia mais indicada, mesmo que isso signifique rejeitar a vontade do paciente em prolongar ou retardar a expectativa de vida do enfermo? A família poderá induzir o médico a modificar a sua resolução, ou até mesmo passar por cima da vontade do enfermo e impor a sua vontade, para estender ou diminuir a existência do doente?

Como se pode perceber, a princípio parece algo que denota uma extrema simplicidade, escolher o testamento vital como resposta para todas essas indagações.

De forma pioneira, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução CFM 1.805/2006 na tentativa de disciplinar um esboço de testamento vital. Na exposição de motivos o texto menciona que:

> A obsessão de manter a vida biológica a qualquer custo nos conduz à obstinação diagnóstica e terapêutica. Alguns, alegando ser a vida um bem sagrado, por nada se afastam da determinação de tudo fazer enquanto restar um débil “sopro de vida”. Um documento da Igreja Católica, datado de maio de 1995, assim considera a questão: “Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico, ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionais aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para a sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida”.

Nestes casos, a mesma resolução disciplina a obrigação profissional de esclarecer ao doente ou a seu representante, os tipos de tratamentos existentes para cada

situação, registrar o teor das decisões coletivas (médico, paciente e familiares), e a oportunidade de uma segunda opinião médica. Independente da decisão a ser tomada, é direito do paciente a continuidade de receber todos os cuidados indispensáveis para tratar a sua enfermidade e amenizar os sintomas por ela produzidos, inobstante o amparo psicológico e social.

Por se tratar de uma norma infralegal que autoriza o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal de enfermidade grave e incurável, o texto normativo foi alvo de ação judicial. A Resolução está com a eficácia suspensa por uma decisão proferida nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. (Proc. 2007.34.00.014809-3)

Em qualquer tratamento médico é de crucial importância a informação precisa a ser recebida por parte do paciente. Esta assertiva ganha relevo à medida que o paciente pode eleger livremente dentre as várias opções terapêuticas que a medicina oferece. Ora, se é possível optar tratamentos mais ou menos invasivos, bem como remédios mais ou menos avançados, também deve ser uma escolha decidir por nenhum tratamento, tampouco intervenções cirúrgicas ou procedimentos mecânicos.

Relatos médicos apontam (ANGORA MAZUECOS) que frequentemente são ignoradas a qualidade de vida dos enfermos terminais, a solidão a que se submetem, além do sofrimento experimentado pelos familiares e os esforços infrutíferos realizados pela equipe médica. Adiante, o autor-médico defende a autonomia da vontade por entender que "constituyen no solo uma oportunidad de limitar actuaciones fútiles em ciertas situaciones terminales o de inconsciência irreversible, sino además uma autentica planificación anticipada de tratamientos, que pretende satisfacer lãs preferencias del paciente".

Todavia este entendimento não é dominante entre os europeus. Citado em parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida de Portugal, o Conselho da Europa, em fins de 2008, sob os auspícios do professor Roberto Adorno, do Instituto de Ética Biomédica da Universidade de Zurich, promoveu um estudo a respeito das circunstâncias jurídicas em vários países europeus. O grupo composto por 19 países apresentou uma conclusão final que em suma exija um debate nacional amplo, sem restrições de qualquer natureza, em virtude das diversas tradições jurídicas, sócio-culturais e filosóficas. Nos termos do relatório:

> [...] si l'on compare les normes juridiques concernant les directives anticipées des pays européens, il est évident que les pays adoptent différentes approches, basées sur diverses traditions juridiques, sócio-culturelles et philosophiques. Certain pays accordent une valeur prédominante à l'autonomie du patient et à possibilité de formuler des directives anticipées, tandis que d'autres reposent davantage sur de structures plus paternalistes ET sont toujours réticents à légiférer dans ce domaine.

Os projetos de lei (PLs) que tangeciam a declaração de vontade antecipada discorrem a respeito do aborto, de feto anencefálico, eutanásia, doação de órgãos e morte encefálica, sem, todavia, abordar diretamente a matéria. Os argumentos apresentados nas propostas legislativas variam entre a criminalização e recrudescimento de penas, até a discriminalização e autorização terapêutica.

De certo, o Congresso Nacional encontrará o momento oportuno para finalmente discutir os projetos de lei. Da mesma forma que a votação da Lei de Biossegurança (Lei Nº 11.105, de 24 de março de 2005) causou bastante controvérsia, exigindo a convocação de audiências públicas para que autoridades no assunto explanassem o tema, as proposições legislativas que mencionem a possibilidade das disposições de autonomia da vontade indubitavelmente provocarão uma grande agitação dos atores religiosos, jurídicos e da sociedade civil em geral.

Como apontado por GOMES (2008), através das divergências dos posicionamentos legislativos é possível concluir que as duas linhas de propostas representam posições oriundas de distintos referenciais: a favorável é justificada em argumentação médica, baseada em critérios da ciência – em especial, da biológica e biomédica –, enquanto a contrária está alinhada a preceitos religiosos, que, no entanto, também acionam argumentos biológicos e científicos em seus argumentos.

No entanto, a própria igreja católica reconhece a possibilidade da utilização das disposições de última vontade, quando esta realmente é utilizada seguindo a pureza do seu termo. Ao repudiar a eutanásia, o Papa João Paulo II, através da encíclica *Evangelium Vitae* (1995), defende o fim da obstinação médica ao afirmar que:

> [...] a renúncia ao chamado « excesso terapêutico », ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionadas aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para a sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência « renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes ». Há, sem dúvida, a obrigação moral de se tratar e procurar curar-se, mas essa obrigação há-de medir-se segundo as situações concretas, isto é, impõe-se avaliar se os meios terapêuticos à disposição são objectivamente proporcionados às perspectivas de melhoramento. A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou à eutanásia; exprime, antes, a aceitação da condição humana defronte à morte.

Por todos os questionamentos suscitados, percebe-se cristalinamente que há conflito entre princípios fundamentais, notadamente o princípio da autonomia da vontade, o direito fundamental à vida e o da dignidade da pessoa humana. Frise-se que não está sendo defendido aqui o direito a morrer. Mas sim, fomentando o debate a respeito dos dois temas apontados, justamente em virtude do avanço desta prática em nações ditas mais evoluídas.

Uma das mais completas definições de princípio entre nós é oferecida por Celso Antônio Bandeira de Melo (1996:545), ao afirmar que:

> [...] princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema

> normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome de sistema jurídico positivo.

Cabe tecer uma breve distinção entre regra e princípio, pelas palavras de Alexy (2008: 90), quando define a primeira como enquanto "normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível". Por sua vez, os princípios se concretizam através das normas que:

> [...] ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

O mesmo autor, ao defender a técnica da ponderação para solucionar o conflito entre princípios anota:

> A lei do sopesamento não é, contudo, despida de importância. Ela diz o que é importante no sopesamento: de um lado, o grau ou a intensidade da não satisfação ou da afetação de um princípio e, de outro lado, o grau de importância da satisfação de outro princípio. Aquele que afirma que uma afetação muito intensa sé pode ser justificada por meio de um grau muito auto de importância, da satisfação do princípio ainda não diz quando essa afetação muito intensa e quando esse grau de importância estão presentes. Mas ele diz o que deve ser fundamentado para se justificar o enunciado de preferência que representa o resultado do sopesamento: enunciados sobre graus de afetação e de importância. (2008:171)

Percebe-se, portanto, que não se anula um princípio em relação a outro, mas sim, é emprestado um valor maior, supremo, em destaca que um prevaleça, relativamente àquele que está sendo mitigado para dar espaço ao supostamente mais importante. Pelo menos, naquele momento. O doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet (1996)explica:

> Em rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas.

Neste sentido, DWORKING (2002:41) ao analisar a possibilidade de um princípio não apresentar as finalidades jurídicas que se pronunciam de imediato quando as condições são dadas, diz

> [...] haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção [...]. Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção.

Destarte, reside nesse aspecto, o do valor superior do princípio relativamente às demais normas do ordenamento, que BONAVIDES (2002:237) afirma estarem *"convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais"*. Especificamente a respeito das modificações que exigem do jurista uma exegese dos princípios e das normas, conclui que:

> São momentos culminantes de uma reviravolta na região da doutrina, de que resultam para a compreensão dos princípios jurídicos importantes mudanças e variações acerca do entendimento de sua natureza: admitidos definitivamente por normas, são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema. Essa norma não pode deixar de ser o princípio. (2002:238)

Especificamente a respeito da ponderação, SARMENTO (2002:75):

> Nesta ponderação, porém, a liberdade do operador do direito tem como norte e como limite a constelação de valores subjacentes à ordem constitucional, dentre os quais cintila com maior destaque o da dignidade da pessoa humana. Nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem, já que a garantia e promoção desta dignidade representa o objetivo magno colimado pela Constituição e pelo Direito, ou [...] a própria ‘razão de ser’ do sistema jurídico-constitucional.

Arrebatando e emprestando ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, confirma que

> Assim, reiteramos o nosso entendimento de que nenhuma ponderação pode implicar em amesquinhamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem. (2002:76)

O apanhado do raciocínio empregado pelos doutrinadores demonstra não apenas a importância pela própria relação formal que tem um princípio constitucional com o ordenamento. A transgressão a qualquer deles, há de ser encarada com de maneira bem mais severa, do que simplesmente violar uma regra qualquer, de hierarquia inferior. A violação de um preceito principiológico implicaria no desrespeito dos supremos valores consolidados por uma sociedade.

Em que pese a técnica da proporcionalidade ou da concordância prática, há de se ressaltar que os valores representados pela dignidade da pessoa humana, pelo direito à vida e a própria autonomia da vontade, não podem ser subjugados.

Enxergar esta discussão exclusivamente com os olhos de um jurista, ou apaixonadamente com o de uma doutrina religiosa, conduzirá o seu aprofundamento a uma infrutífera discussão. É preciso, pois, conhecer do grau de envolvimento da sociedade com os temas destacados, a fim de conjugar argumentos de diversas naturezas para confluir a um entendimento socialmente aceitável.

CONCLUSÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana deve guardar uma absoluta consonância com o conceito do direito à vida. Este, para ser entendido em sentido lato, abrange não apenas a preservação da vida, mas condições de viver com o mínimo de decência, e ainda permitir ao indivíduo dispor de seu corpo, especialmente no que tange a receber cuidados médicos.

O testamento vital, da forma como já foi instituído em diversas outras localidades, parece suprir a ausência de regulamentação quando se trata de disposições de vontade relativas à aplicação de terapias médicas. Bem certo é que somente poderá ser levado em consideração se praticado pelo próprio indivíduo ou familiar em plenas faculdades mentais, após uma ampla e severa instrução a respeito das conseqüências daquele ato, e se for o caso, pode ser revista pelo testador.

O paciente, regra geral, manifesta verbalmente o consentimento à equipe médica. Todavia, já é exigida a anuência por escrito nos casos de intervenção cirúrgica, procedimentos diagnósticos e terapêuticos invasivos, experimentais, realização de manobras que potencialmente oferecem riscos ou inconvenientes de notória ou previsibilidade negativa de tratamento.

Portanto, é desiderato deste estudo, despertar o senso crítico no leitor de que a legislação precisa avançar no sentido de consagrar a livre manifestação do pensamento, através da concretização do princípio da dignidade humana. A vida, direito inalienável, deve ser entendida de maneira ainda mais ampla. Agora, não mais como uma limitação ao Estado, proibindo-o de matar; nem somente a prestação positiva de destinar recursos, meios e esforços para que os cidadãos vivam com altivez, mas, que igualmente seja de livre arbítrio do cidadão, escolher como o seu termo irá se ocorrer, com vistas a evitar sofrimento e obstinação terapêutica inviável.

A realidade exige que sejam debatidos temas como: biodireito, bioética, declaração de vontades antecipada, eutanásia, dentre outros. O legislador brasileiro parece continuar com uma visão míope da sociedade. As modificações, ora rápidas, ora lentas, no comportamento das pessoas, devem pautar a atividade legiferante do Estado. Cumpre esclarecer que após cerca de 20 proposições concernentes a eutanásia, foi protocolizado junto a Comissão de Seguridade Social e Família, o Requerimento n.

251/2009, o qual conclama a realização de audiência pública sobre o assunto em debate. Resta agora acompanhar qual resultado deste requerimento.

Percebe-se que a autonomia individual sempre é ventilada em assuntos relativos ao direito à vida, dignidade da pessoa humana e o direito a uma morte digna. Ao se discutir essas matérias, não se propõe estimular a morte, mas sim, respeitar a decisão adotada por um indivíduo ou seu familiares, em posse de suas faculdades mentais, e absolutamente capazes.

De uma rápida leitura, não nos parece agredir o direito à vida, tampouco o juramento hipocrático e o princípio da dignidade humana. Muito ao revés, o ato da escolha consciente, ou, por terceiros, mediante a indubitável morte certa, parece conduzir a um caminho mais suave e menos traumático para familiares e pacientes.

METODOLOGIA

Para este *paper*, a metodologia utilizada foi a de um estudo descritivo-analítico. Quanto ao tipo, pode-se informar que foi a bibliográfica, posto que a fonte principal desse tipo de conhecimento é através de livros, revistas especializadas a respeito do tema, artigos científicos e reportagens publicadas em meio eletrônico.

A literatura nacional específica é escassa. Ademais, por se tratar de um assunto que envolve comportamento humano, cultura, crenças e costumes, por vezes a possibilidade de produzir textos exclusivamente jurídicos parece ser uma tarefa hercúlea. Assim, o levantamento bibliográfico ambula entre os textos jurídicos que versam a respeito do direito à vida, dignidade da pessoa humana, bem como tutela do Estado em dar guarida e amparar os direitos fundamentais.

Foi realizada uma pesquisa legislativa nos sítios eletrônicos da Câmara dos Deputados e Senado Federal, com a finalidade de investigar a existência de algum projeto de lei para regulamentar o testamento vital. Existem requerimentos de audiências públicas, propostas de convocação plebiscitária para o tema e proposituras de lei. Há mais matérias em tramitação na primeira, do que na segunda. Na Câmara, a maioria dos projetos de lei pretende impingir a eutanásia, a antijuridicidade e a tipicidade da conduta como crime. Todavia, apesar da longevidade dos projetos, alguns anteriores até mesmo a Constituição de 1988, não foi possível encontrar especificamente a matéria do testamento vital, ou disposições de última vontade em qualquer apresentação.

No que tange aos resultados, a pesquisa é pura, posto que a finalidade é a de ampliar os conhecimentos e levar ao debate esta forma crescente de disposição de vontade dos cidadãos.

Quanto à abordagem, a investigação é qualitativa, à medida em que se aprofunda na compreensão das ações e relações humanas e nas condições e freqüências de determinadas situações sociais.

Relativamente aos objetivos, é descritiva e exploratória, posto que busca descrever, explicar, classificar, esclarecer e interpretar o fenômeno observado, objetivando aprimorar as idéias através de informações sobre o tema em foco.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** (Tradução Virgílio Afonso da Silva) 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANGORA MAZUECOS, Francisco. Voluntades Anticipadas vs. Instrucciones Previas o Testamento Vital en Atención Primaria de Salud. **Rev Clin Med Fam,** Albacete, v. 2, n. 5, oct. 2008. Disponível em <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1699-695X2008000300004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 29 jun. 2009.

BARRIO CANTALEJO, Inés Mª et al. La perspectiva de las personas mayores sobre el testamento vital. **Index Enferm**, Granada, v. 15, n. 52-53, jun. 2006. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-12962006000100008&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 29 jun. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado**. In Biodireito. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inoêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm/>. Acesso em 29 de jun. 2009.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm/>. Acesso em 29 de jun. 2009.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM 1.805.** Brasília, 9 de novembro de 2006.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **População de 70 anos de idade e mais**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/series_estatisticas/exibedados.php?idnivel=BR&idserie=POP42/>. Acesso em: 29 jun. 2009.

Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm>. Acesso em: 29 jun. 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo Bulos. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

DINIZ, Debora. **Quando a morte é um ato de cuidado.** PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. coord. Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. trad. por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOMES, Edlaine de Campos; MENEZES, Rachel Aisengart. Aborto e eutanásia: dilemas contemporâneos sobre os limites da vida. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312008000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 jun. 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

MAR adentro. Direção Alejando Amenábar. Produção: Alejandro Amenábar e Fernando Bovaira. Intérpretes: Javier Bardem, Belén Rueda, Lola Dueñas, Mabel Rivera, Celso Bugallo, Clara Segura, Joan Dalmau, Alberto Jiménez, Tamar Novas, Francesc Garrido. Roteiro: Alejandro Amenábar e Mateo Gil. Espanha, 2004. 1 mídia digital (125 MIN.), DVD, son., color.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. Malheiros Editores, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion.** 9. ed. Tecnos: Madrid, 2005.

PINHO, Judicael Sudário de. **Temas de direito constitucional.** São Paulo: Atlas, 2004.

PORTUGAL. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Parecer sobre o projecto de lei n. 788/X – "Direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado". **Parecer n. 57/CNECV/09**, de 16 julho 2009.Relatores: Daniel Serrão e João Lobo Antunes. Lisboa, p. 1-12. Disponível em <http://www.cnecv.gov.pt/cnecv/pt/pareceres>. Acesso em: 14 set. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição. **Revista da Ajuris**. vol. 66, 1996.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição de 1988**. 1ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 328, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VATICANO. **Evangelium Vitae**. 25 de março de 1995. Sumo Pontífice João Paulo II. Disponível em <http://www.vatican.va/edocs/POR0062/__PO.HTM>. Acesso em: 14 set. 2009.

GENITORES E AS PREROGATIVAS DA FILIAÇÃO: DO PATRIMONIALISMO À PATERNIDADE PRÉ-NATAL*

PARENTS AND THE PARENTS PRERROGATIVE: FROM PATRIMONIAL POWER TO THE PRENATAL PATERNITY PERSPECTIVE

Gabrielle Bezerra Sales

RESUMO

O afrouxamento dos laços de parentesco nos levaram da seara do Direito de Família para a proximidade dos Direitos Reais, de caráter acentuadamente patrimonial. No Direito que regula as relações familiares, prevalece a compreensão do ser humano como aquele que carece de laços de responsabilidade que o complementam e o amparam em toda a sua existência. Já no que se refere à referência patrimonial, outros dizeres são insuficientes para redefinir, por exemplo, a figura da filiação. Os laços da filiação têm seu esteio na paternidade responsável, em que os limites da atuação entre pais e filhos devem ser medidos em função da vontade de gerar, da salvaguarda da dignidade humana e da co-titularidade do pátrio poder que emana antes da expressão da vontade do que do ato procreacional em si. A vontade, embora limitada à coexistência, implica a assunção global da responsabilidade integralizante que deve permear as relações familiares desde os estágios mais tenros, permitindo uma equiparação afetiva entre os conceptos nos estágios extra ou intrauterinamente. Descabida é a separação dessas duas modalidades de embriões, em detrimento daqueles que tiveram a placa de petri como habitat primevo, evidenciando a insuficiência de respostas culturais atualizadas às demandas da sociedade civil e do progresso da ciência. Em síntese, a tutela dos genitores não deve se ater ao aspecto patrimonial, uma vez que se trata de ente, cuja natureza desafia desde os aspectos totalitários da teoria dos direitos da personalidade até à mera sujeição à condição de res.

PALAVRAS-CHAVES: RESPONSABILIDADE. DIGNIDADE HUMANA. REPRODUÇÃO HUMANA

ABSTRACT

The loosening of kinship ties have led the mobilization of family law to the proximity of the Property Law, in remarkably sheet. The law governing family relations, the prevailing understanding of the human being as one who lacks ties of responsibility that complement and bolster throughout its existence. In what refers to the reference sheet, other sayings are insufficient to reset, for example, the figure of membership. The bonds of membership has its mainstay in responsible parenthood, in which the limits of performance between parents and children should be measured in terms of the will to generate the preservation of human dignity and the co-ownership of paternal power that comes before the expression of will than procreacional the act itself. The will, although limited to the co-existence, implies the assumption of global responsibility that must permeate integralizante family relationships from the most tender stages, allowing for

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

assimilation in the relationship between concepts in the early intrauterine or extra. Is inappropriate to separate these two types of embryos, to the detriment of those who had the petri dish as primeval habitat, demonstrating the lack of updated cultural responses to the demands of society and the progress of science. In summary, the responsibility of the parents should not stick to the point sheet because it is loved, the nature of challenges from the totalitarian aspects of the theory of personal rights and the mere subject to the condition res.

KEYWORDS: RESPONSIBILITY. HUMAN DIGNITY. HUMAN REPRODUCTION

APROXIMAÇÕES SOBRE O TEMA

Proust apressava-se em afirmar que a verdadeira viagem de descoberta não consiste em procurar novas paisagens, mas em ter novos olhos. Entreter-se e, acima de tudo, enfrentar o novo implica mudanças e renúncias das certezas ancoradas, especialmente no que tange ao núcleo de certezas primordiais, às referências primevas da constituição do sujeito. Portanto, exige a coragem.

Ter coragem é ter abertura, ou melhor, permitir fissuras dialogadas no âmago da significação pessoal ou coletiva. Nessa incessante e imbricada solução e dissolução de papéis no centro familiar, permite-se afirmar que a odisseia é parte atualizada dos dilemas humanos, temperados no momento presente pelo uso da biotecnologia.

Hodiernamente, a família como instituição *mater* pode ser apontada como o reflexo mais perfeito das transformações pelas quais o ser humano tem rapidamente inventado a sua existência, temporalmente circunstanciada. Nela evidencia-se toda a multiplicidade de perplexidades que o futuro insinua ou apresenta como inexorável, afirmando a emergencial re-significação do Humano e de suas produções culturais.

O Direito, nesse caso, se situa na ponteira da articulação entre o ser humano perplexo e a necessidade de normatização do real para a concretização e balizamento ético das demandas, dos sonhos e dos desejos.

Exatamente pela posição que o Direito ocupa, posição de articulação e expressão de significação dos planos real, imaginário e simbólico, que ele se coloca atualmente operando no vácuo jurídico face ao destroçamento das categorias anteriormente válidas e normalmente utilizáveis. Muitas perguntas, poucas respostas, equivalência normal em tempos de mudança em que a única luminária que se mantém acesa na imensa e negra abóbada de interrogações é precisamente a intangibilidade da dignidade da pessoa humana.

FILIAÇÃO E PARENTALIDADE

Com propriedade diz o poeta, “Não sou nada. Nunca serei nada. Não posso querer ser nada. À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo”. Afora a singeleza do verso de Fernando Pessoa, sobeja a percepção da controversa grandeza da natureza humana que, embora perceba e vivencie cotidianamente a sua finitude, se desdobra em anseios de perpetuar-se e de lançar-se fora de si em fuga da ditadura cronológica, especialmente quando o faz por meio da filiação.

Filiação seria, portanto, o liame derivado da noção de *filia*, evocando a amizade, o amor e, especialmente, a responsabilidade recíproca. A filiação é, em algum momento, parte da agenda de todos os seres humanos, sendo um conceito em constante construção, isto é, a depender da qualidade do reconhecimento do vínculo na relação parental com seus filhos, aqueles que partilham a *filia.*

Trata-se de uma dinâmica que se amplia a partir da pessoa que é um ente que, no decorrer de sua existência, desenvolve a sua personalidade e a sua identidade pessoal, carecendo do reconhecimento social para afirmar-se como cidadão, partícipe e co-detentor dos direitos à cidade.

A entrada do ente humano no universo da cultura é naturalmente perfilhada pelos movimentos em torno de sua sobrevivência básica, superando a mera metamorfose corporal, até aos desdobramentos da saciedade de outros movimentos de inclusão desse ser na esfera da sociabilidade, deixando a esfera da invisibilidade para o seu surgimento como sujeito.

A condição de sujeito, para a perspectiva psicanalítica, ganha *status* de ato de resposta, uma vez que é sujeito da linguagem, fragmentado em sua constituição pessoal, mediante os marcos e os estímulos, materiais e simbólicos, do Outro.

Importa ressaltar que:

(...) o que chega ao bebê através do Outro materno não é um conjunto de significados a serem por ele meramente incorporados como estímulos ou fatores sociais de determinação do sujeito com os quais interagiria, a partir de sua carga genética, a aprendizagem social de sua subjetividade. O que chega a ele é um conjunto de marcas materiais e simbólicas- significantes- introduzidas pelo Outro materno, que suscitarão, no corpo do bebê, um ato de resposta que se chama de sujeito[1].

Ambiência propícia, logo, para a plena desenvoltura do ser humano, é aquela embasada na construção das noções de parentalidade, ou seja, do pareamento da heterogeneidade. O pareamento, que tem suas origens mais remotas nas sínteses proteicas que deram ensejo a toda a humanidade, permite a estruturação de funções, paternas e maternas, fundamentais para o surgimento do ser falante, do sujeito. Necessário é, pois, que haja a distinção de papéis simbolicamente estruturados para a inserção do sujeito no contexto dos falantes, mundo da cultura.

Ilustrativo acerca do desejo de saber de si como fruto de uma parelha e, dessa forma, identificar-se, são os dizeres sobre o destino de Édipo, símbolo perfeito da legendária tragédia humana[2]. Emblemáticos são os atordoantes versos a respeito da origem parricida para a instituição do mundo da cultura, especialmente sobre a sua origem e o custo muitas vezes expiatório da pacificação social:

E agora, quem pode haver no mundo que seja mais miserável? Quem terá sofrido, no decurso da vida, mais rude abalo, precipitando-se no abismo da mais tremenda ignomínia? Ilustre e querido Édipo, tu, que no leito nupcial de teu pai foste recebido como filho e como esposo; dize: como por tanto tempo esse abrigo paterno te pôde suportar em silêncio? Só o tempo, que tudo vê, logrou, enfim, ao cabo de tantos anos, condenar esse himeneu abominável, que fez de ti pai, com aquela de quem eras filho! Filho de Laio, prouvera aos deuses que nunca te houvéramos visto! Condoído, eu choro tua desgraça, com lamentações da mais sincera dor! No entanto, para dizer-te a verdade, foi graças a ti que um dia pudemos respirar tranqüilos e dormir em paz![3]

A parentalidade é a relação primordial, posto que inaugural na vida da pessoa humana. A partir da relação parental, o ser humano se humaniza, personifica-se e apresenta traços e esboços profundos de estruturas inamovíveis que marcarão toda a sua vida, nos limites da tênue construção de seu Eu em sua atuação pessoal e coletiva. A parentalidade pode ser igualmente um convite à superação e à sublimação.

Cotejar o infinito e alcançar minimamente as estrelas é a melhor tradução para aqueles que vivenciam, afetados pela harmonia, o fenômeno parental que implica ser co-protagonista de uma história alheia, sabendo que ela não narrará apenas seus marcos mais interessantes, versando não linearmente, sobretudo sobre um outro que não é o eu e que não se tornará um gêmeo, embora não saído de si.

Os fenômenos da individuação e da individualização reforçam a renúncia a traços marcadamente narcisicos nas relações parentais e familiares. A família é, consequentemente, o *locus* da limitação do panorama complexo de relações imbricadas que advem da abertura e da receptividade, dimensionando-se em procedimentos para a composição de um contexto adequado não só à sobrevivência, mas, nomeadamente, à sublimação da ambivalência, da violência simbólica e da subjugação para a produção do amor[4]. A família é igualmente um centro de produção, aquisição e acumulação de riquezas, desvendando um caráter tipicamente patrimonial, embora não se resumindo a ele.

Dada a relevância dessa modalidade de vínculo, bem como a partir da inescusável referência ao aspecto patrimonial a ele correlato, a família constituiu-se, no decorrer da história da Humanidade, como grupo primevo, célula *mater*, fonte primeira da ideia de identidade. O traço identificatório resultante do reconhecimento no seio familiar, destarte, foi sempre fonte de intensa normatização e obteve diversificadas formas de tutela.

A busca pela certificação dos laços consanguíneos intrafamiliares foi historicamente alvo de suposições e também de uma série de afirmações que se delineavam desde a utilização de critérios baseados em crendices e em superstições até ao apogeu do uso pós-moderno das tecnologias da identificação genética[5].

Ocupando-se desse assunto, Carnelutti salientou que:

Ahora bien, la historia del derecho enseña que la familia ha sido, en su origen, un minúsculo Estado. Un Estado monárquico por excelencia, dominado por un rey o por una reina, según las dos directivas del patriarcado o del matriarcado. Los historiadores del derecho, especialmente del derecho romano, han comprobado este carácter político de la familia, después el Estado ha ido creciendo poco a poco: la familia, la gens, la ciudad(polis) son las primeras fases del desarrollo; después el Estado se agranda todavía; no es necesario remontar mucho hacia atrás en la historia para tener la prueba de esta evolución que se encuentra al alcance de la mano en los últimos siglos de desarrollo de la história italiana[6].

Enfatiza ainda na conjunção das esferas pública e privada, assegurando que:

Pero que se debe tener bien en la mente es que si la evolución agrega progresivamente algo a lo que antes existía, lo que antes existía no deja por eso de existir. Quiero decir que las unidades menores no desaparecen porque se formen unidades mayores. La familia está comprendida, pero no absorbida, en la *gens* o gente; y lo mismo la gente en la tribu o en la ciudad; e igualmente, la ciudad en la provincia, en la región, en el Estado. Estado se llama, necesariamente, la unidad superior; pero las unidades inferiores, si cambian de nombre, no pierden ni la estructura ni la función. Hay que hacerse cargo de esta verdad para comprender la estructura, o más bien la naturaleza, del Estado. La pretensión, entre otras cosas, de negar la familia para afirmar el Estado, es una de las más insanas aberraciones que puedan adoptarse en la historia del pensamiento humano. Sin la familia, el Estado no puede vivir, como no se podría construir un edificio si se disgregasen los ladrillos con que se lo construye. Un Estado sin familia es absurdo, como un cuerpo humano sin células. Así como la salud del cuerpo humano depende de la permeabilidad de las células al misterioso flujo vital, así también la salud del Estado depende de la cohesión de la familia, es decir, de la circulación del amor entre sus miembros.[7]

O LEGADO DO DIREITO ROMANO

O instituto da família ocupou parte substancial da regulamentação normativa do Direito Romano[8], fundando-se, num primeiro momento, menos na consanguinidade do que na compreensão de prolongamento e continuidade de um membro do grupo por meio do outro. A estrutura familiar era marcadamente patrimonialista e patriarcal, destacando-se

pela ênfase na religiosidade e na profissão de um mesmo credo, sendo liderado pelo *paterfamilias*[9].

Fustel de Coulanges ensina que a perpetuidade do culto familiar estava diretamente relacionada com a ideia de prosperidade e de cumprimento do dever previamente estabelecido nos vínculos do casamento[10], orientando que:

Porém, não era suficiente gerar um filho. O filho que perpetuaria a religião doméstica devia ser fruto de casamento religioso. O bastardo, filho natural, aquele que os gregos denominavam por *nóthos* e os latinos *spurius*, não podia desempenhar o papel que a religião transmitia ao filho. Com efeito, os vínculos de sangue isolado não constituíam, para o filho, a família: necessitava ele ainda dos vínculos do culto. Ora o filho nascido de mulher não associada ao culto do esposo através da cerimônia do casamento não podia, por si próprio, tomar parte no culto. Não tinha o direito de ofertar o banquete fúnebre, e a família não se perpetuaria por seu intermédio. Veremos a seguir como pela mesma razão, este espúrio não tinha direito à herança[11].

Advinda da necessidade de regulamentar a relação entre os *pater familias* foi que surgiu a ultimamente superada dicotomia: direito público e direito privado. No âmbito doméstico, era ampla a competência e a atuação do *pater familias*, incidindo em direitos sobre a vida e sobre a morte daqueles que lhe eram subordinados.

Considerava-se poder absoluto, uma vez que não poderia ser contestado pelos que se ocupavam do direito da cidade e nem sequer por outro. Com efeito, pode-se afirmar que a Família e a sua forma de organização fundada no tripé, religião, sedentarismo e propriedade privada precederam muito à cidade.

O pátrio poder fundamentava-se, nesse diapasão, na necessária regulamentação das condutas no seio familiar, caracterizando-se hierarquicamente pela primazia do indivíduo masculino mais velho e detentor de autoridade advinda do culto dos deuses domésticos. Dentre esses poderes, condiciona-se perceber a atuação do chefe de família como usufrutuário da propriedade privada, sendo a família a sua real proprietária.

Na realidade, cabia àquele que desempenhava a função paterna velar pelo culto e perpetuidade do núcleo familiar, mediante práticas ritualísticas que asseguravam e distinguiam o grupo de todos os demais, encarnando a figura do sacerdote e, nesses termos, encarnando o próprio traço identificatório, dentro e fora, externando-o para os que pertenciam ao seu clã.

O *pater* era distinto do genitor. Fustel de Coulanges destaca que:

Mesmo o nome pelo qual é designado, *pater*, fornece curiosos ensinamentos. A palavra é a mesma em grego, em latim ou em sânscrito, donde podemos concluir ser esta palavra datada do tempo em que os antepassados dos helenos, dos italianos e dos hindus

ainda viviam juntos na Ásia Central. Qual o sentido e que idéia podia representar então ao espírito dos homens? Podemos conhecê-la porque conservou o seu significado primitivo nas fórmulas da linguagem religiosa e nas do vocabulário jurídico. Quando os antigos, invocando Júpiter, chamavam-no *pater hominum Deorumque*, não queriam dizer fosse Júpiter o pai dos deuses e dos homens; porque jamais o consideraram como tal e, antes pelo contrário, sempre acreditaram que o gênero humano tenha existido anteriormente a Júpiter. Igual título de *pater* foi concedido a Netuno, Apolo, Baco, Vulcano e Plutão, que os homens seguramente não consideravam como seus pais; do mesmo modo, o título *mater*foi aplicado a Minerva, Diana e Vesta, consideradas três deusas virgens. Do mesmo modo, em linguagem jurídica, o título de *pater* ou *paterfamilias* podia dar-se a homem que não tivesse filhos, não fosse casado, ou não estivesse mesmo em idade de contrair matrimônio. A concepção e paternidade não estava, portanto, ligada a esta palavra. A língua antiga conhecia outra palavra que designava propriamente o pai e que, tão antiga como *pater*, se encontra também nas línguas grega, latina e na dos hindus(*gânitar, ghennetér, genitor*). A palavra *pater*tinha ainda outro sentido. Em linguagem religiosa aplicava-se esta expressão a todos os deuses: no vernáculo do foro, a todo homem que não dependesse de outro que tivesse autoridade sobre uma família e sobre um domínio, *paterfamilias*. Os poetas mostram-nos que era empregada indistintamente a todos quantos se desejava honrar. O escravo e o cliente usam-na com seu senhor. Aparecia como sinônima das palavras, *rex, anax, basileus*. Encerrava em si, não o conceito de paternidade, mas aquele outro de poder, de autoridade, de dignidade majestosa[12].

A *dignitas*, a distinção do seu poderio, era proporcionalmente aferida pelo poder de persuadir o maior número de indivíduos para professarem o mesmo credo, simbolizando a forte base religiosa da organização política daquela época. *Pater*, diferentemente do genitor, era aquele que detinha, igualmente, o ônus e a responsabilidade compatíveis com esse *status* que lhe fora conferido.

Com efeito, verifica-se que o ato de acolher pessoas estranhas aos laços consanguíneos era amparado na busca expansionista de aumentar o poder a partir do consequente aumento no número de adeptos. Essa mobilização elevou a vontade à categoria de fonte por excelência de parentesco, em detrimento da consanguinidade.

Afirma-se, desse modo, que o surgimento do instituto da adoção é decorrente dessa busca da perpetuação do culto doméstico e, evidentemente, da tentativa de evitar a fragmentação do poder entre os diversos e numerosos clãs e famílias.

Afirma-se, desse modo, a propriedade privada como parte essencialíssima para a fundação do Estado Romano com bases religiosas e rurais. Tratava-se da interface necessária para a perpetuação da família, a instituição do lar como ambiente sagrado e a fixação do clã no espaço, mediante o prosaico processo de sedentarização.

Do texto das Institutas do Imperador Justiniano, obtêm-se que:

A adoção realiza-se sempre mediante certas condições, que são: o ad-rogante deve prestar caução a uma pessoa pública, prometendo que restituirá os bens do pupilo àqueles que seriam chamados por sucessão, se não tivesse havido a adoção, no caso de

vir a falecer o pupilo ainda impúbere; do mesmo modo, não pode o ad-rogante emancipá-lo a não ser que prove ao magistrado qu e o pupilo mereceu a emancipação, e, então, lhe deve entregar os bens. Porém, se vem a deserdá-lo ao morrer, ou se o pai o emancipou, quando vivo, sem justo motivo, fica obrigado a deixar-lhe a quarta parte dos bens, ou seja, além dos bens que passarem ao pai adotivo, por ocasião da adoção e dos bens adquiridos posteriormente[13].

Em caso de adoção, havia, por conseguinte, a transferência do pátrio poder de um *pater famílias* para outro, evidenciando-se naturalmente a necessidade de profissão do mesmo culto familiar, sob pena de acusação de ingratidão.

Fustel de Coulanges lembra que:

Quando alguém adotava um filho precisava, antes de mais nada, iniciá-lo nos segredos do culto, introuzi-lo na religião doméstica, aproximá-lo de seus penates. A adoção também se realizava por uma cerimônia sagrada que parece ter sido muito semelhante à que assinalava o nascimento do filho. Por via dela, o recém-chegado era admitido no lar e vinculado à religião. Deuses, objetos sagrados, ritos, orações, tudo passava a pertencer-lhe em comum com o pai adotivo. Dizia-se então: *In sacra transiit*: passou para o culto de sua nova família[14].

A adoção operava-se de dois modos, a dizer: em razão de rescrito imperial ou de autoridade do magistrado. No primeiro caso, podiam ser adotados aqueles ou aquelas que eram *sui juris**[15]***, sendo denominada de ad-rogação. Já na segunda hipótese, isto é, em virtude da autoridade do magistrado, eram adotados aqueles ou aquelas que se achavam em poder dos ascendentes, quer no primeiro grau, como filho ou filha, quer em grau inferior, como o neto ou a neta.

Posteriormente ver-se-á o surgimento de uma nova dinâmica política, na qual se destacava prioritariamente que, enquanto havia o fortalecimento do Estado Romano sob a forma de império expansionista, resultava no enfraquecimento do chefe de família e seu poder outrora absoluto.

O Império Romano passou a centralizar politicamente a economia e a administração da justiça, exercendo seu monopólio. O Cristianismo, por seu turno, exerceu a função aglutinadora nessa nova modalidade de organização social que era desempenhada pelo múltiplo culto doméstico. Dentre as alterações trazidas pela disposição do império, delineava-se a possibilidade de suspeição de abuso de poder por parte do patriarca[16], caracterizando o seu enfraquecimento.

Evidencia-se notoriamente que o vínculo de parentesco, especialmente no que se refere à filiação, é historicamente fruto da qualidade da relevância da pessoa humana para o grupo e, mais especificamente, é proporcional ao *status* de pessoa e da forma de reconhecimento que é abrigado e expresso pelas normas jurídicas.

O reconhecimento, pois, constitui-se como parte intrínseca do processo de identidade[17] da pessoa e tem sido feito com bases distintas, ora privilegiando a consanguinidade, ora a necessidade política de agregar adeptos por meio da adoção para justificar o poder.

Paradoxalmente, Bauman lança suas idéias a esse respeito, dizendo que:

As pessoas em busca de identidade se vêem invariavelmente diante da tarefa intimidadora de "alcançar o impossível": essa expressão genérica implica, como se sabe, tarefas que não podem ser realizadas no "tempo real", mas que serão presumivelmente realizadas na plenitude do espaço- na infinitude[18]...

Justifica-se, daí, dizer-se que se devassar na aventura de identidade é, em primeiro plano, adentrar nas brechas de significação parental e familiar para experimentar compreender mais acerca da cultura que delineia grande parte dos papéis que os seres humanos desempenham nos palcos que são as suas vidas, formato de pequenas cidadelas.

A FILIAÇÃO E A PARENTALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: BREVE HISTÓRICO

Marcadamente influenciado pelo Direito Romano, a instituição do Direito de Família no cenário nacional foi, até meados da década de oitenta do século passado, notadamente fechada à personalização e, essencialmente, voltada à patrimonialização.

A herança do patrimonialismo é, embora eivada de outras nuances e influências culturalmente estabelecidas, um traço acentuado no Direito brasileiro, reafirmando-se notoriamente no âmbito do Direito privado, em que se considerava plenamente ancorado na ideia de autonomia da vontade das partes, isto é, na sofreguidão de levar aos últimos limites a noção de efetivação do binômio liberdade-igualdade.

Cahali enumerou cinco etapas, a partir das quais se pode traçar uma linha histórica entre as distintas formas de percepção do direito à filiação no Brasil, estribando-se na intensidade da influência da Igreja Católica. Segundo ele,

a) aquela regulada pelas Ordenações Filipinas, pela qual não se admitia a sucessão legítima ao filho ilegítimo, somente a testamentária; b) a formada no direito pré-codificado, com a fase inaugurada pela Lei n. 463, de 02,09,1847, em que os filhos espúrios passam a gozar dos mesmos direitos que os legítimos na sucessão, desde que reconhecidos mediante escritura pública ou por testamento; c) o direito codificado em 1916, que estabelece a impossibilidade de reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos; d) a introdução de leis infraconstitucionais, em consonância com o art. 126

da Carta Constitucional de 1937; e) a equiparação absoluta, decorrente da Constituição Federal de 1988 e leis posteiores[19].

Cumpre ainda salientar a reafirmação do texto constitucional no Código civil de 2002, restando evidente a ideia de constitucionalização como algo concreto na realidade jurídica atual, particularmente em se tratando de proibir a discriminação relativa à filiação.

De fato, inegável foi o avanço na normatização das condutas no seio familiar, oportunidade em que o texto constitucional vigente possibilitou a inclusão de inúmeros grupos sociais que se encontravam à margem, na esterilidade da falta de tutela específica.

Dois diplomas legislativos foram notáveis na consolidação do que se menciona acima, a dizer, a Lei 8,069/90 e a Lei 8,560/92. Ambos tratavam tanto da proibição de discriminação quanto da forma de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento. Aflora outro tópico destacável que foi a expressão do acolhimento no seio social e igualmente no âmbito jurídico, ao menos hipoteticamente, da ideia de separação entre os institutos do casamento e da filiação no que se refere à tutela.

Fachin denuncia o sistema clássico em que o patrimonialismo é a tônica da relação jurídica, enfatiza que nele não há espaços para a centralidade da pessoa humana em toda a sua singularidade e inteireza e leciona que:

Três pilares fundamentais, em cujos vértices se assenta a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas[20].

Aportado na crítica, o autor ainda observa que o sistema de apropriação é o que primariamente se capta na observação do conceito de sujeito nos moldes clássicos e conclama a doutrina para esboçar novos contornos conceituais, orientando que:

Privar, possuir e pertencer. A segurança desse sistema outorga um título a um sujeito sobre um objeto. Por aí se vê que ao menos dois séculos estacionados contemplam o indivíduo-centrismo, apto a captar um individualismo do século XVIII que atuou no regime civilista. Para que o circuito se complete, o desenho das pertenças se amolda a essa construção, insurgindo na propriedade relação jurídica de apropriação. Aí o senhor da coisa, titular do especo privado, seus bens e suas relações jurídicas: aquele que contrata, tem patrimônio e contrai “justas núpcias”, um ser conceitual, pronto, acabado e com pretensões à perpetuidade[21].

Vê-se que da mirada da janela do passado o Brasil reorientou, a partir da Constituição de 1988, as relações de parentesco e da organização da família. Todavia, é imperioso notabilizar que ocorreram avanços na compreensão e na regulamentação dos vínculos familiares, notadamente no que se refere à intangibilidade da dignidade da pessoa humana, à paridade e à isonomia entre os cônjuges e entre os filhos, à partilha responsável[22] do exercício do Poder familiar e à ampliação do conceito e ao reconhecimento das novas modalidades de família.

A PERSPECTIVA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Repetindo literalmente a norma do artigo 227, §6º, da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 demonstrou a opção culturalista de Miguel Reale na medida em que expressa, em seus cânones, a proibição de qualquer forma discriminatória entre os filhos nascidos ou não na constância do casamento.

Art. 1596(Cód. Civil Brasileiro). Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Nesse sentido, os desdobramentos dessa orientação foram se multiplicando em termos de propostas de emendas para tentar abordar o âmbito do inovador uso da biotecnologia, melhor dizendo, das técnicas de reprodução assistida para sanar problemas relativos à infertilidade.

Do teor das emendas propostas, surgiu o texto do art. 1597 do CC, versando sobre três novas hipóteses de presunção de paternidade, todas elas referenciadas ao uso de técnicas de reprodução assistida e, face à absoluta falta de melhores critérios[23], retomam a referência à constância do casamento para o reconhecimento.

Art. 1597(Cód. Civil brasileiro). Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I- nascidos 180(cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II- nascidos nos 300(trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Notória é a atecnia do uso das nomenclaturas inseminação, fecundação e concepção, como sinônimas. Na realidade, são distintas, uma vez que, enquanto a fecundação

artificial consiste na fusão extrauterina dos gametas, masculino e feminino; se entende por concepção artificial algo mais amplo, ou seja, a concepção mediante qualquer técnica de assistência; já a inseminação artificial é a integralidade do processo, englobando as demais.

Além da crítica ao uso indevido da terminologia, Aguiar alude à existência de antinomias dentro desse diploma legal, afirmando que:

A aplicabilidade dessa presunção de paternidade é questionada, haja vista a extinção do casamento com a morte. Por outro lado, não é possível conferir direitos sucessórios ao que nascer por inseminação *post mortem*, posto que não estava a criança gerada por ocasião do falecimento do pai genético[24].

A autora, perscrutando sobre a vedação à inseminação *post mortem*, informa ainda a respeito das recomendações apontadas pelas Jornadas de Direito Civil, no sentido de:

Sugeriu-se, ainda, a revogação integral do inciso IV do art. 1597, ao argumento de que a autorização para o uso de embriões excedentários, ao fim da sociedade conjugal, implicaria no aumento do número de litígios, em especial nas hipóteses e separação judicial ou divórcio, para saber a quem deve ser deferida a possibilidade de utilização dos embriões. Ademais, sob o enfoque constitucional, a regra fere o princípio da igualdade incorporado pelo art. 5º, *caput*, pois somente a mulher se poderia valer dos embriões sobrantes, haja vista não existir no Código Civil Brasileiro qualquer regra que autorize o reconhecimento da maternidade em caso de falecimento da mãe genética. Assim, o embrião, implantado *in utero* alheio após a morte da mãe teria estabelecida, tão somente, a paternidade. A maternidade seria da mãe que deu à luz e, portanto, deixaria a inseminação de ser homóloga[25].

REFLEXÕES SOBRE O CONTEXTO LEGISLATIVO ACERCA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO DIREITO BRASILEIRO

Dispondo sobre o contexto legislativo a respeito da normatização da Reprodução Assistida no Brasil, urge ressaltar a notoriedade do surgimento, em 2005, da lei de Biossegurança.

Trata-se de diploma legal cuja origem destacava-se do epicentro das discussões a respeito da transgenia alimentar no Brasil, mas que acabou trazendo uma múltipla regulamentação de caráter plural sobre o uso da biotecnologia.

Logo, em seu artigo primeiro, informa que:

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismo de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados-OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área da biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

Ressurge, daí, que foi uma tentativa de margeamento e de delimitação do risco aceitável no uso da biotecnologia que gerou a necessidade desse diploma legal supra-mencionado. Com efeito, uma das consequências da ampliação do uso de tecnologias no âmbito da vida, especialmente após a descoberta da estrutura helicoidal e das enzimas de restrição, amplamente utilizáveis pelas técnicas de engenharia genética, foi o início de uma percepção diferente sobre a real dimensão do novo tipo de risco para as gerações presentes e igualmente para as futuras.

A *thecné* consiste num modo de fazer e, nesse contexto, não pode ser destituída da análise das implicações de seu uso. Não pode, com efeito, ver-se uma técnica alijada de uma reflexão acerca do *ethos*, uma vez que a técnica não tem um sentido ético em si e nem se justifica por si mesma, carecendo dele para sua complementação como ferramenta de uso por parte do ente humano.

Assim, a Lei de Biossegurança apareceu no contexto legislativo nacional para regulamentar o uso da biotecnologia e, desse modo, minimamente assegurar a tutela aos bens e aos valores fundamentais da sociedade brasileira, tocando o sentido de eticidade exigível em qualquer modalidade de conduta.

O uso de qualquer modalidade de técnica é sempre orientado por decisões políticas, visando a fins previamente determinadas. Definir essas finalidades, pautando o *modus* procedimental de um fazer margeado pela ética, é tarefa essencial da política jurídica de uma nação civilizada e organizada sob a forma do Estado Democrático de Direito.

A Lei de Biossegurança seguiu uma tendência previamente ancorada na legislação internacional tendo a precaução como elemento essencial. No que tange à reprodução assistida, destaca-se o controverso art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º É permitida para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I-sejam embriões inviáveis; ou II- sejam embriões congelados há 3(três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3(três) anos, contados a partir da data do congelamento. §1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. §2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. §3º É vedada a comercialização do material biológico a

que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Alguns pontos merecem especial menção para que se possa apreender o sentido normativo e, consequentemente, compreender a consideração da ideia patrimonialista subjacente à terminologia empregada pelo legislador pátrio.

Notória é a confusão que se coloca para o destinatário da norma a respeito da titularidade dos direitos sobre o embrião, refletindo-se na enganosa ideia de que os genitores seriam os donos de sua prole. Ora, a tutela da vida cabe tão somente ao Estado, restando integralmente vedada qualquer espécie de autotutela pelo ordenamento jurídico brasileiro ou qualquer modalidade de comercialização da vida.

A vida, oportuno relembrar, é o fenômeno social mais básico e não pode ser objeto, reificável, ao sabor do mercado. A vida, por conseguinte, não pode ser sintetizada na condução de insumo, ela é dom precioso e, a partir dessa condição, deve ser tutelada. Nas diretrizes do Direito brasileiro, não há previsibilidade para o direito ao próprio corpo, ressurgindo daí a impossibilidade fatal de traços de lógica de apropriação na relação entre pais e filhos e nem na apreciação de qualquer fase da vida humana. De fato, o sentido e a grandeza da vida escapa à limitação da lógica patrimonial.

AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Assistência diz respeito ao cuidado e à atenção que alguns carecem para supostamente vencer os problemas reprodutivos relativos à infertilidade. Atualmente a OMS calcula que vinte por cento da população mundial é considerada infértil, isto é, apresenta dificuldades reais em procriar naturalmente, sem auxílio de qualquer meio ou técnica de assistência para se reproduzir.

Lícita é a tentativa de vencer os obstáculos para o desejo humano de procriar, utilizando-se do uso da técnica para possibilitar a reprodução humana. Ocorre que é urgente observar que a produção desses conhecimentos e desses avanços científicos deve ser obtida e utilizada com uma razoável segurança, bem como regulamentada pública e democraticamente por cada época e sociedade, porém sem prejudicar outros seres vivos ou a qualidade global do meio ambiente, ou seja, as biotecnologias[26] devem estar a serviço do Homem[27], em seu sentido mais amplo, e só se justificam em virtude dessa finalidade.

Assim, embora a infertilidade não possa ser considerada uma enfermidade, causadora de danos físicos ou riscos à saúde e à vida, ela é inegavelmente fonte de inúmeros sofrimentos.

Segundo a Organização Mundial de Saúde(OMS), o conceito de infertilidade se define como a situação de não concepção após dois anos de relacionamento sexual sem nenhum uso de medidas contraceptivas[28].

O desejo de ter filhos, de constituir uma família baseada na transmissão de caracteres hereditários mediante fusão de fluidos seminais, é um dos fatores que têm legitimado as pesquisas na área da medicina reprodutiva e muitas das inovações biotecnológicas.

As técnicas de reprodução assistida interferem em desejos individuais e na formação do imaginário coletivo. Com efeito, estão interligadas com as normas éticas, jurídicas e sociais que atuam nos campos da reprodução humana e afetam diretamente as áreas da sexualidade, do casamento, da família e seus desdobramentos em relação à filiação[29], a relações de parentesco[30] e à hereditariedade, assim como também são influenciadas por políticas de gênero, consumismo, práticas eugênicas e racismo.

FILIA COMO FRUTO DA RESPONSABILIDADE E DA ESPERANÇA

Segundo Strathern, na representação chamada euro-americana, parentesco é entendido como um conceito híbrido já que é considerado como um fato da sociedade enraizado em fatos da natureza[31].

A partir desse referencial antropológico recente, parentesco na perspectiva ocidental caracteriza-se por dois aspectos básicos: inicialmente pelo vínculo biogenético, ou seja, pelos chamados 'laços de sangue', considerados irrevogáveis; o segundo aspecto pode ser entendido como uma afinidade de discursos, ou seja, a aproximação na prática de condutas semelhantes que se embasariam em valores comuns.

Nas relações mais próximas, como entre pais e filhos, normalmente são identificadas as duas modalidades de vínculos. O parentesco possui a irrevogabilidade decorrente da biogenética e, simultaneamente, enquanto qualidade de código ou de laço subjetivo, regido e justificável pelas convenções sociais, estaria mais sujeito a alterações.

Entre os cônjuges, o amor, frequentemente erótico, é o símbolo da unidade de parentesco, relacionando os aspectos da comunhão da substância e de código de conduta. O aspecto erótico é que, geralmente, justifica a relação entre os cônjuges, distinguindo-a da relação entre eles e os filhos, que deve basear-se em uma outra dimensão de parentesco.

Nesse sentido, as técnicas de reprodução assistida alteram completamente o laço de substância, isto é, ele deixa de ser domínio exclusivo da natureza e há consequentemente uma fragmentação do papel materno. Isso evidencia a descontinuidade entre a construção social do papel materno e do fato social.

O processo reprodutivo, por sua vez, também é fragmentado em séries de etapas descontínuas e, na hipótese de cessão de útero, há um desmonte do processo natural da maternidade.

Strathern[32] ainda esclarece que a mãe e a sociedade passam a ter uma falta de clareza na definição do nexo biológico. Dessa forma, o emprego da fertilização *in vitro* e cessão de útero implicam dois tipos de maternidade dissociados. Assim, há a mãe gestacional

ou substituta e a mãe genética, complicando, futuramente, também o estabelecimento social da diferença entre as funções de pai e mãe no núcleo familiar. Com recurso à reprodução artificial, há uma nova compreensão do componente biológico no parentesco ocidental, a dizer, passou a ser considerada a biologia mediada tecnologicamente e seus efeitos.

Lembra-se de que há um novo tipo de parentalidade a ser construído, embasado na inovação de um novo *modus* e uma estrutura com conceitos outrora conhecidos e, agora, invalidados, especialmente, de filiação e de parentalidade. Embora se possa apontar que ressurge uma vinculação familiar mais afeita à consanguinidade, é notória a inclusão de elementos totalmente desconhecidos que impulsionam uma nova interpretação e explicação da realidade global.

Com efeito, evidencia-se uma necessidade conceitual nova que detenha a força argumentativa das regras que dantes alargaram a tutela ao sujeito de direito nascido fora do casamento: uma modalidade de parentalidade pré-natal.

Uma parentalidade pré-natal deve ser correlata à ideia de família restituída à condição de celeiro da porção da identidade, fonte de identificação, de responsabilidade e de reconhecimento mútuo, num ambiente propício à maturação do Sujeito de Direito plural do terceiro milênio, saído das penumbras das invisibilidades de uma sociedade consumista e meramente informacional para uma plena realização de forma coerente e harmônica. Uma compreensão que contempla os filhos não mais como objetos de consumo da sociedade infantilizada, brincantes de um crescer imaturo.

Busnelli, nesse sentido, afirmou que:

(...)poderia configurar o concebido como filho em sentido mais significativo; os genitores seriam investidos de uma potestade adequada à existência pré-natal, e estariam adstritos aos cuidados devidos à pessoa: não apenas à mãe, mas o pai seriam titulares das prerrogativas ligadas à posição de genitor[33].

ESPERANÇA E RESPONSABILIDADE

A dignidade da pessoa humana acolhida no âmago dos sistemas jurídicos advindos na era pós-positivista gerou com irrefutável urgência uma análise acurada sobre o conceito de pessoa, ampliando as noções limitantes outrora compreendidas na vontade do legislador constitucional e que, entretanto, já não contemplam a grandeza e a inteireza do fenômeno humano.

Com o advento das novas técnicas e dos novos saberes descortinados por sua aplicação cotidiana, surgiu o vácuo desproporcionalmente criado entre a ciência e a ética. Desse

fosso, surge a acossada vacilação entre privilegiar um campo em detrimento do outro, impingindo-lhes um caráter de antinomia insuperável.

De fato, ciência e ética são interfaces de uma fazer humano que só se justifica se levar ao engrandecimento da espécie, ampliando a qualidade da tutela que é destinada a todos, independentemente da fase existencial em que se encontrem.

Separar ciência e ética é seguir o superado pensamento cartesiano, binário. Atualmente não há, portanto, mais espaço para os Homens individualmente perspectivados, restando somente a leitura da espécie humana como aqueles que vêm do *humus*, da terra, interligados a todas as demais espécies e a si em relações de mútua dependência para o resgate de sua sobrevivência planetária.

A única compreensão válida é a que parte da complexidade e, num sentido amplo, alia a responsabilidade à esperança no eixo das relações sociais, especialmente às mais intimas, às relativas à família, à parentalidade e à filiação. Responder significa atender ao apelo de caráter obrigacional do vínculo perpetrado, refletindo um saber prévio e consciente de si, do reconhecimento do seu papel no seio do grupo social e da condição de invenção do próprio futuro.

Alteridade é marca e registro da espécie humana que contempla o seu desenvolvimento na métrica da economia dos passos da identidade construída a partir do reconhecimento, da partilha e da solidariedade numa trilha de esperança.

(...) Porque há em nós, por mais que consigamos /Ser nós mesmos a sós sem nostalgia, /Um desejo de termos companhia(...). Além do que dizia o poeta fingidor, é a qualidade da lapidação do afeto dos vínculos familiares que perfaz a dor, a beleza e a agonia de sermos tão somente humanos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005

ALVES, José Carlos Moreira. **Aula magna**: as bases romanísticas do direito brasileiro. In: Direito público romano e política. Ana Lúcia de Lyra Tavares, Margarida Maria Lacombe Camargo, Antonio Cavalcanti Maia. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Carlos Alberto Medeiros(Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005

BUSNELLI, Francesco Donato. De quem é o corpo que nasce? Do dogma jurídico da propriedade à perspectiva bioética da responsabilidade. In: Judith Martins-Costa e Letícia Ludwig Möller(Org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009

CARNELUTTI. Francesco, **Como nace el derecho**. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Colômbia: Editorial Temis S. A., 2000

ELIA, Luciano. **O conceito de sujeito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudos sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus,

GRISOLIA, Santiago. A biotecnologia no terceiro milênio. In Carlos María Romeo Casabona.(Org). **Biotecnologia, Direito e Bioética**: Perspectivas em Direito Comparado. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. **A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001

JUSTINIANO I, **Institutas do Imperador Justiniano**: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano 533 D.C Trad..J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

NOGUEIRA, Alcantara. **Poder e Humanismo**: o Humanismo em B. de Spinoza; O Humanismo em L. Feuerbach; O Humanismo em K. Marx. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989

SÓFOCLES. **Édipo Rei**. Trad J. B. Mello e Souza. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997

STRATHERN, Marilyn. **Reproducing the Future**: Essays on Antropology, Kinship and the New Reproductive Technologies. Manchester:Manchester University Press. 1992

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

---

[1]ELIA, Luciano. **O conceito de sujeito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 41.

[2]SÓFOCLES. **Édipo Rei**. Trad J. B. Mello e Souza. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 73. “Ó gerações e mortais, como vossa existência nada vale a meus olhos! Qual a criatura humana que já conheceu felicidade que não tenha recaído após, no infortúnio, finda aquela doce ilusão? Em face de seu destino tão cruel, ó desditoso Édipo, posso afirmar que não há felicidade para os mortais! “

[3]SÓFOCLES. Op. cit, p. 78.

[4] ELIA, Luciano. Op. cit., p. 61-62. O autor demonstra a necessidade de se entrar no plano do amor quando da descoberta da distinção entre demanda e desejo, bem como a inacessibilidade da plena satisfação, uma vez que a natureza humana é pautada pela falta. "Como já disse antes, é porque o desejo já habitava, de saída, as primeiras demandas de satisfação do sujeito, é por isso que a demanda não pode ser satisfeita. Para que o sujeito aborde seu desejo, situe-se em relação a ele, o signifique para si, e finalmente o realize, o torne real em sua existência, em sua experiência, é preciso que ele adentre o plano do amor."

[5] PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 110-112.

[6] CARNELUTTI. Francesco, **Como nace el derecho**. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Colômbia: Editorial Temis S. A., 2000, p. 68-69.

[7] Idem, Ibidem.

[8] ALVES, José Carlos Moreira. **Aula magna**: as bases romanísticas do direito brasileiro. In: Direito público romano e política. Ana Lúcia de Lyra Tavares, Margarida Maria Lacombe Camargo, Antonio Cavalcanti Maia. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 20.

[9] JUSTINIANO I, **Institutas do Imperador Justiniano**: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano 533 D.C Trad..J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37. "Título IX- Do Pátrio Poder- Sob nosso poder acham-se nossos filhos, que procriamos em justas núpcias. §1º- Núpcias, ou matrimônio, são a união do homem e da mulher, com um costume indivisível de vida. §2º- O direito do poder, que temos sobre nossos filhos, é próprio dos cidadãos romanos, porque não há outros homens que tenham sobre os filhos o poder que nós temos. §3º- Portanto, aquele que nasceu de ti e de tua mulher, fica sob o teu pátrio poder, Do mesmo modo aquele que nasceu de teu filho e da mulher dele, isto é, teu neto ou neta, e também o bisneto e a bisneta, e assim os demais. Aquele, porém, que nasceu de tua filha, não está sob o teu pátrio poder, mas sob o pátrio poder do pai dele."

[10] FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudos sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, p. 42-43. "O casamento era, portanto, obrigatório. Não tinha por finalidade o prazer, seu objetivo principal não estava na união de dois seres que se simpatizavam mutuamente um com o outro e querendo associar-se para a felicidade e para os sofrimentos da vida. O efeito do casamento, em face da religião e das leis, consistia na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro apto a perpetuar esse culto." ; JUSTINIANO I, op. cit., p.38. "Título X- Do casamento- Contraem justas núpcias, entre si, os cidadãos romanos, que se unem segundo os preceitos legais, homens púberes com mulheres núbeis, quer sejam pais de família ou filhos de família, mas, se forem filhos de família, precisam do consentimento dos pais sob cujo pátrio poder se acham. O direito civil e o natural assim o determinam, de modo que o consentimento paterno deve proceder o casamento."

[11] FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. Op. cit., p. 42.

[12] FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. Op. cit., p.70-71.

[13] JUSTINIANO I, Op. cit., p. 43.

[14] FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. Op. cit., p. 45

[15] JUSTINIANO I, Idem, ibidem, p. 45. "Aqueles que estão sob o poer de um ascendente, pela morte deste, se tornam sui juris. Mas há aqui uma distinção: morto o pai, certamente o avô, nem sempre os netos e as netas se tornam sui juris, mas somente no caso de, por morte do avô, não caírem sob o poder do pai. Se, por ocasião da morte do avô, estiver vivo o pai, e eles estavam sob o poder do avô, depois da morte daquele, os netos ficam sob o poder do pai. Se, ao tempo da morte do avô, o pai já era falecido ou saiu da família daquele, os filhos não podem recair sob o poder de ninguém e se tornam sui juris."

[16] WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 25.

[17] BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Carlos Alberto Medeiros(Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 16-17.

[18] Idem, ibidem.

[19] CAHALI, apud AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 06.

[20] FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13.

[21] FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 14.

[22]Art. 1567(Código Civil brasileiro de 2002)- *"A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.*

Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses."

Art. 1568 (Código Civil brasileiro de 2002)- *"Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial."*

[23] Oportuno observar que o retorno ao casamento como instituto-referência que melhor se adequou à parentalidade. A partir do vínculo do casamento hipoteticamente é formado um vínculo mais sólido para a parentalidade, tornando-a menos susceptível às alterações e às fatalidades.

[24] AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.15-16.

[25] Idem, ibidem.

[26] Segundo Grisolía, o desenvolvimento da Biotecnologia pode ser dividido em cinco fases: 1- Primeira fase, ainda no século XIX, tem como principal nome Louis Pasteur e se caracterizou pela seleção, pesquisa e descoberta de organismos de origem microbiana particularmente para processos de fermentação; 2- Período correspondente à Segunda Grande Guerra Mundial(1940-1950), se caracterizando pela produção de antibióticos, os nomes mais representativos são Chain Florey e em razão do descobrimento da penicilina, Fleming; 3- A década de 1950 se destacou pelos avanços na Bioquímica, sobretudo no tocante à compreensão do metabolismo intermediário; 4- Os avanços na genética molecular nos anos 60 marcam a quarta fase; 5- A quinta fase se inicia então nos anos 70 com as descobertas das enzimas de restrição e as ligases da estrutura da molécula de DNA até os dias de hoje. Para maiores detalhes, consultar: GRISOLIA, Santiago. A biotecnologia no terceiro milênio. In Carlos María Romeo Casabona.(Org). **Biotecnologia, Direito e Bioética**: Perspectivas em Direito Comparado. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 18.

[27] NOGUEIRA, Alcantara. **Poder e Humanismo**: o Humanismo em B. de Spinoza; O Humanismo em L. Feuerbach; O Humanismo em K. Marx. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989, p. 43. "E apesar de tudo isso, nunca se falou tanto como hoje em respeito aos direitos do homem e da preservação de sua liberdade, com a finalidade de lhe ser concedido um lugar condigno na sociedade e, desse modo, propiciar a eliminação do peso da opressão e o estigma da violência. Não se procura, todavia, reconhecer como causa preponderante o número reduzido dos que exercem o domínio das coisas e da sua ordenação, retirando delas toda a sorte de vantagens materiais. E para completar essa condição, a esses que têm o privilégio de impor se associam outros tantos cujo procedimento é semelhante cães de fila disciplinados, pertencentes a um número variável de categorias, atentos todos ao cumprimento que consideram dever e que, em termos gerais, consiste na manutenção da ordem pública e da paz social. Estes vocábulos levam esses dirigentes da sociedade a fazerem ecoar os seus sentimentos de todas as maneiras possíveis, utilizando as mais aperfeiçoadas técnicas- falada, escrita ou transmitida a imagem a distância. E essas pregações terminam por confundir a maioria dos que assistem ao espetáculo, sendo obrigados a nele tomarem parte, ou servem de arma para a ação dos que, direta ou indiretamente, conscientes ou não se acham a serviço dessa cruzada que reputam salvadora."

[28] Organização Mundial de Saúde. Adelantos Recientes en Materia de Concepción con Ayuda Medica: informe de un grupo científico de la OMS. Série de Informe Técnicos. 820. Genebra. 1992.

[29] Para um conceito de filiação, consultar: GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. **A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 27. O autor define a filiação como o estabelecimento de uma relação de parentesco, natural ou civil, entre a prole e seus respectivos pais.

[30] STRATHERN, Marilyn. **Reproducing the Future**: Essays on Antropology, Kinship and the New Reproductive Technologies. Manchester:Manchester University Press. 1992, p. 10.

[31] STRATHERN, Marilyn. Idem, ibidem, p. 10.

[32] STRATHERN, Marilyn. Op. cit , p. 11-12.

[33] BUSNELLI, Francesco Donato. De quem é o corpo que nasce? Do dogma jurídico da propriedade à perspectiva bioética da responsabilidade. In: Judith Martins-Costa e Letícia Ludwig Möller(Org.). **Bioética e Responsabilidade**

LACUNAS NA PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL DO NASCITURO: OS DELITOS DE ABORTO CULPOSO E DE LESÕES AO CONCEBIDO*

LAGUNAS EN LA PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DEL 'NASCITURUS': LOS DELITOS DE ABORTO IMPRUDENTE Y DE LESIONES AL CONCEBIDO

Gisele Mendes de Carvalho

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade demonstrar a existência de duas importantes lacunas de punibilidade no ordenamento jurídico-penal brasileiro: a ausência de um tipo delitivo que proteja a integridade física e mental do concebido, por um lado, e a atipicidade do aborto culposo, por outro. Para tanto, o texto parte da premissa inarredável de que a vida do ser humano em formação, assim como sua integridade física e psíquica, são bens jurídicos dignos de proteção penal que atualmente não são tutelados de forma suficiente e adequada pelo Direito Penal pátrio. A análise dos bens jurídicos implicados põe em evidência que tais bens jurídicos são dotados de autonomia com respeito à gestante, pois o concebido não é mera parte integrante do corpo materno, que já resulta protegido através dos delitos de homicídio e lesões corporais. Muito pelo contrário, o nascituro é uma forma de vida humana que, embora dependa do corpo da gestante para seu desenvolvimento e proteção, é dotada de autonomia suficiente a ponto de merecer a criação de delitos específicos destinados à sua tutela, como o são os crimes de aborto culposo (ao lado do aborto doloso, punível pelo Código Penal brasileiro) e de lesões ao concebido (tanto dolosas quanto culposas). Assim, ao longo desta exposição, serão analisados os principais aspectos da estrutura do tipo dos futuros delitos cuja criação aqui se sugere, além do estudo das formas imperfeitas de execução (tentativa), dos sujeitos ativo e passivo desses crimes e das penas que a prática dos mesmos deveria merecer por parte do ordenamento jurídico brasileiro. Tudo isso partindo da premissa fundamental de que a vida do concebido e sua integridade física e mental são bens jurídicos cuja proteção não pode seguir sendo indiferente ao Direito Penal pátrio.

PALAVRAS-CHAVES: VIDA HUMANA DEPENDENTE, INTEGRIDADE FÍSICA E MENTAL, ABORTO, LESÕES CORPORAIS, AMPLIAÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL DO CONCEBIDO, PROPOSTAS DE LEGE FERENDA

RESUMEN

El presente artículo tiene por finalidad demostrar la existencia de dos importantes lagunas de punibilidad en el ordenamiento jurídico penal brasileño: la ausencia de un tipo penal que proteja la integridad física y mental del nasciturus, por un lado, y la atipicidad del aborto imprudente, por otro. Para tanto, el texto parte de la premisa

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

ineludible de que la vida del ser humano en formación, así como su integridad física y psíquica, son bienes jurídicos dignos de protección penal, que en la actualidad no resultan suficiente y adecuadamente tutelados por el Derecho penal nacional. El análisis de los bienes jurídicos implicados pone de manifiesto que tales bienes jurídicos son dotados de autonomía con respecto a la embarazada, pues el concebido no es una mera parte integrante del cuerpo de la madre, que por lo demás ya resulta protegido a través delos delitos de homicidio y lesiones. Muy al contrario, el nasciturus es una forma de vida humana que, aunque dependa del cuerpo materno para su desarrollo y protección, posee autonomía suficiente como para merecer la creación de delitos específicos destinados a su tutela, como lo son los crímenes de aborto imprudente (a parte del aborto doloso, punible según el Código penal brasileño) y de lesiones al concebido (tanto dolosas como imprudentes). Así, a lo largo de esta exposición, se analizarán los principales aspectos de la estructura del tipo de los futuros delitos cuya incriminación aquí se propone, además del estudio de las formas imperfectas de ejecución (tentativa), de los sujetos activo y pasivo de estos crímenes y de las penas que la práctica de los mismos debería merecer por parte del ordenamiento jurídico brasileño. Todo ello en base a la premisa fundamental de que la vida del concebido y su integridad física y mental son bienes jurídicos cuya protección no puede seguir siendo indiferente al Derecho penal nacional.

PALAVRAS-CLAVE: VIDA HUMANA DEPENDIENTE, INTEGRIDAD FÍSICA Y MENTAL, ABORTO, LESIONES, AMPLIACIÓN DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL CONCEBIDO, PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

1. Considerações introdutórias

Os crescentes avanços na área da Medicina pré-natal e no campo da reprodução humana assistida permitiram, por um lado, um maior conhecimento a respeito dos procedimentos biológicos que marcam o início da vida humana, sendo possível, na atualidade, interferir no processo de sua criação mediante a obtenção de embriões *in vitro*, além de detectar, prevenir ou inclusive, em alguns casos, curar ou paliar enfermidades quando o ser humano encontra-se ainda no interior do ventre materno ou sequer foi transferido para dentro dele. Por outro lado, porém, essas descobertas evidenciaram a vulnerabilidade dessas tenras formas de vida humana frente às novas técnicas. Os riscos provocados pela colheita de material genético para a realização de diagnósticos pré-implantatórios, realizados sobre o embrião *in vitro*, ou o diagnóstico pré-natal, no caso em que o exame se realize sobre o nascituro, ou mesmo a terapia embrionária ou fetal, que tem por finalidade a cura ou a prevenção de doenças ou defeitos congênitos, as transfusões de sangue, as radiações e as intervenções cirúrgicas no interior do ventre materno, bem como as modernas técnicas obstétricas que facilitam ou aceleram o parto, apresentam-se como novas formas de agressão contra a vida e a integridade física e mental do concebido. Essas novas formas de agressão demandam uma resposta penal que tutele de forma suficiente e adequada esses bens jurídicos, e para tanto faz-se mister a criação de novas figuras delitivas que o Código Penal brasileiro, que data de 1940, não foi capaz de acolher à época de sua promulgação. Para sugerir esses tipos penais, contudo, é importante ter em conta que concebido e gestante

são dois sistemas biológicos distintos, pois o feto não é mera parte integrante do corpo da mãe, embora dela dependa durante a gestação. O ser humano não nascido é titular de um direito à vida e à integridade física e psíquica que necessitam de proteção, pois nem todo ataque à vida e à integridade física da gestante constitui necessariamente uma agressão ao nascituro. Daí porque se propõe aqui a criação de dois novos crimes no ordenamento jurídico-penal brasileiro: o aborto culposo e as lesões (dolosas e culposas) ao concebido.

2. Bens jurídicos necessitados de proteção: vida humana dependente e integridade física e psíquica do concebido

De tudo quanto foi dito, deduz-se que os bens jurídicos necessitados de proteção, e que ganhariam uma tutela adequada com a criação dos tipos penais antes sugeridos, são fundamentalmente a vida humana dependente, para o delito de aborto culposo (bem jurídico que atualmente só resulta parcialmente tutelado através do crime de aborto doloso) e a integridade física e psíquica do ser humano em formação.

No que diz respeito à vida humana dependente, faz-se mister destacar que se trata da vida humana que, em oposição à vida humana independente, ainda se encontra vinculada ao corpo materno e dele depende para seu desenvolvimento e sobrevivência. Há momentos, porém, em que a delimitação entre vida humana dependente e independente carece de maior precisão, como ocorre no momento do parto. Daí porque torna-se imprescindível, para o nosso estudo, traçar os limites mínimo e máximo da vida humana em formação. Para a análise do conceito de vida humana dependente, isto é, anterior ao nascimento, utilizaremos um método bastante empregado pelo Direito, particularmente pelo Direito Penal: a identificação de um substrato como pressuposto para o reconhecimento da existência de um bem jurídico digno de proteção pelo Direito. De acordo com esse critério metodológico, parte-se dos conhecimentos biológicos obtidos sobre o começo da vida humana -substrato ontológico ou natural-, com o fim de alcançar o conhecimento mais exato e fiel possível à matéria objeto de valoração jurídica. A partir daí, será possível identificar os distintos bens dignos de proteção jurídica, através da projeção de valorações, isto é, de juízos axiológicos, sobre a realidade biológica e os distintos fenômenos biológicos. O resultado dessa valoração demonstrará se essa realidade deve ser protegida pelo Direito e com que intensidade, o que por sua vez levará a decidir sobre qual setor do ordenamento jurídico (Direito Civil, Administrativo ou Penal) incumbirá essa tarefa e frente a que comportamentos (agressões) que possam lesar esse bem jurídico ele deverá intervir[1].

O ser humano tem origem a partir de uma única célula (o óvulo fecundado ou zigoto), que se transforma em um organismo com bilhões de células. O zigoto, como célula inicial única, contém toda a informação genética que constitui o "programa de desenvolvimento" do organismo. A partir da fecundação, o zigoto transforma-se em *blastômero* (embrião de 2 a 8 células), *mórula* (embrião de no máximo 64 células, que se forma 3 ou 4 dias após a fecundação) e *blastocisto*. Nessa última etapa, tem início o processo de fixação do embrião na parede do útero, denominado *nidação* ou *nidificação*. A nidação começa cerca de sete dias após a fecundação, quando o embrião

alcança a etapa de blastocisto, e termina por volta dos quatorze dias[2]. É importante observar que, até o momento da nidação, o ser humano ainda não se encontra perfeitamente individualizado, pois não possui as características da *unicidade* (qualidade de ser uno e indivisível) e *unidade* (ser único e inconfundível): a primeira exclui a possibilidade de formação de gêmeos univitelinos, pela divisão do zigoto em dois ou mais embriões, e a segunda se consubstancia na garantia de que o óvulo fecundado não mais poderá fundir-se com outro embrião, dando origem às chamadas "quimeras humanas"[3]. O momento da nidação, portanto, supõe algo mais do que a fixação do embrião no útero materno: significa a formação de um novo indivíduo, no sentido mais completo da palavra.

Após a nidação, tem início a fase de *gástrula,* na qual se diferenciam as três camadas germinais primitivas (ectodermo, mesodermo e endodermo) das quais derivarão os tecidos e órgãos do futuro organismo[4]. O *embrião* continua seu desenvolvimento de forma que ao final da quarta semana já é possível dizer que existe um plano geral do futuro ser, sendo que por volta da oitava semana termina a fase embrionária e inicia-se a fase fetal. A última etapa consiste no desenvolvimento do *feto,* do terceiro ao nono mês, que então dará lugar ao nascimento de um ser humano. Feto, portanto, é o embrião com aparência humana e órgãos já formados, que a partir de então madurarão paulatinamente até o momento do parto. Inicialmente, a ciência distinguia tão-somente entre os conceitos de embrião e feto, fronteira que, como já visto, se demarcava a partir do terceiro mês de gestação. Contudo, a partir do momento em que se tornou possível o congelamento ou crioconservação de óvulos fecundados em laboratório por tempo indeterminado, como mais adiante se verá, um novo termo passou a ser utilizado nos laboratórios, e ganhou espaço na literatura médica em geral: o embrião pré-implantatório ou pré-embrião. O termo "pré-embrião", porém, será mais ou menos utilizado segundo a teoria biológica sobre o desenvolvimento intra-uterino do ser humano que se pretenda adotar. De acordo com a *teoria concepcista*, o desenvolvimento intra-uterino do ser humano pode ser dividido em apenas duas etapas (embrionária, até o início do terceiro mês de gravidez, e fetal, do terceiro mês até o nascimento). Por outra parte, segundo a *teoria genético-desenvolvimentista*, são três as fases atravessadas pelo ser humano em gestação: pré-embrionária, embrionária e fetal, sendo que durante a primeira, que vai da fecundação até o décimo quarto dia de vida, deve-se conceder uma forma de proteção distinta da que se outorga ao embrião propriamente dito, implantado no útero materno. Como se poderá inferir ao longo do presente artigo, opta-se aqui pela adoção da segunda teoria, mais moderna e condizente com os avanços recentemente experimentados pela ciência, de forma que se preferiremos denominar "embrião pré-implantatório" ou "pré-embrião" ao ser humano em formação desde a concepção até o décimo quarto dia de vida[5].

Essa distinção do ponto de vista biológico, porém, acarreta necessariamente também uma distinção do ponto de vista axiológico ou valorativo, em função do progresso qualitativo que se opera na vida humana em formação a partir do momento em que o pré-embrião se torna embrião, é dizer, a partir do momento em que o mesmo, cumpridas as duas primeiras semanas de vida, se fixa na parece do útero materno, dando início à gestação propriamente dita. Não resta dúvida de que a nidação, assim como o nascimento, supõe um incremento da condição humana que implica, por sua vez, um maior respeito e proteção a essa forma de vida, cujo desenvolvimento passa agora a ter uma maior estabilidade em relação à etapa anterior. E tudo isso se deve a uma série de alterações e acontecimentos biológicos vividos pelo pré-embrião, tal como ocorre

também com o parto, que conquanto seja um dado de caráter estritamente ontológico, inaugura uma nova condição à pessoa humana -a vida humana independente- que por sua vez dá lugar a importantes conseqüências normativas que iremos destacar ao longo do presente estudo. Por outro lado, o fato de que o pré-embrião tenha se fixado no ventre materno também possui um significado especial, já que o útero não é apenas um espaço físico mais onde se pode "armazenar" o pré-embrião, tal como se faz nos laboratórios. Pelo contrário, o fato de encontrar-se o pré-embrião no interior útero materno significa que durante nove meses esse ser humano em formação evoluirá até o ponto de converter-se em uma vida humana independente da vida materna, enquanto que em um laboratório o pré-embrião pode permanecer meses, anos ou inclusive décadas sem jamais chegar a converter-se em pessoa[6]. Em outras palavras, entende-se que não se justifica "a tutela jurídica do embrião enquanto tal, senão apenas a tutela do embrião destinado a nascer, ou seja, destinado a converter-se em pessoa e, portanto, consistente, em concreto e não em abstrato, em uma potencialidade de pessoa, isto é, em uma pessoa futura"[7].

O correto emprego da metodologia antes referida requer a distinção entre as diversas fases ou etapas atravessadas pela vida humana ao longo de seu desenvolvimento, já que os diferentes cortes biológicos implicarão também, como veremos, valorações jurídicas e tomas de postura diversas quanto ao nível de proteção jurídica que lhes deve ser outorgado[8]. Assim, quanto mais se desenvolve o ser humano em formação, maior deve ser a importância (*aspecto valorativo*) que terá a vida que possui a potencialidade em si mesma de dar lugar a um ser humano (*aspecto ontológico*)[9].

Não resta dúvida de que o marco biológico do nascimento é acompanhado pela passagem do ser humano a um nível axiológico diferente, e tanto é assim que também o ordenamento jurídico responde de maneira diversa às agressões perpetradas após o nascimento, cominando penas mais graves ao homicídio que ao aborto. Dito de outra forma, a passagem da categoria de vida humana dependente à vida humana independente implica o fato de que, do ponto de vista valorativo, a alteração da condição físico-biológica ser humano é acompanhada neste momento por uma espécie de "reforço" do véu axiológico protetor que supõe a própria definição de pessoa. Isso não significa que antes do alumbramento não exista vida ou pessoa humana. Não resta dúvida de que o óvulo fecundado pelo espermatozóide dá origem a uma nova forma de vida humana, que se mantém desenvolve ao longo das etapas embrionária e fetal, embora a agressão operada nessas fases não seja sancionada pelo ordenamento jurídico-penal com os mesmos rigores das agressões levadas a cabo contra os seres humanos já nascidos. Significa tão-somente que após o nascimento, a vida humana entra em uma nova etapa biológica, independente da vida materna, e nessa nova etapa -e pelo simples fato de tê-la alcançado- o ser humano passa a ser merecedor de uma proteção mais efetiva por parte do ordenamento jurídico. Tudo isso vem a corroborar o fato de que a vida humana não se reduz à mera existência físico-biológica, mas se traduz em uma realidade dotada de um significado especial, que a distingue de todos os demais seres vivos: sua dignidade como pessoa.

Desde logo, é importante esclarecer que o conceito de pessoa a que nos referimos aqui não se confunde com o conceito de personalidade do Direito Civil, é dizer, ao conceito de pessoa como sujeito titular de direitos e obrigações. Pelo contrário: o conceito de pessoa humana aqui vicejado independe do fato de que ao ser humano se lhe possam atribuir direitos e obrigações na ordem civil, mas sim diz respeito à própria essência do

ser humano -sua dignidade-, que lhe caracteriza como homem e o diferencia dos demais seres vivos. Daí porque é força concluir que a condição de pessoa e a dignidade que dela emana não há de ser outorgada ou conferida ao ser humano a partir da constatação de determinados requisitos -como ocorre com a personalidade civil, que no Brasil está condicionada ao nascimento com vida (art.2º, Código Civil)-, mas é algo inerente ao ser humano pelo simples fato de sê-lo, sem que se lhe possa atribuir ou retirar por razão alguma. A dignidade não é nenhum bem ou direito que se atribui ao homem, mas sim uma característica intrínseca e indelevelmente associada à pessoa humana enquanto tal, existente, portanto, com independência de sua previsão legislativa[10]. É muito importante que se faça essa distinção, pois uma confusão entre os conceitos de pessoa humana, titular da dignidade inerente a todo ser humano, e personalidade civil, atributo que se reconhece ao ser humano como condição para o exercício de direitos e obrigações na ordem civil, pode levar a uma redução do primeiro conceito aos estreitos limites do segundo, o que resultaria de todo indesejável.

Demais disso, outro importante aspecto que se deve levar em conta é que há muito tempo foi abandonada a idéia de que o Direito Penal tem por finalidade a tutela de direitos subjetivos, sendo que o pensamento jurídico moderno se assenta no fato de que o escopo imediato e primordial desse ramo do Direito reside na proteção de bens jurídicos -essenciais ao indivíduo e à comunidade- dentro do quadro axiológico constitucional ou decorrente da concepção de Estado de Direito democrático e social[11]. Tais bens, como indica o próprio sentido da expressão "bem jurídico", são bens do Direito, e nesse sentido merecem proteção independentemente de qual seja o interesse que neles tenha o seu titular e da forma como ele queira fazer valer esse interesse (geralmente, através da defesa do direito subjetivo que o acompanha)[12]. Daí porque ao Direito Penal não lhe interessa a prévia constatação da existência de personalidade -enquanto personalidade civil- como condição para a proteção da vida do ser humano em formação, porque independentemente do fato de que o embrião ou feto seja ou não titular de direitos e obrigações na ordem civil, não resta dúvida de que ele é sim titular de bens jurídicos, pois no interior do ventre materno existe uma vida humana dependente cuja tutela se impõe[13]. Outra coisa é que, do ponto de vista jurídico-civil, queira-se discutir a titularidade do direito constitucional à vida por parte do nascituro, discussão em que, embora não venha ao caso aprofundar-se, parece encerrada no sentido da resposta afirmativa, segundo o disposto no artigo 2º do Código Civil brasileiro.

Assim, a vida humana tem início com a concepção, ainda que até o nascimento apenas se possa falar em vida humana dependente da mãe, e termina com a morte. Calha aqui assinalar que a proteção penal amplia-se a partir do nascimento, quando o delito de *aborto* cede lugar ao *homicídio*[14], admitindo-se assim, consoante se expôs, uma graduação na valoração do bem jurídico vida. Em que pese essas distintas valorações existentes ao longo do desenvolvimento do homem, há em todos os casos identidade de bem jurídico, já que a todo o momento tutela-se a vida humana, isto é, o ser humano enquanto realidade biopsicológica[15]. Opera-se diferenciação, porém, no que tange ao *objeto material* do delito, vale dizer, quanto ao elemento sobre o qual recai a conduta incriminada, que representa a materialização do bem jurídico vida em cada um dos tipos penais. Até o décimo quarto dia após a fecundação, o zigoto remanesce um conjunto de células totipotentes não-individualizadas (pré-embrião). Somente quando fixado na parede do útero materno (processo denominado *nidação*) o embrião adquire individualização e tem início a tutela constitucional da vida humana[16]. Portanto,

embora já se possa falar em vida humana a partir da fusão entre óvulo e espermatozóide, a proteção da mesma situa-se em momento diverso, por cuidar-se aqui de questão jurídica, e não biológica.

Interessante questão vem à tona quando da determinação do momento do nascimento como início da vida humana independente. O nascimento é um processo mais ou menos longo, não instantâneo, que principia com as dores do parto e culmina com o total desprendimento do feto do ventre materno. O marco que separa o feto da condição de pessoa reside no início do nascimento, que se caracteriza pelos *labores parturientium*, naturais ou determinados por procedimentos artificiais, como o corte cirúrgico da cesárea, independentemente da expulsão parcial do feto ou de sua visibilidade exterior[17]. A relevância jurídica da precisão do início da vida humana independente é manifesta, já que a partir desse instante opera-se uma modificação nas valorações jurídico-penais do injusto e da culpabilidade, em razão da existência de uma vida autenticamente autônoma. Conforme já destacado, a mudança da qualidade jurídica do objeto material é decisiva para a qualificação jurídico-penal do fato como homicídio ou como aborto. Assim, até o início do nascimento, qualquer pessoa que atente contra o nascituro incidirá nas penas do delito de *aborto* (arts.124 a 128, CP), por se tratar o bem jurídico em questão de vida humana dependente, ainda subordinada à vida da mãe. Com as dores do parto e as contrações de dilatação, tem início a vida humana independente, bem jurídico do delito de *homicídio* (art.121, CP). Solução diversa implicaria manifesta contradição, vez que, no delito de infanticídio (art.123, CP), a morte do próprio filho dada pela mãe durante o parto ou logo após o mesmo, sob influência do estado puerperal, acarreta conseqüências jurídicas manifestamente mais gravosas que as do delito de aborto, de modo que, admitido o adiamento da tutela da vida humana independente para o momento da completa expulsão do feto do claustro materno, chegar-se-ia ao absurdo de se reservar sanções mais severas para a mãe que mata o próprio filho em razão do estado puerperal do que para aquela que o faz sem qualquer influência daquela condição biopsicológica. Por fim, atente-se para o fato de que quaisquer exigências posteriores ao início do parto devem ser abandonadas, de modo que é irrelevante, para a existência de vida humana autônoma, o corte do cordão umbilical ou a prova da respiração do recém-nascido, devendo ainda com mais razão serem abandonados critérios relativos à sua viabilidade, por suporem a aceitação de intoleráveis concepções eugênicas.

Dito isto, cumpre determinar se a vida humana, em suas diferentes etapas, encontra-se suficientemente tutelada do ponto de vista jurídico-penal. Como já destacamos anteriormente, a partir da fecundação, a vida do ser humano em formação é protegida através do delito de aborto, desde que o mesmo se encontre no interior do ventre materno. Antes disso, o pré-embrião *in vitro*, é protegido pelo Direito Penal brasileiro através da criminalização da utilização irregular (art.24) e da manipulação genética de embriões humanos (art.25, Lei 11.105/2005, ou Lei de Biossegurança), embora a lei nada mencione a respeito de sua destruição, sendo incabível a analogia com o delito de aborto, já que os mesmos encontram-se fora do claustro materno[18]. Estima-se correta a decisão do legislador brasileiro, pois assim como o Direito Penal não outorga idêntica proteção à vida humana dependente e independente, e tal distinção valorativa não implica necessariamente uma debilitação da tutela jurídica da vida humana, nada impede que o legislador proteja de forma diversa a vida humana antes e depois da nidação -momento que, como destacado, supõe um incremento valorativo da existência embrionária, que passa a se revestir das características de *unidade* e *unicidade*- sendo

possível que opte, inclusive, por não intervir quando se trata da destruição da vida humana até o décimo quarto dia após a fecundação[19].

É claro que, ao advogar em favor de um tratamento distinto entre o embrião pré-implantatório e o embrião já implantado no útero materno, concedendo-se assim uma importância fundamental ao momento da nidação, abrem-se as portas para uma intensa discussão em torno à polêmica questão da admissibilidade do aborto doloso nas primeiras semanas de gestação, favorecendo-se a acolhida de um sistema de prazos em detrimento do sistema de indicações, atualmente vigente no Brasil (art.128, I e II, CP)[20]. Não é essa, porém, a intenção do presente trabalho, já que a discussão em torno ao sistema mais conveniente de aborto legal extrapolaria em muito os objetivos do presente artigo. Por hora, basta deixar claro que não só não é nossa intenção discutir esse polêmico tema, como tampouco pretendemos que, como consequência do tratamento distinto que acreditamos deva ser concedido ao embrião pré-implantatório, isso possa ser utilizado como argumento em favor da adoção do sistema de prazos para o aborto. Pelo contrário, ao estabelecer como um marco relevante o momento da fixação do pré-embrião no útero materno, tratamos de deixar claro, para logo, a importância do fato de que o pré-embrião seja acolhido no interior do ventre feminino, fato este que põe em evidência a diferença de tratamento que acreditamos deva existir entre o pré-embrião conservado em laboratório e aquele que já habita o útero materno, mesmo antes da nidação. Dito de outra forma, entendemos que tampouco devem ser equiparados em dignidade o pré-embrião conservado em laboratório e aquele que, entre o momento da fecundação e o da nidação, já se encontra no interior do ventre materno, razão pela qual nos pronunciamos contrariamente à acolhida do sistema de prazos para o aborto legal.

Pois bem, nesse particular aspecto, contata-se a presença de duas importantes lacunas no ordenamento penal brasileiro. Ora, no período que vai do início da gravidez (nidação) até o nascimento, é inegável a possibilidade de lesão, através do emprego das técnicas de engenharia genética e de diagnóstico pré-natal, dos bens jurídicos vida humana e integridade física do ser humano em formação. Destarte, diante dos recentes avanços operados no campo da Medicina pré-natal, particularmente através do desenvolvimento de poderosos métodos obstétricos de detenção e prevenção de enfermidades de origem genética (diagnóstico pré-natal, terapia genética intra-uterina, transfusões de sangue, radioterapias e intervenções cirúrgicas sobre o embrião ou feto), e não obstante a proteção da vida humana do nascituro já seja efetuada pelo Direito Penal através do delito de aborto, seria conveniente que lhe fosse dispensada uma tutela mais ampla, que abarcasse também sua integridade física e psíquica, aos moldes do que já ocorre em outras legislações (p. ex., arts. 157 e 158 do Código Penal espanhol de 1995[21]), pois não resta dúvida de que, embora com tais intervenções se busque a melhora da saúde do nascituro, é possível que através delas eventualmente se produzam danos à mesma[22]. É importante destacar que as lesões cuja sanção se propõe devem ser graves o bastante para comprometer seriamente o desenvolvimento do embrião ou feto, provocando-lhes um dano físico ou psíquico considerável. De qualquer maneira, o certo é que já não se pode pretender que o concebido seja considerado vítima do delito de lesões corporais, pois, por mais que as lesões que lhe sejam causadas durante a gestação pudessem perpetuar-se para além do nascimento, tem-se que a figura do artigo 129 do Código Penal é delito instantâneo de efeitos permanentes, e não delito permanente, e tendo em vista que o legislador pátrio considera tempo do crime o momento em que foi perpetrada a ação ou omissão delituosa (*teoria da atividade ou da ação*, art.4º, CP), o que teria lugar após o nascimento seria apenas um resultado lesivo produzido com

anterioridade e impunível segundo a sistemática atual, mas não um delito de lesões corporais[23]. Dessa forma, assim como não se pune como homicídio, e sim como aborto, a conduta que atenta contra a vida do concebido ainda no útero materno e que culmina com a morte do feto após o nascimento, não teria sentido sancionar como lesões corporais do artigo 129 do Código Penal as agressões à integridade corporal do nascituro perpetradas durante a gestação[24]. Do ponto de vista da legalidade penal, aliás, não haveria outra solução, pois "o resultado *se manifesta* ou se produz após o nascimento, mas a *agressão* -a ação- recai sobre o feto, que é titular de um bem jurídico distinto; a particularidade de que haja uma evolução, um trânsito, de um bem jurídico a outro não deve desviar nossa atenção de quem em realidade é que sofre a agressão, pois o momento do nascimento, no qual se produz a mudança no objeto da agressão (de feto a indivíduo), determina um corte quanto à consideração do bem jurídico protegido (vida humana dependente e independente, respectivamente)"[25].

Por outro lado, tem-se que a vida humana dependente, isto é, a vida do ser humano em formação no interior do ventre materno, só resulta protegida, de acordo com o Código Penal brasileiro, contra as agressões *dolosas* que contra ela pratiquem a própria gestante (art.124, CP) ou um terceiro, com ou sem o consentimento da mesma (arts.125 e 126, CP). Contudo, não existe proteção jurídico-penal para a vida do pré-embrião, embrião ou feto em gestação quando as agressões contra esse importante bem jurídico sejam provocadas por imprudência, negligência ou imperícia, ou seja, quando tenham caráter *culposo*. Não se pode considerar suficiente a previsão do aborto culposo como resultado que qualifica as lesões corporais dolosas (art.129, §2º, V, CP), pois nesse caso a ação delituosa dirige-se à lesão da integridade física da gestante, e não do concebido[26]. Impõe reconhecer que da mesma forma como nem todo atentado à saúde da gestante pode ser considerado simultaneamente uma agressão à integridade do embrião ou feto, nem toda lesão causada ao nascituro repercutirá necessariamente sobre a saúde da mãe, pois o concebido não é simples parte do corpo da mulher, devendo sua integridade corporal ser guindada à categoria de bem jurídico autônomo e digno de tutela penal[27]. Assim, se o Direito Penal pátrio não dispõe dos instrumentos necessários à proteção da integridade física e psíquica do nascituro, urge que sejam cunhados instrumentos jurídicos de proteção a esse bem jurídico. O que não se pode pleitear é o recurso à analogia com a finalidade de inserir nos tipos penais já existentes os comportamentos aqui referidos, lançando-se mão de um expediente inadmissível em matéria penal, quando utilizado em prejuízo do réu[28].

Por essa razão, passaremos a expor, a seguir, duas sugestões de *lege ferenda* para a alteração do Código Penal brasileiro, com o propósito de outorgar uma tutela mais completa e adequada à vida e à integridade física do nascituro, suprimindo a intolerável lacuna de punibilidade antes assinalada: a criação dos delitos de aborto culposo e de lesões ao concebido, nos moldes que proporemos nos próximos itens.

3. Estrutura do tipo de injusto dos delitos de aborto culposo e de lesões ao concebido

3.1. Aborto culposo

As recentes descobertas em Genética humana estão permitindo a determinação e análise do componente genético fetal, e graças a elas está-se abrindo o caminho para a aplicação de diferentes medidas terapêuticas em relação ao embrião e ao feto (concebido[29]). Para tanto, em muito contribui o emprego da técnica denominada diagnóstico pré-natal, como prática da *Medicina preditiva*, e que pode ser conceituado como o conjunto de procedimentos de que dispõe a Medicina para obter informações sobre os defeitos congênitos (assim entendidas as anomalias do desenvolvimento morfológico, estrutural, funcional ou molecular, externas ou internas, hereditárias ou não) do concebido[30]. Por meio dessas técnicas, é possível diagnosticar uma enfermidade ou uma malformação fetal e inclusive predizer o sexo do ser humano em formação, o que por outro lado possui a vantagem de detectar a possível presença de doenças ligadas ao sexo (como a hemofilia e a distrofia muscular de Duchenne). Entre as finalidades a que se prestam esses exames, estão a de tranqüilizar os genitores a respeito da saúde e a viabilidade do feto; permitir o tratamento (medicamentoso ou inclusive cirúrgico) do concebido, com o fim de curar ou ao menos paliar certas enfermidades (a denominada *terapia fetal*); indicar a melhor forma de realizar o parto (p. ex., aconselhando-se uma cesariana); determinar o tratamento a seguir com o recém-nascido após o parto, ou adotar a decisão do aborto eugênico, nos países em que o mesmo é permitido[31].

São diversas as técnicas invasivas e não invasivas de que dispõe a Medicina preditiva para diagnosticar precocemente anomalias fetais de todo o tipo: ecografia, embrioscopia e fetoscopia, biópsia corial, radiografias, coriocentese, funiculocentese ou acesso direto ao sangue fetal, amniocentese, entre outras. De todas as técnicas citadas, a aminiocentese é a que permite atualmente detectar com mais precisão um maior número de enfermidades congênitas, relacionadas a alterações cromossômicas (p. ex., síndromes de Down, de Turner ou de Klinefelter), desequilíbrios metabólicos, doenças do tubo neural (espinha bífida), enfermidades vinculadas ao sexo, predisposição a enfermidades que só aparecerão mais tarde, na infância ou na idade adulta. O procedimento, considerado muito invasivo, consiste na extração de uma amostra do líquido amniótico, normalmente a partir da 16ª semana de gestação, mediante uma punção na cavidade abdominal, seguida do cultivo das células fetais contidas nesse líquido e a determinação da quantidade de alfa-proteína nele presente[32]. Essa técnica apresenta diversos riscos, como perda fetal (aborto espontâneo, morte intrauterina, natimortos), lesões ou infecções fetais, perturbações neonatais e complicações para a gestante (perfuração visceral, desprendimento prematuro da placenta, ruptura da bolsa amniótica, infecções várias, contrações uterinas e aceleração de parto, hemorragia pós-parto e inclusive morte da mulher)[33]. Contudo, pouco a pouco vão-se aperfeiçoando e reduzindo progressivamente os riscos inerentes a este exame, situando-se atualmente a taxa de abortos em virtude da amniocentese na casa dos 2%, mesmo índice dos demais riscos para a gestante e o concebido. Contudo, cumpre destacar que essa taxa não é insignificante, e pode ser maior quando a técnica utilizada é de invenção recente, razão pela qual não se justifica a ausência de uma adequada proteção penal da vida e da integridade do embrião e do feto, tal e como se encontra hoje no Código Penal brasileiro.

Atualmente, a vida do concebido é protegida nos arts.124 a 128, CP, contra as agressões dolosas à mesma, mas não resta dúvida de que os procedimentos pré-natais antes

citados poderão por em risco a vida do embrião ou feto através de ações dirigidas em princípio à melhoria da sua saúde, mas que por imprudência, negligência ou imperícia do profissional sanitário, terminam comprometendo esses bens jurídicos. Dito de outro modo, o mais comum é que essas técnicas provoquem o aborto culposo, e não doloso, do concebido, e em tais casos, diante do panorama atual da legislação brasileira, a vida do concebido restará completamente carente de proteção, pois sequer é necessário reiterar a absoluta impossibilidade de aplicação das penas do homicídio culposo (art.121, §3º, CP) a estes casos, já que tal delito destina-se exclusivamente à proteção do ser humano vivente ou já nascido. Assim, após o início das contrações uterinas que antecedem o parto, ou do corte cirúrgico da cesárea, começa a vida humana independente e as agressões culposas à vida do sujeito seriam punidas como homicídio; antes disso, porém, a morte do concebido provocada por imprudência, negligência ou imperícia não merece outro tratamento no Brasil senão a impunidade.

De fato, a única forma de aborto culposo punível de acordo com a lei penal brasileira é a do art.129, §2º, V, CP, em que a morte do embrião ou feto tem lugar em virtude de uma lesão corporal dolosa provocada na pessoa da gestante. Não resta dúvida de que o bem jurídico protegido aqui é também, além da integridade física da mulher grávida, a vida do concebido, mas atente-se para o fato de que é necessário que o autor do delito provoque uma lesão dolosa da integridade física da gestante para que a punição do aborto culposo tenha lugar, coisa que nem sempre sucederá, pois ao realizar alguma das técnicas diagnósticas pré-natais antes citadas, o médico por vezes atuará sem o dolo de lesar a integridade da mulher, mas tão-somente com o propósito de curá-la ou tratá-la (isto é, quando a técnica em questão visa proteger a saúde da própria gestante). Em tais casos, a doutrina entende que a lesão corporal deverá ser reputada atípica, por ausência de desvalor da ação e desvalor do resultado, e, portanto, não se adequará ao tipo do delito do art.129, CP. Por outro lado, quando o médico atua imbuído da finalidade de tratar ou curar o concebido (terceira pessoa, distinta da gestante), a lacuna legislativa resulta menos grave, pois quando a intervenção cirúrgica tem por fim favorecer terceiro, a doutrina majoritária estima que o facultativo atuará com o dolo de lesar[34], estando a ação apenas justificada pelo consentimento da gestante e, no caso em que a intervenção cause a morte culposa do embrião ou feto, a aplicação do art.129, §2º, V, CP, seria adequada e suficiente.

A lacuna de punibilidade com respeito ao aborto culposo subsistiria, contudo, quando o autor das lesões corporais à gestante não seja profissional da área médica que aplique alguma das técnicas de Medicina preditiva. Assim, p. ex., pode-se imaginar o não raro fato de que o sujeito, ao dirigir veículo automotor, atropele uma gestante em avançado estado de gravidez (pois a adequação típica do aborto culposo exigirá a consciência desse estado, como decorrência do postulado da responsabilidade penal subjetiva[35]). Em tais hipóteses, o autor responderá pelas lesões corporais culposas na direção de veículo automotor (art.303, Lei 9.503/97), mas não pelo aborto culposo em concurso (formal) de crimes, já que o mesmo não possui autonomia típica em nosso ordenamento, figurando apenas como uma qualificadora do delito de lesões corporais dolosas previsto no Código Penal. A vida do concebido, em tais situações, resultará totalmente desprotegida, não havendo possibilidade alguma de responsabilização criminal do autor do aborto culposo.

3.2. Lesões ao concebido

Conforme já destacado, atualmente, as amplas possibilidades de acesso ao concebido com fins terapêuticos ou de pesquisa representam graves riscos aos quais ficam expostas não só a vida, como também a integridade física e inclusive psíquica do ser humano em formação, comprometendo o seu normal desenvolvimento. Tais lesões, geralmente efetuadas através do corpo materno, podem dar lugar a graves malformações no corpo do concebido que serão determinantes para o desenvolvimento anômalo do mesmo durante a gestação e para que este, quando nasça, padeça diversas anomalias em sua integridade física e psíquica, podendo inclusive vir a falecer em virtude delas[36]. Com o fim de garantir a proteção desse importante bem jurídico não só à pessoa já nascida, mas também ao concebido, suprindo assim uma grave lacuna legislativa em nosso ordenamento, estima-se adequada a criação do tipo de lesões ao concebido, tanto *doloso* como *culposo* (este último, aliás, é o que na prática se verificará com maior frequência, pois tais lesões serão causadas em geral por profissionais sanitários durante exames pré-natais e afins, mediante a execução de manobras imperitas). A própria gestante, porém, deveria ficar isenta de pena no que tange à provocação culposa dessas lesões, por razões que oportunamente exporemos[37].

3.2.1. Tipo doloso

No ordenamento jurídico brasileiro, só são puníveis as lesões corporais dolosas (art.129, CP) dirigidas ao menoscabo da integridade física do ser humano já nascido, é dizer, provocadas no sujeito passivo em qualquer momento posterior ao início do parto até sua morte[38]. Antes desse momento, não existe nenhuma figura típica na legislação penal pátria que sancione as lesões corporais à integridade física ou psíquica do concebido, e não caberia analogia com o tipo do art.129, CP, já que, conforme destacado anteriormente, esse procedimento é absolutamente vedado em matéria penal quando em prejuízo do réu, como seria nessa hipótese.

Embora menos frequentes que as lesões *culposas* (mais comuns no âmbito da prática médica), não resta dúvida de que as lesões *dolosas* à integridade física ou mesmo psíquica do embrião ou feto deveriam ser criminalizadas em nosso ordenamento[39]. Também o concebido é titular do direito à integridade física e psíquica, e nesse sentido não existe razão para o esse importante bem jurídico reste desprotegido pelo Direito Penal brasileiro. Pense-se nas graves consequências que uma lesão durante a gestação poderia gerar ao longo de toda a vida do ser humano que vai nascer. O fato de que a ação que provocou as lesões ocorreu durante a gestação, e não após o parto, contudo, faria com que o comportamento do agressor fosse atípico, pois, como já salientado, ao adotar o Código Penal brasileiro a *teoria da atividade ou da ação* (art.4º, CP), e não do resultado ou evento, para o tempo do crime, não se poderia subsumir a agressão ao tipo do art.129, CP.

A estrutura do tipo de injusto do delito de lesões ao concebido deveria abarcar todas aquelas ações que causem no embrião ou feto humano uma lesão ou enfermidade que comprometa gravemente o seu desenvolvimento normal, ou que provoque no concebido um grave menoscabo físico ou psíquico. Tal descrição abarcaria qualquer método ou procedimento capaz de provocar uma alteração patológica de caráter anatômico ou funcional no concebido, que afete seus membros, sentidos ou funções (p. ex., que ele nasça sem um dos braços, cego, ou com dificuldades cardiorrespiratórias), ou uma alteração somática do conjunto do organismo (p. ex., que seja portador do vírus da AIDS por um contágio ocorrido durante a gestação[40]), ou ainda uma alteração de suas funções psíquicas (doenças mentais) que gere o comprometimento das funções intelectivas. "Grave menoscabo físico ou psíquico", por sua vez, deve ser entendido como um déficit físico ou mental de cunho permanente e irreparável. A relevância da ação típica, porém, deveria ficar sempre condicionada ao fato de que as lesões possam comprometer gravemente o desenvolvimento posterior do concebido após o nascimento. Assim, a ação delitiva deve ocorrer durante a gravidez, mas os resultados podem se manifestar já no interior do ventre materno ou só algum tempo depois do parto. O importante, destarte, é que as consequências da lesão se protraiam para além do período da gestação. Ficariam excluídas, portanto, aquelas ações lesivas que provocassem consequências limitadas ao período pré-natal, mas que pudessem ser sanadas antes do nascimento (p. ex., porque o próprio concebido se recuperasse naturalmente do trauma, ou porque algum tratamento médico-cirúrgico intrauterino eliminasse por completo a lesão), pois as mesmas não comprometeriam de forma alguma a vida futura do concebido[41].

O tipo de lesões ao concebido também poderia ser cometido por omissão, quando o sujeito ativo ocupasse a posição de garante do bem jurídico protegido (art.13, §2º, CP). Assim, p. ex., cometeria esse delito por omissão o médico que sabe que a gestante consome algum medicamento capaz de causar malformações fetais (p. ex., talidomida, isotretinoína) e não a adverte desse risco[42].

Caberiam tanto o dolo direto quanto o eventual, sendo mais comum este último, em que o agente, embora não queira diretamente o resultado, assume o risco de produzi-lo (art.18, I, *in fine*, CP). É o que ocorre no exemplo do médico, antes citado, que não relata à paciente os efeitos potencialmente danosos de um medicamento para a formação do feto, sabendo-a grávida, ou daquele que contagia propositadamente a gestante com o vírus da AIDS, correndo o risco de que o mesmo seja transmitido ao concebido pela corrente sanguínea[43], ou ainda de quem golpeia fortemente a gestante, provocando lesões à integridade física tanto dela quanto do feto. Nada impediria, ademais, que a própria mulher grávida causasse as lesões dolosas ao concebido por dolo eventual, ao ingerir remédios que ela sabe serem capazes de causar malformação fetal, ou ao praticar de forma excessiva atividades físicas, esportes de alto impacto ou trabalhos perigosos. Certamente, ao ignorar os efeitos potencialmente lesivos da ingestão dos remédios ou das atividades, a gestante incorreria em erro de tipo que, sendo invencível, exclui o dolo e, sendo vencível, permite a punição pelo delito culposo[44] (art.20, *caput*, CP).

Cumpre observar que, caso o médico atue com o propósito de curar a enfermidade que padece o embrião ou feto (p. ex., realizando uma aminiocentese), e durante esse procedimento provoca uma lesão à integridade física deste, não realizará o tipo de lesões ao concebido em sua forma dolosa, pois o dolo, como já se disse, é incompatível com a vontade de curar, já que a ação terapêutica vai dirigida à melhora da saúde do

concebido (falta o desvalor do resultado e, consequentemente, o desvalor da ação)[45]. Contudo, se resta comprovado que o facultativo atuou com inobservância do cuidado objetivamente devido (art.18, II, CP), responderá pelo crime de lesões ao concebido a título de culpa, que comentaremos a seguir. Já nas hipóteses em que a gestante deva submeter-se a um tratamento para a melhora da sua própria saúde, e o mesmo possa acarretar riscos à integridade física ou psíquica do embrião ou feto (p. ex., através da ingestão de medicamentos que possam gerar malformação fetal, ou que impliquem a exposição a radiações, como as radiografias e as radioterapias), o médico poderá realizar o tipo de lesões ao concebido, pois em relação a este, o dolo de lesar não pode ser cancelado pelo propósito de curar, como no exemplo anterior, já que a vontade curativa do médico, nesses casos, dirige-se à mãe, e não ao feto. Contudo, tais lesões estarão justificadas, pois o próprio Código Penal brasileiro concedeu maior valor à vida e à saúde da mãe em relação à vida e à saúde do concebido, ao autorizar o aborto terapêutico, por aplicação do estado de necessidade, que exclui a ilicitude da conduta (art.128, I, CP)[46].

Uma vez criminalizas as lesões ao concebido, deve-se ter em conta também que mesmo quando este não se encontre ainda no interior do ventre materno (pré-embriões *in vitro*, fruto das técnicas de reprodução assistida), nada impediria que a proteção penal da integridade corporal também se estendesse a ele, desde que fosse destinado à procriação, pois é possível que as manipulações genéticas originem processos geradores de deformidades embrionárias que podem comprometer a existência futura do ser humano[47]. Poder-se-ia argumentar que o crime de manipulação genética de pré-embriões humanos (tipificada pelo art.25 da Lei de Biossegurança) poderia abarcar o conteúdo do injusto das lesões ao pré-embrião quando estas fossem resultados da referida manipulação, por ser mais específico. Contudo, ficariam fora do tipo as hipóteses em que as lesões fossem produzidas em outras condições (como consequência da transferência de pré-embriões ao interior do útero materno, durante a fertilização *in vitro*), considerando-se, portanto, necessária a criação dessa nova figura delitiva, desde que, é claro, o pré-embrião cuja integridade física é lesada venha a ser transferido ulteriormente ao útero materno[48]. Entretanto, e sem ignorar as graves implicações que poderiam ter as lesões causadas nessa tenra fase do desenvolvimento humano, não se pode perder de vista as dificuldades de demonstração do nexo causal que a tipificação de semelhante conduta poderia pressupor, com a conseqüente possibilidade de vulneração do princípio da legalidade penal[49], razão pela qual talvez fosse conveniente apenas a criminalização das lesões causadas ao concebido já implantado no útero materno.

3.2.2. Tipo culposo

A decisão de criminalizar também as formas culposas do delito de lesões ao concebido é a mais acertada, pois não há dúvida de que são justamente estas as formas mais frequentes de configuração desse delito, sobretudo no âmbito sanitário[50]. O tipo de injusto do delito culposo fundamenta-se na falta de observância do cuidado objetivamente devido, e, ao contrário do tipo doloso, requer sempre a produção de um

resultado e o nexo causal entre este último e a conduta descuidada, não admitindo punição em grau de tentativa.

Não raro, podem-se produzir lesões à integridade física ou psíquica do concebido quando o médico não observa o seu dever de cuidado de não receitar à gestante, p. ex., um medicamento potencialmente danoso à integridade corporal do feto. Todavia, não se podem ignorar, em tais casos, os inconvenientes derivados da necessidade de comprovação do curso causal que liga as condutas culposas ao resultado, especialmente quando se trata de ações sobre o embrião ou feto cujos efeitos sejam ainda desconhecidos pela ciência (tome-se como exemplo o famoso caso *Contergan*[51], ocorrido em meados do século XX). Demais disso, é forçoso salientar que a previsão do delito de lesões culposas ao concebido pelo Código Penal brasileiro encontraria obstáculo na própria atipicidade do aborto culposo, que tornaria incoerente a punição das lesões provocadas no embrião ou feto por inobservância do cuidado objetivamente devido, já que não teria sentido a criminalização dos atentados culposos à integridade física do nascituro se sua morte provocada de forma imprudente permanecesse penalmente irrelevante. Por outra parte, a previsão desse delito na forma exclusivamente dolosa teria pouca aplicação prática -embora dela certamente não se possa prescindir-, pois, como já destacado, na maioria absoluta dos casos tais lesões seriam causadas ao embrião ou feto por imprudência médica, e não de forma intencional. Daí porque a melhor solução seria que o legislador suprimisse ambas as lacunas de punibilidade aqui apontadas, criminalizando tanto o aborto culposo, quanto as lesões (dolosas e culposas) ao concebido no Código Penal brasileiro.

3.3. Formas imperfeitas de execução

Os tipos em questão são todos de resultado material, isto é, delitos em que é possível separar no tempo e no espaço a ação e o resultado, que se unem por um nexo de causalidade. Cumpre salientar, porém, que o relevante é que a ação delitiva tenha lugar quando o feto ainda se encontre no interior do claustro materno, mesmo que o resultado (isto é, a morte do concebido, ou as lesões que comprometam gravemente o seu desenvolvimento) só se verifique após o parto. Isso porque, de acordo com o Código Penal brasileiro, conforme já destacado, tempo do crime é o tempo da ação (art.4º), e não o do resultado. Assim, caso o sujeito provoque as lesões durante a gestação, mas o concebido não chegue a padecer um menoscabo da integridade física ou psíquica que comprometa sua vida futura, o delito será punido apenas como tentativa (art.14, II e parágrafo único, CP).

E se o feto finalmente vem a falecer, como consequência das lesões dolosas provocadas durante a gravidez? Em tais casos, a solução mais coerente com a teoria finalista da ação estabelece que, se o autor inicialmente obrou com o dolo de lesionar a integridade física ou psíquica do concebido, deverá ser punido pelas lesões em grau de tentativa, em concurso formal (art.70, CP) com o delito de aborto culposo (cuja criminalização é por nós aqui sugerida)[52]. O problema poderia ser igualmente resolvido mediante a criação de uma figura qualificada pelo resultado para o delito de lesões dolosas ao concebido, em que a morte culposa do embrião ou feto como decorrência das lesões fosse punida

com margens penais mais amplas que as do tipo básico de lesões dolosas, como já se faz com respeito à vítima já nascida (art.129, §3º, CP). Também o dolo do sujeito ativo será determinante para diferenciar as lesões dolosas consumadas do aborto doloso meramente tentado, pois o propósito inicial do autor é o que permitirá distinguir entre o fim de atentar contra a vida ou de apenas lesionar a integridade física do concebido[53].

4. Sujeitos ativo e passivo

Em princípio, qualquer pessoa poderá figurar como *sujeito ativo* dos delitos de aborto culposo e de lesões ao concebido (delitos comuns). Contudo, o normal é que tais crimes sejam perpetrados por profissionais do âmbito sanitário, especialmente em sua modalidade culposa. Por outro lado, *sujeito passivo* desses crimes será sempre o concebido, que é o titular dos bens jurídicos protegidos nesses casos[54] (vida humana dependente e integridade física ou psíquica do ser humano em formação). A gestante só poderá figurar como sujeito passivo quando a agressão também lesione um bem jurídico de sua titularidade, como costuma ocorrer no delito de aborto, que poderá vulnerar sua integridade física, mas em tais casos o autor do crime deverá ser responsabilizado pelas penas do delito de lesões corporais dolosas qualificadas pelo aborto culposo (art.129, §2º, V, CP), que protege ambas as vítimas, ou pelo futuro delito de aborto culposo em concurso com as lesões corporais culposas (art.129, §6º) perpetradas contra a gestante.

A pena prevista para os crimes aqui sugeridos deveria ser especialmente agravada quando o autor de tais condutas (lesões ou aborto culposos) fosse o facultativo, pois dos médicos se exige uma maior diligência na realização de condutas que possam por em risco a saúde ou a vida do embrião ou feto. Esta seria, portanto, uma circunstância que atua sobre a medida da culpabilidade, já que o aumento de pena teria fundamento na maior reprovabilidade do autor pela realização da conduta típica e ilícita.

Seria ainda razoável que fosse afastada a punibilidade tanto do aborto culposo quanto das lesões culposas ao concebido em relação à gestante, por meio da previsão de uma escusa absolutória, tal como já ocorre no Código Penal espanhol (arts.146.3 e 158.3), por considerar-se que a imposição da pena nesses casos não é aconselhável do ponto de vista político-criminal[55]. Assim, p. ex., não teria sentido aplicar uma pena criminal à mãe que, uma vez iniciadas as contrações uterinas anteriores ao parto, deixasse imprudentemente de ir o mais rápido possível ao centro hospitalar mais próximo, ocasionando a morte do feto, pois já seria punição suficiente o fato de ser ela a responsável pela morte culposa do próprio filho[56].

5. Penas

Ao delito de lesões corporais ao concebido, tanto dolosas quanto culposas, deveriam ser aplicadas penas mais brandas que aquelas previstas para as mesmas condutas quando

levadas a cabo contra o ser humano já nascido, mantendo-se assim a proporcionalidade que já existe na diferença entre as penas dos crimes de aborto e de homicídio dolosos. O delito de aborto culposo também deveria ser punido mais levemente que o delito de aborto doloso e, certamente, com menos rigor que o homicídio imprudente contra a vida humana independente.

Um setor da doutrina considera, porém, que deveria existir uma espécie de "inversão valorativa" no tocante às penas das lesões ao concebido e do aborto, argumentando que, nessa fase do desenvolvimento humano, ao contrário do que se prevê para a pessoa já nascida, resulta mais grave o fato de se lesar a integridade física ou psíquica do ser em formação, que estará obrigado a padecer as consequências desse crime por toda a vida, do que atentar contra a sua vida, impedindo que ele venha a nascer. Dito de outro modo, quando se trata de pessoa não nascida, sua integridade física e mental teriam maior valor que a sua própria vida[57]. Tal fato resultaria especialmente evidente naqueles ordenamentos (como, p. ex., o espanhol) que acolhem a indicação eugênica do aborto, pois neles o legislador manifesta expressamente sua preferência pela existência saudável do concebido, em detrimento de sua própria subsistência. Contudo, ao não ser este o caso do ordenamento penal brasileiro, consideramos que as penas do aborto culposo deverão ser sempre mais graves que as das lesões culposas ao concebido, ao menos até que se discuta seriamente a possibilidade de inserção da indicação relativa ao aborto eugênico em nosso país.

6. Conclusões principais

Ante o exposto, conclui-se que é imperiosa a necessidade de criação dos tipos penais de aborto culposo e lesões corporais ao concebido em nosso ordenamento, pois tais crimes viriam a preencher uma lacuna na proteção penal da vida humana dependente, através de uma tutela mais adequada e suficiente da vida e da integridade física e mental do ser humano em formação. Com a exposição dos argumentos favoráveis à incriminação, tratamos de demonstrar que a tipificação desses delitos, ainda não existente em muitos ordenamentos modernos, não seria o resultado de uma necessidade político-criminal transitória, ou da atuação de um Direito Penal simbólico e preventivo, mas sim um imperativo derivado do próprio texto constitucional, que protege a vida e a saúde humanas não só como direitos subjetivos, mas também como bens jurídicos, isto é, bens do Direito cuja tutela não pode ser negada inclusive durante as fases mais precoces do desenvolvimento humano. As novas e modernas técnicas de diagnóstico pré-implantatório, os exames pré-natais e mesmo a terapia gênica já demonstraram que são capazes de trazer melhorias antes impensáveis à saúde do concebido, mas não resta dúvida de que também podem expor a grave perigo sua vida e sua integridade corporal. Cabe ao Direito Penal intervir para que esses importantes bens jurídicos não permaneçam carentes de proteção.

7. Bibliografia

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana.* Madri: Edersa, 1997.

CÁRDENAS-GÓMES, O. C.; SIERRA-TORRES, C. H. El concepto legal de persona en Colombia: ¿razones biológicas para modificarlo? *Revista de Derecho y Genoma Humano.* Bilbao: Fundación BBV-Diputación Foral de Bizcaya, nº 20, p.65-90, 2004.

CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español.* Parte General, t.I. 5. ed. Madri: Tecnos, 2000.

__. *Curso de Derecho Penal español.* Parte General, t.II. 6. ed. Madri: Tecnos, 2000.

CUERDA RIEZU, A. Límites jurídicopenales de las nuevas técnicas genéticas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* Madri: Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, t.XLI, fasc.2, p.413-429, 1988.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; GRACIA MARTÍN, L. *Comentarios al Código Penal,* Parte Especial, t.I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

FERRAJOLI, L. La cuestión del embrión entre Derecho y moral. *Jueces para la democracia*, nº 44, 2002

FLORES MENDONZA, F. El delito de lesiones al feto en el Código Penal español de 1995. *Revista de Derecho y Genoma Humano.* Bilbao: Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaya, nº 5, p.169-196, 1996.

GAFO, J. *El aborto y el comienzo de la vida humana.* Santander: Sal Terrae, 1979.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La dignidad de la persona*. Madri: Civitas, 1986.

GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E. *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. La protección penal del embrión preimplantatorio. In: ROMEO CASABONA, C. R. (Ed.). *Genética y Derecho Penal: previsiones en el Código Penal español de 1995*. Bilbao-Granada: Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaya-Comares, p.109-126, 2001.

HIGUERA GUIMERÁ, J.-F. *El Derecho Penal y la Genética.* Madri: Editorial Trivium, 1995.

JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael. El embrión humano: una realidad necesitada de protección. *Revista de Derecho y Genoma Humano.* Bilbao: Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaya, nº 12, p.31-45, 2000.

LACADENA, J.-R. Embriones humanos y cultivos de tejidos: reflexiones científicas, éticas y jurídicas. *Revista de Derecho y Genoma Humano.* Bilbao: Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaya, nº 12, p.191-212, 2000.

LAURENZO COPELLO, P. *El aborto no punible.* Barcelona: Bosch, 1990.

LÜTGER, H. *Medicina y Derecho Penal.* Trad. Enrique Bacigalupo. Madri: Edersa, 1984.

MALUF, E. *Manipulação genética e o Direito Penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MARIS MARTÍNEZ, S. *Manipulación genética y Derecho Penal.* Trad. Fabrício Pinto Santos. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*. 12. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

PERIS RIERA, J. M. *La regulación penal de la manipulación genética en España: principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías.* Madri: Civitas, 1995.

Prado, L. R. *Bem jurídico-penal e Constituição.* 3 ed. São Paulo: RT, 2003.

__. *Curso de Direito Penal brasileiro,* Parte Geral, vol.1. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.

__. *Curso de Direito Penal brasileiro,* Parte Especial, vol.2. 7. ed. São Paulo: RT, 2008.

RAMÓN RIBAS, E. *El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud.* Granada: Comares, 2002.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.; SERRANO GÓMEZ, A. Derecho *Penal español. Parte Especial*. 18. ed. Madri: Dykinson, 1995.

ROMANO, M. Legislazione penale e tutela della persona umana (Contributo alla revisione del Titolo XII del Codice Penale). *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.* Milano: Giuffrè, nº 1, p.53-75, 1989.

ROMEO CASABONA, C. M. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

__. El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías. *Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional.* Madri: Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p.11-54, 2003.

__. Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, nº 16, p.23-62, 1997.

__. *Del gen al Derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

ROXIN, C. La protección penal de la vida humana mediante el Derecho Penal. In: *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo,* t.II. Madri-Barcelona: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset-Marcial Pons, 2004.

SOUZA, P. V. S. *A criminalidade genética.* São Paulo: RT, 2001.

VALLE MUÑIZ, J. M.; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M. Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal. *Poder Judicial.* Madri: Consejo General del Poder Judicial, nº 26, p.109-144, 1992.

---

[1] Descrição da metodologia finalista (que parte da relação de fidelidade entre juízos axiológicos ou normativos, por um lado, e o substrato ontológico ou matéria de regulação a que se referem, por outro, com o fim de averiguar a autenticidade dos primeiros) adaptada de ROMEO CASABONA, C. M. El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías. *Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, p.31-32.

[2] Insta salientar que a nidação assinala também o momento em que a vida embrionária adquire maior estabilidade, pois até então se constata que é bastante freqüente a ocorrência de abortos naturais: cerca de 50% das gestações terminam prematuramente até o décimo quarto dia após a fecundação. A partir da aderência do embrião no útero materno, porém, a percentagem de perdas diminui para no máximo 20% (vide MARIS MARTÍNEZ, S. *Manipulação genética e Direito Penal*, p.84-85). Costuma-se considerar que nessa primeira etapa que precede a nidação opera-se uma espécie de "seleção natural", em que a natureza "defende a qualidade da espécie, evitando o nascimento de um grande número de seres portadores de graves cromossopatias ou malformações congênitas" (GAFO, J. *El aborto y el comienzo de la vida humana,* p.245). Em idêntico sentido, destaca-se que "o momento da nidação ou implantação do embrião no endométrio materno representa também um ponto decisivo nas primeiras fases desde a culminação da concepção, no sentido de que já foram superados determinados fenômenos biológicos (fisiológicos, genéticos e hormonais) que assentam a sua individualidade e que denotam até então certa instabilidade biológica por parte do embrião" (ROMEO CASABONA, C. M., op. cit., p.41).

[3] Vide a respeito LACADENA, J.-R. Embriones humanos y cultivos de tejidos: reflexiones científicas, éticas y jurídicas. *Revista de Derecho y Genoma Humano,* v.12, 2000, p.82-84; GAFO, J., op. cit., p.243; MARIS MARTÍNEZ, S., op. cit., p.80-85.

[4] Vide LACADENA, J.-R., op. cit., p.78-79.

[5] É oportuno registrar que o termo "pré-embrião" foi introduzido pela embriologista norte-americana A. McLaren em 1986 para designar aquele ser no qual se encontram unidos os gametas feminino e masculino, ou seja, desde a fecundação até aproximadamente quatorze dias depois, enquanto ainda não tenha se completado a nidação no útero materno (vide CÁRDENAS-GÓMEZ, O. C.; SIERRA-TORRES, C.

H. El concepto legal de persona en Colombia: ¿Razones biológicas para modificarlo? *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 20, 2004, p.78).

[6] Tanto é assim que, inclusive do ponto de vista semântico, costuma-se distinguir entre o embrião pré-implantatório e o "nascituro" (que literalmente alude "àquele que vai nascer"), nomenclatura com a qual se costuma aludir ao embrião e ao feto no interior do útero materno, e que acreditamos possa ser perfeitamente estendida também ao pré-embrião em idênticas condições. Salientando essa diferença, registra-se com acerto que "embora não reste dúvida de que essa denominação seja aplicável ao embrião implantado e ao feto, pois para eles o curso da gestação já se iniciou e dará lugar normalmente ao nascimento de um novo ser, não é tão simples assim dizer o mesmo em relação ao embrião *in vitro*, posto que requer um ato humano -não reprodutivo em si mesmo- técnico de transferência ao útero de uma mulher e sua conseqüente implantação no endométrio" (ROMEO CASABONA, C. M., op. cit., p.27, nota 31). Mais adiante esse mesmo autor acrescenta ainda que "com efeito, qualquer que seja o significado que se outorgue à palavra gestação, não resta dúvida de que ao estado do embrião *in vitro* - inclusive se nesse meio artificial prossegue a divisão-multiplicação celular até certo limite- não é possível atribuir-lhe tal condição -a de gestação- reservada ao processo de desenvolvimento no útero materno" (op. cit., p.33-34).

[7] FERRAJOLI, L. La cuestión del embrión entre Derecho y moral. *Jueces para la democracia*, nº 44, 2002, p.11.

[8] Como bem se destaca, "pode parecer artificioso esse procedimento de diferenciação, pois a vida humana é desde a concepção (momento do começo da vida humana ou, se se prefere, de uma forma de vida humana) um contínuo biológico em constante evolução e desenvolvimento. Mas o Direito deve operar desse modo, seccionando a realidade para assim poder captá-la melhor e poder efetuar a seguir suas próprias valorações" (ROMEO CASABONA, C. M., op. cit., p.32).

[9] Vide ROMEO CASABONA, C. M., op. cit., p.41.

[10] Vide GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La dignidad de la persona*, p.94.

[11] Vide PRADO, L. R. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p.147.

[12] Vide GRACIA MARTÍN, L. In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; GRACIA MARTÍN, L. *Comentarios al Código Penal*, Parte Especial, t.I, p.27.

[13] Nesse sentido, vide JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. El embrión humano: una realidad necesitada de protección. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 12, 2000, p.34-35.

[14] Vide ROMEO CASABONA, C. M. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p.157; GRACIA MARTÍN, L., op. cit., p.34.

[15] Como destaca LAURENZO COPELLO, P. *El aborto no punible*, p.139.

[16] Nesse sentido ROMEO CASABONA, C. M., op. cit., p.155. O fato de se fixar o início da tutela da vida humana a partir do começo da gestação não significa, porém,

que os pré-embriões existentes até o momento da nidação não possam ser objeto de proteção penal, mormente quando se cuidam daqueles produzidos por técnicas artificiais de reprodução que virão a ser implantados no útero materno. Nessas hipóteses, cuida-se de amparar a inalterabilidade e a intangibilidade do patrimônio genético da espécie humana, entre outros bens jurídicos (vide, a respeito, ROMEO CASABONA, C. M. *Do gene ao Direito,* p.258 e ss. e 312 e ss.).

[17] Nesse sentido, LÜTTGER, H. *Medicina y Derecho Penal,* p.64 e ss. Em sentido oposto, situando o início da vida humana independente a partir da completa expulsão do feto do claustro materno, ROMEO CASABONA, C. M. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana,* p.158 e ss.; GRACIA MARTÍN, L., op. cit.,p.34. Impõe observar, porém, que os diferentes critérios encontram-se subordinados à orientação legislativa de cada país: o Código Penal alemão (§ 217), o austríaco (art.79), o italiano (art.578) e o português (art.356), a exemplo do brasileiro, apontam como sujeito passivo do delito de infanticídio o ser humano nascente ou o recém-nascido. Destarte, é mister reconhecer que "a delimitação da proteção penal que em vários aspectos se segue dessa situação é explicável pela origem e sistemática da lei; trata-se de um estado de coisas que só pode ser modificado pelo legislador" (LÜTTGER, H., op. cit., p.84).

[18] Um setor minoritário da doutrina entende, contudo, que a destruição de pré-embriões humanos *in vitro* caracterizaria o delito de aborto (vide, p. ex., MALUF, E. *Manipulação genética e o Direito Penal,* p.36). Todavia, essa postura não pode ser aceita, pois a própria etimologia da palavra *-ab ortus,* isto é, extrair de algum lugar-impede que através dessa figura delitiva seja regulamentada a destruição de embriões pré-implantatórios, pois a prática do aborto pressupõe necessariamente a destruição do produto da concepção originado no útero materno (vide RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.; SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal español,* Parte Especial, p.74).

[19] Nesse sentido, vide VALLE MUÑIZ, J. M.; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M. Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal. *Poder Judicial,* nº 26, 1992, p.119 e ss. Nessa linha, sustenta a doutrina mais autorizada que "constitui uma realidade distinta a situação do embrião *in vitro* enquanto não foi transferido a uma mulher e não se produziu a subseqüente implantação daquele nesta última, pois o zigoto resultante não tem capacidade por si só de desenvolvimento até que seja transferido a uma mulher" (ROMEO CASABONA, C. M. El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologias, cit., p.34).

[20] Como bem registra a doutrina, o *sistema de indicações* para a acolhida do aborto legal parte do esquema regra-exceção: a regra é a punição do aborto; a exceção, permitir o aborto voluntário em certos casos expressamente regulados em lei (indicações), entre as quais as mais comuns costumam ser a indicação terapêutica (risco de vida para a gestante), a indicação ética ou criminológica (quando a gravidez é produto de estupro ou outro delito sexual), a indicação eugenésica (se existem riscos comprovados de que o feto padeça graves enfermidades físicas ou mentais) e a indicação econômico-social (quando razões variadas induzem à mãe a não culminar a gestação, como o elevado número de filhos, os escassos recursos econômicos, a alta taxa de natalidade vigente no país, etc.). Esse sistema é adotado pela imensa maioria dos ordenamentos mundiais, como Espanha, Itália, Suíça, Reino Unido, Dinamarca, Suécia, Finlândia, Noruega, Holanda, Costa Rica, Colômbia, Guatemala, Honduras, Paraguai, Argentina, Bolívia, Equador, México e Japão (onde, por razões demográficas, é admitida inclusive a

indicação econômico-social). Já de acordo com o *sistema de prazos*, o aborto poderá ser livremente praticado até um determinado momento da gestação, que costuma ser fixado em torno às doze primeiras semanas, período em que o embrião passa à categoria de feto. A partir do prazo assinalado pela lei, o aborto só poderá ser praticado de forma lícita se sobrevém alguma das indicações antes referidas. Esse sistema é acolhido por países como Áustria, França, Cuba e Rússia. Optam por um *sistema misto*, que condiciona as indicações a um determinado prazo, Bélgica, Grécia e Alemanha (sobre o tema, vide, por todos, ROMEO CASABONA, C. M. *El Derecho y la Bioétiva ante los límites de la vida humana*, p.298-310).

[21] Cumpre destacar que, com anterioridade à entrada em vigor do atual Código Penal espanhol, a doutrina daquele país já se posicionava de forma crítica com respeito à existência dessa lacuna de punibilidade na proteção penal da vida e da integridade do concebido, sugerindo a criação dos tipos em questão (sobre o tema, vide ROMEO CASABONA, C. M., op. cit., p.401 e ss.).

[22] Sugere idêntica incriminação para o ordenamento jurídico italiano ROMANO, M. Legislazione penale e tutela della persona humana (Contributo alla revisione del Titolo XII del Codice Penale). *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* nº 1, 1989, p.74, e para o alemão, ROXIN, C. La protección penal de la vida humana mediante el Derecho Penal. In: *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo,* t.II, p.1198.

[23] Vide LÜTTGER, H., op. cit., p.78.

[24] Como observam, em relação ao Direito Penal español, FLORES MENDOZA, F. El delito de lesiones al feto en el Código Penal español de 1995. *Revista de Derecho y Genoma Humano,* nº 5, 1996, p.177; HIGUERA GUIMERÁ, J.-F. *El Derecho Penal y la Genética,* p.322; PERIS RIERA, J. M. *La regulación penal de la manipulación genética en España: principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías,* p.161 e ss.; RAMÓN RIBAS, E. *El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud,* p.386.

[25] ROMEO CASABONA, C. M. *Del gen al Derecho,* p.443.

[26] Deve ser afastada, ainda, a solução pela qual se sancionariam as lesões graves ao concebido como aborto tentado, pois, nas lesões, a conduta vai dirigida contra a integridade física ou psíquica do nascituro, enquanto que no aborto, o dolo do autor diz respeito exclusivamente à destruição do embrião ou feto (vide CUERDA RIEZU, A. Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* t.XLI, fasc.2, 1988, p.420, nota 24).

[27] Nesse sentido, registra-se ainda que "do ponto de vista médico, essa identificação entre o feto e o corpo da mãe não é correta: apesar da conexão interna, se trata de 'dois sistema biológicos diferentes': sua independência chega até o ponto em que ambos os sistemas circulatórios se encontram totalmente separados; o feto não constitui uma função da mãe e uma lesão ocasionada a ele não é um sintoma do organismo materno. A lesão ao feto não afeta para nada a saúde da gestante (...). Só se a própria saúde da interessada resulta vulnerada é que será considerado o delito de lesões em seu prejuízo"

(LÜTTGER, H. op. cit., p.79-80). Nesse sentido também, vide, entre outros, FLORES MENDOZA, F., op. cit., p.174-175.

[28] Vide, sobre a analogia em matéria penal, PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro,* Parte Geral, p.180-182.

[29] Faz-se a opção pelo termo "concebido" em detrimento de "nascituro", pois, como já salientado anteriormente, esta última expressão faz alusão ao ser humano destinado a nascer, enquanto que o primeiro termo não carrega essa expectativa, o que nos parece mais correto, já que o Direito Penal deve proteger a vida e a integridade do embrião ou feto independentemente de que o mesmo finalmente nasça ou não com vida. Na Espanha, porém, os delitos dos art.157 e 158 do Código Penal são denominados legalmente como delitos de "lesões ao feto", o que faz com que a doutrina daquele país mergulhe num intenso debate a respeito do alcance dessa expressão, que interpretada literalmente poderia excluir da proteção do artigo os pré-embriões e embriões humanos (no sentido de uma interpretação ampla da palavra "feto", vide FLORES MENDOZA, F., op. cit., p.182; GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E. *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética,* p.31-33 e ROMEO CASABONA, C. M. Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, nº16, 1997, p.37 (argumentando corretamente que o pré-embrião e o embrião são ainda mais vulneráveis que o feto, razão pela qual não caberia outra interpretação, tendo em vista o sentido que o legislador quis imprimir à norma); a favor de uma interpretação estrita, vide, p. ex., BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana,* p.419; PERIS RIERA, J. M., op. cit., p.165 e HIGUERA GUIMERÁ, J.-F., op. cit., p.324; na opinião deste último autor, uma interpretação ampla do termo "feto" implicaria a adoção de analogia *in malam partem,* inadmissível em matéria penal. Tudo isso só põe em evidência a necessidade de que o legislador empregue os termos técnicos corretos ao redigir os tipos penais, com vistas a evitar posteriores polêmicas doutrinárias.

[30] Vide ROMEO CASABONA, C. M. *Del gen al Derecho,* p.187-188.

[31] Assim, p. ex., na Espanha, o aborto eugênico é permitido até a 22ª semana de gestação, quando, mediante o parecer de dois especialistas de um centro ou estabelecimento público ou privado acreditado para tanto, diferentes daqueles profissionais que realizarão o aborto, se presume que o feto nascerá com graves enfermidades físicas ou psíquicas, (art.417 bis.1, 3ª, CP).

[32] Vide ROMEO CASABONA, C. M. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana,* p.374.

[33] Vide ROMEO CASABONA, C. M. *Del gen al Derecho,* p.189.

[34] Isso significa que se o médico pratica determinada intervenção com o escopo de tratar o paciente, e logra efetivamente recuperar ou salvar sua vida ou saúde -isto é, obtém, com a intervenção, um resultado favorável e desejado- sua conduta será atípica, pois não lesiona bem jurídico algum, mas sim melhora a saúde do paciente. Contudo, quando a intervenção se realiza com finalidade de tratamento de terceiras pessoas, e não do próprio paciente que a ela se submete (p. ex., transfusões de sangue, transplantes de

órgãos) ou com objetivos estéticos ou de experimentação, considera-se que a conduta do médico sempre realizará o tipo (objetivo e subjetivo) de lesões corporais ou de homicídio dolosos (vide, a respeito, CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español*, t.II, p.316-323; PRADO, L. R., op. cit., p.355-356).

[35] Vide PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro,* Parte Especial, vol.2, p.139.

[36] Como salientam ROMEO CASABONA, C. M. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana,* p.401 e GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., op. cit., p.15.

[37] Vide *infra,* item 5.

[38] Vide, nesse sentido, por todos, PRADO, L. R., op. cit., p.129 e 132.

[39] Compartilha esse entendimento, na doutrina nacional, SOUZA, P. V. S. *Criminalidade genética,* p.95-96.

[40] Pois o contágio ocorrido no momento da fecundação (p. ex., o genitor transmite intencionalmente uma doença hereditária de que sabe ser portador) é atípico, não só pelas dificuldades de prova do nexo causal, mas sobretudo pelo fato de que no momento da procriação, o objeto material do delito de lesões ao concebido (isto é, o embrião ou feto) ainda não existe (vide GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., op. cit., p.33 e BENÍTEZ ORTUZAR, I. F., op. cit., p.428, nota 909).

[41] Vide, nesse sentido, GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., op. cit., p.37-38; em sentido oposto, entendendo que mesmo aquelas lesões que tenham repercussão exclusivamente durante a gravidez sejam reputadas típicas, FLORES MENDOZA, F., op. cit., p.184 e ss.; BENÍTEZ ORTUZAR, I. F., op. cit., p.428.

[42] O exemplo é de BENÍTEZ ORTUZAR, I. F., op. cit., p.431. Não seria assim, porém, no caso em que o concebido padecesse malformações ou enfermidades prévias a qualquer conduta imprudente da mãe ou do médico. Em tais casos, em que o diagnóstico pré-natal detectasse a existência prévia de tais lesões, e o médico ou os genitores decidissem não iniciar tratamento algum, não é possível entender que os mesmos seriam responsáveis pelas lesões dolosas em comissão por omissão, pois a estrutura dos delitos impróprios de omissão se fundamenta na não evitação de um resultado inexistente *ex ante,* e não na não evitação de um resultado danoso que já existia antes da própria omissão (é dizer, a enfermidade ou malformação fetal), e muito menos na omissão de um resultado positivo que não existia com anterioridade à omissão do garante (nesse caso, a restauração saúde do concebido, que nunca foi saudável). Assim, estima a doutrina que só existiria responsabilidade por um delito de lesões ao feto por omissão caso, iniciado o tratamento curativo, o médico ou os genitores decidissem interrompê-lo injustificadamente, havendo perigo de regressão ao *status quo ante* prejudicial à saúde do concebido, pois aqui, sim, os garantes do bem jurídico assumiriam o domínio do curso causal que leva ao resultado lesivo, algo que não fizeram no primeiro caso, em que a situação prejudicial à saúde do embrião ou feto é preexistente ao comportamento omissivo. Nessa segunda hipótese, embora típica, a omissão do médico ou da gestante poderia estar justificada caso se comprovasse que a

continuação do tratamento poria em perigo a saúde ou a vista da mãe, bem jurídico ao qual o ordenamento confere maior valor, em detrimento da vida e da saúde do concebido, ante a possibilidade de justificação do aborto terapêutico do art.128, I, CP. Sobre o tema, vide com maior detalhe GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., op. cit., p.48-51.

[43] Vide GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., op. cit., p.40.

[44] Lesões culposas pelas quais, porém, a gestante não será punida por razões que mais tarde serão expostas (vide *infra*, item 5).

[45] Nessa linha, vide GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., op. cit., p.46-47. De qualquer maneira, adverte a doutrina que a responsabilidade por dolo eventual seria possível nos casos de intervenções terapêuticas arriscadas sobre o feto, quando a análise da proporcionalidade entre o objetivo perseguido, os meios disponíveis e os riscos que supõe a intervenção adquire especial relevância (vide ROMEO CASABONA, C. M., op. cit., p.379).

[46] Vide GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., op. cit., p.47-48.

[47] Nessa trilha, vide CUERDA RIEZU, A., op. cit., p.427; GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., op. cit., p.32; PERIS RIERA, J. M., op. cit., p.165; FLORES MENDOZA, F., op. cit., p.182 e 193. Esta última autora esclarece que, em tais casos, o fundamento da proteção penal não seria a tutela da vida humana dependente em si mesma, mas sim o direito de toda pessoa a nascer livre de danos à sua integridade física, que possam comprometer sua vida futura.

[48] Pois, conforme dito anteriormente (vide *supra*, item 2), não consideramos que a vida e a saúde do pré-embrião *in vitro* não destinado à procriação sejam dignas de proteção jurídico-penal, devendo sua tutela ficar a cargo do Direito Civil e do Direito Administrativo (em idêntico sentido, FLORES MENDOZA, F., op. cit., p 183).

[49] Sobre as dificuldades de prova do nexo causal nesses delitos, vide ROMEO CASABONA, C. M., op. cit., p.404 e PERIS RIERA, J. M., op. cit., p.165-166.

[50] Como destacam, com razão, ROMEO CASABONA, C. M., op. cit., p.448; FLORES MENDOZA, F., op. cit., p.188 e PERIS RIERA, J. M., op. cit., p.166.

[51] Sobre esse caso, registra-se que "nos anos sessenta foi ministrado a inúmeras mulheres grávidas da Europa e da América do Norte um analgésico -a talidomida- supostamente inócuo para a gestação. Contudo, milhares de crianças nasceram com greves deformidades, que em muitos casos acarretavam a ausência ou a atrofia das extremidades superiores e inferiores. Houve vários processos, alguns deles dramáticos (como o de Liège, Bélgica, no qual quatro membros de uma família e seu médico foram acusados e absolvidos da eutanásia praticada em um recém-nascido com anomalias desse tipo). De qualquer maneira, as questões jurídico-penais mais importantes ao se discutir o caso na Alemanha foram estabelecer a relação de causalidade, ou seja, provar que o referido medicamento foi a causa real das malformações apresentadas pelos recém-nascidos (...) e a tipicidade dessas condutas, isto é, se eram suscetíveis de pena por algum dos delitos existentes no Código Penal alemão. O Tribunal de Aquisgran, na

República Federal da Alemanha, ocupou-se do assunto e determinou a condenação pelo delito de homicídio culposo (§222 do CP alemão) das ações pré-natais imprudentes com resultado de morte pós-natal, e pelo delito de lesões corporais culposas (§230 do CP) das lesões pré-natais causadas ao feto com efeitos pós-natais subsistentes. Como facilmente se pode deduzir das anteriores reflexões, esse pronunciamento foi muito criticado pelos juristas. Todavia, em uma sentença muito posterior (22 de abril de 1983) do Supremo Tribunal Federal desse país, chegou-se à conclusão, em um caso semelhante, de que os autores deveriam ser absolvidos, em razão da existência de uma lacuna legal, sanável unicamente por uma intervenção do legislador. Ao final, o assunto foi resolvido extrajudicialmente, através da concessão de indenizações e pensões às vítimas" (ROMEO CASABONA, C. M., op. cit., p.449).

[52] Vide, nessa trilha, BENÍTEZ ORTUZAR, I. F., op. cit., p.435; FLORES MENDOZA, F., op. cit., p.195; GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., op. cit., p.59 e CUERDA RIEZU, A., op. cit., p.420, nota 24. Favorável à aplicação exclusiva do delito de lesões dolosas ao concebido, RAMÓN RIBAS, E., op. cit., p.466. Para ROMEO CASABONA, o dolo de agredir o embrião ou feto leva consigo ao menos o risco (dolo eventual) de provocar o aborto, pois, dada a delicadeza de uma gravidez, o risco de morte será quase sempre inerente à causação das lesões dolosas, razão pela qual este autor opta por sancionar este comportamento como um aborto tentado, como solução de *lege lata*, naqueles ordenamentos que não contemplam o crime de lesões ao concebido (op. cit., p.403, nota 87).

[53] Como assevera BENÍTEZ ORTUZAR, I. F., op. cit., p.435.

[54] Independentemente, portanto, do fato de que se atribua ou não a esses seres humanos a condição jurídica de pessoa, pois, como já salientado, a existência de um bem jurídico digno de proteção pelo Direito Penal não depende do reconhecimento desta condição (vide *supra*, item 2). Nessa linha, vide GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., op. cit., p.26 e RAMÓN RIBAS, E., op. cit., p.392.

[55] Nessa linha, vide GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., op. cit., p.75. Entendem, porém, que se trata de uma causa de exclusão da culpabilidade, por não ser exigível à gestante, durante a gravidez, a observância de cuidados que limitariam consideravelmente sua liberdade ação, FLORES MENDOZA, F., op. cit., p.189; VALLE MUÑIZ, J. M.; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M., op. cit., p.144.

[56] Nos mesmos moldes do perdão judicial aplicável ao homicídio culposo (art.121, §5º) e às lesões corporais culposas (art.129, §8º), em que o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se comprovado que as consequências da infração atingiram o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torna desnecessária.

[57] Vide, nesse sentido, CUERDA RIEZU, A., op. cit., p.422; GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., op. cit., p.66 e HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. La protección penal del embrión preimplantatorio. In: ROMEO CASABONA, C. R. (Ed.). *Genética y Derecho Penal: previsiones en el Código Penal español de 1995*, p.119. Contrário a esse entendimento, ROMEO CASABONA, C. M. Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas, cit., p.40.

VIOLAÇÃO A IDENTIDADE, INTIMIDADE, INEDITISMO GENÉTICO, COMO AFRONTA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO INDIVÍDUO*

IDENTITY TRANSGRESSION, NEARNESS, GENETIC UNIQUENESS, AS IT DEALS WITH THE INDIVIDUAL'S PERSONALITY

Ivana de Oliveira Fraga

RESUMO

O advento das práticas biotecnológicas, ao mesmo tempo em que confere ao ser humano a possibilidade de galgar patamares antes considerados inatingíveis no campo da reprodução humana e da terapia gênica, propicia que a privacidade do mesmo seja invadida por atores estranhos à sua intimidade, assim como permite a exposição de uma faceta antes inviolável de sua personalidade: a informação genética. A partir das surpreendentes descobertas realizadas pelo Projeto Genoma Humano, o que possibilitou o mapeamento do material genético da espécie e a fácil individualização de cada genótipo, da socialização dos testes preditivos, e da indicação freqüente do aconselhamento genético, surgiu a necessidade de se equacionar e controlar o "tratamento" (armazenamento, divulgação, exclusão) a ser oferecido a estes dados, frente ao crescente avanço da informática. O desenvolvimento de formas cada vez mais eficientes de comunicação através da divulgação rápida e ampla da informação tende a facilitar a transmissão dos dados genéticos atendendo a critérios diversos, de forma que este fato pode gerar efeitos deletérios ao sujeito. A repercussão pessoal e profissional ocasionada pelo uso inadequado desta informação pode conduzir a conseqüências diversas, entre as quais a discriminação e o reducionismo genéticos. Sendo assim, urge que se consolide como pertencente ao rol (exemplificativo) dos direitos da personalidade, aqueles relativos à identidade, intimidade e ineditismo genético, como forma de se garantir ao indivíduo a prerrogativa da confidencialidade e do sigilo a respeito dos seus dados genéticos, de forma que possa lhe ser assegurado os outros direitos deles decorrentes.

PALAVRAS-CHAVES: INFORMAÇÃO GENÉTICA, INTIMIDADE GENÉTICA, IDENTIDADE GENÉTICA, INEDITISMO GENÉTICO, DISCRIMINAÇÃO

ABSTRACT

The coming of the biotechnological practices, at the same time that allow to the human being the possibility to go through baselines before considered unattainable in the field of the human reproduction and of the genetic therapy, it propitiates that the privacy of the same is invaded by strange actors to his intimacy, as well as it allows the exhibition of a facetious before an inviolable of your personality: the genetic information. From the surprising discoveries accomplished by the Project Human Genome, what made

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

possible the mapping of the genetic material of the species and the easy individualization of each genotype, of the integration of the predictive tests, and of the frequent indication of the genetic advising, it resulted from the need to make egual and to control the “treatment” (storage, disclosure, exclusion) to be offered to these data, relating to the crescent progress of the computer science. The development of more and more efficient ways of communication through the broadcast of the fast and wide information that it tends to facilitate the transfer of the genetic data meeting the several criteria, so that this fact can generate harmful effects to the individual. The personal and professional repercussion caused by the inadequate use of this information can lead to several consequences among the ones the distinction and the genetic reductionism. in such case, it urges that it consolidates as belonging to the rol (exemplifying) of the rights of the personality, those relative to the identity, intimacy and genetic originality, as a form of guaranteeing to the individual the prerogative of the confidentiality and of the secrecy regarding his genetic data, so that it can insured his/her other resulting rights.

KEYWORDS: GENETIC INFORMATION, GENETIC INTIMACY, GENETIC IDENTITY, GENETIC ORIGINALITY, DISTINCTION

1. INTRODUÇÃO

Indubitavelmente os progressos científicos na área da biotecnologia aumentaram de forma exponencial a vulnerabilidade do ser humano como indivíduo e como espécie, uma vez que o conhecimento por terceiros de sua singularidade genética pode desencadear perigosa interferências em seu âmbito privado e social, através da violação aos direitos personalíssimos e das liberdades fundamentais.

A intimidade é um direito inerente à pessoa, garantido constitucionalmente em nosso país, através do artigo 5º X da carta magna, cujas raízes emanam do direito à liberdade, sendo, portanto, subsidiário do princípio da dignidade da pessoa humana, já que protege um bem primordial à livre autodeterminação individual, estando por isto mesmo englobado no conjunto de direitos e bens jurídicos tutelados constitucionalmente, em particular pelo artigo 1º, III da carta magna de 1988[1].

Existe, outrossim, uma diferença entre intimidade e privacidade, já que esta última diz respeito a todas as facetas da existência que são próprias ao sujeito, sendo portanto mais ampla do que a intimidade que por sua vez é a parte da vida privada que o indivíduo escolhe guardar para si, ou apenas compartilhar com os entes mais próximos, com os quais estabelece um ciclo de confidencialidade sobre fatos e sentimentos[2].

A privacidade e consequentemente a intimidade sofrem injunções temporais, subjetivas e culturais, sendo que o centro da nossa intimidade se encontra em nossa vida interior, através de nossos pensamentos, sentimentos, desejos, ideologias e crenças, em alguns atos de nossa vida exterior, como nas relações íntimas, em atos fisiológicos e na periferia, no que tange aos dados existentes sobre nossa pessoa, entre eles e

principalmente os dados genéticos, que dizem respeito a todas as nossas características e a nossa procedência[3].

Identidade pessoal é a qualidade inerente ao ser, que permanece único, intangível, íntegro, mesmo na vigência de múltiplas mudanças. A identidade genética diz respeito as bases biológicas de identificação do sujeito, ou seja ao genótipo exclusivo de cada um.

Lacadena preconiza[4] que a individualização de um ser em formação requer que lhe seja conferida as propriedades da unicidade, característica de ser único, um elemento exclusivo dentro da sua espécie, e da unidade, que se representa pela qualidade de ser um só (característica esta quebrada na gemelidade univitelina e nos casos de clonagem humana).

Paulo Otero[5], entretanto, acrescenta que o direito á identidade genética é dotado de uma inequívoca universalidade, firmando-se o genoma humano como patrimônio da humanidade, o que se constituiu em uma nova regra de *jus cogens.*

2. DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

A identidade genética do ser humano produz uma dupla articulação, no sentido que a primeira delas diz respeito à identidade personalíssima do indívíduo, ou seja, ao fato de possuir características genéticas singulares, e a segunda se refere à identidade genética do ser enquanto espécie, e ao genoma como patrimônio da humanidade[6]. Ambas se articulam formando uma relação de dependência, de maneira que a manutenção das características naturais de uma depende da outra, curso que se mantém inalterado, a não ser que advenham mutações, modificações aleatórias e transmissíveis da estrutura e/ou quantidade de material genético da cadeia de DNA, ou então ocorram manipulações gênicas em sentido estrito (que envolvem material genético).

Por outro lado entende-se que a informação genética é permanente, singular, estrutural, involuntária e indestrutível[7], o que significa que não sofre alteração no decurso da vida do indivíduo, somente a ele pertence (com exceção do caso de gêmeos monozigóticos), determina a sua estrutura física e psíquica, não depende de sua vontade, (uma vez que lhe é transmitidas pelos pais sem sua intervenção), estando presente em todas as células do indivíduo durante a vida e após a morte.

Ainda de acordo com Casabona[8], a informação genética também goza do apanágio de ser preditiva, pois dela deriva um conhecimento de probabilidade ou aproximativo, no que diz respeito a várias doenças congênitas e hereditárias.

De acordo com Reinaldo Silva[9], a medicina preditiva possui duas áreas de atuação: a primeira consisite no diagnóstico pré-sintomático de uma enfermidade monogênica, situação em que a patologia é determinada por um único gene, logo existe grande probabilidade de desenvolvimento da enfermidade sempre que o mesmo é encontrado, possuindo também baixa possibilidade de modificação do risco apontado pelos exames.

Por outro lado, nas patologias multifatoriais poligênicas, onde existem uma combinação de fatores determinantes (genéticos e ambientais), um único teste tem baixo poder de previsibilidade, enquanto a probabilidade de alteração do risco é muito grande, e diretamente proporcional à manipulação do ambiente em que vive o paciente.

A identidade genética também traz evidências acerca das conexões entre o indivíduo e seus ancestrais, sendo, portanto uma informação geracional, pois através do genótipo de um indivíduo pode-se determinar de quem descende.

2.1 Projeto Genoma Humano

Paradigma da genética humana da atualidade o PGH é um dos empreendimentos titânicos que caracterizaram a recente virada do século. Consistiu em um mega-projeto, subdividido em vários outros, que teve origem nos Estados Unidos em meados da década de oitenta, e que recebeu a adesão de vários países como Canadá, Japão e outros pertencentes à União Européia, como por exemplo, a França.[10]

O objetivo inicial do PGH constituiu-se em elaborar um "mapeamento" dos genes da nossa espécie através da localização, posição e distanciamento dos mesmos nos cromossomos humanos, com uma acuidade cada vez mais apurada, a partir da alocação seqüencial das bases nitrogenadas do DNA.

As etapas pertinentes ao alcance deste objetivo se constituíam cronologicamente na divisão dos cromossomos em fragmentos cada vez menores, ordenação destes fragmentos de acordo com a sua localização precisa no cromossomo e determinação da seqüência do DNA de cada um dos fragmentos ordenados. Por fim o grande "salto" seria o de encontrar todos os genes na seqüência do DNA e aplicar esta informação como ferramenta na biologia e na medicina [11].

O ácido desoxirribonucléico (DNA)[12] é uma molécula que contém toda a informação genética do indivíduo, e se encontra distribuído pelos 23 pares de cromossomos do ser humano. O genoma é o conjunto do DNA da célula de um organismo vivo, sendo idêntico em cada célula deste ser.

A estrutura do DNA é a de uma dupla hélice formada por duas cadeias paralelas unidas no centro (a guiza de uma escada), torcida sobre um eixo imaginário. Cada haste vertical está composta por uma cadeia de bases nitrogenadas dispostas seqüencialmente, de forma que estas moléculas se emparelham de maneira precisa com a base nitrogenada da cadeia contra-lateral através de pontes de hidrogênio.

Os nucleotídeos, unidade a partir da qual se estrutura os ácidos nucléicos, são formados por três componentes, quais sejam, uma base (purina e pirimidina), um açúcar pentose (desoxirribose ou ribose) e fosfato.

As bases nitrogenadas são de quatro tipos, A, T, C e G, letras que representam adenina, timina, citosina e guanina, das quais estritamente as duas primeiras e as duas últimas se correspondem.

Desta forma uma combinação diferente de A-T e C-G, ou vice-versa, configura uma mutação, cuja expressão pode ser deletéria para o indivíduo ou representar uma vantagem adaptativa em relação ao ambiente, situação que, uma vez adquirida pode ser transmitida aos descendentes.

Ainda segundo Casabona[13] as bases se agrupam de três em três unidades, dando origem ao que se chama códon, o que possibilita que existam sessenta e quatro combinações diferentes entre estas moléculas, seqüências que irão dar origem aos vinte aminoácidos que compõem a estrutura do corpo, e cujo agrupamento dará origem às diferentes proteínas, na dependência da ordem em que se disponham.

Os genes, fragmentos de DNA distribuídos ao longo dos cromossomos, são formados pela sucessão de um número variável de bases, se constituindo na unidade física e funcional da herança: a unidade de informação. A parte do DNA responsável pela codificação de proteínas denomina-se DNA codificante (éxons), enquanto aquelas porções não vinculadas diretamente à transmissão de características hereditárias são conhecidas como DNA não codificante (íntrons)[14].

De acordo com Dias Neto, acredita-se ainda que, através destas características poder-se-á determinar em um futuro próximo a época em que uma doença irá surgir, qual será o seu grau de intensidade e a qual tratamento responderá com maior presteza.

O DNA, para conservar-se, copia a si mesmo, através de um processo chamado replicação, podendo também repassar suas informações para o RNA mensageiro por um processo chamando de transcrição, “ordem” esta que será executada no citoplasma celular dando lugar à síntese de proteínas, através de um processo denominado tradução.

As principais diferenças entre o DNA e RNA são que o açúcar que compõe o primeiro é a desoxirribose e o segundo é a ribose, o DNA conta como base nitrogenada a timina e o RNA a uracil, sendo a forma deste um monofilamento curto e daquele um filamento duplo e longo.

As funções do DNA nos seres vivos são a de constituir a base da herança, contendo os genes todas as características de cada indivíduo, além de permitir a individuação de cada espécie já que no âmbito de cada uma os animais possuem características comuns entre si e traços genéticos que os diferenciam daqueles de outras linhagens.

Além deste papel, o ácido desoxirribonucléico se constitui na base molecular da evolução, uma vez que, conforme descrito acima, os erros na transmissão genética, denominados mutações, desde que não incompatíveis com a vida, se conservam no genoma daquele indivíduo, sendo transmitidos à sua descendência, e se incorporando automaticamente ao patrimônio genético da espécie[15].

Desta forma a evolução ocorre através de mutações, que por sua vez têm origem em erros genéticos, que ao invés de se configuraram com fatais e tornarem inviáveis o ser em formação, oferecem vantagens adaptativas e se incorporam ao genoma da espécie.

As mutações, portanto carreiam a evolução no sentido de sua ocorrência, tendendo a se disseminar no caso de oferecer vantagens adaptativas. São justamente desse fenômeno que se servem as práticas neo-eugênicas, uma vez que passam a induzir voluntariamente as mutações em um determinado sentido, visando alcançar determinados fins na expressão fenotípica do gen manipulado.

O terceiro papel biológico do DNA é o que o constitui como base da individuação, da determinação das pequenas diferenças que existem entre seres da mesma espécie.

O genoma é, portanto, a informação genética sobre cada indivíduo, sua família biológica e sobre a espécie a que pertence[16].

Sendo assim o PGH além de albergar dentre as suas atribuições a localização de genes responsáveis pelas enfermidades e a sequenciação de fragmentos de DNA de relevância médica, se propôs a elaborar uma "biblioteca" de genes (clones), determinar a seqüência completa das bases, encontrar todos os genes e elaborar mapas genéticos comparativos com outros animais menos desenvolvidos, tudo isto acompanhado pela utilização de sistema informáticos de grande potência, inclusive com o objetivo de reduzir os custos e aumentar a eficácia da investigação[17] .

Deve-se fazer referência que a União Européia criou uma ramificação do programa Biomed com os mesmos fins, e que também foi desenvolvido o Projeto de Diversidade do Genoma Humano, dirigido por Lucca Cavallli-Sforza, de cunho internacional e dirigido à questão da genética populacional, abordada principalmente sobre o prisma da antropologia, arqueologia, história e lingüística, com o objetivo principal de eliminar qualquer suporte biológico dos movimentos racistas.

Desta maneira entende-se que as investigações sobre o genoma humano têm como objetivo imediato o reconhecimento das características estruturais e funcionais do DNA e seus componentes, com ênfase na capacidade dos genes em participar concretamente na transmissão da herança biológica.[18]

De forma mediata se admite a possibilidade de identificar os genes responsáveis pelo surgimento de cada enfermidade, assim como os mecanismos de sua transmissão e manifestação, e em longo prazo determinar também quais os genes que influenciam o aparecimento de certas tendências, habilidades ou capacidades nas pessoas.

Além do mais as revelações oferecidas pelo projeto genoma humano se constituem, sem sombra de dúvida, em importante marco de referência para o desenvolvimento do estudo e da tutela dos direitos da personalidade. [19]

Entretanto o acesso e a utilização destas informações podem entrar em conflito com os interesses do sujeito estudado em relação ao coletivo ou a outros indivíduos (inclusive seus familiares), não só no que tange ao campo da saúde, como também na esfera econômica e social (podendo ocasionar danos reflexos a estes terceiros).

A partir das descobertas empreendidas pelo PGH no que tange ao conhecimento da seqüência das bases do DNA humano surgiu a genômica estrutural, que imediatamente evoluiu para a genômica funcional, uma vez que se passou a questionar a função pertinente a cada seqüência conhecida. Não se pode também olvidar o grande impulso

oferecido à genômica comparada, já que se pode agora confrontar o genoma humano com o de outras espécies próximas a esta na cadeia evolutiva.

A genômica funcional possui como uma de suas áreas centrais a proteômica, que engloba conhecimentos e técnicas capazes de identificar o conjunto de proteínas produzidas pela mesma célula, assim como as interações entre elas nos processos biológicos[20].

Sendo assim o procedimento de estudo da proteômica, cujo paradigma é o Projeto Proteoma Humano, se resume na tarefa de identificar as proteínas que os genes seqüenciados codificam, assim como, analisar suas funções e interações, através do reconhecimento das regiões do DNA que a codificam[21].

Desta forma o PGH deu ensejo ao nascimento da Medicina Genômica e da Farmacogenômica, esta última responsável por estudar o efeito de medicamentos sobre o genoma do indivíduo, sendo uma importante ferramenta para a caracterização das respostas biológicas aos medicamentos, seja quanto à eficácia, sua toxicidade e a diferença de efeitos nos tecidos normais e patológicos.

2.2 Comitê Internacional de Bioética da UNESCO

De acordo com Frederico Mayor, Diretor geral da UNESCO em 1996[22], a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, está voltada para as questões éticas que permeiam os progressos das ciências biomédicas. Seu objetivo é incrementar o diálogo entre os órgãos de decisão e os responsáveis científicos e por outro possibilitar a reflexão ética que deve acompanhar o progresso, com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais e as manifestações culturais.

Ainda segundo Mayor as principais metas desta organização no campo da bioética são as que objetivam garantir que os novos poderes gerados pelos descobrimentos científicos não se voltem contra o homem, zelar para que os progressos da ciência e da tecnologia se revertam em fontes de bem-estar para a humanidade, não sendo utilizados como armas de auto-destruição, e contribuir para a transparência do debate acerca da necessária dimensão humana deste progresso.

Baseada nestas metas surgiu a Declaração sobre a proteção ao Genoma Humano elaborada pela reunião dos membros da UNESCO, que se configura na primeira iniciativa concebida como instrumento jurídico em sentido estrito, mesmo sem apresentar conclusões ou recomendações.

Do mesmo modo possui um conteúdo especifico sobre o genoma humano, de abrangência internacional universal, tendo adotado uma forma jurídica típica de declaração já conhecida e adotada previamente pelo direito internacional. [23]

Os objetos de proteção desta declaração são o respeito à dignidade da pessoa humana, o princípio da autonomia individual (representado pela exigência do consentimento livre e informado), a não discriminação baseada nas características genéticas, a confidencialidade, a liberdade de investigação, a experimentação responsável, a solidariedade entre os povos, a proclamação do genoma humano como patrimônio comum da humanidade e a salvaguarda da espécie humana[24].

Esta Declaração também faz alusão ao direito das gerações futuras em relação às atuais através dos corolários de proteção á vida e à preservação da espécie humana nas suas diversas expressões de sua identidade, proibindo que as práticas biotecnológicas causem danos às formas humanas de vida, particularmente aqueles que comprometam de maneira irreversível e definitiva a preservação da espécie, assim como ao genoma e à herança genética da humanidade, ou venham a destruir no todo ou em parte um grupo nacional, regional, étnico ou religioso. [25]

Por outro lado a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da Unesco (DIDGH) reconhece que a informação genética faz parte do acervo geral de dados médicos, que alberga os dados genéticos e os proteômicos, alertando que os mesmos são informações singulares em função da sua condição de dados sensíveis, e que além das características relativas ao próprio sujeito, possui informações que dizem respeito à sua descendência.

3. DIREITO À INTIMIDADE GENÉTICA

De acordo com Casabona,[26] denomina-se intimidade às manifestações da personalidade individual ou familiar cujo conhecimento e desenvolvimento estão reservados a seu titular, que detém sobre as mesmas alguma forma de controle, principalmente quando se vêm implicados terceiros, sejam eles os particulares ou o poder público.

De acordo com o mesmo autor[27] a privacidade se constitui em um conjunto mais amplo, mais global que a intimidade, de facetas da personalidade que, quando coerentemente enlaçadas, transmitem como que um retrato da personalidade do indivíduo, que o mesmo tem o direito de manter reservado.

Para Hammerschmidt[28], o direito à intimidade, antes representado basicamente por uma dimensão negativa ou defensiva requer hoje a observação de sua dimensão positiva, no que diz respeito a uma faculdade ativa de controle sobre a informação, os dados e todos os registros objetivos que dizem respeito à esfera íntima, cuja divulgação pode vir a causar prejuízos ao mesmo.

Sendo assim depreende-se que intimidade genética representa o direito que tem o indivíduo de decidir acerca da utilização dos seus dados médicos e genéticos, controlando sua existência e veracidade e autorizando ou não sua revelação[29].

Existem dois elementos configurativos do direito à intimidade genética, denominados respectivamente de objetivo, que se refere ao genoma humano, ou a qualquer tecido ou parte do corpo em que se encontre a informação genética, e o subjetivo que trata do elemento volitivo, ou seja, das condições em que se pode acessar as informações genéticas, e se refere à autodeterminação informativa[30].

A partir destes elementos Ruiz Miguel defende uma natureza tridimensional do direito à intimidade genética, pois além da dimensão subjetiva e objetiva prevê também a axiológica.

No seu entender a dimensão subjetiva, derivada do elemento com o mesmo nome, consiste no poder exercitável pelo titular, tanto positiva quanto negativamente. A vertente negativa se caracteriza pelo poder do titular de excluir terceiros do acesso ou manipulação de sua informação genética, enquanto o tipo positivo ou prestacional consiste na faculdade de exigir a intervenção dos poderes públicos no que tange à proteção da informação genética[31].

A dimensão objetiva diz respeito ao estabelecimento de órgãos e procedimentos capazes de defender o direito à intimidade genética, independentemente da atuação do seu titular, conferindo-lhe relevância compatível com as questões de interesse geral.

Ruiz[32] confere ainda a esta dimensão uma vertente orgânica e outra procedimental, sendo a primeira representada pelos diversos órgãos que se empenham na proteção da informação genética, enquanto a segunda diz respeito aos procedimentos que devem ser adotados no sentido de acessar (hábeas genoma), retificar ou cancelar estas mesmas informações.

Finalmente a dimensão axiológica do direito à intimidade genética consiste no seu embasamento na dignidade humana, fundamento objetivo desta vertente, uma vez que o genoma é o que diferencia todos os seres humanos entre si, assim como a espécie humana de todas as outras[33].

Por outro lado, de acordo com Denise Hammerschimdt[34] pode-se hoje falar no direito a proteção dos dados genéticos, que juntamente com o direito à intimidade genética desempenham uma tarefa instrumental no que tange à livre configuração da identidade e da personalidade individual, possibilitando a autodeterminação e evitando com isto a discriminação.

3.1 Tratamento da Informação Genética e Bio-informática.

Uma das matérias mais delicadas[35] relacionadas com o genoma humano é aquela que diz respeito ao acesso à informação genética, pois desnuda completamente as entranhas do indivíduo (tornando-o “transparente”) no sentido em que aponta para traços que muitas vezes ele próprio desconhece – inclusive que podem nem sequer vir a se exteriorizar fisicamente - colocando-o em posição de máximo desequilibro e vulnerabilidade frente a terceiros.

De acordo com a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da UNESCO existem três espécies de dados, representado o primeiro tipo por aqueles associados a uma pessoa identificável, graças aos quais é possível distinguir dentre as demais aquela pessoa a quem se referem; o segundo tipo, ou dados dissociados de uma pessoa identificável, são aqueles que não permitem a identificação do sujeito referido pelo fato dos seus caracteres identificadores terem sido substituídos por um código; e o terceiro tipo, ou dados irreversivelmente dissociados de uma pessoa identificável, são aqueles que jamais poderão ser associados a uma determinada pessoa, em função de se haver destruído o nexo entre a mesma e a amostra coletada. (art. 2º)

Por outro lado a Recomendação R(97) 5 do Conselho de Europa, que se refere à proteção de dados médicos considera como de caráter pessoal todos aqueles dados relativos à saúde do indivíduo, abrangendo portanto não só os dados estreitamente relacionados à saúde, como aqueles pertinentes às informações genéticas.

Sendo assim, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco no seu artigo 4º b alerta sobre o princípio da sensibilidade que caracteriza a utilização deste material, ressaltando o elevado grau de proteção que estas informações requerem. Os dados "sensíveis" são aqueles que demandam uma tutela jurídica reforçada por estarem situados no núcleo relativo ao direito das pessoas à intimidade[36], podendo também ser denominados de dados especialmente protegidos.

Acrescenta ainda que os dados genéticos são aqueles que se relacionam com as características genotípicas de um indivíduo ou grupos aparentados, aos quais são outorgados uma certa especificidade.

Desta forma, resta patente que nem todos os dados pessoais são de caráter genético, sendo este espécie daquele, albergando o segundo as informações relativas a uma pessoa identificada ou identificável[37].

Por este motivo os dados genéticos são atualmente reconhecidos como de caráter pessoal, médico, sensível e singular[38].

As formas de realização da identificação de um indivíduo podem ser direta, mediante o uso de um nome, indireta sempre que se utiliza um outro signo para representar a pessoa, assim como através da imagem, da voz, de provas digitais e também das características genéticas[39].

Dentre as informações passíveis de serem acessadas por investigação genética temos os dados biológicos a respeito da saúde presente ou futura, (inclusive a saúde mental), sobre a própria capacidade reprodutiva à saúde futura da descendência, relativas ao relacionamento com terceiras pessoas, ou até determinadas capacidades intelectuais, tendências de comportamento e aptidões[40].

A informação genética apresenta-se em dois níveis distintos, sendo considerada primária quando diz respeito à espécie humana, pertencendo ao domínio público e não permitindo a identificação do indivíduo, e denominando-se secundária quando possibilitam a identificação da pessoa e a determinação das patologias que apresenta ou que pode vir a exteriorizar.

Este segundo tipo de informação é justamente o que demanda maior proteção jurídica, em função da afronta aos direitos fundamentais que pode causar a sua disseminação de forma pouco responsável. (256)

Dessa forma a informação genética pode ser caracterizada como única, uma vez que reflete a individualidade de cada um, estrutural, preditiva, probabilística e geracional. (257)

Sendo assim os dados genéticos podem ser utilizados para identificar uma pessoa, desvendar informações relativas a um indivíduo e sua família, demonstrar a possibilidade de um evento mórbido de importância futura e incerta, oferecer probabilidades sobre a descendência e outros parentes, e ainda classificar de uma forma permanente as pessoas, tomando como base os mais diversos parâmetros.

Desta forma as investigações genéticas podem afrontar a liberdade do indivíduo (se não existe a voluntariedade do interessado), seu direito à intimidade, e inclusive ver desviado os seus propósitos de utilização, gerando discriminação.

Sendo assim, se o detentor não dispõe de nenhum mecanismo legítimo de controle sobre terceiros, a manifestação da personalidade atingida não se configura mais como sendo da esfera íntima, sendo a sua proteção somente possível na medida em que seja afetada a própria imagem ou a honra, que inclusive possuem uma zona em comum com a intimidade.

Importante frisar que o montante das informações obtidas para serem armazenadas e convenientemente disponibilizadas, precisa receber um tratamento informático, que não obstante propiciem uma série de vantagens, aumentam grandemente a vulnerabilidade da informação agora transformadas em dados. Este fenômeno é intensificado pelas modernas técnicas de captação e transmissão de imagem e som, assim como o aumento da capacidade acumulação e processamento das informações em geral, e dos dados em caráter pessoal.

Em contraposição a estes riscos emerge o direito à confidencialidade através da exigência da proteção jurídica dos dados e do segredo profissional, como meio de resguardar a intimidade genética do indivíduo ou das populações.

As manifestações da intimidade podem ser divididas em três facetas diferentes, que determinam motivos diversos para sua proteção, e que utilizam instrumentos jurídicos também variados em sua natureza e alcance. [41]

A primeira delas é a proteção da intimidade em sua manifestação como reduto da personalidade, ou seja, aquela fração da intimidade reservada unicamente para o próprio interessado ou sua família, que deve ser protegida através do sigilo, e dos mecanismos civis e penais de tutela.

A forma seguinte é a da proteção da intimidade na sua vertente de confidencialidade compartida, aquela que em função da prescrição da lei ou da natureza das relações interpessoais ou sociais facultam o acesso de terceiros, que estão obrigados a manter sigilo sobre as informações obtidas em função do seu exercício profissional. A não observância deste tipo de sigilo é passível de responsabilização civil e penal.

Por fim encontra-se a proteção da intimidade em relação ao processamento de dados, que abrange as novas tecnologias da informação e suas formas de comunicação. Nesta esfera faz-se necessário resguardar a proteção pessoal que deve ser conferida a cada um através da liberdade informática e da autodeterminação informativa que consiste no controle dos dados pessoais pelo interessado nos seus aspectos de exatidão, pertinência, atualização, destino, cessão e uso. [42]

Em se tratando desta última faceta, as legislações atuais que versam sobre a proteção de dados de caráter pessoal contam como bens jurídicos a serem tutelados a intimidade (informática), a liberdade e a identidade informática[43].

A proteção à intimidade em relação aos dados se embasa no caráter reservado dos mesmos, o que fortalece o dever de segredo, enquanto que a liberdade diz respeito ao direito de informação, acesso aos dados e direito de retificação ou cancelamento, assim como o consentimento, a segurança dos dados e a cessão dos mesmos.

Finalmente o respeito à identidade informática representa um marco no sentido de evitar que o tratamento informatizado dos dados de caráter pessoal impeça o exercício de outros direitos civis e políticos previamente garantidos.

As informações potenciais derivadas das investigações genéticas são indestrutíveis, uma vez que estão presentes em todas as células do organismo, inclusive depois da morte, além de serem permanentes e inalteráveis, só podendo ser modificadas por mutações genéticas espontâneas ou induzidas por agentes exógenos, além das encetadas pela engenharia genética, que configura situação de exceção, e que são eventos parciais e limitados.

Importante também se determinar sob que circunstâncias e com que objetivos pré-fixados poderá se efetuar os exames genéticos ou obter amostras biológicas para sua realização, quais as pessoas que terão acesso a estas informações, a quem serão comunicados os resultados e que utilização se fará dos mesmos, além da determinação do tipo de proteção que será oferecido às informações e às amostras biológicas.[44]

Os dados vinculados ao núcleo da intimidade do indivíduo são aqueles que dizem respeito à saúde, à origem racial ou étnica, às opiniões políticas, convicções religiosas, vida sexual, atividades sindicais, e são denominados dados supersensíveis o que lhes assegura garantia extra de proteção.

3.2 Uso inadequado da informação genética

O oferecimento de um tratamento indevido à informação genética pode trazer sérias conseqüências, principalmente no que diz respeito à afronta aos direitos fundamentais, como por exemplo, ao princípio da igualdade de oportunidades, uma vez que a divulgação de predisposições genéticas podem levar a discriminações no campo social ou laboral.

Da mesma forma o direito à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade pode ver-se ameaçado, assim como o direto à dignidade e integridade das pessoas, em função da possibilidade da utilização e divulgação indevida das mesmas[45] .

De acordo com o Convênio do Conselho da Europa sobre Direitos Humanos e Biomedicina (CDHB) os direitos a serem reconhecidos em relação ao genoma humano são os da proibição de qualquer forma de discriminação em função do patrimônio genético (artigo 11), da vedação da realização de provas preditivas, exceto nos casos de investigação médica ou no contexto de um aconselhamento genético apropriado (artigo 12), a proibição de intervenção no genoma humano, com exceção de razões preventivas, diagnósticas e terapêuticas, e desde que não conduzam a alterações genéticas transmissíveis à descendência (artigo 13), além de ser vedada a realização de práticas médicas com o objetivo de empreender a seleção do sexo, salvo nos casos de enfermidade hereditária grave ligada ao sexo (artigo 14).

Com base nestes bens jurídicos que devem ser resguardados, o citado documento, no seu artigo 12 relaciona as provas genéticas preditivas cuja realização é aceitável, tais como as relativas a uma enfermidade genética existente, as que podem identificar um sujeito como portador de uma afecção monogênica recessiva ou dominante, e aquelas que se dispõem a detectar uma predisposição ou susceptibilidade a uma patologia poligênica ou multifatorial.

Mesmo estando restritos por esta limitação, estes testes só poderão ser efetuados sob a condição do livre consentimento informado, além de que os seus fins devem ser estritamente médicos, obedecendo a um aconselhamento genético adequado.

Corroborando esta tese, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco, através do seu artigo 5º estabelece que os dados genéticos e proteômicos humanos somente poderão ser tratados, utilizados e conservados com finalidade diagnóstica e de assistência sanitária, em investigações médicas pertinentes a estudos epidemiológicos, antropológicos ou arqueológicos, e na medicina forense.

Quanto ao momento da realização dos testes preditivos e também ao propósito que perseguem, os mesmos podem se classificar em pré-conceptivos, pré-implantatórios e pré-natais.

Os exames diagnósticos pré-concepcionais são realizados antes da ocorrência da gestação, e têm como objetivo principal aquilatar o risco potencial do casal em gerar filhos portadores de anomalias genéticas, hereditárias ou cromossômicas. Do ponto de vista ético estes exames são perfeitamente legítimos, uma vez que são buscados por pessoas com suspeita de possuir uma pré-disposição a uma enfermidade genética, assim como não implicam na agressão ao embrião.

O diagnóstico genético pré-implantacional (DGPI) [46], ao contrário, é realizado em embriões *in vitro*, antes da transferência para o útero da mulher receptora, com a finalidade de comprovar se o concepto é portador de alguma anomalia genética ou cromossômica, sendo considerado inclusive, por Patrícia Pieri, Jorge Hallak e Sami Arap[47] como uma técnica especial de reprodução assistida.

O diagnóstico pré-natal é aquele efetuado no curso da gestação, através da ultrassonografia, ressonância nuclear magnética, punção de vilosidades coriônicas, punção aminiótica, cordocentese, fetoscopia, rastreamentos bioquímico e biofísico (translucência nucal), e até através de estudos no sangue materno (muitas vezes as células fetais atravessam a placenta e entram na circulação materna)[48], dando origem ao que hoje se denomina medicina fetal, que é capaz de ensejar diagnósticos precisos e tratamentos eficazes para algumas afecções congênitas e hereditárias[49].

A partir destas práticas é que surgem as possibilidades neo-eugênicas, revestidas por conotações éticas diversas, podendo oportunizar ações de eugenia positiva como a seleção de gametas e dos embriões mais "aptos" a gerarem um ser humano sadio, como também de eugenia negativa, no momento em que se opta por descartar embriões portadores de patologias genéticas ou apela-se para o abortamento eugênico.

O acesso não autorizado, a manipulação e a divulgação dos conhecimentos reservados entre os quais a informação genética pode conduzir a diversas conseqüências, entre as quais o reducionismo, o determinismo genético, a estigmatização, a discriminação genética, e a perda ou diminuição da capacidade de autodeterminação[50].

O reducionismo consiste em se interpretar a realidade humana unicamente com base na informação genética enquanto o determinismo se resume a acreditar que o comportamento humano é ditado pelos genes, transformando em certeza um evento meramente probabilístico.

A discriminação consiste na negação do princípio da igualdade, tendo se apoiado historicamente em vários aspectos, que podem ser sintetizados em três vertentes principais quais sejam, a discriminação baseada em características naturais, em fatores de caráter social e cultural ou em aspectos jurídicos[51].

A discriminação baseada no patrimônio genético, pertence a este último grupo, uma vez que prevê a existência de diferentes graus no reconhecimento dos direitos de grupos predispostos geneticamente a determinadas enfermidades ou limitações.

De acordo com Blázquez Ruiz[52] a utilização dos diagnósticos genéticos preditivos pode vir a dar lugar a um novo grupo de indivíduos, um grupo na verdade sem nenhuma característica comum palpável, uma vez que seria constituído por pessoas normais, discriminadas antes mesmo de apresentar qualquer sinal ou sintoma de uma afecção.

A discriminação genética pode ser de caráter pessoal ou familiar, laboral, na contratação de seguros de vida, de saúde, no campo das permissões ou autorizações oficiais, ou nas relações creditícias, levando indivíduos ou grupos populacionais a serem estigmatizados como "defeituosos" ou não aptos para participar de determinadas relações sociais.[53]

As informações existentes nos dados genéticos, relativas a um indivíduo, extrapolam a sua esfera e repercutem na linha progenitora e de outros membros da família[54]. De acordo com esta autora, fala-se de terceiros interessados que além dos familiares podem ser empregadores, seguradoras, e outros que possam vir a ser afetados pelas repercussões das mesmas.

Com relação aos terceiros vinculados familiarmente resta patente que não há um direito por parte do conjugue ou do companheiro a conhecer a informação genética do titular, nem uma obrigação jurídica de autorizar o acesso a ela, assim com aos familiares por afinidade, em função do caráter geracional dos dados genéticos e em respeito ao princípio do consentimento e da confidencialidade[55].

Ainda de acordo com esta autora[56], em relação aos ascendentes e descendentes existem duas situações quais sejam, os maiores de idade e capazes, e os menores, submetidos ao pátrio poder e incapazes de formar um juízo e tomar decisões por si mesmos.

No primeiro caso não existe o dever de informar ou permitir o acesso a ascendentes ou descendentes às informações do titular, uma vez que existem procedimentos alternativos capazes de fornecer aos mesmos as informações que lhes são pertinentes com grau semelhante de acurácia.

Quanto aos menores pode-se permitir o acesso às suas informações genéticas pelos seus representantes legais, desde que satisfeitos o caráter prévio de juízo de proporcionalidade e finalidade[57].

Para Carlos Maria Romeo Casabona[58] existem alternativamente dois critérios para embasar tomadas de decisões nesta área, quais sejam o de colisão do deveres e o estado de necessidade. No primeiro caso o profissional responsável pela informação se vê compelido a atender ao mesmo tempo dois deveres jurídicos contrapostos e diferentes.

Já no estado de necessidade existe uma disjuntiva que consiste em transgredir um dever ou lesionar um bem jurídico geral em relação à outra pessoa com quem não se têm deveres diretos.

Por outro lado, existem critérios para se avaliar a pertinência da comunicação de uma patologia genética a uma terceira pessoa, quais sejam a existência da negativa do paciente à esta comunicação, a constatação da instalação da patologia neste terceiro, e a evidência de perigo real de contagio, ou outro perigo para a saúde ou a vida, desde que seja possível identificar a pessoa exposta ao risco[59].

Para Soane Rodriguez[60] o princípio da confidencialidade é o corolário dos direitos fundamentais à intimidade genética e à proteção dos dados genéticos, assim como conseqüência direta do respeito aos princípios da dignidade, igualdade e não-discriminação.

De acordo com Romeo Casabona[61] o dever de confidencialidade e o direito de não saber podem ser flexibilizados sobre a base de um interesse jurídico superior, como por exemplo, na situação de colisão de deveres ou de um estado de necessidade, e desde que este fato esteja previsto expressamente em lei, u seja determinados pelo juizm necessidade, e desde que este fato esteja previsto emm lei seja determinados pelo juiz, ou represente um desejo da pessoa afetada.

O Convênio do Conselho da Europa sobre Direitos Humanos e Biomedicina no seu artigo 26 prevê explicitamente a possibilidade de restrições, sempre que o direito de obter informações, de não ser informado e de não saber, em decorrência do direito de

terceiros colidam com determinados interesses coletivos ou direitos de outras pessoas, e desde que exista previsão legal e se mostrem como medidas necessárias à proteção dos interesses e direitos, em uma sociedade democrática.

Denise Hammerschmidt[62] alerta para a possibilidade da ocorrência dos descobrimentos inesperados, que nada mais são do que a constatação de informações genéticas pessoais diversas daquelas buscados naquela análise. Este fato, que se enquadra no aspecto subjetivo do direito à intimidade, pode suscitar diversas reações por parte do profissional envolvido, como a seguir:

A Recomendação 3 do Conselho de Europa (1992), no Princípio 11 prevê os descobrimentos inesperados deverão ser comunicados ao indivíduo objeto da prova unicamente se têm uma importância clínica direta para a pessoa ou sua família.

Por outro lado a Recomendação 5 deste mesmo Conselho, datada de 1997 e versando sobre a proteção dos dados médicos, em seu parágrafo 8.4 do apêndice, estabelece que um indivíduo submetido a uma análise genética deve ser informado dos descobrimentos inesperados sempre que a legislação nacional não proíba o fornecimento desta informação, a pessoa em questão a tenha solicitado, e que a divulgação não cause um dano sério a sua saúde, dos seus parentes consangüíneos ou uterinos, à sua família social ou a terceiros que tenham vínculos com sua família genética

A prática do consentimento informado, fundamentado na liberdade de autodeterminação do sujeito, e hoje já erigido à categoria de princípio[63], faz-se imprescindível todas as vezes que se necessita realizar um procedimento médico terapêutico, seja ele cirúrgico ou não, incluindo neste segundo grupo as análises genéticas.

De acordo com Soane Rodríguez[64], não é possível o acesso e o tratamento dos dados genéticos sem o livre consentimento informado do seu titular. Por outro lado entende-se[65] que este documento, muito mais do que um instrumento utilizado para fins de proteção legal pelo profissional responsável pelo atendimento, tem o objetivo precípuo de fornecer ao paciente todos os esclarecimentos sobre, riscos, benefícios e limitações do procedimento a que irá submeter-se, possibilitando-lhe uma decisão autônoma.

Importante frisar, ainda conforme estes autores[66], que a informação genética deficitária pode comprometer a decisão autônoma do paciente, motivo pelo qual a comunicação deve ser o mais completamente possível transmitida ao paciente através de uma linguagem clara e compatível com o seu nível cultural e intelectual.

4. DIREITO À EXCLUSIVIDADE (INEDITISMO) GENÉTICO

Todo indivíduo é um ser geneticamente irrepetível e único. Cada qual é dotado de uma configuração genética própria e distinta dos demais seres de sua espécie, o que reflete a sua individualidade e o seu caráter personalíssimo[67]

O progresso científico, no afã de reduzir as indeterminações dos processos naturais humanos oferece severos riscos no que diz respeito à violação da liberdade de escolha individual.

Desta forma, torna-se patente que as técnicas de manipulação gênica, terapêuticas ou não, privam o indivíduo não só da sua identidade e intimidade genética, mas acima de tudo alteram o carater exclusivo de sua carga genética, fruto do estágio evolutivo de sua espécie, e das relações interpessoais entre seus membros.

De acordo com Habermans[68] as decisões irrevogáveis sobre o design genético de um indivíduo que ainda está para nascer são sempre pretensiosas, no sentido de julgar que sabem tudo. O beneficiário precisa ter a chance de dizer "não".

As manipulações genéticas podem gerar insatisfações no tocante à modificação da identidade genética própria de cada ser, através modificação do seu genótipo, exclusivo e inédito, norteados dos seus caracteres físicos e psiquicos.

Neste sentido assevera Habermans[69]:

Desse modo, mais tarde, os descendentes poderiam pedir satisfação aos produtores do seu genoma e responsabilizá-los pelas conseqüências, indesejáveis do seu ponto de vista, desencadeadas no início orgânico de sua história de vida.

No que diz respeito à terapia gênica, os tribunais estadunidenses vem responsabilizando profissionais por negligência nos casos denominados pela doutrina de wrongful birth (nascimento injusto) e wrongful life (vida injusta).

A primeira consiste no nascimento de crianças portadoras de alguma deficiência, quando este mal poderia ter sido evitado, através das terapêuticas genéticas disponíveis, ou no caso de falhas ocorridas na operacionalização deste tipo de terapia - o que é perfeitamente possível de acontecer no caso de erros no momento da transcrição do DNA, o que podem ensejar por parte dos interessados, ações judiciais de reparação civil de danos. Neste sentido se pronunciam [70]:

No wrongful birth, os pais requerem a responsabilização pautados em erro de diagnóstico pré-conceptivo ou pré-natal, ou em negligência dos médicos ao não informarem ao casal os problemas já detectados no embrião. [...] O dano é eminentemente moral, embora haja conseqüências materiais, como os gastos extraordinários com a enfermidade da criança

Na hipótese de wrongful life é a própria criança que pleiteia tal indenização, obviamente através de seu representante legal, em função de questionamentos diversos.

Na modalidade wrongful birth segundo Lacadena[71], é ainda é possível que o filho, portador de uma patologia genética venha a acionar o especialista pelo fato de não haver informado adequadamente aos seus pais, ou haver destes omitidos informações a

respeitos dos riscos de gerarem uma criança com alterações genéticas, não lhe dando portanto a oportunidade de optar por uma decisão reprodutiva voluntária.

De acordo com Bruno Naves e Maria de Fátima Freire de Sá[72] a terapia gênica é o instrumento capaz de promover a alteração do material genético carreador de alguma patologia, através da inserção de nova seqüência de DNA. Se realizadas em células-tronco, a alteração será transmitida no momento da replicação genética e da diferenciação celular.

O Convênio Europeu sobre Direitos Humanos e Biomedicina, em seu artigo 13 afirma que somente poderá ocorrer intervenção sobre o genoma humana por razões preventivas, diagnósticas ou terapêuticas e sempre que não exista a finalidade de introduzir uma modificação no genoma da descendência. Desta foram resta proibida a terapia gênica de células germinativas, em função do alto risco para as gerações futuras.

5. DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA

A utilização das informações genéticas individuais pela sociedade pode indubitavelmente levar a muitos benefícios, principalmente em se tratando da área médica, como no caso da identificação, prevenção e cura das patologias hereditárias, o que entretanto é contrastado pelo caráter negativo de sua utilização, podendo à discriminação genética[73].

O Conselho de Europa, através da Recomendação n º 3 (1992), que versa sobre provas genéticas e seleção com fins sanitários em seu princípio 6, preconiza que a prestação de atenção sanitária e de subsídios familiares, exigências para contrair matrimônio ou outras formalidades afins, assim como a admissão a determinadas atividades, principalmente laborais, ou o continuado exercício dela, não deverão ser norteadas por provas genéticas ou de crivado genético[74], no que é seguido pela Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco, que no seu artigo 14b dispõe no mesmo sentido.

De acordo com Romeo Casabona[75] no âmbito das relações laborais conta-se com dois tipos de provas: as de seguimento genético e de controle genético. O primeiro tipo, também conhecido como genetic monitoring, é representado pelos exames periódicos, que buscam descobrir no obreiro, mutações produzidas pelo entorno do ambiente de trabalho, e desta forma estabelecer e prevenir os danos advindos de suas influências.

O teste de controle genético ou genetic screening, por sua vez, é consistente em uma única investigação destinada a identificar no trabalhador uma maior ou menor susceptibilidade no que tange aos riscos laborais ou a exposição a substâncias agressoras.

De acordo com Tomás Franco[76] e Romeo Casabona, o conhecimento dos riscos gerados por patologias genéticas no ambiente de trabalho podem ocasionar diferentes repercussões, a depender do ângulo em que se examine:

1) Do ponto de vista do próprio trabalhador, o conhecimento dos riscos possibilita a prevenção de doenças, o tratamento das mesmas, assim como permitir o seu posicionamento frente ao mercado de trabalho.

2) Sob o ângulo do empregador ou do empresário este fato serve para reduzir os custos referentes a potenciais enfermidades futuras do trabalhador, tanto no que diz respeito à capacidade laborativa, absenteísmo e aposentadoria precoce.

3) Em relação aos outros trabalhadores faz-se importante evitar que o desempenho deficiente de um possa gerar consequênica aos outros, tais como acidentes de trabalho e outras consequências da falta de segurança.

4) Quanto a terceiros relacionados com a empresa, o conhecimento por parte dos clientes dos riscos relativos a uma patologia do trabalhador pode levar à prevenção de acidentes se este último está exposto a atividades incompatíveis com as suas limitações.

5) Para o estado se torna mais efetiva a prevenção de acidentes e proteção à saúde do trabalhador quando é possível se adotar medidas de prevenção de riscos específicos e de higiene laboral.

Importante frisar que entre os atores supracitados as pretensões são conflitantes e antagônicas em função da grande variedade de interesses concorrentes e contrapostos, havendo um conflito potencial entre a esfera individual e da sociedade[77].

Sendo assim, as mesmas informações a respeito da estrutura genética da pessoa que propriciam benefícios ao ambiente laboral podem servir como instrumento para afrontar seus direitos fundamentais através da discriminação e do abuso de poder. A divulgação das informações genéticas ao empregador, que na maioria das vezes possui interesses econômicos contrários ao do obreiro, poderá propiciar a formação de juízo de valor a respeito das características genotípicas ou fenotípicas do mesmo, o que irá interferir nos critérios de seleção.

Estes critérios de seleção podem vir a serem utilizados no sentido negativo, quando a aceitação do empregado for descartada em função dos achados existentes em seus testes genéticos, ou pela vertente positiva, toda vez que se prestar a selecionar os indivíduos mais aptos geneticamente a se adaptarem ao entorno laboral, alcançando a partir daí maior produtividade[78].

Desta forma resta evidente que as políticas de saúde devem estar atentas para a possibilidade de utilização do genetic screening com fins discriminatórios, devendo zelar para que a informação genética venha a ser utilizada para casos previstos e específicos, tomando como base o princípio da equidade[79].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto resta patente a necessidade da inclusão dos direitos acima descritos no rol exemplificativo dos direitos da personalidade amparados pela Constituição da República, no sentido de garantir a prerrogativa que cada indivíduo possui de adquirir e resguardar a sua identidade genética, una e irrepetível, oriunda de combinações naturais e aleatórias dos genes dos seus ancestrais.

Desta forma, a legislação brasileira ao regular a intimidade poderá valer-se do art.5º, X da CF/88, em uma análise ampliativa do direito a intimidade, gênero do qual a intimidade genética é espécie, embora sua regulamentação expressa não se configure indispensável, em razão do previsto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal combinado com o princípio da dignidade humana (art. 1º, III da CF/88) que propiciam uma análise principiológica dos direitos acima elencados acima, sem prejuízo dos outros princípios previstos no ordenamento jurídico brasileiro, tais como liberdade e igualdade.

Apesar da inércia do legislador brasileiro, a proteção aos dados genéticos encontra-se regulada pela Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos de 16 de outubro de 2003 que garante que a manipulação de dados genéticos humanos somente poderá operar-se de acordo com a legislação interna, que inexistindo torna exigível a aplicação do art. 5º, inciso "c" da Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos para fazer valer a responsabilização civil, com a possibilidade de condenação ao pagamento de indenização por danos morais, sem prejuízo do processo penal cabível.

---

[1] HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direito da Personalidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.94.

[2] Ibidem. p.290.

[3] Ibidem. p. 290.

[4] LACADENA, Juan-Ramón. Individualización Y mismidad genética em el desarolla humano. In: MAYOR ZARAGOZA, Frederico; ALONSO BEDATE, Carlos (Coords.) **Gen-ética**. Barcelona: Ariel, 2003.p.116.

[5] OTERO, Paulo. Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999, p. 86.

[6] XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade**: bioéticae biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p.58.

[7] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Del Gen al Derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.80; ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **Los Genes y sus Leyes**: el derecho ante el genoma humano. Granada: Comares, 2002, p.63.

[8] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Del Gen al Derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.80; ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **Los Genes y sus Leyes**: el derecho ante el genoma humano. Granada: Comares, 2002, p.63.

[9] SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTR 2002. p. 296.

[10] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Del Gen al Derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996. p. 30.

[11] GRISOLIA, Santiago; MORENO- PALANQUES, RubénF. El proyecto Del genoma humano. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (Ed.). **Genética Humana**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995.p.28.

[12] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Del Gen al Derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.27.

[13] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Del Gen al Derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.27-28.

[14] HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direito da Personalidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 38.

[15] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Del Gen al Derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.29.

[16] Ibidem, p.29.

[17] Ibidem, p.30.

[18] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Del Gen al Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.79.

[19] HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direito da Personalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.19.

[20] BISCH, Paulo Mascarello. Genômica funcional: proteômica. In: MIR, Luís. **Genômica**. São Paulo: Atheneu, 2004.p.141.

[21] GRISOLIA; MORENO-PALANQUES, op. cit.,p.55.

[22] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Del Gen al Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.17 (prólogo).

[23] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Del Gen al Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.44-45.

[24] Ibidem, p.46.

[25] Declaração Universal dos Directos das Gerações Futuras artigo X, in Revista de Derecho e Genoma Humano, nº 01, 1994, p. 221 e ss.

[26] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Del Gen al Derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.84.

[27] Ibidem, p.84.

[28] HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direito da Personalidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 95.

[29] Ibidem, p.96.

[30] RUIZ MIGUEL, Carlos. La nueva frontera del derecho a la intimidad. **Revista de Derecho y Genoma Humano**. Bilbao, nº 14, jan./jun. De 2001, p. 151-154, passim.

[31] Ibidem, p. 151-154, passim.

[32] Ibidem, p. 151- 154, passim.

[33] HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direito da Personalidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 123

[34] Ibidem, p. 103.

[35] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Del Gen al Derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.56.

[36] PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. El derecho a la intimidad en el ámbito de la biomedicina. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria; MARTINEZ MORÀN, Narciso (Coords). **Biotecnologia, Derecho Y Dignidad Humana**. Granada: Comares, 2003. p. 281.

[37] Revista de Derecho e Genoma Humano, n. 17, p.137 – jul/dez 2002.

[38] HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direito da Personalidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 86

[39] Ibidem, p. 86.

[40] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Del Gen al Derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.80.

[41] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Del Gen al Derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p. 85.

[42] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Del Gen al Derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.87, passim.

[43] Ibidem, p.87.

[44] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Del Gen al Derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.82.

[45] HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direito da Personalidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 126.

[46] O DGPI é realizado no terceiro dia após a fecundação, quando o pré-embrião se encontra no estágio de seis a oito células, todas totipotentes. Assim, utiliza-se o ácido tyrode ou um tiro de laser para fazer um pequeno orifício na zona pelúcida do pré-embrião, bem à frente do blastômero que se deseja retirar. Aspira-se por este orifício cuidadosamente o blastômero e se o encaminha aos testes adequados. As técnicas mais comuns empregadas para o diagnóstico são o FISH (hibridização florescente in situ) e a reação em cadeia de polimerase (PCR).

[47] PIERI, Patrícia de Campos; HALLAK, Jorge; ARAP, Sami. Genômica e reprodução assistida. IN: MIR, Luís. **Genômica**. São Paulo: Atheneu, 2004. p.579.

[48] PINTO JÚNIOR, Walter. Diagnóstico pré-natal. In: MIR, Luís. **Genômica**. São Paulo: Atheneu, 2004. p.556.

[49] Ibidem. p.556.

[50] SOANE RODRIGUEZ. Revista Derecho e Genoma Humano nº 16. p. 152-154.

[51] BOBBIO, Noberto. A Era dos Direitos. L'etá dei Diritti. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 18. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.72.

[52] BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. Derechos humanos y Proyecto Genoma. Granada: Comares, 1999, p.169.

[53] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Del Gen al Derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.81.

[54] HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direito da Personalidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 149.

[55] SOANE RODRIGUEZ. Revista Derecho e Genoma Humano nº 16, p. 172.

[56] Ibidem, p. 172

[57] SOANE RODRIGUEZ. Revista Derecho e Genoma Humano nº 16. p. 174-175.

[58] ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **Los genes y sus leyes:** : el derecho ante el genoma humano. Granada: Comares, 2002, p. 72

[59] SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. La intimidad e el Secreto Medico. Madid, Diaz de Santos , 2001. In: [59] HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direito da Personalidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 236.

[60] SOANE RODRIGUEZ. Op.cit, p. 167.

[61] ROMEO CASABONA. Op.cit, p. 75.

[62] HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direito da Personalidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 155.

[63] SOANE RODRIGUEZ. Revista Derecho e Genoma Humano nº 16, p. 156.

[64] Ibidem, p. 156.

[65] ASHTON-PROLLA, Patrícia; GIUGLIANI, Roberto. Aconselhamento genético na era genômica. In: MIR, Luis. **Genômica**. São Paulo: Atheneu, 2004.p. 232.

[66] Ibidem, p. 232.

[67] SOANE RODRIGUEZ. Revista Derecho e Genoma Humano nº 16, p. 143.

[68] Habermans, Jürgen. O Futuro da Natureza Humana. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.121-122

[69] Ibidem, p.19.

[70] NAVES, B.T. & FREIRE DE SÁ, F. Responsabilidade Civil no diagnóstico pré-implantatório e pré-natal: uma discussão biojurídica sobre danos morais e materiais em casos de Wrongful Birth e Wrongful Life. In: Temas de Direito Civil Contemporâneo, Editora JusPodivm, Salvador, 1ª edição, 2009, p.570

[71]LACADENA, Juan-Ramón. Individualización Y mismidad genética em el desarolla humano. In: MAYOR ZARAGOZA, Frederico; ALONSO BEDATE, Carlos (Coords.) **Gen-ética**. Barcelona: Ariel, 2003.

[72] NAVES, B.T. & FREIRE DE SÁ, op. cit. p.580.

[73] HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direito da Personalidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 173.

[74] ROMEO CASABONA. **Código de leyes**. p. 570

[75] ROMEO CASABONA. El principio de no discriminación y las restricciones relativas a la realización de análisis genéticos. In: _____. **El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina:** su entrada en vigor en el ordenamiento jurídioc español. Granada: Comares, 2002, p.188-189.

[76] SALA FRANCO, Tomás. El proyecto del genoma y las relaciones laborales. **Revista de Derecho y Genoma Humano**. Bilbao. n. 2, 1995 p. 148; ROMEO CASABONA, **El princípio de no discriminación** y las restricciones relativas a la realización de análisis genéticos. In: _____. **El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina:** su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español. Granada: Comares, 2002, p.188-189**.**

[77] ROMEO CASABONA, **El princípio de no discriminación** y las restricciones relativas a la realización de análisis genéticos. In: _____. **El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina:** su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español. Granada: Comares, 2002, p. 189.

[78] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Los genes y sus leyes:** : el derecho ante el genoma humano. Granada: Comares, 2002, p. 77.

[79] BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. Derechos Humanos y Proyecto Genoma. Granada: Comares, 1999, p. 165.

REPRODUÇÃO ASSISTIDA, PLANEJAMENTO FAMILIAR E SAÚDE SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988*

ASSISTED REPRODUCTION, FAMILY PLANNING AND HEALTH UNDER THE CONSTITUTION OF 1988

Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla
Fernando Heitor Raphael Silveira

RESUMO

A expressão planejamento familiar vem sendo comumente empregada como sinônimo de controle de natalidade, sobretudo nos países menos desenvolvidos. Ao longo do presente artigo pretendemos demonstrar, ainda que não de forma exaustiva, que a expressão 'planejamento familiar' possui também uma conotação positiva, em que é garantido a um casal o direito de ter filhos, mesmo não sendo possível a concepção pelas vias naturais.
A Constituição de 1988, especificamente no art. 226 § 7º, prevê de forma expressa que o planejamento familiar, fundado no princípio da dignidade humana, é livre decisão do casal, cabendo ao Estado fornecer os meios para o exercício desse direito. Além do dispositivo constitucional, já existe legislação acerca do tema, bem como uma Convenção Internacional, firmada em 1994 no Cairo, da qual o Brasil é signatário. Nosso objetivo é demonstrar que, não obstante as questões de crescimento populacional desenfreado, sobretudo nos países menos desenvolvidos, é garantido aos casais com problemas reprodutivos o direito à procriação, no âmbito da paternidade responsável, devendo ser amparados tanto pelo Estado quanto pelos planos de saúde.

PALAVRAS-CHAVES: PLANEJAMENTO FAMILIAR. REPRODUÇÃO ASSISTIDA. SAÚDE. SUS. PLANOS DE SAÚDE.

ABSTRACT

The expression 'family planning' is commonly used as synonym for birth control, especially within less developed countries. Throughout the present article we intend to show, however not in an exhaustive manner, that the words 'family planning' also have a positive meaning, in which it is guaranteed to a couple the right to have children, even when natural conception is not possible.
The Constitution written in 1988, precisely in article 226, paragraph 7th, determines that family planning, based upon the principle of the dignity of human beings, is a free decision to be made by the couple, and the role of the State is to provide the means for the exercise of such right. Besides the constitutional ruling, there are other laws regarding the subject, as well as an International Convention, signed in Cairo on 1994, also signed by Brazil.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Our goal is to demonstrate that, in spite of the issues related to uncontrollable population growth, mainly in underdeveloped countries, it is guaranteed for couples with reproductive problems the right to procreate, within the scope of responsible parenthood, and for that they should receive help both from the State and from private health care companies.

KEYWORDS: FAMILY PLANNING. ASSISTED REPRODUCTON. HEALTH. PUBLIC HEALTH SYSTEM. PRIVATE HEALTH CARE.

1. INTRODUÇÃO

A temática trazida neste estudo tem como norte os direitos estabelecidos na Constituição Federal e as implicações para sua efetivação. O reconhecimento da íntima ligação entre o direito constitucional ao planejamento familiar e o direito constitucional à saúde merecem nossa atenção, de maneira especial no que concerne às técnicas de reprodução assistida.

Embora não se tenha a pretensão de esgotar o tema, pois isso seria impossível num único trabalho, a intenção foi de trazer à discussão uma questão pouco enfrentada pela doutrina e pelo Poder Público: Planejamento familiar não se restringe à métodos contraceptivos, mas também a técnicas conceptivas, e isso está abarcado sobretudo pelo direito à saúde.

O Estado tem o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do direito ao planejamento familiar, conforme determina o artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal.

Além da Carta Magna, a legislação que regulamenta o planejamento familiar não deixa dúvidas de que a concepção é o viés positivo do planejamento familiar. Assim, o presente estudo enfrenta as questões do dever do Sistema Único de Saúde e dos Planos de Saúde em fornecerem os tratamentos de reprodução assistida.

À luz do artigo 226, parágrafo 7º da Constituição, sob os princípios da dignidade da pessoa humana e da **paternidade responsável**, não se prega aqui o uso indiscriminado de técnicas de reprodução assistida a qualquer um. Primeiro porque o direito a esse tratamento está vinculado ao planejamento familiar (que pressupõe uma família, ou seja, não é uma decisão individual, mas do **casal**). Segundo porque cremos que a bioética deve orientar todo e qualquer procedimento, atentando sempre para a dignidade da pessoa humana. O tratamento deve ser oferecido a quem realmente precisa, observados os padrões éticos de procedimento.

As palavras de Elida Séguin bem ilustram nosso sentimento: “Confesso que me horroriza a idéia de futuros bebês poderem ser adquiridos como num supermercado. Isso fere o princípio da dignidade humana e não deve ser admitido”[1]. Assim, uma vez mais, ressalta-se a necessidade da bioética e do biodireito acompanharem cada caso de reprodução assistida.

Por fim, registre-se que apesar de trazermos informações médicas, não temos a audácia de dizer que elas esgotam o assunto (já que não somos dessa área). Elas apenas acrescentam dados para a discussão.

2. SAÚDE: UM CONCEITO AMPLO

A procura por um conceito universal de saúde acompanha a evolução humana desde tempos imemoriais. Ao buscar-se um padrão para a definição de pessoa com saúde, ou pessoa saudável, fica claro que não se pode restringir a idéia somente ao conceito médico, fisiológico, de se considerar a saúde como ausência de doenças. Pode-se facilmente observar que o termo 'saúde' adquire feições variáveis, verdadeiramente mutantes, conforme a época que se pretenda examinar.

Para efeito do presente artigo, tomamos por base uma definição de saúde abrangente, adotando como referência o conceito desenvolvido quando da constituição da Organização Mundial de Saúde; em seguida, tendo em vista a evolução dos direitos fundamentais, esforçamo-nos para determinar um conceito de saúde aplicável à realidade de nosso País, tendo em mente as crescentes necessidades da população, a par da constante evolução do Direito Constitucional pátrio.

Por sua complexidade, o homem não se pode dissociar de seu meio. O chamado 'ser social' é formado por todos os elementos que o cercam, tais como a língua, cultura, costumes, influências positivas e negativas, traumas e realizações, além de suas características próprias. Não obstante, em cada sociedade é possível – ainda que em teoria – apontar-se um patamar ideal, um plano em que o indivíduo pode ser considerado como sendo ou não uma pessoa saudável.

Destacamos o seguinte trecho encontrado no preâmbulo do documento de Constituição da OMS:

OS ESTADOS Partes nesta Constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são elementares para a felicidade, harmonia nos relacionamentos e segurança de todas as pessoas:

A Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doença ou enfermidade.

Desfrutar do mais alto padrão de saúde é um dos direitos fundamentais de todo ser humano sem distinção de raça, religião, crença política, condição econômica ou social.

A saúde de todos os povos é fundamental para a consecução da paz e da segurança e é dependente da total cooperação dos indivíduos e Estados.[2]

Necessário também fazer menção à Carta de Ottawa para a Promoção da Saúde[3], firmada em 21 de novembro de 1986, com o propósito de conseguir levar saúde a todos, até o ano 2000, e além desse período.

Na referida Carta, foram estabelecidos alguns pré-requisitos, verdadeiras condições fundamentais para a obtenção da saúde plena, a saber:

- *Peace* (paz);
- *Shelter* (abrigo);
- *Education* (educação);
- *Food* (alimentação);
- *Income* (renda);
- *A stable eco-system* (um ecossistema estável);
- *Sustainable resources* (recursos sustentáveis);
- *Social justice, and equity* (equidade e justiça social).

Fica então evidente que não se pode considerar a saúde de uma pessoa apenas por ela apresentar ou não alguma doença, ainda que temporária; para saber se um indivíduo é de fato saudável, deve-se analisar uma gama de fatores relacionados à pessoa em si, bem como ao ambiente em que vive, à organização social que a cerca, além de outros tantos.

Passemos então a examinar, ainda que não de forma exaustiva, a evolução social ocorrida com o surgimento do Estado Liberal, e mais especificamente a evolução do Direito Constitucional brasileiro, notadamente no que diz respeito à proteção da saúde do indivíduo.

2.1. A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como um prenúncio do que viria a ser a Constituição, a 8ª Conferência Nacional de Saúde de 1986 estabeleceu, dentre os seus temas, algumas definições referentes a saúde, dentre as quais destacamos as seguintes[4]:

SAÚDE COMO DIREITO

1 – Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.

2 – A saúde não é um conceito abstrato. Define-se no contexto histórico de determinada sociedade e num dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistada pela população em suas lutas cotidianas.

3 – Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

Fica evidente a preocupação externada pelos médicos, acadêmicos e pesquisadores que fizeram parte da referida Convenção; não se pode tratar a saúde somente com relação às doenças, quer sejam doenças do corpo, da mente, ou doenças morais. A saúde é sem dúvida algo intimamente ligado à plenitude do ser humano, dentro da individualidade de cada um.

Foi com esse pensamento, queremos crer, que o legislador constituinte de 88 estabeleceu a saúde como um direito social, insculpido no art. 6º, com a seguinte redação: "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

Vários outros artigos do texto constitucional tratam da saúde, diferentemente das Constituições anteriores. O reconhecimento da importância do tema fez com que o legislador constituinte expressasse em diversos dispositivos a importância de se garantir uma vida saudável aos brasileiros.

E não somente a estes. Numa análise superficial conclui-se, pela leitura do art. 196 da Constituição Federal, que mesmo os residentes no país de forma ilegal ou irregular têm direito à saúde, vez que o citado artigo assegura a todos o direito à Saúde, sendo dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas com vistas à prevenção de doenças e ampliação do acesso aos serviços sanitários.

Alguns publicistas sustentam inclusive que o artigo citado diz respeito não somente ao Estado, como bem exprime WEICHERT[5]:

O Estado tem o dever de oferecer, de forma universal e isonômica, serviços de atendimento à saúde da população, preventivos e curativos. Essa obrigação a uma atuação positiva não é, porém apenas do Estado. Também os cidadãos e suas organizações privadas (empresas, associações, etc.) estão comprometidos a adotar posturas ativas na promoção da saúde, podendo a lei e a administração pública impor obrigações de agir, positivamente.

Ao estabelecer, no art. 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, a Constituição regulamenta-se a si própria; não deixa dúvidas quanto à extensão subjetiva do dispositivo, nem quanto ao alcance material do mesmo. Ao perscrutarmos referido artigo percebemos alguns aspectos, relacionados a seguir:

Primeiro, vê-se que a saúde destina-se a todos os indivíduos que habitam em território nacional, independente de sua situação política, cultural ou econômica. Tanto o presidiário quanto o estrangeiro ilegal têm direito à saúde, como definida pela Constituição. Aqui, de fato, torna-se o estudo do conceito de saúde mais contundente, pois não se pode admitir, de acordo com o texto constitucional, que se tenha diferentes 'gradações' de saúde. A saúde, sendo ela um conceito único, é direito de todos e dever do Estado. Resta definir, então, o que quis dizer o Constituinte ao fazer uso do termo 'saúde'.

Num segundo momento, exige-se do ente estatal que forneça o aparato político e econômico para que todos tenham acesso à saúde, indistintamente. O Constituinte fala em 'políticas sociais e econômicas', destinadas à "redução do risco de doenças e de

outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." Percebe-se aqui uma clara referência ao texto do relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde, mais especificamente de seu art. 3º, quando se trata de ações e serviços para promoção, proteção e recuperação. Vale à pena analisarmos esses três últimos conceitos abrigados pelo artigo em escrutínio.

Quando se fala em promoção, entendemos que o legislador impõe ao Estado ações preventivas; assim nos mostra ARAUJO[6]:

Como consequência primeira do direito à saúde (direito de estar são), deve-se agregar o direito à prevenção de doenças (direito de permanecer são). Assim, o Estado é responsável, tanto por manter o indivíduo são, desenvolvendo políticas de saúde, como para evitar que ele se torne doente. O direito à prevenção de doença é, consequentemente, parte do direito à saúde.

Ao tratar de proteção da saúde, visa o Constituinte, queremos crer, que aqueles que já a têm possam mantê-la, protegendo-os de qualquer interferência estatal ou mesmo de particular que possa perturbar tal situação.

E finalmente o texto faz referência ao termo 'recuperação' da saúde. Aqui não restam dúvidas de que se trata daqueles que não a têm, mas a quem a Constituição garante que lhes será restituída. Note-se que o texto não faz qualquer restrição de ordem econômica ou social, implicando em dizer que não importa quão complexa a doença, quão caro o tratamento, ou qual a situação financeira da pessoa, a Constituição garante-lhe o direito à saúde – pela abrangência do termo 'todos' – e impõe ao Estado a obrigação de lhe fornecer tratamento adequado.

Nesse sentido têm sido cada vez mais harmônicas as decisões dos Tribunais, que reconhecem ser inevitável a plena aplicação do texto da Lei Fundamental. Serve de referência o voto do Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário nº 271.286, em sede de Agravo Regimental, digno de destaque por seu aspecto didático – como aliás sempre o são suas manifestações.

Temos então a saúde como garantia do cidadão e dever do Estado, que deve ser provida de forma indistinta. Resta então definir o que se quer dizer com o termo saúde.

Vários outros artigos do texto constitucional fazem menção ao termo, e servem para demonstrar que a intenção do Constituinte Originário de 88, foi a de garantir da forma mais ampla possível o acesso à saúde a todos os que se encontram sob jurisdição de nossa Constituição.

E há ainda outros artigos em que, embora não seja mencionado o termo saúde, pode-se se considerá-lo implícito em outros conceitos que certamente o abrangem. Tome-se por exemplo, o art. 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana; (...)

Pergunta-se: é possível o exercício da cidadania sem saúde? Como se pode chamar de ‘cidadão’ o indivíduo que, por falta de saúde, não consegue desempenhar suas funções mais básicas na comunidade em que vive, ou mesmo na sociedade?

Todavia, o que nos chama mais a atenção – sem sombra de dúvida – é o emprego do termo "dignidade”. Verbete de difícil definição, porém de enorme abrangência e que merece extensa consideração, a dignidade pode ser vista como o valor moral que o indivíduo atribui a si mesmo, diante dos padrões estabelecidos em cada época e civilização.

A ligação da dignidade com os direitos fundamentais é analisada por muitos autores, de diversas épocas e com diferentes visões. Percebe-se contudo, uma tendência à maior densificação do conceito, tornando-o cada vez mais concreto e dando-lhe contornos mais bem definidos. Valemo-nos da lição de SARLET, autor de vários estudos acerca do tema, em tópico referente à unidade de sentido do sistema jurídico que liga a dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais:

Dentre as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, destaca-se, pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se, de acordo com a significativa fórmula de Haverkate, no “ponto de Arquimedes do estado constitucional”. Como bem lembrou Jorge Miranda, representando expressiva parcela da doutrina constitucional contemporânea, a Constituição, a espeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como o “alfa e omega” do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais.

Ao estabelecer como uma das principais finalidades da República a promoção do bem de todos, o art. 3º da Magna Carta estabelece, ainda que forma genérica, que um dos propósitos da República é a promoção da saúde de todos os cidadãos, de forma equânime, independente de classe social ou econômica, ou como o próprio texto constitucional o coloca, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Vários outros trechos da Constituição poderiam ser apontados como referências à saúde, sendo inquestionável que o artífice do texto constitucional teve por intenção assegurar a todos a busca e a manutenção da saúde, seja curativa ou preventiva, independentemente de o indivíduo ter ou não condições de pagar pelos serviços e produtos que venham a ser necessários.

Prosseguindo na busca por um conceito satisfatório de saúde, podemos então dizer que, de acordo com o texto constitucional, saúde é direito social (art. 6º) e também individual[7], garantido a todos independentemente de condição legal ou financeira (art.

196). É o direito de se ter o mesmo padrão de saúde do outro, nivelando-se por cima evidentemente (art. 3º, III e art. 5º, *caput*). Garante-se ao idoso, adulto, adolescente e jovem, a estes últimos com absoluta prioridade (art. 227). É um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, IV), sendo dever do Estado, mas livre a assistência à iniciativa privada (art. 199). É matéria de competência comum à União, Estados e Municípios (art. 23, II), cuja competência legislativa é concorrente dentre União, Estados e Distrito Federal (art. 24, XII).

Necessário trazer à discussão a conceituação empregada pela Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. A lei reforça o comando constitucional, definindo a saúde como um direito fundamental do ser humano (art. 1º); andou bem, a nosso ver, o legislador federal ao definir de tal forma o titular do direito à saúde. Reitera-se – como não poderia deixar de ser – a idéia de que o indivíduo é detentor do direito à saúde independentemente de sua situação.

O parágrafo 1º da citada lei faz referência às medidas que o Estado deve tomar "...que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação."

Mas o que nos chama mais a atenção é a redação do art. 3º da Lei 8.080/90, e de seu parágrafo único, que pedimos vênia para transcrever:

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Percebe-se aqui que o legislador preocupou-se em não limitar o conceito de saúde apenas à ausência de doenças; tratou de explicitar, num rol exemplificativo, os fatores que considera determinantes e condicionantes da saúde. Por essa definição, podemos concluir que a saúde está intimamente ligada à noção de plenitude – e, porque não dizer, de felicidade.

Ainda que se considere utópico tal pensamento, vemos que o Estado, de um lado, não pode impedir que o indivíduo busque a própria felicidade. Nota-se aí uma clara restrição aos poderes estatais, limitando-se sua esfera de atuação.

Por outro lado, deve-se ter em conta, de acordo com o artigo citado, que cabe ao Estado, diante daqueles indivíduos desprovidos de condições mínimas de moradia, alimentação, saneamento básico, dentre outras, cuidar para que estes tenham a possibilidade, ou melhor, a oportunidade para buscar melhores condições de saúde, e de vida.

Alguns autores logram definir o direito à saúde de forma sucinta; ARAUJO assim o faz, referindo-se a ele como "o direito de estar são"[8]. Outros, por sua vez, ao definirem o

direito à saúde, fazem referência a conceitos como liberdade e igualdade. Sueli G. DALLARI assim o fez, em artigo publicado quando da promulgação da Constituição de 1988[9]; a seguir transcrevemos um trecho do referido artigo, que reputamos de extrema valia para nossa conceituação:

Observado como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção. As pessoas devem ser livres para escolher o tipo de relação que terão com o meio ambiente, em que cidade e que tipo de vida pretendem viver, suas condições de trabalho e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão, o tipo de tratamento a que se submeterão entre outros. Note-se, porém, que ainda sob a ótica individual o direito à saúde implica a liberdade do profissional de saúde para determinar o tratamento. Ele deve, portanto, poder escolher entre todas as alternativas existentes aquela que, em seu entender, é a mais adequada. É óbvio, então, que a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde enquanto direito subjetivo depende do grau de desenvolvimento do Estado. De fato, unicamente no Estado desenvolvido socioeconômico e culturalmente o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento.

Examinado, por outro lado, em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade. As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. Assim, para preservar-se a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. Essa é a razão das normas jurídicas que obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente, das condições de trabalho. A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também responde à exigência da igualdade. É claro que enquanto direito coletivo, a saúde depende igualmente do estágio de desenvolvimento do Estado. Apenas o Estado que tiver o seu direito ao desenvolvimento reconhecido poderá garantir as mesmas medidas de proteção e iguais cuidados para a recuperação da saúde para todo o povo.

Apesar de escrito há duas décadas atrás, o texto é sobremodo atual. Ao tratar dos tipos de tratamento, a autora aborda questões que, até o presente, não foram solucionadas. Veja-se, por exemplo, a audiência pública proporcionada pelo Supremo Tribunal Federal, em que se discutiu temas relacionados ao direito à saúde[10], com a finalidade de se avançar na solução de questões tão complexas quanto o fornecimento de tratamentos de alto custo em face das limitações orçamentárias dos entes da federação.

Há que se considerar, sobretudo, que tais questões têm sido problemáticas não apenas para nós. Nos Estados Unidos da América, o atual presidente, Barack Obama, busca implantar uma reforma no sistema público de saúde, com o intuito de implementar conceitos tais como[11]: investimentos em prevenção e bem-estar; melhoria na segurança dos pacientes e qualidade do atendimento; serviços de saúde de qualidade, e com preços acessíveis, dentre outros.

É certo que outros países enfrentam a mesma problemática, ainda que em diferentes níveis. É possível, entretanto, afirmar que não basta estabelecer a previsão legal do direito à saúde, mesmo que seja em nível constitucional; é preciso haver uma estrutura

funcional, financeiramente viável, bem como uma plena consciência por parte dos usuários – evitando assim os serviços supérfluos – para que se tenha uma saúde pública eficiente e de qualidade.

Em síntese, podemos afirmar que a definição do conceito de saúde é tarefa árdua, que demanda esforço por parte de várias áreas do conhecimento humano, mas não sem importância; não se trata de mera conjectura, de debate acadêmico. Ao delimitar o significado de saúde, atribui-se densidade à norma constitucional e infra-constitucional, tornando mais clara a verdadeira obrigação do Estado, bem como melhor esclarecendo qual a amplitude dos direitos dos indivíduos.

Ao optarmos por um conceito de saúde, apoiamo-nos naquele adotado quando da constituição da Organização Mundial de Saúde. Partimos, portanto, da idéia de que ter saúde é vivenciar um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doença ou enfermidade.

É certo que a Constituição garante o direito à saúde não apenas momentâneo, e aí, entendemos, encontra-se o maior desafio. Sabemos que, apesar de o texto constitucional prever de forma ampla que o direito à saúde é inerente a todos, independentemente de quaisquer condições, ainda não chegamos ao ponto em que a norma constitucional é efetivamente cumprida. Há ainda muitas pessoas não atendidas, ou atendidas de forma precária, por falta de estrutura, de pessoal qualificado, de equipamentos, medicamentos e de recursos financeiros. Além de tudo isso, há a doença da corrupção, para a qual ainda não se encontrou uma cura eficaz.

3. PLANEJAMENTO FAMILIAR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Igualmente complexa é a tarefa de se definir o significado do conceito de planejamento familiar. Trata-se de expressão comumente empregada para definir um conjunto de ações ou medidas voltadas ao controle, no âmbito de uma entidade familiar, do número de filhos desejados, bem como a época do nascimento, para melhor adequação às possibilidades sócio-econômicas do casal.

É certo que o uso mais comum da expressão ‘planejamento familiar’ é no sentido negativo, ou seja, quando se fala em planejamento familiar, pensa-se imediatamente em contracepção; para alguns, é o mesmo que se falar em controle de natalidade.

Todavia, não se pode limitar a expressão ao seu significado ‘negativo’. Ainda que seja essencial possibilitar a todos os casais o acesso aos meios de controle de concepção, é inegável que a expressão tem um significado bem mais amplo.

Segundo o Ministério da Saúde, planejamento familiar é “Planejamento familiar é o direito que toda pessoa tem à informação, à assistência especializada e ao acesso aos recursos que permitam optar livre e conscientemente por ter ou não ter filhos. O número, o espaçamento entre eles e a escolha do método anticoncepcional mais adequado são opções que toda mulher deve ter o direito de escolher de forma livre e por meio da informação, sem discriminação, coerção ou violência.”[12]

O legislador constituinte também previu o planejamento familiar de forma ampla e abrangente, como encontra-se no § 7º do art. 226 da Constituição Federal, a seguir transcrito:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...) § 7º Fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Fica evidente, ao nosso ver, que o conceito de planejamento familiar estabelecido na Constituição não se limita às formas de controle de natalidade; assegura, por outro lado, àquelas mulheres com dificuldades de gerar um filho, a propiciação dos recursos, inclusive os médicos (científicos) necessários à concepção.

Merece destaque, no parágrafo em questão, a expressão 'paternidade responsável'; pretendeu-se aqui fornecer os meios aos casais que, vivendo em união familiar, desejem ter filhos próprios, para criá-los em meio a laços afetivos sólidos para que cresçam em ambiente seguro, dando pleno significado ao termo 'família', conforme empregado no *caput* do art. 226 da *Lex Major*.

Como consequência da vontade do legislador constituinte, promulgou-se, em 12 de janeiro de 1996 a Lei nº 9.263, com o intuito de regulamentar o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar. Assim restaram redigidos os primeiros artigos:

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o **conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal**.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.

Prossegue a referida norma, para estabelecer quais as garantias a serem oferecidas pelo SUS – Sistema Único de Saúde, a saber:

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à **concepção** e contracepção;

(...)

Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Necessário, ainda, que também se registre art. 9º desta lei que regulamenta o planejamento familiar previsto na Lei Maior, assim enunciado:

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Andou muito bem, a nosso ver, o legislador ordinário quando da elaboração da Lei em questão. Não obstante a expressão planejamento familiar ter uma conotação mais significativa de controle populacional – sobretudo em países como o Brasil ou até mesmo em pior situação – é inquestionável, *data venia*, que a mesma terminologia possui um viés positivo, no sentido de se possibilitar aos casais com dificuldades de reprodução o acesso aos meios já existentes de procriação assistida.

Não podemos deixar de mencionar a conferência havida no Cairo, em 1994, durante a qual se discutiu, entre os 179 países participantes, uma redefinição acerca das questões envolvendo o crescimento populacional ao redor do mundo. Durante tal convenção, os países adotaram um plano de 20 anos no qual foram enfatizados os direitos e aspirações das nações em regularem o crescimento populacional, a fim de atingirem as metas demográficas e de desenvolvimento estabelecidas. O resultado foi o primeiro documento internacional a reconhecer as interconexões entre saúde reprodutiva, um meio-ambiente sustentável e o desenvolvimento econômico.

Referido documento, conhecido como “The Cairo Consensus”, teve um foco maior nas questões de controle populacional nos países mais pobres; não obstante, um dos direitos reprodutivos endossados pela Conferência de Cairo foi o direito de o casal escolher de forma livre sobre questões como o número, o momento e o espaço de tempo entre a concepção de um filho e de outro. Em outras palavras, reconheceu-se a importância de se criar condições sociais, culturais e econômicas nas quais homens e mulheres podem escolher livremente e com as informações necessárias acerca de sua vida familiar.[13]

É certo, então, que nas questões acerca da reprodução assistida, contamos com dispositivo constitucional, além de legislação ordinária, bem como tratado internacional, do qual o Brasil é signatário. Em vista dos constantes avanços no campo da medicina reprodutiva – cujas técnicas serão a seguir brevemente abordadas – não se pode negar o acesso da população aos avanços tecnológicos, nos termos do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, firmado em 1979.

3.1. BREVE DESCRIÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Sem a pretensão de adentrar o mérito das possíveis formas de tratamento – questão de alta complexidade, tanto no campo médico quanto nas demais disciplinas que guardam alguma conexão com a bioética – trazemos algumas das formas mais comuns de reprodução assistida, a serem empregadas na hipótese de um dos cônjuges, ou mesmo ambos, apresentarem problemas que os impeçam de procriar naturalmente.

As técnicas mais comuns são as seguintes[14]:

· INSEMINAÇÃO INTRA-UTERINA – IUI

Também conhecido como inseminação artificial, trata-se de procedimento em que o fluido seminal é preparado em um laboratório, e posteriormente injetado no útero, após estímulo do ovário, para a produção de mais óvulos por ciclo. Referida técnica é geralmente emprecada nos casos em que há baixa contagem de espermas, problemas com muco cervical, ou mesmo questões de infertilidade não explicadas.

· REPRODUÇÃO ASSISTIDA COM DOAÇÃO DE ESPERMA (ART with Sperm Donation)

A técnica consiste na aplicação de espermatozóides provenientes de um doador, para ajudar os casais em que o homem apresenta problemas de infertilidade devidos a baixa contagem de esperma, ou sêmen de má qualidade.

· REPRODUÇÃO ASSISTIDA COM DOAÇÃO DE ÓVULOS (ART with Egg Donation)

Pode auxiliar aqueles casais cujos problemas de infertilidade são devidos a menopausa prematura ou outras disrupções na ovulação. O procedimento de Reprodução Assistida é feito com óvulos de doadora anônima ou conhecida, e pode consistir em um dos três procedimentos a seguir:

· TRANSFERÊNCIA INTRAFALOPIANA DE GAMETAS (Gamete Intrafallopian Transfer – GIFT)

Pode auxiliar pessoas com quadro de endometriose moderada, baixa contagem de espermas ou questões relacionadas a anticorpos de espermas. É procedimento semelhante à fertilização *in vitro*, mas tanto os óvulos quanto o esperma são colocados lado a lado dentro da trompa da mulher, onde a fertilização ocorre normalmente.

· TRANSFERÊNCIA INTRAFALOPIANA DE ZIGOTOS (Zygote Intrafallopian Transfer – ZIFT)

Similar ao procedimento anterior, mas os óvulos e os espermatozóides são juntados em laboratório. Os zigotos resultantes (óvulos fertilizados) são então transferidos às trompas saudáveis da mulher, onde um ou mais viajarão ao útero para se implantarem e desenvolverem.

· FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* (In Vitro Fertilization – IVF)

Pode auxiliar aqueles casais cujas mulheres sofreram danos pélvicos ou nas trompas, ou cuja infertilidade masculina representa óbice à concepção. É a técnica de reprodução assistida mais utilizada, em que a mulher toma medicamentos para aumentar a produção de óvulos, que serão removidos cirurgicamente. Os óvulos e esperma serão, então, combinados fora do organismo feminino, para serem posteriormente reinseridos após a fertilização.

Para efeito do presente estudo, tomamos por base os tratamentos acima descritos, por serem representativos da evolução crescente nas técnicas de reprodução assistida. Cumpre-nos, então, analisar a legislação vigente para entendermos quais as reais limitações enfrentadas por aqueles casais que, desprovidos de condições financeiras, não têm acesso às tecnologias mais recentes, não podendo assim realizar o sonho da paternidade.

4. DIREITO À IGUALDADE E O SITEMA ÚNICO DE SAÚDE

Interessante falar sobre o princípio da igualdade e sua relação com a prestação de Saúde pelo Estado. Então, as primeiras linhas a seguir tratam do direito à igualdade em nosso ordenamento jurídico, para depois adentrarmos propriamente ao tema proposto neste tópico.

Joaquim B. Barbosa Gomes[15] ensina:

Remonta ao Mundo Antigo a idéia essencial à existencia humana, de que todos os seres humanos são naturalmente iguais. A igualdade, princípio jurídico-filosófico cultivado e disseminado a partir das revoluções políticas dos séculos XVII e XVIII, a exemplo do princípio da liberdade ou da autonomia individual, constitui um dos pilares da democracia moderna e componente essencial da noção de Justiça.

A Constituição Federal Brasileira assegura em seu artigo 5º, *caput*, que "todos são iguais perante a lei", assim como outras Constituições no mundo (como,*v.g.*, a da Alemanha, de Portugal, da Espanha, da Itália, etc.), consagrando o princípio da igualdade.

Tal princípio, como é cediço, deve ser utilizado tanto pelo legislador quanto pelo aplicador da lei.

A igualdade prevista em nossa Constituição determina, logicamente, a redução das desigualdades. Vale dizer, então, que o Estado tem o dever de agir positivamente no sentido de reduzir as desigualdades sociais.

Destarte, o princípio da igualdade, para José Joaquim Gomes Canotilho[16], não pode ser interpretado como um "*princípio estático indiferente à eliminação das desigualdades*".

Imperioso se faz analisar a igualdade dentro de uma sistemática constitucional, buscando o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, quando a Constituição afirma no *caput* do artigo 5º que "todos são iguais perante a lei", essa

norma não está sozinha, ela é um complemento dos objetivos fundamentais da República, em consonância com o restante do sistema normativo estabelecido pela Carta Magna. Nos dizeres de Bobbio[17]:

... somente se pode falar em direito onde há um complexo de normas formando um ordenamento e, portanto, o direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas; concluindo, uma norma jurídica não se encontra nunca sozinha, mas é ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.

Cumpre-nos, ainda, registrar as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello[18], no que tange à isonomia:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Ressaltamos a definição aristotélica, na qual *a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*. Logo, claro está que o princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto tratamentos diferenciados, o que veda tal princípio são diferenciações arbitrárias, injustificadas, infundadas (é preciso estar atento ao *discrimen*, o qual deve estar obrigatoriamente em consonância com a Constituição, devendo haver uma correlação lógica entre esse fator discriminatório e a desequiparação protegida). Destarte, quando a Constituição permite um tratamento diferenciado, tem como objetivo atingir uma igualdade real.

Ensina-nos, ainda, Bandeira de Mello[19]:

...as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula da igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*. (grifos originais)

Canotilho[20] também diz que ".o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária".

Neste passo, destacamos o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[21]:

A uniformidade do direito não significa, todavia, que não haja distinções no tratamento jurídico. As distinções são, ao contrário, uma própria exigência da igualdade. Esta – como se sabe - consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam. Tratar igualmente os desiguais, ou desigualmente os iguais, importaria em injustiça e em violação da própria igualdade. Dar ao menor o tratamento dado ao maior, e vice-versa, seria flagrante injustiça e desigualização, no fundo.

(...)

Entretanto, se a diferenciação é arbitrária, se ela não se coaduna com a natureza da desigualdade, não leva à igualdade, mas ao privilégio, a uma discriminação. É esta, pois, em síntese uma diferenciação desarrazoada ou arbitrária.

Interessante observar que a legislação precisa vir acompanhada de instrumentos que possam tornar a igualdade um princípio eficaz, sob pena de ser inócua. Importa lembrar que, segundo Lenio Luiz Streck e José Luiz Bonzan de Morais[22], o Estado Democrático de Direito[23] deve ser transformador da realidade. Em suas palavras:

Quando assume o feitio de democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do status quo. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais.

Canotilho[24] entende, nesse sentido, que "o princípio da democracia econômica e social impõe tarefas ao Estado e justifica que elas sejam tarefas de conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais, de forma a promover a igualdade real entre os portugueses".

Afirma, também, Joaquim B. Barbosa Gomes[25]:

... nessa nova postura o Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo da convivência entre os homens e passa atuar ativamente na busca da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais.

Exatamente entender que o Estado deve agir positivamente, de maneira a garantir o mínimo existencial para uma vida digna, é que o Constituinte de 1988 dispôs em seu artigo 196 e seguintes que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido o acesso universal e igualitário às ações para sua promoção, proteção e recuperação.

Inegável o avanço trazido pela Constituição Federal, ao criar o Sistema Único de Saúde, através de uma rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada, que deve prestar atendimento integral à saúde humana. E, como visto, integralidade implica em dar atenção ao ser humano como um todo, prestigiando o amplo conceito de saúde dado pela OMS.

Mister registrarmos que a legislação infraconstitucional veio dar operacionalidade ao SUS, através da Lei 8080/90, 8142/90, além das Normas Operacionais Básicas (NOBs), editadas em 1991 e 1993.

Então, nosso ordenamento jurídico oferece aparato para que o ser humano cuide de sua saúde de maneira integral. Não basta, porém, que o Estado apenas reconheça formalmente o direito à saúde, é preciso que lhe respeite e lhe forneça meios para sua efetivação.

Já se ressaltou, neste estudo, que quando a Constituição garante o direito à saúde como dever estatal de atendimento integral, ela não excepciona pessoas nem por sua situação econômica, nem pelo grau, complexidade ou custo do seu tratamento.

Se um tratamento é bom para saúde de alguns, certo é que ele deve estar acessível a todos os que dele necessitem, caso contrário, criam-se duas categorias de cidadãos e isso não está de acordo com um Estado Democrático de Direito.

Oportuno trazer as sábias palavras de Daniela Almeida Prado Ninno, Juíza da Terceira Vara Cível da Comarca de Jaú-SP, quando do julgamento do Processo 302.01.2008.004384-0, no qual se pleiteava um medicamento de alto custo para tratamento de um linfoma, e que elucida muito bem a questão acima:

Irrelevante que o medicamento não esteja incluído em relação elaborada pelo Ministério da Saúde, pois comprovada e suficiente sua prescrição médica. Ora, se não há nenhuma vedação a seu consumo por aquisição particular, inadmissível que seja ele subtraído daqueles que não disponham de condições financeiras para a aquisição, devendo assim o Poder Público providenciar seu fornecimento

Bom é ressaltar, como já demonstrado, que a Lei 9263/96 prevê em seu conceito de planejamento familiar tanto a concepção quanto a contracepção. Essa mesma norma dá as diretrizes do SUS para prestação de serviços de reprodução assistida. Convenientemente, o Poder Executivo ainda não expediu o Decreto regulamentar dessa Lei, para que a reprodução assistida pudesse ser colocada em prática na rede pública. Ora, como dizer que a reprodução assistida não deva ser acessível aos que dela necessitarem? Cômoda é a posição governamental, que promete a implementação de uma política publica mas não a efetiva, como se verifica na Cartilha "Direitos sexuais e direitos reprodutivos – uma prioridade do governo", editada pelo Ministério da Saúde[26].

É preciso que se reconheça a prevalência do direito à saúde em detrimento dos interesses financeiros do Estado. Ademais, enquanto o gasto com propaganda e publicidade do governo for tão maior do que com a Saúde, enquanto houver desvios e má administração do dinheiro da Saúde[27], não há que se falar em reserva do possível e limitação do direito fundamental à saúde.

É de conhecimento geral a existência do direito público subjetivo à saúde, oponível contra o Estado. Então, as políticas públicas de saúde são o primeiro meio de efetivação desse direito e a atuação do Poder Judiciário ocorre posteriormente, onde se constata a "não-ação" ou inércia estatal na proteção do direito à saúde. O Judiciário tem o dever de fazer cumprir a Carta Magna, concretizando a igualdade e tutelando os demais direitos fundamentais.

Outrossim, tendo em vista o direito à saúde e ao planejamento familiar previsto em nossa Lei Maior, assim como considerando toda a principiologia da Constituição Federal, não se pode negar o tratamento para reprodução assistida a quem não tenha acesso a ele por vias particulares, sob pena de clara afronta à vontade constitucional e desrespeito à dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade. Afinal, saúde é direito de todos e dever do Estado e o direito não existe simplesmente para ser reconhecido, mas para ser realizado.

6. A COBERTURA BÁSICA DOS PLANOS DE SAÚDE E A NOVA LEI Nº 11.935, DE 11 DE MAIO DE 2009

Não é de hoje que Poder Público deixa de suprir a contento às necessidades do povo brasileiro, no que tange à saúde. Isso fez com surgisse, na iniciativa privada, os planos e seguros de saúde, para dar acesso a uma parcela da população a serviços de assistência à saúde.

Relata Antonio Joaquim Fernandes Neto que:

A história mostra que a intervenção do Estado brasileiro na saúde foi permanente ao longo do século XX. Empobrecida, a maior parte da população nunca teve recursos para custear a medicina liberal, e o poder público, pressionado pelos interesses econômicos, foi o grande responsável pelo financiamento da criação e da expansão dos serviços privados de assistência à saúde. (sic)[28]

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 199 que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. No entanto, é preciso que se analise esse dispositivo constitucional em conjunto com o artigo 170, o qual afirma que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Mais que isso, um dos princípios que deve nortear a ordem econômica é a defesa do consumidor (inciso V).

Nesse sentido, o voto do Ministro do STF, Moreira Alves, no julgamento da ADIN 319-4/DF, é elucidativo:

Portanto, embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela assegurar a todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social, observando-se os princípios enumerados nos sete incisos desse artigo.

Ora, sendo a justiça social distributiva – e por isso mesmo é que se chega à finalidade da ordem econômica (assegurar a todos existência digna) por meio dos ditames dela – e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse artigo 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo para que se possibilite a sua condição, a fim de que , em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos – e, portanto, aos elementos de produção e distribuição de bens e serviços e aos elementos de consumo deles – existência digna.

Não se pode olvidar, também, que a Carta Magna atribuiu caráter de relevância pública às ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público sua fiscalização, regulamentação e controle (artigo 197).

Apesar da diretriz constitucional, houve a necessidade de uma regulamentação dos planos de saúde, através da Lei 9656/98 e da criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, pois abusos estavam ocorrendo na atividade e muitas vezes o consumidor estava sendo lesado. As práticas abusivas foram sendo reconhecidas pelo Poder Judiciário, que teve um papel fundamental na mudança de perspectiva dessas relações

de consumo, demonstrando, assim, a necessidade de uma legislação específica que regulamentasse a atividade, assim como de uma Agência Reguladora.

Fernandes Neto assim nos ensina:

Verifica-se que a regulamentação dos planos de saúde tem a função de organizar o financiamento privado dos serviços médicos, hospitalares e odontológicos, impondo sua conformação aos objetivos da política econômica. A saúde é um direito social, cuja implementação está subordinada a políticas públicas, econômicas e sociais.[29]

Observa-se que se o consumidor, de maneira geral, é considerado vulnerável, aquele que é consumidor de serviços de saúde apresenta uma vulnerabilidade muito maior. Então, por conta dessa forte dependência em relação ao fornecedor dos serviços de saúde, a intervenção estatal justifica-se ainda mais.

Os planos e seguros de saúde operam por meio de contratos com seus consumidores, mediante remuneração, os quais devem obedecer o que estabelece a Lei dos Planos de Saúde (9656/98), o Código de Defesa do Consumidor e principalmente a Constituição Federal.

Nas palavras de Ricardo Luís Lorenzett:

O contrato de medicina previamente paga tende a viabilizara proteção da saúde pela via privada, temos um vínculo em que está implicado um direito fundamental. A prestação de um direito fundamental pode desequilibrar a lógica contratualista, já que se concedem direitos e ações que seriam impensáveis em um contrato comum.[30]

Além disso, nosso ordenamento jurídico prestigia a função social do contrato.

Em outro passo, não se pode perder de vista que “o valor da prestação individual fixada para cada consumidor deve ser suficiente para cobrir os riscos incluídos no contrato”[31]. O valor da prestação deve ser calculado pela operadora, de modo que garanta aos seus clientes a contraprestação de cada contrato. É de bom alvitre ressaltar , como diz Fernandes Neto, que o consumidor não leva vantagem quando fica doente e utiliza os serviços de assistência à saúde. “Tampouco há efetivo prejuízo para a operadora de plano de saúde, que está obrigada a calcular corretamente o custo dos riscos cobertos”[32].

A Lei 9656/98 trouxe várias alterações na prática das operadoras de plano de saúde. Aqui se destaca a oferta obrigatória do plano-referência, de cobertura básica, de acordo com o estabelecido nessa legislação.

Em face do tema proposto, qual seja, a reprodução assistida, quer-se aqui levantar uma questão que certamente chegará ao Judiciário para ser resolvida, uma vez que a lei 9656/98, em seu artigo 10, III, excepciona a cobertura de inseminação artificial pelos planos de saúde, todavia, a alteração trazida pela Lei 11.935[33] de 11 de maio de 2009, revogou tacitamente esse dispositivo, quando diz ser obrigatório o atendimento nos casos de planejamento familiar.

Ora, sabendo-se que o planejamento familiar envolve **concepção** além de contracepção, não há como negar-se que a lei posterior derrogou a parte em que a anterior não é compatível.

Dessarte, os casais que tem problemas de infertilidade e são usuários de planos de saúde, poderão se valer da modificação trazida pela lei 11.935/09 para pleitear junto às operadoras os procedimentos necessários para reprodução assistida. Caso haja negativa (o que muito provavelmente vai acontecer, sob a justificativa do custo do tratamento), essas pessoas devem procurar o Judiciário para efetivar tal direito. Da mesma forma que a atuação do Poder Judiciário foi importante para coibir as práticas abusivas que ocorriam antes da Lei 9656/98, também se espera que as decisões dos Magistrados venham ao encontro da Defesa do Consumidor, como determina a Lei Maior.

Sabemos da existência da Resolução Normativa nº 192, expedida pela diretoria colegiada da Agência Nacional de Saúde; referida Resolução trata da cobertura de atendimento nos casos de planejamento familiar, 'regulamentando', por assim dizer, o inciso III do art. 35-C da Lei nº 9656/98. Referida Resolução exclui, no § 2º de seu art. 1º, de forma arbitrária e infundada, a inseminação artificial, bem como os medicamentos de uso familiar da cobertura de planejamento familiar, isentando os planos de saúde de cumprirem com seu papel social, determinado na própria Constituição.

Fica evidente o protecionismo do Poder Público para com os grupos economicamente dominantes; ao invés de regulamentar a questão, para que os planos de saúde pudessem atender à demanda de casais dispostos a terem filhos nos termos do § 7º do art. 226 da Constituição – destaque novamente para a*paternidade responsável* – decide a ANS excluir os casais que não conseguem ter filhos e não dispõem de condições econômicas para arcarem com os tratamentos aqui mencionados.

Evidente a violação do princípio da igualdade, além da afronta direta à dignidade da pessoa humana, relegando-se os menos favorecidos à margem da sociedade, como tem sido comum na 'evolução', por assim dizer, de nosso País.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendemos, através do presente artigo, demonstrar que o conceito de planejamento familiar não significa simplesmente controle de natalidade; para aqueles casais com problemas reprodutivos, que desejam exercer a paternidade responsável, nos termos do § 7º do art. 226 da Constituição Federal, planejamento familiar é também assistência à concepção, nos termos da Lei 9.263/96, precisamente no art. 3º, parágrafo único, inciso I. Não pode, então, o Estado negar-se a fornecer os meios tecnológicos disponíveis, sob o risco de, assim o fazendo, violar de forma acintosa o princípio da igualdade, e por consequência afrontar a dignidade do casal, cujo desejo é o de constituir um núcleo familiar pleno, dando sentido à expressão, no *caput* do art. 226.

Se assim não for, então a expressão 'planejamento familiar' passa a ganhar significado conforme a classe social do casal: para os ricos, o termo significa reprodução assistida; para os pobres, controle de natalidade.

Fica clara a discrepância, devendo tal temática ser enfrentada de forma clara e direta, levando-se em conta outros aspectos além das condições financeiras do casal, cujo problema reprodutivo, quando sanável, não pode representar óbice à constituição da família por ser esta, como bem se verifica do texto constitucional, a base da nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. Brasília: CORDE, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: EDIPRO, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O direito à saúde. Rev. Saúde Pública [online]**. 1988, vol. 22, n.1.

FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. Plano de saúde e direito do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade** (O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SÉGUIN, Élida. Biodireito 3 ed. Rio de Janeiro: 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WEICHERT, Marlon. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro:Lumen Juris; 2004.

[1] SÉGUIN, Élida. Biodireito 3 ed. Rio de Janeiro: 2001, p. 100.

[2] OMS. *Constitution of the World Health Organization. Basic Documents, Forty-fifth edition, Supplement, October 2006*. Disponível em:http://www.who.int/governance/eb/constitution/en/. Acesso em: 10 jun. 2009. Tradução livre.

[3] OMS. *The Ottawa Charter for Health Promotion*. Disponível em: http://www.who.int/healthpromotion/conferences/previous/ottawa/en/index.html. Acesso em: 10 jun. 2009.

[4] **8ª Conferência Nacional de Saúde - Relatório Final**. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Relatorio%20Final.pdf. Acesso em 22 jul. 2009.

[5] WEICHERT, Marlon. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro:Lumen Juris; 2004, p. 125.

[6] ARAUJO, Luiz Alberto David. **Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. Brasília: CORDE, 2003; p. 47-48.

[7] O art. 5º, inciso XLIX da Constituição Federal garante aos presidiários a integridade física e moral, deixando evidente que apesar de não constar expressamente no rol do art. 5º, o direito à saúde é também direito individual.

[8] ARAUJO, Luiz Alberto David. **Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. Brasília: CORDE, 2003; p. 47.

[9] DALLARI, Sueli Gandolfi. **O direito à saúde. Rev. Saúde Pública [online]**. 1988, vol. 22, n.1, p. 59.

[10] Informações disponíveis na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, no endereço: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude. Acesso em 30 jul. 2009.

[11] Tradução livre das informações referentes ao debate norte-americano sobre a reforma no sistema de saúde. Disponível em http://www.whitehouse.gov/issues/health_care/. Acesso em 30 jul. 2009.

[12] Informações disponíveis na página eletrônica do Ministério da Saúde, no endereço: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/visualizar_texto.cfm?idtxt=285, acesso em 10 set. 2009.

[13] Informações disponíveis na página eletrônica Fundo Populacional das Nações Unidas – UNFPA, disponível http://www.unfpa.org/swp/1999/pressumary1.htm#The Cairo Consensus, acesso em 11 set. 2009.

[14] Informações disponíveis na página eletrônica WebMD, disponível em http://www.webmd.com/baby/healthtool-assisted-reproduction, acesso em 11 set. 2009.

[15] GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade** (O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1.

[16] CANOTILHO, José Joaquim GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 338.

[17] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: EDIPRO, 2001. p. 37.

[18] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.10.

[19] Idem, p. 17.

[20] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 565.

[21] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 111

[22] STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 94.

[23] Afirma Canotilho que "o estado constitucional de direito democrático é um estado dirigido pelos representantes da maioria mas com garantia dos direitos da minoria". – CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1347.

[24] op. Cit. p. 326.

[25] op. Cit. p. 6

[26] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos: uma prioridade do governo/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas.

[27] O Jornal Folha de São Paulo noticiou hoje que "Governadores usam R$ 3,6 bi da saúde em outros gastos" – disponível emhttp://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u623487.shtml - acesso em 14.set.2009

[28] FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. Plano de saúde e direito do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.7.

[29] *Idem*, p. 51.

[30] LORENZETTI, Ricardo Luís. Responsabilidade Profissional. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, p. 369.

[31] FERNANDES NETO. op.cit., p. 141.

[32] *Idem*, p. 148.

[33] **O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 35-C da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;

III - de planejamento familiar.

....." (NR)

PENSANDO O FINAL: REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DE MORRER*

THINKING THE END: REFLECTIONS ON THE RIGHT TO DIE

Laura Scalldaferri Pessoa

RESUMO

Este artigo tem como objetivo discutir a existência de um direito de morrer e sua recepção na Constituição Federal brasileira. Na primeira parte, abordou-se o aspecto histórico do morrer voluntário, a morte na modernidade, os conceitos médicos pertinentes à definição atual de morte, a relação médico-paciente, bem como reflexões sobre eutanásia e termos correlatos, como suicídio assistido, distanásia e ortotanásia. Na segunda parte, tratou-se da autonomia individual e os limites do voluntarismo, do consentimento informado, do testamento vital e da possibilidade de recusa e solicitação de interrupção de tratamentos e suporte vital. Na terceira parte, focalizou-se o direito à vida e suas expressões no direito positivo, relacionando-o com o princípio da dignidade humana, propondo uma revisão de paradigma que assegure o direito à morte digna. E na última parte, fez-se referência ao enfoque dado ao tema em outros países, assim como no Brasil. Pretende-se, portanto, concluir que a ampla discussão na sociedade e nas comunidades médica e jurídica sobre a legitimidade da renúncia do direito à vida enseja urgente modificação na abordagem do tema, demonstrando a necessidade da reformulação de muitos dos conceitos atualmente adotados.

PALAVRAS-CHAVES: MORTE VOLUNTÁRIA. DIREITO DE MORRER, EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA, DISTANÁSIA, SUICÍDIO ASSISTIDO, AUTONOMIA INDIVIDUAL.

ABSTRACT

This article aims to discuss the existence of a right to die and its reception in the Brazilian Constitution. In the first part, we dealt with the historical aspect of voluntary death, death in modernity, medical concepts relevant to the current definition of death, the doctor-patient relationship as well as reflections on euthanasia and related terms, such as assisted suicide, futility and orthothanasia. The second part dealt with the individual autonomy and the limits of voluntarism, informed consent, the living will and power to refuse and request to stop treatment and life support. In the third part, focused on the right to life and its expressions in positive law, relating it with the principle of human dignity by proposing to revise the paradigm that ensures the right to dignified death. And the last part, reference was made to the focus given to the subject in other countries, as well as in Brazil. It is intended, therefore, conclude that a broad discussion in society and medical and legal communities about the legitimacy of the waiver of

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

right to life gives rise to an urgent amendment to the theme, demonstrating the need for the reformulation of many of the concepts currently adopted.

KEYWORDS: DEATH VOLUNTARY, RIGHT TO DIE, EUTHANASIA, ORTHOTANASIA, FUTILITY, ASSISTED SUICIDE, INDIVIDUAL AUTONOMY.

1 INTRODUÇÃO

Num mundo em que foguetes singram o espaço e próteses mecânicas podem substituir membros amputados, o homem não conseguiu deter a morte, apesar de todo o avanço tecnológico e científico alcançados.

Embora diverso o valor da morte dentro das várias culturas e principais religiões, identificando os pontos de contato entre elas sobre a experiência do morrer, conclui-se que o homem se debate em preservar a vida, procurando manter-se distante da idéia de que haverá um fim. Assim, a morte sempre foi vista como algo sobre o qual não se deve ou não se quer pensar.

A idéia deste trabalho nasceu da vontade de refletir sobre a disponibilidade do direito à vida e sobre a existência do direito de decidir sobre si mesmo, na sua expressão máxima - decidir o próprio morrer. As derradeiras decisões de um paciente terminal ou daquele cuja enfermidade se encontra em situação de irreversibilidade integram um direito que emerge do respeito à sua vida e ao seu próprio corpo - o controvertido direito de morrer.

A expressão “direito de morrer” surgiu com a Declaração dos Direitos do Enfermo, elaborada em 1973, pela Associação Americana de Hospitais. Seu conteúdo semântico não era o de uma outorga para matar, mas uma exortação à morte digna.

Assim, a morte voluntária tem suscitado intensos debates através dos tempos, revestidos de seriedade e complexidade, onde se vislumbram discursos preconcebidos e argumentos dogmáticos pautados em princípios éticos, jurídicos e religiosos.

Também o direito à vida tem sido discutido nos foros mais variados, sempre considerado como expressão máxima do patrimônio humano. Afirma-se o direito fundamental à vida como fiel da balança para vedação da liberdade de escolher o próprio final.

Entretanto, quando o assunto é possibilitar o direito pela liberdade de escolha, pelo exercício do livre arbítrio, quando o caso em questão traz um problema como o final da existência, são numerosas as vozes contrárias e o amparo legal, quando existe, sempre vem acompanhado de uma série de enormes dificuldades, especialmente de ordem moral.

Nesse contexto, surge a necessidade de pensar no paciente terminal que manifesta o desejo de morrer como forma de abreviar o sofrimento ao qual está atrelado. E isto porque a evolução da ciência possibilitou que o final pudesse ser adiado por tempo

suficientemente longo e com isso cobra um preço: o moribundo tornou-se uma autêntica propriedade dos médicos. Depois de ser enclausurado em um hospital - do qual somente sairá curado ou morto-, o homem é compelido a outra espécie de resignação; não mais aos desígnios da natureza, mas ao poder daqueles que terminarão por transformá-lo num coadjuvante do seu próprio drama.

Imperioso perguntar-se, ainda, sobre a extensão do direito de morrer àqueles que, embora não se encontrem em situação de terminalidade, são pacientes sem prognóstico de cura, portadores de enfermidades crônicas, que podem não desejar viver até alcançarem a condição de deterioração física, mental e moral que os acometerá na fase final de suas patologias.

Eis a importância de debater sobre o direito de morrer, cuja polêmica sobre sua ética existe desde os primórdios da civilização greco-romana. A partir do juramento de Hipócrates, pilar de sustentação da dignidade da profissão médica, a administração ao paciente terminal de drogas letais ou a omissão de determinados recursos disponíveis na terapêutica tem se constituído motivo de intenso questionamento no seio da sociedade.

Para análise de tão complexo e multifacetado tema, o trabalho foi dividido em quatro partes. Na primeira parte, abordou-se o aspecto histórico do morrer voluntário, a morte na modernidade, os conceitos médicos pertinentes à definição atual de morte, a relação médico-paciente, bem como reflexões sobre eutanásia e termos correlatos, como suicídio assistido, distanásia, mistanásia e ortotanásia. Na segunda parte, tratou-se da autonomia individual e os limites do voluntarismo, do consentimento informado, do testamento vital e da possibilidade de recusa e solicitação de interrupção de tratamentos e suporte vital. Na terceira parte, focalizou-se o direito à vida e suas expressões no direito positivo, relacionando-o com o princípio da dignidade humana, propondo uma revisão de paradigma que assegure o direito à morte digna. E na última parte, fez-se referência ao enfoque dado ao tema em outros países, assim como no Brasil, trazendo ainda recentes decisões dos tribunais.

Entende-se, portanto, que a ampla discussão na sociedade e nas comunidades médica e jurídica sobre a legitimidade da renúncia do direito à vida enseja urgente modificação na abordagem do tema, demonstrando a necessidade da reformulação de muitos dos conceitos atualmente adotados.

Se o direito à vida tem expressa previsão constitucional, propõe-se que o direito de morrer (*right to die),* com amplo respaldo na legislação e jurisprudência estrangeiras da atualidade, possa ser incorporado ao direito positivo brasileiro, inclusive em virtude da abertura existente no parágrafo segundo do art. 5º da Constituição Federal.

Não se trata aqui de fazer a apologia da morte. Intenta-se defender a vida, desde que essa seja digna da pessoa. Caso contrário, abre-se espaço para a morte digna como possibilidade de escolha.

Este trabalho, longe de deter o monopólio da verdade, pretende pensar sobre a questão do direito de morrer, dialogando sobre os limites da vida e sobre a própria condição humana. Muito mais do que convencer à adesão a uma determinada postura científica ou moral, pretende-se aqui apresentar pontos de vista distintos sobre um tema repleto de matizes.

2 A MORTE

2.1 O morrer no passado. Aspectos sócio-culturais. Breves noções da morte voluntária

Embora a morte dos seres humanos seja, em geral, uma morte natural, resultante do desgaste do corpo físico pela idade ou doenças, a opção pela morte voluntária tem sido, desde que há registros da história humana, uma forma de sub-rogar-se o poder divino.

Vários povos eliminavam aqueles membros que consideravam um estorvo para a coletividade, demonstrando que o debate eutanásico é tão antigo quanto a humanidade. Os espartanos lançavam os recém-nascidos deformados do alto do monte Taigeto. Os celtas permitiam que os filhos matassem os pais quando estes não tivessem mais serventia e os esquimós matavam aqueles parentes doentes que não pudessem ter cura. Na Índia, os doentes incuráveis eram atirados ao rio Ganges para morrer.[1]

Podemos identificar dois períodos de transição no comportamento social relativo à morte voluntária. O primeiro momento de transição - de aprovação para reprovação - é definido pela passagem das culturas pagãs da Antiguidade para uma nova civilização judaico-cristã, construída sobre um fundamento teórico romano. O segundo momento de transição - que se vive atualmente - caracteriza-se pela emergência de atitudes culturais mais tolerantes com a morte voluntária, motivadas por uma perda gradual do sentido de transcendência da existência humana.

A prática da morte voluntária nas sociedades gregas e romanas era bastante difundida, podendo ser considerada, em determinadas circunstâncias, um ato razoável. Pôr fim à dor ou ao sofrimento causado por uma doença incurável, evitar humilhações e indignidades, pôr termo a uma vida que se tornara cansativa, ou triunfar sobre o destino pondo voluntariamente fim à própria vida em idade avançada, eram atitudes consideradas justificáveis, ou mesmo honrosas. Uma pessoa que se suicidasse sem justificação aparente podia ser mutilada e sepultada de forma vergonhosa, em campa rasa e sem lápide. A privação da sepultura era um castigo então reputado terrível, noticia Fustel de Coulanges.[2]

Com o advento do cristianismo, entrou em declínio a aceitação social da morte voluntária no mundo ocidental, em virtude da cultura cristã enfatizar o valor supremo da vida e da pessoa humana. Nesse sentido, é assente e indiscutível a posição de que “a vida humana é sagrada e inviolável em todas as suas fases e situações”.[3] Para os cristãos, não há dúvidas: Deus nos deu a vida e só a Ele cabe tirá-la.

Com o declínio da autoridade moral da Igreja Católica, culminando na reforma protestante do século XVI, à medida que Deus ia sendo expulso da órbita humana, os costumes sociais, os princípios legais, as instituições acadêmicas e políticas, bem como as práticas econômicas que refletiam o princípio da reverência pela vida humana individual foram enfraquecendo lentamente, até chegar o momento em que intelectuais, notadamente os britânicos, nos séculos XVIII e XIX, começaram a racionalizar a morte voluntária, desenvolvendo projetos filosóficos materialistas que se opunham diretamente aos princípios básicos da antropologia cristã.[4]

2.2 O morrer na modernidade

Durante séculos, a morte foi um evento doméstico, circundado por atos sacramentais e na presença dos parentes e amigos. O homem tinha consciência de seu fim próximo, seja porque o reconhecia espontaneamente, seja porque cabia aos outros adverti-lo.

Nos últimos sessenta anos, ocorreu uma mudança de atitude do homem ocidental em relação à morte, cujo sentido original foi esvaziado. Mais da metade dos moribundos, nos grandes centros urbanos, passa a última etapa de suas vidas em um hospital. O deslocamento do lugar da morte se deve ao avanço técnico e à crescente especialização da medicina; ao desaparecimento da figura do médico de família; ao grande número de doentes, o que impede o deslocamento contínuo dos profissionais de saúde e ainda à presença, nos hospitais, de pesados instrumentos de alta tecnologia, que permitem tratamentos mais eficazes que aqueles dispensados em casa. Em contrapartida, o hospital impõe ao paciente terminal uma agonia muitas vezes mais penosa que a vivida em casa, não os ajudando a morrer.

A medicina moderna é pautada pelos paradigmas tecnocientífico e comercial-empresarial. Doenças e ferimentos antigamente letais são hoje curáveis, produzindo um orgulho médico que pode mesmo chegar à arrogância, transformando a morte num inimigo a ser vencido ou numa presença incômoda a ser escondida. Por outro lado, o alto preço dos fármacos e dos sofisticados equipamentos tecnológicos propicia o surgimento da empresa hospitalar, na qual é a capacidade do doente terminal pagar e não o diagnóstico, que determina sua admissão como paciente e o tratamento subseqüentemente empregado.[5]

A sociedade ocidental contemporânea banalizou a morte e tudo a que ela está associada. Não satisfeita em privar o indivíduo da consciência de sua própria morte, de marginalizar socialmente o moribundo, de esvaziar todo o conteúdo semântico dos ritos tanáticos, vai além, transformando-a num resíduo irreconhecível. “Ao negar a experiência da morte e do morrer, a sociedade realiza a coisificação do homem”.[6]

2.2.1 Relação médico-paciente. Terminalidade

A moderna medicina tecnicista prioriza a cura, tendo como foco as partes doentes do corpo físico, reduzindo a pessoa do paciente à sua patologia, contra a qual todos os recursos científicos devem ser utilizados. A concentração na cura desvia a atenção da pessoa inteira, reificando o enfermo. Há mesmo uma dinâmica alienante no sistema médico-hospitalar que pode privar o paciente de sua dignidade no momento final.

Sobre esse aspecto, afirma Elisabeth Kubler-Ross[7], médica suíça pioneira na investigação da morte e do morrer, que os médicos precisam reconhecer os sentimentos, medos e defesas corriqueiros que as pessoas têm quando entram num hospital, aprendendo a tratar os pacientes como seus semelhantes.

Nesse contexto, o paciente terminal não tem voz e o médico se torna, no dizer de Pessini[8], o *tanatocrata*, senhor da máquina terapêutica, cuja atuação é criticada por Ziegler[9]:

[...] É um sistema que aliena a quem morre, privando-o de toda idéia de sua morte e mesmo de qualquer idéia de negação da morte. Chega ao ponto de impedir o homem de se recusar a morrer. Não lhe diz que morre. Decide sem ele a sua morte ou sobrevida.

É o universo da medicalização excessiva da doença e da desumanização da medicina.

Todos procuram afastar o paciente terminal o mais rapidamente possível do contato com outras pessoas. São lançados em unidades de terapia intensiva - as UTIs -, apartados dos familiares e amigos. Sedados. Não podem e não devem violar o cotidiano dos outros. Quem perde sua capacidade ativa, já não importa. É o universo da medicalização excessiva da doença e da desumanização da medicina.

2.2.1.1 Cuidar quando não há mais possibilidade de curar

A relação médico-paciente não se esgota pela ausência de possibilidades de cura. Quando não há cura, ainda é possível o cuidado, este com enfoque holístico, considerando não apenas a dimensão física, mas também a psicológica, social e espiritual do existir.

Trata-se da medicina paliativa, consistente em cuidados continuados que podem ser praticados numa instituição ou na residência do doente (*home care*).

A Organização Mundial da Saúde define cuidado paliativo como:

O cuidado ativo total dos pacientes cuja doença não responde mais ao tratamento curativo. O controle da dor e de outros sintomas, o cuidado dos problemas de ordem psicológica, social e espiritual são o mais importante. O objetivo do cuidado paliativo é conseguir a melhor qualidade de vida possível para os pacientes e suas famílias (World Health Organization, 1990, p. 11).[10]

A filosofia dos cuidados paliativos (*hospice*): I) afirma a vida e encara o morrer como um processo normal; II) não apressa nem adia a morte; III) procura aliviar a dor e outros sintomas angustiantes; IV) integra os aspectos psicológicos e espirituais nos cuidados do paciente; V) oferece um sistema de apoio para ajudar os pacientes a viver ativamente tanto quanto possível até a morte; VI) oferece um sistema de apoio para ajudar a família a lidar com a doença do paciente e com seu próprio luto.[11]

2.2.1.2 Terminalidade e Irreversibilidade

Importante distinguir o paciente terminal do paciente sem prognóstico ou com mau prognóstico, sendo crucial a distinção para perquirir se o direito de morrer se estende ao paciente não terminal.

A terminalidade consiste numa situação irreversível, na qual o paciente, seja ou não tratado, apresenta alta probabilidade de morrer num futuro relativamente próximo, entre três a seis meses.[12] Frente a tal situação, são possíveis três condutas: a) prolongar a existência por meio de drogas e aparelhos; b) apressar o fim, por meio de conduta ativa ou passiva de interrupção da vida; c) promover cuidados paliativos para aliviar o sofrimento, sem contudo tentar conservar a vida além do tempo natural.

Já o paciente com mau prognóstico é aquele acometido por patologia sem perspectiva de cura e cujo prognóstico é negativo, não se encontrando, todavia, em situação de morte iminente. Ocorre, por exemplo, com doentes crônicos ou portadores de doenças neurodegenerativas progressivas.

Assim é que um paciente diagnosticado com mal de Alzheimer sofrerá, inevitavelmente, perda gradativa das habilidades mentais e, em fase mais avançada, perderá a capacidade de andar, falar e controlar esfíncteres. Pergunta-se, então, até que ponto se pode impor a vida como dever a pessoas que se tornarão incompetentes para decidirem por si mesmas?

A irreversibilidade se revela ainda em quadros de tetraplegia que, para alguns, tornariam a vida intolerável, como no caso de Ramon Sampedro.[13] Contudo, em igual condição, o ator Christopher Reeve, tetraplégico após uma queda de cavalo, não perdeu a vontade de viver, o que demonstra quão pessoal é a noção de suportabilidade.

2.2.2 Aspectos científicos. Morte encefálica

Nesse cenário de tecnicismo exacerbado, diante da possibilidade da medicina prolongar quase indefinidamente uma vida por meios artificiais, a morte passou a ser vista como um processo evolutivo, que exige uma constatação passo a passo e não mais como um evento instantâneo, determinável em um único momento.

O conceito tradicional de morte clínica, entendida como cessação das atividades cardiorespiratórias, sofreu modificação quando uma comissão da *Harvard Medical School* publicamente redefiniu morte como "morte encefálica", em 1968, após ocorrência do primeiro transplante cardíaco realizado pelo cirurgião Christian Barnard, na África do Sul. Com esse feito, criou-se um problema prático e ético: várias equipes ao redor do mundo queriam também realizar seus transplantes. Reuniu-se, então, uma comissão para elaborar critérios com valor científico, que formaram as bases do diagnóstico de morte encefálica. O resultado das deliberações da comissão foi publicado em uma edição de agosto do *Journal of the American Medical Association*, sob o título de *"A Definition of Irreversible Coma"*.[14]

Ressalte-se, por oportuno, que o termo *morte cerebral* está em desuso e apenas é utilizado naquelas situações de tradução direta do inglês, quando se usa, sem alternativa, *brain death*. O correto, em nosso vernáculo, é denominar essa condição de *morte encefálica*. A morte tanatológica clássica, por parada cardiorespiratória, é mais adequadamente denominada *morte sistêmica*.

Um estudo coletivo norte-americano, realizado em 1977, precisou as condições para determinar a morte encefálica, exigindo que se mantenham durante pelo menos trinta minutos até seis horas depois do começo do coma e da apnéia. Esses requisitos são: 1) Coma com falta de resposta cerebral; 2) Apnéia, isto é, ausência de respiração espontânea; 3) Dilatação fixa das pupilas (midríase); 4) Ausência de reflexos cefálicos e 5) Os dados clínicos anteriores devem ser completados pelo traçado isoelétrico no eletroencefalograma.[15]

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina estabelece os critérios e protocolos para definição da morte encefálica, por meio da Resolução nº. 1.480/97, na qual, em exposição de motivos, destaca o "ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica".[16]

Como visto, é a cessação irreversível da atividade encefálica a verdadeira causa da morte, pois é o encéfalo que coordena as atividades de todos os órgãos e sistemas do corpo, governando o funcionamento do organismo como um todo.

2.3 A morte e seu tempo. Ações de abreviação e prolongamento da vida. Compreendendo a terminologia

As ações e omissões que implicam na renúncia à vida ou na morte antes do tempo são comumente confundidas, pelo que os variados conceitos relativos à intervenção humana no momento da morte devem ser esclarecidos.

2.3.1 Eutanásia. A morte antes do tempo

Procedente de dois vocábulos gregos: *eu* (boa) e *thanatos* (morte), a expressão *boa morte* foi usada pela primeira vez por Francis Bacon[17], para referir-se à prática como a única providência cabível diante de doenças incuráveis. A eutanásia é apresentada por Bacon como um nobre dever médico, consistente em aliviar o sofrimento nos cuidados terminais, podendo apressar a morte.

O conceito passou por uma mudança semântica ao longo dos tempos e, inicialmente entendido como auxílio do médico atencioso ao moribundo, adquiriu um significado negativo a partir da Segunda Guerra Mundial, sendo compreendido como abreviação direta e intencional da vida humana.

O termo ainda hoje é utilizado de forma imprecisa e, por vezes, confundido com ações que configuram homicídio ou mesmo suicídio assistido, sendo imperioso buscar um

significado consentâneo com a realidade biotecnológica e sob um viés que não seja exclusivamente jurídico, já que a questão da eutanásia necessariamente reclama uma abordagem interdisciplinar, com enfoque médico, filosófico e religioso.

Para Pessini, em sua obra referência sobre o tema[18], a eutanásia é o "ato médico que tem como finalidade eliminar a dor e a indignidade na doença crônica e no morrer, eliminando o portador da dor". Da análise dessa definição, várias questões devem ser postas à reflexão: I) O resultado produzido pela eutanásia é um obstáculo ético à sua aceitação, já que elimina a dor por meio da eliminação do portador da dor. Assim, surge o desafio de defender o valor positivo da eutanásia (morte suave, sem dor) sem cair no extremo de matar a pessoa; II) A intenção de beneficiar o doente e a motivação por compaixão é fundamental na caracterização da eutanásia; III) A questão de saber se a eutanásia seria exclusivamente um ato médico; IV) A possibilidade da prática eutanásica no paciente não terminal, isto é, naquele que está sofrendo física e/ou psiquicamente, mas cuja condição não é tal que ameace a vida.

O Código de Ética Médica atual (1988), em seu art. 66, veda ao médico "utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal"[19], reproduzindo, assim, a antiga lição hipocrática aos profissionais da medicina[20]:

[...] **A ninguém darei por comprazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda**. (grifo nosso)

O princípio da autonomia é o principal fundamento do argumento moral para os que defendem o direito de morrer. Tal argumento é rechaçado pelos que entendem que o limite da autonomia é a hierarquia de valores em que a vida é o direito primeiro, irrenunciável e inalienável.

Na outra ponta do raciocínio, estão aqueles que vêem na aprovação da prática eutanásica um afrouxamento da lei que conduzirá, inevitavelmente, ao homicídio sem consentimento, no modelo *slippery slope*[21]. Assim, a descriminalização do ato poderia evoluir para o homicídio, no momento em que a qualidade de vida de uma pessoa passasse a ser julgada pelos médicos. Em paralelo ao controle da natalidade, haveria um controle da mortalidade. Como conseqüência, aqueles que não satisfizessem determinados padrões poderiam ser removidos – a história recente mostra que tal é possível, se lembrarmos da solução final proposta pelo nazismo.

Se a autonomia é um dos requisitos éticos fundamentais para a legitimidade da eutanásia voluntária, como proceder quando a pessoa não expressou sua vontade, como nos casos de inconsciência, demência ou qualquer outra forma de incapacidade? Em que medida a família pode assumir a responsabilidade decisória e ser considerada agente legítimo para manter ou interromper tratamentos e deixar a morte seguir seu curso?

Se é certo que a indisponibilidade da vida precisa ceder à autonomia do paciente que se encontra em fase terminal, em meio a profunda agonia, não há como escapar da perquirição sobre a vontade real do paciente, algo questionável diante do estado gravíssimo e na iminência da morte. Nessas condições, alguém poderia autodeterminar-

se racionalmente para autorizar a própria morte? E se a decisão coubesse aos familiares, como conciliar se houver interesses que possam fluir contra o paciente?

Outra razão posta pelos que se opõem especificamente à eutanásia voluntária é o fato de que a medicina é exercida por seres humanos passíveis de erros de avaliação e diagnóstico. Logo, a decisão de quem pode viver ou deve morrer ultrapassa a capacidade normal de julgamento do médico, que pode estar tomando decisões equivocadas e sem possibilidade de reparação. Também a opinião médica poderia estar sujeita a pressões, inclusive financeiras, para atender a interesses escusos de familiares, como na hipótese de um paciente não terminal ser erroneamente classificado como tal para atender a conveniência da família que quer se ver livre de um encargo pesado como o de um paciente crônico.

Permitir ou mesmo facilitar a morte de um paciente não transforma o profissional médico num homicida. Se age guiado pela solidariedade ao sofrimento e pratica a eutanásia em respeito à vontade individual ou, ainda, se recusa a praticar a distanásia, pauta-se na certeza de que a livre deliberação sobre o momento de morrer é um direito inalienável do enfermo e que deve ser assegurado em nome da manutenção de sua dignidade.

2.3.2 Distanásia. A morte depois do tempo

O investimento terapêutico exagerado da atual prática médica, não permitindo ao paciente morrer com dignidade, porquanto há que se tentar tudo, ainda quando não há cura, na introjeção acrítica do dogma “enquanto houver vida, há esperança”, formatou o conceito de distanásia. Etimologicamente, distanásia significa prolongamento exagerado da agonia, do sofrimento e da morte de um paciente. O termo também pode ser empregado como sinônimo de tratamento inútil e fútil, que tem como conseqüência uma morte medicamente lenta e prolongada, acompanhada de sofrimento.[22]

No debate sobre a vida sustentada por aparelhos e recursos farmacológicos, surgem dúvidas sobre quais medidas seriam obrigatórias, opcionais ou indevidas.

O conceito de futilidade envolve a idéia de que alguns tratamentos não atingem os objetivos da medicina e os médicos não são obrigados a prescrevê-los.

O ponto mais difícil está em determinar concretamente o que se entende por ordinário (ou proporcionado) e extraordinário (ou desproporcionado), até porque os termos *ordinário* e *extraordinário* não têm o mesmo significado no plano ético e no plano médico.

Esclarece Andorno[23] que, em medicina, *ordinário* é sinônimo de habitual ou rotineiro. Para a ética, no entanto, um tratamento é ordinário quando não implica uma carga especialmente gravosa para o paciente, tendo em conta suas circunstâncias particulares. Assim, por exemplo, para alguém que sofre de insuficiência renal, a hemodiálise será normalmente um meio ordinário, do ponto de vista médico e ético. Porém, se a insuficiência é definitiva e o paciente tem idade avançada, tal tratamento pode converter-se em um meio extraordinário.

Nessa linha de entendimento, não se deve considerar o termo *vida*, na Carta Magna, apenas no sentido biológico, já que o ser humano tem outras dimensões. Decorre disso, não se poder privilegiar apenas a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade de vida do indivíduo em prol da quantidade de vida. A obstinação em prolongar o funcionamento de organismos de pacientes terminais não deve mais encontrar guarida no Estado de Direito porquanto tal obstinação redunda em sofrimento gratuito para o enfermo e para os que o amam. Aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço, não apenas da vida, mas também da pessoa.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina, ao estabelecer os critérios e protocolos para definição da morte encefálica, por meio da Resolução nº 1.480/97, em exposição de motivos, destaca o "ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica".[24]

2.3.3 Ortotanásia. A morte no tempo certo

Nesse emaranhado de expressões polissêmicas, de um lado temos a *eutanásia* (= abreviação da vida), do outro a *distanásia* (= adiamento da morte). Entre esses dois extremos, a atitude que honra a dignidade humana e preserva a vida é a que muitos bioeticistas denominam *ortotanásia*, para designar a morte digna, sem abreviações desnecessárias e sem sofrimentos adicionais, ou seja, "morte em seu tempo certo".[25]

Sensível à necessidade de humanização da morte, com alívio das dores sem incorrer em prolongamentos abusivos com aplicação de meios desproporcionados, o Conselho Federal de Medicina emitiu a Resolução nº. 1.805/2006, estabelecendo que, na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.[26]

Tal resolução demonstra, no Brasil, um avanço na discussão do tema sobre o direito de morrer com dignidade. Todavia, quanto à sua vigência, saliente-se que decisão prolatada na Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, pelo Juízo da 14ª Vara Federal – DF, suspendeu liminarmente seus efeitos, tendo sido interposto recurso pelo Conselho Federal de Medicina perante o Tribunal Regional Federal – 1ª Região.

2.3.4 Suicídio assistido e suicídio medicamente assistido

Há autores que o identificam com a eutanásia ativa, também o denominando de morte piedosa e homicídio assistido.

Tipificado como crime no art. 122 do Código Penal brasileiro, o delito não se destina especificamente ao enfermo, embora não seja incomum a solicitação do doente

incurável para finalizar sua existência como tentativa de subtrair-se a dores e sofrimentos que considera insuportáveis.

Ensina Maria Auxiliadora Minahim que o suicídio assistido por médico distingue-se da eutanásia na forma conhecida no direito brasileiro porque, naquele, embora o autor predisponha dos meios para a realização do ato, é o paciente que os executa, tornando-se autor da própria morte. Assim, prossegue, "aquele que prepara e disponibiliza o dispositivo com o qual o doente vai dar cabo de sua vida, é, portanto, impunível".[27]

O suicídio assistido ganhou notoriedade através do Dr. Jack Kevorkian, médico patologista americano conhecido por "Dr. Morte", que auxiliou mais de 100 pessoas a morrer através da máquina por ele inventada, possibilitando aos pacientes cometer suicídio ao apertar um botão que liberava uma série de drogas no organismo. Por sua atuação, foi processado e inocentado em diferentes locais dos EUA, até ser condenado por homicídio em 1998.[28]

Destacou-se ainda o rumoroso caso de suicídio assistido de Ramon Sampedro, um espanhol que se tornou tetraplégico aos 26 anos de idade, sobrevivendo por vinte e nove anos, não obstante ter manifestado, de modo sereno e determinado, que não desejava viver nessas condições. Nos últimos cinco anos de vida, travou uma batalha na justiça para obter auxílio para morrer, uma vez que sua imobilidade o impedia de agir sozinho. O direito à eutanásia ativa voluntária não lhe foi concedido, pois a lei espanhola caracterizaria este tipo de ação como homicídio. Com o auxílio de amigos, planejou sua morte de maneira a não incriminar ninguém. No dia 15 de janeiro de 1998 foi encontrado morto, tendo a necropsia indicado que a sua morte foi causada por ingestão de cianureto. Ele gravou em vídeo os seus últimos minutos de vida, restando evidente que os amigos colaboraram para a morte, ao colocar o copo com um canudo ao alcance da sua boca, porém restou igualmente documentado que foi Sampedro quem fez a ação de colocar o canudo na boca e sugar o conteúdo do copo.[29]

3 LIBERDADE DE ESCOLHA. O PODER DE DECIDIR O PRÓPRIO FINAL

3.1 Da autonomia. Os limites do voluntarismo

Seja qual for o posicionamento adotado na discussão sobre o direito de morrer, há que se ter em vista que empobrece o debate reduzir a controvérsia ética à simples questão da autonomia e do direito da pessoa em decidir se quer ou não continuar a viver.

Assim, sugere-se ampliar o olhar para um pluralismo ético, onde o diálogo perpasse outros princípios bioéticos. Se considerarmos apenas a autonomia, temos que a base moral para tal direito é que a liberdade de uma pessoa para decidir o que deve ser feito a ela por outrem não pode ser limitada por argumentos de que os outros sabem o que é melhor para ela. Segundo Bellino,[30] o princípio da autonomia estabelece o respeito pela liberdade do outro e pelas decisões do paciente, legitimando a obrigatoriedade do consenso livre e informado, para evitar que o enfermo se torne um objeto.

Se a autonomia não for um critério isolado, outras variáveis integrarão a discussão. Dentre elas, o princípio da beneficência, um dos norteadores da bioética. Ferrer e Álvarez[31] afirmam que a vida moral vai além das exigências do respeito à autonomia alheia e da não-maleficência. Além de respeitar os demais em suas decisões autônomas e de nos abster de lhes causar dano, a moralidade também exige que contribuamos para seu bem estar. Isso nos leva a questionar que aquilo que parece o bem para o médico pode não ser para o paciente.

A questão da primazia do respeito à autonomia dos pacientes sobre a beneficência profissional tornou-se um problema central na ética biomédica. Para os defensores do direito de autonomia, as obrigações do médico referentes à revelação da informação ao paciente, à busca do consentimento, à confidencialidade e à privacidade são estabelecidas principalmente (e talvez exclusivamente) pelo princípio do respeito à autonomia.[32] Outros fundamentam essas obrigações na beneficência obrigatória atribuída ao profissional, isto é, na promoção do bem-estar dos pacientes.

Também a autonomia enfrenta o embate com paradigmas diversos. Se confrontada com o paradigma tecnocientífico, a justificação do esforço para o prolongamento indefinido dos sinais vitais do paciente será o valor absoluto que se atribui à vida humana. Já sob a ótica do paradigma comercial-empresarial da medicina, a obstinação terapêutica adquire sentido na medida em que gera lucro para a empresa hospitalar. E, por fim, o paradigma médico da benignidade solidária e humanitária, que opera com o conceito de saúde como bem estar – e não como simplesmente ausência de doença -, tende a optar por um meio termo que nem mata nem prolonga exageradamente o processo de morrer, mas que procura proporcionar para a pessoa uma morte sem dor, uma morte digna, na hora certa.

Nesse sentido, o paradigma da benignidade solidária é o que melhor se afina com o alcance do conceito de autonomia que este trabalho pretende adotar, se entendermos que o dever do médico perante o seu paciente não é o de curar ou lutar pela cura em todos os casos e a qualquer custo, tampouco o de tomar as decisões pelo paciente. Ser um bom médico não deve ser sinônimo de um comportamento paternalista, de decidir no lugar do doente “pelo seu bem” (de que bem se trata, afinal?).

Age-se de maneira paternalista quando, pelo bem de uma pessoa, se ultrapassa suas preferências e decisões, anulando ou restringindo sua autonomia. É claro que as intervenções paternalistas podem ser justificadas em algumas circunstâncias, por exemplo, em situações de urgência num hospital.

Afinal, o respeito à autonomia do paciente e a preocupação do profissional em evitar posturas autoritárias não compromete de nenhum modo a capacidade profissional deste ou sua estabilidade emocional. Os profissionais da saúde devem receber formação no sentido de saber lidar com as situações de terminalidade da vida e saber distinguir entre os seus valores particulares e o pluralismo de valores que deve caracterizar o ambiente hospitalar e a assistência à saúde. O médico tem o dever de informar o paciente, transmitir-lhe o conhecimento técnico, e não o dever - ou o direito - de valorar pelo paciente.

3.2 Consentimento informado e testamento vital

Para exercício da autonomia, mister a existência de consentimento informado, que deve ser livre, expresso e esclarecido.

A liberdade de informação (art. 5º, inciso XIV, CF) expressa duas idéias: a liberdade de informar e a liberdade de ser informado.[33] Nesse particular, a fim de consentir ou dissentir acerca de determinado procedimento, é preciso que o paciente saiba exatamente com o que está anuindo ou discordando.

Praticamente todos os códigos médicos estabelecem que os profissionais devem obter o consentimento informado dos pacientes, antes de qualquer intervenção importante. A definição de consentimento informado contém certa vagueza, necessitando ser aprimorada a fim de adequar o seu significado, evitando identificá-lo apenas como decisão conjunta do paciente e do médico, ou como simples assinatura de um formulário de consentimento, reduzindo-o a um único ato.

Segundo Beauchamp e Childress,[34] a abordagem aceita da definição do consentimento informado tem sido a que especifica os elementos do conceito, dividindo-os em componente de *informação* e componente de *consentimento.* O primeiro refere-se à revelação da informação e à compreensão daquilo que é revelado. O segundo refere-se a uma decisão e uma anuência voluntárias do indivíduo para se submeter a um procedimento recomendado. Como matéria-prima da definição de consentimento informado estão os seguintes elementos: (1) Competência; (2) Revelação; (3) Entendimento; (4) Voluntariedade, e (5) Consentimento. Isso leva à afirmação de que um indivíduo dá um consentimento informado para uma intervenção se for capaz de agir, receber uma exposição completa, entender a exposição, agir voluntariamente e consentir na intervenção.

Ainda no âmbito do respeito à autodeterminação da pessoa, diante do aumento do número de pacientes terminais incapacitados de manifestar seus valores e preferências, vai se tornando comum, em muitos países, propostas de legislação para que pessoas hospitalizadas, ou mesmo em gozo de saúde, expressem sua vontade em relação à fase final da vida, transmitindo-as antecipadamente por meio de documento escrito denominado “testamento de vida” (*living will)* ou “testamento vital”.

No dizer de Pessini, são disposições dadas em vida por uma pessoa acerca das escolhas terapêuticas que serão implementadas na fase final de sua vida. Neste documento, inclui-se o conceito de “morte natural”, no sentido de vontade de morrer sem recorrer a qualquer meio, proporcionado ou não, de sustento vital, recusando tais intervenções terapêuticas, caso a pessoa seja vítima de grave doença que comprometa profundamente a qualidade de vida.[35]

Nesse sentido, o Partido Socialista português apresentou, em 22 de maio de 2009, um projeto de lei sobre o "testamento vital", que prevê a qualquer pessoa poder estabelecer por escrito quais tratamentos médicos quer receber, se no futuro se vir incapacitada a fazê-lo. Intitulado *Direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado*, o documento permite que, em caso de doença terminal, o paciente possa recusar *a priori* intervenções ou tratamentos. "Através da declaração antecipada de vontade, o declarante adulto e capaz, que se encontre em condições de plena informação e liberdade, pode determinar quais os cuidados de saúde que deseja ou não receber no

futuro, no caso de, por qualquer causa, se encontrar incapaz de prestar o consentimento informado de forma autônoma", refere o diploma.[36]

3.3 Disponibilidade do próprio corpo e recusa a tratamento médico

Estabelecido que a autonomia é a prerrogativa que o indivíduo tem de decidir o que entende ser melhor para si, há que se indagar se essa autonomia pode ser indistintamente exercida no campo dos tratamentos médicos, pelos doentes crônicos e terminais.

Aqui também, em relação ao direito ao próprio corpo, invoca-se o princípio da autonomia, cujo principal objetivo é respeitar a liberdade individual do paciente, por se considerar, na bioética, que a própria pessoa deve saber o que é melhor para si, podendo sua decisão valer inclusive para se opor a tratamento ou não aceitar a continuidade de um tratamento se sua doença for incurável ou se estiver passando por sofrimento atroz. Some-se a esse o princípio da alteridade, que determina que se deve buscar entender e respeitar as diferenças entre as pessoas, colocando-se no lugar do outro, experimentando um novo ponto de vista. Perante esses dois princípios, salienta Roxana Borges[37], a restrição da liberdade de uma pessoa pode configurar ofensa à sua dignidade.

Alguns autores[38] argumentam que o respeito à autonomia, tomado literalmente, exige demais das casas de repouso e outros estabelecimentos de assistência a longo prazo. Eles propõem que esse princípio individualista seja substituído por uma perspectiva comunitarista na qual o consentimento informado é suplantado pelo “consentimento negociado” e os direitos individuais são incorporados numa visão mais ampla da comunidade, com uma ênfase nas responsabilidades mútuas.

Os decisores substitutos tomam as decisões por pacientes não-autônomos ou cuja autonomia é incerta. Beauchamp e Childress[39] consideram três modelos gerais que podem ser usados pelos decisores substitutos: o do *julgamento substituto*, o da *pura autonomia* e o dos *melhores interesses do paciente*.

O *julgamento substituto* é um modelo de autonomia fraco, que parte da premissa de que as decisões sobre tratamentos pertencem propriamente ao paciente incapaz ou não-autônomo, em virtude dos direitos à autonomia e à privacidade. O paciente tem o direito de decidir, mas é incapaz de exercê-lo. Tal modelo ajuda-nos a entender o que deve ser feito por pacientes que já foram capazes, cujas preferências relevantes anteriores podem ser discernidas e interpretadas.

O modelo da *pura autonomia* se aplica exclusivamente a pacientes que já foram autônomos e que expressaram uma decisão autônoma ou preferência relevante. É possível respeitar as decisões autônomas prévias de pessoas que são agora incapazes, mas que tomaram decisões referentes a si mesmo quando eram ainda capazes.

O modelo dos *melhores interesses* protege o bem-estar de outra pessoa, avaliando os riscos e os benefícios dos vários tratamentos e das alternativas ao tratamento, levando em consideração a dor e o sofrimento e avaliando o restabelecimento e a perda das funções. É indispensável, portanto, um critério de qualidade de vida. Aceitar o modelo

dos melhores interesses equivale a reconhecer que, em casos-limites, tem-se de decidir quais são os interesses de bem-estar do paciente naquele momento, e não buscar aquilo que ele teria escolhido em algum mundo possível imaginário.

Questão espinhosa é a de conciliar a autonomia do paciente terminal em recusar ou interromper tratamento com o dever médico de manter a vida. melhor para si, podendo sua decisl do paciente, por se considerar, na bioevelaçNos termos do art. 61, § 1º, do Código de Ética Médica brasileiro, se o médico não concordar com a opção do paciente em recusar ou interromper um tratamento, poderá renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente a este paciente ou um responsável[40].

Pensemos na hipótese em que ao paciente terminal simplesmente não fosse reconhecido espaço de manifestação e decisão. Isto implicaria uma desconsideração da sua liberdade, da existência de uma esfera de sua vida que diz respeito, antes de tudo, a si próprio.

Nesse contexto, a informação é fundamental. Uma boa relação entre médico e paciente requer diálogo aberto e informação adequada acerca do quadro clínico, das opções de terapia e dos respectivos efeitos esperados, de modo a fornecer as melhores condições possíveis para a tomada de decisão.

Logo, é preocupante um comportamento paternalista ou autoritário por parte de quem detém o conhecimento técnico-médico, como se a partir deste conhecimento técnico se pudesse deduzir, de forma unívoca, o rumo terapêutico a ser tomado em uma situação de terminalidade da vida. Nestas situações, devem falar mais alto os valores e as convicções pessoais do paciente, sendo protegido o seu direito ao exercício da autonomia.

4 MUDANÇA DE PARADIGMA: INTEGRAR A MORTE NA VIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE MORRER

Em 1948, foi promulgada pela Organização das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento de cunho internacional que reconhece certos direitos como essenciais a todos os seres humanos, proclamando no seu art. 3º que “todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.[41] O Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana dos Direitos Humanos, ao qual aderiu a República Federativa do Brasil, consigna, em seu Capítulo II, art. 4º, I, o respeito incondicional à vida.[42]

Outra não é a posição da Igreja Católica, quando declara o respeito incondicional do direito à vida de toda pessoa inocente — desde a sua concepção até a morte natural — como um dos pilares sobre o qual assenta toda a sociedade.[43]

Individualmente consideradas, as tutelas da vida e da liberdade estão previstas no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.[44]

A Carta Magna, ainda, em seu art. 1º, inciso III, reconhece expressamente a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.[45] Dentro desse contexto,

o princípio da dignidade da pessoa humana representa o valor que imprime coerência e unidade ao conjunto de direitos fundamentais. Funciona como uma cláusula aberta, respaldando o surgimento de novos direitos não expressos no texto constitucional. Tal abertura material dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, a partir do § 2º do art. 5º da Constituição Federal[46], sugere que o rol de direitos fundamentais não é exaustivo, restando aberta a possibilidade de identificar e construir outras posições jurídicas que não as positivadas, através da apontada cláusula aberta.

Pretende-se aqui, portanto, afirmar a existência do direito de morrer, para além dos já reconhecidos direitos fundamentais positivados, quer no texto constitucional, quer em tratados internacionais recepcionados pelo Brasil.

Para tanto, invoca-se o entendimento de que os direitos da personalidade possuem tipicidade aberta, vale dizer, não são apenas aqueles explicitamente consagrados na Constituição Federal e na legislação civil, mas também os tipos socialmente reconhecidos e harmonizados com o princípio fundamental da dignidade humana.

Assim, em razão do fato de ser a personalidade uma estrutura dinâmica, estando o homem sempre em desenvolvimento, buscando exercer potencialidades que são ilimitadas, é forçoso admitir que os bens dela decorrentes não podem estar restritos a uma lista taxativa, "a um inventário que previamente exaure todas as necessidades da personalidade".[47]

O legislador tem preferido se expressar por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que veiculam princípios e diretrizes do sistema, dentre os quais se sobressai o respeito à *dignidade da pessoa humana.* Esse formato vernacular, embora exprima valor de grande relevância social, reclama vetores mínimos para verificação de qual seja seu efetivo conteúdo jurídico.

Ingo Wolfgang Sarlet [48] entende por dignidade da pessoa humana:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Importante notar que o conceito de dignidade humana, aplicado ao tema deste estudo, tanto serve para defender a inviolabilidade e a preservação da vida como pode servir para justificar sua abreviação. Afinal, embora proposta como um ideal comum a todos os povos, a dignidade tem sido invocada para legitimar posições contraditórias.

Deste modo, o conceito de dignidade humana necessita ter seu significado e alcance revistos, para também abarcar a dignidade de morrer por escolha. Nesse sentido,

Beauchamp e Childress referem-se expressamente ao “privilégio de morrer com dignidade, sem dor e sofrimento”.[49]

Em contrário, sustentam os opositores do direito de morrer que a vida, qualquer que seja a sua condição, é o principal valor e o direito mais fundamental, sem o qual não se podem embasar quaisquer outros.[50] E afirmam que, se há uma hierarquia nos direitos fundamentais, os mais primordiais se sobrepõem aos menos essenciais. Nesse diapasão, o direito à vida, como base e condição de todos os demais direitos humanos fundamentais, deve prevalecer num eventual conflito com o direito à liberdade.

Contudo, o que aqui se entende é a limitação no exame apenas do direito à vida. É preciso ir além, até o direito à vida digna.

Afinal, há situações em que a vida deixa de exibir todos os atributos que a integram, levando-nos a indagar se valeria a pena mantê-la a qualquer custo por meio da biotecnologia ou se tal atitude não se constituiria na própria negação da essência da vida.

Segundo Pedro Montano:[51]

No se puede tratar a la vida humana como a la vida animal o vegetal. La vida humana es superior, porque es manifestación de una vitalidad que […] es de riqueza incomparable. La capacidad de querer y de entender le otorgan una nobleza exclusiva. Por lo tanto, habrá de ser tratada acorde a su *dignidad*.

Que dignidade pode haver na vida de um paciente terminal, submetido a um processo de coisificação numa unidade de tratamento intensivo, manipulado por estranhos, afastado do convívio daqueles que ama, apenas à espera de um final inevitável?

O que significa morrer com dignidade? Diferentes respostas podem ser dadas a esta pergunta, o que dependerá da cultura ou dos valores individuais de cada um. Importa o modo como morremos. Muitos de nós gostaríamos que este momento final guardasse uma coerência com o modo como vivemos durante toda a nossa vida: com valores e convicções que cultivamos, que nos são caros.

Assim, a mudança de paradigma é uma via a ser considerada quando se trata de legitimar o direito ao próprio processo de morrer. Nesse sentido, leciona com maestria Mônica Aguiar[52], tendo por norte o pensamento de Thomas Kuhn:

Exige-se realizar, destarte, um esforço doutrinário que possibilite o desligamento do jurista das amarras que o ligam ao passado; como forma, inclusive, de permitir o estabelecimento de um outro paradigma, no sentido de idéia mestra ou conjunto de idéias mestras que vigoram em uma sociedade em determinado tempo – consoante engendrado por Thomas Kuhn – sem que essa evolução represente a adoção de

parâmetros impostos pela pós-modernidade, como: os do egoísmo, da moral individual, da verdade pessoal como moral [...].

Sobre esse aspecto, sustenta Dworkin ser errado pensar que os que adotam uma atitude mais liberal com respeito à eutanásia são sempre indiferentes ao valor da vida. Antes, eles têm outras idéias acerca do que significa respeitar esse valor. Pensam que a morte digna é um sinal maior do respeito que o moribundo tem pela sua própria vida – ou seja, se encaixa melhor em sua idéia do que há de realmente importante na existência humana – do que uma morte envolvida por uma longa agonia ou uma inconsciente sedação.[53]

O respeito pela pessoa implica necessariamente na manutenção desse respeito na proximidade da morte. Logo, a dignidade está diretamente ligada à capacidade de decidir e de agir por si mesmo – autodeterminação – e também à qualidade da imagem que se oferece de si mesmo ao outro. A perda dessa capacidade e dessa imagem pode conduzir à supressão da auto-estima, especialmente naqueles doentes terminais ou crônicos que têm plena consciência desses atributos. A terminalidade e a irreversibilidade se constituem numa dura prova que pode provocar a perda da dignidade. Perda que uma morte voluntária antecipada poderia evitar.

5 NOTÍCIAS DE DIREITO. ECLESIÁSTICO. ESTRANGEIRO. NACIONAL.

A Igreja Católica, por meio da forte influência que representa o Vaticano, afirmou sua posição desfavorável ao tema, em 1980, por meio da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, na *Declaração sobre a Eutanásia*, em que ratifica o caráter sacro da vida humana, definindo a eutanásia como:

Per eutanasia s'intende un'azione o un'omissione che di natura sua, o nelle intenzioni, procura la morte, allo scopo di eliminare ogni dolore. L'eutanasia si situa, dunque, al livello delle intenzioni e dei metodi usati. [54]

Todavia, os documentos eclesiais mais recentes demonstram o cuidado em distinguir a discussão da eutanásia daquela da distanásia, de modo que o mesmo documento supramencionado afirma que:

ante a iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios empregados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a alguns tratamentos que procurariam unicamente um prolongamento precário e penoso da existência. Por isto, o médico não tem motivo de angústia, como se não houvesse prestado assistência a uma pessoa em perigo.[55]

Em 11 de abril de 2001, com a aprovação de lei que passou a viger em 2002, a Holanda tornou-se o primeiro país do mundo a legalizar a prática eutanásica[56], sob rigorosas regras, admitida apenas em relação a doente mentalmente capaz, com doença incurável e sofrimento insuportável. Exige-se, ainda, pedido expresso, voluntário e persistente pelo término intencional da vida. Exsurge, pois, não ser admitida a denominada eutanásia passiva, involuntária, não consentida, como por exemplo, a que decorreria da hipótese de coma irreversível.

A Bélgica legalizou a eutanásia em 16 de maio de 2002, por meio de diploma legal mais restritivo que o holandês[57]. Dentre as legislações latino-americanas, o Código Penal Uruguaio foi um dos primeiros a propor a retirada da sanção em relação ao que denominou *homicídio piedoso*, prevendo o perdão judicial para aqueles que, tendo bons antecedentes - *antecedentes honorables**[58]*** -, agissem mobilizados pela piedade e atendendo a reiteradas súplicas da vítima, mantida, contudo, a ilicitude da conduta.

Dentro de um contexto nacional, a eutanásia é proibida nos EUA, embora a justiça americana possibilite algumas outras situações que envolvem o final de vida, como a interrupção de tratamento que apenas prolongue o processo de morrer e o suicídio assistido, variando a legislação de estado para estado.[59]

Em março de 2009, Washington tornou-se o segundo estado norte-americano a permitir o suicídio medicamente assistido, com a entrada em vigor de uma lei sobre a "morte com dignidade". Aprovada por referendo em novembro de 2008, a nova legislação permite que os médicos possam prescrever a administração de doses fatais de medicamentos a pacientes para os quais se vaticinem menos de seis meses de vida[60]. Até ao momento, este procedimento apenas era autorizado no Estado do Oregon, por meio da Lei da Morte Digna (*Oregon Death with Dignity Act*, 1994), cujo texto favorece a confusão no debate sobre o tema, ao estabelecer espressamente que as ações tomadas em concordância com ela "não constituirão por nenhum motivo suicídio, suicídio assistido, morte piedosa ou homicídio".[61]

A dificuldade em definir o momento em que seja legítimo optar pela suspensão de procedimentos médicos nos pacientes em estado terminal ou com doença incurável é um dos entraves para a elaboração de leis brasileiras referentes ao direito de morrer. Apesar de, nos últimos anos, terem sido apresentados projetos, tanto para excluir quanto para majorar as penalidades sobre executores do procedimento, nenhum chegou à votação final.

Tramita atualmente na Câmara dos Deputados com o objetivo de classificar a eutanásia, hoje equiparada ao crime de homicídio, como crime hediondo, o PL 3207/08. A proposta, no entanto, está parada na Comissão de Seguridade Social e Família, tramitando junto a projeto que pretende incluir o aborto na lista dos crimes hediondos.[62]

A idéia da ortotanásia tem mais aceitação no Congresso brasileiro. Ela é definida no Projeto de Lei nº 3002/2008, que também se encontra na CSSF aguardando parecer, como o não prolongamento artificial do processo de morte, além do que seria o processo

natural.[63] No Senado, há apenas uma proposta - PLS nº 116/2000 -, pretendendo excluir de ilicitude a ortotanásia, alterando o Código Penal.[64]

6 CONCLUSÃO

Consciente de que nem todas as vozes da sociedade fazem parte do coro favorável ao direito de morrer, este trabalho não pretende – e nem poderia fazê-lo – alcançar uma exaustividade que se considera inalcançável.

Nossa intenção foi expressar pontos de vista complementares aos que habitualmente são apresentados quando se debate sobre o direito de morrer, acentuando nosso posicionamento sobre a prevalência da autonomia dos pacientes em relação aos avanços da tecnomedicina que permitem o prolongamento artificial da vida diante de situações de terminalidade ou de irreversibilidade.

E isto porque, com o aumento da longevidade, graças ao maior controle da natalidade, ao avanço da medicina preventiva e curativa e à elevação do padrão de vida em geral, aumenta também o número de pacientes terminais em idade avançada. Por conseguinte, as demandas de uma morte assistida tornam-se mais freqüentes, favorecendo direta e indiretamente a maior incidência da eutanásia, do suicídio medicamente assistido e da ortotanásia.

O meio científico tem estabelecido diretrizes para a normatização das condutas mediante consenso, de modo a permitir uma abordagem lúcida e racional dos problemas gerados pelo formidável avanço da ciência moderna. Infelizmente, não tem ocorrido a contrapartida da legislação brasileira, cautelosa e tímida na disciplina do espinhoso tema.

O vazio legislativo acerca da temática deste trabalho, aliado à resistência de segmentos da sociedade com uma visão limitada por dogmas religiosos, impedem o avanço do Direito na proteção deste que consideramos um legítimo direito fundamental humano – o direito de morrer.

Para suprir tal vazio, o debate público bem informado é fundamental e, para que isto seja possível, é preciso educação de qualidade, meios de comunicação sérios e comprometidos com a precisão das informações e um amplo espaço de manifestação e deliberação coletiva.

Enfim, temos pela frente um longo, mas indispensável caminho a ser trilhado.

---

[1] ROHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 3-4.

[2] FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução J. Cretella Jr.e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

[3] Pontifícia Academia Pro Vita. **The dignity of the dying person: proceedings of the Fifth Assembly of the Pontifical Academy for Life** apud PESSINI, Leo. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 248.

[4] **BUFILL, José A. Breve história da morte voluntária.** Disponível em: http://www.aceprensa.pt/articulos/print/2008/jun/14/breve-histria-da-morte-voluntria/. Acesso em 20 mai. 2009.

[5] PESSINI. Leo. **Eutanásia:** por que abreviar a vida? São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 219.

[6] MARANHÃO, José Luiz de Souza. **O que é morte.** São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 19.

[7] KUBLER-ROSS, Elisabeth. **A roda da vida:** memórias do viver e do morrer**.** 7. ed. Tradução de Rio de Janeiro: Sextante, 1998, p. 141.

[8] PESSINI. Leo. **Eutanásia:** por que abreviar a vida? São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 49.

[9] ZIEGLER apud Pessini, ob. cit., p. 49.

[10] PESSINI. Leo. **Eutanásia:** por que abreviar a vida? São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 163.

[11] Ibidem., p. 165.

[12] Definição adotada pelo *American College of Physicians* apud VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial:** aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 37.

[13] Vide item 2.3.4 infra.

[14] COIMBRA, Cícero Galli. Disponível em: <http://www.unifesp.br/dneuro/mortencefalica.php> Acesso em: 8 jun. 2009.

[15] Cfr. "An Appraisal of the Criteria of Cerebral Death. A Summary Statement", Journal of the American Medical Association, apud ANDORNO, Roberto. **Bioética y dignidad de la persona Madrid: Tecnos, 1998, p. 151.**

[16] **Conselho Federal de Medicina**. Resolução nº 1.480/97, de 8 de agosto de 1997. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm. Acesso em: 28 mai. 2009.

[17] MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 179.

[18] PESSINI. Leo. **Eutanásia:** por que abreviar a vida? São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 201.

[19] **Código de Ética Médica**. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp> Acesso em: 28 mai. 2009.

[20] **Juramento de Hipócrates**. Disponível em: <http://www.cremesp.com.br/?siteAcao=Historia&esc=3> Acesso em: 28 mai. 2009.

[21] O termo *slippery slope* foi proposto por Schauer, em 1985. Ocorre quando um ato particular, aparentemente inocente, tomado de forma isolada, pode levar a um conjunto futuro de eventos de crescente malefício. Pode ser traduzido para o português como um plano inclinado escorregadio, sendo um conceito fundamental na Bioética, que justifica não fazer pequenas concessões, aparentemente sem maiores conseqüências, em temas controversos.

[22] PESSINI, Leo. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? São Paulo: Edições Loyola, 2007, p.30.

[23] ANDORNO, Roberto. ***Bioética y dignidad de la persona. Madrid: Tecnos, 1998, p. 154.***

[24] **Conselho Federal de Medicina**. Resolução nº 1.480/97, de 8 de agosto de 1997. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm. Acesso em: 28 mai. 2009.

[25] PESSINI, Leo. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? São Paulo: Edições Loyola, 2007, p.31.

[26] Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1805/2006**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm (1 de 7)30/11/2006 12:57:12> Acesso em: 28 mai. 2009.

[27] MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 200.

[28] Jack Kevorkian foi libertado em 01.06.2007, ao fim de oito anos de prisão. Depois de três julgamentos em que restou absolvido, foi condenado em 1998 a um máximo de 25 anos de prisão pela morte de Thomas Youk, um paciente com a doença de Lou Gehrig.

[29] GOLDIM, José Roberto. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/sampedro.htm> Acesso em: 28 mai. 2009.

[30] BELLINO, Francesco. **Fundamentos da bioética:** aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Tradução Nelson Souza Canabarro. Bauru, São Paulo: EDUSC, 1997, p. 198.

[31] ÁLVAREZ, Juan Carlos; FERRER, Jorge José. **Para fundamentar a bioética.** Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 132.

[32] BEAUCHAMP, Tom. L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 295-296.

[33] FACHIN, Zulmar. A Liberdade na Constituição de 1988. In: FACHIN, Zulmar (Coord.); CARVALHO, Acelino Rodrigues [et al.]. **Direitos fundamentais e cidadania.** São Paulo: Método, 2008, p. 298.

[34] BEAUCHAMP, Tom. L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 165.

[35] PESSINI, Leo. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 256-257.

[36] Disponível em: <http://homepagejuridica.blogspot.com/2009/05/socialistas-afastam-eutanasia-avanca.html> Acesso em: 11 jun. 2009.

[37] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 203.

[38] BEAUCHAMP, Tom. L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 194-195.

[39] Ibidem, ob. cit., p. 196.

[40] Código de Ética Médica. É vedado ao médico: Art. 61: abandonar o paciente sob seus cuidados. Parágrafo Primeiro: Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou seu responsável legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

[41] **Declaração Universal dos Direitos do Homem,** de 10 de dezembro de 1948.

[42] **Pacto de São José da Costa Rica**. Artigo 4º - Direito à vida. I) Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

[43] Cfr. JOÃO PAULO II, **Carta Encíclica *Evangelium Vitae* sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana,** de 25 de março de 1995, nº 101. Disponível em: <http://www.cleofas.com.br/virtual/texto.php?doc=PAPA&id=pap0332 > Acesso em: 28 mai. 2009.

[44] MORAES, Alexandre de**. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 162.

[45] Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

[46] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[47] NETO, Francisco Vieira Lima. **O direito de não sofrer discriminação genética:** uma nova expressão dos direitos da personalidade**.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 81.

[48] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

[49] BEAUCHAMP, Tom. L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 346.

[50] Nesse sentido, Ives Gandra da Silva Martins Filho. O Direito à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito fundamental à vida.** São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 177.

[51] MONTANO, Pedro. *In Dubio Pro Vita*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito fundamental à vida.** São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 261.

[52] AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 42.

[53] DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 234.

[54] Por eutanásia, entende-se uma ação ou omissão que, por sua natureza ou intenções, provoca a morte a fim de eliminar toda a dor. A eutanásia situa-se, portanto, no nível das intenções e dos métodos empregados. *Sacra Congregazione per la Dottrina della Fede*, **Dichiarazione sull'eutanasia**. Disponível em:

http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_eutanasia_it.html. Acesso em: 28 mai. 2009.

[55] MARANHÃO, ob. cit., p. 60.

[56] ROHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 10

[57] GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia – Bélgica.** Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/eutabel.htm> Acesso em: 29 mai. 2009.

[58] **Código Penal Uruguay**. Lei 9.414, de 29 de junio de 1934. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/penaluru.htm> Acesso em: 29 mai. 2009.

[59] VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial:** aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 158.

[60] Disponível em: http://tv1.rtp.pt/noticias/index.php?t=Estado-de-Washington-tem-a-sua-primeira-morte-ao-abrigo-da-nova-lei.rtp&article=221626&layout=10&visual=3&tm=7. Acesso em 31 mai. 2009.

[61] PESSINI. Leo. **Eutanásia:** por que abreviar a vida? São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 126.

[62] **Câmara dos Deputados**. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2008&Numero=3207&sigla=PL. Acesso em 31 mai. 2009

[63] **Câmara dos Deputados**. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/proposicoes. Acesso em 31 mai. 2009

[64] **SENADO FEDERAL**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=43807. Acesso em 31 mai. 2009

A FORMULAÇÃO DO CONCEITO DE PESSOA NO IV E V SÉCULO E SUA ATUAL APLICAÇÃO NA BIOÉTICA E NO BIODIREITO*

LA FORMULAZIONE DEL CONCETTO DI PERSONA NEL IV E V SECOLO E LA SUA ATTUALE APPLICAZIOONE NELLA BIOETICA E NEL BIODIRITTO

Lino Rampazzo

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo mostrar as circunstâncias histórico-filosóficas em que nasceu o conceito de pessoa humana, cuja dignidade é considerada, na Constituição de 1988, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Por isso, analisa-se o significado do termo "pessoa" na Antiguidade e no cristianismo primitivo, seja na língua grega, como na latina; e sua sucessiva reformulação na época da Patrística, quando o termo foi utilizado para resolver as questões teológicas relativas à Trindade e à Cristologia. A partir de Agostinho, o termo "pessoa" começa a ser aplicado ao homem e indica, assim, até de maneira quase exclusiva, o ser humano e sua incomparável dignidade. Esta vai ser a base para a sucessiva valorização do ser humano, particularmente na atual época de desenvolvimento tecnológico que ameaça a existência não só da espécie humana, como do mesmo planeta e, por isso, estimula a reflexão da Bioética e do Biodireito.

PALAVRAS-CHAVES: PESSOA - PATRÍSTICA - BIOÉTICA – BIODIREITO.

RIASSUNTO

Questo lavoro ha lo scopo di mostrare le circostanze storico-filosofiche in cui nacque il concetto di persona, la cui dignità é considerata, nella Costituzione del 1988, come uno dei fondamenti della Repubblica Federale del Brasile. Per questo si analizza il significato del termine "persona" nell'Antichità e nel cristianesimo primitivo, sia nella lingua greca, come nella lingua latina; e la sua successiva riformulazione all'epoca della Patristica, quando il termine fu usato per risolvere le questioni teologiche relative alla Trinità e alla Cristologia. A partire di Agostino, il termine "persona" comincia ad essere applicato all'uomo ed indica, così, in un modo quasi esclusivo, l'essere umano e la sua incomparabile dignità. Questa sarà la base per la successiva valorizzazione dell'essere umano, particolarmente nell'epoca attuale di sviluppo tecnologico, che minaccia l'esistenza non solo della specie umana, ma dello stesso pianeta e, perciò, stimola la riflessione della Bioetica e del Biodiritto.

PAROLE CHIAVE: PERSONA - PATRISTICA- BIOETICA - BIODIRITTO.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a "dignidade da pessoa humana", como lemos no Art. 1º da Constituição de 1988. Esta fundamentação foi juridicamente possível diante do fato que a dignidade da pessoa humana encontra uma tranquila receptividade na nossa cultura. Porém o valor que nós hoje damos à pessoa humana precisou de séculos para ser reconhecido. Pode-se, pois, perguntar: Quando e como foi formulado o conceito de "pessoa"? Quando e como este conceito foi aplicado ao ser humano?

Neste trabalho, pretende-se analisar a primeira etapa da longa história do conceito de pessoa: a correspondente ao período patrístico, que vai desde o início do cristianismo até a definição clássica de Severino Boécio (470-524). Objetiva-se, pois, dar um fundamento ao sucessivo desenvolvimento do termo, que tem suas aplicações também no campo jurídico e, hoje, particularmente, na problemática da Bioética e do Biodireito.

1. O horizonte histórico em que surgiu a questão do homem como pessoa

Os estudiosos concordam em reconhecer que o conceito de pessoa é estranho à filosofia grega. A razão mais profunda deste fato reside no sistema próprio de cooordenadas, a partir do qual a filosofia grega tentou determinar a essência e a posição do homem. Um dos eixos deste sistema é formado pelo espírito, considerado algo absoluto e divino, que transcende e ultrapassa o que é do mundo e que é particular. O outro eixo é representado pelo ser material e corpóreo, cuja finalidade seria individualizar, no caso do homem, as características universais do espírito e enquadrá-las numa determinada parcela da realidade material, da qual o espírito se separa pela morte, a fim de mergulhar novamente no seu anonimato primitivo e universal. Conseqüentemente, o homem aparece como indivíduo representante de uma espécie; e a vida terrestre é considerada como uma decadência ou a passagem para a existência pura do espírito. Acrescente-se a isso a convicção grega da importância absoluta insuperável da ordem política e da cidade, em que o indivíduo era "situado" e visto em sua relação com o Estado, com o coletivo (MARITAIN, 1973).

Neste pano de fundo não podia nascer uma problemática que se interessasse no ser humano como pessoa. De fato, este conceito acentua o singular, o indivíduo, enquanto a filosofia grega dá importância só ao universal, ao ideal, ao abstrato.

O valor absoluto do indivíduo é um dado da revelação judaico-cristã, onde aparece a parceria divino-humana, na qual Deus chama livremente o homem a participar da sua vida. E esta parceria tem como traço característico a ação divina que se destina primeiramente ao homem como pessoa e só mediante certas pessoas (profetas, Jesus Cristo, apóstolos) atinge o homem como tal, universalmente. Na ordem da criação o

homem é elevado acima de todas as coisas criadas do mundo e, ao mesmo tempo, é solidário com toda a criação restante.

Esta ordem da criação contém também o perigo inerente à finitude da liberdade humana. Devido à liberdade, cada homem pode aceitar ou recusar a parceria que Deus lhe oferece; e a morte vai fixar definitivamente a opção da pessoa numa situação de comunhão com Deus ou de recusa.

O ponto mais alto da parceria divino-humana se encontra em Jesus de Nazaré Deus-homem, homem-Deus. Nele o próprio Deus estende a mão para a parceria e, ao mesmo tempo, proclama a infinita nobreza e a imensa dignidade de cada homem finito e particular. A revelação cristã, pois, não está voltada ao gênero humano de modo abstrato, não diz respeito ao universal, mas é dirigida a todos os homens tomados individualmente, enquanto cada um deles é filho de Deus, chamado à plena comunhão com Ele (SCHÜTZ; SARACH, 1980).

Com este horizonte, diferente daquele do mundo grego, estava colocada a premissa, a possibilidade e a necessidade da origem e do desenvolvimento do conceito de pessoa. O impulso imediato para esse processo, porém, exigiu tempo. A ocasião de tal reflexão ocorreu principalmente a partir das disputas teológicas acerca dos grandes mistérios da Trindade e da Encarnação, a cuja solução contribuiu, de forma decisiva, a formulação exata do conceito de pessoa (MONDIN, 2003a).

O termo “pessoa” tornou-se, aos poucos uma palavra-chave da antropologia ao ponto de ofuscar o sentido recebido nos Concílios de Nicéia (325) e Calcedônia (451). Nestes, o termo “pessoa” foi utilizado para falar de Deus e de Cristo; e, na época moderna, este termo parece ser utilizado apenas para falar do homem. Mas, se é verdade que nenhum termo pode ser utilizado para falar de Deus e do homem de maneira unívoca, isso é possível utilizando uma linguagem analógica. Além disso, o princípio pelo qual o homem é considerado “imagem de Deus” leva sempre a teologia a unir o que se fala sobre Deus com o que se fala sobre o homem, sem esquecer com isso, a dessemelhança, maior do que qualquer semelhança, que preserva a transcendência divina dentro da relação da analogia.

Para entender, pois, como apareceu o conceito de pessoa é preciso estudar o período da Patrística, em que nasceram as disputas teológicas acima citadas.

2. A Patrística

Nos primeiros séculos da sua história, a mensagem cristã espalhou-se por todo o território do Império de Roma. O Evangelho entrou, assim, em contato com novos povos e com novas culturas. Por isso, tornou-se necessária uma obra de mediação para apresentar o Evangelho a culturas diferentes da cultura dos apóstolos, a judaica. Esta obra de apresentação do Evangelho às novas culturas foi realizada pelos “Padres da Igreja”, quer dizer, por aqueles que, ao mesmo tempo, puseram as bases da dogmática cristã e do edifício organizacional da Igreja. A sua obra chegou até nós por meio dos

escritos que eles nos deixaram, nas línguas grega, latina, siríaca, copta e armênia (RAMPAZZO, 2004). O grego e o latim foram as línguas mais utilizadas: e as obras escritas nestas línguas estão catalogadas, pois, com as siglas PG (Patrologia Grega) e PL (Patrologia Latina), que servirão também para algumas citações deste trabalho.

Do ponto de vista terminológico, o termo "patrologia" indica o estudo dos padres; e "patrística" é adjetivo e se refere à teologia, ou doutrina dos Padres.

Do ponto de vista histórico, consideram-se três fases:

a) Das origens até o Concílio de Nicéia de 325: é o período dos Padres Apostólicos (século I-II), dos Apologistas e dos primeiros sistematizadores da doutrina cristã.

Os Padres Apostólicos recebem esta denominação por terem tido relações mais ou menos relações diretas com os Apóstolos (por exemplo, S. Clemente de Roma, S. Inácio de Antioquia, S. Policarpo de Esmirna).

Os Apologistas (século II), por sua vez, refletem o encontro conflituoso do cristianismo com o mundo judeu, pagão e com a gnose; eles rebatem as acusações e defendem a doutrina cristã, particularmente no que se refere à unidade de Deus e à imortalidade da alma. Destacam-se, entre eles, Justino, Atenágoras e Irineu.

Quanto aos primeiros ensaios de sistematização doutrinária (século III), temos os exemplos de Orígenes, Tertuliano e Hipólito.

b) A "idade áurea": do Concílio de Nicéia (325) até o Concílio de Calcedônia (451). De fato, neste período são formuladas as principais definições dogmáticas do primeiro milênio do Cristianismo, particularmente graças às obras dos padres gregos (Atanásio, Basílio, Gregório de Nissa, Gregório de Nazianzo e João Crisóstomo) e latinos (Hilário, Ambrósio, Jerônimo, Agostinho e Leão Magno). Veremos que neste período se formula, pela primeira vez, o conceito de "pessoa".

c) O declínio: do Concílio de Calecedônia até o século VIII. O termo declínio se refere mais ao fato que os padres deste período são menos numerosos que os anteriores. Eles estabelecem um traço de união entre o mundo antigo greco-romano e a cristandade derivada dos povos bárbaros, os quais começam a ser educados por obra de grandes missionários e sob o impulso principal de S. Gregório Magno (540-604) (BOSIO, 1963).

3. Significados do termo "pessoa"

3.1 Na Antigüidade

Na antiga Roma o culto etrusco da deusa Perséfone comportava uns rituais em que se carregava uma máscara (*phersu*). Os romanos, mais tarde, vão adotar o termo, usando a palavra *persona* (de *per-sonare*, quer dizer, "falar através") para indicar a máscara utilizada habitualmente pelos atores; e, por extensão, designava o papel que eles interpretavam.

No século III a. C. o termo foi utilizado para indicar as pessoas gramaticais. Mais tarde apareceu no sentido de "pessoa jurídica", enquanto fonte de direito. No século I antes da nossa era, o mesmo homem podia ter diferentes *personae*, quer dizer, diferentes papéis sociais ou "jurídicos". A personalidade era algo mutável e não algo essencial.

Na Grécia o termo *prosopon* significa "rosto"; e também este termo foi utilizado para indicar a máscara de teatro, mas num contexto onde o alcance filosófico do uso aparecia com maior clareza. Para o pensamento grego, o homem não possui nada de único e duradouro: no momento da morte, a alma ou se une a um outro corpo (Platão), ou desaparece (Aristóteles). Dessa maneira, a liberdade não possui um espaço; e, se o teatro manda sonhar a liberdade pondo em cena uma revolta do homem contra a necessidade, esta revolta sempre termina tragicamente. E a ordem do cosmo se impõe novamente (PARTLAN, 2005).

3.2 No cristianismo primitivo

Na Antigüidade clássica um dos procedimentos habituais de narrar consistia em atribuir funções a personagens importantes e mandá-los dialogar; para interpretar esta técnica, utilizava-se uma exegese chamada de "prosopográfica". Os primeiros teólogos cristãos, por exemplo Justino (II século), individuaram, assim, na Escritura muitas passagens onde Deus dialoga consigo mesmo (por exemplo, Gn 1,26; 3,22); mas, no lugar de interpretá-las como ficções literárias, eles viram nisso uma maneira para indicar verdadeiras distinções (PARTLAN, 2005). Por exemplo, na primeira destas citações, nós lemos:

Deus disse: "*Façamos* o homem à nossa imagem, como nossa semelhança, e que eles dominem sobre os peixes do mar, as aves dos céus, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam pela terra." (grifo nosso).

O comentário da "Bíblia de Jerusalém" (1985), relativo a esse texto, afirma que o plural "Façamos" pode indicar uma deliberação de Deus com sua corte celeste; ou, então, exprime a majestade e a riqueza interior de Deus, cujo nome comum em hebraico é de forma plural, *Elohim*. Nesta linha se inclina a interpretação dos Padres que aqui viram insinuada a Trindade.

Prova disso é um interessante texto de Tertuliano (Adv. Prax. 12), que podemos ler, a seguir:

Interrogo-te como é possível que um só fale no plural: "Façamos o homem..." (Gen 2,26)...Se falou no plural é porque já tinha junto a si o Filho, uma Segunda *pessoa*, seu Verbo, e uma terceira *pessoa*, o Espírito no Verbo (grifo nosso). (Apud GOMES, 1979a, p. 249-250).

Assim, para dar um nome a estas distinções dentro do mesmo Deus uno, Tertuliano (início do III século) falou de "uma substância" e de "três pessoas" (PL 2, 167-168); e, para unir em Cristo o divino e o humano, falou de uma só pessoa, ao mesmo tempo homem e Deus (PL 2,191): dessa maneira, pela primeira vez, o termo latino *persona* recebia todo o seu peso.

Hipólito (início do III século), por sua vez, foi o primeiro a utilizar o termo *prosopon* para falar da Trindade (PG 10,821). (PARTLAN, 2005).

3.3 "Prosopon", "Persona" e "Hypóstasis"

Desde o início do século III as palavras *prósopon* e *persona* tentam designar aquilo que distingue os Três (Pai, Filho e Espírito Santo). Pouco depois começa o uso de *hypóstasis*, no Oriente. Em Hipólito e Tertuliano encontramos os primeiros "tratadistas" da doutrina trinitária.

Para entender melhor a reflexão sobre o pensamento dos Padres, precisamos distinguir entre "Trindade Imanente" e "Trindade Econômica". Aquela diz respeito às relações entre as pessoas divinas (Pai, Filho e Espírito Santo) antes da criação do mundo e da redenção operada por Cristo e pelo seu Espírito. E, a partir disso, fala-se de "trindade econômica": adjetivo que aponta para a "economia", etimologicamente o "plano" de salvação da humanidade.

Os Padres, no começo, estão preocupados em definir a ação de Deus rumo à salvação do homem: falam, pois, mais da "trindade econômica" do que da "trindade imanente". Temos um exemplo disso em Hipólito, que escreve em grego. Vejamos dois textos dele, a respeito, na sua "Refutação a Noeto" (n. 7), em resposta à alegação de Jo 10,30 ("eu e o Pai somos um"): "Cristo não disse: "eu e o Pai sou um só", mas "somos um". Com efeito "somos" não se diz de um, mas de dois: ele indicou dois *prósopa* (pessoas) e uma só *dynamis* (força). (Grifo nosso). (Apud GOMES, 1979a, p. 240).

Mais adiante, na segunda parte (n. 14), Hipólito formula a si próprio a seguinte objeção, a partir de Jo 1,1-2 ("No princípio era o Verbo e o Verbo estava com Deus e o Verbo era Deus. No princípio ele estava com Deus").

Se o Verbo estava com Deus sendo Deus, então há de se falar de dois Deuses? Não falarei por certo de dois Deuses, mas de um só e de duas Pessoas pela economia (*prósopa de dyo oikonomia*) e em terceiro lugar da graça do Espírito Santo. Pois o Pai é um, mas as Pessoas são duas (*prósopa dyo*) havendo também o Filho e em terceiro lugar o Espírito Santo (Apud GOMES, 1979a, p. 240-241).

Por estes textos vemos que Hipólito se situa na perspectiva da Economia ao falar das "pessoas" divinas que ele quer afirmar realmente e não só operacionalmente

distintas. Ele não explicita ser a Economia um reflexo da organização íntima ("trindade imanente") de Deus.

Quanto a Tertuliano, nós encontramos uma teologia mais rica e mais desenvolvida do que a de Hipólito. A Tertuliano deve-se a elaboração de uma linguagem básica, que se consagrou mais tarde. Entre outras coisas são suas as expressões *trinitas* (trindade), *una substantia, tres personae* (uma única substância, três pessoas); e, sobretudo, a contribuição de projetar o mistério trinitário no primeiro plano da reflexão teológica.

Tertuliano quer expor a doutrina de uma Trindade imanente, isto é cujas Pessoas se distingam não só no plano da manifestação econômica ou das missões, a saber: a "missão", ou "envio" do Filho, por parte do Pai; e o "envio do Espírito" por parte do Pai e do Filho. Mas Tertuliano não chega a dizer que essa distinção seja "desde a eternidade", pois seu olhar contempla esse Mistério desde que se relaciona com a Criação e com a História da salvação. Mas Praxéias, contra quem Tertuliano escreve sua obra, não se preocupava com a realidade de Deus antes do começo do mundo: motivo pelo qual a polêmica de Tertuliano não trata desse assunto específico.

Diante de Praxéias que denunciava, em Deus, uma divisão da substância no fato do Filho "sair" de Deus no princípio, Tertuliano acentua a distinção dos Três sem a separação. No *Adversus Praxeam* (2), assim ele escreve: "Três não pela qualidade, mas pela seqüência, não na substância, mas no aspecto, não no poder, mas na manifestação (Apud GOMES, 1979a, p. 244).

Quanto ao termo *persona*, Tertuliano usa esta palavra, no contexto trinitário umas trinta vezes, em vários sentidos: no sentido gramatical, no sentido literário de personagem do discurso; e também para caracterizar aquilo que empiricamente é o indivíduo humano e que, por analogia, vem atribuído ao Pai, ao Filho e ao Espírito Santo.

Vamos considerar dois textos do *Adversus Praxean*, a respeito, sublinhando o uso do termo *pessoa*.

O primeiro destes se refere a Salmos 2,7: Vou proclamar o decreto de Iahweh: Ele me disse: "Tu és meu filho, eu hoje te gerei..."

Sobre isso, Tertuliano faz o seguinte comentário (n. 11):

Far-se-ia Deus ser mentiroso se, sendo ele próprio o Filho atribuísse (em Salmos 2,7) a outro a *pessoa* do Filho. Na verdade todas as Escrituras atestam a distinção trinitária, e delas deriva nossa prescrição: a de que não pode ser um e o mesmo o que fala, aquele de quem se fala e aquele a quem fala.

O segundo texto apresentado se refere a João 10,30: "Eu e o Pai somos um".

Tertuliano comenta (n. 22):

A expressão "Eu e o Pai" significa dois sujeitos; e, depois, que "somos" indica um plural, não uma só *pessoa*; e enfim que "somos um" não indica o mesmo que "somos

uma *pessoa* só”...Quando diz que dois, do gênero masculino, são uma só coisa, no neutro – e isto diz respeito não à singularidade mas à unidade, à semelhança, à união, à dileção pela qual o Pai ama o Filho, à obediência do Filho para com a vontade do Pai...mostra que os que são igualados e unidos são dois (Apud GOMES, 1979a, p. 249-250).

Neste texto, é interessante como Tertuliano utiliza o termo pessoa em sentido, ao mesmo tempo, gramatical e de “indivíduo”. Seja a língua grega, na qual está escrito o texto comentado de João 10,30, como a língua latina usada por Tertuliano, possuem os gêneros masculino, feminino e neutro. Além disso, ele fala de “sujeitos” e de “plural”. A partir destas bases gramaticais, aparecem as considerações de caráter teológico expressas pelo termo *pessoa*.

Vamos, agora, considerar o uso e o significado do termo grego *hypóstasis*. Do ponto de vista etimológico, o termo deriva do verbo *hyphístamai* (GOMES, 1979a, p. 251), que significa *sub-jazer*. Significa, pois, o que está debaixo: apoio, sedimento, fundamento etc.: um significado que adquire determinações ulteriores segundo o contexto.

No uso pré-filosófico e bíblico (per exemplo Heb 1,3; 3,14; 11,1) o sentido, em geral, é o mesmo, o da realidade que jaz sob as manifestações (a coragem, que se exterioriza no vigor; o plano, que resulta na construção etc.), ou também o da realidade em oposição à sombra e à imagem. Assim aparece também em vários escritos patrísticos, nos séculos II-III.

Por exemplo, em Hebreus 1,3, nós lemos; “Ele (o Filho) é o resplendor de sua glória e a expressão do seu ser (*hypostáseos*)”.

Neste caso, *hypostáseos* (genitivo de *hypóstasis*) indica a “realidade” divina expressa no Filho.

E em Hebreus 11,1, lemos: “A fé é uma posse antecipada do que (*hypóstasis*) se espera”.

Aqui também *hypóstasis* indica a “realidade”, “aquilo que é”.

Como termo filosófico, a palavra entra na filosofia por meio dos estóicos, que a empregavam como sinônimo de *ousia*: o ser primitivo, a essência enquanto emerge e se manifesta nas coisas. No plotinismo o termo indicava as verdadeiras e perfeitas realidades (o espírito, a alma, o Um); e era traduzido com o termo latino *substantia*.

O primeiro ensaio de diferenciação entre *ousia* e *hypóstasis* se deve, na área da teologia, a Orígenes (metade do III século). Na sua obra *Contra Celso* (8,12), as Pessoas da Trindade foram chamadas pela primeira vez de *hypostáseis*. Após afirmar a unidade de Deus, diz que não se exclui que “o Pai e o Filho sejam duas *hypostáseis*”.

Em outro contexto, no *Comentário sobre João* (2, 10, 75) fala de "três *hypostáseis*", referindo-se, ao Pai, ao Filho e ao Espírito Santo.

No mesmo *Comentário*, Orígenes afirma que as *hypostáseis* constituem uma "adorável, eterna Tríade" (166). Não são três seres separados como três Princípios, pois o Princípio é o Pai, a "fonte da divindade", o "próprio Deus" (2, 3, 20). (Apud GOMES, 1979a, p. 252-253). Evita-se, assim, o triteísmo, mas não um certo subordinacianismo. Este último termo define aquela concepção da Trindade em que o Filho é considerado inferior ao Pai; e o Espírito inferior ao Pai e ao Filho. O subordinacianismo será superado com as declarações dos Concílios: o que será analisado mais adiante.

Devido a uma certa equivocidade na linguagem de Orígenes quanto à transcendência da Tríade, entre seus seguidores encontram-se duas correntes: a que acentua a comunhão das *hypóstáseis*, que irá desembocar na afirmação da *homoousia* do Concílio de Nicéia; e a que se radicaliza no subordinacianismo de Ario, que recusa a coeternidade das *hypostáseis* do Verbo e do Espírito.

4. O Concílio de Nicéia (325)

A doutrina de Ario foi condenada, pela primeira vez, no ano de 320, durante um Sínodo convocado por Alexandre, bispo de Alexandria. Mas a decisão não foi pacífica: e os dois partidos, arianos e antiarianos, acabaram se chocando de maneira até violenta. A questão teológica tinha-se tornado um problema de paz social ao ponto que o Imperador Constantino interveio e tentou pôr fim à questão convocando, no ano de 325, um Concílio em Nicéia, ao qual participaram acerca de 300 bispos, a maioria deles orientais (FRANGIOTTI, 1995).

O Concílio de Nicéia condenou o arianismo no seu ponto central: a negação da plena divindade de Jesus Cristo. Por esta razão não explicitou a doutrina trinitária em toda a plenitude em que ela já emergia na consciência cristã.

O Credo de Nicéia fala de Deus Pai todo-poderoso, do Senhor Jesus Cristo e do Espírito Santo, propondo a Trindade a partir dos nomes e da perspectiva de sua manifestação na "Economia" da salvação da humanidade. Desenvolve, assim, o tema da *homoousia* (= da mesma substância) somente do Filho de Deus: "gerado", "não criado", "da mesma substância" do Pai, mas acrescentando no fim o anatematismo, quer dizer, a excomunhão, a quem, dissesse não ser ele eterno, ou ser proveniente de outra *hypóstasis* ou *ousia* (SCHMAUS, 1977, p. 112-113).

Vê-se, então, que a palavra *hypóstasis* vem tomada como sinônimo de *ousia*. Com efeito, até essa época, o termo não tinha adquirido o significado técnico da teologia e doutrina posteriores.

5. A contribuição dos Capadócios

Do ponto de vista teológico, o período entre o Concílio de Niceia (325) e o de Constantinopla (381) foi caracterizado pelos debates em torno das palavras *homoúsios* e *hypóstasis*, e em torno da equivalência entre *hypóstasis* e *prósopon*, ou *persona*.

Assim, em 382, no Sínodo de Alexandria, sob a direção de Atanásio, foi considerada legítima a fórmula "três *hypostáseis*", desde que não significasse "três princípios, ou três deuses", isto é três *ousiai*. Mas, ao mesmo tempo, era aprovada a fórmula "uma *hypóstasis"*, se entendida como equivalente a "uma *ousia*" (GOMES, 1979a, p. 260).

Além desta questão terminológica, desenvolve-se no mesmo período, a doutrina sobre o Espírito Santo. Havia obscuridade a respeito. O termo "Espírito Santo" designava, não raramente, a natureza divina, ou o dom da graça. Nem nos autores ocidentais (Novaciano), nem nos orientais (Orígenes) havia noções bastante claras quanto à personalidade divina do Espírito Santo e sua consubstancialidade com o Pai e o Filho. O citado Orígenes, por exemplo, atribuía ao Espírito uma atuação menos vasta que a do Pai e do Filho na economia da salvação: para ele a ação do Pai se estende a toda a realidade, a do Filho se limita aos seres racionais e a do Espírito Santo se limita à ordem da santificação (GOMES, 1979a, p. 261). Não podemos esquecer, além disso, que o arianismo, depois de declarar o Filho "criatura" do Pai, declarava o Espírito "criatura" do Filho.

Aos Padres Capadócios coube realizar a elaboração filosófica e doutrinária desses conceitos. Chamam-se "Capadócios" pela região onde eles nasceram (a "Capadócia", situada na atual Turquia) e atuaram, no século IV: e correspondem aos nomes de S. Basílio, S. Gregório de Nissa e S. Gregório Nazianzeno.

O Padres do Concílio de Nicéia, como vimos, tinham usado como sinônimos *ousia* e *hypóstasis*, no sentido de "substância". Os arianos, seguindo Orígenes, atribuíam a *hypóstasis* o sentido de "pessoa": por isso a expressão *mya hypóstasis* indicava para eles "uma só pessoa".

Basílio, porém, define *ousia* como "o que é comum a todos os indivíduos da mesma espécie". Mas esta *ousia*, para existir realmente, precisa possuir os caracteres individuantes (*idiotetes*) que a determinam. Acrescentando à *ousia* estes caracteres, tem-se a *hypóstasis*, a saber, o indivíduo determinado existente a parte (*to kath'exaston*).

Devemos, pois, ao que é comum, acrescentar o que é próprio e professar assim a fé: comum é a divindade, própria é a paternidade. Unindo estas duas coisas, devemos dizer; Creio em Deus Pai. O mesmo se deve fazer confessando o Filho: é preciso acrescentar o que é comum ao que é próprio e dizer: Creio em Deus Filho. E assim também o Espírito Santo...(Ep. 236,6). (Apud BOSIO, 1964, p. 73).

Em Deus há uma única substância (*ousia*) em três *hypostáseis* (pessoas), que possuem em comum a substância, mas se distinguem pelos caracteres individuantes: *mya ousia*, *tréis hypostáseis* é a expressão característica de São Basílio.

Causa e ocasião de tal definição foi o cisma meleciano, em que Paulino, como velho niceno, falava de uma só *hypóstasis* divina (= *ousia*), enquanto Melécio professava *tréis hypostáseis* (não *ousia*). Como propriedades pessoais em Deus, Basílio enumera a paternidade, a filiação e a santificação (ALTANER, 1972, p. 299).

Além disso, Basílio ensinou resolutamente em seus escritos a divindade e consubstancialidade do Espírito Santo.

Gregório Nazianzeno, por sua vez, usa esta outra expressão: *Mya fysis en trisin idiótesin* (uma natureza em três individualidades" (Orat. XXXIII, 16).

Esta terminologia se torna comum na Ásia Menor na metade do século IV.

Basílio e Gregório Nazianzeno preferem evitar o termo *prosopon* pelo seu significado habitual de "máscara", "aspecto externo".

Caráter próprio do Pai é a *agennesia* (não geração); do Filho a *gennesia* (a geração) e do Espírito Santo a *expouresis* (procissão) ou *expempsis* (envio, emissão). Gregório Nazianzeno é o primeiro a designar as diferenças entre as três Pessoas Divinas com esta terminologia (Orat. 25.16). Além disso, professa clara e formalmente a divindade do Espírito Santo: dele é, pois a expressão "Espírito Santo e Deus" (apud BOSIO, 1964, p. 73. 149).

Quanto a Gregório Nisseno (335-394), na mesma linha de interpretação, podemos ler o seguinte texto:

O Pai é a substância (*ousia*), o Filho é substância, o Espírito Santo è substância, mas não há três substâncias. O Pai é Deus, o Filho é Deus, o Espírito Santo é Deus, mas não há três deuses. Deus é um só e o mesmo porque a substância é única e mesma, apesar de que cada uma das Pessoas se chame subsistente e Deus. (Apud BOSIO, 1964, p. 73).

Os Capadócios admitem, pois, um só Deus, em três pessoas distintas, consubstanciais entre elas. Elas possuem unidade de substância, de operações, de vontade e de ação. Para distinguir as "três" (Pai, Filho e Espírito Santo), eles utilizam o termo *hypóstasis*; e, para afirmar sua unidade, servem-se do termo *ousia*. Eles, pois, definem *ousia* como natureza, ou substância comum; e *hypóstasis* como o aspecto individual de determinação e de distinção. Dessa maneira, o Pai é afirmado na sua característica de princípio, não gerado; o Filho como o gerado e o Espírito Santo como aquele que procede do Pai através do Filho. Daí nasce a fórmula *mya ousia, tréis hypostáseis* (uma substancia, três hipóstases (MILANO, 1985).

Aplicada ao homem, a distinção entre natureza e pessoa permite indicar um limite: no homem a natureza precede a pessoa de tal maneira que nada pode concentrar em si a totalidade da natureza humana; e, por isso, a morte de um não comporta a morte de todos. Em Deus, ao invés, nenhuma limitação da pessoa por parte da natureza é concebível. Nele natureza e pessoa, unidade e multiplicidade coincidem e nenhuma das pessoas é concebível sem as outras. As três pessoas definem a natureza e suas relações pertencem à essência da divindade, ao ponto que Basílio coloca no mesmo plano a natureza divina e a comunhão das pessoas divinas: "Na natureza divina e incomposta, na comunhão da deidade, há a união" (PG 32, 149 C).

A comunhão das pessoas divinas possui uma ordem intrínseca. Deus não tem origem (*arquê*), mas a pessoa do Pai é, em Deus, origem e causa (*aition*) (Gregório de Nissa, PG 45, 133 B e 180 C). Há, pois, uma pessoa na origem do ser, a pessoa do Pai, liberdade absoluta, em comunhão com o Filho e o Espírito. Obtém-se, assim, um esquema da verdadeira existência pessoal; e, como o homem é criado à imagem e semelhança de Deus, este esquema deverá encontrar uma valência também antropológica (PG 45,24 C-D). (Apud PARTLAN, 2005).

As intenções do Concílio de Nicéia foram, assim, expressas de forma melhor, chegando a aplicar a noção de "consubstancialidade" à terceira *hypóstasis* divina (o Espírito Santo) contra os assim-chamados "pneumatômacos" (etimologicamente "inimigos do espírito"), os arianos que negavam a divindade do Espírito Santo.

O Concílio de Constantinopla de 381, com a definição da divindade do Espírito Santo, podia, assim, retomar e aperfeiçoar o símbolo de Nicéia, fixando as estruturas fundamentais do dogma trinitário de maneira substancialmente definitiva (MILANO, 1985).

6. A questão cristológica

Resolvida, em Constantinopla (381), a questão "trinitária", aparecia, agora, a questão cristológica. Em outros termos, era necessário responder como se associavam em Cristo a humanidade e a divindade. A esse respeito, encontram-se várias respostas: o "nestorianismo" vai separar o Filho de Deus (Verbo) do filho de Davi (homem); e o "monofisismo" irá professar uma única natureza (*physis*), aquela do Verbo, revestida de carne. Árbitras entre as duas respostas serão as definições cristológicas dos Concílios de Éfeso (431) de Calcedônia (451).

A problemática, que pode parecer apenas teológica, tem seus reflexos antropológicos, como veremos: aqui também o uso do termo "pessoa" (*hypóstasis*) será fundamental. Os outros termos acima indicados vão ser explicados, a seguir.

Na base das controvérsias cristológicas, encontram-se duas escolas de tendências opostas: aquela de Alexandria ressalta a divindade e a unidade da pessoa de Cristo. A preocupação pela unidade, nas suas afirmações mais ousadas, irá desembocar no monofisismo (etimologicamente "uma só natureza" *physis*), para o qual a humanidade

de Cristo é “absorvida” na divindade. Representante desta corrente é Êutiques, de Constantinopla.

A escola de Antioquia, por sua vez, ressalta a distinção das duas naturezas até considerar o Verbo (Filho de Deus), por um lado, e o homem Jesus, por outro, como duas pessoas distintas. Representante desta outra tendência será Nestório, patriarca de Constantinopla, que tinha sido, antes, monge em Antioquia. A doutrina por ele professada recebe, pois, o nome de “nestorianismo”. Nestório afirmava que, na união entre o Verbo e Jesus, cada natureza (*ousia*, ou *hypóstasis*) possui a própria pessoa (*prosopon*): e, dessa união, nasceu uma terceira “pessoa” (*prosopon*), que é a pessoa de Jesus. Conseqüentemente, há apenas uma união “moral” entre o Verbo e Jesus; não morreu o Deus encarnado, mas apenas o homem Jesus. O *prosopon* da união não é o mesmo *prosopon* do Verbo antes da Encarnação. As ações da pessoa de Cristo não podem ser atribuídas ao Verbo. Maria não pode ser chamada de “mãe de Deus” (*theotókos*), mas apenas “mãe de Cristo” (*Xristotókos*) (BOSIO, 1964, p. 369-372).

Como se vê, Nestório usava o termo *prosopon* para falar da “pessoa”; e *hypóstasis* era, para ele, sinônimo de *ousia* (natureza). Nestório ressaltava a humanidade plena de Jesus em face de todas as mutilações e reduções: ele via na cristologia alexandrina um perigo desse tipo. E seu adversário foi exatamente o patriarca de Alexandria, Cirilo.

O interesse histórico-salvífico devia levar a uma formulação da doutrina em que ficasse clara a união entre Deus e o homem, realizada em Cristo. De fato, se Cristo não fosse homem, não representaria a humanidade; e, se não fosse Deus, a salvação divina não aconteceria. Nesta formulação, se, por um lado, Nestório ressaltava a distinção entre o humano e o divino em Cristo, Cirilo, por outro lado, ressaltava a unidade que ele descreve mediante as expressões “uma única natureza (*physis*, ou *hypóstasis*) do Verbo feita carne” (SCHMAUS, 1977, p. 170).

Diante da rivalidade entre as duas escolas e os dois patriarcas, o Papa Celestino encarregou Cirilo de aplicar as decisões de um Sínodo de Bispos realizado em Roma em 430, em que foi declarada heterodoxa a doutrina de Nestório e legítimo o título de “mãe de Deus” (*theotókos*), aplicado a Maria (BOSIO, 1964, p. 422).

No ano seguinte, o nestorianismo foi novamente condenado no Concílio de Éfeso (431), que confirmou o título de *theotókos*, aplicado a Maria, em conformidade com uma carta (a segunda) de Cirilo a Nestório. Só no ano de 433, porém, chegou-se a uma união real entre os teólogos antioquenos e alexandrinos, graças aos esforços de João de Antioquia para restabelecer a paz (SCHMAUS, 1977, p. 171). De fato, os termos usados por Cirilo que falavam de “uma única natureza” em Cristo, podiam ser interpretados como monofisismo, no sentido acima indicado. Além disso, ele usava os termos *physis* e *hypóstasis* indiscriminadamente, tanto para designar a natureza, quanto a pessoa. É verdade que Basílio havia forjado para a Trindade a fórmula *tréis hypostáseis, mya physis*; e, no início, Cirilo também dizia *tria prosopa* em Deus; quanto a Cristo, porém, não se ousava dizer *mya hypóstasis*: isso vai acontecer só como Concílio de Calcedônia, em 451 (ALTANER, 1972, p. 291).

De qualquer forma, o símbolo da união entre as escolas antioquena e alexandrina, formulado sob orientação de João de Antioquia e aceito por Cirilo, proclama: “Aconteceu uma união de *duas naturezas*, e por isso confessamos um só Cristo, um só

Filho, um só Senhor. Considerando esta união sem mistura, confessamos a santa virgem Maria como Mãe de Deus" (ALFARO, 1973, p. 65).

Este texto, na realidade, constituía um compromisso. Apresentava, por certo, a doutrina ortodoxa, porém cada uma das partes podia interpretá-la em sentido contrário. No curso da crescente discussão (SCHMAUS, 1977, p. 171), Dióscoro, sucessor de Cirilo, não só concebeu a unidade entre o divino e o humano como união na Pessoa de Cristo, mas ainda dele predicou uma única natureza humano-divina. Em Constantinopla, o arquimandrita Êutiques uniu-se a Dióscoro. Ambos conseguiram a autorização do imperador Teodósio II para convocar um sínodo (449), de cuja participação excluíram os bispos contrários a Êutiques. Na ocasião, foi confirmada a doutrina deste.

O Papa Leão Magno interveio na disputa com uma famosa "Epístola dogmática", dirigida ao patriarca Flaviano de Constantinopla, que em 448 tinha condenado Êutiques em um sínodo realizado nesta mesma cidade. Nesta "Epístola", Leão tomou posição contra a tese monofisita. As disputas conduziram ao Concílio de Calcedônia (451), convocado pelo imperador Marciano (BOSIO, 1964).

Como tinha acontecido em Nicéia com relação ao dogma da Trindade, no Concílio de Calcedônia foi proclamado o dogma cristológico. O texto do Concílio assim se expressa:

...é preciso confessar um só e mesmo Filho, nosso Senhor Jesus Cristo; perfeito na divindade e perfeito na humanidade, verdadeiro Deus e verdadeiro homem; de alma e de corpo racional; consubstancial ao Pai, quanto à divindade, e consubstancial conosco quanto à humanidade;...reconhecemos um só e o mesmo Cristo, Filho, Senhor, unigênito em duas *naturezas*, inconfundível, imutável, indivisível, inseparável; sem se suprimir jamais a diferença das naturezas por causa da união, antes conservando cada natureza sua propriedade e concorrendo numa só pessoa (*prosopon*) e numa só *hypóstasis*, não partida ou dividida em suas pessoas, mas um só e o mesmo Filho unigênito, Deus Verbo, Senhor Jesus Cristo ...(Apud SCHMAUS, 1977, p. 171; DENZINGER, 1973, p. 108).

O Concílio de Calcedônia quis formular sua definição, confirmando os posicionamentos anteriores: dos Concílios de Nicéia (325) e Constantinopla (381) e do símbolo antioqueno (433). O Símbolo de Calcedônia acolheu, do mesmo modo, o interesse de Cirilo Alexandrino e das declarações de fé do Papa Leão Magno em seu escrito a Flaviano.

A acentuada insistência em que um mesmo é o que sob um aspecto vive desde a eternidade, e sob outro aspecto nasceu no tempo, mostra como se levou em conta o móvel defendido pelos teólogos alexandrinos, a unidade em Jesus Cristo. Esse móvel, porém, já não é expresso como em Cirilo de Alexandria, com a fórmula da *natureza* uma. Antes, de acordo com a grande preocupação da teologia antioquena, fala-se com igual insistência da verdadeira e íntegra humanidade de Jesus Cristo (SCHMAUS, 1977, p. 172).

Quanto à técnica conceitual, o Concílio renunciou ao termo *physis* para designar a união, como acontecia na teologia alexandrina. Viu-se obrigado a isso pelo simples fato de que os monofisitas abusavam do termo para defender suas teses. Com a palavra *physis*, o Concílio designa a dualidade e não a unidade. Isto supôs uma mudança de significado do termo. Enquanto Cirilo usava o termo para significar a natureza concreta, subsistente por si mesma como indivíduo, na acepção conciliar a palavra recebeu o significado de essência abstrata no sentido aristotélico. Ao invés, os termos *prosopon e hypóstasis* foram usados para designar o princípio pelo qual as duas naturezas existem na pessoa do Logos divino (SCHMAUS, 1977, p. 173). De qualquer forma, mais que num sentido realmente filosófico-cientifico, o Concílio empregou tais conceitos em sentido filosófico-popular. Deixou, porém, de esclarecer a relação do conceito de *hypóstasis* ou *prosopon*, com o de *physis*. Não se refletiu, pois, sobre a questão de como subsiste a natureza humana de Jesus na pessoa do Logos divino; ou, em outros termos, como a natureza humana pode conservar sua realidade carecendo da personalidade que lhe corresponde. No entanto, constitui um progresso decisivo com relação às discussões anteriores, o fato do Concílio ter definitivamente aplicado as expressões *physis* e *hypóstasis* ao âmbito da natureza e da pessoa, respectivamente, criando um modo de falar válido para todo o futuro, segundo o qual se afirma em Cristo há duas naturezas (*physeis*) e uma pessoa (*prosopon* ou *hypóstasis*). Com isso, a terminologia já usada no campo trinitário foi transplantada definitivamente para a cristologia.

7. Agostinho: o homem é pessoa

Na teologia latina, Agostinho assumiu a terminologia que já tinha sido adotada anteriormente por Tertuliano, ao falar de "uma só essência e três pessoas" (*una essentia – tres personae*), com referência à Trindade (SCHMAUS, 1977, p. 114; GOMES, 1979a, p. 283-286). Além disso, ele enriqueceu para sempre a doutrina sobre a Trindade na base de seus esclarecimentos psicológicos. Ele via, na vida do espírito humano, diversas analogias da existência trinitária de Deus: por exemplo, a tríade "memória, inteligencia e amor" (*memória, intelligentia et amor*" (De Trin. 15, 22.42; apud GOMES, 1979a, p. 293). Segundo Agostinho, os atos intradivinos da geração (o Pai gera o Filho) e da espiração (o Pai e o Filho estão na origem do Espírito) devem ser entendidos como ações espirituais de entender e de amar.

Esta comparação entre o divino e o humano se reflete, o que nos interessa particularmente, na aplicação da palavra "pessoa" também ao homem.

Com a intenção de encontrar um termo que se possa aplicar distintamente ao Pai, ao Filho e ao Espírito Santo sem correr, de uma parte, o risco de fazer deles três deuses e, de outra parte, sem dissolver a sua individualidade, ele mostra que os termos "essência" e "substancia" não têm essa dupla virtude. Ela, pelo contrário, pertence ao termo grego *hypóstasis* e ao seu correlativo latino *persona* (pessoa), o qual "não significa uma espécie, mas algo de singular e de individual (De Trinitate VII, 6. 11). Analogamente este termo aplica-se também ao homem: "Cada homem individualmente é uma pessoa" (*singulus quisque homo una persona est*) (De Trinitate, XV, 7.11).

Vamos ver diretamente os textos de Agostinho, a respeito:

Na analogia de “memoria, entendimemto e amor”, aplicadas ao homem e a Deus, ele afirma:

Estas três coisas, memória, entendimento e amor, são minhas, não se pertencem a si; e o que fazem não fazem para si, mas para mim, ou melhor sou eu que atuo por meio delas...Eu recordo, compreendo e amo servindo-me dessas realidades, embora não seja eu a minha memória nem meu entendimento nem meu amor, e sim as possua em mim...Mas na suprema simplicidade que é Deus, sendo ele embora um só Deus, são três as *pessoas*, o Pai, o Filho e o Espírito Santo” (De Trinitate 15,22.42).

Vamos ver, agora, como Agostinho aplica a Deus os termos “pessoas”, “natureza” e “essência”; e também como aplica ao homem o termo “pessoa”:

Estas três realidades (memória, entendimento e amor) estão no homem, não são o homem...*Uma pessoa, quer dizer cada homem singular* tem em sua alma estas três coisas...Porém podemos acaso dizer que a Trindade está em Deus, como uma coisa de Deus, sem ser Deus?....Nada pertence à *natureza* de Deus que não pertença à Trindade; e as Três *Pessoas* são uma *essência*, mas não à maneira como o homem individual é uma *pessoa* (De Trinitate 15,7.12; grifo nosso).

Voltando à analogia de “memória, entendimento e amor”, podemos perguntar qual é o lugar do homem onde se encontra essa imagem de Deus, para S. Agostinho. Essa imagem não está nem no “homem exterior”, nem na comunidade familiar, mas na natureza espiritual (*secundum rationalem mentem*). Ali se acha a verdadeira, ainda que imperfeita, imagem, na medida em que o espírito humano, necessariamente consciente de si, apresenta uma estrutura trinitária essencial (apud GOMES, 1979a, p. 189-190).

De fato, o que dá originalidade ao pensamento de Agostinho é a perspectiva essencialmente interior. Seu princípio inspirador é, pois, o seguinte: “Não saias de ti, volta-se para ti mesmo, a verdade habita no homem interior” (*Noli foras ire, inteipsum redi: in interiore homine habitat veritas*) (De Vera religione, 39, 72; apud MONDIN, 2003b, p. 140).

Em outros termos, Agostinho reflete sobre a verdade não fora, como se se tratasse de coisa estranha, mas dentro, examinando a própria alma. (MONDIN, 2003b).

Em suma, a contribuição de Agostinho é decisiva em dois pontos de vista: a descoberta da interioridade e a passagem analógica do conceito de pessoa em Deus à idéia de pessoa aplicada ao homem.

A descoberta da interioridade leva o pensamento cristão à certeza de que o eu-pessoa é o centro de decisões livres.

Se compararmos a evolução do significado do termo “pessoa”, seja na língua grega, como na latina, podemos concluir que se encontra um conteúdo exatamente oposto. Antes “pessoa’ indicava as várias identidades que podiam ser aplicadas a um ser humano, em diferentes situações, conforme o papel que precisa desenvolver nestas situações. Mas, no vocabulário cristão, o termo pessoa passa a indicar a irredutível identidade e unicidade de um indivíduo. “Pessoa”, indica, pois aquele centro único de atribuição ao qual fazem referência todas as ações do indivíduo que as unifica em sentido sincrônico, permanecendo diacronicamente “na base”, no “substrato” delas. È interessante, a esse respeito, considerar o sinônimo de pessoa: “subsistência”, que, ao pé da letra, significa, pois “o que está debaixo” (CAFFARRA, 2009).

Isso aparece, de maneira mais clara, com a clássica definição que Boécio fornecerá, nos termos de “substância individual de natureza racional” (*naturae rationalis individua substantia*, PL 64, 1343). A existência humana é, pois, uma existência substancial, que existe em si e para si; e é ainda mais verdade que a racionalidade é essencial ao homem. Mas esta definição não pode ser aplicada na teologia trinitária porque ela coloca em primeiro plano o ser em si (aseidade) e não a interrelação (o ser para, *esse ad*); nem pode ser utilizada na cristologia, pois não permite pensar o ser-em-outro que é próprio da natureza humana de Cristo.

No fundo a definição de Boécio acaba levando o termo “pessoa” a ser aplicado nos séculos sucessivos quase que exclusivamente ao homem.

Por outro lado, a matriz “teológica” do uso do termo levava a aplicar ao homem, “imagem e semelhança” de Deus, algumas propriedades divinas: a inteligência, o amor, a liberdade, a espiritualidade; e, particularmente, o reconhecimento de uma sacralidade que é fundamental para reconhecer a dignidade da pessoa humana: esta sacralidade é a base essencial para o desenvolvimento do discurso ético.

8. A dignidade da pessoa humana expressa na Bioética e no Biodireito

Estamos vivendo numa época de extraordinário desenvolvimento tecnológico. As novas descobertas mudaram profundamente a “face da terra” e a “face do homem” que vive na terra. Mudou a maneira de viver e de relacionar-se das pessoas; e mudou a vida mesma das pessoas.

As novas tecnologias mexeram também com a vida humana, possibilitando, por exemplo, a cura de muitas doenças, a forte redução da mortalidade infantil, o aumento da expectativa da vida. Algumas técnicas nem se sonhavam poucas décadas atrás, como a inseminação artificial, o “bebê de proveta” etc.

Mas todo o desenvolvimento tecnológico levantou sérias questões éticas.

A ética se baseia, essencialmente, no respeito da pessoa humana. Será que essas tecnologias respeitam sempre a pessoa humana? Não existe, por acaso, o risco de reduzir a pessoa a um objeto de manipulação? São perguntas que interessam a todas as

pessoas, mas particularmente aos biólogos, médicos, sociólogos, psicólogos, jornalistas, filósofos, teólogos e também aos juristas, que hoje precisam dialogar, numa atitude interdisciplinar, com o seguinte objetivo: colocar o progresso biomédico e tecnológico a serviço da vida humana e de toda a convivência social, e não contra. É dentro deste contexto que nasceram a Bioética e o Biodireito.

O oncólogo Van Rensselaer Potter, que em 1971 criou o termo "bioética", diagnosticou com seus escritos o perigo que representa para a sobrevivência de todo o ecossistema a separação entre duas áreas do saber, o saber científico e o saber humanista.

A clara distinção entre os valores éticos (*ethical values*), que fazem parte da cultura humanista em sentido lato, e os fatos biológicos (*biological facts*) está na raiz daquele processo científico-tecnológico indiscriminado que, segundo Potter, põe em perigo a própria humanidade e a própria sobrevivência sobre a terra. O único caminho possível de solução para essa iminente catástrofe é a constituição de uma "ponte" entre as duas culturas: a científica e a humanístico-moral. Em outros termos, a ética não deve se referir somente ao homem, mas deve estender o olhar para a biosféra em seu conjunto, ou melhor, para cada intervenção científica do homem sobre a vida em geral. A bioética, portanto, deve se ocupar de unir a "ética" e a "biologia", os valores éticos e os fatos biológicos para a sobrevivência do ecossistema como um todo. O "instinto" de sobrevivência não basta: é preciso elaborar uma "ciência" da sobrevivência que Potter identifica com a bioética.

É interessante sublinhar o núcleo conceitual que Potter situa na raiz do nascimento da bioética: a necessidade de que a ciência biológica se faça perguntas éticas, de que o homem se interrogue a respeito da relevância moral de sua intervenção na vida. Trata-se de superar a tendência pragmática do mundo moderno, que aplica imediatamente o saber sem uma mediação racional e, muito menos, moral: a aplicação de todo conhecimento científico pode ter, de fato, conseqüências imprevisíveis sobre a humanidade, até por efeito da concentração do poder biotecnológico nas mãos de poucos.

Na concepção de Potter, portanto, a bioética se movimenta a partir de uma situação de alarme e de uma preocupação crítica a respeito do progresso da ciência e da sociedade (SGRECCIA, 1996).

Em 1978, a *Encyclopedia of Bioethic* fala sobre a "bioética" nos seguintes termos: "Bioética é um neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética). Pode-se defini-la como sendo o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar." (Apud PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1996, p. 31).

Enquanto ética aplicada ao 'reino biológico', que designa um universo muito mais amplo do que o da medicina, a bioética abraça a ética médica tradicional e se amplia incluindo: a) os problemas éticos de todas as profissões sanitárias; b) as pesquisas comportamentais, independentemente de suas aplicações terapêuticas; c) os problemas sociais unidos às políticas sanitárias, à medicina do trabalho, à saúde internacional e às políticas de controle demográfico; d) os problemas da vida animal e vegetal em relação à vida do homem.

As finalidades da bioética consistem na análise racional dos problemas morais ligados à biomédicina e de sua conexão com as áreas do *direito* e das ciências humanas. Implicam elas a elaboração de linhas éticas fundamentais sobre os valores da pessoa e sobre os *direitos* do homem, respeitadoras de todas as confissões religiosas, com fundação racional e metodológica cientificamente adequada. Essas linhas éticas têm também finalidade aplicativa, pela orientação que poderá ser dada, mais que à conduta pessoal, também ao direito *condendo* e aos códigos deontológicos profissionais atuais e futuros.

Os instrumentos de estudo da bioética resultam da metodologia interdisciplinar específica que se propõe examinar de modo aprofundado e atualizado a natureza do fato biomédico (momento epistemológico), ressaltar suas implicações num plano antropológico (momento antropológico) e identificar as 'soluções' éticas e as justificativas de ordem racional que sustentam essas soluções (momento aplicativo).

A interdisciplinaridade, que é uma das características da Bioética, chega também no campo do direito. A Bioética se articula com o Direito na medida em que esse trata de disciplinar na vida social os procedimentos biomédicos.

Do ponto de vista conceitual, o Biodireito desponta como um novo direito de formação muito recente no âmbito da ciência jurídica cujo objeto de análise são princípios e normas jurídicas que tenham por fim imediato criar, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos decorrentes de relações entre indivíduos, entre indivíduos e grupos, e entre esses com o Estado, quando essas relações estiverem vinculadas ao início da vida, ao seu transcurso ou ao seu término.

Poder-se-ia, então, dizer que o Biodireito, enquanto campo fronteiriço de análise de normas e princípios específicos vinculados ao controle de ação do campo biomédico, gravita em torno de valores amplamente reconhecidos que impõem como respeito primário o valor da vida, da saúde e da morte. Em regra, esses princípios se apoiam basicamente sobre os mesmos valores definidos pela Boética: o respeito à vida, à dignidade humana, à liberdade individual, à segurança, à proteção da saúde etc. Mas, dada a impossibilidade de identificar um código de valores éticos de unânime aceitação, o biodireito adquire a legitimidade de opinar e instruir a regulamentação das relações supramencionadas no seio de uma atividade legiferante do Estado.

Essa questão, porém, tem suscitado acirrada controvérsia no seio da comunidade científica internacional e críticas por parte de cientistas e organismos vinculados a pesquisas em biotecnologias avançadas, reacendendo a discussão sobre a legitimidade do Estado em intervir de forma unilateral sobre um campo de atuação – no caso a biomedicina – que foge ao alcance do conhecimento do legislador e do próprio aplicador da lei.

Diante dessa eventualidade, duas alternativas são evocadas: por um lado, a exigência de que o estado deve assumir por inteiro a responsabilidade de impor e vigiar o acatamento a determinadas normas gerais ou, por outro, conceder aos indivíduos a permissão de aplicar livremente, em cada caso, os princípios éticos que considerem mais apropriados no uso e aplicação manipulativa das tecnologias biomédicas.

É evidente que nenhuma dessas alternativas é aceitável. A complexidade do objeto exige a adoção de um conhecimento necessariamente interdisciplinar que deve ser precisado através de um processo de tomada de decisões por especialistas em ciências da vida, no campo da Bioética e do Direito e por observadores sociais em geral, a fim de que se possa traçar uma regulamentação apropriada e que seja suscetível à ingerência de uma racionalidade ético-jurídica.

Dentro do campo do Direito Internacional, por exemplo, a normativa que afeta diretamente o Biodireito é a que se refere aos direitos humanos e mais concretamente ao direito à vida. Nesse sentido convém lembrar que a Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, adotou a Declaração dos Direitos Humanos.

Entre outros documentos, de alcance mais limitado, podemos lembrar: a Convenção Européia de Direitos Humanos e a Convenção Americana, dentro das quais se destaca o direito à proteção da vida humana, com a afirmação do que diz o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: " todo indivíduo tem direito à vida" ; e do que diz o art. 6.1. do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: o "direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito estará protegido por lei".

Outros organismos internacionais foram criados ao longo dos últimos anos, tais como: o Comitê Internacional de Bioética da Unesco, criado em 1991, e que preparou o texto da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos do Homem, publicada em 25 de julho de 1997.

No Brasil, as situações que envolverem a manipulação do patrimônio genético humano serão tratadas à luz de normas e princípios do Direito Constitucional, do Direito Civil e do Direito Penal e de algumas normas que tratam disciplinar eventuais conflitos legais relativos à defesa do consumidor (Lei 8.078/90); a Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção e recuperação da saúde, bem como a organização e funcionamento dos serviços correspondentes; a Lei nº 8.501/92, que dispõe sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas científicas; a Lei n° 8.974/95, que regulamenta os incisos II e V do § 1° do art. 225 da Constituição Federal e estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados; a Lei n° 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, além de Resoluções do Ministério da Saúde, que tratam de matéria congênere; a Lei de Biossegurança, n. 11.105/05, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados.

Contudo, o Direito Internacional não dispõe de uma eficácia plena no âmbito dos ordenamentos jurídicos dos Estados membros, no que diz respeito ao cumprimento de tais obrigações, restando ao legislador nacional tanto para as legislações constitucionais quanto para as infraconstitucionais o papel de criar normas e sistemas efetivos que disciplinem e projetem direitos individuais e grupais derivados do progresso e da aplicação do conhecimento tecnológico e científico à vida humana. Nesses termos, o Biodireito exerce um papel fundamental no debate acerca dos princípios que devem servir de parâmetros referenciais à regulamentação legal específica que se vincula às demandas e apreciação científica e ética nas seguintes áreas

de intervenção biomédica: manipulação genética em sentido amplo, transplante de órgãos entre seres vivos e *post mortem*, natureza jurídica do embrião, genoma humano, procriação assistida, recombinação de genes, aborto, eutanásia, propriedade do corpo vivo e morto, direito à saúde, criação e patenteamento de seres vivos e eugenia.

O entendimento mais apropriado, que está na base desses princípios jurídicos, reside no comando constitucional que impõe a todos os indivíduos, grupos hegemônicos e ao Estado a obrigação de reconhecer e respeitar a dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1°, inciso III, da Carta Constitucional, fundamento basilar da República do Brasil e do Estado democrático de Direito. É a partir desse princípio fundamental que devem orientar-se todas as demais normas e princípios da legislação infraconstitucional.

Há que se observar o sentido e a significação que adquire a reflexão sobre a melhoria e a realização da espécie humana. A finalidade da ciência é, sem dúvida, contribuir para a melhoria das condições de existência do homem. Mas, as intervenções tecnológicas e científicas não podem ocorrer de acordo com os interesses fixados por uma categoria profissional que controla este ou aquele tipo de conhecimento especializado. Por isso, o estudo e a aplicação de tais conhecimentos vão mais além da área médica ou tecnológica, abarcando outros conhecimentos de áreas como a Psicologia, a Sociologia, a Filosofia, o Direito, a Biologia, a Antropologia, a Ecologia, a Teologia, etc., com observância das diversas culturas e valores. Significativa, a esse respeito, foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral da República a respeito do art. 5 da citada Lei de Biossegurança. Antes da decisão do STF, ocorrida em 30 de maio de 2008, foram realizadas duas audiências públicas de modo a ouvir vinte e dois especialistas no assunto. Estas audiências, a apertada maioria que caracterizou a decisão e as sucessivas polêmicas manifestam, mais uma vez, a dificuldade de conciliar o desenvolvimento tecnológico com as exigências éticas (SILVEIRA, 2009).

A Bioética, que nasce desta preocupação, instaura a conjugação de uma exigência e de uma tentativa no sentido de compor fatos e práticas que por sua natureza transcendem os limites da certeza, da garantia e do controle mecanicista sobre os efeitos do uso e da aplicação das tecnociências biomédicas, tornando-se, talvez, o campo mais dinâmico e sugestivo da reflexão filosófica.

O Biodireito, por sua vez, surge na encruzilhada dessa reflexão como um mentor equânime encarregado de examinar as diversas questões e agir com conhecimento de causa na elaboração de uma normativa geral que, por um lado, possibilite o progresso e a prática das pesquisas biológicas e biomédicas e, por outro, coíba as experiências julgadas abusivas ou que se revelem como práticas antiéticas (DELLA CUNHA, 2001).

Conclusão

Cada ciência humana, inclusive o direito, procura responder a perguntas sobre aspectos parciais do ser humano. Mas a questão sobre o homem-pessoa é básica: diz respeito a “quem é o homem”. A partir disso, recebem sentido todos os aspectos

parciais que revelam e esclarecem “o que” é o homem. Eis porque este trabalho procurou analisar as condições histórico-intelectuais do período da teologia patrística que possibilitaram o acesso propriamente dito ao conceito de pessoa. Este era fechado ao pensamento grego, que considerava o homem mais de modo abstrato, universal, como espécie, sem valorizar todos os homens tomados individualmente. Nesta visão, o homem não possuía nada de único e duradouro. Estas condições se encontram só no cristianismo.

Percorrendo a história do termo, viu-se que na antigüidade, seja grega, como romana, o termo “pessoa” indicava algo de mutável e não essencial do ser humano: podia ser a mascara de teatro, ou a pessoa gramatical, ou um determinado papel social.

No cristianismo primitivo, particularmente com Tertuliano e Hipólito, o termo é utilizado para falar da Trindade. A elaboração do conceito de pessoa se impôs diante da necessidade de “entender” o mistério da Encarnação do Verbo e do mistério da Trindade.

Quando ao primeiro, o cristão estava diante de afirmações que, por um lado, apontavam para uma realidade divina e, por outro, para uma realidade humana do mesmo Jesus de Nazaré. E, quanto à Trindade, a dificuldade era ainda maior, pois era necessário garantir a absoluta individualidade das três pessoas divinas (Pai, Filho e Espírito Santo), como também a posse da mesma e idêntica natureza divina, evitando, ao mesmo tempo, a interpretação “modalista” (três “modos” de revelação da uma única pessoa divina) e a recusa do monoteísmo.

Para isso, aos poucos, chegou-se, com os Padres Capadócios, à distinção entre “essência”, ou natureza (*ousia*), e pessoa, *hypóstasis*: ao pé da letra “substrato”, o que está debaixo. Com o primeiro termo indicou-se tudo aquilo que pode ser possuído, ou melhor, participado por parte de vários indivíduos; e, com o segundo, indicou-se a realização única desta posse, a participação do que é comum. Para medir o desenvolvimento que a inteligência fez nesta distinção, é preciso verificar que o termo *persona*, em latim, e *prosopon* em grego, indicava exatamente o contrário, a saber, as diferentes identidades que podiam ser atribuídas a um ser humano, nas diferentes situações. Mas, no uso cristão, a partir dos Capadócios, o termo passou a indicar a irredutível identidade e unicidade de um indivíduo.

Depois disso, temos a reflexão de S. Agostinho, cuja contribuição é decisiva seja diante da descoberta da interioridade, como da passagem analógica da concepção de pessoa em Deus à idéia de pessoa aplicada ao homem. No primeiro caso estamos diante da certeza da pessoa como “eu”, centro de decisões livres. Quanto ao segundo, abre-se toda uma sucessiva reflexão, que continua em nossos dias, sobre o homem como pessoa, particularmente fortalecida pela sucessiva definição de Boécio: “Substância individual de natureza racional” (*naturae rationalis individua substantia*).

As conseqüências destas afirmações atingem outras áreas, particularmente a ética e o direito, e encontram contínuas, novas e inesperadas aplicações. Uma significativa aplicação, neste sentido, é aquela que se encontra no âmbito de duas áreas do saber bem atuais: a bioética e o biodireito.

“Bioética” é aquele neologismo que diz respeito ao estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar. As ciências da vida e da saúde enfrentam hoje estes grandes problemas: saúde pública, fertilidade, engenharia genética, aborto, doação e transplante de órgãos, eutanásia, experimentação clínica, meio ambiente etc.

Por fim, a Bioética, na sua interdisciplinaridade, chega a articular-se com o Direito na medida em que esse trata de disciplinar na vida social os procedimentos biomédicos. O Biodireito desponta como um novo direito de formação muito recente no âmbito da ciência jurídica cujo objeto de análise são princípios e normas jurídicas que tem por fim imediato criar, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos decorrentes de relações entre indivíduos, entre indivíduos e grupos, e entre esses com o Estado, quando essas relações estiverem vinculadas ao início da vida, ao seu transcurso ou ao seu término. A Legislação Internacional e Nacional já começaram a lembrar princípios e estabelecer normas de comportamento, a respeito.

Os problemas emergentes neste início de século e de milênio exigem, também por parte dos cultores da ciência jurídica, uma atenção especial diante do desenvolvimento da tecnologia, com seus questionamentos no campo da Ética, da Bioética e do Biodireito. Para a solução destes problemas, porém, não se pode esquecer a descoberta do valor da pessoa humana em nossa cultura: o que foi objetivo deste trabalho. O esquecimento deste valor, com suas implicações também jurídicas, seria uma volta ao passado, onde o homem era reconhecido apenas como espécie e não como indivíduo: ou pior, considerando as atuais possibilidades tecnológicas, colocaria em risco a mesma existência da espécie humana e até do planeta Terra.

Referências

AGOSTINHO, Santo. **De Trinitate**: libri quindecim. Disponível em: < http://www.augustinus.it/latino/trinita/index2.htm>. Acesso em: 22 fev. 2009.

ALFARO, Juan. O Evento Cristo: a Cristologia na história dos Dogmas. In: FEINER, Johannes; LÖHRER, Magnus (Ed.). **Mysterium Salutis**: Compêndio de dogmática histórico-salvífica. Tradução de Johannes de Nijs. Petrópolis: Vozes, 1973. v. III/3.

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ALTANER, B.; STUIBER, A. **Patrologia**: vida, obras e doutrina dos Padres da Igreja. Tradução das Monjas Beneditinas Santa Maria. São Paulo: Paulinas, 1972.

BÍBLIA DE JERUSALÉM. Edição Revista. São Paulo: Paulinas, 1985.

BIHLMEYER, Karl; THUECHLE, Hermann. **Storia della Chiesa**. Tradução de Giuseppe Dal Ri; Adolfo Cetto. Brescia: Morcelliana, 1960. v. 1

BOSIO, Guido. **Iniziazione ai Padri**: la chiesa primitiva. Torino: SEI, 1963.

_____. **Iniziazione ai Padri**: la dottrin a della Chiesa. 2. ed. Torino: SEI, 1964.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 41. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAFFARRA, Carlo. **La persona umana**: aspetti teologici. Disponível em: . Acesso em: 12 fev. 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CUGGENBERGER, A. Pessoa. In: FRIES, Heinrich (Org.). **Dicionário de Teologia**. Tradução Teólogos do Pont. Col. Pio Brasileiro de Roma. São Paulo: Loyola, 1970. v. 4. p. 239-252.

DELLA CUNHA, Djason B. Biodireito: o novo Direito face à Bioética. **Revista da Esmape**, Recife, v. 6, n. 13, p. 93-109, jan./jun. 2001.

DENZINGER, H.; SCHÖNMETZER, A. **Enchiridion Symbolorum**: Definitionum et Declarationum de rebus fidei et morum. 35. ed. Roma: Herder, 1973.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 4. ed. São Paulo Saraiva: 2007.

FIORILLO, Antonio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana. **Biodiversidade e patrimônio genético**: no direito ambiental brasileiro. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FRANGIOTTI, Roque. **História das heresias**: séculos I-VII: conflitos ideológicos dentro do cristianismo. São Paulo: Paulus, 1995.

GOMES, Cirilo Folch. **A doutrina da Trindade Eterna**: o significado da expressão "três pessoas". Rio de Janeiro: Lumen Christi, 1979a.

_____. **Antologia dos Santos Padres**: páginas seletas dos antigos escritores eclesiásticos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paulinas, 1979b.

JEDIN, Hubert. **Breve storia dei Concili**. Tradução de Nerina Beduschi. 4. ed. Roma: Herder, 1961.

MARITAIN, Jacques. **A filosofia moral**. Tradução de Alceu Amoroso Lima. 2. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973.

MERK, A. (Org.). **Novum Testamentum**: Graece et Latine. 9. ed. Roma: Sumptibus Pontificii Instituti Biblici, 1964.

MILANO, Andrea. Trinità. In: BARBAGLIO, Giuseppe; DIANICH, Severino (Orgs.). **Nuovo Dizionario di Teologia**. 4. ed. Milano: Paoline, 1985. p. 1782-1808.

MONDIN, Battista. **O homem: quem é ele?** : elementos de antropologia filosófica. Tradução de L. Leal Ferreira; M. A. S. Ferrari. 11. ed. São Paulo: Paulus, 2003a.

_____. **Curso de Filosofia**. Tradução de Benôni Lemos. 11. ed. São Paulo: Paulus, 2003b. v. 1

PARTLAN, Paul Mc. Persona. In: LACOSTE, Jean-Yves (Org.). **Dizionario Critico di Teologia**. Roma: Borla; Città Nuova, 2005. p. 1031-1035.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

RAMPAZZO, Lino. **Antropologia, religiões e valores cristãos**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. Ciência e Tecnologia, Bioética e Biodireito. In: NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves; NASCIMENTO, Grasiele Augusta Ferreira (Orgs.). **O Direito e a Ética na sociedade contemporânea**. Campinas; Alínea, 2006. Cap. 5. p. 85-96.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>. Acesso em: 01 mar. 2009.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. (Org.). **Biodireito**: Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCHEFFCZYK, Leo. Formulação magisterial e história do dogma da Trindade. In: FEINER, Johannes; LÖHRER, Magnus (Ed.). **Mysterium Salutis**: Compêndio de dogmática histórico-salvífica. Tradução de Odilon Jaeger. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1978. v. II/1. p. 131-195.

SCHÜTZ, Christian; SARACH, Rupert. O homem como pessoa. In: FEINER, Johannes; LÖHRER, Magnus (Ed.). **Mysterium Salutis**: Compêndio de dogmática

histórico-salvífica. Tradução de Bernardo Lenz. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1980. v. II/3. p. 73-89.

SCHMAUS, M. Trindade. In: FRIES, Heinrich (Org.). **Dicionário de Teologia**. Tradução Teólogos do Pont. Col. Pio Brasileiro de Roma. São Paulo: Loyola,1971. v. 5. p. 363-382.

_____. **A fé da Igreja**. Tradução de Marçal Versiani. Petrópolis: Vozes, 1977. v. 3.

SGREGGIA, Elio. **Manual de Bioética**: I - Fundamentos e Ética Biomédica. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996.

SILVA, Paulo Cesar da. A dignidade da pessoa humana e o abortamento. In: SILVA, Paulo Cesar da; RAMPAZZO, Lino (Orgs.). **Questões atuais de direito, ética e ecologia**. Campinas: Alínea, 2007. p. 35-62.

SILVEIRA, Anarita Araújo da. Escravismo biológico ou jurídico? O caso da pesquisa com células-tronco embrionárias. **Bioéthicos**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 100-109, jan./jun. 2009.

SOARES, A.M.M.; PIÑEIRO, W.E. **Bioética e Biodireito**. Uma introdução. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2006 . (Coleção Gestão em Saúde).

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

O FILHO ETERNO: O DIREITO, O RECONHECIMENTO E A EUGENIA*

THE ETERNAL SON: THE LAW, THE RECOGNITION AND THE EUGENICS

Lorena Vargas Lembrança

RESUMO

A eugenia está mais presente no cotidiano contemporâneo do que se é capaz de imaginar. Pode-se perceber traços de eugenia em técnicas como a fertilização in vitro, os abortos terapêuticos, a clonagem reprodutiva e até mesmo nos exames pré-natais. O problema que se coloca é o de saber como ficam as relações de reconhecimento a partir da utilização das técnicas da nova eugenia, como por exemplo, o melhoramento genético.

O que se pretende demonstrar é que do mesmo modo que uma falta de reconhecimento leva a uma busca por práticas eugênicas, cuja finalidade é evitar a ocorrência de desvios genéticos, não há nada que garanta que essa demanda por reconhecimento social estará resolvida após uma certa normalização do DNA das gerações.

O Direito como mecanismo que visa possibilitar a auto-realização das Pessoas, garantir a elas a sua dimensão de dignidade, deve, ao discutir a eugenia e as práticas dela decorrentes, considerar que nada pode ser definido de maneira absoluta previamente, tendo em vista que a vida é processualidade pura.

Assim, ao se pensar se técnicas eugênicas devem ou não ser estimuladas pelo Direito deve-se levar em conta se elas propiciarão algum projeto de vida que valha a pena assegurar.

Para demonstrar toda a dimensão da discussão, será utilizado o romance O Filho Eterno de Cristóvão Tezza e, como marco metodológico, a teoria do reconhecimento, de Axel Honneth.

PALAVRAS-CHAVES: RECONHECIMENTO – DIGNIDADE – EUGENIA.

ABSTRACT

Eugenics is more present in the contemporary everyday than we can imagine. It is possible to perceive some traces of eugenics in techniques as in vitro fertilization, therapeutics abortion, reproductive cloning and even in the prenatal exams. The problem we have to face is to understand how we can conceive the recognition relationships in the presence of the techniques of the new eugenics, as, for instance, the genetic enhancement.

We intend to demonstrate that, in the same way that a lack of recognition leads to a search for practices of eugenics, whose finality is to avoid the occurrence of genetic deviations, there is nothing to guarantee that this demand for social recognition will be solved after a normalization of the DNA of the generations.

The Law as a mechanism that aims to guarantee the self-realization of the Persons,

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

assuring to them their dignity dimension, should considerate, when the discussions involve genetics and the practices originated from it, that nothing can be defined previously in a absolute way, because life is a continuous process. Thus, when we think about if eugenic techniques should be or not stimulated by the Law, we should considerate if they will provide some project of life that worthwhile to assure.
To demonstrate all the dimension of the discussion, the novel The Eternal Son, by Cristóvão Tezza, will be utilized, and the recognition theory, by Axel Honneth, will be used as methodological mark.

KEYWORDS: RECOGNITION – DIGNITY – EUGENICS.

INTRODUÇÃO

Desde o dia em que nasce o novo ser não começa nada do zero, ele está inserido na cultura que lhe é contemporânea e necessita, por isso, da rotulação e expressão que essa mesma cultura lhe dá.

O mesmo ocorreria, por exemplo, se cada ser do universo possuísse como um de seus órgãos padrões um botão de *reset*, em que hipoteticamente ele pudesse recriar a sua própria vida novamente. Mesmo nessa hipótese, a possível recriação da vida não seria totalmente nova, pois ela estaria também inserida no espaço-tempo em que a Pessoa começaria a viver sua vida.

Pensar o nascimento das nossas gerações pressupõe, portanto, inseri-las dentro dessa cultura que é contemporânea e que elege naquele dado momento os valores a serem respeitados, criando inclusive, por meio dessa eleição, os valores que devem ser protegidos pelo Direito.

Aliás, a valoração ocorre até mesmo em relação àqueles que a comunidade considera como sujeito de direitos, e como tal, deve ser reconhecido e, portanto, respeitar os direitos dos demais membros da comunidade e também fazer com que esses mesmos membros reconheçam os seus direitos.

A identidade pessoal de cada um parte de uma construção relacional com os demais membros da comunidade, sendo assim pode-se pensar que o alicerce de todo o sistema jurídico está na luta incessante pelo reconhecimento mútuo, para que então cada Pessoa possa se desenvolver de maneira saudável e autônoma, de forma a buscar a sua auto-realização.

Nesse trabalho busca-se repensar as práticas eugênicas dentro da perspectiva da teoria do reconhecimento de HONNETH[1], de forma a refletir se existiriam algumas dessas práticas a serem permitidas pela Direito, principalmente a partir de uma reflexão sobre a

necessidade de reconhecimento entre os sujeitos de direito e sua busca pela auto-realização.

Como ponto de partida para esse repensar será utilizado o romance *O Filho Eterno*[2], que demonstra os terrores internos e externos vivenciados por um pai que tem um filho com Síndrome de Down na luta pelo seu reconhecimento e o reconhecimento de seu filho.

Após essa análise, serão problematizadas as formas atuais de aparecimento da eugenia, seja por meio do melhoramento genético, nos países desenvolvidos, ou mesmo do aconselhamento genético no Brasil.

Por fim, serão levantados alguns indicativos sobre como a eugenia pode se relacionar com uma limitação ou com um exercício na busca de uma auto-realização.

O DIREITO, O RECONHECIMENTO E A EUGENIA

Súbito, a porta abre e entram os dois médicos, o pediatra e o obstetra, e um deles tem um *pacote na mão. Estão surpreendentemente sérios, absurdamente sérios, pesados, para um momento tão feliz - parecem militares*. Há umas dez pessoas no quarto, e a mãe está acordada. É uma entrada abrupta, até violenta - passos rápidos, decididos, cada um se dirige a um lado da cama, com o espaldar alto: *a mãe vê o filho ser depositado diante dela ao modo de uma oferenda, mas ninguém sorri*. (..). Todos esperam.

Há um início de prelação, quase religiosa, que ele, entontecido, não consegue ainda sintonizar senão em fragmentos da voz do pediatra:

- ... algumas características... sinais importantes... vamos descrever. Observem os olhos, que têm as pregas nos cantos, e a pálpebra oblíqua... o dedo mindinho das mãos, arqueado para dentro...achatamento da parte posterior do crânio... a hipotonia muscular... a baixa implantação da orelha e...

(...)

O pai lembra imediatamente da dissertação de mestrado de um amigo na área de genética - dois meses antes fez a revisão do texto, *e ainda estavam nítidas na memória as características da trissomia do cromossomo 21, chamada de síndrome de Down, ou, mais popularmente - ainda nos anos de 1980 - "mongolismo", objeto do trabalho*. (...) a infância teimosamente retardada terminava aqui, sentindo a falta de sangue na alma, recuando aos empurrões, sem mais ouvir aquela lengalenga imbecil dos médicos e apenas lembrando o trabalho que ele lera linha a linha, corrigindo caprichosamente os erros de sintaxe e de estilo, *divertindo-se com as curiosidades que descreviam com o poder frio e exato da ciência a alma de seu filho. Que era esta palavra "mongolóide"*.

(...) *o pasmo de uma maldição inesperada. Isso é pior do que qualquer outra coisa, ele concluiu - nem mesmo a morte teria esse poder de me destruir*.

(...)

Recusa. Recusar: ele não olha para a cama, não olha para o filho, não olha para a mãe, não olha para os parentes, nem para os médicos - sente uma vergonha medonha de seu filho e prevê a vertigem do inferno em cada minuto subseqüente da sua vida. Ninguém está preparado para um primeiro filho, ele tenta pensar, defensivo, *ainda mais um filho assim, algo que ele simplesmente não consegue transformar em filho*. (grifos da autora) [3]

O nascimento com vida[4], no Brasil, atribui ao indivíduo o *status* de Pessoa, passando a ser considerado como sujeito de direitos e observador de deveres.

No entanto, a inserção da Pessoa nesse cotidiano das relações jurídicas não ocorre imediatamente. A criança vai sendo inserida, por meio das mais variadas formas de interação com o seu meio ambiente, na lógica de sua construção pessoal que ocorre necessariamente de maneira relacional, interativa.

Assim é que apesar de detentora do *status* de Pessoa, a Pessoalidade da criança que está em formação vai sendo construída e adaptada ao seu contexto, de forma que, em determinado estágio de sua vida, ela esteja de tal maneira inserida e reconhecida nesse meio que ela seja capaz de se auto-realizar, estando nessa capacidade a sua dimensão de dignidade[5].

Não é sem razão que um dos princípios integradores do reconhecimento eleitos por HONNETH[6] em sua *teoria do reconhecimento* seja o Direito.

O Direito, enquanto expressão dos valores escolhidos por determinada sociedade, deve expressar valores que *possam ser universalizáveis* para todos os membros dessa mesma sociedade, sem que seja possível qualquer tipo de hierarquização ou privilégio.

A dificuldade das relações de reconhecimento, portanto, seja dentro ou fora do próprio Direito, encontra-se na aceitação do diferente. Como a sociedade reage, afirma e dá significados aquele que lhe é diferente, aquele ao qual não está acostumada, aquele que não se enquadra nos padrões de *normalidade*.

A angústia sofrida pelo pai de *O Filho Eterno* enquadra-se neste contexto. Apesar de toda a felicidade inerente ao nascimento de uma criança, a realidade a ser encarada a partir daquele momento é de que o filho nascido não se enquadra nos padrões esperados pelos pais, pela família, pela própria sociedade:

A idéia de uma criança: é isso que me falta, o pai talvez dissesse, se pudesse formular com mais clareza o que sentia. *Esta criança não me dá nenhum futuro, ele se viu dizendo*. (grifos da autora)

(...) ele aprendeu ali, pela primeira vez, *a síndrome dos pais com filho lesado: essa marca no rosto, uma camada subcutânea de tensão, o olhar agudo, aflito e incompleto,*

sempre com a sombra de uma justificativa na ponta da língua, que às vezes (no início) se derrama num desespero rapidamente controlado, porque a civilização é poderosa. (grifos da autora)

Mas que trabalho? *Deixá-las o mais possível parecidas com seres humanos - todos ficarão felizes.* (...) Um empreendimento coletivo, e ele sente uma animação no ar, um otimismo mais ou menos visível, uma empatia nos rostos. *Pela primeira vez, sente que seu filho é um indivíduo, o que o surpreende, como se mentissem*. (grifos da autora) [7]

O que se tem então, nesse nascimento, é um *não reconhecimento* desse filho, que apesar de considerado Pessoa, pelos padrões formais do Direito, não consegue ter ampla estima social, o que prejudica a sua possibilidade de auto-realização. É o momento da recusa.

Não há, nesse caso, um *não reconhecimento* do filho pelo Direito, mas um *não reconhecimento* social que fere um direito dele. Que é um direito de "poder respeitar a si próprio, porque ele merece o respeito de todos os outros"[8]:

Sente a realidade bruta: como sempre é preciso não mentir. *Não, o seu filho jamais será uma criança normal - nem chegará perto disso*. (grifos da autora)

De novo volta-lhe a antiga sensação de vergonha, que ele imaginava superada - basta estar com o filho e alguém estranho ao lado. *É assim, ele mesmo pensa, que a máquina do isolamento começa a funcionar*. (grifos da autora) [9]

A dificuldade de lidar com os sujeitos que não apresentam os padrões de *normalidade social* datam de longos tempos.

Em *A Política*, ARISTÓTELES já justificava a supressão de neonatos disformes em razão da falta de perfeição física:

Quanto a saber quais os filhos que se devem abandonar ou educar, deve haver uma lei que proíba alimentar toda a criança disforme. Sobre o número dos filhos (porque o número dos nascimentos deve sempre ser limitado), se os costumes não permitem que os abandonem e se alguns casamentos são tão fecundos que ultrapassem o limite fixado de nascimentos, é preciso provocar o aborto, antes que o feto receba animação e a vida; com efeito, só pela animação e vida se poderá determinar se existe crime. (grifos da autora) [10]

É claro que em ARISTÓTELES nem mesmo o *reconhecimento* jurídico era atribuído aos deficientes. No entanto, ali já se encontrava presente a um bom exemplo sobre a dificuldade que os seres humanos têm de encararem as dificuldades físicas, de lidarem com padrões de diferença.

Outro exemplo importante dessa dificuldade é o representado pelos *jardins zoológicos humanos* que rodaram a Europa durante o final do século XIX, reconstruindo de maneira autêntica os ambientes selvagens coloniais, povoados de homens e animais exóticos[11].

É essa experiência que propiciará ao europeu o contato com *o outro*, que é, na verdade, *o outro colonizado*, e que culminará com a hierarquização das raças, e posteriormente com a propagação das idéias eugênicas:

Os "selvagens" trazidos ao Ocidente são sem dúvida atraentes, mas no entanto despertam um sentimento de medo. Suas ações e movimentos devem ser rigorosamente controlados. *São apresentados como absolutamente diferentes e sua incursão européia os obriga a se comportarem como tal, pois lhes é proibido manifestar qualquer sinal de assimilação, de ocidentalização, durante o tempo em que são exibidos*. Deste modo, é impossível que eles se misturem aos visitantes, na maior parte das manifestações. *Caracterizando-se segundo os estereótipos em vigor, seus trajes são concebidos para parecerem o mais originais possíveis*. Os exibidos devem, além disso, *permanecer no interior de uma parte especificamente delimitada do espaço da exposição* (sob pena de aplicação de multa sobre seus já parcos salários), *o que marca a fronteira intangível entre seu mundo e o dos cidadãos que os visitam e os inspecionam. Uma fronteira delimita escrupulosamente a selvageria e a civilização, a natureza e a cultura*. (grifos da autora) [12]

É com esse início de vivência de estigmatização do colonizado e do indígena, e o nascimento da idéia de que existem seres humanos menos valiosos, e por isso, destinados a desaparecer, que culminaram com as idéias de eugenia, darwinismo social e hierarquia racial que têm correspondência entre si e resultam de um aniquilamento da alteridade, e portanto, do *reconhecimento*.

Mas é com GALTON que a eugenia ganhará *status* de ciência e então estará apta a criar uma nova ideologia sobre a possibilidade de melhoria da raça humana por meio da ciência, mas que será interpretada como forma de hierarquização de raças humanas. Nas palavras do próprio GALTON:

(...) o que é denominado em grego, *eugenes*, bom da raça, hereditariamente dotado de qualidades nobres. Este termo, e as palavras a ela relacionadas, eugenéia, etc., são igualmente aplicáveis aos homens, animais, e plantas. Nós queremos muito uma palavra

curta para expressar *a ciência que visa melhorar a raça, que não estão limitadas às questões judiciais de casamento, mas que, especialmente no caso dos seres humanos, toma consciência de todas as influências que tendem, ainda que em um grau remoto, a garantir situações mais adequadas às raças ou sangues de raças com melhores chances de rapidamente prevalecer sobre os menos adequados do que de outra forma poderia ter sido*. A palavra eugenia poderia suficientemente expressar essa idéia; pelo menos é uma palavra neutra e uma mais generalizável do que *viricultura* que eu uma vez arrisquei-me a utilizar. (grifos da autora) [13]

A hierarquização das raças está demonstrada nas próprias palavras de GALTON, a dizer: "com chances de rapidamente prevalecer sobre os menos adequados do que de outra forma poderia ter sido".

GALTON tenta justificar os seus argumentos, sob a alegação de que uma extinção gradual de uma raça inferior não equivale à destruição de um grande número de indivíduos, e que esse tipo de extinção ocorre naturalmente, como resultado do próprio processo evolutivo. Portanto, a sua ciência viria apenas para acelerar o processo evolutivo[14].

Com o tempo, a eugenia passou a ser vista como ciência prestigiosa e conceito médico legítimo, disseminada por meio de livros didáticos e instituições de instrução eugenista, estando lançada, de maneira definitiva, a idéia de um possível melhoramento *não natural* da raça humana.

No primeiro Congresso Internacional de Eugenia, em 1912, líderes de delegações dos EUA e países europeus formaram o Comitê Internacional de Eugenia, que, posteriormente, deu origem à Federação Internacional de Organizações Eugenistas, cuja agenda política e científica era dominada pelos EUA, para onde eugenistas estrangeiros viajavam para períodos de treinamento em *Cold Spring Harbor*[15].

Na Alemanha, a eugenia norte-americana inspirou nacionalistas defensores da supremacia racial, entre os quais Hitler, que nunca se afastou das doutrinas eugenistas de identificação, segregação, esterilização, eutanásia e extermínio em massa dos indesejáveis, e legitimou a supremacia da raça ariana sobre os judeus sob uma fachada médica e pseudocientífica.

Não houve apenas extermínio em massa de judeus e outros grupos étnicos. Em julho de 1933, foi decretada lei de esterilização compulsória de diversas categorias de *defeituosos* e, com o início da Segunda Guerra Mundial, os alemães considerados mentalmente deficientes passaram a ser mortos em câmaras de gás. Médicos nazistas realizavam experimentos em prisioneiros nos campos de concentração, e, em Auschwitz, Mengele dedicou-se ao estudo de gêmeos para investigar a contribuição genética ao desenvolvimento de características normais e patológicas[16].

A revelação das atrocidades nazistas desacreditou a eugenia científica e eticamente, e fez com que a palavra desaparecesse abruptamente do uso. No entanto, a eugenia não desapareceu, mas se refugiou em muitos casos sob o rótulo de *melhoramento genético humano e aperfeiçoamento genético humano*. Tais práticas consistem em uma tentativa

de se evitar, geneticamente, que as proles humanas apresentem problemas genéticos. É uma busca por um certo padrão de *normalidade*:

- A criança, com um bom estímulo, poderá chegar a *cinqüenta, sessenta por cento da inteligência de uma criança normal. E, bem cuidada, pode até ter uma vida quase normal, com relativa autonomia*. (grifos da autora)[17]

Essa busca, nada mais é, do que a busca de uma estima social, de um *reconhecimento*, que não é pleno quando não se tem as características físicas e mentais esperadas pela comunidade.

Felipe, o menino com síndrome de Down de *O Filho Eterno*, e seu pai passam, durante várias passagens do romance, por problemas de *reconhecimento*, e a visualização da vergonha como uma das máquinas de *desenquadramento* social é ressaltada:

A vergonha. A vergonha - ele dirá depois - é uma das mais poderosas máquinas de enquadramento social que existem. (...) A família do velho Kennedy escondeu do mundo, a vida inteira, um filho retardado. Havia muita coisa em jogo, é verdade - *mas o grande motor era a vergonha. A vergonha regula do catador de lixo ao Presidente da República*. (grifos da autora)

Sim, todos queremos crianças bem-educadas, *com padrões de comportamento que não agridam os olhos ou a alma. Crianças que não provoquem olhares alheios suspeitos em nossa direção, contra os pais, em última instância os responsáveis pelos seres errados*. (grifos da autora) [18]

Cada pequeno trecho do romance traz uma demonstração da falta de *reconhecimento* para aquele que é diferente. A dificuldade que o próprio pai tem em *reconhecer* o seu filho, a dificuldade que ele sente de falar sobre o seu filho, a forma como os médicos relatam a síndrome do filho. Cada movimento é um desrespeito à essa Pessoa, que não consegue ser *reconhecida* socialmente pelos demais.

O ápice do não *reconhecimento* ocorre quando Felipe é compelido a deixar a escola que freqüentava - que era a mesma escola de sua irmã -, sob a alegação que a continuação da educação do menino deveria ser realizada por uma escola *especializada*:

As coisas iam bem. Mas é trabalho para especialista. Não temos estrutura.(...) É preciso passar para o outro lado da cerca de arame farpado, o filho pela mão - aquele território *em que a criança viveu quatro, cinco, seis, sete anos, não é o dela. Saia daqui. O intruso. A comunidade humana tem limites muito claros*, ele pensa, hipertrofiando a sensação ruim - um recurso bom.[19]

Toda essa dificuldade da comunidade em lidar com pessoas portadoras de doenças genéticas, que em seu fenótipo poderão ser consideradas como *anormais*, têm levado cada vez mais os cientista a procurarem explicações e fundamentos para a aplicação de certas técnicas eugênicas, notadamente de melhoramento genético, durante a fase pré-natal, e até mesmo a propagação da fertilização *in vitro* como método eficaz para a escolha de um DNA adequado.

Discussões sobre a possibilidade de utilização das técnicas de melhoramento humano já estão em ampla discussão tanto na Inglaterra, quanto nos Estados Unidos.

SAVULESCU, titular da cadeira de Prática Ética da Universidade de Oxford, é defensor da utilização das técnicas de melhoramento genético para todos, visando o bem estar dos seres humanos. Para ele, a utilização das técnicas de melhoramento genético é inclusive uma obrigação moral dos pais:

Quero argumentar que, longe de ser meramente permissível, temos uma obrigação moral ou razão moral para melhorarmos nós mesmos e nossos filhos. Na verdade, temos o mesmo tipo de obrigação que temos para tratar e prevenir a doença. Não só *podemos* melhorar, *temos* de melhorar. [20]

Para SAVULESCU, a razão essencial para se admitir a utilização das práticas de melhoramento genético reside no fato de que elas podem garantir às Pessoas condições de terem uma vida melhor. Para ele haveria, então, fortes razões para que o melhoramento genético das Pessoas e de seus filhos fosse permitido. Sendo que deixar de optar pelo melhoramento genético seria, inclusive, um erro. [21]

No Brasil, o tema ainda está em fase incipiente e se restringe, hoje, às possibilidades de intervenções nos fetos, durante a fase pré-natal, para certas *correções*, que possam levar a evitar algum tipo de deficiência.

De qualquer maneira, como concebido, o pré-natal, por si só, não deixa de ser uma forma de *melhoramento* do ser humano, tendo em vista que busca *melhorar*, garantir condições de *melhoramento* tanto a saúde da mãe, quanto do feto.

Nestes termos, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente incentiva uma forma de melhoria - de prática eugênica:

Art. 7º A criança e o adolescente têm o *direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência*.

Art. 8º *É assegurado à gestante*, através do Sistema Único de Saúde, o *atendimento pré e perinatal*. (grifos da autora)[22]

O exame pré-natal, concebido para verificar e diagnosticar doenças e alterações que possam comprometer a saúde materna e fetal, tem também propiciado o contato das mulheres com o aconselhamento genético.

A expressão *aconselhamento genético*, por sua vez, compreende uma série de estudos e cálculos efetuados para se detectar uma eventual anomalia genética ou cromossômica nos membros de um casal e determinar a probabilidade de a dita anomalia se transmitir aos filhos, além de orientar os casais para o melhor tratamento necessário em cada caso. [23]

A indicação para a realização de aconselhamento genético é cada vez mais freqüente, principalmente com a finalidade de se garantir o sucesso de uma gravidez, e com maior incidência na rede particular. Tais exames são solicitados mesmo quando os testes tradicionais não sugerem a existência de qualquer problema com a criança ou com a mãe.

Diante disso, lidar com a eugenia na atualidade, principalmente no âmbito do Direito, não pressupõe simplesmente negá-la, mas sim entender e investigar cada pequeno traço dela nos procedimentos de genética médica e estabelecer limites que devem nortear a sua aplicabilidade ou não, principalmente no que tange à necessidade de *reconhecimento* das demais Pessoas, evitando qualquer tipo de discriminação ou hierarquização.

Tal entendimento se torna ainda mais necessário, com a publicação, pelo Ministério da Saúde, no dia 20/01/2009, da Portaria nº 81 que determina que os serviços de *aconselhamento genético* sejam oferecidos pelo SUS - Sistema Único de Saúde, dentro da Política de Atenção Integral em Genética Clínica, nos seguintes termos:

Considerando que condições de *etiologia predominantemente genética* respondem por quinze por cento a vinte e cinco por cento das causas de mortalidade perinatal e infantil em nações em desenvolvimento, tendo as anomalias congênitas passado da quinta para a segunda causa de mortalidade infantil no Brasil nos últimos vinte e cinco anos;

Considerando haver indicações de que as anomalias congênitas e as doenças geneticamente determinadas têm maior prevalência nos países em desenvolvimento, possivelmente refletindo a falta de medidas preventivas e terapêuticas adequadas;

Considerando que o aconselhamento genético é o pilar central da atenção à saúde em genética clínica e deve ser garantido a todos os indivíduos e famílias sob risco de anomalia congênita ou doença genética;

(...)

Art. 2° São objetivos da Política Nacional de Atenção Integral em Genética Clínica:

I - organizar uma linha de cuidados integrais (promoção, prevenção, tratamento e reabilitação) que perpasse todos os níveis de atenção, promovendo, dessa forma, a atenção por intermédio de equipe multiprofissional, com atuação interdisciplinar;

II - possibilitar a identificação dos determinantes e condicionantes dos principais problemas de saúde relacionados a anomalias congênitas e doenças geneticamente determinadas, de forma a fornecer subsídios para a elaboração de ações e políticas públicas no setor, sem prejuízo da participação social;

III - definir critérios técnicos mínimos para o funcionamento, o monitoramento e a avaliação dos serviços que realizam os procedimentos e técnicas em genética clínica;

IV -incentivar a realização de pesquisas e projetos estratégicos destinados ao estudo do custo-efetividade, eficácia e qualidade e incorporação de tecnologias na área de genética clínica; e

V - qualificar a assistência e promover a educação permanente dos profissionais de saúde envolvidos com a implantação e a implementação da Política de Atenção Integral em Genética Clínica, em conformidade com os princípios da integralidade e da Política Nacional de Humanização (PNH). (grifos da autora)[24]

E porque se deveria investigar traços de eugenia *no aconselhamento genético?*

O entendimento, a *priori*, que se tem acerca do assunto é que passar por um *screening* pré-natal para detectar uma condição particular, expressa uma atribuição de valor social sobre a qualidade dos fetos e crianças, baseadas no seu material genético e cromossômico, o que acaba por criar hierarquização entre Pessoas, pois elas podem se inserir em diferentes graus de hierarquia de acordo com o seu código genético.

No entanto, também é contraditório simplesmente negar a utilização desse tipo de procedimento.

A investigação sobre a existência de vários fatores que configuram, por exemplo, uma gravidez de alto risco e que podem ser descobertos durante o *aconselhamento genético*, propiciando, a partir dessa constatação, que a mãe receba um tratamento adequado, demonstra que o aconselhamento deve sim ser exercido dentro de alguns limites.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desse contexto, repensar a eugenia diante dessas novas configurações é algo essencial. E a dificuldade desse repensar consiste exatamente no fato da eugenia estar amplamente impregnada das repercussões dos movimentos nazistas, que divulgaram amplamente as técnicas dessa ciência.

Não se trata de impedir o desenvolvimento da ciência, mas de desafiar os entendimentos estabelecidos sobre o modelo de sociedade que se quer construir e sobre quem e o quê é considerado *normal* ou *anormal* e é, portanto, *reconhecido* por essa mesma sociedade.

Tal desafio é ainda mais complexo ao se considerar a dificuldade que a atual sociedade tem em lidar com o *diferente*. Nas relações travadas por Pessoas diferentes as relações de *reconhecimento* ficam estremecidas e desarticuladas, não em razão de uma não atribuição de valor jurídico a determinada Pessoa, *mas pela não atribuição de um valor social a ela*.

Esse *reconhecimento* social é essencial para que um ser possa se sentir verdadeiramente Pessoa. Para que ele possa se auto-realizar. Nas palavras de HONNETH:

(...) para poderem chegar a uma auto-relação infrangível, os sujeitos humanos precisam (...) além da experiência de dedicação afetiva e do reconhecimento jurídico, *de uma estima social que lhes permita referir-se positivamente a suas propriedades e capacidades concretas*. (grifos da autora) [25]

A necessidade de reconhecimento social é derivada da própria estrutura da vida em comunidade. É no interior das comunidades que as Pessoas, a partir de seus valores compartilhados, podem encontrar a valorização de suas diferenças. Sendo que esses valores podem ser constantemente revisitados e alterados para novas formas que verdadeiramente representem os valores socialmente escolhidos por aquela determinada comunidade, naquele dado momento.

Pensar a eugenia então é tentar estabelecer dentro dos valores da sociedade contemporânea, se nós consideramos que uma Pessoa pode ou não se auto-realizar mesmo possuindo limitações físicas ou mentais. E se, concomitantemente, essa mesma Pessoa pode se relacionar de tal maneira com outra que também possibilite a essa outra Pessoa buscar sua auto-realização.

O que se tem que pensar é que apesar do Direito visar à justiça, ele também tem como papel preponderante propiciar a cada Pessoa a possibilidade de que ela viva uma vida digna - daí se falar da dignidade da Pessoa humana como fundamento da República. E isso só é possível por meio das relações de *reconhecimento*, pois a dignidade de cada

um está na relação dialógica entre a sua dimensão de autonomia e sua dimensão de alteridade. [26]

Conciliar o ideal de vida digna de cada um juntamente com um ideal de justiça é que parece ser o grande desafio, pois, pressupõe conciliar projetos de vida individuais com um bem comum, daí essa relação dialógica entre autonomia e alteridade constituir-se exatamente enquanto dignidade.

E daí decorre um grande perigo, tendo em vista que ao exercitar o projeto de vida que um pai tem para um determinado filho, pode-se estar retirando desse mesmo filho a possibilidade de uma auto-realização a partir de alguma habilidade que esse mesmo pai lhe vetou[27].

(...) o problema com melhoramento genético está *na arrogância dos pais concepção, nos seus esforços para dominar o mistério do nascimento* (...) seria desfigurar a relação entre pai e filho, e privar o pai da humildade e ampliada simpatia humana *que é a abertura para o quê a espontaneidade pode criar* (...) *Essa promessa de domínio é falha*. Ele ameaça expulsar a nossa valorização da vida como um dom, e nos deixar sem nada para afirmar sobre nós mesmos ou sobre a nossa própria vontade. (grifos da autora)[28]

Simultaneamente pode-se negar a esse mesmo filho que ele exerça relações de reconhecimento de tal maneira com as Pessoas que convive que, mesmo diante de todas as suas possíveis limitações - físicas ou mentais -, ele possa propiciar aos seus companheiros de atuação que eles também possam se auto-realizar.

Pressupor a justiça tendo como valor a Pessoa e o estímulo à sua auto-realização pressupõe um exercício de Pessoalidade que depende e é construído em uma alteridade, em uma relação com um *outro* que é um igual e um diferente simultaneamente e, que, portanto, deve ser *reconhecido*.

E essa auto-realização pode ou não estar atrelada a certos padrões de *normalidade* de genética. Felipe - mais uma vez, o menino com síndrome de Down de *O Filho Eterno* - é um ótimo exemplo de como, apesar de todas as suas limitações, ele pôde ao menos se sentir reconhecido pela pintura:

Exatamente o que acontece com a pintura, parece - pintar seria menos a realização pessoal (o que não faz sentido nenhum para a criança eterna), e mais *um cumprimento de um papel social, um lugar que se ocupa e que nos define*. (...) é que a pintura do filho vai além do mero artesanato repetido de formas. Ele já tem um estilo, uma marca inconfundível que vem do desenho e passa à pintura; *ele tem, nos limites de sua síndrome, uma visão de mundo, e seu trabalho a expressa*.

(...)

No seu traço, o ônibus terá umas oito rodas enfileiradas, e em cada janela um rosto sorridente. *Todos os personagens do filho são inesgotavelmente felizes*.(grifos da autora)[29]

Concomitantemente, por meio de sua interação com o seu pai Felipe possibilitou a ele que também se auto-realizasse e com isso passasse a viver uma vida adulta - de responsabilidade -, coisa que até então não conseguia fazer.

TEZZA ressalta muito bem a importância de Felipe para a vida de seu pai:

Nos últimos vinte anos o pai foi acompanhando sempre que pôde o avanço tecnológico para estimular o filho, começando pela televisão, desde criança. *E, sub-repticiamente, a tentativa de acompanhar o menino exerceu também uma influência reversa, a do filho sobre ele, também um pai com permanente dificuldade para a vida madura*, seja isso o que for, ele pensa, sorrindo - e talvez a filha, que não tem nada com isso, sofra as conseqüências de ter um pai que se recusa a crescer. (grifos da autora) [30]

É que no cotidiano da vida, os padrões de *normalidade* ou *não normalidade* se apresentam de maneiras as mais variadas possíveis.

O pai de Felipe, apesar de normal, estava completamente perdido com relação à sua auto-realização, ao seu projeto de vida. Até que a sua aproximação com o filho não *normal*, o seu reconhecimento dele e por meio dele, o identificasse com esse mesmo filho e com as possibilidades dele participar não apenas de sua vida, mas de todas as vidas com as quais se relacionava.

O fato é que, se o pai se Felipe talvez tivesse optado por um melhoramento genético que evitasse que Felipe nascesse com síndrome de Down, a realização de seus planos dentro do seu projeto de vida escolhido, que foram realizados em decorrência da vivência de Felipe, talvez não tivessem sido possíveis de realização.

Com a consideração de que a própria construção das Pessoas se dá de maneira relacional, tendo como eixo central a alteridade, a primeira grande questão a ser respondida pelos movimentos que estimulam as intervenções de *melhoramento genético* é se há como se estabelecer o que seja desejável ou perfeito em termos da Pessoa e de suas relações com o mundo.

A identificação de pai e filho no final de *O Filho Eterno* demonstra bem esse acaso:

Bandeira rubro-negra devidamente desfraldada na janela, guerreiros de brincadeira, vão enfim para a frente da televisão - o jogo começa mais uma vez. *Nenhum dos dois tem a mínima idéia de como vai acabar, e isso é muito bom*. (grifos da autora) [31]

Os novos movimentos eugênicos, dentre eles, o do *melhoramento genético*, deixam uma impressão da essencialidade de definir *todos* os parâmetros do jogo como se fosse possível estabelecer de antemão o resultado desejável esquecendo a processualidade da vida - do acaso.

Por isto, em se tratando dela, da eugenia, mais importante do que qualquer palavra absoluta, é a discussão clara e a consciência da processualidade e de que não se tem o mínimo controle sobre qualquer resultado.

O Direito considerar tais possibilidades no debate com relação a eugenia e deixar sempre estabelecido de antemão, que qualquer que seja a valoração a ser realizada pela comunidade com relação a tais valores, o valor fundamental a ser preservado é a Pessoa - que tem o direito de exercitar a sua dignidade como lhe melhor convier.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. Política. In: Aristóteles - Vida e Obra. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

BANCEL, Nicolas; BLANCHARD, Pascal; LEMAIRE, Sandrine. Os jardins zoológicos humanos. *Le Monde Diplomatique*, Brasil, agosto de 2000.

BLACK, Edwin. A guerra contra os fracos. São Paulo: Girafa, 2003.

GALTON, Francis. *Inquires into human faculty and its development*. 2. ed. London: J. M. Dent & Co., 1907, p. 17.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Edição 34, 2003.

PICO DELLA MIRANDOLLA, Giovanni. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. Lisboa: Edições 70, 2006.

RIPOLL, Daniela. *Aprender sobre a sua herança já é um começo* - ou de como tornar-se geneticamente responsável.... Porto Alegre: UFRGS, 2005 (Tese de Doutorado).

SANDEL, Michel. The Case Against Perfection. *Atlantic Monthly*, April 2004, 51-62.

SARAIVA, Editora, TOLEDO PINTO, Antonio Luiz de. et ali. (col.). Vade Mecum Saraiva. 2. ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2006.

SAVULESCU, Julian. Genetic Interventions and the Ethics of Enhancement of Human Beings. In: *The Oxford Handbook on Bioethics*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 516-535.

TEZZA, Cristovão. *O Filho Eterno*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self*. Portugal: Loyola, 1997.

What is the real meaning and the use of eugenics?, *The New York Times*, New York, November 3, 1912.

---

[1] HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Edição 34, 2003.

[2] TEZZA, Cristovão. *O Filho Eterno*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

[3] TEZZA, Cristovão. *O Filho Eterno*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 29-32.

[4] O artigo 2º do Código Civil do Brasil é expresso: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: SARAIVA, Editora, TOLEDO PINTO, Antonio Luiz de. et ali. (col.). *Vade Mecum Saraiva*. 2. ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2006.

[5] Já no Renascimento o ser humano começa a ser visto por essa sua dimensão de dignidade, que consiste também em sua auto-realização. Nesse sentido, PICO DELLA MIRANDOLA: "Não te fizeste celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, *árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido*. Poderá degeneras até os seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo. *Ó suma liberalidade de Deus pai, ó suma e admirável felicidade do homem! ao qual é concedido obter o que deseja, ser aquilo que quer*." PICO DELLA MIRANDOLLA, Giovanni. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 57. Contemporaneamente quem trabalha com a idéia de dignidade enquanto realização de um projeto próprio de vida é Charles Taylor, em *As fontes do self*. Portugal: Loyola, 1997.

[6] HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Edição 34, 2003.

[7] TEZZA, Cristovão. *O Filho Eterno*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 65; 84; 85-86.

[8] HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Edição 34, 2003, p. 195.

[9] TEZZA, Cristovão. *O Filho Eterno*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 127; 143-144.

[10] ARISTÓTELES. *Política*. In: Aristóteles - Vida e Obra. São Paulo: Nova Cultural, 2000, 4c.

[11] BANCEL, Nicolas; BLANCHARD, Pascal; LEMAIRE, Sandrine. Os jardins zoológicos humanos. *Le Monde Diplomatique*, Brasil, agosto de 2000.

[12] BANCEL, Nicolas; BLANCHARD, Pascal; LEMAIRE, Sandrine. Os jardins zoológicos humanos. *Le Monde Diplomatique*, Brasil, agosto de 2000.

[13] No original: "That is, with questions bearing on what is termed in Greek, eugenes namely, good in stock, hereditarily endowed with noble qualities. This, and the allied words, eugeneia, etc., are equally applicable to men, brutes, and plants. We greatly want a brief word to express the science of improving stock, which is by no means confined to questions of judicious mating, but which, especially in the case of man, takes cognisance of all influences that tend in however remote a degree to give to the more suitable races or strains of blood a better chance of prevailing speedily over the less suitable than they otherwise would have had. The word eugenics would sufficiently express the idea; it is at least a neater word and a more generalised one than viriculture which I once ventured to use". GALTON, Francis. *Inquires into human faculty and its development*. 2.ed. London: J. M. Dent & Co., 1907, p. 17.

[14] GALTON, Francis. *Inquires into human faculty and its development*. 2.ed. London: J. M. Dent & Co., 1907, p. 02.

[15] Cf. What is the real meaning and the use of eugenics?, *The New York Times*, New York, November 3, 1912.

[16] BLACK, Edwin. *A guerra contra os fracos*. São Paulo: Girafa, 2003, p. 650.

[17] TEZZA, Cristovão. *O Filho Eterno*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 59.

[18] TEZZA, Cristovão. *O Filho Eterno*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 44-45; 88.

[19] TEZZA, Cristovão. *O Filho Eterno*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 156-157.

[20] No original: "I want to argue that far from being merely permissible, we have a moral obligation or moral reason to enhance ourselves and our children. Indeed, we have the same kind of obligation as we have to treat and prevent disease. Not only can we enhance, we should enhance". SAVULESCU, Julian. Genetic Interventions and the Ethics of Enhancement of Human Beings. In: B. Steinbock. *The Oxford Handbook on Bioethics*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 517.

[21] SAVULESCU, Julian. Genetic Interventions and the Ethics of Enhancement of Human Beings. In: B. Steinbock. *The Oxford Handbook on Bioethics*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 516.

[22] BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: SARAIVA, Editora, TOLEDO PINTO, Antonio Luiz de. et ali. (col.). *Vade Mecum Saraiva*. 2. ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2006.

[23] O aconselhamento genético é entendido aqui como o processo de comunicação que lida com problemas humanos associados com a ocorrência, ou risco de ocorrência, de uma doença genética em uma família, envolvendo a participação de uma ou mais pessoas treinadas para ajudar o indivíduo ou sua família a: 1) compreender os fatos médicos, incluindo o diagnóstico, provável curso da doença e as condutas disponíveis; 2) apreciar o modo como a hereditariedade contribui para a doença e o risco de recorrência para parentes específicos; 3) entender as alternativas para lidar com o risco de recorrência; 4) escolher o curso de ação que pareça apropriado em virtude do seu risco, objetivos familiares, padrões éticos e religiosos, atuando de acordo com essa decisão; 5) ajustar-se, da melhor maneira possível, à situação imposta pela ocorrência do distúrbio na família, bem como à perspectiva de recorrência do mesmo. Cf. RIPOLL, Daniela. *Aprender sobre a sua herança já é um começo* - ou de como tornar-se geneticamente responsável.... Porto Alegre: UFRGS, 2005 (Tese de Doutorado).

[24] BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 81, de 20 de janeiro de 2009. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt0081_20_01_2009.html>, acesso em 14/01/2009.

[25] HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Edição 34, 2003, p. 198.

[26] Cf. TAYLOR, Charles. *As fontes do self*. Portugal: Loyola, 1997.

[27] SAVULESCO não acredita que possa se instituir alguma limitação ao filho a partir do melhoramento genético, tendo em vista que os filhos poderão utilizar ou não determinada faculdade. Para ele, a escolha de um determinado gene não significa que o filho desenvolverá aquela habilidade. Cf. SAVULESCU, Julian. Genetic Interventions and the Ethics of Enhancement of Human Beings. In: B. Steinbock. *The Oxford Handbook on Bioethics*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 517.

[28] SANDEL, Michel. The Case Against Perfection. *Atlantic Monthly*, April 2004, 51-62.

[29] TEZZA, Cristovão. *O Filho Eterno*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 212.

[30] TEZZA, Cristovão. *O Filho Eterno*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 192.

[31] TEZZA, Cristovão. *O Filho Eterno*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 222.

A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A RESPONSABILIDADE PELO DEVER DE INFORMAR*

THE DOCTOR/PATIENT RELATIONSHIP AND DOCTOR'S LIABILITY TO DUTY INFORM

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira

RESUMO

A relação médico-paciente sempre foi objeto de estudo pelos juristas, principalmente, em razão dos seus efeitos na esfera da responsabilidade civil. No entanto, ao longo dos anos vem passando por diversas transformações não só pelos avanços tecnológicos, massificação da prestação do serviço, vulnerabilidade do paciente, como pela maior preocupação do ordenamento jurídico com a tutela da pessoa humana, a autonomia do paciente. Trata-se de uma relação predominante existencial, cujo centro de interesse é a dignidade da pessoa humana. Por isso, a necessidade de informar o paciente para melhor realizar suas escolhas, garantindo sua autonomia, podendo o médico responder pela falta do dever de informar

PALAVRAS-CHAVES: RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE. VULNERABILIDADE DO PACIENTE. IINCIDÊNCIA DO CDC. DEVER DE INFORMAR. CONSENTIMENTO INFORMADO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.

ABSTRACT

Relation between doctors and patients has always been studied by lawyers, specially due to its effects on the law of torts. However it has passed through many changes recently, not just because of technological evolution, services' massification and patient's vulnerability, but also because of the Law's approach onto human dignity, the patient's autonomy. It is predominantly an existential relationship, in which human dignity is on the core of the legal system. For these reasons, there is a need to always inform the patient so that he can make an informed decision, guaranteeing his autonomy, making the doctor liable for the violation of the duty to inform.

KEYWORDS: DOCTOR/PATIENT RELATIONSHIP; PATIENT'S VULNERABILITY; CONSUMER PROTECION LAW; DUTY TO INFORM; INFORMED CONSENT; DOCTOR'S LIABILITY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

A relação médico-paciente passou ao longo dos anos por diversas modificações, não só no que tange à impessoalidade que vigora nos dias atuais em razão da massificação da prestação do serviço como no âmbito da responsabilidade civil.

A preocupação da doutrina e jurisprudência sempre foi a de definir se a relação médico-paciente é contratual ou extracontratual, e se a obrigação é de meio ou de resultado, o que trazia implicações na seara da responsabilidade civil do médico e no ônus da prova.

No entanto, mais importante que estabelecer o caráter contratual da relação médico-paciente é que, diferentemente das demais relações contratuais, merece tratamento especial em virtude de estar fundada na pessoa humana, em sua integridade física e moral. Por esta razão, prevalecerá seu caráter existencial em detrimento do patrimonial.

A dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1, III, da Constituição Federal, o que faz com que as relações existenciais tenham preponderância, eis que a pessoa humana é tratada como figura central.

O paciente se encontra em situação de inferioridade em relação ao médico não só por ser vulnerável técnico, informacional, fático, como pelo seu estado saúde, merecendo maior proteção do ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 5°, XXXII, da CF/88, estabelece como dever do Estado a defesa do consumidor, parte vulnerável, que, além de ser um direito fundamental constitui princípio da ordem econômica (Art. 170, V, CF/88), motivo pelo qual o art. 48 do Ato das Disposições Transitórias previu a elaboração do Código de Defesa do Consumidor

A relação médico-paciente se enquadra, em regra, como relação de consumo, o que implica na incidência da lei consumerista protetiva. E dentre os diversos direitos do consumidor como a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos, previstos no art. 6 do CDC, está o direito a informação que uma vez prestada pelo médico permite reequilibrar a relação.

Através da informação, corolário do princípio da boa-fé objetiva e transparência, o paciente pode, com liberdade, ausente de qualquer coação, com absoluta consciência, receber todos os dados necessários e úteis, para exprimir seu consentimento em relação ao tratamento recomendado.

O consentimento é um pré-requisito essencial de todo tratamento ou intervenção médica, pois através de informações claras, corretas, adequadas ao seu nível cultural, acerca da natureza da enfermidade e prognóstico, assegura-se ao paciente maior atenção à sua saúde, seu bem-estar físico e psíquico. Nesse sentido, o consentimento livre e esclarecido do paciente legitima a conduta médica e caso o tratamento venha a ser ministrado sem o consentimento livre e esclarecido do doente e lhe cause danos, pode restar concretizada a responsabilidade civil pela falha no dever de informar.

A responsabilidade civil do médico encontra tratamento diferenciado no ordenamento brasileiro, mesmo após o surgimento da responsabilidade objetiva fundada no risco. E no que tange a omissão no seu dever de informar vem ganhando relevância, já que acaba por macular a própria autonomia do paciente, principalmente quando causa danos de ordem material ou moral, com ofensa a sua dignidade humana.

1 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A natureza da relação médico-paciente já foi objeto de diversos debates doutrinários, inclusive no Direito Comparado, que teve na França as primeiras normas codificadas da responsabilidade médica, assentando as bases da doutrina e jurisprudência que serviram de parâmetro para um grande número de países.

No direito brasileiro, a controvérsia decorreu da regulação da responsabilidade médica em dispositivo localizado na parte referente à responsabilidade aquiliana, art. 1.545 do Código Civil de 1916, pelo que se indagava se a relação médico-paciente era contratual ou extracontratual.

Todavia, a natureza jurídica de uma relação não pode ter como base o mero enquadramento legal da matéria, mas sim a substância do ato, pelo que não basta estar no capítulo atinente à responsabilidade extracontratual para afastar o caráter contratual da relação.

O Código Civil de 2002, diferentemente do Código Civil de 1916, não tratou da responsabilidade do médico no mesmo capítulo, deixando de imputar relevância a tal classificação e a prevê no artigo 951.

É da essência da relação médico-paciente o caráter contratual, mas em algumas circunstâncias o dever de assistência médica pode não decorrer de vínculo contratual.

Hildegard Taggesell Giostri[1] bem resume nove situações em que se exclui o caráter contratual do vínculo: i) serviços prestados de forma espontânea, sem intervenção da vontade do paciente, pois o médico atende alguém em situação de emergência; ii) atendimento médico a incapaz de fato, sem poder comunicar-se com representante legal a fim de obter a devida autorização; iii) atividade desenvolvida contra a vontade do paciente; iv) serviços médicos requeridos por pessoa distante do paciente; v) quando o ato médico configurar delito penal doloso; vi) quando o contrato celebrado entre o médico e paciente for nulo ou anulável; vii) atendimento por intermédio do serviço público custeado pelo Estado; viii) herdeiros que em nome próprio pleiteiam indenização por ato médico, o que configuraria responsabilidade extracontratual em relação a esses terceiros; ix) vítimas fora da órbita do contrato.

O contrato médico pode ser escrito, verbal ou tácito (atendimento em pronto-socorro), e se caracteriza por ser bilateral, *intuitu personae*, contínuo, comutativo, oneroso ou gratuito, aleatório.[2]

No tocante à natureza jurídica dessa relação contratual, se seria contrato típico ou *sui generis*[3], a doutrina ainda diverge. Há quem defenda que o contrato entre médico e

paciente se assemelha a um mandato, contrato de empreitada, de locação de serviços, contrato inonimado ou multiforme.

A obrigação decorrente do contrato médico tradicionalmente tem sido classificada em duas categorias em função de seu objeto, que são: obrigação de meio e obrigação de resultado, muito embora essa distinção esteja sofrendo um abrandamento.

Na obrigação de meio a prestação se limita ao exercício de uma atividade diligente e prudente em benefício do credor, não se espera um resultado, pois configura adimplemento o mero empenhar-se, a presteza, eficiência, zelo com o emprego da técnica que a atividade e o resultado que se pretende exigir. Na obrigação de resultado, por sua vez, o objeto do contrato é o alcance da prestação pactuada, ou seja, um determinado fim, sob pena de configurar inadimplemento. Não basta a presteza, diligência na execução, é necessário a entrega do resultado prometido.

A preocupação doutrinária em definir a obrigação assumida pelo médico como contratual de meio ou resultado ocorria em razão do aferimento do dever do profissional de indenizar por eventuais danos decorrentes de sua conduta e o ônus da prova.

Se a obrigação fosse de meio caberia ao paciente provar que o médico agiu com culpa, do contrário o médico que teria o dever processual de provar que não agiu com culpa, pois basta demonstrar que o resultado esperado não fora atingido para nascer o dever de indenizar. De acordo com Sérgio Cavalieri Filho[4], em ambos os casos, a responsabilidade é subjetiva, mas na obrigação de resultado a culpa é presumida, o que não foi afetado com o Código de Defesa do Consumidor, o qual estabeleceu exceção à regra de responsabilidade objetiva por ele consagrada (art. 14, § 4°).

Tem prevalecido na doutrina e jurisprudência que a obrigação do médico é de meio[5], já que não é seu dever a cura de determinada doença, restituir a saúde a um paciente, mas tão somente de agir de forma ética, zelar pela saúde de seu paciente, informá-lo de todo o tratamento, riscos, utilizar todos os meios, técnicas e avanços tecnológicos. Os deveres impostos aos profissionais da área médica nem sempre são de resultado[6].

No entanto, para alguns procedimentos a obrigação seria de resultado como cirurgia estética[7] [8], realização de exames laboratórios, e de raio-X.[9]

Mais importante que enquadrar a relação médico-paciente como contratual ou extracontratual, obrigação de meio ou resultado, é se a relação é patrimonial ou existencial. Essa diferenciação interfere na tutela estatal, no tratamento diferenciado, já que na relação existencial o alvo é a pessoa humana, sua dignidade, o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Nas relações patrimoniais ocorre sua funcionalização em razão da pessoa, mas na existencial a tutela da pessoa faz parte também de sua estrutura, merecendo, por isso, maior proteção do ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República (art. 1, III, da CF) impõe, hoje, diferentemente do que vigorava na codificação do século XIX, transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma diferenciação entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais.

A antiga summa divisio entre direito público e direito privado, bem como a partição entre direitos reais e direitos obrigacionais, ou entre direito comercial e direito civil, perde espaço.

O princípio da dignidade humana passa a permear todas as relações jurídicas, não só as existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade, mas também a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, refletindo intensamente na dogmática da responsabilidade civil.

A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se, nos ensinamentos da professora Maria Celina Bodin de Moraes, dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial e da solidariedade social[10]. Esses princípios conferem fundamento de legitimidade ao valor social da livre iniciativa, moldam a atividade econômica privada, o regime contratual regulado pelo Código Civil.

O direito contratual tradicional, os dogmas romanistas, os princípios clássicos da autonomia de vontade, obrigatoriedade dos contratos (pacta sunt servanda), relatividade dos contratos, tornaram-se insuficientes para reger as novas relações contratuais sofrendo mitigação pelos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico do contrato, da função social.

O ordenamento jurídico passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com a efetivação do princípio da igualdade, não simplesmente formal, decorrente da Revolução Francesa, mas substancial, frente as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável.

A preocupação volta-se para a pessoa, e não para mero sujeito de direito, por isso a tutela através de normas protetivas de alguns vulneráveis como os consumidores, a mulher, as crianças e adolescentes, o inquilino, etc.

Logo, verifica-se a supremacia dos valores existenciais sobre os patrimoniais, estando estes funcionalizados pelos primeiros.

Não obstante, é difícil, na prática, fazer a separação do que seria uma relação patrimonial ou existencial. Isto porque muitas vezes observamos que os valores existenciais e os patrimoniais estão em uma única situação subjetiva, ou seja, os interesses se entrelaçam. É o caso, por exemplo, da pessoa que reclama judicialmente o aumento abusivo da mensalidade do plano de saúde: estão presentes os interesses patrimonial e existencial (integridade psicofísica).

Um critério a ser utilizado para amenizar os questionamentos, tendo em vista a diversidade de relações que são mistas e albergam muitas vezes mais de um tipo de bem jurídico, é o da preponderância dos interesses em jogo. Tudo visando assegurar, torna-se a enfatizar, a prioridade da pessoa humana sobre os bens materiais.

O contrato médico, seja ele oneroso ou gratuito, deve ser visto como relação predominantemente existencial haja vista que a pessoa humana é seu principal objetivo, zelar por sua saúde, sua integridade psicofísica.

O paciente é a parte mais vulnerável da relação e tem recebido especial atenção do Estado que não só deve garantir a saúde, direito fundamental (art. 6, 196 e 197, todos da CF/88), como editar normas de proteção e regulação.

O contrato médico além de prevalecer o caráter existencial, se enquadra, em regra, como contrato de consumo o que implica na incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

2 A VULNERABILIDADE DO PACIENTE E A INCIDÊNCIA DO CDC

A relação contratual onerosa médico-paciente, em regra, se enquadra no conceito de relação jurídica de consumo, haja vista a presença da figura do fornecedor de serviços, médico, e do consumidor-paciente, nos termos do art. 2° e 3° do Código de Defesa do Consumidor. O paciente-consumidor é parte mais frágil da relação e necessita de maior proteção do ordenamento jurídico.

O art. 5°, XXXII, da CF/88, estabelece como dever do Estado, e não mera faculdade, a defesa do consumidor, que além de ser um direito fundamental, constitui princípio da ordem econômica (Art. 170, V). O art. 48 do Ato das Disposições Transitórias previu a elaboração do Código de Defesa do Consumidor em prazo determinado tamanha a relevância desse diploma para o ordenamento jurídico.

Desde a revolução industrial (séc. XIX), o fordismo (séc. XX), que despersonalizaram fortemente as relações com os clientes, a sociedade foi passando por novas transformações sociais, econômicas, políticas.

A sociedade de consumo, caracterizada pela oferta de número crescente de produtos e serviços, domínio do crédito e do marketing, a dificuldade de acesso à justiça, dentre outros motivos, impôs a necessidade da intervenção estatal através de normas jurídicas de consumo efetivas e capazes de dirimir conflitos, mormente superar a vulnerabilidade do consumidor.

Foi nesse período, conhecido como século dos novos direitos, que do velho tronco do Direito Civil brotaram novos ramos, ou disciplinas como direito ambiental, biodireito[11], direito espacial, direito da comunicação, direitos humanos, direito do consumidor e outros. Todos para atender, através de princípios próprios, as novas necessidades da sociedade.

O arcabouço jurídico até então existente consubstanciado na idéia de centralidade do Código Civil de 1916, capaz de regular todas as relações privadas e garantir certeza do direito através da unificação do sistema, não acompanhou as transformações sociais e econômicas acarretando um descompasso ente o fato social e jurídico.

Por essas razões, imperiosa a elaboração de normas para garantir a tutela do consumidor, mormente nesse novo século em que a sociedade é globalizada, dominada pelo comércio eletrônico e pela busca por mais segurança, e transparência nas relações.

A legislação consumerista tem como *ratio*, justamente, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado. Todavia, a aplicação dessa legislação protetiva deve se dar de forma a abranger os verdadeiros vulneráveis, os que demandam um tratamento diferenciado do ordenamento jurídico, sob pena de esvaziar o espírito da lei, o que também se tornou um desafio para os juristas e aplicadores do direito.

O consumidor é sujeito constitucionalmente identificado como "diferente", sujeito de direitos especiais face sua vulnerabilidade frente ao fornecedor de serviços e produtos que detém o controle dos meios de produção, domínio técnico e científico. E, por isso, sua tutela ganha cunho constitucional, ocupando uma posição relevante dentro do ordenamento jurídico.

O CDC confere aos seus destinatários alguns benefícios como: inversão do ônus da prova, foro privilegiado, prazos decadenciais e prescricionais diferenciados, nulidade de pleno direito de determinadas cláusulas contratuais consideradas abusivas quando há desigualdade na relação, banco de dados, tutela coletiva, facilidade no acesso à justiça, etc.

Os princípios norteadores da defesa do consumidor e, portanto, da elaboração de uma lei protetiva são o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade substancial e o da vulnerabilidade.

O que justifica um tratamento diferenciado e desigual dos co-contratantes é o desequilíbrio fático de forças nas relações de consumo, motivo pelo qual protege o direito daquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, que é desigual técnico, fático, jurídico e informacional[12].

A proteção constitucional do consumidor será, portanto, o princípio limitador da autonomia da vontade dos fortes em relação aos fracos ou vulneráveis, o que se dará utilizando as normas do sistema de forma coerente.

Os serviços médicos se inserem, em regra, no mercado de consumo. Por isso, a atividade médica será regida pelo Código de Defesa do Consumidor e a preocupação é com o paciente, considerado vulnerável técnico, jurídico, fático e informacional frente ao médico, detentor do conhecimento e técnicas de intervenção.

O contrato firmado entre o médico e o paciente se submete, portanto, aos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio, da equidade, da função social, devendo observar os direitos básicos do consumidor-paciente.

O risco é inerente à atividade médica e por ser a pessoa humana o alvo do contrato, sua saúde, a própria vida, ganha extrema importância a necessidade do profissional prestar informações ao seu paciente, mormente quanto aos riscos do tratamento, da doença, as vantagens e desvantagens da hospitalização, as diversas técnicas que podem ser utilizadas, os custos, revelar o diagnóstico e prognóstico. E isso deve ser feito de acordo com a capacidade deste em compreender e assimilar as informações.

A relação médico-paciente é pautada, sobretudo, na confiança, decorrendo justamente do princípio da boa-fé objetiva esse dever do médico de informar[13].

Ao lado do dever de informação está a necessidade do paciente expressar seu consentimento no tocante às praticas a serem empregadas, nos termos do art. 56 do Código de Ética Médica. E não basta o consentimento meramente formal do paciente, o consentimento deve ser livre e esclarecido, pois deve refletir o exercício real autonomia.

3 O DEVER DE INFORMAÇÃO E O CONSENTIMENTO INFORMADO

O CDC atribui ao consumidor, sujeito especial, vulnerável, e digno de proteção, diversos direitos básicos, alguns elencados no art. 6°, além de outros decorrentes dos princípios e diretrizes que orientam a Política Nacional de Relações de Consumo (art. 4°).

Ao lado de um dos mais importantes direitos que á a proteção da vida, da saúde, e segurança (art. 6°, I, do CDC), está o direito de informação (art. 6°, III, do CDC), atrelado ao reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da necessidade de garantir efetiva liberdade de contratar, de escolher o parceiro com quem quer se relacionar e acima de tudo decidir o que é melhor para si.

A importância do direito de informação se extrai, primeiramente, do texto constitucional que em diversas situações jurídicas o tutela como direito fundamental (art. 5, XIV, XXXIII, LXXII, CF/88).

O CDC prevê as obrigações de informar em diversos dispositivos: i) art. 4°, IV, 8°, e 9°; ii) regras informativas da responsabilidade civil (art. 12, 14); iii) regras vinculativas da informação como integrantes do contrato (art. 30, 31, 36, 37 e 38); iv) regra assecuratória do princípio da cognoscibilidade (art. 46).

Os arts. 8° e 9° do CDC dispõem sobre o dever de prestar informações necessárias, adequadas, e ostensivas, ou seja, de forma apropriada, completa, clara e compreensível, principalmente quando se tratar de produtos e serviços potencialmente nocivos e perigosos à saúde ou à segurança.

Esse dever gera, em contrapartida, o direito de informação, corolário ao princípio da transparência[14] e da boa-fé objetiva[15] (art. 6°, IV, do CDC), que se traduz na cooperação, na lealdade, na transparência, na correção, na probidade, lisura, honestidade, sem frustrar a confiança legítima da outra parte.

O dever de informação decorrente da boa-fé objetiva constitui um dever acessório, lateral do contrato, e independe da vontade das partes. E como *standards* de conduta deve estar presente durante toda a fase pré e pós-contratual.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho[16], o dever de informar é cumprido quando preenche três requisitos principais: i) adequação, ou seja, os meios de informação são compatíveis com os riscos do produto ou serviço; ii) suficiência, quando a informação for completa e integral; iii) veracidade, informação verdadeira, real. Logo, quando a informação for

adequada, suficiente e verdadeira, o consumidor poderá escolher de forma consciente o serviço ou produto.

A observância da obrigação de informar permite a pessoa conhecer os riscos dos produtos ou serviços, suas conseqüências, diminui a desigualdade entre fornecedor e consumidor na relação contratual, e permite o consentimento livre e esclarecido do consumidor.

O dever de informar dos profissionais liberais, categoria em que se incluem os médicos, decorre dos conhecimentos que eles possuem e da confiança neles depositada. A falta de informação agrava ainda mais a debilidade do consumidor frente ao fornecedor e afeta sua autonomia, o que aumenta em razão da impessoalidade das relações.

Na medicina grega a relação médico-paciente era personalíssima, mas o paciente não tinha qualquer participação no processo de decisão quanto ao tratamento médico, já que este sabia o que era melhor para ele. Vigorava o paternalismo hipocrático[17], segundo o qual o paciente não tinha condições de decidir não só pela sua incapacidade de entender as peculiaridades do tratamento médico, seu diagnóstico, já que não detinha conhecimentos de medicina, como pela sua condição débil em razão da doença.

Mas, hoje, supera-se esse paradigma, pois os fatores que indicam a vulnerabilidade do paciente não afastam o seu direito de exercer o consentimento informado, ao revés, aumenta o dever do médico de informar, de esclarecer o paciente de seu estado e dos tratamentos, e em linguagem de fácil compreensão. A comunicação deve ser ampla.

No entanto, o caráter personalíssimo da relação médico-paciente vem sendo eliminado na sociedade pós-moderna, marcada pelo processo de massificação da produção e dos serviços. O uso de tecnologias, a introdução de terceiros na prestação de serviços, a falta de tempo para atendimento, a divisão da medicina em áreas especializadas, e o surgimento de planos de saúde, foram afastando a figura do médico de família, distanciando a relação médico-paciente.

Por esses motivos, há, hoje, um forte distanciamento entre os médicos e pacientes, não há troca de informações, o que impõe a necessidade de maior diálogo, tanto por parte do paciente que deve esclarecer suas condições pessoais, seu histórico, como do médico informar o diagnóstico, prognóstico, profilaxia, risco da doença, a forma de tratamento.

Somente as informações corretas, claras e adequadas prestadas pelos médicos permitem aos pacientes influenciar e interferir nos tratamentos médicos, o seu consentimento informado para os tratamentos, inclusive, os de risco, e o aproxima da posição de igualdade, reequilibrando a relação.

O paciente deposita no médico, diante das informações por ele prestadas, suas expectativas legítimas, até porque não tem conhecimento técnico em relação ao resultado, aos riscos a que está sujeito, confiante plenamente no profissional por ele elegido.

Cabe ao médico informar de forma ostensiva e adequada a periculosidade, os riscos ou perigos à saúde, sob pena de responder civilmente. Muito embora existam riscos

inerentes[18] que retiram do fornecedor do serviço a responsabilidade, salvo falta de informação.

Os médicos são incumbidos de diversos deveres os quais se enquadram basicamente, segundo Gustavo Tepedino, em três categorias: i) dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; ii) o emprego de todas as técnicas disponíveis para recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; iii) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica.[19]

José de Aguiar Dias[20] enumera três obrigações implícitas no contrato médico: i) conselhos; ii) cuidados; iii) abstenção de abuso ou desvio de poder.

O dever de informação observará várias etapas, desde o diagnóstico, fornecido a partir do histórico e padecimentos informados pelo paciente, as opções de tratamento, os riscos, prognóstico, tratamento aplicado, até as informações posteriores quanto aos efeitos do tratamento, os prejuízos.

As informações fornecidas pelo médico serão de acordo com o estado de seu paciente, com o atendimento clínico ou cirúrgico a que será submetido, devendo em qualquer hipótese ser esclarecido dos riscos inerentes à atividade humana, mormente ao exercício da profissão médica.

Além disso, os médicos devem esclarecer ao paciente as técnicas utilizadas, os procedimentos, a época ideal para realizá-los, as conseqüências, e opções que podem ser adotadas, os custos, as vantagens e desvantagens da terapia.

O risco da atividade médica dependerá da doença do paciente, e impõe a análise do tipo de enfermidade, de suas condições orgânicas, dos recursos à disposição do facultativo no momento do atendimento. Os riscos podem ser previsíveis ou não, o que também interfere no dever do médico de informar ao paciente. Isto porque quando as intercorrências são previsíveis o médico tem o dever profissional de tomar medidas preventivas, e prevenir o paciente. Quando os riscos forem imprevisíveis ou não existirem medidas eficazes para preveni-los cabe ao médico utilizar a melhor técnica existente e esclarecer o paciente.

Além de outros deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva como o de lealdade e cooperação dos fornecedores de serviços e produtos médicos, independentemente dos direitos atribuídos aos médicos, estes têm o dever de dar prévio conhecimento das condições contratuais, em contrapartida tem o consumidor-aderente o dever de tomar prévio conhecimento do conteúdo do contrato, esclarecendo sua situação pessoal.

Cabe ao médico garantir ao paciente-consumidor meios disponíveis e necessários ao tratamento, a regularidade da conduta profissional e a conscientização de seus direitos.

Do art. 59 do Código de Ética se extrai que é dever do médico informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, e caberá ao paciente decidir sobre o tratamento recomendado ou cirurgia proposta (art. 46 e 56 do CEM).

Ademais, tem o paciente direito de ter acesso às informações existentes em prontuários, fichas clínicas, aos serviços médicos a que fora submetido [21], e até mesmo do sigilo médico[22], de não ter revelado os fatos que afetem a sua esfera privada, seu estado de saúde, o que se depreende do art. 112 e 117 do Código de Ética Médica, art. 72 do Código de Defesa do Consumidor.

Quando cumprido pelo profissional médico o dever de informação, o paciente pode consentir de forma esclarecida com o tratamento ao qual irá se submeter, fazer boas escolhas.

A informação deve ser passada não só de forma a esclarecer o paciente acerca de seu estado de saúde, dos riscos do tratamento e as técnicas a serem utilizadas, como não deve ser passada de forma a desestruturar o paciente. O profissional precisa agir sempre com muita cautela e ponderação, até mesmo ao passar as informações necessárias ao consentimento.

O dever de informar está intrinsecamente ligado ao cuidado, na medida em que quando há valorização da vontade, observa-se a presença da responsabilidade, atenção e solidariedade.

A informação garante, portanto, maior autonomia ao paciente, já que consciente dos riscos envolvidos em procedimentos médicos.

Essa autonomia do paciente vai além da autonomia da vontade típica das relações patrimoniais[23], fundada na livre iniciativa, na liberdade de escolha do profissional médico, pois traduz a autonomia privada existencial[24], que predomina na relação médico-paciente.

Na autonomia privada existencial seu fundamento está na proteção dos atributos da personalidade, que estão abrigados na tutela da dignidade da pessoa humana[25]. A pessoa é conferido o poder de autodeterminação, sendo direito personalíssimo do paciente de na sua autonomia decidir de forma informada e livre.

A autonomia da vontade nas relações médicas não é absoluta, havendo situações que afastam a necessidade de obter o consentimento informado.

Carlos Emmanual Joppert Ragazzo[26] disserta sobre cinco hipóteses: i) grave perigo para saúde pública (ex. art. 14, parágrafo único, ECA; art. 11, 12 e 13, Lei n.° 6.259/75, art. 6, III, e 9, Lei n. 10216/2001), muito embora parte da doutrina entenda que não seria propriamente uma exceção ao consentimento informado, pois antes concede o direito de informação ao paciente; ii) emergências[27] (art. 146, § 3, do CP); iii) privilégio terapêutico, quando as informações podem gerar danos ao paciente (art. 59, CEM); iv) direito de recusa do paciente baseado em seu poder de autodeterminação, consoante art. 15 do Código Civil, que permite a recusa desde que não haja risco de vida[28]; v) direito do paciente não receber informações.

No que diz respeito ao direito do paciente em recusar tratamento, caso muito citado e que tem sido enfrentado por nossos Tribunais de Justiça ocorre com as testemunhas de Jeová, que por opção religiosa se recusam a receber transfusões de sangue caso delas necessite. Nesse caso entra em conflito o direito à manutenção da vida e à liberdade de

crença. Para o religioso receber a transfusão, apesar de garantir a sua vida, essa vida será, para essa pessoa, indigna, conforme sua orientação espiritual.[29]

O consentimento informado, também chamado de vontade qualificada, constitui elemento essencial na relação médico-paciente, e é a exteriorização do exercício da autonomia privada, e pode ser expresso ou tácito.[30]

O consentimento esclarecido permite o diálogo e a colaboração para garantir o paciente, sua vontade é valorizada, ao mesmo tempo em que legitima o tratamento médico.

Nesse sentido, o art. 46 do Código de Ética Médica proíbe o médico de efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal.

Na definição de José Carlos Maldonado de Carvalho, o princípio do consentimento esclarecido significa que "o médico deve dar ao doente suficiente informação – de modo compreensível e leal – sobre o tratamento proposto, quais as probabilidades de êxito, quais os riscos e os efeitos colaterais daí resultantes, quais as alternativas disponíveis, o porquê do tratamento escolhido, e, por fim, quais os riscos pelo fato de não ser efetuado qualquer tratamento."[31]

O consentimento informado é destacado em algumas áreas específicas de atuação médica, como para realização de transplantes[32], transfusão de sangue, reprodução assistida, pesquisa.

Quando se trata de consentimento para exercício, ou para respeito do direito à vida, à saúde, várias questões são objeto de discussão doutrinária na seara do biodireito, da bioética[33] devido aos avanços tecnológicos, o uso de tratamentos experimentais, pesquisas.

Os autores norte-americanos formularam três princípios, que para alguns se desdobram em quatro, que visam direcionar uma abordagem racional dos dilemas morais enfrentados pela sociedade diante dos rumos das pesquisas e experiências científicas que envolvem a pessoa humana e seus descendentes, são eles: i) o princípio da autonomia, que expressa o respeito à autonomia da pessoa humana de decidir sobre as questões relacionadas ao seu corpo e à sua vida, de forma que quaisquer atos médicos ou de pesquisa devem ser autorizados pelo paciente e, também, a necessidade de proteção às pessoas de autonomia reduzida; ii) o princípio da beneficência, que pretende maximizar o bem do outro, o que implica em minimizar o mal em função disso, o profissional ou pesquisador deve ter a maior convicção e informação técnica possíveis que assegurem ser o ato médico ou de pesquisa benéfico ao paciente.; iii) o princípio da não-maleficência, o qual estabelece que a ação do médico ou pesquisador sempre deve causar o menor prejuízo ou agravos à saúde do paciente; iv) o princípio da justiça, o exercício da justiça distributiva, da equidade que estabelece como condição fundamental a obrigação ética de tratar cada indivíduo conforme o que é moralmente correto e adequado, de dar a cada um o que lhe é devido.[34]

O médico ou pesquisador deve atuar com imparcialidade, evitando ao máximo que aspectos sociais, culturais, religiosos, financeiros ou outros interfiram na relação

médico-paciente. Os recursos devem ser equilibradamente distribuídos, com o objetivo de alcançar, com melhor eficácia, o maior número de pessoas assistidas.

É exatamente em função do incondicional respeito aos parâmetros éticos que as pesquisas envolvendo seres humanos demandam toda uma estruturação, a qual é objeto de regulação e fiscalização pelo Estado, através do chamado Biodireito.

Diante desses desafios, a bioética tem a finalidade de assegurar mais humanismo nas ações do cotidiano das práticas médicas e nas experimentações científicas que utilizam seres humanos.

Houve no cenário mundial uma verdadeira evolução na esfera do consentimento informado, ele decorreu da percepção da insuficiência das referências éticas tradicionais, as quais o médico apenas informava o doente aquilo que ia ser feito e este não tinha alternativas. Tratava-se de uma ética paternalista.

A ética do consentimento se desenvolveu, historicamente, em dois contextos distintos, mas interligados: no âmbito terapêutico, no qual há um relacionamento entre o médico e o paciente e, na esfera de pesquisas em seres humanos doentes e saudáveis.

Em nome das pesquisas, dos testes experimentais, diversos exageros foram cometidos pelos cientistas-médicos contra os pacientes-participantes na área médica.

As experiências totalitárias durante o século XX, atrocidades cometidas durante as guerras mundiais e experimentos realizados por médicos nazistas em campos de concentração deu origem, desde 1947 ao Código de Nüremberg.

O Código de Nüremberg tinha o escopo de responsabilizar os médicos do holocausto pelos exageros de seus métodos utilizados durantes as pesquisas científicas com seres humanos. Na Assembléia Geral de Associação Médica Mundial, o Código sofreu revisão e deu origem à Declaração Helsink, documento de referência internacional e que já foi objeto de atualização.

Foi a partir do Código de Nüremberg que se tornou obrigatório o consentimento informado do participante de pesquisas clínicas com seres humanos. Os pacientes submetidos a pesquisas devem ter conhecimento do assunto em estudo para tomarem uma decisão e poder discernir de forma suficiente para autorizarem a intervenção.

No caso das pesquisas com seres humanos, embora haja um constante crescimento das garantias fundamentais dos direitos do cidadão participante de pesquisas clínicas; ainda hoje, na prática, a realidade é que existe uma escassez legislativa face às pesquisas médicas.

Não há um controle efetivo do que ocorre no meio médico; os esclarecimentos são poucos e as garantias dos benefícios desproporcionais em relação aos prejuízos destas pesquisas clínicas.

A exigência desse consentimento decorre da observância aos parâmetros éticos na pesquisa com seres humanos, ditados não só pelo Código de Nuremberg (1947), mas também pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pelos Códigos

Deontológicos e de Ética Médica, pelas Diretrizes Internacionais propostas para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos (1985) e, da Convenção Européia dos Direitos do Homem e da Biomedicina.

No ordenamento brasileiro o consentimento informado é previsto expressamente na Resolução CNS nº 196/96 e 251/97, e em outras resoluções de temáticas específicas que se lhe seguem e que contemplam também as diretrizes internacionais.

A Resolução do Conselho Nacional de Saúde (CNS) nº 196/96 prevê os princípios que orientam a bioética e exige o respeito à autonomia do ser humano, elegendo o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) como instrumento de manutenção dessa autonomia; exige ponderação entre riscos e benefícios atuais e potenciais, individuais e coletivos, e o comprometimento máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos (beneficência), sempre se evitando o mal (não-maleficência) e diz ser importante a relevância social da pesquisa e a minimização dos ônus para os sujeitos vulneráveis, demonstrando acolhida ao princípio da justiça.

Trata-se o consentimento livre e esclarecido, portanto, de uma decisão voluntária, realizada por pessoa autônoma e capaz, após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas conseqüências e dos seus riscos.

O consentimento deve ser anterior ou concomitante à intervenção médica e seu descumprimento ou o cumprimento defeituoso podem acarretar responsabilidade civil do médico.

Na verdade, não existe uma forma pré-determinada para o consentimento, mas no geral é por escrito, podendo, no entanto, ser verbal.

Quando o consentimento for documentado e registrado, pode o profissional provar a efetiva obtenção do assentimento do enfermo – fato que também poderá redundar em conseqüências gravosas, no âmbito da responsabilidade civil.

Se o médico age sem atender à autonomia privada do paciente, arcará sozinho com todo o ônus de sua intervenção. Isso porque ao consentir com o tratamento sugerido, o paciente está apenas autorizando a aplicação dos meios indicados, mantendo o direito de exigir que o profissional tenha diligência. No âmbito biomédico, a exigência de consentimento informado se coaduna com a proteção integral da pessoa, propugnada pela ordem jurídica constitucional.

Logo, o consentimento informado é pedra angular na apuração da responsabilidade do fornecedor, pois embora alguns médicos, em princípio, não respondem pelos riscos inerentes da atividade que exercem, podem em algumas situações responder pela inobservância do dever de informar aos pacientes das conseqüências do tratamento.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO DEVER DE INFORMAR

A responsabilidade civil do médico é subjetiva e é tratada tanto no Código Civil, como no Código de Defesa do Consumidor, que disciplinam a responsabilidade dos profissionais liberais.

De acordo com o art. 951 do Código Civil, responde o profissional no desempenho de atividade de atendimento à saúde, pela morte do paciente, sua lesão ou por deixá-lo inabilitado para o trabalho, quando age com negligência, imprudência, imperícia.

A lei consumerista, nos termos do art. 14, *caput* e § 4°, mantém a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, mas como exceção à regra da responsabilidade objetiva por ele consagrada. Esses profissionais respondem pelos defeitos relativos à prestação dos serviços[35], nos quais se englobam as informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Certo é que a culpa durante muito tempo constituiu obstáculo para reparação integral, pois era difícil para vítima comprovar a falta do agente, mormente com o avanço industrial e o consumo de massa.

No Código Civil de 1916, o dever de indenizar era baseado na conduta culposa do agente causador do dano, inspirado no Código Civil Napoleão, cuja responsabilidade era quase que exclusivamente fundada no ato ilícito, que tinha como elemento central a culpa *lato sensu*.

Todavia, esse mecanismo foi sendo objeto de diversas críticas pela doutrina, inclusive francesa, eis que em determinados casos o subjetivismo, ou seja, a necessidade de a vítima provar a culpa acabava por gerar a irressarcibilidade do ofendido, mormente diante da complexidade das práticas industriais e do progressivo aumento dos riscos de acidentes.

Essa transformação social fez com que a teoria da responsabilidade civil passasse por uma evolução, partindo da teoria da culpa, para culpa presumida relativa ou absoluta, até a teoria do risco, em que não mais se leva em conta a culpabilidade do agente, mas o risco da atividade por ele desenvolvida, passando a responsabilidade objetiva.

Ao lado da cláusula geral de responsabilidade subjetiva prevista no art. 159 do CC de 1916, foram surgindo leis extravagantes que consagravam a responsabilidade sem culpa, ou seja, objetiva, como, por exemplo, no caso de estradas de ferro (Decreto 2.681/12), de acidentes de trabalho (Lei 8213/91), de mineração (Decreto Lei 227/77), de atividades lesivas ao meio ambiente (Lei 6938/81), de transporte aéreo (Lei 7565/86) e de relação de consumo (CDC, arts. 12 e 14). A Constituição de 1988 também atribuiu responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado que prestam serviços públicos (art. 37, § 6) e àqueles que explorem energia nuclear (art. 21, XXIII, “c”).

A responsabilidade objetiva, no entanto, não substitui, nem elimina a responsabilidade por ato ilícito. O risco e a culpa são duas fontes de responsabilidade, que apesar de distintas convivem com harmonia.[36]

O Código Civil de 2002 consagrou duas cláusulas gerais de responsabilidade, a da responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, § único, ao lado da responsabilidade

subjetiva, art. 186. Contudo, há quem ainda sustente, como Rui Stoco que o parágrafo único do art. 927 traz exceção e não regra geral, sendo as hipóteses de responsabilidade objetiva taxativas, *numerus claussus*.[37]

A despeito dessa alteração, o legislador do Código Civil de 2002 não afastou a culpa como elemento fundamental, pressuposto do ato ilícito e um dos elementos básicos da responsabilidade civil.

Todavia, admite-se a tendência da despatrimonialização do Código Civil e o abandono da culpabilidade como elemento único e indispensável para que nasça a obrigação de reparar, de modo a caminhar mais rapidamente para a verdadeira socialização dos encargos.

A obrigação de indenizar deve ter como antecedente os pressupostos fundamentais da responsabilidade civil, ou seja, os elementos formadores daquela obrigação: um comportamento (ação ou omissão) do agente, o elemento subjetivo (dolo ou culpa), o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e a ocorrência de um dano efetivo, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial (moral). Na hipótese de responsabilidade objetiva é que se pode prescindir do elemento subjetivo.

Mudou-se o foco da noção de identificar e responsabilizar o culpado para o amplo ressarcimento da vítima, para sua reparação, distribuindo os prejuízos experimentados pela pessoa para a sociedade, eis que o risco aparentemente assumido pelo empreendedor é repassado para os destinatários finais através da reavaliação dos custos do empreendimento.

A teoria do risco busca beneficiar a vítima, sendo mais humano e ligado ao sentimento de solidariedade, repartindo com maior dose de eqüidade, principalmente diante da vida em sociedade que se tornou mais complexa.

A responsabilidade civil, diferentemente da penal e administrativa que visam punir o agente por condutas ilícitas, numa nova interpretação, preocupa-se tão-somente com a reparação do dano causado a outrem.

A atenção, torna-se a enfatizar, volta-se para a vítima do dano injusto[38] e não para o agente, por isso também que o direito civil abandonou há muito tempo a distinção entre culpa leve, grave, e vem aumentando as hipóteses de responsabilidade objetiva, que se fundamente na solidariedade.

O fim da responsabilidade civil é, portanto, a restituição do lesado ao estado em que se encontraria se não tivesse havido o dano. Indenizar significa tornar indene a vítima, reparar todo o dano por ela sofrido.

No entanto, persiste a responsabilidade subjetiva nas relações interindividuais, deixando a responsabilidade objetiva para as hipóteses especificadas em lei, quando houver desequilíbrio entre as partes e a atividade desenvolvida for de elevado potencial lesivo.

Os profissionais liberais, principalmente, os médicos, apesar de desenvolverem atividade que podem ser enquadradas como de risco, ainda, por opção do legislador,

respondem apenas se comprovada a culpa, afastando a incidência do artigo 927, parágrafo único do Código Civil.

O tratamento diferenciado conferido aos profissionais liberais decorre, nos ensinamentos de Paulo de Tarso Sanseverino[39], da natureza das atividades por eles exercidas, e que se diferem das prestadas pelos demais fornecedores de serviços. As atividades prestadas pelos profissionais liberais se caracterizam por serem serviços técnicos ou científicos especializados, ausência de subordinação, e haver vínculo de confiança com o cliente (*intuitu personae*), muito embora isso vem diminuindo com a massificação dos serviços (planos de saúde)[40].

A atividade desenvolvida pelos médicos ganha especial atenção por lidar com a saúde humana, em que o paciente vulnerável merece especial atenção, até porque uma falha médica pode ter conseqüências irreversíveis.

Independentemente do tipo de responsabilidade do médico, se contratual, de meio ou de resultado[41], ou extracontratual, para caracterizar o dever de indenizar por eventuais danos provocados por sua conduta cabe a prova da culpa. Ou seja, incumbe à vítima provar[42] negligência, imprudência, ou imperícia por parte da conduta médica, salvo nos casos de inversão do ônus da prova[43], que constitui direito do consumidor (art. 6, inciso VIII, do CDC).

O Código de Defesa do Consumidor reforçou a superação da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual, que já vinha perdendo força[44] porque a conseqüência indenizatória era a mesma[45], mas também por prever a responsabilidade civil independentemente do vínculo (art. 17 do CDC).

O médico responde pelos danos provocados por erros decorrentes de sua imprudência, negligencia ou imperícia, e pela falta de informação.

Na relação médico-paciente avulta cada vez mais o dever de informar, de manter o paciente completamente esclarecido das doenças, prescrições, cuidados especiais, precauções.

O defeito de informação significa informações insuficientes, inadequadas a respeito da fruição e riscos dos serviços, ou até mesmo excessiva, e que coloca em xeque a legítima expectativa que o consumidor tem em relação ao serviço (art. 14, § 1, I a III, do CDC).

A falta de informação acarreta a violação do consentimento informado, o que se enquadra na negligência, uma das modalidades de culpa, já que o médico descumpriu seu dever profissional de informar, agindo de forma negativa. A omissão médica não permitiu que o paciente expressasse sua vontade de forma esclarecida.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho[46] só o consentimento informado que é precedido de informação plena, completa, veraz e acessível prestada pelo médico, principalmente nos casos de elevados riscos pode afastar a sua responsabilidade pelos riscos inerentes à atividade.

Como amplamente exposto, a informação prestada pelo fornecedor de serviço é capaz de neutralizar a vulnerabilidade de conhecimentos do paciente, frente ao médico,

tornando possível maior discernimento, e diminuindo a desigualdade da relação. Além disso, garante a sua liberdade individual, o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Cabe, portanto, ao médico, prestar informações claras, objetivas e compreensíveis sobre diagnósticos, duração prevista do tratamento, efeitos colaterais de medicamentos, os riscos do tratamento, a finalidade de cada exame, alternativas de tratamento, as chances de sucesso, dentre outras.

Independentemente de a obrigação médica ser, em regra geral, de meio, e ter o médico empregado todas as técnicas possíveis, agido com diligencia, perícia e haver risco inerente[47] no tratamento, a falta de informação ao paciente sobre todos os aspectos da intervenção médica, pode gerar sua responsabilidade pelas conseqüências sofridas pelo paciente sem que este as conhecesse[48].

A simples falta de informação só ensejará a responsabilidade do médico, nos termos do art. 14, § 4° do CDC, se acarretou prejuízos para o paciente[49]. Por esta razão, Miguel Kfouri Neto[50] defende que não há responsabilidade do médico pela falta de informação caso o prejuízo que o paciente sofreria, recusando o tratamento, fosse maior que o dano decorrente da intervenção.

A omissão de informação, mesmo que não ocorra falha técnica no procedimento médico, pode gerar o dano. A culpa surge pela falta de informação, ou pela informação incorreta, cabendo a vítima demonstrar que o dano provém de um risco acerca do qual deveria ter sido avisada, a fim de deliberar sobre a aceitação ou não do tratamento.

Por outro lado, o consentimento informado não descarta a responsabilidade do profissional da medicina pela caracterização da culpa em qualquer de sua modalidade: imperícia, imprudência ou negligência.

A jurisprudência pátria vem reconhecendo a responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informar.[51]

Da mesma forma que os médicos são responsáveis pelo dever de informar, aos nosocômios também tem sido imputada essa responsabilidade[52], mas nessa hipótese aplica a responsabilidade objetiva[53], já que fornecedor de serviço que se enquadra no caput do art. 14 do CDC e não na exceção estabelecida no § 4º [54].

Em se tratando de cirurgia estética, a doutrina defende que o dever de informar é superior, pois deve observar rigorosa obrigação de prudência e de conselho. O cirurgião deve esclarecer ao paciente as conseqüências prejudiciais que podem ser desproporcionais ao melhoramento estético buscado. [55] [56]

Desta forma, não há como afastar o dever de indenizar do médico pela falha no seu dever de informar, que constitui direito constitucionalmente protegido e que garante a parte vulnerável da relação exercer sua autonomia privada através de consentimento livre e esclarecido.

5 CONCLUSÃO

As relações privadas, ante aos valores constitucionais, devem ser lidas através das lentes constitucionais. É premente, portanto, a necessidade em diferenciar as relações de direito patrimonial das relações de direito existencial, pois cada uma possui objetos e fundamentos diversos. O que significa dizer que para cada aspecto deve-se utilizar mecanismos diversos na proteção da autonomia e dos interesses tuteláveis.

A relação médico-paciente é acima de tudo uma relação predominantemente existencial, cuja base é a pessoa humana, sua dignidade e saúde, asseguradas pela Constituição Federal (art. 1, III).

O médico, prestador de serviços, se enquadra no conceito de fornecedor e o paciente no de consumidor, parte vulnerável, o que faz incidir as normas de proteção do Código de Defesa do Consumidor.

O consumidor possui diversos direitos e dentre eles o direito a informação clara, correta, adequada, que tem matriz no princípio da transparência e da boa-fé objetiva, e que devem ser prestadas por todos os fornecedores de serviços, em toda fase contratual, inclusive o médico.

Para o desenvolvimento da relação médico-paciente mister é o diálogo a respeito da saúde do paciente, do tratamento, dos riscos da doença, diagnóstico, prognóstico, das consequências do uso de determinada medicação, etc. Tudo em função do dever do médico de informar e do direito do paciente de ser esclarecido, o que permite o reequilíbrio da relação desigual, em que o paciente é vulnerável não só pelo seu estado debilitado, mas também por não ter conhecimentos técnicos, científicos, informacional.

Os médicos, a despeito de toda modernidade, da massificação dos serviços de consumo, assumem o compromisso com seu paciente, prestando sua parcela de colaboração, divulgando aos leigos seus direitos e deveres como pessoa humana, como direito a obter informações sobre os riscos do tratamento, o seu direito de obter cópia de seu prontuário médico, exames laboratoriais, laudos diversos. Devem agir com o máximo de transparência, sinceridade e lealdade.

A conduta médica deve ter respaldo no consentimento livre e esclarecido do paciente, o qual permite sua atuação com propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou terceiro, e acima de tudo exercício de sua autonomia privada.

Por isso, responde o médico, a despeito da ocorrência de erro, pelos danos causados pela falha no seu dever de informar (art. 14, § 4° do CDC). Cabendo, no entanto, em algumas hipóteses ponderar pelo princípio da beneficência a ausência de responsabilidade pela não informação quando esta pudesse gerar mais riscos ao paciente.

Os conflitos oriundos da singular dessa atividade médica e a questão da responsabilidade dependerão, portanto, da análise casuística, cabendo ao operador do direito fazer uma leitura, uma interpretação à luz dos princípios constitucionais da relação médico-paciente e da bioética e utilizar a técnica da ponderação de interesses para solucioná-los.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos tribunais. São Paulo, ago. 1995, v. 718.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Os direitos dos consumidores.** Coimbra, Almedina, 1982.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O conceito de consumidor direito e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 6, maio/ago. 2004.

AVALOS, Cláudia Régia Barros. **Bioética, ECA e o Consentimento Informado**. Uma visão à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e de um ordenamento jurídico efetivo. Unisal, 2005 Disponível em: <http://www.ls.unisal.br/pafiledb3/uploads/Artigo%20ECA%20-%20Luciano.pdf.> acesso em 07 mar. 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. Lex Medicinae. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, v. 1, n. 2, p. 05-14, 2004.

_____. Responsabilidade Civil Médica no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 49-64, 2004.

_____. et al. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**: parte geral e obrigações (arts. 1° a 420)**.** v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. et al. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: _____** v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Princípios do Biodireito.** In Novos Temas de Biodireito e Bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-81.

BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V, Claudia Lima Marques, Leonardo Bessa. **Manual de direito do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do Consumidor** – *Código de Defesa do Consumidor.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor***: à* luz da jurisprudência do STJ. 2. ed., rev. e ampl. e atual. -- Salvador: Juspodivm, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento* **Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Princípio da vulnerabilidade. In **Princípios do direito civil contemporâneo** (org. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARPENA, Heloísa. **O consumidor no direito da concorrência.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Direito do consumidor:** fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: _____; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.). Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. pp. 128-172.

CASTRO, Flávia Viveiros de. **Danos à pessoa nas relações de consumo**: uma abordagem civil constitucional. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Comentários ao novo Código Civil**. vol. XIII. 1 ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2004.

_____. A responsabilidade médica e o dever de informar. **Revista da Emerj**, v.7, n.28, p.81-87, 2004.

_____. A responsabilidade médica e hospitalar à luz do Código do Consumidor. Disponível em: <http://www.coad.com.br/search/index.php> acesso em: 08 mar. 2009.

DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

DENSA, Roberta. **Direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 11 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel (coord.). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas. O consentimento informado e a cirurgia estética. **Bioética**, v.12, n.1, p.95-102, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual dos direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas

_____. **Curso fundamental de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, **O Biodireito e as relações parentais***:* O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os efeitos jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico:** à luz da jurisprudência comentada. 2 ed., 5 tir. Curitiba: Juruá, 2008.

GOLDIM, José Roberto. Consentimento Informado. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/consinf.htm.> acesso em 22 mar. 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 16 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor** – comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança**: cumprimento imperfeito do contrato. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JUNGES, José Roque. Exigências éticas do consentimento informado / José Roque Junges. **Bioética**, v.15, n.1, p.77-82, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado : responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. A responsabilidade civil médica frente ao ordenamento jurídico atual. In **Revista Forense.** vol. 380, jul.-ago. 2005, p. 33-46.

LOBO NETTO, Paulo Luiz. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. 1. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

LORENZO, Cláudio. O consentimento livre e esclarecido e a realidade do analfabetismo funcional no Brasil : uma abordagem para a norma e para além da norma / Cláudio Lorenzo. **Bioética**, v.15, n.2, p.268-282, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v.93, n.827, p.11-48, set., 2004.

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor:** artigos 1 a 74, aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 e 2004.

_____. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. In **Revista Direito do Consumidor**, n. 35, p. 61-96, 2000.

_____, et. al. **Aplicação do código de defesa do consumidor aos bancos** : ADIn 2.591. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In **Revista Direito do Consumidor**, n.51, p. 34-67, jul.-set., 2004.

_____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. In **Revista Direito do Consumidor**, n.57, p. 11 e ss, jan.-mar., 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Ampliando os direitos da personalidade**. In: José Ribas Vieira. (Org.). 20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 369-388.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações jurídicas existenciais. In Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC,vol. 25, jan./mar 2006, p. 217-241.

MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor como Direito Fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. In **Revista de Direito do Consumidor**, n. 43, São Paulo, RT, 2002, p. 111-133.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente. Dignidade da pessoa humana e autonomia privada. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003_arquivos/Docente/Rela%E7%E3o%20jur%EDdica%20m%E9dico-paciente.doc.> acesso em 06 mar.2009.

NOGUEIRA, Lavyane Lima. Responsabilidade civil do profissional liberal perante o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, out./dez. 2001, n. 40.

NEMETZ, Luiz Carlos e Aline Dalmarco. A responsabilidade civil dos anestesiologistas nos casos de acusação de má prática profissional. In **Estudos e pareceres de direito médico e da saúde.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O Consentimento informado na relação médico-paciente : respeitando a dignidade da pessoa humana / Lydia Neves Bastos Telles

Nunes. **Revista trimestral de direito civil** : RTDC, v.8, n.29, p.95-110, jan./mar., 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Curso de Direito do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues. **Responsabilidade civil dos médicos**: repensando a natureza jurídica da relação médico-paciente em cirurgia plástica e seus reflexos em relação ao ônus da prova. Curitiba: Juruá, 2008.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil. In **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 43, p. 96-110, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional** tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis de Direito civil***:* introdução ao direito civil-constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. 1. ed., 2. tir. Curitiba : Juruá, 2007.

RAYMUNDO, Marcia Mocellin, e GODIM, José Roberto. Do consentimento por procuração à autorização por representação. **Bioética**, v.15, n.1, p.83-96, 2007.

RODRIGUES, Lísia Carla Vieira. O **Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico**: inversão do ônus da prova. Curitiba: Juruá, 2008.

SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado : o direito do paciente à informação o respeito à sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da Esmape**, v.13, n.27, p.377-410, jan./jun., 2008.

SILVA, Carlos Alberto. O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3809> acesso em: 04 ago. 2008.

SOARES, Seline Nicole Martins. O consentimento informado da bioética sob a óptica do Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro. Manual de boas práticas clínicas do MERCOSUL. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3563> acesso em: 25 mar. 2008.

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. O consentimento Informado na Atividade Médica e a Autonomia do Paciente. São Paulo Disponível em: ?http://WWW.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/47/22/472/? acesso em: 23.03.2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código Civil e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, fev. 199, a. 88, v. 760, p. 41.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: **Revista Trimestral de Direito Civil** - RTDC. Rio de Janeiro: Palma. Ano 01, vol. 02, 2000, p. 41-54.

_____. e SCHREIBER, Anderson. A boa fé objetiva no Código de defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Obrigações:** estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ZANELLATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de Consumidor, In **Revista de Direito do Consumidor** 45, São Paulo, RT, jan.-mar. 2003, p. 172-191.

---

[1] GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. 2 ed., 5 tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 60-61.

[2] O caráter aleatório do contrato médico afastaria a classificação da obrigação dele advinda como de resultado, pois nesta seara não existe nada mais aleatório que o organismo humano, sua fisiologia e sua psique. Na obrigação de resultado não pode haver álea, imprevisibilidade.

[3] TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Palma. ano 01, v. 02, 2000, p. 42.

[4] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262.

[5] KIFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 54-55.

[6] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 256174 / DF Relator: Min. Fernando Gonçalves, 04 de novembro de 2004. Disponível em: ?http://www.stj.gov.br?. Acesso em: 8 março 2009.

[7]BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 81.101-PR, Relator: Min. Waldermar Zveiter, 13 de abril de 1999, e Resp 10.536-RJ, Relator: Min. Dias Trindade, 21 de junho de 1991. Disponível em: ?http://www.stj.gov.br?. Acesso em: 8 março 2009.

[8]BRASIL, Superior Tribunal de Justiça REsp 236.708-MG, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: ?http://www.stj.gov.br?. Acesso em: 8 março 2009.

[9] EMETZ, Luiz Carlos e Aline Dalmarco. A responsabilidade civil dos anestesiologistas nos casos de acusação de má prática profissional. In **Estudos e pareceres de direito médico e da saúde.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 151.

[10] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana***:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[11] "De bio (do grego *bios*, vida) + direito (do latim *directus*, particípio passado de *dirigere*, por linha reta, dispor, ordenar, regular) Denominação atribuída à disciplina no estudo do Direito, integrada por diferentes matérias, que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina. Nova disciplina ou estudo jurídico que, tornando por fontes imediatas a Bioética e a Biogenética, tem a vida por objeto principal." BARBOZA, Heloisa Helena. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101.

[12] BENJAMIN, Antônio Herman V, Claudia Lima Marques, Leonardo Bessa. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71-75.

[13] TEPEDINO, Gustavo. ob. cit., nota 6, p. 51.

[14] NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 129.

[15] TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A boa fé objetiva no Código de defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 32.

[16] CAVALIERI FILHO, Sérgio. ob. cit. nota 11, p. 83-84.

[17] BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. Lex Medicinae. Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, v. 1, n. 2, 2004, p. 7.

[18] CAVALIERI FILHO, SERGIO. A responsabilidade médica e hospitalar à luz do Código do Consumidor. Disponível em: <http://www.coad.com.br/search/index.php> acesso em: 08 mar. 2009.

[19] TEPEDINO, Gustavo. ob. cit., nota 6, p. 46-47.

[20] DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade Civil. 11 ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 337.

[21] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 540048 / RSRelator: Min. Nancy Andrighi, 02 de dezembro de 2003.Disponível em: ?http://www.stj.gov.br?. Acesso em: 8 março 2009.

[22] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RO-MS 14134-CE, Relator: Min. Eliana Calmon, 16 de setembro de 2002. Disponível em: ?http://www.stj.gov.br?. Acesso em: 8 março 2009.

[23] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações jurídicas existenciais. In **Revista Trimestral de Direito Civil** – RTDC,vol. 25, jan./mar 2006, p. 221, 226,227, 239.

[24] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p. 17-9.

[25] "A negociação que tem por objeto situações subjetivas não-patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 2° Const.)" Ibidem, p. 18.

[26] RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

[27] SOUZA, Néri Tadeu Câmara. O consentimento Informado na Atividade Médica e a Autonomia do Paciente. São Paulo Disponível em: ?http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/47/22/472/? acesso em: 23.03.2009.

[28] MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. In: José Ribas Vieira. (Org.). 20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 369-388.

[29] BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, - AGRAVO DE INSTRUMENTO 2007.002.09293, Relator: Claudio de Mello Tavares, 27 de junho de 2007. TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO, AG 200504010474582, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon, 25 de abril de 2006. Disponível em: ?http://www.stj.gov.br?. Acesso em: 8 março 2009.

[30]RAYMUNDO, Marcia Mocellin, e GODIM, José Roberto. **Do consentimento por procuração à autorização por representação**. Bioética, v.15, n.1, 2007, p. 85.

[31] CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 84.

[32] Na área de transplante, além das restrições impostas pelo texto constitucional, art. 199, § 4°, da CF/88, tem a Lei n.° 9.434/97, a qual ressalta o dever de informação e o consentimento expresso, arts. 4, 9 e 10.

[33] CALMON, Guilherme. **O biodireito e as relações parentais**: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 02, 15.

[34] BARBOZA, Heloisa Helena. **Princípios do Biodireito**. In Novos Temas de Biodireito e Bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-81.

[35] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Ob. cit., nota 32, p. 360-361.

[36] CALIXTO, Marcelo Junqueira. A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 177 e 178

[37] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 6 ed. revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004.

[38] Orlando Gomes há mais de duas décadas apontou para a girada do ato ilícito para o dano injusto, que permite detectar outros danos ressarcíveis que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito. GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo : Ed.Saraiva, 1980.

[39] SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 181-183.

[40] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Ob. cit., nota 11, p. 261-262.

[41] DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 206. Há, no entanto, quem defenda que na obrigação de resultado a culpa é presumida.

[42] AGUIAR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos tribunais**. São Paulo, ago. 1995, v. 718, p. 39.

[43] SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico**: inversão do ônus da prova. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 91.

[44] OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade civil dos médico**: repensando a natureza da relação médico-paciente em cirurgia estética e seus reflexosem relação ao ônus da prova. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 52-53

"No direito brasileiro, a superação da *summa divisio* entre responsabilidade contratual e extracontratual pela Lei n. 8.078/90 ficou expressa na regra do art. 17 do CDC, que, claramente, equiparou aos consumidores todas as vítimas de acidente de consumo."

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 190.

[45] OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. Ob. cit., nota 64, p. 50-51.

[46] CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade médica e o dever de informar. **Revista da Emerj**, v.7, n.28, 2004, p. 87.

[47] CAVALIERI FILHO, SERGIO. A responsabilidade médica e hospitalar à luz do Código do Consumidor. Disponível em: <http://www.coad.com.br/search/index.php> acesso em: 08 mar. 2009.

[48] BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, APELACAO 2007.001.51219, DES. Marcos Alcino A Torres, 29 de janeiro de 2008. Disponível em: ?http://www.stj.gov.br?. Acesso em: 8 março 2009.

[49] Indaga-se se a ausência de dano ao paciente pela omissão do dever de informar geraria alguma responsabilidade médica, aplicando o disposto no artigo 20 do CDC, que prevê a responsabilidade pelo vício do serviço, e não o art. 14, § 4° do CDC, que estabelece responsabilidade pelo fato do serviço, quando há dano, acidente de consumo.

[50] NETO, Miguel Kfouri. **Culpa Médica e Ônus da Prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 303

[51]BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 436827 / SP, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 01 de novembro de 2002, Disponível em: ?http://www.stj.gov.br?. Acesso em: 8 março 2009. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, APELAÇÃO 2007.001.51219, DES. Marcos Alcino A Torres, 29 de janeiro de 2008, APELAÇÃO 2006.001.13957, DES. Roberto de Abreu e Silva, 17 de novembro de 2006. Disponível em: ?http://www.stj.gov.br?. Acesso em: 8 março 2009.

[52]BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 467878 / RJ, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 05 de dezembro de 2002. Disponível em: ?http://www.stj.gov.br?. Acesso em: 8 março 2009.

[53] BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Processo : 2008.001.22543, DES. Nametala Machado Jorge, 20 de agosto de 2008. Disponível em: ?http://www.stj.gov.br?. Acesso em: 8 março 2009.

[54] No que diz respeito à responsabilidade do estabelecimento hospitalar se objetiva ou subjetiva, a doutrina e jurisprudência se dividem, pois há os que sustentam ser a responsabilidade subjetiva ou objetiva dependendo do tipo de serviço prestado, se médico será subjetiva e se de hospedagem, hotelaria, objetiva. REsp 908359 / SC, RECURSO ESPECIAL 2006/0256989-8 , Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118), Relator(a) p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123), Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data do Julgamento 27/08/2008 Data da Publicação/Fonte DJ 17/12/2008, REsp 351178 / SP, RECURSO ESPECIAL 2001/0108187-8 Relator(a) Ministro MASSAMI UYEDA (1129) Relator(a) p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123), Órgão Julgador T4 -

QUARTA TURMA, Data do Julgamento 24/06/2008, Data da Publicação/Fonte DJ 24/11/2008.

[55] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 818144 / SP, Relator: Min. Ari Pargendler, 09 de outubro de 2007. Disponível em: ?http://www.stj.gov.br?. Acesso em: 8 março 2009.

[56] BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Apelação Cível NÚMERO: 70023388671, RELATOR: Odone Sanguiné. Disponível em: ?http://www.stj.gov.br?. Acesso em: 8 março 2009.

DA BIOÉTICA PRINCIPIALISTA À BIOÉTICA SOCIAL: ESTUDO DE CASES DA PRÁTICA DA EUTANÁSIA NO BRASIL*

FROM PRINCIPLE-BASED BIOETHICS TO SOCIAL BIOETHICS: CASES´S ANALYSIS OF EUTHANASIA THAT OCCURRED IN BRAZIL

Roberta Laena Costa Jucá
Denise Almeida de Andrade

RESUMO

Nos anos 70, a Bioética surgiu como ramo do conhecimento autônomo, que tem por fim o estudo dos conflitos humanos na área da saúde. Durante muito tempo, essa nova expressão do conhecimento foi norteada pela Bioética Principialista, consoante a qual os conflitos éticos envolvendo seres humanos devem ser solucionados com arrimo nos princípios da autonomia, da beneficência, da não-maleficência e da justiça. Todavia, em razão de essa proposta ter se mostrado inadequada ao contexto dos países periféricos, como os da América Latina, surgiu no Século XXI, a chamada Bioética Social, pautada na resolução de conflitos que levam em consideração a situação de miséria e exclusão social desses países, e que têm como parâmetro os direitos humanos. Nesse contexto, realizou-se um estudo de três casos de eutanásia ocorridos no Brasil, confrontando-os com essa nova concepção da Bioética, a fim de demonstrar a insuficiência da utilização da Bioética Principialista para a solução de casos concretos.

PALAVRAS-CHAVES: BIOÉTICA PRINCIPIALISTA. BIOÉTICA SOCIAL. EUTANÁSIA. ESTUDO DE CASO.

ABSTRACT

In the seventies, Bioethics emerged as an autonomous branch of science, aimed at studying human conflicts in the field of health. During a lot of time, such new expression of human knowledge was basically a Principle-based Bioethics, through which ethical conflicts involving human beings should have solutions found with the help of principles such as autonomy, beneficence, non-lack of efficiency and justice. However, as such ideas were clearly inadequate to the context of peripherical countries, such as Latin American nations, a new kind of Bioethics appeared in the 21st century, namely Social Bioethics, in which the solution of conflicts also takes into consideration misery and social exclusion found in these countries and which also adopts human rights as basic references. In this context, the author examined three cases of euthanasia that occurred in Brazil, confronting them with this new perception of Bioethics, in order to demonstrate the limits of Principle-based Bioethics for the solution of actual conflicts.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: PRINCIPIALIST BIOETHICS. SOCIAL BIOETHICS. EUTHANASIA. CASES ANALYSIS.

1 INTRODUÇÃO

Desde o surgimento da Bioética, a Bioética Principialista guiou a forma de resolução de conflitos éticos na área de saúde. Na tentativa de adequar a novel ciência à realidade dos países periféricos em desenvolvimento, surgiu, em meados da década de noventa do século passado, o movimento intitulado Bioética Social, com a proposta de solução de conflitos a partir de uma análise mais ampla do caso concreto, que considere a situação social e econômica dos envolvidos e se fundamente nos direitos humanos.

Diante disso, o presente trabalho tem por escopo apresentar noções da Bioética Social para, em seguida, utilizá-las como parâmetro na solução de casos de eutanásia ocorridos no Brasil, no século passado.

Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se do método de estudo de caso, a partir do exame de três situações relacionadas à prática da Eutanásia.

2 DA BIOÉTICA PRINCIPIALISTA À BIOÉTICA SOCIAL

O advento do Estado Social de Direito deu origem aos direitos sociais cuja expressão normativa vislumbrou-se primeiramente na Constituição Mexicana, de 1917, e na Constituição Alemã de Weimar, de 1919.

De absenteísta, o Estado passou à assistencialista, estabelecendo, além dos já conquistados direitos individuais e políticos, prestações positivas aos cidadãos, que, traduzidas no resguardo dos direitos sociais, econômicos e culturais, proporcionassem o bem-estar da população.

Dentre os direitos sociais, o direito à saúde se destacou por representar um contraponto à premente necessidade de resgate de condições básicas e de garantia de uma vida minimamente digna, em especial, após a segunda grande guerra. “El derecho a la salud, desde esta perspectiva se planteó com un derecho humano fundamental, cuya protección recaía entre la responsabilidad del estado como principal resguardo de los bienes más caros de la sociedad”[1].

De fato, após a II Guerra Mundial, fizeram-se necessárias ações que minimizassem os efeitos da bomba atômica lançada no Japão e das experiências científicas com seres humanos ocorridas naquele período. O Código de Nuremberg de 1949, e o fortalecimento dos direitos humanos, como o direito à vida e o direito à saúde, principalmente após a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, cumpriram exatamente essa função, resgatando a idéia de dignidade humana e simbolizando o início de um novo tempo[2].

O direito à saúde assumiu nova expressão, passando a significar o bem-estar físico**,** psíquico e social, e superando a concepção que o limitava à ausência de enfermidade.

Passou a vigorar o conceito de saúde integral, traduzida na capacidade plena de desenvolvimento do indivíduo. Tal fato contribuiu para o avanço das pesquisas sobre as relações éticas nos experimentos com seres humanos.

As inovações tecnológicas na área médica, alavancadas a partir dos anos 50 e 60, fizeram ecoar inquietações sociais, éticas e jurídicas, fazendo surgir indagações sobre a necessidade de se ter uma área do conhecimento científico que se propusesse a estudar as necessárias e imbricadas relações entre a medicina, a ética e o Direito. O surgimento dos contraceptivos e do pré-natal, a ampliação das Unidades de Terapia Intensiva e dos respiradores artificiais[3] bem como outros avanços nas formas de intervenção humana na natureza, tais como as técnicas de reprodução, de prolongamento da vida e de transplante de órgãos, demandaram a construção de um novo paradigma de resolução de conflitos éticos e morais.

Nesse contexto, a Bioética aflorou nos anos 70, nos Estados Unidos da América, como o estudo da conduta humana na área da saúde, na tentativa de minimizar os entraves que entremeiam as relações entre os indivíduos e ciência médica e de construir diretrizes mínimas para o agir humano em determinadas situações de risco. Assim, o movimento em defesa dos Direitos Humanos representou um marco na história da Bioética. Grupos discriminados e deixados à margem da sociedade passaram a reivindicar melhores condições de vida e o resguardo de direitos.

Negros, niños, mujeres, homosexuales, minorias étnicas y religiosas, etc. reclamabam por un trato igualitario ante la ley fundada en un reconocimiento de sus diferencias. Entre ellos se generó un movimiento en defensa de los derechos de los pacientes que vio la luz en 1970 a través del primer Código de Derechos de los Pacientes[4].

Pode-se dizer, portanto, que quatro fatores foram importantes para o surgimento da bioética: o desenvolvimento técnico científico, a emergência dos direitos humanos, a modificação da relação médico-paciente e o pluralismo moral[5].

Inicialmente usado por Van Rensselaer Potter, em 1971, na obra *Bioética: uma ponte para o futuro*, e posteriormente utilizado como nova área do conhecimento por Andre Hellegers, o termo bioética[6], de origem grega (bios – vida/ethos – ética), significa a ética da vida, ou mais especificamente, a ética da práxis humana[7]. “La bioética es una reflexión crítica sobre los conflictos éticos que emergen de la vida y la salud humana”[8].

A partir dessa concepção, uma comissão estadunidense envidou esforços para a realização de uma pesquisa sobre a proteção dos sujeitos humanos na pesquisa biomédica e comportamental, que resultou na elaboração do Relatório Belmont, em 1978. Referido documento estabeleceu três princípios bioéticos: o do respeito pelas pessoas (deve-se respeitar a autonomia dos indivíduos), o da beneficência (deve-se assegurar o bem-estar das pessoas envolvidas na pesquisa) e o da justiça (deve-se assegurar equidade social)[9].

Em 1979, os estudiosos Beauchamp e Childress[10], por meio da obra *Princípios da Ética Biomédica*, consolidaram a bioética como uma nova disciplina acadêmica, a partir da reformulação dos princípios elencados no Relatório Belmont. Eis que surge a bioética principialista ou biomédica, que se propõe a resolver os conflitos éticos

ocorridos nas relações médico-paciente por meio da aplicação dos princípios da autonomia, da beneficência, da não-maleficência e da justiça, numa perspectiva individualista.

Pelo princípio da autonomia, os indivíduos são livres e autônomos para tomarem as decisões mais convenientes para si. Os profissionais da área médica possuem o dever de respeitar a autonomia de vontade de cada paciente, desde que essa autodeterminação não cause danos às pessoas. Tal princípio "baseia-se nos pressupostos de que a sociedade democrática e a igualdade de condições entre os indivíduos são os pré-requisitos para que as diferenças morais possam existir"[11].

Igualmente, o princípio da autonomia assegura uma proteção especial aos pacientes cuja autonomia encontra-se comprometida, como é o caso de pacientes com problemas cerebrais ou com dificuldades externas, a exemplo da coação, do engano etc[12]; perpassa, também, pela obrigatoriedade de se obter um consentimento livre e informado do paciente em todas as decisões que lhe dizem respeito.

A beneficência impõe aos profissionais a obrigação ética de proporcionar o máximo de benefício a seus pacientes, na busca pelo bem-estar dos enfermos. Quando os profissionais da área da saúde estiverem diante de uma situação delicada, eles devem eleger a decisão que traga ao paciente as melhores conseqüências possíveis. Já o princípio da não-maleficência significa evitar qualquer tipo de risco que possa existir – até mesmo de exploração ou coerção.

O princípio da justiça relaciona-se com o papel da sociedade na bioética, no sentido de garantir a todos a distribuição equitativa de riscos e benefícios[13], em termos de saúde pública. "As regras de justiça serviriam para contrabalancear os diferentes, e muitas vezes conflituosos, interesses que emergem da vida coletiva"[14].

Percebe-se, pois

que a bioética principialista é um produto típico da cultura norte-americana. Existe uma profunda influência do pragmatismo filosófico anglo-saxão em três aspectos fundamentais: nos casos, nos procedimentos e no processo de tomada de decisões. Os princípios de autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça são utilizados, porém no geral são considerados mais como máximas de atuação prudencial, não como princípios no sentido estrito. Fala-se mais de procedimentos e estabelecimentos de normas de regulação. Por exemplo, não há muita preocupação em definir o conceito de autonomia, mas em estabelecer os procedimentos de análise da capacidade ou competência (consentimento informado). Buscam-se os caminhos da ação mais adequados, isto é, resolver problemas tomando decisões a respeito de procedimentos concretos[15].

Porém, se é verdade que a teoria principialista foi satisfatória aos países anglo-saxônicos, resolvendo conflitos éticos de âmbito individual, não é menos verdade que referida corrente mostrou-se inadequada ao contexto dos países periféricos, a exemplo da América Latina. Assim, surgiu um movimento denominado Bioética Social, fundado na análise da realidade sócio-econômica dos países onde ocorrem os conflitos éticos a serem solucionados.

A Bioética Social se dispõe a resolver os conflitos éticos partir de uma análise mais ampla e complexa da realidade, tendo por base os direitos humanos, considerando a situação social e econômica dos envolvidos, além de se propor a atuar em uma esfera pública, seja por meio da intervenção na situação social dos excluídos, seja pela responsabilização do Estado pela proteção dos indivíduos. Preocupa-se, assim, com as questões sanitárias, de saúde pública, de distribuição de recursos e de acessibilidade.

Como afirma Susana Vidal, diante do cenário de desigualdade e exclusão social da América Latina, a mais importante tarefa da bioética consiste em proceder a uma investigação histórica dos problemas éticos na área da saúde[16].

Para Pessini,

já no limiar do terceiro milênio, a humanidade ainda busca um novo paradigma para a saúde que supere a visão clínico-assistencial para a questão da saúde-doença na sociedade, entendendo-a como resultante de um conjunto de fatores sociais, econômicos, políticos, culturais, ambientais, comportamentais e biológicos. Busca-se uma nova política de saúde global que garanta saúde para todos no século XXI[17].

Os lineamentos da Bioética Social estão presentes na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, firmada em 2005, pela UNESCO. Como ensina Aline Albuquerque de Oliveira, nos artigos 10 a 15, verificam-se normas principiológicas aplicadas à Bioética Social, como o princípio da justiça, da não-descriminação, igualdade e equidade, respeito à diversidade cultural, responsabilidade social e saúde etc[18].

A partir daí, a Bioética Social se ramifica e desenvolve várias escolas. A Bioética de Intervenção, que tem como expoente Volnei Garrafa e Dora Porto, formalizou-se no Sexto Congresso Mundial de Bioética, em Brasília, no ano de 2002, propondo uma teoria voltada para os países periféricos e calcada no dever do Estado de intervir em benefício dos vulneráveis.

La Bioética de Intervención significa un intento en la búsqueda de respuestas más adecuadas especialmente para el análisis de macro-problemas y conflictos colectivos que tienen relación concreta con los temas bioéticos persistentes constatados en los países pobres y en vias de desarrolo[19].

De acordo com essa escola, a bioética deve ocupar-se das situações persistentes de miséria, pobreza, exclusão social, discriminação e falhas do sistema público de saúde. Para tanto, deve ter por referencial os direitos humanos e a concepção de justiça social, além de utilizar as categorias prazer/dor como indicadores das decisões a serem tomadas nos casos concretos.

Nessa perspectiva, o termo direitos humanos deve ser encarado com supedâneo na concepção de direitos universais[20] e inalienáveis que se fundamenta na dignidade da pessoa humana e representam uma proteção do indivíduo perante o Estado, seja para garantir uma não intervenção deste na esfera pessoal de cada um, seja para garantir

prestações mínimas que resguardem as condições essenciais para uma vida de qualidade.

A escolha por esse referencial se deu porque

hasta el momento, el sistema internacional de los Derechos Humanos, es la construcción histórica que mejor da cuenta de esse núcleo ético innegociable [...], proporcionando a su vez una clara orientación de la interacción humana no solo en el sentido de los derechos negativos (aquello de lo que debemos abstenermos de hacer a otros) sino también en el sentido de los derechos positivos, es decir, aquello que debe ser promovido para que todas y cada una de las personas sean capaces de vivir uma vida realmente humana[21].

A seu turno, a Bioética de Proteção, defendida por Schramm e Kottow, tem por base a proteção da integridade física, psíquica, social e patrimonial do indivíduo por parte do Estado, visando a garantir uma melhor qualidade de vida a todos, principalmente aos mais necessitados. Baseia-se na responsabilidade social relacionada aos necessitados, mas não se confunde com o paternalismo. Funda-se, pois, no princípio da proteção, que atribui ao Estado o dever de proteger seus cidadãos.

Com arrimo nessa corrente, a bioética pode ser conceituada como "el conjunto de conceptos, argumentos y normas que valoran y legitiman éticamente los actos humanos [cuyos] efectos afectan profunda e irreversiblemente, de manera real o potencial, los sistemas vivos"[22].

É nessa perspectiva que a bioética desponta também como novo discurso social

reflejo de la conflictiva situación por la que atravesaba la sociedad civil en su relación con el estado y con la ciencia. Tanto la lucha de las minorias por el reconocimiento de sus derechos frente al estado, como el reclamo de los pacientes por su participación en las decisiones que involucran su cuerpo y su salud construyeron el cimiento de este discurso[23].

É com essa nova roupagem que a bioética vai guiar o presente estudo, na medida em que serão analisadas situações pontuais para as quais não se tem solução pronta e acabada, tampouco a possibilidade de se utilizar respostas-padrão, em especial, à luz dos problemas diuturnamente enfrentados por países periféricos.

No Brasil, se têm relatos de situações em que profissionais da saúde atuam ao arrepio da legislação, em nome do bem-estar e da dignidade do paciente e da irracionalidade de se manter uma pessoa viva, apesar da total falta de qualidade de vida.

Neste passo, tem-se que discutir acerca do significado da dignidade humana, na medida em que essa premissa posse ser manipulada para arrimar uma série de decisões, que, muitas vezes, são contraditórias.

A despeito da complexidade inerente à definição da dignidade humana, e apesar da corrente que defende a impossibilidade de um conceito fechado sobre a dignidade,

mormente em razão da natureza cultural e histórica dessa concepção, entende-se aqui a dignidade humana como atributo inerente a todo ser humano, decorrente da própria condição humana, que tem a igualdade e a liberdade como pilares, traduzidos na igual consideração de interesses de todos e na autonomia da vontade do sujeito - que lhe assegura o livre exercício de direitos. Ou seja, ela é concebida como "atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana"[24], que, na visão de Ingo Sarlet, consiste na

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.[25]

Essa abordagem se mostra imprescindível quando se fala de conflitos bioéticos, haja vista que em quase todos os casos apresentados pode se questionar o respeito ou o malferimento à dignidade humana, notadamente na perspectiva da autonomia da vontade. Essa reflexão ganha maior relevo nas hipóteses de doenças incuráveis ou de pacientes em fase terminal, quando a prática da eutanásia tem sido assunto que divide opiniões e causa polêmicas, vez que o ordenamento jurídico pátrio veda, categoricamente, a interrupção da vida, ao passo em que erige à condição de fundamento da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em razão disso, optou-se por pontuar a prática da eutanásia no Brasil a partir da análise de três situações paradigmáticas, como será feito a seguir.

3 ANÁLISE DE *CASES*: A EUTANÁSIA NO BRASIL

A proposta deste trabalho é analisar três casos de eutanásia ocorridos no Brasil, a partir da concepção da Bioética Social. Antes, porém, mister que sejam feitas considerações sobre o instituto da eutanásia, haja vista ser tema que se liga a assuntos complexos como a dor, o sofrimento, a morte (um dos importantes acontecimentos da vida humana, ao lado, *v. g.*, do nascimento).

Discute-se a eutanásia desde a antiguidade clássica, momento em que se cunhou o termo oriundo das palavras gregas *eu*, boa, e *thánatos*, morte. Todavia, ao longo da história da humanidade as discussões seguiram rumos diversos, que se alongaram desde a ritualização da morte, passando pelo reconhecimento da superioridade do saber médico (momento de assunção dos códigos médicos deontológicos), até os dias atuais, em que a autonomia do sujeito assumiu lugar de destaque.

A eutanásia pode, então, ser conceituada como o ato de tirar a vida de outrem (conduta ativa) ou o não agir em situações de risco de morte (conduta passiva), com a finalidade de preservar-lhe a dignidade humana.

Para Pessini e Barchifontaine "o conceito clássico de eutanásia é tirar a vida do ser humano por considerações 'humanitárias' para a pessoa ou para a sociedade (deficientes, anciãos, enfermos incuráveis etc.)."[26]

E, para além da perspectiva da “boa morte”, tem-se a chamada ortotanásia, definida por Pessini e Barchinfontaine: “a eutanásia passiva ou negativa não consistiria numa ação médica, mas na omissão, isto é, na não-aplicação de uma terapia médica com a qual se poderia prolongar a vida da pessoa enferma”.[27]

Todavia, não se pretende discutir o ordenamento jurídico pátrio, visto que a legislação penal é unívoca ao imputar crime de homicídio a quem pratica a eutanásia, bem como o Conselho Federal de Medicina, na resolução 1246/88, art. 66, consubstancia entendimento do Código de Ética Médica, afirmando que é expressamente vedado ao médico: “utilizar em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal”.

Na verdade, intenta-se demonstrar que referido fenômeno transcende a letra da lei, na medida em que agrega diretrizes normativas, princípios éticos e premissas constitucionais, mas, sobretudo, objetiva-se utilizar essas definições como premissas para o exame, à luz da Bioética Social, de casos de eutanásia praticados no Brasil

O primeiro *case* a ser analisado foi objeto de debate na mídia nacional nos idos de 2000, quando o enfermeiro Edson Isidoro Guimarães, do Hospital Salgado Filho, no Rio de Janeiro, foi condenado a 76 (setenta e seis) anos de prisão, por ter “auxiliado” pacientes em fase terminal, sem possibilidade de cura[28], a morrer. Foram contabilizados 153 (cento e cinquenta e três) episódios, que ocorreram durante a madrugada, levados a termo por meio da injeção de cloreto de potássio ou de desligamento de aparelho responsável pelo fornecimento de oxigênio.

A narrativa se enquadra no quadro clássico de eutanásia, quando um terceiro intervém para pôr fim à vida de uma pessoa, submetida à situação de extrema dor e sofrimento.

No caso em tela, o enfermeiro foi condenado a 76 (setenta e seis) anos de prisão, que foram reduzidos, seguidamente, para 69 (sessenta e nove) anos e 31 (trinta e um) anos e 8 (oito) meses.

Ocorre que, ao contrário do que se mostra *a priori*, essas discussões transcendem a ideia polarizada de certo e errado, vez que, em regra, tem-se que estar atento às subjacências, a exemplo da interferência de empresas funerárias que pagavam entre 40 a 60 dólares por “paciente” encaminhado.

Entende-se que ainda que haja a interferência de alguns em prol única e exclusivamente do bem-estar do indivíduo, em respeito, inclusive, ao princípio da dignidade da pessoa humana, a realidade que se cria com os avanços da medicina e da tecnologia gera um espaço propício à propagação de ideias e práticas utilitaristas.

Nesta medida, a utilização dos princípios bioéticos para pôr fim aos impasses é insuficiente, vez que não contemplam a complexidade das relações humanas, tampouco as dificuldades enfrentadas pelos países em desenvolvimento, a exemplo da escassez de leitos de UTI, que acaba por ser um dos argumentos que conferem supedâneo à defesa do não prolongamento da vida de pessoas desenganadas pela medicina.

Desta forma, percebe-se que ladeando as premissas da dignidade humana estão as deficiências e limitações sócio-econômicas dos Estados, o que pode escamotear os reais objetivos da defesa e da prática da eutanásia.

O segundo *case* se refere à atuação do médico cirurgião Carlos Alberto de Castro Cotti, de São Paulo, que afirmou ter praticado eutanásia, diversas vezes, inclusive involuntárias, em seus pacientes, desde 1959[29]. Os relatos se estendem por vários anos, durante os quais o médico registra ter interferido em várias situações de câncer com metástases e de falência e perfuração de órgãos, em especial quando a administração de drogas de alta potência, como a morfina, não aliviava mais a dor do enfermo.

Os relatos do médico causam estranheza ao afirmar que, por vezes, nem o paciente nem a família tinham ciência do procedimento adotado, havendo um julgamento exclusivamente por parte do profissional da saúde, do que seria melhor para o enfermo, naquela situação apresentada.

Situações díspares - como metástases múltiplas, problemas digestivos graves, câncer primário agressivo - foram interpretadas pelo médico como sinônimas, quando na verdade, a severidade das doenças eram parecidas, mas os casos independentes e diversos.

Não se nega que acompanhar o corpo humano definhar, e com ele as esperanças dos pacientes, é tarefa árdua imposta a médicos e enfermeiros. Todavia, a perspectiva de que a pessoa leiga é menos hábil para decidir qual a melhor solução para a dificuldade que enfrenta, além de retomar a idéia hoje ultrapassada de que o médico é o senhor do saber, malfere a autonomia do sujeito, que também encontra respaldo nos princípios bioéticos, mais especificamente, no princípio da autonomia, e conseqüentemente, viola a dignidade humana, além de reduzir demasiadamente a complexidade da decisão que cessa a vida.

É preciso que se entenda que cada pessoa deve ter o direito de perceber e enfrentar a dor de forma individualizada.

Vivemos numa sociedade dominada pela analgesia, em que fugir da dor é o caminho racional e normal. À medida que a dor e a morte são absorvidas pelas instituições de saúde, as capacidades de enfrentar a dor, de inseri-la no ser e de vivê-la são retiradas da pessoa. Ao ser tratada por drogas, a dor é vista medicamente como um barulho de disfuncionamento nos circuitos fisiológicos, sendo despojada de sua dimensão existencial subjetiva. Claro que esta mentalidade retira do sofrimento seu significado íntimo e pessoal e transforma a dor em problema técnico. [...] Atualmente, não mais possuímos os místicos de outrora, que atribuíam à dor um sentido e ao sofrimento uma razão de ser. Estamos numa sociedade secularizada em que o sofrer não tem sentido, e por isso somos incapazes de perceber o sentido do sofrimento. As culturas tradicionais tornam o homem responsável por seu comportamento sob o impacto da dor, sendo que hoje é a sociedade industrial que responde diante da pessoa que sofre, para livrá-la deste incômodo[30].

No caso em tela, o médico “escolheu” priorizar o seu entendimento de vida digna, o que é temerário, vez que em um Estado em que leitos de UTI são raridades e o fornecimento

de medicamente de alto custo uma exceção, as decisões que se aproximam desta realidade estarão sempre embotadas pela incerteza e premência da necessidade urgente de outrem.

É essa análise prospectiva que a Bioética Social propõe, na medida em que enfrenta, de forma associada, aspectos espinhosos da atualidade, como o domínio de técnicas que prolongam vida artificialmente, com situações resistentes, a exemplo das deficiências da saúde pública e do malferimento da dignidade humana.

O terceiro caso analisado consiste no depoimento do médico Drauzio Varella que acompanhou o falecimento de seu irmão, também médico, acometido de câncer de pulmão[31].

O entendimento de que todos os esforços envidados para combater uma espécie agressiva de câncer tinham falhado, trouxe ao paciente, à família e também ao médico/irmão uma sensação de impotência, na medida em que os limites da vida traduzem, em última análise, as limitações humanas e das ciências.

É neste contexto, que, no caso em exame, se decidiu por não autorizar intervenções extremas, que visassem exclusivamente a manter o paciente vivo, sem, contudo, apresentar chances de cura ou melhora. É o que se conhece por eutanásia passiva ou ortotanásia, vez que não há a ação, o agir positivo, mas sim um "deixar de fazer", traduzido na não interferência.

O sistema jurídico brasileiro autoriza essa escolha, entendendo que se deve preservar a autonomia do sujeito, que é capaz de opinar sobre os tratamentos e procedimentos a serem adotados. *In casu*, não se verifica a ingerência direta no término da vida, mas o respeito a vontade do paciente, ao princípio bioético da autonomia.

Ao se analisar esse episódio, percebe-se a fragilidade dos conceitos que arrimam decisões tão sérias quanto definitivas, visto que a verdadeira liberdade de escolha está adstrita à medida da consciência humana e apreensão da realidade e das consequências do atos dos indivíduos. Por óbvio que o paciente/médico assistido por seu irmão/médico dispunha das reais condições para deliberar acerca de seu futuro tratamento, pois cônscio de seu prognóstico.

A diferença é tênue, mas não deve ser desconsiderada, pois há uma prévia e consciente decisão do paciente pelos caminhos que seu tratamento deve seguir, não permitindo, sequer, o início da interferência de recursos artificiais, sendo, obviamente, acompanhado por um profissional competente e esclarecido das conseqüências de sua decisão.

Entretanto, traduzir situações pontuais, como a acima narrada, em um paradigma é ignorar as mazelas e deficiências que se aglomeram em Estados como o Brasil, vez que discutir amiúde acerca de fármacos, prognósticos e tratamentos é tarefa que exige a igualdade de discurso entre os envolvidos, sob pena de essa "liberdade de escolha" se transformar em subjugação.

O princípio da autonomia deve, então, ser visto com cautela, pois só se tem a genuína liberdade de escolha/autonomia do sujeito, quando asseguradas, a priori, as condições

mínimas imprescindíveis à apreensão do que está no entorno, além do indivíduo isolado.

4 CONCLUSÃO

Como se percebe, a bioética principialista não se mostra suficiente para solucionar os conflitos éticos ocorridos na área da saúde.

Diz-se isto porque a maneira como os princípios da autonomia, da beneficência, da não-maleficência e da justiça foram manejados por profissionais da saúde, desde a década de setenta nos Estados Unidos e na Europa Ocidental, inaugurou um único viés interpretativo para situações que envolvessem o tripé: homem, ética e saúde.

É esse estreitamento da percepção das relações humanas que desencadeou uma alienação da realidade da complexidade do indivíduo, em especial, daquele imiscuído em situação de vulnerabilidade como o homem médio de países em desenvolvimento.

Daí a importância do advento da Bioética Social, que teve seus princípios cristalizados em 2005, na perspectiva de tentar solucionar conflitos éticos considerando a realidade social e econômica dos envolvidos e a situação de desigualdade e exclusão dos países em que eles vivem. Essa nova corrente parte da premissa de que as necessidades são tantas e díspares que não podem ser ignoradas quando da tomada de decisões acerca da própria vida humana.

No presente trabalho, a questão controvertida que se colocou foi como compatibilizar a prática da eutanásia no Brasil com os princípios bioéticos que são utilizados como argumentos que autorizam e legitimam esse procedimento, em despeito da vedação categórica do ordenamento jurídico pátrio, apresentando como proposta a esse impasse a Bioética Social como teoria de base para a apreciação dos casos, especialmente, à luz das incongruências e desigualdades enfrentadas por países em desenvolvimento.

Diante disto, perceber que o progresso da ciência, o avanço da tecnologia e o domínio de práticas paliativas são apenas uma dimensão da relação paciente/médico/doença, vez que são, na verdade, interfaces de uma mesma realidade, que se interligam em aspectos sociais, físicos e psíquicos.

Na mesma medida, a discussão jurídica não pode se cingir a aspectos estritamente legais, considerando que no bojo da ambiência em que está inserido o indivíduo é que estão as mais recorrentes agruras enfrentadas pela pessoa humana.

5 REFERÊNCIAS

BIOÉTICA. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/texabc.htm#casos>. Acesso em: 13.09.09.

BRUSSINO, Silvia Liana. Introducción a una fundamentación de la bioética basada en los derechos humanos. Módulo I. **Bioética Clínica y Social**. Programa de Educación Permanente em Bioética. UNESCO, 2008.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética.** São Paulo: Brasiliense, 2007.

DONDA, Cristina Solange. Introduccíon a la bioética aplicada. Módulo I. **Bioética Clínica y Social**. Programa de Educación Permanente em Bioética. UNESCO, 2008.

GARRAFA, Volnei. Bioética de intervencíon, Módulo I. **Bioética Clínica y Social.** Programa de Educación Permanente em Bioética. UNESCO, 2008.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque de. Bioética y derechos humanos. Módulo I. **Bioética Clínica y Social.** Programa de Educación Permanente em Bioética. UNESCO, 2008.

_____. Interface entre Bioética e direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade humana e seus desdobramentos. **Revista Bioética,** 15, n. 2, 2007. Brasília, Conselho Federal de Medicina, 2007.

PESSINI, Leo. Humanização da dor e sofrimento humanos no contexto hospitalar. **Revista de Bioética e Ética Médica.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, nº 2, v. 10, 2002.

_____; BARCHINFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais da Bioética.** 8. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2008.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHRAMM, Fermin Rolando. Líneas de fundamentación de la bioética y la bioética de protección. Módulo I. **Bioética Clínica y Social.** Programa de Educación Permanente em Bioética. UNESCO, 2008.

SÉGUIN, Élida. **Biodireito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002.

VARELLA, Drauzio. **Por um fio**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

VIDAL, Susana. Introducción General y Antecedentes. Módulo I. **Bioética Clínica y Social.** Programa de Educación Permanente em Bioética. UNESCO, 2008.

---

[1] VIDAL, Susana, VIDAL, Susana. Introducción General y Antecedentes. Módulo I. **Bioética Clínica y Social.** Programa de Educación Permanente em Bioética. UNESCO, 2008, p. 8.

[2] Sobre a relação entre o surgimento da bioética e a internacionalização dos direitos humanos, conferir OLIVEIRA, Aline Albuquerque de. Interface entre Bioética e direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade humana e seus desdobramentos. **Revista Bioética,** 15, n. 2, 2007. Brasília, Conselho Federal de Medicina, 2007, p. 171-172. Segundo a autora, “a bioética e os direitos humanos surgem como formas de assegurar determinados valores e de proteger a pessoa humana, reconhecendo-lhe uma

dignidade inerente. Assim, a bioética e os direitos apresentam pontos de aproximação: a dignidade humana e determinados valores básicos".

[3] Cf. OLIVEIRA, Aline Albuquerque de. Bioética y derechos humanos. Módulo I. **Bioética Clínica y Social.** Programa de Educación Permanente em Bioética. UNESCO, 2008, p. 6.

[4] VIDAL, op. cit., p. 9.

[5] Cf. DURAND apud OLIVEIRA, Aline Albuquerque de. Bioética y derechos humanos. Módulo I. **Bioética Clínica y Social.** Programa de Educación Permanente em Bioética. UNESCO, 2008, p. 6.

[6] Como ensina Élida Seguin, pode-se fazer um paralelo entre os conceitos de bioética e biodireito e os conceitos de direitos humanos e fundamentais. Da mesma forma que os direitos humanos, quando positivados em uma ordem constitucional, tornam-se direitos fundamentais, a bioética, quando incorporada ao ordenamento jurídico do um Estado, torna-se biodireito[6].

[7] SCHRAMM, Fermin Rolando. Líneas de fundamentación de la bioética y la bioética de protección. Módulo I. **Bioética Clínica y Social.** Programa de Educación Permanente em Bioética. UNESCO, 2008, p. 2.

[8] VIDAL, op. cit., p. 16.

[9] Cf. DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 21-22.

[10] Não obstante tais autores tenham defendido posições distintas em relação a alguns pontos, tal fato nos os impediu de elaborarem uma teoria bioética comum. Sobre o tema, conferir: DONDA, Cristina Solange. Introduccíon a la bioética aplicada. Módulo I. **Bioética Clínica y Social**. Programa de Educación Permanente em Bioética. UNESCO, 2008, p. 31.

[11] Ibid., p. 29.

[12] Cf. DONDA, op cit., p.32.

[13] SÉGUIN, Élida. **Biodireito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

[14] Ibid., p. 31.

[15] PESSINI, Leo; BARCHINFONTAINE, Christian de Paul de, **Problemas atuais da Bioética.** 8. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2008, p. 86.

[16] VIDAL, op. cit., p. 14.

[17] PESSINI, Leo; BARCHINFONTAINE, Christian de Paul de, op. cit., p. 224.

[18] OLIVEIRA, op. cit., p. 11.

[19] GARRAFA, Volnei. Bioética de intervencíon, Módulo I. **Bioética Clínica y Social.** Programa de Educación Permanente em Bioética. UNESCO, 2008, p. 2.

[20] A universalidade é encarada, aqui, como atributo que necessariamente deverá passar pelo diálogo crítico entre culturas diferenciadas.

[21] BRUSSINO, Silvia Liana. Introducción a una fundamentación de la bioética basada en los derechos humanos. Módulo I. **Bioética Clínica y Social**. Programa de Educación Permanente em Bioética. UNESCO, 2008, p. 10.

[22] KOTTOW apud SCHRAMM, op. cit., p. 9.

[23] VIDAL, op. cit., p.4.

[24] SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 146.

[25] SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

[26] PESSINI, Leo; BARCHINFONTAINE, Christian de Paul de, op. cit., p. 502.

[27] Ibid., p. 502.

[28] BIOÉTICA. **UFRGS**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/texabc.htm#casos>. Acesso em: 13.09.09.

[29] Ibid.

[30] PESSINI, Leo. Humanização da dor e sofrimento humanos no contexto hospitalar. **Revista de Bioética e Ética Médica.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, nº 2, v. 10, 2002, p. 57.

[31] VARELLA, Drauzio. **Por um fio**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 157.

POLÍTICAS PÚBLICAS E PESQUISA BIOTECNOLÓGICA NO BRASIL: APONTAMENTOS E REFLEXÕES A RESPEITO DO TEMA*

PUBLIC POLICY RESEARCH AND BIOTECHNOLOGY IN BRAZIL: NOTES AND REFLECTIONS ABOUT THE THEME

Tatiane Kipper
Diego Marques Gonçalves

RESUMO

O presente artigo almeja expor a importância da moderna biotecnologia para o desenvolvimento do país, destacando as políticas públicas que estão sendo implementadas pelo governo federal brasileiro com o fito de aumentar o nível da pesquisa científica. Considerando que no Brasil a prática da biotecnologia vem se mostrando expressiva, necessária é a participação do Estado, não só para fins de controle e fiscalização do que é criado, mas também, com o intuito de incentivar o incremento de produtos e técnicas que possam promover desde a melhora da saúde do ser humano até o progresso econômico, industrial e social do país, evitando a dependência em relação a outros países. Para tanto, através dos métodos bibliográfico e qualitativo de pesquisa, foram lançados alguns tópicos essenciais, como um esboço histórico da trajetória da biotecnologia no mundo, além de conceitos e formas da inserção desta técnica no setor produtivo. Posteriormente, foram elencadas as políticas públicas que estão sendo desencadeadas no momento, objetivando impulsionar esse importante ramo do conhecimento no território brasileiro, enfatizando a política nacional de desenvolvimento da pesquisa biotecnológica, a Lei do Bem e a Lei da Inovação.

PALAVRAS-CHAVES: BIOTECNOLOGIA – ESTADO – POLÍTICAS PÚBLICAS

ABSTRACT

This article aims to explain the importance of modern biotechnology for the development of the country, thus highlighting the policies being implemented by the Brazilian federal government with the aim of raising the level of research. Thus, whereas in Brazil, the practice of biotechnology has been seen as significant, they have to the state's participation, not only for control and surveillance that is created, but also in order to encourage the growth of products and techniques that can promote improvement since the health of human beings to economic progress, industrial and social development, avoiding thus the dependence on other countries. Therefore, through the literature and qualitative methods of research were undertaken in this study some essential topics as a historical sketch of the trajectory of biotechnology in the world, and concepts and forms of integration of this technique in the productive sector.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Later it was listed on public policies are being triggered at the time, aiming to boost this important branch of knowledge in the Brazilian territory, with emphasis on the national policy for development of biotechnological research, the Law and the Law of innovation.

KEYWORDS: BIOTECHNOLOGY – STATE – PUBLIC POLICY

1 INTRODUÇÃO

A biotecnologia é considerada pelos doutrinadores como um dos grandes temas dos últimos anos. Esse conjunto de técnicas científicas que possibilitam utilizar, alterar e otimizar organismos vivos ou suas partes funcionantes – como células, organelas e moléculas a fim de gerar processos, produtos e serviços especializados –, vem causando fascinação, esperança de cura e de uma vida melhor. Não se pode olvidar, da magnitude do desenvolvimento desta área para o progresso de um país. É a partir desta afirmação, que o presente estudo se estabelecerá.

O desenvolvimento da biotecnologia remonta ao período anterior a Cristo. Porém, foi nos anos 50, a partir do conhecimento da estrutura do DNA, que o crescimento deste ramo, começou a ganhar expressividade. Entre os avanços da tecnologia, ocupam lugar as técnicas que alteraram profundamente o ciclo da duração da vida humana. Nascer, viver e morrer ficam, muitas vezes, sob o controle da ciência. A velocidade das informações e a criatividade são, hoje, o segredo do sucesso do mundo tecnocientífico.

Os avanços biotecnológicos estão presentes nas mais diversas esferas do conhecimento, englobando tanto a saúde humana, com vacinas, medicamentos e tratamentos, como a agricultura, com a produção de alimentos geneticamente modificados, podendo-se, até mesmo indicar seus reflexos na questão ambiental, a partir do desenvolvimento dos biocombustíveis.

No contexto atual brasileiro, a biotecnologia vem assumindo grande importância e relevo, o que enseja uma dedicação dos operadores jurídicos e do governo a esta área, ainda mais quando percebemos que a falta de tratamento adequado à matéria, amplia a dependência econômica do país.

Dessa forma, o cerne da questão é identificar se estão sendo implementadas políticas públicas pelo Estado brasileiro, no sentido de estimular os estudiosos à pesquisa para o aperfeiçoamento da biotecnologia no país, e consequentemente evitar ou minimizar a necessidade de importação de tecnologias estrangeiras. Para tanto, é de se analisar a legislação que já existe em relação à temática proposta.

2 O CONHECIMENTO BIOTECNOLÓGICO: AVANÇOS E POSSIBILIDADES

De forma genérica, é possível conceituar a biotecnologia como o conjunto de técnicas por meio das quais é possível processar determinado material por meio da utilização de agentes biológicos, como tecidos animais, vegetais, células, microorganismos ou enzimas.[1]

Cabe salientar, que as técnicas envolvendo plantas, animais e microorganismos são parte de conhecimento milenar e até mesmo, pré-histórico. Intuitivamente os princípios da biotecnologia já eram usados para produzir pães, iogurte, vinho, cerveja e muitos outros alimentos. Ou seja, é de se considerar que a biotecnologia propriamente dita existe há muito tempo.

O monge austríaco Johann Gregor Mendel, um hibridista diletante, foi quem estabeleceu em 1865 os princípios da ciência que hoje são conhecidos como genética. Os "fatores" (os atuais genes) que Mendel dizia serem responsáveis pela transmissão da hereditariedade só tiveram sua estrutura desvendada em 1953 por Rosalind Franklin, Maurice Wilkins, James Watson e Francisc Crick, que demonstram a estrutura helicoidal da molécula de DNA.[2]

As descobertas da hereditariedade por Gregor Mendel, e da estrutura do DNA em 1953, foram fatores determinantes para a evolução da biotecnologia. Após conhecer e decifrar o DNA e o correspondente código genético, houve uma revolução incrível na genética e biologia molecular, surgindo assim, a chamada biotecnologia moderna, que consiste na manipulação controlada e intencional do DNA, por meio da engenharia genética[3].

A partir dos anos 70, ressalta Aragão, desponta o desenvolvimento das primeiras experiências de engenharia genética bem sucedidas. Em 1972, os cientistas Stanley Cohen, da Universidade de Standford, e Hebert Boyer, da Universidade de Califórnia, conseguiram juntar o DNA de uma bactéria e de um vírus. Como conseqüência dessas pesquisas, o primeiro organismo geneticamente modificado, uma bactéria contendo gene de rã, foi produzido por Cohen e Boyer, em 1973. Com isso, ensina Aragão, abriram-se as portas para se transferir certas características próprias de um organismo para outro. [4]

Em 1980, uma decisão judicial notável da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, com cinco votos a quatro, entendeu ser patenteável uma linhagem de bactérias capazes de digerir petróleo derramado em acidentes. Após dois anos, o primeiro produto da biotecnologia passou a ser amplamente utilizado: a insulina humana para o tratamento de diabetes, a qual gerou um temor muito grande, ocupando manchetes de jornais e revistas, pois havia o medo de que essas bactérias transgênicas fossem para o intestino das pessoas, causando um desequilíbrio do metabolismo das mesmas. Em 1983, passou a ser autorizada a comercialização da insulina humana recombinante, sendo, então, a partir daí, intensificadas as pesquisas com plantas e animais transgênicos. [5]

Assim, em que pese a ancestralidade da manipulação de elementos vivos, vê-se que o grande crescimento qualitativo ocorreu em meados da década de 1970, com o domínio da técnica do *DNA* recombinante. A par disso, abriram-se as possibilidades da manipulação do material vivo, possibilitando o melhoramento vegetal e de certas espécies animais.

Com o desvendamento da estrutura do ácido desoxirribonucléico – o *DNA* –, ocorre o crescimento vertiginoso do conhecimento biotecnologico, que passa a dispor de um referencial científico que lhe proporciona uma abertura inédita[6]. Dessa forma, outros avanços ocorreram: a decifração do *DNA* enquanto entidade química, bem como a manipulação desse material e sua combinação com outras matérias vivas.

Atualmente, pode-se afirmar que a biotecnologia moderna tem a capacidade de intervir diretamente sobre a estrutura mais básica e fundamental de um elemento vivo, modificando os padrões de seu funcionamento, já que ela consegue "interferir diretamente no nível celular e molecular, conseguindo uma incomparável especificidade em suas intervenções (...)"[7]. A propósito, é possível dizer que tal forma de conhecimento tem a capacidade de gerar novas variedades que apresentam capacidades e funcionalidades distintas das espécies primárias.

A aquisição desse conhecimento acarretou níveis crescentes de desenvolvimento industrial, pois o setor produtivo soube muito bem aproveitar os potenciais oferecidos por essa técnica. A biotecnologia, a despeito das discussões éticas a ela relacionadas, é uma poderosa ferramenta que pode maximizar, de forma inédita, inúmeros setores produtivos, como a agricultura e a pecuária, mediante o melhoramento das espécies animais ou vegetais. No setor agrícola, por exemplo, salta aos olhos a possibilidade da geração de plantas resistentes a pragas. [8]

Não obstante os avanços esperados pelo setor produtivo e pela comunidade acadêmica, cumpre fazer uma ressalva: o conhecimento biotecnológico é visto com algumas ressalvas e receios, já que ainda é recente, e seus resultados ainda não são totalmente desvendados. Portanto, há quem diga, com acerto, que o saber que envolve a manipulação da matéria viva envolve avanços incontestes e dúvidas sutis[9]. Em decorrência disso, vê-se que qualquer simplificação a respeito da questão é perigosa.

A tecnologia, indubitavelmente, proporciona avanços quantitativos inegáveis ao homem, sendo o dia-a-dia a ser regido pelo ritmo próprio da ciência. Aliás, a técnica incorpora-se de tal maneira ao cotidiano que se passa a ter a ter uma vida cujos balizamentos e modelos são derivados da natureza e da essência desse conhecimento.[10]

A esse respeito, impende dar o devido destaque às palavras de Fukuyama, que faz uma preleção bastante interessante a respeito da necessidade do Estado intrometer-se na discussão biotecnológica. Esse autor faz menção à necessidade do ente público regular o exercício da pesquisa nessa área, balizando a forma como deve desenvolver-se esses estudos, estabelecendo os limites e as direções a serem tomadas. Tal autor faz importante afirmação a respeito da necessidade do Estado inserir-se na discussão, regulamentando a pesquisa nesse setor.[11]

A par de tais ponderações, é de se considerar que a atuação do Estado no debate e no estímulo da pesquisa biotecnológica constitui uma necessidade imperiosa, na medida em que o ente público deve tornar-se o fiel de balança, regulamentando e propondo instrumentos legais que possam auxiliar o desenvolvimento deste campo científico. Num país em desenvolvimento como o nosso, calha não deslembrar que o setor público goza de importante função no que toca ao incentivo de atividades tidas como importantes na área privada, inclusive na pesquisa. Em virtude disso, impende destacar

as políticas que vêm sendo tomadas pelo governo federal brasileiro com o intuito de incrementar o desenvolvimento científico no Brasil.

3 A POLÍTICA NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO, AS LEIS DE INOVAÇÃO E DO BEM: FOMENTO AO AVANÇO BIOTECNOLÓGICO

A atuação ativa do Estado, através de políticas públicas, é um importante meio de se buscar a reestruturação e a organização da sociedade, colocando-se em destaque a luta pelo social, objetivando que o desenvolvimento seja convertido em prol da coletividade, com o fim de se efetivar o interesse público. Neste aspecto, cabe salientar o que consiste, em termos teóricos, a concepção de políticas públicas e a importância de sua implantação:

As políticas não são uma espécie de setor ou departamento com vida própria. Elas são o resultado da política, compreensíveis à luz das instituições e dos processos políticos, os quais estão intimamente ligados às questões mais gerais da sociedade. Entre as grandes questões que estão na agenda social e política de nossos dias destacam-se os temas do desenvolvimento e da inclusão social.[12]

Dessa forma, o Estado deve estar atento ao incremento de políticas públicas na área biotecnológica, eis que, no campo da ciência, Silva argumenta que embora se diga que a aquela deva ser sempre neutra – tanto na seleção dos problemas que investiga, quanto na avaliação dos resultados –, ela pode estar sujeita às pressões comerciais e políticas. O autor diz ser ilusório reivindicar a neutralidade da pesquisa científica, pois da mesma forma que ocorre no meio da política, na ciência, a ação humana pode escapar das mãos do seu iniciador e entrar no jogo das interações múltiplas da própria sociedade, que a desviam de seu objetivo e, às vezes, lhe dão destino oposto ao que era visado. [13]

De fato, o aparato tecnológico posto à disposição do ser humano, com a multiplicidade de situações e circunstâncias existentes em torno de cada caso tem posto em discussão uma série de questões para as quais se obrigam respostas que possam reduzir o vácuo existente entre a velocidade da tecnociência e os valores que devem orientar seu uso.

Entretanto, conforme leciona Rodrigues, apesar das boas intenções de muitos, há oportunistas que se utilizam dos meios legais e políticos para auferirem vantagens em cima da população, levantando bandeiras do tipo “globalização”, “terceirização", “alimentos transgênicos”, etc, vendendo a imagem de que esses modernismos são de maneira indiscutível benéficos para toda a sociedade e devem ser aceitos da maneira como convém ao grupo que os lançou, sem ao menos levar-se em consideração cada ser humano, individualmente considerado, e os interesses da comunidade em geral. [14]

Nesse contexto, que envolve a dominação das grandes empresas que desenvolvem a biotecnologia, é de se destacar o setor agrícola, pois na concepção de Martins, são exatamente as corporações transnacionais, que já controlavam os mercados de

agrotóxicos e fármacos e que adquiriram o controle das sementes nas décadas passadas, as que hoje estão investindo de forma mais expressiva no incremento desta técnica. Considerando as diferenças de custos e rentabilidade entre os produtos farmacêuticos, agrotóxicos e sementes, o desenvolvimento de novas sementes acaba sendo mais barato e mais rápido entre os três, ficando mais claro o porquê das transnacionais terem se voltado para este setor e o seu interesse pela biotecnologia agrícola[15]. Esses fatos vêm exemplificar os interesses das grandes empresas multinacionais, cabendo ser destacada a seguinte transcrição:

(...) a concentração do controle pelas grandes corporações está tornando-se rapidamente uma realidade na indústria das sementes comerciais. (...) 'é bastante certo que... apenas as mais fortes e ágeis companhias independentes de sementes ou àquelas que são subsidiárias de multinacionais que possuem seus novos departamento de ciências agrícolas que contarão no futuro'.[16]

Na verdade, a questão entre biotecnologia, interesses econômicos e dependência dos países menos desenvolvidos é bastante complexa, de forma que o Estado não pode ficar à parte, permanecendo apático em relação ao problema e à prática desta técnica e de seus melhoramentos, devendo contribuir com políticas públicas que possam orientar e incentivar os estudiosos e os operadores da área, uma vez que esses avanços científicos não podem ser ignorados, pelo contrário, devem ser regulamentados e incrementados visando o bem comum de todos os cidadãos.

No Brasil, vê-se que o Legislativo e do Executivo têm traçado diretrizes claras na área concernente à inovação e à pesquisa, em especial a biotecnológica. Aliás, cumpre referir que o governo federal brasileiro tem demonstrado real comprometimento com a causa, já que, ao indicar direções na área desenvolvimentista, apontou meios e recursos com os quais visa realizar seu intuito.

No que toca ao tema do desenvolvimento da biotecnologia, cumpre destacar o Decreto Federal n.º 6.041/1994, que, de acordo com o seu próprio cabeçalho: "Institui a Política de Desenvolvimento da Biotecnologia, cria o Comitê Nacional de Biotecnologia e dá outras providências". [17]

O artigo 1.º do referido decreto demonstra a preocupação com a consolidação de um sistema que forneça a carga de investimentos capazes de atender às demandas por pesquisa e avanços tecnológicos. Nele ficou consignado que, por meio da Política de Desenvolvimento da Biotecnologia, serão produzidos e efetivados os incentivos necessários a um incremento das pesquisas e estudos na área biotecnológica. Portanto, vê-se que esse documento demonstra um dado básico das políticas públicas: o elemento conjuntural e coordenado que reveste as atividades estatais assim denominadas.

Como seria de se esperar, o artigo primeiro especifica as várias áreas merecedoras da atenção. Convém destacar a redação do inciso II do artigo 1.º, onde consta que um dos pontos que merecerão a ênfase do governo federal brasileiro é a aplicação agrícola da biotecnologia, de forma a garantir a produtividade e evitar a dependência tecnológica estrangeira; ademais, refere o dito inciso que o desenvolvimento nesse setor busca garantir a segurança alimentar.

O decreto n.º 6.041/07 visa propor direções para uma ação conjuntural, coordenada e, principalmente, estrutural para o tema. O parágrafo 3.º do artigo 1.º demonstra a preocupação com a elaboração de um plano que incida sobre questões básicas, que gerem bons frutos a médio e longo prazo. Um dos incisos do citado parágrafo 3.º destaca a necessidade de gerar recursos humanos capacitados para gerir os trabalhos que envolvam biotecnologia. Mais adiante, um outro inciso refere a imprescindibilidade de se promover a cultura da inovação, bem como o uso estratégico da propriedade intelectual. Tais aspectos demonstram, por si só, que o avanço nessa área enseja medidas basilares, e que não se satisfazem com superficialidades.

Embora seja conciso, o decreto n.º 6.041/07 conta com um documento anexo, no qual são especificadas as diretrizes dessa Política de Desenvolvimento da Biotecnologia.

Cumpre não esquecer, outrossim, a referência constante no artigo 4.º desse mesmo marco legal, que estabelece a criação do Comitê Nacional da Biotecnologia, que é o órgão executor das diretrizes traçadas pela Política de Desenvolvimento da Biotecnologia. Também importante é o artigo 5.º, que aponta os diversos órgãos do governo federal que são co-responsáveis pela elaboração das metas e da execução das diretrizes apontadas pelo decreto. Neste rol, vê-se que tal mister será realizado com a colaboração de vários órgãos e entidades, das mais diversas naturezas e missões dentro do governo federal brasileiro.

Interessante frisar, a título de exemplo, que o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq –, também está inserido nesse contexto de colaboração, assim como o próprio Ministério das Ciências e Tecnologia e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. O decreto em comento, aliás, foi minucioso, na medida em que apontou dezessete órgãos/entidades aos quais está delegada a competência e a atribuição de desenvolver uma política nacional para a biotecnologia.

Não obstante o decreto acima mencionado, quando se fala na atuação do Estado em prol do desenvolvimento biotecnológico, é de se considerar que em 2004, foi editada a lei nº. 10.973, denominada Lei da Inovação, que almeja trazer maior cooperação e crescimento às pesquisas brasileiras. Ao longo de seu texto, inúmeras medidas e determinações foram feitas, com o intuito de encaminhar os atores públicos para uma atividade criativa. Embora tal lei não trate especificamente da pesquisa biotecnológica, ela é de sua importância para a área, já que visa incentivar o trabalho científico como um todo.

No seu artigo 1.º, a Lei de Inovação[18] apresenta a sua finalidade, considerada esta como a de "*estabelecer medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País*". Essas, aliás, são as linhas mestras do marco regulatório sobre a inovação, incluindo a participação de instituições de ciência e pesquisa no processo de inovação e o incentivo à inovação na empresa.

No corpo da lei citada, estão estabelecidos conceitos básicos à sua compreensão. O artigo 2.º, por exemplo, traz esclarecimentos de ordem conceitual que são imprescindíveis para o seu entendimento. Nesse ponto são explicados os significados dos termos *agência de fomento*, *Instituição Científico Tecnológico (ICT)* e outros tantos.

Aliás, o capítulo I da Lei de Inovação é dedicado unicamente a temas preliminares, que visam deixar claro, aspectos de suma importância para o seu entendimento.

Uma das principais metas da Lei de Inovação é criar um ambiente de colaboração entre as diversas instituições e entidades públicas envolvidas na pesquisa tecnológica. Tanto isso é verdade que seu capítulo II é inteiramente dedicado ao tema d*o Estimulo à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação.* Essa previsão indica que os avanços e pesquisas visados pela lei terão como ponto de partida a cooperação entre os atores que estão incluídos no processo de pesquisa. Neste mesmo capítulo, com especial destaque para o artigo 3.º, vislumbra-se que todos os entes federados estão inseridos no esforço pela busca do progresso e da prosperidade. Esse propósito se expande com a possibilidade de cessão e compartilhamento de instalações de ICTs, seus laboratórios, por empresas voltadas à inovação tecnológica, de acordo com o que diz o artigo 4.º.

Outros tantos instrumentos de auxílio e cooperação estão previstos na Lei de Inovação, o que realmente demonstra que a geração de conhecimento e inovações não deve ser considerada como um processo isolado, mas que demanda a participação de vários setores interessados. Dentre as concessões realizadas, destaca-se o artigo 6.º, que traz a possibilidade de serem firmados contratos de fornecimento de tecnologia e de licenciamento entre os Institutos de Ciência e Tecnologia e terceiros, instituições públicas e privadas, nacionais ou não. É permitido aos Institutos de Ciência e Tecnologia prestarem serviços a instituições públicas ou privadas, nas atividades voltadas à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

O artigo 19 estipula que a União, os Institutos de Ciência e Tecnologia (ICT) e as agências de fomento à pesquisa incentivarão as empresas para que estas desenvolvam produtos e processos inovadores. Tal incentivo ocorrerá por meio da concessão de auxílio financeiro às empresas privadas que demonstrarem desejo e possibilidades concretas de implementarem saídas criativas para problemas práticos. Ao longo dos cinco parágrafos que compõem o artigo 19, são realizadas explicações concernentes à forma como ocorrerá a transferência de recursos financeiros que subsidiará o desenvolvimento das pesquisas.

Sinteticamente, é possível dizer que todo o capítulo IV da lei de inovação é dedicado ao tema da transferência de recursos às empresas privadas, bem como ao incentivo no âmbito privado de pesquisas que visem a melhoria e o incremento da produção. Em seus três artigos, apenas questões concernentes aos contratos e obrigações daí decorrentes são veiculadas.

Realmente, a lei em comento demonstra grande preocupação com a inserção do setor privado nas pesquisas, o que decorre de um dado prático, já que a experiência demonstra a imprescindibilidade da cooperação entre as empresas e o setor público. Felipe, por exemplo, enfatiza tal circunstância ao referir que:

(...) a inovação ocorre na empresa ou com a empresa. Há necessidade premente de alterar esse cenário, através de ações de *políticas públicas* bem planejadas, constantes e de longo prazo, realizadas em parceria com o setor privado industrial de modo a possibilitar o desenvolvimento tecnológico.[19]

Posteriormente, em outros dois capítulos, outras temáticas são tratadas, a exemplo do inventor independente e da criação de fundos de investimento para incentivar a inovação.

Não bastasse a lei federal n.º 10.973/2004, igualmente, cumpre salientar a Lei do Bem (nº 11.196 de 2005), referente aos incentivos fiscais automáticos para empresas que realizem pesquisa, desenvolvimento e inovação; ademais, permite o uso de recursos públicos para custear parte da remuneração dos pesquisadores (mestre e doutores) que executem P&D (Pesquisa e Desenvolvimento) nas empresas.[20]

São os benefícios presentes no Capítulo III da lei n.º 11.196/2005: a) as deduções de Imposto de Renda e da Contribuição sobre o Lucro Líquido - CSLL de dispêndios efetuados em atividades de P&D; b) a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI na compra de máquinas e equipamentos para P&D; c) a depreciação acelerada desses bens; d) a amortização acelerada de bens intangíveis; e) a redução do Imposto de Renda retido na fonte incidente sobre remessa ao exterior resultantes de contratos de transferência de tecnologia; f) a isenção do Imposto de Renda retido na fonte nas remessas efetuadas para o exterior destinada ao registro e manutenção de marcas, patentes e cultivares.

Aplica-se também aos dispêndios com pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica contratadas no país com universidades, instituições de pesquisas ou inventores independentes, desde que a pessoa jurídica que efetuou o dispêndio fique com a responsabilidade, o risco empresarial, a gestão e o controle da utilização dos resultados dos dispêndios.[21]

A pessoa jurídica beneficiária dos incentivos fiscais dessa Lei fica obrigada a prestar ao Ministério da Ciência e Tecnologia, informações sobre seus programas de pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica.

Assim, pelo que foi dito, o atual contexto da Ciência e Tecnologia brasileira compreende a definição de prioridades nacionais, a criação e fortalecimento de mecanismos de prospecção, acompanhamento e avaliação, a garantia de estabilidade e ampliação dos recursos públicos mediante instrumentos de apoio; a estruturação de ambiente privado para a inovação, com ênfase na interação universidade-empresa; a contribuição da melhoria das estruturas produtivas e de exportação do País, orientados para o desenvolvimento sustentado, com impactos positivos para toda a sociedade.[22]

Tais ponderações acima referidas, destacam a importância de políticas públicas para a área biotecnológica, principalmente, se levar em consideração, os interesses econômicos e de dominação que podem estar vinculados ao desenvolvimento desta técnica. Pode-se, perceber que o Estado brasileiro, está atento à necessidade de implementar medidas capazes de, a longo e médio prazo, aumentar a capacidade competitiva da indústria brasileira, sendo um método capaz de evitar a manipulação de grandes empresas multinacionais.

Somente com uma atenção especial do Estado para com a biotecnologia é que estará se efetivando vários preceitos constitucionais. Ou seja, para evitar uma dominação

estrangeira em termos de ciência e desenvolvimento tecnológico, se faz necessário que o Brasil incentive as pesquisas dentro do seu território. Esta postura encontraria respaldo no artigo 1º, I da Constituição Federal de 1988[23], pois estar-se-á buscando a concretização de um dos fundamentos da República Federativa, qual seja, a soberania, evitando-se a superioridade dos interesses dos grandes conglomerados econômicos e industriais internacionais em detrimento do bem comum do povo brasileiro.

Coadunam com este posicionamento os demais artigos da Carta Magna. Nesse ínterim, também o artigo 170 do texto constitucional[24], inserido dentro dos princípios gerais da atividade econômica, estabelece que esta ordem deve observar a soberania nacional, bem como a livre concorrência, deixando claro o objetivo da CF/88, qual seja, o de evitar a dominação da sociedade brasileira pelos organismos estrangeiros.

4 CONCLUSÃO

É indubitável o crescimento da importância da biotecnologia no decorrer dos tempos. A informação, a criação, a ciência, a tecnologia tornam-se as molas propulsoras do desenvolvimento na sociedade atual. Dessa forma, todo incentivo à pesquisa e à inovação se faz necessário para evitar que o país, esteja à mercê do mercado internacional.

Portanto, fomentar a pesquisa local, de forma a incentivar que os núcleos brasileiros de pesquisa tenham condições de realizar o desenvolvimento tecnológico é uma maneira eficaz de se reduzir a dependência econômica. Nesse sentido, para racionalizar e implementar uma ação coordenada, o Brasil tem implementado políticas públicas para criar condições positivas para o incremento da biotecnologia em território nacional.

Pelo que se pode perceber, o governo federal brasileiro, tem se esforçado no sentido de criar um ambiente propício para a pesquisa em nosso país, por meio de legislação própria, num esforço que busca congregar iniciativa pública e privada. Nesse cenário, destaca-se a vigência de políticas públicas, conforme a legislação mencionada, especialmente dedicada à pesquisa na área da biotecnologia.

No que diz respeito à lei n.º 10.973/2004, percebe-se que a ênfase dada pelas autoridades públicas foi no sentido de unir a iniciativa privada com a pública. Para tanto, buscou-se estabelecer as bases legais para que um e outro setor estejam lado a lado no esforço de inovar. Aliás, vê-se que tal intento tem como premissa a circunstância de que o utilitário final do processo inventivo é a iniciativa privada, como relação a Lei do Bem.

Enquanto isso, a lei n.º 11.196/2005 trata de instituir benefícios tributários às empresas que realizarem investimentos em pesquisa e desenvolvimento.

Já o decreto federal n.º 6.041/97 é o elemento central no que toca à política nacional para o desenvolvimento da biotecnologia. Tal decreto estabelece de forma minuciosa os inúmeros órgãos encarregados de perfectibilizar o desejado progresso biotecnológico,

dentre os quais se podem citar o CNPq e o Ministério do planejamento, além de tantos outros, que formam um total de 17 órgãos e entidades envolvidas nesse processo.

Assim, ao cabo desse trabalho, conclui-se que o governo brasileiro tem realmente tentado fazer frente à necessidade de desenvolvimento tecnológico que é reivindicado pela modernidade, pois manter-se inerte, nas condições atuais, equivale a perder espaços preciosos. Apostar em políticas públicas bem planejadas, constantes e de longo prazo, realizadas em parceria com o setor privado industrial de modo a possibilitar a implantação da ciência e da tecnologia parece ser a saída. Um ambiente que conjugue esses aspectos será atrativo e capaz de estimular a inovação nacional na biotecnologia.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Francisco J. L. *Organismos transgênicos*: explicando e discutindo a tecnologia. Barueri: Manole, 2003.

_____. *Transgênicos e Sociedade*. Disponível em: <http://www.universiabrasil.net/materia>. Acesso em: 01 jun. 2005.

BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.presidenciadarepublica.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2009.

BRASIL. Decreto federal n.º 6.041/97. *Institui a Política de Desenvolvimento da Biotecnologia, cria o Comitê Nacional de Biotecnologia e dá outras providências*. Disponível em: <http://*www.mct.gov.br*>. *Acesso em: 29 abr. 2009.*

BRASIL. Lei n.º 10.973/2004. *Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências*. Disponível em: <http://*www.planalto.gov.br*>. *Acesso em: 29 abr. de 2009.*

BRASIL. Lei n.º 11.196/2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica, dentre outros fins. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 de abr. de 2009.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Propriedade Intelectual:* a tutela Jurídica da Biotecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DUPAS, Gilberto. *O Mito do Progresso*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

FELIPE, Maria Sueli Soares. Desenvolvimento tecnológico e inovação no Brasil: desafios da área biotecnológica. *In*: *Novos estudos – CEBRAP*. nº. 78. São Paulo: Julho, 2007.

FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano*: conseqüências da revolução da biotecnologia. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2003.

GASSEN, Hans Günter. Biotecnologia para países em desenvolvimento. *In*. *Cadernos Adenauer 8:* Biotecnologia em discussão. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, out. 2000.

Goodman, David; et al. *Da lavoura às biotecnologias.* Agricultura e indústria no sistema internacional. Rio de Janeiro: Campus, 1990, p. 101.

Lemos, Priscilla Maria Menel e Maraschin, Marcelo. Avanços e Perspectivas Biotecnológicas na Agricultura. *In*: BOFF, Salete Oro; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Orgs.). *Propriedade Intelectual:* Gestão do Conhecimento, Inovação Tecnológica no Agronegócio e Cidadania. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

MARTINS, Lucinéia Scremin. Biotecnologia e agricultura no Brasil contemporâneo. *In: Revista da UFG, Vol. 7, nº. 01, jun. 2004.*

MOSER, Antônio. *Biotecnologia e Bioética:* para onde vamos?. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. In. <http://www.mct.gov.br>, acesso em 20.05.2009.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (Orgs.). *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. *Biodireito:* alimentos transgênicos. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito:* ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *In*: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas*: desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao Biodireito:* investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002.

---

[1] DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Propriedade Intelectual:* a tutela Jurídica da biotecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 280.

[2] Em 1953 foi descoberta a estrutura do DNA pelos: geneticista norte-americano James D. Watson; físico inglês Francis H. Campton Crick; físico inglês Maurice Huge F. Wilkins e pela cristalófoga inglesa Rosalind Franklin (1920-1958). Os homens receberam o Prêmio Nobel de Fisiologia e Medicina em 1962, época em que Rosalind já havia morrido. Como o Nobel só é concedido aos vivos, ela não recebeu esta honraria. Rosalind em geral, não é citada como co-descobridora da dupla hélice. O paradoxo fica por conta de quem realizou as pesquisas que demonstraram a estrutura do DNA foi ela. Maurice era seu chefe de laboratório e não estava mais pesquisando o DNA. Watson e Crick fizeram os modelos, baseados nos Raios X de Rosalind. PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (Orgs.). *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 140.

[3] Tem-se empregado impropriamente, por muitos, o termo engenharia genética como sinônimo de biotecnologia. A biotecnologia é uma disciplina muito mais ampla, na qual

a engenharia genética está inserida. ARAGÃO, Francisco J. L. *Organismos transgênicos*: explicando e discutindo a tecnologia. Barueri: Manole, 2003, p. 19.

[4] ARAGÃO, Francisco J. L. *Transgênicos e Sociedade*. Disponível em: <http://www.universiabrasil.net/materia>. Acesso em: 01 jun. 2005.

[5] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito:* ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 329.

[6] GASSEN, Hans Günter. Biotecnologia para países em desenvolvimento. *In. Cadernos Adenauer 8:* Biotecnologia em discussão. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, out. 2000, p. 10-11.

[7] MOSER, Antônio. *Biotecnologia e Bioética:* para onde vamos?. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 46.

[8] Lemos, Priscilla Maria Menel e Maraschin, Marcelo. Avanços e Perspectivas Biotecnológicas na Agricultura. *In*: BOFF, Salete Oro; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Orgs.). *Propriedade Intelectual*: Gestão do Conhecimento, Inovação Tecnológica no Agronegócio e Cidadania. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 98.

[9] FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano*: conseqüências da revolução da biotecnologia. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2003, p. 21.

[10] DUPAS, Gilberto. *O Mito do Progresso*. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 14.

[11] FUKUYAMA, Francis. Nosso Futuro Pós-Humano – Conseqüências da revolução da biotecnologia. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2003, p. 23.

[12] SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas*: desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2.309-2.310.

[13] SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao Biodireito:* investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002, p. 100.

[14] RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. *Biodireito:* alimentos transgênicos. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002, p. 81.

[15] MARTINS, Lucinéia Scremin. Biotecnologia e agricultura no Brasil contemporâneo. *In*: *Revista da UFG, Vol. 7, nº. 01, junho 2004.*

[16] Goodman, David; et al. *Da lavoura às biotecnologias.* Agricultura e indústria no sistema internacional**.** Rio de Janeiro: Campus, 1990, p. 101.

[17] BRASIL. Decreto federal n.º 6.041/97. *Institui a Política de Desenvolvimento da Biotecnologia, cria o Comitê Nacional de Biotecnologia e dá outras providências*. Disponível em: <http://*www.mct.gov.br*>. *Acesso em: 29 abr. 2009.*

[18] BRASIL. Lei n.º 10.973/2004. *Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências*. Disponível em: <http://*www.planalto.gov.br*>. *Acesso em: 29 abr. de 2009.*

[19] FELIPE, Maria Sueli Soares. Desenvolvimento tecnológico e inovação no Brasil: desafios da área biotecnológica. *In*: *Novos estudos – CEBRAP*. nº. 78. São Paulo: Julho, 2007.

[20] *BRASIL. Lei n.º 11.196/2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica, dentre outros fins*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 abr. 2009.

[21] Informações disponíveis em: <http://www.mct.gov.br>. Acesso em 20 mai. 2009.

[22] Informações disponíveis em: <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/8586.html>. Acesso em 09 jun. 2009.

[23] BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.presidenciadarepublica.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2009.

[24] BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.presidenciadarepublica.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2009.

NOTAS SOBRE PRINCÍPIOS BIOÉTICOS DA CONSTITUIÇÃO*

NOTES ABOUT BIOETHICAL PRINCIPLES OF THE CONSTITUTION

Tiago Batista Freitas

RESUMO

O presente trabalho visa realizar uma breve análise acerca da possibilidade de compreensão de princípios bioéticos implícitos na Constituição Federal a partir da aplicação da hermenêutica filosófica. O tema apresenta-se bastante relevante em face dos diversos avanços tecnológicos na área da biotecnologia, sendo a doutrina ainda bastante escassa. Dentro de uma abordagem apresentada pela hermenêutica filosófica, sobretudo a partir do pensamento filosófico de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, é possível compreender que, mais do que um mero instrumento de comunicação, a linguagem é uma dimensão da própria existência e auto-compreensão do ser, manifestando-se como expressão de sua ontologia. Por conseguinte, considerando a natureza discursiva da bioética, é possível entender que a mesma revela, em suas inúmeras incursões pela cognição humana e sua relação com as várias manifestações da vida, revelando, destarte, diversas dimensões da dignidade humana. Assim, pretende o autor, a partir da análise filosófica do princípio da dignidade humana (CF. art. 1º, III) desvelar uma principiologia bioética aplicável à interpretação constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: PRINCÍPIOS, BIOÉTICA, HERMENÊUTICA, CONSTITUIÇÃO

ABSTRACT

The present work aims to carry out a short analysis about the possibility of understanding of bioethical principles implicit in the Federal Constitution from the application of the philosophical hermeneutics. The subject presents to itself quite relevant in view of several technological advancements in the area of the biotechnology, being still the quite scarce doctrine. Inside an approach presented by philosophical hermeneutics, especially from the philosophical thought of Martin Heidegger and Hans-Georg Gadamer, it is possible to understand that, more than a mere instrument of communication, the language is a dimension of the existence itself and auto-car of the being, being shown like expression of his ontology. Consequently, considering the discursive nature of the bioethics, it is a possible understand that it reveals, in its countless raids for the human cognition and his relation with the manifestations of the life, revealing, therefore, several dimensions of the human dignity. So, it claims the author, from the philosophical analysis of the beginning of the human dignity (CF. art.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1st, III) to unveil an bioethical principiology applicable to the constitutional interpretation.

KEYWORDS: PRINCIPLES, BIOETHICS, HERMENEUTICS, CONSTITUTION

INTRODUÇÃO

Atualmente, a Biotecnologia é uma realidade. Cada vez mais, os avanços tecnológicos têm possibilitado o ser humano a conhecer e interferir no fenômeno da vida desde sua concepção. Expectativas de cura de muitas enfermidades e aumento da longevidade ganham contornos cada vez mais reais com a realização de pesquisas genéticas envolvendo seres humanos. Entretanto, na medida em que a ciência avança, põe-se uma nova problemática acerca dos limites éticos e jurídicos da sua utilização.

Com efeito, na medida em que os avanços científicos e tecnológicos se evidenciam, verifica-se o surgimento de possibilidades de ingerência cada vez maior sobre a vida, a partir da sua gênese. Não obstante, surgem, neste diapasão, a possibilidade de violação dos direitos e garantias fundamentais essenciais à constituição de qualquer estado de direito por meio das diversas práticas biotecnológicas ora emergentes. De outra parte, considerando como fundamento constitucional do Estado brasileiro o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), torna-se imprescindível a compreensão e interpretação do seu substrato axiológico em face das novas dimensões morais da realidade humana desveladas pelas atuais biotecnologias. Destarte, torna-se imperiosa a análise da sistemática da Constituição Federal, em seus princípios fundamentais, bem como a investigação filosófica do conceito de dignidade humana e de sua importância para a configuração do estado de direito. A presente pesquisa visa oferecer trabalho monográfico sobre o tema, que se atenha com afinco às inúmeras problemáticas emergentes do assunto. A proposta é firmar posicionamentos sólidos sobre o tema, com base na pesquisa e reflexão aprofundadas.

A primeira parte do trabalho visa apresentar, por meio de um pensamento sistemático, a concepção da Constituição Federal como sistema aberto, porém auto-referencial, pautado nos princípios fundamentais do art. 1º, sobretudo no princípio da dignidade da pessoa humana. Em seguida, faz-se uma análise do substrato axiológico deste princípio, com vistas a permitir uma aproximação conceitual do seu significado, bem como sua importância para o Estado de Direito. Por fim, o trabalho investiga, por meio da análise filosófica pautada no modelo fenomenológico, novas dimensões da dignidade humana, desveladas em face dos avanços tecnológicos, e da bioética, bem como a existência de princípios que se revelem implícitos no art. 1º, III da Constituição Federal, em face das reflexões bioéticas sobre o direito.

1 CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA ABERTO E AUTO-REFERENCIAL

Dentro das doutrinas constitucionalistas contemporâneas, é possível conceber a idéia de Constituição como uma ordenação sistemática e axiológica, resultado de opções políticas de uma sociedade e, conseqüentemente, do próprio Estado (HESSE, 1991). Dessa forma, a partir de uma perspectiva do seu sentido material, pode-se entender que a Constituição representa o próprio estatuto político e jurídico do Estado, o qual definiria sua estrutura e fundamentos de seu sistema jurídico. O conceito de Constituição estaria jungido à própria idéia de soberania do Estado, o qual teria o condão de se auto-definir e auto-regular (MIRANDA, 2007, p. 321).

Embora seja impossível desprezar a ingerência de fatores políticos, ideológicos, militares e, principalmente econômicos no fenômeno constitucional – os chamados "fatores reais de poder" (LASSALE, 1999) – é possível afirmar que, em última análise, a norma constitucional representaria também uma manifestação da autodeterminação dos povos, que escolhem e determinam as diretrizes valorativas a se tornarem cogentes na sociedade. Mais ainda: a Constituição constituir-se-ia como um produto dialético da relação entre o povo e os demais fatores de poder na construção do Estado (MIRANDA, 2007, p. 328).

De outra parte, a partir de uma perspectiva de interação inter-sistêmica, a Constituição se apresenta também como uma instância de "acoplamento estrutural" entre os sistemas político e jurídico. Isso significa que, por meio dela, seria possível a adoção de medidas políticas ingerentes na seara jurídica e vice-versa, sem comprometer o caráter auto-referencial do direito e da política, visto que a norma constitucional traz em si diversos instrumentos de controle dessas ações (como, por exemplo, dispositivos referentes ao processo legislativo, ao controle de constitucionalidade por ação ou omissão, ação de descumprimento de preceitos fundamental, as chamadas "cláusulas pétreas", irreformáveis por emenda constitucional etc.). Por conseguinte, ter-se-ia o fato da Constituição revelar-se como instrumento de mediatização das interferências entre os referidos sistemas, assegurando, ao mesmo tempo, a interpenetração e a necessária autonomia dos mesmos. Ou seja, é por meio da Constituição que será possível definir se, quando e como a política poderá interferir no direito e vice-versa (NEVES, 2007, p. 66-67).

2 O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DE DIREITO

Com efeito, os diversos Estados contemporâneos têm erigido a dignidade humana como vetor hermenêutico de seus sistemas constitucionais. Tal se dá, principalmente, nas constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial. A constituição alemã, por exemplo, assegura, em seu art. 1, a inviolabilidade da dignidade humana e a obrigação de todos os poderes públicos em respeitá-la e protegê-la. Já a portuguesa, promulgada em 1976, estatui a dignidade como alicerce do Estado. Por sua vez, as constituições italiana (art. 2) e espanhola (art. 10, 1) reconhecem também os chamados direitos humanos fundamentais.

A Constituição Federal, texto maior do ordenamento jurídico pátrio dispõe, em seu Título I, acerca dos Princípios Fundamentais. Entretanto, para uma compreensão sistêmica do ordenamento jurídico, faz-se salutar a compreensão acerca do conceito de normas-princípio, bem como sua distinção de outras normas (normas-regra). É possível compreender que a característica principal da norma-princípio reside na sua natureza axiológica e finalística (ÀVILA, 2003, p.119-120). Os princípios são "[...] ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas [...]" (SILVA, 1999, p. 96). Mais do que simples dispositivos constitucionais, esses princípios revelam-se normas referenciais norteadoras, basilares do Estado Brasileiro.

O art. 1º, da CF é explícito ao afirmar que, não apenas o ordenamento jurídico pátrio, mas o próprio Estado de Direito são alicerçados nos princípios aduzidos nos incisos do referido artigo. Destarte, é possível concluir que, sob a óptica da interpretação constitucional, todo ordenamento jurídico deve constituir-se numa tradução dos valores contidos nos princípios arrolados nos incisos do art. 1º, da CF.

Destarte, é possível compreender a vital importância da aplicação/interpretação dos princípios, os quais possuem não apenas a função de influenciar com sua carga axiológica a tomada de decisões jurídicas, como também a função de integrar a aplicação das normas, excluindo os valores ou normas contrapostas de um sistema que não se coadunem com o sistema (GRAU, 2002, p.138).

Seguindo esse entendimento, mostra-se imperiosa a necessidade de conhecimento dos princípios norteadores dos ordenamentos jurídicos, de modo a permitir a aplicação sistêmica das normas jurídicas no caso concreto, evitando um possível conflito aparente entre as mesmas. Ou seja, diante da realidade de cada caso, deve o operador do direito avaliar o valor tutelado por cada norma, a fim de garantir uma interpretação das mesmas em conformidade com o ordenamento jurídico, integrando-as (SARLET, 2006, p. 80).

O texto constitucional brasileiro enumera como um dos fundamentos do presente Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. Conforme já dito, deve-se entender o aludido princípio não apenas como elementar ao texto constitucional, mas como conformador do mesmo. Dada a sua vital importância, este princípio deve ser interpretado no ordenamento jurídico pátrio da maneira mais ampla possível, devendo o Estado brasileiro prover de todos os meios possíveis para assegurar sua efetivação, não apenas por intermédio de garantias constitucionais de caráter individual assegurados pelo texto constitucional, mas também pela defesa de interesses coletivos, difusos e metaindividuais.

É possível compreender que a dignidade da pessoa humana não assume o papel de princípio jurídico apenas por determinação do texto constitucional, mas, sobretudo, pela sua carga axiológica. Mais do que um princípio, a dignidade da pessoa deve ser, antes, um valor animador e justificador de todo ordenamento jurídico.

Apesar da vastidão semântica da expressão dignidade humana, é possível uma compreensão conjetural desse princípio, em face de algumas análises acerca de seus elementos. Em linhas gerais, hodiernamente, a compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana possui matriz kantiana e pode ser compreendida do ser humano como um valor em si mesmo, não podendo ser utilizado como um mero objeto para qualquer fim, seja privado, seja público. A dignidade seria um valor estabelecido à pessoa

simplesmente pela sua condição de ser humano independente de suas ações, palavras ou até mesmo da existência de autoconsciência, o que, por si só, já excluiria qualquer ação que evidenciasse uma possível descartabilidade do ser humano (SARLET, 2006, p. 61-75). Por essa razão, a dignidade da pessoa humana (*Menschenwürde*) é essencialmente inclusiva, devendo manifestar-se também no reconhecimento e proteção às diferenças entre os indivíduos por parte do Estado, bem como no respeito às diversas manifestações de consciência, credo, pensamento, orientação sexual e demais formas de expressão do ser humano inseridas na dinâmica social (CANOTILHO, 2003, p. 225-226).

Embora pareça impossível estabelecer uma definição acabada sobre o conceito do princípio da dignidade humana, é possível empreender uma compreensão aproximada acerca de seu substrato axiológico. Na esteira deste entendimento, Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p.107-149) enumera quatro elementos componentes da dignidade humana, a saber: a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade.

É impossível conceber a igualdade apenas a partir da consideração da semelhança dos indivíduos. A natureza humana é, por si só, plural e diversificada. Conforme nos aponta Hannah Arendt (2008), a idéia da necessidade do discurso como espaço de interação trans-individual nos indica a própria condição ambivalente da natureza humana, manifestada, ao mesmo tempo, pela semelhança e dessemelhança entre os indivíduos:

A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso para se fazerem entender. Com simples sinais e sons, poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. (2008, p. 188).

Consoante aduzido alhures, é obvio que, em face das constantes mudanças vividas pelas sociedades contemporâneas, torna-se praticamente impossível “catalogar” ou “classificar” as diferenças e semelhanças que integrem os indivíduos em grupos. Por conseguinte, observa-se que, na seara do espaço público da ação e do discurso, os indivíduos se revelam e, ao mesmo tempo, se determinam como sujeitos do discurso.

Assim, ao nos referirmos à igualdade, é preciso ter em mente a complexidade desse conceito, que se mostra muito além do simples tratamento isonômico da lei aos indivíduos. A igualdade componente da dignidade humana é de caráter substancial, ou seja, deve prever o tratamento desigual a pessoas desiguais, consoante seja necessário em face da sua condição de desigualdade. Outrossim, deve ser evidenciado nesses casos o chamado “direito à diferença” entre os indivíduos. Isso significa que, em face do

reconhecimento da pluralidade e diversidade sócio-cultural entre os indivíduos, busca-se harmonizar os conflitos inerentes às condições de cada um (MORAES, 2006, p. 121-122). Essa situação, aparentemente paradoxal, nos revela também uma tensão dialética sobre a própria natureza humana e a revelação de sua identidade no âmbito do discurso e da ação.

No mesmo sentido, Robert Alexy (2008) acrescenta que a caracterização da desigualdade implica em um ônus argumentativo que justifique a necessidade da aplicação desigual de determinada norma num caso em estudo. Destarte, não estando devidamente justificada a necessidade de tratamento desigual em face de determinada desigualdade relevante à aplicação da norma, impõe-se como obrigatório o tratamento igualitário. A outro giro, também afirma o autor que, sempre que devidamente demonstrada a desigualdade, esta imporá necessariamente um tratamento desigual. Assim, Alexy compreende que o princípio da igualdade se desdobra em duas normas: a primeira determina que, se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório. Já a segunda estabelece que, se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório. Para o autor, a sistematização desse raciocínio é fundamental a fim de se evitar a aplicação arbitrária das normas. Isso significa que cabe à atividade de argumentação a justificação da razão a ser considerada suficiente para o tratamento desigual num caso concreto. Desta forma, torna-se imprescindível uma hermenêutica voltada a *ratio legis* a qual justifique ou não uma diferença efetiva ensejadora de um tratamento desigual.

Já a proteção da integridade psicofísica sugere a necessidade de amparo e proteção à integridade física e emocional dos indivíduos. Por meio desse princípio, fica terminantemente vedada toda ação que cause degradação ou violação física ou psicológica aos indivíduos. Não obstante, no âmbito das biotecnociências, esse preceito se estende também a outros tipos de ações que exponham ao risco de dano os indivíduos em face do proveito de determinadas situações (de ordem social, econômica ou biológica) que tornem limitado ou viciado o seu consentimento, bem como a determinação substancial de suas ações. Surge aí o conceito de vulnerabilidade, o qual será pormenorizadamente estudado adiante. Conseqüentemente, a proteção da integridade psicofísica do indivíduo perpassa também pela proteção deste de situações que favoreçam a prática de abusos.

A seu turno, o princípio da liberdade representa a proteção do exercício das escolhas individuais de cada um. “Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferência de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor lhe convier” (MORAES, 2006, p. 138). Assim, a liberdade significa não apenas a tutela da mobilidade biológica dos indivíduos, mas, igualmente, a proteção de sua autodeterminação, de identidade cultural e de seu modo de ser, de pensar e de viver. É possível ilustrar sobremodo a liberdade com o conceito de *vida activa* apresentado por Hannah Arendt (2008, p. 15), o qual inclui o desenvolvimento e manutenção biológica do indivíduo (chamado pela autora de labor), a possibilidade de interação do indivíduo com o mundo natural (denominado pela autora de trabalho) e a interação do indivíduo humano com outros da mesma espécie (chamado pela autora de ação). A chamada *vida activa* (expressão contraposta à chamada *vida contemplativa*, interior, voltada ao pensamento puro, denominada *bios theoretikos*) seria, desta forma, a possibilidade que os indivíduos livres teriam de escolher o destino

dos elementos labor, trabalho e ação, no curso de sua existência (2008, p. 20-26). Observa-se, desta maneira, que a liberdade encontra-se intimamente ligada à idéia da própria proteção psicofísica do indivíduo, visto que esta última impõe-se como pressuposto ao exercício daquela. De outra parte, observa-se igualmente que a proteção da integridade psicofísica do indivíduo apresenta-se também como um dos elementos componentes da liberdade (labor).

A chamada solidariedade, a seu turno, se expressa a partir da assimilação do conceito de humanidade (MORAES, 2006, p. 139), ou seja, pela concepção da necessidade de tutela e proteção coletiva. Impõe-se pelo entendimento de uma concepção triádica indissolúvel do ser humano em indivíduo / sociedade / espécie (MORIN, 2007, p. 51). Destarte, esse conceito se expressa a partir da idéia da existência de sujeitos coletivos, bem como pela proteção dos mesmos (como por exemplo, a idéia dos chamados crimes de genocídio e dos crimes contra a humanidade). Assim, a solidariedade se manifesta por meio da proteção de bens e de valores considerados coletivos, de bem comum, a exemplo da proteção dos consumidores e do meio-ambiente (MORAES, 2006, p. 139). Conseqüentemente, há de se observar que a idéia de solidariedade também perpassa a própria idéia de inclusão social, de eliminação das desigualdades sociais, conforme preceitua o art. 3º, incisos I e III da CF. Outrossim, a solidariedade implicaria também no dever de combate à marginalização e eliminação da pobreza e demais desigualdades sociais, consoante a atuação conjunta dos Poderes estatais constitucionalmente instituídos. Nesse sentido, afirma Maria Celina Bodin de Moraes:

Assim é que os incisos do art. 3º conclamam os Poderes a uma atuação promocional, através da concepção de justiça distributiva, voltada para a igualdade substancial, vetados os preconceitos de qualquer espécie. Não há lugar, no projeto constitucional para a exclusão; mas também não há espaço para a resignação submissa, para a passiva aceitação da enorme massa de destituídos com que (mal) convivemos. De acordo com o que estabelece o texto da Lei Maior, a configuração de nosso Estado Democrático de Direito tem por fundamentos a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social, e determina, como sua meta prioritária, a correção das desigualdades sociais e regionais, com o propósito de reduzir os desequilíbrios entre as regiões do País, buscando melhorar a qualidade de vida de todos que aqui vivem. A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade. (2007, p. 140).

Obviamente que os princípios acima elencados não são suficientes para esgotar o conteúdo do princípio da dignidade humana, mas tão-somente, efetuar uma aproximação de seu substrato axiológico. Dada sua amplitude, bem como sua variação de conteúdo no tempo e no espaço, torna-se extremamente difícil uma definição ou conceituação perfeita e acabada do princípio da dignidade humana, até mesmo porque,

conforme já aduzido, ele mesmo é o fim e a razão de todo direito. Sendo assim, preferimos recorrer ao estilo tópico de pensar, enquadrando a dignidade da pessoa humana como um *topos*, ou seja, um conceito que somente pode ser encontrado se pensado com base num problema concreto (*aporia*) e através da ponderação dialética de argumentos normalmente aceitos. Destarte, pode-se afirmar que: "Dignidade da pessoa humana não é passível de conceituação, se bem que o juiz possa – ou melhor, deva – decidir se tal ou qual conduta ofende o referido princípio conformador do Estado Brasileiro" (SILVA NETO, 2004-2005, p. 202).

3 A MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO REFLEXO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com vistas a garantir a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional brasileira, aprouve ao constituinte projetar alguns valores embutidos no referido princípio em direitos normatizados, os quais, dada a sua importância material na realização do princípio colocado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, classificou de fundamentais. Estes direitos, segundo a doutrina, podem ser entendidos como desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana nas diversas dimensões da existência humana.

Entretanto, apesar da íntima relação entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, ambos não podem nem devem ser confundidos. Sendo um princípio, a dignidade da pessoa humana não poderia sofrer restrições, fato que não ocorre com os direitos fundamentais, os quais não possuem caráter absoluto. Dada a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da garantia da realização desse princípio, muitas vezes a condição para sua realização pode consistir na restrição de direitos fundamentais que, num primeiro momento, derivariam daquele princípio. Por essa razão, impõe-se a necessidade de observância da proporcionalidade na restrição desses direitos, com vistas à não agressão do princípio da dignidade da pessoa. Ou seja, na restrição dos direitos fundamentais, o principal objetivo, bem como termo final consiste justamente no bem que represente o valor dignidade da pessoa humana (SARLET, 2006, p.118-119).

De acordo com o art. 5º, §2º da Constituição Federal, podemos compreender o sistema constitucional brasileiro sobre garantias e direitos fundamentais como um sistema aberto, permeável à adoção e proteção de outros direitos e garantias fundamentais que, embora possam não estar explicitamente elencados no texto constitucional, sejam decorrentes do próprio regime e dos princípios jurídicos adotados pelo Estado brasileiro. Noutras palavras, a característica principal dos direitos fundamentais residiria, antes do fato de estarem dispostos no texto constitucional, na sua fundamentalidade material, ou seja, no seu conteúdo que deve representar o princípio consubstanciado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal em diversos setores da vida e convivência humanas (MARINONI, 2004, p.2).

Dado o valor expresso em seu conteúdo, a doutrina reconhece aos direitos fundamentais dois tipos de eficácia: horizontal e vertical. A eficácia horizontal diz respeito à proteção dos direitos fundamentais pelo Estado no âmbito das relações privadas. Ou seja, materializa-se através do dever dos sujeitos de respeitarem os direitos fundamentais de

seus pares na dinâmica da convivência social. Nesse sentido, é possível entender que os direitos fundamentais oriundos da dignidade humana, dado seu caráter irrenunciável, devem ser respeitados por todos, inclusive por seus titulares, impondo, dessa forma, limitações sobre a própria autonomia privada.

De outra parte, a eficácia vertical dos direitos fundamentais refere-se às relações entre o Estado e a pessoa natural. Nessa dimensão de eficácia, é possível constatar um duplo viés do Estado em relação aos seus súditos. Tanto o dever de não ingerência na esfera de liberdade individual como também o dever de garantir aos seus tutelados a efetivação dos direitos fundamentais direta ou indiretamente garantidos pelos princípios contidos no ordenamento jurídico.

4 A REALIDADE BIOÉTICA COMO DIMENSÃO DA DIGNIDADE HUMANA:A IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA A MANIFESTAÇÃO DA BIOÉTICA COMO MODO DE SER-NO-MUNDO

Com efeito, numa realidade social e cultural cada vez mais diversificada e complexa, pode-se compreender a inviabilidade da identificação da Constituição com concepções totalizantes de caráter religioso, filosófico, moral ou ideológico (NEVES, 2007, p. 72-73). Destarte, torna-se imperiosa a necessidade de um modelo hermenêutico que contemple a temporalidade das situações sócio-políticas emergentes, com vistas a apreensão cognoscitiva do efetivo sentido da norma constitucional.

Ora, assim sendo, deve-se ter em consideração que a compreensão do sentido da dignidade humana somente poderá ser levada a cabo a partir de um paradigma hermenêutico que contemple as possibilidades de desvelamento do sentido da existência enquanto experiência do "ser" do homem no mundo *(Dasein)*. Por conta disso, torna-se imprescindível o entendimento da atividade hermenêutica como cognição dialógica entre o hermeneuta e o texto. Observa-se que a apreensão do sentido deste (sobretudo dos textos constitucionais, os quais, em sua maioria, representam determinado momento sócio-histórico de uma sociedade política) somente é possível, por meio de uma pré-compreensão inerente ao intérprete, a qual lhe permite uma projeção cognoscitiva manifestada a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um determinado sentido (GADAMER, 1997, p. 356).

Todavia, é evidente que a atividade hermenêutica não pode ficar adstrita apenas às pré-compreensões do texto em exame, mas deve estar aberta à possibilidade também daquilo que é manifestado pelo texto em sua alteridade. Ou seja, na interpretação, é imprescindível que, além das projeções significativas construídas, o intérprete se permita dialogar com um outro liame significativo trazido pelo próprio texto e manifestado por meio do diálogo com este: "O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais" (GADAMER, 1997, p. 358). Destarte, é possível entender que a atividade interpretativa não pode desprezar os "pré-juízos" ou "pré-conceitos" intrínsecos ao intérprete, mas, ao contrário, deve torná-lo consciente destes, de modo a impedir que os mesmos venham a tolher novas dimensões cognitivas apresentadas pelo texto.

Outrossim, é necessário entender que o caminho dialógico da interpretação se processa dentro do âmbito da negatividade, isto é, da consciência do não-saber (a célebre *docta ignorantia* socrática) e da busca pelo saber por meio do diálogo com o texto. Isso significa que, apenas admitindo a abertura do pensamento às possíveis respostas trazidas pelo texto, o intérprete pode interrogá-lo, realizando as perguntas certas, estando consciente da sua limitação espacial e temporal caracterizada pela historicidade, e, apreendendo também a esta mesma imersão do texto. A partir deste momento, seria possível a "fusão dos horizontes" entre os interlocutores, concretizando o processo hermenêutico (PALMER, 2006, p. 201-202).

Todavia, cumpre-nos também ressaltar que essa interação dialética da atividade hermenêutica somente é possível em razão da existência e do compartilhamento de sentidos dentro de um espaço transpessoal das projeções e possibilidades da existência (o "mundo" no sentido aduzido por Martin Heidegger) somente concebível pela linguagem. Ora, assim, pode-se afirmar que esta deve ser compreendida não apenas como um mero conjunto de signos, utilizado como instrumento para a apreensão que a interpretação dos significados (como proposto pela filosófica da consciência de Dilthey), mas antes como um universo onde os entes são revelados como seres em seu sentido (GADAMER, 1997, p. 571).

Destarte, o fenômeno da compreensão pode ser entendido como uma estrutura ontológica da própria projeção do ser no mundo, ou seja, do *Dasein* heideggeriano, em que: "o *Da* (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo uma 'propriedade do ser, mas, sim, o próprio ser'" (STRECK, 2007, p. 194).

Assim, considerando a natureza discursiva da bioética, é possível entender que a mesma revela, em suas inúmeras incursões pela cognição humana e sua relação com as várias manifestações da vida, uma autêntica projeção do ser-no-mundo (*Dasein*), na medida em que constrói possibilidades de compreensão da ingerência humana na *bíos*. Por conseguinte, o universo bioético também nos revela dimensões do próprio ser humano, bem como da sua dignidade. Portanto, a discussão tópica das questões apresentadas pela bioética, revelada em seus diversos discursos (feminista, abolicionista, principialista, universalista etc.) pode descortinar novas dimensões do substrato axiológico da dignidade humana.

5 EM BUSCA DE UM MODELO PRINCIPIOLÓGICO APLICÁVEL À BIOÉTICA

Embora se admita a necessidade imperativa de um diálogo crescente com os diversos grupos que compõem a sociedade, com vistas a construção de uma ética não-excludente, observa-se ser inócua qualquer construção ética pautada no mero relativismo moral, na medida em que é possível a existência de contradição entre determinadas posturas morais de diversos grupos existentes. Destarte, ainda considerando a necessidade de respeito à pluralidade e heterogeneidade dos grupos envolvidos, torna-se imperioso o estabelecimento de princípios éticos orientadores para o julgamento moral das ações tecnocientíficas.

Outrossim, faz-se necessária a adoção de uma principiologia problemática, aberta ao constante aperfeiçoamento e diálogo, mas pautada em pilares valorativos determinados.

Por conseguinte, é impossível pensar a ética dissociada da idéia da comunidade Como será demonstrado adiante, é possível compreender que uma ética voltada à utilização responsável das novas biotecnologias deve ter como máxima o dever de não comprometer a existência humana nas gerações futuras. O uso responsável de um novo poder requer sabedoria, ou seja, uma prudência racional somente adquirida com a experiência. Com efeito, observa-se que a reflexão ética demanda tempo e se pauta pela análise sucessiva dos erros cometidos, numa espécie de processo evolutivo, de constantes análises das ações perpetradas. Contudo, a dinâmica evolutiva dos processos tecnológicos impõe-se num ritmo muitíssimo intenso, além da capacidade reflexão cognoscitiva da ética tradicional.

Todavia, apesar de ser impossível prever os efeitos dos nossos atos num futuro distante, é possível se valer como ferramenta orientadora das ações futuras a antecipação especulativa dos desfechos dessas ações no domínio da vida humana e da natureza. É a chamada "heurística do medo", isto é, só a previsão da desfiguração e autodestruição do Homem (tanto como espécie quanto como idéia ontológica) nos ajuda a refletir e ponderar sobre os riscos de determinadas ações, bem como sobre aquilo que se há de preservar e priorizar no Homem, face a tais perigos, e assumir uma posição ou decisão sobre o que se "possa querer" (JONAS, 2006, p. 70-71).

Com efeito, este tipo de casuística apresenta-se sobremodo importante para a visualização das possíveis conseqüências futuras de determinadas ações, na medida em que estas são, até então, completamente desconhecidas. Embora os efeitos possivelmente antevistos sejam apenas meras conjecturas, é a partir dessa primeira análise, de cunho puramente imaginativo, que é possível se vislumbrar os primeiros princípios morais aplicáveis às ações oriundas dessa nova realidade tecnocientífica. Nesse sentido, Jonas afirma:

[...] o mero saber sobre possibilidades, certamente insuficiente para previsões, é suficiente para os fins da casuística heurística posta a serviço da doutrina ética dos princípios. Os seus recursos são experimentos de pensamento não somente hipotéticos na aceitação das premissas ("se tal coisa é feita, então tal coisa se sucede"), mas também conjecturais na dedução de um se para um então ("então tal coisa pode suceder"). É a luz do "então", que se apresenta a imaginação como possibilidade, como conteúdo e não como certeza, que pela primeira vez os princípios da moral, até então ali desconhecidos, porque antes desnecessários, podem tornar-se visíveis. (2006, p. 73-74).

De outra parte, surge também a necessidade de proteção das gerações futuras. Isto porque, na medida em que estas ainda não existem, não podem reivindicar quaisquer direitos. Nesse diapasão, Jonas explica que, embora seja impossível demonstrar a necessidade de qualquer compromisso ético com a existência da humanidade no futuro, é possível verificar, claramente, a partir do axioma da continuidade presumida da espécie humana, o dever de assegurar a continuidade das condições de existência das gerações futuras. Isto significa que, partindo do pressuposto que exista uma humanidade

no futuro, o dever dos indivíduos no presente é garantir condições dignas de existências das gerações futuras; ou seja, a necessidade de respeito e cuidado com as gerações futuras inclui a proibição de ações que tornem insuportáveis as condições de vida dos indivíduos as gerações futuras (JONAS, 2006, p. 91-92). Conforme já explanado alhures, a ética, como instância filosófica justificadora das ações morais, tem a finalidade precípua de religar o indivíduo enquanto sujeito à sua comunidade (MORIN, 2005, p. 21). Logo, é possível compreender que a análise ética da utilização das novas biotecnologias deve se pautar na tensão dialética e ambivalente entre autonomia e responsabilidade. Com efeito, a responsabilidade é uma conseqüência moral necessária para a concepção de uma liberdade racional. Quem é livre, possui liberdade para fazer e é responsável pelos seus atos: "A consciência de responsabilidade é característica de um indivíduo sujeito dotado de autonomia (dependente como toda autonomia)" (MORIN, 2005, p. 100).

Outrossim, torna-se imperioso o estabelecimento de uma ética pautada na responsabilidade. Contudo, resta saber para quem ou por quem se dirige essa responsabilidade. Surge aí a necessidade de inserir dentro da ética da responsabilidade, a idéia de alteridade. Esta surge como uma idéia orientadora da responsabilidade ética da ação, no sentido de estabelecer o dever de cuidado no agir pela idéia do outro envolvido. Este outro que não é conhecido ou familiar, que não é semelhante ou ainda que não se saiba quem é. É essa idéia que nos conduz a superação das diferenças para uma reaproximação do indivíduo com a sua comunidade e, em última instância, com a sua espécie.

A inteligibilidade não remonta para aquém da presença, à proximidade do outro? É ali que a alteridade que obriga infinitamente fende o tempo num *entre-tempo* intransponível: o "um" é para o outro de um ser que se desprende, sem se fazer o contemporâneo do "outro", sem poder colocar-se ao seu lado numa síntese, expondo-se como um tema; um-para-o-outro como um guardião-de-seu-irmão, como um responsável-pelo-outro. Entre o um que eu sou e o outro pelo qual eu respondo abre-se uma diferença sem fundo, que é também a não-diferença da responsabilidade, significância da significação, irredutível a qualquer sistema. Não-indiferença que é a proximidade mesma do próximo, pela qual se delineia, e é só por ela, um fundo de comunidade entre um e outro, a unidade do gênero humano, devedor à fraternidade entre os homens. (LÉVINAS, 1993, p. 14).

Consabido, a filosofia tem reduzido a questão do sentido aos conteúdos dados à consciência: "As significações levadas pela linguagem devem justificar-se numa reflexão sobre a consciência que as visa" (LÉVINAS, 1993, p. 22). Todavia, é também evidente que nenhum dado se encontra revestido de sentido sem o aclaramento devido da situação contextual no qual este está inserido: "A significação seria a própria iluminação deste horizonte. Mas este horizonte não resulta da adição de dados ausentes, pois cada dado já teria a necessidade de um horizonte para definir-se e dar-se" (LÉVINAS, 1993, p. 23). Assim sendo, é possível compreender que a significação é,

antes de tudo, um horizonte cognoscitivo, um lugar onde se situa a apreensão do sentido pelo sujeito cognoscente. Por essa razão, é possível entender que este processo cognoscitivo se processa no horizonte referencial intersubjetivo, na instância de interação dialética cognoscitiva dos mesmos. “A significação precede os dados e os clareia” (LÉVINAS, 1993, p. 25).

De outra parte, é possível compreender ainda que, dentro desse horizonte cognoscitivo, a idéia do outro apresenta-se enquanto elemento constitutivo da própria idéia de subjetividade. Isto porque, conforme se observa, a experiência da subjetividade também suscita uma experiência da coletividade. Nesse diapasão, é possível compreender que a vida do sujeito em seu ego também traz em si o desejo de abrigar o outro, de não estar sozinho. Assim, nota-se que, em certa medida, a idéia de alteridade é parte componente da própria idéia de sujeito: “O Desejo do Outro – a socialidade – nasce num ser que não carece de nada ou, mais exatamente, nasce para além de tudo que possa faltar ou satisfazê-lo” (LÉVINAS, 1993, p. 49). Isso significa dizer que a condição de sujeito traz ao indivíduo também o desejo de descobrir novas possibilidades pelo Outro em sua vida.

Dessa forma, pode-se entender que a descoberta do sentido existencial do sujeito está relacionada com sua identificação com a alteridade. Portanto, deve-se reconhecer a ética não o caráter de superestrutura de atuação do sujeito, mas sim de elemento próprio da sua autocompreensão e autodeterminação. Sem responsabilidade, não existe liberdade. Assim, observa-se que: “A ética, aqui, não aparece como suplemento de uma base existencial prévia; é na ética entendida como responsabilidade que se dá o próprio nó do subjectivo” (LÉVINAS, 2007, p. 77).

Considerando a necessidade existencial de respeito ao outro como corolário de uma existência autônoma e racional, resta saber quem são os destinatários da responsabilidade das nossas ações. Por conseguinte, observa-se como complementar, a idéia do dever ético de proteção especial de determinados indivíduos que, por diversas causas, se encontram em situação de desvantagem, sendo presa fácil para sua exploração por parte de outros. Surge, assim, o conceito ético de vulnerabilidade.

É possível entender como vulnerabilidade a condição de sujeição aos perigos ou danos em que se encontram determinados indivíduos. Consabido, a fragilidade da condição humana proporciona, freqüentemente, a sujeição dos indivíduos a esses riscos, os quais são oriundos dos mais diversos fatores. Nesse passo, é possível entender a vulnerabilidade como característica intrínseca dos indivíduos. Nesse sentido, afirma Kottow:

Desde que J. G Herder (1744-1803) reconheceu os seres humanos como criaturas impotentes comprometidas com a incerta tarefa de desenvolver o próprio ser contando apenas com suas forças culturais, a filosofia tem considerado a vulnerabilidade dimensão antropológica essencial da existência humana. (2004, p. 71).

E prossegue o autor:

Ser vulnerável significa estar suscetível a, ou em perigo de sofrer danos. Estar vivo é uma improbabilidade biológica altamente vulnerável a perturbações e à morte, e mais ainda se vidas humanas *qua* humanas têm de ser construídas, sendo, portanto desproporcionalmente frágeis e propensas a desordens e disfunções. (2004, p. 72).

Todavia, para o autor além dessa vulnerabilidade intrínseca, os indivíduos também são afetados por circunstâncias, de ordem biológica, geográfica, social ou econômica, as quais podem agravar ainda mais sua vulnerabilidade. Nesse sentido, a vulnerabilidade pode ser compreendida como uma ausência de liberdade substancial dos indivíduos para a determinação de suas condutas, o que os predispõe a danos causados por ações maléficas de outros indivíduos mais fortes. Ou seja:

pessoas vulneráveis são pessoas relativa ou absolutamente incapazes de proteger seus próprios interesses. De modo mais formal, podem ter poder, inteligência, educação, recursos e forças insuficientes ou outros atributos necessários à proteção de seus interesses. (MACKLIN, 2004, p. 60).

Assim, Kottow apresenta a vulnerabilidade nos seguintes termos:

Além dessa vulnerabilidade básica intrínseca à existência humana, alguns indivíduos são afetados por circunstâncias desfavoráveis nas quais a pobreza, a falta de educação, as dificuldades geográficas, as doenças crônicas e endêmicas ou outros infortúnios os tornam ainda mais vulneráveis. O florescimento humano depende além disso da aquisição de algumas virtudes intelectuais e morais, empreendimento que pode ser perturbado por deficiências biológicas, educacionais ou outras de cunho social que constituem então vulnerabilidades adicionais. Para os fins desta discussão, podemos compreender a vulnerabilidade existencial do homem como primária, enquanto as deficiências circunstanciais geram uma forma secundária. Todos estão sujeitos à forma primária, mas só os infelizes padecem da segunda. (2004, p. 72).

Em seguida, conclui:

O vulnerável sofre de necessidades não atendidas,o que o torna frágil, predisposto a sofrer danos. É também propenso a ser facilmente atingido, dada sua baixa resistência ao mal. A. Sen. propôs uma iluminadora relação entre poder e liberdade. Ser pobre é ser privado de capacidades; o destituído carece da liberdade substancial necessária para levar o tipo de vida que poderia valorizar. Assim, pobreza não é só nem necessariamente falta de recursos econômicos, pois há outras circunstâncias adversas que levam à privação, como a idade, as deficiências físicas, a doença. O resultado líquido é que a destituição e a privação reduzem o campo da ação livre, e tornam o destituído mais vulnerável, ou, nos termos aqui propostos, cada vez mais predisposto aos danos e a males. (2003, p. 73).

Com efeito, é possível compreender que a vulnerabilidade extrínseca pode derivar de fatores de ordem biológica oriundos do desenvolvimento mental incompleto do indivíduo, em razão da idade ou de problemas genéticos, os quais podem afetar a capacidade substancial de compreender e determinar o sentido de suas ações e opções. Tal se dá, sobretudo, nos casos em que os pacientes de determinadas ações são crianças, adolescentes, os quais pela inexperiência, não podem consentir de forma livre e substancial para a determinação de suas ações, além de, no mais das vezes, estarem sujeitas à autoridade de terceiros (pais ou responsáveis) ou ainda indivíduos que possuidores de alguma disfunção congênita causadora de redução da capacidade cognoscitiva, encontrando-se, por esta razão, vulneráveis. Semelhantemente, observa-se que determinados grupos de indivíduos também são vulnerados em razão de mazelas de ordem social, decorrentes da falta de acesso à educação, epidemias, desastres naturais, perseguições e discriminações em razão de gênero, religião, etnia e outros fatores, em razão dos quais, encontram também vulneráveis a ações prejudiciais perpetradas por outros indivíduos com o fito de exploração, malícia ou negligência. Em suma:

Incluem-se aí membros subordinados de grupos hierárquicos como militares ou estudantes; pessoas idosas com demência e residentes em asilos; pessoas que recebem benefícios da seguridade ou assistência social; outras pessoas pobres desempregadas; pacientes em salas de emergência; alguns grupos étnicos e raciais minoritários; sem-teto, nômades, refugiados ou pessoas deslocadas; prisioneiros; e membros de comunidade sem conhecimento dos conceitos médicos modernos. (MACKLIN 2003, p. 61).

Observa-se como exemplo paradigmático dessa vulnerabilidade o chamado "Caso Tuskegee", o qual tem sido objeto de divulgação e reflexão na bioética desde a sua origem. Durante cerca de quarenta anos (entre as décadas 1930 e 1970), o Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos da América realizou uma pesquisa que envolveu 600 homens negros, agricultores, sendo 399 com sífilis e 201 sem a doença, da cidade de Macon, no estado do Alabama. O objetivo do chamado “Estudo Tuskegee”, nome do centro de saúde onde foi realizado, era observar a história natural da sífilis não tratada. Os participantes dessa pesquisa foram privados de penicilina, o principal tratamento utilizado para a doença à época (SQUINCA, 2006). Relata ainda José Roberto Goldim (2007): “Vale ressaltar que em 1929, já havia sido publicado um estudo, realizado na Noruega, a partir de dados históricos, relatando mais de 2000 casos de sífilis não tratado”.

Em nenhum momento foi revelado aos participantes do estudo Tuskegee o mal que eles portavam, nem os efeitos da doença ou os riscos aos quais estavam sendo submetidos. Os voluntários foram enganados, recebendo apenas placebo em lugar de medicamentos para o tratamento da doença. Foi-lhes passado apenas o diagnóstico de serem portadores de uma suposta patologia conhecida como “sangue-ruim”. A contrapartida dada a eles pela participação no projeto era acompanhamento médico, uma refeição quente no dia dos exames e o pagamento das despesas com o funeral, subsidiado pelo governo local. Durante o projeto foram dados, também, alguns prêmios em dinheiro pela participação.

Não obstante a extrema crueldade a que foram submetidos os voluntários do chamado “Estudo Tuskegee”, observou-se que os efeitos nefastos desse tipo de ação alcançaram muitas outras pessoas por várias gerações. Isto porque, sendo a sífilis uma doença sexualmente transmissível, e, não sabendo os voluntários a sua condição de portadores

da doença, acabaram por transmiti-la a várias mulheres, as quais, por sua vez, também sem saber, transmitiram-na, por meio da gestação, a seus filhos. Em julho de 1972, o repórter Jean Heller, do jornal Associated Press, publicou uma reportagem acerca dessas pesquisas e da sua maneira de realização, fato que ensejou o encerramento da pesquisa meses depois (RODRIGUES, 2006, p.94).

No caso descrito acima, observa-se que os voluntários envolvidos na pesquisa encontravam-se em situação de vulnerabilidade, decorrente da falta de condições materiais, de educação, e da situação de exclusão social agravada pelo preconceito racial. É possível perceber que as "cobaias" para as experiências do chamado "Estudo Tuskegee" foram selecionadas numa pequena cidade do interior de uma região pobre e manifestadamente racista. De outra parte, observou-se também que a pesquisa foi realizada sem que em nenhum momento, os voluntários envolvidos sequer soubessem da enfermidade que portavam ou de que haveria tratamento para a mesma. Pelo contrário, atraídos pela contrapartida do parco auxílio material oferecido pelo governo local – fato que já indica a condição de penúria material dos indivíduos envolvidos – esses homens, sem saber, se submeteram a um tratamento fictício de uma enfermidade notadamente conhecida como grave e letal, causadora de diversos problemas de ordem física e mental.

Com efeito, é possível compreender uma estreita relação entre a situação de vulneração e o desnudamento da vida de determinados grupos de indivíduos. A construção ideológica de determinados tipos de vida, consideradas "vida sem valor", ou "vida nua" possui como elemento catalisador a situação de vulneração na qual se encontram determinados grupos de indivíduos. Destarte, aproveitando-se dessa situação de vulneração, seria possível sujeitar a vida de certos grupos à vontade de outros, estabelecendo o despojamento das vidas sujeitadas. Logo, é possível compreender que as situações de vulneração de determinados grupos de indivíduos favorecem a adoção de práticas biopolíticas de dominação.

Nesse passo, é possível entender que, a bioética deve, necessariamente, despender esforços para proteção desses indivíduos em situação de vulnerabilidade, no sentido de buscar especificar, em suas ramificações de estudo, as situações favoráveis à vulneração desses indivíduos, a fim de especificar diretrizes de ações protetivas aos mesmos. Assim, caberia à bioética a normatização de determinadas condutas ingerentes no domínio da vida dos indivíduos, de sorte a evitar ações que favoreçam a transformação de certos tipos de vida em vida nua. Nesse sentido é o pensamento de Schramm, ao afirmar:

No caso específico que nos ocupa aqui – a moralidade da biotecnociência – , a forma de ética aplicada chamada "bioética da proteção" visa, em particular, *preocupar-se*, no sentido de normatizar tais práticas humanas, antecipando e incentivando os efeitos positivos e "prevenindo" (que é um dos sentidos da *preoccupatio*) eventuais efeitos daninhos para indivíduos e populações de humanos, ou seja, prescrever os atos considerados corretos e proscrever is incorretos. (2005, p.22).

Assim, o autor conclui:

[...] a bioética de proteção aqui esboçada pretende ser algo mais do que uma ferramenta descritivo-normativa, pois, além de ser descritiva e normativa – no sentido de entender os conflitos de interesses e de valores implicados nas práticas humanas que envolvem, por exemplo, as biotecnologias e tentar resolvê-los –, pretende, ainda, e de maneira talvez mais profunda, constituir amparo contra as ameaças à "vida nua". (2005, p.24).

Todavia, importa ressaltar que as ações protetivas propostas e intentadas pela reflexão bioética não têm (ou pelo menos não deveriam ter) o cunho paternalista. Isso significa afirmar que, sendo uma ferramenta de proteção, a bioética deve acudir aos indivíduos que têm sua liberdade limitada por fatores de ordens diversas; todavia, é preciso sempre lembrar que, como ética aplicada, cumpre também à bioética o respeito à autonomia e à liberdade dos indivíduos, evitando a adoção de ações que possam incidir sobre os interesses dos mesmos ao arrepio de qualquer circunstância. Nesse sentido é o entendimento de Marlene Braz, a seguir:

A maior dificuldade em se colocar em prática estas idéias está no preconceito e no paternalismo. As pessoas pertencentes às elites bem-informadas tendem a tomar decisões sem consultar as preferências individuais dos excluídos, assumindo o que supõem ser o melhor para eles. O princípio da beneficência não é sinônimo de paternalismo, mas é freqüentemente entendido como tal. Beneficência é a colocação de limites à autonomia individual com o objetivo de beneficiar uma pessoa, cuja autonomia esteja limitada, ou prevenir um dano. O paternalismo é assumir pelo outro, em qualquer circunstância, o que é melhor sem respeitar sua autonomia. (2005, p.57-58).

Nesse diapasão, é possível entender ainda que as ações de natureza paternalista não apenas não auxiliam a implementação de ações protetivas a grupos em situação de vulneração, como atrapalham quaisquer ações de cunho protetivo que visem efetivamente eliminar os fatores causadores da situação de vulneração. Nesses casos, é possível entender a necessidade de rejeição dessas ações, as quais podem ser consideradas como eticamente errôneas, conforme afirma Kottow:

O paternalismo é inadequado quando a conduta paternal está fora de lugar porque, bem ou mal-intencionada, se impõe e silencia decisões autônomas. Nesse sentido, a sugestão de que "ações voltadas para proteger indivíduos e grupos vulneráveis podem ser entendidas como paternalistas" é correta quando rejeita – se de fato rejeita – o paternalismo errôneo que pretende proteger os vulneráveis quando é necessário assistir na eliminação da causa de sua vulnerabilidade secundária. [...] "Esforços bem-intencionados de proteção" sempre serão paternalistas no sentido moralmente errôneo, não só porque atacam o sintoma – a predisposição – enquanto ignoram a causa – a destituição, mas também porque a assistência válida deveria ter a aceitação do protegido, para não ser paternalismo moralmente errôneo. (2004, p. 75).

Em suma, é possível compreender, de forma geral, que a bioética deve estabelecer como princípios (concebidos no presente trabalho como vetores axiológicos) a responsabilidade, a alteridade, a vulnerabilidade e a proteção. Nesse ínterim, é possível compreender que esses quatro princípios apresentam caráter complementar entre si, indispensável à compreensão dos mesmos.

A responsabilidade apresenta-se como princípio na medida em que, sendo a ética a instância filosófica de justificação da moralidade das ações perpetradas pelos sujeitos, impõe-se que a bioética – como ética aplicada à ingerência no domínio da vida biológica – a análise das conseqüências dessas ações sobre a vida. Já a alteridade, a seu turno, se impõe pela única forma real de exercício racional e equilibrado da liberdade. O respeito ao outro não pela sua semelhança ou dessemelhança, mas pela sua alteridade em apresentar-se perante cada um.

Com efeito, considerando que a força bruta se impõe por si mesma, não necessitando de qualquer tipo de ponderação, é possível entender que a única instância racional de responsabilidade é a alteridade, além de qualquer exclusão que possa desqualificar qualquer tipo de indivíduo, desnudando-lhe a vida. Demais disso, é possível compreender que, numa sociedade plural e diversificada como a nossa, o único critério ético para incluir a cada dia novos grupos, dotados de características tão peculiares, a fim de, efetivamente, impedir a exclusão de determinados indivíduos sem cair no relativismo moral (fato que tornaria absolutamente desprovido de sentido ou eficácia o debate bioético) é o respeito ao outro em sua condição de alteridade.

No tocante à vulnerabilidade e à proteção, estes princípios revelam-se, também, intimamente ligados. Ora, conforme já explicitado alhures, determinados grupos de indivíduos encontram-se em situações mais propícias a danos oriundos de ações praticadas por outros. Essas situações decorrem de diversos fatores. Por conta disso, esses indivíduos passam a necessitar de uma atenção especial, razão pela qual a discussão e estudo de meios de proteção (sobretudo pela estratégia de combate às circunstâncias que favorecem às situações de vulneração) desses indivíduos pela bioética torna-se essencial. Destarte, pelos princípios mencionados, cabe à bioética a reflexão sobre a vida, antes de sua dimensão de “qualidade” ou “sacralidade”, em seus aspectos de “fragilidade”, “nudez” ou “desamparo” (SCHRAMM, 2005, p. 21).

Por fim, importa ainda ressaltar a dignidade como princípio norteador da bioética. Ao falar de dignidade, tem-se em questão não apenas o princípio ético kantiano de não-instrumentalização do indivíduo, de considerá-lo como “um fim em si mesmo”. A idéia de dignidade apresenta-se singular na bioética, na medida em que se relaciona, simultaneamente, com todos os princípios bioéticos explanados acima. Isto porque, a dignidade se apresenta como um princípio prescritivo de não-violação e de não-aviltamento dos sujeitos em face de sua intrínseca condição de fragilidade. Significa afirmar a necessidade de respeito aos indivíduos, em face da possibilidade de sua degradação. Assim, a idéia de dignidade apresenta-se como dever ético de respeito à vida; uma necessidade ética decorrente do reconhecimento de sua fragilidade, carência e finitude. Nesse diapasão, conforme já aduzido anteriormente, considerando a ética como uma “instância de religação” entre os indivíduos, é possível compreender a dignidade como um imperativo ético que viabilize a ambivalência identidade/alteridade desse convívio. Por conseguinte, a dignidade pode ser caracterizada pela existência de garantias pelos indivíduos que possam impedir a vida de se tornar “vida nua” *(zoé)*.

Outrossim, na instância da comunidade política, a idéia de dignidade ressalta, sobretudo, a idéia da própria existência de direitos dos indivíduos, os quais atuariam como elementos limitadores da atuação soberana do Estado. Desta forma, o Estado até então soberano, passa a se tornar um Estado de direito, na medida em que ele (o próprio direito) passa a ser a instância garantidora da dignidade, bem como de sua manutenção. Logo, a dignidade enquanto princípio "politizador" da vida biológica (o qual impediria esta de ser desnudada) introduziria o conceito de cidadão, em contrapartida à simplória idéia de súdito conhecida pelos reinos e estados até a modernidade (AGAMBEM, 2007, p. 135-142).

CONCLUSÕES

Mais do que nunca, o momento vivido pela sociedade ocidental contemporânea é um momento de escolha, da direção a seguir. O rápido desenvolvimento das biotecnologias tem apresentado ao ser humano uma gama de possibilidades que somente podem ser impedidas por ele mesmo. A *parousia* da era pós-humana se apresenta como uma realidade quase palpável, porém ainda dependente das nossas escolhas morais para seu advento. Desta forma, a questão principal não é o limite a ser dado às tecnologias, mas a direção a ser tomada pelo ser humano no uso das mesmas. Assim, uma pergunta preliminar e prejudicial se impõe: que tipo de mundo queremos?

É possível optarmos por um mundo pautado numa lógica da produtividade e de satisfação individual. Um mundo no qual apenas aquelas pessoas que podem contribuir em algo a esse sistema devem participar. Se assim for, então poderemos contemplar o nascimento de um *Admirável Mundo Novo*, tal como aquele profeticamente preconizado por Aldous Huxley, cujas conseqüências e regras são obscuras, perigosas e desconhecidas, uma vez que cada um de nós outros pode, de uma hora para outra, tornar-se obsoleto ou inapto às regras do sistema e ser descartado.

Todavia, se é que queremos uma sociedade realmente pluralista e inclusiva, pautada numa lógica da alteridade – onde o respeito pelo outro não se dá pela sua condição de "eu", mas de "outro" – torna-se imperioso considerar o valor da vida humana, sobretudo em um dos seus momentos mais sensíveis: o nascimento. Com efeito, considerando a realidade da utilização das novas biotecnologias na intervenção no domínio da vida – inclusive da espécie humana – torna-se flagrante a necessidade de se observar princípios éticos que possam nortear, sob risco dar início a um colapso moral acerca da autocompreensão da própria espécie, produzindo uma era pós-humana de efeitos nefastos e tenebrosos.

Por conseguinte, mais do que uma nova fonte de conhecimento, a bioética torna-se uma necessidade, um chamado à reflexão e à retomada da vida em comunidade. Destarte, os princípios bioéticos revelam-se como vetores de ações morais, as quais visam proteger a vida em sua condição de maior fragilidade e desamparo, impedindo o seu desnudamento e garantindo a identidade dos sujeitos vulneráveis. De outra parte, considerando a moral como código doador de sentido ao Direito, é possível entender que a tutela jurídica da vida biológica necessita de uma reflexão bioética para que alcance sua finalidade principal: a proteção da dignidade humana. Não é por outro motivo que se observa o referido valor como substrato axiológico de diversos textos constitucionais. Portanto,

observa-se que a reflexão bioética é imprescindível ao Direito para conferir-lhe efetividade e aplicabilidade na proteção e guarda da vida, desvelando novos sentidos em face das constantes mudanças sócio-culturais. Outrossim, percebe-se ser de suma importância a incorporação da responsabilidade, alteridade, vulnerabilidade, proteção e dignidade (em sentido estrito) como componentes da idéia de dignidade humana, com vistas a realizar uma hermenêutica constitucional adequada aos novos avanços tecnológicos. Não obstante, a incorporação da reflexão bioética na Constituição também se mostra assaz importante à manutenção do regime democrático, na medida em que pode revelar práticas e ideologias totalitárias que se utilizam da biotecnologia para a opressão e desnudamento da vida de determinados grupos de indivíduos.

REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. **Homo sacer:** o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. 2. reimpressão, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

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

BRAZ, Marlene. Bioética, proteção e diversidade moral: quem protege quem contra o quê na ausência de um referencial moral comum? In: SCHRAMM, Fermin Roland; REGO, Sérgio; BRAZ, Marlene; PALÁCIOS, Marisa (Orgs). **Bioética, riscos e proteção.** Rio de Janeiro. Editora UFRJ: Editora Fiocruz, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Rev. trad. de Enio Paulo

Giachini. 6.ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 1997.

Goldim, José Roberto.O Caso Tuskegee: Quando a Ciência se Torna Eticamente Inadequada. Disponível em: http://www.ufrgs.br/bioetica/tueke2.htm. Acesso em: 22 out. 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do Direito.** São Paulo: Malheiros, 2002.

HÄRBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e de direito constitucional. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

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

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade:** ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

KOTTOW, Miguel. Comentários sobre bioética, vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, Vonei; PESSINI, Léo (Orgs.). **Bioética:** poder e injustiça. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris,1999.

LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. Tradução Pergentino S. Pivatto (Coord.), Anísio Meinerz, Jussemar da Silva, Luiz Pedro Wagner, Magali Mendes de Menezes, Marcelo Luiz Pelizzoli. Petrópolis: Vozes. 1993.

_____. **Ética e Infinito.** Tradução de João Gama. Rev. de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. 2007.

MACKLIN, Ruth. Bioética, vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Léo (Orgs.). **Bioética:** poder e injustiça**.** 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n.378, 20 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>. Acesso em: 08 set. 2006.

MIRANDA. Jorge. **Teoria do estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

MORIN, Edgar. **O método 5**: a humanidade da humanidade. Tradução de Juremir Machado da Silva. .4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

_____. **O método 6:** ética. Tradução de Juremir Machado da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e Direito).

PELBART, Peter Pál. **Vida capital:** ensaios de biopolítica. São Paulo: Iluminuras, 2003.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Fundamentos constitucionais da bioética.** 2006. 322f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade

do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Programa de Pós-Graduação em Direito. UNISINOS, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SCHRAMM, Fermin Roland. A moralidade da biotecnociência: a bioética da proteção pode dar conta do impacto real e potencial das biotecnologias sobre a vida e/ou a qualidade de vida das pessoas humanas? In SCHRAMM, Fermin Roland; REGO, Sérgio; BRAZ, Marlene; PALÁCIOS, Marisa (orgs). Bioética, riscos e proteção. Rio de Janeiro. Editora UFRJ; Editora Fiocruz, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA NETO, **Manoel Jorge** e. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004-2005.

SQUINCA, Flavia. Resenha do livro Ética na pesquisa: experiência de treinamento em países sul-africanos. Diniz D, Guilhem D, Schüklenk U, organizadores. Brasília: Letras Livres/Editora UnB; 2005. 192 pp. Cadernos de Saúde Pública. v.22, n.3, Rio de Janeiro Mar. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102311X2006000300026&script=sci_arttext. Acesso em: 22 out. 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

Afirma Peter Härberle (2005, p. 90-97) que a dignidade da pessoa humana impôs-se como uma espécie de “lugar comum” das ordens constitucionais européias após a Segunda Guerra Mundial. Dentre outros fatores, os horrores vivenciados durante o trágico evento ora referido. A declaração da dignidade da pessoa humana como fundamento dessas constituições aponta para uma mudança no paradigma do pensamento jurídico-estatal, o qual, nesse momento, voltava-se para uma reflexão jurídica pautada em valores.

Na mesma linha é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.72) e José Afonso da Silva (1999, p.109), compreendendo ambos os autores ser a dignidade da pessoa

humana a razão primeira para a existência do Estado ou de qualquer ordenamento jurídico.

Essa presunção apresenta uma razão de existir, visto que é impossível se valorar aquilo que não existe. Ora, dessa forma, é verdade que não é possível estabelecer qualquer dever para com aqueles que não existem; todavia, nas palavras do próprio Hans Jonas, a suposição da continuidade da espécie deve ser feita, dada a improbabilidade de conjunção de fatores nocivos que possam levar a extinção da humanidade (2006, p. 91).

Por essa razão, Lévinas afirma: "O dado apresenta-se imediatamente *enquanto* isto ou aquilo, quer dizer, enquanto significação. A experiência é uma leitura; a compreensão do sentido, uma exegese, uma hermenêutica, e não uma intuição. *Isto enquanto aquilo* – a significação não é uma modificação trazida a um conteúdo existindo fora de toda linguagem. Tudo permanece numa linguagem ou num mundo, a estrutura do mundo assemelhando-se a ordem da linguagem com possibilidades que nenhum dicionário pode determinar. No *isto enquanto aquilo*, nem o isto nem o *aquilo* se dão imediatamente fora do discurso" (1993, p. 25-26).

Nesse sentido, Lévinas continua, afirmando a alteridade como um elemento de desejo do próprio ego, do próprio sujeito. Para o autor, a idéia do outro é complementar de sentido a existência do sujeito e doadora de sentido da sua ação. Assim, ele afirma: "A relação com o Outro questiona-me, esvazia-me de mim mesmo e não cessa de esvaziar-me, descobrindo-me possibilidades sempre novas. Não me sabia tão rico, mas não tenho mais o direito de guardar coisa alguma. O Desejo do Outro é um apetite ou uma generosidade? O Desejável não preenche meu Desejo, mas aprofunda-o, alimentando-me, de alguma forma, novas fomes" (1993, p. 49).

A idéia de vida nua, introduzida por Giorgio Agambem, consistiria na anulação da existência moral do indivíduo, transformando a sua existência *(bíos)* numa vida meramente biológica *(zoé).* A vida nua é mais uma ferramenta ideológica da biopolítica, a qual atua por meio da construção de um discurso desqualificador dos indivíduos. Desta maneira, "desnudando a vida" destes, seria possível justificar e legitimar quaisquer tipos de intervenções feitas sobre o indivíduo, o qual, por alguma razão, estaria reduzido a menos do que a categoria moral de pessoa, sendo uma vida meramente biológica: o chamado *homo sacer* (homem sacro) (AGAMBEM, 2007). A vida nua foi a ferramenta ideológica utilizada pelos estados de exceção totalitários (a exemplo do nazismo), nos quais cabia ao "soberano" determinar qual seria o valor ou a ausência de valor de determinadas formas de vida as quais poderiam ou não ser vividas. Desta forma, sob a superestrutura de um discurso pseudocientífico tecnocrático, compromissado com o "poder soberano", justificar-se-iam políticas de "saúde" pública voltadas para o aborto eugênico, o infanticídio, a eutanásia e até mesmo, o genocídio. Uma verdadeira cruzada contra aqueles considerados "inferiores", ou "fracos". Assim, parece-nos elucidativo a alusão feita por Peter Pál Pelbart, ao afirmar: "O campo de concentração é o lugar em que o estado de exceção foi transformado em regra, onde a exceção perdura e onde o homem, privado de seus direitos, pode ser assassinado sem que isso se torne um crime. Não se trata, como quer a historiografia judaica, por vezes, de uma espécie de sacrifício, presente no termo Holocausto, pois é justamente a dimensão sacrificial que está suspensa: o judeu está suspenso da ordem humana e da

divina, numa exclusão normatizada. O soberano faz incidir seu poder sobre aquele que a lei exclui, a vida nua enquanto tal. A saúde da população, por sua vez, exige a eliminação da visa indigna de ser vivida. É a biopolítica transformando-se em tanatopolítica. O campo é o paradigma biopolítico contemporâneo. [...] Na biopolítica moderna o soberano é aquele que decide do valor ou da falta de valor da vida enquanto tal ou, mais radicalmente, onde essa prerrogativa desliza para as mãos da própria especialidade que se encarrega da vida, a medicina – coisa já amplamente esboçada no próprio III Reich" (2003, p. 64).

No mesmo sentido é o entendimento de Marlene Braz (2005, p. 57), para quem a alteridade ética descrita por Lévinas deve ser materializada na bioética por meio de ações dirigidas à superação das condições de desigualdade favorecedoras das diversas formas de exploração e da "vida nua". Dessa forma, a autora afirma: "É necessário, então, não só o discurso, mas a ação dirigida para superar o fosso que separa o "nós", elite bem-informada e economicamente privilegiada, dos "outros" desmedrados, fragilizados, atingidos, sem conhecimentos, sem poder, sem recursos. A coragem de deixar entrar os "outros" em sua plenitude, com seu olhar que causa estranhamento, implica a possibilidade do estabelecimento de uma sensibilidade, de uma escuta, de uma ação, de um voltar-se em direção aos desamparados. Sem isso, as diferenças entre "nós" e os "outros" inviabilizam a coexistência pacífica e a coesão social pela violência que engendram. Mesmo um Estado mínimo deve ter o compromisso de proteger a todos os membros da sociedade e mais, especificamente, aos desvalidos. É a ética da proteção".

DAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO*

THE LEGAL IMPLICATIONS OF SURROGACY

Valéria Silva Galdino Cardin
Andryelle Vanessa Camilo

RESUMO

A reprodução assistida consiste em recurso científico que favorece a fecundação humana a partir da manipulação de gametas. O direito de reprodução está associado ao planejamento familiar, que é assegurado a qualquer cidadão, casado ou não, pela Lei nº. 9.263/1996. Esta admite ainda, por meio do seu art. 9º, a utilização de reprodução assistida para realização do projeto parental. A maternidade de substituição ocorre quando um casal fornece o material genético ou parte dele a fim de que outra mulher ceda seu útero para que nele se desenvolva um bebê, que deverá ser entregue àquele casal imediatamente após o nascimento. Essa técnica é proibida em numerosos países, mas muitos ainda não dispõem de legislação acerca do tema. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº. 1.358/1992, manifestou-se sobre o tema, disciplinando que a técnica só poderá ser realizada por parentes até segundo grau e sem caráter lucrativo, disposições essas insuficientes diante de todos os problemas que geram. Acredita-se que a maternidade de substituição não seja imoral ou antijurídica, devendo ser legalizada para que se determinem de forma pormenorizada as obrigações e os deveres do casal e da mãe gestacional, observando o planejamento familiar e a paternidade responsável. Em qualquer conflito oriundo da reprodução assistida e da maternidade de substituição, os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana deverão ser observados, juntamente com o melhor interesse da criança.

PALAVRAS-CHAVE: REPRODUÇÃO ASSISTIDA. PLANEJAMENTO FAMILIAR. MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO.

ABSTRACT

Assisted reproduction is in scientific resource that promotes human fertilization from the manipulation of gametes. The reproduction right is associated with family planning, which is guaranteed to every citizen, married or not, by Law nº. 9263/1996. This also recognizes, through his art. 9, the use of assisted reproduction for completion of the project leave. The surrogacy occurs when a married couple provides the genetic material or any part thereof so that another woman give in her womb so that it develops a baby, to be delivered that couple immediately after birth. This technique is banned in many countries, but many still do not have legislation on the subject. In Brazil, the Federal Medical Council, in Resolution nº. 1358/1992, has commented on the issue by disciplining the technique can only be performed by relatives to the second degree and

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

no commercial purpose, these provisions are scarce in all the problems they generate. It is believed that surrogacy is not immoral or anti-law and should be legalized for the determination in detail the obligations and duties of the couple and the gestational mother, observing family planning and responsible parenthood. In any dispute arising out of assisted reproduction and surrogacy, the principles of affection and human dignity should be observed, along with the child's best interest.

KEYWORDS: ASSISTED REPRODUCTION. FAMILY PLANNING. SURROGACY.

1 DA REVOLUÇÃO BIOMÉDICA E DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A partir do século XX, a ciência alcançou, através do experimento e do avanço tecnológico, inúmeras descobertas direcionadas a melhorar a existência humana. O estudo pormenorizado do genoma humano, a clonagem, a criação de organismos geneticamente modificados são apenas alguns dos desenvolvimentos científicos que causaram grande repercussão na sociedade nas últimas décadas.

As técnicas de reprodução assistida são um exemplo disso. Em 1978, esses procedimentos ganharam notoriedade com o nascimento, na Inglaterra, de Louise Brown, o primeiro bebê gerado *in vitro*. Desde então, cerca de um milhão e meio de bebês nasceram, em todo o mundo, de casais estéreis.[17]

A reprodução assistida pode ser conceituada como o "conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana".[18]

Esclareça-se que reprodução assistida é a designação genérica das técnicas de fertilização em laboratório, sendo que a mais tradicional é a fertilização *in vitro*.

A reprodução assistida, enquanto permite a realização do projeto parental, gera controvérsias como as práticas eugênicas, o destino dos embriões excedentários, a

[17] Revista *Veja*. Editora Abril, edição 2032, ano 40, n. 43, de 31 de outubro de 2007, p. 101.
[18] RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. *In*: *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Coord: Ana Carolina Brochado Teixeira, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008, p. 228.

questão dos doadores anônimos, o direito à identidade ou as consequências oriundas da gestação por substituição.

A reprodução assistida pode ser homóloga ou heteróloga. Homóloga, quando os gametas forem provenientes do casal benecifiado com a técnica, e heteróloga quando ao menos um dos componentes genéticos – o sêmen, o óvulo ou o próprio embrião – é estranho ao casal.

Com o advento das técnicas de reprodução assistida houve a cisão; sexo sem procriação e procriação sem sexo são novas realidades sociais.

2 DA LIBERDADE AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O planejamento familiar está associado aos direitos de reprodução. Nas últimas décadas, tornou-se uma preocupação constante, já que sua inexistência sobrecarrega o Estado em decorrência dos altos índices de pobreza, de marginalização, e das despesas com saúde pública.

Desde 1996, o direito ao planejamento familiar é assegurado no ordenamento jurídico pátrio, que o instituiu por meio da Lei nº. 9.263. Esta o define como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direito igual de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Pode ser considerado como um ato consciente de escolher entre ter ou não filhos de acordo com seus planos e expectativas.

A Constituição Federal também assegura o planejamento familiar no § 7º do art. 226. O texto constitucional não se restringe apenas à paternidade biológica, podendo também ser utilizada a inseminação artificial.

A própria lei supracitada abre espaço para essa interpretação, ao prever, nos arts. 5º e 6º, que o planejamento familiar orienta-se pelas ações, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade, e trata como dever do Estado promover condições e recursos técnicos e científicos que assegurem o seu livre exercício.

O art. 9º vai além: “Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”.

O direito ao planejamento familiar resulta da livre escolha de um casal, porém a Constituição Federal não dá, como a qualquer outro direito, caráter absoluto; assim,

este deverá ser submetido à dignidade da pessoa humana, à paternidade responsável e ao princípio do melhor interesse da criança.

Acerca do tema, Guilherme Calmon Nogueira da Gama entende que

> [...] o direito à reprodução assistida não pode ser considerado senão dentro do contexto acentuadamente solidarista e humanista do Direito de Família, devendo ser avaliado previamente. Assim, no sistema jurídico-constitucional brasileiro, interesses meramente egoísticos da pessoa que pretende obter auxílio da técnica de procriação artificial [...] não podem autorizar tal prática. [19]

Pressupõe-se que quem se sujeita às técnicas de reprodução assistida e ao processo de adoção está disposto a exercer a paternidade responsável, razão pela qual deve o Estado fornecer condições propícias para que o projeto de parentalidade seja levado a efeito, ainda que com a utilização das técnicas de reprodução assistida.

3 DO CONCEITO DE MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

A maternidade de substituição é também denominada cessão temporária de útero[20], maternidade subrogada[21], contrato de gestação, empréstimo de útero, ou, ainda, barriga de aluguel, como é vulgarmente conhecida. Ocorre quando um casal fornece o material genético ou parte dele a fim de que outra mulher, por dinheiro ou altruísmo, ceda seu útero para que nele se desenvolva o bebê, que será entregue àquele casal imediatamente após o nascimento.

---

[19] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. São Paulo: Renovar, 2003.

[20] SILVA, Ivan de Oliveira. *Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2008.

[21] LIMA NETO, Francisco Moreira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: *Biodireito*: ciência da vida, novos desafios. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.

Segundo Jussara Maria Leal Meirelles, o termo “gestação por outrem” é o mais adequado, porque não determina a maternidade, mas restringe a situação fática a uma técnica de reprodução assistida.[22]

Nesse tipo de reprodução assistida a maternidade é nitidamente dividida ou dissociada, tendo em vista que a mãe genética, por impossibilidade física, recorre a outra mulher para que leve a termo a gravidez.

Há dois tipos de maternidade de substituição. A primeira pode ser considerada total, quando a cedente do útero gera um embrião com material genético proveniente de terceiros, ou parcial, quando esta concebe um embrião que contém seu material genético, portanto cedeu seu óvulo para a fecundação.[23]

Os primeiros casos clínicos relativos a empréstimo de útero datam de 1963, no Japão, e de 1975, nos Estados Unidos. Em 1988, tornou-se conhecida da população americana a existência de uma associação de mães de substituição.[24]

Na Alemanha[25], França, Itália, Portugal[26] e na Suécia, a maternidade de substituição é proibida. Na Inglaterra, essa maternidade não é proibida diretamente, mas os contratos de gravidez ou de mães de substituição são declarados nulos e não reconhecidos pela lei.[27]

Na Austrália, Espanha, Nova Zelândia e Bulgária, o procedimento é admitido[28], sendo que na Índia a remuneração às gestantes já foi legalizada.[29] Aliás, desde 2002, quando a prática foi admitida pelas autoridades desse país, as mulheres indianas vêm sendo muito procuradas por casais de estrangeiros. O motivo é o baixo preço do aluguel de sua barriga – 7.000 dólares, em média. O negócio assumiu tal proporção naquele país que se fala, inclusive, em "turismo da medicina reprodutiva".[30]

---

[22] Apud TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 312.
[23] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito penal genético e a Lei de Biossegurança*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 46.
[24] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
[25] Lei Protetora dos Embriões (Embryonenschutzgesetz, ESchG) de 13/12/1990, § 1, (1), 6. e7.
[26] LOPES, Adriana Dias. Gravidez a soldo: a barriga de aluguel tornou-se um negócio bem rentável no Brasil, apesar de proibido. Revista *Veja*, edição 2059, ano 41, n. 18, 7 de maio de 2008, p. 140.
[27] LEITE, op. cit.
[28] MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida*: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009, p. 56.
[29] LOPES, op.cit.
[30] Ibid.

Países como a Inglaterra[31], a Suécia, a Austrália, a Alemanha, e alguns estados dos Estados Unidos condenam penalmente os intermediários e os anunciadores que favorecem – notadamente com objetivo lucrativo – a conclusão de contratos de mães de substituição.[32]

Contudo, a Bionetics Foundation recruta mulheres no terceiro mundo, com o propósito de baixar os custos do aluguel. Igualmente na França, mais precisamente em Marseille, funciona uma entidade sem fins lucrativos, o Centro de Exploração Funcional e Estudos da Reprodução, criado pelo médico Sacha Geller, que é atualmente a maior agência de locação de úteros da França[33], embora o Código Penal incrimine a maternidade substitutiva em seu § 3 º, nº. 12 do art. 227.

Na Suíça, foi introduzida em disposição constitucional a proibição para doação de embrião e as formas de maternidade de substituição.[34]

No Canadá, a Comissão de Quebec considera ilícita a maternidade de substituição, porque considera que uma criança não pode ser objeto de transação comercial. Mas a Comissão de Ontário admite a validade de contrato, desde que tenha havido prévia autorização de um tribunal.[35]

As indicações para tal procedimento são a infertilidade vinculada à ausência de útero, congênita ou adquirida, ou uma patologia em que seja contraindicada gravidez. Contudo, muitas pessoas se utilizam desse recurso para não passarem pelos incômodos do processo gestacional.

4 DOS LIMITES BIOÉTICOS E JURÍDICOS QUANTO À CESSÃO DE ÚTERO

Embora o Código Civil de 2002 tenha surgido na aurora do século XXI, não traz menção alguma sobre a cessão temporária de útero, ainda que seja esta uma realidade na vida de muitos casais com dificuldade para a reprodução.

---

[31] Não proíbe o contrato de cessão de útero se este for a título gratuito.
[32] LEITE, op.cit.
[33] Ibid.
[34] BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana*: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 78.
[35] COLLUCCI, Cláudia. Atrás da cegonha: Brasil vira rota do turismo reprodutivo. *Folha de S. Paulo*, Cotidiano, São Paulo, domingo, 12 de junho de 2005.

Levando-se em conta que o Judiciário não poderá deixar de pronunciar-se na ausência de legislação aplicável ao caso concreto, vê-se que o debate a respeito da cessão de útero é de extrema importância. É possível sustentar a impossibilidade de contrato de cessão de útero pela ausência de um dos requisitos do art. 104 do CC que trata do objeto lícito?

Quais os critérios que deverão ser adotados para solucionar os casos de conflito positivo ou negativo de maternidade?[36] Como ficará se a mãe "cedente" do útero, embora tenha recepcionado o espermatozóide do casal "cessionário", após o prazo determinado, não entregar a criança àqueles que a contrataram? A mãe biológica poderá obter êxito em eventual demanda requerendo pensão alimentícia do doador de esperma? Qual a medida jurídica em benefício do casal que contratou os serviços da "cedente" do útero?

Como ficarão os direitos hereditários da criança concebida? Mesmo diante da entrega do bebê, conforme o contrato, a criança terá direito à herança da "cedente" do útero? Não teria a gestante de aluguel direito de ser remunerada para cumprir sua função de zelar por uma gestação que não é sua? Morrendo os contratantes durante o período de gestação, ou simplesmente recusando a criança "encomendada", quer por insatisfação, quer mera desistência, a quem caberia a guarda ou filiação do recém-nascido? No caso de uma transferência de embriões para o útero da mãe da doadora do óvulo, como ficaria a situação civil dessa criança?[37]

Outra série de considerações pode ser elencada: A "mãe de substituição" poderia solicitar medicação para a dor, durante o trabalho de parto, e os "locatários" poderiam recusá-la se entendessem ser o remédio nocivo ao bebê? Se os pais acreditam ser uma cesariana mais segura para o bebê, mas a "mãe de substituição" prefere o parto natural, qual vontade deve prevalecer? Aqueles podem, ou têm o direito de refrear o consumo de drogas que prejudiquem o desenvolvimento do feto (fumo, álcool, medicamentos tóxicos)?[38]

O fato é que apenas o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº. 1.358/1992, se manifestou sobre o tema e não abarcou outras situações que podem surgir da utilização desse procedimento:

---

[36] O conflito positivo ocorre quando várias mães reivindicam para si a maternidade da criança, e o conflito negativo quando nenhuma das mães quer assumir a maternidade.
[37] LEITE, op. cit.
[38] VIEIRA, Tereza Rodrigues; SIMÃO, Pedro Alci. Barriga de aluguel: aspectos bioéticos e jurídicos. *Revista Jurídica Consulex*. Ano XIII, º. 291 de 28 de fevereiro de 2009, p. 27.

> VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)
> As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.
> 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.
> 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.[39]

Para suprir a ausência de legislação sobre o tema, alguns projetos de lei foram propostos. Contudo, estes não são uníssonos quanto à matéria, sendo que alguns dispõem pela autorização[40] e outros pela proibição[41] da técnica.

A primeira questão a ser suscitada é se a maternidade de subtituição pode ou não ser objeto de um contrato.

Nos Estados Unidos, a questão não é unânime e a ausência de regulamentação fez com que cada estado seguisse orientação própria, sendo que alguns são contrários e outros não.[42] O procedimento só pode ser remunerado em alguns estados americanos, como a Califórnia e a Flórida, e a oferta de mães de aluguel tem crescido, sobretudo depois da invasão do Iraque, em 2003. Só no ano passado, foram realizadas 1.000 fertilizações envolvendo mães de aluguel. Em 2006, esse número ficou em 260. Mulheres de militares em missão no Iraque têm encontrado na barriga de aluguel uma forma de incrementar o orçamento doméstico enquanto o marido está em combate. Entre as americanas, o valor da barriga de aluguel gira em torno de 25.000 dólares. [43]

A jurisprudência norte-americana, entretanto, concorda que o Estado não pode interferir no projeto de parentalidade de um casal, permitindo-a.

O Brasil tem sido considerado “rota do turismo reprodutivo”, em decorrência do baixo custo dos procedimentos em relação aos preços praticados na Europa e nos Estados Unidos, e pela maior tolerância à realização de técnicas proibidas em outros países.[44]

---

[39] http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm
[40] Cf. PL-1135/2003 de Autoria do deputado Dr. Pinotti do PMDB/SP.
[41] Cf. PL-1184/2003 de Autoria do Senado Federal.
[42] COLLUCCI, op.cit.
[43] LOPES, op.cit.
[44] COLLUCCI, op.cit.

Há também doutrinadores contrários aos contratos. Segundo Heloisa Barboza, está em jogo o estado de filiação, que não admite nenhuma negociação.[45]

Existem circunstâncias em que o procedimento ocorre independentemente de interesses pecuniários, envolvendo mãe, sogra, irmã, cunhada, ou uma pessoa amiga. São ditados pela amizade, pela compaixão ou pela mera intenção de aliviar o sofrimento humano de quem não pode gestacionar.

Na prática, a história é outra. Dos 170 centros brasileiros de medicina reprodutiva, 10% oferecem aos seus clientes um cadastro de mulheres dispostas a locar seu útero e serem remuneradas por isso. Uma única clínica de São Paulo, só no ano passado, intermediou doze transações do gênero. As incubadoras humanas também podem ser facilmente encontradas na internet, em sites gratuitos de classificados.[46]

Ana Carolina Brochado Teixeira entende que o pacto de gestação deve ser analisado sob os seguintes aspectos: consentimento informado[47], interesse legítimo, gratuidade e anonimato.[48]

Quando o assunto é o direito da personalidade, questiona-se sobre quais os limites que a pessoa natural tem na disponibilidade do seu corpo.

O sistema jurídico brasileiro, de longa data, já demonstra que a indisponibilidade do corpo não é absoluta. A pessoa poderá dispor, gratuitamente, para o objetivo de transplante terapêutico.

O Código Civil, em seu art. 13, preceitua que, "salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes".

Observe-se que gravidez não suprime a saúde da gestante, tampouco onera sua integridade física. Acrescente-se também que não contraria os bons costumes, porque, ainda que a gestante tenha interesses pecuniários, o fim é humanitário.

Não se pode utilizar como argumento o art. 15 da Lei nº 9.434/1997, que prescreve: "Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano", ou ainda o

---

[45] Apud LEITE, op. cit.

[46] LOPES, Adriana Dias. Gravidez a soldo: a barriga de aluguel tornou-se um negócio bem rentável no Brasil, apesar de proibido. Revista *Veja*, edição 2059, ano 41, n. 18, 7 de maio de 2008, p. 140.

[47] A Resolução nº. 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina dispõe entre seus princípios gerais: "3. O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documentos de consentimento informado será um formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, do paciente ou do casal infértil."

[48] TEIXEIRA, op.cit.

§ 4º do art. 199 da Constituição Federal que estabelece: "A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização."

No caso de maternidade substitutiva, não há que se falar em compra ou venda de tecidos, órgãos ou parte do corpo humano. A gestante apenas presta um serviço, cede o "invólucro" para que o feto se desenvolva.

A placenta não pode ser confundida com órgão[49] ou tecido[50]. Aquela não faz parte do corpo da gestante, pois se trata de anexo embrionário, oriundo do folheto germinativo do embrião.

Note-se que não há nenhuma semelhança entre a maternidade substitutiva e a venda de órgãos. Esta é uma cessão mercenária, em que se abre mão de sua própria saúde, de sua compleição física, por dinheiro. Naquela, se fornece apenas o abrigo ao bebê, sendo que após o seu nascimento restará somente a lembrança de que esteve ali, a não ser que a gestante tenha algum tipo de problema no decorrer dos 9 meses ou do parto.

Nem mesmo a remuneração pode ser considerada ilegal, pois a paga não é pelo bebê, mas pelo serviço, uma contraprestação pelo tempo e cuidados despendidos, pelos inconvenientes hormonais, pelos deslocamentos a fim de implantar o embrião, pelo parto, pós-parto etc.

Portanto, o procedimento não deveria ser proibido em decorrência das razões acima expostas. Mas, para que não leve a uma exploração de mulheres menos favorecidas, deve haver uma legislação que fixe os requisitos para a validade do ato, determinando as obrigações e os deveres do casal e da mãe gestacional e observando o planejamento familiar e a paternidade responsável.

O termo de ajuste deverá qualificar as partes, indicar de quem são os gametas utilizados no procedimento, o prazo de validade, incluindo o período de tentativas acrescido dos 9 meses e os 40 dias subsequentes ao parto. Também deverá conter cláusulas que assegurem as obrigações dos futuros pais (como plano de saúde, seguro de vida, tratamento psicológico, prestação alimentar, a forma de remuneração, o tipo de

[49] Órgão é o conjunto de tecidos que, juntos, realizam uma determinada função biológica.
[50] Tecido é um conjunto de células especializadas que realizam determinada função em um organismo multicelular.

parto, respeitando as condições físicas da mãe de substituição, e previsão de indenização, em caso de complicações); da gestante (acompanhamento médico e psicológico periódico, cuidados com a alimentação e saúde, amamentação caso ajustada e como e quando será a entrega da criança), e de ambas as partes (o período de validade do ajuste, a previsão quanto ao possível arrependimento de qualquer das partes e foro de eleição).

5 DA DETERMINAÇÃO DA MATERNIDADE

Com as novas técnicas de reprodução assistida, manipulação de gametas, utilização de úteros cedidos, dentre outros procedimentos, a certeza jurídica oriunda do exame de DNA restou comprometida. Em decorrência disso, nas últimas décadas têm-se buscado, além da verdade biológica, a verdade socioafetiva fundada no melhor interesse da criança, para o estabelecimento da filiação.

Nas inseminações heterólogas, os pais buscam sêmen ou óvulos de terceiros; assim, em caso de exame de DNA, ficaria demonstrada com certeza a inexistência de vinculação biológica, porém não deixariam de ser pais socioafetivos, já que o projeto parental foi por eles elaborado e vivenciado.

O contrário também ocorre, na medida em que o doador de sêmen ou de óvulo, que teria o vínculo biológico com a criança nascida, não pode ter sua paternidade ou maternidade imposta, tendo em vista que apenas doou material genético e que nunca assumiu as responsabilidades e liames de uma filiação.[51]

Nessa perspectiva atual, introduzida pelas técnicas de reprodução humana assistida, é necessário que as soluções apontadas atendam aos anseios daqueles que realmente querem ser pais e, principalmente, que assegurem o melhor interesse da criança nascida.

Quanto aos conflitos de maternidade, cresce o entendimento de que a mãe biológica é a que merece a maternidade da criança, pois a mãe de substituição é apenas

[51] MOREIRA FILHO, José Roberto. Os novos contornos da filiação e dos direitos sucessórios em face da reprodução humana assistida. In: *Bioética e biodireito*: uma introdução crítica. GUERRA, Arthur Magno e Silva (org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

a hospedeira daquele ser gerado. Além disso, ao se submeter ao procedimento, já estava ciente de que gestaria uma criança, para ser entregue logo após o nascimento.[52]

Observe-se que jamais a mãe genética incidirá na conduta penalmente tipificada no art. 242[53] do Código Penal ao tentar registrar como seu um bebê gerado em outro ventre, pois a conduta criminosa é "registrar como seu o filho de outrem" e, no caso, o filho realmente tem seu material genético.

Recentemente, um juiz de Nova Lima-MG se deparou com o caso de uma avó que gerou o neto, já que a mãe biológica, sua nora, estava impossibilitada de fazê-lo. A gravidez transcorreu normalmente; todavia, quando do registro de nascimento do bebê, o oficial do registro civil notou que na declaração de nascimento da criança, fornecida pelo hospital, constava uma determinada pessoa como mãe, porém outra estava requerendo seu registro na mesma condição.

Em que pese não tenha havido, nesse caso, conflito de maternidade, o oficial do registro se utilizou do procedimento de suscitação de dúvida, previsto pela Lei de Registros Públicos, e convém consignar a fundamentação do juiz que analisou o caso:

> Sob o prisma científico e biológico, o processo reprodutivo pode ser entendido, em linhas gerais, como a combinação da carga genética dos pais no momento da concepção, que resultará, ao final da gestação, em um ser único, mas que guarda em si características hereditárias dos pais. A filiação natural decorre, portanto, da transmissão de material genético ao descendente, pelo que se recomenda a atribuição da paternidade e da maternidade àqueles que, independentemente da modalidade de concepção, forneceram voluntariamente o material genético do qual se originou o novo ser. Desse modo, com a certeza extraída do resultado do exame genético de que F. é o pai e V. a mãe, impõe-se a improcedência da dúvida, de forma que o registro reflita a verdade científica e real.[54]

Em sentido contrário, José Roberto Moreira Filho entende que se deve atribuir a maternidade à mãe que gestou a criança, por questões de afinidade e aleitamento[55], do que se discorda porque o projeto parental não era dela, sendo que a mãe gestacional é apenas um meio para sua realização.

---

[52] Ibid.

[53] Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:
Pena - reclusão, de dois a seis anos.

[54] Cf. decisão na íntegra disponível no site <http://www.tj.pr.gov.br/download/cedoc/Senten%C3%A7aMinas.doc>. Acesso em 19 de agosto de 2009.

[55] MOREIRA FILHO, op.cit.

Diante da ausência de norma positiva para os eventuais litígios decorrentes de cessão temporária de útero, acredita-se que a melhor solução seria:

a) No caso de conflito positivo de maternidade, ou seja, diante da negativa de entrega do bebê pela mulher que disponibiliza o útero para a gestação, subsistem três hipóteses:

a.1) Quando o material genético não lhe pertencer, o mais coerente será a entrega do bebê aos pais biológicos;

a.2) Quando o material genético não lhe pertencer, e também não pertencer ao casal, por ser fruto de doação, entende-se que o bebê deverá ficar com os pais que solicitaram o empréstimo do útero;

a.3) Quando o material genético também lhe pertencer, ou seja, quando for utilizado o seu óvulo e o espermatozóide do casal, o bebê também deverá ficar com o casal;

b) No caso de conflito negativo de maternidade, quando o casal se recuse a receber a criança, venha a falecer durante a gestação ou, por qualquer razão, se torne inapto a exercer o poder familiar, acredita-se que a solução que melhor se apresenta, capaz de atender ao melhor interesse do nascente, dependerá da mãe cessionária do útero:

b.1) Caso ela deseje ficar com o bebê e tenha condições psicológicas e sociais para tanto, deverá ficar com a criança;

b.2) Porém, no caso de sua recusa, não poderá ser obrigada a dar continuidade a um projeto parental que nunca desejou, razão pela qual a criança deverá ser encaminhada para família substituta.

Frise-se que, embora se proponham soluções, estas deverão obedecer às peculiaridades do caso concreto, visando ao princípio do melhor interesse da criança.

6 DO AFETO E DA PARENTALIDADE

O afeto é elemento primordial para a formação da pessoa. Pode-se afirmar que a verdadeira paternidade decorre do amor e não do vínculo biológico.

Com a desbiologização das relações familiares, o conceito de filiação foi ampliado pelo ordenamento jurídico pátrio, abarcando o reconhecimento do estado de

filiação mesmo na ausência do vínculo biológico. Tal conquista se deu por meio da Constituição Federal de 1988, que determinou a igualdade entre os filhos independentemente da origem, o que foi ratificado pelo Código Civil de 2002.[56]

Paulo Luiz Netto Lôbo adverte que "o direito converteu a afetividade em princípio jurídico".[57]

Ainda que a consanguinidade seja apresentada como fator preponderante para a determinação da relação de parentesco, não é suficiente para caracterizar a relação paterno-filial, que se configura por meio do afeto, da assistência moral, material e intelectual.

A própria inseminação artificial heteróloga, prevista em nosso Código Civil, reforça a tese da socioafetividade, enquanto na homóloga será possível unir a filiação biológica e a afetiva.

Na inseminação artificial heteróloga, não há que se falar em negatória de paternidade, a não ser que o pai não tenha anuído, nos termos do art. 1.604 do Código Civil. Quanto ao direito do menor em conhecer sua origem genética, deve ser permitido, pois esse é um direito da personalidade inerente ao ser humano, em prol de uma existência digna, tanto sob o aspecto físico quanto do ponto de vista psicológico e individual.[58] Contudo, sem que haja o reconhecimento da filiação, não gerando obrigação alimentar e direitos sucessórios.

É possível ainda entender o princípio da afetividade como espécie do princípio da dignidade humana[59].

A dignidade pode ser compreendida como a consciência que o ser humano tem de seu próprio valor[60], o respeito que pode exigir de todos pela sua condição de ser humano.[61] Constitui-se em guia de toda a ordem jurídica, restando indispensável sua existência para a ordem social.

Do respeito à dignidade da pessoa humana surgem a igualdade de direitos entre todos, a garantia à independência e autonomia de vontade e a não imposição de

---

[56] Art. 1.593 - O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem.
[57] LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 6, n. 24, jun/jul. 2004.
[58] ANDRADE, Pedro Frade de. Os contornos da paternidade: entre o sangue, o afeto e o direito. In: *Bioética e biodireito*: uma introdução crítica. GUERRA, Arthur Magno e Silva (org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.
[59] LOBO, Op. cit. p. 251.
[60] CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 42.
[61] SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de direito constitucional.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 454.

condições subumanas de vida.[62] Reconhece-se na dignidade o privilégio de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência, vida, corpo ou saúde, e de usufruir de um âmbito existencial característico seu.

Para Ronald Dworkin, a dignidade é, em certo sentido, uma questão de convenção e seu conteúdo poderá variar de acordo com a sociedade e época. Contudo, o direito que as pessoas têm de que a sociedade reconheça a importância de sua vida não pode constituir mera convenção.[63]

A dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, III, da Constituição Federal como princípio fundamental do Estado brasileiro, é um valor supremo e constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos.

Dessa forma, recorrer-se ao princípio da dignidade humana como critério interpretativo de todo o ordenamento jurídico constitucional.[64]

A Corte Constitucional alemã definiu a dignidade humana cautelosamente como "algo não ligado ao tempo, a priori, ao mesmo tempo condicionado por situações e dependente do tempo, onde tudo depende do caso individual".[65]

Jurgen Habermas, em ensaio recente, assume posicionamento firme em direção a um rígido controle normativo das novas técnicas de manipulação do genoma humano. No que diz respeito à extensão da proteção jurídica da vida humana, ele afirma a necessidade de distinção entre a dignidade da vida humana em abstrato e a dignidade garantida juridicamente a toda pessoa humana.[66]

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser estendido a toda criança que venha a nascer através da biotecnologia. Ela deve dispor das condições indispensáveis para nascer e viver em ambiente familiar e com pessoas que as queiram. O afeto é necessário para alimentar o espírito, e o alimento para manter a saúde física. A criança deverá ter direito à convivência familiar saudável, e seu bem-estar deve ser assegurado acima de qualquer outro interesse, ainda que haja conflito entre os pais biológicos ou afetivos. [67]

---

[62] NOBRE JÚNIOR, Edson Pereira. *O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana.* Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconst 0019. htm>. Acesso em 20 de setembro de 2005.
[63] DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*: Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Barcelona: Editora Ariel, 19??, p. 339.
[64] KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil*: princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2006.
[65] Ibid.
[66] HABERMAS, Jurgen. *O futuro da natureza humana*: a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 51.
[67] BRAUNER, op.cit., p. 94.

Segundo Maria Helena Diniz,

> A pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Consequentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna.[68]

Desse modo, a elaboração de uma lei deverá se ater ao princípio da dignidade, levando-se em consideração o domínio científico da técnica reprodutiva, a viabilização do projeto parental, e principalmente o princípio do melhor interesse da criança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do século XX, a ciência alcançou considerável avanço tecnológico e as técnicas de reprodução assistida são frutos desse progresso. Podem ser conceituadas como o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas.

O planejamento familiar está associado aos direitos de reprodução e é assegurado no ordenamento jurídico pátrio, que o instituiu por meio da Lei nº. 9.263/1996. Pode ser definido como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direito igual de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. A Constituição Federal de 1988 também o albergou no § 7º do seu art. 226.

A lei supracitada abre espaço para a utilização das técnicas de reprodução assistida, ao assegurar, em seu art. 9º, que, “Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”.

A reprodução assistida, enquanto permite a realização do projeto parental, também gera inúmeras controvérsias jurídicas quando divorciada da paternidade responsável.

---

[68] VIEIRA, op. cit., p. 27.

A maternidade de substituição, técnica de reprodução assistida, ocorre quando um casal fornece o material genético ou parte dele a fim de que outra mulher, por dinheiro ou altruísmo, ceda seu útero para que nele se desenvolva um bebê, que deverá ser entregue àquele casal imediatamente após o nascimento.

A maternidade substitutiva pode ser total, quando a cedente do útero gera um embrião com material genético proveniente de terceiros; ou parcial, quando esta concebe um embrião que contém seu material genético.

No Brasil, apenas o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº. 1.358/1992, se manifestou sobre o tema, disciplinando que a técnica deverá ser realizada entre parentes até segundo grau e sem caráter lucrativo, disposições essas insuficientes diante de todos os problemas que podem gerar.

Acredita-se que a maternidade de substituição não seja imoral ou antijurídica. Nem mesmo a remuneração pode ser considerada ilegal, pois a paga não é pelo bebê, mas pelo serviço, uma contraprestação pelo tempo e cuidados despendidos, pelos inconvenientes hormonais, pelos deslocamentos a fim de implantar o embrião, alterações corporais, pelo parto etc. Contudo, imperioso que seja instituída legislação fixando os requisitos para a validade do ato, determinando de forma pormenorizada as obrigações e os deveres do casal e da mãe gestacional e observando o planejamento familiar e a paternidade responsável.

Diante da ausência de norma para solver eventuais conflitos, positivos ou negativos, de maternidade, decorrentes de cessão temporária de útero, acredita-se que a melhor solução será a que favoreça a família que “encomendou” a gestação. Na recusa dessa família em receber o bebê após o nascimento, poderia então a criança ser destinada à cessionária do útero, caso quisesse e tivesse condições de exercer a maternidade responsável.

A consanguinidade, ainda hoje, é apresentada como fator preponderante para a determinação da relação de parentesco, entretanto não é suficiente para caracterizar a relação paterno-filial, que se configura por meio do afeto, da assistência moral, material e intelectual. O princípio da afetividade também pode ser compreendido como espécie do princípio da dignidade humana, e este deve ser a guia de toda a ordem jurídica, restando indispensável sua existência para a ordem social.

Em qualquer conflito oriundo da reprodução assistida e da maternidade de substituição, os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana deverão ser

observados, juntamente com os do melhor interesse do menor, do planejamento familiar e da paternidade responsável.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Pedro Frade de. Os contornos da paternidade: entre o sangue, o afeto e o direito. In: *Bioética e biodireito*: uma introdução crítica. GUERRA, Arthur Magno e Silva (org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana*: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

COLLUCCI, Cláudia. Atrás da cegonha: Brasil vira rota do turismo reprodutivo. *Folha de S. Paulo,* Cotidiano, São Paulo, domingo, 12 de junho de 2005.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*: Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Barcelona: Editora Ariel, 19??.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. São Paulo: Renovar, 2003.

HABERMAS, Jurgen. *O futuro da natureza humana*: a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil*: princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA NETO, Francisco Moreira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: *Biodireito*: ciência da vida, novos desafios. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 6, n.24, jun/jul. 2004.

LOPES, Adriana Dias. Gravidez a soldo: a barriga de aluguel tornou-se um negócio bem rentável no Brasil, apesar de proibido. Revista *Veja*, edição 2059, ano 41, n. 18, 7 de maio de 2008.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida*: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Os novos contornos da filiação e dos direitos sucessórios em face da reprodução humana assistida. In: *Bioética e biodireito*: uma introdução crítica. GUERRA, Arthur Magno e Silva (org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edson Pereira. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana.* Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconst 0019. htm>. Acesso em 20 de agosto de 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. *In*: *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Coord: Ana Carolina Brochado Teixeira, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

SILVA, Ivan de Oliveira. *Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2008.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de direito constitucional.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito penal genético e a Lei de Biossegurança*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; SIMÃO, Pedro Alci. Barriga de aluguel: aspectos bioéticos e jurídicos. *Revista Jurídica Consulex*. Ano XIII, n. 291 de 28 de fevereiro de 2009.

(RE)VISITANDO O CONCEITO DE BEM COMUM: A REVOLUÇÃO CIENTÍFICA DAS NANOTECNOLOGIAS E A CONSTRUÇÃO DE UMA EXISTÊNCIA HUMANAMENTE DIGNA [*] [**]

(RE)VISITING THE CONCEPT OF THE COMMON GOOD: THE SCIENTIFIC REVOLUTION OF NANOTECHNOLOGIES AND THE CONSTRUCTION OF A DECENT HUMAN EXISTENCE

Wilson Engelmann

RESUMO

O desenvolvimento tecnológico iniciado na última metade do Século XX, fruto do fascínio humano pelas descobertas científicas, provoca um misto entre apreensão e curiosidade. As nanotecnologias inscrevem-se nesse cenário inovador e prometem melhorar a vida dos humanos e qualificar o atendimento das suas necessidades básicas. Tudo isso precisa ser mediado por valores éticos e limites intransponíveis, pois franqueá-los pode significar a destruição da dimensão humana das pessoas. Para tanto, torna-se fundamental (re)visitar alguns pressupostos desenvolvidos a partir da ética clássica é como, por exemplo, o bem comum é, a fim de ser construído um suporte axiologicamente suficiente à projeção dos resultados nanoescalares, tendo em vista o atendimento ao bem de todas as pessoas.

PALAVRAS-CHAVES: BEM COMUM; NANOTECNOLOGIA; ÉTICA; BENS HUMANOS.

ABSTRACT

The technological development started in the latter half of Twentieth century, fruit of the human fascination for scientific discoveries, causes a mixture of apprehension and curiosity. Nanotechnology enroll in this innovative scenario and promise to improve the lives of human and qualify the care of their basic needs. Everything of this needs to be mediated by ethical values and limits insurmountable, overcame them can mean the destruction of the human dimension of people. Therefore, it becomes essential to (re) visit some assumptions developed from the classical ethics - for example, the common good - to be built support axiologically enough to the projection of the nanoscale results, with a view in the care to the people's good.

KEYWORDS: COMMON GOOD; NANOTECHNOLOGY, ETHICS, HUMAN GOODS.

---

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

[**] Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

1 INTRODUÇÃO

É objetivo deste artigo examinar os postulados da ética clássica acerca do bem comum, especialmente a partir de Aristóteles e São Tomás de Aquino, relacionando-os com algumas das propostas apresentadas por John Mitchell Finnis. A partir deste cenário, busca-se investigar como uma nova perspectiva sobre o bem comum poderá dar conta da Revolução Científica operada pelo desenvolvimento das nanotecnologias. O problema que o artigo pretende enfrentar pode ser assim delimitado: os avanços com o emprego das nanotecnologias estão preocupados em garantir efetividade aos ingredientes do 'bem comum'?

Pelo viés da transdisciplinaridade, pretende-se mostrar a viabilidade de aproximar as diversas áreas científicas já diretamente envolvidas com estas pesquisas e as contribuições que poderão ser alcançadas pelas Ciências Humanas, especialmente o Direito. A construção dos pressupostos para o 'bem comum' dependerá dessa aproximação, para que os humanos possam realmente usufruir os benefícios das descobertas viabilizadas pela nova tecnologia. Para o desenvolvimento do texto será utilizada a pesquisa bibliográfica e manejado o método fenomenológico-hermenêutico, eis que o seu autor já está desde sempre inserido no contexto histórico onde os argumentos são desenvolvidos[1].

2 A ÉTICA CLÁSSICA E O MODELO PARA O BEM COMUM

Aristóteles inicia *Ética a Nicômaco* referindo "toda arte e toda indagação, assim como toda ação e todo propósito, visam a algum bem; por isto foi dito acertadamente que o bem é aquilo a que todas as coisas visam."[2] O bem referido por Aristóteles não é o bem individual, mas uma preocupação voltada ao coletivo, característica que é completada pelos contornos do *phrónimos*. Tem-se, com essa passagem inscrita no Livro I, o ponto de partida para a construção do bem comum.

Ao apresentar a ação como um dos modos de implementação do bem, indica a preocupação aristotélica com a intervenção da prática humana. O bem supremo buscado pela maioria dos homens é a felicidade, isto é, "viver bem e ir bem equivale a ser feliz".[3] O mencionado fim deve ser buscado pela pessoa, ou seja, a sua atuação prática (racional) estará canalizada à concretização desse objetivo: "a causa final ou o bem (pois este é o fim de qualquer geração ou movimento)."[4] O desenvolvimento dessa vida plena depende da observância e do cultivo de algumas virtudes:

A felicidade não está na magnitude das riquezas, senão na boa índole da alma. Nem sequer do corpo se diz que se encontra bem quando está magnificamente vestido, senão quando está são e em boas condições, inclusive quando lhe falte semelhante ornamentação. Da mesma maneira, somente a alma cultivada deve chamar-se feliz; e somente o homem que tal é, não o homem magnificamente ornado com bens externos, porém carente de toda valia própria.[5]

A busca da felicidade[6] importa no comprometimento interno de cada pessoa e no cultivo de algumas virtudes. Não se pensa num conjunto de "ornamentos" externos ao corpo. É por isso que a busca do bem é o elemento motivador responsável por sustentar a unidade do comportamento humano.[7] A busca da felicidade, como o bem maior que motiva as pessoas, corresponde ao elo que aproxima e consolida no ser a dimensão humana. Transforma as diversas dimensões do humano num conjunto harmônico, a que se chama de pessoa, como um ser relacional[8], político e social. Essa inter-relação é a marca principal que justifica a própria existência humana. A preservação deste conjunto é o desafio que se apresenta no atual contexto da Revolução Científica projetada pelas nanotecnologias, como se verá a seguir.

O viver bem equivale a ser feliz. Portanto, não se pode esquecer "que o homem feliz vive bem e se conduz bem, pois praticamente definimos a felicidade como uma forma de viver bem e conduzir-se bem."[9] Fica evidente uma aproximação com a moral na condução de cada ser humano, pois a conduta boa é aquela amparada moralmente, ou seja, em determinados valores, considerados relevantes, como a busca da verdade à implementação da felicidade.

A ética formulada por Aristóteles mostra uma concepção teleológica onde o fim da vida humana não depende da vontade da pessoa, mas já está previamente dado: "(...) não é meramente a *pólis*, mas o próprio *kósmos*, a própria ordem das coisas, que fornece o contexto no qual a justiça e a razoabilidade prática[10] estão relacionadas."[11] Isso aponta para a seguinte característica presente na ética aristotélica, que também pode ser chamada de ética clássica: a pessoa não delibera sobre os fins, mas apenas sobre os meios, pois já está marcado um *telos* objetivo do homem que aponta para o bem moral. A ética aristotélica, portanto, deverá ser examinada neste seu contexto histórico. A modernidade[12] revelou às pessoas uma outra possibilidade: uma autonomia em relação à natureza e a autonomização do ato de construir os meios e os fins. Estes últimos já não são mais recepcionados prontos da natureza, mas são projetados pelo agir humano[13].

É no desafio aberto por estas duas perspectivas que os humanos começam a esboçar o seu plano de felicidade, a saber, o seu caminho onde pretende deliberar sobre meios e fins. De certo modo, a noção de bem comum ganha força neste cenário, como uma influência recíproca entre meios e fins e o individual e o coletivo.

Nesse contexto, torna-se interessante agregar algumas idéias de São Tomás de Aquino, onde já se verificam modificações em relação ao pensamento de Aristóteles. Para aquele, "bem é o que todos desejam". Para isso, é colocado em jogo o primeiro preceito da razão prática: "deve-se fazer e buscar o bem e evitar o mal."[14] Este bem deverá ser buscado por todos, os quais devem abster-se da prática de condutas más (inadequadas). O bem comum assim desenhado apresenta uma íntima conexão com a moral, chamando a todos na sua construção.

Quando é referida a "razão prática", tem-se como ponto de vista a razão, o modo de proceder, de agir. Por isso, segundo São Tomás de Aquino, a busca do bem integra o ponto de partida da razão prática, que é própria do agir humano, essencialmente contingente, aspecto que também fundamenta a sua noção de lei, pois "a lei é a ordenação da razão para o bem comum."[15]

Para São Tomás de Aquino, a busca pelo bem é algo auto-evidente e serve como justificativa para a concepção inicial acerca da razão prática, valendo como um meio termo entre o sujeito e o predicado. Vale dizer, é desse princípio que dependem os demais princípios que sustentam a racionalidade humana, especialmente vinculada com a inteligência humana, a qual não pode ser desconhecida.[16] Isso faz sentido, pois a razão prática é um princípio para a ação que versa sobre todos os atos, que se apresentam como particulares e contingentes, envolvendo as obras humanas. Com tal contorno,

Na ordenação das ações, não há a mesma verdade ou retidão práticas em todos, quanto ao particular, mas só, quanto aos princípios gerais. (...) a verdade ou a retidão das conclusões particulares da razão prática não é a mesma para todos, nem para os quais o é, é igualmente conhecida. Assim, todos têm como reto e verdadeiro que devem agir segundo a razão.[17]

No cenário da auto-evidência, pode-se dizer que todos conhecem o ponto de partida, mas a sua aplicação prática, em cada situação concreta, varia e nem sempre leva à mesma conclusão. Quer dizer, todos conhecem a noção de bem, eis que todo ser humano, sendo racional, pode acessá-la. Entretanto, a sua aplicação prática sofre variações de pessoa para pessoa e de situação para situação. Aí, pois, o contorno da contingência do gênero humano e o nascimento da idéia de bem comum. Todos sabem que o bem deve ser buscado e o mal evitado. No entanto, há diversos modos para concretizar esse princípio. Todas as pessoas têm consciência que a humanidade deve perseguir o bem, como decorrência da racionalidade. Entretanto, como não existe apenas um caminho, alguns não o alcançam. Esse é o desafio de qualquer discussão sobre o bem comum. Sublinhando: o bem comum no início deve converter-se em bem de todos no desenvolvimento da tessitura social. Como realizar isso?

John Finnis, examinando a concepção "bem comum", compara as características apresentadas por Aristóteles e São Tomás de Aquino, deixando destacadas as diferenças na sua contribuição para a formação do Estado e do caráter social das pessoas. No entanto, interessante observar, segundo ele, que *bonum commune*, deve ser traduzido como *"bem comum"* e não simplesmente como *"o bem comum"*. Vale dizer, bem comum corresponde a uma junção do bem de cada integrante do grupo social, prospectado para o bem do grupo social como um todo. Por isso, a afirmação inicial que se deve caminhar do bem comum ao bem de todos: as diversas comunidades como grupos de pessoas, "sendo que sua unidade não é meramente de composição, conjunção ou continuidade, mas de *ordem*, em duas dimensões: (i) das partes (membros) coordenadas umas com as outras, e (ii) do grupo e seus membros para seus propósitos organizados ou fins (*finis*)."[18] Essa junção entre a parte e o todo na construção do *bonum commune* que se busca desenvolver. Apenas o bem comum do grupo não é suficiente; fundamental, igualmente, o bem de cada um dos seus integrantes.

A razão prática, portanto, é o modo de favorecer e promover 'bem comum' das próprias comunidades. Portanto, bem comum

se refere ao fator ou conjunto de fatores que, presentes como considerações no raciocínio prática de uma pessoa, dariam um sentido a, ou uma razão para, sua colaboração com outros e dariam a si mesmo, desde o ponto de vista dos outros, uma razão para sua colaboração entre eles mesmos e com essa pessoa.[19]

O trabalho pelo bem comum está vinculado a iniciativas que visam ao bem-estar pessoal individual e coletivo, podendo ser marcada uma nítida diferença entre o *imperium* da razão individual e o *imperium* do governante político: o primeiro é colocado em ação para escolher o objeto dentro da instância desejável de um bem básico; já o segundo "é normalmente obrigatório por ser transparente para o bem comum, assim, a obrigação em geral não pode ser bem entendida a menos que e até que alguém compreenda esse tipo de bem comum que é consequência de e é iluminado pela reciprocidade da amizade."[20] No fundo, a ideia de bem comum está vinculada à concretização do individual, mas sendo de responsabilidade do coletivo e vice-versa. Há um poder (*imperium*) em ambas – individual e coletiva – mas este último deverá desenvolver as condições que viabilizem o acesso àquele, fomentando-o.

Para dar conta desse desafio é necessário o emprego da *phrónesis**[21]***. Antes de apresentá-la, Aristóteles descreve as características do *phrónimos:* "pensa-se que é característico de uma pessoa que tenha *phrónesis* ser capaz de deliberar bem acerca do que é bom e conveniente para si mesma, não em relação a um aspecto particular, (...) e sim acerca das espécies de coisas que nos levam a viver bem de um modo geral."[22] A *phrónesis* representa um saber prático, onde se pondera as razões para o agir, tendo em vista a realização do bem. Dentro do contexto aqui apresentado do bem comum, a *phrónesis* assegura a retidão do fim e também dos meios[23], embora a preocupação preliminar esteja com os meios. Portanto, o saber agir permite, com o emprego adequado da deliberação, planejar os meios para a implementação do fim (ou fins). Esse fim é o bem comum na vida de todos os humanos.

A *phrónesis* baseia-se na experiência da pessoa e está dirigida à situação concreta. Aristóteles apresenta-a como virtude ética que permite a diferenciação entre o factível e o infactível, "ela não é simplesmente uma inteligência prática e uma engenhosidade universal. O seu diferenciar abrange também diferenciação entre o conveniente e o inconveniente e, assim, pressupõe uma atitude moral, que, por sua vez, aperfeiçoa-o."[24] A vivência das situações da vida permitem a construção da *phrónesis*, pois são criadas justificativas para uma decisão razoável, respeitando-se os contornos de cada caso concreto. Também se formula com esse delineamento a crítica sobre a existência dos universais, ou seja, verdades gerais de onde se podem deduzir verdades particulares. O que se justifica razoavelmente são as verdades relativas e parciais, diante das situações da vida. Isso vale para a aplicação e concretização do bem comum. Não há um bem comum universal. Ele precisa ser trabalhado a partir das circunstâncias produzidas pela vida. Tal é a resposta, como se verá, para lidar com as nanotecnologias. Não há um modelo universal previamente elaborado para nortear as pesquisas e a aplicação dos resultados nanoescalares. Em cada caso será necessário o cuidado do *phrónimos.*

O contexto assim projetado está preparado para a deliberação[25] que "supõe uma análise, uma inter-relação de pontos de vista, uma ponderação dos prós e os contras, acerca dos diferentes meios possíveis de conduzir eficazmente à realização de um fim

na ordem humana."[26] Portanto, a ética clássica apresenta os estudados contornos para uma autêntica realização do bem comum. Não em uma perspectiva abstrata e universal, mas com o foco no particular e na efetividade em relação às pessoas e grupos por elas formados: um projeto de bem comum que esteja preocupado com o bem de todos e o atendimento das necessidades básicas (como se verá, dos bens humanos) de pessoas de carne, osso, sentimento e razão.

3 O BEM COMUM EXPRESSO NOS BENS HUMANOS BÁSICOS: UM COMPROMISSO COM O FLORESCIMENTO HUMANO PLENO.

A construção do bem comum, onde todos possam ter atendido as suas necessidades básicas, exige uma consciência moral de todos os envolvidos: sejam os particulares, sejam os representantes do poder público. Para ambos, vale a seguinte advertência de Gadamer:

Aquele que deve tomar decisões morais é alguém que já sempre aprendeu algo. Por educação e procedência está determinado, de modo que em geral sabe o que é correto. A tarefa da decisão ética é encontrar o que é adequado na situação concreta, isto é, ver concretamente o que nela é correto e lançar-se a ela.[27]

A deliberação que o *phrónimos* desenvolve parte desse aprendizado histórico, onde ele está desde sempre inserido. Vale dizer, uma decisão que tem o olhar na realização plena do bem comum e se dá a partir da atribuição de sentido forjado pela experiência e aprendizado daquele que deve deliberar. Não se trata de solução deduzida de uma resposta universal, previamente dada e já considerada correta. Pelo contrário, é uma construção levando em conta as características de cada situação da vida que espera uma decisão. Cabe observar que Gadamer não se refere à resposta correta, mas uma resposta adequada e razoável, tendo em vista a situação que se apresenta.

O saber da *phrónesis*, que conduz cada pessoa na deliberação entre meios e fins para que o bem comum seja alcançado, "não pode ser aprendido e nem esquecido". Aí ingressa a auto-evidência (não inferência de outro princípio superior) que também acompanha o primeiro princípio prático básico. Não é um saber metódico, "pelo contrário, encontramo-nos sempre na situação de quem tem de atuar e, por conseguinte, temos de já sempre possuir e aplicar o saber ético. (...) esse saber requer sempre o buscar conselho consigo próprio."[28] Isso indica a valorização da pré-compreensão, ou seja, a experiência que já se vivenciou e na qual se está inserido. A consciência de cada um é responsável pelas respostas adequadas que serão exteriorizadas. Cada integrante do corpo social deve dar a sua parcela de contribuição à construção do bem comum. Esta responsabilidade precisa ser assumida, pois ela é de todos.

As aproximações entre meio e fim também sofrem modificações, ocorrendo um distanciamento da ética clássica. Por lidar com acontecimentos humanos, não haverá um

saber revestido de caráter prévio, característica do conhecimento que poderá ser ensinado.

A relação entre meio e fim não aparece aqui nos moldes daquilo que se pode dispor com anterioridade de um conhecimento dos meios idôneos, e isso pela razão de que o saber do fim idôneo não é, por sua vez, mero objeto de um saber. Não existe uma determinação prévia daquilo em que a vida no seu todo está orientada.[29]

As decisões razoáveis sobre 'bem comum' não estão marcadas em fórmulas previamente elaboradas. Elas são construídas caso a caso, buscando a melhor solução possível. Os meios são pesquisados tendo em vista os fins pretendidos. Não há receitas, há desafios. Em John Finnis podem ser encontrados exemplos de meios e fins: as exigências metodológicas da razoabilidade prática são os meios para alcançar os fins, representados pelos bens humanos básicos.

Os bens humanos básicos representam exemplos de 'bem comum', ou seja, bens que são de todos e representam os contornos de uma existência digna, como: a vida; o conhecimento; o jogo; a experiência estética; a amizade; a razoabilidade prática e a religião. Os meios para atingir esses bens humanos são: plano coerente de vida; não dar preferência arbitrária para valores e pessoas; desprendimento e compromisso; a relevância (limitada) das consequências; eficiência dentro dos limites do bom senso; respeito por cada valor básico e em cada ato; contribuir para o bem comum; observar os ditames da própria consciência. Todos esses exemplos são perpassados por padrões morais gerais.[30] Esse conjunto forma o direito natural formulado por John Finnis[31]. No entanto, para os propósitos deste trabalho, considera-se que o conjunto metodológico e os bens básicos representam justamente a concretização da idéia 'bem comum', tanto individual como coletiva.

O exame desse material possibilita classificar o 'bem comum' em três categorias, as quais não se excluem, mas se complementam: a) os bens humanos básicos representam aquilo que é bom para qualquer pessoa; b) cada um desses bens humanos representa em si um 'bem comum', "na medida em que um número inexaurível de pessoas pode participar deles de uma variedade inexaurível de modos ou de uma variedade inexaurível de ocasiões"[32]; c) 'bem comum' como "um conjunto de condições que permita que os membros de uma comunidade atinjam por si mesmos objetivos razoáveis, ou que realizem, de modo razoável, por si mesmos, o valor em nome do qual eles têm razão de colaborar uns com os outros (positiva ou negativamente) em uma comunidade"[33]

As três categorias mostram que o trabalho com e pelo 'bem comum' pressupõe a colaboração de todos, conjugando o 'princípio da subsidiaridade' que aponta para uma função educativa do grupo, a fim de auxiliar a cada um dos participantes "a ajudar a si mesmos, ou, mais precisamente, a constituir-se a si próprios por meio das iniciativas individuais de escolher compromissos e de cumprir esses compromissos por meio de inventividade pessoal e esforço em projetos."[34] As diversas categorias de 'bem comum' estão preocupadas em atender às necessidades humanas básicas, mas, apesar

disso, também pretendem ensinar cada integrante do corpo social a trabalhar em benefício dos objetivos e necessidades do todo. Sublinhando: 'bem comum' não significa apenas receber, esperar mas agir e buscar. "Se a pessoa puder obter os objetos e as experiências desejados por meio de sua própria ação, melhor. Apenas na ação a pessoa participa plenamente dos bens humanos."[35] O participar, o agir, significa o exercício de uma atuação no desenvolvimento de condições e aspectos necessários para que a sociedade e cada um dos seus integrantes consiga ter o pleno florescimento dos bens humanos básicos; e, com eles, experimentar o autêntico bem comum.

Os aspectos apontados se coadunam com a perspectiva dada pela razão prática. Dito de outro modo: tanto a preocupação de John Finnis como o desenvolvimento do arcabouço de 'bem comum' não se inserem num estudo meramente teórico, mas preocupado com a prática e a sua aplicação aos casos da vida dos humanos. Essa constatação é confirmada em outra obra: "que cada bem humano básico seja tratado como o que ele realmente é: uma razão básica para ação (respeito, promoção), entre outras razões básicas para ação de que direções 'integrais' não são para ser reduzidas ou desviadas por paixões irracionais."[36] Para que se possa almejar os bens humanos básicos (bem comum) devem ser manejadas as diversas possibilidades de caminhos abertos pela razoabilidade prática. A conjugação de ambos busca uma resposta racionalmente adequada (razoável, não a única) para os humanos. Quer dizer, o *phrónimos*, caracterizado a partir de Aristóteles, observa a razoabilidade prática, ou seja, é razoável praticamente e, em função disso,

consequente, atento a todos os aspectos da potencialidade humana e sua plena realização, e consciente da limitada possibilidade de medida entre tais aspectos; preocupado por remediar as deficiências e fracassos, e consciente das raízes de tais deficiências nos diversos aspectos da personalidade humana e nas condições econômicas e em outras condições materiais da interação social.[37]

Essa caracterização permite dizer que a razoabilidade prática é o elemento de constituição da *phrónesis* aristotélica e a atuação do *phrónimos* é a prática da razoabilidade delineada a partir de John Finnis. Não se trata de uma simples prática, mas de uma ação preocupada com o atendimento das necessidades pessoais e um comprometimento com os bens humanos do grupo social. Nesse cenário, se justifica a deliberação, tomando em conta as razões básicas para a escolha e a ação, lastreadas no atendimento aos bens humanos. Para tanto, deve ser valorado o seguinte princípio fundamental: "tome como premissa pelo menos uma das razões básicas para a ação e siga ao ponto que você de alguma forma trouxe sobre a instantaneidade daquela necessidade em ação. Não aja sem objetivo."[38] Estabelecer um plano coerente de vida parece ser uma alternativa interessante para traçar um objetivo bem claro a ser alcançado. Os bens humanos são as razões básicas para orientar a ação.

Dos bens humanos apresentados por John Finnis, embora se reconheça que não seja uma lista exaustiva e não exista uma hierarquia entre eles, a vida humana se apresenta como o mais importante e o mais básico de todos. É um dos expoentes do bem comum que permite a participação de muitas pessoas e de maneiras indefinidamente diferentes.

Essa indefinição de número de possibilidades faz com John Finnis chame tais possibilidades de "senso de muitos propósitos indefinidos e dando suporte racional para muitos objetivos indefinidos. Este senso de 'razão (básica) para ação' dá apoio a todas as outras necessidades humanas básicas"[39] anteriormente apresentadas como exemplos concretos de bem comum. Em decorrência das múltiplas possibilidades de realização dos bens humanos, especialmente a vida, é obrigação humana o exercício da escolha racional que tem, pelo menos, três sentidos distintos: a) exige a participação dos aspectos metodológicos da razoabilidade prática antes referidas; b) a escolha deverá ser justificada racionalmente, com a avaliação consciente das consequências; e c) a decisão e a ação precisam tomar em consideração as outras possibilidades, pois devem levar a uma resposta razoável, ou melhor: o resultado final deverá ser o mais adequado para responder e resolver a situação da vida.[40]

Por isso, a exigência do saber moral, e aí a sua vinculação com a *phrónesis*, não se preocupam com a regra geral, teoricamente formalizada. Pelo contrário, trata-se de uma conjugação entre o ser e o saber que se operacionalizam de modo a corresponder à decisão moralmente aceita, que se deixa visualizar frente à aplicação ao caso concreto. Com isso, também se justifica uma releitura da *phrónesis* aristotélica, que não deverá mais ser focada apenas nos meios, mas também lançar preocupação com os fins.

As novas tecnologias exigirão um retorno à *phrónesis*, que representa um resumo da velha sabedoria grega dos limites, pois abarca o "pensamento humano"[41], destacando que o agir humano é limitado, expresso pela contingência do seu ser-no-mundo. É essa sabedoria que deverá ser (re)descoberta a fim de se dar conta dos desafios que serão projetados pelas descobertas com o emprego das nanotecnologias.

4 O BEM COMUM COMO O BEM DE TODOS: POSSIBILIDADES DAS PESQUISAS COM O EMPREGO DAS TECNOLOGIAS EM NANO ESCALA.

Em meados do século XX assistiu-se a um novo salto nas descobertas científicas, ou seja, uma nova etapa das investidas humanas nas forças da natureza, tendo em vista tirar-lhe energias para a melhoria da vida das pessoas.

Essa foi a proposta imaginada por Richard Phillips Feynman, já em dezembro de 1959, quando referiu a possibilidade de inserir o conteúdo de 24 volumes da Enciclopédia Britânica na cabeça de um alfinete[42]. Quer dizer, ele lançava, a partir dessa observação, as questões atinentes à manipulação e controle de coisas numa escala muito pequena. Até então, a análise ficava restrita ao microscópico. Feynman queria ultrapassar esse limite, na medida em que apresentava a possibilidade de se investigar e aproveitar as coisas projetadas em escalas não visíveis microscopicamente, referindo a existência de espaços de análise muito além dos imaginados e conhecidos até então. Tal discurso, que tinha uma forte conotação de ficção científica naquela época, mostra-se hoje como uma espécie de fronteira do conhecimento ou uma linha que a investigação científica está ultrapassando; constatando a existência de 'espaço suficiente lá embaixo'.

O "mundo nano" não foi descoberto agora, ele sempre existiu e representa o trabalho silencioso da natureza que os humanos estão começando a desvelar. Hoje se fala em 'nanociência', 'nanotecnociência', 'nanomedicina', 'bionanociência'. São expressões

que se tornam comuns e que mostram a possibilidade de estudos e aplicações dos resultados em escalas menores do que as microscópicas. O prefixo “nano”, denota um fator de 10^{-9}, tendo origem grega *nanos*, significando ‘tornar menor’.[43] Ao se examinar uma célula humana, verifica-se que ela tem cerca de 20 micrômetros de diâmetro. Isso quer dizer: “um micrômetro é um milionésimo de um metro; logo, a célula é aproximadamente quatro ordens de grandeza menor do que uma formiga”.[44]

Já a nano-escala desce a um outro nível, pois “um nanômetro é um bilionésimo de um metro, assim a nano-escala é cerca de três ordens de grandeza menor do que a própria célula”.[45] Esse é o contexto das investigações que se abrem: são muitas possibilidades e se espera uma variada gama de avanços para o atendimento dos bens humanos básicos, especialmente a vida[46]. “No caso do nano-mundo, a fusão simbiótica entre ciência e técnica se deu num período de tempo consideravelmente menor que no macro- e micromundo”.[47]

Vive-se, portanto, num momento particular da história do conhecimento científico, pois está sendo gerada uma verdadeira mudança revolucionária. É um descobrimento que não permite a acomodação dos conceitos até então existentes: “não se pode passar do velho ao novo mediante uma simples adição ao que já era conhecido.”[48] Este é momento vivido a partir das nanotecnologias. São conceitos e possibilidades que não se acomodam na perspectiva microscópica conhecida. A distinção é muito grande. Por isto, trata-se, na verdade, de uma verdadeira Revolução Científica.

Dito de outra forma, a revolução científica “é um episódio de desenvolvimento não-cumulativo, no qual um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior.”[49] Estes momentos revolucionários precisam ser percebidos e colocados ao dispor do progresso humano em diversos níveis, mediante a valorização da seguinte capacidade humana: “se pudermos aprender a substituir a evolução-a-partir-do-que-sabemos pela evolução-em-direção-ao-que-queremos-saber.”[50] Dar-se conta do saber e do aprender, será fundamental para que a revolução científica possa ter seus resultados focados nas necessidades do ser humano.

Nesse cenário verifica-se o nascimento de uma nova ciência – a nanotecnociência – a partir da nanotecnologia, que se refere somente à escala (a nanoescala), que exigirá uma nova filosofia, pois seus pressupostos são distintos daqueles conhecidos até aquele momento.[51] Um detalhe desta nova ciência pode ser assim caracterizado: “não simplesmente descreve os processos da natureza na escala nano, mas transforma ativamente a natureza sobre a qual trabalha.”[52] Este delineamento científico deverá merecer a atenção na estruturação epistemológica desta nova ciência, eis que se distingue de tudo o que o humano desenvolveu até este momento histórico: “cada tipo de máquina molecular utilizada pela natureza se copiará, modificará, melhorará, reinventará. [...] A indústria material do futuro [hoje] está começando a nascer por meio da fusão de quatro setores: as biotecnologias, a vida artificial (ou neobiologia), a eletrônica molecular (com a biótica) e as nanotecnologias.”[53]

O campo que se projeta deverá ser abraçado especialmente pelos países em desenvolvimento, os quais não poderão, neste momento, permanecer inerte, pois isso gerará, no futuro próximo, a posição de importadores da tecnologia[54]. Pelo contrário, deverão “desenvolvê-la com criatividade, responsabilidade e inovação.”[55]Pelos aspectos já examinados, vislumbra-se um campo fértil para a transdisciplinaridade, pois

a nanotecnociência é um conjunto de procedimentos de várias disciplinas, ou seja, trata-se de uma ciência em construção, para a qual, no entanto, um grupo de conceitos-chave é comum: microscopia de alta resolução e miniaturização, vinculada à manipulação de 'cima para baixo' (top-down); construção 'de baixo para cima' (bottom-up), que precisa de procedimentos de auto-arranjo (self assembling); fenômenos emergentes e síntese de nanopartículas.[56]

Mais do que novos termos científicos, os nano-conceitos deverão refletir prática, ação e atendimento às necessidades básicas humanas. Além disso, eles deverão merecer respeito dos homens a partir do momento em que são colocados em prática e relacionados com as forças da natureza. A manipulação dessas forças deverá levar em consideração a finitude humana e particularmente a resignação no tocante às forças (desconhecidas) da natureza, que já existem, mas estão sendo descobertas com o emprego da nova tecnologia e com o auxílio de diversas áreas do conhecimento. Por tais características, fica evidenciada a perspectiva transdisciplinar, que inicia a partir da mecânica quântica e depois com física quântica: "com o prefixo 'trans' indica, diz respeito àquilo que está ao mesmo tempo 'entre' as disciplinas, 'através' das diferentes disciplinas e 'além' de qualquer disciplina. Seu objeto é a compreensão do mundo presente [...] e se interessa pela dinâmica gerada pela ação de vários níveis de Realidade ao mesmo tempo."[57]

O horizonte histórico traçado a partir da ética clássica não deverá ser abandonado, mas (re)visitado e (re)interpretado a partir dos avanços prometidos e esperados das nanotecnologias. Com isto, a transdisciplinaridade ganha força, pois será o pano de fundo onde convergirá esta (re)leitura e os olhares e saberes das diversas áreas do conhecimento que trabalham com as descobertas nanoescalares.

O homem a partir delas, onde cada um de nós está inserido desde sempre, será um "homem simbiótico", ou seja, um homem que se mostra num conjunto coevolutivo entre ele, a sociedade e a tecnosfera: "progressiva coevolução do homem com a biosfera (principalmente mediante a agricultura e as biotecnologias); com a tecnosfera (graças às máquinas, a indústria, o comércio e a economia); com a noosfera, através dos ordenadores e as grandes redes de comunicação."[58] Este será o homem que utilizará e se beneficiará do mundo nanoescalar. Ainda um humano, talvez diferente, mas um humano. Este é o desafio que a nanotecnociência não poderá esquecer.

De qualquer modo, não se pensa em seres artificialmente criados e transistorizados. Apenas pessoas de carne, osso e razão onde o ser do ente seja mostrado e respeitado, com destaque ao atendimento dos mencionados bens humanos básicos. Se os cientistas das mais diversas áreas do conhecimento humano conseguirem perceber e respeitar os limites daí emergentes, os resultados das pesquisas com o emprego das nanotecnologias representarão uma possibilidade para destacar o humano no lugar da técnica, o conteúdo no espaço da forma.

Esse, portanto, o espaço para que o bem (ou os bens) de todos seja respeitado, provocando o verdadeiro 'bem comum', o qual deixará de ser apenas um conceito e um argumento politicamente vazio, para transformar-se em alavanca ao desenvolvimento humano e ao atendimento de suas necessidades essenciais. Portanto, é preciso tomar

cuidado para que o *'Homo creator'* não perca de vista os aspectos tradicionalmente associados ao humano: "o corpo, a finitude, a vulnerabilidade, as paixões, a morte, a vida entendida na sua imperfeição e imprevisibilidade."[59] Este homem criador e criativo deve ter consciência de que existe uma igualdade humana circunscrita à vulnerabilidade, ou seja, exposto ao próprio vertiginoso poder. Desta forma, o necessário cuidado em relação a si mesmo, percebendo a sua finitude e precariedade da vida: "cuidado de si, da natureza, do Planeta, do outro, a partir da consciência que somente juntos é possível esconjurar o espectro da catástrofe."[60] Aí a confluência do 'princípio da subsidiaridade', pois preservar as características genuinamente humanas é um dever individual e de todos, projetado pela racionalidade prática, própria do *phrónimos* que delibera sobre meios e fins, objetivando a preservação da própria humanidade transformada, simbiótica.

5 CONCLUSÃO

O percurso do texto mostrou que o bem comum deve representar mais do que um compromisso político-social. Precisa estar relacionado com o atendimento de determinados bens humanos básicos para as pessoas, pois sem os quais a dignidade humana fica seriamente prejudicada.

A atmosfera futurista que emerge da nanotecnociência acaba velando o principal objetivo: fornecer condições, alternativas e soluções para o atendimento de problemas humanos. Além disso, existe a fantasia de se produzirem super-homens e super-mulheres, robotizados e transistorizados. Essa a concepção que muitas vezes acompanha a concepção sobre o humano na era nanoescalar. Este humano, em verdade, referem-se a qualificativos vinculados às pessoas com as mesmas características físicas e racionais, mas que têm a esperança de maiores e melhores possibilidades para verem atendidas suas necessidades.

Entretanto, esse não poderá ser o único foco: o desenvolvimento de condições para o desenvolvimento humano e o atendimento de necessidades básicas de sobrevivência digna deverá merecer total atenção pelos olhares das diversas áreas do conhecimento. Em suma: os avanços nanotecnológicos deverão promover o pleno florescimento humano (Finnis). Talvez seja uma excelente oportunidade para a prática transdisciplinar, possibilitando o diálogo e a troca de experiências entre tudo aquilo que já foi produzido e a partilha das potencialidades. E mais: vivencia-se uma oportunidade única para que o bem comum possa ser efetivado como o bem de todos, mediante o aproveitamento das descobertas operadas com as nanotecnologias.

De tudo isso, se verifica que o problema levantado inicialmente ainda não poderá receber uma resposta bem acabada. O contexto científico ainda não está integralmente delineado, pelo que tudo indica conhece-se apenas uma pequena ponta do iceberg, que representa a energia existente na natureza em escala nano.

As promessas são muitas. O desafio está em concretizá-las de tal modo que o elemento humano não seja esquecido. Aí a proposta de inserção do bem comum. Não poderá representar apenas o bem e a prosperidade dos órgãos e laboratórios financiadores das pesquisas; todos deverão perceber e vivenciar os resultados positivos. Além disso, como

se trata de uma investida na natureza, haverá momentos em que o trabalho deverá parar e merecer a avaliação do já construído. E por qual motivo? A preservação da humanidade dos seres humanos e do seu *habitat* natural: o Planeta Terra. De outro modo: é preciso dividir as forças nano para o bem das pessoas.

Mediante a consideração do primeiro princípio prático básico resta claro que todos temos razoável clareza sobre o ponto de partida: respeitar determinados limites do próprio humano e da natureza. Para tanto, mais do que em nenhum outro momento, a *phrónesis* deverá ser colocada em prática e tida como parâmetro para a conduta de todos os integrantes do grupo social. Haja vista que todos são responsáveis pela construção do bem comum. Assim, cada pessoa deverá assumir a sua parcela: o conhecer, o questionar, por um lado; o informar, esclarecer e avaliar as possibilidades e os riscos, do outro. Aí a materialização do 'princípio da subsidiaridade', como um princípio piloto do cuidado do humano com a própria humanidade.

Essas são algumas considerações provisórias acerca do tema. A continuidade da caminhada dará outras respostas. O importante é a inserção das ciências humanas nesse contexto das nanotecnologias e que os cientistas tenham consciência de gerar resultados para o bem de todos.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Traduzido do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: UnB, 2001.

_____. *Metafísica.* 2. ed. rev. 3. reimp. Edição trilingue por Valentin García Yebra. Madrid: Editorial Gredos, 1998.

AUBENQUE, Pierre. *A Prudência em Aristóteles.* Tradução de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, 2003.

ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *A Nanotecnociência como uma Revolução Científica: os Direitos Humanos e uma (nova) filosofia na ciência*. (texto ainda inédito).

ERENO, Dinorah. Beleza Fundamentada. *Revista Pesquisa FAPESP,* São Paulo, nº 146, abril 2008. Disponível em: < http://www.revistapesquisa.fapesp.br/?art=3498&bd=1&pg=1&lg>. Acesso em: 27 agosto 2009.

FEYNMAN, Richard P. *Plenty of Room at the Bottom.* Disponível em: <http://www.its.caltech.edu/~feynman/plenty.html. > Acesso em: 05 de julho de 2009.

FINNIS, John Mitchell. *Direito Natural em Tomás de Aquino:* sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Tradução de Leandro Cordioli e revisão de Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.

_____. *Lei natural e direitos naturais.* Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

_____. *Observaciones del Profesor John Finnis para las Jornadas a 25 años de la publicación de Ley Natural y Derechos Naturales.* Evento realizado em 09 e 10 de junho de 2005, na Universidad Austral, Buenos Aires. Mimeo.

_____. *Aquinas:* Moral, Political, and Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 1998.

_____. Natural Law and Legal Reasoning. IN: GEORGE, Robert P. (edit.). *Natural Law Theory:* Contemporary Essays. Oxford: Clarendon Press, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. L'Idea del bene tra Platone e Aristotele. IN: *Studi Platonici.* 2. edizione italiana a cura di Giovanni Moretto. Genova: Casa Editrice Marietti, 1998.

_____. *Verdade e Método:* Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, vol. I.

GALLO, Jairo Giraldo. El Nanomundo, otro universo del Dr. Einstein. IN: GALLO, Jairo Giraldo; GONZÁLEZ, Edgar; GÓMEZ-BAQUERO, Fernando (edit.). *Nanotecnociencia:* nociones preliminares sobre el universo nanoscópico. Bogotá: Ediciones Buinaima, 2007.

GRISEZ, Germain G. The First Principle of Practical Reason: a commentary on the 'Summa theologiae', 1-2, Question 94, Article 2. IN: FINNIS, John Mitchell (edit.). *Natural Law.* Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited. 1991, vol. I.

GRUPO ETC. *Nanotecnologia: os riscos da tecnologia do futuro:* saiba sobre produtos invisíveis que já estão no nosso dia-a-dia e o seu impacto na alimentação e na agricultura. Tradução de José F. Pedrozo e Flávio Borghetti. Porto Alegre: L&PM, 2005.

HABERMAS, Jürgen. Modernidade, um projeto inacabado. IN: *Um ponto cego no projeto pós-moderno.* Tradução de Otília B. Fiori. São Paulo: Brasiliense, 1992.

JAEGER, Werner. *Aristóteles.* Bases para la historia de su desarrollo intelectual. Tradução de José Gaos. México: Fondo de Cultura Econômica, 2001.

KUHN, Thomas S. *Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos.* Tradução de José Romo Feito. Barcelona: Paidós Ibérica, 1989.

_____. *A Estrutura das Revoluções Científicas.* Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LAMPTON, Christopher. *Divertindo-se com Nanotecnologia.* Tradução de Amir Kurban. Rio de Janeiro: Berkeley, 1994.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Tradução de Marcelo Pimenta Marques. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

MASSINI, Carlos Ignácio. *La Prudencia Jurídica:* Introduccion a la Gnoseologia del Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

MALDONADO, Carlos Eduardo. Filosofia de la Ciencia y Nanotecnociencia. IN: GALLO, Jairo Giraldo; GONZÁLEZ, Edgar; BAQUERO-GÓMEZ, Fernando (Edit.). *Nanotecnociencia:* nociones preliminares sobre el universo nanoscópico. Bogotá: Ediciones Buinaima, 2007.

NICOLESCU, Basarab. *O Manifesto da Transdisciplinaridade.* Tradução de Lucia Pereira de Souza. São Paulo: TRIOM, 1999.

_____. Um Novo Tipo de Conhecimento – Transdisciplinaridade. IN: *Educação e Transdisciplinaridade.* Tradução de Judite Vera, Maria F. de Mello e Américo Sommerman. Brasília: UNESCO, 2000.

OZIN, Geoffrey A. & ARSENAULT, André C. *Nanochemistry: a chemical approach to nanomaterials.* Cambridge: Royal Society of Chemistry, 2005.

PERINE, Marcelo. *Quatro Lições sobre a Ética de Aristóteles.* São Paulo: Loyola, 2006.

PULCINI, Elena. Um poder sem controles. IN: *IHU On-Line*, São Leopoldo, v. 200, 7-12, out. 2006.

ROSNAY, Joël de. *El Hombre Simbiótico:* miradas sobre el tercer milenio. Tradução de Alicia Martorell. Madrid: Cátedra, 1996.

SÃO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica.* 2. ed. Tradução de Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Sulina, 1980.

SCHELER, Max. *Ética:* Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. Tradução de Hilário Rodrigues Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948.

SCHULZ, Peter Alexander Bleinroth. De volta para o futuro: os precursores da nanotecnociência. *Cadernos IHU Idéias.* São Leopoldo: Unisinos, v. 95, 2008.

SHAKESPEARE, William. *Hamlet.* Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2006.

STEIN, Ernildo. Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano. IN: *Sobre a Essência do Fundamento. Conferências e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger.* Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1979.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:* Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

[1] Sabendo-se que o método visa a aproximação entre o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado, cabem algumas considerações sobre a metodologia que sustenta este artigo: o "método" fenomenológico-hermenêutico (STEIN, Ernildo. Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano. IN: *Sobre a Essência do Fundamento. Conferências e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger.* Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural – Coleção Os Pensadores, 1979). As descobertas com as nanotecnologias são desenvolvidas tendo em vista os destinatários dos seus próprios resultados. Vale dizer, não se fará uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos. Pelo contrário, o sujeito (o pesquisador) está diretamente implicado, pois relacionado, com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados (suas descobertas e potencialidades). Assim, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, ele está no mundo onde a pesquisa será desenvolvida. Aí o significado do fenômeno. Já essa constatação fenomênica receberá a atribuição de sentido, a partir do círculo hermenêutico, especialmente a partir das contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. É por isso que se concorda com o Professor Lenio Luiz Streck quando afirma: "o verdadeiro caráter do método fenomenológico não pode ser explicitado fora do movimento e da dinâmica da própria análise do objeto." [...] Em decorrência disso, "a introdução ao método fenomenológico somente é possível, portanto, na medida em que, de sua aplicação, forem obtidos os primeiros resultados. Isto constitui sua ambiguidade e sua intrínseca circularidade." Ao se aplicar esse movimento, constata-se que a "sua explicitação somente terá lugar no momento em que tiver sido atingida a situação hermenêutica necessária. Atingida esta, descobre-se que o método se determina a partir da coisa mesma" (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:* Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 4). No movimento do círculo hermenêutico, onde a pré-compreensão antecede a compreensão/interpretação/aplicação que se dará sentido às descobertas nanotecnológicas, onde o investigador estará diretamente implicado. Esse mesmo movimento deverá justificar, sempre dentro de parâmetros humanamente suportáveis. Dito de outro modo: a análise das pesquisas e das contribuições nanoescalares somente é possível a partir da experiência do pesquisador, mediante sua pré-compreensão de mundo, da vida e dos resultados que as investidas humanas na natureza já provocaram. Portanto, o pesquisador está diretamente implicado, pois envolvido, com os resultados que os avanços com as nanotecnologias produzirão na sociedade, no meio ambiente e em relação às pessoas.

[2] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Traduzido do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: UnB, 2001, 1094a.

[3] Ibidem, 1095a.

[4] ARISTÓTELES. *Metafísica.* 2. ed. rev. 3. reimp. Edição trilingue por Valentin García Yebra. Madrid: Editorial Gredos, 1998, 983b.

[5] JAEGER, Werner. *Aristóteles.* Bases para la historia de su desarrollo intelectual. Tradução de José Gaos. México: Fondo de Cultura Econômica, 2001, p. 72.

[6] Na Introdução à *Ética a Nicômaco*, Mário da Gama Kury oberva: "O objetivo da ética seria então determinar qual é o bem supremo para as criaturas humanas (a felicidade) e qual é a finalidade da vida humana (fruir esta felicidade da maneira mais elevada – a contemplação)" (p. 11). Tal característica é assim retratada por Aristóteles: "Toda arte e toda indagação, assim como toda ação e todo propósito, visam a algum bem; por isto foi dito acertadamente que o bem é aquilo a que todas as coisas visam" (1094a). Mais adiante, Aristóteles enfatiza: "[...] Em palavras, o acordo quanto a este ponto é quase geral; tanto a maioria dos homens quanto as pessoas mais qualificadas dizem que este bem supremo é a felicidade, e consideram que viver bem e ir bem equivale a ser feliz; [...]" (1095a). Dentro do contexto da ética clássica, onde Aristóteles formula este conceito, deve ser sublinhado que a felicidade não é um estado de espírito ou contentamento. Pelo contrário, trata-se da tradução de *eudaimonia*, que representa "o gênero de vida mais desejável (no sentido de uma escolha racional) e satisfatório" (Introdução, p. 13) ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, op. cit. Por outro lado, John Finnis ao destacar os requisitos do *phrónimos* de Aristóteles, que tem a *prudentia* de Tomás de Aquino, ao utilizar os requisitos da razoabilidade prática ou da sabedoria prática, enfatiza: "[...] alguém que viva de acordo com esses requisitos também é o *spoudaios* (homem maduro) de Aristóteles, sua vida é *eu zen* (viver bem) e, a menos que as circunstâncias estejam contra ele, nós podemos dizer que tem *eudaimonia* (o bem-estar ou florescimento inclusivo ilimitado – traduzido incorretamente como 'felicidade') de Aristóteles. [...]"*Lei natural e direitos naturais.* Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 107.

[7] GADAMER, Hans-Georg. L'Idea del bene tra Platone e Aristotele. IN: *Studi Platonici.* 2. edizione italiana a cura di Giovanni Moretto. Genova: Casa Editrice Marietti, 1998, p. 193.

[8] A pessoa "é a unidade imediatamente convivida do viver, mas não uma coisa simplesmente pensada fora e atrás do imediatamente vivido". Por isso, negativamente, se constata que a pessoa não "é um vazio 'ponto de partida' de atos, senão que é o ser concreto, sem o qual, quando se fala de atos, não se alcança nunca o modo de ser pleno e adequado de um ato, senão somente uma essência abstrata: os atos se concretizam, deixando de ser essências abstratas para passar a ser essências concretas, a partir da sua pertinência à essência desta ou daquela pessoa". SCHELER, Max. *Ética:* Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. Tradução de Hilário Rodrigues Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948, p. 159 e 174.

[9] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, op. cit., 1098b.

[10] Indica a ação da pessoa, seguindo algumas orientações que caracterizam a sua atitude como razoavelmente aceita. Ela pode ser associada à *phrónesis* – como se verá mais adiante – isto é, um saber orientado para o fim, apontando claramente que o sujeito deve estar preocupado com esse fim e preparar os meios para atingi-lo.

[11] MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Tradução de Marcelo Pimenta Marques. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 115.

[12] Aqui considerada a partir de René Descartes (1596-1650). Embora se tenha conhecimento da divergência sobre este marco histórico. Para tanto, consultar:

HABERMAS, Jürgen. Modernidade, um projeto inacabado. IN: *Um ponto cego no projeto pós-moderno.* Tradução de Otília B. Fiori. São Paulo: Brasiliense, 1992.

[13] Para uma leitura atualizada do pensamento de Aristóteles, especialmente acerca da *phrónesis*, consultar: ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 256 *et seq.* e PERINE, Marcelo. *Quatro Lições sobre a Ética de Aristóteles.* São Paulo: Loyola, 2006.

[14] SÃO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica.* 2. ed. Tradução de Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Sulina, 1980, I/II, q. XCIV, a. II.

[15] Ibidem, I/II, q. XCI, a. IV.

[16] GRISEZ, Germain G. The First Principle of Practical Reason: a commentary on the 'Summa theologiae', 1-2, Question 94, Article 2. IN: FINNIS, John Mitchell (edit.). *Natural Law.* Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited. 1991, vol. I, p. 192.

[17] SÃO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*, I/II, q. XCIV, a. IV.

[18] FINNIS, John Mitchell. *Direito Natural em Tomás de Aquino:* sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Tradução de Leandro Cordioli e revisão de Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 59-61.

[19] FINNIS, John Mitchell. *Lei natural e direitos naturais.* Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 154.

[20] FINNIS, John Mitchell. *Observaciones del Profesor John Finnis para las Jornadas a 25 años de la publicación de Ley Natural y Derechos Naturales.* Evento realizado em 09 e 10 de junho de 2005, na Universidad Austral, Buenos Aires. Mimeo, p. 4.

[21] Para um estudo mais detalhado e a sugestão de obras que detalham a *phrónesis*, sugere-se: ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 24-39.

[22] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1140a.

[23] AUBENQUE, Pierre. *A Prudência em Aristóteles.* Tradução de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, 2003, p. 59-60.

[24] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método:* Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, vol. I, § 27, p. 64.

[25] Um exemplo de deliberação é encontrado na fala de Polônio a seu filho Laertes: "E trata de guardar estes poucos preceitos: Não dá voz ao que pensares, nem transforma em ação um pensamento tolo. Amistoso, sim, jamais vulgar. Os amigos que tenhas, já postos à prova, prende-os na tua alma com grampos de aço; mas não caleja a mão festejando qualquer galinho implume mal saído do ovo. Procura não entrar em nenhuma briga; mas entrando, encurrala o medo no inimigo, presta ouvidos a muitos, tua voz a poucos. Acolhe a opinião de todos – mas você decide. Usa roupas tão caras quanto tua

bolsa permitir, mas nada de extravagâncias – ricas, mas não pomposas. O hábito revela o homem, e, na França, as pessoas de poder ou posição se mostram distintas e generosas pelas roupas que vestem. Não empreste nem peça emprestado: quem empresta perde o amigo e o dinheiro; quem pede emprestado já perdeu o controle de sua economia. E, sobretudo, isto: sê fiel a ti mesmo. Jamais serás falso pra ninguém. Adeus. Que minha bênção faça estes conselhos frutificarem em ti". SHAKESPEARE, William. *Hamlet.* Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2006, p. 24-5. Tem-se, nessa passagem, uma série de ingredientes que orientam e formam o substrato de uma deliberação razoável.

[26] MASSINI, Carlos Ignácio. *La Prudencia Jurídica:* Introduccion a la Gnoseologia del Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 59.

[27] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método,* vol. I, § 322, p. 471.

[28] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método,* vol. I, §§ 322 e 326, p. 472 e 477.

[29] Ibidem, § 326, p. 477.

[30] FINNIS, John Mitchell. *Lei natural e direitos naturais,* p. 87 e seguintes.

[31] Para o aprofundamento desta ótica, sugere-se: ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

[32] FINNIS, John Mitchell. *Lei natural e direitos naturais,* p. 155.

[33] Ibidem, mesma página.

[34] Ibidem, p. 147-8.

[35] Ibidem, p. 148.

[36] FINNIS, John Mitchell. *Aquinas:* Moral, Political, and Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 140.

[37] FINNIS, John Mitchell. *Lei natural e direitos naturais,* p. 28.

[38] FINNIS, John Mitchell. Natural Law and Legal Reasoning. IN: GEORGE, Robert P. (edit.). *Natural Law Theory:* Contemporary Essays. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 135-6.

[39] Ibidem, p. 134.

[40] Ibidem, p. 139-40.

[41] AUBENQUE, Pierre. *A Prudência em Aristóteles,* op. cit., p. 244.

[42] FEYNMAN, Richard P. *Plenty of Room at the Bottom.* Disponível em: <http://www.its.caltech.edu/~feynman/plenty.html.> Acesso em: 05 de julho de 2009.

[43] OZIN, Geoffrey A. & ARSENAULT, André C. *Nanochemistry: a chemical approach to nanomaterials.* Cambridge: Royal Society of Chemistry, 2005, p. 2.

[44] LAMPTON, Christopher. *Divertindo-se com Nanotecnologia.* Tradução de Amir Kurban. Rio de Janeiro: Berkeley, 1994, p. 9.

[45] Ibidem, mesma página.

[46] O interessante é que a escala desta tecnologia do diminuto gerará efeitos gigantescos sobre a economia mundial, como por exemplo: 1. *mudanças quânticas*: "na nanoescala, onde reinam as leis da física quântica, substâncias comuns podem exibir novas propriedades, como resistência extraordinária, mudanças de cor, aumento de reatividade química ou de condutividade elétrica – características que essas substâncias não têm quando em escalas maiores; 2. *mudanças quantitativas*: "a nanotecnologia torna possível a fabricação 'de baixo para cima' (começando com átomos que se combinam para formar moléculas e todas as estruturas maiores); 3. *mudanças qualitativas*: "a fusão da matéria animada com a inanimada na escala nano, juntamente com a montagem de baixo para cima, significa novas plataformas para a indústria manufatureira, que podem tornar irrelevantes a geografia, as matérias-primas, bem como o trabalho". GRUPO ETC. *Nanotecnologia: os riscos da tecnologia do futuro:* saiba sobre produtos invisíveis que já estão no nosso dia-a-dia e o seu impacto na alimentação e na agricultura. Tradução de José F. Pedrozo e Flávio Borghetti. Porto Alegre: L&PM, 2005, p. 16.

[47] GALLO, Jairo Giraldo. El Nanomundo, otro universo del Dr. Einstein. IN: GALLO, Jairo Giraldo; GONZÁLEZ, Edgar; GÓMEZ-BAQUERO, Fernando (edit.). *Nanotecnociencia:* nociones preliminares sobre el universo nanoscópico. Bogotá: Ediciones Buinaima, 2007, p. 15.

[48] KUHN, Thomas S. *Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos.* Tradução de José Romo Feito. Barcelona: Paidós Ibérica, 1989, p. 59 e 91.

[49] KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas.* Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 125.

[50] KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas,* op. cit., p. 214.

[51] Sobre a discussão acerca de uma nova filosofia da (na) ciência: ENGELMANN, Wilson. A Nanotecnociência como uma Revolução Científica: os Direitos Humanos e uma (nova) filosofia *na* ciência. (texto ainda inédito).

[52] MALDONADO, Carlos Eduardo. Filosofia de la Ciencia y Nanotecnociencia. IN: GALLO, Jairo Giraldo; GONZÁLEZ, Edgar; BAQUERO-GÓMEZ, Fernando (Edit.). *Nanotecnociencia:* nociones preliminares sobre el universo nanoscópico. Bogotá: Ediciones Buinaima, 2007, p. 72.

[53] ROSNAY, Joël de. *El Hombre Simbiótico:* miradas sobre el tercer milenio. Tradução de Alicia Martorell. Madrid: Cátedra, 1996, p. 225-6.

[54] Um exemplo de aplicação da nanotecnologia verifica-se na indústria dos cosméticos, cujas pesquisas não são recentes: “O caminho para os nanocosméticos no mercado mundial foi aberto há 15 anos pela empresa francesa Lancôme, divisão de luxo da L’Oréal, com o lançamento de um creme para o rosto transportado por nanocápsulas de vitamina E pura para combater o envelhecimento da pele. O desenvolvimento nanotecnológico foi feito na Universidade de Paris 11, que patenteou a inovação, licenciada pela empresa. Desde então vários gigantes do setor de cosméticos mundial investiram em pesquisa para desenvolver produtos nessa linha. No Brasil, o interesse pela nanotecnologia aplicada aos cosméticos é recente, mas tem envolvido cada vez mais empresas e pesquisadores das principais universidades brasileiras.

O interesse das empresas fabricantes de cosméticos pela nanotecnologia pode ser medido pelo sigilo que cerca os contratos e convênios fechados com as universidades brasileiras. Aqui, a máxima de que o segredo é a alma do negócio é realmente levada a sério. Não é para menos, porque este é um setor em franca expansão no Brasil. Hoje, o país ocupa a terceira posição no *ranking* mundial de cosméticos, atrás apenas dos Estados Unidos e do Japão. Em apenas 2 anos, 2005 e 2006, deixou para trás mercados tradicionais como França, Alemanha e Inglaterra. Em 2007 o faturamento das indústrias do setor de produtos de higiene pessoal, perfumaria e cosméticos no mercado interno chegou a R$ 19,6 bilhões, representando um aumento de 11,5% em relação a 2006. Estudos mostram que o consumo de cosméticos no Brasil não se diferencia entre os vários estratos sociais. A parcela que um consumidor da classe A, B, C, D ou E investe do seu montante financeiro em cosmético é basicamente igual. O que muda é o valor investido. O mercado cosmético é muito dinâmico e renova constantemente os seus produtos, uma realidade bastante diversa da área de medicamentos, em que um produto demora muito tempo para ser desenvolvido e se estabelecer no mercado, onde permanece por muitos anos. No Brasil, a primeira empresa a desenvolver e colocar no mercado um nanocosmético foi O Boticário, com um creme anti-sinais para a área dos olhos, testa e contorno dos lábios chamado Nanoserum. A composição nanoestruturada leva ativos como vitamina A, C e K e um produto para clareamento. A tecnologia, desenvolvida em parceria com o laboratório francês Comucel, teve investimentos de R$ 14 milhões e faz parte da linha Active, que começou a ser vendida em 2005. A Natura lançou em 2007 um produto para hidratação corporal, chamado Brumas de Leite, com partículas da ordem de 150 nanômetros.” ERENO, Dinorah. Beleza Fundamentada. *Revista Pesquisa FAPESP*, São Paulo, nº 146, abril 2008. Disponível em: < http://www.revistapesquisa.fapesp.br/?art=3498&bd=1&pg=1&lg>. Acesso em: 27 agosto 2009.

[55] ROSNAY, Joël de. *El Hombre Simbiótico:* miradas sobre el tercer milênio, op. cit., p. 18.

[56] SCHULZ, Peter Alexander Bleinroth. De volta para o futuro: os precursores da nanotecnociência. *Cadernos IHU Idéias.* São Leopoldo: Unisinos, v. 95, 2008, p. 2.

[57] NICOLESCU, Basarab. Um Novo Tipo de Conhecimento – Transdisciplinaridade. IN: *Educação e Transdisciplinaridade.* Tradução de Judite Vera, Maria F. de Mello e Américo Sommerman. Brasília: UNESCO, 2000, p. 15-6.

[58] ROSNAY, Joël de. *El Hombre Simbiótico:* miradas sobre el tercer milênio, op. cit., p. 111-2.

[59] PULCINI, Elena. Um poder sem controles. IN: *IHU On-Line*, São Leopoldo, v. 200, out. 2006, p. 9.

[60] Ibidem, p. 12.

A TUTELA DOS TRANSPLANTES SOB A ÓTICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: A BUSCA DE LEGITIMAÇÃO*

LA TUTELLE DES TRANSPLANTS SOUS L'OPTIQUE DES DROITS DE LA PERSONNALITÉ LA RECHERCHE DE LÉGITIMATION

Nilson Tadeu Reis Campos Silva
Márcia de Fátima Serra

RESUMO

O presente artigo analisa criticamente a legislação brasileira acerca de transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, mediante doação de cadáveres e os ocorridos entre pessoas vivas, demonstrando que a normatização atual no Brasil pode estimular a comercialização de órgãos e tecidos humanos para transplantes, embora isso seja vedado constitucionalmente.
O estudo ressalta de modo crítico o aparente desconhecimento do legislador acerca do surgimento de novas formas de relações interpessoais e de novos modos e fórmulas de convivência se contrapondo à linha sucessória, e as conseqüências dessa anomia na regulamentação adequada das doações de órgãos e tecidos humanos para transplantes. Abordando as tutelas do direito material e do direito processual, o artigo analisa as suas ineficiências, sublinhando as inefetividades de ambas tutelas na perspectiva dos direitos fundamentais, em especial na proteção da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, principalmente ante à omissão de regramento impeditivo de relacionamento entre familiares do doador e do receptor de órgãos e tecidos humanos para transplantes, demonstrando que tal auência viola sumariamente os direitos da personalidade, em especial os da intimidade e da privacidade, aporia esta que enseja comportamentos extorsivos sejam eles de ordem material, moral ou psíquica.
O artigo, a partir da análise da realidade normativa brasileira, e da contextualização do tema na quadra atual do desenvolvimento médico-científico dos transplantes, desde a atuação tópica das Centrais de Transplantes existentes e dos serviços autorizados à captação de órgãos e tecidos humanos para transplantes, conclui pela necessidade de construção de procedimentos adequados que possibilitem a concreção de ações fáticas que, vinculadas à dignidade da pessoa humana, impliquem em maior conscientização pela sociedade do instituto da doação de órgãos e tecidos humanos para transplantes e assim sirvam de contributo ao aumento do número de doações e por reflexo na melhoria da saúde da população brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: TRANSPLANTES; TUTELA JURISDICIONAL; DOAÇÃO; MERCANCIA. INTER-VIVOS; AUTORIZAÇÃO FAMILIAR; SER HUMANO.

RÉSUMÉ

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Maringá – PR nos dias 02, 03, 04 de julho de 2009.

Présent article analyse critiquement la législation brésilienne concernant des transplants d'organes, tissus et parties du corps humain, moyennant donation de cadavres et des présences entre des personnes vivantes, en démontrant que la normatização actuelle au Brésil peut stimuler commercialisation d'organes et tissus humains pour transplants, bien que cela soit interdit constitutionnellement. L'étude il rejaillit de manière critique l'évidente ignorance du législateur concernant le bourgeonnement de nouvelles formes de relations interpersonnelles et de nouvelles manières et les formules de convivência si en s'opposant à la ligne successorale, et les conséquences de cette anomie dans la réglementation appropriée des donations d'organes et les tissus humains pour transplants. En abordant les tutelles du droit matériel et du droit processif, l'article analyse leurs inefficacités, en soulignant inefetividades de les deux tutelles dans la perspective des droits fondamentaux, en particulier dans la protection de la garantie constitutionnelle de la dignité de la personne humaine, principalement avant l'a omission de règlementation empêchante de relations entre des parents du donneur et du récepteur d' organes et de tissus humains pour transplants, en démontrant que tel absence viole sommairement les droits de la personnalité, en particulier de l'intimité et de la vie privée, il apposerait celle-ci qu'il épie l'occasion des comportements extorsionnaires soient eux d'ordre matériel, morale ou psychique. L'article, à partir de l'analyse de la réalité normative brésilienne, et de la contextualização du sujet dans ajuste actuel du développement médico-científico des transplants, depuis la performance topique des Troncs de Transplants existants et des services autorisés à la captation d'organes et de tissus humains pour transplants, il conclut par la nécessité de construction de procédures appropriées qui rendent possible la concreção d'actions réels qui, liées la dignité de la personne humaine, impliquent dans plus grande sensibilisation par la société de l'institut de la donation d'organes et des tissus humains pour transplants et ainsi servent de contribution la l'augmentation du nombre de donations et par de réflexe dans l'amélioration de la santé de la population brésilienne.

MOTS-CLE: TRANSPLANTS; TUTELLE JURIDICTIONNELLE; DONATION; MARCHANDISES ; AUTORISATION FAMILIER ; ENTRE-VIVANT ; PERSONNE HUMAIN.

1. Introdução

O presente estudo objetiva analisar a questão jurídica dos transplantes de órgãos e tecidos humanos no Brasil a partir de uma visão sistêmica e interdisciplinar, considerando a necessidade de efetividade das garantias fundamentais.

Para isso, reflete acerca da tessitura social refletida nas normas específicas de direito material e processual, ou por elas construída, desde o conceito de transplantes, sua contextualização na sociedade moderna e as conseqüências do paradoxo advindo do prolongamento da vida e das conquistas médico-científicas com a impropriedade das tutelas jurídicas em especial quanto aos transplantes inter-vivos, analisado desde os princípios que informam a matéria.

Questiona o artigo se o diagnóstico do tema pode tornar possível a construção de um

novo paradigma, válido para a edição de uma mais efetiva legislação protetiva do direito aos transplantes, consentânea às mutações do tecido social hodierno, considerada a possibilidade ou não da regulamentação da venda de órgãos e tecidos humanos e a necessidade de se aumentar o número de doações no Brasil.

2. A perspectiva atual

No Século XXI, os ecos da profunda intolerância dissociativa da sociedade pós-moderna, imantada pelo profundo individualismo que tornou líquidos e esboroantes valores universalizados, colocou em relevo o vocábulo *alteridade*, enfatizando-se a necessidade do estabelecimento de uma interconexão entre os seres humanos que seja respeitosa e preservadora das diversidades, sejam estas culturais, religiosas, étnicas, científicas, sociais, econômicas ou mesmo jurídicas.

Isto implica, por óbvio, na absorção de postura atitudinal e visão sistêmica não apenas em relação à interdependência, mas, em especial, quanto à complementariedade das relações (logo, sem destruição, sequer dominação, do outro) para que haja a afirmação do Ser.

Essa viragem filosófica do eixo de conhecimento, se de um lado autoriza e exige a dessacralização de poder, para permitir que ações afirmativas instrumentalizem as jusfundamentais garantias da pessoa humana, tornando-as sólidas e dotadas de efetividade, de outro, enfrenta uma miríade de preconceitos e reações adversas nestes fundadas, ainda que inconfessadamente.

Quando as oposições ao *constructo* de uma novel realidade alteritária são explicitadas, a transparência do embate entre conservadorismo e vanguarda permite o dialético avanço e a mutação, com assimilação mais palatável aos envolvidos, sejam eles grupos, indivíduos ou instituições.

O problema maior, porém, resulta da opacidade propiciada muito mais pela hipocrisia institucionalizada e legalizada, do que pela intolerância e mesmo pelo passionalismo: assim, são promulgadas leis que, à guisa de tutelar desigualdades, reforçam essas mesmas desigualdades: muda-se, para ficar tudo como dantes.

Esse dilema tem contornos sombrios quando se trata de se enfrentar o convívio com a morte, ainda que tal pareça paradoxal, posto que, como assinala BAUMAN, "Todas as culturas humanas podem ser decodificadas como mecanismos engenhosos calculados para tornar suportável a vida com a consciência da morte"[1].

O fato de o *ethos* ser imantado pelo alerta do *memento mori*[2] faz com que a Humanidade tenda, irremediavelmente, a buscar prolongar a durabilidade dos efeitos da vida, e nessa estratégia as ciências buscam desenvolver formas e fórmulas para perenizar a vida humana ou, quando menos, ante o inexorável, para possibilitar uma sobrevida com qualidade.

BAUMAN, ao discorrer sobre o germinal medo líquido, *o pavor da morte*, defende que a sua superação usualmente se dá ou pela desconstrução ou pela banalização desse

evento que é derradeiro para todos, "o único total e verdadeiramente *incognoscível*"[3], e enfatiza o caráter de alteridade absoluta[4] da morte.

A apreensão desse conceito seminal é crucial para se entender transplantes de órgãos e tecidos humanos para transplantes, cuja lendária história principia com um suposto implante da perna de um mouro em um idoso, transplante que teria sido feito no ano 348 d.C. pelos gêmeos São Cosme (o clínico) e São Damião (o cirurgião), e é tormentosa ainda hoje quanto a licitude dos xenotransplantes[5] e a questão das células tronco embrionárias.

É que os transplantes de órgãos e tecidos humanos para transplantes e tecidos configuram, para alguns, a superação transitória daquela diversidade entre o Ser e o Não Ser, ao propiciar a continuidade da vida.

A questão dos transplantes no Brasil, onde apenas se admite a realização de alotransplantes de doador cadáver e de alotransplantes inter-vivos (estas, em especialíssimas situações), está longe de ser reconhecida como um direito apto a ter uma tutela jurídica dotada de efetividade, quiçá por estar imbricada com questões éticas, morais, sociais e científicas que se refletem nas políticas públicas da saúde, prestando-se para obscurecer a visão sobre os limites éticos e jurídicos.

Daí civilistas, como LEITE, temerem a reificação do Ser por força do aniquilamento da dignidade pela lógica do proveito:

Mudanças rápidas, avanços tecnológicos inusitados e vitórias científicas tornam caducas todas as antropologias que sempre serviram de parâmetro à ética e ao Direito. Se não há normas regulamentadoras para preencher o vazio jurídico, tudo se torna possível e a arbitrariedade pode, perigosamente, dominar a condição humana[6].

A perspectiva jurídico-brasileira sobre transplantes entre aparentados, nominadas como doações inter-vivos, tem permitido o estabelecimento de um quadro de real hipocrisia quanto à gratuidade desses procedimentos.

E o fato da dilação legal para transplantes dentre pessoas não-relacionadas, ou seja, entre pessoas que não possuam laços parentais, estar sendo autorizada topicamente pelo Poder Judiciário, só faz aumentar aquele cenário violador da premissa constitucional da gratuidade.

Na última década, o número de doadores que se utilizaram desse permissivo legal cresceu 90%, segundo dados da Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos e tecidos humanos para transplantes- ABTO divulgados pela imprensa nacional[7], motivado basicamente pela escassez de doadores cadáveres.

Como, no mais das vezes, a mercancia se faz presente sempre que se envolva uma contraprestação, ainda que esta não seja em dinheiro, a ausência de uma apropriada tutela jurídica propicia o germinar de uma onipresente onerosidade nos transplantes inter-vivos, devidamente edulcorada sob vários pretextos a disfarçá-la.

3. Os transplantes na contemporaneidade

Numa análise retrospectiva e histórica da questão dos transplantes na civilização e no Brasil, é fácil constatar que sua proteção jurídica partiu da quase inexistência de reconhecimento para um *status* positivado no ordenamento jurídico mas ainda longe de estar solidificado e reconhecido em uma clara categoria de direitos de molde a propiciar efetividade.

Inserido o direito à saúde nos direitos sociais, sua âncora constitucionalizada exige seu reconhecimento como direito fundamental com as características ínsitas aos interesses difusos.

Neste cenário, a tutela dos transplantes é permeada por questões éticas, religiosas, morais, sociais e científicas, relativas à utilização e experimentos no corpo humano e que se refletem nas decisões políticas relacionadas à saúde pública, ensejando o questionamento dos limites do conceito do princípio matriz dos direitos da personalidade: o da dignidade da pessoa humana.

Essa complexa tessitura não possui apenas uma dimensão subjetiva, atributiva de direitos aos indivíduos, mas também uma dimensão objetiva estabelecedora de valores jurídicos que necessitam ser objeto de proteção pelo Estado e pela sociedade.

Sob o prisma subjetivo, a tutela dos transplantes se apóia, intrinsecamente, em um tríduo principiológico: a intangibilidade corporal; a solidariedade humana; e a totalidade orgânica.

Já visualizada a questão em sua dimensão objetiva, a tutela dos transplantes tem como base outro tripé: o princípio da autonomia; da gratuidade; e o da confidencialidade.

Essa principiologia é inerente e condicionante da dignidade da pessoa humana, e faz exsurgir problemas particulares e específicos para a efetivação da tutela dos transplantes.

Em todas as culturas do mundo, podem ser visualizados tais problemas, sempre imbricados com questões éticas relacionadas à prática da Medicina, em que se defronta com os limites éticos e jurídicos decorrentes de intervenções no corpo humano.

No Brasil, não é diferente a discussão sobre o confronto dentre aqueles princípios, dada a tímida e insuficiente abordagem legislativa sobre o tema, que está completando sua primeira década de existência.

A perspectiva jurídico-brasileira não se presta ao atendimento efetivo aos interesses envolvidos: de um lado, o consentimento informado contraposto ao sigilo médico; de outro, o direito do Homem dispor ou não de seu próprio corpo; o direito do Homem recusar o transplante, ainda que isso implique em sua morte; e, ainda, o direito da família recusar a captação de órgãos.

A legislação brasileira, iniciada com a revogada Lei n° 8.489/92 e pelo Decreto n° 879/93, hoje é composta pela Lei n° 9.434/97 (com as alterações introduzidas pela Lei

n° 10.211/2001) regulamentada pelo Decreto-lei n° 2.268/97, e pelo Código Civil, mesmo com as pontuais edições de portarias do Ministério da Saúde e tópicas resoluções do Conselho Federal de Medicina[8], é de todo insuficiente para permitir a efetividade tutelar almejada. Tais normas não protegem os direitos de personalidade. Antes, permitem sua lesão.

De fato, a falta de impeditivo legal da identificação de doador e receptor enseja constantes violações do direito à privacidade e à intimidade (inclusive genética), propiciando cobranças de ordem material, emocional e psíquica, e dano moral.

Também desconhece, a norma, o surgimento de novas fórmulas de relações e de vivências, como as uniões homoafetivas; as uniões estáveis; o concubinato; e, nesse turbilhão de mutações sociais, a crescente opção pela solidão e pelo individualismo.

Pelo fato de a legislação desconhecer o contexto social, deixa-se ao desabrigo da tutela dos transplantes uma miríade de pessoas, incapacitadas de serem reconhecidas como doadores, restringindo-se a possibilidade de captações de órgãos, seja por tornar impossível e ilegal o suprimento de autorização familiar, seja por não prever a possibilidade científica de superação da falta de identificação de possível doador.

E por estar aprisionada a premissas jurídicas ultrapassadas, a legislação brasileira que busca tutelar os transplantes, quando aplicada pelo Poder Judiciário, tem se prestado a solidificar um quadro de real hipocrisia acerca da gratuidade das doações inter-vivos.

Nas doações de aparentados, além de indevida limitação até o quarto grau de parentesco, impõe-se uma inócua ciência da pretensão ao transplante ao Ministério Público[9], olvidando a subjacente coação moral da doação.

Já nas doações de pessoas não-relacionadas, exige-se autorização judicial, sem que haja o estabelecimento de um procedimento capaz de detectar a onipresente onerosidade defluida da oculta relação entre doador e receptor, seja ela de vizinhança, seja de amizade ou mesmo, seja ela de mercancia.

Frente ao crescente número de doações autorizadas pelo Poder Judiciário sem que haja um devido processo legal que empreste à prestação jurisdicional efetividade quanto ao atendimento da premissa da gratuidade, de se indagar, até, se não seria preferível a adoção de venda legal de órgãos e tecidos humanos para transplantes, propiciando sua transparência e controle.

Se as perspectivas religiosas e culturais sobre a importância do corpo humano e da ojeriza à sua venda, levam certas correntes doutrinárias a recusar as doações onerosas, não são poucos os países[10] que tem adotado um sistema compensatório ou de premiação para clarificar a zona cinzenta que separa, no plano fático, a doação da venda de órgãos, existindo mesmo legislação que regula um mercado fixo de órgãos e tecidos humanos para transplantes de cadáveres.

A complexidade da questão, que envolve valores culturais, políticos e econômicos, não pode servir de escudo à falta de uma apropriada tutela jurídica.

En passant, gize-se, para enfatizar a postura cartesiana que compartimentaliza de modo

estanque o tema, que a legislação brasileira prevê pena infinitamente inferior a de um homicídio, para aquele que pratica a doação ilegal de órgãos e tecidos humanos para transplantes, ainda que de tal doação resulte a morte do doador.

Pode-se acrescentar, ainda, que a norma positivada só autoriza a mutilação do corpo nos casos de necessidade terapêutica, assentada em equivocada identidade entre os conceitos de necessidade terapêutica e de vida. Com isso, impede-se doação inter-vivos propiciatória da vida do receptor, mesmo com diminuição da integralidade corporal do doador.

Sem esgotar as discrepâncias nefastas da legislação que necessitam ser escoimadas do ordenamento jurídico, a fim de se ter uma efetiva tutela dos transplantes, pode-se aditar, também, sua falta de sintonia com os avanços científicos, com graves repercussões na seara dos direitos sucessórios.

Por exemplo, nos transplantes de útero, são desprezados os possíveis questionamentos de hereditariedade do ser gestado na receptora, advindos de possível transmissão do código genético por meio de células-tronco da doadora.

Urge, pois, dar um novo matiz a essa perspectiva jurídica da tutela dos transplantes, para assentá-la na Teoria Geral dos Direitos da Personalidade, mercê da sua condicionante não explicitada na temática legislação brasileira: o princípio da dignidade da pessoa humana.

É que só é possível vencer a conflituosidade mencionada adotando-se uma visão sistêmica e interdisciplinar, com o que se poderá fazer avançar a evolução legislativa, tornando as normas adequadas e pertinentes.

No Brasil, vive-se, ainda, a fase de discussão sobre o momento inicial da vida humana, embora a legislação sobre transplantes tenha assentado seu momento final com a morte cerebral, dentro de um critério utilitarista apenas, e que não dá resposta aos anencéfalos que desafiam as Ciências. Tem-se, pois, presentes, a inadequação social, cultural e jurídica dos transplantes, e a permanente ocorrência de lesões a interesses e direitos difusos.

Da mesma sorte, há uma flagrante defasagem dos conceitos de eficiência, eficácia e efetividade da prestação jurisdicional diante da realidade social e científica, a permitir uma hipocrisia do sistema sócio-legislativo-judiciário.

Por isso, o estudo da inserção da tutela dos transplantes como agente de emulação protetiva da dignidade da pessoa humana, capaz de propiciar seu desenvolvimento jurídico-econômico-social e a melhoria da sua qualidade de vida, junto à análise dos embaraços à sua efetivação, pode trazer luz à indagação: como emprestar efetividade da proteção dos interesses difusos que envolvem os transplantes?

As características da constitucionalização do direito à saúde no Brasil acarretam problemas específicos para sua efetivação, pois suas múltiplas facetas estão vinculadas ao processo multiplicador do poder do Estado ante o individuo e da necessidade de controle social.

Confrontada a eficácia da legislação no terreno dos fatos, é mister fazer corresponder a estrutura estatal existente - e o próprio micro sistema jurídico que rege os transplantes, a um conteúdo de efetividade adequado aos interesses individuais e metaindividuais envolvidos.

A tutela dos transplantes, no Brasil, junto com o processo evolutivo sócio-cultural dos interesses difusos e da tutela dos direitos da personalidade, ainda que positivada, não atende aos céleres avanços das Ciências, sendo novidadeira, ainda, dentre nós, a análise da Bioética.

Assim, tornar a legislação regulamentadora dos transplantes protetiva um instrumento aderente às relações sociais que servem de pano de fundo às relações doador-receptor, implica em transformar sua aptidão para tornar possível uma efetiva solução das controvérsias que dificultam o próprio transplante.

Mesmo tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana, e subsumir-se na aplicabilidade imediata, determinada às garantias fundamentais, o direito ao transplante no Brasil carece de tutela que permita ampliar sua concretização e efetividade.

Daí a pertinência e atualidade da discussão temática, voltada à mutação dos paradigmas que obstaculizam aquela aplicabilidade, sejam esses parâmetros jurídicos, sócio-culturais ou médicos.

O prolongamento da expectativa de vida do brasileiro; os avanços científicos; a difusão das informações; junto à percepção dos direitos da personalidade, têm modificado o *topoi* dos transplantes, exigindo cada vez mais do operador do direito uma visão sistêmica e interdisciplinar, capaz de atender às novéis necessidades - do indivíduo; da sociedade; e do Estado, e, assim, tornar realizada a dignidade da pessoa humana.

Os transplantes no Brasil, de um modo geral têm sido alvo de intensa divulgação pela mídia, quase sempre colorizada ou pela emotividade suscitada pela doação em si, ou pelo denuncismo de privilégios supostamente outorgados a uns poucos receptores.

Denúncia de vendas de órgãos e tecidos humanos e fantasiosas notícias acerca de roubos de órgãos e tecidos humanos para transplantes contribuem para a falência da compreensão da realidade dos transplantes, impedindo o aumento do número de captações de órgãos e tecidos humanos para transplantes.

Campanhas publicitárias são encetadas de forma sazonal e sempre prenhes de forte carga emocional vinculada ao tema Morte, com resultados pífios ao que de fato interessa: o crescimento do número de transplantes, o permitir-se a sobrevida aos receptores.

Tais fatos, aliados a uma excessiva burocratização para autorização e instalação de bancos de tecidos humanos para transplantes, de serviços de transplantes, e de autorização para a atuação de profissionais, impedem que sejam sentidos os concretos efeitos da tutela legal dos transplantes.

Há, ainda, flagrante distorção na operacionalização dos sistemas de transplantes em

cada unidade da República, ineficiência que contribui para a não implantação de uma política de saúde adequada a nível nacional.

Daí ser necessário se debruçar mais aprofundadamente sobre o conceito de efetividade no campo específico da tutela dos transplantes, dado o caráter de fundamental que tem esse interesse difuso.

A escassez de publicações de estudos e de divulgação do grau de efetividade dos direitos difusos alcançados na concessão da tutela dos transplantes desde os direitos da personalidade, exige que sejam identificados os principais problemas de sua instrumentalização.

É mister a verticalização da análise que possa ensejar a busca de soluções jurídico-políticas passíveis de serem replicadas a todos os serviços de transplantes no País, e, assim, emprestar-lhes um norte que, potencializando de modo eficaz o manejo dos instrumentos adequados, lhes propicie a almejada efetividade na proteção do direito aos transplante.

Isto porque é crucial a elaboração de soluções construtivas da norma jurídica que se prestem a tutelar os direitos fundamentais, como sóe ser o de transplantes, com efetividade.

A visão holística do tema, desde a fixação do conceito peculiar de doação inter-vivos e até as implicações relacionais pós doação de cadáveres, justifica o presente estudo pelo contributo que pode dar às Ciências e, em especial ao Direito, voltado à realização do princípio da dignidade da pessoa humana a partir de uma reformulação do micro sistema jurídico pertinente, que dê, ao transplante, efetiva tutela.

4. Conceito

Transplante é um procedimento cirúrgico que consiste na troca de um órgão, tecido ou parte de um corpo de um paciente doente por outro órgão ou tecido viável de alguém que morreu, podendo ocorrer tal troca também inter-vivos, ainda que transplantes nesta última modalidade tenham menor incidência no quadro geral dos transplantes no Brasil.

A doação inter-vivos, segundo a legislação brasileira, é a realizada entre pessoas que preferencialmente possuam parentesco de até 4º grau, sendo que o doador vivo pode doar um dos rins, parte do fígado, do pulmão, ou da medula óssea, ou do intestino, sendo exigível a existência de um padrão imunológico idêntico ou compatível, como possibilidade de êxito, nos transplantes renais e de medula óssea.

5. Tutela jurídica

A Lei n°. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997[11], com as alterações das Leis 10.211, de 23 de março de 2001; 11.521, de 18 de setembro de 2007; e 11.633, de 27 de dezembro de 2007, é a norma específica do ordenamento jurídico brasileiro sobre a questão de

transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, tendo sido regulamentada pelo Decreto n°. 2.268, de 30 de junho de 1997.

O artigo 9º. da lei brasileira dos transplantes autoriza a pessoa juridicamente capaz a doação do próprio corpo vivo para fins de transplantes ou terapêuticos[12], tendo sido recepcionada tal autorização pelo Código Civil, cujo artigo 13, parágrafo único, admite a disposição do próprio corpo mesmo que disto resulte diminuição permanente da integridade física[13].

A legislação pretérita, Lei n°. 8489/92 e o Decreto n° 879/93, exigia, para doação inter-vivos, o laço parental ou a autorização judicial para os não-aparentados sob condições expressas: verificação da sanidade mental do doador; inexistência de quaisquer tipos de retribuição, material ou não; inexistência de coação; respeito ao anonimato do doador e do receptor, além do termo de doação.[14] A lei vigente, todavia, não exige o laço de parentesco, embora exija, para os não-relacionados, expressa declaração de vontade do doador para transplantes inter-vivos.

Como parece ser da práxis legislativa brasileira, é o regulamento da lei que exige autorização judicial para aquela doação, prescindindo de tal autorização para os transplantes que envolvam cônjuges ou parentes até o quarto grau, sendo mesmo discutível a legalidade da exigência de termo escrito para doação formulada pelo Decreto n°. 2.268/1997[15], posto que a Lei n°. 9.434/1997 não contém tal restrição, limitando-se a dispor que a autorização seja feita preferencialmente por escrito[16].

Tem-se, portanto, que aparentados até o quarto grau podem doar, em vida, um dos seus órgãos e tecidos humanos para serem utilizados em transplantes duplos, prescindindo de autorização judicial, e que aos não aparentados, desde que capaz o doador, o regulamento da lei exige a obtenção de alvará judicial para a efetivação da doação em vida.

6. Princípios informativos dos transplantes

A matéria de transplantes é norteada pela observância dos direitos da personalidade, ancorados nos princípios da dignidade da pessoa humana[17] que impõe a adoção de procedimentos possibilitadores de se prolongar a vida humana ou de se melhorar sua qualidade.

A partir dessa garantia constitucional acerca da dignidade, o tema perpassa, necessariamente, pelo reconhecimento de ser, tanto o direito à vida, quanto o à integridade física, direitos da personalidade e, assim, indisponíveis, tutelados pela Constituição Federal do Brasil, pelo Código Civil e pelo Código Penal.

Resta saber, pois, se o resguardo integral da dignidade de cada pessoa, derivado da tutela a cada parte de seu corpo e a cada aspecto de sua estrutura físico-psíquica, encontra resposta adequada na legislação vigente no Brasil para transplantes, em especial para as hipóteses em que se trata de doações inter-vivos.

Esta questão implica em se estabelecer duas premissas básicas, de igual magnitude e

que podem, paradoxalmente, ser oponíveis uma à outra: de um lado, o direito de se dispor de parte do próprio corpo; e, de outro, o direito de se recusar ao recebimento de um transplante.

Isto porque a prevalência da vontade individual é protegida constitucionalmente no Brasil como corolário do princípio da liberdade pessoal[18], na medida em que ninguém pode ser obrigado a fazer, ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.[19]

No que diz respeito aos transplantes, se o receptor tem direito de recusar o transplante, a prática desautorizada deste, isto é, a realização de transplante contra a sua expressa vontade, configurará constrangimento ilegal, crime tipificado no artigo 146 do Código Penal brasileiro.

A exclusão do crime só poderá ocorrer se a conduta médica for justificada por iminente perigo de vida[20], sendo admissível, ainda nesta hipótese, para excluir a ilicitude ou reduzir-se a pena, a alegação de estado de necessidade[21].

Já sob o prisma da figura do doador, por óbvio que a inexistência do seu consentimento expresso para a doação, ou a expressa recusa, será determinante da configuração de crime de lesões corporais graves.[22]

De se observar que a Lei n° 9.434/1997 impõe sanções penais à remoção de tecidos, órgãos e tecidos humanos para transplantes ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com suas regras[23], bem como à comercialização[24].

A questão crucial a ser enfrentada, na ótica do doador, é a do limite de seu consentimento à doação, em especial se a manifestação pró-doação pode ou não ser autorizada por interesse como o pecuniário, dentre outros.

É que a Constituição Federal do Brasil adotou, também, o princípio da não-comercialização, ao vedar quaisquer tipos de comercialização de órgãos e tecidos humanos para fins de transplantes[25], alinhando-se assim ao estabelecido pela Organização Mundial da Saúde:

O corpo humano e as suas partes não podem ser objeto de transações comerciais. Conseqüentemente, é proibido dar ou receber uma contrapartida pecuniária (ou qualquer outra compensação ou recompensa) pelos órgãos[26].

Sucede que, ainda que se tenha presente o princípio constitucional da gratuidade da doação, a legislação brasileira, específica sobre transplantes, é omissa acerca desse imperativo ético-jurídico, limitando-se a criminalizar a compra ou venda e, por isso, resta insuficiente, quando não ineficaz, para coibir o comércio de órgãos e tecidos humanos para transplantes.

Adite-se que, para GEDIEL[27], os princípios informativos de transplantes de órgãos e tecidos humanos para transplantes no Brasil são a autonomia corporal e a gratuidade, entendida a primeira como sinônimo de manifestação de vontade e de consentimento (tanto do disponente quanto do receptor), e a segunda como ausência de contrapartidas econômicas, vetores que se somam, para ROTHENBURG, ao princípio da

solidariedade[28], defluido do objetivo constitucional de edificação de uma sociedade solidária.

Por outro lado, se o tema interesses difusos, assim como o dos direitos da personalidade, não se traduz em novidade nos ordenamentos jurídicos, o mesmo não se pode afirmar no que concerne à tutela dos transplantes, sempre impregnada de valores culturais e religiosos que são revolvidos tormentosamente a cada avanço da Ciência Médica.

A tutela aos transplantes suscita oportuna discussão doutrinária sobre a sua efetividade, por ser o processo político, do Legislativo e do Executivo, falho e omisso na implementação de políticas públicas voltadas à consecução do objetivo social a ela imbricado, tendo tal tutela se mostrado insuficiente e falha.

Como ao Poder Judiciário se exige, quando não se espera, atitude proativa na realização dos fins sociais da tutela ao transplante, suas tentativas de correção da prestação do serviço social básico da saúde nesse campo quedam inefetivas também.

Assim, pode-se dizer que o destinatário final da tutela aos interesses e direitos difusos - a pessoa humana - continua sendo usado como desculpa, em um Estado centrado em si mesmo e dissociado da comunidade, por isso despreocupado com os resultados efetivos de suas ações.

Por isso, as balizas conceituais e teóricas desse trabalho se assentam no enfoque da análise da legislação vigente; na doutrina; e na postura adotada pelos Poderes Executivo e Judiciário, assim como no comportamento dos operadores legitimados a manejar a tutela, dentre os quais o Ministério Público.

Buscou-se, para tanto, a contextualização do tema na quadra atual do desenvolvimento médico-científico dos transplantes, a partir da atuação tópica das Centrais de Transplantes existentes e dos serviços autorizados à captação de órgãos e tecidos humanos para transplantes e tecidos.

Com fundamento na metodologia construtivista desenhada por John Rawls e inspirada na idéia kantiana do homem racional, é de se afirmar ser possível alcançar efetiva tutela dos transplantes com deliberação legislativa prática que adote a eticidade; que justifique um Estado de Bem-Estar; tornando a sociedade mais justa para um maior número de pessoas.

Com isto, poder-se-á analisar e refletir sobre os resultados práticos possíveis de serem obtidos com a alteração da legislação vigente, e pela interferência (ainda que episódica) do Poder Judiciário e do Ministério Público, e aferir o grau de efetividade da tutela ao direito de transplantes nesse mesmo contexto, mensurável pelo grau de satisfação aos anseios macro de cidadania em que se subsumem os interesses metaindividuais, e pela resposta epistemológica do Direito à aspiração da concreção da Justiça.

Em outras palavras, poder-se-á ter concretizado o princípio da dignidade da pessoa humana como realidade no terreno dos transplantes.

7. A doação inter-vivos

A legislação revogada[29] só admitia a realização de transplantes inter-vivos na hipótese de aparentados, ou se presente autorização judicial para os não-relacionados.

A legislação atual, desde a modificação trazida pela Lei 10.211/2001, voltou a tornar permissiva no Brasil a doação inter-vivos apenas dentre parentes até o quarto grau, e mesmo aos não aparentados, desde que, nesta última hipótese, se faça presente autorização judicial, com a limitação óbvia de ser o objeto da doação, um dos órgãos duplos, a fim de se evitar a óbvia letalidade da doação.

Na hipótese de doação entre parentes, os sentimentos de afetuosidade decorrente da consangüinidade e da familiaridade, autorizam supor serem os legítimos motivos da generosidade do doador vivo em face ao receptor.

Já nas doações dentre pessoas vivas não-relacionadas, ou seja, dentre pessoas que não possuam laços parentais, a exigência de sua submissão ao crivo do Poder Judiciário, com procedimento específico, se prestava com filtro assecuratório da validade do consentimento e assim, legitimador do procedimento, prestando-se mesmo como garantia ao próprio doador quanto à conscientização e ponderação da gravidade do ato, eis que dele resultará, inexoravelmente, uma diminuição de suas próprias capacidades orgânicas ou fisiológicas.

Tal não sucede na fórmula simplista da legislação atual, que só faz referência à autorização judicial, deixando aberta a questão: sob quais fundamentos um juiz poderá negar a autorização, posto que inexistentes quaisquer requisitos legais se não o da capacidade jurídica do doador?

Quiçá daí advenha a crítica restritiva tecida por ROTHENBURG, amparada na lição de MENDES, ao analisar as diversas modificações legislativas ocorridas acerca de consentimento expresso ou ausência de oposição familiar; consentimento presumido; e novamente possibilidade de manifestação contrária de familiares na ausência de expressa manifestação do potencial doador:

As diversas opções que este [o legislador] fez em curto espaço de tempo [...] não poderiam ser legitimamente infirmadas pelo Judiciário quanto ao mérito (opção política), em vista da razoabilidade em que se contiveram, respeitando "a ampla possibilidade de o indivíduo manifestar a sua opinião eventualmente contrária à doação, a facilidade em afastar, a qualquer tempo, uma decisão eventualmente tomada, e, especialmente, o acesso a informação que permita uma decisão e um juízo seguro do indivíduo"- representando o direito fundamental de autodeterminação - e "(a) vida e (a) saúde dos possíveis beneficiários" (GILMAR FERREIRA MENDES) - representando direitos fundamentais do outro[30].

Sucede que, pela legislação atual, a prevalência da vontade da família é a que importa, para transplantes de doadores cadáveres, opção criticável na medida em que se sobrepõe a eventual manifestação de vontade feita em vida pelo doador, o que, em última análise, redunda em desrespeitar a vontade deste.

Interessa, também, ainda nos estreitos limites desta análise, o transplante inter-vivos, pelos motivos já declinados, máxime o da disfarçada contrapartida presente nesse tipo de doação.

Adite-se que o decreto revogado que regulamentava a lei estabelecia também requisitos específicos a serem observados pelos médicos acerca dos esclarecimentos ao doador quanto aos riscos à sua saúde e à sua integridade física[31].

A legislação vigente, porém, exige, para a realização de transplantes inter-vivos, única e exclusivamente a capacidade do doador e a especificação do tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada[32], limitando tal doação a órgãos[33] duplos ou ao fato de a retirada não implicar em grave comprometimento de suas aptidões vitais.

Apenas para retirada de parte de medula óssea de doadores, é que se exige autorização judicial homologatória do consentimento, inclusive, se for o caso, de ambos os pais ou dos responsáveis legais de doador juridicamente incapaz.

É de se observar, aqui, que a doação de parte da medula óssea é, dentre as doações de tecidos, a menos prejudicial à saúde e integridade do doador, dada ser feita mediante um procedimento pouco invasivo e dada à célere recuperação da medula pelo organismo humana. Mesmo assim, e curiosamente, é o procedimento cirúrgico para o qual a lei impõe maior rigor, como demonstrado.

De qualquer sorte, e em qualquer hipótese de doações inter-vivos, não é crível alguém ser dotado de tão grande sentimento humanitário que o habilite a dispor de uma parte de seu corpo em prol de outra, assumindo a certeza de uma sobrevida menos saudável e a incerteza do risco cirúrgico possibilitar de óbito.

Rememore-se, aqui, que o pavor da morte é o da alteridade absoluta, insuperável e irreversível, e que isto obviamente suplanta altruísmo exacerbado.

Daí, estar autorizado ao intérprete concluir que o motivo desse aparente desprendimento do doador vivo é um subjacente, forte e inconfessado desejo de uma contraprestação que, na grande maioria das vezes, se traduz em expressiva quantia monetária. Ou seja: a doação é uma alienação disfarçada, no mais das vezes.

Assim, a inexistência de procedimento judicial específico para autorizar a doação inter-vivos de pessoas não-relacionadas, torna letra morta a criminalização da compra e venda de órgãos, tecidos e partes do corpo humano: a questão que remanesce, neste particular, é a da prova do crime, ainda que a concentração de ações judiciais em algumas comarcas do País sirva como forte indício de comercialização.

O procedimento processual para obtenção de alvará judicial, a que a lei específica sobre transplantes nomina autorização, é de todo insuficiente para impedir a cognição judicial suficiente à prestação de eficiente tutela jurisdicional e, em especial, para impedir que autorizações judiciais se prestem a legitimar a inconstitucional venda de órgãos e tecidos e partes do corpo humano para transplantes, disfarçadas como doação.

De fato, basta a alegação do pretenso doador de ser maior, capaz de gerir e administrar

todos os seus atos; de ser histologicamente compatível com o pretenso receptor, comprovado por exames laboratoriais de imunogenética; e de atestado médico quanto à fisiologia do doador e à patologia do receptor e à recomendação do transplante, para que não seja possível ao Poder Judiciário negar a autorização judicial.

Bem verdade que os magistrados brasileiros, cônscios da gravidade da concessão do alvará autorizador da doação de órgão, têm, no mais das vezes, mesmo em procedimento processual marcado por rarefeita cognição, determinado a prestação de contas após a realização do procedimento cirúrgico, a fim de ser comprovada a destinação do órgão doado. Tal cautela, porém, tem efeito mais intimidativo do que prático, e não se presta a coibir contrapartidas.

De outro lado, é absolutamente inócua a ilegal exigência imposta pelo Decreto 879/1997 nos parágrafos 4º. e 5º. do seu artigo 9º:

§ 4º. O doador especificará, em documento escrito, firmado também por duas testemunhas, qual tecido, órgão ou parte do seu corpo está doando para transplante ou enxerto em pessoa que identificará, todos devidamente qualificados, inclusive quanto à indicação de endereço.

§ 5º. O documento de que trata o parágrafo anterior, será expedido, em duas vias, uma das quais será destinada ao órgão do Ministério Público em atuação no lugar de domicílio do doador, com protocolo de recebimento na outra, como condição para concretizar a doação.

A ilegalidade desses dispositivos decorre do fato de ter o decreto regulamentador extrapolado o permissivo legal: a lei só exige autorização, ainda que preferencialmente por escrito.

E, a sua inocuidade é de clareza solar, posto que parece pretender transformar o Ministério Público em mero arquivo burocrático, eis que aquele órgão nenhum poder ou competência tem para interferir quanto à licitude ou não do documento que receberá, e sequer saberá o que fará com tal documento além de protocolizá-lo. Quando muito, se prestará à confecção de estatísticas.

A rigor, somente a lembrança de serem, a vida e a integridade corporal, direitos da personalidade, e por isso indisponíveis, é que faz com que o Ministério Público tenha intervenção obrigatória no pedido de jurisdição voluntária do alvará judicial.

8. Considerações finais

Os avanços tecnológicos e científicos, as mutações dos valores culturais e religiosos, a globalização mundial que tornam inter-conectadas as sociedades contemporâneas, fazem eclodir de forma incessante novos interesses, novos direitos, a exigirem tutela jurídica.

O *self* cultural mostra-se refratário, por sua própria dinâmica, a soluções vetustas de legislações que não correspondam à crescente demanda de tutela de modo oportuno, adequado e com efetividade.

Isto leva a um perigoso tensionamento nas relações indivíduo-Estado, potencializado pela precariedade estrutural dos órgãos estatais, e refletido em reiteradas ofensas a direitos e garantias fundamentais.

Assim sucede com a tutela aos transplantes, no Brasil, ainda que se encerre ela na expressão maior dos direitos fundamentais do ser humano, derivada que é do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por ser caracterizado como direito ínsito à personalidade, individual e metaindividual, já é, por definição genética, dotado de litigiosidade interna e intensa mutação no tempo e no espaço, o que os torna fluídos e carecedores de um titular determinável, capaz de buscar a tutela material e, empós, a jurisdicional.

O conservadorismo doutrinário e estatal, junto à desinformação cultural e aos preconceitos religiosos, propiciaram uma legislação insuficiente e inadequada à tutela do direito ao transplante no Brasil.

É que o Estado parece relutar em aceitar a ação da sociedade na defesa de seus direitos e na implementação das políticas públicas: sob o prisma político a co-gestão tem se resumido, em alguns municípios brasileiros, a tímida participação popular nos chamados Orçamentos Participativos - que, a rigor, se subsumem em comunicação ao público de atos do Poder Público.

Questões prosaicas como o direito do transplantado a medicamentos imunossupressores, passando pela falta de uniformidade nacional de critérios para os procedimentos de transplantes, ficam circunscritos às poucas Câmaras Técnicas do Poder Executivo e às tímidas, ainda que louváveis, iniciativas do Ministério Público e a ingênuas interferências do Poder Judiciário: a rigor, não encontram nem foro de discussão, nem debatedores aceitos como legitimados, resvalando para o menoscabo daquilo que se chama de irrelevâncias.

Quando muito, propicia temerária invasão do Poder Judiciário na seara médica, quando o Magistrado parece substituir o médico, seja prescrevendo medicação, seja determinando procedimento cirúrgico.

Os princípios dos direitos da personalidade, que deveriam servir de norte nessas questões, são relegados ao oblívio, o que tem levado se desconhecer, por exemplo, a identidade psíquica de quem se submete a uma cirurgia modificativa do sexo.

O Poder Judiciário autoriza a transformação da identidade sexual. Mas exige seja mantido o estigma, tornando obrigatória a averbação, na certidão de nascimento, de que o sexo foi alterado por decisão judicial.

Essa falta de sensibilidade e, bem assim, a ausência de visibilidade do direito ao

transplante como garantia fundamental, deve-se, provavelmente, à falta de efetividade dos resultados obtidos pela tutela propiciada no direito positivado.

Como pano de fundo desse cenário, deve-se acrescentar, ainda, o descrédito popular no grau de efetividade da prestação jurisdicional, alimentado em especial quando se aborda a questão das tutelas antecipatórias e das liminares com ênfase à aparente volatividade decisória.

O ideário da cidadania, porém, está a exigir um exame mais acurado desses pontos, de molde a se atender aos anseios da população por uma justiça não apenas eficiente e eficaz, mas que apresente resultados palpáveis e efetivos.

Se a intangibilidade dos interesses e direitos difusos, por si só, é óbice a tal desiderato, a inconsistência de visões sobre os transplantes agrava a compreensão do tema.

Espera-se, pois, que um diagnóstico do tema permita erigir um novo paradigma desse direito, válido para a edição de uma mais efetiva legislação protetiva do direito aos transplantes, consentânea às mutações do tecido social hodierno.

A normatização dos transplantes no Brasil estimula ou no mínimo favorece aos indivíduos que possuam o mínimo de recurso financeiro para custear a máquina judiciária, em prol de seu próprio benefício, eis que a atuação das Defensorias Públicas ainda não se faz presente em todo o País.

De outro lado, torna impotente o Poder Judiciário para negar a tutela jurisdicional às vendas disfarçadas de órgãos, reduzindo o órgão do Ministério Público ao papel de arquivista, e deixa fora desta mesma tutela jurisdicional os que não possuem condições de acesso à Justiça.

Imperiosa, pois, a modificação da legislação para coibir o comércio ilegal de órgãos, seja estabelecendo procedimento específico para a obtenção de autorização judicial, seja proibindo a doação inter-vivos de pessoas não relacionadas, seja regulamentando, como o fazem pouquíssimos ordenamentos jurídicos do mundo, de vez, a venda, o que permitirá o seu controle, inclusive pelo Poder Judiciário.

9. Referências

BRASIL. Código Civil. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Código Penal**.** Organização dos textos, notas remissivas e índices por Luiz Flávio Gomes. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição Federal do Brasil. Brasília: DF, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-lei n°. 2.268 de 30 de junho de 1997. Brasília: DF.

BRASIL.Congresso Nacional. Decreto 879 de 22 de julho de 1993. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília: DF.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 8.501 de 30 de novembro de 1992. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 4.280 de 1963. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 5.479 de 1968. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 8.489 de 18 de novembro de 1992. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 10.211 de 23 de março de 2001. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 11.521 de 18 de setembro de 2007. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

BRASIL. Congresso Nacional Lei n. 11.633 de 27 de dezembro de 2007. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

CHAVES, Antonio. Direito à Vida e ao Próprio Corpo.intersexualidade,transexualidade e transplantes.2.ed.rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,1994.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.480 de 8 de agosto de 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

DURSO, Luiz Flavio Borges. Estatização do corpo humano sem vida. Revista Jurídica Consulex, ano I,n.2, fev. Brasília: Consulex, 1997.

GEDIEL, José Antônio Peres. Os transplantes de órgãos e tecidos humanos para transplantes e a invenção moderna do corpo. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

Jornal: O Estado de São Paulo, edição de 04.04.2008. http://www.estadao.com.br/geral/not_ger151140,0.htm , capturado em 01.06.2008

LEITE, Eduardo de Oliveira. Bioética: sem lei tudo é possível. *In* Gazeta Mercantil, ed. de 29 de maio de 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Transplante de órgãos e eutanásia. São Paulo: Saraiva, 1991.

---

[1] BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Rio: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 46.

[2] Lembrar da morte.

[3] Autor e ob. cit., p. 45.

[4] *Idem et ibidem*, p. 60.

[5] Transplantes realizados com órgãos e tecidos humanos para transplantes oriundos de outros animais.

[6] LEITE, Eduardo de Oliveira. Bioética: sem lei tudo é possível. *In* Gazeta Mercantil, ed. de 29 de maio de 2001.

[7] *Apud* O Estado de São Paulo de 04.04.2008. http://www.estadao.com.br/geral/not_ger151140,0.htm , capturado em 01.06.2008.

[8] Por exemplo, a Resolução do Conselho Federal de Medicina, n.º 1.480 de 8 de agosto de 1997, que estabelece critérios para a caracterização de morte encefálica. Diário Oficial da União, Seção I, p. 18227. Brasília: DF, 1997.

[9] Art. 9º. da Lei n°. 9.434/97.

[10] Estados Unidos da América do Norte, Irã, Índia, dentre outros.

[11] Publicada no Diário Oficial da União de 05.02.1007.

[12] Art. 9º. É permitido à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgão ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêuticos.

[13] Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

[14] Art. 10, §§ 1º. e 2º., da Lei 8.489/92, e art. 18, do Decreto 879/93.

[15] Art. 15, § 4º.

[16] Art. 9º., § 4º.

[17] Art. 1º, III, Constituição Federal.

[18] Art. 5º, caput, Constituição Federal.

[19] Art. 5º, II, Constituição Federal.

[20] Art. 146, § 3º. Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

[21] Artigos 23, II e 24, Código Penal.

[22] Art. 129, §§ 1º e 2º, Código Penal.

[23] Art. 14.

[24] Art. 15.

[25] Art. 196, § 4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

[26] OMS, Princípio 5. *In Príncipes directeus sur La transplantation d´organes humains. Journal de Medicine Légale - Droit Médicale,* 1991, p. 508-514.

[27] GEDIEL, José Antônio Peres. Os transplantes de órgãos e tecidos humanos e a invenção moderna do corpo. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p.139 e segs.

[28] ROTHENBURG, Walter Claudius. Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 124.

[29] Lei 8.489/92 e Decreto 879/1993.

[30] Autor e ob. cit., p. 123-124.

[31] Arts. 12, 13 e 14, Decreto 879/1993.

[32] Art. 9º.,§ 4º., Lei 9.434/1997.

[33] Art. 9º, § 6º., Lei 9.434/1997.

CRIMINALIDADE E CRIMINALIZAÇÃO

A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS PARA A TEORIA DO GARANTISMO PENAL*

THE FUNCTION OF THE CONSTITUTIONAL CRIMINAL LAW'S PRINCIPLES FOR THE CRIMINAL GARANTISM THEORY

André Pedrolli Serretti

RESUMO

O paradigma do Estado Constitucional de Direito, produto mais avançado das experiências históricas da relação entre o Estado e a sociedade, está calcado na noção de ser humano, transportada ao Direito através do princípio da dignidade humana. A busca de meios, através de valores constitucionais, que assegurem condição digna ao indivíduo perante a sociedade e o Estado, deve ser o maior desafio de qualquer jurista interessado na efetividade do essencial objetivo visado pelo próprio direito – a pacificação social. Se o direito não for utilizado como mecanismo ativo de transformação social para a garantia de direitos fundamentais, individuais e coletivos, de nada valerá a sua existência como pilar de sustentação do aparato estatal. O presente artigo disserta sobre o Garantismo Penal, teoria que visa à tutela de direitos fundamentais, através do direito penal.

PALAVRAS-CHAVES: TEORIA DO GARANTISMO PENAL – VALORES CONSTITUCIONAIS – TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS.

ABSTRACT

The model of Constitutional State of Law, product of the historical experiences between society and State, is based on the concept of human being, transported to the law by the Principle of Human Dignity. The search for resources, through constitutional values, able to promote reasonable conditions to the person when related to both society and State, must be the biggest challenge of any lawyer interested to materialize the main law's objective – the social peace. If the law is not used to make social changes, aimed to protect constitutional collective and individual rights, it is useless as the main base of State's activity. This article analyzes the Criminal Garantism, a theory that aims to protect constitutional rights through the criminal law.

KEYWORDS: CRIMINAL GARANTISM THEORY – CONSTITUTIONAL VALUES – CONSTITUTIONAL RIGHTS' PROTECTION – CONSTITUTIONAL CRIMINAL LAW'S PRINCIPLES.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. O Garantismo Penal – uma introdução

O garantismo penal, conforme preleciona seu próprio idealizador, o professor italiano Luigi Ferrajoli, pode possuir vários significados[1]. Em síntese, pode-se defini-lo como o movimento jurídico-penal que busca a legitimação da intervenção punitiva do Estado, pela garantia da observância por este a direitos e garantias individuais e coletivos. Ou seja, tanto o direito material penal quanto o processual penal e a execução penal devem seguir certos preceitos para que não se desvirtuem dos objetivos do Estado Constitucional e Democrático de Direito, qual seja, proteger direitos fundamentais. Conforme se verá, a intervenção estatal só poderá validamente acontecer se estiver de acordo com os ditames estabelecidos na Constituição, esta, verdadeiro limite formal e material à atuação estatal na seara penal. Ainda, para Ferrajoli:

Garantismo designa um modelo normativo de direito, precisamente, no que diz respeito ao Direito penal, o modelo da estrita legalidade, próprio do estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. [2]

Como podemos constatar, um sistema normativo que se paute por tais pressupostos atende ao modelo de garantia à tutela de direitos fundamentais.

Pode-se entender garantismo, ainda, como instrumento de aferição da validade da intervenção estatal, em casos concretos. Em outras palavras, depois de estabelecidos os parâmetros (princípios constitucionais), a serem observados pelo Estado, ao fazer suas normas infraconstitucionais e julgar, o garantismo pode ser visto como um instrumento para observar se tais preceitos estão sendo de fato cumpridos. É a observação das práticas forense e legislativa, para verificar se estão sendo os princípios constitucionais observados, ou seja, se o *ser* está em consonância com o *dever-ser*. Assim se pode estabelecer graus de garantismo a serem perseguidos pelos agentes do direito. Para Ferrajoli, *"o garantismo jurídico opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do direito penal, que requer dos juizes e dos juristas uma constante tensão critica sobre as leis vigentes, (...)."* [3]

Ainda, de acordo com um terceiro significado de garantismo, pode-se dizer que este designa um objetivo a ser alcançado, não mais interno, mas externo ao direito penal, qual seja a proteção de bens jurídicos, sendo este o critério para se verificar a legitimação ou não dos objetivos do sistema penal. Pode-se dizer que *"o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, (...)."*.[4]

2. Bases teóricas do Garantismo Penal

Com fundamentos claramente iluministas, o pensamento garantista surge como tentativa de resgatar valores de proteção do indivíduo frente ao sistema penal, através da releitura da legitimação do Estado pela proteção de garantias individuais. Partindo-se da premissa epistemológica que o direito penal não é capaz de ser legitimado por si mesmo, ou seja, não pode ser tido como seu próprio legitimador, pois careceria ele de objetivo inerente, em si, em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, nasce a necessidade de se estabelecer um objetivo a ser alcançado, externo ao direito penal. Consoante tal modelo estatal, que legitima a sua intervenção, em qualquer campo, com o objetivo da promoção do bem comum e dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, faz-se necessário que este, além de prever como direitos individuais tais valores, também efetivamente os garanta. Isso posto, em um modelo de Estado Democrático de Direito, todos os ramos do direito devem, por sua vez, se adequar a tais núcleos mandamentais normativos, quais sejam, os princípios e valores constitucionais, e em especial, a dignidade da pessoa humana.

E no que toca ao direito penal, deve este também buscar a garantia da efetivação de princípios e direitos inerentes aos sistemas constitucionais democráticos contemporâneos. Deve este ramo do direito tutelar tais valores constitucionalmente garantidos a todos, a fim de que se coadune com a ordem constitucional e assim possa intervir na sociedade, validamente. Portanto, conclui-se que deve o direito penal tutelar bens jurídicos, não só os bens jurídicos expressamente previstos no texto constitucional, mas também, os compatíveis com sua ordem de princípios, conforme indica o art. 5, §2º, da Constituição da República[5]. O objeto de tutela de um direito penal constitucionalmente orientado sempre será, imediatamente, bens jurídicos constitucionalmente garantidos, em consonância com os direitos fundamentais.

Retomando tópico anterior, um terceiro significado de garantismo penal pode ser relacionado à tutela de algo naturalmente externo à ordem jurídica, ou seja, à tutela de bens jurídico-penais.

3. Bem jurídico-penal

Bem jurídico, para a quase totalidade dos cientistas do direito penal, é o objeto de proteção desse ramo do ordenamento jurídico. Aqui adotaremos tal proposição como premissa, a despeito de minoritárias, porém honrosas, opiniões em contrário[6], conforme se verá à frente. A norma penal tutela o bem jurídico ao vedar a atuação concreta de alguém que tende a lesá-lo ou que efetivamente o lesa. Contemporaneamente, pode-se entender por bem jurídico-penal um juízo positivo de valor a cerca de algo, ou seja, algo ao qual a ordem jurídica atribui a característica de ser de preferível preservação. Tal juízo, para que seja materialmente válido, deve estar ancorado nas necessidades humanas individuais e sociais merecedoras de proteção, conforme os valores culturais vigentes no seio da sociedade. Conforme ensina Luiz Regis Prado:

Assim, originariamente, com base na mais pura tradição neokanista, de matiz espiritualista, procura-se conceber o bem jurídico-penal como valor cultural – entendida a cultura no sentido mais amplo, como um sistema normativo. Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam como em necessidades individuais.

Estas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica. [7]

Em artigo publicado no ano de 1834, o jurista alemão Johann Michael Franz Birnbaum[8], pioneiro no tema, escreveu que bem jurídico-penal seria tudo aquilo que a lei penal tutelava. De acordo com tal conceito, breve e desprovido de valoração ética, e partindo-se do pressuposto que o bem jurídico é o legitimador do direito penal, pode-se concluir que podemos utilizar tal construção doutrinária positivista para chegar a qualquer conclusão, inclusive para legitimar um direito penal que negue direitos e garantias fundamentais. Assim se observa que tal conceito, por conceber o bem-jurídico como algo interno à ordem jurídica, desvencilha-se da função crítica que este pode exercer[9].

Muito já se debateu sobre o tema, algo que, até mesmo nos dias atuais é objeto de tormentas e dissensos no meio acadêmico. Em fases mais remotas, em que o direito penal era caracterizado como *privatista*, era corrente o entendimento de que tal ramo do ordenamento jurídico servia à proteção de direitos subjetivos[10]. Tal concepção já não pode ser mais sustentada visto que hoje há em nosso ordenamento jurídico a previsão da tutela penal de bens supra individuais, tais como o meio ambiente e o patrimônio artístico e cultural.

Nas últimas décadas, surgiram pelo mundo juristas de escol, tais como Günther Jakobs, que negam a pertinência de tal instituto, em virtude de seu conceito ser inadequado e até mesmo inaplicável à totalidade das relações jurídico-penais.

O posicionamento a seguir se encontra mais coerente com os atuais conhecimentos da sociologia, sobretudo com os frutos da pesquisa de Niklas Luhmann[11], relativos ao funcionalismo sistêmico, que vê a sociedade como um sistema, e o direito como um subsistema desta que visa regular as relações sociais através da institucionalização e estabilização, por um processo racional, de expectativas de conduta presentes na sociedade.

No âmbito do sistema social vislumbramos dois tipos de expectativas apontadas por Luhmann[12], expectativas cognitivas, que representam expectativas comuns à maioria dos membros da sociedade, mas que se inobservadas não geram sanção formal pelo Direito, e expectativas normativas, que se inobservadas geram para quem as violou a sanção correspondente do sistema do Direito.

É o subsistema do Direito quem tem a função de estabelecer as expectativas normativas gerais a serem observadas por todos os indivíduos, de todos os sistemas a fim de que o sistema social funcione.

Para visualizar a importância de tal estrutura baseada em expectativas, podemos observar que nós somente saímos de casa porque acreditamos que não seremos mortos, e que nossa liberdade sexual será respeitada se não quisermos nos relacionar com alguém. Sem a confiança em tais expectativas, sequer levantamos pela manhã[13].

Estas e outras se constituem em expectativas normativas que viabilizam o funcionamento do sistema social, e conseqüentemente, a vida em sociedade, de cuja observância todos os indivíduos estão obrigados e se beneficiam.

Fundado nos lineamentos anteriores, brevemente expostos, Jakobs aduz que a função precípua do Direito Penal é garantir a configuração normativa da sociedade através do respeito pelos indivíduos às expectativas normativas. Sua função é manter a vigência da norma como modelo de contato social, através da cominação de pena para quem viole tais expectativas, para que seja viável o funcionamento do sistema social.

A pena que tem por fim estabilizar as expectativas normativas ao demonstrar à sociedade que, apesar de ter sido violada certa expectativa, em certo lugar, em dado momento, por determinado indivíduo, a sociedade pode seguir confiando nesta expectativa e nela continuar pautando sua conduta.

"*A sanção serve então para a estabilização das expectativas sociais.*"[14] A pena se presta à proteção da confiança nas relações sociais. Segundo Jakobs: "*A violação da norma se encontra num mundo equivocado porque nega as condições do comum. Seu significado é: não a esta sociedade.*"[15]. Ao agente dessa violação deve incidir a pena, expressão do Direito Penal, como instrumento utilizado pelo Estado para restabelecer e reafirmar a vigência de determinada expectativa normativa, selecionada do meio social, assim possibilitando o convívio em sociedade.

A função do Direito Penal, para Jakobs, é declarar vigente a norma e preservar a expectativa objeto desta, assim garantindo a continuação do funcionamento do sistema social, através da proteção da confiança nas expectativas normativas racionalmente selecionadas e institucionalizadas. Assim, pode-se concluir que, para o referido autor, função do Direito Penal é a proteção da vigência da norma estatal.

Quanto ao conceito de bem jurídico, Günther Jakobs ensina que por mais que o direito penal tente proteger diversos bens, tais como a vida, a liberdade e o patrimônio, ele nunca o conseguirá integralmente, pois em diversas situações da vida tais bens perecerão de forma natural, sem intervenção do homem, e nesse caso, não cabe a tal ramo do ordenamento jurídico intervir, como, *v.g.*, nos casos de morte natural. Dessa forma, conclui o renomado autor que o Direito Penal não serve para a proteção de bens jurídicos, mas sim, para a proteção de bens contra certos ataques humanos, o que faz com que o Direito Penal se constitua, na verdade, como instrumento de regulação de relações sociais entre pessoas, e mais precisamente, de proteção da confiança nas expectativas normativas institucionalizadas, e não em genérica e abstrata proteção a bens jurídicos. Tal se depreende da seguinte passagem, na qual o referido jurista comenta a doutrina do bem jurídico:

É evidente que tal discurso não é adequado à matéria, e por isso se objetará que o caráter perecível de todos os bens só tem algo a ver com o direito, na medida em que as pessoas os respeitem. Diz-se, então, que a relevância jurídica dos bens é relativa, referente apenas a uma situação de ameaçada. Visto desse modo, o direito penal já não garante a existência dos bens jurídicos, mas sim, que as pessoas não ataquem esses bens e, de maneira correspondente, unicamente desta forma, tratar-se-á de bens *jurídicos*

como meros bens que poderão perecer. Isso nos leva a uma concepção mais coerente: a morte por senilidade é a perda de um bem, mas a punhalada de um assassino é uma lesão de um bem; o automóvel corroído pela ferrugem é um bem que desaparece; sua destruição intencionada é uma lesão de um bem jurídico. Portanto, o direito penal não serve para a proteção genérica de bens que são considerados como jurídicos, serve sim, para a proteção de bens contra certos ataques, e só no que se refere a essa proteção de bens, aparecerão na ótica do direito, e, portanto, serão considerados bens-jurídicos.

Partindo dessa perspectiva, chega-se a uma concepção coerente do ordenamento jurídico: o direito não é um muro construído para proteger bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre *pessoas*.[16]

De certa forma pode-se dizer que tal posicionamento se encontra mais atualizado e coerente que o centenário conceito de bem jurídico de Birnbaum, mesmo com a tentativa, por diversos autores, de modernizá-lo, por realçar mais o sentido e a função sociológicos do direito. O que não se pode perder de vista é o objetivo de proteção imediato da pessoa humana, pelo sistema social, algo que é possível, e até bem natural, se se visa proteger as expectativas existentes na sociedade, oriundas dos indivíduos, de respeito à vida e dignidade humanas. Porém, não é proposta do presente trabalho aprofundar em tão intrigante tema.

Em situação diametralmente oposta, é quase uniformemente aceita entre os pesquisadores contemporâneos do direito penal a doutrina do bem jurídico, e que tais bens preexistem ao direito, são bens da vida, e o que o direito faz é reconhecer determinado bem da vida como essencial ao convívio em sociedade e selecioná-lo para que fique sobre sua proteção, através da observação das relações sociais. Não é outro o magistério de Arturo Rocco:

(...) como o bem, antes de ser jurídico, é um bem da vida humana individual e social, e o interesse, antes de ser jurídico, é um interesse humano, assim, o conceito de bem, antes de ser jurídico, é um conceito sociológico ou psico-sociológico (...). [17]

Para que se possa construir um conteúdo racional de bem jurídico-penal, e assim materializar sua função crítica, devemos buscar a legitimação do juízo de valor que este representa além das margens do ordenamento jurídico infraconstitucional. Ao procurar um significado racional ao objeto de tutela do Direito Penal, devemos atentar para a pessoa humana, pressuposto básico de qualquer organização social, captada pelo sistema jurídico como valor, materializado no princípio da dignidade da pessoa humana, de origem constitucional. Dessa forma, evita-se que o direito tutele valores discrepantes dos objetivos perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, tais como a moral, uma ideologia ou simples deveres de obediência e subordinação em relação ao Estado[18]. A busca pela preservação imediata da dignidade humana deve orientar a definição do conteúdo racional de bem jurídico-penal.

Através da proteção do valor da dignidade da pessoa humana, conclui-se que devem ser tuteladas pelo direito penal apenas necessidades humanas. Assim ensina Terradillos Basoco:

Nem os direitos subjetivos, nem os interesses, nem os valores, nem a funcionalidade com relação ao sistema podem ser um referente material válido. Só a satisfação das necessidades pode fazê-lo. O Direito penal deve assumir a tarefa de tutelar a satisfação das necessidades humanas, (...). [19]

Certo é que o conteúdo dos bens jurídicos não é oriundo do direito, mas sim, das necessidades humanas. O direito apenas o seleciona e o protege, como já dito. O que se pode discordar do referido autor é que a funcionalidade em relação ao sistema não seja uma necessidade humana. Nesse sentido são as lições de Günther Jakobs:

Não se trata de que a sociedade, entendida como algo feito e determinado, anteponha-se ao sujeito, mas também fica excluído o contrário. Dizendo de outro modo, a subjetividade não só é um pressuposto, mas também uma conseqüência. Sem um mundo objetivo vinculante não há subjetividade e vice-versa. [20]

Como abordado anteriormente, a fundamentação do conteúdo racional de bem jurídico penal deve também achar seu referencial em valores extra-jurídicos que, no ordenamento jurídico nacional também se encontram presentes no texto constitucional. Tal referencia merece destaque porque existem valores essenciais à organização social – tais como a dignidade do ser humano – que se proscritos do texto constitucional, ainda assim deverão ser o centro de tutela do direito e conseqüentemente, do direito penal, por serem substancialmente tacitamente constitucionais. Como observa o Luiz Flávio Gomes: "*É a relação social (de disponibilidade, diz Zaffaroni) em conexão com um bem existencial que é valorada positivamente*." [21].

Assim, para algo ser validamente caracterizado como bem jurídico penal, não basta tal classificação estar de acordo com os valores socioculturais correntes quando de sua criação ou de sua tutela, mas sim, deve também estar de acordo com os ditames materializados na constituição como necessidades humanas e sociais, expressa ou tacitamente. Por tal afirmativa deduzimos que somente será valida a intervenção penal que vise à proteção de bens jurídicos constitucionalmente estabelecidos, além de obedecer ao principio da adequação social, ou adequação às necessidades humanas. De acordo com Luiz Flávio Gomes: "*Não é reduzido o grupo de doutrinadores que afirmam que a constituição é o referencial mais idôneo para que a teoria do bem jurídico venha a cumprir uma função crítica e limitadora do* jus puniendi.".[22]

Por fim, podemos concluir que a função precípua do conceito de bem jurídico-penal, atendendo ao valor da dignidade da pessoa humana, é tutelar as necessidade humanas, geralmente expressas na constituição, protegendo-as de turbações. Um conceito de bem jurídico criticamente estabelecido deve estar apto a promover tal tutela.

Sem aprofundar mais em tais discussões e munido de um conceito garantista de bem jurídico-penal, facilmente se pode concluir que o que realmente importa são as funções por este exercidas, com premissas formuladas a partir de pressupostos que visam a sua garantia. Desde que o pensamento jurídico ocidental aderiu à teoria constitucionalista de Hans Kelsen, que coloca a constituição como o topo da pirâmide normativa, de

observância obrigatória pelos demais ramos do ordenamento jurídico e pelo Estado, tutelar valores constitucionais se faz algo de extrema necessidade se se quer ter como válido qualquer ato jurídico. Ensina Salo de Carvalho que:

A estrutura arquitetônica piramidal elaborada por Kelsen, cuja concepção é cerrada sob a visualização da constituição lógico-formal e direcionada ao interior do sistema jurídico estatal, inverte-se e amplia-se, voltando seu olhar tanto para o interno quanto para os novos valores e princípios abstratos advindos do exterior. Trata-se de legitimidade que provem de fora ou, nas palavras de Ferrajoli, de um modelo heteropoiético de legitimação do direito – *legitimità dal basso.* O interessante é notar que esta legitimidade externa conforma sua nova estrutura escalonada dos ordenamentos jurídicos, não mais referendados por princípios e valores jusnaturalistas (metajurídicos), mas por instrumentos legais positivados pelos Estados signatários das declarações de direitos. [23]

Nossa ordem constitucional adotou o pensamento de tal jurista, ao estabelecer mecanismos difusos e concentrados de controle de constitucionalidade dos atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O pensamento de Kelsen, aduzindo à supremacia da constituição, prevê tal supremacia apenas formalmente em relação aos demais estatutos do ordenamento jurídico. A supremacia material da carta magna se constitui em proporcionar a maior eficácia possível às suas disposições, e não apenas contrastar as normas infraconstitucionais aos dispositivos da Constituição (supremacia formal). Buscando dar a maior eficácia possível às normas constitucionais em todas as relações jurídicas materializa-se a "vontade da constituição", assim realizando sua supremacia material. Podemos observar tal modalidade de supremacia na seguinte passagem, da obra de Konrad Hesse, *verbis*:

Em outros tempos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática a da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida e para o Estado. [24]

Para o garantismo penal, um juízo positivo de valor (bem jurídico), válido, não só deve estar imbuído de índole constitucional ou ser uma necessidade humana e social, mas deve de alguma forma também caracterizar-se como direito fundamental.

4. Direitos Fundamentais

Direitos fundamentais podem ser entendidos como aqueles inerentes ao ser humano, porque dotado do caráter de pessoa, necessários ao livre desenvolvimento de sua personalidade e à garantia de sua dignidade. Em nossa concepção, devem estar presentes expressa ou implicitamente no texto constitucional, conforme norma de extensão constante de seu art. 5º, parágrafo 2º[25].

Tais direitos são imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis e universais, e tradicionalmente divididos em três gerações. Os direitos de primeira geração são os primeiros que apareceram nos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais e são fruto da ascensão da burguesia na França e no mundo do século XVIII, que culminou na Revolução Francesa e na Revolução Estadunidense. Tais direitos buscam valorizar o homem individualmente considerado e realçar a sua liberdade na vida civil e política do Estado[26]. Voltam-se contra o Poder Público, que antes da revolução, era concentrado no monarca absolutista. Nisso percebemos o viés burguês, e não popular, de tais revoluções, que objetivavam a busca da igualdade meramente formal não existente entre a nobreza e a burguesia, a participação nas decisões políticas deste extrato social e o exercício quase absoluto dos direitos patrimoniais, da autonomia da vontade e da liberdade negocial.

Já os direitos de segunda geração, que vieram a lume no início do século XX, com as constituições do México em 1917, e de Weimar em 1919, visam assegurar igualdade não apenas formal, mas também material entre os indivíduos, exigindo-se dos estados que respeitem e concretizem direitos sociais, econômicos e culturais. Tais direitos são fruto das amargas experiências humanas relativas ao abuso das relações privadas e do poder econômico simbolizadas pela Revolução Industrial, época em que vidas eram perdidas na destruição do ser humano oriunda dos abusos das relações de trabalho, da falta de condições laborais adequadas e da escassez de recursos básicos nos países europeus, no século XIX. Os diretos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância se originam de tal movimento.[27]

Os direitos de terceira geração começaram a ser positivados pelos países ocidentais na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, onde coletividades inteiras foram dizimadas em nome da eugenia e da dominação política. Tais direitos visam proteger a coletividade ou um grupo determinável de indivíduos que se encontra em situação de vulnerabilidade, e se voltam a um conceito de povo que, além de visar à proteção da memória de todos aqueles que já fizeram parte de determinado gênero cultural, objetivam criar condições para que as gerações vindouras também possam se desenvolver com o equilíbrio e a harmonia necessários. Como produto desta geração temos a tutela de direitos difusos e coletivos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.[28]

Para os que visualizam uma quarta geração de direitos fundamentais, estes são produtos dos movimentos políticos sociais da segunda metade do século XX, e se constituem em direitos que visam à materialização de uma globalização política[29], tais como direito à democracia efetiva, à informação e ao pluralismo político.

Ferrajoli, sintetizando uma definição básica de direitos fundamentais, aduz que:

Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de "derechos fundamentales": son "derechos fundamentales" todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos encuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidade de obrar; entendiendo por "derecho subjetivo" qualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adstrita a un sujeto por una norma jurídica; y por su "status" la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercício de éstas. [30]

Conforme se pode observar, o conceito de Ferrajoli de direitos fundamentais abarca também direitos previstos fora do texto constitucional[31].

É necessário ressaltar que o garantismo penal, concebido como pensamento jurídico-penal que visa à tutela de direitos fundamentais possui um conceito bem formulado de tais direitos. Caso não o possuísse, poderia essa teoria ser utilizada para a tutela de quaisquer outros interesses, inclusive escusos, como observa Alexandre da Maia:

Logo, cada um a seu bel prazer, poderia fixar o conteúdo dos direitos fundamentais a partir de vários pontos de partida distintos, e, na maioria das vezes, opostos, muito embora todas as formas – democráticas ou não – de compreender a essência dos direitos fundamentais estariam legitimados pela teoria de Ferrajoli. [32]

Linhas antes, a nosso ver, andou mal Maia ao aduzir que o descrito acima efetivamente ocorre com o garantismo penal, dizendo: "*A tentativa do Professor Ferrajoli de dar um conteúdo ao universo jurídico também esbarra no formalismo, exatamente pelo vazio que existe no que caracteriza efetivamente os direitos fundamentais*" [33].

Ora, qualificar os direitos fundamentais como os inerentes a pessoas humanas, enquanto dotadas deste estado, a prestações negativas ou positivas do estado já diz muito. Como exemplo, podemos em tal conceito subsumir o direito à vida ou direito a garantias processuais, e por outro lado, excluir de sua abrangência o direito concedido ao Estado de recolher tributos, direitos estes de sede constitucional. Dessa forma, não há puro vazio ontológico como aduz o citado autor.

Para arrematar, a seguir está, como exemplo, o conjunto de direitos reconhecidos como fundamentais, pelas constituições contemporâneas, na visão de Luigi Ferrajoli:

Las expectativas sociales correspondientes a las nuevas funciones – la subsistencia, el empleo, la vivienda, la instrucción, la assistencia sanitaria – son así introducidos y reconocidos por las Constituiciones de este siglo como "derechos fundamentales": los así llamados derechos sociales a prestaciones positivas (el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda, el derecho a la instrucción, el derecho a la salud, el derecho a la información, y similares) que se colocan junto a los antiguos derechos individuales de libertad, concebidos, en cambio, como derechos de prestaciones negativas. ***[34]***

Os direitos fundamentais e sua tutela, na ordem jurídica, funcionam, primeiramente, como dados axiológicos[35] (valorativos, que estabelecem, *v.g.*, o que é bom e belo), e não meramente deontológicos (relativos ao dever-ser, princípios lógicos, que admitem ponderação em relação a outros princípios), tampouco ontológicos (morais, relativo ao ser, constituídos de normas de ação), para se aferir existência ou inexistência de *jus puniendi* legítimo, ou seja, para se aferir a validade constitucional de determinada norma penal incriminadora. Pode-se denominar a busca pela tutela de tais direitos de racionalidade material. Assim preleciona Robert Alexy, vejamos:

Em cambio, los conceptos axiológicos se caracterizan porque su concepto fundamental no es el mandato o deber ser, sino el de lo bueno. La variedad de los conceptos axiológicos surge a partir de los criterios, de acuerdo com los cuales, algo puede calificar-se como bueno. Así, se utilizan conceptos axiológicos cuando es catalogado como bello, valiente, seguro, econômico, democrático, social, liberal o proprio del Estado de derecho. [36]

A simples decisão tomada pela maioria não e capaz de, por si só, se legitimar. Em um Estado Democrático de Direito, e não em um Estado legalista, os direitos fundamentais formam um núcleo duro de preceitos de ordem axiológica intocáveis. Esses direitos, que funcionam como valores, como já descrito, quando trazidos ao texto constitucional, além de tal função, exercem a função de princípios.

Na ordem constitucional brasileira, esse fenômeno é observado pelo estabelecimento de clausulas de conteúdo irredutível, pelo próprio texto constitucional, denominadas de clausulas pétreas, dentre as quais se inserem os direitos fundamentais[37]. Conforme observa Salo de Carvalho:

Os Direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração correspondem ao núcleo de legitimidade substancial do Estado democrático de direito e estabelecem um pólo rígido de justiça material independente dos 'desejos', livres ou manipulados. É que a idéia de democracia reduzida à expressão da vontade da maioria não satisfaz às expectativas nascidas com o processo de positivação, generalização, internacionalização e especificação dos direitos humanos, podendo, inclusive, demonstrar-se autoritária, devido à tendência de tornar universal determinada moral, excluindo os direitos das minorias (as relações de gênero, os problemas raciais e étnicos, as discriminações sexuais, as indiferenças quanto à questão etária, o desrespeito às classes marginalizadas social ou economicamente *et caetera*). Definitivamente, o sentido de democracia não corresponde mais à questão de legitimidade procedimental das decisões majoritárias, pois estas não têm poder deliberativo absoluto (uma decisão pode ser majoritária e autoritária ao mesmo tempo). [38]

Consoante o pensamento garantista, uma democracia substancial somente pode existir onde o mínimo de direitos (direitos fundamentais) é respeitado, independentemente das deliberações tomadas por maioria. É o que não ocorre num Estado que define suas diretrizes através de procedimentos legislativos que apresentam a característica da mera legalidade, ou legalidade apenas formal. Concordamos com Ana Cláudia Bastos de Pinho quando diz que:

O garantismo reconhece que a democracia formal (ou política) restringi-se a regras procedimentais, de quem e como decidir, em que o móvel é o principio majoritário; já a democracia substancial (ou material) abrange questões sobre o que não se pode decidir e sobre o que não se pode deixar de decidir, nem sequer por maioria, em que o móvel é a defesa dos direitos fundamentais (de índole liberal e social). [39]

5. A Constituição como fundamentadora do *jus puniendi*

Conforme dito linhas atrás, não basta que o juízo positivo de valor, inerente a um bem jurídico, recaia sobre qualquer valor cultural, socialmente necessário ao livre desenvolvimento da personalidade de alguém, deve também tal juízo de valor estar de acordo com a ordem constitucional, ainda que tacitamente.

A constituição, quando promulgada por determinado povo, encerra uma ordem de valores superiores (elementos axiológicos) que devem permear toda e qualquer relação jurídica válida, entre quaisquer pessoas, e principalmente entre o indivíduo e o Estado.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é justamente o respeito a estes nas relações de direito privado entre particulares, como bem observa Ingo Wolfgang Sarlet:

Já para a corrente oposta, liderada originalmente por Nipperdey e Leisner, uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional. [40]

Se até mesmo podemos admitir, pela força normativa da Constituição e pela supremacia desta, que os particulares devem pautar sua conduta em sociedade pelo respeito aos direitos fundamentais de seus semelhantes, o Estado, ente de direito publico detentor do *jus puniendi*, criado para a tutela de direitos, deve ainda muito mais se esforçar para pautar seus atos, através de seus agentes, por valores insculpidos na Constituição, e especialmente, por direitos fundamentais, no que toca às suas relações com os indivíduos. Conforme preleciona Luiz Flávio Gomes:

A chamada constituição material, justamente porque trata dos seus conteúdos substanciais e centra na pessoa e nos seus direitos fundamentais a base de toda a

realidade jurídico-política do Estado, conta com a eficácia interpretativa que, indubitavelmente, se estende a todo o ordenamento jurídico. [41]

Portanto, qualquer produção normativa feita pelo legislador ordinário deve, ao ser contrastada com esse modelo sistematicamente organizado de valores trazidos pela constituição, em nosso caso, com o modelo de Estado Democrático de Direito, mostrar-se perfeitamente com ele compatível (legitimação interna). Caso contrário deve a aplicação de tal norma ser afastada por invalidade material, ainda que formalmente valida conforme as regras de processo legislativo (legitimação externa), de acordo com o regramento constitucional que trata do controle de constitucionalidade formal. Preleciona Luciano Santos Lopes:

Todavia, não se trata de simplesmente oferecer justaposições da Constituição às outras normas positivadas. Trata-se de fazer com que a Carta Magna, legitimada por seus princípios, consiga exercer realmente a função sistematizadora e promotora de unidade em um sistema jurídico determinado. Requer-se, também, que a Constituição tenha força normativa. Sob pena de restar como referência meramente retórica. A importância da Hermenêutica constitucional faz-se visível neste plano de discussão. [42]

A legitimação interna das normas jurídico-penais, em contraposição à sua legitimação externa, deve ser aferida a partir do valor constitucional da dignidade da pessoa humana. Pode-se entender por dignidade da pessoa humana, de um ponto de vista externo, como princípio que obriga que sejam propiciadas à pessoa, pelo Estado, condições para o livre desenvolvimento de sua personalidade, e de um ponto de vista interno, como um mandamento que obriga a todos e ao Estado a considerar o ser humano como um fim e si mesmo, ou seja, que proíbe a instrumentalização deste. Tal princípio, fundamento da República, na Constituição insculpido no art. 1º, inciso III [43], norma constitucional de eficácia imediata[44], deve ser o norte que informará se determinada norma possui ou não validade material. Luciano Santos Lopes ensina que os valores jurídicos e a ordem jurídica:

São respaldados no respeito à racionalidade oferecida em um Direito de orientação antropológica, ou seja, dirigido para o homem. O respeito aos Direitos Humanos é que traz o signo de racionalidade à Constituição e, por conseguinte, a todo o restante do ordenamento jurídico. [45]

Desse valor, dignidade da pessoa humana, decorrem os princípios reitores de um Direito Penal Constitucional, formando-se assim, um sistema jurídico-penal constitucional de aferição da validade material de normas infraconstitucionais e suas respectivas interpretações.

6. Princípios Penais Constitucionais

As normas jurídicas dividem-se em princípios e regras. Princípios são núcleos mandamentais que permeiam todo um ramo do ordenamento jurídico, de observância obrigatória às relações jurídicas de tal ramo. São pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível[46]. Diferenciam-se das regras porque têm um âmbito de abrangência muito maior, devido ao fato de possuírem maior abstração.

Segundo Dworkin[47], em caso de colisão entre regras, deve-se escolher somente uma delas a ser aplicada em determinada situação fática que ensejou o referido conflito, excluindo-se as demais. Já em relação ao princípios, estes comportam a aplicação simultânea de mais deles em situações concretas em que colidem, dando-se apenas maior relevância a um deles em relação ao outro. Tal procedimento de decisão se chama ponderação e somente é possível porque os princípios podem ser sopesados, são flexíveis, não são mandamentos herméticos, tais como as regras. A aplicação de quaisquer princípios deve, no caso concreto, se fazer através da ponderação com outros princípios, que representam outros valores, também referentes ao caso. Assim observa Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos:

A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de objetividade, inclui a seleção de normas e de fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.[48]

Assim podemos concluir, com Humberto Ávila, que "*Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementariedade e parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser provido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção*"***[49]***.

Os princípios penais constitucionais funcionam como limitações materiais ao direito de punir estatal, seja concernente à atividade judicial ou à atividade legislativa. Calcados no valor da dignidade da pessoa humana, são verdadeiras barreiras ao atuar estatal no âmbito do direito penal. Se desrespeitados, constitui tal desrespeito em flagrante inconstitucionalidade material, algo que deve ser ilidido pelos agentes estatais competentes, se se deseja estabelecer uma ordem jurídica e um atuar do sistema penal racional e portanto, harmônico com a Constituição. Nesse sentido escreve Renato de Lima Castro:

Sendo, portanto, os princípios penais de garantia verdadeiros limites materiais à intervenção legislativa no âmbito do direito penal, incumbe-se ao Poder Judiciário, guardião máximo da Constituição Federal e dos valores nela albergados, exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de tipos penais que se encontrem em dissonância com os princípios penais estabelecidos na Carta Política fundamental.[50]

Tais princípios, apesar de inúmeras classificações apresentadas por diversos juristas, podem ser ordenados da forma abaixo descrita.

Princípio da Intervenção Mínima: o direito penal só deve intervir em casos de ofensas muito graves aos bens jurídicos mais importantes, não amparados satisfatoriamente por outros ramos de ordenamento jurídico. Se tais ramos protegem de maneira eficiente determinados bens jurídicos, não há a necessidade de atuação do direito penal, em virtude de este ser mais gravoso. Assim se concebe o direito penal como *ultima ratio*, ou seja, a última medida de tutela estatal a bens jurídicos, somente passível de ser utilizada quando estritamente necessária para a garantia de direitos fundamentais.Tal princípio também é denominado como princípio da subsidiariedade.

Princípio de Lesividade ou Ofensividade: também chamado de princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos[51], informa que ao incriminar determinada conduta, deve o legislador selecionar somente aquelas que efetivamente, concretamente, ataquem a bens jurídico-penais. É vedada a descrição abstrata de algo que não se constitui em direta lesão ou perigo de lesão a determinado bem jurídico. Em outra vertente, mais próxima do principio da insignificância, de mesma origem constitucional, vê-se que o juiz deve afastar a incidência de pena quando estiver diante de uma conduta formalmente típica, mas que não ofende efetivamente a bem jurídico algum em determinado caso concreto, por ser inofensiva. Segundo Francesco Palazzo:

A afirmação do princípio de lesividade como indicação tendente a evitar que, em sua complexidade, o sistema se afaste de balizas de um direito penal da ofensa, é comum a todos os ordenamentos examinados. Deve-se, todavia, observar que o princípio se fez objeto de maior atenção e particular sistematização científica por parte da doutrina italiana, que bem lhe precisou a autonomia conceitual e o específico significado político-cosntitucional por intermédio de uma acurada reconstrução das referências normativo-constitucionais que o fundamentam.” [52]

Como se pode observar, a previsão, pelo legislador, de crimes de perigo abstrato, viola tal princípio. Segundo Luiz Flávio Gomes:

Por força do princípio da ofensividade resulta impossível ao legislador configurar como delito uma mera desobediência ou uma simples transgressão de uma norma ou de um

dever jurídico. Nem sequer é delito a conduta formalmente típica mas sem nenhum resultado ofensivo. [53]

Princípio da Adequação Social: concebido por Welzel[54], informa que apesar de formalmente típica, uma conduta somente deve ser considerada materialmente típica se discrepante das práticas culturais, da sociedade na qual tal fato se efetivou. Somente são materialmente típicos, os comportamentos destoantes dos comportamentos sociais uniformemente repetidos e aceitos no universo de sujeitos por ele afetados. Destarte, defendemos a tese segundo a qual a adequação social de determinada conduta afasta a tipicidade material, por não lesionar nenhum valor ou expectativa social. Isso se pode concluir considerando que tipicidade formal é tão somente a análise da subsunção da norma ao fato concreto, e que tipicidade material nos remete à análise da efetiva lesão criada pela conduta do agente a bens, expectativas ou valores sociais.

Princípio da Fragmentariedade: o direito penal deve proteger, apenas, como consectário lógico de vários princípios penais, alguns bens jurídicos, nitidamente ligados a direitos fundamentais, e não todos os bens passíveis de tutela. Como conseqüência da aplicação dos demais princípios à atividade legislativa, esta elegerá somente alguns bens como bens jurídico-penais, e não todos os bens objeto de proteção de todo o ordenamento jurídico.

Princípio da Proporcionalidade: não é exclusivo do direito penal, mas sim, de todos os ramos do direito, sob a ótica da racionalidade constitucional. Pode-se entender tal princípio como a necessidade de haver proporção entre o grau de lesão a determinado bem jurídico-penal e a pena a esta prevista. Nota-se sua aplicação em abstrato quando da definição legal do preceito primário da norma penal incriminadora, e a relação deste com a cominação da pena em seu preceito secundário. Concretamente, se aplica na análise, pelo julgador, da relação existente entre a conduta praticada e o grau da lesão efetivamente provocada por esta ao bem jurídico-penal tutelado. Já razoabilidade faz referencia a tudo aquilo qualificado como lógico, adequado, idôneo, e não se confunde com proporcionalidade. Assim observa Mariângela Gama de Magalhães Gomes: *"O termo razoabilidade – muito presente nos ordenamentos norte-americano e italiano – qualifica tudo o que for considerado conforme à razão. Ele enseja uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, lógica, equidade, traduzindo aquilo que não é absurdo ou apenas o que é admissível"**[55]***. A intervenção penal só é racional se dotada de proporcionalidade e razoabilidade.

Princípio da Insignificância: criado, em seus moldes contemporâneos, por Claus Roxin[56], se constitui em conseqüência lógica de outro principio, qual seja, o principio da lesividade. No plano da produção legislativa, sua aplicabilidade se encontra na exigência de visualização da efetiva lesão hipotética futura a bens jurídicos externos à ordem jurídica, quando da realização da conduta definida como crime. No plano da aplicação de determinado tipo penal, deve-se aferir se, no caso concreto, a conduta do individuo efetivamente lesionou ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, ou se assim não ocorreu por ter sido ínfima a lesão operada. Não há tipicidade material em uma conduta formalmente típica que não lesione de maneira real determinado bem jurídico. Vemos, *v.g.*, a inexistência de tipicidade material na conduta daquele que furta, de alguém, algo de diminuto valor, que não lesionará efetivamente o

bem jurídico *patrimônio* alheio. Pode-se enxergar tal princípio também como manifestação do princípio da proporcionalidade. Assim, se uma lesão a um bem jurídico é insignificante, a aplicação de sanção penal e desproporcional a tal lesão. Ao contrário, uma conduta lesiva, ou uma série de condutas insignificantes se isoladamente consideradas, mas que se somadas, representam efetiva lesão ou lesões a bens jurídicos, reclamam por imposição de pena a quem as realizou. Isto se dá porque em tais casos pode-se constatar que ouve efetiva lesão, não insignificante, a tais bens, e por isso, proporcional à reprimenda penal.

Princípio da Individualização da Pena: presente no art. 5º, XLVI, da Constituição[57]. Na aplicação da pena deve o juiz levar em consideração o grau da lesão efetivada pelo réu ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora bem como suas características pessoais, como a sua personalidade, sua conduta social, os motivos do crime e as conseqüências deste, para fixação do *quantum* de sua pena-base. Na execução penal, consiste em cada condenado ter o direito de executar sua pena levando-se em conta suas aptidões, anseios, características pessoais e sua conduta, devendo o Estado proporcionar a ele condições para tal. Este princípio se encontra materializado, em parte no art. 59 do Código Penal[58].

Princípio da Responsabilidade Pessoal: nenhuma pena passará da pessoa do condenado[59]. Também chamado como princípio da pessoalidade ou da intranscendência. Somente o condenado poderá sofrer diretamente a sanção imposta em sua condenação, ou seja, somente ele poderá responder pela infração penal praticada. A reprimenda penal não poderá atingi-lo por intermédio de sofrimento infligido a terceiros, como por exemplo, por imposição de penas aflitivas a seus familiares, como o praticado em larga escala em tempos remotos da civilização ocidental. Em dissonância a tal princípio, ainda há em nosso ordenamento jurídico a previsão da pena pecuniária, a única modalidade de pena que admite que outrem, que não o condenado, a execute. Ferrajoli, sobre tal modalidade de pena, preleciona que "*a pena pecuniária é uma pena aberrante sob vários pontos de vista. Sobretudo porque é uma pena impessoal, que qualquer um pode saldar*". [60]

Princípio da Humanidade: também chamado de principio da limitação das penas, informa que não é permitida a existência, segundo a Constituição, em nosso ordenamento jurídico-penal, de qualquer pena que viole a dignidade da pessoa humana[61], em qualquer de suas facetas. Tal princípio também implica na compatibilidade da execução da pena com as garantias do condenado previstas nas leis vigentes e na Constituição. Ferrajoli, com clareza, ensina que:

Acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpetua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. (...) Um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinqüentes. [62]

De matiz iluminista e antropocentrista, tal principio consagra o ser humano como centro de proteção do Estado e da sociedade. Não há como tutelar a sociedade se não tutelamos cada um de seus indivíduos. A vedação de penas cruéis e capitais exprime os anseios de uma intervenção estatal mínima, no âmbito do Direito Penal. Nos moldes do garantismo penal, a atuação do Estado pelo Direito Penal deve ser mínima, e a atuação do Estado de bem-estar social deve ser máxima. Como bem observa Luiz Luisi:

A Consagração do principio da humanidade no direito penal moderno, deve-se ao grande movimento de idéias que dominou século XVII e XVIII, conhecido como iluminismo. Os arautos do pensamento iluminista advogaram a transformação do Estado, partindo de duas idéias fundamentais. De um lado a afirmação de existência de direitos inerentes à condição humana, e de outro lado a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato, no qual, ao constituir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um direito vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo necessário, e sem penas degradantes. [63]

Principio da Culpabilidade: é o grau de reprovabilidade sócio-normativo incidente sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. É o juízo de censura incidente sobre esta. Serve com indicador do *quantum* da pena a ser aplicado, em concreto. Nas palavras de Francesco Palazzo:

Assim, como dissemos, é dúplice a 'virtude constitucional' do principio da culpabilidade; igualmente dúplice a sua 'operatividade' estritamente penal, seja como critério subjetivo de imputação do ilícito, seja como critério de comissuração da pena. E é obviamente nesse terreno que se manifesta a efetiva influência do principio constitucional sobre o sistema penal. [64]

O art. 59 do Código Penal[65] obriga o julgador a levar em consideração na fixação da pena o grau de reprovabilidade da conduta do agente. Nesse ínterim, funda-se na exigibilidade de conduta diversa. A culpabilidade também pode ser entendida como elemento do conceito analítico de crime e como princípio que afasta a responsabilidade penal objetiva, ou sem culpa. Conforme informa Assis Toledo:

Deve-se entender o principio da culpabilidade como a exigência de um juízo de reprovação jurídica que se apóia sobre a crença – fundada na experiência da vida cotidiana – de que ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstancias, agir de outro modo. [66]

Princípio da Legalidade: com sede constitucional e corolário do Estado Democrático de Direito, tal princípio se mostra como a primeira grande barreira ao *jus puniendi* estatal[67]. É deste princípio que parte a teoria garantista do direito penal. Visto sob um prisma formal, consiste em que somente será possível a intervenção penal pelo Estado, caso exista lei anterior que defina o fato como criminoso, e comine sua respectiva pena. Tal lei, para ser formalmente válida, deve respeitar as regras de processo legislativo previstas em sede constitucional. A validade formal é a primeira etapa de aferição da validade da norma. Em um Estado Democrático de Direito, que realmente busque coerência com seu modelo, deve haver a perfeita compatibilidade do conteúdo de suas normas com o conteúdo de seus princípios constitucionais. Não basta que uma norma seja formalmente válida, mas sim, deve ser materialmente válida quando contrastada com tais princípios. Nisso constitui a validade material, ou legitimidade, das normas constantes do ordenamento jurídico. Deve haver não a mera legalidade formal, mas sim a estrita legalidade. Para Ferrajoli:

O sistema das normas sobre a produção de normas - habitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos jurídicos, com fundamento constitucional, não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis. Inclui também normas substanciais, como o principio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o poder legislativo excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos. Assim, uma norma – por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade – por mais que tenha existência formal ou vigência, pode muito bem ser inválida e como tal suscetível de anulação por contraste com uma norma substancial sobre sua produção. [68]

Deve o magistrado, quando da aplicação da lei, contrastar esta com a ordem constitucional vigente. O modelo clássico de subsunção da lei ao caso concreto sede lugar à analise da conformidade da lei com a ordem constitucional o os princípios dela decorrentes. O juiz deve exercer o controle difuso – ou concreto – de constitucionalidade de cada dispositivo ou expressão contida nas normas infraconstitucionais. Assim preleciona Salo de Carvalho:

Como ensina Streck, é relativamente fácil delinear um modelo garantista, sendo difícil a tarefa de modelar técnicas legislativas e judiciais adequadas para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. Percebe o constitucionalista gaúcho que a forma de potencializar o valor normativo da Constituição é delegar ao jurista a séria tarefa de contaminar o direito infraconstitucional, pois garantismo deve ser entendido como maneira de fazer democracia dentro e a partir do direito. Como ‘tipo legal’, o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do direito. [69]

A única forma possível de legitimar a intervenção penal, sob o prisma constitucional, é através da analise da legalidade material das normas infraconstitucionais. A legalidade

material (legitimidade) somente se verificará em relação às normas que sejam consoantes ao modelo constitucional de Estado Democrático de Direito, fundado no respeito e garantia dos direitos fundamentais. Nesse sentido é a lição de Luciano Santos Lopes:

A legitimidade da norma penal é indispensável para o controle material da legalidade. Tal legitimidade somente existirá com o respeito do Direito Penal ao plano normativo hierarquicamente superior. Deve-se respeitar as premissas de racionalidade que fundamentam a Constituição (respeito aos direitos humanos) e realizando uma democrática interpretação da Carta Política (uma filtragem constitucional, em uma hermenêutica plural). [70]

O principio em questão, em seu matiz formal, se divide em quatro axiomas, quais sejam:

Nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia[71]: a norma penal incriminadora deve ser previa à conduta por esta considerada como crime. Todo individuo tem o direito subjetivo público a saber se o que esta praticando se constitui em crime ou não. Segundo famosa expressão de Franz Von Liszt, "*o código penal é a carta magna do criminoso*" [72]. A *novatio legis in pejus* não retroagirá, para atingir condutas anteriores já consumadas. Se fosse possível tal aplicação retroativa, sempre haveria a possibilidade de sermos condenados por condutas perfeitamente licitas ao tempo que as praticamos.

Nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta: somente a lei *strictu sensu*, ordinária ou complementar, pode definir fatos como crimes e cominar penas. Os costumes sociais não o podem fazer, tampouco outras espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição da República[73], tais quais decretos, medidas provisórias, resoluções *et caetera*. Por mais que certas condutas sejam anti-sociais ou ate mesmo firam bens jurídicos, não podem ser consideradas como crimes e sujeitar seus autores a pena, senão através de lei formal e materialmente valida. Se a mera constatação de que dada conduta não encontra amparo nas expectativas sociais tivesse o condão de imputar pena a quem a pratique, qualquer um poderia ser apenado a qualquer tempo, sob tal pretexto, ao livre arbítrio do magistrado.

Nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta: por mais que seja o sistema penal lacunoso, e que se observe, através do cotejo entre normas penais, que o legislador obviamente quis considerar determinada conduta como crime, mas não o fez expressamente, não podemos considerá-la como tal. Não se pode utilizar do instrumento hermenêutico da analogia para criar normas penais incriminadoras nem para deixar mais gravosa a situação do imputado. Caso contrário, o juiz poderia condena-lo com base em ilações, a partir da lei, que este jamais poderia deduzir antes da prolação da sentença, quando da prática do fato analogicamente considerado como criminoso.

Nullum crimen, nulla poena, sine lege certa: expressões vagas ou sem sentido determinado não podem ter o condão de gerar normas penais que incriminem condutas. Por mais que tal norma seja formalmente valida, pois seguiu corretamente o

procedimento constitucional de sua elaboração, jamais será materialmente válida, pois não proporciona ao réu a real ciência de quais condutas pode ele tomar sem que a lei as considere crime. Sabemos que a utilização de expressões vagas e sem sentido certo é típica de regimes de governo totalitários que se utilizam do direito penal como instrumento de terrorismo institucionalizado.

Nisso se constitui a segurança jurídica normativa aplicada ao âmbito do direito penal, proporcionada pelo princípio da legalidade formal. Tais vertentes se prestam a materializar formalmente os objetivos a serem alcançados pela ordem constitucional, na seara do Direito Penal. Apesar da garantia da legalidade formal, nunca se deve olvidar da necessidade garantia da legalidade material, em face da Constituição. Assim ensina Luciano Santos Lopes:

A lei deve definir as hipóteses abstratamente criminosas de forma clara e atenciosa. Legalidade, desta forma, funciona como uma garantia do individuo contra o Estado, na defesa de sua liberdade e, também, demarca o campo de atuação estatal na punição penal. Salienta-se, novamente, que tal princípio é ponto central a ser respeitado em um sistema penal que se entende atencioso às garantias e direitos fundamentais do ser humano. É signo importante de um Estado Democrático de Direito. [74]

O ordenamento jurídico-penal somente pode se legitimar materialmente se estiver consoante tais princípios. Princípios estes de raiz constitucional, expressa ou tácita, mas de obrigatória observância para o modelo constitucional adotado pelo país, qual seja o modelo de Estaco Democrático de Direito. Tais princípios servem ao mesmo tempo de limite à intervenção estatal no âmbito do Direito Penal e de legitimação de tal intervenção. É a legitimação material através da limitação também material. Por fim, no dizer de Francesco Palazzo:

Em síntese, pode-se dizer que da influência desses princípios constitucionais deve originar-se uma tendência à secularização do Direito Penal, secularização não identificada apenas na vitória de certas incrustações do sistema, de feição especificamente religiosa, mas como uma tendência bem mais racional que busca ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas da existência da sociedade civil, e a excluir, em conseqüência, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico.[75]

7. Conclusão

O modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito obriga aos agentes do direito a ele submetidos o respeito à sua ordem de princípios galgada na dignidade da

pessoa humana. Não há razão de existir para um Estado se este não se presta a proteger individualmente o seu povo. A legitimação de qualquer intervenção estatal, de qualquer restrição que este ente opere aos direitos de seus cidadãos, esbarra nas barreiras dos direitos fundamentais, único núcleo de proteção capaz de legitimar a atuação estatal no sentido de restringir quaisquer direitos individuais.

O garantismo penal pode ser entendido como uma teoria que estabelece preceitos mínimos de observância obrigatória para o Estado que pretende ter sua intervenção penal materialmente legítima, e que, por outro lado, identifica pontos tendentes à deslegitimação da intervenção penal de Estados que inobservam tais preceitos constitucionais básicos.

O que se busca com tal teoria é a maximização da efetividade da atuação do sistema penal, com a minimização da violência empregada pelo Estado e da existente no seio da sociedade. Ferrajoli assevera que:

Um projeto de democracia social é, portanto, formado por todos aqueles elementos com os quais se faz um Estado social de direito: este consistente na expansão dos direitos dos cidadãos e correlativamente dos deveres do Estado, ou, se se preferir, na maximização da liberdade e das expectativas e na minimização dos poderes. [76]

Para que tal equação aconteça, a racionalidade e a efetividade de direitos fundamentais devem sempre permear todo o ordenamento jurídico-penal. Assim se obedecerá aos ditames constitucionais de legitimação da atividade do sistema penal. Até mesmo sob um ponto de vista contratualista clássico, a única via de se reconhecer um Estado como legítimo e democrático é a sua atuação no sentido de proteção do indivíduo, aquele que cede uma parcela de sua liberdade a esse ente superior, que em troca protege o indivíduo de outros indivíduos e de si próprio. Nesse diapasão são as lições de Salo de Carvalho:

A centralidade da pessoa e o respeito pelos direitos humanos determinam os critérios de justificação externa do poder, delimitando os pressupostos normativos de tolerabilidade do sistema. Se desde o seu interior, direito e Estado são legitimados substancialmente pelos direitos fundamentais, externamente são os direitos humanos que propiciam os parâmetros conclusivos sobre a justiça do modelo, servindo de padrão avaliativo do próprio conteúdo do pacto social: a Constituição. [77]

A teoria do garantismo penal, criada por Ferrajoli, deve ser a tônica dos agentes do direito interessados no respeito integral ao ser humano, na efetividade para todos das garantias fundamentais e do real estabelecimento de uma democracia material, sem se olvidar a necessidade ainda presente de atuação do sistema penal. Pois, para o Estado, a

perda da racionalidade, é conseqüentemente a perda de sua legitimidade. Com clareza, aduz Luciano Santos Lopes que:

Todo Estado de Direito que se deseje democrático, para ser legítimo, tem que se fundamentar em uma ordem racional. Uma Constituição bem formulada, capaz de validar todo um ordenamento jurídico, tem que se fundamentar em valores racionais que são alcançados pelo respeito aos direitos humanos. [78]

Assim, a promoção do bem comum e a efetivação dos objetivos mais elevados do Estado Democrático de Direito serão, se não alcançados, ao menos buscados. É o mínimo que se pode fazer para se promover uma sociedade livre justa e igualitária, objetivos de nossa Constituição da República, que, do ponto de vista formal, também é chamada de constituição cidadã, mas que, para nosso infortúnio, é ainda muito timidamente aplicada, assim comprometendo a plenitude da cidadania por ela prometida.

REFERÊNCIAS

ALCOVER**,** Pilar Giménez. *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. *Decreto Nº 678, de 6 novembro de 1992.* Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso: 3 fev. 2009.

BRASIL. *Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.* Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 31 dez.1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso: 28 out. 2008.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTRO, Renato de Lima. *Garantismo penal: uma ilusão? in* PRADO, Luiz Regis. (Org.) *Direito penal contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias – la ley del más de débil.* Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Luis Flávio Gomes *et alii*. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI**,** Luigi**.** *El garantismo y la filosofía del derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Direito Penal – Parte Geral* – Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. 1. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safe, 1991.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional.* Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. *O que protege o Direito Penal: Os bens jurídicos ou a vigência da norma? In* CALLEGARI, André Luís. LYNETT, Eduardo Montealegre. JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e funcionalismo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAKOBS, Günther. *Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido*. Trad. por M. A. R. Lopes. Barueri: Manole, 2003.

LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade.* 1ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Confianza.* Barcelona: Anthropos, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais.* Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1991.

MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. in* Teresina: Jus Navigandi, ano 4, n. 45, set. 2000.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal – um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*. Rio de janeiro: Impetus, 2003.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3 ed. São Paulo: Editora

Revista dos Tribunais, 2003.

ROCCO, Arturo. *L`oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. Torino: Fratelli Bocca, 1913.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*, 2ª ed, trad. Diego-Manuel, Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Función simbólica y objeto de protección del derecho penal*. *In Pena y Estado.* Barcelona, n. 1, 1991.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal.* 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

WELZEL, Hans. *Direito Penal***.** Tradução de Afonso Celso Rezende, Campinas, Ed. Romana, 2004.

---

[1] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, cap. XII.

[2] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 786.

[3] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, pp. 786-787.

[4] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 787.

[5] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988, Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[6] JAKOBS, Günther. *O que protege o Direito Penal: Os bens jurídicos ou a vigência da norma?, In* CALLEGARI, André Luís. LYNETT, Eduardo Montealegre. JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e funcionalismo*, p. 31 e ss.

[7] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 44.

[8] GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Direito Penal* – Parte Geral – Vol. 1, p. 411.

[9] GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 109.

[10] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 29.

[11] Ver: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito (Vols. I e II).* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; ALCOVER, Pilar Giménez. *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993; e JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional.* Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

[12] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, p. 53.

[13] LUHMANN, Niklas. *Confianza*, p. 5.

[14] ALCOVER, Pilar Giménez. *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*, p.189.

[15] JAKOBS, Günther. *Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido*, p. 14.

[16] JAKOBS, Günther. *O que protege o Direito Penal: Os bens jurídicos ou a vigência da norma?, In* CALLEGARI, André Luís. LYNETT, Eduardo Montealegre. JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e funcionalismo*, p. 33.

[17] ROCCO, Arturo. *L`oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, p. 244, *apud* GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 115.

[18] GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 111.

[19] TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. In Pena y Estado*, p. 129, *apud* GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 113.

[20] JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional*, p. 18.

[21] GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 112.

[22] GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 86.

[23] CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, p. 90.

[24] HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, p. 27

[25] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[26] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*, p.11.

[27] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*, p.12.

[28] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*, p.13.

[29] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*, p.13.

[30] FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 19.

[31] Por exemplo, ver: BRASIL. *Decreto Nº 678, de 6 novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

[32] MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*, p. 44.

[33] MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*, p. 44.

[34] FERRAJOLI**,** Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho,* p. 68.

[35] Classificação presente em ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 118.

[36] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 118.

[37] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

[38] CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, p.112.

[39] PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli,* p. 74.

[40] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais,* p. 375.

[41] GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 84.

[42] LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade,* p.114.

[43] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988, art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

[44] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[45] LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade,* p.108.

[46] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos,* p. 36.

[47] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos,* p. 37.

[48] BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas,* p. 376

[49] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos,* p. 78.

[50] CASTRO, Renato de Lima. *Garantismo penal: uma ilusão? in* PRADO, Luiz Regis. (Org.) *Direito penal contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, p. 136.

[51] GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 108.

[52] PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal – um estudo comparado*, p. 80.

[53] GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, pp. 67-68.

[54] WELZEL, Hans. *Direito Penal*, p. 106 e ss.

[55] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 38

[56] ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*, pp. 65-67.

[57] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 5º, inciso XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (…).

[58] BRASIL. *Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.* Código Penal, Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

[59] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 5º, inciso XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

[60] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 334.

[61] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 5º, inciso XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

[62] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 318.

[63] LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais, p. 32.

[64] PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal – um estudo comparado*, p. 56.

[65] BRASIL. *Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.* Código Penal, Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade

do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

[66] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, pp. 86-87.

[67] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988, art. 5º, inciso XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

[68] FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias – la ley del más de débil*, p. 66. *Apud* GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, p. 108.

[69] CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, p.108.

[70] LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*, p.126.

[71] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988, art. 5º, inciso XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

[72] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, p. 99.

[73] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988, art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

[74] LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*, p. 84.

[75] PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal – um estudo comparado*, p. 87.

[76] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, pp. 798-799.

[77] CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, p. 115.

[78] LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*, p.108.

UMA VISÃO DA TEORIA DA PENA PELA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS*

A VISION OF THE THEORY OF THE PENALTY BY THE THEORY OF THE AUPOIETIC SYSTEMS

André Rocha Sampaio

RESUMO

O fenômeno crime/punição sempre atraiu a atenção da ciência, que busca continuamente encontrar seu fundamento. Ocorre que os teóricos da pena sempre incorreram no erro de utilizar fatores ideológicos pessoais em seus estudos, desviando, assim, suas conclusões da isenção que a ciência se predispõe a ter. A teoria dos sistemas entra em cena com o escopo de realizar uma análise ideologicamente isenta, separando as influências de cada um dos sistemas sociais, bem como verificar o funcionamento sistêmico quando posto em prática. Para enriquecer a teoria em questão, a autopoiese surge como mecanismo de explicação da reprodução social – um sistema que se baseia no sentido, em palavras de Niklas Luhmann – possibilitando analisar as mudanças que o binômio crime/punição podem provocar na tessitura social.

PALAVRAS-CHAVES: CRIME – PUNIÇÃO – TEORIA DOS SISTEMAS – AUTOPOIESE – CONFIGURAÇÃO SOCIAL.

ABSTRACT

The phenomenon crime/punishment has always attracted the attention of science, that searches continuously to find its fundament. In spite of this, the studious of the penalty always committed the mistake of using personal ideological factors in their studies, bending, thus, their conclusions of the neutrality that science tries to have. The theory of the systems appears with the aim of making an ideologically neutral analyses, separating the influences of each of the social systems, as well as verifying the systemic functioning when put in practice. To improve the mentioned theory, the autopoiesis appears as a mechanism of explanation of the social reproduction – a system that is based in sense, in words of Niklas Luhmann – making it possible to analyse the changes that the phenomenon crime/punishment can make in the social tissue.

KEYWORDS: CRIME – PUNISHMENT – THEORY OF SYSTEMS – AUTOPOIESIS – SOCIAL CONFIGURATION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. **Intróito.**

Imaginemos duas pessoas que ajam em sincronia perfeita, onde uma saiba exatamente como a outra reagirá no instante seguinte, como será sua ação ante cada uma de suas reações. Certamente a total certeza acerca do comportamento alheio impediria que elas se envolvessem em qualquer forma de conflito.

Passando agora a uma perspectiva mais abrangente, imagine-se um grupo de pessoas com as mesmas características, todas sempre prevendo com total segurança como será o comportamento umas das outras a cada instante. Ter-se-ia, então, uma sociedade onde a negentropia[1] seria máxima, e onde, por outro lado, a entropia seria igual a zero.

Pode-se afirmar com certeza que se trataria de um sistema social em total equilíbrio. Todavia, como todo sistema balanceado, ele seria completamente invariável. As possibilidades de ação estariam totalmente limitadas, restringindo sobremaneira a contingência e complexidade social.

Situando tal sociedade ora fantasiada no contínuo condicionado pelo fator temporal, ela só poderia se encaixar em um de seus dois extremos, ou no início, demarcando, assim, a primeira sociedade humana existente, ou no fim, significando a apoteose do controle social do caos.

Tanto em um quanto noutro panorama, teríamos uma sociedade que simplesmente não evoluiria mais, funcionaria de modo perfeitamente fechado por meio de sua programação estabelecida.

Partindo da premissa de que não há relatos na história humana de algo parecido, pode-se descartar a primeira alternativa, restando apenas a possibilidade de haver uma sociedade com as características apontadas no fim do processo de evolução social, evolução aqui empregada significando aumento da complexidade social.[2]

Em uma sociedade onde imperaria tamanha perfeição, não haveria a necessidade de se instituir sanções de quaisquer ordens. Seria talvez a realização do "sonho de pureza" mencionado por Zygmunt Baumann.

Ocorre que observações científicas demonstram não haver até então qualquer grupo social que funcione com esse grau de simetria. Destarte pode-se afirmar que o sistema social atual se encontra em desequilíbrio, com índices variáveis de negentropia e entropia, o que tem provocado constantes e profundas mudanças em seus programas, visto que as possibilidades de ação são múltiplas e imprevisíveis, apontando assim para um alto grau de contingência e complexidade. Neste cenário, as sanções se revelam inexoráveis como meio de assegurar as "expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos".[3]

Em virtude da organização política escolhida pela sociedade moderna, incumbe exclusivamente ao Estado o regramento de expectativas comportamentais, o que ele o faz por meio da prescrição de pautas de conduta obrigatórias, permitidas ou proibidas.

O fundamento para a possibilidade do exercício dessa tarefa se encontra no poder do qual se reveste o Estado, poder este emanado do próprio povo e que retorna ao próprio povo, circularmente.

Fator essencial para o exercício do poder são os meios de influenciar as pessoas a obedecê-lo. Desta feita é "preciso, pois, escolher também fundamentos do poder que **não** dependam exclusivamente da diferenciação social, mas que sejam aplicáveis universalmente. Para isto serve, no plano da totalidade da sociedade, o fundamento do poder **violência física**".[4]

A sanção é aplicada estritamente pela via da violência física, o que lhe atribui seu inevitável efeito de infligir sofrimento no sancionado. Sanção sem sofrimento não é sanção.

1. **Origem das Sanções no Sistema Social.**

Como visto acima, pode-se deduzir que a fundamentação da origem da pena é a existência da contingência; ou, melhor dizendo, da dupla contingência.

Quando dois sistemas psíquicos se percebem, os quais chamaremos de *Ego* e *Alter*, não é possível para *Ego* saber qual será a reação de *Alter* ante qualquer de suas ações. Assim, tudo que *Ego* pode fazer é se utilizar de um processo auto-referencial para delimitar as possibilidades de reação de *Alter*. Todavia as possibilidades de ação do próprio *Ego* são inúmeras, provocando, dessa forma, o fenômeno chamado de dupla contingência, que se caracteriza pela existência de uma grande variação de ações e reações possíveis, sendo nenhuma delas impossível ou necessária, mas todas contingentes.[5]

Com efeito, para lidar com tanta contingência, a interpenetração de dois sistemas psíquicos condiciona regras, sem as quais se torna impossível qualquer processo comunicativo entre eles.

As regras, no sistema social, são elementos de natureza incompleta - para se efetivarem precisam de seu revés, a saber, a sanção. Uma regra sem sanção não é uma regra, senão simplesmente no sentido semântico da palavra.

Atualmente, quatro são os sistemas sociais que produzem regras de conduta, quais sejam, o religioso, o moral, o social em sentido estrito (também chamado de sistema intimidade) e o jurídico. Em cada um deles as regras funcionam se utilizando dos próprios códigos do sistema, mas sempre observando um mesmo sentido e racionalidade. Logo, em cada um dos quatro sistemas mencionados, haverá sanções oriundas do conhecimento do descumprimento de uma de suas regras.

1. As Limitações das Sanções no Ambiente

Diferentemente das sanções dos demais sistemas, as sanções do sistema jurídico não têm o condão de provocar irritações imediatas no sistema psíquico - aquele responsável pelo controle do comportamento que frustrou *Alter*. As sanções do sistema jurídico só são capazes de afetar o sistema psíquico de maneira mediata, indireta, provocando irritações que buscam manipular seu código binário prazer/dor, provocando, indiretamente, a existência da possibilidade de auto-controle do sistema atingido.

Assim, somente se utilizando de um mediador entre os planos simbólico (da linguagem do poder) e orgânico (da dor)[6] é que o Estado consegue impor suas pautas de conduta normatizadas, ou seja, por meio da violência física denominada de "sanção".

Para justificar a existência dessa estrutura - a sanção - foram criadas, dentro do sistema jurídico, diversas explicações com o intuito de legitimar socialmente a provocação da dor, das quais nos concentraremos no tópico seguinte.

1. A Sanção Penal à Luz da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos

Como se percebe da exposição feita acerca dos fundamentos da sanção penal, não há teoria existente que não tenha demonstrado pontos falhos; decerto a que apresentaremos não possui a pretensão de não os ter. Todavia o que se busca não é a perfeição de uma teoria, e sim a possibilidade de sua máxima utilidade prática e compatibilidade sistêmica.

Apesar das inúmeras críticas que buscam taxar a teoria dos sistemas autopoiéticos de Luhmann de impessoal e tecnicista, a concebemos como a que melhor reflete a complexa realidade social.

Isso pode ser atribuído principalmente ao fato de que as demais teorias sempre se utilizavam de uma lógica cartesiana, ou seja, de que quanto mais se fragmentasse o objeto do estudo, melhor ele seria conhecido. Todavia a realidade provou que Descartes estava errado. Quando a fração estudada era colocada em prática, normalmente surgiam fatores que haviam sido inicialmente ignorados que alteravam os efeitos previamente estudados.

Ou seja, não se conhece melhor do ponto X à medida que o dissecamos em frações, conhece-se melhor dele quando o estudamos sob as condições naturais em que ele é encontrado no ambiente.

Não poderia ser de outra forma em relação à sanção penal. Muito embora não se trate de algo natural, como a gravidade, o clima, a vegetação, *e.g.*, e sim produto da ação

humana, quando encaixada no complexo mecanismo social, ela sofre e produz interferências em diversos sistemas sociais, o que impede por completo sua teorização cartesianamente.

Com efeito, cremos que a teoria desenvolvida por Luhmann é a que melhor responde à demanda científica acerca do funcionamento social.

No que concerne ao direito penal, encontramos mais dificuldade de adaptação da teoria dos sistemas, visto que, em sua visão clássica, o direito penal protege bens jurídicos, ou seja, valores, e para teoria sistêmica, em tese, os valores são relegados a segundo plano, por não possuírem a capacidade de reduzir satisfatoriamente a complexidade social.

A dificuldade ora assinalada não foi descoberta neste estudo. Günther Jakobs já tentara há quase cinqüenta anos analisar o sistema penal sob uma ótica luhmanniana e fora severamente criticado. Entretanto dois pontos precisam ser levados em consideração quanto a isso.

Em primeiro lugar, muitas das críticas direcionadas a Jakobs foram formuladas por quem pouco conhece da teoria dos sistemas, ou entendeu mal sua adaptação. E, em segundo lugar, Jakobs tenta adaptar o pensamento luhmanniano pré-autopoiese para o sistema penal, o que acaba por não responder satisfatoriamente uma série de questões pertencentes à doutrina acerca da matéria.

A autopoiese, fenômeno melhor estudado pelos chilenos Maturana e Varela, é transportada à teoria sistêmica de Luhmann para completá-la. Destarte, utilizando o pensamento da fase mais madura de Luhmann, ansiamos responder satisfatoriamente às críticas direcionadas a Jakobs, visando elaborar uma teoria que melhor explique a realidade da pena, porém sem desconsiderar os valores enraizados no Estado moderno, com especial atenção ao mais importante e, ao mesmo tempo, mais abstrato de todos - a dignidade da pessoa humana.

4.1 Fundamentos da Pena à Luz da Teoria dos Sistemas de Luhmann - o "primeiro" Luhmann.

O pensamento luhmanniano pode ser dividido em duas fases, quais sejam, antes e depois da teoria dos sistemas autopoiéticos. Não se pode afirmar que a segunda fase exclui a primeira, ao contrário, ela apenas aperfeiçoa a teoria que Luhmann sempre deu como inacabada.

Com efeito, faremos uma análise da pena à luz de seu pensamento dividindo-o em dois momentos - antes e depois da autopoiese.

Conforme dito no intróito, o direito tem seu fundamento na dupla contingência. Ela é a grande responsável pela necessidade de se estabelecer expectativas sobre o comportamento tanto de *Ego* quanto de *Alter*.[7]

Em razão da complexidade inerente aos sistemas sociais, torna-se necessária a criação de artifícios redutores desta complexidade, artifícios simplificadores que possam imunizar o sistema contra o risco do erro.[8]

Assim sendo, ocorre o fenômeno chamado de normatização social. O detentor do poder (na sociedade atual o Estado) dita quais expectativas de comportamento que devem ser observadas pela sociedade em geral.

Todavia, de nada adiantaria a seleção de expectativas comportamentais oficiais[9]s caso não houvesse um meio de assegurar sua observância, o que é feito por meio da sanção.

Entendendo a norma como "expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos"[10], não se pode chegar a qualquer outra conclusão senão à de Jakobs: a pena existe para assegurar a validade da norma.[11]

O comportamento segundo a norma não irrita o (sub)sistema penal. Apenas seu descumprimento é que possui o condão de provocar sua reação, o que é feito por via da sanção. Quando o comportamento evidencia a intencionalidade de ir de encontro à norma, torna-se necessária a sanção - que é a tentativa de impor as expectativas oficiais *a posteriori*, ou para casos futuros, manifestando o intuito de manter a expectativa desapontada[12]. Em outras palavras, de manter a efetividade da norma.

Uma das críticas enfrentadas por Jakobs consiste no fato de sua teoria ignorar o conteúdo ético da norma, ou seja, que a sanção exista para a exclusiva proteção do bem jurídico protegido pela norma[13]. Nesse aspecto discordamos do referido autor; preferimos concordar com Cláudio do Prado Amaral quando este diz que a sanção protege imediatamente a norma, porém, como esta só existe para assegurar a manutenção de expectativas comportamentais (cuja manutenção temporal constitui os bens jurídicos), a sanção tem também a função mediata de assegurar os bens jurídicos estruturados em sociedade.[14]

4.2 Fundamentos da Pena à Luz da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Luhmann - o "segundo" Luhmann.

Atribuímos muitas das críticas recebidas por Jakobs ao fato de ele se utilizar da teoria de Luhmann em sua fase inicial. A complementação da teoria dos sistemas com a autopoiese de Maturana e Varela não só aperfeiçoa o pensamento luhamanniano, como também corrige as arestas existentes no pensamento de Jakobs. É o que pretendemos demonstrar neste item.

Mas, em suma, como a inserção do fenômeno da autopoiese na teoria dos sistemas aprimora sua versão anterior? De acordo com Günther Teubner sua importância se dá de duas maneiras. Primeiramente torna os sistemas que regulam a sociedade (incluindo o jurídico) tão flexíveis quanto possível, e, em segundo lugar, ela consegue atribuir ao Estado a capacidade de interferir diretamente nos sistemas, de modo a definir as condicionantes do meio envolvente.[15]

No que concerne ao direito penal, podemos elencar uma série de vantagens trazidas à tona pela teoria em epígrafe, quais sejam:

1) possibilidade de estudar o direito penal de uma forma sistêmica, analisando as influências recíprocas entre ele e os demais subsistemas jurídicos e não-jurídicos;

2) despir do antropocentrismo que tem ofuscado a ciência há séculos;

3) analisar a pena desde seu momento germinal, ou seja, antes mesmo da frustração da expectativa comportamental oficialmente selecionada, tanto do aspecto estatal, como do social e do individual;

4) verificar os efeitos da aplicação da pena em diversos sistemas de segunda ordem, além do sistema jurídico.

Destarte, vamos iniciar nossa exposição a partir de um momento prévio ao da aplicação da pena; analisemos o fenômeno da frustração da expectativa comportamental oficialmente selecionada.

4.2.1 Por que o homem (não) delinqüe?

Todos os seres humanos são violentos por natureza. Segundo o pediatra e psicólogo Richard Tremblay, caso os bebês pudessem portar armas de fogo no berçário matariam uns aos outros[16]. Somente mediante mecanismos de adaptação sócio-cultural postos em prática pelos sistemas sociais é que aprendemos a conter nossa violência.

Jean Bergeret identifica no homem o que ele nomeia de "violência fundamental". Segundo este autor, trata-se de um instinto fundamental do homem de luta pela vida, logo sua presença é imprescindível desde a concepção, em prol do próprio desenvolvimento do ser. Assim ele prossegue dizendo que "trata-se de uma força vital que tende a romper obstáculos que limitam o espaço do indivíduo e lhe criam empecilhos à vida. Não se trata, pois, de uma força cujo objetivo original é atacar e destruir, mas sim conquistar e garantir a vida"[17].

Com efeito, a mesma violência que dará ensejo à frustração de expectativas normativas oficiais se mostra fundamental para o desenvolvimento humano. Partindo do pressuposto de que os seres humanos são violentos naturalmente, pode-se concluir que

todos estão suscetíveis de cometer infrações visando alcançar seus objetivos instintivamente grafados em sua genética e os adquiridos ao longo da vida.

Por mais que se tenha tentado ao longo da história achar uma "subespécie" humana tocada pela "maldição do delito"[18], o que se constata empiricamente é que, em maior ou menor grau, praticamente todos frustram expectativas normativas oficiais, das mais brandas às mais extremas.

Alberto Marques dos Santos, em um estudo estatístico, constata que entre os ditos criminosos há pessoas das mais diversas naturezas, com históricos extremamente variados, que cometem crimes bem diferentes e pelos mais diversificados motivos[19], coroando, assim, o fim da discussão sobre causas atávicas que levariam o homem a delinqüir.

A violência, que todos os homens compartilham, é a força motriz interna que serve de motor para o cometimento dos delitos alcunhados de "perversos", não obstante a influência do ambiente seja também de suma importância para tal.

Objetivando irritar o sistema psíquico de modo que este não manifesta um comportamento que frustre expectativas oficiais, a sociedade, pela via estatal, estabelece regras de conduta que buscam reduzir a complexidade e contingência sociais e propiciar sua manutenção e evolução. Logo são estabelecidas regras que convém seguir para, mediante um juízo de causa-efeito, não ser alvo de censuras ou de demais sanções, institucionalizadas ou não.

Caso pareça conveniente seguir as regras para alcançar suas metas pessoais, não há racionalmente um motivo para se apelar a condutas tidas como "anti-sociais". No entanto, caso as regras se mostrem impeditivas de alcançar seus objetivos, mediante um juízo apriorístico de causa-efeito, o homem apela para infrações.

Podemos supor que essa regra não comporta exceções? Não há regras sem exceções. Existem na sociedade indivíduos que por uma característica muito peculiar conseguem absorver os valores sociais determinados pelos sistemas sociais de segunda ordem com um grau de refinamento singular. Para esses, ainda que as regras impostas se mostrem extremamente desfavoráveis, eles preferirão reprimir ou sublimar seus anseios, manifestando uma conformidade social.

Robert Merton, dando prosseguimento à teoria desenvolvida por Durkheim, dá sua contribuição pessoal à teoria da anomia. Para ele, diante das regras de conduta social o indivíduo pode se enquadrar em uma das seguintes categorias:

1. Conformidade - quando o indivíduo assimila os objetivos culturalmente valorados, e, outrossim, os meios institucionalizados para alcançá-los.

2. Inovação - quando o indivíduo assimila os objetivos culturais, mas não as normas institucionais mediante as quais poderá atingir seu objetivo.

3. Ritualismo - pela falta de condições propícias de atingir as metas culturais, esses indivíduos abandonam sua idéia, mas continua seguindo os meios institucionalmente normatizados.

4. Retraimento - Em não podendo atingir as metas culturais, esses indivíduos abandonam-nas bem como seus meios institucionalizados de alcance.

5. Rebelião - Esses indivíduos se vêem "preteridos" pelas condições sociais, e decidem "romper com o sistema", abandonando as metas e meios culturais. Eles acabam criando suas metas e meios próprios.[20]

Fazendo uma análise sob a ótica da teoria sistêmica, podemos afirmar que o tipo 1 - conformidade -, trata-se do sistema psíquico que cognitivamente absorveu através de seus programas internos tanto as metas estabelecidas por meio de processos comunicativos simbolicamente generalizados, como também os meios legítimos de atingi-los.

O tipo 2 - inovação - trata do indivíduo cujo sistema psíquico absorveu cognitivamente as metas culturais generalizadas, porém não os meios legítimos para alcançá-las. Nesse tipo se inserem tanto aqueles que buscam formas licitamente novas de se alcançar as metas difundidas, como aqueles que se utilizam de meios escusos para tal.

Os indivíduos do tipo 3 - ritualismo - se conscientizam da baixíssima possibilidade de obter os ideais generalizados pelo meio, porém, em razão de acoplamentos mais estreitos com sistemas de segunda ordem como a religião e a moral, eles simplesmente preferem não buscar outros meios de conquista.

O tipo 4 - retraimento - é típico dos indivíduos que, ao perceber sistemicamente a impossibilidade de alcançar as metas culturais, abandonam-nas, bem como também as práticas usuais simbolicamente generalizadas por processos comunicativos. Tornam-se verdadeiros párias à margem do sistema social.

Os indivíduos do tipo 5 - rebelião -, em que pese a nomenclatura utilizada, não representam nenhum perigo ao sistema social. Por eles terem, em razão da impossibilidade de se alcançar as metas difundidas, eleito novas metas para si próprios, eles se colocam à margem da "luta pela sobrevivência" moderna, fora da competição pelos objetivos cada vez mais escassos.

Os indivíduos dos tipos 2, 3, 4 e 5 constituem o que Marcelo Neves chama de "cidadãos subintegrados". Para explicar do que se trata, ele se utiliza de uma comparação entre o que seriam esses cidadãos e os chamados sobreintegrados:

No âmbito do direito, isso significa que os sobreintegrados têm acesso aos direitos (e, portanto, às vias e garantias jurídicas), sem se vincularem efetivamente aos deveres e às responsabilidades impostas pelo sistema jurídico; os subintegrados, ao contrário, não dispõem de acesso aos direitos, às vias e garantias jurídicas, embora permaneçam rigorosamente subordinados aos deveres, às responsabilidades e às penas restritivas de liberdade.[21]

O sincretismo da teoria da anomia com o pensamento de Neves fornece resposta a uma das maiores críticas direcionados a Durkheim e Merton, em relação à carência de explicação acerca da criminalidade do chamado "colarinho branco", cifra social que certamente foge aos padrões acima expostos.

Todos os cidadãos sobreintegrados fazem parte do tipo 1 de Merton, porém nem todos os do tipo 1 - conformismo - são cidadãos sobreintegrados. O fenômeno da sobreintegração, ou seja, atribuir mais poderes do que deveres, ao colocar alguns cidadãos acima da lei, faz com que mesmo aqueles que possuíam meios legítimos de alcançar as metas culturais difundidas por processos comunicativos simbolicamente generalizados, utilizem-se de meios ilegítimos para saciarem seu desejo natural de poder.

A teoria exposta acima fornece explicações bastante razoáveis para o cometimento de algumas espécies de delitos, porém igualmente se mostra falha ao levar em consideração basicamente as irritações provocadas pelo sistema economia, deixando em aberto outros processos comunicativos que impulsionam o indivíduo à frustração de expectativas normativas oficiais.

Fato é que todos, em maior ou menos grau, frustram expectativas, das mais diversas naturezas e graus. Desde expectativas morais ou religiosas a expectativas oficiais dos mais diversos graus, de ultrapassar um sinal vermelho ao latrocínio.

Assim sendo, ainda que pareça um contra-senso, a regra não é o não cometimento, e sim seu oposto, a frustração de expectativas.

Durkheim já afirmava que uma sociedade de santos poderia ser um modelo teoricamente perfeito, mas que o próprio desconhecimento dos crimes, faria com que o menor dos erros suscitasse a mesma intensidade de clamor que os delitos provocam.[22] Ou seja, enquanto membros de uma sociedade, não há como se escapar da formulação de infrações, e, por conseqüência, de sanções.

Posto isto, conclui-se nesse primeiro momento que não se pode afirmar que o crime é uma "patologia social", pois ele se mostra necessário para o desenvolvimento social. Assim, "o delito faz parte, enquanto elemento funcional, da fisiologia e não da patologia da vida social"[23].

No mesmo sentido, Garland, em sua tese sobre a criminologia dualista, polarizada e ambivalente, afirma a existência de duas criminologias, a de si e a do outro. Ele afirma que a criminologia de si faz do criminoso um homem comum, como nós. Seus efeitos imediatos são a banalização do crime, a moderação dos medos desproporcionais e a promoção de ações preventivas. Por outro lado, a criminologia do outro diaboliza o criminoso, prolifera o medo e as hostilidades e sustenta um maior intervencionismo penal por parte do Estado.[24]

Portanto o crime, o desvio e a violência, em sentido amplo, não são restos bárbaros de ordem primeva em vias de extinção ou de supressão pelo processo civilizatório, mas constantes do agir demasiado humano, presentes em sua primeira natureza e mantida na cultura.[25]

Por outro lado não se pode buscar um motivo que impulsione o indivíduo a frustrar uma expectativa oficial, como também não se pode buscar o motivo que faz com que ele não a frustre. Há toda uma teia de fatores que deve ser levada em consideração para este desiderato.

4.2.2 Fundamentos da punição estatal.

O processo de imposição de sanções penais se confunde com o de formação do Estado. Ele surge para assegurar a igualdade de expectativas normativas para quaisquer de seus cidadãos, independentemente do nível de poder[26] (de qualquer espécie) que este detenha.

Para tanto o Estado dita as expectativas normativas oficiais por meio de pautas de conduta institucionalizadas. Entretanto, a proteção de expectativas, não só pelo sistema jurídico, mas por todos acaba por também produzir, paradoxalmente, expectativas, que, fomentadas pelos meios de comunicação de massa, passam a servir de meta cultural para grande parte da sociedade.

Assim, pode-se afirmar que todo crime é um conflito entre expectativas individuais e expectativas oficiais. Todavia, teoricamente não há margem no Estado para uma relativização de suas expectativas, elas devem ser impostas a todo custo.

Com efeito, o Estado se utiliza da força - forma de expressão do poder universalmente compreendida[27] - para manter a vigência de suas expectativas por meio de normas. Dessa forma, a sanção penal não pode ter outro objetivo imediato senão o da manutenção da efetividade da norma. Apenas mediatamente a pena protege a expectativa, ou seja, o bem jurídico protegido pela norma.

Porém não se pode confundir objetivo com fundamento. O objetivo se reflete no "para que punir?" e o fundamento no "por que punir?".

O fundamento da punição estatal não permanece imutável ao longo da história. Cada momento histórico propicia uma justificativa diversa para a intervenção penal na vida social.

Quando nos deparamos com um Estado absolutista fica muito fácil justificar essa intervenção. Para esse tipo de Estado, a tese hegeliana se coaduna perfeitamente, ou seja, todo crime é uma ameaça ao Estado, já que seus cidadãos devem viver pura e exclusivamente em função dele, logo a pena tem como fundamento o restabelecimento do status estatal a um momento anterior à prática do delito.

Todavia esse Estado absoluto foi paulatinamente tendo seu poder minado pelo próprio sistema jurídico. Após o advento dos direitos humanos fundamentais não podemos mais manter a mesma concepção da pena que existia antes deles.

A doutrina divide a história da conquista dos direitos fundamentais em três gerações (ou dimensões, cujo termo achamos mais adequado), a saber, os direitos de liberdade, os de igualdade e os de solidariedade.[28]

Para Dirley da Cunha Júnior, "as gerações de direito revelam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamam gradualmente na proporção das carências do ser humano, nascidas em função da mudança das condições sociais".[29]

Para o estudo em questão nos concentraremos nas duas primeiras dimensões. Enquanto que a primeira dimensão se traduz em direitos que limitam o poder estatal, a segunda impõe-lhe deveres positivos. A primeira dimensão se caracteriza pelos "direitos de", ou seja, cria-se uma zona individual de proteção contra o poder absoluto do Estado. A segunda se traduz em "direitos a", quando a relação entre o Estado e o cidadão passa a ser sinalagmática, e aquele passa a também possuir deveres fundamentais a cumprir.

Assim sendo, após o sistema jurídico estruturar direitos fundamentais classificados como de segunda dimensão, o Estado passa a ser responsável tanto pela intervenção mínima no ambiente, como também pela implementação de políticas públicas que assegurem a proporção de condições para se atingir as chamadas metas culturais estabelecidas por processos comunicativos simbolicamente generalizados.

Nesse diapasão, o Estado passa a também ser *Alter* de expectativas normativas oficialmente instituídas por ele próprio. Todavia, a frustração de expectativas oficiais por parte dos cidadãos dá margem à intervenção penal (dependendo da gravidade da frustração), enquanto que a frustração por parte do Estado provoca uma blindagem por meio de discursos retóricos como o da reserva do possível, tripartição dos poderes e discricionariedade política, resquícios de um sistema jurídico liberal.

Toda frustração de expectativas surge de um processo decisório, quer seja por parte dos indivíduos quer seja pelo Estado. Todavia sempre que uma expectativa normativa oficial é frustrada por um indivíduo, há culpa concorrente do Estado; já na frustração por parte do Estado não se pode afirmar o mesmo.

Com o surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, o Estado se tornou o responsável exclusivo para fornecer as políticas públicas necessárias para o adequado desenvolvimento da personalidade do cidadão. Por esse viés, é seu dever educar o indivíduo para que este se comporte em consonância com a expectativa erigida como oficial. Com efeito, sempre que ele não cumprir com o esperado, há, em parte, culpa estatal em sua conduta, máxime porque dentre as políticas públicas que o Estado deve efetivar se encontra as de educação e segurança.

Segurança de que? Segurança de que as expectativas normativas dos cidadãos permanecerão válidas. Para tal, ele se vale de um feixe de poderes dos quais se extrai o poder de fiscalizar as condutas sociais, conhecido como poder de polícia.

O poder de polícia é o poder que o Estado tem de assegurar que as expectativas normativas oficiais sejam protegidas contra frustrações que possam lhe retirar a efetividade. Destarte, despindo-nos de todo discurso retórico quase que inevitável quando o tema é "fundamentos da pena", havemos de concordar com Salo de Carvalho

quando este diz que a pena é simplesmente a expressão do poder de polícia do Estado.[30]

Por meio de seu poder de polícia, o Estado consegue coercitivamente manter as pautas de condutas oficiais válidas. Por coerção não queremos dizer que as expectativas normatizadas irão ocorrer da forma que foi prescrita, significa que a existência do direito está acoplada a uma previsão, ainda que indireta, da imposição forçada, liberando-a de quaisquer outras motivações.[31]

4.2.3 A mecânica autopoiética do binômio crime/punição.

Ultrapassada a discussão acerca dos objetivos e fundamentos da pena, passemos então à análise de sua mecânica autopoiética.

Para Luhmann, sociedade é

(...) um sistema social que, em um ambiente altamente complexo e contingente, é capaz de manter relações constantes entre as ações. Para tanto o sistema tem que produzir e organizar uma seletividade de tal forma que ela capte a alta complexidade e seja capaz de reduzi-la a bases de ação, passíveis de decisões. Quanto mais complexo é o próprio sistema, tanto mais complexo pode ser o ambiente no qual ele é capaz de orientar-se coerentemente.[32]

Uma das maiores críticas recebidas pela tese de Luhmann é a de se tratar de uma teoria da "sociedade sem homens". Os críticos afirmam que Luhmann não dá a devida importância ao ser humano, tornando-o mero instrumento do sistema social.

Na verdade Luhmann tanto reconhece a relevância do homem, sua complexidade e contingência, que o coloca em nível de igualdade com a sociedade. Um é reciprocamente ambiente do outro[33]. Para ele a "estrutura e os limites da sociedade reduzem a complexidade e absorvem a contingência das possibilidades orgânicas e psíquicas. Eles representam principalmente limites com respeito ao próprio homem"[34].

O sistema social o faz por meio das dimensões de sentido. Para Luhmann, sentido é, segundo sua forma, uma espécie de reprodução de complexidade que permite a compreensão do que é apreendido pelo sistema.[35]

Luhmann atribui ao sentido três dimensões que funcionam conjuntamente para seu funcionamento - são as dimensões objetiva, temporal e social.[36] A dimensão objetiva do sentido, está relacionada com todos os objetos com intenção plena de sentido, para o sistema psíquicos, ou temas de comunicação plena de sentido, para os sistemas sociais.[37]

A dimensão temporal interpreta a realidade traçando a distinção entre o passado e o futuro[38]. Trata-se da redução da complexidade em razão da imutabilidade do passado e de sua estruturação para o planejamento do futuro.

Já a dimensão social

(...) concierne a aquello que se supone lo respectivamente igual, como *alter ego*, y articula La relevancia de esta suposición para cada experiencia del mundo y fijación del sentido. También La dimensión social tiene relevancia universal de mundo, ya que si existe un *alter ego*, este es, igual que *ego*, relevante para todos os objetos y los temas.[39]

É nessa dimensão - social - que se situa o problema da oposição entre consenso e dissenso[40]. Ela pode ser reduzida à moral, à concepção realista da dimensão objetiva, corresponde à concepção moralística de mundo[41].

Assim sendo, podemos situar os conflitos intersistêmicos nessa dimensão. Todo conflito é uma espécie particular de ausência de consenso; no que tange ao cometimento de infrações, o dissenso se dá em relação à valoração do bem jurídico protegido pela norma. Para o infrator, ou o valor ético protegido é de nenhuma ou de menor relevância do que o atribuído pelo sistema jurídico, daí seu comportamento "desviante", pelo menos desviante do consenso majoritário.

Entretanto não podemos afirmar que esse dissenso surge acidentalmente no sistema psíquico de um indivíduo. Para ocorrência do conflito, necessário se faz que o sistema psíquico funcione em dissonância com o sentido atribuído pela dimensão social em nível majoritário, em razão de suas próprias estruturas.

Estruturas são "as condições prévias, não problematizadas, que atribuem sentidos a um sistema social e à sua relação com o ambiente, na qual se enreda a interação"[42]. Elas são determinadas pela história do sistema.

Ela pode controlar a elaboração da experiência na forma de símbolos confirmados pela experiência, repetidamente usados, cuja gênese não precisa ser mantida na consciência, sendo então sentidos como presente; mas também na forma de um passado lembrado, por assim dizer datável, uma cronologia de acontecimentos que, por estarem localizados no passado, não são disponíveis.[43]

Ou seja, toda a vivência do indivíduo vai estar relacionada com o processo decisório que o leva a dissentir do valor elencado à expectativa normativa oficial. Não queremos dizer com isso que a conduta infratora seja pura e exclusivamente determinada por fatores condicionantes do passado do indivíduo, e sim que tais fatores contribuem de sobremaneira para suas ações.

Por não compartilhar dos mesmos valores que a maioria,

Os [indivíduos] que generalizam suas experiências frustrantes ficam reduzidos à agressividade simbólica e agem privada, inconseqüente, bizarra, patologicamente [pelo menos de acordo com o pensamento de grande parte da sociedade], se não conseguirem uma agressão política em torno de novos objetivos.[44]

Ou seja, o comportamento humano é fator determinante para a normatização penal. Quando o comportamento humano frustra a expectativa assegurada pela norma, uma de duas possibilidades pode ocorrer:

1) que seu comportamento, que é um ato comunicativo, provocará uma irritação no sistema jurídico, o qual acionará seus programas para obter uma resposta do sistema, que, para o caso de infrações penais, é a sanção; ou

2) a frustração é absorvida cognitivamente pelo sistema jurídico e provocam a indagação se ela é suficiente para provocar uma mudança do direito, após ser continuamente reprocessada por decisões jurídicas[45], o que resulta na mudança estrutural do sistema jurídico, que reformula sua programação e não encara mais tal comportamento como desviante.

No primeiro caso, o sistema irritado ativa seu processo de auto-observação e busca a resposta para a conduta dentro do próprio sistema. A partir de sua reação, movida por seu código próprio, o sistema põe em prática o processo de produção do direito, de uma forma autopoiética.[46]

O segundo caso é um pouco mais complexo. Todo sistema e encontra acoplado estruturalmente[47] em outro(s) sistema(s). Todos os sistemas acoplados têm o condão de provocar irritações recíprocas que proporcionam seu funcionamento intra-sistêmico. Para haver uma nova avaliação acerca da conduta desviante, que outrora era encarada pelo sistema como frustração a uma expectativa normativa, e que passa a ser absorvida cognitivamente, é porque ocorreram outras mudanças nos demais sistemas conexos que, em seu funcionamento conjunto, propiciaram mudanças nos programas do sistema jurídico, de forma que esse tenha passado a reagir de modo diferente ante o fato em questão.

6. Conclusões

A teoria dos sistemas autopoiéticos se revela como a teoria mais adequada para a descrição da realidade, permitindo que seja realizada uma análise sistêmica de todos os fatores que influem no binômio crime/punição.

As demais teorias que buscam explicar o binômio aludido acabam por se utilizar de códigos comunicativos portadores de uma forte carga ideológica, a qual impossibilita a devida análise do fenômeno.

A análise cartesiana, tão aclamada ao longo da história, demonstrou que o objeto de estudo quando submetido à realidade sistêmica recebe a influência de outros fatores, ignorados previamente.

Destarte, o fenômeno criminal ganha relevância social dúplice à luz da teoria em questão, tanto para ratificar as expectativas normativas institucionalizadas como para provocar sua reanálise, verificando, assim, se possui espaço na configuração social atual.

Referências

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podium, 2008.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**; tradução Pietro Nassetti. - São Paulo: Martin Claret, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sistemas Sociales: Lineamientos para uma teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998.

_____. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

_____. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athenas, 2001.

MERTON, Robert. **Teoría y Estructura Sociales**. 4. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 218 - 236.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 253. O pensamento sustentado por Neves vai de encontro ao pensamento luhmanniano de que a sociedade moderna, por produzir maior diferenciação funcional, estaria mais propensa à integração de seus indivíduos.

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, letras e ciências humanas. USP. São Paulo, 2005.

RODRIGUES, Léo Peixoto. "A (des)estruturação das estruturas e a (re)estruturação dos sistemas: uma revisão epistemológica crítica" *in* **Ernesto Laclau e Niklas Luhmann**: pós-fundacionismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais. Léo Peixoto Rodrigues; Daniel de Mendonça (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

SÁ, Alvion Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Alberto Marques dos. **Criminalidade: Causas e Soluções**.1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VERSIGNASSI, Alexandre *et alii*.Evolução da Evolução. **Superinteressante**, São Paulo, n.º 240, p. 60 - 68. jun 2007.

---

[1] Termo cunhado pela teoria da mensagem. Trata-se do oposto à "entropia". Esta seria a medida de desordem do sistema, enquanto aquela a medida de ordem do mesmo. Para mais detalhes ver RODRIGUES, Léo Peixoto. "A (des)estruturação das estruturas e a (re)estruturação dos sistemas: uma revisão epistemológica crítica" *in* Ernesto Laclau e Niklas Luhmann: pós-fundacionismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais. Léo Peixoto Rodrigues; Daniel de Mendonça (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 56.

[2] NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, letras e ciências humanas. USP. São Paulo, 2005.

[3] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 57. Mais detalhes sobre o conceito de norma e sanção na última parte deste capítulo.

[4] LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 50.

[5] Sobre contingência ver LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 45/6 e sobre dupla contingência LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 47.

[6] LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 50.

[7] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 47.

[8] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 50.

[9] Por "expectativas comportamentais oficiais" nos referimos àquelas ditadas por quem possui legitimamente o poder.

[10] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 57.

[11] JAKOBS

[12] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 73.

[13] Como o faz Welzel.

[14] AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 198.

[15] TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 28.

[16] VERSIGNASSI, Alexandre *et alii*.Evolução da Evolução. **Superinteressante**, São Paulo, n.º 240, p. 60 - 68. jun 2007.

[17] BERGERET, Jean. **La violência fundamental: el inagotable Édipo**. / Jean Bergeret; tradução de Carlos Padrón y Soledad Escassi. Madrir: Fondo de Cultura Econômica, Ortega, 1990 *apud* SÁ, Alvion Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 32 e 33.

[18] Percebe-se tal conduta sobretudo nos criminólogos da Escola Positiva, quais seja, Lombroso, Ferri e Garófalo. Para mais detalhes ver BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.

[19] SANTOS, Alberto Marques dos. **Criminalidade: Causas e Soluções**.1. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 37.

[20] MERTON, Robert. **Teoría y Estructura Sociales**. 4. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 218 - 236.

[21] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 253. O pensamento sustentado por Neves vai de encontro ao pensamento luhmanniano de que a sociedade moderna, por produzir maior diferenciação funcional, estaria mais propensa à integração de seus indivíduos.

[22] DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**; tradução Pietro Nassetti. - São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 84 - 85.

[23] BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 60.

[24] GARLAND, David. **As contradições da 'sociedade punitiva': o caso britânico. Discursos Sediciosos (11)**. Rio de Janeiro: ICC/ Revan, 2002. p. 86 *Apud* CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 150.

[25] CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 200.

[26] O termo "poder" aqui está empregado no sentido que Luhmann emprega ao falar que "o poder é uma oportunidade de aumentar a probabilidade de ocorrência de contextos seletivos improváveis", mais detalhes em LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 11.

[27] LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 50.

[28] Há quem conceba uma quarta e até uma quinta dimensão dos direitos humanos fundamentais, entretanto esse debate não interessa para o tema em deslinde. Para mais detalhes ver CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podium, 2008. p. 560/1.

[29] CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podium, 2008. p. 560.

[30] CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 115.

[31] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 22.

[32] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 168.

[33] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 169. Nesse sentido também ver TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 45. "(...) continua a reconhecer-se que os sistemas psíquicos exercem uma influência externa na comunicação, podendo até mesmo considerar-se que as 'pessoas', enquanto construções sociais, **são absolutamente indispensáveis** na imputação das ações num universo social". (Grifo nosso)

[34] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 169.

[35] LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para uma teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998. p. 79.

[36] LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para uma teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998. p. 91.

[37] LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para uma teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998. p. 91.

[38] LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para uma teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998. p. 93.

[39] LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para uma teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998. p. 94.

[40] LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para uma teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998. p. 95.

[41] LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para uma teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998. p. 96.

[42] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 120.

[43] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 140/1.

[44] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 83.

[45] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 37.

[46] Para Maturana e Varela, primeiros a cunhar o termo "autopoiese", ela caracteriza aquilo que produz continuamente a si próprio. Mais detalhes em MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athenas, 2001. p. 52.

[47] Os acoplamentos estruturais são perturbações recíprocas ocorridas pela interação entre sistemas, resultando em uma série de mudanças estruturais mútuas e concordantes. MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athenas, 2001. p. 87.

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

FUNDAMENTAL HUMAMN RIGHTS AND PRINCIPLE OF INDIVIDUALIZATION THE PENALTY IN THE DEMOCRATIC STATE OF RIGHT

Gabriel Aparecido Anizio Caldas
Fabiana David Carles

RESUMO

A presente discussão tem por objetivo a apresentação dos aspectos históricos do Direito Humano Fundamental da Individualização da Pena dentro da história internacional e nacional com ênfase na dignidade da pessoal humana. Abordar-se-á a influência do processo evolutivo do Direito na individualização penal, trazendo à discussão suas principais características e sua legislação, propondo meios que assegurem estes direitos, partindo do princípio da dignidade humana. O principal foco da pesquisa é o direito de uma pena digna ao ser humano com objetivo de minimizar os efeitos da privação de liberdade e garantir que o Estado não se utilize de penas padronizadas ou automáticas para seus infratores. A efetividade da individualização penal é dever constitucional fundamental do Estado, no entanto, muitas vezes é utilizada por governantes e autoridade competentes como meio de concessão de privilégios, não havendo efetividade na realização do Direito.

PALAVRAS-CHAVES: INDIVIDUALIZAÇÃO, DIGNIDADE HUMANA, PENA, PADRONIZAÇÃO, DIRETOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

The discussion aims to show the historical aspects of the Fundamental Human Right of individualization of punishment within the national and international history with an emphasis on personal dignity of the human. Addressing it will influence the evolutionary process of individualization in criminal law, brings up its main characteristics and its legislation, proposing ways to ensure these rights, on the principle of human dignity. The main focus of research is the right of a sentence worthy of human being to minimize the effects of deprivation of liberty and to ensure that the State did not use a standard or automatic penalties for their offenders. The effectiveness of individualized criminal constitutional duty is fundamental to the rule, however, is often used by governments and competent authority as a means of granting privileges, and no effectiveness in implementing the law.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: INDIVIDUALIZATION, DIGNITY, PENA, STANDARDIZATION, HUMAN RIGHTS PRINCIPLES

1. INTRODUÇÃO

Ao analisar a historicidade da pena, observamos que sua trajetória se encontra vinculada a humanização e a preservação dos direitos humanos fundamentais. A princípio a pena se enquadrava perfeitamente com a idéia de vingança, no entanto, com o passar dos séculos, e notadamente após a expansão das idéias iluministas, a censura penal passou a ser vista como um mecanismo de reforma do delinqüente e posteriormente como um meio de restauração da ordem social, em busca de um bem estar da sociedade.

Neste diapasão, o princípio da individualização da pena em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana, passou a ser utilizado constantemente com o objetivo de minimizar os efeitos da privação de liberdade e garantir que o Estado não se utilize de penas padronizadas ou automáticas para seus infratores.

O princípio da Individualização da pena é considerado como direito fundamental do homem, conforme se prevê na Constituição Cidadã de 1988, visto que cada infrator possui características próprias e deve ser considerado em sua individualidade.

Devemos ressaltar que os seres humanos não são idênticos, e que tais diferenças devem ser analisadas ao se aplicar uma reprimenda penal, para que possamos verificar uma ressocialização pautada na dignidade humana.

Em síntese, o princípio da individualização da pena, consiste na aplicação de uma sanção justa e livre de qualquer padronização, respeitando a condição do ser humano conforme suas características individuais.

Em decorrência da acentuada violência que aflige nosso país, este princípio merece atenção especial em sua efetividade, visto que é necessário verificar se o princípio está cumprindo seu papel constitucional de direito fundamental, ou se está apenas sendo utilizado de maneira inadequada pelos governantes e responsáveis pela segurança pública, como meio de concessão de privilégios.

Em suma o artigo ira abordar a pena, sua historicidade e teorias, posteriormente se verificará a individualização da pena no Estado Democrático de Direito e suas fases de aplicação, sem deixar de mencionar questões práticas e direitos humanos fundamentais correlacionados ao princípio da individualização da pena.

2. DA PENA

O ser humano, desde o inicio de sua existência, conviveu agrupado, tal situação é claramente compreendida em face de suas necessidades coletivas.

Entretanto, desde os remotos da civilização, o Homem violou as regras de convivência, causando mal aos seus semelhantes e até mesmo para a comunidade onde vivia, tornando necessária a aplicação de uma pena ao fato praticado.

As primeiras “sanções” utilizadas pela sociedade, não podem ser consideradas como penas no atual sentido técnico, mas devem ser analisadas como o embrião do sistema adotado, no qual a pena é conseqüência jurídica proveniente de uma infração penal cometida.

Dessa maneira, observamos que inicialmente a pena não passava de uma represaria da vítima sobre o infrator, não havendo qualquer noção de justiça. Com o passar dos tempos, a finalidade da reprimenda penal foi se modificando, passando a tratar o criminoso não mais como uma coisa, mas sim como um sujeito de direitos.

Estabelecidas as considerações inicias, adentraremos a historicidade das penas, para melhor compreendermos a correlação da pena com os direitos fundamentais inerentes ao ser humano.

2.1. HISTORICIDADE DA PENA

Ao estudar a pena, se faz necessário analisar a historicidade de alguns períodos, bem como a forma de reprimenda de determinadas nações.

Nos primórdios da sociedade, ou seja, na “humanidade primitiva”, a pena em sua origem, representava a simples resposta à agressão sofrida pela coletividade, sem qualquer sentimento de justiça e dignidade.

Em decorrência da grande influência exercida pela Igreja, tal fase, ficou conhecida como a “vingança divina”, visto que as sanções eram aplicadas pelos sacerdotes por delegação divina, por intermédio de penas cruéis, cujo objetivo era a intimidação.

Além da ausência de dignidade e justiça esta época fora marcada pelo revide privado, que envolvia tanto o individuo isolado com o seu grupo social. Quando a infração fosse cometida por um integrante do grupo, além do sentimento de vingança do ofendido contra o ofensor, existia a intenção, mais ou menos consciente da defesa do grupo para o futuro, impossibilitando o ofensor de repetir a agressão, matando-o, ou lhe dando a impressão de que tal repetição não lhe convém.

Entretanto, quando a ação fosse praticada ou colocasse em perigo a existência coletiva, a reação era a chamada “vingança de sangue”, exercida pelo próprio grupo, que consistia em uma verdadeira guerra para a defesa da coletividade, tão freqüente na “humanidade primitiva”.

A vingança privada com ressentimento e reação tende para o excesso, e os abusos, especialmente entre os indivíduos da mesma tribo, acabariam por enfraquecer o grupo social, como forma de limitação surge imposições de normas limitativas, sendo primeiramente o “talião” e depois a “composição”. Devemos relembrar que para os indivíduos de tribos diferentes, entretanto, nenhum limite é estabelecido.

O talião, atualmente considerado como um símbolo da barbari, foi na verdade a primeira tentativa de humanização da sanção, pois impôs um limite, uma medida a reação praticada, através do clássico “olho por olho, dente por dente”.

A composição, era a forma com que o ofensor se livrava do castigo comprando sua liberdade, através de pagamento de gados, armas, dinheiro, entre outros. Este tipo de limitação foi amplamente utilizado, na sua época, e constitui um dos antecedentes da reparação civil e das penas pecuniárias do direito penal.

Ademais, a sociedade continuou sua evolução, principalmente no âmbito da organização social, forçando o Estado a assumir o poder para manter a ordem e a segurança, surgindo então à vingança pública.

A vingança pública teve como objetivo inicial a segurança do soberano, com aplicações de sanções cruéis e desumanas, resta ressaltar que, com a concentração do poder na mão do soberano nasce uma forma mais segura de repressão.

Importante se torna dizer que no transcorrer de todas essas fases, não houve uma ruptura com a religião, que teve grande influência na aplicação e utilização das medidas acima mencionadas, dizendo que o castigo deveria ser proporcional ao deus ofendido. Esses princípios foram adotados pela Índia (Código de Manu), Babilônia (Código de Hamurabi), na Pérsia (Avesta), no Egito (Cinco Livros) e por Israel (Pentateuco)

2.2. DIREITO ROMANO

Em Roma, surgiu o primeiro código escrito, a Lei das XII Tábuas. Neste mesmo período foi estabelecido, finalmente, à distinção fundamental entre delito publico e delito privado. Eram considerados delitos públicos a deserção, a traição, o furto de gado, danificação de estradas e edifícios públicos, já os delitos privados constituíam ofensas ao indivíduo, como injuria, dano, entre outros.

O julgamento dos crimes públicos, atribuição do Estado, se realizava por intermédio do magistrado, por tribunais especiais. Enquanto o julgamento dos delitos privados era confiado ao próprio ofendido, interferindo o Estado somente para regular o seu exercício.

O fundamento da pena exigia que os fatos incriminadores e suas respectivas sanções estivessem previamente estabelecidos, tendo a pena caráter predominantemente retributivo.

Os romanos utilizaram ainda institutos como o dolo, a culpa, além das agravantes e atenuantes na mediação da pena.

Para Mirabete o direito romano “contribuiu decisivamente para a evolução do direito penal com a criação de princípios penais sobre o erro, culpa (*leve e lata*), dolo (*bônus e malus*), imputabilidade, coação irresistível, agravantes e atenuantes, legitima defesa” (MIRABETE, 2004, p.37).

Assim, notamos que as raízes do direito romano ainda são utilizadas, sendo de suma importância, principalmente na questão da aplicação individualizada da pena.

2.3. DIREITO GERMÂNICO

O direito para os germanos era sinônimo de uma ordem de paz, assim o infrator “rompia a paz” publicamente ou privadamente, no primeiro caso estava sujeito a reprimenda da comunidade, sendo declarado fora da lei, sem pátria e sem família, podendo ser morto por qualquer pessoa. No segundo caso, ficava sujeito à vingança do infrator e seus familiares, de que se podia resgatar pela composição.

A composição se caracterizava no dever de indenizar alguém pelo dano sofrido com certo valor financeiro, buscando a eliminação da ‘vingança de sangue”. A composição representava uma mistura de ressarcimento e pena, sendo que parte da pecúnia se destinava a vítima ou a sua família, e parte era dividida entre o tribunal e o rei, simbolizando o preço da paz.

O direito germânico não se preocupava em diferenciar o dolo da culpa, considerando que o dano produzido pelo crime tem sempre um valor predominante, independente do relevo intencional, surgindo assim a responsabilidade objetiva.

Findando o assunto Nucci (2005, p.63) caracteriza o direito Germanico da seguinte maneira:

O direito germânico caracterizou-se pela vingança privada e pela composição, havendo, posteriormente, a utilização das ordálias ou juízos de Deus (provas que submetiam os acusados aos mais nefastos testes de culpa -caminhar pelo fogo, ser colocado em água fervente, submergir num lago com pedra amarrada aos pés -, caso sobrevivessem seriam inocentes, do contrário a culpa estaria demonstrada, não sendo preciso dizer o que terminava ocorrendo nessas situações) e também os duelos judiciários, onde terminava prevalecendo a lei do mais forte.

2.4. DIREITO CANÔNICO

O Direito eclesiástico é o ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana, inicialmente tinha caráter meramente disciplinar, mas com a crescente influência da igreja e o enfraquecimento do Estado, passou a ser utilizado por todos, desde que os crimes tivessem conotação religiosa.

Impunha a preferência do perdão ao ódio, valorizava o elemento intencional do crime, colocando um excessivo espírito de angústia e penitência. A pena tinha a missão de proporcionar o castigo à culpa do delinqüente, devendo levar ao seu arrependimento.

Umas das formas de manifestar seu arrependimento, era a confissão do mal feito, assim o processo inquisitório se valia de torturas para extrair confissões e punia de maneira cruel e publica seus infratores.

Embora, as penas continuassem severas, havia o intuito corretivo, que buscava a regeneração do criminoso.

Extraímos do direito canônico o embrião da individualização da pena, pois para a regeneração do infrator, eram lhe aplicadas penas conforme seu caráter e seu temperamento, podendo ser notado assim, as primeiras características de uma individualização penal.

2.5. PERÍODO REFORMADOR

As leis em vigor eram alicerçadas em idéias e atitudes de excessiva crueldade, era necessário uma reforma de pensamentos e concepção do universo.

Mudanças estas, que começaram com as descobertas de Copérnico, Kepler e Galileu. No campo jurídico social começou a se discutir sobre a vontade popular em contraposição à delegação divina da soberania política e a afirmação aos direitos da pessoa humana (dignidade humana) contra a tirania dos Estados, por intermédio de Grócio, Hobbes, Voltaire, D'Alemert entre outros.

Dentre os brilhantes filósofos, devemos dar atenção especial a César Bonseana, Marquês de Beccaria, que publicou sua famosa obra Dos Delitos e das Penas, que foi de grande valia para o direito penal, pelo seu caráter Humanitário, que insistiu na separação da justiça divina e a justiça humana, pela aplicação do princípio da proporcionalidade da pena a infração praticada, bem como pela abolição da pena de morte e tortura.

O sentimento humanitário de sua obra foi essencial, visto que defendeu a idéia de que as leis poderiam fixar as penas, não cabendo aos magistrados interpretá-las, mas apenas aplicá-las. Pregou ainda a responsabilidade pessoal, buscando evitar que a pena atingisse a família do condenado.

Os princípios básicos utilizados por Beccaria estruturam o Direito Penal moderno, além de terem sido adotados pela Declaração dos Direitos do Homem.

Importante destacar, que o nobre filósofo, defende que além do caráter intimidativo, a pena deve possuir missão de ressocializar o infrator, a finalidade da pena é de impedir que o condenado cause novos danos a sociedade e, servir de exemplo aos que pensam em agir desta maneira.

No entanto, em virtude do princípio da proporcionalidade da pena, é necessário selecionar quais penas e seus devidos modos de aplicação, de modo que causem impressão mais eficaz e mais duradoura na sociedade, e menos torturosa ao corpo do condenado.

Por fim, considera em sua obra a necessidade de se buscar a prevenção dos crimes:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bem e dos males desta vida (BECCARA, 1999, P. 125).

O crime é definido como sendo a infração da lei do Estado, promulgado para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso.

Segundo Focault (1991, p.13-14):

A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada no processo penal, provocando varias conseqüências: deixa o campo da percepção diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. O essencial é procurar corrigir, reeducar, curar. A prisão, a reclusão, os trabalhos forcados a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação – são penas físicas: com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo. Mas a relação corpo-castigo não é idêntica ao que ela era nos suplícios. O corpo encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e com um bem. O sofrimento físico, as dores do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. Os delitos do mesmo gênero serão punidos pelo mesmo gênero de pena, quaisquer que sejam a classe ou condição do culpado.

Assim para o Estado buscar a paz social, se torna indispensável à utilização da pena, visto que o mesmo necessita dela para fazer justiça e, evitar as atrocidades cometidas nos tempos primitivos.

A pena sempre terá caráter de repressão ou castigo àquele que delinqüiu, satisfazendo o inconsciente coletivo de vingança.

Destaque-se que a prisão, como pena privativa de liberdade, surgiu apenas no século

XVII, nas colônias americanas, com o objetivo de retirar os condenados do convívio social, para prevenir novos delitos, ou seja, possui também caráter preventivo.

A aplicação da sanção penal tem como objetivo demonstrar aos membros da sociedade que a ordem jurídica existe e deve ser respeitada, sob ameaça da reprimenda mais grave admitida pelo direito, ou seja, a privação de liberdade do sujeito.

Vê-se que a pena trata-se de sanção determinada pelo Estado Soberano, que deve utilizar-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como forma de retribuição ao delito cometido e buscar por intermédio da punição, a prevenção de novos crimes.

3. TEORIAS SOBRE A FUNÇÃO DA PENA – ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS, RELATIVAS OU PREVENTIVA E MISTA OU UNIFICADORA

O Estado, detentor do "*ius puniende*", ou seja, a autoridade soberana da defesa social contra os delinqüentes tem como objetivo a busca pela vida harmônica em sociedade. Entretanto, para alcançar sua finalidade, necessita reprimir condutas humanas tidas como reprováveis.

A pena vem do grego "*poinê*", pelo latim "*poema*", aflição, castigo e significa uma sanção, pode ser considerada como uma forma de reprimir, prevenir e até mesmo educar e corrigir os infratores, conforme a teoria adotada, adiante analisar-se-á de forma mais específica as teorias que visam explicar os fins da sanção penal.

A teoria absoluta ou retributiva da pena encontra apoio filosófico em Kant e Hegel, e estabelece que a pena não possua fim específico, ela vale por si mesmo, como um castigo.

Nessa concepção a pena como retribuição é relacionada ao sentimento de vingança, como satisfação ao sentimento de revolta da vítima ou seus familiares, ou como satisfação da cólera da sociedade. Em outras palavras, seria retribuir o mal causado (delito) com outro mal aplicado (pena).

Como exemplos clássicos da teoria absoluta da pena podemos citar o Talião (olho por olho, dente por dente) e a vingança privada.

Por outro lado, a teoria relativa ou preventiva da pena atribui uma finalidade prática; a prevenção, cujo objetivo é garantir que o delinqüente deixe de prejudicar e colocar em risco a sociedade.

Ao definir a finalidade da pena como prevenção o Estado visa garantir a sobrevivência da sociedade, utilizando a pena como mecanismo de prevenção da prática de delitos, intimidando, inibindo e evitando ao máximo a prática ou reincidência de atos infracionais.

A função preventiva da pena divide-se em prevenção geral e prevenção especial, de natureza positiva e negativa.

A prevenção geral em sentido negativo serve de contra estímulo, com sentido inibidor do impulso violador de bens jurídicos protegidos pelo Estado. Enquanto a prevenção em sentido positivo é a reafirmação à sociedade dos seus valores, mediante a efetividade do sistema penal, com efeito a conferir à população a confiança no Poder Judiciário, visto que a aplicação da lei penal tende a tranqüilizar a consciência jurídica geral. (ROXIN, 1997, p.92).

Por outro lado, a prevenção especial é caracterizada por dirigir-se sobre o agente do delito para que este não volte a delinqüir. Novamente observamos os efeitos positivos e negativos, em seu sentido negativo o agente fica neutralizado pela prisão, enquanto que no sentido positivo este delinqüente seria reeducado para posterior reinserção na comunidade.

Alguns críticos dizem que a prevenção especial consiste em uma idéia absolutista e arbitrária, ferindo os princípios dos diretos humanos, visto que utiliza de uma pessoa específica como instrumento simbólico de reprimenda.

A última teoria, denominada de mista ou unificadora, é a junção das teorias anteriores, onde a pena passa a ter natureza retributiva, isto é, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade não é apenas a prevenção, mas a educação e a correção.

Esta teoria busca que a pena seja simultaneamente útil e justa, assim a pena deve ser individualizada em busca de se conseguir a reeducação e recuperação do indivíduo.

Segundo Mirabete (2004, p. 246) "[...] a pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos".

No que tange a questão da pena, necessário se fazer dizer que a mesma, atualmente deve possuir as características de: legalidade e anterioridade, humanidade, pessoalidade e individualização, proporcionalidade, igualdade e ressocialização.

4. O PRINCÍPIO CONSTITUICIONAL DA HUMANIZAÇÃO DAS PENAS

Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, a estrutura dele, elemento essencial que se irradia sobre as mais variadas normas, preenchendo o espírito e servindo de critério para sua correta compreensão e inteligência, por definir a lógica e a racionalidade adotada no sistema jurídico em busca da harmonia. (MELLO, 1996, p.545).

Conforme se observa, o direito antigo não estabelecia qualquer limite para as sanções penais, permitindo abusos, arbitrariedades e atrocidades por parte do poder soberano.

Contrapondo esta tirania medieval, o princípio da Humanização da pena, considerado um postulado de origem iluminista, surge para separar o direito antigo do direito moderno, sendo considerado um verdadeiro divisor de águas, visto que passa a se considerar o homem como elemento principal, e desconsidera tudo o que afronta sua dignidade e humanidade. (BOSCHI, 2000, p.40).

Formulado com a Carta Política de 1946, de forma inédita em nível constitucional, estabeleceu que a sanção penal aplicada deveria levar em conta o sujeito ativo do crime em todos seus aspectos, seja antes, durante ou depois da prática criminosa. A partir de então, o princípio esteve presente em todas nossas sucessivas constituições.

Em decorrência da Constituição Cidadã de 1988, a dignidade da pessoa humana surge como princípio norteador de todos os demais princípios. Sendo o princípio da individualização da pena objeto de regramento próprio e elevado a categoria de princípio constitucional na Carta magna de 1988, em seu no artigo 5º, inciso XLVI, o qual aduz: "a lei regulará a individualização da pena".

A lei a que a Constituição se refere vem a ser a Lei n.º 7.210, conhecida como LEP, cujo art.5º é explícito: "Art.5º - Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal".

Assim, ante as garantias constitucionais e regulamentações infraconstitucionais, notamos o caráter humanitário de nossa Carta Magna, o qual veda a imposição de penas cruéis e garante ao preso ser tratado com dignidade, e não como um animal ou objeto.

Podemos extrair que a idéia de humanização das penas faz parte de um importante processo de evolução do Direito Penal, pois das penas de morte e corporais evolui-se, gradativamente, para as penas privativas de liberdade e posteriormente para as penas alternativas. (PRADO, 2002, p.123).

4.1. CONCEITO E DOUTRINA DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A palavra individualizar, de acordo com o dicionário Aurélio significa: tornar individual, caracterizar, especializar, particularizar.

A individualização da sanção penal tem como finalidade garantir a dignidade da pessoa humana, aplicando a sanção na mesma proporção do seu dano, levando em conta a condição individual do infrator, para se evitar sentenças padronizadas e garantir uma pena justa.

Em outro enfoque, o princípio da individualização da pena tem como objetivo evitar o arbítrio excessivo ou mesmo abusivo do Estado na escolha da sanção cabível, em outras palavras, neste caso a individualização se caracteriza em tornar individual uma situação genérica, enfim, possui o enfoque de distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto.

Individualizar a pena significa conferir ao Juiz a quantificação e a qualidade da pena, dentro o limite pré estabelecido por lei.

De acordo com Noronha (2001, p.250):

O julgador não se pode limitar à apreciação exclusiva do caso, mas tem de considerar também á pessoa do criminoso, para individualizar a pena. (...) A pena não tem mais em vista somente o delito. Ao lado da apreciação dos aspectos objetivos que ele apresenta, há de o Juiz considerar a pessoa de quem praticou, suas qualidades e defeitos, fazendo, em suma, estudo de sua personalidade sem olvidar sobretudo a possibilidade de tornar a delinqüir, ou a periculosidade.

A individualização da pena visa definir a pena de uma forma adequada e justa, quanto ao quantum da pena, ao seu perfil e efeitos sobre o sentenciado, tornando-o exclusivo e distinto dos demais infratores. (NUCCI, 2005, p.03).

Para Alexandre de Moraes (2002, p.235) o princípio consiste na relação entre a responsabilização da conduta do agente com a sanção a ser aplicada, com o intuito de que a pena atinja a finalidade de repressão e prevenção. Assim, a imposição da pena dependeria do juízo individualizado da culpabilidade do agente.

Por último, conforme LYRA (1942, p.159):

Nas mãos dos Juízes, o texto deixa de ser arbitrário, humanizando-se, sensibilizando-se, adaptando-se à vida e à personalidade de cada homem. Portanto, é a lei que renuncia ao seu egoísmo e vai palpitar ao ritmo flagrante do convívio social, através da toga.

Dessa maneira, concluímos que o princípio da individualização da pena, encontra-se em harmonia com outros preceitos constitucionais, como o princípio da dignidade humana, e visa garantir a justa harmonização de cominação, aplicação e execução das penas, não abrindo espaço para arbitrariedades e violências estatais.

O princípio da individualização é considerado um dos pilares do Estado Democrático de Direito, além de ser um mecanismo de garantia dos direitos humanos, pois limita o direito de punir evitando assim abusos do poder soberano.

Esses limites se situam em várias etapas de atuação do estado, sendo elas legislativas judiciais e executivas.

4.2. FASES DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A atividade individualizadora opera em três esferas diferentes, denominadas pela doutrina como: legislativa, judicial e executiva.

Em que pese à atuação em momentos distintos, as três fases encontram-se interligadas e conexas.

As fases devem ser interpretadas de maneira ampla, se desdobram em três momentos sucessivos, porém conexos, que buscam a essência da individualização, por meio de sua eficaz aplicação em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e os ideais do Estado Democrático de Direito, para que possam atingir o seu objetivo.

A fase legislativa ocorre quando o legislador, na função de representante do pensamento do Estado, formula o preceito descritivo da conduta bem como seleciona o bem ou valor jurídico defendido com o grau de lesividade da conduta.

Elabora ainda, nesta fase, a fixação de penas máximas e mínimas necessárias para a prevenção e reprovação, bem como sua forma de aplicação (cumulativa, alternativa, exclusiva).

Conforme ensina SOUZA (2006, p.65):

Não é suficiente para a consecução da atividade legislativa de individualização, a mera indicação de condutas e penas abstratas, mas esta depende sempre de um prévio

processo seletivo, tanto condicionante como condicionado à necessidade e a vital importância individual ou social de proteção de determinado bem ou valor.

O legislador necessita observar o bem jurídico tutelado de uma maneira minuciosa, observando a dignidade da pessoa humana e sua integridade para que não ocorram abusos.

Esta fase tem como fundamento filtrar a criminalização e a penalização, estabelecendo cominação penal abstrata, sua aplicação ao caso concreto e sua execução, sem deixar de levar em consideração a individualidade de cada um.

Na fase judicial, ocorre à individualização realizada pelos magistrados ou tribunais, diante das normas fixadas pela legislação, o juiz vai decidir qual a pena que deve ser aplicada dentro dos limites trazidos no preceito penal, determinando inclusive seu meio de execução.

Neste momento, se verifica o impacto da sanção ao delinqüente, levando-se em conta as circunstâncias subjetivas, como culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade, e as circunstancias objetivas, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, merecendo haver proporcionalidade entre o crime e a pena aplicada.

O juiz esta condicionado aos parâmetros estipulados por lei, dentre eles deve fazer suas opções, para chegar a uma aplicação com ideal de justiça, ressalvando as condições peculiares do delinqüente.

As escolhas do magistrado não podem ser arbitrárias e involuntárias, devem ser calculadas por elementos indicados na legislação, sendo indispensável à devida justificação das escolhas.

O juiz deve estabelecer a pena em três etapas distintas, observando-se assim, a atividade judicial de individualização da pena: a primeira leva em consideração a fixação da pena-base, tomando por apoio as circunstâncias judiciais do artigo 59; em seguida o magistrado deve aplicar as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes dos artigos 61 e 65), para então utilizar as causas de diminuição e aumento de pena. (HUNGRIA, 1958 p.147).

Observa-se que o legislador atribuiu atividade discricionária aos juízes no tocante a aplicação do calculo penal, contudo estabelece limites a serem observados, pretendendo individualizar de maneira adequada a fixação da pena ao crime e à personalidade do autor.

Na fase executiva, o autor já possui uma condenação por delito cometido contra um bem jurídico protegido pelo estado, e já tem uma pena fixada passando agora a cumpri - lá.

É nesta fase, que o princípio da individualização da pena se materializa, ou seja, é sentida pelo condenado que não respeitou à ameaça prevista na fase legislativa.

Não obstante, nesta fase devem ser evidenciados os objetivos de ressocialização e reinserção social, podendo ser concedidas varias oportunidades aos presos, dando-lhes expectativa de readaptação social.

O fundamento Humano da pena, estabelecido e garantido no Estado Democrático de Direito pela nossa Constituição e suas leis ordinárias, asseguram que a atividade executiva da pena constitui fase final do "*ius puniende"* Estatal, não podendo deixar de assegurar os direitos e garantias individuais do preso, bem como sua integridade física e a dignidade humana.

Desse modo, conforme aduz BALTAZAR (2007, p.124):

O processo individualizador tem início na elaboração da lei, na chamada fase legislativo, quando são escolhidos os fatos puníveis, as penas aplicáveis, seus limites e critérios de fixação. Prossegue na sentença, com a individualização judicial e culmina na fase executiva, por ocasião do cumprimento da pena.

Concluímos assim, que todas as fases se encontram interligados, se completando entre si, na busca do respeito e da aplicação digna que faz jus o ser humano.

4.3. A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS E A INDIVIDUALIZAÇÃO PENAL

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2006, por maioria de votos (6x5), declarou ser inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, conhecida como Lei dos crimes hediondos.

Por decorrência da inconstitucionalidade declarada, a progressão de regime no cumprimento da pena, nos crimes considerados como hediondos, se tornou admissível, desde que o condenado tivesse cumprido um sexto da pena.

A lei dos crimes hediondos previa expressamente que a pena aos delitos hediondos ou a eles equiparados, deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, sendo vedada a progressão.

Entretanto, a decisão foi proferida em um *Habeas Corpus* específico, impetrado em favor do sentenciado Oséas de Campos, não tendo efeito vinculante, e nem produzindo efeitos "*erga omnes*".

Com o objetivo de acabar com a discussão que se estabeleceu quanto ao efeito "*erga omnes*" ou "*inter partes*" da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, foi editada a Lei n.º 11.464/07 que modificou o parágrafo 1º, do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90.

A lei passou a prever expressamente a possibilidade de progressão de regime aos autores de crimes tidos como hediondos, exigindo, no entanto, o cumprimento de dois quintos da pena para condenados primários e três quintos para reincidentes.

Apesar da prolação do julgado pelo STF a ausência do efeito *erga omnes* fez com que a vedação de progressão de regime prisional continuasse em vigor, até que,

pela via adequada e pelo poder legítimo, ou seja, o Congresso Nacional fosse editado uma nova lei, assim a Lei 11.464/07 deu nova redação ao artigo.

O sistema de progressão de cumprimento de pena, sanções e recompensas adotado pela Lei de Execução Penal (LEP), é o meio que o direito possuiu para buscar a reintegração social do condenado, estimulando o bom comportamento e o trabalho em prol da sociedade.

Essa função deixaria de existir se não ocorresse a diferenciação do preso que se comporta de maneira adequada daquele que comete faltas graves com freqüência, assim se aceito o regime integral fechado, estaria privando todos os estímulos do condenado, discriminando-os e negando seu retorno ao convívio social.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1 da lei 8.072/90, por parte do STF, bem como a promulgação da lei 11.464/07, garantiu a humanização das penas em busca de uma ressocialização do condenado, baseada na individualização penal e principalmente no valor da dignidade da pessoa humana.

5. DIREIOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Os direitos humanos fundamentais são direitos inerentes à pessoa humana, por isso a sua evolução no mundo e positivação no ordenamento jurídico brasileiro é de inegável importância.

Nesse sentido enuncia COMPARATO (2003, p.01):

[...] é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém- nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.

Esses direitos não foram reconhecidos de uma só vez, e sim conquistados ao longo dos anos. Em sua concepção, os direitos humanos derivam da fusão de várias fontes, desde tradições das mais diversas civilizações, conjunção de pensamentos filosóficos jurídicos e de idéias surgidas com o cristianismo e o direito natural. (MORAES, 2002, p. 19).

As práticas de afronte aos direitos humanos foram constantes na história da civilização. Atualmente, apesar da grande evolução desses direitos, ainda existem abusos decorrentes das diferenças econômicas e culturais existente na sociedade, bem como pela falta de consciência política e cidadania.

A responsabilidade pelo controle e repressão das ofensas aos direitos humanos, é do poder judiciário, que tem o dever de amenizar os confrontos sociais, com harmonia suficiente para tomar medidas que preservem a segurança pública, garantindo os direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito adota políticas públicas voltadas à gestão de interesses dos excluídos, intervindo nos processos sócio-econômicos de seu país, a partir de princípios e prioridades que levem em conta a situação real da maior parte de sua sociedade.

Importante se torna dizer que a defesa dos direitos humanos fundamentais, inclui diversas vertentes, confundindo-se às vezes com a defesa dos direitos dos "bandidos" que, antes de tudo, são seres humanos e necessitam de condições dignas para que possam tentar se reabilitar e se inserir novamente na sociedade.

O combate ao narcotráfico, a proteção especial à criança e ao adolescente, os programas de prevenção e atendimentos especializados a dependentes de entorpecentes e drogas afins são exemplos que indicam a proteção e a utilização dos direitos fundamentais inerentes a todos os seres humanos.

Entretanto, a população, devido aos graves problemas sociais, econômicos, baixa estima e a falta de credibilidade do Poder Judiciário (fonte do Estado Democrático de direito), acaba por apoiar medidas que podem afrontar os direitos humanos como o toque de recolher, a pena de morte, penas perpétuas e cruéis, trabalho forçado aos presidiários, vedação a progressão de regime de penas, entre outras.

Vê-se desta maneira, que a garantia dos diretos humanos não teria efetivação se não existissem meios que permitissem aos cidadãos de acionarem o Poder Judiciário no caso de violações.

No tocante ao princípio da individualização da pena, nota-se claramente a utilização da dignidade humana em suas três fases de aplicação, seja pelo valor dado pela sociedade em relação ao dano cometido, seja pela aplicação da pena pelo magistrado e, finalmente pela maneira de como ocorrerá o cumprimento da sanção imposta.

As expressões dignidade humana, liberdade, igualdade, cidadania, privacidade, bem comum, e outros termos que se relacionam aos direitos humanos fundamentais possuem caráter político e social e não apenas jurídico.

O propósito da utilização dos direitos humanos é resolver conflitos e alcançar o resultado mais correto possível, utilizando um procedimento racional e controlável.

As dificuldades para se alcançar esses propósitos são grandes, visto que os princípios em inúmeras vezes se confrontam entre si, além de não se definirem com precisão. Nestas situações deve se utilizar o sistema como um todo, ressaltando sempre o valor supremo da dignidade da pessoa humana em busca do bem estar social e das garantias asseguradas pela Constituição Federal de 1988.

6. CONCLUSÃO

A Carta Magna assegurou à cidadania, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, bem como o combate à pobreza e marginalização, como um dos objetivos fundamentais da República.

Ao assegurar o enfoque humanitário, dando prioridade a dignidade da pessoa humana, assegurou valores igualitários e isonômicos.

O princípio da individualização da pena aparece como um mecanismo que visa coibir a aplicação de sanções padronizadas e automatizadas pelo Estado, evitando decisões injustas e arbitrárias.

Ao se elevar o princípio da individualização penal como garantia constitucional inerente ao ser humano, assegurou-se ao acusado o direito de ter uma pena justa, com a finalidade de possibilitar a paulatina reintegração do condenado ao convívio da sociedade, de maneira digna e preservando sua auto-estima.

Ao estabelecer três fases distintas para a elaboração, aplicação e cumprimento da pena, o estado visa garantir o direito individual de cada cidadão, visto que nenhuma pessoa é exatamente igual à outra.

Ao analisar o caso concreto o embate ocorre no objetivo da sanção. Se extrair a possibilidade de reintegração do condenado a sociedade, qual estimulo este teria no cumprimento da sua pena?

No entanto, se analisarmos de outra maneira, a proibição de progressão de regime penal não estaria apenas de acordo com a gravidade da conduta penal praticada?

Importante se torna mencionar que os direitos humanos fundamentais foram alvo de inúmeras batalhas e brigas para sua efetivação ao longo dos anos. Nossa constituição ao elevar o princípio da dignidade humana como pedra angular de sustentação estatal, garantiu os direitos humanos fundamentais a todos os cidadãos, independente de sua condição.

Ao garantir o princípio da individualização da pena como direito humano fundamental, assegurado pela constituição e baseado na dignidade humana, visou coibir sanções arbitrárias, padronizadas e mecanizadas.

Passando assim a considerar os infratores como seres humanos e não como objetos ou animais.

Concluímos assim, que o princípio da individualização da pena, bem como os demais princípios constitucionais, é de grande relevância no atual momento vivido pela sociedade e, apenas através da ampla difusão e efetivação dos mesmos poderemos alcançar os ideais propostos pelo Estado Democrático de Direto e principalmente buscar a dignidade da pessoa humana.

7. REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

AZEVEDO, Marcos de. **Direitos Humanos fundamentais: sua efetivação por intermédio das tutelas jurisdicionais**: São José do Rio Preto: Meio Jurídico, 2006.

BALTAZAR JR., José Paulo. **Sentença Penal**. 3.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

BECCARIA, Cesare**. Dos delitos e das penas.** Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Tratado de direito penal**: parte geral. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. Trad. De Carlos Neson Coutinho São Paulo: Brasiliense, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CRETELLA JR., José. **Curso de Filosofia do Direito**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La lengua de los derechos – la formación Del derecho público europeu trás la revolucion francesa. Madrid: Alizanza, 1995*

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 21.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Execução penal: Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984**. 1.ed. São Paulo: Max Limonad, 1987.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil (1651). Trad. De João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Abril Cultura: São Paulo, 1983.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito?**. 10.ed. São Paulo: Brasiliense

_____. **Comentário ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos Humanos do preso: lei de execução penal, Lei nº 7.210/84**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei 7.210, de 11-7-84**. 10.ed.rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais teoria geral: comentários aos artigos 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 4.ed São Paulo: Atlas, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal: Lei n.º 7.210, de 11-7-84**. 2.ed. ver.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Direito Penal. 36.e. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____, **Manual de processo penal e execução penal**. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**.v.1. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da pena no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Martins Editor, 2006

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de execução penal**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Acadêmica. 1991.

A DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA*

THE DEMOCRATIZATION OS THE PUBLIC SECURITY SYSTEM

João Araújo Monteiro Neto
Francisca Jordânia Freitas da Silva

RESUMO

O princípio Democrático como elemento estrutural e vetor funcional do Estado de Direito Moderno deve influenciar material e processualmente todas as atividades inerentes ao Estado. Nesse sentido percebe-se que o Estado brasileiro vem ao longo dos anos passando por um processo de transformação, nitidamente marcado pela democratização da sociedade e do Estado. Contudo, esses primados encontram fortes obstáculos quando se analisa a sua inserção no sistema de Segurança Pública. A atividade policial, pilar do Sistema de Segurança Pública, ao longo dos anos refutou veementemente a necessidade de democratizar sua estrutura organizacional, procedimental e funcional. Essa burla a aplicação das regras constitucionais, além de reforçar a manutenção de rotinas e privilégios antidemocráticos somente fortaleceu o nível de repulsa social pela atividade policial, o que aliado ao outros fatores políticos e estruturais permitiram a incubação do estado de crise no qual o Sistema de Segurança Pública se encontra hoje. O presente trabalho, através de pesquisa bibliográfica busca analiticamente analisar a relação entre o primado democrático e o sistema de segurança pública, bem como verificar alguns mecanismos de democratização do Sistema de Segurança Pública.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO, PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO, SEGURANÇA PÚBLICA, POLÍCIA CIDADÃ.

ABSTRACT

The Democratic Principle as a structural and functional vector of the rule of law should influence all activities related to the odern State. In that sense realizes that the Brazilian state has over the years through a process of transformation, clearly marked by the democratization of society and the state. However, these strengths are obstacles when it considers its inclusion in the system of Public Security. The police activity, pillar of the System of Public Security, over the years argued strongly the need to democratise its organizational structure, procedural and functional. This swindling the application of constitutional rules, and strengthen the maintenance of routines and undemocratic privileges only strengthened the level of repulsion social activity by police, which along with other political and structural factors led to the hatching of the state of crisis in which the system Public Security is today. This work, through literature search search analytically examine the relationship between the rule and democratic system of public

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

security, as well as verify some mechanisms for democratization of the System of Public Security.

KEYWORDS: CONSTITUTION, DEMOCRATIC PRINCIPLE, PUBLIC SECURITY, POLICE CITIZEN.

"O pior terror é aquele imposto pela incerteza do comportamento do poder, porque a imprevisibilidade impede a aplicação de estratégias de sobrevivência, hipertrofiando os efeitos destrutivos da irracionalidade". (Luiz Eduardo Soares).

INTRODUÇÃO

O recrudescimento da violência e o aumento irrefreável da taxa de criminalidade são marcas do atual contexto social que reavivaram a discussão acerca de um tema normalmente relegado a segundo plano: a segurança pública.

Contudo, as discussões suscitadas focalizam-se em apenas uma das faces do problema das políticas de segurança pública e das instituições responsáveis por implementa-las, qual seja: a ineficiência das forças policiais no combate à violência.

Os motivos dessa ineficiência são variados e vão desde a falta de investimentos na área até os altos níveis de corrupção verificados nas forças policiais. Evidencia-se ainda a necessidade de políticas multifocais de combate a criminalidade, buscando não apenas evidenciar o aspecto repressivo mas, sobretudo, valorizando aspectos de inclusão social das classes marginalizadas.

Entretanto, pouco ou quase nada se questiona acerca de um dos principais fatores que influenciam de forma negativa o sistema de segurança pública e, principalmente, as forças policiais: o alto grau de refração dessas instituições ao princípio democrático. São esparços os debates acerca da necessidade de democratização do sistema de segurança pública, sobretudo no tocante à filosofia principal do sistema: deixar de ser meramente repressivo, para tornar-se um dos mais importantes serviços prestados ao cidadão

Essa transformação é de suma importância posto referir-se diretamente à relação sociedade e Estado. Isto porque os mecanismos de controle da violência ilegítima tendem a limitar de forma injustificada os direitos dos cidadãos, levando a utilização abusiva da chamada "violência legítima". Assim, o Estado, procurando controlar o crescimento da violência legítima, acaba contrapondo-lhe meios e práticas ilegais,

ilegítimas e antidemocraticas, ocasionando deste modo, uma situação antagônica e catastrófica.

A constatação do abuso da violência legítima é de absoluta importância para a real compreensão do problema da segurança pública posto que este tipo de violência, a violência institucional, é um dos tipos de violência que devem ser combatidas de forma prioritária na implementação de um sistema de segurança pública democrático, haja vista não buscar somente o combate à violência ilegítima, mas também coibir as práticas abusivas de violência legítima.

Assim, a busca pela mudança efetiva do atual patamar do sistema de segurança pública, principalmente no tocante à adoção de um sistema mais centrado nas premissas democráticas, passa diretamente pela reformulação do relacionamento entre polícia e sociedade.

Logo, buscar reduzir a apreensão do problema a um único aspecto - principalmente focalizando a necessidade de se restaurar o império da lei , ou seja, do poder punitivo do Estado - significa minimizar de forma danosa o atual estado do sistema de segurança pública. Mais ainda, essa simples redução tanto não soluciona o problema, como também cerceia a idéia de direitos e de cidadania dos atores envolvidos e, o que é mais grave, limita a legitimidade e a eficácia das ferramentas democráticas de controle do sistema de segurança.

1. O SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

O surgimento dos primeiros grupamentos coletivos humanos estavam vinculados a uma série de fatores, dentre os quais pode-se destacar de forma singular a necessidade de estruturação de mecanismos de proteção individual e coletiva contra os intempéries aos quais os homens eram sujeitos.

A evolução da sociedade apenas reforçou essa necessidade básica do homem, seja enquanto ente considerado individualmente, seja enquanto ente coletivo. Isso fica patente quando se percebe que uma das principais funções da maior estrutura social concebida pelo homem, o Estado, é justamente a manutenção da segurança individual e coletiva.

Essa constatação pode ser confirmada quando se analisa a evolução do Estado. O chamado Estado liberal, nitidamente vinculado aos interesses da emergente classe burguesa, estabeleceu como uma de suas nuances a proteção aos direitos individuais. Essa proteção caracterizava-se pela construção de mecanismos que resguardassem de forma efetiva a liberdade individual ante os abusos do poder estatal.

Ressalte-se que a busca pela proteção aos direitos individuais, como a liberdade e a propriedade, serviu de eixo fundamental para a estruturação dos sistemas repressivos estatais, posto que a partir do momento que se procurava inibir a prática, por parte do

Estado, de atos atentatórios a esses direitos, de forma reflexa buscava-se proteger esses bens de lesões ou ameaças praticadas por outros homens.

Contudo, as desigualdades propiciadas pela estruturação liberal do Estado, fomentaram-lhe a necessidade de uma nova forma de atuação. Nascem , então, demandas coletivas que forçam uma mudança de postura do ente estatal. Ao revés de abster-se, faz-se necessária, para que se possa suplantar as desigualdades surgidas, uma atitude mais pró-ativa do Estado. Forma-se, assim, a idéia do Estado Social, que intervem na realidade social buscando implementar ferramentas que propiciem a construção da justiça social. Nesse ponto existe uma transformação na noção de cidadania, posto que supera-se o enfoque civil e político e fixa-se na questão social.

Assim:

O Estado liberal-burgês transforma-se no Estado Social da providência aos mais fracos. Na perspectiva de um Estado Social, o ordenamento jurídico passa a ser instrumento de realização das metas sociais se presta a garantir, a todos os homens, a disponibilidade de tudo quanto seja necessário para o desenvolvimento de suas potencialidades, em perfeita harmonia social." (ROCHA, 2002, p. 134).

Nesse momento, apesar da mudança radical de foco das atividades do Estado, verifica-se a primeira grande ruptura entre as diretrizes fundamentais do Estado e a estrutura vigente de segurança pública. Apesar dos avanços normativos e da nova filosofia de atuação do Estado, as políticas de segurança pública e consequentemente o sistema de segurança e seus órgãos executores mantiveram-se fiéis aos antigos dogmas liberais, o que pugnou na manutenção da estrutura pautada unicamente na repressão. Isso figura como uma constatação extremamente importante quando se analisa a manutenção das mesmas ferramentas estruturais de trabalho nos entes componentes do sistema de segurança pública.

Apesar da mudança significativa na linha de atuação estatal, esta exerceu mínima influência no modo de atuação das polícias, posto que o aparato de repressão estatal continuou a adotar a mesma forma de atuação pautada em elementos violentos e coercitivos, rechaçando do seu campo de atuação qualquer possibilidade de contribuição ou até mesmo de participação da sociedade civil.

O Estado Social não conseguiu satisfazer todos os anseios populares, posto que surgiram novos e complexos problemas sociais, ligados diretamente ao surgimento dos direitos fundamentais de terceira geração, que possuem foco na coletividade.

Nesse contexto, fortalece-se o ideário democrático e surge então a terceira fase do Estado moderno: o Estado Democrático de Direito, que procura superar as deficiências do Estado Liberal e do Estado Social através da reformulação de seu conteúdo e da concretização das premissas democráticas, das garantias jurídico legais e dos anseios sociais.

Dessa forma, “o Estado Democrático pauta-se na idéia de proteção do cidadão e de seus diretos fundamentais, na necessidade de conferir confiabilidade à instituições governamentais bem como exigência de segurança jurídica” (ASHTON, 2004, p. 48). Mais ainda, todo ato de poder ou força do Estado deve seguir estritamente aos regramentos democraticamente fixados na carta constitucional.

Assim, o princípio democrático figura como ”um princípio jurídico –constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais” (CANOTILHO, 1993 p. 281). Em sentido material tem-se a necessidade da persecução de objetivos específicos, como a soberania popular e a garantia dos direitos fundamentais; em sentido procedimental, pugna-se pela obrigatoriedade da obediência a regras e processos de legitimação do poder democraticamente estabelecidos. A influência do princípio democrático é de tal monta que Canotilho afirma que este figura como mais que uma simples técnica de racionalização política ou que determinado processo legitimação do poder, caracteriza-se como um verdadeiro impulso dirigente da sociedade e do Estado.

Seguindo essa linha de pensamento, verifica-se que o princípio democrático possui em seu corpo inúmeros elementos estruturais dentre os quais se sobressaem os postulados inerentes à construção de uma estrutura democrática representativa e outra vertente fundamentada na organização de ferramentas e processos fomentadores da democracia participativa.

Elege-se o viés participativo como aquele que busca erigir ferramentas, estruturas e procedimentos capazes de fomentar a participação do cidadão nos processos decisórios de forma crítica e consciente apreendendo o real significado da democracia, posto que o objetivo principal da adoção do processo democrático na estruturação do Estado é viabilizar o irradiamento de seus efeitos em todas as searas da vida social, vagando desde às relações institucionais até as regras mínimas de estruturação da rede de segurança pública.

Diante do exposto, deve-se então relevar quais os principais elementos do Estado Democrático de Direito que influenciam de forma profunda a organização do Estado. Primeiro, a estruturação de mecanismos efetivos de proteção aos direitos fundamentais; segundo, a construção de ferramentas institucionais hábeis a propiciar a participação direta da sociedade em todas as atividades de interesse coletivo terceiro, a necessidade de se readequar as estruturas do Estado para um novo modelo de relação com a sociedade diferente tanto do modelo abstencionista liberal, como do modelo intervencionista social.

No que tange à segurança pública, sistema erigido a partir do seguinte regramento constitucional: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio...” (Constituição Federal, art. 144), o que se verifica é a coexistência de dois sistemas de valores completamente distintos.

“Em sentido lato, a expressão, segurança pública traduz o estado de garantia e tranqüilidade que deve ser assegurado à coletividade em geral e ao indivíduo em particular, quanto à sua pessoa, liberdade e ao seu patrimônio, afastados de perigo e danos, pela ação preventiva dos órgão próprios a serviço da ordem política e social” (MENDONÇA FILHO, 2002 p. 195). Verifica-se que prestação de segurança por parte

do Estado liga-se diretamente aos ideários liberais de proteção à pessoa e ao patrimônio contra atos abusivos de terceiros e do próprio Estado, o que figura como uma condição indispensável para o fomento do desenvolvimento normal das atividades humanas.

Entretanto, os mecanismos institucionais desenvolvidos para alcançar essa finalidade afrontam diretamente a nova ordem jurídica-social apregoada pelo Estado Democrático, uma vez que os órgão responsáveis pela concretização das atividades de segurança repelem qualquer forma de participação popular mais efetiva em suas instâncias decisórias, bem como não abandonam o uso de práticas antidemocráticas no desempenho de suas atividades, quiçá enxergam o cidadão como alvo prioritário de suas atividades. Essa incongruência encontra-se tão acentuada que figura quase impossível conciliar atualmente a idéia de aparato policial e desempenho de práticas democráticas. Entretanto, a discussão acerca do tema já rompeu os muros do ambiente acadêmico e tem ganho espaço na sociedade civil. Dessa forma muito se questiona a necessidade de readaptação de todo o sistema de segurança pública aos primados estabelecidos pelo princípio democrático.

2. POLÍCIA E DEMOCRÁCIA

A adaptação das práticas policiais aos primados democráticos tende a ser lenta e gradual posto que os obstáculos erigidos pelos atores sociais do sistema de segurança pública figuram quase que intransponíveis. Contudo, antes de se analisar quais os melhores mecanismos de implementação dessa transformação deve-se antes de mais nada tecer um diagnóstico da situação atual do sistema de segurança pública e de suas instituições mais relevantes: as polícias.

Quando o Estado Liberal estabeleceu a proteção dos direitos individuais como uma de suas finalidades, automaticamente ele avocou a si a função de garantir o exercício desses direitos. Dessa forma nasceu a obrigação estatal de propiciar ao cidadão o gozo de seus direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Contudo, a única possibilidade de os indivíduos usufruirem esses bens seria através da garantia de que não seriam molestado pelo Estado ou por terceiros. O Estado então passou então abster-se de praticar atos que lesassem esses direitos. Mas que garantias tinham os cidadãos contra lesões de terceiros? Surgiu então a obrigação de o Estado zelar pela efetiva fruição desses direitos através da prestação de segurança pública.

Atualmente, a Segurança Pública figura como uma das políticas públicas que obrigatoriamente o Estado deve implementar. Talvez, dentro da atual concepção econômica que pressiona uma reestruturação do Estado visando sua adaptação aos preceitos globalizantes, a prestação de segurança pública seja uma das poucas atividades que o Estado não possa, por enquanto, juridicamente terceirizar. Ressaltada a impossibilidade jurídica na prática, o que se percebe é justamente o contrário, posto que a omissão do Estado na prestação dos serviço de segurança pública levou ao surgimento de uma verdadeira industria da segurança privada.

Entretanto, apesar da situação fática verificada, a política de segurança pública consiste no braço penal da sociedade. É com base nas diretrizes fixadas pela política de segurança pública que se constroem as estruturas do Sistema de Segurança Pública. Na ordem jurídica brasileira essas bases são fixadas na própria carta constitucional de 1988. Nesse sistema, as principais estruturas operativas são justamente as instituições que possuem maior grau de proximidade com a sociedade, quais sejam as instituições policiais.

A polícia configura-se como uma instituição que tem como peculiaridade a utilização da força caracterizada pela possibilidade de manuseio da violência legitima como forma de propiciar segurança a sociedade. Sociologicamente, a polícia contextualiza-se como um dos chamados freios sociais, ou seja, faz parte de um grupo de instituições e ferramentas sociais, como a família, a religião e o trabalho, que possuem, dentre outras funções, o encargo de tensionar o indivíduo ou determinados grupos com o objetivo de buscar a mantença do equilíbrio e do controle social.

A polícia, dessa forma, faz parte de um sistema que para sua eficiência deve obrigatoriamente ser consolidado através de elementos democráticos. Mais ainda, a relação entre democracia e segurança pública é simbiótica, posto que esta figura como elemento essencial para a construção de um Estado Democrático de Direito que a institui como uma de suas principais garantias individuais e coletivas.

"As polícias são atores políticos de grande relevância no controle da sociedade, administrando conflitos entre cidadãos e entres os cidadãos e o Estado, tendo como fundamento os princípios igualitários. Ou seja, sem levar em consideração o status social, mas sim, a cidadania como pleno exercício da democracia." (NOBREGA JÚNIOR, *on-line* p. 85).

Contudo, o que se verifica no atual contexto social brasileiro é justamente o oposto. As duas principais instituições policiais que integram o sistema de segurança pública brasileiro possuem vícios estruturais e funcionais que remontam à suas criações. A polícia civil carrega em sua organização a marcante influência do poder judiciário, notadamente elitista e seletista. Já a polícia militar impregnou-se com a filosofia militarista de prevenção e repressão ao crime que acabou influenciando também a polícia civil. Dessa forma essas instituições "acabaram se transformando, em grande medida, em organismos demarcados por comportamentos e sistema informais e domésticos que privilegiam práticas autoritárias, repressivas, brutais e de encobrimento corporativo" (VALENTE NETO, 2002, p. 257).

Essa realidade deve ser transformada, sob pena de sacrificar-se cada vez mais a frágil estrutura democrática do Estado brasileiro. Isso porque uma grave crise de segurança pública significa sem sombra de dúvida uma profunda crise no sistema democrático de um Estado, posto que sem a garantia de segurança, como pode a coletividade desenvolver todas as suas potencialidade, mais ainda, quando as instituições que representam perante a sociedade o sistema de segurança pública estruturam-se de forma não democrática a lesividade desse sistema para o Estado democrático atinge seu grau máximo e acentua mais ainda a crise da estrutura democrática nacional.

Contudo, no atual cenário social brasileiro, defender a necessidade de democratizar a estrutura e as práticas do aparto policial pode ensejar uma equivocada compreensão do

real sentido dessas propostas. Não se pode confundir essa necessidade com a idéia de abrandamento da estrutura penal, nem tão pouco com uma suposto facilitação às práticas criminosas, o que se pretende na verdade é a maior participação da sociedade na estruturação do sistema, bem como um maior respeito, por parte do aparato policial, aos direitos individuais e coletivos, o que resultara numa mudança profunda da filosofia policial.

Entretanto a pressão oriunda da mídia e do próprio imaginário popular fomenta que a principal tarefa da polícia é combater o crime por intermédio da contenção ou eliminação dos criminosos, levando inclusive o próprio sistema de segurança a absorver tal ideário, posto que "a formulação de políticas de segurança voltadas ao policiamento ostensivo, em que a noção de que a polícia controla o público se sobrepõe àquela de que a polícia preferencialmente serve ao público, noção fundamental na perspectiva de um policiamento democrático". (MENDONÇA FILHO, 2002, p. 262).

Assim, o grande desafio para o início desse processo extremamente importante para a garantia da manutenção do Estado democrático brasileiro é sem sombra de dúvidas a necessidade de vencer os preconceitos originados na filosofia repressiva de combate a criminalidade, onde bandido não possui direito e mais ainda, a polícia não lida com cidadão.

Nesse sentido Luis Eduardo Soares opina:

Quanto a persuadir a opnião pública de que vale a pena apoiar políticas que procurem compatibilizar o respeito aos direitos humanos com eficiência policial, eis aí um tremendo desafio, talvez o maior de todos, até porque indissociável dos demais. Explico: no limite, talvez só venha a ser possível conquistar com consciência o apoio da maioria da população para uma política civilizada – racional, democrática e respeitosa dos direitos civis e humanos – quando demonstrarmos, na prática, que ela é realmente possível e produz resultados positivos". (VALENTE NETO, 2002, p. 260).

Assim, a implantação das medidas democratizantes do sistema de segurança pública e principalmente das instituições policiais sejam implantadas de forma planejada e responsável, buscando sempre demonstrar a sua eficiência no combate a criminalidade.

Assim, no próximo tópico analisar-se-á algumas das principais medidas que deverão ser implementadas no início dessa longa caminhada em busca da democratização do sistema de segurança pública e das práticas policiais.

3. MECANISMOS DE DEMOCRATIZAÇÃO DA ATIVIDADE POLICIAL

Apesar da complexidade do problema da segurança pública as medidas adotadas para o controle da criminalidade podem ser divididas em dois grandes grupos: As medidas preventivas e as medidas repressivas. Nenhum modelo de combate a criminalidade pode pautar-se de forma isolada em uma dessas medidas, o que existe são modelos que enfatizam a repressão e outros que dão mais enfoque à prevenção:

Por medidas preventivas, entendem-se todas aquelas que promovem a garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais dos cidadãos, minimizando ou eliminando as situações que constituem o caldo de cultura, o húmus de onde nasce a criminalidade e prolifera a violência" (TOSI, 2002, p. 244).

No Brasil, em virtude da situação sócio-ecônomica nacional o que se verificou foi o recrudecimento do aspecto repressivo e uma consequente atrofiação do aspecto preventivo. E é essa a primeira grande medida que deve ser tomada na busca da democratização do sistema de segurança pública, a implantação de uma política de atividades com ênfase na prevenção de práticas criminosa. Isso não siginifica que a polícia deve abdicar de suas funções repressivas, isso porque não se combate a criminalidade com eficiência somente com políticas preventivas:

... qualquer que seja a origem do mal, a sua contenção ou extirpação exige que se utilizem, além das medidas preventivas, as medidas punitivas. Isso não significa que os órgãos de segurança devam realizar um papel meramente repressivo; ainda que não constitua o seu papel principal, a polícia exercita, e deve exercitar, sempre mais, um papel preventivo. O policiamento ostensivo é uma forma de prevenção ao crime, assim como trabalho de conscientização da população nos bairros, nas escolas, o próprio trabalho que está sendo realizado nos cursos das Academias de Polícia Civil, nos Centros de Ensino da Polícia Militar e nos cursos de Polícia Comunitária. São ações preventivas em que a polícia e a comunidade exercitam o diálogo e utilizam as armas da crítica deixando de lado, por um momento, a crítica das armas." (TOSI, 2002, p. 245).

Assim, a modificação do aspecto de estruturação do sistema ensejaria uma mudança comportamental positiva nas instituições policiais, uma vez que a atuação na seara preventiva requer uma mudança postural da polícia, uma vez que o objetivo primordial de suas atividades passa a ser não a repressão, ou seja a lida direta com criminosos, mas sim a informação e o cidadão, o que ensejaria a diminuição de práticas e procedimentos antidemocráticos.

Nesse sentido ganha ênfase e projeção as experiências relacionadas a implantação do chamado policiamento comunitário, que ensejam mudanças significativas na estrutura comportamental de combate a criminalidade e sobremaneira na concepção das funções da polícia no sistema de segurança pública. As mudanças inseridas por essa nova filosofia de atuação vão desde a formação e instrução do policial, ou seja a

reorganização do perfil profissiográfico do mesmo até a adoção de mecanismos que propiciem a participação da comunidade no planejamento operacional da polícia, ensejando assim a possibilidade uma reformulação dos mecanismos de atuação policial.

A prevenção comunitária de crimes e o policiamento comunitário constituem-se em reformas essenciais nas estratégias de combate ao crime desenvolvidas nos últimos anos. Ambos possuem implicações para a administração e filosofia policial. Enquanto a reforma propriamente visará ao crime e à ordem pública, dará prioridade às relações policia-comunidade e à análise do crime localizado e do meio ambiente, a filosofia de fundo terá por base um outro conjunto de valores dentro da força policial e a premissa de que o combate ao crime é tarefa para todos os integrantes da comunidade. (FELTES, 2003, p. 117).

Outro aspecto que deverá ser implantado para democratizar o sistema de segurança pública pode parecer, em sede de uma análise preliminar, irrelevante e de poucos efeitos, contudo essa falsa aparência encobre uma da premissas básicas do princípio democrático. A publicização dos procedimentos policiais é um fator indispensável na construção de uma polícia democrática.

Num primeiro momento, parece até inviável e até mesmo ilegal defender a publicização dos procedimentos policiais. Entretanto, não se requer que os atos e procedimentos policiais sejam abertos ao público em geral, ou que todos tenham acesso aos procedimentos e atos realizados pela polícia, até porque muitas vezes isso frustaria os objetivos do procedimentos policiais investigativos. O que se quer quando se propõe a publicização dessas atividades, é que as rotinas praticadas pela polícia sejam divulgadas, não as rotinas operacionais, mas sim as rotinas legais e administrativas, que possam facilitar ao cidadão, principal usuário do serviço de segurança, conhecimento de quais procedimentos serão adotados e de que forma poderá acompanhar o desenrolar das atividades desempenhadas pela polícia.

O conhecimento, por parte da população, dos procedimentos e das rotinas policiais configura-se como uma ferramenta extremamente importante para a construção de um relacionamento mais sólido e efetivo entre o cidadão e polícia sociedade, posto que permitirá a sociedade intervir de forma eficiente nas situações em que os preceitos democráticos possam ser lesados através de práticas antidemocráticas:

Tanto a polícia como a cidadania devem batalhar continuamente para desenvolver confiança mútua. O progresso na direção desse esquivo objetivo é um empreendimento comum dos governos democráticos e dos cidadãos em todo o mundo, tornando o intercâmbio de idéias e experiências particularmente valioso. (PHILPS 2003, p. 30)

Dessa forma a implementação dessas duas medidas, implicariam em uma mudança significativa da estrutura do sistema de segurança pública e principalmente na sua

relação com a sociedade, posto que a adoção de medidas democratizantes ensejariam uma nova forma de relacionamento entre segurança, sociedade e estado.

CONCLUSÃO

Verifica-se que o sistema de segurança pública ainda se encontra estruturado nas premissas liberais da repressão e da polícia como instrumento de combate a bandidagem.

A atual ordem constitucional estruturou o Estado brasileiro nos moldes democráticos. A decorrência lógica do princípio democrático é a sua diluição em todas as práticas políticas e administrativas do Estado brasileiro. Dessa, o sistema de segurança pública, e suas instituições, notadamente as polícias, devem guardar perfeita consonância com a estruturação democrática do Estado brasileiro.

Assim, é indispensável que se inicie um movimento de reorganização das estruturas do sistema de segurança pública em todos os seus níveis, desde a formulação das políticas nacionais de segurança, até a atividade operacional das polícias. Isto porque dentro de um sistema democrático a atividade policial deve necessariamente mudar de foco. Deve deixar de "caçar bandidos" e sim, zelar pela proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos e servir ao cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASHTON, Peter Walter. **A democracia, o estado de direito, os direitos fundamentais e a tolerância zero**. In: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: EDIPUCRS, Vol 30, Ano XXVI – 2004/02.

BASTOS**,** Celso Seixas Ribeiro. **Comentários a constituição do Brasil** (Promulgada em 5 de outubro de 1988)**.** São Paulo: Saraiva, V. 5. 1997.

CANOTILHO**,** José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 6a edição, 1993.

FELTES, Thomas. O policiamento comunitário na Alemanha: Treinamento e instrução. In: Cadernos Adenauer, nº 3 – **Segurança cidadã e polícia na democracia**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

MENDONÇA FILHO, Manoel Carlos; MARTINS, Maria Cristina; NOBRE, Maria Teresa e NEVES**,** Paulo Sérgio da Costa. Polícia, direitos humanos e educação para a cidadania. In: NEVES**,** Paulo Sérgio da Costa; RIQUE**,** Célia D. G. e FREITAS**,** Fábio F. B. (organizadores). **Polícia e democracia**: desafios à educação em direitos humanos. Recife: Gajop; Bagaço, 2002.

NEVES**,** Paulo Sérgio da Costa. Espaço Público, polícia e cidadania: em busca de novas formas e sociabilidade. In: NEVES**,** Paulo Sérgio da Costa; RIQUE**,** Célia D. G. e FREITAS**,** Fábio F. B. (organizadores). **Polícia e democracia**: desafios à educação em direitos humanos. Recife: Gajop; Bagaço, 2002.

NOBREGA JUNIOR, José Maria Pereira da. **As instituições coercitivas e a semidemocracia brasileira**. Disponível em: www.politica.ufpe.br. Acesso em jan. 2006.

PALMIERI**,** Gustavo. Políticas democráticas para a segurança cidadã. In: Cadernos Adenauer, nº 3 – **Segurança cidadã e polícia na democracia**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

PHILLIPS, Emma e TRONE, Jennifer. O estabelecimento de confiança na política por meio do controle civil. In: Cadernos Adenauer, nº 3 – **Segurança cidadã e polícia na democracia**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

ROCHA**,** Fernando A. N. Galvão da Rocha. **Política Criminal**. Mandamentos, 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

TOSI, Giuseppe e SILVA, Marlene Helena Oliveira. **Por que punir? Qual punição? Que segurança Pública**? In: NEVES**,** Paulo Sérgio da Costa; RIQUE**,** Célia D. G. e FREITAS**,** Fábio F. B. (organizadores). Polícia e democracia: desafios à educação em direitos humanos. Recife: Gajop; Bagaço, 2002.

VALENTE NETO**,** José. Os desafios da segurança pública para o século XXI: Os direitos humanos, a democracia e a participação da sociedade em debate. In: **Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**. Revista da Procuradoria Geral do Município. Fortaleza:CETREI/PGM, 2002.

O LIMIAR DO INIMIGO: ENTRE O DIREITO PENAL E A DOMINAÇÃO TOTALITÁRIA*

THE ENEMY'S BORDER: BETWEEN CRIMINAL LAW AND TOTALITARIAN DOMINATION

João Paulo Arrosi

RESUMO

O ensaio tem o intuito de analisar as possíveis relações existentes entre o Direito Penal do Inimigo, aspecto do Direito Penal que tem emergido à luz cada vez mais e com maior intensidade nos últimos anos, e os caracteres da dominação totalitária. Para tanto, os referenciais teóricos assentam-se, sobretudo, nas reflexões dos filósofos Giorgio Agamben e Hannah Arendt sobre o tema do totalitarismo, as quais possibilitam que a investigação não se restrinja a uma discussão tradicionalmente jurídico-institucional da figura do Direito Penal do Inimigo, mas sim evidencie o caráter propriamente político e ligado às questões do biopoder. A importância de se proceder a uma investigação sobre a relação entre o Direito Penal do Inimigo e o fenômeno totalitário se faz sentir em toda a extensão da Ciência do Direito Penal e da Política Criminal, cujas pretensões então se turvam e caminham para uma zona de indistinção entre as noções de cidadão e inimigo. Zona esta na qual também se confundem a suspensão da lei (aí incluídos, por certo, os direitos e liberdades individuais) e a pura afirmação dessa lei, e que tem como origem a decisão soberana sobre o estado de exceção, que tende a coincidir com a e se apresentar como regra, e tem o campo de concentração como o verdadeiro paradigma político da modernidade.

PALAVRAS-CHAVES: INIMIGO, DIREITO PENAL, TOTALITARISMO.

ABSTRACT

The purpose of the essay is to analyze the possible relations between Enemy's Criminal Law, aspect of Criminal Law that has been brought to light constantly and intensively in the last few years, and the characters of totalitarian domination. Thus, the theoretical references take place above all in the reflections of the philosophers Giorgio Agamben and Hannah Arendt about the subject of totalitarianism, which make possible that the investigation is not only restricted to a law-institutional debate about Enemy's Criminal Law, but also clarify the political nature and show the connection to the subject of biopolitic. The importance to investigate the relation between Enemy's Criminal Law and de totalitarian phenomenon is felt throughout Criminal Law and Criminal Policy, which intentions are blended and oriented to an indistinct zone between the citizens and enemies concepts. In this zone it is also confused the suspension of law (included rights and individual liberties) and the pure imposition of this law; this zone has as origin the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

sovereign decision about the state of exception, that tends to coincide with the and to present itself as the rule; and it has the concentration camp as the real political paradigm of modernity.

KEYWORDS: ENEMY, CRIMINAL LAW, TOTALITARIANISM.

Este escrito principia com a seguinte hipótese em forma de questão: tendo como base e ponto de partida as idéias de Giorgio Agamben e de Hannah Arendt, é possível atribuir à noção do chamado Direito Penal do Inimigo tendências totalitárias?

Afinal, a importância de se proceder a uma investigação sobre a relação entre o *Direito Penal do Inimigo*, aspecto do Direito Penal que tem emergido à luz cada vez mais e com maior intensidade nos últimos anos, e o *fenômeno totalitário*, entendido precisamente a partir das reflexões de Hannah Arendt e de Giorgio Agamben sobre o tema, se faz sentir em toda a extensão da Ciência do Direito Penal e da Política Criminal, cujas pretensões então se turvam e caminham para uma zona de indistinção entre as noções de cidadão e inimigo. (Como convictamente expressa o professor da Universidade de Frankfurt, Cornelius Prittwitz, "o direito penal como um todo está infectado pelo direito penal do inimigo"[1]). Zona esta na qual também se confundem a suspensão da lei (aí incluídos, por certo, os direitos e liberdades individuais) e a pura afirmação dessa lei, e que tem como origem a decisão soberana sobre o estado de exceção, que, segundo Agamben, tende a coincidir *com a* e se apresentar *como* regra, e tem o campo de concentração como o verdadeiro paradigma político da modernidade.

De acordo com Agamben,

não se trata, isto é, de um retrocesso da organização política em direção a formas superadas, mas de eventos premonitórios que anunciam, como mensageiros sangrentos, o novo *nómos* da terra, que (se o princípio sobre o qual se funda não for novamente evocado e posto em questão) tenderá a se estender sobre todo o planeta.[2]

No âmbito do Direito Penal, como assinala Alejandro Aponte, "el fenômeno reseñado expresa el proceso, hoy generalizado, de expansión de lo que podría llamarse el *paradigma del enemigo*" [3], no qual se desestrutura a relação entre os próprios cidadãos e surge o risco de se impor uma lógica da inimizade e da absoluta exclusão, não só, portanto, social, jurídica e política, mas uma exclusão mais originária: o *banimento* da vida enquanto tal.

I. O filósofo italiano Giorgio Agamben, em sua obra *Homo Sacer*, apresenta uma inquietante perspectiva sobre a modernidade ao refletir que, em nosso tempo, o corpo do cidadão, considerado sob o ponto de vista biopolítico, veio a ocupar um lugar fundamental nos mecanismos e cálculos do poder estatal. O horizonte biopolítico, no qual o filósofo inscreve suas análises, tem como ponto de partida a noção de biopolítica desenvolvida por Michel Foucault[4], da qual Agamben se apropria para integrá-la às

análises que Hannah Arendt desenvolveu sobre o processo que leva o *animal laborans*, e, com ele, a vida biológica enquanto tal, a paulatinamente ocupar o centro da cena política moderna (*The human condition*, 1958), e àquelas que anteriormente havia dedicado ao poder totalitário (*The origins of the totalitarianism*, 1951). Agamben reúne, assim, a concepção de biopolítica de Foucault e as análises de Hannah Arendt no que chamou "os lugares por excelência da biopolítica moderna: o campo de concentração e a estrutura dos grandes estados totalitários do novecentos"[5].

Suas reflexões desvelam o vínculo encoberto que desde sempre teria ligado "vida nua", isto é, a simples vida natural apolítica, ao poder soberano. E uma obscura figura do direito romano arcaico seria a chave para uma releitura de toda a tradição política moderna: o *homo sacer*, um ser humano que podia ser morto por qualquer um sem que isso fosse passível de punição, mas que não devia ser sacrificado conforme as regras prescritas pelos rituais (inclusive jurídicos), isto é, um indivíduo posto fora da jurisdição humana sem ultrapassar para a divina.[6] Nas palavras de Agamben, uma "vida *matável* [7] e *insacrificável*", uma vida humana que "é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão (ou seja, de sua absoluta *matabilidade*)".[8]

Dos tempos romanos quase imemoriais chegamos a 1920, Alemanha: vem a lume um opúsculo de capa cinza-azulada que apresenta como título *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens* ("A autorização do aniquilamento da vida indigna de ser vivida"). Seus autores: Karl Binding, um renomado penalista,[9] e Alfred Hoche, um professor de medicina que se ocupava de temas relativos à ética profissional.

No livro, que trata do suicídio e da eutanásia, Binding explica a impunibilidade do suicídio, concebendo-o "como expressão de uma soberania do homem vivente sobre a própria existência"[10]. E, a partir desta peculiar soberania do homem sobre si, Binding extrai por derivação a necessidade de autorizar o "aniquilamento da vida indigna de ser vivida" e, assim, também seu correlato implícito: a vida digna que merece viver. De acordo com Agamben, "a estrutura biopolítica fundamental da modernidade – a decisão sobre o valor (ou sobre o desvalor) da vida como tal – encontra, então, a sua primeira articulação jurídica em um bem-intencionado *pamphlet* a favor da eutanásia".[11]

Dentre aqueles incluídos no conceito de "vida sem valor", estariam os "incuravelmente perdidos" em razão de doença ou ferimento e que, em plena consciência de sua condição, desejavam absolutamente a "libertação"[12]. Mas também, além desses, os indivíduos tidos como "idiotas incuráveis", quer por terem nascido assim, quer por terem assim se tornado na velhice:

'Estes homens' – escreve Binding – 'não têm nem a vontade de viver nem aquela de morrer. De um lado, neles não é constatável consentimento algum à morte, de outro, a sua morte [*uccisione*] não se choca contra vontade alguma de viver, que deva ser superada. Sua vida é absolutamente sem finalidade, mas eles não a sentem como intolerável.' Mesmo neste caso, Binding não reconhece razão alguma 'nem jurídica, nem social, nem religiosa para não autorizar a morte destes homens, que não são mais que a assustadora imagem ao revés (*Gegenbild*) da autêntica humanidade'.[13]

Interessante aqui, segundo Agamben, "é o fato de que à soberania do homem vivente sobre a sua vida corresponda imediatamente a fixação de um limiar além do qual a vida cessa de ter valor jurídico e pode, portanto, ser morta sem que se cometa homicídio":

A nova categoria jurídica de 'vida sem valor' (ou 'indigna de ser vivida') corresponde ponto por ponto, ainda que numa direção ao menos aparentemente diversa, à vida nua do *homo sacer* e é suscetível de ser estendida bem além dos limites imaginados por Binding.[14]

A advertência feita por Agamben ao fim do excerto aponta para o fato de que toda sociedade decide sobre o umbral além do qual a vida deixa de ter importância política, sendo então apenas "vida sacra" e, como tal, passível de ser impunemente eliminada, e toda valorização e toda politização da vida implica este fato:

Toda sociedade fixa este limite, toda sociedade – mesmo a mais moderna – decide quais são os seus 'homens sacros'. É possível, aliás, que este limite, do qual depende a politização e a *exceptio* da vida natural na ordem jurídica estatal, não tenha feito mais do que se alargar na história do ocidente e passe hoje – no novo horizonte biopolítico dos estados de soberania nacional – necessariamente ao interior de toda vida humana e de todo cidadão. A vida nua não está mais confinada a um lugar particular ou em uma categoria definida, mas habita no corpo biológico de todo ser vivente.[15]

É importante observar que a "eliminação" de um indivíduo não significa, necessariamente, sua morte biológica, conquanto esta tenha sido o estágio final sobretudo nos campos de concentração nazistas (*Lager*), como também nos soviéticos (*Gulags*). Como salienta Hannah Arendt, "o que é preciso compreender é que a psique humana pode ser destruída mesmo sem a destruição física do homem; que, na verdade, a psique, o caráter e a individualidade parecem, em certas circunstâncias, manifestar-se apenas pela rapidez ou lentidão com que se desintegram":

Como resultado final surgem homens inanimados, que já não podem ser compreendidos psicologicamente, cujo retorno ao mundo psicologicamente humano (ou inteligivelmente humano) se assemelha à ressurreição de Lázaro.[16]

À despersonalização mencionada por Arendt corresponde a figura do *Muselmann* (o "muçulmano") descrita por Agamben em seu *Quel che resta di Auschwitz* e pela literatura de testemunho em geral respeitante à *Shoah*[17] (Améry, Carpi, Levi, por exemplo).

Curioso e atemorizante, por sua vez, é o vínculo que pode ser estabelecido entre os campos de concentração e o alerta sombrio que Nils Christie, um notório criminólogo escandinavo, faz sobre os sistemas atuais de controle da criminalidade:

Os modernos sistemas de controle do crime podem transformar-se em Gulags de tipo ocidental. Com o fim da guerra fria, numa situação de profunda recessão econômica, e quando as mais importantes nações industriais não têm mais inimigos externos contra quem se mobilizar não parece improvável que *a guerra contra os inimigos internos receba prioridade máxima*, seguindo conhecidos precedentes históricos. Os Gulags de tipo ocidental não irão exterminar as pessoas, mas têm a possibilidade de afastar da vida social, durante a maioria de suas vidas, um grande segmento de potenciais causadores de problemas. Têm o potencial de transformar o que poderia ser o período mais ativo da vida destas pessoas *numa existência que não vale a pena ser vivida* (...). Gostaria de acrescentar: os maiores perigos do crime nas sociedades modernas não vêm dos

próprios crimes, mas do fato de que a luta contra eles pode levar as sociedades a governos totalitários.[18]

II. Mas o que pode haver de relacional entre o "Direito Penal do Inimigo" e todas essas referências, desde o *homo sacer*, a "vida nua" que progressivamente vem a ocupar o centro da política moderna, os *Lager* e *Gulags*, até a "vida indigna de ser vivida"?

Günther Jakobs, professor emérito da Universidade de Bonn – notório penalista alemão cujas idéias, baseadas num normativismo extremo, cada vez mais se difundem tanto nos países da Europa continental como sobretudo nos latino-americanos –, apresentou uma polêmica conferência[19] num congresso internacional que ocorreu na Academia de Ciências de Berlim, em outubro de 1999.

Um dos temas tratados em sua preleção fora justamente a retomada de um par conceitual, que já havia sido por ele, e pela primeira vez, mencionado em 1985[20] (mas, naquela época, ainda num tom crítico): Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo.

Agora, em 1999, o tom de advertência quanto ao perigo de um possível Direito Penal do Inimigo havia se transformado em estandarte levantado em favor da adoção da clara distinção entre cidadãos e inimigos:

Quien quiera ser tratado como persona, debe dar también una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal. Si esta garantía no se da o incluso es denegada de forma expresa, el derecho penal pasa de ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo. (...).

El derecho penal de enemigos sigue otras reglas distintas a las de un derecho penal jurídico-estatal interno y todavia no se ha resuelto en absoluto la questión de si aquel, una vez indagado su verdadero concepto, se revela como derecho.[21]

Jakobs arrolara então algumas particularidades típicas, segundo ele, do Direito Penal de inimigos, dentre as quais, uma ampla antecipação da tutela penal (criminalização/imputação num estágio prévio a lesões de bens jurídicos), punições desproporcionalmente altas, a passagem de uma legislação de direito penal para uma legislação de "luta" para combater a delinqüência e, conforme suas próprias palavras, a "supressão de garantias processuais":

En otras palabras, ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones sociales internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables por medio de la – si se me permite la expresión – neutralización de aquellos que no ofrecen la mínima garantía cognitiva necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados en el momento actual como personas. Es cierto que el procedimiento para el tratamiento de individuos hostiles está regulado juridicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas. [22]

Emerge uma questão conceitual, apontada já pelo próprio Jakobs, que seria então se o Direito Penal do Inimigo permanece sendo "Direito" ou se seria já, ao contrário, um "não-Direito", uma pura reação (que, nos moldes das teses de Agamben, bem se poderia dizer: uma pura *decisão soberana*) perante seres "excluídos" (ou, na expressão de Jakobs, "não-pessoas" [*Unpersonen*]).

Aliás, é significativo que a menção textual a "indivíduos hostis", feita por Jakobs, permita o paralelo com um instituto ligado à *auctoritas* romana, cuja função específica era a suspensão do direito e a supressão do estatuto de cidadão: a declaração senatorial da *hostis iudicatio*. Como explica Agamben,

Em situações excepcionais, em que um cidadão romano ameaçasse, através de conspiração ou de traição, a segurança da república, ele podia ser declarado pelo senado *hostis*, inimigo público. O *hostis iudicatus* não era simplesmente equiparado a um inimigo estrangeiro, o *hostis alienigena*, porque este era, porém, sempre protegido pelo *ius gentium* (Nissen, 1877, p. 27); ele era, antes, radicalmente privado de todo estatuto jurídico e podia portanto ser, em qualquer momento, despojado de seus bens e exposto à morte. A ser suspenso pela *auctoritas* não é aqui simplesmente a ordem jurídica, mas o *ius civis*, o próprio estatuto do cidadão romano.[23]

Vale ainda anotar que a oposição cidadão/inimigo, de que fala Jakobs, parece evocar, por sua vez, um outro binômio, muito semelhante, concebido nos idos de 1930 por Carl Schmitt, proeminente jurista e pensador político alemão que aderira explicitamente ao regime nazista — a dicotomia amigo/inimigo: "A distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre *amigo* e *inimigo*"[24].

Num outro escrito[25], citado e comentado por Luís Greco, Jakobs apresenta algumas impressionantes considerações:

'Um indivíduo que não se deixa coagir a viver num estado de civilidade, não pode receber as bênçãos do conceito de pessoa'. Inimigos são 'a rigor não-pessoas', lidar com eles não passa de 'neutralizar uma fonte de perigo, como um animal selvagem'. (...). Na mais recente manifestação, são mencionados como ulteriores exemplos do direito penal do inimigo alguns pressupostos da prisão preventiva, as medidas de segurança, a custódia de segurança e as prisões de Guantánamo.[26]

O rol exemplificativo de tipos de inimigos apontado por Jakobs a partir da atual legislação alemã baseia-se na própria menção legislativa à "luta" contra a criminalidade: terroristas, traficantes de drogas, indivíduos ligados à criminalidade organizada, autores de "crimes sexuais e outras infrações penais perigosas", de delitos econômicos, indivíduos pertencentes a quadrilhas ou bandos.[27]

Segundo Jakobs, para o cidadão, a função do Direito Penal se manifesta através da pena enquanto atuação contrafática que assegura a vigência da norma, ao passo que, para o inimigo, a intervenção do Direito Penal se apresenta como pura coação que visa à eliminação de um perigo.[28]

Que todos esses aspectos, mencionados por Günther Jakobs sobre o Direito Penal do Inimigo, pareçam ademais se afinar com o que Hannah Arendt disse sobre a dominação

totalitária talvez então seja algo que não surpreenda: “O primeiro passo essencial no caminho do domínio total é matar a pessoa jurídica do homem.” [29]

De outra parte, em que pese seja propugnado por alguns que um “Direito” de tal índole deva ser restrito a um contexto de emergência, “os Estados, ao contrário” – consoante assinala Silva Sánchez –, “vêm gradativamente acolhendo comodamente a lógica, que [Sergio] *Moccia* criticara com agudeza, da *perenne emergenza*. À vista de tal tendência, não creio que seja temerário prognosticar que o círculo do Direito Penal dos ‘inimigos’ tenderá, ilegitimamente, a estabilizar-se e a crescer”.[30]

E, assim, a zona de indiscernibilidade entre regra e exceção, entre *homo sacer* e cidadão, vida nua e *bíos politikós*, de que fala Agamben, tende a se instalar num verdadeiro estado de exceção como regra. Para o filósofo italiano, “o totalitarismo moderno pode ser definido (...) como...”

a instauração, através do estado de exceção, de uma guerra civil legal, que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas de categorias inteiras de cidadãos que por qualquer razão mostrem-se não integráveis ao sistema político. A partir de então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que eventualmente não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive daqueles ditos democráticos.[31]

Se, para alguns, realizar um diagnóstico acerca do chamado Direito Penal do Inimigo signifique “al mismo tiempo reclamar, aunque sea en outro plano metodológico, que las medidas represivas que contienen esos sectores de regulación de ‘Derecho penal’ del enemigo sean trasladadas al sector que en Derecho corresponde, y con ello, también al ámbito de discusión política correcto: a las medidas en *estado de excepción*”(Cancio Meliá) [32], então o que se perde de vista é justamente a advertência de que o estado de exceção, através de seus variados e multiformes dispositivos, está a se instalar como a regra. Ou seja: precisamente o que escapa à visão é que não se trata de planos metodológicos distintos, mas variantes de um e mesmo plano — o do *jurídico*.

Em virtude de todos esses pontos de intersecção que, em princípio, podem avistar-se entre o Direito Penal do Inimigo e as considerações de ordem política e filosófica que consubstanciam o referencial teórico proposto como ponto de partida – e que neste escrito apenas se permitem tratar em linhas ligeiras e provisórias –, uma pesquisa aprofundada a respeito de um tema desse jaez não parece desprovida de relevância. Antes, se apresenta como emergencial.

Afinal, como adverte Arendt, “as soluções totalitárias podem muito bem sobreviver à queda dos regimes totalitários sob a forma de forte tentação que surgirá sempre que pareça impossível aliviar a miséria política, social ou econômica de um modo digno do homem”.[33]

* * *

Diante, pois, das considerações acima alinhavadas, o propósito de uma tal investigação gravita em torno da figura do Direito Penal do Inimigo e de sua inserção, como exemplo

de dispositivo do poder biopolítico, no âmbito das trilhas abertas pelas reflexões jurídico-políticas dos pensadores que compõem o ponto de partida teórico do presente escrito, aqui brevemente tratadas.

Por isso, a *abordagem metodológica* para desenvolver a atividade investigativa proposta tem como base a filosofia política de Giorgio Agamben e de Hannah Arendt e segue na medida do possível "uma das orientações" – como anota Agamben – "mais constantes do trabalho de Foucault", isto é,

"o decidido abandono da abordagem tradicional do problema do poder, baseada em modelos jurídicos-institucionais (...), em direção a uma análise sem preconceitos dos modos concretos pelos quais o poder penetra no próprio corpo dos sujeitos e nas suas formas de vida".[34]

A opção de tratar a questão do Direito Penal do Inimigo paralelamente ao âmbito propriamente jurídico leva em conta ademais a suspeita de Agamben "não só da consumada separação entre cultura filosófica e cultura jurídica, mas, antes, da decadência desta"[35]. E, como notou Walter Benjamin, para a crítica do poder-violência (*Gewalt*) – e, aqui, o que pretendemos é a crítica do poder em seus reflexos manifestados no campo do Direito Penal e por ele mantidos – é preciso encontrar uma perspectiva fora do direito (quer do direito natural, quer do direito positivo), "e apenas o estudo do direito dentro da filosofia da história pode fornecer tal perspectiva"[36].

Aliás, se "o problema da ciência não pode ser reconhecido no terreno da ciência" (Nietzsche)[37], o problema do Direito – e especificamente o do Direito Penal do Inimigo –, do mesmo modo, parece ser irreconhecível no seu próprio domínio.

Bibliografia.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*. Torino: Giulio Einaudi editore, 1995 (Piccola Biblioteca Einaudi 305; Filosofia) (tradução brasileira: *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I.* Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002).

____. *Quel che resta di Auschwitz. L'archivio e il testimone (Homo sacer III).* Torino: Bollati Boringhieri editore, 1998 (Temi; 80).

____. *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I.* Torino: Bollati Boringhieri editore, 2003 (Temi; 130).

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo *vs.* Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, n.º 51, 2004.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

____. *The human condition*. 2nd ed. Chicago: Chicago University Press, 1998.

BENJAMIN, Walter. *Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos* (org. Willi Bolle). São Paulo: Cultrix: Editora da Universidade de São Paulo, 1986.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental.* Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DUARTE, André. Modernidade, biopolítica e violência: a crítica arendtiana ao presente. *In* DUARTE, André; LOPREATO, Christina; MAGALHÃES, Marion Brepohl de (Orgs.). *A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, n.º 56, setembro-outubro de 2005, ano 13.

JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. n. 97, 1985, pp. 753 e ss. (a versão espanhola encontra-se em: *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas: UAM, 1997, pp. 293 e ss.).

____. La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafios del presente. *In* ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn; CONDE, Francisco Muñoz (Coord.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

____. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck.* Paderborn: Ferdinand Schöningh Verlag, 2004 (tradução espanhola: *La Pena Estatal: Significado e Finalidade*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernando José Feijoo Sánchez. Madrid: Editorial Civitas, 2006).

____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005 (Edición española: Cuadernos Civitas, 2003).

MARTÍN, Luis Gracia. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminologia* (en línea), 2005, núm. 07-02, p. 02:2. Disponible en internet: http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf . Acessado em 14/09/06).

NIETZSCHE, Friedrich. Tentativa de autocrítica. *O nascimento da tragédia ou helenismo e pessimismo*. Trad. J. Guinsburg. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, n.º 47, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fudamentos. La Estructura de la Teoria del Delito.* Trad. Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Trad. Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002 (Série as ciências criminais no século 21; v. 11).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1981.

---

[1] PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, n.º 47, 2004, p. 43.

[2] AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*. Torino: Giulio Einaudi editore, 1995, p. 45: "Non si tratta, cioè, di um regresso dell'organizzazione politica verso forme superate, ma di eventi premonitori che annunciano, come messi sanguinosi, il nuovo *nómos* della terra, che (se il principio su cui si fonda non sarà revocato in questione) tenderà a estendersi su tutto il pianeta."

[3] APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo *vs.* Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, n.º 51, 2004, p. 16.

[4] Uma sumária e didática explicação do conceito de biopolítica (ou biopoder) pode ser encontrada em FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a "Norma": Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 266-269. No que concerne aos escritos do próprio Foucault que tratam explicitamente do tema, conferir: o cap. V de *História da sexualidade I: a vontade de saber* (1976), a aula de 17 de março de 1976 constante de *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*, *Segurança, Território, População: curso dado no Collège de France (1977-1978)* e *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)* – todos traduzidos para o português.

[5] AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 6: "sui luoghi per eccellenza della biopolitica moderna: il campo de concetramento e la struttura dei grandi stati totalitari del novecento."

[6] Agamben, ao tratar da estrutura da *sacratio*, esclarece que ela resulta da conjunção de dois aspectos – a impunidade da matança e a exclusão do sacrifício: "Antes de mais nada, o *impune occidi* configura uma exceção do *ius humanum*, porquanto suspende a aplicação da lei sobre homicídio atribuída a Numa (*si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto*). A própria fórmula referida por Festo (*qui occidit, parricidi non damnatur*) constitui antes, de qualquer modo, uma verdadeira e própria *exceptio* em sentido técnico, que o homicida [*uccisore*] chamado em juízo poderia opor à acusação, invocando a sacralidade [*sacertà*] da vítima. Mas até

o *neque fas est eum immolari* configura, reparando bem, uma exceção, desta vez do *ius divinum* e de toda forma de matança [*uccisione*] ritual. As formas mais antigas de execução capital de que temos notícia (a terrível *poena cullei*, em que o condenado, com a cabeça coberta por uma pele de lobo, era encerrado em um saco com serpentes, um cão e um galo, e atirado na água, ou a defenestração do rochedo *Tarpea*) são, na realidade, mais ritos de purificação que penas de morte no sentido moderno: o *neque fas est eum immolari* serviria precisamente para distinguir a matança do *homo sacer* das purificações rituais e excluiria decididamente a *sacratio* do âmbito religioso em sentido próprio." (AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 90).

[7] Segundo a nota 1 da tradução brasileira de *Homo sacer*, do it. "*uccidibile*, no original, e *uccidere* 'matar ou provocar a morte de modo violento'. Introduz-se esta forma um tanto curiosa do verbo *matar* por fidelidade ao texto original [italiano], e que equivaleria a *exterminável*, no sentido de que a vida do *homo sacer* podia ser eventualmente exterminada por qualquer um, sem que se cometesse uma violação" (*Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I.* Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 195).

[8] AGAMBEN, *Homo sacer*, pp. 11-12: "la vita *uccidibile e insacrificabile* dell'*homo sacer*", "la vita umana è inclusa nell'ordinamento unicamente nella forma della sua esclusione (cioè della sua assoluta uccidibilità)". Também, na p. 92: "una vita umana uccidibile e insacrificabile: l'*homo sacer*".

[9] A propósito, é interessante observar o que dois conhecidos penalistas contemporâneos, Claus Roxin e Eugenio Raúl Zaffaroni, o primeiro, europeu, o segundo, latino-americano, dizem a seu respeito: "Binding (1841-1920) es uno de los dogmáticos más importantes de la nueva ciencia jurídicopenal alemana" (ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Civitas, 2003, p. 114, nota 3); "Fue em Leipzig donde desarrolló la mayor parte de su obra entre 1873 y 1900 y fue Rector de esa Universidad em 1909, cuando la misma celebraba sus quinientos años de vida, hecho que sorprende a Binding en el punto culminante de su carrera científica, considerado incuestionablemente como uno de los líderes de la ciencia penal alemana" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general*. t. II. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 262).

[10] AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 150.

[11] *Idem*, p. 151: "La struttura biopolitica fondamentale della modernità – la decisione sul valore (o sul disvalor) della vita come tale – trova, dunque, la sua prima articolazione giuridica in un benintenzionato *pamphlet* in favore dell'eutanasia."

[12] Segundo Agamben, "Binding serve-se do termo *Erlösung*, que pertence ao vocabulário religioso e significa, dentre outros, redenção" (*Homo sacer*, p. 153).

[13] AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 153: "'Questi uomini – scrive Binding – non hanno né la voluntà di vivere né quella di morire. Da una parte, non vi è alcun costatabile consenso alla morte, dall'altra la loro uccisione non si urta ad alcuna voluntà di vivere, che debba essere superata. La loro vita è assolutamente senza scopo, ma essi non la sentono come intollerabile'. Anche in questo caso, Binding non ravvisa alcuna ragione 'né giuridica, né sociale, né religiosa per non autorizzare l'uccisione di questi

uomini, che non sono altro che la spaventosa immagine rovesciata (*Gegenbild*) dell'autentica umanità'."

[14] AGAMBEN, *Homo sacer*, pp. 153-154: "è il fatto che alla sovranità dell'uomo vivente sulla sua vita faccia immediatamente riscontro la fissazione di una soglia al di là della quale la vita cessa di avere valore giuridico e pùo, pertanto, essere uccisa senza commettere omicidio. La nuova categoria giuridica di 'vita senza valore' (o 'indegna di essere vissuta') corrisponde puntualmente, anche se in una direzione almeno in apparenza diversa, alla nuda vita dell'*homo sacer* ed è suscettibile di essere estesa ben al di là dei limiti immaginati da Binding."

[15] *Idem*, p. 154: "Ogni società fissa questo limite, ogni società – anche la piú moderna – decide quali siano i suoi 'uomini sacri'. È possibile, anzi, che questo limite, da cui dipende la politicizzazione e l'*exceptio* della vita naturale nell'ordine giuridico statuale, non abbia fatto che allargarsi nella storia dell'occidente e passi oggi – nel nuovo orizzonte biopolitico degli stati a sovranità nazionale – necessariamente all'interno di ogni vita umana e di ogni cittadino. La nuda vita non è piú confinata in un luogo particolare o in una categoria definita, ma abita nel corpo biológico di ogni essere vivente". Agamben assinala, aliás, que a fórmula cunhada por Binding reapareceu em 1940, quando o governo do Terceiro Reich emitira uma medida que autorizava "a eliminação da vida indigna de ser vivida", com especial menção aos doentes mentais incuráveis, conferindo, assim, "cidadania jurídica à 'morte por graça' (*Gnadentod*, segundo um eufemismo corrente entre os funcionários sanitários do regime)" (pp. 154-155). A propósito, Hannah Arendt, referindo-se a Hitler e ao nazismo, menciona que a dominação totalitária progressivamente extermina "todos aqueles elementos – democracias, judeus, sub-homens [*Untermenschen*] do Leste europeu, ou doentes incuráveis – que, de qualquer forma, não são 'dignos de viver'" (*Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 399).

[16] ARENDT, *Origens do totalitarismo*, p. 491.

[17] Preferimos o termo *Shoah* ao vocábulo *Holocausto*, para evitar na medida do possível a impressão do caráter sacrificial que sempre acompanha este último.

[18] CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 4-5; os grifos não constam do original.

[19] JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafios del presente. *In* ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn; CONDE, Francisco Muñoz (Coord.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 53-64.

[20] Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung [Criminalização no estágio prévio a violação de bem jurídico]. *ZStW* 97 (1985), pp. 753 e ss.

[21] JAKOBS, La autocomprensión.., p. 58.

[22] JAKOBS, La autocomprensión..., pp. 58-59. De acordo com Luis Gracia Martín, "independientemente de la cuestión de si hay base suficiente para identificar en

el Derecho positivo un específico y diferenciado *corpus legal* punitivo contra enemigos, lo cierto es que la doctrina penal presta hoy cada vez una mayor atención a los diversos aspectos y problemas que plantearía ese 'Derecho penal del enemigo' en cuanto concepto doctrinal y político-criminal que habría sido introducido con ese carácter en el discurso penal teórico actual por *Jakobs*" (MARTÍN, Luis Gracia. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminologia*, 2005, p. 02:2).

[23] *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*. Torino: Bollati Boringhieri editore, 2003, pp. 102-103: "In situazioni eccezionali, in cui un cittadino romano minacciava, attraverso cospirazione o tradimento, la sicurezza della repubblica, egli poteva essere dichiarato dal senato *hostis*, nemico pubblico. Lo *hostis iudicatus* non era semplicemente equiparato a un nemico straniero, lo *hostis alienígena*, perché questi era pur sempre protetto dallo *ius gentium* (Nissen, 1877, p. 27); egli era, piuttosto, radicalmente privato di ogni statuto giuridico e poteva pertanto essere in qualsiasi momento spogliato dei suoi beni e messo a morte. A essere sospeso dall'*auctoritas* non è qui semplicemente l'ordine giuridico, ma lo *ius civis*, lo statuto stesso del cittadino romano."

[24] SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 51.

[25] JAKOBS, Günther. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*. Paderborn: Ferdinand Schöningh Verlag, 2004 (há tradução espanhola: *La Pena Estatal: Significado e Finalidade*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernando José Feijoo Sánchez. Madrid: Editorial Civitas, 2006).

[26] GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, n.º 56, setembro-outubro de 2005, ano 13, p. 86.

[27] JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. *In* JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005 (edição espanhola: Cuadernos Civitas, Madrid, 2003), pp. 39-40.

[28] *Idem*, p. 25: "Se denomina 'Derecho' al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción." Também, na p. 31: "El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo... combate peligros". E, ainda, na p. 65: "En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la *contradicción*; en el Derecho penal del enemigo la *eliminación de un peligro*. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos *pueden* ser legítimos."

[29] ARENDT, *Origens do totalitarismo*, p. 498. Em outra passagem: "A destruição dos direitos de um homem, a morte da sua pessoa jurídica, é a condição primordial para que seja inteiramente dominado" (p. 502).

[30] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.

[31] *Stato di eccezione*, p. 11: "Il totalitarismo moderno può essere definito... come l'instaurazione, attraverso lo stato di eccezione, di una guerra civile legale, che permette l'eliminazione fisica non solo degli avversari politici, ma di intere categorie di cittadini che per qualche ragione risultino non integrabili nel sistema politico. Da allora, la creazione volontaria di uno stato di emergenza permanente (anche se eventualmente non dichiarato in senso tecnico) è divenuta una delle pratiche essenziali degli Stati contemporanei, anche di quelli cosiddetti democratici."

[32] *Prólogo* a JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, p. 9.

[33] ARENDT, *Origens do totalitarismo*, p. 511. Na esteira de H. Arendt, André Duarte registra que, portanto, "não apenas devemos temer a reinstituição de novos regimes totalitários, como também devemos estar atentos à presença efetiva de elementos totalitários e proto-totalitários nas modernas democracias de massa" (Modernidade, biopolítica e violência: a crítica arendtiana ao presente. *In* DUARTE, André; LOPREATO, Christina; MAGALHÃES, Marion Brepohl de (Orgs.). *A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004, p. 41).

[34] AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 7: "Uno degli orientamenti piú costanti del lavoro di Foucault è il deciso abbandono dell'approccio tradizionale al problema del potere, basato su modelli giuridico-istituzionali (la definizione della sovranità, la teoria dello Stato) in direzione di un'analisi spregiudicata dei modi concreti in cui il potere penetra nel corpo stesso dei soggetti e nelle loro forme di vita."

[35] AGAMBEN, *Stato di eccezione*, p. 50: "non solo della compiuta separazione fra cultura filosofica e cultura giuridica, ma anche della decadenza di questa". Agamben se vale praticamente dos mesmos termos em 'A zona morta da lei', *Folha de S.Paulo*, caderno +mais!, domingo, 16 de março de 2003.

[36] BENJAMIN, Walter. Crítica da Violência – Crítica do Poder (trad. Willi Bolle). *Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos*. São Paulo: Cultrix: Editora da Universidade de São Paulo, 1986, pp. 161-162.

[37] NIETZSCHE, Friedrich. Tentativa de autocrítica. *O nascimento da tragédia ou helenismo e pessimismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 15.

SOCIABILIDADE, VIOLÊNCIA E MUDANÇA NA ROTINA DE VIDA*

SOCIABILITY, VIOLENCE AND CHANGE IN ROUTINE LIVE

Joice Cristina de Campos

RESUMO

A literatura acerca do sentimento de insegurança tem buscado analisar o impacto deste fenômeno na vida dos cidadãos em grandes cidades do mundo. Partindo desta perspectiva, este estudo procurou analisar como este sentimento se faz presente na cidade do Rio de Janeiro, ou ainda, como o sentimento de insegurança transforma o cotidiano de vida dos cidadãos desta cidade.
Para tanto, procurou-se investigar as características do sentimento de insegurança no que se refere às mudanças do comportamento rotineiro dos moradores dos bairros de Copacabana, Bangu e Méier. Buscou-se também analisar como os moradores vêem as políticas públicas que envolvem a sociedade civil e o Estado no tratamento deste fenômeno e suas alternativas possíveis.

PALAVRAS-CHAVES: SENTIMENTO DE INSEGURANÇA, COMPORTAMENTO, PERCEPÇÃO DOS MORADORES.

ABSTRACT

The literature about the feeling of insecurity has sought to analyze the impact of this phenomenon in the lives of citizens in major cities in the world. From this perspective, this study analyzed how this feeling is present in Rio de Janeiro, or, as the feeling of insecurity makes the daily lives of citizens of this city.
To this end, we tried to investigate the characteristics of the sense of insecurity with regard to changes in routine behavior of the residents of the neighborhoods of Copacabana, Bangu and Méier. It also sought to analyze how the residents see public policies that involve civil society and the State in dealing with this phenomenon and its possible alternatives.

KEYWORDS: SENSE OF INSECURITY, BEHAVIOR, PERCEPTION OF RESIDENTS.

Introdução

A preocupação com a criminalidade e sua ampliação nos grandes centros urbanos vem ocupando hoje, seja nos países desenvolvidos ou em desenvolvimento, um lugar central nos discursos social e político. De modo geral, a preocupação com a criminalidade se

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

desdobra no sentimento de medo e de insegurança frente ao crime, exigindo, assim, que a leitura deste fenômeno seja feita no quadro de uma problemática social e política mais ampla do que o da criminalidade propriamente dita, situando-a no campo da análise do sentimento de insegurança.

Como afirma Castel (2005), diferentemente das sociedades pré-industriais, a sociedade contemporânea, em especial a França, que o autor estuda, tem como premissa as inseguranças civil e social que fazem irromper sistemas de proteção cada vez mais sofisticados e individuais. Como conseqüência esta sociedade caracteriza-se por indivíduos que incansavelmente buscam por segurança.

Para o autor, as sociedades contemporâneas são construídas sob o alicerce da insegurança em que cada indivíduo vive sua individualidade e, sozinhos, não são capazes de assegurar sua própria proteção.

Sendo assim, esta proteção não é somente a concessão de benefícios, mas é percebida como uma condição básica de existência para todos (Castel *op.cit.*). Quando o sentimento de que esta proteção não está sendo garantida, um dos resultados é a preocupação com a criminalidade sendo esta uma variável chave para a compreensão da sociedade moderna.

Em maior ou menor grau, diferentes sociedades do mundo, em especial as ocidentais, vêm enfrentando o problema da criminalidade e do sentimento de insegurança que despontou em meados da década de 1980 (Adorno, 1997). Entretanto, para o estudo do sentimento de insegurança, torna-se necessário a delimitação do espaço difuso em que este se movimenta, pois quando se fala em sentimento de insegurança, múltiplas interpretações podem ser feitas, uma vez que se trata de um tema complexo e de difícil mensuração, implicando também uma forte subjetividade.

Tomaremos como ponto de partida à definição proposta por (Roché 1994), no qual o autor observa que o sentimento de insegurança é um processo de leitura do mundo, que se apodera dos indivíduos como uma síndrome de emoções que se cristalizam acerca do crime e de seus autores. Porém, não se trata apenas de uma leitura da realidade, mas, sim de um modo particular de interpretá-la, trabalhando a noção de insegurança a partir do sentimento que ela desperta, sejam elas as manifestações verbais, comportamentais, individuais ou coletivas, de medo pessoal ou de preocupação com a ordem.ssim,este,mo uta cotidiana das grandes ciddes trabalhando a noçanto da delinquencia s dade mas sim de um modo pessoal de interpreta-la

O sentimento de insegurança, para (Roché *op.cit.*), ancora-se em dois pilares: a preocupação com a ordem e o medo. Na preocupação com a ordem o autor observa, como fator preponderante, a multiplicação das incivilidades (vandalismo, má vizinhança, gritarias, arruaças, lixo nas ruas, objetos quebrados...), pois são comumente entendidas como ofensas, sinais de ameaça, gerando rejeição e sentimento de um aumento da delinqüência na sociedade. Em outras palavras, o autor associa a insegurança ao aumento de uma nova violência urbana fruto das multiplicações das desordens nas sociedades contemporâneas.

Contudo, essas desordens constituem precisamente aquilo que alimenta a inquietação e reforça o argumento da insegurança. São esses aspectos que cada um indica como sinais de impotência dos policiais, do laxismo dos magistrados e da esterilidade do trabalho social. (Roché, 1994:25 – tradução livre).

O medo, por outro lado, se alimenta muito pouco dos fatos concretos. Para o autor, o medo pode estar associado também a uma construção social, ou seja, as pessoas temem mais o que elas consideram como maior perigo. Em outras palavras, o que é considerado pela pessoa como perigoso influencia muito mais no sentimento de medo do que os riscos reais ou mais freqüentes que elas possam vir a ser vítimas. O autor indica a dificuldade de medir o medo, o que só pode ser feito segundo ele, a partir do estudo das representações sociais em que os dados qualitativos, bem como as análises das diferenças daquilo que o indivíduo diz ter medo e os dados quantitativos disponíveis acerca da mesma realidade são identificados pelo pesquisador. Somente desta maneira será possível operacionalizar os sinais cotidianos do medo.

Desta forma, tanto o medo quanto a preocupação com a ordem podem acarretar conseqüências no que se refere ao cotidiano e ao bem estar dos indivíduos. Do ponto de vista político, poderá também se associar à relação do Estado responsável pela proteção e da sociedade que demanda por políticas públicas de segurança eficazes.

Identificar as representações sociais que levam os indivíduos a se sentirem inseguros poderá facilitar o desenvolvimento de instrumentos que subsidiem a elaboração de políticas públicas de segurança, uma vez que os discursos presentes nas abordagens do sentimento de insegurança, trazem luz à questão da insegurança objetiva e a insegurança subjetiva das pessoas. A insegurança objetiva e a insegurança subjetiva complementam a análise de Roché no que se refere à preocupação com a ordem e o medo, pois a insegurança objetiva é aquela despertada por motivos pontuais, ou seja, vividos ou observados pelas pessoas e a subjetiva baseia-se nas representações e nos sentimentos das mesmas pessoas.

Cabe ressaltar que existe certo número de fatos que constituem uma base do que se chama insegurança objetiva, estando presentes: os crimes contra as pessoas como homicídio, agressões, maus tratos, estupros; os crimes contra a propriedade como roubo, furto, arrombamento, receptação, invasão; os crimes ligados às drogas como produção, tráfico, posse e consumo, pois estes crimes, quando observados, vivenciados e ou comentados, despertam medo e insegurança. Estes crimes, segundo Miranda, Caixeta e Mello (2007), podem estimular o sentimento de insegurança, pois se relacionam diretamente ao risco que pode atingir o indivíduo, seja no seu corpo, nos seus bens pessoais ou na sua privacidade. Temer estar em uma rua por saber que muitos crimes estão acontecendo nela é um exemplo de insegurança objetiva.

A insegurança subjetiva é aquela que não é proporcional aos perigos reais que ameaça um determinado indivíduo ou grupo social. Desta forma, segundo Miranda, Caixeta e Mello (op.cit.) um exemplo dos efeitos práticos da insegurança subjetiva é a impressão do aumento da violência e da criminalidade, quando na realidade as estatísticas dos registros de ocorrências das delegacias de Polícia Civil e das pesquisas de vitimização apontam para a redução desta. Em outras palavras, ainda que a incidência dos fatos que

constituem uma base racional para o sentimento de insegurança não seja elevada, a insegurança em relação a estes fatos permanece alta. Sendo assim, o sentimento de insegurança subjetivo corresponde à leitura particular que cada um faz da realidade que o cerca.

O sentimento de insegurança, objetivo ou subjetivo - real ou imaginado-, presente nas sociedades modernas, produz angústia, ansiedade, incertezas, medo do presente e do futuro, mudança no estilo de vida dos indivíduos e se constitui como um fenômeno sem previsão de fim. Como aponta Miranda, Caixeta e Mello (2007)

O fato é que embora seja possível perceber a redução dos riscos e das ocorrências de fenômenos que são fonte de insegurança em alguns países e cidades, nenhuma sociedade conseguiu acabar com o sentimento de (in)segurança. Tampouco se conseguiu acabar com a criminalidade, a violência, os desastres naturais e as doenças que continuam a assombrar a busca da imortalidade para as sociedades ocidentais (Miranda, Caixeta e Mello, pág. 09, 2007).

Embora o fim do sentimento de insegurança seja indeterminado, suas causas e conseqüências se materializam numa construção sólida de práticas e representações sociais que ultrapassam a capacidade do Estado de resolvê-lo, se constituindo como parte intrínseca da vida moderna e como afirma Roché (1998), *"a cidade e a urbanização, são as duas fontes da violência"* (Roché, 1998:91). Melhor dizendo, a cidade e sua urbanização aparecem como um espaço para o qual todas as crises, todas as conflitualidades da sociedade parecem convergir.

Metodologia

Na abordagem do tema utilizaram-se os métodos quantitativos e qualitativos. Para a abordagem quantitativa deste estudo foi analisado o banco de dados da pesquisa *"Analisando o Sentimento de Insegurança nos Bairros do Rio de Janeiro"*, pesquisa realizada pelo Instituto de Segurança Pública (ISP) no ano de 2004. O banco de dados foi concedido em dezembro de 2006 em SPSS.

Com esta pesquisa, do Instituto de Segurança Pública, foi realizada uma análise a partir dos dados coletados, relacionando o sentimento de insegurança ao bem estar dos indivíduos e suas mudanças ou não mudanças no comportamento rotineiro.

Visando classificar os diversos entrevistados e suas condições socioeconômicas empregou-se a técnica de análise de agrupamentos ou chamada também de *clusters*. Segundo Hair (1998), a análise de *cluster* ou análise de conglomerados, é um conjunto de técnicas estatísticas cujo objetivo é agrupar objetos. No nosso caso estamos agrupando entrevistados, segundo escolaridade como Proxy de condições

socioeconômicas, para formar grupos ou *clusters* homogêneos. Os entrevistados (objetos) em cada *cluster* tendem a ser semelhantes entre si, e diferentes dos demais que compõem os outros *clusters*. Esses *clusters* devem apresentar tanto uma homogeneidade dentro dele, bem como uma heterogeneidade entre eles.

Como o objetivo da análise de *cluster* é agrupar entrevistados semelhantes, é necessária uma medida da distância entre os mesmos. Os entrevistados com menor distância entre si são mais semelhantes, logo estarão em um mesmo *cluster*. Já os mais distantes compõem *clusters* distintos.

O procedimento de aglomeração utilizado neste trabalho é o não-hierárquico, também chamado de *K-means clustering* (Malhotra, 2001), que determina os centros dos *clusters* e em seguida agrupa todos os entrevistados em um número pré-estabelecido de *clusters*, segundo uma distância desse centro. Foram definidos três *clusters*, utilizamos o procedimento não-hierárquico (*K-means*) para melhor definir os *clusters*. Neste procedimento são definidos os centros dos *clusters* e em qual cada entrevista pertencerá.

Para complementar a análise realizou-se as entrevistas qualitativas com os seis moradores dos diferentes bairros, sendo dois de Copacabana, dois do Méier e dois de Bangu, representativos das Zonas Sul, Zona Norte e Zona Oeste respectivamente. O critério de seleção dos bairros para as entrevistas atendeu a necessidade de corresponder aos locais de realização da pesquisa do Instituto de Segurança Pública, assim como, manter a diversificação do perfil socioeconômico dos entrevistados, permitindo conhecer de forma mais aprofundada e sistematizada as práticas e representações dos moradores, seus sentimentos, experiências e convivência em torno do tema em pauta.

Estes moradores corresponderam à faixa etária de 47 a 60 anos, entretanto esta faixa etária foi ocasional. Cabe, portanto salientar que a proposta inicial era entrevistar cerca de 5 moradores por bairro, atendendo as diferentes faixas etárias para observar a existência das diferenças do sentimento de insegurança bem como a mudança na rotina de vida quando associados às diferentes faixas etárias. Porém, por tratar-se de uma monografia, entrevistar 15 moradores não foi viável, pois não correspondia ao tempo disponível para a realização deste estudo, também, este trabalho monográfico não teve como objetivo esgotar o tema, ficando assim, para uma outra oportunidade tratar a questão do sentimento insegurança nas diferentes faixas etária e ou gênero.

Com exceção do Bairro de Bangu que foi entrevistado duas mulheres, nos outros dois Copacabana e Méier as entrevistas foram realizadas com uma mulher e um homem. As pessoas entrevistas foram indicadas por conhecidos e amigos que moram ou conheciam algum morador do bairro selecionado.

Cabe ressaltar que, na entrevista optou-se por não explicar, tão pouco perguntar especificamente sobre o sentimento de insegurança e sim, dizer que o estudo era sobre qualidade de vida no Rio de Janeiro, em especial no bairro onde mora. A idéia de entrevistar os seis moradores dos diferentes bairros decorreu da necessidade de "aperfeiçoar" a metodologia convencional de aplicação de *survey* possibilitando ir além dos "padrões de respostas" oferecidos por este.

A impossibilidade de se trabalhar apenas com os dados estatísticos neste estudo deu-se pela própria definição de Roché, (1994) sobre o sentimento de insegurança, pois o autor aponta o tema como um processo de leitura do mundo, apoderando-se dos indivíduos em uma síndrome de emoções que se cristalizam acerca do crime e de seus autores, ou seja, o sentimento de insegurança como um modo particular de interpretação da realidade vivida. Desta forma, trabalhar um tema de caráter tão subjetivo apenas com a abordagem meramente quantitativa não seria viável.

A MUDANÇA DO COMPORTAMENTO ROTINEIRO

Entende-se por mudança do comportamento rotineiro o fato de deixar de fazer ou praticar algo que anteriormente costumava a fazer. Esta mudança no comportamento rotineiro pode acarretar várias conseqüências, tais como o "esfriamento" nas relações entre vizinhos, uma restrição da circulação nos locais urbanos e também o investimento de tempo e dinheiro em busca da auto proteção em detrimento do lazer, da cultura e da educação (Rodrigues, 2003). Tal mudança poderá ser observada a partir da percepção de insegurança dos moradores da cidade, seus sentimentos, suas representações e suas experiências, sejam elas individuais, coletivas ou vivenciadas por pessoas próximas do circulo de convivência.

A literatura acerca do tema tem demonstrado um forte impacto do sentimento de insegurança na vida dos cidadãos das grandes cidades do mundo. Mas como isso ocorre na cidade do Rio de Janeiro? Como o sentimento de insegurança se forma e transforma o cotidiano de vida dos cidadãos desta cidade? Em que medida o caráter negativo desse sentimento pode se associar a uma vitimização real ou imaginária?

A hipótese do presente estudo é de que, se o sentimento de insegurança causa uma mudança na rotina de vida dos cidadãos esta mudança diferenciará de acordo com a posição social de cada indivíduo. Avalia-se que tanto o sentimento de insegurança quanto a possível mudança na rotina de vida podem ser despertados por diferentes motivos ora se relacionando aos bens ora à vida.

O Quadro 01 demonstra que 66,7% dos entrevistados pertencentes a uma condição socioeconômica alta mudaram algumas de suas atividades do dia-a-dia devido à insegurança, observa-se também que foi este o maior valor obtido no quadro 01. Das pessoas pertencentes a uma condição socioeconômica média 51,3% afirmaram ter modificado alguma atividade do dia-a-dia devido ao sentimento de insegurança. Por fim, das pessoas pertencentes a uma condição socioeconômica baixa 52,4% também afirmaram tal mudança.

Neste quadro torna possível afirmar que na cidade do Rio de Janeiro o sentimento de insegurança acarretou a mudança do cotidiano de vida dos moradores da cidade, independente da situação socioeconômica a que pertencem, nota-se, que a mudança nas atividades do cotidiano de vida foi alterada devido ao sentimento de insegurança.

Quadro 01

A mudança do comportamento rotineiro e as condições socioeconômicas

	Condições Socioeconômicas		
	Alta	**Média**	**Baixa**
Modificou algumas atividades no seu dia-a-dia por insegurança *	66,7%	51,3%	52,4%
Limitou os lugares onde costuma fazer compras *	40,4%	30,6%	29,0%
Limitou as atividades de lazer que antes desfrutava *	60,0%	48,2%	44,2%
Evitou sair mais à noite	78,0%	76,0%	78,4%
Evitou chegar muito tarde em casa	81,0%	78,8%	81,3%
Evitou sair sozinho **	51,3%	57,5%	57,6%
Limitou as idas ao banco *	44,5%	36,3%	37,5%
Evitou sair com pertences de valor *	87,5%	74,3%	68,3%
Limitou o uso de transportes coletivos *	46,9%	30,3%	23,1%
Sentiu desejo de possuir arma de fogo para auto-proteção *	16,8%	12,8%	7,5%
Sentiu desejo de mudar para outro local	28,9%	31,9%	29,7%

* Teste de Qui-quadrado significativo a 1%

** Teste de Qui-quadrado signigicativo a 5%

Fonte: Banco de Dados em SPSS da pesquisa de 2004 do Instituto de Segurança Pública.

Quando especificado qual o tipo de atividade que sofreu mudança, verificou-se que independente da questão socioeconômica todos, de forma geral, limitaram o lugar que antes costumavam fazer compras. Das pessoas pertencentes à condição socioeconômica alta 40,4% também limitou os lugares. Da condição socioeconômica média 30,6% limitou os lugares onde costumava fazer compras. Assim como, 29% das pessoas pertencentes a uma condição socioeconômica baixa também limitou os lugares de fazer compras.

Relacionando condições socioeconômicas e a limitação de lazer que antes desfrutavam o quadro 01 apresentou que, 60% das pessoas pertencentes a uma situação socioeconômica alta limitaram suas atividades de lazer. Na condição socioeconômica média, 48,2% também afirmaram ter limitado a atividade de lazer. Assim como, 44,2% das pessoas pertencentes a uma condição socioeconômica baixa também afirmaram tal mudança.

Nas narrativas dos moradores verificou-se que estes discorreram sobre como é morar no bairro, o que o bairro tem a oferecer, ou seja, os pontos positivos e negativos do bairro, a qualidade de vida oferecida para os moradores. Dentre as diversas narrativas, algumas apresentaram certa melancolia quando as lembranças do passado e o fato de terem deixado de praticar atividades de lazer que antes desfrutavam. Segue abaixo alguns trechos destas narrativas.

Sabe este morro aqui na frente, a Pedra Branca? Então, era lindo, da vista pra Gávea. Nós fazíamos caminhadas, quer dizer, eu não fazia porque eu era pequena e muito magrinha aí ninguém deixava eu ir, mas reunia uma turma grande pra escalar a Pedra (...) Agora não dá mais pra fazer isso, virou tudo favela. (Mulher, professora, 51 anos, moradora há 48 anos de Bangu)

Eu costuma a sair mais, mas agora fico mais em casa pra evitar ficar exposto. Agente tem que mudar o estilo de vida, não dá nem pra deixar o filho sair pra se divertir, porque agente não sabe se ele vai voltar com vida. (Homem, advogado, 58 anos, morador há 34 anos de Copacabana)

A gente fica o tempo todo tendo que mudar algumas coisas, mas eu tento pegar leve, se não a gente pira. Meus filhos estudam a duas quadras daqui, mas agente prefere levar eles para escola, deixar lá na porta. O bairro tá muito violento e tudo que a gente pode fazer pra não ficar com tanto medo a gente faz. (Homem, funcionário público, 51anos, morador há 51anos do Méier)

Nos últimos anos, as mudanças ocorridas no Brasil, em especial, o contraste estabelecido entre as décadas de 1980, 1990 e 2000 são observados pelos moradores dos bairros, mas de forma comparativa, ou seja, a época que ele viveu em contrapartida a que o filho vive. A infância dos filhos foi apontada como diferente da infância vivida pelos pais. Em síntese, as mudanças pelas quais os bairros passaram foram caracterizadas como fruto do aumento da violência no bairro.

Práticas corriqueiras na infância dos moradores tais como: conversas de rua, crianças brincando, união de moradores para praticar alguma atividade, trancar portas e janelas foram discursos que apontaram como único responsável à violência e a criminalidade. Somente em uma narrativa, da moradora do Méier, não foi deixado de lado outras

possíveis questões como que se direcionam a privatização de variadas dimensões da própria vida, pó exemplo; *"era só ir entrando, ninguém achava feio, era normal o entrar e sair, às portas estavam abertas"*. (Entrevistada faz referência aos vizinhos do passado)

A moradora do Méier apontou em outros trechos de sua narrativa que, não ter mais como antigamente, crianças brincando nas ruas ou vizinhos conversando entre si, envolvem inúmeras questões que vão além da violência no bairro. Passando, por exemplo, pelo aumento do número de veículos circulando pelas ruas, pelo fato da renda familiar hoje ser dividida entre os dois parceiros, ou seja, a inserção da mulher de forma mais efetiva no mercado de trabalho, dificulta a antiga sociabilidade entre os vizinhos, sendo mais comum hoje um bom dia e boa tarde etc.

Esta moradora apontou diversas transformações pelas quais o bairro passou, sempre apresentando uma preocupação em afirmar que não foi apenas seu bairro, Méier, ou o Rio de Janeiro, mas foram transformações em todo o Brasil, em todo mundo. Sua profissão, seus afazeres de mãe, mulher, filha (...) não permite que ela consiga disponibilizar tempo para se relacionar com seus vizinhos. Falando também sobre a tecnologia das casas terem se fechado. . .

As casas se fecharam mais, hoje em dia você parece que é prisioneiro, você tem que viver cercado de grade, entendeu? E não tinha necessidade disso. Então a mudança houve sim, acho que mesmo em função de uma violência, né? E também a tecnologia como estou te falando também ajudou bastante, então a mudança mais que eu acho é em função disso Antigamente você entrava nas casas dos vizinhos, almoçava (...) sem ser convidado, era só ir entrando, ninguém achava feio, era normal, as portas estavam abertas pra gente entrar e sair, hoje não. (Mulher, bancária, 47 anos, moradora há 47 anos do Méier)

O autor Sennett (2003) discorreu em sua obra episódios similares ao narrado pela moradora do Méier apontou. O autor discorre sobre as superficialidades da sociedade moderna que segundo ele é tão degradante quanto às superfícies das máscaras de arte. Segundo Sennett (2003: 119), um dos motivos para esta superficialidade degradante é a desorganização do tempo em que não é possível vislumbrar uma trajetória numa economia política continuamente replanejada. O autor afirma, ainda, para a falta que os indivíduos sentem de relações humanas constantes e objetivos de vida duráveis.

Voltando a analise do quadro 01, 70% dos entrevistados afirmaram que evitam sair à noite ou evitam voltar tarde para devido ao sentimento de insegurança. Tal situação também foi observada nas entrevistas:

Antigamente você marcava pra sair pra jantar 9:00h ou 10:00h da noite e você voltava 12:00h/01:00h. Hoje em dia você marca pra jantar 07:30h ou 08:00h porque você já fica numa expectativa de retornar pra casa no máximo 10:30 ou 11:00h. Houve um pouco a mudança do comportamento principalmente das saídas noturnas. Muitas pessoas preferem marcar pra sair pra almoçar a sair pra jantar ou então chamar os amigos em casa. Mesmo as reuniões em casa são reuniões que estão começando mais cedo pra poderem ir pra casa mais cedo, isso foi uma mudança de comportamento que a gente acha que aconteceu. (Mulher, médica, aproximadamente 60 anos, moradora há 51 anos de Copacabana).

Hoje em dia sair de casa a noite corre o risco de ser jogada dentro de um carro ou ser assaltada, mas os jovens não vêem este lado eles se acostumam com a rua violenta e passa a ser normal sair e chegar tarde. (Mulher, do lar, 47 anos, moradora há 47anos de Bangu)

Assim, tanto nos dados quantitativos como os qualitativos verificou-se a presença do sentimento de insegurança por parte dos moradores com relação à noite. Evitar saídas noturnas ou o retorno ao lar em horas avançadas se constituiu como uma mudança do comportamento rotineiro, demonstrando a procura de hábitos e práticas que podem ajudar a minimizar a insegurança.

A insegurança com a noite demonstra ser uma variável significativa quando o assunto é insegurança, pois o medo da noite se constitui como uma construção social que localiza a noite como horária do perigo iminente, em que tudo que é de ruim e perigoso vem à tona. Porém, para além da construção social, verifica-se em diversos estudos sobre homicídio que são nas madrugadas que ocorre um alto índice de homicídios.

Relacionando as condições socioeconômicas e evitar sair sozinho de casa representou mais de 50% de respostas, apontando que, quando possível, sair acompanhado por alguém traz mais segurança às pessoas entrevistadas, independente de sua situação socioeconômica.

Limitar as idas ao banco obteve um maior percentual com as pessoas pertencentes à condição socioeconômica alta, com 44,5% das respostas. Cabe destacar que as possibilidades de diminuir as idas ao banco podem se relacionar diretamente com a situação social do indivíduo, pois quem vai ao banco apenas uma vez para receber apenas sua aposentadoria ou salário não reduzirá sua ida ao banco, pois ela já é reduzida ao contrário do individuo pertencente à situação socioeconômica alta que poderá reduzir sua presença no banco, uma vez que este possuía o hábito de ir várias vezes ao longo do mês. Assim como, evitar sair com pertences de valor também se verificou um maior percentual com pessoas de condições socioeconômica alta chegou a 87,5%. Para as pessoas pertencentes a uma condição socioeconômica média o percentual foi de 74,3% e pessoas pertencentes a uma situação socioeconômica baixa foi de 68,3%. Em todas as condições socioeconômicas verificou-se que, evitar sair com pertences de valor atingiu mais de 60% de respostas dadas.

Com base nas narrativas das entrevistas qualitativas foi observado que, no caso da moradora de Copacabana, a narrativa dela girou em torno do Governo Brizola em que a moradora disse ter sido “o pior governo de sua vida" e que foi justamente nesta época que ela não podia andar com nenhum objeto de valor:

(...) foi no governo do Brizola e naquela época tinha uma quantidade muito grande de assaltos, assaltos pequenos, roubos… você não podia mais andar com jóias, se saísse com um cordão de ouro fatalmente viria algum pivete e arrancaria o teu cordão. Este tipo de assalto quando eu cheguei aos 11 eu parei de contar (...) O Brizola quando foi eleito governador e assumiu em 1983 ele proibiu a polícia de subir o morro e ele permitiu um aumento grande de camelôs (...). (Mulher, médica, aproximadamente 60 anos, moradora há 51 anos de Copacabana)

Em outros trechos da narrativa da moradora de Copacabana ela afirmou que mesmo passando o governo Brizola ela se habituou em não mais andar com objetos de valor. A entrevista concedida por um morador, também de Copacabana, apresentou a seguinte narrativa:

Usar relógio e celular hoje é um problema sério! O relógio eu já desiste de usar, perdi vários, mudei de braço, passei a usar um mais vagabundo, mas nada adiantou. O celular, é a aquela coisa, passou a fazer parte da nossa vida, de maneira tal que eu não sei mais viver sem ele. Aí eu compro o mais barato sabendo que em breve eu vou “perder”, a agenda dele eu sempre transfiro para a de papel e a do computador. (Homem, advogado, 58 anos, morador há 34 anos de Copacabana).

Nas demais entrevistas realizadas nos bairros de Bangu e Méier não foram apresentadas nenhuma menção em evitar sair com objetos de valor. Assim como, a limitação do uso do transporte coletivo também não se obteve nenhuma menção dos moradores de Bangu ou Méier. No caso do Méier os entrevistados tinham veículo próprio e disseram ter limitado o uso do automóvel devido à insegurança. Em Bangu foi relatado que não havia limitação o uso do transporte coletivo, pois a necessidade de se locomover para o trabalho não permitia tal limitação. Na entrevista quantitativa as pessoas pertencentes a uma situação socioeconômica alta 46,9% afirmaram evitar o uso do transporte coletivo. As pessoas pertencentes a uma condição socioeconômica média 30,3% afirmaram evitar tal uso e das pessoas com condições socioeconômica baixa apenas 23,1% afirmaram evitar o transporte coletivo.

Nas falas dos moradores de Copacabana, de forma geral, a segurança no transporte foi apontada das seguintes formas:

(...) o metrô é o melhor meio de transporte que o Rio de Janeiro tem hoje em dia, pra mim acho que desafoga muito o trânsito e em segundo lugar é uma condução muito mais segura. (...) Eu acho, que vai trazer uma melhoria em todos os sentidos (refere-se à construção de uma estação próxima a sua casa). *(...) Eu acho que o pessoal da favela não usa metrô. Não usa porque já que é uma condução mais segura, não é exatamente o que eles querem, eles querem a facilidade de poder pular por uma porta aberta, então o metrô é inviável você fazer este tipo de coisa. Acho que vai acabar sendo a condução pro trabalhador, o trabalhador que mora em Copacabana que trabalha no centro e que volta.* (Mulher, médica, aproximadamente 60 anos, moradora há 51 anos de Copacabana)

(...) Por causa deste assalto que eu sofri hoje meu carro é blindado, aí é aquele negócio, você não pode trocar de carro, o meu já esta com o motor rodado umas duas vezes, mas como a blindagem é muito cara você tem que continuar com ele. (Homem, advogado, 58 anos, morador há 34 anos de Copacabana).

Verifica-se que quando as narrativas giram em torno do meio de transporte, da locomoção, são os moradores de Copacabana que apresentaram alternativas para melhor se locomover com segurança ou apontaram um transporte que consideram como o mais seguro. Assim, observa-se que a mudança da rotina quando relacionado a locomoção pode se relacionar diretamente a situação socioeconômica do indivíduo.

Relacionando desejo de possuir arma de fogo e condições socioeconômicas os resultados apresentados foram que, das pessoas pertencentes a uma situação socioeconômica alta 16,8% apresentaram, como resposta, o desejo de possui arma de fogo. Das pessoas pertencentes à situação socioeconômica média 12,8% responderam que desejavam possuir arma de fogo para a sua auto-proteção e das pessoas pertencentes a uma situação socioeconômica baixa apenas 7,5% manifestaram algum desejo em possuir tal objeto. O que aponta novamente a hipótese de não existir uma relação direta entre pobreza e violência e ou criminalidade.

Nas entrevistas qualitativas não se verificou nenhuma narrativa em torno do desejo de possuir arma de fogo para a auto-proteção. No entanto, práticas violentas das polícias foram algumas vezes legitimadas pelos moradores de Bangu e Copacabana como a melhor maneira de conter a violência nas favelas, por exemplo:

A favela aqui virou o SPA dos traficantes, a polícia subiu e fez a limpeza, como eu já falei a questão dos direitos humanos é muito frágil, porque se não fosse a polícia ter subido nós estaríamos como? Em guerra até hoje. (Mulher, professora, 51 anos, moradora há 48 anos de Bangu).

Para esta moradora, a prática da polícia que não respeitam os Direitos Humanos é observada como eficiente, uma vez, que ela não vislumbra outra alternativa em conter os conflitos provenientes do tráfico de drogas. Afirmando que a "paz" volta a ser estabelecida quando alguns moradores envolvidos no tráfico de drogas são mortos pela polícia.

Outras questões que se manifestaram na busca pela auto-proteção foram às contratações de seguranças particulares, não será chamada aqui de "segurança privada", pois o que foi apresentado não foi à contratação de empresas para a vigilância de rua, mas sim, a contratação de pessoas "comuns" para vigiar o local de moradia. Alguns moradores atribuíram a essa "segurança adicional" a tranqüilidade na rua em que mora, por exemplo:

(...) já deve ter agora uns 8 pra 10 anos que, de alguma forma, a gente acaba pagando por isso. Eles (condôminos) instituíram estes seguranças de rua e aí cada prédio paga um valor (…) Provavelmente são seguranças que moram no morro e garantem um x a mais por mês. A verdade seja dita, o nosso trecho de rua paga segurança e o nosso trecho de rua não tem pivete, não tem mendigo, nem tem morador de rua. E a gente pode parar o carro na rua, e andar neste trecho aqui de rua de noite que a gente não corre o risco de ser assaltado, nem nada disso. E eles sabem quem são os moradores que pagam segurança e os que se recusam a pagar (...) (Mulher, médica, aproximadamente 60 anos, moradora há 51 anos de Copacabana).

(...) pagamos por apartamento. Eles tomam conta de três ruas e mais a minha (...) Temos também câmera filmando toda a calçada, meu porteiro fez um curso para aprender como proceder de forma a garantir nossa segurança, não sei como surgiu este curso só sei que nós pagamos para eles fazerem. (Homem, advogado, 58 anos, morador há 34 anos de Copacabana)

Nas histórias narradas por estes dois moradores de Copacabana estiveram presente questões que colocaram em cheque o sentimento de segurança que eles afirmam sentirem com seus seguranças particulares, como por exemplo:

(...) minha vizinha era contra, de pagar a segurança, e teve uma vez que a gente saiu do prédio ela foi assaltada, e eu não fui, né. E aí ela falou assim: mas pô cara, você não fez nada? Aí o segurança falou: Mas minha senhora você me dá dinheiro? Não me dá! E ala falou: ma que absurdo! E o segurança retrucou: A sua vizinha não seria assaltada nunca porque ela foi uma das primeiras a pagar pela segurança. (Mulher, médica, aproximadamente 60 anos, há 51 anos moradora de Copacabana)

Um morador do prédio ao lado teve a bicicleta roubada, ele reclamou com o vigia, disse a hora e o local, aí o rapaz trouxe uma bicicleta para ele, mas não era a dele. Aí, ele exigiu que a bicicleta fosse levada para a delegacia, aí o vigia falou para ele levar que ele (o vigia) *não poderia explicar como conseguiu recuperar aquela bicicleta.* (Homem, advogado, 58 anos, morador há 34 anos de Copacabana)

Entretanto, mesmo sem saber ao certo quem são estes seguranças, ou ainda, mesmo sabendo que usam de práticas escusas para resolverem certos problemas ligados a roubo e furto, quando perguntado a segurança particular traz mais segurança para a rua, eles afirmaram que:

O síndico na época achou que se nem todos queriam pagar era melhor entregar uma lista dizendo x, y e z, (pagam segurança) *aí depois do que aconteceu com a minha vizinha, falaram: você pode colocar como uma das despesas do condomínio, já paga de todos de uma vez - porque evita problema. Aqui na minha rua, graças a Deus, eu não tenho medo nenhum de sair, por conta dessa segurança adicional. (*Mulher, médica, aproximadamente 60 anos, moradora há 51 anos de Copacabana)

(...) só de saber que vamos ter a quem cobrar caso aconteça algo já é uma garantia. E eles devem conhecer as pessoas envolvidas em assaltos, aqui próximo. (Homem, advogado, 58 anos, morador há 34 anos de Copacabana)

Para a auto-proteção, foi apresentado na narrativa da moradora do Méier que para trazer mais segurança para a rua em que mora a solução encontrada foi fechar a rua com grades, nas duas saídas, desta.

E agora, com essa violência toda que está acontecendo, assalto e tudo, aí a gente pediu pra fechar a rua, conseguimos fechar com uma autorização da prefeitura, aí a gente fechou a rua, tem um ano e pouco que a gente tem mais segurança, né? Não vai evitar 100%, mas alguma coisa já evita, a pessoa vai pensar duas vezes antes de entrar numa rua fechada, sem saída. (Mulher, bancária, 47 anos, moradora há 47 anos do Méier)

Desta forma, observa-se que, quando se fala de auto-proteção, uma necessidade provenientes de vários fatores incluindo o sentimento de insegurança, as pessoas pertencentes a uma condição socioeconômica alta e média são as que mais procuram ou realizam meios de se assegurarem de forma mais efetiva. Apontando que, a mudança de hábito proporcionada pelo sentimento de insegurança quando relacionado a segurança particular se diferencia de acordo com a situação socioeconômica.

Muito provavelmente devido ao fato de que, quem tem mais recursos disponíveis tem mais chances de alterar a rotina de vida. Em outras palavras, o sentimento de insegurança é um fato existente independente da clivagem social que a pessoa pertence, porém, a mudança da rotina de vida se estabelece em uma relação de causalidade entre aqueles que possuem mais recursos, do que aqueles que possuem menos.

Nos discursos dos moradores, o que se observa é uma construção de indivíduos tementes à violência, vulneráveis ao acaso do crime e sua existência se reduz à manutenção de sua auto-proteção.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

O presente estudo evidenciou que o sentimento de insegurança existente na cidade do Rio de Janeiro acarreta diversas mudanças na rotina de vida dos seus cidadãos. Mudanças ocasionadas por uma construção social de um sentimento de vulnerabilidade frente ao crime.

Entretanto, observou-se ainda, que o sentimento de vulnerabilidade frente ao crime não depende especificamente das condições reais da criminalidade urbana. Constitui-se também um processo de leitura do mundo, em que os indivíduos vivenciam um distanciamento em relação ao outro, uma cooperatividade superficial em que os laços de amizade e confiança são constantemente afrouxados. Relatos como *no meu tempo não era assim* ou *antigamente a vizinhança era unida, as crianças brincavam na rua...* Evidencia o processo de mudança que não apenas a cidade do Rio de Janeiro como todo o Brasil sofreu nas últimas décadas. Demonstrando que os processos macroeconômicos têm conseqüências diretas sobre as microrrelações do cotidiano de vida dos indivíduos.

A mudança na rotina de vida de alguns bairros cariocas foi observada pelas marcantes narrativas que discorreram sobre as necessidades de deixar de realizar atividades de que antes desfrutavam, ou ainda, a necessidade de investirem tempo e dinheiro na própria proteção. Verificou-se que esta mudança na rotina existe em todas as situações socioeconômicas, porém, se diferencia de uma situação socioeconômica para a outra. As pessoas pertencentes a uma situação socioeconômica alta têm mais chances de mudar suas rotinas, podendo contratar seguranças particulares, blindar seus automóveis, cercar suas ruas e investir em aparatos tecnológicos.

As pessoas pertencentes a uma situação socioeconômica baixa embora também mudem sua rotina, estas mudanças são diferenciadas em relação às outras situações socioeconômicas. O exemplo de evitar transportes coletivos ou limitar idas ao banco, apontou que a parcela da população com situação socioeconômica baixa foi a que menos recorreu a tais práticas, obtendo, desta forma, o menor percentual de mudança.

Para todas as condições socioeconômicas, em comum mudança do comportamento rotineiro, se verificou a diminuição das saídas noturnas, evitar locais que antes faziam compras, evitar sair sozinho ou ainda restringir a circulação dos filhos.

Nas entrevistas qualitativas, independentemente da situação socioeconômica dos entrevistados, verificou-se que o sentimento de insegurança reforça uma das formas de violência urbana que é a criminalização da pobreza. No imaginário popular o sentimento de insegurança também é despertado ao localizar determinadas pessoas como possíveis infratores. Contribuindo, assim, para a multiplicação de regras de exclusão, distanciando e criminalizando os mendigos, as crianças e adolescentes em situação de rua, os favelados, os negros e pardos da sociedade.

Enquanto não é atribuída importância real nas questões de ordem estrutural de nossa sociedade a vida moderna acaba tendo que se adaptar à atual realidade social. Sentir-se inseguro, temer perder seu bem ou sua vida, subjugar os pobres condenando a pobreza alheia, ou ainda, não conseguir vislumbrar alternativas a segurança pública, passa a ser o normal de uma cidade que não almejar por mudanças reais e políticas públicas eficazes.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Sérgio. *O Gerenciamento Público da violência Urbana*. In**:** São Paulo sem medo: um diagnóstico da violência urbana. Rio de Janeiro. Garamond, 1998.

BAYLEY, David H. *Nova Polícia: inovações nas Polícias de seis Cidades Norte Americanas***.** São Paulo. EDUSP, 2001.

BECKER, Howard S. *Métodos de Pesquisa em Ciências Sociais. São Paulo. Editora Hucitec, 1993.*

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de Muros: Crime, segregação e cidadania em São Paul. São Paulo, Edusp, 2000.*

CASTEL, Robert. *A insegurança social; o que é ser protegido?* Rio de Janeiro. Editora Vozes, 2005.

DOUGLAS, Mery. *Pureza e Perigo***.** São Paulo. Perspectiva, 1976.

ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador. Formação do Estado e Civilização***.** Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 1993.

FERREIRA, Eduardo Viegas. *Crime e Insegurança.* São Paulo. Oeiras: Celta editora, 1998.

GIDDENS, Antony. *As Conseqüências da Modernidade***.** São Paulo. UNESP, 1998.

HAIR JR. J. F.; ANDERSON, R. E.; TATHAM, R. L.; BLACK, W. G. *Multivariate Data Analysis*. 5ª edição. New Jersey: Prentice Hall, 1998.

MIRANDA, Ana Paula de; Nascimento, Nivio Caixeta; Mello, Kátia Sento Sé. *Segurança Pública, Segurança Social e Segurança Humana.* Rio de Janeiro. Coleção Instituto de Segurança Pública, 2007.

MIRANDA, Ana Paula Mendes de; MELLO, Kátia Sento Sé & DIRK, Renato. *Dossiê Criança e Adolescente.* Arquivo disponível em www.isp.rj.gov.br, Rio de Janeiro: ISP, 2007.

MISSE, Michel. Crime e violência no Brasil Contemporâneo. Estudos de Sociologia do Crime e da Violência Urbana, Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2006.

RODRIGUES, Corinne Davis. XI Congresso Brasileiro de Sociologia. Grupo de Trabalho "Violência e Sociedade". UNICAMP, SP. Setembro de 2003.

ROCHÉ, Sebastian. *Lê Sentimento d´ Insécurité***.** Paris Presses Universitares de France, 1994.

THIOLLENT, Michael J. M. Crítica Metodológica Investigação Social e Enquete operária. São Paulo. Editora Polis, 1985.

O CRIME DE STALKING: UMA REFLEXÃO ENTRE A LEI MARIA DA PENHA, O DIREITO DE FAMÍLIA E O ACESSO À JUSTIÇA*

THE CRIME OF STALKING: A REFLECTION BETWEEN MARIA PENHA LAW AND FAMILY LAW AND THE ACCESS JUSTICE

José Sebastião de Oliveira
João Batista Garcia dos Santos

RESUMO

O direito de família sempre foi o campo adequado às soluções decorrentes dos conflitos familiares, manejando as situações de emergência por meio de medidas cautelares e liminares subscritas por procurador judicial legalmente habilitado. Com o advento da Lei Maria da Penha este panorama modificou-se em face das medidas urgentes e protetivas previstas em seu bojo, que dispensam representação processual, a par de prever condutas que nos remete ao crime de stalking, cuja análise nos conduz aos psicopatas, forçando concluir a urgente necessidade de sua positivação, visando à prevenção e repressão desta conduta criminosa. Confirmou-se a Lei Maria da Penha como evolução do acesso à Justiça.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DE FAMÍLIA; LEI MARIA DA PENHA; STALKING, ACESSO À JUSTIÇA.

ABSTRACT

The family law has always been the appropriate field to solutions resulting from family conflicts, emergency situations coping well through precautionary measures and liminares subscribed by judicial legally authorized prosecutor. With the advent of law Maria da Penha this landscape has changed in the face of the measures envisaged in its bulging protetivas. The analysis of being a psychopath us stalking crime, forcing complete the urgent need for its positivação, aiming at the prevention and suppression of this criminal behaviour. Confirmed the law Maria da Penha as evolution of access to justice.

KEYWORDS: FAMILY LAW; LAW MARIA DA PENHA; STALKING; ACCESS JUSTICE.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho alude ao direito de família e sua imbricação com a Lei Maria da Penha.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Sob tal viés, objetiva-se concluir se esta constitui evolução do acesso à Justiça, destacando-se o crime de *stalking*, as suas características e o perfil do *stalker*, reclamando-se a sua positivação no nosso direito, já que o sistema jurídico brasileiro passa atualmente por um período de grandes transformações e o que se constata, é que no campo do direito infraconstitucional, em especial no direito processual civil, direito civil, direito penal e legislações extravagantes recentes, temos novas tutelas jurídicas, que visam a facilitação do acesso à Justiça e a efetividade da aplicação do direito.

Verifica-se, que a vigente Constituição Federal dá guarida a todas estas novidades jurídicas, com respaldo no principio da dignidade da pessoa humana, elevado como fundamento maior do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A realidade é que com a globalização das comunicações e da economia mundial e a conseqüente modernização da sociedade brasileira em termos de anseios e comportamentos, outras figuras jurídicas se fizeram necessárias para atender aos reclamos dessa nova sociedade do inicio do presente século.

A tradicional prestação jurisdicional, perdeu totalmente o seu sentido no contexto dessa modernidade, exigindo-se que ela seja mais efetiva e célere mas, sem que haja prejuízo do atendimentos aos princípios gerais que regem o nosso direito adjetivo, ou seja, o contraditório, a ampla defesa, a proibição da ilicitude das provas, do devido processo legal, do acesso à justiça, etc.

A família como célula-mater da nossa sociedade moderna, identificada na Constituição como Entidade Familiar, também tem os seus componentes, anseios e as suas necessidades, para que mantenha-se como elemento fundamental na perpetuação da espécie humana, em contexto de harmonia e de paz social.

Dessa forma, este estudo dirige-se para o campo do direito da família na modernidade, em visão conjunta com o direito penal, buscando assegurar uma prestação jurisdicional que efetivamente atenda às suas atuais demandas, aí inserida a necessidade de previsão e repressão ao crime de *stalking*.

Inicia-se o presente artigo com um estudo sobre a família e o direito de família e posteriormente faz-se uma análise das *tutelas*, encartadas na Lei Maria da Penha, indispensáveis ao mundo moderno, pela celeridade imprimida na satisfação de diversos direitos, cujos conflitos de interesses, na área da família e na área penal, clamam por provimento jurisdicional em tempo hábil e que caso fossem apresentados à apreciação do Poder Judiciário, pelos modelos tradicionais -este abarrotado de ações e com um corpo de funcionários deficientes em quantidade e qualidade- este não conseguiria prontamente e a contento, prestar a jurisdição.

Da análise do direito tutelado pela Lei Maria da Penha, verifica-se que se trata de um socorro alinhado com o principio da dignidade da pessoa humana, contemplado no bojo da Constituição Cidadã e direcionado para a família, onde assegurou-se o principio da igualdade dos direitos entre o homem e a mulher e entre os cônjuges, no contexto de uma família. Essa mesma família, quando envolvida em conflito, busca no Poder Judiciário uma resposta, que se proferida em tempo hábil, resulta ao menos tecnicamente, adequada e quando não atendida, se revela um verdadeiro desastre, com conseqüências nas relações familiares, mormente na seara penal.

O método utilizado neste trabalho é o de pesquisas na lei, doutrina e jurisprudência.

1. LINEAMENTOS DA FAMÍLIA E DO DIREITO DE FAMÍLIA

Propondo este trabalho uma análise sobre os conflitos familiares numa perspectiva do direito de família, ombreado pelo direito penal contextualizado na Lei Maria da Penha, como evolução do acesso à Justiça pela mulher -e agora por força de algumas decisões judiciais também para o homem- faz-se mister apresentar a evolução da família e a sua atual constituição neste inicio de século.

1.1 A FAMÍLIA COMO ENTIDADE FAMILIAR E A SUA IMPORTÂNCIA NO CONTEXTO SOCIAL

A questão da indagação da origem da espécie humana, que redunda refletir na origem e evolução da própria família , ainda é um tema tormentoso tanto para historiadores, como para sociólogos, economistas e juristas; pois o ser humano nasce no seio dela, como uma verdadeira semente que está predestinada a um futuro germinamento, visando a perpetuação da espécie, recebe a sua proteção desde a mais tenra idade, fator fundamental para sua própria subsistência inicial e sua existência futura, e quando atinge sua maioridade, constitui uma nova família, através da união de dois sexos opostos, sem romper com os vínculos de sua família originária[1].

A realidade é que o ser humano é um ente frágil, que não sobreviveria sem o apoio do seu grupo familiar, por ser ele em si mesmo imperfeito na vida em sociedade, conforme muito bem observa Fernando Fueyo, citado por Antonio Chaves[2].

Sem sombra de dúvidas de que a família dentro da sociedade humana, destaca-se para o homem como o seu mais importante elo no relacionamento social, pois é no seio dela que ele surge, recebe a proteção indispensável para a continuidade da vida e se prepara para os embates que o futuro lhe aguarda em termos de subsistência, evolução pessoal e material que a humanidade busca sem cessar, como fator de seu desenvolvimento e progresso contínuo[3].

Nenhuma dúvida existe de que, em termos de organismo social, é a família a mais antiga, portanto sempre existiu, a partir do primeiro momento em que passou a existir o primeiro homem no seu exemplo mais rudimentar que se tem conhecimento na face da terra e é no seu seio que ocorreu, ocorre e continuará ocorrendo, a maravilha da

reprodução de uma das mais importantes espécies que ocupam o planeta Terra, ou seja, a espécie humana, a única dotada de inteligência.

Não obstante já ter se passado alguns milhares de anos da existência dos primeiros homens na face do nosso planeta, fato que demonstra que a família passou por um longo processo ininterrupto de transformações no caminho de sua evolução, ela ainda existe até hoje e continua, sem cessar, o seu processo evolutivo como o meio mais seguro, natural e normal da reprodução e conservação da espécie humana.

A importância da família, reluz por existir e subsistir em todos os quadrantes de nosso planeta, desde as regiões mais inóspitas até as consideradas como centros de excelência em termos de qualidade de vida do mundo civilizado, sofrendo apenas variações quanto às suas formas constitutivas em termos de estrutura, decorrendo isso, do maior ou menor grau de aculturamento do povo que habita a região, submetida a um análise.

A família se relaciona e interage com a sociedade, atendendo-a em suas principais "necessidades estas identificadas como de ordem sexual, reprodutiva, educacional, social, econômica, política, espiritual e psicológica, abrangendo, assim todas as esferas da vida do indivíduo na organização social".

A entidade familiar é fundamental em termos de sustentabilidade das boas relações entre os indivíduos que compõem a comunidade ou agrupamentos, no sentido de se manter a paz e a harmonia de forma duradoura entre eles[4], e ter condições de propiciar os elementos indispensáveis para o funcionamento do sistema produtivo indispensável para a continuidade da vida em sociedade, na concepção materialista da história, qualidades essas que a tornou objeto de intensa investigação científica, a partir do século passado[5].

1.2 A FAMÍLIA EM TRANSFORMAÇÃO NESTE INÍCIO DO SÉCULO XXI.

O que se verifica pelas legislações modernas dos países mais adiantados e também dos emergentes, é que o Direito de Família, que tinha como eixo referencial, o patrimônio, abandonou esse posicionamento de tal sorte que na modernidade, inclusive no Direito Civil brasileiro, o eixo central dos sistema jurídico foi direcionado para a pessoa, na perspectiva da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, temos que o nosso Direito Civil, trata primeiramente, no seu Livro IV, Titulo I, do Direito Pessoal, para somente depois tratar, no Titulo II, Do Direito Patrimonial.

A constituição da família, hodiernamente, através do ato do casamento ou de outras uniões legais ou extra-legais, não se resume a apenas numa satisfação sexual a dois, e sim por intermédio do consenso, do amor, do respeito recíproco, e da harmonia, da paridade entre os dois sexos opostos ou de pelo menos um par de pessoas, que mantenham a identidade familiar e um relacionamento de unidade familiar.

Na verdade, em principio, como regra geral, é na união de pessoas heterossexuais, visando constituir família -que se caracteriza por ser um laboratório natural de fecundidade humana, portanto, muito superior aos locais de fecundidades *in vitro* ou de

possíveis futuras clonagens de seres humanos- local mais que perfeito, donde a prole que representa o futuro da humanidade; recebe os primeiros ensinamentos de comportamento social, que vão lapidá-la de modo indelével, com importantes conseqüências para sua personalidade, que marcam toda uma existência do ser humano na sua vida terrena.

No entanto, na modernidade, a constituição da família, também pode-se dar por diversas outras formas, permitidas e aceitáveis pelo Direito de Família moderno.

Assim, conclui-se, pois, que a família, como instituição social, é uma entidade anterior ao Estado, como nação politicamente organizada, anterior à própria religião, e também anterior, ao direito que hoje a regulamenta, que resistiu a todas a transformações que sofreu a humanidade, quer de ordem consuetudinárias, econômicas, sociais, científicas ou culturais, através da história da civilização, sobrevivendo praticamente incólume, desde os idos tempos que passou a existir na sua estrutura mais simples, certamente de forma involuntária e natural, seguindo paulatinamente, na sua primordial função natural que é da conservação e perpetuação da espécie humana[6].

Na lição de Paulo Lobo (2009; p.02), a família atual busca sua identificação na solidariedade (art. 3º,Inc.I, da CF), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu no mundo antigo.

Não resta a menor dúvida, que ela é uma instituição que se reveste de grande significação, por constituir o núcleo fundamental, no qual se apóia toda a nossa organização social contemporânea. É certo de que a Instituição da família, passa por transformações, como uma forma de sua própria revitalização, mas jamais ela se extinguirá, como grupo de coesão ligadas por laços de parentesco natural, civil ou vinculo de afinidade familiar.

A sua história em termos de importância, abrange tanto no tempo como no espaço, a evolução da espécie humana, sendo o seu conhecimento, de suma importância, para a perfeita compreensão do estágio das civilizações passadas, as do presente e as do futuro. Temos "que a vida das sociedades futuras há de consistir na máxima solidariedade, junto ao máximo do individualismo possível, e a família realiza em parte os sentimentos que constituirão o modo de ser dessa vida futura da humanidade[7]".

A civilista Maria Berenice Dias (2009; p.36) afirma que procedeu o legislador constituinte de 1988, a um alargamento do conceito de família, calcado na nova realidade que se impôs, emprestando juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento. Afastou a idéia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável (§ 3º. do art. 226, da CF) entre um homem e uma mulher.

Da mesma forma, nesse redimensionamento do vocábulo família, todo agrupamento de pessoas constituído por um dos pais com os seus filhos, nominado pela doutrina de relações monoparentais, também foi erigido à condição de entidade familiar.

Em sendo assim, foi abandonada aquela idéia fixa, de que entidade familiar, somente se constituiria, exclusivamente, por um par de pessoas heterossexuais, onde

necessariamente, imperava a necessidade da procriação, como uma das imposições sociais na constituição da família, na atualidade.

Tem-se que o Direito de Família atual preocupa-se com a felicidade dos elementos integrantes de uma família, dentro de uma nova perspectiva de vida familiar.

O elemento patrimonial está em segundo plano. É, por isso que se diz que as relações familiares estão repersonalizadas, ou atomizadas pelo elemento afetividade, as famílias dependem deste elemento para garantirem o sucesso de sua felicidade e a manutenção de sua estabilidade neste inicio de Século XXI (1989,p.03)..

2. A LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº 11.340/2006 é também conhecida como Lei Maria da Penha, em homenagem a farmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, casada com Marco Antonio Herredia Viveiros, professor universitário de economia que tentou matá-la pela primeira vez em 29 de maio de 1983, quando recebeu um disparo de espingarda pelas costas quando dormia, tendo o seu algoz alegado que fora um assalto.

Marco Antonio foi encontrado gritando por socorro na cozinha de sua casa, tendo afirmado que os assaltantes haviam fugido por uma janela. Maria da Penha Maia Fernandes, então com 38 anos e três filhas pequenas, ficou hospitalizada por quatro meses, tendo ficado paraplégica.

Assim que voltou ao lar, foi novamente agredida pelo seu marido que tentou eletrocutá-la no chuveiro, após empurrá-la da cadeira de rodas.O agressor somente foi detido 19 anos e 6 meses após os fatos, tendo permanecido preso por apenas dois anos.

A vítima escreveu uma auto-biografia em 1994 chamada *Sobrevivi.....Posso Contar e* a repercussão do caso fez com que fosse denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que após requisitar informações -sem qualquer resposta- por quatro vezes ao Estado Brasileiro, terminou por condenar o país internacionalmente

“O relatório da OEA, além de impor o pagamento de indenização no valor de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, responsabilizou o Estado Brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, recomendando a adoção de várias medidas, entre elas “simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual”. Foi em face da pressão sofrida por parte da OEA que o Brasil, finalmente, cumpriu as convenções e tratados internacionais do qual é signatário. Daí a referência constante da ementa contida na Lei Maria da Penha à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher”. [8]

Segundo a lição de FILHO

"A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, originou-se no Projeto de Lei de Conversão nº 37/2006; o qual tem como antecedente o Projeto de Lei nº 4.559/2004 do Poder Executivo, elaborado por Grupo de Trabalho Interministerial a partir de um anteprojeto apresentado por organizações não governamentais.

O caminho para a lei em testilha, iniciou-se nos idos de 1984, quando o Estado Brasileiro ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher e participou da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a qual foi concluída na cidade de Belém do Pará. A ratificação pelo Governo deu-se mais adiante.

Na justificativa preambular da Lei são invocados o parágrafo 8º do artigo 226 da Lei Maior; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; bem como outros tratados internacionais, ratificados pela República Federativa do Brasil, relativos à matéria".[9]

A Lei Maria da Penha foi publicada no Diário Oficial da União de 8 de agosto de 2006, passando a vigorar no dia 22 de setembro de 2006.

CAVALCANTI, percebe ao anotar os objetivos gerais da Lei Maria da Penha, que esta, apesar de não ser perfeita,

"apresenta uma estrutura adequada e específica para atender a complexidade do fenômeno da violência doméstica ao prever mecanismos de prevenção, assistência às vítimas, políticas públicas e punição mais rigorosa para os agressores.É uma lei que tem mais o cunho educacional e de promoção de políticas públicas de assistência às vítimas que a intenção de punir mais severamente os agressores dos delitos domésticos, pois prevê em vários dispositivos medidas de proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar, possibilitando uma assistência mais eficiente e a salvaguarda dos direitos humanos das vítimas".[10]

À este estudo, muito interessa o disposto no artigos 5º e incisos e artigo 7º , II da lei Maria da Penha, assim redigidos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Colhe-se do referido artigo de lei que uma terceira pessoa, totalmente alheia ao âmbito da unidade doméstica ou do âmbito da família ou que não tenha tido relação intima ou de afeto com a ofendida não enquadra-se nas situações ali descritas.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional *e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões,* ***mediante*** *ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante,* ***perseguição contumaz****, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (grifos nossos).*

O artigo 7º, inciso II da Lei Maria da Penha é expresso quando afirma que a violência psicológica mediante a perseguição contumaz é modalidade de violência doméstica e familiar.

É de indagar-se portanto, o que é violência doméstica e familiar e quem pode ser o sujeito ativo dessa agressão.

DIAS afirma que

"para a configuração da violência doméstica não é necessário que as partes sejam marido e mulher, nem que estejam ou tenham sido casados. Também na união estável – que nada mais é do que uma relação íntima de afeto- a agressão é considerada como doméstica, quer a união persista ou já tenha findado. Para ser considerada a violência como doméstica, o sujeito ativo tanto pode ser um homem como outra mulher. Basta estar caracterizado o vínculo de relação doméstica contra a mulher, sem importar o gênero do agressor. A empregada doméstica, que presta serviço a uma família, está sujeita a violência doméstica" [11]

Ou seja: para esta autora, a motivação tem que ser de ordem familiar.

CAVALCANTI entende que

"a violência doméstica é o tipo de violência que ocorre entre membros de uma mesma família ou que partilham o mesmo espaço de habitação. Esta circunstância faz com que este seja um problema especialmente complexo, com facetas que entram na intimidade das famílias e das pessoas (agravado por não ter, regra geral, testemunhas e ser exercida em espaços privados). Esta especificidade da violência doméstica aumenta o seu potencial ofensivo. Não se pode tratar da mesma maneira um delito praticado por um estranho e o mesmo delito praticado por alguém de estreita convivência, como é o caso

de maridos, companheiros, namorados, atuais ou anteriores. A violência praticado por estranho em poucos casos voltará a acontecer. Na maioria das vezes, agressor e vítima sequer voltam a se encontrar". ***[12]***

HERMANN coloca que

"a violência psicológica, enfocada no inciso II do artigo 7º, consiste basicamente em condutas –omissivas ou comissivas- que provoquem danos ao equilíbrio psico-emocional da mulher vítima, privando-a de auto-estima e autodeterminação. É nitidamente ofensiva ao direito fundamental à liberdade, solapada através de ameaças, insultos, ironias, chantagens, vigilância contínua, perseguição, depreciação, isolamento social forçado, entre outros meios. Implica em lenta e contínua destruição da identidade e da capacidade de reação e resistência da vítima, sendo comum que progrida para prejuízo importante à sua saúde mental e física. As palavras-chave do conceito são: auto-estima, saúde psicológica e autodeterminação, porque representam privações básicas derivadas da violência psicológica. A destruição da auto-estima mina a capacidade de resistência da vítima e seu desejo de buscar auxílio, fazendo que se identifique e se reconheça na imagem retorcida que o agressor lhe impinge. Implica, portanto, na introjeção do desvalor que lhe é atribuído. Privação de auto-estima é condição psicologicamente patológica, imobilizante e configura, portanto, em subtração de liberdade.

O imobilismo, incapacidade de reação ou de repactuação da relação violenta por parte da vítima retira-lhe a mais expressiva manifestação concreta de liberdade individual, que é a autodeterminação. Por autodeterminação entenda-se autonomia, capacidade de pensar por si próprio, de traçar projetos de vida e empenhar-se em concretizá-los, de expressar opiniões, professar crenças, ter e mudar de idéias. Indica dano emocional, expressão textual utilizada no inciso, ou seja, abalo na saúde psicológica da agredida, que apesar de exercer papel ativo na relação violenta –não obstante a vitimação-compactua com a violência sobre si exercida justamente em virtude do comprometimento de sua condição psicológica que se torna doentia*"**[13]***

Observa-se que nenhum dos doutrinadores trazidos à colação, perfilha o entendimento de que uma pessoa totalmente alheia ao círculo próximo da vítima, possa cometer os ilícitos descritos na Lei Maria da Penha.

2.1 AÇÕES DO DIREITO DE FAMÍLIA ENGLOBADAS NA LEI MARIA DA PENHA COMO EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

O legislador da Lei n.11.340/2002, visando desburocratização da justiça, e melhorar o acesso à ela, tomou a iniciativa, de introduzir no bojo desta lei, a condição de se resolver com rapidez e sem qualquer entrave a possibilidade da vitima de agressão pleitear perante a própria autoridade policial medidas protetivas de urgência do âmbito do Direito de Família.

Dentre essas medidas protetivas de urgência, pode-se citar a separação de corpos, o pedido de alimentos, a proibição do agressor se aproximar da vítima e seus familiares e vedar-lhe que venha a freqüentar certos e determinados lugares.

Neste particular, o pedido é feito diretamente pela pessoa agredida à autoridade policial quando do registro de boletim de ocorrência e mesmo sem estar assistida por advogado aquela autoridade, deverá encaminhá-lo ao magistrado, conforme dispõe o art. 12, Inc.III, da Lei 11.340/2002.

Pela mencionada legislação, cabe à autoridade policial tomar as devidas providências legais cabíveis, nos termos do art. 10 da mencionada lei, no exato momento que tiver conhecimento dos fatos que venham a configurar violência doméstica. Da mesma forma, também tem este compromisso o órgão do Ministério Público, visando a proteção da vítima (art.18, Inc.III e art. 19 e §3º). No entanto, o magistrado para agir, necessita que a vítima deflagre a via judicial, manifestando a sua vontade de forma expressa.

É competência do magistrado, a faculdade de requisitar reforço policial (art. 22 § 3º), ou então, decretar a prisão preventiva do agressor já identificado (art. 20) no inquérito.

Por outro lado, a lei vem a permitir que desde logo, já sejam fixados os alimentos necessários para a parte inocente e seus filhos, buscando evitar a burocratização da Justiça, de ter que intentar a ação de alimentos, citar a parte contrária, enfim, enfrentar os entraves costumeiros, por parte de quem necessita dos alimentos.

A Lei Maria da Penha, permite que de forma acautelatória, seja o cônjuge ou companheiro infrator, retirado de sua residência, ou domicilio, impedindo-o posteriormente que se aproxime da vítima, e dos seus familiares, evitando o contato de ambos, mediante a fixação de uma distância mínima de aproximação, visando proteger a vítima, de uma possível nova agressão que inevitavelmente culminaria num agravamento do relacionamento dessas pessoas, no seio da família.

Na lição da jurista Maria Berenice Dias, “cabe ao juiz da Vara Criminal, fazer a separação de corpos, retirando o varão do lar e assegurando o retorno da vítima. Quanto às medidas de trato sucessivo, como alimentos e regulamentação de visitas, depois de intimado o agressor e decorrido o prazo recursal, o procedimento é enviado ao juízo cível ou de família”.

Quaisquer das medidas protetivas que não forem deferidas pelo Juízo Criminal, decorrente de pedido da autoridade policial, não impede que a vítima, intente novo pedido no âmbito da jurisdição civil, ou seja, em outro juízo, sendo certo que Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher (JVDFMs), ainda encontram-se em fase de criação e instalação em nosso País.

Resulta claro, pois, que a Lei Maria da Penha constitui verdadeira evolução do acesso à Justiça.

3. A LOUCURA NO DECORRER DA HISTÓRIA

Homero (sec. VIII a.C) na sua Ilíada, classifica a loucura como sendo *mania* ou *melancolia* e narra o final da guerra de Tróia,mostrando a loucura de Aquiles, ao se recusar a entregar os despojos de Heitor.

PESSOTI afirma que

"Os poemas de Homero, mais precisamente a Ilíada, caracterizam primeiro modelo teórico da loucura.Um modelo predominantemente mitológico que terá reflexos duradouros, nas diferentes épocas da psicopatologia. Não apenas mitológica, a origem da loucura é teológica. Os heróis homéricos não enlouquecem, são tornados loucos, por decisões da divindade, embora as manifestações e conseqüências da loucura se passem no plano das realidades física e social"[14]

Hipócrates (377 a.C) chamado de pai da medicina, passa a entender a loucura como problema de natureza orgânica ao atribuir a loucura ao cérebro lesionado por desequilíbrios humorais, no que é secundado por Galeno (mais ou menos 200 d.C) embora este conheça mais fisiologia, designando a loucura como delírio, mania ou melancolia, atribuindo-lhe tanto o caráter orgânico como psicológico

Nero, que governou Roma em 54 d.C -cujo nome de nascimento era Lúcio Domício Enobardo- foi famoso por suas loucuras e extravagâncias. Casou-se com sua meia-irmã Cláudia Octávia e promoveu ao longo dos anos, execuções sistemáticas e cruentas, inclusive de sua mãe Agripina, seu meio irmão Britânico e de sua própria esposa. Gostava de jogar seus desafetos aos cães e também os queimava vivos ou crucificava. O historiador Suetônio afirmou que Nero mandou incendiar Roma enquanto tocava a sua lira.

No decorrer do século XIII, na Idade Média, surge a doutrina demonista, que se estenderá até a época do Renascimento. Queimaram-se centenas de pessoas doentes sob a acusação de estarem mancomunadas o possuídas pelo demônio. Apenas como exemplo, a partir de 1492, Cristovão Colombo empreendeu 4 viagens ao Mundo Novo, sendo certo que o hábito de fumar era arraigado entre os índios americanos. Um de seus marinheiros aprendeu a fumar com os índios e no seu retorno para a Europa, levou um fardo de fumo. Ao acender um cigarro no porto, terminou queimado vivo, sob a alegação de que os demônios o faziam deitar fumaça pelas ventas....

Esclarece PESSOTTI

"O *Malleus Maleficarum* escrito em 1484 e editado dezenas de vezes destina-se a instrumentalizar inquisidores e eclesiásticos em geral com sólida doutrina demonológica, para capacitá-los a identificar casos de possessão diabólica ou de

comércio com o demônio e a lidar eficazmente nesses casos. O *Malleus* pretende, do começo ao fim, difundir a crença na intervenção, onipresente, dos demônios na vida dos homens. E um exemplo evidente disso são os casos de loucura:

"O diabo, ademais, é capaz de possuir os homens na sua essência corpórea, como fica claro no caso dos loucos.....E embora tal modo de possessão fuja um pouco a nossos propósitos, trataremos dele aqui, para que fique a todos esclarecido que, com a permissão de Deus, os homens por vezes são substancialmente possuídos por demônios a pedido das bruxas....." (*Malleus*, 266)".[15]

Ainda segundo magistério de PESSOTTI, a conhecidíssima obra de Jerônimo Menghi de Viadana que em 1576 editou o Conpendio da Arte Exorcista além de outras obras de menor densidade doutrinária, onde aduz que existem dois tipos de loucura: a de origem sobrenatural produzida pelos demônios e uma outra que existe naturalmente no homem, arrematando que em sentido contrário, desde 1553, os escritos de Jerônimo Cardano que era médico, matemático e alquimista e Paracelso, outro conhecido alquimista, marcam o início da caracterização da loucura como doença, sendo certo que Molitor, um legista de Constança, também levantou-se contra a impostura demonista.

Com a publicação do *Tratado Médico-Filosófico sobre a Alienação Mental* de Pinel em 1801 inaugura-se a Psiquiatria como especialidade médica com a seguinte concepção: A loucura é entendida como comprometimento ou lesão fundamental do intelecto e da vontade, e, se manifesta no comportamento do paciente, nos sintomas, sob as mais variadas formas. Mas formas muito diferentes entre si podem ter em comum o fato de refletirem um determinado tipo de lesão da vontade ou do juízo. As propriedades que são comuns entre elas podem servir de critério de classificação e de diagnóstico[16]

4. AS MENTES PERIGOSAS

A palavra psicopata é formada pelas palavras gregas ***psyche*** = mente e ***pathos*** = doença, significando literalmente *doença da mente*.

Pessoas com mentes perigosas povoam a história da humanidade. François Duvalier, o Papa Doc do Haiti, e o seu governo de terror com os *tontons macoutes* (bichos-papões em português); Idi Amin Dada, de Uganda, que mandou assassinar mais de 300.000 pessoas e praticava canibalismo; Hitler, da Alemanha, responsável pelo genocídio de 6.000.000 de judeus aproximadamente, durante o período que compreendeu a 2ª Guerra Mundial, Pol Pot, do Camboja, comandante do Khmer Vermelho e responsável pela morte de 3.000.000 de pessoas em um país de 7.000.000 de pessoas.

SILVA, com sua costumeira propriedade, afirma que os psicopatas por menos que pareçam

"são indivíduos frios, calculistas, inescrupulosos, dissimulados, mentirosos, sedutores e que visam apenas o próprio benefício. Eles são incapazes de estabelecer vínculos

afetivos ou de se colocar no lugar do outro. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos. Em maior ou menor nível de gravidade e com formas diferentes de manifestarem os seus atos transgressores, os psicopatas são verdadeiros predadores sociais, em cujas veias e artérias corre um sangue gélido. Os psicopatas são indivíduos que podem ser encontrados em qualquer raça, cultura, sociedade, credo, sexualidade ou nível financeiro. Estão infiltrados em todos os meios sociais e profissionais, camuflados de executivos bem sucedidos, líderes religiosos, trabalhadores, "pais e mães de família", políticos etc. Certamente cada um de nós conhece ou conhecerá algumas dessas pessoas durante a sua existência. Muitos já foram manipulados por elas, alguns vivem forçosamente com elas e outros tentam reparar os danos materiais e psicológicos por elas causados.

Esses indivíduos charmosos e inteligentes freqüentemente deixam um rastro de perdas e destruição por onde passam. Sua marca principal é a impressionante falta de consciência nas relações interpessoais estabelecidas nos diversos ambientes do convívio humano (afetivo, profissional, familiar e social). O jogo deles se baseia no poder e na autopromoção às custas dos outros, e eles são capazes de atropelar tudo e todos com total egocentrismo e indiferença. Cometem suas maldades por puro prazer e diversão e sem qualquer vestígios de arrependimento, sentimento que não existe no parco repertório emocional dos psicopatas. Pessoas normais também podem cometer crimes, quando por exemplo tomadas por violenta emoção e nem por isso são psicopatas, como o caso daquela mãe que matou o violentador de seu filho dentro da delegacia de São Carlos. Ao ser questionada sobre o seu ato, disse que o infrator olhava para a sua cara e dava risadas dizendo que era "de menor" e que aquilo não ia dar em nada. Afirmou que perdeu o juízo e quando viu já tinha feito".[17]

O psicopata possui um comportamento anti-social crônico e está incluído no que se conhece por "delinqüência primária", sendo portador de um comportamento agressivo à sociedade, possuindo defeito do caráter.

MARANHÃO assim define estas pessoas:

"São psicopáticas as personalidades anormais, cuja anormalidade consiste especificamente em anomalias do temperamento e do caráter, que determinam uma conduta anormal e configuram uma minusvalia social. Esta foi a conceituação exposta por Koch em 1888 com o título de "Inferioridades psicopáticas". Porém, o conceito mais difundido, embora sempre criticado tem sido o de Schneider, enunciado em 1923, "As personalidades psicopáticas são personalidades anormais, cujo caráter anormal lhes faz sofrer ou faz sofrer a sociedade" e acrescenta: "Os psicopatas são personalidades anormais que em função do caráter anormal de sua personalidade, mais ou menos marcadas segundo as situações, as coloca, em todas as circunstâncias, em conflitos externos e internos"[18]

Estudos comprovam que 4% da população mundial são psicopatas, sendo certo que o psiquiatra Robert Hare montou a escala Hare, também conhecida por PCL (psychopathy checklist) que vem a ser um questionário utilizado na identificação dos psicopatas.

Os psicopatas que cometem ações graves, como ataques sexuais e homicídios, acabam respondendo a processos criminais, mas, a grande maioria dos psicopatas nunca irá

responder a qualquer procedimento criminal, posto que seus ilícitos são confundidos com deslizes sociais e assim vão levando a vida. Estes é que interessam ao nosso estudo.

5. O CRIME DE *STALKING*

Iremos focar as nossas observações sobre os psicopatas, que conseguem passar uma vida inteira sem que sejam descobertos prevalecendo-se do ***stalking***, examinaremos quais são as punições previstas na lei brasileira em face deste comportamento e analisaremos se estas penas prestam-se a prevenir e a reprimir este delito, ainda **desconhecido** do nosso ordenamento jurídico à luz da denominada teoria unitária adotada pelo legislador de 84 que atribuiu à pena tríplice função: retribuição, prevenção especial e prevenção geral, materializada no artigo 59 do Código Penal.

O crime de *stalking* possui este nome que em inglês pode significar perseguição, caçada ou espiar porque a conduta do *stalker* é justamente esta: desenvolver uma perseguição constante em face da vítima pelos mais diferentes meios disponíveis como: telefonemas, bilhetes, recados, meios virtuais (e-mail, orkut, salas de bate papo, etc) provocando uma desestabilização emocional na vítima, testando os seus limites e por mais das vezes gerando receio e medo. O *stalker* pode ser conhecido ou não da vítima, mormente se for um *stalker* virtual.

Muitos são os motivos que ensejam o *stalking*, sendo o mais relevante deles, a eventual condição de psicopata do *stalker*, Assim o dizemos, porque muitas vítimas de crimes violentos como delitos sexuais, sofreram *stalking* antes da agressão final.

Isto porque segundo MARANHÃO o psicopata é incapaz de amar, valendo-se de qualquer relacionamento apenas para alcançar objetivos, são pobres nas reações afetivas e possuem uma vida sexual impessoal onde o parceiro(a) é sempre um objeto onde só o psicopata desfruta do relacionamento sexual, constituindo o que se chama de "relação objetal"[19]

Os sentimentos de amor, ódio, vingança exemplificam outras razões de agir do *stalker*.

Pensamos que o objeto jurídico do *stalking* é a liberdade psíquica e física, sendo o sujeito ativo qualquer pessoa e o sujeito passivo, qualquer pessoa que possa sentir-se intimidada. O tipo subjetivo é o dolo, consistente na vontade de perseguir ou espreitar, sendo delito formal que se consuma quando a vítima toma conhecimento do *stalking*.

É curial notar-se que o crime de *stalking* tem-se propagado pela internet, o que faz com que a vítima tenha dificuldades em identificar o agressor.

O renomado JESUS, no jornal Carta Forense, publicou alentada matéria sobre o delito de *stalking* - uma das poucas disponíveis a respeito – onde entre outras informações, mencionou as características do *stalking*, explanou a conduta delituosa, aludiu sobre o temor da vítima e explicou tratar-se de fenômeno mundial:

Características

A infração penal apresenta determinadas características:

1ª.) invasão da esfera de intimidade e privacidade da vítima;

2ª.) repetição de atos;

3ª.) dano à integridade psicológica e emocional do sujeito passivo;

4ª.) lesão à sua reputação;

5ª.) alteração do seu modo de vida; e

6ª.) causação de restrição à sua liberdade de locomoção.

Conduta delituosa

O "stalking é uma forma de violência onde o sujeito ativo invade a esfera de privacidade do sujeito passivo, repetindo incessantemente a mesma ação por maneiras e atos variados, empregando meios e táticas diversas: telefonemas em seu aparelho celular, residencial ou de ocupação, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, mensagens em faixas amarradas, pregadas ou fixadas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da sua escola ou trabalho, espera da sua passagem em determinado lugar, freqüência constante no mesmo local de laser, supermercados, lojas etc.

Na "espera pela passagem da vítima", o autor, geralmente, como se fosse um espectro, permanece de pé nas esquinas. Não se manifesta. De ver-se, porém, que a sua simples visão pela vítima, dias e horas seguidos, perturbam-na. Conheço um caso em que o patrão da perseguida, todos os dias, de veículo, a transportava ao trabalho. Em face da perseguição (espera de sua passagem), teve que mudar de etinerário. Sentia-se perturbado e ameaçado. Soube que o infrator assim agia na esperança de que o patrão, incomodado com o fato, a despedisse.

Às vezes, o "stalker" espalha boatos sobre a conduta profissional ou moral da vítima, divulga que é portadora de um mal grave, que foi demitida do emprego, que fugiu, que está vendendo sua residência, que perdeu dinheiro no jogo, que está sendo procurada pela polícia etc. Com isso, vai ganhando poder psicológico sobre o perseguido, como se fosse o controlador geral dos seus movimentos.

Não raro, o autor da perseguição:

1. passa a morar perto da residência da vítima;

2. tenta visitá-la;

3. pede a terceiros que a convençam a reatar o relacionamento, solicitação a intervenção de amigos de ambos ou seus parentes; sacerdotes e pastores (invocando o amor ao próximo).

Há uma fase em que o perseguidor finge ser vítima da situação: perante a perseguida, chora de joelhos, pede perdão e promete não mais dar motivos para a separação. Não muito raro, emagrece de propósito para comovê-la. Aos amigos dele e dela, procura convencê-los de que a perseguida é a culpada de tudo. Forma-se, no meio social em que vivem, a consideração de que ela é a pessoa ruim, que poderia, com um simples "sim", fazer com que as partes retornassem a uma vida pacífica.

Não obtendo sucesso com as condutas anteriores, muitas vezes o "stalker" finge estar doente e procura atendimento médico, chegando até a internar-se em hospital. Conheci uma história real em que o perseguidor começou a faltar ao trabalho, mandando recado à vítima segundo o qual, negando-se à continuação do relacionamento, ela seria o causador de sua despedida.

O caso pode alcançar a fase da violência física. Muitos dos homicídios chamados "passionais" têm origem no "stalking".

O perseguidor é incansável, procurando vencer a vítima pelo cansaço. Quando, pela primeira vez publiquei um trabalho sobre o assunto, recebi carta de uma senhora informando que estava sendo perseguida há 16 anos.

Temor da vítima

Na maioria dos casos, o sujeito passivo silencia sobre o que está lhe ocorrendo por temor do conhecimento das pessoas e represália. Em cidades pequenas, por exemplo, a vítima tem medo de que o fato seja de ciência geral, lesando sua reputação.

Fenômeno mundial

Estima-se que nos Estados Unidos, cerca de 1 milhão de mulheres e 400.000 homens foram vítimas de "stalking" em 2002; na Inglaterra, a cada ano, 600.000 homens e 250.00 mulheres são perseguidos. Em Viena, desde 1996, existem informes da ocorrência de 40.000 casos; em 2004, num grupo de 1.000 mulheres entrevistadas pelo telefone, pelo menos uma em quatro foi molestada dessa forma.

No 15º Período de Sessões da Comissão de Prevenção ao Crime e Justiça Penal, realizado em Viena (Áustria), de 24 a 28 de abril de 2006 e promovido pelo Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC), questões de relevância foram debatidas, como terrorismo, tráfico de drogas e de seres humanos, corrupção, lavagem de dinheiro, justiça criminal e cooperação internacional. Um dos temas que nos chamou a atenção foi o referente ao "stalking", fenômeno existente em todos os países, incluído na agenda de projetos do UNODC na proteção da mulher contra a violência. A ONU tem recomendado aos Estados-membros a edição de normas civis e penais que impeçam e reprimam essa prática indesejada.

Na Áustria, há lei específica sobre o "stalking", disciplinando o fato nos aspectos civis e penais. No Brasil, a Lei Maria da Penha não cuida especificamente do tema, embora muitas de suas disposições sejam aplicadas a mulher perseguida.[20]

No Brasil, o *stalking* é mera contravenção penal, estampada no artigo 65 da Lei de Contravenções Penais que trata de *perturbação da tranqüilidade* com pena de prisão simples, de 15 dias a dois meses oumulta.

Evidentemente esta pena não basta nem para prevenir, nem para reprimir esta conduta tão perigosa, quanto comum nos dias de hoje.

6. CONCLUSÃO

Portanto, não se pode perder de vista que a interpretação literal de qualquer lei é insuficiente para a sua apreensão, daí a necessidade de sua conjugação com outros meios interpretativos.

Em decorrência deste entendimento, não há como aceitar que somente no âmbito da unidade doméstica e familiar ou mediante a existência de relação íntima de afeto como pressuposto, é que se possa falar em violência doméstica e familiar contra a mulher (ou contra o homem).

Assim o dizemos porque a Lei Maria da Penha representa indubitável avanço na proteção da mulher, constituindo evolução no acesso à Justiça mediante simples comparecimento a delegacia de polícia, que providenciará a tramitação das medidas urgentes perante o juiz.

Nos parece claro, que a família do início do século XXI encontra-se em constante evolução, assim como o Direito que em face de tutelas urgentes, produziu lei onde o Direito de Família imbrica-se com o Direito Penal no intuito único de fornecer uma rápida prestação jurisdicional.

E esse caráter inovador da Lei Maria da Penha, revela-se mais ainda, quando erige a violência psicológica representada pela vigilância constante ou perseguição contumaz –que vem a ser o tipo subjetivo do crime de *stalking*- como causas de danos à saúde e à autodeterminação.

Conclui-se *de lege ferenda* a necessidade da positivação do crime de *stalking* como forma de resguardar a intimidade da vítima, vulnerada neste direito da personalidade.

REFERÊNCIAS:

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. Violência Doméstica. Salvador: Edições Podivm, 2007.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do Estado,Prefácio da 1ª ed., de 1884,* trad. de Abguar Bastos, Editorial Calvino Ltda., 1.944.

FILHO, Altamiro de Araújo Lima. Lei Maria da Penha Comentada, Leme/SP: Mundo Jurídico. 2007.

FUYO, Fernando, apud CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito civil, Direito de família,* 2ª ed., v.V, t.I, Editora Revista dos Tribunais, 1991.

GARCEZ FILHO, Martinho.*Direito de família, v.I,* Rio de Janeiro, Officina Graphica Villas Boas & Cia., 1929.

HERMANN, Leda Maria. Maria da Penha.Lei com nome de mulher: considerações à Lei nº 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo. Campinas, SP: Servanda Editora, 2007.

JESUS, Damásio E de. Jornal Carta Forense de 1º de junho de 2009, acessado no site: http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=4215 em 15 de setembro de 2009.

LIMA, Alceu Amoroso.*A família no mundo moderno,* Rio de Janeiro, Agir Editora, 1960.

MARANHÃO, Odon Ramos. Psicologia do Crime. São Paulo: Malheiros Editores.2 ed. modificada. 1993.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Direito de família,* 33ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1996.

PESSOTI, Isaias. A loucura e as Épocas. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus,* São Paulo, Livro XIX, Biblioteca de Cultura Cristã, Editora das Américas S/A, 1964.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

---

[1] Cf. GARCEZ FILHO, Martinho.*Direito de família, v.I,* Rio de Janeiro, Officina Graphica Villas Boas & Cia., 1929, p.21, que diz : "O homem ao nascer se acha preso pelas relações de família, visto que pelo fato de nascer cria direitos e obrigações para com os seus progenitores. Assim, nascendo o indivíduo tem uma família e nela figura numa posição secundária e temporária até a maioridade. A família, verdadeira fonte de seus mais importantes direitos, tem su desenvolvimento pela ordem natural das coisas. Assim é que, procedendo constitue, com os filhos, pequenas parcelas de famílias, que, por sua vez, vão organisando novas famílias, desenvolvendo-as e multiplicando-se."

[2] FUYO, Fernando, apud CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito civil, Direito de família,* 2ª ed., v.V, t.I, Editora Revista dos Tribunais, 1991, pp.18-19, que pontifica: " Um só ser é incapaz de reproduzir e perpetuar a espécie.Exige um indivíduo do sexo oposto. A idade, por outro lado, é óbice para a obtenção de coisas elementares nos primeiros anos do individuo, desde o nascimento e lactância, até a infância, a puerícia e mesmo a adolescência. Para superar tais deficiências, não é próprio nem conveniente procurar de qualquer modo a outra metade sexual em forma de faltar-lhe o sentido de união estável e regida por sentimentos superiores; nem obter a criança, educação e estabelecimento do novo ser por concorrência de estranhos, aos quais faltará naturalmente a compreensão e a ternura.Essas funcões exigem um organismo natural, próximo, íntimo, afetivo.Este organismo adequado, capaz de salvar as deficiências naturais do ser humano ... é a família."

[3] Cf. LIMA, Alceu Amoroso.*A família no mundo moderno,* Rio de Janeiro, Agir Editora, 1960, p. 26, que diz: "A família não é um fruto da sociedade.É a semente da sociedade.(...) Há, pois, uma subordinação global da sociedade inteira e de todos os seus grupos e membros componentes à família, por ser o grupo fundamental, o grupo inicial, o grupo medida de todos os grupos.Todos os demais grupos sociais - a escola, a empresa econômica, a nação e o Estado, a comunidade internacional, a própria Igreja (...), todos dependem da família, pois é a esta que lhes fornece o elemento sem o qual nenhum deles existiria: o homem."

[4] SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus,* São Paulo, Livro XIX, Biblioteca de Cultura Cristã, Editora das Américas S/A, 1964, cap. XVI, p.15, que apregoa: " A família humana constitui o inicio e o elemento essencial da sociedade.Qualquer inicio

tende para um fim da mesma natureza, e qualquer elemento tende para a perfeição do conjunto de que esse elemento é parte.É evidente, por isso mesmo, que a paz na sociedade deve depender da paz na família e que a ordem e a harmonia dos governantes e dos governados brotam diretamente da ordem e da harmonia que nascem da direção criativa e da resposta que nascem da direção criativa e da resposta proporcionada no seio da família."

[5] Cf. ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do Estado,Prefácio da 1ª ed., de 1884,* trad. de Abguar Bastos, Editorial Calvino Ltda., 1.944, p.12., que assim se manifesta sobre a importância da familia na questão da produção: " (...)os elementos determinantes na história são a produção e a reprodução da vida imediata. Por sua vez, esta é de duas espécies. De um lado, produção dos meios de existência de objetos servindo à nutrição, vestimento, moradia e utensílios que eles exigem; de outro lado, produção de seres humanos, propagação da espécie.**As instituições sociais, sob as quais vivem os homens de uma época qualquer e de qualquer país são condicionados por duas formas de produção: pelo estado de evolução em que se encontram, de um lado; o trabalho, e de outro, a família**."

[6] Cf. GARCEZ FILHO, Martinho.*Direito de família,...,* cit., p.28, que diz: " Não pode haver família perfeita senão aquela em que o homem e a mulher vivam numa perfeita igualdade de direitos e de consideração moral: só assim podem existir o amôr e a harmonia conjugal, elementos indispensáveis na constituição e educação de uma família, digna desse nome. A união dos sexos não é somente um ato de necessidade para o homem e para a mulher, mas, a imperiosa conservação do genero humano. E esta união de sexos, conforme os preceitos e regras estabelecidos pela sociedade é o que se chama casamento."

[7] Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Direito de família,* 33ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p.1, que pontifica: "Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação.Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social."

[8] DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p14.

[9] FILHO, Altamiro de Araújo Lima. Lei Maria da Penha Comentada, Leme/SP: Mundo Jurídico. p. 25.

[10] CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. Violência Doméstica. Salvador: Edições Podivm, 2007. p176.

[11] Obra citada, p. 41.

[12] Obra citada, p. 49.

[13] HERMANN, Leda Maria. Maria da Penha.Lei com nome de mulher: considerações à Lei nº 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo. Campinas, SP: Servanda Editora, 2007.

[14] PESSOTI, Isaias. A loucura e as Épocas. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994. p. 21.

[15] Obra citada, p. 93.

[16] Obra citada,p. 93 e 146.

[17] SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p.33 e 35.

[18] MARANHÃO, Odon Ramos. Psicologia do Crime. São Paulo: Malheiros Editores.2 ed. modificada. 1993. p.78.

[19] Obra citada, p. 88-89.

[20] JESUS, Damásio E de. Jornal Carta Forense de 1º de junho de 2009, acessado no site: http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=4215 em 15 de setembro de 2009.

A SOLIDARIEDADE COMO ELEMENTO DE INTEGRAÇÃO SOCIAL: ALGUNS APORTES ACERCA DA VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE*

SOLIDARITY LIKE AN ELEMENT OF SOCIAL INTEGRATION: SOME SUBSIDIES ABOUT VIOLENCE AND CRIMINALITY

Josiane Petry Faria
Eliane Fontana

RESUMO

A proposta deste estudo não busca no dogmatismo a resposta para a crise de integração social, caracterizada pela violência e agressividade entre os indivíduos, mas propõe que o princípio da solidariedade – que começa a ser realçado nos estudos contemporâneos – seja uma nova sustentação teórica e também prática diante da realidade mundial, é apenas uma proposta inicial de um caminho cujo percurso se mostra longínquo. Os significados socialmente padronizados contêm sentidos incompletos e valores encobertos, incapazes de expressar uma ação em sua plenitude, trazendo percalços à harmonia social. Imprescindível, portanto, o comprometimento que vá além dos discursos, onde os níveis de ações solidárias sejam aceitáveis, de modo que se reconheça no outro a necessidade de ação coletiva.

PALAVRAS-CHAVES: CRIMINALIDADE. INTEGRAÇÃO SOCIAL. SOLIDARIEDADE. VIOLÊNCIA.

ABSTRACT

This study's proposal does not search in the dogmatism the answer for the social integration crisis, characterized by the violence and aggressiveness between the individuals, but it considers that the beginning of solidarity - that starts to be enhanced in the contemporaries studies – as a new theoretical and also as a practical sustentation ahead of the world reality, is only an initial proposal of a path whose trajectory seems to be distant. The socially standardized meanings contain incomplete directions and hidden values, unable to express an action in its fullness, bringing difficulties to social harmony. Essential, therefore, is the commitment that goes beyond the speeches, where the levels of solidary actions are acceptable, so that to recognize in the other the necessity of collective action.

KEYWORDS: CRIMINALITY. SOCIAL INTEGRATION. SOLIDARITY. VIOLENCE.

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

No presente estudo parte-se da sociedade contemporânea e a crise de solidariedade existente na qual as restrições aos direitos fundamentais apresentam-se como contexto e origem da violência e da criminalidade, onde os indivíduos se mostram desagregados. Diante da crise de solidariedade que se apresenta, todo estudo que direcione possibilidade de se vivenciarem as finalidades constitucionais, dentre elas a solidariedade, apresenta certo otimismo, mesmo que ainda muito se tenha de andar para que tal proposta seja uma real concretização do ideal coletivo.

A proposta reside em analisar, de maneira rápida, a crise de solidariedade, as diferenças e imbricações da agressividade e da violência, o princípio da solidariedade nas faces normativa e valorativa. Busca-se, descobrir se é possível defender uma maior efetividade dos direitos sociais com sustentação no princípio da solidariedade, enquanto valor a ser disseminado em sociedade e base de interpretação jurídica no intuito de promover a integração social e a conseqüente redução da violência e criminalidade.

SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E CRISE DE SOLIDARIEDADE

As questões mais apuradas[1] trazidas pela evolução da vida em sociedade fazem parecer impossível prever os múltiplos acontecimentos sociais na atualidade[2]. E de fato o é, já que não se pode adivinhar as transformações no mundo da vida, sobretudo na sociedade marcada pela desagregação, distante da *mesmidade* e do *círculo aconchegante* como refere Baumam[3], preferindo a fugacidade e velocidade das relações, marcadas pelo consumo.

Assim, na perspectiva de reverter o processo criado pelo consumo exagerado, considerado um valor na atualidade, Baumam descreve a dificuldade de a comunidade se solidarizar e, assim, disseminar os ideais de humanização e relevância nas causas coletivas, "os valores intrínsecos dos outros como seres humanos singulares (e assim também a preocupação com eles por si mesmos) estão quase desaparecendo de vista."[4]

Com o intuito de encontrar na origem o porquê da necessidade de laços humanos, Fromm, em sua obra *Ter ou ser?*, leciona que o desejo humano de experimentar união com os outros tem raízes nas condições específicas de existência que caracterizam a espécie humana e é um dos mais fortes motivadores da conduta humana.[5] Pela combinação de mínima determinação instintiva e pelo desenvolvimento máximo da capacidade racional, os seres humanos perderam a unidade original com a natureza. Para que não se veja completamente isolado – o que, de fato o condenaria à loucura – o homem necessita encontrar uma nova unidade: com os semelhantes e com a natureza. Os estudos de Fromm tornam-se relevantes quando se depara com a necessidade de o indivíduo colocar-se na vida social, em desenvolver-se socialmente, já que o isolamento não constrói a maturidade do homem em relação aos demais, como já dito, nem com a natureza que o envolve.

O nascimento de um ponto de equilíbrio tanto da sociedade como Estado é no sentido de enfrentar a crise social, com a construção de relações humanas mais sólidas, bem como um comprometimento maior do Poder Judiciário no enfrentamento das questões sociais com equilíbrio, respeitando os valores e princípios norteadores do Estado Democrático[6]. No entanto, não há como fugir do equilíbrio lúcido das receitas orçamentárias, bem como do patamar – sempre particular - da dignidade em cada caso

em voga, todavia enfrentar a falta de recursos em detrimento à satisfação de todos demonstra ser uma função cada vez mais complexa. De um lado, o reconhecimento aos direitos fundamentais expõe a garantia igualmente distribuída; de outro, a realidade econômica desequilibrada, situação multiplicada pela atual crise econômica mundial.

É tarefa não só do Estado, mas também da sociedade, para que ganhe força a mudança de atitude e se reescrevam os caminhos segundo princípios comuns:

No momento da ação todos devem ser concordes e solidários porque no fluir da discussão se foi formado um acordo tácito e todos se tornaram responsáveis pelo insucesso. Só se pode ser intransigente na ação se na discussão se foi tolerante e os mais preparados ajudaram os menos preparados a acolher a verdade, e as experiências individuais foram colocadas em comum, e todos os aspectos do problema foram examinados, e nenhuma ilusão foi criada.[7]

O ideal comum é esperado na abordagem de uma proposta que receba de maneira otimista a noção de cooperação. Assim, o trecho acima reforça as considerações de que é necessária uma recepção da sociedade e do Estado para que haja novas maneiras de interpretar a ciência jurídica, ainda mais quando a perspectiva futura seja desgarrada de regras predeterminadas pelo ordenamento.

Enfim, notória a crise social, que se pode chamar de crise de solidariedade nesse Estado – emoldurado no artigo 1º da Constituição Federal e como conseqüência tem-se a violência e a criminalidade como manifestação do isolacionismo dos sujeitos.

CRIMINALIDADE, AGRESSIVIDADE HUMANA E VIOLÊNCIA

A respeito da definição de crime adotada no Brasil, tanto Dotti[8] entendem que, por conseqüência do caráter dogmático do Direito Penal, o conceito de crime no Brasil é essencialmente jurídico, segundo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto–Lei n. 3.914/41. Ao contrário de leis antigas, o Código Penal vigente não define crime, deixando a elaboração de seu conceito à doutrina nacional que estabelece como elementos do crime, a tipicidade a antijuricidade e a culpabilidade, que de certa forma estão relacionadas entre si, sendo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior. Essa divisão facilitaria e racionalizaria a aplicação do direito, supostamente para garantir segurança contra arbitrariedades e as contradições que freqüentemente poderiam ocorrer. [9] Todavia, essa visão do crime fornecida pelo direito penal não atende a complexidade do fenômeno criminal.

Portanto, além de um fenômeno social, o crime é na realidade, um episódio na vida de um ou mais indivíduos e repercute na comunidade. Não podendo, contudo, ser dele destacado e isolado, nem mesmo ser estudado em laboratório ou reproduzido.[10] Atualmente, não se pode ter o crime como um conceito único e imutável. Cada crime

tem a sua história, a sua individualidade; não há dois que possam ser considerados perfeitamente iguais.

A história é marcada, para o direito penal, pela atuação do homem, em princípio, não como ser social, mas como uma criatura dotada de grande agressividade, para garantir sua própria sobrevivência diante de outros seres, humanos ou não.[11] Assim, foi largamente entendido como uma conduta agressiva,[12] porém não com a mesma interpretação que se tem hoje. Portanto, antes de ser abordado no que consiste o crime, torna-se importante falar o sentido da palavra agressão e, desde já, não se deve tê-la como sinônimo de violência[13] (pelo menos não na antiguidade).

Através de pesquisas realizadas por Winnicott[14], acerca da evolução do homem, constatou-se que a capacidade, quanto à conduta agressiva, decorre do desenvolvimento próprio do ser humano, a qual lhe indica o melhor caminho para busca do alimento, a fim de garantir a sua sobrevivência, aguçando-lhe o sentido da preservação. Esse sentido o estimulou a desenvolver estratégias de auto-proteção. Inicialmente as armas, criadas conforme consta o registro histórico, passaram a ser usadas contra predadores de outras espécies, depois contra animais que viviam ao redor dos homens e, por fim, para agredir indivíduos da mesma espécie.

Geralmente costuma-se confundir agressão com a violência. Muitos autores usam como expressões, sinônimos. No entanto, Bleger[15] explica que a agressão é um comportamento adaptativo que resulta numa forma ativa de enfrentar as condições ambientais para o próprio desenvolvimento da pessoa e seus pares. Quanto à violência, é um comportamento destrutivo dirigido contra membros da mesma espécie, em função de sentimentos de inveja pela dificuldade de ver outras pessoas se desenvolvendo.

Há muito se tem discutido sobre a existência de um comportamento inato na manifestação da agressividade. Discussões acerca da natureza da agressividade humana fazem parte da discussão entre os pesquisadores. A questão recai no fato da agressividade ser considerada instintiva, considerando o homem mau por natureza e que herdou sua agressividade de seus antepassados pré-históricos; ou se não é inata, sendo parte do homem e manifestada como qualquer outro tipo de comportamento.

Freud afirma que a agressividade é uma manifestação consciente do instinto de morte. Clarence Darrow, jurista norte-americano, afirma que por sua própria natureza o homem é um animal predador. Lorenz, um dos fundadores da Etologia junto com Tinbergen, é partidário da teoria da agressividade inata. Dart, diz que os ancestrais animais do homem eram carnívoros, predadores e canibais e que, assim como nos arquivos da história humana, desde as primeiras inscrições egípcias até a recente Segunda Guerra Mundial, o homem revelou esse hábito predatório, essa sede de sangue. William Golding, através de seu romance *Lord of the Flies* (O Senhor das Moscas), procurou incutir na cabeça de muitas pessoas, principalmente estudantes, que os seres humanos são intrinsecamente perversos. Erich Fromm, fala da existência de dois tipos de agressividade filogeneticamente programada e comum aos animais e aos homens, de que são exemplos os impulsos de atacar ou fugir, quando interesses vitais estão ameaçados. O outro tipo é a agressividade maligna e não tem origem na adaptação biológica, sendo que esse foi observado mais claramente no comportamento de homens como Hitler, Goebbels, Stalin e outros, sendo comum apenas nos seres humanos, surgindo de suas condições de existência.[16]

Ao contrário desses que consideram o homem como um primata socializado e caçador que se organiza em grupos, segundo o princípio de territórios, Bleger[17] não aceita a visão da agressividade inata, argumentando que o entendimento da agressão humana inata é mera analogia com o comportamento dos animais inferiores. Afirma ainda, que os seres humanos são capazes de manifestar qualquer tipo de comportamento, não só de agressividade, mas também de bondade, crueldade, sensibilidade, egoísmo, sendo-lhe possível tanto matar, como socorrer. O comportamento agressivo é só mais um e qualquer explicação do comportamento humano deve incluir todos os comportamentos e não apenas um deles. Explica ainda que o comportamento de um ser humano em qualquer circunstância não é determinado apenas por seus genes, se bem que exista uma contribuição genética importante; mas sim, pelas experiências que acumula ao longo de sua vida em interação com esses genes. Ensina que o sistema nervoso central após o nascimento da criança é influenciado desde logo pelo contato com o meio ambiente. A interação cérebro-meio ambiente se processa nos primeiros minutos após o nascimento. O desenvolvimento morfológico real do cérebro depende dessa estimulação ambiental.

Fernandes e Fernandes[18] explica que, apesar de existir uma contribuição genética para qualquer forma de comportamento, não é absolutamente verdadeiro que o comportamento específico dos seres humanos seja determinado apenas geneticamente. O homem não é só o inato, é também o adquirido.

Contemplando este pensamento Bleger[19] ensina que as condutas do ser humano são influenciadas por fatores biológicos, ambientais, psicológicos e econômicos, sendo que todos estes fatores influenciam para que a pessoa manifeste a agressividade para garantir sua sobrevivência e seu desenvolvimento ou se torne uma pessoa violenta, trazendo prejuízos para si e para a coletividade. Neste sentido o homem não nasce nem bom, nem mal.[20] O homem apenas nasce e na medida em que suas necessidades básicas são atendidas o seu desenvolvimento saudável é garantido, caso contrário a hostilidade contra o ambiente vai se desenvolvendo tornando-se uma pessoa violenta.[21]

As penas e as medidas de segurança[22] apresentam inúmeras diferenças e semelhanças, mas apesar disso fazem parte do gênero sanção penal, ou seja, resposta jurídico-penal do Estado à criminalidade, importando para sua aplicação a ocorrência de fato qualificado como crime, com relevância jurídica e social, ou seja, capaz de causar comoção.

Concomitante a isso, importa dizer que ambas significam violação de direitos fundamentais dos seus destinatários e na hipótese de sua necessidade, devem obedecer inelutavelmente às garantias constitucionais.[23] [24] Tem-se que essas respostas jurídico-penais, além de violar direitos fundamentais tem o condão de etiquetar[25] o sujeito sobre o qual recaem, ou seja, o rotulam diante do próprio sistema penal, mas principalmente e sobretudo esse estigma passa a existir em sociedade, fruto da própria conduta excludente das demais pessoas da comunidade, resultado da fragmentação social, ou melhor, da crise de solidariedade. Dessa forma, a sociedade se manifesta rivalizada, de um lado vítima e vítimas em potencial e de outros autores de crime e supostos autores futuros – isso decorrência de juízo e condenação social prévia.

Assim, a criação rotineira e progressiva de tipos penais e o recrudescimento das penas ao invés de reduzir as estatísticas de crime e violência, na verdade contribuem e muito para agravar ainda mais a crise social, provocando mais estigmas e com isso a percepção do outro enquanto inimigo social desmerecedor de integração, fortalecendo o círculo vicioso da violência, como origem e resposta para a criminalidade. Nesse ponto, ressurge a solidariedade como elemento normativo e valorativo a possibilitar a integração entre os membros da comunidade, entre autor do delito e vítima.

SOLIDARIEDADE: PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E VALOR SUBSTÂNCIA

Cuida-se de fatores de ordem social, bem como de fenômenos de cunho econômico e político que influenciam a demanda de segurança social, melhor dizendo, insegurança social propícia para desenvolvimento da violência e da criminalidade. Disso dirigiu a discussão longínqua da função estatal enquanto limitador dos padrões sociais, associado ao emprego do princípio da solidariedade como garantidor da sustentabilidade dos direitos sociais restritos.Verifica-se que, mesmo que se compensem os direitos sociais prestacionais - foco das restrições - através de um esforço reestruturado e com vistas ao esgotamento de possibilidades para sua efetivação, mesmo que se garantam a primeira e segunda dimensões de direitos, perdurará o desequilibro do Estado – a chamada "crise do Estado Social"[26] - por conta da ausência de solidariedade nas relações humanas. O excessivo individualismo, desencadeado, principalmente, pelo processo econômico da globalização, distanciou ainda mais os cidadãos de uma realidade solidária.

Nesse lanço, nunca é demais lembrar que, embora possam ser gozados na dimensão individual[27], os direitos fundamentais devem ter a sua defesa potencializada na esfera coletiva[28] imbuídos na idéia de solidariedade[29]. Os direitos fundamentais são normatizações necessárias[30] para que se possam afirmar os direitos do homem enquanto cidadão, protegido do poderio do *homem pelo próprio homem*, embora algumas liberdades garantidas pela conquista histórica desses direitos tenham desencadeado profundas transformações sociais aos povos ocidentais, pois não havia cadência no cuidado da situação do homem numa dimensão coletiva.

Com o propósito de adentrar nos aspectos relevantes da solidariedade em prol de uma efetiva realização dos direitos fundamentais, promovendo o meio adequado para disseminação do sentimento de união, de igualdade. Para isso, é mister a trajetória descrita por Baggio de solidariedade como instrumento-substância para uma adequada prestação jurisdicional, ou seja, a solidariedade, ao mesmo tempo em que é instrumento, serve como objetivo último (substância) para uma decisão imbuída de valores solidários, em contraponto às conflitantes situações da sociedade contemporânea. [31]

Explica o autor

O "instrumento-substância" da solidariedade está situado, então, no nível dos princípios, em um senso geral (entendidos aí, princípios e valores), em nosso ordenamento jurídico. E colocado, em função da necessidade de reação hodierna a crise de solidariedade ou fraternidade em um ponto dentre os mais elevados na região onde gritavam esses

princípios fundamentais, em face à sua função fundamental nessa reação. (grifos do autor)[32]

A maior utilidade deste instrumento-substância, explicado na obra de Baggio, é a usualidade dos princípios e valores, aqui entendido também o valor solidariedade, a serviço de uma jurisdição compromissada com a realidade, ciente da crise de solidariedade.[33] A solidariedade surge para otimizar esse processo de integração. O que se persegue é o equilíbrio das relações sociais, que pode - e deve - ser restabelecido também pelo Poder Judiciário, se não como alento às agruras causadas pela crise de solidariedade desencadeada pelo mundo econômico[34] desenfreado, principalmente, pela finalidade primeira constante na Constituição pátria em seu artigo 3º, que propõe a construção de uma sociedade justa e solidária.

Complementando, Warat concebe a solidariedade[35], e a dignidade, como as duas dimensões éticas fundamentais, na construção de uma sociedade. Vale citar:

A solidariedade é uma forma fundamental de reclamo. Ela nos coloca diante do conteúdo mais nobre de nosso compromisso com os socialmente excluídos e existencialmente desaparecidos. A solidariedade representa um estar junto dos oprimidos, participando comprometidamente em suas lutas transgressoras [..] Quando se pratica a solidariedade, está-se reconhecendo a existência do outro como diferente, está aceitando-o sem pretender narcisisticamente fusioná-lo com o modelo de homem que o imaginário instituído produz como fantasia tanática.[36]

Há uma preocupação acima do valor jurídico, no tocante à solidariedade, que é a necessidade de toda a sociedade firmar-se em ações solidárias a fim de contribuir – cada qual a seu modo – para a construção de uma teia não individualista. Então, contemporaneamente tem-se na solidariedade um valor que se expressa não apenas na relação indivíduo-sociedade, mas sobretudo na relação indivíduo-indivíduo, como se extrai do texto:

A preocupação do jurista não se dirige a apenas ao indivíduo, mas à pessoa tomada em relação, inserida no contexto social. A pessoa humana, como bem supremo do Direito, não é um elemento abstrato, isolado, dotado de plenos poderes, com direitos absolutos e ilimitados. A coexistencialidade implica que se assegure não só o pleno desenvolvimento da pessoa individual, mas, simultaneamente, que as demais pessoas com as quais o indivíduo está em relação também possam ter esse desenvolvimento, de forma solidária. A pessoa tem o dever social de colaborar com o bem do qual também participa, ou seja, deve colaborar com a realização dos demais integrantes da comunidade[37]

O autor resume que a solidariedade traz a socialização do direito, ou melhor, a atuação solidária, de maneira geral, realiza funções sociais que costumam constar em políticas públicas[38], se tornando, dessa maneira, política pública. Assim, o excesso de individualismo que transformou o homem contemporâneo é fruto de uma não-recepção das condutas solidárias - expressadas desde o final do século XIX – ao longo dos tempos, provocando uma padronização nas ações do indivíduo e uma ausência de trejeitos para com a necessidade de visualizar a coletividade.

Gramsci foi além na questão do individualismo, destacando o conformismo social, desenvolvido pela crise na sociedade civil:

Tendência ao conformismo no mundo contemporâneo mais extensa e mais profunda que no passado: a padronização do modo de pensar e de operar assume extensões nacionais e talvez continentais [...] O homem coletivo atual, ao contrário, se forma essencialmente de baixo para cima, baseado na posição ocupada pela coletividade.[39]

A ligação do conformismo, dos pensamentos uniformizados e da posição do homem enquanto ser coletivo com a solidariedade encontra guarida principalmente na ausência de concretização das garantias sociais e no conseqüente descrédito da sociedade diante da situação. A busca da realização de uma finalidade constitucional é também o ideal democrático proposto ao Estado[40], mas que jamais a realizará sem o apoio e a integração da comunidade consciente de sua condição de ser humano e de suas funções sociais.

Por fim, a solidariedade, vista como um atributo moral pode fazer muito pelo desenvolvimento social, todavia há de ser levantada amplamente em todos os setores da sociedade organizada. Não há de se realizar, qualquer valor de solidariedade se não houver receptividade, responsabilidade e senso de equilíbrio para a sua opção, completamente desvinculada de métodos ou obstáculos puramente formais que embaracem a usualidade desse princípio.

Em derradeiro, tanto o valor-solidariedade, projetado para que haja uma referência solidária nas decisões e nas ações, quanto o conhecimento-emancipação ou, mesmo, o instrumento-substância - descritos como alguns dos pressupostos levantados pela doutrina como capazes de serem parâmetros ao reconhecimento valorativo da solidariedade – tornam-se necessários na medida em que a solidariedade não é mais um aparato estatal[41] para se exigir desenvolvimento social, mas, sim, um contributo moral constante na Constituição atual, que necessita se construir em preceito usual de todos os setores da sociedade a fim se rechaçar o excesso de individualismo e buscar a realização equilibrada das relações sociais, minimizando, com isso a violência e a criminalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se que não há como administrar políticas públicas desligando-se da situação economicamente fragilizada em que se encontra o país e o mundo. É incoerente aceitar o direito divorciado das mazelas da realidade social e, também, distante das ciências[42] que auxiliam no entendimento do ordenamento numa perspectiva tolerante e audaciosa. A urgência em proteger os direitos fundamentais e, com isso a comunidade, deve-se ao perfil mutável e plural da sociedade e por se reconhecer na democracia que a transformação para um Estado de Direito se deu pela transformação da sociedade como um todo, com força cogente para tal mudança, em nome do equilíbrio social.

Todavia, diante da realidade de desarmonia social, questiona-se, freqüentemente, se a agressividade pode levar ao crime, porém verifica-se que essa é uma manifestação como qualquer outro sentimento humano. Não poderá jamais ser entendida como a violência, eis que diferentes. A primeira é um comportamento adaptativo que resulta numa forma ativa de enfrentar as condições ambientais para o próprio desenvolvimento da pessoa e seus pares. Quanto à segunda, é um comportamento destrutivo dirigido contra membros da mesma espécie, em função de sentimentos de inveja pela dificuldade de ver outras pessoas se desenvolvendo.

Desse modo, para a ocorrência da criminalidade, pode haver outras causas, sendo uma delas – talvez a principal - a interação do indivíduo com o meio e quando essa interação é muito prejudicada, pela falta de implementação dos direitos fundamentais e agravada pela falta de acolhimento, isto é, rejeição, pode gerar a quebra do vínculo e a identificação do outro apenas enquanto inimigo, sendo que o convívio se torna inviável pelo incremento da violência como forma de contato, reação com os demais.

Nesse ponto, surge o valor da solidariedade, administrado com o auxílio de um verdadeiro processo interpretativo - que resgate a importância de outras ciências para enriquecer o conhecimento da realidade social -, tem o condão de minimizar a instabilidade contida no Estado Social e Democrático de Direito e de otimizar a prática de padrões mínimos de justiça social. Objetiva não a inclusão, pois de nada resolve incluir indivíduos em comunidade desagregada, pretende a solidariedade a integração social capaz de receber os diferentes sujeitos que dela fazem parte.

Aproximando-se do final, é importante realçar que o *norte* a ser traçado para que o princípio da solidariedade seja a força impulsionadora – junto aos demais princípios constitucionais – de um ordenamento realizador dos direitos fundamentais previstos só será efetivamente concretizado se aliado a um processo pujante no campo interpretativo. A Constituição deve ser entendida como uma unidade importante, cujo conteúdo estabelece os princípios necessários para a convivência harmoniosa do homem enquanto ser social e não como oponentes, a fim de que a aproximação possibilite o controle da agressividade de modo que não se transforme em violência gerando a criminalidade.

REFERÊNCIAS

ANYJAR, Lolita Castro. Inseguridad y control. *Revista Capítulo Criminológico*. Volumen 18-19, Universidad de Zulia, Venezuela, p. 17-32, 1990.

BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição e previdência em tempos de crise de solidariedade (alguns pressupostos para uma prestação jurisdicional adequada). *Revista de Direito Social*, Porto Alegre: Nota Dez, ano VII, n. 25, p. 11-108, jan./mar. 2007.

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

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. *Globalización*: consecuencias humanas. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica, 1999.

_____. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BIGOLIN, Giovani. A Reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n.53, p.49-69, maio/set. 2004.

BLEGER, Jose. *Psicologia da conduta.* 2. ed. Porto Alegre: Martins Fontes, 1989.

CASTRO, José Fernando de. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 117, p. 149-166, jan./mar. 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 20. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: renovar, 2001.

FERNANDES, Norberto.; FERNANDES, Victor. *Criminologia integrada***.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* Nascimento das prisões. Petrópolis: Vozes, 1998.

FROMM, Erich. *Ter ou ser?* 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

GRAMSCI, Antonio. *Poder, política e partido*. Sader, Emir. (Org.). Tradução de Eliana Aguiar, 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2005.

LUISI, Luiz. *Dos princípios constitucionais penais***.** 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

REALE, Miguel. *O direito como experiência* (introdução à epistemologia jurídica). São Paulo: Saraiva, 2003.

RIVAS, Liliana Amanda. Inseguridad Ciudadana: problemas sociales, respuestas penales. *Revista II Congresso de Sociologia Jurídica,* Universidad de Córdoba, Córdoba, p. 37- 58, 2002.

STRECK, Lênio Luis; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. In*:* Anuário 2007, n.4, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito*: o sonho acabou, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. II.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

WINNICOTT, D. W. *Delinqüência e privação*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

ZAFFARONI, Raul Eugenio**.** *Criminologia*: aproximación desde um margen. Bogotá: Temis, 1988.

ZAFFARONI, E. R. PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro.* Parte geral. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZIFFER, Patrícia. *Medidas de seguridad:* pronósticos de peligrosidad em derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

---

[1] Ainda mais quando o rol de direitos – na realidade democrática em que se vive - amplia-se em favor do cidadão.

[2] À medida que os tempos tornam complexos os laços de convivência, com atributos tecnológicos e virtuais para as pessoas interagirem, mais simples são as fórmulas estudadas para solucionar os conflitos humanos. A hermenêutica filosófica somente no século passado veio trazer perspectiva "humana" ajustada à realidade no processo interpretativo, quando permitiu que "as coisas mesmas" fossem descritas no processo interpretativo. É um avanço, porém, de função simples, já que é a descrição da realidade contida no universo da compressão, imiscuída na interpretação, porém isenta de intermediações metodológicas.

[3] BAUMAN, Z**.** *La globalización*: consecuencias humanas. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica. 1999, p. 90.

[4] BAUMAN, Z. *Amor líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p 96.

[5] FROMM, E. *Ter ou ser?* 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976, p. 111.

[6] Para Warat, não existe democracia sem dignidade; a democracia é o espaço político da dignidade, referência que vem a calhar com o princípio da solidariedade, que, reconhecidamente, é um reclamo à efetivação dos direitos do homem. WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito*: o sonho acabou, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. II, p. 389.

[7] GRAMSCI, Antonio. *Poder, política e partido*. Sader, Emir. (Org.). Tradução de Eliana Aguiar, 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2005, p. 137.

[8]DOTTI, R. A. *Curso de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 191.

[9] ZAFFARONI, E. R. PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro***.** Parte geral. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 286.

[10] ANYJAR, L. C. Inseguridad y control. *Revista Capítulo Criminológico*. Volumen 18-19, Universidad de Zulia, Venezuela, p. 30, 1990.

[11] FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. Nascimento das prisões. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 24.

[12] FOUCAULT, M. *Vigiar e punir***.** Nascimento das prisões. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 170.

[13] BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 29.

[14] WINNICOTT, D. W. *Delinqüência e privação*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

[15] BLEGER, J. *Psicologia da conduta.* 2. ed. Porto Alegre: Martins Fontes, 1989, p 65.

[16]FERNANDES, N.; FERNANDES, V. *Criminologia integrada.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.120-130.

[17] BLEGER, J. *Psicologia da conduta.* 2. ed. Porto Alegre: Martins Fontes, 1989, p. 211.

[18] FERNANDES, N.; FERNANDES, V. *Criminologia integrada.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.136.

[19] BLEGER, J. *Psicologia da conduta.* 2. ed. Porto Alegre: Martins Fontes, 1989, p. 211.

[20] ZAFFARONI, R. E. *Criminologia*: aproximación desde um margen. Bogotá: Temis, 1988.

[21] WINNICOTT, D. W. *Delinqüência e privação*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 48.

[22] Sabido é que, as medidas de segurança destinam-se aos inimputáveis (aqueles sem capacidade de culpabilidade) e por exceção aos semi-imputáveis que necessitem de uma tutela especial, por meio de tratamento. Já as penas destinam-se aos imputáveis e aos semi-imputáveis, neste último caso com uma relevante diminuição em face da diminuta capacidade de culpabilidade, comentada anteriormente. Enfim, a decisão baseia-se, atualmente, na culpabilidade que é um princípio de ordem constitucional, demonstrando a supremacia da responsabilidade penal subjetiva sobre a objetiva.[22] Como se observa as penas fundamentam-se na culpabilidade do sujeito e as medidas de segurança repousam na sua periculosidade, devendo ser a ela proporcionais. Então, as primeiras centram-se no fato já ocorrido, visualizando o passado enquanto as segundas vislumbram a personalidade do agente numa expectativa futura.[22] Ziffer comenta que as penas afinam-se com as idéias da escola clássica voltando-se para o delito e as medidas de segurança se aproximam da escola positiva, que sob a influência do Darwinismo, centraliza-se na pessoa do criminoso.[22] De um ponto de vista formal, as penas encontram amparo no Brasil, na Teoria Mista, isto é, com ênfase na idéia retributivo-preventiva, mesclando a intenção de retribuir o mal com o mal, no sentido de castigo, com um aspecto de inibição da ocorrência do delito novamente, tanto em relação ao sujeito sobre quem recai a pena quanto em relação a sociedade, que observando a sua aplicação se desestimularia a repetir a conduta violadora do bem jurídico tutelado.[22] De outro lado, as medidas de segurança, sedimentam-se sobre os pilares da prevenção somente, no intuito de prevenir novas infrações penais e a cura do destinatário. Desse modo, as primeiras cessam com a extinção da punibilidade do agente, seja pelo término do prazo fixado na sentença[22], seja pela expiração do tempo previsto em benefício ou ainda na existência de anistia, graça ou indulto. Já as medidas de segurança têm o fim delimitado por elementos subjetivos, eis que quando aplicadas não prevêem o termo final, ficando a critério de exames anuais até o momento em que for descrito, por profissionais especializados, a cessação da periculosidade. Este elemento não se apresenta preponderante para o término da punibilidade, no caso das penas, em razão da sistemática marcadamente retributiva. DOTTI, R. A.. *Curso de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 622;[22] ZIFFER, P. S. *Medidas de seguridad***:** pronósticos de peligrosidad em derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 354.

[23] PALAZZO, F. C. *Valores constitucionais e direito penal:* um estudo comparado. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989, 60.

[24] LUISI, L. *Dos princípios constitucionais penais***.** 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 147.

[25] BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999., p. 159-181.

[26] O Estado Social seria aquele Estado que garantisse renda mínima, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todos os cidadãos não como caridade, mas como direito político STRECK, L L; MORAIS, J. L. B. de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. In*:* Anuário 2007, n.4, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 142. Todavia, a estrutura que pudesse dar garantia às questões sociais era frágil, já que a lei era instrumento de acesso, não de transformação, além de que situações históricas agravaram a garantibilidade de um Estado Providência. Com o Estado Democrático de Direito, mantêm-se os ideais sociais, mas a ordem jurídica passa

a impor a modificação da estrutura, principalmente porque a lei, para o Estado de Direito, é produto de mudança do *status quo*.

[27] Enquanto patrimônio jurídico pertencente a toda a sociedade.

[28] Garantir as prestações contidas na Constituição sob a forma de direitos requer um aparato completo de controle de gastos por parte do Estado, bem como normas que assegurem tais prestações positivas. O fato de as normas constitucionais serem dotadas de eficácia aumenta ainda mais a determinação do Estado perante a realização dos direitos sociais.

[29] CORREIA, M. O. G. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 117, p. 151, jan./mar. 2005.

[30] Tendo em vista ser a sociedade mutável, plural e desigual vivida num Estado Social Democrático de Direito, os direitos, tal qual descritos na Constituição, são normatizações necessárias.

[31] Explica-se que o instrumento-substância idealizado pelo autor toma corpo como *norma*, que *vincula*, ou melhor, como uma ação que não pressupõe um resultado correto ou idealizado, permitindo ao deslinde da ação, muitas possibilidades, dependendo do caso concreto envolvido e da conseqüente realidade social estabelecida na questão. BIGOLIN, G. A Reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n.53, p. 80, maio/set. 2004.

[32]BIGOLIN, G. A Reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n.53, p. 84, maio/set. 2004.

[33] BIGOLIN, G. A Reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n.53, p. 82, maio/set. 2004.

[34] A descrição resumida trazida por Sarmento é bastante adequada para este espaço: "A globalização econômica é o resultado vertiginoso de um processo histórico muito provavelmente irreversível, que desacelerou vertiginosamente nas décadas finais do milênio que se encerra [...] vivemos em um mundo menor – mas nem por isso mais hospitaleiro e acolhedor – , onde o que ocorre a milhares de quilômetros, fora dos limites do nosso Estado, pode influenciar, em tempo real, a nossa vida cotidiana" SARMENTO, D. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. *Anuário direito e globalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Talvez tenha sido justamente a globalização - e seus reflexos nas relações sociais - que provocou o resgate urgente do princípio da solidariedade, haja vista ser o seu oposto a vazão mais forte do fenômeno globalizante.

[35] Naturalmente, o ambiente para que se abrigue – se expanda – a solidariedade como sustentáculo do social, em termos de direitos, é imbuído de filosofia[35] na interpretação, mormente o fato de constar como veículo nesse trabalho a hermenêutica filosófica. Na citação abaixo trata-se de práticas jurídicas no universo da

solidariedade:O direito de solidariedade é um conjunto de práticas jurídicas vistas como espaço fático, valorativo, normativo e cognitivo, no qual procura-se fazer a articulação entre o direito e o social sem nenhuma relação de causalidade ou de reflexo. Busca-se uma perspectiva de imanência e de estratégia cognitiva capaz de permitir a superação das clivagens cristalizadas no direito CASTRO, J. F. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 5.

[36] WARAT, L. A. *Epistemologia e ensino do direito*: o sonho acabou, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. II, p. 388.

[37] FACHIN, L. E. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: renovar, 2001, p. 50.

[38] Reale explica que a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social, sendo o direito, ele próprio, uma política pública; disso se extrai que nas políticas públicas estão contidas as orientações acerca das funções sociais que recobrem a sociedade. REALE, Miguel. *O direito como experiência* (introdução à epistemologia jurídica). São Paulo: Saraiva, 2003.

[39] GRAMSCI, A. *Poder, política e partido*. Sader, Emir. (Org.). Tradução de Eliana Aguiar, 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2005, p. 105.

[40] A eleição de uma hermenêutica acolhedora cuja linguagem é tida como razão de existir do processo interpretativo parece ser acertada, uma vez que busca a verdade por meio das pré-compreensões que o intérprete desde sempre já possui do mundo. Tais pré-juízos se perfazem pela da linguagem e ampliam o movimento das relações sociais. Diferentemente, a clássica hermenêutica propõe a linguagem como mecanismo de busca de uma verdade já contida na lei, desinteressada na realidade trazida pelo intérprete.

[41] Para melhor compreender faz-se inspirada a citação de Dallari quando coloca “a incompreensão de que o Estado é um todo dinâmico, submetido a um constante sistema de tensões, mas ao mesmo tempo uma ordem, que permite novas criações sem anular os resultados já obtidos, tem sido desastrosa para a liberdade humana e a justiça social” DALLARI, D. de A. *Elementos de teoria geral do estado*. 20. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 109, ou seja, o Estado, ao mesmo tempo em que é sinônimo de organização social, é um conjunto de esforços na busca pela realização social.

[42] Apenas para lembrar, a filosofia e a sociologia são veículos que aproximam o operador do direito do entendimento das mutações sociais. A sociedade se modifica e o direito precisa de dinamismo para realizar as mudanças igualmente necessárias, sobretudo pelo fato de o cidadão ser o titular dos direito fundamentais e o papel dos poderes é protegê-los de qualquer tentativa de diminuição.

CRIMES DA GLOBALIZAÇÃO*

GLOBALIZATION CRIMES

Letícia de Souza Baddauy

RESUMO

O presente trabalho insere-se no campo do Direito Penal Econômico. Trata dos crimes da globalização, entendendo-se estes como resultantes da chamada criminalidade econômica, que, embora não seja produto exclusivo da globalização, tem-se mostrado crescente no mundo globalizado, devido ao fato de a globalização favorecer em muito o poder econômico e a mobilidade internacional do capital, propiciando a prática mais intensa e freqüente de crimes econômicos. Primeiramente, o trabalho analisa o fenômeno da globalização e sua relação com o Direito. Em seguida, analisa especificamente a criminalidade econômica, apontando diretrizes para o combatê-la. Constitui trabalho que pretende mais levantar questionamentos que apresentar soluções definitivas. Conclui pela necessidade de adaptação do Direito Penal à nova realidade da globalização para o combate eficaz da criminalidade econômica, sem o abandono de seus princípios garantistas conquistados nos últimos séculos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO PENAL ECONÔMICO. GLOBALIZAÇÃO. DIREITO PENAL E GLOBALIZAÇÃO.

ABSTRACT

This work was developed within the Economic Penal Law area. It deals with globalization crimes seen as result of economic criminality, which, although not an exclusive product of globalization , has increased in the globalized world since it strongly favors economic power and international mobility , thus promoting an intense and more frequent practice of economic crimes. Firstly, the work discusses the globalization phenomenon and its relation with Law. Next, it analyzes economic criminality in special, presenting guidelines to fight it. The objective of this work is more to raise questions than to present definitive answers. It concludes that the adaptation of the Penal Law to the new globalization reality is needed to fight economic criminality efficiently without abandoning its guaranteeing principles conquered in the last decades.

KEYWORDS: ECONOMIC PENAL LAW. GLOBALIZATION. PENAL LAW AND GLOBALIZATION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para o presente trabalho foi a criminalidade econômica perante a globalização. O título do trabalho, Crimes da Globalização, refere-se a essa criminalidade, que, embora não seja produto exclusivo da globalização, tem-se mostrado crescente no mundo

globalizado, devido ao fato de a globalização favorecer em muito o poder econômico e a mobilidade internacional do capital, propiciando a prática mais intensa e freqüente de crimes econômicos.

Esclarecemos desde logo que deixaremos de aprofundar-nos na conceituação de *globalização* e *criminalidade econômica*. Um aprofundamento conceitual exigiria uma monografia para cada um dos termos, como, aliás, já existem várias. Partimos, portanto, de características de ambos os fenômenos que são aceitas pela maioria dos estudiosos, que entendemos serem passíveis de adoção para os fins deste trabalho.

Na primeira parte será feita uma abordagem do fenômeno da globalização, destacando suas principais características e problemas, demonstrando sinteticamente como o Direito, especialmente o Direito Penal, está sendo por ela afetado. A globalização é um fenômeno plural, que atinge fortemente as várias áreas do conhecimento. O Direito tem sofrido profundos questionamentos face ao processo globalizante. Os tradicionais dogmas do direito positivo dos diversos ordenamentos, bem como os métodos de solução de conflitos jurídicos, já não têm sido suficientes para a pacificação social. A globalização tem demandado uma grande desregulamentação e deslegalização, pondo em xeque normas e princípios até então pacificamente aceitos. Por outro lado, o sistema penal tem sido excessivamente utilizado, fazendo proliferar as normas penais, em uma questionável tentativa de solução através do Direito Penal dos conflitos sociais agravados pela globalização. Nesse sentido, a utilização do Direito Penal como *ultima ratio* encontra-se ameaçada, a nosso ver colocando em perigo os princípios garantistas do Direito Penal e do Processo Penal necessariamente vigentes em um Estado Democrático de Direito.

Na segunda parte, será tratada especificamente a criminalidade econômica e sua relação com a globalização, levantando-se os principais questionamentos enfrentados hoje pelo Direito Penal nessa área e algumas alternativas de soluções. A globalização proporciona um terreno fértil para a prática de crimes contra a ordem econômica, devido à intensa mobilidade do capital. Tais crimes preocupam a sociedade, pois são de difícil verificação e julgamento e causam grandes prejuízos sociais. O estudo da criminalidade econômica é de grande importância e atualidade, pois:

Pela dimensão dos danos materiais e morais que provoca, pela sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, pela sua aptidão para criar defesas frustrando as formas de luta que lhe são dirigidas, a criminalidade económica é uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada (DIAS; COSTA ANDRADE, 1998, p. 320).

As alternativas para o combate à criminalidade econômica apresentadas não pretendem ser definitivas, levando-nos a apresentar como conclusão apenas algumas constatações que consideramos de relevância para esse tipo de estudo.

Encerrando a apresentação, esclarecemos que se trata de uma discussão mais ao nível filosófico que ao nível dogmático, analisando-se o impacto da globalização no âmbito do Direito Penal, buscando-se com isso dar uma pequena contribuição para os inevitáveis e frutíferos debates que no atual momento histórico estão acontecendo, através do questionamento sobre os rumos que poderão ser tomados pelo Direito Penal Econômico.

O MUNDO GLOBALIZADO E AS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO

Conforme expusemos, o presente trabalho não comporta um aprofundamento na conceituação de globalização. Esse fenômeno é altamente complexo, podendo-se afirmar que qualquer conceito seria incompleto e insatisfatório, inclusive porque a globalização pode ser analisada sob os mais variados aspectos. Para os fins de nossa análise, exporemos a seguir algumas das principais características da globalização, concentrando-nos em seu aspecto que consideramos de maior relevância, o econômico, pois é a globalização econômica que gera e influencia a globalização política, cultural, jurídica etc.

Atualmente, a chamada globalização tem ocupado um espaço enorme nos debates acadêmicos, nos diálogos políticos, na mídia, enfim, em toda a sociedade mundial contemporânea. Sabemos, porém, que o processo de globalização não é novo. O homem há tempos busca expandir suas áreas territoriais de atuação e domínio. Silva Franco (2000, p. 104) coloca a questão de maneira bastante pertinente ao destacar as denominadas *ondas de mundialização*[2] ocorridas neste milênio.

A globalização não é um fenômeno de uma única face. É sim um fenômeno complexo, multifacetado, plural, que envolve aspectos culturais, sociais, políticos, institucionais, jurídicos etc. Mas é preciso reconhecer que, sobretudo, a globalização é econômica.

A globalização caracteriza-se pela trasnacionalização dos mercados, pela mobilidade extrema dos capitais, pela alteração da noção de tempo e espaço trazida pelo incrível avanço da informática e das telecomunicações, pela fragmentação da produção, para citarmos alguns de seus aspectos mais relevantes.

É certo também que a globalização é um fenômeno irreversível. Todavia, sua irreversibilidade não pode implicar, como tem acontecido, uma postura acrítica, aceitando-se seus efeitos como imperativos intransponíveis, com os quais só nos resta conformarmo-nos.

Os personagens principais desse quadro são os grandes conglomerados transnacionais. São essas empresas que concentram atualmente o capital. Demonstra isso, por exemplo, o faturamento de algumas empresas transnacionais, que chegam a superar o Produto Nacional Bruto de alguns países (FARIA apud MORAIS, 2000, p. 439).

Talvez a conseqüência mais notória da globalização seja o enfraquecimento do Estado-nação. Veja-se que ocorre justamente o contrário do que ocorreu nas outras *ondas de mundialização*, em que os Estados fortaleceram-se enormemente. Atualmente, o Estado, com as tradicionais características a ele associadas, especialmente a soberania, constitui um *entrave* ao processo globalizador. Houve um esvaziamento da soberania e da autonomia dos Estados nacionais (FARIA apud CELLI JUNIOR,1999, p. 53). Nesse contexto, o discurso neoliberal tomou proporções bastante significativas e, servindo aos donos do capital, praticamente derrubou o Estado Providência, ou Estado do Bem Estar Social (*Welfare State)*, que, preocupado em garantir a seus cidadãos direitos sociais e igualdade, mergulhara em uma crise fiscal, que ainda perdura em diversos países. O neoliberalismo apresentou-se como se fosse a única saída para a crise político-econômica que o mundo atravessava com a referida

crise fiscal e o esgotamento do modelo socialista, ou mesmo social-democrata. Crise, aliás, que se renovou recentemente, a partir do final do ano de 2008, mas agora talvez como esgotamento do próprio modelo neoliberal, tendo em vista que suas soluções, ou tentativas de, envolveram grande intervenção estatal.

O atual modelo capitalista especulativo não está preocupado com a produção. Assim, o desemprego no Estado neoliberal é estrutural. Como bem coloca Chauí (1999, p. 29):

O desemprego tornou-se estrutural, deixando de ser acidental ou expressão de uma crise conjuntural, porque a forma contemporânea do capitalismo, ao contrário de sua forma clássica, não opera por inclusão de toda a sociedade no mercado de trabalho e de consumo, **mas por exclusão** (grifo nosso).

Além disso, o modelo de divisão do trabalho também mudou. Hoje temos uma divisão internacional, graças à flexibilização das antigas plantas industriais rígidas (Taylor, Fayol e Ford). Essa divisão internacional do trabalho dificulta a tomada de consciência do trabalhador como classe, facilitando, em contrapartida, a redução e enfraquecimento de seus direitos sociais. A mobilidade das indústrias permite que os empresários barganhem a instalação de suas fábricas com vários Estados, ou até dentro de um mesmo país, possibilitando-lhes grandes vantagens fiscais, trabalhistas, ambientais, entre outras. Perde o Estado, perde o trabalhador, perde o meio ambiente, enfim, perde a sociedade.

Diante de todo esse quadro, a concentração do capital atinge níveis jamais vistos.

A lógica da competitividade foi elevada ao nível de imperativo natural da sociedade. Ela faz perder o sentido de 'viver juntos', do 'bem comum'. Enquanto isso, a distribuição dos lucros da produtividade se faz em benefício do capital e em detrimento do trabalho, o

custo da solidariedade é considerado insuportável e o edifício do Estado de bem-estar é implodido (RAMONET, 2000, p.17).

Assim, indivíduos sem-oportunidade, sem-emprego, sem-teto, sem-terra, sem-saúde, sem-educação formam a massa dos socialmente excluídos. No atual modelo, de alta tecnologia e sobra de mão-de-obra, sequer interessa aos donos do capital a exploração dos demais. O antigo explorado hoje é excluído, deixou de ter importância para o sistema, é descartável.

Face ao exposto, destaca-se nesse trabalho o interesse pela globalização como padronizadora de posturas e regras de comportamento e enfraquecedora do poder estatal. "Como parte significativa dessas regras de comportamento é balizada por normas jurídicas estatais, ou seja, por normas de direito produzidas pelo estado - e não de maneira universal - impõe-se naturalmente a reflexão acerca da repercussão da globalização no campo do Direito" (DALLARI, 1998, p. 17).

Com o nível de complexidade atingido pela sociedade globalizada, o Direito já não é capaz de regular e controlar a sociedade e a economia apenas através de seus instrumentos tradicionais e de suas soluções homogêneas. O direito positivo vem perdendo sua capacidade de ordenar e conformar a sociedade e os mecanismos processuais já não conseguem eficazmente dirimir conflitos. Conhecemos o Direito até hoje basicamente como produto do Estado. Entretanto, com o enfraquecimento do Estado e o aumento da velocidade dos negócios internacionais, vem aquele perdendo sua capacidade regulamentadora. Na medida em que as barreiras geográficas são superadas economicamente, as leis materiais e processuais dos Estados, concebidas para atuarem dentro de limites territoriais, perdem a efetividade. Surgem e adquirem cada vez maior importância os mecanismos paraestatais de solução dos conflitos e a normatividade autoproduzida pelos conglomerados empresariais, que criam suas próprias regras de funcionamento e seus próprios princípios de atuação. No mundo inteiro são adotadas estratégias de desregulamentação, gerando um pluralismo de ordens normativas. Assim, a globalização prega uma reforma do ensino jurídico, das leis, dos processos judiciais. Embora transformações no paradigma do direito positivo sejam necessárias, a referida reforma tem sido apregoada de forma a adaptar o sistema jurídico aos interesses do mercado mundial (SILVA, 1998, p. 81). O modelo que se tenta impor aos países periféricos no plano jurídico, assim como no econômico e político, é o modelo dos países centrais, especialmente dos Estados Unidos. Algumas tendências, elencadas por Silva (1998, p.84-85), merecem ser ressaltadas: a) a preferência por padrões legais anglo-saxônicos, devido a sua rapidez, pragmatismo e flexibilidade, em contraposição ao formalismo, rigidez e lentidão dos padrões romano-germânicos; b) o destaque dado ao Direito Privado, que rege as relações ente as empresas, em detrimento do Direito Público; c) o enfraquecimento do Direito do Trabalho, face à nova divisão internacional do trabalho.

Todavia, com relação ao Direito Penal, o processo tem sentido inverso. É assustadora a proliferação de leis penais. Enquanto assistimos a uma desregulamentação e deslegalização nas outras áreas do Direito, as normas penais são cada vez em número maior, dificultando o trabalho de todos aqueles que operam o Direito Penal. Face à exclusão social crescente causada pela globalização, obviamente os conflitos e tensões

sociais aumentam, aumentando os níveis de violência[3]. Assim, para atender ao anseio da população incluída, que *compra* o discurso ideológico das elites dominantes e passa a exigir a solução dos conflitos sociais que, na qualidade de incluída, muito a incomodam, o Estado produz leis penais e passa a utilizar o Direito Penal como *prima ratio.* Contudo, o Direito Penal não serve para fazer justiça social. Dessa forma, os valores até então conquistados pelo Direito Penal, ou seja, todas as garantias penais e processuais penais, encontram-se ameaçadas por uma política demagógica, que não soluciona os conflitos (até porque o Direito Penal não tem capacidade de fazê-lo), mas custa pouco e convence a população manipulada pelo discurso legitimante das elites, a quem interessa a existência da massa dos excluídos, pois ela é resultado da extrema concentração do capital. O Direito Penal tem sido utilizado para o desejado descarte desses indivíduos. Entretanto, não podemos permitir que o Direito Penal sirva a isso. Ao contrário,

Aos operadores do Direito caberá a árdua tarefa de defender os princípios e valores que garantem os limites da atuação legítima do Direito Penal, para que tenha somente o objetivo de preservação do homem e de seus direitos, e não a consecução do oposto que aponta para o seu desprezo e conseqüente destruição (CABETTE, 1999, p. 4).

Globalização e Criminalidade Econômica

Sem dúvida a globalização causa sérios impactos em todo o Direito Penal, e não apenas no que se refere aos *crimes dos poderosos.* Todavia, a criminalidade econômica ganha enorme destaque na atual conjuntura, pois a economia é o principal alvo do processo globalizador, e os agentes econômicos, dentre estes destacando-se as empresas transnacionais, seus principais articuladores. O capitalismo especulativo proporciona um terreno fértil para os *crimes do poder econômico.* Nesse contexto, empresários ávidos pela obtenção de lucros de proporções cada vez maiores vêm cometendo diversos crimes que atingem diretamente a economia, causando sérios prejuízos de ordem social.

Como bem sintetiza Silva Franco (2000, p. 120):

De um lado, não se pode deixar de reconhecer que o modelo globalizador produziu novas formas de criminalidade que se caracterizam, fundamentalmente, **por ser uma criminalidade supranacional, sem fronteiras limitadoras, por ser uma criminalidade organizada no sentido de que possui uma estrutura hierarquizada, quer em forma de empresas lícitas, quer em forma de organização criminosa, e por ser um criminalidade que permite a separação tempo-espaço entre a ação das pessoas que atuam no plano criminoso e a danosidade social provocada** (grifo nosso).

E, ainda, Rodrigues (1999, p. 12):

Mas há indicações impressionantes sobre a globalização e sua relação com o mundo do direito criminal. O que se apresenta como novo e verdadeiramente preocupante é **a utilização das lógicas e das potencialidades da globalização para a organização do crime,** permitindo que grupos marginais homogéneos se articulem em rede e adoptem tipos de cumplicidade, solidariedade e hierarquia ou, em qualquer caso, estabeleçam formas de alianças estratégicas baseadas em considerações como a redução do risco, a necessidade de especialização ou o desejo de penetrar em novos mercados (grifo nosso).

Afinal, pode o Direito Penal intervir nesse quadro? De que forma? Necessitamos de um *novo* Direito Penal? Tais questões têm sido colocadas nos estudos do Direito Penal Econômico.

Para subsidiar o combate à criminalidade econômica muitos têm sido os estudos que procuram descrever, analisar e explicar a fenomenologia do Direito Penal Econômico e dessa criminalidade. Mas boa parte dos problemas continua sem solução. As dificuldades dos estudiosos dessa área são muitas. Dentre elas poderíamos destacar a delimitação de seu objeto de estudo. Até o presente momento não temos na doutrina um consenso a respeito de qual seja o objeto do Direito Penal Econômico. Conforme já dissemos inicialmente, não é preocupação principal deste trabalho um aprofundamento conceitual do Direito Penal Econômico, ou da infração penal econômica. Todavia, apesar das inúmeras divergências existentes nesse campo, alguns pontos podem ser fixados como característicos dos crimes econômicos. Existem algumas correntes restritivas, outras, abrangentes. Importa aqui delimitar nossa área de discussão, sem entrarmos nas críticas que se podem fazer a cada um dos critérios de definição da infração econômica, pois que todas, ao menos por enquanto, têm sido passíveis de críticas. A falta de consenso e de precisão já podem ser percebidas nas várias expressões utilizadas para referir-se a esse tipo de crime, algumas das quais já propositadamente utilizamos acima: crimes econômicos, crimes dos poderosos, crimes do poder econômico, crimes do colarinho branco, crimes corporativos (*corporate crimes*) etc. Todas as expressões referem-se ao mesmo tipo de criminalidade, cujas características principais serão colocadas a seguir, em sua relação com os problemas que apresentam para a atuação do Direito Penal.

A. A própria criminalização das condutas antieconômicas já foi bastante discutida. Havia, e ainda há segmentos contrários a essa criminalização, por entenderem que ela causa prejuízos ao desenvolvimento econômico. A criminalização causaria um dirigismo da atividade econômica. A livre iniciativa restaria tolhida, o que é totalmente contrário à economia de mercado. Criminalizar condutas referentes às atividades econômicas, como por exemplo atividades desenvolvidas em gestão de empresa, não levaria em conta que a atividade do empresário é de risco. Ele está sempre lidando com riscos em sua gestão, inclusive sujeitando-se ao risco de decidir mal. A criminalização é vista por alguns como uma possível penalização injusta por eventuais más decisões

tomadas pelo empresário, o que imporia uma total falta de criatividade e ousadia em sua gestão, comprometendo o sucesso dos negócios. Disso decorrem os posicionamentos de correntes individualistas e liberais totalmente contrárias à intervenção do Direito Penal na atividade econômica. Entretanto, na realidade, ainda que a globalização busque a não interferência estatal nas atividades econômicas, na sociedade contemporânea não existe uma total não interferência do Estado nessas atividades, ainda que seja justamente para garantir o funcionamento leal da economia de mercado e a confiabilidade nesse modelo. A Constituição do Brasil, por exemplo, estabelece como princípios da ordem econômica, dentre outros, a livre concorrência e a livre iniciativa (artigo 170). Também em seu artigo 173, § 4º, estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

B. Por outro lado, é verdade que a hipercriminalização não traz redução em criminalidade de nenhuma natureza. Conforme foi dito, o Direito Penal positivo parece andar na contramão das outras áreas do Direito diante do fenômeno da globalização. Enquanto assistimos à desregulamentação nas outras áreas, as leis penais proliferam. O problema notado é que tais normas acabam atingido somente os excluídos. Servem para aliviar algumas tensões sociais, que são em número cada vez maior na atual ordem mundial. Mas pouco atingem a criminalidade econômica, praticada pelos *poderosos*, os donos do capital, este *senhor* da globalização. Não queremos dizer com isso que devam ser editadas inúmeras leis criando tipos penais referentes às infrações econômicas. Ao contrário, a proliferação legislativa e o aumento das penas têm função apenas simbólica.

Entendemos que algumas condutas antieconômicas merecem ser criminalizadas, pois lesam a sociedade e não se justifica que, sendo de grande lesividade e desvalor, seu tratamento seja diferente daquele dado à *criminalidade violenta*. Porém, defendemos o recurso a outras formas de regulamentação, deixando somente para as condutas mais graves o tratamento penal. Na Europa, o direito de mera ordenação social tem sido utilizado para punir condutas antieconômicas sem relevância penal. No Brasil, as sanções não penais semelhantes estariam no âmbito do Direito Administrativo. Essa área de atuação do Direito é chamada de Direito Administrativo Sancionatório, apresentando-se como uma ordem eficiente para o controle e punição das condutas antieconômicas, entre outras, pois utiliza sanções pecuniárias e de interdição da atividade do empresário e da empresa, o que os atingem de maneira bastante prejudicial a suas atividades. Também existem ações de natureza civil em vários ordenamentos com finalidade indenizatória dos danos causados pela conduta antieconômica. No Brasil, tem-se a Ação Civil Pública[4], que pode levar a uma condenação indenizatória de danos causados (ao Erário, por exemplo, em se tratando de má gestão de empresa pública.) Acrescente-se que a legitimidade ativa para sua propositura é ampla, incluindo-se associações civis, como também acontece em outros países, e que essa espécie de ação permite uma maior atuação das instâncias de controle não formal da criminalidade econômica. Nesse sentido, o Direito Penal deve ter um caráter subsidiário no combate às infrações econômicas.

Nesse cenário de intensa produção normativa, falta ao ordenamento de diversos países uma sistematização das leis penais referentes aos delitos econômicos. Na Europa, muitos países já têm buscado essa sistematização. O excesso de leis e a falta de sistematização dificultam o trabalho de controle tanto das instâncias formais como das

informais. Essa hipercriminalização e desorganização geram muitas vezes, na consciência da coletividade, a sensação de total falta de eficiência do sistema.

C. Também de grande relevância é a tipificação dos delitos econômicos. Na mesma tendência hipercriminalizadora comentada acima, na área do Direito Penal Econômico, em vários países, têm sido criados tipos abertos. A explicação para tanto se encontra na extrema dificuldade de verificação da ocorrência da infração antieconômica. A fronteira entre o lícito e o ilícito nessa seara muitas vezes é bastante tênue. Os mecanismos de atuação do agente são extremamente sofisticados, tanto que alguns autores referem-se a uma *criminalidade de inteligência.* Assim, o tipo aberto permite com maior facilidade que a conduta criminosa possa ser caracterizada, permitindo que as instâncias formais de controle, que não a lei, caracterizem a ocorrência de crime. No ordenamento brasileiro encontramos, por exemplo, na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro (Lei nº 7.492/86), em seu artigo 4º, o seguinte tipo:

Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena - reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos e multa. Temos aqui um típico exemplo de perigo de punição do administrador que atuou lidando com os riscos inerentes à sua atividade. O conceito de gestão temerária é vago, impreciso. O administrador nem sempre tem consciência a priori de que possa estar agindo temerariamente. Na verdade, não se sabe pelo tipo referido o que vem a ser gestão temerária, o que é muito ameaçador para quem lida com os riscos de gestão de uma instituição financeira. "Todos sabemos que **os tipos abertos representam caminho livre para o arbítrio e para a negação da segurança jurídica"** [...] (MALHEIROS FILHO, 1999, p. 5, grifo nosso).

Seguindo o mesmo raciocínio, podemos afirmar que outro cuidado a ser tomado pelo legislador é quanto à criação da modalidade culposa de crimes econômicos, que entendemos ser inadmissível para vários tipos, devido sempre aos riscos inerentes à atividade empresarial, o que dificulta ou mesmo impossibilita a averiguação da imprudência, imperícia ou negligência do agente.

Além dos tipos abertos, a antecipação da tutela penal também tem sido utilizada na tentativa de combate à criminalidade econômica. Ora, é sabido que o Direito Penal atua *tardiamente.* Quando o Direito Penal é aplicado, o dano já ocorreu. Para tentar inibir a prática de crimes econômicos, tem-se utilizado também de maneira temerária a criação de crimes de perigo, mormente de perigo abstrato. Levando-se em conta o que já foi exposto sobre a atividade empresarial, esse tipos representam mais uma ameaça às garantias individuais do gestor da empresa. O alargamento dos tipos ″pode prejudicar a liberdade de iniciativa ou a capacidade e interesse na tomada de decisões pelos administradores ou gestores de empresas″ (CORREIA, 1998, p. 308). Muitas das condutas caracterizadas como crime de perigo no âmbito do Direito Penal Econômico poderiam ser reguladas e sancionadas apenas pelo Direito Administrativo (direito de mera ordenação social), neste caso, sim, podendo-se admitir uma atenuação do princípio da legalidade.

A precariedade e diversidade dos limites, formas e meios de tipificação do ilícito penal econômico (CORREIA, 1998, p. 302), que dão ao Direito Penal Econômico um caráter intimidativo e gerador de incerteza, devem ser veementemente rejeitadas. Não podemos aceitar as graves imperfeições que vêm sendo observadas na tipificação dos delitos econômicos.

D. A prática de crimes econômicos envolve agentes geralmente com grande conhecimento do mundo dos negócios e das transações internacionais de capital. Esse mesmo domínio técnico, contudo, não costuma ser partilhado pelos órgãos de controle da criminalidade econômica. Como as infrações são cometidas em ambientes fechados, sem transparência, através de complexas operações, muitas vezes internacionais, por pessoas que dominam conhecimentos técnicos, através de sofisticados mecanismos, onde a fronteira entre o lícito e o ilícito é sutil, o sistema penal mostra-se desestruturado para o combate a essa criminalidade. Os mesmos conhecimentos das operações econômico-financeiras é necessário aos operadores do Direito Penal. Ademais, é necessário um procedimento especializado para a apuração desses crimes e para a instrução e julgamento dos respectivos processos. É indispensável que as instâncias de controle formal especializem-se, através de um adequado treinamento de pessoal e intercâmbio entre os órgãos ligados à tarefa de combate à criminalidade econômica. Isso já tem sido realizado em diversos países, notadamente na Europa, onde temos como exemplo a *City of London Police*, e Estados Unidos, mas ainda é precário no Brasil. Esse treinamento envolveria especialmente a Polícia Judicária, o Ministério Público e o Judiciário, que precisam manter um contato mais intenso com órgãos da Administração, como os que fiscalizam a arrecadação de tributos.

A qualificação referida, acompanhada de um devido aparelhamento tecnológico, seriam também de grande valia para a superação de um dos grandes problemas dos processos relacionados à criminalidade econômica: a prova. Atualmente, verificamos a enorme dificuldade existente na fase instrutória do processo criminal por prática de delito econômico, o que tem levado inclusive à adoção do instituto, nem sempre bem manipulado, da delação premiada.

E. No cenário sem fronteiras para o capital, tampouco o crime conhece-as. Os crimes econômicos comumente são cometidos em operações internacionais de circulação do capital. O local do crime não existe da maneira como é concebido pelo Direito Penal tradicional. As organizações, tanto lícitas como ilícitas, que participam de alguma forma da conduta criminosa, têm atuação transnacional. Portanto, entendemos que a cooperação internacional é absolutamente indispensável para uma atuação eficaz do Direito Penal no âmbito da criminalidade econômica. Nesse ponto, temos um grave obstáculo. Existem Estados coniventes com a criminalidade econômica que, além de não a punirem, oferecem condições para a realização de lavagem de dinheiro, crime freqüentemente associado a outras condutas também caracterizadas como crime econômico, pois o dinheiro *lucrado* com o crime econômico precisa entrar de forma *lícita* na economia formal. Típico exemplo são os chamados *paraísos fiscais*. Outro crime freqüentemente associado a outras condutas criminosas no âmbito da economia é a corrupção. Como denuncia Rodriguez Devesa (1981, p. 706): "Estados que se dicen civilizados se beneficien de estos delitos cerrando los ojos al origen de los ingressos que tales enemigos del género humano les reportan".

A cooperação internacional no combate à criminalidade econômica, entretanto, ainda não tem expressividade. Mesmo nos blocos econômicos que já possuem uma série de normas legais pertinentes a outras áreas do Direito não existe integração entre os Estados-membros quanto às normas penais e à política criminal relativas à criminalidade econômica. Um tribunal penal internacional que tivesse competência para o julgamento de crimes econômicos de grande lesividade e cometidos *transnacionalmente* também pode ser colocado como alternativa nesse desejado cenário de cooperação internacional no combate à criminalidade econômica, especialmente porque essa criminalidade costuma atuar de forma organizada, quase sempre realizando lavagem de dinheiro, crime que causa enormes prejuízos à sociedade *global*. Evidentemente a idéia de um tribunal internacional é ainda prematura, pois a experiência mundial com esse tipo de Corte é incipiente. O Tribunal Penal Internacional tem competência apenas para julgamento de crimes contra a humanidade, que são tipos penais que tutelam bens jurídicos relativos aos direitos humanos.

F. Também é decisivo para a eficácia do Direito Penal e do Processo Penal uma profunda transformação cultural: que sejam superadas as diferenças de tratamento que os agentes recebem do aparelho repressivo do Estado conforme tenham elevado estatuto social ou sejam socialmente excluídos. A criminologia, desde Sutherland, já se ocupou de demonstrar que os indivíduos que detêm o poder econômico também cometem crimes de grande lesividade, e são justamente eles os principais agentes dos crimes econômicos. O Direito Penal não pode fundamentar-se no agente da conduta, obviamente. Porém, diversos crimes econômicos são crimes próprios de gestores de empresas, e apenas têm *oportunidade* de cometê-los essas pessoas de elevado estatuto social. Ocorre que a política criminal até hoje adotada pelos Estados não se preocupa em efetivamente punir esses agentes[5]. Isso ocorre em todo o mundo. Uma série de fatores (cuja amplitude da discussão extrapola os limites deste trabalho) favorecem a impunidade dos *crimes do colarinho branco*. Logo, a moralização da atuação de todas essas instâncias urge e é imprescindível para o combate à criminalidade econômica. Essa mudança está diretamente relacionada com a conscientização, que se faz necessária, das vítimas dos crimes econômicos. Os *crimes do colarinho branco* na maioria das vezes produzem vítimas de difícil identificação. Toda uma sociedade é lesada por uma fraude fiscal, por exemplo. Todavia, é preciso uma política de conscientização dos indivíduos, que muitas vezes não se apercebem dessa lesividade, importando-se mais com um pequeno furto. Existe uma verdadeira tolerância por parte da sociedade em relação aos crimes econômicos. Isso também porque os bens jurídicos tutelados pelo tipo são supraindividuais. É muito mais fácil para o cidadão aperceber-se da lesão a seu patrimônio individual. Na criminalidade econômica, os valores protegidos não se individualizam, as vítimas são abstratas.

Por outro lado, é comum acontecer a utilização de um *bode expiatório* para a punição dos crimes econômicos. Como é difícil a investigação do crime, há falta de cooperação internacional e muitos dos agentes têm forte poder político, o sistema por vezes encontra algum indivíduo para mostrar à sociedade que está exercendo o *devido* controle penal. As pessoas satisfazem-se, então, com a severa punição de um dos agentes, na maioria dos casos que menor dano causou. Nisso, vemos a utilização do Direito Penal como intimidação, por meio de uma punição aleatória e meramente exemplar, contrariando totalmente a idéia de justiça, servindo de maneira utilitária ao Estado. Por isso, a conscientização da população sobre a lesividade do crime econômico e as verdadeiras formas (hierarquicamente organizada, transnacional) pelas quais é

cometido é essencial para seu verdadeiro controle, evitando o uso do Direito Penal como mero *terror*. É sabido que a severidade da punição não traz resultados no combate à criminalidade. É preciso, sim, a certeza da punição, para fugir-se de um Direito Penal com caráter meramente simbólico.

G. O sistema punitivo adequado ao Direito Penal Econômico é ainda desconhecido. Afirmamos isso porque entendemos que atualmente, em todo o Direito Penal, a punição está em fase de grandes questionamentos. Quais as penas adequadas ao autor do crime econômico? Essa é uma questão de grande dificuldade de resposta para nós, pois na verdade existe uma outra questão ainda maior: quais as penas adequadas a qualquer tipo de criminoso? A resposta a essa indagação foge ao âmbito deste trabalho. Todavia, entendemos que certamente atender aos anseios populares de aprisionar alguns dos *criminosos do colarinho branco* (os *bodes expiatórios*), para se mostrar que os *poderoso também vão para a prisão*, não é a solução, pelas razões já expostas. A pena de prisão, admitindo-se que deve continuar existindo, deve ser utilizada para os fins a que se destina, e não para aterrorizar. As penas alternativas devem ser aplicadas também para os casos de crimes econômicos. Como neles estão envolvidas pessoas de elevado poder aquisitivo, que inclusive enriquecem com o produto de seus crimes, têm-se mostrado adequadas penas como severas multas, proibição de exercício de atividades econômicas e perdimento dos bens produtos do crime. Não se quer dizer com isso que o criminoso econômico não deva ser aprisionado, enquanto os demais devam. Ao contrário, para qualquer tipo de crime, a prisão tem de ser necessária. O que não pode ocorrer, conforme tem sempre ocorrido, é um tratamento privilegiado aos *poderosos* quando chegam a ser aprisionados, costumando até mesmo dirigir seus negócios ilícitos de dentro do presídio. Por esse tratamento privilegiado, verificou-se que o sistema do *sharp short shock* não funcionou, e os agentes continuaram a delinqüir. Poder-se-ia vulgarmente dizer que para eles "o crime compensava", pois o pouco tempo de aprisionamento, com tratamento privilegiado, era um *preço baixo* diante dos lucros obtidos com a prática dos crimes econômicos.

Enfim, a proporcionalidade entre o desvalor da conduta e a reação legal é princípio inafastável do Direito Penal. Conforme defende René Ariel Dotti, citado por Lopes (2000, p. 442), a proporcionalidade da pena revela, por um lado, o interesse da defesa social e, por outro, o direito do condenado em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito. Também esse princípio não pode ser esquecido na ânsia do combate à criminalidade econômica.

A criminalidade econômica tem características próprias que estão a exigir do Direito Penal uma adaptação para seu combate. Entendemos, contudo, que os princípios já conhecidos não podem ser afastados e que essencialmente o Direito Penal não deverá sofrer mudanças em sua principiologia básica, mantendo especialmente a legalidade, a proporcionalidade e a presunção da inocência. Pode-se dizer que se está exigindo um melhor aparelhamento do sistema penal e mudança de postura no combate a criminalidade dos poderosos no sentido de que eles possam ser efetivamente punidos pelos enormes danos que causam.

Conclusão

Formular conclusões a partir de um estudo que praticamente se ocupou de levantar dúvidas é tarefa difícil. Entretanto, dois pontos desta discussão não podem deixar dúvidas.

Primeiro, é preciso que a criminalidade econômica seja verdadeiramente combatida, pois o prejuízo social que se tem sofrido com sua prática é expressivo e intolerável. Se é preciso, repensemos os conceitos, os modelos, os princípios, as políticas criminais. Se o Direito está em transformação, não fujamos dela. Todavia, e aqui temos a outra certeza, sem jamais abandonar as conquistas do Direito Penal em termos de garantias das liberdades públicas e da dignidade humana. É preciso conter, na ânsia de punir os autores de crimes econômicos, a arbitrariedade.

Se impone una revisión en profundidad de las concepciones herdadas del siglo pasado sin que, por supuesto, deba pensarse ni por un sólo instante en abandonar los principios de legalidad y de que no hay pena sin culpabilidad adquiridos tras siglos de dramáticas experiencias, de sangre y de lágrimas" (RODRIGUEZ DEVESA, 1981, p. 704).

Embora ainda não tenhamos encontrado a *fórmula*, entendemos ser possível fazê-lo equilibrando esse dois pontos, desde que se abandone o discurso demagógico, que não se perca de vista que o Direito Penal serve para a tutela de bens jurídicos de grande relevância e é *ultima ratio*, que se deixe de *pedir* ao Direito Penal aquilo que ele não pode oferecer-nos: o céu. Vê-se bem que a questão mesmo transcende o Direito Penal. Fica claro que combater a criminalidade econômica é tarefa que envolve diversos segmentos da sociedade e não apenas os operadores do Direito Penal. A coletividade precisa tomar consciência dos males que sofre com a catarse que realiza ao exigir a rigorosa punição da criminalidade violenta, não se dando conta do quanto é prejudicada pela criminalidade econômica, ou, quando muito, satisfazendo-se com a execração pública de *bodes expiatórios*. Precisamos, nas palavras de Ramonet (2000, p. 17) de "um contraprojeto global, uma contra-ideologia, um edifício conceitual que se possa contrapor ao modelo atualmente dominante".

O mundo hoje realmente tornou-se a famosa *aldeia global.* Sabemos que a globalização trouxe para a sociedade muitos efeitos positivos, sendo para nós o mais importante a difusão do conhecimento e o acesso à informação (embora apenas para os incluídos, pois a Revolução Tecnológica tem-se mostrado extremamente excludente). Falta-nos ainda a Revolução do Conhecimento e da Ética.

Dentro do Direito Penal, e tomando-se ainda as demais Ciências Criminais como um todo, podemos destacar os pontos que entendemos mereçam ser estudados e analisados permanentemente e com profundidade, para que cheguemos a um modelo eficaz e justo no combate à criminalidade econômica:

- 1) utilização do Direito Penal como *ultima ratio*;
- 2) descriminalização das condutas de menor lesividade e desvalor;
- 3) utilização do Direito Administrativo Sancionatório;
- 4) estrita obediência ao princípio da reserva legal, com rigor na descrição dos tipos, evitando-se tipos abertos;
- 5) sistematização das leis penais relacionadas ao crime econômico;
- 6) treinamento e capacitação das instâncias de controle formal;
- 7) efetiva cooperação internacional;
- 8) possibilidade de utilização de um tribunal penal internacional;
- 9) conscientização das instâncias de controle informal;
- 10) adoção de um sistema punitivo adequado.

É evidente que a globalização está produzindo uma série de transformações no Direito que não podem deixar de ser criticamente analisadas. Mas o ser humano está cheio de dúvidas neste terceiro milênio, e com o estudioso do Direito não poderia ser diferente. Assim, permitimo-nos encerrar este trabalho não com uma resposta, mas como a pergunta formulada por Faria (2000, p. 9), que se encaixa com perfeição ao Direito Penal Econômico: "Que tipo ou modelo de direito, afinal, estaria apto a dar conta de tanta mutação, de tanta complexidade e de um sem-número de situações ainda não inteiramente estruturadas e sedimentadas?". Eis o desafio.

REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Direito penal e globalização. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 84, nov. 1999.

CELLI JUNIOR., Umberto. Poder judiciário e globalização. *Revista da Associação dos Juízes Federais*, São Paulo, v. 18, n. 61, p. 51-76, abr./jun. 1999.

CHAUI, M. S. Ideologia neoliberal e universidade. In: Francisco de Oliveira; Maria Célia Paoli. (Org.). *Os sentidos da democracia*: políticas do dissenso e hegemonia global. São Paulo: Vozes, 1999, p. 27-51.

CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal económico. In: *Direito Penal económico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 293-318.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Direito e globalização. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru (SP), n. 23, p. 17-21, ago./nov. 1998.

DIAS, Jorge Figueiredo e COSTA ANDRADE, Manuel. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: *Direito Penal económico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 319-346.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada.* São Paulo: Malheiros, 2000.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Crimes contra o sistema financeiro na virada do milênio. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 83, p. 5-6, out. 1999.

MORAIS, Luís Fernando Lobão. *Liberdade e direito*: uma reflexão a partir da obra de Goffredo Telles Júnior. Campinas: Copola, 2000.

RAMONET, Ignacio. A necessidade da utopia. neoliberalismo. *Revista Caros Amigos*, São Paulo, v. 4, n. 44, p.16-17, nov. 2000,

REIMAN, Jeffrey H. *The rich get richer and the poor get prison:* ideology, class and criminal justice. 6 thed. Needham Heights (MA): Allyn & Bacon, 2000.

RODRIGUES, Cunha. Os senhores do crime. In*: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, v. 9, n. 1, p. 7-29, jan./mar. 1999.

RODRIGUEZ DEVESA, Jose Maria. Sobre la necessidad de una nueva política criminal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, v. 35, n.1/2, p. 699-706, maio/dez. 1981.

SILVA, Tadeu A. Dix. Globalização e direito penal brasileiro: acomodação ou indiferença*? Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 6, n. 23, p. 81-96, jul./set. 1998.

SILVA FRANCO, Alberto. Globalização e criminalidade dos poderosos.*Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 8, n. 31, p. 102-136, jul./set. 2000.

---

[2] Primeira onda: as grandes descobertas marítimas, ou grandes navegações, protagonizadas, em um primeiro momento, por Portugal e Castela, geradoras da Revolução Mercantil (capitalismo mercantilista) e do colonialismo. Segunda onda: as imigrações conseqüentes da superpopulação da Europa, decorrente da Revolução Industrial (capitalismo industrial), geradora do novo colonialismo. Terceira onda: a globalização iniciada na década de 70, possível graças à Revolução Tecnológica, produtora de novo modelo capitalista (capitalismo financeiro) que tem por base não mais a produção, mas sim a especulação, e não conhece fronteiras territoriais.

[3] Destacamos dois pontos: 1. é questionável se esta violência é a maior ou mais grave que a violência de excluírem-se seres humanos da sociedade; 2. são também questionáveis os dados sobre a violência divulgados pela mídia.

[4] Tramita no Congresso Nacional o PL 5139/2009 (Câmara dos Deputados), criando uma nova regulamentação para a ação civil pública.

[5] Reiman (2000) demonstra de maneira clara esta afirmação em sua obra *The rich get richer and the poor get prision.*

SEGURANÇA E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: TRANSFORMANDO OS CONFLITOS POR MEIO DO DIÁLOGO*

SECURITY AND MEDIATION OF CONFLICTS: TRANSFORMING THE CONFLICTS BY MEANS OF THE DIALOGUE

Lilia Maia de Morais Sales
Andrine Oliveira Nunes

RESUMO

Com o crescimento da complexidade das relações sociais e o desenvolvimento do direito, o conceito de acesso à justiça sofreu grandes transformações, e pode ser visto atualmente como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário. Acompanhando essa trajetória, a mediação surge como um método alternativo, consensual e não adversarial de resolução de conflitos, sejam estes no âmbito familiar ou comunitário. Ao analisar as principais ocorrências policiais no estado do Ceará nos anos de 2001 a 2008, coletados pela Coordenadoria Integrada de Operações de Segurança (CIOPS), responsável pelas estatísticas criminais, chamou-nos a atenção o grande número de solicitações para as ocorrências catalogadas como briga de família, embriaguez e desordem, que representavam mais de 50% dos conflitos registrados e se caracterizam como relações continuadas, o que demonstrou a possibilidade de implementação do mecanismo de resolução pacífica de controvérsias, a mediação. Com base nessas considerações, o presente trabalho, que utilizou como metodologia o levantamento bibliográfico sobre o tema mediação de conflitos e segurança pública, associado à pesquisa legislativa, a fim de se averiguar a existência ou não de integração entre os temas, e documental, por meio do levantamento de dados estatísticos colhidos pelo CIOPS, entre os anos de 2001 até outubro/2008, tem por objeto apresentar a mediação como instrumento democrático de resolução de conflitos, acesso à justiça, inclusão e pacificação social.

PALAVRAS-CHAVES: SEGURANÇA; MEDIAÇÃO DE CONFLITOS; DIÁLOGO

ABSTRACT

With the growth of the complexity of the social relations and the development of the right, the concept of access to justice suffered great transformations, and can be seen as requisite basic currently of a modern and igualitário legal system. Following this trajectory, the mediation appears as an alternative, consensual and not adversarial method of conflict resolution, are these in the familiar or communitarian scope. When analyzing the main police occurrences in the state of the Ceará in the years of 2001 the 2008, collected for the Integrated Coordination of Operations of Security (CIOPS), responsible for the criminal statisticians, called us it attention the great number requests for the catalogued occurrences as fight of family, drunkeness and clutter, that represented 50% of the registered conflicts more than and if they characterize as

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

continued relations, what it demonstrated the possibility of implementation of the mechanism of pacific resolution of controversies, the mediation. On the basis of these considerations, the present work, that it used as methodology the bibliographical survey on the subject mediation of conflicts and public security, associate to the legislative research, in order to inquire the existence or not of integration between the subjects, and documentary, by means of the statistical data-collecting harvested by the CIOPS, enter the years of 2001 until october/2008, have for object to present the mediation as democratic instrument of conflict resolution, access to justice, inclusion and social pacification.

KEYWORDS: SECURITY; MEDIATION OF CONFLICTS; DIALOGUE

"As técnicas do Caminho da Paz mudam constantemente; cada encontro é único, e a resposta apropriada deve emergir naturalmente. As técnicas de hoje serão diferentes das de amanhã. Não fique preso à forma e aparência de um desafio. A Arte da Paz não tem forma - pois é o estudo do espírito". (UESHIBA, 2002, p. 13)

Introdução

O Brasil observa na atualidade um agudo quadro de conflitos sociais que se estende por diferentes esferas. Áreas urbanas e rurais, bairros de diferentes classes e até escolas estão sendo palco de agressões físicas e psicológicas quase diárias, gerando uma sensação de insegurança e revolta na população do país.

Alega-se que o problema é agravado com a erosão das instituições que são responsáveis pela formação dos cidadãos e pela segurança de todos. A família, a escola, os órgãos de segurança pública, entre outros, são sempre citados por estarem falhando no cumprimento de suas funções sociais.

Paralelo ao problema da violência que se agrava periodicamente, as autoridades, cobradas pela sociedade, implementam cada vez mais meios repressivos com o objetivo de tentar conter a onda de agressividades que parece incontrolável. Assim, as cidades estão cada vez mais monitoradas por sistemas de fiscalização eletrônica; a polícia está cada vez mais presente nas ruas, mas nem sempre consegue o apoio da população porque esta, algumas vezes, não confia e tem medo de seus membros; as escolas estão sendo vigiadas por meios eletrônicos, protegidas por cercas eletrônicas e detectores de metal e às vezes as agressões ocorrem entre os próprios atores escolares, como professores e alunos. Apesar dessas medidas, a violência ainda é vista e noticiada pela imprensa, tornando urgente se pensar em alternativas inovadoras que possam bem administrar toda essa problemática.

1 A problemática da segurança e a possibilidade da mediação de conflitos

Dentre as questões que desafiam o Estado e a sociedade brasileira nos últimos anos, poucas tendem a ser consideradas mais urgentes e graves do que a segurança pública. A violência e a criminalidade em geral tem-se tornado, principalmente nos entornos das

grandes capitais brasileiras, uma preocupação constante dos cidadãos que vêem seu direito de ir e vir e, em última análise, o direito à vida, ameaçados. Pobreza e ausência de políticas públicas de atendimento às populações mais desfavorecidas se aliam à força do tráfico internacional de entorpecentes e armas, numa combinação explosiva.

A violência definida como qualidade ou ação de violento; constrangimento físico ou moral significa o uso extremo de força, com intenção deliberada de causar dor ou danos corporal, psíquico, emocional, econômico ou cultural a uma pessoa ou a uma coletividade, e caracteriza aquele de caráter violento ou bravio, que age com ímpeto, força, energia; de forma tumultuosa; intensa; irascível; brutal; contrário ao direito e à justiça. Percebe-se, assim, que o agressor possui algum tipo de poder e o utiliza desmedidamente, rompendo a paz e trazendo consequências físicas e/ou psicológicas para as vítimas, existindo o dolo ou a intenção do ato violento. Pode ser direta, quando afeta de maneira imediata o corpo e a consciência dos seres humanos, ou indireta, quando se faz por meio de estruturas de empobrecimento ou de privação de direitos fundamentais.

Teoricamente, as civilizações são quase unânimes no que diz respeito à violência. Na prática, caracterizar um ato como violento significa considerar valores e cultura de um povo. A violência tem-se expressado de várias formas, em diferentes lugares através do tempo, e produzido incalculáveis vítimas. É por este motivo que as soluções para esse problema devem se adequar às peculiaridades de cada local, justificando-se, assim, alguns insucessos de planos de segurança que obtiveram êxito em outros locais e que, quando aplicados no Brasil, não produziram os mesmos resultados.

O Ministério da Justiça apresentou, em 2005, o seu relatório de ocorrências registradas pelas Polícias Civis, relativas a crimes violentos letais intencionais no Brasil, e classificou Fortaleza como a 11ª (décima primeira) capital mais segura do País. Uma excelente posição para a cidade que já é a 4ª (quarta) capital mais populosa da Federação. Porém, estes números não representam o sentimento de segurança vivido pelos fortalezenses, visto que a sensação de sermos assaltados acaba sendo quase tão dramática quanto o próprio assalto.

Uma pesquisa realizada em parceria do Jornal O Povo com o Instituto Ultra Data revela que 65,5% da população de Fortaleza acham que a insegurança é o que mais preocupa na capital (O Povo, 25/05/2005). Mas o que nos inquieta? Por que não nos sentimos seguro?

Ao analisar as principais ocorrências policiais no estado do Ceará nos anos de 2001 e 2002, com a base nos dados coletados por intermédio do telefone de emergência 190, que é gerenciado pela Coordenadoria Integrada de Operações de Segurança (CIOPS), responsável pelas estatísticas criminais, chamou-nos a atenção o grande número de solicitações para as ocorrências catalogadas como briga de família e embriaguez e desordem. Essas duas tipificações somaram juntas 33.270 ocorrências, no ano de 2001, e 36.510, em 2002. Um outro dado significativo foram os aumentos no ano de 2002 dos casos de roubo a pessoa, que teve uma elevação de 26%, e o de uso de drogas, de 62%, comparados ao ano de 2001.

No período de 2004 a novembro de 2006, ao analisar os dados da CIOPS, percebemos que 4 (quatro) ocorrências representavam aproximadamente 63% do total das

solicitações registradas naquela Coordenadoria, quais sejam: desordem, briga de família, embriaguez e desordem, e roubo a pessoa. O que demonstrou a possibilidade de implementação do mecanismo de resolução pacífica de controvérsias, a mediação. Haja vista que os conflitos como: desordem, briga de família, e embriaguez e desordem representam mais de 50% dos conflitos e apresentam-se, além de numerosos nesses últimos anos, decorrentes de relações continuadas, o que caracteriza e propicia a utilização deste meio adequados a soluções por meio do diálogo.

2 A mediação de conflitos

Com base nessas considerações, resta clara a percepção de que a medição é meio hábil para a resolução destes conflitos, por de caracterizar como instrumento democrático de resolução de conflitos, inclusão e pacificação social.

Há mais de três décadas, vêm sendo desenvolvidos no Brasil projetos que tencionam implementar a mediação de conflitos, como meio que objetiva não apenas auxiliar na boa resolução de litígios entre as partes envolvidas, mas bem administrar as relações existentes, para que as pessoas mantenham seus vínculos afetivos e possam construir uma sociedade fundada na paz social.

A mediação é um procedimento consensual de resolução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa, o mediador, imparcial, escolhida ou aceita pelas partes – auxilia na construção do diálogo, age no sentido de encorajar e facilitar a resolução dos problemas. Luis Alberto Warat (1999, p. 5), assim afirma: "... mediação é uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal".

[...] a mediação apresenta-se muito mais como um procedimento do que como uma estrutura. O direito é uma estrutura, a lei é uma estrutura. O objeto da mediação é conduzir a disputa à criação de uma estrutura própria mediante a construção de normas relevantes para as partes, e não apenas adequar a disputa em uma estrutura legal preestabelecida. (SERPA, 1999, p. 145).

[...] uma forma de abordar os conflitos de maneira não adversarial, sustentada pela intervenção de um terceiro imparcial que colabora com as partes, para que elas interatuando, descubram por si mesmas, pela palavra e pela comunicação, os caminhos de transformação de seus desacertos. (WARAT, V. S., 1999, p. 120).

A mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas no conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução de litígios utilizado pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. (SALES, 2007, p. 15).

Por meio da mediação, buscam-se os pontos de convergência entre os envolvidos na contenda que possam amenizar a discórdia e facilitar a comunicação. Muitas vezes as pessoas estão de tal modo ressentidas que não conseguem visualizar nada de bom no histórico do relacionamento entre elas. A mediação estimula, através do diálogo, o

resgate dos objetivos comuns que possam existir entre os indivíduos que estão vivendo o problema.

Na mediação procura-se evidenciar que o conflito é natural, inerente aos seres humanos. Sem o conflito seria impossível haver progresso e provavelmente as relações sociais estariam estagnadas em algum momento da história. Se não houvesse insatisfação, as situações da vida permaneceriam iguais, constantes. Portanto, o conflito e a insatisfação tornam-se necessários para o aprimoramento das relações interpessoais e sociais. O que se reflete como algo bom ou ruim para as pessoas é a administração do conflito. Se for bem administrado, ou seja, se as pessoas conversarem pacificamente ou se procurarem a ajuda de uma terceira pessoa para que as auxilie nesse diálogo, será o conflito bem administrado. Se as pessoas, por outro lado, se agredirem física ou moralmente ou não conversarem, causando prejuízo para ambas, o conflito terá sido mal administrado. Assim, não é o conflito que é ruim, pelo contrário, ele é necessário, a sua boa ou má administração é que será positiva ou negativa.

A premissa de que o conflito é algo importante para a formação do indivíduo e da coletividade faz com que as posturas antagônicas deixem de ser interpretadas como algo eminentemente mau para se tornar algo comum na vida de qualquer ser humano que vive em sociedade. É fruto da convivência e sempre ocorrerá sob diferentes aspectos. Quando se percebe que um impasse pode ser um momento de reflexão e, em conseqüência, de transformação, torna-se algo de positivo.

Em síntese, o conflito, quase sempre tomado como algo negativo, é entendido pela mediação como algo positivo, natural e necessário para o aprimoramento das relações, e sua boa administração representa o caminho para o entendimento e para a harmonia entre as partes.

A mediação, por suas peculiaridades, torna-se um meio de solução adequado a conflitos que envolvam relações continuadas, ou seja, relações que são mantidas apesar do problema vivenciado. Ressalta-se, também, que os conflitos que tratam de sentimentos e situações frutos de um relacionamento – mágoas, frustrações, traições, amor, ódio, raiva – revelam-se adequados à mediação. Isso porque, é nesses tipos de conflitos que se encontram as maiores dificuldades para o diálogo, em virtude da intensidade dos sentimentos. Na mediação, há um cuidado, por parte do mediado, de facilitar esse diálogo entre as partes, de maneira a permitir a comunicação pacífica e a discussão efetiva dos conflitos.

Esse procedimento tem como um de seus principais objetivos a solução dos conflitos. Apesar de sua importância, não deve ser o único objetivo a ser perseguido na mediação de conflitos. Os outros objetivos da mediação, como a prevenção da má administração dos conflitos, que possibilita o tratamento adequado do problema e a mantença dos vínculos afetivos entre as partes é primordial, bem como a busca da inclusão social e da paz social. Nesta perspectiva, verifica-se a mediação como instrumento de promoção da paz social e de diminuição da violência.

3. A construção da paz pelo diálogo

A paz social é entendida como algo que vai além da inexistência de violência física e moral, passando pela necessidade de efetivação dos direitos fundamentais. Não se

alcança a paz em sociedades onde existem fome, altos índices de pessoas em situação de desemprego, realizando trabalhos forçados ou em situação análoga á escravidão, exploração sexual infantil, falta de moradia, baixos níveis de educação e saúde, entre outros graves problemas sociais que interferem no desenvolvimento harmônico e sustentável da sociedade, interferindo na manutenção da paz social.

Ensina-se a paz quando se resolve e se previne a má administração dos conflitos; quando se busca o diálogo; quando se possibilita a discussão sobre direitos e deveres e sobre responsabilidade social; quando se substitui a competição pela cooperação – o perde-ganha pelo ganha-ganha.

A mediação, como forma pacífica e participativa de resolução de conflitos, exige das partes envolvidas a discussão sobre os problemas, sobre os comportamentos, sobre direitos e deveres de cada um – todo esse diálogo realizado de forma cooperativa, fortalecendo o compromisso ético com o diálogo honesto.

Como a prática da mediação estabelece a participação ativa das pessoas na solução de conflitos, passa-se a não somente se discutir sobre questões individuais, mas questões de natureza coletiva também. As experiências brasileiras em mediação, especialmente aquelas realizadas nas periferias dos municípios, têm revelado mudanças de comportamento das pessoas: tornaram-se mais participativas nas decisões individuais e coletivas (luta e conquista de curso de alfabetização para adultos, cursos jurídicos, cursos sobre planejamento familiar, discussões sobre ressocialização da pena ao se receber para auxiliar nos trabalhos administrativos dos centros de mediação pessoas condenadas à prestação de serviços etc.)

Desta feita, a prática da mediação, por incentivar o diálogo entre partes, estimula as pessoas a debaterem não apenas os seus conflitos interpessoais, mas contribui para o empoderamento dessas pessoas a partir do momento em que se sentem sujeitos de direitos e que devem criar ferramentas sociais para reivindicar e efetivar os seus direitos garantidos pelo ordenamento.

Ademais disso, na medida em que se abrem espaços de diálogo, que são os locais onde se realizam as mediações, sejam em instituições privadas ou públicas, disponibiliza-se à sociedade mais um meio capaz e eficaz de resolução de litígios, sendo uma alternativa acessível a todos, ao invés de se buscar a autotutela (fazer justiça com as próprias mãos) ou de não buscar nenhuma solução, o que só agrava o conflito.

[...] a violência, tanto na educação como no conjunto da sociedade, constitui-se como uma forma de expressão dos que não têm acesso à palavra (...). Quando a palavra não é possível, a violência se afirma e a condição humana é negada. Neste sentido, a reversão e a alternativa à violência passam pelo resgate e devolução do direito à palavra, pela oportunidade de expressão das necessidades e reivindicações dos sujeitos, pela criação de espaços coletivos de discussão, pela sadia busca do dissenso e da diferença, enfim, pela mudança das relações educacionais, ainda estruturadas no mandar e obedecer, para uma forma mais democrática e dialógica. (GUIMARÃES, 2004, p. 3).

Nesse contexto, a mediação tentar solucionar e também prevenir a má administração dos conflitos que se desenvolvam na sociedade. Ela se revela importante porque "se presenta como una herramienta que puede aportar a la resolución constructiva de conflictos, en especial en una organización donde sus integrantes se encuentran frente al desafío de convivir todos los días respetando sus diferencias" (Oliveira, 2004).

A resolução construtiva dos conflitos implica em compreender o conflito, como algo natural, simplificando a existência de divergências, facilitando a sua resolução. É a resposta que se dá aos conflitos que os torna positivos ou negativos, construtivos ou destrutivos. A questão é como resolvê-los, se por meios violentos ou não violentos (Guimarães, 2004, p. 2).

Administrar os conflitos, entendendo a possibilidade de ambas as partes saírem vencedoras – ganha-ganha (Bolstad e Hamblett, 2006). Robert Cedar, da Boston University, revisou 26 diferentes estudos de pesquisa sobre a solução de conflitos entre pais e filhos, pelo método ganha-ganha, e mostrou que é significativamente mais bem sucedido do que todos os outros modelos estudados, especialmente porque aumenta a auto-estima e a capacidade de cooperação da criança.(Bolstad e Hamblett, 2006).

[...] redefinir a noção de conflito implica no reconhecimento do mesmo como uma parte da vida que pode ser utilizada como oportunidade de aprendizagem e crescimento pessoal. Considerando-se que o conflito é inevitável, a aprendizagem da habilidade em resolvê-los torna-se tão educativa e essencial quanto a aprendizagem da matemática, história, geografia etc., sendo que, na maioria das ocasiões, as próprias crianças podem resolver seus conflitos de maneira tão adequada quanto com o auxílio dos adultos. (BATTAGLIA, 2004).

A mediação, por meio do diálogo e da escuta ativa, possibilita que as partes exponham o problema, se escutem, se percebam, possibilitando que os envolvidos consigam encontrar a melhor solução para as divergências a partir do reconhecimento do mundo e do sofrimento do outro, ponderando as suas atitudes. Uma técnica fundamental que auxilia a administração pacífica dos litígios é "comprender los sentimientos de la outra parte, interpretar su cultura, entendiendo las diferencias y no considerándolas como deficiências para lograr ponerse en el zapato del otro'" (EiCaMe, 2004).

[...] considerando a escola como instituição que objetiva a educação cultural e social do homem, a mediação escolar se coloca como um convite à aprendizagem e ao aperfeiçoamento da habilidade de cada um na negociação e na resolução de conflito, baseada no modelo 'ganha-ganha', onde todas as partes envolvidas na questão saem vitoriosas e são contempladas nas resoluções tomadas". (BATTAGLIA, 2004).

A mediação se caracteriza por possibilitar a educação em valores, a educação para a paz e uma nova visão acerca dos conflitos. Ada Corti (2004) afirma que não apenas a solução, mas também a prevenção de conflitos é possível na medida em que se entende a mediação como:

[…] un proceso de comunicación y podamos implementarla no como una técnica sino como un método pedagógico, válido para todos los atores sociales: padres, alunos, docentes, directivos, administrativos etc. Basado en la escucha, la aceptación, la

comprensión y el respeto por los miembros de un sistema, donde la diversidad, el otro, tiene cavida y aceptación.

Este enfoque da mediação privilegia a formação participativa da sociedade, incluindo-a nas decisões da comunidade, criando um compromisso social e exercitando a cidadania, em prol da solidariedade e cooperação[1].

Mirta Gómez Olivera (2004) completa, dispondo que "mediar es pacificar, extender la cultura de la mediación en cualquier campo es haber optado por un futuro más humano, más civilizado, de soluciones más duradoras en los métodos de resolver conflictos inherentes a toda vida en sociedad". Concordando com este entendimento, Maldonato (citada por Guimarães, 2004) dispõe que "para construir uma cultura de paz é preciso mudar atitudes, crenças e comportamentos, até se torna natural resolver os conflitos de modo não violento (por meio de acordos) e não de modo hostil".

Nessa perspectiva, e acreditando que a mediação pode contribuir para o desenvolvimento de uma cultura de paz na sociedade, na medida em que valoriza o diálogo, a escuta, a cooperação e a solidariedade entre as pessoas, é que se visualizou a possibilidade de aplicá-la nas comunidades e, consequentemente, em parceria com a segurança pública.

Assim, a mediação comunitária é realizada em bairros das cidades com o objetivo de propiciar o diálogo entre as pessoas que convivem diariamente, solucionando seus conflitos e contribuindo para a construção da paz social. Os mediadores comunitários são geralmente moradores da própria comunidade, que são capacitados por meio de cursos de mediação de conflitos e podem trabalhar voluntariamente ou não, dependendo da instituição à qual estejam vinculados. São vários os pontos positivos da mediação que se pode destacar, como o estímulo ao diálogo positivo entre famílias e vizinhos; incentivo à participação ativa dos cidadãos na solução dos conflitos individuais e coletivos; criação de espaços de escuta; prevenção à má administração de conflitos futuros; destaque à valorização do coletivo em detrimento do individual, buscando sempre a solução de um problema que satisfaça todas as partes envolvidas. A mediação comunitária tem como objetivos (Sales, 2004, p. 135):

Desenvolver entre a população, valores, conhecimentos, crenças, atitudes e comportamentos conducentes ao fortalecimento de uma cultura político-democrática e uma cultura de paz. Busca ainda enfatizar a relação entre os valores e as práticas democráticas e a convivência pacífica e contribuir para um melhor entendimento de respeito e tolerância e para um tratamento adequado daqueles problemas que, no âmbito da comunidade, perturbam a paz.

Ademais, a mediação comunitária é democrática porque estimula a participação ativa das pessoas na solução de conflitos, permite o acesso à justiça por parte dos hipossuficientes e propicia a inclusão social quando deixa que eles busquem por eles mesmos a solução de seus problemas.

A parceria com a segurança pública deve se dar, partindo do pressuposto da existência de conflitos conseqüentes de relações continuadas e que podem terminar em delitos, sob

a proposta da polícia cidadã, isto é, em espaços onde há a participação ativa de agentes de segurança pública – as polícias civil e militar, avaliando os tipos de conflitos enfrentados pela sociedade para verificar se a mediação configura instrumento adequado para prevenir a má-administração desses conflitos (caso haja demanda em questões familiares e de vizinhança, por exemplo).

4. O fortalecimento dos vínculos entre a polícia e a sociedade para uma segurança inclusiva

Diariamente, os jornais escritos e televisivos veiculam notícias de violência que assustam o país. Ações de grupos organizados, chacinas, assaltos, violência familiar e entre vizinhos, violência nas escolas, entre várias outras. Esses fatos não estão restritos apenas aos grandes centros, mas à quase totalidade das cidades brasileiras e gera um sentimento de grande insegurança entre todos os brasileiros, que se trancam nas pequenas fortalezas nas quais transformaram suas casas e sentem medo de transitar normalmente pelas ruas.

As Polícias, Militar e Civil, órgãos do Estado responsáveis pelo policiamento repressivo e preventivo, agentes de segurança pública, muitas vezes encontram dificuldades no desenvolvimento de seu *mister* em face do medo e da desconfiança causados por alguns poucos profissionais corruptos que prejudicam a imagem desses profissionais. Essa barreira invisível criada entre os agentes da segurança pública e a população dificulta a cooperação entre eles no sentido da realização de denuncias, na cooperação para o bom desenvolvimento de ações de segurança que objetivem prevenir e reprimir a violência atualmente existente.

O estigma negativo que às vezes acompanha a ação dos policiais, como violentos, agressivos, corruptos, autoritários, contribui para criar barreiras de comunicação e confiança entre esses profissionais e a população (Costa, 2004).

Bengochea e outros (2004, p. 119) questionam a possibilidade de uma polícia diferente em uma sociedade democrática. Para eles, essa possibilidade passa por alguns eixos: por mudanças nas políticas de qualificação profissional, por um programa de modernização e por processos de mudanças estruturais e culturais que discutam questões centrais para as polícias, como as relações com a comunidade, contemplando a espacialidade das cidades; a mediação de conflitos do cotidiano como o principal papel de sua atuação; e o instrumental técnico e valorativo do uso da força e da arma de fogo.

No modelo tradicional de polícia, a força tem sido quase o único instrumento de intervenção, sendo usada frequentemente da forma não profissional e desqualificada, às vezes até à margem da legalidade. Para se ter um outro modelo de polícia, argumentam que é preciso centrar sua função na garantia e efetivação dos direitos fundamentais do cidadão e na interação com a comunidade, estabelecendo a mediação e a negociação como instrumentos principais (Bengochea e outros, 2004, p. 119 – 120). Para os autores (2004, p. 120):

No momento em que começa a existir essa transformação política e social, a compreensão da sociedade como um ambiente conflitivo, no qual os problemas da violência e da criminalidade são complexos, a polícia passa a ser demandada para garantir não mais uma ordem pública determinada, mas sim os direitos, como está

colocado na constituição de 88. Nesse novo contexto, a ordem pública passa a ser definida também no cotidiano, exigindo uma atuação estatal mediadora dos conflitos e interesses difusos e, muitas vezes, confusos. Por isso, a democracia exige justamente uma função policial protetora de direitos dos cidadãos em um ambiente conflitivo. A ação da polícia ocorre em um ambiente de incertezas, ou seja, o policial, quando sai para a rua, não sabe o que vai encontrar diretamente; ele tem uma ação determinada a fazer e entra num campo de conflitividade social. Isso exige não uma garantia da ordem pública, como na polícia tradicional, sustentada somente nas ações repressivas, pelas quais o ato consiste em reprimir para resolver o problema. O campo de garantia de direitos exige uma ação mais preventiva, porque não tem um ponto determinado e certo para resolver.

Deve-se ter sempre clara a idéia de que a sociedade é complexa, ocorrendo conflitos de diversos tipos todos os dias, e que para a resolução deste os órgãos de segurança pública devem utilizar ações diferenciadas. A polícia não pode utilizar um procedimento padrão, único, para todas as formas de conflito, ela precisa ter a capacidade de ampliar o espaço de decisão nas escolhas de ações e intervenções para cada fato que enfrenta. Assim, a postura mediadora passa a ser uma função importantíssima na ação da polícia (Bengochea e outros, 2004, p. 120).

Para Bengochea e outros (2004, p. 120), a polícia cidadão, que deve estar sintonizada e apoiada pelos anseios da comunidade, só terá sucesso se estiver voltada para a recuperação de quem ela prende, pois, caso contrário, será simplesmente uma polícia formadora de bandidos e vai marginalizar ainda mais.

5 A prática de polícia cidadã no Brasil

Ante esse quadro, é salutar se pensar meios que possam bem administrar os conflitos e desenvolver ações que promovam uma maior integração e fortaleça a confiança da sociedade nas instituições policiais do Estado, para que estas encontrem cada vez mais uma maior legitimação social para o desenvolvimento do seu trabalho e que tenham a população como parceira na prevenção de delitos.

Um projeto que vem sendo desenvolvido no Brasil, objetivando uma maior aproximação das policias com a sociedade, é a polícia comunitária, que objetiva a atuação, como parceiros, dos membros da comunidade e dos órgãos da segurança pública (polícias civil e militar, corpo de bombeiros, guardas municipais).

A Secretaria Nacional de Segurança Pública, do Ministério da Justiça (MJ, 2007, p.1), com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNDU, desenvolve no segundo semestre de 2007, o Curso Nacional de Promotor de Polícia Comunitária, que se dirige a líderes comunitários e membros da segurança pública.

O curso, com 44 horas/aula e duração de uma semana, objetiva transmitir lições de segurança pública, mobilização social, estruturação de conselhos comunitários, bem como aulas sobre direitos humanos, relações interpessoais e mediação de conflitos.

O objetivo da Secretaria é capacitar 28 mil agentes em todo o país, com uma média de mil profissionais em cada estado federado, com exceção do estado do Rio de Janeiro, no qual se pretende formar o dobro de profissionais.

O Tenente Coronel Eraldo Viegas[2] (MJ, 2007, p.1) destaca que: “é importante que os agentes participem desses cursos para que se aproximem e interajam ainda mais com a comunidade, garantindo assim sucesso nas ações de prevenção da violência”.

Segundo o Ministério da Justiça (2007, p.1), a polícia comunitária trabalha em conjunto com a população e as instituições de segurança pública e defesa social. O objetivo é que todos juntos tenham condições de identificar, priorizar e resolver problemas relativos à criminalidade, para garantir qualidade de vida aos brasileiros. Nesse projeto, os próprios moradores se tornam co-responsáveis pela segurança pública no local em que residem, contribuindo para a concretização do dispositivo constitucional que diz que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (CF, art. 144).

No Amapá, a idéia da polícia cidadã vem sendo desenvolvida desde 1995, com a implementação do Programa de Desenvolvimento Sustentável, no qual está inserido o Programa Polícia Cidadã.

O Programa Polícia Cidadã desenvolve cursos de formação em segurança, direitos humanos e cidadania, tendo como objetivo humanizar a prática da polícia por meio de ações formativas enfocando o seu papel preventivo, a garantia dos direitos humanos e o exercício da cidadania, ampliando os conhecimentos filosóficos, antropológicos, sociológicos e psicológicos dos profissionais do sistema de segurança pública. O Programa busca realizar mudanças de comportamento e atitudes norteados por princípios éticos de cidadania, defesa e segurança para a população (Polícia Cidadã: 2007).

Uma das maiores conquistas do Programa está ligada à compreensão, pelos servidores e gestores, da necessidade de garantia dos direitos humanos e do exercício da cidadania enquanto política pública. Tal compreensão resultou nos seguintes projetos e ações: a) Polícia Interativa, que inova no planejamento e operacionalização da polícia, aproximando-a solidária e democraticamente da comunidade; b) Batalhão Ambiental, que fiscaliza e monitora o Estado, coibindo a degradação d meio ambiente e realizando educação sócio-ambiental; c) Sistema único de Segurança Público, projeto que realiza ações integradas; d) extensão da prática do batalhão de choque, que reprimia manifestações sindicais e populares reivindicatórias; e d) discussão sobre a necessidade de formação integral dos policiais numa única academia, com titulação universitária, incorporando o eixo dos direitos humanos e a metodologia utilizada nessa experiência (Polícia Cidadã, 2007).

Por meio de metodologias participativas, a Polícia Interativa discute com a comunidade, onde lideranças, instituições locais, associações de moradores e grupos de mulheres elegem representantes para compor o Conselho Integrativo de Segurança – CISEG, organização não-governamental que coordena as ações da Polícia Interativa no bairro, onde são definidas as prioridades (Polícia Cidadã, 2007).

O Programa assume um papel fundamental na medida em que integra, na sua operacionalização, as ações policiais e a sociedade civil organizada. O policial é visto como amigo e colaborador, adquirindo a confiança da população, estando sempre mais bem informado. Esse profissional passa a estar melhor preparado para gerenciar crises e mediar conflitos em vez de reprimir pela violência (Polícia Cidadã, 2007).

O Ceará também desenvolve políticas no sentido de aproximar as polícias da comunidade. Além de estar inserido no Curso Nacional de Promotor de Polícia Comunitária, o estado, por meio da Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social – SSPDS, desenvolve, dentro do Projeto Ceará Seguro, a revitalização dos Conselhos Comunitários de Defesa Social – CCDS.

O principal objetivo da SSPDS (2007), ao fomentar o a formação do CCDS, é a aproximação com a comunidade, na busca de uma parceria responsável, concidadã, onde todos somem esforços e compartilhem responsabilidades e solidariedade, em benefício da ordem pública e do convívio social sadio.

Uma outra tecnologia social que objetiva a aproximação de agentes de segurança pública e a população, é a criação de centros de mediação destinadas a auxiliar na resolução de conflitos sociais, nas quais atuam como mediadores desses conflitos tanto policiais como membros da sociedade. Esses atores são capacitados em mediação e atuam em conjunto nas casas, contribuindo para diminuir o estigma negativo que às vezes macula a imagem dos policiais (agressivo, violento, corrupto), e aproximá-los da população, na medida em que, como mediadores, serão escolhidos pelas pessoas para mediar os seus conflitos.

A idéia da mediação ligada aos agentes da segurança pública é inovadora e, além contribuir para aproximá-los da população, auxilia no desenvolvimento da cultura da paz e está inserida na perspectiva da Secretaria Nacional de Segurança Pública, do Ministério da Justiça, de construção de uma segurança cidadã, que objetiva, de um lado, o trabalho integrado da polícia e da comunidade, e de outro, a contenção e a prevenção da violência.

Além da interação entre as partes (agentes de segurança pública e população), a mediação realizada por esses atores contribui para a resolução dos conflitos daqueles que possuem relações continuadas, que, quando mal administrados, podem gerar violência. Isso porque esses espaços para a realização de mediações são implantados em bairros da cidade, podendo os seus próprios habitantes se capacitar para agirem como mediadores. Esses habitantes, bem como os agentes de polícia que lá atuam, conhecem as dinâmicas sociais do local e os principais conflitos e problemas de violência que enfrentam, o que possibilita que eles tenham uma visão mais ampla do contexto no qual os problemas estão ocorrendo e fora a boa administração dos problemas e resolução de conflitos, essas casas (ou núcleos) possibilitam uma maior inclusão da população, na medida em que estão localizadas nos bairros onde estas pessoas habitam e tem o seu acesso facilitado.

Ademais disso, essas casas de mediação, localizadas nas comunidades, que possui como mediadores devidamente qualificados, membros comunitários e agentes de segurança pública, podem desenvolver uma outra idéia inovadora, fundada na cultura da paz e na valorização do ser humanos que também começa ser desenvolvida no Brasil: a mediação de conflitos penais, também conhecida como justiça restaurativa.

Conclusão

O diálogo, tão importante para a construção do conhecimento, deve ser valorizado e estimulado na sociedade, possibilitando a construção de vínculos mais sólidos entre as

pessoas. O incentivo ao diálogo franco e aberto na comunidade, que abrange os atos de falar e escutar, possibilita que diferentes idéias e pontos de vista sejam conhecidos, discutidos e, espera-se, respeitado. Quando alguém encontra no ambiente em que convive diariamente com outras pessoas um espaço no qual sabe que poderá falar, se escutado e ouvir, sente-se incluído.

Assim, desenvolver a mediação de conflitos como prática inclusiva e de não-violência que resolve conflitos por meio do estimulo ao diálogo, contribui para a efetivação dos direitos de forma ampla, pacífica e inclui socialmente, e constrói a paz.

Referências

BATTAGLIA, Maria do Céu Lamarão. (2004) **Mediação escolar: uma metodologia de aprendizado em administração de conflitos**. Disponível na internet: http://www.rogeriana.com/battaglia/mediac01/mediac01.htm. Acesso em: 08 mai.2004.

BENGOCHEA, Jorge Luiz Paz; GUIMARÃES, Luiz Brenner; GOMES, Martin Luiz; ABREU, Sérgio Roberto de. A transição de uma polícia de controle para uma polícia cidadã. **São Paulo em Perspectiva**, v. 18, n. 1, p. 119 – 131, ano 2004.

BOLSTAD, Richard, HAMBLETT, Margot. (2006) **Ganha-Ganha**. Disponível na internet: http://www.golfinho.com.br/artigos/artigodomes1299.htm. Acesso em 10 jan.2006.

CORTI, Ada. (2004) **Mediación escolar**: algo más que una técnica de resolución de conflictos. Disponible na internet: http://www.mediacioneducativa.com.ar/experien11.htm. Acesso em 05 mai.2004.

COSTA, Naldson Ramos da. Ofício de polícia, violência policial e luta por cidadania em Mato Grosso. **São Paulo em Perspectiva**, v. 18, n. 1, p. 111 – 118, ano 2004.

EICaMe – Equipo Interdisciplinario Capacitador en Mediación Educativa. (2004) **Autogestión institucional***:* un medio para la excelencia educativa. Disponível em: <http://www.mediacioneducativa.com.ar/notas2.htm>. Acesso em: 05 mai. 2004.

GUIMARÃES, Marcelo Rezende. **Por uma cultura de paz.** Disponível em: <http://www.educapaz.org.br/texto3.htm>. Acesso em: 25 mai. 2004.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – MJ. **SENASP investe em capacitação de polícia comunitária**. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/> Acesso em: 02 ago. 2007.

OLIVERA, Mirta Gómez. (2004) **Técnicas de resolución de conflictos**: por qué implementar programas de mediación escolar en las instituciones educativas? Disponível em: <http://www.mediacioneducativa.com.ar/experien14.htm>. Acesso em: 05 mai.2004

Policia cidadã: segurança pública. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/3exec/novapolicia/policiacidada_ap.htm>. Acesso em: 03 ago. 2007.

SALES, Lília Maia de Morais Sales. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Mediação de Conflitos**: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editora, 2007.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

SSPDS - Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social. Projeto Ceará Seguro. Disponível em: <http://www.seguranca.ce.gov.br/politica_sspdc.jsp>. Acesso em: 02 ago. 2007.

UESHIBA, Morihei. **A arte da paz**. Rio de Janeiro: Rocco, 2002. (Coleção Sábias Palavras).

WARAT, Luiz Alberto (Org.). Ecologia, Psicanálise e Mediação. **Em nome do acordo.** 2. ed. Argentina: Almed, 1999.

WARAT, Valéria Solange. Mediação e Psicopedagogia: Um caminho por construir. *In:* WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo.** 2. ed. Argentina: Almed, 1999, p. 120

---

[1] Para o entendimento da pacificação pela cooperação, explicam Richard Bolstad e Margot Hamblett sobre a relação cooperativa entre pais e filhos (que pode ser aplicado para professores e alunos, alunos e alunos,m ou seja os diversos segmentos da escola) O relacionamento cooperativo entre pais e filhos repousa numa compreensão muito simples: As soluções de sucesso são aquelas que são iniciadas pelas pessoas que as desejam, a fim de atender seus próprios objetivos básicos. Leia novamente essa frase. Essa compreensão significa que quando estamos numa relação, é de vital importância deixar bem claro quais são os objetivos de cada um. Na teoria de solução de conflitos, isso se chama identificar a quem pertence o problema (um problema é uma lacuna entre o que você é e o que você deseja alcançar).

[2] Coordenador-geral do Plano de Implantação e Acompanhamento de Programas Sociais de Prevenção da Violência da Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP.

JULGAMENTO MORAL, INCRIMINAÇÃO E DECISÃO JUDICIAL NO TRIBUNAL DO JÚRI[*] [**]

MORAL JUDGMENT, INCRIMINATION AND JUDICIAL DECISION IN TRIAL BY JURY

Luiz Eduardo de Vasconcellos Figueira

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar sociologicamente as formas pelas quais os valores morais são apropriados no contexto das práticas judiciárias do tribunal do júri. O texto privilegiará a fase dos debates orais entre defesa e acusação e os critérios de decisão utilizados pelos membros do júri. O ritual judiciário constitui-se num campo de disputas argumentativas e de atribuição de sentidos. As práticas judiciais colocam em funcionamento um conjunto de estratégias, cujo objetivo principal é convencer a autoridade responsável pela decisão judicial. No tribunal do júri, os responsáveis pela decisão de condenação ou absolvição são os jurados. Neste sentido, advogados e promotores manipulam uma série de estratégias para convencer os membros do júri sobre a correção de uma determinada tese. O texto pretende destacar a ampla utilização de argumentos morais por parte dos profissionais da defesa e da acusação e suas implicações para o veredicto.

PALAVRAS-CHAVES: JULGAMENTO MORAL, DECISÃO JUDICIAL, TRIBUNAL DO JÚRI.

ABSTRACT

This article aims to analyze sociologically how the moral values are appropriate in the context of judicial practice of trial by jury. The text focuses on the use phase of the oral argument between defense and prosecution and the decision criteria used by the members of the jury. The ritual is characterized of argumentative disputes and assignment of meaning. The judicial practices put in place a set of strategies, whose main objective is to convince the responsible authority for judicial decision. In a trial by jury the responsible decision of conviction or acquittal are the jurors. In this sense lawyers and prosecutors handling a number of strategies to convince the jury of the rightness of a particular thesis. The text aims to highlight the extensive use of moral arguments by professionals of defense and prosecution and its implications for the veredict.

KEYWORDS: MORAL JUDGMENT, JUDICIAL DECISION, TRIAL BY JURY

---

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

[**] Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

I) A ordem do discurso jurídico.

Na fase dos debates orais entre defesa e acusação, o discurso jurídico é estruturado por meio de dois eixos básicos. O primeiro diz respeito às prescrições legais de seqüência dos discursos (a defesa fala sempre depois da acusação) e de temporalidade da fala de casa sujeito processual. O segundo eixo diz respeito à organização de apresentação do discurso. Não se trata de uma prescrição legal, mas de uma prática que se incorporou como um *habitus*[1] do campo jurídico. Neste sentido, temos a seguinte estrutura discursiva: a) inicialmente temos o "exórdio", momento em que ocorrem as saudações e cumprimento. A acusação e a defesa devem utilizar essas considerações iniciais – exórdio – para falar de problemas gerais que afligem a sociedade e para ir preparando o espírito dos jurados para os argumentos jurídicos e morais que serão desenvolvidos em seguida; b) depois temos a narrativa dos fatos com a apresentação das provas, seguida da defesa da "tese jurídica"; c) por fim, temos a "peroração". Trata-se do desfecho que, segundo os defensores e promotores entrevistados, deve ser impactante.

Essa estrutura de desenvolvimento do discurso jurídico no plenário do tribunal do júri é uma constante. Chega a ser cansativo ouvir as inúmeras saudações e elogios que são ritualisticamente dirigidos ao juiz e, depois, as partes entre si. Para mim, como um observador privilegiado, ficou muito claro que essas saudações e elogios constituem-se em *expressões obrigatórias de sentimentos* (Mauss, 1979). Não estou querendo dizer que se trata de mentiras ou simulacros, mas que expressar a satisfação e a honra de compartilhar o tribunal do júri com o juiz que ali está sentado, por exemplo, faz parte de uma estrutura discursiva "obrigatória" que pode corresponder ou não aos reais sentimentos dos atores envolvidos nessa interação discursiva.

Outra questão fundamental da ordem do discurso jurídico diz respeito à *conversão lingüística*. O processo de produção judiciária da verdade que tem seu início no inquérito policial e se prolonga até a sentença do juiz de direito encontra-se marcado por uma dupla *conversão lingüística*. A primeira, conforme já vimos, é realizada pela Polícia Judiciária ao converter os saberes policiais acerca do crime e do criminoso numa linguagem que possa ser operacionalizada na fase do inquérito policial, ou seja, na linguagem das provas e indícios. A segunda ocorre no plenário do tribunal do júri, quando os atores profissionais do direito – promotor e defensor – convertem seus saberes técnico-jurídicos sobre o processo em julgamento numa linguagem de senso comum, de forma que possam se fazer compreender pelos jurados – juízes leigos.

O sistema jurídico brasileiro, ao introduzir na administração da Justiça indivíduos que não precisam ter conhecimentos jurídicos para atuarem como julgadores estabeleceu, consequentemente, um *espaço social* marcado pelo senso comum. A introdução do senso comum num *campo social* marcado visceralmente pelo hermetismo técnico-jurídico não se deu sem críticas e tensões; muito pelo contrário, a cultura jurídica brasileira, caracterizada por uma forte concepção legalista da interpretação e aplicação do conjunto de normas positivadas, busca, por meios das práticas judiciárias, formar e conformar a maneira de atuar dos jurados nos tribunais do júri.

Juízes, defensores (públicos e privados) e promotores de justiça buscam ensinar direito para os jurados; ensinar o papel institucional de cada profissional que atua no tribunal; em última análise: ensinar ao corpo de jurados a julgar em conformidade com uma determinada *sensibilidade jurídica* (Geertz, 1998). Trata-se de mecanismos de poder que são operacionalizados num contexto – principalmente durante o plenário do júri – que objetivam mover os jurados à adoção de critérios técnico-jurídicos de análise e decisão do caso. Um exemplo disso, e que é recorrente no plenário do júri, ocorre quando o promotor ou o defensor diz para os jurados: "é preciso julgar com base nas provas produzidas nos autos do processo". Ora, mas o próprio Código de Processo Penal diz que os jurados julgam de acordo com a consciência deles – jurados – e os ditames da Justiça, ou seja, com base nos sentidos de Justiça decorrentes da *sensibilidade jurídica* dos integrantes do Conselho de Sentença; de acordo com a sensibilidade jurídica do senso comum que é representado no tribunal do júri pelos juízes leigos[2].

Por outro lado, os profissionais do direito sabem que as questões morais relativas ao motivo do crime e aos sujeitos morais da vítima e do acusado são fatores fundamentais à decisão do júri e, neste sentido, promotores e defensores procuram produzir argumentos morais para persuadir (os jurados) vencer o embate contraditório.

Ora, os jurados, de um modo em geral, estão submetidos aos *efeitos de hermetismo* de um *campo social* em relação ao qual desconhecem as regras internas de funcionamento, já que não possuem conhecimento técnico para compreender a complexidade das formas jurídicas de produção da verdade judicial, ficam entregues à autoridade simbólica daqueles que possuem o conhecimento jurídico. Advogados, juízes e promotores são detentores de um saber/poder que torna os seus discursos legítimos para produzir certos efeitos de poder.

Iniciados e profanos – ou não iniciados – encontram-se no contexto do ritual judiciário onde os primeiros possuem o direito/poder de falar, de ensinar o direito e de persuadir, de comover os jurados. Por sua vez, os jurados estão sentados diante dos demais atores – juiz, réu, promotor, defensor – em silêncio. E assim permanecem durante os debates orais. Nos intervalos podem falar entre si, mas não podem comentar acerca do processo criminal que está sendo julgado (embora alguns comentários acabem ocorrendo, discretamente). O Conselho de Sentença foi submetido historicamente a uma política de silenciamento.

De uma incomunicabilidade com pessoas estranhas ao Conselho de Sentença – conforme o Código de 1832 – visando evitar pressões e influência externas, a uma incomunicabilidade que interditou o debate do caso entre os jurados[3]. Com isso o jurado o foi remetido, exclusivamente, à sua própria consciência. O jurado encontra-se isolado, solitário e silente.

Como os jurados não acompanham a produção das provas – exceto o interrogatório e a inquirição de alguma testemunha em plenário – o contato que eles têm com os denominados "fatos" (do acontecimento interpretado como crime) decorre das narrativas produzidas durante os debates orais entre defesa e acusação. As provas são apresentadas aos jurados pelos debatedores que, obviamente, possuem interesses estratégicos num contexto de disputas argumentativas.

Nesse contexto, em que o Conselho de Sentença, habitualmente, não têm acesso aos autos do processo, a formação de seu convencimento vai depender em grande parte da *performance* de cada orador.

A *competência cênica* é fundamental à decisão que sairá dos votos dos jurados – na sala secreta. A *competência cênica* caracteriza-se pela aptidão para utilizar e adequar as múltiplas estratégias discursivas e não-discursivas ao contexto do embate contraditório, objetivando conquistar os jurados para a tese que está sendo defendida.

É tão relevante a questão da *competência cênica* que o próprio Código de Processo Penal prevê a possibilidade de o juiz de direito parar o julgamento, dissolver o Conselho de Sentença, por entender que o acusado está indefeso, em razão do mau desempenho de seu defensor técnico.

Nos processos criminais julgados pelo tribunal do júri a decisão condenatória ou absolutória depende mais dos debates travados durantes algumas horas no plenário do que daquilo que se processa, ao longo de anos, desde o primeiro registro policial do crime até a contrariedade ao libelo acusatório (Schritzmeyer, 2001, p.150).

Defesa e acusação defendem as suas respectivas "teses jurídicas". "Sustentar uma tese", como dizem os profissionais do direito, significa defender uma posição. Trata-se da construção de um discurso que possui como objetivo vencer num campo de disputas argumentativas. Neste sentido, tese é a expressão discursivo-jurídica da *posição enunciativa*[4] assumida pelo ator judiciário.

Além da categoria "tese jurídica", gostaria de introduzir, para pensar as práticas sociais no tribunal do júri, a categoria analítica de *tese moral*. Trata-se da expressão discursivo-moral da posição enunciativa assumida pelos atores sociais no âmbito do ritual judiciário. Não estou querendo com isso separar as dimensões jurídica e moral no contexto do ritual do júri, até porque elas são indissociáveis na medida em que todo o processo social de produção da verdade encontra-se mergulhado na moralidade, e a norma jurídico-penal é uma positivação de determinados valores. O que estou querendo com esse conceito – *tese moral* – é enfatizar todo um conjunto de discursos que objetiva legitimar ou deslegitimar moralmente a prática do homicídio. E, com isso, obter uma decisão dos jurados que pode até ser completamente contrária a todas as provas produzidas. Um exemplo claro disso, é o julgamento criminal do pai que matou o homem que estuprou a sua filha. Neste tipo de caso o argumento moral – *tese moral* – é o que vai decidir o julgamento.

E isso tudo porque, no júri, além das discussões em torno das provas produzidas, discute-se, fundamentalmente, um conjunto de valores morais relacionados ao caso[5]. Os atores judiciários discutem se aquela morte – da forma como se deu, pelos motivos alegados e em razão dos *sujeitos morais* representados pela vítima e pelo acusado – é moralmente justificada ou não e se é socialmente legítima ou não.

O que se elabora a cada sessão de julgamento pelo tribunal do júri, são motivações para legitimar socialmente ou não a prática de homicídios (Schritzmeyer, 2001).

O júri é o *locus* privilegiado do senso comum na estrutura do Poder Judiciário Brasileiro. Ocorre, porém, que esse senso comum que está presente nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida é mediado pelo direito. Em outras palavras, o senso comum dos jurados – juízes leigos – é inserido nas formas jurídicas de construção da verdade e, obviamente, encontra-se sujeito aos diversos mecanismos de coerção constitutivos do sistema jurídico.

Percebi – acompanhando os julgamentos no plenário – que boa parte dos esforços encetados por promotores e defensores visava a ensinar direito aos jurados. Por exemplo, no caso da defesa alegar que o acusado matou para salvar a própria vida, a tese jurídica defendida é a da legítima defesa. Então, o defensor passa a ensinar aos jurados quais são os requisitos legais da legítima defesa previstos no Código Penal. E esse raciocínio é válido para outras "teses jurídicas".

Ora, o desempenho do *papel social* de jurado – como dos demais papéis sociais – pressupõe uma aprendizagem (explícita ou implícita). Inseridos no campo jurídico, os jurados são socializados em sua lógica interna: procedimentos legais, linguagem jurídica, funções institucionais dos profissionais do direito. Daí a compreensão de alguns juízes e promotores da importância de o tribunal do júri contar com jurados experientes – familiarizados com a lógica jurídica – de forma que possam antes e depois dos julgamentos – nos comentários informais sobre processos criminais – orientar aos novos jurados a como julgar.

Durante o trabalho de campo, pude perceber que a apresentação da "tese jurídica" em plenário, muitas vezes, era uma verdadeira aula de direito para os jurados. Após um julgamento, um dos jurados que não foi sorteado para atuar naquele dia, mas que acompanhou os debates orais como espectador, me disse: "Veja. Esse promotor é um verdadeiro professor".

II) Acusação/defesa moral e construção biográfica.

Promotores e defensores têm consciência do que está em jogo no tribunal do júri. Além de "fatos" e "provas" os jurados avaliam as **justificativas morais** que se encontram na base dos pedidos de condenação e absolvição. Concomitantemente ao julgamento dos "fatos" (interpretados como crime) há um julgamento moral que é realizado em cada sessão plenária. Julgamento moral das pessoas da vítima e dos réus. Julgamento do tipo de *sujeito moral* que cada um representa. Neste sentido, este item expõe duas estratégias fundamentais utilizadas pelas "partes": a **construção biográfica da vítima e dos acusados** e a **defesa/acusação moral**. Vamos exemplificar com trechos do julgamento do caso "*Ônibus 174*[6]".

(A "Acusação" com a palavra)

O **promotor** disse – com base no discurso policial – que o Sandro não chegou a anunciar o assalto: (...) "*e isso, quando Sandro vê que o motorista está parando ele começa a gritar: está parando por quê?! Então, nesse momento ele nem chega na verdade a anunciar o assalto. De todas as testemunhas só uma disse que ele anunciou o assalto. Todas as outras disseram que ele nem chegou a anunciar*".

(Depois o promotor continua):

*"Então, conforme eu disse, ele apresenta várias lesões em seu corpo, que foram mostradas nesse Auto de Exame Cadavérico, e que se demonstra que ele acabou morrendo da forma que ele mais temia**, porque, a meu ver, aquele seqüestro, ele tinha a ver... era a luta dele pela liberdade.** Era o medo dele e o pavor de cair nas garras da polícia. Porque ele, sobrevivente que foi da Chacina da Candelária, onde menores que, ao mundo estarreceu, dormia sob o risco de alguém chegar e jogar um paralelepípedo na sua cabeça. Então, as coisas que ele fez até expressam, assim, o contexto cruel da vida dele*".

(Quase no fim de seu discurso o promotor ainda acrescenta):

Então, continuando, para corroborar tudo aquilo que eu tenho falado, eu ressalto o depoimento da testemunha Elvira às folhas dezessete, em que ela diz que o Sandro fala: "Ah, parou por que? Por que que tá parando?" O desespero dele, quando ele percebe que o motorista vai parar o ônibus, aí que ele se levanta, então, e vai pegar a outra pessoa como refém. Então, essa testemunha fala que Sandro disse que não mataria ninguém, mas era para que eles fingissem que seriam mortos. Luís Cláudio Aviano, que estava lá na cena do crime, que também é um policial do BOPE, ele é que estava passando as informações de movimentação e ele diz que, naquele momento, logo depois, o capitão já havia dominado o Sandro com um golpe. Ele foi ao solo e já o tinha imobilizado. Ora, se ele já tinha imobilizado o Sandro ali, na rua, antes de entrar no camburão, imagina se, lá dentro, naquele espaço diminuto, eles também não teriam controle, se eram três em cima de um homem, desarmado, faminto, enfim...

(A "Defesa" com a palavra)

Advogado: *Nós não estamos hoje aqui julgando marginais! Estamos julgando a única esperança que nós temos! Além do que os sonhos da socialização; da religião; da educação (...). os únicos que sobem os morros; os únicos que enfrentam os bandidos; os únicos que se expõem; que trocam tiroteios.... Nós não vamos julgar, aqui hoje, Sandros, não! Pelo amor de Deus! Não façam essa confusão. Não podemos comparar Sandro com esses homens. Há uma diferença tão brutal! Meu Deus do céu! Que é inaceitável sequer pensar. Sandro é aquele homem endiabrado, enlouquecido! Muito mais do que isso: um homem mau! Que segundo o Ministério Público, não queria matar ninguém. Mas, matou Geísa! Esqueceram da Geísa. Esqueceram de tudo rapidamente! Como se nada tivesse acontecido naquele ônibus da morte! Quem tem a coragem de entrar no ônibus da morte?! Ônibus 174, sinônimo de ônibus da morte. É entrar para morrer de várias formas. Perguntem a Luana se ela está viva. Perguntem a Janaína se ela está viva. Jurados! Damiana teve outro derrame dentro do ônibus e não fala. Já tinha um aleijamento de pernas e, agora, os senhores viram no filme realidade, no filme que não é montagem, num filme que ninguém pode deturpar(...) Porque, como eu disse, testemunhas podem se enganar, podem até mentir propositadamente ou não, mas o*

filme mostra Damiana na sua casa, com a sua filha, sem poder falar, apenas escrevendo. É pior do que a morte. É o derrame cerebral que torna o ser humano impossibilitado para qualquer coisa na vida, vegetando; é uma moribunda. É a morta meio viva; é a morta-viva. E, de repente, nós esquecemos tudo que assistimos aqui hoje – os filmes estão, inclusive, com o Ministério Público, com a defesa. Esquecemos de tudo, para encontrar uma solução sem sabermos que isso pode ofender mais do que uma condenação. Se são culpados: onze anos. É isso, onze anos, que fiquem onze anos, que coloquem nas penitenciárias, para que morram amanhã de manhã, nas mãos dos traficantes que eles prenderam. Prenderam muitos! Prenderam tantos sequestradores, estupradores. Limpem as mãos, lavem as consciências e deixem que a prisão venha através da penitenciária, numa pena absurda (...)

Por meio do discurso do promotor, Sandro é construído no *espaço simbólico* de vítima – da violência policial. Sandro, nesse sentido, torna-se uma pessoa igual a nós, pois, estamos, todos, sujeitos à arbitrariedade e truculência policiais.

Temos, então, um Sandro humanizado; objeto de compaixão; que precisa ser respeitado. Nas palavras do promotor, pessoas como o Sandro merecem "tolerância mil" e não "tolerância zero". Sandro é apresentado como: "um ser humano que precisa ser respeitado"; um homem que "não mataria ninguém"; "um homem desarmado e faminto".

O promotor apresenta uma verdadeira *defesa moral* de Sandro, ou melhor, do *tipo social* que ele representa. Segundo o promotor, Sandro foi um ex-menino de rua – pois agora "homem de rua" – e sobrevivente da Chacina da Candelária. "Então, – disse o promotor – as coisas que ele fez até expressam, assim, o contexto cruel da vida dele". E o promotor continua: (...) "o depoimento da testemunha Elvira às folhas dezessete. (...) essa testemunha fala que Sandro disse que não mataria ninguém, mas era para que eles fingissem que seriam mortos"; (...) "aquele seqüestro, ele tinha a ver... era a luta dele pela liberdade. Era o medo dele e o pavor de cair nas garras da polícia".

Ora, no plano da *tese moral*, a estratégia da promotoria é produzir uma defesa moral da vítima e uma acusação moral dos policiais. Pois, afinal, do ponto de vista do Ministério Público, os policiais não têm o direito de matar: "os senhores não podem reconhecer a eles o direito de matar".

O discurso do promotor foi marcado por um tom sóbrio e técnico.

No caso do "Ônibus 174", como as provas técnicas – particularmente o Auto de Exame Cadavérico que atribui a causa da morte como sendo em decorrência de uma asfixia por estrangulamento – eram desfavoráveis à defesa, o advogado utilizou praticamente a totalidade do tempo que dispunha para se valer de argumentos morais. Defendeu (os réus/policiais) e acusou (a vítima/Sandro) moralmente. Construiu biograficamente essas personagens. Se por um lado as provas lhes eram desfavoráveis, por outro, ele – o advogado – tinha um grande terreno para trabalhar os aspectos morais e emocionais presentes nesse caso. E foi o que ele fez, visando, sempre, à produção de um *discurso eficaz* – cujo objetivo é vencer um campo de disputas argumentativas e de produção de sentidos.

Num contexto social, marcado por uma *acumulação social de violência*, onde esta se configura como uma referência quotidiana de toda convivencialidade (Misse, 1999), o advogado procurou produzir um sentido de polarização – entre sociedade e criminosos – de forma a excluir os bandidos do espaço simbólico da sociedade. A sociedade, nesse sentido, representada pelos jurados, é composta de homens de bem. Disse o advogado: "o carioca é um homem de bem". E mais adiante – quando as pessoas que estavam assistindo ao evento na Rua Jardim Botânico começaram a gritar lincha! Lincha! – disse o advogado: "E não era a PM (que estava gritando); era a população. Éramos nós, jurados!". E aqui temos um outro aspecto do confronto das *teses morais* defendidas no plenário do júri: os argumentos apresentados enfocam a questão da legitimidade ou a ilegitimidade de a polícia matar criminosos perigosos.

O promotor disse: "*Eu gostaria que o Sandro estivesse sentado ali, no banco dos réus, porque eu estaria aqui, acusando o Sandro. Mas eu só poderia pedir para o Sandro uma pena de doze a trinta anos. Eu não poderia pedir a pena de morte para o Sandro. Os senhores não poderiam dar a pena de morte para o Sandro. A juíza-presidente não poderia dar. O Tribunal de Justiça não poderia dar. O Supremo Tribunal Federal não poderia dar a pena de morte para ele. Então, como é que nós vamos autorizar que agentes do Estado, fardados, tenham esse direito?! (...) Enfim, os senhores não podem reconhecer a eles o direito de matar*".

Como o "Conselho de Sentença" decide tendo por base a idéia de "soberania dos veredictos" e com fulcro na "íntima convicção" – logo, não fundamentando sua decisão – ele pode reconhecer (por meio de seu veredicto) um "direito" que não está previsto no ordenamento jurídico brasileiro: o "direito" de policiais matarem criminosos perigosos. E aqui a palavra direito não está no sentido de direito positivo, mas sim, de legitimidade, de sensibilidade jurídico-social.

Há uma disputa clara pelos sentidos de Justiça. Para a acusação, fazer justiça, nesse caso criminal, significa punir os policiais militares pela morte de Sandro. Nesse contexto, as categorias ilegal, imoral, injusto e ilegítimo compartilham de um mesmo campo semântico para afirmar que a ação dos policiais não possui uma justificativa que possa estar na base de um reconhecimento da ação como socialmente legítima. Lembrando que o direito positivo tem como uma de suas funções retirar o caráter de arbitrariedade do exercício do poder.

No caso da defesa, fazer Justiça significa absolver os acusados, pois, afinal, eles mataram um marginal perigoso e irrecuperável.

A pena de morte é proibida pela Constituição Federal de 1988. O advogado sabe disso e não poderia defender uma tese jurídica para afirmar que a ação de matar dos policiais foi uma ação lícita – conforme o direito positivo. Mas, se por um lado, o homicídio que vitimou Sandro não tem base legal, por outro, o advogado, manipulando emoções e categorias morais, demanda dos jurados um julgamento de consciência. A pergunta que ficou mais ou menos explícita é a seguinte: Devem ser condenados aqueles que "ousaram matar um seqüestrador, um terrorista urbano, um marginal da pior qualidade, irrecuperável"?

Por um lado, o discurso do advogado constrói os policiais como "heróis urbanos", por outro, apresenta o Sandro como "terrorista urbano".

O confronto entre o bem e o mal é evocado pelo discurso da defesa. E nesse jogo semântico de construção de pares opostos e complementares – bem e mal, honesto e desonesto, mocinho e bandido etc – o advogado procurou vincular simbolicamente os policiais (os réus) ao bem – pois, afinal, são os protetores da sociedade – e a vítima (Sandro) ao mal. Um mal de deve ser eliminado, que deve ser extirpado.

Sandro é ritualisticamente instituído no *espaço simbólico* do mal, ou melhor, num campo semântico onde uma série de atributos negativos e estigmatizantes são atribuídos ao tipo de sujeito moral que Sandro representa: bandido, marginal. Sandro é a personificação de um *tipo social* estigmatizado. Nas palavras do advogado, Sandro tem o estereótipo do criminoso; disse ele: (...) "aquele homem, com aquele tipo físico, dentro daquele ônibus". Então, Sandro é apresentado como: "mau", "endiabrado", "enlouquecido", "seqüestrador", "terrorista urbano", "marginal irrecuperável", "demônio personificado". A polarização simbólica chega ao seu ápice quando se nega à Sandro a condição de ser humano: "um homem que não é um ser humano".

Ao manipular representações e estereótipos que são produzidos e reproduzidos na sociedade acerca do tipo social que Sandro representa – marginal, ex-menino de rua – o advogado evoca, em plenário, os mecanismos de *sujeição criminal* (Missi, 1999).

Há uma verdade que é construída no sujeito; uma verdade do sujeito. E o papel de bandido contamina todos os demais. Sandro foi e continua sendo, mesmo após sua morte física, objeto de um processo de sujeição. E sujeito, nesse contexto, significa estar preso à própria identidade (estigmatizada).

A operacionalização da *sujeição criminal* (este mecanismo extraordinário de poder) torna-se explícita em discursos como o do jurado *A*[7]. Disse ele: "Tem réu que tem cara de bandido matador. Você sente que é bandido. Normalmente, quando um réu tem cara de mau, ele tem um histórico de processos criminais. Geralmente, esses réus são condenados". Por sua vez, o jurado *B*[8] disse o seguinte: "Nos crimes de homicídio vinculados ao tráfico de drogas e nos homicídios praticados em atividade típica de grupos de extermínio, aqui na Comarca da Capital, os réus envolvidos com essas práticas são condenados pelos jurados antes do julgamento".

Buscando operar um deslocamento simbólico, disse o advogado: "quem está sendo julgado, hoje, é Sandro". E, de fato, o ritual judiciário do tribunal do júri coloca em funcionamento um julgamento moral: a) do sujeito moral da vítima; dos sujeitos morais dos acusados; c) das justificativas alegadas para as ações cometidas. Não estou querendo com isso afirmar que as provas produzidas, que os argumentos técnico-científicos não tenham sua importância nesse ritual judiciário, mas, sim, que se trata de um processo social muito complexo de produção da verdade onde múltiplos fatores entram em jogo.

Uma estratégia amplamente utilizada nos rituais do tribunal do júri, objetivando sensibilizar emocionalmente os jurados são os *mecanismos de identificação*. Por meio deles, advogado e defensor procuraram estabelecer uma empatia entre a vítima ou réu e os jurados. E a expressão de *magia social* que presentifica esse processo – de identificação – é quase que invariavelmente a seguinte: "jurados! Coloquem-se (ou imaginem-se) no lugar de fulano" (réu ou vítima). E esse mecanismo foi utilizado pelo advogado, por exemplo, na seguinte passagem: "Eu tenho o direito e achar que Sandro...

Esse homem, que faz aquilo.... Imaginem os jurados uma filha dos senhores. Imaginem as senhoras; imaginem a irmã das senhoras; a mãe das senhoras; a filha dos senhores; a esposa dos senhores dentro daquele ônibus. (...) O revolver dentro da boca. Os senhores viram. Eu não estou criando fantasia. (...) Revólver sujo, imundo, dentro da boca. Com o dedo no gatilho e gritando: vou matar, vou matar".

Acerca dos *mecanismos de identificação*, é muito ilustrativo o seguinte trecho de entrevista com o advogado *C*[9]:

"Ganhar um júri é questão de talento puro. Se você conseguir botar lógica com emoção ou emoção com lógica, fazendo com que os jurados se transfiram do banco dos réus para a pessoa do acusado, como eu fiz no caso da Renata[10]*. Neste caso eu disse: jurados, levantem. Caminhem comigo de mãos dadas; vamos subir até o quarto de Renata; naquela casa, naquela noite – do crime. Vamos juntos. Nós entramos no quarto; ela passa perto do banheiro (...) e vê o homem que ela ama nu; homem que a excita, nu. Ela sabe que a nudez dele significa ter sexo. Cada casal sabe quando o homem quer ter sexo, e quando a mulher quer ter sexo; para ela, era ele ficar nu. Ela, então, faz aquilo que o francês diz baixinho (...) fale-me de amor outra vez, meu amor. (...) E ela vai para a cama; e na hora repelida... Então, vamos ao quarto juntos...*

Se você conseguir transportar os jurados para o local do crime; para o momento do crime e para a personalidade do acusado, você tem chance de conseguir uma vitória, uma redução de pena ou alguma outra coisa qualquer. Porque o ser humano é tão fraco, e é tão difícil julgar.

Transfira para os jurados a responsabilidade de julgar um erro humano; a possibilidade de errarmos, e se errarmos não tem mais conserto.

Aí você diz assim: vamos analisar como se fosse um filho, um pai, um marido, um irmão. Condenem! Mas, recebam primeiro, pelo menos, a imagem da verdade".

Diante de toda essa reflexão, uma questão torna-se relevante: como colocar em funcionamento os *mecanismos de identificação* tendo, por um lado, jurados recrutados em sua maioria nos segmentos médios da sociedade carioca (funcionários públicos, profissionais liberais, estudantes universitários) e, por outro, acusados que personificam um *tipo social* completamente estigmatizado – marginal, bandido? Qual a identificação possível dos jurados com a vítima (Sandro)? Sandro, ex-menino de rua; Sandro, assaltante com várias passagens pelo sistema penitenciário; Sandro, que seqüestrou um ônibus e matou uma refém.

Penso que para determinados tipos de sujeito moral, por exemplo: bandido, traficante de drogas, esse processo de identificação seja muito difícil, levando o profissional do direito a adotar outras estratégias.

Durante uma entrevista, o Juiz Presidente do IV tribunal do Júri disse: "quando o réu é da classe média, coisa que não é freqüente, aí os jurados sentem o peso da responsabilidade de julgar uma pessoa igual a eles. Isto é nítido".

Ora, o senso comum jurídico diz que a instituição do tribunal do júri existe para assegurar o direito de o cidadão ser julgado pelos seus pares.

A idéia de "marginal irrecuperável" (Sandro) de certa forma é reforçada pelo filme-documentário Ônibus 174 que foi projetado integralmente no plenário do júri (atendendo aos interesses da defesa e da acusação). Esse documentário mostra um Sandro com diversas passagens pelo Instituto Padre Severino[11] e pelo sistema prisional. Um Sandro que cometia assaltos desde menino. Esse filme faz parte, também, do processo de construção biográfica que estou analisando. Vamos ver alguns aspectos relevantes do filme para a presente pesquisa.

O filme Ônibus 174 – dirigido por José Padilha – conta duas histórias paralelas. A primeira, a do evento que ocorreu na Rua Jardim Botânico e que "parou" a cidade do Rio de Janeiro. Nessa história, o filme recupera imagens que foram realizadas pelas emissoras de televisão e articula com uma série de depoimentos de pessoas que participaram, de alguma forma, do evento (jornalista, policiais militares, pessoas mantidas como reféns). A segunda história procura reconstituir a trajetória de vida de Sandro, desde menino, por meio de depoimentos de colegas (de rua e de carceragem) de familiares (uma tia materna).

A linha de partida da produção biográfica de Sandro é marcada por um trauma. Segundo os depoimentos, Sandro – ainda menino – presenciou o brutal assassinato de sua mãe: "O Sandro tinha seis anos. A mãe é assassinada; degolada na frente dele; no barraco lá na favela do Rato Molhado... Então, esse menino ficou sozinho... Ele foi pra rua". Em outra passagem do filme temos o seguinte depoimento de um colega: "O Mancha (apelido de Sandro) veio pra rua criança. Então ele não teve tempo de ter amor de ninguém, E a única coisa que ele aprendeu na rua foi sobreviver".

O enredo do filme articula a trajetória de práticas ilícitas de Sandro – furtos, roubos – a um completo desamparo. De um lado, um menino que após uma experiência traumática se encontra sem referências familiares – pai desconhecido, sem avós maternos, e mãe morta –, por outro, um menino sem nenhum tipo de assistência do Estado, vivendo nas ruas. Ao construir essa narrativa acerca da história de vida de Sandro, o filme chega ao seu ápice com o seguinte trecho do depoimento de uma das reféns (falando para o Sandro, dentro do ônibus, durante o seqüestro): "você sabe quem é a grande vítima disso tudo? Você".

O filme constrói a imagem de um Sandro duplamente vitimado: primeiro pela sociedade – no olhar estigmatizador; na invisibilidade social –, e segundo pelo Estado – pela falta de assistência e amparo.

Por outro lado, ao descrever as inúmeras passagens de Sandro pela polícia – em decorrência de crimes praticados – e, ao veicular as cenas da violência praticada por Sandro no interior do ônibus, o filme possibilita a leitura (feita habilmente pelo advogado Rafael) de um Sandro violento e perigoso. Nas palavras do advogado: Sandro é um "marginal irrecuperável".

Ao propor essa dupla leitura da história de vida de Sandro, o filme produz uma *ilusão biográfica* (Bourdieu, 2002). Produzir uma história de vida – de Sandro –, "tratar a vida como uma história, isto é, como um relato coerente de uma seqüência de

acontecimentos com significado e direção, talvez seja conformar-se com uma ilusão retórica, uma representação comum da existência que toda uma tradição literária não deixou e não deixa de reforçar" (Bourdieu, 2002).

Esse filme – Ônibus 174 – foi assistido pelos jurados em plenário. E as possibilidades de leituras da construção biográfica de Sandro presentes nas narrativas e nas imagens foram estrategicamente exploradas pela acusação e pela defesa durante os debates orais. O documentário foi apropriado pelas partes no contexto das disputas argumentativas. Trata-se de mais um fator para reforçar os efeitos de sentido que os atores judiciários buscam alcançar no embate contraditório.

No ritual judiciário de produção da verdade jurídica, "fato", "prova" e "tese jurídica" possuem uma materialidade lingüística e estão indissociavelmente entrelaçados na trama discursiva: a) o **"fato"**, enquanto narrativa de uma ação que possui duas dimensões básicas (segundo o discurso do campo): 1ª – uma dimensão "objetiva", por exemplo, a descrição de uma ação (matar alguém) que se enquadra no tipo penal (artigo 121 do CP); 2ª – uma dimensão "subjetiva", de natureza psíquica (a intenção do agente), que só pode ser conhecida pela da confissão ou por meio de inferências; b) a **"prova"**, enquanto uma enunciação que comprova a veracidade da narrativa do fato. Essa enunciação busca produzir um efeito de verdade no contexto do ritual judiciário. E aqui, entra uma outra questão, pois nem sempre a prova é um elemento que se materializa sob a forma de uma enunciação. Podemos pensar, por exemplo, nas imagens (fotografias, filmagens) que, no processo penal, podem ser consideradas provas e que colocam em operação uma outra linguagem; c) a **"tese jurídica"**. Enunciar uma tese jurídica é defender uma interpretação (jurídica e moral) específica da articulação de "fatos", "provas" e "direito positivo", objetivando ganhar o embate contraditório; ou seja, tornar oficial, por meio do veredicto, a produção de determinados efeitos de poder.

Vamos ver um outro exemplo das articulações entre fatos, provas e teses jurídicas.

Trata-se de um processo criminal[12] (crime de homicídio doloso) envolvendo dois paraibanos, operários da construção civil na cidade do Rio de Janeiro, um deles pedreiro (réu), o outro servente de obras (vítima). Durante as quatro horas de debates, duas horas e meia, aproximadamente, foram utilizadas para a apresentação e discussão do laudo de exame cadavérico. Segue o discurso do promotor:

Vamos parar com essa história de que o réu está falando a verdade, de que ele deu um só golpe na vítima (...). O réu diz no interrogatório que a vítima tinha bebido e que ele presenciou uma discussão da vítima com outra pessoa. Aí, ele foi lá para apartear essa briga, Só que a vítima partiu para cima dele, apertando o seu pescoço, deixando as marcas da unha. Aí, a vítima se afastou, e os outros colegas de obra disseram que ela foi pegar uma faca (...). A vítima ao voltar (...) O réu pegou um pedaço de cano e deu uma pancada na cabeça da vítima que caiu; aí o réu saiu correndo, deixando a vítima no chão e que não sabia que ela tinha morrido (fala do promotor em relação ao interrogatório do réu perante o juiz).

(...) Em nenhum momento ele (réu) diz que a vítima vem com uma faca na mão na direção dele (...)

Os senhores jurados sabiam que o laudo de exame cadavérico descreve muito mais do que apenas uma lesão?! O laudo tem pelo menos sete lesões. O réu disse que o crime não teve testemunha e que ele deu um só golpe. Cada um acredita no que quiser (em tom irônico).

Então vejamos as lesões descritas no laudo de exame cadavérico. Primeira lesão (nesse momento o promotor pega os autos do processo criminal e abre na página do laudo e começa a ler para os jurados).

Primeira lesão: na porção mediana e superior da região occipital tem uma ferida de formato estrelar, disposta obliquamente, cujas bordas são irregulares, escoriadas e infiltradas por sangue, mostrando paredes, vertentes e fluxos sanguíneos irregulares e que mede 39 por 27 milímetros. Tem características de ter sido produzida por ação contundente. Representada na figura pela letra A (término da leitura).

(...) Cano de pvc de 66 centímetros. Ora, o cano de pvc se utilizado em repetidas agressões pode realmente causar a morte de uma pessoa. Repetidas agressões! Mas um cano de pvc é uma peça leve. Seriam necessários muitos golpes. Mas esse cano de pvc utilizado pelo réu se apresentava com outras peças a ele unidas; peças de ferro. (...) Um redutor e uma válvula de prospecção, pesando o conjunto todo, quatro quilos.

Quando o perito faz a apalpação do segmento craniano, percebe zonas de crepitação óssea. Então, vejamos jurados: ele passou o dedo na cabeça da vítima e sentiu crepitação óssea. Imaginem os senhores que pancada!!!

Segunda lesão (novamente o promotor lê o laudo para os jurados): na metade direita do osso occipital tem um traço de fratura linear horizontalizado por nove centímetros e meio de extensão, e que continua através de uma área de formato circular onde a tábua externa sofreu afundamento de fora para dentro, conforme indica o esquema em anexo, abrangendo os ossos temporal e parietal esquerdos. Olhem aqui senhores! (exclamou o promotor mostrando o desenho descrito no laudo).

Alguém tem dúvida da gravidade dessas duas lesões?! Duas lesões! E não uma como disse o réu no interrogatório. (...) O saco pericárdio expõe folhetos lisos e brilhantes (...), o endocárdio mural é liso, brilhante e transparente. (...)

O que os senhores jurados pensam que o médico está dizendo com tudo isso? É que a vítima antes de morrer sofreu! E sofreu muito!!!

(neste momento, o defensor faz um aparte para dizer que foi apenas um golpe)

Promotor (após essa pequena intervenção do defensor): Senhores jurados, o defensor está tentando desviar a atenção da questão que estou expondo (...)

O promotor chega aqui não é para mentir para os senhores. Há mais de uma lesão. Eu não posso, como promotor, enganar os senhores. São várias lesões. (...)

Essa é a diferença do Ministério Público para a defesa (...). Eu estou comprometido com a verdade e o defensor com a defesa do réu. Eu venho com as provas dos autos e digo: aconteceu isso. A defesa conta a história que quiser e os jurados acreditam no que quiserem.

Tanto nesse caso, como no caso do "Ônibus 174", há divergências quanto aos "fatos", às "provas" e, consequentemente, quanto às "teses jurídicas". Então vejamos. No caso dos dois operários da construção civil temos as seguintes divergências: a) "fatos" - para a acusação foram desferidos vários golpes; para a defesa, apenas um golpe foi desferido; b) o laudo de exame cadavérico (prova técnica) foi interpretado de forma diferente pelas partes; c) a tese da defesa: legítima defesa, pois – nas palavras do defensor – o réu utilizou dos meios necessários para repelir injusta provocação; a tese da acusação: utilizou imoderadamente, excessivamente, dos meios necessários para repelir a agressão.

A idéia de trama discursiva é uma metáfora oportuna para pensarmos esse processo social. Ao "narrar os fatos" (um golpe ou vários golpes na cabeça da vítima), cada parte nesse embate contraditório afirmou a existência de fatos diferentes. E o interessante é que ambas as partes se utilizaram de uma mesma prova técnica, atribuindo-lhe, porém, sentidos diferentes. Então, essas narrativas fáticas e esses enunciados-prova são "trabalhados" pelos atores ao longo dos procedimentos legais (e não apenas no plenário do júri), objetivando a produção de determinados efeitos de poder. A narrativa dos fatos é produzida tendo por base: a) a interpretação feita pelos atores acerca do discurso policial; b) a **dialogicidade** (Bakhtin). Os discursos são construídos de forma dialógica, na busca de um efeito de verdade e de um efeito de Justiça. Cada prática discursiva leva em conta outros discursos já produzidos no âmbito do processo penal (para confirmá-los, para contestá-los) e os possíveis discursos que estão por vir, operacionalizando, assim, os mecanismos de antecipação; c) os tipos de objetivos perseguidos (uma condenação, uma absolvição, uma condenação com ou sem qualificadora etc). Ao formar as suas convicções acerca da melhor estratégia (para vencer) as partes interpretam e narram os fatos de forma que os mesmo possam ser encaixados nas hipóteses abstratas descritas na lei penal (tipo penal). Assim, "fatos", "provas" e "teses jurídicas" são interpretados e apresentados às autoridades enunciativas tendo por base as respectivas **posições enunciativas** dos atores no campo jurídico.

No caso do "Ônibus 174", temos as seguintes divergências: a) quanto aos fatos e as provas. Para a acusação o réu (capitão Soares) constringiu o pescoço da vítima (Sandro) com a intenção de matá-lo; para a defesa, o réu não constringiu o pescoço. E aqui temos uma questão interessante. A definição da morte da vítima por asfixia não foi contestada pela defesa. Então, temos um fato (morte por asfixia) que é denominado de "fato incontroverso". O que a defesa alegou foi que a asfixia foi provocada pela própria vítima: "*Se os senhores negarem o primeiro quesito: não constringiu; o que não quer dizer... que não tenha segurado Sandro, dado um golpe em Sandro; apenas que Sandro provocou a própria morte*[13]" (...).

Narrar determinados fatos e contestar, ou não, outros, se insere num conjunto de estratégias operacionalizado no contexto do ritual judiciário. No âmbito desse caso, negar o fato (asfixia) afirmado pelo laudo de exame cadavérico, seria produzir um

argumento pouco plausível. Então, a produção discursiva estratégica deve estar cuidadosamente articulada com os demais discursos para produzir os seus efeitos de sentido e de verdade; b) quanto às teses jurídicas. A acusação defendeu a tese do homicídio privilegiado (em razão da violenta emoção), e a defesa, por sua vez, defendeu a tese da negativa de autoria (se o réu Soares não constringiu o pescoço da vítima, então, sequer houve crime, pois, provocar a própria morte não constitui infração penal).

A trama dos fatos e das teses constitui-se numa disputa por um resultado. A vitória significa a correspondência entre a tese defendida e o sentido oficial (estatal) determinado pela decisão soberana dos jurados, que se apresenta como verdade jurídica. Optar por um sentido (entre tantos possíveis) é um ato de poder (por parte dos membros do Conselho de Sentença).

Segundo a doutrina jurídica, o processo penal, por meio de seus procedimentos legais, busca reconstruir o fato histórico (Badaró, 2003).

Os profissionais do direito falam dos "fatos" como entidades objetivas (concretas), quando, na realidade, são artefatos altamente editados pela complexa malha discursiva e procedimental que constitui um processo criminal. Assim como os inscritores de que nos fala Bruno Latour, sem os quais a substância obtida em laboratório não poderia existir, também o fato jurídico não existe fora do mundo jurídico, do olhar jurídico. O fato jurídico é constituído pela linguagem e pelas formas jurídicas próprias do campo jurídico. Refletindo acerca da produção dos fatos científicos, argumenta Latour que o laboratório se singulariza pela configuração específica dos seus inscritores. E o que os torna tão relevantes

"é o fato de que nenhum dos fenômenos aos quais eles se referem poderia existir sem eles. Sem o bioteste, por exemplo, não há como dizer que uma substância existe. O bioteste não é simples meio de obter uma substância dada de maneira independente. Ele constitui o processo de construção da substância. (...) Na verdade, os fenômenos dependem do material, eles são totalmente constituídos pelos instrumentos utilizados no laboratório. Construiu-se, com a ajuda dos inscritores, uma realidade artificial, da qual os atores falam como se fosse uma entidade objetiva" (Latour, 1997, p.61).

O olhar jurídico transforma os fatos do quotidiano em fatos jurídicos. E a linguagem jurídica é a metáfora de um inscritor, que, neste processo de leitura do real, por meio de categorias específicas, produz inscrições nos autos do processo penal (Figueira, 2005, p.94).

"Fato", "prova" e "tese jurídica" são categorias centrais de estruturação simbólica do campo jurídico e não existem fora da rede discursiva, muito pelo contrário, constituem-se nos produtos mais acabados do processo de *dialogicidade* desse campo social.

III) A construção da decisão dos jurados.

O juízo moral da transgressão de uma regra socialmente estabelecida (ex: não matar alguém) e compartilhada está na base dos *processos de criminalização* e *incriminação* das condutas desviantes (Misse, 1999).

Neste sentido, o "fato" interpretado como crime pelo olhar jurídico é também um fato moral. No plano do ilícito penal, o fato jurídico é intrinsecamente um fato moral. E o promotor, ao agir como representante do Estado (soberano) na aplicação da lei penal àqueles que infringiram regras socialmente estabelecidas (e positivadas no ordenamento jurídico), busca restabelecer a ordem simbólica violada pela transgressão.

Analisando o funcionamento do ritual do tribunal do júri, Valda de O. Fagundes argumenta: "Os discursos proferidos no tribunal do júri são discursos que visam ao restabelecimento da ordem social. E o tribunal do júri tem, ritualisticamente, o seu papel bem definido na preservação da ordem social" (Fagundes, 2001, p.34-35).

No caso do "Ônibus 174", entretanto, a ordem simbólica que se busca restabelecer com o veredicto dos jurados possui um sinal ambíguo. A dramaticidade do julgamento desse caso coloca em evidência alguns **dilemas morais** que permeiam os dia-a-dia da população dos grandes centros urbanos. Por um lado, temos os argumentos dos promotores desse caso no sentido da imoralidade, ilegitimidade e ilegalidade da ação de matar um homem que já estava imobilizado e sob a tutela do Estado; afinal, como disse o promotor Carlos: "a ninguém é dado o direito de matar"; por outro lado, temos os populares que acompanharam pessoalmente os eventos na "cena do crime" e que gritavam: Lincha! Lincha! E, posso dizer também que, desde o evento que produziu a morte de Sandro, venho questionando meus alunos do curso de Direito acerca do caso e, por esmagadora maioria, tenho obtido depoimentos no sentido de que Sandro deveria realmente ser morto pelos policiais. Então, o que deve ser simbolicamente reafirmado por meio do veredicto dos jurados: o respeito ao princípio constitucional da inviolabilidade da vida humana; da proibição da pena de morte e, num sentido mais amplo, o respeito à ordem constitucional enquanto instância de positivação de valores sociais ou as situações em que o ato de matar (mesmo que absolutamente ilegal) é moralmente justificado e aceito?

Para essa questão não há uma resposta geral. Talvez não haja, também, uma resposta específica. No caso do Ônibus 174, o grupo de jurados (Conselho de Sentença) ficou dividido em seus votos singulares: quatro pela absolvição e três pela condenação (4 x 3).

É muito difícil delimitar em cada processo judicial quais foram os fatores que determinaram as decisões dos jurados. E isso decorre dos seguintes aspectos (que pude constatar durante o trabalho de campo): a) em razão de a votação ser secreta e de os jurados não justificarem os fundamentos de suas decisões; b) em razão da pouca disponibilidade dos jurados para comentar acerca do julgamento que acabaram de participar ou que participaram recentemente. Durante o meu contato com esses jurados, percebi certa resistência e mesmo certa desconfiança. Posteriormente, conversando com outras pessoas que exerceram a função de jurado no tribunal do júri, cheguei a conclusão de que aquela resistência decorria de uma desconfiança de que eu estava interessado em saber qual era a "tendência de voto" de determinado jurado (se o jurado tinha uma tendência para condenar ou absolver); e que essa informação pudesse ser repassada ou para o defensor, ou para o promotor de justiça (o que possibilitaria a

identificação desse jurado e sua conseqüente exclusão por ocasião do sorteio para compor o Conselho de Sentença).

Há uma percepção muito clara entre os profissionais do direito de que os jurados, por não decidirem tecnicamente, pautam seus julgamentos, particularmente, num juízo moral acerca das pessoas morais da vítima e do réu e na motivação do crime (justificativa moral para matar).

Segundo o advogado *E*[14]: "Os jurados se preocupam muito mais com o aspecto moral do que com o aspecto jurídico. O que mais pesa na decisão dos jurados são as personalidades do réu e da vítima e a motivação do crime".

Cabe lembrar, mais uma vez, que os jurados não apresentam os motivos de suas decisões, à medida que decidem por "íntima convicção[15]". Por outro lado, como a Constituição Federal assegura a "soberania dos veredictos", os jurados não estão vinculados aos pedidos das partes (promotor e defensor), ou seja, os jurados podem decidir de forma contrária aos pedidos realizados com base nas "teses jurídicas" defendidas em plenário. E, eventualmente, isso acontece. Por exemplo: o promotor pode pedir uma condenação por homicídio doloso; o defensor pode pedir a caracterização de uma legítima defesa e os jurados podem decidir pela negativa de autoria. E isso, coloca em questão o fato de os jurados terem o poder de desconsiderar tudo o que foi dito e pedido em plenário, embora não seja freqüente.

Recentemente, foi publicada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro uma decisão, do 1º Tribunal do Júri, na qual os jurados seguiram um outro caminho decisório diverso das teses jurídicas defendidas em plenário. A matéria publicada[16] foi a seguinte:

"Júri exerce soberania constitucional e condena acusado de homicídio.

No julgamento realizado ontem (dia 3 de novembro) no 1º Tribunal do Júri da Capital, ocorreu um fato incomum. Os jurados, mesmo após o Ministério Público (MP) ter pedido a absolvição do réu, por ausência de provas, e o mesmo ter sido reiterado pela defesa, condenaram Paulo Sérgio Pereira de Oliveira, por quatro votos a três, a 12 anos de reclusão em regime totalmente fechado.

Para o juiz Fábio Uchoa, titular do 1º Tribunal do Júri da Capital, a decisão é inédita e representa uma demonstração da própria "soberania constitucional" conferida aos jurados, que não estão obrigados a seguir o pedido do MP e nem da defesa para condenar ou não uma pessoa".

Segundo Roberto Lyra[17] (antigo e consagrado promotor de justiça): "o júri não está adstrito ao alegado e provado nos autos, nem à estreiteza dos textos, e não seria júri se deixasse de sentir o conjunto das realidades individuais e sociais".

De acordo com as representações que circulam no campo jurídico, apresento as seguintes distinções entre os “juízes togados” e os jurados – “juízes leigos” –, acerca dos critérios de decidibilidade:

“Juiz togado”:

- decide tecnicamente;

- julga de acordo com o princípio da “persuasão racional”;

- a decisão condenatória tem por base um juízo de certeza (que é formado por meio das provas produzidas nos autos do processo criminal);

Neste contexto, a função primordial do “juiz de direito” é a aplicação da lei ao caso concreto.

“Juiz leigo” (jurado):

- decide com a emoção;

- decide com a consciência e os ditames da Justiça;

- julga de acordo com o princípio da “íntima convicção”;

- em sua decisão, não está preso aos formalismos da lei;

Como podemos perceber, o campo jurídico produziu e colocou em circulação uma série de representações acerca dessas duas figuras emblemáticas que atuam no universo do ritual judiciário. Ao confrontar simbolicamente as identidades sociais de “juízes togados” e de “juízes leigos”, esse campo social constituiu espaços simbólicos marcados por atributos socialmente reconhecidos como pertencentes a esses espaços. Neste sentido, ocupar o espaço simbólico de “juiz leigo” significa estar instituído na posição simbólica daquele que julga com base no senso comum; que é facilmente conduzido pelos aspectos emocionais e, consequentemente, está sujeito às manipulações retóricas de advogados e promotores. Por outro lado, ocupar o espaço simbólico de “juiz togado” significa estar instituído na posição simbólica daquele que conhece as leis e suas técnicas de aplicação; daquele que julga com base na técnica jurídica, aplicando a lei ao caso concreto. Enfim, o juiz de direito julga por meio de uma razão jurídico-instrumental.

Ora, capturar e construir a realidade por meio dessas malhas semânticas produtoras de efeitos de distinção simbólica (juiz leigo x juiz profissional; razão x emoção; técnica x senso comum) implica na constituição de um mecanismo redutor da

complexidade das práticas sociais quotidianas. “Juiz leigo” e “juiz togado” são figuras estereotipadas.

Durante o trabalho de campo pude constatar que os jurados não decidem simplesmente com a “emoção”. O que está em jogo no julgamento dos jurados é a operacionalização, muitas vezes, de uma outra racionalidade para alcançar o veredicto. Os jurados, em suas decisões, levam em conta: a) as provas produzidas e apresentadas pelas partes; b) a credibilidade da pessoa que está produzindo o discurso; c) a credibilidade interna do discurso, ou seja, sua capacidade de produzir efeitos de verdade; d) as biografias do réu e da vítima, para um julgamento moral dos tipos sociais que eles representam (homem honesto, trabalhador, pai de família x bandido, vagabundo, traficante); e) os motivos (justificativa moral) que levaram à prática do crime; f) a performance ou desempenho cênico dos atores sociais. E, neste aspecto, às vezes uma palavra dita na hora certa ou a utilização de um jogo de cena, pode ser um fator decisivo para a vitória no tribunal do júri.

Eu poderia dizer que, correndo o risco de simplificar as coisas, se no Judiciário vige (como disse um promotor) o “império da lei” (lei no sentido de direito positivo), no tribunal do júri (essa estrutura estranha à tradição da civil law) vige o “império dos argumentos morais”. No júri, a moral submete o direito (positivo).

Por outro lado, dizer, simplesmente, que o “juiz togado” decide tecnicamente, não é dizer tudo.

Os elementos morais de um processo penal (biografias do réu e da vítima e as justificativas morais da ação interpretada como crime) são partes constitutivas do juízo de valor realizado pelos juízes de direito. O próprio tipo penal definidor de condutas ilícitas pode ser objeto de apreciação moral do juiz de direito. Podemos ter, por exemplo, um juiz de direito que não concorde com a criminalização de determinado comportamento social, e essa concepção pode influenciar em sua apreciação e julgamento de certos processos criminais.

A idéia do juiz como “escravo da lei” deve ser inserida num contexto que confere aos juízes de direito ampla margem de interpretação dos textos normativos. Um juiz pode, por exemplo, deixar de aplicar determinada pena prevista no Código Penal por entender que a aplicação da pena prevista, num dado caso específico, viola um princípio constitucional que se encontra na base do ordenamento jurídico (ex: princípio da dignidade da pessoa humana). Já um outro juiz, pode ter um outro entendimento acerca do mesmo caso, e aplicar a pena prevista na lei penal.

Então, nesse processo de tomada de decisão, o juiz de direito não realiza simplesmente uma operação lógica de aplicar a lei (que está ali, escrita nos códigos) ao caso concreto. A construção de sua decisão judicial, muitas vezes, encontra-se permeada de avaliações subjetivas e pessoais acerca de qual seria a decisão mais justa para o caso em julgamento.

O que estou querendo afirmar é que o “julgamento dos fatos” (seja lá o que isso signifique) não prescinde dos aspectos morais presentes em um processo penal.

Obviamente que há uma grande diferença entre as decisões dos juízes de direito (socializados em determinado **habitus** de pensamento, percepção e ação) e os juízes leigos que decidem por meio do senso comum. Ocorre que essa decisão do senso comum – dos jurados – encontra-se mediada pelos seguintes fatores: a) a linguagem jurídica que apreende e constrói a realidade por meio de suas categorias; b) o ritual judiciário: que impõe aos jurados, por um lado, uma política de silenciamento (a incomunicabilidade), e por outro, um conhecimento dos "fatos" por meio dos discursos estratégicos das partes. Os jurados conhecem o "caso" que lhes é apresentado pelas narrativas dos atores que possuem o direito de falar durante a sessão de julgamento do tribunal do júri.

Os membros do Conselho de Sentença estão submetidos a uma rede de relações de poder que busca delimitar o campo de interpretações possíveis dos jurados. Busca-se um efeito de domesticação dos sentidos. Os jurados devem decidir acerca daquilo que lhes é ofertado e segundo os critérios que lhe são ensinados durante as sessões de julgamento por aqueles que detêm o saber jurídico. Mas nada disso impede que os jurados desconsiderem completamente os "fatos" e as "provas" dos autos (apresentados pelas partes) e decidam de acordo com o sentido de Justiça deles, conforme já demonstrei.

Bibliografia

ABELLÁN, M. Gascón. Los hechos em el derecho: bases argumentales de las pruebas. Madrid: Marcial Pons; Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

ADORNO, Sergio. "Crime, justiça criminal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no tribunal do júri". In: Revista USP – Dossiê Judiciário, (21), São Paulo, março-abril, 1994.

ALASUUTARI, Pertti. Researching culture: qualitative method and cultural studies. London: Sage Publications, 1995.

BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAKHTIN, Mikhail. Marxismo e filosofia da linguagem: problemas fundamentais do método sociológico na Ciência da Linguagem. São Paulo: Hucitec, 1999.

BAKHTIN, Mikhail. Estética da criação verbal. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

BECKER, Howard. Métodos de pesquisa em Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Hucitec, 1994.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Lisboa: Difel, 1989.

BOURDIEU, Pierre. A economia das trocas simbólicas. São Paulo: Perspectiva,

1992.

BOURDIEU, Pierre. A economia das trocas lingüísticas. São Paulo: Edusp, 1996.

BOURDIEU, Pierre. “A ilusão biográfica”. In: Amado, Janaína e Ferreira, Marieta de Moraes (coordenadoras). Usos e abusos da história oral. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2002.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÓDIGO PENAL. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. São Paulo: Saraiva, 2008.

FAGUNDES, Valda de Oliveira. A espada de Dâmocles da Justiça: o discurso no júri. Itajaí: UNIVALI, 2001.

FIGUEIRA, Luiz. Produção da verdade nas práticas judiciárias criminais brasileiras: uma perspectiva antropológica de um processo criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris; Niterói: Eduff, 2005.

FIGUEIRA, Luiz Eduardo. O ritual do tribunal do júri. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

FOUCAULT, Michel. “O sujeito e o poder”. In: Dreyfus, Hubert L. e Rabinow, Paul. Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Petrópolis: Vozes, 2004.

GEERTZ, Clifford. O saber local. Petrópolis: Vozes, 1998.

GEERTZ, Clifford. Interpretação das culturas. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989.

GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pelegrini. “A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal Acusatório”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 7, número 27. Julho-setembro, p. 71-79, 1999.

GRINOVER, Ada Pelegrini, et all. Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2001.

LATOUR, Bruno. A vida de laboratório: a produção dos fatos científicos. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997.

LÉVI-STRAUSS, Claude. “O feiticeiro e sua magia”. In: Antropologia estrutural. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975.

MALATESTA, Nicolau Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. Vols.1 e 2. Campinas: Conan, 1995.

MANUAL DO JURADO. Tribunal do júri da Comarca de Duque de Caxias – RJ, 1979.

MAUSS, Marcel. “A expressão obrigatória de sentimentos”. In: Marcel Mauss: Antropologia. Organizador da coletânea: Roberto Cardoso de Oliveira. São Paulo: Ática, 1979.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1993.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado. São Paulo: Atlas, 2003.

MISSE, Michel. Malandros, marginais e vagabundos: a acumulação social da violência no Rio de Janeiro. Tese de doutorado em Sociologia. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Rio de Janeiro, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. Júri: princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

RABINOW, Paul; e Dreyfus, Hubert. Michel Foucault. Uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RANGEL, Paulo. Tribunal do Júri: visões lingüística, histórica, social e dogmática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. Controlando o poder de matar: uma leitura antropológica do tribunal do júri – ritual lúdico e teatralizado. Tese de doutorado em Antropologia. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, 2001.

STANISLAVSKI, Constantin. A preparação do ator. 20ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

[1] *Habitus* é "o sistema de disposições inconscientes que constitui o produto da interiorização das estruturas objetivas e que, enquanto lugar geométrico dos determinismos objetivos (...) tende a produzir práticas e, por estas vias, carreiras objetivas ajustadas às estruturas objetivas" (Bourdieu, 1992, p.201/2).

[2] Decreto-Lei 3.689/1941 (CPP), artigo 472: "Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: *Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça*.

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: *Assim o prometo*".

[3] Incomunicabilidade introduzida pelo Decreto-Lei, 167 de 1938.

[4] Posição enunciativa é o *locus* a partir do qual o ator social produz o seu discurso. Esse *locus* é previamente estruturado e delimitado pelos espaços simbólicos constitutivos de determinado campo social. Neste sentido, os papéis sociais de advogado, promotor e juiz encontram-se, de antemão, delimitados pelas estruturas simbólicas do campo jurídico. E as respectivas produções discursivas desses atores são determinadas pelas posições enunciativas que cada qual ocupa nesse campo.

[5] Neste mesmo sentido, de que os valores morais estão no centro dos debates que ocorrem no plenário do júri, ver: Corrêa, 1983; Lorea, 2003; Schritzmeyer, 2001; Adorno, 1994.

[6] Este caso teve uma ampla divulgação pela mídia; há, inclusive, um documentário intitulado "ônibus 174". Trata-se de um episódio no qual o assaltante de nome Sandro, tomou como refém um grupo de passageiros de um ônibus da linha 174, após esse ônibus ter parado em frete de uma cabine da polícia militar no bairro do Humaitá, cidade do Rio de Janeiro. O ônibus foi cercado por policiais militares; o Batalhão de Operações Especiais da PM foi chamado e, uma multidão se aglomerou para ver o desfecho do drama. Após várias horas de muita tensão e negociações frustradas no sentido de Sandro se entregar – este ameaçava os passageiros com uma arma de fogo -, o seqüestrador pega uma refém e desce do ônibus. Neste momento – com o Sandro já fora do ônibus – um policial militar se aproxima e efetua um disparo com arma de fogo com a intenção de alvejar mortalmente Sandro, mas o policial erra o disparo e, acidentalmente, atinge a refém – Geisa – no rosto. Neste contexto, Sandro efetua três disparos com sua arma nas costas de Geisa, matando-a. Alguns policias imobilizam Sandro e o levam para a viatura da PM. Sandro é colocado na parte traseira da viatura policial, imobilizado por três policiais militares – dentre eles o capitão Soares – e levado para um hospital. Quando Sandro chegou ao hospital, o médico plantonista constatou que Sandro estava morto. Foi aberto um inquérito policial para apurar a morte de Sandro e, segundo o laudo do Instituto Médico Legal, Sandro morreu de asfixia provocada por estrangulamento. Com base nas informações desse inquérito, o representante do Ministério Público denunciou os policiais militares que conduziram Sandro até o hospital, pela prática de homicídio doloso motivado pelo sentimento de vingança. Os réus – os policiais militares – foram julgados pelo IV Tribunal do Júri da comarca central do Rio de Janeiro e absolvidos pelos jurados que adotaram a tese da defesa no sentido da inocorrência de constrição do pescoço de Sandro por parte do

capitão da PM, mas, sim, que Sandro, por estar muito agitado, enforcou-se na chave de braço dada pelo policial com a única intenção de contê-lo.

[7] Entrevista concedida em 20/02/03.

[8] Conversa informal nos corredores do Fórum, em março de 2004.

[9] Entrevista concedida em 27/05/2005.

[10] Alterei o nome para não identificar o advogado.

[11] Instituto de internação de menores infratores.

[12] Processo número 1988.001.055595-6. Réu: Geraldo Ferreira da Silva.

[13] Discurso do advogado em plenário.

[14] Entrevista concedida em 23/06/2005.

[15] Segundo Rangel (2007), a incomunicabilidade e a ausência de fundamentação das decisões dos jurados (previstas no Código de Processo Penal) deveriam ser extirpadas do direito positivo brasileiro à medida que violam importantes princípios da Constituição Federal de 1988. Para uma melhor compreensão dessa temática, remeto o leitor para o capítulo 5 ("A Constituição Dirigente") da obra desse autor intitulada "Tribunal do Júri: visões lingüística, histórica, social e dogmática", Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[16] Site: www.tj.rj.gov.br. Acesso em 04/11/2005.

[17] Roberto Lyra. Introdução ao livro "o júri sobre todos os aspectos", de autoria de Rui Barbosa, p.15-16.

AUTORITARISMO COOL E MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA: DESVENDANDO O DISCURSO LEGITIMADOR DO EXTERMÍNIO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POBRES NO BRASIL*

AUTORITARISMO COOL Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE MASAS: DESVENDANDO EL DISCURSO LEGITIMADOR DEL EXTERMINIO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES POBRES EN BRASIL

Marília Denardin Budó

RESUMO

Frente aos freqüentes casos de mortes de adolescentes pelas mãos de agentes estatais, especialmente em ações policiais, o trabalho busca estabelecer uma análise a respeito da doutrina da proteção integral e o paradoxo que surge diante da orientação neoliberal de Estado penal máximo. Busca problematizar a convivência da Constituição Federal, do ECA e das Convenções internacionais de direitos humanos com um novo tipo de autoritarismo fomentado pelos meios de comunicação de massa e teorizado por Zaffaroni, o autoritarismo cool. Os meios de comunicação de massa nesse contexto desempenham um papel fundamental, ao neutralizarem a criminalidade do Estado no extermínio da infância e juventude pobre e, de maneira sobrerrepresentada, negra, da população brasileira.

PALAVRAS-CHAVES: CRIMINOLOGIA; AUTORITARISMO; INFÂNCIA E JUVENTUDE

RESUMEN

Frente a los frecuentes casos de muertes de adolescentes por las manos de agentes estatales, especialmente en acciones policiales, el trabajo busca establecer un análisis sobre la doctrina de la protección integral y el paradojo que surge delante de la orientación neoliberal para un Estado penal máximo. Busca problematizar la convivencia de la Constitución Federal de 1988, del ECA y de las Convenciones internacionales de derechos humanos con un nuevo tipo de autoritarismo fomentado por los medios de comunicación de masas y teorizado por Zaffaroni, el autoritarismo cool. Los medios de comunicación de masas en esto contexto desarrollan un rol fundamental, por practicaren la neutralización de la criminalidad del Estado en lo exterminio de la infancia y juventud pobre y negra de la población brasileña.

PALAVRAS-CLAVE: CRIMINOLOGÍA; AUTORITARISMO; INFANCIA; JUVENTUD

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 O controle social penal no foco da Criminologia crítica

Estudar a violência requer sempre uma teoria de base capaz de desvendar o que está implícito nas políticas estatais a respeito, em especial quando se busca uma análise que fuja da tradicional percepção intersubjetiva. O presente trabalho tem por objetivo deslocar o foco das análises sobre a violência para o sistema de controle social formal, em especial, para o sistema penal. Em função disso cumpre ressaltar alguns dos conceitos principais da Criminologia crítica, corrente que baseia o trabalho, objetivo específico dessa primeira seção.

Concebida na década de 1970, a Criminologia crítica parte, sobretudo, da perspectiva de que

a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a tais indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas.

Tal percepção tem como precursoras as teorias da reação social, em especial, a teoria do etiquetamento, ou *labeling approach*. Compreendendo o desvio social como uma construção, resultante das interações sociais, o *labeling approach* rompe com a criminologia tradicional ao perceber que o crime e o criminoso não são dados ontológicos, pré-constituídos à experiência. Assim, um determinado comportamento, ainda que desviante em relação às normas sociais, somente será assim definido caso haja reação social ao ato.

Não tendo status ontológico, o desvio "não é uma qualidade que se encontre na própria conduta, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aqueles que reagem ao mesmo". Isso significa que todas as vezes em que ocorre um fato definido legalmente como crime e não há reação social, a pessoa que o cometeu não será rotulada e terá preservada a sua identidade. Assim, "(...) *os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui o desvio*, e por aplicar ditas regras a certas pessoas em particular e qualificá-las como *outsiders*".

Isso significa que o próprio sistema penal transforma a pessoa que transgrediu em um criminoso.

A função latente do sistema de justiça penal é prevalentemente aquela da transformação dos transgressores da norma penal em criminosos, isto é, em sujeitos perigosos e, então, em inimigos. O direito penal efetivo, isto é, da prisão, é sempre nos fatos um sistema de produção e exclusão de inimigos. E de qualquer forma, quem sofre a pena legal, a percebe sempre com hostilidade.

Além disso, traz à superfície a seletividade quantitativa: se o sistema penal processasse e punisse todos os fatos tipificados como crimes, toda a população já teria sido criminalizada várias vezes.

Diante da absurda suposição – não desejada por ninguém – de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está *estruturalmente* montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis.

Em consequência disso, passa-se a perceber que as estatísticas criminais não dizem respeito à criminalidade, mas à criminalização, tendo em vista que elas são feitas com base apenas nos casos registrados. "O que as estatísticas refletem são as contingências organizativas que condicionam a aplicação de determinadas leis a determinada conduta por meio da interpretação, decisões e atuações do pessoal encarregado de aplicar a lei".

A questão que pouco havia sido desenvolvida até então diz respeito à variável que orienta a criação desses estereótipos e, por sua vez, a atuação do sistema penal. É o que, na década de 1970 se passou a estudar, primeiramente com a criminologia radical, nos Estados Unidos, com a nova criminologia, na Inglaterra, e, em uma fase mais avançada, com a criminologia crítica na Europa. A criminologia crítica parte de uma perspectiva materialista do desvio, demonstrando que o princípio da seletividade, já formulado pela teoria do etiquetamento, está orientado conforme a desigualdade social. Assim, "[...] o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global, isto é, das relações de poder e de propriedade existentes".

Com isso, os objetos da criminologia passam a ser as instâncias de controle social, e não mais o homem criminoso, como queria a criminologia positivista, sendo o controle constituído pelo

conjunto de sistemas normativos (religião, ética, costumes, usos, terapêutica e direito – [...]) cujos portadores, através de processos seletivos (estereotipia e criminalização) e estratégias de socialização (primária e secundária ou substantiva), estabelecem uma rede de contenções que garantem a fidelidade [...] das massas aos valores do sistema de dominação; o que, por motivos inerentes aos potenciais tipos de conduta dissonante, se faz sobre destinatários sociais diferencialmente controlados segundo a classe a que pertencem.

O controle social não se dá, portanto, exclusivamente pelo sistema de justiça criminal, sendo formado pelo controle social formal e controle social informal. "O sistema penal não realiza o processo de criminalização e estigmatização à margem ou inclusive contra os processos gerais de etiquetamento que têm lugar no seio do controle social informal". Por isso, é possível afirmar que o controle social possui uma unidade funcional, "dada por um princípio binário e maniqueísta de seleção: a função do controle social, informal e formal, é selecionar entre os bons e os maus, os incluídos e os excluídos; quem fica dentro, quem fica fora do universo em questão, e sobre quais recai o peso da estigmatização".

Baratta resume em quatro proposições os resultados da crítica do direito penal possibilitada pela criminologia crítica:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;

b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

c) o grau efetivo de tutela e a distribuição social das ações do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade".

A constatação da seletividade segundo a desigualdade de classe traz diversas consequências. A principal delas é o descrédito no princípio de igualdade perante a lei. Conforme conclui Andrade, ao invés de assegurar a igualdade e a generalização no exercício da função punitiva, a dogmática penal trouxe para o sistema penal a reprodução da seletividade e da desigualdade percebida na sociedade.

A Criminologia crítica, como se pode observar, nasce principalmente da análise dos sistemas penais dos países centrais. Entretanto, para se estudar uma realidade específica como a latinoamericana e ainda mais especificamente, brasileira, torna-se necessário ressaltar algumas questões.

A primeira é a de que essa seletividade não se baseia apenas na classe social: a raça é um dos componentes fundamentais, senão o mais importante quando se trata da América Latina. Negros formam uma clientela sobrerrepresentada nas prisões e, principalmente, dentre as vítimas dos massacres cotidianos dessa região. Massacres esses que levam Zaffaroni a identificar a operacionalidade real dos sistemas penais latino-americanos como "o genocídio em ato".

Há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada, ou seja, fuzilamentos sem processo). Há mortes por grupos policiais ou parapoliciais que implicam a eliminação de competidores em atividades ilícitas (disputa por monopólio de distribuição de tóxicos, jogo, prostituição, áreas de furtos, roubos domiciliares, etc.) Há "mortes anunciadas" de testemunhas, juízes, fiscais, advogados, jornalistas, etc. Há mortes de torturados que não "aguentaram" e de outros em que os torturadores "passaram do ponto". Há mortes "exemplares" nas quais se exibe o cadáver, às vezes mutilado, ou se enviam partes do cadáver aos familiares, praticadas por grupos de extermínio pertencentes ao pessoal dos próprios órgãos do sistema penal. Há alta frequência de mortes nos grupos familiares desse pessoal cometidas com as mesmas armas cedidas pelos órgãos estatais. Há mortes pelo uso de armas, cuja posse e aquisição é encontrada permanentemente em circunstâncias que nada têm a ver com os motivos dessa instigação pública. Há mortes em represália ao descumprimento de palavras dadas em atividades ilícitas cometidas pelo pessoal desses órgãos do sistema penal. Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário. Há mortes por doenças não tratadas nas prisões. Há mortes por taxa altíssima de suicídios entre os criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconscientes. *Há mortes*...

Disso resulta que a deslegitimação teórica do sistema penal realizada pela criminologia crítica com base na realidade europeia ocorre pelos próprios fatos na realidade latinoamericana. Ademais, a origem desses sistemas penais possui uma história um tanto quanto diversa: inicia-se com a colonização, período no qual se torna necessário justificar a opressão sobre os povos originários da América, bem como sobre os africanos, que passam a ser traficados e escravizados. O discurso que possibilitou tal justificativa foi o biológico, baseado nas teorias evolucionistas, explicando qualquer desconformidade das massas exploradas como "demonstração da barbárie ou da selvageria". Ou seja, as teorias sobre a inferioridade racial foram a base do sistema colonialista, e por isso tal categoria deve ser analisada acuradamente no estudo da realidade latinoamericana.

2 A criança e o adolescente e a vulnerabilidade perante o sistema penal brasileiro

Segundo consta na documentação oficial brasileira, a menção à criança e ao adolescente foi absolutamente marginal até meados do século XIX. As primeiras regulamentações sobre a criança e o adolescente se deram no sentido repressivo: o primeiro problema a ser resolvido não foi o dos interesses sociais do grupo, mas sim o da delinquência infanto-juvenil.

Mencionada pela primeira vez no Código Penal Imperial é esta legislação que inaugura a doutrina do Direito Penal do Menor, a qual, apesar de estabelecer a imputabilidade em quatorze anos, possibilitava a responsabilização dos maiores de nove anos e menores de quatorze caso fosse comprovada a capacidade de discernimento. De fato, "a atenção à infância brasileira, durante o século XIX, garantiu a consolidação de um aparato institucional com vistas ao disciplinamento e controle social das crianças". Entretanto, especialmente após a proclamação da República percebe-se uma maior preocupação assistencial, dentro também da perspectiva positivista que imperava na época.

Simultaneamente à definição conceitual de menoridade, inaugura-se, em 1927, a concepção "menorista" da infância e adolescência. O Código de Menores, não obstante preocupar-se, sob um viés educacional, com o bem-estar do contingente, se destinava, de fato, apenas aos abandonados. Entretanto, o tratamento hoje conferido à criança e ao adolescente somente pode ser bem compreendido a partir da concepção trazida, em 1964, com a instituição da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), e sistematizada no Código de Menores de 1979, quando se concretizou efetivamente a doutrina da situação irregular, preocupada em controlar social e penalmente as crianças e adolescentes "abandonados, expostos, transviados, delinquentes, infratores, vadios, libertinos". Essa legislação, no clima da ditadura militar, "trouxe a concepção biopsicossocial do abandono e da infração, fortaleceu as desigualdades, o estigma e a discriminação dos meninos e meninas pobres, tratando-os como menores em situação irregular, e ressaltou a cultura do trabalho, legitimando, portanto, toda ordem de exploração contra crianças e adolescentes". A doutrina da situação irregular, impregnada nessa última legislação, manteve a perspectiva da criança e do adolescente como objetos e não como sujeitos de direito.

Apesar de na esfera internacional o avanço ter começado a ocorrer nas primeiras décadas do século XX, no Brasil a ruptura com esse paradigma se deu somente na década de 1980. Primeiramente, com a Constituição Federal de 1988, em âmbito nacional, no ano seguinte com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em âmbito internacional, e, em 1990, com a regulamentação que resultou no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA-Lei 8069), a doutrina da Proteção integral foi adotada no Brasil.

Construída sobre dois pilares, a concepção da criança e do adolescente como "sujeitos de direitos" e a afirmação de sua "condição peculiar de pessoa em desenvolvimento", tal doutrina busca garantir à criança – conceito que envolve, na Convenção, todos os menores de 18 anos – a proteção e os cuidados especiais de que necessitam. Para tanto, a absoluta prioridade e o respeito ao princípio do melhor interesse da criança são os seus principais fundamentos.

Isso significa que toda a proteção destinada às crianças não resulta de atos benevolentes concedidos pelo poder público ou pelos indivíduos e instituições privadas: trata-se de direitos fundamentais inerentes às crianças, enquanto seres humanos em desenvolvimento. Nisso se destaca a sua aparição na esfera pública agora como cidadãos completos. Estão protegidos, segundo esta doutrina, todas as crianças e adolescentes, regulamentados os seus direitos e deveres e consagrada a responsabilização ao invés da tutela.

Precisamente, a protecção integral quer evitar a construção social que separa os 'menores' das crianças e dirige-se às crianças e adolescentes como sujeitos com direitos humanos originários, com a finalidade de evitar a sua marginalização e de reintegrar os 'menores' em desvantagem ou infractores o mais rapidamente possível no sistema normal da infância e da adolescência.

Para efetivar toda essa programação, a adoção do paradigma da proteção integral exige várias mudanças a serem proporcionadas, seja no conceito e no rol das principais instituições públicas destinadas à infância, seja na produção de uma "revolução na linguagem, o que constitui um relevante sinal de transformação no plano normativo: fala-se e escreve-se sempre menos sobre 'menores', e sempre mais de 'infância', de crianças, de adolescentes e seus direitos". Diante disso, a prática de ato contrário às normas penais se renomeia para ato infracional; a sanção atribuída ao ato infracional se transforma em medida socioeducativa, entre outras alterações.

As medidas socioeducativas, regulamentadas no Brasil pelo ECA nos artigos 112 a 125, têm na base a educação, buscando expurgar do ordenamento a pura e simples repressão de crianças e adolescentes. Destaca-se nessa avançada legislação a possibilidade de remissão, prevista nos artigos 126 a 128, no intuito de evitar toda a sorte de malefícios que a aplicação de uma sanção, em especial a de internação, pode causar na identidade da criança.

Além disso, deve-se observar que, apesar de mantida a possibilidade de privação de liberdade do adolescente, ela é subsidiária e reservada taxativamente a três situações: tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; por reiteração no cometimento de outras infrações graves; por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. Ainda assim, ao juiz é facultada a

aplicação da medida, ou seja, esses são requisitos necessários para a sua adoção, mas não suficientes. Soma-se a essas mudanças o reconhecimento de todas as garantias processuais no curso do processo por ato infracional, algo inédito.

Nesse marco, passa-se a exigir do Estado políticas públicas efetivas para a implementação daquela que é considerada hoje uma das legislações mais avançadas em âmbito mundial na matéria. Tais políticas, seguindo as diretrizes da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 distribuem-se em quatro níveis:

Estes níveis apresentam-se – como demonstrou García Mendez – na forma de uma pirâmide cuja área vai diminuindo à medida que nos deslocamos da base em direcção ao vértice. A parte mais ampla está representada pelas políticas sociais básicas (escola, saúde). No segundo nível encontramos as políticas de ajuda social (medidas de proteccção em sentido estrito); mais acima as políticas correccionais (medidas sócio-educativas de resposta à delinquência juvenil); finalmente, encontramos as políticas institucionais que se referem à organização administrativa e judicial, ou seja, aos direitos processuais fundamentais das crianças.

Na análise desses níveis, se evidencia a prioridade conferida às políticas sociais básicas. Assim, tanto medidas de proteção quanto medidas correcionais são necessariamente secundárias e subsidiárias às primeiras. Isso requer, entretanto, a presença de um Estado Social forte, que tenha condições de garantir os direitos sociais. E é nesse ponto que a efetivação do ECA e das normas internacionais se embatem diretamente com o sistema econômico hegemônico na atualidade.

3 O neoliberalismo na contramão da proteção integral à criança e ao adolescente

Da norma à realidade social, ainda que já no completar de 19 anos do ECA, um profundo abismo se apresenta. Como a maior parte dos direitos sociais no país, também aqueles referentes à criança e ao adolescente não tiveram condições de se efetivarem, dada a soma da secular instrumentalização do Estado exclusivamente para o benefício das elites com o novíssimo contexto político-econômico neoliberal.

A globalização, que tem em seu âmago um ideal de ruptura de fronteiras e redução de distâncias entre os mais diversos povos, efetiva-se na prática a partir de seu correlato ideológico, o neoliberalismo, apresentando o capitalismo e o livre mercado como únicas alternativas para todas as economias do mundo. Na realidade, as fronteiras estão cada vez mais fortes e a solidariedade ínsita à ideia de intercâmbio está cada vez mais distante no plano da geopolítica.

Para Bobbio, a expansão dos direitos políticos para as classes mais pobres permitiu que o mercado político se sobrepusesse ao mercado econômico. E o que buscaram os neoliberais foi justamente fazer retornar à supremacia desse mercado econômico, limitando-se novamente o poder do Estado, ainda que o mesmo “seja, como é nos regimes democráticos, o poder do povo e não do príncipe”.

O Consenso de Washington foi o marco onde se buscou trazer soluções ao impasse latino-americano, tendo como eixo central o combate ao poder dos sindicatos e a redução do papel do Estado na economia. Passou-se a impor a flexibilização das relações trabalhistas, com a desregulamentação dos direitos e a precarização das condições de trabalho.

Na área jurídica as políticas neoliberais implicam no autodenominado *Estado Mínimo*, que na Europa tem significado uma tentativa de dilapidação do Estado Social, e na América Latina coloca de forma radical a questão do dilema democrático, na medida em que a modernização neoliberal não enfrenta os óbices que são as conquistas jurídicas da cidadania logrados nas lutas históricas dos trabalhadores.

A consequência imediata da implantação do modelo neoliberal e da entrada do Brasil no processo de globalização foi a precarização das relações de trabalho, levando milhares de trabalhadores ao desemprego e ao subemprego. Em função disso, o número de excluídos do sistema é crescente. Como nota Bauman, priva-se uma parcela cada vez maior da população de todo o trabalho reconhecido como útil, "de modo que essas camadas populacionais se tornam econômica e socialmente *supérfluas*". De outro lado, os ricos acumulam cada vez mais riqueza, de forma que o abismo entre ricos e pobres, até mesmo nos países centrais, só cresce. Sendo assim, a novidade desta era é a perda do nexo entre pobreza e riqueza, restando, a riqueza, globalizada, e a pobreza, localizada.

Se, de uma maneira geral, o fenômeno propiciou um aumento na desigualdade social e o empobrecimento geral da população, nem é preciso dizer que foram a infância e a juventude as parcelas que mais sofreram o impacto, pois "crianças são, em sua maioria, os pobres; e pobres são, em sua maioria, as crianças. E entre todos os reféns do sistema, são elas que vivem em pior condição". Assim, nas palavras de Baratta, as mudanças no capital não parecem ter causado um impacto positivo sobre a tragédia global da infância. "As crianças pagam mais do que ninguém pelas distorções do desenvolvimento, com a pobreza absoluta (duzentos e quarenta milhões de crianças), a fome, as doenças (quarenta mil crianças morrem diariamente no mundo)".

Na América Latina, o contingente de pessoas sobrantes passa a incomodar ainda mais:

O fenômeno tende a criar nos países latino-americanos uma massa de excluídos que não responde à dialética *explorador/explorado*, senão a uma não relação entre *excluído/incluído*. O explorado contava, era tido em conta e estava dentro do sistema; o excluído não conta, está sobrando, é um *descartável* que não serve, só atrapalha. A lógica deste esquema, se não interrompido, é o genocídio.

O medo dos indesejáveis, constituídos principalmente pela população negra – por um processo histórico que remonta à escravidão – e pobre – pelas profundas desigualdades econômicas no Brasil – se recrudesce, e estes passam a ser o foco das políticas. Nada surpreendente é a verificação de que tais políticas são implementadas com o sinal trocado: no lugar de políticas sociais, a política criminal. Ao invés da dignidade humana e da inclusão social, o encarceramento e a exclusão.

Os condicionamentos da expansão do controle penal, do Estado penal onipresente, que é um inegável fenômeno planetário (desenvolvido inicialmente nos Estados Unidos e Europa, se globalizando por uma espetacular operação de marketing ideológico), não

devemos buscá-los, como nos discursos do poder oficial e do senso comum, na suposta expansão da criminalidade, mas no amplo quadro de transformações conhecidas pelo nome de globalização, centralmente na dualidade Mercado onipresente e excludente x Estado econômica, soberana e socialmente ausente mas penalmente onipresente.

Assim, os excluídos passam a ser vistos como ameaças, e, no intuito de proteger os interesses de uma parcela da população, retira-se ao máximo os direitos da outra. "As pessoas vulneráveis e sem nenhum poder social que sofrem lesões de seus direitos econômicos e sociais [...], por parte do Estado ou da sociedade, se convertem de tal modo em potenciais agressores dos direitos fortes (integridade, direito de propriedade) dos sujeitos socialmente mais protegidos". Volta-se o Estado, monotonamente, contra l'"eterna canaglia". Sendo assim, os grandes inimigos do Estado e da sociedade estão identificados nos crimes praticados pelos miseráveis. "É no criminoso de rua, no pequeno delinqüente, que passa a se encontrar o principal protagonista da mais nova transfiguração do *crimen lesa maiestatis*.

Através da criação de leis penais o Estado responde à sociedade insegura e amedrontada, de modo a satisfazer as suas ansiedades.

As leis penais são um dos meios preferidos do Estado-espetáculo e de seus operadores *'showmen'*, em razão de serem baratas, de fácil propaganda e pela facilidade e frequência com que enganam a opinião pública sobre sua eficácia. Trata-se de um recurso que obtém alto crédito político com baixo custo. Daí a reprodução de leis penais, a decodificação, a irracionalidade legislativa e, sobretudo, a condenação de todos os que duvidem da sua eficácia.

Como acentua Bauman, "reformular as irremediáveis preocupações com a *segurança individual*, plasmando-as em ânsia de combate ao crime efetivo ou potencial e, assim, de defesa da *segurança pública* é um eficiente estratagema político que pode dar belos frutos eleitorais". Tal discurso, entretanto, corresponde ao modelo do Estado de Polícia, na medida em que abre espaço para violações das liberdades fundamentais em troca de uma ilusão de segurança.

A transformação semântica da palavra segurança nada tem de inofensiva. Ela representa, de fato, uma transição do Estado social para o Estado penal. As realidades norte-americana e europeia pós-11 de setembro vêm cada vez mais marcadas pela introdução de uma lógica de guerra na segurança interna dos Estados, caracterizada pela desjurisdicionalização do processo penal e desindividualização do criminoso. Assim, mudanças importantes são produzidas nas legislações penais e nas práticas executivas e judiciárias, de tal modo que, na discussão sobre a tensão entre liberdade e segurança no direito penal, a introdução do chamado "direito penal do inimigo" a resolve a favor dessa última. A emergência permite que se admita um recorte nos direitos e garantias fundamentais. Isso demonstra o quanto "a grande visibilidade midiática das transgressões mais violentas produz também uma preocupante interferência nos operadores do Sistema Penal".

Diante da transformação do controle do crime em um negócio, nada melhor do que o aumento no número de encarcerados: lucros para a segunda indústria mais rentável do mundo. Sobretudo com o fenômeno migratório, os países europeus se veem diante de

uma situação na qual o uso do direito penal se mostrou instrumental: a redução do âmbito legal reservado aos imigrantes os levou ao *soggiorno* no cárcere.

O projeto disciplinar da modernidade, despido na análise de Foucault, parece ter sido deslocado com a mudança do contexto. Essas políticas eficientistas se situam em um contexto em que as pessoas são vistas como excedentes populacionais, sendo que o seu confinamento não implica em desperdício de mão-de-obra.

Pobres, desempregados, mendigos, nômades e migrantes representam certamente as novas classes perigosas, "os condenados da metrópole", contra quem se mobilizam os dispositivos de controle, mas agora são empregadas estratégias diferentes nesse confronto. [...] Trata-se, pois de neutralizar a "periculosidade" das classes perigosas através de técnicas de *prevenção do risco*, que se articulam principalmente sob as formas de vigilância, segregação urbana e contenção carcerária.

Assim sendo, a prisão passa a ter o único intuito de neutralização – *incapacitation* -, de depósito do lixo diante do desinteresse e impossibilidade de reciclá-lo. Um novo momento de internamento, diverso daquele do século XIX parece estar ocorrendo, na tentativa de "definir um espaço de contenção, de traçar um perímetro material ou imaterial em torno das populações que são 'excedentes' [...] em relação ao sistema de produção vigente".

Porém, é necessário esclarecer que os fenômenos que vêm ocorrendo na Europa e nos Estados Unidos não podem ser diretamente transferidos para os países latinoamericanos. Como sustenta Zaffaroni, nossos fenômenos "são qualitativa e quantitativamente diferentes dos que procuram explicar os marcos teóricos ordenadores dos países centrais".

Relacionando-se essas questões anteriormente apontadas à situação da América Latina, é possível notar que as consequências são ainda mais nefastas, e suas elaborações teóricas decorrem dos fatos, das tragédias que se reproduzem cotidianamente. A explicação de Zaffaroni acerca do genocídio em marcha que vem ocorrendo nessa região, parte de uma visão histórica e dialética de tal realidade. De forma a sustentar esse argumento, o autor relaciona as duas revoluções tecnológicas ocorridas na Europa, a mercantil e a industrial, com as práticas aplicadas à época à localidade marginal: o colonialismo e o neocolonialismo. "O colonialismo e o neocolonialismo foram dois momentos diferentes – mas igualmente cruéis – de genocídio e etnocídio". Com ideologias justificadoras hoje conhecidas, no primeiro, a inferioridade dos viventes do novo mundo em função do paganismo, e, no segundo, a inferioridade por não possuir o mesmo grau de civilização ou por ser biologicamente inferior (marco científico positivista), o sistema penal teve um papel essencial no extermínio.

A relação com a atualidade é dada através da constatação de que a revolução tecnocientífica ocorrida no mundo desenvolvido traz consequências imprevisíveis. Isso porque, no período atual, a violência do sistema penal "recai sobre os setores mais vulneráveis da população e, particularmente, sobre os habitantes das 'vilas-misérias', 'favelas', 'cidades novas', etc. Não acreditamos na necessidade de continuar a enumeração para percebermos que estamos diante de um *genocídio em andamento*".

A globalização é o marco histórico desse modo de controle social típico do tecnocolonialismo, porém, com a utilização dos mesmos meios das etapas anteriores "[a tortura sistemática, o homicídio e o desaparecimento forçado]", e "seus instrumentos executivos são as agências policiais (ou as militares na função exclusivamente policial)".

Enquanto as classes perigosas do século XIX eram o foco do controle social penal, apesar de não abandonar sua clientela tradicional, hoje ele se volta muito para "os 'excluídos', para essa legião de pessoas humanas que se defrontaram com as grades intransponíveis que a racionalidade do mercado construiu ao redor do alegre condomínio no qual residem as novas acumulações de riqueza".

Nesse contexto se insere a evidente ineficácia dos direitos sociais no Brasil. Se a Constituição Federal de 1988 e o ECA são reconhecidos mundialmente como das legislações mais avançadas, também as violações aos direitos humanos de todas as gerações são uma triste referência internacional do país. Assim, o nível mais importante e prioritário da proteção integral da criança e do adolescente, ou seja, o das políticas públicas de base, viu-se menosprezado diante da sobreposição do nível correcional dessa legislação. De fato, a doutrina da proteção integral, que tem na base as políticas públicas de Estado social contraria a globalização neoliberal. Já a parte correcionalista, ligada aos atos infracionais está perfeitamente ligada à indústria do controle do crime, à difusão do medo e insegurança e à sociedade de consumo.

O sistema dos direitos das crianças e dos adolescentes foi, até o momento, esmagado por duas emergências: a emergência risco-abandono e a emergência criminal. Por conseguinte, e contrariamente ao proposto pela Constituição e pelo Estatuto, na ótica institucional e na opinião pública, prevaleceram as políticas públicas de resposta contingencial a essas urgências, e não as políticas públicas básicas, que deveriam representar a forma estrutural e preventiva de intervenção nas condições sociais e nos serviços fundamentais (escola, saúde, ambiente, trabalho, relações de propriedade), das quais dependem as emergências.

Significa dizer que, como excluídos majoritários do sistema – tendo em vista que, como já dito, a maior parte dos pobres são crianças e a maior parte das crianças são pobres – são também eles que vêm sofrendo com um expressivo aumento da criminalização, ainda que camuflada pela nova terminologia pós-ECA.

De fato, o que se pode perceber na instrumentalização da parte correcional do ECA é a monótona repetição do mesmo: internações realizadas com extrema frequência, ao contrário do preconizado pela lei. "Os atos infracionais que mais levam os adolescentes à internação são contra o patrimônio. Entretanto, o ECA determina que apenas atos infracionais graves contra a pessoa, reincidência de atos infracionais ou descumprimento de medidas socioeducativas anteriormente impostas devem ser motivo de internação". Seletividade que leva apenas negros e pobres à internação, condições reais totalmente contrárias às pretensas instituições educacionais previstas:

das 190 instituições de internação no Brasil, 135 foram consideradas inadequadas às propostas do ECA. Os principais problemas apontados em 71% dos locais foram a falta de espaços esportivos ou de convívio, a falta de higiene, a escassez de água e luz natural e as infiltrações. Muitos são ex-presídios que nem sequer foram reformados. Em alguns

locais, os internos são obrigados a dormir no chão molhado e o nível de sujeira foi considerado “subumano”. Em 39% das unidades existem “alas de isolamento”, consideradas um “mal necessário” por alguns diretores para proteger ou castigar alguns adolescentes. A escolarização durante a internação, exigência legal, é atendida no nível fundamental em 99% das unidades. No ensino médio, 37% não oferecem atendimento.

A revolução terminológica que se sucedeu à publicação do ECA não correspondeu às imprescindíveis mudanças estruturais para a sua efetivação.

Ainda que dentre as sanções previstas para adolescentes a privação de liberdade seja a menos recomendada por lei e os centros de internação sejam em sua maioria prisões com outro nome na porta de entrada, neles ingressam, diariamente, jovens recomendados, por sentença, a lá ficarem para crescer como cidadãos, para aprenderem a se comportar em sociedade e tornarem-se “indivíduos úteis”.

A total incompreensão do que significa a internação em uma instituição total leva à sua banalização. Os resultados, a institucionalização e o etiquetamento dos adolescentes apenas prejudicam o seu futuro, seja pelo processo de deterioração da identidade que o primeiro provoca, seja pela identificação do adolescente com o ato infracional praticado decorrente do segundo. Inexistindo as políticas de cunho social que cheguem de fato na educação, a segregação de jovens significa exatamente uma punição, resultando ao final, em uma maior severidade judicial.

É inacreditável, mas o princípio da educação parece ser responsável por maior severidade judicial contra o adolescente do que contra o adulto: na área internacional, o princípio da educação explicaria por que, em delitos de bagatela, a suspensão ou arquivamento do processo é mais freqüente para adultos do que para adolescentes; em igualdade de condições, é mais comum a prisão provisória de adolescentes do que de adultos; em fatos idênticos, sanções penais contra adolescentes são maiores do que contra adultos; na execução penal, regalias como saídas, por exemplo, são mais freqüentes para adultos do que para adolescentes.

Isso demonstra que, no extremo oposto das garantias trazidas pela Constituição Federal e pelo ECA, quotidianamente crianças e adolescentes são objeto de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. “As leis, dizem, envelhecem, mas a jurisprudência é sempre atual. Este ditado, se vale como regra, encontra exceção na órbita da infância e juventude. Aqui, podemos dizer, a lei é nova, mas a jurisprudência, em especial dos tribunais estaduais, envelhecida, fonte de resistência à modernização do pensamento”.

Percebe-se ainda a incompreensão a respeito da violação às normas penais quando praticada por adolescentes. Como observa Cirino dos Santos, a concepção tradicional do paradigma menorista sobre a delinquência juvenil deveria dar lugar a uma percepção mais tolerante diante das faltas ocorridas na juventude. Isso porque, diferentemente do que se quer fazer crer quotidianamente com a criminalização de adolescentes, a prática de atos infracionais por esse grupo é a regra, e não a exceção. A adolescência é um período da vida em que a auto-afirmação costuma ser necessária e vir acompanhada por vezes da prática de atos que contrariam a norma penal, como rixas, furtos, lesões leves, etc. Portanto, o fato de apenas alguns adolescentes caírem nas malhas do sistema penal

redunda em uma seletividade característica de todos os sistemas penais. A parcela mais significativa dos atos infracionais praticados pela juventude em geral é tolerada, resolvida através de medidas alternativas adotadas pela família e pelo grupo social do qual o jovem faz parte, configurando a cifra obscura dos atos infracionais.

Isso significa que as expressões "adolescente infrator" ou mesmo "adolescente autor de ato infracional" não são exatas: se na prática todos ou quase todos os adolescentes praticam atos contrários à legislação penal, o que os distingue exatamente é o fato de uns terem sido rotulados como tais pelo próprio sistema de justiça juvenil e outros não, por consequência de terem sido ou não recrutados pelo sistema penal.

A grande questão a se colocar é o que determina essa seletividade: ela se dá ao acaso, ou está prioritariamente voltada contra alguns jovens mais do que contra outros? De fato, o número de crianças e jovens de classe baixa que chegam ao sistema de justiça é muito maior do que os de classe média e média alta. Aí aparece o resultado da primeira seletividade: a da agência policial. A segunda seletividade aparece ainda mais evidentemente no judiciário: a remissão e a aplicação de medidas alternativas à privação de liberdade ocorre prioritariamente para o grupo de adolescentes de classe média e alta, reservando-se a internação apenas aos pobres. O que era para ser a possibilidade de desinstitucionalização dos adolescentes, com a aplicação de uma perspectiva realmente consciente do que na prática significa o internamento, apenas manteve – agora com outro nome – a seletividade que leva o bebê negro e pobre a uma repetitiva trajetória do barraco à internação e da internação ao presídio, se conseguir sobreviver e chegar aos 18 anos.

Tanto a medida da internação é vista como pena, que os projetos de lei que pretendem o aumento de seu período máximo têm em conta uma função de neutralização do adolescente, função esta que corresponde exatamente ao que o eficientismo penal atribui à pena no sistema penal adulto. É a intenção mesma de segregar que circunda na prática a medida socioeducativa da internação. O que fica ainda mais evidente quando se percebe a clientela que de fato pertence a esse sistema: "o adolescente internado é, em média, um menino de 16 a 18 anos, negro ou pardo, pobre, usuário de drogas, que vivia com a família (com renda de até R$400), não estudava ou não trabalhava".

No caso das drogas, por exemplo, é bastante fácil verificar de que maneira opera tal seletividade. O trabalho de Vera Malaguti Batista, o qual analisa os processos do antigo juizado de menores no Rio de Janeiro, evidencia "a designação do papel de consumidor para o jovem da classe média e de traficante para o jovem das favelas e bairros pobres do Rio: a seletividade da justiça juvenil". Na verdade, são raríssimos os casos em que adolescentes de classe média e alta aparecem: "Nos processos escolhidos ao acaso, entre 1968 e 1988, só jovens pobres e não-brancos foram indiciados por porte de pequena quantidade de droga ara consumo próprio. E não é certamente por acaso que adolescentes de classe média apareçam em apenas 11% dos processos".

A realidade das superlotações, das condições precárias de saúde e higiene, além de todos os demais problemas que se repetem, seja quando se fala do sistema juvenil, seja do adulto, condicionam inevitáveis situações de violência física, através das rebeliões e principalmente de suas "contenções", geralmente realizadas pelas tropas de choque das polícias estaduais, resultando em um grande contingente de mortos e feridos. Ou seja, ademais de toda a violência que costuma ser sofrida do momento da apreensão por

policiais, passando pela violência do processo que apura o ato infracional e chegando à violência do cumprimento da pena, mascarada de medida socioeducativa, ainda o controle social exercido com vistas à manutenção da ordem pela polícia se soma para vulnerar mais um pouco os direitos fundamentais consagrados na Constituição e na lei.

Que a droga seja a ocasião de intervenção do sistema, que a ocasião seja fornida, às vezes, como nas décadas anteriores, por outras infrações, tais como, principalmente pequenos furtos, ou pela pura e simples situação de abandono que leva o jovem ao sistema, não obstante as transformações legislativas e institucionais que se seguiram, o sistema permanece substancialmente o mesmo: a criminalização das crianças e adolescentes pobres pela única razão de serem pobres e de se encontrarem em "situação irregular".

Além de as instituições para internação de crianças e adolescentes coincidir na precariedade da estrutura com os presídios, outra semelhança que se encontra entre os dois sistemas é o fato de a mesma polícia seletiva e brutal do 'mundo dos adultos' ser instrumentalizada para o controle das crianças e adolescentes pobres. Ademais, o público que aparece nas estatísticas como vulnerável ao sistema penal é o mesmo que em estatísticas ainda mais macabras: a das vítimas de homicídios.

Em pesquisa do Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) do Sistema Único de Saúde (DATASUS), divulgado pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), chega-se ao resultado de que, do total de mortes de jovens – de 15 a 29 anos – no ano de 2002, 37% decorreram de homicídio. Quando se restringe à população jovem masculina, a proporção é de 43%, contra 11% no caso da população jovem feminina. Ao comparar os dados da mortalidade por homicídio na população masculina sem especificação de faixa etária, o dado cai para 8%. Com base nesses dados, em julho de 2009 foi publicado o índice de homicídios na adolescência (IHA) pela Unicef, Observatório de Favelas e Secretaria Especial de Direitos Humanos do governo federal, revelando um IHA médio de 2,03 no Brasil. Isso significa que de cada grupo de mil adolescentes que tem hoje 12 anos, 2,03 serão mortos por homicídio antes de completar 19 anos. Comparando os dados referentes ao sexo e à idade com as variáveis cor e escolaridade, chega-se à conclusão de que a população negra jovem e de baixa escolaridade é a maior vítima de homicídios no Brasil, sendo que no IHA possui 2,6 vezes mais chances de ser vítima de homicídio do que a população jovem branca.

Ademais desse dado geral, deve-se observar que as agressões que vitimizam crianças e adolescentes têm como principais autores os policiais. Esse é o resultado de uma pesquisa desenvolvida pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV/USP). Analisando as notícias sobre mortes de crianças e adolescentes no Brasil de 1980 a 2002, uma das partes do relatório é dedicada a linchamentos, violência policial e execução sumária, dividindo as vítimas em quatro grupos etários (até quatro anos de idade, de cinco a nove, de 10 a 14 e de 15 a 19). São 280 as vítimas de até nove anos nesses 23 anos. Desse total, 151 (54%) sofreram por uso abusivo da força policial, enquanto 127 (45%) foram executadas por grupos de extermínio e o restante (0,64%) foi linchado.

Entre as crianças de até 4 anos, as agressões da polícia corresponderam a 53% (66 casos), enquanto as execuções sumárias foram 46% (56 ocorrências) dos casos totais na faixa etária; neste grupo, não houve nenhum caso de linchamento. No grupo de 5 a 9

anos, as violações a direitos humanos praticadas por policiais corresponderam a 54% do total (85 casos); em segundo lugar, vieram as execuções sumárias (45%; 71 casos), seguida dos linchamentos (0,64%). Do total de 5.718 casos verificados na mídia, incluindo até jovens menores de 20 anos, 84% (4.802) das vítimas tinham entre 15 e 19 anos e 11% (636), entre 10 e 14. As crianças entre 5 e 9 anos representaram 2,8% das vítimas (157) e as de até 4 anos, 2,2% (123). Entre as crianças de 10 a 14 anos, 288 (45%) foram agredidas pela polícia, e entre as de 15 a 19, 2.027 (42%). A execução sumária fez 335 vítimas de 10 a 14 anos e 2.569 de 15 a 19, o correspondente a 52% e 53% do total de cada faixa etária, respectivamente.

Observe-se, portanto, a representatividade de tais números: muito mais do que proteger, o Estado vem violando quotidianamente as crianças e adolescentes, em sua absoluta maioria pobres.

Assim, seja pela ação da polícia, dos grupos de extermínio, dos agentes penitenciários e dos próprios presidiários, seja pela estigmatização imposta aos indivíduos após a passagem pelo aparelho penal – as promessas de vingança levadas a efeito entre grupos de jovens traficantes e tantas outras cenas para as quais já sinalizamos em outra oportunidade - , o fato é que, como 'os maiores gestores históricos da morte, se não considerados os exércitos, os diretores do grande espetáculo das execuções públicas', o sistema penal é, certamente, o aparelho que dá sustentação a essa amostra significativa do campo minado construído em torno da juventude negra brasileira.

Nesse aspecto, cumpre observar a continuidade entre o sistema penal e as milícias privadas, na maior parte das vezes formada pelos mesmos policiais. Se na ditadura militar estes grupos ocupavam-se de auxiliar o Estado na perseguição aos "subversivos", hoje os grupos de extermínio mantêm a parceria utilizando as mesmas técnicas: torturas e homicídios.

Tais grupos continuam atuando contra segmentos da sociedade. Na área rural, assassinam sindicalistas e lavradores. Nos centros de algumas cidades, matam os homossexuais e outras minorias. Em quase todo o país promovem o extermínio de crianças e jovens, filhos de famílias pobres e expropriadas. Estes exterminadores propagam uma pena de morte que existe na prática, que se institucionaliza no cotidiano. A sociedade, por sua vez, banaliza a violência e a morte. O extermínio torna-se "natural", revestido da ideia de assepsia e de limpeza social. A morte de crianças e adolescentes é admitida para evitar a existência do "futuro marginal".

E, ao se verificar a existência do genocídio em marcha praticado através do sistema penal brasileiro, questiona-se: como essas práticas que fazem sobressair um Estado que tem o poder de decidir quem deve crescer e quem deve morrer podem ser possíveis sob a Constituição de 1988, o ECA e toda a doutrina dos direitos humanos sustentada pelo país em âmbito internacional, e ainda ser tão facilmente aceito quanto silenciado?

4 Da ideologia da segurança nacional ao autoritarismo *cool*: os novos inimigos

Algumas pistas podem ser buscadas no estudo de Zaffaroni, o qual sustenta que para cada um dos genocídios que se sucederam na história, foi criado um adequado discurso legitimador que se ocupou de neutralizar a desobediência estatal às normas que proíbem matar, torturar, lesionar.

Em primeiro lugar, deve-se verificar se esse tipo de crime se trata de um crime de Estado, ou se se resume a um comportamento criminoso individual. A princípio, por serem agentes estatais agindo de maneira corriqueira, determinada por políticas de segurança pública hostis, parece sim configurar um crime de Estado. Outro indício a esse respeito é a maneira como esse extermínio de crianças e adolescentes parece de certa maneira silenciado, ou, quando aparente, justificado por uma série de argumentos, alguns mais comportados, outros mais nus, mas que demonstram claramente o propósito de uma higiene social.

Cremos que existe, no Brasil, uma prática repressiva que se opõe a uma legislação em larga medida liberal, ou seja, o extermínio de adultos e, mais particularmente de crianças e de adolescentes, consiste numa política criminal própria dos modelos autoritário e totalitário que se desarticula, portanto, do modelo liberal dominante. A adesão de nossa política criminal ao modelo totalitário poderia ser comprovada, por exemplo, pelo predomínio do Poder Executivo, sobretudo a partir de certas ações da polícia, pela assimilação dos menores desviantes a delinquentes, bem como pela existência de grupos privados de extermínio empreendendo ações de “limpeza social” com a eliminação física de pessoas tidas como inconvenientes ao sistema.

Assim, o foco da pesquisa passa a se dirigir a esses discursos, sejam eles acadêmicos, pretensamente científicos, sejam popularizados através dos meios de comunicação de massa. Os genocídios que se sucederam mesmo após o surgimento da doutrina dos direitos humanos no mundo foram sempre acompanhados de uma devida elaboração teórica: é o caso do positivismo criminológico, que justificou a inferioridade dos negros e indígenas.

Poucas dúvidas cabem de que o livro no qual pela primeira vez se expôs um sistema integrado de criminologia etiológica, direito penal e processual penal e criminalística, como um todo orgânico, foi uma enorme técnica de neutralização usada profusamente na Europa medieval e moderna para sacrificar a milhares de mulheres e reafirmar o patriarcado. Menor elaboração tiveram as neutralizações que legitimavam a escravidão, mas igualmente não eram produto dos importadores de escravos nem de seus proprietários.

Também os campos de concentração alemães e soviéticos, além dos extermínios de jovens nos países latinoamericanos nas décadas de 1960 e 1970 passaram pelas devidas justificações.

Em meados do século passado, uma terrível técnica de neutralização se propagou entre as classes militares a partir de uma elaboração francesa dos mandos durante as guerras da Indochina e Argélia, que chegou diretamente à América, e que também foi expandida pela administração estadunidense, conhecida como doutrina da segurança nacional. Essa técnica de neutralização operou eficazmente nas ditaduras latinoamericanas que cometeram os piores genocídios do século.

Segundo Zaffaroni, as teorias que buscam legitimar os crimes de Estado, não costumam ser elaboradas pelos próprios protagonistas das matanças: “são construídos por teóricos especializados no trabalho de fabricação dessas, com freqüência dotados de um arsenal acadêmico importante e em algumas ocasiões impressionante”. E é por isso que também o discurso acadêmico deve ser objeto da criminologia: de fato, a diferença entre aquele que mata baseado na convicção da inferioridade biológica da vítima para aquele que criou tal convicção, é apenas de que este não a matou pessoalmente.

Se o que se pretende é contribuir a evitar esses crimes, é óbvio que a criminologia deve se ocupar dos discursos que os fomentam mediante o refinamento de técnicas de neutralização e, por consequencia, deve ser objeto de estudo da criminologia o comportamento dos teorizadores que fabricam esses discursos, e de quem os defende pelos meios massivos.

A característica comum de todas as teorias que criam técnicas de neutralização para a prática de crimes de Estado é justamente a produção simbólica de um inimigo público. Para Zaffaroni, entretanto, não se fazem mais teorias como antigamente: hoje, o que autoriza o arbítrio e o desafio às leis e aos direitos humanos pelo Estado é uma propaganda rasteira.

Trata-se do autoritarismo *cool*, um discurso simplista popularesco, difundido no mundo através dos meios de comunicação, embora tenha maior êxito na América Latina, dada a sua precariedade institucional. “A difusão mundial desse discurso é favorecida pela brevidade e pelo impacto emocional do estilo vindicativo, que se encaixa perfeitamente na lógica discursiva da televisão, dado o alto custo de operação e a escassa disposição dos espectadores a todo e qualquer esforço pensante”.

A partir de programas de televisão, em especial, que expõem crimes dramáticos e os interpretam segundo a voz de especialistas, parentes de vítimas e sempre um apresentador que clama por justiça, o autoritarismo *cool* é difundido:

[...] vende-se a ilusão de que se obterá mais segurança urbana contra o delito comum sancionando leis que reprimam acima de qualquer medida os raros vulneráveis e marginalizados tomados individualmente (amiúde são débeis mentais) e aumentando a arbitrariedade policial, legitimando direta ou indiretamente todo gênero de violência, inclusive contra quem contesta o discurso publicitário.

O olhar seletivo dos meios de comunicação de massa e o discurso maniqueísta da “sociedade de bem” e os “bandidos do mal” auxiliam na transformação dos estereótipos em inimigos. Dos comunistas aos terroristas e traficantes, a demonização de alguns grupos sociais persiste como uma forma de justificar o seu extermínio. “O conceito de inimigo interno sobreviveria à ditadura, sendo recuperado em documentos militares, já em pleno processo de redemocratização, deslocado da criminalidade política para a criminalidade comum, para a compreensão da violência urbana”. Para Vera Malaguti Batista, a matança da juventude pobre e negra no país vem justificada pela sua identificação com o novo inimigo surgido na transição da ditadura para a democracia.

Minha hipótese central de trabalho foi que na transição do autoritarismo, da ditadura para a abertura democrática (1978-1988) houve uma transferência do 'inimigo interno' do terrorista para o traficante. Todo o sistema de controle social (incluindo aí suas instituições ideológicas, como os meios de comunicação de massa) convergiu para a confecção do novo estereótipo. O inimigo, antes circunscrito a um pequeno grupo, se multiplicou nos bairros pobres, na figura do jovem traficante.

Dessa maneira, é possível encontrar mais um indício: a construção do estereótipo do novo inimigo traficante como sendo o adolescente ou adulto jovem morador de bairros pobres e prioritariamente negros ou descendentes, justifica o empreendimento de políticas de "segurança urbana" contra mais da metade da população negra e pobre, resultando em um número de vidas perdidas comparável a vários campos nazistas, bombas de Hiroxima ou guerras civis. "Tráfico de drogas e jovens marginais permaneceram no cerne do estereótipo da criminalidade e do alarme social, no Rio e no resto do Brasil, mesmo depois de ter entrado em vigor a nova Constituição, a Convenção e o Estatuto".

Se, por um lado, Zaffaroni traz um forte indício da inexistência de uma forte teoria justificadora do genocídio atual, tendo em vista a sua concepção de autoritarismo *cool*, por outro lado, é possível verificar a relação de continuidade entre a atuação da polícia hoje contra os novos inimigos internos – daí sim muito provavelmente construídos com base em um discurso dos meios de comunicação de massa – com a ideologia da segurança nacional, a qual, nas décadas de 1960 e 1970 ocupou importante papel na neutralização do genocídio das ditaduras militares na América Latina.

A relação com os meios de comunicação é, entretanto, completamente diferente, na medida em que não se dá através da censura, mas sim da parceria. Para que a formatação do inimigo se popularize, os veículos de comunicação de massa são os meios prediletos, tendo em vista a sua abrangência e ubiquidade. Assim, desde as produções cinematográficas, passando pela propaganda, novelas, entrevistas a *fast thinkers*, e chegando ao noticiário quotidiano, a "luta contra o crime" – sempre localizada na favela – se repercute, somando vítimas e legitimando suas mortes.

Essa construção do inimigo é marcada por um processo de demonização ou desumanização. Na prática, o trabalho histórico do sistema penal oficial e do sistema penal paralelo dos grupos de extermínio tem sido exorcizar os espaços públicos e privados, afastando do convívio aqueles que de fato são não-pessoas, pois não têm garantido sequer o direito à vida. "As campanhas por pena de morte e as de justiça pelas próprias mãos vão tomando dimensão nacional. Os objetos do processo de demonização são desumanizados: a eles não se aplicam os direitos à vida, à justiça, muito menos à cultura, à educação".

E se o fato de pertencer ao grupo étnica e socialmente estereotipado como inimigo já conduz necessariamente à violação quotidiana de toda a sorte de direitos fundamentais, resultado ainda pior ocorre em caso de reencontro: "De acordo com esse ponto de vista e a partir dos processos de desumanização engendrados pelo racismo, a biografia criminal dos indivíduos passa a justificar o seu assassínio".

Ora, se existem pessoas que têm os seus direitos respeitados e outras que não têm a mesma sorte pelo seu pertencimento a um grupo social e/ou étnico, então uns são mais

pessoas do que os outros. Uns são os iguais, outros são os *hostis*. Contra estes, a violência, o arbítrio e a destruição física e simbólica é justificável. Dal Lago, ao teorizar sobre as não-pessoas representadas pelos imigrantes na Itália, aponta que os dilemas morais e políticos que podem surgir na prática de destruir uma pessoa passam por práticas cognitivas de neutralização, que permitem superá-los. "Em si, a justificação muito difusa da destruição da pessoa (em uma sociedade que se quer racional e humanística) em nome de superiores necessidades sociais, ou de outro tipo, é já um modo de neutralizar os dilemas morais".

A construção de não-pessoas passa pela sua eliminação física e também pela eliminação simbólica: as centenas de crianças que morrem diariamente pelas mais diversas carências ou pelo chumbo são não-pessoas simbólicas, na medida em que confinadas ao silenciamento.

Este é o espaço social e moral das não-pessoas, isto é, daqueles seres humanos que são intuitivamente pessoas como nós (seres humanos viventes dotados de uma pessoa social e cultural), às quais, porém, vêm revogadas – de fato ou de direito, implicitamente ou explicitamente, nas transações ordinárias ou na linguagem pública – a qualidade de pessoa e as relativas atribuições.

O fortalecimento desse paradigma ganha contornos a partir do medo que se procura difundir sobre aqueles que são, de fato, as maiores vítimas. Atribuindo-se a prática da violência à população infanto-juvenil dos bairros pobres, a consequência passa a ser uma refração da sociedade em relação a ela, considerada não mais constituída apenas de projetos de bandidos, mas delinquentes por completo, prontos para, se soltos pelas ruas, praticarem toda a sorte de crimes contra a pessoa e o patrimônio. Diante dessa ameaça, a recepção dos "delinquentes" pela polícia só pode mesmo ser a balas. "O processo de demonização do tráfico de drogas fortaleceu os sistemas de controle social, aprofundando seu caráter genocida. O número de mortos na 'guerra do tráfico' está em todas as bancas. A violência policial é imediatamente legitimada se a vítima é um suposto traficante".

5 Os meios de comunicação de massa e a neutralização do extermínio de crianças e adolescentes

Assim, na construção desse imaginário uma das encarregadas da difusão é a mídia, "de sorte que a suposta *delinquência juvenil* ocupa as principais manchetes". Pode-se perceber, da análise das notícias criminais nos jornais, que são agentes do sistema penal as suas principais fontes, reproduzindo e legitimando a própria atuação com base nos mais diversos discursos. De fato, apesar de romperem com a normalidade dos acontecimentos diários, as notícias sobre crimes são também aquelas em que a rotinização do trabalho que lhes dá origem é extrema. A própria rede informativa se encontra formada de tal maneira que normalmente há um repórter responsável por verificar os informes da polícia, as operações realizadas pela mesma, assim como as prisões realizadas, os flagrantes e objetos apreendidos. Por si só isso "provoca de entrada *um processo de seleção* a respeito da realidade [...]".

Assim, a principal característica das notícias sobre crimes é a quase total dependência do papel dos definidores primários. A polícia, por exemplo, é a primeira agência do sistema penal a ter contato com os acontecimentos, e, naturalmente é a fonte oficial do momento do escândalo. Por isso, a forma como os definirá "marcará para sempre a notícia sobre o delito". "Na área das notícias de crime, os *media* parecem estar mais fortemente dependentes das instituições de controle do crime do que praticamente em qualquer outra área". As agências de controle social formal constituem o quase monopólio das fontes de notícias de crimes, normalmente juntando-se em um só coro solidário à vítima e contrário ao etiquetado como "bandido".

Se a característica principal da atuação dos órgãos formais do sistema penal é a seletividade. A partir de estereótipos e das "teorias de todos os dias", a polícia costuma procurar a criminalidade onde espera encontrá-la, deixando imunes os fatos contrários à lei que estão de fora dessas definições.

Os estereótipos, tanto de autores quanto de vítimas, estão ligados ao senso comum, criados através da interação social. São eles "sistemas de representações que orientam a vida quotidiana", e se constituem em mecanismos de seleção na medida em que permitem a definição da desconformidade como desvio, sendo ligada a um certo número de sinais exteriores.

Explica-se, assim, porque a clientela da prisão é praticamente uniforme. "O estereótipo alimenta-se das características gerais dos setores majoritários mais despossuídos e, embora a seleção seja preparada desde cedo na vida do sujeito, é ela mais ou menos arbitrária". Isso demonstra que os estereótipos consistem também em um mecanismo de reprodução, tendo em vista que possui "um efeito de *feed-back* sobre a realidade, racionalizando e potenciando as 'razões' que geram os estereótipos e as diferenças e oportunidades que eles exprimem". Então, ao reproduzirem o discurso das agências de controle penal sobre a criminalidade, as notícias incidem no mesmo problema: também se voltarão contra uma parcela da sociedade, bem como contra uma parcela de atos cometidos, os crimes de rua. "Essas representações de protótipos de criminosos e de protótipos de vítimas são componentes essenciais das ideias falsas sobre o crime, na moldação de nossas apreensões e na alimentação de nossas ansiedades".

Ao mesmo tempo, é necessário que se tenha em conta que a utilização de estereótipos acerca do desviante faz parte do próprio processo de produção das notícias, pois "é um caminho de simplificação da realidade. Isso não é uma distorção calculada do mundo real nem uma cuidadosa reflexão dos eventos reais, mas antes é uma *tradução* da realidade dentro dos estereótipos".

Da mesma forma, a violência, ponto tão caro a se somar na configuração dos valores que conferem a noticiabilidade ao fato, é reduzida à violência individual, sendo sinônimo de criminalidade e de insegurança dos cidadãos. A violência estrutural, conceituada como repressão das necessidades humanas fundamentais, e a violência institucional, que é provocada pelo próprio sistema penal, não são vistas como violências, e têm baixíssima pontuação no quadro dos valores-notícia.

Vemos, assim, passo a passo, como a construção social da notícia, mediatizada pelo poder econômico e político, vai gerando atitudes e valores, isto é, elementos de juízo, para que se crie um sentimento de insegurança que é *absolutamente seletivo*. Esse

processo indica o que é que se deve temer, deixando na sombra situações e condutas abertamente danosas que, entretanto, não causam temor.

Nesse aspecto, mostra-se o círculo vicioso que se forma: as notícias acabam realimentando os estereótipos e o senso comum sobre o crime e os criminosos, e posteriormente, ao construir novos relatos, se realimentarão, reproduzindo os estigmas. É a dialética que move a construção social da realidade, na qual os meios de comunicação desempenham um papel importantíssimo.

Nos casos de notícias sobre crimes, o termo *story* ou 'estória', utilizados pelos jornalistas ingleses e portugueses para mostrar que a notícia não é o próprio fato, mas uma construção sobre ele, fica bastante evidente.

Podemos dizer que a visibilidade que oferecem os meios de comunicação pode ser qualificada de alarmista, distorcida e, ainda que efêmera, dotada de uma poderosa capacidade para reforçar entre os cidadãos esquemas simbólicos sobre a ordem e a moralidade. As notícias criminais representam um tipo de ordem que ordena a moralidade; isto é, dizem o quê e quem é correto, ao mesmo tempo em que proporcionam um significado da justiça.

Normalmente busca-se a vítima e o bandido, o lado do bem e o lado do mal. É um discurso de conto de fadas, como aduz Bustos Ramírez, mas com aparência de objetividade, autoridade e o máximo de credibilidade, "e isso aumentado pelo *profissionalismo* tanto do jornalista como da fonte, a polícia".

A exposição de uma evidente separação maniqueísta entre o bem e o mal, entre as pessoas naturalmente criminosas e aquelas de bem, que anteriormente era justificada pela criminologia positivista, é sustentada na atualidade pela mídia. "As produções dramáticas tradicionais e parte da mídia tendem a perpetuar a ideia simples – e simplista – de que há os bons de um lado e os maus de outro". Dessa maneira, pode-se reafirmar o consenso, "para determinar quem está dentro e quem está fora, em definitivo, para reafirmar o *status quo*".

A partir dessas constatações, percebe-se que o papel da mídia é essencial na legitimação do sistema penal, a despeito de sua patente deslegitimação teórica e fática. Além disso, a idéia de aumento da violência diante da impossibilidade de resposta suficiente do sistema penal, "não implica tanto uma acusação de ineficiência e de inutilidade às agências de controle social, quanto uma justificação e legitimação da sua existência e do seu reforço".

Diante dessa situação Zaffaroni demonstra que essa estreita relação entre mídia e sistema penal se a ela ser seu aparelho de propaganda. "Eles são as fábricas de realidade, que induzem os medos que legitimam e desencadeiam as campanhas de lei e ordem quando o poder das agências encontra-se ameaçado". Tudo isso leva à consideração de que o exercício de poder do sistema penal não seria possível sem a propaganda estabelecida pelos meios de comunicação de massa.

Indo um pouco além dessa visão, Nilo Batista observa que hoje a mídia vem desempenhando um papel de agência executiva do sistema penal quando, em alguns programas de televisão, exerce o papel de encontrar acusados ou condenados foragidos e lançar sobre eles toda a fúria da polícia somada à pressão que os holofotes da TV causam naqueles que serão transformados em herois diante de milhões de telespectadores dependendo de sua *performance*.

Outra abordagem a respeito do papel da mídia na construção da "delinquência juvenil" se refere ao desenvolvimento de pânicos morais decorrentes de determinados fatos criminosos que geram clamor público. As "ondas" de alguns tipos de crimes, ou de crimes/atos infracionais praticados por determinados tipos de autores apavoram pela frequência, mas não são mais do que um determinado enfoque conferido na construção do pânico moral.

Estas contínuas ativações midiáticas assumem o caráter de pânico moral, ou mesmo de ondas emotivas nas quais um episódio ou um grupo de pessoas vem definido como ameaça pelos valores de uma sociedade; os *mass media* apresentam a natureza de modo estereotípico, comentadores, políticos e outras autoridades erigem barricadas morais e se pronunciam em diagnoses e remédios até que o episódio desaparece ou retorna a ocupar a posição precedentemente recoberta nas preocupações coletivas.

A maior parte dos autores, portanto, encontra na mídia um importante agente na exposição e exploração de fatos criminosos e, simultaneamente, legitimadora das atuações do sistema penal. Resta a análise sobre de que forma isso poderá contribuir à neutralização do genocídio praticado contra os adolescentes, resultados que deverão ser apresentados após o desenvolvimento da pesquisa.

10 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. A soberania patriarcal: O sistema de justiça crimina no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Sequência**, ano XXV, n.50, jul. de 2005, p. 71-102. Florianópolis: Boiteux.

_____. Do (pre)conceito positivista a um novo conceito de criminalidade: pela mudança do senso comum sobre a criminalidade e o sistema penal. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). **Sistema penal máximo x cidadania mínima**. Códigos da violência na era da globalização. p. 33-62. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Movimentos contemporâneos de controle do crime. **Violência e controle social na contemporaneidade**. Anais do III Ciclo de

Estudos e Debates sobre Violência e Controle Social. p. 143-148. Porto Alegre: PUC-RS, 2008.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Neoliberalismo, Reforma do Estado e Modernidade. In: **Direito e século XXI**: Conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna. p. 71-90. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

BARATA, Francesc. El drama del delito en los *mass media*, **Delito y sociedad**: Revista de Ciencias Sociales, Buenos Aires, año 7, n. 11/12, p. 59-68, 1998.

_____. De periodismos y criminologías. In: RIVERA, Iñaki; SILVEIRA, Héctor C.; BODELÓN, Encarna *et. al.*(coords.). **Contornos y pliegues del Derecho**. Barcelona: Anthropos, 2006.

_____. Los *mass media* y el pensamiento criminológico. In: BERGALLI, Roberto (coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

_____. Los *mass media* y la cultura del miedo. **Panoptico**, Barcelona, n. 6, 2º semestre de 2003, p. 11-23.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

_____. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. In: ELBERT, Carlos Alberto. **Criminología y sistema penal:** Compilación in memorian. p. 334-356. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004.

_____. La política criminal y el derecho penal de la constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 27-52, janeiro-março 2000.

_____. Os direitos da criança e o futuro da democracia. In: **Perspectivas do direito no início do século XXI**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Jurídica, n. 41, p. 61-91. Coimbra: Coimbra, 1999.

_____. Prefácio. In: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. Principios del derecho penal mínimo. In: ELBERT, Carlos Alberto; BELLOQUI, Laura (orgs.). **Criminología y sistema penal**: Compilación in memorian. p. 299-333. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

BARONTI, Giancarlo. La funzione dello stereotipo del criminale nell'ambito dei processi di controllo sociale. **La questione criminale**: Rivista di ricerca e dibatito su devianza e controllo sociale, Bologna, anno IV, n. 2, maggio-agosto, 1978, p. 253-294.

BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais. **Discursos Sediciosos**: Crime, direito, sociedade, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 145-154, julho-dezembro 1997.

_____. Fragmentos de um discurso sedicioso. **Discursos Sediciosos**, ano 1, n.1., 1º semestre de 1996.

_____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 271-288, 2º semestre de 2002.

_____. Os sistemas penais brasileiros. In: **Novas tendências do direito penal**. p. 103-116. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____. **Globalização**: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECKER, Howard. **Outsiders**: Studies in the sociology of deviance. New York: The Free Press, 1996.

BERGALLI, Roberto. La construcción del delito y de los problemas sociales. In: BERGALLI, Roberto (coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. p. 25-82. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo velho e novo. In: **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRASIL. **Lei no 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /Leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 jun. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constitui cao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 20 abr. 2009.

BUDÓ, Marília Denardin . Entre construção social da criminalidade e delimitação do inimigo interno: o crime no jornal. In: **Cuestiones actuales del sistema penal**: crisis y

desafíos. Libro de ponencias del XX Congreso latinoamericano, XII Iberoamericano y V Nacional de Derecho Penal y Criminología, 2008. Lima: Ara, 2008. p. 629-646.

BUDÓ, Marília Denardin; BUDÓ, José Setembrino Dorneles. O mundo do trabalho na globalização: entre flexibilidade e flexibilização. **Direito e Democracia**, v. 9, p. 169-183, 2008.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los medios de comunicación de masas. In: BERGALLI, R. *et. al.* (orgs.). **El pensamiento criminológico II**: Estado y control. p. 50-62. Bogotá: Temis, 1983.

CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena. **Teorías criminológicas**. Explicación y prevención de la delincuencia. Barcelona: Bosch, 2001. p. 210.

COHEN, Stanley. **Folk devils and moral panics**. 3 ed. London and New York: Routledge, 2002.

COHEN, Stanley; YOUNG, Jock. The process of selection. In: COHEN, Stanley; YOUNG, Jock. **The manufacture of news**: Deviance, social problems, & mass media. p. 15-33. London: Sage, 1981.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**: A caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**: o trabalho infantil doméstico no Brasil. Curitiba: Multidéia, 2009.

DAL LAGO, Alessandro. **Non-persone**: L'esclusione dei migranti in uma società globale. 3 ed. Milano: Feltrinelli, 2008.

DAL RI JR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: A repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 356.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006. p. 28.

_____. Marginalità urbana e criminalizzazione: genealogia e critica della tolleranza zero. **Dei delitti e delle pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale, Bologna, anno XI (seconda serie), n. 1,2 e 3, 2001, p. 111-139.

_____. **Zero Tolleranza**. Roma: DeriveApprodi, 2000.

DELMAS-MARTY, Mireille. Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l'inumano? **Studi sulla questione criminale**, ano II, n. 2, abr-jul. 2007, p. 21-38.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1989.

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

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: UNB, 1999.

_____. **Language and power**. London and New York: Longman, 1989.

FLAUZINA, Ana Lucia Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: História da violência nas prisões. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1984.

FRASSETO, Flávio Américo. Ato infracional, medida socioeducativa e processo: a nova jurisprudência do STJ. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, ano 7, n. 12, 2° sem. 2002, p. 167-191.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar**: A escola do mundo ao avesso. Porto Alegre: L&PM, 1999.

MURDOCK, Graham. Dall'etichettamento alla legittimazione: linee di tendenza nello studio della devianza e dei mass media in Gran Bretagna. **La questione criminale**: Rivista di ricerca e dibatito su devianza e controllo sociale, Bologna, anno IV, n. 2, maggio-agosto, 1978, p. 331-347.

GOODE, Erich; BEN-YEHUDA. **Moral panics: the social construction of deviance**. Malden: Blackwell, 2004.

HALL, Stuart *et. al.*. The social production of news: mugging in the media. In: COHEN, Stanley; YOUNG, Jock. **The manufacture or news**: Deviance, social problems & mass media. p. 335-367. London: SAGE, 1981.

HUGEL, Carlos. La patología de la comunicación o el discurso sobre criminalidad en los medios masivos. In: FONT, Enrique A.; GANÓN, Gabriel E. H.; SAGARDUY, Ramiro (orgs). **Criminología crítica y control social**. Orden o justicia. p. 39-49. Rosario: Juris, 2000.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. 2 ed. Niteroi: Luam, 1997.

IANNI, Octavio. **A sociedade global**. 5 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Proporção de homicídios como causa da mortalidade de jovens de 15 a 29 anos (2002). Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?SessionID=1399391962&Tick=1247330370136&VAR_FUNCAO=Ser_Temas(25789188)&Mod=S> Acesso em: 15 jun. 2009.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Proporção de homicídios como causa da mortalidade de jovens de 15 a 29 anos do sexo masculino (2002). Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?SessionID=1399391962&Tick=1247

330370136&VAR_FUNCAO=Ser_Temas(25789188)&Mod=S> Acesso em: 15 jun. 2009.

KONDER, Leandro. **O que é dialética**. 28 ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

LARRAURI, Elena (Comp.). **Control formal y el derecho penal de las mujeres**. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994.

LASCANO, Carlos Julio. La "demonización del enemigo y La crítica al derecho penal del enemigo basada en su caracterización como derecho penal de autor. In: CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DÍEZ. **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. p. 203-232. Buenos Aires: B de F, 2006.

LIPPMAN, Walter. **L'opinione pubblica**. Roma: Donzeli, 2004.

MADRIZ, Esther. Miedo común y precauciones normales: mujeres, seguridad y control social. **Delito y sociedad**: Revista de Ciencias Sociales. Buenos Aires, año 7, n. 11/12, p. 87-104, 1998.

MANERI, Marcello. Il panico morale come dispositivo di trasformazione dell'insicurezza. **Rassegna italiana di sociologia**, anno XLII, n. 1, gennaio-marzo 2001. p. 5-40.

MELOSSI, Dario. Carcere, postfordismo e ciclo di produzione della "canaglia". **Dei delitti e delle pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale, Bologna, anno XI (seconda serie), n. 1,2 e 3, 2001, p. 95-110.

_____. Il giurista, Il sociologo e La "criminalizzazione" dei migranti: Che cosa significa "etichettamento" oggi? **Studi sulla questione criminale**, ano III, n. 3, p. 9-24. Roma: Carocci, 2008.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha Monteiro. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTERO, Augusto. Las policías y la Doctrina de la Seguridad Nacional en la Argentina. Primera aproximación. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki; BOMBINI, Gabriel (compiladores). **Violencia y sistema penal**. p. 265-290. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

MOSCONI, Giuseppe; PADOVAN, Dario (a cura di). **La fabbrica dei delinquenti**: processo penale e meccanismi sociali di costruzione del condannato. Torino: L'Harmattan, 2005.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php> Acesso em: 01 jun. 2009.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Teorias globais**: fragmentações do mundo. v. III. Ijuí: Unijuí, 2005.

PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un'introduzione. **Studi sulla questione criminale**, ano II, n. 2, abr-jul. 2007, p. 7-20.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; CARDIA, Nancy; SANTOS, Patrícia Carla dos. **Homicídios de crianças e jovens no Brasil: 1980-2002**. Núcleo de Estudos da Violência, Universidade de São Paulo. São Paulo: NEV/USP, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Assembléia Legislativa. Comissão de cidadania e direitos humanos. **Relatório Azul**: garantias e violações de direitos humanos no RS; 2003. Porto Alegre: Assembléia Legislativa, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. O adolescente infrator e os direitos humanos. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, ano 5, n. 9 e 10, 1° e 2° sem. 2000, p. 169-179.

SCANDURRA, Alessio. Effetti cognitivi delle comunicazioni di massa: violenza in TV e paura del crimine. **Dei delitti e delle pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale, Bologna, anno XI (seconda serie), n. 1,2 e 3, 2001, p. 163-185.

SILVA, Roberto da. O que é institucionalização/prisionização. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, ano 4, n. 7 e 8, 1° e 2° sem. 1999, p. 125-133.

SMAUS, Gerlinda. L'immagine della criminalità nei *mass media*: contenuti e significati simbolici. **La questione criminale**: Rivista di ricerca e dibatito su devianza e controllo sociale, Bologna, anno IV, n. 2, maggio-agosto, 1978, p. 351-377

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – SPDCA/SEDH; Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF; Observatório de Favelas – OF; Laboratório de Análise da Violência – LAV/UERJ**. Índice de homicídios na adolescência** (IHA). Disponível em: <http://www.observatoriodefavelas.org.br/observatoriodefavelas/includes/publicacoes/471da5ee11f02534 b6022e2a2d6a40dc.pdf> Acesso em: 21 jul. 2009.

SOARES FILHO, Adauto Martins *et. al.* Análise da mortalidade por homicídios no Brasil. **Epidemiologia e serviços de saúde**, mar. 2007, v. 16, n. 1, p. 7-18.

SUDBRACK, Umberto Guaspari. Grupos de extermínio: aspectos jurídicos e de política criminal. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, ano 1, n. 2, 2° sem. 1996, p. 111-125.

TRIVIÑOS, Augusto N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais**: A pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987.

TUCHMAN, Gaye. Contando 'estórias'. In: TRAQUINA, Nelson (org.). **Jornalismo**: Questões, teorias e "estórias". p. 258-262. Lisboa: Veja, 1993.

_____. **La producción de la noticia.** Estudio sobre la construcción de la realidad. Barcelona: G. Gili., 1983.

VAN DIJK, Teun A. Estruturas da notícia na imprensa. In: **Cognição, discurso e interação**. São Paulo: Contexto, 1992.

_____. **La noticia como discurso**. Comprensión, estructura y producción. Barcelona: Paidós, 1990.

_____. **Racismo y análisis crítico de los medios**. Barcelona: Paidós, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente**. Florianópolis; OAB/SC, 2006.

_____. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999.

_____. Os direitos da criança e do adolescente: por onde caminham? In: **Temas de direito da criança e do adolescente**. P. 9-18. São Paulo: LTR, 1997.

_____. Sistema de justiça da infância e da juventude: construindo a cidadania e não a punição. **Sequência**, ano XXIV, n. 50, jul. 2005, p. 103-120.

VIEIRA, Cleverton Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Limites na educação**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

WOLF, Mauro. **Teorias da comunicação.** Lisboa: Presença, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: Aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1993.

_____. El crimen de Estado como objeto de la criminología. In: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. **Panorama internacional sobre justicia penal**: Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal. México D.F.: UNAM, 2007.

_____. **Em busca das penas perdidas**: A perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. Globalização e sistema penal na América Latina: Da segurança nacional à urbana. **Discursos Sediciosos**: Crime, direito, sociedade, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 25-36, julho-dezembro 1997.

_____. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI; E. Raúl ; BATISTA, Nilo ; et. al. **Direito penal brasileiro**. v. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002. p. 161.

ibid. p. 89.

BECKER, Howard. **Outsiders**: Studies in the sociology of deviance. New York: The Free Press, 1996. p. 14. Tradução livre do original em inglês.

ibid. p. 9. Tradução livre do original em inglês.

PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un'introduzione. **Studi sulla questione criminale**, ano II, n. 2, abr-jul. 2007, p. 7-20. p. 11. Tradução livre do original em italiano.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: A perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ibid. p. 125.

KITSUSE; CICOUREL apud CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena. **Teorias criminológicas**. Explicación y prevención de la delincuencia. Barcelona: Bosch, 2001. p. 210.

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo. In: ELBERT, Carlos Alberto; BELLOQUI, Laura (orgs.). **Criminología y sistema penal**: Compilación in memorian. p. 299-333. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004. p. 301. Tradução livre do original em espanhol.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005. p. 54-55.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do (pre)conceito positivista a um novo conceito de criminalidade: pela mudança do senso comum sobre a criminalidade e o sistema penal. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). **Sistema penal máximo x cidadania mínima**. Códigos da violência na era da globalização. p. 33-62. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 43.

idem. A soberania patriarcal: O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Seqüência**, ano XXV, n.50, jul. de 2005, p. 71-102. Florianópolis: Boiteux. p. 77.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**... op. cit. p. 162.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 311.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**... op. cit. p. 123.

ibid. p. 124-125.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: Aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1993. p. 134. Tradução livre do original em espanhol.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**:o trabalho infantil doméstico no Brasil. Curitiba: Multidéia, 2009. p. 23.

VIEIRA, Cleverton Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Limites na educação**. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 20.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**... op. cit. p. 27.

ibid. p. 55.

Essas são as terminologias produzidas pelo direito desde o período imperial e incorporada pelo Código de 1979. ibid. p. 67-68.

ibid. p. 68.

Declaração de Genebra de 1924 sobre os direitos da crianças; Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1959; Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1958; Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Pequim) e, principalmente, Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela OLNU em 1989 e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n° 99710/90. VIEIRA, Cleverton Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Limites na educação**. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 32

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php> Acesso em: 01 jun. 2009. É interessante observar a respeito da efetivação da referida Convenção, que "ao contrário da Declaração Universal dos Direitos da Criança, que sugere princípios de natureza moral, sem nenhuma obrigação, representando basicamente *sugestões* de que os Estados poderiam se servir ou não, a Convenção tem natureza coercitiva e exige de cada Estado Parte que a subscreve e ratifica um determinado posicionamento". VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999. p. 97.

BRASIL. **Lei no 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 jun. 2009.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente**. Florianópolis; OAB/SC, 2006. p. 7.

Conforme este princípio da Convenção "[...], quando houver conflito entre interesses de criança e interesses de outras pessoas ou instituições, os primeiros devem prevalecer". VIEIRA, Cleverton Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. op. cit. p. 32

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-

lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. BRASIL. Lei 8069 de 13 de julho de 1990. op. cit.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente**... op. cit. p. 9.

idem. Sistema de justiça da infância e da juventude: construindo a cidadania e não a punição. **Sequência**, ano XXIV, n. 50, jul. 2005, p. 103-120. p. 114.

BARATTA, Alessandro. Os direitos da criança e o futuro da democracia. In: **Perspectivas do direito no início do século XXI**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Jurídica, n. 41, p. 61-91. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 73.

ibid.

BRASIL. **Lei no 8.069 de 13 de julho de 1990**... op. cit.

FRASSETO, Flávio Américo. op. cit.

BARATTA, Alessandro. Os direitos da criança e o futuro da democracia... op. cit. p. 63.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: por onde caminham? In: **Temas de direito da criança e do adolescente**. P. 9-18. São Paulo: LTR, 1997. p. 15.

BARATTA, Alessandro. Os direitos da criança e o futuro da democracia... op. cit. p. 63.

A teorização desse ressurgimento do liberalismo ocorreu em vários países, tendo sido encabeçada pelos economistas norte-americanos. O desenvolvimento desse modelo se deu a partir da "exumação" dos clássicos do liberalismo para justificar a necessidade de liberdade frente à intervenção do Estado na economia. Entretanto, o principal equívoco, para Bobbio, da defesa do Estado mínimo diante do Estado intervencionista, tal qual o liberalismo o teria feito ainda no século XVIII, é a percepção de que o Estado paternalista surgiu justamente dos governos democráticos, e não do absolutismo como no contexto histórico do liberalismo clássico. BOBBIO, Norberto. Liberalismo velho e novo. In: **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

Para os ricos sim, os mundo está aos seus pés na nova realidade da globalização; para os pobres, a mobilidade é cada vez mais restrita. Bauman critica essa contradição nomeando os primeiros como "turistas" e os segundos como "vagabundos", restando àqueles o global, e a estes o local: essa é a realidade glocal. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

Segundo a percepção de Boaventura de Souza Santos, é no período histórico do Estado providência, ao contrário do período anterior do capitalismo liberal, no qual a prevalência do princípio do mercado reduziu a comunidade aos dois elementos abstratos *indivíduo* e *sociedade civil*, que o princípio da comunidade se ergue em função do desenvolvimento dos direitos políticos e dos sindicatos, permitindo que o Estado, na

forma da legislação social, pudesse se voltar à comunidade. SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 84.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo velho e novo... op. cit. p. 124.

Reunidos na capital americana em novembro de 1989 no International Institute for Economy, funcionários do governo dos EUA, dos organismos internacionais e economistas latino-americanos discutiam um conjunto de reformas essenciais para que a América Latina superasse a crise econômica e retomasse o caminho do crescimento. O diagnóstico era tenebroso: dívida externa elevada, estagnação econômica, inflação crescente, recessão e desemprego. As conclusões desse encontro passaram a ser denominadas informalmente como o Consenso de Washington, expressão atribuída ao economista inglês John Williamson. OLIVEIRA, Odete Maria de. **Teorias globais**: fragmentações do mundo. v. III. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 207-211.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Neoliberalismo, Reforma do Estado e Modernidade. In: **Direito e século XXI**: Conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna. p. 71-90. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 80.

BUDÓ, Marília Denardin; BUDÓ, José Setembrino Dorneles. O mundo do trabalho na globalização: entre flexibilidade e flexibilização. **Direito e Democracia**, v. 9, p. 169-183, 2008. É interessante a observação de Bourdieu ao notar que o sucesso da insegurança, sofrimento e estresse que caracterizam a adoção de políticas neoliberais e o privilégio do indivíduo em face da coletividade nas próprias empresas conta com a cumplicidade de trabalhadores "a braços com condições precárias de vida produzidas pela insegurança bem como pela existência – em todos os níveis da hierarquia, e até nos mais elevados, sobretudo entre os executivos – de um *exército de reserva de mão de obra docilizada pela precarização* e pela ameaça permanente do desemprego". BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 140. Grifos no original.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 177.

A independência da riqueza em relação à pobreza pode ser compreendida na seguinte passagem: "Os pobres não são os filhos de Deus que dão ocasião a uma boa ação purificadora. Não são o exército industrial de reserva que deve ser mantido para o retorno da produção de valor. Não são os consumidores que precisam ser seduzidos e convencidos de que, com o crescimento da economia, seja retomada a liderança". BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 109.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar**: A escola do mundo ao avesso. Porto Alegre: L&PM, 1999. p. 14.

BARATTA, Alessandro. Os direitos da criança e o futuro da democracia... op. cit. p. 69.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalização e sistema penal na América Latina: Da segurança nacional à urbana. **Discursos Sediciosos**: Crime, direito, sociedade, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 25-36, julho-dezembro 1997. p. 32.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Movimentos contemporâneos de controle do crime. **Violência e controle social na contemporaneidade**. Anais do III Ciclo de Estudos e Debates sobre Violência e Controle Social. p. 143-148. Porto Alegre: PUC-RS, 2008. p. 145.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 27-52, janeiro-março 2000. p. 32. Tradução livre do original em espanhol.

MELOSSI, Dario. **Stato, controllo sociale, devianza**. Milano: Mondadori, 2002. p. 298.

DAL RI JR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: A repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 356.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana... op. cit. p. 32.

BAUMAN, Zygmunt. op. cit. p. 59. Grifos no original.

LASCANO, Carlos Julio. La "demonización del enemigo y La crítica al derecho penal del enemigo basada en su caracterización como derecho penal de autor. In: CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DÍEZ. **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. p. 203-232. Buenos Aires: B de F, 2006. p. 207.

DELMAS-MARTY, Mireille. Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l'inumano? **Studi sulla questione criminale**, ano II, n. 2, abr-jul. 2007, p. 21-38. p. 22.

PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un'introduzione... op. cit. p. 9.

BERGALLI, Roberto. La construcción del delito y de los problemas sociales. In: BERGALLI, Roberto (coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. p. 25-82. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

BARATA, Francesc. De periodismos y criminologías. In: RIVERA, Iñaki; SILVEIRA, Héctor C.; BODELÓN, Encarna *et. al.*(coords.). **Contornos y pliegues del Derecho**. Barcelona: Anthropos, 2006. p. 213. O Movimento de Lei e Ordem e a Doutrina de Tolerância Zero são consonantes na busca pela relegitimação do sistema penal, inclusive justificando a perseguição seletiva através de argumentos baseados, por exemplo, na ideia de que os brancos possuem Q.I. mais alto do que os negros. WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. DE GIORGI, Alessandro. Marginalità urbana e criminalizzazione: genealogia e critica della tolleranza zero. **Dei delitti e delle pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale, Bologna, anno XI (seconda serie), n. 1,2 e 3, 2001, p. 111-139.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**: A caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DE GIORGI, Alessandro. **Zero Tolleranza**. Roma: DeriveApprodi, 2000. Com uma interessante abordagem sobre histórias de vida de imigrantes, Sbraccia traz uma análise bastante concreta do que é hoje a transição da mobilidade para o cárcere. SBRACCIA, Alvise. **Migranti tra mobilità e carcere**. Milano: FrancoAngeli, 2007. Na Itália, por exemplo, em 2006 os imigrantes representavam 4,9% da população, mas 32,3% dos encarcerados. MELOSSI, Dario. Il giurista, il sociologo e la "criminalizzazione" dei migranti: Che cosa significa "etichettamento" oggi? **Studi sulla questione criminale**, ano III, n. 3, p. 9-24. Roma: Carocci, 2008. p. 11. A ligação entre etnia e criminalidade, tão cara nas teorias positivistas do século XIX aplicadas aos povos latinoamericanos agora se aplicam aos imigrantes que buscam melhorar suas vidas na Europa. DAL LAGO, Alessandro. **Non-persone**: L'esclusione dei migranti in uma società globale. 3 ed. Milano: Feltrinelli, 2008. p. 95.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: História da violência nas prisões. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1984.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006. p. 28.

MELOSSI, Dario. Carcere, postfordismo e ciclo di produzione della "canaglia". **Dei delitti e delle pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale, Bologna, anno XI (seconda serie), n. 1,2 e 3, 2001, p. 95-110.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 106.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**... op. cit. p. 28.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: Aproximación desde un margen… op. cit. p. 02.

ibid.

idem. **Em busca das penas perdidas**... op. cit. p. 118.

ibid. Grifos no original.

idem. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à segurança pública... op. cit. p. 32.

BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais. **Discursos Sediciosos**: Crime, direito, sociedade, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 145-154, julho-dezembro 1997. p. 147.

BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 30.

RIO GRANDE DO SUL. Assembléia Legislativa. Comissão de cidadania e direitos humanos. **Relatório Azul**: garantias e violações de direitos humanos no RS; 2003. Porto Alegre: Assembléia Legislativa, 2003. p. 39.

ibid. p. 40.

FRASSETO, Flávio Américo. Ato infracional, medida socioeducativa e processo: a nova jurisprudência do STJ. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, ano 7, n. 12, 2° sem. 2002, p. 167-191. p. 168. Nessa linha é ainda interessante observar que tanto o criminoso quanto o autor de ato infracional é assim denominado apenas após a sentença. O que significa dizer que de fato quem decide se o adolescente será reconhecido como autor de ato infracional é o juiz, e a análise das sentenças judiciais permitem perfeitamente conhecer as variáveis que determinam tal construção, e qual o paradigma do qual parte o julgador. MOSCONI, Giuseppe; PADOVAN, Dario (a cura di). **La fabbrica dei delinquenti**: processo penale e meccanismi sociali di costruzione del condannato. Torino: L'Harmattan, 2005.

A institucionalização total e prolongada cria, para a criança e para o adolescente, um quadro de referências que permeia toda a sua vida cognitiva, afetiva e emocional, que norteia todas as suas relações e que dita as suas respostas comportamentais. Enquanto interna, toda a busca da pessoa por aprovação, valoração e reconhecimento se dá dentro deste quadro de referências que á a antítese da vida, pois valoriza atitudes, comportamentos e coisas que fora da instituição são rejeitadas a estigmatizadas. SILVA, Roberto da. O que é institucionalização/prisionização. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, ano 4, n. 7 e 8, 1° e 2° sem. 1999, p. 125-133. p. 128.

SANTOS, Juarez Cirino dos. O adolescente infrator e os direitos humanos. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, ano 5, n. 9 e 10, 1° e 2° sem. 2000, p. 169-179. p. 176.

FRASSETO, Flávio Américo. op. cit. p. 168.

SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit. p. 172.

ibid.

"O adolescente autor de ato infracional não é o mesmo que adolescente infrator, pois isto implica que a ação de um momento o rotularia para o resto da vida, conforme a teoria do etiquetamento". VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente**... op. cit. p. 78.

SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit.

RIO GRANDE DO SUL. Assembléia Legislativa. Comissão de cidadania e direitos humanos. **Relatório Azul**: garantias e violações de direitos humanos no RS; 2003... op. cit.

BARATTA, Alessandro. Prefácio... op. cit. p. 17.

ibid.

ibid. p. 18.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Proporção de homicídios como causa da mortalidade de jovens de 15 a 29 anos (2002). Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?SessionID=1399391962& Tick=1247330370136&VAR_FUNCAO=Ser_Temas(25789188)&Mod=S> Acesso em: 15 jun. 2009.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Proporção de homicídios como causa da mortalidade de jovens de 15 a 29 anos do sexo masculino (2002). Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?SessionID=1399391962& Tick=1247330370136&VAR_FUNCAO=Ser_Temas(25789188)&Mod=S> Acesso em: 15 jun. 2009.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Proporção de homicídios como causa da mortalidade (2002). Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?SessionID=1399391962&Tick=1247 330370136&VAR_

FUNCAO=Ser_Temas (25789188)&Mod=S> Acesso em: 15 jun. 2009.

Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República – SPDCA/SEDH; Fundo das Nações Unidas

para a Infância – UNICEF; Observatório de Favelas – OF; Laboratório de Análise da Violência – LAV/UERJ. **Índice de homicídios na adolescência (IHA)**. Disponível em: <http://www.observatoriodefavelas.org.br/observatoriodefavelas

/includes/publicacoes/ 471da5ee11f02534b6022e2a2d6a40dc.pdf> Acesso em: 21 jul. 2009.

ibid.

SOARES FILHO, Adauto Martins *et. al.* Análise da mortalidade por homicídios no Brasil. **Epidemiologia e serviços de saúde**, mar. 2007, v. 16, n. 1, p. 7-18.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; CARDIA, Nancy; SANTOS, Patrícia Carla dos. **Homicídios de crianças e jovens no Brasil: 1980-2002**. Núcleo de Estudos da Violência, Universidade de São Paulo. São Paulo: NEV/USP, 2006.

FLAUZINA, Ana Lucia Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008. p. 131.

SUDBRACK, Umberto Guaspari. Grupos de extermínio: aspectos jurídicos e de política criminal. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, ano 1, n. 2, 2° sem. 1996, p. 111-125. p. 117.

ibid. p. 113.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El crimen de Estado como objeto de la criminología… op. cit. p. 30. Tradução livre do original em espanhol.

ibid. p. 31. Tradução livre do original em espanhol.

ibid. p. 32.

ibid.

ibid. p. 33. Tradução livre do original em espanhol.

ibid.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 72.

ibid. p. 75.

BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais... op. cit. p. 151.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 40.

BARATTA, Alessandro. Prefácio... op. cit. p. 29

MONTERO, Augusto. Las policías y la Doctrina de la Seguridad Nacional en la Argentina. Primera aproximación. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki; BOMBINI, Gabriel (compiladores). **Violencia y sistema penal**. p. 265-290. Buenos Aires: Del Puerto, 2008. Essa hipótese identifica na reunião entre polícia e exército, em função dos conceitos de guerra interna e inimigo interno trazidos pela doutrina da segurança nacional na ditadura militar Argentina, a explicação para a manutenção dessa ideologia nas polícias argentinas. ibid.

Fast thinkers é o título cunhado por Bourdieu para designar os falantes obrigatórios que estão nas agendas de endereços dos jornalistas e sempre são chamados para produzir o seu *fast-food* cultural, alimento cultural pré-digerido, pré-pensado. São os *habitués* da mídia, um tipo de pensador particular com o título de autoridade no assunto e que dá a definição dos acontecimentos. BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 41.

BATISTA, Vera Malaguti. op. cit. p. 36.

FLAUZINA, Ana Lucia Pinheiro. op. cit. p. 134.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal... op. cit.

DAL LAGO, Alessandro. op. cit. p. 211. Tradução livre do original em italiano.

ibid. p. 213. Tradução livre do original em italiano.

BATISTA, Vera Malaguti. op. cit. p 134.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Sistema de justiça da infância e da juventude: construindo a cidadania e não a punição... p.105.

Esse tipo de análise sobre as relações entre *mass media* e sistema penal surgiu na década de 1970, na Inglaterra, a partir, principalmente, dos estudos de Stuart Hall *et.al.* op. cit.; Stanley Cohen e Jock Young op. cit., os quais buscaram demonstrar que o criminoso é construído através dos meios de comunicação de massa. Tal perspectiva veio romper com o que se fazia de pesquisa anteriormente, nas décadas de 40 e 50, quando o foco da relação entre mídia e criminalidade se reduzia aos possíveis efeitos que o contato com a violência na televisão poderia trazer principalmente aos adolescentes. MURDOCK, Graham. Dall'etichettamento alla legittimazione: linee di tendenza nello studio della devianza e dei mass media in Gran Bretagna. **La questione criminale**: Rivista di ricerca e dibatito su devianza e controllo sociale, Bologna, anno IV, n. 2, maggio-agosto, 1978, p. 331-347. p. 332.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los medios de comunicación de masas. In: BERGALLI, R. *et. al.* (orgs.). **El pensamiento criminológico II**: Estado y control. p. 50-62. Bogotá: Temis, 1983. p. 58.

Na percepção estruturalista a que Hall *et. al.* se vinculam, a utilização de fontes oficiais é considerada como o exercício de um papel de definição primária. "A definição primária *estabelece o limite* de todas as discussões subseqüentes através do seu *enquadramento do problema*. Este enquadramento inicial fornece então critérios segundo os quais todas as contribuições subseqüentes serão rotuladas de relevantes para o debate, ou irrelevantes" HALL, Stuart *et. al*.. The social production of news: mugging in the media. In: COHEN, Stanley; YOUNG, Jock. **The manufacture or news**: Deviance, social problems & mass media. p. 335-367. London: SAGE, 1981. p. 342. Tradução livre do original em inglês.

BARATA, Francesc. El drama del delito en los *mass media*, **Delito y sociedad**: Revista de Ciencias Sociales, Buenos Aires, año 7, n. 11/12, p. 59-68, 1998. p. 67. Tradução livre do original em espanhol.

ibid. p. 354. Tradução do original em inglês.

Especificamente sobre o assunto, cf. BARONTI, Giancarlo. La funzione dello stereotipo del criminale nell'ambito dei processi di controllo sociale. **La questione criminale**: Rivista di ricerca e dibatito su devianza e controllo sociale, Bologna, anno IV, n. 2, maggio-agosto, 1978, p. 253-294.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: O homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 389.

LIPPMAN, Walter. **L'opinione pubblica**. Roma: Donzeli, 2004. p. 61-116.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**... p. 134.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. op. cit. p. 389.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. op. cit.

MADRIZ, Esther. Miedo común y precauciones normales: mujeres, seguridad y control social. **Delito y sociedad**: Revista de Ciencias Sociales. Buenos Aires, año 7, n. 11/12, p. 87-104, 1998. p. 94. Tradução livre do original em espanhol.

COHEN, Stanley; YOUNG, Jock. The process of selection. In: COHEN, Stanley; YOUNG, Jock. **The manufacture of news**: Deviance, social problems, & mass media. p. 15-33. London: Sage, 1981. p. 18. Tradução livre do original em inglês.

BARATTA, Alessandro. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. In: ELBERT, Carlos Alberto. **Criminología y sistema penal:** Compilación in memorian. p. 334-356. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. op. cit. p. 216.

BUDÓ, Marília Denardin. Entre construção social da criminalidade e delimitação do inimigo interno: o crime no jornal. In: **Cuestiones actuales del sistema penal**: crisis y desafíos. Libro de ponencias del XX Congreso latinoamericano, XII Iberoamericano y V Nacional de Derecho Penal y Criminología, 2008. Lima: Ara, 2008. p. 629-646.

TUCHMAN, Gaye. Contando 'estórias'. In: TRAQUINA, Nelson (org.). **Jornalismo**: Questões, teorias e "estórias". p. 258-262. Lisboa: Veja, 1993.

BARATA, Francesc. Los *mass media* y la cultura del miedo. **Panoptico**, Barcelona, n. 6, 2º semestre de 2003, p. 11-23. Tradução livre do original em espanhol.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. op. cit. p. 59.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. 2 ed. Niterói: Luam, 1997. p. 56.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. op. cit. p. 59.

Sabe-se que a criminologia positivista desempenhou um importante papel na legitimação da seletividade do sistema penal, em especial se for considerado o método utilizado por Cesare Lombroso na determinação do perfil antropológico do homem delinqüente. Suas pesquisas foram realizadas dentre a clientela de criminalizados, a qual tem a característica estrutural de ser constituída pelos excluídos de cada região. Sendo assim, o máximo resultado que estudiosos podem obter ao analisar o perfil de indivíduos que se encontram encarcerados é a determinação das características comuns perseguidas pelos agentes do sistema penal. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**... op. cit. Ao desconsiderar esse detalhe, apontar essas características comuns como aquelas que determinam a delinqüência significa legitimar a atuação das agências do sistema penal, papel que costuma também ser desempenhado atualmente pela mídia.

SCANDURRA, Alessio. Effetti cognitivi delle comunicazioni di massa: violenza in TV e paura del crimine. **Dei delitti e delle pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale, Bologna, anno XI (seconda serie), n. 1,2 e 3, 2001, p. 163-185. p. 181. Tradução livre do original em italiano.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalização e sistema penal na América Latina: Da segurança nacional à urbana. p. 63.

idem. Em busca das penas perdidas. op. cit. p. 129.

ibid. p. 127. Assim, não apenas a construção seletiva da criminalidade é operada através dos meios de comunicação de massa, mas em consequência disso também o medo é construído seletivamente de acordo com as campanhas empreendidas. Algumas pesquisas de campo já foram desenvolvidas no sentido de relacionar o medo da criminalidade, decorrente da informação recebida pela mídia com os índices de criminalização. Um exemplo é o trabalho de Smaus, o qual observa que, do total de pessoas entrevistadas em sua pesquisa, 71,3% delas acreditavam que a criminalidade havia aumentado, enquanto, na verdade, os dados sobre a criminalização haviam diminuído. SMAUS, Gerlinda. L'immagine della criminalità nei *mass media*: contenuti e significati simbolici. **La questione criminale**: Rivista di ricerca e dibatito su devianza e controllo sociale, Bologna, anno IV, n. 2, maggio-agosto, 1978, p. 351-377.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 271-288, 2º semestre de 2002.

COHEN, Stanley. **Folk devils and moral panics**. 3 ed. London and New York: Routledge, 2002.

MANERI, Marcello. Il panico morale come dispositivo di trasformazione dell'insicurezza. **Rassegna italiana di sociologia**, anno XLII, n. 1, gennaio-marzo 2001. p. 5-40. p. 14 Tradução livre do original em italiano.

(IM)POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO JUDICIAL DIANTE DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO PROFERIDO PELO STF NO HC 82.844/RJ*

(IM) POSSIBILITY OF JUDICIAL CONVICTION AHEAD OF THE ORDER OF ABSOLUTION FORMULATED FOR THE MINISTÉRIO PÚBLICO: A CRITICAL ANALYSIS OF THE JUDGMENT PRONOUNCED FOR THE STF IN THE HC 82.844/RJ

Pedro Ivo de Sousa
Mariana Machado Santos Sousa

RESUMO

Trata o presente estudo de uma análise crítica do julgamento proferido pela 2ª Turma do STF no HC 82.844/RJ. Apresenta, sucintamente, o caso analisado pela 2ª Turma no julgamento do HC 82.844/RJ. Propõe um estudo da evolução dos sistemas processuais penais durante o progresso da humanidade, focando sua atenção para a compreensão do sistema acusatório, de forma a evidenciar as suas principais características. Investiga a (im)possibilidade de o juiz proferir decisão condenatória quando o Ministério Público formula, em sede de manifestação final no curso do processo, pedido de absolvição, procurando apresentar as posições doutrinárias existentes sobre o assunto e oferecer nova sugestão de resolução da questão. Primando por uma análise paradigmática constitucional do Estado Democrático de Direito, critica a decisão proferida pela 2ª Turma do STF que entendeu ter a manifestação final do Ministério Público no curso do processo penal natureza de mera sugestão.

PALAVRAS-CHAVES: SISTEMA ACUSATÓRIO – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – (IM)POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO JUDICIAL.

ABSTRACT

This objective study makes a critical analysis of the judgment in HC 82.844/RJ, pronounced by the 2ª Group of the Supreme Court. It presents the case analyzed for the 2ª Group in the judgment of the HC 82.844/RJ. It considers a study of the evolution of the criminal procedural systems during the progress of humanity, giving especial attention for the understanding of the accusatory system, in a way to evidence its main characteristics. It investigates the (im)possibility of the judge to pronounce condemnatory decision when the Ministério Público request absolution, in final headquarters of manifestation in the course of the process, trying to present the existing doctrinal positions on the subject and to offer new suggestion of resolution of the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

question. Through a constitutional analysis of the paradigm of the Democratic State of Right, criticizes the decision pronounced by the 2ª Group of the Supreme Court that understood to have the final allegation of the Ministério Público in the course of the criminal proceeding nature of mere suggestion.

KEYWORDS: ACCUSATORY SYSTEM - DEMOCRATIC STATE OF RIGHT - REQUESTED OF ABSOLUTION FORMULATED FOR THE MINISTÉRIO PÚBLICO - (IM) POSSIBILITY OF JUDICIAL CONVICTION.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento social da humanidade fez com que diversos institutos das mais diferentes áreas do conhecimento humano sofressem forte evolução conceitual, possibilitando um progresso dinâmico em todas as ciências existentes. A modificação da compreensão da participação do ser-humano no complexo sistema da natureza, com todas as conseqüências advindas deste processo, é um ótimo exemplo do progresso mencionado. Certamente, essa evolução também pode ser percebida no campo do direito processual penal, especialmente no que se refere ao sistema processual penal[1]. É bem verdade que, desde que o homem decidiu se agrupar em sociedade, de uma forma ou de outra, sempre existiram regulamentos determinando a forma com que se responsabilizaria um indivíduo que violasse as regras postas, principalmente quando este cometesse algum crime[2]. E é justamente sobre esta forma de responsabilização do indivíduo infrator criminal que trata o presente estudo.Da análise dos procedimentos utilizados pela sociedade moderna para se buscar apurar e processar um indivíduo criminoso, pode-se, inicialmente, afirmar que profundas foram as mudanças aplicadas na metodologia do sistema processual penal[3].

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, que procura salvaguardar os direitos fundamentais sob uma perspectiva democrática de participação popular na formulação das decisões político-jurídicas, buscou-se conferir aos indivíduos processados o maior número possível de direitos que possibilitassem a sua melhor defesa. Dentre esses direitos, o da imparcialidade do juiz pode ser apontado como um dos principais, rompendo-se assim com a figura do juiz-acusador, de forma a garantir uma maior participação do indivíduo na formação da sua própria defesa.

Esta separação das figuras do julgador e do acusador segue a lógica da especialização das funções utilizada pelo princípio da separação de poderes, através do qual se busca tutelar os direitos fundamentais, impedindo-se a concentração de poder na mão de uma única pessoa, de forma a se evitar o arbítrio.

Sabe-se que a aplicação do direito penal ocorre através de um sistema processual penal formado por um conjunto de princípios e regras constitucionais. Esse sistema se desenvolve, como afirmado, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas.

De fato, no sistema jurídico brasileiro, o art. 385 do CPP permite que o juiz profira um julgamento condenatório em discordância com o entendimento do Ministério Público, que é órgão estatal responsável por formular a acusação em desfavor dos infratores penais, autorizando a formação de um título executivo condenatório constituído pela única vontade do juiz.

Desta forma, a questão que se pretende responder ao final do presente é se é possível, em pleno Estado Democrático de Direito, com a vigência do sistema processual penal acusatório, o julgador proferir sentença condenatória criminal num processo em que o Ministério Público formula, em manifestação final, pedido de absolvição.

2 ANALISE DO CASO JULGADO PELA 2ª TURMA DO STF NO JULGAMENTO DO HC 82.844/RJ

O caso avaliado pela 2ª Turma do STF no julgamento do HC 83.844/RJ se revela mais um daqueles casos que merecem uma especial atenção da comunidade jurídica brasileira. Não tanto pelo contexto fático em que ocorreu, mas principalmente em decorrência da solução jurídica apresentada pela 2ª Turma do STF.

Numa rápida reconstrução do caso, o Paciente do HC referido foi denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, juntamente com outros envolvidos, por supostamente ter cometido o crime de incêndio no interior de uma firma comercial situada no município de Petrópolis/RJ, devidamente tipificado no art. 250, §1º, I, do CPB. Após o trâmite processual normal, esse Paciente foi absolvido pelo juízo de 1º grau, que, acolhendo manifestação do Ministério Público, entendeu por declarar o estado de inocência dos acusados no processo.

Ocorre que, a assistência de acusação recorreu desta sentença judicial, tendo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendido pela condenação dos acusados, terminando por impor ao referido Paciente do HC a pena de 5 (cinco) anos 4(quatro) meses de reclusão e 80 (oitenta) dias multa, como incurso nos arts. 250, § 1º, I c/c o 29, do C. Penal.

Desta decisão proferida em acórdão pelo TJRJ este Paciente se insurgiu, tendo recorrido ao Supremo Tribunal de Justiça no intuito de ver restabelecida a sentença proferida pelo juízo de 1º grau, fundamentando-se, dentre outros argumentos, no pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. Entretanto, não obteve êxito nesse Tribunal Federal, motivo pelo qual impetrou *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal.

No STF, sob relatoria do então Ministro Nelson Jobim, a 2ª Turma, no dia 04 de maio de 2004, analisou e julgou, em unanimidade, pelo deferimento do *habeas corpus*. Assim, ordenou a invalidação do acórdão emanado da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mantido pela 5ª Turma do egrégio Superior

Tribunal de Justiça, restabelecendo, em conseqüência, a sentença penal absolutória de 1º grau, tendo a ementa sido publicada no dia 28 de maio de 2004, a saber:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INCÊNDIO DOLOSO. DOIS LAUDOS PERICIAIS. ABSOLVIÇÃO NA 1ª INSTÂNCIA E CONDENAÇÃO NA 2ª INSTÂNCIA. RECURSO DA ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO.
A apresentação de dois laudos periciais - um realizado logo após o incêndio por perito experiente e renomado na região, outro realizado dias após o ocorrido por perito vindo da capital do Estado – com conclusões totalmente divergentes, demonstra séria dúvida para a comprovação irrestrita da intencionalidade do incêndio. Justificam ainda a concessão da ordem elementos como: a) o Ministério Público de 1º grau ter ***sugerido*** a absolvição do réu, ***sugestão*** acompanhada pelo juízo criminal; b) a segunda perícia – que concluía pelo incêndio doloso – ter sido elaborado dias depois do evento; e c) a dúvida do Ministério Público acerca da idoneidade do perito que formalizou o segundo laudo. A configuração dessas sérias incertezas demonstra falta de base sólida para a condenação do paciente.
Habeas corpus deferido. (STF. HC 82.844/RJ. 2ª Turma. Relator Min. Nelson Jobim. Data de Publicação no DJ: 28/05/04) (grifos nossos)

Pode-se, então, observar da ementa acima que os Ministros da 2ª Turma do STF entenderam, conforme a fundamentação exposta, pelo deferimento do *habeas corpus* em razão de três justificativas, sendo a primeira delas a da *sugestão* do Ministério Público pela absolvição do réu.

A questão proposta para análise no presente trabalho é de saber se o pedido de absolvição formulado no processo criminal pelo Ministério Público possui natureza de *sugestão*, como afirmado pelos Ministros da 2ª Turma do STF, ou de vinculação de atuação jurisdicional, dado a vigência do sistema processual acusatório em nosso ordenamento jurídico brasileiro. Desta resposta, poder-se-á extrair a possibilidade, ou não, do juiz proferir sentença penal condenatória diante de um pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público.

Assim, propõe-se, inicialmente, a análise da evolução dos sistemas processuais penais durante o progresso dos sistemas jurídicos da humanidade, focando sua atenção para a compreensão do sistema acusatório, de forma a evidenciar as suas principais características.

3 O SISTEMA ACUSATÓRIO NO ÂMBITO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Tradicionalmente, a forma com que o Estado buscou responsabilizar aqueles que cometiam infrações criminais sempre esteve subjugada a um sistema normativo capaz de conferir garantias para a sociedade e para cada indivíduo, ainda que,

excepcionalmente, possam ser apontados alguns exemplos de excessos na história da humanidade.

Este sistema, normalmente chamado de sistema processual penal de determinado Estado, é o garantidor da obediência de normas pré-estabelecidas, que visam conferir, na prática, direitos e obrigações instituídas para manutenção da paz social de determinada comunidade[4].

Assim, depois de estabelecidas as condutas criminais inadmitidas pela comunidade, instituem-se as formas com que estas condutas serão investigadas e processadas pelo Estado, no intuito de se entregar o maior número possível de ferramentas para o Estado cumprir o seu mister institucional, preservando-se, ao máximo, os direitos individuais dos cidadãos.

Interessante observar que, no início do constitucionalismo moderno, em plena vigência do paradigma do Estado Liberal, estes sistemas eram caracteristicamente formados por regras, que estabeleciam ditatorialmente e abstratamente as diretrizes a serem seguidas no processo de investigação e processamento das condutas típicas criminais. Entretanto, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, os sistemas processuais penais dos Estados têm sido marcados por um conjunto normativo de regras e princípios, que conferem ao intérprete da norma uma maior possibilidade de, no caso concreto, construir a melhor resposta que o sistema normativo possa oferecer.

Desta forma é que Paulo Rangel (2006, p. 45) define o sistema processual penal como "o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto"[5]. De fato, em regra, a doutrina aponta, pelo menos, três sistemas processuais penais que norteiam, ou nortearam, as ações punitivas sociais: o inquisitivo, o misto e o acusatório.

O sistema inquisitivo foi antecedido pelo sistema acusatório privado no qual o próprio particular iniciava a persecução penal. Com o passar do tempo conclui-se que era melhor que o Estado detivesse o poder de reprimir a prática de delitos, sob pena de o particular utilizar o sistema como meio de vingança, ora interessando-o a interposição da ação ora não, gerando impunidade e desestabilização social. Como reação a esse sistema particular, surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico o sistema inquisitivo.

A principal característica desse sistema é a concentração das funções de julgar, defender e acusar nas mãos do juiz. Tal concentração quebra obviamente seu dever de imparcialidade, pois se é o juiz quem colhe as provas na fase de investigação preliminar e decide se a ação será ou não deflagrada, demonstra que ele já exerceu juízo de valor sobre o objeto daquele processo.

Outro traço interessante é o sistema de provas adotado, qual seja o da prova tarifada, prova legal ou ainda sistema da certeza moral do legislador, onde nenhuma prova valia mais do que a confissão do acusado (LOPES JR., 2008, p. 65). De acordo com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, dissertando sobre a gestão da prova a qual era confiada

essencialmente ao magistrado no sistema inquisitivo, "o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos - de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na 'a acusação' - dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases" (COUTINHO, 2001, p. 24)

Preocupado em regrar, pelo menos em parte, a atuação do magistrado, o legislador impõe ao mesmo um sistema tarifado de provas, que significa dizer que todas as provas têm seu valor prefixado pela lei. Portanto, o juiz não poderia decidir pela absolvição mesmo que três testemunhas oculares do fato não reconhecessem o acusado como autor do fato, se esse fosse réu confesso. Isso porque o legislador definiu que a confissão era a rainha das provas, retirando do magistrado qualquer margem de discricionariedade[6].

A terceira característica é o sigilo. O juiz recolhia a prova secretamente, inviabilizando a fiscalização e o contraditório, que é o último elemento caracterizador do sistema. Não há contraditório nem ampla defesa no sistema inquisitivo, o que faz do acusado mero objeto do processo, quase um objeto de pesquisa científica, não lhe sendo garantida a defesa de seus direitos.

Mas uma vez, faremos menção ao professor Jacinto Nelson Miranda Coutinho, que define o trabalho do juiz como delicado, senão vejamos: "O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do contraditório e sendo senhor da prova, sai em seu encalço guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato" (COUTINHO, 2001, p. 24)

O sistema processual penal misto possui esta nomenclatura por justamente se constituir da junção de elementos do sistema inquisitivo e do sistema acusativo. Também chamado de sistema acusatório formal, costuma-se identificar as raízes desse sistema com o sistema acusatório privado de Roma (RANGEL, 2006, p. 49). A razão da criação deste sistema é muito bem explicada pelo próprio Paulo Rangel:

"Procurou-se com ele temperar a impunidade que estava reinando no sistema acusatório, em que nem sempre o cidadão levava ao conhecimento do Estado a prática da infração penal, fosse por desinteresse ou por falta de estrutura mínima e necessária para suportar as despesas inerentes àquela atividade; ou, quando levava, em alguns casos, fazia-o movido por um espírito de mera vingança" (RANGEL, 2006, p. 50)

Neste sistema, embora mantendo a condução das investigações nas mãos do próprio magistrado, a grande novidade é a distinção entre as funções acusatória e decisória durante o processo, com a inclusão do Ministério Público na formação da culpa do indivíduo. Assim, este sistema possui duas fases procedimentais bem distintas: a primeira, na qual as investigações são conduzidas pelo próprio juiz, com inspiração direta do sistema inquisitivo e; a segunda, na qual a acusação é feita por um órgão público distinto do Judiciário, em regra, cabendo ao Ministério Público tal incumbência, sendo reservado ao juiz a condução dos trabalhos e a decisão final sobre o caso[7].

De fato, o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito, com a inclusão de novos direitos nas Constituições mundiais, proporcionou a rejeição das idéias defendidas neste sistema, por não proporcionarem uma isenção ideal do juiz no julgamento de cada indivíduo acusado de cometer alguma infração penal. É que a

condução judicial da fase preliminar investigativa compromete profundamente o julgamento judicial do caso analisado, impedindo que o indivíduo desfrutasse amplamente os seus direitos fundamentais.

O sistema processual acusatório[8] é apresentado, então, como uma alternativa mais coerente com o paradigma constitucional vigente, no qual se procura blindar a atuação judicial de contaminações que comprometam um julgamento imparcial, contido contemporaneamente no princípio constitucional do devido processo legal.

Nessa espécie de sistema processual, o juiz restringe a sua atuação ao processo, cabendo a outros órgãos as investigações e as acusações dos infratores penais. No cenário brasileiro, por exemplo, cabe à autoridade policial a condução dos trabalhos investigativos e ao Ministério Público o controle externo desses trabalhos e a formulação das acusações contra os infratores penais. A atuação judicial na fase preliminar de investigação se limita, então, à tutela das liberdades públicas (OLIVEIRA, 2008, p. 11).

Obviamente, com a retirada da atuação judicial do controle das investigações criminais e da própria acusação penal, o sistema é recheado com garantias que possibilitam uma real análise dos fatos praticados, em tese, pelo indivíduo acusado judicialmente. Isto faz reaparecer, por exemplo, requisitos básicos de transparência do processo judicial como o princípio da publicidade, que permeia todo o sistema acusatório.

É que não se visualiza um sistema processual democrático que vede às partes e a sociedade a possibilidade de obterem informações sobre a condução do processo, sendo certo, também, que tal princípio pode ter sua aplicação, excepcionalmente, limitada diante de uma real necessidade que vise a proteger o bom andamento dos trabalhos, quando então será admitida a decretação de sigilo.

É também com Paulo Rangel (2006, p. 48-49) que encontramos algumas características do sistema acusatório, podendo ser identificadas, além das já mencionadas a da adoção do princípio do livre convencimento motivado e a da imparcialidade do julgador.[9]

Ainda que parte da doutrina entenda que o sistema processual vigente no ordenamento jurídico brasileiro seja o misto, em razão da condução unilateral da fase preliminar investigativa, é de se reconhecer que, na verdade, o sistema processual penal adotado no Brasil é o acusatório, ainda que apresente algumas distinções peculiares (OLIVEIRA, 2008, p.12)[10].

Em razão até mesmo da complexidade do sistema vigente é que se buscará analisar neste momento a aplicação adequada do artigo 385 do Código de Processo Penal ao sistema processual acusatório, especialmente quando o Ministério Público formula pedido de absolvição do acusado, tratando de focar o estudo na conduta do juiz imparcial, que deve se afastar do espírito acusatório do processo.

4 O ARTIGO 385 DO CPP E A (IM)POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO JUDICIAL DIANTE DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

No nosso sistema jurídico, como já afirmado, existe a possibilidade expressa de o juiz proferir sentença condenatória em dissonância com o entendimento do Ministério Público, prescrevendo o art. 385 do Código de Processo Penal que "Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição (...)".

Alicerçados no princípio da livre convicção ou da persuasão racional das provas e na própria proteção de direitos fundamentais, é que parte da doutrina entende constitucional a previsão do art. 385 do CPPB (OLIVEIRA, 2008, p. 11)[11]. Neste mesmo sentido, o julgamento da 2ª Turma do STF proferido no caso do HC 83.844/RJ, ao se referir à manifestação ministerial como mera sugestão, revela nítida concordância com a sua constitucionalidade, mesmo diante da vigência do sistema acusatório no paradigma constitucional atual.

Acontece que esta norma processual deve ser interpretada à luz do sistema acusatório, no qual as funções do acusador e do julgador são separadas, garantindo-se a imparcialidade do julgador, de forma a proteger os direitos fundamentais do indivíduo acusado.

Assim, cabe indagar, quando o Ministério Público pede a absolvição de determinado indivíduo em sede de alegações finais, qual o efeito processual penal produzido? De outra forma, qual é a natureza jurídica do ato do Ministério Público de pedir, no curso do processo, a absolvição do acusado?

Como visto acima, parte da doutrina e da jurisprudência pátrias entendem que a acusação separada da função julgadora se sustenta somente até o momento do seu oferecimento, através da peça processual inaugural do processo, tendo o juiz, a partir de então, uma missão constitucional de busca da verdade real que ultrapassa um juízo absolutório formulado pela própria acusação. Desta forma, com o oferecimento da denúncia, as manifestações ministeriais teriam natureza meramente opinativa, ou como descrito no julgamento acima, natureza sugestiva.

Entretanto, conforme a melhor doutrina, ao pedir a absolvição do acusado, o Ministério Público estaria retirando totalmente a acusação contra o mesmo, esvaziando a própria pretensão acusatória no processo, que é o seu objeto principal. Este ato processual praticado pelo Ministério Público teria uma natureza de retirada/esvaziamento da própria acusação, tornando o processo, desde então, carente de seu objeto principal.

Desta forma, com a retirada da pretensão acusatória pelo Ministério, incumbe investigar a possibilidade do julgador emitir decisão condenatória em desfavor do acusado, pois estaria assumindo, sozinho e ao mesmo tempo, as funções acusadora e julgadora sobre os fatos descritos na ação acusatória inicial, tornando totalmente dispensável a ação e o processo penal.

É importante que, neste ponto, busque-se diferenciar ação penal, processo e acusação, para que se evitem pequenas incompreensões da temática. Preceitua o artigo 42 do CPP que o Ministério Público não poderá desistir da ação penal. Pois bem, ensina-nos Paulo Rangel que em razão do princípio da inércia, a ação deflagra a jurisdição. Por outro lado a acusação é a pretensão processual que por sua vez é o objeto do processo. Vejamos o que diz o referido autor sobre o tema: "A ação deflagra a jurisdição e instaura o processo, porém se esgota quando a jurisdição é impulsionada. Agora daqui para frente o que temos é o processo, *não mais a ação*" (RANGEL, 2006, p 61).

Sendo assim, quando o Ministério Público formula pedido absolutório, ele não está desistindo da ação, ele está esvaziando o próprio objeto do processo penal, que é a pretensão acusatória. Cabe-nos nesse ponto mencionar valioso ensinamento de Aury Lopes quando diz que:

"Sem embargo de tais limitações, entendemos que se o Ministério Público pedir a absolvição (já que não pode desistir da ação) a ela está vinculado o juiz. O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não-exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como conseqüência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. (LOPES JR., 2008, p. 103)

De maneira resumida, deve-se lembrar que o impulso oficial da jurisdição penal é realizado através de uma análise sintética, onde vige o princípio do "*in dúbio pro societat*", através da qual se busca constatar a certeza da materialidade e o indício da autoria.

De fato, o *parquet*, em momento processual posterior, possui maiores condições de análise de verificação da autoria e da materialidade do que ele tinha quando da propositura da ação, já que no inquérito as provas são produzidas na ausência do contraditório, diferente do que ocorre na fase judicial.

Assim, pode ocorrer de o próprio Ministério Público, no desempenho de suas funções constitucionais, visualizar o pedido de absolvição do acusado diante, por exemplo, da insuficiência de provas, formulando um juízo absolutório em favor do acusado, devidamente expresso em sede de alegações finais.

Como afirmado, com esta atitude, o Ministério Público estaria retirando a acusação contra o acusado, esvaziando o objeto principal do processo penal, qual seja a pretensão acusatória. Pode-se afirmar, então, que, a partir deste momento, não haveria mais qualquer apontamento pelo Ministério Público de uma conduta praticada pelo acusado digna de uma condenação estatal.

Assim, dificilmente se poderia sustentar uma condenação judicial que não violasse a separação das funções acusatória-julgadora defendidas pelo sistema acusatório, ainda que este seja o entendimento de alguns. É certo que, em nosso ordenamento vigente, não cabe ao juiz assumir a função de sustentador da acusação inicial formulada. Ainda

que se sustente a separação da ação e do processo, este só se sustenta com a manutenção daquela.

Mesmo nos procedimentos investigativos originários dos Tribunais, verifica-se que aquele magistrado que, excepcionalmente, exerce função de presidente da investigação preliminar, não atua no julgamento principal das condutas criminais apuradas. Isto é lógico, pois privilegia a imparcialidade e o julgamento justo, incólume de pré-julgamentos. Garante amplamente ao acusado a possibilidade de realizar sua defesa.

No entanto, ao se defender uma total vinculação do juiz à manifestação do Ministério Público, também não se estaria concentrando nele a figura do acusador e do julgador de fato, tornando o juiz um mero carimbador da decisão do agente acusador?[12] De outra forma, se o Ministério Público pede absolvição e o juiz fica vinculado a proferir sentença absolutória, da mesma maneira o *parquet* não estaria cumulando também as duas funções: de julgar e de condenar. Qual seria então a solução mais adequada?

De fato, não se pode falar em total equivalência das situações visualizadas acima, pois, ainda que o Ministério Público formule pedido absolutório, a decisão final é a do julgador, que, no entanto, não poderá condenar alguém diante de uma falta de acusação. Assim, o Ministério Público quando pede a absolvição de determinado acusado não acumula a função julgadora, mas exerce plenamente a sua função acusadora no processo penal vigente, marcado pela sua característica de parte imparcial.

Bem, o que se defende até o momento é que, diante de um pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, o juiz fica impossibilitado de proferir uma sentença penal condenatória em desfavor do acusado, uma vez que o ato processual praticado pelo órgão ministerial retira do processo o seu objeto principal, vinculando, em regra, a atuação judicial.

Fala-se “em regra” pelo fato de que o juiz pode não concordar com a manifestação ministerial. O que fazer então diante do arcabouço normativo pátrio. É preciso pensar numa solução para este caso que encontre total sintonia com o sistema processual-constitucional vigente, pois, como nos lembra Eugênio Pacelli: "(...) em matéria penal, não se disponibiliza a nenhum órgão do Estado a exclusividade na identificação do interesse público” (OLIVEIRA, 2008, p 11).

De maneira geral, percebe-se no sistema processual penal brasileiro, uma constante preocupação do legislador com os equívocos humanos. Pode-se afirmar, assim, que esse sistema também é construído com base no princípio da falibilidade humana. Tanto assim, que prevê uma ampla estrutura recursal, não ficando nem mesmo o pedido de arquivamento do inquérito policial insuscetível de uma reanálise.

Assim, mesmo defendendo a tese da impossibilidade de condenação judicial diante do pedido ministerial de absolvição do acusado, necessário que se construa uma possibilidade de reanálise da posição adotada pelo membro do Ministério Público, que também é passível de erro[13], buscando uma indispensável harmonização sistemática.

Desta forma, a aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal para o caso de formulação pelo Ministério Público de pedido de absolvição se apresenta como uma boa solução. Como na hipótese de arquivamento, se o juiz discordar do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, ele deverá remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça. Este poderá concordar com a manifestação ministerial originária e pedir a absolvição, ficando o juiz definitivamente vinculado a esta posição, ou discordar da manifestação do órgão de 1º grau e requerer a condenação do acusado, quando então o juiz poderá proferir sentença condenatória[14].

Neste sentido, diante da manifestação ministerial pela absolvição do réu, qual seria a solução jurídica para o caso? Os profs. Américo Bedê Freire Jr. e Gustavo Senna propõem que o processo seja extinto sem julgamento de mérito por falta do interesse de agir (FREIRE JR.; MIRANDA. No prelo), sustentando a tese da análise superveniente das condições da ação penal. Entretanto, como já visto, o processo é figura independente da ação, havendo inúmeras críticas da importação das noções do processo civil para o processo penal, dentre as quais a do conceito do interesse de agir[15].

Com relação à maneira de extinção do processo, pode-se apresentar outra solução jurídica, que é proposta para fins de uma maior reflexão, que é a de extinguir o processo através de uma sentença extintiva da punibilidade pela perempção com base no artigo 107, IV, do CP.

É cediço que o instituto da perempção é aplicado somente nas ações penais exclusivamente privadas, em virtude do império do princípio da disponibilidade, ao contrário da ação penal pública regida pelo princípio da indisponibilidade.

Entretanto, propõe-se aqui a utilização da perempção nas ações penais pública de forma restrita e especial, ou seja, apenas para a hipótese aventada no artigo 60, III, segunda parte, do Código de Processo Penal, quando o Ministério Público, interpretado analógicamente na figura do ofendido, deixar de formular pedido de condenação nas alegações finais.

Como já afirmado, o pedido de absolvição dá causa à retirada material da acusação, ou, como visto, da pretensão acusatória. E, o que é a perempção clássica senão uma das formas pelas quais o querelante, leia-se neste caso o Ministério Público, pode dispor do conteúdo material do processo? (RANGEL, 2006, p 61).

É claro que a perempção não poderá ser transportada nos demais casos, que em síntese, resumem-se em situações nas quais o querelante abandona o processo, em virtude do já citado princípio da indisponibilidade na ação penal pública, mas não há razões para não utilizá-la neste caso.

Neste sentido são as sábias palavras de Aury Lopes Jr. (2008, p. 104-105) para quem:

"(...) pedida a absolvição pelo Ministério Público, necessariamente a sentença deve ser de extinção do feito sem julgamento do mérito (ou ao menos absolutória, considerando

a lacuna legislativa), pois na verdade o acusador está deixando de exercer sua pretensão acusatória, impossibilitando assim a efetivação do poder (condicionado) de penar. Igual decisão deveria ser tomada a qualquer momento, quando deixar o acusador de exercer a pretensão acusatória (por que pensar a perempção somente na ação penal privada?). Pensamos, inclusive, que analogicamente pode ser aplicada a perempção (especialmente no caso do art. 60, III, última parte, do CPP) também na ação penal pública (...)".

Por fim, e não menos importante, justamente ao contrário, de enorme relevância nas reflexões formuladas, como responder às indagações feitas por Mauro Fonseca Andrade (2008, p. 261) de que a vinculação do juiz ao pedido absolutório do Ministério Público poderia trazer prejuízos maiores para o acusado diante de uma provável absolvição por sua absoluta inocência?

Estaria, assim, este posicionamento fadado a se tornar mais um mecanismo de desrespeito aos direitos fundamentais de cada cidadão, impedindo a declaração judicial da absoluta inocência de um acusado?

Bem, a resposta desta questão proposta é construída sob o raciocínio de que o juiz, no processo penal, possui uma dupla missão, que é desempenhada de forma simultânea: a primeira, que o acompanha desde o início dos trabalhos investigativos, que é a da tutela dos direitos fundamentais, especialmente os da liberdade; e, o segundo, que se refere à formulação isenta do título executivo penal condenatório.

O que se defendeu, até aqui, é a impossibilidade de o juiz constituir este título condenatório na ausência de acusação, o que retiraria a própria imparcialidade judicial, vital para o momento constitucional vivido no país. Entretanto, no desempenho da sua primeira missão, a da tutela dos direitos fundamentais, o juiz não se submete à mesma regra, devendo, inclusive, agir de ofício para sanar qualquer prejuízo mais grave.

Esclarecido estes pontos necessários, imagine que, ao final de determinado processo, o membro do Ministério Público se manifeste pela absolvição do acusado por falta de prova suficiente para condenação (art. 386, VI, do CPP). Diante deste fato, como já defendido, o juiz não poderia proferir sentença condenatória em desfavor do réu, sendo-lhe facultado, no máximo, uma remessa ao órgão superior para uma reanálise do caso.

Entretanto, e se, ao invés de querer condenar, o juiz verificasse a existência de uma causa que permitisse ao acusado uma melhor solução do processo, como, por exemplo, o reconhecimento de uma prescrição? Estaria o juiz absolutamente vinculado à manifestação ministerial?

A vinculação judicial, como defendida, só atua no sentido de inviabilizar uma condenação diante da falta de acusação, e não no sentido de impedir a declaração do melhor direito para o acusado. Não há impedimento para o reconhecimento de direitos do cidadão acusado, que espera que o seu estado de inocência seja totalmente declarado e absolutamente restabelecido.

A questão ganha contornos preocupantes diante de um pedido ministerial que se manifeste pela absolvição do acusado em decorrência de questões puramente processuais, permitindo uma nova investigação futura diante de fatos novos, como, por exemplo, ocorre na absolvição por falta de provas. Neste caso, verificando o juiz a existência de causa para proferimento de um julgamento de mérito que reconhecesse a plena inocência do acusado, ou de alguma outra forma viesse a impedir a abertura de um novo processo, como proceder? Ou seja, tendo o Ministério Público formulado pedido absolutório por falta de provas, poderia o juiz se desvincular de tal manifestação e proferir decisão absolutória mais favorável para o acusado, como, por exemplo, com o reconhecimento de uma prescrição ou de uma decadência?

A resposta deste aparente enigma é fornecida através da tutela judicial dos direitos fundamentais, não podendo se falar em prejudicialidade da manifestação ministerial diante de uma declaração judicial absolutória de mérito, sendo dever do juiz, e direito do acusado, o proferimento de uma decisão que lhe seja mais favorável, desde que plenamente comprovada.

5 CONCLUSÃO

Este artigo teve por finalidade inicial avaliar o caso julgado pela 2ª Turma do STF no HC 83.844/RJ, onde se entendeu que a manifestação final absolutória do Ministério Público no curso de um processo criminal teria uma natureza meramente sugestiva.

Posteriormente, buscou analisar o sistema acusatório no contexto dos sistemas processuais penais, quando se pode verificar que este sistema foi uma reação ao sistema inquisitivo, cujas maiores características são a ausência de contraditório e ampla defesa, o réu como puro objeto do processo, o sigilo das informações, a confecção da prova de forma tarifada e o acumulo das funções de julgar, defender e acusar nas mãos do juiz. Já o sistema acusatório traz a publicidade dos atos, os princípios do contraditório e da ampla defesa, e conseqüentemente uma importante mudança do papel do acusado que passa a ser sujeito de direitos. Quanto à prova, é adotado o sistema da livre persuasão racional. E um agente incumbido de cada tarefa, o autor acusa, o juiz julga e o réu devidamente assistido por uma defesa técnica se defende.

Diante desta explanação, concluiu-se que a regra contida no artigo 385 do CPP deve ser revista à luz do sistema acusatório apresentado acima, pois se o Ministério Público pede absolvição, ele retira a acusação, objeto principal do processo, e o juiz, ao proferir sentença condenatória, estaria exercendo simultaneamente as funções de julgador e acusador.

Por outro lado, enfrentou também a questão da acumulação de funções pelo Ministério Público quando do pedido de absolvição, tendo se afirmado que o Ministério Público quando pede a absolvição de determinado acusado não acumula a função julgadora, mas exerce plenamente a sua função acusadora no processo penal vigente, marcado pela sua característica de parte imparcial.

Assim, defendeu-se a plena impossibilidade de o juiz proferir sentença condenatória diante de um pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. Entretanto,

diante da sistemática do ordenamento pátrio, no qual vige o princípio da falibilidade humana sustentou-se a possibilidade de revisão da manifestação emitida pelo órgão ministerial de 1º grau, com aplicação analógica do art. 28 do CPP, devendo o processo ser remetido ao órgão superior para confirmação ou não da manifestação inicial.

Ainda, enfrentou a natureza jurídica da decisão judicial que acatasse a manifestação ministerial, tendo, inicialmente, identificado que Américo Bedê Freire Júnior e Gustavo Senna (FREIRE JR.; MIRANDA. No prelo) sugerem que o processo seja extinto sem julgamento de mérito por falta do interesse de agir, o que possui algumas críticas na doutrina brasileira.

De forma alternativa a esta, foi proposta solução pela extinção do processo através de uma sentença extintiva da punibilidade por perempção, com base no artigo 107, IV, do Código Penal. Afirmou-se que, embora a perempção seja instituto das ações penais exclusivamente privadas, é possível a sua utilização nas ações penais públicas apenas de forma restrita, somente na hipótese em que o Ministério Público formular pedido de absolvição.

Por fim, concluiu, também, que a vinculação judicial, como defendida, só atua no sentido de inviabilizar uma condenação diante da falta de acusação, e não no sentido de impedir a declaração do melhor direito para o acusado. Não há impedimento para o reconhecimento de direitos do cidadão acusado, que espera que o seu estado de inocência seja totalmente declarado e absolutamente restabelecido.

Desta forma, havendo possibilidade de se julgar o processo mais favoravelmente ao acusado, não se pode falar em prejudicialidade da manifestação ministerial, sendo dever do juiz, e direito do acusado, o proferimento de uma decisão que lhe seja mais favorável, desde que plenamente comprovada.

Conclui-se, por fim, que o julgamento proferido pela 2ª Turma do STF no HC 83.844/RJ não considerou toda a complexidade do problema envolvendo a formulação ministerial de pedido de absolvição, não tendo esta manifestação natureza meramente sugestiva, mas impeditiva de constituição de título executivo judicial condenatório.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: _____ (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3.

FREIRE JR, Américo Bedê. *Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo ministério público*. Boletim IBCCrim. São Paulo, a. 13, n. 152, p. 19, jul. 2005.

FREIRE JR., Américo Bedê; MIRANDA, Gustavo Senna. *Os princípios constitucionais do processo penal*. (No prelo).

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*: princípio da obrigatoriedade. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3ª ed.- Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10ª ed.- Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório:* a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

---

[1] Afrânio Silva Jardim (1998, p. 18) afirma que "o processo penal é fruto do avanço civilizatório da humanidade, resultante da jurisdicização do poder punitivo do Estado

[2] Pode-se afirmar que mesmo no período da vingança privada existia um procedimento estabelecido, qual seja, o da possibilidade do próprio indivíduo se proteger e se vingar. A diferença é que, neste momento, não importava ao Estado a persecução penal.

[3] É importante destacar que para Aury Lopes Jr. (2001, p. 6): "A evolução do processo penal está intimamente relacionada com a própria evolução da pena, refletindo a estrutura do Estado em um determinado período".

[4] Aury Lopes Jr. (2008, p. 55) afirma que: "Na história do Direito se alternaram as mais duras opressões com as mais amplas liberdades. É natural que nas épocas em que o Estado viu-se seriamente ameaçado pela criminalidade o Direito Penal tenha estabelecido penas severas e o processo tivesse que ser também inflexível. Os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época.

[5] Analisando criticamente a função do processo penal, Aury Lopes Jr. (2001, p. 20) afirma que: "O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua **dupla função:** de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro,

servir como **efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais**, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade dos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc."

[6] É bom esclarecer, ainda, que foi este sistema de valorização da confissão como "Rainha" das provas que permeou, e ainda permeia, toda a cultura de repressão do Estado brasileiro, incentivando a prática inescrupulosa da tortura nas delegacias de polícia, justificada pela obtenção das confissões dos investigados, que, muitas vezes, são declarações irreais, prestadas em momentos de grande desespero e intenso sofrimento.

[7] Outras características do sistema processual misto podem ser encontradas em RANGEL, Paulo. *Direito processual penal* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 50.

[8] Por uma visão histórica dos sistemas processuais penais, ver PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório:* a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 65-101. Aury Lopes Jr. (2008, p. 56) afirma, ainda, que: "Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meado do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final século VXIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos.

[9] Outras características podem ser encontradas na obra de PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório:* a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 102-165. Ver também LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3ª ed.- Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 56-60.

[10] Não se desconhecem as críticas formuladas por parte da doutrina que entende vigente no ordenamento processual penal brasileiro o sistema inquisitivo em razão da gestão da prova, sendo o art. 156 do CPP, para os críticos, uma demonstração da adoção do sistema inquisitivo. Neste sentido, ver LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3ª ed.- Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 70-74. Entretanto, é de se entender que não existe mais sistema processual puro, devendo ser o mesmo entendido na dinâmica de cada Estado, de acordo com as suas peculiaridades.

[11] Também neste sentido: "Quando o Ministério Público opina pela absolvição do réu não está desistindo da ação já exercitada, pois ela é indisponível (art. 42). Preciso o código quando usa a palavra "opina", pois o pedido formulado na denúncia não pode ser objeto de retratação. Não se pede duas vezes e, com mais razão, não poderia o Ministério Público pedir em testilha com o seu pedido original. Desta forma, a pretensão punitiva do Estado será sempre apreciada pelo órgão jurisdicional, pois nenhum comportamento do Ministério Público poderá obstar o julgamento de mérito quando cabível." (JARDIM, 1998, p. 128).

[12] Neste sentido, defende Marcos Fonseca Andrade a possibilidade de condenação judicial mesmo diante de um pedido ministerial de absolvição, sustentando que, dentro do sistema acusatório, as partes não estão isentas de sofrerem controle por parte do órgão julgador (ANDRADE, 2008, p. 262).

[13] Não se quer aqui cogitar de desvios intencionais de função na atuação do órgão acusador, mas somente dos casos de simples equívocos, pois naqueles casos a manifestação seria absolutamente nula, passível de responsabilização penal do ato praticado.

[14] Ressalte-se, neste ponto, que melhor seria que a estrutura revisional dos Ministérios Públicos Estaduais fosse equivalente à do Ministério Público Federal, submetendo as manifestações dos órgãos de 1º grau a uma análise colegiada, que no caso do MPF é feita através das Câmaras de Coordenação e Revisão, mitigando uma atuação política nas funções ministeriais.

[15] Neste sentido, ver LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3ª ed.- Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 333-335.

ENTREGA DE ARMA DE FOGO PELO POSSUIDOR: DESCRIMINALIZAÇÃO OU EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE? *

DELIVERY OF THE FIREARM BY THE HOLDER: EXTINCTION OF DECRIMINALIZATION OR PUNISHMENT?

Plínio Antônio Britto Gentil
Ana Paula Jorge

RESUMO

Este artigo busca analisar a eventual ocorrência da descriminalização do crime de posse ilegal ou irregular de arma de fogo, sob o enfoque da atual redação do art. 32 da Lei do Desarmamento. Este dispositivo da Lei n. 10.826/03 veio representar, ao lado do art. 31 do mesmo estatuto, um benefício apenas temporário para os possuidores e proprietários de armas de fogo, possibilitando-lhes a entrega de armamentos que tivessem em suas casas ou, em alguns casos, em seu local de trabalho. Ocorre que, depois de sucessivas alterações de redação, o artigo de lei teve extirpada a parte que estipulava prazo para referida entrega, bem como aquela que fazia restrição a armas não registradas – e, portanto, registráveis. É essa atual redação, que abriu campo para diversos posicionamentos, sobretudo entre magistrados e membros do Ministério Público, o alvo deste trabalho, no qual se procurará apontar o mais provável intuito do legislador, ainda que isso represente, em tese, um contra-senso em relação ao espírito da Lei do Desarmamento, qual seja, uma espécie de descriminalização ou despenalização da conduta de possuir em casa ou local de trabalho, arma de fogo de uso permitido ou restrito.

PALAVRAS-CHAVES: LEI DO DESARMAMENTO, POSSE DE ARMA DE FOGO, EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE, ENTREGA DE ARMAS À POLÍCIA FEDERAL.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the possible occurrence of the decriminalization of the crime of illegal possession or illegal firearms, under the focus of the current wording of art. 32 Act on Disarmament. This device of Law 10.826/03 come to represent, next to the art. 31 of the Statute, only a temporary benefit to the holders and owners of firearms, enabling them to supply arms they had in their homes or in some cases, in their workplace. It happens that, after repeated changes of wording, the article of law has cut off the part that stipulated date for such delivery, as well as one that was restricted to unregistered weapons - and therefore registrable. It is this current writing, which opened the field for several positions, particularly among magistrates and members of the public, the aim of this work, which seek to point the most likely intention of the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

legislature, even though it represents a theoretical absurdity from the spirit of the Law of Disarmament, which is a kind of decriminalization or legalization of conduct to own home or workplace, firearm use permitted or restricted.

KEYWORDS: LAW OF DISARMAMENT, POSSESSION IF THE FIREARM, EXTINCTION OF PUNISHABILITY, DELIVERY OF WEAPONS TO THE FEDERAL POLICE.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura analisar o polêmico e atual tema da posse irregular (ou ilegal) de arma de fogo e os reflexos sobre a punibilidade gerados pelas permissões legais para a entrega de armas à Polícia Federal, já consideradas as recentes alterações legislativas a que se viu submetida a chamada Lei do Desarmamento.

A Lei n. 10.826/03, que veio substituir a Lei n. 9.437/97, procurou trazer maior rigor no trato das questões relacionadas às armas de fogo e munições. Como exemplo, pode-se mencionar o fato de que crimes antes apenados com detenção não só passaram a ser punidos com penas de reclusão, senão que em *quantum* significativamente superior. A mais, o porte de arma de fogo, antes permitido e apenas condicionado à autorização da autoridade competente, passa, com o novo diploma, a ter expressa vedação, excepcionalmente admitido nos casos previstos em legislação própria e nos elencados no artigo 6° da referida lei, *in verbis*:

Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

I – os integrantes das Forças Armadas;

II – os integrantes de órgãos referidos nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal;

III – os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei;

IV - os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinqüenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço;

V – os agentes operacionais da Agência Brasileira de Inteligência e os agentes do Departamento de Segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República;

VI – os integrantes dos órgãos policiais referidos no art. 51, IV, e no art. 52, XIII, da Constituição Federal;

VII – os integrantes do quadro efetivo dos agentes e guardas prisionais, os integrantes das escoltas de presos e as guardas portuárias;

VIII – as empresas de segurança privada e de transporte de valores constituídas, nos termos desta Lei;

IX – para os integrantes das entidades de desporto legalmente constituídas, cujas atividades esportivas demandem o uso de armas de fogo, na forma do regulamento desta Lei, observando-se, no que couber, a legislação ambiental.

X - integrantes das Carreiras de Auditoria da Receita Federal do Brasil e de Auditoria-Fiscal do Trabalho, cargos de Auditor-Fiscal e Analista Tributário.

Ao mesmo tempo em que proíbe o porte de arma de fogo, a lei também o tipifica como crime, se praticado sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, nas modalidades de portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar, cominando pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, para as armas de uso permitido, e de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, para as de uso proibido ou restrito.

Postura diversa, entretanto, adotou o legislador quanto à posse de arma de fogo de uso permitido e, obviamente, no tocante à sua aquisição. Qualquer interessado pode adquirir armamento, acessórios e munições que sejam de uso permitido e tê-los legalmente em sua casa (ou local de trabalho, desde que titular ou responsável pelo local), atendendo previamente aos requisitos legais, tanto para a aquisição, que deve ser autorizada, quanto para o registro e sua renovação, procedimentos estes controlados pelo SINARM – Sistema Nacional de Armas, órgão instituído no Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal. É o que dispõem o artigo 3.°, seu parágrafo único, o artigo 4.° e parágrafos e o artigo 5.° e parágrafos, todos da Lei n. 10.826/03:

Art. 3.° É obrigatório o registro de arma de fogo no órgão competente;

[...]

Art. 4.° Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos:

[...]

§ 1.° O SINARM expedirá autorização de compra de arma de fogo após atendidos os requisitos anteriormente estabelecidos, em nome do requerente e para a arma indicada, sendo intransferível esta autorização;

[...]

Art. 5.° O Certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa.

§ 1.° O certificado de registro de arma de fogo será expedido pela Polícia Federal e será precedido de autorização do SINARM.

§ 2.° Os requisitos de que tratam os incisos I, II e III do art. 4.° deverão ser comprovados periodicamente, em período não inferior a 3 (três) anos, na conformidade do estabelecido no regulamento desta Lei para a renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo.

Mas o que se pretende é tratar especificamente da *posse irregular (ou ilegal) de arma*, tanto de uso permitido quanto restrito.

Assim, a discussão do trabalho limita-se aos tipos penais, todos da Lei de Desarmamento, do art. 12 (*possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa*), da 1ª figura do art. 16, *caput* (*possuir [...] arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar*), e da 2ª figura de seu parágrafo único, inciso IV (*[...] possuir [...] arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado*), ou seja, daqueles tipos penais que se referem à posse de arma de fogo, acessório e munição, independentemente da classificação que se dê a eles – de uso permitido, proibido ou restrito –, e o reflexo sobre cada um deles das disposições constantes dos artigos 31 e 32 da Lei do Desarmamento.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ARTIGOS 31 E 32 DA LEI DO DESARMAMENTO

Como o objeto central do estudo são os artigos 31 e 32 da Lei n. 10.826/03, é cabível fazermos algumas observações iniciais sobre as principais diferenças e semelhanças entre eles. Para tanto, primeiramente segue a transcrição de referidos artigos:

Art. 31. Os possuidores e proprietários de armas de fogo adquiridas regularmente poderão, a qualquer tempo, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e indenização, nos termos do regulamento desta Lei.

Art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma.

Essas duas figuras – dos artigos 31 e 32 – têm em comum três pontos principais. O primeiro é que suas disposições destinam-se aos possuidores e proprietários de arma de fogo e, portanto, não se referem ao porte, mas apenas à posse de arma de fogo. Na lição de Marcão,

Possuir significa ter em seu poder, à disposição, em condições de fruição. Para possuir não é preciso que o agente seja o proprietário da arma, acessório ou munição. Basta possuir, a qualquer título, ainda que por breve período. É preciso não confundir o conceito de possuir com o de portar (MARCÃO, 2009, p. 129).

O segundo ponto em comum é o fato de ambos os dispositivos tratarem da entrega de armas à Polícia Federal. Por último, tanto em relação ao artigo 31 quanto ao 32, cabe ao Decreto 5.123/2004, que regulamenta a lei, tratar dos aspectos referentes à indenização nos casos de entrega.

Mas obviamente há entre tais figuras algumas diferenças – caso contrário não se justificaria ocuparem dois artigos –, as quais passamos a apontar, com o fim de facilitar o entendimento quanto ao objetivo do trabalho.

Quanto à origem da arma – a primeira observação cabível é quanto à origem da arma. O artigo 31 destina-se a armas de fogo adquiridas regularmente, diferentemente do artigo 32, que não traz qualquer restrição, o que nos permite, a princípio, entender que por ele está abrangida a posse de qualquer arma. Observe-se: “art. 31. Os possuidores e proprietários de armas de fogo adquiridas regularmente poderão [...]” e “art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão” (grifo nosso).

Quanto ao prazo para entrega – a redação do artigo 31 autoriza que as armas adquiridas regularmente possam ser entregues a qualquer tempo; por outro lado, a lei não traz prazo para os possuidores das armas tratadas no artigo 32. Vejamos: “art. 31. Os possuidores e proprietários de armas de fogo adquiridas regularmente poderão, a qualquer tempo, entregá-las à Polícia Federal [...]” e “art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente” (grifo nosso).

Quanto à voluntariedade da entrega – há, no artigo 32, a peculiar exigência de que a entrega seja espontânea.

Quanto à expressa menção à extinção de punibilidade – a atual redação do artigo 32, em sua última parte, é explícita em afirmar que haverá a extinção de punibilidade, quanto ao eventual crime de posse irregular de arma de fogo, dos possuidores e proprietários que se enquadrem em seus dispositivos, ou seja, daqueles que, espontaneamente, entregarem armas que tenham em sua posse. Tal disposição faltou no artigo 31.

3 AS CONSTANTES ALTERAÇÕES DO ARTIGO 32

Podem causar estranheza duas afirmações feitas no final do capítulo anterior, quais sejam: a) de que o artigo 32 não faz restrição a qualquer tipo de arma; e b) de que este mesmo artigo não estipula prazo algum para a entrega. Mas essa conclusão é plenamente viável, principalmente se analisadas as alterações legislativas sofridas pelo dispositivo legal desde a entrada em vigor da lei.

Para reafirmar essa idéia basta verificar que a redação original do artigo 32 não só restringia o campo de sua aplicação, ao referir-se a armas não registradas, como também estipulava um prazo, 180 (cento e oitenta) dias, para a entrega dessas armas. Vejamos:

Art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei. (Vide Lei nº 10.884, de 2004) (Vide Lei nº 11.118, de 2005) (Vide Lei nº 11.191, de 2005) (grifo nosso).

Esse prazo de 180 (cento e oitenta) dias foi prorrogado, e é disso que tratam as citações vindas entre parênteses ao final do artigo acima transcrito - da extensão do prazo para entrega, que, primeiro, prorrogou-se até 23 de junho de 2004, condicionando o início da contagem à publicação do regulamento. Num segundo momento, com a Lei n. 11.118 de 2005, o prazo foi prorrogado até 23 de junho de 2005. Ainda em 2005, houve nova alteração com a Lei n. 11.191, desta feita apontando como 23 de outubro de 2005 o limite temporal para a entrega.

Já em posterior redação, vinda com a Medida Provisória n.° 417 de 2008, o artigo não só teve suprimida a expressão *não registradas*, que qualificava as armas de fogo, como também deixou de especificar prazo para a entrega. Como se vê: “art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo poderão entregá-las, espontaneamente, mediante recibo e, presumindo-se de boa fé, poderão ser indenizados”.

Por fim, a Lei n. 11.706 de 2008 praticamente manteve a redação anterior, apenas acrescentando a disposição quanto à extinção de punibilidade.

É, a nosso ver, a partir da supressão do prazo e da expressão *não registradas* que o artigo 32 começa a ser alvo de questionamentos. Não se pode esquecer, porém, que tanto a medida provisória quanto a lei posterior que alteraram o Estatuto do Desarmamento continuam, sim, a trazer prazo, mas para registro de armas, no artigo 30, e não mais para entrega. E nisso a redação dos artigos é muita clara.

4 A PROBLEMÁTICA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 32 E A ABSORÇÃO DO ARTIGO 31

Embora a entrega de armas tratada pelo artigo 32, como acabamos de ver, tenha deixado de estabelecer prazo, alguns aplicadores do direito vinculam-na ao prazo que continua existindo no artigo 30, que se refere ao registro de armas e que foi prorrogado recentemente, em 2009, até 31 de dezembro de 2009. Parece-lhes, assim, que a previsão legal quanto à entrega de armas é um reflexo da que trata do registro.

Discordamos desse entendimento, por não vislumbramos atualmente qualquer liame entre as duas figuras - uma trata do registro e outra da entrega. Não há dúvida de que o ato da entrega pode ser concretizado a qualquer tempo, tendo em vista que o artigo 32 deixou de estipular um limite temporal.

Também não é razoável que se defenda que a permissão da lei para entrega das armas em estado de posse irregular estende-se somente às armas de uso permitido e que, assim, estejam excluídas as de uso proibido ou restrito e as que têm numeração, marca ou qualquer sinal suprimidos, raspados ou adulterados. Essa idéia levaria a concluir que as alterações legislativas vindas a partir da Medida Provisória 417 de 2008, embora tenham modificado a redação, mantiveram o espírito inicial do art. 32.

Pelo contrário, a nova redação do artigo não mais traz restrições quanto à espécie ou origem das armas. É aplicável atualmente a qualquer armamento e sua entrega pode ser feita a qualquer tempo.

Afinal, um dos propósitos dessa permissão é desarmar a população como um todo e, portanto, não haveria sentido em estimular à entrega apenas os possuidores e proprietários de armas de uso permitido, desestimulando, por outro lado, aqueles que possuam ou sejam proprietários de armas de uso proibido ou restrito. Seria, sim, um estímulo a permanecerem na clandestinidade e ilegalidade.

Vale lembrar que como a lei, nos artigos 12, 14, 16, 17 e 18, equiparou arma, acessório e munição, o mais aceitável é que também o teor do artigo 32, embora nada disponha sobre acessório e munição, estenda-se a eles. Haveria uma incoerência em se oferecer um benefício ao possuidor ou proprietário de arma, mas negá-lo quanto à posse de acessório ou munição.

Todas essas afirmações nos levam a concluir que o artigo 32, mais abrangente, absorveu o artigo 31, mais restrito (a restrição se encontra na exigência do artigo 31 de que as armas tenham sido adquiridas regularmente). Com isso, pode-se dizer que hoje o artigo 31, por estar contido no dispositivo seguinte, o artigo 32, não tem aplicação.

Provavelmente o artigo 31 represente uma norma apenas provisoriamente inócua, porque, em vista do ritmo de alterações vivido pela Lei do Desarmamento, não será de estranhar que ocorram novas modificações, quem sabe restabelecendo um prazo para a entrega das armas. Nesse caso, supondo-se que o legislador volte a atribuir prazo, a absorção do artigo 31 pelo 32 deixará de existir, e aquele reassumirá sua condição de dispositivo mais benéfico, como o era na redação original da lei, por permitir que a entrega das armas regularmente adquiridas se dê a qualquer tempo.

5 A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COMO EFEITO JURÍDICO DO ARTIGO 32

As disposições permissivas trazidas pelo artigo 32, desde a entrada em vigor da Lei do Desarmamento, trouxeram uma grande discussão quanto a seus efeitos jurídicos. O possuidor ou proprietário de armas beneficiado pelo prazo para a entrega teria afastada de sua conduta a tipicidade ou a punibilidade? O que encontramos é quase uma unanimidade de opiniões de juristas e doutrinadores, que apontam a atipicidade como resposta. Para Nucci (2009, p. 107), o que ocorre é uma *abolitio criminis* temporária. Marcão, comentando o crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, sustenta que

Durante o período de prorrogação dos prazos em que o legislador houve por bem permitir a regularização da posse de arma de fogo, nos termos da regulamentação, a conduta de possuir ou manter sob guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa, não pode ser considerada ilícito penal (2009, 21-22).

Mas esse entendimento atualmente merece ser revisto, porque o legislador preencheu a lacuna antes deixada à interpretação ao inserir na redação do artigo 32 que haverá a extinção da punibilidade daquele que, possuindo irregularmente arma de fogo, venha a entregá-la. Parece mesmo mais adequado falar-se, nessa hipótese, em ausência de punibilidade, ao invés de falta de tipicidade (em razão de *abolitio criminis* ou de outra causa), ou de ilicitude, como se verá.

Sobre a natureza da punibilidade não se chegou, por enquanto, a um consenso. Tradicionalmente a teoria do crime o situa como algo externo ao crime, que é conseqüência dele na hipótese de ser o agente culpável. Em tal sentido, a punibilidade não aperfeiçoa o delito.

Mas não se deve ignorar a existência de respeitáveis opiniões, lembrando que há, na legislação, a previsão de inúmeras circunstâncias das quais depende o exercício do *jus puniendi*, que se situam ora na seqüência lógica da própria ação criminosa - como é o caso do resultado danoso da conduta descrita no art. 164 do CP -, ora em elementos inteiramente independentes, como sucede na hipótese do art. 7º, § 2º, "b" e "c", do CP.

É isso que fundamenta a opinião de alguns juristas no sentido de que não faz sentido falar em crime se não existir possibilidade de punição, caso em que advogam a inclusão da punibilidade dentro do conceito de delito, ao lado da tipicidade e da ilicitude. É o que postula Marcelo Fortes Barbosa, ao assinalar que *não se poderia falar em punibilidade do fato, porque não o fato, mas o crime é que é caracterizado pela punibilidade* (1974, p. 139). Nessa linha de raciocínio, e falando especificamente daqueles tipos penais em que há exigência de uma condição superveniente para viabilizar o *jus puniendi*, continua o mesmo autor, citando Remo Pannain, Manzini e outros, *o momento consumativo seria, pois, o da superveniência da condição de que depende o fato punível em sua existência* (1974, p.139).

Pode-se elencar, na realidade, um sem número de categorias de circunstâncias que condicionam a imposição de pena e até mesmo aquelas que a impedem, que são as chamadas escusas absolutórias, de que são clássicos exemplos o disposto nos artigos 181 e 348 do CP. De toda maneira, parece evidente que o fato representado pela entrega da arma, como previsto no artigo 32 da Lei n. 10.826/03, é condição impeditiva da punibilidade sobre o eventual crime de posse ilegal de arma de fogo, a significar que, estando presente, não se punirá a conduta de quem, por determinado período, possuiu o instrumento de forma ilícita.

Assim é que se apresenta mais correto considerar que a entrega da arma irregularmente possuída, fato posterior à conduta típica, configura circunstância que atua sobre a punibilidade, afastando-a.

Se, como pensam alguns, o crime subsiste íntegro, faltando somente a conseqüência da concretização da pena, ou se, como para outros, não se pode falar em crime quando a punição for inviável, dizer simplesmente que a punibilidade está afastada pela ocorrência da hipótese prevista no citado artigo 32 parece uma fórmula genérica, mas induvidosamente adequada.

6 EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E FLAGRANTE

Quanto à extinção da punibilidade do crime de posse de armas ou munições, vigoram naturalmente as causas extintivas previstas no Código Penal, no art. 107, além de outras específicas, como aquela do art. 32 do estatuto repressivo ora tratado. Assim,

constituem causas extintivas: a morte do agente, a prescrição, a *abolitio criminis*, a anistia etc. Ao lado delas, *a entrega espontânea da arma de fogo, por seu possuidor ou proprietário*, como visto.

É preciso, definitivamente, fixar o sentido dessa circunstância. Ao dispor que o possuidor de armas pode entregá-las a qualquer tempo, a norma tornou impunível a posse, já que, no instante em que o possuidor desejar fazer a entrega, poderá fazê-lo sem risco de recair sobre ele a sanção penal. Quer isso dizer – tenha ou não sido esta a vontade do legislador – que desde a posse, a conduta já é impunível, visto que não teria cabimento uma interpretação que pretendesse ver na posse *antes da entrega* um fato sobre o qual atua uma punibilidade sujeita a uma condição resolutiva, com data certa para ocorrer, dependendo da vontade do possuidor.

A questão que se coloca, então, é aquela relacionada com a possibilidade de atos restritivos, típicos da persecução penal, em face de fato cujo agente seja impunível. Fala-se especificamente da prisão em flagrante. A solução obrigatoriamente é no sentido de que não é possível essa medida contra o possuidor de armas de fogo, tendo em vista que a sua punibilidade extinguiu-se, por força do art. 32 do Estatuto do Desarmamento, e que a extinção abrange *todo o tempo* em que perdure a posse ilegal. Ilegal, mas impunível.

Isto porque a prisão em flagrante constitui medida à qual forçosamente se segue a lavratura do auto, sendo este um ato formal que dá início ao inquérito policial, configurando, ao lado do requerimento do ofendido, da requisição de autoridades competentes e da portaria do delegado, nas infrações de ação pública (art. 5° do CPP), maneira de deflagrar a atividade persecutória, tendente a municiar o promotor para futuro oferecimento da denúncia.

São - o auto de prisão em flagrante e o inquérito – todos eles atos instrumentais, quer dizer, que existem em função de uma finalidade externa a eles. No caso, para dar sustentação ao início da ação penal. Assim, o auto de flagrância, decorrência obrigatória da prisão em flagrante, e o próprio inquérito, não constituem uma finalidade em si mesmos, só se justificando a sua presença em face da possibilidade da válida instauração de uma futura ação penal.

Claro que não há tampouco que falar em ação penal diante de agentes impuníveis, salvo a hipótese de inimputabilidade, justificadora de medida de segurança, caso em que nem se falará de impunibilidade, mas de ausência de culpabilidade.

Ante o fato, ou o agente, relativamente aos quais a lei deu por extinta a punibilidade, faltará ao titular da hipotética ação penal, *interesse em agir*, desatendendo-se, de tal maneira, a exigência de que estejam presentes as condições da ação penal, motivo pelo qual uma eventual denúncia deverá ser rejeitada, com base no art. 395, II, do CPP.

Isso quer dizer que o titular da ação penal não tem razão para movimentar o juízo criminal, pois estará em busca de algo que não poderá obter. Essa desnecessidade de provocação do juízo leva a concluir que falta ao titular da ação o mínimo interesse em atuar no sentido de propor a instauração de um processo, considerando que tal processo hipotético não resultará na imposição de pena ao agente, mesmo que se provem os fatos e as circunstâncias que forem contra si alegadas.

Desponta, assim, entre as condições da ação, a noção do chamado interesse de agir, significando que, como a ação é o meio adequado, necessário e suficiente para a concretização do *jus puniendi*, do qual o Estado é o titular, o agente estatal legitimado para perseguir esse objetivo, que, no caso da ação penal pública, é o Ministério Público, irá provocar o juízo, oferecendo denúncia contra o agente do delito. Significa, em outros termos, que o titular da ação tem interesse em agir, pois esse agir é o meio apropriado para a materialização do direito de punir.

Mas se não há possibilidade de punição, porque ausente a punibilidade, claro que não haverá, para o titular da ação, interesse em agir, ou seja, em provocar o juízo, já que previamente se sabe que tal provocação não será capaz de resultar numa punição, ainda que demonstradas tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Constituindo a prisão em flagrante – e o auto respectivo, que a autoridade policial está obrigada a lavrar – elemento instrumental para dar início à investigação, e sendo esta, por sua vez, instrumento para viabilizar a ação penal, faltam requisitos para a prisão em flagrante quando estiver excluída a punibilidade do agente de determinado fato típico e antijurídico. Isto porque o objetivo da prisão em flagrante é o início de obtenção das informações tendentes a fundamentar a ação penal. Assim é que Vicente Greco Filho, embora chamando as informações de *prova*, afirma que *duas são as justificativas para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata à prática da infração e a captação, também imediata, da prova* (GRECO FILHO, 1999, p. 266). Note-se que a preposição *e* indica a necessidade da reunião *das duas justificativas*. Ora, não havendo possibilidade de ação penal, nem, conseqüentemente, necessidade de produção de prova, não subsiste razão alguma para a prisão em flagrante, a dar ensejo a um auto sem qualquer razão para existir.

Por último, e para argumentar com os fundamentos utilizados por quem pensa ser a punibilidade elemento do próprio crime, maior razão ainda haverá para afastar a possibilidade da prisão em flagrante quando extinta aquela, pois nem mesmo se estará diante de uma infração penal.

7 CONCLUSÃO

A nova lei de armas, Lei n. 10.826/03 veio atribuir ao Estado maior controle sobre a circulação de armamento e, com isso, restringir tal circulação. A posse de arma foi um dos alvos da norma em comento, que tratou também da possibilidade de entrega de armas pela população.

Mostra-se evidente que o principal intuito do legislador, ao criminalizar a conduta de possuir arma de fogo de forma ilegal ou irregular e, ao mesmo tempo, conceder prazo para entrega de armas nessas condições, foi o de desarmar a população e, assim, conter a criminalidade.

Partindo dessa premissa, outro não pode ser o entendimento senão o de que tal política de desarmamento destina-se à retirada de circulação tanto das armas de uso permitido

quanto das de uso proibido ou restrito, posição justificável principalmente pelo fato de que a posse destas últimas (de uso proibido e restrito) reveste-se de maior reprovabilidade e até mesmo periculosidade – basta analisar a pena cominada aos crimes relacionados a armas de uso restrito ou proibido.

A nova redação do artigo 32 da Lei do Desarmamento é o ponto chave para tal afirmativa. Ela, que antes prescrevia prazo para entrega e estendia sua aplicação a alguns tipos de armas apenas, não mais traz restrições quanto à natureza ou origem do armamento a ser entregue e, mais que isso, não estabelece qualquer prazo para o ato. Conclui-se, portanto, que suas disposições aplicam-se a quaisquer armas, que podem ser entregues a qualquer tempo, e que, por isso, absorvem as determinações do artigo 31, de aplicação restrita às armas adquiridas regularmente.

Aspecto de maior destaque é a evidência de que a entrega da arma, como prevista no artigo 32 da Lei n. 10.826/03, é condição que afasta a possibilidade de punição do autor de eventual crime de posse irregular ou ilegal de arma de fogo, configurando, assim, circunstância que atua sobre a punibilidade.

Independentemente de se considerar configurado o crime de posse de arma ou, pelo contrário, de se entender que não se pode falar em crime quando a punição for inviável, o fato é que a punibilidade sempre estará afastada pela ocorrência da hipótese prevista no citado artigo 32 da Lei n. 10.826/03.

Uma das principais conseqüências dessa ausência de punibilidade é a impossibilidade de prisão em flagrante do possuidor de arma, pois o auto de prisão em flagrante que a autoridade estará obrigada a lavrar dará início a uma persecução penal injustificada, já que falta condição para o exercício da ação penal, por seu titular, uma vez que destituído de interesse de agir, porquanto o *jus puniendi* jamais poderá ser concretizado. Nessa hipótese, a eventual prisão, por abusiva, deverá ser relaxada pelo juízo e, conforme o caso, poderá configurar crime de abuso de autoridade.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Marcelo Fortes. Condições objetivas de punibilidade, in **Revista Justitia**, São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça/Associação Paulista do Ministério Público, 2º trimestre de 1974, v. 85, p. 139.

BARROS MONTEIRO, Washington. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1975.

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 de maio de 2009.

_____. Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 de maio de 2009.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade** (1ª parte). In Revista dos Tribunais, São Paulo, abril de 1997, n. 738, p. 741-750.

_____. **Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade** (2ª parte). In Revista dos Tribunais, São Paulo, maio de 1997, n. 739, p. 753-761.

_____. **Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa**. In Revista dos Tribunais, São Paulo, junho de 2000, n. 776, p. 440-452.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARCÃO, Renato. **Estatuto do desarmamento**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASCARO, Alysson Leandro Barbate. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Brevíssima passagem pelo desarmamento civil.** Disponível em : <http://www.apmp.org.br>. Acesso em 03.05.2009.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Acerca das chamadas condições resolutivas, disserta Washington de Barros Monteiro, no sentido de que *[...] as condições podem ser [...] resolutivas, [...], quando [...] tenham por fim extinguir, depois do acontecimento futuro e incerto, o direito criado pelo ato."* Fala-se aqui dos atos jurídicos e é cabível a analogia do direito mencionado com a punibilidade, ou *jus puniendi*. (Curso, 1975, v. 1, p. 231).

Sobre a obrigatoriedade do auto, em seguida à prisão em flagrante, Espínola Filho mostra-se categórico: *Deve assinalar-se ser, sempre, indispensável a lavratura do auto de flagrante, ainda quando, pelas declarações do condutor, das testemunhas, do indigitado ofendido e do preso, entenda a autoridade policial que este não praticou infração alguma; [...] Mas a autuação em flagrante, eis que houve a prisão, é uma providência inevitável, no nosso entender; em primeiro lugar, porque o art. 17 proíbe terminantemente arquive a autoridade inquéritos [...]* (Código, 1965, v. 3, p. 348).

ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS - NECESSIDADE DE POSTURA ATIVA DO LEGISLADOR *

ORGANIZED CRIME – ACTIVE LEGISLATIVE POSITION

Ricardo Alves Bento
Patricia Stucchi Bento

RESUMO

O presente artigo analisa a realidade do crime organizado no Brasil e a necessidade de sua criminalização, pela indicação precisa de sua tipicidade e lesividade penal. Os acontecimentos na sociedade brasileira demonstram a intolerância com o fortalecimento desta atividade ilícita. Também se justifica uma política criminal de cunho acusatório no modelo garantista. Não se pode admitir uma evolução do ordenamento jurídico brasileiro sem que este esteja ancorado em preceitos humanistas, respaldado pelo Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli. Pelo fortalecimento das instituições processuais e legislativas, pode-se ofertar uma resposta adequada ao crime organizado, que rompe as fronteiras territoriais, migrando na velocidade da globalização. Calcado no respeito do devido processo legislativo, deve-se romper o empirismo para que se atinja a definição observadora dos princípios penais das organizações criminosas.

PALAVRAS-CHAVES: ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS; TIPICIDADE; INVESTIGAÇÃO; PROCESSO ACUSATÓRIO; GARANTISMO; DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO.

ABSTRACT

The present article intends to analyze organized crime in Brazilian reality and the need criminalization of this delict, by the correct evidence of its criminal type. The Brazilian society unexpected events shows an intolerance with the illegal strengthening of this action. Also it's justified one accusatory criminal politics in guarantor model. We can not admit Brazilian law evolution without tied the humanist direction, by the support Luigi Ferrajoli guarantor model. Bu the strengthening of legislatives and procedural institutes can be offered one adjusted to the organized crime that violated national territory, migrating with globalization velocity. By the legislative due process of law, it should be break formal reality to reach criminal principles to face organized crime.

KEYWORDS: ORGANIZED CRIME; CRIMINAL TYPE; INVESTIGATION; ACCUSATORY PROCESS; LEGISLATIVE DUE PROCESS OF LAW

1. INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

As organizações criminosas no Brasil têm se revelado um grande fator de instabilidade na sociedade atual, demandando atenção do mundo científico, na busca de paradigmas gerais para edição de um tipo penal para abarcar todas as expectativas da sociedade refém das ações violentas decorrentes desta modalidade delitiva.

O legislador brasileiro, apesar de alguns momentos para responder aos anseios da sociedade na criminalização dos atos de organizações criminosas, se manteve inerte na definição de um tipo penal para respaldar a resposta penal a ação dos órgãos de persecução penal.

A Constituição Federal de 1988, como organização jurídica e social fundamental, elencou em seus fundamentos preceitos humanistas, com a dignidade da pessoa humana, como reafirmação dos direitos fundamentais de todas as gerações, é embasamento necessário para cumprimento desta atividade legislativa.

E toda norma que seja editada no ordenamento jurídico deve estar concentrada com paradigmas humanistas, condicionando a edição do novo tipo penal a ser eficaz, sem violar a dignidade da pessoa humana.

Na Carta Política brasileira estão elencadas as regras básicas de convivência harmônica e de organização do Estado, limites para exercício do poder e proclamação dos direitos, garantias e liberdades constitucionais.

É inegável que a teoria dos direitos fundamentais vincula e limita a atuação do Estado na vida do cidadão. E esta associação humana, estabelecida em uma área territorial, submissa ao comando de um poder, deve preservar a soberania deste povo unido, inclusive pela edição de normas.

Essa limitação constitucional em especial nas leis penais deve buscar um direcionamento legislativo gradual e proporcional, sob pena da edificação de um estado de cunho policial, onde as ciências criminais servem de apoio e proteção da vontade da minoria.

As organizações criminosas, no Brasil ou em outros países, sofrem diretas influências com o fortalecimento da sociedade globalizada e no hiato estatal, adquirindo uma grande capacidade de mutação e adaptação dos obstáculos apresentados pelos órgãos de persecução penal.

Desta forma, onde possa existir a omissão de políticas públicas e criminais, os infratores da lei penal ocupam gradativamente relevantes espaços na sociedade brasileira. A confirmação destes fatos são os constantes ataques contra os poderes constituídos do Estado Democrático de Direito.

Mesmo respaldado na segurança pública e jurídica, o Estado pode ter uma postura legislativa ativa emanada pelas ações do crime organizado.

O que se espera nesta abordagem é a apresentação de uma série de argumentos, fatos, pesquisa e normas estrangeiras, para conclamar o legislador brasileiro, sobre a necessidade de criminalização do tipo legal do crime organizado, abarcando todas as minúcias e peculiaridades.

2. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No fenômeno da interação entre cidadão e Estado, os direitos fundamentais estão ligados por uma relação eivada pela fecundidade constitucional, que busca a eterna harmonização da ordem social das gerações presentes e futuras.

Os ensinamentos de Paulo Bonavides são relevantes na contextualização dos direitos fundamentais para fixação dos rumos estatais, guiando a jurisprudência dos Tribunais, pela via cognitiva e interpretativa, para a proteção da liberdade na pretendida eficácia social. [3]

Após a segunda guerra mundial, com as barbáries acontecidas, a humanidade, reconheceu o necessário direcionamento humanitário das normas, como fonte inspiradora para vencedores e vencidos.

Como se pode observar, os Estados que não se conduzem pelo respeito aos direitos fundamentais não estão em consonância com os preceitos democráticos mundiais, sofrendo represálias comerciais e econômicas para adaptação pelo panorama mundial, como o exemplo da China.

A humanização do ordenamento mundial neste momento se inclina na busca de meios para combater a criminalidade organizada, sem perder de vista as conquistas anteriores. Tal posicionamento é uma vertente democrática mundial caracterizada pela fecundidade normativa.

Em especial, no Direito Penal e Direito Processual Penal onde o direito constitucional tem sua eficácia e aplicação, estão concentradas as esperanças de uma sociedade mais justa e mais humana, onde os infratores da lei penal tenham certeza da aplicação da justiça penal.

O equilíbrio na aplicação da lei penal incriminadora deve ser tomado como regra de sobrevivência normativa. E pelo princípio da proporcionalidade se atinja uma norma que reúna os preceitos humanistas e acusatórios, de forma concomitante, na materialização de uma política criminal eficiente, sem estigmatização de inocentes.

Neste sentido, a teoria dos direitos fundamentais está distante de reconhecer como legítima a doutrina separatista do direito penal do inimigo por ter como faculdade estatal que reconhece aqueles que se encaixam no contrato social por ele determinado como legítimo. E por essa exclusão de um modelo social apontado, facultaria ao Direito Penal a função primordial de proteção da norma [4].

Os direitos fundamentais estão devidamente amparados, onde o Estado os observem como um direcionamento maior de uma nação democrática, sem qual, a vontade normativa de uma minoria ilegítima não pode prevalecer como fonte normativa.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho destacou que os maiores valores à serem preservados e inspirados em uma democracia que são liberdade, igualdade e fraternidade. E não pode conviver em uma nação, onde as liberdades, de forma ampla, não são preservadas. Sendo esta uma missão interminável de consolidação do tecido social, como base para a pacífica convivência social [5].

Os acontecimentos sociais poderão conclamar uma ação diferenciada para proteção dos direitos fundamentais daqueles que reconhecem a necessidade de criminalização desta intolerante modalidade delitiva, como nas organizações criminosas.

As previsões constitucionais elencadas na Carta Política de 1988, enquanto declarações ou instrumentalizações assecuratórias dos bens fundamentais conduzem, seja como fruição ou representação ou preservação da liberdade tem como norte a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais conclamam a ação legislativa para a preservação das liberdades constitucionais dos cidadãos que são vítimas indefensáveis das organizações criminosas.

3. GARANTISMO

Na busca da legitimidade da ação estatal contra o crime organizado, o legislador brasileiro está diante de uma árdua tarefa de tipificar a conduta relativa ao crime organizado, não deixando para trás detalhes necessários para identificação desta conduta como uma infração penal complexa.

No Direito Penal estão depositadas todas as esperanças de proteção dos cidadãos pelo Estado, como reconhecimento da essência natural de *ultima ratio* das ciências criminais. E tal condição se poderá atingida após prévio esgotamento das vias administrativas e judiciais anteriores. Pensamos que no caso do crime organizado é flagrante que tais esferas já foram esgotadas.

A crise sistêmica existente no Processo Penal brasileiro, após as recentes reformas penais que ratificaram a vedação de provas ilícitas e busca pelo equilíbrio das partes na busca pela verdade judicial, se deve pela seleção desenfreada por tipos penais mais severos sem aparelhamento investigativo e processual penal para atuação contra a ação criminosa organizada.

Como recordado por Luigi Ferrajoli, o Direito Penal, ainda que tenha limites e garantias, sempre conservará uma brutalidade ensejando questionamentos acerca da sua legitimidade moral e política [6].

O garantismo tutela os valores e direitos fundamentais necessários para uma vida harmônica em sociedade, estando os cidadãos imunes contra as violações, arbitrariedades e proibições impostas pelo Estado, devendo encontrar na Constituição Federal meios para sua proteção.

E tal sistema que prega a efetividade do Direito Penal e Direito Processual Penal deve estar assentado em bases liberalistas, para que sua expansão tenha espaço para a pretendida eficácia nos tipos lesivos.

Em sociedade, onde existam cidadãos não recebam a jurisdição penal em tempo hábil e adequada ao caso concreto, certamente, a instabilidade normativa cederá espaço para a ação do poder paralelo, agindo nas lacunas deixadas pelo Estado.

Em linhas gerais, as pessoas ao assumirem a existência de um contrato social, devem estar cientificadas das implicações de sua submissão diante da ordem constitucional existente, obrigatoriamente, de cunho humanista e democrático.

Em especial nas ciências criminais onde as penas são realmente aflitivas, o suspeito ou acusado deve ser colocado na posição de titular de direitos, garantias e liberdades constitucionais, como um direcionamento do garantismo.

O garantismo se solidifica como ratificação do iluminismo apresentado por Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, em sua obra Dos Delitos e Das Penas ao tratar o humanismo da seguinte forma: Não existe liberdade todas as vezes que as leis permitem que em alguns casos o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa.

4. DIREITO PENAL DO INIMIGO X GARANTISMO

O Direito Penal do inimigo capitaneado por Günter Jakobs é diametralmente oposto aos ideais do garantismo de Luigi Ferrajoli onde o cidadão tem instrumentos de proteção da ação do Estado nos seus direitos, garantias e liberdades constitucionais.

Como um dos seguidores de Hans Welzel, como expoente do funcionalismo sistêmico que rege o Direito Penal destinado à proteção da norma, de forma indireta para proteção dos bens jurídicos penais.

No tema “crime organizado”, logo as opiniões se inclinam na busca do pretendido “Direito Penal do inimigo”, para aparelhar o ordenamento jurídico com instrumentos distantes do garantismo.

As experiências vividas demonstram que a busca pela legitimação da ação estatal em face do crime organizado é uma tarefa árdua, onde o cidadão não pode ser identificado como inimigo do Estado, distante do exercício das garantias e liberdades elencadas pela Constituição Federal.

Um forte argumento que restringe incursões sobre a adequação do Direito Penal do inimigo em solo brasileiro é o fundamento da Carta Política de 1988 tem na dignidade humana um vetor de interpretação e condicionante para edição de normas.

Não podemos nos sujeitar ao pensamento afeito ao solo europeu que, pela sua história, precisa ter um opositor até mesmo para manter suas defesas atentas.

É inegável que após os eventos de 11 de setembro de 2001, a mundo passou a reconhecer que as ações terroristas romperam as fronteiras nacionais para agirem de forma concomitante e organizada. Mas parecem distantes da realidade nacional.

Quanto a realidade empírica normativa brasileira não podemos negar que a organização criminosa pode se valer de outros conglomerados criminosos para buscar sua impunidade, principalmente, pela livre circulação de bens e valores por instituições financeiras, surgindo outro ponto de destaque que é a criminalização da lavagem de dinheiro, sem a necessária indicação do delito antecedente para sua consumação.

Tal fato obsta umas atuais formas de repreensão ao crime organizado, que por vezes, na busca do delito antecedente, se perde a preservação do delito de lavagem de dinheiro. É inegável que a edição do tipo legal do crime organizado dispensaria toda esta logística normativa para ocupar hiatos normativos.

Ainda sobre a doutrina alemã, surge o questionamento de quem seriam essas pessoas à serem adjetivadas como inimigos? Segundo Günter Jakobs, inicialmente, poderiam ser indicados os criminosos econômicos. Nesta primeira modalidade podemos constatar uma ratificação de lineamentos anteriores, que pela expansão da atividade econômica, cada vez mais complexas, também abriram espaço para atividade delitiva de igual forma.

Atualmente, no ambiente virtual da rede mundial dos computadores, as distâncias estão reduzidas pelo teclado, os infratores da lei penal têm novos e outros meios para ação e interação na busca da vantagem patrimonial indevida dentre outros delitos.

Outra categoria que ganhou maior expressão na atualidade são os terroristas, que com ações fundamentalistas anteriores em países como Estados Unidos, Espanha, Inglaterra, Itália têm demonstrando grande capacidade de temor e ação contra a humanidade.

Os conflitos fundamentalistas-religiosos ainda não estão afeitos ao Brasil, ao passo que tenha um solo “fértil” para lavagem de dinheiro, destinados ao financiamento do grupo terroristas.

Também é indicado pela doutrina do Direito Penal do inimigo, como os autores de delitos sexuais, como condição de lesividade de conduta, em conflito com o contrato social, com exigências claras de convivência.

No Brasil, ocorreram recentes alterações dos delitos sexuais com edição da Lei nº. 12.015, de 07 de agosto de 2009, outorgando especial proteção aos bens jurídicos penal e pela preservação das vítimas, sejam homens ou mulheres, pela devida nomenclatura trazida no título VI do Código Penal brasileiro, como “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

Esta postura ativa do legislador brasileiro nos oferece alento diante o necessário reconhecimento de sedimentação das expectativas dos cidadãos focadas na efetividade do Direito Penal.

Quanto aos delinqüentes organizados indicados pela doutrina alemã como potencial inimigo do Estado, no Brasil durante um período se considerava o delito do artigo 288 do Código Penal para abarcar essa modalidade delitiva, onde estão descritas as condutas cometidas por bando ou quadrilha.

Como é de conhecimento geral, a delinqüência organizada dos anos 70 se aperfeiçoou e nos termos do devido processo legislativo, não se encaixa no tipo penal descrito no artigo 288 do Código Penal Brasileiro. E residindo neste conflito, a expectativa dos estudiosos para a edição de um tipo legal para as organizações criminosas.

Apesar da grande capacidade de transformação e expansão do crime organizado, principalmente, em países de terceiro mundo, não podemos retroceder a colocar interesses de minorias em detrimento das liberdades conquistadas.

Os obstáculos anteriores encontrados pelo crime organizado estão superados, principalmente, pela capacidade de imensa capacidade de remessa de valores e comunicação entre os integrantes da cadeia criminosa. Também pela capacidade de regeneração dos golpes sofridos pelos órgãos de segurança pública.

O próprio artigo 29.2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos condiciona ao cidadão, os deveres para sua vida em comunidade, com livre fruição para sua personalidade. E neste exercício dos seus direitos e liberdades, este cidadão estará sujeito às limitações legais, com objetivo exclusivo de observância irrestrito dos direitos e liberdades de outrem, para garantia das justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática [7].

As fronteiras territoriais dos países são indicativos superficiais de atuação da polícia judiciária, rompendo definitivamente o princípio da universalidade penal, conforme direcionamentos da Associação Internacional de Direito Penal.

E para fazer frente ao crime organizado no âmbito mundial, surge, gradativamente, a cooperação internacional dos países, que não dispõem de unidade normativa, e estrutura a polícia internacional, sem efetivo permanente. Dependendo suas ações das ocorrências e solidariedade policial dos países economicamente estabelecidos.

Em síntese, apesar da lesividade das condutas decorrentes de organizações criminosas no Brasil, ainda que neste momento, despidas da necessária tipicidade penal, as ações normativas vindouras devem estar amparadas em preceitos constitucionais e humanitários, para criminalizar a ação das organizações criminosas.

5. DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO

A busca pela edição das normas adequadas às necessidades da sociedade brasileira deve estar afeita, além do processo natural para nascimento das leis, às expectativas dos cidadãos na ordem social.

Tanto é verdade que o Legislador Constituinte de 1988 outorgou aos populares a iniciativa legislativa, nos termos do artigo 61 da Constituição Federal, observando os padrões constitucionais, condicionadas manifestação da pelo menos um por cento do eleitorado nacional, que deverá estar distribuído no mínimo em cinco Estados da Federação, exigida um deles a manifestação de três décimos de seus eleitores.

É certo que, distante da formalidade do processo legislativo formal, pretende que essa ausência de norma na sociedade, seja levada ao legislador propondo a edição de novo diploma legal.

Essa via outorga ao mundo científico criminal, o dever cívico de adequar o conhecimento jurídico aos fatos lesivos enfrentados pela sociedade, indicado pelo enfraquecimento do tecido social afligido pelo cometimento do delito de máxima intolerância.

Quando acontecimentos graves surgem cometimento de crimes, a população se inclina diante do Estado na expectativa de que ações surgem, nem sempre na edição de leis, mas no fortalecimento de posturas governamentais para atender esse hiato no tecido social.

O crime organizado tem atuado com grande capacidade e estrutura operacional, aproximando-se da atividade de empresa do setor privado, só que calcada na atividade criminosa,

Com as informações e paradigmas trazidos, resta evidente que o devido processo legislativo legal para edição da norma para edição do tipo legal do crime organizado se encontra plenamente justificado, e neste indicativo legislativo ativo, podemos citar os crimes contra dignidade sexual, que como um novo diploma penal nascerá para resposta estatal em face dos infratores da lei penal.

Winfried Hassemer ao tratar da tutela dos bens jurídicos pela dogmática penal moderna, relata que a idéia de bem jurídico deve estar definida com maior precisão possível, para que seu emprego sirva para tipificar condutas, como no caso do Direito Penal sexual, que não pode abranger os bons costumes sexuais, e sim a autodeterminação sexual e a saúde e proteção da juventude [8].

A lesividade da modalidade de conduta será tratada como requisito para edição de uma nova lei penal desta magnitude, como critério de eficiência para fins de prevenção geral e especial da pena, como resposta estatal diante da infração penal.

6. TUTELA PENAL DO CRIME ORGANIZADO PELA POLÍTICA CRIMINAL

A edição de diplomas legais, respeitados os critérios constitucionais e legislativos, deve atender a uma política criminal sistêmica, capaz de gerar uma ação harmônica para prevenir e repreender o cometimento de delitos, bem como fiscalizar a aplicação de penas e sanções adequadas ao caso concreto. Criminalizar por criminalizar, sem observar a ação da política criminal não atende às expectativas da sociedade na busca da ordem social.

A simples edição de normas não atende às expectativas normativas e legais do Estado Democrático de Direito, tampouco o simples endurecimento das penas dos tipos penais já existentes.

O Direito Penal clássico, com vítimas e autores definidos, cede espaço ao Direito Penal Difuso, onde a pluralidade ou indeterminação de vítimas, autores e métodos para cometimento do ilícito demandam uma atenção especial dos legisladores.

A função do Direito Penal, como ciência de *ultima ratio*, é a proteção dos valores fundamentais da vida em sociedade, garantindo o livre desenvolvimento do cidadão, em parâmetros éticos na relação com a terceiros e ao Estado.

Fica flagrante a missão do Direito Penal em tutelar a promover a proteção dos valores essenciais da pessoa humana, como missão constitucionalmente indicada pelo legislador.

Na Europa, como reconhecimento da afirmação da expansão do Direito Penal, em 2000, na cidade italiana de Palermo, o Diretor da Europol, Jürgen Storbeck reconheceu a existência da criminalidade organizada ambiental, ou a denominada, *ecomafia.* Tal adequação de atividade criminal demonstra o alto grau de adaptação da organização criminosa [9].

Nesta situação, a tutela penal do crime organizado se mostra extremamente relevante e necessária, sob pena de não outorgar o mandato repressivo às autoridades policiais, judiciais e Ministério Público.

Mario D. Montoya, apesar da complexidade de indicação do conceito de crime organizado, indicou as seguintes características: a) organização em grande escala; b) racionalidade do tipo empresarial de ordem criminosa, oferecendo bens e serviços ilícitos (como drogas, prostituição, etc); c) uso de meios violentos para adquirir posições de monopólio de mercado; d) utilização da corrupção policial e do Poder Judiciário; e) fortalecimento da relação com o poder político; e) intimidação e homicídio para neutralizar a aplicação da lei e para obter decisões judiciais favoráveis [10].

O Conselho Nacional da Justiça brasileiro, no dia 30 de maio de 2006, através da recomendação nº. 3, e pela necessidade de concentração de esforços no combate ao crime organizado, pela jurisdição ágil e pronta, com especiais meios de investigação, indicou como referencial normativo a Lei nº. 9.034/94 e a Convenção de Palermo, para definição legal do crime organizado no Brasil.

Inicialmente, cumpre registrar que pela inércia legislativa brasileira na especialização da jurisdição criminal, o Conselho Nacional de Justiça indicou também a necessidade instalação de varas especializadas para julgamento das organizações criminosas.

Sub-rogamos-nos ao pensamento do Ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, que registrou sua opinião sobre a postura do Conselho Nacional de Justiça, indicando que este órgão de "atravessar a Constituição". Segundo ele, em vez de se limitar ao controle externo do Judiciário, tarefa atribuída pela Emenda Constitucional nº 45, e que o conselho teria se tornado um "superorgão" [11].

Tal consideração é sintomática ao demonstrar o desvio de finalidade nas atribuições elencadas pela emenda constitucional nº 45, onde não lhe fora outorgado a condição de edição de normas penais.

Cabe registrar também que os Tribunais Regionais Federais brasileiros possuem autorização legal para especializar varas, de acordo com o disposto nos artigos 11 e 12 da Lei nº. 5.010/66, c/c o artigo 11, parágrafo único, da Lei nº. 7.727/89 e que os Tribunais de Justiça dos Estados estão também autorizados a especializar varas nos termos da legislação de organização judiciária local.

Porém, apesar do empenho do Conselho Nacional de Justiça em direcionar o julgamento desta especialidade delitiva, parece-nos incabível a recomendação para adoção do conceito do tipo legal do crime organizado apresentado pela Convenção de Palermo, acrescidos dos meios operacionais da Lei brasileira dos meios investigativos das organizações criminosas, facultado apenas ao processo legislativo formal.

A Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, demonstrou que o crime organizado deixará de ser uma infração penal que respeitava as fronteiras dos países.

E a necessidade para adoção de novos paradigmas criminais é tal que as Nações Unidas, em flagrante violação dos princípios mais básicos do Direito Penal, indicaram um tipo penal às organizações criminosas, como "grupo criminoso organizado" aquele estruturado, de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Por coerência dogmática não se pode desprezar tal recomendação, nem por isso que ela seja admitida como tipo legal diante o óbice constitucional para tal atividade legislativa elencada na Carta Política de 1988.

Essa anomalia jurídica ocorrente pela recomendação do Conselho Nacional de Justiça indica a necessidade de tipificação imediata, nos trâmites legais, do conceito legal de crime organizado.

Registre-se que o conceito indicativo trazido pela Convenção de Palermo não deve ser um paradigma exauriente para a tipificação do crime organizado no Brasil, adequada aos critérios e necessidades existentes.

Recorde-se, por exemplo, que na Colômbia, a criminalidade organizada que tem sua base no narcotráfico, atua também no contrabando, seqüestro de autoridades e empresários, extorsão e tráfico de pessoas para a prostituição. Tendo esse país outra característica que demanda maior atenção das autoridades que é a guerrilha, como um paramilitarismo que pode servir de apoio ou mesmo de comando da organização criminosa. Ou seja, cada nação tem que lidar, propriamente, com suas dificuldades locais.

O Estados Unidos da América, mesmo antes dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, já tinha editado a *"Racketeers Influenced and Corrupt Organization Act"*, comumente reconhecida como *"Rico"*, como uma lei federal *"Organized Crime Control Act"* de 1970 (18 U.S.C seção 1961-68) [12].

E não fosse suficiente para definição de uma política criminal adequada ao crime organizado, não poderíamos deixar de indicar que o Direito Penal, o Direito Processual Penal, a Lei de Execução Penal e o sistema penitenciário devem estar em harmonia para uma ação coordenada em face das organizações criminosas.

A modernização do Direito Penal é uma medida emergencial, e para tanto o redirecionamento das condutas intoleráveis nas sociedades liberais é necessário.

Os novos desafios encontrados pela lei penal incriminadora brasileira não são passíveis de simples endurecimento de penas e outros meios de coerção.

Somente se atingirá a tutela penal do crime organizado, quando além da tipificação do tipo legal detalhado e identificado com as características empíricas do fato, seja operacionalizada a investigação policial e a respectiva instrução criminal, segundo o modelo acusatório.

O grande poder de penetração nos poderes constituídos pelas organizações criminosas e seu alto grau de corrupção devem ser combatidos com autoridades respaldadas pela legalidade penal.

A criminalização desta conduta de característica extremamente lesiva é um reflexo do Direito Penal moderno, sensível aos acontecimentos sociais, agindo de forma concentrada, a fim de saturar a atividade ilícita deste pretenso "estado" paralelo.

7. CONCLUSÃO

Nesta abordagem acerca do tema acerca das "Organizações criminosas e a necessidade de postura ativa do legislador" para definição do tipo legal como meio de defesa contra

o crime organizado, pretendeu-se oferecer argumentos aos estudiosos refletirem sobre o tema.

Os estudos realizados com foco na criminalização e na criminalidade, objetivaram as seguintes conclusões pontuadas:

1. A globalização, como reconhecimento da universalidade dos acontecimentos, é um fator de complexidade de definições dos bens jurídicos universais, como aqueles de interesse de coletividade na proteção dos seus interesses.

2. A conceituação do bem jurídico penal é um dos processos mais complexos da dogmática penal, posto que, como processo normativo se lidará de forma efetiva com as liberdades constitucionais dos cidadãos.

3. A avaliação do bem jurídico penal deve estar afeita pela indicação de instabilidade da paz social, onde as normas penais que são essencialmente dinâmicas podem criminalizar e descriminalizar condutas segundo os anseios da harmonização e lesividade.

4. A ordem social é a essência da proteção dos bens jurídicos, posto que, somente se conhece a liberdade outorgada pela Carta Política de 1988, pelos limites e instrumentos destinados para sua proteção.

5. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, como fonte normativa internacional, indica que o cidadão se reconhece que seus direitos e garantias, o sujeitando a legalidade, inclusive pela busca da bem estar e ordem pública.

6. O garantismo tem estreita ligação com o Processo Penal na busca da verdade e celeridade na resposta social pelo Poder constituído representado pelo Estado, tendo como características a limitação da interação estatal em face das liberdades constitucionais, onde o ser humano é objeto de preservação normativa, e não objeto da pretensão punitiva.

7. A legitimação da atuação dos órgãos de persecução penal pode estar calcada no garantismo, onde em situações extremas poderão ser aplicadas penas e medidas cautelares destinadas ao crime organizado.

8. A busca desenfreada pelo inimigo de Estado não faculta aos aplicadores da lei penal eleger qual cidadão, infrator ou não da lei penal, seja submetido às práticas degradantes e desumanas, que não observem os princípios orientadores das leis penais, como anterioridade e legalidade penal.

9. A resposta normativa criminal contra as organizações criminosas não podem ser um justificativa para adoção de teorias que colocam seres humanos em condições diferenciadas de outros pelo cometimento do delito.

10. Penas, medidas e sanções devem ser aplicadas diante do caso concreto, não excluindo quem quer que seja do contrato social, ainda que preso, merecedor da preservação dos direitos e garantias constitucionais.

11. O Direito Penal, alvo de questionamentos acerca de sua efetividade, somente atingirá sua profícua missão quando proteger integralmente os bens confiados ao manto de sua normatividade, quando tenha o ser humano como destinatário final desta cadeia normativa.

12. A criminalização da atividade de crime organizado, longe de ser um interesse na proteção das condutas risco, já trata de realidade constatável, principalmente, no tráfico internacional de drogas, dentre outras modalidades criminosas.

13. A tipificação legal do delito caracterizado pelo cometimento de organizações criminosas merece uma reflexão diferenciada haja vista que tutelará a infração penal mais grave na sociedade moderna, não podendo ser insipiente nesta tarefa.

14 Quando da edição do diploma criminal desta modalidade delitiva, deverão ser ofertados meios operacionais compatíveis com a complexa atividade criminosa praticada pelas organizações criminosas.

15. O Direito Penal moderno está inclinado a dar prontas respostas para a sociedade na criminalização dos seus bens jurídicos penais mais essenciais, em especial em detrimento do crime organizado, que se revela como um bem universal, caracterizado pela jurisdição internacional.

16. O crime organizado é um inimigo que não tem face, mas se percebe suas ações e reações, haja vista que se fala nele, sem saber onde está e quem o representa, sendo incontestável seu grande poder operacional contra os poderes constituídos no Estado Democrático de Direito.

17. Os acontecimentos atuais não são característicos de uma criminalidade patrimonial anterior que antes eram objeto das estratégias políticas de segurança pública, como justificativa para fortalecimento das forças policiais.

18. A criminalidade organizada merece a edição de um microsistema, com meandros integrais de uma política criminal, com tipo legal, características, agravantes, atenuantes, possibilidade de delação premiada, infiltração de agentes, interceptação telefônica, além de um sistema penitenciário capaz de transmitir a certeza de que o acusado cumprirá a pena imposta.

7. **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BENTO, Patricia Stucchi. **Pronúncia: Enfoque Constitucional**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional.** 4.ed. Coimbra: Almedina, 1997.

FILHO, Manoel Ferreira Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 35ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hasssan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____ & BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização.** São Paulo: RT, 2002.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal.** Fundamentos, Estrutura, Política. Porto Alegre. Sergio Fabris Editor, 2008.

_____. Perspectivas de uma política criminal. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: FESMP, 1993.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo IV – direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral, 2ª ed., São Paulo : RT, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

[1] Especialista, Mestre e Doutor em Direito Processual Penal – PUC/SP, Professor da Universidade Paulista – UNIP, Professor da Universidade Ibirapuera.

[2] Especialista pela Escola Paulista da Magistratura, Mestre e Doutoranda em Direito Processual Penal – PUC/SP.

[3] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 375.

[4] JACKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. CALLEGARI, André Luis, GIACOMOLLI, Nereu José. Livraria do Advogado, 2005.

[5] FILHO, Manoel Ferreira Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

[6] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria geral do garantismo**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo, RT, 2002.

[7] http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm. visitado em 1 de setembro de 2009.

[8] HASSEMER, Winfried. **Direito Penal.** Fundamentos, estrutura e política. Tradução Adriana Beckman Meirelles et alli. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2008.

[9]http://www.radioradicale.it/scheda/133117/207240-le-rotte-delle-ecomafie-forum-nazionale-organizzato-dalla-commissione-parlamentare-dinchiesta-sul-f - visitado em 1 de setembro de 2009.

[10] MONTOYA, Mario D. **Máfia y Crimen Organizado.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p.251.

[11] Jornal "O Estado de São Paulo", edição de 14 de setembro de 2009, caderno A3, coluna "A política de metas do CNJ".

[12] MONTOYA, Mario D. **Máfia y Crimen Organizado.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

A CRIMINALIZAÇÃO DAS AÇÕES DOS MOVIMENTOS CAMPESINOS NO BRASIL: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA*

LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS MOVIMIENTOS CAMPESINOS EN EL BRASIL: ANALISIS DESDE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

Vanessa Chiari Gonçalves

RESUMO

A atuação cada vez mais contundente dos movimentos campesinos no Brasil, especialmente do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, na reivindicação por reforma agrária e por melhores condições de trabalho no campo, tem gerado discussões acerca da sua legitimidade e dos limites e possibilidades da sua intervenção na política agrária brasileira. Paralelamente a este debate, observa-se um crescente processo de criminalização secundária das ações desses movimentos ou de judicialização desses conflitos, especialmente quanto aos delitos de esbulho possessório, furtos e roubos e formação de quadrilha. Desse modo, a criminologia crítica se constitui em um referencial teórico interessante para análise dos discursos jurídicos muitas vezes antagônicos no âmbito da doutrina e da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros. O tema merece uma discussão séria pautada por valores e princípios compartilhados em um Estado Democrático de Direito, especialmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que funda a ordem constitucional brasileira.

PALAVRAS-CHAVES: CRIMINALIZAÇÃO – MOVIMENTOS CAMPESINOS – CRIMINOLOGIA CRÍTICA

RESUMEN

La actuación cada vez más fuerte de los movimientos campesinos en el Brasil, especialmente de el “Movimento dos Sem Terra - MST”, en la reivindicación por la reforma agraria y por mejores condiciones de trabajo en el campo, tiene creado discusión acerca de la legitimidad y de los limites y posibilidades de suya capacidad de intervenir en la política agraria brasileña. A la vez a esta discusión, se observa un creciente proceso de criminalización secundaria de las acciones de estos movimientos o de la judicialización de estos conflictos, en especial cuando a los delitos de usurpación, hurtos y robos y formación de cuadrilla. De suerte que, la criminología critica se constituye en una referencia teórica interesante para el análisis de los discursos jurídicos muchas veces antagónicos en el ámbito de la doctrina y de la jurisprudencia de los tribunales superiores brasileños. El asunto merece un debate dirigido por valores y principios compartidos en un Estado Democrático de Derecho, especialmente del principio de la dignidad de la persona humana, que establece la orden de la Constitución brasileña.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

PALAVRAS-CLAVE: CRIMINALIZACIÓN – MOVIMIENTOS CAMPESINOS – CRIMINOLOGÍA CRITICA

INTRODUÇÃO

As medidas visando à criminalização das ações dos movimentos sociais campesinos no Brasil, seja quando reivindicam a reforma agrária e melhorias nas condições de financiamento de crédito para o plantio ou assessoria técnica especializada, a fim de que os assentados possam produzir de maneira sustentável, seja quando simplesmente protestam contra políticas econômicas ou sociais, não são uma novidade, ao menos no que se refere aos processos de criminalização primária (momento da elaboração das normas penais incriminadoras). No entanto, nos últimos anos tem-se observado um incremento significativo dos processos de criminalização secundária (judicialização dos conflitos), com ativa participação do Ministério Público enquanto órgão acusador.

Desse modo, a partir dessas percepções que envolvem um aspecto importante da política criminal contemporânea, este artigo tem o objetivo de fazer algumas reflexões sobre esta realidade, tendo como referencial teórico os ensinamentos da criminologia crítica ou marxista, mas sem deixar de mencionar as suas possíveis lacunas enquanto modelo explicativo da ação criminalizadora.

Assim, no desenvolvimento do presente trabalho abordaremos inicialmente algumas diretrizes próprias da chamada criminologia crítica, para depois analisarmos o discurso de algumas decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça, envolvendo conflitos agrários no campo, para finalmente compreendermos de que maneira se dá o processo de criminalização secundária das ações dos movimentos campesinos no Brasil.

1. Perspectivas da criminologia crítica enquanto modelo explicativo dos processos de criminalização

Não se pode estudar a criminologia crítica dissociada do estudo do papel do direito penal na contemporaneidade. O direito penal moderno não foi criado como um mecanismo de proteção da sociedade contra o crime, mas sim como um instrumento de proteção do indivíduo contra o Estado, detentor do monopólio da coação legítima. No entanto, em que pese o direito penal seja por essência garantidor do cidadão frente ao poder punitivo estatal, vive-se uma espécie de instrumentalização do direito penal com a nítida finalidade de transformá-lo em objeto de uma batalha simbólica contra a criminalidade. Diz-se simbólica porque quanto mais se amplia o seu âmbito de incidência formal, por meio de uma inflação legislativa, mais simbólico e ineficiente o direito penal se torna.

A criminologia crítica, de inspiração em parte marxista, entende que o direito penal na verdade se presta a proteger uma elite econômica em detrimento da sociedade como um todo, sendo submetido a manipulações ideológicas e políticas. Alessandro Baratta, um

dos grandes expoentes da criminologia crítica, integrou o labeling approach, isto é, a teoria sociológica do etiquetamento com o materialismo histórico contribuindo de maneira significativa para que se operasse uma verdadeira mudança de paradigma na criminologia. O paradigma etiológico (investigação das causas do comportamento desviante), desenvolvido pelas escolas positivistas do século XIX, foi colocado em xeque com o surgimento do paradigma da reação social ou do controle, que passou a estudar os processos de criminalização de condutas. Nesse sentido, Alessandro Baratta alerta que:

A função natural do sistema penal é conservar e reproduzir a realidade social existente. Uma política de transformação desta realidade, uma estratégia alternativa baseada na afirmação de valores e de garantias constitucionais, um projeto político alternativo e autônomo dos setores populares, não pode, todavia, considerar o direito penal como uma frente avançada, como um instrumento propulsor. Pelo contrário, o direito penal fica, em um tríplice sentido, reduzido a uma atitude de defesa.[1]

Nesse novo contexto paradigmático, a criminalidade passa a não mais ser vista como um comportamento pré-existente, mas sim como um bem social negativo atribuído pelo poder para determinadas condutas. Assim, a criminologia passou a estudar os mecanismos de distribuição da qualidade de criminoso na sociedade, deparando-se inevitavelmente com o estudo do poder.[2]

Na organização estatal, o Poder Legislativo realiza uma proteção seletiva de bens jurídicos, por meio da criminalização primária, enquanto os Poderes Executivo e Judiciário se encarregam da repressão seletiva de comportamentos humanos. O Estado, dessa forma, se apresenta como a instituição que exprime o poder de grupos dominantes em detrimento da garantia do consenso na sociedade. No mesmo sentido entende Zaffaroni ao afirmar que

o poder configurador ou positivo do sistema penal (o que cumpre a função de disciplinarismo verticalizante) é exercido à margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva, porque a própria lei assim o planifica e porque o órgão legislativo deixa de fora do discurso jurídico-penal amplíssimos âmbitos de controle social punitivo.[3]

Do ponto de vista marxista, observa-se que o modo de produção da vida material determina os processos de formação e organização da vida social e política em geral. Desenvolve-se, assim, um discurso de produção de liberdade, próprio de um Estado Democrático de Direito, mas acompanhado de uma prática de opressão ou de negação da liberdade. Tudo isso porque o discurso tem um papel constitutivo da vida coletiva. A influência da mídia na formação da opinião pública é um exemplo do poder do discurso e a própria ideologia dominante se exprime, também, por meio desse poderoso instrumento de realização do poder.

No entanto, a criminologia crítica avança em relação ao materialismo histórico porque pretende integrar os processos objetivos (relações sociais de produção) com os subjetivos (construção social da realidade), enquanto o pensamento marxista exigia que as mazelas de ordem pessoal fossem afastadas, desumanizando o estudo da sociedade. É importante referir que não se pode separar as relações de produção das relações de poder, que as configuram, e das relações jurídicas que as asseguram.[4]

O aspecto subjetivo da construção da realidade social encontra fundamento no teorema de W. I. Thomas, teorema fundamental no âmbito do interacionismo simbólico, para o qual "se algumas situações são definidas como reais, elas são reais nas suas conseqüências", isto é, produzem efeitos reais. Desse modo, o importante para a manipulação do pensamento e para a consolidação do medo social não é o real, mas a sua imagem[5].

Assim, a criminologia radical pretende compreender de que maneira as relações de produção (processos materiais) na vida social condicionam os processos subjetivos de construção da realidade e da criminalidade.

Essa reflexão mostra-se fundamental quando se trabalha com as questões agrárias e, em especial, com os processos de criminalização das ações da via campesina. Para alguns criminólogos, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra possui consciência política superior a dos metalúrgicos do ABC paulista, mas são retratados pela mídia como um "bando de criminosos". Esse discurso ganha repercussão social, uma vez que o único simbólico que representa a dignidade humana é o trabalho assalariado, por isso para quem tem emprego formal, quem não trabalha nestas condições não é digno, nem sujeito de direitos.

Os meios de comunicação reforçam as relações de poder e isso explica a hostilidade que marca a atitude do trabalhador integrado ao mercado de trabalho em relação aos movimentos sociais. Compreender o poder constitutivo do discurso na formação da subjetividade permite fugir dos reducionismos para perceber que o que existe de mais concreto nas classes ou estratos sociais são os indivíduos. Indivíduos inseridos em uma determinada realidade social naturalmente.

É preciso ressaltar que o discurso jurídico se apresenta como a síntese dos discursos da ciência, da economia, da política, sendo portador da ideologia das relações de poder. E cada sistema de produção descobre a forma de punição mais adequada às suas relações produtivas.

Para o pensamento marxista o crime pode ser definido como uma resposta individual e irracional às privações, mas tal percepção é insuficiente, pois não se pode reduzir tudo às questões objetivas nem às subjetivas. Ocorre que as questões estruturais que contribuem para a criminalidade só podem ser solucionadas coletivamente, mas não articulação política suficientemente ampla. Assim, o trabalhador seduzido pelo discurso midiático projeta as suas frustrações no desocupado, no excluídos do mercado, e não nos verdadeiros responsáveis pelas suas frustrações.

Não se pode perder de vista o sujeito como produto histórico de uma estrutura econômico social que exclui e marginaliza a pessoa, gerando vulnerabilidade. Na visão de Alessandro Baratta, na sociedade capitalista, "o princípio da distribuição deriva,

imediatamente, da lei do valor que preside a troca entre força de trabalho e salário", de forma que a igualdade formal dos sujeitos de direito "se revela como veículo e legitimação de desigualdade substancial".[6]

2. Criminalidade *versus* coação legítima: a repressão contra o discurso transformador

As decisões selecionadas para publicação no *site* do Superior Tribunal de Justiça tratando especificamente de questões penais envolvendo membros do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra no Brasil são escassas, até mesmo porque não alcançam com freqüência os tribunais superiores. No entanto, a fim de ilustrar a polêmica que envolve a atuação desse movimento, do ponto de vista do discurso jurídico, selecionou-se três acórdãos do STJ que abordam a questão de maneira divergente.

No primeiro acórdão selecionado, o HC Nº 81.529 - SP (2007/0086098-5), que teve como relator o Ministro Paulo Gallotti, observa-se que a ordem de liberdade do integrante do MST foi denegada com o argumento da manutenção da ordem pública, em que pese seja mencionada a necessidade de reforma agrária no país:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO, ESBULHO POSSESSÓRIO, DANO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PACIENTE INTEGRANTE DO MOVIMENTO SEM TERRA - MST. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO FUNDAMENTADO. PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PERICULOSIDADE SOCIAL.

1. Mostra-se razoavelmente fundamentada a custódia cautelar determinada para preservar a ordem púbica e por conveniência da instrução criminal, notadamente diante das circunstâncias concretas que envolveram a prática do delito, reveladoras de preocupante periculosidade, não obstante se reconheça o desajuste do quadro social decorrente da miséria existente no nosso país, carecedor de profunda e séria reforma agrária. 2. Não é possível, no entanto, placitar ações como as aqui descritas, todas geradoras de um estado de intranqüilidade, impondo-se, às vezes, a adoção de medidas extremas visando impedir a repetição de sua prática. 3. Ordem denegada.[7]

Entretanto no HC Nº 9896 - PR (99/0055128-1), tendo como relator o Ministro Vicente Leal, houve a concessão do Habeas-Corpus com fundamento no princípio da presunção de inocência, mas com argumentação tímida do ponto de vista dogmático, como se observa a seguir:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL, PRISÃO EM FLAGRANTE. LÍDERES DO MST. LIBERDADE PROVISÓRIA. A prisão processual, medida extrema que implica sacrifício a liberdade individual, deve ser concedida com cautela em face do princípio constitucional da presunção de inocência, somente cabível quando presentes razões objetivas, indicativas de atos concretos, suscetíveis de causas prejuízo à ordem pública, à instrução criminal e à aplicação da lei penal (CPP, art. 315; CF art. 93, IX). A manutenção de líderes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem terra – MST – sob custódia processual, sob a acusação de formação de quadrilha, desobediência e esbulho possessório afronta o preceito inscrito no art. 5º, LXVI, da Constituição. Habeas-Corpus concedido. [8]

Uma avaliação de mérito mais profunda no sentido de se separar o mero ilícito penal da pressão política, só foi encontrada no HC 4399-SP, mediante o voto vogal do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, que merece destaque por distinguir o ilícito penal de esbulho possessório, enquanto uma ação dolosa contra a propriedade alheia com a finalidade de usufruí-la ou enriquecer sem justa causa, da ação praticada com a finalidade de exercer pressão social para a realização de um direito, de um plano constitucional, pois a ordem pública precisa ser avaliada no seu contexto histórico assim como o modo de atuação das pessoas. O mesmo Ministro assim prossegue:

É certo, evidente, que se a lei (formalmente) é igual para todos, nem todos são iguais perante a lei. Sabe-se as chamadas instâncias formais de controle da criminalidade atuam diferentemente consoante a posição política, econômica e social da pessoa. As chamadas classes sociais menos favorecidas não tem acesso político ao governo, a fim de conseguir preferência na implantação de Programa posto na Constituição da República. Quadrilha ou bando, a teor do disposto no art. 288, do Código Penal, é delito que visa a prática de crimes. Ordem pública, clamor público, precisam ser recebidos com cautela. Podem ser gerados artificialmente, para dar idéia de inquietação na sociedade. Clamor público, não se confunde com reações (as vezes organizadas) de proprietários de áreas que possam vir a ser desapropriadas para a reforma agrária.[9]

Ao contexto das decisões judiciais, todas elas relacionadas a pedidos de Habeas-Corpus em favor de membros do MST, presos provisoriamente, é importante acrescentar o pensamento de Enrique Dussel quando distingue a coação legítima da violência, afirmando que “a instituição vigente deve apoiar-se em numa certa coação legítima, que permita canalizar os que não estiverem dispostos a cumprir os acordos validamente aceitos”, uma vez que a factibilidade ética – “contra anarquistas” – deve ter meios que dêem objetividade à instituição. Desse modo, violência seria apenas a coação não legitimada, pois a coação legítima:

É ética na medida em que se exerce cumprindo com as exigências dos princípios material, formal, discursivo e de factibilidade ética: que se garanta a vida de todos os afetados, que participem simetricamente nas decisões de mediações factíveis eticamente. Se todos os membros de uma instituição forem perfeitos, eticamente, como sonha o anarquista, nenhuma instituição seria necessária e por isso seriam perversas já desde a sua origem.[10]

Enrique Dussel com isso reforça a importância da instituição legítima e admite a necessidade de coação em situações plenamente justificadas, que tenham como referência a preservação do princípio da vida e que protejam as vítimas da exclusão operada pela exacerbação do capitalismo. Desse modo, as ações do MST constituem-se em exemplos de coações legítimas, exercidas, entretanto, por indivíduos organizados em grupo em torno de projetos coletivos e não por agentes estatais.

A atuação de movimentos sociais como o MST faz romper o ideário do homem e da mulher do campo, puros e pacíficos, porque opera na lógica do confronto e por isso se torna mais assustador do que os movimentos operários, cuja rebeldia se limita ao exercício do direito de greve. Mas cabe indagar: será que há espaço democrático no Brasil para o diálogo, que torne desnecessário o modo de intervenção radicalizado dos movimentos campesinos?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal tendo uma função simbólica, não reproduz materialmente a desigualdade, mas sim por meio de símbolos. De outro lado, não é possível viver em uma sociedade sem direito penal, porque isso equivaleria viver em uma sociedade sem Estado, sem formalização dos conflitos, sem censura.

A medida do tempo de liberdade suprimida está relacionada com o valor econômico do tempo, que é mutável. A prisão, ao contrário do direito penal, é um espaço do ser e não do dever ser, tem uma dimensão conflituosa permanente. Desse modo, pode-se concluir que o direito penal só se justifica se for mínimo e destinado à proteção dos bens jurídicos realmente importantes, pois ao se utilizar indevidamente da força do direito penal para proteger bens jurídicos menores ou para reprimir as ações com finalidade de exercer pressões sociais, enfraquece-se a democracia e se fragilizam os bens jurídicos mais importantes. No final, ainda que reproduza simbolicamente as desigualdades sociais e que a sua legitimidade esteja em crise, não se pode negar que o direito penal teve no curso da história um papel redutor da violência.

No entanto, é preciso perceber que se vive o declínio das energias utópicas que remetiam a movimentos coletivos amparados em ideologias. Nesse quadro os fluxos da globalização contribuíram sobremaneira para a desconstrução de movimentos sociais e para o predomínio de uma ética centrada no individualismo.

A rebeldia que se cultiva na atualidade não possui uma causa justificada do ponto de vista ético. Age-se da mesma forma como as massas agiram durante o holocausto nazista, com indiferença diante da exclusão e do massacre das vítimas. O problema é que essa produção do Outro como diferença, somada à ausência da capacidade de exercitar a alteridade, por meio do reconhecimento e do diálogo, também gera um ambiente propício para a disseminação de uma leitura do Outro como um inimigo a ser combatido e um terreno fértil para o surgimento de novos totalitarismos.

Em um tempo de anomia quase não há espaço para o diálogo e para a coação legítima, que tenha como objetivo proteger a vida enquanto um princípio que funda uma ética da libertação. Resta o espaço político, do engajamento ideológico, como asilo. E a violência repressora que se manifesta contra as ações de confronto, é apenas o sintoma de uma sociedade que perdeu os seus valores éticos e que vive no vazio. É proibido discordar, é proibido pressionar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. 3 ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos Delitos e da penas.* Tradução: Flório de Angelis. Bauru – SP: Edipro, 2000.

DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação. 3ª Ed. Tradução de Ephraim Ferreira Alves e outros. Petrópolis: Vozes, 2007.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: história da violência nas prisões. 10 ed. Tradução de Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1993.

PAVARINI, Massimo e MELOSSI, Dario. Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

PARARINI, Massimo e outros. Introduzione al sistema penale. Vol. 1. 3 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A Criminologia Radical. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e outro. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

[1] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, p. 221.

[2] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, p. 161.

[3] ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas, p. 25.

[4] SANTOS. Juarez Cirino dos. Criminologia Radical, p. 51.

[5] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, p. 93.

[6] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, p. 163.

[7] Disponível em : http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=movimento+sem+terra&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2. Acesso em 08/09/2009.

[8] Disponível em:

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=movimento+sem+terra&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=18. Acesso em 08/09/2009.

[9] Disponível em: www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=movimento+sem+terra&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=23 .Acesso em 08/09/2009.

[10] DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação, p. 545.

DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS LIMITES ENTRE O JURÍDICO E O POLÍTICO NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*

JURISDICTION CONSTITUTIONAL: AN ANALYSIS ABOUT THE BOUNDARY BETWEEN LEGAL AND POLITICAL DECISIONS IN THE FEDERAL SUPREME COURT

Alba Paulo de Azevedo
José Albenes Bezerra Júnior

RESUMO

O presente artigo apresenta uma abordagem acerca dos limites ente o jurídico e o político nas decisões do Supremo Tribunal Federal, à luz dos recentes fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. Analisa as mais diversas correntes que discutem natureza das decisões do Supremo Tribunal Federal. Realça a questão do agigantamento da nossa Corte, e, conseqüentemente, de suas funções, frente a crise de desconfiança pela qual passa os Poderes Executivo e Legislativo. Enfatiza recentes decisões e julgados do STF, observando o cunho jurídico e político dessas decisões. Questiona a necessidade de um Tribunal Constitucional exclusivo, frente à inviabilidade operacional, deixada pelas amplas competências previstas na Constituição em relação ao Supremo Tribunal Federal, como tribunal constitucional não-exclusivo. Analisa as diversas funções típicas do Supremo Tribunal Federal, atentando para uma necessária redução das competências em face do cumprimento e efetivação dos preceitos constitucionais, evitando-se a escassez da jurisdição constitucional. Analisa a limitação entre o jurídico e o político nas decisões do STF como forma de harmonização dos Poderes.

PALAVRAS-CHAVES: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL; CRISE DE PODERES; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ABSTRACT

This paper presents an overview about the limits of the legal entity and the political decisions of the Supreme Court, in light of recent phenomena of legalization and judicial activism. Analyzes the most diverse currents that discuss the nature of the decisions of the Supreme Court. Highlights the issue of excessive enlargement of our court, and, consequently, their functions, before the crisis of mistrust through which the executive and legislative branches. Emphasizes recent decisions of the Supreme Court and judged by observing the stamp of legal and political decisions. Questions the need for a Constitutional Court exclusive, opposite the operational viability, left by the broad powers under the Constitution in relation to the Supreme Court, Constitutional Court as non-exclusive. It analyzes the various functions typical of the Supreme Court, paying attention to the need to reduce the powers in the face of compliance and enforcement of

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

constitutional principles, avoiding the lack of constitutional jurisdiction. Analyzes the limitation of the legal and political decisions of the Supreme Court as a means of harmonizing powers.

KEYWORDS: JURISDICTION CONSTITUTIONAL; THE CRISIS OF POWERS; FEDERAL SUPREME COURT.

1. INTRODUÇÃO

É de suma importância o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na seara institucional brasileira. A sua centralização na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões de repercussões nacionais e internacionais tem gerado uma série de críticas, exigindo uma análise minuciosa do fato em questão.

Afirmava Carl Schmitt que a criação ou o reconhecimento de um Tribunal Constitucional transfere poderes de legislação para o judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito[1]. Daí a necessidade de uma observância maior frente aos dois recentes fenômenos da judicialização e do ativismo judicial.

Entende-se melhor a *judicialização* quando certas situações de larga repercussão social ou política estão sendo analisadas e decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas originárias tradicionais, como é o caso Congresso Nacional e o Poder Executivo, onde se encontram como parte integrante dessa esfera o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

O fenômeno da *judicialização* envolve uma transferência de poder para os tribunais, com significativas alterações na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. As suas causas decorrem de alguns fatores. São eles: a redemocratização do país, fruto da Constituição de 1988, que transformou o Judiciário em um autêntico poder político, capaz de efetivar a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os demais Poderes; e uma constitucionalização expansiva, aumentando o leque de matérias a serem analisadas e tratadas pelo Judiciário.

Assim como o processo de *judicialização*, o ativismo judicial tem a tendência de uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização e efetivação dos dispositivos constitucionais, no entanto, com uma maior intervenção na seara de atuação dos demais Poderes. O ativismo judicial tem se manifestado, principalmente, na imposição de condutas ou de “barreiras” ao Poder Público, em matéria de políticas públicas, como nos casos que envolvem direitos sociais a saúde e educação.

Com isso, necessário se faz uma análise acerca de determinados pontos importantes como a natureza das decisões do Supremo Tribunal Federal; a questão do alargamento dos poderes da nossa Corte Maior frente à crise do Legislativo; a questão da centralização das decisões e a possível necessidade de um Tribunal exclusivo. Todos

esses aspectos serão analisados com o fim de possibilitar uma compreensão dos limites entre o jurídico e o político nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

2. A Natureza das decisões do Supremo Tribunal Federal

Hans Kelsen já afirmava que a anulação de uma lei pela jurisdição constitucional constitui função legislativa negativa da Corte por possuir o mesmo caráter de generalidade de uma lei ao reverso. Percebe uma elaboração com sinal negativo, concluindo que um tribunal que tenha o poder de anular uma lei é um órgão do Poder Legislativo[2], seja através da repartição do poder de legislar, seja como intromissão. Utiliza a expressão divisão de poderes à separação de poderes, facilitando, assim, o controle recíproco entre os poderes. Evita a concentração de poderes em um só órgão, o que seria temerário para a democracia, considerando a jurisdição constitucional uma afirmação da separação de poderes, e não a contradição.

Sobre outro ponto de vista, fica claro que os efeitos das decisões dos tribunais constitucionais apresentam, por muitas vezes, carga positiva, refletindo em uma função normativa destes tribunais. Visualiza-se essa situação quando se observa a questão da tutela de direitos fundamentais e pontos vagos referentes a ela, tendo os tribunais constitucionais utilizado técnicas similares à interpretação conforme à Constituição, em vez de expulsar a lei automaticamente.

A postura do Supremo Tribunal Federal tem conferido um aspecto prevalentemente político às suas decisões definitivas. A anulação de uma lei gera uma atividade normativa de um órgão diverso do que aprovou a norma, tendo peculiaridades distintas de uma mera derrogação de norma[3]. Quando o STF anula uma norma, está normatizando, no mínimo negativamente, além de positivamente, quando se constatam as interferências que o subsistema político exerce no jurídico e vice-versa.

Michael Perry radicaliza, porém, sua interpretação, quando afirma que o controle de constitucionalidade moderno não-interpretativista é extraconstitucional. Vai além de qualquer julgamento de valor que tenha sido constitucionalizado pelo poder constituinte[4]. Isso pode causar preocupação, uma vez que legitima o governo dos juízes, em detrimento do equilíbrio entre os poderes. Assim, a densidade ou a porosidade da norma é que dará maior ou menor espaço de atividade à jurisdição constitucional.

Ronald Dworkin parte da impossibilidade da suposição que um juiz possa decidir um caso controverso sem a utilização da política. Constata que os juízes britânicos disfarçam seus julgamentos políticos, quando têm que escolher nesses casos difíceis, utilizando argumentos históricos da legislação. Conclui que nesses casos, os argumentos de princípio político se sobrepõem ao procedimento político[5].

André Ramos Tavares se posiciona no sentido de a decisão constitucional ter natureza jurisdicional em todos os sentidos, mas já reconhece a necessidade de integração entre o jurídico e o político na percepção do tribunal constitucional. Entende ainda que, mesmo quando o tribunal constitucional decide em matéria política, não transforma a decisão em política, permanecendo o seu caráter jurídico[6].

Oscar Vilhena Vieira, quando analisa a jurisprudência política, observa o STF como órgão inexoravelmente político, pelo impacto de suas decisões, diante dos outros poderes, exteriorizando uma função, também, política. Todavia, atesta a necessidade do paradigma constitucional como irrenunciável, pois as ponderações políticas não podem prescindir da referência constitucional na busca da melhor decisão[7]. Ademais, reconhece a atividade política na decisão do Supremo Tribunal Federal como meio de ponderação e complementação da constituição, afastando-se de um argumento meramente decisionista, buscando-se a decisão sempre inspirada no texto constitucional, ou seja, distante de uma interpretação extraconstitucional.

Inocêncio Mártires afirma que se torna evidente que incumbe essencialmente ao aplicador do direito – e não ao legislador – encontrar as primeiras respostas para os novos problemas sociais, uma tarefa da qual só poderá desincumbir-se ao tempo e modo se for capaz de olhar para o futuro e trilhar caminhos ainda não demarcados; se tiver a coragem de enfrentar a opinião dominante, ao invés de resignar a seguir a jurisprudência estabelecida; se, finalmente, se dispuser a assumir o ônus redobrado de combater as idéias cristalizadas, até porque, via de regra, longe de traduzirem verdadeiros consensos, essas falsas unanimidades, não passam de preconceitos coletivos, fruto dos argumentos de autoridade, que sabidamente esterilizam o pensamento e impedem vôos mais altos[8].

3. O *Alargamento* do Supremo tribunal federal frente à "crise" de poderes

Sem sombra de dúvidas, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel importante no sistema de contenção dos demais poderes. Demonstra-se claramente a crise de desconfiança pela qual passa os Poderes Executivo (episódios freqüentes de corrupção, por exemplo) e Legislativo (leis em contrariedade a direitos fundamentais e desvios de recursos públicos, por exemplo).

A Constituição Federal de 1988 tem atribuído amplos poderes a tal órgão pertencente ao Judiciário, em sua cúpula, considerando que não temos uma corte constitucional exclusiva. Contudo, ainda há dificuldades na concretização da Constituição pelo STF, justamente pela natureza simbólica dos dispositivos constitucionais.

Essa questão do simbolismo pode ser perfeitamente analisada na obra de Ferdinand Lassale, que constata a constituição real como o resultado dos fatores reais do poder, verificando que, quando apenas se escreve uma constituição, desvinculando-se de tais aspectos, constrói-se apenas uma folha de papel, que não tem força diante da constituição real[9]. Ocorre que, traçando um paralelo com os fundamentos de Marcelo Neves quando descreve o simbolismo[10], percebe-se neste, outros fundamentos, isto é, a constituição é vista como folha de papel quando os códigos fortes invadem os fracos corruptivamente e quando não é construído um espaço público que preserve os dissensos da esfera pública. Nesse sentido, muitas expectativas normativas são desprezadas, quando da generalização das expectativas da sociedade complexa. Percebe-se que uma constituição escrita muitas vezes não generaliza as expectativas normativas da sociedade, atuando apenas de forma simbólica.

Observa-se que a justiça constitucional no Brasil vem ganhando cada vez mais espaço, em vez de restrições. Fortificação decorrente da existência de novas ações como: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), com a ampliação de sua legitimidade ativa; Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); além da Súmula Vinculante, ou seja, nossa justiça constitucional vem adquirindo destaque com as recentes reformas constitucionais. Em função da desconfiança nos Poderes Executivo e Legislativo, o Supremo Tribunal Federal vem ganhando amplo espaço, o que não é rebatido pelos outros poderes, que, inclusive, por inúmeras vezes reconhecem sua posição de parcialidade.

Ocorre que alguém tem que finalizar e concretizar o procedimento de aplicação da Constituição e o competente, em nosso país, é o Supremo Tribunal Federal. Com isso, pela não existência lógica do controlador, acaba o STF dizendo o que é a constituição e o que os seus dispositivos significam. Acreditar que as decisões são totalmente neutras é desconhecer o sistema de justiça constitucional, que tem o elemento político como base de sua formação. Tem a nossa Corte Maior, portanto, a peculiaridade de se encontrar no centro decisório do acoplamento estrutural entre os subsistemas jurídico e político.

É válido ressaltar que a questão da realidade influencia na interpretação, principalmente nos casos críticos, porque a regra de que na clareza cessa a interpretação pode ser modificada constantemente com o surgimento dos casos novos, isto é, casos em que o dissenso é ainda maior entre os intérpretes, o que demonstra a impotência isolada das regras textuais[11].

A grande celeuma é a enorme quantidade de funções entregues ao Supremo Tribunal Federal. Essas atribuições vêm reduzindo a efetividade na justiça constitucional, além dos preceitos constitucionais, e, por conseqüência, afetando sua legitimidade para a prestação jurisdicional. Para isso, muitos mecanismos precisam ser desenvolvidos para consolidação da legitimidade do Supremo Tribunal Federal e que esta não se torne meramente algo meramente simbólico.

4. A centralização das decisões do STF no acoplamento de estrutura entre sistemas jurídicos e políticos

A Constituição Brasileira, em matéria social, tem se tornado um símbolo de não-efetividade. Isso é observado na ausência de freios efetivos, pela ausência de consistente concretização constitucional, bem como pela falta de interesse e de envolvimento da sociedade organizada. Problemas como falta de aparelhamento, estrutura e um mínimo vital para o Estado fiscalizar os danos ambientais e promover a educação ambiental são evidentes, em inúmeras cidades do interior do país. E até mesmo diante de pessoas falecendo de câncer pelo depósito de metais pesados em rios que abastecem as cidades, nada se tem feito para aperfeiçoar os órgãos ambientais.

O que ocorre é que muitos dispositivos constitucionais no ordenamento brasileiro funcionam simbolicamente. A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata da norma primária e da norma secundária (programação condicional) não se concretiza regularmente[12].

Por parte do Poder Judiciário há uma tímida intervenção nas políticas públicas, quando decisões individuais podem comprometer o coletivo. Entretanto, necessita-se garantir aquilo que já foi positivado, mesmo no caso individual, para que o direito não perca sua credibilidade e sua função de generalização congruente de expectativas normativas.

Um caso que excedeu o Supremo Tribunal Federal aos limites do acoplamento estrutural entre o direito e a política foi a da contribuição dos inativos, onde já havia inativos com direito adquirido a não contribuir com o INSS, mas houve uma decisão com prevalência política, em campo estritamente jurídico. A emenda que autorizou tal cobrança foi declarada constitucional, inclusive retroativamente. Nesse contexto utilizou o STF princípios como: universalidade de procedimento, solidariedade e igualdade tributária[13].

Outro caso importante e de bastante repercussão é o da anencefalia[14], repleto de debates jurídico-políticos entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, na tentativa de delimitação do conceito de vida. Nesse ponto, mais uma vez, torna-se inexorável a localização das decisões do tribunal constitucional na carga de tensão entre o jurídico e o político.

Um caso, também, de longos debates de natureza jurídico-político foi o da importação de pneus recauchutados[15], onde estava em foco questões econômicas, ambientais e internacionais. Aqui, inclusive, foi realizada audiência pública, onde ficou demonstrado os reais prejuízos e impactos oriundos dessa possível importação de pneus usados.

Destaque-se aqui a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, em que reconhece a dimensão também política da jurisdição constitucional, na implementação dos direitos sociais[16]. Tenta conciliar reserva do possível com mínimo existencial. Trata-se de uma visão moderna da separação dos poderes, em que a jurisdição constitucional não mais suporta as omissões do Legislativo e Executivo, na implementação de tais direitos dentro de um núcleo existencial mínimo. Apesar disso, reconhece que a regra para a definição de políticas públicas não é a atuação da jurisdição constitucional, que deve agir nas omissões relevantes. Além disso, defende a tese de que as normas programáticas não devem exteriorizar meras promessas, pois destruiriam a força normativa da nossa Constituição.

Deve-se atentar que não tem como preencher o sistema sem criatividade, quando diante de casos que envolvam dispositivos constitucionais, que tratem de igualdade, liberdade, eficiência, dignidade, entre outros. Nessa linha de raciocínio, o elemento político-jurídico é inato à genética da constituição, que dá ao órgão jurídico-político, STF, maiores margens de concretização na atividade interpretativa. O que não autoriza uma interpretação contrária à Constituição.

5. É PRECISO um Tribunal Constitucional exclusivo?

Há, no ordenamento brasileiro, uma inviabilidade operacional, deixada pelas amplas competências previstas na Constituição em relação ao Supremo Tribunal

Federal, como tribunal constitucional não-exclusivo. Por esses motivos, o órgão máximo de controle de constitucionalidade fica em um plano extremamente simbólico, afastando-se de sua função concretizadora da constituição.

Tem-se com isso uma necessidade urgente de uma reforma constitucional para que o Supremo Tribunal Federal não se consolide como uma quarta instância ordinária, como de fato vem acontecendo, diminuindo sua tarefa de guardião da Constituição. É preciso uma abertura para o debate a respeito da necessidade de um STF limitado às funções próprias de um tribunal constitucional exclusivo, para, assim, superamos a carga essencialmente simbólica da jurisdição constitucional no Brasil.

É importante concentrar o debate constitucional no País na necessidade de redução de competências do STF, para que atue em sua essência funcional típica, libertando-o de competências que não estejam diretamente atreladas à defesa e aplicação da Constituição como fundamento. É preciso, portanto, uma redução gradativa de funções atípicas, no sentido de tornar o STF o verdadeiro guardião da constituição, como tribunal constitucional exclusivo na prestação da típica justiça constitucional.

Uma função essencial do tribunal constitucional é a interpretativa, para fins de controle de constitucionalidade, não devendo confundir-se com arbitrariedade, dado que o tribunal constitucional trabalhará com o paradigma constitucional e legislativo. E por mais que uma interpretação constitucional se aproxime do elemento político na zona de conflito, logo se manifestará pelo procedimento jurisdicional, não se igualando, portanto, à função legislativa.

Outra função essencial e própria da nossa Corte maior é a legislativa. Isso se manifesta na competência expressa deixada raramente ao tribunal constitucional para criar leis, no controle preventivo das leis em que pode interferir diretamente no processo legislativo, no controle das omissões legislativas inconstitucionais , quando o tribunal atua na prática substituindo-se ao legislador, nas decisões modificativas, redutoras e substitutivas. Isso somente confirma mais ainda a conclusão de que o Supremo se encontra em uma posição central de decisão, no elo entre o jurídico e o político, apesar de não ser atividade legislativa em seu sentido puro, pois o procedimento legitimador é sempre jurisdicional, por não estarem em jogo diretamente as disputas entre governo e oposição inerentes ao interior do sistema político.

Uma terceira função própria do STF é a estruturante, baseada na função inaugural de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em face da constituição. Envolvem esse aspecto estrutural: a restauração da norma anterior à declarada inconstitucional, o controle dos atos normativos e tratados internacionais, bem como a função cassatória do STF nos recursos advindos da jurisdição ordinária. Merece cuidados a constante banalização dos direitos fundamentais como objeto da justiça constitucional, pela tese dos direitos horizontais dos direitos fundamentais entre particulares[17].

Outra das principais funções do STF é a função política ou de governo. André Ramos Tavares deixa claro que a discricionariedade política de um tribunal constitucional é fato, e necessitamos apenas trabalhar com os graus de abertura, na preservação da relação entre poderes[18].

Há, ainda, uma função arbitral do Supremo, de competência na resolução de conflitos existentes entre entidades constitucionais, seja em tempo de conflito ou de paz. No entanto, essa função é imprescindível e necessária, uma vez que permite a unidade da distribuição de competências, funcionando o STF como um ente imparcial de resolução de tais conflitos. Complicado estará, portanto, quando estiver envolvido o STF no próprio conflito, pela impossibilidade lógica de árbitro do árbitro.

Uma função com perspectiva mais atual e recente é a que envolve o direito comunitário, constatando-se com maior clareza e efetividade na União Européia, onde as relações jurídicas entre os Estados Comunitários estão mais desenvolvidas. Esta função visa a defender a superioridade do direito comunitário em relação ao direito interno dos Estados pertencentes a uma comunidade de países. Tudo será analisado sob o prisma das constituições que disciplinem a matéria, resultando, portanto, no final das análises, em uma questão constitucional como premissa de suas funções próprias. Tal função no Brasil ainda está numa fase muito "experimental", uma vez que a incorporação do direito comunitário ainda se faz com quase nenhuma renúncia do direito interno, a não ser quando os tratados são incorporados, mas mesmo assim entram com força de lei ordinária, podendo ser revogados a qualquer momento. Mesmo os tratados internacionais de direitos humanos faz-se mister a aprovação com mesmo quorum de emenda para ter validade constitucional, podendo também ser revogado por outra emenda interna.

São muitas as funções típicas do Supremo Tribunal Federal. Todas elas tratadas e analisadas estão inseridas dentro de um fundamento único de aplicação e defesa da constituição. Torna-se, portanto, necessária a redução das competências do Supremo Tribunal Federal ao cumprimento dessas funções, caso contrário, continuará nossa Corte Maior emperrado com julgamentos de altas autoridades e outras funções não típicas. Isso só vem a prejudicar o nosso sistema constitucional, que, quase sempre, vem funcionando com uma perspectiva meramente simbólica, sem as condições necessárias para que o STF se preocupe com o que realmente seja matéria constitucional.

6. A limitação como forma de HARMONIZAR A divisão dos poderes

não raro a legislação deixa uma margem aberta muito grande ao intérprete e, principalmente, no campo do direito constitucional, uma vez que o Supremo se encontra na zona decisória de conflito entre o jurídico e o político, tendo a constituição esses dois sistemas como paradigma de suas decisões.

Não cabe, contudo, ao Supremo Tribunal Federal, como tribunal constitucional, corrigir decisões políticas do constituinte. Entretanto, quando o espaço é deixado pela constituição, com normas abertas que já têm um sentido inicial, o aspecto criativo de suas decisões aparece com maior autorização constitucional. Muitas vezes, o legislador constituinte reconhece por meio dos dispositivos constitucionais a impossibilidade de codificar densamente todas as relações sociais.

Mauro Cappelletti refere-se à ilusão do juiz como "boca da lei", sendo impossível ao juiz declarar o direito de maneira não criativa. Valoriza a experiência e não somente o dedutivismo lógico, que também faz parte do processo de criação do

direito[19]. Ele, inclusive, elenca algumas objeções à criatividade judiciária, entre elas: decisões numerosas, eficácia retroativa das decisões, despreparo político do juiz, conservadorismo do juiz e caráter não majoritário das decisões judiciais.

Com isso, faz-se necessário uma maior concentração do Supremo Tribunal em suas competências próprias de tribunal constitucional, para que tais limites fiquem mais claros. Atuando dentro e exclusivamente da defesa da constituição, será este mais um limite entre o jurídico e o político.

Vital Moreira se mostra preocupado com os limites do tribunal constitucional, para que este não se torne um legislador aos moldes da luta entre governo e oposição[20]. Ele ainda se mostra contrário à ideologia do ativismo, aqui no sentido de o juiz ser um legislador livre, alimentando as arbitrariedades subjetivas do Judiciário, quando as normas constitucionais são mais densas e não dão margem a uma criatividade na implementação de direitos.

O ativismo judicial se expande quando outros Poderes se retraem. Nesse sentido, o ativismo tem um ponto positivo: atende às demandas sociais não atendidas por instâncias políticas. Mas apresenta um aspecto negativo ao revelar que as instituições constitucionalmente competentes não funcionam satisfatoriamente.

Não é por acaso que o ativismo se expandiu. Isso é explicado, segundo Luís Roberto Barroso, pelas dificuldades enfrentadas pelo Legislativo. A retração do Legislativo, constata, é ruim e representa um problema grave. É preciso uma reforma política urgente, pois não há democracia sem um Poder Legislativo atuante. Por outro lado, o ativismo judicial não pode se perpetuar por muito tempo sob o risco do desgaste e da politização do Judiciário. Até aqui o ativismo tem nos servido bem. Mas é preciso ter a compreensão do fenômeno[21]

Realmente não se pode ignorar que o Supremo Tribunal Federal como tribunal constitucional pode servir de ator no processo dialético entre legislação e jurisdição. Apenas negar que as decisões do STF têm aspecto criativo já não descreve a realidade de seus julgamentos. Quando o poder constituinte deixou ao STF a implementação de dispositivos abertos da constituição, torna-se ingênuo afirmar que está apenas o tribunal decidindo com base na vontade do legislador constituinte, em uma posição originalista. Isso se nota principalmente quando se tem dispositivos constitucionais que são praticamente estéreis em termos de sentido.

Deve-se ter o limite na abertura do texto constitucional e legal, que esteja de acordo com a constituição, não devendo servir o ativismo de estímulo para criar o super poder, no sentido de legitimar subjetivismos não legitimados pelo sistema jurídico e político, visto que a esfera pública do dissenso é muito mais complexa do que os meros critérios subjetivos do Judiciário, mas na prática o ativismo é inevitável na concretização das normas porosas da constituição.

Invocando as preocupações de Schneider, quando se refere à necessidade de prudência do tribunal constitucional e autolimitação, observa-se que apesar do prestígio alcançado pelo Tribunal Constitucional Alemão, sua autodisciplina é alicerce indispensável à delimitação de funções entre os poderes[22]. Essa é uma linha importante a ser considerada quando da análise dos limites do tribunal constitucional,

pois, apesar de ter a última palavra sobre o sentido da constituição, tem que estar atento para não invadir as discricionariedades dos demais Poderes, tendo que ter o fundamento de aplicação e defesa da constituição como parâmetro-limite.

7. CONCLUSÃO

É nítido que, nos últimos anos, os fenômenos da judicialização e do ativismo estão arraigados na paisagem jurídica brasileira. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização é fruto do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Já o ativismo judicial expressa uma postura do intérprete, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário e envolvendo o risco de politização da justiça.

A grande celeuma está na enorme quantidade de funções entregues ao Supremo Tribunal Federal. Essas atribuições vêm reduzindo a efetividade na justiça constitucional, além dos preceitos constitucionais, e, por conseqüência, afetando sua legitimidade para a prestação jurisdicional. Para isso, soluções precisam ser desenvolvidas para consolidação da legitimidade do Supremo Tribunal Federal e que esta não se torne meramente algo meramente simbólico.

É fato que o Supremo Tribunal Federal tem conferido, em muitos momentos, um aspecto prevalentemente político às suas decisões definitivas. No entanto, é preciso, também, que a nossa Corte maior, em face da inércia dos demais poderes, encontre respostas para os novos problemas sociais. Essa é uma tarefa da qual só poderá desincumbir-se ao tempo e modo se for capaz de olhar para o futuro e trilhar caminhos ainda não demarcados e combater as idéias cristalizadas.

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal têm materialmente caráter político e jurídico. Isso porque a Corte Suprema interpreta uma série de normas abertas e esta situado numa zona de conflito entre o jurídico e o político. O que se pode observar é que o Supremo está lotado de funções atípicas, necessitando urgentemente ter suas competências limitadas a funções típicas de um tribunal constitucional, evitando-se a escassez da jurisdição constitucional.

Finalizando, é preciso estabelecer limites nas relações entre os sistemas político e jurídico, preservando o preceito constitucional da harmonia entre os poderes, e fiscalizando, sempre que necessário, o Parlamento em suas omissões. Somente assim, teremos, de fato, uma justiça constitucional plena.

8. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Palestra no seminário ***Direito e Desenvolvimento entre Brasil e EUA***, realizado pela FGV Direito Rio, no Tribunal de Justiça fluminense.

BENDA, Ernest; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad, HEIDE, Wolfgang (Org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. Antonio López Pina. Madrid (España): Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2001.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Manual de Derecho Constitucional**. Tecnos: Madri, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Dworkin, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FALCONE, Marconi. **Justiça Constitucional**. São Paulo: Método, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Trad.: Hiltomar Matins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Ed. Líder, 2002.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo, A invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Vital. **Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais**. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio n.10. Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007

PERRY, Michael J. **O controle de constitucionalidade não-interpretativista em casos envolvendo direitos humanos. Uma justificação funcional**. Trad. Pedro Buck. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: Belo Horizonte, ano 1, n.2, p.29 – 111, abr. – jun. 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHENEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Del Rey: Belo Horizonte, 2007.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SUNSTEIN, Cass. **A Constituição Parcial**. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia**. Madri: Trotta, 2005.

---

[1] SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Del Rey: Belo Horizonte, 2007. p. xi.

[2] KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Martins Fontes: São Paulo, 2003. p. 152.

[3] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Manual de Derecho Constitucional**. Tecnos: Madri, 2005. p.73

[4] PERRY, Michael. **O controle de constitucionalidade não-interpretativista em casos envolvendo direitos humanos. Uma justificação funcional**. Trad. Pedro Buck. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: Belo Horizonte, ano 1, n.2, p.29 – 111, abr. – jun. 2007.

[5] Dworkin, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 25.

[6] TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 40 – 42.

[7] VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 228 – 232.

[8] COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva. p. 26

[9] LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004. p. 37 – 48.

[10] NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[11] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia**. Madri: Trotta, 2005, p.139.

[12] NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 49.

[13] **ADI 3188/BA**, rel. Min. Carlos Britto. 18.10.2006.

[14] **ADPF 54 QO/DF**, rel. Min. Marco Aurélio, 27.04.2005.

[15] **ADPF 101-3/DF**, rel. Min. Cármen Lúcia, 24.06.2009.

[16] **ADPF 45 MC/DF**, rel. Min. Celso de Mello, 29.04.2004

[17] FALCONE, Marconi. **Justiça Constitucional**. São Paulo: Método, 2009. p. 157.

[18] TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 345 – 359.

[19] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 32 -33.

[20] MOREIRA, Vital. **Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais**. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio n.10. Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 177 – 198.

[21] BARROSO, Luis Roberto. Palestra no seminário ***Direito e Desenvolvimento entre Brasil e EUA***, realizado pela FGV Direito Rio, no Tribunal de Justiça fluminense.

[22] SCHENEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 58.

O DEBATE ENTRE KELSEN E SCHMITT SOBRE O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO*

THE DEBATE BETWEEN KELSEN AND SCHMITT ON THE GUARDIAN OF THE CONSTITUTION

Bruno Meneses Lorenzetto

RESUMO

O histórico embate entre Kelsen e Schmitt retoma seu destino justamente sob a crise do legislativo e sob a crítica à neutralidade e à despolitização formuladas por Schmitt. Ante o constante distanciamento existente entre a realidade constitucional e a realidade política no século XIX e, no início do século XX, a crise do sistema político liberal e de sua organização constitucional que se re-coloca a necessidade de um Guardião da Constituição. O objetivo de suscitar novamente o quanto é fecunda esta discussão ocorre por entendermos que ela é constitutiva na formação (ou proposição) dos modelos político-jurídicos modernos. Assim, a retomada deste debate cumpre a função tanto de expor, ainda que de modo sumário, como o liberalismo e seus valores não podem ser absolutizados e, a importância de uma reflexão pautada pela imanência para realizar uma crítica dos poderes, ainda que o projeto de Schmitt pareça não ter mais espaço em nossos tempos.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO, KELSEN, SCHMITT.

ABSTRACT

The historic quarrel between Kelsen and Schmitt returns to its destination just in the crisis of the legislature and under the criticism of the neutrality and the politicization made by Schmitt. Faced with the constant production of a gap between the constitutional reality and political reality in the nineteenth and early twentieth century, the crisis of liberal political system and constitutional organization, which is re-situated the need for a guardian/keeper of the Constitution. The goal in raising again how is this discussion is fruitful occurs because we believe that it is constitutive in the formation (or proposition) of the modern political and legal models. Thus, the resumption of this debate has the function of both exposing, even in a summary way, how liberalism and its values cannot be considered absolute, and the importance of a reflection based on immanence to make a critique of the powers, even though Schmitt's project seems to do not have more space in our time.

KEYWORDS: CONSTITUTION, KELSEN, SCHMITT.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O debate entre Schmitt e Kelsen sobre *Quem deve ser o Guardião da Constituição*, pode ser sintetizado em poucas linhas. Enquanto Kelsen acredita na prevalência de um Tribunal de Justiça Constitucional, Schmitt afirma que cabe ao Presidente do Reich a tarefa de salvaguardar a Constituição (em nome do povo). O debate teria um vencedor argumentativo, Schmitt, em sua leitura de grande intensidade crítica (ao liberalismo e à realidade parlamentar de sua época) e pautada pela imanência de um lado e, um vencedor fático-histórico, Kelsen, pois a prevalência de sua posição se deu na utilização preponderante de seu sistema constitucional nos países democráticos ao longo da segunda metade do século XX.

Contudo, o objetivo de suscitar novamente o quanto é profícua esta discussão não se esteira na perspectiva de uma reedição de um tema ultrapassado com toques de renovação por fatores aleatórios, mas justamente por entendermos que ela é constitutiva na formação (ou proposição) dos modelos político-jurídicos modernos e, que deve ser lida com lentes históricas sutis, ou seja, colocada em seu momento histórico sem transposições diretas e/ou apressadas.

Fechar os olhos para as críticas de Schmitt ante o florescer da política liberal e suas repercussões nos outros poderes no início do século XX ou para a perspectiva juspositivista e democrata de Kelsen é de grande recorrência. Não deixa de ser interessante também notar que, com profundas diferenças, tanto Schmitt quanto Kelsen foram vinculados ao nazismo. O primeiro de maneira pessoal, e "voluntária". Acredita-se que buscava uma melhor posição política e social durante o regime nazista e se filiou ao partido e redigiu artigos anti-semíticos. O segundo, ao contrário, de modo involuntário e impessoal, por meio de uma leitura tendenciosa de sua consagrada obra *Teoria Pura do Direito*.

Uma verve jusnaturalista (saudosa) que buscou ressuscitar valores transcendentais no pós-guerra mirou justamente em Kelsen – que em sua vida particular sofreu por seu judeu, tendo de se exilar nos E.U.A. durante a 2ª Guerra Mundial – e em sua **teoria** pura do Direito como responsável por fornecer as condições instrumentais técnico-jurídicas que viabilizaram o nazismo. Após o Tribunal de Nuremberg (que seria inviável em termos estritamente técnico-jurídicos) e as argumentações utilizadas na defesa dos nazistas, passou-se a vincular de modo precipitado a teoria kelseniana ao nazismo. Ao dizerem que "cumpriam apenas ordens" do sistema jurídico legal vigente durante a Alemanha nazista, o qual sob a perspectiva kelseniana não deixaria de ser um sistema jurídico, os jusnaturalistas buscaram restaurar sua doutrina de valores (universais, transcendentais, atemporais) anti-modernos como manifesto na máxima: "o direito que não é justo não é direito".

Um passo dado atrás na teoria do direito (pelos jusnaturalistas) não impediu o desenvolvimento da perspectiva kelseniana, mas talvez fosse mais interessante perceber o quanto haveria de pré-moderno em seus discursos e a injustiça que fizeram (e que se repete) com um dos maiores teóricos do Direito moderno.

As acusações sobre a racionalidade instrumental ou sobre a técnica em si, elevada ao seu extremo como política de governo e produtora de máquinas de extermínio em massa não partiram de correntes anti-modernas, mas críticas, como no caso da primeira geração da Escola de Frankfurt.

Um dos centros ou, arriscando-nos, uma das condições de possibilidade do nazismo ou do fenômeno de devastação humana da 2ª Guerra Mundial como um todo, possuem seu fulcro na epistemologia tecnicista, que não se furtou em re-inserir o sujeito como objeto de suas experimentações. Mas aqui se coloca um grande paradoxo, pois, os considerados teóricos oficiais durante o regime nazista – Heidegger e Schmitt – foram críticos (em diferentes sentidos) da técnica e da modernidade.

Uma inicial navegação com o "leme solto" nas reflexões poderia conduzir a conclusões precipitadas. Como a de que Kelsen então, efetivamente teria contribuído – ainda que indiretamente – em seu movimento de esvaziar o conteúdo do direito e torná-lo puro de valores, ou seja, em sua técnica. Mas eis justamente uma leitura equivocada. Pois a busca de Kelsen, ainda que possa ser criticada desde outras perspectivas, era a de uma epistemologia – uma teoria do conhecimento na análise de um objeto – desprovida de valores. Entende-se que Kelsen visava distinguir o Direito e outras disciplinas, mas não separá-lo de valores em sua construção – pelo legislativo.

O histórico embate entre Kelsen e Schmitt retoma seu destino justamente sob a crise do legislativo e sob a crítica à neutralidade e à despolitização formuladas por Schmitt. Ante o constante distanciamento existente entre a realidade constitucional e a realidade política no século XIX e, no início do século XX, a crise do sistema político liberal e de sua organização constitucional que se re-coloca a necessidade de um Guardião da Constituição.

Ante a possibilidade de corrupção do legislativo (em crise) e os abusos do poder executivo Kelsen propõe o primeiro Tribunal Constitucional, visando garantir o sistema de liberdades e o cumprimento da Constituição – de modo a não perder o seu papel de Lei Maior do ordenamento jurídico. García expõe que "Kelsen aceita como um dado prévio e indiscutível a legitimidade do sistema democrático e os valores subjacentes ao constitucionalismo moderno.", pois não era sua proposta realizar uma defesa ideológica da ideia liberal de Constituição, mas que esta se efetivasse e concretizasse.

Schmitt é contra esta tentativa de Kelsen de racionalizar o Estado de Direito, ao converter a Justiça Constitucional em guardiã da Constituição. Entende que a função judicial não seria outra que a decisão de casos – em virtude de leis – e não a discussão de conteúdos das normas. O juiz não poderia se negar a decidir, pois caso contrário a função judicial se converteria em uma função que cria direito e não se limita a discutir, tipificar e subsumir os fatos à norma.

Defende a figura do Chefe de Estado como verdadeiro defensor da Constituição pelo fato de este ter passado pelo crivo da eleição popular, aspecto que o legitimaria a atuar com independência em relação aos partidos e como instância verdadeiramente suprema e neutra. Contudo, a conversão do Chefe de Estado em Guardião da Constituição guarda uma opção ideológica bastante nítida pois, ao invés de contribuir na defesa do sistema constitucional, possibilita a sua violação sob uma base argumentativa de legitimação.

Não obstante a espreita do perigo de uma (potencial) efetivação da teoria schmittiana, há uma importante questão que emerge para além dos posicionamentos de quem, ou qual dos poderes, com melhor habilidade guardaria os valores constitucionais. A questão política, que se apresenta tanto na elaboração de valores que preencherão um

texto Constitucional, quanto nos processos de decisão sobre quais valores deverão ser protegidos. Assim, antes de se discutir qual é o objeto de tutela da Justiça Constitucional, se faz necessário esclarecer as condições que um sistema de Justiça Constitucional coerente deve pressupor.

1 – Carl Schmitt e as diferentes possibilidades de proteção da Constituição.

Para Carl Schmitt, a demanda por um Guardião da Constituição parte do pressuposto de situações constitucionais críticas, em crise, pois, em sentido contrário, não haveria qualquer demanda lógica de que alguém, ou, algum órgão, viesse a defender uma instituição que se encontrasse inviolável e estável.

Nesse sentido, desde a Constituição de Weimar ressurgiu o interesse sobre as garantias especiais da Constituição e a demanda para que alguém as viesse proteger e, o Tribunal de Justiça do Reich se afirmou, por meio de seu Presidente, portanto, como o protetor da Constituição do Reich. Mas havia outras posições – como a defendida por Schmitt – sobre quem deveria ser o defensor da Constituição, que em determinadas circunstâncias vinham a se contradizer sobre o preenchimento de lacunas ou a delimitação de conteúdos da Constituição.

Apesar da referida *pluralidade* de guardiões, o consenso se colocava sobre quem, ou o órgão que constituía uma ameaça para a Constituição: o legislativo. Ainda que não se possa limitar a questão a uma perspectiva judicial – era justamente o intento de Schmitt, suscitar o plano político ocultado pelo discurso liberal do século XIX. Na defesa contra leis e decretos anticonstitucionais pode-se encontrar o primeiro sinal da produção sobre o já instrumentalizado e aplicado abertamente: "controle de constitucionalidade", de que dispõe as constituições democráticas.

Também no século XIX, segundo Schmitt, fazia-se com certa freqüência alusão ao modelo do eforato espartano com referência ao "*quis custodiet ipsos custodes*", seguindo-se da advertência de que o protetor pode com certa facilidade se tornar árbitro e senhor de Constituição, criando uma chefia dúplice do Estado. Outros projetos e instituições foram suscitados, como o caso do Senado romano, o qual teria sido um defensor autêntico da Constituição romana. Esta, por sua vez tinha na *auctoritas* (pensada em oposição à *potestas*) um poder de sancionar os acordos do povo, para impedir transgressões da ordem constitucional e dos compromissos internacionais. Este pensamento nos moldes do padrão romano, como informa Schmitt, acabou por influenciar durante muito tempo o pensamento constitucional dos povos europeus.

Mas o desvelamento da posição schmittiana começa a ocorrer de maneira mais explícita no momento em que este recorre ao contratualismo, a relação entre o príncipe e o povo, em que cada uma das partes apareceria como defensora de seus próprios direitos e atribuições, tendendo a perceber a Constituição desde a perspectiva dos preceitos que sejam mais favoráveis às suas demandas.

Recorre à instituição governamental para dizer que esta, além de representar a unidade (política), pode ser entendida como defensora dos organismos oficiais e, protetora dos órgãos de Estado. Nas sendas de Otto Mayer, expõe que o guardião

supremo de Constituição é o Rei. Em sequência afirma a debilidade do sistema judiciário e sua "limitação extrema", expondo que existem outras várias classes e métodos de se proteger a Constituição.

2 – O Direito, a Justiça e a proteção da Constituição.

Schmitt relata a posição especial do Tribunal Supremo dos Estados Unidos em toda a história universal, fonte de uma mudança de perspectiva significativa no Constitucionalismo moderno e por muitas vezes paradigma para muitos outros sistemas constitucionais, além da diferença deste em relação à jurisdição política e administrativa alemã.

Por isso, enquanto a jurisprudência do Tribunal Supremo dos E.U.A. se desenvolveu ante o preceito do *due process of law*, visando defender e proteger contra o legislador os princípios da ordenação social e econômica do povo estadunidense, e procura conservar uma ordenação suprema e o conteúdo da Constituição; em outro sentido, o direito de controle judicial do Tribunal do Reich possui uma importância limitada se comparada com o direito de controle do Tribunal dos E.U.A., se manifestando em um âmbito consideravelmente mais restrito.

O Tribunal Supremo do Reich, como explicado por Schmitt, não exerceria, o direito de controle judicial quando em forma de uma simples lei se promulgasse uma ordem ou preceito que não representasse materialmente uma lei e, os juízes poderiam ser protetores de uma parte limitada da Constituição, ou seja, aquela que se refere à sua peculiar fundamentação dos preceitos relativos à independência do poder judicial – no sentido anteriormente já comentado de que cada parte poderia defender a Constituição quanto às partes que lhe dissessem respeito.

Sobre a questão do controle judicial do Tribunal Supremo da Alemanha expõe Schmitt: "A diferença que o separa do direito de controle exercido pelo poder judicial norte-americano se funda essencialmente na circunstância de que este último defende os princípios gerais e, portanto, erige o Tribunal em protetor e defensor da ordem social e econômica existente. Ao contrário, o Tribunal Supremo do Reich, dadas as limitações já mencionadas, que restringem seu direito de controle, não ocupa nem de longe uma posição semelhante ao do norte-americano.".

Outra questão suscitada por Schmitt versa sobre o princípio geral de legalidade e, sobre a legalidade constitucional, a qual não constituiria, por si mesma, uma instância especial. Em sentido inverso, defende que cada organismo público e, por isso, cada cidadão poderia ser considerado como um potencial guardião dos valores constitucionais, questão que até mesmo foi positivada em algumas constituições como no caso da Constituição da Grécia de 1927, que dizia que a guarda da constituição era confiada ao patriotismo dos helenos.

Desta potencial organização dos indivíduos como protetores da Constituição, resultaria um direito à desobediência que, se apresenta como uma espécie de "direito revolucionário" em casos de necessidade. Motivo pelo qual, em certas constituições este apareceria como um direito positivado. Mas para Schmitt, "... a função constitucional do

protetor da Constituição se radica precisamente em suprir e fazer supérfluo este geral e eventualíssimo direito à desobediência e à resistência." Apenas com esta ação seria possível dizer que existe um efetivo guardião da Constituição, de acordo com o "espírito" das instituições.

Mas, qual poderia ser a função da Justiça para a proteção da Constituição? Para Schmitt, esta questão se desdobra em decorrência de uma ideia de proteção judicial da Constituição que situa o protetor da Constituição de forma apressada na esfera da Justiça. Esta ideia resultaria da comodidade em se conceber a resolução judicial de todas as questões políticas dentro de um Estado de Direito.

Contudo, Schmitt vê apenas conseqüências negativas neste movimento. Pois entende que há atribuição de uma matéria à Justiça sobre a qual não se pode mais "fazer justiça". A outra repercussão seria ainda pior, pois haveria uma eminente politização da justiça. Isto tudo engendrado por um "habilidoso método formalista", que se almeja incontroverso, por trabalhar com ficções que carecem de conteúdo e que, justamente por este motivo, seria contra-producente lutar.

Percebe-se, com isso, que a mira do discurso de Schmitt está apontada diretamente para todos os pressupostos kelsenianos, estejam eles no plano jurídico, político ou epistemológico. Na continuidade de suas críticas, Schmitt volta a expor que quando se demanda uma proteção da Constituição existe a relação com a iminência de um perigo concreto. Por isso, o guardião da Constituição não pode ser abstrato contra perigos determinados e concretos. Também re-afirma que, enquanto no século XIX o perigo era proveniente do Governo (o executivo), no início da modernidade (a época de Schmitt), percebia-se a passagem do perigo para a esfera do legislativo.

Com esta mudança do referencial de ameaça à Constituição, a defesa contra a legislação imposta pela maioria parlamentar, em oposição à anterior proteção contra o Governo, evidenciaria que o legislador não poderia guardar a Constituição, não caberia a ele proteger os valores constitucionais. Estaria se re-afirmando, portanto, o princípio da tripartição de poderes a partir desta delimitação de poderes do legislativo. Desde esta noção que se cria um Tribunal soberano, pois a quem mais seria possível atribuir a tarefa de guardar a Constituição se o executivo (Governo) e o legislativo estavam incapacitados?

Por este motivo, a atribuição ao judiciário da guarda da Constituição foi acompanhada da justificação de que a responsabilidade judicial dos Ministros tinha por objetivo a intenção de evitar sua responsabilização política. Mas é justamente isso que Schmitt critica.

Por isso, entende que, com a instituição de um Tribunal de Justiça, que possuiria a obrigação de decidir sobre todas as contradições produzidas acerca do conteúdo constitucional e, se a intervenção deste Tribunal pudesse ser requisitada pelo Reichstag, este Tribunal seria efetivamente "... uma instância política junto ao Reichstag, ao Presidente do Reich e ao Governo do Reich e não haveria conquistado outra coisa que permitir ou proibir, sob aparências de judicialidade, determinados atos de governo, em virtude de certas considerações jurídicas.".

Schmitt entende que nenhuma "ficção" poderia impedir que o Tribunal Constitucional, nos moldes apresentados pelo pensamento liberal no início do século XX, pudesse ser visto de outra forma que uma instancia política. Não haveria, por isso, uma "pura questão jurídica" – a ser solucionada ante a imperfeição e vagueza de qualquer Constituição escrita – de modo que, a decisão do Tribunal Constitucional seria algo muito distinto de uma simples decisão judicial, algo diferente da Justiça. Para Schmitt, seria inevitável que a Justiça chegasse sempre muito atrasada até o aspecto político e, mais ainda, quanto maior fosse o pertencimento do procedimento (jurídico) ao Estado de Direito.

Na continuidade de sua crítica Schmitt, ao separar as funções legislativa e judiciária ataca aquilo que chama de "formalismo abstrato" (novamente Kelsen é colocado em questão) que inverteria os termos e declararia que, tudo aquilo que os organismos legislativos resolvem em forma de legislação seria lei e que tudo aquilo que é decidido em um Tribunal seria Justiça. Esta "lógica", segundo Schmitt, elevaria a condição de independência – constitutiva do cargo de magistrado – do juiz a um grau que possibilitaria submeter os pleitos constitucionais e os conflitos de juízo e formar uma "Justiça Constitucional". Com conceitos constitucionais desta natureza, tudo "... pode ser Justiça, mas, do mesmo modo, tudo poder ser "norma" e normatividade, e, em último termo, tudo pode ser também Constituição.".

Os ataques de Schmitt a Kelsen seguem-se quando aquele afirma que a partir da teoria kelseniana não formula um fundamento teórico-constitucional e que a um sistema téorico-jurídico vazio não pode apresentada nada além da estrutura de uma ordenação jurídica ou de uma hierarquia de normas. Como expõe Vera Karam de Chueiri: "Para Schmitt, a teoria de Kelsen se torna compreensível se entendida como uma derivação da autêntica teoria do Estado burguês de Direito, a qual reduz o Estado ao ordenamento jurídico, atitude esta reveladora da essência do Estado de Direito.".

Por esta razão, quando se procede por meio de normas só seria possível alcançar uma proteção e uma garantia mediante outra norma mais robusta, artifício que não pode ser empregado no plano da jurisdição constitucional. Assim, para Schmitt, aonde começa o problema concreto – a defesa efetiva da Constituição ameaçada – o formalismo (kelseniano) fracassaria. Nesses termos: "Nas questões mais difíceis e de maior importância prática, a falta de claridade ou a contradição que está presente dentro dos mesmos preceitos legais formulados na Constituição, desde o momento em que, coexistindo uns com outros princípios contrapostos, resultam imprecisos e contraditórios. Neste caso não existe a possibilidade de fingir uma graduação de normas e, por conseguinte, quando um preceito legal dos conteúdos na Constituição determina algo distinto que outro dos preceitos da mesma (...), a colisão não pode ser resolver com ajuda de uma 'hierarquia de normas'.".

A percepção de Schmitt do processo decisional se dá por outros meios. Define como "decisionismo" aquilo que entende como "elemento de pura decisão" que não é derivado do conteúdo da norma. E este caráter decisionista seria mais evidente em casos nos quais seria incumbência de uma instância – como a constitucional – em que a principal tarefa é a de dirimir dúvidas, incertezas e divergências de opinião. Neste sentido, a decisão se transforma por inteiro, nos termos de Schmitt, em uma manifestação decisionista e, sua valoração não se funda em uma argumentação, mas em uma autoritária eliminação de dúvidas. A figura do magistrado para Schmitt é

complementada por sua afirmação de que: “Um juiz não é um perito que informa, (...) porque a atividade pericial não é em concreto atividade judicial; não é Justiça, mas Administração.”.

Para Schmitt, não se trataria de uma questão de caráter teórico, mas político, a de se estabelecer até que ponto a missão de fixar de modo autêntico o conteúdo de preceitos imprecisos e indeterminados que estejam incorporados à Constituição. Caso se considere, que a atribuição do Tribunal Constitucional consiste na resolução de conflitos referentes a conteúdos de um preceito constitucional, a tarefa deste Tribunal seria não de a de efetivar a Justiça, mas uma associação confusa entre legislação e assessoria.

Mais um pilar do pensamento de Schmitt é desenvolvido sobre o tópico do conceito de litígios constitucionais. Quando se pensa na Constituição como fruto do contratualismo, ou seja, de uma relação jurídica bilateral ou multilateral e não como uma decisão ou lei política unilateral, o centro do contrato guardaria, para Schmitt duas características fundamentais, o significado de litígio constitucional e a definição daquelas pessoas que podem ser parte no contrato. Dentro desta perspectiva, os litígios constitucionais seriam aqueles produzidos entre as “partes do contrato constitucional ou do compromisso acerca do conteúdo de seus pactos.”, ou seja, o povo e o soberano.

Outra tese de Kelsen refutada por Schmitt radica-se sobre a perspectiva da essência do Estado parlamentar como um “compromisso”, no qual se almejaria anunciar que o Estado e sua Constituição seriam objetos de um compromisso entre as entidades sociais que intervém como compromissárias. Nesse sentido, a própria Constituição de Weimar seria também um compromisso e, os elementos que sustentam o pluralismo teriam uma porta aberta para reclamara seu direito à Constituição – ao seu poder político e ao seu exercício.

Isso se constituiria, segundo Schmitt, em um esforço proveniente do formalismo para escamotear interesses políticos, sob a fachada da antítese entre o “jurídico” e o “político”, em uma indefinição (real) que favoreceria várias modalidades de subterfúgios. A tais tendências Schmitt contrapõe sua Teoria Constitucional de um Estado Constitucional democrático com um conceito positivo de Constituição. Assim: “Quando se insiste que a Constituição de Weimar é um decisão política do povo alemão unificado, como titular do poder constituinte e que, em virtude desta decisão, o Reich alemão é uma democracia constitucional, a questão relativa ao protetor da Constituição pode se resolver de outra maneira que mediante uma fictícia judicialidade.”, ou seja, por meio de sua crítica imanente que (ideologicamente) defende o Presidente como efetivo Guardião da Constituição.

3 – O Presidente do Reich como Defensor da Constituição.

Schmitt mais uma vez trata neste tópico das transgressões que podem ser realizadas ante o conteúdo da Constituição. Sua proposta é a de um organismo que não seja superior aos possíveis litigantes, coordenado por um terceiro neutro (um *pouvoir neutre et intermédiaire*) que se situe no mesmo nível dos restantes poderes

constitucionais, ainda que revestido de especiais atribuições e provido de certa possibilidade de intervenção.

Para tanto, organizar uma instância especial que tenha por objeto garantir o funcionamento constitucional dos diversos poderes e da própria Constituição parece oportuno, segundo Schmitt, em um Estado de Direito que diferencia os poderes. Este recorre então a Benjamin Constant em sua teoria do poder neutro, intermediário e regulador. A partir da qual espelha a fundamentação da posição privilegiada do Chefe de Estado em suas prerrogativas e atribuições, pensadas como elementos e possibilidades de intervenção deste *pouvoir neutre*.

Outra importante questão suscitada por Schmitt trata da distinção entre *auctoritas* e *potestas*, que seria "... uma das divisões cardeais do pensamento político europeu..." e, que poderia também ser extraída da teoria de Constant. Assim, relata Schmitt que na Alemanha não havia sido compreendida a distinção entre *régner* e *gouverner*, nem mesmo no plano da teoria, pois a separação entre *auctoritas* e *postestas* havia sido esquecida há muito tempo.

Schmitt eleva a distinção entre *auctoritas* e *potestas* a problema geral da teoria política da modernidade. Por isso, buscando uma forma de dissolver esta mescla realizada pela modernidade, Schmitt propõe que o *régner* e o *gouverner* reencontrem no Chefe de Estado a sua unidade política. Em seus termos o Chefe de Estado representa: "... a continuidade e permanência da unidade política e de seu homogêneo funcionamento, e que por razões de continuidade, de prestígio moral e de confiança coletiva deve ter uma espécie de autoridade que é tão consubstancial à vida de cada Estado como a força e o poder imperativo que diariamente se manifestam de modo ativo.". Na continuidade desta reflexão, defende que sobre o poder neutro de um terceiro, apenas teria uma atuação mediadora, tutelar e reguladora, que apenas em casos de necessidade seria ativado.

Schmitt recorre ao direito positivo da Constituição de Weimar para justificar sua defesa do Presidente do Reich como guardião da Constituição. Este estaria dotado de atribuições que o tornariam independente dos órgãos legislativos e, manteria o equilíbrio entre os elementos plebiscitário e parlamentar e poderia exercer uma defesa da Constituição com base no artigo 48. Em consonância com estas justificativas, Schmitt cita Haymann, que argumenta ser o Presidente "não interessado", constituindo a representação de um órgão imparcial ante a legalidade e, constituindo uma garantia de que a opinião da maioria representaria uma justa compensação de interesses.

A necessidade da criação de uma instância independente e neutra para proteger a Constituição também desembocaria no Presidente do Reich. Pois, mesmo havendo uma grande quantidade de formas de independência, apenas a do Presidente do Estado, em uma democracia constitucional, seria efetivada pela eleição de todo o povo alemão, que também garantiria ao Presidente um mandato de sete anos.

Carl Schmitt afirma que ao se propor a criação de um Tribunal Político Constitucional, não se busca outra coisa que fundar uma instância neutra e política, criando certa estabilidade institucional. Mas o Guardião do Constituição deveria ser independente e politicamente neutro e, haveria uma corrupção dos conceitos de judicialidade e jurisdição quando se buscasse implantar uma judicialidade e um

Tribunal constituído por juristas oficiais de profissão. Isto resultaria em uma sobrecarga de obrigações políticas que seriam opostas ao princípio democrático, pois tais pessoas seriam as responsáveis por proteger a Constituição.

Também ressalta que, a Justiça não se voltaria mais contra o monarca, mas contra o Parlamento, questão que haveria resultado em uma significativa transformação da independência judicial. Também nota que haveria sido eliminada a antiga separação entre Estado e Sociedade, de modo que não seria possível transferir a situação política do século XX, para as fórmulas do século anterior.

Mais uma vez criticando o liberalismo Schmitt afirma que: "Nenhum formalismo judicial poderia encobrir o fato de que semelhante Tribunal de Justiça Política ou Constitucional viesse a ser uma instância política suprema com atribuições para formular preceitos constitucionais. ". O Tribunal Constitucional, seria, portanto, a criação de uma "aristocracia da toga" inimaginável em outro cenário político.

O Presidente do Reich, pelo contrário, estaria posicionado no centro de todo um sistema de neutralidade e independência sobre fundamentos plebiscitários, ante os partidos políticos. Antes da instituição de um Tribunal para resolução de conflitos de alta política como o Guardião da Constituição e, antes de colocar em perigo a Justiça por meio destas "contaminações" políticas, Schmitt afirma que, caso se buscasse na própria Constituição de Weimar, esta já indicaria o verdadeiro Guardião da Constituição: o Presidente do Reich.

Expressamente diz: "Que o Presidente do Reich seja o protetor da Constituição corresponde também, contudo, ao princípio democrático sobre o qual descansa a Constituição de Weimar. O Presidente do Reich é eleito pelo povo alemão inteiro, e suas faculdades políticas frente aos organismos legislativos (...) são, por natureza, uma 'apelação ao povo'.". Ao tornar o Presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e atribuições tanto plebiscitárias como neutralizadoras ante a política dos partidos, a Constituição teria criado, para Schmitt, um contrapeso ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos do poder e, garantido a unidade do povo como conjunto político.

4 – A resposta de Kelsen ou "Quem deve ser o guardião da Constituição?".

Preliminarmente vale salientar que Kelsen colaborou na redação da Constituição da Áustria de 1920. Nesta ocasião, Kelsen propôs a criação de um órgão judicial de controle concentrado da constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo. A gênese histórica da Corte Constitucional não se limita a um instante histórico isolado, foi fruto de uma herança teórica de Kelsen, mas é possível dizer que a primeira experiência prática, que veio a repercutir significativamente na estrutura de diversos outros sistemas constitucionais no ocidente, ocorreu na Constituição austríaca de 1920 – que conforme exposto, foi criticada por Carl Schmitt.

Kelsen buscou justificar a criação da Corte Constitucional ao afirmar que a função política da Constituição seria a de estabelecer limites jurídicos ao exercício de poder e, que uma Constituição que não possuísse a possibilidade de anular os atos

inconstitucionais que viessem a ser praticados, não teria sua obrigatoriedade, seu cumprimento garantido. Caberia, portanto, dentre outras funções à Corte Constitucional da Áustria julgar: a ilegalidade de decretos federais e estaduais; as violações do direito constitucional praticadas por autoridades federais ou estaduais; os recursos contra decisões administrativas, fundados na violação de direitos garantidos constitucionalmente.

Por isso, nos termos de Kelsen: "A busca político-jurídica por garantias da Constituição, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio, específico do Estado de direito, isto é, ao princípio da máxima legalidade da função estatal.".

Kelsen entende que a função política da Constituição é limitar os poderes e, a garantia da Constituição significaria a segurança de que os limites entre os poderes não seria ultrapassado. Por isso, quando no século XIX os constitucionalistas defendiam que o Guardião da Constituição fosse o monarca, era manifesto que esta tentativa – como podemos observar no caso brasileiro do poder moderador utilizado por Schmitt como exemplo – se constituía em uma ideologia que visava suplementar a significativa perda de poder do Chefe de Estado que havia ocorrido na passagem dos modelos de monarquia absoluta para seu formato constitucional.

Kelsen se opõe a Schmitt quanto ao fato do Chefe de Estado ser o protetor da Constituição e, relembra que, o que se almejava era, na verdade, a proteção da Constituição contra violações por parte de quem mais a ameaçava, o monarca, o chefe do executivo. Por essa motivação, tornava-se muito difícil declarar abertamente o objetivo político de retirar o poder do monarca e não possibilitar que a Constituição pudesse ser usada contra ele, assim, escamoteava-se a argumentação de que este viria a ser seu guardião quando, na verdade, era dele que a Constituição era protegida.

A contra-argumentação de Kelsen é contundente, contra a articulação teórica de Schmitt afirma: "Mais surpreendente ainda, porém, é que esse escrito tire do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça...", a tese do Chefe do Estado como Guardião da Constituição, que visava restaurar "... esse já bem empoeirado adereço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em particular.".

O desdobramento da resposta de Kelsen chega até outro ponto, que consideramos fundamental no debate, o *pouvir neutre* do Chefe de Estado. Kelsen observa a centralidade da teoria de Constant na crítica de Schmitt, mas observa que o poder executivo defendido por Constant estava bi-partido quando este afirmou que o monarca seria portador de um poder neutro. Haveria uma parte passiva e uma ativa, de modo que ao monarca caberia apenas a parte passiva. A neutralidade pressupunha a passividade, questão que não seria plausível no caso de este exercer o papel de Guardião da Constituição. Função que, ao contrário, demandaria efetiva e permanente atividade de seu protagonista.

Outra questão que Kelsen responde, seria a intenção de Schmitt em criar um poder que não fosse superior aos demais, mas que estivesse ao lado destes. Com a teoria do Presidente do Reich como Guardião da Constituição a referida tese seria derrubada para Kelsen, pois, com a extensiva interpretação do artigo 48 realizada por Schmitt, os

poderes do Presidente seriam alargados a tal ponto que este ficaria muito próximo ao de uma ditadura.

Entende-se, que na prática, o temor de Kelsen seria o uso da crítica à sua estrutura para a efetivação de uma prática em que os três poderes seriam conciliados nas mãos do executivo, realidade que destruiria seu sistema de garantias constitucionais e seus valores democráticos. Este temor parece recorrente em Kelsen e, após opor-se a um "jogo" que Schmitt teria feito ao reconhecer o perigo do poder monárquico apenas no século XIX como se, no começo do século XX o governo presidencial não apresentasse qualquer potencialidade de ofensa à Constituição, afirma: "Como se *hoje* na Alemanha a questão da constitucionalidade da atividade que o *governo*, composto por presidente e ministros, desenvolve com base no art. 48, não fosse uma questão de vida ou morte para a Constituição de Weimar!".

Segundo Hans Kelsen, Schmitt não derruba o argumento de que um Tribunal, ao rejeitar a aplicação de uma lei inconstitucional e suprimir a sua validade para o caso concreto, funcione efetivamente como garante da Constituição, ainda que não possua a titulação de protetor da Constituição. Ainda, seria sobeja a argumentação de Schmitt sobre a capacidade do Guardião da Constituição em retirar o poder de resistência e desobediência dos súditos, pois não se chegaria ao "sentido preciso" de Guardião da Constituição. Ao que parece, Kelsen entende esta argumentação de Schmitt como um recurso de legitimação de sua teoria, eis que seria uma tarefa de caráter quase que restrito ao executivo.

Também é crucial no debate a questão da oposição entre as funções jurisdicionais e políticas. Kelsen entende que não haveria uma contradição ínsita entre as funções jurisdicionais e políticas. O elemento "decisório" suscitado por Schmitt, como fator que retiraria as decisões do campo jurídico e as colocaria no político é alargado por Kelsen e, este afirma que ao se pensar que, qualquer resolução de conflitos pode possuir um fundo "político" (em uma interpretação bastante abrangente), todas as sentenças – independentemente do grau de jurisdição – possuiriam uma parte "decisória", de exercício de poder. Kelsen elucida a questão da seguinte forma: "... a função de um tribunal constitucional tem um caráter de grau maior que a função de outros tribunais – e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconheceram ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste – mas não que por causa disso ele não seja um *tribunal*, que sua função não seja *jurisdicional*; e menos ainda: que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária.".

A posição de kelseniana se aprofunda neste ponto do debate, pois entende que a justiça teria início quando as normas viessem a se tornar efetivamente duvidosas e polêmicas em seus conteúdos e, para que fossem constituídas efetivas controvérsias jurídicas elas deveriam superar o âmbito dos fatos e imiscuir-se no cerne normativo. O que Kelsen coloca em questão é a estrutura de toda a sua compreensão do fenômeno jurídico, pois à Constituição não caberia apenas a tarefa de regular o procedimento legislativo, mas também de definir o conteúdo das leis, por meio de linhas diretivas e princípios.

A compreensão que poderia parecer beirar um retorno à discussão do mérito do conteúdo não se dá desta forma. Ao contrário, a estrutura jurídica se mantém, pois, a

ação de considerar uma norma inconstitucional "... ela só o é por não ter sido adotada como lei que modifica a Constituição.". Prisma que leva à continuidade da reflexão por meio da lógica inversa da seguinte forma: no caso de adoção da norma pela estrutura constitucional a norma não seria constitucional, teria modificado a Constituição. Neste sentido, dentro da jurisdição constitucional uma norma não precisa proteger normativamente a si mesma, mas enfrenta-se o simples fato de que uma norma – inconstitucional – não encontra respaldo fático para a sua validade dentro do ordenamento.

A contrário-senso do que é equivocadamente propagado sobre sua teoria, Kelsen critica o automatismo jurídico. Ao refutar Schmitt em sua ascendência ideológica monarquista, expõe que é justamente esta ideologia que buscava embaçar a visão do juiz para que este não se conscientizasse do poder que lhe fora atribuído com sua libertação do monarca. Este juiz deveria apenas "achar" o direito já formado, uma decisão já existente na lei.

Outra crítica de Kelsen ao pensamento de Schmitt se relaciona à contradição de duas características auto-excludentes na Constituição do Reich. O pluralismo e o Estado total relacionar-se-iam dentro da teoria de Schmitt de uma forma impossível, pois, ao mesmo tempo em que se propunha uma mudança para o Estado total, supunha-se o ápice do pluralismo que justamente depende do oposto da totalização da esfera estatal, uma abertura para o plano social.

A defesa mais aberta de Kelsen do Tribunal Constitucional acontece quando este expõe as vantagens em se adotar este como protetor dos valores constitucionais, em que este não participaria do exercício do poder e não se colocaria antagonicamente em relação ao Parlamento ou o governo. O problema da teoria de Schmitt para Kelsen estaria em negar o antagonismo entre o Parlamento e o governo, o que incapacitaria o Chefe de Estado de sua tarefa de defesa da Constituição. E o dualismo entre Estado e sociedade (que pautaria a dualidade Parlamento-governo), sob o qual a interpretação de Schmitt se limitaria, seria extinto com a emergência de um Estado total.

Outra franca defesa de Kelsen se dá quando acusa Schmitt – invertendo a crítica – de se fundar em ficções para defender sua tese. Trata a prestigiada "unidade do povo alemão" como uma ficção e diz que: "... se a Constituição institui um tribunal constitucional, isto não é uma 'fictícia forma judiciária', mas sim a criação de uma instituição real; e que, se algo aqui pode ser qualificado de 'fictício' é justamente a tal 'unidade do povo', a qual Schmitt (...) pressupõe como real...".

Além disso, desloca a atribuição da representação da "vontade coletiva unitária" do Chefe de Estado como uma interpretação que se constrói de forma a atacar e desarticular o Parlamento por motivos ideológicos. Assim, restringe a conclusão de Schmitt de que, pelo simples fato de o Chefe de Estado ter sido eleito pelo povo – em verdade uma maioria – este poderia representar a unidade da vontade popular. A eleição, percebida em sua singularidade, também seria insuficiente para assegurar qualquer garantia para a função do Chefe de Estado e de que este manteria o equilíbrio de interesses em conflitos sociais.

Mais uma vez Kelsen refere-se à presença de uma intenção clara de Schmitt em construir uma teoria, ainda que em detrimento do texto Constitucional em sua

literalidade. Por isso, ao Schmitt declarar que o Presidente do Reich seria o *único* Guardião da Constituição estaria realizando uma hermenêutica que contrariaria as disposições da Constituição.

Derradeiramente, Kelsen afirma a possibilidade em aberto de criação de Tribunais por meios democráticos, aos moldes de qualquer outro órgão e defende sua perspectiva do seguinte modo: "A afirmação de que um tribunal constitucional teria que fazer frente apenas ao Parlamento, e não também ao governo, está em contradição direta com a realidade. Se Schmitt tivesse se ocupado um pouco mais atentamente da *solução austríaca*, que dele merece apenas uma irônica menção, saberia que esse tribunal, por sua jurisprudência, entrou em conflito *justamente com o governo*, conflito esse que ameaça sua própria existência.".

Contudo, desde a perspectiva kelseniana esta atividade seria improvável, pois já era manifesta a posição ideológica de Schmitt ao defender o Presidente como Guardião da Constituição e, além disso, em omitir-se sobre a questão premente da possibilidade (verificável na imanência e na história) da violação da Constituição por este a quem (na teoria de Schmitt) é atribuída a função de único protetor dos valores constitucionais. Esta possibilidade era verificada justamente no artigo 48 da própria Constituição de Weimar que previa que: "Se um estado não cumpre os deveres que lhe incumbem por força da Constituição ou das leis do *Reich*, o presidente do *Reich* pode obrigá-lo com ajuda da força armada.". Ainda, em continuidade, garante a suspensão dos direitos fundamentais: "Achando-se a segurança e a ordem públicas gravemente perturbadas ou comprometidas, o presidente do *Reich* pode tomar as medidas para seu restabelecimento, e havendo necessidade pode valer-se da força armada. Para isso, pode suspender parcial ou totalmente o exercício dos direitos fundamentais garantidos nos arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.".

6 –Considerações finais.

Como alertou Enrique Serrano Gómez, Schmitt, tal qual Hölderlin, entendia que aonde aflorava uma situação de perigo (como a ameaça à Constituição), também crescia aquilo que poderia trazer alguma "salvação". As medidas do Estado administrativo, para Schmitt, poderiam, portanto, ser um instrumento para recuperar a soberania estatal, para "ressuscitar o Leviatã". Porém, a esperança de Schmitt foi realizada (ainda em sua época) o Leviatã foi reerguido, mas este já não personificava um gigante paternalista que garantiria a paz, a ordem e a segurança, mas um monstro que devorou "amigos" e "inimigos".

Contemporaneamente, com a prevalência da tese kelseniana sobre a de Schmitt, é muito difícil alguém defender abertamente que o Presidente deva ser o Guardião da Constituição e não um Tribunal Constitucional, e buscar sua instauração fática sem que receba críticas de promover sérias rupturas com a tradição democrática ocidental. Contudo, a história recente desta *tradição* acabou por comprovar, mais uma vez, sua fragilidade, e como não se faz possível falar em uma vitória da civilização em oposição à barbárie – basta pensarmos na tenuidade desta dicotomia.

O movimento de retomada deste debate cumpre a função tanto de expor, ainda que de modo sumário, como o liberalismo e seus valores não podem ser absolutizados e, a importância de uma reflexão pautada pela imanência para a crítica dos poderes, ainda que o *projeto* de Schmitt (anti-moderno) pareça não ter mais espaço em nossos tempos.

O perigo da decadência, sempre presente, da usurpação/suspensão de direitos fundamentais ou do uso da força armada para o cumprimento da Constituição ou das leis do *Reich*, não se repetirão nos moldes do início do século XX, pois, ao que tudo indica, estas práticas, utilizadas na estruturação de regimes totalitários, já compõe um memorial da maldição do horror que o ser humano pode causar aos *outros*. Contudo, não causaria mais espanto perceber que estas práticas acabaram se infiltrando em solos democráticos e liberais e, que estes acabam por vivenciar uma profunda tensão na guarda/proteção de seus valores constitucionais.

Se o monstro continua dormindo ou se fragmentou em vários pedaços e passou a colonizar e drenar as energias das Cartas Magnas não saberemos dizer sem um distanciamento histórico, mas a tarefa que resta é a de assumir a responsabilidade e produzir/enfrentar os questionamentos que venham a se colocar sobre quem deve ser o guardião da Constituição?

Bibliografia.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Homo Sacer:* o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

BRASIL. A Constituição de 1824. Cara de Lei – de 25 de Março de 1824. Escopo Editora, 1986.

CHUEIRI, Vera Karam de. "Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical." In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GÓMEZ, Enrique Serrano. *Consenso y conflicto. Schmitt, Arendt y la definición de lo político*. México D. F.: Centro de Estudios de Política Comparada, 1998.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARRAMAO, Giacomo. *Poder e Secularização*: as categorias do tempo. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

MENKE, Christoph. *Reflections of Equality*. Stanford: Stanford University Press, 2006.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución. Madrid: Tecnos, 1998.*

_____. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1992.*

"Der Hütter" pode ser traduzido tanto como: guardião, protetor, defensor. Acreditamos que no campo semântico não se realize uma perda relevante com os diferentes termos suscitados.

Durante tempos de Guerra não é simples dizer qualquer atitude tomada por uma pessoa é plenamente consciente e voluntária.

Sobre sua teoria pura do Direito Kelsen disserta: "Os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu espírito é – asseguram muitos – aparentado com a da escolástica católica; ao passo que outros crêem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateísta. Em suma, não há qualquer orientação política que a Teoria Pura do Direito não se tenha ainda tornado suspeita. Mas isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria o poderia fazer, a sua pureza." KELSEN, Hans. Prefácio à primeira edição. *Teoria Pura do Direito*. pp. XIII-XIV.

Sobre a questão trata Giorgio Agamben. Cf. seus escritos sobre as "VP" *Versuchepersonen* – cobaias humanas em AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer:* o poder soberano e a vida nua I.

Segundo Marramao: "Para Schmitt, a 'vida espiritual' de cada época permanece polcêntrica: e é também por esta razão que (...) a categoria schmittiana de político se coloca em aberta polêmica com todas as visões organicístico-recompositivas próprias à tradição reacionária. Contrariamente ao que afirmou Löwith, Schmitt ao individuar na técnica o âmbito de neutralização deste século, aproxima-se, somente no que diz respeito ao aspecto descritivo (...) ao *Kulturpessimismus* alemão, que (...) identifica na técnica uma totalidade artificial e mecânica que aniquila a 'alma'." MARRAMAO, Giacomo. *Poder e Secularização*: as categorias do tempo. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995. p. 229.

(Tradução livre). GARCÍA, Pedro de Vega. Prologo. In: SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 18.

Isto poderia ser aceito em casos excepcionais para Schmitt, mas este não admite que a exceção se torne a regra, já que se as dúvidas sobre o conteúdo da lei fossem gerais, ficariam destruídos todos os fundamentos de justiça vinculados à lei. Para Gilmar Ferreira Mendes: "Já a crítica de Schmitt ao positivismo alemão tradicional estava claramente ligada a uma rejeição muito mais ampla do autor em relação a toda uma estrutura estatal que ele fatalmente caracterizava como burguesa. Para um pensador que tinha convicção de que todo o conceito de direito é fundamentalmente político, a pretensa neutralidade do positivismo de Laband e da Teoria Pura de Kelsen não passava de um reflexo disfarçado dos ideais liberais na filosofia política e jurídica, visando garantir a segurança e liberdades burguesas perante o Estado. É principalmente a partir de sua visão antiliberal que Schmitt construirá seu *Der Hüter der Verfassung* (*O Guardião da Constituição*).". MENDES, Gilmar Ferreira. "Apresentação" In: SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. xi.

Como aponta García: "Atrás dela estavam as circunstâncias concretas da República de Weimar, o famoso artigo 48 e os poderes de exceção, que serviram a Hitler para desmontar um sistema, sem necessidade de ter que derrogar formalmente seu ordenamento constitucional." (Tradução livre). GARCÍA, Pedro de Vega. Prologo. In: SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 20.

"É aqui onde aparece em todo seu dramatismo o dilema da Justiça Constitucional contemporânea. Dilema que não oferece outra alternativa que a de: considerar que os Tribunais Constitucionais, como guardiões e supremos intérpretes da Constituição, assumem com independência absoluta a interpretação de uma normativa ambígua, em cujo caso, enquanto legisladores negativos, em boa medida passam a ocupar o lugar do Parlamento, o que o mesmo Kelsen criticava com dureza; ou, entender que os Tribunais Constitucionais, condicionados por pressões políticas, ou auto-limitados por renúncias próprias, estabelecem um *modus operandi* de compromisso com o resto dos poderes do Estado, em cujo pressuposto sua condição de órgãos independentes e Guardiões da Constituição fica definitivamente agravada." (Tradução livre). GARCÍA, Pedro de Vega. Prologo. In: SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 24.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 27.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 36.

Schmitt utiliza-se das obras de Mommsen para tratar da *auctoritas* do Senado romano.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 40.

Enquanto o Supremo dos E.U.A. tem como orientador o precedente de Marbury vs. Madison, em que "... a legislative act contrary to the constitution is not law...", o Tribunal Supremo do Reich não se imiscuiria em tais meandros constitucionais. SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 47.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 50.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 52.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 56.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 57.

Quanto a esta questão interessante se faz o comentário de Pedro de Veja García: "Os mesmos argumentos que servem a Schmitt para condenar os princípios liberais como uma simples ideologia e relegar o Direito Constitucional Liberal ao mundo da ficção, podem ser empregados contra ele, entendendo sua obra científica como mera elaboração ideológica ao serviço dos interesses do Estado Totalitário." (Tradução livre). GARCÍA, Pedro de Vega. Prologo. In: SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 14.

Nos termos de Schmitt: "A regulação constitucional se dedica, na época presente, em grande parte, à missão de proteger certas atividades e interesses que, na verdade, competem à simples legislação, contra o legislador mesmo, ou seja, contra as variáveis maiorias parlamentares." (Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 61. Para Christoph Menke: "Schmitt is pursuing here, first of all, a political aim: he is concerned with the justification of the dictatorship of a 'highest authority which is legally able to dissolve the law.' This is the sovereignty of the *executive*, a sovereignty which Schmitt gives the right to 'suspend' the law – at least temporarily and in particular situations." MENKE, Christoph. *Reflections of Equality*. Stanford: Stanford University Press, 2006. p. 178.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 70.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 72. Vale ressaltar que a perspectiva schmittiana de Estado pressupõe o conceito do político. Assim: "Estado, segundo o uso lingüístico atual, é o status político de um povo organizado numa unidade territorial. (...) Podemos deixar em suspenso o que é, por essência, o Estado, se é uma máquina ou um organismo, uma pessoa ou uma instituição, uma sociedade ou uma comunidade, uma empresa ou uma colméia, ou talvez até uma 'série fundamental de procedimentos'. (...) Estado, conforme o sentido da palavra e de acordo com seu surgimento histórico, é um estado (Zustand) peculiar de um surgimento histórico, é um estado (Zustand) que fornece a medida em caso de decisão e, portanto, diante dos muitos status individuais e coletivos pensáveis, o status pura e simplesmente. (...) Todos os sinais característicos desta representação – status e povo – adquirem seu sentido mediante outro marco característico , o do político, e tornam-se incompreensíveis, se entendermos mal a essência do político." SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 43.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 79.

CHUEIRI, Vera Karam de. "Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical." In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 360.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 87.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 91.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 96.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 101.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 116.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 124.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 213.

Schmitt cita ainda a Constituição brasileira de 1824 em seu artigo 98 que trata do poder moderador como a chave para toda a organização política. SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 215. O artigo 98 da Constituição de 1824 dispõe que: "O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais poderes políticos." BRASIL. A Constituição de 1824. Cara de Lei – de 25 de Março de 1824. Escopo Editora, 1986. p. 27. Vale lembrar que a Carta brasileira de 1824 promoveu a dissolução da Assembléia Constituinte e formou um regime que mantinha o princípio monárquico e submetia ao legislativo a competência para realizar a interpretação das leis.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 217. Sobre a questão Giorgio Agamben dedica um capítulo de seu livro "Estado de exceção", no qual relata que: "... a *auctoritas* parece agir como uma força que suspende a potestas onde ela agia e a reativa onde ela não estava mais em vigor. É um poder que suspende ou reativo o direito, mas não tem vigência formal como direito." AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 121. Ver também o artigo de Hannah Arendt "Que é Autoridade", no livro "Entre o passado e o futuro.". ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 219.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 233.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 240.

"Como conceito polêmico contraposto a tais neutralizações e despolitizações de importantes domínios surge o Estado *total* da identidade entre Estado e sociedade, o qual não se desinteressa por qualquer âmbito e, potencialmente, abrange qualquer área. Nele, por conseguinte, *tudo* é, pelo menos potencialmente, político, e a referência ao Estado não mais consegue fundamentar um marco distintivo específico do 'político'.". SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. p. 47.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 245.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 249.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion.* p. 250.

KELSEN, Hans. "Quem deve ser o guardião da Constituição?" In: *Jurisdição constitucional*. p. 239.

KELSEN, Hans. "Quem deve ser o guardião da Constituição?". p. 240.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 243.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 245.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 246.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 247.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 249.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 253.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 255.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 256.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 258.

Para Kelsen: “Não é preciso ser adepto da concepção materialista da história para reconhecer que um Estado cuja ordem jurídica garante a propriedade privada dos meios de produção mantém fundamentalmente a produção econômica e a distribuição dos produtos como função não-estatal e remete o cumprimento desta que é, talvez, a mais importante das tarefas, a um setor que só pode diferenciar-se do Estado enquanto *sociedade*, não pode ser um “Estado total” no sentido da definição de Schmitt, isto é, um Estado que ‘abraça todo o social’.”. KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 270.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 276.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 280.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 283.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 292.

“Todo o argumento schmittiano ignora, segundo Kelsen, a possibilidade de uma violação da constituição por parte do chefe de Estado ou de governo, possibilidade esta que pertence à uma das mais importantes especificações do artigo 48 da Constituição de Weimar. Nesta esteira, Kelsen critica a afirmação (não provada) de Schmitt de que um Tribunal Constitucional se oporia somente ao parlamento, pois tal entendimento altera o sentido da função de defensor da constituição, isto é, do controle de constitucionalidade dos atos do Estado, para o sentido de mero contrapeso do parlamento...” CHUEIRI, Vera Karam de. “Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical.” p. 365.

“A esperança de Schmitt é que um poderoso soberano, personificado na autoridade central, use as medidas com caráter técnico para rechaçar os controles parlamentares e jurídicos, e, desta maneira, ‘salvar’ a unidade política nacional, superando a indecisão do Estado de direito.”. GÓMEZ, Enrique Serrano. *Consenso y conflicto. Schmitt, Arendt*

y la definición de lo político. México D. F.: Centro de Estudios de Política Comparada, 1998. p. 33.

O MOVIMENTO DE DIVERSÃO E OS PRESSUPOSTOS DE EFICIÊNCIA, FUNCIONALIDADE E GARANTIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO*

THE DIVERSION TENDENCY AND THE EFFICIENCY, FUNCTIONALITY, AND WARRANTIES IN THE CONTEXT OF BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW

Carolina Grant

RESUMO

Este artigo tem por escopo inicial realizar uma breve incursão sobre tema polêmico e atual do Direito Processual Penal brasileiro, qual seja: a tensão existente entre as prerrogativas de eficiência, funcionalidade e celeridade no âmbito processual penal, de um lado, e a salvaguarda das garantias fundamentais inerentes ao processo, de outro – emergindo, nesse contexto, a iminente necessidade de *"ponderação"* e harmonia entre estes dois aspectos relevantes para o alcance da *"justiça"* (FERNANDES, 2000) na seara jurídico-criminal. Para tanto, sem pretensões de exaurir o tema e, sim, suscitar o debate (a ser continuado em trabalhos futuros), o presente artigo pretende traçar um panorama geral acerca do tema em questão, na forma em que vem sendo tratado por boa parte da doutrina penal brasileira – que tem como marco teórico as teses defendidas pelo renomado jurista alemão Claus Roxin e as influências de política criminal no âmbito do Direito (material) Penal e Processual Penal, compreendidos enquanto um sistema harmônico e funcionalmente uniforme, voltados para a consecução pragmática dos ideais a que se propõe defender e perseguir o *"Sistema Penal"* como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: PROCESSO PENAL; EFICIÊNCIA; FUNCIONALIDADE; GARANTIA.

ABSTRACT

This paper has for initial mark to accomplish a short incursion on controversial and current theme of the Brazilian Criminal Procedural Law, which is: the existent tension among the efficiency prerogatives, functionality and celerity in the criminal procedure extent, on a side, and the safeguards from the inherent fundamental warranties to the procedure, of other - emerging, in that context, the imminent need of "balance" and harmony among these two relevant aspects for the reach of "justice" (FERNANDES, 2000) in the juridical-criminal context. Though, without the pretension of exhausting the theme and, yes, to raise the discussion (to be continued in future works), the present paper intends to draw a general panorama concerning to the theme in subject, as it has been treated by great part of the Brazilian criminal doctrine - that has as theoretical mark the theories of the renowned German jurist Claus Roxin and the influences of criminal politics in the extent of the Criminal and Procedural Criminal Law, understood

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

while a harmonic system and functionally uniform, for the pragmatic attainment from the ideals which intends to defend and to pursue the "Criminal System" as a hole.

KEY WORDS: CRIMINAL PROCEDURE; EFFICIENCY; FUNCTIONALITY; WARRANTY.

1. Introdução: pressupostos para uma discussão aprofundada sobre o tema e o delineamento do panorama jurídico-social em que este se insere.

A grande questão (ou polêmica, para alguns) suscitada pela Profª. Selma Pereira de Santana [69] – em palestra proferida no dia 03 de maio de 2008, no 3º Congresso Internacional de Direito Penal e Democracia, realizado em Salvador-BA – refere-se à tensão existente entre: as prerrogativas de eficiência, funcionalidade e celeridade no âmbito processual penal, de um lado, e a salvaguarda das garantias fundamentais inerentes ao processo, de outro; emergindo, nesse contexto, a iminente necessidade de ponderação e harmonia entre estes dois aspectos relevantes para o alcance da *"justiça"* na seara jurídico-criminal (FERNANDES, 2000).

A problemática trazida à baila trata-se de questão emergente e controversa no âmbito da discussão doutrinária, na medida em que envolve grandes repercussões a médio e longo prazo. Muito se tem falado, hodiernamente, em "**crise do sistema penal**", face à grande quantidade de mandados de prisão não cumpridos, à superlotação dos presídios, aos freqüentes atentados à dignidade da pessoa humana dentro desses presídios e enraizados na lógica da própria realidade do sistema penitenciário brasileiro, dentre outros pontos sensíveis.

Além desses fatores sociais evidentes, o próprio contato dos indivíduos com o chamado "**corredor da delinqüência**" tem sido alvo de reverberações questionáveis: este contato tem demonstrado um nítido "efeito deletério social", no sentido de provocar, na sociedade, muito mais uma estigmatização ou repúdio ao indivíduo considerado "delinqüente" do que a sua possível "regeneração", como prévia de um futuro acolhimento no seio dessa mesma sociedade. Esse seria o efeito "de fora para

[69] **Selma Pereira de Santana** é Membro do Ministério Público Militar da União (Promotora da Justiça Militar); Mestre e Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Professora da Faculdade de Direito da UFBA, em que ministra, atualmente, a disciplina Direito Penal III.

dentro" do contato com o "corredor da delinqüência", ao passo que, "de dentro para fora", existe, ainda, a probabilidade de o próprio indivíduo passar a acreditar que é, de fato, um "delinqüente".

Os efeitos negativos supra-arrolados demonstram que a **pena privativa de liberdade** apresenta um efeito preponderantemente de "des-socialização", não de *socialização* e *reintegração* do indivíduo à sociedade, como era de se esperar deste modelo. A pena privativa passa, então, a subsistir em razão de uma perspectiva "retributivista", destoando, em muito, da sua real finalidade, uma vez que a população encara a pena como uma "punição"; como uma forma de tentar retribuir ao indivíduo criminoso um pouco do sofrimento que ele causou (às vezes, inclusive, na mesma medida, numa ótica próxima à Lei do Talião: "olho por olho, dente por dente").

Por essas, dentre outras, razões é que se tem falado, também, em "**penas alternativas**" (com todas as implicações que esses instrumentos trazem consigo – o fato de não haver quem fiscalize devidamente o cumprimento destas penas, por exemplo); em "**valorização da vitima no processo penal**" (com uma ramificação da criminologia dedicada exclusivamente ao estudo das circunstâncias que envolvem a vítima: a "vitimologia" – não se aceita mais a "convidada de pedra" e, sim, demanda-se uma participação mais ativa da vítima no processo); e em formas de **simplificação** e **diversificação** a serem inseridas nos ordenamentos jurídicos, quanto às legislações processuais penais, face à verificação de ineficácia nesse setor (SANTANA, 2007).

Sobre as tendências de diversificação, mais especificamente de "desjudiciarização" das medidas processuais penais, afirma a **Profª. Selma Santana**:

> A diversificação nas legislações processuais penais reporta-nos, por exemplo, ao movimento de "**diversão**", ou "**desjudiciarização**", que traduz *o conjunto de medidas de procedimentos utilizados pelas instâncias formais ou informais de controle, visando a alcançar uma solução de conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da justiça penal* [...], afastando correspondentemente as pessoas daquele sistema e do respectivo "corredor da delinqüência", ou de parte deles. Tal movimento lastreia-se na preferência às respostas de tipo societário, não estadual [sic.], sobre as respostas de tipo centralista e estatizante, sobretudo no que se refere ao tratamento da pequena criminalidade. (SANTANA, 2007, p. 27 – grifo nosso).

No texto supracitado, encontram-se, ainda, outros elementos, fatores ou questões relevantes que poderiam ser aludidos para demonstrar a **relativa falência, em termos de eficácia real ou social, do presente modelo de processo penal**, suscitando o clamor pelo "surgimento de um novo paradigma de justiça criminal", nas palavras da referida professora.

Com efeito, tem-se delineada toda a conjectura em torno da qual se discute a necessidade de um novo modelo processual, sem, contudo afetar-se em demasia as garantias processuais previstas.

Nesse ponto, cabe examinar-se, de forma mais criteriosa, as peculiaridades abarcadas pelo debate proposto. Quais sejam: a efetiva funcionalidade do sistema processual penal e a defesa das garantias processuais – com destaque para o *movimento garantista* – pontos a serem avaliados em tópico específico posterior deste artigo.

Sobre a **efetividade do sistema**, segundo **Fernando Fernandes**, tem-se que:

> [...] *é imprescindível a análise da sua efetiva funcionalidade*, ou seja, se elas [medidas propostas e o próprio sistema como um todo] se mostram eficazes para a contribuição na obtenção das finalidades básicas de política criminal relacionadas com o reforço da vigência das normas e com a não-estatização dos envolvidos, visando ao fim último para que deva estar direcionado o Direito Penal, *a indispensável tutela dos bens jurídicos essenciais e a manutenção da viabilidade da vida em sociedade, a partir da contenção das condutas lesivas ou de perigo a tais bens*. (FERNANDES, 2000, pp. 6-7 – grifo nosso).

Outro dado significativo é trazido por **Carlos Adérito Teixeira**, para quem:

> [...] *na esfera do cidadão, uma justiça tardia redunda facilmente numa injustiça*, porque sempre 'aqueles que tarde vencem ficam vencidos', como vaticinava o infante D. Pedro. Para os agentes econômicos, pode acarretar prejuízos que desvirtuem a própria concorrência. E para o Estado, representa, entre o mais, sérios riscos para a paz social, a emergência de 'poderes fácticos' e, invariavelmente, um agravamento de custos [...]. (TEIXEIRA, 2000, p. 11)

Ou seja, no plano fático e social, a *"justiça tardia"* torna-se, muitas vezes, uma "*injustiça"*, uma resposta desinteressante, não mais útil para a comunidade social. É nesse contexto que se torna imprescindível a reflexão sobre como tornar célere e eficaz o nosso burocrático e moroso sistema judicial (principalmente no que tange à seara jurídico-criminal, na medida em que lida com situações e bens jurídicos de suma proeminência, os quais, por sua vez, não podem esperar desnecessariamente por uma solução – este é o pensamento que reflete as influências de política criminal no âmbito penal e processual penal, em consonância com as teses de Claus Roxin, Fernando Fernandes e Selma Santana, dentre outros penalistas contemporâneos).

Ressalta, portanto, a Profª. Selma Santana que a **teoria "eficientista"** [70] defende uma *maior eficiência na administração da questão penal* (com ênfase naquelas

[70] Sobre o primado (princípio) da eficiência, uma vez que se está a tratar de administração pública (ainda que indiretamente e de forma específica no âmbito processual penal), vale mencionar dois conceitos bastante elucidativos. De acordo com Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

questões que envolvem os aspectos processuais penais), com o intuito de alcançar a *racionalidade do problema* e obter, por essa via, o "*descongestionamento das instâncias formais de controle*". Acerca da **funcionalidade** (respaldo teórico para a teoria eficientista, de acordo com o pensamento de alguns autores, a exemplo de Fernando Fernandes), afirma a referida professora que esta significa: o direcionamento dos instrumentos que dessa questão cuidam para as reais conseqüências advindas da sua aplicação (SANTANA, 2007, p.30), isto é, voltar-se para a preocupação com a eficácia real dos efeitos produzidos, com o efetivo atendimento às demandas daqueles que procuram o sistema jurídico-penal para a solução dos seus conflitos e dele esperam uma **resposta eficaz**.

Sobre o **"garantismo" penal**, tem-se que esta teoria, de acordo com Selma Santana (SANTANA, 2007, p.31): sustenta a necessidade de que o Direito Penal, em sentido amplo, seja um instrumento de defesa não só social, não só dos interesses do autor do delito e da vítima, *mas de defesa e limite das interferências do Poder Estatal na questão penal*, através da sujeição às regras constitucionais asseguradoras dos direitos, das garantias e das liberdades individuais. Daí a excessiva preocupação com o resguardo das garantias fundamentais.

Com esse pensamento, corrobora **Luigi Ferrajoli**:

> LUIGI FERRAJOLI sustenta que o "garantismo" é, antes de tudo, um modelo de direito. *Neste sentido, significa a submissão à lei constitucional [garantias e direitos fundamentais], à qual todos deverão ser sujeitados*, sendo incorreto vinculá-lo a qualquer soberania interna de poderes institucionalizados, pois esta noção de soberania foi dissolvida pelo constitucionalismo. Como decorrência, todos os poderes estão submetidos à vontade da lei que transformará os direitos fundamentais em direito constitucional interno [...]. (SANTANA, 2007, p. 31 – grifo nosso).

"O princípio da eficiência tem partes com as normas de 'boa administração', indicando que a Administração Pública, em todos os seus setores, deve concretizar atividade administrativa predisposta à extração do maior número possível de efeitos positivos ao administrado. Deve sopesar a relação custo-benefício, buscar a otimização de recursos, em suma, tem por obrigação dotar da maior eficácia possível todas as ações do Estado". (*in* NUNES, 2008, p. 104 – grifo nosso).

Para Hely Lopes Meirelles, por sua vez:

[O princípio da eficiência] "É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros". (*in* NUNES, 2008, p. 104 – grifo nosso).

Ou seja, a eficiência no âmbito público está sempre voltada à obtenção de efeitos positivos e atendimento real das necessidades sociais; daí ratificar-se a tese de Carlos Teixeira, uma vez que a justiça tardia não atende de maneira satisfatória essas necessidades.

2. A complementaridade funcional entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

De acordo com a doutrina penal majoritária, o Direito Processual Penal representa uma ciência autônoma, com objeto e desenvolvimento próprios. Isto é, não há, nem se pretender defender que tal venha a ocorrer, uma completa assimilação entre o Direito Penal (direito material) e o Direito Processual Penal (processo). Por um lado, a autonomia do Direito Processual Penal representa, sim, um **aspecto positivo**, principalmente no que diz respeito ao aprofundamento dos estudos sobre os seus institutos. Não obstante, verifica-se um **aspecto negativo** nesta questão: o avanço do Sistema Penal, e do controle social como um todo, encontra um obstáculo no descompasso verificado em face do progressivo e constante avanço do Direito Penal (material) e da relativa estagnação da esfera processual.

Assim confirma a **Profª. Selma Santana**:

> *O processo penal é autônomo relativamente ao Direito Penal*. Com isso, não se contesta a instrumentalidade daquele perante este no plano funcional. Só se acentua que uma tal instrumentalidade funcional *não pode colocar em causa* a autonomia teleológica, perante o Direito Penal, que ao processo penal advém por lhe corresponder um interesse material específico, qual seja, o da *realização concreta da própria ordem jurídica*. (SANTANA, 2007, p. 39 – grifo nosso).

E prossegue:

> *Servindo, contudo, o processo penal, por necessidade, à realização do Direito Penal, a falta de sintonia dos dois ordenamentos constitui um óbice* de tomo, se não mesmo intransponível, *a um funcionamento eficaz de todo o sistema da justiça penal e a uma razoável probabilidade de êxito na tarefa de controle da criminalidade*. (SANTANA, 2007, p. 39 – grifo nosso).

Nesse contexto, para demonstrar a complementaridade que deve, ao menos em tese, estar sempre presente na relação Direito Material/Direito Processual, independentemente de ser esta relação de Direito Público ou Privado, vale recorrer à lição de **Fredie Didier**, em sua obra sobre Teoria Geral do Processo, em que o mencionado professor é taxativo ao afirmar que:

> As regras processuais são criadas para atender às características/peculiaridades da situação jurídica substancial a ser deduzida no ato postulatório. [...] *A inquestionável autonomia do Direito Processual [Civil ou Penal] não pressupõe a sua neutralidade em relação ao Direito Material*. Ao contrário, *há entre eles um vínculo indiscutível* [e, poder-se-ia dizer, inclusive, *funcional*], eis que se integram na tarefa de criação das normas jurídicas (gerais ou individuais, abstratas ou concretas). (DIDIER, 2008, p. 24 – grifo nosso).

E vai além o referido professor. Ao discutir, em sua obra supracitada, o **princípio da instrumentalidade** do Direito Processual, afirma que este não configura "um fim em si mesmo", isto é, o processo perfaz-se como uma realidade formal, um *espelho*, que visa a atingir e espelhar em si as finalidades propostas pelo Direito Material.

Nas palavras elucidativas e metafóricas do Professor:

> Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, *em uma **relação de complementaridade** que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto*. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desses sonhos. (DIDIER, 2008, p. 58 – grifo nosso).

E ainda:

> A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o *valor* que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais. (DIDIER, 2008, p. 58 – grifo do autor).

Sem embargo, dá-se por constatada a premente necessidade do Direito Processual Penal moldar-se e adaptar-se às perspectivas propostas pelo Direito Penal e aos seus avanços, obtidos no âmbito doutrinário e jurisprudencial, numa ótica de *complementaridade*, a fim de que se busque um ideal maior de *funcionalidade* integral do Sistema Jurídico-Criminal, do Sistema Penal como um todo, atingindo, portanto, os fins a que se propõe, a função que visa realizar na esfera jurídica e social. Daí falar-se em **complementaridade funcional** entre Direito Penal (material) e Direito Processual Penal (processo). Esta constatação se faz de extrema relevância para a conclusão e a proposta presentes na fala da Profª. Selma Santana – e defendidas, também, por Fernando Fernandes (FERNANDES, 2000) – que ensejou a discussão presente neste artigo.

Sobre este ponto (complementaridade funcional), e sem perder o nexo com a discussão central acerca da harmonização entre eficiência/celeridade processual e as garantias fundamentais salvaguardadas, conclui a **Profª. Selma Santana**:

> A compreensão do processo penal como instrumento de política criminal [em complementaridade funcional ao Direito Penal – juntos no propósito de mais bem realizar os fins indicados a seguir], em atenção à sua função de garantia, não pode ser um obstáculo à ***realização dos fins político-criminais perseguidos pelo sistema jurídico-penal como um todo***. Assim é que, relacionada com a necessidade de compromisso entre *garantia* e *funcionalidade* no interior do processo penal, a proposta apresentada não

> legitima uma adesão cega a um eficientismo processual. "A ressalva é pertinente enquanto pende a demonstração de que esse eficientismo possa realmente colaborar para a obtenção daquela funcionalidade, sem prejuízo da característica de garantia imanente ao processo penal" (FERNANDES, 2000). (SANTANA, 2007, p. 43 – *grifo da autora* e ***grifo nosso***).

3. O Movimento de Diversão e as Leis 9.099/95 e 10.259/01 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais nos âmbitos das Justiças Estadual e Federal, respectivamente.

Retomando-se o raciocínio inicial, em que se falou sobre a ineficácia social da justiça tardia e da iminente necessidade do sistema jurídico-criminal em fornecer respostas mais céleres às demandas da sociedade, reafirma-se, neste ponto a busca pela diversificação no âmbito processual penal, por medidas alternativas e, em síntese, pela desjudiciarização das soluções dadas aos conflitos por intermédio do processo penal.

De acordo com a Profª. Selma Santana, em sua palestra, o **Movimento de Diversão** vem para "conter a desilusão por parte do cidadão" – quando em face à morosidade da justiça e à sua ineficácia – e para se contrapor, como solução, ao fato de que o sentimento de impunidade, para este cidadão, é extremamente corrosivo, provocando – na visão de **Günther Jakobs** e diante da possível instabilidade no que se refere à paz social, fruto da referida ineficácia – a redução da confiança na vigência das normas, no caso específico, do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

O **Movimento de Diversão** tem início no âmbito anglo-saxão, ganhando relevância a partir da década de 1970. Com ele, buscam-se soluções para problemas jurídico-criminais, visando, entretanto, evitar o contato com o já supracitado "corredor da delinqüência", na medida em que se empregam soluções fora do sistema formal de aplicação da pena. Ou seja, os indivíduos que buscarem a justiça jurídico-criminal terão a solução para o seu conflito, seja réu ou autor, antes da sentença ou, ao menos, antes do momento em que se declare a culpabilidade do indivíduo-agente (autor do delito).

As medidas alternativas aplicadas no contexto do movimento de diversão demonstram uma forma de **seleção do tipo de criminalidade a que melhor se adéquam**, quais sejam: a pequena e a média criminalidade; isto é, não os chamados "crimes de bagatela" (a eles se aplica o Princípio da Insignificância, previsto pela própria principiologia referente ao Direito Penal), mas, sim, os **crimes de menor potencial ofensivo** – principal alvo da política criminal, da Criminologia, contemporânea e epicentro das reformas tanto do Direito Penal, quanto do Direito

Processual Penal. Em síntese, nas próprias palavras da Profª. Selma Santana: "a pequena e média criminalidade representam o local de escolha de atuação dessas soluções alternativas dos conflitos jurídico-criminais ligadas ao movimento de diversão".

Este movimento, inclusive, lastreia-se no mesmo "patrimônio de idéias" que fundamenta o movimento de descriminalização, cujo principal argumento é a **intervenção do Direito Penal como *ultima ratio***, quando houver uma lesão *insuportável* ao bem jurídico penalmente tutelado e não se encontrar outras medidas jurídicas que possam solucionar, satisfatoriamente, o problema/conflito em questão.

Para analisar os aspectos envolvidos na discussão levantada pelo movimento de diversão e as suas propostas, soluções alternativas aplicadas à seara processual penal, em que se deve avaliar não apenas as formas de realização dessas medidas alternativas, como também, e principalmente, os seus resultados, traz-se à baila o exemplo concreto da **Lei de Juizados Especiais, Lei n°. 9.099/95**.

Por meio da Lei 9.099/95, por exemplo, viabiliza-se a não instauração do processo quando há uma composição do conflito – entre o autor e a vítima. Outro exemplo concreto, inserido no âmbito desta mesma lei, corresponde à hipótese em que o indivíduo se beneficia da suspensão condicional do processo e, cumprindo todos os requisitos do período de prova, ao final, ele tem dada como extinta a sua punibilidade.

Nas palavras de Selma Santana: "estes [a lei 9.099/95, nos exemplos supra-arrolados, e a lei 10.259/01] seriam dois exemplos de formas divertidas de solução de conflito jurídico-criminal, sem que o indivíduo tivesse que passar pelas instâncias formais de controle e sem que, com isso, ocorra a estigmatização".

Não obstante, em que pesem as críticas negativas a esse movimento (Movimento de Diversão), ressalta-se que ele traz aspectos positivos extremamente relevantes para a sociedade como um todo, na medida em que opera não apenas com uma lógica de *"justiça"*, no sentido de buscar a justiça como valor a ser sempre perseguido, mas também com a chamada *"lógica de produtividade"*, no sentido de "desafogar", atenuar a sobrecarga de processos e atividades, e descongestionar as instâncias formais de controle (objetivo perseguido e proposto pela *teoria eficientista* supra-descrita).

Outro aspecto significativo a ser citado sobre o Movimento de Diversão é o fato de esse movimento ter culminado na adoção de um princípio preponderante em todo o âmbito processual: o **princípio da adequação**, por meio do qual, segundo a Profª. Selma Santana, "se propõe à existência de ritos processuais diferenciados para problemas penais também diferenciados, ou seja, ritos penais diferenciados a depender

da gravidade do delito e a depender da complexidade da persecução penal". Com efeito, busca-se **abandonar o modelo processual único**, adotado para toda e qualquer hipótese criminal.

Todavia, no contexto dos ritos processuais diferenciados, adequados às peculiaridades do conflito em torno do qual orbitam, para que ocorram estes ritos, faz-se necessária a **adesão voluntária do autor**; estes não são procedimentos que podem ser impostos ao indivíduo-agente. É necessário, ainda, que se maximize a liberdade e a dignidade do individuo, bem como é necessário, sob a ótica da **justiça restaurativa** (e, não, meramente retributivista ou punitiva) que se busque a reconciliação entre o autor do delito, a vítima e, também, a sociedade. Logo, três são as vertentes a serem consideradas nesta discussão e três são os alvos destas vertentes: a não estigmatização (do autor), a reparação efetiva (da vítima) e a solução fática, eficaz e célere (para a sociedade), além do fato desta sociedade não se configurar como autora da estigmatização que se procura evitar e, sim, sujeito do acolhimento, no retorno ao seu seio, do indivíduo-agente.

Vale destacar, também, que o Movimento de Diversão não é um movimento restrito ou nacional, mas um *movimento mundial* e, nessa perspectiva ampla, tem-se **quatro tipos de formas divertidas**, sintetizados pela Profª. Selma Santana em sua fala:

Diversão Simples: que ocorre quando o problema jurídico-penal é resolvido de imediato, pela polícia ou pelo Ministério Público.

Diversão Encoberta: que se dá quando o próprio autor do delito tem consciência de que ao tomar alguma providência em relação à vítima, ele pode, por exemplo, impedir a instauração do processo penal.

Diversão com Intervenção: na hipótese da suspensão condicional do processo, em que o indivíduo, como já referido anteriormente, tendo um regime de provas antecipado, ao final desse período (período de graça), ele tem extinta a sua punibilidade.

Diversão por Meio de Mediação: que pode se dar desde os conflitos familiares – com incidência penal, em que a figura do próprio familiar pode ser decisiva na composição entre as partes do processo (autor-vítima), intermediando o acordo entre elas – até o âmbito das relações civis – em que, havendo conflitos, estes possam ser resolvidos via mediação.

Há um **exemplo** claro de diversão por meio de mediação, trazido pela Profª. Selma Santana, em Israel, mais especificamente em Jerusalém, onde se encontram profissionais como psicólogos, psiquiatras ou profissionais do Direito já aposentados, que se dedicam a atuar como mediadores na resolução de conflitos.

Diante desse quadro, a sacada daqueles que aderem à proposta deste movimento é sugerir que nos encontramos face à emergência de um novo horizonte, um "**novo paradigma de justiça"**. Tradicionalmente, a justiça se dava de forma autoritária, vertical e imposta; este modelo, hoje, passa a ceder espaço para uma perspectiva interativa, horizontal, negociada e, além disso, dialética e dialógica, sendo que, em nenhum momento, perdem-se de vista as garantias fundamentais do indivíduo, mas busca-se sempre uma *lógica de produtividade* (celeridade, eficiência e eficácia), e uma *lógica de "justiça"*, conciliadas e harmônicas entre si. Evita-se o discurso da repressão e do tratamento coativo, ao passo que se promove o alargamento do discurso do consenso e da tolerância.

4. O processo penal "funcional" e "garantidor".

Chega-se, portanto, ao ponto central de toda a discussão motivadora do presente artigo: a tensão no que se refere à coexistência pacífica do modelo garantista com o modelo em que se busca a eficiência e a produtividade/funcionalidade do sistema (teoria eficientista). A grande questão é: "como conciliar, como fazer com que ambos os modelos coexistam; como dar soluções híbridas, sem que um modelo exclua o outro modelo" (SANTANA, 2007).

A **Teoria Eficientista**, defende a necessidade de uma maior eficiência/funcionalidade na administração da questão penal (como supracitado) – e, neste ponto, sugere-se como parâmetro as considerações trazidas por Rizzatto Nunes, ao citar Luiz Araújo, Vidal Serrano Nunes Jr. e Hely Lopes Meirelles, no que tange à extração do maior número possível de efeitos positivos e à exigência de resultados que atendam, satisfatoriamente, às necessidades e aos interesses da comunidade e de seus membros, em particular. Esta teoria, ainda em síntese do que já foi exposto, visa, também, atingir uma racionalidade no sistema e o descongestionamento das instâncias formais de controle.

Já a **Teoria Garantista**, sustenta a necessidade de que o Direito Penal, em sentido amplo, seja um instrumento de defesa não apenas social, mas, sobretudo de defesa jurídica (cumprindo a sua função primeira enquanto poder limitador do poder estatal – de acordo com a *teoria do sistema de freios e contrapesos*), na medida em que limita a intervenção do Estado na questão penal, obrigando o ente estatal a sujeitar-se às garantias fundamentais constitucionalmente estabelecidas. Refere-se, aqui, à necessária submissão do Direito Penal e, sobretudo, Processual Penal à *Lei Constitucional*, idéia defendida por Luigi Ferrajoli.

Por trás da tensão entre eficientismo e garantismo (que, posta nesses termos, assemelha-se a uma síntese reducionista e dicotômica de um problema complexo e amplo), encontra-se uma política criminal emergente e referente a um **Estado Social**, **Democrático** e **de Direito**, em que a preocupação em se atender às demandas desta sociedade plural, dinâmica e complexa – tal qual se evidencia a sociedade contemporânea, garantindo uma participação democrática do cidadão (autor, vítima – diretamente – ou sociedade como um todo – indiretamente) no processo e respeitando as garantias fundamentais conquistadas no âmbito jurídico – deve pautar toda a atuação do Estado, tendo como parâmetros de atuação, também, o respeito à dignidade da pessoa humana (fundamento deste modelo de Estado - art. 1°, III, CF/88) e a tentativa de composição entre produtividade e justiça, eficiência e garantias constitucionais.

Dessa forma, percebem-se repercussões desse novo paradigma de justiça, não só no nível da Teoria da Pena, como também no nível da Ação Penal. Na Teoria da Pena, segundo Selma Santana: "não tem mais sentido aplicar-se pura e simplesmente uma pena, sem que haja um objetivo concreto, sem que haja um objetivo útil na aplicação desta pena". No âmbito da Ação Penal [71], de acordo com a professora, em sua palestra: "também não tem sentido pensar-se somente num regime processual único, mas em regimes processuais diferenciados: de um lado um regime célere, consensual; de outro um regime formal, ritualizado, cada qual adequado a questões penais diversas, sendo

[71] Em artigo publicado já referenciado neste trabalho, a Profª. Selma Santana também aponta o âmbito da ação penal para exemplificar a sua proposta, ao afirmar que: No nível da ação penal, também, por exemplo, há uma inequívoca crescente opção por um regime processual diferenciado, com soluções diferenciadas, céleres, consensuais, por um lado, formais e ritualizadas, por outro, para fenômenos criminais diferenciados. Essa diferenciação não se faz à custa da proteção dos direitos fundamentais da pessoa, nomeadamente do acusado. *Quer nas respostas "flexíveis", quer nas "conflituais", está presente a preocupação de garantia dos seus direitos no processo, procurando salvaguardar-se de cada um seu "máximo conteúdo possível", em equilíbrio com as restantes finalidades processuais.* (SANTANA, 2007, p. 45 – grifo nosso).

que, tanto para um, quanto para outro, não se pode prescindir, afetar, as garantias fundamentais do indivíduo".

Para demonstrar a pertinência da presente argumentação, traz-se à baila o **art. 62 da Lei n°. 9.099/95** como alegoria do que se está propondo:

> Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. (art. 42, Lei n°. 9.099/95).

Com efeito, no âmbito das discussões travadas e dos exemplos supracitados, a Profª. Selma Santana traça o **panorama nacional da questão**:

> [...] **no Brasil**, Ada Pellegrini, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes *evidenciaram a necessidade de composição entre o eficientismo, o garantismo e a funcionalidade*, ao asseverarem que há "muito tempo o jurista brasileiro preocupa-se com um processo penal de melhor qualidade, propondo alterações ao vetusto Código de 1940, com o intuito de alcançar um 'processo de resultados', ou seja, um processo que disponha de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar praticamente a utilidade das decisões. *Trata-se do tema da efetividade do processo, em que se põe em destaque a instrumentalidade do sistema processual em relação ao direito material e aos valores sociais e políticos da Nação* [72]". (SANTANA, 2007, p. 48 – grifo nosso).

Retorna-se, dessa forma, ao ponto inicial, na medida em que ainda se indaga: **qual deve ser o grau de composição entre o modelo garantista e o modelo que busca e eficiência e a funcionalidade do sistema**?

Nesse sentido, afirma Selma Santana em sua fala – em referência ao **Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade** – que os princípios processuais (mais especificadamente do Processo Penal) que prevêem garantias ao indivíduo recaem na seara de proteção dos direitos fundamentais e estes, por sua vez, dizem respeito não apenas ao indivíduo em particular, mas a toda a sociedade, a qual demonstra interesse, sim, no fato de o processo transcorrer de acordo com as regras de um Estado de Direito, como acima demonstrado. Para o Prof. Costa Andrade, seria inadmissível se pensar num modelo de processo penal que busque a celeridade e abandone as garantias processuais, ao passo que, para Selma Santana, também não se poderia falar em um processo excessivamente

---

[72] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Vol. I. Coimbra Editora, 1974, p. 31 e RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal: novos desafios, velhos rumos. *Líber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra Editora, 2003, p. 229 *apud in* SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de "garantia", "eficiência" e "funcionalidade". *Revista do Ministério Público Militar*. Brasília-DF, n°. 20, p. 48, nov. 2007.

apegado às garantias fundamentais (de modelo garantista) sem, contudo, demonstrar preocupação com a necessidade de apresentar respostas mais céleres à comunidade social, uma vez que, o modelo processual penal, tal qual se aplica hoje, encontra-se extremamente inviável e praticamente falido [73].

A proposta do Prof. Costa Andrade perfaz-se na sugestão de que se deve introduzir, no âmbito do processo penal, mecanismos que viabilizem o alcance de uma maior eficácia, depurando-se o processo penal, nas palavras da Profª. Selma Santana, "daquelas garantias processuais cuja previsão seja desnecessária".

Em sua fala, a **Profª. Selma Santana**, na tentativa de evitar a perplexidade causada pela última afirmação, com destaque para a expressão *garantias desnecessárias*, traz, a título de fundamentação teórica, o pensamento do Prof. Dr. Figueiredo Dias, tal qual o faz em seu artigo para a revista do Ministério Público Militar (SANTANA, 2007):

> Para concluir, impõe-se uma ponderação entre as finalidades da *funcionalidade* e da *garantia*, ***tendo como limite inultrapassável, como defende Figueiredo Dias, as garantias que sejam necessárias para proteger e respeitar a dignidade humana***. As finalidades da política criminal, que possam conduzir a uma maior funcionalidade processual, encontram seu limite na inviolabilidade da dignidade humana: em face disso, deve-se ter em consideração a possibilidade de limitação, em prol da funcionalidade processual, de interesses individuais que não contendam diretamente com a garantia da dignidade da pessoa, ainda que surjam como emanações de direitos fundamentais. (SANTANA, 2007, p. 50 – *grifo da autora* e ***grifo nosso***).

A depuração das referidas *garantias desnecessárias* no âmbito processual penal, tendo em vista a consecução dos seus objetivos de celeridade, eficácia e eficiência/funcionalidade social (composição entre *garantismo* e *teoria eficientista* [74]), se dá, portanto, dentro do limite *inultrapassável* de respeito e proteção à dignidade da

---

[73] [...] *o Estado de Direito deveria garantir seja os direitos individuais de liberdade, seja a funcionalidade na administração da justiça*. Nesse sentido, subsiste um dever de tutela não apenas em relação aos particulares, como, outrossim, um dever de tutela em relação à totalidade dos cidadãos. [...] também a coletividade tem interesse em que o processo se desenvolva de acordo com as regras processuais e que ninguém seja condenado injustamente. *Jescheck destaca que é missão do Estado de Direito não somente garantir os direitos do particular, mas, como um social Estado de Direito, também promover o bem da coletividade*. Conseqüência disso é que se exige a racionalização, a eficiência e a celeridade do processo penal. (SANTANA, 2007, p. 48 – grifo nosso).

[74] [...] Quanto ao seu critério, ele estará na otimização dos interesses em conflito; o que conduz a submeter a limitação [proposta, em termos de *depuração de garantias desnecessárias*] [...] aos princípios da necessidade e da proporcionalidade, bem como, no caso de se tratar de direitos fundamentais, a exigir que não seja afetado o seu conteúdo essencial. (SANTANA, 2007, p. 51). Nesse sentido, converge o Prof. Fredie Didier, ao tratar das limitações metodológicas ao Princípio do Devido Processo Legal, através da aplicação do Princípio da Proporcionalidade (delimitador do aspecto material daquele princípio mor), também sujeito a essas delimitações – ponto a ser tangenciado a seguir, em caráter conclusivo.

pessoa humana, norte de toda a interpretação e aplicação das normas jurídicas, principalmente no que tange ao, de fato agressivo (*ultima ratio*), Direito Penal ou Processual Penal. Defende-se, por conseguinte, a salvaguarda, no processo penal, daquelas garantias constitucionais consideradas essenciais para o respeito e a promoção da dignidade humana.

E, assim, **encerra a Profª. Selma Santana** a palestra proferida:

> "Então, era isso que eu gostaria de trazer para vocês. **É apenas um chamamento para uma reflexão**, um chamamento para uma realidade emergente, uma realidade irreversível; porque nós já temos, na Europa, nos EUA e em vários países, medidas alternativas já colocadas em prática. Aqui no Brasil, já começamos a ter através da Lei dos Juizados Especiais. E estas questões devem conduzir, necessariamente, a um repensar, a um repensar *como* atuar... como viabilizar essas soluções alternativas, como permitir a viabilidade do sistema penal, buscando atingir a sua eficiência, sem que isso sacrifique as garantias processuais que estejam intimamente ligadas ao respeito à dignidade humana".

5. Conclusão: síntese e análise crítica dos principais pontos da referida palestra, mote deste artigo, e das idéias centrais ora em discussão.

Fredie Didier, ao promover estudos de **teoria geral do processo**, e avaliar os princípios (diretrizes, vetores axiológicos) referentes a este instituto jurídico, traz uma abordagem crítica e aprofundada sobre o **Princípio da Adequação**, abordagem que pode ser remetida tanto ao âmbito do Direito Processual Civil, quanto ao Direito Processual Penal.

Qual seja: o princípio da adequação refere-se a dois momentos, **no plano legislativo** (abstrato), serve como parâmetro ("informador da produção legislativa") para a própria construção do procedimento (processo em abstrato), que deve ser feita visando a atender, a *adequar-se* às peculiaridades e idiossincrasias do Direito Material por ele instrumentalizado. No **plano processual** (concreto), em face do caso concreto, configura-se muito mais como um *princípio de adaptabilidade*, ao conferir ao magistrado poderes para a adequação, *adaptação* do procedimento/processo previsto, conforme as exigências demandadas e às peculiaridades apresentadas por este caso concreto. Tudo **com o intuito de mais bem tutelar o direito material**, do qual é instrumento de concretização, realização, como bem demonstra o princípio da instrumentalidade do processo (ou **complementaridade funcional** – para mais bem cumprir os fins ou funções a que se destina o Sistema Jurídico-Criminal, com destaque para a pacificação social).

Essa idéia casa-se, perfeitamente, com as propostas do **Movimento de Diversão**, o qual, por sua vez, e repetindo as palavras da Profª. Selma Santana: "se propõe à existência de ritos processuais diferenciados para problemas penais também diferenciados, ou seja, ritos penais diferenciados a depender da gravidade do delito e a depender da complexidade da persecução penal", na tentativa de abandonar o modelo processual único, adotado para toda e qualquer contenda jurídico-criminal.

Como exemplo concreto das proposições deste movimento, foi trazida para o âmbito de discussão a **Lei 9.099/95** e, particularmente, avaliou-se a possibilidade de conciliação, **composição do conflito**, entre vítima, autor e réu – como supra-demonstrado, buscando-se evitar o contato do indivíduo-agente com as instâncias formais de controle, personificadas no chamado "corredor da delinqüência", cujos efeitos negativos que produz tanto no que diz respeito ao indivíduo criminoso quanto à sociedade como um todo, também já foram satisfatoriamente analisados em tópico anterior.

De acordo com Ada Pallegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Dinamarco, em sua obra conjunta *Teoria Geral do Processo*:

> **Em matéria criminal**, a conciliação vinha sendo considerada inadmissível, dada a ***absoluta indisponibilidade da liberdade corporal*** e a regra *nulla poena sine judicio*, de tradicional prevalência na ordem constitucional brasileira. Nova perspectiva abriu-se com a Constituição de 1988, que previu a instituição de "juizados especiais providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução... de infrações penais de menor potencial ofensivo... permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau" (art. 98, inc. I). E agora, nos termos da lei federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, atinente aos juizados especiais cíveis e criminais, ***já são admissíveis a conciliação e a transação penais, para maior efetividade da pacificação também em matéria penal***. (CINTRA, GRINOVER E CÂNDIDO, 2008, pp. 33-34 – grifo nosso).

Com efeito, dada a relevância dos bens jurídicos tutelados e, ao mesmo tempo, afetados pelo Direito Penal, não é para todo e qualquer caso ou conflito que há de se aplicar as medidas/soluções alternativas, desjudiciarizadas, sugeridas pelo Movimento de Diversão. Como já foi exposto, tais hão de ser aplicadas apenas aos **crimes de menor potencial ofensivo** (pequena e média criminalidade) e, além disso, **apenas quando da hipótese de adesão voluntária do autor** (que irá abdicar das instâncias processuais que lhe são garantidas por direito, optando pela adesão ao novo paradigma de justiça – horizontal, consensual e negociada).

Por fim, sobre a depuração do processo penal das chamadas ***garantias desnecessárias***, ainda que se tenha como parâmetro a defesa da dignidade da pessoa humana, resta sobremaneira subjetivo este critério, recaindo-se no risco de deixar ao **extremo e perigoso arbítrio do juiz** a demarcação semântica, a ponderação sobre o que se entende por "garantias desnecessárias" e o quanto estas devem ceder em face de outros interesses tutelados. Sobre este ponto, igual preocupação demonstra o Prof. Fredie Didier:

> Cabe à dogmática jurídica, contudo, balizar a atividade jurisdicional de ponderação *para que esta não redunde em subjetivismo ou arbitrariedades* [...]. (DIDIER, 2008, p. 37 – grifo nosso).

Não obstante, o próprio Professor indica mecanismos de solução:

> E é por isso que se visualizam elementos, conteúdos parciais ou subprincípios hermenêuticos para a efetividade da ponderação dos interesses. Zavascki, em belo trabalho de sistematização, assim os arrola: a) **princípio da menor restrição possível** [de uma garantia correspondente a um direito fundamental]; b) **princípio da salvaguarda do núcleo essencial** [dessas mesmas garantias]; c) **princípio da necessidade** [isto é, uma garantia que espelhe um direito fundamental só deve ceder na medida exata para que se realize uma outra ou um interesse de igual relevância] [...]. (DIDIER, 2008, p. 38).

Nesse sentido, e apenas sob tais condições, há de se alcançar a desejada harmonia entre as prerrogativas de celeridade, eficácia (real e social) e produtividade/funcionalidade no âmbito processual penal e o resguardo das garantias fundamentais, principalmente para aquelas consideradas essenciais para o respeito e promoção da dignidade humana no decorrer do processo. **Evita-se, assim, a justiça tardia**, sinônimo de injustiça para o cidadão comum, **e objetiva-se atender, de forma mais célere e eficaz, às demandas e anseios desta sociedade plural, complexa e dinâmica** tal qual se evidencia a sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [Constituição Federal]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao>. Acesso em: 07 maio 2008.

BRASIL. **Lei n. 9.099 de 26 de Setembro de 1995**. [Lei de Juizados Especiais]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 07 maio 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL E DEMOCRACIA, 3°, & CONGRESSO INTERNACIONAL DO IPAN, 2°, 03/05/2008, Salvador.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Vol. I. Lisboa: Coimbra Editora, 1974.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 9ª ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2008.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Lisboa: Almedina, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madri: Editorial Trotta, 1997.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de "garantia", "eficiência" e "funcionalidade". **Revista do Ministério Público Militar**. Brasília-DF, n°. 20, pp. 27-51, nov. 2007.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. **Princípio da Oportunidade**. Lisboa: Almedina, 2000.

A FUNÇÃO DO ESTADO-JUIZ NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: ALGUNS APORTES ACERCA DO PROTAGONISMO JUDICIAL*

THE FUNCTION OF THE STATE-COURT ON THE OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS REALIZATION: SOME CONTRIBUTIONS ON THE JUDICIAL ROLE

Eliane Fontana

RESUMO

Partindo-se de uma percepção sumária da redemocratização trazida pela promulgação da Constituição de 1988 no tocante aos direitos que passa a desenhar-se uma jurisdição comprometida com a mantença da pacificação das relações sociais. Se a Constituição estabelece a promoção e garantia dos direitos fundamentais, existem políticas públicas que se perfazem como meios para a realização dos fins pretendidos, envolvendo, por certo, recursos orçamentários limitados. Nesse aspecto, quanto aos limites na busca pelas prerrogativas constitucionais, como a questão da intervenção da Jurisdição na vida cotidiana dos cidadãos, busca-se discutir se o Judiciário deve sopesar as Instâncias, competências e formas legitimamente democráticas para viabilizá-la sem o risco demasiado de subtrair da Sociedade Civil oportunidades de manifestação e participação em temas que lhe dizem respeito. Para esse estudo utiliza-se o método bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. ESTADO-JUIZ. JUDICIALIZAÇÃO. PROTAGONISMO JUDICIAL

ABSTRACT

From a perfunctory perception of redemocratization brought by the promulgation of the 1988 Brazilian Federal Constitution regarding the rights which will draw up a court committed to the maintenance of peace in social relationships. If the Constitution provides for the promotion and guarantee of fundamental rights, there are public policies intend to achieve the wished purposes, including, of course, limited budget resources. In this respect, as the limits in the quest for constitutional rights, as the question of jurisdiction of the intervention in citizens dayly life, seeks to discuss whether the judiciary should poise the bodies, skills and ways to achieve democratic legitimacy it without being too Civil Society of removing opportunities for expression and participation in issues that concern it. This study uses the literary reseach mothod.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS. STATE COURT. JUDICIALIZATION. PROTAGONIST ORDER

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Considerações iniciais

Busca-se nesse estudo uma breve avaliação acerca da função do Poder Judiciário na contemporaneidade, seu papel eminentemente ativo na realização das demandas sociais e a necessidade de uma maior participação da sociedade no processo de democratização das questões sociais.

Num primeiro momento evidenciam-se os direitos sociais e os méritos da Constituição de 1988 em romper com o atraso no reconhecimento das garantias sociais, bem como a redescoberta de uma nova cidadania perfilada pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos.

Ao depois coube verificar a justiciabilidade dos direitos fundamentais e o exercício amplo da Jurisdição constitucional no país, num momento de aumento da demanda por justiça e ascensão do Poder Judiciário, deflagrando-se uma expressiva judicialização das questões sociais, que passaram a receber a palavra final em sede de tribunais.

Alguns esboços acerca dos diretos sociais e a necessidade de um espaço participativo de democracia.

Com a promulgação da Constituição atual houve a redemocratização do país, que até então possuía uma Carta Política ilusória, reduzido a um documento formal e escrito. Os Direitos sociais nasceram justamente para aplacar a utilização apenas gramatical da Constituição. Nesse estudo, não se busca estruturar historicamente os direitos sociais, mas adentrar às concepções que permeiam o prisma da fundamentalidade.

Os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes a noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material[1]. Por ocasião do perfil prestacional[2], os direitos sociais vão além de apenas buscarem a não-intervenção estatal, ou seja, marcham pela concretização das declarações de direitos, na medida em que as desigualdades econômicas afastam o sentido da igualdade do convívio social. Aliás, para que possam ser realmente eficazes, necessitam de uma prestação contínua por parte dos poderes públicos, como se verifica no texto de Sarlet:

Os direitos a prestações de modo geral (em sentido amplo e restrito) se encontram a serviço de uma concepção globalizante e complexa do ser humano e de sua posição perante o Estado, que justamente parte do pressuposto de que a proteção da igualdade e liberdade apenas faz sentido quando não limitada a uma dimensão meramente jurídico-formal, mas, sim, enquanto concebida como igualdade de oportunidades e liberdade real de exercício da autonomia individual e de efetiva possibilidade de participação na formação da vontade estatal e nos recursos colocados à disposição da comunidade[3]

Tratam-se, em sua maioria, de direitos sociais prestacionais de cunho programático, na medida em que determinam prioridades a serem seguidas pelo legislador ordinário a fim

de realizar políticas públicas de ordem social, as quais devem obter implementações pelo Executivo. Isso torna a efetivação não apenas uma meta isolada contida na Constituição Federal, mas um trabalho conjunto dos poderes do Estado na busca constante pela realização dos direitos sociais.

No mesmo sentido coloca Cittadino:

Os direitos sociais, cujo enorme elenco integra o sistema de direitos constitucionais na Constituição Federal, são considerados típicos direitos a prestação e apontam para ações fáticas ou ações normativas por parte do Estado[4].

Os direitos fundamentais são o resultado da positivação constitucional de valores básicos[5] que resguardam a dignidade humana sob o aspecto individual - direitos individuais - e social - direitos fundamentais sociais -, além da abertura aos novos direitos. Desse modo, sua personificação ao ordenamento pátrio trouxe a preocupação de propor caracteres que os mantenham num patamar elevado em detrimento dos demais direitos previstos.

É preciso realçar, também, algumas características funcionais[6] dos direitos fundamentais, já que, a partir da metade do século XX, ao desenhar-se uma jurisdição comprometida com a mantença da pacificação das relações sociais, - o que não implica um compromisso com a mudança estrutural das relações de força mantidas nesta sociedade[7]- busca-se um modelo de desenvolvimento para o futuro, onde os direitos fundamentais passam a ser mecanismos horizontais de garantia e proteção das relações sociais.

Em primeiro lugar, os direitos fundamentais são o cerne da estrutura orgânica e funcional da ordem constitucional e em sendo o foco de gravitação, são, ao mesmo tempo, princípios ordenadores[8] e, por outro lado, limites à atuação estatal, como bem coloca Sampaio:

Operam ora como limite da ação estatal, como um contra-poder ou elemento de limitação do poder, ora como demandante de uma política estatal de intervenção e de "procura existencial", direcionada a atualizá-los e protegê-los mediante procedimentos adequados, bem como por meio da criação e manutenção de condições materiais de realização[9].

Ou seja, os direitos fundamentais são caminhos traçados pelo constituinte para que o Estado oriente suas ações e, ao mesmo tempo, são limites dessa atuação, como se denota do texto. Nesse sentido, o conteúdo de tal fundamentalidade, assim como a própria Constituição, está em permanente ampliação, não havendo um conteúdo *numerus clausus* que os determine. Todavia, imperioso ressaltar que não admitem retrocessos, já que constam como núcleo intangível do Ordenamento pátrio.

Em seguida, cuida-se de evidenciar que os direitos fundamentais, ainda mais quanto aos sociais, são fatores decisivos de integração social[10], e cabe colocar que um dos pontos

deste breve estudo - junto do papel da Jurisdição enquanto fomentadora das realizações sociais perquiridas judicialmente – é demonstrar que a função do Judiciário é institucional e social, mormente a necessidade de espaços públicos de deliberação sociais de participação[11].

No que concerne à democracia contemporânea, implica necessariamente, a incluir a sociedade nos debates acerca da complexa e disforme realidade social onde a participação do cidadão torna-se um elemento fundamental. Os espaços públicos já referidos fazem parte da construção de um pensamento agregado, como quer o texto constitucional, propulsionando forças para romper os obstáculos na busca pela realização das promessas não cumpridas da democracia moderna.

Sobre a construção de um espaço participativo de democracia, vale expor o texto de Bolzan de Morais:

As fórmulas da chamada democracia participativa, por seu turno, se apresentam como alternativas possíveis de rearticulação de espaços públicos que constituam uma fonte de autoridade cuja legitimidade ultrapasse até mesmo os esquemas procedimentais característicos da democracia representativa, escapando, inclusive, ás insuficiências – outras – que esta enfrenta, em particular no que tange á formação da opinião em sociedade dominadas por sistemas de informação[12] cujo controle público é diminuído ou por fórmulas midiáticas de formatação de consensos[13].

Como resposta ao distanciamento do Estado nas suas reais funções de integração à sociedade, um novo perfil de setor público deve surgir, desta vez, “de forma inovadora e democrática, compartilhando responsabilidades com o tecido social e tendo como preocupações nodais: a regulação, a representatividade política, a justiça e a solidariedade” [14].

Os atores da vida social de hoje são indivíduos que cresceram acompanhando os movimentos sociais e, por sua vez, têm consciência de seus direitos. Assim, a realidade da conquista é baseada numa cidadania diferenciada a dos moldes liberais[15][16], notadamente por implementar um norte solidário reconhecido constitucionalmente. Esta cidadania é perfilada por Leal, quando coloca ser ela

buscada como luta e conquista e a reivindicação de direitos interpela a sociedade enquanto exigência de uma negociação possível, aberta ao reconhecimento dos interesses e das razões que dão plausibilidade às aspirações por um trabalho mais digno[17].

Embora o cenário social não seja o melhor de todos, os níveis de inclusão melhoraram visivelmente na última década, propiciando maior participação da cidadania na gestão de seu cotidiano[18], muito há que se perquerir no que tange às transformações sociais e, também, quanto ao compartilhamento de funções, haja vista a contemporaneidade da democracia que se quer perfilar, como expõe Leal:

Não é tão simples sustentar a tese de que é a contemporânea Teoria da Constituição que tem emprestado força cogente e autoaplicável aos comandos que dizem com os direitos

sociais, isto porque toda e qualquer concreção de direito implica, além de custos (normativos, econômicos, políticos, jurídicos e etc.), deliberações políticas e axiológicas de instâncias constitucionalmente competentes para tanto (como o processo legislativo e as políticas públicas sociais), o que talvez leve a aprofundar a afirmativa do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Eros Roberto Grau, no longínquo ano de 1988, quando asseverava que as normas programáticas, *sobretudo – repita-se – as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário*[19].

Desse modo, se há um caminho traçado no texto constitucional, explícita e implicitamente, esse parâmetro deve ser o norteador das ações tanto públicas quanto privadas, já que não se divorcia o Estado e Sociedade nessa perspectiva compartilhada de democracia. Assim, o "novo" cidadão que se idealizou pós-Constituição de 1988 é um sujeito de direitos (subjetivos e de aplicabilidade imediata em relação aos seus fundamentais reclames) que, estando consciente do catálogo de preceitos que circunda sua vida, vê-se obrigado a recorrer ás decisões judiciais quando as funções dos demais poderes não se complementam na realidade social. Tal conteúdo será visitado em próximo tópico com vistas a elaborar um panorama acerca do atual excesso de demandas que superlotam os trabalhos da jurisdição pátria.

A Judicialização das questões sociais e o ativismo do Judiciário

De início cabe dar relevo a alguns conceitos já assentados na teoria acerca da fundamentalidade dos direitos. Primeiro, as disposições constitucionais são dotadas de normatividade e, portanto, estão aptas a irradiar efeitos no mundo dos fatos e desfrutam de imperatividade e superioridade hierárquica no Ordenamento. Ao depois, mais especificamente no que tange aos direitos fundamentais, é sabido que possuem um status diferenciado no sistema constitucional[20]. Insta verificar, ainda, que cabe ao texto constitucional estabelecer vinculações mínimas de efetividade aos direitos fundamentais, haja vista a centralidade ocupada pela dignidade da pessoa humana no ordenamento pátrio.

Assim, no moderno Estado Democrático de Direito, busca-se harmonizar os preceitos roussenianos um "governo de leis", junto de um pretenso limite ao poder político, herdado dos ideais liberais, para configurar um projeto constitucionalista democrático que, ao mesmo tempo em que respeita a soberania do povo, também é orientado pelos princípios constitucionais.

Para Binenbojm,

Á jurisdição constitucional compete realizar tal projeto, atuando como árbitro do jogo democrático e tendo como objetivo assegurar, contra eventuais maiorias, a pauta de direitos fundamentais e a sobrevivência das minorias políticas. Embora a jurisdição

constitucional se apresente como uma instância de poder contramajoritário, situada no limite entre o jurídico e o político, sua missão será a de intervir *a favor* e não contra a democracia[21].

Assim, se a Constituição estabelece a promoção e garantia dos direitos fundamentais, existem políticas públicas que se perfazem como meios para a realização dos fins pretendidos, envolvendo, por certo, recursos orçamentários limitados[22], logo, é necessário se fazerem escolhas, que, na realidade, não deveriam sopesar a mesa do magistrado, já que o sistema constitucional foi pensado para que houvesse uma distribuição equânime das funções público-institucionais. Todavia, seja pelo desenrolar falho desse sistema, ou então pelo viés excessivo de encargos a qual o texto constitucional delegou ao Judiciário do pais, está-se, inevitavelmente, diante de uma realidade cruel onde as escolhas trágicas que circundam a vida dos cidadão, tais como a matrícula da escola de um filho, ou o medicamento a ser utilizado por um paciente em estado grave, estão nas mãos apenas de um dos Poderes do Estado.

A Constituição é uma carta de valores extremados, contendo limites a serem respeitos, pelo Estado e Sociedade, na busca pela realização de um Estado Social e Democrático de Direito, portanto, um documento em permanente transformação, que não pode ser visto deslocado de um espírito de unidade, de compartilhamento, como se depreende de Cittadino:

Nesta perspectiva, a Constituição – com seu sistema de direitos – significa, na verdade, uma matriz, um projeto social integrado por um conjunto de práticas comuns que determinam a identidade dos indivíduos autônomos que, por sua vez, têm a obrigação "de restaurar ou de sustentar a sociedade na qual esta identidade é possível". A Constituição, enquanto projeto, revela, nesse sentido, um sentimento compartilhado, uma identidade e uma história comuns, um comportamento com certos ideais[23].

Do texto é possível notar uma ligação entre a proposta constitucional e a possibilidade de a sociedade se relacionar com as ações do Estado em relação a ela. Assim, só se pode pensar em cidadania ativa "a partir de condições objetivas e subjetivas de interação e interlocução com o Estado Administrador e suas instancias burocráticas"[24] , para que as pessoas não panas saibam que existem oportunidade de participação no poder decisional, mas mais que isso, que passem a acreditar nelas e busquem participar ativamente considerando que as decisões coletivas devem ser objetivas na busca da concretização do bem comum.

Todavia, há um fenômeno contemporâneo de larga escala, que nesse estudo será focado sob o prisma nacional, referente à invasão do Judiciário nas escolhas e determinações acerca dos direitos sociais em larga escala. Não cumpre observar aqui a questão do controle de constitucionalidade, notadamente pela ausência de espaço, mas de cuidar, essencialmente, dos limites e das questões envolvendo a atuação do Judiciário em sede de concretização dos direitos, mormente as demandas individuais que se acumulam nos tribunais do país.

Com a promulgação da Constituição de 1988 eclodiram, de maneira significativa, as demandas por justiça na sociedade brasileira, como coloca Barroso:

Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos seus próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzindo novas ações e ampliando a legitimação ativa para a tutela dos interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo[25].

Como se denota, seja pela ascensão institucional do Judiciário via texto constitucional - notadamente dando extensão às decisões judicial – ou, então, pela nova construção do conceito de cidadania trazido pela redemocratização a que o pais vivenciou a partir de 1988, o fato é que as demandas por justiça acabaram por trazer à baila a judicialização de questões políticas e sociais.

Ademais, a ausência de implementação de políticas públicas que possam suprir as demandas sociais que se agigantam à porta do Judiciário[26], reacende uma necessidade de reflexão acerca da Constituição sobre o descompasso na realização das promessas da modernidade[27]. Não se pode negar a intenção do constituinte em realizar os compromissos, todavia, prover as garantias, desligadas de programas que assegurem sua concretização, não se torna passível mudar-se o panorama social do país.

A partir da segunda metade do século XX as tensões sociais eclodiram e as relações passaram a ter um grau elevado de complexidade, resultado de que "as intervenções no tecido social e a expansão dos seus aparelhos não são acompanhadas de nenhum aprofundamento de participação política democrática"[28], motivo pelo qual se deve questionar quais os limites do Mercado, do Estado, das Organizações Sociais, já que a cidadania perquerida pelo texto requer um espaço de participação pública efetiva "gestando instrumentos e mecanismos concretos de ação social" [29].

Ainda é preciso referir que, o texto constitucional traz imbuído um entendimento ativo do que seja cidadania, onde o cidadão se apresenta solidário ao Estado na implementação dos serviços e na busca por políticas públicas que atendam as expectativas da sociedade. Assim, não há que se imaginar que possa o espaço público estatal (seja Executivo, Legislativo ou Judiciário), por mais democrático de direito que seja, substituir ou minimizar as instâncias outras de manifestação da soberania popular[30].

Para que a tal cidadania se perfile, mister que os três Poderes e suas instituições relacionem-se de maneira diferente com a sociedade. No Brasil há uma Teoria da Constituição, preocupada com as questões de interpretação, contudo, não é satisfatória a resolução de problemas políticos e sociais inerentes ao novo perfil constitucional, porque as soluções apresentadas situam-se entre o instrumentalismo constitucional e a crença no Poder Judiciário como "salvador da República", ou a adoção de concepções processuais da Constituição, limitada a um instrumento de governo[31].

Não se está aqui a questionar o papel do Judiciário, que deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando os déficits de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso[32]. Contudo, não se pode negar a complexa realidade que vive o funcionamento do Estado democrático, onde as realizações dos direitos fundamentais estão ocorrendo via judicial, atravancando as

portas do judiciário[33] um universo de demandas cujas insatisfações são frutos da ineficiência de um sistema, e da falência dos demais poderes.

Desde o chamado Estado Social, que se originou no século XX, a postura interventora do Estado foi aos poucos sendo substituída - especificamente o Poder Judiciário brasileiro (já na modernidade) - por uma atuação mais provedora de medidas sociais, a despeito de decisões judiciais envolvendo fornecimento de medicamentos, por exemplo. Situações agravadas pela urgência da medida impõem aos magistrados um maior grau de integração aos valores societários, cumprindo, assim, sua função social.

Nesse aspecto,

em havendo um Estado democrático de Direito [..], a legitimidade da Jurisdição vai estar fundada exatamente nas regras do jogo, resguardando a ação política d cidadania compromissada com o universo normativo axiológico e deontológico vigente, sob pena de usurpação autoritária e contingencial das vias e canais orgânicos que operam estas relações [34].

É importante reconhecer que está na preocupação com os vínculos sociais um dos seus conflitos, bem como na incompatibilidade estrutural de sua própria arquitetura e a realidade socioeconômica a partir da qual (e sobre a qual) tem de atuar[35]. Assim, o que se exige do novo modelo de Estado Democrático de Direito, enquanto gestor público são provimentos concretizadores das finalidades e dos princípios definidos na Constituição.

Quanto aos limites na busca pelas prerrogativas constitucionais, como a questão da intervenção da Jurisdição na vida cotidiana dos cidadãos, o Judiciário deve sopesar as Instâncias, competências e formas legitimamente democráticas para viabilizá-la sem o risco demasiado de subtrair da Sociedade Civil oportunidades de manifestação e participação em temas que lhe dizem respeito[36]. Na realidade, um conjunto de mudanças advieram com a força normativa da Constituição e a expansão da jurisdição, resultando numa nova maneira de visualizar os direitos, agora constitucionalizados, necessitando um viés interpretativo diferenciado, mormente inclusão da força social no paradigma democrático.

Resta a questão: a quem cabe a última palavra?Qual é a função do Estado-Juiz na juridicialização desses direitos?Não existem respostas definitivas, eis que a doutrina aponta caminhos diversos numa busca insana ao entendimento dessa realidade. Se na omissão (ou crise funcional) dos demais poderes o Judiciário deve abarcar a total responsabilidade[37] seja do jeito em que estiver a situação da demanda (mesmo que extrapole a função ao ditar escolhas trágicas para um determinado pedido), ou, se for o caso, à Jurisdição cabe fiscalizar, sem exceder em suas funções, apenas lhe cabendo exercer a fiscalização da garantia aos preceitos fundamentais do Ordenamento.

Em meio a profusão de debates, mormente a realidade de compartilhamento com a sociedade, é preciso lembrar que a “nova” cidadania trazida pela Constituição, é fomentadora da idéia de que cada cidadão deve participar, de alguma maneira, das escolhas mais importantes da comunidade onde está inserido, vez que tal garantia é

reconhecida na Constituição do país[38]. Todavia, ao mesmo tempo em que se garante a participação (e como já dito, o perfil do cidadão efetivamente tem-se modificado) infelizmente ainda é muito distante falar-se em decisões “das maiorias” num país tão desigual.

A massa de excluídos é tão extensa que há regiões do país[39] aonde nem se realizou a primeira dimensão de direitos fundamentais, não se cogitando aqui imaginar os direitos sociais sendo satisfeitos. A discussão acerca das limitações estatais tocantes à reserva do possível e ao mínimo existencial - não enfrentados neste artigo – traz à tona que tanto a identificação ou mesmo a extensão desses institutos acabam enfrentando dificuldades de conceituação tamanha a dispare realidade econômica e social do país. Ao magistrado, na atualidade, cabe analisar em cada caso o que seja a mínima condição de existência do cidadão em relação à realidade em que ele se encontra (e a realidade a que está inserido) para poder decidir acerca do direito preterido. Quanto às reservas orçamentárias, igualmente as mudanças estruturais, trazida pela Constituição pátria, impuseram ao Judiciário o crivo de, muitas vezes, sopesar questões complexas acerca do montante econômico para a realização dos direitos sociais, haja vista a extensão dos seus poderes[40].

Por outro lado, o texto de 1988 alargou as funções do Poder Judiciário, e disso se verifica uma conseqüência ao congestionamento de demandas individuais e coletivas que lhe assoberbam.

Em derradeiro, vale destacar a advertência de Leal ao quadro ao tema:

Insisto, não estou aqui a propagar a neutralidade do Poder Judiciário e o seu imobilismo institucional em face dos cenários societais que se apresentam, notadamente no âmbito da violação de direitos (fundamentais ou não), pelo contrário, só estou destacando a necessidade de se pensar que a substituição de um dirigismo sempre estatal centrado no Executivo para um focado no Judiciário ainda mantém a Sociedade como mera assistente do fenômeno político de organização da sua própria vida[41].

Ou seja, se a situação atual se mantiver voltada ao protagonismo do Poder Judiciário em sede de concretização das demandas sociais, mesmo que a questão se foque ao posicionamento dos demais poderes, ainda assim, a sociedade estará distante do dirigismo de sua história. Desse modo, parece claro que o ideal de compartilhamento das escolhas (trágicas ou não) não é o de esperar que um dos lados decida, mas, sim, integrar Estado e Sociedade na consecução da reconhecida democracia.

Considerações finais

A questão das relações sociais na contemporaneidade gera um universo de outros tantos questionamentos acerca do envolvimento político da Constituição na realização dos direitos. A estrutura dos direitos sociais fundamentais que, por sua natureza prestacional exige políticas públicas, está entre o Juiz e a Sociedade, ou seja, demandam uma cidadania crítica, ativa e participativa na consecução e efetivação das demandas coletivas.

Por outro lado, é notório que, ou o funcionamento dos demais Poderes atravancou a estrutura do Ordenamento, ou, então, o excesso de funções que a Constituição de 1988 outorgou ao Judiciário acabou por construir uma super jurisdição, detentora da última palavra no tocante as questões sociais. O fato é que as demandas se agigantam nos balcões dos Tribunais, muitas delas implorando que o Estado decida, por exemplo, questões estruturais de saúde, envolvendo a delicada presteza dos orçamentos do país. Há poucas políticas preventivas de exclusão social que realmente educam o cidadão a uma postura mais crítica diante sua realidade social, preferindo o governo apenas a demandar programas assistenciais que doutrinam cidadãos a permanecerem na passividade, no "não-fazer".

É de notar-se que nenhum extremo parece plausível, ou seja, nem a querer-se um Estado mínimo e nem há de pensar que no estado das coisas, onde as escolhas trágicas se avolumam nas mesas dos Juízes seja uma situação tranqüila. É imperioso ressaltar que existem três Poderes, cada qual constitucionalmente requisitado a funções específicas na realidade democrática a que está o país inserido. Ademais, se a Constituição visualiza uma percepção democrática, onde à sociedade é lhe dado um espaço importante nas decisões acerca do social, nada mais importante que buscar esse *lócus* de integração, dando vistas a uma interpretação que favoreça essa unidade política perquirida constitucionalmente.

Referências bibliográficas

BARCELLOS. Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais*: o controle político-social e o controle jurídico do espaço democrático. *In*: SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. SARMENTO. Daniel. (coord.) A Constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.607.

BARROSO. Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (*o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *In*: SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. SARMENTO. Daniel. (coord.) A Constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BERCOVICI. Gilberto. Democracia, inclusão social e igualdade. *In*: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. I, n.. 4, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

BERCOVICI. Gilberto et al. *Teoria da constituição* : estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BINENBOJM. Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira* : legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2 ed. Rio de Janeiro: Revonar, 2004.

BOLZAN DE MORAIS. José Luiz. Crise do Estado e democracia: onde está o povo?. In: Direito, Estado e democracia. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. V. I, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

CITTADINO. Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 49.

ESPÍNDOLA. A. A; SALDANHA. J. M. L. Constituir a Constituição para a cidadania: a compreensão e a linguagem na nova crítica do direito afastando os *mitläufers* jurídicos. *In*. LUCAS. Doglas Cesar. SPAREMBERGUER. Raquel Fabiana Lopes. *Olhares hermenêuticos sobre o direito*: em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: Ed. Ijuí, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado Juiz na Democracia Contemporânea*: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. Perfis democrático-procedimentais da jurisdição comunitária: uma possibilidade para o Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. I, n. 5, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007, p. 235-273.

LEAL. Monia Clarissa Henning. Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL. Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais*: os desafios do poder judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

QUEIROZ. Cristina. *Direitos fundamentais sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabiliadde. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SAMPAIO. José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES. Jasson Ayres. O *acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

---

[1] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001,p. 65.

[2] Na Constituição pátria atual foi grande a receptividade aos direitos prestacionais, o que se depreende da leitura de um capítulo totalmente dedicado aos direitos sociais e de muitos outros dispositivos dessa natureza espalhados fora do catálogo, no corpo da Constituição. O que se reclama, na verdade, é uma atuação orientada pelo texto constitucional que concretize os objetivos e metas nela traçados, como se depreende da ordem dos capítulos distribuída pelo constituinte, que muitos antes de tratar especificadamente da ordem social, por exemplo, cuidou de determinar os direitos fundamentais como expressões de ordem dirigidas a todo o Ordenamento,pautado em valores afetos à proteção do ser humano em sua mais vasta dimensão.

[3] SARLET, op. cit., p. 193.

[4]CITTADINO. Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 49.

[5] SARLET. *O*p cit.. 64.

[6] Embora seja sempre oportuno em estudo mais elaborado acerca da matéria, este estudo não comporta adentrar à estrutura e classificação do que são os direitos sociais.

[7]LEAL, Rogério Gesta. *O Estado Juiz na Democracia Contemporânea*: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.47

[8] Pra Barcellos, se é verdade que o núcleo do princípio funciona como uma regra, impondo efeitos determinados, também é verdade que em sua área não nuclear os princípios indicam um sentido geral e demarcam um espaço dentro do qual as maiorias políticas poderão legitimamente fazer suas escolhas. BARCELLOS. Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais*: o controle político-social e o controle jurídico do espaço democrático. In: SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. SARMENTO. Daniel. (coord.) A Constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.607.

[9] SAMPAIO. José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 672.

[10] SAMPAIO. Op. Cit. p. 673.

[11] Para Bolzan de Morais, o perfil da democracia moderna (representativa) evidencia-se pela reconstrução de outros lugares de tomada de decisão, sobretudo quando se está diante de uma cidadania que rearticula novos espaços públicos – locais – regionais e supranacionais; públicos, semi-públicos, privados – ou, até mesmo, constitui-se em estruturas coletivas de caráter público, embora não necessariamente vinculados ao Estado. BOLZAN DE MORAIS. José Luiz. Crise do Estado e democracia: onde está o povo?. *In*: Direito, Estado e democracia. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. V. I, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 211

[12] Nesse sentido Bercovici entende que a superioridade econômica coloca nas mãos da classe dominante os meios de controlar financeiramente os partidos políticos, a imprensa, o cinema e a literatura, além da dominação social sobre escolas e universidades, gerando uma enorme influência sobre a opinião pública, a burocracia e às eleições. BERCOVICI. Gilberto. Democracia, inclusão social e igualdade. *In*: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. I, n., 4, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 166.

[13] BOLZAN DE MAORAIS. José Luiz. Op. cit. p. 212.

[14] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 152.

[15] Apenas para complementar, "no plano político, o surgimento do constitucionalismo coincide com e era das revoluções burguesas. A Constituição institucionaliza a conquista do Estado pela burguesia emergente, dando feição jurídica ao liberalismo. O Direito Constitucional surge, assim, como técnica de proteção da liberdade e da propriedade, limitando o poder monárquico, despersonalizando o direito e regulando o

processo representativo.“. BINENBOJM. Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2 ed. Rio de Janeiro: Revonar, 2004, p. 4.

[16] Ainda nesse sentido, “as constituições liberais são, ainda, do Estado, isto é, elas constituem um documento eminentemente jurídico cuja prerrogativa maior é a imposição de limites ao Estado e a garantia dos direitos individuais negativos”. LEAL. Monia Clarissa Henning. Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 29.

[17] LEAL. Rogério Gesta. *Estado*...Op. cit. p. 46.

[18]LEAL. Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais*: os desafios do poder judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 82.

[19] LEAL. Rogério Gesta. *Condições*...Op.cit. p.8, grifos do autor..

[20] Para Queiroz, eles ”deve ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva. Proclamam uma *cultura jurídica* e *política* determinada, numa palavra, um concreto e objectivo *sistema de valores”*. QUEIROZ. Cristina. *Direitos fundamentais sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabiliadde. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 16, (*grifo nosso*).

[21] BINENBOJM. Gustavo. Op. cit. p. 10.

[22] As políticas públicas envolvem gastos, e como não há recursos ilimitados, é preciso priorizar escolhas em que o dinheiro público disponível será investido. Além da definição genérica de *em que* gastar, é preciso ainda decidir *como* gastar, tendo em conta os objetivos específicos que se deseja alcançar. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. BARCELLOS. Ana Paula de. Op. cit. p. 605, (grifos da autora).

[23]CITTADINO. Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 162.

[24]LEAL, Rogério Gesta. *Estado...Op. cit.*, p. 143.

[25] BARROSO. Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (*o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. SARMENTO. Daniel. (coord.) A Constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 242.

[26] Apenas para ilustrar um exemplo – sendo que poderiam ser listados milhares – em Leal há casos descritos envolvendo o Tribunal de Justiça gaúcho, nesses termos “feito em que a parte postulava medicamento para artrite reumatóide, necessitando do medicamento infliximab 100mg, com custo aproximado de R$10.200,00 por mês.

Todavia, o quadro clínico da postulante não apresentava gravidade e periculosidade de vida, tampouco informações sobre manifestações sistêmica refratária ao tratamento sem aquele fármaco, razão pela qual indeferi a outorga deste produto e determinei a realização de perícia médica". LEAL. Rogério Gesta. *Condições eficaciais*...Op.cit. p. 104. Ou seja, cabe hoje ao Judiciário determinar os medicamentos que serão mantidos ao tratamento, mormente ao alto custo das dosagens, fato em que além de buscar um equilíbrio decisional que releve o fato da patologia em sai, ainda deve o Juiz observar o fator orçamentário que envolve o processo.

[27] Para Espíndola e Saldanha, o cenário de inconformismo, desconforto e indignação que preenche a sociedade contemporânea ante o Estado, a Constituição e os direitos humanos resulta do não-cumprimento das grandes promessas da modernidade. ESPÍNDOLA. A. A; SALDANHA. J. M. L. Constituir a Constituição para a cidadania: a compreensão e a linguagem na nova crítica do direito afastando os *mitläufers* jurídicos. *In*. LUCAS. Doglas Cesar. SPAREMBERGUER. Raquel Fabiana Lopes. *Olhares hermenêuticos sobre o direito*: em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: Ed. Ijuí, 2006, p. 119.

[28] LEAL, Rogério Gesta. *O Estado Juiz na Democracia Contemporânea*: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 26.

[29] LEAL.Rogério Gesta. *O Estado-Juiz*...Op. cit, p. 28.

[30] LEAL, Rogério Gesta. Perfis democrático-procedimentais da jurisdição comunitária: uma possibilidade para o Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. I, n. 5, Porto Alegre: Instituto de Hermeneêutica Jurídica, 2007, p. 235-273. p. 262.

[31] LEAL. *O Estado-Juiz*...Op cit. p. 53.

[32] BARROSO. Luiz Roberto. Op cit. p. 248.

[33] Para Torres, as transformações sociais são dinâmicas, ensejando excessos e desigualdades. A estrutura jurídico-legal não tem acompanhado o crescimento dos problemas em todos os campos da sociedade; então, o direito é requisitado para controlar e buscar a solução dos conflitos, para equilibrar os desajustes e desencontros de interesses. Nem sempre se torna possível resolver todos os problemas e situações conflituosas, porque as expectativas se alimentam, a todo o momento, das reformulações e novidades sociais. TORRES. Jasson Ayres.*O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 24.

[34] LEAL. Rogério Gesta. *O Estado-Juiz*...Op.cit. p. 90.

[35] LEAL. Rogério Gesta. *O Estado-Juiz*..Op. cit. p. 33.

[36] LEAL. Rogério Gesta. *O Estado-Juiz*.. Op. Cit. p. 97.

[37] Embora não seja objeto deste estudo, cabe colocar um trecho de Leal acerca do embate entre Substancialistas e Procedimentalistas, "assim, aqueles que se filiam ao procedimentalismo reservam à jurisdição constitucional um papel [..] que se limita aos

controle dos procedimentos democráticos, voltados, em suas diferentes variantes, para a conformação dos conteúdos e das decisões constitucionais fundamentais, sem cogitar sobre – e em certo sentido até negando – a possibilidade de vinculação entre os aspectos material e processual. Já aqueles que aderem ao substancialismo parecem, de uma maneira geral, tender a olvidar ou a relegar a um segundo plano os aspectos procedimentais, que, diante da imensa tarefa de caráter teleológico que é reservada aos Tribunais Constitucionais no sentido de realização dos valores e dos conteúdos da Constituição , acabam sendo suplantados ou tendo os seus desvirtuamentos compensados e superados pela atuação salvadora da jurisdição". LEAL. Mônia Clarissa Henning. Op. cit., p. 201.

[38] Para Bercovici, as constituições do século XX assumem conteúdo político, ou seja, englobam os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização. O campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado. BERCOVICI. Gilberto et al. *Teoria da constituição*: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 103.

[39] Leal preleciona acerca do mínimo existencial em cada região do país, ou seja, o no interior do Maranhão possui um patamar de direito social esperado, se diferencia da realidade da região sul. A escassez de recursos e a sutileza das necessidades se distanciam. LEAL. Rogério Gesta. *Condições eficaciais*..Op. cit, p. 93.

[40] Sem esquecer aqui ta malfadada crítica a ausência de controle das políticas públicas que realizem um plano anteriormente traçado, este montado com base as necessidades urgentes e prioritárias a cada região do país, enfim, critica-se massivamente o descompasso entre as leis que orientam caminho da realização dos direitos sociais em detrimento a não-fazer da realidade, ou seja, o sistema está em descompasso.

[41] Leal. Rogério Gesta. Condições....Op. cit. p. 90.

SÚMULAS VINCULANTES E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA REFLEXÃO À LUZ DA NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL KELSENIANA*

BINDING OVERVIEWS AND CONSTITUTIONAL JURISDICTION: A REFLECTION IN LIGHT OF THE HYPOTHETICAL FUNDAMENTAL NORM KELSEN

Gabriela Mansur Soares
Mariano Henrique Maurício de Campos

RESUMO

Esse artigo objetiva (i) analisar com base no pensamento de Kelsen decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que resultaram na edição de duas súmulas vinculantes, nº 11 e 13, e o tratamento dado aos temas referentes a mesma por essa corte; levando em conta o cenário jurídico brasileiro.
Analisamos a (ii) norma hipotética fundamental, segundo a visão Kelseniana, e sua relação com a limitação constante das cláusulas pétreas do artigo 60,§4° da Constituição, especialmente a garantia da separação dos poderes e o resultado dessas questões no tocante ao futuro do Estado Democrático de Direito.
Enfim, (iii) que a edição das Súmulas Vinculantes nº 11 e 13, da forma como surgiram, afrontam a soberania popular e a separação de poderes e se fere cláusula pétrea da Constituição, já que a edição das súmulas, como norma geral, autônoma, abstrata e inovadora, como é o caso das súmulas vinculantes nº 11 e 13, são risco para a manutenção de um Estado que se pretenda democrático através do direito.

PALAVRAS-CHAVES: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. SÚMULA VINCULANTE. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ABSTRACT

This article aims to (i) analyse, based on the Kelsens´s studies, the decisions by the Brazilian Supreme Court, which resulted in the issue of two overviews binding, 11 and 13, and the treatment of issues concerning the same by this court, taking into account the Brazilian legal scenario.
We have' reviewed (ii) hypothetical basic norm, Kelsen's vision, and its relation to the limitation in terms of immutable, Article 60, § 4 of the Constitution, especially the guarantee of separation of powers and the result of these issues in regarding the future of the Democratic State.
Finally, (iii) that the issue of Binding overviews 11 and 13, emerged the way, an affront to popular sovereignty and separation of powers and bruises stony clause of the Constitution, since the issue of overviews, as a general rule, an autonomous, abstract and innovative, such as overviews of the binding 11 and 13, are risk to the maintenance of a State which wishes through democratic right.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL JURISDICTION. BINDING OVERVIEWS. BRASILIAN SUPREME COURT

I INTRODUÇÃO

O cenário jurídico brasileiro que vem se formando nesta última década mostra um quadro preocupante à medida que fazemos uma reflexão acerca da influência dos atos praticados na contemporaneidade em relação à continuidade do regime democrático, bem como a preservação de um ideal de Estado baseado no poder emanado do povo.

A problemática se revela a partir de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que resultaram na edição de duas súmulas vinculantes. Aqui não se pretende tratar do mérito moral que o conteúdo das súmulas tem. Questiona-se a forma como as matérias foram tratadas e postas em vigência pela mais alta Corte do país.

A Súmula Vinculante n°11 possui a seguinte redação:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Já a Súmula Vinculante n°13 possui a redação*:*

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Entendemos ser suficiente, para a colocação do problema que pretendemos discutir a análise destas duas súmulas vinculantes, o que não prejudica a utilização da mesma

fundamentação para casos semelhantes, em se tratando das outras súmulas editadas pelo STF.

O presente artigo se estrutura, então, na apresentação da problemática supra mencionada, abordando as súmulas vinculantes cujo conteúdo representa uma regra geral, autônoma, abstrata e inovadora no ordenamento jurídico. Em seguida, é feita a análise da fundamentação da validade do direito segundo Kelsen[1].

Também será verificada a questão da norma hipotética fundamental, segundo a visão Kelseniana, sua relação com a limitação constante das cláusulas pétreas do artigo 60,§4° da Constituição, especialmente a garantia da separação dos poderes e o resultado dessas questões no tocante ao futuro do Estado Democrático de Direito.

II FORMAÇÃO SÓCIO-CULTURAL DO ESTADO BRASILEIRO

Antes de analisarmos o cenário jurídico brasileiro e a influência desse no regime democrático brasileiro e na soberania popular e mesmo nas decisões proferidas pelo STF que resulta, por vezes, em súmulas vinculantes, essencial fazermos a análise da formação sócio-política do Estado brasileiro e consequentemente influência sobre a construção do regime jurídico brasileiro.

A cultura sócio-política brasileira tem características de patrimonialismo, personalismo e clientelismo. Entendido o patrimonialismo como a apropriação de recursos estatais por funcionários públicos, grupos políticos ou segmentos privados. O personalismo, no entanto, se caracteriza pela indistinção entre as esferas pública e privada. Já o clientelismo descreve situações em que os recursos públicos são distribuídos em troca de apoio e há intensa intermediação entre os governos e “clientela” pelas lideranças políticas.

Esses traços da formação sócio-política brasileira são bem postos por HOLANDA (1995:105), em suas palavras

pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata, conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles aufere, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalece a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer as funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático.

Para o autor a formação de um estado que pretende-se democrático de direito é necessário a superação dessas relações patrimonialistas, clientelistas e personalistas entre Estado e Sociedade. O sobrepujamento dessas relações particulares que existem entre os atores sociais significa a construção de um espaço público de predominância dos aspectos coletivos, e do bem comum.

O que nos interessa é a determinação do ordenamento jurídico brasileiro por essa cultura sócio-política baseada na confusão entre público e privado. Os primeiros traços determinantes dessa cultura sobre o sistema jurídico, é o insucesso na construção do estado democrático, como em outros estados modernos, a separação entre o público e privado e a pessoalidade na atuação estatal.

Todos esses elementos levam a desvinculação entre a atuação do Estado e os comandos legais, erigidos pela legislação brasileira, bem como a apropriação dos atos e do patrimônio do Estado como se fossem coisa privada, caracterizam a atuação das instituições contaminando os poderes do Estado com os problemas do patrimonialismo e personalismo, inclusive o poder judiciário, como no caso das 2 súmulas a serem analisadas oportunamente.

III A LEGALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE

O fundamento legal acerca da origem das súmulas vinculantes está na Constituição Federal, no artigo 103-A, incluído pela Emenda Constitucional nº45/2004. Já a Lei 11.417/06 regulamenta o dispositivo constitucional. O § 1º do artigo 2º da Lei 11.417/06 tem a seguinte redação: *§1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.*

Pergunta-se: No caso de uso de algemas e do nepotismo, qual a norma controvertida que acarreta grave insegurança jurídica ou relevante multiplicação de processos que careça de validade, interpretação ou eficácia? A resposta é possível a partir do documento disponível no próprio site do Supremo Tribunal Federal, no link abaixo disponível *http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1_a_13.pdf.*

Os precedentes da Súmula Vinculante nº 11 são RHC 56465, HC 71195, HC 89429 e HC 91952. Os precedentes da Súmula Vinculante nº 13 são ADI 1521 MC, MS 23780, ADC 12 MC, ADC 12 (acórdão pendente de publicação) e RE 579951.

No caso do uso das algemas, sequer existe norma regulametadora para a questão quando se trata de investigação policial ou prisão em flagrante delito. Já no caso do nepotismo, foi o uso do princípio da moralidade na Administração Pública, conforme artigo 37 da Constituição Federal, que motivou a edição da súmula vinculante.

Ora, será que quatro processos no primeiro caso e cinco processos no segundo caso representam multiplicação de processos sobre idêntica questão? Tais considerações iniciais são necessárias para que seja tratada a questão principal a que nos propusemos a discutir: a edição de súmula vinculante pelo STF, representado uma regra geral, autônoma, abstrata e inovadora, fere a separação de poderes e o princípio da soberania popular, resguardados pela Constituição Federal?

IV O PENSAMENTO DE HANS KELSEN

Kelsen (1881-1973) teve seu pensamento balizado pelos ideais positivistas, que no paradigma liberal, pretendia unir a crescente legislação estatal, igualmente formal (garantia de que a lei a todos normatizava), no entanto, no decorrer de sua obra o autor incorpora elementos pós-positivistas como a busca constante pela 'purificação' da fundamentação do Direito[2], através de explicações para lacunas jurídicas e a rejeição veementemente à validade deste em justificações metafísicas:

Quando a si própria se designa como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. (KELSEN, 2003b:01).

É uma teoria que pretende a identificação do Direito com o Estado e a exclusão da noção de Direito e de Estado de referências valorativas e de justiça em busca da elaboração de um modelo normativo que valha para a universalidade de ordenamentos jurídicos (KELSEN, 2000). Nesse passo, o Estado, isento de elementos ideológicos e liberto de toda metafísica e de toda mística, é concebido como ordem de conduta humana.

Apesar das inovações incorporadas pelo pensamento do autor ele não conseguiu romper com os limites ideológicos de sua época, ou seja, seu pensamento não significou ruptura completa com paradigma liberal do Direito. Uma das razões dessa não ruptura é que o "princípio da imputação entendia bem distintos e separados os fatos do âmbito normativo, reforçando, a noção positivista de subsunção" (SOUZA CRUZ, 2004: 113).

Mas a obra de Kelsen, apesar dos elementos ainda positivistas, consegue justificar e mesmo expurgar algumas situações ocorridas nas funções estatais, como veremos adiante, com a função judicial.

Com base nesse pensamento Kelsen (2003b:247) revisita institutos (constituição[3], liberdade, soberania, povo e democracia) que delineados tanto na pré-modernidade quanto no início da modernidade devem para ele ser concebidos sem as justificações metafísicas, seja moral, ética ou política, mas por justificações racionais e objetivas. O normativismo Kelseniano é estritamente formalista baseada em padrões estritos de regras (sem abertura a princípios jurídicos como na contemporaneidade) e com isso os institutos em análise ganham contornos também formalistas e baseados em regras.

Mas essa delimitação é essencial para que na atualidade possamos melhor compreendê-los e aplicá-los. A concepção de Direito para Kelsen supera o dualismo clássico do Estado Liberal (Estado/Direito) já que o autor concebe o Direito como capaz de regular a sua criação, e, ainda, quando identifica Estado de Direito com a noção de Direito, os dois como ordenamento coercitivo das condutas humanas.

A partir dessa noção de Direito e Estado para Kelsen, analisamos primeiro a concepção de liberdade que segundo o autor é a estruturante da democracia.

Para Kelsen a liberdade deve ser entendida não apenas como liberdade negativa mas liberdade social ou política, significando a submissão do indivíduo ao Estado – e às suas formas de regulação das relações humanas – não por vontade ou coerção do Estado mas por vontade própria.

Em outras palavras a liberdade Kelseniana é a negação da 'legalidade natural ou causal' (livre arbítrio) e concebida como 'legalidade social', ou legalidade ético-política e jurídico-estatal. Dessa noção de liberdade - legalidade social - Kelsen demonstra que a liberdade política deve ser aquela percebida enquanto autodeterminação do próprio cidadão na formação vontade diretiva do Estado (KELSEN, 2003b:.28), e é por ela que chega-se ao Estado de ordem social.

Mas de que maneira essa liberdade política - liberdade do indivíduo frente ao domínio do Estado – tida como participação do cidadão no poder estatal, pode ser concretizada?

Kelsen responde a essa pergunta considerando outro instituto que veremos adiante: a Democracia. E para isso utiliza o princípio democrático, aquele em que o indivíduo submetido à ordem estatal, participa, por sua vontade livre, da elaboração do poder do Estado que a mantém, visando sempre a liberdade, na composição da sociedade. Para o autor, o Estado na Democracia é o sujeito do poder que é fruto da escolha do indivíduo dotado de liberdade política, que afirma a sua liberdade individual na união com outros indivíduos para o seu exercício na sociedade constituída.

Conclui Kelsen que, essa liberdade política, a qual se afirma em substituição à liberdade individual, consolida a soberania popular pois a liberdade dos cidadãos do Estado existe apenas quando exercida em conjunto, essencial para realização da democracia.

Para melhor entender a idéia de soberania, Kelsen procura definir a idéia de povo para então definir o que ele considera como democracia. Assim diferencia dois tipos de povo, um significando ‘povo passivo’ e o outro ‘povo ativo’.

Diz Kelsen que a Democracia é ‘forma de Estado e de sociedade’ em que a ordem social é realizada por quem está submetido à ela, ou seja, o povo. Mas como considerar esse plural (povo) como uma unidade para construir o Estado baseado na democracia? Afirma o autor que essa unidade deve ser vista apenas do ponto de vista jurídico, normativo, já que uma visão dotada de elementos políticos (religião, economia) evidenciaria a multiplicidade do mesmo.

Nesse sentido, é uno porque há submissão de todos os indivíduos a uma mesma ordem jurídica estatal que é constituída justamente pela unidade de variados atos humanos individuais. Povo, então, é para o autor ‘um sistema de atos individuais regulados e dirigidos pelo Direito do Estado (por sua ordem jurídica). Dessa submissão do povo ao ordenamento estatal e à suas regras é que o mesmo se constrói como objeto do poder já que eles participam, como visto na idéia de liberdade política, da criação desse ordenamento, e à ele conferem legitimidade.

A distinção mencionada anteriormente entre ‘povo passivo’ e ‘povo ativo’, aqui é respaldada, pois diz Kelsen, que nem todos os indivíduos que fazem parte do povo podem participar da criação da ordem estatal, já que nem todos são dotados de direitos políticos[4] *“o povo como conjunto de titulares dos direitos políticos mesmo, numa democracia radical, representa apenas uma fração dos indivíduos submetidos à ordem estatal, do povo como objeto de poder*” (KELSEN, 2000:37).

‘Povo ativo’ para ele significa, pois, aqueles que são dotados de direitos políticos e que participam na formação do Estado e ‘povo passivo’ aqueles que estão apenas submetidos à ordem estatal, nesse caso povo no sentido jurídico seria apenas ligado à idéia de ‘povo ativo’.

Ele continua dizendo que a definição de povo é mais restrita ainda, já que nem todos que detém direitos políticos guiam-se por seus próprios juízos na tomada de decisão na construção estatal. Diz ele que alguns dos titulares dos direitos políticos são influenciados por outros indivíduos.

Tão fundamental quanto entender a importância do povo na formação da idéia de Democracia kelseniana é entender como os partidos políticos influenciam na formação do Estado Democrático. Diz o autor: “a moderna democracia funda-se inteiramente nos partidos políticos, cuja importância será tanto maior quanto maior for a aplicação encontrada pelo princípio democrático” (Kelsen, 2000:39)

Os partidos políticos representam o agrupamento de homens de mesma opinião, essa união de iguais entre o ‘povo ativo’ serve em primeiro para erigir uma ordem jurídica estatal que amolde-se aos interesses dos mesmos e em segundo para garantir que esse grupo participe efetivamente da gestão pública. Essa segunda característica dos partidos

políticos pode ser nitidamente percebida na formação do parlamento e no momento de tomada de decisão que se justifica na relação entre maioria e minoria, base de governo e oposição.

Os partidos políticos no parlamento representam o interesse de determinado grupo na direção e constituição do Estado. Acontece que cada partido representa interesses diversos, assim a direção do Estado, resolvida no parlamento, é antes de tudo, um jogo de interesses, o que em determinado momento representa a vontade geral do povo, expressa por acordos previamente estabelecidos.

Nesse ponto Kelsen chega à conclusão que a Democracia moderna é uma democracia exercida indiretamente[5] pelo parlamento, onde forma-se a vontade geral para direção estatal, à partir da vontade da maioria de eleitos para o parlamento, eleitos pela maioria do 'povo ativo'. É através do parlamento que veremos, segundo o autor, a representação popular, como forma máxima de participação decisiva na formação da vontade estatal.

A representação do povo no parlamento para o autor nada mais é do que uma ficção legitimada pela soberania popular. Mas esse parlamento, segundo Kelsen para ser legitimado, como pretendido, não deve limitar a intervenção do 'povo ativo' na formação do Estado apenas nos atos parlamentares, deve estabelecer outras formas de intervenção como o referendo legislativo ou mesmo pelo plebiscito e ainda pela iniciativa popular. Também deve ser um parlamento que não funda suas decisões no sistema eleitoral majoritário mas em um sistema eleitoral proporcional.

Desta forma, demonstra Kelsen que a Democracia e a idéia de povo foram adotadas no ocidente e ainda perduram na modernidade ainda como idéia Grega de um governo do povo, para o povo, baseada na liberdade de autodeterminação política, que atua no interesse desse povo, associada à idéia de participação do povo nesse governo (na criação e aplicação de normas) a fim de que o poder estatal seja restringido em nome da liberdade desse mesmo povo, conformando as atividades e ações estatais pela soberania popular.

A liberdade do legislador está subordinara à Constituição e à medida que se varia o grau (Constituição, Lei, Decreto) aumenta a limitação em detrimento da liberdade. Daí o problema da regularidade, que para Kelsen é a relação de correspondência de um grau inferior com o grau superior da ordem jurídica.

Uma tentativa de Kelsen em *Jurisdição Constitucional* (2003a) é delimitar legislação e criação do direito (Lei e Direito) sem preocupações. Portanto, os atos seriam hierarquizados entre si porque se a Constituição regula a elaboração da Lei, a Legislação é, em relação à ela, aplicação do direito. Em relação ao Decreto, a Lei é criação do direito, da mesma forma, o Decreto é aplicação do direito em relação à Lei.

KELSEN (2003a) defende a organização das normas jurídicas segundo sua clássica noção piramidal e, portanto, defende o controle dos atos legislativos em relação à Constituição por um órgão independente do parlamento, mas que também se sujeita às Leis. A interpretação da anulação de leis por um Tribunal pode se enveredar tanto pelo campo da repartição do Poder Legislativo em dois órgãos como intromissão no Poder Legislativo (KELSEN, 2003a:152). Logo, a Jurisdição Constitucional não é

contraditória com a separação dos poderes, mas tão somente sua afirmação porque permite o controle e evita a concentração do Poder excessivo nas mãos de um só órgão.

Para Kelsen, a jurisdição constitucional é absolutamente determinada pela Constituição, é principalmente aplicação do direito e apenas em pequena medida criação do direito. Esta parte do pensamento de Kelsen é importante para compreendermos o problema que a atividade inovadora do STF produziu.

V A SÚMULA VINCULANTE E A TEORIA KELSENIANA

Tratar-se-á agora de relacionar o paradigma constitucional da atual Constituição Brasileira à luz do positivismo jurídico consagrado por Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito.

Em linhas gerais, KELSEN (2003b) vai dizer que o ordenamento jurídico emana de uma norma que se destaca das demais, pois ela seria, num processo silogístico, a premissa maior em relação ao sistema normativo cuja validade não pode ser posta em dúvida. Esta norma é chamada fundamental.

O autor destaca que o ordenamento jurídico terá esta norma fundamental como suporte quando surgirem questionamentos de normas consideradas inferiores, que vão tendo sua existência justificada nas normas superiores, logo, chegar-se-á à norma fundamental e, a partir deste momento, qualquer justificativa passa a ter um caráter transcendental, já que a única explicação possível para o acatamento da norma fundamental é a sobreposição da vontade de um ser superior, ou seja, passa a ser uma explicação metafísica[6].

A norma fundamental é pressuposta, já que não é posta por órgão jurídico ou costume, também, não há outra ordem jurídica superior a ela, pelo que é tida como soberana. Ocorre ainda, através do princípio da legitimidade "que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de outra norma desta". (KELSEN, 2003b:233).

Com base nos dizeres de Hans Kelsen, o poder constituinte originário outorgou ao povo o poder, consagrando o princípio da soberania popular no parágrafo único do artigo 1º da Carta Magna. No dizer de BOBBIO (1999:51) "*chama-se poder, a capacidade que o ordenamento jurídico atribui a esta ou aquela pessoa de colocar em prática obrigações em relação a outras pessoas*".

Nesse sentido, creio que a norma fundamental presente na Constituição Federal é justamente esta consagrada no artigo 1º, parágrafo único. Isso porque, ao fazer o exercício silogístico proposto por Kelsen, através da Teoria Pura do Direito, não há alternativa senão considerar como premissa maior a regra ali disposta, de que todo poder emana do povo, já que não existe explicação para que o constituinte outorgasse tal soberania e, de fato, não há outra forma de exercício do poder senão a que é prevista neste dispositivo da Constituição, pois qualquer outro ato constituiria uma revolução já

que se situaria fora dos limites impostos pela regra do parágrafo único do artigo 1º da CF/88.

O princípio da soberania popular é pressuposto, tendo em vista que não há ordem jurídica ou costume superior. É necessário frisar que, mesmo sendo o poder constituinte a origem da outorga do exercício do poder ao povo, não há como considerar a autoridade constituinte como o pressuposto do princípio da soberania popular, já que é uma instituição efêmera, cuja atribuição é tão somente promover a criação da nova ordem constitucional. *"O poder constituinte originário emana do fato revolucionário"*.(HORTA, 2003:28).

AGESTA citado por HORTA (2003:28) diz:

O poder constituinte não pode ser localizado pelo legislador, nem formulado pelo filósofo, porque não cabe nos livros e rompe o quadro das Constituições. Surge como o raio que atravessa a nuvem, inflama a atmosfera, fere a vítima e desaparece.

O poder constituinte é algo revolucionário, criado para romper uma ordem vigente através da criação de um novo sistema. A autoridade Constituinte, como Kelsen mesmo diz, não pode ser confundida a ponto de colocarmos a norma fundamental como submetida a uma autoridade superior. (KELSEN, 2003b:222).

Em razão de tais argumentos, entendo que a norma fundamental é o princípio da soberania popular, já que o exercício do poder será realizado, dentro das determinações da constituição, pelo povo. A forma como esse poder será exercido é tratada na Constituição, seja no artigo 1°, parágrafo único ou no artigo 14, incisos I, II e III, que tratam do plebiscito, referendo e iniciativa popular, respectivamente.

Por isso, surge uma questão: considerando que o poder emana do povo, ou seja, a consagração da soberania popular e que esta é uma norma fundamental, já que não existe outro meio de emanação de poder, qualquer outra forma de edição de uma regra, geral, autônoma, abstrata e inovadora seria negação da norma hipotética fundamental, conseqüentemente, negação do próprio Estado Democrático de Direito? Ou seja, pode a própria jurisdição constitucional negar vigência à norma fundamental?

A perspectiva que se tem é que a existência das cláusulas pétreas na Constituição Federal vem realmente limitar o exercício do poder legislativo que tenha por finalidade extirpar a separação de poderes (art.60, §4º, III). Com tal conclusão, o raciocínio lógico que se segue é que a edição de Súmulas Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, como no caso do uso de algemas e no caso de nepotismo fere a autonomia do poder soberano do POVO, norma hipotética fundamental da Constituição Federal, a qual representa toda a origem do Poder Estatal. Portanto, a jurisdição constitucional exercida neste sentido é ato revolucionário, que atenta contra a própria Constituição Federal e a soberania popular.

Os atos do Poder Judiciário, acima enumerados, ferem a soberania popular, são verdadeira violação da separação de poderes, logo, além de ferirem a Constituição por violação de competência privativa do Legislativo, ferem a limitação existente no artigo 60, §4°, inciso III da Constituição, que veda a iniciativa tendente a abolir a separação dos poderes.

Nem mesmo através da democracia direta, o povo, utilizando os instrumentos que a própria Constituição disponibiliza (plebiscito, referendo e iniciativa popular), pode romper com tais cláusulas, sem manejar qualquer ato revolucionário semelhante ao que dá origem ao poder constituinte.

Tem-se que esta situação implica numa ruptura da base do paradigma constitucional do Estado democrático de direito porque não há como se falar em democracia, se aos "donos do poder" (artigo 1º parágrafo único da CF) é vedado alterar normas cuja tangibilidade é protegida pelo "manto" das cláusulas pétreas, uma Instituição do Estado não pode usurpar sua competência, invadindo área de outro Poder, editando regra incompatível com os princípios constitucionais vigentes, principalmente em se tratando do STF, órgão máximo da jurisdição constitucional brasileira, o qual requer todo o respeito do jurisdicionado brasileiro.

Estando a norma fundamental – princípio da soberania popular – a sofrer limitação, a ordem jurídica, segundo a Teoria Pura do Direito, prescinde de validade. Para estar de acordo com a teoria, o sentido subjetivo contido no princípio da soberania popular deve estar em consonância com seu sentido objetivo, ou seja, de acordo com a ordem coerciva eficaz estabelecida por atos humanos, que em nossa proposição é a obediência ao princípio da soberania popular através do exercício pleno do poder pelo povo.

No mesmo sentido de Kelsen, cito o estudo de Souza Cruz , que em sua análise do pensamento de Habermas diz:

Certo é que a participação do interessado na prática de um provimento estatal é indispensável para a legitimidade do mesmo. Garantir essa participação da forma e nas condições que forem factíveis é uma exigência para a validade desse provimento e conseqüentemente das condições regulatórias do Estado. A postura excludente leva à falência do processo democrático e a postura paternalista se converte em uma nova espécie de discriminação por ignorar o outro, coisificando-o no caminho da compensação de danos e promovendo o fortalecimento de esteriótipos de identidade. (SOUZA CRUZ, 2006).

Desta forma, sem a participação dos detentores do poder ou se prejudicado o exercício da soberania popular quando o assunto é referente, por exemplo, a modificação de uma cláusula pétrea, a validade das normas que regulam o Estado são prejudiciais à democracia e, sendo assim, o paradigma constitucional também passa a ter a sua premissa questionada.

Em termos fáticos, isto implica dizer, mais uma vez, que não há um Estado democrático de direito. O paradigma não possui a validade que lhe deve ser inerente, portanto, o rompimento da sociedade com o ordenamento jurídico é algo inevitável e a trajetória a que este fato leva é a revolução, conseqüentemente, a assunção de uma nova ordem constitucional, caso continuem com o desrespeito em relação às normas postas em vigência em 1988.

VI CONCLUSÃO

A partir do que foi colocado é possível concluir que a Teoria positivista de Kelsen explica bem o fenômeno das súmulas vinculantes. A tradição brasileira é, evidentemente, romano-germânica, com a edição de Códigos e Leis que vão regular a vida em sociedade. Com os atuais institutos importados da tradição do direito anglo-saxão, como é o caso da súmula vinculante, a cultura jurídica do país vai sendo alterada e na maioria das vezes isso pode representar insegurança jurídica porque os tribunais brasileiros ainda são positivistas/legalistas, aplicando a subsunção da norma ao caso concreto.

Fica evidente que este exercício de subsunção não será possível porque as súmulas vinculantes, como é a proposta do Supremo Tribunal Federal, deverão ser aplicadas *de persi* e não serão analisados os fatos que lhe deram origem, como ocorre, por exemplo, com os precedentes no direito anglo-saxônico.

O positivismo Kelseniano não afastou a possibilidade de aplicação de normas de conteúdo valorativo, como são os princípios constitucionais, já que no caso de inexistência de norma específica, o Juiz poderá aplicar os princípios gerais de direito, os usos e costumes. Aliás, isso é definido no Brasil através da Lei de Introdução ao Código Civil, ainda em vigor.

Acreditamos que não se pode falar em pós-positivismo como uma forma de entender a aplicação do direito a partir, também, dos princípios. Isso já era possível no positivismo Kelseniano, mas essa discussão fica para outra oportunidade[7].

O que vale registrar de importante para essa discussão é que a edição das Súmulas Vinculantes nº 11 e 13, da forma como surgiram, afrontam a soberania popular e a separação de poderes. Ora, se fere cláusula pétrea da Constituição, a única conclusão a que podemos chegar é que as súmulas, como norma geral, autônoma, abstrata e inovadora, como é o caso das súmulas vinculantes nº 11 e 13, são risco para a manutenção de um Estado que se pretenda democrático através do direito.

Muito mais do que resolver os problemas de morosidade do Judiciário, com medidas que não observam a especificidade de cada caso concreto, o Supremo Tribunal Federal, de fato, legislou no caso das súmulas vinculantes. Isso demonstra que *Coronelismo* narrado por HOLANDA (1995) ainda mantém fortes traços na cultura brasileira, já que as instituições democráticas – a soberania popular e a separação dos poderes – só são exigíveis de brasileiros que estão fora dos três Poderes.

A cultura jurídica brasileira fica marcada pelo exercício em excesso da Jurisdição Constitucional no caso das Súmulas Vinculantes e o resultado disso só o tempo e a história poderão revelar.

VII REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2ª edição. São Paulo: Boi Tempo, 2007.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte; Del Rey, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1999.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em http: www.stf.jus.br Acesso em 02 de dezembro de 2008.

COMPARATO, Fábio Konder**. A nova cidadania**. In: _____ *Direito público*: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996, p.3-24.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Hermenêutica Constitucional e Pluralismo**. IN. SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito:** Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Speeder. Edições Loyola, 2002.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2ª Ed. São Paulo:Martins Fontes,2000.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003**.**

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido Processo Legislativo**: uma justificativa democrática do controle jurisdicional de constituição das leis e do processo legislativo. 1ª Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **Habermas e o direito brasileiro**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumem Yuris, 2006.

_____. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VILLANI, Maria Cristina Seixas. **Cidadania Moderna: Fundamentos Doutrinários e Desdobramentos Históricos**. Publicado in Caderno de Ciências Sociais. Belo Horizonte, vol.8, nº11, p.47-64, dezembro de 2002.

---

[1] Pode causar estranheza a utilização das teorias Kelsenianas sobre democracia, povo, cidadania e soberania popular, já que o autor é ligado ao paradigma moderno de direito traduzido em Estado Liberal (preso a legalidade, sob Império da lei formal) e à filosofia da consciência, que valoriza o homem em seu conhecer sozinho – homem monológico- e que portanto impregna tais concepções de conceitos positivistas sem a abertura para o diálogo como os construídos na contemporaneidade, pelo modelo discursivo do E.D.D. Mas as análises positivistas de Kelsen são o ponto de partida para a construção da

efetividade constitucional, mesmo que o autor exclua concepções ideológicas e políticas de tais institutos, o que no atual paradigma vemos ser impossível. Mas suas considerações sobre a fundamentação do direito são as mais atuais possíveis

[2] KELSEN, 2003: “empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é purificada de toda ideologia política[...] uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto” (Prefácio a 1ª edição da Teoria Pura do Direito)

[3] KELSEN,2003:247“A Constituição [...] significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais. Constituição em sentido formal, isto é, um documento não só que contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes, e além disso preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos”.

[4] “Direito político [...] o direito subjetivo de um indivíduo[...] ou de um direito político, isto é o poder jurídico conferido a um indivíduo de intervir, já diretamente, como membro da assembléia popular legislativa, na produção das normas jurídicas gerais a que chamamos leis, já indiretamente, como titular de um direito de eleger para o parlamento ou para a administração, na produção das normas jurídicas que o órgão eleito tem competência para produzir...” (KELSEN, 2000:162)

[5] Para Kelsen a democracia direta idealizada na Antiguidade na Grécia é impossível de ser aplicada ao nosso tempo porque cada vez mais torna-se maior a ‘coletividade estatal’.

[6] Daí a razão de ser dito norma fundamental, já que Kelsen rejeita a metafísica na explicação do Direito.

[7] GOMES (2000) trabalha esta problemática entre positivismo e pós-positivismo.

A NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DAS VARAS CÍVEIS[*] [**]

THE NECESSITY FOR SPECIALIZATION OF CIVIL DISTRICT COURTS

Janete Ricken Lopes de Barros
Mariana Caetano da Silva Souza Schwindt

RESUMO

O significativo aumento de ações nas Varas Cíveis relativas ao Direito Bancário, tem comprometido a tramitação processual especialmente quanto à tempestividade, de todos os feitos cíveis. Mediante análise dos dados obtidos por meio de pesquisa empírica, o presente artigo abordará a questão da prestação jurisdicional e a necessidade de especialização das Varas, quando uma determinada matéria abarca mais da metade das demais demandas cíveis, a fim de não comprometer todo o sistema. A coleta de dados se deu nos primeiros cinco meses de 2009 na 1ª e única Vara Cível de Samambaia, Distrito Federal, e teve como parâmetro de comparação a situação encontrada em Florianópolis, Santa Catarina, no ano de 2004, quando da instalação da 1ª Vara de Direito Bancário no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: AUMENTO DAS DEMANDAS, VARAS CÍVEIS, CONTRATOS BANCÁRIOS, ESPECIALIZAÇÃO, PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, TEMPESTIVIDADE.

ABSTRACT

The increasing number of judicial actions presented at Civil District Courts on commercial bank law matters has compromised the judicial process, specially the justice access of all civil lawsuits. Through the analyses of data reached by an empiric diligence, the following article will approach the problem of jurisdiction and the need for specialization of Courts, since the amount of lawsuits about only one subject exceeds more than one half of all others, with the intention it doesn't prejudice the whole legal system. The research was focused on the first five months of 2009, at the only Civil District of Samambaia, Distrito Federal, Brazil, which was compared with the situation of the first Commercial Bank's Court installed in Brazil, founded in 2004 in Florianópolis, Santa Catarina.

KEYWORDS: ENLARGEMENT OF JUDICIAL ACTIONS, CIVIL COURTS, BANKING CONTRACTS, SPECIALIZATION, JURISDICTION, REASONABLE TIME.

---

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

[**] Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público.

1 INTRODUÇÃO

Os contratos de empréstimos bancários com cláusula de alienação fiduciária, regulados pelo Decreto-Lei n. 911, de 1º de Outubro de 1969, com as substanciais alterações inseridas com o advento da Lei n 10.931/04, ao lado dos contratos de arrendamento mercantil de bens móveis são responsáveis por um grande número de ações ajuizadas no Judiciário e em trâmite nas Varas Cíveis.

A presente pesquisa, mediante coleta de dados, pretende fazer um paralelo entre o volume de ações requeridas pelas instituições financeiras nos Juízos Cíveis, com as demais demandas e a correspondente consequência na demora da tramitação dos processos.

Partimos do exemplo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que implantou a 1ª Vara de Direito Bancário do Brasil em 9/11/2004 na cidade de Florianópolis. A iniciativa se deu diante das estatísticas da Corregedoria-Geral de Justiça que já apontavam, nas sete Varas Cíveis existentes naquela Comarca, que o montante de 40% a 45% dos novos processos (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2004) [1] ajuizados mensalmente eram relacionados ao Direito Bancário. Ao final, é feitor um comparativo com a situação encontrada no Distrito Federal nos primeiros cinco meses de 2009.

Nesses termos, como proposta do presente trabalho, pretende-se verificar, mediante pesquisa empírica quantitativa no Distrito Federal, especificamente na 1ª e única Vara Cível de Samambaia, se o percentual de ações ajuizadas nas Varas Cíveis se aproxima em 2009 da realidade do que se apresentava em Santa Catarina em 2004, e, em consequência, propor a medida de adequação de especialização das Varas por matéria. Se tomado como eficaz, verifica-se a conveniência de adoção do procedimento em todo o país.

A pesquisa de campo de caráter quantitativo foi realizada pelas autoras deste artigo, iniciando-se com a busca de relatórios, junto ao Serviço de Distribuição do Fórum de Samambaia, das ações distribuídas - no período de 1/1/2009 a 31/5/2009 - à 1ª Vara Cível daquela Circunscrição Judiciária, pertencente ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT.

O problema para o qual se buscará uma resposta é se há a necessidade de especialização das Varas Cíveis para agilizar a prestação jurisdicional e garantir o efetivo acesso à justiça a todos os jurisdicionados.

Para a análise dos dados obtidos, importante inicialmente abordar o instituto da alienação fiduciária e do arrendamento mercantil, bem como os princípios constitucionais que envolvem o tema quanto ao acesso à justiça e a duração razoável do processo.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROCEDIMENTO DA BUSCA E APREENSÃO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM ARRENDAMENTO MERCANTIL

O crescimento da economia no Brasil e o aumento do incentivo fiscal concedido pelo governo à compra de carros, dentre outros fatores sócio-econômicos da modernidade, acarretam a crescente demanda de bens de consumo no comércio. Entretanto o número de inadimplência dos consumidores também sobe e, em conseqüência, os financiadores buscam, cada vez mais, o Poder Judiciário para resolução desse impasse.

É importante ressaltar que esse fenômeno gerador de conflitos sociais não é algo recente ou transitório. A utilização de crédito para a aquisição de veículos automotores, segundo a ANAF - Associação Nacional das Empresas Financeiras das Montadoras - entidade responsável por divulgar trimestralmente os dados estatísticos, criada em setembro de 1993 [2], corresponde à 56 % da frota de veículos no país financiada (PORTAL DE NOTÍCIAS G1 GLOBO) [3].

A grande questão desse círculo vicioso é que as Varas Cíveis se encontram numa situação muito desconfortável. De um lado as ações de busca de bens crescem numa progressão geométrica, impedindo o regular andamento dos feitos que abarquem outras matérias, uma vez que os pedidos de liminares têm preferência legal. Lado outro, aquelas questões afetadas ao judiciário, à margem desse grupo, permanecem sem retorno jurisdicional, ou com evidente retardo na tramitação.

Nesse contexto econômico, a garantia mediante alienação fiduciária nos contratos firmados entre instituição financeira e o consumidor para a aquisição de veículo automotor tem sido cada vez mais usual. Para isso, basta acompanhar a distribuição de feitos nas Varas Cíveis dos Tribunais de Justiça Estaduais, como o fez o Judiciário de Santa Catarina.

O procedimento especial de busca e apreensão do bem, gravado fiduciariamente, em caso de inadimplência contratual, está regulado no Decreto-Lei n.

911/69, com as alterações advindas da Lei n. 10.931, de 2/8/2004, a seguir descrito:

> Art. 3º. O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.
> § 1º **Cinco dias após executada a liminar mencionada no "caput", consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem ao patrimônio do credor fiduciário**, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre de ônus da propriedade fiduciária. § 2º **No prazo do § 1º**, **o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente**, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, **hipótese na qual o bem será restituído livre do ônus**.
> § 3º O devedor fiduciante **apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar.**
> § 4º A resposta poderá ser apresentada ainda que o devedor tenha se utilizado da faculdade do § 2º, caso entenda ter havido pagamento maior e desejar restituição.
> **(grifo nosso)**

Vale lembrar que no procedimento anterior à edição da Lei n. 10.931/04 (NEGRÃO, 1996) o prazo era de três dias para requerer a purga da mora ou apresentar contestação. Entretanto, a posse e propriedade plena do bem se consolidavam nas mãos do credor somente com a prolação da sentença, nos seguintes termos:

> Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou inadimplemento do devedor.
> § 1º Despachada a inicial e executada a liminar, **o réu será citado para, em três dias, apresentar contestação ou, se já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado, requerer a purgação da mora.**
> § 2º Na contestação **só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais**. **(grifo nosso)**
> §3º **Requerida a purgação da mora tempestivamente, o juiz marcará data para o pagamento**, que deverá ser feito em prazo não superior a dez dias, remetendo, outrossim, os autos ao contador para cálculos do débito existente, na forma do art. 2º e seu § 1º.
> § 4º **Contestado ou não o pedido e não purgada a mora, o juiz dará sentença de plano em cinco dias, após o decurso do prazo de defesa, independentemente da avaliação do bem**.
> § 5º **A sentença**, de que cabe apelação, apenas, no efeito devolutivo, **não impedirá a venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente** e consolidará a propriedade e a posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário fiduciário. Preferida pelo credor a venda judicial, aplicar-se-á o disposto nos arts. 1.113 a 1.119 do Código de Processo Civil. [...]
> **(grifo nosso)**

As partes grifadas destacam o quanto as alterações estabeleceram mais vantagens, o que leva às instituições financeiras a optarem pelos contratos com garantia real fiduciária, diante do célere procedimento judicial especial previsto em caso de inadimplência do devedor fiduciante. Ademais, a tramitação é prioritária diante da possível liminar a ser concedida.

A alienação fiduciária em garantia é instituto diverso do arrendamento mercantil ou *leasing*, contudo acabam desempenhando papel similar, conforme o magistrado Hélio do Vale Pereira, Juiz instalador da primeira Unidade de Direito Bancário no país, em Florianópolis:

> Tanto na alienação fiduciária em garantia como no arrendamento mercantil, é inegável, existe escopo de garantia e de imediata utilização de um bem de consumo durável. Em ambas as situações, ainda, há as figuras do agente financiador, do produtor e do consumidor, mesmo que, nos dois casos, o industrial que confeccionou o bem e o colocou no mercado não apareça na relação comercial final (PEREIRA, 2008, pp. 45-46).

Entretanto, deve-se ressaltar a principal diferença que está no fato de o *leasing* não gerar efeitos pessoais, já que não há a constituição de direito real. Na modalidade financeira do arrendamento mercantil o negócio consiste em uma instituição adquirir um bem indicado pelo consumidor e lhe deferir a posse, nos termos de uma locação por tempo determinado. Alcançado o termo final do contrato, o arrendatário pode adquirir o bem, devolvê-lo ou prorrogar a vigência da locação. É o que a doutrina chama de tríplice escolha.

No caso específico do contrato de bens como os automóveis e motocicletas, é acrescida a cláusula pela qual na quantia mensal a ser paga por parte do arrendatário, além da contraprestação pela posse e pela depreciação do uso, agrega-se um valor residual garantido (VRG), o que corresponde a uma forma de aquisição fracionada do bem.

A inserção da cláusula prevendo o pagamento de valor residual garantido não descaracteriza o contrato, é apenas uma das diversas modalidades de *leasing*, do tipo financeiro ou bancário. As demais modalidades não serão tratadas neste trabalho, uma vez que o modelo brevemente traçado é o utilizado para a aquisição de veículos e tem contribuído no aumento das demandas cíveis:

> Desde logo cabe advertir que as modalidades de leasing, a seguir referidas, não esgotam todas as possibilidades, seja porque o

> arrendamento mercantil é relativamente recente, seja porque a criatividade própria do mundo empresaria continua ensaiando novas fórmulas, para atender às necessidades emergentes no fornecimento de produtos e serviços no mercado, seja, enfim, em função das diretrizes do *consensualismo* e da *liberdade contratual*, pelas quais a ordem pública recepciona e valida os negócios em geral, presentes os quesitos seguintes: "agente capaz; objeto lícito; possível; determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei" (art. 104 do novo Código Civil – Lei 10.406/2002, correspondente ao art. 82 do Código de 1916) (MANCUSO, 2002, p. 50).

A fórmula adotada não vincula o arrendatário a aquisição final do veículo automotor, permanece a opção de devolvê-lo, o que implica na rescisão contratual e a consequente imposição da devolução do VRG pago antecipadamente. Esse entendimento firmou-se na jurisprudência do TJDFT:

> 1. OS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL SÃO REGIDOS PELAS NORMA DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR, NORMA DE ORDEM PÚBLICA, (ART. 1º DOCDC). CONSEQÜENTEMENTE, O DESCUMPRIMENTO DESTAS NORMAS, POR ENVOLVER QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA, NÃO SOFRE PRECLUSÃO E PODE SER CONHECIDO DE OFÍCIO PELO JUIZ.
> 2. AS CLÁUSULAS INSERTAS NO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL, QUE SEJAM ABUSIVAS OU COLOQUEM O CONSUMIDOR EM DESVANTAGEM EXAGERADA OU, AINDA, SEJAM INCOMPATÍVEIS COM A BOA-FÉ OU A EQÜIDADE, SÃO NULAS DE PLENO DIREITO, A TOER DO QUE DISPÕE O ART. 51, IV, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.
> 3. DESTE MODO, SE NO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL HÁ CLÁUSULA PREVENDO A PERDA OU RETENÇÃO DO VRG, NÃO HÁ JULGAMNETO EXTRA PETITA, QUANDO O JUIZ, VERIFICANDO A NULIDADE DESTA CLÁUSULA, ASSIM A DECLARA E DETERMINA A SUA RESTITUIÇÃO.
> 4. A FORMA DE PAGAMENTO DO VRG INSERE-SE NA LIBERDADE DOS CONTRATANTES, QUE PODEM AVENÇAR O SEU PAGAMENTO ANTECIPADO E PARCELADO, SEM QUE, COM ISSO, IMPLIQUE NA OPÇÃO ANTECIPADA DA COMPRA (SÚMULA 293 DO STJ). NESTA HIOÍTESE, OS VALORES PAGOS A ESTE TÍTULO FORMAM UM ATIVO DO ARRENDATÁRIO E PASSIVO DO ARRENDANTE, E ASSIM PERMANECEM ENQUANTO NÃO FOR FEITA A OPÇÃO PELA COMPRA DO BEM.
> 5. SE O CONTRATO FOI RESCINDIDO E O APELANTE REINTEGRADO NA POSSE DIRETA DO BEM, IMPÕE-SE A DEVOLUÇÃO DO BRG PAGO ANTECIPADAMENTE DE MODO QUE NHENHUMA DAS PARTES SE BENEFICIE EM DETRIMENTO DA OUTRA.

> 6. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPORVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL 20020710047199 APC DF)

Em termos práticos, o arrendamento mercantil e a alienação fiduciária se aproximam por satisfazerem o consumidor quanto a permitirem o imediato gozo de bem. Conquanto o regime processual seja diferente, as ações de reintegração de posse, na modalidade contratual de *leasing*, após o cumprimento da liminar, seguem o rito comum ordinário, mas há proximidade quanto à eficácia do crédito do financiador, pois nos dois casos o credor poderá buscar diretamente o objeto alienado fiduciariamente ou arrendado, em caso de descumprimento contratual, evitando inclusive concurso com outros credores.

Por meio de uma pesquisa empírica, pode-se avaliar, ou melhor, tentar quantificar se o direito de acesso à justiça está sendo ou não afetado quanto às demais causas em tramitação nos juízos cíveis, tendo como enfoque que a duração razoável do processo é um dos princípios que levam à efetividade da prestação jurisdicional.

3 O ACESSO À JUSTIÇA E A TEMPESTIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O art. 5º da Constituição Federal consagra, no rol dos direitos fundamentais, o direito de acesso à justiça: “inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Contudo, estar em juízo vai muito além do ajuizamento de uma ação e, nesse viés, o atual movimento de acesso à ordem justa deve ser abordado do ponto de vista da necessidade de adaptar o processo ao direito material que se reivindica. Essa empreitada da legislação processualística, consubstanciada em um desafio do Poder Judiciário, deve partir da análise das características que diferenciam um litígio de outro e do respectivo grau de complexidade de solução das lides.

Verifica-se a necessidade de desburocratização dos procedimentos na busca da essencialidade nos serviços prestados, para vencer os principais obstáculos processuais, o que importa em estudar o inter-relacionamento das barreiras detectadas. Cappelletti chama a atenção para o movimento que entende o mais importante em relação à reforma do processo que se caracteriza pelo que se pode denominar de desvio especializado e pela criação de tribunais especializados:

> O ímpeto dessa nova tendência em direção à especialização

> pode ser tornado claro se fixarmos nosso foco de atenção nos tipos de demandas que, em grande medida, provocaram as "três ondas" de reforma para possibilitar melhor acesso à justiça (CAPPELLETTI, 1988, p. 90).

O princípio do acesso à ordem jurídica, ao lado do princípio do devido processo legal, formam:

> fundamento básico de todo o sistema processual de efetivação das normas e de proteção dos direitos constitucional e infraconstitucionalmente prescritos. Ambos emergem como garantias substanciais da realização do Estado Democrático de Direito ao assegurarem para todos, indistintamente, a possibilidade de perseguir pela via judiciária, desenvolvida por autoridade estatal competente, com base no princípio do contraditório, através de instrumentos legais, dialéticos, igualitários e eficazes, a observância dos seus direitos (MENDONÇA, 2005, p .161).

A razoável duração do processo, princípio inserido no Texto Constitucional através da EC n. 45/2004, no art. 5º, inciso LXXVIII, na qualidade de direito fundamental, espelha a insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional e a busca de efetividade no serviço prestado pelo Estado através do Poder Judiciário.

O direito ao processo em tempo razoável pode ser classificado como um direito prestacional, pois o Estado tem o dever de possibilitar a todos os jurisdicionados um processo sem dilações indevidas (NICOLITIT, 2006, p.38).

Nessa luta pela efetividade da jurisdição ressalta-se que:

> A inquietação com o tempo empreendido no processo é, portanto, preocupação constante não só da doutrina do direito, mas também das partes que litigam em juízo, caracterizando a morosidade o maior tormento daqueles que anseiam pela busca da tão emblemática justiça social e jurídica (ROCHA, 2007, p. 85).

Na atualidade, os contratos de empréstimos pelas instituições financeiras com os consumidores são realizados com enorme facilidade, graças à informática e ao acesso globalizado aos sistemas existentes. Essas ferramentas atingem diretamente os institutos da alienação fiduciária e do *leasing* já mencionados. Isso tem gerado um perceptível aumento de ações ligadas ao Direito Bancário, o que leva à lentidão das Varas Cíveis. É a relação desse volume de processos com o tempo da prestação jurisdicional que se pretende verificar mediante a coleta de dados.

4 O PROCESSO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE PRINCÍPIOS

A Constituição, através dos princípios, cria uma ponte entre o Direito Processual e o Direito Constitucional. Nesse sentido

> é de assinalar que, com a "publicização" do processo, por obra de novas correntes doutrinárias no Direito Processual contemporâneo, os laços do Direito Constitucional com o Direito Processual se fizeram tão íntimos e apertados que dessa união parece resultar uma nova disciplina em gestação: o Direito Processual Constitucional (BONAVIDES, 2007, p. 46).

O processo é o instrumento da jurisdição e é através dele que o juiz pode e deve propiciar a ampla participação das partes, concretizando os direitos fundamentais contidos na Constituição Federal.

O esforço de criar sociedades mais justas e igualitárias centrou as atenções sobre as pessoas comuns – aqueles que se encontravam tradicionalmente isolados e impotentes ao enfrentar organizações fortes e burocracias governamentais:

> Nossas sociedades modernas, como assinalamos, avançaram, nos últimos anos, no sentido de prover mais direitos substantivos aos relativamente fraco – em particular, aos consumidores contra os comerciantes, ao público contra os empregados (e os síndicos contra os locadores, aos empregados contra os empregadores (e os sindicatos) e aos cidadãos contra os governos. Embora reconhecêssemos que esses novos direitos precisam de maior desenvolvimento legislativo substancial, os reformadores processualistas aceitaram o desafio de tornar efetivos os novos direitos que foram conquistados (CAPPELLETTI, 1988, p. 91).

Gilmar Mendes (MENDES, 2004, p. 118) trata a vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais, afirmando que:

> dessa vinculação resulta para o Judiciário não só o dever de guardar estrita obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, em especial dos direitos fundamentais, seja nas relações entre os particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre particulares. Da vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais decorre, ainda, a necessidade de se aferir a legitimidade das decisões judiciais, tendo em vista, sobretudo a correta aplicação desses direitos aos casos concretos.

A especialização das Varas Cíveis agregada à correta utilização dos

instrumentos processuais pode garantir a efetividade dos resultados, ficando o direito processual com a tarefa de construir os meios indispensáveis para entregar ao cidadão aquilo que teria obtido, caso outrem não tivesse se oposto ao cumprimento de suas obrigações.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios detém competência regimental para especializar as Varas, nos termos da Lei n.11.697/2008 [4]. Ao tomar conhecimento de situações em que, por meio de critérios razoáveis, um tipo de procedimento alcança numericamente mais da metade do total dos feitos ajuizados nas Varas Cíveis, deve-se implantar as medidas necessárias à referida especialização, para garantir o acesso à justiça e a tempestividade na prestação jurisdicional. Identifica-se esta tarefa como um evidente desafio do Poder Judiciário intrínseco às exigências da era moderna.

5 A PESQUISA EMPÍRICA

Por meio de uma pesquisa empírica[5] pode-se avaliar, ou melhor, tentar quantificar se o direito de acesso à justiça está sendo ou não desrespeitado, tendo como premissa que um tipo de pretensão, qual seja, a retomada de bens móveis por parte do credor, por seu volume significativo, está retardando a tramitação processual de todos os feitos nas Varas Cíveis.

A coleta de dados foi realizada exclusivamente pelas autoras deste trabalho, levando-se em consideração as ações distribuídas no período de 1/1/2009 a 31/5/2009 à 1ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Samambaia, pertencente ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT, mediante dados do relatório dos feitos distribuídos.

Outro fator decisivo para a escolha do local da pesquisa foi o fato de a Circunscrição Judiciária de Samambaia conta com uma única Vara Cível, implantada em 1996, abrangendo as cidades de Samambaia (Administração Regional de Samambaia – RA – XII [6]) e Recanto das Emas (Administração Regional do Recanto das Emas – RA – XV [7]), as quais juntas ultrapassam a população de 300.000 habitantes (GDF - PORTAL DO CIDADÃO).

A pesquisa consistiu inicialmente na análise quantitativa dos feitos distribuídos, cujos resultados serão apresentados em gráficos, e foi seguida de uma análise qualitativa das liminares deferidas e efetivamente cumpridas e demais situações

processuais que ocorreram em cada feito no período previamente delimitado.

Após, foram separados os feitos do mês de janeiro de 2009 para analisar-se a situação dos andamentos processuais quanto ao deferimento das liminares nas ações de busca e apreensão e arrendamento mercantil, galgando verificar a situação do cumprimento dos mandados e a efetiva localização do bem.

Os seguintes dados e situações foram levantados:

A - Processos distribuídos entre 1/1/2009 e 31/05/2009

a1 - Total de distribuídos no período: 1561 (100%)

a2 - Busca e apreensão: 446 (29,85%)

a3 - Outros feitos: 638 (40,87%)

a4 - Reintegração de posse: 477 (30,55%)

a5 - Total de reintegração de posse e de busca e apreensão: 923 (59,12%)

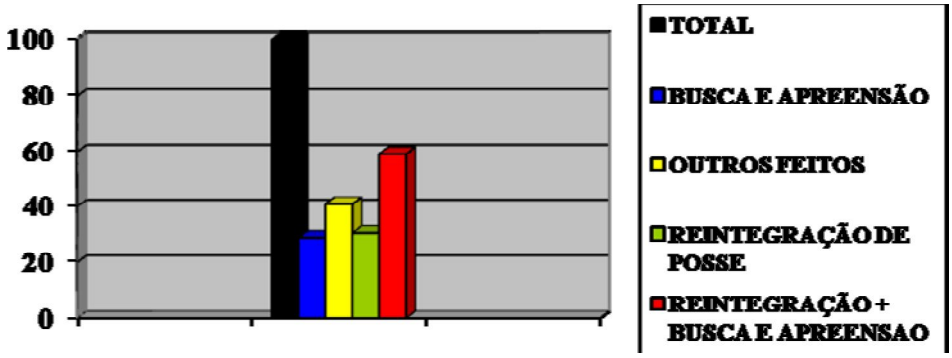

Figura 1

Observa-se por meio do gráfico 1 que os outros feitos ajuizados no período entre o dia 1 de janeiro 1 31 de maio de 2009, 638 ações, ou seja, excluídas as reintegrações de posse e busca e apreensão, não atingem nem a metade do total dos novos processos instaurados nesse período. Portanto, 58,32% são ações relacionadas ao Direito Bancário, índice maior do que o já constatado nas Varas Cíveis de Florianópolis no ano de 2004 (40 a 45%).

Do quantitativo de 638 (40,87%), extrai-se da estatística do período de 1/1/2009 a 31/05/2009 os seguintes feitos cíveis, em números mais significativos, assim denominados:

- 4 Alienações judiciais;

- 9 Anulatórias;
- 11 Alvarás;
- 6 Arrestos;
- 91 Cobranças;
- **17 Consignações em Pagamento** (essas se referem também ao Direito Bancário, pois se tratam de consumidores de bens com gravame requerendo a consignação das prestações que entendem devidas);
- 33 Declaratórias;
- 12 Despejos;
-**16 Exceções de incompetência** (requeridas por consumidores de bens com reserva de domínio – alienação fiduciária e arrendamento mercantil – que estão consignando as prestações contratuais em outro Juízo);
- 73 Execuções de títulos extrajudiciais;
- **5 Exibições de documentos** (cautelares antecipatórias de revisionais de cláusulas de contratos de financiamentos bancários);
- 35 Indenizações;
- 26 Obrigações de fazer (rito ordinário);
- 9 Ordinárias (distribuídas com essa nomenclatura);
- 10 Reparações de danos;
- 3 Repetições de indébitos;
- **21 Rescisões Contratuais** (destes feitos vários estão relacionados aos contratos de direito bancário);
- 38 Monitórias;
- **13 Revisões Contratuais** (pleiteando revisão das parcelas contratadas para financiamento de veículos automotores.

Portanto mais 72 ações distribuídas no período estão indiretamente ligadas ao Direito Bancário, o que vem representar, somadas as 893 relativas à busca e apreensão e reintegração de posse, um percentual de 63% de todos os feitos em tramitação na 1ª Vara Cível de Samambaia-DF nos primeiros cinco meses do ano de 2009.

B – Processos distribuídos entre 1/1/2009 e 28/1/2009

b1 - Total de distribuídos no período: 271 (100%)

b2 - Busca e Apreensão: 80 (29,52%)

b3 - Outros Feitos: 123 (45,39%)

b4 - Reintegração de Posse: 68 (25,10%)

b5 - Total de Reintegração de Posse e de Busca e Apreensão: 148 (54,61%)

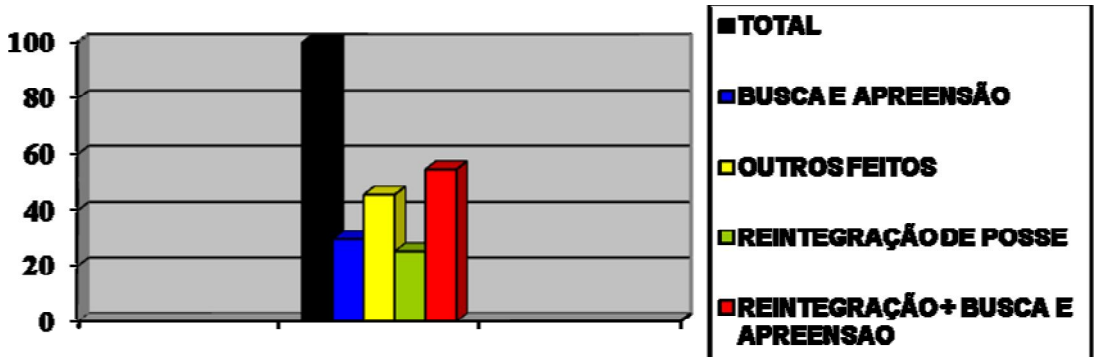

Figura 2

Por meio da figura 2, percebe-se que em um único mês (janeiro) a situação se repete, no compasso do que ocorreu no período de cinco meses (janeiro a maio), gráfico 1.

Assim, as demandas que têm o intuito de reaver bens móveis, em virtude de inadimplemento contratual, representando 54,61%, superam numericamente os demais pleitos.

A pesquisa atinente à tramitação processual se restringiu às ações de busca e apreensão e reintegração de posse ajuizadas no período de 1 a 28 de Janeiro de 2009, com o escopo de apresentar uma visão superdimensionada da questão.

C – Situação da tramitação processual em 17/8/2009 dos feitos de busca e apreensão e de arrendamento mercantil, distribuídos entre 1/1/2009 e 28/1/2009

c1 - Total de distribuídos no período: 148 (100%)

c2 - Liminares deferidas e cumpridas: 14 (9,46%)

c3 - Liminares deferidas e não cumpridas: 25 (16,89%)

c4 - Feitos extintos sem resolução do mérito e declínios de competência (não houve liminar: 53 (35,81%)

c5 - Liminares deferidas em cumprimento (mandados desentranhados para cumprimentos em outros endereços que não o indicado na inicial): 56 (37,84%)

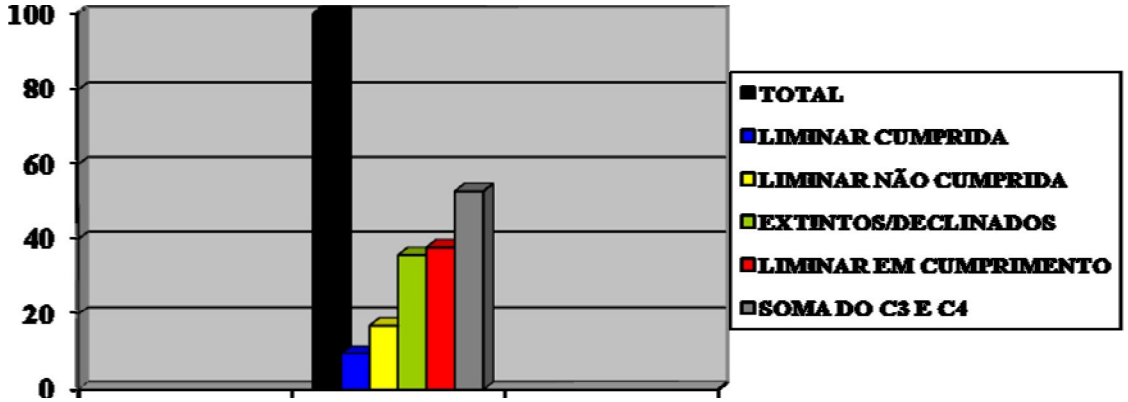

Figura 3

Observa-se nas figuras 2 e 3 que as ações de busca e apreensão e reintegração de posse em tramitação, além de ultrapassarem em quantidade numérica os demais feitos, na maioria dos casos, não alcançam o objetivo final, qual seja: a efetiva busca do bem dado em garantia.

Vários fatores podem estar ocasionando esse fenômeno, o que não é a matéria de fundo desse estudo. Contudo, pode-se, mediante a pesquisa realizada, afirmar que tanto está sendo prejudicada a tramitação das demais ações, quanto não está tendo êxito o cumprimento das liminares para localização dos bens, nas ações de busca e apreensão (com alienação fiduciária) e de reintegração de posse (com arrendamento mercantil).

Uma vez constatada a influência no tempo da razoável prestação jurisdicional, o Estado, notadamente o Poder Judiciário, deve se dotar de meios necessários para a descontinuidade desse fenômeno e o que se propõe é a especialização das Varas Cíveis no ramo de Direito Bancário, nos termos do que fez Santa Catarina.

CONCLUSÃO

O efetivo acesso à justiça se realiza por meio do devido processo legal, que se encontra no patamar de garantia fundamental, na base dos demais princípios constitucionais, com o intuito de buscar resultados justos, o que deve ocorrer tempestivamente.

A pesquisa realizada coloca em destaque a importância da prestação jurisdicional célere para a garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

Observando-se o congestionamento das Varas Cíveis, em face dos contratos financeiros, garantidos por um bem móvel, e o respectivo inadimplemento, percebe-se que está ocorrendo um prejuízo para o jurisdicionado quanto ao tempo de tramitação de todos os feitos submetidos à competência cível.

A questão do tempo no processo está atrelada à própria ideia de justiça, uma vez que o excesso de tempo na prestação jurisdicional traduz-se em verdadeira sonegação de justiça. A partir do momento em que um determinado tipo de demanda supera em mais de 50% do total de ações em um foro, urge a necessidade de especialização de vara na respectiva matéria, a teor do que já foi feito no Estado de Santa Catarina desde 2004 com a criação das Varas de Direito Bancário.

Vive-se um período de crítica do funcionamento do Judiciário, já que a noção de efetividade do processo está ligada à agilidade na entrega do bem da vida pretendido pelo cidadão, e, para que isso ocorra, é necessário detectar os principais entraves e encontrar soluções práticas.

Concluímos, por fim, após a revisitação aos princípios do acesso à justiça e da prestação jurisdicional, bem como da análise dos dados coletados na pesquisa exposta, que a implantação de Varas destinadas exclusivamente a tratar das causas decorrentes dos contratos realizados entre os consumidores e as instituições financeiras é solução prática e de fácil implantação para melhorar o funcionamento do Poder Judiciário de 1ª instância em matéria cível.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Lei n. 11697 de 13/06/2008**. Dispõe sobre a Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios e revoga as Leis n. 6.750, de 10 de dezembro de 1979, 8.185, de 14 de maio de 1991, 8.407, de 10 de janeiro de 1992, e 10.801, de 10 de dezembro de 2003, exceto na parte em que instituíram e regularam o funcionamento dos Serviços Notariais e de Registro no Distrito Federal.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível 20020710047199 APC DF**, Acórdão n. 256427, julgado em: 10/4/2006, 5ª Turma Cível, Relator: BENITO TIEZZI, publicado no DJU em: 10/102006, p. 114.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Constituição da República Federativa do Brasil (1988). 13 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____**Frota Brasileira de Carros é 56% Financiada, Aponta ANEF.** Disponível em: http://www.g1.globo.com/Notícias/Carros/0,,MUL1261709-9658,00.html. Acesso em: agosto 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. ***Leasing.*** 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDONÇA, J.J. Forentino Santos, Deluse Amaral Rolim Florentino. **Instrumentos para a efetivação do acesso à justiça.** Recife: Bagaço, 2005.

NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

_____**Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 39 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

NICOLITTI, André Luiz. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PEREIRA, Hélio do Valle. **A Nova Alienação Fiduciária em Garantia** – Aspectos processuais. 2 ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

Portal do Cidadão - GDF. Disponível em: http://www.samambaia.df.gov.br. Acesso em: 21/6/2009.

_____Disponível em: http://www.recanto.df.gov.br. Acesso em: 21/6/2009.

Revista Consultor Jurídico. Edição de 4 de novembro de 2004. Matéria**: Santa Catarina vai ter a primeira vara de Direito Bancário do país.** Texto disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 14/7/2009.

ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

---

[1] Revista Consultor Jurídico, matéria publicada em 4 de novembro de 2004. **SANTA CATARINA VAI TER A PRIMEIRA VARA DE DIREITO BANCÁRIO DO PAÍS**. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 14/7/2009.

[2] Dados disponíveis em: www.anef.com.br. Acesso em: agosto 2009.

[3] Com base nos dados divulgados pela ANEF, o Portal de Notícias da G1da Globo publicou em 10/8/2009 a seguinte reportagem: "**FROTA BRASILEIRA DE CARROS É 56% FINANCIADA, APONTA ANEF.** A frota nacional de automóveis e comerciais leves em circulação com até 15 anos de vida é estimada em 24,4 milhões de unidades, sendo que 56% do total possui financiamento ativo. O levantamento foi divulgado nesta segunda-feira (10) pela Associação Nacional das Empresas Financeiras das Montadoras. Segundo a entidade, o volume equivale a cerca de 14 milhões de consumidores, destes 38,6% têm alienação fiduciária gerada por operações de CDC (Crédito Direto ao Consumidor) ou Consórcio; 14,4% possuem arrendamento mercantil (leasing) e 3% contam com algum outro tipo de financiamento (penhor mercantil, reserva de domínio etc)." Disponível em: http://www.g1.globo.com/Notícias/Carros/0,,MUL1261709-9658,00.html. Acesso em: 17/9/2009.

[4] BRASIL. **Lei n. 11697 de 13/6/2008**. Dispõe sobre a Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios e revoga as Leis n. 6.750, de 10 de dezembro de 1979, 8.185, de 14 de maio de 1991, n. 8.407, de 10 de janeiro de 1992, e n. 10.801, de 10 de dezembro de 2003, exceto na parte em que instituíram e regularam o funcionamento dos Serviços Notariais e de Registro no Distrito Federal. Art. 17: A Justiça de Primeiro Grau do Distrito Federal compreende as Circunscrições Judiciárias com o respectivo quantitativo de Varas definido no Anexo IV desta Lei. § 1º As especializações das Varas referidas no caput deste artigo serão definidas pelo Regimento Interno, obedecendo-se às competências dos Juízos definidas nos arts. 18 a 44 desta Lei e mediante estudo técnico. § 2º O Tribunal de Justiça poderá utilizar, como critério para criação de novas Circunscrições Judiciárias, as Regiões Administrativas do Distrito Federal, mediante Resolução. § 3º O Tribunal de Justiça poderá remanejar Varas dentre as Circunscrições Judiciárias, quando for conveniente e oportuno. § 4º O Tribunal de Justiça poderá designar mais de uma das competências definidas nos arts. 18 a 44 desta Lei para 1 (uma) só Vara, observada a conveniência e oportunidade.

[5] A coleta de dados e sua respectiva análise é a prática utilizada no **Grupo de Pesquisa Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania – DDFC**, registrado no CNPq, o qual agrega alunos da especialização e do Mestrado, ficando os agradecimentos das autoras do presente artigo pela experiência compartilhada.

[6] A cidade de Samambaia foi oficialmente criada, por meio da Lei n. 49 de 25 de outubro de 1989, regulamentada pelo Decreto-Lei n. 11.291, tornando-se a 12ª Região Administrativa do Distrito Federal – RA XII. Características da População: São 147.907 habitantes (dados de 2004), sendo a maior parcela (30.720) com idade entre 39 e 49 anos; 70.988 são do sexo masculino e 76.919, feminino. (Fonte: **GDF - Portal do Cidadão**. Disponível em http://www.samambaia.df.gov.br. Acesso em 21/6/2009).

[7] A Região administrativa do Recanto das Emas foi criada em 28 de julho de 1993, por meio da n. Lei 510/93. Hoje o Recanto deixou de ser um simples assentamento e vem se transformando numa das cidades que mais crescem no Distrito Federal. Sua população já ultrapassa os 160 mil habitantes. (Fonte: **GDF - Portal do Cidadão**. Disponível em http://www.recanto.df.gov.br. Acesso em 21/6/2009).

PODER JUDICIÁRIO E QUESTÕES DE PODER, DIREITO E DEMOCRACIA – CONTRIBUIÇÕES DE MAX WEBER E JÜRGEN HABERMAS PARA UMA SOCIOLOGIA JUDICIÁRIA*

JUDICIARY AND ISSUES OF POWER, LAW AND DEMOCRACY – CONTRIBUTIONS OF MAX WEBER AND JÜRGEN HABERMAS TO A JUDICIAL SOCIOLOGY

José Alcebíades de Oliveira Junior

RESUMO

O esclarecimento de conceitos relacionados com questões micro e macro relativas ao poder, bem como questões típicas da crise do conceito positivista-normativista de direito, bem como a importância radical de uma democracia procedimentalista para a realização da justiça, são essenciais ao Poder Judiciário no mundo contemporâneo, atravessado por lógicas e linguagens colonizadoras do mundo da vida. Através de reflexões com base em dois dos principais autores das Ciências Sociais modernas, Weber e Habermas, intenta-se construir linhas gerais para uma sociologia judiciária que tenha em mente e por escopo, o enfrentamento de questões urgentes como modernização, desburocratização, eficácia e distribuição democrática de justiça.

PALAVRAS-CHAVES: PODER JUDICIÁRIO, DIREITO, DEMOCRACIA, SOCIOLOGIA JUDICIÁRIA

ABSTRACT

The clarification of concepts of macro and micro issues relating to power, and issues typical of the crisis of the normative-positivist concept of law and the importance of a radical democracy to carry out the procedural justice are essential to the judiciary in the world contemporary, traversed by logics and languages of the world of colonial life. Through reflections on the basis of two main authors of the modern social sciences, Weber and Habermas, it seeks to build a broad judicial sociology to bear in mind and scope, dealing with pressing issues such as modernization, bureaucracy, efficiency and distribution democratic justice.

KEYWORDS: JUDICIARY, LAW, DEMOCRACY, LEGAL SOCIOLOGY

1 Contribuições de Max Weber para uma sociologia judiciária

1.1 Descrição geral da reflexão sobre a ordem social e jurídica na modernidade

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

No amplo espectro de discussão dos “marcos” das sociedades humanas, é possível imaginar ou presumir como fazem alguns[1], a passagem de uma situação de natureza para uma situação civil. E um dado importante possível de ser observado, diz com o fato de que essa passagem de uma existência em estado instintivo a uma existência civil ocorre mediada por normas ou regras[2].

Em linhas gerais e deixando de lado a discussão sobre o momento inicial desse processo, hoje é possível perceber que quando nascemos, todos nos encontramos submetidos a uma ordem social e político-jurídica.

Ainda desde uma perspectiva bastante ampla, apenas com a finalidade de fornecer uma moldura em grandes linhas daquilo que poderia ser uma idéia de conjunto da vida social, sem desmerecer, por certo, outras abordagens, do ponto de vista das Ciências Sociais e Humanas ao menos três grandes tipos de questionamentos têm sido feitos sobre essa situação: o problema dos fundamentos dessa ordem a qual estamos submetidos, o problema do exercício do poder enquanto relacionado com essa ordem e, por fim, o problema das conseqüências ou impactos dessa ordem sobre o conjunto da sociedade.

Sobre os fundamentos de necessidade e razões pelas quais os sujeitos aceitam ou mesmo contestam a submissão a essa ordem, diríamos também em perspectiva ampla, que eles têm sido objeto de preocupação, por excelência, dos filósofos e politicólogos clássicos e contemporâneos que, desde as mais diversas perspectivas, tratam da Ética em sentido próprio, ou então da Ética em sentido político-jurídico.

Quanto ao exercício dessa ordem e desse poder no mundo moderno, no qual ela aparece de modo mais visível e unitário a partir da centralização do poder nos Estados modernos e da identificação do Direito com esse poder, ou, em outras palavras, do Direito visto como monopólio do poder estatal trata-se de uma preocupação que em larga medida passou dos filósofos para os juristas. A identificação entre ordem e lei positiva, tratou de instalar e dar o que fazer a um grupo específico de cientistas sociais e humanos, que são os juristas “latu sensu”, e que foram se especializando nessa função.

Concomitantemente e, portanto não necessariamente em último lugar, apenas colocado nesse momento neste escrito talvez para responder a importância dessa questão para os dias de hoje, encontramos a preocupação com as conseqüências dessa ordem para a sociedade (coletividade) e, portanto para os indivíduos. E aqui encontramos o lócus destacado da preocupação dos sociólogos com essa manifesta ou implícita ordem social e política.

Dito isso em linhas generalíssimas, passemos a dar uma maior consistência epistemológica a essas preocupações, tendo por base justamente a obra de Max Weber.

1.2 Preocupações de Sociologia e Sociologia Jurídica em Max Weber

Fazendo uso aqui da excelente obra de Renato Treves sobre Sociologia do Direito[3], é possível de se constatar que as preocupações sociológicas, sobretudo com Weber, necessariamente não se resumem a estudar as conseqüências e, quiçá, tenham bastante a ver com os fundamentos, assim como atravessam expressamente as questões relativas ao exercício do poder e do Direito na modernidade.

Procurando explicar o recém dito e tendo como companhia Treves, o saber sociológico aplicado ao Direito tem se apresentado, por um lado, como um conjunto de preocupações macro-sociais (Item 1), e, por outro, com um conjunto de preocupações, por assim dizer, micro-sociais (Item 2). Nas palavras do professor italiano, preocupações com as grandes funções do Direito na sociedade e com as discussões a respeito de como a sociedade se vê no Direito, ou, então, o que mais especificamente poderia ser pensado para uma maior aproximação entre realidade e Direito.

1.2.1 Desenvolvimento das questões macro em Weber

Dentre as questões macro-sociais salientes na obra weberiana, acreditamos não haver nenhuma celeuma sobre o fato dele ter se preocupado, dentre outras, intensamente com as questões do poder e da dominação, por um lado, e, por outro, embora não dissociadamente, com o problema da racionalidade no mundo moderno e com a racionalidade no Direito em particular. No que diz com o primeiro ângulo, Weber tratou de estudar, é verdade que de um modo descritivo próprio aos sociólogos, o problema da legitimidade do poder, embora não como uma questão "a priori" tal como procedeu a filosofia racionalista clássica, senão que a partir dos comportamentos, o que o aproxima e o distancia dos filósofos.

Essa capacidade de se impor que traduz a idéia de poder, Weber estudou, como é sabido, a partir de três tipos ideais: o carismático, o tradicional e o racional-legal. Embora essa trilogia tenha sido construída para os seus estudos enquanto voltados à Ciência Política, tal como já referimos em outro texto, ela possibilita uma importante interpretação da sociologia geral de Weber desde a qual é possível deduzir sobre reais condições de possibilidade de transformação e mudança mesmo nas sociedades submetidas à dominação racional-legal (voltaremos posteriormente ao tema). Ilustrativamente, o tipo ideal relacionado com o carisma, demonstra que a dominação pode aparecer justificada pelo caráter sacro com o qual se apresenta, ou, então, como a expressão de uma força-heróica, bem como pelas condições excepcionais da pessoa do líder. Na dominação tradicional, encontramos a difusão da crença no caráter sacro das tradições válidas desde sempre. Por fim, na dominação racional-legal difunde-se a crença na lei, e, por conseqüência a crença naqueles que são chamados a exercitar o poder. Lembrando aqui do velho Bobbio (teoria do ordenamento), como não existe sociedade com uma única lei, sempre estamos diante de um ordenamento e, por via de conseqüência, diante de um, nas palavras de Weber, "aparato administrativo", isto é, de uma burocracia, que, por sua atuação impessoal e através de papeis, enquanto uma organização hierárquica de competências, desenvolve-se como a forma mais sofisticada de justificação e legitimação do poder.

Com efeito, e tal como acreditamos poder ser percebido com o que recém foi dito, a outra preocupação macro da sociologia weberiana pode ser deduzida de suas análises

acerca da legitimidade da dominação racional – legal, isto é, questões gerais de racionalidade propriamente dita e racionalidade no Direito de modo específico. Em apertada síntese, é possível perceber, enfim, que se existe uma racionalidade informando a ação ou o agir social, entendida como um conjunto simbólico de informações tal como nos demais paradigmas interpretativos da dominação, ela se foca nas condições excepcionais de uma ordem fundada na lei.

1.2.2 Desenvolvimento das questões micro em Weber

Como descreve Treves, a racionalidade (equilíbrio entre meios e fins), se trata de um processo que está na base do desenvolvimento histórico e que tende, essencialmente, a realizar um tipo de organização da vida social segundo o qual as relações dos homens entre si e com o seu ambiente são diferenciadas e coordenadas de tal modo a fazer com que os meios empregados sejam previsíveis em seus efeitos, e, portanto, aptos a alcançar os objetivos desejados.

Consciente da ambivalência da racionalidade no mundo moderno, como possibilidade de desenvolvimento e emancipação da sociedade e como forma sofisticada de dominação, Weber dedica-se a vê-la desde o prisma institucional e desde o prisma dos sujeitos e/ou indivíduos.

Tomando o Direito como objeto, pode-se explicitar que o seu processo de racionalização visto pelo lado institucional, pode ser apreendido a partir de quatro "estados" em seu desenvolvimento: "o da criação carismática de normas por obra dos profetas jurídicos (anciãos do grupo, magos ou sacerdotes); o da produção empírica de regras por obra de notáveis juristas (produção jurídica mediante jurisprudência cautelar e de precedentes); o da imposição do direito por parte de um *imperium* secular e de poderes teocráticos, isto é, dos príncipes e dos chefes religiosos; e o da instituição sistemática do direito e da administração da justiça especializada por obra de juristas profissionais que recebem uma formação literária e lógico-formal" (Treves, p. 162).

Diríamos, simplificando, que o desenvolvimento das formalidades no Direito, segundo Weber, é essencial nesse processo. Porém, desde que democrática, isto é, fruto de diálogos com a sociedade. Por outro lado, o conteúdo do Direito ou matéria, deve evoluir do casuísmo para uma condição de dedução geral de aplicabilidade a todos, e daí a importância que atribuiu ao Direito Romano enquanto caminho de fundamentação universal e, portanto, de independência do Direito em face dos poderes historicamente situados e de plantão.

Por outro lado, como a sociologia não se ocupa apenas de estruturas e instituições, mas, sobretudo em Weber, dos comportamentos, é que a racionalização que ele detecta como expectativa das sociedades modernas poderia encontrar campo fértil também com os operadores do Direito. E, neste sentido, quanto mais profissionais forem, quanto mais preparados tecnicamente, melhor poderiam cumprir o seu desiderato na (e da) modernidade. Decorre daí suas críticas veementes a condição leiga dos jurados no Tribunal do Júri.

Enfim, o que interessa constatar, é que Weber pode ser visto como precursor de uma série de questões hoje discutidas e que interessam à proteção dos DHF, dentre as quais, a morosidade, a necessidade de inovações institucionais que simplifiquem a forma, restabelecendo seu diálogo com a sociedade, bem como antecipou sobre a importância de uma adequada formação de juizes, etc. e que em grande parte integram até mesmo as preocupações de sociólogos de esquerda, como Boaventura de Sousa Santos, e que estudaremos logo adiante. Cabe ainda afirmar por derradeiro, que com as questões específicas de desempenho e exercício racional do poder, Weber se aproxima grandemente dos juristas em sentido em estrito.

1.2.3 Epistemologia e metodologia na sociologia weberiana: o neokantismo e a sociologia individualizante e compreensiva

Muito já se disse e escreveu sobre a posição epistemológica de Weber, mas acredita-se que é nesse ponto que se torna possível ver uma maior aproximação do seu trabalho com os sociólogos, através de uma inovadora antropologia dos padrões de comportamento. Como nos fala Carmen Migueles[4] "Weber lida com a cultura numa perspectiva subjetiva, mas num sentido estritamente não psicológico. Com isso, se quer dizer que existem gramáticas simbólicas que estruturam a percepção coletiva da realidade, que é subjetiva na medida em que se forma como uma percepção de mundo, mas que é uma realidade social e não apenas subjetividade dos sujeitos que compõem a sociedade. Essa gramática é o estudo da sociologia. Ela existe e se articula no fluxo intersubjetivo da comunicação humana, mas não se reduz a ele".

Igualmente, a aparente dispersão de sua obra[5], é o resultado de sua preocupação com a análise rigorosa, minuciosa mesmo, que separa o que é logicamente incompatível e estabelece as relações que se impõem por força do estado da pesquisa. Em sua época, como a ciência se encontrava exposta a constantes correções modificações e reviravoltas por força do caráter indefinido da pesquisa enquanto tal, seria impossível querer construir grandes sistemas científicos, fazer previsões e futurologia. Para Weber, o sábio pode unir provisoriamente certo número de relações, mas não pode construir, em sua qualidade de sábio, uma unidade global do saber no sentido de um sistema total.

Por outro lado, prosseguindo com Freund[6], o pensamento de Weber implica, como qualquer outro, correspondências conscientes ou inconfessáveis entre os temas que parecem mais antinômicos, e daí críticas a sua postura de dissociação entre conhecimento e ação, entre ciência e política. Contudo, como salienta Freund[7], a separação estrita que ele acredita encontrar entre valor e fato, entre vontade e saber, tem por objeto não somente delimitar claramente a essência lógica de cada uma das duas atividades, seu respectivo domínio e, por conseguinte, a natureza dos problemas que cada uma delas é capaz de resolver com os meios que lhes são próprios, mas também tornar mais frutífera sua eventual colaboração, por força mesmo de sua distinção, por eliminação das confusões que são prejudiciais a uma e a outra. Em suma, conforme o intérprete considerado, apesar do rigor dos conceitos e das demonstrações, "a ciência não está isenta da rivalidade entre hipóteses e da competição entre teorias".

Mas um outro aspecto que nos parece fundamental na metodologia weberiana diz com a possível distinção entre uma sociologia científica e outra reformadora[8]. Deixando de

lado uma série bastante grande de opiniões preconceituosas e de senso comum sobre o que se poderia denominar de uma sociologia engajada e outra não engajada, o que Weber compreendeu é que aos primeiros, dentre os quais se poderiam incluir Hegel, Marx e Comte, para desenvolver tal ponto de vista, necessário se fazem partir de uma idéia da sociedade, da cultura e da civilização entendidas como um todo quer no sentido do espírito objetivo de Hegel, quer no do materialismo dialético de Marx, quer no da humanidade de Comte. Nesses casos, há uma pressuposição a priori da História passada e futura, de maneira que não haveria nenhuma dificuldade de ler o pretenso sentido único e global do futuro. Ora, Weber rechaça essas pressuposições, e o que se admira nesse autor, ressalta Freund, é a ausência de qualquer doutrina preconcebida e de qualquer síntese "a priori". Com efeito, ele é um puro analista, preocupado apenas em conhecer bem os dados históricos e em interpretá-los dentro dos limites controláveis.

Enfim, Weber se impunha, tanto na pesquisa quanto em suas aulas, uma severa disciplina. Dizia que o professor deve evitar toda tomada de posição avaliativa e limitar-se unicamente aos problemas de sua especialidade, enquanto pode bancar o demagogo e o profeta na rua, nas revistas e jornais, enfim, por onde quer que a livre discussão e a crítica pública sejam possíveis. Segundo Freund, o espírito weberiano se aproximaria de um Beaudelaire, Schopenhauer, Nietzsche ou Dostoievsky, dentre outros, e o conceito dominante dessa visão aos olhos de Freund pareceria ser justamente o da racionalização, o que, segundo se constata no meio acadêmico, veio a ser mesmo o conceito central de toda a obra weberiana[9].

Cabe ressaltar, ainda, seguindo Paul Hirst[10], outro leitor do sociólogo alemão, que a epistemologia weberiana pode caracterizar-se como um "positivismo neokantiano". Como diz Hirst, "empregamos este termo num sentido específico, para nos referirmos à introdução dos métodos e problemas positivistas na tradição das ciências espirituais/culturais". Numa tentativa de resumo dessa complexa proposta, pode-se dizer que o sociólogo estudado toma aspectos do positivismo, tais como a importância da objetividade científica e a separação entre fatos e valores, porém sem reduzir – como faz o positivismo - o objeto da sociologia a uma natureza inerte a ser descoberta e que permitiria o estabelecimento de leis gerais. Ao contrário, considera que a cultura, enquanto substrato das ações sociais, não permite a construção de leis gerais, por se constituir em um conjunto de significados produzidos pelos homens, e governados por uma causalidade de propósito[11]. Daí se afirmar a sua sociologia como individualizante (tomando a ação social como objeto) e compreendente como diria Tevres[12], na perspectiva de captar o sentido, as razões, os motivos, a racionalidade dessa ação social.

1.2.4 A sociologia weberiana em movimento: categorias, conceitos e tipologias básicas

Nesse ponto, gostaríamos de iniciar com o reforço de uma afirmação de Treves[13] que nos parece didática para uma possível descrição fenomenológica da sociologia de Weber em movimento: "Weber escreve transitando da visão global de análise das estruturas e instituições à possibilidade de colher o significado do agir multiforme do homem, que cria essas estruturas e instituições, e procura compreender a partir do interior como os homens julgam, apreciam e utilizam as várias relações sociais."

Na mesma direção, Hirst nos mostra que as categorias sociológicas weberianas acarretam e produzem o conteúdo de uma central pressuposição transcendental: "o sujeito humano como ser livre para projetar significados e buscar fins está na base da sociologia geral de weber. A natureza do objeto da sociologia deriva dos atributos desse sujeito humano livre"[14].

Assim, em "Economia e Sociedade", Weber define a "sociologia" "como uma ciência que pretende entender, interpretando-a, a ação social para, dessa maneira, explicá-la causalmente em seus desenvolvimentos e efeitos"[15]. Logo a seguir, assinala que, por "ação", "deve entender-se uma conduta humana (ainda que consista em um fazer externo ou interno), sempre que o sujeito ou sujeitos da referida ação, tenha em conta um sentido subjetivo". Assim, por "ação social" "entende aquela na qual o sentido pensado pelo seu sujeito ou sujeitos está referido a conduta de outros, orientando-se por estas em seu desenvolvimento"[16].

Portanto, a idéia de "sentido", entendido como aquilo que é pensado e integra a dimensão subjetiva dos sujeitos da ação, e que, além de variável, é extremamente elástico, possui uma importância central para qualquer investigação que pretenda estudar, por exemplo, a integração e a desintegração social, a classificação das condutas conduzidas por uma razoabilidade ou simplesmente reativas, ou mesmo que queira estudar o que se encontra na base das diversas formas de "leis" que vão sendo construídas social e historicamente.

Dada a complexidade e as possíveis confusões sobre o que entender, como se originam e se propagam os sentidos, Weber assinala que a tarefa essencial da "compreensão" do sentido da ação social equivale: 1) à captação interpretativa do sentido ou conexão de sentido: a) pensado realmente na ação particular (na consideração histórica); b) pensado como uma média e de modo aproximativo (na consideração sociológica de massa); c) construído cientificamente (pelo método tipológico) para a elaboração do tipo ideal de um fenômeno freqüente. Isso possibilitaria, por exemplo, estabelecer como deveria se desenvolver uma conduta humana para que, em determinadas condições históricas, alcançasse um determinado objetivo, atendendo a um "motivo" que, como diria Weber, seria "a conexão de sentido que para o ator e o observador aparece como fundamento com sentido de uma conduta"[17].

Enfim, como diz Weber, para outros fins de conhecimento, pode ser útil ou necessário conceber o indivíduo, por exemplo, como uma associação de células, ou como um complexo de reações bioquímicas, ou sua vida psíquica construída por vários elementos (de qualquer forma que se os qualifique). Agora bem, a captação da conexão de sentido da ação é cabalmente o objeto da sociologia[18].

Dito isso, caberia de imediato referir que a análise descritiva (ou mesmo empírica) das sociedades históricas é realizada por Weber, como é de conhecimento acadêmico, a partir de "tipos ideais" construídos pelo cientista. Conforme nosso autor, "o método científico consistente na construção de tipos que investigam e expõem todas as conexões de sentido irracionais, afetivamente condicionadas, dos comportamentos que influem na ação, como desvios de um desenvolvimento da mesma, construída como puramente racional com respeito a fins".

A título de exemplo, a construção – tipológica - de uma ação rigorosamente racional com respeito a fins serve, nesses casos, a Sociologia – em razão dos méritos de sua evidente inteligibilidade e, enquanto racional, de sua univocidade – como um tipo (tipo ideal), mediante o qual (se torna possível) compreender as ações reais quando influenciadas por irracionalidades de toda a espécie (afetos, erros), como desvios do desenvolvimento esperado da ação racional.

Com efeito, como diz Weber, somente em função dessas conveniências metodológicas (tipos ideais) para a observação é que se poderia denominar o método da sociologia compreensiva como racionalista. Não há em Weber nenhuma pressuposição de que haja, por exemplo, um predomínio do racional na vida cotidiana[19]. O método compreensivo e individualizante de Weber, por sua vez, não significa nem uma valoração positiva do racionalismo por parte do cientista, nem muito menos uma valoração do individualismo enquanto tal; apenas que tal método, por exemplo, permite compreender que serviço presta um rei, um funcionário, um empresário, para que se possa construir uma ação típica[20].

Pois bem. Segue-se na obra de Weber, então, um aprofundamento de vários conceitos, dentre os quais o de ação social e relação social. Sobre a ação social, tal como já foi dito, Weber a define como aquela que se orienta pelas ações dos outros, passadas, presentes ou esperadas como futuras (vingança por prévios ataques, réplica a ataques presentes, medidas de defesa frente a ataques futuros). Os outros, diz Weber, podem ser entendidos como pessoas individualizadas e conhecidas ou então uma pluralidade de indivíduos indeterminados e completamente desconhecidos. Cumpre lembrar, também, que nem toda ação é social, sobretudo aquelas relacionadas tão-somente com necessidades físicas, senão que mais propriamente sociológicas são aquelas norteadas por finalidades e, nesse sentido, podendo estar orientadas, além de outros sujeitos, também por bens materiais, como o dinheiro, etc.[21]

Numa de suas classificações mais gerais, Weber fala das seguintes formas de agir social: a) o afetivo; b) o tradicional; c) o racional com relação ao valor; e, d) o racional em relação a um objetivo.

Quanto à "relação social", devemos entendê-la como uma conduta plural – de vários – que, pelo sentido que encerra, se apresenta reciprocamente referida, orientando-se por essa reciprocidade. Consiste, pois, plena e exclusivamente, na probabilidade de que se atuará socialmente em uma forma (com sentido) indicada[22]. Trata-se de um comportamento que envolve mais de um indivíduo, e que se instaura reciprocamente de acordo com um seu conteúdo de sentido e que pode ser orientado pelos participantes com base na representação da subsistência de um *ordenamento legítimo**[23]***.

Aliás, a ação e, em especial, a social e também singularmente a relação social, como diz Weber, podem orientar-se, pelo lado de seus partícipes, na representação da existência de uma ordem legítima. A probabilidade de que isto ocorra de fato se chama "validade" da ordem em questão[24]. E aqui, aproveitando a interpretação de Treves[25], a legitimidade dos ordenamentos a que Weber faz referência pode se dar ou ser garantida desde o interior ou do exterior. No primeiro caso, trata-se de uma garantia que pode ser dada ou pelo afeto, ou de modo racional com relação a valor, ou mesmo por crença numa religião. No segundo caso, podem-se ter dois tipos de garantia, por um lado a convenção, cuja garantia consiste na desaprovação geral e praticamente sensível em

determinado círculo de homens, e, por outro, o direito, cuja garantia é dada pela coerção e pelo aparato relativo a ela.

Cabe reforçar que, segundo Weber, é a Sociologia que constrói suas próprias leis, tal como assinala que as leis, como se costuma chamar a muitas das proposições da Sociologia compreensiva, são determinadas probabilidades típicas, confirmadas pela observação, de que, dadas determinadas situações de fato, transcorram, na forma esperada, certas ações sociais que são compreensíveis por seus motivos típicos e pelo sentido típico pensado pelos sujeitos da ação[26].

Sob essa ótica, Weber extrai suas conclusões de que sob a base das relações sociais existe uma ordem legítima que as estrutura. Contudo, essa suposição, muito antes de eliminar, salienta o fato de que essas relações se estabelecem concomitantemente com relações de PODER, fenômeno esse que ele irá estudar em algumas de suas principais especificidades, através do conceito de DOMINAÇÃO.

1.2.5 Marcos destacados da sociologia de Weber para uma reflexão de sociologia judiciária voltada à realização dos Direitos Fundamentais

O PRIMEIRO PONTO – Abrangência filosófica, jurídica e sociológica e antropológica; O SEGUNDO PONTO – Epistemologia compreensiva – sujeito como parte do objeto; O TERCEIRO PONTO – Percepção das condições multiformes da ação social; O QUARTO PONTO – Discussão das bases de legitimação das relações sociais e a importância do Direito – constitucionalismo; O QUINTO PONTO – Protagonismo dos Sujeitos frente às Instituições – capacidade transformadora dos sujeitos individuais e coletivos.

2 Contribuições de Jurgen Habermas para a democracia enquanto pressuposto radical para a realização dos direitos – Primeiras abordagens

2.1 A Escola de Frankfurt e Jürgen Habermas

O Instituto de Pesquisa Social, também denominado de Escola de Frankfurt, é considerado uma das principais matrizes para a discussão das sociedades capitalistas modernas e contemporâneas.

Suas pesquisas sobre as dimensões do mercado ou do Estado, duas das principais instituições das sociedades capitalistas, são notáveis. A crítica de Adorno a indústria cultural ou a cultura como uma indústria deformada de suas intenções de base, são impressionantes. Seus estudos de Hegel são paradigmáticos não só para se conhecer Hegel, como também para compreender os desenvolvimentos da Escola.

Não obstante, é Jurgen Habermas que nos interessa como marco-teórico e que passaremos a estudar de modo sintético e simplificado.

2.2 Algumas premissas da obra de Habermas

Tomando de Weber o tema da racionalização do mundo, Habermas percebe as sociedades capitalistas modernas como a junção (até certo ponto precária) entre razão comunicativa (nos moldes de uma razão prática tradicional – tradição, costumes, práticas sociais) e razão instrumental, estratégica, com interesses individuais específicos, quer econômicos, quer políticos, interessantes a determinados grupos e setores. Interessante dizer que o processo de "colonização" e "fragmentação" do mundo, de algum modo já exprime o que Luhmann, dentre outros, viria denominar de sociedade do risco (Nota).

Segundo nossa leitura de Habermas[27], um dos pontos centrais considerados por esse autor nesse processo é o fato da análise (ou do entendimento) da sociedade se encontrar centrada na razão prática tradicional e, a partir dela, pretender falar de CERTEZAS fundadas em regras, quer racionais ou empíricas, morais ou jurídicas. Ora, nas constatações do autor alemão, as regras não são essências universalizáveis capazes de orientar de modo seguro comportamentos. Elas são apenas caminhos para se tentar obter certos fins. De modo alegórico, as regras não conseguem aprisionar a moral de uma vez por todas. Portanto, há incertezas onde se crê haver certezas, quer do participante, quer do observador. Por outro lado, supondo que houvesse, ainda assim, haveria o problema do pluralismo e das condições de possibilidade de um interrelacionamento satisfatório entre regras. Com efeito, seria preciso rever esses aspectos, já detectados de modo significativo tanto pela sociologia quanto pela filosofia e pela ciência.

De modo que o caminho em direção a substituição paradigmática seria inevitável, e tal como já havia detectado amplos setores da filosofia pós-tradicional, elas tem origem na comunicação humana e, portanto na linguagem. Não foi sem sentido a denominada guinada lingüística na filosofia.

Embora as incertezas do mundo possam ser literalmente reais, o que demanda amplíssimo debate, o fato é que a linguagem enquanto fato social se apresenta problemática. Disto se conclui que o paradigma das certezas e das essencialidades de um mundo fundado em regras, não se confirma logo a partir de uma análise dos meios de comunicação humana. Ao contrário, o mundo e a sociedade são indeterminados, inconstantes, contingentes, não somente porque realmente são ou não, mas, sobretudo, devido a linguagem. Há que se proceder, portanto, a uma refundação do processo de conhecimento e somente após uma releitura das dimensões específicas das várias áreas do saber, bem como uma releitura das conexões (interações) possíveis entre elas. E quer nos parecer ser esta uma das empreitadas centrais de Habermas, senão vejamos.

2.3 Breves aspectos do processo de substituição da razão prática pela razão comunicativa em Habermas

O processo de substituição da razão prática pela razão comunicativa em Habermas, além de imenso é extremamente complexo. Pensamos apontar inicialmente neste trabalho, apenas para dois âmgulos dessa empreitada: as razões de sua apropriação da

teoria dos sistemas de base parsoniana ou mesmo luhmaniana, e alguns dos caminhos que adotou para a construção de sua teoria do discurso jurídico racional.

1º. Problema: o aumento da diferenciação funcional no mundo capitalista ocidental.

Tendo Weber e Parsons como base de análise, Habermas não só constata o amplo desenvolvimento sistêmico da sociedade como se apercebe da possibilidade de utilização de alguns desses sistemas com possibilidades transformadoras. Muito embora a lógica interna e a linguagem específica dos vários sistemas sociais mais ameaçam do que se apresentem como propícios a integração, o assunto da integração social só pode continuar sendo pensado a partir deles, dos sistemas, isto é, desde uma perspectiva estrutural ou funcional.

Como um dos pontos centrais de seu projeto emancipatório é trabalhado a partir do conceito de esfera pública – enquanto um lócus de autoreflexão das sociedades modernas, muito embora a sua expansão sistêmica – percebe, a partir desse conceito, ser possível retrabalhar e reconstruir a idéia de sistema jurídico em bases mais comunicativas e portanto mais democráticas do que aquelas fundadas na crença das certezas positivistas-normativistas.

Dito isto, cremos que não por acaso o fio condutor, ou melhor, o tema que torna possível toda a tarefa reconstrutiva de Direito e democracia em Habermas, diz respeito a constatação de algo fundamental às sociedades capitalistas ocidentais modernas e complexas, que a existência de uma tensão entre faticidade e validade, desde o plano mais específico do sistema de comunicação e linguagem, até os sistemas específicos das política, do direito e da ciência. Ou seja, muito frequentemente o que se crê ser um fato, pode conter muito de idealidade, e vice-versa. E é isso que o conduzirá, portanto, a conclusões muito interessantes tais como a de que no âmbito da ação prática moral ou jurídica, melhor trabalhar com a "pretensão" de validez de regras morais ou jurídicas, do que trabalhar com concepções a priori de sua validade. Como se trata de uma discussão relativa a ação prática, aos comportamentos, nada melhor do que esclarecer então o que pretendem as regras ou o que pretendem os atores no âmbito de um diálogo radicalmente democrático, cujo o palco poderia ser cedido pelo Direito, e cujas certas garantias poderiam ser cedidas pela moderna teoria da linguagem.

2º. Problema: as incertezas da linguagem e a importância de uma democracia procedimentalista com base numa teoria discursiva

Pelas razões expostas no problema 1 (um), Habermas então trata de buscar o instrumental necessário para a edificação de um palco apropriado para a democracia enquanto base de decisões políticas e jurídicas.

De uma maneira muito incipiente neste trabalho, pode-se dizer que Habermas encontra, de outras fontes, na filosofia da linguagem ordinária de Ludwig Wittgenstein, algumas das comprovações de suas teses sobre as incertezas da linguagem, e portanto da tensão entre faticidade e validade. É hoje de domínio acadêmico a tese de que a linguagem é uma complexa interelação entre as dimensões sintáticas, semânticas e pragmáticas da comunicação.

Por outro lado, em meio às incertezas da comunicação, Habermas encontra na linguagem o que denominaríamos provisoriamente, um mínimo de estabilização, decorrente do fato de que a linguagem é uma práxis social. Com efeito, com a "teoria dos atos de fala", de John Austin, é possível perceber, como aponta Danilo Marcondes, [28] que "o modo de expressão do sujeito lingüístico, entendido neste caso também como sujeito da ação, passa pela organização institucional da sociedade que estabelece e lhe atribui papéis e que distribui a possibilidade de enunciar determinados atos ilocucionários em determinadas circunstâncias tidas como apropriadas – isto é, a possibilidade de realizar atos de acordo com valores culturais e padrões de comportamento que pressupõem um determinado sistema social, uma estrutura de poder nas relações sociais, etc., e que estabelecem as condições para o sucesso (ou seja, a efetuação) desses atos".

Concluindo estas observações iniciais de um autor que, embora não seja nenhuma novidade no mundo acadêmico propõem uma teoria da democracia que nos parece fundamental para as sociedades multiculturais de hoje, diríamos o seguinte: a) segue fundamental o debate sobre teorias procedimentalistas no direito e na política, haja vista a tensão entre faticidade e validade, em muito decorrente das incertezas da linguagem em geral e da linguagem da política e do direito de modo específico; b) é muito interessante, neste sentido, o debate proposto por Habermas com Bobbio sobre democracia prodedimental e democracia deliberativa; c) segue fundamental o resgate e o debate travado por Habermas com Alexy, sobre as regras do discurso, relativas, num primeiro momento a formação dos argumentos, e num segundo momento relativas ao processo de constituição do discurso, estabelecendo-se, dentre outras coisas, quem pode e quem não pode participar do debate.

Enfim, ao final destas considerações preliminares sobre questões de poder, direito e democracia na qual procuramos associar Weber e Habermas para uma primeira discussão geral sobre bases para uma sociologia judiciária, é possível constar, dentre outras coisas, a riqueza de uma análise integrada desses dois grandes pensadores, pois seguramente a associação dos resultados frutos de suas pesquisas, contribui grandemente para a compreensão do papel da política, do direito, das instituições e dos agentes na concretização dos direitos.

Referências

DOUZINAS, Costas. O Fim dos Direitos Humanos. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

FREUND, Julien. Sociologia de Max Weber. Trad. Luis Cláudio de Castro e Costa. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2. ed. 1975.

HAARCHER, Guy. A filosofia dos Direitos Humanos. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Piaget, 1997.

HABBERMAS, Jurgen. Direito e Democracia, entre faticidade e validade. Trad. De Flávio Beno Siebeneichler, RJ: Tempo Brasileiro, 1997.

HABBERMAS, Jurgen. Entre Naturalismo e Religião: estudos filosóficos. Trad. Flávio B. Siebeneichler, RJ: Tempo Brasileiro, 2007.

HIRST, Paul. Evolução social e categorias sociológicas. Trad. Sônia B. Sales Gomes. RJ: Zahar Editores, 1977.

MARCONDES, Danilo. Filosofia, Linguagem, Comunicação. 2. ed. São Paulo: Crtez 1992.

SOUZA, Jessé. A Modernização Seletiva. Brasília; Edit.UnB, 2000.

TREVES, Renato. Sociologia do Direito: origens, pesquisas e problemas. Trad. Marcelo Branchini. Barueri, SP: Manole, 2004.

UNGER, Roberto Mangueira. O Direito na Sociedade Moderna. Rio de Janeiro: Edit. Civilização Brasileira, 1979.

WEBER, Max. Ciência e Política, duas vocações. Trad. Leônidas Hegemberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo:Cultrix, 1967/1988.

WEBER, Max. Economia e Sociedade. Trad. Jose Ferrater Mora ET alii. México: Fondo de Cultura Economica, 1984.

---

[1] Guy Haarcher, “A filosofia dos Direitos Humanos”. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa:Piaget, 1997.

[2] Cfe. Costas Douzinas, “O Fim dos Direitos Humanos”, p. 304.

[3] “Sociologia do Direito: origens, pesquisas e problemas”. Trad. Marcelo Branchini. Barueri, SP: Manole, 2004., p. 151 e segs.

[4] Cfe. Antropologia do Consumo, p. 13

[5]Freund, Julien. “Sociologia de Max Weber”. Trad.Luis Cláudio de Castro e Costa. Rio de Janeiro: Forense Universitária.2 ed. 1975. p. 09-10.

[6] Idem, p. 09-10.

[7] Idem, p. 11.

[8] Idem, p.13-15.

[9] Idem, p.18-19. Ver a obra completa de Weber sobre o assunto. “Ciência e Política, duas vocações”. Trad. Leônidas Hegemberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo:Cultrix, 1967/1988.

[10] Cf. “Evolução social e categorias sociológicas”. Trad. Sônia B. Sales Gomes. RJ: Zahar Editores, 1977, p.53.

[11] Cf. “Evolução social...” op.cit.p. 53. Para uma crítica à metodologia weberiana, pode ser consultada a obra “O Direito na Sociedade Moderna”, de Roberto Mangueira Unger. Rio de Janeiro: Edit. Civilização Brasileira, 1979. Ver especialmente o problema do método na teoria social, quando o autor diz que para os fins de seu livro, o que interessa sobre as teorias sociais clássicas são o que elas têm em comum, senão que o método dialético desenvolvido por Marx, o tipo ideal desenvolvido por Weber e o estruturalismo contemporâneo, são meras tentativas de fugir ao incomodo dilema entre racionalismo e historicismo. p. 26.

[12] “Sociologia…”, op.cit.p.154.

[13] Idem, op.cit. p. p.154.

[14] Cf. Hirst, op.cit.p.75.

[15] “Economia...”, op.cit..p. 5.

[16] Idem, p. 5.

[17] Weber, “Economia...”, op.cit.p.10.

[18] Idem, p. 12.

[19] Idem, ibidem, op.cit.p.7.

[20] “Economia…”, op.cit. p.15.

[21] Idem, p. 18.

[22] Ibidem, op.cit.p.21.

[23] “Sociologia...”, Treves, op.cit. p.155.

[24] Weber, op.cit.p.25.

[25] Treves, Sociologia do Direito, op.cit.p.155.

[26] Weber, “Economia...”, op.cit. p. 16.

[27] Principalmente de suas seguintes obras: “Direito e Democracia, entre faticidade e validade”. Trad. De Flávio Beno Siebeneichler, RJ: Tempo Brasileiro, 1997, “Entre Naturalismo e Religião: estudos filosóficos”. Trad. Flávio B. Siebeneichler, RJ: Tempo Brasileiro, 2007. A singularidade ocidental como aprendizado reflexivo: Jurgen Habermas e o conceito de esfera pública, de Jessé Souza, in “A Modernização Seletiva”, Brasília; Edit.UnB, 2000, p-59-93.

[28] “Filosofia, Linguagem, Comunicação”, 2ª. Ediç.São Paulo: Crtez 1992, p. 19.

PROCESSOS REPETITIVOS E O DESAFIO DO JUDICIÁRIO: RESCISÓRIA CONTRA INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL*

REPETITIVE RESOURCE AND JURIDICAL CHALLENGE: RESCISSORY AGAINST OF FEDERAL LAW INTERPRETATION

Jose Henrique Mouta Araujo

RESUMO

O atual estágio da jurisprudência brasileira passa por um processo de adaptação e de revisão de seu papel. Institutos como repercussão geral, súmula vinculante e recurso repetitivo provocam discussões acerca do caráter vinculante dos precedentes e os novos desafios do Poder Judiciário Nacional.
Neste ensaio procura-se enfrentar um dos aspectos deste desafio: refletir o papel dos recursos especiais repetitivos apreciados pelo STJ e o sistema de aplicação dos precedentes pelos Tribunais Locais, inclusive revisitando a Súmula 343 do STF.

PALAVRAS-CHAVES: DESAFIO DO JUDICIÁRIO – RECURSO REPETITIVO – FORÇA VINCULANTE – PRECEDENTES DO STJ – RESCISÓRIA CONTRA INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL.

ABSTRACT

Brazilian Jurisprudence has been passing for an adaptation process and a review of its position. Instruments as: general repercussion, binding abridgement and repetitive resource; provokes discussions about the binding character of the precedents and the new challenges of National Juridical Power.
The present essay has the objective to face one of the aspects of that challenge: Reflect the position of special repetitive resources that has been appreciated by STJ, and the application system of the precedents in Local Courts, including the 343 Abridgement of STF.

KEYWORDS: JURIDICAL CHALLENGE – REPETITIVE RESOURCE – BINDING FORCE – PRECEDENTS OF STJ – RESCISSORY AGAINST OF FEDERAL LAW INTERPRETATION.

1- INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil Brasileiro completou trinta e seis anos no dia 11 de janeiro de 2009. Durante esse período passou por inúmeras alterações, voltadas para a superação dos obstáculos à celeridade da prestação jurisdicional.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Especialmente neste novo século ocorreram modificações tanto constitucionais quanto infraconstitucionais preocupadas com os chamados pontos de estrangulamento do sistema, repercutindo em dogmas que pareciam intangíveis. Vários institutos foram estabelecidos com o objeto de proporcionar maior *efetividade* e *brevidade* à prestação da tutela jurisdicional, tentando diminuir o *tempo do processo*, dentre os quais: a) novos poderes dos relatores (art. 557 e 527 do CPC); b) implantação de Súmula Vinculante, de Súmula impeditiva de processamento de recurso[1] e de Súmula de Tribunal Superior e jurisprudência do plenário do STF impeditivas de reexame necessário (art. 475, §3°, do CPC)[2]; c) o julgamento super-antecipado das causas repetidas internas (art. 285-A, do CPC)[3]; d) distribuição imediata dos processos; e) deslocamento da competência de alguns feitos para a Justiça Militar e Trabalhista; f) criação de novo requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário – a repercussão geral; g) julgamento do recurso especial em causas repetitivas (art. 543-C, do CPC) e por amostragem.

A preocupação quanto ao *tempo do processo* aponta, ademais, para a ampliação da *verticalização e horizontalização das decisões dos Tribunais Superiores em causas repetitivas.* Os Tribunais Superiores, neste sentido, não devem ser tratados como mais uma instância de julgamento, mas sim como órgãos de uniformização interpretativa federal e constitucional[4]-[5].

Realmente, com as últimas reformas houve clara ampliação do conceito de manutenção e verticalização dos precedentes judiciais[6]. Essa afirmação encontra guarida em institutos como a ampliação dos poderes dos magistrados de 1º grau na aplicação dos precedentes judiciais (arts. 285-A e 518, §1º, do CPC); poderes dos magistrados dos tribunais locais (arts. 527 e 557 do CPC, além das hipóteses negativas de repercussão geral); poderes dos Ministros dos Tribunais Superiores na análise de recursos excepcionais (arts. 543-A a C, além das Súmulas Vinculantes), etc.

Contudo, há grande questão a ser enfrentada, que fundamenta inclusive o que ora chamamos de *desafios ao Poder Judiciário*: como será efetivado, na prática, o sistema de vinculação de processos repetidos no âmbito do STJ.

Destarte, a técnica da afetação de recurso repetitivo discute, como consequência, a própria força do precedente infraconstitucional do Superior Tribunal de Justiça, além do poder de criação dos magistrados das instâncias ordinárias, inclusive sujeitando à rescisória os casos julgados em contraponto ao apreciado por aquele Tribunal, como se passa a demonstrar:

2. AMPLIAÇÃO GENÉRICA DA FORÇA DOS PRECEDENTES: DOS INTERNOS AOS DO STF

As reformas ocorridas nos últimos anos prestigiaram os precedentes (aqui entendidos como julgamentos anteriores) dos magistrados de 1º grau e dos Tribunais, atribuindo-lhes poderes de vinculação de seu julgado prévio na análise da petição inicial em casos

repetitivos e dos precedentes dos Tribunais Superiores na negativa de seguimento da apelação (art. 518 §1º do CPC).

De fato, se em período anterior às alterações do CPC, seus poderes estavam restritos ao indeferimento da petição inicial (inclusive com caráter definitivo, como nos casos da prescrição[7] e decadência), passou a lei 11.277/06 a permitir a *resolução imediata do mérito* contrário ao interesse do autor, desde que atendidos os pressupostos do art. 285-A, do CPC. Referido dispositivo também é aplicável no âmbito dos juizados especiais[8].

Em que pese a discutível constitucionalidade do instituto[9], a pretensão é clara: abreviar tempo para a solução das causas repetitivas, prestigiando os precedentes internos de improcedência. De fato, ao contrário da súmula vinculante e da impeditiva de recurso (decisões colegiadas), o dispositivo consagra precedente interno (do próprio juízo) que permite a resolução super-antecipada da lide[10].

Ao lado do art. 285-A, as reformas ocorridas em 2006 também ampliaram o poder do magistrado de 1º grau no que respeita ao recebimento do recurso de apelação nas causas repetitivas e já sumuladas pelos Tribunais Superiores. Trata-se, bem a propósito, de mais uma hipótese de *súmula impeditiva de processamento de recurso,* implantando caráter vinculante aos precedentes externos, eis que o magistrado de 1º grau não receberá (*portanto, negará seguimento*) o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STF ou STJ.

Por outro lado, as alterações processuais ampliaram os poderes dos membros dos tribunais locais, na apreciação dos recursos de apelação e agravo de instrumento. Nesse particular, houve estímulo à súmula impeditiva de recurso em 2º grau como instrumento de diminuição da tramitação recursal.

Realmente, a modificação ocorrida em 1998 concedeu poderes ao relator para resolver os recursos contrários às súmulas e às jurisprudências dominantes dos respectivos tribunais, STF ou STJ, *ex vi* art. 557 do CPC. Trata-se, a bem da verdade, de negativa de seguimento ou improvimento monocrático, dispensando a apreciação colegiada.

In casu, o dispositivo amplia os poderes dos relatores para negar seguimento monocraticamente a recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante de Tribunal Superior. Bem a propósito, o art. 557, do CPC, tem funcionado como importante instrumento na manutenção do posicionamento dos Tribunais Superiores, evitando julgamento colegiado de causas repetitivas.

É fácil perceber que, ao lado da ampliação da atividade dos magistrados de 1º grau, as reformas também atribuíram maiores poderes ao membro do tribunal para resolver a sorte do recurso monocraticamente e sem a necessidade de chancela do órgão colegiado, inclusive tendo como fundamento os precedentes (aqui entendidos como súmulas ou mesmo jurisprudência dominante) internos ou dos tribunais superiores.

Vale ressaltar que, no âmbito dos juizados especiais, estes novos filtros de processamento de recursos também se fazem presentes, inclusive com previsão em Enunciados do Fonaje[11].

De mais a mais, o *sistema de ampliação de poderes* também encontra assento nas causas repetitivas objeto de apreciação de repercussão geral no recurso extraordinário, bem como no especial (art. 543-A a C, do CPC). Nesses casos, possível é ao Presidente do tribunal local identificar a situação jurídica repetida, remetendo a discussão, cuja decisão terá efeito *erga omnes*, para o STF e STJ. Este é um desafio ao Poder Judiciário: *ampliar o caráter vinculante das decisões dos Tribunais Superiores*, visando diminuir o tempo do processo.

A EC 45 e a Lei 11.418/06 procuraram estabelecer filtro de acesso com análise (pelo menos no recurso paradigma - 1º a ser analisado) exclusiva do STF, cuja decisão trará vinculação vertical e mesmo horizontal às causas repetitivas[12]. Destarte, o recurso extraordinário paradigma goza de presunção de repercussão geral, que apenas pode ser derrubada, com eficácia *erga omnes*, com voto contrário de 2/3 dos Ministros do Supremo, reunidos em Plenário Virtual. Trata-se de requisito de admissibilidade diferenciado, ligado a transcendência da matéria[13], cuja apreciação não pode ocorrer, pelo menos no primeiro recurso – *leading case* (na primeira análise da *questão constitucional)*, no tribunal local e nem pelo Relator do STF[14]-[15].

De outra banda, a repercussão geral também é utilizada como estímulo ao cumprimento de Súmula Vinculante e jurisprudência dominante do STF (art. 543-A, §3º, do CPC). A transcendência do recurso extraordinário, *in casu*, é instrumento de garantia de atendimento aos precedentes do STF.

No *site* do STF há ícone indicando quais matérias já apreciadas possuem (e quais não possuem) repercussão geral, inclusive com indicação do recurso em que o requisito foi discutido, para ciência de toda coletividade e aplicação pelos demais Órgãos do Poder Judiciário[16]-[17].

3- O DESAFIO DOS PRECEDENTES INFRACONSTITUCIONAIS: O JULGAMENTO DOS PROCESSOS REPETITIVOS NO STJ. O FUTURO DO JUDICIÁRIO

Não resta dúvida que a tendência no julgamento dos casos repetitivos passa pela ampliação do caráter vinculante das decisões dos tribunais superiores. No âmbito do STJ manifesta-se esta tendência por meio das alterações oriundas do art. 543-C do CPC e da Resolução 08 do STJ[18].

A implantação da sistemática do caso repetitivo significa a ampliação da força do precedente e maior restrição de acesso ao STJ, eis que passa a interpretação paradigma a ser vinculante também no âmbito do próprio Tribunal[19]. Portanto, trata-se de mais um

instituto de vinculação de julgamento a restringir a remessa de recursos repetidos cujo *móvel* já foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça.

A implantação de mais este *filtro de subida recursal* tende a gerar a verticalização e a própria horizontalização do resultado do *caso piloto*, desestimulando a divergência jurisprudencial no âmbito dos tribunais locais e no próprio Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de claro desfio ao judiciário nacional: *fortalecer o atendimento aos julgados do STJ em contraposição à liberdade de julgamento ainda garantida pelo sistema processual*.

Explica-se.

O resultado esperado apenas pode ser efetivamente alcançado, se os tribunais locais efetivamente atenderem ao precedente[20] e não se utilizarem da premissa de manter a decisão contrária e remeter os autos ao STJ (art. 543-C, §8º, do CPC). A *desobediência hermenêutica*, neste caso, gerará atropelo em relação à solução esperada pela reforma.

Quanto ao procedimento, há certa proximidade em relação ao que ocorre no recurso extraordinário em que a repercussão geral é feita por amostragem – art. 543-B, do CPC[21]. De acordo com o art. 543-C, do CPC, a Presidência do tribunal local (ou o próprio STJ, em manifestação direta dos Ministros), ao perceber elevada quantidade de recursos especiais com a mesma questão de direito deve, visando uniformizar o posicionamento do Tribunal e evitar maiores delongas, admitir um ou mais apelos que possam representar a controvérsia, remetendo-os ao Tribunal Superior e sobrestando o processamento dos demais.

Nota-se que o dispositivo em comento amplia também a competência da Presidência do tribunal local, nas hipóteses indicativas de recursos especiais repetitivos. Pretende, bem a propósito, atribuir poder para, dentro da razoabilidade e com o intuito de evitar repetição de atos processuais em casos repetitivos, remeter apenas alguns recursos indicativos da controvérsia, para apreciação imediata pelo STJ.

Como já mencionado, o grande desafio do Judiciário é a sedimentação desta técnica, que pretende uniformizar a jurisprudência nacional e, como conseqüência, diminuir o tempo e o número de recursos em tramitação neste Poder.

Caso esta conduta não seja observada, o Ministro Relator, identificando que já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao STJ, poderá determinar a suspensão dos processos repetidos em tramitação nos tribunais locais (seria de dentro do STJ para fora – direcionada aos demais tribunais).

O disposto no art. 543-C, §2º, do CPC, a bem da verdade, indica verdadeiro *poder ao Relator* (somado aos previstos no art. 557 do CPC) de sobrestar o processamento dos recursos repetidos, evitando a sobrecarga de trabalho e o risco de divergência de posicionamento.

Neste sentido, afirma-se que uma das tentativas de superação da crise de tempestividade da tutela jurisdicional é a ampliação do caráter vinculante do precedente, em todos os graus de jurisdição, fazendo com que as causas repetitivas tenham solução com maior brevidade.

Vejamos alguns temas polêmicos e altamente repetitivos já apreciados pelo novo sistema, pelo STJ:

- a) RESp 1012903: neste recurso, que serviu de paradigma para aplicação em casos sucessivos, o STJ enfrentou que é indevida a cobrança de Imposto de Renda sobre valores complementares de aposentadoria e de resgate de contribuição correspondente para a Previdência Privada.

- b) No Resp 1108013: O Tribunal entendeu que os defensores públicos estaduais possuem direito de receber honorários quando atuam em causas contra o Município.

- c) Nos RESp 1058114 e 1063343: Ficou definido que,uma vez afetado o recurso paradigma, impossível será o pedido de desistência[22].

- d) No REsp 1073976: Discutiu a situação jurídica dos Militares inativos da Polícia Militar do Rio Grande do Sul e dos Benefícios concedidos pela Lei Complementar Estadual nº 10.990/97. Prescrição.

Claro que a afetação dos recursos, que ultrapassam 100, e o julgamento paulatino caminham em uma só direção: *otimização do resultado dos julgamentos e maior brevidade na solução das situações jurídicas repetitivas*.

Contudo, mister fazer uma indagação, que reflete ao aspecto central deste ensaio: qual a conseqüência caso o Tribunal local não acolha o precedente?

Ora, a rigor não se trata de um precedente vinculante (no sentido de obrigatório e *erga omnes*). Contudo, a *desobediência interpretativa* causará, de um lado, a manutenção da divergência e a frustração do principal objetivo das reformas e, de outro, a penalidade decorrente da atuação (prevista no art. 543-C, do CPC – cassação da decisão local).

Destarte, assim como ocorre no caso da repercussão geral por amostragem, nada impede que o Tribunal Superior casse ou mesmo adapte a decisão local ao precedente. Por outro lado, será que a desobediência à interpretação infraconstitucional do STJ, equivale à própria violação à lei federal, nos termos do art. 485 do CPC, legitimando o ajuizamento de ação rescisória?

O assunto deve ser analisado com parcimônia, em razão do consagrado na Súmula 343 do STF. Contudo, como será demonstrado, o desafio a ser enfrentado pelo judiciário

nacional diz respeito exatamente à manutenção desses presentes e, neste particular, a mitigação desta Súmula e a ampliação do móvel para a rescisória em caso de divergência de interpretação de Tribunal Superior.

Vamos aos argumentos.

4- MITIGAÇÃO DA SÚMULA 343 DO STF – RESCISÓRIA CONTRA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DIVERGENTE DO STF

O momento é de importância vital ao sistema de precedentes no Brasil. No STF, por exemplo, vem sendo discutido o papel das decisões e as conseqüências em caso de não atendimento dos precedentes nele firmados[23].

Neste contexto, a própria Súmula 343 do STF e a doutrina da interpretação razoável foram revisitadas. O teor da primeira é o seguinte: "*não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*".

Contudo, o seu teor não se coaduna com o novo sistema de vinculação dos precedentes. No âmbito do STF, a rigor, a última interpretação constitucional é a que ele próprio apresentou. Ademais, a sistemática da súmula vinculante e da repercussão geral, como já demonstrado, consagram este *estímulo* e procuram evitar a *desobediência interpretativa*.

Ora, é fato que a última palavra em relação a interpretação constitucional é do STF. Portanto, razoável é defender o cabimento de rescisória para discutir violação a interpretação constitucional do próprio Tribunal Excelso, o que também ratifica o processo de sedimentação da eficácia vertical e *erga omnes* de suas decisões, em caráter difuso, concentrado, sumuladas ou não[24].

Com efeito, nesta etapa da formação dos precedentes, não atender decisão do STF terá como conseqüência a própria violação ao texto constitucional, sujeitando-o à rescisória.

No julgamento do AgReg no RE 328.812-1, manteve-se o entendimento de que é incabível a citada Súmula em caso de interpretação constitucional. Assim decidiu a Corte Suprema:

“Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343. 3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Ação Rescisória fundamentada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A indicação expressa do dispositivo constitucional é de todo dispensável, diante da clara invocação do princípio constitucional do direito adquirido. 5. Agravo regimental provido. Recurso extraordinário conhecido e provido para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória” (RE-AgR 328812 / AM Relator Min. Gilmar Mendes -J em 10/12/2002 – 2º T - DJ 11-04-2003 PP-00042 EMENT VOL-02106-04 PP-00877)[25].

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes ressaltou que:

“Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes. Assim, se somente por meio de controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais ordinários, é que o Supremo Tribunal Federal veio a apreciá-las, é a ação rescisória, com fundamento em violação de literal disposição de lei, instrumento adequado para a superação de decisão divergente”[26].

No contexto, vale ressaltar outro precedente do C. STF:

“Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Constitucional e Processual Civil. Ação Rescisória. Matéria Constitucional: Cabimento da Rescisória contra Decisão Baseada em Interpretação Controvertiva Anterior à Orientação do Supremo Tribunal Federal. Inaplicabilidade da súmula 343. Precedente do Plenário. Agravo regimental ao qual se nega provimento”. RE 500043 AgR / GO – Rel. Min. Carmen Lúcia. 1ª Turma – J. em 26.05.09 – DJe de 25.06.09 – Ement vol.02366-05 PP-00983).

Pelo que se percebe diante de interpretação do sistema de manutenção dos precedentes e da força *normativa* das decisões do STF, a Súmula 343 acaba sendo relativizada.

Neste fulgor, é razoável defender o cabimento de rescisória em caso de violação a posicionamento constitucional daquele Tribunal, independentemente da existência de eventual “controvérsia de interpretação” nos demais tribunais nacionais.

Sendo o STF o Tribunal competente para interpretar a CF em grau máximo, dele é a melhor interpretação constitucional[27]. Logo, a negativa de atendimento à sua decisão

deve ser rechaçada, tendo em vista que, como já mencionado, fragiliza o sistema e dificulta o acesso à justiça e a efetiva prestação da tutela jurisdicional sem dilações indevidas.

Repita-se: o objetivo da ampliação do poder dos precedentes é a diminuição do número de recursos e a otimização da solução dos casos repetitivos (constitucionais). *In casu*, estaria sujeito a rescisória (além da própria ampliação das hipóteses de relativização da coisa julgada[28]).

Por outro lado, cumpre enfrentar se a força vinculante dos precedentes também alcança a interpretação do STJ em casos repetitivos.

5- JULGAMENTO DOS CASOS REPETITIVOS PELO STJ E A AMPLIAÇÃO DO CABIMENTO DE RESCISÓRIA. O DESAFIO DO JUDICIÁRIO

Neste momento, as grandes questões a serem enfrentadas são as seguintes: a) qual o objetivo da interpretação do STJ em processos repetitivos? Qual a consequência em caso de manutenção, pelos tribunais locais, de posicionamento divergente? A divergência interpretativa é salutar para o processo de criação do direito, em casos repetitivos? A Súmula 343 do STF está imune a críticas nesta etapa do processo evolutivo da jurisprudência? A doutrina da interpretação razoável, mas contrária ao posicionamento do STJ, justifica o incabimento de ação rescisória?

Vamos às respostas.

Como já observado, a sociedade hodierna vive um processo de fortalecimento dos precedentes, especialmente nos casos repetitivos, ampliando a força vinculante para os casos futuros (*ex vi*, dentre outros, das previsões dos arts. 285-A, 518, 527, 557, 543-A a C, 544, 481, parágrafo único, todos do CPC).

Não há chance de erro ao se afirmar que o objetivo maior dos instrumentos de coletivização das decisões em casos repetitivos é permitir que o Judiciário Nacional otimize o julgamento e permita a diminuição do tempo no processo. E o juiz, se de um lado não está adstrito ao precedente, de outro não se pode afirmar que o precedente "é

uma categoria jurídico-processual estranha ao direito pátrio, ou que tem apenas uma força meramente persuasiva”[29].

De fato, esta *reengenharia necessária*[30] atinge não apenas a interpretação constitucional do STF, mas também encontra assento na interpretação da lei federal, a ser dada pelo STJ.

Com efeito, a consequência natural do processo de fortalecimento dos precedentes do STJ, especialmente em casos repetitivos, é a vinculação de seus precedentes. Assim, parece que os posicionamentos favoráveis à *interpretação razoável* devem ser revistos.

A jurisprudência tradicional do STJ[31] (sedimentada durante muitos anos) prestigia a chamada *interpretação razoável*, mesmo que contrária à do Tribunal, e invoca a Súmula 343 do STF para não admitir rescisória.

Vejamos dois julgados sobre o tem (o segundo contendo indicativo de outros precedentes):

“Administrativo e Processual Civil. Ação Rescisória. Violação ao art. 485, incisos V, do Código de Processo Civil. Descabimento. Mero inconformismo com os fundamentos do acórdão rescindendo. 1. A ofensa a dispositivo de lei capaz de ensejar o ajuizamento da ação rescisória é aquela evidente, direta, aberrante, observada primo oculi, não a configurando a interpretação razoável, ainda que não seja a melhor dentre as possíveis; sob pena de ofensa ao instituto da coisa julgada e, em conseqüência, ao princípio da segurança jurídica. Precedentes. 2. O recurso especial interposto em sede de ação rescisória deve limitar-se aos pressupostos de cabimento desta ação discutidos no acórdão recorrido, sendo descabida pretensão de rediscutir os fundamentos do aresto rescindendo. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido”. (AgRg no REsp 974764 / RS – Relatora Min. Laurita Vaz - 5° Turma – J. Em 19.02.09 - DJe 23/03/2009).

“Processual civil. Administrativo. Ação rescisória. Multa por ocupação indevida de imóvel funcional destinado a militares. Termo a quo. Interpretação da alínea "e" do artigo 15, inciso I, da Lei nº 8.025/90. Entendimento divergente sobre o tema à época do julgamento. Descabimento da pretensão rescisória. Incidência da súmula 343/STF. Violação do art. 535, I e II, do CPC. Não configurada. 1. A violação da lei que autoriza o remédio extremo da ação rescisória é aquela que consubstancia desprezo pelo sistema de normas no julgado rescindendo. 2. A pretensão dos autores de rediscutir matéria preclusa, mediante a revisão da decisão trânsita, sob o argumento de que o acórdão rescindendo, violou disposições literais de lei, é transformar a ação rescisória em recurso de prazo longo com sacrifício da segurança jurídica e da efetividade das decisões jurisdicionais. 3. É cediço na Corte que "para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se 'recurso' ordinário com prazo de interposição de dois anos" (REsp 9.086/SP, Relator

Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, DJ de 05.08.1996; REsp 168.836/CE, Relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, DJ de 01.02.1999; AR 464/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ de 19.12.2003; AR 2.779/DF, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Terceira Seção, DJ de 23.08.2004; e REsp 488.512/MG, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 06.12.2004). 4. A doutrina encampa referido entendimento ao assentar, verbis: "(...) a causa de rescindibilidade reclama 'violação' à lei; por isso, 'interpretar' não é violar. Ainda é atual como fonte informativa que tem sido utilizada pela jurisprudência, a enunciação do CPC de 1939, no seu artigo 800, caput: 'A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória'. Ademais, para que a ação fundada no art. 485, V, do CPC, seja acolhida, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo teratológica que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Ao revés, se a decisão rescindenda elege uma dentre as interpretações cabíveis, a ação rescisória não merece prosperar. Aliás devemos ter sempre presente o texto da Súmula nº 343 do STF: 'Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais'. A contrario sensu, se a decisão rescindenda isoladamente acolhe pela vez primeira tese inusitada, sugere-se a violação." (Luiz Fux, in Curso de Direito Processual Civil, 2ª Ed., Editora Forense,Rio de Janeiro, 2004, págs. 849/850) 5. Consoante a Súmula n.º 343/STF, não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. 6. In casu, a disposição legal tida por violada (art. 15, inc. I, letra “e” da Lei 8.025/90) foi corretamente interpretada pelo tribunal a quo, que, apenas, escolheu uma das opções cabíveis à época do julgado rescindendo. 7. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005. 8. Recurso especial desprovido” (Resp 871.438 - DF – Rel. Min. Luiz Fux – J. em 22.04.08, DJe de 29.05.2008).

A doutrina da *intepretação razoável* garante a estabilidade das decisões judiciais, a coisa julgada e o próprio poder de criação do juiz. Contudo, nos casos envolvendo processos repetitivos parece que não é a mais adequada, eis que o papel do STJ, neste caso, é firmar posicionamento *final* para situações jurídicas sucessivas.

Portanto, a hermenêutica e a própria criação do direito parece ficar mitigados. No fundo, a não aplicação da interpretação contida no leading case causa violação ao princípio da isonomia.

Neste momento, é oportuno ampliar um pouco mais o horizonte argumentativo em relação ao processo de vinculação dos precedentes. O próprio STF, como visto, vem mitigando a aplicação da Súmula 343, o que parece ser um caminho sem volta, também no que respeita à matéria infraconstitucional repetitiva.

O desafio está lançado: *será que as novas fórmulas ligadas ao leading case e ao processo de vinculação dos precedentes irão alcançar o êxito esperado pelas reformas?*

Não se pode esquecer que este caminho perpassa pela alteração da interpretação tradicional dos tribunais superiores, especialmente do próprio STJ, mas é consequência natural decorrente da nova sistemática do fortalecimento dos precedentes judiciais.

Aliás, o tema vem sendo discutido naquele Tribunal Superior, como se pode observar em passagem do voto-vista do Min. Teori Albino Zavascki, no EREsp 960.523[32] (J. em 23.04.2008):

"**8. Revisão da jurisprudência tradicional sobre a aplicação da Súmula 343/STF.** Por todas essas razões, justifica-se plenamente a mudança de orientação do STJ em relação à súmula 343/STF, para o efeito de considerar como ofensiva a literal disposição de lei federal, para efeito de rescisória, qualquer interpretação contrária à que lhe atribui o STJ, seu intérprete institucional. A existência de interpretações divergentes da norma federal, antes de inibir a intervenção do STJ (como recomenda a súmula), deve, na verdade, ser o móvel propulsor para o exercício do seu papel de uniformização. Se a divergência interpretativa é no âmbito de tribunais locais, não pode o STJ se furtar à oportunidade, propiciada pela ação rescisória, de dirimi-la, dando à norma a interpretação adequada e assim firmando o precedente a ser observado; se a divergência for no âmbito do próprio STJ, a ação rescisória será o oportuno instrumento para uniformização interna; e se a divergência for entre tribunal local e o STJ, o afastamento da súmula 343/STF será a via para fazer prevalecer a interpretação assentada nos precedentes da Corte Superior, reafirmando, desse modo, a sua função constitucional de guardião da lei federal. **9.** Conclusão. Ante o exposto, dou provimento aos embargos de divergência, acompanhando o relator".

Portanto, o desafio está lançado. O Judiciário Nacional, como um todo, tem a necessidade de redefinir o papel do julgamento dos casos repetitivos do STJ. O tribunais local, caso não apliquem a interpretação do Tribunal Superior, sofrerá, além de cassação ou adaptação da decisão, um processo natural de descrédito.

Resta saber se o desafio será bem cumprido, ampliando o cabimento da rescisória em caso de não atendimento do decidido no *leading case* e, consequentemente, mitigando a Súmula 343 do STF.

Outrossim, sendo atendido o precedente ou *readaptada* a decisão local, a parte que pretender mover rescisória o fará contra esta ou contra a própria interpretação do STJ?

Como já observado, este é o ideal visando a diminuição do tempo do processo. A rigor, estando sobrestado o andamento do processo repetitivo no tribunal local, a decisão que será proferida pelo Tribunal Superior no julgamento do caso piloto terá caráter vinculante. Portanto, o art. 543-C, do CPC, objetiva impedir a sucessividade de recursos iguais perante o STJ, funcionando o Órgão local apenas como *repetidor* da decisão superior.

Percebe-se, nesse sentido, que tanto nos recursos representativos da controvérsia quanto nos que ficaram sobrestados, há análise final (direta ou indireta) pelo STJ[33]. Logo, se a parte prejudicada no âmbito local pretender desconstituir seu julgado, parece razoável entender que a rescisória deve ser apresentada no STJ – no recurso representativo da controvérsia.

Esta afirmação merece alguns comentários. Ora, sendo a decisão local apenas repetição da oriunda do apelo afetado pelo STJ, se o interessado pretender mover demanda rescisória (art. 485 do CPC), não parece ser o tribunal local o competente, eis que a decisão final é a oriunda de processo externo. Contudo, o prazo bienal apenas começa a contar após o trânsito em julgado da decisão local.

Na verdade, existem duas situações distintas: a) se o tribunal local não adaptar o recurso sobrestado à decisão paradigma, o caso estará sujeito às *sanções hermenêuticas* do art. 543-C, do CPC, além de rescisória (como citado anteriormente), b) se ocorrer a adaptação, o local apenas está vinculando o precedente externo, não proferindo qualquer juízo de valor acerca do erro ou acerto do julgado Superior. Neste caso, mister ratificar que se o interessado pretender ajuizar rescisória, parece ser correta a afirmação de que o órgão competente é o próprio Tribunal Superior.

Estes são os novos desafios ao Poder Judiciário Nacional em relação à força dos julgados repetitivos. Se de um lado a tendência é a diminuição do número de processos remetidos àqueles órgãos, de outra há a necessidade de repensar o sistema de precedentes no Brasil e a competência para o cabimento de ação rescisória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos*. Revista de Processo n. 165, São Paulo : Revista dos Tribunais, novembro/2008.

ARAÚJO, Jose Henrique Mouta. *A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária.* Revista de Processo n. 164, São Paulo : Revista dos Tribunais, outubro/2008.

_____. *É cabível a desistência em caso de recurso especial repetitivo já afetado pelo STJ?* Revista Brasileira de Direito Processual Civil – RBDPro n. 66, Belo Horizonte, abril/junho de 2009.

_____. *Impugnação e embargos do devedor nos títulos executivos inconstitucionais: a ampliação do caráter vinculante das decisões do STF***.** Revista Dialética de Direito Processual n. 71, São Paulo : Dialética, fevereiro/2009.

_____. *Novas linhas sobre o julgamento dos recursos especiais por amostragem: a Resolução nº 08 do STJ*. Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro n. 64, Belo Horizonte, outubro/dezembro 2008.

_____. *Processos repetitivos e os poderes dos Magistrados diante da Lei n 11.277/06. Observação e críticas*. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 37, n. 8, p. 69-79, 2006

_____. *Súmula impeditiva de recursos. Uma visão sobre o atual quadro processual brasileiro*. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 39, p. 86-92, 2006.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *A Lei 11.672/2008 e o novo processamento de recursos especiais com identidade de matérias, em confronto com a feição transindividual do recurso extraordinário"*. Revista de Processo n. 163, São Paulo : Revista dos Tribunais, Setembro/2008.

CHEIM JORGE, Flávio e SARTÓRIO, Élvio Ferreira. *O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 186.

DIAS, Jean Carlos. *A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei 11.277*. Revista Dialética de Direito Processual n. 37, São Paulo : Revista dos Tribunais, abril/2006, pp. 63-68.

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça.* Rio de Janeiro : Forense, 2005

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

MATSUURA, Lilia. *A transformação do controle de constitucionalidade.* Publicado dia 17.08.09 em http://www.conjur.com.br/2009-ago-17/transformacao-processo-controle-constitucionalidade-brasil?imprimir=1. Acesso em 27.08.09, às 17:00 horas.

MITIDIERO, Daniel e MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

SARTÓRIO, Élvio Ferreira e CHEIM JORGE, Flávio. *O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 186.

TAVARES JUNIOR, Homero Francisco. *Recursos especiais repetitivos: aspectos da Lei 11.678/2008 e da Res. 8/2008 do STJ*. Revista de Processo n. 166, São Paulo : Revista dos Tribunais, dezembro/2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação rescisória em matéria constitucional*. Revista de direito Renovar, n. 27, São Paulo : Renovar, set-dez/2003.

---

[1] Recomenda-se a leitura dos seguintes ensaios, especialmente desenvolvidos para estes assuntos: ARAÚJO, Jose Henrique Mouta . *Processos repetitivos e os poderes dos Magistrados diante da Lei n 11.277/06. Observação e críticas*. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 37, n. 8, p. 69-79, 2006 e ARAUJO, Jose Henrique Mouta . *Súmula impeditiva de recursos. Uma visão sobre o atual quadro processual brasileiro*. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 39, p. 86-92, 2006.

[2] Mister observar que, mesmo não sumulada, a jurisprudência do plenário do STF acaba sendo “vinculante” para os casos repetidos, impedindo, com isso, a incidência da

prerrogativa do reexame necessário. Portanto, o art. 475, §3º, do CPC consagra maior força ao precedente daquele Tribunal Superior.

[3] *O*s precedentes internos de improcedência podem ser vinculantes para o próprio juiz, desde mantenha o posicionamento anterior. Trata-se, portanto, de técnica de antecipação da resolução da lide com implementação de *precedente vinculante*. Sobre o assunto, apontando a interpretação do dispositivo e as críticas necessárias, ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Processos repetidos e os poderes do magistrado diante da Lei 11.277/06. Observações e críticas*. Revista Dialética de Direito Processual n. 37, São Paulo : Revista dos Tribunais, abril/2006, pp. 69-79 e também DIAS, Jean Carlos. *A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei 11.277*. Revista Dialética de Direito Processual n. 37, São Paulo : Revista dos Tribunais, abril/2006, pp. 63-68.

[4] Apenas para ilustrar, em 2007 chegaram quase cento e sessenta mil processos no STF, mas não retrataram igual número de causas novas. Pelo contrário, processos repetitivos e com interpretações já uniformizadas no Tribunal. Acerca desta crise numérica e reflexos no controle difuso e concentrado de constitucionalidade, ver artigo assinado por Lilia Matsuura intitulado *a transformação do controle de constitucionalidade,* publicado dia 17.08.09 em http://www.conjur.com.br/2009-ago-17/transformacao-processo-controle-constitucionalidade-brasil?imprimir=1. Acesso em 27.08.09, às 17:00 horas.

[5] No mesmo sentido, aponta Mantovanni Colares Cavalcante: "dúvida não há de que os recursos especial e extraordinário têm como função, respectivamente, o controle da legalidade ou da constitucionalidade da decisão, vedando-se o amplo reexame da causa. E por isso mesmo tais recursos podem ser chamados de *excepcionais*. A realidade, porém, tem demonstrado que há uma insistência quando do manejo desses recursos, no sentido de torná-los ´nova apelação´ ou ´novo agravo´, a depender da decisão questionada, se definitiva ou interlocutória". *A Lei 11.672/2008 e o novo processamento de recursos especiais com identidade de matérias, em confronto com a feição transindividual do recurso extraordinário"*. Revista de Processo n. 163, São Paulo : Revista dos Tribunais, Setembro/2008, p. 181.

[6] Acerca da diferenciação entre súmula vinculante e precedentes judiciais, ver, dentre outros: ABBOUD, Georges. *Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos*. Revista de Processo n. 165, São Paulo : Revista dos Tribunais, novembro/2008, pp. 218- 230.

[7] Vale ressaltar que, também caminhando no sentido de implementar maior celeridade à prestação jurisdicional, a Lei 11.280/06 passou a consagrar a possibilidade do magistrado conhecer de ofício a prescrição, consoante alteração do art. 219, §5º, do CPC. Logo, passa a ser possível, em todas as situações, o indeferimento da inicial por prescrição, *ex vi* art. 295, IV c/c 219, §5º, do CPC.

[8] Enunciado 101 do Conaje: Aplica-se ao Juizado Especial o disposto no art. 285, a, do CPC (aprovado no XIX Encontro – Aracaju/SE).

[9] O Conselho Federal da OAB ajuizou no STF a ADIN n. 3695, argumentando que o art. 285-A, do CPC, seria inconstitucional, eis que violador dos princípios da isonomia

e segurança jurídicas (art. 5º, *caput*); direito de ação (art. 5º, XXXV), devido processo legal (art. 5º, LIV) e contraditório (art. 5º, LV). O Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP pugnou pela constitucionalidade, habilitando-se como *amicus curiae.* A petição do IBDP pode ser conferida no endereço http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/Textos%20Importantes/Microsoft%20Word%20-%20Amicus%20curiae%20-%20285-A%20-%20IBDP.pdf. Acesso em 07.09.09 à 10:00 horas.

[10] ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Processos repetidos e os poderes do magistrado diante da Lei 11.277/2005. Observações e críticas*. Revista Dialética de Direito Processual n. 37. São Paulo : Dialética, 2006.

[11] Enunciado 102 – "O relator, nas Turmas Recursais Cíveis, em decisão monocrática, poderá negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em desacordo com Súmula ou jurisprudência dominante dasTurmas Recursais ou de Tribunal Superior, cabendo recurso interno para a Turma Recursal, no prazo de cinco dias (aprovado no XIX Encontro – Aracaju/SE)". Enunciado 103 – "O relator, nas Turmas Recursais Cíveis, em decisão monocrática, poderá dar provimento a recurso se a decisão estiver em manifesto confronto com Súmula do Tribunal Superior ou Jurisprudência dominante do próprio Juizado, cabendo recurso interno para a Turma Recursal, no prazo de cinco dias (aprovado no XIX Encontro – Aracaju/SE)".

[12] A CLT também menciona a necessidade de demonstração da *transcendência* como requisito para interposição do Recurso de Revista (art. 896-A).

[13] Comentando o art. 543-A, §1º, asseveram Marinoni e Mitidiero: "ressai, de pronto, na redação do dispositivo, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, o que aponta imediatamente para a caracterização da relevância e tanscendência da questão debatida como algo a ser aquilatado em concreto, nesse ou a partir desse ou daquele caso apresentado ao Supremo Tribunal Federal". MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

[14] É interessante observar a utilização, pelo art. 102, §3º, da CF/88, da palavra Tribunal, com T maiúsculo, demonstrando que está se referindo ao Tribunal Excelso. Logo, a condição de admissibilidade envolvendo a repercussão geral é exclusiva do colegiado máximo do STF. No mesmo sentido, entendem Élvio Ferreira Sartório e Flávio Cheim Jorge que: "houve por bem o legislador em dizer que o Tribunal (com letra maiúscula) competente só pode recursar a causa por ausência da *repercussão geral* por meio a manifestação de dois terços de seus membros. A letra maiúscula de Tribunal sugere que o Tribunal competente é o STF, uma vez que na sistemática da Constituição Federal de 1988 a palavra tribunal (com letra minúscula), em regra, é utilizada para designar os tribunais em geral (ou os ordinários) e, em letra maiúscula, para designar os tribunais superiores". *O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 186.

[15] O § 4º do art. 543-A do CPC deixa claro que a dispensa de remessa do assunto para a análise pelo colegiado apenas ocorrerá se a turma decidir pela existência da repercussão geral. Se a interpretação for em sentido contrário, deverá o assunto ser apreciado pelo Plenário do STF. Logo, a Turma apenas pode declarar a presença da repercussão, configurando-se um requisito de admissibilidade de sua competência apenas no aspecto positivo.

[16] Para verificação dos assuntos que possuem ou não repercussão geral, ver http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/listarRepercussao.asp?tipo=SS. Acesso em 07.09.09, às 09:10 h.

[17] Há, também, indicação do procedimento a ser adotado na análise da repercussão geral, inclusive em causas repetitivas. Ver http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=processamentoMultiplo#. Acesso em 07.09.09, às 09:15 h.

[18] No tema, ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Novas linhas sobre o julgamento dos recursos especiais por amostragem: a Resolução nº 08 do STJ*. Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro n. 64, Belo Horizonte, outubro/dezembro 2008, pp. 139-151, TAVARES JUNIOR, Homero Francisco. *Recursos especiais repetitivos: aspectos da Lei 11.678/2008 e da Res. 8/2008 do STJ*. Revista de Processo n. 166, São Paulo : Revista dos Tribunais, dezembro/2008, pp. 190-202.

[19] Reitera-se, portanto, que há vinculação em duas esferas: horizontal (dentro do próprio STJ) e vertical (para os demais Órgãos Judiciais).

[20] Se for o caso, adaptando a causa de acordo com o posicionamento superior (art. 543-C, §7º, II, do CPC).

[21] A Resolução do STJ n. 07/08, de 14/07/08, foi a que primeiro estabeleceu o procedimento relativo ao julgamento dos recursos especiais repetidos. Contudo, houve a sua revogação pela Resolução 08/08, de 07.08.08.

[22] Em sentido contrário ao decidido pelo STJ, nos REsp.1058.114 e 1063.343. Ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. *É cabível a desistência em caso de recurso especial repetitivo já afetado pelo STJ?* Revista Brasileira de Direito Processual Civil – RBDPro n. 66, Belo Horizonte, abril/junho de 2009, p. 179-181.

[23] ARAÚJO, José Henrique Mouta. *A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária.* Revista de Processo n. 164, São Paulo : Revista dos Tribunais, outubro/2008, pp. 342-359.

[24] Sobre o assunto, ver, com maior fôlego, notícia disponibilizada no site conjur.com.br, em 08.03.08, intitulada *Cabe ação rescisória quando sentença contraria decisão do STF***.** Disponível em http://www.conjur.com.br/2008-mar-08/cabe_acao_rescisoria_quando_decisao_contraria_stf. Acesso em 07.09.09, às 09:15 horas.

[25] Na sessão realizada em 06.03.08 o STF apreciou e rejeitou embargos declaratórios opostos no RE 328.812, ratificando o posicionamento firmado quanto a inaplicabilidade da Súmula 343 em caso de interpretação constitucional.

[26] Sobre a Súmula 343 do STF, entendeu o Relator que: "a aplicação da Súmula 343 em matéria constitucional revela-se afrontosa não só à força normativa da Constituição, mas também ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. Admitir a aplicação da orientação contida no aludido verbete em matéria de interpretação constitucional significa fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento das decisões do Supremo Tribunal Federal. Tal prática afigura-se tanto mais grave se considerar que no nosso sistema geral de controle de constitucionalidade a voz do STF somente será ouvida após anos de tramitação das questões em duas instâncias ordinárias. Privilegiar a interpretação controvertida, para a mantença de julgado desenvolvido contra a orientação desta Corte, significa afronta a efetividade da Constituição".

[27] Nesse sentido, ver ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação rescisória em matéria constitucional*. Revista de direito Renovar, n. 27, São Paulo : Renovar, set-dez/2003, pp. 153-174.

[28] ARAUJO, José Henrique Mouta. *Impugnação e embargos do devedor nos títulos executivos inconstitucionais: a ampliação do caráter vinculante das decisões do STF***.** Revista Dialética de Direito Processual n. 71, São Paulo : Dialética, fevereiro/2009, pp. 50 e seguintes.

[29] KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça.* Rio de Janeiro : Forense, 2005, p. 59.

[30] Sobre o tema, ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. *A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária.* Revista de Processo n. 164, São Paulo : Revista dos Tribunais, outubro/2008, pp. 342-359.

[31] Também no TST esta doutrina vem prevalecendo, inclusive prestigiando a Súmula 221, como se pode observar pela notícia divulgada no site conjur.com.br intitulada *TST não admite recurso quando decisão regional é razoável***.** Disponível em http://www.conjur.com.br/2006-nov-07/tst_nao_admite_recurso_quando_decisao_razoavel. Acesso em 18.08.09, às 10:05 horas.

[32] A mesma discussão foi travada no julgamento do REsp n. 1.026.234/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 27.5.2008, publicado no DJe de 11.6.2008.

[33] Tanto isto é verdade que, após o julgamento do recurso paradigma, deve o Tribunal local adaptá-lo aos que ficaram sobrestados ou declará-los prejudicados.

AS TEORIAS DIALÓGICAS E A DEMOCRACIA DELIBERATIVA DIANTE DA REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL *

THE DIALOGICAL THEORIES AND DELIBERATIVE DEMOCRACIE IN FRONT OF REPRESENTATIVE ARGUMENTATION OF THE FEDERAL SUPREME COURT

José Ribas Vieira
Mônica Campos de Ré

RESUMO

O trabalho apresenta como ponto central o modelo democrático formalizado pela Constituição Federal. Procede-se a uma análise com base numa perspectiva de desenho institucional a partir de como são estruturados os poderes constitucionais. Dessa forma, merece destaque o resultado desse contexto institucional, a judicialização da política com o protagonismo do Supremo Tribunal Federal. A esse quadro analítico, há uma proposta que aponta a necessidade da aplicação de uma abordagem contida em modelos de diálogos institucionais ou constitucionais, com suas variáveis, aliada à questão da democracia deliberativa (Jeremy Waldron). O estudo culmina com um cotejamento, com a concepção de representatividade argumentativa (Robert Alexy) constante em certas decisões da Corte Suprema brasileira.
Essa trajetória de estudo aponta uma preocupação de caráter descritivo e também para um alinhamento prescritivo.

PALAVRAS-CHAVES: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA; MODELOS TEÓRICOS.

ABSTRACT

The work presents as central point the democratic model formalized by the brazilian Federal Constitution. The analysis proceeds with base in a perspective of institutional drawing as the constitutional powers are structured. In that way, it deserves prominence the result of that institutional context the judicialization of the politics with the protagonism of the Federal Supreme Court. To that analytical picture, there is a proposal that points the necessity of the application of an approach in a form of institutional or constitutional dialogues, with their variables, allied to the subject of the deliberative democracy (Jeremy Waldron). The study culminates with a comparation, with the conception of argumentative representativeness (Robert Alexy) constant in certain decisions of the brazilian Federal Supreme Court. That study path points a concern of descriptive character and also for an prescriptive alignment.

KEYWORDS: FEDERAL SUPREME COURT; JUDICIALIZATION OF POLITICS; THEORETICAL MODELS.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. Introdução.

O objetivo deste trabalho é delinear o modelo de democracia esboçado pela Constituição Federal de 1988, aproximando a descrição de sua prática e seus atores políticos de modo a refletir se é adequado para conferir efetividade aos direitos nela contidos, bem como qual a articulação existente entre estes e a estrutura institucional, principalmente a relacionada ao Poder Judiciário, procurando identificar finalmente, se há necessidade de ampliação do espectro de legitimidade desse poder.

Primeiramente, convém pontuar que um dos resultados práticos desse universo foi a denominada "judicialização da política", como concebida por Tate & Vallinder[1]. A reflexão avança no sentido de que, em decorrência do marco democrático estabelecido pelo Texto Maior, há necessidade de se adotar instrumentos analíticos, tais como os das teorias do diálogo institucional[2] e os relativos ao modelo de democracia deliberativa defendida por Jeremy Waldron[3].

Esses balizamentos descritivos servem para avaliar se o modelo formal do sistema democrático brasileiro contido na expressão do Poder Constituinte originário de 1987/1988 está sendo suficiente tanto para efetivar direitos quanto para assegurar um processo político estável e menos ativista por parte de um dos poderes constitucionais.

Com esse fim, o estudo ressalta a imperiosidade de incorporar a noção de representação argumentativa para delimitar a postura institucional do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que esse direcionamento da Corte Maior a favor dessa modalidade representativa está contida no pensamento de Robert Alexy[4].

Todo esse esforço é resultado das atividades desenvolvidas no espaço de um núcleo de pesquisa num curso de direito. Evidencia-se que a contribuição deste quadro teórico delineado sublinha a relevância em se compreender a concepção do modelo teórico institucional utilizado pelo Supremo Tribunal Federal e os impactos decorrentes de suas decisões em nossa sociedade no atual momento histórico.

A esse parâmetro descritivo sobre as interfaces da democracia, agregam-se materializados mais dois trabalhos realizados pelo citado grupo de pesquisa. Uma das contribuições é no sentido de adensar uma maior percepção com relação à teoria dos desenhos institucionais para dar subsídios a esse delineamento em torno da democracia no sistema institucional brasileiro nos dias atuais.

E a outra análise, modelada pelos seguidores do referido núcleo, refere-se ao direcionamento para proceder a uma reflexão e um embasamento sobre o marco da representação argumentativa com maior precisão a respeito da aplicação de sua configuração teórica em decisões emanadas pela Suprema Corte brasileira.

•2. A perspectiva da democracia formal e a jurisdição constitucional no Brasil.

Após a redemocratização levada a termo na metade da década de oitenta e a mudança ocorrida no panorama jurídico-institucional então em vigor no Brasil, com a edição da atual Constituição Federal, foi instaurado um estado democrático de direito. Seus balizamentos formais são o princípio democrático e o princípio da separação dos poderes, disciplinados nos dispositivos dos artigos 1º, parágrafo único, e 2º, respectivamente, da Lei Maior.

No Estado brasileiro prevalecem esses princípios, pois, com algumas exceções constitucionalmente previstas, cada Poder, dentro de suas esferas de competências e atribuições - as quais também são especificamente previstas no corpo constitucional -, deve atuar sem qualquer intervenção dos demais, porquanto qualquer ingerência indevida fatalmente acarretar-lhe-á alguma lesão. Nesse sentido: "o poder parlamentar tem representatividade democrática para tomar decisões; e o respeito a essas decisões é um elemento necessário ao princípio da separação dos poderes"[5].

Assim, conforme asseverado inicialmente, o quadro das inovações trazidas pela vigente ordem constitucional possibilitou, mesmo diante de uma estrutura normativa formalista, o exercício ampliado da cidadania. Houve condições sociais e políticas para o deslocamento da arena tradicional de debates, ocasionado pelo maior acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário a fim de buscar a concretização dos muitos direitos estabelecidos naquele texto.

Logo, para a obtenção dessa pretendida efetividade, grande parcela dos indivíduos têm se valido da instância judicial para buscar a definição de questões que são relevantes para toda a sociedade brasileira e, por conseguinte, há a consolidação um novo *locus* de soluções de conflitos[6]

Essa conduta redundou, como sublinhado anteriormente, em um processo político-institucional, cunhado de "judicialização da política"[7], cuja conseqüência tem sido a prevalência de provimentos jurisdicionais provindos do Supremo Tribunal Federal, a quem está afeto o exercício da jurisdição constitucional no Brasil, de acordo com o artigo 102, *caput* da Constituição Federal.

Isto acarreta, dentro da atual conformação institucional da jurisdição constitucional brasileira, na atribuição de proferir a última palavra quando a controvérsia lhe é submetida, diante de uma decisão para a qual seja necessário fazer o enfrentamento ou escrutínio de escolhas políticas efetuadas anteriormente por membros dos Poderes Legislativo e Executivo[8].

O próprio princípio da inafastabilidade da jurisdicão, previsto no art. 5º, XXXV, do Texto Constitucional determina que o Poder Judiciário decida, mesmo que não possua o instrumental técnico adequado e legitimidade para tanto, mas, em certa medida, a abertura da Corte Suprema à sociedade civil, por meio da realização das audiências públicas pode ser uma tentativa de ouvir os segmentos sociais interessados na demanda posta em julgamento e um mecanismo apto a conferir maior legitimidade às suas decisões.

Mesmo sendo assim, a atuação de um tribunal constitucional em temas cuja decisão está afeta aos demais poderes encontra severas críticas; a principal delas consiste na assertiva de que esse órgão não é legitimado democraticamente para enfrentar tais

questões[9], tendo em vista que seus membros não são escolhidos de forma democrática e, consequentemente, não estão submetidos a um controle social mais rígido[10].

Deve ser ressaltado que uma postura ativista dos juízes constitucionais pode ser conveniente aos demais poderes, pois estes, diante de assuntos polêmicos e conflitantes, não se vêem obrigados a arcar com os respectivos ônus políticos. Em contrapartida, considerando que em nosso país os ministros dos tribunais superiores não são escolhidos pelo voto direto, decisões eventualmente impopulares não os atingem pessoalmente, apesar de, por vezes, ser percebido algum resquício dessa impopularidade sobre a imagem institucional do Poder Judiciário[11].

Convém analisar por conseguinte, o atual delineamento do cenário brasileiro, motivado por essa situação paradoxal em que se encontram as instituições componentes do sistema. Isto porque, diante da apontada supremacia do Judiciário, urge questionar como se forja esse tipo de decisão no âmbito judicial e ainda, como deveria ocorrer, sendo premente a formulação de um modelo ideal, a correção ou uma perspectiva preceptiva.

Esse questionamento parte da constatação de uma possível vulneração do princípio democrático, com relação à judicialização da política, considerando as dificuldades inerentes aos limites da atuação dos juízes em razão de sua posição contramajoritária, pois seus representantes, ao contrário dos componentes dos ramos Executivo e Legislativo, não são eleitos, fator este desencadeador da dúvida sobre a legitimidade desse proceder.

Levando em conta a imbricação da atividade judicial de controle de constitucionalidade com a democracia deliberativa, cumpre verificar se existe uma tentativa dos membros do Supremo Tribunal Federal em contribuir para o estabelecimento de um novo desenho institucional.

É relevante destacar se, porventura, dentro desse esforço está inserido o uso de um modelo de argumentação jurídica que possibilite afirmá-lo como superador do apontado déficit democrático, bem como se este estaria ou não configurado dentro dos padrões teóricos estabelecidos por Robert Alexy[12].

Em consonância com o exposto, em uma análise perfunctória de algumas decisões proferidas pela Suprema Corte, especialmente nos chamados casos difíceis[13], é possível perceber uma postura francamente ativista por parte de alguns de seus integrantes em determinados casos específicos, visando a garantir direitos previstos na Constituição mas ainda não concretizados, conforme se depreende do seguinte exceto de um voto do Ministro Celso de Mello:

"No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais."[14]

O cenário contemporâneo também evidencia ser premente a discussão acadêmica e reflexão doutrinária não apenas quanto à separação dos poderes, a qual, para alguns estudiosos não mais vigora no Brasil[15], mas, conforme referido e constitui objeto deste estudo, quanto ao próprio princípio democrático e à legitimidade do Supremo Tribunal Federal para incidir em esferas que atingem a divisão de funções dentro do sistema tripartite.

Disto decorre, naturalmente, um aumento da tensão entre os poderes, com a mitigação dos tradicionais postulados kelsenianos no tocante à visão do órgão encarregado da jurisdição constitucional como legislador negativo, do princípio da separação dos poderes e da suposição de "neutralidade" política dos juízes, principalmente dos integrantes da corte encarregada da jurisdição constitucional ou, como no caso brasileiro, também em sede de controle incidental de constitucionalidade.

Em um ambiente onde os conflitos são complexos, evidencia-se que a Corte Suprema brasileira tem a sua frente a necessidade de efetuar uma escolha a respeito de um desenho institucional[16]. Logo, conforme a assertiva de Boaventura de Sousa Santos, estar-se-ia diante de um momento de "bifurcação na justiça" [17].

Esse processo político acarreta, por decorrência, uma reformulação do padrão institucional[18] clássico, em termos comparativos, assumido pelo constitucionalismo decorrente do sistema de revisão judicial relativa aos atos dos demais poderes, configurando o chamado *judicial review* em sua matriz americana. Ou ainda, de acordo com a figura preconizada como "legislador negativo", idealizada por Hans Kelsen nos anos 20 do século passado, propagada nos países europeus e neles aperfeiçoada pelas mudanças ocorridas no período pós-45.

Outra opção para superar os impasses existentes, consoante explicitado, seria a adoção de uma postura mais cooperativa por parte dos ministros componentes da Corte Suprema brasileira. Esta ótica decorre da formulação de Cass Sunstein[19] de que a interpretação da constituição deve ser compreendida como um produto de contribuições de diferentes atores e perspectivas teóricas, o qual, em muitos casos, pode conduzir a uma postura de autocontenção por parte dos magistrados em situações controversas.

Esse posicionamento, minimalista e menos ambicioso, não necessariamente implica uma afirmação em termos de estabelecer quem detém a última palavra, mas de propugnar a realização de um processo dialógico complexo, construído em universos deliberativos a partir dos vários influxos provenientes da sociedade civil, de órgãos legitimados por seu conhecimento técnico e dos representantes democraticamente eleitos.

Impende verificar, pois, se existe e como ocorre o diálogo institucional entre os Poderes, bem como se há interação entre seus atores. E ainda, se esta conduta tem por objetivo promover a construção de um constitucionalismo propenso a um modelo cooperativo.

3. Aspectos orientadores do marco teórico das concepções dos diálogos institucionais ou constitucionais.

A reflexão sobre as denominadas teorias do diálogo institucional ou constitucional remete para uma questão central, a relação entre política e direito. Esta articulação revela-se com toda força no processo interativo dos atores envolvidos quanto ao procedimento referido às decisões judiciais. Esse traço de completude é decorrente do próprio universo dialógico, que se opõe a um modelo de *strong judicial review*. Assim, seguindo a lição de Rosalind Dixon[20], uma atuação menos ativa do Poder Judiciário, com base num modelo de diálogos institucionais, é importante para efetivar direitos.

Nessa primeira década do século XXI, conforme exposto anteriormente, tem, contudo, prevalecido, principalmente pela postura do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a pretensão de aplicar o modelo proposto por Robert Alexy, segundo o qual "a representação do povo por um tribunal constitucional (...) somente pode ser uma representação argumentativa" [21].

Numa conjuntura institucional onde predomine a supremacia do Judiciário, Jeremy Waldron[22] estabeleceu como parâmetro para um modelo constitucional legítimo, a necessidade de uma maior presença do Poder Legislativo, pois este teria condições de atender, no procedimento legislativo, aos critérios de moralidade existentes no contexto social.

Por sua natureza essencialmente política e por abranger os respectivos setores participantes, as teorias dialógicas colocam-se, naturalmente, opostas aos princípios da supremacia do Judiciário e ou de uma leitura tendente a conferir maior peso ao papel do Poder Legislativo na configuração política, quer em razão do esgotamento da oposição contramajoritária, exposta por Alexander Bickel[23], quer pela insuficiência de atendimento à proposta de abertura da interpretação à comunidade de intérpretes.

Entretanto, o campo dessas teorias é perpassado por dois eixos: um de sentido vertical, que aglutina preocupações no sentido de efetivar direitos, da relevância de se levar em conta o caráter majoritário, do critério de um processo deliberativo genuíno e, por último, de se contrapor ao ativismo judicial. O outro, de tratamento horizontal refere-se à forma de conceber as teorias dialógicas, pois contém uma preocupação com relação à sistematização ou adotam uma dinâmica conceitualista.

Não pode ser esquecida a descrição do modelo canadense, como exposta por Peter Hogg[24] e Kent Roach[25], que referenda a funcionalidade do contexto institucional da Carta de Direitos do Canadá de 1982, com mecanismos de limitação de direitos fundamentais e do sistema que possibilita alterar, *a posteriori*, as decisões da Corte Suprema.

Rosalind Dixon[26], por sua vez, apresenta-se no debate destacando o fato de que as denominadas teorias dos diálogos constitucionais são, na verdade, outra modalidade de

constitucionalismo cooperativo. Quanto a este, considera sua ocorrência pelas seguintes formas: conversação, departamentalismo e minimalismo.

Vale observar, ainda, que ela traça, nesse desenho proposto, um diferenciador das teorias dos diálogos institucionais ou constitucionais a esses desdobramentos do constitucionalismo cooperativo, revelando-se no desiderato de concretizar, em especial, os direitos fundamentais. Sua opção pelos diálogos portanto, deve-se à consideração de que a natureza jurídico-institucional, diante do conjunto do constitucionalismo cooperativo, ressalta a possibilidade de concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais[27].

Tendente a uma proposição de sistematização, encontra-se a contribuição original de Christiane Bateup[28] ao distinguir em grupos diferenciados as teorias dialógicas, destacando entre estas, a de Barry Friedman[29]. Contudo, Bateup ao pretender formular uma teoria dialógica própria, não se afasta, igualmente, de uma orientação voltada à concretização de direitos pela via judicial.

Numa vertente diferenciada, consistente em uma configuração em que a política se apresenta de forma mais densa e destacando a importância de como o caráter majoritário interage no processo decisório em âmbito judicial, Mark Tushnet[30] observará que, em contraposição a um modelo de supremacia do Judiciário, que renega a presença de outros atores institucionais, há sim um modelo dialógico, percebido por meio de uma "conversação", onde estão presentes "o povo, legislatura, executivo e as cortes".

O citado autor acrescenta, nessas observações, que Robert Dahl em 1957, e, mais recentemente, Barry Friedman, entre outros, destacam o modelo de atuação da Suprema Corte americana, que seguiu uma linha com perspectivas quanto à interpretação da constituição mantida por uma coalizão política sustentada *interna corporis* por um determinado período de tempo, assentando-se esta também conforme a posição de uma maioria jacente na sociedade americana.

O outro modelo dialógico, sistematizado por Mark Tushnet apresenta como artífices Robert Post e Reva Siegel, os quais asseveram que os movimentos sociais acabam sobressaindo, em decorrência de sua posição majoritária, em relação a uma decisão judicial[31]. Cumpre asseverar que o modelo do constitucionalismo popular dentro de um processo dialético traria essa interação entre os atores políticos no tocante às decisões judiciais em relação à prevalência da maioria[32].

Essa abordagem de Tushnet conduz a duas posições. Uma primeira, no sentido de reforçar a conclusão de Rosalind Dixon sobre as teorias dialógicas, pois a citada autora realça que um dos seus modelos é a "conversação". E a segunda, advém de sua própria argumentação ao afirmar que as teorias dialógicas, em suas várias modalidades, flexibilizam a noção da supremacia do Judiciário. Porém, os defensores dessa tese, nos termos já mencionados, mesmo reconhecendo a existência do aspecto político, como preconiza Bickel[33], por exemplo, acabam por assumir um "desconhecimento" dessas interações políticas próprias às referidas teorias dialógicas.

Todavia, convém realçar que o reforço hoje ao debate sobre tais marcos teóricos configura um resgate da leitura política por parte da teoria constitucional. Um ponto

interessante a ser observado quando se adota essa postura dialogal é como se diferenciaria cada sociedade, em termos comparativos. Serão enfatizados alguns estudos sob essa perspectiva metodológica de cotejamento, destacando-se, em especial, a experiência canadense.

A análise efetuada por Gal Dor registra que "a cadeia de um diálogo é sem fim e cada ligação é essencial". Acrescenta, todavia, que a mera existência de leituras constitucionais e instituições que podem ampliar o significado e a concretização do diálogo entre as cortes e as outras instituições estatais não significa que tais diálogos serão materializados, pois estes dependem da cultura política e legal, considerando, por exemplo, o *rule of law*, o papel da corte, a soberania parlamentar e a estrutura política de uma dada sociedade[34].

Dor distingue as experiências canadenses e israelenses pelos aspectos "substantivos" e "formais", pois, nesse universo comparativo, diante dessa distinção, vê-se que a autora se preocupa em conduzir a leitura das teorias dialógicas para uma lógica condicionada à efetivação de direitos. Desta forma, o modelo canadense, apesar de seus traços institucionais formais contidos no dispositivo 1º no tocante à imposição de limites aos direitos fundamentais e no 33º da sua Carta de Direitos (1982), contempla preceitos substantivos, relativos à concretização dos direitos nela previstos.

Seguindo essa mesma linha encontra-se o posicionamento de Jeremy Webber[35]. Este não se preocupa, essencialmente, com o aspecto institucional, pois sua análise transcorre no tocante ao aspecto da cultura política, isto é, assevera que em sociedades com fortes tradições de concretização de direitos, um direcionamento dialogístico é naturalmente voltado para a efetividade dos preceitos normativos.

Por outro lado, ao criticar o sistema canadense, Luc Trembley[36] contempla mais um ponto de atenção, consistente na falta de efetividade dos mecanismos contidos na Carta de Direitos de 1982, como a do limite e a do *override**[37]***. Isto porque entende que, na verdade, a realidade canadense está mais próxima de uma "conversação". Logo, para a existência de um genuíno sistema dialógico, defende uma concepção da imperiosidade do aspecto deliberativo para o estabelecimento de uma teoria dialógica, sendo categórico ao sustentar que, sem deliberação, não se pode tipificar como dialógicas as relações entre os poderes.

Jean Leclair[38], por seu turno, releva que essas teorias dialógicas são estimuladoras do ativismo judicial. Essa contribuição teórica é importante para a realidade brasileira ao alertar para o risco de que viabilizando as perspectivas dialógicas, não se estaria abrindo para um reforço do ativismo judicial?

Amparada por essa narrativa, ressaltando preocupações com a efetivação de direitos e prevalência da maioria, pode ser anteposta a seguinte linha conclusiva para compreender uma interface, quer da democracia deliberativa quer das teorias dialógicas em relação à sociedade brasileira. Nesta, reafirma-se, está contemplada a supremacia do Poder Judiciário, conforme demonstrado, com uma fundamentação baseada na representação argumentativa.

A questão ora apresentada, portanto, consiste em perquirir se, com os instrumentais teóricos relativos ao princípio democrático e os institucionais, revelados na trajetória

desse trabalho, esse impasse quanto à atual formatação do desenho institucional, vivenciado no Brasil, poderia ser enfrentado?

4 Democracia deliberativa x representação argumentativa: desenhos opostos ou complementares?

Após destacar a importância das teorias enfocadas, é oportuno examinar a obra de Jeremy Waldron[39], para o qual a democracia deliberativa não é apenas o processo que necessariamente conduz a um resultado decorrente da unanimidade. Ao contrário, sendo as leis o produto de assembléias amplas e polifônicas, estas "*son el producto de um complejo proceso deliberativo que toma em serio el desacuedo, y tienen pretensión de autoridad, sin intentar ocultar por ello la controvérsia y la division que envuelve su aprobación*"[40].

Em sua concepção, uma assembléia legislativa tem a função de representar os principais segmentos sociais ao elaborar as leis, levando em consideração as diferenças existentes entre eles, ao invés de pretender minimizá-las ou negar sua existência. Desta forma, caberia ao Poder Legislativo o papel de representar o povo e de debater de forma plural e democrática qual a melhor resposta aos problemas enfrentados pela sociedade. Esse processo é necessário para conferir legitimidade às leis.

Ainda que muito se discuta sobre o processo legislativo, nas sociedades democráticas, a decisão majoritária do parlamento ainda é o critério utilizado para decidir quais valores serão juridicamente protegidos ou não pelo ordenamento jurídico[41]. Porém, por mais precisa que seja a norma jurídica do ponto de vista textual, sempre haverá um núcleo de palavras cuja interpretação não poderá ser formalmente definida, dando margem à indeterminação de sentidos, que vão requerer do intérprete uma escolha de significação, a qual Herbert Hart denomina *textura aberta*[42].

A Constituição Federal prevê que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas (art. 93, IX), demonstrando uma tentativa de controle, em alguma medida, dessa escolha de significação, por meio da exposição dos argumentos que fundamentaram a escolha de uma opção, pois somente pela análise destes será possível constatar se esta respeitou os valores escolhidos democraticamente pelo Poder Legislativo. Entretanto, apenas a fundamentação, por si só, não confere legitimidade à decisão, de acordo com o alerta de Humberto Ávila[43].

Segundo a teoria de Robert Alexy, incorporada em certos julgados do Supremo Tribunal Federal para justificar seu ativismo por ocasião da tomada de algumas decisões, o tribunal constitucional, embora não seja composto democraticamente pelo voto popular, também seria legítimo para escolher quais valores devem ser acolhidos em suas manifestações, desde que o faça por meio da representação argumentativa.

É conveniente observar que na proposta original de Robert Alexy essa representação ocorreria por meio da aplicação de regras e formas de argumentação jurídica que possibilitariam uma escolha racional e, consequentemente, o controle das decisões[44].

Contudo, pela análise preliminar de alguns provimentos jurisdicionais da Suprema Corte brasileira é possível perceber que esta, na orientação propugnada principalmente pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, embora sustente sua legitimidade por meio da aplicação da teoria da representação argumentativa, não adota o modelo proposto por Robert Alexy em sua integralidade. Isto porque opta, muitas vezes, numa análise *prima facie*, em utilizar outros procedimentos, tais como a realização de audiências públicas e a permissão de ingresso no processo de *amicus curiae* para tentar conferir legitimidade aos seus provimentos jurisdicionais.

5. Conclusão.

À apresentação das teorias dialógicas e da questão do papel do Poder Legislativo neste artigo, partindo do cenário das sociedades em que elas são adotadas, impõe delimitar qual o modelo mais adequado para o estudo de casos de decisões judiciais em nosso país.

Acredita-se, de forma categórica, com fundamento no posicionamento de Luc Trembley que as teorias dialógicas só produzem efeitos em razão de sua natureza deliberativa, pois é nesse procedimento que está pautada a força da concretização de direitos. Em solo brasileiro, o processo deliberativo pelo Poder Legislativo também deve ser considerado, diante da propalada supremacia do órgão judicante.

Os modelos dialógicos destacados partem de um balizamento fundado na posição contramajoritária e na mencionada supremacia, a qual ainda é ainda muito forte, por exemplo, na tradição institucional americana.

Sublinhe-se que a posição teórica brasileira, em especial do Supremo Tribunal Federal, está escorada, numa dinâmica política implícita, na representatividade argumentativa. Deve ser agregado a essa preocupação deliberativa, o fato de que as teorias dialógicas, se fossem aplicadas em nossa sociedade, significariam um compartilhamento de poder.

Desta forma, ao proceder ao estudo de casos de decisões judiciais da Suprema Corte brasileira deve-se indagar se elas foram pautadas previamente por um tratamento deliberativo e se traduzem um compartilhamento de poder[45].

Para finalizar deve ser realçada a importância da leitura da nota elaborada em 13 de abril de 2009 por Henrique Motta Pinto e André Janjácomo Rosilho sob o título "Jurisdição Constitucional - Qual é a função das audiências públicas do STF: legitimidade democrática ou a legitimidade técnica?", onde asseveram que, no caso das audiências públicas há um caráter discricionário na sua convocação porque a respectiva normas (artigo 9º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.868/99), não estabelece, de forma nítida, os critérios para justificar esse procedimento para ouvir segmentos da sociedade.

Tal constatação reforça a existência de limites dessa concepção de representatividade argumentativa almejada pelo Supremo Tribunal Federal. Corrobora, assim, a tese defendida ao longo deste ensaio no sentido de ser preciso buscar caminhos explicitamente democráticos e interativos entre os Poderes da República.

Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. **We the People: foundations.** Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1995.

ACOSTA SÁNCHEZ, José. **Formación de la constitución y jurisdicción constitucional.** Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1998.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 5, agosto 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>.

BATEUP, Christiane. **Expanding the conversation: American and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University School of Law, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. **Revista Lua nova**, nº 61, 2004.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics.** 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação *contra legem*: a teoria do discurso e a justificação nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

COENEN, Dan T. A Constitution of Collaboration Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue, **Willian and Mary Review**, vol. 42, nº 5, 2001.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-forma judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law - I-CON**, vol. 5, nº 3, 2007.

_____. **Designing Constitucional Dialogue - Bill of Rights & The New Commonwealth Constitutionalism.** Cedida pela autora, 2009, no prelo

DOR, Gal. **Constitutional dialogues in action Canadiam and Israli experiences in comparative perspectives**. Trustees of Indiana University: 2006,

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **American Journal of Comparative Law**, vol. 49, nº. 4, Fall 2001 [*on line*]. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=302401>. Acesso em: 20 fev. 2009.

GOODIN, Robert. **The Theory of Institutional Design.** Cambridge University Press, 1996.

_____. **Teoria del Diseño Institucional.** Barcelona: Editorial Gedisa, 2003.

HAIGH, Richard e SOBKIN, Michael. Does the observer have an effect? An analysis of the use of the dialogue metaphor in Canada's Courts. **Osgoode Hall Law Journal,** vol. 45, nº 1.

HART, L. A Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HOGG, Peter W., e BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Law Journal,** vol. 35, nº 1.

KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional).** Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Tradução de La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionelle).

KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.

LECLAIR, Jean. **Réflexions critiques au sujet. Revue du Barreau.** Número especial, p. 377-420.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia. **Pensar**, Fortaleza, v. 11, fev. 2006.

LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leys**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

MANFREDI, Christopher P. The day the dialogue died: a comment on Sauvé vs Canadá. **Osgoode Hall Law Journal, v**ol. 45, nº 1.

MATHEN, Caríssima. Dialogua theory, judicial review and judicial supremacy: a comment on "Charter dialogue revisited". **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 45, nº 1.

PETTER, Andrew. Taking dialogue theory much too seriously (or perhaps charter dialogue isn't such a good thing after all). **Osgoode Hall Law Journal,** vol. 45, nº 1.

PINTO, Henrique Motta e ROSILHO, André Janjácomo. "Jurisdição Constitucional - Qual é a função das audiências públicas do STF - legitimidade democrática ou a legimidade técnica?". Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=16> ou em <www.supremoemedebate.blogspot.com>. Ambos os acessos em: 10 set. 2009.

REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE NACIONAL DE DIREITO DA UFRJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, dez. 2008.

ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial:** Judicial Activism of democratic dialogue**.** Toronto: Irwin Law, 2001.

_____. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canadá and the United States. **International Journal of Constitutional Law - I-CON**, vol. 4, nº 2 (Apr. 2006).

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUSTEIN, Cass. **Radical in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for América.** New York: Basic Books, 2005.

_____. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001

TATE, C. Neal.; VALLINDER, Torbjörn. (Ed.). **The global expansion of Judicial Power**. New York University Press, New York, 1997.

THAYER, Erza R. Judicial legislation: its legitimate function in the development of the common law. **Havard Law Review**, nov. 1981, vol. 5, *Issue* 4.

TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Constitutional Law Journal**, vol. 3, nº 4, 2005.

TUSHNET, Mark. Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design. **The Least examined branch.** The Role of Legislatures in the Constitutional State Cambridge. Cambridge University Press, 1962.

_____. **Popular Constitucionalism as Political Law.** Chigago: Chicago-Kent College of Law: 2006.

_____. Alternative forms of judicial review. **Michigan Law Review**, agosto 2003, vol. 101, *Issue* 8.

VIEIRA, José Ribas e vários autores (org. Vanice Lírio do Valle). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Editora Juruá, 2009

_____. **Temas de Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003

WALDRON, Jeremy. Principles of Legislation *in* BAUMAND, Richard W. e KAHANA, Tsvi (ed.). **The Least Examined Branch**, The role of legislatures in the constitutional state. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. Judges as moral reasoners**. International Journal of Constitutional Law - I-CON**, vol. 7, nº 1, 2009

_____. The core case against judicial review, **The Yale Law Journal,** Vol. 115, Issue 6, 2006, p. 1346-1406. Disponível em <http://yalelawjournal.org/115/6/toc.html>, última consulta em: 26 jan. 2009.

WEBBER, Jeremy. **Institutional dialogue between courts and legislatures in the definition of fundamental rights; lessons from Canada (and elsewhere)**. Disponível em <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/2003/html>. Acesso em: 23 jan 2009.

_____. Democratic Decision Making as the First Principle of Contemporary Constitutionalism *in* **The Least examined Branch**. The role of legislatures in the constitutional state. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

---

[1] TATE, C. Neal.; VALLINDER, Torbjörn. (Ed.). **The global expansion of Judicial Power**. New York University Press, New York, 1997.

[2] A respeito das teorias dialógicas veja-se a tese elaborada por DIXON, Rosalind. **Designing Constitucional Dialogue - Bill of Rights & The New Commonwealth Constitutionalism.** Cedida pela autora, 2009, no prelo.

[3] WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

[4] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[5] ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 5, agosto 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br.>.

[6] Nesse sentido, ao analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direita de Inconstitucionalidade relativa à Lei dos Partidos Políticos, pode-se constatar que:

"Os ministros começam o julgamento tentando se posicionar em discussões sobre matérias nas quais não são especialistas, como é o caso do sistema de representação proporcional, soberania popular, democracia, mandato político, etc., matérias que são objeto, sobretudo, da ciência política". GARRIDO, Alexandre e outros autores. **"Dossiê Especial" da Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro**, Nova Série, vol. 3, Dez. 2008, p. 46. Nesse dossiê especial sobre o protagonismo do Supremo Tribunal Federal, quando foram

examinadas determinadas decisões, ficou patente a ocorrência de um ativismo judicial seletivo, de acordo com determinados interesses ocasionais da sociedade brasileira.

[7] VIANNA, Luiz Werneck. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999; VALLE, Vanice Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Editora Juruá, 2009 e GARRIDO, Alexandre e outros. "Dossiê Especial". **Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro**, Nova Série, vol. 3, Dez. 2008.

[8] Conforme assevera Gilberto Bercovici: "a supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o 'cume da soberania', da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante". **Constituição e Política: uma relação difícil**. Revista Lua Nova, nº 64, 2004, p. 20

[9] SUSTEIN, Cass. **Radical in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for América.** New York: Basic Books, 2005, p. 31 *et seq*.

[10] "Em primeiro lugar, os juízes não são eleitos pelo voto popular. Em segundo lugar, os magistrados não possuem uma particular *expertise* em teoria ética, moral ou política. Por último, eles não possuem também suficiente conhecimento técnico para prever as principais conseqüências de suas decisões, especialmente nos planos político e econômico". SUSTEIN, Cass. Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America, 2005, p. 31 *et seq*. **Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**, nova série, vol. 3, dez. 2008, p. 60. Tradução livre.

[11] Desta forma, "a judicialização de questões sociais polêmicas pode reduzir os custos (eleitorais ou de apoio político) a respeito de uma decisão controvertida ou, ainda, obstaculizar, por exemplo, a abertura de um debate sobre políticas públicas ou reformas políticas à participação da sociedade, por exemplo". VALLE, V. L. *et al*. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 35

[12] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[13] **Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**, *op.cit.*, p. 20.

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004.

[15] VIANNA, Luiz Werneck. **A divisão entre os três poderes está sendo superada**. Disponível em <http://www.oab-rj.org.br/index.jsp?conteudo=9685>. Acesso em: 11 set. 2009.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva obtempera: "a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão de teoria da separação de Poderes", razão pela

qual "atualmente se prefere falar em *colaboração de Poderes* (grifo do autor)". **Comentário Contextual à Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44.

[16] GOODIN, Robert. **The Theory of Institutional Design.** Cambridge University Press, 1996.

[17] **Folha de São Paulo**, São Paulo, 10 de junho de 2008. Disponível em: <http://supremoemdebate.blogspot.com/2008/06/escolha-de-sofia.html>. Acesso em: 26 mar. 2009.

[18] GOODIN, Robert. **The Theory of Institutional Design.** Cambridge University Press, 1996.

[19] SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001.

[20] DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law - I-Con**, vol. 5, nº 3, 2007, p. 391-418.

[21] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11.

[22] WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law - I-Con,** vol. 7, nº 1, 2009, p. 02-24

[23] BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed., New Haven: Yale University Press, 1986.

[24] HOGG, Peter W., e BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Law Journal**, vol. 35, nº 1, p. 75-124.

[25] ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canadá and the United States**. International Journal of Constitucional Law - I-CON, vol. 4, nº 2** (Apr. 2006), p. 347-370.

[26] DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law - I-CON**, Volume 5, Number 3, 2007, p. 391-418.

[27] Nessa linha distintiva, a autora em referência visualiza, por exemplo, a efetivação de direitos ao delinear o desenho institucional da experiência sul-africana numa decisão judicial relativa ao direito à moradia, o caso *Government of the Republic of the South África vs Gotboon.* DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law - I-CON,** vol. 5, nº 3, 2007, p. 391-418.

[28] BATEUP, Christiane. **Expanding the conversation: American and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University School of Law, 2006.

[29] *Ibidem.*

[30] TUSHNET, Mark. **Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design in the least examined branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State Cambridge.** Cambridge University Press, p. 355-378.

[31] Nessa análise, fica patente essa articulação entre movimentos sociais e maioria.

[32] Algumas vezes a conversação terminará com o legislativo e executivo, e o povo, aceitando as decisões dos juízes. Mas algumas vezes as conversações terminarão com a legislatura, o executivo indo no seu próprio caminho, ignorando as imprecações estabelecidas a eles pelas cortes e os defensores da supremacia judicial. TUSHNET, Mark. **Popular Constitucionalism as Political Law.** Chigago: Chicago-Kent College of Law: 2006. Tradução livre.

[33] BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed., New Haven: Yale University Press, 1986.

[34] DOR, Gal. **Constitutional dialogues in action Canadiam and Israli experiences in comparative perspectives**. Trustees of Indiana University: 2006, p. 15. Tradução livre.

[35] WEBBER, Jeremy. **Institutional dialogue between courts and legislatures in the definition of fundamental rights; lessons from Canada (and elsewhere).** Disponível em <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/2003/html>. Acesso em: 23 jan. 2009.

[36] TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Constitutional Law Journal**, vol. 3, nº 4, 2005, p. 617-648.

[37]Instrumento que autoriza as mudanças posteriores, pelo Poder Legislativo, de questões que tenham sido objeto de decisões judiciais.

[38] LECLAIR, Jean. **Réflexions critiques au sujet.** In **Revue du Barreau.** Número especial, p. 377-420.

[39] WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. É relevante sublinhar, para melhor compreensão, que um dos objetivos deste estudo refere-se ao quadro do debate sobre a teoria constitucional no final dessa primeira década do século XXI. Assim, também destaca-se a leitura do artigo de Christopher Meckstroth ("The struggle for democracy: Paradox and History in Democractic Progress". In Constellations, vol. 16, nº 3, 2009, p. 410-428), pois este sintetiza que a discussão teórica hoje no campo constitucional está dividida em dois extremos, a saber: a democracia deliberativa em confronto com a visão agonística e ainda, por esse texto, percebe-se que as teorias dialógicas aproximam-se de uma

fundamentação concernente a desenho institucional. Para as interpretações do significado atual da teoria constitucional, vale consultar a obra **Jürgen Habermas - 80 Anos. Direito e Democracia**, organizada por FRANKENBERG, Gunther e MOREIRA, Luis. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2009.

[40] WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Trad. José Luis Martí e Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 25.

[41] Para Waldron:

"*La decisión mayoritaria respeta a los indivíduos cuyo voto es agregado. Lo hace de dos maneras. En primer lugar, respeta sus diferencias de opinión sobre la justicia y el bien común [...]. En segundo lugar, incorpora un principio de respeto hacia toda persona en el proceso por el cual se decide sobre una concepcion que debe ser adoptada como la nuesta, incluso a la luz de los desacuerdos.*" Ibid., p. 131.

[42] HART, L. A. Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 148.

[43] "Sob as vestes de "fundamentação", pode a simplificação de argumentos esconder uma mera preferência. É dizer: escolher uma interpretação com base no capricho (pura preferência), em vez de o fazer com algum fundamento racional (preferência fundamentada). Por isso a necessidade de uma sucessiva especificação dos argumentos, sem a qual não há fundamentação intersubjetiva controlável. E sem uma fundamentação intersubjetiva controlável não se concretiza o princípio do Estado de Direito, pela inexistência de dois dos seus elementos essenciais: racionalidade do Direito e tutela pela dos direitos." ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 5, agosto 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>.

[44] "A teoria da argumentação jurídica de Alexy nos fornece o ponto de partida para discussões mais específicas e profundas, fornecendo um mínimo de racionalidade que, indiscutivelmente, reduz (embora ainda não por completo) a arbitrariedade das decisões dos problemas jurídicos". BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação *contra legem*: a teoria do discurso e a justificação nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 132.

[45] Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=16> e <www.supremoemdebate.blogspot.com>. Ambos os acessos em: 10 set. 2009.

O DIREITO COMO INTEGRIDADE E A APLICAÇÃO JUDICIAL DA SÚMULA VINCULANTE*

LAW AS INTEGRITY AND THE JUDICIAL APPLICATION OF BINDING ABRIDGEMENT

Luiza Costa Braga Cruz

RESUMO

Busca-se analisar a jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da criação do instituto da Súmula Vinculante. A análise se desenvolve a partir da teoria do direito como integridade, proposta por Ronald Dworkin, que trabalha a atividade judicante sob a perspectiva de um conjunto coerente de princípios, dentre os quais a igualdade se perfaz como parâmetro interpretativo e o ideal político da integridade como norte balizador de todo o ordenamento. A construção interligada do direito que Dworkin propõe vincula a atividade de juizes e advogados à moralidade, na perspectiva de atrelá-los a uma concepção coerente de direito e de comunidade, na busca pelo desenvolvimento de uma sociedade equânime e fraternal. É traçado, ainda, um paralelo com a crítica ao direito como integridade, sob a perspectiva cética de Jeremy Waldron. O mecanismo do stare decisis, originário dos países adeptos do sistema jurídico da common law, é utilizado, conforme a análise de Scott Hershovitz, como referencial específico para o estudo do desenvolvimento e aplicação da Súmula Vinculante. O trabalho se estruturou com o estudo dos textos elaborados pelo Supremo Tribunal Federal correspondentes às Súmulas Vinculantes números 5, 9 e 11, assim como a partir das discussões e precedentes que culminaram com a edição das referidas Súmulas. A análise se deu a partir do marco teórico referido acima. Nesta esteira, conclusões acerca do comprometimento com o direito à igualdade, no momento da elaboração das Súmulas sob análise, foram elaboradas, assim como apontamentos sobre quais as diretrizes traçadas pela teoria do direito como integridade para o momento da aplicação judicial do precedente.

PALAVRAS-CHAVES: SÚMULA VINCULANTE. IGUALDADE. INTEGRIDADE.

ABSTRACT

This work analyzes the binding abridgements issued by the Federal Supreme Court. The analysis is developed according to the theory of law as integrity, proposed by Ronald Dworkin, who approaches the judicial activity as a set of coherent principles, in which equality is the source of interpretation and the political ideal of integrity is the basis of law. Dworkin's proposal links the activities of judges and lawyers to morality, trying to connect them to a coherent conception of rights and community, searching for the development of an equal and fraternal society. It also does a parallel about the critique of law as integrity, under the skeptical perspective of Jeremy Waldron. The stare decisis mechanism, first born in the countries that are adept to the Common Law system, is

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

used in the work, according to Scott Hershovitz's view, as a specific reference to the study of the development and application of binding abridgements. The paper is based on the study of the texts made by the Federal Supreme Court that correspond to the binding abridgements numbers 5, 9 and 11, such as according to the debates and precedents that led to its approval. The analysis of binding abridgements is based on the theoretical framework mentioned above. On these thoughts, the work presents some conclusions about the commitment with the right of equality on the moment that the binding abridgements were born, and points about which are the guidelines, set by the theory of law as integrity, to be used on the moment of the judicial application of the precedent.

KEYWORDS: BINDING ABRIDGEMENT. EQUALITY. INTEGRITY.

1 – A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE.

1.1 – POR QUE É IMPORTANTE?

Antes de trabalhar com a teoria proposta por Ronald Dworkin da concepção do direito como integridade, é fundamental que pensemos acerca de alguns elementos que permeiam uma análise crítica da referida teoria. Para tanto, necessitamos compreender aquilo que Dowkin chama de "Teorias Semânticas do Direito", visto que este conjunto de teorias trabalha a partir de pressupostos que traçam armadilhas a uma aplicação coerente e interpretativa, como constrói Dworkin, do direito. Podemos dizer, em resumo, que compreendem a atividade judiciária a partir do pressuposto de que para uma verdadeira e real divergência acerca do direito, critérios mínimos e absolutos devem ser aceitos. Na realidade, trazem à tona uma espécie de regra fundamental oculta que deve estar contida, mas não reconhecida na prática jurídica. Criando, assim, uma barreira à atividade interpretativa, pois uma redução das possibilidades de divergência figura como um impedimento à atividade interpretativa que deve desenvolver o juiz (DWORKIN, 2007, p. 40 - 41).

Neste contexto, Dworkin nos diz que não devemos entender como verdadeira uma afirmativa que compreende o direito como uma simples questão de fato, ou seja, que trabalha a divergência entre juízes como concernente apenas a fatos concretos e históricos, não admitindo as questões de moralidade que permeiam a lide e podem gerar divergências, portanto, não consideram divergências acerca da natureza do direito (DWORKIN, 2007, p. 38 – 39). As ditas Teorias Semânticas negam a existência de divergências teóricas na atividade judiciária, pois afirmam que o direito possui critérios lingüísticos definidos e firmes, portanto, juízes e advogados seguem uma regra comum quando usam as palavras e a palavra direito. Dizem então, que as regras para o uso da palavra direito o conectam com o fato histórico, mas essa relação é estabelecida sem que as pessoas tomem consciência.

Portanto, as Teorias Semânticas do Direito negam o caráter dinâmico e construtivo da comunidade, visto que há uma espécie de verdade absoluta a partir da qual todas as interpretações devem produzir-se, sob pena de serem consideradas "falsas". Logo, não

se coaduna com a uma concepção geral de coerência pautada a partir da relação que deve ser estabelecida com a dinamicidade do corpo social.

Após essa objeção preliminar, podemos iniciar o debate acerca do direito como integridade. Deparamos-nos, então, com a afirmação inicial de que devemos partir, tendo a interpretação construtiva e a conceituação da integridade como principio distinto da equidade, da justiça e do devido processo legal, defendidos por Dworkin: tratar o direito como integridade como concepção correta do direito. Ou seja, assumir que as afirmações jurídicas são proposições interpretativas, entendendo-as como um processo político em desenvolvimento. E com isto, admitindo a existência de uma única razão de princípio que solucione os casos apresentados, ou seja, há sempre um argumento que se baseia em um conjunto coerente de princípios capaz de solucionar os casos concretos, há sempre uma resposta correta a ser proferida pelos juízes.

Feita esta intervenção inicial, para prosseguir na perspectiva de defesa do direito como integridade, é necessário compreender que o motivo pelo qual Dworkin não trabalha com a idéia de regra comum e critérios lingüísticos, mas sim de constante construção, reside na natureza interpretativa da teoria. Nesta perspectiva, percebendo a interpretação como o relato de um propósito, como uma forma de ver o que é interpretado, não sendo possível desvencilhar-se inteiramente das intenções e concepções de cada intérprete, sem confundir isto com discricionariedade, pois mesmo a atividade criativa do juiz e sua liberdade de interpretação necessitam de alguns mecanismos de controle, mecanismos estes que Dworkin exemplifica através da atividade interpretativa e de uma visão hermenêutica da atividade judiciária.

Dworkin nos faz uma descrição do que seriam as várias formas de interpretação de uma prática social, a mais conhecida – de tão conhecida nem sempre é detectada – é a conversação. Nela ocorre a interpretação dos sinais que uma pessoa faz. Em seguida, o autor nos fala da interpretação científica: diz que um cientista coleta dados e depois os interpreta, ou seja, a partir de uma análise empírica. Em terceiro fala da interpretação artística: o intérprete busca justificar um ponto de vista acerca do significado, tema ou propósito da obra de arte. A forma de interpretação sobre a qual se desenvolve este estudo – a interpretação de uma prática social – é semelhante à interpretação artística, pois ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica (DWORKIN, 2007, p. 60 - 61).

A partir destes conceitos, Dworkin constrói o que chama de interpretação criativa: interpretação artística e interpretação de uma prática social, a partir da relação e aproximação dessas duas formas de interpretar.

A defesa da interpretação criativa de desenvolve a partir de uma afirmação categórica: a interpretação criativa é construtiva (DWORKIN, 2007, p. 63). Ao descrever a prática sob análise, a interpretação criativa se preocupa com o propósito e não com a causa, entendendo aqui propósitos como os propósitos do intérprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva se apresenta como a imposição de um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais pertença. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto.

Portanto, o que chamamos de perspectiva construtiva do direito perpassa, inicialmente, pelo entendimento do que seria a interpretação construtiva. E para tanto devemos admitir que uma teoria da interpretação é, antes de tudo, uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos, entendendo que a atitude interpretativa decide não apenas o porque uma prática existe, mas também o que ela agora requer. Valor e conteúdo se confundem. Nesta perspectiva, a interpretação construtiva trabalha para uma proposição que seja capaz de compreender a prática analisada e o corpo social sob o melhor ângulo, ou seja, demonstrando-a sob sua melhor luz. Deve, então, primeiramente haver a etapa pré-interpretativa na qual são identificadas as regras e os padrões que se considera fornecerão o conteúdo experimental da prática. Em segundo lugar deve haver a etapa interpretativa, em que o intérprete se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Por último, deve haver a etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual se ajusta a idéia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa aceita na etapa interpretativa, desenvolvendo o propósito da prática social naquele exato momento (DWORKIN, 2007, p. 81 – 82).

E é na etapa pós-interpretativa que o trabalho renovador e criativo do direito surge, pois novas proposições serão formuladas na busca por aperfeiçoar a comunidade e demonstrá-la sob sua melhor luz. Entendendo isto como a busca por construir um judiciário mais atento aos clamores sociais, portanto, mais conectado com os elementos determinantes nos costumes e práticas sociais. O que, em grande medida, atribui a juizes e advogados um papel importante para a consolidação do Estado Democrático de Direito, na perspectiva da democratização do Judiciário.

A relação entre a interpretação, a atividade de juízes e advogados e a idéia de intenção em Dworkin está intimamente ligada à necessária manutenção dos valores pessoais e isto associado à idéia de formação da subjetividade de cada intérprete: um produto do que chamamos de sociedade personificada. A idéia de intenção do autor, quando se torna um estilo de interpretação, implica em si mesmo as convicções artísticas do intérprete, entretanto, a teoria de Dworkin compreende a intenção de uma maneira bem mais complexa, pois ao mesmo tempo em que atrela a interpretação às intenções do intérprete, coloca-lhe mecanismos de controle e combate à discricionariedade. Para tanto, admite a existência de um ente personificado capaz de gerar vontades e características próprias a um grupo e que esses elementos devem nortear a atividade jurídica, assim coloca o interlocutor não apenas como ouvinte, mas como participante de um processo que é interativo. Na medida em que ao admitirmos a existência da comunidade personificada aceitamos também que o corpo social gera obrigações e direitos que são exercidos por todos os cidadãos, isto significando que o papel desenvolvido por cada pessoa no interior da comunidade é valorizado, tornando-se responsável e parte ativa no processo de construção das convicções e princípios sociais. E aqui está o grande diferencial do direito como integridade: trabalhar com as práticas sociais – e com o direito - como um processo que se constrói a partir de dois agentes – locutor e interlocutor.

E para o desenvolvimento desta teoria jurídica capaz de solucionar os conflitos a partir da manifestação da “vontade” da sociedade personificada, justificando o monopólio da força coercitiva pelo Estado, fundamentalmente, por pressupor que a comunidade como um todo pode se engajar nos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem engajar-se em

convicções, ideais ou projetos, é fundamental que pensemos acerca das concepções de ceticismo interno e externo, pois ao aceitarmos a interpretação construtiva como mecanismo correto de interpretação necessitamos transpor as barreiras que os céticos nos colocam justamente diante da perspectiva da existência de uma única resposta correta a questões controversas. A concepção do ceticismo interior se interessa pela substância das afirmações - não porque nenhuma concepção que torna uma prática melhor possa ser realmente certa, mas porque uma concepção é certa: aquela segundo a qual uma interpretação bem-sucedida deve oferecer o tipo de unidade que, em sua opinião, nenhuma interpretação pode oferecer. O ceticismo interior busca através de uma atitude interpretativa generalizante, questionar todas as possíveis interpretações específicas de um objeto ou prática social. Já o ceticismo exterior é uma teoria metafísica e não uma posição interpretativa. Sua teoria é, na verdade, uma teoria sobre a posição ou classificação filosófica das afirmações. Ceticismo dito exterior por não ser engajado: afirma deixar o verdadeiro procedimento da interpretação à margem de suas conclusões (DWORKIN, 2007, p. 97 - 98). Aqui se encontra o velho argumento de que a moral em nada deveria influenciar as decisões tomadas pelo juiz. Trata-se de uma concepção cética que parte do pressuposto real de que nem todas as etapas da elaboração do material jurídico são coerentes em si, ou seja, a supremacia legislativa dá força a algumas leis que em principio são incoerentes com outras. Entretanto, essas contradições não são tão abrangentes a ponto de tornar a tarefa do juiz “Hércules" sem sentido ou impossível.

Os céticos, então, propõem que não pode haver uma única resposta correta, coerente e pautada em princípios capaz de solucionar casos controversos. Mas a interpretação construtiva e a aceitação da integridade propõem exatamente o oposto: a integridade é capaz de garantir uma única razão de princípio, coerente e correta, capaz de solucionar casos controversos. Já que a interpretação busca mostrar a melhor forma do objeto ou prática analisado, garantindo uma resposta “certa” a questões de valor estético, moral ou social e também a questões relativas ao significado de textos e práticas, pois fundamental é analisar a atividade jurídica a partir da função de justificar o monopólio da força coercitiva pelo Estado, da aceitação da comunidade personificada, subjetividade e moral levadas em conta,existência de um conjunto coerente de princípios e da análise política dos Tribunais. Mesmo porque juízes diferentes pertencem a tradições políticas diferentes e antagônicas, e as interpretações de diferentes juízes serão regidas por diferentes ideologias. E isso faz com que o direito ganhe em poder, pois se mostra sensível e capaz de abarcar as fricções e tensões de suas fontes intelectuais.

Por fim, a construção interligada do direito que propomos nos leva a pensar na coerência como elemento que deve ocupar grande parte de nossa discussão, essencialmente a noção de coerência de principio, que é central na construção dos argumentos da integridade, sendo que aqui temos a necessidade de uma coerência entendida em um sentido mais horizontal e menos vertical. Na verdade, compreendendo que as decisões do passado permitem ou exigem a coerção, mas a prática atual deve ser organizada de maneira a ser justificada por princípios suficientemente atraentes e para oferecer um futuro honrado. Ou seja, a teoria apresentada por Dworkin considera, em grande medida, a complexificação cada vez maior do corpo social, pois, trata-se de uma concepção do direito que nos permite justamente essa percepção da constante construção, ou seja, mutante de acordo com a dinâmica social. Sem, contudo, confundir essa capacidade de adequação com ausência de segurança ou previsibilidade. Mas sim

como um aspecto do direito como integridade que o aproxima da realidade dos fatos sociais e que estimula mesmo princípios como o da fraternidade e, ainda, vincula o juiz a coerência com as decisões do passado e com a "vontade" da sociedade personificada que se expressa de uma única maneira nos atos oficiais, ainda que essa "vontade" seja composta por fatores diversos.

1.2 – O IDEAL POLÍTICO DA INTEGRIDADE

A defesa da integridade, a partir dos elementos já mencionados neste trabalho, deve ser compreendida desde o plano da titularidade, no qual todos os cidadãos são titulares de direitos, sem qualquer tipo de distinção, tanto no plano temporal que mantêm esses sujeitos como titulares de direitos em qualquer tempo, quanto no plano cultural, em que se devem respeitar as diferenças entre as culturas das distintas comunidades, sem deixar de lado alguns elementos que devem servir de orientação a qualquer construção interpretativa das práticas sociais, como o principio da igualdade e da fraternidade. Por fim, é salutar esclarecer que a integridade é uma virtude que se mantém dentro das comunidades políticas e não entre elas, de tal modo que qualquer opinião que tenhamos sobre o alcance das exigências de coerência contém suposições sobre o tamanho e a natureza dessas comunidades e se mantém na comunidade na qual nos encontramos.

Portanto, como nos coloca o próprio Dworkin, a integridade é um princípio político distinto da equidade e da justiça e pressupõe que entendemos e aceitamos que no interior da comunidade personificada por diversas vezes conflitos não poderão ser solucionados somente com base na equidade ou na justiça, pois serão apresentadas situações em que teremos tanto razões de justiça quanto de equidade que manterão o conflito como genuíno e será campo da integridade que, satisfatoriamente, solucionará esses conflitos, podendo até mesmo contrariar a equidade ou a justiça da maneira como as entendemos, mas garantindo que todo ato da comunidade personificada seja coerente, que não renuncie um principio que mais a frente poderá adotar, justamente porque a integridade se apresenta como o que Dworkin chama de conjunto de princípios, coerente em si mesma. Assim, ao trazer essa concepção do principio da integridade para o campo do direito, nossa percepção compreenderá a prática jurídica tanto como produto de uma interpretação abrangente quanto como sua fonte de inspiração.

A partir deste entendimento, podemos afirmar que temos dois princípios, basicamente, de integridade política: um princípio legislativo que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente; e um principio jurisdicional que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade, essencialmente, assume uma postura não-dogmática (DWORKIN, 2007, p. 213).

Então, o argumento em favor da integridade, se pauta por uma virtude política, mas não uma virtude especial da política porque o Estado ou a comunidade sejam uma entidade distinta, mas sim porque a comunidade é um agente moral distinto e as práticas sociais e intelectuais que tratam a comunidade desta maneira devem ser protegidas. Não esperamos defender a integridade a partir dos parâmetros comumente aceitos, pois sabemos que às vezes a integridade entrará em conflito com aquilo que, de uma maneira geral, recomendam a equidade e a justiça. Mesmo porque os conflitos são comuns entre ideais políticos, já que os princípios que aceitamos podem seguir caminhos opostos, portanto, se acreditamos que a Integridade é um ideal distinto, um terceiro ideal político,

aceitamos também que por vezes teremos que sacrificar a justiça ou a equidade em nome da integridade.

Nesta perspectiva, a partir da aceitação dos conflitos entre o que determinam os princípios, chegamos ao que Dworkin chama de “soluções conciliatórias” ou “soluções salomônicas”. A aceitação da equidade política nos faz acreditar que nenhum grupo dentro do corpo social deve exercer maior controle ou ter mais direito que os demais, no que tange às decisões políticas. Entretanto, a existência de diferentes opiniões e diferentes formas de pensar conduz a conflitos que por vezes nos colocam diante da opção de uma solução conciliatória, ou seja, uma solução a partir de acordos e negociações que permitisse a participação proporcional de todos, isto de maneira salomonica. Contudo, a integridade rejeita veementemente este tipo de conciliação, na medida em que acreditamos na necessidade de que cada ponto de vista tenha voz e seja respeitado no decorrer dos processos políticos, e a decisão deve basear-se em algum principio coerente, cuja influência se estenderá até seus limites naturais de autoridade (DWORKIN, 2007, p. 216 - 217).

As soluções conciliatórias acabam sempre por tratar pessoas diferentes de maneira diferente, mas sem nenhum principio coerente que justifique essa diferenciação. Dworkin se opõe às soluções conciliatórias por acreditar que o Estado não pode utilizar-se de princípios que justifiquem parte de seus atos, mas rejeitá-los quando vai justificar o restante. O Estado personificado não pode carecer de coerência de principio.

Podemos tomar como exemplo a questão do aborto. Os que não compreendem o aborto como um direito de autonomia da mulher sobre o próprio corpo, mas sim como assassinato, podem aceitar que uma lei conciliatória produz mais injustiça que uma proibição cabal e menos que uma liberação total. O outro lado da questão estruturar-se-ia da mesma maneira. Contudo, o Estado enquanto ente personificado de representação social não pode compactuar com esta estrutura, mas sim deve pautar-se por um conjunto coerente de princípios capaz de justificar a postura assumida. Logo, um Estado que legaliza o aborto explicitamente assume a Integridade enquanto principio norteador, pois compreende o direito da mulher, enquanto sujeito político diferenciado, de ter autonomia sobre o próprio corpo e de autodeterminar-se. Trata-se de uma diferenciação que possui uma razão de principio para ocorrer que não reside na equidade e nem na justiça.

Como dissemos anteriormente, então, a virtude política promovida pela integridade a partir do ideal de auto-governo promove as idéias de legitimidade e obrigação política, na medida em que o papel desempenhado por cada cidadão é aprofundado no sentido de desenvolver as normas públicas de sua comunidade, pois se exige que tratem as relações entre si mesmos como se estas fossem regidas de modo característico. A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos.

Entramos, agora, na discussão acerca da justiça, pois esta virtude nos é colocada como uma questão de resultados: uma decisão política provoca injustiça, por mais equitativos que sejam os procedimentos que a produziram, quando nega às pessoas algum recurso, liberdade ou oportunidade que as melhores teorias sobre a justiça lhes dão o direito de ter. Então, há uma razão de equidade, segundo o autor, para defendermos o processo de criação conciliatório. Há uma razão de equidade para aceitar que é preferível atenuar danos ou ainda criar leis que busquem um meio termo nas relações sociais que

permanecer em alguma situação de injustiça. Trata-se do velho ditado do antes pouco do que nada. Mas ainda não conseguimos produzir uma razão de justiça que seja da comunidade personificada para negarmos a estratégia conciliatória, na medida em que mais individualmente conseguimos, de acordo com o autor, determinar que a conciliação acarreta mais injustiças que ganhos sociais. Então, a busca que Dworkin nos coloca é a de uma razão de justiça comum a todos para rejeitar antecipadamente a estratégia conciliatória, ainda que, em certas situações, cada um de nós preferisse a solução conciliatória àquela que será imposta se a estratégia for recusada. Não é possível, portanto, definir uma razão de justiça clara contra as decisões conciliatórias, em contrapartida possuímos razões de equidade para endossá-la.

Chegamos, então, a conclusão de que não teremos condições de explicar a hostilidade pela conciliação interna recorrendo a princípios de equidade ou justiça do modo como definimos essas virtudes. Assim, o ponto fundamental onde se percebe que a explicação mais natural de por que, quando adotamos a integridade como virtude, nos opomos às leis conciliatórias é justamente pelo ideal de Estado que não pode adotar conciliações internas, pois agiria sem a devida observância de princípios fundamentais e estruturantes da organização social. O que a integridade condena é a incoerência de principio entre os atos do Estado personificado.

E, por fim, através da integridade se justifica o uso da força coercitiva, pois com a aceitação da integridade como virtude transforma a comunidade em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio de força coercitiva. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude e outras formas de corrupção oficial, por exemplo. A integridade também contribui para a eficiência do direito. Uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que este nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria.

1.3 – A INTEGRIDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Adotamos até aqui a exposição do princípio da integridade, mas em que momento exatamente ocorre o encontro da integridade com o direito?

A integridade no direito surge justamente na perspectiva de solucionar conflitos, mesmo aqueles em que a justiça ou a equidade não garantam respostas coerentes e, por diversas vezes, entrando em conflito com o que determinam estes princípios, no âmbito da atividade judiciária. Pois, um conjunto coerente de princípios sobre a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo é o que deve ser aplicado a cada caso apresentado de maneira a garantir que a situação de cada pessoa seja justa e eqüitativa de acordo com as mesmas normas, mas sempre que esses princípios entrarem em conflito entre si a integridade surge como este conjunto geral capaz de solucionar os conflitos.

O direito como integridade força o juiz, pois se trata de uma concepção do direito inflexivelmente interpretativa, a identificar direitos e deveres a partir do pressuposto que foram elaborados pela comunidade personificada, trabalhando o direito como produto de uma interpretação abrangente e como sua causa (DWORKIN, 2007, p. 272). Pois, a relação estabelecida por Dworkin entre coerção oficial e um conceito de direito deve, necessariamente, ao contrário da lógica assumida pelas escolas positivistas clássicas do direito, ser justificada. A sanção é um objeto que deve ser justificado pelo conceito de

direito. Então, se a interpretação que a teoria de Dworkin propõe vai ao encontro do poder por parte da autoridade política, garante, então, a legitimidade para o exercício desse poder, assim a prática jurídica é tanto fonte da interpretação que justifica e garante a legitimidade, como produto final.

Os juízes que aceitam o ideal da integridade decidem os casos difíceis tentando buscando um conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, assim, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tendo em vista que quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Logo, interpretar no direito, a partir da perspectiva da integridade, requer, necessariamente, um delicado e profundo equilíbrio entre convicções políticas dos mais diversos tipos (DWORKIN, 2007, p. 305).

Nesta perspectiva, os juízes adeptos da integridade assumem um compromisso com a coerência e, portanto, com a história e o precedente. Para Dworkin a aceitação do precedente como elemento vinculante coloca o juiz como construtor na cadeia do direito. O que em muito contribui para o comprometimento principiológico da atividade jurisdicional, na medida em que assume uma relação com o passado e responsabilidade com o futuro. Já que as decisões passadas influenciam nas atuais, assim como as atuais influenciarão no futuro.

Para tanto, o teste de adequação e justificação, pautado na integridade, deve ser desenvolvido pelo juiz a partir de todas as hipóteses de melhor interpretação do caso apresentado, na perspectiva de testar e garantir que a decisão proferida seja a mais justa, equitativa, a melhor decisão possível. Pois, a integridade afirma que o juiz não pode confiar apenas nas suas convicções pessoais sobre justiça e equidade, porque não são morais. O juiz deve escolher entre as interpretações que sobrevivam ao teste de adequação e não há uma interpretação melhor que a outra, caso mais de uma sobreviva ao teste (DWORKIN, 2007, p. 277 - 278). As convicções sobre a adequação exigirão um limiar a que a interpretação do direito deve atender para tornar-se aceitável. Entretanto, juízes de tradições e culturas diferentes racionalizarão esta exigência de maneira diversa, mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a história política da comunidade vai restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. O julgador deve decidir entre as interpretações aceitáveis, buscando a única que apresente sua melhor luz do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade, sendo que neste momento suas convicções políticas e morais estão diretamente engajadas.

Entretanto, a adequação lhe impõe uma restrição, sendo que essa restrição não é referente aos fatos ou a uma espécie de consenso interpessoal, mas uma restrição estrutural de diferentes tipos de princípios dentro de um sistema de princípios autêntico. Desta maneira, Dworkin refuta qualquer tipo de subjetivismo exacerbado, restringindo as convicções políticas dos juízes. Logo, o teste de adequação busca argumentos que digam exatamente porque as partes teriam direitos e deveres legais, isto justificando o reconhecimento daquele direito ou dever. Já que, ao contrário do que ocorre com o Legislativo, o Judiciário necessita justificar principiologicamente suas ações, motivo pelo qual a coerência de principio que a integridade propõe se constrói na atividade judiciária e exige que os juízes aceitem as determinações legislativas como se

houvessem sido criadas nestes mesmos parâmetros, o que não é a realidade na maioria dos casos, em razão da supremacia legislativa (DWORKIN, 2007, p. 292). Mas a integridade determina que os mesmos princípios que norteiam a atividade de juízes e advogados devem ser enraizados na comunidade como um todo, inclusive na atividade legislativa.

Deve ficar claro para nós que um juiz que decide de acordo com a integridade o faz manifestando um desejo da comunidade personificada, logo, manifestando um conjunto coerente de princípios que regem a vida e as práticas sociais da comunidade como um todo. Isto porque a comunidade ao aceitar a integridade, como já dissemos antes, torna-se uma comunidade especial, uma comunidade de princípios. Mas como exatamente isto se manifesta? A comunidade de princípios constrói-se como um ente personificado capaz de manifestar as vontades do corpo social, enquanto grupo, expressando ações coerentes, justas e equitativas. A comunidade de princípios age sempre com integridade através das decisões dos juízes, da coerção oficial, dos atos estatais e nas relações entre seus membros. E isto requer dos cidadãos mais responsabilidade e confere mais importância ao papel social desempenhado por cada um, na medida em que as relações sociais se constroem a partir da prerrogativa dos direitos em contrapartida aos deveres que cada um assume na organização social, aumentando assim a importância da participação de cada um na construção e aplicação desse "corpo coerente de princípios", trata-se da responsabilidade especial que a prática social atribui a cada cidadão pelo fato de pertencer a determinado grupo.

Podemos trabalhar a tradução da integridade na organização social com o principio da Fraternidade: a fraternidade entre os cidadãos e nos atos oficiais é a manifestação máxima de uma comunidade de princípios, comunidade construída como uma comunidade com coerência.

A comunidade de princípios que a integridade nos propõe se consolida na perspectiva da aceitação das "obrigações associativas", que têm como fundamento a prática interpretativa, pois é um processo interpretativo que nos conduz a afirmar ou rejeitar essas obrigações. E para compreendê-las, o que nos conduz a um entendimento mais claro do que exige a concepção do direito como integridade, necessitamos compreender que a aceitação destas obrigações nos traz o dever de honrar nossas responsabilidades no ato das práticas sociais, na medida em que as obrigações associativas traduzem responsabilidades especiais que a prática social atribui aos cidadãos, pelo fato de pertencerem a um determinado grupo social; mas que esse dever se concretiza a partir de certas outras condições e não apenas o simples fato de estar em um grupo social.

Entretanto, a questão da escolha é entendida por Dworkin de maneira bastante complexa, pois as relações entre os indivíduos não se caracterizam como um compromisso contratual, mas na verdade se consolidam através de uma série de eventos, normalmente não percebidos racionalmente com a carga de compromisso. Nesta linha de raciocínio a reciprocidade ganha grande destaque, mas a reciprocidade que, para Dworkin, as obrigações associativas requerem é mais abstrata que fazer ao outro apenas aquilo que ele faria por nós, trata-se na realidade de aceitar uma responsabilidade que somente se concretiza a partir das idéias do outro sobre integridade e interpretação. Assim, Dworkin nos coloca que para as responsabilidades de um grupo serem compreendidas como verdadeiras obrigações fraternais, algumas atitudes devem ser assumidas: primeiro, devem considerar as obrigações do grupo como especiais, dotadas

de caráter distintivo no âmbito do grupo; segundo devem admitir que essas responsabilidades são pessoais; terceiro, os membros podem ver essa responsabilidade como decorrente de uma responsabilidade mais geral, interesse de cada um pelo bem-estar dos demais membros do grupo; quarto, os membros devem pressupor que as práticas do grupo mostram não apenas interesse, mas um igual interesse por todos os membros (DWORKIN, 2007, p. 238 - 243).

Portanto, as responsabilidades de cada membro de uma verdadeira comunidade de princípios, com obrigações associativas fraternais, são especiais e individualizadas, traduzindo um interesse mútuo que desvela um igual interesse, sendo que as obrigações fraternais caracterizam-se como totalmente voluntárias.

1.4 – UMA OBJEÇÃO CÉTICA

Para responder a algumas objeções colocadas a aplicação do direito como integridade, é necessário que as conheçamos de uma maneira mais global.

Fundamentalmente, os parâmetros de um dos debates mais acalorados da filosofia jurídica da pós-modernidade: o embate teórico entre Ronald Dworkin e sua crítica, aqui representada pela explanação do professor Jeremy Waldron, que traz consigo uma questão elementar: a existência de um corpo legal confuso é inerente a complexificação social que presenciamos hoje. Ou seja, acreditar que somente haverá um único argumento de princípio realmente subordinante em casos difíceis seria irreal. Mas Dworkin trabalha com a noção de princípios contraditórios, portanto, que não poderiam ser agrupados sem ferir a coerência, desta maneira, o emprego do principio da integridade como elemento capaz de solucionar conflitos entre princípios responde a esta parte da crítica. Pois, não é porque nossa construção jurídica possui uma pluralidade de autores e mesmo elementos contraditórios que não poderemos construir uma teoria que resolva essas contradições e seja coerente, isto tomando como instrumento fundamental os princípios e os métodos da interpretação construtiva.

Acompanhado de diversos juristas, Waldron concentra suas críticas no constitucionalismo, defendido por Dworkin, que considera um mecanismo institucional nitidamente antidemocrático e contraditório com a coerência. Pois, trabalharia com um modelo alicerçado na primazia da constituição, que consagra um catálogo de direitos fundamentais, e no mecanismo de controle de constitucionalidade das leis (WALDRON, 2005, p. 324). E assim, aponta Waldron, o argumento dos defensores do constitucionalismo, de que este teria o valor de salvaguardar as minorias, seria falacioso, pois, a própria maioria que, em algum momento, decidiu sobre os limites de futuras decisões, deliberaria sobre o futuro das minorias. Sendo mais preocupante o fato que, diante da imprecisão lingüística e a vagueza dos conceitos, o conteúdo do que seriam limites acabaria por consistir naquilo que o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade decidisse, também por maioria, sendo que esse órgão não seria representativo.

Para Jeremy Waldron, enquanto crítico do direito como integridade, o que chama de legislatura consistiria em representantes da comunidade unidos para estabelecer, solene e explicitamente, esquemas e medidas comuns, um procedimento efetivamente democrático. A partir do qual o Poder Judiciário trataria de desenvolver direitos preexistentes, tornando implícita a legislação do órgão. Assim, os tribunais também

tomariam suas decisões pautando-se pelas regras de maioria, caindo, portanto, na mesma arbitrariedade que as determinações do Legislativo podem assumir (WALDRON, 2005, p. 331 - 332).

Portanto, boa parte da crítica ao direito como integridade parte da idéia da falta de segurança jurídica, de comunidade personificada, em suma, do suposto universalismo de Dworkin, com base numa descrição de democracia aliada com a pretensão de buscar uma teoria do direito que esteja ligada ao ideal de auto-governo, no fundamento de sua legitimidade e na tarefa de se contrapor à visão otimista dos tribunais, que ele alega ser majoritária, a sua a posição otimista do legislativo, defendendo a legislatura como uma fonte do direito respeitável e coerente. Já Ronald Dworkin desenvolve em sua teoria uma técnica de decisão baseada no modelo do juiz Hércules, jurista de capacidade sobre-humana, e alicerçada em seus conceitos de regras e princípios e argumentos de princípio e argumentos de política. Os argumentos de princípios estariam ligados às exigências de justiça ou outros padrões de moralidade, como a equidade e a igualdade, e os argumentos de política aos objetivos a serem alcançados pela sociedade.

É salutar dizer que as duas teorias são normativas, ou seja, não se dispõem a descrever realidades, mas sim a prescrever modelos e condutas com a finalidade de aprimorar instituições já existentes e, em especial, determinar a forma para a melhor tomada de decisão, ou na linguagem adotada por Dworkin, mostrar essa realidade sob sua melhor perspectiva, sob a melhor luz. Assim, é possível destacar um ponto comum entre os autores, que foi tratado pelo próprio Jeremy Waldron, quando justificava seu interesse sobre a legislação, pois pensa que é necessário uma teoria ou um modelo de legislação que busque o que o juiz “Hércules” de Dowrkin pretende, pelo raciocínio adjudicatório.

Como já dissemos, a velha relação entre a segurança jurídica e a indeterminação surge na crítica de Waldron, isto se explica pela colocação do autor que não haveria garantia alguma, na argumentação desenvolvida por Dworkin, de que uma interpretação coerente será encontrada, menos ainda que, caso essa interpretação seja desenvolvida, seria a única capaz de solucionar o caso apresentado coerentemente para ambas as partes, não deixando jamais de lado a premissa da multiplicidade que caracteriza o direito, de acordo com o professor Waldron. Dworkin defende claramente a idéia de uma única resposta possível. Já Waldron, seguindo em vários momentos a escola de estudos jurídicos críticos, movimento filosófico de estudo do direito que se aproxima das chamadas teorias semânticas do direito, representado, neste trabalho, pelas colocações do professor Duncan Kennedy, não admite essa resposta única, coerente e pautada em princípios (WALDRON, 2006, p. 164). Dworkin não admite, como defende Duncan Kennedy, a idéia da existência sempre, na argumentação jurídica, de dois argumentos distintos, nos quais todas as situações concretas devem encaixar-se: um argumento com uma perspectiva mais social, mais altruísta, e outro com uma perspectiva mais individual e que ambos podem se encaixar nos ditames da lei, assim, o juiz deveria estar predisposto a aceitar uma coisa ou outra, não ocorrendo nenhum processo de elaboração que ultrapassasse estes dois marcos. Ao contrário, Dworkin trabalha com a noção de princípios, portanto, de uma análise hermenêutica de cada caso apresentado, mais ainda, trabalha com a idéia de princípios contraditórios, que não podem ser aceitos conjuntamente sem ferir a coerência.

A caracterização apresentada por Waldron, na esteira de Duncan Kennedy, acerca dos princípios que justificam determinada argumentação jurídica como necessariamente

pautando ações individualistas ou altruístas, de acordo com Dworkin, encontram-se, na verdade, no estágio pré-interpretativo. Sendo assim, as críticas ao trabalho de Dworkin colocam a função atribuída ao juiz Hércules não como impossível, mas como sem sentido algum, pois a lei simplesmente não seria estruturada a partir de um conjunto coerente de princípios, isto sob a perspectiva do ceticismo interno.

A concepção que a moral em nada deveria influenciar as decisões tomadas pelo juiz, colocada por Waldron, configura-se como uma concepção cética que parte do pressuposto real de que nem todas as etapas da elaboração do material jurídico são coerentes em si, ou seja, a supremacia legislativa dá força a algumas leis que em principio são incoerentes com outras, como já dissemos. Entretanto, para Dowrkin essas contradições não são tão abrangentes a ponto de tornar a tarefa de “Hércules" nem sem sentido e nem impossível.

O trabalho da crítica de Waldron se pauta pelo que o próprio Dworkin caracteriza como parte do ceticismo interno, conceituado em sua argumentação. Este posicionamento de Waldron nos fica claro a partir de sua crença, como acreditam os céticos internos, na impossibilidade de perceber os registros históricos e jurídicos de nossa comunidade como pautados a partir de um conjunto coerente de princípios capazes de ter determinação legal e resultados relevantes. Na verdade, não acredita que possa haver algum tipo de sentimento especial entre os membros da comunidade que culmine com direitos e deveres especiais, já que não admite a idéia de comunidade personificada. Nesta perspectiva, não haveria nada que correspondesse, na descrição de Dworkin, a uma descrição consistente de um conjunto de princípios que pressupunham que todas ou a maior parte das matérias jurídicas existentes estejam incluídas, a partir de onde poderia ser legítimo inferir respostas para as questões jurídicas que nos confrontamos.

2 – O DIREITO COMO INTEGRIDADE E O PRECEDENTE VINCULANTE

2.1 – O QUE SIGNIFICA A VINCULAÇÃO?

A relação que o direito como integridade propõe com o passado recai muitas vezes na polêmica que se estabelece entre a aceitação e a não aceitação da técnica do Stare Decisis, ou doutrina do precedente. Três são as etapas fundamentais para que compreendamos o Stare Decisis enquanto prática jurídica: conhecer, compreender e comparar (MIRANDA,2007, p. 260). Assim, o entendimento do enunciado “stare decisis non quieta movere” como “mantenha-se a decisão e não se disturbe o que foi decidido”, assume um caráter mais interpretativo, portanto, analítico e em construção constante, em conformidade com o que nos recomenda a integridade, na medida em que garante o respeito e entendimento do precedente, ou seja, da história na aplicação diária do direito, sem com isso engessar a atividade de juízes e advogados.

De maneira resumida, o direito como integridade nos afirma que os juízes decidem os casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Entendendo que o direito decorre sim das decisões tomadas no passado, mas isso não limita o conteúdo legal ao conteúdo explícito das decisões judiciais, mas sim ao sistema de princípios necessários à sua justificativa. Desta maneira, qualquer interpretação aceitável do direito deve ser adequada e coerente.

O Stare Decisis, no sistema da Common Law, é um sistema em que uma decisão proferida pela corte de maior hierarquia de uma jurisdição será vinculante para todas as cortes de hierarquia inferior pertencentes a mesma jurisdição. Entretanto, é necessário falar no que chamamos de dimensão vertical e horizontal do Stare Decisis, sendo a dimensão horizontal a vinculação de um Tribunal ás decisões que ele mesmo proferiu e a dimensão vertical á vinculação das cortes de hierarquia inferior em relação aos precedentes das cortes hierarquicamente superiores, desde que estejam localizadas na mesma jurisdição.

Devemos levar em consideração na análise do Stare Decisis a necessária vinculação à ratio decidendi, ou seja, a vinculação dos Tribunais aos argumentos que levaram a um determinado julgado. A ratio decidendi é a razão de decidir, ou seja, quais as motivações que levaram o Tribunal a firmar determinado entendimento e quais os argumentos utilizados para fundamentar a decisão. Logo, a vinculação que o stare Decisis propõe é em relação à ratio decidendi, garantindo assim, a dinamicidade e o livre convencimento de cada juiz. Nesta mesma perspectiva, os elementos do overrruling e do distinguishing são fundamentais, pois garantem a possibilidade de superação ou de diferenciação, paralelamente ao mecanismo vinculativo. O overruling determina que um precedente pode ser superado sempre que o Tribunal compreender que a dinamicidade social se encarregou de mudar os parâmetros do caso paradigmático que levou á edição de certo entendimento, já o distinguishing determina que um precedente pode ser afastado, não utilizado, sempre que o juiz compreender que as circunstancias que envolvem o caso sub judice são diversas, em essência, das que levaram à edição do precedente vinculante. Ambos os institutos se perfazem a partir da vinculação á ratio decidendi. Mais ainda, trazem de maneira intrínseca à sua construção a percepção da coerência, da justiça, da equidade e da igualdade. Assim, a prática do Stare Decisis garante algumas das condições necessárias à um judiciário reverenciador do estado de direito e da segurança jurídica. Igualdade perante a lei, previsibilidade, economia e respeito se encontram na busca pela coesão e interpretação da lei.

A doutrina do precedente, nas palavras de Scott Hershovitz, tem como alguns de seus elementos constitutivos a prática de superar um precedente, overrruling, ou fazer uma diferenciação, distinguishing. Elementos esses que reforçam a integridade e são capazes de frear o Stare Decisis, na medida em que o comprometimento com passado e a percepção da cadeia do direito conduz o juiz a agir com coerência e sempre na busca por elaborar o melhor julgado possível, de acordo com parâmetros que já levantamos aqui, já que a jurisprudência elaborada terá papel fundamental na continuação do direito local e precisa ser coerente com as decisões já existentes, tendo maturidade para determinar quando um precedente deve ser superado (HERSHOVITZ, 2006, p. 113).

A relação que se estabelece entre o juiz e o legislador é outro ponto fundamental para que possamos entender o sistema constitucional e a vinculação ao precedente. O juiz deve ser entendido mesmo como um antagonista do legislador, pois a partir da interpretação agregará sentido ao texto legislativo. Sempre buscando a compreensão do direito como um conjunto, pois a ausência dessa compreensão impossibilita a efetivação e ampliação de direitos fundamentais, ou seja, a compartimentalização do direito não é aceita pela integridade (DWORKIN, 2007, p. 301). Em razão dessa complexidade a abordagem dos direitos deve ser na perspectiva global de ampliação a partir do trabalho em cadeia. Pois, o direito como integridade pressupõe, necessariamente, uma atitude interpretativa e nenhuma interpretação pode ocorrer de maneira

compartimentada, portanto, nenhuma interpretação razoável pode aceitar a idéia de ramos do direito ao invés da compreensão do direito como um conjunto que deve ainda buscar sempre a coerência e a coerência de principio.

Por fim, o impacto sobre uma concepção democrática de Judiciário como um todo é basilar nesta discussão, pois possui influências tanto nas teorias acerca da constitucionalidade quanto no próprio conceito de direito. Então, a integridade no direito segue afirmando que os juízes devem aplicar a legislação por meio da interpretação, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à uma prática da justiça constitucional e não dogmática, sempre na perspectiva de ampliação de direitos e conectado com a realidade social. Pois, um julgamento interpretativo envolve sim a moral política e o faz de maneira complexa.

2.2 – O PRECEDENTE VINCULANTE COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA INTEGRIDADE.

A defesa do Stare Decisis, ou doutrina do Precedente é feita satisfatoriamente por Scott Hershovitz nos termos da integridade.

A História ocupa papel central na argumentação do principio da integridade, não no sentido que comumente os críticos costumam empregar, mas sim a partir da percepção que a responsabilidade de cada juiz deve sempre ser reforçada, pois todas as decisões tomadas terão implicações futuras. Ou seja, o que foi feito no passado por um juiz terá implicações diretas na aplicação atual e futura do direito, portanto, deve sempre pautar-se pela coerência, equidade, justiça e integridade. Sem com isso confundir o respeito ao precedente com engessamento, na medida em que engajar-se com a história não significa simplesmente seguir o precedente, mas descartá-lo ou superá-lo quando for apropriado e sempre interpretá-lo (HERSHOVITZ, 2006, p. 104).

A partir do ideal do direito como integridade, as Cortes, na verdade, passam a engajar-se e considerar as decisões passadas, os precedentes, buscando sempre um propósito para a atividade interpretativa que está sendo desenvolvida, portanto, trabalhando na concretização dos valores morais e dissolução dos conflitos para garantir que a comunidade represente o melhor exemplo possível daquela determinada prática. É de extrema relevância, contudo, dizer que agir com integridade não significa agir sempre corretamente, no sentido que em alguns momentos os juizes podem cometer erros concretos, mas desde que estejam de acordo com as convicções reais acerca de qual o caminho traçado pela integridade e os princípios que essa adesão pressupõe, isto, intrinsecamente associado a agir de acordo com a moralidade, a construção de uma comunidade de princípios estará resguardada (HERSHOVITZ, 2006, p. 113).

O argumento da moralidade encontra grande espaço na defesa do precedente, tanto de Dworkin quanto de Hershovitz. Ambos nos dizem que agir com moralidade significa agir com integridade, isto porque a moral está associada à coerência, intrinsecamente (HERSHOVITZ, 2006, p. 114). A integridade pressupõe um sério compromisso com a moralidade. Assim, as mudanças de paradigma inerentes ao corpo social necessariamente implicam na mudança de um precedente, logo, quando há uma transformação genuína nas convicções morais da comunidade surge a necessidade de o Judiciário agir de acordo com esse novo parâmetro moral. Posto que a integridade não implica em seguir descontroladamente precedentes ainda que equivocados ou em

desacordo com as concepção subjetivas de cada juiz, mas sim que assumam posturas coerentes com o compromisso moral de representar a comunidade personificada. O overrruling e o distinguishing, aspectos fundamentais da doutrina do precedente, são mecanismos capazes de frear a força da prática de seguir precedentes, mais ainda, caracterizam-se como elementos democratizadores e que combatem os juízes que por ventura se utilizem do precedente para desvincular-se da obrigação de analisar e julgar coerentemente os casos apresentados.

Devemos ser capazes de perceber, finalmente, que mesmo os diferentes aspectos da abordagem do trabalho de um juiz, como as dimensões da adequação e conteúdo, são, em última análise, sensíveis a seu juízo político, como já dissemos (DWORKIN, 2007, p. 307). E em relação ao precedente, o juiz deve mostrar-se sensível a ponto de ser capaz de entender como provisórios os princípios e métodos empíricos do passado mostrando-se disposto a abandoná-los sempre que enfrentar questões difíceis, problemas novos e desafiadores, pois é isso que dele exige o direito como integridade. Ou seja, o juiz não deve jamais se acomodar e apenas seguir as tendências já determinadas pelos juízes anteriores, mas sim se entender como mais um autor da obra jurídica que está diariamente sendo construída.

Neste aspecto, adentramos no debate da cadeia que se constrói no decorrer do exercício da atividade judiciária, visto que os Tribunais se inserem em um sistema em que é ponto central a relação que um autor, ou juiz, com o autor imediatamente anterior e com o conjunto dos julgados até então elaborados. É o que Dworkin chama de “romance em cadeia”, na verdade trabalhando a partir de uma metáfora em que cada juiz deveria se comportar como autor de um romance escrito em cadeia por vários autores, em que deve haver a criatividade da inovação, ao mesmo tempo em que há coerência com o que foi escrito antes. Visto que a história deve ser una e coerente (DWORKIN, 2007, p. 275 - 276).

Fazendo uma ressalva, devemos admitir com serenidade as limitações à aplicação imediata de todos os aspectos da integridade, fundamentalmente, compreendendo as limitações institucionais, na medida em que os modelos de estado que discutimos nas sociedades atuais têm entraves intrínsecos à consolidação da integridade.

Finalmente, classificamos como o maior desafio do direito como integridade a necessidade de combater a recusa popular em aceitar que existem sim respostas certas em casos difíceis. Ainda que devamos admitir que, em termos de princípios, o direito está longe de ter uma coerência perfeita, e a supremacia legislativa também dificulta a atividade dos juízes adeptos do direito como integridade, mas estes fatores não impedem a aplicação da concepção do direito como integridade.

3 - A JURISPRUDÊNCIA DO STF E A APLICAÇÃO JUDICIAL DO PRECEDENTE

A defesa dos Direitos Fundamentais e do Estado Democrático de Direito, a partir do que colocamos até aqui, sob a perspectiva da integridade, ocorre com a consolidação do Constitucionalismo e efetivação da Justiça Constitucional. Então, o estudo da jurisprudência elaborada pelo Supremo Tribunal Federal, aqui representada pela Súmula Vinculante, é fundamental em nosso propósito de pensar a atividade judiciária a partir do principio da integridade.

Tomaremos, portanto, como objeto de intercâmbio com todos esses elementos levantados o mecanismo da Súmula Vinculante: as súmulas podem ser definidas como entendimentos firmados pelos Tribunais com o intuito de publicizar a compreensão do Tribunal, em relação a determinado tema de sua competência, após reiteradas decisões em um mesmo sentido. Já a Súmula Vinculante atrela a decisão de juizes de instancias inferiores ao entendimento elaborado pelo Tribunal Superior, na dimensão vertical, e o Tribunal à sua própria jurisprudência elaborada anteriormente.

As Súmulas Vinculantes foram defendidas por diversos juristas em nome da segurança jurídica e criticadas com base no princípio do acesso à justiça. A EC nº 45 as regulou acrescentando á Constituição Federal de 1988 o artigo 103-A, posteriormente regulado pela Lei 11.417/2007, garantindo ao Supremo Tribunal Federal o direito de editar, de oficio ou por provocação, súmula que após a devida publicação terá efeito vinculante em relação a todos os órgãos da Administração Publica e demais órgãos judicantes. (RÊGO, 2007, p. 14).

O efeito vinculante que as decisões do STF no controle concentrado assumiram traz como principal argumento de defesa a busca pela harmonização da jurisprudência constitucional a partir de casos concretos, portanto, garantindo maior controle sobre o juízo de constitucionalidade do Supremo, o que em grande medida dificultava a percepção de sérias agressões aos direitos fundamentais. No entanto, ao conter a sistematização de um conjunto de decisões, o enunciado das súmulas não é suficiente para conhecer as razões que as fundamentaram, o que dificulta o exercício correto da função judicial, pois não é possível, sem analisar os critérios que presidiram as discriminações feitas pelo STF em um caso determinado, decidir se o juiz deve aplicar o precedente a casos semelhantes. Contudo, é salutar dizer que a vinculação ao precedente diz respeito à ratio decidendi, logo, não há que se falar em vinculação estrita ao enunciado específico da súmula. A publicização dos julgados e dos debates dos Ministros/as é importante nesse sentido. Entretanto, a forma como a aplicação das súmulas se processa no Brasil hoje e o papel político desempenhado pelo Supremo e pelas Súmulas, por diversas vezes dificulta essa aplicação mais coerente do mecanismo.

Devemos ter em mente que o mecanismo da Súmula Vinculante possui várias facetas, mas podemos destacar algumas que garantem sua principal justificação, quais sejam a celeridade processual e a segurança jurídica, visto que se apresenta como importante mecanismo de combate ao excessivo número de processos que lotam o Judiciário, muitas vezes ocorrendo a repetição de argumentos e sentenças. Assim a súmula garantiria a uniformização da jurisprudência e a celeridade processual. Entretanto, a problemática da grande concentração da orientação jurídica final em um único órgão de cúpula judicial, sendo que a pressão política que esse órgão enfrentará, em razão de suas atribuições, tem reflexos nas decisões proferidas implica uma possível restrição à atividade interpretativa dos juízes. Além de trazerem consigo, em geral, grande carga de conservadorismo, mesmo em razão do distanciamento da problemática social.

Logo a Súmula Vinculante é um mecanismo que suscita muito debate na doutrina brasileira, por motivos que vão desde o fato de ser um instituto próprio do sistema da common law até a possível “mordaça” que representa aos tribunais inferiores. Além da ameaça que poderia representar a institutos consagrados na doutrina brasileira como a independência judicial e o livre convencimento do juiz, além de entrave a ampliação e efetivação dos direitos fundamentais.

Contudo, o que o direito como integridade nos propõe é justamente a criação de mecanismos eficientes de interpretação, capazes de adequar a cada caso concreto a aplicação ou não de uma possível súmula. Ou seja, a súmula deve passar por um processo interpretativo que lhe atribua sentido, nos moldes da interpretação construtiva. Com o reconhecimento de um complexo de normas capaz de apresentar soluções às situações concretas, através da aplicação de princípios e interpretação dos textos normativos, além da concepção da atividade judiciária como uma cadeia em que cada juiz é protagonista na consolidação da coerência.

A integridade nos propõe que a Súmula, como texto normativo que é, deve ser encarada sob a perspectiva da interpretação. Não há cabimento pensar na Súmula como um entendimento acabado que deve automaticamente ser seguido pelos Tribunais. O direito como integridade trabalha o mecanismo da vinculação através da interpretação, no intuito de garantir a renovação do direito através da atividade criativa e coerência de principio, na perspectiva de ampliação de direitos e garantia da segurança jurídica e da previsibilidade. Sem com isso cegar o senso crítico e as convicções políticas dos juízes, mas ao mesmo tempo impondo-lhes parâmetros de trabalho no combate ao subjetivismo exacerbado e á discricionariedade.

A partir dos elementos colocados até aqui, trabalharemos algumas das Súmulas já editadas pelo STF, no intuito de analisá-las sob a ótica da integridade. Começaremos pela Súmula Vinculante nº 5. Assim nos diz o texto sumular: *"SV N° 5 – A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição."*.

Primeiramente, ninguém está impedido de constituir advogado em nenhum tipo de processo, seja judicial ou administrativo, como preceitua a Constituição Federal no art. 5°, LV. Portanto, no processo administrativo é constitucional falar em garantia da ampla defesa e do contraditório. É salutar, contudo, dizer que a garantia da ampla defesa e do contraditório nos processos administrativos disciplinares não tem o escopo garantir-lhes toda a normatividade dos processos judiciais. Mas sim assegurar que não ocorram casos de abuso de poder e sejam respeitados os direitos dos servidores vinculados ao poder público.

Fundamental é destacar que há grande variedade de posicionamentos e diversidade de precedentes, para ao final ocorrer a edição desta Súmula. Observamos claramente que o Supremo Tribunal Federal não se ateve a um dos requisitos fundamentais à edição da Súmula que é a existência de reiteradas decisões no mesmo sentido, ou seja, a súmula deveria advir para firmar o entendimento do Supremo e servir de norte a atuação dos juízes das instancias inferiores, mas isto intimamente associado a pragmática, ou seja, a partir da existência de diversos casos e decisões no mesmo sentido. Mais grave ainda é o motivo que efetivamente leva à edição da súmula, qual seja combater um enunciado em sentido contrário já existente do STJ. No caso agora em análise, a súmula n° 5, asimples citação do problema da ausência de defesa técnica por si só não determina a consonância dos precedentes com o texto sumular. Pois, há um verdadeiro afastamento entre o que é debatido nos precedentes e a edição da súmula. E mesmo a vagueza com que é publicada acaba por dificultar ainda mais quais seriam os casos em que a presença do advogado poderia ser exigida enquanto direito constitucionalmente garantido.

De maneira análoga, na edição da Súmula nº 09, o STF tem problemas com os precedentes. Assim nos diz o enunciado da Súmula: "SV N° 9 – O disposto no artigo 127 da lei n° 7.210/1984 (lei de execução penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.".

Logo, o STF entende que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 o art. 127 da Lei de Execução Penal, em que perde o direito aos dias remidos o detento que cometer falta considerada grave. Contudo, na análise dos precedentes foi debate fundamental a questão da proporcionalidade da pena em relação ao delito penal. Ou seja, a perda do direito aos dias remidos deveria ser analisada em cada caso concreto sem preponderar sobre o principio constitucional da proporcionalidade.

Observamos um elemento basilar que funciona como entrave a aplicação desta Súmula: a vagueza do texto. O termo "falta grave" não é conceituado pelo Supremo, mesmo porque há grande relativização na própria construção da expressão, portanto, caindo na indeterminação própria dos textos legais. É salutar destacar ainda que pouco tempo depois da edição da Súmula o próprio STF realizou um distinguishing e decidiu contrariamente ao texto sumular.

Percebemos que as Súmulas acima transcritas têm o condão de restringir direitos, ou seja, limitam o conteúdo dos direitos em questão. Neste caso, algumas observações podem ser feitas. Primeiramente, ambas ofendem, da maneira como estão postas, princípios fundamentais da Constituição Federal: a ampla defesa, o contraditório e a proporcionalidade. É salutar termos em mente que o texto normativo sempre possui uma dimensão pragmática, portanto, sempre estará associado a um fato concreto, existindo uma espécie de pré-compreensão da determinação legal, logo, ao aplicar ou editar uma súmula o texto deve ser escrito ou revisitado com muita atenção ao contexto em que foi elaborado. O atrelamento ao precedente e a relativização da obrigatoriedade de aplicação, partindo da análise de cada caso concreto, garante que as súmulas não permaneçam indo de encontro ao objetivo fundamental da instituição do mecanismo que é resguardar direitos e promover sua ampliação através dos mecanismos da interpretação.

A questão da moralidade, tratada anteriormente, é outro elemento que deve ser levantado nesta análise. Visto que, como nos dizem Hershovitz e Dworkin, agindo com moralidade, necessariamente o juiz estará vinculando suas atitudes á coerência. Mais ainda, a atenção aos deveres morais garante o combate atitudes inconseqüentes de juízes que possam vir a mecanizar sua atividade e apenas seguir precedentes, na medida em que torna a atividade judiciária atenta ás mudanças de paradigma social. Devemos falar aqui do compromisso moral de representar as vontades da comunidade personificada, portanto, a necessária existência de diversos pedidos e sentenças no mesmo sentido antes da edição de uma Súmula Vinculante. Pois assim há a segurança da edição de uma norma que, devidamente interpretada, estará de acordo com os clamores sociais diretos da comunidade e não simplesmente atendendo a pressões políticas.

E para adentrar na polêmica mais atual trazida pelo Supremo Tribunal Federal é necessário que analisemos uma das súmulas mais problemáticas na atualidade: SV nº11.

A Súmula Vinculante nº 11 trata da constitucionalidade do uso de algemas pelo réu nos diz:

“SV N°11 – Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à Integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal, do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”.

A variedade dos precedentes utilizados na edição desta súmula é enorme. O primeiro dos casos tratados como precedentes foi um RHC julgado em 1978, portanto, anterior a CF/88. E o último precedente foi julgado em agosto de 2008 em que é anulado Tribunal do Júri onde o réu permaneceu algemado.

Após a análise de todos esses variados precedentes, o Supremo declara com base no respeito à dignidade da pessoa humana e na vedação constitucional de tortura ou qualquer tipo de tratamento degradante, a utilização de algemas. Determina a excepcionalidade no uso das algemas, mas ao mesmo tempo afirma que as particularidades de cada caso devem ser observadas, mesmo no Tribunal do Júri, onde houve forte argumentação no sentido de preservar o réu da opinião leiga dos jurados que poderia ser influenciada pela utilização das algemas.

Não estamos nos opondo à necessidade de serem debatidos os direitos fundamentais dos presos, frente a crescente agressão aos direito humanos da comunidade carcerária no Brasil. Contudo, percebemos que o STF mantém sob a discricionariedade do policial a avaliação acerca da necessidade de utilização ou não das algemas, mais ainda, preocupa-se mais em demonstrar as possíveis violações a direitos fundamentais caso não ocorra o cumprimento da Súmula do que em determinar claramente os parâmetros de sua aplicação.

O Supremo não adotou uma postura de vinculação estrita aos precedentes a partir da motivação que conduziu ás decisões proferidas, para, a partir delas, editar o texto da súmula, vinculação á ratio decidendi. Mais ainda, trabalhou a redação de maneira extremamente aberta, geral, logo, dificultando a aplicação a cada caso concreto. Aceitamos, a partir do que foi exposto na defesa do direito como integridade, a necessidade de trabalharmos sob a perspectiva da realização de ações comuns nos moldes das obrigações associativas, para uma vida em sociedade, e para tanto será imprescindível a escolha de uma forma de tomada de decisão, abrindo mão de qualquer forma de discricionariedade, na medida em que os juizes devem compreender o complexo de normas que caracteriza o ordenamento e o conjunto de direitos garantidos por ele, e não atuar como se em um ambiente de decisões discricionárias estivesse. Daí a necessidade de pensarmos a vinculação à ratio decidendi, mais ainda, da adoção do método correto na elaboração das súmulas, tornando-as mais acessíveis e claras.

A súmula n° 11 se apresenta como um enunciado generalizante que demonstra dificuldade de compreensão da argumentação jurídica de cada precedente e acaba por relativizar e generalizar sem garantir atenção às especificidades de cada caso, e ainda não efetiva medida alguma que inove realmente a atividade judiciária.

Portanto, percebemos, ao contrário dos outros dois textos analisados, uma tentativa de ampliação de direitos, garantindo ao réu o direito de não ser tratado como se culpado fosse. Entretanto, o Supremo deixa nas mãos da autoridade policial a discricionariedade

de julgar quando a utilização da algema seria necessária, logo, na realidade cotidiana da polícia, não haverá alteração significativa alguma.

Necessitamos dizer que é fundamental o estabelecimento de um parâmetro de aplicação para as Súmulas Vinculantes, conectado com o conjunto de princípios que regem o sistema constitucional brasileiro. Para tanto, o principio da igualdade se perfaz como mecanismo para, através do processo interpretativo, garantir a segurança jurídica, o ideal de justiça e a dinamicidade do ordenamento jurídico, juntamente com o desenvolvimento dos direitos humanos, na aplicação das Súmulas Vinculantes.

4 - CONCLUSÕES

A existência de um modelo constitucional é base para uma concepção de democracia. E isto sob as três características do constitucionalismo: uma carta de direitos, supremacia da constituição e o controle de constitucionalidade das leis ordinárias. Os juízes deveriam apenas poder tomar decisões baseadas em princípios, pois estes são passiveis de serem conhecidos no seio da sociedade, enquanto o legislativo pode decidir com base em princípios e argumentos de política, pois as decisões eminentemente políticas dizem respeito a objetivos da comunidade que são alcançáveis de formas diferentes e que devem ser concretizados de acordo com programas de governo. Se há uma comunidade de princípios, tanto o legislativo quanto o judiciário devem se basear na integridade.

A integridade nos afirma que o texto legislativo não é claro o suficiente, ou seja, a interpretação deve sempre ser o ponto de partida de qualquer decisão judicial. O juiz deve no final tomar partido sobre a questão que divide os litigantes: eles discordam sobre o que a lei exige. Provavelmente, esse fato não representa diretamente a atividade de julgar, mas o que a lei exige, em alguns casos, está diretamente relacionado com o que exige moralidade. E nesta perspectiva, também o juiz assume lados. Entretanto, quando essa atividade é realizada com base em um conjunto coerente de princípios que tratam da igualdade, do devido processo legal, da integridade, são capazes de desenvolver sentimentos como o da fraternidade e o espírito da comunidade personificada. Desta maneira, trazendo consigo os direitos e as obrigações associativas que de uma maneira mais global irão reger as práticas sociais.

É salutar compreender o direito como um ativo promotor da mudança social, tanto no aspecto material como no da cultura e das mentalidades. Perceber também as colocações jurídicas a partir de uma perspectiva sociológica onde as articulações do direito se dão em conjunto com as condições e estruturas sociais em que opera. Combatendo de todas as formas a colocação do direito como instrumento de dominação social, tanto econômica quanto ideológica. Assim, tratar o direito a partir da perspectiva sociológica, mas sem cair na armadilha que simplifica a análise a uma questão puramente econômica e coloca o direito somente como um mecanismo de dominação social.

Nesta esteira é que entramos no debate da insuficiência do corpus escrito da lei, da necessidade de interação da lei escrita com as situações e estruturas em que o direito se realiza. E o mecanismo da Súmula Vinculante surge nesta esteira de aproximação do corpus do direito com a dinâmica da realidade social. Entretanto, o que percebemos é um Supremo Tribunal Federal cada vez mais editor de normas de caráter geral e abstrato, dotadas de termos extremamente gerais e incapazes de traduzir o real objetivo

da implementação do mecanismo, qual seja a efetivação de direitos a partir da garantia do respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Não há o cumprimento do papel fundamental do mecanismo da vinculação: a renovação do direito. Presenciamos a edição de uma série de Súmulas que na realidade não trazem inovação alguma.

Podemos dizer, portanto, que na análise das Súmulas deste trabalho o STF não atuou a partir dos parâmetros do direito como integridade. Ou seja, a não obediência aos precedentes e vinculação à ratio decidendi figura como grave agressão aos princípios que devem reger a vida social, bem como não garante a vinculação do juiz a princípios de moral política. O Supremo agiu de maneira incoerente e desordenada, ferindo os princípios da segurança jurídica, da equidade, da justiça e da integridade. Visto que trabalhou muito mais na perspectiva de garantir que seu entendimento sobre determinadas matérias seja efetivado, que na perspectiva de ampliação de direitos e garantia da igualdade. A vinculação ao precedente baseia-se no direito à igualdade, fundamentalmente. O atrelamento das Súmulas ao princípio da igualdade garante que não se caracterizem como um óbice á atividade interpretativa e criativa do juiz, devendo, portanto, sempre afastar-se de um tipo de enunciado generalizante que impossibilita a aplicação da solução correta de casos futuros.

Mais que isso, é necessário que se desenvolva, no Brasil, uma doutrina do precedente conectada com todas as particularidades do fazer jurídico nacional, ou seja, a construção de uma doutrina capaz de pensar o mecanismo da vinculação fora do contexto da common law. E, juntamente com este passo, é fundamental que o Supremo Tribunal Federal trabalhe uma nova teoria da decisão que se paute pelas mudanças introduzidas pela implementação do mecanismo da Súmula Vinculante. Logo, a maneira de decidir dos Tribunais deve ser alterada a partir do novo paradigma que a vinculação traz consigo.

Finalmente, a adequação de um modelo de justiça constitucional não deve ser questionada. Pois, o estabelecimento de um Tribunal Constitucional realmente capaz de seguir os ditames da moral política e da integridade, na perspectiva da efetivação dos Direitos Fundamentais e proteção dos princípios democráticos é a solução que apresentamos como possível. Desde que haja um real comprometimento do STF com a promoção desses ideais e determinação das súmulas como mecanismo que se encaixa na cadeia de produção do direito como elemento que aproxima os Tribunais das demandas sociais e afasta-se do caráter abstrato e geral das leis, tendo como parâmetro de aplicação uma perspectiva hermenêutica, interpretativa, construtiva do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n° 05. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante> Acesso em: 05 de mai. 2009.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n° 09.** O disposto no artigo 127 da lei n° 7.210/1984 (lei de execução penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante> Acesso em: 05 de mai. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n° 11.** Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à Integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal, do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante> Acesso em: 05 de mai. 2009.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 2° Edição. Coimbra: Almedina., 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª edição. São Paulo, SP : Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno.** 2° edição. São Paulo, SP : Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Paulo Ségio Weyl A.. **Direitos humanos em concreto. Curitiba, Paraná: Editora Juruá, 2008.**

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 20° ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2° edição. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2007.

DUSSEL, Enrique. **20 teses políticas – Coleção pensamento social latino-americano**. São Paulo, SP: expressão popular, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 34° Edição. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2007.

HERSHOVITZ, Scott. Integrity and Stare Decisis. In: HERSHOVITZ, Scott (org.). **Exploring law's empire**.1° Edição. Nova Iorque: Oxford, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7° edição. São Paulo, SP : Martins fontes, 2006.

MAUÉS, Antonio G. Moreira, SCAFF, Fernando Facury. **Justiça constitucional e tributação.** São Paulo, SP: Dialética, 2005.

MIRANDA, Tássia Baia. **Stare decisis e a aplicação judicial do precedente no sistema norte-americano.** In: Revista AJURIS – vol. 34 – n. 106, p. 259 – 292, junho 2007.

RÊGO, Lorena de Paula da Silva. **Súmula Vinculante e sua aplicação no caso concreto: o princípio da igualdade como critério para eliminação da divergência jurisprudencial.** Belém, PA: Universidade Federal do Pará, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**. 11° Edição. São Paulo, SP: Cortez editora, 2006.

WALDRON, Jeremy. Did Dworkin ever answer the critics? In: HERSHOVITZ, Scott (org). **Exploring law's empire**. 1° Edição. Nova Iorque: Oxford, 2006.

WALDRON, Jeremy. The rule of law as theater of debate. In : BURLEY, Justine (org.). **Dworkin and his critics.** 2° Edição. Malden, MA:Blackwell Publishing, 2005.

A GLOBALIZAÇÃO E OS DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI EM PROL DA REALIZAÇÃO DO BEM-ESTAR E DO DESENVOLVIMENTO*

GLOBALIZATION AND THE CHALLENGES OF THE 21ST CENTURY JUDICIARY IN FAVOUR OF THE REALIZATION OF THE WELFARE AND DEVELOPMENT

Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho

RESUMO

O escopo deste artigo é analisar a atuação do Poder Judiciário no Século XXI como promotor do bem-estar e do desenvolvimento, em face da globalização, que gera efeitos não só na economia, mas, também, em toda a sociedade. A jurisdição estatal é afetada pela globalização, uma vez que, a complexidade das relações sociais que envolve esse fenômeno intangível traz consigo o aumento de demandas que são levadas a juízo e que precisam de uma resposta do Judiciário, condizente com a realização do bem-estar e do desenvolvimento. Além disso, o Juiz ao prolatar uma sentença não pode deixar de atentar para a repercussão dessa decisão para além das partes e da causa, uma vez que no Século XXI não se pode mais falar em qualquer espécie de fronteira, afinal, a economia mudou e se globalizou, a sociedade mudou e se planetarizou, e o Direito, não pode tardar, a também se reinventar e se mundializar, sob pena de esvaziar sua função de instrumento pacificador de conflitos.

PALAVRAS-CHAVES: PODER JUDICIÁRIO; BEM-ESTAR; DESENVOLVIMENTO; GLOBALIZAÇÃO.

ABSTRACT

The scope of this article is to analyze the judiciary in the 21st century as promoter of well-being and development, in the face of globalisation, which generates effects not only on the economy, but also throughout society. The jurisdiction is affected by globalization, since the complexity of the relationships social intangible that involves this phenomenon brings increased demands run judgement and that require a response from the judiciary, consistent with the well-being and development. In addition, the sentence Judge cannot fail to realize the impact that decision in addition to the parties and the cause, since it is not in the 21st century can more talk about any kind of border, after all, the economy has changed and if globalized society has changed and if be planet, and may delay also reduce to reinvent itself and if, under penalty of emptying their function of instrument peace conflict.

KEYWORDS: JUDICIARY; WELFARE; DEVELOPMENT; GLOBALISATION.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. A INTANGIBILIDADE DO FENÔMENO "GLOBALIZAÇÃO" E SUAS REPERCUSSÕES

Para a ideologia neoliberal[1], globalização é o processo de mudanças decorrente do movimento econômico de expansão de mercados.

Porém, entende-se que esta definição está incompleta, pois o econômico é só um dos aspectos desse movimento econômico, social, político e cultural, que envolve, no mínimo, três processos que se desenvolvem simultaneamente. Segundo René Armand Dreifuss (1997) estes processos seriam: a *mundialização* relacionada com a disseminação de padrões de consumo, de massificação e homogeneização de estilo de comportamentos, modos de vida e impondo novos hábitos sociais; a *planetarização***,** associada às profundas mudanças referentes às políticas governamentais e às instituições que permeiam as sociedades nacionais, que passam a ser reformatadas face às exigências de novos paradigmas econômicos, estando assim, ligada a um modo de dominação e à miniaturização do Estado-nação; e por fim, a *globalização tecnológica*, referente ao modo de produzir, impulsionado por redes de megaconglomerados transnacionais desenvolvidas em altíssimo ritmo de transmissão de informações.

Por isso, usar o termo *globalização* somente no sentido de designar uma nova etapa do desenvolvimento do sistema capitalista é muito vago e impreciso.

A globalização é ato ou efeito de globalizar-se. Do ponto de vista sociológico é um processo pelo qual a vida social e cultural nos diversos países do mundo é cada vez mais afetada por influências internacionais em razão de injunções políticas e econômicas. Sob o aspecto político-econômico: a) é o intercâmbio econômico e cultural entre diversos países, devido à informatização, ao desenvolvimento dos meios de comunicação e transporte, à ação neocolonialista de empresas transnacionais e à pressão política no sentido da abdicação de medidas protecionistas; b) é, também, espécie de mercado financeiro mundial criado a partir da união de mercados de diferentes países e da quebra das fronteiras entre esses mercados; e c) é a integração cada vez maior das empresas transnacionais, num contexto mundial de livre-comércio e de diminuição da presença do Estado nos campos econômicos e sociais. (HOUAISS, 2001)

Assim, da própria definição na língua portuguesa conclui-se que a globalização não é um fenômeno apenas econômico, é também social, político e cultural.

A globalização social e política, por exemplo, firma-se na teoria dos direitos fundamentais e isto muito interessa aos povos periféricos, pois globalizar direitos fundamentais eqüivale a universalizá-los no campo institucional, ou seja, implementar o ideário de igualdade e quebrar fronteiras.

Além disso, na esfera da normatividade jurídica, a globalização política introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos da quarta geração a extensão a todos os homens do direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (BONAVIDES, 1997, p.45)

Com efeito, a globalização é um fenômeno da pós-modernidade (do mundo contemporâneo), ainda inacabado, que envolve diversos setores como: comércio, indústria, finanças, tecnologia, trabalho e cultura; e que traz conquistas científicas e tecnológicas, com instrumentos homogenizadores de comunicação e de culturas, como a informática, a comunicação por satélites, praticamente instantânea em todas as partes do globo terrestre, *abalando os princípios fundamentais do Direito tradicional, e modificando revolucionariamente os conceitos de espaço e de tempo. Os países procuram adaptar-se à idéia de um mundo só*. (SOUZA, 1999, p. 216)

Um mundo cada vez menos medido pelas distâncias, atualmente encurtadas pelo telefone, televisão, internet, etc.

Portanto a globalização é uma variável que afeta o Estado (econômica, social, política e juridicamente), e, por esta razão, tem que ser levada em consideração quando se analisa a função e evolução histórica da ciência do direito na sociedade, principalmente a partir da década de 90.

Com efeito, a partir de 1990, começou-se a perceber uma repetição de argumentos: o praticado pelo neoliberalismo, quanto à globalização e o defendido pela burguesia quando rompeu com o feudalismo, unificando o Estado nacional.

A título de exemplo tem-se que o que justifica a globalização hoje é o mesmo mote utilizado pela burguesia do Século XV: rompimento de fronteiras, unidade do mercado interno, busca pelas simplificações, legislativas, judiciárias, tributárias, alfandegárias e monetárias, através da unificação territorial. Só que no Século XV um dos resultados do processo foi a formação dos Estados Nacionais e, no Século XX, o enfraquecimento destes e o fortalecimento dos blocos econômicos e das empresas multi e transnacionais, que atuam além fronteiras[2].

O historiador José Jobson Arruda (1996) refere que o movimento de formação das monarquias nacionais (unificação do território em prol do nascimento dos Estados Nacionais) se deu por meio do fortalecimento do poder central dos reis patrocinado pela burguesia emergente, que precisava que houvesse uma unidade no mercado interno para que esta pudesse concorrer com as burguesias de outros Estados. Essa quebra de barreiras entre os feudos, além de favorecer o surgimento dos Estados Nacionais deu início ao capitalismo, vejamos:

O que a burguesia realmente desejava era a unificação do Estado nacional, ou seja, a uniformização do território. E isto significava: barreiras, leis, justiça, pedágio, impostos, alfândegas, pesos e medidas unificados para todo território nacional. Sem isso, o desenvolvimento econômico seria retardado. De fato, se não houvesse unidade no mercado interno não poderia haver expansão em direção ao mercado externo. Sem

mercado interno forte, a burguesia não poderia concorrer com burguesias mais fortes (de outros países). (ARRUDA, 1996, p. 434)

Com efeito, no Século XV, as antigas instituições feudais que haviam servido a uma finalidade nos séculos anteriores entraram em decadência, tornando-se ultrapassadas perante as modificações econômicas e sociais ocorridas em face da ascensão comercial burguesa. *A atomização do poder feudal demonstra-se iníqua para o desenvolvimento do novo modo de produção baseado mormente nas relações comerciais, que requeriam uma autoridade central, um Estado nacional que pudesse trazer segurança e colocar ordem ao caos feudal*. (DELGADO, 2001, p. 31-32)

A imagem dos Estados Nacionais, assim, favorecia o capitalismo na medida em que proporcionava segurança ao comerciante externo que quisesse ampliar seus negócios e seu mercado.

Com isso, surgiram, no Século XV, os Estados Nacionais, impulsionados por comerciantes e mercadores que reivindicavam uma nova ordem política e econômica capaz de viabilizar o desenvolvimento econômico interno do país e possibilitar a concorrência externa com outros países. Foi a vitória dos reis sobre os feudos.

Numa analogia, surgem, no Século XX, os blocos econômicos formados por vários países, a exemplo da União Européia, com, até sua moeda, unificada.

Automaticamente, o efeito dessa União em blocos é o enfraquecimento dos Estados Nacionais, em prol agora de algo maior, buscado, sim, novamente pelo capitalismo. O que se quer concluir é que o capitalismo que outrora foi o grande propulsor do fortalecimento dos Estados Nacionais, pondo fim ao feudalismo, agora é o grande algoz desses Estados que lutam para não se anular e tronar anônimos diante da formação de grandes blocos econômicos. Ou seja, o que foi construído pelo capitalismo, hoje está sendo esfacelado.

Celso Furtado (1999) assinalou no fim do Século XX a diminuição da autonomia dos Estados nacionais no *desenho* do porvir da nação do Século XXI, como conseqüência do processo mundial, denominado *globalização*. Para ele os Estados Nacionais perdem cada vez mais importância se comparados com as grandes instituições econômicas transnacionais. Para ele, esse cenário pode ser um entrave à superação do subdesenvolvimento, prejudicando as nações empobrecidas:

Os sistemas de poder se fazem cada vez mais heterogêneos em um mundo em que os Estados nacionais perdem importância para instituições transnacionais, multinacionais e mesmo regionais. As atividades financeiras, beneficiadas por avanços surpreendentes na eletrônica, assumem posições de vanguarda na modelagem das estruturas de poder. Os padrões monetários tendem a unificar-se, o que amplia significativamente o âmbito de ação da moeda dominante, ao mesmo tempo que se impõe a constituição de vultosas

reservas monetárias em benefício das economias centrais. A conseqüente redução da margem de autonomia das autoridades nacionais torna mais difícil alcançar a superação do subdesenvolvimento. (FURTADO, 1999, p. 09)

De fato, é temerária a perda de importância dos Estados Nacionais para instituições transnacionais, multinacionais e mesmo regionais, como alerta Celso Furtado, principalmente porque a concentração de poder econômico nas mãos desses grupos reforça a desigualdade e exclusão social, ascendendo ainda mais as diferenças entre nações ricas e pobres.

Ocorre que, desde a sua formação no Século XV e até os dias de hoje, os Estados Nacionais constituem os principais sujeitos da sociedade internacional. Deles derivam as demais pessoas internacionais, incluindo-se aí as próprias organizações internacionais.

Na qualidade de sujeitos de direito internacional, segundo a Convenção Pan-Americana sobre Direitos e Deveres dos Estados de 1933, os Estados devem reunir três requisitos em sua formação: povoação permanente, território determinado e governo soberano. Porém, desde meados do Século XX, está havendo um gradativo esvaziamento do conceito de soberania e autonomia desses Estados, por conta da globalização (mais especificamente por conta do neoliberalismo), que tende a demonstrar a prescindibilidade do Estado, como num retorno aos ideais preconizados no liberalismo, que pregava que o Estado deveria ficar bem afastado da economia[3].

Com efeito, a despeito de os Estados serem os principais sujeitos da sociedade internacional, estes vêm se enfraquecendo em virtude das atuais dinâmicas globais, que os conduzem a um alto grau de dependência, capaz de reduzir, nitidamente, o seu poder decisório, embora ainda que formalmente, continuem a ser detentores de soberania e autonomia.

Por esta razão, nos dias de hoje o conceito de soberania apresentado por Thomas Hobbles em "O Leviatã" de 1651, *enquanto poder soberano, acima do qual não há nenhum outro e ao qual todos os poderes (eclesiásticos, econômicos, etc.) se subordinam* merece ser revisto, junto com o conceito e formato dos Estados nacionais. Ao lado disso, tem que ser remodelado o conceito de jurisdição nacional e internacional. (HOBBES, 2006)

O Estado já não pode mais almejar regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle e direção. Também já não pode deixar de compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional. As funções do Estado-nação não desaparecem, mas assumem outras formas.

O que deve ocorrer, portanto, não é o fim da soberania e autonomia estatais, mas, sim, a revisão da função desses conceitos e adaptação aos novos parâmetros de convivência, cooperação internacional e formação de blocos econômicos.

A globalização não implica, necessariamente, no fim dos Estados Nacionais, e, sim, na remodelação dos mesmos diante dos novos parâmetros mundiais e na redefinição de suas funções diante da sociedade do conhecimento e de *redes*.

Entretanto, esta remodelação não pode ser aquela defendida no discurso neoliberal da necessidade do Estado mínimo: um Estado com seu papel circunscrito à prestação de serviços públicos básicos, pouca participação e mínima intervenção no domínio econômico. Muito menos, se deve defender a desnecessidade do Estado do bem-estar e na volta do Estado liberal, o que como visto, não será possível, pois a sociedade, ainda que globalizada, não abrirá mão das conquistas e vantagens sociais alcançadas ao longo da história.

Afinal, não se pode esquecer que o Estado do bem-estar proporcionou inúmeras vantagens para a sociedade com a ingerência da atuação do Estado no domínio econômico. O surgimento do Estado intervencionista significou, através das interferências nas atividades sociais, especialmente econômicas, um contrapeso às forças e interesses hegemônicos liberais, de forma a harmonizar o desenvolvimento com o bem-estar social, e, inclusive, incrementar o mercado consumidor tão relevante para as sociedades capitalistas contemporâneas.

Nesta seara desenvolveu-se o direito publicista, que retirando da autonomia privada a liberdade inicial, procurou regular as relações entre os particulares para assegurar um convívio social mais equilibrado e harmônico. Ou seja, crescia a importância e legitimidade de um direito no qual o interesse público passava a prevalecer sobre o particular.

Daí falar-se, necessariamente, em Constituição, como repositório de valores e conceitos essenciais da comunidade que a promulga, e berço da concepção moderna de Estado de Direito, que acolheu a Declaração dos Direitos do Homem, ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Dessa forma, reconhecendo-se as melhorias institucionais decorrentes da implantação do Estado do Bem-estar, hoje, não seria possível a restauração do Estado liberal do Século XIX, porque a sociedade não aceitaria mais, como outrora, a legitimidade dos detentores do poder econômico para dirigir o destino da comunidade, muito menos, a redução ou supressão de direitos sociais constitucionalmente garantidos.

A solução, então, é redefinir a função do Estado-nação, mas não com o enfoque minimalista, pois o Estado tem que, mesmo em face da globalização econômica, promover o bem-estar social e o desenvolvimento de sua nação e cooperar para que o mesmo ocorra com as outras nações mundiais, principalmente com aquelas mais pobres e menos desenvolvidas, porque, não se pode esquecer que o processo de globalização maximiza as diferenças entre a elite e os excluídos, entre os países pobres e os ricos, o que provoca uma fragmentação social e territorial.

Quanto ao fenômeno "racional" da globalização, devido à sua intensidade e velocidade, provoca graves efeitos desestabilizadores, criando um terreno fértil para a fragmentação social e territorial. Uma globalização que aprofunda as desigualdades sociais, nacionais

e regionais e gera um fenômeno brutal de exclusão do mercado, tem produzido reações como o nacionalismo tribal, o separatismo e conflitos violentos que exarcebam as lutas de classe, as lutas dentro da sua própria classe e alteram a visão de mundo dos grupos e dos indivíduos, impregnando este final de milênio. A globalização, ao que parece, só tem aumentado o fosso entre os possuidores de riqueza e os excluídos do mercado, alimentando efeitos colaterais ao processo que chega até ao plano cultural. (SILVA, 2000, p. 60)

Com isso, fica ressaltada a importância da presença do Estado na solução de demandas sociais, como instituição apta a proteger os valores socialmente relevantes.

Sobre os contrastes globais (aumento da pobreza e da concentração de renda), o Relatório das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Humano (1997) concluiu que a concentração de riqueza chegou ao ponto de o patrimônio conjunto dos maiores milionários do mundo, que são pouquíssimos, ser equivalente à renda somada da metade mais despossuída da população mundial, cerca de 3 bilhões de pessoas.

As causas apontadas pela ONU para o fato da globalização estar concentrando poder e marginalizando o pobre são múltiplas: das barreiras tarifárias e não-tarifárias mais punitivas com relação às exportações dos países periféricos, às leis de proteção de patentes que dificultam o acesso em massa das nações periféricas a novas tecnologias.

Já o Relatório do Banco Mundial (2000) declarou que a globalização aumenta a pobreza e a desigualdade, pois os custos de ajustamento para maior abertura são efetivamente suportados pelo pobre (54,7 % da humanidade vive em estado de miséria ou pobreza extrema).

Com efeito, se as estatísticas são alarmantes, os fatos são dolorosos. Atualmente: vinte mil pessoas morrem por dia em conseqüência da fome e da pobreza extrema[4].

Vive-se hoje num lastimável mundo de vergonhosos contrastes. Um mundo capaz de deixar os necessitados à mercê da própria sorte. Um mundo onde impera o sentimento de individualidade. Um mundo em que muito pouco ou quase nada se faz para espantar o abutre que, pacientemente, espera a morte de fome de um menino para matar a sua própria[5].

Por isso, parece claro que a diminuição de poder e de atuação do Estado nacional rumo a sua completa dissolução não será benéfica para ninguém, principalmente para a população dos países pobres. Muito menos será positiva a transferência de poder político e econômico para as entidades privadas supranacionais. A propósito Paulo Bonavides (1997) comenta os efeitos da *globalização do neoliberalismo como subproduto da globalização econômica no Brasil*:

O Brasil está sendo impelido para a utopia deste fim de século: a globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica. O neoliberalismo cria, porém, mais problemas do que os que intenta resolver. Sua filosofia do poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade. (BONAVIDES, 1997, p.45)

O mais importante, então, para países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como o Brasil, é preservar a *margem de autonomia que lhes resta, que permita utilizar o peso internacional para mobilizar e coligar forças na defesa dos interesses dos povos que lutam pra preservar sua independência*. (FURTADO, 1999, p. 26)

Assim, parece prematuro falar na *morte* do Estado e na *falência* da soberania, pois é necessário que seja mantido o poder político e econômico nas mãos do Estado-nação, uma vez que este, ao menos, a) está sujeito a algum tipo de controle e intervenção, ainda que ineficiente, do seu povo; b) não direciona suas atividades para a obtenção de lucro; e c) pode, através de planejamento de políticas públicas, promover o bem-estar social e o desenvolvimento.

Por essa razão, os Estados nacionais não devem aceitar pacificamente a redução de sua importância e de sua esfera de atuação e influência na sociedade, ao contrário, devem buscar meios alternativos de resgatar seus poderes e prerrogativas, notadamente através da institucionalização do processo de formação de blocos supranacionais, como já ocorrido na Europa (União Européia).

A integração é o meio pelo qual os Estados poderão manter-se no processo histórico e *sobreviver* na nova ordem que se avizinha. E, no caso dos países subdesenvolvidos, essa integração pode ser a única chance de tornarem-se fortes e competitivos mundialmente, inserindo-se nos grandes blocos econômicos, do contrário, exclusão ainda maior, exploração e aumento da pobreza é o que se vislumbra.

Mas, seja pela integração ou não, se o Estado nacional é um instrumento tão importante e privilegiado para enfrentar problemas estruturais e promover o bem-estar social, o grande desafio é como compatibilizá-lo com o processo, ainda inacabado, de globalização (com acirramento da competição capitalista e das desigualdades).

Isso exigirá o aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições estatais, uma distribuição eqüitativa da renda, um efetivo combate da corrupção, uma atenção especial ao comércio exterior, um maior controle dos gastos públicos com fiscalização abrangente e punição para os faltosos, e uma efetiva implementação de políticas públicas voltadas para realizar direitos sociais, priorizando acima de tudo a garantia dos direitos fundamentais e do mínimo existencial, a fim de solucionar graves problemas como: a fome e a subalimentação; as doenças; a falta ou insuficiência de vagas para ensino público; a insegurança pública; o desemprego; falta de moradia digna e de falta de saneamento básico; etc.

É nesse contexto que o Poder Judiciário, enquanto instituição concebida pela Constituição Federal, para solucionar conflitos jurídicos deve encontrar espaço para concretizar, em todas as decisões, os valores constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana.

Além disso, os Estados Nacionais devem efetivamente democratizar-se e, com isso, deixarão de ser obstáculo ao desenvolvimento econômico, e promoverão adequada e universalmente o bem-estar social, transcendendo ao aparente paradoxo entre *bem-estar e desenvolvimento*.

Entretanto, para a construção desse espaço de mudança, será fundamental a combinação de duas noções: a idéia de liberdade e cidadania e a de existência de condições mínimas necessárias para o exercício das primeiras. Isso, porque, é muito difícil se esperar de um indivíduo que se reconhece cidadão somente porque tem um título de eleitor[6] ou um número de CPF, que exerça livremente suas escolhas, diante da sua dura realidade de analfabetismo, fome, dor e desemprego[7].

Com efeito, a concepção de pessoa livre e capaz é inteligível, apenas, quando vinculada a uma estrutura social: só a partir dessa perspectiva é possível dar um sentido claro à noção de liberdade[8]. *O indivíduo típico só pode ser pensado como livre, preparado para buscar seus fins e correr seus riscos, quando um arranjo coletivo lhe garante as condições mínimas necessárias* (FARIA, 2002, p. 151).

Esse arranjo coletivo mencionado por Eduardo Faria implica em neutralizar as desigualdades sociais, adotando políticas públicas universalizantes, pelo menos em relação à promoção das condições mínimas de existência digna[9], quais sejam: alimentação, saúde, educação, habitação, e segurança. Temas que devem ser prioritários a qualquer outra política pública, para que seja possível o enfrentamento das agudas desigualdades sociais em países como o Brasil, decorrentes de sua formação histórica, e acirradas com a mutação das relações no mundo globalizado.

Além disso, é importante determinar a responsabilidade e as atribuições dos poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), do mercado e da própria sociedade na implementação dessa proposta de mudança do Estado como forma de resistência aos *efeitos colaterais* da globalização combinada com o neoliberalismo. Afinal, a tarefa de implantar os direitos sociais, de forma plena e indiscutível não cabe apenas ao Governo, é dever de todos, considerando-se que essa construção é um *longo amanhecer*, utilizando de expressão contida no título do livro pluridisciplinar de Celso Furtado *O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil* (1999).

Somente imbuídos dessa idéia de uma responsabilidade social compartilhada, independente inclusive de regulação, será possível enfrentar a ordem econômica emergente do capitalismo transnacional e, não obstante as tendências *liberalizantes*, enfrentar, também, a minimização das obrigações do Estado para com a realização de objetivos sociais. Nesse sentido, o *papel* da jurisdição é de fundamental importância para viabilizar um projeto de Estado promotor do bem-estar e do desenvolvimento, a partir da tutela dos direitos sociais e da busca da efetividade das normas constitucionais,

fundada na premissa da *força normativa* da Constituição, de acordo com Konrad Hesse (1991).

2. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO E A TUTELA DO BEM-ESTAR E DO DESENVOLVIMENTO NO SÉCULO XXI

Vistos o contexto e as dificuldades do mundo atual de feição globalizada, cabe ressaltar a importância da função jurisdicional no sentido de efetivar os direitos sociais promovendo o bem-estar e o desenvolvimento. Porém, do ponto de vista prático, a pergunta que necessita ser respondida é como isso poderá ser viabilizado pelo Judiciário. Ou melhor, como poderá ser feita a tutela jurisdicional do bem-estar e do desenvolvimento no Brasil do Século XXI, superando-se os desafios impostos pelo própria jurisdicização da vida e aumento da judicialização de conflitos. É disso, então, que se passará a discorrer neste trabalho.

O direito ao bem-estar deve abarcar o rol necessário à garantia de um padrão mínimo necessário à uma pessoa viver com dignidade e liberdade, o que inclui, dentre outros aspectos, o atendimento dos direitos sociais à alimentação, saúde (preventiva, reparadora), amparo comunitário à infância, velhice, maternidade e desemprego (previdência e assistência sociais), educação (inclusive física através do esporte), cultura, moradia, segurança, ao lazer, à liberdade de expressão e informação, sob qualquer forma ou veículo (comunicação social), ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado.

Também está relacionada com o direito ao bem-estar a realização, pelo cidadão, de suas potencialidades pessoais e o compromisso da comunidade com os valores e sentimentos mais caros à raça humana, por isso a concretização do bem-estar requer, ainda, a vinculação da atuação do Estado com o apoio à ciência e à tecnologia (como forma de proporcionar aos cidadãos os benefícios da evolução do conhecimento humano) que, se traduz tanto no acesso ao consumo de energia elétrica e abastecimento de água potável, ao saneamento básico, às vacinas necessárias à prevenção de doenças, quanto ao tratamento da AIDS pelos remédios mais eficazes. E, se traduz, ainda, na preservação e amparo da família como núcleo básico da sociedade, e na proteção dos grupos sociais mais fracos e necessitados tais quais as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de necessidades especiais, os índios, como forma de institucionalizar a solidariedade humana.

O bem-estar, desta maneira, está associado às necessidades materiais e imateriais do ser humano, sem o atendimento das quais resta prejudicado o próprio sentido da vida em sociedade, pois a cooperação entre animais da mesma espécie visa, em essência, objetivos comuns.

Por outro lado, embora pareça paradoxal, o direito ao bem-estar da população induz ao desenvolvimento e é, também, induzido por este, por isso, necessariamente, bem-estar e

desenvolvimento estão interligados. É como uma imagem de uma via de mão dupla, afinal, numa sociedade em que há desenvolvimento pleno (econômico, social, cultural, etc.) haverá bem-estar social e, quando for garantido à população de determinado Estado o bem-estar social em sentido lato (abrangendo todas as necessidades do indivíduo), haverá desenvolvimento.

O extenso rol de facetas do direito ao bem-estar e ao desenvolvimento parece ajustá-lo ao molde das utopias, tanto mais distantes quanto mais idealizadas. Entretanto, uma simples reflexão sobre os fatos da história recente do mundo revela que, nos sessenta anos que se seguiram ao final da Segunda Guerra Mundial, a Europa e o Japão foram capazes de se reconstruir a partir da terra arrasada, enquanto, neste mesmo período, não obstante os avanços tecnológicos, por exemplo, o Brasil manteve as desigualdades sociais ao ponto de violentar e romper o tecido da solidariedade social. Por isso, muitos buscaram como saída o Estado solidarista, que os capitalistas rejeitam.

Em termos de bem-estar social e pessoal, é inegável, o Brasil pouco cresceu nesse meio século. A aferição é simples e dolorosamente cotidiana. A perda de confiança na estabilidade das relações internas é tal que a elite econômica renunciou aos espaços públicos e se sente incapaz de sequer conceber a possibilidade de uma adolescente de maior poder aquisitivo poder transitar livremente pela cidade a qualquer hora do dia ou da noite, algo corriqueiro em países que não estão em guerra. Como se falar em bem-estar quando o maior inimigo é o próximo? Que nível de cooperação e solidariedade uma sociedade de anônimos estimula?

Com efeito, na concepção original e pura, o homem, pretendendo aperfeiçoar a solidariedade encontrada na natureza, idealizou uma reunião de indivíduos com a finalidade de assegurar mais do que a sobrevivência básica, um nível de cooperação capaz de transformar a relação da própria espécie com a natureza e entre seus membros. O extraordinário sucesso deste revolucionário arranjo reside na crença permanente dos indivíduos na capacidade da vida em sociedade lhe trazer mais vantagens do que a opção de tentar a própria sorte contra as forças da natureza.

Este sentimento, que solidifica os laços de cooperação social, sofre duplo impacto nos dias atuais, um do receio de que a interferência do homem na natureza está próxima de por em risco a sobrevivência da própria espécie, outro do questionamento acerca da efetiva existência de vantagem para maioria da população, não por acaso designada de *excluída,* na vida em comunidade.

Na origem do cientificismo, desenvolveu-se a ingênua crença da existência de apenas pontos positivos no desenvolvimento tecnológico. Acreditava-se que a engenhosidade humana finalmente seria capaz de vencer as contingências da natureza e o homem moldaria o mundo em sua própria escala e, com isso, como que por encanto, a prosperidade se disseminaria entre todos os povos e a harmonia reinaria entre os homens e as nações. A inocência perdida em duas devastadoras guerras mundiais jamais voltaria a ser restaurada, especialmente quando a terra passou a viver sob constante ameaça de destruição bélica pelo próprio homem.

Com o curso da história, revelou-se que existem, também, pontos negativos no desenvolvimento tecnológico, como o uso indevido da clonagem de órgãos e de seres

humanos, ou questões de paternidade responsável e os bancos de sêmen, para ficar com poucos exemplos, mas que têm grandes reflexos jurídicos.

Em virtude desses pontos negativos ou desse "calcanhar de Aquiles" entre o desenvolvimento tecnológico e as questões éticas, filosóficas e jurídicas é que se viram ampliar muito os debates em torno da bioética. Com efeito, já é possível perceber, na parte mais esclarecida da população, o início de um sentimento de descrença no progresso tecnológico como capaz de evitar o colapso dos recursos naturais, assim como já é palpável uma ruptura do tecido social de cooperação na massa de excluídos que, descrentes do sistema existente, já buscam formas próprias de ajuste comunitário, como ocorre nas periferias das capitais do Brasil e nas igrejas evangélicas.

Muito mais grave e significativo do que isso é o que ocorre quando a sociedade se depara, estarrecida, com a declaração feita por jovens envolvidos em atividades ilícitas - nas quais, via de regra, eles não atingirão a idade adulta - pela predileção por uma vida curta, em curso acelerado em direção à morte, do que pela repetição da vida experimentada por seus pais. Neste caso, fica patente o resultado da incompetência do sistema na promoção dos direitos sociais relacionados ao bem-estar.

Reduzido, mas ainda não totalmente afastado está o risco de guerra nuclear ou de terrorismo, também oriundo do desenvolvimento tecnológico. E, por fim, a humanidade ainda se depara com um inimigo mais cruel e difícil de enfrentar, por ser interior: o próprio homem, que não está sendo capaz de limitar suas intervenções na natureza a níveis que não ofereçam riscos à preservação de sua própria existência.

A ciência e a tecnologia falharam, os *excluídos* temem individualmente não sobreviverem em um futuro próximo e os *incluídos* receiam a ausência de qualquer futuro para qualquer um em prazo um pouco maior. A ciência e a tecnologia falharam por ignorar o fator humano, e é este o erro que não se pode repetir, daí a primazia de se tratar do direito ao bem-estar como forma de construir um outro tipo de realidade na qual o homem possa se inserir através da realização de suas potencialidades coletivas e individuais, usar da liberdade e usufruir da paz.

Neste panorama, parece despropositado, mas é extremamente pertinente falar em direito ao bem-estar, quando, pela primeira vez na história da raça humana, a consciência da vida além do momento presente nos traz uma sombria visão do amanhã: a ausência de futuro.

É preciso também entender o direito ao bem estar, como um direito de cunho coletivo, no sentido de, embora passível de apropriação individual, interessar à coletividade, razão de sua classificação como direito público[10]. E é, justamente, assim que deve ser entendido, por exemplo o direito à água potável, o direito ao ar não poluído, etc.

Neste sentido de que a prosperidade de um direito coletivo pode se perfazer por meio de apropriação individual, Jhering (2002), ao comentar o movimento de superação da teoria individualista pela social, proclamou que a recíproca não é verdadeira, ou seja, um direito individual não prospera necessariamente se for apropriado coletivamente, vejamos:

Ao deslocar o indivíduo do lugar que este injustamente se arrogou, colocando, ao invés dele, a sociedade, a teoria social tem a consciência de não ter causado prejuízo algum à legítima pretensão do indivíduo relativamente à sua disposição moral, e até, pelo contrário, pode ufanar-se de lhe ter feito muito mais justiça.

Na teoria social há lugar para o indivíduo, mas na teoria individualista não existe lugar para a sociedade - o todo contém a parte, mas a parte, que quer existir só para si, exclui o todo. Se a parte coloca como fim a sua prosperidade particular, então o todo pode arruinar-se. Já se o todo coloca como fim a sua prosperidade, deflui necessariamente a preocupação com a parte, pois que o todo não pode estar são se a parte estiver doente. (JHERING, 2002, p. 99)

O interesse público, social e coletivo de serem feitos esforços para construir uma sociedade capaz de assegurar o bem-estar de todos e de cada um, torna esta uma missão premente da comunidade, e, por via de conseqüência, de dois dos seus maiores instrumentos criados para esta finalidade, o Estado e o Direito.

É atribuição do Direito e do Estado - do Estado Democrático de Direito, portanto - a proteção do direito ao bem-estar. E, é função da jurisdição neste Estado do Século XXI exceder mais do que a mera dicção ou declaração do conteúdo da norma como concebera inicialmente e, naquele momento com razão, Montesquieu.

A atuação da jurisdição deve ser uma atuação ativa em prol de colaborar para a efetividade dos direitos sociais e para a preservação do Estado, ainda que se fale em tempos de globalização e de falência dos (*ou descrença nos)* Estados Nacionais, como entidades soberanas.

Com efeito, direitos como os de cunho social, em sociedades desarticuladas institucionalmente como a brasileira, dependem do Poder Judiciário para se concretizar nas mãos dos destinatários. O desempenho deste relevante papel não poderia encontrar outro caminho senão o apresentado pela Constituição, seja como repositório do projeto social a ser alcançado, como ensina Lenio Streck (2002), seja como paradigma de legitimação, como leciona Sérgio Nogiri (2000):

É preciso entender a Constituição como algo substantivo, porque contêm valores [...] que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Por tudo isso há de deixar assentado que o constitucionalismo dirigente-compromissário não está esgotado A Constituição ainda deve constituir-a-ação, mormente porque, no Brasil, nunca constituiu. No texto da Constituição de 1988 há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado. (STRECK, 2002, p. 126)

[...] dado que referida ordem não admite fraturas nem contradições, há que se entender que a idéia democrática e a de Estado de Direito integram-se na unidade política e funcional da Constituição. Ambos os princípios assumem assim, uma tarefa de legitimação, racionalização e de garantia de continuidade do exercício do poder, sendo a democracia uma forma de processo vital comunitário que reforça e efetiva a significação social do Estado de Direito. (NOJIRI, 2000, p.55)

A atividade jurisdicional, tomando por norte as normas constitucionais (princípios e regras), deve praticar uma conduta construtiva comprometida com a realização no mundo fenomenológico da vida do direito público subjetivo ao bem estar, não apenas através do fornecimento de uma prestação jurisdicional formalmente adequada, mas acima de tudo, comprometida com a construção da efetividade dos conteúdos prescritos no ordenamento e com a proteção dos valores juridicamente tutelados.

No plano operacional, as recentes reformas implementadas no Código de Processo Civil têm se dirigido à ampliação dos poderes decisórios do juiz, ao comprometimento do magistrado com a solução da demanda, não apenas do processo, o que é positivo.

A possibilidade de se aplicar o princípio da fungibilidade entre os institutos da tutela antecipada e da medida cautelar, a reunião em uma só ação da cognição com a execução da decisão judicial, o aprofundamento da utilização do princípio da oralidade com a restrição ao uso do agravo na modalidade do instrumento, apontam para o aumento da responsabilidade do Juiz com o resultado dos processos.

No mesmo sentido convergem: a celebração ou idealização de convênios entre órgãos do Poder Judiciário e do Banco Central, da Receita Federal, dos Departamentos Regionais de Trânsito e até dos Cartórios de Registro de Imóveis, assim como as reformas ainda em tramitação, como, por exemplo, a que tem a finalidade de restringir o efeito suspensivo da apelação.

Ademais, tem sido fortalecido o controle jurisdicional das políticas públicas. Com efeito, a utilização do Poder Judiciário para questionar e obrigar o Poder Público a desenvolver políticas públicas necessárias à realização dos direitos públicos subjetivos como o bem-estar social, vem freqüentando bastante as páginas da jurisprudência e doutrina no Brasil, em toda a América Latina e mesmo no mundo, apesar das opiniões contrárias e das restrições que tentam impor ao controle sob o *escudo* da reserva do possível e da ofensa ao princípio da separação de poderes.

A falta de cidadania de expressiva parte da sociedade nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento e os abusos e desvios de poder levam a uma maior participação do Poder Judiciário, que acaba acolhendo inúmeras demandas sociais e coletivas que não conseguem ser realizadas nos canais administrativos competentes.

O Judiciário tem, assim, ido além dos padrões tradicionais da jurisdição constitucional para ser mais pró-ativo, apesar da resistência doutrinária ao ativismo judicial.

Estão sendo desenvolvidas inúmeras ferramentas para o Judiciário intervir na ação governamental na defesa do interesse público, como é o caso das ações civis públicas. Sem falar nas outras ações constitucionais específicas como o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a ação declaratória de constitucionalidade, e a ação de descumprimento de preceito fundamental.

Essas ações são caminhos abertos para se exigir a tutela jurisdicional dos direitos públicos subjetivos e questionar a omissão do legislador ou do Poder Executivo,

ensejando anulação de atos ilegais e ajuste das condutas administrativas aos fins estabelecidos na Constituição.

Com efeito, essas ações pretendem obrigar a Administração Pública[11] a alterar comportamentos, corrigindo desvios e fundando-os não só na legalidade, mas, também, na constitucionalidade e na legitimidade.

Além disso, promoção do bem-estar e do desenvolvimento, por relacionar-se com a própria existência e justificativa do Estado, transcende a repartição de competência constitucional entre os entes federativos (União, Estados e Municípios); é atribuição de todas as esferas e órgãos do Estado e, permeia todos os atos administrativos, inspirando o corolário que anuncia a prevalência do interesse público sobre o privado. Mas de que forma? Desorganizadamente? Aleatoriamente?

Não, através da regulação legal. Afinal, o Brasil se diz um Estado Democrático desde 1988, mas, ao mesmo tempo, de Direito, ou seja, um Estado orientado por regras jurídicas. Portanto, a promoção do bem-estar e do desenvolvimento tem de ser planejada, organizada, e regulada por instrumentos legais, mas, preservando, acima de tudo, a efetividade dos ditames constitucionais.

A CF/88 assegura que a competência para promover o bem-estar e do desenvolvimento é comum (diz o art. 23 que compete à União, Estados, Distrito Federal e Municípios), porém, o parágrafo único deste mesmo artigo deixa claro que: *Lei complementar fixará as normas para a cooperação entre os entes federativos, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar social em âmbito nacional*[12]. Assim, o constituinte demonstrou preocupação com a viabilização da promoção desses direitos, de forma legal, organizada de cooperação, mas a competência continua sendo comum. O que se quer dizer com isso é que as leis complementares não podem, também, virar escudo de não efetivação de direitos.

Como exemplo dessa organização destacam-se várias iniciativas jurídico-institucionais criando as condições de viabilização plena do direito à saúde, como a Lei nº 8.080/90 - que organiza e estrutura o funcionamento dos serviços de saúde; e a Portaria nº 3.916 - que aprova a Política Nacional de Medicamentos, e, a mais recente, Norma Operacional da Assistência à Saúde, nº 01/2002 - NOAS-SUS 01/02, aprovada por Portaria do Ministério da Saúde que vem suceder a Norma Operacional Básica do SUS, nº 01/96 - NOB-SUS 01/96.

Com a supracitada Lei nº 8.080/90, ficou regulamentado o Sistema Único de Saúde - SUS, estabelecido pela Constituição Federal de 1988, sendo responsável por garantir o acesso pleno da população à saúde. O SUS foi concebido como um sistema, isto é, como um conjunto cujas partes encontram-se coordenadas entre si, funcionando como uma estrutura organizada, submetida a princípios e diretrizes fixados legalmente. Trata-se de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, através da qual o Poder Público cumpre seu dever na prestação do serviço público de atendimento à saúde.

A direção do Sistema Único de Saúde - SUS é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos: I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde, II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pelas respectivas Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes e III - no âmbito dos Municípios, pelas respectivas Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes.

Cumpre esclarecer que, com o advento das Normas Operacionais do Sistema Único de Saúde, já reeditadas várias vezes, ocorreu uma redefinição dos papéis dos gestores estadual e federal, passando o Município a ser o responsável imediato pelo atendimento das necessidades e demandas de saúde de sua população - fenômeno conhecido como *municipalização* da saúde. Busca-se, dessa forma, a responsabilidade crescente do Poder Público Municipal, obedecendo-se à lógica de que o Município é o ente político estruturalmente mais próximo do cidadão e, por isso, deve prestar os serviços de saúde da atenção básica, o que não exime de maneira nenhuma os outros entes estatais também de cumprir este dever, pois, frise-se, a competência estabelecida na Constituição é comum.

Além disso, por mais organizada que seja a prestação dos direitos sociais (públicos subjetivos), os mesmos são normas constitucionais de caráter preceptivo e não-programático, logo de eficácia plena e imediata. Assim, são direitos cuja tutela pode ser exigida independentemente de lei. O art. 5º, §1º, CF/88, impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a efetividade dos direitos fundamentais, tornando concreta a sua realização e acentuando o papel da Constituição enquanto instrumento a favor do desenvolvimento social.

Com efeito, as normas constitucionais sobre direitos fundamentais são normas de textura aberta, que, por sua natureza, contêm conceitos vagos, abstratos e imprecisos. Dessa forma, não podem ser interpretadas apenas mediante os métodos tradicionais. Precisam ser interpretadas com métodos específicos e sob a influência de pontos de vista valorativos, ligados à justiça material.

Assim, a natureza político-social das normas constitucionais que regem os direitos fundamentais impõe uma interpretação de perfil não liberal-individualista, mas, sim, uma interpretação comprometida com a concretização dos direitos sociais.

Nesta perspectiva, os juízes tornam-se co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social. É necessário, portanto, um Judiciário que exerça o papel de c*o-gestor dos interesses gerais;* que intervenha e controle a falta de qualidade da prestação dos serviços públicos; que exija a implementação de políticas públicas sociais eficientes, caso provocado, principalmente daquelas relacionadas à cidadania mínima. A participação de Judiciário não tem a conotação de compartilhamento do gerenciamento, mas o importante papel de contribuir para a definição dos parâmetros e caminhos para a concretização e a efetivação dos direitos no plano real.

Serão ampliados, com essa nova postura do Judiciário, o controle dos atos públicos pelo Judiciário e a eficiência dos programas governamentais. Porém, não fora isso, deve ser cobrado do Judiciário a efetividade e a eficiência da prestação jurisdicional.

Isto porque a sociedade reconhece que o compromisso com o bem-estar, individual e coletivo somente se cumpre pela distribuição de segurança jurídica (não meras decisões tecnicamente corretas, mas socialmente inócuas na proteção dos valores sociais tutelados pelo direito), de liberdade[13] (não soluções incompreensíveis, de grande complexidade teórica e total ineficácia prática) e de paz.

3. CONCLUSÃO

Das breves notas aqui expostas, conclui-se que a jurisdição estatal também é afetada pela globalização, uma vez que, a complexidade das relações sociais que envolve esse fenômeno intangível traz consigo o aumento de demandas que são levadas a juízo e que precisam de uma resposta do Judiciário, condizente com a realização do bem-estar e do desenvolvimento, valores também cada vez mais requeridos.

Assim, o primeiro desafio que o Poder Judiciário deve enfrentar no Século XXI é o de vencer a sobrecarga, decorrente da ampliação de direitos, reestruturando-se; o segundo, é o de democratizar-se, aproximando-se do cidadão ao baratear o custo de um processo e diminuindo o tempo de julgamento, por exemplo; e o terceiro, é o de legitimação, através da procedimentalização, da argumentação racional e da motivação com razoabilidade, das decisões. Esses são os grandes desafios a serem vencidos pelo Poder Judiciário no mundo globalizado, sem perder de vista a realização do bem-estar e do desenvolvimento.

Todavia, a superação desses desafios dependerá de uma mudança de visão acerca do Poder Judiciário, que deverá passar a ser visto como um serviço público, posto à utilização democrática pelo cidadão, que deverá acioná-lo, somente em *ultima ratio*, quando for, de fato, imprescindível a presença de um terceiro representando o Estado para solucionar o conflito. Além disso, deverá ocorrer, também, uma mudança de visão por parte do julgador, que, ao prolatar uma sentença, não poderá deixar de atentar para a repercussão desta decisão para além das partes e da causa, uma vez que, diante da globalização, não se pode mais falar em qualquer espécie de fronteira, afinal, a economia mudou, a sociedade mudou, e o Direito, não pode tardar, a se reinventar, sob pena de esvaziar sua função como instrumento pacificador de conflitos.

4. REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico e globalização. In: **Direito Global**. Coordenadores: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 3.ed. Madrid: Centro de estúdios políticos y constitucionales, 2002.

ALVES, Moreira, RIBEIRO, Eduardo, TEIXEIRA, Sálvio. O poder judiciário na nova Constituição. In: XAVIER, Alberto, et al. **A nova ordem constitucional: Aspectos polêmicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

___. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro.** São Paulo: Celso Bastos, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar,1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOAVENTURA, Edivaldo. Desenvolvimento e Crescimento. In: **Revista da Associação Comercial da Bahia**. Salvador: Revista da Associação Comercial da Bahia, 1967.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

___. **O conceito de sociedade civil**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CADIER, Christophe Yvan François. **O Brasil e a globalização dos mercados financeiros.** In: Direito Global. Coordenadores: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 279-285.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil**. Campinas: Bookseller, 1999, I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, v. I

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Teoria do direito e globalização econômica.** In: Direito Global. Coordenadores: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 77-92.

CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. RODRIGUES NETO, Sílvia Marina L. Batalha de. **O poder econômico perante o direito.** 1. ed. São Paulo: LTr, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Campinas: Servanda, 1999, v. I.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Bookseller, 1998, v. I.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DOWBOR, Ladislaw; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo Edgar (orgs.). **Desafios da globalização.** Petrópolis: Vozes, 1997.

DREIFUSS, René Armand. **A época das perplexidades: mundialização,**

globalização e planetarização: novos desafios. Petrópolis: Vozes, 1996.

FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Editora Perspectiva, [s.d.].

___. **A crise constitucional e a restauração da legitimidade.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1985.

___. **A função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

___. **Direito e economia na democracia brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993

___. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.

___. Globalização econômica e reforma constitucional. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 86, v. 736, 1997, p. 11-19.

___. (Org). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FURTADO, Celso. **O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

GARCIA, Juvêncio Gomes. **Função criadora do juiz**. Brasília: Brasília jurídica, 1996.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: **Dos direitos humanos fundamentais**. Org. Willis Santiago Guerra Filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 11-30.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HIRST, Paul. **Globalização em questão: a economia internacional e a possibilidade de governabilidade**. Petrópolis: Vozes, 1998.

HOBBES, Thomas**. O Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HOBSBAWN, Eric. **A era dos extremos - o breve século XX (1914-1991)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOFRE, Otfried. **Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

___. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOUAISS, Antonio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Trad. por Heder K. Hofmann. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

KELSEN, Hans. **O que é justiça**. Trad. por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

___. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

___. **A ilusão da justiça.** 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

___. **O problema da justiça.** 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **O estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LLOID, Dennis. **A idéia de lei.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. In: **Direito Global**. Coordenadores: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 225-239.

MARINHO, Josaphat. **Direito, sociedade e Estado**. Salvador: Memorial das Letras, 1998.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O sistema legal e judiciário brasileiro**. São Paulo: LTr, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. por Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **A justiça.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NEUMANN, Laurício, DALPIAZ, Oswaldo. **Realidade brasileira**. 3. ed. Petrópolis: vozes, 1986.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

___. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOSSO FUTURO COMUM. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.

OHMAE, Kenichi**. O fim do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

PAZZINATO, Alceu Luiz, SENISE, Maria Helena Valente. **História moderna e contemporânea**. 11. ed. São Paulo: Ática, 1997.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Globalização. In: **Direito Global**. Coordenadores: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 195-208.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica razoável.** 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

___. **Uma teoria de justiça** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico.** 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

---

[1] Tratou-se de *ideologia neoliberal*, embora entenda-se que poderia ter sido usada a expressão *doutrina neoliberal* sem qualquer mudança de sentido, conforme significado dos vocábulos empregado no dicionário Houaiss, vejamos: a) *ideologia* é 5 conjunto de convicções filosóficas, sociais, políticas, etc. de um indivíduo ou grupo de indivíduos e, etimologicamente, é a ciência das idéias, é a doutrina que inspira ou parece inspirar um governo ou um partido. b) *neoliberal* é um adjetivo masculino relativo ao neoliberalismo dado ao adepto dessa doutrina; e neoliberalismo é um substantivo masculino utilizado na economia política que significa 1 doutrina proposta por economistas franceses, alemães e norte-americanos, na primeira metade do século XX, voltada para adaptação dos princípios do liberalismo clássico às exigências de um Estado regulador e assistencialista, que deveria controlar parcialmente o funcionamento do mercado 2 doutrina, desenvolvida a partir da década de 1970, que defende a absoluta liberdade de mercado e uma restrição à intervenção estatal sobre a economia, só devendo esta ocorrer em setores imprescindíveis e ainda assim em grau mínimo. c) *doutrina* é 1 conjunto coerente de idéias fundamentais a serem transmitidas, ensinadas 2 conjunto de conhecimentos possuídos; ciência, erudição, saber 3 relativo a princípio, crença, ou conjunto de princípios ou crenças que tem um valor de verdade absoluta para os que o(a) sustentam e seguem, e que é, no entender destes, o(a) único(a) aceitável 4 conjunto de idéias básicas contidas num sistema filosófico, político, econômico, etc. ou das opiniões de um pensador, de um filósofo 5 juridicamente, conjunto de idéias, opiniões, conceitos que os autores expõem e defendem no estudo e no ensino do Direito, os quais servem de sustentação para teorias e interpretações da ciência jurídica 6 discurso moral fundamentado em princípios, ensinamento, pregação 7 politicamente, formulação dos princípios que um governo se propõe a tomar como base para suas ações ou sua política a determinada esfera, especialmente nas relações internacionais.

[2] É de se ressaltar neste particular que quase todos os *call centers* de bancos americanos funcionam na Índia.

[3] Esse esvaziamento da atuação do Estado coincide com o fim do capitalismo domesticado no âmbito do Estado-nação. *O novo capitalismo, de escala planetária, nasce, porém, com o mesmo apetite e a mesma aversão a regras do primeiro capitalismo industrial* (FARIA, 2002, p. 148). Esse novo capitalismo liberal (capitalismo liberal *planetário*), além de diminuir a presença do Estado como produtor e empresário (deixando-o apenas como Estado regulador), também tende a relativizar a importância dos direitos sociais e da jurisdição estatal.

[4] Como informa o Relatório do Banco Mundial de 2006.

[5] Imagem feita na África por fotógrafo que a divulgou pelo mundo através dos meios de comunicação como um alerta sobre os efeitos da fome e da desigualdade social em pleno final de Século XX.

[6] O Brasil pode ser considerado uma das maiores democracias do mundo porque possui mais de 90 milhões de pessoas habilitadas a votar? Numa democracia onde ainda se troca um voto por uma dentadura ou uma cesta básica é possível falar em cidadania e escolhas livres?

[7] Numa democracia onde ainda se troca um voto por uma dentadura ou uma cesta básica é possível falar em cidadania e escolhas livres?

[8] *Gente nasceu pra brilhar não para passar fome*, segundo o compositor baiano Caetano Veloso, e não pode ser considerada livre sequer pra tentar brilhar se estiver passando forme ou sentindo frio e dor.

[9] Claro, porque o mínimo existencial tem de ser digno, não se separa da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental que deve ser garantido pelo Estado aos seus cidadãos.

[10] O jurista baiano dizia que a liberdade era tão fundamental que, mesmo diante da inércia ou desinteresse do próprio titular, qualquer cidadão poderia - e deveria - impetrar o *Habeas Corpus* para defendê-la, ainda que em favor de terceiro.

[11] O termo foi utilizado em sentido amplo, podendo ser substituído, sem alteração de conteúdo, por Poder Executivo ou Poder Público.

[12] Importa registrar a ausência - relevante - da referida Lei Complementar cuja falta é sentida.

[13] Não se trata, por natural, da distribuição de sentenças de absolvições, às vezes até o contrário, a liberdade de alguns ou muitos, em certas circunstâncias, depende da restrição da liberdade de outros. O Poder Judiciário distribui liberdade quando atribui responsabilidade. O ser humano livre que a sociedade contemporânea requer é aquele capaz de decidir sua própria conduta assumindo as conseqüências.

A NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA E O DESAFIO DO JUDICIÁRIO PARA ULTRAPASSAR AS BARREIRAS DA DURAÇÃO RAZOÁVEL*

THE NEW LAW OF THE WRIT OF MANDAMUS AND THE CHALLENGE OF THE JUDICIARY FOR OVERCOMING THE BARRIERS OF THE REASONABLE DURATION

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Mário Lúcio Garcez Calil

RESUMO

O presente trabalho versa sobre dois direitos fundamentais: o mandado de segurança e a celeridade processual. Trata-se de direitos cujas análises estão umbilicalmente ligadas. O writ foi criado com o intuito de oferecer ao cidadão brasileiro o rápido acesso à prestação jurisdicional. A ação em estudo é uma espécie de tutela diferenciada cujo objetivo é coibir com celeridade as ilegalidades e o abuso de poder praticados pelas autoridades públicas. A despeito dessa intenção, o remédio heróico nem sempre consegue ser ágil. As especificidades da ação em comento levam a interpretações sobre a participação dos sujeitos processuais capazes de atrasar o curso do feito. É preciso que entendimentos sobre os sujeitos do writ sejam revisados com os olhos da duração razoável do processo. Eis o desafio do Judiciário diante da nova lei do mandado de segurança, a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. É fundamental questionar se o novo diploma legal impôs a cada um dos sujeitos do mandamus o dever de celeridade processual. Mais do que isso, é necessário que o Judiciário interprete a nova lei com o objetivo de romper os obstáculos da duração razoável, imputando a cada um dos sujeitos processuais o dever de agilidade.

PALAVRAS-CHAVES: DURAÇÃO RAZOÁVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. SUJEITOS PROCESSUAIS.

ABSTRACT

This work is about two fundamental rights: the writ of mandamus and speedy procedure. These are rights which analysis are umbilically linked. The writ was created with the objective to offer the Brazilian citizen rapid access to justice. The action under consideration is a different kind of authority whose objective is to quickly curb the illegalities and abuse of power by public authorities charged. Despite this intention, the writ can not always be fast. The specificities of the action lead to complications interpretative about the participation of the people of the process capable of delaying the course of the process. The understandings about the shares of the writ must be reviewed with the eyes of reasonable duration. This is the challenge of the Judiciary with the new

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

law of mandamus, the Law nº 12016, August 7, 2009. It is essential to question whether the new law has imposed on each subject of mandamus the duty to expedite. More than that, it is necessary that Judiciary to interpret the new law in order to break the barriers of the reasonable time, imputing to each of the subjects the obligation to expedite.

KEYWORDS: REASONABLE DURATION. WRIT OF MANDAMUS. PEOPLE OF THE PROCESS.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o objetivo de analisar a regulação da participação dos sujeitos do mandado de segurança (MS) sob a perspectiva de um dos fundamentos do *mandamus*, qual seja, a celeridade. Como instituto destinado a garantir o acesso ágil ao Judiciário com vistas a coibir ilegalidade ou abuso de poder cometido por agente público (ou por quem faça suas vezes), a ação de segurança tem um rito próprio. A particularidade procedimental do *writ* lhe garante uma menor duração, porém também ocasiona entendimentos capazes de frustrar o intento de rapidez da ação constitucional.

Enraizado na doutrina inicial do direito fundamental, o instituto em análise nasceu como um meio pelo qual o cidadão pode se insurgir contra as autoridades estatais praticantes de atos manifestamente inconstitucionais e ilegais capazes de deteriorar direito certo e incontestável (Art. 113, item 33, da Constituição de 1934). A ideia orientadora da criação da ação foi a de oferecer ao cidadão uma tutela diferenciada, hábil e eficaz, para combater o desrespeito à legalidade praticado pelo Poder Público. Daí surge o fato do MS ter recebido, e ainda receber, por parte do legislador um tratamento diferenciado quanto, dentre outras coisas, à participação de seus sujeitos.

O fato da ação de segurança ser regulada por lei especial gera dúvidas em relação à aplicabilidade de regras constantes da lei geral ao rito mandamental. Embora o diploma geral seja destinado a procedimentos cujo objetivo principal não é a rapidez do processo, em algumas situações a incidência de suas regras sobre sujeitos processuais na condução do *mandamus* traz uma maior celeridade. Por outro lado, em outras circunstâncias, a aplicação de normas da lei geral sobre o mesmo tema ao mandado ocasiona o retardamento da prestação jurisdicional. Aí se encontra um dos motivos para o clamor por uma lei capaz de superar as barreiras da celeridade, imputando aos sujeitos do *writ* o dever de agilidade.

A investigação acerca da (in)existência desse diploma deve recair agora sobre a recente Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Após quase oitenta anos de experiência com o mandado (Art. 113, item 33, da Constituição de 1934), o Poder Legislativo Federal editou a referida lei – que é a quarta desde 1934 – para disciplinar a ação de segurança. O desafio do Judiciário é imprimir ao mandado de segurança uma marcha célere sob os comandos desse diploma. Nesse intento, é de fundamental importância a análise das condutas imputadas a cada sujeito processual (juiz, impetrante, impetrado, procurador público, promotor) no procedimento mandamental. Sob a égide da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (antiga lei reguladora do *writ*), havia várias polêmicas sobre o rito

do remédio heróico, cujo cerne das discussões versava sobre a participação dos sujeitos. Temas como identificação do sujeito passivo, prazo para a resposta e recurso do Poder Público, intervenção do Ministério Público (MP) e lapso para o Juiz sempre foram instáveis e diretamente relacionados com a rapidez do remédio heróico.

Agora, diante do desafio anteriormente apontado, é preciso questionar: a) a nova lei do mandado de segurança superou polêmicas de há muito existentes sobre a participação dos sujeitos processuais? b) se a superação ocorreu, quais os pontos de avanço? c) se não se rompeu as barreiras, é possível que o Judiciário, por meio de um esforço hermenêutico, consiga quebrar os obstáculos da agilidade?

Com o objetivo de oferecer à celeridade a merecida atenção no MS é que neste estudo analisaremos o desafio do Poder Judiciário de, diante do direito fundamental à duração razoável do processo, impor aos sujeitos do mandado de segurança o dever de agilidade do *writ* sob a égide da sua nova lei (Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009).

1. O Direito à Duração Razoável do Processo

Não é objetivo do presente trabalho a análise do direito fundamental ao processo tempestivo do ponto de vista erudito, razão pela qual passaremos a analisar desde já os aspectos dogmáticos desse direito fundamental.

Em solo pátrio, o direito à tempestividade processual de forma autônoma veio com a EC nº 45/2004, quando essa espécie normativa acresceu ao Art. 5º, da CF/88, o inciso LXXVIII, cuja redação é a seguinte:

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 2009a).

Apesar da autonomização desse direito só ter ocorrido em 2004, é corrente na doutrina o ensinamento consistente na previsão da celeridade processual no direito brasileiro, desde antes da EC nº 45/2004, em razão do Estado de Direito (ARRUDA, 2006, p. 53-62), do direito à ordem jurídica justa (Art. 5º, XXXV, CF/88) (ARRUDA, 2006, p. 62-81; RAMOS, 2008, p. 58; TUCCI, 1997, p. 66), do devido processo legal (Art. 5º, LIV, da CF/88) (ARRUDA, 2006, p. 81-95; RAMOS, 2008, p. 58; TUCCI, 1997, p. 87) e, por último, da eficiência administrativa (Art. 37, *caput*, da CF/88) (ARRUDA, 2006, p. 109-129; RAMOS, 2008, p. 58). É necessária a referência ao Art. 125, inciso II, do CPC, cujo texto estabelece o dever do juiz de velar pela rápida solução do litígio.

Não dissentimos da doutrina referida, mas, ao menos para os fins deste trabalho, a discussão se mostra irrelevante, já que hodiernamente não se tem dúvida quanto à existência do direito fundamental à duração razoável na ordem constitucional brasileira.

1.1. Natureza Jurídica

Quanto à natureza jurídica, até pela topologia do direito à duração razoável do processo, é correto dizer que se trata de um direito fundamental. A sua previsão na norma ápice encontra-se no título dos direitos e garantias fundamentais (Título II) e no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I). Por isso, independentemente de qualquer questionamento de natureza substancial, é correto dizer que formalmente o direito à duração razoável do processo é um direito fundamental.

Os direitos dotados de fundamentalidade são classificados na teoria de Robert Alexy (2008, p. 193-203) quanto ao seu objeto. Segundo aquele professor alemão, o direito a algo é composto por quatro elementos: a) o beneficiário (titular do direito); b) o destinatário (devedor); c) a conduta (objeto); d) e a relação. Na classificação de Alexy o ponto central é o objeto, ou seja, a conduta. As espécies de direito fundamental são catalogadas pelo autor de acordo com a conduta devida pelo destinatário da norma. Os objetos podem ser: a) ações positivas; b) ou omissões. Aquelas correspondem ao direito a prestações e estas ao direito de defesa. O direito prestacional exige do Estado uma conduta positiva consistente na obrigação de oferecer ao cidadão o bem ou serviço garantido pela norma. Já o direito de defesa requer do seu devedor, o Estado, uma conduta negativa cujo conteúdo é o dever de tolerar a ação ou inação do sujeito.

No nosso sentir o direito ao rito em tempo razoável exige do Estado tanto uma prestação como uma omissão. Todavia, concordamos com Carlos Henrique Ramos (2008, p. 82) e com Samuel Miranda Arruda (2006, p. 227) quanto à predominância das características prestacionais no direito ao processo célere.

É importante notar a existência de duas formas de atuação do Estado na satisfação dos direitos a prestações. Segundo Alexy, os direitos fundamentais a ações positivas podem ter como objeto ações fáticas ou ações normativas (2008, p. 201). A prestação devida pelo Estado pode ser concretizada por meio do oferecimento de bens e serviços, estando dentre estes os serviços de produção normativa. A consecução do direito ao processo tempestivo requer do Estado as duas formas de atuação, a fática e a normativa. Quanto a esta, deve o legislador prever procedimentos compatíveis com o direito tutelado e cujo trâmite denote o tempo mínimo necessário para o qualificado deslinde da causa (ZARIF, 2006, p. 145). Isto é, não basta a previsão de um procedimento único e ágil, tem o poder legiferante de procurar adequar os procedimentos aos objetivos de cada tutela jurisdicional. Essa, inclusive, é a lição professada por Donaldo Armelin:

Realmente, presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há porque se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis a sua corporificação. A vinculação do tipo da prestação à sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potencia o tônus de efetividade (1992, p. 45).

Por esse prisma, deve ser dado destaque ao mandado de segurança, ação de tutela jurisdicional específica destinada a uma tramitação célere (ALMEIDA, 2007, p. 432), razão pela qual a interpretação das suas normas procedimentais não pode perder de vista a duração razoável.

A efetivação da celeridade requer a edição de normas compatíveis, mas também exige do Poder Público ações fáticas consistentes no oferecimento de uma estrutura capaz de gerar um bom funcionamento do sistema de justiça. Deve o Estado oferecer ao cidadão

um aparelho judiciário organizado e equipado para atender a demanda a contento e a tempo. Para o estudo ora desenvolvido, a ação normativa destinada a dar efetividade aos processos nos quais o cidadão combate ilegalidade ou abuso de poder cometido pelo Poder Público foi praticada pelo Legislativo, restando para o Judiciário o desafio de oferecer ao cidadão um processo célere.

Verificados esses pontos, afirma-se ter o direito à duração razoável do processo a natureza de direito fundamental de caráter predominantemente prestacional cuja satisfação pelo Estado demanda ações normativas e fáticas.

1.2. Conteúdo

Existem duas doutrinas sobre o conteúdo da duração do processo: a do prazo fixo e a do não-prazo (RAMOS, 2008, p. 59-61). Para aquela o legislador deve estabelecer um prazo de duração máxima do processo. Já a corrente do não-prazo aceita a determinação de critérios objetivos para a análise da lentidão sem a fixação de um lapso de duração máxima do feito. Dados como a complexidade da causa e o comportamento das partes e das autoridades podem oferecer ao fiscal da celeridade processual uma boa visão acerca da existência de morosidade ou não.

O Brasil acatou a doutrina do não-prazo (RAMOS, 2008, p. 60). Isso é constatado pelo fato de não existir na legislação um prazo máximo de duração dos procedimentos cíveis e em razão do Constituinte ter se referido à duração razoável (Art. 5º, LXXVIII, da CF/88), o que denota a intenção do mesmo de que a avaliação do processo deve se basear em circunstâncias ligadas ao caso concreto. Mencione-se também o fato da doutrina e da jurisprudência aceitar a classificação dos prazos processuais em próprios e impróprios. Segundo essa catalogação, os primeiros são destinados às partes e se não forem obedecidos acarretam a preclusão e, consequentemente, a perda do direito de praticar o ato processual (Art. 183, do CPC). Já os impróprios são destinados em regra aos Magistrados e se desobedecidos não acarretam nenhum prejuízo aos mesmos. Em razão dos prazos impróprios verifica-se que os lapsos estabelecidos para os Juízes servem apenas como um parâmetro, já que, pela ausência de sanção, não são dotados de força cogente.

1.3. Critérios de Avaliação da Eficácia da Duração Razoável

A observação da celeridade de um procedimento – como a que será feita aqui – requer a fixação de parâmetros de avaliação. Atualmente a melhor fonte para se buscar os critérios para a averiguação da tempestividade do rito judicial é a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos (CEDH). Esse Tribunal, segundo pesquisa empreendida por Samuel Arruda Miranda (2006, p. 148), tem como principal tema de julgamento a duração razoável do processo. Referido autor levantou dados e verificou que, no ano 2000, 78,84% das ações julgadas pela CEDH versaram sobre tempestividade processual (MIRANDA, 2006, p. 148). O Brasil ainda não possui uma jurisprudência sedimentada sobre o tema em voga. Percebe-se que aqui o uso do direito

fundamental em tela ainda se restringe a um critério de interpretação das leis processuais.

Em razão dos fatos aqui narrados é que a seguir serão expostos os parâmetros adotados pela CEDH, valendo-se, para tanto, da pesquisa feita e exposta por Carlos Henrique Ramos em seu *Processo Civil e o Princípio da Duração Razoável do Processo* (2008).

Antes de mergulhar nos critérios balizadores da celeridade é preciso fixar qual o termo inicial e o final da contagem de tempo de um processo judicial. Quanto ao *dies a quo* (termo inicial), o Tribunal europeu entende ser ele a data da distribuição do feito. O Estado assume a responsabilidade de prestar o provimento jurisdicional em tempo hábil a partir do momento no qual o cidadão entrega ao Judiciário a sua causa. Essa regra é excepcionada quando se exige do jurisdicionado a prévia provocação administrativa (Art. 217, §§ 1º e 2º, da CF/88; Art. 8º, Parágrafo único, da Lei nº 9.507/97; Art. 5º, inciso I, da Lei nº 12.016/2009) ou a tramitação de um feito penal (Art. 110, do CPC). Nessas situações é computado também o tempo do feito administrativo ou penal.

Em relação ao *dies ad quem* (termo final), ele chega quando a sentença transita em julgado. A possibilidade de recurso denota que a matéria ainda não foi decidida, tendo em vista que se apresenta possível a mudança da decisão. Importante notar que, para a CEDH, quando se exigir a execução do julgado, essa deve ser computada no lapso processual. A ideia orientadora da Corte é de que o feito só se conclui quando a parte consegue o bem buscado no Judiciário.

Fixado o intervalo de tempo no qual deve ser avaliada a tempestividade do rito, cabe a nós expormos os parâmetros balizadores da celeridade. Adiante analisaremos quais os critérios observados pela CEDH para averiguar se o tempo entre o *dies a quo* e o *dies ad quem* foi razoável.

1.3.1. A complexidade da causa

A constatação da morosidade ou não no trâmite de um processo não pode passar ao largo das complicações acerca do julgamento do caso. Existem causas que, pela sua própria natureza, demandam mais tempo do que o comum para o seu bom deslinde. Esse fator deve ser levado em conta quando da averiguação da celeridade processual.

A aplicação da doutrina do não prazo demanda do investigador da tempestividade a perquirição sobre as diferentes situações circundantes do caso a ser julgado. Tais circunstâncias podem dizer respeito à matéria fática ou jurídica. Quando a complexidade é de ordem fática é importante lembrar que ela implica dois momentos distintos: o da produção da prova e o da intelecção dos meios de prova. Existem processos cuja prova é de fácil produção, mas de difícil entendimento, e, por outro lado, há casos nos quais a prova é de difícil produção, mas de fácil intelecção.

No mandado de segurança, especificamente, não há a possibilidade de produção de prova (direito líquido e certo), razão pela qual é lícito dizer que as complexidades possíveis de envolver o julgamento da ação mandamental são as relativas à matéria jurídica (Súmula nº 625, do STF) e à intelecção dos meios de prova. Assim é porque a

CF/88, em seu Art. 5º, inciso LXIX, exige a liquidez e a certeza do direito a ser guerreado pela via mandamental. Direito líquido e certo, como se verá no item 2, é aquele cuja prova pode ser documentalmente apresentada com a inicial.

O relevante para a análise pretendida neste artigo é notar a complexidade das causas julgadas via MS. As complicações capazes de verificar o ritmo ideal do feito dirão respeito apenas à matéria jurídica e à intelecção dos meios de prova.

1.3.2. O comportamento das partes

Conforme já explanamos no tópico referente à natureza jurídica do direito à duração razoável do processo, o devedor desse interesse jurídico é o Estado. Cabe ao Estado-juiz, inclusive, velar pela solução rápida do litígio (Art. 125, II, do CPC). É forçoso reconhecer, todavia, que o comportamento das partes é relevante para a celeridade da causa, podendo elas até ser as causadoras da morosidade do trâmite.

A CEDH reconhece o fato de em alguns casos a demora no desfecho do processo ser imputada às partes ou a uma delas (RAMOS, 2008, p. 93-98). Mencionado Tribunal chegou a estabelecer jurisprudência no sentido da proibição da parte causadora da mora pleitear a celeridade processual. O mais difícil no caso em questão é a constatação da culpa da parte. Para tanto, existem três correntes: a objetiva; a subjetiva; e a mista. Segundo a primeira, a parte praticante de atos processuais causadores de atraso, independentemente da sua intenção, é considerada responsável pela mora. Para a corrente subjetiva, só será considerada responsável pelo atraso a parte praticante de um ato com a intenção de retardar o feito. Já a teoria mista entende ser possível a previsão de condutas referentes a um padrão médio que, se praticadas, ensejam a responsabilidade do seu agente.

Concordamos com Ramos, autor para quem a responsabilidade pela demora só pode ser imputada às partes em casos excepcionais, motivo pelo qual a teoria mais justa é a que imputa a responsabilidade ao Estado, admitindo a culpa do jurisdicionado só quando este tenha intenção de retardar o feito (RAMOS, 2008, p. 97-98). Por isso, o desafio de imprimir celeridade a prestação jurisdicional por meio do *writ* é do Judiciário, Poder no qual se concentra os principais deveres estatais relacionados à duração razoável do processo.

1.3.3. O comportamento das autoridades

Às autoridades judiciárias não compete dar início ao processo, mas cabe a elas fazer o feito tramitar seguindo o seu curso natural (Art. 262, do CPC). Ou seja, o início do rito incumbe às partes, mas os impulsos posteriores à distribuição da ação são oficiais (princípio do impulso oficial).

Daí porque os Magistrados têm fundamental importância no desafio de tramitar o mandado de segurança em tempo razoável. Eles são o Estado e, como tal, devem empreender esforços no sentido de imprimir ao processo um ritmo capaz de ocasionar o

deslinde da causa celeremente. Suas obrigações começam desde o momento em que se inicia a análise da duração do processo (distribuição da ação) e vão até o instante em que é satisfeito o direito da parte interessada. Nesse empreendimento, as autoridades judiciárias têm problemas de ordem fática e normativa.

Os problemas relacionados às circunstâncias fáticas dizem respeito à estrutura do Judiciário. Deve o Poder Julgador estar provido de recursos capazes de movimentar a máquina judiciária de maneira ágil. Essa missão está diretamente ligada ao dever do Estado de acabar com o tempo inútil do processo (RAMOS, 2008, p. 56). Esse é o lapso no qual o feito fica parado nas prateleiras da Justiça esperando o próximo andamento legal. Trata-se de um dos principais fatores causadores da mora da Justiça. Cabe registrar que o Judiciário hoje enfrenta uma grande procura da sociedade, o que só dificulta a resolução de tal problema. Apesar dos investimentos realizados nos últimos anos, ainda não há no Brasil uma estrutura do Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia de Estado capaz de reduzir consideravelmente o tempo inútil do processo. Destaque-se que a questão estrutural é considerada de grande relevância nos julgamentos da CEDH. A referida Corte até deixa de aplicar sanções às nações morosas em virtude de problemas eventuais, mas o Tribunal europeu não exclui a responsabilidade das nações envolvidas em problemas estruturais (RAMOS, 2008, p. 100). Cabe ao Estado, personificado nos membros e servidores do Poder Judiciário, a principal responsabilidade de modificar a estrutura do Judiciário, a fim de fazer o mesmo conseguir apresentar resultados à sociedade em tempo hábil.

No aspecto normativo, a incumbência do Judiciário reside no dever de interpretar o ordenamento jurídico-processual sem se desvencilhar do direito do jurisdicionado à duração razoável do processo. A postura das autoridades judiciárias deve ser firme no sentido de fazer incidir as normas cujo objetivo é evitar a morosidade. As leis processuais brasileiras ainda dão aos litigantes a oportunidade de agir visando a lentidão, mas cabe ao Judiciário atuar de modo a inibir esse tipo de conduta (Art. 14-18, e Art. 273, inciso II, todos do CPC).

A pesquisa aqui empreendida foca-se exatamente nesse âmbito normativo, tendo como referência a posição dos sujeitos processuais na nova lei do mandado de segurança (Lei nº 12.016/2009). Diante dos comandos desse novo diploma legal, o Judiciário tem o dever de impor a cada sujeito processual, inclusive aos próprios Magistrados, o cumprimento do princípio da celeridade processual. O problema reside em saber se a nova lei avançou ou não em alguns aspectos relacionados aos sujeitos e, caso não tenha avançado, se tal avanço é possível por meio de um esforço hermenêutico do Poder Julgador.

2. Considerações Iniciais sobre o Mandado de Segurança

A análise do trabalho em tela requer algumas considerações iniciais acerca do mandado de segurança. O instituto em voga apareceu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1934. A ação em análise foi regulamentada pela Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, tendo perdido *status* constitucional com a instalação do Estado Novo, visto que a Constituição de 1937 não previu o instituto do *mandamus*. Apesar de não se fazer presente na Carta do Estado Novo, o MS continuou a ter vida no

lapso durante o qual vigorou essa Constituição em razão do Decreto-lei nº 6, de 15 de novembro de 1937, ter restaurado a ação de maneira atrofiada (ROCHA, 1987, p. 67-68). Ainda sob o pálio da Carta de 1937, o mandado recebeu nova regulamentação no Código de Processo Civil (CPC) de 1939. Em 1946, o instituto em tela revigora o seu *status* constitucional, quando passa a ter previsão no Art. 141, § 24, da Constituição de 1946. A partir daí o MS nunca mais perdeu sua estatura constitucional, pois esteve presente na Lei Fundamental de 1967 (Art. 150, § 21) – tendo sido mantido pela Emenda de 1969 – e na de 1988. Nesta, a ação de segurança é prevista no Art. 5º, inciso LXIX, cuja dicção é a seguinte:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (BRASIL, 2009a);

Lembre-se do fato da Lei Fundamental de 1988 ter tornado clara e garantida a possibilidade do mandado de segurança coletivo. No inciso LXX, do mesmo Art. 5º, da CF/88, lê-se:

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (BRASIL, 2009a);

Ressalte-se a revogação das normas referentes ao *mandamus* no CPC de 1939 ocorridas desde 1951, momento no qual foi editada a Lei nº 1.533, que vigorou até 10/8/2009. Nessa data foi publicada a nova lei regulamentadora do mandado de segurança, a Lei nº 12.016, de 7/8/2009. O novo diploma veio atender os clamores por uma legislação atual e completa, capaz de resolver problemas constatados durante os quase oitenta anos de vigência do heróico remédio.

A ação em estudo tem natureza jurídica de garantia constitucional e de instrumento processual. Sua criação teve como objetivo proteger o cidadão das autoridades públicas praticantes de atos ilegais (FERRAZ, 2006, p. 19). A função do MS é dar guarida eficaz e célere aos direitos individuais e coletivos perante os detentores da força pública (ROCHA, 1987, p. 64). Desde a criação do MS, encontra-se na sua previsão o objetivo de oferecer ao cidadão uma proteção suficientemente forte para igualar, ou até superar, a robustez das autoridades públicas. Daí a afirmação de Gregório Assagra de Almeida, consistente na natureza de tutela jurisdicional diferenciada do mandado de segurança (2007, p. 431). Segundo aquele autor, as características de uma tutela diferenciada são: a) requisitos específicos de admissibilidade; b) procedimento excepcional; c) eficácia potencializada do provimento (ALMEIDA, 2007, p. 432).

Todos esses requisitos estão no *mandamus*. Em relação ao primeiro, nem todos os direitos podem ser guerreados pela via do *writ* telado. Só podem ser pleiteados pelo instrumento em exame os direitos de natureza pública cujo conhecimento prescinda de instrução probatória. Prevaleceu a concepção profetizada pelo Ministro do Supremo

Tribunal Federal (STF), Costa Manso, no seu voto do MS nº 333. Segundo o Ministro, a Constituinte de 1934 (Art. 113, item 33) exigiu a certeza e a incontestabilidade do direito pleiteado no *writ* para não haver dilação probatória no trâmite do feito. Para ele, então, direito certo e incontestável era aquele cuja prova é pré-constituída documentalmente. Essa foi a concepção dada à atual expressão direito líquido e certo (Art. 5º, inciso LXIX, da CF/88), que vem sendo usada desde a Carta de 1946. Registre-se o fato da complexidade da matéria jurídica não ser empecilho para a concessão do *mandamus*. A atual carta não exige – como fazia a de 1934 – que o ato acusado pelo *writ* seja manifestamente ilegal ou inconstitucional. Isto é, pouco importa se a ilegalidade ou a inconstitucionalidade é manifesta ou se é fruto de uma relevante controvérsia jurídica (Súmula nº 625, do STF). Para ser admitido o mandado, basta a desnecessidade de produção de prova.

Outro critério de avaliação do cabimento do mandado de segurança parte de um raciocínio por exclusão. O Art. 5º, inciso LXIX, da CF/88, diz só caber MS quando não é caso de *habeas corpus* ou *habeas data*. Se o direito a ser defendido for o de locomoção (*habeas corpus* – Art. 5º, LXVIII, da CF/88) ou o de obter ou retificar informações constantes de banco de dados governamentais sobre a pessoa do impetrante (*habeas data* – Art. 5º, inciso LXXII, da CF/88) não caberá o MS.

O último ponto sobre a especificidade dos requisitos é contra a conduta de quem pode ser proposto o MS. O *writ* em estudo foi criado para a defesa do direito dos cidadãos quando o responsável pela ameaça ou pela lesão for o Poder Público, seja ele no exercício originário do seu poder de império, seja ele no exercício delegado (caso dos agentes das pessoas jurídicas de direito privado no exercício de atribuições do Poder Público).

Quanto à excepcionalidade do procedimento, não resta dúvida em relação à existência desse requisito no MS. A própria desnecessidade de dilação de prova já demonstra um procedimento especial. As características são: prazos específicos, ausência de dilação probatória, inexistência de alegações finais etc..

Por último, é de se notar a diferenciada força do provimento de um MS. Há uma forte potencialização da decisão nele proferida. Isso pode ser verificado por dois fatores: a) a condenação no mandado é feita *in natura*, sendo inadmissível a transformação do bem pleiteado em perdas e danos (BUENO, 2009, p. 141; FERRAZ, 2006, p. 306; ROCHA, 1987, p. 100); b) a apelação de sentença proferida no MS, em regra, tem apenas o efeito devolutivo.

Todos esses caracteres demonstram a especificidade da tutela oferecida em sede de mandado de segurança, sobretudo pela facilitação de acesso à justiça com o condão de combater ilegalidade pública. É possível até afirma que na concepção do *writ* há um objetivo de favorecer o particular quando seus interesses forem sufragados pela força do Poder Público. Ressalte-se ser essa nota, segundo Donaldo Armelim, uma das características da tutela diferenciada:

A adoção de tipos de tutela diferenciada tende a favorecer o pólo ativo da relação processual, na medida em que são eles concebidos precipuamente com o propósito de acelerar a prestação jurisdicional. Por isso mesmo, indispensável se torna cautela na sua adoção, para se evitar a violação do tratamento isonômico das partes litigantes e a

vulneração do princípio assegurador da paridade das armas no processo (ARMELIN, 1992, p. 46).

Há na idealização do MS a intenção de proporcionar ao sujeito ativo da ação uma aceleração do procedimento com o objetivo de oferecer ao detentor do direito violado ou ameaçado um provimento jurisdicional de maneira célere (ALMEIDA, 2007, p. 428; BUENO, 2009, p. 130; FERRAZ, 2006, p. 40; ROCHA, 1987, p. 69). Esse é o diferencial do *writ* em relação às vias ordinárias. Tanto é assim que o Art. 20, da Lei nº 12.016/2009, preceitua a prioridade do mandado em referência às outras ações, exceto ao *habeas corpus*.

Por isso, a análise dos pontos a seguir se baseará na regulação dada pela nova legislação em relação à posição/participação dos sujeitos processuais diante da necessidade de se imprimir ao mandado de segurança um rito considerado ágil.

3. A Participação dos Sujeitos no Mandado de Segurança

Um dos temas relevantes para a duração razoável do mandado de segurança é o referente aos seus sujeitos. A importância desse ponto para a duração do processo se deve ao fato de, conforme dito nos tópicos anteriores, a participação dos sujeitos (partes e autoridades) ser um dos critérios utilizados para aferir a celeridade processual. O comportamento das partes e das autoridades deve ser objeto de estudo na nova lei do mandado de segurança. É certo que a complexidade da causa também é tema relevante na apreciação da tempestividade do MS, mas, em razão da inexistência de dilação probatória, essa não foi o entrave mais agudo para a celeridade. Sob a égide da lei anterior os temas relevantes para a agilidade do *writ* giraram principalmente em torno do papel desenvolvido por cada um dos sujeitos processuais do MS.

Discussões acerca da legitimidade ativa da ação de segurança coletiva, de quem seja o sujeito passivo no *mandamus* individual e coletivo, do prazo para a apresentação das informações e da interposição do recurso, da obrigatoriedade da manifestação do Ministério Público e da vinculação do Magistrado ao prazo legal são debates que se ligam diretamente à celeridade da ação em estudo. Com a Lei nº 12.016/2009 há uma nova referência legislativa para o Judiciário enfrentar todos esses pontos. É cabível, então, a pesquisa sobre a regulação dada pelo novo diploma para os temas aqui mencionados.

3.1. Sujeito Ativo

Referente aos autores, a relevância do tema existe porque, do ponto de vista da celeridade, a ação de segurança deve ser preferida. A ampliação dos legitimados a propor mandado de segurança acarreta o fim de várias ações cujo rito é bem mais complexo que o do *writ*. Muitos pleitos propostos contra o Poder Público prescindem de dilação probatória. Se eles forem veiculados por meio do mandado de segurança, será eliminado tempo da prestação jurisdicional, tendo em vista que o MS, além de ter prazos bem menores do que os das vias ordinárias, também conta com um número

menor de atos a serem praticados pela partes. O uso de procedimentos mais expeditos apresenta dupla vantagem para a duração do processo: primeiro porque ocasiona o fim do pleito de uma maneira mais ágil e, segundo, porque abre o espaço para que a máquina possa dedicar mais força nos casos que exigem ritos mais complexos. É preciso lembrar que a celeridade de uma causa não beneficia apenas as partes envolvidas com ela, mas todos os cidadãos necessitados do Judiciário. O fim de um processo oferece tempo das autoridades para cuidar de outros. Por isso, os procedimentos mais ágeis precisam ser estimulados de modo a fazer com que sejam vistos como instrumentos de combate à morosidade judiciária. A limitação dos legitimados a propor a ação de segurança retira da máquina judiciária a possibilidade de imprimir ao julgamento da lide um ritmo mais célere, ao mesmo tempo em que faz o Judiciário desperdiçar horas com procedimentos mais complexos quando poderia ser mais rápido valendo-se de ritos mais ágeis.

Note-se que referido estimulo foi dado para o procedimento do Juizado Federal. A Lei nº 10.259/2001 estabeleceu a competência absoluta das Varas do Juizado Especial Federal nos foros onde houver Juizado instalado. O legislador pretendeu com isso imprimir um rito mais célere ao Judiciário, levando para o procedimento acelerado do Juizado aquelas causas cuja resolução possa lá ocorrer. Essa conduta deve ser repetida pelo legislador, pois qualquer tipo de estímulo ao uso de procedimentos mais céleres ocasionará a aceleração da Justiça como um todo. Quanto a isso, percebe-se que o Legislativo agiu de modo inverso na nova lei do MS. Ao invés de se estimular o uso do *writ* retirando do ordenamento qualquer limitação desarrazoada para sua veiculação, o legislador repetiu a regra do Art. 18, da Lei nº 1.533/51, no Art. 23, da Lei nº 12.016/2009, determinando a extinção do direito de requerer mandado de segurança após cento e vinte dias da ciência do ato impugnado pelo interessado. Repugna-se esse dispositivo em razão de sua patente inconstitucionalidade. A despeito do STF ter súmula asseverando a constitucionalidade de norma como essa (Súmula nº 632), enxerga-se nela uma inconstitucionalidade porque há uma limitação a um direito fundamental sem a autorização de qualquer cláusula constitucional restritiva escrita ou não-escrita.

Apesar disso, deve-se destacar a ampla legitimação ativa para a proposição do mandado de segurança individual. Podem propor essa ação pessoas naturais, jurídicas e, inclusive, os entes despersonalizados detentores de capacidade judiciária (condomínios, órgão públicos etc.). É importante chamar atenção para a necessidade de se utilizar o mandado de segurança coletivo. As ações coletivas são fortes instrumentos de agilização da prestação jurisdicional. Por meio delas se julga um único processo cujos efeitos atingem diversos cidadãos. Com isso, vários processos são transformados em apenas um, que é resolvido de maneira célere e sem tirar do Judiciário o tempo que ele precisa destinar a outras ações. Por isso, é preciso se expandir os legitimados a propor mandado de segurança coletivo, a fim de se fomentar o uso da ação em estudo inclusive pela via coletiva.

Já transcrevemos em linhas anteriores o dispositivo constitucional no qual se prevê o *mandamus* coletivo (Art. 5º, LXX, da CF/88). Nele se viu constitucionalmente legitimados para propor a ação os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as organizações sindicais, entidades de classes ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há, pelo menos, um ano. A Lei nº 12.016/2009 regulamentou esse ponto no seu Art. 21, que assim diz:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante (BRASIL, 2009g).

Constatamos na novel legislação alguns avanços. Em relação aos partidos políticos, vê-se o rompimento de uma barreira na medida em que o novo texto é cristalino quanto à legitimidade do partido político representado no Congresso para impetrar MS mesmo quando os beneficiários não sejam seus integrantes. O dispositivo exige sempre a presença de um interesse partidário legítimo, que pode se referir ou aos seus integrantes ou à finalidade do partido. O diploma põe fim a uma discussão sobre os possíveis pleitos a serem veiculados por meio do MS impetrado por partido político. Venceu a tese ampliadora do uso do *writ* e aceleradora da prestação jurisdicional, já que os entes partidários não ficarão restritos a impetrar o mandado apenas em benefício de seus filiados. Questões de interesses de grupos relacionadas às finalidades dos partidos poderão ser discutidas na Justiça por meio de um único processo de rito célere, poupando o Judiciário de se debruçar em vários feitos para resolver a mesma questão.

Quanto às organizações sindicais, entidades de classe e associações, os avanços estão na expressa autorização para a impetração mesmo quando o interesse em voga seja de parte dos membros ou associados – entendimento que já era objeto da Súmula nº 630, do STF – e na explícita dispensa de autorização especial para a impetração. Em relação ao primeiro ponto, não tinha sentido se vedar a entidade associativa de pleitear pela via do *mandamus* direitos de parte de seus associados. Tal questão pode ser solucionada pelo brocardo jurídico que expressa quem poder o mais poder o menos. A força representativa da entidade não se altera se o pleito por ela patrocinado se refere a parte de seus associados ou a todos eles. Referente à segunda questão (desnecessidade de autorização especial), o acerto do legislador reside em não confundir representação processual com substituição processual. A segurança coletiva é uma espécie de processo coletivo e não um processo individual no qual o titular do direito confere a outrem poderes de representação. Os avanços aqui apontados potencializam a legitimação das organizações sindicais, das entidades de classe e das associações e, por via de consequência, ocasionam os mesmos efeitos agilizadores da prestação jurisdicional apontados na potencialização da legitimidade dos partidos políticos.

A despeito dos avanços antes mencionados, também é possível encontrar no diploma em análise omissão e retrocesso. Quanto àquela, deve-se destacar, com Gregório Assagra de Almeida, que o rol expresso no Art. 5º, LXX, da CF/88, é apenas exemplificativo, admitindo-se sua ampliação para todos aqueles a quem o Art. 5º, da Lei nº 7.347/1985, confere legitimação para propor ação civil pública (ALMEIDA, 2007, p. 605). Como a proposta aqui apresentada amplia um direito fundamental, nada há de inconstitucional nela. Era juridicamente possível ao legislador editar norma desse teor a fim de conferir maior eficácia ao mandado de segurança coletivo.

O retrocesso da legislação está na exclusão dos direitos difusos do âmbito de proteção do *writ* coletivo. O Parágrafo único, do Art. 21 acima transcrito, assevera ser protegido pelo MS transindividual apenas os direitos coletivos e individuais homogêneos. É inconcebível a vedação ao Partido Verde, por exemplo, de impetrar um mandado de segurança contra ato de autoridade ambiental concessivo de licença cujo procedimento prescindiu das formalidades legais. Assim como também é inconcebível a proibição de um partido político defensor da moralidade pública impetra mandado de segurança contra edital de licitação ou concurso público eivado de vícios. Não nos filiamos à corrente segundo a qual os direitos difusos não poderiam ser dotados da liquidez e certeza necessárias para o cabimento do MS. Se por um lado existem direitos difusos cuja certeza e liquidez são quase impossíveis, por outro também há aqueles que podem ser comprovados documentalmente. As falhas de um procedimento de licença ambiental podem ser aferidas pela própria análise dos autos do processo administrativo. O mesmo se diga em relação a um edital de um concurso público. Nesse ponto, sentimos um retrocesso do legislador capaz de interferir no desafio do Judiciário de imprimir ao MS uma marcha para acelerar a prestação jurisdicional.

3.2. Sujeito Passivo

Quanto ao sujeito passivo do MS, as controvérsias tangentes à celeridade versam sobre a identificação do sujeito passivo, ao prazo para a autoridade prestar informações e ao lapso para a Fazenda apresentar sua defesa e seu recurso.

A conclusão de quem seja o réu no *writ* influencia na duração do processo. Se se afirma ser o sujeito passivo a autoridade coatora (agente público responsável pelo ato), a indicação errônea de quem seja ela acarreta a extinção do feito por falta de condição da ação (legitimidade passiva *ad causam* – Art. 267, VI, do CPC). Por outro lado, se o sujeito passivo do MS é a pessoa jurídica a quem se vincula a autoridade responsável pela conduta questionada, o apontamento equivocado não ocasionará a extinção do feito, vez que o importante para a análise da legitimidade não é o responsável pelas informações, mas quem seja o sujeito passivo da demanda.

A relevância do tema para o estudo em análise se deve ao fato da extinção do processo por conta da equivocada indicação retardar o direito do cidadão de acesso à justiça. A eliminação de um processo, apesar da possibilidade da sua repropositura, atrasa a satisfação do direito do jurisdicionado. Lembre-se que a avaliação da morosidade tem início com a distribuição do feito e fim com a entrega do bem da vida pretendido (item 1.3 supra). Se a autoridade coatora for considerada o sujeito passivo, deverá ocorrer a extinção do feito nos casos do seu equivocado apontamento (ASSISb, 1997, p. 45). Mas

não se concebe o fim do processo em razão da errônea indicação se for considerada sujeito passivo a pessoa jurídica. Daí a discussão do tema partir da definição de quem seja a parte demandada no MS.

Sob a égide da Lei nº 1.533/51, o debate se afigurava relevante porque nesse diploma só era exigida a notificação da autoridade coatora para prestar ao Juízo as informações (Art. 7º, inciso I, da Lei nº 1.533/1951). Não se exigia a notificação/intimação/citação do representante da entidade pública. Esse silêncio legal gerou controvérsias quanto ao papel do ente público no MS. Daí o clamor por uma lei capaz de, baseada nos preceitos do direito processual e administrativo, oferecer à ação em estudo uma regulação condizente.

A Lei nº 12.016/2009 regulou a matéria com as seguintes letras:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Como se constata, o texto legal veio para dirimir a questão, mas assim não fez. O Legislativo não observou os cânones do direito processual e administrativo para poder tratar a matéria com a coerência merecida. A ausência da devida regulação faz necessário lançar mão das opiniões doutrinárias vigentes sob o pálio da lei anterior.

A despeito de a doutrina brasileira apresentar várias opções para o levantado problema, a análise será centralizada nas mais discutidas hodiernamente, quais sejam: a) o sujeito passivo é a autoridade coatora (ROCHA, 1987, p. 180); b) o demandado no MS é a pessoa jurídica de direito público a quem está vinculada a autoridade coatora, sendo esta o representante da entidade em juízo (ALVIM, 1995, p. 352; ASSISb, 1997, p. 89; BARBI, 2001, p. 125; BUENO, 2009, p. 24); c) o remédio heróico tem como sujeito passivo a pessoa jurídica a qual se vincula a autoridade coatora, cabendo ao responsável pelo ato apenas a prestação de informações e a defesa é incumbência da competente Procuradoria (CUNHA, 2007, p. 373; FERRAZ, 2006, p. 119).

O conceito de parte é bem expressado por Chiovenda. Para ele,

Parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada (CHIOVENDA, 2000, p. 278).

Para se constatar quem é o réu da garantia em exame, deve ser observado em face de quem se requer a atuação da vontade legal. Para os doutrinadores cuja concepção indica a autoridade coatora como sujeito passivo, a *voluntas legis* é demandada em face da autoridade impetrada. Essa opinião se apresenta problemática, e o Art. 7º da novel legislação não avançou em relação ao tema. Essa concepção tem respaldo se for observado o chamamento do demandado ao processo (Art. 7º, I). A nova lei até previu a comunicação do representante judicial da pessoa jurídica sobre o feito (Art. 7º, II), mas mencionou que a entidade só ingressará no processo se assim o quiser. Ou seja, a lei parece atribuir ao agente público a condição de réu e conferir à entidade a discricionariedade de apreciar se é o caso de ingressar no feito ou não. Essa interpretação, todavia, não se sustenta diante do ordenamento jurídico como um todo.

Primeiramente é preciso ressaltar a força normativa do princípio da impessoalidade sobre a Administração Pública (Art. 37, da CF/88). Uma das facetas desse cânone indica a responsabilidade da pessoa jurídica pública pelo ato praticado pelo agente público a ela vinculado (SILVA, 2004, p. 648; DI PIETRO, 2006, p. 85). O agente, perante o particular, não atua em nome próprio, e sim em nome da entidade pública. A responsabilidade da autoridade é com o ente com quem ela tem uma relação de trabalho. Já quem tem o compromisso com o particular é o Estado. Por isso, é irrazoável imaginar que na ação de segurança a atuação da vontade da lei é pedida em face do agente público. Ela é pedida diante da pessoa jurídica, verdadeira devedora da legalidade. Ademais, o patrimônio objeto da querela judicial é o da entidade pública. Se o resultado da ação for favorável ao impetrante será o erário quem suportará o peso dessa decisão. Nesse diapasão, a exclusão da entidade pública do pólo passivo da ação de segurança agride frontalmente o Art. 472, do CPC, cujo sentido é o efeito da decisão apenas para as partes envolvidas na demanda. É forçoso reconhecer que para a sentença proferida no *mandamus* valer para a Administração Pública a entidade tem que ser parte no processo. Por esses dois motivos de ordem administrava e processual, entendemos como inconcebível a atribuição de sujeito passivo à autoridade coatora no MS.

Andou mal o legislador quando disse, no inciso II, do Art. 7º, da nova lei do MS, que a entidade pública ingressará na ação apenas se assim quiser. Pode-se, todavia, tentar adaptar a interpretação do dispositivo à opinião daqueles para quem o sujeito passivo do *writ* é a pessoa jurídica e o seu representante, excepcionalmente, a autoridade coatora. Nesse viés, a Lei nº 12.016/2009 (Art. 7º, II) teria apenas conferido ao órgão de representação judicial a discricionariedade dele – órgão procuratório – atuar no feito ou não. Essa inteligência não é mais correta que a anterior. Tal entendimento fere a Constituição Federal na medida em que a representação judicial da União e dos Estados e do Distrito Federal é constitucionalmente atribuída, respectivamente, à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias dos Estados/Distrito Federal (Art's. 131 e 132, da CF/88) (CUNHA, 2007, p. 373; FERRAZ, 2006, p. 119). Além do mais, também há inconstitucionalidade nessa opinião porque a ampla defesa – direito fundamental garantido a todos no Art. 5º, LV – tem como uma de suas facetas a garantia de uma defesa juridicamente técnica, o que aponta para o direito de ser defendido por profissional devidamente habilitado para tanto. Esses profissionais estão nos órgãos de representação judicial dos entes públicos (Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral dos Estados/Distrito Federal e Procuradoria-Geral dos Municípios).

Só resta, então, uma interpretação da nova norma consoante o ordenamento jurídico vigente. Tal intelecção no nosso sentir só é possível se forem observados os seguintes

pontos: a) a atribuição de sujeito passivo do MS à pessoa jurídica pública a qual pertence o agente responsável pelo ato; b) a responsabilidade de representação judicial das entidades aos órgãos dotados de profissionais devidamente habilitados para tanto.

Note-se que esse entendimento não só é possível como se apresenta como o mais correto. Inicialmente é preciso destacar que a hermenêutica das leis não pode se restringir a diplomas legais isolados, devendo ser observado o ordenamento como um todo. É preciso atentar para o que Emilio Betti chama de cânone da coerência do sentido (ou princípio da totalidade). Sobre esse princípio ensina o autor:

Esse cânone vem esclarecer as interrelações e a coerência existentes no seio dos elementos individuais do discurso, tal como sucede com qualquer manifestação do pensamento e a sua relação mútua com o todo que integram. É essa relação dos elementos entre si e com o seu todo comum que permite o esclarecimento e a elucidação recíproca das formas significativas na relação entre o todo e as suas partes, e vice-versa (BETTI, 2002, p. 87).

Assim, realizando-se o devido distanciamento do Art. 7º, da novel legislação, para possibilitar a visualização do todo, se aborda, além dos tópicos já esboçados (princípio da impessoalidade, efeitos subjetivos da sentença, representação judicial das entidades públicas), os seguintes pontos.

É preciso observar que o único ato incumbido à autoridade coatora no MS são as informações (CUNHA, 2007, p. 373). Aliás, o texto legal é expresso em determinar a notificação da autoridade coatora a fim de que ela preste as informações. Não se fala da notificação para o agente público se defender ou da incumbência da autoridade representar a entidade pública. Se o agente fosse o réu, ele seria notificado para apresentar sua defesa, enquanto que se ele fosse o representante da entidade, ele seria notificado para apresentar a defesa do Poder Público. Mas, o legislador não adotou nenhuma dessas posições. Segundo ele, ao agente praticante do ato só cabe informar o Juízo as circunstância sob as quais fora praticada a conduta. Tanto é assim que o STJ tem entendimento que se coaduna com o dito. Segundo a 5ª Turma daquele Tribunal, o recurso contra decisão concessória de MS é incumbência dos Procuradores da entidade. Referida 5ª Turma, em acórdão recente, entendeu que a sentença do mandado só transita em julgado após a intimação do membro do órgão responsável pela representação judicial da entidade[1].

Vale trazer a baila, também, o obstáculo lembrado por Carlos Augusto de Assis. O autor aponta como óbice à atribuição de réu ao agente público o fato de a mudança de autoridade ocupante do cargo competente para a prática do ato acarretar a mutação do sujeito passivo da demanda (ASSISb, 1997, p. 48). Se o praticante do ato é substituído por outro agente, este último é quem será chamado ao mandado para prestar as informações. Esse é mais um obstáculo à concepção da autoridade coatora como sujeito passivo.

Acreditamos que a razão quanto ao motivo da lei exigir a notificação da autoridade esteja com Celso Agrícola Barbi. Segundo o autor, a previsão legal de notificação da autoridade coatora tem raízes nos *writ*'s do direito anglo-saxão, regime no qual não se concebe a abstração capaz de atribuir à Administração personalidade jurídica. Em razão disso, lá, os *writ*'s são propostos contra as autoridades públicas (BARBI, 2001, p. 124).

Todavia, o autor ressalta que a mesma concepção não pode ser transportada para o ordenamento pátrio, sendo correto interpretar a norma (Art. 7º, I, da Lei nº 1.533/1951) dentro dos conceitos do sistema jurídico brasileiro.

Plausíveis também são as considerações de Leonardo José Carneiro da Cunha, autor pernambucano para quem a indicação da autoridade impetrada serve para identificar o agente com atribuição para cumprir a ordem exarada no *writ* (CUNHA, 2007, p. 373).

Entendemos que a nova legislação deveria ter repetido o que dizia o CPC de 1939 (Art. 322, inciso II), cujas palavras determinavam a citação do representante judicial da entidade. Esse diploma legal além de mandar notificar a autoridade impetrada para apresentar informações também ordenava a citação da pessoa jurídica por meio de seu representante. O fato de ser notificada a autoridade coatora não quer dizer que o pedido é veiculado em face dela. Cabe a ela apenas a apresentação das informações, devendo o ente – sujeito passivo da demanda – ser defendido pelo órgão com a atribuição constitucional/legal para tanto.

Por essas razões é que, apesar dos problemas existentes na Lei nº 12.016/2009, acreditamos ser a pessoa jurídica a qual se vincula a autoridade o réu do remédio heróico. Destaque-se ser esse o entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal (STF) [2], mas ainda vacilante. Tanto é assim que se encontram decisões dos órgãos do STF[3] e do STJ[4] extinguindo o feito sem resolução do mérito por conta da errônea indicação da autoridade coatora. Por outro lado, já há construções de teorias admitindo a não extinção do feito por indicação errônea em algumas hipóteses. É o caso da teoria da encampação. Segundo a mencionada teoria, se a autoridade erroneamente indicada como coatora defender o conteúdo do ato entende-se que ela o encampou e, a depender da coexistência de outros requisitos, poderá ser considerada como autoridade impetrada. Segundo julgados do STJ, os requisitos para a concretização da teoria da encampação são: a) ser a autoridade equivocadamente apontada superior hierárquico do agente correto; b) ausência de modificação da competência jurisdicional prevista na Constituição; c) e a defesa do mérito do ato por parte da autoridade erroneamente indicada[5].

Vale lembrar que há julgado relatado pelo Ministro Luiz Fux no qual se admitiu a intimação do impetrante para indicar a correta autoridade, exigindo-se apenas que a equivocada autoridade pertença aos quadros da mesma pessoa jurídica a que pertence o correto agente público[6]. Essa é a hermenêutica que se coaduna melhor com o entendimento de que a autoridade coatora não é a ré no MS. Se a pessoa jurídica é quem é o sujeito passivo do remédio em exame, é suficiente para a legitimidade passiva *ad causam* que a autoridade correta seja do mesmo quadro daquela equivocadamente apontada.

O que não se pode admitir é a continuação do feito quando o agente indicado pertencer ao quadro de pessoa jurídica distinta daquela a que pertence a autoridade responsável pelo ato. Nesse caso, se se admitir a modificação da autoridade, admitir-se-á a alteração do sujeito passivo da demanda (a pessoa jurídica a qual se vincula o agente indicado). Isso, com certeza, fere o Art. 267, inciso VI, do CPC. Entendemos correta a decisão extintiva do *writ of mandamus* sem resolução do mérito quando a autoridade erroneamente indicada se vincula a pessoa jurídica diferente daquela a qual pertence o agente correto[7].

O correto é a interpretação do ordenamento de modo a favorecer a efetividade da Constituição, vendo-a de forma una. Não resta dúvida de que o entendimento consistente na atribuição de sujeito passivo à pessoa jurídica potencializa o mandado e, ao mesmo tempo, favorece a sua duração razoável. Exigir do cidadão a correta indicação do agente dificulta o acesso ao *mandamus* porque a estrutura da Administração Pública é complexa e, por isso mesmo, ocasiona o equívoco. O melhor é reconhecer a condição de sujeito passivo do ente e admitir a correção da autoridade coatora de ofício ou por meio de emenda à inicial. Evita-se a extinção do feito e o retardamento da prestação jurisdicional, além de acarretar a economia processual por meio do aproveitamento de atos já praticados.

Concordamos com Leonardo Cunha e Sérgio Ferraz quando eles afirmam ser a função da autoridade a de informar o Juízo acerca dos fatos (CUNHA, 2007, p. 373; FERRAZ, 2006, p. 119). Não cabe a autoridade defender a conduta guerreada via *writ*. Essa afirmação baseia-se nos Art's. 131 e 132, da CF/88, dispositivos que, respectivamente, atribuem à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal a função de representar judicialmente a União e os Estados e o Distrito Federal. Além disso, se não for dada oportunidade de a pessoa jurídica se defender tecnicamente, ficará prejudicada a ampla defesa.

Na ação de segurança deve ser notificada a autoridade coatora para prestar informações e ser citada a pessoa jurídica na pessoa do seu representante judicial, devendo aquela informar o Juízo e este defender o ato. Eis a interpretação capaz de fazer o Judiciário romper as barreiras da celeridade.

Quanto ao prazo para a apresentação das informações, o inciso I, do Art. 7º, do novo diploma, estabelece o lapso de dez dias. Não se aplica aqui o Art. 188, do CPC, a fim de se multiplicar o referido lapso por quatro. A inaplicação do prazo em quádruplo se deve a dois motivos. Primeiro porque o prazo das informações é específico, não incidindo na espécie a regra geral (CUNHA, 2007, p. 60). Segundo porque a autoridade coatora não apresenta defesa/contestação/resposta, ela apenas presta as informações.

Em relação ao sujeito passivo (a entidade pública), o inciso II, do Art. 7º, da Lei nº 12.016/2009, equivocadamente não menciona qualquer prazo para o órgão representativo se manifestar. A despeito desse silêncio, não será condizente com os propósitos do mandado de segurança a aplicação da regra geral (prazo de quinze dias multiplicado por quatro – Art. 297 c/c o Art. 188, ambos do CPC). A hermenêutica obediente ao direito à duração razoável confere ao representante judicial da entidade o mesmo lapso oferecido para a autoridade apresentar as informações. A aplicação da regra geral conduzirá ao insucesso do mandado, pois deixará de ser uma ação específica destinada a uma prestação jurisdicional célere.

O procedimento para a interposição dos recursos não foi objeto de regulação da Lei nº 12.016/2009. Citado diploma repetiu o mesmo erro da legislação anterior, regulando apenas o rito na primeira instância (CUNHA, 2007, p. 61). Com isso, provavelmente não se avançará na diminuição do prazo para a entidade pública recorrer. Para os objetivos deste trabalho o mais importante é a apelação, visto que é ela quem impede o trânsito em julgado (termo final para a avaliação da duração razoável) da decisão final. A nova lei quase se resume a estatuir que "da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação" (Art. 14). Essa espécie recursal está regulada na lei geral, o

que ocasionará a aplicação daquela lei à apelação do MS. Assim, o Poder Público terá trinta dias para recorrer da sentença (Art. 508 c/c Art. 188, do CPC). A vontade do Constituinte seria melhor atendida se o legislador tivesse excluído do rito do MS a aplicação do Art. 188 do CPC.

Uma novidade quanto aos recursos é a menção legal da possibilidade de a autoridade coatora apresentar o seu próprio recurso (Art. 14, § 2º, da Lei nº 12.016/2009). Destaque-se a inaplicação ao prazo recursal da autoridade coatora do Art. 188, do CPC. Esse dispositivo só é aplicado à Fazenda Pública – pessoas jurídicas de direito público interno – e ao Ministério Público. Assim, a autoridade impetrada terá o prazo de quinze dias para apelar.

3.3. O Ministério Público

A participação ministerial no mandado é outro ponto relevante para a celeridade. O Art. 12, da Lei nº 12.016, exige, após o decurso do prazo para as informações da autoridade coatora, a oitiva do MP no prazo improrrogável de dez dias. Diz o dispositivo:

Art. 12. Findo o prazo a que se refere o inciso I do *caput* do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do **prazo improrrogável de 10 (dez) dias**.

Parágrafo único. Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias (BRASIL, 2009g) (**grifo nosso**).

A investigação parte do ponto acerca da função do *Parquet* no *mandamus*. No passado já se questionou se a atribuição do órgão era a defesa da entidade pública ou se era a de fiscal da lei. Tal questionamento se deveu ao fato de nos regimes constitucionais anteriores o Ministério Público Federal (MPF) ter a função de representar judicialmente a União (ALMEIDA, 2007, p. 476-477; BARBI, 2000, p. 166; ROCHA, 1987, 196-197). Atualmente, essa dúvida não existe porque a CF/88 expressamente proibiu a atribuição de função representativa ou consultiva das pessoas públicas ao MP (Art. 129, inciso IX).

A atribuição conferida ao *Parquet* pelo dispositivo transcrito é a de fiscal da lei. Tal constatação não é suficiente para encerrar as discussões sobre a atuação do MP no mandado. Indaga-se ainda se a intimação do membro ministerial é imprescindível em todos os *mandamus* ou só naqueles nos quais se verifique uma das hipóteses do Art. 82, do CPC, ou de outras legislações específicas. Em outras palavras, o importante para determinar a atuação do órgão da Justiça Pública é o procedimento eleito ou a matéria sobre a qual se discute no curso do processo? Sentimos que o Legislativo teria avançado em relação à legislação anterior se tivesse regulado a matéria, preferencialmente determinando quais as matérias veiculadas no âmbito da ação de segurança reclamariam a intervenção ministerial. Como isso não foi feito, só resta ao Judiciário interpretar o dispositivo legal com a vista na celeridade.

Ao sentir dos autores deste trabalho, a interpretação correta do Art. 12, da Lei nº 12.016/2009, é aquela que o liga ao Art. 82, do CPC, e a outras legislações específicas, para só exigir a intimação do Ministério Público nos casos previstos no citado dispositivo do Código de Ritos e nas legislações especiais. Não se concebe que um direito pleiteado exija a intimação ministerial se for pedido pela via da ação de segurança, mas prescinda dessa intimação se for suplicado pelas vias ordinárias. A exigência indiscriminada de intimação do *Parquet* não casa com a característica de celeridade do *writ*. Se o mandado é uma ação específica para a defesa ágil de interesses do cidadão contra o Poder Público, não se pode dizer que a intimação do MP é imprescindível, tendo em vista que a espera pela manifestação ministerial, ao invés de acelerar o *writ*, o atrasa.

Não entendemos como razoável a interpretação que diz caber ao Ministério Público se manifestar no mandado porque em tal ação se discute a legalidade da Administração Pública. Se assim é, deveria o MP ser chamado para todos os processos contra as entidades públicas. Também não concordamos com o argumento no sentido da Lei do Mandado de Segurança ser norma específica e exigir a intervenção ministerial. Trata-se sim de lei específica, mas nesse ponto ela deve ser interpretada com a lei geral do Processo Civil, tendo em vista todo o intuito de celeridade do mandado. Lembre-se que um dos fatores para se avaliar a duração do processo é a complexidade da causa (item 1.3.1). Se a causa é a mesma, não há porque impor ao rito cujo objetivo é a agilidade um passo não exigido nas vias comuns.

Ressalte-se, ainda, o fato de na práxis ministerial membros do *Parquet* já proferirem no MS o parecer de não interesse. Nesse documento os Procuradores da República e Promotores de Justiça analisam a matéria discutida e, quando não verificam assunto tangente às atribuições do órgão, manifestam-se apenas para dizer que a matéria discutida no *writ* foge das funções impostas ao MP. Apesar dessa conduta, o Ministério exige a sua intimação fundamentada na alegação de que a ausência de interesse ministerial só pode ser constatada por um de seus membros. Insistimos na ideia de que o MS é apenas um procedimento diferenciado de prestação jurisdicional, motivo pelo qual devem ser modificadas nele apenas as condutas que casarem com o seu propósito de celeridade. Se não se suplica a intimação do MP em todos os processos para que seu membro analise se é caso de intervenção ou não, não se pode guerrear o mesmo no *writ* em estudo. A necessária intimação do órgão da Justiça Pública não se coaduna com nenhuma das especificidades do mandado, motivo pelo qual entendemos como irrazoável a exigência indiscriminada de intimação do *Parquet*.

Destaque-se, todavia, o fato de esse não ser o entendimento majoritário (ALMEIDA, 2007, p. 481-482; BUENO, 2009, p. 133-135; CUNHA, 2007, p. 387; FERRAZ, 2006, p. 301). Na doutrina, prevalece o entendimento de que a intimação do MP é obrigatória.

Ainda na vigência da Lei nº 1.533 existia a discussão acerca da natureza do prazo concedido pela lei para a manifestação do MP. Discutia-se se o lapso era próprio ou impróprio. Gregório Assagra de Almeida manifestava sua opinião no sentido de a intimação do MP não ser o bastante. Segundo o autor, o feito só podia continuar quando o MP se manifestasse sobre o mérito da demanda (ALMEIDA, 2007, p. 482). Isto é, o autor pregava que o prazo previsto para o MP era impróprio. Já Cassio Scarpinella Bueno, Leonardo Cunha e Sérgio Ferraz doutrinavam no sentido de o órgão ser intimado, mas entendiam os autores que a ausência de manifestação após os cinco dias

previstos no Art. 10, da Lei nº 1.533/51, não impedia a continuação do feito (BUENO, 2009, p. 134; CUNHA, 2007, p. 387; FERRAZ, 2006, p. 301). Para eles, o prazo para o *Parquet* era próprio. Nesse ponto, vemos um avanço na nova lei, pois a mesma é explícita na determinação da continuidade do feito após o prazo para manifestação ministerial, independentemente de o membro ter emitido seu parecer ou não (Art. 12. Parágrafo único). Não há dúvida de que essa regra contribuirá para a duração razoável do MS.

Também destacamos o avanço na alteração do prazo para manifestação do MP. Apesar de o Art. 12 transcrito ter aumentado o prazo para o parecer de cinco para dez, houve um avanço porque o prazo anteriormente previsto era irrazoável. Com ele não se permitia uma administração da quantidade de feitos sob a responsabilidade do MP. A exiguidade anteriormente existente ocasionava a ausência de cobrança. Agora, com um prazo razoável para a elaboração do parecer, será possível para as instâncias correcionais do MP exigir de seus membros o atendimento do lapso.

3.4. O Magistrado

O papel do Juiz é o mais importante para a duração razoável de qualquer processo. Tanto é assim que o Art. 125, II, do CPC, impõe ao Magistrado o dever de velar pela rápida solução do litígio. Ele representa o órgão Estatal sobre o qual recai a responsabilidade da prestação jurisdicional em tempo razoável. Como se viu em linhas atrás (item 1.3.2), a imputação de culpa às partes pela mora processual só é admitida nas situações nas quais fica comprovada a intenção de retardamento. A regra é a de que o devedor da agilidade processual é o Estado-juiz, motivo pelo qual deve o Magistrado tomar para si a responsabilidade de imprimir ao feito a rapidez merecida.

Esse dever merece mais atenção ainda nos processos de mandado de segurança. Até aqui já se disse que uma das principais características da ação em voga é a celeridade. Por isso, o Juiz, a quem incumbe impulsionar o MS, tem o dever de fazer as partes e a sua serventia obedecer ao rito especial do *writ*, interpretando-o com base no princípio da celeridade. A obediência ao devido processo legal é fundamental para a observância da tempestividade processual. No mandado de segurança, essa nota se agrava em razão de o procedimento do remédio ser montado com o objetivo de celeridade. Proposto o *writ* deve ser notificada a autoridade coatora e citada a pessoa jurídica para no prazo de dez dias apresentar, respectivamente, informações e defesa. Findo esse prazo, deve ser intimado o MP (em nossa opinião só se se verificar as hipóteses legais do CPC e das leis específicas) para apresentar parecer no prazo de dez dias. Transcorrido esse lapso, tenha ou não o *Parquet* apresentado o parecer, devem os autos ser conclusos para que a sentença seja proferida em trinta dias.

Vale salientar que o prazo judicial é impróprio, razão pela qual a falta de sentença não implica nenhuma conseqüência processual. Lembre-se, todavia, que a determinação legal deve ser atendida em respeito à duração razoável do processo. A obediência ao devido processo legal é uma das formas de garantir a duração célere do feito. O devido processo merece respeito na sua vertente procedimental exatamente para que não existam arbitrariedades na aplicação da lei. A desconsideração do prazo, se não for justificada, deve ensejar a responsabilidade estatal pelo atraso.

Não há como negar, por outro lado, que o prazo estabelecido pela Lei nº 1.533 para o Judiciário era exíguo para a complexidade das matérias jurídicas enfrentadas em muitas ações de segurança e para a quantidade de processos pendentes de resolução pelo sistema de justiça. O melhor, com certeza, foi a revisão empreendida pela Lei nº 12.016/2009 (Art. 12) que, a despeito de ampliar o prazo para o Judiciário, avançou em direção à duração razoável do processo ao estabelecer lapso mais condizentes com a realidade forense. Agora, os Magistrados têm trinta dias para proferir a sentença mandamental. Lapso razoável e, por isso, passível de ser cobrado ao Poder Judiciário.

Outro ponto merecedor de atenção é a concessão da liminar (Art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009). A decisão liminar não vem para atender a duração razoável do processo, pois, como já se disse, a tempestividade processual só pode ser aferida após o trânsito em julgado. Enquanto não houver sentença definitiva transitada em julgado não se pode avaliar a duração processual. A liminar serve para garantir o acesso à justiça, evitando que o bem litigado pereça antes do fim do processo. A celeridade, então, só pode ser garantida com a decisão final transitada em julgado.

Por último, cabe registrar que a Lei nº 12.016 impõe ao Magistrado o dever de priorizar o trâmite do MS em detrimento de outras ações, exceto a de *habeas corpus* (Art. 20).

CONCLUSÃO

O tema sobre o qual dissertamos é apenas alguns dos pontos influenciadores da tempestividade do mandado de segurança. Podemos dizer serem os sujeitos processuais os principais causadores da mora/celeridade do processo, mas o tema não diz respeito só a eles.

A importância dos sujeitos deve-se ao fato deles, de forma direta ou indireta, conduzir o processo. São as partes, o Ministério Público e, principalmente, o Magistrado quem têm uma compreensão do mandado e é esse entendimento que será capaz de conferir ao *writ* uma rapidez. A agilidade do *mandamus* será cobrada do Poder Judiciário, verdadeiro devedor do direito fundamental a um processo célere. Sem a ideia consistente na concepção do mandado como meio para a aceleração da prestação jurisdicional, o Judiciário não conseguirá fazer a garantia em estudo cumprir sua missão.

Nesse intuito, estudamos a regulação dada à participação dos sujeitos do mandado de segurança pela Lei nº 12.016/2009 com o objetivo de investigar se esse diploma trouxe soluções para o desafio do Judiciário diante das barreiras da duração razoável. Quanto ao sujeito ativo, verificou-se que o Judiciário terá de admitir a proposição do MS coletivo por partidos políticos com representação no Congresso Nacional para defender interesses ligados aos seus filiados ou às suas finalidades partidárias. Superou-se o entendimento de que só cabia o *writ* impetrado pelos partidos se fosse para beneficiar seus filiados. A novel legislação também rompeu barreiras quando expressou a possibilidade de organização sindical, entidade de classe e associação propor MS coletivo em benefício de interesses de parte ou do todo de seus membros, independentemente de autorização específica. Apesar dos avanços, vemos como um lapso a não ampliação do rol de legitimados a propor a ação de segurança coletiva e a retirada dos direitos difusos do objeto de proteção do mandado transindividual.

Tangentemente ao sujeito passivo, agiu bem o legislador ao determinar a comunicação da impetração ao órgão de representação da entidade pública interessada. Porém, pecou em condicionar o ingresso do ente no feito à vontade do Poder Público. Nesse ponto, entendemos que o desafio do Judiciário será aplicar à compreensão do mandado preceitos de direito administrativo e processual para fixar a legitimidade passiva no MS na pessoa jurídica a qual pertence a autoridade responsável pelo ato, determinando a notificação desta para apresentar informações no prazo de dez dias e a citação daquela para se defender no mesmo interregno. Seria condizente com o propósito do *writ* se a Lei nº 12.016/2009 tivesse excluído do seu procedimento a aplicação do Art. 188 na fase recursal.

Em relação ao Ministério Público, é preciso se entender que a ação de segurança é apenas um procedimento de rito célere. Por isso, não existe razão para se exigir a intervenção ministerial no *writ* e não a cobrar em outro feito. O que importa para determinar a intimação do *Parquet* é a matéria sobre a qual versa o feito e não o procedimento. Por isso, entendemos que a intimação ministerial no remédio em exame só deve ocorrer nos casos previstos no CPC e na legislação especial. Andou mal o legislador quando não especificou quais as matérias que reclamam a intervenção ministerial no *mandamus*, mas tal ausência pode ser suprida pela interpretação conjunta com as normas do CPC. Enxergamos um avanço na expressa menção da continuidade do feito independentemente de o MP ter proferido ou não seu parecer no prazo de dez dias que a nova lei lhe concede.

O mais importante para a duração do mandado de segurança é o Magistrado. Cabe a ele velar pela rápida solução do litígio. Ele é o Estado-juiz devedor da prestação jurisdicional em tempo hábil. No *writ of mandamus* essa obrigação só se agrava porque essa ação foi criada com o objetivo de acelerar a prestação jurisdicional nos casos de violação de direitos por autoridades públicas. É a ele, ao Juiz, que lançamos o desafio de interpretar a Lei nº 12.016/2009 sob o fundamento da celeridade, imputando a cada um dos sujeitos processuais o dever de agilidade na tramitação da ação de segurança.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVIM, José Manuel Arruda. **Mandado de Segurança e Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARMELIM, Donaldo. Tutela Jurisdicional Diferenciada. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 65, jan./mar. 1992, p. 45/55.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ASSISa, Araken de. Duração Razoável do Processo e Reformas da Lei Processual Civil. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 195-204.

ASSISb, Carlos Augusto de. **Sujeito Passivo no Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BETTI, Emilio. A Hermenêutica como Metodologia Geral das *Geisteswissenschaften*. In: BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea**. Trad. de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 77-131.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2009a.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <https://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2009b.

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2009c.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 625**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 de janeiro de 2009d.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 630**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 7 de setembro de 2009e.

_____. **Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951**. Disponível em: <https://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 7 de setembro de 2009f.

_____. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: <https://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 7 de setembro de 2009g.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de Segurança: comentários às Leis nº 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 2. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006.

RAMOS, Carlos Henrique. **Processo Civil e o Princípio da Duração Razoável do Processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

ROCHA, José de Moura. **Mandado de Segurança: a defesa dos direitos individuais**. 1 ed. 2 tir. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

ZARIF, Cláudio Cintra. Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 139-145.

---

[1] STJ, REsp nº 704.713/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/9/2008.

[2] STF, RE-AgR 412430/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/12/2005.

[3] STF, MS-QO nº 22970/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 5/11/1997.

[4] STJ, REsp nº 653602/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 26/4/2005.

[5] STJ, MS 12148/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/8/2008.

[6] STJ, REsp nº 806467/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 7/8/2007.

[7] STJ, MS nº 13.696-DF, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 24/9/2008, Informativo nº 369.

A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO E SUA CONFORMAÇÃO PARADIGMÁTICA: O DESAFIO DE MATERIALIALIZAR O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

LA ATUACCIÓN DEL JUEZ Y SU CONFORMACIÓN PARADIGMATICA: EL DESAFÍO DE MATERIALIALIZAR EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Renata Pereira Carvalho Costa

RESUMO

Embora a Constituição Federal de 1988 consagre entre nós o paradigma do Estado Democrático de Direito, representando um total giro nas concepções que caracterizavam e definiam os paradigmas anteriores, o que se percebe hoje é que a ideologia dos modelos constitucionais predecessores continua mais viva do que nunca. Assim, embora teoricamente o avanço tenha sido expressivo, a prática forense reflete um momento que pode ser resumido na máxima popular em que "o velho ainda não caiu e o novo ainda não se firmou". Ante a isso, tem se tornado corriqueiro, não só aos magistrados de piso, mas, inclusive, em nossos tribunais superiores, a tomada de decisões pautada, única e exclusivamente, naquele método silogístico no sentido aristotélico, de mera aderência do fato à norma, sem uma participação efetiva, crítica e legítima do julgador, o que pereniza entre nós, como pano de fundo, o paradigma liberal. Outros, insurgindo-se contra o modelo iluminista, professam uma atuação assistencialista e paternalista, limitando-se a atender os fins sociais perseguidos pelo Estado. Neste artigo, trabalhar-se-á em que medida o atual modelo constitucional exige a superação de concepções típicas dos paradigmas anteriores, sob pena de quedar-se em mera quimera.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO LIBERAL; ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL; ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; LEGITIMIDADE, RACIONALIDADE, DECISÃO JUDICIAL

RESUMEN

Aunque la Constitución Federal de 1988 que nos otorga el paradigma del Estado democrático, lo que representa una facturación total en los conceptos que caracteriza y define los paradigmas anteriores, lo que se percibe hoy es que la ideología de los modelos constitucionales predecesores son más vivo que nunca . Así, aunque teóricamente el progreso ha sido impresionante, la práctica forense refleja un momento se puede resumir en la máxima popular de que "el nuevo aún no se ha firmado y el viejo aún no se ha caído". Frente a esto, se han convertido en lugar común, no sólo a los magistrados de la palabra, pero incluso en nuestros tribunales superiores, la toma de decisiones guiada única y exclusivamente por el método silogístico en el sentido

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

aristotélico, el mero hecho de la adhesión a la regla, sin una participación efectiva, y la crítica legítima del juez, que se perpetúa entre nosotros, como telón de fondo, el paradigma liberal. Otros, que se levantan contra el modelo de iluminación, profesan una atuacción paternalista y actividades de bienestar, sino simplemente para satisfacer los objetivos sociales perseguidos por el Estado. En este artículo, el trabajo será en qué medida el modelo constitucional actual exige la superación de las concepciones típicas de los paradigmas anteriores, bajo pena de Cedar es una quimera.

PALAVRAS-CLAVE: ESTADO LIBERAL, ESTADO DE BIENESTAR SOCIAL, EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO, LA LEGITIMIDAD, LA RACIONALIDAD, RESOLUCIONES TRIBUNAL DE JUSTICIA

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos maiores desafios do Estado Democrático de Direito é, indubitavelmente, a "libertação" do magistrado de concepções típicas dos paradigmas anteriores, sobretudo, do liberal. Isso porque não se pode negar que a atividade interpretativa clássica, isto é, aquela silogística, de mera subsunção do fato à norma, de busca da *mens legis* ou *mens legislatoris* é muito mais cômoda e limitativa da atuação do Judiciário do que o método interpretativo proposto no atual paradigma, em que se exige além da racionalidade das decisões, a legitimidade das mesmas.

O Estado Social, não obstante apresente maior complexidade interpretativa em relação ao Estado Liberal, também não avançou muito no sentido de permitir uma atuação do Judiciário efetivamente comprometida com a justiça e com a legitimidade das decisões, já que limitava-se a implementar os fins sociais almejados pelo Estado.

O atual paradigma, por sua vez, percebido no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a exigir um aprimoramento das tutelas jurisdicionais a fim de maximizar a aplicação dos direitos fundamentais, tão violados pelos períodos antidemocráticos anteriores.

O Estado Democrático de Direito, na verdade, muito mais do que imprimir a necessidade de uma constituição como vinculação jurídica do poder, trouxe para o epicentro a pessoa humana e sua dignidade. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana passa a conformar um núcleo mínimo donde emanam diretrizes para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Ora, se os direitos fundamentais constituem um mínimo para a manutenção da dignidade humana, qualquer interpretação ou aplicação restritiva desses direitos não se amolda às exigências desse paradigma constitucional, sendo, portanto, ilegítima.

1 O PAPEL DO MAGISTRADO NOS PARADIGMAS DO ESTADO LIBERAL E DO ESTADO SOCIAL

Segundo Habermas[1], toda interpretação jurídica envolve uma disputa de paradigmas[2]. Evidentemente que nem sempre essa disputa se dá de maneira explícita, exigindo considerável esforço do intérprete a fim de se desvelar as pré-compreensões que estão a condicionar o pronunciamento judicial.

Como é possível perceber, a idéia esboçada por Habermas, pressupõe, necessariamente, o reconhecimento de que a atividade interpretativa não consegue se desvincular do momento histórico em que é desenvolvida, sofrendo, portanto, toda sorte de influências de pré-concepções que, juntas, delineiam o contexto de determinada época. Daí, a importância de retomarmos alguns fatores que foram determinantes para o perfil do Judiciário no paradigma do Estado Liberal e do Estado Social.

O nascimento do Estado Liberal, como é cediço, só foi possível dada à falência do Antigo Regime, sustentado pela tríade: feudalismo, no campo social, absolutismo, no campo político e mercantilismo, no campo econômico. O advento da Revolução Francesa em 1789 é considerado o divisor de águas entre a Idade Média e a Modernidade, representando a ruptura definitiva com o Regime anterior, caracterizado pelo amálgama entre religião, moral, tradição e costumes.

Essa transição para a Modernidade, consagradora do paradigma liberal, permitiu que se vislumbrasse com nitidez as mudanças ocasionadas pela ruptura. Assim, o poder, antes centralizado nas mãos do soberano que o compartilhava com uma nobreza privilegiada mediante recíprocas concessões, passa, na concepção liberal, a pertencer à lei, esta sim fruto de uma deliberação legítima, já que decorrente da soberania popular.

Aliás, Sahid Maluf[3] ao elencar algumas máximas consagradas pelo liberalismo, destaca algumas que bem sintetizam a ideologia liberal, tais como: todo governo que não provém da vontade nacional é tirania; a nação é soberana e sua soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível; o Estado é uma organização artificial, precária, fruto de um pacto nacional voluntário, sendo seu destino servir ao homem; a lei é expressão da vontade geral; todos são iguais perante a lei.

Teorias, como a de Bodin, que procuravam justificar o poder fora da soberania popular e centrada tão somente no divino, não mais possuem espaço nesse novo cenário dominado pelo império da razão, que no plano jurídico, refletirá no império da lei.

Na verdade, a lei foi um instrumento eficaz utilizado pelo liberalismo[4] político para garantir a limitação do poder e das funções do Estado. A burguesia, detentora do poder econômico, passou a reivindicar para si também o poder político, retirando de campo a monarquia absoluta que representava um entrave para essa classe em ascensão.

Veja que a lei representava a garantia perfeita de segurança jurídica, colocando o governante no seu devido lugar, ou seja, sob do domínio de uma ordem jurídica vinculante, garantindo, de tal modo, que não se retrocedesse ao Antigo Regime. Essa idéia do poder vinculado a uma ordem jurídica, representada, sobretudo, por uma Constituição, irá consagrar entre nós a idéia de Estado de Direito[5].

Nessa conjuntura, a atuação do magistrado era bastante restrita, devendo limitar-se a aplicar a lei no sentido do que se acreditava ser a sua literalidade, função que lhe rendeu o título de mero *boca da lei.* Entendia-se que somente o Legislativo era representante direto da soberania popular e, em virtude disso, o juiz jamais poderia destoar do comando legal, já que isso equivaleria, em última análise, em desrespeito à vontade do titular supremo da soberania, qual seja: o povo.

Restava, pois, ao juiz a tarefa simplificadora de subsunção, isto é, garantir a aderência do fato ao comando legal, não lhe sendo autorizado qualquer interpretação que se afastasse da leitura realizada pela *mens legislatoris.* Deparando-se o magistrado com a alguma dúvida no momento de aplicação da norma, deveria consultar o intérprete autêntico: o legislador. Procurava-se, dessa maneira, assegurar a neutralidade do método, objetivo incansavelmente perseguido pelo positivismo jurídico e filosófico do séc. XIX.

Quanto aos direitos fundamentais no paradigma liberal, eles afiguram-se muito mais em sua perspectiva formal do que material, sendo oponíveis tão somente ao Estado, a quem cabia a tarefa de abster-se de imiscuir na vida privada do indivíduo, mormente, na propriedade. Assim, não obstante o Estado Liberal tenha sido palco para a conquista dos direitos fundamentais de primeira dimensão, a leitura meramente formal que se fazia de tais direitos não oferecia uma resposta satisfativa para as desigualdades materiais verificadas na prática.

Na realidade, um modelo jurídico marcado pelo abstencionismo estatal associado ao capitalismo em pleno desenvolvimento forneceu o ambiente perfeito para *a maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história*[6]. Evidentemente que este quadro irá refletir diretamente no plano de aplicação das normas.

O modelo liberal não oferecia instrumentos idôneos a que o juiz, quando acionado, pudesse minimizar as distorções verificadas, de modo que não lhe restava outra alternativa senão reproduzir este modelo em sua atuação, contribuindo, assim, para a manutenção do *status quo*, para a legitimação da dominação.

Destarte, foi num contexto de exacerbado crescimento dos centros urbanos e imensa exploração do proletariado, esta fomentada pela busca desenfreada pelo lucro propugnada pelo capitalismo, que grupos começaram a se organizar para reivindicação de melhores condições de vida e de trabalho. Começava aí a reivindicação pelos direitos de 2ª dimensão, quais sejam: os sociais.

A luta por esses direitos terá como marco mais expressivo, em escala mundial, a Constituição Mexicana[7] (1917) e a Constituição de Weimar (1919), que irão consagrar constitucionalmente o paradigma do Estado do Bem-Estar Social. Era o reconhecimento de que o Estado precisava abandonar sua posição abstencionista, devendo assumir uma postura positiva, interventiva e promocional, havendo direitos mínimos que deveriam ser assegurados, como saúde, educação, previdência, saneamento etc. Os períodos pós 1ª e 2° Guerra Mundial corroboraram essa necessidade[8].

No âmbito das relações contratuais, consagrou-se o fenômeno do *dirigismo contratual*, que deixava claro a necessidade da intervenção estatal nestas relações a fim de garantir

equilíbrio às mesmas. A ingerência estatal se justificava face à exigência de se implementar uma igualdade material, pressupondo o reconhecimento das diferenças, o que denota um total giro de concepção em relação ao paradigma anterior.

Na visão de Fernado Facuri Scaff[9], essa transição de um Estado abstencionista para um Estado promocional,não foi casuística, antes se atribui, primordialmente, a dois fatores. Primeiramente, dado ao fato de que a burguesia se sentia ameaçada por aquelas tensões sociais da época, e, por isso, possibilitou maior flexibilização do modelo liberal. Além disso, porque ela própria, burguesia, se beneficiou desta intervenção, na medida em que a infra-estrutura básica necessária para o desenvolvimento das atividades de acumulação e expansão do capital foi patrocinada com verbas públicas, decorrentes da poupança e taxação generalizadas. Daí se dizer que os direitos sociais constituíram uma concessão da burguesia[10].

Também de extrema valia é a observação feita por Streck & Morais[11] com relação ao surgimento do Estado Social, apontando que a inserção da idéia de justiça social ao modelo liberal foi a principal responsável pelo giro de concepção acima mencionado. Neste sentido, concluem:

[...] um fator novo foi injetado na filosofia liberal. Era a justiça social, vista como a necessidade de apoiar os indivíduos de uma ou outra forma quando sua autoconfiança e iniciativa não podiam mais dar-lhes proteção, ou quando o mercado não mostrava a flexibilidade ou sensibilidade que era suposto demonstrar na satisfação de suas necessidades básicas.

Não obstante o empenho do modelo intervencionista em implementar essa justiça social, os direitos oriundos desse paradigma ainda " eram vistos muito mais como uma dádiva do que como verdadeiros direitos com exigibilidade judicial"[12].

Como bem coloca Noberto Bobbio[13] em sua obra "A Era dos Direitos", a história do constitucionalismo é uma história de promessas não cumpridas, de modo que mais uma vez, à semelhança do que ocorrera com o Estado Liberal, o modelo intervencionista não consegue cumprir o que prometera.

Assim é que a proposta de um Estado forte, capaz de promover "o resgate dos desvalidos, o asseguramento de condições materiais mínimas ao exercício consciente da cidadania, mediante a prestação de um sem número de serviços estatais, enfocados como direitos sociais, bem como a proteção legal e institucional daquele que se encontrar no lado materialmente mais frágil das várias relações" [14], foi mais uma promessa descumprida.

Quanto à atuação do magistrado no paradigma social, embora mais complexa se comparada ao modelo liberal, limitava-se a implementar os fins sociais perseguidos pelo Estado, de modo que não logrou êxito no que se refere a efetivação/maximização dos direitos fundamentais.

A concepção jurídica predominante neste paradigma foi o positivismo kelseniano[15], formulada a partir da compreensão do ordenamento jurídico como um conjunto fechado de regras, apresentando uma visão unidimensional do direito, sem qualquer abertura para a natureza normativa dos princípios, tal como concebemos com naturalidade hodiernamente.

Embora de grande valia para a concepção do Direito como ciência, a tentativa de Hans kelsen de inserir em uma moldura toda conduta possível de ser extraída de uma norma pelo juiz desconsiderou a complexidade da vida proporcionada pela *crescente velocidade da vida social**[16]***, o que torna inviável um esgotamento de comportamentos estabelecidos *a priori* pelo legislador.

Assim, nem sempre aquelas leituras hipoteticamente previsíveis encontradas no interior dos contornos da moldura fictícia, forneciam parâmetros satisfatórios para solução do caso *sub judice*, sendo o magistrado forçado a proferir decisões sem qualquer comprometimento com ditames de justiça.

Isto se dava pelo fato de que Kelsen não fornecia nenhum critério com base no qual pudesse ser apontada uma leitura como a correta dentre as várias possíveis, de modo que a autoridade julgadora teria discricionariedade para decidir dentre as várias possibilidades, tendo por limite tão somente o contorno da moldura.

Para Menelick de Carvalho Netto[17], o que kelsen não percebeu foi que um quadro de leituras possíveis jamais poderá ser traçado, até porque esse quadro é móvel na história. Ao entender que o juiz deve assumir uma postura voltada para as possibilidades existentes na moldura, kelsen desconsidera a relevância das peculiaridades e da irrepetibilidade do caso concreto, colocando o magistrado frente a situações em que tal modelo seria incapaz de conduzir a uma decisão, concomitantemente, justa, racional e legítima.

Em sua edição de 1960, Kelsen acabou por reconhecer a impossibilidade de qualquer controle efetivo do poder discricionário do juiz, o que acabou comprometendo os próprios objetivos da Teoria Pura, quedando-se num total decisionismo, já que reconhece a interpretação realizada pelos órgãos jurisdicionais como um ato de vontade. Admite, igualmente, a produção de uma norma fora da moldura como interpretação autêntica, desde que realizada por qualquer dos órgãos de forma vinculante[18]. Tal mudança de concepção verificada nesta edição foi responsável pelo o que ficou conhecido como “giro decisionista” na teoria kelseniana.

Amparado, assim, por uma teoria predominante que negava normatividade aos princípios, o *Welfere State*, embora imbuído de um forte desejo de implementar uma justiça social numa sociedade reconhecidamente desigual, chega a seu fim. O discurso, ao menos oficial, segundo Salo Carvalho[19], que denota a falência do modelo intervencionista sustenta-se em problemas de financiamento (custos) dos direitos sociais. De modo que gestores da crítica ao modelo político-econômico social, como Hayek e Friedman, afirmam que seria impossível ao Estado Providência arcar com compromissos assumidos.

De qualquer sorte, com a derrocada do modelo social surge, com a difícil missão de dar cabo às promessas e mais promessas feitas e não cumpridas pelos paradigmas

anteriores, o Estado Democrático de Direito que, no Brasil, se consagra após um longo período ditatorial, na Carta Magna de 1988.

2 O DESAFIO DE COMPATIBILIZAR A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO ÀS EXIGÊNCIAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O positivismo jurídico, como visto, alcança seu apogeu na vigência do *Welfere State.* Tal sucesso pode ser atribuído a representantes como Austin, kelsen e Hart. Não obstante as especificidades que diferem cada um deles, todos negam o caráter normativo dos princípios e expressam como objetivo da ciência jurídica "criar um perfeito corpo unitário de regras que pudessem abranger todas as situações." [20]

No plano de aplicação das normas, tal desiderato determinava que o juiz deveria cercar-se de objetividade, mantendo-se distante das partes,[21] cabendo-lhe apenas averiguar se uma norma era formalmente válida, isto é, se observava o procedimento adequado para sua produção, o que era previsto por uma norma hierarquicamente superior. Sendo válida, restava realizar a subsunção do fato à norma, sem maiores indagações quanto ao conteúdo normativo. Nesse contexto, a discussão acerca da legitimidade das decisões judiciais restou bastante prejudicada.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, passa a ser foco de discussões doutrinárias a questão da legitimidade das decisões judiciais. De modo que não basta que uma decisão judicial seja tão somente racional, requisito já exigido pelo positivismo clássico, mas urge, igualmente, que atenda a ditames democráticos tal qual no âmbito de criação.

Mister, assim, que as decisões emanadas do Poder Judiciário estejam comprometidas com a justiça tal qual estão com a segurança jurídica, o que só é possível "numa perspectiva democrática, que considere a óptica de todos os afetados pela decisão".[22]

Na visão de Habermas, a "teoria do discurso" será a resposta dada à indagação de como é possível aferir a legitimidade de uma decisão judicial, pois somente ela permite que cada ator participe da construção do discurso em busca do consenso. Isso é possível na medida em que o argumento de cada afetado é levado em consideração, ainda que para fins de refutação[23].

Tal postura sugerida pelo filósofo alemão permite que cada um dos envolvidos no processo possa aceitar a decisão proferida ao final como legítima, mesmo que lhe seja desfavorável, pois a participação na construção do discurso mediante um contraditório efetivo ao longo do processo faz com que todos se sintam co-autores do provimento emanado.

Alexandre de Castro Coura[24], ao discorrer sobre a importância da legitimidade e aceitabilidade das decisões judiciais, destaca que se todo provimento jurisdicional carecesse do uso da coerção estatal para que fosse cumprido, o aparato judicial certamente ruiria em sua totalidade, vez que seria inviável que o Estado colocasse um

vigia atrás de cada cidadão. Daí a imprescindibilidade da legitimidade das decisões judiciais a fim de que cada afetado possa voluntariamente cumprir o comando judicial que lhe for dirigido.

Corroborando essa idéia, Roberto Basilone Leite, [25], ao discorrer sobre o pensamento de Habermas, dispõe:

A validade da ordem jurídica está na legitimidade que a norma deve ter para além de sua facticidade, e essa legitimidade repousa no consenso racional obtido por intermédio do debate público. Quando fala em consenso racional obtido por meio do agir comunicativo, Habermas pressupõe cidadãos que agem livre e espontaneamente, isto é, pressupõe sujeitos que, sendo simultaneamente atores e destinatários das decisões públicas, vinculam-se à norma por eles mesmos formuladas por razões alheias ao medo da sanção estatal.

Possível extrair da referência acima o giro paradigmático na compreensão esboçada. O Estado Democrático de Direito passa, portanto, a exigir que o âmbito de aplicação das normas se submeta ao princípio democrático, promovendo, por conseguinte, uma maior aproximação do juiz às partes envolvidas, a fim de que possa atentar para os mínimos detalhes que permeiam a demanda *sub judice.* Em resumo: *o direito somente se legitima pela via democrática**[26]***.

Ao revés do que se verificava nos paradigmas anteriores, o julgador jamais poderá se colocar de costas para o caso concreto e focar-se unicamente nas disposições normativas abstratas. Pelo contrário, somente ante a uma análise detida do caso concreto é que será possível extrair uma decisão que atenda, concomitantemente, racionalidade, legitimidade e justiça.

Nesse sentido, foi de grande valia os ensinamentos de Ronald Dworkin ao propor uma ruptura com aquela atuação do magistrado percebida no positivismo, sobretudo, de Hart[27]. Para Dworkin, não interpretamos somente textos, mas, também, fatos concretos. Assim, torna-se perceptível na égide do Estado Democrático de Direito um elemento novo, identificado por Menelick Netto como[28]:

[...] um incremento correspondente de exigências quanto à postura do juiz não somente em face de dos textos jurídicos dos quais este hauriria a norma, mas inclusive diante do caso concreto, dos elementos fáticos que são igualmente interpretados e que, na realidade, integram necessariamente o processo de densificação normativa ou de aplicação do Direito[...]

Ora, se cada fato concreto constitui um evento único e irrepetível por natureza, caberá ao juiz desvelar no processo a única resposta correta para aquele caso, de modo que todo e qualquer caso deve ser tratado pelo julgador como um *hard case**[29]***.

Para Dworkin, o dispêndio de energia do juiz em busca da única resposta correta para o caso específico seria tão grande, que resolveu criar um juiz fictício que possuiria todos os atributos exigidos por sua condição. Assim, o juiz Hércules apresenta-se como aquele julgador que reúne em si, na correta medida: paciência, sabedoria, sagacidade e capacidade.

Indubitavelmente é árdua a tarefa de julgar. Oxalá que todos os julgadores pudessem ser considerados verdadeiros Hércules. Mas, infelizmente, isso não ocorre. Na *práxis* judiciária o que se percebe, até em maioria, são atuações típicas de paradigmas anteriores, mormente, do liberal, em que a preocupação é única e exclusivamente com aplicação do que consideram ser o sentido literal da lei, *a mens legis,* ou, até mesmo, a *mens legislatoris*, aplicada ritualisticamente pelo julgador.

De maneira brilhante Dworkin já criticava a versão mais ortodoxa da hermenêutica jurídica fundada na intenção legislativa, a qual denominou de "teoria da intenção do locutor". Esta teoria implica em revelar os motivos ou a intenção do legislador quando da confecção das leis. A legislação é entendida como "*um ato de comunicação que deve ser entendido através do modelo simples de locutor e audiência, de modo que a pergunta mais importante na interpretação legislativa é o que um locutor individual ou grupal "quis dizer" em algum ato canônico de enunciação**[30]***".

A objeção do mencionado autor a tal teoria é que nela as soluções sempre deverão convergir para um momento específico da história, aquele em que o sentido da lei se fixa definitivamente. São palavras de Dworkin:[31]

O método Hércules [...] rejeita a hipótese de um momento canônico no qual a lei nasce e tem todo – e o único- significado que sempre terá. Hércules interpreta não só o texto da lei, mas também sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estenda para muito além desse momento. Quer utilizar o melhor possível esse desenvolvimento contínuo, e por isso sua interpretação muda à medida que a história vai se transformando. Não identifica certas pessoas como criadores exclusivos de uma lei...

Na mesma linha, até mesmo o mestre italiano Francesco Ferrara[32], um dos arautos da hermenêutica jurídica tradicional, dispõe:

[...] o comando legal tem um valor autônomo que pode não coincidir com a vontade dos artífices e redatores da lei, e pode levar a conseqüências inesperadas e imprevistas para os legisladores. Como diz Thöl, pela sua aplicação a lei desprende-se do legislador e contrapõe-se a ale como um produto novo, e por isso a lei pode ser mais previdente do que o legislador.

A propagação de pensamentos como esses contribuiu em muito para que aos poucos os aplicadores da norma fossem tomando consciência da importância de sua função na atual conjuntura, não mais como mero boca da lei, mas como instrumento de transformação do *status quo*, como autênticos guardiões dos direitos e garantias fundamentais. Aquela hermenêutica tradicional que nega a dimensão criadora do intérprete precisa ser definitivamente sepultada.

Infelizmente, alguns doutrinadores entendem que as técnicas de interpretação, como a gramatical, a lógico-sistemática, a axiológica ou teleológica, entre outras, estão a indicar procedimentos apropriados à atividade jurisdicional de forma vinculativa. A maior parte dessas técnicas interpretativas identificadas na doutrina remonta a Savigny, com exceção da teleológica, e ele nunca viu nestas técnicas uma maneira de se chegar a um resultado previsível e objetivo do significado da norma[33]. *Limitou-se apenas a indicar os elementos constitutivos de uma norma passíveis de serem considerados numa interpretação*, isto é, *os elementos que informam e orientam a lei sem, contudo, sobrepor-se ao comando do problema, ou seja, a dimensão prática e concreta do caso*.[34]

Como se percebe, muitos não compreendem que não existe nenhuma técnica, por si só, capaz de garantir que o juiz julgara bem***[35]***. O desafio que se apresenta para o Judiciário na égide do presente paradigma constitucional é justamente o de tomar decisões que *retrabalhem construtivamente os princípios e as regras constitutivos do Direito vigente* para que satisfaçam, simultaneamente, a exigência de consolidar a crença tanto na legalidade, compreendida como segurança jurídica, como também na certeza do Direito, entendida como o sentimento de justiça realizada, decorrente do ajustamento da decisão proferida às peculiaridades do caso concreto[36].

Nesse intento, afigura-se indispensável a sensibilidade do magistrado para as particularidades que envolvem a demanda, pois a idéia de realização de justiça perpassa, necessariamente, pela análise detida do núcleo essencial dos direitos fundamentais vislumbrados no caso *sub judice*. Uma análise meramente silogística é incapaz de fornecer subsídios para a maximização dos direitos e garantias fundamentais que permeiam determinado pleito, e, assim, manter incólume a o macroprincípio da dignidade da pessoa humana.

A imparcialidade, tão exigida do magistrado pelo positivismo jurídico clássico enquanto sinônimo de neutralidade, agora apresenta um novo viés, traduzindo-se na:

[...] capacidade de o juiz levar em conta a reconstrução fática de todos os afetados pelo provimento e, desse modo, fazer com que o ordenamento como um todo, enquanto pluralidade de normas que concorrem entre si para reger situações, se faça presente, buscando então qual a norma que mais se adequa à situação; qual norma que, em face das peculiaridades específicas daquele caso visto como *hard case*, promove justiça para as partes, sem deixar resíduos de injustiças decorrentes da cegueira à situação de aplicação[37].

Giorgio Del Vecchio[38] denuncia que o que se tem observado, na verdade, é que o respeito formal à lei é, em diversos casos, pura ficção, vez que se verifica que o juiz busca na sua própria consciência e nos elementos de sua vida social a motivação de sua decisão, recorrendo à lei tão somente para atender a requisitos formais de aplicação da norma.

Importante dizer que o juiz não está autorizado a se valer de argumentos alienígenas ao Ordenamento Jurídico para sustentar suas decisões. Resta indubitável que num Estado de Direito, "*a lei, mesmo larga e livremente interpretada, representa sempre um limite, e um limite necessário, ao arbítrio do juiz.*" [39]

A pretexto de se enquadrar no tão festejado ativismo judicial, não pode o magistrado se enveredar em "*subjetivismos disfarçados de interpretação constitucional**[40]***" ou legal. Por isso há sempre que se exigir do juiz no desempenho da função de efetivador de direitos fundamentais, uma argumentação racional consistente e consentânea com os ditames do Estado Democrático de Direito.

Sem dúvida que a perspectiva democrática invocada como pressuposto de legitimidade das decisões judiciais já representa significativo controle da atividade judicial a evitar arbítrios. Nessa cadência, a "teoria do discurso" de Habermas, por sustentar-se numa razão comunicativa, corrobora o que estamos a dizer, já que nela, não só os argumentos das partes, manifestados mediante pretensões de validade, são postos à refutação, mas também, os argumentos do julgador. Todos envolvidos constituem-se atores e participam da construção do discurso através do debate[41].

A cientista política alemã, Ingeborg Maus[42], manifesta sua preocupação quanto ao fato de o Poder Judiciário a fim de dar concretude e efetividade a certos direitos, sobretudo, os fundamentais, quedar como verdadeiro *superego de uma sociedade órfã*, atuando na qualidade de administrador da moral pública. Para ela, a instância competente para debates de ponto de vistas morais não é o Judiciário. Assim, põe em relevo o perigo verificado "*quando a jurisprudência trata seus próprios pontos de vista morais como regras jurídicas", pois se assim for, "qualquer fato imaginável pode ser identificado como juridicamente relevante e transformado em matéria judicial*." [43]

A autora, analisando a questão alemã durante o regime nacional-socialista, observa que a maioria dos juízes "*sentiram-se afrontados não só socialmente mas funcionalmente, reagindo com irritação à exigência de atuarem como meros serviçais da norma"**[44]***.

Mas que após a Segunda Guerra Mundial e a queda do regime nazista, vislumbrou-se total mudança na atuação dos juízes alemães, vindo a ser taxada, inclusive, de extrema. Eles procuravam, a qualquer preço, "*reerguer um Estado de direito, identificado como uma Justiça livre de todas as formas de controle e vinculação. Esta postura transparece no ditado de Klaus Adomek "a lei vincula seus destinatários não seus intérpretes" **[45]***.

Evidentemente não é essa a postura radical do Poder Judiciário que estamos a defender. A Justiça não é nem deve ser o filtro de valores e de concepções morais identificados numa dada comunidade. A instância competente para tanto seria o Legislativo, onde o procedimento é o mais democrático possível e a lei é concebida como fruto da vontade geral, manifestada pelos representantes eleitos de um povo soberano.

A concepção de um Poder Judiciário como superego da sociedade, como vislumbrado por Ingeborg Maus na Alemanha, contribui para a hipertrofia da função por ele desenvolvida frente às demais funções do Executivo e Legislativo, desencadeando uma disputa acirrada entre os Poderes da República.

Embora a autora supracitada direcione crítica específica ao Tribunal Constitucional Alemão, o qual após a derrocada do regime nazista passou a atuar com projeções axiológicas que tornam sua atividade isenta de qualquer controle, no Brasil a crítica, *mutatis mutandis*, não é de toda descabida.

Nosso Tribunal Constitucional, por vezes, tem se manifestado, sobretudo, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, com fundamentos que indicam nitidamente a usurpação de funções dos demais Poderes, em especial do Legislativo. Recôndito em conceitos como proporcionalidade ou razoabilidade, o desvio de função tem sido de clareza solar, denunciando a retirada de campo dos argumentos jurídicos que legitimam a atuação do Judiciário e a tornam passível de controle. Nossos onze ministros que compõe o Supremo Tribunal Federal têm exercido autêntico *poder de veto sobre as políticas da nação**[46]***, o que representa verdadeiro golpe contra as bases democráticas de nossa República.

Ronald Dworkin[47], discorrendo sobre o equívoco cometido pelos juízes da Suprema Corte americana ao retomarem como argumentos para o controle de constitucionalidade a intenção dos constituintes, estratégia recorrente no Brasil, assim assevera:

Os juízes não podem decidir qual foi a intenção pertinente dos constituintes, ou qual processo político é realmente justo ou democrático, a menos que tomem decisões políticas substantivas iguais àquelas que os proponentes da intenção ou do processo consideram que os juízes devem tomar. A intenção e o processo são idéias nocivas porque encobrem essas decisões substantivas com a piedade processual e finge que elas não foram tomadas.

Imprescindível, portanto, que seja retomada a independência e a harmonia entre as funções tripartidas na Constituição Federal, não se permitindo o sobrepujamento de uma frente às demais, tudo isso tendo em vista a preservação do princípio da separação dos poderes. Embora lembremos com Américo Bedê Freire Jr[48], que independência e harmonia são conceitos que, *no mundo fático, quase sempre entram em rota de colisão*, necessário se faz que encontremos um equilíbrio salutar à concretização do processo democrático.

Como o mandado concedido aos políticos eleitos não constituem *cheques em branco*[49], toda vez que o produto da atividade legiferante destoar dos preceitos e princípios constitucionais, em especial daqueles que formam a película que está a proteger o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, quais sejam, os direitos e garantias fundamentais, qualquer magistrado estará autorizado a afastá-lo da incidência do caso concreto a fim de não chancelar inconstitucionalidades e injustiças.

Será com os olhos fitos nas particularidades que envolvem o caso concreto que o magistrado, mediante a sensibilidade imanente à toga, velará para que todo aquele que recorrer ao Poder Judiciário a fim de exercer seu direito inserto no art. 5°, XXXV da Carta Magna, faça jus a uma decisão racional, legítima e justa, não cedendo às constantes tentações de desvirtuar-se desse intento e enveredar-se pelo caminho formalista típico dos paradigmas anteriores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dito alhures, o Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição Federal de 1988, buscou oferecer todos meios necessários a que o magistrado atue em conformidade com os princípios e valores que dele emanam.

Contudo, uma análise superficial da prática forense já nos permite vislumbrar que o atual paradigma ainda não se solidificou totalmente, haja vista a dificuldade de grande parte dos aplicadores do direito em desprender-se de concepções que caracterizam e eternizam os paradigmas anteriores.

O suporte teórico propiciado pelo positivismo clássico não logrou êxito em conferir legitimidade e justiça às decisões judiciais, contentando-se, apenas, com a racionalidade das mesmas. Embora insuficiente para atender tais fins, a proposta do positivismo seduziu multidões quando propôs conferir ao Direito um caráter científico.

Assim, reduzindo o papel do juiz à mera tarefa de subsunção do fato à norma e enaltecendo o primado da lei, o Estado Liberal mantinha-se sem maiores preocupações o *status quo* sem qualquer compromisso com a justiça das decisões, já que era impossível se conceber uma lei injusta.

No Estado Social, embora a tarefa destinada aos juízes adquirisse maior complexidade, o que pode ser notado pela concepção de direitos metaindividuais conquistada em sua vigência, também não evoluiu muito a hermenêutica jurídica em relação ao modelo anterior, restringindo-se o Judiciário a materializar as finalidades sociais perseguidas pelo Estado. Além de tudo, a negação do caráter normativo dos princípios, ainda levada a cabo neste paradigma, não permitiu que o magistrado atuasse como verdadeiro fator de transformação da realidade, mas sim como executor das finalidades estatais.

Felizmente, rompendo com essas deficiências e tentando superar outras, surge o atual paradigma, em que o Judiciário deve se propor a atuar não como *superego de uma sociedade órfã*, como denunciou Ingeborg Maus na Alemanha, mas sim como uma instancia que respeita o princípio da separação de poderes, contudo, não vê nele um entrave para efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

O Judiciário não é, efetivamente, a instância responsável pela resolução de todos os males que afetam a sociedade, mas, em hipótese alguma, poderá se escusar de no exercício de sua função conferir racionalidade, legitimidade e justiça às suas decisões, sob pena de tornar o Estado Democrático de Direito uma quimera.

Imprescindível, destarte, a aproximação do magistrado das partes, a fim de que possa colher o maior número de informações necessárias para a melhor reconstrução da única versão correta do caso que lhe apresenta, atentando para o fato de que uma peculiaridade daquele caso em particular pode levá-lo a proferir uma decisão totalmente diferente de outra concedida em caso “aparentemente” similar.

É justamente o olhar atento do julgador às minúcias do caso concreto que permitirá a correção de situações injustas criadas por determinadas normas e inimagináveis pelo legislador. É graças a uma postura comprometida com o debate democrático na construção das decisões judiciais, tão sonhada por Habermas, que podemos, com Dworkin, denominar o juiz do Estado Democrático de Direito de verdadeiro *Hércules*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica.** Trad. Maria Cristina Gumarães Cupertino**.** 3 ed. São Paulo: Landy, 2006.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito.** 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **A Morte do Direito**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 11.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos .** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COURA, Alexandre Castro. **Para uma análise critica da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito.**

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso e correção normativa do Direito: Aproximação à Metodologia Discursiva do Direito.** São Paulo: Landy, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios.** Trad. Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005 .

FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Trad. Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Lider, 2003.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREIRE JR, Américo Bedê. **O controle Judicial das Políticas Públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KUHN, Thomas Kuhn. **A estruturadas Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LEITE, Roberto Basilone. **Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista**.

In: Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: A Contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria da Justiça. Coord. Cecília Caballero Lois. São Paulo: Landy, 2005.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAUS, Ingerborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã.** Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: Novos Estudos CEBRAP, n.58, Novembro, 2000.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NETTO, Menelick de Carvalho. **A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais**. In: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura Sousa. **O Discurso e o Poder.** Porto Alegre: Fabris, 1998

STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VASCONCELOS, Padre Francisco de. **Habermas e o conteúdo normativo da Modernidade**. Vila Velha: Gráfica Editora Quatro Irmãos, 2008.

VECCHIO, Giorgio Del. **O Estado e suas fontes do Direito**. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005.

---

[1] HABERMAS, Jürgen *apud* COURA, Alexandre Castro. **Para uma análise critica da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito.** p. 03. "Um paradigma de Direito delimita um modelo de sociedade contemporânea para explicar como princípios do Estado de Direito e os direitos fundamentais devem ser concebidos e implementados para que se cumpram, naquele contexto, as funções que lhe são normativamente atribuídas". (rodapé)

[2] Estamos adotando aqui o sentido de paradigma sugerido por Thomas Kuhn em sua obra *A estruturadas Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994, p. 218 e ss. Assim, "paradigma" está a significar aquele conjunto de pré-compreensões compartilhadas, que passam a integrar um pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais. Será mediante o compartilhamento desse pano de fundo comum que será possível se estabelecer a comunicação entre os indivíduos. Veja, portanto, que toda interpretação se dá sob a ótica de um determinado paradigma, sendo impossível ao intérprete de desvencilhar deste conjunto de pré-compreensões no qual está inserido.

[3] MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** 24ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 126, 1998.

[4] "O liberalismo se apresentou como uma *teoria antiestado.* O aspecto central de seus interesses era o indivíduo e suas iniciativas. [...] O papel do Estado é negativo, no sentido de proteção dos indivíduos. Toda intervenção do Estado que extrapole estas tarefas é má, pois enfraquece a independência e iniciativa individuais. Há uma dependência entre Estado e o espaço da(s) liberdade (s) individual (is)". STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 56, 2004.

[5] Para Canotilho, o Estado de Direito é "estado constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A Constituição confere à ordem estadual e aos atos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas - como sugeriria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – **supremacia da Constituição –** e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o <<primado do direito>> do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão. Do princípio da constitucionalidade e da supremacia da Constituição deduzem-se vários outros elementos constitutivos do princípio do estado de direito". (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 245/246)

[6] NETTO, Menelick de Carvalho. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito,** p. 479.

[7] Alguns autores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, questionam essa idéia de que a Constituição Mexicana de 1917 tenha sido um marco consagrador da nova concepção de direitos fundamentais. Afirmam que sua repercussão, mesmo na América Latina, foi mínima, atribuindo-se a ela tão somente, como novidade, o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco de direitos do trabalhador. (FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 46). Posicionamos-nos ao lado de autores, como Fábio Konder Comparato (p. 174), que reconhecem a importância desta Carta Constitucional no cenário internacional, haja vista ter sido a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais ao lado das liberdades individuais e direitos políticos. Segundo Comparato, a Constituição Mexicana foi ainda a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, isto é, a vedação de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura no mercado. (COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos .** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 177).

[8] DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso e correção normativa do Direito: Aproximação à Metodologia Discursiva do Direito.** São Paulo: Landy, 2004, p.43.

[9] SCAFF, Fernado Facuri *apud* STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 69.

[10] Na visão do Prof° Boaventura Sousa Santos, o Estado Social ou Providência representou, na verdade, a instituição de uma política inventada nas sociedades capitalistas a fim de compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista (SANTOS, Boaventura Sousa. **O Discurso e o Poder.** Porto Alegre: Fabris, p., 1998).

[11] STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 60, 2004.

[12] FREIRE JR, Américo Bedê. **O controle Judicial das Políticas Públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.25.

[13] BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, p. 1992.

[14] NETTO, Menelick de Carvalho. **A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais**. In: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 148.

[15] Evidentemente que não estamos a ignorar autores de grande expressão para o positivismo jurídico como Austin e Hart. A ênfase à concepção kelseniana se dá em virtude de ter ela alcançado maior repercussão no meio acadêmico, sendo seu estudo obrigatório em, praticamente, todas as grades curriculares de nosso país, sobretudo, a obra "Teoria Pura do Direito".

[16] CARNELUTTI, Francesco. **A Morte do Direito**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 11.

[17] NETTO, Menelick de Carvalho. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito,** p. 481 e ss.

[18] COURA, Alexandre Castro. **Para uma análise critica da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito.** p. 27/28. Artigo disponibilizado pelo autor no mestrado da FDV, na disciplina "Teoria Geral dos Direitos Fundamentais". Não consegui a referência de publicação.

[19] CARVALHO, Salo *apud* FREIRE JR, Américo Bedê. **O controle Judicial das Políticas Públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 26, 2005.

[20] MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 452.

[21] Ibid., p. 442.

[22] COURA, Alexandre Castro. **Para uma análise critica da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito.** p. 01. Artigo disponibilizado pelo autor no mestrado da FDV, na disciplina "Teoria Geral dos Direitos Fundamentais". Não consegui a referência de publicação.

[23] LEITE, Roberto Basilone. **Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista**. In: Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: A Contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria da Justiça. Coord. Cecília Caballero Lois. São Paulo: Landy, 2005, p. 197 e ss.

[24] COURA, Alexandre Castro. **Para uma análise critica da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito.** p. 02. Artigo disponibilizado pelo autor no mestrado da FDV, na disciplina "Teoria Geral dos Direitos Fundamentais". Não consegui a referência de publicação.

[25] LEITE, Roberto Basilone. **Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista**. In: Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: A Contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria da Justiça. Coord. Cecília Caballero Lois. São Paulo: Landy, 2005, p. 227.

[26] LEITE, Roberto Basilone. **Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista**. In: Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: A Contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria da Justiça. Coord. Cecília Caballero Lois. São Paulo: Landy, 2005, p. 228.

[27] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35 e ss. MacCormick resume em quatro as grandes críticas de Dworkin à Hart: " 1) Hart não se dá conta do papel dos princípios no processo de aplicação do Direito; 2) Os princípios não poderiam ser identificados pela regra de reconhecimento, que como se sabe, na caracterização do direito de Hart, tem precisamente o papel de indicar quais são as normas - no sentido mais amplo do termo- que pertencem ao sistema; 3) A teoria das normas sociais, em que se baseia a noção de regra de reconhecimento – e de norma em geral – é insustentável; 4) Hart caracteriza mal o poder discricionário, ao supor que, nos casos difíceis, os juízes atuem como quase-legisladores e exerçam um poder discricionário forte". (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica.** Trad. Maria Cristina Gumarães Cupertino**.** 3 ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 135.)

[28] NETTO, Menelick de Carvalho. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.** p. 482

[29] NETTO, Menelick de Carvalho. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.** p. 475.

[30] DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 416.

[31] Idem.

[32] FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Trad. Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Lider, 2003, p. 30.

[33] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito.** 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3-4.

[34] Ibid., p. 4.

[35] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito.** 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 7

[36] Idem.

[37] NETTO, Menelick de Carvalho. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.** p. 484.

[38] VECCHIO, Giorgio Del. **O Estado e suas fontes do Direito**. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte:

Líder, 2005, p. 58.

[39] Ibid., p. 58/59.

[40] FREIRE JR, Américo Bedê. **O controle Judicial das Políticas Públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 25, 2005.

[41] Na concepção habermasiana, "a participação em discursos possui força revolucionária em dois aspectos

"Ultrapassa convenções e leis existentes, tomando distâncias de papéis sociais concretos e engendrando novos princípios a partir da projeção de uma publicidade argumentativa aberta. E, em outra vertente, as barreiras que provém das repressões de caráter, são também explodidas pela participação em discursos, abrindo-se espaço à auto-realização". (VASCONCELOS, Padre Francisco de. **Habermas e o conteúdo normativo da Modernidade**. Vila Velha: Gráfica Editora Quatro Irmãos, 2008, p. 114)

[42] MAUS, Ingerborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã.** Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: Novos Estudos CEBRAP, n.58, Novembro, 2000, p. 195.

[43] Ibid., p. 201.

[44] Idem.

[45] Ibid., p. 198. Na visão de Ingeborg Maus “o juiz torna-se o próprio juiz da lei - a qual é reduzida a produto e meio técnico de um compromisso de interesses”. Na realidade, os juízes magistrados alemães se utilizaram do antipositivismo e do antiformalismo primários para repudiarem a concepção do magistrado como *auxiliares direto da condução do Estado*.

[46] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios.** Trad. Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 41 .

[47] Ibid., p. 43.

[48] FREIRE JR, Américo Bedê. **O controle Judicial das Políticas Públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 42 (rodapé).

[49] Ibid., p. 61.

TEORIAS DIALÓGICAS E OS SISTEMAS DE CONSTITUIÇÕES NÃO ESCRITAS: O CASO ISRAELENSE*

DIALOGICAL THEORIES AND THE SYSTEM OF UNWRITTEN CONSTITUTIONS: THE ISRAELI CASE

Rodrigo de Souza Tavares
José Guilherme Berman

RESUMO

O artigo visa apresentar uma sistematização de diferentes teorias de diálogo constitucional desenvolvidas em países ligados à commonwealth, que pregam uma atividade de cooperação entre os poderes políticos e o judiciário a fim de conferir uma maior (e melhor) proteção aos direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos. Em seguida será analisado o caso israelense, país no qual o diálogo parece surgir como alternativa à revolução constitucional implementada pela Suprema Corte local nas últimas décadas. Ao final, o presente estudo buscará contribuir para um exame crítico da noção de supremacia judicial conforme disseminada na teoria constitucional brasileira, ampliando o horizonte de reflexões sobre os mecanismos de diálogo entre os poderes legislativo e judiciário presentes no âmbito do desenho constitucional das instituições brasileiras.

PALAVRAS-CHAVES: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – DEMOCRACIA – DIÁLOGO INSTITUCIONAL – DIREITOS FUNDAMENTAIS

ABSTRACT

The paper presents a systematization of different theories of constitutional dialogue developed in countries linked to the commonwealth, who preach a cooperative activity between the political powers and the judiciary in order to give more (and better) protection of fundamental rights conferred on citizens. Then, will be considered the Israeli case, country where the dialogue seems to emerge as an alternative to the constitutional revolution implemented by the Supreme Court in recent decades. In the end, this study aims to contribute to a critical examination of the notion of judicial supremacy as widespread in the Brazilian constitutional theory, expanding the horizon of reflection on the mechanisms of dialogue between the legislative and executive gifts under the constitutional design of Brazilian institutions.

KEYWORDS: JUDICIAL REVIEW – DEMOCRACY – INSTITUTIONAL DIALOGUE – BASIC RIGHTS

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. Introdução

Com a expansão global de um modelo de constitucionalismo amparado numa combinação de declarações escritas de direitos fundamentais com mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade, que asseguram a sua observância pelos poderes políticos (executivo e legislativo), abriu-se caminho para um protagonismo judicial que vem despertando a atenção de estudiosos em todo o mundo e, recentemente, também no Brasil.

Dois fenômenos principais podem ser apontados como consequências deste modelo: o ativismo judicial e a judicialização da política e das relações sociais.[2] Há mesmo quem defenda o surgimento de um novo paradigma no campo da Teoria do Direito para tentar dar conta de tantas transformações, que vem sendo denominado genericamente de *neoconstitucionalismo*.[3] Apesar das dificuldades de se definir e de se valorar – positiva ou negativamente – tais fenômenos (o que não será objeto deste trabalho), é indiscutível que ambos se fazem cada vez mais presentes e indicam um claro avanço do Poder Judiciário sobre áreas que geralmente eram reconhecidas como próprias da política.

Não obstante a visão otimista de grande parte da doutrina nacional e estrangeira,[4] fato é que também se observa uma crescente literatura crítica, que retoma em suas objeções a conhecida "dificuldade contramajoritária",[5] decorrente do poder que os magistrados possuem para declarar nulos atos elaborados pelos delegatários da soberania popular, não obstante sua origem não-democrática.

A justificativa para a atuação, amparada no argumento de que o *judicial review* serviria como um freio à "tirania da maioria", enfrenta hoje argumentos complexos, como os desenvolvidos por Jeremy Waldron, para quem não se pode ignorar o desacordo razoável que existe numa sociedade a respeito de questões ligadas a direitos fundamentais[6]. Para o neozelandês, nestes casos não seria legítimo determinar, dentre as diversas visões existentes (todas elas aceitáveis), a predominância daquela estabelecida pelo judiciário, não só porque isso afronta o princípio democrático,[7] mas também porque o autor duvida seriamente da existência de uma capacidade superior dos juízes para raciocinar e argumentar levando em conta valores morais (e não propriamente jurídicos).[8]

Waldron critica também a associação entre a proteção de direitos fundamentais e o "entrincheiramento" dos mesmos em normas constitucionais rígidas. O autor afirma que a crença no livre desenvolvimento da personalidade humana é um dos fundamentos desses direitos. Ao retirá-los do alcance da deliberação política ordinária, com o fim de resguardá-los de eventuais maiorias tirânicas, restariam violadas as bases que subjazem a proteção dos direitos fundamentais. Essa atitude, fundada no pessimismo antropológico, não é compatível com a noção de direitos intrínsecos do ser humano e respeito a sua autonomia.[9].

Outro viés da crítica contemporânea ao *judicial review* se dá quanto à capacidade epistêmica das instituições judiciais em comparação às legislativas. Nesse sentido, Adrian Vermeule[10] e Cass Sunstein[11], partem do mesmo pressuposto – a

pluralidade de membros das instituições, ou o chamado "argumento das muitas mentes" – e debatem sobre as implicações do teorema de Condorcet[12] para a análise da atividade de concretização da constituição levada a termo por diferentes ramos do Estado. Enquanto Sunstein acaba por defender uma concretização judicial dos direitos constitucionais (ainda que pautada pelo comedimento ou 'minimalismo' desta instituição), Vermeule defende uma espécie de "constituição codificada", ou seja, que leis e emendas constitucionais, portanto, instrumentos legislativos, deveriam cumprir a função de interpretar, esclarecer e atualizar a Constituição.

Saindo da perspectiva teórica, salienta-se que práticas constitucionais recentes vêm apontando também para um novo caminho na tentativa de restabelecer o combalido equilíbrio entre o judiciário e os poderes políticos. Estes novos arranjos institucionais vêm sendo chamados de "teorias dialógicas", e defendem uma visão menos rígida da separação de poderes, baseada na capacidade de se estabelecer um verdadeiro diálogo entre os diversos ramos (legislativo, executivo e judiciário) na busca pela melhor proteção possível aos direitos fundamentais. Neste trabalho, buscar-se-á sistematizar as distintas teorias dialógicas que hoje se apresentam no mundo, para em seguida analisar, por um processo de estudo de caso, a sua concretização em Israel.

Tal opção se deu por determinados motivos, merecedores de questionamento: por que o corpo institucional de sociedades de constituições não escritas foram bem sucedidos em avançar em teorias dos diálogos institucionais? Israel, por exemplo, não se enquadra, de modo perfeito, dentro de uma perspectiva de "novo constitucionalismo da *commonwealth*? O que diferiria o modelo de Israel desse modelo esboçado de teoria dos diálogos institucionais?

2. As teorias dialógicas

Os modelos constitucionais dialógicos consistem em alternativas desenvolvidas, especialmente nos países ligados à *commonwealth*, com o propósito de conciliar uma necessidade cada vez maior de se proteger expressamente direitos individuais com a tradição de supremacia parlamentar construída a partir da matriz britânica.[13]

Nesse grupo de países, observa-se, a partir da década de 1980, a positivação crescente de Declarações de Direitos (*Bills of Rights*), algo que, na tradição constitucionalista franco-estadunidense, teve início ainda no século XVIII, com o advento de Declarações como a da Virgínia (1776) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Alçadas à condição de normas constitucionais, as declarações de direitos foram acompanhadas de garantias judiciais desenvolvidas tanto em sua matriz estadunidense, a partir do início do século XIX (*Marbury v. Madison*, 1803), como na Europa continental, apenas a partir do início do século XX, com o estabelecimento de Tribunais Constitucionais destinados especificamente à guarda da constituição.

A supremacia judicial, que surgiu aos poucos, acompanhando a trajetória histórica do *judicial review*,[14] não encontra campo fértil para florescer em países que vejam no Parlamento o espelho da vontade soberana da nação. É o que ocorre no Reino Unido e

em sua antigas colônias, até hoje ligadas à monarquia britânica pelos laços da *commonwealth*. Esta é, provavelmente, a razão pela qual foram adotadas outras formas de proteção aos direitos individuais. Aqui, apesar de os direitos serem garantidos judicialmente, o Judiciário não recebe o monopólio de decidir acerca de seu verdadeiro alcance.

As distintas teorias do diálogo que surgiram nas últimas décadas procurando responder a este desafio ainda se encontram carentes de uma sistematização completa. Já é possível notar, no entanto, esforços dirigidos neste sentido, como o empreendido por Christine Bateup, que será nosso marco teórico na primeira parte deste trabalho.

Segundo a autora citada, o constitucionalismo estadunidense – onde se manifesta enorme preocupação com a dificuldade contramajoritária, mas não existe qualquer arranjo institucional que permita superá-la – buscou conciliar o princípio democrático com a necessidade de proteção a direitos fundamentais por meio de teorias de interpretação constitucional.[15] A seu ver, tais esforços não foram bem sucedidos na tentativa de amenizar as tensões provocadas pelo exercício do *judicial review* numa sociedade democrática, algo que só será possível com o recente desenvolvimento do diálogo constitucional.

Dentre as teorias de interpretação constitucional, Bateup destaca três grandes grupos dentro dos quais foram buscadas alternativas que permitiriam legitimar a atuação do Judiciário na defesa do texto constitucional: **(i)** o primeiro, denominado originalismo, enxerga os juízes como guardiões do sentido original defendido pelos *founding fathers* no momento da elaboração da norma fundamental;[16] **(ii)** no extremo oposto, situa-se a teoria capitaneada por Ronald Dworkin, para quem deve ser adotada uma perspectiva substantiva, de proteção, pelos juízes, dos valores morais inseridos na Constituição; **(iii)** por fim, uma terceira perspectiva, defendida por John Hart Ely, justifica a prática do *judicial review* apenas quando destinada a promover os mecanismos democráticos de representação do sistema político.[17]

Por razões diversas, Bateup considera todas as três grandes teorias inadequadas a resolver a dificuldade contramajoritária. O originalismo, por ser impossível determinar qual seria a visão dos pais fundadores em relação a diversas questões constitucionais. A esta crítica, pode-se acrescentar a objeção de que uma simples interpretação histórica, tal como defendem originalistas (na Suprema Corte representados por Antonin Scalia e Clarence Thomas), não deveria ser feita por juristas, mas sim por historiadores – e muitas vezes mesmo entre os especialistas da área da História não há consenso sobre como devem ser compreendidos determinados eventos.[18]

Já Ely não conseguiria explicar por que os direitos ligados à representação democrática devem ter prevalência sobre os direitos materiais, já que ambas as categorias encontram-se protegidas pelo texto constitucional.[19]

A teoria dos direitos fundamentais de Dworkin falharia por defender uma habilidade especial dos juízes para lidar com argumentos de princípios morais que, ao mesmo tempo em que não reflete a realidade (podendo argumentar-se que outros órgãos, como o legislativo, possuem uma melhor capacidade de raciocínio moral), ignora a existência de enorme desacordo racional quanto ao significado de determinados direitos, sobre os quais podem existir diversas visões conflitantes, mas igualmente aceitáveis.[20]

Diante do fracasso das tentativas de superar a dificuldade contramajoritária através de empreitadas interpretativas, as atenções voltaram-se, nos últimos anos, para as teorias dialógicas, que buscam resolver esta tensão por meio de arranjos institucionais que prevejam o compartilhamento da tarefa de atribuir significado ao texto constitucional entre o judiciário e outros atores.[21]

Um dos méritos das teorias dialógicas é reconhecer que o *judicial review* não é, de fato, a instituição contramajoritária que se desenhava na academia. O Judiciário, em vez de atuar como um obstáculo à vontade das maiorias, acaba por fazer parte da aliança nacional dominante[22] ou então por enfrentar obstáculos que enfraquecem os efeitos que suas decisões deveriam produzir.[23]

A justificação da prática dialógica, diante deste quadro, possui ao menos três importantes vetores: 1) permite restabelecer o reequilíbrio entre os poderes na busca de uma legitimidade democrática; 2) articula a defesa de um *weak judicial review* como contraponto aos riscos de um ativismo judicial[24], e ainda; 3) assegura a concretização de direitos fundamentais, notadamente em favor de segmentos minoritários.

Importante – para melhor compreensão dessa constelação teórica – a identificação da natureza político-institucional das relações entre poder ali propostas configurar, de vez que é esse desenho que favorecerá a cada qual dos objetivos acima indicados à reformatação do sistema de jurisdição constitucional. Ainda com suporte no trabalho de Christine Bateup, buscaremos sistematizar uma proposta de classificação para as diferentes teorias dialógicas que se apresentam na busca dos propósitos acima afirmados.

2.1 As teorias dialógicas quanto ao método judicial

O elemento central das teorias que têm no método judicial a sede da provocação ao diálogo é o uso consciente, pelo judiciário, de técnicas que permitem ao julgador estimular e encorajar um mais amplo debate quanto ao sentido constitucional, com e entre os poderes políticos. Aponta BATEUP sub-categorias dentro desse grande vetor:

a) Teorias de "aconselhamento" judicial

Conjugam-se sob essa indicação as teorias dialógicas nas quais o judiciário se vale de técnicas de interpretação e de construção da decisão que se revelem proativas, e que recomendem específicos cursos de ação aos poderes políticos, por meio dos quais se terá afastado o risco de violação constitucional.

Sob essa mesma classificação se podem incluir as decisões identificadas como *constitutional roadmaps*, onde o judiciário pronuncia a inconstitucionalidade, mas aponta os caminhos possíveis de tratamento da referida matéria de modo a permitir a atuação corretiva dos demais poderes (notadamente o legislativo).

Ainda no mesmo subgrupo, as decisões em que o judiciário não pronuncia a inconstitucionalidade, mas indica as fragilidades da solução existente, num estimulo à atuação corretiva, ou ainda aponta os limites a partir dos quais se adentrará na zona proibida da violação constitucional.

Inequívoca a semelhança das categorias apontadas com outra que já frequentam a doutrina nacional, a saber, o "apelo ao legislador" (importado da jurisprudência alemã)[25], e ainda a pronúncia do chamado trânsito para a inconstitucionalidade.

b) Teorias centradas no processo

Nessa categoria de teorias dialógicas, o juiz constitucional privilegia considerações quanto à suficiente atenção, de parte dos agentes de poder, à adequada deliberação em decisões políticas que podem afetar valores constitucionais substantivos. Registre-se que, muito mais do que uma preocupação formal, quanto às regras processuais da deliberação legislativa, essas teorias buscam investigar se o legislativo teve a devida consideração com temas como direitos fundamentais, oferecendo a cada matéria a atenção, aprofundamento e maturação que sua complexidade reclame. O judiciário, no entanto, não deve adentrar no mérito da questão, mas limitar-se a verificar se o legislativo tomou as cautelas procedimentais que deveria ter.

O cerne do diálogo, nas referidas teorias, reside no fato de que a pronúncia de inconstitucionalidade permitirá ao legislativo lançar um segundo olhar sobre um tema que, na compreensão da Corte Constitucional, tenha sido tratado de forma apressada, ou superficial, sempre em risco à legitimidade da decisão.

Para alguns teóricos, a busca pelo segundo olhar acentua o sentido dialógico das teorias centradas no processo, porque pressupõe uma resposta de parte do legislativo à pronúncia de inconstitucionalidade; e mais ainda, um segundo momento (possível) de apreciação judicial à nova solução legislativa cunhada pelo Parlamento.

c) Minimalismo judicial

Essa categoria se diferencia substantivamente das anteriores porque, em vez de apostar numa atitude positiva de provocação ou estímulo do judiciário à resposta do legislativo, trilha o sentido oposto e preconiza justamente que o julgador limite sua intervenção de forma a deixar mais espaço ao parlamento para o desenvolvimento da função que, na repartição constitucional de poderes, lhe é própria. Inequívoca a proximidade dessa abordagem com as virtudes passivas recomendadas por Bickel.

O maior expoente no apoio ao minimalismo, no cenário norte-americano, é Cass Sunstein, que aponta como virtudes do pronunciamento seu caráter restritivo e raso, dos quais resultam o imperativo de que a decisão, tanto quanto possível, não se aplique a outros casos distintos do examinado e contemple o mínimo de aplicação e configuração de princípios básicos.

2.1.1 Análise crítica

Em linhas gerais, a crítica apontada – com as devidas adaptações a cada qual das modalidades – às teorias relacionadas ao método judicial, diz respeito à sua aposta na existência de uma verdadeira intenção de colaboração e intercâmbio entre as estruturas formais de poder, de modo que o judiciário efetivamente se veja sensibilizado ao desenvolvimento de uma pedagogia constitucional[26], e o legislativo se mostre igualmente aberto a receber essas mesmas lições, incorporando-as no desenvolvimento de suas deliberações.

Aponte-se ainda a objeção de que no cerne das teorias relacionadas ao método judicial, reside uma autoridade maior reconhecida à compreensão judicial do sentido constitucional – disso decorrendo sua prerrogativa de orientar ou estimular ou provocar o legislador a uma atuação corretiva. Ter-se-ia portanto uma preferência pela avaliação judicial do verdadeiro sentido constitucional – e não propriamente um diálogo, na medida em que o que caberia ao destinatário da comunicação (legislativo) apenas acatá-la com os devidos procedimentos retificadores.

Em que pese a importância do destaque de que tais teorias privilegiam, efetivamente, à compreensão judicial do sentido do Texto Fundamental, não se pode olvidar que o de que se está cogitando é de *judicial review* e modos pelos quais ele possa ser exercido com o mínimo de comprometimento democrático. Ora, é da essência mesmo da jurisdição constitucional o reconhecimento, em condições mais ou menos amplas, da prerrogativa judicial de contraste entre a atividade legislativa e o sentido constitucional, de modo que essa última objeção em verdade não se dirige propriamente às teorias dialógicas centradas no método, mas ao *judicial review* em si.

2.2. Teorias estruturais de diálogo

O grupo de teorias afinadas com a reflexão estrutural tem em conta menos o método de construção da decisão judicial, e mais as formas pelas quais se podem cunhar as relações entre estruturas, por intermédio de mecanismos institucionais ou políticos que permitam oferecer resposta a uma decisão que gere desacordo.

Bateup destaca, ainda, que a maior possibilidade de sucesso nas teorias estruturais de diálogo aparece quando elas não pretendem reconhecer um valor especial (preponderante) para as deliberações feitas pelos juízes, e sim quando sugerem possibilidades de contribuições igualmente importantes por cada um dos ramos do poder.[27]

2.2.1 Teorias de construção coordenada

Incluem-se nessa categoria as teorias que reconhecem a identificação do sentido constitucional como uma tarefa compartilhada entre os diversos braços do poder, derivadas do pensamento político de Madison e Jefferson. Nesta perspectiva, o papel de interpretar a constituição é repartido entre os poderes, que terão supremacia na atribuição de sentido ao texto constitucional dentro de seu respectivo âmbito de competências.

O risco de reconhecer diversas fontes autorizadas para realizar a tarefa de interpretação constitucional é, como apontado por Schauer e Alexander, o de se levar a uma situação de anarquia, em que ninguém saiba ao certo qual a interpretação predominante.[28] Alguns autores recentes, como Neal Devins e Louis Fisher, buscam driblar essa objeção, ao defender um processo de controles recíprocos entre os diversos poderes, incluindo-se a Suprema Corte.[29]

Na medida em que todos os ramos do governo estão sujeitos a produzir interpretações equivocadas, reconhecer um papel de fiscalização recíproco ajuda a diminuir a probabilidade de engano, ao mesmo tempo em que reconhece ao judiciário a possibilidade de provocar o debate sobre o significado da constituição. Apenas se a sua interpretação for além dos limites colocados pela separação de poderes ou pela própria sociedade é que haverá controle sobre suas decisões. E, ainda assim, caso a inércia legislativa sobre determinada matéria seja especialmente grave, ou haja interesse em transferir para o judiciário o ônus de decidir sobre determinada questão, ele permanecerá fora do controle dos poderes políticos.[30]

2.2.2 Teorias de princípios jurídicos

As teorias incluídas nesta categoria têm em comum o reconhecimento de que o judiciário possui uma competência institucional especialmente voltada para decidir questões relacionadas a princípios jurídicos.[31] Na hipótese de erro na interpretação judicial de tais questões, haveria o controle pelos poderes políticos, fazendo surgir, assim, a presença do diálogo.[32]

O problema geral destas teorias é que elas não fortalecem um diálogo substantivo, mas sim uma prevalência da visão apresentada pelo judiciário, que poderá ou não encontrar aquiescência por parte do legislador. Duas possibilidades dentro desta perspectiva são **(i)** o desenvolvimento de uma teoria que analise os controles políticos sobre o judiciário, ou **(ii)** a análise da contribuição substantiva que o legislativo pode oferecer em especial na elaboração de políticas públicas.

a) Princípios e controle político sobre a corte

Esta teoria sustenta que, apesar da posição privilegiada do judiciário para lidar com questões de princípios, a possibilidade de erro deve ser levada em consideração, e o papel de fiscalizar o bom desempenho desta habilidade por parte dos juízes é atribuído aos poderes políticos. Esta é a ideia defendida, paradigmaticamente, por Alexander Bickel, e que vai encontrar acolhida no dispositivo mais citado como exemplo de mecanismo institucional de diálogo constitucional: a cláusula não obstante (seção 33) da Constituição canadense de 1982.

A crítica que se faz a tal teoria é a de que ela contém uma contradição em si mesma: afinal de contas, qual a vantagem de reconhecer o papel de controle pelos poderes políticos se os juízes têm uma competência especial para lidar com questões de princípio? Ademais, se os poderes políticos devem corrigir os erros cometidos pelo judiciário, isso não elimina a necessidade de uma teoria interpretativa que permita identificar qual a verdadeira resposta correta (sem a qual não haveria como identificar eventuais erros judiciais).[33]

b) Princípio e articulação legislativa da política

Outra possibilidade dentro das teorias de princípios é lançar o foco não para a possibilidade de os poderes políticos corrigirem a atuação do judiciário, mas para a contribuição do legislativo na formação de um diálogo substantivo, graças à sua competência institucional para lidar com a elaboração de políticas públicas. Assim, questões sobre como conciliar múltiplos objetivos concorrentes em uma sociedade, que são tipicamente o campo de atuação do legislador, conferem a ele especial competência para decidir sobre tais matérias. O diálogo, nesta perspectiva, surge quando o legislativo articula uma questão de princípio decidida pelo judiciário com uma visão mais ampla dos objetivos políticos.[34]

Mais uma vez, a experiência institucional canadense fornece um exemplo de aplicação prática de uma teoria relacionada à prática do diálogo, ao estabelecer, na seção 1 de sua Carta de Direitos, uma cláusula que permite ao legislador estabelecer restrições aos direitos ali garantidos, desde que de maneira razoável, tal como possa ser demonstrado em uma sociedade livre e democrática.[35]

Mais uma vez, a teoria falha por reconhecer no judiciário uma capacidade superior para lidar com questões de direitos, e o diálogo continua tendo este ramo do poder como eixo central, relegando o legislativo a um papel marginal, com atuação exclusivamente passiva ou reativa.[36] A esta objeção pode acrescentar-se outra, consistente na dificuldade de estabelecer de forma objetiva a extensão dos limites razoáveis que possam ser impostos aos direitos,[37] bem como a necessidade de se justificar a última palavra quanto à aceitabilidade ou não da restrição.

2.2.3 Teorias de equilíbrio

A última das possibilidades dentro do conjunto de teorias estruturais de diálogo é chamado por Bateup de "teorias de equilíbrio" (*equilibrium theories of dialogue*). Nesta rubrica são colocadas as concepções que não reconhecem ao judiciário qualquer capacidade especial para lidar com questões de direitos. Os juízes devem apenas atuar como uma das instâncias de discussão, de maneira a permitir que a sociedade, como um todo, alcance a concepção que ela entenda como a melhor possível.[38]

Um dos defensores desta teoria é Barry Friedman, que sustenta a ideia de que o judiciário dificilmente se coloca contra uma visão esmagadoramente predominante na sociedade. Se for este o caso, a aprovação de novas leis acabará por pressionar o judiciário a rever seu entendimento.[39] Esta teoria se diferencia das anteriores por não atribuir valor especial ao judiciário, preocupando-se mais com a forma como atores judiciais e não-judiciais podem aprender, debater e modificar seus entendimentos sobre direitos a partir do diálogo estabelecido entre eles.[40]

Do ponto de vista normativo, Bateup já considera as teorias de equilíbrio melhores do que as demais, pois a moderação judicial serviria como apoio na busca por respostas sobre o correto significado da constituição aceitas pela sociedade em geral. Já descritivamente, a teoria seria falha, pois não explica, como pretendem seus defensores, a prática constitucional estadunidense, em que a participação dos cidadãos no debate é bem inferior ao quadro descrito. Por esta razão, sua busca é por uma teoria que permita não apenas permitir uma maior participação de todos os poderes na afirmação do significado das disposições constitucionais, como, ao mesmo tempo, sirva como incentivo à incorporação da cidadania no diálogo constitucional futuramente.[41]

Este incentivo à participação popular na construção de sentido das normas constitucionais pode ocorrer, por exemplo, através de declarações escritas de direitos. Tais dispositivos teriam a importância de criar uma cultura de direitos humanos na qual todos os membros da sociedade são convidados para participar da determinação de seu conteúdo. Com isso, teria origem um diálogo de longo prazo, próprio do sistema norte-americano, e distinto do canadense, onde mecanismos institucionais permitem um outro tipo de diálogo – de curto prazo – no qual a participação popular pode ser mais difícil de ser alcançada.[42]

A única falha desta teoria seria a de não fornecer um conceito completo do papel do *judicial review* no constitucionalismo democrático. Como sugere Mark Tushnet, a descrição feita é própria dos Estados Unidos, e dificilmente poderá ser transplantada para outros sistemas, nos quais não haja as mesmas características institucionais. Outra falha desta visão decorreria do fato de que sua tentativa de englobar toda a sociedade no diálogo acabaria por ignorar o diálogo institucional estabelecido entre o judiciário e os poderes políticos, o qual seria especialmente comum acerca das questões de menor apelo popular (que, diferentemente das questões mais controvertidas, não seriam capazes de atrair a atenção das massas para a participação no diálogo).[43]

2.2.4 Teorias de parceria

A outra face da teoria do equilíbrio – que, como dito, volta suas atenções especialmente para a criação de um diálogo amplo na sociedade – consiste na "teoria da parceria", que enxerga nos mecanismos institucionais a melhor maneira de fortalecer o diálogo constitucional. Para esta teoria, as contribuições do judiciário e dos poderes políticos acerca do significado dos dispositivos constitucionais são estruturalmente diferentes. Assim, tem-se que o judiciário, por suas atribuições típicas e por seu isolamento político, coloca-se em uma posição de vantagem para identificar situações em que os objetivos fixados pelo legislador restrinjam indevidamente direitos individuais (questões de princípios), sem que isso acarrete uma maior competência para resolver o desacordo sobre o significado dos direitos.[44]

A combinação das duas perspectivas – a legislativa, acostumada ao estabelecimento de políticas coletivas, e a judicial, destinada precipuamente à interpretação do significado individual das disposições de direitos – seria precisamente o caminho para que o diálogo possa servir como instrumento de fortalecimento dos direitos fundamentais.[45]

Esta concepção possibilita uma resposta satisfatória à objeção contramajoritária em um plano institucional, dado que a posição do judiciário não é considerada superior à dos demais poderes. De fato, elas são tidas como complementares. Não há, no entanto, qualquer garantia de que o diálogo funcionará da forma prevista, pois isso dependerá de um compromisso do legislador de se engajar na forma prescrita de diálogo, em vez de simplesmente submeter-se às opiniões emitidas pelos juízes.

Ademais, no plano normativo, afirma Bateup sua incompletude, pois a teoria ignora a dimensão social do diálogo em detrimento de aspectos institucionais. E é na combinação das duas dimensões que ela fundamenta aquela que entende como a melhor concepção de diálogo, analisada a seguir.[46]

2.3 Fusão dialógica

A visão que Bateup considera a mais promissora dentro das teorias dialógicas é por ela chamada de "fusão dialógica". A expressão cunhada justifica-se pelo fato de a proposta consistir precisamente na combinação de elementos próprios de cada uma das duas últimas teorias apresentadas: teorias de equilíbrio e de parceira, de maneira a permitir uma reconciliação entre as preocupações democráticas e o modelo de parceria (que, lembre-se, cuidava apenas de aspectos institucionais). E mais, esta via permite uma melhor compreensão dos aspectos institucionais e sociais do diálogo, bem como da forma como os diferentes atores participam da construção do significado da constituição.***[47]***

À concepção institucional mais delimitada oferecida pelas teorias de parceria, a fusão dialógica acrescenta um exame do papel do judiciário de facilitador da discussão dentro da sociedade dos temas centrais do constitucionalismo. O resultado seria a possibilidade de se alcançar um consenso mais resistente e aceito pelos próprios cidadãos, algo que já era defendido pelas teorias de equilíbrio.

Restam indefinidos os caminhos que cada sistema jurídico deverá seguir, a fim de fortalecer a atuação tanto dos poderes políticos como do judiciário diante do desafio de oferecer respostas aceitáveis a questões extremamente controvertidas acerca do real significado dos direitos constitucionalmente assegurados. Se, por um lado, o legislativo possui uma maior habilidade para lidar com questões de políticas públicas de longo alcance, o judiciário encontra-se em uma posição favorável para tratar de casos com uma repercussão menos abrangente, como também para alertar o legislador sobre efeitos imprevistos de uma determinada medida, levando à construção de respostas cada vez mais aceitáveis pela população.[48]

3. O caso israelense

No debate envolvendo questões como ativismo judicial, judicialização da política e das relações sociais e diálogo institucional, a teoria constitucional desenvolvida em Israel é citada frequentemente como fonte de desenvolvimentos acadêmicos e políticos relevantes.[49] Este destaque surge como consequência de uma "revolução constitucional" desenvolvida a partir dos anos 1990, que despertou intenso debate acerca do papel adequado de cada um dos ramos do poder e que será descrito a seguir.

3.1 O surgimento do constitucionalismo em Israel

O Estado de Israel surgiu politicamente em 1948, como parte dos esforços das Nações Unidas para reorganizar o mundo após o término da 2ª Grande Guerra. Desde o seu surgimento, teve de lutar contra os estados árabes, que se recusaram a reconhecer a sua existência, a despeito de sua admissão na ONU já em 1949.

Politicamente, Israel adota a forma de uma democracia representativa, com um sistema parlamentarista de governo. Nele, o Presidente exerce o papel de Chefe de Estado, com atribuições na maior parte das vezes simbólicas, e o Primeiro Ministro ocupa as chefias de Governo e do Gabinete. O principal órgão representativo é o Parlamento, conhecido como *Knesset*, composto por 120 integrantes eleitos por sufrágio direto e universal.

O estado israelense até hoje não possui uma Constituição escrita. A partir de sua criação o *Knesset* cuidou de estabelecer as normas de organização do poder em diversas leis, divididas por matéria, que possuem o *status* de normas constitucionais, e que deverão representar, cada uma delas, um dos capítulos da futura Constituição israelense. Tais atos podem ser identificados pela expressão que os denomina: *Basic Laws*.[50]

A primeira *Basic Law* foi elaborada em 1958, e trata justamente do principal órgão político israelense: o *Knesset.* A partir de então, até o início dos anos 1990 foram aprovados apenas mais oito diplomas, todos eles destinados a cuidar principalmente de aspectos organizacionais do Estado de Israel.

Apesar da denominação de *Basic Laws* (que pode ser traduzida por algo como leis fundamentais), a hierarquia normativa desses atos sempre foi bastante controvertida. Não existe qualquer disposição que assegure sua supremacia em relação às leis ordinárias, embora este valor privilegiado tenha sido afirmado pela Suprema Corte israelense – a *High Court of Justice* (HCJ) – em 1969, na decisão que é considerada como o *Marbury v. Madison* israelense (inclusive por conta da polêmica que despertou).[51]

A dificuldade em se aprovar uma constituição escrita, e, mais especificamente, disposições relativas a direitos fundamentais, de acordo com Hanna Lerner, deve-se principalmente ao acentuado conflito entre uma visão liberal-secular e os defensores de uma sociedade religiosa, que lutam para encontrar o ponto de equilíbrio em uma sociedade que se define, ao mesmo tempo, como "democrática e judaica"[52].

O conflito secular-religioso levou a arranjos de repartição de poder[53] na sociedade israelense, a fim de alcançar uma estabilidade institucional que se amparava na inexistência de decisões definitivas acerca das questões mais controvertidas. Justamente por não haver consenso dentro da sociedade é que se optou por não consolidar escolhas polêmicas em um texto supremo e rígido, deixando para o debate parlamentar a função de definir, provisoriamente (a cada legislatura, pelo menos), as regras fundamentais da sociedade.[54]

Por esta razão, o primeiro *Knesset* abriu mão de sua função de assembleia constituinte, aprovando uma Resolução, conhecida como Compromisso Harari (em homenagem ao deputado Haim Harari, que a propôs), segundo a qual caberia ao Comitê Constitucional de Direito e Justiça elaborar separadamente os capítulos da futura Constituição israelense e levá-los à votação do *Knesset* à medida que estivessem prontos.[55]

O Compromisso Harari, desta maneira, foi capaz de pacificar os partidos religiosos, que defendiam a supremacia da Halacha, a lei judaica, sobre qualquer sistema jurídico elaborado pelo Estado, e os partidos seculares, que defendiam a separação entre religião e Estado em Israel. A estabilidade foi conquistada por meio da não adoção de uma constituição escrita, reflexo da necessidade de se evitar decisões definitivas (ou, pelo menos, compromissos de longo prazo) a respeito de questões controvertidas sobre a própria natureza do Estado.[56]

Este arranjo, porém, não se mostrou duradouro. Com o passar dos anos, acentuou-se o conflito secular-religioso, que atingiu o ápice nos anos 1990. O Judiciário começou a adotar uma postura mais ativa, em defesa de uma visão liberal-secular, e encontrou um *Knesset* passivo, que não reagiu a decisões que interferiam no *status quo* até então estabelecido.[57]

Até que, em 1992, teve início a "revolução constitucional", com a aprovação das duas primeiras *Basic Laws* destinadas a proteger direitos fundamentais: a *Basic Law: Human Dignity and Liberty* e a *Basic Law: Freedom of Occupation*. Um dos fatores que contribuíram decisivamente para a aprovação destes atos foi o crescimento de partidos religiosos, que se fez acompanhar do sentimento, por parte da burguesia liberal-secular, de necessidade de consolidar direitos civis e humanos em documentos jurídicos.[58]

A cisão ideológica ainda existente impediu que as declarações de direitos israelenses fossem muito abrangentes, de maneira que ficaram de fora direitos como liberdade de expressão e igualdade. Mas a falta de previsão expressa não impediu que a Suprema Corte israelense, em uma série de julgamentos, afirmasse, ainda que como *obiter dicta*, a sua proteção através da previsão do direito à dignidade humana.[59]

É inegável que, a partir da aprovação dessas duas declarações de direitos, a Suprema Corte passou a exercer um papel muito mais ativo do que o usual. A supremacia das *Basic Laws* – não obstante terem sido aprovadas por maioria simples – foi reafirmada pela HCJ, por meio da decisão *Bank Hamizrahi v. Migdal Cooperative Village*.[60] Alguns autores afirmam que teria ocorrido uma "revolução constitucional" no direito israelense a partir deste momento. O mais destacado defensor desta mudança de perspectiva é, certamente, Aharon Barak, professor convidado nas faculdades de Yale e Toronto e ex-integrante da Suprema Corte, responsável direto por muitas das decisões que afirmaram o papel destacado dos juízes no funcionamento da democracia israelense.[61]

Mas o protagonismo dos juízes conquistado em Israel despertou diversas críticas.[62] Veja-se, por exemplo, trecho de um discurso proferido por um integrante do *Knesset* em 1997, após uma decisão da Suprema Corte israelense que anulara parte de uma lei aprovada pelo Legislativo:

Até agora, há um *status quo* entre a Suprema Corte e o Knesset. Cada um dos poderes esforçou-se em não se imiscuir nos assuntos do outro. Eu considero que a Suprema Corte está decidindo uma questão muito séria... Talvez nesta ocasião um dispositivo insignificante esteja sob discussão, mas, daqui por diante, eles [os juízes] estarão aptos para invalidar leis significativas, e então uma nova realidade será criada... Essa decisão abre o caminho para a intervenção na atividade legislativa do Knesset. Essa intervenção não se justifica, e o Knesset tem que posicionar-se sobre a questão... O Knesset é soberano, não a Corte. A Corte pode recomendar que o Knesset altere a lei que a Corte sinta estar em contradição com as Leis Fundamentais, mas ela não pode revogar a lei por sua própria iniciativa. [63]

Na doutrina, também numa perspectiva de crítica ao ativismo judicial praticado em Israel, pode-se citar o juiz Richard Posner, que, ao fazer uma resenha de um dos livros de Barak, intitula o ex-juiz israelense de "déspota esclarecido".[64] Ran Hirschl é outro autor que apresenta uma perspectiva crítica em relação à postura do Judiciário israelense, afirmado que todas as questões relacionadas a políticas públicas foram transformadas em questões jurídicas depois da "revolução constitucional" como uma forma de colocar fora da disputa política os valores considerados fundamentais pelo pensamento neoliberal.[65] Barak-Erez, por sua vez, questiona a relevância do controle exercido pela HCJ, pois, segundo ela, as características sócio-políticas do país fazem com que as decisões mais controvertidas sejam aplicadas apenas em casos excepcionais, mas não na vida cotidiana da sociedade.[66]

A despeito das críticas, o fato é que houve, em Israel, uma enorme expansão do poder dos juízes. A Suprema Corte daquele país é especialmente aberta a questionamentos sobre as leis ordinárias, permitindo que praticamente qualquer cidadão, sem qualquer interesse especial na causa, levante a discussão, em abstrato, sobre a aplicação ou não de uma determinada provisão legal, desde que estejam em jogo direitos humanos.[67]

Mas esse avanço do judiciário israelense sobre questões antes vistas como políticas levou, como afirmam Doron Navot e Yoav Peled, a uma verdadeira contra-revolução, capitaneada pelos últimos Ministros da Justiça, Daniel Friedman (2007-2008) e Yaakov Ne'eman (a partir de 2009). Ambos se propuseram a reduzir os poderes dos tribunais, amparados em forte apoio dos neoconservadores e da população em geral, que abraçaram o discurso de que a proteção dos direitos humanos pela HCJ estaria servindo como mecanismo de proteção dos palestinos (e dos árabes em geral), em detrimento dos soldados israelenses mortos em combate. Com isso, coloca-se atualmente em xeque a posição de destaque que o judiciário – notadamente através das decisões da HCJ – logrou alcançar ao longo, principalmente, das duas últimas décadas do século XX.[68]

3.2 Teorias dialógicas em Israel

Diante da combinação entre um forte ativismo judicial e uma tradição (ainda que recente) de respeito à supremacia parlamentar, compatível com o sistema parlamentarista de governo adotado em Israel, percebe-se que o terreno ali é especialmente fértil para o florescimento de teorias dialógicas. E foi o que se observou logo após um caso rumoroso, que levou o parlamento israelense decidiu adotar um dos mecanismos de diálogo previstos na Constituição canadense, o *legislative override*, embora com uma abrangência bastante inferior àquela observada no Canadá.

Tudo começou com uma decisão da Suprema Corte que invalidou um ato do governo que havia negado licença para uma empresa que visava à importação de carne congelada não-*kosher*. O tribunal entendeu que a medida feria a liberdade de profissão, assegurada pela *Basic Law: freedom of occupation*. Esta decisão desagradou partidos conservadores, que conseguiram aprovar, em 1994, uma modificação na própria *Basic Law: freedom of occupation*. Por meio desta alteração, foi introduzido um artigo (o oitavo), que permite ao *Knesset* aprovar uma norma mesmo que ela seja contrária àquela declaração de direitos, bastando para isso que haja manifestação de maioria absoluta de seus membros.[69]

A inspiração foi justamente a cláusula não-obstante contida na Constituição canadense. Quinze anos após a sua introdução no sistema constitucional israelense, encontra-se registro de uma única utilização, não por acaso, justamente por ocasião da aprovação da lei que tratava do tema que levou à sua implantação – a proibição de importação de carne não-*kosher* – o que se deu logo após a alteração da *Basic Law*, ainda em 1994. Desde então não houve mais qualquer uso do mecanismo, que permanece existente apenas na teoria, o que é suficiente para que se possa falar em aplicação de alguma forma de diálogo em Israel.[70]

Em que pese a pequena utilização do mecanismo de diálogo institucional concebido em 1994, deve-se atentar para o fato de que a inexistência de uma Constituição escrita e rígida facilita a existência de um diálogo entre o legislativo e o judiciário. É que, concebido o diálogo como a capacidade do legislativo de dar uma resposta, em tempo rápido, a determinadas decisões do judiciário (notadamente aquelas que declaram inválidos atos parlamentares), a ausência de rigidez do texto constitucional israelenses permite que maiorias parlamentares simples façam prevalecer a vontade do *Knesset* sobre a da Suprema Corte.

Nas últimas décadas houve algumas questões envolvendo a Suprema Corte israelense e o *Knesset*, especialmente em matéria eleitoral, que comprovam a tese exposta acima. A lei fundamental que trata da estrutura do Parlamento (*Basic Law: The Knesset)*, estabelece que seus membros serão eleitos por meio de eleições proporcionais "gerais, nacionais, diretas, iguais e secretas", e que esta mesma provisão só pode ser alterada por maioria dos membros do *Knesset* (ou seja, maioria absoluta dos parlamentares).

Com base neste dispositivo, a Suprema Corte israelense invalidou duas normas sobre eleições: uma de 1969, que tratava do financiamento público dos partidos políticos, e outra de 1981, sobre o tempo de televisão e rádio destinado às agremiações partidárias. Em ambos os casos, o fundamento jurídico das decisões foi, entre outras questões, a inexistência do quórum qualificado previsto na *Basic Law*. E, em ambos os casos, a resposta do *Knesset* foi justamente a de reaprovar as normas invalidadas, observada a exigência de maioria absoluta na sua votação.[71]

Notam-se importantes diferenças entre o sistema canadense e o israelense. A principal delas reside na abrangência com que podem ser utilizados os mecanismos de *legislative override:* enquanto no Canadá quase todos os direitos previstos na Declaração de Direitos podem ser suplantados, em Israel apenas a liberdade de profissão está aberta à deliberação legislativa, e mesmo assim o uso deste mecanismo só aconteceu uma única vez, em quinze anos desde sua implementação. Por outro lado, o processo de aprovação de emendas à Constituição canadense (Carta de Direitos e Liberdades de 1982) é bem mais rígido do que o previsto em Israel, onde não há sequer uma Constituição escrita, e, quando muito, exige-se maioria absoluta para a alteração das *Basic Laws*.

4. Conclusão

A pesquisa jurídica dedicada ao estudo do controle de constitucionalidade das leis em diferentes ordenamentos jurídicos vem se debruçando sobre o surgimento de sistemas dialógicos, que pregam uma atividade de cooperação entre os poderes políticos e o judiciário a fim de conferir uma maior (e melhor) proteção aos direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos. Tais sistemas, desenvolvidos principalmente em países ligados à *commonwealth,* ainda demandam uma sistematização que possibilite um exame pormenorizado de suas características.

Christine Bateup buscou sistematizar as diferentes teorias dialógicas dividindo-as em dois grandes grupos: teorias prescritivas (geralmente dirigidas ao método judicial), que

reconhecem no judiciário uma capacidade especial de lidar com questões de direitos, e teorias positivas (centradas em aspectos estruturais de diálogo), que destacam o papel do legislador e o aspecto democrático na interpretação da constituição. Com base nas diferentes categorias, sugere que a fusão entre teorias de equilíbrio e de parceria pode fornecer o melhor conceito de diálogo, por permitir o aproveitamento do melhor que cada aspecto tem a oferecer na efetivação de direitos.

Analisando a experiência israelense, pode-se identificar na seção 8 da *Basic Law: freedom of occupation* um mecanismo institucional de diálogo, que permite ao legislativo oferecer uma resposta ao judiciário, determinando que uma norma aprovada democraticamente será considerada vigente mesmo que contrarie um dispositivo inserido naquela lei fundamental. Aplicando as categorias desenhadas por Bateup, esta cláusula se coaduna com uma teoria de equilíbrio, pois permite que o legislativo faça prevalecer seu entendimento sobre o do judiciário.

No entanto, o fato de a seção 8 da *Basic Law* ter sido utilizada apenas uma única vez (justamente no caso que levou à sua introdução), aliado ao intenso debate em torno do ativismo judicial praticado pela Suprema Corte israelense, parece indicar que ainda predomina, por lá, a visão segundo a qual o judiciário possui, efetivamente, uma capacidade especial para lidar com questões ligadas a direitos, mesmo que a sua solução por esta via não seja capaz de reduzir o desacordo existente entre as diferentes compreensões, acentuadas sobremaneira em uma sociedade que pretende ser, ao mesmo tempo, democrática e judaica (ou seja, simultaneamente inclusiva e exclusiva). Parece apropriado o debate sobre as teorias de parceria, que voltam seus olhos para a forma como o diálogo constitucional permite deflagrar uma discussão mais ampla e profunda sobre questões ligadas a direitos, resultando, assim, em respostas cada vez mais aceitáveis por todos.

O exame das experiências alienígenas parece, ainda, enriquecedor para compreender a prática brasileira, onde pouco se costuma contestar a supremacia judicial na interpretação das leis mas, paradoxalmente, a facilidade existente para a aprovação de emendas constitucionais permite ao legislador oferecer respostas relativamente rápidas a decisões judiciais das quais ele discorde. Vale destacar, no entanto, que esta forma de diálogo (a nosso ver classificada como estrutural) vem se mostrando efetiva em questões ligadas aos interesses do governo ou de natureza eleitoral, mas não em questões ligadas à proteção efetiva dos direitos fundamentais.

5. Referências Bibliográficas

BARAK, Aharon. The Role of the Supreme Court in a Democracy. *Israel Studies*, vol. 3, n. 2, 2007, disponível para download em http://www.aharonbarak.com/?l=en&a=20937, acesso em 06/07/2009.

BARAK-EREZ, Daphne. Judicial Review of Politics: The Israeli Case. *Journal of Law and Society*, vol. 29, n. 4, dec. 2002.

_____. The international law of human rights and constitutional law: a case study of an expanding dialogue, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n. 4, 2004

BARROSO, Luís Roberto. "Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática", in *Atualidade Jurídicas*, n. 4, jan/fev 2009, disponível em http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf, acesso em 01/08/09.

_____. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATEUP, Christine. "The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue", in *Brooklyn Law Review*, vol. 71, nº 3.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics.* 2nd edition. Yale University Press, 1986.

CARBONBELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003

_____. *Teoria del neoconstitucionalismo*, Madri: Trotta, 2007.

DAHL, Robert. "Decision Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker", in Journal of Public Law, n. 6, 1957.

DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto. *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008

DOR, Gal, “Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective”, in *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 10, 2000.

GARDBAUM, Stephen. “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, in *American Journal of Comparative Law*, n. 49, 2001.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism.* Cambridge: Harvard University Press, 2004.

_____. “The Socio-Political Origins of Israel's Juristocracy”, in *Constellations*, vol 16, n. 3, 2009.

KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Harvard University Press, 2004.

LERNER, Hanna. “Democracy, Constitutionalism, and Identity: The Anomaly of the Israeli Case”, in *Constellations*, vol 11, n. 2, 2004.

_____. “Entrenching the Status-Quo: Religion and State in Israel's Constitional Proposals”, in *Constellations*, vol. 16, n. 3, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

NAVOT, Doron e PELED, Yoav. “Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel?”, in *Constellations*, vol. 16, n. 3, 2009.

NAVOT, Suzie. Procedural Principles of Judicial Review: An Analysis of Israel's New Model. *The Seventh Join Annual Exchange and Conference: Judicial Review in Comparative German-Israeli Perspective*, pp. 105-123, Baden Baden, Germany, 2004. Disponível para download em http://ssrn.com/abstract=1367595, acesso em 06/07/2009.

POSNER, Richard. Review: Enlightened Despot. *The New Republic*, 23/04/2007, disponível em http://www.aharonbarak.com/?l=en&a=20925, acesso em 06/07/2009.

QUARESMA, Regina et all. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009;

ROSEMBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2nd edition. Chicago/Londres: Chicago University Press, 2008.

ROSEN,.Jeffrey. *The Most Democratic Branch: How the Courts Serve America.* Oxford/New York: Oxford University Press, 2006.

SALZBERGER, Eli M. *Judicial Activism in Israel***,** disponível para download em http://ssrn.com/abstract=957849, acesso em 17 de julho de 2009.

SCHAUER, Frederick e ALEXANDER, Larry. "On Extrajudicial Constitutional Interpretation", in *Harvard Law Review*, vol. 110, n. 7, 1997.

SOMMER, Hillel, "Democracy vs. Rule of Law: Does the Court Really Control the Elected Legislature?", in *Judicial Review in Comparative German-Israeli Perspective*, 2004, disponível para download em <http://ssrn.com/abstract=701902>, acesso em 05 de Janeiro de 2008.

STEPHANOPOULOS, Nicholas. The Case for the Legislative Override. *Yale Law School Student Scholarship Papers*, 2005. disponível para *download* em http://digitalcommons.law.yale.edu/student papers/4, acesso em 06/07/2009.

SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on The Supreme Court. Cambridge:* Harvard University Press, 2001.

_____. “Second Amendment Minimalism: Heller as Griswold”, in *Harvard Law Review*, n. 122, 2008.

_____. *A Constitution of Many Minds:* why the founding document doesn't mean hat it meant before. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TREMBLAY, Luc. “Le Fondement Normatif du Principe de Proportionnalité en Théorie Constitutionelle”, in EUI Working Paper Law 2009/04, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1421769, acesso em 10/08/09.

_____; WEBBER, Grégoire, “Introduction: La Fin de Oakes”, dispnível para download em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434125, acesso em 01/08/09

VERMEULE, A. *Law and the Limits of Reason.* New York: Oxford University Press, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “A Moralidade da Constituição e os limites da Empreitada Interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein”, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.) *Interpretação Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2005.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement.* New York: Oxford University Press, 1999

_____. “The Core of the Case Against Judicial Review”, in *Yale Law Journal*, vol. 115, nº 6, 2006.

_____. “Judges as moral reasoners”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, nº 1, 2009.

WOODS, Patricia J. Israel's Court-Driven Constitutional Revolution, *Paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Marriott Wardman Park, Omni Shoreham, Washington Hilton, Washington, DC*, Sep 01, 2005, disponível

para download em http://www.clas.ufl.edu/users/pjwoods/Woods%202005%20APSA.pdf, acesso em 06/07/2009.

---

[1] Este texto expressa conclusões parciais do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos, linha de pesquisa Novas Perspectivas na Jurisdição Constitucional, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá.

* Mestre e doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio, professor da Universidade Estácio de Sá – UNESA e do Centro Universitário Serra dos Órgãos – UNIFESO.

* Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF e doutorando em Direito pela PUC-Rio. Professor da UGF e da UFRJ.

[2] Apesar de os dois fenômenos serem relacionados, genericamente, com o protagonismo do Direito e do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas, há importantes diferenças entre eles, que um dos autores deste artigo desenvolveu em BERMAN, José Guilherme. "Ativismo judicial, judicialização da política e democracia", artigo a ser publicado nos Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil.

[3] CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003 e, mais recentemente, do mesmo autor, sistematizando as principais teses relacionadas ao paradigma neoconstitucionalista, ver o artigo do mesmo autor publicado na coletânea por ele organizada intitulada *Teoria del neoconstitucionalismo*, Madri: Trotta, 2007. Foram lançadas recentemente no Brasil duas coletâneas de artigos trazendo reflexões de autores brasileiros e europeus sobre o paradigma neoconstitucionalista. Ver: QUARESMA, Regina et all. *Neoconstitucionalismo.* Rio de Janeiro: Forense, 2009; e DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto. *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

[4] No Brasil, vale conferir o artigo publicado por BARROSO, Luís Roberto. "Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática", in *Atualidade Jurídicas*, n. 4, jan/fev 2009, disponível em http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf, acesso em 01/08/09.

[5] BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics.* 2nd edition. Yale University Press, 1986.

[6] WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement.* New York: Oxford University Press, 1999, *passim.*

[7] *Idem.* "The Core of the Case Against Judicial Review", in *Yale Law Journal,* vol. 115, nº 6, 2006.

[8] *Idem*. "Judges as moral reasoners", in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, nº 1, 2009.

[9] *Idem*. *Law and Disagreement.* New York: Oxford University Press, 1999, p. 221-222.

[10] VERMEULE, A. *Law and the Limits of Reason.* New York: Oxford University Press, 2009.

[11] SUNSTEIN, C. *A Constitution of Many Minds:* why the founding document doesn't mean hat it meant before. Princeton: Princeton University Press, 2009.

[12] Sobre o teorema de Condorcet vale transcrever a lição de Sunstein: '[...] Marquês de Condorcet, um nobre francês que, em 1785, expôs uma explicação aritmética conhecida como o "teorema do júri de Condorcet". Para entender como funciona o teorema, suponhamos que várias pessoas respondam à mesma pergunta e que há duas respostas possíveis (correta e incorreta).Suponhamos também que a probabilidade de que cada pessoa responda corretamente supera os 50%. Com poucos cálculos, o teorema demonstra que a probabilidade de que a maioria responda de maneira acertada se aproxima de 100% à medida que o tamanho do grupo aumenta. Em poucas palavras, os grupos dão melhores respostas do que os indivíduos isolados e os grandes grupos dão respostas mais acertadas do que os pequenos, desde que se cumpram as duas condições: que a resposta da maioria "ganhe" e que cada pessoa tenha mais probabilidades de acertar do que de errar'. SUNSTEIN, C. **A Sabedoria da Maioria.** Disponível em: <http://www.miniweb.com.br/atualidade/tecnologia/artigos/sabedoria_maioria.html>. Acesso em: 14 mai. 2009.

[13] GARDBAUM, Stephen. "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", in *American Journal of Comparative Law,* n. 49, 2001.

[14] Embora seja necessário destacar que esta não seja uma característica necessária do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e que, na verdade, surgiu apenas recentemente, como aponta KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Harvard University Press, 2004.

[15] BATEUP, Christine. "The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue", in *Brooklyn Law Review*, vol. 71, nº 3, de onde se destaca (p. 1114): "*Conventional attempts to resolve the countermajoritarian difficulty, both in United States and in other nations, have centered on proposing objectives theories of constitutional interpretation in order to approprietaly confine judicial discretion"*.

[16] SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on The Supreme Court. Cambridge:* Harvard University Press, 2001.

[17] VIEIRA, Oscar Vilhena. "A Moralidade da Constituição e os limites da Empreitada Interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein", in SILVA, Virgílio Afonso da (org.) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

[18] Ver, a respeito, SUNSTEIN, Cass. "Second Amendment Minimalism: Heller as Griswold", in *Harvard Law Review*, n. 122, 2008, onde o autor discute a controvérsia entre os historiadores a respeito do sentido original do porte de armas assegurado pela segunda emenda à constituição estadunidense.

[19] Crítica semelhante pode ser encontrada em VIEIRA, Oscar Vilhena, op. cit.

[20] Idem.

[21] BATEUP, op. cit, p. 1118.

[22] DAHL, Robert. "Decision Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker", in Journal of Public Law, n. 6, 1957.

[23] ROSEMBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2nd edition. Chicago/Londres: Chicago University Press, 2008; ROSEN,.Jeffrey. *The Most Democratic Branch: How the Courts Serve America.* Oxford/New York: Oxford University Press, 2006.

[24] Indiscutível a proximidade entre o tema do chamado *weak judicial review* e o antigo debate sobre a legitimação democrática dessa prática; todavia, a idéia de *strong rights* aposta na questão prévia – de que direitos fortes dispensariam a necessidade e hoje amplitude do exercício da jurisdição constitucional.

[25] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

[26] Curiosamente, essa referência à importância do desenvolvimento por parte do STF de uma pedagogia constitucional já andou frequentando a nossa crônica judiciária...

[27] BATEUP, op cit, p. 1136

[28] SCHAUER, Frederick e ALEXANDER, Larry. "On Extrajudicial Constitutional Interpretation", in *Harvard Law Review*, vol. 110, n. 7, 1997.

[29] BATEUP, op cit, p. 1138

[30] *Ibidem*, p. 1139.

[31] Por matérias de princípios, entenda-se aquelas que envolvam direitos subjetivos, contrapostas às questões políticas, que não podem ser consideradas como plenamente justiciáveis.

[32] BATEUP, op. cit., p. 1143

[33] *Ibidem*, p. 1150.

[34] *Ibidem*,1151

[35] *Ibidem*, p. 1153. Ver, sobre a aplicação da seção 1, TREMBLAY, Luc e WEBBER, Grégoire, "Introduction: La Fin de Oakes", dispnível para download em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434125, acesso em 01/08/09, em texto no qual fica claro que a a aplicação da seção 1 pela Suprema Corte canadense segue o que nossa literatura trabalha como princípio da proporcionalidade, decomposto nos três subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade. Cf., ainda, TREMBLAY, Luc. "Le Fondement Normatif du Principe de Proportionnalité en Théorie Constitutionelle", in EUI Working Paper Law 2009/04, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1421769, acesso em 10/08/09.

[36] BATEUP, op. cit., p. 1156.

[37] TREMBLAY e WEBBER, op. cit.

[38] BATEUP, op. cit., op cit, p. 1157

[39] No mesmo sentido, ver ROSEN, Jeffrey, op. cit.

[40]
BATEUP, op cit, p. 1160.

[41] *Ibidem*, p. 1164-5.

[42] *Ibidem*, p. 1165-6.

[43] *Ibidem*, p. 1168.

[44] *Ibidem*, p. 1170.

[45] *Ibidem*, p. 1170-1, de onde se extrai: *"As a result of these distinct perspectives and their 'separate yet interconnected' positions in the constitutional order, the judiciary and the legislature are able to engage in a dialogue about constitutional meaning, in which both should exercise modesty about their own conclusions and listen to and learn from each other's perspectives, modifying their own views accordingly"*.

[46] *Ibidem*, p. 1174.

[47] *Loc. cit*.

[48] *Ibidem*, p. 1175-7

[49] Por exemplo, ver HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism.* Cambridge: Harvard University Press, 2004; LERNER, Hanna. "Democracy, Constitutionalism, and Identity: The Anomaly of the Israeli Case", in *Constellations*, vol 11, n. 2, 2004; BARROSO, Luís Roberto. O

Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, *Post-Scriptum*, p. 331

[50] NAVOT, Suzie. Procedural Principles of Judicial Review: An Analysis of Israel's New Model. *The Seventh Join Annual Exchange and Conference: Judicial Review in Comparative German-Israeli Perspective*, pp. 105-123, Baden Baden, Germany, 2004. Disponível para download em http://ssrn.com/abstract=1367595, acesso em 06/07/2009.

[51] O caso é Bergman v. Minister of Finance, citado por WOODS, Patricia J. Israel's Court-Driven Constitutional Revolution, *Paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Marriott Wardman Park, Omni Shoreham, Washington Hilton, Washington, DC*, Sep 01, 2005, disponível para download em http://www.clas.ufl.edu/users/pjwoods/Woods%202005%20APSA.pdf, acesso em 06/07/2009.

[52] LERNER, Hanna, op. cit., passim.

[53] O modelo adotado é descrito por Hanna Lerner como uma forma de "*consociationalism*", que vem a ser uma forma de governo em que o poder é repartido por diversos grupos, especialmente adequada para sociedade fortemente divididas.

[54] Idem, p. 238.

[55] Ver LERNER, Hanna, "Entrenching the Status-Quo: Religion and State in Israel's Constitional Proposals", in *Constellations*, vol. 16, n. 3, 2009, para uma análise de três propostas de constituições escritas para Israel desenvolvidas entre 2005 e 2006.

[56] LERNER, Hanna, "Democracy, Constitutionalism, and Identity: The Anomaly of the Israeli Case", cit., p. 239-241, de onde se destaca: "*The model of consociational democracy, developed by Arend Lijphart, is the key to explain the success of the Israeli political system in resolving most religious conflicts peaceably while preserving national unity and democratic stability*".

[57] Idem, p. 243.

[58] Idem, p. 244.

[59] Cf. a respeito, SOMMER, Hillel, "Democracy vs. Rule of Law: Does the Court Really Control the Elected Legislature?", in *Judicial Review in Comparative German-Israeli Perspective*, 2004, disponível para download em <http://ssrn.com/abstract=701902>, acesso em 05 de Janeiro de 2008.

[60] WOODS, Patricia J. Op cit., p. 5.

[61] Para uma exposição de seu pensamento, consultar BARAK, Aharon. The Role of the Supreme Court in a Democracy. *Israel Studies*, vol. 3, n. 2, 2007, disponível para download em http://www.aharonbarak.com/?l=en&a=20937, acesso em 06/07/2009.

[62] SALZBERGER, Eli M. *Judicial Activism in Israel***,** disponível para download em http://ssrn.com/abstract=957849, acesso em 17 de julho de 2009, p. 3-4.

[63] Discurso proferido por Dan Tchon, *apud* DOR, Gal. "Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective", in *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 11, 2000, p. 4. Tradução nossa. (Until now, there has been a status quo between the Supreme Court and the Knesset. Each of the branches tried hard not to intrude in the other's affairs. I consider the High Court of Justice ruling a very serious matter .... Perhaps on this occasion an insignificant section was under discussion, but henceforth they [the judges] will be able to annul significant laws, and so a new reality will be created .... [T]his decision sets the stage for the court's intervention in the legislative activity of the Knesset. Such intervention is unwarranted, and the Knesset needs to state its opinion on this matter ... The Knesset is sovereign, not the Court. The Court can recommend that the Knesset amend the law which the Court feels is a contradiction of the Basic Laws, but it can't revoke a law on its own say-so.)

[64] POSNER, Richard. Review: Enlightened Despot. *The New Republic*, 23/04/2007, disponível em http://www.aharonbarak.com/?l=en&a=20925, acesso em 06/07/2009.

[65] HIRSCHL, Ran. ***Towards Juristocracy****: The origins and consequences of the new constitutionalism.* Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 74, de onde se extrai: *"(...) the judicial empowerment and judicialization of politics in Israel can best be understood as a planned strategy on the part of Israel's ruling elite and its burgeois constituency – a relatively coherent social class of secular neoliberals of European origin, composed of politicians, businesspeople, and professionals striving to maintain their political hegemony"*. Mais recentemente, as críticas foram renovadas em artigo publicado no periódico Constellations, que dedicou boa parte da edição ao constitucionalismo israelense. Cf. HIRSCHL, Ran. "The Socio-Political Origins of Israel's Juristocracy", in *Constellations*, vol 19, n. 3, 2009.

[66] BARAK-EREZ, Daphne. Judicial Review of Politics: The Israeli Case. *Journal of Law and Society*, vol. 29, n. 4, dec. 2002.

[67] *Idem*. The international law of human rights and constitutional law: a case study of an expanding dialogue, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n. 4, 2004, p. 613. Destaca-se: *"(...) Israel's Supreme Court has a policy of hearing almost every petition that raises rule-of-law or human rights issues, with only minimal application of preliminary doctrines such as standing and non-justiciability"*.

[68] NAVOT, Doron e PELED, Yoav. "Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel?", in *Constellations*, vol. 16, n. 3, 2009.

[69] S. 8. *A provision of a law that violates freedom of occupation shall be of effect, even though not in accordance with section 4, if it has been included in a law passed by a majority of the members of the Knesset, which expressly states that it shall be of effect, notwithstanding the provisions of this Basic Law; such law shall expire four years from its commencement unless a shorter duration has been stated therein.*

[70] Ver GARDBAUM, Stephen. “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, cit., nota de rodapé nº 115 e STEPHANOPOULOS, Nicholas. The Case for the Legislative Override. *Yale Law School Student Scholarship Papers*, 2005, p. 11-12, disponível para *download* em http://digitalcommons.law.yale.edu/student papers/4, acesso em 06/07/2009.

[71] Conferir DOR, Gal, “Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective”, in *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 10, 2000, p. 8-14, com a ressalva que a autora considera estes exemplos como um diálogo meramente formal entre Legislativo e Judiciário, já que não houve por parte do Parlamento vontade de discutir o mérito da decisão da Suprema Corte.

O MANDADO DE INJUNÇÃO E A HIDRA DE LERNA: A TUTELA DOS DIREITOS E INTERESSES DIFUSOS COMO UM NOVO TRABALHO AO JUIZ HÉRCULES*

THE WRIT OF INJUNCTION AND THE LERNAEAN HYDRA: PRESERVING DIFFUSE RIGHTS AS A NEW LABOUR FOR JUDGE HERCULES

Tanya Kristyane Kozicki de Mello

RESUMO

A Constituição de 1988 introduziu o mandado de injunção como mecanismo de controle concreto da inconstitucionalidade por omissão, porquanto cabível onde a falta de norma regulamentadora obstaculize ao titular o exercício de direito ou liberdade constitucionalmente outorgada ou ainda de prerrogativas relacionadas à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Tratando-se de inovação, e nada obstante a construção doutrinária apontar em sentido diverso, as primeiras decisões proferidas o foram com grande timidez, mormente pelo temor do Poder Judiciário de invadir seara alheia, afeta ao Poder Legislativo. Paralelamente a isso, a norma constitucional que criou a ação permanece, ela própria, carecedora de regulamentação, o que determinou a aplicação, por analogia, das disposições que regem o mandado de segurança. Por isso, e ainda que o texto constitucional nada referisse a esse respeito, passou a ser admitida, sem peias, a legitimação coletiva. Quanto ao conteúdo das decisões, verificou-se paulatina superação do temor inicial, com a substituição da postura não-concretista – onde apenas se dá ciência da mora ao órgão omisso, pela concretista individual, na qual se define, apenas para o postulante, os parâmetros viabilizadores do exercício do direito enquanto perdurar a falta de regulamentação. Vencido este desafio, e em tempos de questionamento acerca da insuficiência dos atuais instrumentos processuais para realizar a tutela dos (ditos) novos direitos, surge uma outra ordem de indagações, agora para reavivar a temática acerca do cabimento do writ para defesa dos direitos difusos. Se no tocante ao conteúdo da decisão havia razoável consenso doutrinário acerca da possibilidade de o Poder Judiciário, ao decidir o caso concreto, regulamentar o exercício do direito titularizado pelo impetrante, o novo debate se mostrará ainda mais desafiador, não apenas porque dissonantes as percepções, mas também por conta da própria natureza dos direitos a tutelar, de onde a inviabilidade de apurar a extensão dos efeitos da regulamentação provisória.

PALAVRAS-CHAVES: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; MANDADO DE INJUNÇÃO; OMISSÃO INCONSTITUCIONAL; SEPARAÇÃO DE PODERES; DIREITOS DIFUSOS.

ABSTRACT

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

The 1988 Constitution introduced the writ of injunction as a concrete control mechanism of unconstitutionality by omission, considered appropriate where the lack of a regulation rule prevents the holder from the exercise of the right or freedom that is constitutionally granted or even prerogatives related to nationality, sovereignty and citizenship. Being an innovation, and although the doctrinaire construction indicated otherwise since the very beginning, the first decisions pronounced were ones of extreme timidity, mainly due to the apprehensiveness of the Court of invading the terrain of others and affecting the Legislative Authority. At the same time, the constitutional rule that created the action remains in itself, lacking regulation, which determined the application, by analogy, of the arrangements that rule the writ of mandamus. Therefore, and even though the constitutional text makes no reference to this, collective legitimation became acknowledged without limits. A gradual overcoming of the initial apprehensiveness was noted with regard to the content of the decisions, with the substitution of a non-concrete posture – where only awareness of the default is given to the omissive organ by one in which one only defines the enabling parameters of the exercise of rights for the petitioner whilst the lack of regulation persists. Once this first challenge has been surmounted and in questioning times about the insufficiency of the current procedural instruments to materialize the tutelage of the (aforementioned) new rights, another investigation order appears, now, to resume the theme about the suitability of the writ for the defense of diffuse rights. If there used to be reasonable doctrinaire consensus as to the decision content about the possibility of the Judiciary Authority, regulating the exercise of the entitled right by the petitioner when deciding the concrete case, then the new debate will be even more challenging, not only because of the discordant perceptions, but also due to the nature in itself of the tutelary rights, from where there is the non-viability of ascertaining the extension of the effects of provisional regulation.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL CONTROL; JUDICIAL REVIEW; WRIT OF INJUNCTION; UNCONSTITUTIONAL OMISSION; SEPARATION OF POWERS; DIFFUSE RIGHTS.

1 À GUISA DE INTRODUÇÃO

Segundo a mitologia grega, o segundo trabalho exigido pelo rei Euristeu a Hércules impunha-lhe exterminar uma monstruosa criatura: a Hidra de Lerna, serpente com várias cabeças, das quais a maioria contava com capacidade de regeneração quando cortada.

Tal como a serpente, e desde a promulgação da Constituição de 1988, o mandado de injunção sempre suscitou muitas polêmicas, de tal sorte que se apresenta oportuna a analogia: vencida uma dificuldade pela evolução do posicionamento jurisprudencial, outra surge em seu lugar, trazendo novo desafio à capacidade criativa do juiz Hércules. Já foi até mesmo chamado de "o que foi sem nunca ter sido"[1], precisamente pelo modo refratário como inicialmente recebido (e compreendido) pela Corte Constitucional brasileira.[2]

Com efeito, e repetindo timidez anteriormente vista quando da introdução do controle jurisdicional de constitucionalidade em nosso ordenamento[3], por mais de década e

meia a ação constitucional viu sua *raison d'être* esvaziada quase que ao limite, em circunstâncias a que a doutrina assistia impotente e desencantada. Não passou, durante muito tempo, de um arremedo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, onde aparentemente se abria a todos a perspectiva de buscar a tutela jurisdicional para corrigir a inércia normativa inviabilizadora do "exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania"[4], mas que de nada servia senão para "noticiar" ao órgão faltoso que se encontrava em mora.

Paradoxalmente, contudo, e mesmo que à míngua de previsão constitucional específica, não demorou muito para que se admitisse a provocação coletiva, nos moldes do preconizado pelo art. 5º, LXX, para o mandado de segurança. Mas ainda mais paradoxal foi que a guinada de paradigma do Supremo Tribunal Federal tenha se dado precisamente em uma ação coletiva, passando a tutela a ser efetivamente prestada no sentido de conferir resposta efetiva aos jurisdicionados, deferindo-lhes reais condições de exercer direitos e liberdades constitucionalmente auferidos, mas até então pendentes de regulamentação.

Ou seja, aquele instrumento desacreditado e que se imaginava aproximar-se do ocaso definitivo ressurgia, suscitando uma nova ordem de questionamento, desta feita acerca da categoria de direitos que poderiam ser por ele tutelados: para alguns, apenas os coletivos da categoria representada; para outros, inclusive os de caráter difuso.

Da inicial recalcitrância em proferir decisões que conferissem verdadeira realização de direitos constitucionalmente positivados, passa-se a um cenário quase que diametralmente oposto, de onde é quase certo que surjam questionamentos acerca de uma eventual ameaça à separação orgânica de funções, por uma cogitada usurpação, pelo Poder Judiciário, de atribuição típica do Poder Legislativo.

E é precisamente neste ponto que reside o objeto deste estudo, para cujo desenvolvimento se faz imprescindível tecer algumas considerações acerca da origem do instrumento e da evolução jurisprudencial observada, bem como a respeito dos direitos metaindividuais e de suas perspectivas de tutela, para então analisar as perspectivas de resgate do instituto sem comprometimento do ideal de democracia[5] e [6].

Mais do que respostas definitivas, a pretensão é buscar expor algumas dúvidas (reputadas) pungentes, bem como questionamentos e receios que circundam o tema, mormente em tempos de insistentes referências a um processo de judicialização da política e das relações sociais.[7]

2 REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO

O mandado de injunção foi criado pela Constituição de 1988 para, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, propiciar o controle da inércia de órgão encarregado de conferir regulamentação a preceito de eficácia limitada.[8] Nada obstante o termo escolhido pelo constituinte para designá-lo aparentemente remeter ao *writ of injunction* do direito estadunidense e outros estudos conterem tentativas de

identificação de semelhanças até mesmo com a reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) do direito alemão[9] e [10], apresenta-se mais preciso o escólio de Flavia PIOVESAN, para quem esta ordem não encontra "similar no direito alienígena". E complementa:

(...) A confrontação que se possa fazer com a "injunction" direito americano, ou com a "equity" do direito inglês, ou ainda com o "Verfassungsbeschwerde" do direito alemão, apontam à singularidade do mandado de injunção, que, por sua vez, tanto envolve um juízo de equidade ("equity" dos ingleses), como se volta à proteção de direitos fundamentais da pessoa humana ("injunction" dos americanos e "Verfassungsbeschwerde" dos alemães), mas com características próprias e peculiares.[11]

Introduzido pelo art. 5º, esta garantia constitucional conta com a seguinte redação:

LXX - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

De modo a reunir os subsídios necessários ao enfrentamento da questão propostas, passa-se a uma breve análise tão-só de alguns aspectos que se reputa indispensáveis à compreensão do instituto[12].

2.1 Pressupostos constitucionais

2.1.1 A Falta de Norma Regulamentadora

Ainda que se tenha dois pressupostos que devem se apresentar em concurso, é certo que o cerne do *writ* reside precisamente na omissão do Poder Público que, afrontando a integridade do texto constitucional, deixa de se desincumbir do dever de editar norma integradora de preceitos de eficácia limitada[13]. Caem a lanço as ponderações de André PUCCINELLI JÚNIOR:

Só é possível falar em omissão legislativa quando a Constituição consagra normas de eficácia limitada, sem densidade suficiente para se tornarem exequíveis por si mesmas, reenviando ao legislador a tarefa de lhe conferir aplicabilidade. De fato, como o combate à inércia legislativa é determinado pelo desejo de conferir máxima efetividade às normas constitucionais, o termo "omissão inconstitucional" perderia o sentido se todas elas fossem dotadas de eficácia imediata e integral.

Enquanto a inconstitucionalidade por ação decorre da atuação excessiva que geralmente resulta em norma inválida, por atentar contra o princípio da compatibilidade vertical dos atos normativos, a inconstitucionalidade por omissão se prende à inércia dos Poderes Públicos capaz de interditar os potenciais efeitos de uma norma. Daí a afirmação de que a inconstitucionalidade por ação remete ao problema da validade normativa, enquanto a inconstitucionalidade por omissão opera no plano da eficácia.[14]

Imperativo referir, desde logo, que o texto constitucional alude a uma ausência de norma regulamentadora e não de norma legislativa, o que encerra abrangência significativamente maior. Com efeito, poderá o *mandamus* ser impetrado não apenas nos casos em que a autoridade omissa integrar o Poder Legislativo, mas também nos casos em que a norma faltante tiver natureza administrativa.

Assim, o que de fato releva é que a insuficiência normativa - qualquer que seja sua natureza - comprometa a fruição do direito outorgado pelo texto constitucional, porquanto o objetivo não é outro senão conferir a este a maior efetividade possível.[15]

Em síntese, por norma regulamentadora se poderá entender, nos termos do art. 103, § 2º, da Constituição, toda "medida para tornar efetiva norma constitucional", de onde a lição de José Afonso da SILVA:

Nesses casos, a aplicabilidade da norma fica dependente da elaboração da lei ou de outra providência regulamentadora. Se ela não vier, o direito previsto não se concretizará. É aí que entra a função do mandado de injunção: fazer com que a norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente da regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada. Se tivesse sido regulamentada, o mandado de injunção não teria cabimento.[16]

Por outro giro, apresenta-se indiferente perquirir acerca da extensão da omissão - se total ou parcial[17], pois tanto a inércia completa da autoridade quanto sua atuação deficiente bastará para que se abra a via da injunção.

2.1.2 A Inviabilidade do *Exercício de Direito ou Liberdade Constitucional ou de Prerrogativa Inerente à Nacionalidade, à Soberania e à Cidadania*

Embora tenha a doutrina divergido acerca do objeto do mandado de injunção[18], afigura-se mais ponderada a orientação adotada por José Afonso da SILVA, para quem "não importa a natureza do direito que a norma constitucional confere, desde que seu exercício dependa de norma regulamentadora e desde que esta falte, o interessado é legitimado a propor o mandado de injunção, quer a obrigação de prestar o direito seja do Poder Público, quer incumba a particulares"[19].

Em qualquer hipótese, contudo, haverá de se encontrar presente um "direito subjetivo constitucionalmente afirmado, porém não exercido pelo titular em razão da omissão legislativa na regulamentação do preceito que o veicula"[20], residindo neste ponto uma das diferenças entre o *writ* e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que tem natureza objetiva e onde apenas se pretende a defesa da Constituição, e não a defesa de interesses do postulante[21].

2.1.3) O Liame de Causalidade entre a *Falta de Norma Regulamentadora* e a *Inviabilidade do Exercício do Direito ou Liberdade Constitucional*

Por derradeiro, impõe-se destacar que o cabimento do mandado de injunção estará sempre a depender de um vínculo, um elo, de tal sorte que a inviabilidade do exercício do direito ou da liberdade tenha origem direta na falta da regulamentação.

Nesse exato sentido de há muito se posicionou o Supremo Tribunal Federal, por oportunidade do julgamento do Mandado de Injunção 81, relatado pelo Ministro Celso de Mello e que restou assim ementado:

Mandado de injunção - Situação de lacuna técnica - pressuposto essencial de sua admissibilidade - Pretendida majoração de vencimentos devidos a servidores públicos - alteração de lei já existente - Inviabilidade - Agravo Regimental improvido. A estrutura constitucional do mandado de injunção impõe, como um dos pressupostos essenciais de sua admissibilidade, a ausência de norma regulamentadora. Essa situação de lacuna técnica - que se traduz na existência de um nexo causal entre o *vacuum juris* e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania - constitui requisito necessário que condiciona a própria impetrabilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988. (...)[22]

Indispensável, pois, a estreita co-relação entre os apontados pressupostos.

2.2 Legitimação Ativa

É consenso na doutrina que poderá figurar como sujeito ativo do *mandamus* aquele titular do direito ou liberdade constitucional cujo exercício se encontre obstaculizado pela ausência de norma que regulamente o preceito constitucional instituidor. Nesse passo, tanto poderá se tratar de pessoa física quanto jurídica, nacional ou estrangeira.

Questão que já se mostrou conflituosa na doutrina, mas que acabou restando prejudicada em virtude de claro posicionamento jurisprudencial, dizia com a admissibilidade de impetração coletiva. Assim é que, adotando como parâmetro as entidades relacionadas no art. 5º, LXX, da Carta Maior (mandado de segurança coletivo), bem como observando-se para as associações sindicais o quanto previsto no art. 8º, III, entendeu o STF pela possibilidade da provocação coletiva, ainda antes da supressão do limite aos juros reais então previstos no art. 192, § 3º, da Constituição[23] (revogado pela Emenda Constitucional n. 40, de 29 de maio de 2003). *Verbis*:

I - MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: ADMISSIBILIDADE, POR APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 5º, LXX, DA CONSTITUIÇÃO; LEGITIMIDADE, NO CASO, ENTIDADE SINDICAL DE PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS, AS QUAIS, NOTORIAMENTE DEPENDENTES DO CRÉDITO BANCÁRIO, TEM INTERESSE COMUM NA EFICÁCIA DO ART. 192, PAR. 3º, DA CONSTITUIÇÃO, QUE FIXOU LIMITES AOS JUROS REAIS. (...)[24]

Esta legitimidade foi na sequência consolidada por aquela Corte Máxima, como se pode ver na ementa do MI 20/DF, julgado em data de 19 de maio de 1994:

(...) MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina.[25]

Mas isto nem de longe se prestou a afastar as polêmicas que caracterizam a evolução do instituto nestas duas décadas de existência. Tal qual a Hidra de Lerna, superado o debate acerca de seu cabimento para a tutela de direitos coletivos suscitada por entidade representativa de classes, surge outra indagação, desta feita sobre sua aptidão para realizar a tutela de interesses difusos.

De fato, esta uma questão muitíssimo mais delicada, mormente se considerada a circunstância de que só há pouco teve início o florescimento do instituto no que diz com o conteúdo das decisões proferidas, em processo de evolução jurisprudencial que será rapidamente comentado.

3 CONTEÚDO EFICACIAL DAS DECISÕES INJUNCIONAIS

3.1 Correntes doutrinárias acerca do provimento judicial

De acordo com Regina QUARESMA[26], seriam basicamente três as possibilidades de conteúdo da decisões proferidas em sede de mandado de injunção, a saber:

- tese da subsidiariedade, onde o Poder Judiciário apenas recomendaria ao poder omisso a adoção das providências necessárias à edição da norma faltante, de tal sorte que o *writ* acabaria equiparado à ação de inconstitucionalidade por omissão;

- teoria da independência jurisdicional, que corresponderia a um pequeno avanço, pois reconheceria ao magistrado liberdade para "estabelecer como o direito deverá ser exercido e ordenar seu cumprimento, editando a norma com força de lei"; e

- tese resolutiva, aquela adotada pela autora e que vê no Poder Judiciário o responsável pela resolução do caso concreto, independentemente de regulamentação, em decisão que "pode ser interpretada como a extensão da aplicação pelo juízo de equidade"[27].

Usando terminologia distinta, porém com conteúdo bastante assemelhado, Alexandre de MORAES[28] refere a existência de duas correntes: a concretista e a não-concretista. Na primeira, e uma vez verificado o atendimento dos pressupostos constitucionais, o Judiciário emitiria um provimento de caráter constitutivo, pelo qual não apenas declararia a omissão como também viabilizaria o exercício do direito invocado até que sobreviesse a regulamentação editada pelo poder competente. Esta linha ainda se subdivide em concretista geral (pela qual a normatividade implementada pela decisão produziria efeitos *erga omnes*) e concretista individual (onde a decisão aproveitaria tão somente aquele que tivesse provocado a tutela jurisdicional)[29].

Já a segunda - não-concretista, apregoa que o *writ* apenas teria como finalidade a declaração da inércia do órgão ou autoridade responsável pela regulamentação, o que

reduziria significativamente a eficácia do instituto, aproximando-o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Como mencionado anteriormente[30], tal não se coaduna com a natureza distinta de ambos os institutos (objetiva, na ação de inconstitucionalidade; subjetiva, no mandado de injunção), que permaneceriam apartadas apenas sob o prisma da legitimação ativa. Afinal, se no controle abstrato o que se busca é a preservação da incolumidade do texto constitucional (salvaguardando-a quer da ação quer da omissão que o ataquem), no controle concreto se invoca uma solução para o problema submetido pelo impetrante à apreciação jurisdicional, que haverá de receber resposta adequada à realização de seu direito caso se entenda pela procedência.

3.2 Evolução da jurisprudência e a virada de paradigma pelo STF

Conforme se teve a oportunidade de referir adrede, a timidez inicial do Poder Judiciário foi aos poucos sendo substituída por provimentos mais assertivos e de fato viabilizadores do exercício de direitos e liberdades desde sempre outorgados pelo constituinte, de tal sorte que os impetrantes passaram a ver a jurisdição efetivamente prestada.

Em apertada síntese, é possível acompanhar a evolução do posicionamento adotado pela Suprema Corte pela invocação de algumas das decisões proferidas e que ilustram a postura preponderante em diferentes momentos.

Num primeiro momento, anota Luís Roberto BARROSO que "sem nutrir simpatia pela inovação representada pelo mandado de injunção e rejeitando o ônus político de uma competência normativa que não desejava, a Corte esvaziou as potencialidades do novo remédio"[31]. E foi assim que, imprimindo ao princípio da separação dos Poderes uma compreensão já ultrapassada[32], acabou por conferir ao *mandamus* o mesmo conteúdo decisional da ação de inconstitucionalidade por omissão, onde nada mais se fazia senão noticiar ao Poder competente a necessidade de adoção de providências regulamentadoras do exercício do direito invocado. A propósito, tal orientação foi adotada pouco mais de um ano após a promulgação da Constituição (julgamento em 23 de novembro de 1989), por ocasião do julgamento de Questão de Ordem no Mandado de Injunção 107/DF, em acórdão relatado pelo Ministro Moreira Alves:

MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou

administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. (...)[33]

Passado algum tempo, o Supremo Tribunal acabou por absorver - ao menos em parte, as críticas da doutrina, que desde o início se mostrava preocupada com o esvaziamento da ação constitucional a persistir a postura não-concretista até então predominante. Ainda que sem adotar postura integralmente arrojada, novos rumos passaram a se apresentar, com a Corte assinalando prazo para adoção das medidas regulamentares, pena de o interessado ter assegurada a satisfação do direito até então obstaculizado pela omissão. Veja-se, para ilustrar, o decidido no Mandado de Injunção 282, julgado em 20 de março de 1991 e que teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence:

Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, par. 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. (...) 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8º, par. 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.[34]

Como se vê, verificou-se aqui uma transição da orientação não-concretista para a concretista individual, com o que o Tribunal passou a aceitar a possibilidade de edição de uma regulamentação provisória, que atendesse aos reclamos do direito subjetivo do impetrante, ao menos enquanto ausente a regulamentação[35].

Mas a verdadeira "viragem da jurisprudência"[36] a que alude Gilmar Ferreira MENDES somente viria década e meia mais tarde, passando a Corte Suprema a adotar uma postura concretista, de tal sorte que ao julgamento de procedência do *writ* se integravam a indicação e aplicação "da norma integradora necessária à viabilização do direito constitucional anunciado"[37].

Conforme se disse[38], o Mandado de Injunção 20 representou significativo avanço do STF no sentido de, estendendo a previsão contida no art. 5º, LXX, da Lei Maior, autorizar a impetração de mandado de injunção coletivo. Contudo, naquela oportunidade - que versava precisamente sobre o direito de greve de servidor público, a decisão de procedência nem remotamente se prestou à viabilização do exercício do

direito que já fora textualmente conferido à categoria pelo art. 37, VII[39]; antes, limitou-se a reconhecer a mora do Congresso Nacional em editar a lei complementar, a qual haveria de "definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público", constituindo-se em "requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional"[40].

Em meados de 2007 lançou-se sobre a matéria nova luz, de onde a Corte Suprema passou a de plano deferir a aplicação do estatuto legal que disciplina o movimento paredista dos trabalhadores em geral, como se pode conferir em passagem do emblemático aresto:

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). (...) Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislatIva sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das Leis nos. 7.701/1988 e 7.783/1989. (...) A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). (...) 4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI no. 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL. (...) O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional. 4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). (...)[41]

Nesse passo, constata-se que foi precisamente em uma ação coletiva, admitida em virtude de sistemática interpretação do texto constitucional (porquanto ausente previsão autorizadora específica), que se deu a mudança da orientação da Corte Suprema pátria.

Assim, o instituto, cujos primeiros anos acenavam com uma perspectiva sombria, ressurge para assumir o papel que a doutrina desde antanho reputara como a ele acometido pelo constituinte: viabilizar, tornar efetivo, possibilitar o exercício real e concreto de direito ou liberdade constitucional ainda (de)pendente de norma regulamentadora que lhe sirva de baliza.

Evidente que passados mais de vinte anos da promulgação da Lei Magna, nada mais há que justifique permaneçam sem disciplina normativa direitos positivados. Todavia, e nada obstante não se possa validamente colher justificativas razoáveis, é certo que persistem os dispositivos não-regulamentadas e, pois, continua atual a discussão acerca do potencial da ação em comento.

Assim, consolidada a possibilidade de as decisões proferidas em sede de *injunction* serem providas de conteúdo normativo (com vistas à provisória concretização do direito invocado e até que sobrevenha medida do Poder Público competente), apresenta-se um novo desafio ao Judiciário: admitir, com as cautelas necessárias a evitar o desbordamento de sua função precípua, a utilização do instituto para possibilitar também a tutela dos interesses difusos, acerca dos quais cabem algumas breves considerações.

4 OS DIREITOS COLETIVOS E SUAS CATEGORIAS

4.1 Algumas ponderações iniciais

Conforme referido por Carlos Frederico MARÉS[42], o Estado e o Direito vivem atualmente a mais grave de todas as crises até aqui enfrentadas, já que ataca dogmas profundamente enraizados, suscitando discussões e conflitos que nem um, nem outro jamais se aparelharam para enfrentar. Pior do que isso, cuida-se de reconhecer uma nova ordem de temas, interesses e direitos que até então foram solenemente ignorados, precisamente porque insuscetíveis de recondução a um dos dois âmbitos até então admitidos - ou bem o público, ou bem o privado.

Com efeito, imperativo reconhecer que todo o Direito Moderno foi construído sobre a dicotomia entre o público e o privado, mormente sobre a idéia de propriedade privada e tendo como foco, quase que invariavelmente, um objeto que pudesse ser economicamente valorado. Nas palavras do autor, "nesta avaliação reside sua juridicidade, a tal ponto que o direito resolve todas as pendências, em última instância, em perdas e danos"[43].

Se por muito tempo houve recalcitrância em admitir "um direito coletivo que não fosse o conjunto ou a soma de direitos individuais"[44], a Constituição de 1988 veio para reconhecer esta nova realidade, onde todos são sujeitos, sem possibilidade de disposição individualizada, já que "a disposição de um seria violar o direito de todos os outros"[45]. Mais do que isso: se até então o Estado deveria zelar pela não-violação, em face destes deverá empreender ações efetivas para sua realização[46].

A respeito deste tema, ensina Menelick de CARVALHO NETO que não se cuida de uma mera ampliação do catálogo de direitos fundamentais, mas de verdadeira mudança que atinge por completo a visão de mundo e do próprio constitucionalismo. *Literis*:

Para esse último paradigma, a questão do público e do privado é questão central, até porque esses Direitos de última geração são Direitos que vão apontar exatamente para essa problemática: o público não pode ser visto como estatal ou exclusivamente como estatal e o privado não pode ser visto como egoísmo. A complexidade social chegou a

um ponto tal que vai ser preciso que organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadimplente e omisso.

Usualmente, em todos esses Direitos de terceira geração, o Estado é o contraventor central, por ação ou omissão. A sociedade civil é, precisamente, aquela instância capaz de lutar por esses Direitos e de zelar pela eficácia deles. Nesse sentido, nós vamos ter uma transformação profunda em toda a teoria processual, o que mostra que os dois paradigmas anteriores eram muito relacionados, embora opostos.[47]

Bem por fazer tais considerações no bojo da discussão acerca da legitimidade do *judicial review*, o autor refere o embate havido entre o enfoque dos norte-americanos originais e o modelo concebido por Kelsen para fins de realização do controle de constitucionalidade. Contudo, conclui que esta nova ordem de interesses que estão a demandar proteção igualmente suscitam a necessidade de sofisticação dos instrumentos de tutela, de onde ser imprescindível rediscutir a própria atividade interpretativa.[48] Como se viu, em se tratando das liberdades, muito facilmente se admite o controle jurisdicional que afasta a intervenção estatal inconstitucional; já em sede de controle da omissão, mostra-se mais complexa a solução a ser adotada.

4.2 As categorias de direitos coletivos no direito nacional

O Código de Defesa do Consumidor - Lei n$^{o.}$ 8078/90 - definiu três categorias de direitos coletivos, ou mais precisamente, duas de natureza verdadeiramente coletiva e uma de direitos individuais de massa, já que autorizadores de tutela coletiva. São elas:

- direitos *difusos*. Definidos pelo art. 81, parágrafo único, I, como sendo os "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato";

- direitos *coletivos*, comumente referidos pela doutrina como direitos coletivos *stricto sensu*, seriam aqueles "transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base" (art. 81, parágrafo único, II); e

- direitos *individuais homogêneos*, aos quais o 81, parágrafo único, III, se refere como sendo aqueles "decorrentes de origem comum".

De acordo com Sérgio Cruz ARENHART[49], as duas primeiras categorias são marcadas pela transindividualidade, ou seja, a circunstância de serem "pertencentes não a um indivíduo determinado, mas a certa coletividade (ou à coletividade, considerada como o universo da população)", de onde "não podem ser isolados em um único indivíduo, não pertencem a uma única pessoa". Para exemplificar, invoca o direito ao meio ambiente (da categoria dos direitos difusos), acrescentando ser coletivo por "pertencer a toda coletividade, de forma diluída, não admite que ninguém, isoladamente, seja considerado como seu titular (ou mesmo de parcela determinada dele)". Acerca da indivisibilidade, pondera que ela impede qualquer pretensão de que sejam "confundidos

com o somatório dos direitos individuais, pertencentes a cada um dos sujeitos que compõem a coletividade".

Neste estudo, é na primeira categoria que se assenta o debate proposto, é dizer, a admissibilidade de impetração de mandado de injunção para fins de tutela daqueles ditos difusos.[50]

5 DIREITOS DIFUSOS E MANDADO DE INJUNÇÃO - ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CABIMENTO DO *WRIT*

Das ponderações até aqui esboçadas, constata-se que, em se tratando de mandado de injunção, doutrina e jurisprudência dificilmente caminharam *pari passu*. A bem da verdade, aquela pretendia ver, desde o início, uma atuação mais assertiva e concretizadora dos direitos constitucionais, enquanto esta se mostrava recalcitrante, em grande medida por temer imiscuir-se em seara de outrem.[51]

Nesse passo, é de se anotar que a tutela de direitos difusos em sede de injunção já era reconhecida[52], inclusive pela referência à legitimidade ativa do Ministério Público. Nesse passo, não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade na previsão contida no art. 6º, VIII, da Lei Complementar 73/95, a qual dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União:

VIII - promover outras ações, nelas incluído o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando difusos os interesses a serem protegidos

Em verdade, tal incumbência nada mais é senão defluência do previsto nos artigos 127, *caput*, e 129, III, ambos da Constituição, nos quais encontra seu engate de legitimação e validação:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Com efeito, não seria coerente interpretar o dispositivo constitucional de modo literal e restritivo, para restringir a função institucional apenas à utilização da ação civil pública. Afinal, vale lembrar que nem mesmo se cogita de tutela coletiva, o que foi jurisprudencialmente viabilizado, em decisão que por certo tende à máxima efetivação dos direitos fundamentais, dentre os quais a efetivação da Constituição em seu correlato efeito - o direito subjetivo à emanação de normas[53].

A propósito, de se destacar precisamente este ponto como apto a sepultar a idéia de que admitir a tutela de direito difuso aproximaria a ordem de injunção da ação de inconstitucionalidade por omissão. Com o devido respeito, esta continua tendo caráter objetivo, enquanto aquele, ainda quando impetrado pelo Ministério Público, destina-se à proteção do direito subjetivo à plena efetivação dos comandos insculpidos na Constituição.

Para ilustrar, refira-se o Mandado de Injunção 858, impetrado em junho de 2008 e distribuído à relatoria do Ministro Eros Grau, pelo qual o Ministério Público do Estado do Paraná pretende ver afastada a omissão do legislador complementar que, passados mais de quinze anos da Emenda Constitucional 4/1994, ainda não deu pelo estabelecimento dos casos de inelegibilidade dos candidatos aos cargos políticos, consoante previsto no artigo 14, § 9º, da Constituição do Brasil.

Em síntese, reitere-se que a ordem injuncional jamais terá o condão de violar o princípio da separação orgânica de funções, subtraindo ao Legislativo sua função típica. O que se terá, em qualquer caso, será uma regulamentação provisória de direitos que foram criados pela Constituição.

De todo modo, a analogia com a serpente mitológica termina na possibilidade que aquela tinha de regenerar as cabeças mutiladas: a ação injuncional nada tem de venenosa e não se cogita de seu extermínio; diferentemente, apenas se reconhece seu potencial para suscitar desafios, cuja tarefa de superação contribui para realizar os ideais preconizados na Carta Maior.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. 248 p.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 333 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 645 p.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. **Lei Complementar nº 73**, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva. 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. 1352 p..

CAPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993, 134 p.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Controle de constitucionalidade e democracia. *In:* MAUÉS, A. G. M. *et alli*. **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 215-232.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Legislativo: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 696 p.

GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo *versus* democracia. *In*: GARGARELLA, Roberto. (Coord.). **Teoría y crítica del derecho constitucional:** tomo I - Democracia. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009. p. 22-40.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 56, p. 151-176, jun. 2008.

MARÉS, Carlos Frederico. Os direitos invisíveis. *In*: OLIVEIRA, Francisco e PAOLI, Maria Célia. (Org.). **Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global**. Petrópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p. 307-334.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2008. 1432 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. 318 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 335 p.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 335 p.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. **Mandado de segurança, ação civil pública, ação popular, *habeas data,* mandado de injunção**. São Paulo: Verbatim, 2009. 254 p.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo : RT, 1995. 191 p.

puccinelli júnior, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador**. São Paulo: Malheiros, 2003. 282 p.

QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 159 p.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 270 p.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo : Malheiros, 2004. 900 p.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 167 p.

VIANNA, Luiz Werneck. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 270 p.

---

[1] BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 189.

[2] Em obra publicada ainda antes da mudança de orientação jurisprudencial, Sergio Fernando MORO destacava um certo paradoxo na postura adotada pela Corte brasileira, recusando-se a extrair do mandado de injunção todo o potencial que lhe deferira a Constituição da República. *Literis*: "Agindo como procedeu, além de esvaziar o instrumento, frustrando os propósitos da Constituição a ele pertinentes e esvaziando a possibilidade de efetivo controle judicial de constitucionalidade sobre parte substancial da Constituição, rompeu com sua própria tradição de extrair das ações constitucionais todo o seu potencial, o que foi ilustrado pela doutrina brasileira do *habeas corpus*. Conforme visto, o STF potencializou a eficácia dessa ação constitucional, estendendo sua abrangência sem maiores preocupações com a história, quer nacional, quer internacional, do instituto. Já no caso do mandado de injunção, o Supremo, apegando-se acriticamente a construções doutrinárias extemporâneas, esvaziou a utilidade do instituto, quando teria bons argumentos para proceder de maneira contrária. Não deixa de ser paradoxal que a primeira postura foi adotada em período histórico pontilhado por violências institucionais, enquanto a segunda foi adotada em ambiente de renovação democrática e de estabilidade institucional." (*in* **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 101)

[3] A primeira Constituição da República foi a responsável por inaugurar o controle difuso de constitucionalidade, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência recursal (art. 59, n. 3, § 1º, alíneas "a" e "b"). Nada obstante a expressa atribuição conferida aos juízes para declarar inconstitucionais os atos normativos do Poder Legislativo a partir daquele ano de 1891, tal não ocorreu de modo efetivo, porquanto os magistrados eram os mesmos dos tempos do Império, onde a incumbência de solucionar conflitos entre os poderes era do Poder Moderador, no qual o Imperador se encontrava investido. (cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p. 157).

[4] Conforme art. 5º, LXXI, da Constituição da República.

[5] A respeito da tensão entre constitucionalismo e democracia, veja-se apontamento de KOZICKI, Katya e BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz: "A polêmica que gira em torno do *judicial review* consiste basicamente no seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que permite que juízes não eleitos pelo povo possam interpretar os valores substantivos presentes na Constituição, como também revisar e anular leis incompatíveis com tais valores, mesmo que provenientes do Parlamento, enquanto representante democrático do povo, numa tensão entre jurisdição constitucional e democracia" (*in* Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 56, p. 157, jun. 2008.)

Nesse passo, e considerando que no mandado de injunção o controle que se faz versa sobre uma omissão inconstitucional, ainda maior preocupação poderia suscitar um eventual ativismo judicial, por temor de que o Poder Judiciário acabe por, desbordando de suas funções, produzir normação dotada de generalidade e abstração. Trata-se, contudo, de receio que pode ser facilmente afastado, bastando a criteriosa fixação de parâmetros para a eficácia das decisões proferidas, como se verá mais adiante.

[6] Ainda a propósito do tema, confira-se ensaio de Roberto GARGARELLA, onde são explorados variados argumentos em favor tanto da prevalência do constitucionalismo quanto da democracia. (Constitucionalismo *versus* democracia. *In* **Teoria y Crítica Del Derecho Constitucional**. Tomo I - Democracia. Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot, 2009. p. 22 e seguintes).

[7] Acerca do tema, veja-se VIANNA, Luiz Werneck. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[8] Reconhecendo o indiscutível valor das contribuições de autores como Maria Helena Diniz, Carlos Ayres Brito e Celso Ribeiro Bastos, adota-se neste trabalho a construção de José Afonso da Silva acerca da eficácia das normas constitucionais (*in* **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998), as quais podem ser reconduzidas a uma de três categorias, a saber: *a)* normas de eficácia *plena*, assim entendidas aquelas que prescindem de qualquer regulamentação ou integração por parte do legislador infraconstitucional, porquanto já adentraram o ordenamento jurídico com força suficiente para produzir efeitos sobre todos as situações que o constituinte pretendeu disciplinar, a exemplo dos arts. 21, 22 e 24, da Constituição; *b)* normas de eficácia *contida* seriam aquelas que nasceram com plenitude eficacial, porém que comportam a possibilidade de seu âmbito de abrangência vir a ser restringido pelo legislador infraconstitucional; em outras palavras, são aquelas dotadas de eficácia plena até que sobrevenha disposição integradora restringindo seu campo de incidência, *v. g.* do art. 5º, XIII; e, finalmente, *c*) normas de eficácia *limitada*, cujo potencial para produção de efeitos fica na dependência de integração a ser produzida pelo legislador infraconstitucional ou pelo administrador, no exercício de competência regulamentar, categoria que comporta subdivisão em normas constitucionais de *princípio institutivo* (como é o caso do art. 224, ao prever a criação do Conselho de Comunicação Social) e normas constitucionais de *princípio programático* (nestas, o constituinte delineou princípios a serem observados pelos órgãos estatais de modo à realização dos fins sociais do Estado, como se vê nos arts. 196 e 205).

[9] A qual não haverá de ser confundida com aquela prevista no art. 102, I, "l", que visa preservar a competência e garantia da autoridade das decisões proferidas pelo STF.

[10] A propósito do tema, confira-se puccinelli júnior, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 170, 171.

[11] PIOVESAN, Flavia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo : RT, 1995. p. 178.

[12] Assim é que não serão analisadas questões relativas à legitimação passiva, competência para conhecer e julgar o feito, prazo de impetração e procedimento legalmente delineado. Até porque, e conforme já mencionado, a própria norma constitucional instituidora da ação constitucional permanece, ela própria, pendente de regulamentação.

[13] Para fins deste estudo, não serão tecidas maiores considerações acerca da suficiência de mera lacuna técnica para fins da impetração ou mesmo quanto à diferença entre esta e a omissão inconstitucional. O tema pode ser consultado na obra de SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas**: instrumentos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 78 e seguintes.

[14] Op. cit., p. 120, 121.

[15] Veja-se o escólio de J. J. Gomes Canotilho: "O princípio da máxima efetividade (...), também designado por **princípio da eficiência** ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)." (*in* **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1097.)

[16] SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 448.

[17] Para Jorge Miranda, "por omissão entende-se a falta de medidas legislativas necessárias, falta esta que pode ser total ou parcial. A violação da Constituição, na verdade, provém umas vezes da completa inércia do legislador e outras vezes da sua deficiente atividade, competindo ao órgão de fiscalização pronunciar-se sobre a adequação da norma legal à norma constitucional" (*in* **Manual de Direito Constitucional**, tomo VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 308).

[18] Segundo Flávia PIOVESAN, "apresentaram-se, basicamente, três correntes doutrinárias. A corrente mais restritiva sustenta que a parte final do art. 5º, LXXI, ao se referir a prerrogativas 'inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania', restringe a expressão 'direitos e liberdades constitucionais' a estes bens jurídicos. Uma segunda corrente restringe a expressão 'direitos e liberdades constitucionais' aos direitos e garantias fundamentais do Título II do texto. A terceira corrente, a que se adota, entende que os direitos, liberdades e prerrogativas tuteláveis pela injunção não são apenas os constantes do Título II da Carta Maior, que se refere aos direitos e garantias fundamentais, mas quaisquer direitos, liberdades e prerrogativas, previstos em qualquer

dispositivo da Constituição, tendo em vista que inexiste qualquer restrição no art. 5º, LXXI do texto." (ob. cit., p. 122, 123)

[19] SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 451.

[20] NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. **Mandado de segurança, ação civil pública, ação popular, *habeas data*, mandado de injunção**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 236, 237.

[21] Em apertada síntese, pode-se dizer que no controle abstrato de constitucionalidade o foco central não é outro senão a manutenção da integridade da ordem constitucional, quando se suponha existir ação ou omissão que tenha contra ela obrado, de onde ser objetiva sua natureza jurídica. Já no controle concreto - no qual se insere o mandado de injunção, o objetivo precípuo é a decisão do caso concreto, cuja solução perpassa pela apreciação da existência de ofensa à ordem constitucional, mas que ainda assim haverá de manter seu foco no direito subjetivamente invocado.

[22] Julgamento em 20 de abril de 1990. Available:

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MI$.SCLA. E 81.NUME.) OU (MI.ACMS. ADJ2 81.ACMS.)&base=baseAcordaos [12.jul. 2009]

[23] Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: (...) § 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

[24] Mandado de Injunção 361/RJ, julgado em 08 de abril de 1994 e que teve como relator do acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence. Available:

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MANDADO+DE+INJUN%C7%C3O%2C+LEGITIMIDADE+ATIVA&pagina=3&base=baseAcordaos [12.jul. 2009]

[25] Relator o Ministro Celso de Mello. Available:

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MI$.SCLA. E 20.NUME.) OU (MI.ACMS. ADJ2 20.ACMS.)&base=baseAcordaos [12.jul. 2009]

[26] QUARESMA, R. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 51.

[27] Ibid.

[28] MORAES. Alexandre. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 175 e seguintes.

[29] Apenas para complementar, vale referir que a orientação concretista individual conta ainda com duas subespécies: a direta (onde o Poder Judiciário, ao julgar procedente o *mandamus*, desde logo faz implementar o direito que a constituição outorgara ao autor) e a intermediária (nesta, fixa-se um prazo ao órgão competente para que purgue a mora e edite a norma regulamentadora; decorrido o lapso temporal e persistindo a omissão, o tribunal estabeleceria as condições de exercício). Ibid.

[30] Vide nota de rodapé n. 21.

[31] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 125.

[32] A este respeito, oportuno transcrever passagem colacionada por Luís Roberto BARROSO, na qual o Ministro Celso de Mello assim se pronunciou sobre o tema: "Com efeito, esse novo *writ* não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. Não legitima, por isso mesmo, a veiculação de provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita a competência, não exercida, dos órgãos públicos. O STF não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam abstido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder" (STF, DJU, 1º fev.1990, p/ 280, MI 191-0-RJ, rel. Min. Celso de Mello).

[33] Supremo Tribunal Federal. Available:

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MI$.SCLA. E 107.NUME.) OU (MI.ACMS. ADJ2 107.ACMS.)&base=baseAcordaos [12.jul. 2009]

[34] Supremo Tribunal Federal. Available:

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MI$.SCLA. E 283.NUME.) OU (MI.ACMS. ADJ2 283.ACMS.)&base=baseAcordaos [12.jul. 2009]

[35] Esta mesma orientação pode ser ainda conferida nas decisões proferidas nos MI's 232 (Rel. Ministro Moreira Alves) e 284 (Rel. Ministro Celso de Mello).

[36] MENDES, Gilmar Ferreira; COLEHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2008. p. 1213 e seguintes.

[37] NUNES JÚNIOR; SCIORILLI. op. cit. p. 249, 250.

[38] Tópico 2.2.

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

seguinte: (...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica

[40] Para a íntegra do acórdão, confira-se

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MI$.SCLA. E 20.NUME.) OU (MI.ACMS. ADJ2 20.ACMS.)&base=baseAcordaos [12.jul. 2009]

[41] Para a íntegra do acórdão, confira-se

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MI$.SCLA. E 670.NUME.) OU (MI.ACMS. ADJ2 670.ACMS.)&base=baseAcordaos [12.jul. 2009]

[42] MARÉS, Carlos Frederico. Os direitos invisíveis. *In* **Os sentidos da democracia:** políticas do dissenso e a hegemonia global. Petrópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p. 307 e seguintes.

[43] Op. cit., p. 311.

[44] Ibid.

[45] Aut. op. cit., p. 319.

[46] Para Mauro CAPPELLETTI, "diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais - como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho - não podem ser simplesmente 'atribuídos' ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas" (*in* **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993, p. 41)

[47] CARVALHO NETTO, M. Controle de constitucionalidade e democracia. *In:* MAUÉS, A. G. M. *et alli*. Constituição e democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 228-229.

[48] Aut. op. cit., p. 232.

[49] ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003. p. 155.

[50] Com efeito, o cabimento do *writ* para tutela dos direitos coletivos *stricto sensu* não apresenta maiores dificuldades, haja vista os precedentes jurisprudenciais que de há muito admitem a impetração por exemplo, por entidades de representação sindical. Quanto à terceira categoria - direitos individuais homogêneos, reitere-se a observação de que se trata, em verdade, de direitos individuais de massa, de onde não guardarem relação com o tema ora tratado.

[51] Conforme destacado anteriormente, o inicial receio do Supremo Tribunal Federal foi precisamente o de produzir, em sede de mandado de injunção, decisões que

violassem o postulado da separação orgânica de funções, de onde ter se mostrado marcadamente refratário à adoção de uma postura concretista (ainda que apenas para o caso concreto e com eficácia apenas às partes da relação processual).

[52] Registre-se, em sentido contrário, o posicionamento de Flávia PIOVESAN, para quem "caso se admitisse a tutela também de direito difuso, o instrumento do mandado de injunção estaria, até certo ponto, a se confundir com o instrumento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Isto é, caberia, em julgamento de mandado de injunção, a elaboração da norma regulamentadora geral e abstrata. O mandado de injunção deixaria de constituir instrumento de defesa de direito subjetivo, voltado a viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, para se transformar em instrumento de tutela de direito objetivo, permitindo a eliminação de lacunas do sistema jurídico-constitucional". (op. cit., p. 126)

[53] Confira-se, acerca do tema, CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do Poder Legislativo:** em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 369 e seguintes.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS, A DEMOCRACIA E A BUROCRACIA: CAMINHOS E (DES)CAMINHOS DO PODER JUDICIÁRIO EM BUSCA DOS CRITÉRIOS PARA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE*

PUBLIC POLICY, DEMOCRACY AND BUREAUCRACY: PATHS AND (MIS) DIRECTION OF THE JUDICIARY IN SEARCH OF CRITERIA FOR EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HEALTH.

Têmis Limberger
Hector Cury Soares

RESUMO

A pesquisa visa abordar o fenômeno da judicialização da tutela à saúde e possíveis contrapartidas, do ponto de vista do Direito Administrativo, para que seja possível superar a excessiva judicialização. Nessa perspectiva, abaliza a excessiva burocratização da Administração Pública e a necessidade da diminuição da burocracia em prol da realização de uma Administração eficiente que possa dar conta das necessidades por ela mesma preconizadas. Desta forma, opõe-se terminantemente a chamada banalização da jurisdição, a qual tem promovido o acesso à Justiça à demandas que poderiam ser solvidas no âmbito da Administração. Portanto, de maneira não estanque, procura-se apontar novos caminhos, em temática tão conturbada, o suficiente para gerar uma audiência pública no Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVES: POLÍTICAS PÚBLICAS; DEMOCRACIA; BUROCRACIA.

ABSTRACT

The research aims to address the phenomenon of health protection by the Judicial Power and possible compensation. The point of view of administrative law, it is possible to overcome the excessive of health protection by the Judicial Power. From this perspective, Excel excessive bureaucratization of public administration and the need to reduce bureaucracy in favor of achieving an efficient administration to report on the needs of her own proposed. Thus, strictly opposes the so-called trivialization of jurisdiction, which has promoted access to justice to the demands that could be solved within the Administration. Therefore, in a non-watertight, seeks to point out new paths, in a theme so troubled, enough to generate a public hearing in the Supreme Court.

KEYWORDS: PUBLIC POLICY, DEMOCRACY, BUREAUCRACY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. Introdução

Em nosso país, por uma distorção, a implementação das políticas públicas saiu da órbita dos Poderes Executivo e Legislativo e migrou para o Poder Judiciário. O número de demandas foi tal que fez com que o STF realizasse uma audiência pública. É a judicialização da política, que por um lado prestigia o Poder Judiciário com discussões que são vitais para o país, mas por outro atesta a falência na resolução dos conflitos nas esferas que lhe são próprias. O Judiciário é sobrecarregado com inúmeras demandas e acaba por se tornar moroso devido à excessiva litigiosidade. A sociedade brasileira, por um lado e os poderes públicos por outro, são pouco afetos ao cumprimento espontâneo do direito e por vezes apostam no descumprimento, pois poucas pessoas reclamam e das que se queixam a solução por vezes tarda. Diante deste panorama, a idéia básica de constitucionalismo de submissão dos cidadãos e autoridades públicas à Constituição, ainda é um desiderato. A Constituição como norma superior que coordena a conduta dos poderes públicos e da sociedade, carece de cumprimento substancial.

O direito social à saúde é o que adquiriu maior debate acadêmico e número de ações na esfera judicial, em prol da efetividade. A acessibilidade ao Sistema Único de Saúde - SUS é de grande vulto, o que dificulta e torna mais complexa a resolução do conflito. Cerca de 180 milhões de brasileiros são potenciais usuários do sistema. Destes, 2/3 dependem exclusivamente do SUS, quais sejam 118 milhões de pessoas. Estas vultosas cifras estatísticas evidenciam a necessidade de critérios claros para atendimento das demandas existentes e a incorporação de novas tecnologias, na área médica que pautarão novas demandas.

Neste contexto, pergunta-se: As estruturas burocráticas aperfeiçoam/democratizam as políticas públicas de saúde e a sua implementação pelo Poder Judiciário? Indagando de outra maneira: a estrutura do SUS, criada pela Constituição Federal, consegue implementar o direito à saúde. A solução foi pretensiosa, no sentido de criar uma macro estrutura envolvendo os três entes da federação e com 180 milhões de possíveis demandantes.

2. A burocracia no pensamento de Max Weber e Hannah Arendt

O conceito de burocracia pode ser pensado, a partir de dos referenciais teóricos de Max Weber e Hannah Arendt. Weber parte do Estado Racional dotado de objetividade-neutralidade e a estrutura burocrática tem a tarefa de prestar o serviço de uma maneira técnica, imune às influências político-partidárias. Hannah Arendt (1999, p. 32-47) trabalha a questão a partir do distanciamento que a estrutura provoca com relação ao ser humano, ocasionando que a pessoa faça parte de uma engrenagem e cumpra ordens sem questioná-las, isentando-se, assim de qualquer responsabilidade com relação ao resultado final de determinada ação.

O caráter institucional surge da sua dependência de instâncias politicamente responsáveis com relação aos cidadãos. Para Weber (1992, p. 170-175), existem três tipos de dominação legítima: de caráter racional, tradicional e carismático. O Estado Racional se fundamenta no Direito, fonte do poder do governante e de obediência para os súditos. O tipo mais puro de dominação é aquele que se exerce por meio de um quadro administrativo burocrático. O Estado racional se fundamenta na burocracia profissional e no direito racional. Assim, o corpo funcional é garantidor da prestação do serviço público de maneira a permitir que este seja prestado independente de forças partidárias, que estão presentes nos governos.

Da visão de Weber e Arendt se pode concluir que os autores têm perspectivas distintas a respeito de burocracia. Para Weber a burocracia é algo positivo, é uma estrutura que permite a realização do serviço público de forma profissional, enquanto que para Arendt, a burocracia é algo negativo, que isola o indivíduo do todo, faz com que ele perca a noção de conjunto, fazendo com que dissocie a sua responsabilidade no resultado final do processo.

3. A burocracia de Weber subsiste diante do patrimonialismo descrito por Faoro?

Em que pese à doutrina de Weber se constituir em importante desiderato, características sociológicas da formação do Estado brasileiro devem ser consideradas, sob pena de uma análise formal do direito à saúde. A administração pública brasileira é herdeira de uma forte burocracia latina com características de patrimonialismo e de pessoalidade, aí já colidindo de frente com o princípio da impessoalidade e da efetividade. O Congresso Nacional que deveria promover a regulamentação, no tocante aos percentuais de investimento da União, Estados e Municípios, até agora não o fez. Existe somente o PL 306/2008, decorrente da propositura de regulamentação dos §§ 2º e 3º do art. 198, trazidos pela EC nº 29/2000. Ou seja, passaram-se 9 anos e não houve a elaboração da legislação que o país tanto necessita. O Executivo que deveria investir percentuais, por vezes, não o aplica de forma séria. Como causa do não funcionamento as demandas acabam no Poder Judiciário que, na maioria das vezes, oferece uma solução individualizada para os casos, em detrimento da construção de uma solução coletiva, reforçando este aspecto da pessoalidade. Compreensível, em muitos casos, devido à situação aflitiva no qual se vê o juiz, diante da enfermidade de uma pessoa, sem vislumbrar o sistema como um todo. Tudo isto serve para agravar o problema, quando é concedido determinado medicamento, sem atenção ao contexto global, reforçando ainda mais o caos no sistema.

O Estado não é uma ampliação do círculo familiar (HOLANDA, 2006, p. 153) e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. Estado e família pertencem a ordens diferentes em essência. No Brasil, desde o princípio da colonização vigorou o tipo primitivo de família patriarcal, em imensas áreas rurais e o início da formação das cidades. Nesta situação, os detentores de posições públicas de responsabilidade não tinham a clareza entre os domínios da esfera pública e privada. As idéias de Max Weber não encontram ressonância teórica no funcionário “patrimonial”, aonde a própria gestão política

apresenta-se como assunto de seu interesse particular. As funções, os empregos e os benefícios relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como se sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. Em síntese, falta a impessoalidade que caracteriza o Estado burocrático no sentido weberiano.

O patrimonialismo, na definição de Faoro (2000, p. 84), fecha-se sobre si próprio com o estamento, de caráter marcadamente burocrático. Burocracia não no sentido moderno, como aparelho racional, mas de apropriação do cargo (o cargo carregado de poder próprio). O patrimonialismo se fez presente no Brasil por seis séculos, cujo fundamento se assenta no tradicionalismo "assim é porque sempre foi" (FAORO, 2000, p. 733). A realidade histórica brasileira demonstrou a persistência da estrutura patrimonial de D. João I a Getúlio Vargas, resistindo a todas as mudanças que advieram com o capitalismo. A estrutura administrativa passa de estamento aristocrático a burocrático, em processo de acomodação e não visando a uma ruptura e estruturação.

Desde 1808, a modificação mais importante que acontece é a elaboração da Constituição de 1988, visando à instauração de uma nova ordem jurídica sob novos postulados, a partir do movimento de redemocratização do país. Ou seja, o país teve de percorrer 180 anos de história política para que algo juridicamente novo fosse cunhado. Ocorre, porém, que as antigas oligarquias não foram extirpadas, subsistiram na estrutura política do país, dotadas de significativo poder. Tal conduz a um conflito permanente, que ainda não propiciou a efetividade dos novos preceitos constitucionais. Passados 200 anos de histórica política brasileira e 20 anos da CF/88, a luta não é mais pela codificação de direitos, mas sim pela sua efetividade, por uma leitura madura que aperfeiçoe os recursos orçamentários existentes, dos direitos sociais, em geral e do direito à saúde, em particular.

Assim, retoma-se à pergunta: é possível compatibilizar a proposição de Weber, considerando o cenário brasileiro descrito por Faoro? A crítica que é possível construir, a partir da leitura dos dois autores, é no sentido de que os modelos racionais, tais como o proposto por Weber, não levam em conta os fatores irracionais que são inerentes à condição humana e que comporão determinada sociedade. Deste modo, os postulados de Weber em que pese terem de ser perseguidos, desconsideram toda a forma estamental e patrimonialista, a partir da qual foi construída a sociedade brasileira e de como não podemos dela ainda nos libertar. É como se houvesse sido construído um edifício moderno, a CF/88, e por baixo da edificação existisse um córrego subterrâneo, sempre caudaloso e em movimento, que comprometesse a estrutura do prédio, devido à formação do solo não ser firme, o que comprometeria a habitação de novos moradores.

A proposição de Weber deve ser buscada, enquanto estrutura institucional, mas desconsiderar o "patrimonialismo" alertado por Faoro ou ignorar a "cordialidade", descrita por Sérgio Buarque de Holanda, é fazer vista a um problema nacional. A cordialidade é descrita como sendo a excessiva aproximação de uma pessoa com relação à outra, como forma de burlar os pressupostos distintos que vigoram nas esferas pública e privada, muito presente na formação do estado brasileiro. Ignorar estas características não conduz à construção de uma solução para os problemas. Assim, no caso da saúde o alerta que se instaura é no sentido de que o deslocamento do foro para a estatuição das políticas públicas deve ser o legislativo e a sua implementação pelo executivo. Na

omissão ou implementação de novas políticas, o judiciário pode cumprir um papel importante com o processamento de ações coletivas. As ações individuais devem servir como um instrumento de pressão, sob pena de se constituírem, casuística dotada exclusivamente de pessoalidade, comprometendo a impessoalidade que deve nortear a administração. Nas palavras de Streck (2008, p. 99), conduz ao solipsismo, uma escolha calcada em aspectos subjetivos, enquanto o desejável seria a decisão adequada, na perspectiva constitucional.

4. O gigantismo da estrutura burocrática do SUS e sua debilidade: a banalização da saúde

As políticas públicas relativas à saúde com repercussão no tratamento médico a pacientes, procedimentos clínicos e medicamentos que não são fornecidos conduzem à reflexão a respeito da blindagem que vamos fazendo, a ponto de tratarmos a dor de um ser humano como um número a mais de paciente que não foi atendido, parafraseando Hannah Arendt a "banalidade do mal" (ARENDT, 1999, p. 274), ao qual poderíamos dizer a banalidade com relação ao sofrimento alheio. Todos os pedidos chegam ao Poder Judiciário sob um argumento genérico: o direito à vida. É inegável que o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana são alicerces básicos em nosso ordenamento jurídico, mas não podem ser utilizados de uma maneira genérica, sob pena de perderem a credibilidade.

Estima-se que pelo menos 2/3 (MASCARENHAS, 2009) das ações sobre medicamentos se referem aos fármacos de uso contínuo, a exames e da compreensão ampla, em matéria de medicamentos, nos quais estão compreendidos fraldas, leite, complementos alimentares, etc. Deste modo, na maioria das ações o argumento do direito à vida é falacioso e prejudica a análise dos casos em que realmente a vida está em jogo. Então, fora dos casos emergenciais, banaliza-se o direito à vida, comprometendo os casos em que a vida está realmente em perigo.

É uma estrutura burocrática enorme, que torna a busca do medicamento ou do tratamento de saúde uma verdadeira "via crucis" fazendo com que a pessoa que dele necessita se veja em um emaranhado de repartição de competências entre os entes da federação com relação às responsabilidades que cada um tem. As alternativas administrativas não existem em todos os estados e o recurso ao Poder Judiciário também é um longo caminho. Então, quando o cidadão já está fragilizado com a enfermidade enfrentar todos estes percalços, fazer movimentar toda esta estrutura burocrática é algo penoso.

5. A audiência pública da saúde e alguns casos que a motivaram

A audiência pública nº 4, conhecida como audiência da saúde, suscitou a crítica a respeito de sua pertinência, uma vez que não estava atrelada a um processo específico, tal como das vezes anteriores, por isso a Emenda Regimental nº 29, revisou competências e deu nova redação ao art. 13, XVII, possibilitando a convocação de audiência pública para ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal. Seu objeto é muito mais amplo, seu enfoque é interdisciplinar, extrapola a seara jurídica, necessitando um debate com os profissionais da saúde e da sociedade, destinatária destas prestações. Os recursos públicos são escassos, a expectativa de vida dos brasileiros passou de 67 anos para 72,7 , considerando a década 1997 – 2007(IBGE, 2009). A indústria farmacêutica possui uma enormidade de medicamentos. Neste contexto, a eficácia do direito social à saúde é posta à prova.

Foram o estopim para a convocação da audiência dois casos, que questionam a eficácia do art. 196 da CF e os §§ 2º e 3º do art. 198, da CF, que sofreram alterados pela EC nº 29/2000. O direito à saúde estabelecido no art. 196 da CF contém seis diretrizes [a) direito de todos, b) dever do Estado, c) garantido por políticas sociais e econômicas, d) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, e) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário, f) às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação].

Primeiramente, a proposta de súmula vinculante nº 4, requerida pela Defensoria Pública Geral da União com o objetivo de tornar solidária a responsabilidade dos entes federativos, no tocante ao fornecimento de medicamentos e tratamento, visando afastar, a alegação de que tal bloqueio fere o artigo 100, “caput” e o § 2º, da CF (precatórios).

Por segundo, o Recurso Extraordinário nº 566.471 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007), aonde foi reconhecida a repercussão geral que questiona se a situação individual pode, devido ao alto custo, colocar em risco as prestações da saúde como um todo. Tratava-se de remédio de elevando dispêndio patrimonial, para o SUS, não previsto na lista dos ofertados na rede pública e imprescindível para o paciente.

Os demais casos, que se constituem em questões diversas e aflitivas envolvendo falta de leitos, medicamentos fora da lista, tratamentos de alto valor, enfim toda a casuística com a complexidade nesta área em que a vida da pessoa está em jogo. Na Suspensão de Tutela nº 223 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008), foi enfrentada problemática de paciente, que não tem alternativas viáveis de sobrevivência, então coloca sua expectativa em fármacos experimentais. O caso tinha especificidades próprias, pois envolvia a responsabilidade do estado de Pernambuco, pois o autor do pedido tinha sido vítima de assalto em via pública, restando incapaz de respirar sem um respirador mecânico. Nesta localidade, a segurança pública era insuficiente.

No pedido de suspensão de liminar nº 228/CE (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007), foi analisado o caso do direito dos cidadãos às vagas de Unidade de Tratamento Intensivo - UTI. A questão envolvia a suspensão da decisão do TRF da 5ª Região, que determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral, a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em UTIs para hospitais públicos ou particulares, que disponham de tais unidades e o início das ações, visando a implementação de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs pediátricas e 10 leitos de

UTIs neonatais. Tal medida baseava-se na Portaria nº 1.101/2002 do Ministério da Saúde, que fixa o nº de leitos por habitantes e não estava sendo obedecida, na região de Sobral, que congrega 61 municípios. O pedido foi deferido parcialmente, suspendendo-se, apenas, a multa diária fixada no valor de R$ 10.000,00. O debate aí travado traz a tona, as principais problemáticas atinentes a respeito do direito à saúde e suas argumentações jurídicas.

Na suspensão de tutela antecipada nº 198 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009), o Estado do Paraná pretendia a suspensão dos efeitos da decisão que determinara o fornecimento do medicamento orçado em mais de R$ 1.000.000,00 anuais, à criança portadora de doença degenerativa e extremamente rara. De acordo com os laudos médicos, o medicamento é a única possibilidade de melhora e a sua falta causaria problemas no seu desenvolvimento físico. O Estado não se eximiu da responsabilidade pelo fornecimento.

No pleito de suspensão de tutela nº 268 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008), indeferiu-se o pedido do município de Igrejinha- RS para que fosse suspensa a decisão que determinara o fornecimento do medicamento, constante na lista do SUS, em falta na farmácia do município, à pessoa portadora de leucemia.

Estas escolhas difíceis passaram a fazer parte do quotidiano de muitos juízes que, em processos de cognição sumária, tem de decidir se concedem ou não um medicamento, um leito hospitalar, causas complexas e que envolvem conhecimento técnico de outras disciplinas, sem que disponha de todos estes elementos e de forma extremamente rápida. Esta resposta judicial é prestada a um cidadão nominado, mas que trará conseqüências para muitos outros anônimos, não presentes no processo, mas integrantes do corpo social.

6. A tensão entre os poderes e o redirecionamento do direito à saúde

Por vezes, a demanda pode ser motivada pelo descumprimento de uma política pública ou a omissão na sua realização, e isto envolve posições distintas na prestação jurisdicional. A problemática do direito à saúde que põe de frente a tensão entre os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Estas questões imbricam o direito social à saúde com o custo econômico para sua realização. Impõem uma leitura da CF, na sua maioridade de uma forma mais adulta por parte de seus intérprete. Logo após a publicação da CF/88, os artigos 5º e 6º eram interpretados de uma mesma maneira, sem atentar para o contexto distinto dos direitos sociais que impõem uma leitura correlata com o orçamento e o percentual de investimento de cada um dos entes da federação.

Os direitos sociais estão a reclamar um redirecionamento. Pode-se perguntar: existe um direito público subjetivo (SARLET, 2009) para cada cidadão ou suprimem-se as demandas individuais, já que estamos na seara dos direitos sociais a serem implementados única e exclusivamente por meio de políticas públicas. Estas são

posições extremas e busca-se a construção de uma solução mais equilibrada contemplando as diversidades e o pluralismo existente em nossa sociedade. O que já foi apregoado por Aristóteles *"in medio virtus"*. Na maioria das vezes, existe a política pública, mas não está sendo cumprida a contento. A omissão dos serviços não pode ser resolvida por uma atitude isolada, mas demanda atuação conjunta de diversos órgãos das instituições públicas.

O conceito de direito público subjetivo foi cunhado por Jellinek (1919, p. 86) no princípio do século XX, quando a doutrina liberal e o individualismo eram dominantes, por isso, quando se trata de direitos sociais, merece um repensar, pois sua teoria para estes não estava voltada. Apesar de prever o *status* positivo, *status civitatis*, no qual o indivíduo tem o direito de exigir prestação concretas do Estado, seus escritos são antes do constitucionalismo social que começa em 1917 com a Constituição Mexicana, no que é seguido, dois anos mais tarde, em 1919 pela Constituição de Weimer.

O desafio é a conciliação entre a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, e de como a judicialização deve ser sensível a ambas (SARLET, 2009). Na suspensão de liminar nº 228-7, o STF afirmou essa dimensão individual e coletiva do direito à saúde, não tomando partido exclusivamente por nenhuma delas, mas fazendo coexistir ambas.

O direito à saúde é um direito de cada pessoa, visto que diretamente relacionado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da dignidade humana. O direito à saúde, enquanto direito público subjetivo, deve ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Não é um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário à proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. O Min. Celso de Mello, na ADPF nº 45/DF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004), estabeleceu o seguinte: "considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do binômio (razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa. Em outras palavras, com relação à reserva do possível o ônus da prova da falta do recurso é do poder público e o ônus da necessidade do pedido é do particular (SARLET, 2009). Deve-se cuidar para não cair no descrédito jurídico. Krell (2002, p. 46) adverte para o risco de os direitos sociais se converterem em promessas vazias do Estado. O texto constitucional deve ter respaldo na realidade fático-social para que seja efetivo, sob pena de gerar a "frustração constitucional" (verfassungsenttäuschung), o que acaba desacreditando a própria instituição da constituição como um todo (SARAIVA, 1983, p. 86). Assim, interpretações desvinculadas da realidade causam o descredito e acabam se tornando dispositivos destituídos de efetividade.

7. O fortalecimento da via administrativa: uma experiência bem sucedida

Uma das críticas que se pode formular à judicialização das políticas públicas (VIANNA, 1999), atinente à área da saúde, é a quebra de igualdade, ou seja, aqueles que tem condições de demandar seja por advocacia privada ou defensoria pública tem vantagem, em relação aos que não tem acessibilidade ao Poder Judiciário, seja por falta de informação ou instrumentalização (não instalação de Defensoria Pública em alguns estados).

Com relação ao esgotamento da via administrativa não é a proposição, mas a ponderação no sentido de que se utilize a via administrativa para resolução dos litígios. Esta via propicia uma agilização em termos de solução de conflitos, pois dialoga diretamente com o setor que institui a política pública e que por algum motivo esta não foi implementada. Sabe-se que o Brasil adotou o sistema da unidade da jurisdição, em detrimento da dualidade, como ocorre na França (LAUBADÈRE, 1995, p. 107; WALINE, 1952, p. 45). Assim, não se tem como suprimir o acesso ao judiciário brasileiro. Ocorre, porém, que se todas as demandas vão ser discutidas em juízo, em um país de alta litigiosidade (relação de 1: 2,68 processos/habitante), baixo cumprimento espontâneo do direito, pouca credibilidade das instituições públicas, ao que se soma por vezes omissões e má gestão dos órgãos públicos, o judiciário acaba colapsado com grande número de demandas, o que redunda em morosidade.

A experiência das defensorias públicas dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro mostram a diminuição do número de ações ajuizadas no plano da saúde, por meio da conciliação prévia na via administrativa, principalmente nos casos de direitos reconhecidos por políticas públicas existentes no SUS. Isto não significa desprestigio ao Poder Judiciário, mas sim uma racionalização dos custos (tempo e dinheiro), que poderão propiciar um maior investimento em outros setores que estão a demandar o investimento do setor público.

A prática da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro (MASCARENHAS, 2009) é no sentido de buscar alternativas de resolução de conflitos extra-judicialmente, a partir da colaboração com outros entes e órgãos públicos, tais como: município e Defensoria Pública. Os convênios ocasionaram a criação de uma central única para recebimentos de mandados, visando evitar a duplicidade de medidas judiciais. Foi firmado acordo com a Defensoria Pública para que: não sejam propostas ações com relação a remédios constantes em listas e a entrega do medicamento seja disponibilizada por simples requerimento veiculado por meio de ofício ao gestor no âmbito do respectivo ente da federação.

Nas duas varas da fazenda pública que se ocupam da matéria foram colocados farmacêuticos com o objetivo de auxiliar tecnicamente o juiz, na avaliação de existência ou não de determinado medicamento equivalente na lista do SUS, similar ao solicitado. Assim, o fortalecimento da via administrativa como forma de solucionar os conflitos, bem como o apoio técnico ao judiciário podem servir para qualificar o acesso à saúde.

8. A responsabilidade dos três entes da federação

O SUS é um sistema composto de diversas partes que se relacionam entre si, com regras que visam lhe conferir coerência. Não agir de acordo com estas regras inviabiliza todo o sistema. Estes dispositivos tem de ser interpretados de forma coerente com os objetivos fundamentais constantes no art. 3º da CF, quais sejam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. A responsabilização dos três entes da federação com os investimentos que lhe são correspondentes, bem como o fornecimento dos medicamentos dentro de suas atribuições (aos municípios a farmácia básica, aos Estados os medicamentos excepcionais e à União os medicamentos estratégicos). Assim, é importante a busca de soluções para que o sistema se aperfeiçoe e não se estratifique problemas já existentes.

A CF/88 mudou a estrutura até então existente, de forma que o Estado deixou de atender somente os contribuintes do antigo sistema previdenciário (INAMPS Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social) ou seja, o trabalhador formal, e a compreensão de saúde pública (promoção de saúde e prevenção de doenças, como ações de vacinação, campanhas de eliminação de causadores de doenças, etc). Com a edição do art. 196 da CF, foi atribuído à saúde as características de universalidade, integralidade e isonomia, estabelecendo-se a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Como enfrentar a questão dos medicamentos não previstos na lista do SUS? Deve ser entendida no contexto de integralidade, que é explicitado pelo art.7º da Lei nº 8.080/90, que conceitua assistência como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema. Integralidade diz respeito a todo o tipo de ação: a preventiva, que a CF diz que tem de ser aquela a que se dedique prioridade; a ação corretiva; a vigilância sanitária e epidemiológica. Integralidade não significa totalidade. "A questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável" (AMARAL, 2001, p. 136). Nenhum país do mundo por mais rico que o seja tem condições de suportar qualquer tratamento médico ou fornecimento de medicamento, considerando o avanço da medicina nos dias atuais e a longevidade das pessoas. A totalidade das possibilidades é impagável, seu custo extrapola qualquer parâmetro do razoável, mesmo nos países mais ricos.

Freqüentemente, formulam-se pedidos ilíquidos, da seguinte maneira: que seja determinada a entrega do fármaco "z" e quaisquer outros que forem necessários ao longo do tratamento. Por meio desta expressão genérica são criados títulos executivo-judiciais absolutamente abertos que geram execuções ilíquidas e que desvirtuam o sistema de saúde. Não é possível incorporar tudo em uma perspectiva de futuro, e até mesmo, no presente, porque isto seria impagável. A orientação deve ser no sentido de incorporar as tecnologias que não sejam experimentais, com fortes evidências científicas em torno da sua segurança, eficiência e que guardem adequada relação entre custo/benefício.

A União não gasta em nenhuma rubrica o que foi apontado no orçamento. Os Estados e Municípios muitas vezes não cumprem a sua parte (MINISTÉRIO DA SAÚDE,

2009). Os gestores também tem seus problemas. Então, toda a vez que o controle é feito "a posteriori", revela-se insubsistente.

O controle preventivo das informações sobre a execução do orçamento é algo importante, por isto, a cidadania informada é algo essencial no Estado Democrático de Direito. A transparência é uma via de mão dupla: de um lado a administração tem o dever de dar publicidade de seus atos e, por outro, o cidadão tem o direito a ser informado. Por meio da informação disponível em meio eletrônico, desenvolve-se um controle preventivo, estimula-se a participação popular, torna-se o exercício de poder mais transparente e, conseqüentemente, mais democrático. Isto é importante, pois o sistema jurídico se estruturou para atuar repressivamente depois do evento danoso. Essa alternativa visa punir o ilícito. Melhor alternativa ocorre, quando se consegue atuar preventivamente, ou seja, antes do fato ocorrido, pois então se age preventivamente e aí reside a importância do controle social para fiscalizar as verbas orçamentárias.

9. Recursos orçamentários escassos?

A Emenda 29/2000 determinou a vinculação e estabeleceu a base de cálculo de percentuais mínimos, mas ainda não foi regulamentada. O Projeto de Lei Complementar nº 306/2008 prevê a aplicação mínima do percentual de 15% da receita dos Municípios e 12% dos Estados, em consonância com o art.77 do ADCT. O projeto busca corrigir falhas e muda o paradigma da fixação do piso, no âmbito da União, de despesa para receita e do PIB para receita corrente bruta . O projeto prevê também, que os entes federados, cuja aplicação do mínimo em saúde se encontrar abaixo do determinado na data do início da sua vigência, terão até o exercício de 2011 para se adequarem, devendo a diferença ser reduzida à razão de pelo menos, um quarto por ano.

Comparados os gastos com ações e serviços de saúde entre os anos de 2000 e 2007, observa-se que a União reduziu seus investimentos de 60% para 45% do total de gastos, enquanto os Estados aumentaram de 19% para 27% e os Municípios de 22% para 28%. Em 2005, conforme OMS, gastou-se em saúde no Brasil 7,9% do PIB, sendo 44% gasto público e 55,9% gasto privado (TERRA, 2009).

Deste modo, os recursos não são escassos, por vezes não são investidos os porcentuais previstos ou são equivocadamente gerenciados. É preciso situar a responsabilidade dos gestores, o impacto do financiamento do SUS, no contexto de sua atuação por meio do estabelecimento de políticas públicas. Um exemplo de política pública na área da saúde é a assistência farmacêutica do SUS, que apresenta três componentes de financiamento: assistência farmacêutica básica, os medicamentos estratégicos e os medicamentos denominados de excepcionais, cujo programa começou em 1993, possibilitando que doenças graves e com casos raros, pudessem ser atendidas. Atualmente os Estados e o DF são responsáveis pelo fornecimento desses medicamentos constantes em protocolos clínicos e com eficácia comprovada aos pacientes cadastrados.

10. Considerações finais

Como compatibilizar um sistema de saúde ideal que está inscrito na CF com as questões econômicas? Sempre existirá um limite, o desafio é o melhor resultado ao menor custo possível. Tal embate também tem de conciliar o âmbito individual e coletivo do direito à saúde. Não se pode abarcar tudo, então o desafio é no sentido de adotar os procedimentos e medicamentos que não sejam experimentais e atendam à equação custo/utilidade. Para que isso não produza um engessamento é necessário que os avanços tecnológicos venham acompanhados de critérios para sua incorporação ou ampliação de novos procedimentos e fármacos. O não atendimento destes balizadores gera distorções no sistema, propiciando distorções e desigualdade que comprometem todo o sistema. Deste modo, a dotação de assessoria técnica em centros de referência, por profissionais *ad hoc* e sem conflito de interesses desvinculados com a assistência e prescrição aos pacientes, representa um apoio multidisciplinar importante.

O que torna o direito à saúde de maior complexidade para sua efetividade é a sua dependência com outras políticas públicas. A efetividade do direito social à saúde é diretamente relacionado à educação e à informação, ambos se situam na esfera preventiva. A população com maior grau de instrução se alimenta melhor e tem mais cuidados com sua saúde. O direito à informação utilizado de uma maneira preventiva propicia o exercício do direito à saúde e também a fiscalização a respeito da execução orçamentária. É preciso repensar a questão da judicialização dos direitos sociais no Brasil, especialmente o direito à saúde. Na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre devido à omissão legislativa absoluta, em matéria de políticas públicas voltadas ao direito à saúde, mas em razão de uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. O judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Caso a prestação de saúde não seja abrangida pelo SUS, é importante distinguir se a ausência de prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa ou decisão de não fornecimento. Daí se extrai a necessidade de construção de critérios para resolução no caso concreto, com o custo de uma demanda individual e similares que possam ocorrer, no futuro. Repisando-se que o melhor foro para as discussões de inclusão de medicamento ou tratamento de saúde são as ações coletivas.

A via a ser construída, aponta que os organismos institucionais podem construir alternativas de aperfeiçoamento, visando à informação recíproca, com o objetivo de melhorar a prestação do direito social à saúde, mediante a racionalização de rotinas e procedimentos conferindo-lhe uma maior efetividade, bem como a otimização de recursos e sua fiscalização. Enfim, cada um dos atores jurídicos e dos poderes executivo e legislativo comprometidos no seu papel, trabalhando de uma maneira integrada como forma de desbancar a estrutura patrimonialista, infelizmente, tão presente no Brasil. A partir de então, possivelmente as instituições funcionarão com balizadores democráticos e não servirão para extratificar desigualdades.

11. Referências Bibliográficas

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

_____. Eichman em Jersusalém. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 566.471**, Rel. Min. Marco Aurélio, Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte, Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza, DJU 07/12/2007.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 223/PE**, Rel. Min. Ellen Gracie, Recorrente: Estado de Pernambuco, Recorrido Rel. do Agravo de Instrumento nº 0157690-9 do TJPE, DJU 18/03/2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Liminar nº 228/ CE**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Requerente: União, Recorrido Rel. do Agravo de Instrumento nº 2007.05.00.077007-0 do TRF – 5ª Região.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Tutela Antecipada nº198/MG**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Requerente: Estado de Minas Gerais, Requerido: Rel. do Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.043356-3, DJU 03/02/2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 268-9/rs**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Requerente: Município de Igrejinha, Requerido: TJRS, J. 22/10/2008.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. Vol. 1, 15ªed., São Paulo: Globo, 2000.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Ed. comemorativa dos 70 anos. São Paulo: Cia das Letras, 2006.

JELLINEK, Georg. **System der Subjektiven öffentlichen recht**, zweit durchgesehene und vermehrte auflage, anastatischer neudruck der ausgabe von 1905, Tübigen, 1919.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Fabris, 2002,

LAUBADÈRE, André. **Manuel de Droit Administratif**, 15e édition. Paris: L.G.D.J, 1995.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em 8/7/2009.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARLET, Ingo W. **O acesso às prestações de saúde no Brasil – os desafios do poder judiciário**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em 8/7/2009.

STRECK, Lênio. **Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil**. Separata: o Direito e o Futuro do Direito. Almedina: Coimbra, 2008.

TERRA, Osmar. **Gestão do SUS – Legislação do SUS e universalidade do sistema**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>.Acesso em 8/7/2009.

VIANNA, Luiz Werneck (Org). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALINE, Marcel. **Traité Élémentaire de Droit Administratif**, 6e édition, Recueil Sirey: Paris, 1952.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992.

ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE*

PERFORMANCE OF THE JUDICIARY IN THE IMPLEMENTATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH

Vanessa Batista Oliveira Lima

RESUMO

Tendo a Constituição Federal de 1988 reconhecido o direito à saúde como direito fundamental, é necessário referir, em primeiro lugar, que as normas que o garantem têm aplicação imediata, na forma do § 1º do art. 5º do próprio texto constitucional. A saúde constitui um direito de todos e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais. A saúde é direito social fundamental, e como tal deve ser exercido pelo Estado através da implementação de políticas públicas e sociais que o efetive. A Constituição Federal e o ordenamento infraconstitucional da Lei 8.080/90, reconhecem o dever do Estado para com o direito à saúde, já que, o cidadão, por intermédio do direito público subjetivo, está legitimado para o exercício das prerrogativas estabelecidas Na legislação correlata, tanto na instância administrativa como na instância judicial. O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, como o Brasil, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS SOCIAIS. DIREITO À SAÚDE. PODER JUDICIÁRIO.

ABSTRACT

Since the Federal Constitution of 1988 recognized the right to health as a fundamental right, it should be noted, first, that the rules must ensure the immediate application in the form of Paragraph 1 of art. 5 of the constitutional text itself. Health is a right of every citizen and a duty of the state and will be fully integrated public policies to government. Health is fundamental social right, and as such must be exercised by the state through the implementation of public policies and the social effect. The Federal Constitution and planning infraconstitucional of Law 8.080/90, recognize the duty of the state for the right to health, since the public through the subjective public right, it is legitimate to exercise the rights set out in legislation related, both at the administrative level and in court. The role of the judiciary in a democratic constitutional state, such as Brazil, is to interpret the Constitution and laws, safeguarding rights and ensuring compliance with the law.

KEYWORDS: SOCIAL RIGHT. RIGHT TO HEALTH. JUDICIARY POWER.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como fito discutir o papel dos direitos fundamentais frente à contemporânea teoria da constituição. Para tanto, adota o entendimento de que os direitos sociais, como o direito à saúde, à moradia, ao emprego, enfim todos os que, como estes, estão intrinsecamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, são direitos fundamentais. Este é o objeto do primeiro tópico.Utilizando-se desta premissa, mister se faz uma justificação e fundamentação acerca de quais benefícios traz tal entendimento ao destinatário final da Constituição. No segundo tópico explorar-se-á a fundamentalidade do direito à saúde. Tal direito, possui caráter prestacional, para ser efetivado necessita de políticas públicas, estando sujeito à reserva do possível mas em respeito ao direito à vida, o mínimo existencial há de ser observado. Em seguida será discutido o papel do poder Judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde.

Sabe-se que no modelo de Estado Democrático de Direito, como o do Brasil, no qual a tripartição de poderes é princípio vigente, o responsável por definir estratégias e alocar recursos para efetivar prestações a abranger o direito fundamental à saúde é o Poder Executivo ou o Legislativo através de legislação infraconstitucional que fixe parâmetros para implementação de políticas públicas aptas a tal. Ocorre que não sendo satisfatoriamente cumprido por estes Poderes, caberá ao Judiciário, desde que provocado, efetivar o direito à saúde, concretizar o disposto na norma constitucional.

A pesquisa realizada para a elaboração do trabalho tem como objetivo principal é analisar a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais. Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas através de pesquisa bibliográfica e documental. No que tange à tipologia da pesquisa é, segundo a utilização dos resultados, pura, pois não tem como objetivo mudanças na realidade, almeja-se apenas um acréscimo de conhecimento aos que dela venham a se utilizar. Segundo a abordagem é uma pesquisa qualitativa, pois seu critério não é numérico, visando apenas aprofundar e abranger os conceitos e teorias. No primeiro tópico *Os direitos sociais*, faz-se uma breve exposição sobre o respectivo conceito, com enfoque sobre os meios extrajudiciais de conflitos. Em seguida é feito um breve relato sobre o direito fundamental à saúde, enfatizando o pensamento da doutrina atual. No terceiro tópico discorre-se sobre o papel do poder Judiciário na efetivação dos direito à saúde. Por último apresenta-se estudo de caso que trata do assunto objeto deste artigo.

1 OS DIREITOS SOCIAIS

Para melhor abordar o tema de judicialização do direito à saúde, aqui entendida como possibilidade de exigência judicial deste direito, é necessário adentrar na teoria geral dos direitos fundamentais e em seguida pormenorizar o estudo dos direitos sociais.

O que caracteriza os direitos fundamentais, como uma nova categoria jurídica, é, precisamente, a força jurídica reconhecida a tais valores. Em outras palavras, é o regime jurídico a que se acham submetidos os direitos fundamentais o *novum* que os identifica como uma categoria jurídica específica.[1] Assim se caracterizam a aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais (CF, art. 5º, § 1º), com a qual se relaciona a vinculação dos poderes públicos, bem como a inclusão dos direitos fundamentais no rol

das “cláusulas pétreas” (CF, art. 60, § 4º, inc. IV). Ora, se o texto constitucional (art. 5º, par. 2º) faz uma abertura aos direitos fundamentais de tal forma que ficou expressamente previsto que é possível encontrar direitos fundamentais mesmo fora do vasto elenco do artigo 5º da Carta Magna concluem Schwartz e Bortolotto(2008) que tal abertura pretende não apenas declarar os direitos fundamentais, mas, sobretudo, concretizá-los.

Peces-Barba define o conjunto de Direitos Humanos como “Direitos Fundamentais” por

entender ser a forma lingüística mais precisa e procedente, justamente por ser mais precisa do que a expressão direitos humanos e por poder abranger as dimensões destes direitos, sem incorrer nos reducionismos jusnaturalistas ou positivistas.

O Poder Constituinte Originário resguardou os direitos sociais como direitos fundamentais, dando prevalência a esses direitos em detrimento dos puramente econômicos. Percebe-se que o constituinte dispôs expressamente a possibilidade de existirem direitos fundamentais que, por o serem materialmente, incorporam-se à Constituição em seu conceito material, caracterizando assim um processo permanente de incorporação de novos direitos, que alcança igualmente os direitos sociais, além daqueles previstos nos demais capítulos do já referido Título. Os direitos sociais foram inicialmente reconhecidos como, via de regra, voltados não a uma abstenção do Estado, mas a uma ação o que lhes dá a característica de positivos.

Neste sentido é o magistério de Ingo Sarlet (2005, p.123) :

A citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo.

Abaixo segue transcritas algumas didáticas observações feitas por Sérgio Fernando Moro (2001, p.102) à classificação de Alexy:

Os direitos a algo englobam tanto direitos a ações negativas como a ações positivas do Estado(abstraindo aqui a eficácia das normas de direito fundamental contra particulares). Os direitos a ações negativas, os clássicos direitos de defesa, abrangem: a) direitos a que o Estado não impeça ou obstaculize determinadas ações do titular do direito; b) direitos a que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações do titular do direito; c) direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito. Os direitos a ações positivas se dividem em dois grupos: direitos a prestações fáticas, que aqui se prefere denominar de prestações materiais, e direitos a prestações normativas.

Segundo Jörg Neuner (2006, p.343) a dignidade humana constitui o fundamento para a legitimação dos direitos humanos sociais. Complementando-a e concretizando-a apresentam-se diversos caminhos de fundamentação. Segundo a doutrina dominante, a dignidade da pessoa humana, *enquanto direito positivo*, funciona como centro e

fundamento do ordenamento jurídico, matriz de todos os direitos fundamentais.[2] No mesmo estudo prossegue o referido jurista que os direitos humanos sociais são limitados por meio de de vários princípios formais e materiais, os quais evitam que o pensamento protetivo social seja empregado de modo excessivo ou até mesmo absolutizado: limites jurídicos: direitos humanos liberais, princípio da subsidiariedade, o princípio da separação dos poderes;Limites fáticos: recursos, condições econômicas básicas;limites metodológicos: A necessidade de especificação; a necessidade de implementação.

Sobre o tema Cappelletti (1989, p.22) afirma que:

Direitos sociais são caracterizados pelo fato de que não têm natureza, por assim dizer, puramente normativa; eles são "promocionais" e projetados no futuro, exigindo para sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado. Na proteção de tais direitos o papel do juiz não pode, absolutamente, limitar-se a decidir de maneira estática o que é agora legítimo ou ilegítimo, justo ou injusto; ao contrário, constitui freqüente responsabilidade do juiz decidir se determinada atividade estatal, mesmo largamente discricional – ou a inércia, ou em geral dado comportamento dos órgãos públicos -, está *alinhada* com os programas prescritos, freqüentemente de maneira um tanto vaga, pela legislação social e pelos direitos sociais.

Analiticamente, os direitos sociais caracterizam-se por exigirem uma intervenção do Estado, gerando obrigações positivas realizáveis por meio da ação social. (SANTOS, 2007) Conforme constatação de Claúdio Pereira de Souza Neto (2006, p.53) "os direitos sociais prestacionais, na medida em que possam ser considerados condições procedimentais da democracia, devem gozar do status de cláusula pétrea." Segundo este jurista, "embora a Constituição fale apenas de "direitos individuais", a interpretação constitucional deve atribuir a esse texto o sentido de "direitos fundamentais", dentre os quais se encontram os direitos sociais que possuem fundamentalidade material." Há uma discussão no meio acadêmico se estariam os direitos sociais protegidos pela fundamentais e conseqüentemente albergados pela cláusula pétrea, assim, por óbvio, não poderiam ser objeto de emenda. A maioria dos estudiosos especialistas do assunto entende que os direitos sociais são direitos fundamentais. Seguindo este entendimento, as normas que garantem o direito à saúde têm aplicabilidade imediata, na forma do art. 5º, par. 1º, do texto constitucional e como acrescenta Germano Schwartz e Franciane Woutheres Bortolotto (2008) tais direitos revestem-se de caráter prestacional e são passiveis de exigência do cidadão perante o Estado. Importante observação, neste tocante, é feita por Pansieri (2006, p. 268):

As disposições constitucionais que tratam dos direitos sociais não são meros instrumentos de referência ou normas programáticas, sem aplicabilidade imediata, conclusão que se extrai da pronta leitura do artigo 5º, par. 1º da CF-88, que dispõe: [...] par. 1º - as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, e também da pronta leitura da estrutura do Título II da CF-88 pode-se

compreender que os direitos sociais compõem o rol de direitos e garantias fundamentais.

Assim, as normas de direitos sociais possuem aplicabilidade imediata e, como norma jurídica, possuem ainda eficácia desde a publicação dos da Constituição Federal. Isso não significa dizer que todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem eficácia positiva e negativa, tomando em alguns momentos feição de direitos subjetivos.

Conforme aponta Clémerson Merlin Clève (2006):

"Os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais. Ou seja, uma nova configuração dos direitos fundamentais, especialmente dos apontados como sociais, exige uma renovada abordagem doutrinária para dar conta de sua eloqüente significação."

Mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que, na expressão de Jose Afonso da Silva (2000, p.19) traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas.

O modo de efetivação dos direitos sociais, devido a sua natureza diversa não coincide como dos direitos individuais. A eficácia dos direitos sociais pressupõe por um lado a implementação de políticas legislativas e políticas públicas que requerem investimento siginificativo de finanças por parte do Poder Executivo. O tema "políticas públicas" não é um tema ontologicamente jurídico, mas é originário da ciência política, onde sobressai o caráter eminentemente dinâmico e funcional, que contrasta com a estabilidade e generalidade jurídicas. A noção de políticas públicas emergiu como tema de interesse para o direito com a configuração *prestacional* do Estado. O interesse para o estudo jurídico das políticas públicas justifica-se porque estão ligadas ao resguardo dos direitos sociais e políticos, pois estes demandam do Estado *prestações positivas* e significam o alargamento do leque de direito fundamentais, principalmente quanto à efetivação do direito à saúde, objeto de estudo deste artigo.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A partir da Constituição Federal de 1.988 a saúde passou a ser dever constitucional de todas as esferas do governo. O conceito de saúde foi ampliado e vinculado á políticas públicas sociais e econômicas. O art. 196 da Constituição traz elementos indispensáveis à compreensão da norma, pois, além de definir os titulares do direito e o destinatário principal do dever, traz um meio de atuação genérico e uma finalidade específica a ser alcançada. A saúde é direito de todos e dever do Estado, o que costuma ser amplamente frisado quando se trata do tema.Deve ser ressaltado que a saúde deve ser garantida

mediante políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Não pode-se negar que o direito à saúde está intimamente relacionado à proteção igualmente constitucional da dignidade da pessoa humana, que consta expressamente como um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da CF) e conforme lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 443), representa o "fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser". Pérez Luño(2005, p.324) aduz que "La dignidad humana supone el valor básico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos que tiendem a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona[...]" Valioso ensinamento é o de Flávia Piovesan (1998, p.34), para quem:

o valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

É de extrema necessidade apontar a natureza jurídica do objeto em análise, sendo o direito ao recebimento do benefício de prestação continuada um Direito Fundamental.Tal qualificação se faz necessária em razão do regime jurídico de proteção especial que a Constituição lhes outorga, como sabiamente nos ensina José Afonso da Silva:

"A expressão direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Desde que, assumiram o caráter de normas positivas constitucionais, não tem cabimento retornar a velha disputa sobre seu valor jurídico [...] a ponto de sua adoção ser um dos elementos essenciais do próprio conceito de constituição." (2004, p. 179)

A essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como direito fundamental social, veja-se a respeito o que diz Ademir Ap. Falque dos Santos (2006):

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais,

quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

A não atuação do Estado para com o direito à saúde, importar-se-á numa eventual ação judicial e/ou administrativa quando o Estado não desempenhar o seu dever de promover e garantir a saúde.A Constituição Federal assegura a todos os cidadãos do direito à vida. A saúde é decorrência desse direito, o direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida.

O direito fundamental à saúde, como exaustivamente dito acima, representa um direito fundamental social, e como tal tem aplicabilidade imediata, como previsto na Constituição Federal de 1988, "*as normas definidoras dos direitos e garantias constitucionais têm aplicação imediata*" (§ 1º do art. 5º). Ora, negar eficácia plena à referida norma constitucional, seria um contra-sendo, contraria toda evolução doutrinária e jurisprudencial acerca da efetividade dos direitos fundamentais.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2005) há como sustentar a aplicabilidade imediata, por força do art. 5º, § 1º, da CF, de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Catálogo. Incluso neste rol está o direito fundamental à saúde, objeto deste estudo.

Este regime jurídico próprio dos direitos fundamentais se manifesta em diversas garantias, com as quais se busca assegurar a eficácia concreta desses mesmos direitos. Assim se caracterizam a *aplicabilidade imediata* das normas jusfundamentais (CF, art. 5º, § 1º), com a qual se relaciona a *vinculação dos poderes públicos*, bem como a inclusão dos direitos fundamentais no rol das "cláusulas pétreas" (CF, art. 60, § 4º, inc. IV). Sem dúvida o aspecto mais relevante do regime próprio dos direitos fundamentais, sobretudo na perspectiva que interessa ao presente trabalho, é a sua aplicabilidade imediata, uma vez que aqui se toca no que foi, até recentemente, o "calcanhar de aquiles" das Constituições, ou seja, o (discutível) *caráter normativo de seu conteúdo, especialmente daquelas disposições definidoras de direitos fundamentais*.[3] Com o expresso reconhecimento, no texto constitucional, de que as normas asseguradoras de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis, pretendeu-se superar, em definitivo, aquela concepção, própria do Estado liberal do século XIX, segundo a qual tais normas "dependiam de lei" para serem eficazes, permitindo a chamada *justiciabilidade* desses direitos fundamentais.[4]

Em decisões recentes, o Supremo Tribunal Federal vem demonstrando o entendimento de que a interpretação da norma programática do art. 196 da CF não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental.[5] (BRASIL, 2008, on line).

O direito à saúde inclui-se no rol dos direitos sociais significativamente conquistados na nova ordem constitucional, onde "conseguiram os constituintes prever a implantação de um amplo sistema de proteção, com atendimento dos direitos básicos, sem os quais não se concebe vida humana digna" (MESTRINER, 1992, p. 110).

O princípio da democracia econômica e social impõe ao Estado transformar as estruturas econômicas e sociais de maneira a erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e assegurar os direitos sociais. Nesse contexto, o Princípio da Democracia Econômica e Social existente na Constituição determina ao Legislativo, Executivo e mesmo ao Poder Judiciário, quando chamado a aplicar o direito, uma atuação obrigatória no sentido de realizar os direitos sociais previstos constitucionalmente, entre eles a saúde.

Direito social, este, que exige uma política pública socialmente ativa, que consagrará tal direito fundamental (CANOTILHO, 2002, p. 408).

Com a prolação da Constituição Federal de 1988, surgiram novos deveres ao Estado; que se viu obrigado a promover ações, para dar eficácia aos direitos conferidos aos cidadãos. Alguns setores da sociedade, contudo, ao perceber que as políticas em matéria de saúde não eram satisfatórias e passaram a interpelar o Poder Judiciário, para que se posicionasse e garantisse a efetivação de seus direitos. Este é o assunto a ser abordado nos próximos tópicos.

3 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Ante a alegada escassez de recursos materiais e da real necessidade de equidade no acesso aos mesmos, será feita uma breve análise da discussão doutrinária que se trava sobre o problema da efetivação do direito social fundamental à saúde. A falta de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico do país. Essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social.

No aspecto da hermenêutica, a dificuldade é que os denominados direitos sociais transitam pelas duas categorias de normas: os princípios e as regras. Ana Paula Barcellos (2002) propõe então a noção de mínimo existencial para a solução dos problemas jurídicos, procurando representar um subconjunto no interior dos direitos sociais, econômicos e culturais menor – minimizando o problema dos custos – e mais preciso – procurando superar a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente exigível do Estado.

A doutrina divide-se quanto à natureza jurídica da denominada “reserva do possível”, não é objeto deste estudo proceder análise profunda sobre este ponto, mas a título de esclarecimento vale transcrever apontamentos feitos por Ana Carolina Lopes Olsen(2006, p.210), em sua dissertação de mestrado intitulada “A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível”, leia-se:

Ao longo do quanto já foi exposto, é possível afirmar, em um primeiro momento,que a reserva do possível determina que um direito só poderá ser exigido dentro das condições fáticas existentes. Todavia, a partir desta noção, verifica-se uma certa insegurança na doutrina e na jurisprudência quando se faz necessária uma referência à reserva do possível, sendo que alguns tratam-na como princípio, outros como cláusula ou postulado, e outros são mais específicos ao tratá-la como condição de realidade. Neste sentido, faz-se necessário, ainda que brevemente, afastar alguns termos em virtude de sua impropriedade em relação ao tema.

[...] parece inadequado conceber a reserva do possível como esta espécie normativa. A reserva do possível não prescreve um determinado estado de coisas a ser atingido, não corresponde a um mandado de otimização. Ainda que se admita a possibilidade de ponderação da reserva do possível, este elemento, por si só, não parece suficiente para identificá-la como um princípio, já que mesmo bens jurídicos podem ser ponderados. Em verdade, o que se pondera é a escassez de recursos apresentada pela reserva do possível, com o comando normativo do direito fundamental social.

Desse modo, expressões como “cláusula” ou “postulado” podem parecer mais adequadas para se referir à reserva do possível, já que ela, em verdade, condiciona, determina a aplicação das normas. Todavia, um postulado, uma meta-norma na acepção de Humberto Ávila, não estaria sujeito, ele próprio, à ponderação. De fato, a proporcionalidade, enquanto postulado, não pode ser ela mesma objeto de ponderação, já que ela se aplica como uma regra no caso concreto (hipótese da adequação e necessidade) ou como um princípio (proporcionalidade em sentido estrito). Diante deste quadro, parece mais adequado tratar exclusivamente de “reserva do possível”, como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais.

A questão da ausência de recursos como limite para o reconhecimento pelo Estado do direito às prestações sempre desafiou os operadores do direito. Pode o Direito oferecer uma resposta segura para situações em que os recursos sejam limitados? Pode apontar uma solução para a quem o Estado deva atender ou não atender em um cenário de falta de meios econômicos para a satisfação de todos? O tema passa, pois, também por uma análise do papel do Poder Judiciário no que diz respeito ao amparo das pretensões positivas, ou seja, se é possível ao magistrado tutelar tais pretensões ou estaria ele limitado ao controle do discurso em face da separação dos poderes, já que diante da “reserva do possível” negar-se-ia a competência dos juízes (não legitimados pelo voto) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários.

Sabe-se que a imediata aplicabilidade dos direitos prestacionais pode encontrar limites na chamada “reserva do possível”. Já que tais direitos fundamentais, para serem concretizados, implicam necessariamente a alocação, distribuição e mesmo criação de recursos e bens materiais, comportando-se, nesse aspecto, como um direito de defesa. Como dito, a dignidade da pessoa humana além de um princípio fundamental é um dos fundamentos do Estado brasileiro, visa garantir um mínimo existencial aos indivíduos dentro de um critério pautado na razoabilidade.

Segundo Canotilho (1998, p.373) os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa de duas formas: na medida em que configuram normas e competência

negativa para os poderes públicos, proibindo suas ingerências na esfera jurídica individual, assim como implicam o poder de exercer positivamente direitos fundamentais e de exigir omissões do Poder público de forma evitar agressões. Prossegue o jurista português(2005) que a satisfação dos direitos sociais coloca alguns problemas específicos, decorrentes da sua natureza de direitos positivos, ou seja, de exigirem do Estado ações e prestações.

A noção moderna de orçamento é diretamente relacionada à noção de políticas públicas, é a partir do Estado social que surge, por meio de políticas públicas a intervenção positiva do Poder Público na ordem econômica e na ordem social. Política pública compreende todos os instrumentos de ação dos governos. Nesse sentido, para Régis Fernandes de Oliveira (2006, p.251), políticas públicas referem-se a "providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados".

As políticas públicas podem se encontrar consubstanciadas em leis ou atos normativos, mas com eles não se confundem, pois decorrem do conjunto de atos e/ou de normas que implementam valores e objetivos albergados pelo ordenamento jurídico. No entendimento de Maria Paula Dallari Bucci (2006, p.43), "políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados".

A cláusula da 'reserva do possível', exceto em casos especialíssimos, não deve ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Não se pode considerar os direitos fundamentais sociais como meras pretensões sem o respectivo dever por parte dos poderes públicos. Daí a correta ponderação de Ana Paula de Barcellos (2000, p. 245-246) :

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao

estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Pansieri (2006, p.270) aduz que a reserva do possóvel é "outro condicionante importante à implementação dos direitos sociais" completa seu raciocínio acrescenta que a implementação dos direitos sociais dependerá do nível de desenvolvimento econômico, social, cientifico, cultural de cada Estado. Por essa razão os direitos sociais são de satisfação progressiva. Mas isto não significa que os direitos sociais somente serão implementados de acordo com os recursos ditos disponíveis pelos administradores; verificar-se-á a aplicação dos mínimos exigidos pela Constituição, bem como a *impossibilidade de retrocesso social*.

Ocorre que como bem ressalta Luis Roberto Barroso (2001) a Carta Política de 1988 consagra como fundamento da República, em seu art. 1º, inc. III, a dignidade da pessoa humana. Mais ainda, o art. 5º, *caput*, garante a todos o direito à vida, bem que deve ser resgatado por uma única atitude responsável do Estado, qual seja, o dever de fornecimento da medicação e/ou da intervenção médica necessária a toda pessoa que dela necessite. O direito à saúde, como dito, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. É a consagração da teoria do mínimo existencial de dignidade humana. Isto é, há um ponto do qual nem mesmo os desfavorecidos podem ser afastados, de modo que fazem jus, ao menos, aos direitos considerados mais básicos ao ser humano, como o direito à saúde, à liberdade e à vida.Como elucida Sarlet (2001, p.271):

[...] em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestação) esbarrar no valor máximo da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais ou não) resultar a prevalência do direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito prima facie, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada[...].

Conforme esclarece Alexy (apud LEIVAS, 2006, p.91):

A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Não é um princípio absoluto [...]. Todos os direitos fundamentais restringem a competência do legislador; muitas vezes o fazem de uma forma incômoda para este e, às vezes, afetam também sua competência orçamentária quando se trata de direitos financeiramente mais gravosos.

Sobre a distinção entre dignidade humana a direitos fundamentais está no problema da eficácia aponta Starck (2006, p.890) que:

[...] a justiciabilidade sairia enfraquecida coma separação, pois a dignidade humana não poderia ser protegida pelo recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), característico dos direitos fundamentais. Dreier entende que a dignidade da pessoa humana não se enfraquece, pois mantém as funções de defesa(*Abwehrfunktion*) e de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*). Parece-nos que a dignidade humana atua com a eficácia própria dos princípios, e não dos direitos, que é a de anular as orientações que lhe contravenham e fundamentar a adjudicação dos direitos.

A eficácia do princípio da dignidade humana, na via da afirmação dos direitos da liberdade, tem se feito sentir, com especial ênfase, no campo do mínimo existencial, com a garantia contra a tributação de um mínimo necessário à sobrevivência digna do contribuinte e de sua família e com a obrigatoriedade de entrega pelo Estado de prestações compreendidas no *status positivus libertatis* e nos direitos fundamentais sociais, assim entendidos os direitos sociais tocados pelos interesses fundamentais. É imensa a bibliografia estrangeira e, agora também, brasileira, que radica na dignidade da pessoa humana o direito ao mínimo existencial.

O argumento da reserva do possível só poderia ser aceito, caso o Estado demonstrasse, satisfatoriamente, a eficiência da administração pública (o que pressupõe a maximização dos recursos), a efetiva indisponibilidade total ou parcial de recursos e o não-desperdício dos recursos existentes. Parece utópica tal demonstração já que salta aos olhos do senso comum a má utilização de recursos, só por demonstração não seria mais sensato, legal e ético que alocação de recursos para a veiculação de propagandas do governo, fosse transferida para a concretização de direitos fundamentais sociais, tal como a saúde, de forma a concretizar a Lei Fundamental. A efetivação do mínimo existencial, cuja vinculação decorre do comando normativo constitucional, é um dos objetivos primordiais do Estado brasileiro. O mínimo existencial se revela como núcleo básico tanto do princípio da dignidade humana quanto dos direitos sociais prestacionais, objetivando o alcance da justiça social, que é o cerne da função distributiva do Estado.

4 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Os poderes públicos responsáveis não se preocupam ou não conseguem implementar as políticas públicas referentes aos direitos fundamentais sociais de maneira satisfatória, resta ao Poder Judiciário implementá-los. Os motivos para tal inércia não é objeto deste

breve estudo, o fato é que vivemos numa sociedade desprovida de serviços públicos essenciais, como educação e saúde, por conseqüência temos uma necessária atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais, precipuamente o direito à saúde.

Segundo Paulo Gilberto Cougo Leivas (2005) a ênfase na garantia aos direitos de segunda geração pelo Poder Judiciário tem provocado certa controvérsia que decorre da falta de critérios e carência de fundamentação de decisões judiciais que concedem benefícios, em geral na área da saúde, sem maiores considerações acerca de suas conseqüências na esfera das políticas públicas e na realização de outros direitos sociais de outros indivíduos, muitas vezes em ou com maiores necessidades que a do autor da ação judicial - o que causa, neste momento, perplexidade."

Por outro lado, a concretização dos direitos sociais exige a alteração das funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsaveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação no sentido de possibilitar e fomentar a realização de projetos de mudança social. A orientação das sentenças nesse sentido levaria à politização do exercício das suas funções, o que constitui uma ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo jurídico, na base do qual estava a separação do Direito da Política. Para reforçar essa colocação recorremos ao pensamento de Faria (1995) para quem a aplicação desse novo tipo de legalidade (a legalidade pensada em termos concretos) acarreta na realização política de determinados valores, afetando em conseqüência a realidade socioeconômica a partir de um projeto relacionado com a implementação do direito social. Veja-se o que diz a respeito do tema o jurista Jose Eduardo Faria (1994, p.95):

Os poderes Executivo e Legislativo exercem relevante papel na previsão e implementação de tais direitos, ao traçar as intituladas políticas públicas, essenciais à operacionalização dos direitos de segunda geração, haja vista que tais direitos não se assemelham aos tradicionais direitos de liberdade, os quais exigem apenas que o Estado jamais permita a sua violação. Ao revés, os direitos sociais requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas que visem a atender as expectativas geradas pela positivação de tais direitos na Constituição. O judiciário por sua vez, ao interpretar os direitos sociais deve despir-se da cultura normativista, positivista, dogmática, observando seus atributos, vez que exigem uma interpretação praeter legem, ou seja, que faça valer os direitos mais elementares dos cidadãos brasileiros.

Como bem assevera Paulo Magalhães Da Costa Coelho (2002), paulatinamente o Poder Judiciário vem sendo chamado a enfrentar os desafios destes novos tempos, notadamente de concretizar a Constituição e sua principiologia por via de sua interpretação. Não se cuida de desafio fácil de ser vencido, muito em função das raízes históricas e políticas, em razão das quais o Brasil sempre teve uma postura hesitante no controle dos atos da administração pública e, notadamente, quando se tratava de conter o arbítrio e tornar efetivos direitos individuais e sociais.

E continua o autor, nessa tarefa de controle os juízes devem entrar em cena não como meros reprodutores de um saber técnico-dogmático, mas com a pergunta fundamental de como se concretizar o Estado Social de Direito e toda a principiologia constitucional. É necessário, portanto, abandonar a postura dogmática-formalista, para que o Direito e o direito administrativo, em particular, como ciências humanas, possam ser instrumentos

de concretização da principiologia constitucional e de seus vetores mais fundamentais: a dignidade humana, o Estado Social e Democrático de Direito e a igualdade não apenas formal, mas, sobretudo, substancial.

Conforme leciona Antoine Garapon (2001, p.24), o papel do juiz, atualmente ganhou nova feição:

Na pessoa do juiz, a sociedade não busca apenas o papel do árbitro ou de jurista, mas igualmente o de conciliador, pacificador das relações sociais, e até mesmo animador de uma política pública...

A consagração de direitos sociais sem instrumentos capazes de efetivação os tornariam simples promessas, neste compasso o juiz surge como guardião das 'promessas', veja-se entendimento de Antoine Garapon (2001, p.27):

O juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiaram à justiça a guarda dos seus juramentos.

Como bem acentua Jose Albuquerque Rocha (1995, p.69), as diferentes técnicas de defesa dos direitos fundamentais são reconduzíveis, em derradeira instância, a uma forma ou outra de controle do Judiciário sobre os demais Poderes. De fato, o Judiciário controla o Legislativo e o Executivo, o primeiro quanto à observância das leis e também da constituição. Arremata o referido autor:

as garantias constitucionais dos direitos em geral e dos direitos fundamentais em particular só adquirem sentido quando se dispõe de um aparelho judiciário apto a transformá-las em realidades concretas. Fora disso, não passam de 'declarações de intenções'.(ROCHA, 1995, p.70)

A respeito desse específico aspecto da controvérsia, revela-se valiosa a lição de José Eduardo Faria (1994, p.65) cujo magistério, a propósito da atuação do Judiciário, impõe-se relembrar:

Historicamente, como afirma Cappelletti, todas as vezes em que a tradicionalmente permitiu a emergência de um sistema de controles e contrapesos recíprocos, com os magistrados podendo exercer funções mais amplas do que as previstas pelo paradigma liberal clássico de Estado de Direito, o resultado foi 'um Judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados'; apenas onde esse sistema de controles e contrapesos recíprocos se consolidou é que se conseguiu, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir [...] um Executivo forte com um Judiciário forte.

Como bem acentua Faria (1994, p.65), além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Leciona este professor que cabe ao juiz garantir as políticas públicas. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo da atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça. Assim, o juiz não aparece mais como "o responsável pela tutela dos direitos e das situações

subjetivas, mas também como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção de equilíbrios entre interesses supra-individuais." Cabe referir, neste ponto, lição de Eduardo Appio (2007, p.72):

A função primacial do Poder Judiciário consiste no controle da atividade dos demais Poderes que se encontram vinculados às políticas públicas já previstas na Constituição ou na lei, tanto em relação ao seu conteúdo, quanto no momento apropriado para a sua implementação, não possuindo representatividade para escolher, de forma livre, quais as políticas que deverão ser implementadas pelos governos eleitos. Bem por isto, não se pode afirmar que os juízes governam ou que tenham uma responsabilidade solidária junto com o Poder Executivo no equilíbrio do orçamento público.

Américo Bedê Freire Júnior (2006) assevera que, hodiernamente, há uma grande preocupação, tanto jurídica quanto política, de se criar um novo perfil para a atuação do Poder Judiciário, permitindo a efetivação dos direitos fundamentais. Para ele:

É certo que uma postura mais ativa do Judiciário implica em possíveis zonas de tensões com as demais funções do Poder, todavia não se defende uma supremacia de qualquer das funções, mas, sim, a supremacia da Constituição, que implica que o Judiciário não é um mero carimbador de decisões políticas das demais funções. É preciso, portanto, conciliar o texto constitucional com uma prática constitucional adequada, e tal missão somente pode ser cumprida se o Poder Judiciário não pensar mais no dogma do princípio liberal da legalidade, mas, sim, no princípio da Constitucionalidade dos atos.

É preciso não perder de vista, conforme leciona Eduardo Appio (2007, p.184) que existe um conflito direto entre o direito à vida de um cidadão,o qual busca através do Poder Judiciário,a sua sobrevivência,e o direito á vida de outros cidadãos ,os quais dependem do orçamento público para sobreviver.

No entendimento de Cappelletti (1989, p.68) o órgão jurisdicional tem o desafio de dar

salvaguarda dos Direitos Fundamentais do homem em face dos demais poderes públicos:

[...] o tribunal investido na árdua tarefa de atuar a constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos valores (tarefa, claro esta, altamente criativa), ou considerar com não vinculante justamente o núcleo central das constituições modernas, vale dizer, a parte dos textos constitucionais relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face do poder público.

Impende considerar, na análise dessa questão, as ponderações feitas pelo eminente jurista Pedro Lenza (2003, p. 86) que, em magistério irrepreensível, destaca que numa sociedade de pleno reconhecimento dos direitos difusos, será comum a situação em que o Poder Judiciário será chamado a decidir sobre conflitos em que a escolha de um dos interesses implicará, necessariamente, a preterição de outros, o que revelará constantes

entrechoques de valores, e as decisões judiciais assumirão o caráter de escolhas políticas, embora embasadas em argumentos jurídicos racionalmente alinhados.

O professor Clemerson Merlin Clève (2006, p.35) questiona se o Poder Judiciário teria legitimidade para atuar nos campos que, em tese, estariam reservados ao administrador ou ao legislador, haja vista que poderia haver afronta ao princípio democrático, segundo o qual a maioria governa. Assevera ainda, que:

É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contra-majoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do judiciário nesse campo.

Como assinala Ana Cristina Meireles (2008, p.451), "o Poder Judiciário deve, em qualquer ação judicial de defesa, e não somente no mandado de injunção, atuar no sentido de efetivar um direito fundamental em caso de omissão normativa [...]." Rodrigo Reis Mazzei (2007, p.162) em artigo recente aduziu que :

Tratando de mandado de injunção sobre o princípio da separação e independência entre os poderes no nosso ordenamento jurídico:Entretanto, essa agressão a conceito de função do Estado – principalmente de um Estado de Direito – quando tratamos da atividade legislativa, pode ser abrandada se assumirmos a possibilidade de o Poder Judiciário desempenhar um papel de assegurar a efetivação dos direitos constitucionais através de instrumentos processuais adequados. Fixe-se, desde logo, que trata-se de postura puramente residual, em que não se ocuparia definitivamente o espaço do legislador, pois, tão logo editada a norma, a superfície ocupada pela decisão judicial perderia sua eficácia.

Admitir que o Poder Judiciário esteja autorizado a solucionar conflitos, integrando normas que não fixem os limites de certos direitos subjetivos, não implica uma agressão ao princípio da separação de poderes, pois o que está em jogo é a produção de uma norma concreta (atividade jurisdicional) e não de norma abstrata (atividade legiferante).

A respeito do tema eis o que entende Apostolova (1998, p.43):

[...] a separação de poderes é um princípio que se firmou no sentido de impedir, através da concentração de poder, o seu exercício de forma abusiva e arbitrária. Havia a necessidade de se limitar o poder do "soberano" para que, assim, fossem preservados os direitos dos indivíduos. Não se pode, hoje, no entanto, dar-lhe a qualidade de dogma e invocá-lo para a não concretização de direitos em prol dos indivíduos. Seria um contra-senso.

Saliente-se que a Constituição reconhece que "são de relevância pública as ações e serviços de saúde" (art. 197), reforçando, assim, a exigibilidade do direito à saúde, atribuindo-lhe o caráter de serviço público essencial. O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático,como o Brasil, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em

algumas situações, como lembram Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003) caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em outros casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas. É o que explica Marcos Maselli Gouvêa (2002, p.23)

O princípio da separação de poderes compreende, portanto, uma vertente político-funcionalista que não se pode desprezar, sob pena de restringir-se a soberania popular. Afora esta componente, a separação de poderes traduz-se numa consideração técnico-operacional. O Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial daqueles campos que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade – incluindo a implementação de direitos prestacionais – devem ser reservados ao administrador público. Aos empecilhos normativo-estruturais, financeiros e políticos listados acima são somados os obstáculos processuais. Ao passo em que os direitos liberais há séculos já se encontram consagrados nos ordenamentos e na jurisprudência dos mais diversos países, apenas no século XX passou-se a reservar maior atenção aos direitos prestacionais. Existe uma notável discrepância entre a complexidade e a eficiência dos remédios jurídicos destinados à salvaguarda dos direitos liberais (habeas corpus, mandado de segurança) e a completa ausência de instrumentos específicos de tutela dos direitos prestacionais. Não existe ainda, com pertinência a estas situações jurídicas, a vasta produção doutrinária e os precedentes jurisprudenciais que amoldam, encorpam, os direitos de primeira geração.

Confira-se, a respeito, a explicação de Ana Paula de Barcellos (2006, p.32):

Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *micro-justiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macro-justiça*. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.

Como dito, o art. 196 da Constituição Federal assegura a todos o direito à saúde, sendo este um dever do Estado, os principais argumentos utilizados por aqueles que negam ao Judiciário competência para decidir sobre questões que tratam da efetividade do direito fundamental à saúde é de que tratar-se-ia de norma constitucional de eficácia contida ou limitada; ou de que a Constituição Federal teria como limite a reserva do possível, sendo assim os direitos sociais só poderiam ser respeitados quando houvesse recursos financeiros públicos para tal e que ao Poder Judiciário não caberia decidir sobre a alocação e destinação de recursos públicos. Há ainda o argumento de violação ao

princípio da separação dos poderes e a discricionariedade da Administração Pública. Flávia Piovesan (2006, p.264) aborda o assunto com maestria:

Ainda que incipiente, a justicibilidade dos direitos sociais e econômicos na experiência brasileira é capaz de invocar um legado transformador e emancipatório, com a ruptura gradativa de uma visão conservadora e formalista do Poder Judiciário.

A dificuldade prática é que a previsão dos direitos fundamentais é superior aos recursos dos entes públicos para a sua plena satisfação, mormente em países em estágio inicial de desenvolvimento como é o caso do Brasil. Não há como atender a todas as demandas sociais simultaneamente, recaindo ao Poder Judiciário a difícil tarefa de equalizar a questão. O Poder Público se reserva à prerrogativa de prestar somente o direito social que for materialmente possível de ser prestado, o que é bastante defensável, mormente se comprovado efetivamente que não havia efetivamente um modo lícito de realizar a respectiva prestação. Daí a denominação "Reserva do Possível".

Não é que o Poder Judiciário esteja acima dos demais poderes, mas sim porque é o poder que deve impedir o abuso dos demais poderes. Efetivamente a implementação dos Direitos fundamentais depende e muito do Poder Judiciário, não sendo possível demorarmos na implementação dessa nova visão, pois como dilucida com propriedade Lenio Streck (2002) a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: Uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos. Quanto à atuação do Poder Judiciário à implementação dos direitos sociais, veja-se entendimento de Pansieri (2006, p.270):

Cabe aqui ressaltar que quando o judiciário poderá determinar a implementação dos direitos sociais, na perspectiva positiva ou negativa, no caso brasileiro, este poderá exigir ao menos a destinação obrigatória dos recursos da União, dos Estados e dos Municípios na saúde, na Educação. Essa função do judiciário tem jurisprudência farta, tanto na garantia do direito à saúde por intermédio da determinação de tratamentos, como da garantia do ensino fundamental com a determinação da abertura de vagas em escolas.

É verdade que, primordialmente, a eleição e condução das políticas públicas voltadas à concretização dos direitos sociais devem ficar a cargo do Legislativo e do Executivo, pela própria natureza das atribuições cometidas a tais poderes e para se assegurar a liberdade de ação necessária à adequação do projeto constitucional à realidade fática da sociedade. Todavia, tem-se que a inércia desses poderes não pode ficar à margem do controle judicial .

Para Luciane Tessler (2005, p.153) o Poder judiciário também está vinculado de forma imediata à realização dos direitos fundamentais e diante da omissão do legislador ou do administrador não pode restar inerte. Cabendo ao mesmo assumir a função de concretização dos direitos fundamentais do caso em tela e conferir a máxima efetividade possível aos direitos fundamentais e recusar a aplicação de preceitos que os violem. Arremata a referida jurista (2005, p. 164):

Igualmente, a omissão do Poder Público no controle e fiscalização das situações que são arriscadas aos direitos fundamentais também autorizam a ação inibitória ou de remoção do ilícito. Como o direito fundamental não pode restar desprotegido, se a competência de exercer o controle cabia ao Executivo e este não a realizou, competirá ao Judiciário suprir tal omissão. Não se trata de invasão de competência mas de suprimento do dever de proteção do Estado. Já no caso da omissão do Poder Público ser quanto à aplicação da sanção, o provimento jurisdicional não poderá aplicar a sanção; ordenará ao Poder Público o cumprimento do seu dever de proceder ao exame da responsabilização administrativa.

Ainda em relação à proibição da atuação do juiz como legislador positivo, Sérgio Fernando Moro (2001) atenta para o fato de que a intervenção judicial que invalida a lei também interfere inegavelmente na ação legislativa, de modo que o dogma do legislador positivo não se reveste de racionalidade.

Segundo o Supremo Tribunal Federal[6], a saúde caracteriza-se como sendo direito público subjetivo, representando prerrogativa jurídica indisponível de todos, cabendo ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar; considerando que o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida.

A professora Flávia Piovesan (2006, p. 264) afirma que “a justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos na experiência brasileira é capaz de invocar um legado transformador e emancipatório, com a ruptura gradativa de uma visão conservadora e formalista do Poder Judiciário.” Acrescenta a autora que “as decisões judiciais acerca do fornecimento gratuito de medicamentos que, somadas a articuladas e competentes estratégias de litigância, fomentaram transformações legislativas e a adoção de políticas públicas consideradas exemplares na área.

Afirma Comparato que "*Afastemos, antes de mais nada, a clássica objeção de que o Judiciário não tem competência, pelo princípio da separação de Poderes, para julgar 'questões políticas'*" (1997, p.19). No entanto, essa postura é rechaçada pela maior parte dos juristas pátrios, que só a admitem por via transversa, mediante um exercício argumentativo pelo qual as questões "deixam de ser" políticas, passando a ser jurídicas.No caso de efetivação do direito à saúde, devem ser analisados, em cada caso concreto, os argumentos expendidos pela parte autora, bem como os argumentos da parte ré para justificar a não implementação.

Nos casos em que o direito à saúde, enquanto direito fundamental social, estiver sendo negligenciado pelos poder Estatal, poderá caber ao Poder Judiciário, desde que provocado, a tarefa de assegurar a que o Executivo desincumba-se das prestações a ele constitucionalmente atribuídas, dentre as quais destacam-se as prestações na área dos direitos sociais, em benefício dos cidadãos a que deve servir.Neste sentido, vem decidindo o Supremo Tribunal Federal[7]:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado — e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico —, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

O Poder Judiciário atua posteriormente a não atuação estatal para com a saúde. Busca-se efetivar através deste a efetivação do direito à saúde, uma vez que o Poder Judiciário tem condições, dentro dos próprios ditames da Constituição de buscar soluções para garantir o direito à saúde. Primeiro, deve agir o Estado, através dos Poderes Executivo e Legislativo, no cumprimento de seu papel, mediante as políticas sociais e econômicas para efetivação e aplicação do direito à saúde. Em um segundo momento, o Poder Judiciário tem prerrogativa constitucional para a consecução do referido direito, devido a inércia estatal**.**

CONCLUSÃO

A atuação do Poder Judiciário, no campo das tutelas relativas a direitos sociais, representa um importante instrumento de garantia de efetividade aos direitos fundamentais sociais, incumbindo ao juiz a missão de partícipe ativo e consolidador do processo político-social de positivação de direitos.

Demonstra-se cada vez mais necessária a revisão do antigo dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

No Estado Democrático de Direito a formulação e a execução de políticas públicas dependem de ações dos Poderes Executivo e Legislativo, entretanto mostra-se possível a intervenção do Poder Judiciário com o propósito de viabilizar a todos o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado, seja por omissão ou por comportamento abusivo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estúdios Politicos y Constitucionales, 2002.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático, Trad. por Luís Afonso Heck, **Revista de Direito Administrativo,--** n. 217/67, 1999.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder judiciário**: Do moderno ao contemporâneo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula.**A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, **Revista de direito do Estado,** Rio de Janeiro: Renovar, v.3 n. 32, 2006.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy.In: TORRES, Ricardo Lôbo (Org.) **Legitimação dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro. **Interesse Público,** v. 19, n. 51, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus**,** 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 14, n. 54, p. 30, jan./mar. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas. In **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 86, v. 737, mar. 1997, p. 11-22.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública.** São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em < http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br /artigos/constitucional/americo_freire.htm >. Acesso em: 28 dez. 2006.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** Tradução: Maria Luiza de Carvalho- Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2ª edição, maio de 2.001.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cougo. Princípios de direito e de justiça na distribuição de recursos escassos - **Revista Bioetica.** Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 14, nº 1 - 2006.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** Madrid: Tecnos, 2005.

MASTRINER, Maria Luiza. **Assistência e seguridade social: oposições e aproximações**. Dissertação (Curso de Pós-graduação strito sensu) - Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica, 1992.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de injunção – In: DIDIER Jr, Fredie. (Org.) **Ações constitucionais**. 2. ed. Salvador: PODIVM, 2007.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: PODIVM, 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.v. I.

MORILLO Joaquín García, **La protección judicial de los derechos fundamentales.** Madrid: Tirant lo Blanch, 1994.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais.** São Paulo, Max Limonad, 2001.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais – In: **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 7 – jan/jun de 2.006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.** Dissertação de mestrado. Disponível em: <www.capes.org.br> Acesso em: 18 out. 2008

PANSIERI. Flávio. Condicionantes à sindicabilidade dos direitos sociais. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio Menezes (Org.). **Democracia, Direito e Política**:Estudos Internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianopólis: Conceito Editorial, 2006. (p. 265-273)

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría**

general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid,1995.

PIOVESAN,Flávia. Justiciabilidade dos direitos sócias e econômico no Brasil: desafios e perspectivas. In: LIMA, Martônio MontÁlverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio Menezes (Org.). **Democracia, direito e política**: Estudos Internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianopólis: Conceito Editorial, 2006.(275-289)

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SANTOS, Andrea Alves dos. **Poder judiciário e políticas públicas**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> Acesso em 07 out. 2008.

SANTOS, Fernando. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios. (p.219-232). **Revista de informação legislativa**. Senado Federal. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas. Ano 45. n. 177. jan.-mar./2008.

SANTOS. Ademir Ap. Falque dos. **A tutela antecipada e o direito à vida**. Publicado no Juris Síntese nº 59 - MAI/JUN de 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTTO, Franciane Woutheres. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias.(p. 257-264). **Revista de informação legislativa**. Senado Federal. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas. Ano 45. n. 177. jan.-mar./2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a constituição**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA NETO. Claúdio Pereira de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA Leonel Severo. (Org.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. (p. 1-p.73)

STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TESSLER, Luciane Gonçalves. O judiciário e os direitos fundamentais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. ROSAS, Roberto. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. **Princípios constitucionais fundamentais**. Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. (Coord.) São Paulo: Lex, 2005. (p.885-894)

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

---

[1] Sobre a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, direitos naturais, direitos da personalidade e outras categorias, cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, vol. IV*, pp. 282 e ss.

[2] Sobre os direitos fundamentais como concretizações da idéia de dignidade da pessoa humana, cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, *passim*, esp. Cap. 4; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 516; Edilsom Pereira Nobre, *Colisão de Direitos Fundamentais – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem* versus *a liberdade de expressão e informação*, pp. 54 e ss;

[3] "Con frecuencia, la Constitución reconocía los derechos fundamentales, pero bien se contentaba con esse solo reconocimiento bien, y como mucho, relegaba su regulación a la Ley ordinaria. *Para valorar adecuadamente la relevancia de esta remisión a la ley hay que situarse en una época en la que no se asumía, por lo menos con caracter general, la normatividad de la Constitución." (MORILLO, 1999, p. 18)*

[4] Cabe registrar a lição de Alexy (2002, p.74), ao analisar as colisões de direitos fundamentais, sobre a negativa de *justiciabilidade* desses direitos, o que seria o mesmo

que negar a aplicabilidade imediata das normas que os consagram: “A todas as tentativas de desagravar o problema da colisão [dos direitos fundamentais] pela eliminação da justiciabilidade [deles] deve opor-se com energia. Elas não são outra coisa senão a solução de problemas jurídico-constitucionais *pela abolição de direito constitucional*. Se algumas normas da constituição não são levadas a sério é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério se isso uma vez causa dificuldades. *Ameaça a dissolução da Constituição*. A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa ampla em forma de justiciabilidade”.

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8, RS, Relator Ministro Celso de Mello, **Diário de Justiça da União**, 24/11/2000. Ver também BRASIL, Supremo Tribunal Federal STF, **Diário de Justiça da União** 23.08.00, p. 37, RE 273.834-4-RS, Rel. Min. Celso de Mello e DJU 23.08.00, p. 50, RE 267.612-8, RS, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 23 set. 2008.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no RE nº 271.286-8, RS, Rel. Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça da União,** 24/11/00. Disponível em: <www.stf.gov.br.> Acesso em: 23 set. 2008.

[7]BRASIL. Supremo Tribunal Federal ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, **Diário da Justiça da União,** 04/05/04 - grifei. Disponível em: <www.stf.gov.br.> Acesso em: 23 set. 2008.

CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO OU SUPREMACIA DO JUDICIÁRIO? *

COOPERATIVE CONSTITUTIONALISM OR JUDICIAL SUPREMACY?

Vanice Regina Lírio do Valle
Cecília de Almeida Silva

RESUMO

A delegação, no Texto Fundamental brasileiro, da guarda da constituição à Suprema Corte, conduziu a uma ampla compreensão no que toca ao sentido da supremacia judiciária em nosso sistema. Essa assinalação da tarefa, embora orientada ao reforça da supremacia constitucional, pode se ver subvertida, e resultar na renúncia aos benefícios do constitucionalismo cooperativo – tendência que está atraindo a atenção nos mais recentes estudos internacionais, em teoria constitucional.
Relações de colaboração estão sendo construídas, entre países no cenário internacional/ e mesmo entre instituições políticas e sociedade, dentro das fronteiras nacionais. A idéia de constitucionalismo cooperativo e teorias dialógicas é a de que os grandes conflitos relacionados a direitos serão melhor decididos num ambiente que se beneficie da visão pluralista dos distintos atores envolvidos na importante tarefa de proteção a direitos fundamentais e da constituição.
O conceito de supremacia judiciária, portanto, deve ser revisitado, de uma forma que reconheça à Corte sua importância como árbitro em dissensos profundos, mas que não rejeito a também constitucionalmente desejada contribuição dos demais poderes políticas, e principalmente, da própria sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO, SUPREMACIA JUDICIÁRIA, TEORIAS DIALÓGICAS, DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

The assignment in the Brazilian constitution of the constitutional guard to the Supreme Court has led to a broad comprehension about the meaning of judicial supremacy in our system. That assumption, even though oriented to the enforcement of the constitutional supremacy, may be twisted, and result in the resignation of the benefits of a cooperative constitutionalism – tendency that is drawing the attention in the most recent studies abroad, in constitutional theory.
Relations of collaboration are being built, between countries in the international scenario; and even between political institutions and society, inside the national frontiers. The main point of both cooperative constitutionalism and dialogical theories is that the major rights conflicts would be better solved in an ambiance that profits from the pluralistic visions of the different actors involved in the important task of protecting

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

fundamental rights and the constitution.
The concept of judicial supremacy, tough, should be revisited, in a way that recognizes the Court it's importance as the arbiter in deep dissent; but that does not reject the also constitutionally desired contribution of the other political powers and mostly, of the society itself.

KEYWORDS: COOPERATIVE CONSTITUTIONALISM, JUDICIAL SUPREMACY, DIALOGICAL THEORIES, FUNDAMENTAL RIGHTS.

1. SUPREMACIA DO JUDICIÁRIO: TRAJETÓRIA ASCENDENTE OU PONTO DE INFLEXÃO DA CURVA?

"*Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*". A afirmação que inaugura os termos do art. 102 da Carta de 1988, onde se desenha a competência da Suprema Corte traduziu uma etapa importante de consolidação do processo de redemocratização, complementando o princípio de equilíbrio e harmonia entre os poderes, e ao mesmo tempo, comprometendo-se com a preservação daquela nova ordem constitucional que se inaugurava, prenhe de esperanças de avanço social e construção da solidariedade[1]. Na ocasião, a principal preocupação residia na proteção do texto constitucional, que marcando a superação de um período de exceção política e institucional, haveria de ser revestido de uma sobrevalorização e proteção, sem o que a acalentada recuperação da normalidade democrática não se verificaria. Na origem, portanto, supremacia do judiciário se apresentava como verdadeira garantia da abertura política, confiando-se ao STF em particular a honrosa tarefa de, em nome da guarda da constituição, proteger a democracia.[2]

Passados já mais de 20 anos da promulgação do Texto Fundamental, é possível afirmar consolidada a normalidade democrática no país[3], e de outro lado, o Supremo Tribunal Federal expressamente assevera lhe assistir, por força do referido *munus* constitucional de guarda da constituição, "*...a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental*"[4]. A pronúncia, decorrente de decisão do Pleno, parece evidenciar esteja o vetor de supremacia do judiciário em *terra brasilis*, em trajetória de ascendência crescente, quase que como consectário nacional do triunfo do constitucionalismo democrático. [5]

Outros fatores – meta-jurídicos – permitem compreender a reivindidação expressa pelo STF. Afinal, a objeção dirigida com maior freqüência à supremacia do judiciário envolve uma perspectiva dualista, em que ela se vê contrastada com a supremacia do legislativo. O debate se travaria em torno de qual seja a sede mais adequada para a formulação de escolhas morais no que toca ao conteúdo substantivo do texto constitucional[6], e a questão democrática se põe no velho contraponto entre legitimação decorrente do princípio da representação, e aquela decorrente da atividade puramente técnica que se desenvolveria pelo judiciário[7]. Num contexto de escolha binária – ou judiciário, ou legislativo – é certo que a aguda crise de representação pela

qual passa essa última instância de poder favorece uma opção em favor da Suprema Corte como titular da "última palavra" no delineamento do conteúdo constitucional. Costumeiramente, soma-se a esse dado – político – o argumento de que esse é o sujeito que se revelaria o mais apto à enunciação de conteúdo de direitos revestida de supremacia, à conta de seu perfil institucional.

Se a reinvindicação da autoridade última na configuração do sentido do Texto Supremo remanesce uma questão atual[8]; não parece menos evidente que a análise dessa temática envolva hoje necessariamente uma compreensão dos próprios questionamentos que o constitucionalismo se vem propondo, em tempos de Estado pós-moderno, onde as relações de interdependência[9] – ao invés da afirmação da supremacia – apresentam-se como a tônica aos Estados Nacionais.

Dedicam-se as presentes considerações, portanto, a um percurso às novas perspectivas postas ao constitucionalismo a partir dos fenômenos de internacionalização de normas protetivas e mundialização de temas afetos a direitos fundamentais[10] e dos compromissos garantísticos que eles determinam. A abertura cognitiva que o novo cenário de fluidez de fronteiras geográficas e de intensa circulação de idéias determina em relação à compreensão e atualidade do sentido constitucional e dos vetores que esses textos projetam vem inspirando uma nova visão de constitucionalismo, que se (re)legitima não só à conta daqueles velhos momentos fundacionais de exercício do poder constituinte originário; mas também a partir de uma prática do exercício do poder – notadamente o jurisdicional – que contemple a possibilidade de arquiteturas de acomodação institucional que conduzam a um exercício verdadeiramente democrático de identificação do sentido constitucional.

A forja de relações de cooperação na construção do constitucionalismo – internas ao Estado, ou ainda tendo em conta outros centros de poder para além das fronteiras nacionais – se apresenta como a pedra de toque na atualidade, Disso decorrerá reconhecer que nenhum dos sujeitos constitucionais de poder se revela por si só apto a solucionar os grandes dissensos quanto a direitos, impondo-se a construção de mecanismos alternativos que permitam a contribuição de outras esferas – seja de poder político organizado, seja da sociedade, seja de fontes externas ao próprio estado nacional que enfrenta a polêmica.

A idéia-síntese das presentes considerações, portanto, é de que se de supremacia ainda é de se falar; essa há de recair sobre os direitos – e não sobre uma ou outra estrutura de poder, já que em última análise, em tempos de Estado Democrático de Direito, todas as estruturas cratológicas hão de prestar a mesma idêntica reverência à centralidade da pessoa.

2. Relações de cooperação transnacionais e constitucionalismo

O conceito de supremacia – do Estado nacional, e em conseqüência, do Texto Fundamental que o rege – é elemento central de uma teoria do Estado e da constituição associada à modernidade das sociedades ocidentais. Identificada como o atributo estatal

da soberania, a noção parte do princípio de que para a ordenação das relações sociais – inclusive no plano jurídico – é de se reconhecer a alguma pessoa ou instância institucional um poder, que compreende, no plano jurídico, "*...o direito de tomar decisões obrigatórias para os outros...*"[11].

Se preeminência é o signo que se reconhece, no plano das relações externas a esse Estado Nacional, ente que se cria e se afirma através da ordem constitucional; na sua estruturação interna, o signo é diverso – a opção é pelo equilíbrio e harmonia entre os poderes constituídos. Na esteira das lições dos teóricos do séc. XVIII, transporta-se para as entranhas desse mesmo Estado soberano, a idéia não de supremacia, mas de relações de *trabalho conjunto* em prol da sociedade a que serve. Estabelecido, todavia, o conflito entre os órgãos internos de poder político, uma solução será de se oferecer; e essa se dará sempre com o reconhecimento em favor de um deles, da competência para a solução – o que parece estar a sugerir se apresente esse indicado como o "árbitro" segundo o arranjo institucional normalmente desenhado no Texto Constitucional; como o detentor da "última palavra" ou o titular da supremacia interna, tema que deu origem ao conflito.

Convivem, portanto, no texto constitucional, supremacia e equilíbrio; não como idéias auto-excludentes, mas como verdadeiras ferramentas de concretização do agir estatal, inclusive – se não especialmente – nos momentos de conflito.

Essa idéia-força – de um poder soberano que se reconhecia ao Estado tornando-o apto a determinar projeções no plano jurídico, com a competência para a edição de atos vinculantes no plano interno ou externo da própria sociedade; com a representação do poder inclusive para o estabelecimento de relações externas vem sofrendo, como se sabe, sérios abalos por força da globalização[12] como fenômeno econômico e social, e dos movimentos de transnacionalização de idéias, de estruturas políticas e de compromissos valorativos decorrentes da centralidade da pessoa. Essa mudança de paradigma tematiza como se possam compreender as velhas noções de Estado Soberano em tempos de pós-modernidade, onde as relações se estabelecem cada vez mais no plano internacional, para além dos limites do velho poder central, que portanto não pode mais se arrogar uma supremacia que do ponto de vista material, não é mais possível exercer.

Reconhecer uma abertura das relações – sociais, econômicas, políticas, mas também jurídicas – para além das fronteiras nacionais traz consigo o reconhecimento do pluralismo como uma variável sempre presente, enriquecendo, mas também complexificando, a realidade de que se ocupa o direito e seus instrumentos de concretização, notadamente a constituição. É na esteira da necessária conciliação entre constitucionalismo e pluralismo que se multiplicam as construções teóricas que preconizam a multiplicidade de autores no complexo processo de configuração de sentido das cláusulas constitucionais, notadamente aquelas garantidoras de direitos fundamentais. O principal fio condutos dessas novas idéias é uma verdadeira profissão de fé no caráter legitimador das relações de cooperação – em várias modalidades e planos –; e portanto, um distanciamento dos modelos que gravitem em torno de decisões unilaterais, exclusivamente, em tema de densificação e garantia de direitos.

Muitas das novas categorias propostas nesse constitucionalismo já de final da primeira década do século XXI se albergam sob a denominação de constitucionalismo

cooperativo, expressão que, como se verá, reveste-se de múltiplos conteúdos, sem que a sua utilização esteja hoje sujeita a um padrão uniforme.

Fato é que a perspectiva de que o constitucionalismo possa ganhar em qualidade no seu esforço permanente de revivescer e atualizar-se por intermédio de relações de cooperação, em alguma medida haverá de informar uma nova concepção de supremacia do judiciário.[13].

2.1 – Estado Constitucional Cooperativo e os reflexos da ordem internacional sobre o constitucionalismo nacional

É nesse contexto de novas relações de interdependência no cenário internacional, que eclodem as idéias de Estado Constitucional Cooperativo, que "*...encontra sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade, assim como no campo da solidariedade...*"[14]. As relações de cooperação entre Estados Constitucionais hão de compreender, portanto a identificação de pontos de contato, a cunhagem de diálogos que envolvam a negociação e o aprendizado recíproco. No tema que interessa mais de perto às considerações desse trabalho, leciona HÄBERLE que o Estado Constitucional Cooperativo não opera a partir de uma lógica de primazia de ordens jurídicas (nacional ou internacional), mas ao contrário, considera "*...o efeito recíproco entre as relações externas ou Direito Internacional, e a ordem constitucional interna (nacional), que partes do Direito Internacional e do direito constitucional interno crescem juntas num todo...*"[15].

Decerto, a manifestação mais evidente de constitucionalismo cooperativo compreende a experiência de consolidação da União Européia, com a necessária convivência entre constituições nacionais e direito comunitário, de ordem supraconstitucional. Nessa hipótese, todavia, as relações de colaboração se estabelecem num complexo cenário que combina os imperativos do reconhecimento da supremacia do ordenamento da União[16] e de seu efeito imediato, com a afirmação constante do próprio Tratado de Maastricht, no que toca à proteção a direitos fundamentais, com as tradições constitucionais dos Estados-Membros[17].

Constitucionalismo cooperativo, portanto, em seu primeiro sentido, tem em conta o fenômeno do pluralismo constitucional[18], e enfrenta a problemática de estabelecimento de relações de acoplamento entre distintas ordens nacionais[19], e destas com o direito comunitário, sem a perda das respectivas identidades nacionais. Não parece sequer compatível com esse sentido de constitucionalismo cooperativo, cogitar de "última palavra", na medida em que os efeitos recíprocos entre as ordens constitucionais nacionais, e o Direito Internacional seguem se produzindo, nesse processo de verdadeira simbiose que HÄBERLE poeticamente indica como de crescimento conjunto – donde equívoca qualquer pretensão de definitividade ou primazia.

Tenha-se em conta que essa travessia de integração; a operação de reforma de velhos paradigmas da teoria da constituição que se desenvolve na consolidação da União Européia não se poderá verificar sem que se travem relações de colaboração recíproca entre as Cortes nacionais e as Cortes Internacionais a essa iniciativa relacionadas, a saber, o Tribunal de Justiça da União Européia e a Corte Européia de Direitos Humanos; todos envolvidos na cunhagem desse ponto de estabilização entre identidade nacional e efeito direto do direito comunitário. A estratégia portanto há de ser – na lição de KÓMAREK[20] – não de mera subordinação e ajuste das normatizações nacionais aos desafios da integração; mas de *relações paritárias de colaboração* na consolidação desse novo ordenamento. Também aqui – observe-se – o propósito não é a identificação de um senhor detentor da "última palavra"; mas a associações de esforços de vários níveis na densificação de direitos.

Sob o prisma da atuação jurisdicional, esse delicado equilíbrio se desenvolve, no tema específico de aplicação do direito comunitário, através de um diálogo constitucional inter-cortes, determinado expressamente pelos termos do art. 234 do Tratado que institui a União Européia[21].Também aqui, embora o critério de solução dos impasses aponte para um sujeito da decisão final – o Tribunal de Justiça da União Européia, ou ainda a Corte Européia de Direitos Humanos – fato é que, na lição de CARTABIA[22], o desejado equilíbrio constitucional no âmbito da União exige um intenso diálogo; uma Corte Européia de Direito Fundamentais institucionalmente forte, precisa estar rodeada de interlocutores a nível nacional igualmente fortes: "*...a step needs to be taken from both sides*".

Vale ainda destacar que a associação entre constitucionalismo cooperativo na implementação da União Européia, e controle jurisdicional, tem despertado dificuldades na conciliação da lógica intrínseca de cada qual desses mecanismos de operação institucional. Afinal, na lição de LEBECK[23], a visão das Cortes de constitucionalismo – ainda que cooperativo – tende a assumir certo grau de estabilização do sistema, ao passo que o modelo concebido para aplicação na União Européia depende um alto grau de flexibilidade em relação a certos aspectos do sistema normativo europeu em construção.

Outro desdobramento importante do constitucionalismo cooperativo e do aprendizado recíproco entre as Cortes nacionais e internacionais – incluindo-se a já mencionada Corte Européia de Direitos Humanos[24], é a constatação da necessidade de adaptação das respectivas ordens jurídicas para o robustecimento dos compromissos com direitos fundamentais e suas garantias; importante elemento de construção de uma identidade transnacional, que encontra sua unidade não mais numa historicidade comum, mas numa perspectiva de futuro orientada pelo humanismo como seu elemento catalisador[25].

Importa explicitar – aproximando o tema da realidade nacional – não ser possível afirmar seja o constitucionalismo cooperativo totalmente estranho ao contexto brasileiro, quer no plano normativo, quer no campo da atuação da Suprema Corte.

No campo do direito posto, temos a cláusula original da Carta de Outubro, art. 5º, § 2º, determinando a recepção de normas internacionais em matéria de direitos fundamentais. Inobstante o caráter, pode-se dizer, inovador da cláusula quando de sua cunhagem original; fato é que passados 20 anos de sua promulgação, o multidimensionalismo da

proteção constitucional, particularmente no campo dos direitos fundamentais[26] é idéia que não parece plenamente consolidada, na medida em que subsiste a velha discussão a respeito da recepção das normas de direito internacional na ordem interna, bem como a sua posição hierárquica com relação ao direito nacional[27].

A introdução, de outro lado, pela EC nº 45, do § 3º ao art. 5º CF parece evidenciar ainda mais a dificuldade teórica de internalização das idéias de um constitucionalismo de cooperação, na medida em que traduz um sentimento da importância da incorporação formal a essa ordem jurídica de hierarquia máxima, dos tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos. Da mesma forma, as resistências externadas pela doutrina – e assinaladas pelo próprio STF[28] – em relação aos termos do § 4º do art. 5º CF, também introduzido pela Reforma Judiciária, pela suposta incompatibilidade entre os termos do Estatuto de Roma, que institui o Tribunal Penal Internacional, e garantias constitucionais atinentes à jurisdição penal, evidenciam uma dificuldade teórica na incorporação desse vetor de cooperação.

De outro lado, o STF, por seu Presidente, o Ministro Gilmar Mendes, em discurso realizado na VII Conferência Iberoamericana de Justiça Constitucional[29], enfatizou a tendência de integração da Corte brasileira nesta nova ordem constitucional globalizada, consubstanciada na propensão ao emprego da produção doutrinária e jurisprudencial inspirada no direito comparado, bem como, do intercâmbio entre Cortes Constitucionais de diversos países.

No campo de sua casuística mais recente, pode-se apontar a decisão havida no HC 87.585, Rel. o Min. Marco Aurélio, onde a afirmação da não subsistência da previsão constante de lei nacional a autorizar a prisão civil do depositário infiel invoca como principal fundamento, a proibição da constrição contida no Pacto de San José da Costa Rica[30], revertendo posição anterior em que esse mesmo argumento merecera repúdio[31].

Inobstante as referências acima indiquem sensibilidade de parte do STF em relação à importância das relações de cooperação, nem por isso se afigura possível afirmar tal percepção tenha encontrado reflexo na sua própria concepção quanto à supremacia judicial. O que se anuncia é um dualismo que pode culminar por conduzir a tensões insuperáveis, ou quando menos, a sérias fraturas na coerência lógica dos padrões de construção da decisão judicial daquela Corte.

2.2 – Constitucionalismo de cooperação e a influência da *práxis* constitucional alienígena

Expressa ainda constitucionalismo cooperativo – sem o caráter cogente da incidência de direito supranacional a encontrar efetividade – a abertura à considerações lançadas no acervo de deliberação e construção conceitual das diversas Cortes Constitucionais do cenário internacional do direito em relevantes temas de direitos. Essas relações de cooperação – entre Cortes – admite, por sua vez, duas distintas manifestações.

A primeira delas, de caráter mais formal, envolve a preceituação desse dever de agir na oferta da jurisdição constitucional – exemplo mais emblemático é aquele originário da do texto constitucional sul-africano.[32]. A lógica em verdade envolve a premissa da pretensão de universalidade dos direitos fundamentais, que se inatos e inerentes à pessoa, hão de ser enriquecidos na sua compreensão e na delimitação de seu conteúdo a partir da experiência vivida em Tribunais Constitucionais espalhados pelo mundo.

Na mesma linha – de intercâmbio entre Cortes – desponta ainda o fenômeno denominado por ZAGREBELSKY[33] de cosmopolitismo judicial, que traduz a consideração pelo judiciário nacional, no processo de interpretação da constituição – ainda que sem preceito explícito determinando essa estratégia – de documentos jurídicos distintos dos nacionais, de decisões de outras cortes alienígenas de hierarquia superior, ou ainda de conclusões expressas por tribunais internacionais de direitos humanos. Na observação de ZAGREBELSKY, o cosmopolitismo judicial tematiza a legitimidade da participação das jurisdições constitucionais nacionais na construção de perspectivas jurídicas de orientação comum, tendencialmente universais; e num movimento recíproco, a influência dessas mesmas cortes estrangeiras sobre elas, as nacionais. Têm-se aqui a expressão clara de uma jurisdição constitucional que não se pretende monopolista na compreensão dos grandes temas afetos aos direitos fundamentais, mas que vê no trabalho reciprocamente influente, o melhor caminho de consolidação de conceitos em relação aos quais se almeja a tão decantada universalização.

O cosmopolitismo judicial – e a notícia é ainda do jurista italiano – tem sido acusado de ocultar uma carga ideológica afinada com a idéia de um direito natural universal que seja por ele revelado; ou de um suposto “vanguardismo moral” apontado ao judiciário, que através de um afirmado progresso jurídico de homogeneização dos direitos humanos, buscaria uma unificação das sociedades. Todavia, é preciso reconhecer que as “redes transnacionais” - judiciárias ou não – se multiplicam em velocidade vertiginosa, escapando ao controle formal de uma idéia tradicional de Estado soberano[34]. A alternativa de neutralização desse risco de uma atuação descontrolada de atores transnacionais, que possa se revelar deletéria à centralidade da pessoa, envolverá necessariamente uma rearticulação das estruturas formais políticas de controle de poder[35] - e nisso pode contribuir o cosmopolitismo judicial. A par disso, se de mundialização de conceitos não for possível falar; sempre será possível caminhar – ainda em relação e em reverência aos direitos fundamentais – no sentido de identificação, para fins de parametrização das distintas Cortes Constitucionais, quando menos de zonas de certeza positivas e negativas em relação às possibilidades de agir estatal. É nesse campo que o cosmopolitanismo judicial pode contribuir, a partir não de uma pretensão totalizante, mas um processo dialógico de aprendizado recíproco com a experiência alheia.

3. Relações de cooperação internas ao Estado e constitucionalismo

Segunda tendência associada à compreensão do constitucionalismo democrático em tempos de convívio de múltiplos envolve o reconhecimento de que também no *âmbito interno* de um mesmo Estado Nacional, seja possível travarem-se relações, não de supremacia ou última palavra, mas de cooperação entre diferenciados interlocutores.

A reflexão quanto a um constitucionalismo em que as relações de cooperação se desenvolvem dentro do plano nacional, tendo em conta uma dimensão horizontal das diversas instâncias de poder político organizado, é tema que se apresenta como alternativa em meio à infindável disputa em relação à legitimidade da *judicial review* e seus riscos à democracia. Concorre igualmente para a essa meditação, o aprofundamento teórico da questão da justiciabilidade de direitos fundamentais – particularmente, aqueles de natureza social. Qual o modelo de jurisdição constitucional – e portanto, qual o perfil de Tribunal Constitucional – que se possa revelar apto a conciliar democracia, proteção de minorias, efetividade de direitos e ainda, equilíbrio e harmonia entre poderes?

Esse cenário de indeterminações expõe em verdade, limites intrínsecos postos às cortes, no que toca à sua competência e responsividade na busca de garantia de direitos fundamentais. Jurisdição constitucional associada à supremacia judicial nem sempre se revelará o melhor esquema garantidor em relação a direitos fundamentais, vez que as cláusulas de bloqueio podem decorrer de causas em relação às quais a jurisdição por si só não dispõe do condão de superar. Urge portanto explorar outras combinações de diversas interseções institucionais – e não só a antes cogitada supremacia judicial – tudo voltado à investigação de uma melhor solução para pacificar-se o dissenso em favor da efetividade de direitos.

O conjunto dessas cogitações em torno das relações internas de cooperação na prática constitucional está ainda a merecer sistematização mais estrita, sendo possível hoje apontar dois distintos ângulos de consideração: 1º) aquele atinente ainda ao papel a se reconhecer aos poderes judiciário e legislativo na guarda da constituição; e 2º) aquele que tem em conta quem sejam os envolvidos nos mencionados vínculos de colaboração. No primeiro plano, têm-se em cogitação às teorias de constitucionalismo cooperativo no plano interno e as chamadas teorias dialógicas. Já sob a perspectiva dos atores da colaboração, identificam-se as teorias que cogitam da interação tão-somente entre as *instituições formais de poder*; e as que se dedicam ao potencial de troca e aprendizado recíproco entre jurisdição constitucional – mecanismo tradicional de guarda da constituição – e sociedade[36], cogitando de um diálogo social.

Numa e n'outra concepção – como se virá a demonstrar – o ponto de partida é uma posição questionadora em relação à ainda persistência de um parâmetro universalmente aplicável de que, no conflito em relação a direitos constitucionalmente garantidos, o melhor mecanismo de proteção à Carta Fundamental seja a outorga à Corte Constitucional da competência ampla – com caráter de supremacia absoluta, portanto – para o escrutínio do problema e definição, isoladamente, de todos os aspectos atinentes aos cogitados compromissos constitucionais.

3.1. Constitucionalismo cooperativo sob o prisma interno do Estado

Em cenário norte-americano, explorando essas formas alternativas de construção da *judicial review*, é pioneiro o trabalho de TUSHNET[37], com o reconhecimento de que os conflitos de direitos sujeitos à jurisdição constitucional envolvem duas distintas questões: aquelas atinentes às possibilidades de atuação da Corte: 1ª) na definição de conteúdo de direitos (seja a partir da legislação existente, validando-a ou não, seja a partir do vazio legislativo); e 2ª) na proteção, por intermédio de correspondentes remédios judiciais, a esses mesmos direitos, nos termos em que eles tenham já sido enunciados.

As alternativas decorrentes da identificação dessas duas variáveis, envolveriam portanto um conjunto de combinações que o próprio TUSHNET[38] viria a identificar como *weak courts* e *strong rights*. A idéia central envolve o uma compreensão de abrangência do papel da jurisdição constitucional tendo em conta duas distintas dimensões: aquela de *enunciação* de direitos – conteúdo, abrangência, significado; e uma de *proteção* a direitos, tendo em mente os remédios jurisdicionais disponíveis à sua efetivação. Na concepção proposta por TUSHNET, o equilíbrio entre princípio democrático e garantia de direitos estaria melhor assegurado através de uma *contenção judicial* no que toca às possibilidades de enunciação de conteúdo – que melhor confiada estaria ao legislativo –, e de um fortalecimento judicial no que tange à efetivação, nos limites do conteúdo já definido. Às cortes caberia, portanto, uma atuação mais deferente em relação ao legislativo no que tange às escolhas empreendidas em tema de conteúdo de direitos; e uma atuação mais agressiva no que toca à garantia dos já enunciados, nos termos dessa enunciação.

A definição dessa esfera de competência das Cortes Constitucionais, na lição do constitucionalista americano, decorreria do desenho constitucional, ou ainda das tradições também constitucionais como fonte da definição de um sistema de *judicial review* forte ou fraca. Todavia – aponta o autor – é possível que essa configuração se estabeleça, seja no plano puramente legislativo, seja mesmo pela *prática institucional de cada qual desses atores do cenário político*. Particularmente no tema dos direitos sociais, é possível que as relações entre legislativo e judiciário devam se reconfigurar e alterar *a cada conflito*, ora com um protagonismo da Corte, ora com uma atuação mais contida – deixando espaço para que órgão revestido de representação democrática possa deliberar; tudo tendo em conta a espécie de direitos que se esteja debatendo, e as cláusulas de bloqueio que sobre ele venham atuando.

Nessa visão, supremacia do judiciário é referência que perde sentido, na medida em que a idéia-matriz – proteção a direitos – passa a envolve uma atuação necessariamente concertada entre ambos os poderes, cada qual deles responsável por uma dimensão dessa grande tarefa, que na essência, é a tarefa de guarda da constituição. A melhor jurisdição constitucional, dentro dessa perspectiva, é a que se constrói a partir de relações de colaboração, que reconheçam uma necessária rearticulação entre essas instâncias – com maior ou menor contenção judicial – conforme o conteúdo do direito em escrutíneo.

Na mesma linha de consideração, DIXON[39] enuncia como constitucionalismo cooperativo – repita-se, tendo em conta uma perspectiva interna ao Estado, em acepção distinta daquela de que se cogitou no item 2 acima – aquele que parte do reconhecimento da ponderável indeterminação de cláusulas constitucionais assecuratórias de direitos fundamentais, e que a partir dessa mesma indeterminação, aceita que o conteúdo e a prioridade a ser conferida às postulações de garantia desses mesmos direitos estão sujeitos a sério dissenso no interior da sociedade regida pelo texto constitucional.

Ainda na concepção do constitucionalismo cooperativo citado por DIXON, os processos políticos de deliberação majoritária são freqüentemente sujeitos a sérios bloqueios, cuja superação estará a exigir a participação, em relações de ajuda mútua, de outras instâncias de poder, de forma a se lograr resultados que se possam efetivamente qualificar como inclusivos e responsivos. Esse é o contexto que, mais uma vez, chama às relações de cooperação.

Na lógica do constitucionalismo cooperativo sob o prisma interno da dinâmica do poder, a questão diz respeito á percepção de que a garantia de direito não encontra melhor veículo numa *repartição de papéis estática*, que empreenda à opção pela supremacia do judiciário como solução genericamente aplicável. Ao contrário, a efetividade de direitos estará melhor atendida por uma fórmula institucional que, a partir do reconhecimento da sua complexidade e multiplicidade, permite sucessivas acomodações em que, à vista dos limites intrínsecos de um ou outro poder, permita, ora precedência em favor do legislativo, ora a supremacia judiciária. O jogo é de busca permanente do protagonista mais adequado, tendo em conta as funções originalmente postas a cada qual dos poderes, *conforme o conteúdo do direito em discussão.*

É a abertura à cooperação – e portanto, a ampliação no cenário de deliberação quanto ao conteúdo dos direitos – que permitirá a superação dos problemas atinentes ao pluralismo, a partir de um consenso construído, que não repousa num única autor, e que portanto, não se pode harmonizar com o "*...monopólio da última palavra...*" reconhecido em favor do judiciário em qualquer hipótese, de que nos falava o Mandado de Segurança nº 26603, Relator o Min. Celso de Mello, já citado.

Importa o constitucionalismo cooperativo portanto, na afirmação de que, ainda que se tenha em conta a supremacia da constituição, e que a proteção desse valor se tenha confiada ao judiciário; disso não decorre a exclusão da possibilidade/utilidade do compartilhamento com as demais estruturas do poder, das distintas tarefas envolvidas no resultado final "efetividade de direitos". Ao contrário, essa se revelaria a estratégia mais legítima do cumprimento desse mister, afastando como possibilidade a adoção de uma *judicial review* encerrada no isolacionismo da supremacia clássica, hermética e não cooperativa..

3.2. Teorias de diálogo institucional

As possibilidades de cooperação interna ao Estado em favor da efetividade constitucional, e seus reflexos no constitucionalismo e particularmente na jurisdição constitucional seguem em pauta, alimentado o debate pelas experiências do final do século XX dos países da *commonwealth* – Canadá, Nova Zelândia e Inglaterra[40] – de incorporação de instrumento legislativos qualificados de proteção a direitos fundamentais. A iniciativa nessas hipóteses envolvia promover um delicado equilíbrio entre ao assunção de um compromisso normativo, preceituado, para com a jusfundamentalidade desses direitos – signo que atrai a instituição de jurisdição constitucional –; e a longa tradição de supremacia do Parlamento desses mesmos países.

O caminho político de viabilização dos cogitados *Bill of Rights* foi a associação à jurisdição constitucional que se criava, de instrumentos que reforçavam a idéia central de relações de cooperação entre judiciário e legislativo.[41]. As técnicas então utilizadas compreendem um vasto espectro de instrumentos dialógicos, como por exemplo: 1) no sistema canadense, exigência de necessária e expressa fundamentação de cláusulas legislativas restritivas a direitos fundamentais[42] ; 2) ainda na Carta de Direitos canadense, a possibilidade de edição de decisão parlamentar expressa de *overrinding* da conclusão do Corte Constitucional[43], sujeita todavia a cláusula de limitação temporal; 3) no *Human Rights Act britânico, a* competência reconhecida à Corte Constitucional de enunciação de um mandato interpretativo, fixando o sentido compatível com a Carta de Direitos de instrumento legislativo[44]; 4) a declaração de incompatibilidade de lei com o *Human Rights Act*, que implica na abertura de um processamento legislativo mais célere para a correção do estado de infidelidade constitucional[45]; etc.

A análise desses mecanismos reativos formais – que lançam foco no processo institucional através do qual as decisões sobre significado constitucional são cunhadas, inovando em relação à preocupação até então dominante, que se centrava nos instrumentos de interpretação judicial – revelou-se tão-somente uma provocação inicial. A partir dessa nova perspectiva – do diálogo institucional como traço de relação entre as estruturas formais de poder na garantia de direitos – foi possível identificar manifestações já existentes, no campo do constitucionalismo e da jurisdição constitucional, de instrumentos que provocam compartilhamento da atividade de construção de sentido constitucional entre o judiciário e outros atores[46], ainda que sem o uso da mesma denominação formal.

Distinguem-se as teorias dialógicas da etapa anterior do constitucionalismo cooperativo no plano interno de um mesmo Estado pelo papel reconhecidamente mais ativo de parte da Corte, no sentido de identificar as possíveis causas de bloqueio do adequado funcionamento das instâncias políticas envolvidas[47], contribuindo no que seja próprio à sua função, para a superação do impasse que, em última análise, atenta contra a constituição. As influências recíprocas, portanto se dão num cunho mais proativo, com sugestões e propostas[48], cada qual dos atores institucionais entendendo não só seu papel no processo, mas também seu potencial de provocação – na melhor acepção da palavra – à atuação do outro.

Uma pronúncia jurisdicional dialógica que aponta inconstitucionalidade por omissão – por exemplo – indicará a patologia de funcionamento de poder, a sede constitucional do dever de agir, e os parâmetros aplicáveis àquela conduta constitucionalmente desejada. O foco na prática do diálogo constitucional é promover à soma de esforços

institucionais para, de forma proativa, alcançar o melhor resultado no que toca à definição do conteúdo constitucional de direitos.

O espectro de práticas dialógicas e instrumentos destinados à sua viabilização, como se viu, encontra pontos de interseção com estratégias conhecidas no próprio sistema brasileiro como a interpretação conforme a constituição com caráter mandatório aos demais órgãos judiciais[49].

Também é possível apontar que, no campo exploratório das potencialidades particularmente da jurisdição constitucional da omissão, o STF já esboçou decisões de inclinação dialógica, sendo particularmente significativa aquela lançada nos autos da ADIO 3682, Relator o Min. Gilmar Mendes, julgamento em 09/05/2007. A hipótese envolvia a análise da omissão legislativa na edição de lei complementar preconizada pelo art. 18 § 4º da CF – que regularia aspecto relacionado à disciplina do processo de criação de municípios – e a análise da constitucionalidade de normas estaduais que empreenderam a essa mesma criação. Na ocasião, sensível à necessidade de se convalidar situações já constituídas do ponto de vista estritamente fático, o STF julgou procedente a ação para declarar o estado de mora em que se encontrava o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adotesse todas as providências legislativas necessárias à superação do estado de irregularidade constitucional, enfatizando-se na ementa "*...devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão...*"[50].

O que se pode concluir, a partir desse experimentalismo já empreendido pelo próprio STF, é que a prática dialógica na definição do conteúdo dos direitos se apresenta como *possível* ainda que na ausência de preceitos expressos, que a recomendem, mas em decorrência da sensibilidade da Corte Constitucional de que a matéria não encontrará necessariamente, no judiciário, seu melhor intérprete. Mais ainda, uma aproximação do modelo proposto pelas teorias dialógicas preserva um papel preponderante em favor da jurisdição constitucional nas questões de direitos – o que parece prestar a devida reverência ao teor do art. 102 CF quando defere precipuamente a guarda da constituição ao STF – sem contudo abicar, seja da contribuição possível oferecer pelos demais poderes, seja da inclusão, também nessa tarefa da guarda da constituição, do propósito de uma atuação indutiva do cumprimento do parâmetro que é igualmente constitucional, de repartição de competências.

4. Supremacia do judiciário, relações interinstitucionais e o aprimoramento ao controle do poder

A enunciação da supremacia do judiciário como monopólio da última palavra – nos termos da firmação do STF no Mandado de Segurança nº 26603, Relator o Min. Celso de Mello, já tanto referida – se apresenta, segundo o discurso da própria Corte, em decorrência do dever constitucional de desenvolvimento da tarefa de controle do poder em defesa da constituição. Pugnar por relações de ajuda mútua – seja na modalidade do constitucionalismo de cooperação, seja naquela das chamadas teorias dialógicas – implica em assumir como *variável indispensável à densificação de direitos*

fundamentais, o exercício da inter-dependência e colaboração, *mesmo e especialmente em relação aos poderes políticos*. Nesse contexto, a supremacia do judiciário – no sentido emblematicamente retratado pela expressão "*...monopólio da última palavra...*", há de ser reavaliada, para ceder lugar a uma compreensão em favor não de uma *titularidade subjetiva* do poder último, mas da identificação do papel que seja de se reconhecer ao STF no desenvolvimento dessa sua função precípua, a saber, a guarda da constituição.

Num cenário de constitucionalismo aberto às teorias dialógicas, destaca-se o papel da Corte de atuação não substitutiva em relação aos demais poderes políticos – especialmente o legislativo – mas sim de desenvolvimento de uma importante capacidade (e também responsabilidade) no uso de meios comunicativos e coercitivos para ajudar no controle das bloqueios verificados no processo político como um todo, que estejam a prejudicar a usufruição de direitos individuais[51].

É certo que a idéia de diálogo institucional desafia perplexidades em relação a como se possam travar essas relações de colaboração entre instituições de perfis tão distintos, e que na clássica concepção da *judicial review* como cláusula anti-majoritária, podem ser entendidas como situadas em pólos opostos. Um outro mito, todavia, nesse tema, é de ser enfrentado – que é justamente essa suposição de polarização permanente, entre querer legislativo e *judicial review*.

No campo do contramajoritarianismo, é GRABER[52] quem adverte que as relações interinstitucionais podem se apresentar como de *deferência mútua*. Assim, a pronúncia de inconstitucionalidade em temas de maior repercussão, muitas vezes se dá em cenários de indefinição ou profundo dissenso social – o que não permite a afirmação de um exercício anti-majoritário assim tão claro. É ainda o autor americano a destacar que do ponto de vista dos atores políticos do processo, a tecnicização do debate tende a protegê-los do eventual descontentamento do público – a quem ele sempre poderá se juntar, na crítica à decisão judicial. Assim, abrir espaço para a atuação da *judicial review* pode traduzir uma *opção estratégica* do legislativo. Na mesma linha de consideração dos ônus e bônus políticos, também não é incomum que a decisão legislativa se dê com plena convicção de que está sujeita a reforma judicial – todavia, uma vez mais, o custo político da desconstituição da lei viciada recai não sobre o parlamento, mas sobre o judiciário.

Finalmente, tenha-se ainda em conta que a provocação da atuação de controle de parte do Judiciário nem sempre envolve uma conduta positiva de parte de qualquer das duas outras instâncias formais de poder; ao contrário, o crivo jurisdicional pode ter sido provocado justamente para superar uma omissão. Também nessas hipóteses, é possível que a omissão se deva não propriamente a uma incapacidade institucional para o enfrentamento do tema; mas a uma estratégica política de transferência dos ônus da decisão para o judiciário[53].

Esses são exemplos ilustrativos de que as relações interinstitucionais de deferência recíproca já existem e se verificam rotineiramente – ainda que sem explicitação ou visibilidade. O problema nessa constelação de ditos, não ditos e encobertos, está na responsividade de cada qual dos poderes à sua respectiva estrutura de controle.

É nesse sentido que uma aproximação às teorias dialógicas pode se revelar útil, pelo foco que elas despertam, justamente, na explicitação dessas relações institucionais, e de qual seja – efetivamente –, *ex vi constituitionis*, o dever de agir de cada qual dos poderes políticos organizados. A abertura às relações de cooperação, numa prática dialógica provocada pelo Judiciário, ainda que não seja capaz de determinar uma atuação positiva de parte do legislativo, evidencia a omissão e dá transparência aos termos em que esse poder desenvolve suas próprias funções institucionais.

Mais ainda, uma abertura às teorias dialógicas previne a percepção – equívoca – de que guarda da constituição se dê tão-somente a partir da perspectiva da proteção a direitos. Embora, sem sombra de dúvida, o compromisso com a dignidade da pessoa seja hoje o centro do universo normativo; não se pode deixar de ter em conta que o controle e o exercício regular do poder político são estruturas constitucionais que *igualmente se relacionam à centralidade da pessoa*, na medida em que o poder político organizado encontra no serviço à sociedade, sua justificativa,

Assim, guarda da constituição é resultado que só se alcançará numa atuação voltada à garantia de direitos, que não descura da indução ao regular funcionamento do poder. Afinal, a busca da jurisdição constitucional, por si só, expressa indícios de uma patologia do poder; de modo que não há como se cogitar de *judicial review* dissociado de uma dimensão corretiva da atuação institucional investigada.

Nesse sentido, supremacia do judiciário é cláusula cuja reconfiguração urge, numa perspectiva que concilie tutela a direitos fundamentais e preservação do desenho constitucional de competências de poder. A experimentação internacional das práticas dialógicas aponta a possibilidade de uma supremacia judicial que se traduza num papel de *articulação* das instâncias políticas e sociais em favor da constituição; que não abra mão do enriquecimento possível da abertura dialógica às demais estruturas de poder e da sociedade.

"*...Monopólio da última palavra...*", conjugando duas garantias de exclusividade, parece ser uma compreensão que se beneficiaria de uma oxigenação originária da exploração dos potenciais das teorias dialógicas. Afinal, supremacia do judiciário é vetor posto pela constituição, em favor da constituição – e como tal, não pode assumir contornos que, concentrando numa única estrutura de poder, com exclusão das demais, a deliberação quanto ao sentido da Carta, ponha-se em risco de militar, em última análise, contra a própria constituição.

---

[1] É de WERNECK VIANNA a explicitação do delicado equilíbrio que se construiu ao longo dos trabalhos constituintes entre as inevitáveis forças de conservação, e aquelas de avanço, que culminaram por insculpir no texto constitucional uma agenda progressista, particularmente através do seu expressivo elenco de direitos

fundamentais, muitos deles sujeitos todavia a ulterior desenvolvimento legislativo (WERNECK VIANNA, Luiz. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. *in* R. G. Oliven et alii (orgs.), A Constituição de 1988 na vida brasileira. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008).

[2] Consulte-se em VIEIRA o relato da evolução histórica do Supremo Tribunal Federal, sinalizando em seu passado mais recente, um contexto desfavorável à ampliação de sua autonomia e consolidação institucional. Durante toda a Era Vargas, cujo Governo provisório fora instaurado em 1930, controle e repressão passaram a ser exercidos por meio dos Atos Institucionais, prática que se prolongou durante todo o regime militar. Em 1965, o Ato institucional nº 2 promove a ampliação e substituição de Ministros integrantes da Corte, com o ingresso de visões mais favoráveis ao Governo. Em atenção às reivindicações da época, foi instituído o controle direto de constitucionalidade pela Emenda 16; porém, a legitimidade ativa estaria centrada na pessoa do Procurador Geral da Republica, cargo de confiança do Presidente, e vedado ainda, o alcance dos atos do Executivo, diminuindo a possibilidade de atuação do Supremo em linha de contrariedade aos interesses militares. Talvez este século de repressão, possa explicar a escolha do modelo de jurisdição constitucional que deflui da Constituição de 88, redefinidor do papel do Supremo no cenário político-constitucional brasileiro (VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**. Jurisprudência Política, São Paulo: Malheiros, 1994). .

[3] Um breve esforço de memória evidencia os percalços da vida política e econômica já superados no país – *impeachment* do Presidente da República, escândalos evidentes no sistema de deliberação quanto às escolhas orçamentárias, sucessivos planos econômicos no cenário nacional, e mais recentemente, a quebra do mercado imobiliário americano com repercussão mundial –; todos esses momentos enfrentados sem qualquer cogitação de práticas menos ortodoxas no que toca ao prestígio à normalidade institucional.

[4] O trecho transcrito encerra a ementa do acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 26603, Relator o Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 04/10/2007.

[5] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Último acesso em 23/08/2009.

[6] Sintetizando o debate em torno do tema, em favor da supremacia do legislativo, WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review, **The Yale Law Journal**, Vol. 115, Issue 6, 2006, p. 1346-1406, disponível em <http://yalelawjournal.org/115/6/toc.html>, última consulta em 26 de janeiro de 2009; de outro lado, defendendo a supremacia do judiciário, no exercício de contradita que é tão típico dos americanos, FALLON Jr., Richard H. The core of na uneasy case for judicial review. **Harvard Law Review**, Vol. 121, Nº 7, may 2008, p. 1693-1736. Finalmente, mantendo dialética com ambos os textos, leia-se TUSHNET, Mark. How Different are the Core Cases for and Against Judicial Review? Harvard Law School. Public Law & Legal Theory Working Paper Series. Paper No. 09-04, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1320502> , última consulta em 23 de agosto de 2009.

[7] Destaque-se que no cenário brasileiro, o STF particularmente através do hoje Ministro Presidente Gilmar Mendes, vem invocando a tese da representação argumentativa, desenvolvido por ALEXY, como fundamento de legitimidade de suas decisões (ALEXY, Robert.

Constitucionalismo discursivo. 2ª ed., Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007). No julgamento da ADI 3510, em que se debatia a constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, o tema foi explicitado pelo Min. Gilmar Mendes nos seguintes termos: "*...a representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados...*"

[8] É de HALBERSTAM a referência à já tematização da supremacia do judiciário em sede da Corte Européia de Justiça no caso *Van Gend en Loos,* apontado pelo autor como o *Marbury vs. Madison* daquele sistema europeu, destacando todavia a estratégia de acomodação institucional que se identifica em ambos os precedentes: "*...Both have foundational significance for the legal systems they helped establish. Both confront the deepest challenge to any legal order: competing claims of ultimate authority. But these cases do not definitively resolve the great problem of pluralism. Instead, both decisions brilliantly capture the devilish subtlety of the pluralist problem and inaugurate regimes of accommodation that, as we shall see, have followed surprisingly similar lines.*" (HALBERSTAM, Daniel. Constitutionalism and Pluralism in Marbury and Van Gend. The past and the future of eu law. **University of Michigan Public Law Working Paper No. 104**, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1103253> , última consulta em 14 de agosto de 2009).

[9] CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**, trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 38. Traduzido de *L'État post-moderne.*

[10] Entende-se aqui por internacionalização, a tendência hodierna do estabelecimento de vínculos jurídicos de natureza e exigibilidade diversa travados entre Estados nacionais em temas de interesse comum; e por mundialização, o espraiamento nessa mesma escala geográfica, do interesse e preocupação por termas igualmente compartilhados por distintos atores no cenário internacional.

[11] FLINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. c/ a colaboração de Peter Häni, Trad. Marlene Holzhausen, revisão técnica Flavia Portella Puschel, São Paulo: Martins Fontes, 2006, o. 232. Traduzido de Allgemeine Staatslebre.

[12] Não se entrará aqui na polêmica relacionada ao caráter inédito – ou não – da globalização enquanto fenômeno histórico; o que importa para o desenvolvimento do tema, é a constatação da crescente interdependência entre agentes desse cenário mundial, seja no plano econômico, político, sociológico, etc..

[13] Em verdade, a necessidade de abertura da interpretação constitucional à chamada sociedade aberta de intérpretes é temática sistematizada em obra hoje já reputada clássica de HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A Sociedade

Aberta Dos Intérpretes Da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1997.

[14] HÄBERLE, Peter. Estado constitucional cooperativo. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk, Renovar: Rio de Janeiro, 2007, p. 4.

[15] HÄBERLE, Peter. Estado constitucional cooperativo... p. 12.

[16] O estabelecimento do princípio de supremacia do direito comunitário, bem como de seu efeito direito como critério de solução de conflitos entre direito nacional e comunitário, é fruto da elaboração jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Européia, e destinaram-se originalmente a viabilizar o acesso a distintos mecanismos de tutela de direitos subjetivos de particulares no âmbito de seu próprio sistema judiciário nacional (JANER TORRENS, Joan David. La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitário. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 44).

[17] Art. 6º, 2 – *A União respeita os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário*. Essa mesma previsão é reforçada no Tratado de Lisboa, ainda em apreciação, com a explicitação de que as tradições constitucionais expressem um elemento da identidade nacional, que há de ser respetiada pela União: Item 5 do Tratado de Lisboa, que inclui no Tratado da União Européia, um art.3-A – "*A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro*."

[18] "*...Constitutional pluralism, by contrast, recognizes that the european order inaugurated by the Treaty of Rome has developed beyond the traditional confines of inter-national law and now makes its own independent constitutional claims, and that these claims exist alongside the continuing claims of states. The relationship between the orders, that is to say, is now horizontal rather than vertical – heterarchical rather than hierarchical.* (WALKER, Neil. The idea of constitutional pluralism. EUI Working Paper LAW nº 2002/1, disponível em < http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/179/1/law02-1.pdf> última consulta em 11 de agosto de 2009).

[19] BOBGDANDY, Armin von. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law, International Journal of Constitutional Law, Volume 6, Number 3 & 4, 2008, pp. 397–413.

[20] Komárek, Jan,Inter-Court Constitutional Dialogue After the Enlargement - Implications of the Case of Professor Köbler. Croatian Yearbook of European Law and

Policy, Vol. 1, p. 75, 2005. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=934357>, última consulta em 11 de agosto de 2009.

[21] Art. 234 – *O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial, sobre:*

a) A interpretação do presente Tratado;

b) A validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade e pelo BCE;

c) A interpretação dos estatutos dos organismos criados por acto do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça.

[22] CARTABIA, Marta. Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously. European Constitutional Law Review, 5: 5–31, 2009, p. 5-31.

[23] LEBECK, Carl. National Constitutionalism, Openness to International Law and the Pragmatic Limits of European Integration – European Law in the German Constitutional Court from EEC to the PJCC. German Law Journal No. 11, November 2006. Disponível em < http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=768> , última consulta em 11 de agosto de 2009.

[24] Tenha-se em conta que enquanto a competência do Tribunal de Justiça da União Européia envolve as questões relacionadas à aplicação do direito comunitário – e portanto, os litígios se estabelecem entre Estados, ou ainda contemplando Estado-Membro e órgão da União; já o Tribunal de Direitos Humanos se constitui Corte supranacional voltada especificamente à tutela dos temas – internacionalizados – de direitos fundamentais, e admite provocação diretamente pela cidadania.

[25] Exemplo vivo desse desdobramento são 2 relevantes inovações legislativas havidas no Reino Unido, a saber, o *Human Rights Act (1998)* e o *Constituinal Reforma Act (2005);* o primeiro incorporando formalmente ao sistema normativo britânico as garantias a direitos fundamentais originárias do Tratado da União Européia; o segundo determinando a criação de uma Suprema Corte Britânica – cuja instalação se dará no mês de outubro de 2009 – na perspectiva de assegurar-se uma instância imparcial e independência de jurisdição.

[26] GARLICKI, Lech. Cooperation of courts: The role of supranational jurisdictions in Europe. International Journal of Constitutional Law, Vol. 6, Nº 3 & 4, 2008, p. 509-530.

[27] Para um relato sintético do debate, consulte-se SARLET, Ingo Wolfganf. A eficácia dos direitos fundamentais. 9ª ed. rev, atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 136 e ss.

[28] Consulte-se o despacho proferido pelo Min. Celso de Mello, em substituição regimental ao Presidente do STF nos autos da Petição 4625 (DJ de 03/03/2009) formulada pelo Tribunal Penal Internacional, onde se tinha articulado pedido de cooperação judiciária que objetiva a detenção – para ulterior entrega àquela Corte – de determinado Chefe de Estado estrangeiro, em pleno exercício de suas funções como Presidente da República de um país africano. Na oportunidade, sumaria o Ministro o dissenso doutrinário – inobstante os termos do art. 5º § 4º da CF – em relação à constitucionalidade da emenda que submete o Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão, culminando por decidir pela oitiva prévia do Ministério Público em relação ao referido debate – não sem antes explicitar que não havia indícios da presença do mencionado Chefe de Estado no território nacional.

[29] *"...A título conclusivo, ressalto aqui que não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um "Estado Constitucional Cooperativo", identificado por Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade.*

Assim, há que se levar em conta, que a comparação de direitos fundamentais pode ser qualificada como o quinto método da interpretação constitucional, ao lado dos clássicos métodos desenvolvidos por Savigny.

Seguindo essa tendência, o Supremo Tribunal brasileiro permanece aberto à produção doutrinária e jurisprudencial desenvolvida no direito comparado". Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/VII_CIJC.port.pdf..pdf > , última consulta em 25 de agosto de 2009.

[30] O acórdão correspondente, publicado em 26/06/2008 encontra-se assim ementado: DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.

[31] Retratando a concepção superada – de que remanescesse possível a prisão civil do depositário infiel – consulte-se o HC 72131, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Moreria Alves, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1995. Destaque-se que já nesse precedente, o Min. Marcos Aurélio restou vencido, com o entendimento que depois veio a prevalecer, de que a subscrição pelo Brasil do Pacto de San José da Costa Rica deitasse efeitos sobre a construção tradicional que ainda admitia essa modalidade de constrição de liberdade.

[32] Expressiva a cláusula contida na Constituição da África do Sul, que determina, na interpretação dos direitos fundamentais ali consagrados em sede de tutela jurisdicional:

39. Interpretation of Bill of Rights.-(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum:

(a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;

(b) *must consider international law*; and

(c) *may consider foreign law*. (os destaques não são do original).

[33] ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, nº 117, septiembre-deciembre de 2006, p. 1135-1151.

[34] OST, François e KERCHOVE, Michel van de. De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit. Bruxeles : Faculter Universitaires Saint-Louis, 2002.

[35] HAMANN, Andrea e FABRI, Hélène Ruiz. Transnational networks and constitutionalism. International Journal of Constitutional Law. Vol. 6, Nº 3 & 4, 2008, p. 481-508.

[36] O diálogo social se apresenta como mecanismo possível do aprimoramento do sentido constitucional nas questões de direitos revestidas de profundo dissenso, pelo debate que se venha a estabelecer no seio da sociedade após uma decisão judicial rumorosa em tema controverso. Essa efervescência de opiniões, catalisada pelo pronunciamento jurisdicional tende a determinar reação de parte do legislativo – contribuindo para o aprimoramento do trato do tema de direitos – reação institucional essa que por sua vez, estar ainda sujeita, como nova etapa do diálogo, ao crivo jurisdicional. É de BATEUP a explicitação de que mesmo o sistema de *judicial review* norte-americano, tradicionalmente identificado com a supremacia do judiciário – e portanto, com a concentração nessa esfera de poder da prerrogativa da fixação do conteúdo constitucional – vem se revelando cada vez mais sensível ao estabelecimento do diálogo social, adotando por vezes decisões minimalistas com a finalidade de tematizar as questões, para então ceder espaço à sociedade para manifestação e provocação ao agir das demais esferas de poder – executivo e legislativo (BATEUP, Christine. Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. New York University Law School, Public Law Research Paper No. 06-37, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947867> , última consulta em 11 de agosto de 2009.

[37] TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. Michigan Law Review, Aug 2003; Vol. 101, Issue 8; p. 2781-2802.

[38] TUSHNET, Mark. Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. United States: Princeton University Press, 2008.

[39] DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socio-economic rights: strong v. weak-form judicial review revisited. International Journal of Constitutional Law, july 2007, Vol. 5, p. 391-418.

[40] Outros exemplos se poderia apresentar de exploração dessa linha de diálogos institucionais – Israel conta com uma já expressiaa casuística, e a Austrália também tem sua experimentação; todavia, o detalhamento de cada qual dos cenários extrapola os limites possíveis ao presente trabalho.

[41] O tema foi explanado em VIEIRA, José Ribas e VALLE, Vanice Regina Lírio do. Saídas institucionais ou a força do processo democrático na prevalência da Constituição ?, trabalho apresentado ao CONPEDI – Maringá, 2009, com o detalhamento das experiências institucionais no Canadá, Nova Zelândia e Inglaterra. Consulte-se ainda GARDBAUM, Stephen ,The New Commonwealth Model of Constitutionalism. American Journal of Comparative Law, Vol. 49, No. 4, Fall 2001 [on line]. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=302401> , última consulta em 20 de fevereiro de 2009.

[42] *The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*. [A Carta garante os direitos e liberdades afirmados em seu texto, sujeitos tão somente aos limites razoáveis prescritos em lei, na medida em que tais limites possam ser justificados no âmbito de uma sociedade livre e democrática"]. (*The Canadian Charter of Rights and Freedom*, disponível em <http://laws.justice.gc.ca/en/charter/> , última consulta em 19 de fevereiro de 2009).

[43] O instituto do *overriding* contemplado na Seção 33 da Carta de Direitos canadense permite ao legislativo reeditar com o mesmo teor a norma declarada inconstitucional, desde que afirmando que o faz com fundamento na referida disposição normativa, e sujeito a uma cláusula de limitação temporal da validade, a saber, 5 (cinco) anos. O mecanismo – cuja explicitação só se deu no sistema canadense – nem mesmo lá mereceu larga aplicação. Vale ainda sublinhar que inobstante a reação inicial de estranheza que a cláusula provoca ao leitor, fato é que a intervenção legislativa posterior à decisão judicial que busque em alguma medida reformatar ou mesmo superar suas conclusões é prática conhecida na crônica das relações institucionais (no tema, consulte-se, a título de ilustração, BARNES, Jeb. Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations. Stanford: Stamford University Press, 2004).

[44] Section *3 Interpretation of legislation*

(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.

(2) This section—

(a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted;

(b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and

(c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility) (Human Rights Act, disponível em < http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1998/ukpga_19980042_en_1#pb2-l1g3>, última consulta em 7 de agosto de 2009).

[45] "*…If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility…*" (HRA, *Legislation, Subsection 4,* disponível em < http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1998/ukpga_19980042_en_1#pb2-l1g3>, última consulta em 7 de agosto de 2009).

[46] Referência na sistematização de teorias que apresentem o cunho dialógico – ainda que sem essa denominação – é o trabalho de BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. Brooklyn Law Review, Vol. 71:3, p. 1109-1180.

[47] É de DIXON a explicitação de que as questões de inefetividade de diretos fundamentais que envolvam inação ou ação insuficiente de parte do legislativo, se relacionam a duas grandes categorias fenomenológicas, a saber, a existência de *blind spots* – "pontos cegos" de compreensão da existência de um dever de agir de parte do legislativo na proteção e garantia a direitos – a ou ainda de escolhas políticas (censuráveis) desse mesmo parlamento, quando convencido que do ponto de vista eleitoral, lhe seja menos custoso manter-se inerte – *burden of inertia* – do que adotar uma decisão impopular. (DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socio-economic rights: strong v. weak-form judicial review revisited. International Journal of Constitutional Law, july 2007, Vol. 5, p. 391-418).

[48] "*…It has a much broader notion of the scope for reasonable disagreement about individual rights, and thus also commitment to legislative constitutionalism, than those so-called "dialogue" theories based on a commitment to modified judicial supremacy. At the same time, it also envisions a wider role for courts in protecting individual rights than pure weak-form theories of judicial review, such as those based on "conversational", "departmentalist" or "judicial minimalist" accounts of the judicial role*." (DIXON, Rosalind. Designing constitutional dialogue: Bills Of Rights & The New Commonwealth Constitutionalism, original cedido pela autora).

[49] No direito brasileiro, esse instrumento já se tem por preceituado, no art. 27 da Lei 9868/99; mecanismos de mesmo teor se tem ainda contemplados no *Bill of Rights* da Nova Zelândia, e no *Human Rights Act* britânico.

[50] Impõe-se consignar que, em relação a essa decisão, o Congresso Nacional culminou por aprovar a Emenda Constitucional nº 57 – através da qual empreendeu à sanatória dos municípios criados quando já exigível a inexistente lei complementar –

sem contudo, dedicar-se ao tema principal, a saber, a edição da norma reclamada pelo art. 18. § 4º CF.

[51] DIXON, Rosalind. Designing constitutional dialogue: Bills Of Rights & The New Commonwealth Constitutionalism, original cedido pela autora, p. 9).

[52] GRABER, Mark A. The nonmajoritarian difficulty: legislative deference to the Judiciary. Studies in American Politcal Development, 7 (Spring 1993), 35-73.

[53] É de GRABER a referência de que "*...elected officials in the United States encourage or tacitily support judicial policymaking both as menos of avoiding political responsability for makins tough decisions and as means of pursuing controversial policy goals that they cannot publicly advance through open legislativa and electoral politics*." (GRABER, Mark A. The nonmajoritarian difficulty: legislative deference to the Judiciary. Studies in American Politcal Development, 7 (Spring 1993), 35-73. No Brasil, exemplo vívido dessa hipótese de articulação de relações institucionais é a persistente omissão legislativo no tema da regulação do direito de greve de servidores públicos, que inobstante o *leading case* do MI 670, segue ainda sem a necessária resposta institucional de parte do parlamento.

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS: UM DESAFIO QUALIFICADO PARA O PODER JUDICIÁRIO*

JURISDICTIONAL CONTROL OF ENVIRONMENTAL PUBLIC POLICIES: A CHALLENGE QUALIFIED FOR THE JUDICIARY

Zenildo Bodnar

RESUMO

O controle judicial das políticas públicas ambientais é um desafio qualificado do Poder Judiciário na atual sociedade de risco e a sua análise é o principal objetivo deste artigo. Com a utilização do método indutivo, investiga-se a legitimidade da intervenção jurisdicional na implementação dos deveres fundamentais ecológicos atribuídos constitucionalmente às Administrações Públicas. Esta pesquisa se justifica em face da falta de estudos específicos relacionados com a questão ambiental, da crescente judicialização destes litígios e, além disso, pela intensa controvérsia que o tema ainda suscita. Ao final, conclui-se que o controle jurisdicional das políticas públicas ambientais é um dever do Poder Judiciário. Dever este que deve ser exercido de uma forma intervencionista e transformadora, objetivando o pleno desenvolvimento humano e a consolidação da justiça social e ambiental.

PALAVRAS-CHAVES: PODER JUDICIÁRIO; POLÍTICAS PÚBLICAS E MEIO AMBIENTE

ABSTRACT

The judicial review of environmental public policies is a special challenge for the courts in today's risk society, and it is the main goal of this article. Through inductive approach, it investigates the legitimacy of judicial intervention in implementing the ecological fundamental duties assigned by the Constitution to the Government. This research is justified because there are few specific studies about environmental issues. The number of such cases brought to courts is increasing and furthermore they still provoke an intense controversy. Its conclusion is that the broad review of the judicial department. It must be exercised in an interventionist and transformative way, in order to reach full human development and consolidate the social and environmental justice.

KEYWORDS: JUDICIARY, PUBLIC POLICIES AND ENVIRONMENT

1. Notas introdutórias e contextualização

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O que infelizmente se constata na atual sociedade de risco é que o equilíbrio ecológico jamais será o mesmo no planeta, pois o mundo já atingiu os limites mais críticos e ameaçadores da sua trajetória. Estas ameaças decorrem do esgotamento dos recursos naturais não renováveis[1], da falta de distribuição eqüitativa dos bens ambientais, da configuração do crescimento exponencial da população, da pobreza em grande escala, do surgimento de novos processos tecnológicos excludentes alimentados pelo modelo capitalista. Todos estes fatores, portanto, resultam da consolidação de uma ética individualista e desinteressada no outro, no distante, nas futuras gerações, num desenvolvimento justo e duradouro.

Vive-se em tempos de mudanças profundas e em diversas perspectivas humanas: no ser, no pensar e no viver. O projeto de modernidade, baseado na razão kantiana, na liberdade, na igualdade formal e na infalibilidade da ciência, não só fracassou como também deixou para a atual geração um passivo importante de desigualdade material, insegurança e incerteza quanto ao futuro. É possível concluir, sem exageros fatalistas, que hoje se vive no mundo da exclusão social e na *sociedade da explosão do risco*[2].

A sociedade de risco é a conseqüência ou o resultado do modelo de produção e consumo industrial baseado na maximização do lucro e no desenvolvimento a qualquer preço. Trata-se da consolidação de uma sociedade em situação periclitante de risco pluridimensional, onde a insegurança e a imprevisibilidade consubstanciam o componente básico e a única certeza decorrente das condutas humanas na atualidade.

O risco deve ser entendido como uma decorrência do processo de escolhas e decisões adotadas no presente e que podem gerar conseqüências imprevisíveis e incalculáveis para a qualidade de vida futura em todas as suas dimensões. Difere, portanto, de perigo que apresenta uma noção estática, relacionada com ocorrências previsíveis e delimitadas no tempo e no espaço[3].

O significado sociológico de risco não é uniforme entre os cientistas sociais[4], o que é certo é que no atual modelo de organização social, especialmente considerando as bases da produção e de consumo, diminuem-se ainda mais a previsibilidade do futuro e que este é necessariamente influenciado pelas decisões antrópicas do presente. Conforme destaca Ulrich Beck o risco é conseqüência do avanço da modernidade, *"a produção da riqueza vai acompanhada sistematicamente da produção de riscos[5]"*.

É neste contexto que estão situados os conflitos sócio-ambientais que demandam novas formas e estratégias para o seu adequando tratamento. As estratégias de implementação, decisões do presente, devem estar baseadas numa nova racionalidade, emancipada da lógica de capitalização da natureza e dos princípios do mercado, dotadas de uma nova força promocional que valorize os princípios da eqüidade transgeracional, da justiça sócio-ambiental e da participação democrática. Tudo com o compromisso da melhora contínua da qualidade de vida no planeta com a construção de um futuro mais sustentável e seguro.

A função transformadora da jurisdição ambiental, baseada na necessidade de imputação de deveres fundamentais e na solidariedade, deve nortear a implementação das normas ambientais, servindo, em especial, como critério matriz para a imputação de deveres e responsabilidades ao Poder Público.

A garantia plena do acesso a uma ordem jurídica justa em matéria ambiental e principalmente a sua efetividade social dependem fundamentalmente da aplicação e criação do Direito Ambiental por intermédio de um Poder Estatal independente e imparcial. Este Poder deve atuar como o guardião dos direitos fundamentais e dos interesses mais nobres da sociedade, inclusive contra, por intermédio ou mediante a cooperação do Estado.

Incumbe ao Poder Judiciário a importante missão constitucional de promover o tratamento dos conflitos, sempre objetivando assegurar e harmonizar dialeticamente a fruição dos direitos fundamentais e imputar o respeito e o cumprimento dos deveres fundamentais, em especial ao Poder Público.

Os juízes devem atuar como *agentes de mudanças sociais*, na qualidade de co-responsáveis pela atividade providencial do Estado, impondo-se ao Poder Judiciário o controle das omissões administrativas e da execução das políticas públicas. Quanto maior o grau de vinculação da atividade administrativa, mais intenso revela-se o controle judicial, como ocorre nas hipóteses de restrições de direitos fundamentais, dentre eles o direito ao meio ambiente[6].

Com a evolução da civilização, redefine-se a sua relação entre a sociedade e o Estado, sendo que este passa à condição de servidor e garantidor dos interesses legítimos daquela. Acontece que apesar dessa imprescindível redefinição, muitas atividades estatais ainda continuam sendo prestadas como se a sociedade estivesse a serviço do Estado e não o contrário. Constata-se também uma defasagem importante na concepção de muitos institutos jurídicos construídos no modelo de Estado Liberal Clássico. Observa-se ainda um descompasso significativo entre os avanços exigidos pelas novas demandas da sociedade e a forma e o resultado das prestações estatais, inclusive no âmbito jurisdicional.

Nessa quadra da história, o modelo de Estado Liberal revelou-se incapaz de atender as novas demandas da nova ordem social massificada e hipercomplexa. Se no Estado liberal a estratégia de ação era não interferir para resguardar os direitos liberais (liberdade, propriedade, dentre outros), no Estado Social requer-se uma atitude positiva para que a garantia plena dos direitos aconteça também por intermédio do Estado que passa a ser responsável por uma grande quantidade de prestações sociais. Uma demanda, ainda mais qualificada e própria da sociedade de risco, diz respeito à garantia plena do acesso à verdadeira justiça ambiental e da articulação e distribuição adequada dos deveres fundamentais correlatos para construção do Estado Ambiental.

No Estado liberal, baseado paradigmaticamente na liberdade na igualdade formal, o modelo de jurisdição estava estruturado e concebido com as seguintes características: a) inércia ou conduta omissiva; b) juiz eqüidistante, neutro e imparcial; c) plena autonomia da vontade; d) verdade meramente formal. O Juiz não deveria interferir indevidamente na liberdade individual e na propriedade, sua obrigação era a de respeitar a autonomia da vontade para garantir a igualdade formal. A ação apresentava conotação privatista, pois estava estritamente vinculada a idéia de titularidade de uma relação jurídica relacionada ao patrimônio ou interesse do indivíduo[7].

Nesse modelo estatal o direito constitucional de ação, enquanto poder de participar ativamente na construção da ordem jurídica justa, ocupava apenas um papel secundário

enquanto caminho para o verdadeiro acesso à justiça. Nos dias atuais, porém, o significado de ação deve ser complementado pelo conteúdo da jurisdição, entendida esta enquanto dever fundamental do Estado de assegurar os direitos fundamentais tanto na perspectiva individual como também e principalmente na difusa[8].

Se para Libmann o processo era instrumento de justiça e garantia da liberdade, na perspectiva coletiva deve-se entender o processo como instrumento de concretização da solidariedade e da justiça social, principalmente quando controla as omissões estatais. O direito fundamental de ação deve ser compreendido como prerrogativa cívica imprescindível para o exercício ativo da cidadania e direito inderrogável de exigir a tutela jurisdicional efetiva.

A ação deve consistir um direito de participação democrática, pois se caracteriza como forma de exercício substancial de democracia à medida que possibilidade inclusive o controle jurisdicional do exercício do poder e principalmente das suas omissões contrárias à ordem jurídica.

A jurisdição clássica é, por excelência, a forma pela qual se pronuncia o direito e não o mecanismo pelo qual se impõe a satisfação de deveres fundamentais, em prol de toda a sociedade, única forma de se consolidar uma cultura mais solidária e promissora para as gerações vindouras numa perspectiva transformadora e emancipatória.

Esta função transformadora da jurisdição ambiental, baseada na necessidade de imputação de deveres fundamentais e na solidariedade, deve nortear a implementação das normas ambientais e constitui fundamento basilar para o controle jurisdicional das políticas públicas ambientais.

A partir desses pressupostos contextuais, o objetivo deste artigo é investigar a legitimidade da intervenção jurisdicional na implementação dos deveres fundamentais ecológicos atribuídos constitucionalmente às Administrações Públicas. A pesquisa é justificada pela falta de estudos específicos relacionados com a questão ambiental, a crescente judicialização destes litígios, e ainda, pela intensa controvérsia que o tema ainda suscita. Inicialmente analisam-se os novos desafios da jurisdição ambiental na sociedade de risco e após a legitimidade constitucional do controle substancial de políticas públicas ambientais.

2. Novos desafios da jurisdição ambiental na sociedade de risco

A Constituição de 1988, no seu artigo 225, impõe ao Estado e à sociedade o dever de preservar e proteger o meio ambiente em todas as suas dimensões espaciais e temporais. O Poder Judiciário, como um dos Poderes do Estado, possuiu a função proeminente de fazer valer este comando constitucional e também o dever fundamental de fomentar a defesa e a proteção do meio ambiente. Só assim estará dando vida e sentido autêntico a exemplar política ambiental idealizada pelo legislador constituinte.

Essa função promocional do direito criado para o caso concreto decorre do conteúdo pedagógico contido nas decisões do Poder Judiciário que deve promover uma nova cultura ecológica conservacionista, estimulando comportamentos e ações concretas em prol de um meio ambiente saudável.

A sociedade de risco apresenta importantes desafios para a jurisdição, principalmente por demandar uma nova racionalidade[9] jurídica já que também denuncia as limitações da dogmática tradicional e do saber isolado ou pertencente a um único campo do conhecimento humano. Esta nova realidade exige também novas estratégias de governança transnacional e de produção do Direito que devem articular eficazmente as esferas: pública e privada e os contextos econômicos e sociais necessariamente integrantes das novas demandas e dos conflitos hipercomplexos da modernidade.

Esse quadro desafiante gera um clamor generalizado por mais Justiça Ambiental, pois a distribuição dos bens e principalmente dos riscos e malefícios do desenvolvimento insustentável não mais acontece de maneira equitativa.

Dentro desse contexto, o papel do Poder Judiciário é ainda mais importante na concretização do direito fundamental, ao meio ambiente saudável e na imputação do dever fundamental em protegê-lo para a construção deste verdadeiro Estado Ambiental.

Nos termos em que o meio ambiente foi positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o atendimento pleno deste dever fundamental incumbe principalmente ao Poder Público e deve ser materializado por intermédio de um conjunto de políticas públicas, previstas principalmente no artigo 225, § 1º. Dentre as principais políticas públicas ambientais merecem especial destaque: a educação ambiental; a prevenção a danos, inclusive futuro; a criação e gestão de espaços territoriais especialmente protegidos, dentre outras.

Esse conjunto de deveres fundamentais, muitas vezes não tem sido respeitado pelo administrador ou sua a execução ocorre de forma inadequada fato que exige uma contundente e qualificada intervenção e legitimo controle pelo Poder Judiciário, além é claro de especial sensibilidade na atitude dos seus integrantes.

O juiz cidadão, comprometido com os novos reclamos da sociedade contemporânea, deve buscar no cotidiano de sua atuação, ampliar os mecanismos de acesso ao pleno desenvolvimento humano, conferindo especial proteção aos direitos fundamentais (sociais e individuais), previstos explícita ou implicitamente Constituição: meio ambiente, alimento/salário, moradia, educação, saúde, emprego e outros.

Piero Pajardi[10], Magistrado Italiano, defende que devemos criar um novo operador do direito, menos técnico e que saiba superar, integrar e completar a técnica com sensibilidade social e abundância de humanidade. A importância da sensibilidade social do julgador também é destacada por Faria[11], o qual é enfático ao afirmar que na resolução de conflitos sociais o juiz deve atuar como um ‘arquiteto social’, modificando as concepções discriminatórias da ordem jurídica vigente, valendo-se de suas sentenças como instrumentos, que auxiliem os grupos e as classes subalternas a se constituírem efetivamente como ‘sujeitos coletivos de direito’.

É concretizando os direitos fundamentais e em especial o direito de todos ao meio ambiente adequado que o magistrado estará legitimando a sua atuação diante da sociedade. Ibañez, Juiz da Suprema Corte Espanhola é enfático ao concluir que a legitimidade original do juiz deve completa-se necessariamente "mediante o exercício do poder judicial numa autêntica qualidade constitucional, pela sua funcionalidade efectiva de garantia dos direitos fundamentais[12]".

Conforme Luís Roberto Baroso, o ativismo judicial[13] diz respeito à postura do intérprete, a um modo pró-ativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, tratando-se de um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando for inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso[14].

Um dos maiores desafios do sistema jurídico na atualidade é o de melhorar o tratamento jurídico dispensado ao risco, enquanto variável necessariamente presente na maioria dos processos decisórios. É tarefa fundamental da Administração Pública, atuar de maneira eficaz na prevenção e gestão conseqüente do risco, inevitavelmente presente nos processos produtivos e nas atividades tecnológicas da modernidade.

Esteve Pardo destaca a posição central do risco no âmbito das decisões políticas com repercussões intensas no Direito Público e no próprio papel do Estado e caracteriza como sociedade de risco o modelo pós-industrial da sociedade marcada pelo risco gerado pelo desenvolvimento tecnológico[15].

O novo cenário é movediço, inspira cautela, requer atuação estratégica e antecipada. Porém não é compatível com o imobilismo, ou seja, com a omissão. A convivência com situações de risco será uma constante no futuro da humanidade, gera um ambiente notabilizado pela insegurança e pela imprevisibilidade e requer um esforço também sinérgico e cumulativo de todos na sua gestão e controle a níveis de tolerabilidade. Deve ser entendido como alavanca propulsora ou chave que aciona a inteligência coletiva para atuar cooperativamente na definição dos destinos da humanidade.

A sociedade de risco constituiu um cenário desafiante e que pode ser caracterizado pela ameaça de colapso ambiental devido ao esgotamento dos bens ambientais como decorrência de um modelo produtivo e de consumo insustentável, baseado na maximização dos lucros e na falta de prudência ambiental[16].

Não se nega a importância do consumo para o funcionamento adequado do sistema econômico e social, porém o que precisa mudar é a cultura do excesso, do esbanjamento, do luxo desnecessário e parasitário que desequilibra gravemente a capacidade de produção de bens e serviços ambientais em relação às demandas reais e necessárias e não as criadas artificialmente pela ganância humana. As políticas públicas estatais voltadas a este fim devem ser adequadamente implementadas e controladas.

No contexto da sociedade de risco é também oportuna a qualificação desta como sociedade de consumo. Ao caracterizar o perfil homem-consumidor na sociedade do consumo, Buman o compara com os *homens-produtores* e *homens-soldados* da sociedade moderna e que o dilema agora não está mais entre sobreviver ou não e sim em *"consumir para poder viver ou se o homem vive para poder consumir[17]"*.

Gómes-Heras, Catedrático em Filosofia da Universidade de Salamanca, explica que a nossa civilização contemporânea, denominada de sociedade do consumo ou de bem estar, está configurada basicamente em torno de três elementos: ciência, técnica e economia industrial. Esta sociedade do consumo está fundamentada principalmente nos valores: racionalidade técnica utilitarista, eficácia da ação e domínio da natureza[18].

Isso demonstra que a crise atual não é apenas ecológica, mas principalmente uma crise de valores e de vínculos, reflexo da desvinculação progressiva de uma racionalidade axiológica em direção à razão técnica que distancia e desvincula dos seres humanos da natureza na busca obstinada do progresso a qualquer custo. Este quadro de patologia social deve ser apreendido e compreendido na atividade construtiva e transformadora da jurisdição ambiental.

Uma das principais conseqüências dessa crise de valores é também a falta de solidariedade, de preocupação com os bens da coletividade e principalmente de exercício de uma cidadania ativa. Tudo isso contribuiu para o aniquilamento dos espaços públicos que passam a ser ocupados pelos domínios do mercado.

Ao falar do esvaziamento do espaço público, enquanto conseqüência da atual sociedade, Ney Bello é enfático ao concluir que: *O Estado cede lugar às empresas transnacionas, e os conceitos de cidadania e inclusão a partir das idéias de república e nação cedem à compreensão do homem enquanto ser consumidor. As praças públicas são trocadas pelos Shoppings Centers, e a participação política é relegada a mera formalidade participativa em processos eleitorais esvaziados**[19]**".*

Na sociedade de risco é fundamental, não apenas que as instituições sejam revitalizadas, mas também a intensa participação cidadã para um controle social efetivo nas instâncias decisórias que definem o futuro da humanidade.

Essas decisões fundamentais não podem ser tomadas apenas por instâncias técnicas, muito mais voltadas à lógica de funcionamento dos mercados e nem sempre sensibilizadas com os princípios ecológicos, já que delas dependerá a própria existência das futuras gerações. Gómes-Heras explica que: *se em épocas passadas as conseqüências dos atos humanos estavam circunscritas a períodos históricos breves, as decisões do "homo technicus" geram conseqüências cuja duração pode condicionar a existência das futuras gerações e até da humanidade**[20]**"*

Também na esfera decisória jurisdicional deve-se ter consciência de que são as opções do presente que irão definir a qualidade de todas as formas de vida futura. A decisão precisa estabelecer vínculos consistentes com o futuro e estar focada na construção constante e persistente da sustentabilidade.

Na construção da decisão ideal para o caso concreto o desafio hermenêutico da jurisdição não é mais um singelo exercício de subsunção do fato à norma, mas sim uma intensa atividade de construção e ponderação, participativa e dialética, que considera os imprescindíveis aportes transdiciplinares e que projeta cautelosamente os efeitos e as conseqüências da decisão para o futuro[21].

Assim, destaca-se que na atual sociedade de risco a jurisdição poderá contribuir decisivamente com a consolidação de novos modelos de gestão, governança e regulação

e na construção da sustentabilidade, com mais inclusão social, prudência ambiental e respeito aos direitos fundamentais, inclusive das futuras gerações, atuando e controlando eventual imobilismo dos demais poderes públicos estatais.

2. O controle substancial de políticas públicas ambientais e a sua legitimidade constitucional

Andreas Krell[22] questiona: está o Poder Judiciário preparado para exercer um papel mais expressivo no controle das políticas públicas? Além deste importante questionamento, muitos outros podem ser adicionados considerando a complexidade do tema. A questão mais complexa, porém, diz respeito aos **limites** para que esta contundente intervenção aconteça com o respaldado legitimamente da Constituição.

O Poder Judiciário, enquanto guardião das promessas democráticas e da ordem constitucional deve atuar na perspectiva intervencionista e transformadora para a emancipação do homem na sociedade, para o seu pleno desenvolvimento humano e para a consolidação da Justiça Social e Ambiental. Este ideal somente será alcançado com uma hermenêutica comprometida com a Constituição. Todas as normas infraconstitucionais devem necessariamente passar por um "banho de imersão" ou por uma 'filtragem constitucional'.

A importante missão de completar e reconhecer novos direitos, ampliando os espaços de cidadania, caracteriza o fenômeno da judicialização da vida social. O Poder Judiciário enquanto poder político desempenha um papel proeminente na salvaguarda de direitos e garantias fundamentais e de socorro aos mais fragilizados.

Conforme explica Luiz Werneck Viana o *Welfare State* facultou ao Poder Judiciário o acesso à administração do futuro e o constitucionalismo moderno lhe confiou à guarda da vontade geral, por intermédio dos princípios fundamentais positivados. Tais fatores acarretam um redimensionamento na clássica divisão entre os poderes, surgindo o Judiciário como uma alternativa para a resolução dos conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e adjudicação da cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça[23].

A incumbência constitucional atribuída aos Estados para a defesa e proteção do meio ambiente, já há mais vinte anos, ainda não foi atendida sequer minimamente. São inúmeras as omissões do Poder Público que acontecem nas mais diversas políticas públicas, políticas estas que deveriam ser implementadas para a garantia da qualidade do meio ambiente. Ainda falta saneamento básico, educação ambiental, estrutura para os órgãos de fiscalização e licenciamento, dentre outras carências. Este quadro contribui decisivamente com a crise ecológica generalizada e exige uma intervenção mais enérgica e eficaz por parte do Poder Judiciário.

Quanto à aplicação do Direito na modernidade tardia em que se vive, não pode o intérprete deixar de considerar a multiplicidade de relações que envolvem o funcionamento do Estado Contemporâneo, as suas carências e limitações e também a sua função primordial, que é fomentar o pleno desenvolvimento humano com qualidade de vida em todas as suas formas. Julgar com responsabilidade não é criar falsas e

ilusórias expectativas para o jurisdicionado, mas sim reparar injustiças e garantir direitos fundamentais legítimos e factíveis em determinado tempo e lugar.

Considerando a amplitude dos deveres ecológicos estatuídos na Constituição, os quais devem ser prestados em conjunto com uma imensa quantidade de outras prestações sociais, não é possível impor imediatamente ao Estado a execução ideal e simultânea de todas estas políticas públicas: saneameamento básico, educação ambiental, criação e gestão de áreas protegidas, implementação dos tratados internacionais, exercício efetivo de pode de polícia ambiental, dentre outras; até mesmo pelas naturais limitações fáticas e econômicas.

A interpretação que é necessariamente histórica, contextual e criativa, não pode ser e de fato não é um 'labor descompromissado', no qual se resolve a vida das pessoas apenas com trocadilhos de palavras. Também não poder representar um ato de rebeldia contra o Estado como se este fosse o único responsável por todas as mazelas existentes na sociedade.

No controle jurisdicional das políticas ambientais é fundamental uma visão holística e sistemática da ordem jurídica e do contexto fático da demanda. Essa cautela é relevante para que os objetivos preconizados pela Constituição não sejam entendidos apenas como direitos subjetivos contra o Estado, mas principalmente como uma estratégia coletiva para o alcance da justiça social e ambiental.

As limitações fáticas e orçamentárias, não podem ser postas como justificativa geral para a inércia na implementação das políticas públicas ambientais previstas de forma completa na Constituição. Por isso, é fundamental a análise criteriosa dos dados empíricos do caso concreto para a justificação das decisões implementadoras de direitos fundamentais prestacionais. A intervenção jurisdicional na condução política das opções do Estado em prol do ambiente alcançará legitimidade quando estiver lastreada na riqueza de dados concretos do caso analisado.

A imposição de medidas positivas pelo Poder Judiciário à administração está plenamente legitimada até mesmo pelas razões que justificaram historicamente a separação entre os poderes. Merece destaque ainda que a vinculação do administrador aos preceitos normativos constitucionais que não apenas limitam as escolhas e opções do administrador como também o obrigam a agir.

No sistema jurídico americano, por exemplo, o § 10 do *Administrative Procedure Act* de 1946, desde aquela época, já estabelece que a pessoa que sofrer um ato ilícito, segundo a lei, como conseqüência de uma atuação de um órgão administrativo (*Agency*), ou seja, diretamente afetada ou agravada por uma atuação da Administração, de acordo com o estabelecido em uma lei, está habilitada para instar o controle judicial da mesma.

Na Espanha, o Tribunal Supremo Espanhol, reconhece a possibilidade de formulação de pretensões prestacionais, ou seja, prestações materiais (obras ou serviços públicos) para a adequada tutela do meio ambiente. Esta possibilidade foi amplamente contemplada na Lei 29/98 (Ley Jurisdicional) a qual admite expressamente a possibilidade de controle de qualquer tipo de ato (ação ou omissão) da administração. Assim, concluiu que o acesso à justiça não significa mais apenas a possibilidade de revisão de atos administrativos prévios. (STS de 25 de abril de 1998, Ar. 3233).

No Brasil, considerando que as normas constitucionais e infraconstitucionais já estabelecem as diretrizes e os deveres que devem ser observados pelo administrador, não há justificativa para que sejam postergadas as ações sob o fundamento da oportunidade e conveniência ou até mesmo de restrições orçamentários, especialmente nos casos em que esta atuação for indispensável para cessar ou impedir o agravamento de danos ao meio ambiente[24].

A Constituição também já conferiu densidade normativa suficiente para a sua concretização efetiva da tutela do ambiente independentemente da superveniência de interposição legislativa. No artigo 225, § 1º, há uma extensa lista de tarefas que devem ser cumpridas pelo Estado. Trata-se de norma de eficácia plena que estabelece um enorme catálogo de políticas públicas que devem ser implementadas em prol da defesa e proteção do meio ambiente. Hoje o tema do meio ambiente já está constitucionalizado em muitos países e nestes não há mínima dúvida no sentido de que já há um mínimo exigível do administrador público em termos de implementação de políticas públicas ambientais.

A separação das funções estatais ou dos poderes encontra como fundamento ético e jurídico exatamente a contenção do arbítrio ou abuso estatal em detrimento dos direitos humanos. Assim, quando o Poder Judiciário impõe condutas à Administração Pública exatamente para que a omissão não lese direitos humanos fundamentais, como é o caso da proteção ao meio ambiente, não há qualquer ilegitimidade nesta intervenção. Ao contrário a sindicabilidade das omissões injurídicas está respaldada nas razões legitimantes da própria separação dos poderes estatais.

Peréz Conejo defende a necessidade de fiscalização judicial adequada sobre a atuação da Administração Pública e que, ao mesmo tempo em que, por um lado, deve-se evitar um controle excessivo que impeça o correto funcionamento da administração, por outro há que se conceder a adequada tutela jurisdicional aos direitos dos cidadãos enquanto potenciais prejudicados[25].

Para a legitimidade da decisão em matéria de controle das políticas públicas ambientais, não é suficiente o esforço argumentativo e retórico no plano abstrato da norma, isso, aliás, é muito mais incumbência do legislador infraconstitucional. A justificação retórica, generalista e abstrata, não demanda maiores esforços argumentativos. Ninguém questiona e nem duvida que seja dever do Estado promover a defesa e a proteção do meio ambiente e que este bem supremo garante, em última análise, a própria vida, assegura a dignidade humana.

O que é realmente imprescindível para a legitimidade da sindicabilidade dos atos e das omissões do Estado em matéria ambiental é a compreensão e a justificação adequada da norma contexto, ou seja, da norma fundamental a ser construída para o caso concreto. Essa construção deve considerar o contexto fático da demanda, a riqueza e a credibilidade dos dados do caso concreto, a realidade atualizada dos programas estatais e o *status* de desenvolvimento econômico e social dos entes federativos envolvidos diretamente na política pública analisada.

Assim, a atuação/intervenção do Poder Judiciário, na execução e na avaliação das políticas públicas ambientais, é plenamente possível e legítima em função da forma de

positivação constitucional deste direito/dever fundamental e da importância deste em viabilizar e garantir a vida em toda a plenitude.

3. Considerações finais

A construção da sustentabilidade requer atitudes concretas e efetivas da sociedade e principalmente do poder público. A Constituição impõe um extenso rol de deveres fundamentais ecológicos aos entes federados que devem ser implementados por intermédio de um conjunto de políticas públicas ambientais.

Na atual sociedade de risco, ao Poder Judiciário, enquanto guardião dos interesses e direitos fundamentais, reserva-se um papel complexo e desafiante. À jurisdição ambiental, enquanto mecanismo de afirmação dos valores e princípios constitucionais ecológicos e da ordem jurídica, incumbe a tarefa fomentar a mudança positiva dos comportamentos da Administração Pública.

A legitimidade constitucional para o controle da execução das políticas públicas ambientais decorre da forma de positivação do direito dever fundamental de proteção e defesa do meio ambiente e dos princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade. A legitimação deve ainda ser complementada com consistentes fundamentos fáticos obtidos a partir da análise do caso concreto, exigindo-se respaldo técnico suficiente, bem como consideração com os seus efeitos futuros.

O controle jurisdicional da correção das políticas públicas ambientais é um dever do Poder Judiciário. Dever este que deve ser exercido numa perspectiva intervencionista e transformadora objetivando o pleno desenvolvimento humano e a consolidação da justiça social e ambiental.

---

[1] Há vários estudos científicos e sítios de internet especializados no tema. Dados importantes para análise global da divida ecológica (capacidade produtiva do ecossistema relacionada com o consumo de bens pelos cidadãos de determinada comunidade) podem ser observados na página http://www.footprintnetwork.org/en/index.php/GFN/.

[2] Conforme defendido por GOLDBALTT, David. **Teoria Social do Ambiente.** Lisboa: Piaget, 1996, p. 12 e ss.

[3] Nesse sentido também é a reflexão de LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo.** Cidade del Mexico: Triana Editores, 1998. p. 43 e ss.

[4] Posições defendidas como significantes: a) Conseqüência ou produto da revolução científica e tecnológica; b) postura discursiva; c) forma de estabelecer vínculos com o futuro.

[5] BECH, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad: Barcelona: Paidós, 1998, p. 25.

[6] MORAES, Guilherme Peña. Controle judicial das omissões da Administração Pública sob a perspectiva do neoconstitucionalismo. *In:* MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Org.). **20 anos da Constituição Brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332-333.

[7] Marcio Flavio Mafra Leal, explica que nesta ideologia individualista do processo a faculdade de ingressar em juízo era uma escolha pessoal e intangível de quem exerce o direito subjetivo sobre um bem. *"O direito de agir e de ser parte é visto, portanto, como propriedade privada". (In:* LEAL, Márcio Flavio Mafra. **Ações Coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998. p. 37.

[8] Marcelo Abelha também defende que nessa mudança de paradigma a lacuna central deixada pelo estudo da ação passa a existir por parte do Estado a necessidade de prestar direitos à sociedade massificada, tais como a saúde, a qualidade de vida, o lazer, a segurança e na seara jurídico-processual, o próprio dever de dar a tutela jurisdicional. (In: ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 176 e repetido enfaticamente na p. 273)

[9] Muitos teóricos apresentaram contribuições históricas significativas em relação à teoria do conhecimento. Além das ponderações importantes de Emanuel Kant, na sua crítica a razão prática, merece destaque a racionalidade: a) "objetivo-científica" (Husserl); b) "conforme resultado" (Weber); c) "técnico-estratégica" (Habermas), dentre outras contribuições. Todavia, a intensa evolução da sociedade, o aumento da sua complexidade e a multiplicação dos conflitos requer novas formas de cognição e de gerenciamento científico dos problemas típicos da sociedade de risco. Em síntese: a sociedade de risco demanda o desenvolvimento de novos paradigmas de racionalidade que, sem excluir uma base axiológica consistente, possibilitem um conhecimento holístico e sistêmico das novas realidades e a construção de caminhos mais sólidos e seguros para o futuro.

[10] BERI, Mario e outros. **La Magistratura nello Stato Democratico.** Quaderni di Iustitia. n. 18. Padova: Giuffrè, 1989, p. 165.

[11] FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2º ed. rev. e amplia. 1992, p. 112.

[12] IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Poder Judicial e democracia política: lições de um século. **Revista da AJURIS** n. 85, mar 2002. Porto Alegre: AJURIS, p. 381.

[13] Segundo Barroso, "a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem, dentre outras a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas". *In:* BARROSO, Luís Roberto.

Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. *In:* **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>. Acesso em: 06.09.2009.

[14] BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. *In:* **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>. Acesso em: 06.09.2009.

[15] ESTEVE PARDO, José. **Técnica, riesgo e Derecho**: tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental. Barcelona: Ariel, 1999.

[16] Sobre o tema sugere-se a leitura das obras de Ulrich Bech, em especial: BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo global. Madrid: Siglo XXI de Espanha, 2002 e BECK, Ulrich e GIDDENS, Antony, LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Unesp, 1997, nas quais são destacados os novos desafios da sociedade.

[17] BAUMAN, Zigmund. **Globalização**: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 88 e ss.

[18] GÓMES-HERAS, José María García. El problema de uma ética del 'medio ambiente'. (*In* GÓMES-HERAS, José María García. **Ética del Medio Ambiente**: Problema, perspectiva, história. Madrid: Tecnos, 1997.) p. 19.

[19] BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do Direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. Tese de Doutorado defendida junto à Universidade Federal de Santa Catarina, 2006. p. 119.

[20] GÓMES-HERAS, José María García. El problema de uma ética del 'medio ambiente'. (*In* GÓMES-HERAS, José María García. **Ética del Medio Ambiente**: Problema, perspectiva, história. Madrid: Tecnos, 1997.) p. 70.

[21] Marcelo Varella[21], destaca que na decisão de risco as alternativas não estão *mais entre o seguro e o inseguro, mas entre opções, com vantagens e desvantagens entre si*. (*In* VARELLA. Marcelo Dias. A Dinâmica e a Percepção Pública de Riscos e a Resposta do Direito Internacional Econômico. In: *Governo dos Riscos*, Varella, Marcelo Dias (ORG.) UNICEUB, Brasilia, 2005, p.142).

[22] KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 26.

[23] VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22.

[24] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 374.

[25] PÉRES CONEJO, Loreno. **La defensa judicial de los intereses ambientales** (Estúdio específico de la legitimación 'difusa' em el processo contencioso-administrativo). Valladolid (Espanha): Editorial Lex Nova, 2002, p. 285.

CONSTITUIÇÃO E A POLITIZAÇÃO DAS SENTENÇAS JUDICIAIS NA CONTEMPORANEIDADE*

CONSTITUTION AND THE POLITICIZATION OF JUDICIARY SENTENCES IN CONTEMPORARY TIMES

Zulmar Fachin
Cezar Bueno de Lima

RESUMO

O texto é uma reflexão sobre a politização das decisões do Poder Judiciário brasileiro. Considera tratar-se de um processo político-sociológico, mas não ideológico, a envolver a atividade os juízes. Tal fenômeno se manifesta de modo sensível em Países de economia periférica, como é o caso do Brasil. Os juízes, em sua grande maioria ainda apegados ao velho legalismo jurídico, dão primazia aos direitos individuais, em detrimento dos direitos coletivos. Prioriza-se a aplicação da lei, em procedimento formal herdeiro de uma das vertentes do Estado Liberal legalista, quando o pluralismo social exige a concretização dos valores plasmados na Constituição Federal. Constata que o advento do Estado do Bem-estar Social está a exigir do Poder Judiciário atuação efetiva concretizar os direitos sociais previstos na Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO LIBERAL. ESTADO SOCIAL. POLITIZAÇÃO. PODER JUDICIÁRIO.

ABSTRACT

The text is a reflexive thought about the politicization of the Brazilian Judiciary on its decisions. It can be treat as a political and social process, but not idealistic, that involves judge's activities. This phenomenon can be revealed in a sensitive way in low economy countries, such as Brazil. Brazilian judges, somehow still lingered to the old legal patterns, prefer individual rights rather than the collective ones. The law itself is applied in a way that reminds the legal approaches that came from the Liberal State, when the social pluralism requires the application of values that exist on the Constitution. The text verifies that the Welfare State demands an effective performance from the Judiciary in order to put the social rights foreseen on the Constitution into practice.

KEYWORDS: LIBERAL STATE. WELFARE STATE. POLITICIZATION. JUDICIARY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

A passagem do modelo de Estado liberal e, em conseqüência, de um formato jurídico cuja legitimidade fundamentava-se no princípio da divisão dos poderes e da microlitigação individual, em diversos países, ocorreu devido a um conjunto de transformações macroestruturais a partir da segunda década do século XX. Esse período fez surgir um novo formato de democracia nos países capitalistas centrais os quais, pressionados por fatores de ordem econômica, social, cultural e, ainda, pela urgência de soluções políticas que atendam *razões de Estado*, fortaleceram o Poder Executivo. Desde então, ações políticas intervencionistas destinam-se a amortecer o potencial desestabilizador das lutas políticas, de viés classista, recorrendo-se à institucionalização de demandas e interesses econômicos e sociais contraditórios.

As constituições democráticas explicitam a predominância dos direitos coletivos em relação aos direitos individuais patrimoniais. A sobreposição do direito material reflexivo resultou, portanto, na ampliação do poder de interpretação judicial da lei e da Constituição nos casos concretos. O poder de Estado, em especial, do Poder Executivo, apóia-se no instrumentalismo jurídico e exige do Poder Judiciário decisões que solapam os princípios liberais clássicos de previsibilidade legal e de certeza de aplicação da lei. No entanto, o novo protagonismo judicial constitucional é encarado como uma ameaça à segurança jurídica por parte das frações oligárquicas que se beneficiam do poder.

Registre-se que a incipiente democracia dos países latino-americanos contribui para a manutenção e reprodução continuada de interesses econômico-políticos de uma pequena elite, que ao longo dos anos vem perpetuando-se no poder e controlando o funcionamento dos aparelhos institucionais de Estado. Em países como o Brasil, a negação da materialização constitucional de um rol de direitos coletivamente previstos possui, ainda, relação com a persistência do conservadorismo político, da vigência de preconceitos ideológicos classistas e da atualização de mentalidades saudosas do legalismo positivista, ainda presentes na rotina dos tribunais.

1 ESTADO LIBERAL E DIREITO FORMAL ABSTRATO

A afirmação weberiana, segunda a qual o direito liberal, em termos de sua previsibilidade empírica, só pode ser mensurado através de decisões judiciais concretas, torna-se, hoje em dia, insustentável, quando se comparam os princípios abstratos de igualdade e de acesso à justiça com as sentenças judiciais empíricas. Os quadros econômico, político e social atuais impõem demandas diversas e fazem explodir as premissas constitucionais liberais, tuteladas pelo Estado.

Quando Weber (1994) preocupou-se em mostrar a importância fundamental do formalismo jurídico abstrato, que desde o advento do capitalismo liberal, estende a todos o principio da igualdade formal, já teve o cuidado de não cair na armadilha de afirmar a validade pura e simples do novo pacto contratual liberal. Para o autor, nem o

direito nem a lei em si seriam capazes de oferecer existência política concreta ao Estado. Reconheceu, portanto, os limites do formalismo jurídico sempre quando a lei e algum tipo de dominação e poder conjuntural se confrontam.

A existência de relações sociais contraditórias que balizam o movimento da sociedade capitalista moderna exige, segundo Weber (1994), a presença de um aparato estatal cuja característica e função essencial são definidas pela obtenção do monopólio legítimo da violência, da produção e da aplicação do direito. O Estado, pelo fato de estar inserido no seio de um tipo de dominação legal, não pode basear-se no uso contínuo da força física, como forma de oferecer vigência à sua legitimidade. Esta, ao contrário, repousa na crença da legalidade por meio da submissão a estatutos previamente estabelecidos e formalmente corretos.

O exercício cotidiano do poder, as ações estatais não permitem fazer uma distinção precisa entre ordem pactuada (vontade livre das partes) e ordem imposta pela razão de Estado. O pressuposto é de que sempre haja "disposição de uma ou várias pessoas de se submeter à imposição de uma ordem, [e acreditar] na autoridade legítima daqueles que impõem certas ordens" (WEBER, 1994, p. 139)

A legitimidade do Estado não pode ser derivada em razão deste possuir o monopólio exclusivo da coação física, porém não dispensa o fato de o direito, por convenção, e qualquer tipo de decisão jurídica requisitarem a presença da força física estatal para efetivar o conteúdo das sentenças judiciais. Sob esse aspecto, não há como se falar em legitimidade suficiente que possa delimitar, sem o uso da força, os conflitos interindividuais e coletivos. Para efeito de garantia externa, o direito e a decisão judicial exigem sempre a existência real e potencial da coação física ou psíquica. Requer-se, do mesmo modo, um quadro específico de funcionários para "forçar a observação da ordem ou castigar sua violação (...). Por isso, na sociedade capitalista moderna, o direito exige um quadro coativo" (WEBER, 1994, p. 21).

O advento do direito formal abstrato e a exigência de uma administração racional para a aplicação da lei constituem, em termos de mensuração histórica, um processo complicado no esquema analítico weberiano. O autor suspeita do poder de eficácia do formalismo jurídico e, como já foi dito, procura mostrar que é preciso não confundir o conceito de racionalidade, produto abstrato da construção lógica da mente, com os fatos e acontecimentos humanos produzidos na realidade histórica concreta. Em relação à segurança jurídica e à previsibilidade da aplicação da lei, é preciso ter em mente presença de uma tensão insolúvel entre a lei e os fatos concretos, a lógica pensada e a conjuntura histórica dos grupos que ascendem e controlam os aparelhos institucionais de poder.

1.1 Segurança Jurídica e o Mito da Imparcialidade Judicial

No entendimento de Tornaghi (*Apud* PORTANOVA, 1994, p. 43), a premissa essencial à ciência jurídica, como de resto a qualquer tipo de conhecimento, é a possibilidade de previsão de certos efeitos em relação ao futuro. Tal possibilidade

inexiste “se a cada novo litígio, enquanto semelhantes aos anteriores, pode ser diferentemente decidido.”

O enfraquecimento do núcleo formal do direito altera o grau de previsibilidade da aplicação da lei, além de provocar consequências na forma política clássica de divisão dos poderes. Sob essa perspectiva, o Judiciário terá de rever os conceitos de independência e de imparcialidade como pressupostos invioláveis para o exercício de suas atividades, uma vez que tais funções não poderão ser, como antes, executadas à luz da materialização crescente do direito. Esse fenômeno provoca mudanças na atividade judicante à medida que cresce a importância da produção estatal legislativa, com características instrumentais, em detrimento da produção jurídica normativa que busca assegurar a indisponibilidade de determinadas leis frente aos poderes político-econômico conjunturais.

Nas circunstâncias atuais, as decisões judiciais adquirem um elevado teor de politização, em função da mudança estrutural que se opera na sociedade através da intervenção do Estado em todas as esferas de domínio do direito. Segundo Dallari (1996), a expansão da jurisdição na sociedade modifica os atributos de independência e de imparcialidade das funções judiciais. A fundamentação desses critérios, a partir de argumentos técnico-jurídicos, é insuficiente para esclarecer as razões que justificam o princípio da independência e imparcialidade como alguns dos considerados atributos imprescindíveis no exercício da magistratura. Para o autor, a causa que origina o direito é sempre política. A partir do momento em que o Poder Legislativo constitui-se como órgão, no qual as leis são produzidas, esse grau de politização o faz caminhar muito próximo das questões de natureza político-partidária, afetando o exercício das funções judiciais empíricas.

O caráter subjetivo, que tem lugar na fixação das sentenças judiciais, altera não apenas o resultado esperado da aplicação formal da lei, como desfaz a imagem de imparcialidade judicial, no momento de formatação da sentença judicial nos casos concretos. A imparcialidade judicial não pode ser admitida e, tampouco, justificada com base no apego exclusivo e formal da lei. Sadek (1995, p. 66-70) aponta em sua pesquisa que 77,7% dos magistrados brasileiros declararam não serem neutros no ato de aplicação da sentença. A esse respeito, esclarece Zaffaroni (1995, p. 40):

A tarefa de interpretar a lei para aplicá-la ao caso concreto é árdua, equívoca e discutível. Se assim não fosse, seriam inúteis as bibliotecas jurídicas. Não há dúvida de que, diante de certos problemas, a lei não é interpretada da mesma maneira, por um conservador, um liberal ou um socialista. [O juiz] não pode ser alguém neutro porque não existe a neutralidade ideológica (...) nem a imparcialidade nem a independência pressupõem (...) a neutralidade. Os juízes são parte do sistema de autoridade dentro do Estado e como tais não podem evitar de serem parte do processo de decisão política. O que importa é saber sobre que bases são tomadas essas decisões.

A admissão da parcialidade judicial não significa que a redefinição dos conceitos de independência e de imparcialidade encontra-se livre resistência entre os operadores

jurídicos liberais mais sectários. Os argumentos mais utilizados, com o objetivo de refutar, por exemplo, os defensores do controle externo sobre suas funções, podem ser assim resumidos: a independência e a neutralidade constituem pressupostos indispensáveis para o exercício da atividade judicante, pelo fato do magistrado operar como um aplicador estrito da lei, politicamente neutro e sem responsabilidade quanto às consequências sociais de um tipo de decisão judicial dada. "O magistrado não é legislador, e que se não obedecer rigorosamente a letra da lei, desaparece a uniformidade das decisões e abre-se caminho para o excesso de subjetividade". Desse modo, será destruída a certeza do direito e haverá injustiças, pelo fato de o "mesmo dispositivo legal admitir aplicações diferentes, dependendo das preferências do juiz". De acordo com essa linha de raciocínio, a acusação, segundo a qual o Judiciário, através de suas decisões, agrava conflitos sociais, é uma questão sociológica e não do direito.

Os defensores clássicos da neutralidade judicial afirmam não ser possível associar decisões judiciais a problemas de justiça por ser esses uma questão filosófica, e não uma questão que diz respeito aos juristas (DALLARI, 1996, p. 51). Essa posição política ultra-conservadora admite que magistrados estão destinados "a resolver conflitos entre indivíduos [de tal maneira que] o juiz deve aplicar a lei aos casos concretos de modo a criar a certeza jurídica e de não produzir efeitos não esperados" (KOERNER, 1999, p. 12).

A rejeição a qualquer tipo de controle externo ocorre sob o argumento de que tal mecanismo poderá servir de instrumento para "interferir nas decisões de mérito dos juízes, ameaçando-lhes a independência e a imparcialidade, necessárias ao (...) exercício da função jurisdicional". A mentalidade judicial conservadora apóia-se no argumento clássico da divisão dos poderes e na doutrina dos "freios e contrapesos", para justificar que o Judiciário não é um poder sem controle. Tentativas adicionais de controle externo sobre as funções judiciais corresponderiam: [...] "a uma total politização do poder (...) sujeitando os juízes às vicissitudes da política, afetando a independência e a autonomia dos julgadores, inibindo-os no labor diário, gerando maior morosidade na prestação jurisdicional" (NANNI, 1998, p. 269-270).

Em regra, essa linha de raciocínio jurídico limita-se a defender controles restritos no âmbito administrativo e financeiro, para sujeitar os tribunais de primeira instância "à publicidade, exatidão e lisura". A justificativa para adotar o princípio de controle restrito residiria na suposta natureza específica do Poder Judiciário, definida por sua ação política diferenciada. Essa esfera institucional de poder "possui a tarefa de dirimir conflitos e julgar casos concretos, que não pode envolver-se em disputas políticas quanto aos seus serviços" (NANNI, 1998, p. 272). O Judiciário constitui uma instância de poder que se autogoverna. De acordo com os procedimentos formais previstos na legislação brasileira, especialmente na Constituição Federal, o Judiciário possui autonomia administrativa e financeira (art. 99), além de estar obrigado a prestar contas e reparar eventuais danos (art. 37, § 6º).

Os argumentos opostos ao controle externo das atividades judiciais, como meio de assegurar a independência e a imparcialidade dos juízes no ato da aplicação da lei, são politicamente compreensíveis para alegar o seguinte motivo: aos olhos dos atores jurídicos positivistas e conservadores a atuação independente e imparcial do Judiciário pressupõe que este, em suas atividades empíricas, esteja imune às pressões econômicas, políticas e outras formas de constrangimento, exteriores ao direito. Na prática jurídica,

os avatares da neutralidade judicial esperam apenas que não haja violação do surrado principio liberal de segurança jurídica - em especial, o de propriedade -, e pretendem, indefinidamente, obter tutela jurídica por parte dos tribunais. A Magistratura brasileira, ou parte dela, possui a devida consciência de que a materialização dos direitos coletivos, previstos na Constituição de 1988, e a reprodução de sentenças judiciais socialmente excludentes encontram-se atreladas à determinada visão de mundo. A mobilização de valores ideológicos, no momento da fixação e justificação das sentenças, facilita o apego ao legalismo jurídico e tranquiliza as opções valorativas que orientam a atuação do juiz.

1.2 Razões de Estado para a Desformalização do Direito

Em termos sociológicos, todo e qualquer esquema teórico explicativo só pode adquirir relevância social se for possível compará-lo com uma determinada conjuntura histórica. Não teria cabimento falar, por exemplo, de racionalidade e previsibilidade formal e abstrata do direito, na sociedade capitalista moderna, se não fosse possível estabelecer alguma relação de convergência empírica entre o conteúdo abstrato da lei e sua aplicação empírica, via decisões judiciais. Esse tipo de comparação torna-se, aos olhos do liberalismo jurídico clássico, potencialmente problemático diante da tendência inexorável de materialização do direito.

O peso dos interesses materiais que buscam assegurar, por exemplo, o conteúdo de reivindicações econômicas, através da formalização jurídica, potencializa a discussão e o antagonismo entre os grupos em luta pela efetivação dos direitos formalmente previstos. A intensidade das disputas políticas, em torno da materialização de determinados interesses, tende a provocar o rendimento decrescente da certeza de aplicação da lei.

Esse fenômeno confere maior visibilidade à atuação do juiz por ser ele que confere validade e sentido concreto ao conjunto das normas jurídicas. A racionalidade formal do direito, que prevê uma unidade lógica e previsibilidade formal esperada terá, na realidade, de se confrontar com uma série de decisões judiciais fundamentadas em pressupostos constitucionais abertos e apreciações subjetivas. Exige-se, então, por expressa disposição constitucional, que o juiz fundamente suas decisões (art. 93, incisos IX e X). O processo de politização do Judiciário tem relação com o avanço do capitalismo e com a tendência inexorável de materialização do direito. Uma nova constelação de valores e de interesses materiais emergentes leva o juiz a escapar das exigências jurídico-formais, de caráter estritamente técnica, e exerce consideráveis influências na tomada das decisões judiciais concretas. Segundo Weber (1947, p. 511):

Na decisão dos problemas jurídicos pode influir certas normas cuja dignidade qualitativa é diferente da que corresponde às generalizações lógicas que se baseiam em

uma interpretação abstrata: imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência, ou postulados políticos, rompem tanto com o formalismo das características externas quanto com os procedimentos de abstrações lógicas.

Na percepção de Weber, a figura do juiz apresenta-se de maneira contraditória. Sua importância advém do reconhecimento de que o direito somente adquire existência social e política por meio de decisões judiciais concretas. Nesse sentido, comenta o autor:

o juiz não se limita a autorizar as regulações válidas por consenso e convenção. Influi, muitas vezes, na seleção do que perdura como direito [porque] as fontes das decisões judiciais não estão limitadas em absoluto a determinados traços formais ou normas gerais que haveria de se aplicar ao caso individual. O que ocorre é precisamente o contrário: quando o juiz põe em movimento a garantia da coação em relação a um caso concreto, por razões igualmente concretas, inicia quase sempre a vigência empírica de uma norma geral como direito objetivo, porque a significação de suas máximas transcendem o caso singular e influi nas decisões do futuro (WEBER, 1947, p. 516).

Por outro lado, os princípios que fundamentam e balizam a administração da Justiça estatal moderna, derivados da racionalização do direito, impõem limites precisos à noção de liberdade criadora do juiz. Durante o julgamento dos processos, ele torna-se refém da estrutura administrativa dos tribunais. Nas áreas do direito privado e penal, torna-se refém das verdades e inverdades, produzidas pelas partes ou do peso do inquérito policial:

Atendendo o apelo das partes em conflito, o juiz espera as petições das mesmas e o que estas não solicitam ou não garantem não existe para ele, como pouco existe o que não se acredita com os meios de provas oferecidas, irracionais ou racionais. O juiz só aspira a obter a verdade relativa que pode alcançar dentro dos limites pelos atos processuais das partes [uma vez que a] ciência jurídica moderna requer fundamentações rigorosamente racionais nas decisões concretas, [e considera] imprescindível (...) a elucidação de qualquer processo jurídico [mediante a exigência de] provas materiais e declaração de testemunha (WEBER, 1947, p. 606-520).

Sob o impulso da dominação legal e da administração racional burocrática, idéias e conceitos, como o livre arbítrio e apreciações pessoalmente motivadas, ferem o núcleo racional das decisões judiciais e são rotulados de noções pré-burocráticas. A vigência do formalismo jurídico, de viés liberal, ampara-se na hipotética crença de que o sistema de administração de justiça encontra-se vinculado à idéia de determinação e exame racional dos fins objetivos. A tendência de esfacelamento do liberalismo jurídico

clássico, e, em contrapartida, a emergência do direito material reflexivo resultou na ampliação do poder de interpretação judicial da lei nos casos concretos.

2 ESTADO SOCIAL E OS EFEITOS DA MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO

Para autores como Habermas (1997), o direito materializado e reflexivo quebrou a hierarquia básica que havia entre norma básica e simples lei. Segundo o autor, ao se estabelecer:

[...] um escalonamento entre ordem legal e princípios legitimadores, [traz-se] grande insegurança ao direito. Cresce a suspeita de que o choque entre (...) preferências valorativas, não racionalizáveis, privilegia os interesses dos mais fortes. Essa circunstância esclarece também por que é relativamente fácil prever o final de processos judiciais quando nos apoiamos em princípios da teoria do poder e dos interesses. (HABERMAS, 1997, p. 211-213)

Diante dessa nova tendência, indaga o autor, como o Judiciário tende a conceber o direito desformalizado e de onde provém o núcleo racional da nova prática procedimental dos tribunais. Os programas finalísticos, ao serem introduzidos através de intervenções políticas na sociedade, sinalizam que tanto os fatos concretos quanto os objetivos abstratos da lei, e, ainda, acontecimentos que antes eram considerados exteriores ao direito, passam a orientar as determinações jurídicas do dia-a-dia. Os tribunais são levados a apoiar-se em "cláusulas gerais e, ao mesmo tempo, fazer jus ao maior grau de variação de contextos, bem como à maior interdependência de proposições jurídicas subordinadas" (HABERMAS, p. 196-200).

A demanda cotidiana da justiça, comenta Habermas (1997, p. 200), exige que "os processos coloquem as decisões sob a necessidade de uma fundamentação". Esse tipo de procedimento implica na institucionalização de "discursos jurídicos que operam nos limites exteriores do processo jurídico", em razão de a fundamentação do direito moderno resultar da estratificação do próprio direito em regras e princípios.

A realidade social vigente, configurada pela emergência do Estado social regulador e fortemente coagido a responder a "imperativos funcionais", imprime a necessidade de se conceber o direito como instrumento de uma legislação política. Os agentes, que estão à frente de um aparelho estatal altamente complexo, são forçados a responder às pressões sistêmicas de uma economia "independente e ao mesmo tempo carente de estabilização". Sempre que isso ocorre, a mobilização do direito tem por efeito detonar seus próprios fundamentos de validade uma vez que "a cada mudança de governo, novos interesses tornam-se maiorias" e implicam mudanças nas áreas do direito

tributário, direito trabalhista, direito do inquilinato, etc. Em oposição e paralelo a isso, os grupos sociais em movimento reivindicam a moralização do direito ao tratar de questões como aborto, o divórcio, o direito do consumidor, a proteção do meio ambiente, entre outras (HABERMAS, 1997, p. 205-206).

A interpretação da Constituição torna-se cada vez mais aberta para dar conta aos desafios típicos de uma realidade social diversificada, complexa e contraditória. Em outras palavras, o intérprete precisa compreender a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios (CANOTILHO, 2002, p. 1145-1150). Segundo Robert Alexy (2008, p. 87),

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambas dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Logo, se tanto regras e princípios são normas (tautologicamente, têm força normativa), ambos devem incidir sobre o caso concreto.

A justificativa das decisões judiciais, nos casos particulares, exige que se opere a combinação entre fundamentação constitucional e considerações sociológicas. Em muitos domínios da ação, o direito estritamente formalizado não goza de obrigatoriedade porque certos fenômenos implicam um "caráter cada vez mais experimental da regulação teleológica de processos complexos" (HABERMAS, 1997, p. 205). Esse é o caso, por exemplo, da assimilação do direito penal a formas de controle social, da substituição da execução penal valendo-se de convênios privados, de acordo negociado entre infrator e vítima, etc. Esse tipo de abertura, orientado pela busca social do consenso, quebra o núcleo duro e coercitivo do direito clássico. O desfecho dos processos judiciais torna-se indeterminados, sentido de que pode ser:

[...] prognosticado a partir de situações jurídicas claras (...) não é o texto da lei que determina o juízo. Nas frestas da decisão dos juízes, imiscuem-se argumentos e, através de preconceitos sociais e opiniões ingênuas, que se cristalizam em ideologias profissionais, introduzem-se interesses não confessos (HABERMAS, 1997, p. 228).

Entre a indisponibilidade do direito pressuposto para regular os conflitos sociais e a instrumentalidade do direito posto a serviço do poder, existe uma tensão insolúvel. Em tais circunstâncias, a justiça:

[...] não pode limitar-se à aplicação do direito em vigor, devendo assumir a tarefa produtiva de um desenvolvimento e de uma complementação do direito vigente. A autoridade do agente judicial provém do "método científico da fundamentação, portanto, dos argumentos de uma jurisprudência que procede cientificamente. [Isso requer] uma teoria que procura os argumentos legitimadores da legalidade na racionalidade procedimental embutida no discurso jurídico (HABERMAS, p. 244).

A incapacidade de o Estado fixar-se, em torno dos princípios constitucionais liberais de produção, circulação e aplicação da lei, fortalece o sentimento segundo o qual os atores judiciais agem com elevado grau de discricionariedade ideológica no exercício de suas funções. O comportamento das cortes judiciais, no âmbito penal, por exemplo, tende a favorecer os acusados das classes abastadas, proporcionalmente menos afetados por decisões judiciais condenatórias, em relação aos indivíduos suspeitos das classes subalternas. Com isso, crescem as suspeitas de que os grupos privados, detentores de poder econômico, político e de *status* social superior, costumam beneficiar-se do resultado das decisões judiciais nos casos particulares. Esse fato, comum em países sul americanos, ocorre, segundo autores como Odría (1995, p. 87), devido à:

[…] falta de coherencia encontrada en la jurisprudencia que otorga a los jueces un amplio poder discrecional en la decisión de las causas é prática comum, nos países Latinoamericanos, o encontro de juízes 'por separado com abvogados y partes'. Esse tipo de comunicação crea incentivos para una actitud corrupta y la falta de responsabilidad dentro del sistema judicial.

O caráter classista dos procedimentos judiciais não pode ser facilmente mensurado em razão da escassa presença de pesquisas de campo, relatando a ocorrência de sentenças judiciais condenatórias, junto aos acusados e detentores de posses materiais, influência política e prestigio profissional. O que comumente se observa é uma situação inversa na qual se permite estabelecer forte relação entre pobreza, baixa qualificação educacional e sentenças judiciais condenatórias (LIMA, 2001). De qualquer modo, os procedimentos que realmente validam a interpretação judicial da lei precisam ser retirados em parte, e de maneira ambivalente, dos princípios localizados na Constituição Federal.

2.1 A Constituição como Fonte de Estratificação das Decisões Judiciais

O caráter de estratificação das normas jurídicas (regras e princípios) e das fontes de decisão não constitui um fenômeno exclusivo da realidade atual. A crise do direito

formal abstrato resulta, desde o inicio, da tentativa de a sociedade capitalista dotar de reconhecimento fatores que vão além da racionalidade jurídico-formal e atendam aos imperativos políticos patrocinados pela razão de Estado. Desde então, afirma Santos (2000), acreditou-se na possibilidade recíproca de que o direito fosse reduzido ao Estado, e vice-versa. Para o autor, esses dois processos nunca foram simétricos, uma vez que o Estado reservou para si um certo excedente relativamente ao direito, bem presente nas áreas dominadas pela razão de Estado, onde os limites do direito são bastante imprecisos.

A politização estatal do Direito, sob formas diversas denominadas de direito técnico-científico, justifica a intervenção ampliada do poder político e contribui para a reconstrução de um tipo de poder estatal, organizado em torno de imperativos de classe. Interesses econômico e políticos exigem que a legitimidade requerida para o exercício do poder seja retirada, não a partir de considerações democráticas, mas de justificações técnico-jurídicas (SANTOS, 2000, p. 143).

A vigência do direito formal, enquanto parâmetro para balizar o alcance empírico das decisões judiciais, é levada a conviver com a diversidade progressiva das fontes de fundamentação e sentenças judiciais distintas. Essa tendência aponta para a indeterminação e pulverização do direito nas situações práticas. Boaventura Sousa Santos (2000, p. 121-122) acentua que essas características não são recentes, porém, distintas:

[antes e depois da sociedade feudal o que prevalece é o pluralismo jurídico. No caso especifico da sociedade feudal] havia (...) o direito feudal ou senhorial, o direito real, o direito dominial, o direito urbano e o direito mercantil. O fato de uma pessoa poder estar sujeita a diferentes ordenamentos jurídicos conforme a situação ou a sua condição, bem como a ausência de regras explícitas de delimitação dos diferentes direitos, tornavam o sistema jurídico complexo, pesado, caótico e arbitrário. [Um servo] podia apelar ao tribunal da cidade, um vassalo podia apelar ao tribunal da coroa, um clérigo podia recorrer ao tribunal eclesiástico para se proteger contra o rei.

Nas sociedades contemporâneas, o reconhecimento social e institucional do pluralismo jurídico, dentro de um contexto sócio-econômico, marcado por profundas divisões de classe, tende a provocar graves consequências sociais. O problema vem à tona sempre quando se pretende aceitar a livre concorrência entre tribunais populares ou justiça paralela, sob o comando de matadores de aluguel, justiceiros e grupos paramilitares atrelada à idéia de pluralismo jurídico, e os pressupostos que definem e conferem ao Estado Constitucional Democrático de Direito, o monopólio da produção e aplicação do Direito. Equiparar o Direito posto pelo Estado, com as modalidades de direitos informais, em questão, que circulam livremente na sociedade, significa abrir caminho para a institucionalização ampliada da barbárie e desacreditar o Direito Constitucional vigente, que deve garantir a todos as mesmas condições de demanda e acesso à justiça.

A superação dessa livre e desigual concorrência de direitos e de meios informais de solução dos conflitos exige superar a tradição cultural segundo a qual o Estado, em

regra, limita-se a conceder direitos abstratos de cidadania. A estrutura econômica e o conteúdo político das disputas põem a sociedade em movimento e sinalizam que a conquista e efetivação dos direitos são o resultado de árduas e incessantes lutas. A cidadania politicamente conquistada jamais pode se realizar sob a forma de simples concessão do poder de Estado. Por isso, o Estado Constitucional Democrático de Direito não pode efetivar-se sem organização e ação política dos sujeitos que compõem a sociedade civil. A esse respeito, a sociedade brasileira sempre presenciou a vigência do excesso de Estado para a elite e a fraqueza de organização e de intervenção política dos seguimentos sociais subalternos. Assim, a legislação e os aparelhos oficiais de Estado que deveriam, em abstrato, expressar a afirmação da diversidade cultural e a gestão de interesses econômicos irredutíveis são levados a fazer prevalecer, na prática, os interesses e as idéias dominantes, ao preço de exclusões estruturais que, desde o advento do Brasil republicano, têm marcado a vida social e política do País.

Apesar dos avanços econômicos, políticos e constitucionais das últimas décadas, os aparelhos de Estado costumam apresentar-se como potência fundadora e fiadora dos interesses gerais da sociedade. As elites político-burocráticas, que controlam os aparelhos de Estado, esperam que a multidão de indivíduos dispersos as reconheça como autoridades dotadas de poderes racionais superiores que pairam acima dos interesses reais que dividem e opõem os indivíduos e as classes sociais. Tais elites relutam admitir que o direito e a organização estatal não possuem autonomia plena frente ao interesses e à dinâmica real dos conflitos demandados pela sociedade civil. O Estado, ainda hoje, tende a apresentar-se ideologicamente como o produtor e não como o produto de um modelo econômico-político, organizacional e jurídico estabelecido. No plano das decisões e ações concretas, os tribunais continuam servindo aos interesses de uma elite econômica e política predatória, que se apropria privadamente do fundo público e comum do povo brasileiro, e esforça-se para desacreditar a efetivação de novos direitos e garantias constitucionais.

Sempre quando setores do Poder Judiciário se levantam em defesa da materialização dos direitos constitucionais coletivos encontram resistências, vindas de setores econômicos, políticos e midiáticos privados, acostumados a viver às expensas dos recursos controlados pelo Poder Público. O protagonismo judicial constitucional é encarado como uma ameaça à segurança jurídica, que beneficia os detentores do poder. Por isso, faz-se ecoar na grande mídia e no meio acadêmico a necessidade de modificar e excluir os direitos sociais fixados na Constituição. O avanço do protagonismo judiciário democrático afeta a pirâmide tradicional de distribuição do poder político, dos interesses econômicos neoliberais e das oligarquias nativas. Aos olhos dessas elites politicamente conservadoras, o lado democrático do Poder Judiciário representa o perigo de instabilidade das instituições, a sedimentação do caos e da incerteza jurídica e, por isso, exige-se a criação imediata de mecanismos de controle externo sobre o Judiciário em primeira instância. Esse foi o caso, por exemplo, das motivações políticas privatistas que, durante o segundo mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, justificaram a urgência da criação de súmulas vinculantes (aprovadas no Governo atual), como forma de quebrar resistências político-jurídicas internas, acelerar o processo de privatização do Estado e acalmar os ânimos dos investidores externos, interessados em adquirir ações de empresas estatais, recém-privatizadas.

Nessa perspectiva, a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, instituiu a chamada reforma do Poder Judiciário, criando dois mecanismos constitucionais que,

de certa forma, realizam (ou podem realizar) controle da atuação do Poder Judiciário e dos juízes: a súmula de efeito vinculante (art. 103-A) e o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B). A este foi concedido poderes para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, § 4º).

3 ESTADO CONSTITUCIONAL E FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS

Elegendo como ponto de referência os países capitalistas centrais, Boaventura Sousa Santos *et. al.* (1996), destacam as fases históricas do Estado Liberal, Estado-providência e crise do Estado-providência para avaliar o desempenho diferenciado dos tribunais nos diferentes períodos. De acordo com os autores, o protagonismo social e político dos tribunais constitui um fenômeno recente para a sociologia e a ciência política contemporânea.

Do final do século XIX à primeira guerra mundial, a teoria da separação dos poderes favoreceu o Legislativo. A aplicação do direito limitava-se à "subsunção lógica dos fatos à norma", sem fazer menção a fatores sociais, éticos e políticos. A ideologia liberal obteve a neutralização política do Judiciário, valorizando o caráter retributivo da lei e a solução de "litígios individualizados". Neste sentido, foi significativa a influência de Montesquieu (2000), reservando-se ao juiz o papel de mero aplicador da lei aos casos particulares, "a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor" (MONTESQUIEU, 2000, 175). A partir de 1920, o impulso econômico do capitalismo e o descolamento maciço de pessoas provocaram o aumento das desigualdades socioeconômicas, da criminalidade, da prostituição, da falta de habitação, da intensificação dos conflitos sociais, etc., exigindo mudanças da agenda política estatal (SANTOS, 2000, p. 33).

O fim da Segunda Guerra Mundial foi acompanhado por um novo período político no qual o Poder Executivo se expandiu continuamente e, por meio do instrumentalismo jurídico, exigiu a politização dos tribunais nos mais diversos domínios: criminal, trabalhista, administrativo, ambiental, econômico. Se, no início da formação do Estado moderno, o Judiciário foi concebido como poder político e, portanto, titular de soberania, essa definição adquire realismo na medida em que os tribunais, ao serem chamados a judicializar os conflitos sociais, interferem e confrontam com outros poderes. A independência corporativa e o desempenho reativo, centrados na microlitigação clássica e na ideologia de um Judiciário politicamente neutro, sucumbiram-se diante de novas situações que fortaleceram o Poder Executivo, o intervencionismo estatal, a constitucionalização do direito ordinário, a concessão e tutela de direitos coletivos.

No segundo período, a assimetria liberal burguesa, entre direito formal e justiça social, foi superada pela redefinição da relação entre Constituição, direito ordinário e tribunais.

Conceitos emergentes de justiça social impuseram mudanças significativas no que tange à validade e alcance dos litígios individualizados. Segundo Faria (1978), Constituição positivista definida como um "um sistema escalonado e gradativo de normas, as quais atribuem sentido objetivo aos atos de vontade, umas apoiando-se nas outras, formando um todo coerente e dependente de uma norma fundamental", confronta-se, em termos sociológicos, com a definição de constituição como um texto legal, produto da relação viva de forças sociais (FARIA, 1978, p. 49-51).

Nessa fase histórica, os países capitalistas centrais foram coagidos a arquitetar o surgimento do Estado-providência. No plano político, o colapso da teoria da separação dos poderes cedeu lugar ao fortalecimento do poder Executivo. Políticas estatais intervencionistas exigiram que os governos utilizassem o direito como instrumento para amortecer a força política desestabilizadora dos conflitos políticos e legalizar inúmeras reivindicações coletivas.

Esse novo padrão de intervencionismo estatal mostrou-se incompatível com o antigo esquema político-jurídico do Estado Liberal. A política de instrumentalização jurídica abriu caminho à explosão legislativa, à juridificação da realidade social e à quebra dos conceitos clássicos de previsibilidade e segurança jurídica. O antigo caráter retributivo-repressivo da legislação liberal deu lugar a era do Estado promocional. A conquista do direito à saúde, à habitação, à educação, ao trabalho decente, à aposentadoria por tempo de serviço, à proteção da natureza, etc., acirrou a tensão entre igualdade formal e justiça social. O direito individual à propriedade e o de proteção dos pactos elaborados por livre vontade tornaram-se opacos e relativos, uma vez que a distinção entre interesses e litígios individuais versus interesses coletivos passou a exigir que os primeiros fossem articulados aos segundos. A aparição de policiais, promotores e juízes, nas primeiras páginas dos jornais, na TV e na conversa entre os cidadãos na rua, encontra-se, portanto, relacionada à derrocada do capitalismo liberal e ao modelo de atuação dos tribunais naquele período.

Nessa perspectiva, observa Antoine Garapon (2001, p. 23-24) que os grandes debates sociais do final do século XX são realizados em processos judiciais de ampla repercussão, mantendo alerta a opinião pública por algumas semanas. Esse fenômeno ensejou um controle cada vez maior da justiça sobre a vida da coletividade. Afirma que "As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade. Os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso". Nesse contexto, que se impôs empiricamente sobre a vida das pessoas, poucas questões sociais fogem ao controle dos juízes.

Antoine Garapon (2001, p. 24) mostra que os juízes têm sido chamados a decidir questões localizadas nos mais variados setores da vida social, tais como na política, na economia, na vida privada e na moral. No campo *político*, os juízes, frequentemente, atuam como árbitros no que tange à moralidade política. Acrescente-se, no caso brasileiro, a atuação do Supremo Tribunal Federal, em especial, nos casos de comissões parlamentares de inquérito e de improbidade administrativa. Na *economia*, embora os negócios prefiram o anonimato das arbitragens à publicidade da Justiça, não tem sido raro os tribunais decidirem questões de conteúdo econômico. Práticas e negócios, entre privados, geram efeitos a incidirem sobre uma pluralidade de pessoas, que nada tem a ver com o lucro ou com o risco da atividade empresarial. É o que tem ocorrido, por

exemplo, no Brasil, em relação à energia elétrica e à telefonia. Tais efeitos jurídicos, freqüentemente maléficos, têm gerado a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. O espaço da *privacidade* tem sido objeto da atuação dos juízes. Estes precisam distinguir, por exemplo, os métodos educacionais, para traçar o limite entre a diferença cultural aceitável e inaceitável. Por outro lado, como tem sido comum no Brasil, os juízes têm atuado para inibir práticas capazes de violar a intimidade, a honra, a imagem e a vida privada. A dimensão *moral* tem sido matéria com a qual os juízes vêm se ocupando. Podem-se mencionar os polêmicos casos da anencefalia e a utilização de células-tronco. Essas questões, que apresentam elevado grau de complexidade, são submetidas à apreciação final dos juízes. Elas já não estão entregues aos cuidados do Criador, mas dependentes do que pensam os juízes.

O protagonismo político dos tribunais não poderia deixar de levantar questionamentos relativos à legitimidade, à capacidade e à independência do Poder Judiciário. No primeiro caso, alega-se que os juízes não são eleitos, portanto, questiona-se o intervencionismo Judiciário no Legislativo e no Executivo. No segundo caso, afirma-se que os tribunais dependem da intervenção de outras esferas da administração pública para "implementar de modo eficaz a política judiciária" (SANTOS et al., 1996, p. 30). Há quadro processual fixo, recursos humanos e infra-estruturais estáticos e, sempre que há aumento da oferta de justiça, ficam atados por não possuírem meios próprios para executar suas decisões. Nas situações em que a politização dos litígios é mais visível, os atores judiciais costumam ficar reféns dos serviços que escapam ao seu controle de jurisdição.

Os debates em torno da independência do Judiciário vêm sempre à tona quando ele confronta-se diretamente com áreas que adentram a fronteira do Legislativo e do Executivo. Este, por seu turno, toma decisões que os tribunais consideram de sua alçada. A carência de autonomia financeira e administrativa torna o Judiciário dependente da vontade de outros poderes para desempenhar suas funções, embora, com a Constituição de 1988, ele tenha adquirido certa autonomia. O debate político e a exposição midiática aumentam na medida em que as decisões judiciais afetam grupos sociais vulneráveis como os trabalhadores, as mulheres, os inquilinos, as crianças, os idosos e os consumidores.

No terceiro período, o aumento do desemprego, a crise fiscal do Estado e a redução dos recursos para financiar os desempregados, que deixam de contribuir com o sistema previdenciário, põem em cheque o prosseguimento das políticas sociais tuteladas juridicamente no período do Estado-Providência. Mudanças do sistema produtivo, desregulamentação das relações de trabalho, inovação tecnológica e difusão do modelo neoliberal rebatem diretamente no sistema de Justiça, condicionando-o a atuar sob a forma de massificação dos litígios, rotinização da justiça, e desempenho judicial por produtividade.

3.1 Globalização, Democracia e Desafios dos Tribunais nos Países Periféricos

Desde 1970, o agravamento da crise do Estado-providência abre caminho para que as disputas na esfera civil e econômica avancem na direção de uma legalidade negociada entre "normas programáticas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados". A maior complexidade dos litígios, contemporânea à explosão das desigualdades socais e da retração de direitos coletivos, põe em movimento demandas que exigem conhecimentos técnicos sofisticados nas áreas jurídica, econômica e informacional. Sem prejuízo dos princípios constitucionais em defesa do "garantismo processual, da igualdade formal, dos direitos processuais, da imparcialidade, da possibilidade de recurso", observa-se a diminuição da fronteira entre "criação e aplicação do direito". A maior complexidade dos negócios requer o "uso frequente de cláusulas gerais, conceitos indeterminados, princípios de boa fé e equidade, pressão formal e informal sobre os juízes. Esses, são constrangidos a agirem mais como mediadores do que julgadores" e, portanto, dispostos a aceitarem um tipo de "normatividade negociada" (SANTOS et al., 1996, p. 59).

O colapso do Estado promocional, configurado por um forte conteúdo econômico, investimento em infra-instrutora e concessão de direitos econômico-sociais imprimiram grande visibilidade política aos tribunais. Já, no terceiro período, a mobilização do direito penal para combater a corrupção nas três esferas de poder, o narcotráfico, responsabilização dos abusos do poder político e da administração pública, garantiu a exposição dos tribunais na mídia e no centro do debate político.

Em termos macroestruturais, o processo histórico que resultou na politização dos tribunais nos países capitalistas centrais repercute no modelo de funcionamento do Judiciário nos países capitalistas periféricos. A função dos tribunais depende do nível de desenvolvimento e importância econômica de cada país no sistema econômico global e do tipo de cultura jurídica dominante de cada país, a qual se instaura mediante desenvolvimento próprio, adoção voluntarista de modelos externos e colonização (SANTOS et al., p. 31). Esse conjunto de fatores, define aspectos como autotomia, desempenho e alcance do protagonismo político dos tribunais diante de outras esferas institucionais de poder.

No caso dos países capitalistas periféricos, observa-se uma distância enorme entre Constituição, direitos ordinários e falta de vontade dos tribunais em concretizá-los. Para isso, concorre uma série de fatores como conservadorismo dos juízes, um sistema de ensino centrado em concepções jurídicas retrógradas, uma rotina que segue a pauta da justiça retributiva, uma cultura jurídica que ignora a garantia de direitos e ausência de ativismo dos tribunais para enfrentar a corrupção externa e interna, arraigada nos aparelhos de Estado.

Em países como o Brasil, o Poder Judiciário é fortemente atrelado ao Poder Executivo. As demandas requeridas em face das *razões de Estado,* encampadas pela constelação política que está à frente do poder de Estado, prevalecem sobre uma série de princípios democrático-populares firmados e garantidos pela Constituição vigente. A falta de tradição democrática contribui para que o poder político de uma pequena elite, de extração oligarca, inverta prioridades e coloque em suspeição a viabilidade fática dos direitos constitucionais supraindividuais e se esforce para manter inalterado o rol de imunidades jurídicas que garante a reprodução da impunidade. Nesse sentido, a luta pela independência do Judiciário é precária e parcial. As investidas das elites políticas dominantes e das grandes corporações econômicas, para minar o controle dos tribunais, vão no sentido de transferir certas áreas de litigação dos tribunais comuns para tribunais

especiais sobre o controle do Poder Executivo e, simultaneamente, manter o controle sobre a formação, recrutamento, promoção dos juízes e sujeição financeira dos tribunais ao império do poder político. (SANTOS et al., p. 43-44). Registre-se, no entanto, que do ponto de vista estritamente jurídico, o Poder judiciário tem autonomia administrativa e financeira assegurada na Constituição Federal (art. 99). Contudo, tem-se advertido para os riscos que podem representar para sua autonomia as atividades do Conselho Nacional de Justiça (FACHIN, 2008, p. 474).

Não se pode ignorar, todavia, que, nas últimas décadas, vem se observando uma presença maior das instituições na vida cotidiana das pessoas. Uma gama significativa de pleitos que no passado eram debatidos no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo, atualmente é levada à apreciação do Poder Judiciário. Este Poder, cuja tradição é resolver litígios entre duas pessoas que defendem seus respectivos direitos privados, passou a ser chamado para resolver questões as mais variadas que foram surgindo na sociedade. Ocorreu uma transformação. Estudiosos dos mais variados campos do conhecimento têm constatado esse fenômeno:

A ampliação do controle normativo do Poder Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas é tema central das muitas discussões que hoje se processam na ciência política, na sociologia jurídica e na filosofia do direito. O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativa (CITTADINO, 2002, p. 17).

Esse novo espaço público, no sentido que lhe dá Hannah Arendt, destaca a presença de novos atores. O mais atuante deles é o Ministério Público. Ao lado de vários legitimados, como os partidos políticos, as confederações e as associações de classe, ele tem legitimidade para realizar amplo controle sobre a validade dos atos dos demais agentes estatais. Isto tem contribuído decisivamente para que fosse possível se falar no fenômeno da judicialização da política e das relações sociais.

A democracia representativa encontra-se em crise. E, talvez por isso, assiste à emergência de outras instâncias de regulação social dos conflitos. Nesse processo generalizado, destaca-se o Poder Judiciário, gerando o fenômeno conhecido por juicialização da política e das relações sociais.

Uma vasta literatura tem identificado nesses avanços do direito, dos seus procedimentos e de suas instituições elementos de corrupção da vida republicana e de perda de civismos (...) Nessa interpretação, a tendência contemporânea de buscar aquisição de direitos no Judiciário, contornando as instituições da democracia representativa, tem sido entendida como uma patologia característica das sociedades democráticas (...) que estariam conhecendo um movimento de migração do lugar simbólico da democracia para a justiça (VIANNA & BURGOS, 2002, p. 368).

O Estado do Bem-estar Social exigiu a intervenção estatal. Primeiro, a do Legislativo, que deveria municiá-lo com leis que atendessem às demandas sociais; depois, a do Executivo, que assumiu o papel de normatização em face da urgência exigida para responder às necessidades sociais. Isso mudou as características do direito, que passou a ser provisório, indeterminado, incerto e temporário. Nesse contexto, o Poder Judiciário passou a atuar para completar o sentido da lei (VIANNA & BURGOS, 2002, p. 376-378).

Nas últimas décadas, o histórico de desigualdade social, submissão econômica externa e controle político interno, sob o domínio das elites tradicionais, tem sido questionado em países como o Equador, Bolívia e Venezuela. O conceito habitual de democracia representativa vem dando lugar a um novo formato político-constitucional que, através da noção de plurinacionalidade, concebe a *diversidade* sócio-cultural de maneira mais ampla. Países como o Equador, sinalizam a passagem da resistência política intercultural à afirmação do reconhecimento à "plurinacionalidade". No plano institucional, novos direitos foram incluídos e, apesar de a prática ainda ser marcada pela exclusão, empobrecimento, invisibilidade e opressão dos pobres e dos povos indígenas, o projeto constitucional emergente busca construir um novo projeto político, "outra forma de cultura, de convivência, de territorialidade, de institucionalidade do Estado" (SANTOS, 2008, p. 1).

O novo jogo de forças propõe modificar as estruturas institucionais de poder, rebater o antigo conceito homogeneizador de democracia e cultura e admitir que a diversidade não significa desintegração. O momento político em curso prevê ruptura com o colonialismo europeu que impôs, aos países em questão, um modelo liberal, estático e racista de democracia. O suposto processo de descolonização não foi uma ruptura entre *nativos* e *dominantes* de fora, mas um plano pensado e arquitetado "pelos descendentes dos colonizadores, não pelos povos originários" (SANTOS, 2008, p. 2). A radicalidade do discurso e da ação política nesses países rechaça o consenso ideológico e etnocêntrico formulado pelas elites brancas dominantes que admitem tácita ou abertamente que "um índio é só um índio" ou que o biotipo dos atuais presidentes eleitos, no Equador e na Bolívia, é subdesenvolvido, com o propósito de desqualificá-los e destituí-los do poder. O desafio em curso entre os mandatários do poder político e dos movimentos sociais que os apóiam é superar a arquitetura política convencional e estática de divisão do poder e instituir "uma nova institucionalidade, outra territorialidade, (...) outro modelo de desenvolvimento (...) econômico", oposta ao modelo tradicional de democracia representativa que exclui a maioria nas decisões. As novas formas de participação inclusivas prevêem a articulação entre democracia ocidental representativa e participativa com a "de origem comunitária, como as formas indígenas", já previstas nas constituições daqueles países (SANTOS, 2008, p. 3).

A longa experiência de vida indígena em diversos continentes testemunha a existência de povos transnacionais e, ao mesmo tempo, portadores de "sua identidade nacional indígena e [da] cidadania de seu país". A experiência canadense mostra, por exemplo, que brancos e índios não precisam ser os mesmos para serem canadenses. Há várias maneiras de pertencimento e formas de convivência que podem ser construídas à base do consenso, reconhecimento das diferenças, outra forma de cooperação nacional, unidade na diversidade (SANTOS, 2008, p. 4-5). Por esses motivos, a afirmação da

idéia de plurinacionalidade jamais poderia caber na aritmética simplista e etnocêntrica da democracia representativa ocidental que não evitou a exclusão e o extermínio dos povos indígenas nos países em questão.

4 CONCLUSÃO

Apesar de avanços significativos decorrentes do processo de democratização da vida política do País, é preciso reconhecer que a eficácia das constituições democráticas, como a brasileira, a qual afirma uma série de princípios voltados à defesa e proteção de direitos individuais e coletivos, encontram forte oposição devido à persistência de práticas e mentalidades sedimentadas pelo conservadorismo político, preconceitos étnicos e legalismo positivista, presentes no universo social, acadêmico e na rotina dos tribunais.

O quadro mental de valores incorporados pelo positivismo sociológico não representa obstáculos para que os menos instruídos, trabalhadores informais e vastas etnias indígenas, permaneçam sendo excluídos de direitos e sirvam como fonte contínua de alimento à reprodução de uma elite econômica predatória e da máquina punitiva e criminalizadora do Estado. A ideologia conservadora, que aceita as alegações históricas dos mandatários do poder de Estado para isentá-lo do dever de efetivar os direitos indispensáveis à cidadania, adicionada à prática seletiva do sistema de justiça penal, contribui para reproduzir a crença social e jurídica nos valores metafísicos de respeitabilidade e confiança e utilizá-los como critérios para classificar e separar índios, excluídos e marginalizados dos brancos moralmente sadios, portadores de diploma escolar e de emprego formal veneráveis pelo mercado. Basta dizer, por exemplo, que o título que confere cidadania, em face do tipo de ocupação que o indivíduo exerce e o nível de escolaridade que obtém, possui sólida reverência moral e jurídica na mentalidade das elites políticas e judiciárias.

Quando se compara o grau de tensão entre exigências constitucionais que optam por afirmar a precedência da materialização dos direitos coletivos, em relação aos pressupostos ético-morais do *bom comportamento* socialmente esperado, nota-se que a elite judiciária ainda titubeia em conferir eficácia, aos direitos e garantias sociais fundamentais, que ampliam o exercício da cidadania. Assim, contribui para retardar o desmoronamento da noção perversa de um tipo de segurança jurídica que convive com o histórico de exclusões e desigualdades estruturais. Esse tipo de opção judicial, ao negar a efetivação de direitos garantidos pela constituição em vigor, contribui para castigar os setores sociais desprovidos de condições econômicas, de organização política e de educação formal adequada.

REFRÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CITTADINO, Gisele. Judicializacão da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-42.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. São Paulo: Método, 2008.

FARIA, José E. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

HABERMAS, J. **Direito e democracia***:* entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

GARAPON, Antonio. **O Juiz e a Democracia**: o guardião das promessas. 2 ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

KOERNER, ANDREI. O DEBATE SOBRE A REFORMA JUDICIÁRIA. NOVOS ESTUDOS CEBRAP**, N.54, P.11-26, JUL. 1999.**

lima, Cezar Bueno de. Direito e Previsibilidade: sentenças judiciais para os crimes de estelionato em Londrina. 2001. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política) – Universidade Federal do Paraná.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NANNI, Giovannni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz.** 1998. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1998.

ODRÍA, Alberto Borea. Corrupción y Justicia en América Latina. **Contribuicionoes,** Buenos Aires, n.4, p.163-180, oct./dic.1995.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas das sentenças.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

SADEK, Maria Tereza. Estudos sobre a justiça no Brasil. Seminário As Ciências Humanas Na Virada Do Século: Globalização, Modernidade E Cultura, 1996, Londrina. **Anais...** Londrina: UEL, 1996.

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

_____. ET. AL. OS TRIBUNAIS NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS. REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS SOCIAIS, **SÃO PAULO, N.30, P.29-59, 11 FEV.1996.**

_____. **A Descolonização da América Latina e os Direitos Indígenas**. Disponível em: <http://www.viomundo.com.br/voce-escreve/a-descolonizacao-da-america-latina-e-os-direitos-indigenas/>. Acesso em: julho de 2008.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. v. 2. Brasília: UnB, 1994.

_____. **Economía Y sociedad***:* Esbozo de sociología comprensiva. v. 2. México: Fondo de Cultura Económica, 1947.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio. **O Poder Judiciário***:* crises, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcelo. Evolução Processual do Direito e Democracia Progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 337- 491.

As sentenças judiciais condenatórias dizem respeito a indivíduos portadores de baixo grau de escolaridade, réus primários ou reincidentes. A pesquisa em questão mostrou que os eventuais acusados e portadores de nível escolar superior foram absolvidos.

DESAFIOS DO PODER LEGISLATIVO

A CORRUPÇÃO POLÍTICA E SEU ESTUDO À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN E DE SUA PROJEÇÃO NOS SISTEMAS JURÍDICO E POLÍTICO*

LA CORRUPCIÓN POLÍTICA Y SU ESTUDIO A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS SOCIALES DE NIKLAS LUHMANN Y DE SU PROYECCIÓN EN LOS SISTEMAS JURÍDICO Y POLÍTICO

Ana Cristina Melo de Pontes Botelho

RESUMO

Tendo em vista que a corrupção política traz malefícios inestimáveis para a concretização, em nosso País, do Estado Democrático de Direito, bem assim para a realização de direitos sociais básicos, como saúde e educação, optamos por estudá-la a partir da inovadora Teoria Sociológica desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, que coloca os sistemas sociais, dentre os quais o sistema jurídico e o sistema político, como sistemas autoreferenciais ou autopoiéticos de comunicação. Nessa teoria, a moral permeia toda a convivência social e se faz presente em todos os sistemas que compõem o sistema social mais amplo que é a Sociedade. Após estudarmos a autopoiese dos sistemas jurídico e político, vimos que, no caso brasileiro, o sistema jurídico não se reproduz autopoieticamente, tal como teorizado por Luhmann, mas de forma alopoiética, pois sofre interferências constantes do sistema político. O sistema político, por sua vez, também sofre limitações a sua autopoiese, diante das pressões advindas do ambiente social. Observamos que a corrupção política não mais é praticada de maneira individual, vez que as práticas corruptas alcançam uma dimensão sistêmica, à medida que abarcam todo um sistema social e trazem interferências intersistêmicas impróprias. Percebe-se, então, a necessidade de limitação da influência recíproca entre o sistema jurídico e o sistema político, cabendo à Constituição funcionar como acoplamento estrutural entre esses sistemas, limitando as zonas de contato entre ambos e provocando um incremento da irritabilidade recíproca, o que proporciona maiores possibilidades de que o sistema jurídico registre decisões políticas em forma jurídica e de que a política se utilize do sistema jurídico para por em prática os seus objetivos. Essas possibilidades de transformação do direito positivo, no entanto, não podem levar a um uso do sistema jurídico para a obtenção de poder político, com propensão à prática ou à facilitação da ocorrência da corrupção política.

PALAVRAS-CHAVES: ÉTICA. POLÍTICA. CORRUPÇÃO POLÍTICA. AUTOPOIESE. ALOPOIESE. AUTOREFERÊNCIA. HETERORREFERÊNCIA. SOCIEDADE. SISTEMA POLÍTICO. SISTEMA JURÍDICO. INTERFERÊNCIAS INTERSISTÊMICAS. COMUNICAÇÃO. SISTEMA. ENTORNO.

RESUMEN

Teniendo en cuenta que la corrupción política trae maleficios inestimables para concretar, en nuestro país, el Estado Democrático de Derecho, así como para realizar los

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

derechos sociales básicos, como salud y educación, optamos por estudiarla a partir de la innovadora Teoría Sociológica desarrollada por el sociólogo alemán Niklas Luhmann que pone los sistemas sociales, entre los cuales el sistema jurídico y el sistema político, como sistemas autoreferenciales o autopoiéticos de comunicación. En esa teoría la moral permea toda la convivencia social y se hace presente en todos los sistemas que componen el sistema social más amplio que es la Sociedad. Luego de haber estudiado la autopoiesis de los sistemas jurídico y político, vimos que en el caso brasileño el sistema jurídico no se reproduce autopoieticamente, tal como previsto por la teoría de Luhman, pero de forma alopoiética, pues sufre interferencias constantes del sistema político. El sistema político a su vez también sufre limitaciones en relación a su autopoiesis ante las presiones que vienen del sistema social. Observamos que la corrupción política ya no es practicada en forma individual, ya que las prácticas corruptas alcanzan una dimensión sistémica mientras abarcan todo un sistema social y traen interferencias intersistémicas impropias. Percíbese entonces la necesidad de limitar la influencia recíproca entre el sistema jurídico y el sistema político, debiendo la Constitución funcionar como conexión estructural entre esos sistemas, limitando las zonas de contacto entre ambos y generando um incremento de irritabilidad recíproca, el cual proporciona mayores posibilidades de que el sistema jurídico registre decisiones políticas en forma jurídica y de que la política utilice al sistema jurídico para poner en práctica sus objetivos. Esas posibilidades de transformación del derecho positivo, sin embargo, no pueden llevar a un uso del sistema jurídico para obtener poder político con la propensión a practicar o facilitar la ocurrencia de corrupción política.

PALAVRAS-CLAVE: ÉTICA. POLÍTICA. CORRUPCÍON POLÍTICA. AUTOPOIESIS. ALOPOIESIS. AUTOREFERENCIA. HETEROREFERENCIA. SOCIEDAD. SISTEMA POLÍTICO. SISTEMA JURÍDICO. INTERFERENCIAS INTERSISTÉMICAS. COMUNICACIÓN. SISTEMA. ENTORNO.

INTRODUÇÃO

A ética política é ditada por objetivos sociais que devem ser alcançados, diferenciando-se da ética do cidadão comum. Trata-se de uma ética funcionalizada, pois não pode ser visualizada do ponto de vista particular, mas público, uma vez que é voltada para o serviço da sociedade. Nesse sentido, a atividade política requer uma ética mais exigente, haja vista que o cargo político não é propriedade particular, mas constitui uma delegação de toda a sociedade.

Destarte, a falta de ética no exercício da atividade política é mais nociva que a falta de ética nas relações entre cidadãos comuns, pois, no primeiro caso, afeta toda a coletividade, e no segundo, tão-só, as relações particulares. O espaço da função pública não está reservado à privacidade, haja vista que o político não é um cidadão comum, mas um cidadão que tem um dever moral muito mais elevado.

A exigência da ética na política, na verdade, precede a própria normatização, e vinha funcionando como pura principiologia moral, uma vez que mesmo sem norma jurídica que tratasse a moralidade como princípio constitucional (só a partir da CF/88 a

moralidade foi tratada como princípio constitucional), o político não estava autorizado a fazer o que quisesse no seu âmbito de atuação, ou seja, o poder não poderia tudo.

Ocorre que, ao longo da evolução humana, as regras éticas de convivência foram sendo decantadas e o direito passou a funcionar como um mínimo ético necessário à convivência dos homens. Nessa linha evolutiva, sentiu-se a necessidade de regras éticas para regular o exercício do poder, as quais foram implantadas paulatinamente no ordenamento jurídico brasileiro, dentre as quais se pode destacar a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 9.429/92), importante instrumento legal, posto a serviço de toda a sociedade.

Muito embora seja muito comum o estudo filosófico da relação da moral com a política e com o direito, tem-se que essas relações podem ser estudadas sob um prisma sociológico. Assim, à luz da inovadora Teoria Sociológica desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann[1], que coloca os sistemas sociais, dentre os quais o sistema jurídico e o sistema político, como sistemas auto-referenciais ou autopoiéticos de comunicação, e na qual a moral aparece como permeando toda a convivência social, estando presente em todos os sistemas que compõem o sistema social, analisaremos essas relações e a aplicabilidade da Teoria aos sistemas jurídico e político brasileiros.

A SOCIEDADE NA VISÃO LUHMANNIANA

A sociedade é encarada por Luhmann como altamente complexa, assim ele a estuda sob a forma de sistemas, com o intuito de buscar a redução da complexidade social moderna. A Teoria dos Sistemas é ainda bastante jovem, e a sua adequação ao domínio das ciências sociais ocorreu em meados da década de oitenta do século passado, sendo sua aplicação ao domínio das ciências jurídicas evento ainda mais recente. Por isso, estamos diante de uma teoria em pleno desenvolvimento, o que significa que não só os fundamentos da transposição da teoria biológica para a teoria sociológica encontram-se em discussão, como também a confirmação empírica das bases da teoria autopoiética. Destarte, nas palavras do próprio Luhmann, “a edificação da teoria se assemelha mais a um labirinto que a uma autopista de final feliz.”[2]

Dessa forma, a unidade da Sociologia é pura complexidade, de forma que ela não reclama para si mesma o reflexo total da realidade do objeto, tampouco o esgotamento de todas as possibilidades do seu conhecimento. Apesar disso, muito embora não possa conhecer seu objeto na totalidade, a teoria será autoreferencial à medida que a partir de seus próprios objetos vai aprender algo sobre si mesma.

É importante que se diga que a aplicação da teoria dos sistemas no domínio das ciências sociais possibilita a construção de uma lógica racional, mesmo desvinculada da experimentação, dificilmente aplicada no âmbito das ciências sociais. Nesse sentido, Antoni J. Colon coloca que:

[...] o enfoque sistêmico é uma forma de racionalidade não-experimental, mais objetiva, porém, do que a mera racionalidade do discurso ontológico. Transforma-se assim em

uma espécie de terceira via, apoiada entre a narração objetiva da ciência e os relatos subjetivos da filosofia.[3]

Para superar lacunas epistemológicas decorrentes da dificuldade da experimentação, uma teoria sociológica exige, no que concerne à solidez e capacidade de enlace para dentro e para fora, disposições técnicas e teóricas distintas e não, em último lugar, a incorporação da reflexão sobre a complexidade da própria teoria.

Importa ressaltar que a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann tomou por base os estudos neurofisiológicos desenvolvidos pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, na área da Biologia, por meio dos quais colocaram a idéia de que o que caracteriza um sistema vivo, animal ou vegetal, em relação aos demais é a sua autonomia, razão pela qual funcionam como verdadeiras máquinas autopoiéticas. No espaço físico, a autopoiese constitui, segundo eles, "a condição última, necessária e suficiente, da própria vida"[4].

A riqueza das analogias da teoria e o potencial heurístico das hipóteses formaram um instrumento atrativo de investigação e construção teorética para vários domínios do saber humano, como a biologia molecular, as ciências físicas e matemáticas, a cibernética, dentre outros, alcançando, inclusive, o domínio das próprias ciências sociais.[5]

Destarte, a obra do sociólogo Alemão Niklas Luhmann encontra-se inserida num contexto de movimento científico interdisciplinar. Por meio de sua obra referencial, Sistemas Sociales – Lineamientos para uma teoria general (*Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*), transpôs a teoria autopoiética para o domínio das ciências sociais, o que lhes proporcionou uma nova e autônoma dimensão.[6]

Importa frisar que Luhmann buscou na teoria estruturalista-funcional de Talcott Parsons, de quem foi aluno na Escola de Administração Pública em Harvard e obteve lições que mudariam significativamente sua trajetória pessoal, o suporte necessário para a criação de uma teoria que analisasse as diferenças dos sistemas. O foco luhmanniano passou a ser função dos sistemas, diferentemente de Parsons que tinha na estrutura destes o foco central do seu estudo.

A AUTOPOIESE DOS SISTEMAS SOCIAIS

O modelo traçado por Luhmann traz, muito fortemente, a questão da clausura organizacional dos sistemas sociais e das suas reproduções autoreferenciais (autoorganização e autopoiese), ocupando, portanto, um papel estratégico na nova postura epistemológica adotada, a qual foi responsável por uma radical mudança de paradigma (*paradigmawechsel*) no domínio das ciências sociais em geral.

Hoje em dia, a Teoria dos Sistemas é um conceito unificador de significados e níveis de análises muito diversos. Dessa maneira, encontram-se nela e nos esforços interdisciplinares a ela relacionados, mudanças profundas de paradigma e quiçá

revoluções científicas no sentido de Kuhn. Pensa, então, Luhmann que a Teoria Sociológica pode ganhar muito se for incluída nesse desenvolvimento.

Nesse contexto, a sociedade é encarada como um sistema social global, sendo os sistemas que a compõem organizacionalmente fechados, pois operam segundo uma lógica circular (circularidade) e auto-referencial, ou seja, autopoiética. Assim, além de serem auto-organizados e reproduzirem-se por conta própria, tornam-se independentes do meio que os envolve, ou seja, do seu entorno (ambiente).

O conceito de sistema autoreferencial fechado não está em contradição com a abertura do sistema ao entorno. As operações autoreferenciais fechadas funcionam mais como forma de ampliação dos possíveis contatos com o entorno. Mas, é importante que se diga que essa relação processa-se mediante seleções e que a reprodução autopoiética depende de uma homogeneidade suficiente de operações que definem a unidade de uma tipologia determinante do sistema.[7]

Nas ponderadas palavras de José Engrácia Antunes, o sistema social é "um sistema autopoiético de comunicação, ou seja, um sistema caracterizado por um perpetuum móbile auto-reprodutivo e circular de actos de comunicação que geram novos actos de comunicação."[8] O que Luhmann observa é que os sistemas sociais aplicam a si mesmos as características próprias do conceito de sistema, por exemplo a diferença entre dentro (sistema) e fora (entorno).[9]

Na perspectiva teórica luhmanniana, a sociedade[10] pode ser vista como um sistema social autopoiético global de primeiro grau que encerra toda a comunicação, sendo as informações, que processam e fazem a distinção entre o sistema e o ambiente que o envolve, essenciais para que seja mantida a autopoiese do sistema social. Para que o fluxo autopoiético mantenha a sua continuidade faz-se necessário que a informação seja compreendida pelo receptor, daí a necessidade de estabelecimento da comunicação.

Essa tão falada comunicação não é possível sem que "alter" faça depender seus atos da atuação de "ego" e sem que ambos pretendam conectar seus comportamentos. Invocando Parsons, Luhmann coloca que não se trata só de sintonizar e coordenar comportamentos, mas também de uma condição básica de possibilidade de ação social.

Dessa maneira, há que se falar em "alter" e "ego" sob a perspectiva de um potencial aberto de determinação de sentido[11]. Assim, para que a comunicação tenha andamento e o sistema possa absorver do entorno as informações que necessita para se desenvolver, as situações com dupla contingência requerem um mínimo de observação mútua e de expectativas baseadas no conhecimento.

Dentro de um contexto de necessidade de comunicação, o papel da linguagem destaca-se por possibilitar um entendimento mútuo e a diminuição das fontes de incerteza entre alter e ego, aumentando a probabilidade de compreensão da comunicação.[12] Dessa forma, por ter a linguagem ampla possibilidade comunicativa, enseja variações no processo evolutivo da sociedade.[13]

Nessa linha teórica, os sistemas auto-referenciais se observam mutuamente, dispondo de uma capacidade própria de processamento da informação. Observam ao outro, como um sistema em um entorno, como *input* e *output*, aprendendo, em cada caso, a forma auto-

referencial dos sistemas, e tomando por base sua perspectiva de observador. Assim, pode-se gerar uma ordem emergente condicionada pela complexidade dos sistemas que vão surgindo, que têm uma complexidade que não se pode controlar ou calcular.

Luhmann denomina essa ordem emergente de Sistema Social, que é um sistema precisamente porque não existe nenhuma certeza básica de seu estado, tampouco prognósticos acerca do seu comportamento. Nesse contexto, surgem sistemas também emergentes como os subsistemas jurídico e político.

Assim, nesse novo paradigma epistemológico, a diferença entre o todo e as partes é substituída pela diferença entre sistema e entorno, o que faz com que a totalidade não mais seja pensada como a simples soma das partes.[14]

Isso leva a que a nova Teoria dos Sistemas alcance uma complexidade mais elevada e se mostre mais adequada para o estudo dos fatos e acontecimentos sociais, dentre os quais a corrupção, considerada por Luhmann como sendo uma imperfeição da natureza humana, mas que especialmente quanto às partes dominantes deve ser melhor analisada, uma vez que elas devem alcançar a retidão de juízo e de vontade. Sobre este fato social, altamente preocupante na sociedade moderna ou pós-moderna, tal como denominada por Teubner, e sobre a relação do ser humano com o todo e com as partes a que pertencem, Luhmann escreve que:

El riesgo de un conocimiento y una voluntad tan extrapolados (capaz de equivocarse o apartarse) se hizo visible, en general, **en la corrupción o, más precisamente, en la imperfección de la naturaleza humana**. Surge así la necesidad de diferenciar entre la parte dominante e la parte dominada. [15] (grifo nosso)

Interessa registrar, também, que além de serem regidos por uma autopoiese própria e particular, os sistemas sociais têm como base reprodutiva os sentidos, o que significa que os seus elementos constitutivos não são os seres humanos individuais, mas as comunicações. Destarte, no domínio dos fenômenos sociais, a unidade básica de análise é o ato comunicativo, consistindo o sistema social em sistema autopoiético de comunicação. Assim, a sociedade, considerada como sistema social mais abrangente ou de primeiro grau, seria um sistema complexo caracterizado pela organização auto-reprodutiva e circular dos atos de comunicação.

Dessa maneira, à luz da análise até agora empreendida, vê-se que a Teoria dos Sistemas Sociais proporciona um rompimento com o ponto de partida estabelecido por Kant, que é o sujeito. Substitui o conceito de sujeito pelo conceito de auto-referência do sistema, removendo este conceito do seu lugar clássico (consciência humana, sujeito), para o campo do objeto, de forma que os sistemas reais são vistos como objeto da ciência. Nessa linha, o conceito de auto-referência designa a unidade constitutiva do sistema consigo mesmo, independentemente do ângulo de observação dos outros.

Graças à auto-referência e ao esquema de apreensão do sistema, a informação se processa dentro do sistema, podendo reduzir ou aumentar a complexidade, razão pela qual entende Luhmann que só é possível a evolução das formas de sentido com uma maior capacidade para adquirir e processar a informação. Dessa maneira, com um processamento de informação que seja pleno de sentido, a relação entre sistema e seu

entorno adquire uma forma de expressão compatível com a alta complexidade e a interdependência.

A Teoria da Autopoiese aparece, então, como uma superteoria usada para explicar a evolução das sociedades modernas desenvolvidas com base na diferenciação funcional. Destarte, partindo da constatação de que a sociedade é um sistema que se caracteriza pela organização auto-reprodutiva e circular dos atos de comunicação, Luhmann coloca que por intermédio desse circuito comunicativo desenvolvido no seio da sociedade, surgem outros circuitos comunicativos que vão se gerando a si próprios e se desenvolvendo paulatinamente até atingirem um grau de complexidade e perficiência na sua organização auto-reprodutiva.

Desse processo evolutivo resulta um código binário específico que faz com que os circuitos comunicativos emergentes tornem-se autônomos com relação ao sistema social geral, originando com isso sistemas sociais autopoiéticos ditos de segundo grau, que pressupõem a existência de códigos binários específicos para cada subsistema. Destarte, nas palavras de Luhmann, "[...] La teoria geral de sistemas sociales pretende abarcar todo el campo de la sociologia y, por ello quiere ser una teoría sociológica universal."[16]

A AUTOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO

Buscando elaborar normas gerais sobre a evolução do direito, Luhmann empreende estudo sobre as diferenças entre as culturas, que compreende sociedades arcaicas, altas culturas (sociedades antigas) e sociedade moderna. Nas palavras do sociólogo:

Isso significa que na passagem da sociedade arcaica para as altas culturas, e destes para as sociedades modernas, modificam-se aqueles dispositivos que garantem a formação de generalizações conscientes de expectativas comportamentais, e com isso muda a forma de vigência do direito.[17]

Isso significa que, diante da crescente complexidade da sociedade e dos sistemas que a compõem, é necessária a combinação dos três mecanismos a seguir listados, para que o improvável torne-se provável, ou seja, para que se garanta a manutenção das expectativas comportamentais normativas, mesmo diante da complexidade aqui mencionada. São eles: 1) mecanismos de geração na variedade no sentido de uma superprodução de possibilidades; 2) mecanismos de seleção das possibilidades aproveitáveis; 3) mecanismos de manutenção e estabilização das possibilidades escolhidas, apesar do campo de escolha permanecer complexo e contingente.[18]

Destarte, enquanto o centro de gravidade da superprodução de possibilidades localiza-se no nível normativo, o mecanismo da institucionalização do direito atua como fator de seleção, no sentido de que a escolha de novas expectativas será feita a partir de um consenso de terceiros. Finalmente, a estabilização é conseguida por meio da fixação de sentido transmitido por meio da linguagem. A evolução e inter-relação entre esses três mecanismos têm como base comum a complexidade social.

No estudo da diferenciação funcional do direito, não pretende Luhmann identificar uma única causa para que ela aconteça, mas, por meio do estudo das culturas, encontrar meios de elaboração de hipóteses gerais acerca a evolução do sistema jurídico.

Adverte o professor Cristiano Paixão que: "(...) A intenção do autor compreende, na verdade, o estudo das diferenças entre as culturas (sociedades arcaicas, altas culturas e sociedade moderna), para que seja plausível a elaboração de hipóteses gerais acerca da evolução do direito."[19]

Ao estudar a evolução histórica do processo de diferenciação do direito, Luhmann coloca, em relação às sociedades arcaicas, que o princípio fundamental que as regia era o do parentesco e que seu traço básico era a baixa complexidade do sistema social (havia uma diferenciação segmentária, caracterizada pela estrutura da sociedade em tribos, clãs e famílias).

Com relação ao direito das sociedades antigas (alta cultura), argumenta que, nesse período, o grau de complexidade era mais elevado. Já havia uma mudança de enfoque com relação à dimensão normativa e uma diferenciação funcional, mesmo que incompleta. A dominação política pode então ser identificada e o direito passa a reger a relação entre os indivíduos, que atuam independentemente de opções. O que se desejava era que fosse possível a convivência juridicamente sustentável entre homens livres.[20] Luhmann destaca como conquista evolutiva fundamental do direito das sociedades antigas a institucionalização do procedimento judicial e a desvinculação das decisões do poder ou do consenso, dada a prevalência das orientações normativas.[21]

Nesse ponto, esclarece o professor Cristiano Paixão que o direito precisa, então, absorver as incertezas por meio dos complexos sistemas processuais, e que o fato de as decisões não mais serem influenciadas por questões de poder exige a incerteza dos resultados e a neutralidade do Juiz. Ressalta, no entanto, em nota de rodapé que: "Trata-se, por evidente, de uma exigência simbólica, concretizada por uma ética jurídica; não significa – nem essa é a preocupação teórica de LUHMANN, afirmar que a esfera decisória já estivesse inteiramente autonomizada em relação a outros planos do poder."[22]

Saliente-se, porém, que Luhmann impõe fortes restrições à certificação da objetividade das decisões, pois, segundo ele, as sociedades mais antigas eram menos sensíveis aos componentes subjetivos, pessoais e 'causais' da decisão jurídica. Apesar disso, os sistemas processuais atingem uma nova integração das diferentes perspectivas dos participantes. Mas o objetivo final é a redução da complexidade e a absorção das incertezas.

Outrossim, percebe-se que o apelo à moral é um forte componente do direito nas sociedades antigas, o que requer a fixação de sentido e permite a ordem normativa tratar e decidir as controvérsias jurídicas, adquirindo o direito um alto grau de abstração. Sobre a questão moral Luhmann escreve que: "Os postuladores de seus próprios direitos se submetem à moral e à razão pretensamente genéricas, a partir das quais o juiz então decidirá a seu favor ou não."[23]

Ressalta Luhmann que as variações mais expressivas e definidas da cultura jurídica que colocava o direito como uma ordem dependente de critérios definidos a priori e

universais foram expressas no direito romano e a na *common law* anglo-saxônica. Ambos possuem características e conceitos eminentemente técnicos em termos jurídicos e processualmente referenciados, sem incluírem ainda a noção de um sistema objetivo de normas.[24]

O Direito Natural surgiu como uma nova forma de observar o direito, e representou uma evolução da sociedade antiga em relação à sociedade arcaica, vez que a ética passou a ser entendida como uma filosofia prática. Então seria ele (o Direito Natural) uma forma moral generalizada? Na visão luhmanniana o que se buscava era um ideal de justiça que, nas sociedades antigas, passou a ser um símbolo para a congruência do direito.

Nas sociedades modernas, no entanto, Luhmann não encara a separação do direito e da moral sob um ponto de vista estático tradicional, por meio da delimitação do conteúdo dessas categorias do conhecimento humano. Na visão sistêmico-evolutiva, o direito desagrega-se da moral, autonomizando-se, por assumir a função de generalizar congruentemente as expectativas normativas. Nesse sentido, afirma o autor que: "com a separação mais acentuada entre o direito e a moral, o direito se afasta da função de um regulador de escrúpulos no sentido de uma certificação de uma identidade autonormatizada de uma personalidade individual."[25]

A moral[26], nessa visão teórica, permeia os subsistemas sociais tal como o sistema jurídico, atuando como meio redutor de conflitos e polêmicas destes, não formando um subsistema específico, o que faz com que possa apresentar-se em qualquer âmbito da sociedade. Luhmann, então, defende à amoralidade dos sistemas sociais diferenciados funcionalmente, a exemplo do sistema jurídico.[27]

Nessa perspectiva, a fim de que sejam afastados os obstáculos para a reprodução normal das operações nos sistemas parciais da sociedade, a moral atua produzindo efeitos reducionistas de polêmicas e conflitos. A comunicação por ela produzida toma por base o que é bom e o que é mal, referindo essa distinção a pessoas. Codifica-se, assim, segundo Luhmann, pela possibilidade de atribuir estima ou desestima pelas pessoas.[28]

Explica o sociólogo que a moral não coincide com a ética, devendo ser esta concebida como uma teoria de reflexão da moral. Destaca que a sociedade medieval européia garantia uma justificação moral da ordem hierárquica sobre a qual se fundava e que a combinação de moral e religião, típica da época, permitia dispor de uma ordem social integrada com a base de uma única moral, cujas alternativas poderiam ser, tão-só, o caos ou a barbárie. A sociedade moderna, no entanto, não possibilita a integração moral, haja vista que com a diferenciação funcional é difícil obter um consenso global e esperar formas de reciprocidade, já que há disposição para correr riscos, mas não para suportar os perigos advindos das decisões dos outros.[29]

Em continuidade, coloca que fins egoístas podem criar a base do autruísmo, e que, por outro lado, as melhores intenções podem ter más conseqüências. Nessas condições, entende que não há que se perguntar onde estão as condições morais da moralidade. Em meio a essa confusão paradoxal, vê que a saída é observar a realidade num plano de amoralidade mais elevada, concluindo nesse ponto que: "La ética debería dejar de considerar la moral como una empresa buena y debería poner en cambio poner en guardia con respecto a su uso y sus efectos.[30]"

Questionando-se sobre se é possível uma ética, o autor responde que a sociologia não pode responder a essa pergunta. Pode-se, sim, expressar dúvidas sobre a possibilidade de uma ética que quer se ocupar de relações sociais e ao mesmo tempo considerar-se a si mesma como boa. Teríamos, então, que imaginar uma ética que refletisse tanto sobre o lado positivo quanto sobre o negativo, ocupando-se de questões como "quando se deve distinguir o bem do mal", "quais são as condições positivas para a utilização de um juízo moral." Uma das condições é concernente a um dos pressupostos fundamentais da moral: a liberdade de juízo[31].

Nesse contexto teórico, vê-se que o sistema jurídico é funcionalmente diferenciado da moral[32], graças ao desenvolvimento de um código binário próprio, qual seja: lícito/ilícito, o que assegura a sua auto-reprodução sistêmica, por operar numa rede autopoiética, ou seja, circular e sistêmica[33]. Constitui, auto-referencialmente, seus próprios componentes sistêmicos não podendo substituir as funções específicas de outros sistemas, devido à autonomia peculiar de cada um deles. Assim, somente o sistema jurídico pode definir e mudar o direito. Todavia, pela sua abertura cognitiva aos acontecimentos do entorno, não se pode descartar a incorporação de normas morais éticas, que adquirem validade quando selecionadas por um código interno próprio.

Como a teoria autopoiética tem por base a unidade e a identidade dos sistemas auto-referenciais, tem-se que a sobrevivência dos sistemas pressupõe a necessidade de manutenção da capacidade de auto-regulação, não se deixando influenciar diretamente por uma lógica aberta de *inputs-outputs* com o meio envolvente, chamado por Luhmann de entorno.

Sobre a relação entre sistema e entorno, importa destacar que ela é, para Luhmann, o ponto de partida para qualquer análise teórico-sistêmica. Ou seja, é considerada o paradigma da Teoria dos Sistemas. Nesse sentido, para que os sistemas possam se constituir e se manter hão que existir a conservação da diferença com o entorno e também limites para regular a referida diferença. É esta que leva à auto-referência, fazendo com que a conservação dos limites leve a própria conservação do sistema.[34]

Assim, o entorno alcança sua unidade somente por meio do sistema, não se confundindo com ele. Ademais, cada sistema tem um entorno distinto, guardando com ele a sua referência, ressaltando-se que o entorno não tem capacidade de auto-reflexão, tampouco de ação, havendo uma complexidade inerente a ambos, o que exclui formas totalizantes de dependência entre eles.[35]

Quanto à complexidade, ressalta que ela é inerente tanto ao sistema quanto ao entorno e que é talvez o ponto de vista que expressa com mais força as experiências problemáticas da moderna investigação dos sistemas[36]. Tem ela assumido, então, uma função catalizadora, já que representa contingência, risco[37].

Na visão do autor, os sistemas complexos necessitam adaptar-se não só ao seu entorno, mas também a sua própria complexidade (adaptação própria e da própria complexidade), tendo que enfrentar improbabilidades e insuficiências internas, para poder desenvolver disposições construídas expressamente, no sentido de reduzir condutas divergentes, tornando possível a existência de estruturas dominantes.

O desenvolvimento dos sistemas não pode estar alheio às trocas realizadas com o entorno, tendo também que ter em conta outros aspectos de adaptação que encontram sua razão de ser na auto-adaptação[38]. A adaptação é, então, a relação simples entre sistema e entorno, estabelecendo-se, nesse caso, uma tautologia segundo a qual os sistemas podem adaptar-se ao entorno, o entorno ao sistema e vice-versa.

Há uma impossibilidade de observação direta do meio envolvente (exterior) por sistemas de natureza auto-referencial, já que a unidade de um sistema e a diferença entre sistema e entorno não pode ser apreendida por um observador externo, devendo ser um produto interno do sistema, por meio do processo de auto-observação.

Nessa linha de raciocínio, analisando mais especificamente o sistema jurídico e a autopoiese que lhe é própria, cumpre assinalar que Teubner, retomando a idéia lançada por Luhmann da autopoiese do sistema social, defendeu que o direito é um subsistema social autopoiético de comunicação, e que se tornou autônomo do sistema social geral graças a um código próprio e diferenciado, com estabilidade suficiente para funcionar como referência de um processo de auto-reprodução recursiva, circular e fechada de comunicações especificamente jurídicas.[39]

O sistema jurídico aparece, então, como auto-referencial e auto-reprodutivo dos atos de comunicação que lhe são particulares. É, então, como visto, um subsistema comunicativo normativamente fechado inserido numa estrita e inexpugnável alternativa binária: lícito/ilícito[40].

Frise-se que a teoria autopoiética aplicada ao sistema jurídico, tem sido encarada por alguns como a fonte de uma nova forma de positivismo jurídico, e, por vezes, como suporte teorético-legitimador de programas político-jurídicos neoliberais. Relativamente a essas hipóteses, Teubner coloca que a teoria dos sistemas auto-referenciais (autopoiéticos) apenas delineia de forma mais elaborada a concepção da autonomia do sistema jurídico, não havendo, no entanto, exclusão da existência de interdependências entre o sistema jurídico e os demais subsistemas sociais, o que quer dizer que normas sociais, morais, econômicas, dentre outras, só passam a adquirir validade no sistema jurídico quando selecionadas por um código interno próprio desse sistema (critérios de relevância próprios do sistema).

A teoria autopoiética do sistema jurídico ainda se depara com o problema de como conciliar a aparente contradição de que constrói internamente a sua própria realidade jurídica (auto-referência) e ao mesmo tempo está exposto à influência de uma realidade extrajurídica em constante mutação. A fim de resolver essa contradição, Luhmann menciona como mecanismos de contato intersistêmico os acoplamentos estruturais que, apesar do seu caráter restritivo, facilitam a influência do entorno (ambiente) sobre o sistema.

É importante que se diga que os acoplamentos estruturais não introduzem por si, normas no sistema jurídico, mas provocam nele irritações. Outrossim, não seriam possíveis sem que os sistemas autopoiéticos fossem funcionalmente autônomos, por sua clausura operativa. Há, assim, uma genealogia comunicativa comum, o que quer dizer que muito embora os subsistemas sociais desenvolvam sua própria autopoiese, participam da comunicação social geral, significando que se por um lado não podem ser ultrapassadas as fronteiras do discurso comunicativo geral e conseqüentes construções da realidade,

por outro são possíveis articulações recíprocas pontuais entre subsistemas que utilizam o sentido nos atos de comunicação (interferência).

Dessa forma, traça-se resposta convincente para a aparente contradição gerada entre a construção da realidade jurídica interna própria e a influência da realidade extrajurídica, haja vista o estabelecimento de distinção fundamental entre a clausura normativa e a abertura cognitiva dos subsistemas sociais, aí incluído o sistema jurídico.

Por essa forma, pode-se dizer que a clausura autopoiética do sistema jurídico não implica autismo sistêmico, mas ao contrário, uma condição para a abertura aos acontecimentos produzidos pelo entorno. Esses eventos estimulam os processos evolutivos internos de seleção dos subsistemas.

Destarte, diferentemente da Teoria Biológica da Autopoiese, o fechamento operativo não leva à determinação integral do sistema jurídico por si mesmo, mas abre condições para a abertura, de forma que os acontecimentos do ambiente são observados, o que possibilita uma combinação entre abertura e fechamento.

No tipo de fechamento estudado por Luhmann, a diferença entre o lícito e o ilícito é condicionada pelo entorno (heterorreferência). A autodeterminação do direito teria, então, seu fundamento nas expectativas normativas e cognitivas, segundo as quais se por um lado o direito constitui um sistema normativamente fechado, por outro é cognitivamente aberto, ou seja, recebe influência do meio no qual é produzido.

Assim, a auto-referência do sistema jurídico é feita por meio de conceitos, enquanto que a heterorreferência se constrói, paulatinamente, por intermédio da assimilação de interesses. Mesmo diante do fato de que as expectativas normativas não são determinadas diretamente pelos fatores ambientais, o sistema jurídico pode assimilá-los. As expectativas cognitivas, por sua vez, representam a capacidade de reciclagem do direito positivo, diante das mudanças contínuas no meio que o envolve. Dessa forma, a normatividade do sistema jurídico mostra-se sensível às alterações que ocorrem no ambiente, pois diante de um fechamento auto-referencial, há abertura cognitiva ao ambiente, o que leva à capacidade de conexão entre o ambiente interno e o ambiente externo.

Mesmo com a necessária interferência de fatores ambientais, diante da relevância da adequação e modernização do direito às expectativas normativas da sociedade, o direito não pode ser neutralizado, subutilizado ou desvirtuado em razão de interferências do sistema político, por exemplo.

Para que o direito caracterize-se como sistema autopoiético, faz-se necessária a conexão entre fechamento normativo e abertura cognitiva. Nessa linha, enquanto o direito é normativamente simétrico e cognitivamente assimétrico temos um sistema autopoiético que tem por função a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas.

CRÍTICAS A AUTOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO

Gunther Teubner, em seu livro “O Direito como Sistema Autopoiético” lança a seguinte indagação: constituirá o direito um sistema autopoiético? Poder-se-á considerar que o sistema jurídico constitui um sistema que se reproduz a ele próprio? Responde, imediatamente, com um convicto sim, colocando que “o direito constitui um sistema autopoiético de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoiético de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo.”[41]

Ressalta, no entanto, que a definição não é aceita pacificamente, quer pelos setores que recusam toda a teoria autopoiética, representados por Lempert, Maintz e Rottleuthner, quer por aqueles que mesmo defensores ferrenhos da teoria da autopoiese, vêem a definição de forma cética, como Maturana, Varela, Hejl e o próprio Luhmann.[42]

Segue explicando que as primeiras críticas provêm de autores vinculados às ciências biológicas que, por considerarem que a autopoiese é própria dos domínios científicos-naturais da produção da vida orgânica, negam que o direito como fenômeno social seja capaz de desenvolver uma autopoiese própria e independente.[43] Mesmo assim, Teubner reconhece que há uma tendência de esse setor reconhecer certa influência do caráter autopoiético dos sistemas vivos nos sistemas sociais, respondendo às críticas da seguinte maneira, *verbis*: “a autopoieses social e jurídica contradistingue-se da autopoiese biológica pelas suas propriedades emergentes; sistemas autopoiéticos de grau mais elevado exigem sempre como base a formação de círculos auto-referenciais novos e de diferente tipo.”[44]

Um outro aspecto que gera controvérsias diz respeito a como as “forças produtivas” da autopoiese jurídica se reproduzem. Lançam-se, então, as seguintes perguntas: o que ou quem se produz a si próprio? Qual o papel dos agentes humanos nesse contexto? Maintz, por exemplo, teme que a justiça se torne uma mulher sem ventre ou desligada de qualquer raiz social e das suas forças motrizes fáticas. Daí surge nova indagação: que elementos do sistema jurídico – juristas, organizações jurídicas, normas jurídicas, argumentação jurídica – se poderão considerar como “produzindo-se” reciprocamente entre si, no sentido estrito do termo? Em resposta, Teubner enfatiza que:

[...] os elementos envolvidos no processo de auto-reprodução não são apenas os elementos do sistema relativos à comunicação – os atos jurídicos –, mas verdadeiramente todos os elementos pertencentes a esse sistema – estruturas, processos, limites, identidade, funções, prestações.[45]

Quanto às críticas traçadas pelos sociólogos, coloca que tomam por base a ‘clausura circular’ do direito como sistema autopoiético e o fato de a clausura operativa poder levar a um novo formalismo jurídico. Essa postura, segundo Teubner, é compreensível, uma vez que o direito é visto como um sistema aberto, que molda e é moldado pelo meio social envolvente.[46]

A última objeção, citada por Teubner, diz respeito à idéia de hiperciclo, tida por alguns como rebuscada e duvidosa para justificar o caráter autopoiético do direito. Menciona, que Luhmann, por exemplo, propõe soluções mais simples, como: “os subsistemas sociais perfazem a sua organização autopoiética pela mera produção de elementos

próprios.” Teubner entende que essa solução estabelece rigidez para o conceito de autopoiese jurídica, ou seja, ou o direito se reproduz ou não se reproduz a si mesmo.[47]

Assim, defende a autonomia e autopoiese do sistema jurídico, colocando, no entanto, que elas deveriam ser entendidas como conceitos gradativos, pois ao analisar a evolução histórica do direito ou de um sistema jurídico-positivo, em particular, sempre se pode identificar graus de autonomia. Defende, porém, que a perspectiva de estudo desse fenômeno deve ser mais elaborada e complexa que a traçada por Luhmann, utilizando-se, para isso da teoria do ‘hiperciclo’ formulada por Eigen e Schuster. Conclui, assim, seu raciocínio nos seguintes termos:

[...] um sistema jurídico se torna autônomo na medida em que consiga constituir os seus elementos – ações, normas, processos, identidade – em ciclos auto-referenciais, só atingindo o termo perficiente da sua autonomia autopoiética quando os componentes do sistema, assim ciclicamente constituídos, se articulem entre si próprios por sua vez, formando um hiperciclo.[48]

Marcelo Neves, por sua vez, em contraposição à teoria da autopoiese do sistema jurídico, defende que em havendo uma assimetrização externa que permeia a própria orientação normativa, surge o problema da alopoiese, que é uma negação à auto-referência operacional do direito. Na alopoiese, o subsistema jurídico passa a ser determinado por injunções diretas do meio ambiente, perdendo o sentido a distinção que se fazia entre o fechamento normativo e a abertura cognitiva.[49]

Destarte, opõe-se à teoria da autopoiese, segundo a qual o direito tem pretensões ao isolamento, pela sua auto-referência/auto-subsistência, a teoria da alopoiese do direito segundo a qual o sistema jurídico não é auto-subsistente, vez que não pode prescindir dos microssistemas formados pelas mais diversas relações sociais, pois o direito não pode ser tido como superior e imune ao contexto social que o cerca.

Ao discutir sobre o dogma autopoiético, o professor Marcelo Neves sustenta entendimento no sentido de que:

é intransponível o modelo Luhmanniano da autopoiese à realidade jurídica da modernidade periférica, destacadamente no Brasil. As sobreposições particularistas dos códigos político e econômico às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade do sistema jurídico. Em lugar da autopoiese, está a alopoiese do Direito. Isso significa que não surge uma esfera de juridicidade apta a, de acordo com seus próprios critérios e de forma congruentemente generalizada, reciclar as influências advindas do seu contexto econômico e político, como também daquilo que os alemães denominam de ‘boas relações’. O intrincamento do(s) código(s) jurídico(s) com outros códigos atua autodestrutiva e heterodestrutivamente. O problema não reside, em princípio, na falta de abertura cognitiva (hetero-referência ou auto-referência), mas sim no insuficiente fechamento operacional (auto-referência), que obstaculiza a construção da própria identidade do sistema jurídico.[50]

A AUTOPOIESE DO SISTEMA POLÍTICO

Com respeito ao sistema social e sua relação com o sistema político, esclarece Luhmann que a sociedade é um sistema social onicompreensivo que ordena todas as comunicações possíveis entre os homens. Nesse contexto, o sistema político aparece como um dos seus subsistemas que vem se diferenciando de outros subsistemas como religião, ciência, economia, educação, dentre outros. O sistema político, como os demais, atualizam a sociedade segundo um ponto de vista próprio, partindo de uma perspectiva particular de sistema e entorno. Coloca, então, que:

El sistema científico e el sistema educativo pertenecem así al entorno social del sistema político, y este último pertenece a su vez al entorno de la educación y de la economia. Esta distinción no permite que las demandas de las distintas funciones de la sociedad puedan ser acrescentadas y sean realizadas progresivamente.[51]

O sistema político, particularmente, tem por função a realização dos fins coletivos por meio de decisões vinculantes[52], sendo formado, como sistema autopoiético, pela diferenciação da política em relação aos outros subsistemas sociais e pelo estabelecimento de um código binário específico de "poder ou não-poder". Nas palavras de Luhmann "la función que há provocado la diferenciación del sistema político puede caracterizar-se como el empleo de la capacidad de imponer (Parsons: effectiveness) decisiones vinculantes."[53]

Funda-se o sistema político em três espaços comunicativos distintos, quais sejam: política, administração e público[54]. Não são estes, no entanto, novos sistemas autopoiéticos, mas têm a função de produzir decisões coletivamente vinculantes, próprias do sistema político.[55]

Os partidos políticos têm a função de direcionar a vontade da sociedade, proporcionando o surgimento de canais de comunicação essencialmente políticos, que além de se posicionarem entre o público e a política, servem como mediadores desses espaços comunicativos.[56] A Administração, por sua vez, fazendo uso dos seus corpos técnicos especializados, produz e influencia a seleção de projetos para a política. Já o público exerce sua influência sobre a Administração, por meio do direito de petição e pela participação em processos administrativos de formação da vontade estatal.[57]

Utilizando-se de uma concepção de espaços comunicativos, não mais prevalece uma relação de poder hierarquizado como única forma de expressão política, o que faz com que a busca da regulação do sistema político por meio do controle do poder institucionalizado perca o sentido.[58]

Há que se destacar, então, que sendo um sistema autopoiético de segundo grau, o sistema político tem um entorno interno à sociedade, formado pelos sistemas sociais de segundo grau, e um entorno externo à sociedade composto pelos sistemas psíquicos e viventes[59]. Um problema típico de sistemas auto-referentes como o sistema político em suas interferências intersistêmicas é a tendência a um curto-circuito que decorre do déficit de percepção do meio ambiente, o que produz comunicação pautada tão-só na auto-observação.

Essas deficiências na observação do ambiente proporcionam crises de governabilidade e governança e a conseqüente disseminação de decisões políticas não implementáveis e incapacidade de decidir politicamente. Destarte, faz-se necessário viabilizar a heterorreferência do sistema político. Segundo Luhmann e Di Giorgi, o meio para a consecução desse objetivo é a atuação da opinião pública. Eles irão afirmar que esta serve como heterorreferência na comunicação entre público e política[60].

Sabendo que o sistema político é estruturado tridimensionalmente pela Política, Administração e Público, tem-se que na relação entre a Política e o Público a referência ao ambiente se faz mediante a referência à opinião pública. Já nas relações entre a Política e a Administração a relação com o ambiente se dá por meio da referência a pessoas que ou ocupam ou têm potencial para ocupar cargos políticos e administrativos, e aqui há uma grande possibilidade de potencialização da corrupção política e administrativa. Finalmente, no relacionamento entre a Administração e o Público, destaca-se o papel do direito, que atua como instrumento de tecnicização do poder e de regulação do relacionamento entre a Administração e o Público.[61]

RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA JURÍDICO E POLÍTICO

Sabendo que a corrupção política decorre da dissociação da ética do exercício da atividade política, vimos no direito positivo, quando bem estruturado normativamente e aplicado, um dos meios capazes de reduzir bastante os níveis de corrupção política. Em sendo assim, buscaremos, à luz da teoria luhmanniana, mostrar como se relacionam o sistema jurídico, de onde emana o direito positivo, e o sistema político, de onde desponta a atividade política.

É a diferenciação funcional que produz as condições para que ocorra um acoplamento estrutural entre diferentes sistemas funcionais, como o jurídico e o político.[62] Instituições, como Constituição, contrato, propriedade, conforme já mencionadas, vão adquirindo formas que tornam possíveis acoplamentos estruturais entre sistemas sociais como o jurídico e o político.

Importa deixar assente, no entanto, que os acoplamentos estruturais não introduzem nunca normas do entorno no sistema do direito, provocando tão-somente irritações sistêmicas, ruídos, perturbações[63]. Mesmo estando submetido, de maneira irrestrita, às pressões do entorno social, o sistema jurídico é incapaz de concentrar-se em determinadas perturbações. Sem os acoplamentos estruturais para estabelecer as relações dos subsistemas sociais, o direito, no sentido moderno do uso da palavra, permanece como algo corrompido, por não perceber a realidade do entorno.[64]

Com relação às normas e sua relação com o combate à corrupção, Luhmann enfatiza que o problema não reside exclusivamente no combate à corrupção, ou nas normas de combate a corrupção, tampouco na imposição destas. O problema de fundo está, na realidade, em saber quais são os acoplamentos estruturais relacionados aos subsistemas que tornam possível substituir (reemplazar) a corrupção e, ao mesmo tempo, diminuí-la,

e que apoio do acoplamento permite uma maior influência do entorno no sistema do direito.[65]

Muito embora esse problema ainda encontre-se sem solução, é importante registrar que o sistema social tem a função de formar o direito, função essa que está referida a um problema que resulta do acoplamento estrutural da sociedade com o seu entorno[66]. Outrossim, o direito é irritado pelos sistemas de consciência (psíquicos), o que faz com que surjam novas possibilidades de o sistema desenvolver novas formas de acoplamento estrutural em relação com os sistemas sociais que compõem o entorno interno do direito[67].

Ressalta Luhmann que é por volta do ano de 1800, com o surgimento do novo conceito de Constituição, que surge a capacidade de acoplamento entre o sistema político e o sistema jurídico. As Constituições foram, então, importantes conquistas evolutivas[68] que contribuíram efetivamente para a diferenciação funcional entre direito e política, permitindo o fechamento recíproco dos dois sistemas e sua recíproca irritabilidade e independência.

A Constituição funciona como princípio de sustentação da ordem jurídica e política do País e como fundamento de validade do direito positivo. Nesse sentido, a Constituição é lei válida que deve ser interpretada e aplicada, o que faz com que do ponto de vista jurídico a inovação resida no caráter positivo desta lei e na incorporação ao direito positivo da diferença entre o direito constitucional e os outros direitos.[69] A Constituição mostra que é no próprio sistema jurídico que se deve basear todo o direito, o que faz com que o direito constitucional adquira vantagem com relação à autonomia.[70] Na visão teórica luhmanniana, a lógica constitucional não mais se baseia em uma diferenciação hierárquica de planos, mas numa diferença entre o interno e o externo[71] (sistema e entorno).

Nesse contexto, buscam as cartas constitucionais soluções políticas para o problema da auto-referência do direito e soluções jurídicas para o problema da auto-referência da política, na concepção luhmanniana. Por conseguinte, a Constituição que conforma e determina o Estado assume um sentido diferente em ambos os sistemas, sendo para o sistema jurídico uma lei fundamental e suprema e para o sistema político um instrumento político que assume um duplo sentido, ora de política instrumental, modificando situações, ora de política simbólica, não modificadora de situações. É, então, possível que o sentido jurídico e político da Constituição se desenvolvam separadamente, o que se faz patente em um incremento da irritação recíproca.[72]

O autor, no entanto, reconhece que em muitos países em vias de desenvolvimento a Constituição serve mais como um instrumento de política simbólica, uma vez que não se realiza a clausura operativa do sistema jurídico ante as influências políticas e de outras forças sociais. Coloca a respeito do simbolismo constitucional, citando em nota de rodapé a obra do professor Marcelo Neves, que[73]:

El uso exclusivamente simbólico de las Constituciones sirve a la política para proceder como si el derecho la limitara e irritara y para abandonar las verdaderas relaciones de poder a la comunicación de los entendidos. Sin embargo, en un sentido pleno, la 'Constitución', como logro evolutivo, cumple su función únicamente bajo el supuesto de la diferenciación funcional y la clausura operativa de los sistemas político y jurídico.

Y es precisamente el carácter latente de esta premisa (su desconocimiento), lo que há hecho posible la evolución de este logro.[74]

Com relação à positivação do direito, observa Luhmann que esse fenômeno representa um imenso potencial para a ação política, haja vista que esta se ocupa constantemente de eleger as modificações. Por conseqüente, *"para el sistema político, positivización del derecho significa plantear exigencias excesivas a la política, en particular, bajo la decisión estructural por la democracia."*[75]

Particularmente, com relação ao controle da corrupção política no Brasil, entendemos que, realmente, são necessárias exigências excessivas do direito positivo em relação ao exercício da política dentro de um contexto de ética de responsabilidade, no sentido adotado por Max Weber, para que se permita a máxima redução da corrupção política e a máxima concretização dos direitos sociais delineados pela Carta Magna de 1988. Sempre há, então, que se questionar a legalidade e legitimidade das modificações jurídicas tendentes a afrouxar o controle da corrupção política individualmente considerada, sem perder de vista, por sua dimensão, o fenômeno da corrupção sistêmica constantemente exercida pelo sistema político no sistema jurídico.

Dessa maneira, vistas as inter-relações entre o sistema jurídico e político e percebida a necessidade de limitação da influência recíproca entre o direito e a política, percebe-se o papel fundamental que a Constituição exerce ao funcionar como acoplamento estrutural entre esses sistemas, limitando as zonas de contato entre ambos e provocando um incremento da irritabilidade recíproca, o que proporciona maiores possibilidades de que o sistema jurídico registre decisões políticas em forma jurídica e de que a política se utilize do sistema jurídico para por em prática os seus objetivos. Essas possibilidades de transformação do direito positivo não podem levar a um uso do sistema jurídico para a obtenção de poder político, com propensão à prática ou à facilitação da ocorrência da corrupção política. Se não vejamos:

Puede observarse, entonces, en esta forma de acoplamiento estructural, que otras posibilidades son efectivamente excluídas. 'Otras posibilidades' significa concretamente por ejemplo: utilización de posiciones jurídicas en la economia (riqueza, control jurídico sobre oportunidades políticamente importantes) para la obtención de poder político; el terror político; **la corrupción política**. En tanto que **el sistema político, por una parte, y el sistema jurídico, por outra, se encuentren vinculados a través del poder 'privado' de la presión, el terror y la corrupción, ninguno de los dos – si es que es posible, en absoluto diferenciarlos – puede adquirir un grado alto de complejidad.**[76] (grifo nosso)

Diante dessa perspectiva, tendo adquirido a Constituição forma escrita, muito embora seus fundamentos teóricos já existissem e se fundamentassem no direito natural, não há como negar que ela é o sustentáculo da ordem jurídica e política de um País e que não pode sucumbir a pretensões espúrias de facções políticas que queiram desvirtuá-la em prol da obtenção do poder político e econômico, por meio de práticas de corrupção política.

Sendo ela um sustentáculo não só da ordem jurídica e política de um País, mas do próprio Estado Democrático de Direito, hão que se buscar meios de garantir a sua observância.

Nessa ambiência teórica, que considera o direito e a política como subsistemas sociais e a Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, a corrupção sistêmica ocorre quando há um bloqueio da Constituição, que é deturpada de forma sistemática pela pressão de conformações particulares de poder. Nesse sentido, a constitucionalidade e a legalidade são postas de lado de conformidade com a relação concreta de poder.

Também, quando a política afasta-se dos vínculos ao código lícito/ilícito, expondo-se aos particularismos relacionais e exigências econômicas, o que impede a sua reprodução autônoma, tem-se a corrupção sistêmica. Assim, o código lícito/ilícito não funciona de forma eficiente como um segundo código da política, o que implica, nas palavras do professor Marcelo Neves "Uma deficiente legitimação pelo procedimento", impondo " 'apoios' particularistas como mecanismos supridores da falta de legitimação política (generalizada) do Estado como organização"[77].

Dessa forma, com os bloqueios recíprocos entre direito e política, termina acontecendo uma sobreposição destrutiva do código do poder sobre o código lícito/ilícito, uma vez que este não é suficientemente forte para enfrentar a força do código político[78]. A Constituição, então, não mais atua como acoplamento estrutural entre a política e o direito.

Temos observado que o grande impulso para a disseminação da corrupção sistêmica instalada no Estado Brasileiro e, em larga escala, no âmbito parlamentar, é justamente a imprópria e descabida dissociação que há entre a ética e a política.

Hodiernamente, de forma sorrateira, muitos ocupantes do Poder querem dissociar a ética da política. Assim o fazem para que os fins políticos desejados possam ser alcançados, razão pela qual as questões éticas são relegadas, postas numa espécie de segundo plano. Essa vertente separatista encontra respaldo em Maquiavel, que enfocou em sua teoria que há um campo da política que é distinto do da ética.

Ora, não vislumbramos como a imagem da política pode estar dissociada da ética, pois esta tem que penetrar nos desdobramentos da política, dada a premente necessidade de sua estruturação ética. Em se dissociando da ética, a política perde sua capacidade intrínseca de realização de direitos sociais básicos delineados na CF/88. Não faltam, infelizmente, entre nós exemplos de agressões à Constituição, dentre as quais podemos destacar as freqüentes condutas omissivas dos nossos governantes, diante da necessidade de instauração de políticas públicas efetivas para o combate a miserabilidade que assola nosso povo, bem assim as condutas comissivas por eles adotadas, por meio das quais agem sub-repticiamente para obter vantagens para si e para os que com eles compactuam na realização de um projeto de poder.

Portanto, a ligação entre a ética e a política não pode se romper, sob pena de se instalar um campo bastante fértil para a não concretização do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, o direito faz uma interface entre ambas, não as substituindo, mas harmonizando-as.

Muito embora reconheçamos a supremacia do direito, temos que levar em conta a autonomia das questões políticas no campo da política (sistema político), das questões jurídicas no campo do direito (sistema jurídico) e das questões éticas no campo da ética

(moral), autonomias essas que não implicam dissociação entre o direito e a ética, o direito e a política, e o política e a ética, de forma que o sistema jurídico pode ter normas que punam, de forma austera, aqueles que ameaçam a concretização de direitos sociais básicos, como por exemplo saúde e educação.

CONCLUSÃO

Ao empreendermos um estudo sociológico da questão da corrupção política, utilizando como base a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, tentamos delinear os contornos essenciais da teoria e mostrar as suas contribuições paradigmáticas para a sociologia jurídica. Vimos como se dá a autopoiese dos sistemas sociais, oportunidade em que traçamos considerações específicas sobre a autopoiese do sistema jurídico e as críticas a ela dirigidas, a autopoiese do sistema político, a relação entre os sistemas jurídico e político e destes com a ética (filosofia moral).

Vimos, todavia, que para o caso brasileiro (sociedade dita periférica), o sistema jurídico não se reproduz autopoieticamente, tal como teorizado por Luhmann, visto que assimetrizações externas permeiam a orientação normativa. Reproduz-se de forma alopoiética, já que sofre interferências constantes do sistema político. Há, assim, negação à auto-referência operacional do Direito. O sistema político também sofre limitações a sua autopoiese diante das pressões advindas do ambiente social.

Destarte, com base na análise sociológica ora realizada, buscamos mostrar que a corrupção política não mais é praticada de maneira individual, com base em desvios de conduta próprios aos homens que se encontram no poder, mas que as práticas corruptas do sistema político alcançam uma dimensão sistêmica, à medida que abarcam todo um sistema social e trazem interferências intersistêmicas impróprias.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade:* no rastro do pensamento de Hanna Arendt. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

CORTINA, Adela. *Ética*. São Paulo: Loyola, 2005.

LUHMANN, Niklas, DI GIORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Tradução de Miguel Romero Pérez. 2. ed., México: Triana Editores e Universidad Iberoamericana, 1998.

_____. *El Derecho de la Sociedade.* Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002.

_____. *Sistemas Sociales: Lineamentos para uma teoría general.* México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

_____. *Sociedad y sistema:* la ambición de la teoria. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990.

_____. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Tradução para o Espanhol de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

MAQUIAVEL, Niccolò: *O Príncipe:* Escritos Políticos. Trad. Lívio Xavier. São Paulo: Abril, 1983. (Coleção Os Pensadores)

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Da Autopoiese à Alopoiese do Direito*. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife: Editora da Universidade Federal de Pernambuco, 1992.

_____. *Do pluralismo jurídico à miscelânia social:* o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Anuário do Mestrado em Direito.* Recife: Editora da Universidade Federal de Pernambuco, n. 6, 1993.

_____. *Entre subintegração e sobreintegração:* a cidadania inexistente. Dados: Revista das Ciências Sociais, Rio de Janeiro, IUPERJ, v. 37, n. 2, 1994, p. 265.

_____. *Entre Thêmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PINTO, Cristiano Paixão Araujo. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TEUBNER, Günther. *O Direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoiética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ZYMLER, Benjamin. *Política e Direito*: *uma visão autopoiética*. Curitiba: Juruá, 2003.

---

[1] Falecido em 06 de novembro de 1998, e considerado um dos mais paradigmáticos observadores do século XX.

[2] Segundo Luhmann "La edificación de la teoría se asemeja, de este modo, más a um laberinto que a una autopista com um final feliz." (LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales*: lineamientos para uma teoría general. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 11)

[3] COLON, Antoni J. *A (des)construção do conhecimento pedagógico:* novas perspectivas para a educação. Trad. Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artmed, 2004. p. 48.

[4] MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De Máquinas y Seres Vivos.* Santiago: Editorial Universitária, 1973; IDEM, *Autopoietic Systems.* ILLinois: Urbana, 1975; IDEM, *Autopoiesis and Cognition: The Realization of Life.* Dordrecht, Boston: Reidel, 1981, *apud* ANTUNES, José Engracia. Prefácio sobre o Livro *O Direito como Sistema Autopoiético*. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. III.

[5] Comentando a recepção do conceito de autopoiese no domínio das ciências sociais e o papel fundamental do ambiente como fundamento dos sistemas sociais autopoiéticos, o professor Marcelo Neves acentua que: "A recepção do conceito de autopoiese nas ciências sociais foi proposta por Luhmann, tendo tido ampla ressonância. A concepção luhmanniana da autopoiese afasta-se do modelo biológico de Maturana, na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas não constituintes de sentido (orgânicos e neurofisiológicos). Na teoria biológica da autopoiese, há, segundo Luhmann, uma concepção radical do fechamento, visto que, para a produção das relações entre sistema e ambiente, é exigido um observador fora do sistema, ou seja, um outro sistema." (NEVES, Marcelo. *Entre Thêmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 61-62.)

[6] Nesse sentido, ensinam Arnaud e Lopes Júnior que: "A obra de Niklas Luhmann pode ser considerada sobre diversos ângulos: pensamento do direito, da comunicação, da história das sociedades, etc, entretanto, suas múltiplas contribuições permanecem cruzadas por um empreendimento único, que consiste num imenso esforço para repensar a questão do conhecimento sob o ângulo de uma teoria dos sistemas." (ARNAUD, André Jean; LOPES JR. Dalmir. (Orgs.) *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, *apud* TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 18).

[7] LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales*: lineamientos para uma teoría general. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 59.

[8] ANTUNES, José Engracia. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. XII, Prefácio.

[9] LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales*: lineamientos para uma teoría general. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 28.

[10] Luhmann esclarece ainda, con respeito à sociedade que "la sociedad a pesar e gracias precisamente a su autocerradura, es un sistema en el entorno. Es un sistema con limites constituídos por la sociedad misma, que separan la comunicación de todos los datos y acontecimientos no comunicacionales, es decir, no pueden fijarse ni territorialmente ni grupos de personas. En la medida en que se aclara este principio de los limites autoconstituídos, la sociedad entra en un proceso de diferenciación. Sus resultados se vuelven independientes de las características naturales de su procedência,

montañas, mares, etcétera; y como resultado de la evolución finalmente solo hay una sociedad: la sociedad mundial, que incluye toda la comunicación y solo esta, y que así adquiere limites completamente claros. (Ibidem, p. 367).

[11] Ibidem, p. 117.

[12] CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann.* México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 101.

[13] LUHMANN, Niklas; DI GIORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Tradução de Miguel Romero Pérez. 2. ed. México: Triana Editores, Universidad Iberoamericana, 1998. p. 220.

[14] Verificando essa mudança de foco de observação, ou seja, a transformação de uma ciência que se voltava para análise das partes para uma ciência que se volta para a observação das relações das partes com um todo orgânico e interdependente, André Trindade traz a seguinte passagem do livro "A teia da vida" de Fritjof Capra: "No novo pensamento sistêmico, a metáfora do conhecimento como um edifício está sendo substituída pela rede. Quando percebemos a realidade como uma rede de relações, nossas descrições também formam uma rede interconectada de relações e de modelos, na qual não há fundamentos. Para a maioria dos cientistas, essa visão do conhecimento como uma rede sem fundamentos firmes é extremamente perturbadora, e hoje de modo algum é aceita. Porém, à medida que a abordagem de rede se expande por toda a comunidade científica, a idéia do conhecimento como uma rede encontrará, sem dúvida, aceitação crescente." (CAPRA, Fritjof. A teia da vida. Tradução de Newron Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 48, *apud* TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 27).

[15] LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales*: lineamientos para uma teoría general. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 30-31.

[16] LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990. p. 47.

[17] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I.* Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 174.

[18] Ibidem, p. 175.

[19] PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: DelRey, 2002. p. 216.

[20] Ibidem, p. 222.

[21] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I.* Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 207-208.

[22] PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: DelRey, 2002. p. 224.

[23] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I.* Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 213.

[24] Ibidem, p. 215.

[25] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II.* Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 23.

[26] Para Luhmann "La moral es, por tanto, um fenômeno que no se localiza en un subsistema específico, pero puede presentarse em cualquier ámbito de la sociedad: se pueden aducir motivaciones Morales para contrastar la búsqueda científica en ciertos ámbitos, como por ejemplo la eugenética; las carreras políticas pueden truncarse por cuestiones del orden moral, como muestra la facilidad de producir escándalos típica del sistema político; y etcétera. La moral, en otras palabras no es un fenômeno de tal manera improbable que exija la diferenciación de un sistema parcial o bien apoyos simbólicos que motiven un sentido moral: es suficiente con que sea posible orientarse a personas en cuanto interlocutores, situación que se presenta ya con la sola doble contingencia." (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann.* México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 113.)

[27] CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 113.

[28] Ibidem, p. 113.

[29] Ibidem, p. 114.

[30] Ibidem, p. 114.

[31] Ibidem, p. 114.

[32] Quanto ao fato de o direito preencher sua função perante um ambiente cada vez mais complexo, imerso nas mais diversas expectativas normativas, o professor Marcelo Neves acentua que se faz necessário "um desencargo mais radical com respeito à fundamentação ética ou moral, seja ela material ou argumentativo-procedimental. A relevância eventual de ponderações referentes a valores pretensamente universais teria como conseqüência a imobilidade do sistema jurídico, o bloqueio de sua tarefa seletiva, portanto, efeitos disfuncionais. Em suma: nos termos da concepção luhmanniana da positividade do direito, isto é, fechamento normativo e abertura cognitiva do direito moderno, o problema da justiça é reorientado para a questão da *complexidade* adequada do sistema jurídico e da *consistência* de suas decisões." (NEVES, Marcelo. *Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 85).

[33] Marcelo Neves, referindo-se ao desaparecimento da moral de cunho hierárquico e à autonomia operacional do direito, coloca que "pode-se afirmar que, na perspectiva sistêmica, dá-se ênfase à não-sobreposição dos códigos de preferência do poder e da

economia ao código de preferência do direito (lícito/ilícito), sustentando-se que este é o segundo código do sistema político e que a 'Constituição enquanto aquisição evolutiva' atua como mecanismo de autonomia operacional do direito. E, por fim, partindo-se de que desapareceu a moral tradicional de conteúdo hierárquico, partilhada generalizadamente na 'comunidade', argumenta-se que o pluralismo democrático no sistema político é pressuposto da positivação do direito." Complementa dizendo que "em face da diversidade de expectativas, interesses e valores da sociedade moderna, Luhmann interpreta os procedimentos eleitoral, legislativo, judicial e administrativo do Estado de Direito como mecanismos funcionais de seleção, filtragem e imunização dos sistemas político e jurídico em face das influências contraditórias do respectivo ambiente. Entretanto, o dissenso conteudístico em face de valores e interesses torna os procedimentos democráticos do Estado de Direito, que implicam o princípio da legalidade, não só uma exigência sistêmico-funcional, mas também uma imposição normativa da sociedade moderna. (Ibidem, p. 143-144).

[34] LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales*: lineamientos para uma teoría general. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 40.

[35] Ibidem, p. 41.

[36] Mas qual seria o mais complexo, o sistema ou o entorno? Responde Luhmann:"La tesis de que para cada sistema el entorno es más complejo que el sistema mismo, no supone ninguna constante en el gradiente de complejidad. Generalmente se considera válido, por ejemplo, que la evolución solo es posible con un excedente de complejidad en el entorno de los sistemas. En este sentido, existe coevolución entre sistema y entorno. Una alta complejidade en los sistemas se torna factible si el entorno no muestra ninguna distribución causal y está estructurado, por su parte, a través de los sistemas en el entorno. Por conseguiente, hay que concebir la relación de complejidad entre entorno y sistema como una relación de gradación, y habra que preguntarse de que fatores depende esta gradación y rebalanceamiento." (Niklas Luhmann, *Sistemas Sociales: lineamientos para uma teoría general*, p. 48-49).

[37] Para Luhmann "Complejidad" significa "[...] coacción a seleccionar. Coacción a seleccionar significa contingência, y contingência significa riesgo." (Ibidem, p. 48).

[38] LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales*: lineamientos para uma teoría general. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 54.

[39] TEUBNER, Günther. *O Direito como Sistema Autopoiético.* Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 70.

[40] Sobre o código-diferença lícito/ilícito, o professor Marcelo Neves assevera que "a positividade é conceituada como 'autodeterminidade' [selbstbestimmtheit] ou fechamento operacional do direito. Assim como em relação aos outros sistemas sociais diferenciados, não se trata aqui de autarquia, de (quase) privação de ambiente ou isolamento (causal). Se o fato de dispor exclusivamente do código-diferença 'lícito/ilícito' conduz ao fechamento operacional, a escolha entre lícito e ilícito é

condicionada pelo ambiente. (NEVES, Marcelo. *Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 81).

[41] TEUBNER, Günther. *O Direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 53.

[42] Ibidem, p. 53.

[43] Ibidem, p. 54.

[44] Ibidem, p. 54-55.

[45] Ibidem, p. 55-56.

[46] Ibidem, p. 56-57.

[47] Ibidem, p. 57.

[48] Ibidem, p. 58.

[49] NEVES, Marcelo. Da Autopoiese à Alopoiese do Direito. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v.XLII, n. 178, p. 117-141, abr./jun., 1995. Publicado originalmente in: Anuário do Mestrado em Direito 5, Recife: Editora da Universidade Federal de Pernambuco, 1992, p. 273-298.

[50] NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados: Revista das Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, IUPERJ, v. 37, n. 2, p. 265, 1994.

[51] LUHMANN, Niklas. *Teoría política em el Estado de Bienestar*. Tradução para o Espanhol de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 48.

[52] Luhmann esclarece que "El sistema político es um sistema parcial de la sociedad diferenciada por funciones. Su función específica es aportar para la sociedad la capacidad de decidir de una manera colectivamente vinculante. (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann.* México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 128.)

[53] LUHMANN, Niklas. *Teoría política em el Estado de Bienestar*. Tradução para o Espanhol de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 94.

[54] Observa Luhmann que o sistema político "En la manera más complexiva, puede ser observado como unidad de uma distinción tridimensional: política, administración y público." E continua, colocando que "la política no puede limitarse a observar el público sino que también debe dirigirse a observar cómo el público observa la política, y etcétera." (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena e BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann.* México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 130-131.)

[55] ZYMLER, Benjamin. *Política e Direito*: uma visão autopoiética. Curitiba: Juruá, 2003. p. 145.

[56] Ibidem, p. 129.

[57] Sobre esses espaços comunicativos do sistema político, Luhmann assim se posiciona: "La circularidad oficial del poder descansa sobre competências reguladas jurídicamente y puede prevalecer, por tanto, en caso de conflicto. La contra-circularidad se funda en la sobrecarga de complejidad y puede imponerse así en casos normales. El desarrolo del Estado de Bienestar intensifica la complejidad de las decisiones. La Administración solo puede influir sobre el público en nuevos âmbitos, si éste está dispuesto a cooperar, proporciona información y puede imponer sus próprios deseos. Las decisiones políticas que puede adoptar la Aministración dependen cada vez más de una penosa ponderación de las alternativas, y, en la práctica, acaba aceptando o, en su caso, rechazando las propuestas de decisión que se presentan sin alternativas. Cualquier outra cosa conduciría a una sobrecarga de complejidad. Y el público cuenta ya también con que la seleción de los candidatos, incluso el lugar que ocupan en la lista, así como las razones de su elección, ya están decididas por adelantado. (LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 63)

[58] LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Tradução para o Espanhol de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 66.

[59] Ibidem, p. 73.

[60] (...) La opinión pública, que es autosuficiente. Las informaciones se difunden en gran cuantidad y se renuevan día con día. De esta manera se produce una inmensa redundância que hace inútil la búsqueda de lo que realmente los indivíduos saben y piensan. Puede admitirse el estar informado, pero no se puede hacer nada más que esto. De esta manera la opinión pública actúa como un espejo, cuya superfície posterior está constituída también por un espejo. Quien da la información vê en el médio de la información corriente a si mismo y a otras fuentes que emiten información. Quien recibe la información se ve a sí mismo, así como a otros que reciben informaciones y aprende, poço a poço, ante qué cosas debe actuar de modo altamente selectivo para poder actuar en el contexto que, de vez en cuando, se le presenta (ya sea la política, la escuela, los grupos de amigos y los movimientos sociales). El espejo mismo es opaco. (LUHMANN, Niklas; DI GIORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad.* Tradução de Miguel Romero Pérez, 2. ed. México: Triana Editores e Universidade Iberoamericana, 1998, p. 433-434 *apud* Zymler, p. 139.)

[61] ZYMLER, Benjamin. *Política e Direito*: uma visão autopoiética. Curitiba: Juruá, 2003. p. 172-175.

[62] LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedade.* Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002. p. 516.

[63] Marcelo Neves coloca em nota de rodapé que "Para Varela (1983), o 'ruído' (bruit – 'couplage par clôture' em oposição a 'couplage par input') atua como forma típica de atuação do ambiente em relação aos sistemas autônomos. (NEVES, Marcelo. *Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 62).

[64] LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedade.* Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002. p. 513.

[65] Ibidem, p. 513.

[66] Ibidem, p. 512.

[67] Ibidem, p. 513.

[68] Sobre as Constituições serem conquistas evolutivas, pondera o professor Marcelo Neves que "[...] na perspectiva sistêmica, dá-se ênfase à não sobreposição dos códigos de preferência do poder e da economia ao código de preferência do direito (lícito/ilícito), sustentando-se que este é o segundo código do sistema político e que a 'Constituição enquanto aquisição evolutiva' atua como mecanismo de autonomia operacional do direito. E, por fim, partindo-se de que desapareceu a moral tradicional de conteúdo hierárquico, partilhada generalizadamente na 'comunidade', argumenta-se que o pluralismo democrático no sistema político é pressuposto da positivação do direito." (Marcelo Neves, *Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil,* p. 143).

[69] LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedade.* Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002. p. 542-544.

[70] Luhmann entende que o direito constitucional "no tiene que fundarse sino en sí mismo e incorpora contraprincipios aún en el derecho constitucional mismo – por ejemplo, el carácter no modificable de un derecho que, por lo demás, es modificable; o bien intervenciones directas en 'valores' o en principios 'morales' que, en general, al derecho solo le son permitidos en el contexto de las normas jurídicas válidas y con la autorización de éstas."(Ibidem, p. 544)

[71] Assim, segundo Luhmann "La Constitución culmina en puntos en los que no puede formularse si aquélla debe su validez al sistema o a su entorno. Pero esto es e seguirá siendo uma ambigüedad que adquiere un sentido diverso en el que los sistemas normalicen este punto de acceso de las irritaciones. Vista las cosas desde una perspectiva sociológica, con ello se establece un mecanismo de acoplamiento estructural que resulta accesible a los sistemas participantes únicamente en la interpretación interna respectiva acerca del sistema. (Ibidem, p. 547)

[72] Ibidem, p. 548-549.

[73] Cfr. Al respecto – si bien con una interpretación algo diversa em el sentido de una modernidad no realizada – Marcelo Neves, Verfassung und Positivität dês Recht in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falles Brasiliens, Berlín 1992. Cfr. también lo dicho más arriba, Cap 2, IV, sobre el tema de la autonomia. (Niklas Luhmann, *El Derecho de la Sociedad*, p. 549).

[74] LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedade.* Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002. p. 549.

[75] Ibidem, p. 550.

[76] LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedade.* Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002. p. 540-541.

[77] NEVES, Marcelo. *Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 242.

[78] Ibidem, p. 243.

A SUSTAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE INCONSTITUCIONAL PELO PODER LEGISLATIVO*

UNCONSTITUTIONAL BINDING PRECEDENT SUSPENSION BY LEGISLATIVE ACT

Emanuel de Melo Ferreira

RESUMO

O princípio da separação de poderes passa por mudanças as quais demandam uma releitura do mesmo. O advento do Estado Social propiciou o aumento das competências clássicas dos três Poderes, culminando, no Brasil, com o advento da súmula vinculante dentre as competências do Supremo Tribunal Federal. Nesta pesquisa, sustentou-se que se a súmula vinculante é editada dentro dos limites constitucionais, não há violação à separação dos poderes. No entanto, se não é observada, por exemplo, a condição acerca da reiteração de decisões sobre a mesma matéria e, mesmo assim, a súmula vinculante é editada, cabe ao Poder Legislativo atuar para preservar sua competência legislativa em face da competência normativa dos outros Poderes. Desse modo, é possível que o Congresso Nacional suste a súmula vinculante inconstitucional através de decreto legislativo como forma de reequilibrar as relações entre os Poderes, tendo por fundamento o art. 49, XI da Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVES: SEPARAÇÃO DE PODERES; SÚMULA VINCULANTE INCONSTITUCIONAL; SUSTAÇÃO POR DECRETO LEGISLATIVO.

ABSTRACT

The separation of power principle has been passing through some changes that demand its rereading. The coming of Social State caused an increase in the classic jurisdiction of the Powers, creating, in Brazil, a binding precedent in some Supreme Courts decisions. In this research, was said that if a binding precedent has been edited according with the constitutional rules, there is no violation to the principle of separation of powers. If those rules aren't observed, however, the binding precedent edited is unconstitutional, and the Legislative Power must act to guarantee its jurisdiction in face of the Judiciary. Hence, it is acceptable the unconstitutional binding precedent repeal through a legislative act, to reestablish the equal relationship between the Powers, tends in view the rule present in the article 49, XI of Brazil´s Constitution.

KEYWORDS: SEPARATION OF POWERS; UNCONSTITUTIONAL BINDING PRECEDENT; REPEAL BY A LEGISLATIVE ACT.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. Introdução

Sabe-se que após a Emenda Constitucional (EC) nº 45 o sistema brasileiro do *civil law* aproximou-se substancialmente do *common law*, em face, sobretudo, da ampliação do efeito vinculante de certas decisões judiciais. Esse avanço deveu-se, principalmente, à criação do instituto da súmula vinculante,[1] prevista no art. 103-A da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Com a súmula vinculante, operou-se inegável ampliação da atuação do Poder Judiciário, não bastasse a já elevada posição que esse Poder ocupa no cenário nacional em face, principalmente, do Poder Legislativo, notadamente omisso em diversas questões relevantes. Tal omissão, adiante analisada tendo em vista razões de ordem histórica, faz com que o Poder Legislativo perca um espaço precioso no jogo democrático, à medida que não desempenha com eficiência e altivez sua precípua função constitucional de legislar.

O presente artigo, assim, busca investigar um dos grandes problemas brasileiros surgidos após a referida EC nº 45, qual seja, a preservação da competência típica do Poder Legislativo em face de edição de súmula vinculante inconstitucional por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), admitindo que tal inconstitucionalidade vá de encontro à competência legislativa do Poder Legislativo.

Esse é, indubitavelmente, um dos grandes desafios do Poder Legislativo hodiernamente. Como manter sua competência legislativa em face do aumento da competência normativa do Poder Judiciário? Qual o alcance da disposição contida no art. 49, inciso XI da CF/88, que prevê a prerrogativa do Congresso Nacional em zelar pela competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes? A partir desse dispositivo, o Congresso Nacional poderia sustar um enunciado de súmula vinculante inconstitucional através de decreto legislativo? Em caso afirmativo, não se estaria ressuscitando, sorrateiramente, um sucedâneo do mecanismo de anticontrole de constitucionalidade previsto na autoritária Carta de 1937? O objetivo deste texto é enfrentar tais questões, bem como as conseqüências práticas delas advindas.

Nesse sentido, traçar-se-á, inicialmente, um breve panorama histórico acerca do princípio da separação de poderes, destacando a recorrente situação de submissão do Poder Legislativo em face dos demais Poderes na ordem constitucional brasileira. Em seguida, observar-se-á a nova definição desse princípio, tendo em vista, eminentemente, as alterações trazidas pelo Estado Social, que incrementaram, num primeiro momento, as atuações do Poder Executivo e Legislativo, para, em seguida, atingir o Poder Judiciário. Finalmente, estudar-se-á como a súmula vinculante pode, se abusivamente confeccionada pelo STF, contribuir para o surgimento de uma crise entre o Poder Judiciário e o Legislativo, cabendo a este, repita-se, o desafio de manter sua competência constitucional.

2. Do dogma liberal da separação de poderes à moderna concepção de cooperação entre as funções estatais

É celebre a disposição contida no art. 16 da Declaração Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia de direitos nem determinada a separação de poderes não possui Constituição”. Em verdade, o princípio da separação dos poderes, em sua feição liberal, fora concebido como forma de limitar o poder e preservar a liberdade da burguesia então ascendente, sepultando de vez qualquer resquício do regime absolutista.[2]

Partindo-se da clássica concepção de Montesquieu,[3] tem-se que todo homem que detém poder tende a abusar deste,[4] sendo esta a principal razão para se apregoar uma separação de poderes, a fim de evitar tal arbítrio. É interessante notar, no entanto, como a percepção do princípio da separação de poderes variou no sistema inglês e norte-americano. Essa constatação é interessante e pertinente para se começar a entender as origens históricas da conhecida submissão do Poder Legislativo brasileiro frente aos outros Poderes, já que nossa primeira república fora amplamente influenciada pelo presidencialismo americano.

Assim, tem-se que enquanto na Inglaterra observou-se a ascensão do dogma da soberania do Parlamento, em face das profundas desconfianças com os tribunais do antigo regime (os *parlements*), nos Estados Unidos a posição foi diametralmente oposta. Em verdade, as antigas treze colônias temiam o Poder Legislativo inglês e a “ditadura do legislativo”, de modo que o modelo americano acabou por ampliar as prerrogativas do Poder Judiciário frente o Poder Legislativo, muito embora o mecanismo do *judicial review* não estivesse expressamente previsto na Constituição de 1787.[5] Essa diminuição da importância do Poder Legislativo em face dos demais Poderes, no Brasil, será adiante analisada com mais vagar, levando-se em conta, sobretudo, o aumento das atribuições do Poder Judiciário.

Bruce Ackerman, em recente obra publicada no Brasil, propõe uma nova leitura do princípio da separação de poderes, partindo de considerações sobre como o princípio é concebido, sobretudo, nos Estados Unidos. Apesar de serem feitas considerações especialmente em face das relações entre o Poder Executivo e o Legislativo, que não constituem objeto deste estudo, é interessante notar como o modelo norte-americano de separação levou a um presidencialismo extremamente personalista, sendo este defeito uma das mais severas críticas do autor.[6]

Ele chega a afirmar que o Presidente Bill Clinton, num regime parlamentarista, não teria durado um mês no cargo, em face do conhecido escândalo sexual que consumiu a vida política americana por cerca de um ano. No parlamentarismo, tal crise atingiria a imagem dos parlamentares, que não exitariam em destituir o primeiro ministro, evitando um amplo desgaste em termos de debate público. Como o presidencialismo leva a esse culto à personalidade, a sociedade americana teve de aturar por um tempo razoável um debate público de questões eminentemente privadas, à exceção do perjúrio cometido por aquele Presidente, obviamente. Tais ponderações sobre o personalismo no regime presidencialista dos Estados Unidos servem para nortear o mesmo debate no Brasil, mormente quando se relembra como aquele presidencialismo influenciou a configuração do presidencialismo brasileiro.

O autor enxerga, ainda, outro grave problema ligado à concepção corriqueira acerca da separação de poderes. Trata-se da análise do princípio à luz dos impasses à governabilidade que ele é capaz de ensejar, criando “a crise de governabilidade”,

quando, por exemplo, os órgãos legislativos e a presidência são ocupados por partidos políticos diferentes ou facções diferentes do mesmo partido.[7] Nesse cenário de crise, o Poder Legislativo deixaria de desempenhar sua função precípua para, utilizando-se de instrumentos previstos no próprio ordenamento jurídico, minar a atuação do Poder Executivo, que, por sua vez, "realizará ações unilaterais sempre que assim puder safar-se".[8] A percepção desse estado de coisas em Países como Brasil e Argentina não passa despercebida pelo autor, cuja análise é precisa, nestes termos:

Uma vez iniciada a crise, ela dá origem a um ciclo vicioso. Os Presidentes quebram impasses legislativos "resolvendo" problemas urgentes com decretos unilaterais que, muitas vezes, vão muito além de sua autoridade constitucional formal; em vez de protestar, os representantes ficam aliviados por livrarem-se da responsabilidade política de tomar decisões políticas difíceis; os presidentes subseqüentes usam tais precedentes para ampliar ainda mais o seu poder, além disso, essa prática nascente pode até ser sistematizada por emendas constitucionais posteriores. Cada vez mais, a câmara é reduzida a um fórum para postura demagógica, enquanto o presidente toma as decisões difíceis unilateralmente, sem considerar os interesses e ideologias representadas pelos partidos políticos principais no congresso. Este ciclo triste já é visível em países como Argentina e Brasil, que apenas recentemente emergiram de ditaduras militares. Uma versão menos patológica é visível na pátria do presidencialismo: os Estados Unidos da América.[9]

As assertivas do autor fazem todo o sentido para a realidade brasileira, cuja separação de poderes é marcada, por exemplo, pelo uso de excessivas medidas provisórias causadoras de uma indevida ingerência do Poder Executivo na agenda do Poder Legislativo. Este, por sua vez, queda-se inerte diante dessa afronta, seja pela falta de controle efetivo dessas espécies normativas pela Comissão Mista de Deputados e Senadores (art. 62, § 9º da CF/88), seja pela falta de iniciativa em aprovar uma reforma constitucional que corrija o regramento atual das medidas provisórias.

Ainda segundo Ackerman, o princípio da separação dos poderes atende a três ideais. Nesse sentido, o autor assenta que:

O primeiro ideal é a democracia. De um modo ou de outro, a separação pode servir (ou impedir) ao projeto populista de autogoverno. O segundo ideal é a competência profissional. As leis democráticas permanecem no plano puramente simbólico, a menos que os tribunais e as burocracias possam implementá-las de um modo relativamente imparcial. O terceiro ideal constitui-se pela proteção e a ampliação dos direitos fundamentais. Sem estes, o regramento democrático e a administração técnica podem facilmente tornar-se instrumentos da tirania.[10]

A partir desse trecho, que consagra nos três ideais a separação de poderes através de freios e contra pesos, é possível demonstrar o equívoco da interpretação que atribui à obra de Montesquieu uma separação absoluta e estática entre os Poderes. De fato, o próprio exemplo de separação de poderes dado por Montesquieu em sua obra clássica refere-se à constituição inglesa, cujo regime parlamentarista já demonstrava como os

poderes devem limitar uns aos outros.[11] O abandono dessa equívoca interpretação contribuiu para superar a idéia de separação absoluta entre os poderes e a conseqüente consagração das funções estatais em cooperação mútua, cuja atual configuração está intimamente relacionada à ascensão do Estado Social.

Essa má interpretação do *Espírito das Leis* por parte dos críticos da Constituição americana levou James Madison a escrever diversos artigos defendendo a opção de separação de poderes feita pelos Fundadores.[12] Os críticos desse histórico texto constitucional acusavam-no de desrespeitar o princípio, pois defendiam a incorreição do mecanismo dos freios e contra pesos. Respondendo a essa crítica, Madison, após analisar a separação de poderes na Constituição inglesa,[13] assenta não haver um único caso de separação absoluta entre os poderes.[14]

Nesse sentido é que se configura o abrandamento de uma separação absoluta entre os poderes a partir de mecanismos de freios e contra pesos, com a consagração de institutos como o veto, a iniciativa de leis, o *impeachment*, a nomeação de magistrados pelo Chefe do Executivo e o controle de constitucionalidade das leis. Assim, os Poderes não se mostram completamente dissociados entre si, pois é essencial que um exerça o controle constitucional sobre os demais. Para Gilberto Bercovici, o ponto central da estrutura do Estado norte-americano e de sua democracia é a união do mecanismo de freios e contra pesos com o federalismo. Assim, tem-se uma separação horizontal e vertical de poderes, com o equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como entre a União e os Estados federados.[15]

A doutrina moderna aponta que as razões históricas propiciadoras do surgimento do dogma da separação dos poderes não mais subsistem hodiernamente.[16] Levando-se em conta, principalmente, o aumento dos fins a serem alcançados pelo Estado Social, em confronto com o Estado Liberal, tem-se como incompatível a manutenção daquele princípio em sua feição liberal, pois propiciava, verdadeiramente, uma flagrante diminuição das finalidades estatais.

O avanço do Poder Judiciário como forma de reequilibrar as relações entre os demais Poderes e o surgimento de novos mecanismos de freios e contra pesos, levando em conta, principalmente, o surgimento da súmula vinculante, serão os temas adiante abordados.

2.1 O avanço do Poder Judiciário como forma de reequilibrar as relações entre os demais Poderes

O crescimento de atribuições do Poder Judiciário, justificando uma releitura do princípio da separação de poderes, foi uma resposta ao aumento das atribuições típicas do Poder Executivo e do Poder Legislativo trazidas a lume com o advento do Estado Social.[17] Com esse novo cenário, o avanço do Poder Judiciário nada mais representa do que o necessário movimento para se preservar a harmonia e independência entre os demais Poderes, com a ampliação dos mecanismos de freios e contrapesos.

A grande questão que se coloca é saber até que ponto esse avanço do Poder Judiciário é proporcional ao surgimento de novas atribuições pelos demais Poderes. Se há desproporcionalidade, tem-se o surgimento de um super-Poder, hipertrofiado e perigoso para a democracia.[18] Concentrando-se especialmente nas relações entre Poder

Legislativo e Poder Judiciário, objeto precípuo deste estudo, tem-se que Montesquieu assim demonstra o perigo por trás dos "juízes legisladores":

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.[19]

A criação judicial do direito, ou seja, o desenvolvimento de normas jurídicas pelo Poder Judiciário, coloca-se como ponto central dessa nova separação de poderes, cuja atual configuração, no Brasil, culminou com a criação do instituto da súmula vinculante. Diga-se, desde já, que o processo interpretativo em si, levado a cabo pelos juízes, já implica num certo grau de criação judicial, pois em toda interpretação há um mínimo de discricionariedade do intérprete. Deve-se indagar, assim, qual o grau ideal dessa criação judicial do direito, e não o fato de ela existir ou não.[20]

Explorar o interessante tema acerca dos limites da criação judicial do direito torna necessária uma breve digressão sobre a relação entre a atividade judicante e a lei, levando-se em conta os primados da Escola de Exegese e a caracterização dos juízes como "bocas da lei". Sabe-se que a referida escola de pensamento apregoava a teoria da plenitude da lei, consagrada a partir da soberania do parlamento, tendo, ainda o Estado como única fonte criadora do direito. Além disso, era somente de se admitir a interpretação gramatical dos textos legais, como forma de não desvirtuar o trabalho feito pelos legisladores e preservar a vontade destes, a fim de manter uma rígida separação de poderes.[21] Nesse contexto, o juiz não passava de mero aplicador automático da legislação, colocando-o em franca submissão ao Poder Legislativo.

Diversos argumentos podem ser levantados para demonstrar os equívocos dessa concepção dogmática surgida na França napoleônica. O apego à interpretação gramatical como forma de preservar a separação de poderes é algo exagerado na exata medida em que os poderes também se interpenetram, como visto anteriormente. Admitir a teoria da plenitude da lei também é impreciso, já que a lei apresenta lacunas, devendo ser preenchidas pelos devidos processos integrativos. Preservar a vontade do legislador é algo inatingível, pois diz respeito à pesquisa da subjetividade alheia. Finalmente, o Estado não pode ser considerado como único criador do direito, tendo em vista, por exemplo, o costume e a jurisprudência como fontes do direito, essenciais tendo em vista, principalmente, o fato de o legislador não ser capaz de prever todas as situações da vida.[22]

Abandonando essas posições formalistas, passa-se a indagar de maneira mais precisa sobre a intensificação da atividade judicial, encontrando uma primeira explicação justamente na "revolta conta o formalismo", caracterizada por uma série de movimentos divergentes daquelas concepções capitaneadas pela Escola de Exegese. Sendo assim, escolas como a da livre investigação cientifica, de Gény, ou do direito livre, de Kantorowicz, dentre tantas outras, defendiam uma intensificação da criação judicial do direito em diferentes graus. Esta última apresentava-se mais radical, já que sustentava a possibilidade de o juiz recusar a aplicação da lei por entendê-la injusta, num juízo claramente subjetivo. A escola de Gény, por outro lado, só admitira a criação

judicial quando, em havendo uma lacuna na lei, esta não pudesse ser preenchida pela analogia ou costume.[23]

Mauro Cappelletti aponta que a revolta contra o formalismo, desencadeada por escolas como as do direito livre e da livre investigação científica, não se constitui em motivo suficiente para perscrutar o crescimento da atividade judicial. O fato determinante, para o autor, é o surgimento do Estado Social, a conseqüente legislação do bem estar e o aparecimento dos direitos sociais.[24]

Com o surgimento do Estado Social, as finalidades estatais são amplamente dilatadas, pois agora o Estado deve atuar como agente capaz de reduzir as desigualdades de fato existentes na sociedade. Os direitos sociais, assim, são aqueles direitos fundamentais de segunda geração, ligados ao valor igualdade. A implementação desses direitos demanda uma atitude positiva por parte do Estado, diferentemente dos direitos de primeira geração, ligados ao valor igualdade e cujo respeito demanda uma abstenção estatal.[25]

Desse modo, para se alcançar essas finalidades sociais em temas como previdência social, saúde, assistência, trabalho, proteção à gestante, proteção à infância, lazer, cultura, moradia, educação e segurança, as competências do Poder Executivo e do Legislativo, inegavelmente, acabam por se ampliar. Uma constatação desse movimento pode ser facilmente percebida com o surgimento nos textos constitucionais de normas tidas por “programáticas”, cuja concretização dependeria de ulterior regulamentação não só por uma única lei infraconstitucional, mas por várias. Além disso, tais normas constitucionais dependeriam de atos concretos do Poder Executivo para serem, efetivamente, aplicadas.[26] Como esse novo dimensionamento desses poderes políticos, o Poder Judiciário teve de se adaptar, pois passou a ser chamado a se manifestar sobre políticas públicas e a inconstitucionalidade da não implementação destas.

Esse novo dimensionamento do Poder Judiciário é necessário para a manutenção e aprimoramento dos mecanismos de freios e contra pesos, sendo um componente essencial para o equilíbrio entre os poderes. Como dito anteriormente, a atividade interpretativa desenvolvida pelos juízes já implica em criação judicial do direito, pois toda interpretação já leva um pouco da discricionariedade do intérprete. Debatendo sobre os limites dessa criação judicial em relação à criação legislativa do direito, Cappelletti assenta que a diferença entre as duas funções não é substancial, pois ambas estão limitadas pela Constituição, pela realidade social, econômica e política vigente. A diferença marcante é procedimental, já que os magistrados só criam o direito quando provocados para tanto, guardando, ainda, independência e imparcialidade em relação às partes, predicativos não presentes entre os parlamentares, cuja vinculação às maiorias ocasionais ou aos grupos de pressão por vezes podem consistir em instrumento de opressão das minorias.[27]

Finalizando esse ponto sobre o avanço do Poder Judiciário, cumpre analisar brevemente a mais séria objeção a essa tendência, qual seja, a falta de legitimação democrática do Poder, cujos membros não são eleitos pelo povo e tem o poder de impor decisões não-majoritárias à sociedade. Faltaria, assim, representatividade ao judiciário.

As objeções não convencem. Primeiramente, nem sempre os membros do Poder Legislativo ou do Executivo estão empenhados em representar a maioria, tamanho o jogo de alianças e troca de favores entre diversos grupos de pressão existentes na cena política, fazendo com que a representação, por vezes, seja maculada.[28]

Além disso, é incorreta a suposição de que o Poder Judiciário não detém representatividade popular. Ora, se todo poder emana do povo, mesmo o judiciário tem de ostentar alguma representatividade, como, de fato, apresenta. Segundo Robert Alexy, tal representatividade, no entanto, é argumentativa, não política, esta sim, típica do parlamento. Desse modo, quando um tribunal decide uma questão com base em argumentos racionais, contribuindo para o debate público do tema e o engrandecimento da relação entre a opinião pública e os demais poderes, tem-se a efetivação dessa representação argumentativa, pois o cidadão, se estiver disposto a participar de um debate jurídico-constitucional racional, terá seus interesses levados em conta no momento da decisão. Um Poder Judiciário que assim procede não o faz contra o povo, mas a favor dele.[29]

A representatividade em questão é alcançada também com a participação efetiva do cidadão no deslinde da questão posta perante o Poder Judiciário. Se é possível que os demais Poderes oprimam certas minorias, cuja fraqueza e inexpressividade política possam excluí-las do debate público, tal hipótese é remota em face de um Judiciário capaz de propiciar amplo acesso à justiça. Em sendo conferido esse acesso, essas partes outrora excluídas poderão participar de um processo dialético, tendo, finalmente, suas pretensões formuladas perante um órgão público que tem o dever constitucional de emitir um pronunciamento sobre o caso. Levando em conta as garantias da magistratura antes referias – independência e imparcialidade – esses litigantes terão a garantia de uma audiência perante um órgão desinteressado diretamente com os interesses em debate.

Deve-se assentar, ainda, que a decisão judicial não é o resultado da vontade única do juiz, consistindo, verdadeiramente, o resultado de um discurso dialético entre autor, réu e, em determinados casos, até mesmo com parcela representativa da sociedade, como adiante será demonstrado no estudo da sociedade aberta de intérpretes. Em face dessas características, Nagibe de Melo Jorge Neto, ao analisar a legitimidade do Poder Judiciário para implementar políticas públicas, assenta que:

A estrutura do Poder Judiciário, capilarizada, presente na maioria dos municípios brasileiros, constitui-se, por meio do discurso racional, em um foro de discussão e implementação das políticas públicas que jamais poderia ser alcançado quer pelo Poder Legislativo, que pelo Poder Executivo. Em primeiro lugar, porque as decisões judiciais são imediatamente implementáveis, o que dá efetivo poder ao cidadão. Em segundo, porque a decisão se dá de forma direta, sendo mediada apenas pelo juiz. É o próprio povo quem pede e tem ou não atendidas as reivindicações para a efetivação dos direitos fundamentais. São dispensados os representantes do povo. Em terceiro, porque o discurso com base no qual opera a decisão judicial, por fundar-se em critérios racionais e por ser instrumentalizado por quem efetivamente detém o poder e não por seus representantes, está, de certo modo, mais protegido ou infenso à atuação de grupos de pressão econômica ou de natureza outra que lhe possa distorcer o resultado.[30]

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Cappelletti afirma que "o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública".[31] Para o autor, se garantido o livre acesso do povo ao Poder Judiciário e a livre participação nos concursos de seleção para juízes daqueles que preencherem os requisitos mínimos de escolaridade, tem-se que a criação judicial do direito e o consequente avanço do Poder Judiciário não se afiguram contrários à democracia.[32]

A participação popular nos processos perante o Poder Judiciário, sobretudo desenvolvendo interpretação constitucional, é uma das mais interessantes idéias do constitucionalismo contemporâneo. Peter Härbele sustenta que a interpretação constitucional não é uma tarefa exclusivamente estatal, pois já que a Constituição emana do poder do povo, este também é seu legitimo intérprete. Assim, o autor propõe a ampliação dos círculos de intérpretes numa sociedade aberta e pluralista, cuja diversidade de pontos de vista é essencial para a construção de uma decisão legítima. Para o autor, portanto, deve-se proceder a uma democratização da interpretação constitucional, ampliando-a para além dos órgãos estatais a fim de abraçar: a opinião pública, a mídia, as associações, os partidos políticos, as igrejas, teatros, editoras, escolas, etc.[33] Essas ideias encontram abrigo na ordem constitucional brasileira, levando-se em conta a existência da figura dos *amicus curiae* e a realização de audiências públicas para a participação de especialistas em processos perante o STF.

Em síntese, pode-se afirmar que a nova separação de poderes determina um avanço do Poder Judiciário através de um ativismo que deve buscar o reequilíbrio entre os Poderes, cuja competência fora ampliada com o advento do Estado Social. Esse novo Judiciário não constitui um poder hipertrofiado pelo único motivo de exercer um ativismo até então desconhecido. No entanto, se no exercício constitucional de sua função jurisdicional há algum excesso, os demais Poderes devem responder à altura, a fim de trazer o necessário equilíbrio. É nesse contexto que será analisada a súmula vinculante, especialmente quando editada em desconformidade com as formalidades constitucionais.

3. aspectos gerais dA Súmula Vinculante

Com o advento da súmula vinculante através da EC nº 45, ocorreu uma aproximação entre o sistema brasileiro do *civil law* e o sistema anglo-saxônico do *common law*. Há uma aparente incompatibilidade entre os sistemas, já que este é muito mais focado na primazia da decisão judicial, seguindo o princípio do *judge made law*, enquanto o direito codificado está, eminentemente, baseado na lei.[34]

Ocorre que no *common law* as decisões judiciais preocupam-se eminentemente em resolver o caso concreto, criando um precedente a ser seguindo em outros julgamentos. Essa é a característica principal da máxima latina *stare decisis et non quieta movere* ou "cumprir os precedentes e não perturbar os pontos pacíficos". Essa teoria tem seus resultados garantidos a partir do uso da doutrina do *Binding Precedent* ("precedente vinculante"), pois esta determina que, se presente a mesma situação fática, um futuro caso deve receber o mesmo tratamento daquele anteriormente julgado, respeitando-se o precedente mesmo que as partes sejam distintas.[35]

Diga-se, no entanto, que essa posição majoritária aparada no fundamento da súmula vinculante pela doutrina do *stare decisis* é atacada por autores do quilate de

Lenio Luiz Streck. Para o autor, no direito norte-americano a força do precedente se apresenta vinculado à tradição, não se encontrando em qualquer lei escrita. Assim, o intuito principal das decisões naquele sistema não é criar um precedente vinculante, mas sim resolver o litígio no caso concreto. Essas diferenças, assim, não autorizariam colocar aquela doutrina como fundamento da súmula vinculante.[36]

Assiste razão, no entanto, à corrente majoritária, já que mesmo no sistema norte-americano o precedente criado também se torna vinculante, muito embora não seja esta sua finalidade primária, mas sim secundária.

A aplicação do precedente pressupõe, então, uma análise distintiva entre os casos postos, ou um *distinguishing*, perquirindo-se se o novo caso demanda, realmente, a vinculação ao precedente. Se as situações não forem assemelhadas, não há vinculação, fazendo-se necessária, portanto, uma argumentação *from case to case*.[37]

Deve-se atentar para a possibilidade de o precedente não mais corresponder às exigências da sociedade, tendo em vista, por exemplo, o fato de o precedente ser muito antigo, encontrando-se ultrapassado. Em situações como essa, é possível não aplicar o precedente tendo em vista sua superação ou *overruling*. Em relação ao direito norte-americano, Charles Cole adverte, no entanto, que não caberia a princípio ao juiz de primeiro grau decidir sobre a superação de eventual precedente, já que as decisões vinculantes provêm de uma corte de apelação, federal ou estadual, além da Suprema Corte. Mesmo assim, quando o juiz está diante de um precedente já erodido pelo tempo, é possível afastá-lo quando se constata que essa bem poderia ser a atitude da corte. Evidentemente, a parte prejudicada irá recorrer sustentando a manutenção do precedente. [38]

Se através do *distinguishing* o precedente ainda subsiste, não sendo apenas aplicado a determinado caso por não se encontrar a devida similitude, com o *overruling* o precedente é afastado, porque tido por superado. Através desses institutos, se busca conciliar o rigor do *stare decisis* como papel inovador e criativo dos juízes.

Feitas essas consideração sobre o precedente vinculante, sua aplicação, formas de afastamento e superação, é interessante compreender como a súmula vinculante se relaciona com a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, movimento que apregoa a equiparação do controle difuso com o concentrado. Partindo da análise do art. 103-A da CF/88, introduzido pela EC 45, tem-se que compete ao STF, de ofício ou mediante provocação, editar súmula vinculante após a aprovação de 2/3 de seus membros, tendo em vista relevante controvérsia constitucional travada entre órgãos do Poder Judiciário ou entre estes e a Administração Pública em torno de certa norma. Essa divergência deve ser atual e com certa gravidade, capaz de gerar incerteza jurídica e considerável multiplicação de processos versando sobre causas idênticas. A súmula vinculante, ainda de acordo com o dispositivo constitucional, tem como objetivos a interpretação, eficácia e validade da norma impugnada, cabendo também ao STF proceder à revisão ou cancelamento da súmula, quando as situações fáticas e jurídicas assim demandarem, mostrando como se incorporou um mecanismo semelhante ao citado *overruling*.

Um dos requisitos mais importantes para a edição da súmula vinculante é que aquela controvérsia constitucional já tenha sido objeto de reiterados pronunciamentos

pelo STF. Com isso, busca-se evitar aquilo que é um dos maiores vetores para edição da súmula vinculante: a insegurança jurídica. Em verdade, somente após certa maturação, em face de alguns julgamentos já efetivados, é possível sumular a questão, tendo em vista, principalmente, o forte efeito vinculante inerente ao verbete aprovado. Tal fortaleza se mostra na possibilidade de ajuizamento de reclamação constitucional, em ocorrendo a não aplicação, ou a má aplicação, da súmula vinculante. Se a reclamação é ajuizada contra ato administrativo, esse pode ser anulado, e, se ajuizada contra sentença, esta pode ser cassada, determinando-se que outra seja proferida em seu lugar, aplicando ou não a súmula vinculante, conforme o caso. Os efeitos da súmula vinculante, principalmente os subjetivos, serão adiante analisados, quando do estudo da compatibilidade da sumula vinculante com o princípio da separação de poderes.[39]

Percebe-se que a súmula vinculante pode ser um importante instrumento para se alcançar celeridade na tramitação dos processos e segurança jurídica, se for bem utilizada, respeitando-se as disposições constitucionais para sua edição.

Através da edição da súmula vinculante, tem-se uma aproximação entre os efeitos típicos do controle concentrado e do controle concreto. Ocorre que um dos pressupostos para sua edição é o julgamento reiterado de questões concretamente postas no STF, que não foram objeto de controle de constitucionalidade abstrato ou em tese, já que provenientes do controle concreto. Nesse sentido, André Ramos Tavares assenta que:

“Doravante, contudo, parece mais adequado compreender a súmula vinculante como um processo objetivo típico (embora com certas peculiaridades), que promove a aproximação entre o controle difuso-concreto de constitucionalidade (reiteradas decisões) e o controle abstrato-concentrado (efeito vinculante)”.[40]

Aqui está a concretização da abstrativização do controle concreto através da súmula vinculante: a partir de julgamentos reiterados no controle de constitucionalidade concreto, cujas decisões só dizem respeito às partes naquele processo, é lícito à Suprema Corte editar uma súmula capaz de vincular quem não foi parte naqueles casos antes julgados. Abstraem-se as partes originarias para, em face da segurança jurídica, sumular um verbete dotado de efeito vinculante. Apesar de essa ser a origem mais comum da súmula vinculante, como o texto constitucional coloca como condição a reiteração de decisões, de maneira ampla, é possível existir, como de fato existe, súmulas vinculantes formadas a partir da reiteração de decisões não no controle concreto, mas sim proferidas no controle concentrado, como ocorreu, por exemplo, com a súmula vinculante nº 2, fruto da decisão de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra leis estaduais.[41]

4. Súmula vinculante e separação de poderes

Houve muita polêmica acerca da constitucionalidade da súmula vinculante quando de sua criação. Não é objetivo deste trabalho ressuscitar esse debate, por razões bem pragmáticas: o instituto encontra ampla aplicação perante o STF, que até mesmo já elaborou dezesseis enunciados vinculantes, não dando qualquer indício acerca da inconstitucionalidade do mesmo. Desse modo, em não havendo utilidade prática na

discussão, a análise a ser desenvolvida parte da súmula vinculante como instituto constitucionalmente aceito pela ordem constitucional brasileira.

Reconhecer a constitucionalidade da súmula vinculante não afasta a possibilidade, no entanto, da existência de súmulas vinculantes inconstitucionais, quando há a violação, por exemplo, dos requisitos formais de elaboração do verbete por parte do STF. Nesse sentido, tendo em vista o inegável caráter normativo da súmula, é de se indagar: em face de uma súmula vinculante inconstitucional, qual deve ser a postura do Poder Legislativo para manter sua competência legislativa constitucional? O desenvolvimento do tema demanda a investigação da súmula vinculante e sua relação com o princípio da separação de poderes.

Diga-se, inicialmente, que os limites subjetivos do efeito vinculante da súmula não se estendem ao Poder Legislativo em relação ao desempenho de sua função típica de legislar, bem como ao próprio STF, conforme o art. 102, §2º da CF/88. A não vinculação ao STF é justificável, já que a vinculação poderia levar a um engessamento da própria Constituição, pois se a Corte ficasse atrelada a julgamento anterior, teria de repetir julgamento com o qual, possivelmente, nem mais concordasse, retirando sua independência. A não vinculação do Poder Legislativo é uma forma de evitar o fenômeno da "fossilização da Constituição" e de preservar a separação de poderes, já que não se pode proibir o legislador de legislar, mesmo que adotando uma posição contrária à firmada pelo órgão máximo do Poder Judiciário. É a partir dessa limitação subjetiva dos efeitos da súmula que se abre ao Poder Legislativo a possibilidade de contra ataque em face de determinada súmula inconstitucional.

Por isso, não assiste razão, nesse ponto, a Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem haveria uma vinculação indireta ou reflexa do Poder Legislativo em face da súmula vinculante. Para o autor, essa vinculação reflexa mostrar-se-ia quando da análise de determinado projeto legislativo pelas Comissões de Constituição e Justiça de Congresso Nacional, que deveriam levar em conta o entendimento sumulado a ponto de revisar ou até mesmo arquivar a proposição.[42]

Com o devido respeito, essa não parece ser a melhor interpretação. Admitir essa vinculação reflexa é admitir um mínimo de ingerência do STF na função típica de legislar. Essa ingerência mínima poderia se transformar, se levasse ao arquivamento do projeto, em verdadeira vinculação direta, contrariando o art. 102, § 2º da CF/88 e o princípio da separação de poderes. O problema dessa vinculação reflexa se agrava quando se esta diante de uma súmula vinculante inconstitucional, cuja resposta do Poder Legislativo, por razões lógicas, não poderia levar em conta um entendimento contrario à própria Constituição.

A relação entre a súmula vinculante, atribuindo verdadeira competência normativa ao STF, com o princípio da separação de poderes deve ser analisada a partir da própria decisão do Poder Legislativo em compartilhar parte de sua competência com o Poder Judiciário. Essa decisão legislativa foi proferida quando da aprovação da EC nº 45 e a conseqüente criação daquele instrumento. Não fosse assim, o Congresso Nacional não deveria ter aprovado o art. 103-A da CF/88. Ocorre que a criação dessa competência normativa foi feita sob certas condições, fixadas no referido artigo constitucional. As conseqüências do descumprimento dessas condições por parte do STF serão adiante analisadas.

Levando também em conta que desde a EC nº 3, que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Constituição convive com a atribuição de efeito vinculante a certas decisões judiciais, efeito esse gradativamente ampliado com a EC nº 45, não há inconstitucionalidade na criação da súmula vinculante por eventual ofensa à separação de poderes. Como visto anteriormente, esse princípio não pode mais ser concebido como forma estática e absoluta de separação, devendo-se buscar, verdadeiramente, um equilíbrio e cooperação entre as funções estatais.[43] Se o STF edita uma sumula vinculante de acordo com as prescrições constitucionais, essa harmonia está mantida. Se não, é necessária a implementação de freios por parte do Poder Legislativo.

5. A súmula vinculante inconstitucional e a resposta do poder legislativo

As súmulas de um modo geral e as vinculantes de maneira específica podem violar a Constituição. Lenio Streck diferencia as súmulas que violam a Constituição de maneira ampla, quando, no plano infraconstitucional vão de encontro ao texto constitucional, das súmulas que estabelecem um texto novo para a própria Constituição. Em relação às segundas, cuja proximidade com a súmula vinculante é mais evidente, o autor aponta que dificilmente o STF declararia a inconstitucionalidade delas, já que por ele aprovada mediante ampla maioria de 2/3 de seus membros.[44] Assim, caberia ao Poder Legislativo tomar a iniciativa de corrigir o vício.

Tendo em vista a principal patologia apresentada pelas súmulas vinculantes aprovadas pelo STF, qual seja, o desrespeito à condição constitucionalmente posta no art. 103-A no que tange à reiteração de decisões sobre a matéria, concentrar-se-ão os estudos seguintes em torno desse tema e da inconstitucionalidade dele advinda. Não se quer com isso, evidentemente, dizer que outras formas de inconstitucionalidade não mereçam resposta do Poder Legislativo.[45] O corte metodológico proposto é uma forma de racionalizar o enfrentamento do problema, que, logicamente, não se exaure nesta única problematização. Diga-se, ainda, que a inconstitucionalidade proveniente do desrespeito ao comando acerca da “reiteração de decisões” é uma inconstitucionalidade formal, pois diz respeito a uma condição essencial de edição da súmula vinculante. Através dessa condição tem-se a garantia de que a matéria foi debatida de maneira serena e repetida pela corte, a fim de evitar uma celeridade comprometedora da qualidade da prestação jurisdicional.

Em não havendo a reiteração de decisões e, mesmo assim, ocorrendo a edição de uma súmula vinculante, tem-se que o Poder Judiciário está legislando fora das condições admitidas pelo Poder Legislativo fixadas na EC nº 45. A falta de atenção do STF no trato das súmulas vinculantes já desperta a atenção da doutrina. Nesse sentido, André Ramos Tavares assenta que:

Na realidade, o STF tem insistido na informalidade no manejo das súmulas vinculantes, criando novas súmulas sem uma discussão evolvente de todas as nuances e particularidades que os temas exigem, dispensando pouca atenção à fórmula redacional final e suas possíveis conseqüências, bem como à questão temporal da aplicação das súmulas. Com exceção da Súmula Vinculante 14, aditada a partir da provocação do Conselho Federal da OAB, todas as demais contaram, em maior ou menor grau, com uma despreocupação processual comprometedora de uma ampla e madura discussão sobre o teor da súmula que se propõe seja vinculante. O STF consolidou o entendimento de que está livre de quaisquer amarras processuais quando é ele próprio a propor a

edição de nova súmula vinculante, o que demonstra a visão centralizadora e o unilateralismo da Corte no particular.[46]

Tome-se como exemplo a súmula vinculante nº 13, que combate o nepotismo.[47] Reconheça-se, inicialmente, a dificuldade em se criticar uma súmula vinculante cujo conteúdo era almejado por boa parte da população brasileira, devendo ter desagradado somente aqueles que se beneficiavam com essa nefasta prática que enoja a vida publica brasileira, por confundir a coisa pública com bens privados. Não se critica a vinculação direta dos Poderes aos princípio constitucionais da moralidade, impessoalidade ou eficiência, norteadores da decisão, mas se deve reconhecer que a edição do verbete foi precedida do debate em torno de somente cinco outras ações,[48] insuficientes para o completo amadurecimento do tema no concernente a questões específicas e delicadas.

Veja-se, por exemplo, a amplitude dada ao tema ao se caracterizar nepotismo a nomeação de parentes da mesma pessoa jurídica. Levando-se em conta o tamanho do aparato burocrático da União, é de difícil imaginar como essa disposição será aplicada a contento. Só se pode atribuir tal deslize a uma falta de amadurecimento da matéria.

Investigar-se-á, então, como o Poder Legislativo pode responder a essas afrontas perpetradas pelo STF, a fim de trazer o reequilíbrio entre os Poderes.

5.1 Sustação da súmula vinculante com base no art. 49, XI da CF/88

Ressalte-se, inicialmente, que o art. 103-A, § 2º da CF/88 prevê a possibilidade de a mesa do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados pedir o cancelamento de súmula vinculante. Essa medida não parece dotada de maior eficácia, já que, dificilmente, o STF mudará seu entendimento e declarará a inconstitucionalidade de uma súmula vinculante por ele aprovada, principalmente em se tratando de uma aprovação recente, como alertado por Lenio Streck anteriormente. Além disso, o pedido de cancelamento não seria uma forma de o próprio Poder Legislativo resolver o problema, pois ficaria na dependência da manifestação do Judiciário. Pelo mesmo motivo não será abordada a possibilidade, já admitida por parte da doutrina, de o Legislativo combater a súmula vinculante inconstitucional mediante Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.[49]

A doutrina de um modo geral parece ter esquecido do art. 49, XI da CF/88 e da potencialidade deste dispositivo em preservar a competência constitucional do Poder Legislativo.[50] A partir de uma interpretação que busca reequilibrar os Poderes, sustentar-se-á a possibilidade de sustação da súmula vinculante por parte do Congresso Nacional, mediante decreto legislativo.

Um primeiro óbice a essa interpretação operaria no sentido de que tal norma constitucional só alcançaria a possibilidade de edição de leis e/ou emendas constitucionais para se alcançar a finalidade pretendida, qual seja, a preservação da competência legislativa do Congresso Nacional em face das atribuições normativas dos demais Poderes. Ora, a Constituição deve ser interpretada em sua unidade, de modo que não há dispositivos inúteis em seu texto. A prerrogativa de editar leis e emendas constitucionais está prevista no art. 59 e seguintes, que dispõem sobre o processo

legislativo. Havendo disposições específicas, o art. 49, XI deve ter uma outra finalidade, não vendando, evidentemente, a edição das referias leis e emendas constitucionais como outra forma de correção, adiante analisadas. Essa outra finalidade é a aventada possibilidade de sustação da súmula vinculante por decreto legislativo.

Um segundo óbice diria respeito ao princípio da separação de poderes e à inconstitucionalidade em se sustar um ato fruto de reiteradas decisões judiciais, como que ressuscitando o antidemocrático mecanismo de anticontrole de constitucionalidade previsto na Constituição de 1937. Veja-se em que consistia tal aparato.

A Constituição de 1937 inaugura o "Estado Novo" e determina verdadeiro retrocesso na evolução do controle de constitucionalidade na ordem constitucional brasileira. A Carta de 1937 entra para a história brasileira como a primeira a, efetivamente, dispensar os serviços de uma Assembléia Constituinte. Nesse sentido, Paes de Andrade e Paulo Bonavides demonstram que:

Mesmo a Constituinte de 1824, outorgada por D. Pedro I, deve ser considerada como fruto do trabalho dos constituintes. Quando o texto já estava concluído, o Imperador dissolveu a Assembléia, mas a Carta que outorgou foi na sua quase integralidade, a que os irmãos Andradas e outros ilustres brasileiros haviam preparado. Por isso, pode-se afirmar que a Constituição de 1937, foi a primeira que dispensou o trabalho de representação popular constituinte.[51]

A Carta previa a convocação de um plebiscito para se perquirir a manutenção do texto constitucional, além de um mandato presidencial de seis anos, o qual só poderia ser concluído se o resultado do plebiscito fosse favorável à manutenção da Constituição. Com isso, estava implícita a necessidade de realizar tal consulta entre esses seis anos, fato que não ocorreu.[52]

O autoritarismo desse período permeava diversos dispositivos daquele texto constitucional, como o art. 96 parágrafo único,[53] através do qual possibilitava-se ao Presidente da República, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, se ele entendesse ser ela necessária ao "bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta", submetê-la novamente ao exame do Parlamento, cuja confirmação por dois terços de votos em cada uma das Câmaras tornaria a decisão do Tribunal sem efeito. Era a consagração do anticontrole de constitucionalidade, o que implicava dizer que a Constituição era, nesses casos, obliquamente emendada, já que se aplicaria uma Lei inconstitucional.[54]

O mecanismo servia, indubitavelmente, como forma de amesquinhar as atribuições do Poder Judiciário, ainda mais quando se tem em vista que bastava a aprovação da maioria dos membros do parlamento para aprovar uma emenda constitucional, suficiente para superar a decisão do STF, conforme previsto no art. 174 daquela Carta. Era mais fácil, assim, aprovar uma emenda constitucional do que tornar sem efeito a decisão do Tribunal. Mesmo assim, o mecanismo de anticontrole fora utilizado.

Eventual aproximação entre os instrumentos, no entanto, não é correta. O autoritário mecanismo da Carta de 1937 era vazado em conceitos jurídicos indeterminados, como

“bem-estar do povo” ou “promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, facilitando seu uso autoritário por parte do ditador. Além disso, qualquer decisão do STF poderia ser cassada. A sustação da súmula vinculante inconstitucional está vinculada a critérios objetivos, quais sejam, a violação das formalidades constitucionais para a edição da súmula. Trata-se de uma resposta de um Poder que teve sua competência violada. Além disso, não é qualquer decisão do STF que será cassada, mas somente as concernentes à súmula vinculante inconstitucional.

Através da sustação da súmula vinculante por decreto legislativo buscar-se-ia trazer uma maior igualdade nas relações de freios e contra pesos entre os Poderes levando-se em conta o quorum de aprovação do decreto, que é de maioria simples. Assim, a exigência não é tão grande quanto os 3/5 das emendas constitucionais, aproximando-se dos 2/3 para aprovação da súmula vinculante. Em se admitindo somente uma resposta legislativa através de emenda constitucional, ver-se-ia uma desarrazoada diferença nos quoruns de aprovação da súmula em face das emendas.

Deve-se reconhecer, no entanto, que, em sendo o decreto legislativo julgado inconstitucional pelo STF, não restaria outra alternativa ao Poder Legislativo a não ser editar uma emenda constitucional. Essa conclusão não retira o esforço argumentativo feito em torno da sustação da súmula vinculante pelo decreto legislativo. Isso porque não se sabe qual será a postura adotada pelo STF diante de tal decreto, já que tal manobra ainda não fora utilizada pelo Legislativo. É possível que o STF perceba que não está diante de um mero pedido de cancelamento da súmula vinculante feito por algumas das mesas, mas sim perante um ato emanado do Congresso Nacional visando à preservação de sua competência legislativa. Se a Corte nota a gravidade da situação, poderia julgar a constitucionalidade do decreto legislativo em homenagem ao princípio da separação de poderes, vendo na atuação do Legislativo o necessário contrapeso à postura inconstitucional da Corte em editar a súmula vinculante. Seria um nobre exercício de humildade constitucional, o qual se espera ver na prática.

6. Considerações finais

O princípio da separação dos Poderes passou de um dogma liberal exclusivamente voltado para a contenção do arbítrio para a moderna concepção de funções estatais ordenadas cooperativamente em busca de alcançar as finalidades públicas, dilatadas com o advento do Estado Social.

Esse aumento de atribuições dos Poderes levou ao surgimento de um “terceiro gigante”, o Poder Judiciário, que passou a ser chamado, por exemplo, a decidir questões envolvendo a implementação de direitos sociais, dentre outros temas até então inéditos àquele Poder.

A presente pesquisa buscou demonstrar que o avanço do Poder Judiciário foi uma resposta necessária ao avanço dos demais Poderes, como uma forma de preservar o equilíbrio entre eles. Tratou-se, na verdade, de uma atualização dos mecanismos de freios e contra-pesos.

Esse avanço, no Brasil, chegou a um estágio no qual os sistemas do *common law* e o do *civil law* estão cada vez mais próximos, principalmente com a chegada da súmula vinculante, cuja edição, se respeitados os limites constitucionais para tanto, não se

afigura atentatória à separação de Poderes. Tendo em vista a prática do STF, no entanto, constata-se que tais requisitos vêm sendo, infelizmente, descumpridos, fazendo surgir súmulas vinculantes inconstitucionais.

Como forma de manter a separação de Poderes, é necessário, diante deste estado de coisas, que o Poder Legislativo responda à altura e busque preservar sua competência constitucional. Assim, sustentou-se a possibilidade de, com base no art. 49, XI da CF/88, ser possível ao Congresso Nacional sustar a súmula vinculante inconstitucional. Tal pratica não se afigura atentatória à independência do Poder Judiciário, pois, na verdade, busca corrigir um deslize cometido por este. Também não se trataria de um novo mecanismo de anticontrole de constitucionalidade, pois a base para tal decreto legislativo é firmada em critérios objetivos acerca da violação da competência normativa do Legislativo, perpetrada por uma súmula vinculante que não obedeceu às condições constitucionais para sua edição.

7. Referencias bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 3ª ed. Paz e Terra, São Paulo: 1991.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed. 12ª tiragem. Editora Malheiros: São Paulo, 2003.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 8ª ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Editora SAFE: Porto Alegre, 1993.

CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

COLE, Charles. *The reality of binding precedent in America*. In: Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol. 24. Jan./Dez./2005. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In: Didier Júnior, Fredie. *Ações Constitucionais* (org.). 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997.

Jorge Neto, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas – concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Editora Jus Podivm: Salvador, 2008.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Artigo XLVII in os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Editora Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1993.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica.* 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional.* 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 5ª ed. Editora Saraiva: São Paulo, 1998.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. Editora Malheiros: São Paulo, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. In: AGRA, Walber de Moura. (Coord.) *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Nova Lei da Súmula Vinculante – estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

---

[1] Tecnicamente, a expressão mais correta é "enunciado de súmula vinculante", já que a súmula em si não é vinculante, sendo mera síntese de julgados reiteradamente decididos. É o enunciado nela contido, verdadeiramente, que vincula. No entanto, como o texto constitucional e a doutrina de um modo geral tratam o instituto por "súmula vinculante", essa será a terminologia adotada no artigo, mesmo reconhecendo o acerto da Lei 11.417/06 cuja regulamentação do instituto trás em seu bojo a expressão mais correta, conforme se lê no art. 2º.

[2] Nesse sentido, Paulo Bonavides aponta que : "Todo o prestígio que o princípio da separação de poderes auferiu na doutrina constitucional do liberalismo decorre da crença no seu emprego como garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realezas absolutas". BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p, 142.

[3] Indubitavelmente, Montesquieu foi o grande sistematizador do princípio da separação de Poderes, mas a idéia em si encontrava precursores mais antigos. Assim, tem-se que: "Distinguira Aristóteles a assembléia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário; Marsílio de Pádua no *Defensor Pacis* já percebera a natureza das distintas funções estatais e por fim a Escola do Direito Natural e das Gentes, com Grotius, Wolf e Puffendorf, ao falar em partes *potentiales summi imperii*, se aproxima bastante da distinção estabelecida por Monstesquieu". BONAVIDES, Paulo. Ob. cit. p, 136.

[4] MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p, 165.

[5] ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Editora Malheiros, 1995. p, 88.

[6] ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p, 30.

[7] Idem. p, 14.

[8] Idem. p, 16.

[9] Idem. p, 16.

[10]Idem. p, 7.

[11] MONTESQUIEU. Ob. cit. p, 166-184.

[12] Trata-se dos artigos XLVII ao LI presentes na compilação *Federalist Papers*.

[13] "Ao mais superficial exame da Constituição britânica, percebemos que os poderes legislativo, executivo e judiciário não são em absoluto totalmente independentes e distintos entre si. O magistrado executivo é parte integrante do poder legislativo. Detém sozinho a prerrogativa da fazer tratados com soberanos estrangeiros que, quando feitos têm, sob certas limitações, a força de atos legislativos. Todos os membros do poder judiciário são designados por ele, podem ser removidos por ele por solicitação das duas Câmaras do Parlamento, e compor, quando convier ao magistrado executivo consultá-los, um de seus conselhos constitucionais. Uma das câmaras do poder legislativo forma também um grande conselho constitucional para o chefe executivo, sendo também, por outro lado, o único depositário do poder judiciário em casos de *impeachment* e estando investido da suprema jurisdição de apelação em todos os demais caos. Além disso, os juízes estão tão intimamente ligados ao poder legislativo que frequentemente assistem às suas deliberações e delas participam, embora sem direito a voto legislativo". MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Artigo XLVII. In: Os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993. p, 332-333.

[14] Idem. p, 334.

[15] BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p, 19.

[16] Sobre o ponto, Paulo Bonavides aduz que: "Chagamos, de nossa parte, a essa conclusão: a teoria da divisão de poderes foi, em outros tempos, arma necessária da liberdade e afirmação da personalidade humana (séculos XVIII e XIX). Em nossos dias é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo. Decadente em virtude das contradições e da incompatibilidade em que se acha perante a dilatação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade". BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p, 86.

[17] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora SAFE, 1993. p, 19.

[18] Sobre esse perigo, Madison alertava que: "A grande garantia contra uma concentração gradual dos vários poderes no mesmo braço, porém, consiste em dar aos que administram cada poder os meios constitucionais necessários e os motivos pessoais para resistir aos abusos dos outros. As medidas de defesa devem, neste caso como em todos os outros, ser proporcionais ao perigo de ataque. A ambição deve poder contra-atacar a ambição." MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Artigo LI.* Ob. cit. p, 350.

[19] MONTESQUIEU. Ob. cit. p, 168.

[20] CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit. p, 21.

[21] MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica.* 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003. p, 58-65.

[22] Idem. p, 58-65.

[23] Idem. p, 67-69.

[24] CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit. p, 34-39.

[25] Ainda segundo Cappelletti: "Constitui um dado da realidade que a legislação social ou de welfare conduz inevitavelmente o estado a superar os limites das funções tradicionais de "proteção" e "repressão". O papel do governo não pode mais se limitar a ser o de um "gendame" ou "night watchman"; ao contrário, o estado social – o 'État providence', como o chamam, expressivamente, os franceses – deve fazer sua a técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de promocional. Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimento futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre 'certo' e 'errado', ou seja, entre o 'justo' e o 'injusto', right and wrong. E mesmo quando a legislação social cria por si mesma direitos subjetivos, cuida-se mais de direitos sociais do que meramente individuais." Ob. cit. p, 41.

[26] Veja-se, por exemplo, que a concretização do direito social à saúde é impensável de ocorrer "da noite para o dia", ou através de uma simples e única lei. É necessária a concatenação de uma série de leis tratando do tema e seus correlatos, nas mais diversas esferas de governo. Além disso, a concretização em si do direito só ocorrerá de fato com o dispêndio de gastos públicos e a prática de diversos atos administrativos relativos à: construção de hospitais, ampliação de atos de prevenção, realização de licitação para compra de materiais e remédios, realização concurso para contratação de servidores especializados, etc.

[27] Idem. 74-79.

[28] Nesse sentido é a lúcida analise de Martin Shapiro, citado por Cappelletti: "o que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são

responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciadação da vontade da maioria (...), e sim, frequentemente, o compromisso entre corpos com interesses conflitantes". SHAPIRO, Martin. *Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review*. Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1966. p, 24. Apud CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit. p, 95.

[29] ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p, 53-54.

[30] Jorge Neto, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas – concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p, 119.

[31] Idem. p, 100.

[32] Idem. p, 105-106.

[33] HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p, 20-23.

[34] TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p, 360.

[35] Nesse sentido, Chales Cole assenta que: "The *stare decisis* doctrine in the United States legal culture requires that oncean appellate court in the State or federal judicial system has selected a principle of law to use in deciding the case before it by a majority opinion of the court, thus establishing the precedent of the case, the court will continue to adhere to that precedent, applying it to future cases where the relevant facts for purposes of decision are substantially the same, even though the parties are different". COLE, Charles. *The reality of binding precedent in America*. In: Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol. 24. Jan./Dez./2005. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2005. p, 138. Nesse artigo o autor aborda a realidade do precedente vinculante nos Estados Unidos, levando com conta o âmbito estadual e federal.

[36] STRECK, Lenio Luiz. In: AGRA, Walber de Moura. (Coord.) *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p, 152-153.

[37] GAMBARO, Antonio; SACO, Rodolfo. *Sistemi giuridici comparati*. Torino: UTET, 2002. p, 124. Apud. CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p, 60.

[38]"In essence, the trial judge does not have the general authority to overrule prior precedent. When, however, the trial judge is faced with the application of a prior precedent which has been so significantly eroded by the passage of time or other precedent cases that it is clear the precedent would be overruled if the case was submitted to the appropriate appellate court, some trial judges refuse to follow the

outdated precedent. Obviously, however, in such a case the losing party has the opportunity on appeal to assert the failure to follow the precedent as trial court error." COLE, Charles. Ob. cit. p, 147.

[39] Todas essas considerações são digressões diretamente referíveis ao art. 103-A da CF/88, cuja redação é: "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (EC nº 45/04) § 1º - A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º - Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º - Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso". A Lei referida no texto constitucional é a de nº 11.417/06, que, dentre outras medidas, ampliou o número de legitimados para a provocação da edição, revisão e cancelamento da súmula vinculante, já que atribuiu legitimidade ao Defensor Público Geral; aos Tribunais Superiores; aos Tribunais de Justiça dos Estados, Distrito Federal e Territórios; aos Tribunais Regionais do Trabalho; aos Tribunais Regionais Eleitorais; aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais Militares. Previu-se, ainda, a mesma legitimidade ao Município, incidentalmente nos processos em que for parte, sem a possibilidade de suspensão do processo tendo em vista a provocação.

[40] TAVARES, André Ramos. Ob. cit. p, 372.

[41] Súmula vinculante nº 2: "É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias".

[42] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p, 360-361.

[43] Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso assenta que: "bem vistas as coisas, a inserção (*rectius*, ampliação) da eficácia vinculativa das Súmulas no ambiente jurídico-constitucional aparecia como *mais um* temperamento ao princípio da separação dos Poderes, se é que caberia ainda hoje qualificá-lo como princípio, tantas são as ocorrências que o excepcionam. Ou, por outras palavras, vista a separação dos Poderes não como um dogma ou cláusula pétrea, mas como uma diretriz de cunho operacional, ela seria permeável às inovações que o envolver da sociedade civil e o surgimento de novas necessidades vão exigindo, como ora acontece com a notória insatisfação quanto

à distribuição da Justiça em nosso país, e o conseqüente justo reclamo por uma resposta judiciária de boa qualidade, a saber, *justa, jurídica, econômica, tempestiva e razoavelmente previsível*. Ob. cit. p, 101.

[44] STRECK, Lenio Luiz. Ob. cit. p, 191.

[45] Outras formas de inconstitucionalidade na edição de súmulas vinculantes são: desrespeito ao quorum de 2/3 para a aprovação ou a inexistência de divergência sobre a aplicação da norma nas instâncias inferiores, capaz de gerar insegurança jurídica ou relevante multiplicação de processos.

[46] TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante – estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2009. p, 113-114.

[47] Súmula vinculante nº 13: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal".

[48] ADI 1521 MC, MS 23780, ADC 12 MC ADC 12 e RE 579951.

[49] Admitindo esse cabimento: STRECK, Lenio Luiz. Ob. cit. p, 200; CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In: Didier Júnior, Fredie. *Ações Constitucionais* (org.). 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p, 520-521.

[50] Art. 49. XI: "É competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XI- zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes."

[51]ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 3ª ed. Paz e Terra, São Paulo: 1991. p, 339.

[52]Os referidos autores citam entrevista concedida por Francisco Campos, autor da Carta, na qual ele sustenta, tendo em vista o transcurso de tal prazo sem a convocação do plebiscito, que a Carta de 1937 não tinha mais vigência constitucional, em 1945. São essas as palavras dele: " Ora, o artigo 80 declara: o período presidencial será de seis anos. Resulta, pois, claramente, da combinação dos dois artigos: o primeiro, de que o mandato do Presidente começa a correr da data da Constituição; o segundo, que esse período não poderia exceder de seis anos. Estabelecendo o artigo 175 que o Presidente só termina esse período de seis anos se o plebiscito fosse favorável à Constituição, o plebiscito deveria realizar-se, impreterivelmente, dentro de seis anos a que se refere o artigo 80. Não se tendo realizado o plebiscito dentro do prazo estipulado pela própria Constituição, a vigência desta, que antes da realização do plebiscito seria de caráter provisório, só se tornaria definitiva mediante aprovação plebiscitária, tornou-se inexistente". ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. Ob. cit. p, 331-332.

[53]“Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

[54]MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional.* 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p, 170.

LEIS, ATOS DE GOVERNO E DE OUTRAS AUTORIDADES ESTATAIS: DESAFIOS DO PODER LEGISLATIVO*

LEGGI, ATTI DI GOVERNO E DI ALTRE AUTORITA STATALI: SFIDE PER IL POTERE LEGISLATIVO

Gina Vidal Marcílio Pompeu

RESUMO

O estudo do direito constitucional comparado demonstra a necessidade de rever e atualizar o Princípio da Separação dos Poderes nos Estados Democráticos de Direito. No mundo contemporâneo persiste a necessidade de o Estado assumir e desempenhar múltiplas funções nas instâncias sociais, políticas e econômicas que requerem a colaboração e a interação entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A exigência de efetivação dos direitos humanos e sociais rompeu a ideia do monopólio da função legislativa como privativa do Poder Legislativo; hodiernamente entende-se que a iniciativa das leis pode ser atribuída a qualquer dos poderes do Estado. Observa-se a hipertrofia da função legislativa atribuída ao Executivo, seja por meio da iniciativa das leis, seja por meio das leis delegadas, das medidas provisórias, ou ainda por intermédio dos regulamentos e decretos. O temerário na análise sobre o ordenamento jurídico, a supremacia constitucional e o Estado Democrático de Direito é a insurreição da função administrativa. Sob a égide da busca dos princípios da eficiência e do interesse público, ocorre a fragilização do princípio da legalidade, da liberdade, e da soberania popular exercida por meio do voto secreto, universal e periódico, e, por fim, retorna-se às ditaduras da Administração.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. PODER LEGISLATIVO. INICIATIVA DAS LEIS. ATOS NORMATIVOS DO EXECUTIVO.

RIASSUNTO

Lo studio del diritto costituzionale comparato mette in luce la necessità di rivedere e di aggiornare il principio della separazione dei poteri nello Stato Democratico di Diritto. Nel mondo contemporaneo, persiste la necessità che lo Stato assuma e svolga una molteplicità di funzioni in ambito sociale, politico ed economico che richiedono collaborazione ed interazione tra il potere legislativo, esecutivo e giudiziario. L'esigenza di effettivazione dei diritti umani e sociali ha superato il concetto di monopolio della funzione legislativa da parte del potere legislativo; attualmente si ritiene che l'iniziativa legislativa possa essere attribuita a qualsiasi potere dello Stato. È possibile osservare l'ipertrofia della funzione legislativa attribuita all'esecutivo, sia attraverso l'iniziativa legislativa, sia mediante le leggi delegate, le misure provvisorie con forza di legge, o tramite regolamenti e decreti. Da un'analisi relativa all'ordinamento giuridico, alla supremazia costituzionale ed allo Stato Democratico di

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Diritto, risulta temeraria l'insurrezione della funzione amministrativa. Sotto l'egida della ricerca dei principi di efficienza e di interesse pubblico, si verifica l'indebolimento del principio di legalità, di libertà e di sovranità popolare (esercitata mediante votazione a scrutinio segreto, universale e periodico) e, alla fine, si ritorna alle dittature dell'amministrazione.

PAROLE CHIAVE: COSTITUZIONE. SEPARAZIONE DEI POTERI. POTERE LEGISLATIVO. INIZIATIVA DELLE LEGGI. ATTI NORMATIVI DELL'ESECUTIVO.

INTRODUÇÃO

A constituição é a ordem jurídica maior em um Estado de Direito. Ela compreende um sistema de regras e princípios jurídicos, designado como Direito Constitucional essencialmente escrito e positivado. Ao tempo em que a criação das normas positivadas para o Direito Constitucional é matéria controvertida, ao sistema de produção corresponde um sistema de órgãos de controle.

O Direito Constitucional nas repúblicas democráticas de Direito é produzido pela vontade política verificada no poder constituinte: originário, derivado ou decorrente. Apresenta-se como campo de ação política do Estado por meio do sistema jurídico de ordem hierarquizada em constituição, lei e regulamento. Cristina Queiroz (2009, p.15-19) assenta o Direito Constitucional como direito político que regula as competências, as formas e as instituições, bem como os procedimentos de decisão dos órgãos políticos. Ele fixa limites à atuação do poder público, por meio da valoração dos princípios estruturantes como o princípio republicano, ou o democrático, ou o do Estado de Direito e ainda do Estado Social.

A hierarquia das normas e a pluralidade dos processos de criação jurídica espelham a autoridade e a competência do órgão de onde provêm. Esta análise considera que as normas de hierarquia superior prevalecem, tornando inaplicáveis as normas de hierarquia inferior que disponham em sentido contrário. Assim a norma superior reúne a preferência de validade e de aplicação.

O Estado Social moderno alterou a estrutura da lei; não é mais suficiente o conceito clássico de lei, referenciada pelas características da normatividade geral e abstrata, imediatamente subordinada à constituição e heterônoma, com conteúdo e forma pré-determinados pela Constituição. O Estado prestacional ocasionou o aparecimento de leis-medidas, leis-planos, subvenções e acordos, cooperações e parcerias entre a administração pública e os particulares, para as quais, muitas vezes, o Legislativo é chamado apenas para ratificar as escolhas e os acordos celebrados pelo Executivo na efetivação dos direitos sociais.

O Parlamento surge como órgão de representação da sociedade no Estado e como órgão do Estado. Dessa forma a liberdade de conformação do legislador pressupõe a tipicidade constitucional de competências e o princípio da legalidade da administração pressupõe o princípio da prevalência ou precedência de lei e o princípio da reserva legal. Cristina

Queiroz (2009, p.249) assevera que esses princípios apontam para uma vinculação jurídico-constitucional do poder executivo na sua dupla função de órgão de condução política e de órgão superior da administração pública.

O direito regulamentar é mais débil do que o direito legislado. Apesar de ter algumas características materiais das leis, como a abstração e a generalidade, ele não pode ser tomado como um substituto da legislação. O intérprete e aplicador das leis há de atender sempre a três princípios: supremacia constitucional; primazia da lei; e da reserva legal.

A inflação legislativa é uma das causas da crise da lei formal, fenômeno universal que tem múltiplos efeitos em diversos segmentos, não apenas no campo jurídico, mas também, nos âmbitos econômicos, políticos e sociais. Gustavo Binenbojm (2006, p.305) aponta algumas razões para essa crise, tais quais: o uso histórico da lei como fundamento para a injustiça e a barbárie; o controle crescente e progressivo do processo legislativo pelo Poder Executivo; o advento do constitucionalismo e da constitucionalização do direito e por fim, novas formas de juridicidade por meio de regulamentos administrativos e outras fontes normativas de origem privada, apelidadas de *soft law*.

Cumpre informar que para as conclusões no final apresentadas, parti-se da observação sobre a descentralização da atividade legislativa no Estado contemporâneo. Ela que é resultante do novo delineamento das funções estatais, que busca superar o princípio da separação dos poderes e concilia o sistema de freios e contra pesos com as metas programáticas de alcançar o desenvolvimento humano e econômico.

O campo principal de estudo é o constitucionalismo brasileiro, e a realidade nacional advinda após a Constituição Federal de 1988; porém é possível constatar que a função governamental normativa e reguladora está presente em todos os Estados que entendem a relevância do planejamento, da elaboração de planos de governo e de previsão orçamentária para conciliar desejo, necessidade com possibilidades e que por fim, esses Estados usam a lei como veículo condutor.

A produção legislativa torna-se ferramenta de transformação. O artigo discute como o Executivo passou a usufruir em larga escala da função legiferante, por meio da iniciativa das leis, da edição de medidas provisórias, das leis delegadas, ou ainda pela utilização de regulamentos e decretos. A questão crítica encontrada foi o desejo latente da Administração em desvencilhar-se do Poder Político: Executivo e Legislativo. Ela pleiteia autonomia e submissão apenas à Constituição.

1. DESCENTRALIZAÇÃO DA ATIVIDADE LEGISLATIVA

A lei, no Estado Democrático de Direito, é o veículo do direito, produzido e vinculado à vontade geral. Apenas o ato com forma de lei pode inovar a ordem jurídica. Observa-se, porém, que a lei é fonte do direito por excelência, mas não é a exclusiva fonte. Existe um pluralismo jurídico que resulta de diversos vetores, oriundos dos interesses públicos e privados, individuais e coletivos, econômicos e sociais. As aplicações de normas,

resultantes de outras fontes que não a lei, não podem contrariar a legislação oriunda da vontade do legislador. Seguindo o pensamento de Hans Kelsen (1990, p.141), a autonomia privada pode criar apenas normas jurídicas secundárias, porque elas dão origem a deveres e direitos jurídicos apenas em conexão com as normas gerais primárias. A norma secundária, produzida pelo particular, é o conteúdo de um ato jurídico previsto pela norma primária geral.

Nos sistemas de tradição romanística, a jurisprudência, o costume e a equidade são admitidos apenas para preencher lacunas; é vedada decisão judicial contra a lei. Já nos países anglo-saxônicos, há uma concorrência entre o *commom law* e a lei, e quem aplica o *commom law* são os tribunais que, ao decidirem, criam precedentes judiciais vinculantes, dando origem ao direito.

Clemerson Clève (2000, p.80-81) pondera a possibilidade de constatar, mesmo nos sistemas do direito anglo-saxão, que a lei assume escopo fundamental. Primeiro porque a decisão do *commom law* ocorre quando não há norma geral preexistente de direito substantivo; segundo porque persiste na sociedade a vontade de efetuar profundas e rápidas transformações que garantam a superação da crise econômica do Século XXI e que permitam a consecução de políticas públicas. Para os fins almejados, o instrumento adequado é a Lei-plano, ou prestacional, originada junto ao Executivo.

O Estado Federal descentraliza entre os seus membros a competência legislativa; por esse viés, cada ente da federação participa da função legislativa, cujo raio de incidência é delimitado por seu território. O Brasil compreende as esferas federal, estadual, distrital e municipal. Necessário ressaltar que a autonomia legislativa subordina-se aos princípios e às normas constitucionais.

Além da descentralização legislativa por divisão espacial do poder, é essencial para este artigo ressaltar aquela resultante da possibilidade de criação de atos normativos sob a forma material de lei, por outros órgãos que não o Legislativo. Assim essa descentralização legislativa pode derivar de delegação do Legislativo ou ainda de competência conferida pela Constituição. A delegação pode ser interna, quando, por exemplo, é dado direito a uma comissão de discutir e votar projeto de lei, substituindo a competência do Plenário. (Art. 58 § 2º, I C.F. Br.) Diz-se delegação externa quando a Constituição ou o Legislativo autoriza ou transfere a tarefa normativa para órgãos situados no âmbito de outros poderes do Estado ou para a sociedade.

Pode-se falar em descentralização da função legislativa em favor do Judiciário, haja vista que a ele é conferido pela Constituição brasileira de 1988, art. 96, I, a, o poder de elaborar seus regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos órgãos jurisdicionados e administrativos.

Nota-se singularidade junto ao poder normativo desenvolvido pela Justiça Eleitoral, que chega a editar atos normativos de caráter genérico em assunto eleitoral. Não existe previsão legislativa para a Justiça Eleitoral na atual Constituição de 1988. Ela estava presente na Constituição anterior e continua ainda em vigor por força de previsão do Código Eleitoral de 15 de julho de 1965, haja vista que não foi revogado e logo no parágrafo único do art.1º defere competência para o Tribunal Superior Eleitoral expedir instruções para a fiel execução daquela lei. Persiste a competência da Justiça Eleitoral para editar atos normativos de caráter genérico em assunto eleitoral, complementares

daquilo definido em lei. O Tribunal Superior Eleitoral costuma expedir, a título de instruções, regras que apresentam conteúdo legislativo e resoluções com força de lei, porém não podem contrariar dispositivo de lei. Emmanuel Girão de Castro Pinto e Tito Costa prelecionam sobre o poder normativo da Justiça Eleitoral. A autora filia-se à corrente que vê na expedição dessas normas atividade administrativa.

Reclama-se do Poder Judiciário mais abrangente tutela dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando a ausência de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício, e assim sejam requeridos judicialmente por meio da ação constitucional do Mandado de Injunção. O silêncio normativo não tem levado o Supremo Tribunal Federal a legislar quando provocado por meio do Mandado de Injunção. Ele limita-se a viabilizar o direito constitucional, diante do caso concreto e quando juridicamente possível; por fim, dá ciência ao Legislativo ou ao Executivo sobre a omissão legal para que tome as medidas cabíveis.

O Poder Judiciário não pode influir no processo legislativo, haja vista que ele não tem poderes para alterar o direito existente, porém o Supremo Tribunal Federal foi eleito pela Constituição Federal de 1988 (art.102), como o seu guardião e intérprete, competindo-lhe declarar a inconstitucionalidade das leis que entrem em choque com os ditames constitucionais. A Emenda Constitucional nº45, de 8 de dezembro de 2004, denominada de Reforma do Judiciário garantiu competência para o Supremo Tribunal Federal editar súmulas sobre a validade, a interpretação e a eficácia de determinadas normas.Os efeitos dessas súmulas serão vinculantes com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal. A mesma emenda instituiu o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, (art.103-B,§4º, -I; art.130-A, §2º,-I) órgãos de controle externo das referidas instituições, com atribuições de expedir atos regulamentares e de recomendar providências no âmbito de suas competências.

Nota-se que o Juiz no Estado contemporâneo é instado a se pronunciar a todo o momento sobre os direitos previstos em uma Constituição dirigente. Assim, depara-se com complexo emaranhado de leis do ordenamento jurídico que se inserem em direitos individuais e direitos coletivos, que disciplinam interesses privados e interesses públicos, colocando-o no dever de intervir no processo de criação do Direito e de conciliar as tendências diversas.

A legislação oriunda da jurisdição constitucional, defendida por muitos, constitui afronta à função governativa legislativa e executiva, cujos detentores do poder foram eleitos democraticamente. O controle de constitucionalidade repressivo está previsto constitucionalmente, porém remarca-se que a função legislativa conferida ao Judiciário que inove ou crie legislação primária significa arbítrio do Judiciário e judicialização da política.

Por vezes o Judiciário invade a seara do Legislativo e do Executivo; outras vezes, o Executivo personalista e despótico tende a governar ignorando os demais poderes; já o Legislativo assenta-se em critérios de barganha por cargos na administração, sob pena de rejeitar e vetar projetos de iniciativa do Executivo. Inegável é a existência do Estado Judicial que tende a ignorar a essência democrática do governo, bem como se observa um tipo de presidencialismo monárquico que impõe o Estado Policial, ou ainda depara-

se com a democracia sustentada sobre um Legislativo demagógico que, uma vez eleito, divorcia-se do eleitor.

Invocar o princípio da separação e harmonia entre os poderes ainda é válido, sobremaneira quando a ingerência de um desses poderes sobre o outro afronta a soberania popular, que por meio do voto universal e periódico elege os representantes do Executivo e do Legislativo. Deve-se preservar o Estado Democrático de Direito; reafirmar os ditames constitucionais e o ordenamento jurídico; e, por fim, dirimir com prudência os conflitos entre as funções do Estado. Essencial é não deixar sucumbirem os direitos individuais e coletivos e suas garantias, além de ter como definição primária o interesse público e a interpretação dos fins do Estado e dos meios adequados para atingi-los. (PALU, 2004, p.210).

É certo que o poder estatal deve ser controlado e que uma das maneiras de efetivá-lo é por meio do controle social, das ações civis públicas, no constante acompanhamento pelo povo. São instrumentos de controle as ações do Ministério Público, e ainda, e o acompanhamento dos Tribunais de Contas sobre as ações governamentais, a implementação dos planos plurianuais e da legislação orçamentária. Participação, cidadania e transparência nas ações da função governativa ainda devem ser a tônica do Estado Democrático de Direito. Esse controle do poder estatal não se esgota no Poder Judiciário que, uma vez provocado, deve se pronunciar sobre a omissão governamental ou administrativa, ou ainda, em vista da exacerbação e o abuso de poder pelos agentes do Executivo e do Legislativo. Representação e controle se aliam ao mandato representativo e superam o mandato imperativo. O controle do poder estatal deve ocorrer por via jurisdicional ou por meio do eleitorado, que não são vias excludentes; ao contrário, são as bases da moderna democracia.

2. PROCEDIMENTO LEGISLATIVO E INICIATIVA DAS LEIS

A supremacia do Executivo no sítio da iniciativa legislativa se dá em muitos Estados constitucionais que têm por regime político a democracia. Observa-se em várias constituições o deferimento ao Executivo do poder de iniciativa no processo legislativo. Assim estabelece o art. 70 da Constituição italiana de 1948; o art.76, I, da Lei Fundamental de Bonn, de 1949; o art.87 da Constituição da Espanha, de 1978; o art. 39 da Constituição da França de 1958; e o art. 170 da Constituição portuguesa, de 1976. Na Inglaterra a iniciativa legislativa rende-se às mãos do Primeiro-Ministro e de seu Gabinete. Karl Loewenstein (1986, p.269) observa que a iniciativa parlamentar dos *private members* dos partidos desapareceu ou é insignificante.

A iniciativa legislativa das leis compete no Brasil, de acordo com a Constituição de 1988, art. 61, ao membro ou à Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional; cabe a iniciativa das leis, ainda, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos.

No Brasil é de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre matéria orçamentária e serviços públicos, bem como compete privativamente ao Presidente da República dispor mediante decreto sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos. Em face do sistema federalista adotado no Brasil, o modelo da simetria constitucional perpassa as constituições estaduais e leis orgânicas municipais e têm provocado o engessamento do Poder Legislativo nas diversas esferas territoriais.

As assembleias legislativas e câmaras municipais brasileiras reverberam contra o esvaziamento da função legislativa de iniciativa das leis, haja vista que todo o projeto de lei que gera despesa orçamentária ou implica em ações a serem desempenhadas por órgãos da administração e secretarias de estado é considerado eivado do vício de inconstitucionalidade originária. Resta ao Legislativo desempenhar preponderantemente a função fiscalizatória dos atos do executivo e não mais a competência para propor projetos de leis.

O Congresso Nacional brasileiro aprovou, na sessão legislativa de 2008, **224** leis, das quais mais de 50% do total de leis aprovadas tiveram origem no Executivo. De acordo com artigo do analista político Antonio Augusto de Queiroz, do sítio do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar - DIAP, a iniciativa das leis de 2008 teve a seguinte composição: 1) Judiciário: **13;** 2) Congresso Nacional, **81**, sendo 19 de deputados e 62 de senadores; 3) Poder Executivo, **130,** sendo 23 de projetos de lei, 38 oriundos de Medidas Provisórias (das quais, 14 aprovadas originalmente e 24 alteradas e convertidas em projeto de lei de conversão) e 69 de PLN (projeto de lei do Congresso: Câmara e Senado juntos). (QUEIROZ, disponível in: www.diap.org.br , acesso em 29 de julho de 2009).

No estado do Ceará, observa-se que dos **236** projetos de lei aprovados, **107** eram de iniciativa do executivo, **105** de iniciativa do Legislativo (46 deputados), **12** de iniciativa do Judiciário, **2** do Tribunal de Contas do Estado, **2** do Tribunal de Contas dos Municípios e **8** do Ministério Publico Estadual. Os projetos de iniciativa do Legislativo estadual, na sua maioria, diziam respeito à nomeação de ruas, praças e logradouros e à concessão de títulos e reconhecimento da utilidade pública de associações, caracterizando a alta quantidade e a baixa qualidade das matérias dispostas em lei. (www.al.ce.gov.br/departamentolegislativo)

A atuação dos parlamentos revela quase que um retorno aos parlamentos, na Idade Moderna, quando não tinham o poder de legislar e resumiam as suas tarefas em concordar e ratificar a vontade dos soberanos. José Afonso da Silva (1964, p.106-117) relata que os parlamentos limitavam-se a deliberar sobre propostas genéricas, competindo ao soberano editar o texto legislativo.

No que é pertinente a apresentação de projetos de lei de iniciativa popular é fácil constatar a insípida produção desses instrumentos da soberania popular. São pouco utilizados no Estado brasileiro, haja vista a dificuldade de cumprir os requisitos do § 2º do art. 61 da C.F. O parágrafo dispõe sobre a necessidade de colher no mínimo 1% de assinaturas do eleitorado nacional para subscrever o projeto, distribuído pelo menos em 5 Estados da federação, com não menos de 3 décimos por cento dos eleitores em cada um desses Estados. (Assinatura de 1% de 130.958.083 milhões de eleitores, divididos

em 5 Estados da federação, são necessárias, em julho de 2009, para propor um projeto de iniciativa popular, www.tse.gov.br).

Todos esses projetos de lei têm tramitação própria junto ao Poder Legislativo, independentemente da autoridade que fez o encaminhamento inicial. A cada projeto lido no Plenário é dada publicidade à tramitação, cabendo a Comissão de Constituição e Justiça examinar a constitucionalidade da matéria tratada. Uma vez confirmada a adequação aos preceitos constitucionais, o projeto passa a ser deliberado com relação a sua matéria específica e objeto nas demais comissões técnicas, cujos membros podem requerer a realização de audiências públicas. Os parlamentares têm a possibilidade de apresentar emendas julgadas necessárias ao projeto. Findas a discussão e a votação por especialidade da matéria junto às respectivas comissões técnicas, proceder-se-á à votação final em plenário.

Uma vez aprovado o projeto, ele será transformado em autógrafo de lei, e então encaminhado para sanção do Chefe do Executivo, promulgação e publicação; ou ao contrário, se assim entender o Chefe do Executivo para aposição de veto total ou parcial da matéria e devolução do autógrafo ao Legislativo que, por sua vez, acatará o veto e arquivará a matéria; ou pode ainda o Legislativo derrubar o veto por maioria absoluta dos deputados e senadores e novamente encaminhar para a promulgação do Presidente. Decorridos 48 horas do recebimento, se o autógrafo não for promulgado pelo Chefe do Executivo, o Presidente do Senado, ou na sua ausência o Vice, fará a promulgação e a encaminhará à publicação. A última palavra é do Legislativo.

A sanção e o veto constituem tradição no direito brasileiro, previstos desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição de 1988.

Pode ainda o Presidente da República, em caso de relevância e urgência, adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

3. FUNÇÃO GOVERNAMENTAL NORMATIVA

Prosperou no início do século XX a crença de que a positivação dos direitos humanos e sociais por meio das constituições levaria à igualdade inicial e à efetivação de um patamar mínimo de direitos a todos. A força normativa das constituições (Konrad Hesse) tenta vencer os fatores reais do poder (Ferdinand Lassalle) por meio da vontade humana dos governos democráticos e republicanos e seu arrojado corpo administrativo. O Estado foi levado a desempenhar papel essencial junto à ordem econômica, como agente normativo e regulador. Passou a planejar, elaborar planos de governo e leis orçamentárias visando a conciliar a receita e os tributos arrecadados com as necessidades e reivindicações da população que garantissem desenvolvimento econômico e humano.

O princípio da separação dos poderes independentes e harmônicos entre si não configura mais a rigidez de outrora. A ampliação dos deveres do Estado contemporâneo exige nova interpretação desse princípio. José Afonso da Silva (2006,p.28) prefere falar

em colaboração de poderes, apontando no parlamentarismo a dependência do governo à confiança no parlamento e no presidencialismo o desenvolvimento de técnicas da independência orgânica e harmônica entre os poderes. Luiz Palu (2004, p.349) conclui que a separação dos poderes não significa divisão material de funções, mas divisão orgânico-funcional. Aquele princípio estabelecido no art. 2º da Constituição Federal brasileira de 1988 é permeado pelo sistema de freios e contrapesos.

O Poder Executivo tem participação primordial no processo legislativo quer pela competência de iniciativa das leis, quer pela sanção ou pelo veto. Compete ao Legislativo, por sua vez, modificar o projeto originado do Executivo, por via de emendas, ou ainda rejeitá-lo ou, por fim, derrubar o veto aposto pelo Executivo e promulgar a Lei, quando o Executivo não o fizer no prazo previsto.

A função governamental normativa não é exclusiva do Legislativo. Hodiernamente a elaboração de Atos gerais, abstratos e vinculantes não compete somente ao Poder Legislativo; na maioria dos casos envolve o Executivo e o Legislativo, que emitem Leis (atos primários) e atos secundários (regulamentos). A preeminência do Executivo e a sua liderança política são os vetores da transformação legislativa, porém a função normativa está presente em todas as funções estatais.

Há de se registrar diferenças entre o poder normativo do Executivo nos sistemas presidencialista e parlamentarista. O modelo presidencial concebido nos Estados Unidos da América não permitia ao Chefe do Executivo provocar a atuação legiferante, porém não é isso o que se observa no Congresso Americano, tampouco nos países da América Latina, como o Brasil, que adotaram o presidencialismo. O Executivo encaminha projetos na forma de mensagens ao Legislativo ou tem seus projetos subscritos por corregionários partidários. No sistema parlamentar a iniciativa das leis concentra-se no gabinete e no Primeiro Ministro.

Diante do constitucionalismo brasileiro, é possível verificar como exceções ao princípio da separação dos poderes a permissão para que deputados e senadores exerçam funções de ministro de Estado, bem como de secretário de estado e do Distrito Federal, de prefeitura de capital ou de missão diplomática temporária (art. 56 C.F.). Já o Congresso Nacional e as suas comissões podem convocar os ministros de Estado para expor assunto relevante do seu ministério (art. 50 C.F.). Remarca-se que, em face dos artigos 62 e 68 da C.F. brasileira, pode o Presidente da República editar medidas provisórias com força de lei e solicitar a delegação de atribuições legislativas ao Congresso Nacional.

A delegação de poderes do Legislativo ao Executivo encontra-se prevista em algumas constituições promulgadas após a II Guerra Mundial, como a brasileira (leis delegadas) e a portuguesa (autorização legislativa). A resolução do Congresso Nacional que concede autorização da delegação deve indicar o objeto, sentido, extensão e duração. Figura pouco utilizada no direito brasileiro, é possível verificar 2 exemplos em 1992 e uma dezena de outras leis delegadas no período em que o Brasil adotou o sistema parlamentar, em 1962.

Conclui-se, então, que no Brasil o Presidente da República exerce atividade normativa decorrente de atribuição constitucional de competência para iniciar o processo

legislativo, bem como em face da delegação de poderes deferida pelo Legislativo por meio de resolução que delimita o objeto específico da delegação e condições. A atividade normativa do Chefe do Executivo pode ser primária quando cria normas legislativas que inovam a ordem jurídica, como, por exemplo: as leis oriundas das mensagens de sua iniciativa e das medidas provisórias ou das leis delegadas; ou a atividade legislativa do Executivo pode ser considerada secundária quando emite atos, como os regulamentos, que devem ter como fundamento a lei e que são insuscetíveis de inovar o ordenamento jurídico.

As constituições brasileiras de 1937, de 1967 e de 1969 disciplinavam a figura do decreto-lei, que era a autorização para o Executivo legislar em caso de urgência ou de interesse público relevante, condicionado a não implicar em aumento de despesa. Como comentado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 incluiu a medida provisória no processo legislativo por meio do art. 59, configurou-a como lei, inserindo-lhe na Subseção III, Das Leis, por intermédio do art. 62, e assim conferiu ao Presidente da República, em caso de relevância e urgência, o poder de adotar medidas provisórias com força de lei (primária). Ressalte-se que a competência para a adoção de medidas provisórias é privativa do Presidente da República, de acordo com o art. 84, XXVI, e foi discriminada pelo constituinte originário.

Existe, porém, limites e restrições no que concerne à apresentação de medidas provisórias, visto que a Constituição Federal restringe o seu campo de incidência. Dessa forma não são aceitas pela Constituição de 1988 medidas provisórias que versem sobre matéria relativa à nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral, direito penal, processual penal e processual civil, organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ou ainda medidas que visem à detenção ou sequestro de bens, de poupança popular e qualquer outro ativo financeiro ou matérias reservadas à lei complementar; ou, por fim, assuntos já disciplinados em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

As medidas provisórias devem ser submetidas de imediato ao Congresso Nacional e perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, do art. 62, uma vez por igual período. O Congresso Nacional deve disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional (Câmara e Senado) sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. O controle parlamentar assume a dimensão de político e de jurídico no que é pertinente à admissibilidade da medida provisória. Na prática observa-se apenas a realização do controle político.

Na sessão legislativa de 2008 até julho de 2009, o Presidente Lula encaminhou 53 medidas provisórias ao Congresso Nacional (39+14). As medidas provisórias estão sujeitas ao controle jurisdicional de constitucionalidade, assim como a lei de conversão não convalida os vícios que porventura estejam presentes na medida provisória convertida. (www.dji.com.br).

Quanto às leis delegadas, elas assumem, no Brasil, na Itália, na Espanha e em Portugal, por exemplo, grau hierárquico primário, equivalente ao da lei ordinária. Ela tem

capacidade para inovar o ordenamento jurídico e, segundo o art. 68 da C.F., a sua delegação fica condicionada à solicitação pelo Presidente da República ao Congresso Nacional. O Congresso pode deferir a delegação ao Presidente por meio de resolução fixando prazo e condições, inclusive a necessidade de apreciação pelo próprio Congresso Nacional, quando então deliberará em votação única, sendo vedada à apresentação de emendas.

Se a resolução não determinar a apreciação da lei delegada pelo Congresso Nacional, o Presidente edita, promulga e publica a lei delegada, sem a necessidade de sanção. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1984, p.242) assevera que o Executivo já possui ampla iniciativa de lei, e com a lei delegada sob apreciação do Congresso ocorre uma inversão das funções que não é interessante ao Executivo, haja vista que o Legislativo assume a função de sancionar ou vetar, rejeitando a Lei. A vantagem é que não pode emendá-la.

O § 1º do art. 68 da C.F. delimita a exclusão das matérias, que não podem ser tratadas por meio de leis delegadas. Dentre elas, incluem-se: os atos da competência exclusiva do Congresso Nacional; os de competência privativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; as matérias reservadas à lei complementar; bem como legislações sobre a organização do Poder Judiciário, do Ministério Público; e ainda aquelas que digam respeito à nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais e sobre os planos plurianuais e as leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

Carlos Roberto de Siqueira Castro (1986, p.159) pontua:

Todos os atos do Congresso que importem em atividade de controle do Legislativo sobre o Executivo são insuscetíveis de delegação; sob pena de se romperem os limites políticos e legais da ação governamental, instaurando-se o regime da onipotência e do arbítrio administrativo que o sistema de freios e contrapesos visa justamente coibir.

O Congresso Nacional controla preventivamente o exercício da função normativa delegada do Executivo. Acrescente-se, também, que tanto a resolução que delega, quanto a lei delegada podem ser objeto de controle de constitucionalidade judicial por via de ação ou de defesa.

As constituições brasileiras têm incluído em seus textos a atividade normativa secundária do Executivo, que emana dos decretos regulamentares. Assim, com muita similitude, desde a Constituição Imperial de 1824 até a de 1988, encontra-se a competência privativa do Chefe do Executivo para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução (Art.84, IV). A justificação formal dos decretos é a previsão constitucional.

Clèmerson Clève (2000, p.284) sintetiza o assunto demonstrando que o regulamento é ato normativo editado privativamente pelo Presidente da República no exercício de função administrativa, por intermédio de decreto referendado por Ministro de Estado, visa a disciplinar a aplicação das leis que regem relações jurídicas marcadas pela presença do Estado-poder.

Não há matéria reservada exclusiva aos regulamentos. Usualmente eles compreendem norma subordinada e necessária à aplicação da lei. É conveniente deixar para os regulamentos operações de natureza técnica em face do detalhamento e especificidade das mudanças tecnológicas. O presente estudo filia-se à corrente que entende só caber regulamentação, matéria que é objeto de ação administrativa, como instrumento de ordenação do aparelho administrativo para a fiel execução das leis. As relações entre os particulares, em que não se faz necessária a presença do Estado, não comporta ação regulamentar do Executivo.

Para os regulamentos editados pelo Presidente da República são exigidas solenidade, forma escrita, e é dada publicidade por meio do Diário Oficial da União, de modo a produzirem efeitos *erga omnes*, haja vista que disciplinam conteúdos gerais e abstratos. Diferem dos regulamentos uma gama de atos normativos inferiores editados pelas autoridades integrantes da administração Pública, entre circulares, estatutos, regimentos, instruções, ordens de serviço que são expedidos diariamente e produzem efeitos concretos para executar o ordenamento jurídico. Esses atos normativos podem acarretar lesão a direito individual e, por consequência, serem impugnados por meio das ações constitucionais, como o hábeas corpus, o mandado de segurança e o hábeas data.

Contrário ao entendimento de Kaline Ferreira Davi (2009, p.3), entende-se que não há de se falar em juridicidade administrativa, "que passa a não incidir na lei e sim na Constituição". A advogada da União afirma que:

um dos paradigmas a serem ultrapassados pelo novo direito administrativo é a idéia de positivação à lei como submissão total do agir administrativo, admitindo-se que a administração pode agir subordinada diretamente à Constituição, mesmo que isso implique até em descumprimento do texto normativo infra-constitucional.

A administração não é um Leviatã, que não aceita limitação externa por meio da legalidade. Ela tem como características a subordinação e a hierarquia. Não descumpre metas programáticas, nem é a intérprete da Constituição. O sentido da vinculação da Administração Pública à juridicidade não consiste na prévia determinação de toda a sua atuação pelo legislador, haja vista que está autorizada pela Constituição a agir diretamente e a tomar decisões em espaços abertos pela lei.

Observa-se, diante de outro viés, que o constitucionalismo e a doutrina brasileiros não incorporaram o fenômeno conhecido na Espanha e na Itália como deslegalização. Um assunto até então disciplinado por lei pode, por intermédio de outra lei, passar a ser disciplinado pelo poder de regulamentação da Administração, conforme expõem Eduardo García de Enterría e Tomás –Ramon Fernandez (1995, p.269):

La ley de delegalización no tiene contenido normativo alguno, su único contenido es la manipulación de los rangos para abrir la posibilidad a los Reglamentos de entrar em uma matéria hasta entonces regulada por ley.

A teoria ganhou adeptos no Brasil, sobremaneira, visando a conferir maiores poderes e raio de atuação às agências reguladoras. Alexandre de Aragão (2002) assevera que não há inconstitucionalidade na deslegalização, ela consiste apenas em uma política legislativa pela qual o legislador transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. O legislador que tem poder, inclusive para revogar uma lei, pode viabilizar numa degradação normativa ou rebaixamento de grau hierárquico de certa matéria que ficaria ao crivo da Administração Pública que, segundo o autor, tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante realidade econômica e social.

Daniel Sarmento(2008, p.26-27) defende a utilização do *Soft Law* diante do contexto administrativo do século XXI, que se vê obrigado a tomar decisões em processo de transformação constante. Colocado à prova diante de reivindicações e contradições oriundas da sociedade de informação, do multiculturalismo e da globalização que inovam a dogmática jurídica – administrativa internacional, a Administração é provocada a inovar e a determinar fórmulas de regulação que não podem esperar pelo processo legislativo do que chama *hard law*.

O soft law surge em resposta à necessidade de flexibilização nos processos de elaboração das normas, ou diante da negociação com atores públicos e privados, suprindo na visão de Sarmento, o insuficiente conhecimento técnico, ou ainda a busca de implementar decisões oriundas da participação popular direta ou por fim visa depositar responsabilidades em outros âmbitos ou instâncias. Trata-se de um mandato de otimização, cujo cumprimento é exigido em graus e não de forma taxativa e o descumprimento não provoca uma resposta jurídica concreta. O soft law não está sujeito a procedimentos para a sua aprovação, bastando para provocar efeitos a sua publicação. (SARMENTO, 2008, p.105-106)

Gustavo Binenbojm (2006, p.272-283) entende que a teoria da deslegalização, ou seja, a passagem do domínio da lei para o domínio da regulamentação, não pode ser aceita no Brasil porque não há nenhum pressuposto constitucional que a autorize. Contrário senso, o art. 25, I, dos ADCT veda e revoga “todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa;”.

Afirma Binenbojm (2006) que a deslegalização significa fraude ao processo legislativo e que transgride a sistemática constitucional das competências normativas (primárias e secundárias) atribuídas ao Poder Executivo, e já delineadas pela Constituição de 1988. As primárias podem ser consideradas: I - as medidas provisórias (art. 62); II – Leis delegadas (art. 68); já as secundárias constituem no campo infralegal: I - os regulamentos de execução (art. 84, IV); II - os decretos, que têm por escopo organizar o funcionamento da administração federal, sem implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos, ou ainda podem dispor sobre extinção de funções ou cargos quando vagos. (art. 84, VI).

José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 467-474) assegura que o debate sobre um direito flexivo, mediado por *soft laws*, está apenas começando no Brasil. Relata que a justificação técnica conferida às agências reguladoras para expedirem resoluções, orientações e programas de ações a dar-se por delegação legislativa, baseia-se na formação dos quadros daquelas agências por comportarem experientes técnicos. Pondera o autor, ao final, que tal delegação termina por extrapolar o poder meramente

regulador e de polícia, permitindo de outra forma a criação ou alteração de obrigações e de direitos por meio de portarias e circulares.

Ao reconhecer-se a autonomia das agências reguladoras e o papel a elas deferido no neoliberalismo econômico, pondera-se a impossibilidade de subversão entre os atos legislativos e os atos administrativos. Reafirma-se o entendimento esboçado por Clèmerson Clève e Gustavo Binenbojm, para quem todo e qualquer ato emanado de órgãos ou entidades da Administração Pública está sujeito aos limites do princípio da legalidade, inscrito no *caput* do art. 37 da Constituição Federal brasileira.

4. PODER EXECUTIVO E PODER GOVERNATIVO.

Observa-se nos Estados contemporâneos uma hipertrofia do Executivo, que exerce múltiplas funções, não apenas executivas e administrativas, mas também funções de governo e a legislativa. Massimo Gianninni (1965, p.68) assevera que o Executivo "*participa sempre alla deliberazione dell'indirizzo politico*". Encaminha projetos de lei ao Legislativo, deliberando em conjunto, ou ainda delibera sob a forma de medidas provisórias ou leis delegadas. Discute propostas com os partidos políticos e acerta metas e diretrizes da função governativa.

Essas decisões governativas e políticas necessitam do concurso da administração para serem concretizadas. A máquina administrativa deve sujeitar-se às ordens, instruções e metas planejadas pelos chefes do Executivo eleitos e seus representantes, porém é verdade que funciona às vezes apenas por rotina, à deriva, sem política traçada. Com o fim do Estado Mínimo, a administração pública tornou-se um vasto corpo burocrático.

A administração não se confunde com o governo, tem objetivos próprios, de difícil controle. Às vezes torna-se um fim em si mesma, negligenciando o seu mister de servir ao interesse público e ao cidadão. Bognetti (1994, p.11) discerne que o Poder Político nem sempre controla a administração, que deve se sujeitar ao império da Constituição e do ordenamento jurídico. O arcabouço legal deixa, porém, diversos espaços livres à regulamentação, à escolha contratual própria, à autonomia dos órgãos administrativos. Depois do neoliberalismo econômico, o Brasil e a América do Sul tendem adotar o neossocialismo e passa a enfrentar o Estado Administrativo, o que evidencia necessário controle. Na Europa, o centro do governo também transitou dos órgãos de governo para os órgãos administrativos. A burocracia tem se transformado no núcleo central do Estado Moderno.

Estado, Constituição e Economia são elementos essenciais garantidores do bem-estar coletivo. Assim, pondera Honrad Hesse (1998) que as funções legislativa, executiva e judiciária devem ser vistas conectadas com as funções dirigentes do Estado Social. A política monetária, a implementação de infraestrutura e a planificação são essenciais para a efetivação dos direitos sociais à educação, à saúde, à moradia etc. Para a concretização desses direitos, a lei é instrumento, por si só, insuficiente. Precisa de decisão política e de empenho administrativo, que tem como elemento inicial o estudo da repercussão orçamentária e da questão do financiamento.

Cristina Queiroz (1990) argumenta que não se confundem na direção política as linhas constitucionais de direção política com a atividade de condução concretizadora dessas linhas pelo governo do momento. O controle de constitucionalidade ocupa-se com a direção constitucional; já o controle de conformidade ocupa-se das linhas de condução da administração.

Os atos de governo, a formulação e a implementação de políticas públicas ou da administração, tais quais, a execução de licitação, a construção de obras, ou a aplicação de recursos públicos podem ser sindicados em juízo. A discricionariedade do governo está sujeita ao controle da razoabilidade e da proporcionalidade. Deve-se preservar um sistema jurídico-institucional apto a proteger direitos, inclusive contra os eleitos, detentores do poder político. (PALU, 2004, p.364). Assim como não há distinção doutrinária entre políticas públicas e regulação, cabe à lei traçar as fronteiras entre as diretrizes a serem definidas pelo governo e as decisões a cargo das agências de regulação. (Binenbojm, 2006, p.285)

Diante do Estado Providência e da administração de prestações, o controle da legalidade sobre o governo e a administração, excesso ou omissão destes, é consequência do Estado Democrático de Direito. Na tutela jurídica dos direitos fundamentais serão observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Velar pela supremacia constitucional e sua efetivação é dever maior das funções do Estado Democrático de Direito, porém a função legislativa não se esgota na mera execução da constituição; ela possui mais extensa liberdade e raio de atuação. A função legislativa tem maior liberdade de conformação constitucional do que o governo em sua discricionariedade. Por outro viés, a lei está sujeita ao controle de constitucionalidade concentrado ou por via abstrata. Já os atos normativos inferiores à lei não sofrem tal controle. A solução para o controle dos atos regulamentares do Executivo será por meio da ação civil pública.

A função governamental normativa necessita da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo que, juntos, aprovam leis que serão instrumentos da efetivação de direitos previstos constitucionalmente e exercitam o sistema de controle de freios e contrapesos. Ao Executivo compete planejar e adequar os recursos públicos às políticas públicas que repercutam no desenvolvimento econômico, social e humano. Ao Legislativo cabe debater com a sociedade, com entidades especialistas na matéria, realizar audiências públicas, definir prioridades, representar os interesses coletivos e, por fim, moldar o texto originário, por meio de emendas, às necessidades reais. Trata-se do controle de constitucionalidade preventivo; aquele que antecede a publicação da lei e que visa, por uma face, atender aos reclamos sociais e, por outra, conciliá-los com os pressupostos constitucionais.

A máquina administrativa deve curvar-se à orientação política que delimita os fins a serem alcançados por meio da execução de um plano de governo. O Brasil adota o

pluripartidarismo político e, em 2007, reafirmou que o mandato político a ser desempenhado junto ao Executivo ou ao Legislativo pertence ao partido político e não ao candidato filiado. Esse partido deve impor a quem concedeu legenda e foi eleito por meio da deliberação popular o cumprimento do projeto político partidário.

O modelo administrativo no qual a burocracia legisla para si e julga a si mesma constitui a antítese da idéia da separação dos poderes. Já a adoção da jurisdição administrativa, paralela à jurisdição comum, impossibilita o controle do Executivo pelos demais poderes e pelo controle social, ensejando a valorização do princípio da autoridade. (Binenbojm, 2006, p. 301). A administração deve obediência às leis infraconstitucionais em vigor e ao ordenamento jurídico como um todo. O processo de controle de constitucionalidade repressivo é o meio para exclusão do ordenamento jurídico das leis julgadas inconstitucionais. A própria Constituição Federal de 1988 elegeu o Supremo Tribunal Federal como o seu guardião, e não consta no texto constitucional essa prerrogativa deferida à administração.

Aduz Oswaldo Palu (2004, p.372), no que concerne à função normativa, que há clara diferença de grau entre o poder normativo do Executivo (regulamentos, atos de agências, etc.) e o poder normativo do Legislativo (leis). Discerne que a Constituição Federal, por meio dos artigos 5º e 37, estabelece a primazia da Lei, quando institui o princípio da legalidade ou cria campos de reserva de lei. Assim, mesmo que ambos estejam inseridos na função governamental-normativa, a diferença de grau faz com que o controle sobre o ato administrativo seja mais intenso que sobre o ato legislativo. A discricionariedade do governo e da administração é menor que a liberdade de conformação do Legislador. Conclui o autor que somente a Lei, em muitos campos normativos, pode inovar.

Insustentável e perigosa é, ao Estado Democrático de Direito, a assertiva da juridicidade administrativa como substituta da legalidade. A história constitucional revela as lutas entre os súditos e os absolutos para que legalidade e igualdade fossem alçadas a princípios de direito incontestáveis. De certo não cairão sob a interpretação sofismática dos ditadores de plantão, que por vezes usam o interesse público como escusa para operações centralizadoras, que têm por fulcro a vaidade pessoal. Hoje confundem as suas teorias com o neoconstitucionalismo.

Há no Poder Executivo funções normativas governativas, mas essas não se confundem com a função administrativa. Existem linhas constitucionais de direção política e outras de atividade de condução concretizadora dessas linhas (atividade administrativa). Não há de se fazer uma inversão, na qual a administração usa o Executivo para alcançar os seus fins. Segundo Paolo Barile (1998, p.307), “indirizzo político” que provém da função governamental-normativa traduzido em Lei é dito “maior”; já aquele traduzido nos atos governamentais e administrativos, diz-se menor.

Todo o poder regulamentador do Executivo, da Administração ou das agências reguladoras sofre controle eficaz, inclusive os atos normativos que não consubstanciados em lei, seja por meio da pressão popular e dos parlamentos, ou por intermédio do Poder Judiciário. O controle de conformidade dos atos ou das omissões do Executivo deve ser baseado na Constituição Federal, nas leis infraconstitucionais e têm como instrumentos as ações diretas de inconstitucionalidade ou a ação civil pública.

O interesse público é determinado pela soberania popular e não pela Administração, destarte há de ser efetivado mediante a atuação do mesmo Estado Legislador e Administrador, que supera a tradição autoritária e ineficiente e tenta se adequar ao Estado Democrático de Direito, com seu respectivo ordenamento jurídico. Perene é o desafio do Poder Legislativo evitar questiúnculas de poder e de patrimonialismo, e assim conciliar os fins republicanos por meios democráticos. Para concretizar diuturnamente esse mister nas democracias representativas o Legislativo deve conhecer os representados (anseios e necessidades), deter conhecimentos técnicos para planejar e legislar com foco na realidade local e global; de forma célere, porém duradoura.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARILE, Paolo. E CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. **Istituzioni di diritto pubblico**. 8.ed.Padova: Cedam, 1998.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOGNETTI, Giovanni. **La divisione dei poteri**. Milano: Giuffrè, 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA. Antônio Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DAVI, Kaline Ferreira. O direito administrativo, os atos de governo e os direitos sociais: uma análise a partir do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, nº 16, dez, jan, fev,/09. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009. Disponível em:< http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 22 de julho de 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo García & FERNANDEZ, Ramon. **Curso de derecho administrativo**, 2 volumes, 7ª ed., Madrid: Civitas, 1995.

GIANNINI, Massimo Severo. **Corso di diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1965.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre:Fabris, 1998.

_____**A Força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 2ed. São Paulo: saraiva, 1984.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes,1990.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarde. Barcelona :Ariel, 1986.**

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

PINTO, Emmanuel R. Girão de Castro. O poder normativo da Justiça Eleitoral. Dissertação de Mestrado em Direito da UFC, 2008.

QUEIROZ, Antônio Augusto de. Balanço da produção legislativa em 2008. Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar. **Revista eletrônica. DIAP.** 17 de dezembro de 2008. Disponível em <www.diap.org.br/index.php/agencias-diap/6893> , acesso em 29 de julho de 2009.

QUEIRÓZ, Cristina M. **Os actos políticos no estado de direito** – o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, Coimbra, 1990.

_____. **Direito Constitucional**. As instituições do estado democrático e constitucional. Coimbra: Coimbra, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel. **El soft law administrativo**. Un estúdio de los efectos jurídicos de lãs normas no vinculantes de la administración. Spain: Aranzadi, Thompson, civitas, 2008.

SILVA, José Afonso da Silva. **Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional**. São Paulo: RT, 1964.

_____ ***Curso de Direito Constitucional Positivo***. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Harmonia entre os Poderes e governabilidade**. In: BARROSO, Luís Roberto. (org). Revista de Direito do Estado. Ano 1,nº 1, jan/mar.2006, p.25-37.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. **O congresso e as delegações legislativas.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

Sites pesquisados:

www.al.ce.gov.br

www.diap.org.br

www.dji.com.br

www.direitodoestado.com.br

www.presidência.gov.br

www.tse.gov.br

DESAFIOS DO PODER LEGISLATIVO: REFORMA POLÍTICA JÁ[*] [**]

THE LEGISLATIVE POWER CHALLENGES: POLITICAL REFORM NOW

Larissa Benez Laraya

RESUMO

A Constituição é a lei fundamental, e por assim ser, estabelece os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, bem como as normas de estruturação e regulamentação de um Estado. Assim, diante da sua inconfundível supremacia, também estabelece mecanismos de defesa para sua manutenção no topo do ordenamento jurídico, irradiando seus valores para as normas infraconstitucionais, controlando todos os atos emanados do Poder Público, bem como impondo deveres ao mesmo. No entanto, a quem cumpre o importante papel de ser o guardião da Constituição? A quem incumbe a tarefa primordial de assegurar o cumprimento dos ditames constitucionais? A experiência tem mostrado que a inércia do Poder Legislativo praticamente legitima os outros poderes – Executivo e Judiciário – a atuarem na função que lhe é atribuída, fazendo surgir o nocivo ativismo judicial, pratica esta capaz de colocar em risco o Estado Democrático de Direito. Desta forma, a tão esperada reforma política se mostra cada vez mais necessária para revitalização da política brasileira e manutenção da democracia.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PODER LEGISLATIVO – PODER JUDICIÁRIO – JUDICIALIZAÇÃO – ATIVISMO JUDICIAL – REFORMA POLÍTICA.

ABSTRACT

The Constitution is the fundamental Law and, thus, establishes individual's fundamental rights and guarantees, as well as a State ordinance and structure. Thus, due to the unmistakable supremacy, also establishes defense mechanisms for its maintenance on top of law ordinance, radiating their values for the infra constitutional, controlling all the acts emanated from the Public Power, as well as imposing duties to them. However, who plays the role of being the Guardian of the Constitution? Who has the overriding task of assuring the fulfillment of the constitutional dictates? Experience have been showing that the Legislative Power slumber practically legitimates the other Powers – Executive and Judiciary – to act on the attributed function, making the harmful judicial activism, practice capable of jeopardizing the Law Democratic State. This way, the rather waited politic reform shows itself each time more needed to the revitalization of the Brazilian politics and democracy maintenance.

---

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

[**] Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília.

KEYWORDS: FEDERAL CONSTITUTION – LEGISLATIVE POWER – JUDICIARY POWER – JUDICIALIZATION – JUDICIAL ACTIVISM – POLITICAL REFORM.

1 – INTRODUÇÃO

A Constituição é a lei fundamental do país, e por assim ser, atua como fundamento de validade das demais normas de um sistema, assegurando todo um conjunto de princípios, regras e valores que devem ser respeitados pelo ordenamento jurídico. Além disso, as disposições constitucionais possuem força normativa, assumindo um caráter jurídico imperativo que regula juridicamente as condutas dos indivíduos, e, principalmente, as do Estado.

Visando garantir essa supremacia constitucional, o constituinte originário criou mecanismos de defesa específicos – controle de constitucionalidade – das leis e atos normativos emanados pelo Poder Público, para que sempre se convalidassem com os preceitos encartados na Constituição.

No entanto, a quem cumpre a importante tarefa de concretização da Constituição? Ao órgão responsável pela regulamentação dos direitos e garantias nela assegurados, ou àquele a quem confiou-se o papel de guardá-la?

Nota-se que diante da aparente inércia do Poder Legislativo o Poder Judiciário tem ganhado espaço, assumido uma nova postura que, além de expor a fragilidade do parlamento brasileiro, coloca em risco o Estado Democrático de Direito, deixando transparecer a urgência de um novo paradigma para a política nacional.

2 – DA CONSTITUIÇÃO

Desde a antiguidade, todo Estado possuía um conjunto de regras, escritas ou não, mais ou menos complexas, destinadas a regulamentar sua estrutura e organização, assumindo caráter eminentemente fundamental para suas atividades, e nas quais deveriam se basear todo o ordenamento.[1] [2]

Todavia, somente a partir do século XVIII, por intermédio de um movimento político, social e cultural, gerador do constitucionalismo, que buscava criar uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político,[3] a Constituição passou a ser vista como um “conjunto de regras jurídicas definidoras das relações (ou da totalidade das relações)

de poder, em moldes de limitação dos governantes e de legitimação ou da validade dos actos do Estado”.[4]

Conforme magistério de J. J. Gomes Canotilho, o constitucionalismo é a teoria segundo a qual emerge a ideologia de limitação do governo como garantia dos direitos individuais, numa dimensão estruturante de organização político-social de uma comunidade, represetando assim, “uma técnica especifica de limitação do poder com fins garantísticos”.[5]

Ainda segundo Canotilho, essa nova teoria deveria recepcionar dois grandes momentos; o primeiro de ruptura com a ordem histórico-natural seriamente tendente a se curvar aos desmandos de um Estado absolutista; e um segundo de construção, constituindo um novo poder que definiria o novo conjunto de regras de estruturação da ordem política-jurídica de um determinado sistema político-social (poder constituinte).[6]

Desta forma, a Constituição deveria ser capaz de:

(1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo. Os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades.[7]

A partir de então não havia mais meros súditos em um reino a mercê dos arbítrios do soberano, mas sim indivíduos portadores de direitos. Além disso, também houve a institucionalização do poder:

Em vez de um órgão único, o Rei, passa a haver outros órgãos, tais como uma Assembléia ou Parlamento, Ministros e Tribunais independentes – para que, como preconiza MONTESQUIEU, o poder limite o poder. Daí a necessidade duma Constituição desenvolvida e complexa: pois quando o poder é mero atributo do Rei e os indivíduos não são cidadãos, mas sim súbditos, não há grande necessidade de estabelecer em pormenor regras de poder; mas, quando o poder é descomposto em várias funções chamadas *poderes do Estado*, então é mister estabelecer certas regras para dizer quais são os órgãos a que correspondem essas funções, quais são as relações entre esses órgãos, etc.[8]

No entanto, superado esse primeiro obstáculo, a sociedade avançou propiciando uma participação cada vez maior dos indivíduos. A Constituição passou a ser um instrumento – um documento solene e escrito – de auto-regulamentação do povo, agora capaz de se organizar e exercer por si poderes de soberania, uma vez que propunha, construía e aprovava toda a ordem jurídica, através de seus representantes.[9]

Todavia, o ideário liberalista do movimento burguês, muito importante num primeiro momento, revelou-se insuficiente diante das mudanças alcançadas pela sociedade. Assim, o Estado viu-se compelido em adotar um novo comportamento, uma postura ativa, posto que ao mesmo não mais bastava o simples papel de garantidor dos direitos individuais – sob o primado do princípio fundamental da liberdade – devendo também assumir uma postura de fomentador da igualdade:

(...), a sociedade procura na igualdade social a forma de se contemporizar os ideais de liberdade e igualdade. Para tanto, consagra-se não mais a liberdade negativa, advinda do afastamento do Estado da regulação da vida social, mas, ao contrário, a liberdade positiva que exigia do Estado uma conduta ativa para a consecução deste ideário, de forma a intervir no sistema econômico para correção e adaptação aos reclamos sociais.[10]

Segundo magistério de Andreas J. Krell:

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais.[11]

Nesta quadra, o constitucionalismo restou superado, abrindo espaço após a segunda grande guerra, à reconstitucionalização, que suplantou o caráter eminentemente político da Constituição atribuindo-lhe status de norma jurídica. Segundo Luís Roberto Barroso:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi à atribuição a norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos.[12]

Assim, a Constituição vista como uma norma jurídica nada mais é do que um conjunto de normas positivadas, que possuem, relativamente às outras normas do ordenamento jurídico, “caráter fundacional e primazia normativa”.[13]

Canotilho prossegue definindo que “a ordem jurídica estrutura-se em termos verticais, de forma escalonada, situando-se a constituição no vértice da pirâmide. Em virtude desta posição hierárquica ela actua como fonte de outras normas”.[14]

Barroso destaca ainda que:

(...) passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.[15]

Desta forma, todas as normas devem adequar-se aos preceitos constitucionais sob pena de serem nulas ou anuladas – fundamento de eficácia e validade das leis – e, por conseguinte, rechaçadas do ordenamento jurídico, o que acaba explicitando a supremacia da Constituição sobre todo o sistema normativo.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco expõem que:

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário a Constituição sofre de nulidade absoluta.[16]

Vale destacar também que, os princípios fundamentais encartados na Constituição, com toda a sua carga axiológica, também possuem normatividade, e assim, além de inspirarem e conduzirem o legislador ordinário no processo de elaboração das leis, esses valores também regulam e vinculam as relações da vida e, principalmente, a atuação do Poder Público.[17]

Ainda sobre o princípio da supremacia da Constituição, nas palavras de José Afonso da Silva:

Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontra a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela

que se acha as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.[18]

E para assegurar essa supremacia, o constituinte buscou criar mecanismos de defesa – o chamado controle de constitucionalidade – como uma forma de preservar a Constituição contra agressões e omissões, advindas de atos do Poder Público, principalmente no que tange as leis e aos atos normativos.

3 – DO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

A discussão sobre quem deve exercer o papel de guardião da constituição não é recente. Desde a década de 30 dois importantes juristas – Carl Schmitt x Hans Kelsen – disputaram célebre debate sobre o tema.

Em linhas gerais, alicerçado no artigo 48º da Constituição de Weimar,[19] Carl Schmitt entendia que o Presidente da República deveria ser o guardião da Constituição, uma vez que assumiria a figura política de representação da vontade popular, apartidária e distinta do parlamento, constituindo um elemento neutro capaz de defender a Constituição de qualquer ataque.

Hans Kelsen, em contraposição, entendia que:

(...) caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo -, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados. A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados.

(...)

Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.[20]

Por sua vez, Kelsen idealizou para guardião da Constituição um órgão específico – Tribunal Constitucional – que, apesar da sua denominação, deveria permanecer fora da estrutura convencional do Poder Judiciário.

O controle de constitucionalidade, na visão de Kelsen, não seria propriamente uma função judicial, cabendo ao Tribunal Constitucional apenas analisar a compatibilidade, buscando verificar a validade da lei ou do ato em conformidade com a Constituição, assumindo uma atividade mais semelhante com a atividade do legislador do que de um juiz.

Além disso, a composição do referido Tribunal deveria ser realizada por intermédio de indicação dos membros do Poder Legislativo, o que por si só seria capaz de "emprestar" maior legitimação à sua atuação.

Assim, o Tribunal Constitucional, a quem cabe a importante tarefa de proteger a Constituição, estaria muito mais próximo do Poder Legislativo do que do Poder Judiciário, atuando como se fosse um fiscalizador, quiça, um revisor, da produção legislativa (legislação negativa).

No Brasil, o controle de constitucionalidade preponderante assume um caráter repressivo, judiciário e misto, já que prestigia tanto a forma difusa quanto a forma concentrada.[21]

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 102 *caput* dispõe que "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição", ou seja, o constituinte originário, buscando manter a tradição já esboçada nas Constituições anteriores, confiou ao Supremo Tribunal Federal, além de outras atribuições, a importante tarefa de guardar a Constituição, de forma essencial.

O Supremo Tribunal Federal, criado em 1828, é o órgão judicial mais antigo do Brasil, representando a cúpula do Poder Judiciário.[22] Referido Tribunal é composto por onze Ministros, com idade entre 35 (trinta e cinco) e 65 (sessenta e cinco) anos, escolhidos dentre cidadãos de notável saber jurídico e com reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois dessa escolha ser devidamente aprovada pela maioria do Senado Federal.[23]

Contudo, o Supremo Tribunal Federal distingue-se do Tribunal Constitucional conforme proposto por Kelsen:

A discussão na Constituinte sobre a instituição de uma Corte Constitucional, que deveria ocupar-se, fundamentalmente, do controle de constitucionalidade, acabou por permitir que o Supremo Tribunal Federal não só mantivesse a sua competência tradicional, com algumas restrições, como adquirisse novas e significativas atribuições. A Constituição de 1988 ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao controle de

constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle da omissão inconstitucional.[24]

José Afonso da Silva destaca que as matérias de competência do Supremo Tribunal Federal que encontram-se dispostas no artigo 102 da Constituição Federal estão compreendidas em três grupos:

(a) as que a ele cabe processar e julgar originariamente, ou seja, como juízo único e definitivo, que são as questões relacionadas ao inciso I; (b) as que lhe incumbem julgar em recurso ordinário, que são as indicadas no inciso II; (c) e, finalmente, as que lhe toca julgar em recurso extraordinário, que são as causas decididas em única ou ultima instância, quando a decisão recorrida envolver umas das questões constitucionais referidas nas alíneas do inciso III.[25]

Portanto, em uma breve análise, nota-se que o Supremo Tribunal Federal, apesar de guardar semelhanças com o Tribunal Constitucional conforme proposto por Kelsen, em algumas questões fundamentais, acaba se afastando deste. Mas o ponto preponderante dessa distinção é que o Supremo Tribunal Federal compõe a estrutura do Poder Judiciário exercendo uma função eminentemente judicial.

Tal fato representa um risco diante da crescente atuação deste Eminente Tribunal, deixando clara não apenas uma interferência desmedida do Poder Judiciário no Poder Legislativo, mas, verdadeiramente, a usurpação da função legislativa do Congresso Nacional.

Nos últimos anos, ao decidir sobre o uso restrito das algemas, a vedação do nepotismo nos três poderes, fidelidade partidária, demarcação de terras indígenas, entre outras questões da área da saúde, o Supremo tem atuado como um verdadeiro legislador positivo, inovando na ordem jurídica brasileira, ultrapassando os limites estabelecidos na própria Constituição, já que nestes casos não se pode cogitar em interpretação do texto constitucional, pois a atuação do Judiciário foi além de simplesmente interpretar a Constituição.

Atuando desta forma o Poder Judiciário acaba transgredindo um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, o da tripartição dos poderes,[26] bem como atenta contra a ordem democrática:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único);[27]

Esse comportamento também prejudica o Poder Legislativo que, nos últimos anos, se encontra mergulhado numa crise institucional sem precedentes na história do país, capaz de, por si só, enfraquecer a confiança do povo nos seus representantes.

Para Luís Roberto Barroso, essa ampliação na atuação do Poder Judiciário abrangendo questões de repercussão política e social, ganhando espaço sobre as instituições tradicionais – Congresso Nacional e Poder Executivo – dá-se o nome de judicialização, que acaba envolvendo uma súbita transferência de poder, além de alterar sensivelmente a participação da sociedade no processo decisório.[28]

No entanto, referido autor pondera que a judicialização não é um fenômeno exclusivamente brasileiro, mas que reflete uma tendência mundial. [29] Porém, o autor também destaca que há diferenças entre a judicialização e o ativismo judicial, sendo este último mais nocivo e perigoso para o Estado Democrático de Direito.

4 – DA INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO E O PERIGO DO ATIVISMO JUDICIAL

A função legislativa, de competência da União,[30] será exercida pelos órgãos integrantes do Poder Legislativo – Congresso Nacional – composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.[31] Por sua vez, a Câmara de Deputados compõem-se por representantes eleitos pelo povo, ao passo que o Senado Federal por representantes dos Estados e do Distrito Federal.[32]

José Afonso da Silva entende que:

A eleição gera, em favor do eleito, o *mandado político representativo*, que constitui o elemento básico da democracia representativa. Nele se consubstanciam os *princípios da representação* e da *autoridade legítima*. O princípio significa que o poder, que reside no povo, é exercido, em seu nome, por seus representantes periodicamente eleitos, pois uma das características do mandado é ser temporário. O segundo consiste em que o mandato realiza a técnica constitucional por meio da qual o Estado, que carece de vontade real própria, adquire condições de manifestar-se e decidir, porque é pelo mandato que se constituem os órgãos governamentais, dotando-os de titulares e, pois, de vontade humana, mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou, por outras palavras, o poder se impõe.[33]

Ao Congresso Nacional, além de outras atribuições de suma importância para o país, como de fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, por exemplo, compete a importante tarefa de elaborar as leis segundo as disposições dos artigos 59 e 61 a 69 da Constituição Federal.

José Afonso da Silva entende o processo legislativo como o "conjunto de atos (...) realizados pelos órgãos legislativos visando a formação das leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos."[34], ou seja, nada mais é do que o processo de criação das normas e regulamentação do Direito.

No entanto, nesse processo de criação e regulamentação do Direito, eventualmente, podem surgir leis que sejam incompatíveis com os preceitos constitucionais, é a chamada inconstitucionalidade por ação. Desta forma, para garantir os valores enunciados na Magna Carta e, assim, corrigir tais discrepâncias, a própria Constituição previu um sistema de controle de constitucionalidade que, eminentemente, é exercido pelo Poder Judiciário de forma repressiva, difusa ou concentrada.

Mas o principal problema é a inconstitucionalidade por omissão, que ocorre quando "não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais"[35], pois tal inércia do legislador desencadeia uma série de acontecimentos sucessivos totalmente nocivos e que colocam em risco o Estado Democrático de Direito.

O primeiro deles demonstra a falta de compromisso do legislador em concretizar a Constituição. No texto constitucional existem diferentes espécies de normas em relação a sua aplicabilidade (normas constitucionais de eficácia plena, contida, limitada e programática). As normas constitucionais de eficácia limitada possuem aplicação mediata e indireta, pois dependem de norma ulterior infraconstitucional para a devida regulamentação e efetivação do direito.

Quando o legislador simplesmente deixa de regulamentar o direito, além de não adimplir com a sua importante tarefa de colmatar a Constituição, deflagra na segunda consequência, tão nociva quanto a primeira, qual seja, impede que o titular daquele direito efetivamente o exerça. Renegar o exercício de direitos fundamentais aos cidadãos fere o Estado Democrático de Direito na medida em que os impede de exercer plenamente sua cidadania.

A terceira consequência ocorre quando o Poder Judiciário, diante desse cenário de menosprezo com a Constituição e com os cidadãos, sob os auspícios de guardar a Magna Carta e buscando suprir as lacunas deixadas pelo legislador, ultrapassa os limites impostos pelo próprio texto constitucional e verdadeiramente inova na ordem jurídica legislando, porém, sem ter legitimação para tanto.

Além dessa inércia do Poder Legislativo, Barroso indica outras três causas para a judicialização: a *redemocratização* do país, que com a promulgação da Constituição de 1988 fortaleceu e expandiu o poder político do Judiciário atribuindo-lhe a tarefa de fazer valer a Constituição, inclusive com relação aos outros poderes; a *constitucionalização abrangente* que inseriu na Magna Carta assuntos que antes eram

tratados pelo processo político majoritário e pela legislação ordinária; e, o *abrangente sistema brasileiro de controle de constitucionalidade* que contribuiu sensivelmente com que questões políticas e moralmente relevantes fossem discutidas no Judiciário.[36]

Assim, diante da omissão do Poder Legislativo e da eminência atribuída ao Poder Judiciário pela Constituição Federal de 1988, com o passar dos anos, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer um novo papel dentro do cenário político brasileiro ao discutir questões de grande relevo social.

Ao bem da verdade, Barroso esclarece que:

(...), o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. (...) A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.[37]

Desta forma, ressalva-se que em alguns casos, a judicialização é capaz de gerar bons resultados. Quanto a isso destaca-se o julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712 (DJ 31/10/2008), que mudou consideravelmente a posição do Supremo Tribunal Federal quanto a eficácia da decisão do referido instituto.

A Suprema Corte cansada da inércia do legislador quanto a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos,[38] supriu a lacuna constitucional e implementou ao caso o mesmo regime existente no setor privado, assegurando o exercício do direito de greve pelos cidadãos enquanto a norma regulamentadora não fosse editada pelo Congresso.

Tal decisão propriamente não inovou no ordenamento jurídico, mas sim, demonstrou uma evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que interpretou a Constituição Federal de modo diverso, buscando atribuir-lhe concretude através da efetivação de garantias constitucionais (mandado de injunção e direito de greve do servidor público).

Contudo, em outras oportunidades, a atuação do Supremo Tribunal Federal ultrapassou os limites estabelecidos, indo além da simples interpretação do texto constitucional, para inovar na ordem jurídica, verdadeiramente criando o direito.

No caso da restrição ao uso das algemas, por exemplo, que gerou a edição da súmula vinculante de nº 11, onde o Tribunal implementou uma nova regra ao dispor que só seria lícito o uso de algemas em caso de resistência do preso, fundado receio de fuga ou ainda se houver perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a autoridade justificar por escrito tal necessidade, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e

penal, e ainda culminando na nulidade da prisão ou do ato processual bem como na responsabilidade civil até do Estado.

Referida decisão foi amplamente criticada, uma vez que expressamente contrária o artigo 103-A da Constituição Federal que dispõe sobre a necessidade de reiteradas decisões sobre matéria constitucional para edição de uma súmula de caráter vinculante.

Outro caso emblemático é o da demarcação de terras da reserva indígenas conhecida como Raposa Terra do Sol. Em decisão quase unânime (com exceção do voto do Ministro Marco Aurélio Mello) os Ministros do Supremo votaram pela demarcação contínua da área de aproximadamente 1,7 milhões de hectares, além de estabelecerem condições para tal demarcação, que também deverão ser aplicadas em outros processos de demarcação de novas reservas.

Essas interferências do Poder Judiciário ainda podem assumir relevos incontornáveis quando no caso das políticas públicas de saúde com a distribuição de medicamentos e terapias diversas por meio de decisões judiciais que colocam em risco a manutenção da saúde para toda a população, uma vez que provocam um desequilíbrio orçamentário.

A atuação exorbitante do Poder Judiciário revela-se extremamente prejudicial, pois fere o princípio constitucional fundamental da separação de poderes, e consequêntemente, essa interferência desmedida acaba colocando em risco o Estado Democrático no qual o país está instituído.[39]

Em outras palavras, ainda que imbuído de boas intenções, o Poder Judiciário não tem legitimidade, considerando a forma democrática de produção legislativa, para criar o direito. A criação do direito através de decisões e interpretações judiciais sempre deverá respeitar os parâmetros já estabelecidos no ordenamento jurídico e anteriormente criado, votado e aprovado pelo legislador.

Mauro Cappelletti destaca que a mais grave objeção quanto a criação jurisprudencial do direito já foi observada por muitos estudiosos:

Essa objeção consiste na assertiva de que tal criação “é inaceitável porque antidemocrática”. E tal afirmativa é considerada por alguns definitivamente “fatal”, no sentido de que ela, e “apenas ela”, seria a objeção decisiva porque constituiria impedimento absoluto para dita criação, em todo país desejoso de preservar seu caráter democrático. A objeção em questão desenvolve-se no sentido de que num sistema democrático é, obviamente, assegurada a independência dos juízes, mas tanto mais esses independentes, tanto menos obrigados a “prestar contas” das suas decisões ao povo ou à maioria deste e a seus representantes.[40]

Referido autor ainda afirma que:

Esta taciturna admoestação não pode ser considerada com ligeireza; muito menos no caso do ativismo judicial desenvolvido no âmbito do controle judiciário das leis, em que a criatividade do juiz pode se considerar não apenas como a “desviação” da estrada principal do “processo legislativo”, mas sem hesitação como “obstáculo” ao livre curso do mesmo. E certamente reconhece-se que até um judiciário inicialmente dedicado à proteção da liberdade dos cidadãos, pode terminar, malgrado seu, por transformar em instrumento de tirania, se privado por longo tempo de legitimação democrática. A história prova, efetivamente, que somente em sistema democráticos de governo os direitos sociais têm maior probabilidade de ser respeitados.[41]

Além disso, esse novo direito criado pelos Tribunais corre um sério risco de se tornar um direito parcial, ou seja, que tenha como objetivo atender as necessidades de um determinado grupo em detrimento da maioria, pois, como já destacado, não há representação popular nesse processo de elaboração.

Como já destacado Luis Roberto Barroso distingue a judicialização do ativismo judicial, empregando conotações diferentes para cada atividade, chegando ainda a afirmar que o oposto do ativismo, a auto-contenção judicial, surge quando o Poder Judiciário busca não interferir na esfera de atuação dos outros poderes: aplicando a Constituição de forma direta apenas nos casos expressamente previstos em lei, dando assim espaço para o legislador ordinário exercer o seu fundamental papel de colmatação da norma constitucional; se utilizando de critérios rígidos nos pronunciamentos de inconstitucionalidade; e, evita se pronunciar nas decisões que envolvem políticas públicas.[42]

No entanto, o autor reconhece que as recentes decisões emanadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro assumiram um caráter ativista, indicando, na sua visão essencialmente otimista, duas consequências dessa nova atuação:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo.[43]

Que o Congresso Nacional encontra-se mergulhado numa crise sem precedentes na história do país não restam dúvidas. Além da interferência funcional desmedida do Poder Executivo (emissão de medidas provisórias) e do Poder Judiciário (ativismo judicial) na sua esfera de atuação, os escândalos institucionais, também contribuem consideravelmente para enfraquecer o Poder Legislativo, prejudicando o Estado Democrático de Direito, na medida em que todo esse descrédito acaba afastando a sociedade civil do sistema político.

Essa crise institucional proporciona uma perigosa instabilidade, pois parece deixar o poder à deriva, bem como não esclarece quem deve exercê-lo e em nome de

quem, já que o povo está cada vez mais distante das decisões políticas da nação, mesmo sendo o titular primário do poder.

Barroso entende que "(...) não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade"[44] indicando para tanto que "a adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil".[45]

No entanto, essa reforma deverá abranger toda a estrutura política do país, como o sistema eleitoral, partidário, e, principalmente, no que concerne às formas de democracia direta e participativa. Assim, torna-se imprescindível uma reforma política para revitalização e aperfeiçoamento da política, bem como para fortalecer a democracia e resguardar o Estado Democrático de Direito.

5 – CONCLUSÃO

A Constituição é a norma fundamental de um país, consubstanciada em um conjunto de princípios, regras e valores que atuam como fundamento de validade das disposições legais de um sistema, e que somente podem ser modificados através de procedimentos especiais previstos em seu próprio texto, o que lhe confere supremacia no ordenamento jurídico.[46]

No entanto, Gilmar Ferreira Mendes, entende que para uma melhor compreensão do conceito e do objeto da Constituição, torna-se necessário saber

como há de ser concebida a Lei Fundamental, se devemos considerá-la apenas como Constituição jurídica, simples estatuto organizatório ou mero instrumento de governo, no qual se regulam processos e se definem competências; ou, pelo contrario, se devemos admiti-la mais amplamente, como Constituição política, capaz de se converter num plano normativo-material global, que eleja fins, estabeleça programas e determine tarefas.[47]

Assim, a Constituição deve ser compreendida como uma lei fundamental que, além de figurar como elemento de validade das normas de um ordenamento jurídico, é responsável por regulamentar o Estado, dispondo sobre sua estrutura, forma de governo, organização de seus órgãos, modos de aquisição e exercício do poder, impondo limites para sua atuação, pois também assegura os direitos e garantias dos indivíduos.[48]

Sob esse enfoque, comentando a teoria constitucional enunciada por Georges Burdeau, Gilmar Ferreira Mendes destaca que a Constituição seria o "estatuto do poder",[49] explicando que:

Como observam os inúmeros adeptos, essa teoria tem a vantagem de associar a concepção de Constituição com a idéia de Estado de Direito, do qual ela se apresenta como pressuposto, tanto com referência aos governantes – porque os priva da condição originária de donos do poder, para reduzi-los ao papel de meros prepostos da sociedade política – quanto em relação ao próprio poder, cujo exercício é juridicizado, vale dizer, racionalizado pela Constituição.[50]

Desta forma concebida, a Constituição deve ser resguardada de eventuais ataques, seja pela ação ou pela omissão daqueles que possuem o importante papel de fazer cumprir seus ditames. Para tanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a tarefa de guardar a Constituição.

Assim, por vezes, o órgão de cúpula do Poder Judiciário, é levado a se manifestar sobre questões políticas, porém, sem possuir legitimação para tanto, atua como último sustentáculo dos valores constitucionais, inovando na ordem jurídica, excedendo os limites que lhe foram impostos pelo texto constitucional.

A produção legislativa quando elaborada pelo Poder Legislativo, que é o legítimo representante do povo, é muito mais democrática do que as inovações, camuflada sob os auspícios de uma nova hermenêutica constitucional, entabuladas pelo Poder Judiciário.

Esse ativismo judicial é nocivo, na medida em que enfraquece não só o Poder Legislativo, mas a democracia, que revela-se de suma importância, pois:

Não sendo, por si, um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da História.[51]

Gostem os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou não, os verdadeiros representantes do povo – titular primário do poder – são os parlamentares, a quem incumbe, pela forma representativa de democracia, decidir sobre as questões políticas que produzirão reflexos na sociedade civil.

No entanto, o Poder Legislativo encontra-se enfraquecido não só pelos achaques dos outros Poderes, mas, também, por estar envolvido em inúmeros escândalos, não lhe restando outra alternativa para a retomada de sua credibilidade senão através de uma ampla reforma política, que é tida por muitos como a mãe das reformas.

Assim as formas de exercício da democracia (representativa, participativa e direta) e o sistema eleitoral partidário precisam ser revistos, levando-se em consideração a sociedade que se formou após vinte anos de estabilidade democrática alcançados com o advento da Constituição Federal de 1988.

Para esta nova sociedade não basta o Estado garantir liberdade e proporcionar a igualdade, diante de tantos acontecimentos nocivos ao bem-estar social, o povo clama por uma eficiente participação popular no processo decisório do país. Para tanto, torna-se necessário a ampliação dos mecanismos já existentes de democracia direta, criação de novos mecanismos que possibilitem a efetiva participação e deliberação nas decisões políticas e econômicas de desenvolvimento, ampliação no acesso às informações, elaboração de novos meios de fiscalização da atuação do Poder Público, entre outros.

Além disso, o sistema eleitoral e partidário deve assumir uma nova postura que possibilite mais transparência quanto ao financiamento das campanhas políticas, criação de mecanismos de fiscalização e cobrança das promessas de campanha, vinculação do candidato no cargo eletivo até o término do mandato, fim da imunidade parlamentar, das votações secretas no Poder Legislativo, atos secretos, entre outros.

Desta forma, uma reforma política abrangente que proporcione maior transparência na política, ampliando as possibilidades de atuação e discussão por parte da população no processo decisório do país, revitalizará a democracia, a crença do povo nas instituições de poder, e na vontade de concretização dos direitos e garantias constitucionais para manutenção do Estado Democrático de Direito.

6 – REFERENCIAL BIBLIOGRAFICO

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* Jus Navigandi, Teresina, ano 9, nº 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547> Acesso em: 05 jan. 2009.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: *<www.oab.org.br/oabeditora/users/.../1235066670174218181901> Acesso em 20 jul. 2009.*

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988), in VADE MECUM, 4ª ed., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.

GÖTTEMS, Claudinei J. A Justicialidade das políticas públicas: a legitimidade da jurisdição constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. *In*: GÖTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Cord.). *Direitos fundamentais – da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira*. Birigui: Boreal, 2008.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., rev. Coimbra: Coimbra, 1987.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª ed., rev., amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

---

[1] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 12.

[2] Ibid., p. 07.

[3] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 46.

[4] MIRANDA, op.cit., p. 07.

[5] CANOTILHO, op.cit., p. 45.

[6] Ibid., p. 47.

[7] Ibid., p. 48-49.

[8] MIRANDA, op. cit., p. 17-18.

[9] Ibid., p. 18.

[10] GÖTTEMS, Claudinei J. A Justicialidade das políticas públicas: a legitimidade da jurisdição constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. *In*: GÖTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Coord.). *Direitos fundamentais – da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira*. Birigui: Boreal, 2008, p. 27.

[11] KRELL, Andreas J.. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 19.

[12] BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* Jus Navigandi, Teresina, ano 9, nº 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547> Acesso em: 05 jan. 2009.

[13] CANOTILHO, op. cit., p. 1.021-1.022.

[14] Ibid., p. 1.026.

[15] BARROSO, op. cit.

[16] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 237.

[17] "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata." (Artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal).

[18] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45.

[19] "Artigo 48º - No caso de um Estado não cumprir os deveres que lhes são prescritos pela Constituição e pelas leis do Império, compete ao Presidente decretar a intervenção, ainda que com o auxílio da força armada. No caso de perturbação ou ameaças graves à segurança e ordem pública no Império, compete ao Presidente decretar as medidas necessárias ao restabelecimento da ordem e da segurança, mesmo com o recurso à força armada. Para este fim, pode suspender, total ou parcialmente, os direitos fundamentais dos artigos 114º, 115º, 117º, 118º, 123º, 124º e 153º." (RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.).

[20] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 240.

[21] BRASIL. Constituição Federal (1988), artigo 97 – "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público."

Artigo 102 – "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;"

[22] MENDES, op. cit., p. 980.

[23] BRASIL. Constituição Federal (1988), artigo 101.

[24] MENDES, op. cit., p. 990.

[25] SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 535-534.

[26] BRASIL. Constituição Federal (1988), artigo 2º - "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

[27] SILVA, op. cit., p. 119.

[28] BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: *<www.oab.org.br/oabeditora/users/.../1235066670174218181901> Acesso em 20 jul. 2009.*

[29] Ibid.

[30] BRASIL. Constituição Federal (1988), artigo 22.

[31] Ibid., artigo 44.

[32] Ibid., artigos 45 e 46.

[33] SILVA, op. cit., p. 138.

[34] Ibid., p. 524.

[35] Ibid., p. 47.

[36] BARROSO, op. cit.

[37] Idem.

[38] BRASIL. Constituição Federal, artigo 37, inciso VII: "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei especifica".

[39] Ibid., artigo 1º parágrafo único.

[40] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 92-93.

[41] Ibid., p. 93-94.

[42] BARROSO, op. cit.

[43] Idem.

[44] Idem.

[45] Idem.

[46] SILVA, op. cit., p. 27.

[47] MENDES, op. cit., p. 4-5.

[48] SILVA, op. cit., 28.

[49] MENDES, op. cit., p. 9.

[50] Idem.

[51] SILVA, op. cit., p. 40.

TUDO JUNTO OU SEPARADO? BREVES POSICIONAMENTOS ACERCA DA PROPOSTA DE REFORMA POLÍTICA APRESENTADA PELO PODER EXECUTIVO AO CONGRESSO NACIONAL EM 2009*

TOGETHER OR DIVIDED? SHORT REFERENCES OF THE POLITICAL REFORM PROPOSED BY THE EXECUTIVE TO THE NATIONAL CONGRESS IN 2009

Maria Clara Oliveira Santos
Adriana Campos Silva

RESUMO

O presente trabalho busca analisar os institutos de direito eleitoral que compõem os projetos de lei integrantes do chamado bloco de Reforma Política, enviado pelo Poder Executivo da União ao Congresso Nacional em fevereiro de 2009, como forma de combater as atuais crises políticas que põem em risco a estabilidade democrática nacional e a legitimidade das decisões e atuações políticas e legislativas.
A análise baseia-se no estudo da adequação dos principais institutos relacionados, correlacionando-os com o perfil histórico e político do país. Assim, procura-se reforçar quais são os pontos que levaram à atual crise de representatividade, bem como pontuar possíveis soluções para o enfrentamento das crises decorrentes de uma desestruturação dos sistemas governamental, político e eleitoral no Brasil da atualidade.

PALAVRAS-CHAVES: REFORMA POLÍTICA. PODER LEGISLATIVO. REPRESENTATIVIDADE. CRISE.

ABSTRACT

This paper intends to analyse the electoral institutes that composes the essential parts of the Law Projects known as Political Reform, sent by the National Executive Power (the Union) to the National Congress on February 2009, as a way to struggle with the actual political crises that menace the national democratic stability and the legitimacy of decisional process and political and legislative acts.
The analysis is based on a study of principal institutes adjustment in between, correlated to the historical and political Brazilian profile. Then, it intends to corroborate what are the struggled points that guided the system to the actual representativiness crises, as to point possible solutions to fight the crises resulted from the structurelessness of government, political and electoral systems of Brazil.

KEYWORDS: POLITICAL REFORM. LEGISLATIVE POWER. REPRESENTATIVENESS. CRISIS.

[1]

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A República Federativa do Brasil, com seu presidencialismo, sua representação proporcional e seu multipartidarismo conjuga em sua organização estatal vários institutos que compõem um cenário político, eleitoral e governamental caracterizado como democrático:

Tais características são, todas elas, tendentes à dispersão de poder entre os atores relevantes, garantem a participação institucionalizada das maiorias e facultam a expressão da heterogeneidade e do pluralismo societas. Portanto, no que se refere ao eixo método de constituição das instâncias decisórias, o Brasil pode ser classificado como pertencente ao modelo consensual de democracia. (ANASTASIA, NUNES, 2006, p.22)

No entanto, tais elementos orgânicos, associados à imatura experiência democrática, e a componentes culturais que ressaltam pontos de sufocamento na recepção da ordem jurídica pelos atores políticos, compõem um quadro propício a crises nas estruturas que compõem o Estado brasileiro. O império da família patriarcal primitiva no Brasil, a evolução social teve dificuldade em acompanhar os padrões modernos, acarretando um desequilíbrio social, em que os detentores das posições públicas são incapazes de compreender a distinção fundamental entre os domínios público e privado (Holanda, 1995, p.146). A escolha dos homens a exercer as funções públicas fez-se de acordo com a confiança pessoal e não com as capacidades de execução da função. “A função pública congrega, reúne e domina a economia. Ela é o instrumento regalista da classe dominante, formando um patriciado administrativo.” (FAORO, 2008, p. 201). Pode-se afirmar que o Estado brasileiro apresenta traços patrimonialistas, sem que se possa contudo, afirmar uma lógica institucional patrimonial (Domingues, 2008, p. 189-190). Isso se reflete ainda hoje, na formação dos partidos políticos e dos candidatos:

Os partidos de direita tendem a recrutar mais nas classes de renda elevada, e os partidos de esquerda, nas classes de baixa renda, nas classes médias e populares, ou, mais exatamente, em setores dessas classes. (RODRIGUES, 2006, p. 120)

O passado histórico, assim como a conjuntura política atual tornam necessária uma reforma das instituições políticas, além do que, segundo pesquisas de opinião pública, os brasileiros têm uma apreciação negativa dos membros do Congresso Nacional (Samuels, 2006, p.137), o que deslegitima a representação dos cidadãos por seus eleitos.

Assim, uma reforma que oriente-se ao consensualismo deve englobar a reforma do método de formação dos órgãos decisórios, aquela da composição dos órgãos decisórios, a das instituições políticas, a do comportamento político e, também, a reforma dos padrões de interação política (ANASTASIA, NUNES, 2006, p. 19).

No Brasil discute-se atualmente a crise de representatividade que desestabiliza o cenário político democrático do país. Governos são representativos se eles fazem o que é melhor para o povo, se eles agem no melhor interesse de, pelo menos, uma maioria dos cidadãos. Observa-se o rompimento com os interesses públicos, por práticas dissidentes associadas à herança patrimonialista brasileira e à dificuldade de separação entre o público e o privado que maculam a prática democrática no país. José Murilo de Carvalho, sempre lúcido em suas reflexões, faz um "diagnóstico" da democracia brasileira:

A ausência de ampla organização autônoma da sociedade faz com que os interesses corporativos consigam prevalecer. A representação política não funciona para resolver os grandes problemas da maior parte da população. O papel dos legisladores reduz-se, para a maioria dos votantes, ao de intermediários de favores pessoais perante o Executivo. O eleitor vota no deputado em troca de promessas de favores pessoais; o deputado apóia o governo em troca de cargos e verbas para distribuir entre seus eleitores. Cria-se uma **esquizofrenia política:** os eleitores desprezam os políticos, mas continuam votando neles na esperança de benefícios pessoais. (grifo ausente do original) (CARVALHO, 2008, p. 224)

O fato é que são raros os temas que polarizam os partidos políticos, geralmente não empolgando sequer os parlamentares, quanto mais o povo (RIBEIRO, 2006, p.77). No caso do Brasil, o problema da corrupção ou da falta de engajamento político popular é fruto de relações complexas que se estabeleceram ao longo dos anos entre órgãos estatais e grupos privados. E, nesse contexto, para os atores políticos a vitória nas eleições significa a posse de todos os poderes do Estado, o que leva a crer que a soberania popular é apenas uma referência ideal (BIGNOTO, 2006, p. 84).

A crise do modelo de representação e a erosão do consenso autoritativo, pela crise do Estado, acarretam, com relação ao tema da corrupção, um tipo de problema em que a responsabilidade política depende de sistemas de desocultação. Um dos elementos fundamentais para uma ética da responsabilidade, própria ao mundo da democracia representativa, está na cosntrução da verdade na política. A responsabilidade política depende de sistemas de construção da verdade, relacionados a uma lógica de controle da corrupção. No caso da corrupção, esses sistemas de construção da verdade factual, no mundo contemporâneo, passam por uma lógica de desocultação, a qual tem um processo específico nas arenas política e jurídica. (FILGUEIRAS, 2008, p. 170)

Em verdade, "na democracia, as distinções nascem do princípio da igualdade, mesmo quando essa parece destruída por serviços excepcionais ou por talentos superiores" (MONTESQUIEU, 1979, p. 33), e em nome desta igualdade democrática é possível pensar uma Reforma Política capaz, ainda que não completamente, de reafirmar as instituições políticas que dão sobrevida à incipiente democracia brasileira, fortalecendo primordialmente o sistema eleitoral, que comporta um dos mais preciosos e peculiares momentos da democracia, exigindo, portanto eleições livres e amplamente competitivas

para a seleção dos representantes e dirigentes. É para a manutenção das diferenças e para a possibilidade de competição que deve voltar-se a Reforma Política, e a estruturação do sistema eleitoral, respaldado no voto:

[...] O valor instrumental do voto, no entanto, resulta das condições da disputa política: se as regras do jogo eleitoral, seu modus operandi, ou a estrutura das ofertas políticas gerarem um estado de incerteza sobre os resultados eleitorais, isto faz crescer exponencialmente o estímulo à participação. Isto é, as incertezas sobre o resultado da ação política constituem a fonte da motivação para a ação. Nesse sentido, dada a condição de incerteza inerente ao jogo político na democracia eleitoral, todos temos, ex-hipotesi, incentivos para participar sempre. (FIGUEIREDO, 2008, p. 217)

Reformar é buscar profundas modificações em um dado sistema já consolidado a fim de galgar novos e melhores patamares, "dar melhor forma" (HOLANDA, 1986, p. 468). Objetivamente "a reforma política pode ser entendida, como reorganização de regras para competições eleitorais periódicas, tal como tem sido o caso do Brasil pós-democratização, ou, pode ser entendida, também, como uma reorganização mais ampla do sistema político brasileiro." (AVRITZER, ANASTASIA, 2006, p.11).

Portanto, é necessário que se reforme não apenas as instituições políticas, mas também o comportamento político, os padrões de interação política, a correlação das forças políticas, as condições sob as quais atuam as instituições políticas. Essas questões são extremamente relevantes, pois, incidem sobre a capacidade dos cidadãos e dos representantes encenarem o jogo político com legitimidade e eficácia, além de afetar a distribuição de preferências e de recursos entre os atores e resultados do jogo político. (ANASTASIA, NUNES, 2006, p. 18)

uma discussão sobre a reforma política deve começar indagando se a própria discussão é política, em dois sentidos: no de saber se o *demos*, "nós, o povo", efetivamente assume como sua, em vez de confinar-se ela ao grupo dos especialistas, como se estes fossem engenheiros da vida social e política - e no de saber se estabelece um recorte entre as posições políticas, sobretudo de direita e esquerda. Nos dois casos, o debate da reforma política brasileira é pouco político, porque confinado a especialistas e porque apartado das divisões partidárias. (RIBEIRO, 2006, p. 77)

Uma reforma política deve atingir a matriz político-institucional, dessa forma, atinge as relações entre eleitores e políticos (sistema eleitoral), entre políticos e partidos políticos (sistema partidário) e entre políticos e burocratas (sistema de governo). Como toda mudança, podem ocorrer em apenas um ponto ou mais de um. Ocorre assim a variação da amplitude e da profundidade da reforma. Um reforma superficial e pontual tem maiores possibilidades de ocorrência, devido a seus efeitos serem mais esperados. Tal reforma deve conciliar todas as engrenagens desses sistemas que se interrelacionam de modo a garantir a viabilidade do voto do eleitor e a ampliação da legitimidade política.

As regras da democracia eleitoral moldam a da situação decisória do eleitor. Tais regras podem diminuir ou aumentar o nível de competição eleitoral e a variedade de ofertas políticas. A competição eleitoral e a distribuição das preferências políticas individuais são os parâmetros iniciais que os eleitores usam para estruturar o cálculo

decisório. Com base nestes elementos, cada eleitor avalia o grau de eficiência do seu voto. (FIGUEIREDO, 2008, p. 218)

Buscando precedentes históricos recentes no trajeto político brasileiro, constatam-se alterações institucionais profundas que impedem de certa forma a estabilidade de nossa representação política.

Primeiro, o golpe em 1964 que, como todo processo antidemocrático, deixou sua população insegura e sem alicerces. Na esteira do golpe vieram outras reformas e, dentre elas, o Ato Institucional nº 2 que, em 27 de outubro de 1965, visando enfraquecer a oposição, instituiu um forçado bipartidarismo (Arena e MDB). Tal processo derivou numa pura e simples exclusão da esfera política de vários representantes de vastos setores sociais. A situação só se alterou em 1979/80 quando um decreto permitiu o retorno do pluripartidarismo, iniciando assim, um processo perene de reformulação do sistema partidário que continua em andamento.

Além das mudanças acima relatadas em relação ao sistema partidário, o regime representativo brasileiro passou toda sua década de 1980 por contendas profundas sobre sua estrutura, culminando finalmente, em 1988, na Constituição Federal da Republica. A partir desse momento, o tema da reforma política não saiu do foco de debates.

A própria constituição federal de 1988 instigou, estimulou modificações na legislação eleitoral e partidária. Primeiro, pelo adiamento da decisão sobre o sistema de governo (presidencialista ou parlamentarista) para os anos seguintes, proporcionando uma nova discussão jurídico-política. Segundo, pela previsão de uma revisão constitucional a ser realizada cinco anos após a sua promulgação.

Há, porém, divergências sobre quais reformas atingiram significativamente o bojo das instituições políticas, podendo assim, serem chamadas de reformas políticas. Cite-se, dentre as possíveis de terem promovido uma alteração substancial dos sistemas, a reeleição para os postos executivos e a Lei de Responsablididade Fiscal, ambas propostas pelo Poder Executivo. Outras que podem ser elencadas seriam sete emendas que se situam no âmbito da reforma política. Dentre elas estão também a Emenda n° 16 de 1997 que tornou possível a reeleição para cargos executivos, a Emenda n° 5 que reduziu a duração do mandato presidencial de cinco para quatro anos e a Emenda n° 52 de 2006 que assegurou aos partidos políticos autonomia para adotar critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal.

Outras alterações indubitavelmente relevantes foram as ocorridas no nível infraconstitucional. Como exemplo, podemos citar a lei n°9.504, de 1997 (Lei das Eleições) que estabilizou a legislação eleitoral. Com ela, deixou-se de promulgar uma lei especial para cada eleição, ou seja, de dois em dois anos. Imprescindível também registrar a promulgação da Lei n°9.096 de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), destinada a dar a base normativa para as agremiações partidárias se organizarem e agirem de acordo com os preceitos constitucionais, não sendo um exagero dizer que tal lei constitui, por si só, uma verdadeira reforma política.

De fato, algumas transformações já foram vistas e ratificadas, mas reformas amplas e profundas não se concretizaram. O que se viu até agora foram reformas pontuais e casuísticas.

Dentre as propostas respeitantes à reforma política que tramitou e tramita na Câmara dos Deputados, podemos elencar algumas mais significativas. A principal delas é o projeto de Lei n° 2.679, de 2003, elaborado por Comissão Especial voltada exclusivamente para a reforma política. Ele articulava temas como o voto em listas partidárias pré-ordenadas, a substituição das coligações em eleições proporcionais por federações mais estáveis de partidos, o financiamento público exclusivo de campanhas eleitorais, etc. Ao ser votado, foram apensadas, no entanto, infindáveis propostas, o que deturpou o projeto inicial e prejudicou sua aprovação. Assim, elaborou-se um novo projeto de lei (Projeto de Lei n°1.210 de 2007) de teor idêntico ao antigo Projeto de Lei n°2.679, de 2003, porém mais conciso.

Além das duas acima expostas, há bastantes propostas vindas de deputados, senadores e membros do Poder Executivo. Surgiram 50 projetos de lei e 10 emendas constitucionais propondo alterações nas regras eleitorais, partidárias e de tipo de governo.

No entanto, para não dispersar o foco em análises díspares, o presente trabalho concentra suas atenções nas sugestões e propostas de reformas apresentadas pelo Poder Executivo neste ano de 2009. Embora de forma ligeiramente diversa, ela trata de questões contidas no Projeto de Lei n°1.210 de 2007, que, como foi visto, é um desdobramento do Projeto de Lei n°2.679, de 2003.

Por que reformar? Para garantir que a representação seja cada vez mais democrática. A ampliação e o aperfeiçoamento da representação democrática remetem ao desafio de transformar a democracia em um conjunto de interações iterativas entre representantes e representados, desenvolvidas em um contexto decisório contínuo e institucionalizado. (RIBEIRO, 2006, p. 78)

Dentre os institutos propostos, observa-se que o mais discutido deles é a (in)fidelidade partidária, tida como um verdadeiro problema ao sistema eleitoral e representativo brasileiro. Na legislatura 1999-2002, 250 deputados mudaram de partido, alguns até três vezes. U*m em cada três dos 618 deputados, entre titulares e suplentes que exerceram o mandato na legislatura 2003-2006, trocou de partido durante o período.*

Para coibir tais práticas, o projeto de lei nº 4635/2009, proposto em 10 de fevereiro, e sujeito à apreciação do Plenário em regime de prioridade, alteraria a Lei nº 9.096/1995 e a Lei nº 9.504/1997.

No entanto, com a decisão do Tribunal Superior Eleitoral de 27 de março de 2007, reconhecendo que os mandatos pertencem aos partidos, a discussão passou ao campo do conteúdo da regulamentação, e não necessariamente à fidelidade em si. Esta, veremos, encontra-se pacificada consensualmente na classe política nacional.

Porém, o tema que incita maiores discordâncias é a criação de uma "janela" para a infidelidade partidária (art. 26, IV, da lei 9.096/95). O projeto de lei diz que não será punido com a perda do mandato o parlamentar que se filiar a nova agremiação no período entre 10 de maio do ano eleitoral até o início do prazo para a realização das convenções partidárias, ou seja, 10 de junho. Isso significa que um político pode se eleger por um partido e cumprir os meses finais de seu mandato em outro.

Outro grande problema político atual é a existência de grande quantidade de micropartidos que muitas vezes não possuem representatividade no país. "Na verdade não passam de pequenas oligarquias a serviço de uma ou de outra personalidade, fechada, pois, à renovação e o intercâmbio de idéias." (GOMES, 2008). Os que defendem sua instauração,acreditam que a cláusula irá beneficiar o pluralismo político e a eficiência das Casas Legislativas, estreitando o quadro partidário para facilitar a formação de maioria parlamentar e reforçar a governabilidade. Ela também é um instrumento de representatividade, na medida em que reduz as opções do eleitorado tornando-lhe mais fácil a seleção de plataformas políticas.

O projeto de Lei nº 4637/2009, proposto pelo Poder Executivo tem por finalidade substituir as coligações partidárias nas eleições proporcionais pela federação de partidos. Nela os partidos com afinidade ideológica e programática se juntam e formam agremiações, ajudando a preservar o partido ao beneficiar aqueles que seriam atingidos por uma possível cláusula de barreira, e evita a mudança de partido.

O sistema de listas abertas influencia a competição entre os candidatos de um mesmo partido ou coligação, ao passo destes empreenderem campanhas individuais, com conteúdo personalizado. O projeto de Lei nº4636/2009 propõe a alteração da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, para dispor sobre o voto em listas partidárias com ordem de candidatos preestabelecidas para as eleições proporcionais. Este é o caso extremo de voto partidário não personalizado (CINTRA, 2006, p.131). As críticas cabíveis a esse sistema são que ele reduz a margem de escolha do eleitor, promove a oligarquização dos partidos e impossibilita a prestação de contas personalizada, do candidato escolhido ao povo (NICOLAU, 2006, p.135).

Porém, além dessas críticas serem refutadas pela doutrina, a lista fechada traz a possibilidade do fortalecimento dos vínculos entre eleitores e partidos, além dos candidatos cooperarem entre si ao invés de competirem pelas cadeiras do partido, criando uma identidade ideológica comum nos componentes da lista. Apenas a lista fechada é compatível com o financiamento exclusivamente público das campanhas eleitorais, pois direciona aos partidos o fundo de campanha (NICOLAU, 2006, p.134).

Sobre este tema, engloba o financiamento de campanhas aqueles gastos com a finalidade de convencer os cidadãos a votar em determinado candidato. Em eleições competitivas é indispensável campanhas, para as quais os recursos são fundamentais e determinantes na competição eleitoral (SPECK, 2006, p. 153-154). No Brasil, além do fundo partidário e da campanha eleitoral gratuita na televisão e no rádio, que são as vertentes públicas do financiamento de campanha, o financiamento privado é permitido e regulado Lei dos Partidos Políticos, de 1995, e pela Lei Eleitoral de 1997.

O volume das arrecadações e a vinculação distorcida entre partidos, candidatos e financiadores, colocou na agenda de reforma política tal tema (MARENCO, 2008, p.

381). A experiência Italiana não logrou êxito, em razão da manutenção do tráfico de influências e corrupção eleitoral, foi instituído em 1970 e revogado em 1993 (MARENCO, 2008 p. 385). Como exemplo contrário, no modelo Alemão há a imposição do financiamento público para as campanhas com a identificação perfeita do volume e origem do dinheiro aplicado em campanha além de um rígido controle do destino dessas verbas. Há, também, um ajuste entre as lideranças para controlar os gastos (CAGGIANO, 1983, p. 207).

A maior crítica é que o financiamento público "não oferece garantias contra a transferência de dinheiro ilícito para as campanhas eleitorais" onerando os já recessivos cofres públicos (MARENCO, 2008, p. 384), e possibilitando a manutenção de uma associação entre candidato e setor privado que, por muitas vezes, acontece desde o ingresso na vida política:

[...] as opções do início da carreira política – no Brasil e provavelmente também nos países de organização partidária débil e instável – não são influenciadas apenas pela escolha "livre" de partidos com os quais os potenciais políticos se identificam social e politicamente, mas também pelas siglas que estão disponíveis e parecem propiciar maiores chances de realização do projeto político. As facções que dominam as máquinas partidárias controlam igualmente a seleção de candidatos aos postos eletivos, ou seja, dos que poderão ter seus nomes aprovados nas convenções e integrar as listas para as disputas eleitorais. (RODRIGUES, 2006, p. 117)

Outro grave problema, anteriormente referido, é o da infidelidade partidária. A migração partidária corresponde à estratégia individual de troca de partido, adotada por candidatos ou parlamentares, buscando incrementar suas oportunidades de carreira política (Marenco, pg. 183, 2006). O Poder Executivo, buscando inibir esta prática que é recorrente no Brasil, e termina por prejudicar a noção de representatividade, apresentou o projeto de lei n º 4635/2009.

Tal projeto estabelece que os parlamentares que mudarem ou forem expulsos de partido deixarão de exercer os mandatos, que serão cumpridos pelos suplentes, já que o mandato pertence ao partido político, segundo decisão já proferida pelo TSE em 27 de março de 2007. Explica-se:

O Tribunal Superior Eleitoral estabeleceu uma revolução copernicana, de outra banda, no tratamento dispensado à fidelidade partidária. Através da Consulta 1398, feita pelos Democratas (antes, PFL), o TSE definiu que os mandatos eletivos, obtidos pelo sistema eleitoral, pertencem aos partidos políticos ou às coligações, e não aos candidatos eleitos. Segundo o relator, Min. César Asfor Rocha, "os partidos políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda".

Como conseqüência desta decisão, o TSE editou a Resolução nº 22.610/08, disciplinando a perda de mandato eletivo por mudança de partido político, no curso do exercício do mandato, sem justa causa. Segundo o § 1º daquela Resolução, considera-se justa causa para a desfiliação partidária: a) a incorporação ou fusão do partido; b)

criação de novo partido; c) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; e d) grave discriminação pessoal. (COSTA, 2008, p. 100)

Ilustre-se o cenário atual, dizendo-se que, só na legislatura de 99/2002, 250 deputados mudaram de partido, alguns até três vezes (site política voz). O site *congressoemfoco.ig.com.br aponta que um em cada três dos 618 deputados federais, entre titulares e suplentes que exerceram o mandato entre janeiro de 2003 e dezembro de 2006, trocou de partido durante o período.*

Da proposta do Executivo, o tema que incitou maiores discordâncias foi no quesito da criação de uma "janela" para a infidelidade partidária (art 26, IV, da lei 9.096/95). O projeto de lei diz que não será punido com a perda do mandato o parlamentar que se filiar a nova agremiação no período entre 10 de maio do ano eleitoral até o início do prazo para a realização das convenções partidárias, ou seja, 10 de junho.

Em resumo, isso pode significar que um político pode se eleger por um partido e cumprir os meses finais de seu mandato em outro. No caso de parlamentar, como o término do mandato só ocorre em janeiro do ano pós-eleitoral, o "infiel" terá cumprido 9 dos 48 meses de mandato em partido diferente daquele pelo qual se consagrou nas urnas.

A bancada do PPS (Partido Popular Socialista) já se posicionou contra. Outro critico é o líder do DEM, deputado Ronaldo Caiado (GO). Segundo ele, o governo cometeu um acinte ao apresentar tal proposta. "A janela de infidelidade vai recriar o mensalão, estabelecendo um balcão de negócios que desestabilizará todos os partidos".

No entanto, apesar de todos os posicionamentos que se apresentem contrários a possíveis mudanças na estrutura político-eleitoral brasuleira, verifica-se que uma reforma nesses sistemas deve ocorrer o quanto antes, com o escopo de abreviar as crises políticas que são advindas de nossa estruturação atual. Para obtenção de êxito na reforma política deverão as mudanças ser amplas e profundas. Principalmente amplas, já que existem subsistemas que dependem de outros para terem eficácia. Já a profundidade pode ser dispensadas em alguns casos, pois elas são as com maior capacidade de gerar efeitos não antecipados e que talvez nossa jovem democracia não suportaria.

As profundidades em alguns sistemas podem ser dispensados como no caso do Voto Distrital, que mesmo não estando em pauta no Projeto de Emenda Constitucional em estudo, deve ser considerado de inclusão essencial pois aproximaria o eleito do eleitor possibilitando uma maior fiscalização e um estimulo à politização da população de cada região. Saber-se-ia, inclusive, quem de fato o eleitor elegeu. O implemento do voto distrital, por se tratar de um reforma profunda por si só, não deveria ser implementada como um modelo puro, mas como um modelo misto, onde existiria o voto distrital para metade das cadeiras do Estado e o resto das cadeiras seriam ocupada por eleitos através de listas fechadas organizadas pelos partidos.

O voto em lista fechada é outra mudança que promete melhorias, com ele tende-se a vincular na eleição a ideologia do partido e não à figura política, fortalecendo a "identidade ideológica" dos candidatos e dos partidos, já que, por muitas vezes, a escolha do partido pelo candidato não se dá pela adoção da ideologia.

Na verdade, é possível que a escolha, de fato, seja mais de natureza social do que ideológica ou programática. A autonomia de escolha partidária dos candidatos a políticos tem muitos limites. Obstáculos variados existem para bloquear a inclusão de arrivistas nas listas eleitorais de grandes partidos, especialmente dos que não são do meio social específico, quer dizer, não fazem parte do meio profissional, do círculo de amizade, parentela, recreação ou atividade num sindicato, numa igreja, diretório estudantil, numa associação patronal, numa ONG ou em qualquer outra atividade que legitime a pretensão de aderir (e se possível candidatar-se) por uma dada sigla partidária. Funcionam, aqui, além das barreiras ideológicas, mais explícitas, outros obstáculos menos visíveis de caráter econômico, de educação, de idade, de natureza étnica, de status etc. (RODRIGUES, 2006, P. 116)

No entanto, a mudança para o voto em lista fechada representaria uma modificação profunda com relação à lista flexível. A vantagem da lista fechada se dá pela nossa falta de amadurecimento político, e a possibilidade de fraude ou alterações na lista. A lista fechada faz com que se vincule e se esclareça as ideologias do partido e isso repercuta nos seus concorrentes. Pode, inclusive, fortalecer o apoio entre os candidatos do próprio partido.

No nosso sistema eleitoral, o quociente partidário esperado da legenda, a performance estimada dos outros candidatos do mesmo partido, quer dizer, o cálculo de quantas vagas poderão ser conquistadas pela sigla, a estimativa de quantos "companheiros" ficarão à frente e de como é possível se beneficiar da eventual existência de um candidato "puxador de votos" são outros fatores a pesar nas opções partidárias: no momento de entrada como iniciante na arena política e depois como veterano, no caso de migrações partidárias e outras opções de troca de partido. (RODRIGUES, 2006, p. 118)

O Financiamento público apesar de já existir como fundo partidário tem a proposta de ampliar (R$1,00) para R$ 7,00 e de se tornar única forma de obtenção de recursos para a eleição.O propósito atual é o equilíbrio na competição eleitoral, e a desvinculação das decisões políticas que beneficiam os financiadores das eleições. Deve ser público inclusive para facilitar a fiscalização, porque a estrutura eleitoral atual ainda não é adequada para tal.

Já a tão aludida cláusula de barreira, que chegou a ter sua discussão no Supremo Tribunal Federal, é uma prova de que uma proposta apenas num subsistema não é capaz de gerar uma mudança concreta e democrática. O intuito dessa mudança é favorecer o

fortalecimento dos partidos ideológicos e democráticos e em contrapartida enfraquecer e acabar com os partidos “fisiológicos”.

Para a realização desta proposta é mister o condicionamento a outras mudanças subsistemáticas, como a lista fechada com voto em legenda e a federação partidária. Essa que também contribui diretamente em outras mudanças como na governabilidade e na fidelidade partidária. Por serem obrigadas a ficarem unidas por um tempo (3 anos) como uma agremiação e deixarão de ser legendas isoladas e passarão a representar somente uma, suas ideologias deverão ser próximas e fortes.

Considerações Finais

Em um país acostumado desde os tempos mais remotos em confundir o público e o privado, adotando uma postura personalista nas relações públicas, a estrutura burocrática foi precariamente construída, constituiu-se com o tempo a figura de um funcionário público que trabalha em prol do privado, ainda que em uma instituição pública.

Mesmo com a Constituição da República de 1988, as heranças políticas e sociais, historicamente construídas e consolidadas, refletiram-se na implantação da jovem democracia, que sofre, desde então, com políticos muitas vezes despreocupados com realizações, de fato, benéficas ao futuro político e institucional do Brasil, agindo segundo interesses particulares, praticando corrupção e fraudes, elegendo-se para sugar nos “fartos seios do Estado” e constituir riqueza pessoal. Agem visando as próximas eleições, não as próximas gerações.

A reforma política proposta estimularia, gradualmente, o reconhecimento do vínculo ideológico entre o cidadão, o candidato e o partido, servindo de estímulo à participação na vida política. A aproximação entre representantes e representados – pelo voto distrital -, a transparência no financiamento das campanhas e o aumento da fiscalização – pela adoção de regras mais rígidas quanto ao financiamento privado -, a adoção de ideologias limitadas, definidas e compatíveis com os anseios populares – pela fidelidade partidária e lista fechada -, e melhorar a dinâmica entre a governabilidade e a representatividade – pela adoção da cláusula de barreira e das federações de partidos.

Ainda que severas críticas e alertas tenham sido feitas pela doutrina e pelos parlamentares com relação à impossibilidade de se evitar plenamente a corrupção somente com a implementação das propostas elencadas nos projetos de lei avaliados, a análise realizada demonstra que a conjugação destas, associada à adoção do voto distrital, contribuiria significativamente para o fortalecimento dos sistemas eleitoral, partidário e de governo.

Fontes consultadas

ALMEINDA, Alberto Carlos. **A cabeça do eleitor: estratégia de campanha, pesquisa e vitória eleitoral.** 3 ed. Rio de Janeiro : Record, 2008.

ANASTASIA, Fátima; NUNES, Felipe. A reforma da Representação. *In* **Reforma Política no Brasil.** Leonardo Avritzer, Fátima Anastasia (orgs). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

ANASTASIA, Fátima, AVRITZER, Leonardo. Introdução *In* **Reforma Política no Brasil** Leonardo Avritzer, Fátima Anastasia (orgs). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

BRASIL – CÂMARA DOS DEPUTADOS - http://www2.camara.gov.br/proposicoes - acessos em junho, julho e agosto de 2009.

CAGGIANO, Monica Herman S. Corrupção e financiamento das Campanhas Eleitorais. *In* **O Regime democrático e a questão da corrupção política.** ZILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Silvia. São Paulo: Atlas, 2004.

CAGGIANO, Mônica Herman S. **Finanças Partidárias**. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1983.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral.** 7 ed. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2008.

DOMINGUES, José Maurício. Patrimonialismo e Neopatrimonialismo *In* AVRITZER, Leonardo et al. (orgs.) **Corrupção:** Ensaios e Críticas**.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. 4 ed. São Paulo : Globo, 2008.

FIGUEIREDO, Marcus. **A decisão do voto:** democracia e racionalidade. Belo Horizonte : Editora UFMG; Rio de Janeiro : IUPERJ, 2008.

FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção, democracia e legitimidade.** Belo Horizonte : Editora UFMG, 2008.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. - Belo Horizonte. Del Rey, 2008

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MARENCO, André. **Financiamento de Campanhas Eleitorais**. *In* AVRITZER, Leonardo et al. (orgs.) **Corrupção:** Ensaios e Críticas**.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brèd et de, 1689-1755. **Do Espírito das Leis**. trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores)

PINTO, Djalma. **Direito eleitoral:** improbidade administrativa e responsabilidade fiscal. 4 ed. São Paulo : Atlas, 2008.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**.- Niterói. Editora Impetus, 2008

RIBEIRO, Renato Janine. Financiamento de campanha (público versus privada). *In* AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (orgs). **Reforma Política no Brasil.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

RODRIGUES, Leôncio Martins. **Mudanças na classe política brasileira.** São Paulo : Publifolha, 2006.

SPECK, Bruno Wilhelm. Financiamento de campanhas eleitorais. *In* AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (orgs). **Reforma Política no Brasil.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

www.politicavoz.com.br - acesso em 24 de agosto de 2009.

*www.*congressoemfoco.ig.com.br – *acessos em julho e agosto de 2009.*

---

[1] Estes posicionamentos são um desdobramento do trabalho desenvolvido pelos alunos de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG em nível de Iniciação Científica, Paulina Maria de Souza Sant'anna, Rafaela Lacerda de Assis e Rodrigo Vaslin Diniz, no grupo de estudos orientado pelas autoras que trata das propostas de Reforma Política. A eles, nossos pesquisadores-benjamim, fazemos sinceros agradecimentos pela dedicação à pesquisa, pelas amplas discussões e pela constante parceria na elaboração dos trabalhos acadêmicos.

LEGITIMIDADE POLÍTICA DAS REFORMAS CONSTITUCIONAIS: UM DESAFIO PARA O LEGISLATIVO. *

POLICY LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL REFORMS: A CHALLENGE FOR THE LEGISLATURE

Mariano Henrique Maurício de Campos

RESUMO

O trabalho discute o tema do desafio do legislativo no que se refere ao processo de reforma constitucional. As clausulas pétreas são consideradas, classicamente, como obstáculos insuperáveis em uma reforma da constituição. Este trabalho discute esta afirmativa e propõe uma interpretação adequada ao Estado Democrático de Direito. Além da reforma constitucional, o trabalho discute temas como poder constituinte, democracia representativa e soberania popular. Retrata teorias que enxergam na participação popular o caminho para conferir mais legitimidade aos atos de decisão do Estado. O desafio do legislativo reside na necessidade de buscar mecanismos de participação direta da população em reformas constitucionais.

PALAVRAS-CHAVES: REFORMA CONSTITUCIONAL, LEGITIMIDADE POLÍTICA; SOBERANIA POPULAR.

ABSTRACT

The paper discusses the subject of legal challenge with regard to the process of constitutional reform. The clauses are considered immutable, classically, as insurmountable obstacles to a reform of the constitution. This paper discusses this statement and proposes a proper interpretation of the democratic state of law. Beyond the constitutional reform, the paper discusses issues such as constituent power, representative democracy and popular sovereignty. Portrays theories that see the participation of the people the way to give more legitimacy to the acts of State's decision. The challenge of legislation is the need to find mechanisms for direct popular participation in constitutional reform.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL REFORM, POLITICAL LEGITIMACY AND POPULAR SOVEREIGNTY

I – INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Atualmente, o país tem visto que o Poder Legislativo passa por uma crise de legitimidade sem precedentes na história política brasileira. Esta afirmação é possível a partir dos trabalhos de FAORO (1976) e HOLANDA (2003) que descrevem as formas de patrimonialismo, personalismo, clientelismo e coronelismo presentes na cultura política brasileira contrapostos as recentes denúncias de corrupção no âmbito do Legislativo Federal, especialmente após o esquema que ficou conhecido por "mensalão", em julgamento através da Ação Penal 470 no Supremo Tribunal Federal.

A falta de legitimidade (ou no mínimo o seu questionamento) no âmbito do Poder criador das leis que regem a vida em sociedade redunda em problemas de várias espécies, mas considero principal o tema da reforma constitucional, já que neste ponto o Legislativo esbarra nas cláusulas pétreas.

Vejo que o principal desafio do Legislativo é recuperar a legitimidade, pois só assim o Estado Democrático de Direito poderá ser efetivo na sociedade brasileira. Para chegar a esta conclusão, este trabalho inicia apresentando o tema das cláusulas pétreas e a sua relação com o Poder Constituinte. Foi feito um levantamento acerca das cláusulas pétreas nas Constituições brasileiras desde 1824 para ver o que mudou até os dias de hoje.

Além disso, são sinteticamente expostas as teorias de Habermas e Pettit sobre necessidade de participação popular nos atos decisórios do Estado. Enfim, são apresentados os motivos que ensejam o desafio para o Legislativo envolvendo a questão da legitimidade da representação política com base nas teorias apresentadas, principalmente em sede de reforma constitucional.

II – CLÁUSULAS PÉTREAS E PODER CONSTITUINTE

O tema cláusulas pétreas representa uma questão controvertida entre os constitucionalistas há muito tempo e segundo NETO (1993:37/38) existem duas categorias distintas que tratam dos limites materiais expressos de reforma constitucional: *a compreensão dogmático-formal de Constituição,* que representa um conjunto de instrumentos formais, alheios à legitimidade política; e a *compreensão material da Constituição,* que aceita a dimensão política conciliando a idéia jurídica da legalidade com a idéia política da legitimidade.

A vertente *dogmático-formal* parte da hierarquia entre o Poder Constituinte Originário e Derivado, não admitindo a reforma da constituição senão pelos mecanismos instituídos por ela própria. Logo, o legislador constituinte está acima de todas as gerações e da própria nacionalidade.(NETO, 1993:39).

Por outro lado, a *concepção material* da Constituição abarca duas vertentes: a primeira corrente, a *dirigente*, vê a Constituição como um processo fechado de realização da ordem política e social; a segunda corrente a vê como um *processo aberto*, de expressão

permanente, que busca a legitimação através de uma adequação inacabada suscetível de adaptação a qualquer tempo (NETO, 1993:40).

Filio-me a segunda corrente da concepção material da Constituição porque acredito que o processo político deve representar, legitimamente, a manifestação da sociedade que se regula através da Constituição, pois este documento solene representa o pacto fundamental de um povo, cujos pressupostos básicos são: a limitação do Poder do Estado e a proteção e garantia dos Direitos Fundamentais.

E se é a Constituição que limita o poder do Estado, importante ressaltar, rapidamente, a origem dos paradigmas constitucionais de Estado. O primeiro paradigma Constitucional da modernidade foi o Liberal. Neste modelo prevalecia a autonomia da vontade (hoje também chamada de autonomia privada), visto que as regras constitucionais tinham como meta principal a limitação do Estado em face do exercício da vontade individual. Decorre essencialmente do Estado Liberal, além da presença marcante da liberdade individual, a idéia de representatividade do Poder Político e o voto universal.

Com o processo de desmistificação da autoridade suprema do monarca, que era originária de uma vontade metafísica, surgem diversas concepções doutrinárias que buscaram justificar a legitimidade do Poder Político, agora titularizado pelo povo. Autores como Rousseau e Sieyès formularam concepções no sentido de alcançar a legitimidade do poder político dentro do Estado Constitucional.

Para Rousseau o poder supremo pertencia ao povo, porque só é legítimo o Governo que respeita e representa a vontade geral. A vontade só é verificada pela participação de todos os homens nas tomadas de decisões. A soma dos interesses individuais é que exterioriza a vontade individual.

Por outro lado, de acordo com Sieyès, a soberania é indivisível devido ao fato de ser um coletivo constante consubstanciado no conceito de Nação. Mas o objetivo de ambos os autores é conferir ao povo o poder político, a legitimidade para criar sua Constituição e as Leis Ordinárias, em detrimento do Poder Absoluto do Monarca.

Como disse anteriormente, o Estado Liberal se caracteriza pela liberdade individual, a representatividade e o voto universal. A liberdade é uma das reivindicações mais fortes dos movimentos revolucionários dos séculos XVII e XVIII, sobretudo, decorre da privação da liberdade pelos Governos Absolutos. A representatividade política e o voto universal decorrem da soberania popular, a fonte do Poder Político no Estado Constitucional.

Mas estes conceitos eram interpretados segundo os princípios liberais da época, que privilegiavam as aspirações de uma classe que emergiu após o feudalismo e a evolução dos sistemas produtivos: a burguesia. As liberdades civis e políticas dos burgueses deram origem à chamada democracia representativa ou parlamentar, pois era tida como a única forma compatível a liberdade de imprensa, de reunião, de manifestação do pensamento, de religião, etc.

Através da democracia representativa o poder de fazer leis compete a um corpo restrito de representantes eleitos pelos cidadãos detentores de direitos políticos. Tais direitos são exteriorizados através do voto universal e periódico. Mas aqui reside, a meu ver, um

dos problemas da democracia liberal, pois os direitos políticos não se restringem ao processo eleitoral, como pretende a corrente teórica herdeira do pensamento político clássico do Estado Moderno, denominada *elitismo competitivo*.

No contexto do Estado Liberal as cláusulas pétreas são consideradas como obstáculos intransponíveis em uma reforma constitucional, que só podem ser superados com o rompimento da ordem constitucional vigente, mediante a elaboração de uma nova Constituição. Se as Constituições são criadas para dar estabilidade ao Estado, seja nas relações interpessoais como nas relações com outros Estados, as cláusulas pétreas são criadas para dar estabilidade às Constituições. Basicamente, esta é a interpretação feita das cláusulas pétreas no modelo liberal, decorrente dos pressupostos deste modelo: a liberdade individual, a democracia representativa e o voto universal.

Entretanto, para os fins deste trabalho, é essencial superar a interpretação das cláusulas pétreas produzida no contexto Liberal e usada hodiernamente.

A Constituição Federal de 1988 estabelece no artigo 1º que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, por isso é fundamental enxergar a limitação do poder de reforma segundo os pressupostos deste modelo de Estado. À medida que muda o modelo do Estado de Direito do Liberal para o Democrático a interpretação do significado das cláusulas pétreas tem que mudar.

Contrariamente ao *elitismo competitivo*, a corrente denominada *pluralismo democrático* defende a idéia segundo a qual as democracias contemporâneas devem incentivar a participação e criar condições de contestação das decisões políticas e governamentais. No contexto do Estado Democrático de Direito surge a chamada democracia participativa, que requer mais do que voto universal e decisão da maioria. Nas democracias participativas *a comunidade é vista como intérprete da Constituição e co-autora das próprias leis.* (VILANI, 2008:234).

Uma interpretação constitucional condizente com o atual paradigma leva à concluir que a limitação ao poder de reforma do constituinte derivado, representado pelo Congresso Nacional, deve existir, mas a limitação à soberania popular significa repreender o próprio fundamento do poder político no Brasil: a vontade do povo.

Autores como SILVA (2005:64) e HORTA (2003:107) consideram a reforma ou emenda à Constituição atividades constituintes de segundo grau, visto que a limitação advém do próprio texto constitucional e o seu sentido é manter incólumes os princípios básicos eleitos pela Assembléia Constituinte. O que caracteriza a rigidez constitucional é a existência das cláusulas pétreas e um processo legislativo mais complexo de reforma da Constituição, como é o caso brasileiro.

Entretanto, ao passo que as mudanças da Constituição para o acompanhamento da evolução social são importantes e evitam que determinada sociedade exista por um curto período de tempo, por outro lado deve-se evitar que ela seja alterada por dissabores momentâneos ou interesses de uma determinada época. CANOTILHO (1993:172) argumenta que as normas intangíveis da Constituição são *princípios políticos constitucionalmente conformadores* que sinalizam a ideologia inspiradora da Constituição, são reconhecidos como limites do poder de revisão e por isso são os mais visados no caso de mudança do regime político.

Segundo HESSE (1991:15), a força normativa da Constituição não pode ser determinada simplesmente por sua pura normatividade ou pela eficácia das condições sócio-políticas. Normatividade e realidade podem ser diferenciadas, mas não separadas ou confundidas. Em razão disto, o texto constitucional contém as chamadas cláusulas pétreas ou limites materiais ao poder de reforma, que representam temas eleitos como cruciais para conformação do Estado pelos constituintes.

Não há dúvida e aqui não afasto a existência de cláusulas pétreas em face das modificações ao texto constitucional levadas a efeito pelo Poder Político representativo. A preocupação é com um Poder Constituinte Permanente, que deve observar a vontade da população para efetivar as reformas à constituição, sob pena de predominar o mesmo pensamento dos franceses retratado pelo abade Sieyès.

SIEYES (2001), um ícone da Revolução Francesa e um dos principais formuladores da teoria do Poder Constituinte, demonstrou claramente a predominância numérica da classe burguesa em face dos nobres e clérigos nos idos de 1789. A formação da maioria política burguesa, pelo que percebo de sua descrição, era algo factível, mas a preocupação com a assunção da minoria era latente e as cláusulas pétreas surgiram para evitar que num possível retorno de outras classes para o centro do poder político, através da formação de nova maioria política, a liberdade burguesa pudesse ser atingida.

Portanto, o Poder Constituinte Originário é responsável pela discussão e elaboração de uma Constituição, determinando as regras de estruturação do Estado e de convivência social, mediante reunião da Assembléia Nacional Constituinte.

Tomando de exemplo o caso brasileiro, por meio da Assembléia Nacional Constituinte, convocada pela Emenda Constitucional nº 26, promulgada em 26/11/1985, o então Presidente da República José Sarney, cumpriu uma das etapas de redemocratização do Brasil, ao incumbir os Deputados Federais e Senadores de reunirem-se para elaboração da Constituição brasileira na sede do Congresso Nacional a partir de 01/02/1987, o que originou a atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05/10/1988.

O Poder Constituinte Originário age de forma livre, soberana e sua origem, classicamente, está vinculada a atos revolucionários, no sentido de que a ordem constitucional anterior já não atende os anseios daquela sociedade e as manifestações populares provocam o abalo do Poder Político, que tem a única alternativa de elaborar outro texto constitucional.

Creio que a explicação clássica já não atende mais a conceituação do Poder Constituinte Originário e um dos objetivos deste trabalho é repensá-la. O termo deve ser interpretado de acordo com a evolução do Estado Democrático de Direito, que a Constituição consagra, mas isso falarei adiante.

Com base no conceito do Poder Constituinte Originário como algo efêmero, que surge cumpre seu papel e logo se dissolve, é que surge o Poder Constituinte Derivado. O Constituinte Originário, atento à necessidade de alterações na Constituição para que esta acompanhe a evolução do Estado e das relações sociais, cria, por meio de

disposições no próprio texto constitucional, mecanismos de reforma. O termo reforma pode designar tanto as emendas constitucionais como a revisão constitucional.

As emendas, apesar de conterem um processo legislativo mais rigoroso do que as Leis Ordinárias, é mais flexível do que a revisão. Esta exige processo mais lento e formal do que a emenda, visando a suprema estabilidade da Constituição, enquanto que a emenda constitucional visa a modificação de pontos que o legislador constituinte não considerou tão importantes (SILVA, 2005:62).

No caso brasileiro, o Poder Constituinte Derivado foi atribuído ao Congresso Nacional, que por meio de um processo legislativo mais rigoroso, pode propor emendas à constituição. A revisão constitucional, prevista no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi realizada em 1993 e não há previsão de outra, logo, resta apenas o mecanismo das emendas constitucionais, previstas no artigo 60 da Constituição Federal, para realização de reforma do texto.

O Poder Constituinte Derivado está limitado pelo artigo 60, §4º, uma vez que o Constituinte Originário considerou que as cláusulas enumeradas no citado dispositivo, nos incisos I a IV, são essenciais para formação da República Federativa do Brasil.

CRUZ (2006:49) sintetiza a teorização do Poder Constituinte em três fases históricas: a visão clássica, a visão moderna e a visão contemporânea.

No pensamento clássico, segundo o autor, o Poder Constituinte Originário era entendido como poder revolucionário, uma força extrajurídica que não derivava de qualquer norma jurídica, portanto, incabível o questionamento de sua legitimidade. A titularidade do Poder Constituinte era atribuída à Nação, por força dos laços culturais, de língua, território, tradições, etnia etc.

O Poder Constituinte Derivado de Reforma era visto como poder jurídico condicionado pelo Constituinte Originário. A sua origem constava da própria Constituição, o que impedia a mudança total do texto porque seria considerada usurpação do Poder Constituinte Originário, razão pela qual a teoria clássica admitia condicionantes temporais, circunstanciais, formais e materiais às limitações do Poder Constituinte Derivado de Reforma.

O pensamento moderno trouxe novidades no século XX sobre a teoria do Poder Constituinte. A titularidade passou ao povo, compreendido como dimensão subjetiva do Estado. Foi apresentada nova justificativa para a titularidade do povo e o pluralismo assume seu papel no Constitucionalismo. Dessa forma, entendia-se que não poderia haver predominância de um projeto de vida boa e as questões de identidade de tradições, etnia e língua foram superadas pela perspectiva da tolerância e o direito à diferença.

A concepção do Poder Constituinte como uma Assembléia é superada pela idéia de exercício do poder através dos costumes, tradições ou até mesmo tratados internacionais, a exemplo das cartas consuetudinárias e do artigo 5º, §3º da Constituição de 1988, que teve a redação alterada pela Emenda Constitucional 45/2004, que tratou da incorporação ao texto constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos. (CRUZ, 2006:56).

Segundo ACKEMAN (*apud* CRUZ, 2006:56) o Poder Constituinte Originário poderia se manifestar em oportunidades distintas e o controle de constitucionalidade deveria ser afastado quando houver a manifestação soberana do povo, no exercício desse poder.

A Assembléia Constituinte pode assumir duas feições: democrática e não-democrática. A primeira implica respeito à vontade do povo, seja por meio de representantes, como o caso do Brasil ou pela manifestação direta, cujo trabalho constituinte é precedido de um plebiscito ou referendo. A segunda implica um modelo imposto, sem discussão ou participação do povo e a Constituição é apresentada pelo titular do Poder do Estado, apresentando similaridade com o Estado Absoluto.

Portanto, se o Constitucionalismo moderno entende o Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado de Reforma como poderes de direito, isto implica a possibilidade de limitações.

De acordo com CRUZ (2006:60) a visão clássica, do Poder Constituinte como processo revolucionário, foi rechaçada pela continuidade formal e material do novo texto em relação ao que se revoga pela ação constituinte. No caso do Brasil, tal superação é perceptível através da convocação da Assembléia Constituinte, responsável pela Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda nº 26 de 1985 à Constituição de 1967. Além disso, o ordenamento jurídico foi recepcionado em grande parte e a previsão de Atos de Disposições Constitucionais Transitórias executa a função de acomodação normativa entre uma Constituição e outra.

No que se refere ao Poder Constituinte Derivado de Reforma, o Constitucionalismo moderno passou a admitir a evolução semântica e pragmática do texto. A mutação constitucional, que consagra o uso que se sobrepõe à norma escrita, a separação entre o preceito constitucional e a realidade informal passa a ser realizada pela via da interpretação constitucional, ou seja, percebe-se a evolução da Constituição sem a alteração do texto (HORTA, 2002:104/105).

Por fim, CRUZ (2006:63) apresenta sua leitura do pensamento contemporâneo, que toma o conceito de povo como inerente à titularidade do Poder Constituinte porque é indispensável à configuração do Estado. A proposta tem por base a noção de patriotismo constitucional, a qual requer consenso sobre democracia, governo limitado, Estado de Direito e aplicação dos Direitos Fundamentais. A Constituição teria os princípios da igualdade e liberdade como norteadores do sistema jurídico. A legitimidade discursiva e a democracia participativa são parâmetros do sistema político. Logo, o conceito de povo seria uma construção social em favor da convivência de distintos projetos de vida boa.

O Poder Constituinte não está ligado a valores culturais porque ao longo da vida cada sujeito pode repensar os próprios valores e isso também é permitido ao Constituinte, no que supera a concepção moderna. O Poder Constituinte Originário ou de Reforma são constituídos pela racionalidade discursivo-procedimental, permitindo a formação de uma identidade do sujeito constitucional de conteúdo semântico em aberto e incompleto, mas que preserva a democracia e o pluralismo.

Salienta o autor que não é possível conceber uma identidade constitucional fechada a qualquer interpretação discursiva. A aproximação do processo político deliberativo à

interpretação deontológica das normas jurídicas leva à reconstrução das teorias clássicas no sentido de um Poder Constituinte Permanente, mas CRUZ (2006:87) entende que as limitações formais e temporais devem ser cumpridas.

A compreensão do indivíduo como, simultaneamente, autor e destinatário da norma e o processo aberto de interpretação da Constituição, torna o controle de constitucionalidade difuso um mecanismo de exercício da democracia participativa e de patriotismo constitucional.

III - AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS.

Não posso deixar de dedicar um tópico próprio à mutação constitucional. Todas as questões colocadas até o momento se referem ao processo formal de alteração da Constituição. Mas é inquestionável que a Constituição pode passar por processos informais de alteração e estes não ocorrem por emenda ou revisão. A este processo informal de mudança na Constituição denomina-se mutação constitucional.

Nas mutações constitucionais não há alteração da letra do texto Constitucional, mas há modificação da substância, significado, alcance e sentido dos dispositivos (BULOS, 1997:57). Uma modalidade de mutação constitucional que se destaca das demais é interpretação constitucional. De fato, a exteriorização do pensamento acerca de determinada norma jurídica constitui, de plano, uma interpretação daquele dispositivo. A interpretação pode ser gramatical, lógica, sistemática, teleológica, histórica e judicial. Não existe univocidade sobre a classificação das formas de interpretação, mas o que importa aqui é a possibilidade de alteração do sentido das normas constitucionais pela via da interpretação, ou seja, a mutação constitucional por interpretação.

A interpretação constitucional deve levar em conta, além dos requisitos de interpretação da lei em geral, questões específicas como a supremacia, rigidez da Constituição, a matéria, a forma e a estrutura hierárquica das normas (BULOS, 1997:965)

Sendo assim, os temas que permeiam o trabalho, como cláusulas pétreas, poder constituinte e democracia, podem sofrer mutação constitucional, ou seja, podem ser lidos a partir de outro sentido, de acordo com o Estado Democrático de Direito, sem necessariamente ter que proceder a uma reforma do texto da Constituição.

E para os fins deste trabalho esta é a proposta mais adequada, ou seja, interpretar os dispositivos constitucionais do artigo 60, §4º da CF/88 sob a ótica do princípio da soberania popular, da democracia participativa como forma de sobrepor ao pensamento Liberal, o qual privilegiava uma interpretação privatista das normas, sempre com intuito de fortalecer a autonomia privada em detrimento do interesse público e da legitimidade política das normas, constitucionais ou não.

IV – AS LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA NAS CONTITUIÇÕES DO BRASIL

As limitações ao poder de reforma da Constituição nunca possuíram um rol como o que é visto no texto da Constituição de 1988. Na Constituição Imperial de 1824, o título 8º trazia expressamente no artigo 178 o que era matéria constitucional e o que apenas tinha forma constitucional.

Eram constitucionais e, portanto, sujeitos ao processo especial de reforma previsto nos artigos 173 até 177 as atribuições do Poderes Políticos, os direitos políticos e individuais dos cidadãos. A previsão de reforma do texto de 1824 era semelhante ao que foi o processo de revisão constitucional de 1993.

Interessante notar que tudo que estava na Constituição e não tratava da matéria acima destacada poderia ser alterado pelo processo das legislaturas ordinárias. Portanto, não havia um correspondente do atual artigo 60, §4º da CF/88 na Constituição Imperial de 1824, entretanto existia um duplo grau de rigidez da Constituição.

Nas palavras de BONAVIDES e ANDRADE (1991:100), a votação por três legislaturas seguidas e a apreciação por uma Assembléia Revisora especialmente criada para aquela apreciação, conforme determinava a Constituição do Império de 1824, evitava o que acontece hoje com a apresentação de um número excessivo de propostas de emenda que só fazem desprestigiar o texto constitucional, tornando-o obeso. O movimento reformista dos Liberais provocou o Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, sem o qual a Constituição Imperial não teria passado de ficção da liberdade, embora os esforços despendidos por D. Pedro I contra a reforma constitucional (BONAVIDES e ANDRADE, 1991:110).

Já na Constituição de 1891, a primeira republicana, surgiu uma novidade, baseada no anseio dos federalistas de então, tornando cláusula pétrea constante no artigo 90, §4º a forma republicano-federativa e a igualdade da representação dos Estados no Senado. Tais matérias não podiam sequer ser objeto de deliberação pelo Congresso. A limitação decorrente desta norma constitucional visava garantir o novo sistema que, de unitário no regime imperial, passou a descentralizado, dando autonomia às antigas Províncias, agora Estados-membros. O Poder Moderador foi abolido, o Senado vitalício trocado pelo Senado temporário, houve a laicização do Estado. Direitos de liberdade, segurança individual e de propriedade foram consignados no texto.

Mas o artigo 90 da Constituição de 1891 abria a possibilidade de reforma do texto constitucional por iniciativa de uma das Casas do Congresso ou das Assembléias dos Estados, num processo de votação triplo, por aprovação de dois terços dos membros de cada uma das Casas. Os obstáculos formais de reforma da Constituição de 1891 foram mantidos no atual texto porque os incisos I e III do atual artigo 60, §4º protegem a forma federativa de Estado e a Separação de Poderes, que garantem a manutenção da forma Republicana do Estado brasileiro.

As dificuldades formais de alteração da Constituição de 1891 somaram-se às dificuldades materiais, em razão da pressão dos Estados mais fortes. Embora o sistema

federalista e a separação de poderes, na concepção de Montesquieu, tivessem previsão no texto constitucional, na realidade eles não foram efetivados. É que as formas de participação da sociedade não foram criadas e os governadores instituíram a verdadeira fraude à constituição. Os clãs e a lei do mais forte se sobrepuseram ao princípio federativo. O excesso de mandos do presidencialismo esmagou os demais poderes. Os partidos não representavam a vontade nacional, não atuavam permanentemente e a política do café com leite se fez valer (BONAVIDES e ANDRADE, 1991:254/255).

O quadro se agravou culminando com a revolução de 1930, mesmo com a reforma constitucional de 1926, que não logrou êxito em mudar o cenário político da época. A identidade política do país se via abalada pelo exercício indiscriminado do poder pelo Executivo, o que se agravou pela industrialização que seguiu à primeira guerra mundial aumentando os problemas nas relações entre o capital e o trabalho.

Com vários outros problemas decorrentes da política instaurada na Primeira República, surgiu em 1934 outra Constituição. Através do Governo Provisório instituído em 11 de novembro de 1930, foram dissolvidos o Congresso Nacional, as Assembléias dos Estados e as Câmaras Municipais, suspendendo as garantias constitucionais e excluindo da apreciação judicial os atos do Governo Provisório.

O artigo 178, §5º da Constituição de 1934 fazia o papel de limitador do poder constituinte derivado e determinava que a forma republicano-federativa não poderia ser objeto de reforma. A emenda constitucional tinha um processo mais simplificado do que a revisão. Esta só poderia versar sobre a estrutura política do Estado e a organização ou a competência dos poderes da soberania não poderiam ser alterados por emenda. Era uma dupla rigidez constitucional, que hoje não existe na Constituição brasileira.

Pela primeira vez, uma Constituição do Brasil teve previsão de uma limitação circunstancial, conforme o artigo 178, §4º, o qual proibia a reforma durante o estado de sítio. Inaugurando o chamado Estado Social, a Constituição de 1934, marcada por princípios antagônicos por força das duas frentes políticas do país, apresentava uma síntese entre elementos do pensamento liberal e as tendências de intervenção do Estado, o que resultou na ditadura de Getúlio Vargas a partir de 1937.

A Constituição de 1937 inaugurou o *Estado Novo* e o artigo 174, no capítulo próprio das emendas constitucionais, previa que o texto poderia ser reformado, emendado ou modificado por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados. Além da votação e aprovação por maioria dos membros das duas câmaras, quando o projeto era de iniciativa da Câmara dos Deputados, a aprovação presidencial era necessária (art.174, §3º). O dispositivo foi mera figura retórica porque a Câmara dos Deputados foi fechada com o golpe de 10 de novembro de 1937. Isto é o que se pode dizer da Constituição de 1937, a única que não adveio de representação popular constituinte. Sequer houve a realização do plebiscito para sua aprovação, como determinava o artigo 187, que condicionava o instituto à edição de decreto presidencial, o qual nunca foi produzido.

Segundo BONAVIDES e ANDRADE (1991:369), a crise definitiva do Estado Novo surgiu a partir da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945, a qual modificava o processo de reforma, agora sem vinculação a plebiscito, elegendo um

parlamento próprio com poderes especiais de alteração da Constituição e acelerou a queda do regime ditatorial.

A Constituição de 1946 foi marcadamente liberal e recuperou o federalismo, dando maior autonomia aos Estados e Municípios. A liberdade de culto, de expressão do pensamento, as garantias e direitos individuais, o retorno das atividades do Congresso Nacional - dividido em Câmara e Senado - a liberdade dos partidos políticos e outros direitos foram assegurados pelo referido texto constitucional no pós *Estado Novo*. No entanto, a imagem do líder populista, tal como Getúlio Vargas, impregnou o pensamento político e a constituição não se fez presente no dia-a-dia da população, uma vez que os líderes políticos trilharam o caminho do ditador em detrimento da difusão dos mecanismos democráticos da Constituição de 1946.

Conforme dizem BONAVIDES e ANDRADE (1991: 410), a consciência autoritária não se viu atacada em sua raiz. O populismo foi trilhado de maneira irresponsável e ninguém percebeu que a constituição, por si só, poderia aplicar seus princípios. Esta ambigüidade não seria suportada por grande tempo.

No título IX, que trata das disposições gerais, especificamente no artigo 217, a Constituição se refere à possibilidade de editar emenda constitucional, mediante um processo legislativo mais denso, com dupla discussão em ambas as casas, mediante aprovação da maioria absoluta dos membros. Caso a aprovação ocorresse por dois terços dos membros da casa, em duas discussões, a iniciativa seria submetida à outra casa.

A limitação circunstancial de reforma mais uma vez se fez presente, conforme artigo 217, §5º, que proibia a alteração durante a vigência de estado de sítio. Novamente consignou-se em texto constitucional brasileiro a proibição de deliberação sobre projetos tendentes a abolir a Federação e a República (art.217, §6º). É preciso ressaltar que a Constituição de 1946 aboliu a dupla rigidez prevista na Constituição de 1934, sistema igualmente previsto na Constituição do Império, que distinguia o que era material ou formalmente constitucional. A Constituição de 1946 logrou simplificar a rigidez e sob o manto das cláusulas pétreas buscou a preservação da República e da Federação, tal como acontece hoje.

Com a Revolução de 1964 inicia-se um processo de privação das liberdades públicas, dos direitos fundamentais e desrespeito à dignidade da pessoa humana. No período de 1964 a 1966 foram editados quatro Atos Institucionais e quinze emendas à Constituição.

A soberania popular foi sendo extirpada com o regime que os militares iniciavam sob o argumento de que seria necessário proceder algumas reformas para garantir a democratização do país, sua longevidade e ainda possibilitar a articulação do Brasil com a economia mundial. O que se viu foi a supressão dos direitos políticos, a extinção dos partidos, fechamento do Congresso Nacional, a eleição indireta do Presidente e seu vice, de Governadores e os respectivos vices, e com o Ato Institucional nº 5 foi concedido ao Presidente da República o arbítrio sobre a decretação do estado de sítio, sem falar da suspensão da garantia do *habeas corpus*.

O Congresso, em recesso, foi convocado para reunir-se em caráter extraordinário de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967 para votar um projeto de Constituição. No entanto, os congressistas estavam pressionados pelos Atos Institucionais e a interferência do Serviço Nacional de Inteligência (SNI), e sua convocação ocorreu simplesmente para o Brasil figurar no cenário internacional como um país que tinha um texto constitucional democrático, votado e aprovado pelo Parlamento (BONAVIDES e ANDRADE, 1991:433).

A Constituição de 1967 manteve em seu texto, no artigo 50, §1º a proibição de o Congresso deliberar sobre projeto de emenda tendente a abolir a Federação e a República. A limitação circunstancial, que proibia a emenda à constituição na vigência do estado de sítio também foi mantida, conforme previa o artigo 50, §2º daquela Constituição. O Congresso Nacional, assim como as Assembléias Legislativas e o Presidente da República poderiam ter a iniciativa de emenda. Mas a autorização restou letra morta em face do fechamento do Parlamento Nacional e das Assembléias estaduais.

Assim como no período da Primeira República e no Estado Novo, em que as normas constitucionais eram desprezadas, o país se viu diante de um texto constitucional que preservada direitos e garantias individuais (rol do artigo 150), mas na realidade a Constituição não era colocada em prática, sendo que o autoritarismo e o arbítrio do regime militar tomaram conta do Poder Executivo. O mais desavisado dos leitores, que por qualquer motivo não tenha conhecimento dos fatos históricos que marcaram o regime iniciado em 1964 e que se depara com o texto constitucional não será capaz de imaginar as perplexidades levadas à efeito contra os líderes políticos e as pessoas que buscavam a liberdade de locomoção, de expressão e a proteção dos direitos individuais.

De acordo com FAUSTO (2006:467) a repressão mais violenta foi no Nordeste atingindo, sobretudo, as Liga Camponesas; e nas cidades vários presidentes sindicais foram presos e os sindicatos mais expressivos sofriam intervenção constante.

Em agosto de 1969 o presidente Costa e Silva foi substituído em razão de um derrame. O seu vice, o civil Pedro Aleixo não assumiu o cargo visto que tinha se oposto ao Ato Institucional nº5 e então os Ministros Lira Tavares (Exército), Augusto Rademaker (Marinha) e Márcio de Sousa e Melo (Aeronáutica) assumiram o poder através do Ato Institucional nº 12 de 31/08/1969. A esquerda radical que tentava ascender foi reprimida pela junta militar através de diversos atos de tortura. A junta criou a pena de banimento do território nacional através de outro Ato Institucional (nº13) e convocou novas eleições para 25 de outubro de 1969 (FAUSTO, 2006:481).

Sob o comando presidencial da junta militar, em 17 de outubro de 1969 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 1, que assumiu o papel de nova carta constitucional do país diante da adaptação de vários atos institucionais no texto e a supressão de vários dispositivos da Constituição de 1967. Importante destacar que, segundo BONAVIDES e ANDRADE (1991:443), a Emenda à Constituição de 1969 não foi considerada autonomamente uma Constituição pelos juristas, como Pontes de Miranda, Pinto Ferreira e Aliomar Baleeiro. Isto decorreu, em grande parte, por causa da redação do artigo 1º que dizia: *A Constituição de 24 de janeiro de 1967 passa a vigorar com a seguinte redação.*

Para efeito do levantamento histórico-político que é proposto neste momento, a Emenda Constitucional nº1 de 1969 manteve no artigo 47, §1º a vedação de apreciação de projeto tendente a abolir a Federação e a República. Persistiu até 1978 a limitação circunstancial do §2º do artigo 47 de que a Constituição não seria emendada na vigência de estado de sítio, quando através da Emenda Constitucional nº11 de 1978 o referido dispositivo teve a redação ampliada para consagrar também a proibição de emenda à constituição durante a vigência de estado de emergência.

Através da Emenda Constitucional nº 26 de 1985 o país iniciou o processo de transição para a abertura democrática de forma pacífica. O então Presidente José Sarney convocou a Assembléia Nacional Constituinte, composta pelos Deputados e Senadores eleitos, para reunir-se a partir de 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional, para elaboração de novo texto constitucional (SOARES, 2008:322).

Desta forma, desde a promulgação da Constituição aos cinco de outubro de 1988, permaneceu incólume o artigo 60 que define o processo legislativo de emenda à constituição e que criou rol de limitações ao Poder Constituinte Derivado bem mais amplo do que todas as constituições outrora descritas. O §4º do artigo 60, que contém as cláusulas pétreas, manteve a proibição de emenda sobre proposta tendente a abolir a forma federativa de Estado e por força do referendo de revisão constitucional em 1993, manteve a República como cláusula intangível do ordenamento constitucional. O rol foi ampliado para constar também a intangibilidade do voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes e os direitos e garantias individuais.

Importante destacar ainda que as limitações circunstanciais foram ampliadas da mesma maneira e a emenda à constituição é proibida durante a vigência de estado de sítio, estado de defesa ou intervenção federal (art.60, §1º).

Após este simples levantamento acerca do instituto constitucional das limitações ao Poder Constituinte Derivado, o leitor pode notar que, com exceção do regime imperial de 1824, todas as Constituições protegeram a Federação e a República. A Constituição de 1988 adota um modelo não muito rígido de reforma, vez que os Estados podem apresentar a proposta de emenda, apesar da ratificação não ser necessária, como na Constituição dos Estados Unidos (Const., art.V). Ao contrário das Constituições da França (art.89) e Espanha (arts.167.3 e 168.III), o Brasil não prevê referendos ou plebiscitos para ratificação das emendas à Constituição (MARINHO, 2001:05).

No histórico constitucional brasileiro apenas em 1934 o Constituinte Originário estabeleceu no texto a emenda e a revisão como dois instrumentos de alteração. Nas demais, apenas a emenda constitucional teve o processo estabelecido. Já em 1988, no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Constituinte consignou a revisão depois de decorridos cinco anos da promulgação da Constituição, mas é um ato único, com tempo determinado. Desta forma, após 1993 não é mais possível ter no Brasil a revisão constitucional, sendo a única norma permanente a que prevê a possibilidade de emenda constitucional.

O significado das limitações ao Poder de Reforma só pode, no contexto do atual paradigma, ser compreendido dentro de condições procedimental-discursivas, o que propiciaria a sua reconstrução permanente pela sociedade aberta de intérpretes da Constituição dentro de parâmetros racional-discursivos necessários à garantia da

identidade constitucional. No entanto, projetos como o da PEC nº 157/03, que prevê a Revisão Constitucional por meio de uma Assembléia Revisora altamente questionável, são atos atentatórios à integridade constitucional do país, pois são formas claras de mudança das regras que permitem a reforma do texto, logo o que busco aqui é (re)contextualizar institutos jurídicos relativos ao tema de reforma da constituição, reconstruindo os seus significados de forma a torná-los adequados ao paradigma vigente – o Estado Democrático de Direito, rechaçando a fraude à Constituição por meio de um constituinte derivado desprovido de qualquer legitimidade democrática.

Sobretudo em razão do princípio democrático, adotado pela Constituição de 1988, busco neste trabalho uma nova forma de articulação do poder de reforma pelo Constituinte Derivado, através das regras do artigo 60 da CF/88, e a garantia de um processo legislativo participativo, cuja integração torna-se o maior desafio do Legislativo para os próximos anos. Não se pode olvidar que o Constituinte de 1988, ao prever as regras de reforma da Constituição, o fez para impor um controle sobre o Poder Legislativo em relação à matéria constitucional porque a supremacia do texto normativo maior do Estado não pode ser comprometida por alterações voluntariosas, ações inimigas corrosivas ou interesses escusos, com o fito de determinar a instabilidade do Estado e a insegurança jurídica.

Nesse ponto muitos poderiam dizer que o poder político é influenciado pelo poder econômico, do grande capital e das indústrias, o poder militar, o poder latifundiário, o poder dos intelectuais e várias outras forças existentes na sociedade e que por isso a soberania popular não estaria totalmente livre de influência, portanto, a manutenção do atual sistema seria ainda o melhor caminho.

Ocorre que o Estado democrático deve unir autonomia pública e autonomia privada. O sistema representativo não dá conta de atender os reais anseios da população, porque, como diz MÜLLER (2003), o sistema partidário representa apenas o interesse de determinados grupos.

Aqui, a minha proposta é fazer valer o princípio da soberania popular mesmo em face das limitações das cláusulas pétreas porque não há poder absoluto se tais cláusulas foram opostas contra a vontade direta do cidadão. Por isso acredito que a reforma constitucional deve passar pelo controle popular e isto acontecerá mediante participação direta daqueles que são os reais interessados na manutenção do Estado e da segurança jurídica: os cidadãos.

V – A LEGITIMIDADE POLÍTICA E OS DESAFIOS DO LEGISLATIVO

Ficou registrado no segundo tópico deste trabalho que as cláusulas pétreas devem ser interpretadas segundo os parâmetros do Estado Democrático de Direito, superando o ideal Liberal ainda presente na cultura política brasileira. Também ficou registrado que o Poder Constituinte deve assumir uma feição permanente, a fim de justificar um processo legislativo de reforma da constituição que garanta maior legitimidade.

Em relação ao terceiro tópico vale ressaltar que a mutação constitucional contribui para a mudança na forma de se interpretar as normas constitucionais sem que haja, necessariamente, alteração do texto.

Já no tópico anterior, disse que a reforma da constituição há de passar pelo controle popular, até mesmo de cláusulas pétreas já que a soberania popular não deve ser limitada em face da limitação do próprio do poder de reforma, pois se acontecesse desta forma o sistema político previsto na Constituição estaria sendo incoerente com seus princípios, sobretudo, relativamente à soberania da vontade do povo.

Pois bem, diante de tudo isso, acredito que o Legislativo está prestes a se deparar com o seu maior desafio desde a abertura democrática da década de 80: a participação popular em sede de reforma da constituição.

A crise política bate às portas do Congresso Nacional praticamente todos os dias com a sequência de denúncias de irregularidades e ilegalidades praticadas no âmbito de suas casas legislativas. Mesmo assim, as representações dedicadas à apuração dos fatos denunciados são lastimavelmente arquivadas, deixando a população cada vez mais consciente da falta de legitimidade política no cenário federal.

Por isso questiono: qual a legitimidade das reformas à constituição efetivadas por um Congresso Nacional enxovalhado de denúncias de irregularidades de toda espécie e monta? Qual o nível de aquiescência da população com as reformas que são feitas na Constituição, o estatuto legal maior de nossa hierarquia normativa?

Acredito que as respostas são simples: não há legitimidade e nem existe aquiescência da maioria da população brasileira. Tais respostas são possíveis a partir da análise de MÜLLER (2003:12), pois a efetividade do ordenamento jurídico-constitucional não foi alcançada pelo liberalismo político e o direito positivado. A conquista da efetividade está diretamente vinculada à sua práxis.

Conclui MÜLLER (2003:128) que não existe relação de dependência entre a vontade do eleitor e a do representante eleito e num sistema multipartidário, como o brasileiro, reduz-se a possibilidade de governo do povo porque os Deputados tornam-se delegados das bancadas parlamentares, ao invés de delegados do povo.

Dados de uma pesquisa realizada pela organização não-governamental denominada *Transparência Brasil* revelam que cada parlamentar brasileiro custa em torno de R$ 10,2 milhões de reais por ano, desconsiderando a bicameralidade. O valor só não supera os parlamentares dos Estados Unidos, que custam aos cofres públicos cerca de R$ 15, 3 milhões cada membro, por ano. A mesma pesquisa revela que se mantido o orçamento do Congresso Nacional, mas distribuído de acordo com o custo do mandato do parlamentar europeu, o Brasil teria 2556 integrantes, número bem superior aos 594 atuais.

Com tudo isso, percebo que há um grave problema de legitimidade política, que influi diretamente na Constituição Federal. Em quase vinte e um anos de vigência do texto constitucional brasileiro, foram editadas cinqüenta e sete emendas, além das 06 emendas decorrentes do processo de revisão constitucional em 1994. A sequência de alterações compromete a unidade do texto votado em 1988, cuja constituinte contou

com a participação da sociedade civil brasileira, num processo nunca visto no país. (CITTADINO 2000:11)

Uma forma de amenizar o problema da legitimidade é buscar mais participação popular nos processos decisórios do Estado, ainda em sede legislativa. A própria Constituição Federal consagra a participação popular (apenas para exemplificar cito o artigo 7º, inciso XI, artigo 8º, inciso VI, artigo 10, artigo 37, §3º, artigo 194, parágrafo único, inciso VII e artigo 198, inciso III. Ressalto que a participação popular é garantida também em Leis Ordinárias, como por exemplo o Estatuto da Cidade - Lei 10.257/01), consagrando o princípio da soberania popular, previsto no artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal.

Autores como HABERMAS (2007) e PETTIT (2003) sinalizam a necessidade de procedimentos que abarquem a soberania popular. Para o primeiro autor, o processo de formação da opinião e da vontade deve envolver comunicação e participação, com a presença de associações ou a participação da sociedade civil, livres de coerção. Já o segundo, acredita que a democracia pode ser entendida com um modelo mais contestatório do que consensual. É que Pettit acredita que o povo deve usufruir o direito de contestação, permanentemente, perante as decisões do governo, seja individual ou coletivamente, como mecanismo de alteração de certas medidas que colidem com os interesses do povo.

Embora de formas diversas, Habermas e Pettit defendem a participação popular nos atos decisório do Estado e as idéias defendidas pelos autores citados podem ser perfeitamente aplicáveis ao Legislativo a fim de conferir mais legitimidade aos atos praticados pelos Parlamentares, principalmente em sede de matéria constitucional, tendo em vista que a Constituição é o comando normativo mais importante que um povo pode ter, já que ele representa sua história política e cultural.

Seja através de um processo de debates e de formação da opinião mediante a participação popular, ou seja, através de mecanismos de contestação dos atos praticados, acredito que o desafio do Poder Legislativo para as próximas décadas é trazer o cidadão para perto de si. Com isso, o país ganha em atuação política e o Congresso Nacional ganha em legitimidade política, lembrando que cidadão não é apenas aquele que vota e pode ser votado.

Não posso deixar de ressaltar aqui que o desafio é do Legislativo, mas o compromisso deve ser de todo o país, através da população e das instituições. Embora reconheça a harmonia e independência dos três Poderes da União, digo a você leitor que considero que Legislativo detém uma importância maior, comparativamente aos demais, visto que Executivo e Judiciário agem apenas no estrito cumprimento do que a lei previamente dispõe. Portanto, o desfio é do Legislativo mas o compromisso deve ser de um país inteiro, já que toda a população brasileira tem interesse que o Poder onde estão os seus representantes para fins de formação da vontade do Estado, que é de Direito.
O primeiro passo, enfim, é criar a idéia, junto à população, de que é a participação popular que vai ajudar a melhorar esse país e a sua atuação forte e junto dos Poderes, principalmente do Legislativo, vai contribuir para a formação da vontade política cada vez mais legítima.

Como visto nos tópicos anteriores, não há como interpretar as cláusulas pétreas de acordo com o liberalismo político. O Estado Democrático de Direito reclama uma interpretação diferenciada das cláusulas pétreas para permitir a concretização do princípio da soberania popular.

Ficou registrado que o poder constituinte deve ser permanente, oriundo da práxis constitucional. O desafio do Legislativo, em sede de reforma da Constituição, reside no respeito a essa concretização do princípio da soberania popular previsto na Constituição. O Legislativo deve buscar formas de integração com a sociedade para não perder a identidade constitucional em face de tantas alterações na Constituição em apenas vinte e um anos de promulgação.

VI – CONCLUSÃO

Diante de que tudo o que foi dito, concluo este trabalho dizendo que a legitimidade política nunca foi o ponto forte deste país, pelo contrário, é sempre notícia negativa. A história político-cultural sempre mostrou que a autonomia pública esteve condicionada ao patrimonialismo, personalismo e clientelismo neste país.

Há pouco mais de vinte anos tivemos a abertura democrática e a Constituição de 1988 é, sem sombra de dúvida, a que mais ensejou e atualmente enseja a participação do povo nas decisões importantes do Estado, sobretudo, por força dos comandos previstos na Constituição.

Ao mesmo tempo o país vive incrédulo com tantas notícias de corrupção e ilegalidades dentro do Congresso Nacional. A crise de legitimidade é patente. Portanto, o desafio do Legislativo é buscar sua legitimidade através de processos de formação de opinião e vontade que levem em conta os movimentos sociais, as associações e sociedade civil, sem qualquer tipo de coerção ou *lobby* para, enfim, construir uma sociedade justa, igual e fraterna, nos moldes da previsão da Constituição Federal.

Mesmo considerando que o desafio é do Legislativo, não duvido que o compromisso é da população brasileira, que deve lutar para esta conquista: formar um Poder Legislativo atuante, responsável e, sobretudo, com legitimidade política nas veias.

O desafio é ainda maior quando se fala de reformas à constituição numa sociedade plural como a brasileira, pois o texto constitucional deve englobar o maior número de identidades possível, mas é preciso que o Legislativo atue com mais legitimidade. Portanto, desafio o Legislativo a reformar a Constituição Federal apenas quando isto realmente se faça salutar. A única forma de saber o que é ou não importante é através da participação direta da sociedade neste processo, entendimento este corroborado pela doutrina exposta.

VII - REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Historia constitucional do Brasil. 3.ed. Brasília: [Paz e Terra], 1991.

BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Poder Constituintes e Patriotismo Constitucional. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formaçao do patronato político brasileiro. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 1976.

FAUSTO, Boris. História do Brasil. 12. ed. 1ª reimp.,São Paulo: Edusp, 2006.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26. ed. 17ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. Constitucionalismo e ideologia. IN GONÇALVES, Moisés Augusto e MAGELA DE FÁTIMA, Geraldo (orgs). Outros olhares – debates contemporâneos – Vol.I Belo Horizonte: Editora Leiditathi, 2008.

MARINHO, Josaphat. Limites ao Poder de Revisão Constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Revista Eletrônica disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 de março de 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A revisão constitucional brasileira: como se situa, qual seu alcance e quais seus limites. Rio de Janeiro: L. Juris, 1993.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo?: a questão fundamental de democracia. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. IN: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional; trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa:** que é o terceiro estado?. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Leda Lúcia; ARAUJO, Marinella Machado. A força normativa da constituição de 1988 e a cultura política brasileira: como enfrentar o problema da força

Simbólica dos direitos fundamentais?. Disponível em http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/07_762.pdf. Acesso em 18 de junho de 2009.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VILANI, Maria Cristina Seixas. Olhares sobre a democracia contemporânea. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte , v.11, n.21 , p.229-237, jan. 2008.

Sobre estas características, recomendo o artigo de SOARES e ARAUJO (2008), o qual analisa estas questões. Disponível em http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/07_762.pdf.

Sobre o tema “elitismo competitivo” ver VILANI (2008).

Sobre o tema mutação constitucional e interpretação confira BULOS (1997).

Os avanços eram no sentido de abolir o Poder Moderador, implementar uma monarquia federativa em detrimento da então monarquia unitária, temporariedade e elegibilidade do Senado, legislatura bienal, enfraquecimento do poder de veto do Imperador fortalecendo a autoridade legislativa, supressão do Conselho de Estado, substituição da regência trina pela regência uma e a criação das Assembléias Legislativas provincais.

SILVA (2006:441) trata das limitações ao poder de emenda. Segundo o autor, as limitações podem ser temporais, circunstanciais e materiais (explícitas ou implícitas). As temporais se caracterizam pelo fato de terem autorizadas a apresentação apenas em determinado período de tempo, já previsto na Constituição. Não existem e não existiram estas limitações nas Constituições do Brasil. As circunstanciais são limitações ao poder de reforma numa determinada circunstância, como por exemplo na vigência de estado de sítio, intervenção federal ou estado de defesa, conforme artigo 60, §1º da CF/88. As limitações materiais tratam de um núcleo de normas imodificáveis da Constituição. No Brasil, por exemplo, sempre se preservou a República e a Federação por meio de limitação material, prevista no próprio texto constitucional. Sobre a distinção entre as limitações materiais explícitas e implícitas, recomendo a obra em referência.

Disponível em <www.transparencia.org.br>, acesso em 23 de março de 2009.

CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: O MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO MEDIDA DE EXECUÇÃO PENAL*

CRISIS IN THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM: ELECTRONIC MONITORING AS MEASURE OF PENAL EXECUTION

Nara Borgo Cypriano Machado

RESUMO

Este artigo volta-se para a apresentação do monitoramento eletrônico como um dos desafios a serem enfrentados pelo Poder Legislativo no que tange à melhor maneira de se aplicar a pena de prisão e as prisões cautelares no Brasil. Para isso, apresenta-se o estudo do sistema penitenciário brasileiro, com suas características e sua base legal a fim de contribuir para a compreensão da importância do monitoramento eletrônico como medida de execução penal. Procura, assim, como base na legislação estrangeira, nos projetos de lei existentes no Congresso Nacional e nos ensinamentos da doutrina estrangeira e brasileira, pensar uma nova medida para a execução da pena privativa de liberdade no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: SISTEMA PENITENCIÁRIO; PODER LEGISLATIVO E MONITORAMENTO ELETRÔNICO.

ABSTRACT

This article aims to present the electronic monitoring as a challenge to be faced by the legislature in regard to the best way to applying the prision feather and the precautionary prisions in Brazil. This includes making the study of the prison system in Brazil, with its characteristics and its legal basis in order to contribute to the understanding of the importance of electronic monitoring as a measure of criminal enforcement. Search, as well as on the foreign law, the existing bills in Congress and in the teachings of the doctrine of foreign and Brazilian, think a new measure for the sentence of imprisonment in Brazil.

KEYWORDS: PRISON SYSTEM, LEGISLATIVE POWER AND ELCTRONIC MONITORING.

I INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A pena privativa de liberdade e sua execução, no ordenamento jurídico brasileiro, enfrentam, nos dias de hoje, uma grave crise. As mazelas do sistema penitenciário nacional são conhecidas por todos: superlotação, falta de condições básicas de higiene, proliferação de doenças, violência, etc., isso, por si só, justifica sua discussão e a busca de novas medidas para se executar a pena de prisão.

Neste sentido, o objeto do presente trabalho visa demonstrar como a execução da pena de prisão se tornou um dos desafios que são enfrentados atualmente pelo Poder Legislativo. Desta forma, dentre as várias propostas de alteração da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), serão apresentadas aquelas que buscam a utilização do monitoramento eletrônico de presos, que é uma nova tecnologia de controle penal, vista por muitos legisladores como uma medida pertinente para minorar os efeitos negativos da prisão.

Com objetivo de apresentar o monitoramento eletrônico como um desafio para nossos legisladores, o trabalho possui característica informativa, adotando o método histórico como instrumento de pesquisa para reconstruir a trajetória da pena de prisão no Brasil e sua evolução até a atualidade, culminando com o surgimento do monitoramento eletrônico.

No primeiro capítulo será feita uma breve análise do sistema prisional brasileiro. No segundo capítulo o estudo traz a experiência de países que utilizam o monitoramento eletrônico como forma de conter a criminalidade, reduzir os custos de encarceramento e ressocializar o detento. No terceiro e último capítulo analisa-se o monitoramento eletrônico no Brasil por meio dos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, além de mostrar a viabilidade de se utilizar a medida no Brasil tanto para presos provisórios como para os definitivamente condenados, momento em que são apresentadas sugestões para utilização dessa nova tecnologia de controle penal.

O trabalho tem como base legal a Constituição da República Federativa do Brasil (CF), o Código Penal (CP), o Código de Processo Penal (CPP), a Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/84 - LEP) e os projetos de lei que tratam de monitoramento eletrônico no país.

2 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A execução da pena de prisão vem sendo questionada há muitos anos pelos estudiosos de direito. O questionamento acima, entretanto, deixou de ser assunto apenas da doutrina, da jurisprudência e do meio acadêmico para ser debatido nos jornais, nas escolas e nas conversas informais, tornando-se tema comum no dia a dia do brasileiro.

O interesse pelo estudo do atual modelo do sistema prisional cresceu principalmente em virtude das inúmeras rebeliões que estão acontecendo nas penitenciárias e delegacias de todo o país, bem como de outros problemas existentes há muito tempo, tais como superlotação, proliferação de doenças, denúncias de prática de torturas, gastos públicos com a manutenção do preso, etc.

Em virtude disso, o Poder Legislativo busca alternativas para melhorar a execução da pena de prisão, destacando-se entre elas o monitoramento eletrônico de presos.

2.1 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

2.2 **A crise do sistema penitenciário**

A pena de prisão, a partir do século XIX, passou a ser considerada o meio mais adequado para reformar o delinqüente e, segundo Bitencourt[1], imperou uma áurea otimista e a convicção de que a prisão poderia ser o meio idôneo para realizar as finalidades da pena, entre elas, ressocializar o condenado. Mas o ambiente otimista, segundo o doutrinador, logo cedeu espaço para uma descrença na pena privativa de liberdade.

Importante destacar que o problema do sistema penitenciário brasileiro não se iniciou há pouco tempo, como pode parecer. Ao contrário, a chegada da Corte portuguesa ao Rio de Janeiro, em 1808, provocou grandes alterações na estrutura da cidade e também nas prisões.

Com a chegada da família real ao Rio de Janeiro, muitas pessoas foram desalojadas de suas casas para abrigar a comitiva portuguesa. O próprio Senado ficou sem sede e, claro, os presos da Cadeia Pública, que se localizava no térreo do edifício do Senado, também foram retirados de lá.

Nesta época, as masmorras das fortalezas militares da Bahia da Guanabara já estavam lotadas, o centro de detenção de presos condenados a trabalhos forçados, localizado no Arsenal da Marinha, Ilha das Cobras, possuía poucas celas e o Calabouço dos escravos, no Forte de Santiago, estava sem vagas para receber novos detentos, mas mesmo assim recebia muitas pessoas. Os presos da cadeia pública, que haviam sido desalojados, foram cumprir pena no Aljube, prisão eclesiástica, de propriedade da Igreja, situada no morro da Conceição[2].

Pode ser citado, neste período, como um dos piores centros de detenção o Aljube, pois abrigava todos os sentenciados, os condenados à morte e os prisioneiros presos pela prática dos mais variados crimes, além de abrigar os detentos originários da Intendência de Polícia e da Casa de Suplicação. Foi uma prisão pouco segura, úmida, insalubre, inabitável, escura, pequena para o número de presos que possuía (celas superlotadas) e monótona[3].

A situação não é muito diferente atualmente. Hoje é de conhecimento geral que existe um sistema penitenciário cruel e desumano no Brasil. Maus tratos verbais e físicos, abusos sexuais, falta de higiene, superpopulação carcerária, falta de trabalho e cultura, doenças, ausência de assistência médica e jurídica, rebeliões e fugas, são alguns exemplos das mazelas do sistema penitenciário nacional.

Só no estado de São Paulo, no ano de 2006, foram registradas 90 (noventa) rebeliões. O presídio de Araraquara, no interior do estado, com capacidade para 1.000 (mil detentos) e com uma lotação de 1543 (mil quinhentos e quarenta e três) presos é um exemplo dos presídios que foram totalmente destruídos numa dessas rebeliões[4].

Além das rebeliões, que geram destruição, pânico, mortes, agressões físicas e tantos outros males, não só para os próprios detentos, como também para funcionários que trabalham no local, a vida sem privacidade e intimidade é um outro problema enfrentado pelos detentos.

Ao contrário do que se pode imaginar, não é a solidão o mal que aflige mais fortemente o preso, mas sim a necessidade de viver em conjunto com pessoas nunca antes vistas[5]. Essa convivência *em massa*, expressão utilizada por Thompson[6], é capaz de transmitir entre os detentos a cultura da penitenciária, a adoção de costumes, hábitos, modo de pensar, exclusivo do sistema prisional, o que o autor citado denomina de *prisonização.*

Thompson[7] designa "*fatores universais de prisonização"*, entre eles, "desenvolvimento de novos hábitos, no comer, vestir, trabalhar, dormir"; bem como a utilização de uma linguagem própria da prisão e a "aceitação de um papel inferior".

Assim, o efeito criminógeno da prisão pode ser citado como um dos seus principais problemas. O tema é tratado por Bitencourt[8], alegando que:

Considera-se que a prisão, em vez de frear a delinqüência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações.

A *Humans Rights Watch*[9] faz críticas severas ao Brasil em relação ao tratamento dispensado aos prisioneiros nacionais, eis que os estabelecimentos prisionais nacionais não seguem as regras mínimas de tratamento aos reclusos indicadas pela Organização das Nações Unidas (ONU)[10].

Os efeitos do cárcere, além de todos os males que causa aos detentos, estendem-se também a seus familiares, vizinhos e ao ambiente de trabalho. Segundo Wacquant[11], a "influência estende-se bem além dos muros, na medida em que a *prisão exporta sua pobreza*, desestabilizando continuamente as famílias e bairros submetidos a seu tropismo".

Benthan[12], ao narrar sobre os males inevitáveis decorrentes da maior parte das penas, assim discorre:

Todas as penas, ou pelo menos quase todas, além do réu que as sofre, chegam a mais alguém. O réu tem relações, amigos, parentes, companheiros, credores que sofrem ou por simpatia, ou porque o golpe que feriu o criminoso lá os vai alcançar indiretamente a eles nos seus interesses: é uma parte da pena, que se extravasa, que transborda do seu leito natural e se espraia sobre os inocentes: é um mal inevitável (...)

A crise do sistema penitenciário pode ser também verificada por meio dos altos índices de reincidência, pois a média de reincidência do sistema carcerário brasileiro está situada entre 65% (sessenta e cinco por cento) e 85% (oitenta e cinco por cento)[13].

Os números de encarcerados no Brasil v*ersus* o número de vagas existentes no sistema prisional são assustadores e daí decorrem os problemas acima mencionados (maus tratos verbais e físicos, abusos sexuais, falta de higiene, etc.).

O Brasil possui um dos dez maiores sistemas carcerários do mundo, ao lado dos Estados Unidos da América, China, Rússia, Índia, Irã, México, Ruanda, África do Sul, Tailândia e Ucrânia[14].

A título de ilustração, seguem alguns dados do sistema penitenciário nacional divulgados pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional)[15]. No ano de 2007, o Brasil contava com 366.576 (trezentos e sessenta e seis mil e duzentos e setenta e seis) detentos, distribuídos em 1.094 (mil e noventa e quatro) estabelecimentos prisionais, com 249.515 (duzentos e quarenta e nove mil quinhentos e quinze) vagas. Assim, é facilmente visto que há um déficit de mais de 100.000 (cem mil) vagas nos estabelecimentos prisionais.

Analisando a crise do sistema penitenciário, Dotti[16] esclarece que:

Em verdade e frente à experiência recolhida em mais de duzentos anos, é possível afirmar que a prisão é o monocórdio que se propõe a executar a grande sinfonia do bem e do mal. Nascendo geralmente do grito de revolta das vítimas e testemunhas na flagrância da ofensa, ela é instrumento de castigo que se abate sobre o corpo do acusado e o incenso que procura envolver a sua alma caída desde o primeiro até o último dos purgatórios.

Em vista de todas as mazelas do sistema prisional, e dos resultados obtidos com o encarceramento, conclui-se que a pena de prisão não pode ser utilizada de maneira tão generalizada como vem sendo atualmente. É preciso pensar uma maneira de se reformar o sistema penitenciário nacional. Neste sentido, a reforma do sistema prisional mostra-se como um grande desafio para o Poder Legislativo.

Pensando na possibilidade de ser realizada uma reforma no sistema penitenciário, num período onde pouco ou nada se falava a respeito do uso de tecnologias modernas para a execução da pena de prisão, Thompson[17] escreveu que a reforma penitenciária precisaria passar por dois pontos fundamentais, a saber, dotá-la de condições para propiciar a regeneração dos delinqüentes e aumentar o número de vagas nos presídios para conseguir recolher todos os condenados que lhe são oficialmente destinados. Não acreditando que tal reforma fosse possível, declarou: “Fortes motivos levam-me a crer que a viabilidade de implementação de tais objetivos é impossível quanto ao primeiro e improvável quanto ao segundo”.

A afirmação pouco otimista do doutrinador baseava-se na realidade do sistema penitenciário nacional da época, que ele conhecia com muita propriedade, e é ainda muito atual, podendo ser utilizada para demonstrar o que precisa ser alterado em nossas penitenciárias.

A necessidade de vagas no sistema penitenciário brasileira e a possibilidade de se regenerar o condenado podem ser conseguidas, segundo aqueles que defendem o monitoramento eletrônico de presos, por meio do uso de modernas técnicas de controle penal, não só para se executar a pena de prisão, bem como para executar as ordens de prisões provisórias.

3 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO

O estudo feito no capítulo anterior sobre a realidade do sistema prisional brasileiro mostrou, com dados estatísticos retirados do DEPEN[18], que a pena privativa de liberdade, na maioria dos estabelecimentos prisionais, se mostra ineficiente para combater a criminalidade e reeducar o delinqüente.

Tendo em vista o entendimento de que não se pode abrir mão do encarceramento, é preciso buscar opções para aqueles casos em que o sujeito poderia estar em liberdade, seja em virtude da quantidade da pena aplicada ou do crime cometido, seja em virtude de ainda não ter sido julgado, sem apresentar maiores riscos à sociedade.

O monitoramento eletrônico surge, então, como alternativa na maneira de se executar a pena. Utilizando o conceito francês, que é semelhante ao de vários Estados que utilizam a medida, o monitoramente eletrônico é uma medida de controle judicial composta por um sistema eletrônico de controle a distância de uma pessoa em determinado lugar ou de sua ausência de um local determinado por decisão judicial[19].

Por meio dele, procura-se reduzir o alto nível de encarceramento existente atualmente em vários países do mundo, diminuir os custos financeiros gerados pelo aprisionamento, manter o condenado, ou acusado, em contato com sua família, diminuir os efeitos que a prisão causa nos detentos e sua família e manter o condenado trabalhando, evitando, com isso, os males decorrentes do sistema prisional.

No Brasil, o monitoramento eletrônico está sendo discutido no Congresso Nacional. Atualmente, analisa-se o projeto de lei 1288/07, de autoria do Senador Magno Malta, PR/ES, que, na sua origem, recebeu o número PLS 0175/2007. Os outros projetos de lei que versavam sobre o tema, a saber, os projetos de lei nº 337, do deputado Ciro Pedrosa – PV/MG, 510/07, de Manato – PDT/ES, 641/07, do deputado Edio Lopes – PMDB/RR, 1295, do senador Aloízio Mercadante – PT/SP e 1440, de autoria de Beto Mansur – PP/SP, foram apensados ao projeto de lei de autoria do Senador Magno Malta.

Além disso, a Vara de Execuções Penais da Comarca de Guarabira[20], na Paraíba, implantou, no mês de julho de 2007, um projeto piloto do monitoramento eletrônico. O projeto foi pioneiro no país e utiliza “tornozeleiras eletrônicas” para monitorar presos.

Seis detentos que cumprem pena no regime semi-aberto estão usando as tornozeleiras[21]. O projeto, chamado “Liberdade vigiada, sociedade protegida”, foi iniciativa do juiz Bruno Azevedo, em parceria com a INSIEL[22]. Sem contar que os estados do Paraná e Minas Gerais também já há iniciativas neste sentido.

Verifica-se que tanto no Senado Federal como na Câmara dos Deputados já se busca uma maneira de viabilizar a utilização do monitoramento eletrônico e, mesmo sem uma legislação federal aprovada[23], já existem no país iniciativas de utilização da medida, entretanto pouco se discute na sociedade e no meio acadêmico brasileiro sobre os benefícios e os possíveis danos da utilização dessa tecnologia.

3.1 A EXPERIÊNCIA DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Tendo em vista que, principalmente, em países da Europa e da América do Norte, o monitoramento eletrônico vem sendo largamente utilizado, será feito um estudo da experiência de alguns Estados no que tange à sua utilização para posteriormente analisar sua aplicação no direito brasileiro.

Antes desse estudo, é preciso conhecer como funciona e como se materializa tal monitoramento. A maioria dos países que adotou o monitoramento eletrônico promulgou uma legislação antes de experimentar ou implantar a medida em nível nacional, definindo, principalmente, os períodos de experimentação e os destinatários do monitoramento eletrônico, como será visto logo abaixo.

3.1.1 O monitoramento eletrônico nos Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América foram os pioneiros na utilização do monitoramento eletrônico. O primeiro aparelho de monitoramento eletrônico foi desenvolvido por um psicólogo de Harvard, Robert Schwitzgebel, em meados de 1960. O objetivo da invenção era criar uma alternativa humana e barata aos custos do processo judicial. A "máquina do Dr. Schwitzgebel", como era conhecido o aparelho, era formada por uma bateria e um transmissor capaz de emitir e receber sinal numa extensão de um quarto de milha[24].

O psicólogo patenteou a invenção em 1969, mas a utilização do monitoramento eletrônico nos Estados Unidos não foi iniciada antes de 1980[25]. Em 1977, o juiz americano Jack Love, de Albuquerque, Novo México, inspirado na história em quadrinhos do Homem Aranha, consultou um especialista em eletrônica, Michael Goss, que elaborou o *design* e a fabricação do aparelho de monitoramento eletrônico. Em 1983, Love sentenciou a primeira colocação de um infrator sob monitoramento eletrônico[26].

Depois de Novo México, o estado da Flórida adotou o sistema para reduzir a superlotação carcerária e rapidamente o monitoramento eletrônico se espalhou pelos Estados Unidos.

O monitoramento eletrônico é utilizado em todas as fases do processo penal e é uma alternativa às prisões processuais. Pode ser utilizado tanto em infratores maiores como em menores de idade[27].

Segundo dados da *John Howard Society of Alberta*[28], em 1988, havia 2.300 (dois mil e trezentos) infratores sob monitoramento eletrônico, espalhados por trinta e dois estados americanos e, dez anos depois, em janeiro de 1998, 95.000 (noventa e cinco mil) delinqüentes estavam sendo eletronicamente monitorados.

O monitoramento eletrônico foi alvo de muitas críticas por parte da sociedade americana. Mas algumas questões relacionadas ao monitoramento eletrônico que foram

amplamente debatidas nos Estados Unidos nos primeiros anos de sua implementação já estão praticamente superadas[29].

A primeira delas foi com relação à violação dos direitos constitucionais do infrator, principalmente o direito á privacidade, mas a constitucionalidade da medida foi confirmada e não se discute mais sobre tal questão.

Para aqueles que são contra o monitoramento eletrônico, a medida transforma a casa do infrator em uma prisão e, além disso, o uso do monitoramento e a detenção em domicílio pode resultar no tipo de sociedade descrita no romance de George Orwell, de 1984, em que a comunicação e os movimentos dos cidadãos eram monitorados pelas autoridades do governo. Entretanto tal crítica não prosperou em virtude da necessidade do total consentimento do infrator em ser submetido à medida ao invés de ser encarcerado.

Por fim, entre outras críticas, cabe mencionar o impacto do monitoramento eletrônico sobre a família do infrator. Como exemplo deste impacto, pode-se citar a imprevisível chamada telefônica no meio da noite, a imagem do infrator e sua reputação na comunidade, etc. Entretanto, para aqueles que são colocados sob monitoramento, os efeitos negativos são inferiores aos positivos, pois podem permanecer com a família e manter o emprego[30].

Além de diminuir a superpopulação carcerária, os custos do monitoramento eletrônico são inferiores aos custos que os estados têm com o encarceramento, o que representa mais um ponto positivo da medida.

Estima-se que o custo do monitoramento eletrônico varia entre $5 e $25 dólares para cada infrator por dia, o que representa entre $1.825 e $ 9.125 dólares por ano[31]. Este valor significa que o monitoramento eletrônico custa quatro vezes menos que o valor de um preso no sistema carcerário[32]. O estado americano não arca sozinho com os custos da medida, estima-se que dois terços dos beneficiados com o monitoramento eletrônico contribuem com os gastos da medida[33].

Se no início de sua utilização o monitoramento eletrônico funcionava apenas como uma maneira do Estado controlar os atos dos infratores, hoje a situação se modificou. Os programas de monitoramento eletrônico são, em muitos casos, combinados com assistência sócio-educativa, não representando mais um simples instrumento de controle do delinqüente[34].

3.1.2 O monitoramento eletrônico na França

No ano de 1989, o monitoramento eletrônico foi mencionado em um relatório sobre a modernização do serviço público penitenciário entregue ao *Garde dês Sceaux* e ao Primeiro Ministro francês pelo Senador Gilbert Bonnemaison, que previa a aplicação do monitoramento eletrônico tanto como modalidade de detenção provisória quanto modalidade de execução de penas de curta duração e de semi-liberdade[35].

Em 1995, um relatório versando sobre a melhor prevenção da reincidência apresentou um balanço positivo do monitoramento eletrônico e recomendou sua utilização como modalidade de execução da pena privativa de liberdade[36].

De fato, o monitoramento eletrônico surge com a lei nº 97-1159, de 19 de dezembro de 1997, mas esperou ainda três anos para que, progressivamente, fosse experimentado[37].

Somente em 2003 ele se tornou efetivo no país e é destinado aos condenados a uma pena de prisão igual ou inferior a um ano. Também podem ser submetidos ao monitoramento eletrônico os condenados que faltam cumprir um ano ou menos de pena de prisão. A medida é ainda aplicada às liberações condicionais, com a reserva de se respeitar a duração da colocação num prazo inferior a um ano[38].

O condenado que é colocado sob monitoramento eletrônico não pode sair de seu domicílio ou dos lugares designados pela autoridade judicial fora dos períodos estabelecidos judicialmente. Estes períodos e os locais são fixados considerando o exercício de atividade profissional; também são consideradas as atividades de ensino, ensino profissional, estágio ou emprego temporário, sua participação na vida familiar e tratamentos médicos. Importa destacar que o condenado deve comparecer às convocações feitas pela autoridade judicial e pode ser submetido às medidas previstas nos artigos 132-43 à 132-46 do código penal francês[39].

No ano de 2005, foi criado na França o monitoramento eletrônico móvel, por uma lei que versa sobre reincidência de infrações penais. Essa vigilância é feita através do sistema de GPS e cabe apenas para casos específicos (art. 131-36-9 et 131-36-10 do Código penal francês)[40].

Para ser beneficiado pelo monitoramento eletrônico, é preciso que o condenado tenha uma residência fixa ou, se não tiver, que pelo menos tenha uma hospedagem estável durante o período do monitoramento; é preciso que tenha uma linha telefônica; deve ter um atestado médico que certifique a compatibilidade de seu estado de saúde com o porte do bracelete (ou tornozeleira) eletrônico, entre outros. Essa verificação, além da verificação do comportamento do condenado em família e no meio social em que vive, é feita numa pesquisa prévia para analisar a compatibilidade da medida com o beneficiado[41].

Em linhas gerais, assim se utiliza o monitoramento eletrônico de presos na França.

4 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO BRASIL: O PROJETO DE LEI N. 1.288/07 E CRÍTCAS À SUA APROVAÇÃO

O projeto em análise dispõe a respeito de alterações no Código Penal e na Lei de Execuções Penais (LEP) para possibilitar a utilização do monitoramento eletrônico de presos no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

O projeto de lei 1288/07, de autoria do Senador Magno Malta, PR/ES, tem na origem o número PLS 0175/2007, e a ele foram apensados, num primeiro momento, os projetos

de lei nº 337, do deputado Ciro Pedrosa – PV/MG, 510/07, de Manato – PDT/ES, 641/07, do deputado Edio Lopes – PMDB/RR, 1295, do senador Aloízio Mercadante – PT/SP e 1440, de autoria de Beto Mansur – PP/SP.

Importante fazer um pequeno relato sobre tais projetos. O projeto de lei nº 337 dispõe "sobre o uso de dispositivo eletrônico como controle de condenados", por meio de alterações nos artigos 36, do Código Penal.

O projeto do deputado Edio Lopes, de nº 641/07, visa alterar a redação dos artigos 35, 36 e 83 do Código Penal, e os artigos 50, 122, 124 e 151 da Lei de Execução Penal, para possibilitar o uso do monitoramento eletrônico para fiscalizar externamente os condenados, para fiscalizar os condenados que estiverem no regime aberto e no livramento condicional.

Quanto às alterações na LEP, prevê responsabilização do condenado no caso de violação do dispositivo, alteração nas regras do regime semi-aberto para possibilitar a vigilância sob monitoramento eletrônico, autorização de saídas monitoradas e a competência do juiz da execução penal para decidir sobre o monitoramento eletrônico.

A proposta do senador Aloízio Mercadante, no Projeto de lei nº 1.295, é no sentido de alterar os artigos 37, 66, 115, 123 e 132, da Lei de Execução Penal (LEP), os artigos 35, 36 e 85, do Código Penal e o artigo 312, do Código de Processo Penal, além de acrescentar os artigos 146A e 146G à Lei de Execução Penal, para dispor sobre o monitoramento eletrônico.

Essa proposta foi aprovada no dia 24 de abril de 2007 na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, em conjunto com a proposta do Senador Magno Malta, de nº 1288/2007, que prevê alterações nos artigos 66, 115, 122, 132, todos da LEP, e artigo 36, do Código Penal. Como observado, o texto final foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e preve alterações no artigo 36, do CP e artigos 66, 124 e 146, todos da LEP.

Por fim, o Deputado Beto Mansur apresentou o projeto de lei nº 1440/2007, que, além de alterações que se assemelham com as dos demais anteprojetos já propostos, prevê a possibilidade de monitoramento eletrônico nas penas restritivas de direitos (artigos 43, 44 e 48, do CP), nos condenados submetidos ao *sursis* (artigo 77, do CP) e nos casos previstos nos artigos 408 e 594 do Código de Processo Penal.

A justificativa de todos os projetos aqui apresentados é no sentido de melhorar o problema do alto número de encarcerados no país e viabilizar a reinserção social do condenado. Em linhas gerais, todos versam sobre a possibilidade de monitoramento nos regimes semi-aberto e aberto, no livramento condicional, nas saídas temporárias e alguns tratam da possibilidade de tal vigilância nas prisões provisórias, como os projetos de nº 510/07; nº 1.295 e nº 1440/07.

Como já mencionado, o PL 1288/07 está sendo discutido no Congresso Nacional, desta maneira, vale informar a atual situação do referido projeto na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado.

Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o parecer do relator (PRL) 1, relatado pelo Deputado Flávio Dino, considerou que o projeto de lei e os projetos a ele apensados são constitucionais, possuem técnica legislativa e juridicidade e, no mérito, o voto foi pela aprovação do PL 1288/07 e dos apensos: PL 337/2007, PL 510/2007, PL 641/07, PL 1440/2007 e PL 1295/2007, na forma do Substitutivo apresentado.

O Deputado William Woo apresentou voto em separado (VTS1) no sentido da aprovação do Substitutivo elaborado pelo Relator Deputado Flávio Dino ao PL 1288/07 e a seus apensos, mas apresentou uma Emenda.

Trata-se de uma Emenda Supressiva, que visa suprimir o artigo 4º do projeto de lei para que não haja restrição de fiscalização eletrônica apenas para a saída temporária no regime semi-aberto, por um período de 02 (dois) anos. Considera o Deputado que tal restrição pode ser prejudicial para a implantação da medida, pois seria necessário um investimento grande para colocar o sistema em funcionamento e, depois, haveria pouca utilização do monitoramento eletrônico no país.

Na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, a relatora Rita Camata, apresentou voto no sentido da aprovação dos PLs 1288/2007, 337/2007, 510/2007, 641/2007, 1295/2007 e 1440/2007 e da Emenda 1 ao PL 337/2007, na forma do Substitutivo apresentado pela CSPCCO[42].

O Substitutivo apresentado pela CSPCCO, presidido pelo Deputado João Campos, seguiu a redação dada no Substitutivo apresentado no parecer acima mencionado.

A redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei 1288-B de 2007 do Senado Federal (PLs 175/2007 na Casa de Origem, prevê a possibilidade de monitoramento eletrônico no regime aberto (art. 36, §1º, do CP); possibilidade da utilização do monitoramento eletrônico pelo condenado quando o juiz da execução entender necessário (art. 66, V, “i”); regras para concessão de saídas temporárias sob monitoramento eletrônico (art. 124, LEP), a Seção VI – Da Monitoração Eletrônica – com a criação dos artigo 146 A, 146B, 146 C e 146D, com regras a respeito da utilização da medida.

O artigo 3º do Substitutivo prevê a competência do Poder Executivo para regulamentar e implantar a medida e o artigo 4º prevê que, inicialmente, o monitoramento eletrônico ficará restrito ás hipóteses de saídas temporárias, por dois anos, no regime semi-aberto para, após esse período, serem definidos novos parâmetros para a execução da medida.

O interesse pelo monitoramento eletrônico tem crescido entre os deputados e senadores brasileiros, que buscam uma maneira de melhorar a forma de execução da pena, seja privativa de liberdade ou restritiva de direito, bem como evitar o encarceramento de pessoas submetidas a um processo criminal.

Primeiramente cumpre destacar que as propostas de lei apresentadas são formalmente constitucionais. Já com relação aos direitos individuais dos detentos, poderá haver ofensa à privacidade, intimidade e liberdade daquele que for colocado sob vigilância à distância caso a medida seja estendia para alcançar as hipóteses em que a Lei Penal e a Lei de Execuções Penais permitem que o condenado cumpra parte da pena sem vigilância direta do Estado. Nestes casos poderá haver ofensa aos direitos

constitucionais dos presos condenados e presos provisórios, como será verificado logo abaixo.

Neste sentido, com relação ao projeto de lei em discussão[43], não parece que o monitoramento eletrônico, como está sendo proposto para alterar os artigos 36, do Código Penal e 146, da LEP, será capaz de atingir as finalidades pretendidas, pois visa monitorar aquelas pessoas que já estão em liberdade, o que causaria aumento injustificado do controle punitivo estatal além de despesas extras com aqueles que já estão fora dos presídios.

No Brasil, verifica-se a possibilidade de alargamento da rede penal se, entre outras situações, for aprovado o uso do monitoramento eletrônico nas hipóteses em que a legislação penal permite que o detento cumpra pena no regime aberto, visto que tal regime é baseado na auto-disciplina e senso de responsabilidade do condenado, além de permitir o trabalho fora do estabelecimento prisional, a freqüência a cursos ou outras atividades autorizadas sem vigilância, conforme artigo 36, do Código Penal.

O uso de rastreamento eletrônico no regime aberto, então, viola as normas do Código Penal além de exercer uma vigilância desnecessária sobre o condenado que conquistou o direito de permanecer parte do dia em liberdade.

Para que o monitoramento eletrônico seja uma realidade no Brasil, deverá haver a indicação de uma nova seção na Lei de Execução Penal para regular as hipóteses de utilização da medida e será necessária também criação de novos dispositivos no Código de Processo Penal para permitir sua utilização na fase processual.

Neste sentido, passa-se à análise dos artigos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da LEP, que necessitarão sofrer alteração caso o projeto em discussão seja aprovado.

Além dessa análise, serão apresentadas algumas sugestões para que o monitoramento eletrônico de presos seja utilizado no direito brasileiro de maneira que não viole direitos fundamentais do acusado ou preso provisório e que, ao mesmo tempo, possa ser uma eficiente ferramenta de controle penal.

Com relação ao código penal, será feito um estudo do artigo 36, artigo 1º da redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 1288, que versa sobre a possibilidade de monitoramento eletrônico para os condenados que cumprem pena no regime aberto.

Não merece prosperar tal alteração, pois neste caso o monitoramento eletrônico atingirá aqueles condenados que já alcançaram o direito permanecer sem uma vigilância direta do Estado durante o dia, o que causará apenas uma expansão do poder punitivo estatal.

Além disso, não atingirá os objetivos de redução do contingente carcerário e nem custos do aprisionamento, tendo em vista que colocará sob o controle penal os condenados que, por lei, adquiriram o direito de cumprir pena no regime aberto, ou seja, fora das penitenciárias. Neste sentido, também não devem ser feitas alterações no artigo 115 da LEP, que versa sobre o regime aberto, pelos motivos já mencionados.

Interessante proposta pode ser a criação de uma nova hipótese de regime aberto, na modalidade domiciliar, sob monitoramento eletrônico. Desta maneira, deveria ser inserido novo inciso no artigo 117, da LEP, o inciso V, para incluir a possibilidade de cumprimento de pena em domicílio desde que o condenado esteja monitorado eletronicamente. Tal previsão beneficiaria um número grande de detentos que, uma vez no regime aberto, poderiam cumprir pena em seu próprio domicílio.

O PL em análise prevê, também, alterações no código de processo penal, precisamente nas prisões cautelares.

Não há dúvidas de que o monitoramento eletrônico pode ser boa alternativa para garantir que o suposto infrator da norma penal seja processado regularmente sem ser submetido à prisão. É eficaz para evitar a fuga e regular os locais onde o réu pode trafegar, o que garante o sucesso do processo penal sem o encarceramento. Isto contribuirá para diminuir a população carcerária, evitar que o sujeito seja afastado de sua família e ocupações habituais e evitar o convívio estigmantizante do cárcere.

A possibilidade de monitoramento eletrônico na fase processual é importante alternativa ao encarceramento, principalmente por ser a prisão medida de exceção, o que torna o projeto de lei acima mencionado totalmente viável em nosso ordenamento jurídico.

Neste sentido, o artigo 312, do Código de Processo Penal, merece ser reformado para a inclusão do monitoramento eletrônico como alternativa á prisão preventiva. Entretanto, tendo em vista que é um método de vigilância à distância, que o acusado permanecerá sob a custódia do Estado, nada impede que seja permitida a utilização do monitoramento eletrônico para aqueles que estão respondendo a uma ação penal pela suposta prática de crime hediondo ou a ele equiparado, principalmente porque a prisão é medida de exceção e até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória o réu é presumidamente inocente.

Cumpre lembrar que o monitoramento eletrônico é utilizado em todas as fases do processo penal nos Estados Unidos da América como uma alternativa às prisões processuais[44] e que a experiência tem obtido aprovação tanto daqueles que são submetidos à medida como da sociedade americana.

Sobre o tema devem ser consideradas as palavras de Japiassú[45], para quem o monitoramento eletrônico:

representa um avanço e uma boa alternativa à pena de prisão e, talvez onde passa ser mais útil, para o caso de prisões processuais, que poderiam ser substituídas por essa medida que não encarcera.

Desta maneira, o monitoramento eletrônico consiste em interessante medida para evitar as prisões processuais.

Com relação à LEP, o projeto em análise prevê alterações nos artigos 66, 115, 122, e 132, mas como foram apensados outros projetos, os artigos 124 e 146 também serão objeto de discussão, pois fazem parte da redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados.

O estudo da utilização do monitoramento eletrônico na execução penal brasileira será iniciado a partir da análise do artigo 4º, do substitutivo da Câmara dos Deputados. Prevê tal artigo a utilização do monitoramento eletrônico, por um prazo de dois anos, nas hipóteses de permissão de saída temporária para os condenados no regime semi-aberto. Após tal período, caberá ao Executivo definir os parâmetros para a execução da medida.

É importante, como já mencionado, a utilização experimental do monitoramento eletrônico, principalmente porque não se pode prever os efeitos da medida no sistema penitenciário brasileiro, entretanto, a hipótese aventada não é compatível com a opinião aqui apresentada, devendo a experimentação ser efetuada nos casos em que a utilização do monitoramento eletrônico não atinja os casos em que a LEP permite a liberdade sem vigilância do condenado.

Poderia ser utilizado de maneira experimental nos casos de ampliação do regime domiciliar (sugestão de inclusão do inciso V, no artigo 117, da LEP), ou no caso de prisão preventiva em que couber o monitoramento eletrônico.

Com relação à fixação de parâmetros para execução da medida pelo Executivo, importante mencionar a necessidade de uma norma federal que identifique tais parâmetros, com critérios e objetivos determinados, para assim evitar decisões conflitantes e desproporcionais no Brasil. Neste sentido, o *caput* do artigo merece ser reformado e seu parágrafo único suprimido.

A redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao projeto 1288, prevê, em seu artigo 2º, a inclusão no artigo 66, da LEP, da alínea "i", que versa sobre a possibilidade de utilização de equipamento de monitoramento eletrônico pelo condenado, por decisão do juiz da execução penal, quando este julgar necessário.

Em que pese ser o melhor entendimento de que compete ao juiz da execução penal a colocação do condenado sob monitoramento eletrônico, deve existir previsão no artigo 66, da LEP, de necessidade de fundamentação de tal decisão, conforme artigo 93, IX, da Constituição da República.

Além disso, devem ser fixados os critério de colocação do condenado sob monitoramento eletrônico, não devendo ficar a cargo do juiz a decisão de submeter um condenado a tal tipo de vigilância quando "julgar necessário", pois desse dispositivo podem surgir decisões desproporcionais e arbitrárias, ferindo direitos fundamentais do cidadão.

Com relação às hipóteses de saída temporária, prevê o projeto 1288/07 a alteração no artigo 122. Já o Substitutivo da Câmara dos Deputados não contempla essa hipótese, apenas prevê a alteração do artigo 124, do mesmo diploma legal.

O primeiro artigo citado trata da possibilidade de saída temporária para os condenados no regime semi-aberto, sendo proposta a inclusão de um parágrafo único para permitir que, mesmo nos casos de ausência de vigilância direta seja possível a colocação do condenado sob monitoramento eletrônico, quando houver determinação judicial.

Ocorre na hipótese o mesmo já justificado para o artigo 36, do CP, ou seja, aumento do controle penal nos casos em que o condenado já adquiriu o direito de sair sem vigilância

e o não cumprimento dos objetivos da medida (diminuição dos custos e redução do número de encarcerados). Assim, tal artigo deve ser suprimido. Cabe lembrar que o Substitutivo da Câmara dos Deputados não contempla essa hipótese.

A alteração proposta para a possibilidade de saída temporária, prevista no artigo 124, da LEP, consiste na inclusão do parágrafo primeiro, com a presença de três incisos, e dos parágrafos segundo e terceiro. Versa a proposta sobre as condições impostas para a obtenção do benefício, sendo tais condições mencionadas expressamente no artigo 124, além da possibilidade de imposição de outras condições quando o juiz entender compatível com as circunstâncias do caso e com a situação do condenado.

Neste caso, ampliam-se as condições para que o condenado possa obter saída temporária, além de expandir o poder de decisão do juiz nos casos concretos. Vale aqui as mesmas considerações mencionadas para as propostas de alteração no artigo 122, da LEP.

O projeto 1288/07 prevê também a inclusão da alínea "d", no parágrafo segundo do artigo 132, da LEP, para que seja imposta, como condição facultativa, a utilização do monitoramento eletrônico nos casos de livramento condicional.

Cabe cautela para analisar essa proposta, vez que poderá ocorrer uma utilização exacerbada do monitoramento eletrônico no país. A possibilidade de submissão do beneficiado pelo livramento condicional ao monitoramento eletrônico pode fazer com que a condição facultativa se torne presente na grande maioria das decisões que concedem o benefício, privando o condenado de uma parcela de sua liberdade.

Neste caso, seria importante determinar em quais hipóteses de cabimento do livramento condicional, previstas no artigo 83, do CP, caberia como condição facultativa o monitoramento eletrônico.

Por fim, proposta em análise versa sobre a inclusão da Seção VI, "Da Monitoração Eletrônica", no Título V, da LEP, incluindo os artigos 146- A até o artigo 146 – D.

Com relação ao artigo 146-A, da LEP, não contempla a proposta a necessidade de fundamentação ou motivação da decisão judicial que determinar a colocação sob monitoramento eletrônico, o que seria interessante para reforçar a norma constitucional que versa sobre tal necessidade.

O artigo 146-B visa utilizar o monitoramento eletrônico como forma de ampliar o controle penal, o que poderá criar óbices ao exercício de direitos assegurados pela LEP e que estão diretamente relacionados ao caráter progressivo da execução penal e à ressocialização do preso. Além disso, tornaria a execução da pena mais cara. Neste sentido, o artigo 146 – B poderia ser suprimido.

O artigo 146 – C não merece reparos, vez que as conseqüências que podem ser originadas no caso de violação comprovada dos deveres e das condições impostas pela lei estão previamente descritas. Além disso, prevê que o monitoramento eletrônico deve ser revogado depois de ouvido o Ministério Público e a defesa.

Com relação à revogação da medida, prevista no artigo 146 - D, seria interessante a menção da necessidade de fundamentação da decisão judicial quando for necessária, por qualquer dos motivos indicados na norma, a revogação da medida.

Cabe mencionar que o monitoramento eletrônico, assim como qualquer forma de punição, não é colocado neste estudo, e tampouco nos países que o adotam, como a solução dos problemas criminais. Como qualquer medida de execução penal, não conseguirá evitar que todos aqueles que cometeram um crime não voltem a delinqüir. Mas o fato de impedir o encarceramento e todos os problemas dele decorrentes e permitir a convivência familiar e social, além do trabalho, já é um grande avanço no sentido de minorar os efeitos do cárcere e evitar cometimento de novos crimes.

O Brasil precisa de soluções modernas para realizar a execução da pena privativa de liberdade, já que as tradicionais não têm gerado os efeitos pretendidos, e para evitar a utilização exagerada das prisões processuais, mas, para isso, será necessária uma lei que fixe claramente os critérios para sua utilização e os objetivos da medida.

Isto posto, verifica-se que o monitoramento eletrônico é considerado uma medida moderna de execução penal, que tem alcançado resultados satisfatórios em muitos países, mas é preciso cautela para aprovar qualquer das propostas de lei existentes no Congresso Nacional pois, ao invés do monitoramento eletrônico contribuir para melhorar o sistema prisional brasileiro, acabará por aumentar o controle penal no Brasil, sem alcançar os objetivos pretendidos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise no sistema penitenciário brasileiro não é algo recente. Aliás, por meio do estudo do sistema prisional, verifica-se que os problemas decorrentes do encarceramento se confundem com a criação das penitenciárias no Brasil.

Diante das dificuldades para executar a pena privativa de liberdade e até mesmo as restritivas de direitos, verifica-se a necessidade de se buscar alternativas à execução da pena de prisão e à prisão cautelar.

O monitoramento eletrônico, então, está sendo apresentado pelo Poder Legislativo como uma como medida para se executar a pena de prisão. E, com intuito de tornar o monitoramento eletrônico uma realidade no Brasil, o PL 1288/07, e os PLs a ele apensados, propõe uma série de alterações no código penal, no código de processo penal e na lei de execução penal.

Como visto, algumas críticas foram feitas ao referido PL e algumas sugestões apresentadas. Entre as sugestões para melhor aplicabilidade do monitoramento eletrônico no Brasil, destacam-se:

A necessidade de utilização experimental do monitoramento eletrônico, principalmente porque não se pode prever os efeitos da medida no sistema penitenciário brasileiro.

É necessário também que sejam fixados parâmetros para execução da medida pelo Executivo. Importante mencionar, neste aspecto, a necessidade de uma norma federal que identifique tais parâmetros, com critérios e objetivos determinados, para assim evitar decisões conflitantes e desproporcionais no Brasil.

Nos casos de previsão de utilização da medida no regime aberto, semi-aberto e saídas temporárias, é preciso verificar que o monitoramento eletrônico atingirá aqueles condenados que já alcançaram o direito permanecer sem uma vigilância direta do Estado durante o dia, o que causará apenas uma expansão do poder punitivo estatal.

Além disso, não atingirá os objetivos de redução do contingente carcerário e nem custos do aprisionamento, tendo em vista que colocará sob o controle penal os condenados que, por lei, adquiriram o direito de cumprir pena no regime aberto, ou seja, fora das penitenciárias.

Interessante proposta pode ser a criação de uma nova hipótese de regime aberto, na modalidade domiciliar, sob monitoramento eletrônico. Desta maneira, deveria ser inserido novo inciso no artigo 117, da LEP, o inciso V, para incluir a possibilidade de cumprimento de pena em domicílio desde que o condenado esteja monitorado eletronicamente. Tal previsão beneficiaria um número grande de detentos que, uma vez no regime aberto, poderiam cumprir pena em seu próprio domicílio.

Com relação ao livramento condicional, merece cautela a análise da proposta, vez que poderá ocorrer uma utilização exacerbada do monitoramento eletrônico no país. A possibilidade de submissão do beneficiado pelo livramento condicional ao monitoramento eletrônico pode fazer com que a condição facultativa se torne presente na grande maioria das decisões que concedem o benefício, privando o condenado de uma parcela de sua liberdade.

Neste caso, seria importante determinar em quais hipóteses de cabimento do livramento condicional, previstas no artigo 83, do CP, caberia como condição facultativa o monitoramento eletrônico.

Para os casos da utilização do monitoramento eletrônico como alternativa às prisões cautelares, a sugestão é no sentido de que seja permitida a utilização do monitoramento eletrônico também para aqueles que estão respondendo a uma ação penal pela suposta prática de crime hediondo ou a ele equiparado, principalmente porque a prisão é medida de exceção e até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória o réu é presumidamente inocente.

Por fim, sugere-se que sempre que o juiz for aplicar a medida, deve ser ouvido o Ministério Público, a defesa e, principalmente, deve a decisão estar devidamente fundamentada, sob pena de violação à Constituição da República.

Tramitando em regime prioritário na Câmara dos Deputados, o PL que trata do monitoramento eletrônico poderá, da maneira como está redigido, ao invés de contribuir para minorar os problemas do encarceramento, expandir o controle penal, aumentando o número de pessoas submetidas, de alguma forma, ao sistema prisional.

Portanto, cabe ao Poder Legislativo estudar com cautela as propostas existentes, pois o desafio de se buscar melhorias no sistema penitenciário não pode ser resolvido por meio da expansão do controle penal. Não ao nosso entendimento.

REFERÊNCIAS

ALBERTA, John Howard Society of. **Electronic monitoring,** Disponível em: <http://www.johnhoward.ab.ca/PUB/A3.htm>. Acesso em: 04 out. 2006.

BENTHAM, Jeremias. **Teoria das penas legais.** Campinas: Bookseller, 2002.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão:** causas e alternativas**.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARDET, Christophe. Le placement sous surveillance électronique. **La Justice au quotidian.** Paris: L' Harmattan, 2003.

CARVALHO, Sarlo. **Pena e garantias**: uma leitura da Garantismo de Luigi Ferrajoili no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CÉRÉ, Jean-Paul; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. (Org). **Les systèmes pénitentiares das le monde.** Paris: Dalloz, 2007.

CORREA, Rafael. Serra contra o crime. **Revista Veja,** ano 40, n. 20, mai. 2007.

Corrigindo os desviantes: A construção do sistema prisional no Brasil – uma perspectiva comparativa Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, século XIX. Disponível em: <http://www.labhstc.ufsc.br/pdf2007/15>. Acesso em: 10 ago. 2007.

DALLAIRE, Jean-Claude; LALANDE, Pierre; et al. Surveillance électronique: solution ou panacée. Disponível em < www.msp.gouv.qc.ca> Acesso em: 10 nov. 2006.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, a. 14, n. 170, p.2-3, jan. 2007.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

WACQUANT. Löic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

[1] BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão:** causas e alternativas**.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p 154.

[2]Corrigindo os desviantes: A construção do sistema prisional no Brasil – uma perspectiva comparativa Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, século XIX. Disponível em: <http://www.labhstc.ufsc.br/pdf2007/15>. Acesso em: 10 ago. 2007.

[3] Disponível em: < http://www.labhstc.ufsc.br/pdf2007/15>. Acesso em: 10 ago. 2007

[4] CORREA, Rafael. Serra contra o crime. **Revista Veja,** ano 40, n. 20, mai. 2007, p.62-64.

[5] THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 23.

[6] Ibid, p. 23.

[7] Ibid, p. 24.

[8]BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão:** causas e alternativas**.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 157.

[9] SUPER INTERESSANTE – ESPECIAL: Segurança. Abril, 2002, p.51.

[10] Foi em agosto de 1955, durante o I Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, realizado em Genebra, que foram aprovadas as novas regras mínimas para o tratamento dos presos, entre elas: garantia de vestuário e roupa de cama; alimentação adequada à saúde; biblioteca e contato com o mundo externo. Essas regras têm sido positivas nas legislações dos países-membros. O tema foi abordado em outros congressos, como o IV Congresso da ONU sobre Prevenção do Delito e tratamento do delinqüente (Kioto, 1970) e o V Congresso da ONU (Genebra, 1975), o que demonstra a preocupação existente com a forma de tratamento dispensado aos reclusos.

[11] WACQUANT. Löic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p.145.

[12] BENTHAM, Jeremias. **Teoria das penas legais.** Campinas: Bookseller, 2002, p. 248.

[13] Disponível em < http:// www.inovando.fgvsp.br.>. Acesso em: 10 mai. 2007

[14] CARVALHO, Sarlo. **Pena e garantias**: uma leitura da Garantismo de Luigi Ferrajoili no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 223.

[15] Disponível em < http:// www.mj.gov.br>.Acesso em: 26 fev. 2009

[16] DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 105-106

[17]THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 2-3.

[18] Informações a respeito do sistema prisional de todos os estados brasileiros podem ser encontrados no site do DEPEN: <www.depen.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2007.

[19]Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/minister/DAP/pse.htm>. Acesso em: 09 nov. 2006.

[20] A cidade de Guarabira fica localizada a 90 Km de João Pessoa, Paraíba.

[21] Tornozeleira eletrônica já funciona. **A Tribuna,** Vitória, a. 68, n. 22.398, p.17.

[22] Empresa de tecnologia de Campina Grande que exporta softwares para Europa destinados a rastreamentos. Segundo o juiz Bruno Azevedo, a fabricação da tornozeleira pela INSAEL é acompanhada pelo IMEQ (Instituto de Metrologia e Qualidade Industrial) da Paraíba, órgão que representa o INMETRO. Sobre o tema, ver: Tornozeleira eletrônica já funciona. **A Tribuna.** Vitória, a. 68, n. 22.398, p.17.

[23] No dia 24 de abril de 2007, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou os projetos de lei dos senadores Aloízio Mercadante e Magno Malta, prevendo a utilização de vigilância eletrônica dentro de um "pacote de segurança pública" apresentado pelo governo federal.

[24] ALBERTA, John Howard Society of. **Electronic monitoring,** Disponível em: <http://www.johnhoward.ab.ca/PUB/A3.htm>. Acesso em: 04 out. 2006.

[25]Ibid. Disponível em: <http://www.johnhoward.ab.ca/PUB/A3.htm>. Acesso em: 04 out. 2006.

[26]Ibid. Disponível em: <http://www.johnhoward.ab.ca/PUB/A3.htm>. Acesso em: 04 out. 2006.

[27] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, a. 14, n. 170, p.2-3, jan. 2007.

[28]Disponível em: <http://www.johnhoward.ab.ca/PUB/A3.htm>. Acesso em: 04 outubro 2006

[29]Disponível em: <http://www.johnhoward.ab.ca/PUB/A3.htm>. Acesso em: 04 out..2006.

[30] Todas as críticas acima mencionadas estão disponíveis em: http://www.johnhoward.ab.ca/PUB/A3.htm>. Acesso em: 04 outubro 2006.

[31]ALBERTA, John Howard Society of. **Electronic monitoring,** Disponível em: <http://www.johnhoward.ab.ca/PUB/A3.htm>. Acesso em: 04 outubro 2006

[32] DALLAIRE, Jean-Claude; LALANDE, Pierre; et al. Surveillance électronique: solution ou panacée. Disponível em < www.msp.gouv.qc.ca> Acesso em: 10 nov. 2006.

[33] Ibid, Disponível em < www.msp.gouv.qc.ca>. Acesso em: 10 nov. 2006.

[34]CARDET, Christophe. Le placement sous surveillance électronique. **La Justice au quotidian.** Paris: L' Harmattan, 2003. p. 22

[35]CARDET, Christophe. Le placement sous surveillance électronique. **La Justice au quotidian.** Paris: L' Harmattan, 2003 Paris: L' Harmattan, 2003 p.28.

[36]DALLAIRE, Jean-Claude; LALANDE, Pierre; et al. Surveillance électronique: solution ou panacée. Disponível em < www.msp.gouv.qc.ca> Acesso em: 10 nov. 2006.

[37]CARDET, Christophe. Le placement sous surveillance électronique. **La Justice au quotidian.** Paris: L' Harmattan, 2003, p.28.

[38] CÉRÉ, Jean-Paul; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. (Org). **Les systèmes pénitentiares das le monde.** Paris: Dalloz, 2007, p. 198-199

[39]Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/minister/DAP/pse.htm.>. Acesso em: 09 nov. 2006

[40] Sobre o assunto:CÉRÉ, Jean Paul; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Les systèmes pénitenciaires dans le monde.** Paris: Dalloz, 2007, p.199

[41]Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/minister/DAP/pse.htm.> Acesso em: 09 nov. 2006.

[42] O Substitutivo prevê alteração no artigo 146 A para que a fiscalização ocorra toda vez que o condenado estiver em liberdade por mais de 24 horas consecutivas, desde que haja disponibilidade de meios. O parágrafo único sugerido indica que a vigilância será feita por meio de afixação ao corpo do condenado de dispositivo discreto, capaz de indicar, à distância, pelo menos, o horário e a localização do usuário.

O artigo 146B versa sobre as condições que deverão ser definidas pelo juiz quando houver a fiscalização por meio do monitoramento eletrônico: concessão de progressão de regime (inciso I), pena restritiva de direito que limite horários ou freqüência a determinados lugares (inciso II), determinação de prisão domiciliar (inciso III), concessão de livramento condicional ou suspensão condicional da pena (inciso IV). No parágrafo único há a previsão da desnecessidade do recolhimento ao estabelecimento penal no período noturno e nos dias de folga do condenado que estiver monitorado eletronicamente.

O artigo 146 C versa sobre os cuidados que o condenado deverá ter com o equipamento de vigilância e os deveres a que estará submetido, bem como, no parágrafo único, as conseqüências pela violação dos deveres previstos neste artigo, que configuram falta

grave, entre eles: regressão de regime, revogação da suspensão condicional da pena e revogação do livramento condicional, entre outras conseqüências.

No artigo 146 D a hipótese a revogação da medida quando a medida se tornar desnecessária ou inadequada.

O artigo 4º prevê período de um ano, a partir da entrada em vigor desta lei, para condução de projetos pilotos para a utilização da medida. No § 1º há previsão de que o número de usuários da medida, no período de experimentação, não poderá exceder a 10% da quantidade total de prisioneiros em cada unidade da federação. Os programas piloto deverão ser avaliados e ter relatórios divulgados no prazo máximo de 90 dias após o término do período definido no *caput* (§2º). Há previsão, no §3º, de que cada unidade da federação definirá, com base em estudos realizados, a implatação definitiva do monitoramento eletrônico.

[43] Cabe destacar que o PL 175/07 não trata da alteração no artigo 146 da LEP.

[44] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, a. 14, n. 170, p.2-3, jan. 2007.

[45] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, a. 14, n. 170, p.2-3, jan. 2007.

A NECESSIDADE DE EMPODERAMENTO SOCIAL LOCAL ATRAVÉS DO LEGISLATIVO MUNICIPAL NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE CIDADANIA*

THE NEED FOR SOCIAL AND LOCAL EMPOWERMENT THROUGH THE

Ricardo Hermany
Diogo Frantz

RESUMO

O presente trabalho diante das novas perspectivas, enfatiza a necessidade de (re) valorizar a participação social, reestruturando os espaços e as instituições de decisão local, de forma que coincidam com as instâncias de decisões significativas, fomentando a efetiva participação do indivíduo nas questões que lhe dizem respeito, pois esse deve ser o papel do Legislativo Municipal por meio de seus Vereadores, visto esses serem os representantes direto do povo. Assim, será verificada nesse estudo a importância que o Legislativo assume com a sociedade local na concretização dos direitos de cidadania, interligando os cidadãos na sociedade como uma rede comunicacional e de informações; e, por fim, a cidadania ativa pelo empoderamento social e local. Também será feita uma análise da necessidade de uma agenda para as políticas públicas locais, devendo a cidadania ser fruto das políticas públicas. Mas, será que o Legislativo está efetivando e fomentando os direitos de cidadania? Assim, no presente estudo será verificado os direitos de cidadania e o papel do Vereador, pois esse deve assumir uma nova perspectiva, em função da sua capacidade de agir e de proporcionar canais de participação. Dessa forma, deve-se trazer a Câmara de Vereadores para o seu exercício pleno, que é a promoção dos direitos de cidadania, sendo capaz de transformar e criar novas políticas públicas e concretizar os direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: LEGISLATIVO MUNICIPAL; CIDADANIA; EMPODERAMENTO; PODER LOCAL; POLÍTICAS PÚBLICAS.

ABSTRACT

The present work on the new perspectives, emphasizes the need to (re) enhance social participation, restructuring the spaces and institutions of local decision, so that they coincide with the instances of significant decisions, encouraging the active participation of the individuals about issues related to them because this should be the role of Municipal Legislative through its City Council, since these are the direct representatives of people.Therefore, it will be verified in this study the importance that the Legislature assumes with the local society in the materialization of citizenship rights, linking the citizens to society as a communication and information net, and, finally, active citizenship by social and local empowerment. It will also be made an analysis of the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

need a schedule for local public politics, and citizenship should be the result of public politics. But is the Legislative executing and encouraging the citizenship rights? Thus, in this study will be found the citizenship rights and the City Council's role, because he must assume a new perspective, depending on his capacity of acting and providing participation channels. Thus, it should be brought to City Council for its full exercise, which is the promotion of citizenship rights, being able to transform and create new public politics and to materialize the fundamental rights.

KEYWORDS: MUNICIPAL LEGISLATIVE; CITIZENSHIP; EMPOWERMENT; LOCAL AUTHORITY; PUBLIC POLITICS.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente ensaio irá abordar a importância do Poder Legislativo Municipal sob alguns aspectos. Primeiramente, será analisado o papel do Legislativo na sociedade como representante direto do povo, pois é imprescindível um vereador comprometido com a justiça social. Logo, a Câmara de Vereadores pode servir como fomento do Poder Local, pois pode através de suas atividades buscar o cidadão para a esfera pública e torná-lo um ator social capaz de participar de forma dialógica nos espaços públicos de participação.

Mas, para tanto, são necessárias políticas públicas eficazes que devem ser fruto das gestões democráticas - vereadores; mas, para isso, precisa-se de uma agenda política de planejamento para a definição das políticas públicas a serem implementadas. As políticas públicas não podem ser pensadas a curto prazo, caindo num imediatismo eleitoral, mas, sim, deve ser feito um desenho ou planejamento estratégico para políticas a médio e longo prazos, que sejam capazes de garantir os direitos fundamentais de cidadania.

1 O FEDERALISMO BRASILEIRO

Federalismo é uma forma de governo, baseada em certo modo de distribuir e exercer o poder político numa sociedade, sobre um determinado território, que resulta da necessidade de preservar a diversidade de culturas ou da constatação das origens diferenciadas da história e das tradições políticas dos Estados-Membros, necessitando, portanto, de um estatuto que garanta a autonomia local[1], bem como, uma dinâmica forma de cooperação política para divisão de poder e responsabilidade entre União,

Estados e Municípios. Cada uma das esferas de governo tem os seus próprios órgãos governamentais.

É importante, diferenciar federalismo de federação, para tanto, José Alfredo de Oliveira Baracho[2] assim faz a distinção:

O termo federalismo, em uma primeira perspectiva, vincula-se às idéias, valores e concepções do mundo, que exprimem uma filosofia compreensiva da adversidade na unidade. Quanto à federação, é entendida como forma de aplicação concreta do federalismo, objetivando incorporar as unidades autônomas ao exercício de um governo central, sob bases constitucionais rigorosas.

O princípio federativo pode existir sem a estrutura federal e vice-versa. Destarte, pode-se citar Estados que não adotam a estrutura federal, como a Espanha e a Itália, por exemplo, mas que possuem extremadas práticas federativas.

Em suma, os sistemas federativos caminham sobre o ?o da navalha, pois caso aja o crescimento excessivo do governo central, tende a sufocar a participação local e a desligar-se dos interesses populares. Por outro lado, são ameaçados pela descentralização excessiva, que tende a gerar uma competição entre as partes e a estimular iniciativas separatistas. Daí a importância de uma constituição que promova uma equilibrada distribuição de poderes, bem como de uma e?ciente instância de resolução de conflitos federativos. Ou seja, a importância de um Pacto Federativo e?caz.

A partir, de diferenciarmos e conceituarmos o que é federalismo, passamos a verificar, que município brasileiro ganha maior importância, após o período militar, com o advento da Constituição Federal de 1988, pois só então, se começou a pensar em uma nova forma de governabilidade, e se estabeleceu novas competências a este ente. O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 expressa que nosso país é uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, e que as autoridades políticas de cada nível de governo tornam-se soberanas e independentes das demais. Portanto, esse é o marco em que os municípios tornaram-se entes federativos autônomos.

Assim, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 podemos afirmar, que a democratização foi implantada, com a finalidade de garantir novas condições políticas, sociais e econômicas. Silva[3], a respeito do federalismo, entende por ser uma forma de Estado, denominado Estado Federal ou federação, que se caracteriza em uma união de

coletividades públicas dotadas de autonomia político constitucional. Assim o Estado Federal é tido como a união dos entes federados que formará um todo - União, Estados, Distrito Federal e Municípios - os quais formam a República Federativa do Brasil.

A partir de então, os municípios brasileiros tornam-se entes federados e dotados de autonomia, os quais passam a poder elaborar suas próprias Leis Orgânicas - sem interferência dos Estados ou União - elaboradas pelo Executivo ou Legislativo.

A Constituição Federal de 1988 traz em seus artigos as competências de cada ente federado, da seguinte forma: no seu artigo 30 a competência é privativa de interesse local; no artigo 23 a competência é comum de todos os entes federados; e no artigo 24 a competência concorrente.

Quanto as atribuições concedidas ao município, Meireles[4] afirma:

De início, a Constituição da República de 1988, corrigindo falha das anteriores, integrou o Município na Federação como *entidade de terceiro grau* (arts. 1º a 18), (...), por não se justificar a sua exclusão, já que sempre fora peça essencial da organização político-administrativa brasileira.

A característica fundamental da atual Carta é a ampliação da autonomia municipal, no tríplice aspecto político, administrativo e financeiro, conforme estabelecido nos arts. 29 a 31, 156 e 159, outorgando-lhe, inclusive, o poder de elaborar a sua lei orgânica (Carta Própria), (...).

Dessa forma, a Constituição concedeu ao município o lugar de maior destaque em relação ao desenvolvimento urbano. Com a promulgação das Leis orgânicas e de alguns mecanismos institucionais, de caráter permanente ou eventual, que contribuem para a democratização da gestão nas esferas locais, por exemplo,[5] alterando, portanto, o perfil federalista brasileiro, descentralizando os recursos e encargos da União para os Estados e Municípios. A partir disso, a esfera municipal ampliou significativamente suas competências, aumentando assim a participação dos governos locais na repartição dos recursos fiscais[6]. E assim, por conseguinte, aumentando a responsabilidade de fiscalização e idealização de políticas públicas por parte dos Vereadores.

Assim, para que o Município engrene de forma eficaz e rápida, é indispensável a atuação eficaz e compromissada por parte do Legislativo Municipal, pois seus representantes devem fiscalizar de forma eficaz o Executivo, bem como buscar a

consolidação dos direitos de cidadania, e buscando mais efetividade e transparência na gestão pública.

No entanto, é fundamental se demarcar novos espaços de comunicação política, bem como novos instrumentos de participação - atores políticos e sociais -, pois assim, se alcançará uma melhor eficácia quanto ao exercício de gestão dos interesses da coletividade, expandindo-se a democracia, de forma que, a construção social alcance a cidadania contemporânea, que passa a ser representada por novos sujeitos, muito mais conscientes do papel a ser desempenhado[7]. Esses sujeitos por hora são atores sociais, e hora atores políticos, quando no uso de suas legislaturas. Portanto, é fundamental que esses sujeitos tenham conhecimento e condições políticas no desenvolvimento das políticas públicas de cidadania

Nesse sentido, que o papel do Legislativo Municipal assume grande relevância, pois são esses que irão organizar e promover as políticas públicas, através da elaboração das Leis Orgânicas, ou ainda no seu compromisso de fiscalização dos atos do Executivo. Portanto o papel dessa instituição é fundamental na (re) definição dos rumos, e criação de novas estratégias locais de desenvolvimento.

2 O SURGIMENTO DO LEGISLATIVO MUNICIPAL

A figura do vereador surge somente no século XV, nas Ordenações Afonsinas, sendo que verear significava aquele que vigiava os caminhos da vida, aquele que vê alto e provê os interesses da vida[8].

A história do Legislativo, já demonstra a sua finalidade:

A história do Legislativo demonstra que as Câmaras e seus legisladores, surgiram e desempenharam suas atividades opondo-se a qualquer opressão, inspiradas nas manifestações e reivindicações dos cidadãos. Por isso se explica que as Câmaras tenham surgido antes do próprio Estado, sempre com atuação junto ao povo, sendo representantes dos anseios do povo[9].

Desde a sua criação o Legislativo já dispõe de grande importância, demonstrando desde sua criação a necessidade dos Vereadores corresponderem aos anseios do povo.

No Brasil somente com a Constituição Imperial de 1824 que o Município teve o seu reconhecimento pleno, dando garantias às cidades de possuírem um governo local próprio, com Câmara de Vereadores e eleições livres. Assim essa Constituição inovou ao dar aos Municípios autonomia, mas somente naquilo que lhe era peculiar. Nas demais constituições, como a de 1934 houve muita repetição do texto anterior, mas ampliou a autonomia municipal, dando ênfase à organização dos serviços e à arrecadação de tributos; a Constituição - golpe de Getúlio Vargas - outorgada de 1937 restringiu a autonomia dos Municípios, eram os Governadores os quais nomeavam os Prefeitos, e, as Câmaras de Vereadores foram substituídas por um Conselho de Estado; na Constituição de 1946 o Município volta a recuperar as sua força e ganha autonomia política, financeira e administrativa; na Constituição de 1967 este perfil foi mantido, e na sua Emenda 1969 foi restringida a sua autonomia no campo administrativo e tributário. Havendo nesse período uma centralização extrema por parte do Governo Federal, onde os Prefeitos eram indicados pelo Governo Central [10].

Somente então na Constituição de 1988 no seu artigo 18 consta pela que os Municípios têm vida autônoma. Essa autonomia ficou caracterizada por quatro capacidades[11]:

- a) auto-organização, mediante elaboração de Leis Orgânica;
- b) auto-governo, pela possibilidade dos cidadãos elegerem pelo voto direto os seus representantes;
- c) capacidade de auto-legislação, competência para elaborar Leis municipais, tendo como fonte o direito local;
- d) auto-administração, o Município possui administração própria, podendo organizar seus serviços, bem como capacidade autônoma financeira.

Dessa forma então, que a Câmara de Vereadores se consolidou como representante direto dos anseios dos cidadãos nas questões de interesse local, e ainda, como fiscalizadores do Poder Executivo Municipal.

3 O PAPEL DO LEGISLATIVO NA SOCIEDADE

O Poder Legislativo exerce uma função de extrema importância, pois é, o representante do povo, devendo assim, cuidar dos interesses dos cidadãos da sua cidade, bem como elaborar Leis que representem à vontade do seu povo. Para tanto, a Câmara de Vereadores, tem absoluta independência do Executivo, não existindo qualquer submissão[12]**.**

A Câmara de Vereadores possui uma expressa importância, visto ser o único poder capaz de se auto-instituir - a cada quatro anos - e, é ainda, quem empossa o Prefeito Municipal, o que significa afirmar, que a administração municipal se instala a partir do Poder Legislativo[13].

Castro, traduz a importância da Câmara de Vereadores:

O fenômeno de absorção do vigor das Câmaras Municipais, já no Brasil - Colônia, reflete a identidade do homem com seu torrão natal, o sentimento nativista, a relação de vizinhança a demonstrar a necessidade de se proverem os interesses locais em consonância com as aspirações de emancipação de um povo,revelando, As CAMARAS MUNICIPAIS, o fundamento de nossa nacionalidade, de nossa independência.

Portanto, a Câmara de vereadores, assume maior relevância, visto possuir uma missão a cumprir na sociedade, em face de sua maior aproximação das atividades econômicas, políticas e sócias. A Câmara deve buscar, portanto de forma ágil e eficaz a solução para seus problemas, pois não pode ficar a margem dos problemas e dos desafios do espaço local. Os Vereadores devem caminhar com os cidadãos, aproximando-os do Legislativo e possibilitando a sua participação.

Quando na elaboração de suas Leis, ela deve ir ao encontro das necessidades e aspirações dos cidadãos pertences, pois a Câmara de Vereadores deve possibilitar canais de que visam à participação e democratização das atividades públicas.

Portanto, hoje a Câmara de Vereadores deve ser promotora da concretização dos direitos de cidadania, pois deve identificar os problemas de toda comunidade e corresponder às expectativas com políticas públicas eficazes. Deve buscar ainda, a participação dos cidadãos nas suas decisões, pois só assim, serão realmente efetivados os interesses, seja da cidade, do bairro ou da vila.

Dessa forma, o vereador sob uma perspectiva humanista pode:

escolher, mudar o mundo à sua volta e produzir uma diversidade de coisas. Atuar significa ter a capacidade e o discernimento de agir, optar e evoluir o pensamento e direcioná-lo de maneira tal que possa melhorar cada vez mais e proporcionar o bem-

estar próprio e alheio. A pessoa humana é um ser livre, e cabe a ela fazer o que deseja de sua vida e direcioná-la para onde quer. Entretanto, apesar dessa possibilidade de construir o próprio caminho, sua liberdade também se restringe em determinados instantes, pois ela deve, acima de seus caprichos e desejos, procurar agir livremente sem atingir ou ferir a liberdade de outrem, de seu semelhante.[14]

A Câmara e Vereadores, dentro de algumas funções que exerce, está a função Legislativa; função Fiscalizadora; função Administrativa; função Judiciária, e outras, mas o que realmente queremos identificar, é de que forma os Vereadores estão garantindo e efetivando os direitos de cidadania? Para realmente termos uma resposta, se faz necessário, analisarmos as Câmaras de Vereadores, pois só assim, realmente poderemos identificar como os Vereadores percebem e garantem tais direitos.

4 A CÂMARA DE VEREADORES COMO FOMENTO DO PODER LOCAL

Após, longos debates sobre a não efetivação da democracia e conseqüentemente da cidadania, iniciou-se a discussão sobre as principais mudanças na gestão da Administração Pública, de como alcançar melhores resultados. Assim, o entendimento partiu da idéia, de que se deveriam repassar mais poderes aos municípios, ou seja, prestigiar o âmbito local, como forma de iniciar essa remodelação da gestão.

O Município certamente é o espaço legítimo para o debate público e igualitário sobre o que se quer de uma sociedade; é sem dúvida também o *lócus* privilegiado de impulsão à constituição de uma sociedade democrática de direito que está em busca de uma cidadania.

A noção de espaço local é sem dúvida um elemento importante que está intrinsecamente ligado ao processo de democratização; é onde mostra uma compreensão das formas administrativas locais, chamando atenção para a descentralização dos espaços públicos e das políticas sociais[15]. É nesse sentido que, no campo das políticas públicas, se tem como uma das principais inovações o elevado grau de participação popular nos diferentes níveis de desenvolvimento, como forma de implementação das políticas e do pleno exercício da cidadania, buscando concretizar os direitos fundamentais.

A intensificação da ação e da participação dos "clientes" nas políticas de Welfare parece estar constituindo, em quase todo o mundo, tendência a diminuir o grau de passividade com que anteriormente eram aquelas recebidas e, mais do que 'dinamizar' os direitos

sociais, rearticulam o espaço, a trama social na qual se processam as políticas. [...] Em outras palavras, as associações de vizinhança, de moradia, os organismos comunitários, as organizações voluntárias de todo o tipo que se formam nas e para as políticas sociais estariam expressando aquele movimento social mais profundo de contínua reorganização do tecido social [...].[16]

Por isso, o federalismo tem como uma de suas bases a existência da esfera local, que atribui grande responsabilidade a essas competências autônomas.

Para Farah[17] a solução está na dimensão democrática dos governos locais e que as experiências inovadoras no combate aos problemas desse contexto, como a inversão de prioridades na aplicação e otimização dos recursos públicos, demonstrando preocupação com a transparência administrativa e com o acesso de informações aos seus cidadãos, seria uma nova forma de gestão compromissada.

Para tanto, o Legislativo municipal é o legítimo representante dos cidadãos, por conseguinte o representante legítimo da vontade, que deve proporcionar mecanismos de comunicação com os munícipes. Mas ainda hoje, existe um grande distanciamento das Câmaras Municipais da comunidade. Uma vez, ocorrendo a baixa participação dos cidadãos no processo político, deixando esses à vontade para decidirem o destino das atividades públicas e recursos públicos.

Consequentemente o pensamento humanista contemporâneo se preocupa com a justiça social, nunca esquecendo da pessoa e de seu bem-estar, permitindo assim a formulação de uma concepção de pessoa largamente aberta aos problemas de nossa atual civilização[18]. E, é dessa premissa que os vereadores devem partir, sempre pautando o bem-estar[19] de seus munícipes. Assim, "o pensamento humanista procura revelar e criticar tudo o que impede a realização integral do ser humano em meio às conquistas da modernidade e ao permanente perigo da desumanização"[20].

Assim, a administração pública necessita de muitas mudanças, então, surge o Município como um campo favorável a essas perspectivas, pois a Câmara Municipal, através de seus vereadores tem o dever de representar e garantir os direitos fundamentais de seus munícipes, visto a dinamicidade e aproximação dessa esfera, dos problemas sócias.

Logo, para Hermany[21] a esfera local é o potencializadora do sentimento de pertencimento.

A esfera local potencializa a idéia de pertencimento, de responsabilidade social, estimulando, dada a proximidade do processo decisório, a ativa participação da sociedade, o que acarreta inúmeros benefícios. Portanto, o fator que se constata em todas as estratégias bem-sucedidas de poder local reside no maior grau de abertura dos processos decisórios para a população.

Mas, somente, o sentimento de pertencer a uma cidade, não basta, é fundamental que os atores políticos e sociais tenham conhecimento de seus direitos e deveres. Portanto as decisões compartilhadas entre a administração pública e a sociedade, fazem com que as decisões sejam mais efetivas e transparentes. Dessa forma, o poder local efetiva os direitos de cidadania - por meio dos atores sociais e políticos - combinando políticas públicas garantidoras de cidadania, que surge a partir dessa "capacidade de articulação entre os interesses públicos e privados, cujas bases operacionais precisam ser pensadas e executadas (...)"[22]. **Mas, para tanto, a Câmara de Vereadores deve visar a democratização das atividades públicas, pautada em uma visão ética e participativa.**

Explica Marli Marlene da Costa[23]:

Atualmente as expressões "cidadania" ou "citzenship" são empregadas, não apenas para definir a pertença a uma determinada organização estatal, mas para também caracterizar direitos e deveres dos cidadãos. Muito embora, o modelo de comunidade holística não seja adequado para o exercício da cidadania em regime de democracia, em função de uma política que insiste em afastar-se do interesse coletivo e voltar-se para os interesses do mercado, faz-se necessário que o cidadão ocupe sua posição jurídica na esfera pública deixando de lados o papel de mero observador e exija o reconhecimento mútuo e o cumprimento do consenso formal, isto é, da Constituição que é inerente do contexto e da comunidade. Adotando esse procedimento, o cidadão deixa de ser um mero consumidor ou cliente, refutando a síndrome da cidadania do consumo e adotando o exercício da cidadania democrática, que é inerente de cidadãos críticos, fiscalizadores e emancipados.

A relação entre a cidadania, humanismo e espaço urbano é muito estreita, senão invisível. Por isso, para discutirmos o conceito e o exercício da cidadania, demos investir esforços para compreender de que forma a cidade é vista pelo poder político.

E, isso, necessita de planejamento e organização, para a presteza dos serviços públicos, mas não vem acontecendo, não por falta de recursos ou idéias, mas por

corruptas e viciadas articulações envolvidos no cenário político[24]. Para tanto, é fundamental a verificação e avaliação de tais vereadores.

5 POLÍTICAS PÚBLICAS LOCAIS

Faz-se necessária, para melhor elucidação das posturas construtivas da cidadania pelo Poder Local, uma explanação sobre as políticas públicas, suas possibilidades e seus entendimentos.

Podemos conceituar políticas públicas como uma série de respostas ao sistema político posto frente às demandas sociais e públicas que irão ao encontro aos destinatários; Diante disso, a criação e implementação das políticas públicas estão diretamente ligadas à ação de fazer ou não fazer por parte do Estado - União, Estados e Municípios - que tem por finalidade desempenhar esse papel.

Devem ser entendidas as políticas públicas como uma ação coletiva desenvolvida pelo ente direto, com o objetivo de dar respostas às necessidades da sociedade. Entende-se como um comprometimento do Estado diante de uma determinada sociedade, lembrando-se sempre que as políticas públicas efetivam os direitos sociais garantidos e declarados em Lei[25].

Para Heringer,[26] política pública é a "ação de determinado governo, orientado para atingir fins específicos, ou seja, é um meio para se atingir determinada meta econômica ou social".

Complementando o conceito de políticas públicas, são "decisões de intervenções na realidade social, quer seja para efetuar investimento ou de pura intervenção administrativa ou burocrática"[27]. Neste contexto, as instâncias locais são fundamentais para a efetivação das políticas públicas, pois os municípios são responsáveis pela realização de grande parte delas, tendo em vista a descentralização do poder executivo federal, que outorga poder aos entes federados considerando sua autonomia.

Na lição de Azevedo,[28] as políticas públicas formam duas características distintas: a primeira procura uma coesão para delimitar o que se pretende fazer ou não, pois quanto maior for o consenso, mais facilmente essas políticas sugeridas poderão ser efetivadas; e a segunda é a definição de normas e processamento dos conflitos, onde essa definição das normas poderá se dar tanto para uma ação como para uma resolução de conflitos entre agentes sociais e indivíduos.

Na visão de Viana,[29] Lindblom[30] e Labra[31] as políticas públicas possuem cinco etapas, da seguinte forma:

a) percepção e definição dos problemas: é perceber uma situação de dificuldade, e transformar esse problema político; b) construção da agenda: onde o espaço de constituição da relação de problemas que chamam a atenção do governo e dos cidadãos seja reconhecido determinado tema enquanto problema de ordem pública; c) formulação de políticas: podemos definir a fase em que a participação dos atores sociais será colocada na agenda, com a criação de alternativas de ação/intervenção de natureza pública, em detrimento às necessidades que constem na agenda política; d) implementação de políticas: é nessa etapa que a política deve ser formulada, devendo ser definidas as prioridades e transformadas em programa, em que se busca obter impactos e conseqüências a partir dessa implementação; e) avaliação de políticas: é a verificação crítica, em que se verifica se as metas antes propostas estão sendo cumpridas; em caso positivo, deve ser continuada, e se caso negativo, deve-se iniciar um novo caminho.

Labra[32] explica que ainda não estão à disposição modelos acabados ou consensuais para o estudo do processo de produção e implementação de uma determinada política pública, mas sim de variadas correntes, pensamentos e abordagens, pois não há, ainda, uma teoria que por si só dê conta de responder a essas questões.

Nota-se que inúmeras políticas públicas resultam fracassadas, certamente em decorrência da falta de planejamento das mesmas, pois geralmente não é feito planejamento ou desenho estratégico para tais políticas. Com isso surge a necessidade de qualificar e inovar os mecanismos de promoção dessas políticas. Para tanto, o gestor público precisa ter cuidado para não cair num imediatismo político, no qual a elaboração de políticas visa apenas a resultados a curto prazo. É necessário que haja um real conhecimento sobre a realidade e as necessidades sociais, para, a partir delas, elaborar mecanismos de intervenção na realidade, mesmo que os resultados só venham a médio ou a longo prazo. Uma visão meramente imediatista pode comprometer o sucesso de tal política, mas, infelizmente, parece que os governantes têm uma "cultura de improvisão", adotadas de improviso sem o devido planejamento. Estas políticas estão fadadas ao fracasso na sua grande maioria[33].

É normal que os governos latino-americanos não estejam preparados para administrar. Sem planejamento, "governa-se de costas para as ciências e técnicas de governo, respaldado em um praticismo extremamente rudimentar e superficial". Segundo Matus[34], há a necessidade de fazer três balanços, que são: balanço de gestão política, balanço de gestão macroeconômica e balanço de intercâmbio de problemas. A arte de governar repousa na compensação entre estes balanços, que, ao final, deve resultar num balanço global positivo.

A política é um intercâmbio entre o governo e a população, e esse intercâmbio deve ser mantido sempre em equilíbrio. Ser um governante eficaz significa criar, a cada dia, no menu diário de decisões, as condições para que esses três balanços possam ser compensados, uns pelos outros[35]

A arte de administrar os bens e interesses públicos não é atividade neutra; pelo contrário, muitas são as forças que influenciam a escolha da implementação por esta ou aquela política pública.

Quando se fala em cidadania traz-se junto uma proposta de desenvolvimento, inclusão, educação e participação, a qual se desenvolve com políticas públicas eficazes, a qual traz o cidadão ao pertencimento das ações locais. Mas o que se quer aqui é algo novo, a partir de uma (re) organização do Estado, com base na descentralização destas políticas públicas, com o objetivo de erradicar os procedimentos clientelísticos da relação Estado e sociedade, trazendo a Câmara de Vereadores para o seu exercício pleno, que é a promoção dos direitos de cidadania, sendo capaz de transformar e criar novas políticas públicas e concretizar os direitos fundamentais.

6 NOVOS PRESSUPOSTOS NO EXERCÍCIO DA CIDADANIA: A NECESSIDADE DE EMPODERAMENTO SOCIAL

A cidadania ativa está vinculada a uma sociedade específica e que também deve gerar nos seus membros um sentimento de pertencimento e reconhecimento das necessidades humanas e básicas suas e do outro. No entanto, na prática tal premissa não é tão simples, pois há de se ter certas reservas e cautelas com os discursos disseminados na sociedade contemporânea, assim como compreender o quanto distantes estão as pessoas de se identificarem pertencentes a uma comunidade, não considerando os seus semelhantes como "mero estranhos"[36].

Dentro da atual conjuntura, observa-se que a globalização tem contribuído sistematicamente para romper com as fronteiras estatais por um lado; já de outro lado, tem criado mecanismos de distanciamento e aumento significativo das desigualdades sociais entre as sociedades contemporâneas, pois, o ritmo vivido nesse contexto fragiliza as estruturas e instituições sociais de cada sociedade[37].

Ao se falar em redes devemos ter em mente, nas visões delineadas no presente ensaio, as relacionamentos dentro de um ideário democrático, participativo e de cidadania ativa. Numa primeira concepção podemos vislumbrar o entendimento de Rose Marie Inojosa, que nos ensina que:

[...] rede é parceria voluntária para a realização de um propósito comum. Implica, nesse sentido, a existência de entes autônomos que, movidos por uma idéia abraçada coletivamente, livremente e mantendo sua própria identidade, articulam-se para realizar objetivos comuns. As redes se tecem através do compartilhamento de interpretações e sentidos e da realização de ações articuladas pelos parceiros.[38]

Ou seja, para a autora se nota o respeito pela autonomia do sujeito (ou ente), articulando-se para objetivos comuns do grupo, desempenhando ações que vinculam os parceiros ao requerido objeto almejado. Ao se manter a identidade própria, nota-se a permanência do ideário de horizontalidade no trato gestacional dos laços que se ligam os atores sociais dentro da rede.

Castells nos ensina que "em uma rede, por definição, não tem centro, mas apenas nós de diferentes dimensões e relações internodais que são frequentemente assimétricas. Entretanto, em última instância, todos os nós são necessários para a existência da rede." [39]

Entende-se com isso que não há um centro único e propulsor da rede, mas pequenos núcleos "nós" capazes de fomentar e emitir decisões para os outros pontos da rede. Quando se fala em redes, é de notar que não há dirigismos, sob pena de cairmos em centros de controle, os quais não permitiriam o livre desempenho das atividades, servindo para obstruir a devida comunicação.

Na atualidade, é imprescindível, dentro de uma política pública que busque a emancipação social local (empoderamento), que a atuação seja horizontalizada em rede.

Afinal, em ambientes em que haja dirigismos coativos, não haverá a devida expressão da vontade dos atores sociais que compõem o tecido formativo das redes sociais.

O termo empoderamento é visto sob a ótica de um verbo transitivo e intransitivo. Labonte[40] nos ensina que o verbo empoderar, transitivamente, pode ser visto com o significado de "dar poder a outros" e, intransitivamente, como um processo de aumento de auto estima e influência sobre a vida das próprias pessoas.

Antes de qualquer coisa, devemos salientar que empoderamento social local está vinculado ao capital social, não sendo sinônimos de uma mesma coisa. Primeiro se devem afastar as dúvidas de que capital social não é sinônimo de empoderamento. O capital social é um dos catalisadores passíveis de interagir na construção de um maior empoderamento social. Veja nas palavras de Durston:

El empoderamiento ha sido definido como el proceso por el cual la autoridad y la habilidad se ganan, se desarrollan, se toman o se facilitan (STAPLES, 1990). Alternativamente, el énfasis está en que el grupo y las personas protagonizan su propio empoderamiento, no en una entidad superior que les da poder (SEN, 1998). Es la antítesis del paternalismo, y la esencia de la autogestión mediante la pedagogía constructivita, que construye sobre las fuerzas existentes de una persona o grupo social - sus capacidades - para <<potenciarías>>, es decir, aumentar y realizar esas fuerzas potenciales preexistentes.[41]

Prossegue o autor delimitando que é em ambientes com maior capital social que podemos vislumbrar uma amplitude de possibilidades de empoderamento social na consecução de ideários favorativos frente aos detentores do poder político. É através da organização, do associativismo e da ampliação de redes de inter-relação social que as comunidades podem desempenhar melhor seu papel na construção de sua emancipação social.

Nesse sentido podemos citar o professor Ferdinand Cavalcanti Pereira que nos ensina que

Empoderamento significa em geral a ação coletiva desenvolvida pelos indivíduos quando participam de espaços privilegiados de decisões, de consciência social dos direitos sociais. Essa consciência ultrapassa a tomada de iniciativa individual de conhecimento e superação de uma situação particular (realidade) em que se encontra, até atingir a compreensão de teias complexas de relações sociais que informam

contextos econômicos e políticos mais abrangentes. O empoderamento possibilita tanto a aquisição da emancipação individual, quanto a consciência coletiva necessária para a superação da "dependência social e dominação política". Enfim, superação da condição de desempoderamento das populações pobres, as quais, segundo Nyerere (1979), não podem se desenvolver se não tiverem poder.[42]

A criação de redes na formação de maior capital humano, gerado através do capital social, permite uma maior construção do empoderamento social local no trato da *res publica*. Não se procura mais a manutenção do *status quo* ante, mas a participação efetiva dos atores sociais na construção de maior vínculo associativo no que lhes diz respeito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, são fundamentais as políticas públicas de cidadania, que devem ser planejadas e ser capazes de trazer uma proposta de desenvolvimento, inclusão, educação e participação, a qual somente se desenvolve com políticas públicas eficazes. Mas o que se quer aqui é algo novo, a partir de uma (re) organização do Estado, com base na descentralização dessas políticas públicas, com o objetivo de erradicar os procedimentos clientelísticos da relação entre Legislativo e sociedade, trazendo a Câmara de Vereadores para o seu exercício pleno, que é a promoção dos direitos de cidadania, sendo capaz de transformar e criar novas políticas públicas e concretizar os direitos fundamentais através do empoderamento dos atores sociais.

Assim, dentro do contexto é de suma importância, uma visão mais solidária, fraterna e responsável que nossos Vereadores precisam agir, pois precisam ter consciência de seu papel, bem como de todos seus deveres com a comunidade local, mas também devem sentir-se pertencentes a uma sociedade ou comunidade em que atuem e busquem a efetivação de todos direitos e, conseqüentemente a concretização e efetivação dos direitos de cidadania por meio do empoderamento social.

REFERÊNCIAS

ANJOS. Walter Jone dos. O município brasileiro. In: *Curso de aperfeiçoamento para legisladores municipais.* Santa Cruz do Sul, 1993.

AGUSTINI, Carlos Fernando. Humanismo, velhice e Direito. In: MEZZAROBA, Orides. (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003.

AZEVEDO, Sérgio de. Políticas públicas: discutindo modelos e alguns problemas de implementação. In: SANTOS JR., Orlando A et ai. (org.). *Políticas públicas e gestão local*. Rio de Janeiro: Fase, 2003.

BAUMAN, Zygmund. *Identidade*: entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2005.

BARACHO, Alfredo de Oliveira. A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, volume 12, número 3, p. 29-46, jul./set. de 1994.

BARRERO, Zapata, R. *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural:* hacia um nuevo contrato social. Barcelona: ANTHROPOS, 2001.

BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A de. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Humanismo, velhice e Direito. In: MEZZAROBA, Orides (Org.) *Huma-nismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003.

Câmara de Vereadores de Santa Cruz do Sul, Disponível em: <http://www.camarasantacruz.rs.gov.br >. Acesso: 07 ago. 2008.

CARVALHO, Alysson (org). *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora UEMG, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. v.1. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo.* Ed. 2 Belo Horizonte. Del Rey, 1992.

COSTA, Marli M.M. da: PORTO. Rosane T. Carvalho. Educação para cidadania. In: GORCZEYSK1. Clóvis (Org). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre:UFRGS, 2007.

CROISAT, Maurice. El *federalismo* en las democracias comteporáneas. Barcelona: Hacer, 1995.

DOWBOR, Ladislau. O poder local diante dos novos desafios sociais. In: SEIXAS, Sergio Gabriel (Org). *Município e século XXI: Cenários e perspectivas.* Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal - CEPAM, ed. Especial, São Paulo. 1999.

DRAIBE, Sônia Miriam. As políticas sociais brasileiras: diagnósticos e perspectivas. In: Para a Década de 90 - Prioridades e Perspectivas de Políticas Públicas. *Políticas Sociais e Organização do Trabalho*, 4, Brasília: IPEA/IPLAN, 1990.

DURSTON, J. *Capital social. Parte Del problema, parte de La solución. Su papel en La persistencia y en La superación de La pobreza en América Latina y El Caribe.* Documento de Referência, Santiago de Chile: Comisión Econômica para America Latina y Caribe, 2001.

FARAH, Maria Ferreira Santos. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo. *In:* JACOBI, Pedro; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (Orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006.

FERDINAND, Cavalcanti Pereira. *O que é empoderamento?* Disponível em http://www.fapepi.pi.gov.br/novafapepi/sapiencia8/artigos1.php. <acesso em 10 de Jul, 2008>

GRECO, Marco Aurélio; DE GODOI, Marciano Seabra. Solidariedade social e tributação. In: NABAIS, José Casalta (Org.). *Solidariedade social, Cidadania e Direito Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2005.

HERINGER, Rosana Rodrigues. Estratégias de descentralização e políticas públicas. In: MUNIZ, J.N; GOMES, E. C. (ed.). *Participação Social e gestão pública:* as armadilhas da política de descentralização. Belo Horizonte, 2002.

HERMANY, Ricardo, et. al., O princípio da subsidiariedade e o direito social de Gurvitch: a ampliação das competências municipais e a interface com a sociedade In: LEAL, G., REIS J. R (Org.), *Direitos sociais e políticas públicas*: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

INOJOSA, Rose Marie. *Redes e redes sociais: versão preliminar*. São Paulo: FUNDAP, 1998.

LABONTE, R. Health promotion and empowerment: reflections on professional practice. Health Education Quarterly, v. 21,1994.

LABRA, M.E. *Análise de políticas, modos de policy-making e intermediações de interesses: uma revisão.* PHISYS - Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: 9 (2): 1999.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LINDBLOM, C.E. *O Processo da Decisão Política*. Brasília: UNB, 1981.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MANTOVANELI JUNIOR, Oklinger. Políticas públicas no século XXI: a perspectiva da gestão multicêntrica (a luz da experiência de Porto Alegre). Blumenau: Edifurb, 2006.

MATUS, Carlos. *Adeus, Senhor Presidente.* Trad. Luís Felipe Rodrigues Del

Riego. São Paulo: Fundap, 1997.

POZZOLI, Lafayette. Maritain e o Direito. São Paulo: Loyola, 2001.

SANTANA. Jair Eduardo. *Roteiro prático do vereador*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In:_____. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional* . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 20ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

VIANA, A. L. A. Enfoques metodológicos em políticas públicas: novos referenciais para os estudos sobre políticas sociais. In: CANESQUI, A. M. *Ciências Sociais e Saúde*. São Paulo: Hucitec/Abrasco, 1997.

VIEIRA, Liszt. Os argonautas da Cidadania. *A sociedade civil na globalização*. Ed. Record. Rio de janeiro: 2004.

[1] CROISAT, Maurice. *El federalismo en las democracias comteporáneas*. Barcelona: Hacer, 1995.

[2] BARACHO, Alfredo de Oliveira. A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, volume 12, número 3, p. 29-46, jul./set. de 1994.

[3] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 91-92.

[4] MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.42

[5] MANTOVANELI JUNIOR, Oklinger. Políticas públicas no século XXI: a perspectiva da gestão multicêntrica (a luz da experiência de Porto Alegre). Blumenau: Edifurb, 2006. p. 19.

[6] FARAH, Maria Ferreira Santos. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo. *In:* JACOBI, Pedro.; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 41.

[7] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 23.

[8] CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo.* Ed. 2 Belo Horizonte. Del Rey, 1992.

[9] Câmara de Vereadores de Santa Cruz do Sul, Disponível em: <http://www.camarasantacruz.rs.gov.br >. Acesso: 07 ago. 2008.

[10] ANJOS. Walter Jone dos. O município brasileiro. In: *Curso de aperfeiçoamento para legisladores municipais.* Santa Cruz do Sul, 1993.

[11] ANJOS. Walter Jone dos. O município brasileiro. In: *Curso de aperfeiçoamento para legisladores municipais.* Santa Cruz do Sul, 1993.

[12] SANTANA. Jair Eduardo. *Roteiro prático do vereador*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

[13] Câmara de Vereadores de Santa Cruz do Sul, Disponível em: <http://www.camarasantacruz.rs.gov.br >. Acesso: 07 ago. 2008.

[14] POZZOLI, Lafayette. Maritain e o Direito. São Paulo: Loyola, 2001. p. 68-69

[15] DRAIBE, Sônia Miriam. As políticas sociais brasileiras: diagnósticos e perspectivas. In: Para a Década de 90 - Prioridades e Perspectivas de Políticas Públicas. *Políticas Sociais e Organização do Trabalho*, 4, Brasília: IPEA/IPLAN, 1990, p. 36.

[16] DRAIBE, Sônia Miriam. As políticas sociais brasileiras: diagnósticos e perspectivas. In: Para a Década de 90 - Prioridades e Perspectivas de Políticas Públicas. *Políticas Sociais e Organização do Trabalho*, 4, Brasília: IPEA/IPLAN, 1990, p. 36.

[17] FARAH, Maria Ferreira Santos. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo. *In:* JACOBI, Pedro; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (Orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 55.

[18] POZZOLI, Lafayette. Maritain e o Direito. São Paulo: Loyola, 2001. p. 65.

[19] POZZOLI, Lafayette. Maritain e o Direito. São Paulo: Loyola, 2001. p. 65.

[20] POZZOLI, Lafayette. Maritain e o Direito. São Paulo: Loyola, 2001., p. 76.

[21] HERMANY, Ricardo, et. al., O princípio da subsidiariedade e o direito social de Gurvitch: a ampliação das competências municipais e a interface com a sociedade In: LEAL, G., REIS J. R (Org.), *Direitos sociais e políticas públicas*: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p. 1410-1411.

[22] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 56.

[23] COSTA, Marli M.M. da: PORTO. Rosane T. Carvalho. Educação para cidadania. In: GORCZEYSK1. Clóvis (Org). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre:UFRGS, 2007. p. 85-86.

[24] DOWBOR, Ladislau. O poder local diante dos novos desafios sociais. In: SEIXAS, Sergio Gabriel (Org). *Município e século XXI: Cenários e perspectivas.* Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal - CEPAM, ed. Especial, São Paulo, p. 3-23, 1999.

[25] CARVALHO, Alysson (org). *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora UEMG, 2003.

[26] HERINGER, Rosana Rodrigues. Estratégias de descentralização e políticas públicas. In: MUNIZ, J.N; GOMES, E. C. (ed.). *Participação Social e gestão pública:* as armadilhas da política de descentralização. Belo Horizonte, 2002, p. 85.

[27] BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 14.

[28] AZEVEDO, Sérgio de. Políticas públicas: discutindo modelos e alguns problemas de implementação. In: SANTOS JR., Orlando A et ai. (org.). *Políticas públicas e gestão local*. Rio de Janeiro: Fase, 2003.

[29] VIANA, A. L. A. Enfoques metodológicos em políticas públicas: novos referenciais para os estudos sobre políticas sociais. In: CANESQUI, A. M. *Ciências Sociais e Saúde*. São Paulo: Hucitec/Abrasco, 1997.

[30] LINDBLOM, C.E. *O Processo da Decisão Política*. Brasília: UNB, 1981.

[31] LABRA, M.E. *Análise de políticas, modos de policy-making e intermediações de interesses: uma revisão.* PHISYS - Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: 9 (2): 1999, p. 131-166.

[32] LABRA, M.E. *Análise de políticas, modos de policy-making e intermediações de interesses: uma revisão.* PHISYS - Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: 9 (2): 1999, p.131-166.

[33] MATUS, Carlos. *Adeus, Senhor Presidente.* Trad. Luís Felipe Rodrigues Del

Riego. São Paulo: Fundap, 1997. p. 38

[34] MATUS, Carlos. *Adeus, Senhor Presidente.* Trad. Luís Felipe Rodrigues Del Riego. São Paulo: Fundap, 1997. p. 39.

[35] MATUS, Carlos. *Adeus, Senhor Presidente.* Trad. Luís Felipe Rodrigues Del Riego. São Paulo: Fundap, 1997. p. 39.

[36] GRECO, Marco Aurélio; DE GODOI, Marciano Seabra. Solidariedade social e tributação. In: NABAIS, José Casalta (Org.). *Solidariedade social, Cidadania e Direito Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2005, p.119. como a qualidade dos indivíduos que, enquanto membros ativos e passivos de um Estado-nação, são titulares ou destinatários de um determinado número de direitos e deveres universais e, por conseguinte, detentores de um específico nível de igualdade. Uma noção de cidadania, em que, como é fácil de ver, encontramos três elementos constitutivos, a saber: 1) a titularidade de um determinado número de direitos e deveres numa sociedade específica; 2) a pertença a uma determinada comunidade política (normalmente o Estado), em geral vinculada à idéia de nacionalidade; e 3) a possibilidade de contribuir para a vida pública dessa comunidade através da participação

[37] BAUMAN, Zygmund. *Identidade*: entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2005, p.58.

[38] INOJOSA, Rose Marie. *Redes e redes sociais: versão preliminar*. São Paulo: FUNDAP, 1998, p. 1-2.

[39] CASTELLS, 2002, op. cit.

[40] LABONTE, R. Health promotion and empowerment: reflections on professional practice. Health Education Quarterly, v. 21,1994, p. 253 - 268.

[41] DURSTON, J. *Capital social. Parte Del problema, parte de La solución. Su papel en La persistencia y en La superación de La pobreza en América Latina y El Caribe*. Documento de Referência, Santiago de Chile: Comisión Econômica para America Latina y Caribe, 2001, p. 187.

[42] FERDINAND, Cavalcanti Pereira. *O que é empoderamento?* Disponível em http://www.fapepi.pi.gov.br/novafapepi/sapiencia8/artigos1.php. <acesso em 10 de Jul, 2008>

A CRISE DE LEGITIMIDADE NO LEGISLATIVO FEDERAL*

THE CRISIS OF LEGITIMACY IN THE FEDERAL LEGISLATURE

Sidraque David Monteiro Anacleto

RESUMO

Este artigo analisa a Democracia Brasileira dentro do modelo estabelecido na Constitucional Federal. O modelo de Democracia resulta das escolhas do Poder Constituinte originário segundo a realidade de cada Estado. São apresentados os fatos mais relevantes para a escolha da democracia representativa, bem como os problemas decorrentes, em especial, a perda de representatividade. A Democracia representativa é sucintamente apresentada, dentre as opções possíveis e a adotada no país. São apontadas as causas da crise de legitimidade no legislativo federal e possível alteração constitucional para a criação de novos institutos como o recall. Conclui-se que a superação de crises deve ocorrer dentro do próprio sistema, por meio de alterações constitucionais que aproximem o representado do representante.

PALAVRAS-CHAVES: DEMOCRACIA. REPRESENTAÇÃO. CRISE. RECALL.

ABSTRACT

This article analyzes the Brazilian Democracy within the guidelines of the Federal Constitution. The model of democracy results of the choices of the constituent power originating in the reality of each State. We present the facts most relevant to the choice of representative democracy and the problems arising, in particular the loss of representativeness. Representative democracy is briefly presented, among the possible options and adopted in the country. The authors identify the causes of the crisis of legitimacy in the federal legislature and possible constitutional amendment for the creation of new institutions such as the recall. It is concluded that overcoming the crisis should occur within the system itself, through constitutional amendments that will bring the principal's representative.

KEYWORDS: DEMOCRACY. REPRESENTATION. CRISIS. RECALL.

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A Democracia é um dos termos políticos mais mencionados nos tempos atuais. De experiência histórica transmudou-se para valor universal da humanidade, especialmente no mundo ocidental.

A Democracia nos moldes de sua criação foi incompatível, com o crescimento da população, das cidades, dos Estados. A concepção do instituto mais próxima do mundo moderno é a Democracia Representativa, em que o cidadão elege seu representante para exercer o poder político no Estado.

A Constituição Federal de 1988 erigiu a Democracia Representativa como fundamento do Estado Brasileiro (CF, art. 1º, *caput*), e as eleições gerais como ação prática do modelo. Passados 20 anos da promulgação da Carta Política atual e a realização de 5 eleições gerais para cargos federais e estaduais é possível analisar o comportamento do eleitor quanto sua participação no processo de escolha.

Os resultados gerais, do primeiro turno, das três eleições de 1998[I], 2002[II] e 2006[III], divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral trazem elucidativos dados sobre a participação dos eleitores na escolha de representantes para o Poder Executivo e o Legislativo Brasileiro.

O Quadro Geral de resultados traz informações em número absolutos e percentuais, sobre o número de eleitores aptos para votar, dos aptos que votaram, dos que se abstiveram, além dos votos em branco e nulo para os cargos de presidente, governador, deputado distrital ou estadual, deputado federal e senador.

Dos dados apresentados interessa-nos os percentuais de abstenção, entendida como não comparecimento do eleitor para votar, e os relativos aos votos em branco e nulo para os cargos do Poder Legislativo Federal – deputado e senador.

A pesquisa visa identificar nos números a comprovação ou não de possível perda de representatividade dos integrantes do Congresso Nacional, e analisar as possíveis causas desse fenômeno.

2 A PROBLEMÁTICA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

A palavra democracia denota um sistema de valores, uma organização institucional e uma forma de governo. A democracia, como forma de governo, tem seu desenho traçado pela Constituição Federal que descreve a República Federativa do Brasil, como Estado democrático de direito.

A Constituição Federal estruturou o exercício do poder com a democracia representativa, onde todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nas hipóteses por ela aduzidas (CF, art. 1º, parágrafo único). O modelo adotado conferiu máxima importância à realização periódica de eleições gerais ou parciais sem levar em consideração outros temas relevantes, como a circulação das elites[IV] e a fiscalização do exercício do poder pelo povo (FERREIRA FILHO, 1972, p. 33).

O exercício do poder no Estado envolve o exame da soberania, que por sua vez tem origem na idéia de consentimento de todos, e a opção pela democracia representativa implica enfrentar o debate a respeito da alienabilidade e da transmissibilidade do poder[V] do povo para um ou vários representantes. A alienabilidade ou não do poder, por dispor sobre a organização do Estado, é tratada na Constituição em face de sua função estruturante.

Pauperio (1964, p. 137) entende que o vocábulo *soberania* provém remotamente do latim medieval *superanus*; proximamente, do francês *souveraineté*, conceituando-a como "um poder supremo, uma *summa potestas*, no sentido não somente relativo e comparativo, mas superlativo e absoluto" (LAFERRIÈRE *apud* PAUPERIO, 1964). Esse poder soberano tem como titular, em última essência, o povo, que pode exercê-lo individual ou coletivamente.

A adoção do princípio democrático por determinada constituição não transforma a democracia jurídica em uma *"verdadeira democracia política"* (FERREIRA FILHO, 1972, p. 31). Porque, mesmo quando cumpridos os critérios formais do sistema pode ainda o representante do titular do poder soberano, segundo as regras estabelecidas, carecer de legitimidade[VI].

Ferreira Filho (p. 32) aponta três critérios que completam e interligam a visão jurídica de democracia com a política: identificação do caráter da minoria governante; o método de seleção; o governo deve ser exercido em benefício de todos. A Constituição de 1988 revela essa opção doutrinária quando dispõe que o "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos"***[VII]***.

Não basta está expresso no texto constitucional, necessário que sua juridicidade não seja diminuída. Bonavides[VIII] (1985, Política e Constituição. Os caminhos da Democracia, p. 252-253) completa o raciocínio:

[...] juridicidade, que não é abstrata nem insulável, mas que reside tanto na força normativa da Constituição-lei como na própria normatividade da esfera fática, reino da Constituição-realidade. Pela teoria material da Constituição, a Constituição-realidade se comunica à Constituição-lei, para fazer firme e incontrastável a observância, a autoridade e a força imperativa desta última, produzindo uma perfeita adequação do constitucional ao real.

A tarefa mais relevante que compete ao Estado social contemporâneo, sobretudo ao Estado brasileiro, não é unicamente fazer a Constituição, mas cumpri-la, depois de reconhecer-lhe a legitimidade. E não se cumpre uma Constituição carente de legitimidade se essa carência colide coma as exigências e os imperativos da ordem política, econômica e social. Uma Constituição sem juridicidade, uma Constituição do texto e não da realidade, da forma e não do Direito.

Ribeiro (1990, pp. 26-27) endossa esse ponto de vista ao defender que:

a vigente ordem constitucional brasileira qualifica-se como 'Estado de Direito Democrático', a significar que a responsabilidade jurídica está balizando as atividades

governativas, que se originam do povo e para ele finalisticamente se encaminham, admitindo, em algumas hipóteses, sejam as deliberações por ele diretamente assumidas.

O tema permaneceu sem o tratamento adequado no plano constitucional, pois não é possível identificar de imediato se a soberania é fracionada em cada indivíduo membro do corpo social ou se pertence ao próprio corpo, à Nação, em sua unidade.

No entanto, uma análise sistemática da Carta Política atual permite deduzir que adotou-se a teoria da soberania pertencente à Nação, uma vez que esgotado o processo eleitoral o cidadão com capacidade eleitoral ativa só se manifestará novamente no próximo sufrágio, sem qualquer controle social sobre os eleitos. Corolário disso é a independência dos eleitos em face dos eleitores.

Longe ainda, de ser uma questão meramente acadêmica, Paupério exemplifica essa problemática, com o ocorrido na França logo depois do tratado de Francfort[IX], quando vários deputados da Alsácia-Lorena continuaram a ter assento na Assembléia Nacional, não como representantes das províncias que aquele país perdera, mas da Nação francesa.

No entanto, cabe a advertência de Goffredo Telles Junior (ob.cit., p. 74) de que:

O deputado federal é tido, pois, como representante de toda a Nação...

Acontece, porém, que a vontade da Nação não é anterior à vontade dos parlamentares, porque a Nação não tem uma vontade independente da vontade das pessoas, e não se pode manifestar por si. Em conseqüência, não pode a Nação dizer aos parlamentares o que ela quer. E, realmente, não o faz, pois o que sucede é precisamente o inverso. A vontade dos parlamentares é que se erige em vontade nacional.

Os representantes não representam nem a nação nem o povo, mas a si próprios.

A posição proeminente das eleições no modelo adotado, relegou para segundo plano os demais temas, como a responsabilização popular dos eleitos, a natureza da representação e do mandato. Marcello Cerqueira (2005, p. 32) exemplifica que:

Pensa-se a democracia como um conjunto de instituições, mais ou menos estáveis, que se legitimam pelo voto popular: Muito embora haja escolha (e até surpresas), a participação popular se expressa em eleições periódicas e normalmente se esgota com a eleição dos representantes. O script é conhecido: o povo vota e os eleitos governam. E o ciclo se repete com novas eleições. Os comportamentos são previsíveis.

A imagem que mais representa a democracia dos tempos modernos, é o dia das eleições, “longas filas de cidadãos que esperam a sua vez para colocar o voto na urna” na lúcida visão de Bobbio (2000, p. 371). Segundo Kelsen (*apud* Bobbio 2000, p. 372), o método

da seleção dos líderes, ou seja a eleição é elemento essencial da democracia real (pois a democracia ideal, que não existe em lugar algum), sem pretender exclusividade.

O voto, ao qual se costuma associar o relevante ato de uma democracia atual, é o voto não para decidir, mas sim para eleger quem deverá decidir. Vota-se para que o representante vote pelo representado (Bobbio, 2000, p. 372).

O governo representativo é exercido não pelo povo, mas por representante filiado a partido político eleito pelo voto obrigatório, direto e secreto em sufrágio universal (CF, art. 14, *caput*[X]). Sem a legenda partidária estará fechada a porta da elegibilidade, pois não se conhece de candidaturas independentes (CF, art. 14, § 3º, V).

O Poder Legislativo é composto por representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional[XI], em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal, os Deputados Federais (CF, art. 45, *caput*), e por representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário[XII], os Senadores (CF, art. 46, *caput*).

Para Fávila Ribeiro (1990, p. 11) o conteúdo e o alcance da legitimidade na Constituição:

[...] não ficou circunscrita aos momentos genéticos, relacionados às origens das investiduras, desdobrando-se a uma segunda dimensão consorciada ao modo de desempenho das autoridades, em termos de adequação ou ajustamento aos supervenientes anseios e discordâncias populacionais, implantando procedimentos que viabilizem intercomunicações entre a Sociedade e o Estado.

E arremata que (ob.cit., p. 13)

[...] a idéia de participação deve adquirir uma compreensão mais ampla, como um direito de se fazer ouvir e com uma possibilidade real de acolhimento da opinião exposta. Se assim não for entendido tratar-se-á de um compromisso falacioso e de uma ignóbil fraude nos enunciados políticos.

O sistema partidário é o pluripartidarismo[XIII] (CF, art. 17, *caput*), e existem atualmente 27[XIV] partidos políticos registrados no Tribunal Superior Eleitoral[XV] que habilitam seus filiados para disputarem cargos eletivos. Os partidos políticos brasileiros são livres para definirem sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal (CF, art. 17, § 1º).

Mesmo com a obrigatoriedade de filiação partidária do candidato como requisito essencial para disputar eleições, durante certo período perdurou a idéia que o mandato seria do parlamentar eleito e não da agremiação partidária que lhe proporcionou a

legenda[XVI]. Esse entendimento jurisprudencial ensejava a mudança generalizada dos eleitos, logo após a divulgação do resultado dos pleitos eleitorais, para os partidos aliados com o governo da época. Tal situação perdurou até a decisão proferida pelo TSE[XVII], que respondendo consulta fixou o entendimento que o mandato era do partido político e não do eleito, o que foi posteriormente referendado pelo Supremo Tribunal Federal[XVIII].

O poder não foi nem do povo nem da Nação, mas do parlamentar eleito até o julgamento da Consulta nº 1398/DF pelo TSE, o que não se coadunava com a vedação expressa de candidaturas avulsas.

Desse modo, os partidos políticos voltaram à cena política e jurídica com prestígio renovado para comandar o processo político na democracia brasileira, mesmo que "muitos partidos, na consciência de inúmeros brasileiros, não se distinguem, uns dos outros, por sua história, nem pelo corpo de seus desígnios e fins, nem pelos motivos de sua razão-de-ser" (TELLES JUNIOR 2003, pp. 92-93).

"Para o povo, muitos partidos nada mais são do que siglas, meras siglas, só isto" (TELLES JUNIOR 2003, p. 92).

3 DEMOCRACIA E AS CRISES

O voto universal para todos os níveis e para todos os cargos foi a grande conquista política do povo brasileiro na Constituição de 1988 e não o poder. Os cargos eletivos federais, a duração dos mandatos e o sistema eleitoral[XIX] [XX] mantiveram o regramento de constituições anteriores. O poder é desempenhado pelo representante do povo, sem que o povo possua instrumentos jurídicos ou políticos para controlar o exercício do poder delegado. As eleições assumiram a primazia do processo político, como se o voto apenas modificasse a sociedade e a realidade. As eleições, nesse contexto, transformam-se em mera função designatória do consentimento popular, sem participação do povo na formação da vontade do governo e no processo político (SILVA, 1998, p. 142).

A realização de sucessivas eleições gerais realizadas a partir de 1990 para escolha dos representantes nos cargos eletivos estaduais e federais e 1992 dos municipais foi extremamente importante para a consolidação das instituições políticas, como os partidos políticos, a Justiça Eleitoral etc., sem que isso resolva as mazelas da sociedade. A alternância do poder nos cargos do executivo federal, dentre outros, durante esse período sem interrupções demonstra o funcionamento formal da democracia brasileira. No entanto, as crises ético-políticas no Congresso Nacional sucederam-se em escala crescente tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, sem que o nepotismo, o fisiologismo e a corrupção diminuíssem.

Toda representação resulta de um mandato, que "consiste no poder de representar o mandante" na execução de atos (TELLES JUNIOR 2003, p. 72). Na ordem jurídica o mandato implica a vinculação do mandatário às vontades e instruções do mandante (art. 654, § 1º do CC/2002), a obrigação do mandatário de prestar contas de seu desempenho (art. 688, CC/02), a possibilidade de revogação do mandato, por ato do mandante, salvo

quando o contrário estiver convencionado no contrato ou quando se verificarem os casos de exceção, mencionados na lei (art. 682 e seguintes do CC/02).

Os Deputados e os Senadores não estão vinculados à vontade e à instrução de seus eleitores e nem prestam contas e nem podem ser destituídos pelo povo, pois, não são titulares de um mandato jurídico, não são mandatários ou representantes, no sentido do direito civil. Mas, são delegados do povo. "São cidadãos eleitos pelo processo do sufrágio universal, para que elaborem leis – mas, note-se, as leis que eles próprios entenderem boas ou úteis" (TELLES JUNIOR 2003, pp. 72-73).

Na Constituição Federal está expressa essa máxima, "Os Deputados e Senadores são invioláveis[XXI], civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos"[XXII]. Significa após empossados são delegados do povo, e totalmente independentes para exercerem seu poder legislativo com plena autonomia, pois deliberam e atuam por conta própria, e no uso de suas prerrogativas, não respondem por suas ações ou abstenções (TELLES JUNIOR 2003, p. 73). Se o eleito tiver problemas éticos ou de qualquer outra espécie o que pode lhe acontecer como consequência de sua atuação parlamentar é serem reeleitos ou não o serem, para a legislatura seguinte (TELLES JUNIOR 2003, p. 73), sem o cidadão não disponha de outro instrumento político ou jurídico, que não o voto.

O representante, base do sistema representativo, não possui qualquer elo programático com o representado (TELLES JUNIOR 2003, p. 77). Pois, a "chamada representação política não pressupõe, verdadeiramente, o referido vínculo, que seria o fundamento dessa mesma representação"(ob.cit., p. 77). Os parlamentares, embora sem mandato, destituídos de representação autêntica, são chamados representantes para lembrar-lhes que devem portar como se fossem (ob. cit., p. 77).

Percebe-se, assim, que o representante é não aquilo que deveria (representante do povo), mas deveria portar-se como mesmo quando deve contas à sua própria consciência.

Para Mill (1981, p. 47) a democracia representativa significa que

[...] o povo inteiro, ou pelo menos grande parte dele, exercite, por intermédio de deputados periodicamente eleitos por ele, o poder do controle supremo, que deve existir em algum lugar em todas as constituições. Este poder supremo deve ser mantido em toda sua perfeição. O povo deve ser amo e senhor, sempre que quiser, de todas as atividades do governo.

O termo democracia, assim, deve ser compreendido em sua dimensão prática como democracia possível (FERREIRA FILHO, 1972, p. 3), dentro de uma realidade social e política. Uma vez que a Democracia institucionalizou-se sob a forma representativa afastada dos modelos puros de democracia direta defendido por pensadores como Rousseau no "Contrato Social".

Para José Afonso (1998, p. 141)

a democracia representativa pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos etc. E ainda, que, na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo.

Mesmo quando se aceita a pragmaticidade da democracia, o eleitor tem a dificuldade de entender a idéia do representante que não representa, e que seu papel é designar quem decide e escolhe. A sucessão de sufrágios não suplanta essa situação anacrônica, pois a renovação dos representantes não afasta o descompasso entre as aspirações do representado e as pretensões do representante.

O fundamento de uma sociedade democrática é o pacto de não-agressão de cada um com todos os outros e o dever de obediência às decisões coletivas tomadas com base nas regras do jogo de comum acordo preestabelecidas, sendo a principal aquela que permite solucionar os conflitos que surgem em cada situação sem recorrer à violência recíproca. Mas tanto o pacto negativo de não-agressão, quanto o pacto positivo de obediência, para serem, além de válidos, também eficazes, devem ser garantidos por um poder comum.

O dever de obediência às decisões coletivas é violado, no regime democrático brasileiro, especialmente por aqueles que criam as regras do jogo, os representantes. Quando um dos pilares da sociedade democrática é abalado com os atos dos parlamentares brasileiros, sem que sofram as conseqüências naturais de uma violação às normas, além do sentimento de impunidade aos privilegiados, influencia a base da sociedade desacreditando o próprio sistema. A legitimidade de um governo decorre da crença que seus atos, procedimentos, decisões, políticas, estruturas, autoridades são apropriados, moralmente justos (DAHL 1981, p. 50).

Ribeiro (1990, p. 38) adverte que

Todos os que manipulam poderes, sejam estes públicos ou privados, estão submetidos a uma tendência a descambarem para o despotismo, quando a natureza dessas atividades reclama a aplicação de padrões públicos de responsabilidade, para eficácia dos princípios consagrados para igual proteção social.

E ainda, que “a democracia provavelmente não sobreviverá se uma minoria importante se opõe a ela, pois as instituições democráticas sofreriam muito se uma maioria precisasse impor constantemente suas decisões sobre uma minoria significativa” (DAHL 1981, p. 50), especialmente, quando essa minoria é a responsável pela definição das regras e das escolhas dos governos da nação.

A capacidade do povo em desempenhar seu papel está ligada ao número de indivíduos necessários à formação de uma opinião pública a respeito dos assuntos gerais do Estado (MILL, p. 40). Quando esse número não é alcançado, numa visão pragmática, “os eleitores só se servirão de seu direito de sufrágio para atender a seus interesses privados,

ou aos interesses de sua localidade, ou aos de alguém a quem estejam ligados como aderentes ou dependentes" (MILL, p. 40).

A democracia não elimina ou suprime conflitos sociais, que podem ser "regulados, controlados, nunca suprimidos, nem num Estado totalitário" (Ralf Dahrendorf *apud* ARON 1986, p. 10). Os conflitos econômicos, éticos, políticos da sociedade brasileira repercutiram no modelo de democracia implantado na Constituição Federal, em razão do processo histórico de criação da própria Constituição.

Para Bonavides (p. 383), "a crise da estatalidade social no Brasil não a crise de uma Constituição, mas a da Sociedade, do Estado e do Governo; em suma, das próprias instituições por todos os ângulos possíveis".

A crise de poder ocorre quando um poder reforma ou elabora a Constituição e "se mostra nesse ato de todo impotente para extirpar a raiz dos males políticos e sociais que afligem o Estado, o regime, as instituições e a Sociedade mesma no seu conjunto" (BONAVIDES, Curso de direito constitucional, 2008, p. 384).

Se a crise decorre da atuação do poder constituinte, poderia ser solvida pelo recurso ao poder constituinte de primeiro grau, fazendo uma nova Constituição para recompor as bases da legitimidade e do governo estável.

Se a crise fosse constitucional[XXIII], bastaria utilizar o meio de reforma ou revisão, *"remédio jurídico que a Constituição mesma oferece"* (BONAVIDES, p. 383), para solucionar a crise. Um desses modos é conhecido no mecanismo[XXIV] denominado direito de revogação. O *"recall"**[XXV]*** é o meio popular de por termo ao mandato eletivo de um parlamentar, antes da expiração do respectivo prazo legal (BONAVIDES, Ciência Política 1994, p. 291).

Para as teorias democráticas, o povo está na origem do Poder. Burdeau, *apud* Pauperio (1964, p. 147) afirma que, pelo contrato social, o povo aceitou a autoridade política; se as cláusulas, porém, do contrato, são violadas pelo governante, o povo recupera sua primitiva liberdade, passando-lhe a caber novamente o direito de dispor de seus próprios destinos, através do poder constituinte.

Se de um lado, sem a necessidade de atuação do poder constituinte, o *recall* como instrumento legítimo de democracia, criaria nova modalidade da participação popular no processo político brasileiro, sendo criado inicialmente para os cargos do Poder Legislativo Federal, instituindo o número mínimo de eleitores, sendo dirigido o pedido ao Tribunal Superior Eleitoral para que examine os requisitos formais e convoque eleição num prazo máximo de seis meses. Considerando a diferença de sistemas proporcional ou majoritário, o número mínimo para a perda do cargo seria o quociente eleitoral do pleito em que o deputado foi eleito ou o número dos votos recebidos pelo eleito pelo sistema majoritário.

Por outro lado, segundo Stuart Mill (1981, p. 39), o governo representativo (democrático) pode ser apontado como o tipo ideal do governo mais perfeito, porém com três condições fundamentais para sua subsistência permanente: 1) que o povo esteja disposto a aceitá-lo; 2) que o povo tenha a vontade e a capacidade de fazer o necessário

para sua preservação; e 3) que este povo tenha a vontade e a capacidade de cumprir os deveres e exercer as funções que lhe impõe este governo.

Das três condições fundamentais, a vontade e a capacidade popular de agir para a preservação do governo representativo, na lúcida visão de Mill (p. 40), é a mais difícil de permanecer presente no correr do tempo. A indiferença e a incapacidade popular de entender os processos e exigências do governo representativo, "são os obstáculos que devem ser esperados", porém, "quando um povo não dá o valor suficiente ligado a uma constituição representativa, não tem quase nenhuma chance de conservá-la", pois, "as instituições representativas, para sua permanência, dependem necessariamente da presteza do povo em lutar por elas quando estiverem ameaçadas".

Por sistema de valores entende-se aqueles temas políticos e filosóficos que a sociedade reputa mais importantes que lhe dão identidade. A organização estabelece as regras para que o cidadão com capacidade eleitoral plena possa pleitear a indicação de um partido político na disputa de um cargo eletivo. Sem que tais assuntos sejam sistematicamente expostos e demonstrados no dia a dia da prática política, especialmente, nas Casas Legislativas, o desconhecimento e o desinteresse tendem a crescer no âmago da sociedade civil.

Para Telles Júnior (ob.cit., pp. 78-79:

Parlamentos que se afastam dos anseios do povo, que legislam com displicência, ou que são apáticos, preguiçosos, ausentes, são Parlamentos que quebram os quadros de seu sistema de referência, violam o imperativo ético que é a razão de ser de sua existência, e perdem o excelso título de *representantes políticos* do povo.

Conhecimento e participação são os elementos chaves desse processo político que resultará no fortalecimento ou na suplantação da democracia.

A profunda crise aponta para a necessidade de buscar soluções jurídicas dentro da própria Carta Política atual ou mesmo, fora dela, no direito comparado com vistas a minimizar seus efeitos nefastos e trazer de volta a esperança por futuro promissor.

Efusivas as palavras de Cármen Lúcia (2004, p. 54)

[...] a pátria firma o ser humano em sua terra como compromisso não apenas com o seu presente, mas com o seu futuro. Sim, porque é do futuro que aqui se cuida, ao permitir a participação de todos nos rumos a ser tomados pela pátria. Que será a dos que vierem depois, com o mesmo sangue dos seus ascendentes, a pisar a mesma terra na qual plantaram as sementes de suas esperanças, de suas frustações e de suas glórias.

4 LEVANTAMENTO DE DADOS

Considerando os relatórios das eleições gerais (1º turno) das três últimas eleições gerais para cargos eletivos federais elaborados pelo Tribunal Superior Eleitoral foram

destacados os números relativos ao não comparecimento dos eleitores aptos, acrescidos dos votos brancos e nulos em todos os estados e no Distrito Federal.

Desses números, interessa-nos aqueles que indicam um comportamento do eleitor em não participar do pleito, identificado na coluna (C) como abstenção, e ainda os que comparecem, mas se recusaram em votar nos candidatos representados pelos votos brancos e nulos, nas colunas (E) e (F).

Interessa-nos tão somente os dados relativos aos cargos de deputado federal e senador, cotejados com os números relativos ao de Presidente da República para despertar o espírito crítico do leitor.

QUADRO GERAL ESTADO – 1º TURNO – 1998											
BRASIL – Cargos (Presidente da República, Senador e Deputado Federal)											
	A	B	%	C	%	D	%	E	%	F	%
	Aptos	Compar.	(B/A)	Abstenção	(C/A)	Votos	(D/B)	Votos	(E/B)	Votos	(F/B)
Cargo	Total					Válidos		Brancos		Nulos	
Pres. República	106.100.596	83.297.773	78,508	22.802.823	21,492	67.722.303	81,301	6.688.379	8,029	8.887.091	10,669
Senador	106.053.106	83.275.929	78,523	22.777.177	21,477	145116122 [1]	74,259	11.377.677	13,663	10.058.059	12,078
Dep. Federal	106.053.106	83.282.476	78,529	22.770.630	21,471	66.599.875	79,969	8.522.351	10,233	8.160.250	9.798

QUADRO GERAL ESTADO – 1º TURNO – 2002											
BRASIL – Cargos (Presidente da República, Senador e Deputado Federal)											
	A	B	%	C	%	D	%	E	%	F	%
	Aptos	Compar.	(B/A)	Abstenção	(C/A)	Votos	(D/B)	Votos	(E/B)	Votos	(F/B)
Cargo	Total					Válidos		Brancos		Nulos	
Pres. República	115.253.816	94.805.583	82,258	20.448.233	17,742	84.952.512	89,607	2.873.753	3,031	6.976.685	7,359
Senador	115.184.176	94.766.965	82,274	20.417.211	17,726	153.664.544	81,075	13.316.709	7,026	22.547.411	11,896
Dep. Federal	115.184.176	94.766.800	82,274	20.417.376	17,726	87.474.543	92,305	4.476.906	4,724	2.811.943	2,967

QUADRO GERAL ESTADO – 1º TURNO – 2006											
BRASIL – Cargos (TODOS)											
	A	B	%	C	%	D	%	E	%	F	%
	Aptos	Compar.	(B/A)	Abstenção	(C/A)	Votos	(D/B)	Votos	(E/B)	Votos	(F/B)
Cargo	Total					Válidos		Brancos		Nulos	
Pres. República	125.913.134	104.820.459	83,248	21.092.675	16,752	95.996.733	91,582	2.866.205	2.734	5.957.521	5,684
Senador	125.827.049	104.779.071	83,272	21.047.978	16,728	84.383.805	80,535	8.254.205	7,878	12.141.061	11,587
Dep. Federal	125.827.049	104.779.065	83,272	21.047.984	16,728	93.799.909	89,522	6.575.581	6,276	4.403.575	4,203

O primeiro dado relevante diz respeito à redução do percentual de abstenção do eleitor com relação ao comparecimento às urnas de 78,508% em 1998 para 83,248 % em 2006, é preciso considerar também crescimento do número de eleitores aptos no período. Esse aumento parece indicar que o cidadão brasileiro, no primeiro turno, interessou-se mais em exercer sua capacidade eleitoral ativa.

Outro ponto significativo é a redução dos votos em branco e nulos, porém, quando se coteja a redução dos votos para os cargos de deputado federal e senador com os para presidente, percebe-se que os primeiros diminuíram em ritmo menor do que para o terceiro. Enquanto a redução no pleito de 2006 para deputado federal (10,479%) acompanhou o ritmo da redução para a eleição de presidente (8,418%), o percentual de votos em branco e nulos para senador permaneceram em níveis elevados (19,465 %) dos que compareceram às urnas.

A redução em percentuais pode ter sido relevante, todavia, quando são analisados os números globais de votos brancos e nulos ao lado da abstenção[XXVI] constata-se que esses assumiram níveis preocupantes, em 2006, 33% dos eleitores aptos, não compareceram ou anularam o voto ou o fizeram em branco em candidatos ao senado, e 25% para deputado federal. Considerando que, no mínimo, um quarto dos cidadãos brasileiros com capacidade eleitoral ativa perderam o interesse ou simplesmente não concordaram com os candidatos apresentados pelos partidos políticos nos último sufrágio geral, esse número não pode ser desprezado nem esquecido[XXVII].

Mesmo considerando que existem diversidades regionais que poderiam influenciar na rejeição do eleitor pelos candidatos lançados pelos partidos, o aumento percentual e o número real de eleitores insatisfeitos não pode ser desprezado.

O que poderia causar esse desinteresse do eleitor em votar para Deputado Federal e para Senador, sem que tal fenômeno atinja a eleição para Presidente da República. Quais são as causas desse fenômeno, que medidas podem alterar essa tendência, o que se espera do Legislativo Brasileiro.

Dentre as Casas Legislativas do Congresso Nacional, o Senado Federal foi o mais atingido no número de eleitores que manifestaram sua rejeição aos candidatos apresentados nos pleitos, o que atinge a instituição na identificação com o eleitor.

5 CONCLUSÃO

O exame do modelo democrático adotado na Constituição Federal demonstra que a democracia brasileira padece de problemas decorrentes da própria elaboração da atual constituição, e outros decorrentes do exercício do poder e do pleno funcionamento das instituições.

Enfrentar a crise de legitimidade dos integrantes do Congresso Nacional representa um dos maiores desafios do Poder Legislativo Brasileiro nesse período de estabilidade política. Ainda que tal tarefa esteja a cargo dos próprios parlamentares, o agravamento da crise poderá despertar o instinto de sobrevivência dos titulares do poder político no país para a criação de novos mecanismos ou mesmo mudança de práticas para que a vontade do representado aproxime-se com a do representante e o Legislativo Brasileiro volte a se destacar como centro de debates e fórum permanente de soluções para o crescimento da Nação.

BIBLIOGRAFIA

ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações.* 2ª ed. Tradução: Sérgio BATH. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos.* 2ª ed. Tradução: Daniela Beccaccia VERSIANI. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política.* 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

—. *Curso de direito constitucional.* 22ª. São Paulo: Saraiva, 2008.

—. *Política e Constituição. Os caminhos da Democracia.* Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CERQUEIRA, Marcello. “Recado ao Tempo: Democracia e Segurança Jurídica.” In: *Constituição e Segurança Jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, por Cármen Lúcia ROCHA, 415. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2005.

DAHL, Robert. *Análise Política Moderna.* Tradução: Sérgio BATH. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível.* São Paulo: Saraiva, 1972.

—. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira.* Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

LUQUE, Luis Aguiar de. *Democracia Directa Y Estado Constitucional.* Madrid: EDERSA, 1977.

MILL, John Stuart. *Considerações sobre o Governo Representativo.* Tradução: Manoel Innocêncio de Lacerda SANTOS JÚNIOR. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PAUPERIO, A. Machado. *Teoria Geral do Estado.* 4ª. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral. No caminho da sociedade participativa.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Direito de todos para todos.* Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SAMPAIO, Nélson de Sousa. *Prólogo à Teoria do Estado (Ideologia e Ciência Política).* 2. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional. Como mudam as constituições.* Tradução: Sérgio BATH. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *O povo e o poder. O Conselho do Planejamento Nacional.* São Paulo: Malheiros, 2003.

[I] Disponível no http://www.tse.jus.br/internet/eleicoes/1998/quad_geral_blank.htm, acesso em 26/ago/2009.

[II] Disponível no http://www.tse.jus.br/internet/eleicoes/2002/quad_geral_blank.htm, acesso em 26/ago/2009.

[III] Disponível no http://www.tse.jus.br/internet/eleicoes/2006/quad_geral_blank.htm, acesso em 26/ago/2009.

[IV] O modo de constituição concerne à formação social da elite. Relaciona-se com a circulação entre as camadas sociais e é função da mobilidade social. Se esta é alta, se a elite socialmente não se estratifica, se permanece aberta ao acesso dos que têm as qualidades necessárias para nela incorporar-se, embora nascidos na 'massa', prevalece o que Mosca denominou de tendência democrática (FERREIRA FILHO, 1972, p. 32).

[V] Compreendido como soberania.

[VI] Que em última essência é o povo.

[VII] BRASIL, Constituição (1988), Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008, art. 1º, parágrafo único.

[VIII] O notável doutrinador cearense escreveu ainda sob a vigência da constituição anterior de 1969.

[IX] El **Tratado de Fráncfort** (en francés: *Le traité de Francfort*; en alemán: *Friede von Frankfurt*) fue un tratado de paz firmado el 10 de mayo de 1871 en Fráncfort del Meno entre el Imperio Alemán y Francia, al finalizar la guerra franco-prusiana. Ratificó el Tratado de Versalles del 26 de febrero de 1871, acordado entre Otto von Bismarck y el jefe de gobierno francés, Adolphe Thiers. Disponível em: <http://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Fr%C3%A1ncfort>. Acesso em 2 setembro 2009.

[X] Sem olvidar da existência de hipóteses de eleições indiretas na Constituição Federal.

[XI] "A representação proporcional incorpora e promove uma preocupação predominante: a tradução 'proporcional' dos votos em assentos parlamentares. Seu mérito indiscutível é, portanto, a eqüidade na representação política – o que, para muitos, é suficiente. Contudo, a representação proporcional recebe duas críticas importantes, relacionadas entre si: a primeira, de que provoca (melhor dito, permite) uma fragmentação excessiva dos partidos; a segunda, de que não é sensível ao requisito da governabilidade (a presença de um governo efeito) ou não consegue lidar adequadamente com essa necessidade" (SARTORI 1996, p. 73).

[XII] "Os sistemas majoritários são defendidos, de modo geral, por quatro razões: a primeira, pelo fato de que eles elegem (ajudam a eleger) uma maioria governativa e, por esse meio, produzem um governo; a segunda, porque diminuem a fragmentação partidária, reduzindo o número de partidos eventualmente a apenas dois; a terceira, porque criam um relacionamento direto (mais direto) entre os eleitores e seus representantes; a quarta, porque melhoram a qualidade dos que são eleitos" (SARTORI 1996, pp. 69-70).

[XIII] O pluralismo político, pilastra básica do Estado Democrático de Direito, assenta-se na "diversidade de idéias em livre propagação, com intercâmbio incessante de opiniões contrapostas, no ambiente inesgotável de diálogo, culminando no sistema partidário, dando expressão à heterogeneidade social e às divergências nas perspectivas de vida, através do qual se estabelecem e consumam as disputas eleitorais" RIBEIRO (1990, pp. 21-22).

[XIV] http://www.tse.jus.br/internet/partidos/index.htm, acesso em 26/ago/2009.

[XV] O primeiro partido a requerer o registro provisório em 20/3/1980 foi o PTB – Partido Trabalhista Brasileiro e o mais recente o PR – Partido da República resultante da fusão do PL com o PRONA. http://www.tse.jus.br/internet/partidos/arquivos/historico_partidos.pdf, acesso em 26/ago/2009, 15h21.

[XVI] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS 20.916/DF. Relator Min. Sepúlveda Pertence. DJ 23/03/93. Ementário nº 1697-2. MS 20.927/DF (liminar). Relator Min. Moreira Alves. DJ 15/04/94. Ementário nº 1740-01 e MS 23.405/GO. Relator Min. Gilmar Mendes. DJ 23/04/2004. Ementário nº 2148-3. MS 26.603/DF. Relator Min. Celso de Mello. DJe 18/12/2008. Ementário nº 2346-02.

[XVII] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. CTA 1398. Relator Min. Francisco Cesar Asfor Rocha. DJ 8/05/2007.

[XVIII] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS 26.602/DF. Relator Min. Eros Grau. DJe 16/10/2008. Ementário nº 2337-02 e MS 260.604/DF. Relatora Min. Cármen Lúcia. DJe 2/10/2008. Ementário nº 2335-02.

[XIX] "Os sistemas eleitorais têm um duplo efeito – sobre o eleitor e sobre o número de partidos. Esses efeitos devem ser avaliados separadamente, porque o número de partidos não deriva apenas do comportamento dos eleitores, mas também do modo como os seus votos são transformados em assentos na representação parlamentar" (SARTORI 1996, p. 45).

[XX] "No que respeito ao modo como os votos são traduzidos em representantes eleitos, os sistemas eleitorais podem ser considerados como um *continuum*, pois a variável mais importante, aqui é o tamanho do universo eleitora, e o fato é que existem em um país ou outro universos variando continuamente (serialmente) de um a cerca de quarenta ou cinqüenta representantes eleitos" (SARTORI 1996, p. 67).

[XXI] A Constituição adota o termo inviolabilidade (art. 53, *caput*), que na prática tem o mesmo resultado.

[XXII] BRASIL, Constituição (1988), Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008, art. 53, *caput*.

[XXIII] "É a crise de uma Constituição ou, de modo mais freqüente e preciso, de um determinado ponto da Constituição". BONAVIDES, ob.cit., p. 383.

[XXIV] Mecanismo de excepcional ação efetiva do povo sobre as autoridades, permitindo-lhe pôr termo ao mandato eletivo de um funcionário ou parlamentar, antes da expiração do respectivo prazo legal. Bonavides, Ciência Política, 1994, p. 300.

[XXV] Instituto de democracia semidireta adotado nos Estados Unidos, em que determinado número de cidadãos, em geral a décima parte do corpo de eleitores, formula, em petição assinada, acusações contra o deputado ou magistrado que decaiu da confiança popular, pedindo sua substituição no lugar que ocupa, ou intimando-o a que se demita do exercício de seu mandato. (BONAVIDES, Ciência Política, 1994, p. 292).

[XXVI] Entendida como não comparecimento apesar de estar apto.

[XXVII] Cabe a advertência de que a análise sobre os números apresentados nos relatórios gerais não considera, nem aprecia os aspectos regionais, considerando os números em sua totalidade.

DIREITO AMBIENTAL: DIREITOS, SUJEITOS, TITULARIDADES E RELAÇÕES

O BIODIESEL COMO ESTRATÉGIA DE MITIGAÇÃO ÀS MUDANÇAS CLIMÁTICAS: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL*

BIODIESEL AS A STRATEGY FOR CLIMATE CHANGE MITIGATION: CONSTITUTIONAL ANALYSIS

Ana Mônica Medeiros Ferreira

RESUMO

A utilização de biodiesel resulta na redução de emissões de gases de efeito estufa para a atmosfera, que pode ser analisada como uma estratégia de mitigação as mudanças climáticas. O Estado na função de agente regulador da atividade econômica, que sob a égide da Constituição Federal exerce o poder de estabelecer diretrizes para o desenvolvimento sustentável, deve impor medidas no campo energético que promova tal desenvolvimento, sendo um exemplo disso o investimento em fontes renováveis de energia como o biodiesel. A recente inserção do biodiesel derivado de vegetais oleaginosos na matriz energética brasileira enseja a análise de alguns aspectos a ele pertinentes. Partimos de considerações acerca das mudanças climáticas e seus reflexos no ordenamento jurídico para construir uma definição de desenvolvimento sustentável e passando pelo conceito de biodiesel, analisam-se suas vantagens – sociais, econômicas e ambientais – em relação aos combustíveis fósseis predominantemente utilizados.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO; MUDANÇA CLIMÁTICA; BIODIESEL.

ABSTRACT

The biodiesel use results in reducing emissions of greenhouse gases into the atmosphere, which can be analyzed as a strategy for mitigation climate change. The state as a regulating agent of economic activity, which under the Federal Constitution has the power to establish guidelines for the development, shall impose the energy field to promote such development, one example being the investment in renewable energy such as biodiesel. The recent insertion of biodiesel derived from oily vegetables in the Brazilian genetic matrix calls for the analysis of some aspects that belong to it. This study begins with considerations about climate change and its consequences in law to an introduction to 'sustainable development' definition, it goes through the concept of biodiesel and a brief historical, the paper analyzes it's advantages – social, economic and environmental – related to the fossil fuels predominantly used.

KEYWORDS: LAW - CLIMATE CHANGE – BIODIESEL

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

É sabido que o clima da Terra vem sofrendo alterações nas últimas décadas. Tais alterações ocorrem por fatores naturais, como as glaciações, mudanças no movimento de placas terrestres, ciclo de atividade solar, e por fatores antropogênicos, ou seja, a interferência pelo homem, como desmatamento, emissão de gases nocivos, mau uso do solo e da água, a própria explosão demográfica, dentre outros. Entretanto, para a maioria da comunidade científica a maior parcela de responsabilidade deste fenômeno, hoje conhecido como Mudança Climática Global, se deve as ações antropogênicas.

As ações antropogênicas têm implicado no aumento da poluição, desmatamento e queimadas de floresta nativas e formação de ilhas de calor nos grandes centros, dentre outros. A interação destas ações vem contribuindo para as Mudanças Globais do Clima, resultando no aumento da concentração de gases que intensificam o efeito estufa. Assim, verifica-se uma contribuição no aumento na temperatura média na superfície terrestre de ordem não natural

Os estudos científicos mais recentes alertam para um século XXI de inúmeras transformações em nosso planeta manifestas através de enchentes, secas, furacões, derretimento de geleiras, epidemias, destruição de lavouras. O aquecimento global é um dos principais problemas ambientais do século, desafiando a humanidade e a ciência a encontrar soluções técnicas e tecnológicas e a buscar outros estilos de produção, consumo e convivência.

A atividade econômica está diretamente relacionada com a utilização de energia, uma vez que energia é sinônimo de poder, e quem pode pagar por ela tem maior chance de usufruir de suas variadas formas de utilização. Em contrapartida, o não acesso marginaliza. Assim, as formas de gerá-la deixam de ser um problema exclusivamente técnico, para se constituírem em questões que envolvem aspectos energéticos, econômicos e ambientais.

Atualmente, o sistema energético internacional é fortemente dependente de combustíveis fósseis (carvão, petróleo e gás): cerca de 80% do consumo mundial de energia se originam dessas fontes, consumo este que apresentava um crescimento anual de cerca de 2% (média em 20 anos), e que nos últimos cinco anos cresceu em média 3,1% ao ano[1].

Esta é uma situação que não pode perdurar não só pela exaustão gradativa das reservas de combustíveis fósseis como também pelos efeitos negativos ao meio ambiente que resultam do seu uso, entre os quais o aquecimento global.

O debate sobre o aumento da segurança no fornecimento de energia, impulsionado pelos efeitos de ordem ambiental e social da redução da dependência de combustíveis fósseis, contribui para o interesse mundial por soluções sustentáveis por meio da geração de energia oriunda de fontes limpas e renováveis. Nessa agenda, o Brasil ocupa posição destacada em função da sua liderança nas principais frentes de negociação e da significativa participação das fontes renováveis na sua matriz energética.

Um programa de grande destaque no contexto da introdução de energias renováveis a matriz energética brasileira é o Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel (PNPB). Na mesma corrente de política pública do PROALCOOL foi pensada a inserção do biodiesel na matriz energética brasileira em 2004. A produção e o consumo de biodiesel no Brasil, portanto, foram determinados por meio das Medidas Provisórias nº. 214 e 227, convertidas nas respectivas Leis nº. 11.097/05 e 11.116/05. A principal diretriz do programa é implantar um modelo de energia sustentável, a partir da produção e uso do biodiesel obtido de diversas fontes oleaginosas, que promova a inclusão social, garantindo preços competitivos, produto de qualidade e abastecimento.

Diante deste panorama, o objetivo desta da pesquisa é o estudo do Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel – PNPB frente às mudanças climáticas. O trabalho é estruturado conforme as idéias da hermenêutica constitucional moderna que vê nos princípios valores substanciais capazes de construir uma relação harmônica entre o direito e a sociedade.

2. MUDANÇAS CLIMÁTICAS

2.1. SITUAÇÃO ATUAL E PERSPECTIVAS

A mudança do clima no planeta Terra vem se manifestando de diversas formas, destacando-se o aquecimento global, a maior freqüência e intensidade de eventos climáticos externos, alteração nos regimes de chuvas, perturbações nas correntes marinhas, retração de geleiras e a elevação do nível dos oceanos. Os estudos na área apontam que desde a Revolução Industrial a temperatura média do planeta aumentou cerca de 0,6 graus Celsius (°C) e recentemente o fenômeno tem se acelerado: as maiores temperaturas médias anuais do planeta foram registradas nos últimos anos do século XX e nos primeiros anos do século XXI[2].

A década de 1990 foi a mais quente desde que as primeiras medições foram efetuadas no fim do século XIX. Este aumento nas décadas recentes corresponde principalmente ao aumento no uso de combustível fóssil (carvão mineral e petróleo) durante este período, e, em menor escala, pelo desmatamento da cobertura vegetal do planeta[3].

A comunidade científica especializada no tema já não tem mais dúvidas de que este fenômeno, chamado de alargamento do efeito estufa, é causado principalmente pelo aumento da concentração na atmosfera de certos gases, ditos de efeito estufa. Eles impedem a liberação para o espaço de calor emitido pela superfície terrestre, a partir de seu aquecimento pelo sol, tal qual ocorre numa estufa[4].

É importante saber que o efeito estufa é um fenômeno natural para manter o planeta aquecido. O problema é que, ao lançar muitos gases de efeito estufa (GEEs) na atmosfera, o planeta se torna quente demais, podendo levar a graves conseqüências. O mecanismo do efeito estufa é o seguinte: os raios solares que vêm do Sol chegam à

atmosfera terrestre e são espalhados, absorvidos e refletidos. Quando chegam à superfície da Terra, estes raios são absorvidos e reemitidos de volta para a atmosfera. Com os GEEs atuantes, temos uma barreira que impede que esta energia liberada pela Terra seja emitida para o espaço, e retorna novamente. Cada vez que a energia bate na barreira e volta, a temperatura aumenta. Porque uma parcela dessa radiação é refletida pela atmosfera, outra é por ela absorvida e uma terceira parte atravessa a atmosfera atingindo a superfície terrestre. Ali, 30% dessa radiação é refletida e 70% é absorvida, transformada em energia e depois liberada na forma de raios infravermelhos. Esses raios sobem em direção ao espaço, mas encontram uma camada que impede que saiam da atmosfera terrestre, contribuindo, estão, para o aquecimento da superfície do planeta

Essa camada é formada pelos chamados GEEs, gases de efeito estufa, que são os seguintes, segundo o Anexo A do Protocolo de Kyoto: dióxido de carbono (CO2), metano (CH4), óxido nitroso (N2O), hidrofluocarbonos (HFCs), perfluocarbonos (PFCs), hexafluoreto de enxofre (SF6)[5].

Entre os gases de efeito estufa (GEEs), os mais significativos são o dióxido de carbono (CO_2) e o metano (CH_4), emitidos pela intensificação da atividade antrópica. A concentração de CO_2 na atmosfera que era de 280 ppm (partes por milhão) na era pré-industrial, já superou os 380 ppm.

A Terra sempre passou por ciclos naturais de aquecimento e resfriamento, da mesma maneira que períodos de grande atividade geológica lançaram a superfície quantidades colossais de gases que formaram de tempos em tempos uma espécie de bolha gasosa sobre o planeta, criando um efeito estufa natural. Ocorre que, atualmente, a atividade industrial está afetando o clima terrestre na sua variação natural, o que sugere que a atividade humana é um fator determinante no aquecimento[6].

Apesar das incertezas científicas que ainda existem em relação às possíveis conseqüências da mudança globais do clima da Terra, a elevação da temperatura do planeta é uma realidade comprovada e um tema cada vez mais debatido.

Os Relatórios do IPCC (Painel Intergovernamental de Mudança do Clima, *Intergovernamental Painel on Climate Change*), mostram que até 2100, mesmo que fosse possível eliminar totalmente a emissão de gases que intensificam o efeito estufa, só o que já está acumulado poderá trazer uma variação entre 1,4 e 5,8 graus na temperatura da Terra.

Os efeitos adversos do aquecimento global e da maior freqüência e intensidade de efeitos climáticos extremos podem provocar um aumento da vulnerabilidade do planeta em diversas áreas, como por exemplo, perdas na agricultura e ameaça a biodiversidade, expansão de vetores de doenças endêmicas, aumento da freqüência e intensidade de enchentes e secas, mudança do regime hidrológico, com impactos sobre a capacidade de geração hidrelétrica. Além disso, a elevação do nível do mar pode vir a afetar regiões costeiras, em especial grandes regiões metropolitanas litorâneas[7].

Tais perspectivas são particularmente alarmantes para os países em desenvolvimento, que deverão sofrer mais fortemente os impactos das mudanças climáticas e poderão ter comprometidos seus esforços de combate à pobreza e os demais objetivos de desenvolvimento do milênio[8].

Em termos econômicos, estudos indicam que o aquecimento pode causar o mais profundo e extenso dano à economia mundial jamais visto. Pondera-se que, caso uma pequena parcela de investimento do PIB mundial fossem destinadas às ações de mitigação hoje, perderia evitar uma perda considerável do mesmo PIB ao longo de 50 anos[9].

Dada a complexidade do tema, que tem interfaces com diversas áreas do conhecimento, é imperativo e urgente a universalização dos saberes fundamentais referentes ao tema das mudanças climáticas e seus desdobramentos sócio-econômicos e ambientais. Cabe ressaltar que as informações devem ser democratizadas para toda população e que a atenção maior direcionada aos gestores públicos e lideranças regionais é norteada pelo pressuposto que são esses atores os que têm poder de atalho junto aos órgãos públicos no que concerne as tomadas de decisão que tenham impacto significativo em relação às Mudanças Globais, bem como atuam como agentes formadores e opinião[10].

2.2. O PROTOCOLO DE KYOTO

Em decorrência dos riscos acarretados pelas mudanças climáticas, foi estabelecida, no âmbito da Organização das Nações Unidas, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, durante a Cúpula da Terra no Rio de Janeiro em 1992, com o objetivo de estabelecer as diretrizes e condições para estabilizar os níveis de gases do efeito estufa na atmosfera terrestre. A Convenção do Clima tem como órgão supremo a Conferência das Partes (COP) composta pelos países signatários, que se reúnem anualmente para operacionalizar a Convenção e cuja primeira reunião ocorreu em Berlim, Alemanha, em 1995. Durante a COP3, realizada em Kyoto, Japão em 1997, foi adotado o Protocolo de Kyoto, pelo qual os países industrializados deverão reduzir suas emissões de GEEs 5,2%, em média, em relação às emissões de 1990, nos anos de 2008 a 2012[11].

A meta geral de 5% para os países desenvolvidos deve ser atingida por meio de cortes de 8% na União Européia (UE), Suíça e na maioria dos Estados da Europa Central e Oriental; 7% nos EUA; e 6% no Canadá, Hungria, Japão e Polônia. Nova Zelândia, Rússia e Ucrânia devem estabilizar suas emissões, enquanto a Noruega pode aumentar suas emissões em até 1%, a Austrália em até 8% e a Islândia em até 10%. A UE fez seu próprio acordo interno para atingir sua meta de 8%, distribuindo taxas diferentes para os seus Estados-membros, exatamente como foi dividida a meta de 5% de todo o grupo desenvolvido. Essas metas variam de uma redução de 28% em Luxemburgo e cortes de 21% na Dinamarca e Alemanha a aumentos de 25% na Grécia e de 27% em Portugal[12].

É importante ressaltar que o Protocolo de Kyoto não criou, com seus mecanismos, direitos de emissão de GEEs. O documento criou o direito a emitir uma quantidade limitada de poluição dentro de um determinado parâmetro. E que todas as autorizações ou direitos de emissão criados dentro do espectro do Protocolo são pertencentes em última instância aos governos nacionais. Para que entidades privadas sejam proprietárias de, por exemplo, créditos de carbono, elas precisam de autorização específica, inclusive

porque o Protocolo não traz nenhuma obrigação de redução de emissão a nenhuma pessoa, física ou jurídica, do setor privado[13].

O Brasil não tem por enquanto compromissos formais com a redução ou com a limitação das suas emissões antrópicas de gases de efeito estufa, conforme estabelecido na Convenção e confirmado pelo Protocolo de Kyoto[14].

O Brasil e os demais "Países do Não Anexo 1" foram chamados a adotar medidas para que o crescimento necessário de suas emissões seja limitado pela introdução de medidas apropriadas, contando, para isso, com recursos financeiros e acesso à tecnologia dos países industrializados. Além disso, é compromisso de todas as partes desenvolverem e, periodicamente, atualizar, publicar e tornar disponível para as Conferências das Partes, inventários de emissões por fontes emissoras e remoções por sumidouros de todos os gases de efeito estufa gerados pelas atividades humanas[15].

Antes de quantificar a redução da emissão de gases de efeito estufa que vai solicitar a seus signatários, o Protocolo de Kyoto, no artigo 2, elenca atitudes a serem tomadas pelos países do Anexo I no sentido de conseguirem efetivamente diminuir essas emissões. Tais itens são, em linhas gerais: aumento da eficiência energética em setores relevantes da economia de cada país; proteção e aumento dos sumidouros de GEEs, incluindo a promoção de práticas sustentáveis de manejo florestal, florestamento e reflorestamento; promoção de formas sustentáveis de agricultura; pesquisa, promoção e desenvolvimento e o aumento do uso de formas novas e renováveis de energia e de tecnologias de seqüestro de dióxido de carbono; redução gradual ou eliminação de incentivos fiscais, isenções tributárias e subsídios às atividades que não estejam de acordo com os objetivos de redução de emissão de GEE; adoção de medidas para limitar e/ou reduzir as emissões do setor de transportes; limitação e/ou redução da emissão de metano por meio de sua recuperação e utilização no tratamento de resíduos e de geração e distribuição de energia[16].

O Protocolo de Kyoto possibilita e incentiva a troca de tecnologias, de energias renováveis, tecnologia e possibilidades de ganhos às várias nações. Seus mecanismos de flexibilização são muito importantes, pois permitem aos países que têm metas de redução de emissão a cumprir que o façam internamente, com processos mais eficientes, e por meio de investimento em outros países, trazendo ganhos a diferentes populações simultaneamente. Além disso, suas regras oferecem incentivos econômicos para a redução de emissão de GEEs.

São três os mecanismos de flexibilização, que visam uma maior cooperação entre nações e auxiliar os países do Anexo I a cumprirem as metas acordadas no documento elaborado na COP3. Deve- se salientar que são mecanismos de flexibilização e, sendo assim, não podem ser a única forma de cumprimento das metas, mas sim adicionais a medidas tomadas internamente em cada país[17].

O primeiro é a implementação conjunta de processos previsto no artigo 6º, onde países do Anexo I podem adquirir de outras nações que tenham meta a cumprir unidades de redução de emissões, desde elas não sejam necessárias para a parte que as está vendendo alcançar seus objetivos, ou seja, essas unidades de redução de emissão devem estar "sobrando", além da meta que deve ser atingida. Podem, outrossim, investir em

projetos de mitigação do aquecimento global naquelas nações que também tenham metas dentro do Protocolo.

O segundo instrumento previsto pelo artigo 12 é o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo que incentiva os países do Anexo I a investir em projetos que contribuam para o desenvolvimento sustentável em nações que não são do Anexo I. Esses projetos devem conter "adicionalidade", ou seja, devem ter níveis de emissões de GEEs em um nível inferior ao existente sem sua implementação.

O terceiro mecanismo é o Comércio de reduções certificadas de emissões, previsto no artigo 17, mais conhecido como "comércio de créditos de carbono", esse mecanismo visa a compra de unidades de redução de emissão que estejam devidamente certificadas e disponíveis, a partir de projetos de implementação conjunta, somente entre países do Anexo I. Já há Bolsas comercializando esses contratos no mundo.

Há ainda a comercialização de emissões reduzidas a partir de projetos manejados em países em desenvolvimento, que funciona nos mesmos moldes do comércio de créditos de carbono. Essas reduções certificadas são comercializadas hoje em boa parte das Bolsas de carbono mundiais.

2.3. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ÀS MUDANÇAS CLIMÁTICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Brasil possui posição de destaque nas negociações internacionais acerca da mitigação do aquecimento global, tendo o próprio MDL surgido da proposta brasileira de fundo de desenvolvimento limpo. Além disso, a regulamentação pátria do MDL continua sendo de vanguarda, cabendo sua análise sob as perspectivas dos princípios jurídicos do ordenamento nacional[18].

Nosso país aprovou os termos da Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 01/94, e os promulgou por meio do Decreto Federal nº 2.652/98, sendo, portanto, instrumento legal válido no ordenamento jurídico pátrio.

Com o Decreto Legislativo 144 do dia vinte de junho de 2002, o Brasil ratificou o texto do Protocolo de Kyoto. Assim, ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da Convenção sobre Mudanças Climáticas, bem como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do inciso I do artigo 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio. E, ainda cabe mencionar que a Resolução nº 01 de onze de setembro de 2003 da Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima veio dispor sobre os procedimentos e modalidades possíveis para o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo no âmbito do Protocolo de Kyoto[19].

Essas medidas dos Poderes Legislativo e Executivo foram marcos necessários para subsidiar futuras ações do país em defesa do ambiente global, seja no âmbito do Poder Público ou da sociedade civil organizada.

3. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A POLÍTICA ENERGÉTICA NACIONAL

3.1. PRINCÍPIOS DA POLÍTICA ENERGÉTICA NACIONAL

A Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995 que determinou a abertura do setor petrolífero nacional, promovida pela Emenda Constitucional, exigiu a elaboração de um novo plano estratégico no setor energético para o desenvolvimento do país.

Tal deliberação foi feita através da Lei nº. 9.478/97, conhecida como Lei do Petróleo, que além de prever a criação de um órgão regulador para o setor, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), dispôs sobre as condições de contratação com os novos atores da indústria petrolífera e dos princípios que o Poder Público deve observar no delineamento das políticas públicas relacionadas ao setor energético.

Apesar da Lei do Petróleo tratar principalmente do hidrocarboneto que lhe dá o nome, a este não se limita. Ao cuidar dos princípios e objetivos da Política Energética Nacional aborda a generalidade das fontes de energia disponíveis. Cuida, portanto, não só das diretrizes atribuídas à indústria do petróleo e seus derivados, mas também à do gás natural, da energia elétrica, do carvão e das fontes alternativas de energia, descoberta ou por descobrir, a exemplo dos biocombustíveis.

A Lei nº 9.478/97, como dito, apresentou um norte para o desenvolvimento do setor energético sem, no entanto, trazer programas concretos, mas apenas delineou os princípios e objetivos que deveriam ser seguidos quando de sua feitura e implementação. Em verdade, o texto legal, em diversos momentos trouxe a reprodução dos princípios constitucionais que norteiam a República Federativa e a Ordem Econômica.

Ao abordar a Política Energética Nacional, a Lei do Petróleo limitou-se a traçar os seus princípios e objetivos fundamentais, norteando o legislador e o administrador na elaboração e execução das políticas públicas.

Ao dispor que constituem objetivos das políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia preservar o interesse nacional, promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho, proteger os interesses do consumidor, proteger o meio ambiente, garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e promover a livre concorrência, a lei reforça a necessidade de observância sistemática de nosso ordenamento jurídico, através da adequação das normas legais com a supremacia constitucional.

Tais princípios, principalmente no tocante a proteção do meio ambiente e ao aproveitamento racional das fontes de energia, se adequam com a idéia de

desenvolvimento sustentável incorporada em nosso ordenamento jurídico que trataremos a seguir.

3.2. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Em várias instâncias internacionais, a partir dos anos 1970, deu-se início, a uma discussão de grande relevância: a conciliação do crescimento econômico mundial com a preservação de um meio ambiente saudável. Várias foram as iniciativas visando à formulação de alternativas ao modelo econômico no qual a produção de riqueza está diretamente relacionada ao aumento da miséria, da degradação ambiental e da poluição. A solução para estes problemas pode ser alcançada por meio de um desenvolvimento sustentável, conceito do qual é cabível um breve histórico.

Aprovada durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano em 1972, a Declaração de Estocolmo foi o primeiro documento a introduzir na agenda política internacional a dimensão ambiental como condicionadora e limitadora do modelo tradicional de crescimento econômico e do uso dos recursos naturais. Em 1980, foi produzido o documento "A Estratégia Mundial para a Conservação" – sob o patrocínio e supervisão do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) –, tratando da manutenção da vida no planeta e a preservação da diversidade biológica, pela primeira vez utilizando o termo "desenvolvimento sustentável". Dois anos depois foi elaborado o Relatório Brundtland, fruto da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento criada pelas Nações Unidas. Este documento consolidou a crítica ao modelo de desenvolvimento adotado pelos países industrializados e refletido no mundo inteiro, lançando o conceito de desenvolvimento sustentável, que é aquele que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações satisfazerem suas próprias necessidades. Todo este processo foi concluído na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD) – mais conhecida como Rio-92 –, quando da elaboração e aprovação da Agenda 21, documento que endossa o conceito fundamental de desenvolvimento sustentável e combina as aspirações compartilhadas por todos os países ao progresso econômico e material com a necessidade de uma consciência ecológica[20].

Um dos objetivos fundamentais da República, previsto no artigo 3º da Constituição, é o de garantir o desenvolvimento nacional, também qualificado como princípio constitucional impositivo e norma-objetivo[21].

A idéia de desenvolvimento implica numa dinâmica social constante, posto que se trate de um processo que visa elevar os níveis social, econômico, ambiental e cultural da sociedade, pois desenvolvimento não se confunde com crescimento, posto que não se trata de um processo meramente quantitativo, mas sim qualitativo, que abrange o próprio crescimento, como têm se referido diversos economistas contemporâneos.

Na Constituição Brasileira de 1988, os quatro primeiros artigos tratam dos "princípios fundamentais", sendo estes, ao lado do preâmbulo, o embasamento de toda a ordem jurídica brasileira. Destaca-se o art. 3º, que é a diretriz política adotada pelo Estado brasileiro. Interessa observar que, nesse ponto, os princípios constitucionais possuem uma dimensão funcional de programa de ação (função dirigente e impositiva), impondo, prospectivamente, tarefas e programas aos poderes públicos, que devem, de qualquer forma, buscar a sua concretização, justamente por essas tarefas serem imposições normativo-constitucionais, ou seja, serem o núcleo fundamental da Constituição Dirigente [22].

Neste contexto, garantir o desenvolvimento implica também na instituição de políticas públicas direcionadas para tal fim, justificadas e fundamentadas no art. 3º, II da Constituição, haja vista a situação atual de subdesenvolvimento apontada nos principais indicadores econômicos brasileiros.

Ao estabelecermos relações entre a necessidade de desenvolvimento, com seus desdobramentos econômicos e sociais, e a necessidade de proteção ao meio-ambiente, todos direitos assegurados pelo texto constitucional, evidencia-se o pressuposto de situações em que a ocorrência de casos difíceis demandará a utilização de técnicas de ponderação e razoabilidade para assegurar a efetividade do mesmo texto constitucional.

Embora a definição de desenvolvimento sustentável do Relatório Brundtland não se limite ao impacto da atividade econômica no meio ambiente, também abarcando as conseqüências dessa relação na qualidade de vida e no bem-estar da sociedade, é na preocupação ambiental que ela se manifesta de forma mais aparente e concreta.

Dentre os vários dispositivos constitucionais que se propõem a regrar o tema do desenvolvimento sustentável, destaca-se pela relevância, no contexto do presente estudo, o artigo 170, VI que reputa a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica[23].

A Constituição Federal Brasileira, inspirada no conceito de desenvolvimento sustentável estabelece em seu artigo 225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. E também abriu espaços à participação e atuação da população na preservação e na defesa ambiental, impondo à coletividade o dever de defender o meio ambiente e colocando como direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros, além de ampliar o rol das ações judiciais na tutela ambiental[24].

A preocupação atual da Constituição com o meio ambiente é um marco histórico de inegável valor, visto que as Constituições que a antecederam jamais se preocuparam com a proteção do meio ambiente, inclusive sem sequer empregar a expressão “meio ambiente” [25].

A noção de prevenção diz respeito ao conhecimento antecipado dos sérios danos que podem ser causados ao bem ambiental em determinada situação e a realização de providências para evitá-los[26]. Destaca ainda que, no sistema normativo brasileiro, podem ser encontrados alguns instrumentos de tutela ambiental, seja para pesquisa, seja para ação de prevenir, no âmbito administrativo, como o licenciamento ambiental e

respectivo estudo prévio de impacto ambiental, zoneamento administrativo, tombamento e as sanções administrativas. O Direito Ambiental, ramo do Direito Público, permite ao Estado, em especial na hipótese de sanções administrativas, impor multas ao poluidor, o que visa inibir futuras agressões ao meio ambiente.

Todavia, não se quer com isso inviabilizar a atividade econômica, mas tão-somente excluir do mercado o poluidor que ainda não constatou que os recursos ambientais são escassos, que não pertencem a uma ou algumas pessoas e que sua utilização encontra-se limitada na utilização do próximo, uma vez que o bem ambiental é um bem de uso comum do povo[27].

Apesar dos custos das ações preventivas, como dito, revelarem-se, a priori, elevados, não há como postergar a implementação das medidas ambientais diante da certeza ou probabilidade da concretização do dano ambiental, porque as lesões ao meio ambiente são, na sua grande maioria, irreparáveis e trazem conseqüências que interferem na qualidade de vida da população. A decisão de agir antecipadamente ao dano ambiental, de forma preventiva, é premissa fundamental para garantir a eficácia da aplicação do princípio da precaução, o que reforça o entendimento de que tanto os Estados como as empresas não podem se eximir da responsabilidade de preservar o meio ambiente[28].

Além da proteção ao meio ambiente, o art. 170 vem consagrar o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais, depreendendo-se, portanto, desta disposição, que os benefícios do desenvolvimento econômico e as estruturas normativas criadas para dar suporte à este crescimento, devem estar voltadas também à redução das desigualdades em todas as regiões de nosso país, procurando, através de políticas públicas e incentivos, reduzir as diferenças entre estas regiões. A referida redução das desigualdades regionais e sociais é também um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme estabelece o art. 3º, III da Constituição.

Para se chegar ao denominado desenvolvimento sustentável, é necessário que se busque a realização de três situações: crescimento econômico, qualidade de vida e justiça social, de forma que, neste contexto de mundo globalizado, vivenciado pela quebra de paradigmas e propondo-se novos modelos a serem seguidos pela sociedade moderna ou pós-moderna, a interpretação adequada aos dispositivos constitucionais que tratam da ordem econômica e financeira deve se dar no sentido de que, a exploração pela atividade econômica, a busca pelo lucro, pelo desenvolvimento econômico só será legítima se não ferir ou impedir a busca dos princípios que tem por objetivo a justiça social, e, tratando-se do meio ambiente, que não ultrapasse os limites de uma exploração sustentável, para que não se comprometa a qualidade de vida e nem mesmo a própria vida.

É necessário, portanto, que se faça uma análise conjunta dos dispositivos constitucionais expressos nos artigos 3º, 170 e 225, de modo que eles possam existir de forma harmônica, que haja uma conciliação entre eles.

Referidos princípios constitucionais mostram que não pode haver conflitos na própria Constituição Federal entre os princípios por ela abarcados e, sim, a análise valorativa desses princípios no sentido de aplicá-los de forma razoável e equilíbrio para o desenvolvimento equilibrado, equacionado com o meio ambiente.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou revelando o desenvolvimento sustentável como princípio de caráter constitucional [29]. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

Assim, compreende-se pelo dispositivo que a atividade econômica só pode desenvolver-se de forma legítima se atender ao princípio da defesa do meio ambiente entre os demais relacionados na Constituição.

3.3. POLÍTICAS PÚBLICAS NO SETOR DE ENERGIA

A estruturação de um modelo prestacional de Estado, pautado por uma maior intervenção no domínio econômico e social, têm demonstrado ser de suma relevância para o Direito e o estudo das políticas públicas. O interesse jurídico pelas políticas públicas vem crescendo com a hipertrofia do Poder Executivo, característica do Estado social.

O conceito de política, no sentido de programa de ação, só recentemente entrou a fazer parte das cogitações da teoria jurídica, havendo pouca produção teórica que permita maior acúmulo sobre seu conceito e o regime jurídico a que estão submetidas.

Segundo Bucci tal fato ocorre devido ao modo como se estruturou o Estado liberal ser mais voltado a limitação do poder para a garantia das liberdades individuais, em sentido omissivo, do que a ação do Estado, em sentido comissivo e construtivo. As instituições do poder e a repartição tradicional de atribuições entre os Poderes Legislativo e Executivo foram concebidas em torno da autoridade do Estado e não conformadas ao caráter prestacional e de gestão que a Administração assume hoje[30].

Há uma questão que deve ser analisada previamente à definição de política pública: a política não é norma nem um ato jurídico; no entanto, as normas e atos jurídicos são componentes da mesma, uma vez que esta pode ser entendida como um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinando. As normas, decisões e atos que integram a política pública têm na finalidade da política seus parâmetros de unidade. Isoladamente, as decisões ou normas que a compõem são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico próprio[31].

No entendimento de alguns autores, as políticas públicas são programas de ação governamental. Acredita-se que há certa proximidade entre as noções de política pública e de plano, embora aquela possa consistir num programa de ação governamental

veiculado por instrumento jurídico diverso do plano. Podemos dizer que a política é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados. A política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa. Há, no entanto, um paralelo evidente entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento[32].

Política Pública é conceito bastante abrangente que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas. Com efeito, a combinação de um conjunto normativo adequado, uma regulação eficiente, uma política de fomento bem estruturada e ações concretas do Poder Público poderão conduzir os esforços públicos e as iniciativas privadas para o atendimento dos fins considerados valiosos pela Constituição e pela sociedade[33].

É correto definir políticas públicas como sendo programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados[34].

As políticas públicas podem ser entendidas como o conjunto de planos e programas de ação governamental voltados à intervenção no domínio social, por meio dos quais são traçadas as diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição.

Há certa similaridade entre as noções de política e a de plano, embora a mesma possa consistir num programa de ação governamental que não se exprima, necessariamente, no instrumento jurídico do plano. A política publica transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa. É preciso distinguir política pública e política de governo, vez que enquanto esta guarda profunda relação com um mandato eletivo, aquela, no mais das vezes, pode atravessar vários mandatos. Deve-se reconhecer, por outro lado, que o cenário político brasileiro demonstra ser comum a confusão entre estas duas categorias. A cada eleição, principalmente quando ocorre alternância de partidos, grande parte das políticas públicas fomentadas pela gestão que deixa o poder é abandonada pela gestão que o assume.

Inegável, por certo, que o estudo das políticas públicas pelo Direito Administrativo marca profundamente a evolução do Direito como um todo, acompanhando a consolidação do chamado Estado Democrático de Direito, o Estado constitucional pautado pela defesa dos direitos de liberdade e pela implementação dos direitos sociais.

No Estado constitucional, pautado pelas teses do novo constitucionalismo, a função fundamental da Administração Pública é a concretização dos direitos fundamentais positivos, por meio de políticas públicas geradas no seio do Poder Legislativo ou pela própria Administração, políticas estas orientadas pelos princípios e regras dispostos na Constituição.

Independentemente do espaço de poder onde são geradas, se no Poder Legislativo através da aprovação de leis, planos e orçamentos ou na Administração Pública, impende concluir que as políticas públicas são atividades marcadamente administrativas

e submetidas ao regime jurídico administrativo. As funções de planejar, governar, gerir e direcionar os recursos financeiros são próprias da Administração Pública.

Um dos principais problemas que se colocam quando do estudo da implementação de políticas públicas é a possibilidade do controle jurisdicional. Tradicionalmente o juízo de constitucionalidade tem por objeto, como sabido, apenas normas e atos administrativos. Coloca-se como desafio estabelecer até que ponto e sob quais parâmetros estaria aberta a via judicial à discussão acerca da legalidade e constitucionalidade da ação ou omissão do Poder Público no implemento de políticas públicas. A discussão deste tema apesar de instigante não faz parte do presente estudo.

Feitas as considerações iniciais sobre a conceituação de políticas públicas seguimos em frente com o tema das políticas públicas no setor de energia.

A implantação de políticas públicas depende, necessariamente, da obediência a certas determinações do ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, aos dispositivos constitucionais, que trazem os princípios que regem as atividades administrativas em geral, a saber, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Em segundo lugar, é preciso verificar o que traz a legislação ordinária sobre o setor específico ao qual se destinam as políticas. No caso do setor energético, especialmente no tocante à indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis, a Lei 9.478/97, como já exposto, enumera as diretrizes necessárias ao aproveitamento racional dos recursos, em respeito ao interesse público que circunda as fontes de energia.

O Conselho Nacional de Política Energética tem a tarefa de implementar as políticas energéticas de forma harmônica e uniforme. E além do Conselho, os demais administradores, como aqueles das Agências estão sujeitos aos princípios e objetivos trazidos na lei e na Constituição Federal, sob pena de lesão a toda a sociedade pela dilapidação de deste patrimônio.

É sabido que a atividade econômica está diretamente relacionada com a utilização de energia, uma vez que energia é sinônimo de poder, e quem pode pagar por ela tem maior chance de usufruir de suas variadas formas de utilização. Em contrapartida, o não acesso marginaliza. Assim, as formas de gerá-la deixam de ser um problema exclusivamente técnico, para se constituírem em questões que envolvem aspectos energéticos, econômicos e ambientais.

Nesse ponto devemos parar e refletir que as políticas públicas no setor energético não devem apenas satisfazer as necessidades da sociedade de maneira imediata sem verificar os riscos pela utilização de determinada forma de energia. Devemos aqui observar os princípios trazidos na Lei do Petróleo e no artigo 37 da Carta Magna, em especial no princípio da eficiência. Conforme já dissemos, a efetivação do princípio da eficiência deve ser mensurada também em termos dos custos sociais de determinadas estruturas e práticas administrativas e sua repercussão sobre a formação de uma consciência de ação coletiva, de interesse público, dos cidadãos.

O princípio da eficiência por estar relacionado com o meio que a Administração Pública realiza suas funções está intimamente relacionado com o desenvolvimento sustentável quando falamos em políticas públicas no setor energético. Uma vez que incorporar a

dimensão de eficiência na Administração pública está intimamente ligada a capacidade de gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte.

Sob a ótica do desenvolvimento sustentável[35], as fontes renováveis de energia terão participação cada vez mais relevante na matriz energética global nas próximas décadas. A crescente preocupação com a promoção do desenvolvimento em bases sustentáveis vêm estimulando a realização de pesquisas de desenvolvimento tecnológico que vislumbram a incorporação dos efeitos da aprendizagem e a conseqüente redução dos custos de geração dessas tecnologias[36].

O debate sobre o aumento da segurança no fornecimento de energia, impulsionado pelos efeitos de ordem ambiental e social da redução da dependência de combustíveis fósseis, contribui para o interesse mundial por soluções sustentáveis por meio da geração de energia oriunda de fontes limpas e renováveis. Nessa agenda, o Brasil ocupa posição destacada em função da sua liderança nas principais frentes de negociação e da significativa participação das fontes renováveis na sua matriz energética[37].

O Brasil apresenta situação privilegiada em termos de utilização de fontes renováveis de energia. No país, 46% da Oferta Interna de Energia (OIE) é renovável, enquanto a média mundial é de 13% e nos países desenvolvidos, de apenas 6%. A OIE, também denominada de matriz energética, representa toda a energia disponibilizada para ser transformada, distribuída e consumida nos processos produtivos do País[38].

Um programa de grande destaque no contexto da introdução de energias renováveis a matriz energética brasileira é o Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel (PNPB). Na mesma corrente de política pública do PROALCOOL foi pensada a inserção do biodiesel na matriz energética brasileira em 2004[39]. A produção e o consumo de biodiesel no Brasil, portanto, foram determinados por meio das Medidas Provisórias nº. 214 e 227, convertidas nas respectivas Leis nº. 11.097/05 e 11.116/05. A principal diretriz do programa é implantar um modelo de energia sustentável, a partir da produção e uso do biodiesel obtido de diversas fontes oleaginosas, que promova a inclusão social, garantindo preços competitivos, produto de qualidade e abastecimento[40].

4. O PROGRAMA NACIONAL DE PRODUÇÃO E USO DO BIODISEL

4.1. BIODIESEL: UMA DEFINIÇÃO TÉCNICA

O biodiesel é um combustível biodegradável e obtido de fontes renováveis, podendo ser extraído por diferentes processos químicos, entre eles o craqueamento, a esterificação e a transesterificação. Este último é o mais utilizado e consiste numa reação química de óleos vegetais ou de gorduras animais com o álcool comum (etanol) ou o metanol, estimulado por um catalisador[41].

Desse processo, além do biodiesel em si, também se extrai a glicerina, que é removida do óleo vegetal e utilizada na fabricação de sabonetes e diversos outros cosméticos. Como se verá mais adiante, o biodiesel pode ser produzido a partir de dezenas de espécies vegetais, muitas das quais o Brasil é produtor. Assim, este biocombustível substitui total ou parcialmente o óleo diesel de petróleo em motores de ciclo diesel automotivos (de caminhões, tratores, camionetas, etc.) ou estacionários (geradores de eletricidade, calor, etc.)[42].

O aparecimento do biodiesel remonta ao final do século XIX, quando Rudolf Diesel desenvolveu um motor em 1985, intencionando que sua invenção funcionasse à base de diversos óleos vegetais e vaticinando a relevância da sua utilização. Expondo sua criação na Mostra Mundial de Paris em 1900, Diesel utilizou óleo de amendoim para produzir combustão. Com o aparecimento e crescimento posterior da indústria do petróleo no século XX, deu-se a perda do interesse pela produção de combustíveis provenientes de óleos vegetais. O petróleo era, àquela época, o mais barato dos combustíveis, tendo a indústria petrolífera tirado proveito daquela recente invenção e denominado um dos seus derivados como óleo diesel.

Sendo a inserção do biodiesel na matriz energética brasileira bastante recente, pois o seu uso comercial foi autorizado no final de 2004, também o são as definições legais para o termo biodiesel[43]. O Decreto nº 5.927, de 6 de dezembro de 2004, o conceitua como combustível para motores a combustão interna com ignição por compressão, renovável e biodegradável, derivado de óleos vegetais ou de gorduras animais, que possa substituir parcial ou totalmente o óleo diesel de origem fóssil. Posteriormente, a Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005, ao modificar o inciso XXV do art. 6º da Lei do Petróleo, o definiu como biocombustível derivado de biomassa renovável para uso em motores a combustão interna com ignição por compressão ou, conforme regulamento, para geração de outro tipo de energia, que possa substituir parcial ou totalmente combustíveis de origem fóssil.

4. 2. O REGIME TRIBUTÁRIO APLICADO À INDÚSTRIA BRASILEIRA DO BIODIESEL

A tributação não é usada pelo Estado apenas com o seu caráter de arrecadação de recursos para o erário público; ela também pode ser utilizada de maneira deliberada e indireta com a finalidade de solucionar problemas, influenciando setores em vista de determinados objetivos políticos, econômicos e sociais. Enquanto a primeira característica é meramente fiscal, a segunda permeia a noção de extrafiscalidade.

No âmbito da tributação, o Estado estabelece o balanceamento entre a possibilidade de se atingir os fins almejados pela Constituição e pela política econômica e a capacidade do setor privado em arcar com tais encargos. Portanto, vê-se nitidamente que os tributos têm o poder de criar condições para que uma política econômica possa ou não ser viabilizada.

O emprego de isenções e benefícios fiscais, assim como o aumento ou redução das alíquotas, pode fazer com que determinados comportamentos se harmonizem com os objetivos e princípios estabelecidos pelas políticas públicas, como é o caso da política energética nacional.

O Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel utilizou-se de instrumentos normativos que estruturassem o incipiente mercado brasileiro de biodiesel mediante uma política fiscal diferenciada, a instituição de um Selo Social, a regionalização da atividade, e a garantia de um mercado consumidor através da obrigatoriedade de sua mistura no diesel de petróleo e mediante a realização de leilões de oferta.

O governo brasileiro estimulou a produção dessa fonte energética através da isenção fiscal, evitando maiores transtornos no plano energético nacional e permitindo uma maior competitividade para o biodiesel produzido nas condições previstas na legislação específica.

A legislação específica neste caso é a Lei 11.097, de 13 de janeiro de 2005 (Lei do Biodiesel), a Lei nº 11.116, de 18 de maio de 2005, que dispõe, dentre outros assuntos, sobre a incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins sobre as receitas decorrentes da venda do biodiesel; o Decreto Nº 5.457, de 06 de junho de 2005, que reduz as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre a importação e a comercialização de biodiesel; e por fim, o Decreto Nº 5.297, de 6 de dezembro de 2004, que dispõe sobre os coeficientes de redução das alíquotas de contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, incidentes na produção e na comercialização de biodiesel, sobre os termos e as condições para a utilização das alíquotas diferenciadas.

4.3. AS VANTAGENS DO BIODIESEL PARA O BRASIL

O marco regulatório, formado por todas as normas acerca do biodiesel na ocasião da autorização do seu uso comercial no Brasil, considera a diversidade de oleaginosas disponíveis no país, a garantia do suprimento e da qualidade, a competitividade frente aos demais combustíveis e uma política de inclusão social. As regras do Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel (PNPB) determinados por meio das Medidas Provisórias nº. 214 e 227, convertidas nas respectivas Leis nº. 11.097/05 e 11.116/05 permitem a produção a partir de diferentes oleaginosas e rotas tecnológicas, possibilitando a participação do agronegócio e da agricultura familiar.

A normatização feita pela Agência Nacional do Petróleo Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, responsável pela regulação e fiscalização do novo produto, cria a figura do produtor de biodiesel, estabelece as especificações do combustível e estrutura a cadeia de comercialização. Também foram revisadas 18 resoluções que tratam sobre combustíveis líquidos, incluindo agora o biodiesel. A ANP passa a ter como atribuição implementar a política nacional do biodiesel – além do petróleo e do gás natural –, com ênfase na garantia do suprimento e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta de produtos.

A produção e uso do biodiesel no Brasil, como fonte de energia alternativa e renovável substitutiva ou complementar ao diesel de origem fóssil, apresenta as mais diversas vantagens para o país. Dentre elas podemos destacar os aspectos econômicos, ambientais e sociais, uma vez que esse combustível permite a economia de divisas com a importação de petróleo e óleo diesel, reduz a poluição ambiental e cria empregos em áreas pouco desenvolvidas, gerando inclusão social[44].

O Brasil apresenta uma enorme potencialidade para a utilização do biodiesel na sua matriz energética, pois para a sua fabricação as plantas industriais têm ampla flexibilidade em termos de tamanho e de matérias-primas empregadas (mamona, dendê ou palma, soja, girassol, babaçu, pinhão manso, amendoim, nabo forrageiro, caroço de algodão, etc.), com pequena ou nenhuma necessidade de modificação, possibilitando que a produção desse combustível renovável se adapte às peculiaridades regionais do país e que se implante um programa não excludente.

5. O BIODIESEL COMO INSTRUMENTO DE MITIGAÇÃO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Considerando que a produção e a regularidade do abastecimento de biodiesel foi um sucesso em todo o País, o Governo, apenas três meses após o início da obrigatoriedade, resolveu antecipar metas. O Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) estabeleceu que passaria de 2% para 3% o percentual mínimo de mistura obrigatória de biodiesel ao óleo diesel comercializado ao consumidor final. A medida entrou em vigor no dia 1º de julho de 2008.

Em relação ao processamento de biodiesel, o País conta hoje com 43 unidades de produção em operação comercial, totalizando uma capacidade produtiva de 2,88 bilhões de litros/ano. Considerando tanto as unidades já autorizadas como as em processo de regularização, são ao total 96 unidades com uma capacidade de mais de 4 bilhões de litros/ano[45].

A mistura B3 (3% de biodiesel) implica uma demanda anual de aproximadamente 1,3 bilhão de litros de biodiesel. O maior uso deste novo combustível, sob a perspectiva econômica, favorece a agregação de valor às matérias-primas oleaginosas de origem nacional e o desenvolvimento da indústria nacional de bens e serviços. Possibilita ainda a redução da importação de diesel de petróleo, com efetivos ganhos na balança comercial.

Em termos ambientais, a ampliação do uso do biodiesel reduz a participação do óleo diesel na matriz energética, um combustível eminentemente fóssil, e significa a diminuição das principais emissões veiculares. O aumento do uso do biodiesel contribui também para ampliação da geração de emprego e renda em sua cadeia produtiva, com um caráter nitidamente social, voltado à inclusão da agricultura familiar. O uso de B3 não exigiu alteração nos motores. Os veículos que passarem a utilizar o biodiesel misturado até a proporção B5 têm garantia de fábrica assegurada pela Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores (ANFAVEA)[46].

Entre as vantagens ambientais de utilização do biodiesel, cabe destacar a significativa diminuição das emissões de diversos poluentes, especialmente o monóxido de carbono, hidrocarbonetos totais, material particulado, enxofre e gases causadores do efeito estufa. Embora haja ligeiro aumento na emissão de óxido de nitrogênio, os efeitos líquidos da redução global da pressão sobre o meio ambiente são altamente favoráveis ao biodiesel, especialmente quando se considera todo o ciclo de vida do produto.

Outro impacto positivo sobre o meio ambiente advém da possibilidade de se cultivar algumas espécies oleaginosas, especialmente o dendê, em áreas degradadas da região Norte do país, onde existem condições de solo e clima favoráveis. A mamona e outras matérias-primas podem desempenhar idêntico papel em outras regiões, especialmente no Semi-Árido nordestino. Cabe registrar, também, que a possibilidade de produzir biodiesel com resíduos gordurosos de frituras e esgoto tende a diminuir o despejo de material graxo no meio ambiente[47].

Deve-se considerar, ainda, que o biodiesel utilizado como aditivo ao diesel de origem fóssil melhora sua lubricidade. Além disso, facilita o atendimento de compromissos firmados no âmbito da Convenção do Clima e pode proporcionar a obtenção de créditos de carbono ao governo brasileiro[48], sob o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) do Protocolo de Kyoto, desde que seu uso ou mistura ao diesel não seja compulsório.

Para uma avaliação mais precisa dos benefícios ambientais do biodiesel, é necessário levar em conta todo seu ciclo de vida, envolvendo desde a produção de insumos até o consumo. Quanto ao efeito estufa, deve-se avaliar a quantidade de gases emitidos em todas as fases desse ciclo e deduzi-la do volume capturado na fotossíntese da biomassa que lhe serve de matéria-prima.

Entretanto, analisando-se apenas as emissões de gases de efeito estufa geradas pelo ciclo de vida do insumo álcool (desconsiderando os do ciclo de vida da matéria graxa), o uso do biodiesel metílico reduz a emissão de gases causadores do citado efeito em 95%. Quanto ao biodiesel etílico, a redução é de 96,2%, havendo, portanto, diferença pouco significativa entre os dois ésteres.

As emissões de poluentes locais do biodiesel variam, basicamente, em função do tipo de óleo vegetal ou gordura animal usados em sua produção. Tomando-se por base o biodiesel puro (B100), produzido com óleo de soja, seu uso reduz as emissões do monóxido de carbono em 48%, de material particulado em 47%, do óxido de enxofre em praticamente 100% e dos hidrocarbonetos totais[49] em 67%.

Não obstante sua redução, os hidrocarbonetos totais apresentam uma diversidade de compostos tóxicos que não são controlados individualmente. Dos 21 hidrocarbônicos tóxicos que provocam câncer e outros sérios efeitos à saúde, sete são metais e, portanto, não estão presentes no biodiesel. Dos 14 compostos restantes, não controlados, a Agência Americana de Proteção Ambiental avaliou onze. Apesar de haver grande variação nos efeitos à saúde que cada composto tóxico provoca individualmente, a quantidade de dados disponíveis sobre o total de compostos tóxicos é muito maior do que a existente sobre os compostos em separado. Assim, a correlação entre as emissões totais de gases tóxicos do biodiesel em relação ao diesel convencional é estatisticamente

mais relevante, podendo-se afirmar que o uso do biodiesel reduz em cerca de 16% a emissão total desses gases tóxicos, em relação ao diesel de petróleo[50].

Todavia, ao comparar-se ao diesel de origem fóssil, o uso do biodiesel aumenta em aproximadamente 10% as emissões de óxido de nitrogênio (NOx)[51], o que não deve constituir obstáculo para seu uso devido às grandes vantagens em relação aos outros poluentes. Ademais, há estudos em andamento visando reduzir a formação do NOx mediante o emprego de catalisadores adequados.

Ao reduzir a poluição, o uso do biodiesel permitiria que se evitassem custos de variada ordem, relacionados principalmente à saúde pública. As estimativas indicam que a substituição do diesel de origem fóssil pelo biodiesel puro (B100) proporcionaria redução desses custos em R$ 192 milhões anuais, nas dez principais cidades brasileiras, e em aproximadamente R$ 873 milhões, em nível nacional.

Com relação a esse aspecto, o biodiesel, assumindo caráter de substituto direto do óleo diesel, tem papel importante, dadas a estruturação do setor de transporte nacional, com predomínio do transporte rodoviário, e as elevadas emissões associadas à combustão do óleo diesel, principalmente de óxidos de enxofre e fuligem. O pode-se depreender que a utilização do biodiesel em substituição ao diesel no período decenal deverá ser responsável por evitar o lançamento de cerca de 62 milhões de toneladas de CO_2[52].

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acreditamos que a Carta Constitucional Brasileira elevou o desenvolvimento sustentável à condição de princípio, uma vez que o desenvolvimento previsto do art. 3º deve ser interpretado conjuntamente com os artigos 170 e 225. Nesse sentido podemos dizer que o único desenvolvimento possível a ser previsto pela Constituição é o desenvolvimento sustentável, já que o Brasil participou da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, documento que endossa o conceito fundamental de desenvolvimento sustentável e combina as aspirações compartilhadas por todos os países ao progresso econômico e material com a necessidade de uma consciência ecológica. Além de ter ratificado o texto do Protocolo de Kyoto se comprometendo a juntar esforços para combater o aquecimento global e reduzir a emissão de gases de efeito estufa no planeta.

Com a Lei nº 11.097/05 e a Lei nº 11.116/05 o Brasil deu um passo importante para a construção de ferramentas para a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira. O Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel (PNPB) veio como forte instrumento de desenvolvimento sustentável no setor energético pátrio.

Não há dúvida alguma dos benefícios proporcionados pela substituição dos combustíveis fósseis por fontes alternativas de energia. Nesse quesito, a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira figura como importante fator de concretização

dos ideais de desenvolvimento sustentável, pondo o Brasil no rol de nações efetivamente comprometidas com o enfrentamento das mudanças climáticas.

Enquanto política pública realiza o melhor emprego dos recursos e meios humanos materiais e institucionais para melhor satisfazer as necessidades da coletividade[53], albergando vantagens econômicas pela diminuição da importação do diesel, ambientais pela redução de emissão de dióxido de carbono e sociais através da promoção do emprego e incentivo a agricultura familiar.

Contudo, a introdução do biodiesel traz uma série de questões a serem tratadas pelos instrumentos jurídicos vigentes no país, uma vez que a produção deste combustível impõe desafios regulatórios para o Estado, no tocante a conexão entre agronegócio e a indústria petrolífera, além dos desdobramentos para adequar sua produção aos projetos de MDL e comercialização de créditos de carbono.

Estas breves linhas não têm pretensão de esgotar o tema, mas sim de suscitar a discussão em torno do Programa Nacional de Produção e uso do Biodiesel à luz da hermenêutica constitucional contemporânea trazendo a questão da ponderação entre princípios constitucionais.

6. REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais* – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 4 ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2000.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004

BAZAN, Luís Henrique Ayala. *Direito ao desenvolvimento sustentável homogêneo e heterogêneo. Breve análise no federalismo brasileiro.* Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 633, 2 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6558>. Acesso em: 06 abr. 2007.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Constituição Econômica e Constituição Dirigente*. In: Paulo Bonavides; Francisco Gérson Marques de Lima; Fayga Silveira Bedê. (Org.). Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

BITTENCOURT, Marcus Corrêa Vinícius. *Princípio da prevenção no direito ambiental*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/25/64/2564/> Acesso em: 20 mai. 06.

BOBBIO, Norbeto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7ª ed. Unb, Brasília, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Do estado liberal ao estado social.* 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constiuiçao.htm>. Acesso em: 20 mar. 07.

_____. Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005. Dispõe sobre a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.847, de 26 de outubro de 1999 e 10.636, de 30 de dezembro de 2002; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 14 jan. 2005.

_____. Lei nº 11.116, de 18 de maio de 2005. Dispõe sobre o Registro Especial, na Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, de produtor ou importador de biodiesel e sobre a incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins sobre as receitas decorrentes da venda desse produto; altera as Leis nº 10.451, de 10 de maio de 2002, e 11.097, de 13 de janeiro de 2005; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 19 mai. 2005.

BRÜSEKE, Franz Josef. O problema do desenvolvimento sustentável. *In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável.* 4.ed. São Paulo: Cortez, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002.

CADERNO NAE. Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. nº 03. Brasília: Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COLOMBO, Silvana Brendler. *O princípio da precaução no Direito Ambiental.* Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 488, 7 nov. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5879>. Acesso em: 20 mai. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista dos Tribunais 737/11-22, 1997.

CUNHA, Sheyla Yusk. *O regime tributário aplicado à indústria brasileira do biodiesel*. Natal: UFRN, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição brasileira e modelo de Estado:* hibridismo ideológico e condicionantes históricas. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.17, 1996.

FERRAZ, Roberto. Tributação ambientalmente orientada e as espécies tributárias no Brasil. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito Tributário Ambiental.* São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FERREIRA, Ana Mônica Medeiros; OTHON, Adriano de Oliveira. A Inserção do Biodiesel na Matriz Energética Brasileira e Seus Aspectos Legais. In*:*XI SEMINÁRIO DE PESQUISA DO CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. Natal, 2005. *Anais*...Natal: UFRN, 2005. CD-ROM.

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

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2001.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na Constituição Federal. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE),* Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº10, junho/julho/agosto, 2007. Disponível na Internet :<www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 20 de julho de 2008.

GOLDEMBERG, José. *Bioenergia no estado de São Paulo: situação atual, perspectivas, barreiras e propostas.* São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

IBGE. Indicadores de desenvolvimento sustentável. Diretoria de Geociências IBGE. Rio de Janeiro: 2000.

IPCC – *Intergovernamental Panel on Climate Change*. "Climate Change 2007: the Physical Science Basis – The Fourth Assessment Report". Publicado *on-line* em 2.fev.2007. Disponível em <http:/www.ipcc- wg2.org/>. Acesso em 13. mar. 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARENGO, José A. *Mudanças climáticas globais e sues efeitos sobre a biodiversidade*: caracterização do clima atual e definição das alterações climáticas para o território brasileiro ao longo do século XXI. 2ª edição. Brasília: MMA, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17 Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo: lei federal nº. 9.478, de 6-8-1997*. Atlas. São Paulo: 2000.

MCT. O Programa. *O Programa Nacional de Produção e Uso de Biodiesel*. Disponível em: <http://www.biodiesel.gov.br>. Acesso em: 11 abr. 2007.

MILARÉ, Èdis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário*.3.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Legislação ambiental do Brasil.* São Paulo: APMP, 1991, p.3.

MME. *PROINFA. Programa de Incentivo a Fontes Alternativas de Energia Elétrica***.** Disponível em: <http://www.mme.gov.br>. Acesso em: 11 abr. 2007.

NATIONAL Biodiesel Board. Disponível em: <http://www.biodiesel.org/>. Acesso em: 01 jun. 2005.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (coord). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NÚCLEO DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Cadernos NAE*: biocombustíveis. Brasília: Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, n.2, jul. 2004.

OLIVEIRA, Luciano Bastos; COSTA, Ângela Oliveira da. *Biodiesel: uma experiência de desenvolvimento sustentável.* IVIG/COPPE/UFRJ, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <http://www.ivig.coppe.ufrj.br/doc/biodiesel.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2007.

PARENTE, Expedito José de Sá. *Biodiesel*: uma aventura tecnológica num país engraçado. Fortaleza: Tecbio, 2003.

_____. *Processo de produção de combustíveis a partir de frutos ou sementes oleaginosas*. BR n. PI 8007957, 05 dez. 1980, 07 jul. 1981.

PLANO NACIONAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA. Brasília: Comitê Interministerial sobre Mudança do Clima, 2008.

SABBAG, Bruno Kerlakian. *O protocolo de Quioto e seus créditos de carbono: manual jurídico brasileiro de mecanismo de desenvolvimento limpo*. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Rafael César Coelho dos. *Incentivos Fiscais ao Biodiesel no Brasil*. [no prelo] Natal: UFRN, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Fabíola Salanide. *Mecanismos de Desenvolvimento Limpo e créditos de carbono: as potencialidades do Brasil.*São Paulo: Fundação Instituto de Administração, 2007.

STF. *Jurisprudência*. Adi-MC 3540 / DF - Distrito Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Relator(A): Min. Celso de Mello. Julgamento: 01/09/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Dj 03-02-2006 Pp-00014 Ementa Vol-02219-03 Pp-00528.

UNFCCC. *Protocolo de Kyoto à Convenção sobre Mudança do Clima*. Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, 1997. Editado e traduzido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia com o apoio do Ministério das Relações Exteriores. Disponível em <http:/ /www.mct.gov.br/ clima/quioto/protocolo.htm>. Acesso em 3.mar.2009.

WEMAERE, Matthieu e STRECK, Charlotte. "*Legal Ownership and Nature of Allowances*", in FREESTONE, David e STRECK, Charlotte. "*Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol Mechanisms*", Nova York, Oxford University Press Inc., 2005.

---

[1] GOLDEMBERG, José. *Bioenergia no estado de São Paulo: situação atual, perspectivas, barreiras e propostas.* São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008. p. 15 a 17.

[2] CADERNO NAE. Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. nº 03. Brasília: Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, 2005. p.21.

[3] MARENGO, José A. *Mudanças climáticas globais e sues efeitos sobre a biodiversidade*: caracterização do clima atual e definição das alterações climáticas para o território brasileiro ao longo do século XXI. 2ª edição. Brasília: MMA, 2007. p. 25.

[4] CADERNO NAE. Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. nº 03. Brasília: Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, 2005. p.21.

[5] UNFCCC. *Protocolo de Kyoto à Convenção sobre Mudança do Clima*. Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, 1997. Editado e traduzido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia com o apoio do Ministério das Relações Exteriores. Disponível em <http:/ /www.mct.gov.br/ clima/quioto/protocolo.htm>. Acesso em 3.mar.2009.

[6] MARENGO, José A. *Mudanças climáticas globais e sues efeitos sobre a biodiversidade*: caracterização do clima atual e definição das alterações climáticas para

o território brasileiro ao longo do século XXI. 2ª edição. Brasília: MMA, 2007. p. 25 e 26.

[7] CADERNO NAE. Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. nº 03. Brasília: Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, 2005. p.21.

[8] IPCC – *Intergovernamental Panel on Climate Change*. "Climate Change 2007: the Physical Science Basis – The Fourth Assessment Report". Publicado *on-line* em 2.fev.2007. Disponível em <http:/www.ipcc- wg2.org/>. Acesso em 13. mar. 2009.

[9] SUMÁRIO EXECUTIVO. Plano Nacional sobre Mudança do Clima. Brasília: Comitê Interministerial sobre Mudança do Clima, 2008.

[10] PLANO NACIONAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA. Brasília: Comitê Interministerial sobre Mudança do Clima, 2008.

[11] CADERNO NAE. Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. nº 03. Brasília: Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, 2005. p.25.

[12] SOUZA, Fabíola Salanide. *Mecanismos de Desenvolvimento Limpo e créditos de carbono: as potencialidades do Brasil.*São Paulo: Fundação Instituto de Administração, 2007. p. 31.

[13] WEMAERE, Matthieu e STRECK, Charlotte. "*Legal Ownership and Nature of Allowances*", in FREESTONE, David e STRECK, Charlotte. "*Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol Mechanisms*", Nova York, Oxford University Press Inc., 2005.p. 44-45.

[14] CADERNO NAE. Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. nº 03. Brasília: Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, 2005. p.25.

[15] MILARÉ, Èdis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário*.3.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1029.

[16] UNFCCC. *Protocolo de Kyoto à Convenção sobre Mudança do Clima*. Convenção- Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, 1997. Editado e traduzido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia com o apoio do Ministério das Relações Exteriores. Disponível em <http:/ /www.mct.gov.br/ clima/quioto/protocolo.htm>. Acesso em 3.mar.2009.

[17] SOUZA, Fabíola Salanide. *Mecanismos de Desenvolvimento Limpo e créditos de carbono: as potencialidades do Brasil.*São Paulo: Fundação Instituto de Administração, 2007. p. 36.

[18] SABBAG, Bruno Kerlakian. *O protocolo de Quioto e seus créditos de carbono: manual jurídico brasileiro de mecanismo de desenvolvimento limpo*. São Paulo: LTr, 2008. p.30.

[19] MILARÉ, Èdis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário*.3.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1032.

[20] MILARÉ, Èdis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário*.3.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.52-53.

[21] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (grifo nosso)

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constiuiçao.htm>. Acesso em: 20 nov. 07.

[22] Utilizamos aqui a classificação de Canotilho de princípios constitucionais impositivos. Porém, conforme exposto são várias as classificações dos princípios constitucionais propostas. Nesse sentido ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003; BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed.São Paulo: Saraiva, 2004; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

[24] São, hoje, disponibilizados à defesa do meio ambiente os seguintes instrumentos processuais: Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (CF/88, artigos 102, inciso I, alínea a; 103; 125, § 2º); Mandado Segurança Coletivo (CF/88, artigo 5º, LXX); Mandado de Injunção (segundo o disposto no artigo 5º, LXXI da CF/88); Ação Civil Pública: (é instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica (art. 1º, Lei nº. 7347/85), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade) e; Ação Popular (artigo 5º, inciso LXXIII da CF/88).

[25] MILARÉ, Édis. *Legislação ambiental do Brasil.* São Paulo: APMP, 1991, p. 3.

[26] BITTENCOURT, Marcus Corrêa Vinícius. *Princípio da prevenção no direito ambiental.* Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/25/64/2564/> Acesso em: 20 mai. 06.

[27] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40.

[28] COLOMBO, Silvana Brendler. *O princípio da precaução no Direito Ambiental.* Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 488, 7 nov. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5879>. Acesso em: 20 mai. 2006.

[29] Jurisprudência do STF. ADI-MC 3540 / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 01/09/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528

[30] BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002. p 241-278.

[31] COMPARATO, Fábio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas". Revista dos Tribunais 737/11-22, 1997. p. 18.

[32] BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002. p 259.

[33] BARCELOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002. p.25.

[34] BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002. p 241.

[35] O Relatório Brundtland de 1982, fruto da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento criada pelas Nações Unidas, lançou o conceito de desenvolvimento sustentável, que é aquele que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações satisfazerem suas próprias necessidades.

[36] O IBGE realizou, pela primeira vez em 2002, a edição de indicadores de Desenvolvimento Sustentável no Brasil. Este estudo visou à implementação dos princípios ao desenvolvimento sustentável para o país. Neste conjunto de 50 indicadores, são encontradas quatro dimensões – Social, Ambiental, Econômica e Institucional, que envolvem temas como Eqüidade, Saúde, Educação, População, Habitação, Segurança, Atmosfera, Terra, Oceanos, Mares e Áreas Costeiras, Biodiversidade, Saneamento, Estrutura Econômica, Padrões de Produção e Consumo e Estrutura e Capacidade Institucional.

[37] O desenvolvimento dessas fontes ingressa em uma nova etapa no país com a implantação do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (PROINFA), criado no âmbito do Ministério de Minas e Energia (MME) pela Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, e revisado pela Lei nº 10.762, de 11 de novembro de 2003. O Programa, estabelece a contratação de 3.300 MW de energia no Sistema Interligado Nacional (SIN), produzidos por fontes eólica, biomassa e pequenas centrais hidrelétricas (PCHs), sendo 1.100 MW de cada fonte.MME. *PROINFA. Programa de Incentivo a Fontes Alternativas de Energia Elétrica***.** Disponível em: <http://www.mme.gov.br>. Acesso em: 11 abr. 2007.

[38] Dados do MME Disponível em: <http://www.mme.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2008

[39] O Programa Nacional do Álcool (PROALCOOL) foi criado com o objetivo de incentivar a produção e o consumo de álcool como combustível no Brasil após a crise do petróleo da década de 1970 e obteve relativo sucesso.

[40] MCT. O Programa. *O Programa Nacional de Produção e Uso de Biodiesel*. Disponível em: <http://www.biodiesel.gov.br>. Acesso em: 11 abr. 2007.

[41] Podendo ser o hidróxido de sódio ou o hidróxido de potássio, o catalisador é utilizado em diminutas proporções. Cf. PARENTE, Expedito José de Sá. *Biodiesel*: uma aventura tecnológica num país engraçado. Fortaleza: Tecbio, 2003. p.29.

[42] OLIVEIRA, Luciano Bastos; COSTA, Ângela Oliveira da. *Biodiesel*: uma experiência de desenvolvimento sustentável. *IVIG/COPPE/UFRJ*, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <http://www.ivig.coppe.ufrj.br/doc/biodiesel.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2005. p.02.

[43] Apesar da inserção recente, vale destacar que o biodiesel já vinha sendo estudado no país a bastante tempo. Uma prova disto é que a PI 8007957 requerida ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI pelo Prof. Expedito Parente foi a primeira patente – em nível mundial – do biodiesel e do querosene vegetal de aviação, a qual entrou em domínio público pelo tempo e desuso, fato lamentável para a pesquisa tecnológica brasileira.

[44] Para aprofundamento do tema das vantagens do biodiesel ver: FERREIRA, Ana Mônica Medeiros; OTHON, Adriano de Oliveira. A Inserção do Biodiesel na Matriz Energética Brasileira e Seus Aspectos Legais. In*:*XI SEMINÁRIO DE PESQUISA DO CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. Natal, 2005. *Anais*...Natal: UFRN, 2005. CD-ROM.

[45] PLANO NACIONAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA. Brasília: Comitê Interministerial sobre Mudança do Clima, 2008.

[46] PLANO NACIONAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA. Brasília: Comitê Interministerial sobre Mudança do Clima, 2008.

[47] OLIVEIRA, Luciano Bastos; COSTA, Ângela Oliveira da OLIVEIRA, Luciano Bastos; COSTA, Ângela Oliveira da. *Biodiesel: uma experiência de desenvolvimento*

sustentável. IVIG/COPPE/UFRJ, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <http://www.ivig.coppe.ufrj.br/doc/biodiesel.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2007.p.07.

[48] O mercado de créditos de carbono, previsto no Protocolo de Quioto, consiste na obtenção de financiamentos pelos países para a realização de empreendimentos que contribuam para a redução de gases causadores do efeito estufa. Cf. RELATÓRIO final do Grupo de Trabalho Interministerial encarregado de apresentar estudos sobre a viabilidade de utilização de óleo vegetal – Biodiesel como fonte alternativa de energia. p.07.

[49] Segundo o Anexo I da Resolução nº 315, de 29 de outubro de 2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, entende-se por hidrocarbonetos totais o total de substâncias orgânicas, incluindo frações de combustível não queimado e subprodutos resultantes da combustão, presentes no gás de escapamento.

[50] RELATÓRIO final do Grupo de Trabalho Interministerial encarregado de apresentar estudos sobre a viabilidade de utilização de óleo vegetal – Biodiesel como fonte alternativa de energia. p.11.

[51] As emissões de óxidos nitrogenados estão relacionadas, principalmente, à causa de doenças nas vias respiratórias. OLIVEIRA, Luciano Bastos; COSTA, Ângela Oliveira da OLIVEIRA, Luciano Bastos; COSTA, Ângela Oliveira da. *Biodiesel: uma experiência de desenvolvimento sustentável.* IVIG/COPPE/UFRJ, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <http://www.ivig.coppe.ufrj.br/doc/biodiesel.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2007.p.11.

[52] PLANO NACIONAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA. Brasília: Comitê Interministerial sobre Mudança do Clima, 2008.

[53] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Malheiros, 2003. p. 655.

DA SERVIDÃO AMBIENTAL COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE*

ENVIRONMENTAL EASEMENT AS A MECHANISM OF REALIZATION IN ENVIRONMENTAL PROTECTION

Andryelle Vanessa Camilo

RESUMO

Trata-se de trabalho sobre servidão ambiental. Antes de entrar no tema, aborda-se a necessidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, sua previsão constitucional e a grande necessidade de proteção efetiva desse macrobem. que está diretamente relacionado à efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. Como mecanismo de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, propõe-se a implementação da servidão ambiental, instituto de proteção previsto na Lei 4.771/1965, art. 44-A. Através desse instrumento, o proprietário de uma área voluntariamente renuncia, em caráter permanente ou temporário, a direitos de supressão ou exploração da vegetação nativa. Além da destinação ecológica da área em servidão, esta poderá ser explorada economicamente, desde que de forma compatível com a proteção ambiental, através do ecoturismo, do manejo florestal, e para fins de sequestro de carbono, podendo também seu proprietário gozar de incentivos fiscais em decorrência do ônus que incide sobre o bem.

PALAVRAS-CHAVES: MEIO AMBIENTE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. SERVIDÃO AMBIENTAL.

ABSTRACT

This work on environmental easement. Before entering the subject deals on the need for ecologically balanced environment, its prediction and the great need for constitutional protection and that this effectively is directly related to realization of the fundamental rights of human beings. As a mechanism for protecting ecologically balanced environment it is proposed the implementation of environmental easement, institute of protection provided for in Law 4771/1965, art. 44-A. With this the owner of an area voluntarily waives, to permanently or temporarily, the right to delete or exploitation of native vegetation. Besides the ecological distribution of the area in servitude could be exploited economically consistent with environmental protection through ecotourism of forest management, and for carbon sequestration, which its owner can also enjoy tax incentives due to the burden which focuses on the well.

KEYWORDS: ENVIRONMENT. FUNDAMENTAL RIGHTS. ENVIRONMENTAL EASEMENT.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 6.938/198, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, em seu artigo 3º traz a definição de meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite e dirige a vida em todas as suas formas.

Contudo, a ideia que a expressão "meio ambiente" contém é bastante complexa, pois expressa uma série de realidades tanto físicas como sociais que permitem diferentes definições, isto é, o meio ambiente é uma realidade e não mera construção de caráter teórico.

Estima-se que a influência humana no clima do planeta pode ter-se iniciado há oito mil anos, com práticas ligadas à agricultura, como desmatamento e irrigação de lavouras.[1] Hoje, sabe-se que a sobrevivência no planeta está intimamente ligada ao equilíbrio dos níveis de dióxido de carbono. Com a ausência de CO2 e de outros gases que fazem com que o calor fique preso na superfície terrestre, a temperatura na Terra poderia cair para -6ºC. Já com o excesso de CO2 a água dos oceanos entraria em ebulição. Nos atuais níveis, a superfície terrestre se mantém a uma temperatura média adequada de 15ºC.[2]

O pior são os efeitos incontroláveis que isso pode acarretar. O aumento da temperatura poderia desestabilizar facilmente os hidratos de metano (nos quais as moléculas de metano ficam presas por moléculas de água) que se encontram nos fundos marinhos ou embaixo da tundra ártica[3], liberando, assim, bilhões de toneladas de metano, um gás de efeito estufa vinte vezes mais poderoso do que o próprio dióxido de carbono. O incremento da temperatura poderia, também, causar a morte súbita das florestas e a dessecagem dos terrenos úmidos, transformando rapidamente depósitos de carbono – como a floresta amazônica – em imensas fontes de emissão de CO2.

Por outro lado, ao se derreterem os gelos polares, poderia acelerar-se o aquecimento, devido a uma redução na quantidade de energia refletida pela superfície polar. Esse fenômeno teria drásticas consequências sobre a circulação das correntes cálidas oceânicas. Por exemplo, a corrente do Golfo poderia deixar de existir, submergindo a Europa do norte em um frio gelado, ao passo que outras regiões do mundo ficariam mais quentes.[4]

As expectativas são catastróficas, mas cientistas e estudiosos tentam a todo custo propor soluções para que não se chegue ao caos. Como mecanismo de proteção ao meio ambiente, sugere-se a efetiva implantação da servidão ambiental, instituto previsto no art. 44-A do Código Florestal, que prevê a destinação voluntária da totalidade ou parte de uma propriedade privada para fins de preservação ambiental, com possibilidade de aproveitamento econômico da área.

1 DO MEIO AMBIENTE E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CORRELATOS

Historicamente, na década de 1950 iniciou-se na Europa uma embrionária conscientização ambiental, que culminou na Conferência de Estocolmo (em 1972), que visava alertar as autoridades mundiais para a necessidade de consciência ecológica. Seu resultado imediato foi a aprovação de uma série de princípios denominada Declaração de Estocolmo. [5]

O Princípio 1 estatui que "o homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e a condições de vida satisfatórias em um ambiente cuja finalidade lhe permita viver com dignidade e bem-estar. Ele tem o dever solene de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras..." [6]

Nessa época o Brasil vivia o desenvolvimento a qualquer custo; isso custou ao país as manchas de desertificação no pampa gaúcho, a poluição em Cubatão, a destruição da mata atlântica e a poluição de inúmeros rios.

No país, o primeiro marco para a preservação do meio ambiente foi a Lei nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, forneceu o conceito legal de Meio ambiente, instituindo o SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente) e previu a responsabilidade objetiva do poluidor. Especialmente importante foi também a Lei nº 7.347/1985, que tratou da Ação Civil Pública, meio específico para a defesa do meio ambiente.

Não se pode considerar a legislação anterior à década de 1980[7] como protetiva ao meio ambiente, visto que tutelavam a economia, e de forma reflexa o meio ambiente.

Em 1992, a Organização das Nações Unidas – ONU - promoveu no Rio de Janeiro a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92). Desta surgiu a Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que ratificava a necessidade de adoção de um modelo econômico, social e político fundado na sustentabilidade.

Na ECO 92 foi reafirmado o Principio da Equidade Intergeracional[8], o qual dispõe que "o direito ao desenvolvimento deve ser realizado de maneira a satisfazer equitativamente as necessidades relativas ao desenvolvimento e ao meio ambiente das gerações presentes e futuras".

Apenas em 1988, com o advento da nova Constituição Federal, o meio ambiente recebeu o tratamento jurídico adequado, sendo considerado como fonte primária de vida e saúde. A Carta de 1988 trouxe um capítulo próprio sobre proteção do meio ambiente, e também albergou a Teoria Intergeracional.

O *caput* do artigo 225 da Constituição Federal estabelece que "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e futuras gerações". Deve-se fazer uma análise completa desse dispositivo, que é uma verdadeira norma-princípio.

Em primeiro lugar, *todos* têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para Paulo Affonso Leme Machado, "o uso do pronome indefinido – 'todos' – alarga a abrangência da norma jurídica, pois, não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja".[9]

Para Danielle Levorato, em sua dissertação de mestrado, "seria obrigatória a adoção do significado do termo *todos*, para os homens, a humanidade e todas as espécies de vida que compõem esse superecossistema, esse macrobem de uso comum que é o planeta em que vivemos".[10]

Cada um pode gozar do meio ambiente, e todos também podem. Por isso entra na categoria de interesses difusos, visto que nunca encontra fim em uma única pessoa, pois atinge uma coletividade indeterminada. [11]

A Constituição também abarca a sadia qualidade de vida, que apenas poderá ser alcançada em um ambiente que não agrida o corpo, ou seja, que não seja poluído. A implementação desse princípio depende de todos os povos e nações, visto que o meio ambiente é um bem indivisível: um fato ocorrido em determinado lugar poderá afetar populações de outros, principalmente em se tratando de um mesmo continente.

Para Edis Milaré, em seu trabalho "O meio ambiente e os direitos da personalidade", o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental da pessoa humana, visto que

os direitos da personalidade são aquelas prerrogativas primárias, estabelecidas nos ordenamentos jurídicos internos do Estado e no plano do Direito Internacional Público, reconhecidas como essenciais aos indivíduos para tornar real e efetivo o pleno desenvolvimento humano e ressaltar a dignidade da pessoa. Nestes termos, tais direitos são necessários à manutenção da paz e do equilíbrio no convívio social.[12]

O Constituição de 1988 transcende o próprio direito à vida: do conjunto das normas constitucionais depreende-se que o indivíduo tem direito não simplesmente à vida, mas à qualidade de vida, de modo que lhe seja possível a realização plena da personalidade humana.

Para Mercedes Franco del Pozo,

o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que, se não há vida, não há existência, e, portanto, não se tem nem direitos nem obrigações, nem nada. Neste sentido, o direito à vida poderia ser considerado como um pré-requisito, não somente para o direito ao meio ambiente, mas também para todos os demais direitos garantidos e

garantizáveis. (...) se poderia dizer que o direito à vida é dependente do direito humano ao meio ambiente. [13]

Há requisitos mínimos para que o homem possa viver com dignidade, em um ambiente saudável. Nesse sentido, não existe qualidade de vida sem qualidade ambiental e é exatamente desse liame indissociável entre os dois conceitos que erige o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito humano fundamental e, mais que isso, a uma das espécies dos chamados direitos personalíssimos.[14]

Não se pode deixar de mencionar o disposto no art. 170 da Constituição Federal.[15] Esse artigo tenta conciliar a defesa ao meio ambiente com a ordem econômica através do desenvolvimento sustentável, que consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, no limite da satisfação das necessidades da presente e futuras gerações, na eliminação absoluta da pobreza, fornecimento de um nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais do ser humano. [16]

Quando o art. 225 da Constituição Federal incumbe ao poder público o dever de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente, quer dizer que cumprirá esse papel preservando e restaurando os processos ecológicos essenciais e provendo o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, dentre outras medidas, como a promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

A proteção jurídica do meio ambiente é uma exigência já reconhecida. No Brasil foi tardia, é falha e é corrompida pelos sentimentos de utilitarismo e antropocentrismo intrínsecos ao homem. No entanto, revela uma conscientização ecológica, uma evolução normativa que continua e está se desenvolvendo com amplitude, delimitada por um imperativo fundamental de sobrevivência e de solidariedade, que é a preservação da natureza, e, consequentemente, da saúde, da vida para a presente e futuras gerações.

2 DA SERVIDÃO AMBIENTAL

2.1 ASPECTOS GERAIS

Como mecanismo de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e futuras gerações, a legislação se utiliza de alguns institutos capazes de efetivar tal escopo.

É nesse contexto que surge a servidão ambiental, também denominada servidão ecológica, de conservação, ou, ainda, florestal[17], e que pode ser definida como a destinação voluntária da totalidade ou parte de propriedade privada para fins de preservação ambiental, impondo limitações ao uso do imóvel protegido.[18]

De acordo com a Lei 4.771/1965, art. 44-A, é o instituto pelo qual o proprietário voluntariamente renuncia, em caráter permanente ou temporário, a direitos de supressão ou exploração da vegetação nativa, localizada fora da reserva legal e da área de preservação permanente.[19] A servidão ambiental não tem como escopo substituir áreas de preservação permanente ou de reserva legal, mais sim instituir um *plus* no que se refere à preservação. É uma inovação à proteção ao meio ambiente.

Trata-se de direito real oponível *erga omnes*, sendo exigível do proprietário que a institui, bem como de todos os demais adquirentes do imóvel.

No Brasil, tornou-se possível a instituição da servidão ambiental a partir da edição da Medida Provisória nº 1956-62.[20] Com tão escassa normatização do instituto, sua utilização era praticamente ineficaz e inaplicável. No entanto, após longo período de discussões e de uma sucessão de medidas provisórias, foi instituída a servidão ambiental no Brasil com a denominação de servidão florestal, pelo artigo 44-A e parágrafos, dispositivo que foi acrescentado ao Código Florestal pela MP nº 2.166/01-67.

Trouxe ainda, a MP, um novo tipo de servidão, que é a cota de Reserva Florestal – CRF, um título representativo de vegetação nativa sob regime de servidão florestal na reserva legal, instituída voluntariamente pelo proprietário. Como não há regulamentação, a doutrina acredita que será semelhante a uma cédula hipotecária.[21]

A servidão ambiental surgiu nos Estados Unidos, onde é denominada *conservation easement*. Lá, instituída a servidão, o proprietário da área serviente terá vantagens tributárias, como dedução no imposto de renda do equivalente à diminuição do valor venal do imóvel, isenção dos impostos relativos ao mesmo, além de provável publicidade em decorrência da iniciativa (o que valorizaria a área remanescente). [22]

Vários outros países se valem do instituto para proteger o meio ambiente, como é o caso do Canadá; Costa Rica e México, onde o instituto é denominado *servidumbre ecológica*[23]. Inglaterra e Espanha também protegem milhares de hectares através desse instituto.[24]

Na Espanha, a matéria referente à servidão ambiental está contida no Código Civil, em seu artigo 530. [25]

Em todas as localidades que aplicam a servidão, ela consiste na limitação de uso, temporária ou perpétua. O proprietário concorda em ceder alguns de seus direitos relativos a uso, fruição, gozo e livre disposição da coisa.

Nos Estados Unidos, Inglaterra e em alguns países da América a servidão pode ser instituída em favor de uma instituição pública ou privada, por ato *inter vivos* ou por testamento. [26]

Há que se destacar que mesmo nos Estados Unidos não existe uniformização a respeito da servidão ambiental. Apenas seis estados americanos possuem legislação escrita sobre o assunto e outros cinco estados o incorporam porque os tribunais o aceitam de forma incontroversa. Em outros doze estados americanos as servidões ambientais não são reconhecidas. [27]

O Projeto de Lei da Mata Atlântica dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa da mata atlântica. Traz em seu Título IV, Capítulo II, o instituto da servidão ambiental como forma de preservação do meio ambiente instituída voluntariamente pelo proprietário da área. Após várias alterações, o projeto se encontra agora na Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, pronto para a pauta da Comissão. [28]

2.2 DA CONSTITUIÇÃO DA SERVIDÃO AMBIENTAL

A servidão ambiental é instituto amplo, pois pode ser constituído em favor de uma pessoa, de entidade privada ou do poder público, além de destinar-se a diferentes finalidades e conter qualquer tipo de gravame, como determinar a manutenção do estado natural da área; não admitir nenhum tipo de atividade agrícola, de divisão, de desenvolvimento ou de atividade econômica; limitar construção ou edificação; restringir a urbanização; destinar-se ao ecoturismo, à absorção de carbono, dentre outras finalidades.[29]

Paulo Roberto Pereira de Souza acredita que, por se tratar de gravame para a propriedade, os termos e condições da servidão devem ser rigorosamente especificados de modo a evitar qualquer questionamento futuro. [30]

É de suma importância a descrição detalhada do imóvel, valendo-se de fotos, mapas, inventários biológicos, no momento da constituição. Como não existe um parâmetro pronto para se utilizar em todas as servidões, pois estas sofrem inúmeras variações de acordo com os interesses das partes, devem incluir-se a especificação sobre seu objeto; provisões para garantir que será válida; os direitos específicos que são concedidos ao detentor da servidão. [31]

A servidão se mostra também como instrumento hábil para proteger o patrimônio histórico, paisagístico e cultural, bem como para conter a expansão urbana sobre áreas destinadas à agricultura. Assim, além dos benefícios trazidos para o

proprietário do imóvel preservado, as vantagens se estendem a toda a coletividade, pois desfrutará dessa conservação.

Com a possibilidade de a servidão ocorrer em favor de organizações não governamentais, acredita-se num envolvimento mais efetivo da população na conservação do meio ambiente, pois essas organizações têm a possibilidade de informar de forma ostensiva o cidadão, estimulando-o a participar do processo.

Se um indivíduo tem vontade de limitar o uso de sua propriedade para um fim de conservação, ou para uso sustentável dos recursos naturais que lá existem, outro indivíduo pode ter a vontade de cooperar economicamente, ou mediante alguma outra contraprestação, para que se conservem esses recursos. Assim, a vontade de ambos poderia se unir para constituir uma servidão ecológica, que se perfectibiliza pelo contrato entre as partes e seu registro no competente Registro de Imóveis.

Para firmar o contrato, exigem-se os requisitos gerais previstos no Código Civil para validade do negócio jurídico, previstos nos art. 104 e seguintes, como capacidade, objeto lícito, possível, etc.

Mediante contrato ou testamento, podem ser constituídas quase todas as servidões. Pela via dos contratos, a servidão pode ser através de seus diversos tipos, como venda, locação, reserva, etc. O mais importante é que, se o contrato por meio do qual se está derivando a constituição da servidão for um contrato típico, reger-se-á pelas regras específicas deste; se o contrato for atípico, reger-se-á pelas regras gerais das servidões e a teoria geral dos contratos.

A constituição da servidão também ocorre por prescrição; quer dizer que, se alguém utilizou e outro tolerou durante dez anos, por essa inércia ao direito de propriedade ocorrerá a instituição da servidão, desde que contínua e aparente.

Cumpre destacar que as servidões ambientais não são necessariamente aparentes, pois seu exercício não se manifesta sempre mediante um sinal exterior. Portanto, haverá dificuldade em constituí-la por esse meio.

As servidões podem ajustar-se a certas limitações acordadas entre as partes contratantes. Conforme a vontade das partes, e com o estabelecido no Código Florestal (art. 44-A § 2º), é possível haver servidões ambientais permanentes ou temporárias.

Como se trata de gravame para a propriedade, que pode importar na sua desvalorização econômica, afirma-se que só serão perpétuas se expressamente previsto em contrato.

Já para a constituição das servidões temporárias, estipula-se um termo determinado para a cessação de seus efeitos. No caso, por exemplo, do proprietário de um imóvel ecologicamente valioso, que deseja proteger a biodiversidade ali existente, mas ainda não esteja convencido da conveniência de constituir uma servidão perpétua, pode ele optar pela servidão temporária e aguardar para ver se os resultados correspondem às suas expectativas, podendo posteriormente constituir uma perpétua com maior segurança.

É muito importante a possibilidade de constituir a servidão por um prazo determinado, que se dará necessariamente por escrito, pois assim os envolvidos poderão provar seus efeitos durante o prazo que lhes aprouver.

2.3 DA EXTINÇÃO DA SERVIDÃO

As servidões ambientais se extinguem pelas mesmas causas das servidões em geral. No entanto, nesse instituto, a extinção opera de maneira mais limitada, visto que há interesse público na sua manutenção.

Entre alguns meios de extinção está o cumprimento do prazo ou condição pactuada. Se a servidão se impõe por um período, vencido esse período extingue-se a servidão. Por certo que a servidão perpétua é mais valiosa, já que não tem prazo para extinção e não importa que o imóvel seja alienado, no entanto é melhor ter algo protegido temporariamente do que de forma alguma.

Esse é o fundamento pelo qual se acredita que o estabelecimento da servidão temporária é favorável, mesmo porque, provavelmente, depois de vencido o prazo, o proprietário poderá se dar conta de que as limitações não são tão severas, optando pela servidão por um período mais amplo, ou quem sabe perpétuo.

Além das causas supracitadas, também são causas extintivas da servidão o perecimento do objeto, a desapropriação e a convenção entre as partes. [32]

2.4 DAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Faz-se necessário elencar as principais características da servidão ambiental. O Direito Civil, com seu instituto da servidão predial, serve como parâmetro para as demais formas de servidão, inclusive a ambiental, atribuindo características a esta.

Assim como a servidão predial, a servidão ambiental também se caracteriza como uma limitação voluntária ao uso da propriedade privada. No entanto, diferencia-se em determinados pontos das outras formas de servidão, especialmente no que se refere ao seu conteúdo e finalidade.

Embora não exista na servidão ambiental propriedade dominante e serviente, como no Direito Civil pátrio, existe um fundo dominante, que normalmente é do detentor da servidão (*holder*), e um fundo serviente, que é onde se estabelece a servidão em favor de algo ou alguém. [33]

Agustín Atmella Cruz e Silvia E. Chavez Quesada dizem que é possível classificar as servidões ambientais propriamente ditas em diversas modalidades, dependendo do objetivo a que se destinam, da sua duração e do seu fim econômico, entre outros. Dão os seguintes exemplos: servidões ecológicas de conservação, que são aquelas que visam preservar a riqueza biológica de uma determinada área; servidões ecológicas cênicas, em que a destinação é manter a beleza cênica de determinado lugar; servidões ecológicas arqueológicas, cujo fim é a proteção do valor arqueológico de determinada propriedade, e servidões ecológicas para impedir troca de uso do solo, que são criadas com o objetivo de evitar que as terras que tenham potencial para as atividades agropastoris tenham sua finalidade desvirtuada [34].

O proprietário do fundo dominante tem direito de ver respeitadas as limitações a que está sujeita a área que está na condição de serviente. Tem o direito de fiscalizar e inspecionar o que ocorre nessas áreas, ou seja, direito de vigilância, se isso foi devidamente pactuado no contrato de servidão ambiental, inclusive com legitimidade para propositura das ações judiciais necessárias. [35]

Por isso se fazem primordiais informações básicas suficientes que permitam no futuro fazer comparações entre o estado do terreno no momento em que o contrato foi firmado e o estado no momento de uma visita futura. [36]

As partes podem pactuar que um terceiro, ou até mesmo uma ONG, possam realizar o monitoramento se estiverem mais habilitados técnica e economicamente, em razão de sua estrutura de recursos humanos, e talvez experiência anterior com servidões ambientais.[37].

O estabelecimento de relatórios e processos de aprovação para as atividades estipuladas nas servidões, bem como a manutenção dos arquivos relativos à servidão da propriedade, também são obrigações de seu detentor. [38]

Quanto às obrigações do proprietário do fundo dominante, estas são bem menores, salvo aquelas naturais decorrentes do contrato, como é o caso do direito de vigilância.

O proprietário da área serviente tem suas obrigações estabelecidas em contrato. Podem ser limitações de qualquer natureza. Embora continue sendo o proprietário da área em servidão, está obrigado a respeitá-la, não podendo de forma alguma prejudicá-la, nem diminuir seus efeitos.

Deve-se ressaltar que, se a propriedade serviente for dividida em diversas áreas, nas quais se permitam atividades distintas, consequentemente poderá o proprietário da área serviente executar as atividades permitidas em determinados lotes, e por sua vez a obrigação de abster-se de executar as proibidas nas áreas pactuadas em contrato.[39]

Outros ônus reais podem afetar as áreas em servidão ambiental. No entanto, por exemplo, se o proprietário vai hipotecar o bem, no documento deve constar que ali existe uma servidão. Ainda que houvesse uma execução da hipoteca e o bem fosse vendido em hasta pública, os interessados teriam que ser advertidos da existência da servidão. Assim, nada impede que o bem gravado por servidão ecológica possa ser dado em hipoteca.

Nada impede, igualmente, a constituição de usufruto, porém o usufrutuário deve também respeitar as limitações impostas à propriedade. Na mesma situação se encontrarão os novos adquirentes, que da mesma forma deverão respeitar as limitações da servidão.

2.5 DA POSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO ECONÔMICO DA ÁREA EM SERVIDÃO

Além da destinação ecológica da área em servidão, esta poderá ser explorada economicamente, desde que de forma compatível com a proteção ambiental.

O ecoturismo é o segmento da atividade turística que utiliza, de forma sustentável, o patrimônio natural e cultural, incentiva sua conservação e busca a formação de uma consciência ambiental, promovendo o bem-estar das populações envolvidas.

O que diferencia o ecoturismo do turismo convencional é que aquele leva em consideração um tipo de atividade turística responsável, com fins educativos, cumpridora de critérios e princípios básicos de desenvolvimento sustentável, com o intuito de utilizar moderadamente o patrimônio natural e cultural e incentivar sua conservação. [40]

Na cidade de Boulder, no estado norte-americano do Colorado, somente uma área destinada à servidão recebe mais de 3,3 milhões de pessoas por ano, as quais acampam, fazem trilhas ou praticam esportes radicais.

No Brasil, tem-se o exemplo de Bonito (MS). O número de visitantes na cidade é limitado, para evitar impacto na natureza; pequenos grupos são acompanhados por guias que orientam sobre a proibição de jogar lixo ou deixar qualquer outro objeto. Nada se pode levar, a não ser lembranças através de fotos e vídeos.[41]

Além do ecoturismo, o aproveitamento econômico da área em servidão também pode ser feito pelo manejo florestal, que é um conjunto de técnicas empregadas para colher cuidadosamente parte das árvores grandes, de tal maneira que as menores, a serem colhidas futuramente, sejam protegidas.

Com a adoção do manejo, a produção de madeira pode ser contínua ao longo dos anos, bem como a preservação ambiental, pois árvores adultas já não absorvem tanto carbono quanto na época de seu desenvolvimento.[42] Podem-se estabelecer áreas em servidão que se desenvolvem concomitantemente a outras cuja vegetação pode ser extraída e comercializada. O replantio das espécies extraídas deverá constar do plano de manejo.

Entre as principais vantagens do manejo florestal está a conservação florestal, visto que o manejo garante a cobertura florestal da área, retém a maior parte da diversidade vegetal original e pode ter impactos pequenos sobre a fauna, se comparado à exploração não manejada. As florestas manejadas prestam serviços para o equilíbrio do clima regional e global, especialmente pela manutenção do ciclo hidrológico e retenção de carbono. Surgem também as oportunidades de mercado, visto que as empresas que adotam um bom manejo são fortes candidatas a obter um "selo verde".

Como a certificação é uma exigência cada vez maior dos compradores de madeira, especialmente da Europa e dos Estados Unidos, as empresas que portarem o “selo verde”, provando a autenticidade e a origem manejada do seu produto, poderão ter maiores facilidades de comercialização madeireira no mercado internacional.

Também há que se falar na continuidade da produção. A adoção do manejo garante a produção de madeira na área indefinidamente, com a vantagem de apenas requerer a metade do tempo necessário na exploração não manejada.

O Brasil, além de ter a segunda maior extensão territorial do mundo coberta por florestas,[43] tem um diferencial devido ao clima do país; as florestas de *pinus* plantadas aqui ficam prontas para o corte em 15 ou 16 anos, sendo que em outros países, como Estados Unidos, por exemplo, esse tempo pode ser de 40 a 70 anos.[44] O eucalipto, outra árvore bastante desejada para manejo, precisa de 7 anos para crescer, enquanto em outras regiões da América do Sul demoram até 15 anos.[45]

Assim, o manejo florestal aliado à servidão poderá ser de grande rentabilidade para a nação.

2.6 DA COMERCIALIZAÇÃO DE CRÉDIOS DE CARBONO

Estudos comprovaram que as florestas em crescimento seriam sumidouros de carbono e os resultados do efeito do sequestro de carbono podem ser quantificados através da estimativa da biomassa da planta acima e abaixo do solo, do cálculo de carbono estocado nos produtos madeireiros e pela quantidade de CO2 absorvido no processo de fotossíntese.

Embora haja necessidade clara de redução nos níveis de CO2, o mundo não sabe ainda como fazer isso sem sofrer um grande impacto econômico.

O conceito de sequestro de carbono foi consagrado pela Protocolo de Kyoto, em 1997, e esse documento tinha o objetivo precípuo de diminuir e reverter a emissão de CO2 na atmosfera de modo a minimizar as consequências do efeito estufa.

O aumento nos tributos como meio de contenção na emissão dos gases foi a primeira ideia, no entanto logo descartada, visto que afetaria de forma contundente o setor de produção e elevaria o custo final dos produtos, atingindo diretamente o consumidor. Assim, para que fossem alcançados os parâmetros globais estipulados, surgiu uma alternativa, que seria uma negociação que os países fariam entre si sobre os seus direitos de poluição: um país com altos níveis de emissão de gases poderia pagar a outro país que estivesse com os limites de poluição abaixo do estipulado. Esse saldo do país que não alcançou o limite poderia ser comercializado no mercado com outras empresas, que, por sua vez, tenham ultrapassado o limite estabelecido.[46]

O órgão ambiental americano – Environment Protection Agency – emite títulos que simbolizam os limites de poluição que determinada empresa deve cumprir a cada ano. Esses títulos são comercializados no caso de uma empresa conseguir diminuir sua emissão de gases e outra não. Representam, pois, o saldo positivo que a empresa que não poluiu o estipulado tem em seu favor.

Dentro desse contexto, o Brasil se encontra numa posição privilegiada, visto que está no rol dos países em desenvolvimento e ainda possui um amplo território de vegetação variada. Dessa forma, as empresas e países industrializados obrigados a frear o aquecimento global com a redução na emissão de gases poderão participar de projetos de reflorestamento e compra de áreas destinadas à servidão florestal no Brasil.

2.7 DOS INCENTIVOS FISCAIS

Os benefícios tributários oferecidos pela constituição da servidão ambiental podem tornar-se bastante significativos. O poder público poderia instituir, a partir do momento em que fosse averbada na transcrição ou matrícula do imóvel, incentivos tributários, como compensação no imposto de renda em razão de diminuição do valor venal do imóvel. [47]

Poderia ainda haver isenção do Imposto Territorial Rural para áreas de cobertura vegetal primária ou estágio médio ou avançado de regeneração.

Nos Estados Unidos, o Código Federal de Taxas admite que o valor da servidão possa ser tratado como uma doação de caridade e deduzido dos impostos futuros, dentro

dos padrões e limites admitidos para tais doações. Para o cálculo dos benefícios tributários, o valor da servidão para fins de abatimento corresponderá à diferença entre o valor da terra com a servidão e sem esta. Se, por exemplo, uma propriedade vale US$ 500.000,00 sem restrições e US$ 300.000,00 com a servidão, o valor da doação será de US$ 200.000,00, que será dedutível do imposto a pagar, em percentual não superior a 30% da renda bruta. [48]

Acredita-se que, se houvesse o incremento dos benefícios econômicos aos proprietários de áreas em servidão, se alavancaria sua implantação de forma mais constante e efetiva, o que beneficiaria tanto a economia quanto o meio ambiente.

CONCLUSÃO

Até há pouco tempo, o Brasil vivia o desenvolvimento a qualquer custo, o que lhe custou vários danos ambientais irreversíveis.

O primeiro marco para a preservação ambiental no país foi a Lei nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, forneceu o conceito legal de meio ambiente, instituindo o SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), e previu a responsabilidade objetiva do poluidor. Porém apenas em 1988, com o advento da Constituição Federal, o meio ambiente recebeu tratamento jurídico adequado sendo considerado como fonte primária de vida e saúde. A nova Constituição trouxe um capítulo próprio sobre proteção do meio ambiente, e também albergou a Teoria Intergeracional.

Como mecanismo de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e futuras gerações, a legislação se utiliza de alguns institutos capazes de efetivar tal escopo, dentre eles o da servidão ambiental, também denominada servidão ecológica, de conservação, ou, ainda, florestal, que pode ser definida como a destinação voluntária da totalidade ou parte de propriedade privada para fins de preservação ambiental, impondo limitações ao uso do imóvel protegido.

A servidão ambiental surgiu nos Estados Unidos, onde é denominada *conservation easement*. Lá, instituída a servidão, o proprietário da área serviente terá vantagens tributárias, como dedução no imposto de renda do equivalente à diminuição do valor venal do imóvel, isenção dos impostos relativos ao mesmo, além de provável publicidade em decorrência da iniciativa (o que valorizaria a área remanescente). [49]

Vários outros países se valem do instituto para proteger o meio ambiente, como é o caso do Canadá, Costa Rica, México, Inglaterra e Espanha.

A servidão ambiental é instituto amplo, pois pode ser constituído em favor de uma pessoa, de entidade privada ou do poder público, além de destinar-se a diferentes finalidades, como a manutenção de área florestal ou proteção de patrimônio histórico, paisagístico e cultural. Assim, além dos benefícios trazidos para o proprietário do imóvel preservado, as vantagens se estendem a toda a coletividade, que desfrutará dessa conservação.

Além da destinação ecológica da área em servidão, esta poderá ser explorada economicamente, desde que de forma compatível com a proteção ambiental, através do ecoturismo e do manejo florestal, que é um conjunto de técnicas empregadas para colher cuidadosamente parte das árvores grandes, de tal maneira que as menores, a serem colhidas futuramente, sejam protegidas.

As áreas em servidão também poderão ser destinadas à captação de carbono e comercialização de seus créditos, nos termos do Protocolo de Kyoto, com o fim de minimizar as consequências do efeito estufa.

A área em servidão deveria gozar de benefícios tributários. O poder público poderia instituir, a partir do momento em que fosse averbada na transcrição ou matrícula do imóvel, incentivos como a compensação no imposto de renda, em razão de diminuição do valor venal do imóvel, como já vem ocorrendo nos Estados Unidos.

REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Márcia Rodrigues. *O direito humano a um meio ambiente equilibrado*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1685>. Acesso em 12 de abril de 2009.

CRUZ, Augustin Atmella; QUESADA, Sílvia E. Chaves. *Manual de servidumbres ecológicas*. Costa Rica: Leonel Umanã Fonseca, 1997.

HAMA, Lia. O avanço dos estrangeiros. Revista *Guia Exame*, n. 849, p. 64-65, agosto de 2005.

JESUS JÚNIOR, Guilhardes de. *Da servidão ambiental*. Disponível em: <http://www.datavenia.net/opinião/servidão.html>. Acesso em 16 de dezembro de 2008.

LEVORATO, Danielle. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Dissertação (Mestrado) Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, 199?.

LOHMANN, Larry. *O mercado de carbono: semeando mais problemas*. Disponível em:<http://216.239. 37.100/search?q=cache:UdII-D51p8EC:www.wrm.org.uy/plantations/m...>. Acesso em 17 de novembro de 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

MARTINS, Dayse Braga. *Direito constitucional ambiental*. Disponível em: http://www1.jus.com. br/doutrina/texto.asp?id=2116. Acesso em 12 de abril de 2009.

MILARÉ, Edis. *Direito ambiental brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

MILARÉ, Edis. *Meio ambiente e os direitos da personalidade. 2003*. Disponível em:<http://www.milare.adv.br/artigos/madp.htm. Acesso em 29 de fevereiro de 2009.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIOLI, Maria Angélica Gaspar. *A proteção jurídico-material das terras privadas no direito ambiental brasileiro, com ênfase na servidão ambiental*. 2003. 324 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Maringá, Paraná, 2003.

RAMALHO, Cristina. Paraíso organizado. Revista *Veja*, edição 1548, ano 31, n. 21, 27 de maio de 2005, p. 82-84.

RUDDIMAN, William F. Quando os humanos começaram a alterar o clima? *Scientific American Brasil*, São Paulo, ano 3, n. 35, p. 58, abril de 2005.

SEQUESTRO de carbono. Disponível em: http://www.ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=. /gestao/index.html&conteudo=./gestao/sequestro.html>. Acesso em 20 de dezembro de 2002.

SOUZA, Marcos de Moura e. O apagão verde está chegando. Revista *Guia Exame*, n. 849, agosto de 2005, p. 62-63.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *A proteção do meio ambiente natural do estado do Paraná*. V. II, Tese de Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica São Paulo, 2000.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *A servidão ambiental florestal como instrumento de proteção continental do meio ambiente*. Disponível em: <http://www.abaa.org.br/artigos_070501_servidao.html >. Acesso em 4 de julho de 2009.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *Os papéis da iniciativa privada e do terceiro setor na implementação e manejo de unidades de conservação*. Disponível em: <http://www.nobel.br/?action=revista&id=3>. Acesso em 23 de fevereiro de 2009.

STUCCHI, Gisele Beltrame. *Instrumentos jurídicos de atuação do poder público em matéria ambiental*. 200?. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/ambiental/gisele.htm. Acesso em 29 de junho de 2009.

WOLFF, Simone. *Meio ambiente x desenvolvimento + solidariedade = humanidade...* 2004. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/legis/Consultoria_Juridica/artigos/meio_ambiente.htm>. Acesso em 29 de junho de 2009.

---

[1] RUDDIMAN, William F. Quando os humanos começaram a alterar o clima? *Scientific American Brasil*, São Paulo, ano 3, n. 35, abril de 2005, p. 58.

[2] LOHMANN, Larry. *O mercado de carbono: semeando mais problemas*. Disponível em:<http://216.239. 37.100/search?q=cache:UdII-D51p8EC:www.wrm.org.uy/plantations/m...>. Acesso em 17 de novembro de 2008.

[3] Vegetação das regiões subpolares, de clima frio e solos congelados quase o ano todo, constituída essencialmente por liquens e musgos.

[4] LOHMANN, op. cit.

[5] BERTOLDI, Márcia Rodrigues. *O direito humano a um meio ambiente equilibrado*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1685>. Acesso em 12 de abril de 2009.

[6] WOLFF, Simone. *Meio ambiente x desenvolvimento + solidariedade = humanidade...* 2004. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/legis/Consultoria_Juridica/artigos/meio_ambiente.htm>. Acesso em 29 de junho de 2009.

[7] Como, por exemplo, o Código Florestal, o Código de Águas, o Código de Pesca, etc.

[8] STUCCHI, Gisele Beltrame. *Instrumentos jurídicos de atuação do poder público em matéria ambiental*. 200?. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/ambiental/gisele.htm. Acesso em 29 de junho de 2009. Teoria criada por Edith Brown Weiss que traduz um desejo comum de justiça entre as gerações atuais e futuras. Tal justiça corresponderia, entre outros aspectos, à igualdade de oportunidade de desenvolvimento socioeconômico no futuro, graças à pratica da responsabilidade no usufruto do meio ambiente e de seus elementos no presente.

[9] *Direito Ambiental Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 108.

[10] *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. 199? Dissertação (Mestrado) Centro Universitário Eurípides de Marília., Marília, 199?.

[11] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 108.

[12] MILARÉ, Edis. *Meio ambiente e os direitos da personalidade. 2003*. Disponível em: <http://www.milare.adv.br/artigos/madp.htm. Acesso em 29 de fevereiro de 2009.

[13] POZO, apud BERTOLDI, op. cit..

[14] Ibid.

[15] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

[16] MARTINS, Dayse Braga. *Direito constitucional ambiental*. Disponível em: <http://www1.jus.com. br/doutrina/texto.asp?id=2116>. Acesso em 12 de abril de 2009. O desenvolvimento sustentável é regido pelos seguintes princípios: 1º. Respeito e cuidado com a comunidade dos seres vivos; 2º. Melhoria na qualidade de vida humana; 3º. Conservação da diversidade e vitalidade do planeta; 4º. Minimização do esgotamento dos recursos naturais não renováveis; 5º. Permanência nos limites de suporte do planeta; 6º. Modificação de atitudes e práticas pessoais; 7º. Permissão para as comunidades cuidarem de seu próprio ambiente; 8º. Geração de uma estrutura nacional para a integração de desenvolvimento e conservação que compreende informação e conhecimento, leis e instituições e políticas econômicas e sociais; 9º. Constituição de uma aliança global. fim,

[17] SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *A proteção do meio ambiente natural do estado do Paraná.* V. II, Tese de Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica São Paulo, 2000.

[18] Ibid.

[19] Artigo acrescentado pela Medida Provisória 2.166-67/2001.

[20] SOUZA, op. cit.

[21] PIOLI, Maria Angélica Gaspar. *A proteção jurídico-material das terras privadas no direito ambiental brasileiro, com ênfase na servidão ambiental*. 2003. 324 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Maringá, Paraná, 2003, p. 195-198.

[22] SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *A servidão ambiental florestal como instrumento de proteção continental do meio ambiente*. Disponível em: <http://www.abaa.org.br/artigos_070501_servidao.html>. Acesso em 4 de julho de 2009.

[23] CRUZ, Augustin Atmella; QUESADA, Sílvia E. Chaves. *Manual de servidumbres ecológicas*. Costa Rica: Leonel Umanã Fonseca, 1997.

[24] SOUZA. *A servidão ambiental florestal como instrumento de proteção continental do meio ambiente*, op. cit.

[25] PIOLI, op cit. p. 195-198.

[26] Ibid.

[27] Ibid.

[28] Cf. Projeto com as últimas alterações em anexo.

[29] SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *Os papéis da iniciativa privada e do terceiro setor na implementação e manejo de unidades de conservação*. Disponível em: <http://www.nobel.br/?action=revista&id=3>. Acesso em 23 de fevereiro de 2009.

[30] SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *A proteção do meio ambiente natural do estado do Paraná,* op. cit.

[31] Ibid.

[32] JESUS JÚNIOR, Guilhardes de. *Da servidão ambiental*. Disponível em: <http://www.datavenia.net/opinião/servidão.html>. Acesso em 16 de dezembro de 2002.

[33] CRUZ, op. cit.

[34] CRUZ, op. cit.

[35] SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *A proteção do meio ambiente natural do estado do Paraná,* op. cit.

[36] PIOLI. op cit. p. 213-216.

[37] Ibid.

[38] SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *A proteção do meio ambiente natural do estado do Paraná.*

[39] CRUZ, op cit..

[40] Disponível em:< http://www.ecobrasil.org.br/pagina.asp?pagina_id=46&lng=p>. Acesso em 15 de agosto de 2009.

[41] RAMALHO, Cristina. Paraíso organizado. Revista *Veja*, edição 1548, ano 31, n. 21, 27 de maio de 2005, p. 82-84.

[42] Disponível em: <http://www.manejoflorestal.org/index3.cfm?cat_id=58&subcat_id=180>. Acesso em 12 de agosto de 2009.

[43] Sendo que apenas 1% corresponde a árvores cultivadas, utilizadas para exploração comercial, segundo HAMA, Lia. O avanço dos estrangeiros. Revista *Guia Exame*, n. 849, p. 64-65, agosto de 2005.

[44] SOUZA, Marcos de Moura e. O apagão verde está chegando. Revista *Guia Exame*, n. 849, p. 62-63, agosto de 2005.

[45] HAMA, op. cit.

[46] SEQUESTRO de carbono. Disponível em: http://www.ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=. /gestao/index.html&conteudo=./gestao/sequestro.html>. Acesso em 20 de dezembro de 2008.

[47] SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *A proteção do meio ambiente natural do estado do Paraná.* Op. cit.

[48] SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *A proteção do meio ambiente natural do estado do Paraná*, op. cit.

[49] SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *A servidão ambiental florestal como instrumento de proteção continental do meio ambiente*. Disponível em: <http://www.abaa.org.br/artigos_070501_servidao.html>. Acesso em 4 de julho de 2009.

REFLEXÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO NO ÂMBITO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS RELACIONADAS À PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE*

REFLEXIONS ON PARTICIPATION IN PUBLIC AUDIENCES RELATED TO LEGAL PROTECTION OF THE ENVIRONMENT

Antonio Edilson de Castro Sena
Sheilla Borges Dourado

RESUMO

O objetivo deste artigo é refletir acerca do exercício do direito à participação nas audiências públicas relacionadas a questões ambientais. O direito à participação está intimamente ligado ao direito à informação e o acesso à informação, como se observará, depende do domínio de determinados códigos, como a linguagem técnica e científica. Compreender o que significa hoje a participação implica em recriar a sua história social, como se pretende demonstrar. Refletir acerca da participação nas audiências públicas não significa verificar procedimentos corretos de convocação da sociedade civil ou checar listas de presenças, restringindo-se aos aspectos meramente formais e burocráticos. Com a ajuda de sociólogos e antropólogos, buscou-se compreender, no direito, os mecanismos e os limites impostos ao exercício da participação e a efetividade desse direito consagrado pelo Direito Ambiental. Neste artigo, foi utilizada como referência a primeira audiência pública ocorrida no Brasil sobre licenciamento ambiental de usina nuclear, objeto de estudo antropológico em cujo resultado se baseou o presente trabalho. Observa-se nesse exemplo que a participação na audiência pública foi monitorada e controlada, ainda que não se pudesse questionar sua legalidade.

PALAVRAS-CHAVES: PARTICIPAÇÃO - AUDIÊNCIA PÚBLICA - PROTEÇÃO AMBIENTAL

ABSTRACT

The purpose of this paper is to reflect about the exercise of the right of participation in public audiences related to environmental issues. The right of participation is intrinsically linked to the right to be informed and the access to information, as will be shown, depends on the control of certain codes, like technical and scientific language. Understand the current meaning of participation demands to recreate its social history, as we intend to demonstrate. Reflect about participation in public audiences doesn't mean to verify correct procedures of calling society or check lists of names, restricted to merely formal and bureaucratic aspects. With the help of sociologists and anthropologist, we tried to understand, in Law, the mechanisms and limits imposed to the exercise of participation and the effectiveness of this right brought by the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Environmental Law. In this paper, we used as a reference the first public audience that happened in Brasil in an environmental licensing procedure of a nuclear energy plant, object of anthropologic studies in which results we based the present paper. It was observed, in this example, that participation in that public audience was monitored and controlled, even if we couldn't question its legality.

KEYWORDS: PARTICIPATION - PUBLIC AUDIENCE - ENVIRONMENTAL PROTECTION

Introdução

A *participação*[1] é, atualmente, um dos valores de maior aceitação na sociedade brasileira. Trata-se de um termo presente tanto no discurso dos grupos marginalizados, para reivindicar maior (ou algum) poder de decisão sobre os projetos que intervêm em seus interesses, bem como está presente no discurso dos grupos dominantes, na tentativa de legitimar projetos de realização de seus próprios interesses.

Assim, em primeiro lugar, é preciso considerar que o termo *participação* é um dos jargões que admite inúmeras construções de significados, especialmente se adjetivado (RAHNEMA, 2005, p. 116), a exemplo das expressões "*participação* política", "*participação* social", "*participação* ativa", "*participação* plena e efetiva", "*participação* comunitária", dentre outras. A esse respeito, adverte Almeida que expressões como "participação" e "participativo" têm sido largamente utilizadas por políticas oficiais e refletem as novas formas de que se reveste o discurso da dominação, razão pela qual devem ser repensadas criticamente (ALMEIDA, 2004)[2].

Apesar da unanimidade de sua aceitação entre os diversos setores sociais, a *participação* está longe de ser associada a um valor suficiente para garantir uma harmonia ou um consenso social como reflexo da satisfação de interesses de todos os grupos envolvidos nos debates de temas controversos.

As insatisfações giram em torno das diferentes condições, dadas aos diferentes grupos interessados, de *participar* dos processos deliberativos postos em debate. Em especial, no âmbito das questões ambientais, estes processos de tomada de decisão têm seu caráter *participativo* definido na medida em que consegue atender aos interesses dos grupos envolvidos.

A audiência pública é o instrumento de maior expressão para realização da *participação* nos debates sobre questões[3] ambientais, especialmente nos processos de licenciamento ambiental. É a partir deste espaço institucional de debate público das questões ambientais que o presente artigo se propõe refletir sobre a *participação*. Estamos tratando, portanto, dos exercícios da *participação* num campo político onde se tratam as questões ambientais.

Para este fim, será tomada aqui como referência de análise a audiência pública para licenciamento ambiental da usina nuclear Angra dos Reis II. Tal análise, realizada pelos antropólogos José Sérgio Leite Lopes, Diana Antonaz, Gláucia Oliveira da Silva e Roseane M. Prado, foi publicado na forma de artigo intitulado "Audiência pública em Angra dos Reis: debate em torno do licenciamento de uma usina nuclear"[4]. O texto foi escrito no início do ano 2000, tendo sido a referida audiência pública o primeiro evento dessa natureza em processo de licenciamento ambiental de usina nuclear realizado no Brasil. Angra I havia sido construída durante o regime de ditadura militar, tempos que em não se elencava a *participação* do povo nas decisões políticas como um direito.

Para não incorrer na elaboração de um mero parecer jurídico, descrevendo simplesmente em que medida este evento cumpriu ou descumpriu as normas ambientais sobre audiência pública, a partir desse exemplo, levamos em consideração reflexões da sociologia e da antropologia sobre a *participação*, de forma a aprofundar a compreensão do significado da *participação* no espaço da audiência pública.

Este procedimento metodológico tem por fundamento a Teoria Crítica do Direito, elaborada por Michel Miaille, para quem a construção da ciência jurídica a partir do direito positivo, aliada a uma pretensão de neutralidade científica caracterizada pela não ingerência de valores, sejam morais ou políticos, conduz a construção de uma representação útil do mundo jurídico para a organização social. Essa representação ideológica, no entanto, não viabiliza a construção de uma compreensão científica deste mundo jurídico (MIAILLE, 2005)[5].

A história social da *participação* enquanto problema a ser analisado é tomada aqui como instrumento metodológico, a fim de evitar o recurso aos "conceitos irrefletidos" construídos, sobre o que Pierre Bourdieu chama de "senso comum", "bom senso vulgar" e o "bom senso científico". Para este sociólogo, "pôr-em-suspenso" as "pré-construções" vulgares consiste numa ruptura epistemológica que deve ser posta como primeira tarefa da ciência social (BOURDIEU, 2007)[6]. Refletir o movimento que transforma um problema particular em um problema público traz uma importante contribuição para tal tarefa. Dessa forma, Bourdieu defende o esforço de refletir acerca da construção social do problema, reconstituindo a sua história social.

A história social da *participação*

A primeira experiência de *participação* na história ocidental se refere à Grécia Antiga. No governo de Atenas, segundo Robert Dahl, havia uma assembléia a que todos os cidadãos estavam autorizados a *participar*. O direito de *participar* restringia-se aos homens adultos, o que aconteceu em todas as democracias até o século XX. No governo da república romana, esse direito inicialmente estava restrito aos patrícios, os aristocratas. Elementos objetivos, como as grandes distâncias, impediam que os cidadãos de outros territórios da república se reunissem em Roma para participar, já que vencê-los demandava extraordinário esforço e altíssimos custos. (DAHL, 2001, p. 22-23)[7]. Na Europa do Norte, os vikings realizavam assembléias e a igualdade era entre

os homens livres sendo que mesmo estes variavam em riqueza e status. (DAHL, 2001, p. 29).

Hanna Arendt, em sua obra “A Condição Humana” traz importante reflexão sobre o caráter “livre” do cidadão na Grécia Antiga. Segundo esta filósofa a liberdade, como requisito da cidadania, era compreendida como uma auto-suficiência das condições materiais de sobrevivência que possibilitaria uma verdadeira independência e condições de igualdade para exercício do poder de negociação e discussão frente a outro cidadão[8].

O homem cujas condições materiais de sobrevivência dependia de outro homem não poderia jamais avaliar, livre e espontaneamente, a melhor decisão para a coisa pública sem que sua decisão viesse a ameaçar este vínculo com aquele que lhe possibilita as condições materiais de sobrevivência.

Quando da ascensão da burguesia e da suas reivindicações em favor da condição de cidadão e não de súdito, a *participação* voltou a ser um problema público. Ao Estado absolutista, cuja ordem é imposta pela vontade de Deus e privilegia a nobreza e o clero, é oposto o projeto de Estado Democrático de Direito, cuja ordem seria estabelecida pelo povo que participa da constituição da vontade do Estado e tem garantido suas liberdades individuais pelas leis que limitam o poder deste mesmo Estado, conforme as teorias contratualistas.

Os marcos históricos deste processo de surgimento do Estado Democrático de Direito e derrocada do Estado Absolutista são a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos. A história mostrou posteriormente que o projeto de um Estado governado pelo povo não passou de uma substituição de classe dominante. Ao clero e a nobreza foram sucedidos pela burguesia que, no funcionamento do modo de produção capitalista, só conseguiria manter seus privilégios na sociedade mediante a exploração do trabalho e a apropriação das riquezas naturais garantida pela propriedade privada. A democracia construída a partir de então, ligada à ascensão do capitalismo, difere enormemente da democracia da Antiguidade e deu novas feições à *participação*, em face da formação da democracia representativa.

Na nova ordem social, a igualdade entre os cidadãos pertencentes a um Estado Democrático de Direito ficou garantido apenas no plano das idéias, no plano jurídico, em detrimento da igualdade fática, econômica ou social. A *participação* na escolha dos governantes deste novo Estado ficou restringida a um critério de poder econômico.

A partir disto, a história social da *participação* se confunde com a história da luta dos movimentos sociais pela ampliação de sua igualdade fática de cidadãos, do que resultou, em início do século XX, o que a doutrina classifica como segunda geração dos Direitos Humanos, bem como pela ampliação rumo à universalização dos direitos políticos.

Numa ordem social em que uma classe, no caso, a burguesia, mantém privilégios à custa da exploração da outras, discutir *participação* significa pôr em risco a subversão de tal ordem social, uma vez que a *participação* implicação em redistribuição de poder. Portanto, a *participação* só entrava na pauta de discussões por força das mobilizações das classes exploradas.

A *participação* só voltou à pauta de discussões, por iniciativa do Estado burguês, após a II Guerra Mundial. Wolfgang Sachs afirma que os países ricos, liderados pelos Estados Unidos, levantam a bandeira do desenvolvimento como estratégia de trazer os países do Terceiro Mundo para o seu bloco de poder[9]. Neste processo retoma-se a valorização da democracia, portanto, da *participação* política, em oposição, aos Estados comunistas que, em geral, adotaram o totalitarismo e, assim, pouco ou nada ofereciam de condições de exercício da *participação* popular.

Como parte desta estratégia os países ricos, passaram a financiar projetos diversos nos países do Terceiro Mundo a fim de possibilitar o crescimento econômico que lhes levaria ao desenvolvimento, personificado no padrão de produção e consumo dos países ricos. Após duas décadas esses projetos revelaram resultados desastrosos e diante destes insucessos a *participação* na elaboração e execução de projetos semelhantes foi apontada como medida apta a corrigir as distorções que teriam resultado nos insucessos acima referidos.

Majid Rahnema ao analisar a *participação*, no âmbito dos projetos de desenvolvimento vendidos ao Terceiro Mundo após a II Guerra Mundial, aponta que este processo representou a superação do medo dos países ricos em tratar do tema, em especial porque se associava a *participação* popular como oportunidade de debates que levariam a uma propaganda dos ideais comunistas de Estado[10].

A perda desse medo em consolidar espaços de *participação* pode ser melhor compreendida se tomarmos em conta que o exercício da cidadania requer não apenas condições objetivas de sua garantia, mas também condições subjetivas a quem lhe é garantido exercê-la.

Em trabalho sobre a democracia e a cidadania, Geraldo Magela Daniel Junior analisa as condições objetivas para realização da cidadania como aquelas garantidas pelo "reconhecimento legal e efetivo dos direitos civis e políticos, assim como um certo padrão de igualdade econômico-social, cuja expressão mínima é o acesso de todos indivíduos aos direitos sociais" (DANIEL JR, 2002, p. 31)[11].

Do mesmo autor é a análise das condições subjetivas para a realização da cidadania que teria como primeira condição a necessidade de um saber crítico definido como a compreensão exata da realidade, em oposição à mera ideologia que corresponde à representação dessa realidade. Entretanto, o domínio de um saber crítico por si só não garante que o mesmo seja utilizado em busca de um bem coletivo, social. Por isso a segunda condição subjetiva para a cidadania seria a ética, assim definida pelo mesmo autor:

A ética é a teoria e a prática daquilo que é melhor para os homens do ponto de vista coletivo. Em outros termos, é a reflexão e a busca do bem, da justiça e da felicidade social. Ser ético significa, por conseguinte, assimilar subjetivamente e viver objetivamente valores concernentes àqueles propósitos, através de ações concretas (DANIEL JR. 2002, p. 36)[12].

Apenas a presença das condições objetivas e subjetivas será capaz de realizar a cidadania em sua plenitude. Em geral, a ausência de um saber crítico garante que os espaços de *participação*, tal como as audiências públicas, não venham contrariar os planos iniciais do Estado e dos grupos sociais dominantes, tal como foi analisado no caso da usina nuclear de Angra dos Reis II.

No campo jurídico a *participação* é tratada como premissa do princípio democrático. Segundo José Afonso da Silva a democracia repousa sobre o princípio da *soberania popular*, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, expresso pela regra de que todo poder dele emana, e o princípio da *participação* - direta ou indireta - do povo no poder, para que este poder seja a efetiva expressão da *vontade popular* (SILVA, 2000)[13].

Além desta associação a idéia de uma soberania popular que fundamenta o Estado, o princípio democrático também é explicado pela afirmação de valores fundamentais da pessoa humana e na exigência de o Estado, para ser democrático, proteger estes valores (DALLARI, 1994)[14].

A democracia representativa tem delineado as formas de *participação* política nos Estados modernos, principalmente nos processos de escolha de governantes. Entretanto, quando as questões públicas a serem resolvidas envolvem a proteção do meio ambiente a *participação* direta dos grupos interessados é fundamental e um dos instrumentos mais usados é a audiência pública.

O instrumento da audiência pública foi criado na França, no ano de 1980, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente daquele país como parte integrante dos processos de licenciamento ambiental. No Brasil, foi previsto primeiramente na Resolução nº 01/86 do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), cujo artigo 11, parágrafo 2º estabelece que o órgão licenciador ou o Município promoverá a realização de audiência pública para fornecer informações sobre o projeto e seus impactos ambientais e propiciar a discussão do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA). O RIMA deriva do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), um dos instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei n. 6938/81). Consiste num relatório destinado à análise de qualquer interessado no processo de licenciamento ambiental, razão pela qual a legislação estabelece que deve constituir um texto de fácil compreensão para não peritos na matéria do licenciamento, traduzido da linguagem técnica.

Outro ato normativo do CONAMA, a Resolução n. 09/87, traçou o procedimento administrativo da audiência pública, desde a sua convocação até o encerramento. Segundo a resolução, a finalidade da audiência é “expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito”.

O direito à *participação* no Direito Ambiental aparece sempre atrelado ao direito à informação. Pressupõe-se que não é possível que o agente *participe* do debate político sem dispor de informação suficiente e de qualidade que subsidie suas escolhas.

As reflexões sobre a forma como a *participação* tem se realizado no âmbito das audiências públicas podem ser tomadas a partir do caso da audiência para instalação da usina nuclear de Angra dos Reis II.

O artigo “Audiência pública em Angra dos Reis: debate em torno do licenciamento de uma usina nuclear” abordou os seguintes problemas: as audiências públicas representam ou não um espaço democrático? E em que medida elas podem fazer valer os interesses da população?

O objetivo do estudo foi observar alguns elementos da audiência pública em Angra dos Reis e correlacioná-los de forma a não apenas explicitar as intenções dos promotores, mas também aferir as possibilidades de intervenção dos participantes[15].

A audiência pública de Angra II foi ressaltada como marco histórico por romper com seu caráter autoritário que os militares impuseram sob a justificativa do interesse à segurança e à soberania nacional. Seus promotores reivindicavam o caráter democrático e *participativo* pela sua simples realização. Entretanto, “a sua organização, feita nitidamente em favor do empreendimento, traduzia uma desigualdade que se refletiu na organização do espaço, na condução do evento, e no discurso dos técnicos”.

A cultura política do município de Angra dos Reis é marcada por movimentos organizados - ecológico, trabalhadores rurais e pequenos agricultores, comissões pastorais da terra e operária ligadas à Igreja Católica, sindicatos de trabalhadores e associações de moradores - e de um ideal *participativo* bem expresso durante a elaboração do Plano Diretor, entre 1990 e 1992.

Considerações acerca da *participação* na audiência pública em Angra dos Reis

A divulgação visível da audiência pública foi feita em nível local, o que para os autores é indicativo de quem são, para os promotores da audiência pública, os participantes legítimos e, em particular, as partes a serem envolvidas na negociação.

No âmbito dos licenciamentos ambientais no Brasil um ponto de grande discussão é quanto à definição da área de influência do empreendimento a ser licenciado. Duas teorias entram em confronto para tal fim: a teoria da dominialidade que afirma o local de realização do empreendimento como critério determinante para definir a área de influência; enquanto que a teoria do interesse preponderante afirma que a extensão dos impactos ambientais a serem ocasionados pelo empreendimento deve ser o critério preponderante para definir a área de influência.

A história já mostrou que um acidente nuclear causa impactos ambientais em uma extensão indeterminada. O direcionamento da divulgação da audiência pública apenas ao público local exclui a possibilidade de *participação* daqueles que, mesmo fora da área de implantação da usina, estão ao alcance de seus impactos ambientais.

O que se pretende refletir neste ponto, além da manipulação implícita dos promotores da audiência pública que impossibilita a *participação* de todos os que estão ao alcance dos impactos do empreendimento, é que, retomando a crítica marxista de Miaille, o Direito tende a individualizar um conflito ou evento ao ponto de lhe tirar o caráter coletivo do sujeito envolvido (MIAILLE, 2005)[16].

O regulamento da audiência determinou a ordenação dos trabalhos e reafirmou as diferentes categorias de *participantes*, assim como sua hierarquia e formas desiguais de *participação*. Este regulamento baseado na Resolução do CONAMA n. 09/87 se compõe de uma série de determinações arbitrárias, tais como os procedimentos de controle das intervenções e do debate, mas foi apresentado como documento conforme à lei, portanto, não sujeito a discussão.

A Eletronuclear - empresa estatal proponente do empreendimento em licenciamento- e a Natrontec - empresa da equipe técnica responsável pela elaboração dos estudos de impacto ambiental - marcaram suas intervenções por um discurso do "objetivismo", no sentido de que os fatos teriam sua própria realidade e que se trataria apenas de apresentá-la com clareza, constituindo-se a audiência pública em um processo que traz à consciência do público os elementos do problema em questão.

O corpo técnico seguia a linha da valorização dos benefícios e subestimação dos prejuízos. Durante o debate os técnicos da Eletronuclear e Natrontec se utilizaram da desqualificação dos questionamentos que não foram levantados de açodo com o domínio da linguagem "científica". Para isso acusam de ignorância ou desconhecimento as questões postas fora da linguagem técnica. Os autores chamaram isso de ideologia sedimentada na tecnologia e estratégia defensiva.

A *participação* do Ministério Público Federal (MPF) foi marcada por um paradoxo, haja vista se tratar de órgão do Estado, mas que buscava se identificar com o a população. Em geral o MPF utilizou uma linguagem técnico-formal em suas intervenções.

A comissão de meio ambiente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro utilizou um questionamento lógico-formal e falou sobre a falta de técnicos qualificados do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), órgão responsável pelo licenciamento ambiental do empreendimento, para avaliar o empreendimento.

A prefeitura de Angra dos Reis fez suas intervenções no sentido de questionar as informações do EIA-RIMA com dados a partir do aumento da demanda de serviços públicos (saúde, educação, saneamento) e a partir disto reivindicar um aprofundamento desses estudos no sentido de garantir mais medidas mitigadoras e compensatórias.

Os autores afirmam que o público leigo busca se apropriar do "sistema perito" (conhecimento técnico) e faz uso dessa linguagem para viabilizar suas reivindicações, mas isto não teria ocorrido no caso de Angra II por motivos diversos, em especial pela dificuldade de domínio do conhecimento sobre energia nuclear, e as intervenções deste público ficaram em torno dos efeitos sociais do empreendimento.

Neste sentido os autores registraram que as intervenções das associações de moradores foram marcadas por reivindicações ligadas à contrapartidas e compensações, em especial direcionadas para garantia de acesso a serviços públicos de saúde, que em nada questionava o licenciamento da Usina de Angra II.

O Direito moderno é fruto de uma sociedade organizada em torno de uma economia de mercado, isto é, o mercado não era mais o meio de satisfação das necessidades

humanas, mas o inverso. Assim, para o bom funcionamento do mercado é necessário o serviço do Direito para dar-lhe a "segurança jurídica" que possibilite a livre relação entre dois sujeitos (individuais) em negociação quanto a um bem jurídico (cuja propriedade e interesse sejam individualmente determinados).

No caso da audiência pública em Angra dos Reis a completa individualização dos sujeitos envolvidos (Eletronuclear e cidadãos expostos aos impactos ambientais do empreendimento) e do bem jurídico em questão (meio ambiente) é impossível. Mas a redução, ao máximo possível, do caráter coletivo dos sujeitos e dos interesses sobre o bem jurídico contribui, de forma diretamente proporcional, para o alcance da tal "segurança jurídica", isto é, da previsibilidade das condições de realização do empreendimento econômico em questão: a construção da usina nuclear de Angra II.

Outro aspecto de grande relevância para refletir sobre a *participação* no âmbito da audiência pública é a constatação pelos autores de que o regulamento da audiência reafirma diferentes categorias de participantes, com hierarquias e formas desiguais de *participação*.

A concretização da *participação* na proteção do meio ambiente exige não apenas condições formais de igualdade (como espaço e tempo de manifestação), mas também condições fáticas de igualdade (como acesso a informações e conhecimento completo sobre causas e efeitos dos empreendimentos). A grande questão que se coloca ao Direito é como resolver (ou se eximir de resolver) as desigualdades fáticas geradas como conseqüência dos atos formais.

O problema vai além da busca de uma fórmula ideal em que se possa achar um ponto de equilíbrio na relação inversamente proporcional entre igualdade jurídica x igualdade fática, onde o tratamento jurídico desigual se justificaria tendo em vista o alcance de uma igualdade fática (social e econômica) entre as partes. Pois põe em questão a própria forma de construção da ciência jurídica que, apoiada no positivismo, impõe o seu isolamento de questões políticas, sociais e morais como forma de garantir um caráter científico.

Robert Alexy, em sua obra "Teoria dos Direitos Fundamentais", traz as razões pelas quais o direito faz opção pela igualdade jurídica em detrimento da igualdade fática:

O princípio da igualdade jurídica – por estar ligado ao ato de tratamento em si e não ter de levar em consideração seus múltiplos efeitos – é mais simples e mais seguro em sua aplicação que o princípio da igualdade fática. Um pai que presenteia seus dois filhos com duas bolas idênticas satisfaz plenamente, sem grandes reflexões e com segurança, a igualdade em seu sentido relacionado ao ato. Por outro lado, é altamente incerto e de difícil decisão saber se ele também promove alguma igualdade relacionada a conseqüências. Se um dos filhos fica feliz com o presente, e o outro não, pode-se dizer que, ao menos no que diz respeito ao critério de igualdade de felicidade, não houve a promoção de uma igualdade relacionada a conseqüências. O critério de igualdade de felicidade é um dos critérios mais inseguros de igualdade fática, mas ele sublinha um problema central na promoção da igualdade fática, que consiste no fato de que aquele que decide consegue ter uma visão apenas incompleta do processo de fomento dessa igualdade e pode controlá-lo apenas parcialmente. Diante disso tudo, não há dúvidas de

que o princípio da igualdade jurídica não deve ser abandonado em favor do princípio da igualdade fática (ALEXY. 2008, p. 419)[17].

É esta opção pela igualdade jurídica, formal, que o Direito faz em detrimento das condições fáticas da igualdade, que perpassa toda a condução da audiência pública e da *participação* popular que nela se realizará. É este entendimento de processo participativo, enquanto cumprimento de formalidades jurídicas, que os autores registram quando afirmam que os promotores da audiência pública reivindicavam o caráter democrático/participativo pela sua simples realização.

O terceiro, e último, elemento para reflexão neste trabalho diz respeito ao fato de que os institutos jurídicos que tratam da proteção do meio ambiente concebem a *participação* como instrumento para alcançar um consenso, no sentido, da superação do conflito de interesses entre os sujeitos envolvidos.

A forma de superar os conflitos de interesses tem como pressuposto: a universalização e uniformização do objeto (natureza) e dos sujeitos interessados (indivíduos e/ou grupos sociais determinados). Entretanto, este pressuposto não se reflete nas relações sociais desenvolvidas no processo de proteção do meio ambiente, pois a experiência tem revelado uma diversidade de modos de percepção da natureza e de interesses, por vezes antagônicos, de grupos sociais entre si ou mesmo entre estes e o Estado (FUKS, 2001)[18].

A construção de um "consenso" na audiência pública para o licenciamento da usina nuclear Angra II revelou o uso de práticas que são expressão de uma violência simbólica contra *"participantes"* do evento. Bem ilustram esta violência simbólica o regimento da audiência que, além de conter determinações que reafirmam hierarquia e formas desiguais de *participação*, foi colocado como não sujeito a discussão, pois teria sido elaborado em conformidade com a lei, bem como a escolha pelos promotores da audiência do conhecimento "científico" como domínio exclusivo para discutir o empreendimento.

Os autores do trabalho aqui analisado afirmam que o corpo técnico (Eletronuclear e Natrontec) chega a desqualificar os questionamentos que não são levantados de acordo com o domínio da linguagem "científica" e acusam de ignorância ou desconhecimento as questões postas fora desta linguagem.

Em trabalho sobre o zoneamento ecológico-econômico (ZEE), Acselrad explica como este saber técnico-científico (expresso na proposta de ordenamento e gestão territorial do ZEE) se impõe, arbitrariamente, sobre os sujeitos envolvidos na área de "intervenção planejada". Segundo este autor, o ZEE traria em si um projeto de apropriação completa do território para a produção de mercado, estabelecendo através de noções abstratas, como a "vocação natural do espaço", uma proposta de gestão territorial que vise alcançar a "plena capacidade produtiva do espaço". Neste sentido o arcabouço técnico do ZEE se impõe como verdade irrefutável capaz de se sobrepor aos conflitos entre atores que, negando e anulando simbolicamente a diversidade, deverão se portar como "empreendedores das vocações mercantis do espaço planejado" (ACSELRAD)[19].

Essa idéia do saber técnico-científico, como verdade irrefutável isenta de qualquer interesse pessoal (o mesmo se aplicando ao regimento da audiência pública), está na base da concepção que os promotores e o corpo técnico têm da audiência pública como um espaço de informação e comunicação em que os fatos, tendo sua própria realidade, seriam apresentados com clareza a fim de trazer o público à "consciência" sobre os problemas e potencialidades do empreendimento.

O predomínio do saber técnico-científico como linguagem oficial (pretensamente exclusiva) e o regimento da audiência pública como não sujeito a discussão são expressões de elementos que delimitam o campo de disputa para construir a verdade sobre os problemas relacionados à usina nuclear de Angra II. Estes elementos, apesar de exercerem uma violência simbólica, são aceitos não apenas por quem deles pode se beneficiar (em especial à empresa que propõe o empreendimento), mas também por quem dele obtém prejuízos e sofre a violência simbólica.

A *participação* numa audiência pública se insere no espaço de disputa pelo poder simbólico, definido por Bourdieu como "esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem" (BOUDIEU, 2007, p. 08)[20].

Este reconhecimento geral dos elementos que delimitam o campo de disputa numa audiência pública se reflete na tentativa do "público leigo" se apropriar do conhecimento técnico e fazer uso dessa linguagem para viabilizar suas reivindicações. Neste sentido vale ressaltar o registro de Leite Lopes e demais antropólogos sobre o fato de que a qualidade das condições de trafegabilidade da BR 101 (Rio-Santos) foi colocada como questão de fundamental importância para o bom funcionamento do plano de emergência. Trata-se de um processo de ambientalização dos conflitos sociais (LOPES, 2006) [21]

Considerações finais

Após vinte anos da Constituição Federal de 1988 e todo o seu reconhecimento da *participação* como meio concretizador da soberania popular de um Estado Democrático de Direito, é possível fazermos algumas reflexões sobre a prática desta *participação* popular em relação ao seu ideal de *participação* livre, consciente, ampla e espontânea.

Inicialmente vale ressaltar que o Direito garante apenas as condições objetivas de exercício da *participação*, expressos pela garantia de direitos individuais e políticos. Entretanto, conforme mencionado trabalho de Daniel Jr., é necessário ainda um saber crítico e orientado por princípios éticos como condições subjetivas de realização da cidadania.

Tomando como referência a *participação* no âmbito das audiências públicas é possível observar que o Direito tende a individualizar os sujeitos e os interesses sobre o bem jurídico em questão. Desta forma há uma clara dificuldade em lidar com sujeitos

coletivos, assim como em definir o interesse difuso atribuído ao meio ambiente enquanto bem jurídico.

A experiência da audiência pública para licenciamento da usina nuclear de Angra II mostrou também que a *participação* popular é, predominantemente, concebida como cumprimento de formalidades do procedimento. A desigualdade fática do poder de decisão dos participantes é esvaziada de maiores preocupações em razão da crença de que o conhecimento técnico-científico levará todos participantes à consciência sobre a realidade dos fatos e ao consenso de interesses entre os diversos atores.

O direito ambiental só consegue trabalhar com a *participação* enquanto meio de "construção" de um consenso de interesses, ainda que na prática esta "construção" revele o uso da violência simbólica, como visto na audiência pública de Angra dos Reis. Se considerarmos que as audiências públicas relacionadas a questões ambientais estão ligadas a grandes projetos econômicos, bem como o fato de que os elementos que realizam a violência simbólica são, em geral, reconhecidos pelos participantes destes espaços de concretização popular, poderemos concordar com Majid Rahnema quanto à definição de que "participar, portanto, tornou-se simplesmente o ato de compartilhar dos objetivos da economia e dos acordos sociais relacionados com esses objetivos" (RAHNEMA, 2000, p. 195)[22].

Portanto, diante de uma audiência pública para discussão e deliberação sobre um grande empreendimento econômico, efetiva ou potencialmente causador de significativa degradação ambiental, será considerado *participativo* aquele que aceitar se submeter aos critérios de *participação* escolhidos pelos promotores da audiência, ainda que estes critérios revelem uma violência simbólica capaz causar a *participação* vícios como a manipulação de opiniões.

Segundo o autor, o ato de *participar* tende a ser percebido como um exercício de liberdade. Porém, muito freqüentemente as pessoas têm sido demandadas a *participar* de operações que não lhes são de nenhum interesse, dentro da essência da *participação*. Isso leva a distinguir entre as formas manipuladas ou teleguiadas de participação e aquelas formas espontâneas. Na verdade, os *participantes* não sentem que estão sendo forçados a fazer algo, mas são levados a tomar atitudes que são inspiradas ou dirigidas por centros que estão fora de seu controle.

Parece-nos que os objetivos deste exercício de participação "teleguiada" merece a reflexão da ciência do direito, para além da mera verificação de legalidade de procedimentos.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros 2008.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Distinguir e Mobilizar**: duplo desafio face às políticas governamentais. Revista Tipiti, 2004.

ARENDT, Hanah. **A condição Humana**. 10ª. Ed. Tradução de Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BOUDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** 11ª edição. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2007.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995

DANIEL JR, Geraldo Magela. **Democracia e cidadania: estudo introdutório.** Teresina, 2002.

FUKS, Mario. **Conflitos Ambientais no Rio de Janeiro: ação e debate nas arenas públicas.** Editora UFRJ: Rio de Janeiro, 2001.

LOPES, José Sérgio Leite. Sobre processos de "ambientalização" dos conflitos e sobre dilemas de *participação*. IN **Horizontes Antropológicos,** Porto Alegre, ano 12, nº 25, p. 31-64, jan/jun de 2006.

LOPES, José Sérgio Leite. Sobre processos de "ambientalização" dos conflitos e sobre dilemas de *participação*. IN **Horizontes Antropológicos,** Porto Alegre, ano 12, nº 25, p. 31-64, jan/jun de 2006.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito.** 3ª edição. Editora Estampa: Lisboa, 2005

SACHS, Wolfgang. Introdução. IN: **Dicionário do Desenvolvimento guia para o conhecimento como poder.** Vera Lúcia M. Joscelyne, Susana de Gyalokai e Jaime A. Clasen – Petropólis, RJ: Vozes, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000.

---

[1] O termo *participação* e os seus derivados (*participativo*, *participante* e outros) serão destacados em itálico ao longo do texto em razão da polissemia que lhes é peculiar, como se pretende demonstrar. Esse recurso é utilizado com a finalidade de chamar a atenção do leitor para o sentido que o termo assume em cada uma das suas aparições, que é variável. Excetuam-se do grifo os termos citados literalmente.

[2] Alega o antropólogo que: “A primeira impressão é que o discurso da dominação se apropriou de categorias que até então eram de uso dos movimentos sociais, das entidades sindicais e das associações voluntárias de oposição às políticas governamentais. O léxico da interlocução dessas agências da sociedade civil com os aparatos de poder teria sido formalmente apropriado por estes últimos”. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Distinguir e Mobilizar**: duplo desafio face às políticas governamentais. Revista Tipiti, 2004.

[3] Aqui entenderemos por *questão* o conjunto de problemas que envolvem um determinado tema, que, por sua vez, envolve determinados agentes e agências.

[4] LOPES, José Sérgio Leite. ANTONAZ, Diana. SILVA, Gláucia Oliveira da. PRADO, Rosane M. *Audiência pública em Angra dos Reis: debate em torno do licenciamento de uma usina nuclear*. In Palmeira, Moacir; Barreira, César (org.) **Política no Brasil** – visões de antropólogos. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Núcleo de Antropologia Política/ UFRJ, 2006, p. 369-393.

[5] MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito.** 3ª edição. Editora Estampa: Lisboa, 2005.

[6] BOUDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** 11ª edição. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2007.

[7] Segundo DAHL, na Antiguidade, a “democracia” da Grécia e a “república” de Roma eram sinônimas. (DAHL, 2001, p. 27). DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade Brasília, 2001.

[8] ARENDT, Hanah. **A condição Humana**. 10ª. Ed. Tradução de Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

[9] SACHS, Wolfgang. Introdução. IN: **Dicionário do Desenvolvimento guia para o conhecimento como poder.** Vera Lúcia M. Joscelyne, Susana de Gyalokai e Jaime A. Clasen – Petropólis, RJ: Vozes, 2000.

[10] RAHNEMA, Majid. *Participação*. IN: Idem.

[11] DANIEL JR, Geraldo Magela. **Democracia e cidadania: estudo introdutório.** Teresina, 2002.

[12] Idem

[13] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000.

[14] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

[15] A audiência se realizou no dia 10 de outubro de 1998 e foi a primeira audiência pública realizada no Brasil visando o licenciamento para operação de uma usina nuclear (Angra II). A cidade de Angra dos Reis contava com uma população de 90.877

habitantes e era sede de importantes recursos naturais, tendo 85% de seu território constituindo área de proteção ambiental, além de também contar com a aldeia dos Guarani (única no Estado do Rio de Janeiro).

[16] MIAILLE, Michel. **Op. Cit.**

[17] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros 2008.

[18] FUKS, Mario. **Conflitos Ambientais no Rio de Janeiro: ação e debate nas arenas públicas.** Editora UFRJ: Rio de Janeiro, 2001.

[19] ACSELRAD, Henri. **O Zoneamento Ecológico-Econômico da Amazônia e o *panoptismo* imperfeito.**

[20] Boudieu, Pierre. **Op. Cit.**

[21] LOPES, José Sérgio Leite. Sobre processos de "ambientalização" dos conflitos e sobre dilemas de *participação*. IN **Horizontes Antropológicos,** Porto Alegre, ano 12, nº 25, p. 31-64, jan/jun de 2006.

[22] RAHNEMA, Majid. **Op. Cit.**

MERCADOS DE CRÉDITO DE CARBONO VOLUNTÁRIO E A EMERGENCIA DE DEFINIÇÃO LEGAL NO BRASIL: ASPECTOS TRIBUTÁRIOS E POLÍTICAS DE INCENTIVO*

CREDIT MARKETS CARBON VOLUNTEER AND LEGAL DEFINITION OF EMERGENCY IN BRAZIL: ASPECTS AND TAX INCENTIVE POLICIES

Charlene Maria Coradini de Avila Plaza
Nivaldo dos Santos

RESUMO

O objetivo do presente artigo é a análise sob a perspectiva jurídica da redução certificada de emissões sua aplicabilidade e hipóteses de incidência ou isenção no Direito Tributário Pátrio. A urgência em se definir a natureza jurídica das operações de RCE se justifica devido ao caráter legal tributário em que devem incidir ou isentar as transações negociadas. A comercialização da redução certificada de emissões pressupõe vontade entre particulares não apresentando como incidência qualquer atividade Estatal, isto é, no mercado voluntário. Em contrapartida tais títulos estão sendo comercializados por instituições multilaterais, empresas privadas e governos como compradores. Por existir muitas divergências com relação ao tema será de suma importância definir os parâmetros legais principalmente no que concerne aos aspectos tributários, conferindo um maior grau de segurança aos negócios realizados, vez que existem muitas incertezas também sobre os rumos do Protocolo depois do primeiro período de compromissos entre as nações, 2008-2012. Além disso, através da proposta do presente estudo, discorrerá se deve haver a incidência tributária nesses mercados ou ser concedidos benefícios tributários ás receitas decorrentes de cessão onerosa das RCE's, como forma de fomentar o mercado nacional de carbono e promover o combate ao aquecimento global.

PALAVRAS-CHAVES: MERCADO DE CARBONO, NATUREZA JURÍDICA, TRATAMENTO TRIBUTÁRIO, INSTITUIÇÕES MULTILATERAIS, MUDANÇAS CLIMÁTICAS

ABSTRACT

The aim of this article is to examine, under juridical nature of certified reduction emission perspectives, its applicability and hypothesis relating to the Tributary National Law. The need of establishing juridical nature of RCE operation is due to the tributary legal specifities in which the transactions must be inserted. The commercialization of carbon credits requires voluntarily between the involved parties, it does not allow any state intervention. However, such credits has been commercializing by multilateral institutions, private and state companies. Because of so many differences about this

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

issue, it becomes essential defining legal parameters, especially about tributary aspects, giving a higher security to this trade, once there are many uncertain about Kyoto Protocol future and the first period of commitments between the participant nations – 2008/2012. Moreover, through the proposal of this study will discuss whether there should be a tax incidence in those markets or be granted tax concessions revenue from the sale of CER's costly, as a way of promoting the national carbon market and promote the fight against global warming.

KEYWORDS: CARBON MARKET; JURIDICAL NATURE; TRIBUTARY TREATMENT; MULTILATERAL INSTITUTIONS; GLOBAL CLIMATE CHANGE.

INTRODUÇÃO

No presente artigo, será desenvolvido considerações a respeito da natureza jurídica da redução certificada de emissões ou mais comumente denominadas "créditos de carbono", geradas à partir das operações de emissões, além de avaliar os aspectos de incidência ou possível isenção tributária em âmbito nacional para o referido mercado de carbono, bem como demonstrar a convergência entre esses mercados e a efetividade das políticas públicas ambientais do Brasil.

A classificação "*lato sensu*" da natureza jurídica da RCE (Redução de certificação de emissão), no direito pátrio, faz-se necessária, especialmente por não ter sido definida até o momento no ordenamento jurídico nacional e internacional, o que representa, via de regra, uma omissão normativa sobre o assunto. Além de que, a sua adequação definirá os aspectos jurídicos pátrios, desde o regime legal aplicável à sua origem/negociação até aos tributos exigíveis ou não, nos negócios jurídicos em que estão envolvidos.

O que se tem no âmbito internacional na atualidade, é uma definição estritamente técnica, portanto, não jurídica da RCE inserida no Anexo da Decisão[1] 3 CPM/1.

Justificamos a classificação "*lato sensu*" da natureza jurídica dos referidos certificados, porque a definição imediata e sem um aprofundamento teórico prévio a cerca da natureza jurídica "*stricto sensu*" da RCE, poderia prejudicar a evolução e consolidação do Brasil nesse mercado, dadas as incertezas quanto ao tema. Além de que, eventuais regras burocráticas e tributárias dificultaria, sobremaneira a consolidação do Brasil na América Latina como importante indutor de geração e negociação dos RCE's.

No estágio evolutivo do ordenamento jurídico pátrio, faz-se precipitada e até mesmo descabida a definição "*stricto sensu*" da natureza jurídica da RCE, como tem sido aventado por alguns estudiosos (Hendriksen; Van Breda, 1999, Iudícibus, 2004, Rocha, 2003) como sendo "*commodity*" (mercadoria), *commodity* ambiental, derivativo,

título/valor mobiliário, prestação de serviço e outros analisados na nesse trabalho, para efeitos de maiores discussões.

Entretanto, são as normas de direito interno que fornecerão o arcabouço normativo apto a definir as incidências tributárias sobre as negociações dos certificados de emissão reduzida, o que, no caso brasileiro, está intimamente ligado à tributação gerada a partir destas operações.

Além de que, cumpre-nos ressaltar que o Protocolo de *Kyoto*, na qualidade de norma internacional a reger a integração das diversas ordens jurídicas nacionais que lhe ratificaram os efeitos no âmbito de seus ordenamentos jurídicos locais (nacionais ou supranacionais), não impôs nenhuma limitação de competência para tributos gerados a partir da circulação/negociação dos referidos mercados de créditos de carbono.

Dessa forma, a definição da natureza de tais certificados origina uma discussão complexa, tornando-se ultimamente um dos assuntos mais discutidos pela doutrina.

Para fins da leitura, o termo "crédito de carbono" deve ser compreendido como sinônimo de Redução Certificada de Emissão - RCE, que é a denominação oficial para o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo. A RCE nada mais é do que uma tonelada métrica de gás carbônico equivalente - CO^2 que deixou de ser emitida à atmosfera ou foi absorvida da mesma, como também, não se deve entender o termo "créditos de carbono", como aquele atrelado aos demais mercados de carbono, sejam eles voluntários ou regulados, que não o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo.

Assim, o referencial metodológico consiste na pesquisa analítica dos estudos que cuidam de maneira sistêmica a matéria. Evidencia empiricamente os elementos que possibilitam análises dedutivas acerca das incertezas geradas pela não definição da natureza jurídica dos mercados de RCE's e consequentemente, a não regulamentação da incidência ou isenção dos aspectos tributários na legislação nacional e análises referentes à efetividade das políticas públicas respeitantes a proposta do estudo.

1.CONTROVÉRSIAS NO DIREITO INTERNO SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DOS MERCADOS DE REDUÇÃO CERTIFICADA DE EMISSÕES - *Certified Emission Reduction –*

O Brasil nos últimos 04 anos tornou-se pólo de geração e negociação de RCEs, apenas perdendo para a China e Índia, como conseqüência lógica da matriz energética destes dois países ser intensiva em emissões de gases de efeito estufa pelo uso em larga escala de carvão mineral (fóssil), o que já estava previsto na Proposta Brasileira[2] de 1997.

Apesar das negociações privadas de RCEs serem sigilosas e em sua maioria não divulgadas ao público, inúmeras notícias[3] têm veiculado negociações vultosas que demonstram que entidades privadas e públicas no Brasil estão envolvidas neste mercado, em crescente desenvolvimento, o que atrai a atenção do Poder Público para

regulamentar a questão como o Congresso Nacional, Secretaria da Receita Federal, Banco Central do Brasil, (MACHADO FILHO, KERLAKIAN SABBAG, 2008).

Tanto o regime jurídico internacional, quanto o nacional, não garante aos "créditos de carbono" existência corpórea ou documental. Isto quer dizer, a existência e transferência ocorrem por intermédio de um sistema eletrônico, não possuindo, portanto, classificação como título de crédito ou cártula.

Juridicamente, títulos de crédito são documentos representativos de obrigações pecuniárias; não se confundindo com a própria obrigação, mas dela se distinguindo, porque se limitam a representá-las. Em outros termos, o título prova a existência de uma relação jurídica, especificamente de uma relação de crédito, onde ele constitui a prova de que certa pessoa é credora de outra. Este conceito abrange referências aos princípios básicos da disciplina do documento (cartularidade, literalidade e autonomia).

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho (2002, p. 369-370):

Título de crédito é um documento. Como um documento, ele reporta um fato, ele diz que alguma coisa existe. Em outros termos, o título prova a existência de uma relação jurídica, especificamente duma relação de crédito; ele constitui a prova de que certa pessoa é credora de outra; ou de que duas ou mais pessoas são credoras de outras.

As reduções certificadas de emissões não condizem com os pressupostos obrigatórios aos títulos de créditos caracterizados na cartularidade, na literalidade e na autonomia, entretanto existem indícios de cartularidade assemelhada aos atuais títulos eletrônicos e da autonomia em alguma dessas formas. Porém, esses indícios são precários pela falta parcial dos elementos característicos aos títulos de crédito, bem como do não efetivo desprendimento do direito representado pelas reduções certificadas daquele mecanismo protocolar que lhes deu origem.

A insegurança jurídica sobre a natureza dos RCE's se verifica também na oportunidade da elaboração dos contratos entre as partes. Seriam contratos de compra e venda ou contratos de cessão? Seriam bens de natureza incorpóreas ou corpóreas?

Na seara internacional, os RCE's são realizados através de contratos de compra e venda ou ERPA – (*Emission Reduction Purchase Agreement)* consolidando direitos e deveres para paises do Norte/Sul através de um negocio jurídico internacional bilateral.

Corroborando o regime jurídico específico e a natureza peculiar, a legislação comercial, notadamente a de regência das sociedades anônimas, introduziu através da reforma perpetrada pela Lei 11.638/2007, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2008, o reconhecimento expresso da natureza dos bens incorpóreos, determinando um regime especial para o seu registro contábil no inciso VI de seu artigo 179, que dispõe: "As contas serão classificadas do seguinte modo: VI – no intangível: os direitos que tenham por objeto bens incorpóreos destinados à manutenção da companhia ou exercidos com essa finalidade, inclusive o fundo de comércio adquirido", dando-lhes tratamento contábil especial que, segundo manual específico, "... são agregados de benefícios econômicos futuros sobre os quais uma dada entidade detém o controle e exclusividade

na sua exploração. Ocorre que, diferentemente dos ativos tangíveis, que são visivelmente identificados, e contabilmente separados, os intangíveis por vezes não o são [4]".

Muito embora embrionária a doutrina jurídica pátria no tocante a natureza jurídica dos RCE's, a tendência para alguns estudiosos, Venosa[5], Natrielle de Almeida[6], Sister[7], Kerlakian[8], é considerá-la como ativo intangível transacionável por meio de contratos de cessão.

Como as RCE's são emitidas por órgão da Organização das Nações Unidas (Conselho Executivo do MDL), a classificação da natureza jurídica no presente estudo, limitar-se ao tratamento que receberá exclusivamente no âmbito do regime jurídico brasileiro, pois os países não possuem jurisdição sobre os RCE's.

Todavia, o que poderá ser regulamentado na legislação brasileira são as receitas advindas das cessões das RCE's, bem como a forma pelas quais os "espelhos" destas RCE's serão negociados no Brasil para fins exclusivos de tratamento jurídico interno, (KERLAKIAN, 2008).

Destarte, a necessidade da definição da natureza jurídica dos RCE's no direito interno, com vistas a auferir maior suporte e segurança jurídica a esses mercados, existem outras categorias nas quais "hipoteticamente" podem ser enquadradas as RCE's, como *commodity* ambiental, *commodity*, valor mobiliário, mercado de derivativo, prestação de serviços analisadas a seguir.

1.1 Da inserção dos RCE's como natureza jurídica de *Commodity*, *Commodity* Ambiental e Prestação de Serviços

Ao analisar os RCE's como *commodity* ou *commodity* ambiental necessário, em primeiro lugar, conceituar o termo "*commodity*".

Para o termo semântico de *commodity* ter-se-á como significado literal a palavra "mercadoria" com a definição de ser individualizada pelo seu gênero e espécie que possam ser substituídas por outras da mesma natureza.

Partindo deste conceito, reconhece-se o caráter fungível e corpóreo do bem, isto é, a fungibilidade, padronização e á uniformização dos produtos considerados como tal, conceito clássico de "mercadoria" [9].

O Supremo Tribunal Federal no RE n. 203.705-SP, discorreu que "mercadoria é atribuída à designação genérica de coisa móvel que passa ser objeto de comércio por quem exerce a mercancia com freqüência e habitualidade [10]". Como os créditos de carbono não são corpóreos e não compõem o estoque das empresas, não nos parece que seja possível classificá-los como sendo verdadeiras mercadorias. Não há, ademais, a nosso ver, como ocorrer uma saída física de algo que não é corpóreo. Além de que, a

possível incidência dos mercados de RCE's na legislação tributária encontra três limites, a saber, (CARRAZA, 1998, p. 176):

1- A Reserva da Lei: O tributo só pode ser cobrado por meio de lei. É o princípio fundamental que nenhuma exação pode ser exigida sem a autorização do Poder Legislativo (*no taxation without representation*);

2- A disciplina da Lei: não basta que uma lei preveja a existência de um tributo, mas, pelo contrário, deve determinar seus elementos fundamentais, vinculando a atuação da Fazenda Pública e circunscrevendo, ao máximo, o âmbito de discricionariedade do agente administrativo;

3- Os direitos que a Constituição garante: a tributação, ainda que se perfaça com supedâneo na lei, não pode contrastar com os direitos constitucionalmente assegurados.

Criar um tributo é estabelecer todos os elementos de que se necessita para saber se este existe, qual é o seu valor, quem deve pagar, quando e a quem deve ser pago. Assim, a lei instituidora do tributo há de conter: (a) a descrição do fato tributável; (b) a definição da base de cálculo e da alíquota, ou outro critério para o estabelecimento do valor do tributo; (c) o critério para a identificação do sujeito passivo da obrigação tributária; (d) o sujeito ativo da relação tributária, se for diverso da pessoa jurídica da qual a lei seja expressão da vontade, (MACHADO, 1999, p. 31).

Quanto as *commodities* ambientais, estas são mercadorias originarias de recursos naturais produzidas e extraídos em condições sustentáveis.

Visa estas espécies unificar o sistema financeiro e o meio ambiente, bem como o desenvolvimento limpo para um novo mercado sustentável tanto no âmbito financeiro quanto no ambiental.

Entretanto o que existe, na verdade, é uma grande confusão entre os conceitos de *commodity* ambiental e créditos de carbono. Segundo alguns estudiosos[11], um conceito nada tem a ver com o outro, e o cerne da confusão pode estar na junção das palavras *commodity* e *ambiental*, vejamos:

Uma *commodity* visa o lucro imediato, portanto é algo contrário ao meio ambiente, mais precisamente a sua conservação (...). O carbono não é uma *commodity* porque as suas emissões têm de ser reduzidas. Se fosse uma *commodity*, o carbono teria de visar o lucro e, para tanto, sua emissão deveria ser incentivada. Quanto mais toneladas de carbono fossem emitidas, maior seria o seu preço de mercado.

Dessa forma, a possibilidade de inserir os RCE's como *commodity* ou *commodity* ambiental, se torna um equívoco, pois não estão presentes nestes institutos os requisitos de infungibilidade e intangibilidade.

Primeiro, porque qualquer situação para enquadramento jurídico no conceito de *commodities* se deve reconhecer o objeto fungível e corpóreo, sujeito à mercancia.

Segundo, os RCE's mantêm total dependência com os projetos de MDL, portanto caracterizando-os como bens de natureza infungível.

No que concerne à inserção dos RCE's como prestação de serviços, juridicamente a modalidade significa qualquer esforço humano realizado em favor de terceiro, pressupondo um contrato. Logo, pela teoria das obrigações há uma diferença entre contrato de compra e venda (obrigações de fazer) e obrigações de dar, esta ultima incluída os contratos de cessão.

De acordo com Barreto (2005, p. 294/295) ao analisar o significado de prestação de serviços este apregoa:

Prestar serviço indica na técnica jurídica, atividade em proveito alheio. É que a prestação de atividade em beneficio próprio não exterioriza riqueza, nem capacidade contributiva. E, como visto, a Constituição só arrolou arquétipos evidenciadores de riqueza. É incompatível com a estrutura sistêmica constitucional a tributação dessas categorias de eventos. Juridicamente, não há prestação de serviços em proveito próprio. Só é reconhecido como tal à prestação que tenha conteúdo econômico mensurável, o que pode dar quando o esforço seja produzido para outrem. Não há serviço para si mesmo: isto seria inaceitável *contradictio in terminis.*

(...) em resumo, o aspecto material da hipótese de incidência do ISS é a conduta humana (prestação de serviço) consistente em desenvolver um esforço visando a adimplir uma obrigação de fazer.

Com relação às obrigações de dar e de fazer, espécie basilar do Código Civil corrobora o entendimento da nossa pesquisa, Melo (2005, p.36) ao definir que:

Essa espécie de obrigação (fazer) não possui definição e características próprias, configurando-se de modo negativo à outra espécie de obrigação (dar) que consiste na entrega de uma coisa móvel ou imóvel, para a constituição de um direito real (venda, locação...) a concessão de uso (empréstimo, locação) ou a restituição ao dono. Já as de fazer, conquanto se definam em geral de modo negativo, são todas as prestações que não se compreendem entre as de dar, têm, na verdade, por objeto um ou mais atos ou fatos do devedor, como trabalhos materiais ou intelectuais.

A definição da natureza jurídica dos CERs como prestação de serviço ganhou força em razão da Circular nº 3.291, emitida em 8.9.2006 pelo Banco Central do Brasil ("Circular BACEN nº 3.291/05"), que prevê expressamente um código para a realização de operações de câmbio relativas a operações de mercado de carbono, cuja natureza é classificada como *"Serviços Diversos - Créditos de Carbono 29/(NR) 45500.*

Como nas operações de RCE's não há obrigação de fazer, mas sim uma obrigação de dar alguma coisa a alguém, mediante a cessão dos créditos de carbono ao adquirente, inexiste serviços.

Por outro lado, os RCE's poderiam ser inseridos no direito interno como "serviços" na modalidade de PSA[12] – Pagamentos por serviços ambientais e, portanto, assumiriam feição primordialmente contratual, possivelmente mais próxima das obrigações de fazer, tais como as obrigações de conceber, registrar, monitorar e manter um projeto ecológico envolvendo produção de energia "limpa" a fim de obter como contraprestação a outorga de aprovação para a sua respectiva emissão pelo Comitê Executivo do MDL, porém sem incidência de tributos ou com efeitos extrafiscais dependendo o caso concreto. Por exemplo, um projeto de reflorestamento de monocultura para fins industriais ou mesmo um reflorestamento com matas nativas para a preservação da biodiversidade.

Entretanto, mesmo nos casos de reflorestamentos poderia haver a isenção do ISS vez que, nessa modalidade haverá "serviços" de acordo com a MP 116 – art. 3°, XII. Dessa forma, instituía-se um pagamento "prêmio" para empresas ou pessoas que investissem na captação e mitigação de CO^2 com a devida isenção tributária como forma de atingir o objetivo maior que é a proteção ao meio ambiente ou tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (Redação dada pela EC nº. 42, de 19.12.2003).

Os serviços de interesse ambiental consistiriam na premiação ou pagamento pelo poder público para os agentes econômicos que decidem realizar atividades que gerem externalidades positivas, consistentes em benefícios ambientais.

Além de que, poderia ser aplicadas políticas publicas tributárias baseadas na teoria da função promocional do Direito, com a finalidade extrafiscal indireta para fomentar atividades que auxiliem a melhoria do meio ambiente por meio de instrumentos econômico-financeiros e isenções tributárias, buscando a realização de valores constitucionais mediante o comportamento induzido ou evitado.

Enquanto a extrafiscalidade[13] presente no fato gerador tende a reprimir ou estimular comportamentos e, mediante a realização ou abstenção do comportamento, visa a atingir o valor constitucional (de distribuição de renda, de riqueza, de proteção do mercado interno, etc), a extrafiscalidade no aspecto finalístico do tributo liga-o diretamente à realização do valor constitucional.

Essa hipótese, nada mais seria do que, influenciar os agentes a adotarem posturas que vão ao encontro de interesses, sociais, ambientais e difusos, sem, contudo, o Estado, obrigá-los formalmente por meio de sanções, além de que, plenamente compatível ao princípio constitucional econômico da livre iniciativa preceituado pela Constituição Federal em seu art. 170, caput que visa "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social". Além de que, apenas instrumentos coercitivos são insuficientes para garantir a preservação ou a conservação de biomas singulares.

Ademais, visando maior suporte a proposição acima, o inciso VI (art. 170-CF) determina a "defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (Redação dada pela EC nº. 42, de 19.12.2003)".

1.2 Da inserção dos RCE's como natureza jurídica de Mercados de Derivativos e Valores Imobiliários

Os derivativos são ativos financeiros ou valores mobiliários cujo valor e características de negociação derivam do ativo que lhes serve de referência, de tal forma que nas operações no mercado financeiro envolvendo derivativos, o valor das transações deriva do comportamento futuro de outros mercados, como o de ações, câmbio ou juros. Significa dizer que o Mercado de Derivativos é o mercado no qual a formação dos preços deriva dos preços do mercado à vista.

No entanto, o mercado voluntário de RCE's já é negociado na *Chicago Climate Exchange* (CCX) e também no Brasil na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro (BVRJ) e na Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F), como *commodities*, o que passaria a caracterizar as RCE's como verdadeiros derivativos, tendo em vista que a formação de seu preço passaria a derivar dos preços do mercado à vista.

Em relação à classificação dos mercados de RCE's como sendo valores mobiliários, o artigo 2º da Lei nº. 6.385/1976 com redação dada pela Lei nº. 10.303, de 31.10.2001[14], traz um rol taxativo de quais são os valores mobiliários no Brasil. Não há, no entanto, qualquer menção aos mercados de RCE's.

Existe no Congresso um movimento que visa regulamentar os créditos de carbono a partir de três Projetos de Lei de autoria dos deputados Eduardo Gomes (PSDB-TO) e Zequinha Marinho (PMDB-PA) - PL 493/07; PL 494/07 e PL 1.657/07 – apensados ao PL – 493/07 que deverão ser analisados, sequencialmente, pelas Comissões da Câmara dos Deputados: Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, Finanças e Tributação e Constituição e Justiça e de Cidadania.

Visam isentar o lucro decorrente das cessões de RCE's do lucro tributável dos PIS/COFINS, IRPJ e CSLL e reconhecer a natureza jurídica de valor mobiliário para efeito de regulação, fiscalização e sanção por parte da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, sujeitando-se, portanto, ao regime da Lei supra mencionada.

Portanto, os projetos mencionados objetivam a isenção dos impostos mencionados acima, por outro lado, destacam indiretamente como tributos **possivelmente** incidentes nas receitas decorrentes da alienação de RCE's o PIS/CONFINS, IRPJ e CSLL.

Sobre a possível incidência dessas espécies tributárias nas cessões de RCE's por uma entidade brasileira a uma entidade estrangeira, Natrille de Almeida[15] (2005) afirma:

Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL: o valor decorrente da comercialização dos Certificados de Emissão Reduzida deverá ser registrado contabilmente como receita e, desta forma, afetará o lucro contábil, e conseqüentemente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL da empresa que atuar neste mercado.

Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS: as operações que envolverem a

exportação de Créditos de Carbono estarão protegidas da incidência dos PIS e da COFINS por força da imunidade, encontrada no artigo 149, parágrafo 2º, inciso I da Constituição Federal.

Imposto sobre Operações Financeiras: há a possibilidade de incidência do IOF sobre o valor da cessão dos Créditos de Carbono, caso esses títulos venham a ser reconhecidos como ativos financeiros (derivativos), e conseqüentemente como títulos ou valores mobiliários.

Imposto sobre Serviços – ISS: as receitas decorrentes da comercialização de Créditos de Carbono não deverão sofrer a incidência do ISS, tendo em vista que, ao contrário do que se repete incansavelmente na doutrina econômica, a cessão de direitos não se confunde com a prestação de serviços. Vale lembrar que a argumentação da Ciência da Economia não pode invadir a esfera jurídica, da Ciência do Direito.

Dessa forma, entendemos que as RCES possuem natureza jurídica distinta tanto com relação as *commodities*, quanto dos títulos e dos valores mobiliários, por não possuírem nenhuma característica compatível com estas, sendo um certificado com natureza anômala. Só podemos enquadrá-las dentro da classificação de bens incorpóreos/intangíveis, até o presente momento. É de suma importância que as RCES tenham natureza jurídica não anômala, dentro do cenário nacional, para que as regulamentações sejam corretas, dando segurança jurídica no "mercado de carbono", e até mesmo para os que estão querendo aderir ao mercado de redução de emissão de gás carbônico. Mister se faz que o legislador pátrio enfrente esta barreira e qualifique com exatidão a natureza jurídica das RCES, sob pena de começarmos um negócio jurídico sem segurança e sem técnica. Em entendimento recente a Comissão de Valores Mobiliários manifestou sobre a possibilidade de aquisição de créditos de carbono por fundos de investimentos, bem como as formas de financiamento de projetos de mecanismo de desenvolvimento limpo por meio do mercado de valores mobiliários. De acordo com a CVM, os referidos créditos não devem ser reconhecidos como derivativos ou titulo de investimento coletivo, pois seria inconveniente caracterizá-los como valores imobiliários por meio de edição de lei, tendo em vista a forma de emissão desses instrumentos, desta feita, não seriam valores mobiliários e sim, ativos.

Por outro lado, cumpre ressaltar que, caso sejam caracterizados como valores mobiliários, os RCE's representariam bens tangíveis, o que conferiria aos RCE's uma maior circulabilidade, fazendo-se necessário o estabelecimento de nomenclatura específica, em especial para fins de negociação.

Caso os referidos títulos venham eventualmente a ser caracterizados como valores mobiliários, sujeitos, portanto, à regulamentação e fiscalização por parte da CVM, os riscos relacionados à lavagem de dinheiro e atividades ilegais nessa área poderiam ser mitigados, especialmente na medida em que se estabeleçam regras voltadas à ampla, transparente e adequada divulgação de informações sobre a oferta de RCE's, os RCE's ofertados, a empresa emissora e demais participante do projeto de MDL em questão.

No que concerne à tributação, caso se entenda que os RCE's se constituem como "valor mobiliário", qualquer pretensão de se tributar operações relacionadas por meio de impostos específicos como o ICMS e o ISS seriam claramente ilegais e

inconstitucionais, sendo cabível apenas a eventual tributação pelos resultados financeiros positivos oriundos da negociação dos RCE's.

Em síntese, embora haja projeto de lei optando pela definição da natureza jurídica dos créditos de carbono como valores mobiliários ou pareceres da Comissão de Valores Mobiliários, essa classificação também é alvo de críticas vis-à-vis especialmente a legislação vigente aplicável ao tema, dado que os RCE's não poderiam ser enquadrados como nenhuma das espécies de valores mobiliários previstas no artigo 2º da Lei nº. 6.385/76.

No entanto, diante das incertezas sobre o tema e da possibilidade de incidência tributária, analisarei a seguir cada espécie dos possíveis tributos que hipoteticamente poderão incidir nas cessões de RCE's.

2. A INDEFINIÇÃO DOS ASPECTOS TRIBUTÁRIOS NO MERCADO DE RCE's E AS QUESTÕES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS INTERNAS

Recentemente e pela primeira vez a Superintendência da Receita Federal do Brasil da 9° Região Fiscal que engloba Paraná e Santa Catarina – processo –consulta n. 59/2008 (DOU DE 07.04.2008) manifestou-se sobre a tributação de créditos de carbono no país, gerados a partir do desenvolvimento de projetos que, de alguma forma, contribuam para a mitigação da emissão de gases responsáveis pelo efeito estufa - Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL). Pela comercialização destes créditos, atestados pela Redução Certificada de Emissão (RCE), nascem às discussões sobre sua tributação, até hoje sem regulamentação no Brasil. Apesar do esclarecimento da Receita Federal resultar de uma solução de consulta - e, portanto, valer apenas para a empresa que formulou o questionamento -, o entendimento do fisco é uma referência, ainda que mínima, sobre a venda das RCEs pelas empresas brasileiras.

No caso específico, a Receita Federal entendeu que a empresa sob consulta não deve pagar PIS/COFINS na comercialização do certificado por tratar-se da cessão de direito para o exterior nos termos do artigo 14[16], inciso III e § 1°, da MP 2.158-35/2001. Entretanto, esta sujeita, para fins de apuração do IRPJ, ao percentual de presunção do lucro presumido previsto na letra "c", do inciso III e § 1°, do artigo 15[17] – (Lei n. 9.249/1995).

A empresa que realizou a consulta opta pelo lucro presumido, ou seja, com faturamento de até R$ 48 milhões, e sendo a RCE classificada como cessão de direito ou serviço, o percentual de imposto de renda a ser recolhido será de 4,8% para um faturamento de até R$ 62,5 mil e de 8% sobre o valor que exceder a este montante. Indiretamente a Receita esclareceu que o RCE's seria um **serviço**, e não uma *commodity*.

Para as pessoas jurídicas tributadas na modalidade do lucro presumido a Consulta n. 59, de 10 de março de 2008, relatou que "receita relativa à cessão para o exterior de direitos relativos a créditos de carbono (Protocolo de Quioto) está sujeita ao percentual de

presunção de 32% para fins de apuração da base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ)".

Em que pese posicionamentos divergentes, entendemos que a RCE não pode ser tributada pelo ISS, por não existir previsão na Lei Complementar nº. 116, de 2003, que regulamenta a tributação dos serviços. Além disto, o certificado não é uma obrigação de fazer, como mencionado anteriormente, característica necessária para a cobrança do imposto municipal.

Isto posto, a referida resposta a consulta denota uma visão, em nosso entender, equivocada das autoridades fiscais acerca da natureza jurídica dos certificados de emissão reduzida, caracterizando-os como uma espécie de "serviço" que comporia a "receita bruta" das pessoas jurídicas tributadas pelo método do lucro presumido, o que, conforme aludimos anteriormente, não se coaduna com o regramento aplicável a tais direitos.

Em razão das incertezas em relação à questão fiscal, algumas empresas brasileiras que têm RCEs para comercializar têm optado por tratar o mercado de RCE's de maneira conservadora e os classificado como "outras receitas".

Desse modo, a solução da consulta não trouxe grandes novidades, vez que muitas empresas consideram o RCE's como cessão de direito não se confundindo com a prestação de serviços.

Como mencionado anteriormente, o Protocolo de *Kyoto* na qualidade de norma internacional não restringiu a liberdade de tributar dos estados signatários da Convenção no que concerne à negociação de RCE's, gerados ou adquiridos pelos residentes de cada um dos países signatários, bem como, silenciou acerca da competência tributária impositiva dos estados que o aderiram.

Na verdade, o que existe até o presente momento são dois tributos internacionais incidentes no MDL pelo Protocolo de *Kyoto*[18], através do artigo 12, inciso 8° com finalidades distintas e destinação específica, senão vejamos:

A Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo deve assegurar que uma fração dos fundos advindos de atividades de projetos certificadas seja utilizada para cobrir despesas administrativas, assim como assistir às Partes países em desenvolvimento que sejam particularmente vulneráveis aos efeitos adversos da mudança do clima para fazer face aos custos de adaptação.

Dessa forma, uma convenção para evitar a dupla tributação da renda é uma norma de repartição de competências tributárias. Ao celebrá-la, um estado abre mão de parte de sua soberania em favor de outro estado contratante de forma a evitar a dupla tributação dos rendimentos tratados pela convenção, (PASSOS DE SOUZA, 2005, p. 54).

Além disso, no Brasil, são as normas de direito interno que fornecerão o arcabouço normativo apto a definir as incidências tributárias sobre as negociações dos certificados

de emissão reduzida nos mercados voluntários e que está intimamente ligado à tributação da renda gerada a partir destas operações.

Nesse raciocínio é importante no âmbito nacional definir o conceito de "renda" e como ela é tratada em nosso sistema jurídico para fins de incidência do imposto sobre a renda. O conceito de renda no direito brasileiro tem sede constitucional e se ramifica pela legislação complementar e pela legislação de regência do imposto sobre a renda.

O inciso III do artigo 153 da Constituição Federal dispõe como elemento material que "Compete à União instituir impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza". O § 2º do mesmo artigo dispõe que "O imposto previsto no inciso III será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei".

O Código Tributário Nacional, por sua vez, dispõe, em seu artigo 43 e incisos I e II que: "O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior".

Assim, a base de cálculo na apuração do lucro real é encontrada após o levantamento do lucro contábil (receitas – despesas), devidamente ajustado com as adições e exclusões permitidas pela legislação fiscal vigente. No caso específico, se tivéssemos o condão de isolar a operação em estudo, cessão de créditos de carbono ao exterior, o lucro real seria o produto obtido na alienação, descontado os custos e despesas de implementação do projeto de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), meio pelo qual serão emitidas e certificadas as RCE's.

Adotada a sistemática do Lucro Presumido para a apuração do imposto de renda, assim como define a nomenclatura, a mensuração da base de cálculo é encontrada devido à presunção do lucro de acordo com percentuais definidos na legislação fiscal. Em relação à transferência dos créditos de carbono, sob o valor do contrato de cessão de direitos, este percentual é de 32% (trinta e dois por cento) como aludido anteriormente.

Por imposição legal, a determinação do aspecto quantitativo base de cálculo da contribuição Social sobre o lucro líquido está vinculada com a opção adotada para a apuração do imposto de renda.

Entretanto, a cobrança desse tributo por ser derivada de receita oriunda do exterior, aplica-se a este caso a imunidade prevista no inciso I, art. 149, § 2° da Constituição Federal/88.

Todavia, a Receita Federal do Brasil, responsável pelo gerenciamento da arrecadação e cobrança da CSLL não compartilha do mesmo entendimento e, já externou sua posição de que a imunidade do art. 149 § 2° da CF/88 não se aplica a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Ainda existem polêmicas sobre a tributação pelo Fisco do IRPJ e da CSLL nas transações do mercado de RCE's no país por violar as diretrizes e princípios do Protocolo de *Kyoto* que foram ratificados pelo Brasil e pelo STF. Alguns doutrinadores

alegam que não caberia ao Fisco juízo de valor acerca da questão, tanto em razão do seu caráter supranacional, quanto pela inexistência de uma norma explícita prevendo esta isenção no tratado.

É importante lembrar, no entanto, que, do ponto de vista técnico-jurídico, o entendimento da Receita Federal não é inoportuno, já que não cabe ao órgão governamental observar os princípios e diretrizes gerais do Protocolo de *Kyoto*, mas tão-somente as normas de caráter específico, o que parece não ser o caso dos princípios esculpidos no documento.

Entretanto, existem outras questões que merecem considerações, sendo que algumas são análises e reflexões exclusivamente dos autores que atentam para a necessidade do país criar e desenvolver novos modais para as questões que envolvem mudanças climáticas, bem como implementar mecanismos regulatórios efetivos, sejam públicos ou privados, para a mitigação do aquecimento global e das mudanças climáticas, assim vejamos:

3.1 O intuito das iniciativas internacionais e nacionais referentes à mitigação do aquecimento global e das mudanças climáticas:

As iniciativas referentes á mitigação do aquecimento global, jamais foram no âmbito das discussões na Convenção sobre mudanças climáticas e no Protocolo de Kyoto tendentes a constituir natureza arrecadatória para quem investissem em projetos de melhoria do clima.

Ab initio, foram elaboradas de modo a atender e dinamizar a proteção ambiental com o escopo de garantir melhorias de vida humana no planeta e o maior balanceamento da exploração dos recursos naturais.

O que nos parece é que, a intenção precípua dos organismos multilaterais, é fomentar o desenvolvimento com sustentabilidade, estabilizar a concentração de GEE's na atmosfera, sem onerar através de uma tributação arrecadatória a quem se propõe a desenvolver projetos de MDL ou outros, vez que de certa maneira já são tributados no âmbito internacional (um percentual do seu valor para a ONU e outro para o fundo de adaptação do Protocolo).

Dessa forma, dentre os princípios e diretrizes do Protocolo estão: (i) o compromisso dos países desenvolvidos em prover recursos para a implementação dos projetos de redução de emissões nos países em desenvolvimento, (ii) a promoção e o financiamento para o acesso a tecnologias ambientalmente seguras, (iii) um ambiente propício no setor privado visando à transferência de tecnologia e, por fim, (iv) a divisão adequada do ônus de implementação destes projetos entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Hipoteticamente, se um país desenvolvesse atividades de projetos de MDL e, simplesmente aplicasse o seu regime tributário tradicional às receitas decorrentes da cessão de RCEs, estar-se-ia diante de uma política arrecadatória que confrontaria até

mesmo com os compromissos que esta Parte assumiu perante a Convenção e o Protocolo, pois não seria incentivado o investimento de recursos financeiros nacionais e internacionais em atividades de projeto de MDL hospedados no país.

Entretanto alguns questionamentos devem ser analisados no contexto do presente estudo:

O mecanismo de desenvolvimento limpo – MDL pode ser considerado uma política pública ou seria mais um mecanismo de mercado?

Sendo o MDL um instrumento considerado multilateral, seria possível enquadra-lo como política pública interna?

Antes de responder essas questões é importante ressaltar que sempre houve na história, principalmente do pensamento econômico, autores como David Ricardo, Malthus, Karl Marx, que de certa maneira inter relacionaram economia e meio ambiente. Karl Marx, por exemplo, nos deixou como principal legado a concepção de que o capitalismo transforma tudo em mercadoria, sintetizada na idéia de "subsunção da natureza ao capital".

No entanto, os grandes problemas ambientais não decorrem de sua transformação em mercadorias, como também não é exclusividade das sociedades capitalistas.

Para a maior parte dos problemas ambientais, apenas atualmente, se buscam mecanismos, ditos financeiros ou similares à organização de mercado, como é o caso dos mercados que vulgarmente denominam-se de "mercados de carbono".

Tal assertiva denota que a equação de um desenvolvimento econômico-social e ambiental qualitativamente melhor às experiências contemporâneas requer posturas e buscas de soluções diferentes e mais complexas que as até agora formuladas.

Analisamos que, muito embora os projetos de MDL sejam na maioria realizados pelo setor privado e comercializados via mecanismo de mercado podem ser considerados como mecanismos de políticas públicas, pois a participação do governo é necessária para criar condições de viabilidade e competitividade propiciando a diminuição da burocracia e a constituição de políticas claras para a promoção do desenvolvimento sustentável com a convergência nos âmbitos socioeconômicos, ambiental, político-cultural e geográfico-espacial.

Mercado e políticas públicas devem estar integrados como forma de melhoria no manejamento ambiental, além de que essa integração propiciará benefícios, como a criação de mecanismos legais para a redução de subsídios de atividades que degradem o meio ambiente, por ganhos fiscais através da tributação de usuários pelos impostos ambientais e pela criação de serviços e compensações ambientais. Necessário também, além da convergência mercado/políticas públicas, a participação democrática da sociedade e mudanças sociais no padrão de consumo para maior efetividade nas políticas de desenvolvimento sustentável.

Entretanto, é necessário atentar que o Brasil ainda é incipiente no tocante as áreas que deveriam ter investimentos de melhoria como infraestrutura, educação, inovação, patentes, ciência & tecnologia e recursos naturais.

Apenas para ilustrar mencionamos como exemplo o caso da Lei 11.097/05 que dispõe sobre a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira, que muito embora, seja quase consenso nacional a importância de incentivos nessa área, não houve adequação legal nos seus aspectos tecnológicos.

Além de que, nesta mesma lei, foi vetada a criação de fontes de financiamento para programa de produção de biodiesel e, recentemente em 2009, mais o governo vetou a decisão de ressarcir as contribuições para o PIS/Pasep e COFINS incidentes sobre o valor de matérias-primas compradas da agricultura familiar ou cooperado pessoa física.

A efetivação e o compromisso das políticas públicas no Brasil remetem a uma estrofe da canção de Caetano Veloso que diz "Alguma coisa esta fora de ordem, fora da nova ordem mundial". Porque não emplacam ou não são efetivamente eficazes e abrangentes?

Atualmente, uma das grandes celeumas fica em torno do novo Código Florestal, por um lado, os produtores rurais que argumentam que para crescer o país tem que flexibilizar as leis ambientais, por outro lado, os ambientalistas que contestam o capitalismo exacerbado em detrimento dos impactos negativos ao meio ambiente.

Seria cômico, se não fosse trágico a postura do governo que nos idos anos de 1960 a 1980 instituiu políticas públicas, com incentivos e financiamentos de programas[19] aos produtores que cultivassem no cerrado, várzeas e outras áreas, hoje consideradas de preservação permanente, isto é, outrora áreas legalmente incorporadas ao processo produtivo e com incentivo do próprio governo terão que ser pela atual legislação ambiental, recuperada pelos produtores que se beneficiaram da proposta governamental a época. Que país é esse? Não seria um caso de violação por parte do governo de um dos preceitos basilares constitucionais o - direito adquirido? Ademais, a lei somente retroagirá se for para beneficiar, segundo o princípio da irretroatividade legal.

É necessário que o governo e a sociedade revisitem a política nacional sob o prisma de desenvolvimento sustentável em sua integralidade. E, desta forma, outras questões se impõem: Será que qualificar de falácia o termo "desenvolvimento sustentável" não seria rotulante e excludente? Como o governo enquanto sociedade lida com essas percepções e visões de sustentabilidade diferentes, porém convergentes?

Quando referimos em "desenvolvimento sustentável", não analisamos somente como conceito ambíguo e vago, criado á época do relatório da Comissão *Brundtland* que o aliava a dimensões econômicas, sociais e ambientais.

É imprescindível que o conceito de desenvolvimento sustentável, além dessas três concepções, incorpore também as dimensões político-cultural e geográfico- espacial. Significando que no âmbito da sustentabilidade econômica é necessária política sólida de desenvolvimento, com a ampliação dos bens e serviços produzidos pela sociedade para a população que cresce e sofistica suas necessidades;

Na dimensão social é necessária política distributiva e eqüitativa dessa produção ampliada e o acesso social à riqueza material produzida;

Na ambiental são necessárias políticas que se volte a buscar o desenvolvimento econômico em harmonia com o meio ambiente natural, entendido não apenas como fonte de recursos naturais enquanto insumos, mas principalmente como patrimônio natural, ou seja, algo cujo valor deve não apenas ser mantido, mas, se possível, melhorado.

Aliás, essa última dimensão cria importante espaço para reflexões e ações, não apenas com o intuito de mitigação dos impactos ambientais das atividades humanas, mas também o resgate de passivos ambientais como a recuperação da qualidade do ar, de mananciais hídricos, de fauna e flora degradadas, enfim, o cuidado e o uso da natureza como fonte de qualidade de vida.

Na dimensão geográfico-espacial são necessárias políticas visando a percepção e o desafio de harmonização na distribuição espacial das atividades humanas, produtivas ou não, as quais impactam de forma decisiva a sustentabilidade do desenvolvimento.

E por fim, na dimensão político-cultural, a participação democrática nas decisões de produção e acesso à riqueza material produzida, em um contexto de respeito à diversidade étnico-cultural existente na sociedade. Esse parece constituir-se no segundo principal desafio para a generalização da sustentabilidade do desenvolvimento e complemento fundamental dos princípios da nova ética do desenvolvimento.

Assim, avança-se para uma percepção da natureza enquanto patrimônio. O mais importante a ressaltar quanto a essa dimensão é o fundamental desafio de generalização desse valor basilar de toda a concepção contemporânea de desenvolvimento sustentável. E o que essa assertiva significa?

Significa que precisamos de uma drástica mudança cultural de nossa sociedade antropocêntrica, avalizada para utilizar toda e qualquer forma à natureza enquanto estoque de recursos, para outra concepção diametralmente oposta na qual o ser humano, em todas as suas dimensões, é apenas mais um elemento integrante da natureza e que em sua preservação e melhoria residem às bases de nossa qualidade de vida.

Utopia? Creio que não. Basta aliar vontade política e participação democrática da sociedade nas questões relevantes do país, e a hora, é agora, além de que, não pode existir um esforço de investigação política íntegro sem uma “pitada” de utopia[20].

3.2 A conveniência da aplicação da incidência ou isenção de natureza tributária arrecadatória para o Brasil nos mercados de RCE’s:

A conveniência em se aplicar a incidência ou isenção tributária aos mercados de RCE’s se demonstra tormentosa no direito pátrio, vez que surge várias questões que necessitam ser aclaradas além de que não existem leis específicas visando à concessão de isenção

de tributos a esse mercado voluntário, bem como é imperativa a obediência do governo as normas de finanças públicas e de responsabilidade na gestão fiscal, em cumprimento ao artigo 163, inciso I da Constituição Federal.

“Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição” é o que preceitua o artigo 150, parágrafo 6° da Constituição Federal e em perfeita sintonia no que depreende dos artigos 176-179 do Código Tributário Nacional no que tange as isenções e a forma de aplicá-las.

Nesse raciocínio, mesmo a Lei de responsabilidade fiscal[21] em seu artigo 14 não faz qualquer menção quanto à proibição da renúncia de receita, apenas estabelecendo exigências e parâmetros para tal ação, além de que somente se aplicará ao que a doutrina nomeia aos “incentivos onerosos” que causam uma redução de receita esperada previamente prevista no orçamento.

O objeto em questão, ou seja, as cessões nos mercados de RCE’s, não impactarão negativamente o orçamento, pois não representarão qualquer redução de receita programada, mas na verdade impactarão positivamente o orçamento público ao reduzir os custos futuros de adaptação do Brasil aos efeitos adversos das mudanças climáticas.

Assim, o que se tem é um incentivo a custo zero, pois ao ser considerado um mercado futuro, as receitas decorrentes da cessão de RCEs advirão nos anos vindouros, em decorrência de mercado em eminente crescimento, configurando-se como “receitas novas”.

Neste sentido, comungamos com as reflexões de Kerkalian, (2003, p. 15) em que as cessões de direitos relativos à RCE de uma entidade nacional para uma entidade autorizada a participar do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo por um país desenvolvido ou uma economia em transição, bem como as operações relativas ao derivativo RCE - DRCE, deveriam ser isentas do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários - IOF. Ademais, as receitas decorrentes das cessões onerosas da RCE e das operações relativas ao DRCE deveriam ficar isentas de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e de Pessoa Física, Imposto sobre Serviço, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, Contribuição para o Programa de Integração Social e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social.

Assim, diante das questões analisadas no presente artigo, os autores propõem algumas premissas que tanto o Brasil quanto os outros países em desenvolvimento podem e devem investir:

? Na geração de dados de inventariação sobre as mudanças climáticas em um contexto local, vez que o IPCC tem problemas em mapear algumas informações destes países e as alternativas seriam investimentos nas políticas públicas para a colaboração entre países do Sul – cooperação Sul-Sul;

?Na infra-estrutura e no capital humano qualificado para desenvolver modelos específicos para cada região;

?No crescimento das áreas de reflorestamento como forma de proteção da biodiversidade, geração de renda e empregos para a sociedade, como por exemplo, regulamentar e efetivar os PSA's – pagamento por serviços ambientais, com financiamentos de fontes fixas via políticas distributivas ou redistributiva assegurando a sua efetividade nas transições governamentais, através de uma PEC – Proposta de Emenda Constitucional.

?Na adoção e incorporação nas políticas públicas de novos mecanismos jurídicos e de mercado para obrigar as empresas a adquirirem formas ambientalmente sustentáveis, como a obrigatoriedade de projetos de seqüestro de carbono na oportunidade do deferimento de licença ambiental;

?Na adoção (seguindo o modelo da União Européia) de "custeamento" das externalidades impondo aos fornecedores de combustíveis fósseis a inclusão dos custos ambientais;

?Na discussão e adoção de metas internas e externas de redução das emissões dos GEE´s (Gases de efeito estufa) na oportunidade de criação do Plano Nacional de Mitigação das Mudanças Climáticas;

?Na criação leis específicas que isentem de tributos todos os agentes que participarem da execução de projetos de MDL como forma de dinamizar o mercado interno e a preservação do meio ambiente;

?Na consecução de projetos de redução de carbono dinamizando e financiando os projetos viáveis nos setores de maior relevância para esses problemas; como nos casos dos setores de transportes e dos aterros sanitários;

?Na criação de políticas públicas para o desenvolvimento e aplicação de tecnologias de baixo teor de carbono aliadas com políticas de estímulo ao investimento e a transferência de tecnologias;

?Na incorporação efetiva do mecanismo de REDD *(Reduce imissions for deforestation and degradation*) no novo pacto climático pós-*Kyoto*[22]- 2012; bem como a inclusão de medidas práticas de ajuda humanitária para os impactos decorrentes do aquecimento global e degradação do meio ambiente.

?Na implantação mecanismos mais eficientes de monitoramento e previsão climática através de um banco de dados do clima;

?Na concessão de direitos de propriedade de florestas para os índios e as comunidades rurais com o objetivo de interromper o deslocamento interno das comunidades indígenas.

?Na priorização de incentivos, tais como ações para aumentar o valor econômico da floresta em pé, e instrumentos econômicos, como o aumento do perfil ambiental das

fontes de financiamento, como partes integrais da estratégia de gestão ambiental do governo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciamos nossas considerações atentando para o problema da crise econômica e financeira global, porque tem potencial de afetar negativamente os esforços dirigidos ao enfrentamento das mitigações das mudanças climáticas, como por exemplo, o estreitamento do horizonte temporal dos formuladores de políticas públicas que poderia redirecionar o padrão de desenvolvimento para atividades mais intensivas de carbono. Além disso, tanto a crise global, quanto os riscos premidos pelo aquecimento climático produzem tensões, dilemas e, por vezes inaptidão de determinados países em lidar com as duas questões concomitantemente.

Essas duas ameaças têm implicações profundas para a humanidade, entretanto, não se torna prudente permitir que as emergências de curto prazo, criadas pela crise financeira global desviem indevidamente a atenção aos riscos e perigos associados, ao longo prazo, á mudanças climáticas.

É notório que a política macroeconômica de curto prazo em tempos de crise é frequentemente priorizada em detrimento as questões ambientais. Nos países em desenvolvimento essa situação se demonstra nitidamente, como é o caso de não se priorizar a conservação florestal e a proteção aos ecossistemas[23].

O desafio está lançado e necessitará de um consenso para a criação, identificação e implementação de tantas políticas públicas quantas forem viáveis com intuito de solucionar ambas as questões.

Há necessidade de ação coordenada entre os países Norte e Sul aos desafios da mudança climática. A real eficácia para o enfrentamento das mitigações e das metas de estabilização de GEE's depende da criação de mecanismos que estabeleçam um preço uniforme para o mercado de carbono de forma a se constituir mais viável a sua realização, ou mesmo, a implantação de um imposto global respeitando o princípio "das responsabilidades comuns, porém diferenciadas".

Salientamos que é importante à dinamização no âmbito nacional de políticas públicas que visem alavancar mecanismos para a incrementação da eficiência energética, como adiar a construção de novas usinas geradoras de eletricidade, aumentar a competitividade reduzindo os custos de produção, diminuir o consumo de combustíveis fósseis, a emissão de poluentes locais, implementar as atividades florestais, o transporte coletivo, uso de energias renováveis, manejamento agronômico e pecuário, entre outras.

Além disso, existem outras áreas que as políticas públicas serão essenciais para a adaptação eficaz e eficiente. De acordo com o Relatório do Banco Mundial (LA TORRE, FAJNZYLBER, NASH, 2009, p.59-63) há necessidade de:

?Fortalecimento do manejo de recursos naturais concentrando-se especialmente em administrar a variação dos fluxos hídricos e aumentar a resistência dos ecossistemas;

?Fortalecimento da proteção direta contra ameaças relacionadas ao clima nos casos em que é necessária ação coletiva, principalmente de políticas locais;

?Fortalecimento dos vínculos tecnológicos e dos fluxos de conhecimentos.

As políticas públicas serão bem vindas principalmente no que diz respeito à transferência de tecnologia entre países, regulamentando, estimulando e difundindo quais os incentivos que deverão ser implantados, fornecendo subsídios para as questões relativas às pesquisas tecnológicas sobre mudanças climáticas, produtividade agrícola, seus efeitos e sua adaptação. Assim, no que concerne a transferência, uma parte da absorção dessas tecnologias entre países poderia ser financiada por meio dos projetos de MDL via mercado de carbono. Além de que, poderia incluir mecanismos de compromissos antecipados para a compra definida de produtos, aquisição de direitos de propriedade intelectual existentes, visando tornar a tecnologia amplamente disponível, ou mesmo a oferta de prêmios para tipos específicos de tecnologia.

No que se refere à política tributária nacional, ela tem o condão de incentivar e viabilizar práticas econômicas que possibilitem a redução de emissão de gases poluentes, aquecendo-se, assim, o mercado de carbono. Em outras palavras, o importante papel das medidas tributárias no cenário do mercado de carbono é fazer com que projetos de desenvolvimento limpo tornem-se atrativos econômicos, e não, tentar inviabilizar, por meio de criação de novos tributos, atividades consideradas vitais para a mitigação do aquecimento climático, sob pena de ter como resultado efeitos econômicos nefastos, vez que a economia depende de uma imensa gama de fatores que não o aumento ou criação de tributação para determinado setor.

Por outro lado, o poder público tem a prerrogativa de dinamizar, com a responsabilidade sustentável que lhe cabe, as negociações decorrentes do mercado de RCE's, através de legislações e políticas públicas eficazes, o que, seguramente, atrairia investidores almejados para o país e alcançaria os objetivos propostos pelo Protocolo de *Kyoto*.

Em que pese todas as celeumas existentes sobre a matéria e nos valendo de vários estudos realizados para a presente pesquisa, nos filiamos a corrente que apregoa a definição dos créditos de carbono como sendo bens de naturezas incorpóreas, intangíveis, passíveis de negociações, através dos mercados competentes.

Quanto as possíveis hipóteses de incidências dos tributos analisados, sensato será considerar o aspecto tributário como meio de incentivo a este mercado, observando os incentivos fiscais para os agentes que implementarem os projetos de MDL visando às reduções de GEE's, para não constituir a regulamentação tributária um empecilho ao desenvolvimento da nação e dos projetos em si.

Nesse sentido, cabe ao estado como ente regulador das atividades econômicas intervir e, ao mesmo tempo, fomentar os mecanismos de proteção ao meio-ambiente para, através da extrafiscalidade e do atendimento aos princípios que regem a tributação e a proteção ao meio ambiente, gerar condições no sentido de implementar de modo mais efetivo,

por um lado, a competitividade nos mercados de RCE's nacionais e, por outro, a proteção do meio ambiente.

Assim, é interessante considerar que as políticas publicas e os tributos poderão ser baseados na teoria da função promocional do Direito, com finalidade extra fiscal indireta para fomentar atividades que auxiliem a melhoria do meio ambiente por meio de instrumentos econômico-financeiros e isenções tributárias regulamentadas em lei específica, buscando a realização de valores constitucionais mediante o comportamento induzido ou evitado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Aires F. **ISS na Constituição e na Lei**. São Paulo: Dialética, 2005, p.294-295.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros. 1998, p.176.

HENDRIKSEN, E. S.; **VAN BREDA**, M. F. **Teoria da contabilidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

IUDÍCIBUS, S. **Teoria da contabilidade**. São Paulo: Atlas, 2004.

LA TORRE, Augusto; **FAJNZYLBER**, Pablo; **NASH** John. Estudo do Banco Mundial sobre a América Latina e Caribe. **Relatório Desenvolvimento com menos carbono – repostas da América Latina ao desafio da Mudança Climática**, 2009, p. 59-63.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 31.

MATTOS, Luciano; **HERCOWITZ,** Marcelo. **Pontos fundamentais para o desenho de políticas públicas de serviços ambientais voltadas às populações tradicionais e povos indígenas**. São Paulo: ISA, 2009, p. 120-122.

MELLO, José Eduardo Soares de. **ICMS: Teoria e Prática**. São Paulo: Dialética, 2005.

ROCHA, M. T. Aquecimento Global e o Mercado de Carbono: uma aplicação do modelo Cert. Piracicaba. **Tese (Doutorado)** – Esalq-2003.

RUSSO, R.O., **CNDELA**, G. ***Payment of environmental services in Costa Rica***: ***evaluating impact and possibilities***. Earth University, Costa Rica, 2006.

SABBAG, Bruno Kerlakian; **MACHADO FILHO**, Haroldo. **Classificação da natureza jurídica do crédito de carbono e a defesa da isenção tributária total as receitas decorrentes da cessão de créditos de carbono como forma de aprimorar o combate ao aquecimento global**. Disponível em: http://www2.oabsp.org.br/asp/comissoes/mercado_carbono/artigos/natureza_juridica.pdf. Acesso em: 02/05/2009.

SOARES DE MELO, José Eduardo. **ICMS Teoria e prática.** São Paulo: Dialética, 2004, p.16

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2005, 2005, p.329.

VENOSA, Sílvio de Salvo *apud* **DIAS**, Reinaldo. Gestão Ambiental: Responsabilidade Social e Sustentabilidade. São Paulo: Atlas, 2007, p. 36-37.

WUNDER, Sven; **THE**, Bui Dung: **IBARRA**, Enrique. ***Payment is good, control is better: why payments for environmental services in Vietnan have so far remained incipient***. Bogor (Indonesia): CIFOR, 2005

_____. *Pagos por servicios ambientales*: principios básicos esenciales. Bogor (Indonésia): CIFOR. (***Occasional Paper* nº. 42**), 2006a.

_____. ***The efficiency of payments for environmental services in tropical conservation***. *Conservation Biology, 21* (1), 2007, p. 48-58.

---

[1] "Uma "redução certificada de emissão" ou "RCE" é uma unidade medida em conformidade com o Artigo 12 e os seus requisitos, bem como as disposições pertinentes destas modalidades e procedimentos, e é igual a uma tonelada métrica equivalente de dióxido de carbono, calculada com o uso dos potenciais de aquecimento global, definidos na decisão 2/CP. 3 ou conforme revisados subseqüentemente de acordo com o Artigo 5."

[2] A proposta brasileira de elementos para a elaboração do Protocolo de Kyoto, elaborada pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, quantifica de forma prática e objetiva a repartição do custo do combate a mudança do clima, de acordo com a efetiva responsabilidade de cada país em causar o problema - o principio conhecido como o do "poluidor-pagador". O Brasil propôs a adoção de um modelo em que a responsabilidade de cada país para a mudança do clima seja feita não em termos de suas causas, ou seja, das emissões de gases de efeito estufa que originam o problema, mas em termos de seus efeitos - medida pela parcela de contribuição de cada país para o aumento da temperatura média da superfície terrestre - a efetiva mudança de clima provocada por essas emissões. Propõe também que os países industrializados terão um teto individual que será tolerado de aumento máximo de temperatura média da superfície terrestre. Este teto individual, por sua vez, será calculado a partir de uma meta de redução de temperatura para o conjunto dos países desenvolvidos, calculada tendo como base o aumento de temperatura previsto caso as emissões deste grupo de países permanecessem constantes nos níveis de emissão de 1990 durante todo o período do Protocolo, ou seja, de 1990 a 2020. Finalmente, a proposta brasileira estabelece que os fundos para projetos de mitigação e adaptação dos países em desenvolvimento sejam limitados proporcionalmente à contribuição destes países para a mudança do clima, sendo os recursos aplicados principalmente nos países onde são mais necessários, ou seja, naqueles países em desenvolvimento que mais contribuem para o aumento da temperatura média da superfície da Terra. Disponível em: http://www.mct.gov.br/gabin/clima.htm.

[3] O primeiro leilão de créditos de carbono em bolsa de valores regulada, em âmbito mundial, conseguiu vender todo o lote de 800 mil certificados, cada um equivalente a uma tonelada de carbono não lançada na atmosfera. O holandês *Fortis Bank*, que comprou todo o lote, fez um ótimo negócio. Levou cada certificado por 16,2 euros. No mercado internacional, a tonelada de crédito de carbono costuma ser vendida por 19 euros. Para a prefeitura de São Paulo, que produziu os certificados, o resultado foi bom: R$ 34 milhões a mais em seus cofres. Em 2008 a empresa suíça *Mercuria Energy Trading* arrematou, 713 mil toneladas de créditos de carbono leiloadas pela Bolsa de Valores de São Paulo (BM&F) / Bolsa Mercantil e de Futuros (Bovespa) e a Prefeitura de São Paulo. Os créditos foram arrecadados em lote único pelo valor de 13,689

milhões de euros, com o preço da tonelada a 19,20 euros - o que gerou um ágio de 35,2% em relação ao preço mínimo do leilão, que era de 14,20 euros. (http://www.ambientesustentabilidade.com.br/noticia.php?id_noticia=55&pag=0).

[4] IUDÍCIBUS, Martins e Gelbcke, *Manual de contabilidade da sociedade por ações* – Fipecafi, 7ª ed., Atlas, 2008, p. 228.

[5] VENOSA, S.S. Direito Civil. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2006.

[6] ALMEIDA, N. Créditos de Carbono, natureza jurídica e tratamento tributário, 2008

[7] SISTER. Mercados de Carbono e Protocolo de Quioto: aspectos negociais e tributação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

[8] KERKALIAN, B. Classificação da natureza jurídica dos créditos de carbono e defesa da isenção tributária total às receitas decorrentes da cessão de créditos de carbono como forma de aprimorar o combate ao aquecimento global, 2008.

[9] Bem corpóreo da atividade empresarial do produtor, industrial e comerciante, tendo por objeto a sua distribuição para consumo, compreendendo-se no estoque da empresa, distinguindo-se das coisas que tenham qualificação diversa, segundo a ciência contábil, como é o caso do ativo permanente. (SOARES DE MELO, 2004, p.16)

[10] DJ de 29.10.99. No mesmo sentido – decisão do STJ no REsp n. 39.605-SP.

[11] Amyra El Khalili, *Quem será beneficiado pelos créditos de carbono?* Reportagem disponível em

<http://www.comciencia.br/reportagens/clima/clima04.htm>.

[12] No ano de 1969 aprovou-se, na Costa Rica, uma Lei Florestal que previa a concessão de incentivos econômicos, principalmente exonerações de impostos aos que plantavam árvores. Posteriormente, uma nova legislação veio a produzir algumas mudanças nos incentivos oferecidos, tratando não apenas de abarcar um maior número de beneficiários, mas também as atividades de conservação. Se bem que estas alterações tenham melhorado o sistema de incentivos e reverteram a taxa de deflorestação, a floresta e as árvores em pé, ainda, eram vistos apenas pelo seu valor como madeira ou produtos florestais. Recentemente, esta visão mudou ao sentir-se a influência de elementos do setor conservacionistas que vêem na floresta uma fonte de produtos e benefícios não madeiráveis. Estes vêem na floresta o habitat onde vive a maioria dos seres vivas e em especial, muitas espécies em perigo de extinção, de onde são extraídas plantas medicinais, mananciais de água potável, e beleza paisagística. Assim, começou a tomar-se consciência dos múltiplos benefícios fornecidos pela floresta e não apenas do seu valor como madeira, favorecendo a idéia, na Costa Rica, da floresta como fonte de serviços ambientais (RUSSO & CANDELA, 2006). Estes serviços ambientais são definidos como os serviços disponibilizados pelas florestas e as plantações de árvores que apresentem um efeito direto sobre a proteção e melhoria das condições ambientais. Estes incluem certificados de emissões de gases que provocam efeito de estufa, proteção

da água, proteção da biodiversidade (com objetivos de preservação e objetivos de investigação científica, nomeadamente farmacêutica), proteção de ecossistemas, formas de vida e lugares de beleza paisagística (para fins científicos e recreativos) etc. O governo concede estes pagamentos pelos serviços ambientais a proprietários privados de terras, por um período de cinco anos. No que diz respeito ao financiamento, no País existe um imposto sobre os combustíveis de 5%, cujos fundos são utilizados para financiar o programa. Contudo, o mais inovador neste processo é que, para além dos fundos deste imposto, a Costa Rica vende créditos de carbono através de projetos de Implementação Conjunta desenvolvidos, de acordo com o estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Mudança Climática e estes fundos também são utilizados para financiar os pagamentos aos proprietários. Por exemplo, o governo da Noruega comprou créditos de carbono à Costa Rica no valor de 2.000.000 dólares americanos. Quando se efetuam estes pagamentos, faz-se um contrato obrigatório inscrito no Registro de Propriedade entre os proprietários que vendem o seu serviço ambiental de fixação de carbono e o governo (RUSSO & CANDELA, 2006).

[13] A extrafiscalidade no sistema tributário pode ser classificada tomando-se como base os principais aspectos das normas tributárias sobre os quais se constrói o próprio sistema: o fato gerador e a destinação do produto arrecadado. Naquele, a extrafiscalidade é, em regra, indireta, ocorrendo mediante estímulo ou desestímulo ao fenômeno que se constitui o fato gerador, para assim, promover a realização do valor constitucional. Na destinação do produto arrecadado, a extrafiscalidade consiste na ligação direta entre o tributo e o valor constitucional eleito pela norma tributária.

[14] Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

I - as ações, debêntures e bônus de subscrição; II - os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II; III - os certificados de depósito de valores mobiliários; IV - as cédulas de debêntures; V - as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; VI - as notas comerciais; VII - os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; VIII - outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros. § 1º Excluem-se do regime desta Lei: I - os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, II - os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto as debêntures. § 2º Os emissores dos valores mobiliários referidos neste artigo, bem como seus administradores e controladores, sujeitam-se à disciplina prevista nesta Lei, para as companhias abertas.

[15] Créditos de Carbono - Natureza Jurídica e Tratamento Tributário. Disponível em:http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7307, acessado em 10 de dezembro de 2008.

[16] Artigo 14. Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1° de fevereiro de 1999, são isentas das COFINS as receitas:

...

III- dos serviços prestados a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, cujo pagamento represente ingresso de divisas;

§ 1° São isentas da contribuição para PIS/PASEP as receitas referidas nos incisos I a IX do caput.

[17] Artigo 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos artigos 30 a 35 da Lei n. 8.981 de 20 de janeiro de 1995.

§ 1° Nas seguintes atividades, o percentual de que se trata este artigo será de:

...

III- trinta e dois por cento, para as atividades de:

...

c) administração, locação ou cessão de bens imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza.

[18] Do artigo 12 depreende-se que o Protocolo de Kyoto previu dois tributos aplicáveis ao MDL: um para cobrir despesas administrativas e outro para auxiliar as Partes mais vulneráveis em sua adaptação aos efeitos adversos da mudança global do clima. O tributo para fazer face aos custos de adaptação foi definido em 2% (dois por cento) da quantidade total de RCEs emitidas para o projeto de MDL, sendo que os projetos hospedados nos países menos desenvolvidos são isentos deste tributo internacional, nos termos do artigo15 da Decisão 17/CP.7.

Por sua vez, a Decisão acima referida determinou que a Conferência das Partes estabelecesse, mediante recomendação do Conselho Executivo do MDL, o montante da fração a ser cobrada para cobrir as despesas administrativas, o que foi feito por meio do artigo 37 da Decisão7/CMP.1.

[19] Programa de desenvolvimento do cerrado (Polocentro), Programa de cooperação nipobrasileira para o desenvolvimento do cerrado (Proceder), Projeto de manejo dos recursos naturais da várzea (Provárzea).

[20] A utopia é a exploração de novas possibilidades e vontades humanas, por via da oposição da imaginação à necessidade do que existe, só porque existe em nome de algo radicalmente melhor que a humanidade tem direito de desejar e por que merece a pena lutar. A utopia é, assim, duplamente relativa. Por um lado, é chamada a atenção para o que não existe como (contra) parte integrante, mas silenciada, do que existe. Pertence à época pelo modo como se aparta dela. Por outro lado, a utopia é sempre desigualmente utópica, na medida em que a imaginação do novo é composta em parte por novas combinações e novas escalas do que existe. Uma compreensão profunda da realidade é, assim, essencial ao exercício da utopia, condição para que a radicalidade da imaginação não colida com o seu realismo. (SANTOS, 1996, p. 323).

[21] Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º;

II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

[22] O primeiro período de compromisso do protocolo reconheceu apenas os projetos de florestamento e reflorestamento do MDL e não incluiu a redução de emissões obtida por meio do desmatamento evitado o que se denomina "*Avoided deforestation*" ou de outros tipos de manejo florestal nos países em desenvolvimento.

[23] O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos naturais renováveis (IBAMA) teve uma redução em seu orçamento de 71% em relação às verbas originais aprovadas, e de 46% se comparado a 1998. Há também indicações de que esse fenômeno se expandiu além do plano federal. Os Estados e municípios brasileiros diante da necessidade de produzir superávits primários não puderam compensar os cortes nos programas ambientais para a Amazônia financiados pela União, (KASA e NAESS, 2005, p. 791-804).

FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DO PRINCÍPIO DE PARTICIPAÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL A PARTIR DA PRAGMÁTICA HABERMASIANA*

FONDAMENTAZIONE FILOSOFICA DEL PRINCIPIO DI PARTECIPAZIONE NEL DIRITTO DELL'AMBIENTE A PARTIRE DA PRAGMATICA HABERMASIANA

Clodomiro José Bannwart Júnior
Valéria Oliveira Martins

RESUMO

O presente trabalho destaca o princípio de participação no direito ambiental e sua necessidade de fundamentação a partir de pressupostos filosóficos. Tem como objetivo apresentar a perspectiva da ética discursiva habermasiana enquanto condição de efetividade do princípio de participação no contexto das sociedades pluralistas que formam o cenário contemporâneo solapado pelo desafio urgente do equilíbrio e da preservação ambiental. Nesse aspecto, inscrevem-se as origens que deram sobrevida ao princípio, para, em seguida, sinalizar as condições que lastrearam a necessidade – do ponto de vista ético e moral – de o princípio se fazer presente na teoria da sociedade contemporânea. A partir da análise da incursão transcendental, com base na pragmática universal habermasiana, que assegura a fundamentação de tal princípio, passa-se a delinear como o texto constitucional brasileiro trata do tema, quando da elevação do direito ao ambiente a status de direito fundamental e como direito subjetivo e dever jurídico objetivo. Defende-se que tal dever somente pode ser cumprido através do princípio da participação, consubstanciado na criação das normas ambientais, na mediação do Poder Judiciário e na construção e execução das políticas ambientais, além de outras formas não mediadas pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVES: PARTICIPAÇÃO; MORAL; AÇÃO COMUNICATIVA; MEIO AMBIENTE.

RIASSUNTO

Il lavoro sottolinea il principio di partecipazione nel Diritto dell'Ambiente e sua necessità di fondamentazione a partire da presunzioni filosofiche. Il lavoro ha come obiettivi presentare la prospettiva dell'etica del discorso di Habermas a condizione di effettività del principio di partecipazione nell'ambito delle società plurale che costituiscono il scenario contemporaneo indebolito a causa della sfida urgente dell'equilibrio e della preservazione dell'ambiente. In questo aspetto, il lavoro porta la origine di questo principio e dopo risalta le condizioni che basano la necessità – del punto di vista etico e morale – di farsene presente nella teoria della società contemporanea. A partire da analisi dell'incursione trascendentale basata nella

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

pragmatica universale habermasiana che assicura la fondamentazione di questo principio, si comincia a sottolineare come la Costituzione Brasiliana dispone questo argomento, giacchè il Diritto dell'Ambiente è sollevato dallo status di diritto fondamentale e dal diritto soggettivo e dovere giuridico obiettivo. Il lavoro difende che il dovere giuridico soltanto può essere realizzato attraverso il principio della partecipazione, che si realizzerà per mezzo di creazione di norme ambientali, di mediazione del Potere Giudiziario e di costruzione di politiche ambientali, oltre qualche forma che non è mediata dallo Stato.

PAROLE CHIAVE: PARTECIPAZIONE; MORALE; AZIONE COMUNICATIVA; AMBIENTE

.

INTRODUÇÃO

O princípio da participação no Direito Ambiental, nascido do Estado Democrático de Direito, do qual não pode se separar, é o tema central do trabalho que se divide em cinco itens. Em um primeiro momento, busca-se estabelecer os fundamentos filosóficos que subsidiam a relação homem/natureza, através de uma incursão reconstrutiva desde a idade média até a contemporaneidade.

Segue-se uma discussão a respeito dos juízos éticos e morais que envolvem o princípio da participação, demonstrando que este é estendido universalmente e, nesse ínterim, a sua fundamentação é possível de ser assegurada pelo pressuposto da ética discursiva habermasiana, com base na dimensão transcendental da própria linguagem.

A teoria social haberbasiana é tema do item três. Neste momento, defende-se que o princípio da participação somente se efetiva em um modelo de democracia deliberativa, perpetuado no Direito Ambiental principalmente a partir dos movimentos sociais da década de 60 e, após a Conferência de Estocolmo, adquirindo *status* de direito fundamental nas constituições contemporâneas.

Os dois últimos itens do trabalho pretendem discorrer a respeito do tratamento que a ordem constitucional brasileira dispensou ao tema, imprimindo-lhe dupla dimensão, seja como direito subjetivo seja como dever jurídico objetivo. O princípio da participação é essencial para o cumprimento deste último, tendo o mesmo que ser observado desde o momento do nascimento da norma jurídica ambiental (nomogênese) até a sua aplicação, bem como através dos mecanismos processuais constitucionais e infraconstitucionais que permitem a tutela do ambiente. Além disso, outras formas de participação, ligadas aos movimentos sociais, também se legitimam para que tal princípio alcance o seu *telos*.

1 – A VISÃO DA "NATUREZA" NA PASSAGEM DA IDADE MÉDIA PARA A IDADE MODERNA: A NATUREZA DO PONTO DE VISTA EPISTEMOLÓGICO.

A transição da Idade Média para a Idade Moderna alterou significativamente a maneira de o homem relacionar-se com a natureza. O cristianismo ocidental, ao longo da Idade Média, imprimiu a compreensão de que o homem se destinava a realização de um *telos* transcendente e, que, do ponto de vista teológico, a vida deveria ser preenchida nos afazeres do dia-a-dia visando à preservação da santidade da alma para o gozo pleno da vida eterna. Nesse contexto, o homem mantinha do ponto de vista utilitário uma postura de indiferença para com a natureza. Ele se sustentava vinculado à natureza, mas sem a ela pertencer integralmente. A natureza para o medievo representava antes de tudo a obra do Criador, a manifestação estética da beleza de Deus, devendo ser vista primeiramente como objeto de contemplação do que propriamente algo a ser transformado pela ação humana. A natureza ou cosmos já era desde a Antiguidade grega contemplado em sua forma harmoniosa, porém, muito mais pelo olhar das formas geométricas e matemáticas do que teológica. Contudo, a harmonia cósmica da natureza foi elemento determinante na sistematização da teologia cristã, realizada por um dos teólogos e filósofos mais influente da Igreja: Santo Agostinho. Segundo Paul Tillich, o abandono do maniqueísmo por Agostinho, foi decorrente da sua visão da natureza, influenciado, sobretudo, pela astronomia.

A astronomia lhe mostrou [a Agostinho] o movimento perfeito das estrelas, isto é, os elementos fundamentais da estrutura do universo. Em face disso, não era possível a existência do princípio dualista [bem e mal]. Se o universo expressa a estrutura das formas matemáticas regulares, harmoniosas e possíveis de cálculo, onde achar os efeitos do demônio na criação do mundo? As estruturas básicas presentes na criação do mundo são boas; foi o que aprendeu com a Astronomia. Usava, dessa maneira, a idéia grega pitagórica do cosmos. E os princípios da forma e da harmonia expressos na matemática. [...] Esse princípio europeu grego superou para Agostinho o dualismo e a negatividade do Oriente. Assim, a separação de Agostinho da filosofia maniqueísta foi apenas um evento simbólico. Significava a liberação da ciência natural moderna, da matemática e da tecnologia, do pessimismo dualista e da negação da realidade na Ásia. Esse fato foi muito importante para o futuro da Europa. Os filósofos e teólogos agostinianos, do último período da Idade Média, deram sempre ênfase à matemática e à astronomia. A ciência natural moderna nasceu, como o platonismo e o agostinianismo, na base da crença do cosmos harmonioso, determinado por regras matemáticas. Era também a visão do mundo da renascença.[1]

Desse contexto é possível afirmar que a visão harmoniosa do universo e da natureza trazida pelos antigos e preservada pelos medievais evidencia a importância que a matemática aliada às formas geométricas teve na composição estética do cosmos. Certamente a teologia se beneficiou dessa visão positiva da natureza não apenas para assegurar a sua beleza, mas para sustentar a bondade e a perfeição do Criador.

A modernidade, na medida em que rompe com as estruturas medievais de pensamento, e, na filosofia, substitui o paradigma da essência pelo paradigma do sujeito (consciência), reposiciona o homem como centro absoluto da validação do conhecimento e de doação de sentidos às coisas. O homem passa a ser o sujeito do conhecimento e a natureza torna-se o objeto passível de ser manipulada e conhecida. O mundo que começava a se secularizar, aprofundando cada vez mais a visão antropocêntrica, deixou de lado a concepção contemplativa que a religião impunha à natureza e passou a se ocupar da decifração dos códigos matemáticos inscritos na realidade natural.

Na verdade, o homem, sem Deus, passava a se preocupar, de forma cada vez mais intensa, com os fenômenos naturais, com as suas manifestações que causavam medo e insegurança.[2] A intensificação do uso da matemática e da experimentação visava assegurar condições para o descobrimento do funcionamento das leis causais da natureza e apaziguar o medo que a natureza, em momentos revoltosos de tempestades, furacões e epidemias imputavam à ignorância do homem. Assim, a verdade deixou de ser pressuposto da revelação divina e passou a ser explorada, cada vez mais, pelo caráter experimental, matemático e, sobretudo, técnico da ciência moderna.

Desse modo, o conhecimento científico e a apropriação da técnica por meio do positivismo suprimiram a aspiração ao conhecimento teórico do mundo, em benefício, quase que exclusivo, de sua utilização técnica e instrumental[3].

A objetivação metódica da natureza foi alcançada graças à combinação da matemática com a atitude instrumental que, por meio da experimentação de seus objetos disponíveis, passou a dispor da natureza para fins de exploração e de manipulação. Assim, a ciência moderna, guardiã do estatuto epistemológico, acabou por conceder o *status* de conhecimento somente àquilo que se enquadra nos requisitos científicos. Esta fase caracteriza-se pelo cinismo da razão à medida que a modernidade abandona a intenção crítica que movia seus propósitos iniciais, em benefício de um projeto oculto de dominação. A racionalidade torna-se cínica quando abandona o seu projeto inicial – o qual tinha surgido para combater o mito e promover o esclarecimento e a liberdade – a favor da sua instrumentalização, transformando-se num potencial de caráter repressivo e atrofiado, ao condicionar o conhecimento a um mero instrumento a serviço da ciência. Não obstante tenha concretizado, na sociedade moderna, sua índole instrumental, a razão consolidou também o exercício da dominação da natureza e, por extensão, a dominação do próprio homem. O seu potencial crítico, banalizado e submetido aos ditames da técnica, veio revestido da crença, oriunda dos ideais da *Ilustração*, de que o avanço tecnológico sanaria todas as mazelas da existência humana em seus aspectos materiais e espirituais. O progresso da tecnologia e o crescimento econômico orientado pelo saber técnico instrumental condicionaram as formas de ação à lógica desenvolvida pelo aparato sistêmico, reduzindo as decisões dos indivíduos e a organização da vida social ao componente técnico científico. Na perspectiva desta racionalidade, a regulação da sociedade passa a mover-se numa órbita tecnocrática, "fazendo com que os indivíduos percam a possibilidade de crítica, submetendo-se às decisões exigidas pelo progresso técnico".[4]

Assim que a ciência e a técnica passaram a exercer a manipulação instrumental da natureza ocorreu também a transferência dessa mesma manipulação para o âmbito das relações humanas, produzindo um processo de reificação. A decorrente tecnificação do

mundo moderno impôs também no campo da moral e do direito, uma racionalidade de índole instrumentalizada que converteu as questões prático-morais ao âmbito das decisões de ordem técnica. Com esse procedimento, não foi possível a razão fundar uma perspectiva normativa orientada pela autonomia do sujeito, mas, antes, fez a conversão do homem em objeto da ciência, como se o mesmo fosse um elemento entre outro da natureza, passível de domínio e de manipulação. A razão instrumentalizada passou a preocupar-se, tão somente, com a definição de fins condicionados às circunstâncias dadas. Em lugar de fins últimos se devem buscar fins adequados a meios disponíveis. Na carência de um fim último, o sujeito moderno passou a flexibilizar sua ação por uma lógica meio-fim, em que o fim, não sendo determinado, senão circunstancialmente, possibilita a transformação do homem em objeto, cuja ação torna-se passível de manipulação e de instrumentalização.

A dimensão instrumental do agir entre humanos e, sobretudo, com a natureza tem despertado, desde a segunda metade do século passado, a necessidade de repensar as nossas fragilizadas relações normativas entre os seres humanos e também com a natureza, sob o ponto de vista ético e moral. Habermas tem sido nesse aspecto um dos autores de destacada influência no debate oriundo entre universalistas e comunitaristas na década de 1970. Para o nosso propósito não cabe a reconstrução desse debate, mas sinalizar a importância da distinção entre ética (comunitaristas) e moral (universalistas) para jogar luz ao princípio de participação no âmbito do direito ambiental, objeto de nossa tematização.

2 – PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO E O AMBIENTE: ENTRE JUÍZOS ÉTICOS E MORAIS.

Em razão de o nosso objeto de pesquisa destacar as implicações epistemológicas e, também, normativas na relação homem/natureza, vale demonstrar a diferença que há entre juízos éticos e juízos morais. De início essa diferenciação é marcada pelo grau de dependência e independência em relação ao contexto. A ética se prende à dimensão valorativa, onde se partilham comumente os valores, as tradições e os costumes; e a moral se atém aos princípios racionais que norteiam a prática argumentativa na resolução consensual de conflitos, do ponto de vista da justiça. A ética tem a ver com a resposta que construímos em relação à pergunta "O que devemos fazer?" quanto à construção do sentido de nossa existência. Ou seja, do ponto de vista ético "as escolhas que fazemos na vida visando realizar o bem, nós a realizamos com vistas a alcançar aquilo que seja bom para nossa auto-realização e autocompreensão existencial".[5] Quando a pergunta "O que devemos fazer?" leva em consideração a implicação da ação particular (subjetiva) em relação aos interesses dos outros e exige que os conflitos surgidos sejam regulados imparcialmente do ponto de vista cognitivo, então adentramos no terreno da moral propriamente dita.

A ética remete, para Habermas, a um dever relativizado em função do *telos* do bem viver que

[...] aponta no sentido da luta pela auto-realização, portanto, no sentido do *poder de resolução* de um indivíduo que se decidiu por uma vida autêntica: a capacidade de decisão existencial ou de escolha própria radical opera sempre no interior do horizonte da história de uma vida, em cujos vestígios o indivíduo é capaz de aprender quem ele é e quem gostaria de ser.[6]

Ainda segundo Habermas, a moral ocorre

[...] unicamente a partir dos pressupostos comunicativos de um discurso de âmbito universal, no qual todos dos eventuais envolvidos possam tomar parte e assumir uma atitude hipotética e argumentativa face às pretensões de validade de normas e de modos de conduta tornadas problemáticas, que se constitui o nível superior de intersubjetividade relativa a um intercruzamento da perspectiva individual com a perspectiva de todos.[7]

O problema que atualmente se verifica é o conceito restrito de moral quanto aos dilemas impostos pelo meio ambiente. A moral restringe-se ao modelo antropocêntrico que prioriza a relação de reciprocidade entre seres racionais e essa característica própria da moral secular moderna, dificulta a possibilidade de respeito às questões de responsabilidade moral do homem pelo seu ambiente não humano.[8] Porém, os dilemas ambientais apresentados à humanidade nesse início de século têm avivado sentimentos, juízos e condutas no sentido de deslocar a nossa a dimensão moral – própria da capacidade de linguagem e de ação de seres racionais – também para a esfera ambiental, até então desconsiderada de tematização racional.

A discussão atual, ao debruçar sobre questões ecológicas e de preservação das espécies, exige um debate que coloque a natureza em uma dimensão normativa, porém, sem exceder os limites de uma ética sem metafísica, ou seja, sem exceder os limites da moral pós-convencional.

As questões que se impõem hoje são de ordem normativa, como por exemplo, saber qual a especificidade de nossa obrigação, seja moral ou ética, para com o meio ambiente. A responsabilidade moral que é imputada para com a humanidade presente e futura estende-se também à preservação da natureza? Em suma: Quais as possibilidades de alargamento do âmbito de validade das nossas obrigações morais para além do circulo da humanidade, de modo a compreender todos os seres vivos que preenchem os nossos ecossistemas?[9]

Em relação a estas questões percebemos uma barreira muito nítida. A natureza, tal com nós a enxergamos, sempre objetivada em função de nossos interesses, impede que nós tenhamos em relação a ela uma atitude de reciprocidade fundamental, tal como determina o nosso comportamento moral para com os demais seres humanos.[10] A moral pós-convencional, tal como é concebida, traz esse limitador: como integrar-se à natureza e a ela devotar uma relação de moralidade, se a própria natureza ou ambiente

natural não pertence ao gênero daqueles que, disponibilizando capacidade de linguagem e de ação, podem entrar conosco numa relação de reciprocidade fundamental.[11]

A questão pode ainda ser posta da seguinte forma: "Qual é, então, o estatuto dos deveres que nos impõem, enquanto destinatários de normas válidas, uma determinada responsabilidade para a natureza, se ela, por sua vez, não pertence, porém, ao círculo dos possíveis destinatários de normas?" [12] A natureza não é, na verdade, destinatária de nossas normas ou leis morais. Ela é destinatária de outro complexo normativo, imposto, segundo a ciência moderna, pelas leis naturais.

Essa pretensa vinculação entre homem e natureza é bastante complexa, pois decorre saber se essa relação – como é sabida, edificada muito mais do ponto de vista epistemológico do que moral ou ético – assegura à natureza algum direito ao ser humano ou se o ser humano dispõe de deveres para com a natureza.[13] Além da relação epistemológica entre homem e natureza fundada pelo paradigma técnico-científico, a possível dimensão normativa que se pretende assegurar a essa relação deve incluir a distinção entre ética e moral e verificar qual dos discursos normativos dariam conta de uma interação menos instrumental com o ambiente. Habermas a esse respeito chama atenção para um aspecto fundamental. "A exclusão das questões éticas do domínio das questões e de justiça parece ser evidente, se atendermos ao fato de que a questão sobre o que é bom para mim e para nós, considerando todas as circunstâncias, já é formulada de maneira a conduzir uma resposta que comporta uma pretensão de validade relativa a projetos e formas de vida anteriores. Os valores e ideais que cunham uma identidade não nos podem *vincular incondicionalidade* de um dever categórico." [14]

É nesse caso que surge a questão, a saber, se, hoje, quando discutimos a possibilidade de uma ética ambiental ou ética do meio ambiente, não estamos, na verdade, criando uma relação deficitária de obrigações categóricas (incondicionais) para com a natureza? Pois a ética, como vimos, não exige incondicionalidade, portanto, a obrigatoriedade que a moral nos impõe.

Sendo possível perceber que tanto as questões éticas – ao tratar da condução pessoal e da forma de vida que escolhemos e desejamos – quanto às questões da ética do meio ambiente não podem receber tratamento no âmbito da discussão moral – com a exigibilidade de obrigações incondicionais –, resta deslocá-las para a dimensão teleológica. Ou seja, passamos a olhar para natureza e condicionar a nossa ação em relação a ela baseados no *telos* que estabelecemos ou objetivamos. Os vários programas e metas estabelecidos por protocolos de intenções no âmbito internacional revelam bem isso: estamos tratando a natureza de um ponto de vista teleológico, em função da metas e objetivos estabelecidos que visam a ser alcançados com prazos pré-definidos.

O deslocamento da questão ambiental para a dimensão teleológica reside no fato de a natureza não pertencer "às partes do contrato sobre reciprocidade que serve de base à moral humana".[15] No caso da ética do discurso, o dever é oriundo da relação de participação estabelecida entre falantes e ouvintes, norteadas pelo reconhecimento fundamental que serve de pressuposto iniludível para a prática comunicativa.[16] "As interações sociais mediadas pelo uso lingüístico orientado para a comunicação são constitutivas das formas de vida socioculturais".[17] Isso demonstra que a moral pós-

convencional é dependente das estruturas intrínsecas de interações linguisticamente mediadas e não pode se furtar desse condicionamento.

Outro problema a destacar é que em relação à natureza não se pode imputar personalidade, pois é impossível falar ou comunicar algo com a natureza.[18] Tratar a natureza de um ponto de vista ético é incluí-la em nossas interações, porém, em uma relação assimétrica. Ainda que haja esforço para esse fim, a verdade é que não podemos assumir uma atitude performativa para com a natureza. Se essa atitude pode ser mitigada em relação à determinados animais domésticos que são objetos de nossas empatia, não podemos dispensar a mesma atitude em relação à pedra ou a dureza mineral, os quais compõem também parte integrante da natureza. Por mais que nos esforcemos, a natureza ainda permanece a ser objeto de observação, passível de manipulação e instrumentalização, sobretudo, frente à dimensão técnica científica.[19]

O que fica manifesto para Habermas é que a responsabilidade do homem para com o ambiente e para com a preservação das espécies e ecossistemas ameaçados, não pode, na sua totalidade, "ser fundamentada em termos de deveres interativos (participativos), isto é, do ponto de vista moral".[20] Porém, ainda assim, ele alega que existem boas razões éticas em favor da proteção do ambiente.

São razões que nos assaltam quando nos questionamos seriamente acerca do modo como queremos viver neste planeta, enquanto elementos de uma sociedade global civilizada, e como queremos, enquanto elementos da nossa espécie, tratar as outras espécies.[21]

Se o ambiente entra na pauta da discussão ética, porém, uma ética ampliada universalmente que leve em consideração a espécie como um todo e não apenas os lastros valorativos de determinado povo ou cultura, então, cabe o debate e a tematização acerca de como queremos nos construir enquanto humanidade. Se, como vimos, não é possível estabelecer uma relação dialógica com a natureza, esta pode se realizar entre os sujeitos, partes integrantes da natureza. Tal relação tem seu exercício perene e presente no princípio de participação (norteador do direito ambiental) que assegura a toda a humanidade a possibilidade de sua autocompreensão e realização existencial integrada ao meio ambiente.

3 – PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A participação popular somente encontra amparo com a consolidação do *Estado democrático de direito*, no qual os sujeitos conquistaram e conseguiram assegurar

direitos que lhes garantissem a participação política. As leis que emanam do Estado democrático de direito encontram a sua validade quando instituídas por via da participação democrática, capaz de dar expressão ao interesse geral em que todos os concernidos possam conceder seu assentimento a elas.

O procedimento para satisfazer essa exigência deve conectar a legislação a processos tanto de decisão parlamentar, quanto de decisão pública. O processo que assegura legitimidade democrática "se consolida na forma de direito ao voto universal e igual, no reconhecimento da liberdade de organização e na participação em associações e partidos políticos.[22] A novidade a considerar nessa nova estrutura do Estado está no fato de os cidadãos serem reconhecidos enquanto tais e terem, por meio da participação política, com direitos políticos assegurados, a possibilidade de legitimar as normas via o processo democrático.[23]

É no espaço alargado das instituições democráticas que se faz valer o direito de participação, enquanto simetria entre direitos e deveres que se estabelece na base estrutural do reconhecimento recíproco de sujeitos livres e iguais, e que interagem entre si de forma comunicativa.

As mudanças ocorridas no mundo após a Segunda Guerra e que culminaram nas manifestações de 1968, alterando o comportamento individual, a estrutura familiar, a sexualidade, as instituições e a forma de o homem se relacionar com o meio ambiente, foram decisivas para a introdução da idéia de participação. Os valores decorrentes de tais mudanças reforçaram a necessidade de tolerância com as diferenças, exigiram relações mais igualitárias entre homens e mulheres, reivindicaram a promoção de justiça e cidadania e, por fim, chamaram a atenção para a degradação ambiental em nível planetário.[24] A decorrência desses fatores impactantes para a análise sociológica evidenciou que a dimensão da participação foi alargada para outros âmbitos – como o da conscientização de defesa e proteção ambiental – demonstrando que a idéia marxista de participação, exigida, sobretudo, da classe proletária, era por demais restritivas e limitadas aos conflitos na esfera de produção. A participação e seu espaço próprio – a esfera pública – se deslocaram e permitiram extensão e abrangência a todas as formas de organização possíveis.[25]

Portanto, participar, ganhou a conotação geral de integração, no mais alto grau, dos indivíduos aos diversos grupos, movimentos, ONGs e organismos que inflam a esfera pública por meio da tematização crítica e reflexiva dos problemas que afligem o homem em sua dimensão local e global.

É justamente nesse contexto que o filósofo alemão Jürgen Habermas, constrói nas décadas de 1970 e 1980 o conceito de ação comunicativa, destacando, sobretudo, a importância da participação como contributo dos indivíduos, desde que em igualdade de condições, para a formação discursiva da vontade coletiva.[26] Diz Habermas: "Participar significa que todos podem contribuir, com igualdade de oportunidades, nos processos de formação discursiva da vontade".[27] Para Gutierrez "[...] participar consiste em ajudar a construir, comunicativamente, o consenso quanto a um plano de ação coletivo. Tudo o que não se enquadra nesta definição é estratégico".[28]

Dessa forma, a colocação da questão ambiental na pauta das discussões na década de 1960, veio reforçar a necessidade de ampliação, do ponto de vista político, do direito de

participação. Não se pode negar, contudo, que o tema ambiental, apesar de inserido no debate participativo público, enquanto objeto de tematização e reflexão, ainda continua sendo parte de cálculos e interesses no âmbito do sistema capitalista, onde reinam relações estratégicas e não comunicativas.

A tutela do ambiente como bem jurídico que, a partir da Conferência de Estocolmo em 1972, vem sendo tratado como direito de status constitucional nos textos modernos, traz, em seu bojo, a participação popular na medida em que o direito ambiental representa a consagração do ideal da democracia participativa.

Nesse contexto, as decisões políticas a serem tomadas no âmbito da administração pública, da produção legislativa e da atividade jurisdicional, ganham maior legitimidade, a partir do envolvimento do cidadão, individualmente ou através de entidades associativas, nas questões de interesse público. Tais questões passam a representar, de forma real, os anseios das comunidades envolvidas e a refletir as peculiaridades sociais, econômicas e ambientais de cada região[29].

Com efeito, o "direito é fruto da cidadania, que se traduz pela organização dos diversos segmentos sociais no sentido da defesa de seus interesses e projetos. O Estado vive a partir da cidadania, sustenta-se pela cidadania e existe para servir aos cidadãos [...], pois estes são, inversamente, a condição, a origem e a legitimidade para suas ações." [30]

O direito ambiental busca resgatar os princípios constitucionais de cidadania e da dignidade da pessoa humana, na forma do art. 1º, II e III, e § único do texto constitucional, situando o cidadão como sujeito pró-ativo nos processos de formulação e implementação das políticas públicas de proteção do patrimônio ambiental e de tomada de decisões dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama – instituído pela lei da Política Nacional do Meio Ambiente[31].

Isso representa dizer que cada um de nós deve fazer sua parte em relação aos bens e valores ambientais e, mais do que isso, exigir que todos façam a sua parte. Esse último matiz é que dá o colorido do princípio da participação ambiental, na exata medida em que, vivendo-se em um Estado Democrático de Direito, sob os princípios e objetivos referidos anteriormente, o que se espera da sociedade é justamente uma tomada de posição, altiva, altruísta, ética e participativa, mormente quando estamos diante de valores sagrados e essenciais à preservação da vida.[32]

4 – A TUTELA DO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E SUA DUPLA DIMENSÃO: DIREITO SUBJETIVO E DEVER JURÍDICO OBJETIVO.

O texto constitucional brasileiro corrobora com o mister ambiental no momento em que inclui o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, como bem jurídico tutelado autonomamente, dando uma nova dimensão ao direito à vida[33] e à dignidade da pessoa humana. Elevando-o à direito fundamental da pessoa humana positivado no artigo 225 da carta magna:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Afere-se da norma constitucional que este direito apresenta duas dimensões, entendidas como faces de uma mesma moeda. De um lado o direito ambiental pode ser tomado como direito subjetivo, e, de outro como dever jurídico objetivo.

Como direito subjetivo se manifesta no direito que todos os indivíduos detêm de pleitear o direito de defesa contra os atos lesivos ao ambiente, manifesto no artigo 5º do texto constitucional em seu inciso LXXIII.[34] Este direito subjetivo apresenta-se não como um direito egoístico, como se existissem pedaços de ambientes equilibrados, pertencentes a cada cidadão, mas antes como um "direito à idoneidade da sua composição qualitativa, entendido numa vertente predominantemente comunitária".[35]

Um direito pertencente a cada um e a todos os seres humanos configura-se como um direito-função[36] ou como direito-dever.[37] Isto decorre da imposição da norma constitucional de que os titulares deste direito preservem o bem. Esta contraposição entre direito a usar/dever de preservar é uma conseqüência da garantia de aproveitamento de um bem, cuja fruição cabe a todos os membros da comunidade e pela qual todos devem responsabilizar-se[38], pois, o escopo final do direito fundamental do ambiente não é a segurança individual, nem mesmo a segurança coletiva, mas sim a preservação do gênero humano, e, paralelamente, a natureza.[39]

A segunda dimensão do direito do ambiente manifesta-se na incumbência que se faz ao Estado e à coletividade de preservar e proteger o ambiente. Ao Estado se impõe, constitucionalmente, uma série de tarefas essenciais para a preservação ambiental.[40] O Estado é impedido de atitudes prejudiciais ao ambiente, além disso, deve promover o controle e a fiscalização ambiental a fim de impedir que os particulares o façam. Cabe ao Estado, ainda, proporcionar informação e educação ambiental, permitindo a participação dos cidadãos nas decisões relacionadas ao meio ambiente.

Relativamente aos cidadãos, este dever consegue sua consecução seja pelo efetivo cuidado com o meio, mitigando as causas da poluição, ou de manifestações populares em prol de se alcançar a efetividade deste direito.

Esta participação de toda a comunidade (entendida como a comunidade de todo o Planeta) é imprescindível para a efetividade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Não somente de forma coercitiva e punitiva, mas, principalmente por intermédio da informação e da formação de uma consciência ecológica. A coletividade pode cumprir com esta imposição estatal também, por meio de "grandes participações populares na luta pela não-destruição do *habitat* natural e também por intermédio de cuidados básicos para com o meio ambiente".[41]

Neste sentido, Vladimir Passos Freitas destaca a importância da participação popular consciente diante das ações meramente repressivas e punitivas:

Quando se pensa em proteção ambiental, vêm a mente imposições, limitações, sanções aos transgressores. Contudo, é evidente que a isso deve preceder o esclarecimento, a conscientização, a prevenção. Os resultados serão sempre mais satisfatórios se houver o apoio das pessoas envolvidas. Não é possível colocar um guarda ambiental a cada 200 metros em nosso país, vigiando permanentemente todos os brasileiros. É necessário que todos participem da defesa do meio ambiente, e por isso mesmo a Constituição Federal deixou expresso, no *caput* do art. 225, *que a proteção ambiental é um dever de todos*.[42]

É mister considerar que o direito ambiental se caracteriza como um direito fundamental de terceira geração[43] e não de segunda, (o qual imporia deveres positivos somente por parte do Estado em prol do cidadão). Assim, como direito coletivo, transindividual, direcionado ao social, incumbe a cada um individualmente e a toda a coletividade este dever fundamental, não somente ao Estado.

Desse modo, considera-se o dever fundamental à proteção ao ambiente como associado ao direito fundamental de usufruir de um meio ambiente são – é o que se pode concluir a partir das categorias dos deveres fundamentais propostas por Vieira de Andrade, segundo o qual:

[...] os direitos ao ambiente e à fruição do patrimônio cultural não se limitam ao direito à intervenção prestadora do Estado, nem sequer à exigência do respeito por um bem próprio (individual). Implicando directamente com o tipo de comportamento de todos os indivíduos e sendo exercido num quadro de reciprocidade e de solidariedade [...], são direitos circulares, cujo conteúdo comum é definido necessariamente em função do interesse comum, pelo menos em tudo aquilo que ultrapassa a lesão directa de bens individuais.[44]

O direito de viver em um ambiente ecologicamente equilibrado, liga-se, umbilicalmente, ao dever de proteção a este meio, imposto, como vimos, não só ao Estado, mas à toda a coletividade por força da Constituição Federal.

Neste contexto, deve se conceder especial ênfase à cooperação entre estes sujeitos (Estado e coletividade), através da participação dos diferentes grupos sociais na formulação e na execução da política ambiental, idéia esta expressa no princípio da participação.

5 – DEVER DE PROTEÇÃO AO AMBIENTE E PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

O dever de preservar o ambiente é correlato ao direito de participação nos processos decisórios ambientais. O descumprimento deste dever enseja não uma sanção objetiva e predeterminada como uma interpretação positivista do artigo 225 da Constituição poderia vislumbrar, mas a perda do direito de participar, no qual “a pena pode ser demasiadamente severa: o desaparecimento de um patrimônio ou de um recurso natural”. [45]

A participação popular deve ser sempre considerada nas atividades de elaboração, de hermenêutica e de aplicação das normas que compõem o direito ao ambiente. “Afinal, o direito deve refletir as relações e os conflitos estabelecidos no seio da sociedade e as necessidades daqueles que são, ao mesmo tempo, criadores e destinatários do ordenamento jurídico”.[46] Como propugna a Carta de 1988, “todo o Poder emana do povo”.[47]

Além disso, pode-se definir, especificamente, três formas de participação na gestão dos recursos ambientais[48]. A primeira delas concerne à própria criação da legislação ambiental, derivada da possibilidade da iniciativa popular. (art. 61, caput, § 2º, CF/88) e da realização de referendo sobre leis (art. 14, II, CF/88) e da atuação de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados com poderes normativos, como, por exemplo, o CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, que tem como finalidade

[...] assessorar, estudar e propor ao Conselho de governo, diretrizes e políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.[49]

A segunda forma de participação cidadã em questões ambientais é mediada pelo Poder Judiciário, que pode assegurar *in concreto* o equilíbrio de um ecossistema, nos casos em que este for ameaçado ou danificado, por meio de instrumentos processuais que permitem a obtenção da prestação jurisdicional na área ambiental, como a ação civil pública, à ação popular e o mandado de segurança coletiva.

Os cidadãos podem também, participar da construção e execução de políticas ambientais por intermédio da atuação dos responsáveis pela formulação de diretrizes e pelo acompanhamento da execução de políticas públicas; por ocasião da discussão de estudos de impactos ambientais e audiências públicas e nas hipóteses de realização de plebiscitos.

O princípio da participação cidadã pode ser implementado de outras formas, além destas mediadas pelo Estado, todavia, juridicamente possíveis e legítimas. Estas podem ocorrer de maneira menos ortodoxa, como preleciona Sanchèz “[...], por exemplo, denúncias à imprensa, manifestações públicas, pressão por intermédio dos políticos, manifestações, etc.”[50] Até porque, o excesso de regulamentação pode gerar descaracterização da participação cidadã “na medida em que o reconhecimento político da cooperação e a solidariedade entre cidadãos ficam restringidos às formas de cooperação e de solidariedade mediadas pelo Estado”.[51] Tal forma se aperfeiçoa, no campo sócio-político (no espaço além do procedimental) especialmente por força dos movimentos sociais.

CONCLUSÕES

Diante dos argumentos apresentados e, considerando que o tema esteja ainda em curso no debate e nas reflexões da esfera pública atualmente, pode-se concluir que o século XXI terá a obrigação de alterar o modelo paradigmático de o homem se relacionar com o ambiente. Tal mudança, como sinalizamos, diz respeito à substituição do paradigma epistemológico por um paradigma normativo, capaz de incorporar a natureza como meio de realização da existência humana e não propriamente algo a ser manipulado e instrumentalizado em benefício de uma visão excessivamente antropocêntrica.

Na medida em que se exige uma relação menos epistemológica e mais normativa com a natureza, coloca-se o problema, a saber, qual premissa desencadeará essa nossa forma de o homem interagir com o ambiente: a ética ou a moral pós-convencional? Segundo Habermas – conforme analisamos – é possível demonstrar que a relação homem/natureza passa pela necessidade de construção de um conceito ampliado de ética: a ética da espécie. Contudo, mesmo que o homem – visto na perspectiva da humanidade – possa assegurar uma interação equilibrada com o ambiente, favorecendo sua realização existencial de forma mais ecocêntrica, ainda assim, é preciso que, no âmbito político e jurídico, a moral pós-convencional sinalize as condições de possibilidade para a realização e efetivação do princípio de participação.

A consolidação, nos tempos hodiernos, de um Estado social e democrático de direito que caminha para a incorporação de um Estado do ambiente, requer cada vez mais, até pelo caráter excepcional do direito ambiental, a concretização do princípio de participação. Usando a terminologia de Habermas, é urgente assegurar espaços institucionalizados que preservem o exercício democrático para a formação consensual da vontade em relação a temas cruciais para a humanidade. A questão ambiental não avança se não for por meio da participação coletiva. E a participação, por sua vez, não se firma senão no seio do Estado democrático. Desse modo, ambiente e democracia são conceitos que integrados, conduzem a uma nova configuração de Estado – Estado ambiental – e a uma nova forma de participação popular. Um caminho certamente promissor a ser trilhado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto Armando Ramos. *Direito do meio ambiente e participação popular*. Brasília: MMA/Ibama, 1994, p. 30-78.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. As implicações da ação do profissional da saúde. *In: Maquinações: Revista da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade Estadual de Londrina*. Londrina: Eduel, vol. 1, n.1, 2008, p. 58-59.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; OLIVEIRA, Valéria Martins. A Consolidação do Estado Democrático de Direito e do Estado do Ambiente: Estudo a partir do processo de Juridificação de Jürgen Habermas. *In: Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Maringá, 2009.

BRASIL (Constituição Federal 1988). *Coletânea de Legislação de Direito Ambiental*. Odete Medauar (Org.). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 21-146.

BRASIL (Lei n. 6. 938, de 31 de Agosto de 1981). Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Coletânea de Legislação de Direito Ambiental*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 771-780.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Carla Amado. O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente:Coimbra, n. 11, jun./dez. 1999, p. 43-67.

GUIMARÃES, Roberto Pereira. O Desafio Político do Desenvolvimento Sustentado. *Lua Nova. Revista de Cultura e Política*. São Paulo, n. 35, 1995, p. 113-136.

GUTIERREZ, Gustavo Luis. *Gestão Comunicativa: Maximizando Criatividade e Racionalidade. Uma Política de Recursos Humanos a Partir da Teoria de Habermas.* Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 1999.

HABERMAS, Jürgen. “Acerca do Uso Pragmático, Ético e Moral da Razão Prática”. In: *Comentários à Ética do Discurso.* Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários à Ética do Discurso.* Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HABERMAS, Jürgen**.** *Teoria de la Acción Comunicativa. Tomo II. Madrid: Taurus Humanidades, 1999.*

HABERMAS. Jürgen. *Problemas de Legitimación em El Capitalismo Tardío.* Traduccíon de José Luis Etcheverry. Madrid: Ediciones Cátedra, 1999.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental. Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LOURES, Flavia Tavares Rocha. A implementação do direito à informação ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, n. 34, abr/jun, 2004, p. 191-208.

MARTÍN-BERBERO, Jesus. Comunidades Falsificadas. Entrevista. *Folha de São Paulo. Caderno Mais*, São Paulo, domingo, 23 de agosto de 2009, p. 10.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MILARÉ, Edis; LOURES, Flavia Tavares Rocha. O papel do terceiro setor na proteção jurídica do ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, n. 35, jul-set, 2004, p. 96-122.

MIRRA, Álvaro Valery. Princípios fundamentais do Direito Ambiental. *Revista de Direito Ambiental.* São Paulo: RT, n. 2, 1996, p. 57 e ss.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo. Loyola, 1996.

OLIVEIRA, Valéria Martins. *O Direito ao Ambiente como Direito Fundamental e como princípio da ordem econômica na Constituição Federal Brasileira*. 2007. 124 páginas. Dissertação (Mestrado em Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2007.

PIZZI, Jovino. *Ética do discurso: A racionalidade ético-discursiva.* Porto alegre: Edipucrs, 1994.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2002, vol I.

SÁNCHEZ. Luis Enrique. Os papéis da avaliação de impacto ambiental. *Revista de Direito Ambiental.* São Paulo: RT, n. 0., p. 138-157.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: PEREIRA, L. C. B.; WILHEN, J.; SOLA, L (org.) *Sociedade em transformação. São Paulo/Brasília: UNESP/ENAP, 1999.*

TILLICH, Paul. *História do Pensamento Cristão*. Tradução de Jaci Maraschin. São Paulo: Aste, 2004.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente*: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

---

[1] TILLICH, Paul. *História do pensamento cristão*. Tradução de Jaci Maraschin. São Paulo: Aste, 2004, p. 120.

[2] É interessante observar que no contexto pré-moderno a natureza impunha ao homem medo e receio, devido, sobretudo, ao desconhecimento do funcionamento das relações causais que determinavam os acontecimentos dos fenômenos naturais. A compreensão de que a natureza era regida por caracteres matemáticos e, portanto, passíveis de objetividade, levou ao desenvolvimento da ciência moderna como baluarte do

descobrimento e da fixação das leis naturais. A ciência moderna nasceu com o propósito de estabelecer um conhecimento objetivador da natureza, afugentando as crenças e superstições que brotavam do desconhecimento das leis naturais. Contudo, hoje, o homem vive o retorno do medo e da incerteza que a natureza lhe imputa devido ao desenvolvimento extremado do conhecimento técnico-científico. Segundo Jesús Martín-Barbero, "a sociedade vive uma espécie de volta ao medo dos pré-modernos, que era o medo da natureza, da insegurança, de uma tormenta, de um terremoto. Agora vivemos em uma espécie de mundo que nos atemoriza e desconcerta. O medo vem, por exemplo, da ecologia: o que vai acontecer com o planeta, o nível do mar vai subir? A natureza voltou a ser um problema hoje, como aos pré-modernos". (MARTÍN-BERBERO, Jesus. Comunidades Falsificadas. Entrevista. In: *Folha de São Paulo*. Caderno Mais, São Paulo, domingo, 23 de agosto de 2009, p. 10.)

[3] OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Ética e racionalidade moderna*. São Paulo. Loyola, 1996, p. 21.

[4] PIZZI, Jovino. *Ética do discurso:* a racionalidade ético-discursiva. Porto alegre: Edipucrs, 1994, p. 20.

[5] BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. As implicações da ação do profissional da saúde. In: Maquinações: *Revista da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade Estadual de Londrina*. Londrina: Eduel, vol. 1, n.1, 2008. p. 59.

[6] HABERMAS, Jürgen. "Acerca do Uso Pragmático, Ético e Moral da Razão Prática". In: *Comentários à Ética do Discurso.* Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 109.

[7] Ibidem, p. 112.

[8] HABERMAS, Jürgen. *Comentários à Ética do Discurso.* Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 212.

[9] Loc. cit. p. 212.

[10] Loc. cit. P. 212.

[11] Ibidem, p. 213.

[12] Loc. Cit. p. 213.

[13] HABERMAS, Jürgen. *Comentários à Ética do Discurso*... p. 213.

[14] Ibidem, p. 214.

[15] HABERMAS, Jürgen. Comentários à Ética do Discurso... p. 215.

[16] Loc. cit. p. 215.

[17] Loc. cit. p. 215.

[18] Loc. cit. p. 215.

[19] Op. cit, p. 216.

[20] Op. cit.,p. 218.

[21] Loc. cit. p. 218.

[22] HABERMAS, Jürgen**.** *Teoria de la Acción Comunicativa. Tomo II. Madrid: Taurus Humanidades, 1999. p. 509.*

[23] A esse respeito conferir: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; OLIVEIRA, Valéria Martins. *A Consolidação do Estado Democrático de Direito e do Estado do Ambiente: Estudo a partir do processo de Juridificação de Jürgen Habermas.* In: Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. Maringá, 2009.

[24] GUTIERREZ, Gustavo Luis. *Gestão Comunicativa: Maximizando Criatividade e Racionalidade. Uma Política de Recursos Humanos a Partir da Teoria de Habermas.* Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 1999, p. 56.

[25] Op. cit., p. 57.

[26] Op. cit., 55.

[27] HABERMAS. Jürgen. *Problemas de Legitimación em El Capitalismo Tardío.* Traduccíon de José Luis Etcheverry. Madrid: Ediciones Cátedra, 1999, p. 159.

[28] GUTIERREZ, op. cit., p. 59.

[29] LOURES, Flavia Tavares Rocha. A implementação do direito à informação ambiental. *Revista de Direito Ambiental.*, n. 34, p. 192.

[30] AGUIAR, Roberto Armando Ramos. *Direito do meio ambiente e participação popular*. Brasília: MMA/Ibama, 1994, p. 30-31.

[31] Lei 6.938/81- Art. 6º. Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental constituirão o Sistema Nacional do Meio ambiente – SISNAMA, assim estruturado: [...]

[32] RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de Direito Ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2002, vol. I, p. 255-256.

[33] Relativamente ao dever de proteção ao meio ambiente, Cançado Trindade refere-se à Conferência de Haia sobre a Atmosfera de 1989, que no § 1º dispõe que "o direito de viver é o direito do qual emanam todos os demais direitos" e ainda no § 5º que "o direito de viver com dignidade em um meio-ambiente global viável" acarreta o dever da comunidade das nações em fazer tudo o que puder ser feito para preservar a qualidade

da atmosfera. Vincula o autor, claramente o “direito de viver” com a necessidade da preservação ao ambiente (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente*: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 77).

[34] Art. 5º, LXXIII da CF. Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao *meio ambiente* e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

[35] GOMES, Carla Amado. *O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente: Coimbra, n. 11, jun./dez. 1999, p. 56

[36] PUREZA, José Manuel. Tribunais, natureza e sociedade: o direito do ambiente em Portugal, p. 4 apud LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental. Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 89

[37] NABAIS, Casalta A. apud GOMES, Carla Amado. O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente..., p. 49. O autor reconduz os direitos ecológicos à categoria de “direitos-deveres”.

[38] GOMES, Carla Amado, op. cit., p. 49.

[39] LEITE, José Rubens Morato, op. cit., p. 90.

[40] Art. 225 § 1º da CF. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente por meio de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

[41] MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 124.

[42] FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2000, p. 145.

[43] A expressão “gerações de direitos do homem”[43] foi utilizada pela primeira vez por Karel Vasak, no ano de 1979, proferindo a aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos direitos do homem, em Estrasburgo, buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos dos humanos com base no lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). A primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*). São considerados direitos fundamentais de primeira dimensão os direitos de cunho individualista que foram reconhecidos pelas Constituições e que são produtos do pensamento liberal-burguês do século XVIII. Considerados direitos de cunho negativo, pois exigem uma conduta de abstenção do Poder Público e não uma ação positiva. Destacam-se que os direitos à liberdade, à vida, à propriedade e à igualdade perante a lei, tinham como função defender o indivíduo em relação ao poder do Estado.

A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*). Frutos da decadência do liberalismo e o surgimento da doutrina socialista, com tendência à intervenção estatal fortemente sugerida como solução aos problemas, fez com que o Estado passasse a assumir uma atitude positiva na realização da justiça social. Dessa forma, as Constituições passam a tutelar os direitos denominados de direitos positivos que dominaram o século XX e são chamados de direitos sociais, culturais e econômicos. São direitos que foram positivados no segundo pós-guerra e por meio dos quais não mais se pretendia evitar uma ação estatal na esfera privada e individual e sim fazer com que o Estado possibilitasse ao indivíduo o bem estar social. Abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, destacam-se os direitos às prestações estatais, como assistência social a saúde, a educação e ao trabalho, bem como agregam as denominadas “liberdades sociais”, consistentes na liberdade de sindicalização, o direito de greve, o direito de férias, dentre outros.

E, por fim, a terceira geração seria a dos direitos de solidariedade, relacionados á fraternidade (*fraternité*). Têm como função primordial a defesa do gênero humano. São direitos de titularidade coletiva e difusa destinando-se à proteção de grupos humanos como a família, o povo, a nação etc. São dotados de conteúdos altamente humano e universal e se caracterizam por possuir titularidade coletiva, sendo esta, às vezes, até mesmo indefinida ou indeterminável. Destacam-se os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à qualidade de vida, ao patrimônio comum da humanidade, ao direito de comunicação e em especial ao direito ao ambiente. OLIVEIRA, Valéria Martins. *O Direito ao Ambiente como Direito Fundamental e como princípio da ordem econômica na Constituição Federal Brasileira*. 2007. 124 páginas. Dissertação (Mestrado em Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2007, p. 23 e ss.

[44] ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 157.

[45] SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 80.

[46] MILARÉ, Edis; LOURES, Flavia Tavares Rocha. O papel do terceiro setor na proteção jurídica do ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, n. 35, jul-set, 2004, p. 99.

[47] Artigo 1º, § único da Constituição Federal.

[48] MIRRA, Álvaro Valery. Princípios fundamentais do Direito Ambiental. *Revista de Direito Ambiental.* São Paulo: RT, n. 2, 1996, p. 57.

[49] Inciso II, do art. 6º, da Lei 6.938/81.

[50] SANCHÈZ. Luis Enrique. Os papéis da avaliação de impacto ambiental. *Revista de Direito Ambiental.* São Paulo: RT, n. 0., p. 140.

[51] SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: PEREIRA, L. C. B.; WILHEN, J.; SOLA, L (org.) *Sociedade em transformação. São Paulo/Brasília: UNESP/ENAP, 1999, p. 73.*

ACESSO À ÁGUA POTÁVEL: DIREITO FUNDAMENTAL DE SEXTA DIMENSÃO*

ACESS OF DRINKING WATER: BASIC RIGHT OF SIXTH DIMENSION

Deise Marcelino da Silva
Zulmar Fachin

RESUMO

O texto é uma reflexão sobre o acesso à água potável como direito fundamental de sexta dimensão. Os direitos fundamentais surgem a partir das circunstâncias concretas da vida humana, sendo assim, este estudo identifica as causas da escassez da água potável, que tanto gera incertezas quanto ao futuro da Humanidade. Parte da premissa de que a escassez da água potável, bem essencial à sobrevivência da vida no Planeta, gera necessidade de propor critérios de educação e conscientização ambientais para preservá-lo, exigindo, ao mesmo tempo, atitude propositiva dos agentes estatais e de cada pessoa. Considera que este tema se encontra submetido a uma crise que pode ser reconhecida como de grande monta para o desenvolvimento natural do Homem, aviltando sua dignidade. Compreende, ainda, que os instrumentos normativos oferecidos pela Ciência do Direito, apesar de indispensáveis, têm-se mostrado incapazes *per si* de salvaguardarem o bem a cuja proteção se destinam. Propõe que a gravidade do problema que aflige a sociedade, comprometendo a existência de vidas humanas e de outras formas de vida, está a exigir mudança de paradigma. Nessa perspectiva, o trabalho foi dividido em três partes. A primeira analisa o *estado da arte* no Brasil e no mundo, descortinando para um cenário de escassez, má-distribuição, uso desregrado e poluição, que geram a crise da água potável. A segunda, após realizar a trajetória dos direitos fundamentais no Tempo, concebe o acesso à água potável como direito fundamental de sexta dimensão. A terceira, identificando a proteção que os ordenamentos jurídicos internacional e brasileiro oferecem a esse bem jurídico essencial, reconhece a necessidade de ir além do Direito, propugnando por um caminho mais amplo e eficaz a exigir educação, conscientização e atitude ambientais. O estudo é multidisciplinar, exigindo a contribuição de diversos campos do conhecimento científico.

PALAVRAS-CHAVE: ÁGUA POTÁVEL. ESCASSEZ. DIREITO FUNDAMENTAL. SEXTA DIMENSÃO.

ABSTRACT

The text is a reflection about the access of drinking water is a basic right of sixth dimension. The basic rights appear from the concrete circumstances of the life human being, being thus this study identify the causes of the scarcity of drinking water, which generates uncertainties as to the future of the Humanity. Starting from the premise, that

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

the scarcity of drinking water, an essential resource to the survival of life in the Planet, generates necessity to consider criteria of environmental education and awareness to preserve it, demanding, at the same time, propositive attitude of the state agents and every person. It considers that this theme is submitted to a crisis that can be recognized of great importance to the natural development of Man, affecting His dignity. It understands that the normative instruments offered by the Law Science, although indispensable, it has revealed incapable to *per si* to safeguard the good whose protection it is destined. It considers that the gravity of the problem that afflicts society, compromising the existence of lives human beings and other forms of life, is to demand changes of paradigm. In this perspective, the paper was divided in three parts. The first one analyzes the state of the art in Brazil and the world, disclosing a scene of scarcity, poor distribution, unruly use and pollution, that which generates the crisis of drinking water. The second part of this paper, after going through the trajectory of the basic rights in Time, it conceives the access to basic drinking water as right of sixth dimension. The third part, identifies the protection that International and Brazilian legal systems offer to this rightful end legal essential resource, recognizing the need to go beyond the Law, proposing a deep end efficient way demanding education, awareness and environmental attitude. The study is multidiscipline, demanding the contribution of several fields of scientific knowledge.

KEYWORDS: DRINKING WATERS. SCARCITY. BASIC RIGHT. SIXTH DIMENSION.

1. INTRODUÇÃO

Viver em estado de segurança é desejo inerente a toda pessoa humana. Contudo, hodiernamente, são as incertezas que rondam e ameaçam seu espaço. Acrescente-se a esse estado de incertezas, a sensação de finitude. Em outras palavras, o homem pós-moderno vive tempos de incertezas e de finitudes. Já não pode antever, com um mínimo de segurança, a chegada da correnteza que poderá arrastar para longe um pouco de si mesmo. O desenrolar da vida concreta, com todas as suas circunstâncias, já não depende somente dele. Na observação de Jean-François Raux (1988, p. 11):

> O homem redescobre hoje que o futuro não é previsível, nem está escrito, mas é profundamente incerto. A incerteza não se refere unicamente ao que se passa depois da morte, mas sobre o período da própria vida. Atinge tanto os indivíduos como as cidades e as organizações. Ninguém pode dizer hoje, sem correr o risco de se enganar, aquilo que vai ser dentro de cinco ou dez anos. Mas pode dizer aquilo que deseja ser, o que é talvez o essencial.

É neste tempo de finitudes que também se vive o tempo de anunciar o fim de (quase) tudo. Proclama-se, então, o fim: "o fim da história" (Francis Fukuyama); "o fim

da democracia" (J. F. Revel); "o fim das fronteiras" (Philippe Moreu Defarges); “o fim da geografia” (Paul Virilio); “o fim das ideologias” (Daniel Bell); “o fim do capitalismo” (J. Graham e K. Gibson); “o fim das certezas” (Ilya Prigogine); “o fim da soberania” (Beltrand Badie). Sem falar no que já fora anunciado antes: "o fim do progresso da matemática" (Denis Diderot); "o fim da metafísica" (Immanuel Kant); “o fim da modernidade” (Gianni Vittimo).

Nesses tempos de finitudes, proclama-se, agora, o fim da água potável ou, pelo menos, sua insuficiência para atender às necessidades vitais de boa parte da humanidade. A escassez de água potável é fato incontestável.

O tema é, necessariamente, transdisciplinar. Exige noções de vários campos do conhecimento, tais como a Geografia, a Geologia, a Biologia, a Agronomia, a Medicina, a História, a Sociologia e o Direito. Nesse sentido, a proteção da água potável, aqui considerada como direito fundamental de sexta dimensão, não pode ficar restrita ao domínio do Direito. É necessário haver a atuação permanente de uma pluralidade de atores sociais que, mediante educação e conscientização, tenham atitudes eficazes na defesa desse bem essencial à manutenção das várias formas de vida.

Diante do tema, é preciso pensar e agir como o filósofo e “ir além do Direito para poder lidar com o próprio Direito” (LAFER, 1998, p. 21). Noutro dizer, o Direito poderá ser um instrumento a ser utilizado na atuação para preservar esse bem essencial à vida no Planeta, mas será, ainda, imprescindível a atuação de pessoas e instituições comprometidas com a eficácia das normas estabelecidas por ele.

2. ÁGUA: CENÁRIO E CRISE

2.1 Água na Natureza

A água é um mineral. Não tem vida. Contudo, é o microbem ambiental[75[1]] que oferece condição essencial para a existência da vida no Planeta Terra. Não obstante ser

[75[1]] Microbem ambiental é todo e qualquer elemento constituinte e integrante do meio ambiente. Destaca-se a água, atmosfera, o solo, a fauna e a flora como os mais importantes microbens, cuja equilibrada interação caracteriza o macrobem ambiental. BENJAMIN, Antonio Hermam Vasconcelos. *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 79.

micro, é tão macro que, sem ela, fauna e flora, atmosfera e solo não existiriam. Registre-se, por outro lado, que a própria estabilidade climática é regulada pela abundância do líquido no Planeta.

Nesse sentido, Francisco Nunes Correia (1996, p. 12) lembra que:

> A água não pode ser considerada como um simples recurso para satisfazer meras necessidades de utilização. Ela é, também, um suporte imprescindível dos ecossistemas e uma componente ambiental a que é atribuída cada vez mais importância [...] Acresce ainda que a mera satisfação das necessidades de utilização da água não pode ser vista como um fim em si mesma. Essa satisfação pressupõe um modelo de desenvolvimento e contribui para a consecução desse modelo.

A água é a substância constituinte fundamental da matéria viva e do meio que a condiciona. Suas propriedades físicas e químicas caracterizam a natureza do mundo. Uma das suas propriedades mais características é a de dissolver numerosas substâncias, formando soluções. Estas possuem valor significativo, não somente no que concerne aos fenômenos vitais, mas também no que se refere aos processos industriais (GEOSITES, 2009).

Como as demais substâncias existentes, a água é um dos componentes do ciclo biogeoquímico[76[2]] da Terra, constituída por partículas minúsculas chamadas átomos, que agrupados formam moléculas. A molécula de água é formada por dois átomos de hidrogênio e um de oxigênio (H_2O). Esta preciosa molécula não é sintetizável em laboratório, ou seja, ela só existe na sua forma natural.

Dificilmente a água é encontrada na natureza apenas em sua composição dupla (oxigênio e hidrogênio). Assim como a chuva, a água natural jamais é pura, contendo sempre substâncias dissolvidas (FOLHA DA MANHÃ, 1996). Isso se deve à composição da rocha mãe. De acordo com Samuel Murgel Branco, “mesmo as águas que não sofreram ações antrópicas podem ser sulforosas, carbonadas, magnesianas etc., já em sua origem” (BRANCO, 1993, p. 40). O mar é uma mistura aquosa que contém milhares de substâncias dissolvidas, constituindo íons metálicos e não metálicos além de inúmeros complexos minerais e de substâncias orgânicas (GEOSITES, 2009).

[76[2]] O ciclo biogeoquímico é o percurso realizado no meio ambiente por um elemento químico essencial à vida. Ao longo do ciclo, cada elemento é absorvido e reciclado por componentes bióticos (seres vivos) e abióticos (ar, água, solo) da biosfera. Às vezes, pode se acumular durante um longo período de tempo em um mesmo lugar. É por meio dos ciclos biogeoquímicos que os elementos químicos e compostos químicos são transferidos entre os organismos e entre diferentes partes do planeta. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ciclo_biogeoquimico>.Wikipedia, a enciclopédia livre. Acesso em: 21.07.09.

Outra característica peculiar da água, e que denota importância, é sua capacidade de reter calor. Água e clima têm estreita interdependência na medida em que tal elemento apresenta elevadíssimo calor específico (BRANCO, 1993, p. 13). Isso significa que a água é capaz de armazenar calor e manter sua temperatura por muito mais tempo, possibilitando a manutenção do clima no ambiente. A presença da água, ao transportar calor de umas a outras latitudes, equilibra o calor do planeta, fazendo com que as variações térmicas sejam menores, o que contribui para a sobrevivência dos seres vivos.

A massa de água cobre 70% da superfície terrestre, sob a forma de mares, lagos e rios, sendo preeminente na atmosfera[77[3]]. Do total global da água existente na Terra, em torno de 97,5% são salgadas e se encontram nos oceanos e mares; 2,5% correspondem à água doce e, desse total, 69% (24.060.000km^3) se encontram nas geleiras e cobertura permanente; 30% (10.530.000 km^3) são águas subterrâneas; 0,9% (342.000 km^3) compõem a umidade do solo e pântanos e 0,3% (93.000km^3) se encontra nos rios e lagos (SHIKLOMANOV; RODDA, 2006, p. 16).

A dinâmica da água na Terra acontece pelo processo do ciclo hidrológico (Ilustração 1)[78[4]], o qual se caracteriza pelo movimento constante da água e por sua passagem por diferentes estados físicos (sólido, líquido e gasoso), dependendo da maior quantidade de energia (calor) que a Terra recebe do sol. Parte da água que chega à superfície terrestre evapora-se, o restante pode seguir diversos caminhos: infiltrar no solo para alimentar o lençol freático, constituindo-se em águas subterrâneas; escoar pelas encostas formando sulcos e canais de drenagem até atingir córregos, lagos e rios e, por fim, chegar ao oceano; formar camadas de gelo e geleiras em regiões de clima frio; ser absorvida pelas plantas e animais, sendo que a parte não absorvida retorna para a atmosfera através da evapotranspiração das plantas e pela transpiração das folhas e dos animais (SHIKLOMANOV; RODDA, 2006, p. 15).

[77[3]] O Major Yuri A. Gagarin, em 12 de abril de 1961, dá a volta completa em torno da Terra em 1 hora e 40 minutos. "A Terra é azul!". A mensagem remete-nos à preeminência da água na atmosfera.

[78[4]] A Declaração Universal dos Direitos da Água contempla o ciclo da água: “O equilíbrio e o futuro de nosso planeta dependem da preservação da água e dos seus ciclos. Estes devem permanecer intactos e funcionando normalmente, para garantir a continuidade da vida sobre a Terra. Este equilíbrio depende, em particular, da preservação dos mares e oceanos por onde os ciclos começam” (art. 4º).

Ilustração 1: Ciclo da água (EVANS, 2009)

O ciclo hidrológico propicia que a água seja elevada das cotas mais baixas para as cotas mais altas, adquirindo potencial energético (SETTI, 2000, p. 130). No mais, tal processo transcorre-se em diversas etapas: evaporação, evapotranspiração, condensação, transporte, precipitações, infiltração e o movimento de águas das geleiras para os oceanos nas superfícies ou subterrâneas. Em cada um desses momentos, a água representa valor ecológico, uma vez que estabelece as bases para que os diversos ecossistemas, sejam eles aquáticos ou terrestres, tenham possibilidades de vida. Sem a água não funcionariam os ciclos geológicos, químicos e biológicos, os quais permitem a vida.

Esses aspectos destacam a enorme importância de manter um bom equilíbrio global da água, já que todos os processos mencionados têm uma permanente interação e uma decisiva influência mútua. Por exemplo, de nada serviria fazer a gestão dos recursos hídricos em uma pequena localidade, de maneira isolada, se, em seu entorno, as atividades estão desequilibradas.

Por esse motivo, é preciso ter zelo e respeito a esse fantástico fenômeno natural que é o ciclo da água no Planeta. Por conseguinte, o ser humano não pode subjugar os elementos das diversas etapas deste fenômeno cíclico, devendo permitir que este se perpetue como o valioso motor e base da vida em todas as suas formas.

2.2 Má Distribuição e Escassez

De acordo com as mais recentes avaliações, dos 1.360 quatrilhões de toneladas de água do planeta, apenas o percentual de 2,5% é de água doce, distribuída pelo solo e subsolo, constituindo os rios, lagos, pântanos e que compõem a atmosfera. Essa água,

porém, se renova, evapora e se precipita novamente sobre os continentes. Avalia-se, pois, que a quantidade de água doce presente em rios e lagos, pronta para o consumo, é suficiente para atender de seis a sete vezes o mínimo anual que cada habitante precisa[79[5]]. Apesar de parecer abundante, esse recurso é escasso.

A água doce não se acha distribuída uniformemente sobre o Planeta. Uma parcela pequena cabe à Austrália. Na África e Europa (BARRAQUE, 1996)[80[6]] a água também não é muito abundante, embora tanto aquela quanto esta possua o dobro do que a Austrália. Já a América do Norte apresenta o dobro do volume de água da África. As regiões do globo mais favorecidas são a Ásia e a América do Sul, sendo que, nesta, somente o Rio Amazonas despeja mais de seis trilhões de metros cúbicos de água por ano no Oceano Atlântico (BRANCO, 1993, p. 13).

Se, em termos globais, a água doce é suficiente para todos, sua distribuição nas diversas áreas do mundo não segue um padrão homogêneo. Neste contexto, tomando como base as informações de Aldo Rebouças (2006, p. 14-16), a má distribuição hídrica é melhor percebida quando se considerar os valores das descargas[81[7]] por países.

Os nove países mais ricos em água doce (Brasil, Rússia, USA, Canadá, China, Indonésia, Índia, Colômbia e Peru) apresentam um valor de descarga de seus rios em 60% do total de águas do mundo. Ainda de acordo com as informações do referido autor, numa outra extremidade, os países mais pobres em água doce (Malta, Gaza, Emirados Árabes, Líbia, Cingapura, Jordânia, Israel e Chipre) apresentam 10% das descargas dos seus rios. Esses países estão localizados nas zonas áridas e insalubres da Terra. Já os maiores fluxos de água estão concentrados nas regiões intertropicais úmidas e temperadas, onde as descargas dos rios representam 98% do total das águas do mundo.

O mesmo autor afirma que: “A disponibilidade social de água nos rios, em 18 países do mundo, em 1990, já era inferior a mil m^3 *per capita*/ano. Esta situação de ‘estresse de água’ nos rios deverá atingir 30 países no ano de 2025 (REBOUÇAS, 2006,

---

79[5] A quantidade mínima de água necessária para a vida de um ser humano varia de acordo com seu padrão de vida, o local em que mora e os seus hábitos. O consumo médio por indivíduo deveria ser de cerca de 300 litros por dia, levando-se em conta que este vive em uma sociedade desenvolvida. Porém, para levar uma vida saudável, segundo a Organização Mundial da Saúde, o consumo mínimo de água potável diário seria de 50 litros. No Brasil, é adotado como consumo de água necessário para uma vida confortável numa residência, de 150 a 200 litros por pessoa por dia. Disponível em: <http://www.usp.br/qambiental/tratamentoAgua.html>. Acesso em: 23.07.09.

80[6] Os dados obtidos mostram a situação das águas na Europa, considerando-se individualmente cada País membro da União Européia.

81[7] Refere-se ao volume de água do rio despejada em sua foz.

p. 19)". Ocorre que ao se considerar o potencial dos rios de cada país, em termos de volume de água para cada individuo ou de reservas sociais, constata-se desigualdades, pois há pouca relação entre a densidade da população e a distribuição dos potenciais de água doce de cada país.

O cenário de escassez deve-se não apenas à irregularidade na distribuição da água e ao aumento das demandas - o que muitas vezes pode gerar conflitos de uso, mas também ao fato de que, nas últimas décadas, a degradação da qualidade da água aumentou em níveis alarmantes. Atualmente, grandes centros urbanos, industriais e áreas de desenvolvimento agrícola (com grande uso de adubos químicos e agrotóxicos), já enfrentam o problema de qualidade da água, o que pode gerar graves problemas de saúde pública (SOCIOAMBIENTAL, 2009).

A escassez de água potável, em futuro não muito distante, poderá gerar conflitos bélicos:

> A escassez ou a contaminação de águas provoca problemas de saúde e conflitos políticos nacionais e internacionais. Os países que estão ficando sem água podem, por exemplo, tentar pegá-la de seus vizinhos, mesmo que, para isso, seja necessário declarar guerra. A água, hoje, é chamada de "Ouro Azul" do novo século e ocupa, em importância, o espaço que o petróleo teve no século XX (MONTOIA, 2009).

Observe-se, neste sentido, as informações de José G. Tundisi, colhidas em entrevista feita por Paulo Montoia, para a Revista Ciência e Tecnologia[82[8]].

Devido à má distribuição que gera escassez, crescem as previsões de que, em regiões como o Oriente Médio e a bacia do rio Nilo, na África, a água terá o mesmo peso, em termos socioeconômicos, que tem o petróleo, considerado o grande causador de discórdia. O rei Hussein, da Jordânia, em um de seus discursos para o desenvolvimento sustentável de seu país, declarou que uma disputa sobre água poderá constituir o elemento de provocação de possíveis guerras futuras. Com base nessa declaração, afirma Kettelhut que, "Se hoje em dia existe beligerância entre países pelo

---

[82[8]] Paulo Montoia: "No final do século XX falou-se muito que no século XXI as guerras seriam por causa de água. O senhor acha que isso é verdade ou um exagero?". TUNDISI: "Não é exagero, não. Eu acho que já existem conflitos. Participei de uma reunião recente no Quênia e percebei as tensões referentes aos usos múltiplos de certas bacias internacionais. Por exemplo, a bacia do Rio Nilo: nove países usam essas águas e há conflitos. Há conflitos na área de Israel com os países como a Jordânia: Israel tem um único lago que fornece água, o Mar da Galiléia, que pode ter problemas de qualidade e quantidade. A Turquia, por exemplo, está fazendo vinte represas a um custo de US$ 20 bilhões - um bilhão cada uma -, mais à jusante da Turquia temos a Síria e o Iraque. Ou seja, a Turquia vai ficar com a chave do Rio Eufrates na mão. Ela é quem vai determinar a saída de água, portanto isso pode trazer conflitos. Portanto pode haver alguns conflitos entre regiões e numa mesma região ou em um país". Disponível em: <http://www.ripa.com.br/index.php> . Acesso em: 01.08.09.

petróleo, o deflagrador para conflitos futuros poderá ser a água" (ABRH, 1991). Prossegue, referindo-se ao dizer do Rei Hussein: "Egito e Etiópia, assim como Índia e Blangadesh, também apresentam sérias disputas sobre mananciais comuns" (ABRH, 1991).

No Oriente Médio, região de grandes conflitos econômicos e sociais, a Turquia controla as águas dos rios Tigres e Eufrates que fluem para o Iraque (KETTELHUT, 1991). Mesmo atravessando uma região árida, de poucas chuvas, os rios Tigre e Eufrates não secam, porque suas nascentes encontram-se numa região de muita chuva no território da Turquia. Assim, há previssões de que, nesse século, haverá muitas guerras e conflitos pela posse da água. A água é um recurso natural muito escasso nessa região do Planeta. Por isso vários países precisam importá-la ou dessalinizar a água do mar para obter água potável. Essas medidas, contudo, têm elevado custo econômico (WIKIPEDIA, 2009).

As evidências de problemas surgem em diversos países, como, por exemplo, na antiga União Soviética, onde o manejo inadequado das terras em torno do Mar Aral eliminou as principais fontes de abastecimento deste lago, provocando, no espaço de trinta anos, diminuição de seu volume em dois terços. Os sais e pesticidas remanescentes nas margens do lago, que continuadamente são carregados pelo vento, contaminam outras regiões, afetando as populações com os mais diversos tipos de doenças. Em Israel, onde foi desenvolvido uma das melhores tecnologias em conservação de água, continua havendo a necessidade de outras fontes de abastecimentos para suprir as necessidades da crescente população (WIKIPEDIA, 2009).

A má distribuição leva o estado da Califórnia, nos Estados Unidos, a padecer pela distância entre fontes de recursos hídricos e centros consumidores. A população depende, para seu abastecimento, dos recursos hídricos do Rio Colorado (WWI-WORLDWATCH INSTITUTE , 2009).

Preocupante em termos de distribuição é o caso da China, onde moram 20% da população mundial, mas tem só 7% do fornecimento de água doce. Especialmente nos arredores de Pequim, um terço dos poços estão secos e o lençol freático tem sido rebaixado em até dois metros ao ano (CONNELLY, 2009).

No Brasil, apesar de seu privilégio, com uma reserva hídrica correspondendo a 11,2% do deflúvio médio mundial[83[9]], a distribuição regional superficial é bastante diferenciada. Comparando-se a distribuição geográfica da água em termos de população, tem-se uma clara idéia da gravidade da situação das regiões nordeste e sudeste. No que tange à região norte, ao contrário, apresenta grande disponibilidade quando comparada à sua população. Com relação ao semiárido, a baixa disponibilidade hídrica, aliada a irregularidade das chuvas, impõe uma maneira diferenciada de relacionamento com este recurso (BRASIL, 2006, p. 20). A cidade de São Paulo, que, embora nascida na confluência de vários rios, presenciou paulatinamente a poluição de suas águas, hoje necessita captar água em bacias distantes, alterando cursos de rios e a distribuição natural da água na região (PREFEITURA DE SÃO PAULO, 2009).

Neste cenário, a população brasileira vê algumas de suas cidades padecerem por falta de água, tendo como causa maior a distribuição desigual das águas em seu território. Ademais, existe ausência de infraestrutura adequada para levar água às populações que se encontram distantes dos recursos hídricos. Apesar da relativa abundância de água, o uso desregrado e a poluição (SILVA, 2007, p. 123-124)[84[10]] comprometem sua qualidade e, consequentemente, sua quantidade tanto em termos de águas superficiais como subterrâneas.

2.3 Uso Desregrado e Poluição

A necessidade da água, encontrada em fontes, rios, lagos e oceanos, definiu e desenhou o mapa da civilização. As concentrações humanas tornaram-se densas, aumentando a demanda por água, tanto para abastecimento como para diluição de dejetos, sendo que este último desencadeia a problemática da qualidade. A expansão da população mundial, com a conseqüente ocupação desordenada da malha urbana e o uso

---

83[9] O Brasil abriga o maior rio em extensão e volume do Planeta, o Amazonas. É também satisfatória a situação do país em termos de chuvas, mais de 90% do território brasileiro tem precipitações no decorrer do ano e as condições climáticas e geológicas propiciam a formação de rios, exceto a região do Semi-Árido, onde os rios são temporários. A região amazônica, de baixas concentrações populacionais, possui 78% da água superficial. O Sudeste, com alta densidade populacional, tem disponível 6% do total da água. Com relação ao Semi-Árido, a seca não é homogenia, existe locais onde a água é permanente. (Síntese Executiva. Plano Nacional dos Recursos Hídricos. Brasília: 2006).

84[10] De acordo com José Afonso da Silva: "A poluição da água é entendida como qualquer alteração de suas propriedades físicas, químicas ou biológicas que possa importar prejuízo à saúde, à segurança e ao bem-estar das populações, causar dano à flora e à fauna ou comprometer seu uso para fins sociais e econômicos" (2007, p. 123-124).

desregrado das águas, provocaram sérias alterações em sua qualidade. O biólogo Samuel M. Branco, assim se pronuncia sobre a qualidade da água:

> O termo ‘qualidade’, quando aplicado à água, refere-se, normalmente, não ao estado de pureza química, mas sim às características tal como encontrada na natureza, isto é, de uma solução de vários produtos do ambiente natural. A qualidade é um valor relativo utilizado em função da aplicação que dela se pretende fazer (BRANCO, 1993, p. 40).

A água possui, como importante característica, sua capacidade de dissolver substâncias e transportar objetos. O homem sempre a utilizou para diversos fins. Na vertente religiosa, serve para purificar a alma e levar para longe os maus espíritos. Para as civilizações gregas e romanas, o *Poseidon* (Grécia) e *Netuno* (Roma) eram referenciados como o Deus das águas, do mar, dos rios e das fontes. Na Índia, por exemplo, as águas do Rio Ganges servem a todo tipo de salvaguarda religiosa.

No que tange ao processo de diluição de dejetos, até o final do século 17, na Europa, as escórias humanas eram transportados em latrinas até os rios para o seu descarte. “De acordo com os costumes europeus da época, mesmo as casas mais sofisticadas eram construídas sem sanitários. Escravos carregavam potes e barricas cheias de fezes até os rios, onde eram lavados para serem usados novamente” (PARANÁ, 2004, p. 9).

Em virtude das condições sanitárias das cidades e do desconhecimento da origem das doenças, muitas delas veiculadas pela água, grandes epidemias assolaram as Nações no passado, dizimando suas populações. Por conseguinte, constata-se que a água pode ser o sustentáculo e a derrocada das civilizações.

Nos dias atuais, de acordo com a Organização Mundial da Saúde, há, no mundo, 2,4 bilhões de pessoas convivendo em estruturas de saneamento inadequadas (BRASIL, 2006, p. 19).

De acordo com o texto elaborado pelo grupo de trabalho da Comissão Permanente do Conselho de Segurança Nutricional e Alimentar, são lançados, diariamente, nos rios e oceanos, cerca de 10 bilhões de litros de esgoto. O mesmo texto informa que, segundo o Ministério da Saúde, mais de 15 mil áreas estão contaminadas com sérios riscos de exposição humana. Dados apresentados pela ONU indicam que, no Brasil, cerca de 89% das pessoas que estão nos hospitais foram vítimas da falta de acesso à água de boa qualidade (CONSEA, 2009). Nesse sentido, lembra Édis Milaré (2007, p. 218) que, no campo da saúde pública, as patologias legadas à água chegam a

80% das doenças que se instalaram no mundo. São, portanto, doenças de veiculação hídrica.

Ademais, os problemas relacionados à água se devem ao crescimento da demanda e ao desperdício. Os dois últimos aspectos se relacionam diretamente ao uso de água pela agricultura, especialmente nos lugares onde as chuvas não são constantes. Além disso, utilizam sistemas de irrigação que desperdiçam enormes volumes de água. Os fertilizantes químicos e agrotóxicos também contribuem para a contaminação dos cursos de água. É na agricultura que se usa maior quantidade de água, responsável, no mundo todo, por aproximadamente 69% de todo o gasto (PLANETAORGANICO, 2009).

O saneamento básico não é implementado de forma adequada, já que 90% dos esgotos domésticos e 70% dos afluentes industriais são jogados, sem tratamento, nos rios, açudes e águas litorâneas, o que tem gerado um nível de degradação nunca imaginado. A baixa eficiência das empresas de abastecimento se associa ao quadro de poluição: as perdas na rede de distribuição por roubos e vazamentos atingem entre 40% e 60%. Registre-se, ainda, que 64% das empresas não coletam o esgoto gerado (SOCIOAMBIENTAL, 2009). Assim, a cada dia, necessita-se mais e mais da aplicação de elementos químicos despoluentes e descontaminantes para tornar a água favorável ao uso. Nesse contexto, a água que se usa é cada vez mais tratável pela queda da sua condição natural de água potável[85[11]].

No Brasil, segundo pesquisa do Censo/2000, 5,9% dos domicílios lançam seus esgotos em valas, rios, lagos ou mar. Dessa proporção, a maior parte ocorre nas áreas rurais (10%) do que nas urbanas (5%). Já os domicílios que não possuem instalações sanitárias chegam a 8,3% do total do país, sendo mais frequentes nas regiões rurais (35,3%). Essa situação torna-se gritante na área rural da Região Nordeste (60,5%), num contraste brutal com as áreas rurais da Região Sul (7,4%) (IBGE, 2009).

Dados do Relatório sobre Desenvolvimento Humano (RDH) do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), de 2006, aponta que 1,2 bilhões de pessoas seriam atingidas diretamente pela escassez de água. De acordo com o relatório, 2,7 bilhões devem ser atingidas até 2025, 2,6 bilhões não contam com saneamento básico e 1,8 milhões de crianças morrem anualmente por infecções transmitidas por

---

85[11] Água potável é como chamamos a água que pode ser consumida para dessedentação humana. Ver Portaria n. 36 de 19/01/1990 do Ministério da Saúde – Padrão de potabilidade da água destinada ao consumo humano.

água insalubre. Esse panorama tende a se agravar, uma vez que a demanda por água continua a crescer devido ao aumento populacional de cerca de 90 milhões de habitantes por ano no mundo, aliado a fatores como a necessidade de produzir maior quantidade de alimentos e a rápida industrialização dos países em desenvolvimento, nos quais a indústria aumentou o consumo de água em cerca de 30 vezes apenas no século XX (PNUD, 2009).

Também de acordo com o mesmo relatório, as estimativas apontam que há 1,1 bilhões de pessoas sem acesso a água limpa, e que, dessas, quase duas em cada três vivem com menos de dois dólares por dia. Cerca de 2,6 bilhões de habitantes moram em domicílio sem esgoto, dos quais 660 milhões sobrevivem com menos de dois dólares por dia. "A crise da água e do saneamento é, acima de tudo, uma crise dos pobres", resume o relatório. Constata-se, ainda, que, enquanto um habitante de Moçambique usa, em média, menos de 10 litros de água por dia, um europeu consome entre 200 e 300, e um norte-americano, 575 (em Phoenix, no Arizona, o volume ultrapassa a mil litros pessoa/dia). Ainda segundo o Relatório:

> No Reino Unido, um cidadão médio usa mais de 50 litros de água por dia dando a descarga — mais de dez vezes o volume disponível para as pessoas que não têm acesso a uma fonte de água potável na maior parte da zona rural da África Subsaariana. Um norte-americano usa mais água em um banho de cinco minutos do que um morador de favela de país em desenvolvimento usa num dia inteiro (PNUD, 2009).

Segundo o World Resouces Institute, citado por Silva Kettelhut (1991, p. 4), dos 6,5 bilhões, que constituem a população mundial, 3,4 bilhões de habitantes obtém em média *per capita* somente 50 litros de água potável, o que implica em epidemias, fome e risco de vida. O *stress* hídrico pode gerar nos animais e no organismo humano problemas físicos, psicológicos e mentais. Ademais, a escassez de água poderá impor limites ao crescimento populacional, devido à queda na produção de alimentos.

O Brasil é destacado no texto do Relatório sobre Desenvolvimento Humano/2006 como um dos países que tem mais água do que pode consumir, mas que nem por isso conseguiu superar o desabastecimento nas regiões secas e entre a população de baixa renda. "As estatísticas nacionais do Brasil colocam o país no topo do *ranking* de países com maiores reservas de água do mundo. No entanto, milhões de pessoas que vivem no 'polígono da seca' — uma região semi-árida de 940 mil quilômetros quadrados que abrange nove Estados no Nordeste — enfrentam um problema crônico de falta de água", afirma o relatório.

Se a quantidade de água disponível no território brasileiro é suficiente para as necessidades do País, apesar da degradação, há que se considerar, nesse contexto, a urgência da necessidade de uma mobilização-comunicação-educação para promover a participação da sociedade com o objetivo de realizar, por parte dos governos, uma gestão dos recursos hídricos de forma participativa. Desta maneira, o Brasil poderá demonstrar à sua população a real capacidade para melhorar as condições das suas águas, haja vista o grande desafio suscitado na legislação para recursos hídricos em vigor, qual seja, o conceito de que a água passa a ser um recurso dotado de valor econômico, passível de cobrança[86[12]]. Contudo, a implementação desse instrumento, já previsto em lei, deverá ser muito bem esclarecido, para que a população o veja como um benefício, com retorno em qualidade de vida e saúde, e não apenas como a implantação de mais um imposto por parte do governo.

Sejam quais forem as conseqüências da má distribuição e escassez da água para as populações, o fator relevante é que sua ausência tem efeito imperceptível no que se relaciona com o aquecimento global, com a destruição da camada de ozônio e com o desaparecimento de espécies da fauna e flora, entre outros acidentes ambientais. O fato inconteste é que a escassez e a má distribuição da água são conseqüências do descaso da sociedade e dos governantes e também da má gestão dos sucessivos governos.

Em assim sendo, "antes que as catástrofes comecem a acontecer em larga escala" (VIEIRA, 2009, p. 88), urge movimentos internacionais em prol do uso sustentável da água, de modo a desestimular a elaboração de documentos meramente de natureza *soft law*[87[13]]. Nesse sentido, pode-se considerar que a água potável se constitui em um problema crucial do nosso tempo, gerando a necessidade de ser protegida juridicamente.

[86[12]] Segundo a Lei 9433/97, "A Politica Nacional dos Recursos Hidricos, baseia-se nos seguintes fundamentos II A água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; art. 5° São instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos: IV A cobrança pelo uso de recursos hídricos" (art. 1°).

[87[13]] Expressão utilizada para designar documentos que possuem as seguintes características: disposições genéricas de modo a criar princípios, e não propriamente obrigações jurídicas; linguagem ambígua ou incerta, dificultando a identificação precisa de seu alcance; conteúdo não exigível, como simples exortações e recomendações; ausência de responsabilização e de mecanismos de coercibilidade. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/AppData/Publication/DesenvolvimentoCostumeInternacionalOftLawAlemNasser.pdf>. Acesso em: 12.07.09.

3. ACESSO À ÁGUA POTÁVEL E A SEXTA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Historicidade dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais têm sido considerados um produto da História (FACHIN, 2008, p. 211). Essa característica é revelada pela trajetória que tais direitos desenharam no Tempo. As situações concretas da vida do homem na sociedade geraram a necessidade de positivação de direitos fundamentais, com o objetivo de satisfazer as carências humanas.

Ao longo da História, foram elaborados documentos jurídico-normativos, voltados à concretização de direitos fundamentais em favor da pessoa humana. Ainda na Idade Média, surgiu a Magna Carta (1215). Na Modernidade – porém, antes do século XVIII –, foram editadas a Petição de Direitos (1628), a Lei do *Habeas Corpus* (1679) e a Declaração de Direitos (1689), esta considerada a primeira das declarações burguesas de direitos fundamentais.

No século XVIII vieram a lume duas declarações de direitos fundamentais, produzidas pela burguesia, a exercerem grande influência no pensamento jurídico Ocidental: a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776), formalizando o rompimento das Treze Colônias com a Inglaterra, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que propunha soterrar o absolutismo na França, ambas partejando novas idéias que viriam a predominar nos dois séculos seguintes no mundo Ocidental. Antonio Perez Luño constata que, a partir desse contexto histórico, as declarações de direitos se incorporam ao constitucionalismo, sendo que "A maior parte das Constituições deste período respondem a uma marcada ideologia individualista" (LUÑO, 1995, p. 38-39).

O século XX, marcado por guerras e destruições de vidas humanas, ensejou o nascimento de diversos documentos jurídico-normativos a positivar novos direitos fundamentais. A Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918), que formalizou o nascimento da União Soviética, inseriu os direitos fundamentais sociais na agenda jurídica. Contudo, o documento jurídico-normativo que mais causou impacto no século XX foi a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948). Alicerçado, basicamente, em dois valores fundamentais da vida humana – liberdade e igualdade –,

tal documento exerceu e continua a exercer profunda influência nas Constituições promulgadas a partir da segunda metade do século XX. Mais adiante, em 1966, a Assembléia Geral da ONU publicou dois documentos: o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, preocupado com o princípio da igualdade, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, priorizando o princípio da liberdade.

O século XX ensejou, ainda, a publicação de outros documentos jurídico-normativos, tais como a Declaração de Teerã (1968), preocupada com a efetivação dos direitos fundamentais; a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), inspirada pela tríade democracia, desenvolvimento e direitos fundamentais; e o Estatuto de Roma, o qual criou o Tribunal Penal Internacional a prever a realização de uma jurisdição universal, em consonância com o ideário de Immanuel Kant.

Referindo-se às conquistas materializadas nesses documentos, Fábio Konder Comparato inicia seu estudo sobre direitos humanos afirmando:

> O que se conta, nestas páginas, é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais, que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais (COMPARATO, 2001, p. 1).

Registre-se que os documentos acima referidos, sobretudo aqueles elaborados no percurso do século XX, foram acrescentando novos direitos fundamentais aos já existentes. Essa trajetória realizada no decorrer do longo tempo permite o estudo de tais direitos em várias dimensões.

3.2 As Dimensões dos Direitos Fundamentais

A primeira dimensão é composta por direitos fundamentais relativos à liberdade individual. Foram partejados pelas revoluções burguesas e triunfaram no século XVIII. Segundo Paulo Bonavides (2009, p. 563-564), “Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante

o Estado". Na concepção de alguns destes direitos, identifica-SE a influência de pensadores como John Locke, Montesquieu e Rousseau. Como exemplos de direitos fundamentais pertencentes a essa dimensão, podem ser citados os princípios da irretroatividade da lei, do juiz natural e o da legalidade.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão foram teorizados no século XIX e formalizados no século XX. Consubstanciam-se no princípio da igualdade e têm em Marx, Lênin e Engels alguns dos seus principais ideólogos. Lembra Ingo Sarlet que "Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado" (SARLET, 2007, p. 55). Podem ser mencionados como direitos fundamentais de segunda dimensão o trabalho remunerado, o descanso semanal, bem como o acesso à educação e à saúde.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais, cujo valor nuclear é a solidariedade, surgiu no contexto do século XX, especificamente após a Segunda Grande Guerra. São direitos cuja titularidade pertencem (ou podem pertencer) a milhares, milhões e mesmo bilhões de pessoas. Dizem respeito à paz, ao desenvolvimento, à comunicação, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2009, p. 569).

Assim como os demais direitos, estes também surgiram em determinadas circunstâncias sociais. Nasceram para atender a novas carências humanas. Nesse sentido, escreve Norberto Bobbio:

> Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo como estes últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras declarações setecentistas. Essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-las (BOBBIO 1992, p. 6-7).

Alguns doutrinadores falam na quarta dimensão dos direitos fundamentais, exemplificados por Paulo Bonavides (2009, p. 571) como os direitos à informação, ao pluralismo e à democracia. Afirma esse autor que "Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência". Já Norberto Bobbio (1992, p. 6), também admitindo a quarta dimensão, exemplifica com outros direitos. Afirma que "já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de

direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.

Recentemente, Paulo Bonavides (2009, p. 590) passou a admitir uma quinta dimensão de direitos fundamentais, consubstanciada no direito fundamental à paz. Enaltecendo a idéia de concórdia, afirma que esta gera a “necessidade de criar e promulgar aquele novo direito fundamental: o direito à paz enquanto direito de quinta geração”. Ele justifica sua tese em razões históricas e nas circunstâncias atuais:

Estuário de aspirações coletivas de muitos séculos, a paz é o corolário de todas as justificações em que a razão humana, sob o pálio da lei e da justiça, fundamenta o ato de reger a sociedade, de modo a punir o terrorista, julgar o criminoso de guerra, encarcerar o torturador, manter invioláveis as bases do pacto social, estabelecer e conservar, por intangíveis, as regras, princípios e cláusulas da comunidade política (2009, p. 590).

José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 302) também admite a existência de uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, a qual, todavia, difere significativamente da concepção de Paulo Bonavides. Tais direitos fundamentais, segundo ele, dizem respeito ao cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida, pois concebem o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado (tese de Majid Tehrarian). Contudo, podem ser também direitos de resposta à dominação biofísica que impõe comportamentos estereotipados de beleza, gerando, em conseqüência, preconceito em relação a raças ou a padrões reputados inferiores ou imperfeitos, a partir de uma perspectiva física e não intelectual (tese de Abu Marzouki).

3.3 A Sexta Dimensão dos Direitos Fundamentais

Afirma-se, agora, a existência de uma sexta dimensão de direitos fundamentais. A água potável, componente do meio ambiente ecologicamente equilibrado, exemplo de direito fundamental de terceira dimensão, merece ser destacada e alçada a um plano que justifique o nascimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais.

Ninguém poderá negar que, dentre os principais problemas ambientais existentes no mundo, o mais preocupante (ou pelo menos um deles) é a escassez de água potável. Adverte Boaventura de Sousa Santos que a "A desertificação e a falta de água

são os problemas que mais vão afectar os países do Terceiro Mundo na próxima década. Um quinto da humanidade já não tem hoje acesso à água potável" (SANTOS, 2001, p. 24).

O estudioso cientificamente comprometido – sempre atento ao passado e pronto a descortinar o futuro – precisa ser fiel intérprete do seu tempo. E as circunstâncias concretas do tempo atual justificam a construção de uma nova dimensão de direitos fundamentais. A escassez de água potável no mundo, sua má-distribuição, seu uso desregrado e a poluição em suas mais diversas formas geraram uma grave crise, a comprometer a subsistência da vida no Planeta. Em outras palavras, a escassez de água potável é um problema crucial. Logo, essa carência gera a necessidade de novo direito fundamental.

Em outro dizer, tais circunstâncias têm a força suficiente para partejar novos direitos fundamentais, visto que estes vão nascendo gradativamente, no curso natural da História, mas como resultado de lutas travadas pelo esforço humano.

Nessa perspectiva, Norberto Bobbio reconhece que os direitos fundamentais – direitos do homem histórico – fazem parte de um processo jamais concluído. Segundo o autor,

> não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes (BOBBIO, p. 1992, p. 33).

Advirta-se que o nascimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais – no caso, representado pela água potável – não significa superação nem enfraquecimento dos direitos fundamentais consolidados em outras dimensões, mas o seu fortalecimento. Tais direitos, partejados por circunstâncias concretas, marcadas pelas necessidades humanas, passam a compor o patrimônio cultural e histórico na Humanidade. O que se tem, então, não é substituição, mas acréscimo de direitos fundamentais.

Registre-se, nesse ponto, a inexorável influência da teoria histórica, a qual procura explicar como esses direitos surgem e se consolidam com o passar do tempo. Atento a este fenômeno, Fustel de Coulanges constata que:

> O pretérito jamais morre completamente para o homem. O homem pode certamente olvidá-lo, mas o guarda sempre dentro de si. De fato, tal como se mostra em cada época, o homem é o produto e o resumo de todas as épocas anteriores. E se o homem sondar sua alma, poderá aí encontrar e distinguir essas diferentes épocas e o que cada uma delas lhe legou (COULANGES, 1998, p. 15).

O direito fundamental à água potável, como direito de sexta dimensão, significa um acréscimo ao acervo de direitos fundamentais, nascidos, a cada passo, no longo caminhar da Humanidade. Esse direito fundamental, necessário à existência humana e a outras formas de vida, necessita de tratamento prioritário das instituições sociais e estatais, bem como por parte de cada pessoa humana. Compreendido como direito fundamental – compondo, agora, uma nova dimensão – , o acesso à água potável exige mudanças de atitudes do Estado e da sociedade.

O Estado legislador fica comprometido a elaborar leis que priorizem a proteção e a promoção do direito fundamental, exigindo-se que sua atuação esteja vinculada à juridicidade desse direito. No que tange ao Estado administrador, este deve estabelecer políticas públicas, levando em consideração que se está diante de um direito fundamental. Já o Estado, prestador de serviços jurisdicionais, ao apreciar os conflitos sociais levados à sua apreciação, deve decidir de modo a concretizar o direito fundamental.

A sociedade, por outro lado, também passa a reconhecer a maior importância do bem jurídico a ser protegido e preservado. As pessoas, em suas condutas na vida cotidiana, passam a distinguir este direito dos que, embora importantes, não são fundamentais.

Em síntese, o acesso à água potável, considerado direito fundamental de sexta dimensão, passa a receber do Estado e também da sociedade o tratamento adequado a permitir que seja preservada em benefício de todas as pessoas, quer das presentes, quer das futuras gerações. A juridicidade do direito fica mais forte, vinculando todos os poderes estatais e também o agir de cada pessoa.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA POTÁVEL E OS PRINCÍPIOS DA EDUCAÇÃO E DA CONSCIENTIZAÇÃO AMBIENTAIS: ATITUDE PARA ALÉM DA PROTEÇÃO NORMATIVA

4.1 A Proteção Jurídica das Águas

A água é um bem essencial para a sobrevivência de todas as espécies de vida. De modo especial, a vida humana necessita de água, em qualidade e em quantidade para os múltiplos usos. Essa preocupação tem sido traduzida em documentos jurídico-normativos na ordem internacional e no âmbito dos Países, como é o caso do Brasil.

Em seara internacional, a Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, aprovada pela ONU, em 1972, já advertia para os perigosos índices de poluição na água e para o fato de que milhões de pessoas no mundo viviam sem saneamento. Segundo ela, os recursos naturais da Terra, como a água, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada (art. 2º).

A Declaração Universal dos Direitos da Água, promulgada pela ONU, em 22 de março de 1992, preconiza que "A água faz parte do patrimônio do planeta. Cada continente, cada povo, cada nação, cada região, cada cidade, cada cidadão, é plenamente responsável aos olhos de todos" (art. 1º).

Os Estados que assinaram a Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada na África do Sul, em 2002, ao reconhecerem que a poluição do ar, da água e do mar segue privando milhões de pessoas de uma vida digna, comprometeram-se a ampliar rapidamente as possibilidades de acesso às necessidades básicas, como a água potável (arts. 13 e 18).

No Brasil, pode-se identificar a existência de ampla teia normativa constituída com o objetivo de proteger as águas. Tal proteção está nos planos normativos constitucional e infraconstitucional. A Constituição de 1988, ao proteger o meio ambiente como direito fundamental, estabeleceu ampla proteção às águas, colocando-as sob a proteção dos membros do pacto federativo. Nesse sentido, pertencem à União o mar territorial (art. 20, inciso VI), os potenciais de energia hidráulica (art. 20, inciso VIII) e "os lagos, rios e qualquer corrente de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais" (art. 20, inciso III).

Por outro lado, ficou assegurado que pertencem aos Estados as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União (art. 26, incisos I e II) e as águas superficiais ou

subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, salvo, quanto a estas, se decorrerem de obras da União (art. 26, inciso I). No que tange à competência material, cabe à União instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de uso, bem como instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (art. 21, incisos XIX e XX). À União compete também legislar privativamente sobre águas e energia (art. 22, incisos IV).

Registre-se que a Constituição estabeleceu competência material comum (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para proteger o meio ambiente (art. 23, inciso VI) e competência concorrente (União, Estados e Distrito Federal) para legislar sobre conservação da natureza, defesa dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle de poluição (art. 24, inciso VI), bem como sobre a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente (art. 24, inciso VIII).

Seguindo a trilha constitucional, sem desconsiderar o Código de águas (Lei n. 24.643, de 10 de julho de 1934) e a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981), o legislador tem sido atuante para assegurar proteção específica ao bem jurídico água. Num somatório, podem ser mencionados os seguintes textos normativos: a) Lei n. 9.433, de 08 de janeiro de 1997, instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e regulamentou dispositivos constitucionais; b) Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente; c) Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999, institui a Política Nacional de Educação Ambiental; d) Lei n. 9.966, de 28 de abril de 2000, dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional; e) Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000, dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas, entidade federal de implantação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; f) Resolução 357, de 17 de março de 2005, dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências.

Registre-se ainda a existência de meios processuais previstos na Constituição Federal para proteção das águas, tais como a ação popular (art. 5º inciso LXXIII), a

ação civil pública (art. 129, inciso III) e o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX).

Advirta-se, todavia, que a ampla proteção normativa construída na ordem internacional e no Direito brasileiro não tem sido suficiente para assegurar a todas as pessoas o acesso à água potável. Ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira que "O modo de garantir e preservar o ambiente deixa de se assentar apenas em modelos normativisticos para envolver dimensões comunicativo-educativas viradas para uma 'ética ambiental de desenvolvimento', no contexto de uma 'educação para a cidadania' adequada à Constituição" (CANOTILHO, 2007, p. 852).

Nesse sentido, impõe-se trabalhar outros valores – não apenas os jurídicos –, tais como a educação, a conscientização e a atitude.

4.2 Educação Ambiental

O homem é ser individual e social capaz de reverter o cenário de crise ambiental que a era moderna desencadeou e que a pós-modernidade alimenta. Estudiosos de diversas áreas do conhecimento (TEIXEIRA, 2006, p. 114) apontam a educação ambiental como uma das principais formas para superar os problemas ambientais vigentes, uma vez que ela se reveste de ações e práticas voltadas à formação de uma consciência ambiental que possibilite aos vários atores sociais compreenderem e participarem ativamente na transformação da realidade.

A expressão educação ambiental foi oficialmente adotada no âmbito dos encontros internacionais sobre ambiente humano. No entanto, foi na Conferência de Educação, realizada na Grã-Bretanha, em 1965, que a terminologia educação ambiental (*Environmental Education*) foi usada e passou a fazer parte das diretrizes educacionais.

A segunda metade do século XX deu início às conferências internacionais sobre meio ambiente, baseando-se em preocupações ocasionadas pelo modelo de desenvolvimento adotado pelos países ocidentais. Acredita-se que foi em decorrência da grande catástrofe ambiental, ocorrida em Londres, em 1952 – devido à densa poluição no ar – que a temática ambiental começou a ser discutida e inserida no meio acadêmico, embora de maneira tímida e vinculada à ecologia aplicada (DIAS, 2003, p. 77).

O Clube de Roma foi um dos primeiros marcos internacionais a discutir as questões ambientais sob o enfoque de empresários, políticos e cientistas. O encontro,

realizado em 1968, deixou como legado o relatório intitulado “Os limites do crescimento”. As idéias desse documento impulsionaram outros projetos importantes que marcaram a Conferência de Estocolmo, em 1972. Dois grandes projetos deram visibilidade e seriedade para a conferência em comento: a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e a proposta de criação do Programa Internacional de Educação Ambiental (PIEA), tudo sob a égide da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), em atendimento à "Recomendação 96" (BRASIL, 2005, p. 21). Esta, em específico, sugere que "se promova a educação ambiental como uma base de estratégias para atacar a crise ambiental" (BRASIL, 2005, p. 101). Registre-se ainda que o princípio 19 do mesmo documento faz menção à educação[88[14]].

À luz da Conferência de Estocolmo, realizou-se, em 1975, em Belgrado, Iuguslávia, o Congresso Internacional de Educação Ambiental. Ali foram desenvolvidos os princípios para o PIEA e sua própria criação. Como resultado do encontro entre os 65 países, foi publicada a *Carta de Belgrado.*

O desenvolvimento da política social de proteção ambiental no âmbito internacional continuou a ser tema de outras reuniões, mas foi na Conferência Intergovernamental de Tbilisi, de 1977, promovida pela UNESCO, que se falou em educação ambiental de modo mais específico. O enfoque abordado, dentre outros, era o de projetar a educação ambiental sob aspecto global, permitir sua base interdisciplinar, demonstrar a interdependência entre as comunidades e fomentar a solidariedade entre os povos (DIAS, 2003, p. 104-105).

Os valores da educação ambiental adotados no Brasil têm origem na ideologia dos encontros internacionais, registrando a integração do Brasil no cenário externo. Neste sentido, a Lei n. 6.983, de 31 de agosto de 1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, concebe a educação ambiental como um instrumento estratégico que garantirá a postura de consciência ante os problemas ambientais, na perspectiva da construção de um saber ambiental[89[15]].

88[14] O princípio 19 da Conferência de Estocolmo de 1972 estabelece: "É indispensável um trabalho de educação em questões ambientais, dirigido, seja às gerações jovens, seja aos adultos, o qual dê a devida atenção aos setores menos privilegiados da população, a fim de favorecer a formação de uma opinião pública bem informada e uma conduta dos indivíduos, das empresas e das coletividades, inspiradas no sentido de sua responsabilidade com a proteção e melhoria do meio, em toda a sua dimensão humana”.

89[15] Art. 2º. “A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida

A Constituição brasileira de 1988, comprometida com a cidadania ambiental, elegeu a educação como princípio inspirador das atividades do poder público e dos particulares[90[16]].

Em consonância com o cenário internacional, o Brasil sediou, em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92), da qual participaram mais de 180 países. A Jornada Internacional de Educação Ambiental, realizada no Fórum Global da Eco 92, reafirma o compromisso crítico da Educação Ambiental, expresso no "Tratado de Educação Ambiental para as Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global".]

O Tratado diz que a educação ambiental não é neutra, mas ideológica; é um ato político baseado em valores para a transformação social. O Tratado considera a educação ambiental para a sustentabilidade eqüitativa como "um processo de aprendizagem permanente, baseado no respeito a todas as formas de vida". Tal processo afirma valores e ações que contribuem para a transformação humana e social e para a preservação ecológica (ANA, 2008, p. 25).

Ao se voltar para os cuidados com a sustentabilidade hídrica, a Carta de Montreal sobre Água Potável e Saneamento, publicada em 1990, afirma que a administração dirigida apenas para os trabalhos estritamente técnicos não é satisfatória nem suficiente, sendo a educação uma forma de estimular a participação social nas matérias pertinentes à água (COMMETTI, 2008, p. 67).

Nesse contexto, o Brasil publicou a Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999, instituindo a Política Nacional de Educação Ambiental.

A doutrina tem valorizado a educação como tema central em matéria ambiental. Na lição de Enrique Leff, "o discurso da sustentabilidade se desdobra, portanto num campo de estratégias teóricas e práticas pela apropriação da natureza, colocando a questão do poder e do poder no saber, onde se inscrevem as estratégias do conhecimento e da educação ambiental" (LEFF, 2001, p. 233).

N. Minini, por outro lado, afirma que:

---

humana, atendidos os seguintes princípios: X - educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente."

[90[16]] Art. 225. "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente."

> A educação ambiental é um processo que consiste em propiciar às pessoas uma compreensão crítica e global do ambiente, para elucidar valores e desenvolver atitudes que lhes permitam adotar uma posição consciente e participativa, a respeito das questões relacionadas com a conservação e adequada utilização dos recursos naturais, para a melhoria da qualidade de vida e a eliminação da pobreza extrema e do consumo desenfreado (DIAS, 2003, p. 99-100).

Conclui-se que, diante da necessidade de ir além dos textos, a educação ambiental consiste no primeiro passo a ser dado no sentido de adquirir consciência dos problemas ambientais, especificamente o da água potável, e poder agir na proteção desse bem essencial à vida no Planeta.

Deste modo, a ilustração abaixo demonstra a educação ambiental como núcleo e ferramenta essencial para fomentar a conscientização e desencadear atitudes voltadas às questões ambientais.

Ilustração 2: Círculos concentricos trazendo a educação ambiental como núcleo, a partir do qual se desenvolvem a conscientização e a atitude ambiental.

4.3 Conscientização Ambiental

O termo conscientização pode ser compreendido como ato humano de manter relações permanentes com o meio em que se vive e, de maneira mais ampla, com o mundo que se habita. Trata-se de um processo de formação da consciência crítica. A palavra consciência, por sua vez, indica a capacidade de a pessoa compreender o mundo

que a cerca e de tomar decisões mais corretas e eficazes diante das circunstâncias da vida.

Para Paulo Freire, há três tipos de consciência: a crítica, a mágica e a fanática. A primeira resulta da mais nobre relação do homem com o seu entorno, pois permite que as informações sejam captadas e submetidas à análise, em processo de investigação sempre dinâmico. A segunda é a consciência ingênua: embora supere o limite da ignorância, não é vista como ato positivo. A terceira é a consciência de pessoas que conseguem perceber os acontecimentos do dia-a-dia, mas partem da premissa de que são impotentes diante da realidade humana (FREIRE, 2005, p. 113-114).

A contextualização acima possibilita considerar que o processo de conscientização é caracterizado de acordo com a postura reflexiva do homem diante da realidade posta pela vida social. Assim, como parte integrante da conscientização social, surge a conscientização ambiental. Trata-se de um entendimento de mundo voltado às questões ambientais para lidar com problemas referentes à crise dos recursos naturais e a capacidade de visualizar estratégia para a solução. Esta postura está em consonância com a consciência crítica apontada por Paulo Freire. E é exatamente esta que deve haver diante dos problemas ambientais, especificamente da água potável.

A conscientização ambiental, quanto à origem, pode ser abordada sob dois aspectos: a) educação formal; b) educação informal. A primeira conscientização é aquela normalmente adquirida pela educação ambiental formal. Nesse sentido, a sala de aula e os livros – difundindo estudos dos cientistas – são causa da criação e do desenvolvimento de conscientização para as questões ambientais, especificamente em relação à escassez de água potável. A segunda consciência ambiental advém de entendimento do mundo não acadêmico, e sim de um conhecimento empírico – sabedoria ambiental (*sapiência*) – pois não se pode dizer que somente a transmissão da ciência cria consciência. Tal fenômeno, muitas vezes, se constrói pela própria interação que o indivíduo possua com o meio – interações fenotípicas. Nessa perspectiva, basta ser homem para que aconteça as interações/relações diante das respostas do mundo, independentemente de ser ou não alfabetizado[91[17]]. Trata-se de conscientização individual, que circunda ao redor das ações concretas da vida cotidiana.

Essa consciência ambiental, especialmente em relação à água potável, deve estar presente nos agentes públicos, mas também no âmago de cada pessoa componente

[91[17]] Por esse prisma, ao revisitar a Ilustração 2, percebemos que há também conscientização ambiental fora do modelo ali determinado.

da vasta comunidade humana. Assim, a consciência será mais crítica na medida em que a pessoa apreende a causalidade autêntica. Quanto mais apurada for a compreensão dos fatores que geram a escassez de água potável, maior será a consciência ambiental de seu uso.

Registre-se haver, nos tempos atuais, uma consciência crescente no sentido de compreender a água de maneira integral, o que se dá em distintas perspectivas: a) a água é elemento vital para a sobrevivência da biodiversidade e das sociedades; b) a água é recurso vital para o desenvolvimento de diversas atividades econômicas; c) a água é recurso natural, que, por seu caráter limitado, adquire valor econômico; d) a água é recurso ambiental que a sociedade deve usar, preservar e conservar, tendo em vista, inclusive, os aspectos culturais e espirituais envolvidos.

Pode-se afirmar, nesta perspectiva, que a conscientização ambiental pode levar à atitude ambiental, traduzindo em ações as idéias de entendimento de mundo. Em outras palavras, e de modo mais específico, ela pode conduzir as pessoas do estado de inércia ao plano das atitudes concretas.

4.4 Atitude Ambiental

A atitude ambiental se caracteriza por um processo de transição no qual o sujeito converte a educação ambiental em atuações efetivas de gerenciamento dos recursos naturais. Visualiza-se aqui um caminho lógico a ser percorrido pela sociedade ou por um indivíduo engajado com os acontecimentos de seu tempo. Tal caminho pode ser assim percorrido: as propostas saem do papel para assumir espaço na mente do ser humano (educação); a apreensão e compreensão da proposta, conhecimento que antes se moldava por letras, agora já é apreendido pelo sujeito (conscientização). Em seguida, passa a ser materializado no mundo real sob ações concretas (atitude).

Essa interação positiva capacita o ser humano em estabelecer uma relação com a natureza, fugindo da idéia da crise do vínculo ecológico analisada por François Ost (1995, p. 9). O autor identifica a crise ecológica no afastamento do homem em ralação à natureza. Esta separação se encontra no mundo das idéias, daí a importância da conduta ambiental para que possa ir além da proteção normativa.

Surge, então, uma pluralidade de atores sociais, atuando de modo consciente na defesa do meio ambiente, especificamente da água potável. Podem ser mencionados

setores da sociedade civil organizada, tais como, ONG's, colaboradores, empresas privadas, associações, voluntários, imprensa e igrejas. Registre-se que a Campanha da Fraternidade de 2004, intitulada "Água, Fonte de Vida", já expressava preocupação de garantir acesso de todos à água potável.

A proteção ambiental, especificamente da água potável, não será alcançada apenas com normas jurídicas, educação e consciência ambientais. É imprescindível que, além disso, seja acrescentada atitude ambiental. Em grande medida, a proteção efetiva desse direito fundamental de sexta dimensão terá que ser realizada, com o labor cotidiano, nas arenas política e social. Nesse sentido, a lição de Norberto Bobbio (1992, p. 24), proferida em 1964, ao construir os fundamentos dos direitos humanos, permanece revestida de atualidade: "O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político".

Em síntese, educação, consciência e atitude ambientais, especialmente na proteção da água potável, exigem de cada pessoa um compromisso com a resolução desse problema, considerado um dos mais graves do tempo atual.

5. CONCLUSÃO

Constatou-se que a água potável significa apenas 2,5% de todas as águas existentes no Planeta, sendo que os outros 97,5% das águas são salgadas e se encontram nos oceanos e mares. Esse baixo percentual é ainda diminuído em razão de má-distribuição, desperdício e poluição, gerando a escassez de água potável.

O acesso à água potável, direito fundamental de sexta dimensão, deve ser compreendido no contexto da evolução histórica dos direitos fundamentais. Estes são produtos da história, nascendo, gradativamente, a partir de circunstâncias sociais específicas.

Nessa perspectiva, a água potável tem sido objeto de proteção jurídica, tanto na ordem internacional como no Direito interno dos Países, especificamente o Brasil. Alguns dispositivos da Constituição de 1988, bem como uma pluralidade de normas inseridas em diversas leis, compõem, juntos, uma espécie de teia normativa que visa a proteger a água. Contudo, embora sejam necessárias normas jurídicas, estas *per si* não

têm sido suficientes para assegurar a todas as pessoas a efetivação do direito fundamental de acesso à água potável. Torna-se necessário, então, ir além do Direito. Nessa tarefa, é preciso apostar em educação, conscientização e atitude ambientais.

A educação ambiental, especificamente em relação à água potável, deve alcançar a todas as pessoas em todos os níveis. Com a efetiva educação, as pessoas poderão adquirir consciência ambiental. Conscientizadas, elas poderão assumir posturas em defesa do meio ambiente, especificamente da água potável. Essa é uma tarefa da responsabilidade de cada pessoa.

REFERÊNCIAS

ABRH. Associação Brasileira de Recursos Hídricos. Boletim nº. 43. *Conflitos*. mar/abr/1991.

BARRAQUÉ, Bernard. *As Políticas da Água na Europa.* Lisboa: Instituo Piaget, 1996.

BENJAMIN, Antonio Hermam Vasconcelos. (Coord.) *Função ambiental*. In: Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRANCO, Samuel Murgel. *Água:* origem, uso e preservação. São Paulo: Moderna, 1993.

BRASIL, Agência Nacional de Águas – ANA. Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, *Educação Ambiental e Gestão de Recursos Hídricos* - Universidade Estadual de Maringá, 2008.

_____, Ministério do Meio Ambiente – MMA. Secretaria de Recursos Hídricos. Década Brasileira da Água. 2005-2015, (2007 – 10 anos da Lei de Águas). *Plano Nacional dos Recursos Hídricos. Água: Síntese Executiva.* Brasília: 2006.

_____, Ministério do Meio Ambiente – MMA. Secretaria de Recursos Hídricos. Década Brasileira da Água. 2005-2015, (2007 – 10 anos da Lei de Águas). *Plano Nacional dos Recursos Hídricos. Água: Manual de Uso.* Brasília: 2006.

_____, Ministério do Meio Ambiente – MMA. Secretaria de Recursos Hídricos. *Recursos hídricos: conjunto de normas legais* /Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Recursos Hídricos. 3 ed. Ministério do Meio Ambiente. Brasília-DF: 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CNRH, Conselho Nacional de Recursos Hídricos. Lei nº. 9433, de 8 de janeiro de 1997, Institui a Política Nacional dos Recursos Hídricos e Cria o Sistema de Gerenciamento dos Recursos Hídricos. In. BRASIL, Ministério do Meio Ambiente – MMA. Secretaria de Recursos Hídricos. *Recursos hídricos:* conjunto de normas legais /Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Recursos Hídricos. 3 ed. Ministério do Meio Ambiente. Brasília-DF:2004.

COMMETTI, F.D. et.al. O desenvolvimento do direito das águas como um ramo autônomo da ciência jurídica brasileiro. Revista de direito ambiental. 2008. p.67

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONNELLY, Jeff. vice-presidente e gerente-geral da divisão de águas da General Eletric. Disponível em: <http://www.vomm.com.br/secao.php>.Acesso em: 16.06.09.

CONSEA. III Conferência Nacional de Segurança Alimentar. Disponível em: < http://www.moc.org.br/download/08-09-2008_agua_consea_set08.pdf>. *O Acesso e os usos da Água no Contexto da Soberania, Segurança Alimentar e Nutricional*, Texto elaborado pelo grupo de trabalho sobre Água da Comissão Permanente 2 (CP2) do CONSEA. III Conferência Nacional de Segurança Alimentar. Acesso em: 20.06.09.

CORREIA, Francisco Nunes. Prefácio à Edição Portuguesa. In. BARRAQUÉ, Bernard. *As Águas na Europa*. Trad.: Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 1998.

DIAS, Genebaldo Freire. *Educação ambiental:* princípios e prátic*as*. 8 ed, São Paulo: Gaia, 2003.

ECODEBATE. *Mudanças climáticas reduzem o volume do rio Colorado*. Disponível em:<http://henriquecortez.wordpress.com/tag/escassez-de-agua/>. Acesso em: 23.07.09.

ESTADÃO.COM.BR. Israel ensina a cultivar no deserto. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,israel-ensina-a-cultivar-no-deserto,336869,0.htm> Acesso em: 23.07.09.

EVANS, John M. /USGS-USA Gov. Permission=Free for all use |other_versions Category:Water cycle {PD-USGov-Interior-USGS} Disponível em: <http://ga.water.usgs.gov/edu/watercycle.html>. Acesso em: 19.07.09.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Método, 2008.

FOLHA DA MANHÃ. Nova Enciclopédia Ilustrada Folha: Larousse, Cambridge, Oxford, Webster. Assunto: *água*, Encarte das edições de domingo de março a dezembro de 1996.

FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

GEOSITIES. Composição química da água, propriedades físicas. Disponível em: <http://br.geocities.com/planeta_agua_3000/composicao2.htm>. Acesso em: 23.07.09.

IBGE. *Água limpa:* Direito de todos. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/agua/agualimpa.html>. Acesso em: 15.06.09.

KETTELHUT, J. T. Silva. *Recursos hídricos:* Um mundo em conflito. CODEVASF. 1991.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópoli, Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente:* doutrina, jurisprudência. 5 ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MONTOIA, Paulo. *O "Ouro Azul" do nosso século***.** Disponível em: <http://www.moderna.com.br/didaticos/projetos/2006/agua>. o "Ouro Azul" do nosso século>. Paulo Montoia. Acesso em: 07.08.09.

NASSER, S. Hikmat. *Desenvolvimento, costume internacional e soft law*. Disponivel em: <http://www.direitogv.com.br/AppData/Publication/DesenvolvimentoCostumeInternacionalOftLawAlemNasser.pdf>. Acesso em: 12.07.09.

OST, François. *A natureza á margem da lei*: a ecologia à prova do Direito**.** Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PARANÁ. Companhia de Saneamento do Paraná. Diretoria de Meio Ambiente. *Água, um direito de todos. Unidade de Serviços de Educação Sócio Ambiental*. Curitiba, 2004.

PLANETAORGÂNICO. *Água, uso da água na agricultura.* Disponível em: <http://www.planetaorganico.com.br/aguauso.htm>. Acesso em: 26.07.09.

PNUD. Relatório de Desenvolvimento Humano - RDH/2006. *Destaques do RDH/2006*. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh/rdh2006/rdh2006_25pontos.pdf>. Acesso em: 28.07.09.

_____. Relatório de Desenvolvimento Humano - RDH/2006. *Falta de água e esgoto mata 1 criança a cada 19s*. Disponível em:

<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh/rdh2006/rdh2006_crianca.pdf> Acesso em: 21.05.09.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://ww2.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/meio_ambiente/bacias/ABASTECIMENTO_DE_AGUA.rtf Acesso em: 22.07.09.

RAUX, Jean-François. In: Prefácio. Morin, Edgard. PRIGOGINE, Ilya. *A sociedade em busca de valores:* para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Trad. Luis M. Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 11.

REBOUCAS, A.C. Água doce no mundo e no Brasil. In: REBOUCAS, A.C.; BRAGA, Benedito; TUNDISI, José Galizia (Org. e Coord.). *Águas doces no Brasil:* capital ecológico, uso e conservação. 3 ed. São Paulo: Escrituras Editora, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais:* retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica da razão indolente:* contra o desperdício da experiência. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SÃO PAULO. *Mananciais de São Paulo*. Disponível em: <http://www.mananciais.org.br/site/mananciais_rmsp>. Acesso em: 22.07.09.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SETTI, A. Augusto. Legislação para uso dos recursos hídricos. In: DEMETRIUS, David da Silva et al. *Gestão de recursos hídricos;* aspectos legais, econômicos, administrativos e sociais. Brasília DF: Secretaria de Recursos Hídricos; Viçosa; Porto Alegre: Associação Brasileira de Recursos Hídricos, 2000.

Sitio: COMCIENCIA. *Água, abundância e escassez.* Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/aguas/aguas08.htm>. Acesso em 22.07.09.

SHIKLOMANOV; RODDA. 2003; apud BRASIL, Ministério do Meio Ambiente – MMA. Secretaria de Recursos Hídricos. *Década Brasileira da Água*. 2005-2015, (2007 – 10 anos da Lei de Águas). Plano Nacional dos Recursos Hídricos. Água: Manual de Uso. Brasília: 2006.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

_____, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOCIOAMBIENTAL. Água doce e limpa: de "dádiva" à raridade. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/esp/agua/pgn/>. Acesso em: 23.06.09.

_____. *Água, o risco de escassez*. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/esp/agua/pgn/>. Acesso em: 25.07.09.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

USP - Educação Ambiental e cidadania. Tratamento da Água, química ambiental e educação ambiental. Disponível em: <http://www.usp.br/qambiental/tratamentoAgua.html>. Acesso em: 23.07.09.

VIEIRA, Andréia Costa; BARCELLOS, Ilma de C. Água: bem ambiental de uso comum da humanidade. *Revista de direito ambiental*, Ano 14, n. 53, jan.mar./2009.

WIKIPEDIA, a enciclopédia Livre. *Água potável*. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%81gua_pot%C3%A1vel>. Acesso em: 23.07.09.

_____, a enciclopédia Livre. Ciclo biogeoquimico. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Ciclo_biogeoquimico>. Acesso em: 21.07.09.

_____, a enciclopédia Livre. *Oriente Médio, Aspectos físicos*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=M%C3%A9dio_Oriente&action=edit&section=2>.
Acesso em: 21.07.09.

WWI-WORLDWATCH INSTITUTE. Disponível em: < http://www.wwiuma.org.br/revista_wwi.html> Acesso em: 28.07.09.

OS BANCOS, A MINERAÇÃO E A ASTROFÍSICA: REPENSAR O TEMPO E A SEGURANÇA NAS RELAÇÕES INTERTEMPORAIS AMBIENTAIS*

BANKS, MINING ACTIVITY AND ASTROPHYSIQUE: TO THINK TIME AND SECURITY INTO ENVIRONMENTAL AND INTERGENERATIONAL RELATIONS

Dempsey Pereira Ramos Júnior

RESUMO

O presente artigo fará uma abordagem teórica e filosófica de um instituto jurídico, destinado a resolver especificamente os problemas gerados pela atividade de mineração na Amazônia, e que se denomina: reparação transgeracional de danos socioambientais. A mineração é uma atividade econômica hiperextensiva no tempo, pois, além de sua duração ser prolongada, os danos socioambientais provocados, mesmo após o fechamento da mina, também abrangem larga extensão de tempo, de modo que diversas gerações são afetadas tanto durante o funcionamento como após o fechamento de uma mina. Por sua vez, o setor bancário é decisivo para que a mineração aconteça, motivo pelo qual será analisada sua responsabilidade civil ambiental em um contexto transgeracional. O direito ambiental destaca o elemento temporal das relações jurídicas, pois ao prever a proteção das futuras gerações, acaba criando relações entre os membros da atual geração (intrageracional) e de diferentes gerações (intergeracional). Desta forma, a reparação transgeracional surge como um direito mutante hiperextensivo no tempo. O período atual pelo qual o mundo passa, de transição energética, remete a reflexões sobre a noção de segurança. O largo alcance temporal da reparação transgeracional também remete a reflexões sobre a noção de tempo. Como base filosófica, Niklas Luhmann vê o direito como um sistema autopoiético (que se autoproduz e se autoregula), acoplado estruturalmente aos demais subsistemas imersos na sociedade (outras ciências), dos quais retira os elementos necessários à sua evolução. A astrofísica, acoplada estruturalmente ao pós-positivismo, permite repensar o tempo nas relações jurídicas intergeracionais, como forma de justificar um direito hiperextensivo no tempo que transcende várias gerações.

PALAVRAS-CHAVES: MEIO AMBIENTE; REPARAÇÃO TRANSGERACIONAL; MINERAÇÃO; ASTROFÍSICA; DANOS SOCIOAMBIENTAIS; RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL; BANCOS NA AMAZÔNIA.

ABSTRACT

The present article will make a theoretical and philosophic boarding of a legal institute, destined to resolve specifically the problems generated by mining activity in Amazon, and is designated: transgenerational reparation of the social and environmental damages. The mining activity is a hiperextensive economic activity in time, so, beyond its long length, the social and environmental damages, caused even after the mine is

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

closed, also include wide time extension, in such a way several generations are affected as during the mine operation as after its closing. In its turn, the banking sector is crucial for the mining activity happen, for that reason its civil and environmental responsibility will be analyzed in a transgenerational context. The environmental law distinguishes the temporal element of juridical relations, so when preview the protection of future generations, concludes creating relations between members of the present generation (intragenerational) and members of the different generations (intergenerational). This way, the transgenerational reparation emerges as a mutational law hiperextensive in time. The present era for which world advances, of energy transition, remits to reflections about security notion. The long temporal range of transgenarational reparation also remits to reflections about time notion. As philosophical base, Niklas Luhmann sees the law as an autopoietic system (self-made and self-ruled) structurally coupled to the other subsystems immersed into society (other sciences), from which takes off essential elements for its evolution. The astrophysique, structurally coupled to pos-positivism, allows to thinking time inside intergenerational and juridical relations, as an way to justify a hiperextensive law in time that transcends several generations.

KEYWORDS: ENVIRONMENT; TRANSGENERATIONAL REPARATION; MINING ACTIVITY; ASTROPHYSIQUE, SOCIAL AND ENVIRONMENTAL DAMAGES; ENVIRONMENTAL CIVIL RESPONSIBILITY; BANKS IN AMAZON.

INTRODUÇÃO: O PROBLEMA

A idéia de escrever sobre a reparação transgeracional de danos socioambientais surgiu a partir da percepção das questões socioambientais que a mineração de elementos metálicos suscita e das transformações sociopolíticas pelas quais o mundo passa no atual momento. A crise financeira que abalou os mercados em 2008, levando à falência instituições financeiras como o banco norte americano Lehman Brothers, acendeu um sinal de alerta em todo o sistema financeiro mundial. Diante da instabilidade do setor, os bancos anunciaram que irão focar investimentos em opções menos voláteis; de modo que, a partir de 2009, os investimentos considerados mais estáveis receberão maior aporte de recursos, aí incluída a mineração (Onstad, 2008).

Diante do atual cenário econômico mundial, é perfeitamente possível identificar uma clara tendência de incremento das atividades de mineração na Amazônia, inobstante a necessidade que o mundo vive de adotar urgentemente um modelo de desenvolvimento baseado em práticas sustentáveis de reciclagem e reuso de elementos minerais metálicos; necessidade de desenvolver indústrias para processamento de sucata ao invés de manter os atuais e insustentáveis níveis de exploração direta do minério na natureza.

A exploração de minério na Amazônia, precisamente a lavra realizada por grandes empresas, é um dos principais motores econômicos da região, mas em contrapartida representa um dos principais fatores de pressão ecológica e socioambiental, significando uma atividade de alto risco para o frágil bioma amazônico (Barcelos, 2002 e Reis, 2001). O Centro de Tecnologia Mineral - CETEM, instituto de pesquisa vinculado ao Ministério da Ciência e Tecnologia, ao elaborar um banco de dados socioeconômico e ambiental sobre a mineração na Amazônia, constatou que esta região "tornou-se atualmente a última fronteira mineral. Essa região, contudo, é social e ambientalmente sensível, pelas particularidades do ecossistema que abriga e pela sua história de ocupação territorial" (Lima, 2002, p. 1).

Além do quadro acima exposto, verifica-se que as sociedades ocidentais plasmaram uma acentuada dependência em torno da extração mineral, o que faz com que esta atividade continue sendo um forte fator de pressão ambiental onde quer que se realize. Mesmo em um cenário de reciclagem ou reuso de elementos minerais, os números mostram que a extração de minério diretamente da natureza ainda irá ocorrer por períodos superiores a séculos. Se for considerada a taxa de participação do aço, proveniente de sucata, no mercado mundial de metais, algo em torno de 33% no ano 2000 com estimativa de crescimento projetada para 40% em 2010 (BNDES, 2000, p. 1); urge reconhecer que a humanidade ainda está distante do sonho do reuso e da reciclagem totais de substâncias minerais.

Esta conclusão é obtida analisando-se os dados da demanda por aço relativa ao período compreendido entre 1950 e 1999, ou seja, em apenas 50 anos a demanda global por aço cresceu de 190 para 788 milhões de toneladas - aumento total de 315% ou de 6,4% ao ano (Scliar, 2004, p. 8), o que significa uma taxa de incremento do consumo de aço imensamente maior do que a oferta de aço proveniente dos fornos elétricos alimentados por sucata.

Dada a intensa presença das substâncias minerais na vida cotidiana, além do total descompasso entre crescimento da demanda por aço e seu fornecimento através de práticas sustentáveis de reuso e reciclagem de sucata, imaginar um mundo sem extração de minérios diretamente da natureza, pelo menos durante os próximos séculos, significaria o mesmo que imaginar o mundo atual sem petróleo: o colapso global seria certo, instantâneo e inevitável (Rifkin, 2003, p. 165).

Eis o paradoxo de se tentar aplicar o princípio da precaução ao setor mineral. Através desse princípio de direito ambiental, busca-se evitar danos futuros através da proibição da própria atividade que, provavelmente, irá provocá-los e que, em um juízo de objetividade, mostra-se desnecessária para a sociedade (Derani, 2008, p. 172). Sob essa ótica, sendo a mineração umas das atividades econômicas mais básicas e necessárias da atual conjuntura socioeconômica mundial, os danos socioambientais

advindos são assumidos como necessários. Porém, não se deve olvidar que a reparação destes danos também constitui princípio basilar de direito ambiental e que encontra-se vinculado especificamente à mineração, conforme previsão legal do art. 225, § 2º da Constituição Federal.

Além de ser necessária para a sociedade, a mineração é uma atividade hiperextensiva no tempo, pois provavelmente se estenderá pelos próximos quatrocentos anos, tempo estimado de duração só da jazida de ferro do complexo Carajás (Fiorillo, 2007, p. 330), enquanto que o tempo estimado para exaustão do ferro no mundo alcança algo em torno de trezentos anos (Scliar, 2004, p. 9). Tais dados permitem deduzir que os danos socioambientais da mineração possuem extensão temporal ampla. A experiência historicoantropológica demonstrou que, onde quer que se realize, a mineração é insustentável pois deixa um saldo negativo de graves danos socioambientais.

Transladação de populações, crescimento urbano desordenado, degradação ambiental e, após exaurido o surto minerador, o que sobra é uma enorme disponibilidade de mão de obra desocupada que "mergulha numa cultura de pobreza" (Ribeiro, 1995, p. 345/356). As jazidas minerais da Amazônia "são as maiores de que se tem notícia", e grandes empresas se preparam para explorar estes recursos (ibidem, p. 305). Diante dos desafios do desenvolvimento da Amazônia, Darcy Ribeiro já questionava se isto não abrirá uma nova Minas Gerais, que deixou para trás apenas "uma população pobre e buracos, expondo outra vez os interiores da terra à erosão?" (ibidem, p. 305).

Recentes estudos feitos na Amazônia, comprovaram que a implantação de um pólo minerador provoca urbanização e industrialização induzidas, exigindo novas áreas agrícolas para suportar o aumento da demanda por alimentos, causado pela atração de populações que se fixam desordenadamente ao redor da jazida, gerando com isso desmatamento reflexo, além de sobrecarga na infra-estrutura dos serviços públicos, que com o fechamento da mina, entram em colapso pela ausência de fluxo financeiro e tributário posteriores ao empreendimento (Barcelos, 2002, p. 65; Reis, 2001, p. 278 e Silva, 1999, p. 19). Neste quadro, as populações deixadas para trás pelo pólo minerador mergulham em uma cultura de pobreza e sofrem toda sorte de danos socioambientais, ecológicos e socioeconômicos, conforme previsão legal contida no art. 3º, III e alíneas da Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente).

Por outro lado, a atividade de mineração para que possa acontecer depende, de forma fundamental, dos financiamentos bancários. Mais do que um negócio de grande porte, a mineração é um tipo de empreendimento de gigantesco porte, exigente de imensas quantidades de capital financeiro. Esta característica é reveladora de uma íntima relação entre a atividade de lavra mineral e o financiamento bancário, de uma tal forma que é impossível vislumbrar grandes projetos mineradores sem a presença de um

banco que lhe dê suporte financeiro. Entre 1994/1999, o BNDES sozinho participou da composição financeira de empreendimentos de mineração numa proporção de 61% do total de capital investido, além de contribuir com pesquisas geológicas com objetivo de participações futuras no produto da lavra (BNDES, 1999, p. 32). Isto comprova a íntima relação que existe entre bancos e mineração, uma relação quase societária.

Diante dos danos socioambientais gerados pela mineração e da constatação de que referida atividade é necessária, a idéia de uma reparação transgeracional de danos, hiperextensiva no tempo, a ser suportada pelos bancos financiadores surge como proposta para resolver este intrincado problema que envolve relações jurídicas intergeracionais ou intertemporais. Por ser uma atividade econômica hiperextensiva no tempo, a mineração exige soluções também hiperextensivas no tempo. Considerando que soluções pensadas para esse contexto temporal dilatado envolverá uma abordagem do elemento tempo, é que o presente artigo realizará uma reflexão sobre o tempo, utilizando-se das noções de espaçotempo trazidas pela astrofísica (Hawking, 2005, p. 106 e 154). Tal se faz necessário porque a ecologização do pensamento força uma expansão do horizonte de tempo. Enquanto os economistas estão habituados a raciocinar em termos de anos, no máximo em décadas, "a escala de tempo da ecologia se amplia para séculos e milênios." (Sachs, 2002, p. 49).

Porém, existe outro problema nesta temática, especificamente de cunho filosófico e jurídico. A constatação de que, não só o Poder Judiciário, mas toda a estrutura temporal do Direito brasileiro estão centrados no passado, sinaliza uma limitação do sistema jurídico em pensar direitos voltados para o futuro, fato que restringe a concreção do ideal futurístico do direito ambiental. O aprisionamento do Direito ao tempo passado é demonstrado pela tradição jurídica de aplicação do direito passado aos conflitos presentes (a partir de seus precedentes judiciais, legislações, doutrina, etc.). O diagnóstico dessa centralização da estrutura temporal do Direito ao passado revela a existência de significativas restrições do Direito à observância do futuro, o que acaba prejudicando os direitos das futuras gerações (Carvalho, 2006, p. 16).

A proposta que o presente artigo faz de uma reparação transgeracional, a ser implementada e cumprida pelos bancos ao longo de vários séculos, encontra outro obstáculo, qual seja o postulado da segurança jurídica presente no dogma da imutabilidade da coisa julgada. Este obstáculo remete para reflexões sobre as noções de segurança que foram adotadas ao longo da evolução histórica da humanidade, de modo que ao final será demonstrado que a idéia de segurança existente hoje, às portas da biosferopolítica da economia do hidrogênio, não mais se coaduna com as antigas idéias de segurança advindas da geopolítica do petróleo. Tudo isso permite o desenvolvimento dos conceitos e das soluções que adiante serão explicitados. Parafraseando o autor da obra, é preciso escrever uma nova história do tempo (Hawking, 2005) para que os problemas ambientais sejam melhor equacionados e para que soluções, outrora consideradas uma heresia jurídica ou uma ameaça à segurança do ordenamento, possam ser doravante implementadas e assumidas pelo Poder Judiciário como algo urgente e

necessário, em nome da dignidade das atuais e das futuras gerações, e também em prol da continuidade da civilização mundial.

1 A EQUIDADE INTERGERACIONAL: OS DANOS E O ELEMENTO TEMPORAL

Conforme acima colocado, percebe-se que o principal problema tratado nesse artigo refere-se às relações jurídicas típicas do direito ambiental, as quais possuem como destacado elemento o tempo. O direito ambiental traz para o ordenamento um tipo de relação jurídica travada entre gerações de pessoas, uma relação intertemporal que pode se dar entre gerações presentes (intrageracional) ou entre diferentes gerações (intergeracional). A idéia de equidade intergeracional consiste em assegurar igualdade de acesso aos recursos ambientais tanto à geração presente como às gerações futuras (Carvalho, 2006, p. 17), de tal forma que o direito possa se abrir para o futuro em seu processo interpretativo e de aplicação ao caso concreto.

A responsabilidade civil ambiental, quando aplicada nas relações jurídicas intergeracionais, coloca o julgador na paradoxal tarefa de aplicar um direito presente, apoiado em experiência passada (jurisprudência, costumes, lei), para resolver questão futura. Nos casos em que eventuais danos ambientais ocorram na atual geração, causados por atividades desenvolvidas e limitadas também à atual geração, o modelo de reparação é o clássico e tradicional intrageracional (entre presentes) onde a reparação assumirá papel restaurador e indenizatório em favor das vítimas do impacto ambiental, tudo dentro de uma relação jurídica que se esgotará na atual era. Porém, quando determinada atividade econômica - como é o caso da mineração, que por ser atividade continuada e hiperextensiva no tempo começa a produzir danos de forma continuada, danos que só serão verificados em momento futuro, o juiz de eras futuras deparar-se-á com "danos históricos originados no passado" e com os "danos acumulados permanentes ou progressivos" (Melo, 2008, p. 118 e 121).

Importante ressaltar neste cenário que, uma vez consolidados os danos socioambientais provenientes da mineração, mesmo após o fechamento da mina tais danos continuarão se prolongando em direção ao futuro, de forma acumulada e progressiva, atingindo não só gerações de pessoas contemporâneas à data do fechamento da mina como também todas as gerações posteriores ao fechamento da mina, numa escala temporal dilatada e indeterminada, mas certamente hiperextensiva. Este é o paradoxo temporal perante o qual o juiz, que tiver que apreciar este tipo de questão, deverá resolver: constatados os danos gerados no passado, na vigência de legislações pretéritas, o juiz contemporâneo deverá projetar para o futuro o arcabouço jurídico presente que tiver à sua disposição no momento do julgamento. Mas como um juiz pode satisfazer necessidades de gerações futuras apoiado em um arcabouço jurídico

que, relativamente aos destinatários futuros, já terá se tornado obsoleto, já terá se tornado legislação pretérita e ultrapassada?

A dúvida acima faz todo o sentido, já que o direito ambiental visa proteger os interesses de gerações futuras. No caso específico da mineração, após o fechamento da mina, todos os descendentes da geração contemporânea ao fechamento também sofrerão danos. Conforme foi explicitado na parte introdutória deste artigo, as populações que convivem no entorno de um empreendimento minerador são historicamente abandonadas após o fechamento da mina e mergulham em uma cultura de pobreza de modo a sobrecarregar toda a infra-estrutura de serviços públicos que, sem a arrecadação financeira que possuíam durante a atividade mineradora, também entram em colapso gerando toda sorte de distúrbios socioambientais.

As gerações contemporâneas ao fechamento de uma mina sofrerão os danos históricos originados no passado e verificados até aquele momento, enquanto que os seus descendentes sofrerão danos acumulados, continuados e progressivos daquele instante em direção ao futuro. A Constituição Federal prevê no seu artigo 225, § 2º, a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado, sendo certo que todo parágrafo contido dentro de um artigo de lei, conforme a melhor técnica legislativa, subordina-se ao comando previsto no *caput.* Neste sentido, é lícito afirmar que a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado por um empreendimento minerador deve estender-se em direção ao futuro, de modo que tal tarefa de recuperação ambiental seja finalisticamente voltada para atender aos interesses, também, das gerações futuras.

2 REPENSANDO O TEMPO

A noção de tempo que foi construída ao longo de milênios, pelas gerações passadas, é fruto das percepções sensoriais alcançadas pelos próprios órgãos do corpo humano. Tais noções nasceram das experiências sensitivas do cotidiano, por exemplo a necessidade de medirem-se os ciclos da agricultura. O conceito inicial de tempo teve assim um sentido subjetivo e utilitarista (relativo) para a humanidade que, até então, não tinha instrumental científico para fazer análises temporais em escala cosmológica. Por isso, o tempo tal qual aquele que é medido nos relógios de pulsos de milhões de pessoas, ao redor do planeta, é um tempo subjetivo conforme melhor será explicitado adiante.

A transição de um conceito subjetivo do tempo para um conceito objetivo acontece através da astrofísica (Fleming, 1989a e 1989b). Passado, presente e futuro eram idéias ilusórias baseadas no conceito de "flecha do tempo": um tempo que flui e

transcorre sempre em um mesmo sentido e em uma mesma velocidade, dentro de um cenário passivo onde aos seres humanos restava apenas ver o tempo passar.

O conceito objetivo de tempo é obtido através de sua união indissociável ao elemento espaço, formando assim o revolucionário conceito denominado "espaçotempo", uma espécie de superfície com quatro dimensões, onde o tempo funciona como a quarta dimensão do espaço tridimensional até então conhecido (Fleming, 1989b). A novidade trazida por este conceito é que os elementos contidos no espaçotempo (eventos) possuem uma distância bem definida e objetiva uns em relação aos outros. Significa dizer que ao se analisarem eventos (acontecimentos) sob a ótica do espaçotempo, desfazem-se as ilusões contidas na visão subjetiva anterior que a humanidade tinha sobre o tempo.

No modelo anterior, um mesmo evento poderia ser considerado passado, presente ou futuro de acordo com a posição do observador. Para exemplificar, uma determinada luz que se acendesse em um dado lugar e em dado instante, seria um acontecimento "presente" para o observador que estivesse próximo do evento recebendo a emissão da dita luz, enquanto que o mesmo evento seria "futuro" para um outro observador situado em local mais distante e, por isso, que não tivesse recebido as emissões da luz acendida. O mesmo evento já seria "passado" para o primeiro observador que viu a luz acender-se porque estava mais próximo dela, enquanto voltaria a ser "presente" na ótica do segundo observador mais distante e que estivesse recebendo suas emissões.

Tais ilusões deixam de ocorrer quando se analisa o mesmo fenômeno acima sob a ótica e sob as noções da astrofísica, campo de conhecimento segundo o qual tempo e espaço são dimensões indissociáveis e que formam uma dimensão cosmológica denominada "espaçotempo", o qual é curvo, representa a história do Universo inteiro e onde cada ponto espacial é um evento histórico (Hawking, 2005, p. 106 e 154). A teoria da relatividade estende o nosso conceito de tempo para essa nova situação, mas, ao estendê-lo, modifica-o, e a ferida é funda. A descoberta de que o tempo não é mais o que acompanhou o homem por toda a infância, comove-o profundamente (Fleming, 1989a). Numa interpretação de Hawking, e que pode ser aplicada ao direito ambiental, o físico da USP (idem) completa dizendo que:

Em nossa época, pela primeira vez, o estudo do mundo microscópico levou a conclusões importantes sobre o mais macroscópico dos sistemas, o Universo como um todo. Fechou-se um ciclo fundamental: o microcosmo influenciando o macrocosmo e reciprocamente.

No conceito de espaçotempo as pessoas "estão" situadas, portanto, como se estivessem ocupando "um lugar no tempo" e não uma existência no tempo. Na concepção cosmológica, portanto, os danos ambientais têm uma dimensão espaçotemporal complexa. Com a emergência dos problemas ambientais, a escala de tempo foi expandida para séculos e milênios e, neste ponto, faz-se necessário um novo olhar sobre o tempo. Até por volta do último quartel do século XX, os economistas estavam acostumados a raciocinar o tempo em suas equações econômicas em termos de anos ou, no máximo décadas, porém a questão ecológica ampliou esse horizonte para séculos e milênios (Sachs, 2002, p. 49). Os danos ambientais, em sentido lato, apresentam a peculiaridade de afetarem coletividades difusas e extensas de pessoas, o que exige ampliação e redefinição dos institutos de direito civil e de processo civil (Sampaio, 2003, p. 270).

É justamente esse movimento de expansão dos institutos jurídicos, expansão demandada pela complexidade ambiental, que leva o direito a abrir-se para uma reparação transgeracional de danos, uma reparação que transcenda gerações, que atravesse séculos e alcance populações futuras afetadas por danos históricos originados no passado e acumulados progressivamente em direção ao futuro, como são os decorrentes da atividade mineradora.

As coletividades difusas de pessoas, expostas ao dano ambiental, estão situadas não só no presente mas também no futuro. A expressão pessoas "situadas" e não "existentes" deve-se à astrofísica. Estes danos ultrapassam limites geográficos e temporais. A idéia de danos ambientais transfronteiriços, que afetam vários países, agora amplia-se para a de danos transespaçotemporais, que afetam gerações de pessoas humanas situadas em diferentes eras da história, isto é, gerações de populações situadas em diferentes pontos do espaçotempo (pois o tempo é apenas mais uma coordenada do espaço tridimensional já conhecido).

Assim, uma conduta praticada por gerações passadas e que, no seu aspecto temporal, venha a produzir danos somente em relação a gerações futuras, pode ser tratada na ótica objetiva do espaçotempo como danos praticados entre vizinhos, como ocorre no direito de vizinhança. Pois sendo o tempo e o espaço dimensões indissociáveis, torna-se equivocado o raciocínio humano de perceber o decurso do tempo como a flecha que transcorre de forma unilinear e contínua em uma única direção, em um único sentido, em uma única velocidade. Na verdade, o senso comum é que traduz um tempo que "transcorre". Merece reflexões.

Com freqüência, os humanos percebem o tempo como uma flecha que segue inexorável, sempre do passado em direção ao futuro, de forma linear e numa única direção, em um único sentido. A complexidade ambiental, todavia, requer uma postura reflexiva, de modo que é preciso repensar espacialidade e temporalidade (Leff, 2003, p.

196). Os humanos percebem o tempo (ilusório e subjetivo) como algo que está sempre "andando" para frente, sendo que nesta ótica subjetiva, o tempo pode "parar" também, conforme a força gravitacional seja intensa e massiva sobre o observador (Hawking, 2005, p. 85 e 90).

Neste ponto da reflexão, pode-se dizer que o ser humano vive uma ilusão de ótica nas questões que envolvem tempo passado, tempo presente e tempo futuro, assim como vivia uma ilusão de ótica relacionada ao suposto formato plano da Terra. Por não ter uma visão ampliada e distanciada do planeta, antes da invenção do telescópio e das grandes navegações do século XV, a humanidade acreditava ser o planeta Terra plano e chato, onde os oceanos terminavam numa grande cachoeira que caía pela beirada do planeta.

De igual forma, ainda hoje, por não ter uma visão ampliada e distanciada dos fenômenos ligados ao tempo, especialmente os efeitos da gravidade que tornam o tempo subjetivo algo relativo (o que é passado para um observador, pode ser futuro para outro de acordo com a intensidade do campo gravitacional onde cada um esteja localizado); a humanidade não percebeu os efeitos e os significados revolucionários que decorrem da junção tempo e espaço como elementos indissociáveis da superfície conhecida por espaçotempo. Assim como a invenção do telescópio provocou uma revolução silenciosa que quase ninguém percebeu, a descoberta do espaçotempo e de suas implicações para a humanidade ainda é algo pouco percebido ou quase nada explorado na vida prática e cotidiana das pessoas.

Para ilustrar o raciocínio, cumpre mencionar Hannah Arendt segundo a qual, no limiar da era moderna, três grandes eventos lhe determinaram o caráter: a descoberta da América, a Reforma protestante e a invenção do telescópio. Para seus contemporâneos, o acontecimento mais extraordinário deve ter sido o primeiro, com toda a euforia decorrente da descoberta de um "novo mundo". O mais inquietante deve ter sido o segundo, a cisão do Cristianismo e o abalo de um mundo que foi formatado e ditado pela Igreja. Porém o menos percebido foi o terceiro, o telescópio, embora profunda a transformação que ele provocou sobre as noções de "verdade". Antes do telescópio, o ser humano acreditava piamente nos seus sentidos corporais, a tal ponto de diversas gerações terem "sido levadas a crer que o Sol girava em torno da Terra" pelo simples fato de verem "com os olhos do corpo" o astro solar fazer o mesmo movimento todos os dias: nascer no leste e pôr-se no oeste, percorrendo o mesmo caminho no céu.

Após a invenção do telescópio, porém, descobriu-se que a Terra era que girava em torno do Sol. Com isso aconteceu uma "perda da verdade tradicional", baseada no senso comum e nos olhos do corpo, pois a partir do telescópio o ser humano descobriu que não mais podia confiar nem mesmo nos seus próprios sentidos corporais, os quais lhe traíram (Arendt, 2008, p. 287 e 307).

Neste sentido, é lícito dizer que a percepção atual que os seres humanos têm sobre o decurso do tempo é algo também ilusório, como afirmado por Fleming ao explicar a diferença entre tempo subjetivo (marcado nos relógios) e tempo objetivo (espaçotempo), mas também porque o senso que as pessoas têm sobre o tempo está baseado apenas no próprio sentido corporal, baseado apenas nas próprias sensações físicas que, conforme acima demonstrado, não constituem uma base muito segura para definir a verdade sobre um fenômeno. É preciso despir a humanidade de todas as sensações e aprendizados que acumulou sobre a noção de tempo, para que se possa pensar e repensar o espaçotempo em termos cosmológicos e, a partir daí, pensar direitos e relações jurídicas transgeracionais na ciência ambiental.

Pensar o espaçotempo, e todas as implicações que esse conceito pode trazer para a vida cotidiana no planeta Terra, é uma experiência radicalmente nova e profundamente chocante que causa uma ferida profunda no íntimo de cada ser humano, pois divorciada dos paradigmas e das estruturas que marcaram a base do raciocínio humano desde a origem da espécie humana há milhões de anos atrás. Por exemplo, a estrutura binária do raciocínio humano. Segundo essa característica, os humanos só têm duas e exclusivas opções para pensar e tomar decisões na vida: falso/verdadeiro, claro/escuro, quente/frio, sim/não, largura/comprimento, tempo/espaço, etc.

Considerando que o espaçotempo é uma superfície quadridimensional, pensá-lo, visualizá-lo, compreendê-lo e aplicá-lo adequadamente à vida cotidiana envolve superar essa limitação binária humana. Fleming sugere visualizar o espaçotempo entendendo-o como uma superfície bidimensional formada por apenas duas coordenadas: espaço e tempo (1989b). Nesta superfície os eventos (acontecimentos) se distribuem e se localizam em pontos bem definidos, de forma objetiva e independente da posição do observador. Desta forma, a lesão aos direitos de populações futuras, no contexto espaçotemporal, possui sistemática semelhante à das lesões no sistema dos direitos de vizinhança.

As gerações futuras podem ser pensadas como populações vizinhas das gerações presentes, assim como estas gerações presentes e atuais são vizinhas das populações passadas. Lesar uma geração futura é o mesmo que lesar um vizinho situado no mesmo plano espaçotemporal. Passado, presente e futuro são meros pontos espaçotemporais, meras coordenadas de uma mesma dimensão cosmológica, também espacial só que quadridimensional, onde o tempo funciona como quarta coordenada do espaço tridimensional já conhecido. Neste cenário astrofísico e cosmológico, as diferentes gerações (passadas, atuais e futuras) estão simplesmente situadas ao longo das coordenadas de um certo espaçotempo.

Por ser este um tema que se encontra na fronteira do conhecimento, sendo complexo e profundo até mesmo para os cientistas que se debruçam diuturnamente sobre ele, como Stephen Hawking, existe certa especulação sobre universos e existências paralelas. Especula-se nos meios astrofísicos sobre populações que, para nós são chamadas de "passadas", estariam levando suas vidas paralelamente em algum ponto do espaçotempo, ponto esse considerado "evento" ou "acontecimento". O mesmo pode ser dito, especulativamente, em relação às populações "futuras", que por estarem levando suas vidas paralelas em algum ponto das coordenadas de espaçotempo, podem ser atingidas por atos da geração "atual" (assim como povos de outro país são atingidos por atos de nações vizinhas).

Mas deixadas as especulações de lado, e baseando-se no que de concreto já foi provado pela astrofísica, o fato objetivo é que o tempo é uma coordenada da superfície quadridimensional conhecida como espaçotempo, sendo possível apresentar soluções para o paradoxo temporal do direito ambiental: como um juiz contemporâneo poderia, ao constatar danos históricos originados no passado, aplicar o direito presente com vistas a garantir interesses de gerações futuras e, também, preservá-las ou repará-las no que tange aos danos acumulados e progressivos que avançam para o futuro em decorrência do cenário de hiperextensão temporal típica da mineração?

Para solver a equação acima, é útil pensar a reparação transgeracional de danos ambientais como um problema a ser solucionado entre gerações vizinhas espaçotemporais, através do mecanismo de acoplamento estrutural apresentado na teoria do direito como sistema autopoiético, trazida por Niklas Luhmann. A proposta do presente artigo baseia-se em um tipo de acoplamento estrutural do direito com as demais ciências que podem lhe informar o conteúdo e, através de processo comunicativo, suprir-lhe de informações necessárias à própria evolução, em um típico processo de autoprodução e de autoregulação.

3 AUTOPOIÉSIS: BASES FILOSÓFICAS DA REPARAÇÃO TRANSGERACIONAL

O instituto jurídico da reparação transgeracional de danos socioambientais, por ser uma proposta de âmbito intertemporal, isto é, por ser um direito que se pretende aplicar continuamente ao longo da escala temporal hiperextensiva do contexto da mineração, apresenta como principal necessidade uma base filosófica robusta que lhe dê suporte e condições de legitimidade.

Para delinear as bases filosóficas do instituto, será feita uma breve abordagem sobre o jusnaturalismo, especialmente os motivos astrofísicos que levaram à sua

derrocada, como forma de reforçar correntes filosóficas que lhe são opostas (pós-positivismo, historicismo e sociologismo), mas que podem solucionar a questão das bases de um direito mutante e hiperextensivo no tempo como é a reparação transgeracional de danos socioambientais. Ao final da exposição sobre cada uma destas bases filosóficas, será demonstrada de que forma ambas se interpenetram e se interconectam numa ótica de sistemas autopoiéticos.

3.1 O DESMORONAMENTO DO JUSNATURALISMO

Ao investigar-se o instituto da reparação transgeracional, a primeira dúvida que surge é sobre o seu fundamento jusfilosófico: como compor um direito que, embora previsto objetivamente nos textos do ordenamento jurídico, possui todavia uma natureza mutante? Embora o presente trabalho utilize como marco teórico o pós-positivismo e suas aproximações com o historicismo e com o sociologismo empírico, numa visão autopoiética do direito em Niklas Luhmann; a abordagem prévia do jusnaturalismo será necessária.

Isto porque o jusnaturalismo opõe-se diametralmente àquelas outras correntes jusfilosóficas (Poletti, 1991, p. 133). Assim, a idéia de fazer estas breves considerações destina-se a demonstrar que o jusnaturalismo ruiu e, assim, ressaltar as demais correntes. Aliás, esta é uma das questões de que mais se ocuparam os filósofos do direito: justamente saber qual o fundamento do ordenamento jurídico, em que bases ele se assenta, qual a sua origem e quais concepções informam-lhe o significado.

Neste sentido, surge o jusnaturalismo propugnando a existência de normas que não são criadas pela humanidade. Para esta corrente, a base do ordenamento jurídico transcende o ser humano por apoiar-se em um metadireito natural, pré-existente às sociedades humanas. Segundo o estoicismo helênico, este direito natural teria origem na natureza cósmica, caracterizada pela perfeição, ordem e equilíbrio do Universo (Gaarder, 1996, p. 148). A teologia medieval acreditava ser o direito revelado por Deus (Bastos, 1992, p. 6), idéia que de tão metafísica e abstrata acabou abandonada e afastada das discussões científicas. Finalmente, os racionalistas acreditam que o direito natural é fruto da razão humana; sendo portanto expressão de uma tal natureza humana que pré existe às suas diferentes organizações políticas, sociais e econômicas (Nader, 1992, p. 408).

Referido direito natural é um direito ideal, um direito supremo e, por isso, eterno, universal e imutável a servir de modelo perfeito, para o legislador, como expressão do direito bom e justo (Fiuza, 2000, p. 42). Universal, eterno e imutável porque conforme a

natureza do Universo Cósmico e, também, porque conforme a natureza humana que, segundo os jusnaturalistas, possuiriam tais características.

Produto do jusnaturalismo, o Direito Romano universalizou-se na Idade Média porque partiu dos princípios da razão natural para tornar-se a razão escrita, um tipo de direito comum à toda a humanidade e de valor universal (Poletti, 1991, p. 138). O equívoco no qual incorreram os jusnaturalistas foi justamente o de supor que o Universo Cósmico e o ser humano possuem uma natureza eterna, imutável e universal. A astrofísica e a biogeografia evolucionista demonstram que nem o ser humano, nem o Universo Cósmico possuem tais características, conforme adiante será melhor explicitado. Neste sentido, Fiuza questiona: "será mesmo que a natureza humana é uma só, imutável no tempo e no espaço?" (2000, p. 43).

Conquanto a teoria jusnaturalista tenha sido utilizada como fundamento da Revolução Francesa no século XVIII (Bastos, 1992, p. 7 e 9), urge ressaltar que o jusnaturalismo apresenta problemas justamente neste ponto: a dinâmica da mudança dos ordenamentos. Como pode um ordenamento jurídico evoluir se ele estiver baseado numa concepção jusnaturalista que proclama a imutabilidade, a eternidade e a universalidade de um pretenso e suposto direito justo?

No caso específico da Revolução Francesa, o jusnaturalismo surgiu como expressão da razão natural humana, isto é, como expressão de uma ordem justa em contraposição às injustas estruturas feudais teológicas. Neste esforço, abriu-se espaço para que as convenções escritas adquirissem primazia em detrimento dos direitos revelados divinamente, criando-se assim as condições históricas para o surgimento do positivismo legalista napoleônico (ibidem). Porém, antes que se desenvolvessem as teorias positivistas que iriam dar suporte jusfilosófico à nova ordem burguesa, merece ser questionado o jusnaturalismo neste ponto.

Como seria possível proporcionar à nova ordem burguesa condições de evolução jurídica, se referida ordem mantivesse-se apoiada no mesmo jusnaturalismo que a criou? A concepção jusnaturalista, por pretender que o direito seja eterno, imutável e universal, choca-se frontalmente com a realidade dinâmica de alternância que ocorre entre diferentes sistemas sociais, políticos e econômicos, em cada tempo e em cada espaço. Este problema ocorre porque se, na ótica jusnaturalista, o direito é eterno, universal e imutável, então pouco ou nenhum espaço restaria para o dinamismo das transformações sociais e para as particularidades e contingências nacionais ou locais.

Expressão jurídica da alteridade, ainda mais na idade contemporânea, época marcada pela existência de sociedades pós-industriais de massa, pluralistas e diversas,

em um mundo revolucionado pelas tecnociências cibernéticas; o direito hoje é mutante autopoiético (Casanova, 2006, p. 268).

Além dos pressupostos jusnaturalistas serem equivocados, ainda que não o fossem, releva reconhecer que em um mundo marcado por sistemas complexos autopoiéticos, como o atual, mostra-se incompatível a idéia de imutabilidade, universalidade e eternidade do direito. Uma das provas de que o direito natural não é tão universal, eterno e imutável como apregoado pelos jusnaturalistas, pode ser encontrada na análise do Direito Romano. Considerado de base jusnaturalista racionalista (Poletti, 1991, p. 138), o ordenamento jurídico romano tratava o direito à vida de forma bem diferente do tratamento que a atual Constituição Federal brasileira lhe confere. Àquela época a vida não tinha a proteção de hoje. De acordo com o Princípio XIX da compilação conhecida como *Jus Papirianum*, era "lícito ao pai e à mãe banir, vender e matar os próprios filhos". Já a Lei das XII Tábuas, previa em seu Princípio II da Tábua Quarta: "que o pai tenha sobre o filho o direito de vida e de morte" (Altavila, 1989, p. 87 e 94).

Interessante notar que o direito à vida é considerado, hoje, um direito comum a todos os seres humanos, possuindo valor absoluto, universal e intemporal; sendo de base jusnatural portanto (Silva, 1997, p. 173). É inviolável conforme o art. 5º da Constituição Federal. O direito romano também era considerado jusnatural, pois baseado na razão humana, daí comum à toda humanidade como um valor universal (Poletti, 1991, p. 138). No entanto não era garantido o direito à vida em seus textos legais. Como explicar esta incongruência de tratamento, do direito à vida, verificada no Direito Romano contraposto ao direito moderno; o Direito Romano supostamente universal, eterno e imutável porém contrastando com o atual direito à vida, de caráter universal também?

Só isso já seria suficiente para mostrar que o propalado direito jusnatural não existe nem nunca existiu, mormente sob as pseudo características de universal, eterno e imutável.

Aqui já se pode afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro, dentro do qual propõe-se a nova espécie reparatória transgeracional, é um sistema autopoiético dinâmico, em permanente transformação, definição e redefinição, adequado à hipercomplexidade da sociedade atual (Luhmann, 1983, p. 45), que se autoconstrói porém em contato com o meio.

Outras provas do desmoronamento do jusnaturalismo estão nas recentes descobertas da astrofísica, em Stephen Hawking, e da biogeografia evolucionista, em

Jared Diamond. Segundo a cosmologia de Hawking, o século XX viu transformada a visão de mundo do homem, pois descobriu-se que "o tempo e o espaço são curvos e inseparáveis, que o universo estava se expandindo e que teve um começo no tempo" (2005, p. 89). Logo o universo não é estático ou imutável, nem eterno como foi proposto durante vários séculos pelos defensores da corrente do jusnaturalismo.

A crença em um Universo estático e imutável começou a ruir quando, em 1922, o físico e matemático russo Alexander Friedmann se dispôs a explicá-lo. Utilizando-se das descobertas de Friedmann, Stephen Hawking explicitou melhor esta questão, dizendo que existem três possibilidades para o futuro do Universo. No primeiro modelo, expansão em velocidade lenta constante até que a gravidade provoque sua contração de volta ao ponto inicial super denso, repetindo o colapso verificado no Big Bang; no segundo modelo, expansão em velocidade veloz constante de modo que a gravidade nunca conseguirá pará-lo e no terceiro modelo, expansão em velocidade apenas suficiente para evitar seu colapso (Hawking, 2005, p. 66/71).

No entanto, resultados de observações recentes "indicam que, na verdade, a taxa de expansão do Universo não está desacelerando, mas acelerando. Nenhum dos modelos Friedmann faz isto!" (Hawking, 2005, p. 74). De acordo com Hawking, é como se uma explosão estivesse ganhando energia e não dissipando-a. "Que força poderia ser responsável por estar afastando o cosmo ainda mais rápido?" (ibidem). Neste ponto, especula-se sobre a existência de antimatéria e antigravidade. Mas independente do que vai acontecer no futuro com o Universo, releva notar que o Sol terá apenas mais uns cinco bilhões de anos de duração; pois como é uma estrela, queima combustível no seu interior durante um tempo certo e limitado (Hawking, 2005, p. 82).

Assim que chegar ao seu fim, irremediavelmente levará o Planeta Terra junto para o colapso, o que afasta por mais este motivo a idéia jusnaturalista de um direito natural eterno.

As pesquisas de Hawking acerca do Universo levaram-no a investigar também um outro corpo celeste, cujas características singulares anularam a percepção dos jusnaturalistas sobre leis universais que teriam validade em todos os tempos e lugares. A idéia de um direito natural com características universais, que o jusnaturalismo defende, sofreu profundo abalo na medida em que Hawking demonstrou que o Universo não tem características tão universais como se pensava; suas leis colapsam em alguns locais.

A descoberta de corpos celestes conhecidos como buracos negros, invisíveis ao olhar humano mas comprováveis pelos seus efeitos gravitacionais sobre corpos

vizinhos, contribuiu para derrocar a idéia jusnaturalista de leis físicas supostamente universais. Observações e medições realizadas através do Telescópio Espacial Hubble, que focaliza raios X e raios gama ao invés de luz visível, comprovaram empiricamente a existência dos buracos negros (Hawking, 2005, p. 85). Tal fato permitiu comprovar aquilo que Eisntein já defendia através de suas equações: a de que não existe um tempo absoluto e linear, mas que existem diversos tempos relativos e curvos, os quais são intimamente influenciados pela força da gravidade.

Embora comprovado que o tempo é relativo e que o Universo teve um início, o que desfaz a idéia de eternidade; as descobertas referentes aos buracos negros trouxeram outro problema: os efeitos de sua força gravitacional sobre a luz geraram uma singularidade. A força gravitacional de um buraco negro é tão gigantesca que nem mesmo a luz consegue escapar de sua superfície. Considerando que nada pode ser mais veloz que a luz, isto significa que nada mais pode escapar do buraco negro. Demonstrou-se que quanto maior a força gravitacional de um corpo menor é a percepção do tempo para quem está sob sua influência. Assim, em campos gravitacionais imensos, tais quais dentro de um buraco negro, o tempo simplesmente se dilataria ao infinito.

Essa conclusão, segundo Hawking, cria dentro do universo um ponto conhecido como "singularidade", onde todas as leis físicas da relatividade se despedaçam, pois a matemática não consegue manusear números infinitos (2005, p. 85 e 90). Tanto os buracos negros, como o momento exato da origem do Universo, conhecido como Big Bang, quando toda a massa existente hoje no Universo estava concentrada em um único ponto, de dimensão espacial zero e densidade infinita; são conhecidos na astrofísica como singularidades. Diante destas comprovações trazidas pela astrofísica, conclui-se que os jusnaturalistas equivocaram-se ao defender a pré-existência de um suposto direito natural, anterior à humanidade, e que teria suposta validade universal, duração eterna e imutável porque conforme a natureza do Universo Cósmico e as leis que o regem.

A cosmologia de Hawking mostrou que as leis físicas que regem o Universo não são tão universais, pois diante de algumas singularidades todos seus postulados despedaçam-se. Além disso, ficou provado que o Universo em si está em expansão e que não existe tempo absoluto (eternidade), mas apenas percepções diferentes do tempo conforme a força gravitacional seja maior ou menor em relação ao observador.

A biogeografia evolucionista de Jared Diamond traz outra descoberta científica que também conduz o jusnaturalismo à sua derrocada, em relação àqueles que defendem ser a razão e a natureza humana a base de um direito natural supostamente imutável e universal. Para esta corrente do jusnaturalismo, denominada racionalista, o direito

natural é eterno, imutável e universal porque conforme a natureza humana, a qual teria estes mesmos atributos.

Diamond, no entanto, faz um interessante percurso pela história biológica da espécie humana, analisando a evolução dos hominídeos sob a ótica da antropologia, da fisiologia linguística e da biogeografia. Enfatiza a herança primata do ser humano atual, ao verificar que na sua arquitetura genética existem semelhanças com o macaco bonobo e com chimpanzé comum, localizando a origem da espécie humana nos antigos hominídeos africanos (Cherfas, 1991, p. 41).

Isto desmonta a idéia de uma natureza humana eterna e imutável, pois se a espécie humana teve sua origem nos hominídeos africanos, e evoluiu até os dias atuais, então o ser humano possui natureza mutável e temporal, com origem bem definida e delimitada. Para Diamond, o ser humano é apenas mais um chimpanzé, apenas mais um animal dentre os outros existentes na fauna do planeta Terra, e que ele denomina "o terceiro chimpanzé", um chimpanzé aculturado (ibidem). Sua posição é claramente biocêntrica, não havendo razão alguma para que o ser humano considere-se um ser especial e único no contexto da ecologia terrena e, quiçá, no contexto da ecocosmologia.

Diamond ressalta que as características tradicionalmente atribuídas como distintivas da espécie humana, tais quais a habilidade de utilizar instrumentos e de cooperar, também são verificadas em primatas conforme suas observações (Cherfas, 1991, p. 42). Referidas observações mostraram que a competição por território, os instintos de combate, os instintos de proteção alheia e solidariedade, comportamento sexual, agressões gratuitas contra indivíduos da mesma espécie, por puro sadismo; são comuns a humanos e primatas (ibidem).

Isto reforça sua idéia de que o ser humano é apenas mais um animal na natureza, com os mesmos instintos, bons ou ruins, que seus ancestrais primatas; mas por ter desenvolvido cultura criou leis para regular e evitar condutas danosas ao corpo social coletivo. Diamond destaca como traço distintivo da espécie humana, e que a diferencia dos demais animais, a habilidade de fazer um fino controle dos sons vocalizados em sua laringe. A linguagem só foi possível ao ser humano em decorrência da especial evolução de sua laringe, o que lhe possibilitou desenvolver e transmitir cultura. Para Diamond, o ser humano é o "terceiro chimpanzé", um chimpanzé sem pêlos e muito aculturado (ibidem).

Sob tal ótica, é lícito afirmar que qualquer outro chimpanzé que vier a passar pela mesma evolução de sua laringe, tenderá a desenvolver fala e linguagem, tornando-se também capaz de racionalizar, criar, preservar e transmitir cultura tais quais os seres

humanos. Estes resultados da pesquisa de Diamond, permitem afirmar que a natureza humana não é universal nem superior, mas contingencial e integrada ao processo evolutivo das espécies. Por ter desenvolvido a laringe e a fala pôde, assim, o ser humano produzir cultura.

Os resultados alcançados por Diamond contribuem, inclusive, para reforçar a visão biocêntrica do direito ambiental e conduzem à idéia de igualdade biosférica, conceito que aproxima o animal humano dos demais integrantes da fauna no mesmo nível de dignidade. Assim, a dignidade da pessoa humana passa a ser um conceito acompanhado pela noção de dignidade, também, da natureza (fauna e flora). Possibilita considerar a dignidade não só da vida humana, mas a dignidade de qualquer vida "em todas as suas formas", como centro da proteção jurídica do art. 3º, inc. I da Lei nº 6.938/81 e do art. 225 da Constituição Federal, que utilizam os vocábulos "todos" e "todas".

Autoriza ampliar a exegese do art. 5º da Constituição Federal, para incluir a fauna no vocábulo "todos sem distinção de qualquer natureza". O conceito de direitos universais, nesse sentido, melhor se aplicaria caso fosse estendido para toda a biosfera e não ficasse limitado apenas a um único espécime animal: o ser humano.

3.2 APROXIMAÇÕES DO PÓS-POSITIVISMO E O DOGMA DA COISA JULGADA

Contrastando diametralmente com o jusnaturalismo, encontra-se o positivismo jurídico. Expressão do positivismo filosófico, transportado para o campo jurídico, esta corrente sustenta que a base do ordenamento jurídico é unicamente a lei do Estado. O fundamento da lei estatal reside no seu valor formal, independentemente do seu conteúdo justo ou injusto (Poletti, 1991, p. 134). Enquanto o jusnaturalismo é falho na tentativa incongruente de atualizar o ordenamento jurídico, porquanto propugna uma ordem natural justa, imutável e eterna; o positivismo tem como limitação, além do idealismo e da rigidez formalista, a temática relacionada à valoração ética.

O problema ético e axiológico é uma limitação para o positivismo jurídico, na medida em que seus postulados propõem que o objeto da ciência jurídica deve ficar isolado no direito positivo, posto pelo Estado: "não se considera sua valoração ética" (Poletti, 1991, p. 184). Ao fundir, em uma única ordem monista, o direito com o Estado, o positivismo jurídico exalta a dimensão formal do direito, fruto de um idealismo que, ao ver a ordem jurídica como "expressão concreta de um conjunto de princípios ideais e imutáveis", dificulta a dinâmica e a evolução do ordenamento (Bastos, 1992, p. 4). Hamurabi, por exemplo, "certo da inalterabilidade do seu código, dos mais antigos e

conhecidos da humanidade, proibiu, por lei própria, que no futuro viessem suas leis a serem reformadas" (Bastos, 1992, p. 13).

Na versão clássica e exagerada, o positivismo foi conhecido como napoleonismo e propôs a crença de que o documento escrito superaria os tempos e os padrões da convivência futura, interceptando toda e qualquer atividade interpretativa (Bastos, 1992. p. 11/12). Para esta corrente, também conhecida como escola de exegese, seus juristas não admitiam qualquer interpretação da lei que ultrapassasse o sentido literal e gramatical do texto. Durante a ascensão do positivismo na França, o civilista Brugnet chegou a afirmar: "Eu não conheço o Direito Civil, ensino o *Code Napoleón*" (Bastos, 1992, p. 13). Tal afirmação significou que, embora Brugnet reconhecesse a possibilidade do Direito Civil ser mais amplo que a lei civil, o direito aplicável era somente aquele contido no Código de Napoleão.

Como atualizar e dinamizar então o direito diante do quadro estático e inflexível que o positivismo apresenta? Considerando que o processo legislativo é lento, o que pode ser feito na hermenêutica e na jurisprudência? E como resolver tais questões em um contexto hiperextensivo no tempo como o da reparação transgeracional de danos socioambientais?

No campo do processo legislativo, as atualizações do ordenamento jurídico ocorrem através da edição de novas leis, conforme o procedimento previsto constitucionalmente; todavia o simples fato do surgimento de novas leis não resolve o problema de sua aplicação. Editar uma nova lei não significa que, no ato de sua aplicação, serão considerados os valores e atendidas as necessidades dos seus destinatários, até mesmo porque a idéia de valor é negada pelos postulados positivistas, rígidos, mecânicos e deterministas.

O problema da atualização do direito no positivismo é ainda maior se forem consideradas as características dinâmicas da atual sociedade de sistemas autopoiéticos. O novo paradigma científico emergente das tecnociências, dos séculos XX e XXI, vincula a elaboração de novas teorias à cibernética dos sistemas autoregulados, crescentemente complexos e que se interdefinem pela informação (Casanova, 2006, p. 271). Neste cenário contemporâneo, a teoria auto regulada da cibernética e dos sistemas complexos tornou-se "extensiva às teorias da natureza, do cosmos e da humanidade" (ibidem).

A superação do positivismo jurídico, na forma de um pós-positivismo que se aproxime das escolas jusfilosóficas do historicismo e do sociologismo pode ser pensada aqui dentro do postulado autopoiético dos sistemas complexos auto regulados.

Importante relembrar porém, antes de adentrar-se nas considerações do paradigma científico autopoiético, que até o século XIX as construções teóricas do direito e demais ciências eram fortemente influenciadas pelo paradigma científico mecanicista Newtoniano.

Ao descobrir a Lei da Gravidade Universal, suscetível de ser confirmada por observações e simulações, Isaac Newton criou em 1.666 um novo paradigma de fazer ciência: o paradigma mecanicista baseado nos cálculos previsíveis e deterministas da mecânica gravitacional (Casanova, 2006, p. 258). Este paradigma mecanicista transformou o critério "exatidão" em axioma informador de todo conhecimento que se pretendesse científico (ibidem, p. 259), irradiando e extrapolando seus postulados para todos os demais ramos do conhecimento, inclusive para as ciências sociais e, dentro destas, para as ciências jurídicas.

Neste contexto, as idéias de previsibilidade, ordem e segurança que marcaram o positivismo jurídico do século XVIII, nada mais foram do que influência recebida pelo paradigma mecanicista e determinista de Newton, que postulava uma "exatidão" científica. Aliás, Jeremy Bentham, filósofo inglês que propôs a redação de códigos em termos claros e precisos, para que não deixassem a menor dúvida de seus comandos, foi considerado o Newton da legislação (Bobbio, 1995, p. 91).

O dogma da imutabilidade da coisa julgada surge naturalmente em decorrência das idéias mecanicistas de exatidão e certeza jurídica aplicadas na salvaguarda do valor "segurança jurídica", muito caro e precioso para a classe burguesa revolucionária sedenta por preservar seus contratos e suas propriedades acumulados ao longo do processo histórico de ruptura do antigo regime monárquico.

Com a cibernética do século XXI emerge o paradigma autopoiético, que faz dos sistemas autoregulados complexos (organizações complexas) o centro do conhecimento científico atual, e desloca o determinismo mecânico da posição hegemônica que ocupava. Casanova sustenta que "dentre as características mais significativas dos sistemas auto-regulados e complexos, destaca-se o fenômeno de auto-organização que aparece na matéria, na vida e na humanidade" (2006, p. 272). A mudança do paradigma científico, abre um vasto campo para os sistemas autoregulados, isto é, para as organizações complexas, sejam elas organizações sociais, econômicas, políticas, filosóficas ou jurídicas.

Dentro de um cenário epistemológico tão revolucionário quanto este, é perfeitamente possível no campo da filosofia jurídica fazer aproximações, e porque não, fusões entre vertentes jusfilosóficas que por muito tempo permaneceram opondo-se

umas às outras. É o caso, por exemplo, da aproximação do sociologismo e do historicismo com o pós-positivismo. Os países continentais, cujos sistemas jurídicos são o *civil law*, ainda guardam forte influência juspositivista em seus ordenamentos, e "são acentuadas as reações às propostas de dinamização e ampliação dos espaços interpretativos do direito" (Bastos, 1992, p. 14).

As novas propostas de construção legal têm tímida passagem pelos Tribunais, muito embora a pressão sociologista tenha crescido e se desenvolvido, da mesma forma que cresceu a utilização jurisprudencial "como forma de acompanhar a dinâmica social e evitar o atropelamento do Direito escrito pelos fatos" (ibidem).

Bastos sustenta que o positivismo tem sofrido reações muito maiores do sociologismo e do historicismo do que propriamente do jusnaturalismo (ibidem). Porém hoje, após o desmoronamento do jusnaturalismo, já não tem mais sentido pensar o direito em termos de bipolaridade jusnaturalismo x positivismo. É mais razoável hoje buscar pontos de contato e aproximações entre as correntes filosóficas do direito, do que rupturas, mormente no quadro científico atual revolucionado pelas tecnociências, o que o torna dinâmico sob a influência do paradigma autopoiético.

Niklas Luhmann vê o direito como um sistema autopoiético e, utilizando-se de um conceito tomado da teoria de Humberto Maturana, explica que a ligação entre o direito (sistema fechado) com o meio ocorre através de acoplamento estrutural comunicativo. Neste sentido a sociedade como um todo é considerada um sistema (meio ou entorno), dentro do qual coexistem subsistemas políticos, econômicos, científicos e, inclusive, jurídicos (Luhmann, 1983, p. 84). O direito consegue assim ter dinamismo ao comunicar-se com os demais subsistemas, pois sendo também um subsistema imerso no sistema social, ou sendo um sistema inserido no meio (entorno) recebe o que Luhmann denomina de irritações do meio. Referidas irritações são efeitos gerados no ambiente e que interferem no sistema. Estas interferências aparecem como informações que são captadas pelo sistema a partir do meio, concretizando o que Casanova define como sistemas que se autoproduzem (autopoiéticos).

O pós-positivismo, acoplado estruturalmente ao sociologismo e ao historicismo, enquanto subsistemas filosóficos, pode servir de base para sustentar o instituto da reparação transgeracional de danos socioambientais e para dar, assim, a flexibilidade necessária a esse direito de natureza mutante e hiperextensiva no tempo. O pós-positivismo abre a Constituição para os valores, que são tornados jurídicos através da normatividade dos princípios; teoriza a materialidade do Direito, consagra e admite cinco gerações de direitos fundamentais (Bonavides, 2009, p. 1).

O constitucionalismo moderno promove uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado tempo e lugar, "materializam-se em princípios que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente" (Barroso, 2004, p. 326). A Constituição passa a ser encarada como um "sistema aberto" de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. O princípio da dignidade da pessoa humana despontou no Brasil nos últimos anos como um valor civilizatório relacionado a condições materiais de subsistência (idem, p. 328 e 333/334).

O pós-positivismo, na sua vertente constitucional, aproxima-se portanto do historicismo jurídico, o qual valoriza a cultura e o costume de cada povo, propugnando que longe do direito ser uma criação exclusiva da razão humana e estática da lei, é criado em função de necessidades concretas, é derivado de experiências e está sujeito a mudanças. Bachoffen, pensador historicista, resume esta corrente ao dizer que "um direito natural que se move fora da existência de um povo, que se encontra fora da história, que não tenha relação alguma com situações históricas é algo impossível" (Bastos, 1992, p. 18).

Léon Duguit, sociologista, inaugura esta corrente filosófica aduzindo que havia uma verdadeira "revolta dos fatos contra os códigos", que o dinamismo da sociedade ultrapassa o rigorismo da lei e a sobrevivência do Direito depende de sua constante e sucessiva adaptação às inclinações éticas, morais e econômicas da sociedade (ibidem, p. 19). Neste processo adaptativo provocado pelas alterações de ordem moral ou econômica, ou pelo aparecimento de novos fatos sociais, é que a jurisprudência assume papel significativo, não apenas como fator de aplicação do direito, mas como fator de modificação. Sem abandonar o mínimo necessário de segurança e previsibilidade, o pós-positivismo pode abrir-se aos valores sociais contemporâneos e futuros, utilizando-se de uma exegese aberta dos princípios normatizados que regem o sistema jurídico e pairam sobre as regras.

Nesta tarefa, o sociologismo empírico e o historicismo jurídico unem-se ao pós-positivismo, formando um organismo filosófico autopoiético complexo, onde referidas correntes jusfilosóficas funcionam como subsistemas que se comunicam e se redefinem em permanente contato com os demais subsistemas sociais. A grande mudança trazida pelos sistemas autoregulados (autopoiéticos), sejam eles jurídicos, filosóficos, econômicos ou científicos; é que limitou o determinismo (leia-se positivismo) e abriu vasto campo para novos sistemas que se inserem em sistemas "evolutivos e históricos" (Casanova, 2006, p. 272). Dentro desta dinâmica o direito, enquanto subsistema inserido no sistema social (meio ou entorno), comunica-se com a economia, a sociologia, a política, a biogeografia, a antropologia, a história, a geofísica, a biologia, a ecologia e, porque não, com a astrofísica.

O sistema hipercomplexo, jurídico, filosófico e científico, que surge de todas essas combinações, interconexões e transposições, é que vai permitir a concretização da reparação transgeracional de danos ambientais advindos da mineração na Amazônia, como um direito mutante hiperextensivo no tempo, um direito do futuro.

4 BASES LEGAIS DA REPARAÇÃO TRANSGERACIONAL: REPENSANDO A SEGURANÇA NA ERA DO HIDROGÊNIO

A Constituição Federal, em seu art. 225, *caput in fine*, impõe ao Poder Público (no qual está incluído o Poder Judiciário) o dever de defender o meio ambiente "para as futuras gerações", dever imposto a "todos" como expressão do princípio da solidariedade. Conforme demonstrado na introdução deste artigo, o setor bancário atua como condição *sine qua non* para a realização da atividade mineradora, numa relação quase societária. A Constituição Federal dispõe em seu art. 192 que o sistema financeiro nacional destina-se a promover o "desenvolvimento equilibrado do País" e que deve "servir aos interesses da coletividade", expressões essas que consagram o basilar princípio de direito ambiental do desenvolvimento sustentável, e o vinculam especialmente aos bancos.

A participação do sistema financeiro em empreendimentos ambientais faz com que o seu dever, de atender aos interesses coletivos, amplie-se de modo a alcançar também as coletividades futuras, conforme o dever imposto a "todos" no art. 225 da Constituição. Ademais, em um juízo de razoabilidade, é conveniente chamar os bancos à responsabilidade prevista na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81). Por possuírem um melhor suporte financeiro e patrimonial, apresentam maior solidez e solvência para as reparações transgeracionais por danos decorrentes da mineração. A Lei nº 6.938/81 prevê responsabilidade objetiva do poluidor, direto ou indireto, pela reparação dos danos causados, não só ao meio ambiente, mas também a terceiros afetados por sua atividade (art. 3º, IV c/c art. 14, IV, § 1º), como é o caso das populações historicamente abandonadas pela mineração.

A mesma lei impõe aos bancos o dever de condicionar a aprovação de financiamentos de projetos ao prévio licenciamento ambiental, devendo ainda tais entidades financeiras fazer constar dos projetos medidas de controle da degradação ambiental (art. 12, *caput* e parágrafo único). Tais deveres são expressões concretas do princípio da prevenção de danos, o que faz destas entidades agentes estratégicos na gestão de riscos ambientais (Tosini, 2005), de modo que podem controlar a liberação de capital e evitar danos socioambientais se, acaso, perceberem que o empreendimento não é seguro.

Ao ressalvar a expressão "sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal", o art. 14 da Lei nº 6.938/81 amplia o alcance do dever reparatório e permite que outras disposições previstas em lei federal possam ser usadas como base da reparação transgeracional. Neste sentido, o art. 944 do Código Civil brasileiro pode servir como critério quantificador para definir a extensão temporal da reparação transgeracional, pois prevê que "a indenização mede-se pela extensão do dano". Conforme foi demonstrado, as noções de tempo e espaço foram ampliadas após as descobertas científicas da astrofísica e, também, pela ecologização do pensamento. Tempo e espaço foram unidos em um mesmo conceito, onde o espaçotempo é o palco dos acontecimentos da vida humana.

Os danos socioambientais decorrentes da mineração atingem, de forma histórica, acumulada e continuada coletividades difusas e extensas de pessoas ao longo do espaçotempo, o que exige ampliação e redefinição dos institutos reparatórios de direito civil e de processo civil (Sampaio, 2003, p. 270), e permite pensar uma reparação transgeracional que também seja cumprida de forma continuada e acumulada ao longo de várias gerações humanas. Estes danos ultrapassam limites geográficos e temporais. A idéia de danos ambientais transfronteiriços, que afetam vários países, agora amplia-se para a idéia de danos transespaçotemporais, que afetam populações situadas em diferentes eras da história, populações vizinhas no plano espaçotemporal.

Conforme demonstrado na parte introdutória, estima-se que a atividade exploratória, só na jazida de minério de ferro em Carajás, irá durar quatrocentos anos, o que significa dizer que eventuais danos socioambientais irão atravessar a fronteira espaçotemporal contínua de quatro séculos. Considerando que a indenização mede-se pela extensão do dano; e que a extensão espaçotemporal do dano, neste caso, será diretamente proporcional à duração da atividade que o produziu (quatrocentos anos), é lícito dizer que os responsáveis pela mineração, e aqui incluem-se os bancos financiadores, deverão reparar tais danos durante quatro séculos seguidos.

A justificativa para tanto é o princípio da proporcionalidade espaçotemporal aplicado na defesa da dignidade das gerações humanas, presentes e futuras, valor considerado supremo no atual ordenamento constitucional brasileiro, e que acopla-se aos postulados de solidariedade social, erradicação da pobreza, desenvolvimento nacional, todos previstos no art. 1º, III c/c art. 3º, I/III da Constituição Federal, valendo repisar que no tocante ao sistema financeiro nacional, este recebeu especial incumbência de "promover o desenvolvimento" equilibrado do país e servir aos interesses da coletividade (art. 192 do Texto Magno). Em suma, o normal da República brasileira é o desenvolvimento equilibrado e sustentável. Onde e quando não houver desenvolvimento será preciso apurar responsabilidades.

Dos princípios constitucionais acima, é que se extrai uma exegese do art. 14, IV, § 1º da Lei nº 6.938/81 para que, no momento em que forem constatados danos socioambientais provocados pela mineração, seja incluída na parte dispositiva da sentença condenatória o dever do banco financiador de reparar as populações atingidas sob a forma de projeto de desenvolvimento, pois a isto o sistema financeiro nacional foi destinado constitucionalmente.

Através desta nova espécie reparatória, as futuras gerações que historicamente costumam ser abandonadas em uma "cultura de pobreza", após exaurida a jazida mineral (Ribeiro, 1995, p. 345/356), terão garantidos seus direitos transgeracionais de desenvolvimento, recebendo reparação em forma de projeto coercitivo de desenvolvimento, um projeto que será elaborado por peritos no curso da instrução processual. Os danos a serem reparados abrangem de forma ampla toda a poluição e degradação ambientais causadas, tanto ecológicas quanto socioeconômicas, conforme previsão legal contida no art. 3º, III e alíneas da Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente).

Considerando que eventual sentença condenatória, ao estipular a obrigação de um banco financiador de reparar durante quatrocentos anos os danos causados pela mineração, deverá ser cumprida também durante quatro séculos, como definir o conteúdo da prestação? A dúvida faz todo sentido porque na data da prolação desta sentença, eventual projeto de desenvolvimento que se faça constar no seu dispositivo condenatório, será elaborado nos limites das necessidades atuais e do estado histórico da sociedade lesada. Como elaborar uma indenização projeto de desenvolvimento e fazê-la constar de forma líquida e determinada dentro da sentença judicial, se muito provavelmente as necessidades e as condições socioeconômicas destas populações mudarão ao longo de quatro séculos, forçando redefinições do projeto desenvolvimentista?

Há, portanto, risco da sentença prolatada no presente não mais ser adequada no futuro. Neste caso, o historicismo e o sociologismo jurídicos permitem pensar essa reparação como um direito mutante que, de forma autopoiética, terá o seu cumprimento redefinido no tempo com a participação das populações destinatárias, as quais irão informar o juiz contemporâneo sobre suas necessidades em audiências públicas, com participação de peritos que em cada época irão auxiliar na redefinição das bases do projeto desenvolvimentista.

A base legal para essas redefinições está contida no art. 471, I do Código de Processo Civil brasileiro, cuja aplicação aos processos coletivos é autorizada pelo art. 19 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), no sentido de permitir ao juiz reexaminar uma questão já decidida quando, tratando-se de relação continuativa, houver modificação no estado de fato ou de direito. A reparação será redefinida pelos próprios

destinatários ao longo do tempo. Eventual empecilho que este reexame possa sofrer pelo dogma da imutabilidade da coisa julgada, é facilmente superado ao considerar-se que a noção de segurança que inspirou a elaboração deste instituto jurídico não mais se faz presente nos dias atuais.

Enquanto segurança na idade média significava pertencer à terra e seguir os preceitos ditados pela ordem religiosa da Igreja; por ocasião da Revolução Francesa, segurança passa a ser sinônimo de propriedade, domínio e acúmulo de bens, previsão e certeza contratual. Com a revolução fóssil no final do século XVIII, a introdução de uma nova fonte energética no mundo (petróleo), acelera a vida e os transportes, fazendo segurança ter conotação de autonomia e mobilidade no automóvel. Após a revolução cibernética, já no século XX, segurança passa a significar acesso à informação contida na rede mundial de computador, estar conectado na *internet*. Na atual conjuntura que o mundo passa, período pós-petróleo, marcado pelo pico da produção petrolífera e decréscimo contínuo acentuado das últimas reservas disponíveis; com o início da nova economia movida pelo hidrogênio, combustível que vai girar o planeta Terra a partir deste século XXI, segurança agora passa a ser sinônimo de preservação ambiental, pois do equilíbrio dos ecossistemas de todo o planeta Terra é que dependerá a disponibilidade hídrica abundante para geração do hidrogênio. "A questão ambiental passa a ser o centro das discussões sociais, econômicas e políticas"; a tarefa da biosferopolítica é alcançar essa segurança (Rifkin, 2003, cap. 9).

CONCLUSÃO

Logo, a reparação transgeracional de danos socioambientais, a ser implementada no setor da mineração, e suportada pelos bancos financiadores, é um instituto jurídico plenamente factível e necessário para que o paradoxo temporal do direito ambiental seja resolvido e bem equacionado. Possibilita que um juiz contemporâneo, ao deparar-se com danos históricos originados no passado, mas acumulados e progressivos em direção ao futuro, possa dar resposta justa e adequada em favor de gerações futuras situadas em um plano espaçotemporal complexo e hiperextenso, utilizando-se de uma hermenêutica constitucional principiológica, acrescida de elementos democratizantes da função jurisdicional, de modo a permitir que as gerações afetadas participem do processo decisório, via audiências públicas.

Os princípios da extraterritorialidade do direito, que se aplicam às relações entre pessoas situadas em diferentes países, podem ser acoplados estruturalmente aos princípios do direito de vizinhança, numa construção jurídica hipercomplexa sob a ótica dos sistemas autopoiéticos, em Luhmann e Casanova, já que o tempo é apenas uma coordenada existente na superfície conhecida como espaçotempo (Hawking, 2005, p. 106 e 154). A proposta acima resume-se em solucionar os conflitos intergeracionais (entre diferentes gerações) da forma como se solucionam os conflitos intrageracionais

(entre gerações presentes), tratando o dano intertemporal como um dano cometido entre vizinhos espaçotemporais.

A reparação transgeracional, destinada a atravessar vários séculos, não conflita de forma alguma com ideais de segurança jurídica contidos no dogma da coisa julgada, eis que na atual era do hidrogênio, segurança passou a ser sinônimo de preservação do meio ambiente, elemento nuclear norteador de qualquer exegese que pretenda ser humanitária.

REFERÊNCIAS

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos.** 6ª ed. São Paulo: Ícone, 1.989.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BARCELLOS, Elen Araújo de; LIMA, Maria Helena Machado Rocha. **Mineração e desflorestamento na Amazônia legal.** Rio de Janeiro: CETEM, 2002. Contribuição técnica à jornada de iniciação científica, 3-4 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.cetem.gov.br/publicacao/CTs/CT2002-016-00.pdf> Acesso em: 28 de julho de 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Aurélio Wander. **Introdução à teoria do direito.** Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992.

BNDES. **Mercado mundial de sucata.** Rio de Janeiro: BNDES, 2000. Relatório Setorial de Mineração e Metalurgia disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/relato/sucata.pdf>

Acesso em 28 de julho de 2009.

BNDES**. Setor Mineral: o desafio da mineração brasileira.** Rio de Janeiro: BNDES, 1999. Relatório Setorial de Mineração disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/relato/min_99.pdf> Acesso em 26 de junho de 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Neopositivismo e ideologia na Constituição.** Fortaleza, Instituto Paulo Bonavides, 14 de maio de 2009. Palestra disponível em: < http://www.consulex.com.br/news.asp?id=14098> Acesso em 26 de junho de 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. 292 p.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de janeiro de 1973. Seção 1.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2002. Seção 1.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação**.** In: PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÈSPEDES, Lívia. (col.) **Legislação de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. _____.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: da assimilação dos riscos ecológicos pelo direito à formação de vínculos jurídicos intergeracionais.** São

Leopoldo (RS): Unisinos, 2006. Tese de Doutorado em Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006.

CASANOVA, Pablo González. **As novas ciências e as humanidades: da academia à política.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.

CHERFAS, Jeremy. A very cultured chimpanzee. **New Scientist Magazine**, Londres, nº 1777, 13 de julho de 1991.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIUZA, Cesar. **Direito civil: curso completo.** 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FLEMING, Henrique. O tempo de Hawking. **Revista USP**, São Paulo, nº 2, jun/jul/ago de 1989a.

_____. O tempo na física. **Revista USP**, São Paulo, nº 2, jun/jul/ago de 1989b.

GAARDER, Jostein. **O mundo de Sofia.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

HAWKING, Stephen William. **Uma nova história do tempo.** Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

LEFF, Enrique. **A complexidade ambiental.** São Paulo: Cortez, 2003.

LIMA. Maria Helena Machado Rocha. **A informação e a sustentabilidade da mineração na Amazônia: um banco de dados sócio-econômico e ambiental.** Porto Alegre: CETEM, 2002. Contribuição Técnica ao Congresso Internacional das Instituições de Pesquisa Tecnológica/ Biennial Congress Waitro, 08-11 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.cetem.gov.br/publicacao/CTs/CT2002-032-00.pdf>

Acesso em 28 de julho de 2009.

LUHMANN¸ Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARÉS, Carlos Frederico. Introdução ao direito sócio-ambiental. In: LIMA, André (org.). **O direito para o Brasil socioambiental.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 21-48.

MELO, Melissa Ely. **O dever jurídico de restauração ambiental: a percepção da natureza como projeto.** Florianópolis (SC): UFSC, 2008. Dissertação de Mestrado em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 2008.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

ONSTAD, Eric. Bancos focam recursos em mineração ante crise de crédito. **Agência Reuters.** Londres, 04 de junho de 2008. Disponível em: Acesso em 26 de junho de 2009.

POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito.** São Paulo: Saraiva, 1991.

REIS, Eustáquio J. Os impactos do pólo siderúrgico de Carajás no desflorestamento da Amazônia brasileira. **Parcerias Estratégicas**, Brasília, n. 12, 276-293, setembro 2001. Disponível em: <http://ftp.unb.br/pub/UNB/ipr/rel/parcerias/2001/3392.pdf> Acesso em 28 de julho de 2009.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RIFKIN, Jeremy. **A economia do hidrogênio.** São Paulo: M. Books, 2003.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SAMPAIO, Francisco José Marques. **Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SCLIAR, Cláudio. **Agenda 21 e o setor mineral.** Brasília: MMA, 2004. Caderno de Debate Agenda 21 e Sustentabilidade, Secretaria de Políticas para o Desenvolvimento Sustentável, Ministério do Meio Ambiente, Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/caderno_setormineral.pdf > Acesso em 28 de julho de 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Maria Amélia Rodrigues da. Efeitos da gestão ambiental das empresas minero-metalúrgicas da Amazônia oriental (Estado do Pará). In: V Encontro Nacional sobre Gestão Empresarial e Meio Ambiente, 1999, São Paulo. **Anais.** São Paulo: Plêiade, 1999. v. 01. p. 519 - 534. Disponível em: <http://www.ecoeco.org.br/conteudo/publicacoes/encontros/i_en/mesa6/4.pdf> Acesso em 28 de julho de 2009.

TOSINI, Maria de Fátima Cavalcante. **Risco ambiental para as instituições financeiras bancárias.** Campinas (SP): Unicamp, 2005. Dissertação de Mestrado em Desenvolvimento Econômico, Espaço e Meio Ambiente, Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, 2005.

FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL DA PROPRIEDADE*

ENVIRONMENTAL AND SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY

Fabianne Manhães Maciel

RESUMO

Analisar a propriedade e suas transformações ao longo do tempo se faz necessária principalmente em virtude do atendimento ao destino sócio-ambiental que a Carta Constitucional de 1988 determinou. Deve-se averiguar se seria possível excluir o caráter coletivo e social da propriedade, onde o indivíduo se concentraria apenas no objetivo de subsistência, e, uma vez alcançado tal objetivo, e escassos os recursos naturais, buscava-se novos meios de sobrevivência, não se atrelando à terra. Determinar a propriedade como como um direito individual sem atrelá-la ao atendimento à sua função social, poderá ocasionar abuso e ausência de desenvolvimento sustentável. Os instrumentos de política urbana têm por escopo garantir a eficácia do Estatuto da Cidade, impondo sanções gradativas para resguardar a função social da propriedade. A proteção da propriedade, se estende ao precípuo dos fundamentos constitucionais efetivando justiça social.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE – FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL – ESTATUTO DA CIDADE – DIREITO À MORADIA – JUSTIÇA SOCIAL

ABSTRACT

Analyze the property and its changes over time is needed primarily because of the service target socio-environmental that the Constitutional Charter of 1988 established. It should be whether it would be possible to exclude the social and collective character of the property, where the individual would focus only on for subsistence, and once achieved that goal, and few natural resources, is seeking new means of survival, not tying it to the ground.Determine how the property as an individual right without harness it to service its social function, could lead to abuse and lack of development. The instruments of urban policy seeks to guarantee the effectiveness of the City Statute, imposing gradual sanctions to safeguard the social function of property. The protection of property and extends to the principal purpose of the constitutional foundations effecting social justice.

KEYWORDS: PROPERTY – ENVIRONMENTAL AND SOCIAL FUNCTION – CIITY STATUTE - RIGHT TO HOUSING - SOCIAL JUSTICE

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura o direito de propriedade, estabelecendo como exigência o atendimento de sua inafastável função social, sendo esta uma imposição jurídica que uma vez dissociada de sua aptidão natural desconfigura o motivo que legitima a garantia e a declaração da propriedade, constituindo abuso de direito.

Para a promoção do controle do desenvolvimento urbano, através da formulação de políticas de ordenamento territorial, foi concedido ao poder público municipal determinar a circunspecção do equilíbrio entre os direitos e interesses individuais e coletivos em relação à destinação dada ao solo urbano.

Nesse contexto, novos instrumentos jurídicos de política urbana têm sido implementados em conformidade com o dinamismo social, dentre os quais pode-se destacar o Estatuto da Cidade, que acrescido às normas constitucionais preexistentes pertinentes à política urbana, efetivará a democratização das funções sociais da cidade em benefício de seus habitantes, propiciando condições razoáveis de habitação, trabalho e lazer.

A execução de tais instrumentos, aditados à efetivação das reformas das ordens jurídicas municipais, impulsiona a devida integração entre planejamento, legislação e gestão urbana, democratizando a legalização plena de uma recente ordem jurídico-urbanística de cunho social, que tem por objeto a regulamentação do direito urbanístico trazida pela Constituição Federal referente ao solo (extensão/espaço) da cidade, sanando através da Lei 10.257/2001 a ausência de norma que garantisse sua eficácia.

Diante da inovação urbanística indaga-se: Quais os instrumentos de implementação da política urbana face ao Estatuto da Cidade? Qual o grau de eficácia da função social da propriedade considerando os direitos de 1ª geração? Qual o contexto histórico-jurídico ensejador da propriedade e de sua funcionalização? Tais indagações são essenciais para a compreensão do déficit de civilidade do país, a fim de demonstrar que com o apropriado planejamento e a correta institucionalização da função social, a adequação aos interesses econômicos, sociais e ambientais, se dará de forma condizente com os almejados pela Carta Magna.

A pesquisa é relevante no âmbito social uma vez que visa revelar aspectos de democratização do solo urbano e sob a ótica jurídica é também de suma importância eis que tem por escopo demonstrar aspectos materiais da efetiva utilização do solo.

A análise do tema realiza-se através de doutrina nacional referente à matéria constitucional de forma ampla, bem como por meio de obras específicas. Além destes instrumentos de pesquisa, opta-se também, em trazer um apanhado histórico com o objetivo de facilitar o entendimento, detectando as evoluções histórico-jurídicas constantes ao tema, posto que o direito à propriedade sofreu mutações, tolerando-se limites quando conflitante com a ausência do atendimento de sua função social, mitigando direitos individuais em prol do bem coletivo, redimensionando um direito antes tido como absoluto.

2. Evolução histórica do direito de propriedade

A concepção de propriedade sofreu inúmeras mudanças e influências ao longo da história dos vários povos, desde a antigüidade, dimanando diretamente da organização política.

Nas sociedades primitivas, precedente ao período romano, existia propriedade privada exclusivamente para coisas móveis, restrita a objetos de pouca monta e de caráter pessoal. O solo pertencia a toda sociedade, aos membros das tribos, às famílias, não havendo imponência concernente a um senhor ou a um líder soberano. A propriedade coletiva primitiva é inexoravelmente o marco introdutório que deu origem à função social da propriedade nos tempos primevos.[1]

Essa conjuntura se justifica pelas convenções e circunstâncias de vida dos indivíduos que figuravam socialmente àquele tempo. Os povos primitivos que não se contactaram com a civilização, sustentam ainda hoje, a mesma estrutura organizacional. Os homens vivem unicamente da caça, pesca e de frutos silvestres, utilizando-se do solo de forma conjunta pela família e tribo, não provindo oposição de interesses relacionados à apropriação do solo, sendo inconcebível sua utilização individual e privativa. Desprovidos ou escassos os recursos naturais do território, o grupo social transferia-se para outras terras, em busca da garantia de sua subsistência, não estando, portanto, o indivíduo cativo ao solo. Desta forma, inexistia noção de utilização exclusiva de bem imóvel. No transcurso histórico, o constante emprego da mesma terra pelos mesmos povos, passa a atrelar o homem à terra que a utiliza e habita, ex-surgindo a compreensão de propriedade coletiva e, logo após, de propriedade individual. [2]

É complexo determinar o instante do surgimento, na sociedade romana, da forma inicial de propriedade territorial, posto que não existe ciência de registros claros na antiga Roma que possibilitem tal precisão. O conceito de propriedade imobiliária individual emergiu na época da Lei das XII Tábuas, conforme algumas fontes. Durante essa fase do Direito Romano, o homem recebia um *quantum* de terra com o fim de cultivo, porém, uma vez concluída a safra, a terra regressava ao coletivo. Gradativamente, estabeleceu-se a tradição de outorgar sempre a mesma porção de terra às mesmas pessoas ano após ano. Assim, o *pater famílias* acomodava-se, edificava sua moradia e habitava com seus familiares e escravos.

Deste modo, efetivou-se no chiste romano a propriedade individual perpétua. A Lei das XII Tábuas determinou o conceito jurídico do *ius utendi, fruendi et abutendi*, considerando-se o império sobre a terra de forma irrestrita. Nos primeiros séculos da história romana, somente se tolerava o *dominium ex jure quiritium*, propriedade contraída privativamente sob formas pré-concebidas. Somente na era clássica o Direito Romano admitiu exorbitância no uso do direito de propriedade e sua admoestação.

A propriedade grega e romana acoplava-se a duas instituições distintas: a religião e a família. A propriedade privada aproximava-se da religião, e esta da família, através de cultuação dos ancestrais, os deuses Lares. [3]

A morada da família, local de realização de culto, é estreitamente ligada à propriedade do solo onde se fixam, e ao local onde também freqüentam os deuses, estando situados o altar, o culto, e a propriedade do solo e das coisas que o munem sob o domínio do *pater*. Daí surge a acepção sagrada que se confere à casa e ao lar. Os deuses eram pertencentes a apenas uma família e ao seu respectivo lar. Logo, pode-se afirmar que a religião foi o garantidor da propriedade, primeiramente, sendo esta protegida pelos deuses domésticos. [4]

A percepção romana de propriedade é propagada pelos hermeneutas para a cultura jurídica da Europa continental.

Na Idade Média, o território transformou-se em sinônimo de poder, perdendo a propriedade o caráter individual e exclusivista, sendo alterados os conceitos jurídicos. Os vassalos eram servos dos senhores; não eram donos do solo.

O Direito Canônico infundiu a opinião de que o homem está capacitado a contrair bens, pois a propriedade privada é garantia de liberdade individual. Entretanto, por influência de Santo Agostinho e de Santo Tomás de Aquino, doutrinou-se que a propriedade privada era inerente à própria natureza humana, devendo, no entanto, utilizá-la com justeza. [5]

A escola do direito natural, na constância do século XVIII, passou a altercar leis que definissem a propriedade. A Revolução Francesa acolheu o conceito romano. O Código Napoleônico, consequentemente, balizou a notável noção extremamente individualista do instituto do art. 544: “a propriedade é direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos”. Este Código, e as opiniões da Revolução refletiram em todos os ordenamentos que se moldaram no Código Civil francês, englobando a maioria dos códigos latino-americanos. [6]

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 17, assevera a propriedade como direito inviolável. [7]

Esse exacerbado individualismo perde força no curso do século XIX através da revolução, do desenvolvimento industrial e dos princípios socializantes, onde se passou a ansiar por um sentido social para a propriedade.

A Constituição do ano de 1824, manifestamente liberal, em seu art. 179, inciso XXII, preceituava: “É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela”. [8]

A Constituição da República de 1891, em termos análogos, assegurou o direito de propriedade, caracterizado pelo individualismo, em seu art. 72, parágrafo 17: “O direito de propriedade mantém-se em toda sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.

A inovadora Constituição de 1934 afirmou de maneira indireta, a função social da propriedade, ao dispor em seu art. 113, parágrafo 17, ser assegurado o direito de propriedade, “que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na

forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á mediante prévia e justa indenização". [9]

O texto da Constituição de 1937 revelou um retrocesso em relação ao antecedente. Garantiu apenas o direito de propriedade, art. 122, nº. 14, fazendo vaga referência que seu conteúdo e limites seriam estabelecidos em leis que regulassem seu exercício, não mencionando os interesses social e coletivo.

A Constituição de 1946, diante da omissão no texto da Carta anterior, definiu expressamente, no art. 147, que "o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A Lei poderá, com observância do disposto no art. 146, parágrafo 16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos". [10]

No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello, o disposto na Constituição de 1946 compõe um "marco jurídico, porque prevê a desapropriação por interesse social e, sobretudo, aponta um norte à legislação infraconstitucional, no sentido de assegurar a justa distribuição e igual oportunidade de acesso à propriedade". [11]

Essa ordem constitucional proporcionou a elaboração de legislação operativa, atentando ao princípio da propriedade dirigido ao bem-estar social. Originou-se no ordenamento jurídico pátrio uma exigência positiva e não só um dever de abstenção do proprietário. Foi introduzido no direito positivo um direito/dever. [12]

Inobstante o momento político de geração das Constituições de 1967 e 1969, ambas registraram explicitamente como objetivo da ordem social alcançar o princípio da função social da propriedade, art. 160, inciso III. A propriedade assumiu uma posição de proeminência, estando prevista no art. 153 como direito inviolável da pessoa humana, conjuntamente com o direito à vida, à liberdade e à segurança.

Na esfera civilista, o Código Civil de 1916 adotou o molde de propriedade constituído pelo Código Napoleônico, evidenciado pelo individualismo e patrimonialismo. O art. 524 do Código Histórico, reproduzindo a filosofia da camada senhorial, que o fez organizá-lo como um reflexo de suas ações e sentimentos, conforme a percepção que tinham da sociedade no seu idealismo. [13]

3 Tutela constitucional do direito de propriedade

A Constituição Federal destina um Capítulo à Política Urbana, no Título referente à Ordem Econômica e Financeira (arts. 182 e 183).

O Princípio da Função Social da propriedade encontra-se inserido após às disposições relativas aos princípios gerais da atividade econômica, que, em sendo urbana a propriedade, só se efetiva quando atende às exigências essenciais de ordenação da cidade exaradas no Plano Diretor, art. 182, CRFB/88. [14]

O objetivo principal possui natureza social, tendo como finalidade imediata "viabilizar a democratização das funções sociais da cidade em proveito de seus habitantes, prevendo mecanismos de promoção do adequado aproveitamento do solo urbano". [15]

O art. 183, por sua vez, estabelece a usucapião especial de pequenas áreas urbanas, salientando que a utilização deve ser com a finalidade de moradia. [16] Contudo, o texto normativo constitucional requer expressamente a produção de uma norma infraconstitucional, qual seja: Lei nº. 10.257, de 10.07.2001 – Estatuto da Cidade -, determinando em seu exórdio que "regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências". [17]

O Estatuto da Cidade não tem como único propósito assegurar a execução dos dispositivos constitucionais que disciplina, tendo também o condão de fixar deveres e proibições a particulares e a agentes públicos, renovar a ordem jurídica e institutos jurídicos, estabelecer sanções para os que transgredirem os preceitos por ela fixados, além de exigir a produção de normas, no âmbito municipal, que garantam a sua total aplicabilidade.

A análise da nº.Lei 10.257/2001 - Estatuto da Cidade - impõe a coadunação com normas e princípios constitucionais, a fim de explicitar a real acepção e o alcance de cada um dos seus mandamentos.

Nesse diapasão, o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, demonstra que o Estado Democrático de Direito está "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna". [18]

Constata-se que, ao elencar os direitos a serem resguardados, o primeiro a ser exposto diz respeito aos direitos sociais, dentre os quais se destaca o direito à moradia, expressamente introduzido ao texto do art. 6º da Carta Magna, pela redação da Emenda Constitucional nº. 26, de 14.02.2000.

O direito à moradia é referendado pelo art. 7º, IV, CRFB/88 ao integrar o dispositivo que concerne aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, relativos às suas necessidades vitais e às de sua família, devendo ser respeitado sob pena de ferir o principal fundamento que rege a República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, CRFB/88; e um dos seus objetivos fundamentais: a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, art. 3º, III, CRFB/88. [19]

O art. 5º ao dispor sobre os direitos e deveres individuais e coletivos caracteriza alguns como invioláveis (inciso XI), reconhecendo solenemente que a casa (moradia) é asilo inviolável do indivíduo, e que a propriedade atenderá à sua função social (inciso XXIII), o que é reiterado por outros preceitos constitucionais. (v.g., art. 170, III, CRFB/88)

O art. 23, IX, CRFB/88, determina ser de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições de habitação e de saneamento básico. [20]

Neste sentido, sob a égide do sistema constitucional brasileiro, verifica-se que a Lei Maior exige a implementação de *políticas sociais ativas,* e que o Estatuto da Cidade vem viabilizar a materialização do conteúdo constitucional, dando a intensidade necessária para garantir a sua efetividade.

Os instrumentos jurídicos de política urbana, como as leis reguladoras do parcelamento do solo urbano, as leis de zoneamento, códigos de edificação ou utilização compulsórios da propriedade urbana, e outros regulamentos de caráter urbanístico e de preservação do meio ambiente têm sido insuficientes para a resolução dos problemas referentes às cidades e aos pólos urbanos. [21]

Em desacordo com a atual ordem jurídica, destacam-se o elevado preço do solo urbano, a ocupação desenfreada e deterioradora do meio ambiente, especialmente pelas populações de baixa renda fustigados à periferia por diversos fatores, a especulação imobiliária, e a grande quantidade de área não utilizada, ou sua utilização de forma imprópria, sendo certo que ignoram a determinação de atendimento à função social da propriedade. [22]

Desta forma, referir-se à habitação, moradia, casa e lar, é tanger em necessidades básicas do ser humano, asseguradas pela Constituição da República como direito social, sobretudo com o objetivo a que se destina, de indiscutível relevância pública, determinando ao legislador e aos administradores públicos que se produza densidade normativa e implementações políticas, que garantam a máxima eficácia.

4 O direito de propriedade como uma garantia fundamental

As Constituições modernas passaram a conferir direitos sociais, renunciando a prática de prescrever normas específicas às garantias de liberdade dos cidadãos ante o Estado, toando como proteção ao despotismo econômico.

A Constituição Federal de 1988 reitera o direito à propriedade privada e à sua função social pautando-os dentre os direitos fundamentais, consolidados no art. 5º, incisos XXII e XXIII.

Em seu Título VII, a Carta Magna, ao versar sobre a Ordem Econômica e Financeira, estabelece como fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, sendo sua finalidade precípua a garantia da existência digna, respeitados os ditames da justiça social, ressaltando que se deve observar os princípios da propriedade privada, art. 170, inciso II, e, da função social da propriedade, art. 170, inciso III. [23]

O direito à propriedade é propagado em múltiplos dispositivos da Carta Maior: art. 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à propriedade no mesmo patamar dos direitos fundamentais (vida, liberdade, igualdade e segurança); art. 5º, inciso XXIV, dispõe sobre o procedimento de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social; art. 5º, inciso XXV, prescreve sobre a requisição de propriedade particular em caso de iminente perigo público; o art. 6º, com redação trazida pela

Emenda Constitucional nº. 26, assevera a moradia como um direito social, e os arts. 182 e 183 regulamentam a política urbana, com alusão à função social da propriedade e à usucapião especial. [24]

Ao inserir a propriedade como uma liberdade fundamental, relacionada ao interesse social e a valores da ordem econômica, a Constituição da República de 1988, numa congregação de Cartas meramente liberais e de propensão social, abduziu modelos como as Constituições italiana e portuguesa, que se restringiam a abordar o tema nos capítulos das relações econômicas. [25]

Verifica-se a contumácia do legislador ao aventar a propriedade, contudo, não obstante os irrefutáveis progressos, a expressão "propriedade" repercute-se em dispositivos aparentemente paradoxais. Embora enfatize o seu caráter sacro e infringível em alguns artigos em outros define a essencialidade de sua funcionalização, acoplados a outros princípios e direitos fundamentais. Gustavo Tepedino, amparado em sólida doutrina italiana, ensina que não há mais um motivo para se falar em conteúdo mínimo, como se existisse "antinomia entre a relação de propriedade e o interesse social, mas sim em novo e preciso conteúdo da propriedade, inserida na relação concreta e impregnada dos outros valores não-proprietários tutelados pela Carta Política" [26]Neste sentido, finaliza Pietro Perlingieri lecionando que, "embora não possa a propriedade privada ser esvaziada, como se fosse um mero título de nobreza, não há um conteúdo mínimo a ser preservado, mas sim vários conteúdos mínimos, relativos a cada estatuto proprietário, a serem individualizados em cada situação."[27].

A Constituição Federal determinou inúmeros estatutos para distintas posições proprietárias, embasando-se na condição do bem se urbano ou rural; quanto à sua aptidão econômica, produtivo ou improdutivo; e quanto ao critério subjetivo, se o titular é brasileiro ou estrangeiro, sendo certo que nem todas elas usufruem do mesmo prestígio legal.

Inovadoramente, a função social da propriedade além de fixar-se como direito fundamental, alcançou a condição de princípio regente da ordem econômica. A vasta admissão da função social, que se estende a diversos capítulos da Carta Magna, consente em vinculação mais ampla, diretamente atrelada ao fundamento da dignidade da pessoa humana, e à justiça social. [28]

Mesmo estando prevista entre os direitos individuais a propriedade não poderá ser consagrada um como direito individual, "relativizando-se seu conceito e significado, porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social". [29]

Por fim, mister salientar que, a Constituição Federal convergindo com outras Cartas modernas conferiu ao princípio da função social da propriedade operabilidade, determinando parâmetros e instituindo sanções aplicáveis em casos de sua inobservância.

4.1 Direito de propriedade: Da política urbana e função social

O Estatuto da Cidade, em seu art. 4º, elenca um rol exemplificativo de instrumentos disponibilizados ao Poder Público, que tem por escopo organizar os espaços habitáveis e garantir o atendimento à função social da propriedade e da cidade, evidenciando a intervenção urbanística.

Inobstante o entendimento doutrinário, segundo o qual os princípios da função social da propriedade e da função social da cidade contêm positividade e eficácia plena, perante o Poder Judiciário prepondera uma opinião legalista, substanciada na necessidade da subsunção do princípio em normas legais específicas, para a efetiva aplicabilidade desse.

O princípio da função social da propriedade é o conceito que afere coesão e funcionalidade ao conjunto de atos normativos e administrativos que objetivam a adequada constituição dos ambientes habitáveis.

A função social da propriedade consiste na utilização plena do bem, na otimização ou na tendência de otimizar "os recursos disponíveis em mãos dos proprietários ou, então, impondo-se que as propriedades em geral não possam ser usadas, gozadas e suscetíveis de disposição em contradita com estes mesmos propósitos de proveito coletivo". [30]

A Constituição Federal estabelece como competência da União a edição de normas gerais de direito urbanístico, condicionando a ação do Poder Público Municipal, no que se refere ao princípio da função social da propriedade, à promulgação de lei ordinária federal que licencie sua imposição. Entretanto, a lei federal - Estatuto da Cidade - não pode restringir a atribuição outorgada pela Constituição, art. 30, I, e, VIII, não sujeitando o Município a atuação legiferante, tendo a lei federal apenas o condão de descrever alguns instrumentos de política urbana, corroborando para a padronização da nomenclatura e para a uniformização de sua aplicação. [31]

O art. 4º, § 1º do Estatuto da Cidade é conciso ao dispor que os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, devendo-se observar o disposto nesta Lei, apresentando instrumentos eficazes, de notável relevância social, assegurando a eficácia do objetivo expressado no art. 182 da Constituição Federal. [32]

O Plano Diretor é o instrumento de política urbana municipal hábil a alcançar o objetivo fundamental do Estatuto da Cidade, no sentido de dar concreção ao cumprimento da função social da propriedade através do implemento do planejamento de recursos urbanísticos.

A concepção de Plano Diretor, como ferramenta urbanística, antepõe-se a existência de uma norma geral instituidora das diretrizes necessárias à execução da política urbana.

Inicialmente, indagava-se qual seria o correto instrumento para a edição de um Plano Diretor. Todavia, tal hesitação foi ultrapassada, eis que a Constituição Federal expressamente previu em seu art. 182, § 1º, como competência do Poder Legislativo sua aprovação, sendo, portanto, lei. [33]

Além da mencionada previsão constitucional, outros elementos estão vinculados pela Carta Maior como indispensáveis à composição do conceito de Plano Diretor, quais sejam: o fato de ser um "instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana", a obrigatoriedade para cidades com população excedente a vinte mil habitantes, e, a capacidade de balizar as áreas suscetíveis de cominação de encargos urbanísticos ao proprietário de "solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado". [34]

Muito embora haja presciência constitucional referente ao tema, durante um lapso temporal manteve-se um espaço para acepções normativas mais precisas, anteriores a atuação pormenorizada do legislador municipal na composição do Plano Diretor. Contudo, tal lacuna foi superada com a edição da legislação federal, denominada "Estatuto da Cidade".

O Estatuto da Cidade aditou elementos essenciais ao conceito jurídico de Plano Diretor: o elegeu como instrumento jurídico azado para categorizar e fundir o sentido de função social da propriedade urbana, ao exprimir em seu art. 39 que a propriedade urbana alcança o cumprimento de sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor; programou sua determinação como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, pré-estabelecido pela Constituição em seu art. 182, § 1º, sendo reiterado pelo art. 40 do Estatuto da Cidade, o qual forneceu viabilidade prática; atrelou a efetivação dos instrumentos de implementação de uma política urbana à presença de um Plano Diretor, como por exemplo, o direito de preempção (art. 25, § 1º), a outorga onerosa do direito de construir (arts. 28 e 29), as operações urbanas consorciadas (art. 32, *caput*), e, a transferência do direito de construir (art. 35, *caput*), condicionando os instrumentos urbanísticos definidos no Estatuto da Cidade ao prévio planejamento urbano, materializado através do Plano Diretor. [35]

O Plano Diretor foi expressamente incluído como instrumento de implementação de política urbana sob o prisma da planificação geral a ser obedecida pelo Município, diante da ênfase institucional que lhe foi conferida. Sua aplicabilidade justifica-se através do seu caráter cogente, mediante a atuação do Poder Público Municipal, possibilitando a constituição de políticas de investimentos, estabelecida no Estatuto da Cidade à imprescindível introjecção das suas normas ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias e ao orçamento anual, conforme disposto no art. 40, § 1º. Ademais, mesmo que não houvesse uma previsão expressa no Estatuto da Cidade, esta seria uma implicação lógica, pois para que o Poder Público atue utilizando-se de recursos públicos, ainda que previstos no Plano Diretor, é necessário para ser efetivada, a expressa previsão orçamentária. [36]

No âmbito da abrangência, o Estatuto da Cidade determinou que o Plano Diretor englobaria "o território do Município como um todo", art. 40, § 2º, devendo ser ratificado que a competência deve ser exercida nos limites de atuação do legislador municipal, o qual deve ater-se a aspectos urbanísticos, inclusive quando referir-se à áreas rurais que integram o Município, sob pena de usurpar a competência legislativa exclusiva da União.

No que tange à obrigatoriedade de sua edição a Constituição Federal previu em seu art. 182, § 1º, a imposição para as cidades com número de habitantes excedentes a vinte mil.

Contudo, esta regra foi ampliada pelo Estatuto da Cidade, fixando a obrigatoriedade também para as cidades que integram as regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, art. 41, II; cidades onde o Poder Público Municipal tenha a pretensão de empregar os instrumentos previstos no art. 182, § 4º da Constituição Federal, art. 41, III; cidades inseridas nas áreas de especial interesse turístico, art. 41, IV; e as cidades integrantes da área de influência de empreendimentos ou atividades com expressivo impacto ambiental de caráter regional ou nacional, art. 41, V, Estatuto da Cidade. [37]

O art. 50 do Estatuto da Cidade preconizou que os Municípios que não estejam enquadrados na obrigação prevista nos incisos I e II do art. 41 da Lei 10.257/2001, que não possuam Plano Diretor aprovado na data de entrada em vigor da referida Lei, deverão aprová-lo no prazo de cinco anos. Desta forma, conclui-se que as cidades previstas nos incisos I e II, do art. 41 receberam o prazo de cinco anos para sua edição e efetivação, e as inseridas nos incisos III, IV e V, do art. 41 devem editar o Plano Diretor imediatamente a condição antevista em lei se efetue.

Uma vez fixado o caráter impositivo ao Plano Diretor para determinadas cidades, sua não edição, sob as condições previstas no próprio Estatuto, implica aos infratores sanções ordinárias estabelecidas nos regimes jurídicos funcionais aplicáveis às autoridades responsáveis, caracterizando o descumprimento de uma obrigação funcional legalmente constituída. [38]

Importante destacar que, sob o aspecto institucional, a omissão na elaboração do Plano Diretor origina a privação do Município na possibilidade de utilização dos novos instrumentos urbanísticos disponibilizados pelo Estatuto da Cidade. A inexistência de Plano Diretor impossibilita o Município de exigir do proprietário a efetivação da função social da propriedade, uma vez que é sua competência, como lei introdutória de normas básicas de planejamento urbano, mapear a cidade e recomendar o campo de cumprimento do princípio da função social da propriedade, através da materialização e da aderência dos projetos para a realidade urbana idealizados.

Salutar que, como mecanismo básico da política de expansão urbana, o Plano Diretor pode fixar as orientações basilares sobre os assuntos de pertinência municipal referentes ao urbanismo. Nesta concepção estão introduzidos o poder e o dever de apresentar o planejamento de utilização dos instrumentos da política urbana predispostos aos Municípios, art. 4º do Estatuto da Cidade, obedecendo-se, entretanto, o limite inerente a qualquer planejamento, não podendo conjeturar especificidades característicos de normas de elaboração e execução. Destarte, inexiste conteúdo relacionado ao planejamento urbano que não tenha sido abordado na esfera de alcance do Plano Diretor. [39]

4.2 Instrumentos jurídicos de política urbana segundo a constituição e o estatuto da cidade

O art. 4º do Estatuto da Cidade elenca os instrumentos jurídicos de política urbana. Trata-se de um rol heterogêneo, o qual considera instrumentos preexistentes, clássicos, de utilização já sedimentada, juntamente com outros inseridos no sistema jurídico pela

Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Cidade ou, ainda, em atuais modificações de antigas leis.

Os instrumentos de política urbana enumerados no mencionado artigo, em sua totalidade afetam o direito de propriedade, em diversificados graus de amplitude; e os instrumentos de intervenção na propriedade privada que são ratificados pela utilização habitual, apresentaram um fortalecimento com o advento da Constituição Federal de 1988 e com o Estatuto da Cidade. [40]

A Constituição Federal resguarda o direito à propriedade, condicionando sua plenitude ao cumprimento da sua função social. "De acordo com a formulação constitucional, o sistema jurídico brasileiro somente consagra, comporta e ampara o direito de propriedade enquanto e na medida em que ele estiver cumprindo uma função social".[41] A dificuldade é constatar quando a função social é ou não atendida. "Essa concepção do direito de propriedade abre imensas possibilidades para a Administração Pública no tocante a uma atuação eficiente em matéria de disciplina do uso e ocupação do solo urbano". [42]

O princípio da função social da propriedade, não obstante o texto constitucional tenha aberto a potencialidade de determinação pelo legislador ordinário, não possui a aplicabilidade almejada devido à ausência da significação expressa do instituto "função social".

No Brasil é majoritário o entendimento da necessidade de determinação legislativa acerca do conceito de "função social da propriedade". O antigo questionamento consistente em resolver, quando, como, e em que condições uma propriedade predial urbana exerce sua função social, foi parcialmente elidida pelo art.182, § 2º da Constituição Federal de 1988, ao dispor que a propriedade urbana desempenha sua função social quando cumpre às exigências fundamentais de ordenação da cidade previstas no Plano Diretor.

Hodiernamente, o direito de propriedade no Brasil é percebido como ferramenta de afirmação de inúmeras prerrogativas do proprietário. Aplicando-se efetivamente o princípio da função social da propriedade tornar-se-á viável a fixação dos deveres inerentes ao detentor da propriedade, bem como, o dever de utilizar a propriedade imobiliária urbana em prol do coletivo. [43]

Os institutos jurídicos e políticos tais como o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios da propriedade urbana, IPTU progressivo no tempo e a desapropriação tem por intento obter comportamentos e ações positivas no sentido de dar concretude à função social da propriedade, e não simplesmente impedir atuações dos proprietários nocivas aos interesses coletivos.

1. Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios da propriedade urbana

O art. 182, § 4º da Constituição Federal de 1988, anteriormente à edição do Estatuto da Cidade, permitia a exegese consistente em facultar ao Poder Público Municipal de utilizar-se dos instrumentos jurídicos de política urbana nele descritos como meio de sanção aplicável em caso de inadequado aproveitamento do solo urbano. Todavia, o Estatuto da Cidade adotou entendimento distinto para o art. 182, § 4º, da Constituição da República, inadmitindo a atuação do Poder Público Municipal no sentido de parcelar ou edificar propriamente em terreno de outrem, cabendo apenas o ressarcimento ulterior das despesas realizadas.

O Estatuto da Cidade viabilizou o atendimento da norma constitucional estabelecendo que: a lei de esfera municipal específica para áreas inclusas no Plano Diretor deve exigir que o proprietário dê adequada utilização à propriedade urbana. A função da lei municipal é determinar as condições e os prazos para efetivação da obrigação de fazer. O proprietário de extensões urbanas que não dê cumprimento à função social é notificado com o objetivo de que ele próprio parcele o solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. No caso do descumprimento da obrigação, o proprietário está sujeito ao pagamento de IPTU progressivo no tempo e, após determinado lapso temporal à desapropriação. [44]

Como advento do Estatuto da Cidade, o art. 184 da Carta Maior passou interpretado da seguinte forma: caso o Poder Público Municipal queira fazer valer sua prerrogativa constitucional de impor ao proprietário a obrigação para que ele dê o apropriado emprego à sua propriedade urbana, sob pena de sanção, ele deve elaborar Plano Diretor e editar "lei específica" que estabeleça as condições e o prazo para o cumprimento dessas obrigações. Após a notificação, o proprietário tem o dever de utilizar adequadamente sua propriedade. Caso nada faça, o Poder Público pode impor-lhe sanção pecuniária consistente no pagamento de IPTU progressivo, pelo descumprimento da obrigação de adequada utilização. Decorrido novo lapso temporal sem que o proprietário aplique a adequação do uso de sua propriedade aos fins do Plano Diretor, o Poder Público pode impor-lhe nova sanção - e, desta vez, o Poder Público Municipal está apto a executar a desapropriação do imóvel. [45]

Neste sentido, correta a definição de IPTU progressivo e desapropriação como modalidades de sanção, devendo-se analisar os art. 5º do Estatuto da Cidade, posto que representam a baliza do novo contorno da propriedade urbana.

No que pertine ao procedimento a ser adotado, o art. 5º, § 2º do Estatuto da Cidade foi enfático ao dispor que o proprietário deverá ser previamente notificado pelo Poder Executivo Municipal, a fim de que parcele, edifique ou utilize o solo urbano, ressaltando-se que tal notificação deve ser averbada em cartório de registro de imóveis, objetivando sua caracterização como uma obrigação exigível perante terceiros.

O § 3º do referido artigo estatutário, determina as formas de realização das notificações: por meio de funcionário do órgão competente do Poder Público Municipal, e, através de edital quando por três vezes restar-se infrutífera a hipótese anteriormente descrita.

O disposto no § 4º, do mesmo artigo estabelece limites que deverão ser obedecidos pela Lei Municipal impondo prazos mínimos, aos quais quando inferiores a estes, não haverá que se cogitar a imposição das obrigações previstas no *caput* do art. 5º. [46]

Destarte, será com fundamento neste instrumento de política urbana que poderá se legitimar o solene esgotamento da perpetuidade, não se olvidando das sanções aplicáveis a assegurar a eficácia de sua existência.

Constata-se que o Estatuto da Cidade, em simultaneidade com a Constituição Federal, aspirou criar mecanismos eficazes para a pugna à especulação imobiliária, instituindo condições benévolas e concessivas aos municípios de editarem normas e de executarem medidas em proficuidade dos objetivos por aquelas designados, tendo como intento precípuo reduzir as desigualdades sociais e encontrar o efetivo desenvolvimento urbano e sustentável das cidades. [47]

1. IPTU progressivo no tempo: mecanismo tributários da política urbana

A inovadora compreensão de propriedade e de cidade contribui para a superação da perpetuidade como característica intrínseca e absoluta do bem imóvel urbano.

Em conformidade com as formas de intervenção Estatal na propriedade urbana destacadas anteriormente, o art.182, § 4º da Lei Maior determinou um rol de instrumentos para que sejam aplicados sucessivamente, até a utilização do imóvel por seu proprietário ou, em hipótese derradeira, a desapropriação do imóvel pelo Poder Público Municipal, com o objetivo de que se produza um adequado aproveitamento do solo urbano e de que se consolide a. função social da propriedade. Deste modo, não efetivado o previsto no art. 5º do Estatuto da Cidade, o proprietário inobediente estará subordinado à sujeição ao IPTU progressivo no tempo.

Outrossim, faz-se imperiosa uma análise prévia no que concerne a natureza jurídica do imposto acima descrito.

Significativa parcela da doutrina jurídico-tributária brasileira entende que o IPTU descrito no art. 182, § 4º da Constituição Federal, e no art. 7º do Estatuto da Cidade não contém caráter fiscal, possuindo conteúdo eminentemente extra fiscal, posto que o ordenamento jurídico pátrio estabelece como forma sancionatória ao proprietário que não edifica, não parcela ou não utiliza sua propriedade urbana, afastando a originária finalidade de arrecadação de capital para o Erário. [48]

Ricardo Lobo Torres ensina ser possível a progressividade do IPTU no tempo quando: “[...] alternativa e sucessivamente, por motivos extrafiscais, quando o contribuinte descumprir exigência feita pelo poder Público municipal quanto ao adequado aproveitamento do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado [...]”. [49]

Assim, a progressividade do IPTU anseia veementemente atingir, a socialização do direito de propriedade, de acordo com o disposto na Carta Maior.

Com efeito, o art. 7º do Estatuto da Cidade prescreve que, em caso de descumprimento do previsto no art. 5º, *caput* e § 5º, do mesmo diploma legal, o Município deve aplicar o

IPTU progressivo no tempo mediante a majoração da alíquota pelo prazo de 5 (cinco) anos consecutivos.

O art. 7º, § 1º da Lei nº. 10.257/2001 determina que o valor da alíquota a ser anualmente infligida deve ser fixada em lei municipal, conforme descrição do *caput* do art.5º do Estatuto da Cidade. Ademais, deve-se frisar que tal alíquota não pode ultrapassar o dobro do valor estipulado no ano precedente, não podendo exceder a alíquota máxima de 15 % (quinze por cento). [50]

A injunção desta norma punitiva pode implicar em uma contumácia do proprietário de imóvel urbano em não edificar, não utilizar ou subutilizar o referido o imóvel, razão pelo qual o art. 7º, § 2º do Estatuto disciplina que, quando uma dessas hipóteses ocorrer deverá ser mantida, posteriormente aos cinco anos, a alíquota máxima na cobrança do IPTU progressivo. Entretanto, a aludida incidência da alíquota máxima após os cinco anos, e as cobranças pelo exíguo lapso de um ano, da alíquota de 15%, têm sido questionadas por discernir do previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal, eis que o texto do referido artigo veda a utilização de tributos com efeito de confisco por pessoas de direito público que integram a Administração Pública Direta.

Em análise, verifica-se que a imposição da alíquota de 15% (quinze por cento) sobre o valor do imóvel pelo Poder Público, e sua manutenção por tempo indeterminado configuram tributação com fins de confisco, devendo-se salientar que a cobrança de tributo não caracteriza a sanção, pois esta é prerrogativa municipal, o caráter sancionatório consiste na progressividade da cobrança desse imposto.

De qualquer maneira, o entendimento mais adequado seria o que harmonizasse a progressividade prevista no Estatuto com os dispositivos constitucionais pertinentes, a fim de evitar o acometimento de alíquota que denotasse em perda indireta da propriedade e incitasse a permanência da linha coativa prescrita nos arts. 5º ao 8º do Estatuto da Cidade, assegurando, a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública. Enfim, se o art.7º, § 2º do Estatuto da Cidade designa uma espécie de faculdade concedida ao Poder Público, qual seja, a de perpetrar a incidência da alíquota máxima de 15% (quinze por cento) até o cumprimento do parcelamento, edificação ou utilização do bem imóvel urbano, ou da desapropriação do referido bem conforme previsão do art. 8º do Estatuto, deve-se optar por esta segunda alternativa, adotando a linha coercitiva prevista na Carta Magna, execrando qualquer ato equiparável a um confisco. E ainda, consentir a incidência periódica da alíquota máxima, durante ano após ano, consistiria no assentimento ao Poder Público em perpetuar o ultraje à lei específica e ao Plano Diretor, concebendo o inapropriado aproveitamento do bem imóvel, gerando um obstáculo à progressão urbana adequada. [51]

Finalmente, o legislador brasileiro previu os institutos da isenção e da anistia tributárias, razão pela qual, analisando a natureza punitiva da progressividade do IPTU exposta no art. 182, § 4º, II, da Constituição da República, somada ao art. 7º do Estatuto da Cidade, impediu sua concessão quando da ocorrência de tributação progressiva, Seção III, do Capítulo II, do Estatuto da Cidade. Assim, em se tratando da linha coercitiva estatutária, impossível a invocação do privilégio previsto no art. 4º, IV, “c” da Lei 10.257/2001, que permite a concessão de incentivos fiscais e financeiros.[52]

Desta forma, observando-se algumas limitações inerentes ao direito de propriedade a princípios constitucionais, procurou o legislador soluções jurídicas, aspirando impelir o proprietário a empregar sua propriedade urbana em adequação aos intentos constantes aos interesses coletivos e sociais.

1. Desapropriação e função social: os contornos estatutários

O instituto da desapropriação emergiu com a Carta Imperial do ano de 1824, na qual a propriedade era protegida em sua plenitude, excetuando-se a hipótese em que o Poder Público necessitasse de propriedade privada para a fixação de bem público, havendo nesta ocasião prévia indenização referente ao valor do imóvel. [53]

As Constituições seguintes também o mantiveram, porém, cada qual com suas especificidades.

Durante o Estado Novo brasileiro, quando vigorava a Constituição do ano de 1937, foi editado o Decreto-lei 3.365, de 21 de junho de 1941, o qual regulava, e viria até os dias atuais, regulamentar o instituto jurídico da desapropriação. O referido Decreto-lei trazia em seu bojo o enunciado de "lei das desapropriações", salvo nos casos de utilidade e necessidade públicas aludidas no art. 590 do antigo Código Civil. [54]

A Constituição Federal tutela o direito de propriedade, art.5º, XXII absorvendo como diretrizes os incisos XXIII e XXIV do mesmo dispositivo, que conectados a outras regras determinam o contorno constitucional do direito de propriedade.

Uma vez procedida essa lacônica análise histórica, faz-se imprescindível definir o instituto em propalação. Trata-se de um procedimento administrativo que consiste no fato do Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, infligir ao proprietário a perda de um bem, assegurando a substituição em seu patrimônio por uma indenização justa. [55]

A Constituição Federal, art. 182, § 4º, III e o Estatuto da Cidade, art.8º, ao instituir normas gerais sobre política urbana nacional estatuem a designada desapropriação sancionatória, como epítome do Poder de Polícia exercido pelo Poder Público tendo por fito a coerente e adequada utilização da propriedade imóvel urbana. [56]

O § 1º, do art. 8º da Lei 10.257/2001 é conexo à presciência constitucional, e proclama a necessidade de aprovação prévia pelo Senado Federal dos títulos da dívida pública, devendo ser executados no prazo máximo de dez anos, em cotas anuais, idênticas e contínuas, respeitando-se o real valor indenizatório e os juros legais no valor de 6% ao ano, conforme o § 2ºdo mesmo diploma legal, ressaltando-se que o § 3º do artigo em comento, declara a impossibilidade de utilização dos títulos da dívida pública para o pagamento de tributos.

O art.8º, § 4º do Estatuto da Cidade inflige ao Município à ajustada aplicação do bem desapropriado no prazo de até cinco anos a contar da cooptação do imóvel ao

patrimônio público, e o § 5º conclui definindo as formas pelas quais o Ente Público proverá ao apropriado emprego do imóvel.

A desapropriação urbanística não consiste na permuta da condição do bem, passando de particular a integrar o patrimônio público. É instrumento que tem por fim a adequada utilização do bem, sendo empregado como forma de sanção extrema ao proprietário pertinaz. Sua aplicabilidade contígua como instrumento de política urbana está diretamente atrelada a uma intimidação, e não ao seu aproveitamento propriamente dito, causando ao proprietário diante da possibilidade de perda a buscar a consentânea função social de sua propriedade. [57]

5 Conclusão

A propriedade sofreu grandes mutações em seu exercício ao longo dos anos. Houve época em que a exclusividade era particularidade inconcebível, pois possuía um caráter coletivo e social, onde o indivíduo concentrava-se no objetivo de subsistência, e, uma vez alcançado, e escassos os recursos naturais, mudava-se em busca de novos meios de sobrevivência, não se atrelando à terra. Posteriormente, o território tornou-se sinônimo de poder, adquirindo a condição de absoluto. Atualmente, a propriedade é garantida como um direito individual, porém sendo, imperioso o atendimento à sua função social.

O direito de propriedade é resguardado constitucionalmente como fundamental, art. 5º, *caput* da CRFB/88. A Carta Magna destina ainda um capítulo exclusivo à política urbana, dispondo, sobretudo, que a propriedade deve atender a sua função social. A aludida função social somente se efetiva quando atendidas às exigências previstas no Plano Diretor. Trata-se de um direito elementar, ao qual a Constituição da República reitera sua importância ao descrever a moradia como um direito social, além de prever a inviolabilidade da casa (asilo) do indivíduo.

Neste sentido, ao preconizar que a propriedade atenderá sua função social, verifica-se a preocupação do legislador em assegurar a plenitude deste direito. Diante disto, foi editado o Estatuto da Cidade, que tem como finalidade democratizar as funções sociais da cidade em prol dos habitantes, bem como, evidenciar o liame entre direitos e restrições impostas a particulares e ao Poder Público, através da aplicação de instrumento de políticas urbanas.

Os instrumentos de política urbana têm por escopo garantir a eficácia do Estatuto da Cidade, impondo sanções gradativas para resguardar a função social da propriedade definida pelo Plano Diretor para àquelas cidades com mais de 20 (vinte) mil habitantes, conforme salienta o art. 182, § 1º da Constituição Federal.

O Plano Diretor confere ao Município o planejamento a ser seguido, determinando as exigências de ordenação para o cumprimento da função social da propriedade, através do parcelamento do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, ou em caso de descumprimento, por meio da sujeição ao pagamento de IPTU progressivo no tempo, ou como medida drástica sancionatória à desapropriação.

Desta forma, afirma-se a evolução legal e social, pois com a edição de leis específicas destinadas a proteger a propriedade, seu âmbito de aproveitamento ultrapassa os limites do referido direito, estendendo-se ao precípuo dos fundamentos constitucionais, a Dignidade da Pessoa Humana, de forma concludente atingindo a acreditada justiça social.

6. Referências

BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Organização dos textos, notas remissivas e índices por Vera Helena de Mello Franco. 7. ed. São Paulo: RT, 2005.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts.182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em: 16 set. 2007.

CAVALCANTI, Marise Pessoa. *Superfície compulsória*: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Discurso jurídico da propriedade suas rupturas*: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002,

DALLARI, Adilson Abreu. *Desapropriação para fins urbanísticos.* Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*, São Paulo: Malheiros, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006,

FRANÇA, V. R. Perfil constitucional da função social da propriedade, Brasília, mar. 1999. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_141/r141-02.pdf>. Acesso em: 16 set. 2007.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação juridica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MATTIETTO, L. Função social e diversificação do direito de propriedade, Rio de Janeiro, jun. 2005. Disponível em <http://www.fdc.br/Arquivo/Metrado/Revistas/Revista06/Docente/

06.pdf> Acesso em: 16 set. 2007.

MELLO de, Celso Antônio Bandeira. *Novos aspectos da função social da propriedade.* São Paulo: Revista de Direito Público, 1987.

MONTEIRO,Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAIS de, Alexandre. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OSORIO, Letícia Marques. *Estatuto da cidade*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. *O futuro das metrópoles*: desigualdades e governabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

SILVA da, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TEPEDINO Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada.* Temas de direito civil. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar,1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil:* direitos reais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: direitos das coisas. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

1 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil:* direitos reais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 138.

2 WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: direitos das coisas. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 120.

3 CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 37.

4 GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 42.

5 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 71.

6 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 159.

7 Art. 17- "Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de prévia e justa indenização".

8 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil:* direitos reais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 138.

9 CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*: Uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 37.

10 VENOSA, Silvio de Salvo. op. cit., loc. cit.

11 MELLO de, Celso Antônio Bandeira. *Novos aspectos da função social da propriedade.* São Paulo: Revista de Direito Público, 1987. p. 40.

12 MONTEIRO,Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 76.

13 Idem.

14 OSORIO, Letícia Marques. *Estatuto da cidade*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 8.

15 LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação juridica complexa.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 27.

16 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (4. Câmara). Civil "USUCAPIÃO URBANO -Previsão na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Cidade. - Inocorrência dos requisitos da boa-fé e justo título nesta modalidade de usucapião. - Presença dos requisitos necessários por parte da autora: posse inconteste e ininterrupta por 05 (cinco) anos, área inferior a 250m2, inexistência de outra propriedade urbana ou rural por parte da usucapiente. - Inaplicabilidade do art. 2.028 do novo Código Civil, por não tratar a hipótese de usucapião ordinário. -

Notificação extrajudicial que não tem o condão de interromper o lapso prescricional de 05 (cinco) anos, diante do inciso V do art. 202 da atual Lei Civil. Usucapião que se declara a favor da autora, mantendo-se a gratuidade de justiça. - PROVIMENTO DO RECURSO" APELAÇÃO CÍVEL nº. 2006.001.31579. Relator: Desembargador Sidney Hartung. Rio de Janeiro, 14 de novembro de 2006. Disponível em: <http:/www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 15 out. 2007.

17 DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 28.

18 Idem.

19 MORAIS de, Alexandre. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 748.

20 LOUREIRO, Francisco Eduardo. A p*ropriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 34

21 Idem.

22 RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. *O futuro das metrópoles*: desigualdades e governabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2000. p. 319.

23 BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 103.

24 MORAIS de, Alexandre. *Direito constitucional.* 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 748.

25 SILVA da, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 241.

26 TEPEDINO Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada.* Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 275.

27 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 231.

28 OSORIO, Letícia Marques. *Estatuto da cidade*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 17.

29 SILVA da, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 240.

30 OSORIO, Letícia Marques. *Estatuto da cidade*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 61.

31 DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 311.

32 OSORIO, Letícia Marques. op. cit., p. 62.

33 OSORIO, Letícia Marques. *Estatuto da cidade*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 77.

34 DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 309.

35 RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. *O futuro das metrópoles*: desigualdades e governabilidade, Rio de Janeiro: Revan, 2000. p. 207.

36 BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 112.

37 DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 313.

38 BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 112.

39 OSORIO, Letícia Marques. *Estatuto da cidade*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 79.

40 DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 80.

41 DALLARI, Adilson Abreu. *Desapropriação para fins urbanísticos.* Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 37.

42 Idem.

43 CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 76.

44 DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 91.

45 OSORIO, Letícia Marques. *Estatuto da cidade*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 122.

46 BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 127.

47 RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. *O futuro das metrópoles*: desigualdades e governabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2000. p. 321.

48 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (4. Câmara). Civil **IPTU.** Progressividade ou Proporcionalidade. Taxa de Iluminação Pública (TIP). Taxa de Coleta de Lixo e Limpeza Pública (TCLLP). I) Ilegitimidade ativa. Não configuração. II) Prescrição dos exercícios de 1995 e anteriores. Termo inicial em janeiro do exercício seguinte ao do ano de referência. Prazo qüinqüenal. Ação ajuizada em 2000. Prescrição ocorrida somente me face dos anos de 1994 e 1993. Imprescritível é a possibilidade de se alegar, a qualquer **tempo,** a inconstitucionalidade de uma lei, porém, tendo havido pagamento, sua restituição deverá respeitar o prazo prescricional de 5 anos, nos termos

do artigo 168 do CTN. III) A cobrança do **IPTU** com base em alíquotas diferenciadas configura a progressividade fiscal. Sendo o **IPTU** um imposto de natureza real não pode ser cobrado com alíquotas progressivas, fundadas na capacidade econômica do contribuinte. O **IPTU progressivo** só é admitido com natureza extrafiscal e, exclusivamente, nos casos previstos na Constituição Federal, em seus artigos 156 e 182, como instrumento para assegurar a realização do fim social da propriedade ou estimular a utilização adequada do solo urbano. IV) Se os serviços públicos prestados são de caráter universal e atendem aos interesses da coletividade em geral, não sendo suscetíveis de individualização, sua remuneração, deve ser tirada do produto dos impostos, não ensejando a cobrança de taxas. As taxas não podem ser instituídas tendo como base de cálculo os mesmos elementos utilizados para a base de cálculo dos impostos, sob pena de afrontar o disposto no art. 145, § 2º, da CF. V) Pretensão do Município que se volta contra a condenação relativa à restituição dos valores indevidamente pagos pelo contribuinte. Efeito "ex nunc" da declaração de inconstitucionalidade da lei que determinou a cobrança progressiva do **IPTU** e das que instituíram a cobrança das TIP e TCLLP. A restituição do indébito se assenta no princípio q repudia o enriquecimento sem causa, não se justificando que Poder Público possa se locupletar, em detrimento d contribuinte, se apropriando dos valores que deste foram cobrados indevidamente. O fato de a cobrança ter sido efetua em razão de diploma legislativo considerado inconstitucional, diante do controle difuso e incidental exercido pelo Judidiário, não isenta o Poder Público de restituir ao contribuinte aquilo que dele recolheu sem causa legítima. Os impostos, cobrados a maior, ou as taxas exigidas por serviços, que deveriam ser remunerados pelos impostos já pagos, devem ser restituídos, para recompor o patrimônio daquele que se sujeitou à cobrança indevida e, portanto, sofreu prejuízo, cujo ressarcimento é impositivo e não podem ser exigidos daquele que não os pagou nas épocas próprias. Apropriar-se o Poder Público dessas importâncias constitui confisco. O efeito "ex nunc", atribuído à declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato administrativo, se presta, tão somente, a preservar as relações jurídicas constituídas, de boa-fé, sob a sua égide, garantindo a estabilidade das situações então nascidas, diante de elevadas razões de interesse público que o recomendam, mas não deve ser adotado para assegurar à Administração um salvo-conduto, para editar leis inconstitucionais, instituindo tributos, indevidamente, e cobrá-los dos cidadãos até que a inconstitucionalidade ou ilegalidade venha a ser proclamada. O interesse público, nessas condições, é inverso, exigindo, no caso, a aplicação do efeito "ex tunc", inclusive como fator inibidor, para que o Administrador Público atue de acordo com as regras constitucionais. APELAÇÃO CÍVEL nº. 2006.001.01355. Relator: Desembargador Fernando Cabral. Rio de Janeiro, 01 de agosto de 2006. Disponível em: <http:/www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 15 out. 2007.

49 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 397.

50 DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 101.

51 BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 134.

52 OSORIO, Letícia Marques. *Estatuto da cidade*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 127.

53 DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 118.

54 BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 135.

55 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 170.

56 CAVALCANTI, Marise Pessoa. *Superfície compulsória*: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 43.

57 BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitoss sociais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 136.

OS PRINCÍPIOS DA PONDERAÇÃO E DA PROPORCIONALIDADE: INSTRUMENTOS PARA SOLUCIONAR CONFLITOS NORMATIVOS QUE ENVOLVEM O DIREITO FUNDAMENTAL A UM MEIO AMBIENTE SADIO*

THE PRINCIPLES OF PONDERATION AND PROPORTIONALITY: INSTRUMENTS TO RESOLVE NORMATIVE CONFLICTS WHICH INVOLVE THE FUNDAMENTAL RIGHT TO A SOUND ENVIRONMENT

Germana Parente Neiva Belchior
Andreas Joachim Krell

RESUMO

Diante do caráter principiológico dos direitos fundamentais, é inevitável a constante colisão entre os mesmos, levando à necessidade de técnicas interpretativas adequadas. O objetivo principal deste trabalho é investigar os princípios da ponderação e da proporcionalidade como instrumentos metodológicos de resolver conflitos que envolvam o direito ao meio ambiente. Sempre haverá mais de um meio para efetivar o direito fundamental que ganha preferência no caso concreto e qual seja menos gravoso ao conteúdo essencial ao outro direito que pesou menos na balança do intérprete. Não se pode cair no subjetivismo e no decisionismo, devendo prevalecer uma dimensão crítica, influenciada por uma "pré-compreensão ecológica" hermenêutica, que permita aos operadores do Direito manter uma postura de vigilância.

PALAVRAS-CHAVES: PROTEÇÃO AMBIENTAL; DIREITOS FUNDAMENTAIS; COLISÃO ENTRE DIREITOS; PONDERAÇÃO; PROPORCIONALIDADE.

ABSTRACT

The fact that fundamental rights are at the same time principles makes it inevitable a constant collision among them and makes it necessary the usage of special techniques of interpretation. The goal of this paper is investigate the principles of ponderation and proportionality in their role as methodological instruments that will allow them to resolve conflicts which involve the fundamental right to a sound environment. There will always be more than one way to turn effective the fundamental right which prevails in the concrete case and which has to be less restrictive to the essential content of the other right which has a lower weight on the interpreter´s scale. Its not coherent to assume attitudes like subjectivism or free decision making. There must prevail a critical dimension influenced by an hermeneutical "ecological pre-comprehension", which will enable the law operator to maintain a position of surveillance.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL PROTECTION; FUNDAMENTAL RIGHTS; COLLISION BETWEEN RIGHTS; PONDERATION; PROPORTIONALITY.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

Diante da problemática ambiental que ora se enfrenta, as Constituições modernas passaram a alocar o direito ao meio ambiente ecologicamente como um direito fundamental, na medida em que ele se torna imprescindível para a promoção da dignidade da pessoa humana. Marca-se a passagem para o Estado de Direito Ambiental, paradigma que vem a completar os postulados do Estado Democrático de Direito com novos princípios e valores fundantes, o que implica a renovação de muitos institutos jurídicos, além da criação de outros para atender ao novo olhar conferido à tutela jurídica ambiental.

No âmbito da teoria do Direito, dá-se início a um período intitulado de pós-positivista, em que ocorre a superação dialética da antítese entre positivismo e jusnaturalismo, com a distinção das normas jurídicas em regras e princípios, tendo como conteúdo os valores. Além da normatividade alcançada pelos princípios, percebe-se que os valores fazem parte das ciências sociais e, por consequência, do Direito, amadurecendo a tridimensionalidade de Miguel Reale.

Diante do caráter principiológico dos direitos fundamentais e de seu suporte fático amplo, é inevitável a constante colisão entre os mesmos, levando à necessidade de técnicas interpretativas adequadas. Nessa linha, o objetivo principal deste trabalho é investigar o princípio da ponderação e o princípio da proporcionalidade como método de solucionar colisões que envolvam o direito ao meio ambiente. A metodologia utilizada é bibliográfica, exploratória, descritiva e jurisprudencial.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Com a constitucionalização do direito ao meio ambiente, são criados novos conceitos sócio-jurídicos com o intuito de regulamentar direitos e deveres ecológicos. Por conta disso, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado alcança patamar de direito fundamental nas modernas Constituições por ser imprescindível à dignidade da pessoa humana. Segundo Benjamin:

[...] a ecologização da Constituição não é cria tardia de um lento e gradual amadurecimento do Direito Ambiental, o ápice que simboliza a consolidação dogmática e cultural de uma visão jurídica do mundo. Muito ao contrário, o meio ambiente ingressa no universo constitucional em pleno período de formação do Direito Ambiental. A experimentação jurídico-ecológica empolgou, simultaneamente, o legislador infraconstitucional e o constitucional. [1]

A proteção jurídica do meio ambiente brasileiro se iniciou na legislação infraconstitucional. As Constituições que precederam a de 1988 não se preocuparam com a tutela ambiental de forma específica e globalizante. Não traziam, por conseguinte, nada pontual sobre a proteção do meio natural.[2]

No que concerne aos direitos fundamentais, imprescindíveis à dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que, dentre os de terceira geração, o mais elaborado é o direito

ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois é assegurado à pessoa humana e é garantido pelo Poder Público como fundamental, sobrepondo-se, inclusive, aos direitos de natureza privada.[3] A titularidade desse direito é de todos, pois a natureza não possui direitos em nome próprio.[4] Em virtude do art. 5º, § 2º, CF, o direito fundamental do art. 225 CF também é de cada um, podendo ser invocado individualmente.

Em 1995, o STF reconheceu a fundamentalidade desse direito, sentenciando que

o *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* - direito de *terceira geração* – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. (...) Os direitos de terceira geração, que materializam poderes de *titularidade coletiva* atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o *princípio da solidariedade* e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto *valores fundamentais indisponíveis*, pela nota de uma essencial inexauribilidade.[5] (Destacado.)

Assim, afirmar que o direito ao meio ambiente é fundamental traz inúmeras implicações para a ordem jurídica brasileira. Referida norma é um poderoso instrumento de interpretação que se torna "um verdadeiro guia para a boa compreensão dos dispositivos infraconstitucionais". Destaca, ademais, que "sua elevada posição hierárquica determina a (re)leitura das normas de nível ordinário e deve ser considerada no balanceamento de interesses conflitantes".[6]

Se há uma nova dimensão de direitos fundamentais, em especial, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, são constituídas novas condições jurídicas protetivas ao homem para se ter uma sadia qualidade de vida. É de se notar que o direito ao meio ambiente equilibrado se irradia por todos os direitos fundamentais e pela ordem jurídica em geral, desencadeando o fenômeno da *ecologização*. Se não há ambiente sadio, não há vida. Como consequência, muitos institutos jurídicos (preexistentes) são renovados e outros são criados dentro do ordenamento para atender ao novo olhar conferido à tutela jurídica ambiental.

1.1 A natureza principiológica do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o seu conteúdo essencial

No que concerne às normas de direitos fundamentais, mister ressaltar que não há identidade perfeita entre direitos fundamentais e princípios. No entanto, é perceptível o caráter principiológico que as normas de direitos fundamentais possuem por conta do forte conteúdo axiológico em face dos bens jurídicos que visam proteger. Entretanto, um modelo puro de princípios seria inadequado, pois a rejeição das normas-regra impossibilitaria limitações aos princípios que consagram direitos fundamentais, prejudicando a segurança jurídica e sua concretização.[7]

Ilustra Alexy que um modelo baseado puramente em princípios "não leva a sério a constituição escrita."[8] A abstração, a relatividade e a insegurança jurídica oriundas de um modelo exclusivo de princípios pode ser refutada. As correntes que defendem que

os direitos fundamentais são *binormativos* apontam que é papel do intérprete decidir, no momento da aplicação, se referido direito fundamental é uma regra ou um princípio. Segundo Virgílio Afonso da Silva,

é *tarefa do intérprete* definir se a norma, produto da interpretação, é uma regra ou um princípio. *Qualquer* distinção das normas jurídicas em mais de uma categoria – e a ênfase no "qualquer" é, aqui, fundamental – terá que seguir sempre esse raciocínio. O texto legal, em geral, utiliza-se sempre da mesma linguagem e dos mesmos operadores dêonticos. *Não é o legislador que tem que se preocupar com eventuais distinções e classificações dogmáticas, mas o intérprete e o aplicador do direito.*[9] (Destaque no original)

A distinção entre regras e princípios não é de textos, mas de normas.[10] Com base em que critérios o intérprete decidirá acerca da natureza jurídica de um direito fundamental? Ora, dependerá de como ele quer que referido direito seja efetivado intuitiva e racionalmente e, por consequência, a melhor forma de se lidar com uma colisão (ou conflito, se forem regras).

Ao se tratar de uma colisão entre o direito ao meio ambiente com o direito de propriedade, por exemplo, caso o intérprete queira, previamente, que prevaleça o direito de propriedade de modo total e definitivo, dirá que se trata de uma regra, excluindo, portanto, qualquer hipótese material do direito ao meio ambiente ser aplicado. Por outro lado, caso seja interessante para o intérprete que os dois direitos fundamentais sobrevivam, concluirá que se trata de princípios. Como se vê, as mesmas críticas imputadas ao modelo puramente principiológico podem ser atribuídas a um sistema *binormativo* de direitos fundamentais, na medida em que dependerá do intérprete decidir qual será a natureza jurídica do direito no momento de sua aplicação.

No entanto, ao se tratar de direitos fundamentais, percebe-se que não é apenas seu forte conteúdo axiológico que coopera para sua natureza jurídica principiológica, mas também sua abertura semântica e dimensão objetiva.[11] É certo afirmar que "os direitos colidem porque não estão *dados* de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*". Especialmente nas normas de direito fundamental ocorrem colisões, visto que elas "se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social [...]. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizado, há colisões *in concreto*."[12]

Diante disso, há quem defenda que os direitos fundamentais são assegurados em normas-princípio, à luz de uma teoria externa, com conteúdo essencial relativo. Para Bello Filho, o "núcleo essencial" de um direito fundamental não é algo "duro que impede todo e qualquer movimento restritivo de normas que se baseiem em outros princípios que colidem por trabalharem em sentidos invertidos", mas "um núcleo maleável, que se constitui desde a atividade de ponderação, e a partir da realização do princípio da proporcionalidade". Na efetivação desta ponderação, com obediência aos cânones da proporcionalidade, os direitos fundamentais enquanto princípios obedecem a limites, haja vista que o esvaziamento completo de sentido para uma norma princípio seria o mesmo que esvaziar completamente a sua própria normatividade.[13]

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como todos os direitos fundamentais, possui um conteúdo essencial oriundo de sua natureza

principiológica, núcleo que representa a própria justiça, essência do Direito. Referido conteúdo não é absoluto, nem imutável. Ora, para que serve o Direito, afinal? De uma forma bem simples, pode-se afirmar que ele tem como objetivo regular as condutas humanas em prol de uma pacificação social, ou seja, em busca da justiça.

E o que vem a ser a dignidade humana, este conteúdo essencial do direito fundamental, e, por conseguinte, da própria essência do Direito? Entende-se que a dignidade se confunde com o próprio conteúdo essencial. Trata-se de uma "moldura dêontica" (dever-ser) criada pelo constituinte, mas que será preenchido pelo intérprete de acordo com questões históricas, culturais, sociais e econômicas, por meio da indução, ou seja, de acordo com a realidade naquele momento da aplicação da norma. Basta refletir: o que é dignidade humana para quem está à beira da morte levado por uma doença terminal, por mais que tenha excelentes condições financeiras? E para um membro de uma família que vive (ou sobrevive) com uma cesta básica por mês?

Vê-se, pois, que a dignidade da pessoa humana é um conceito relativo, *emoldural* e elástico, não havendo possibilidade de uma rigidez em seu conteúdo, o que vale também para os termos "conteúdo essencial" e "justiça", que estão intrinsecamente ligados a ele e caracterizam a própria essência do Direito. São conceitos que serão preenchidos pelo intérprete, considerando todas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Ao violar um deles, os outros serão atingidos.

Tratando do direito fundamental ao meio ambiente, constata-se que seu conteúdo essencial é formado pela sadia qualidade de vida. Fala-se, inclusive, em dimensão ecológica na dignidade humana, o que implica uma matriz fundante dos demais direitos fundamentais. Fensterseifer entende a dignidade humana como "moldura conceitual-normativa aberta", que serve de "ponto de partida para pensar (e reformular) referido conceito em face dos novos desafios existenciais impostos pela degradação ambiental [...], consagrando-se a sua *dimensão ecológica*."[14] (Destaque no original)

Como direito fundamental, o meio ambiente possui ainda irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade, características que, segundo Benjamin, informarão os princípios estruturantes da ordem pública ambiental.[15] Ademais, aponta-se a necessidade do mínimo existencial ecológico e da proibição do retrocesso ecológico, institutos que vêm ganhando relevância nas discussões acadêmicas e jurisprudenciais. Por conta disso, quando ocorre a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente com outros direitos fundamentais, aquele que não prevalecer no caso concreto não pode ser simplesmente excluído da ordem jurídica porque desnaturaria a própria razão de ser do Direito.

1.2 A dupla dimensionalidade do direito fundamental ao meio ambiente

Ponto interessante que merece ser discutido é se existe um direito fundamental *do* ambiente ou um direito fundamental *ao* ambiente. Portanto, demanda investigação, ainda que rápida, verificar as dimensões objetiva e subjetiva do meio ambiente.

Ao analisar o tema, Canotilho arremata que a discussão não se refere mais às positivações constitucionais do meio ambiente – momento já praticamente superado , vez que a sua constitucionalização já foi realizada pela maioria dos Estados. O que instiga questionamentos é como referido direito fundamental fora tutelado, pois

“algumas constituições se preocuparam mais com o direito *do* ambiente do que com o direito *ao* ambiente”. [16]

Isto se deve ao fato de o meio ambiente ter uma dupla acepção: objetiva e subjetiva. A dimensão objetiva trata do ambiente como fim e tarefa do Estado e da comunidade. Na medida em que o direito ao meio ambiente aparece na visão subjetiva, possui natureza de direito subjetivo individual. Entretanto, quando se trata da perspectiva objetiva, também chamada de “objetiva-valorativa” por Sarlet,[17] significa que existem elementos objetivos de uma comunidade que devem ser guiados pelo Estado. Assim, releva-se como uma ordem objetiva de valores que irradia sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Canotilho ressalta ainda que a Constituição Portuguesa de 1976, e a Constituição da Espanha de 1978, dispõem de um direito fundamental *ao* meio ambiente, ou seja, tratam-no em sua dimensão subjetiva e objetiva. Contudo, nas recentes constitucionalizações formais do ambiente nas leis fundamentais da Alemanha e da Finlândia, o direito do ambiente é regulamentado tratando-se tão-somente da sua dimensão objetiva, na forma de uma “norma fim de Estado”.[18]

O que muda, afinal, em termos jurídico-dogmáticos? Ao considerar o meio ambiente apenas em sua dimensão objetiva implica dizer que suas normas-tarefa ou normas-fim “não garantem posições jurídico-subjectivas, dirigindo-se fundamentalmente ao Estado e outros poderes públicos. Não obstante isso, constituem normas jurídicas objectivamente vinculativas”.[19]

No plano prático, o autor lusitano remonta a três conseqüências: a primeira trata da existência de autênticos deveres jurídicos dirigidos ao Estado e aos demais poderes públicos. Como segundo traço, a dimensão objetiva aponta para a “constitucionalização de bens (ou valores) jurídico-constitucionais decisivamente relevantes na interpretação – concretização de outras regras e princípios constitucionais”. E, por fim, implica a proibição constitucional de retrocesso ecológico-ambiental, tendo como o agravamento da situação ecológica global um critério básico de avaliação, pois só assim será possível proceder em alguns casos à ponderação ou balanceamento de bens.[20]

Quanto à acepção subjetiva do referido direito fundamental, é importante observar que o corte jurídico-constitucional do meio ambiente como bem jurídico autônomo só será possível caso a Constituição assim o preveja, sob pena de se dissolver na proteção de outros bens constitucionalmente relevantes. Ou seja, caso exista apenas a dimensão objetiva, “a consagração constitucional do ambiente como tarefa dos poderes públicos pode ser suficiente para impor responsabilidades ecológicas ao Estado”. No entanto, ela não terá “operacionalidade suficiente para recortar um âmbito normativo garantidor de posições subjectivas individuais no que respeita ao ambiente”.[21]

Na lição de Alexy, o meio ambiente se revela um “direito fundamental como um todo”, ao passo que representa um leque paradigmático das situações suscetíveis de normatização que tutelam direitos fundamentais. Por conseguinte, o direito ao meio ambiente pode referir-se ao direito do Estado: a) de se omitir de intervir no meio ambiente (*direito de defesa*); b) de proteger o cidadão contra terceiros que causem danos ao meio ambiente (*direito de proteção*); c) de permitir a participação dos cidadãos nos processos relativos à tomada de decisões que envolvam o meio ambiente

(*direito ao procedimento*); e, por fim, d) de realizar medidas fáticas que visem a melhorar as condições ecológicas (*direito de prestações de fato*).[22]

No Direito brasileiro, o direito fundamental ao meio ambiente segue a tendência das Constituições de Portugal e da Espanha, possuindo, assim, as dimensões objetiva e subjetiva, o que faz a ordem jurídica ambiental local ser extremamente avançada. Assim, não pode ser considerado um direito *contra* o Estado, mas existe *em face* do Estado, "na medida em que este assume a função de promotor do direito mediante ações afirmativas que criem as condições necessárias ao gozo do bem jurídico chamado qualidade do meio ambiente". [23]

O direito ambiental brasileiro é um sistema aberto e em evolução, o que impede o seu engessamento e a cristalização de seus princípios e de seus conceitos, principalmente quando se trata do direito fundamental ao meio ambiente. [24]

1.3 O status formal e material do direito fundamental ao meio ambiente e sua efetividade

O direito fundamental ao meio ambiente não faz parte do catálogo do art. 5º, CF, mas foi previsto no art. 225[25], *caput*. O rol dos direitos e garantias do art. 5º não é taxativo, na medida em que o seu § 2º traz uma abertura de todo o ordenamento jurídico nacional ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos e aos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

O direito ao ambiente possui, por conseguinte, *aplicabilidade imediata*, com base no art. 5º, § 1º, CF. Trata-se da coerência interna dos direitos fundamentais, os quais, com lastro no princípio da dignidade da pessoa humana, são capazes de gerar efeitos jurídicos.[26] Esses direitos não necessitam, portanto, de uma intermediação por leis ordinárias. No caso daqueles de segunda e terceira geração/dimensão, há um espaço mais abrangente que o legislador ordinário deve preencher, conformando-os e concretizando a sua implementação, cuja *densidade mandamental* é menos expressiva do que a dos direitos fundamentais individuais de liberdade.[27]

São as próprias atitudes do homem que geram a desarmonia ambiental, o que legitima o meio ambiente como direito fundamental e justifica a sua aplicabilidade imediata, afastando definitivamente a sua classificação de norma programática.[28] A questão ambiental ainda goza de relevo especial na missão de tutelar e de desenvolver o princípio da dignidade humana ou como desdobramento imediato da corresponsabilidade geracional. Assim, o direito fundamental ao ambiente estabelece uma "ordem ambiental" que completa e condiciona a ordem *econômica*, integrando-se na ordem *social*.[29]

2 A RESTRIÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE E A PROTEÇÃO DO SEU CONTEÚDO ESSENCIAL

O meio ambiente sadio possui natureza jurídica de direito e de dever fundamental, conforme preceitua o art. 225, CF. No entanto, existe, ao lado dele, um extenso rol de direitos fundamentais consagrados pelo constituinte, que estão todos no mesmo patamar normativo, vez que não existe hierarquia, *a priori*, entre eles.[30]

Os direitos fundamentais possuem natureza jurídica de princípios, o que, por sua característica *prima facie*, faz que entrem facilmente em rota de colisão com outros direitos fundamentais. É comum visualizar normas em direções opostas na Constituição, o que reflete uma diversidade ideológica, com interesses diversos. A idéia de pluralismo e de democracia é suficiente para explicar a tensão das normas constitucionais.

A verificação de uma real colisão entre direitos fundamentais demanda um esforço interpretativo bem maior do que em relação às regras, já que os princípios são abertos e possuem uma série indeterminada de "fato-tipos" (*fattispecies*), ou seja, de situações reais concretas descritas em seu teor normativo. Os critérios tradicionais de antinomias (hierárquico, cronológico e da especialidade), ademais, não são suficientes para lidar com a colisão de direitos fundamentais, tornando necessária uma técnica específica de solução.[31]

Todo direito fundamental possui um conteúdo essencial que precisa ser resguardado, com íntima ligação ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana. Por conta disso, é inevitável a restrição de direitos fundamentais, restando, entretanto, saber quais os meios idôneos, legítimos e constitucionais para fazê-lo.

Uma teoria das restrições dos direitos fundamentais parte do pressuposto de que direitos fundamentais são restritos, limitados, relativos, que não são absolutos. Assim, ante a limitação dos direitos, percebe-se que o caráter restritivo é um dos traços característicos do próprio conceito de direito, e, portanto, do conceito de direito fundamental.[32] Notadamente, em face do caráter não absoluto dos direitos fundamentais, o exame da fundamentação das restrições ocupa um papel central na "dogmática dos direitos fundamentais e para a decisão final acerca de sua constitucionalidade (restrição permitida) ou inconstitucionalidade (violação).[33] No âmbito do direito brasileiro, a discussão se torna interessante pelo fato de a Constituição Brasileira de 1988 não prever de forma expressa como se deve proceder à restrição de direitos fundamentais.

Barros,[34] ao analisar a identificação dos limites à restrição de direitos fundamentais na Constituição, alude às restrições legais simples, às reservas qualificadas e aos direitos fundamentais sem expressa previsão legal. Nas *restrições legais simples*, há uma remissão abrangente ao legislador, que tem possibilidade de restringir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, inclusive por meio da densificação de conceitos ou institutos jurídicos. Tratando-se de *restrições legais qualificadas*, a Constituição fixa as condições em que se fará a restrição, os fins a serem perseguidos e os meios a serem utilizados. No caso de não haver previsão expressa, a autora entende que pode ocorrer a intervenção pelo legislador.

O mesmo entendimento é sustentado por Mendes,[35] no sentido de que tal possibilidade decorre do art. 5º, II, CF, ao estabelecer uma "cláusula de reserva legal subsidiária". Defende o autor que, no caso de direitos fundamentais não submetidos à reserva de lei restritiva, a ação limitadora seja revestida de intensa cautela. Em relação aos bens jurídicos em face dos quais seria admissível a restrição, argumenta que, amparado na doutrina alemã, devem tratar-se de direitos de terceiros ou revestir hierarquia constitucional.

Já o jurista português Novais critica essa posição, explicando que aquilo que deve prevalecer é o conteúdo material do bem em causa, e não sua localização formal em um

plano constitucional ou infraconstitucional, bem como o peso relativo de cada um dos bens em colisão. Para ele, as restrições ocorrem quando há qualquer ação ou omissão dos poderes públicos (Executivo, Legislativo ou Judiciário), no sentido de afetar de forma desvantajosa o conteúdo de um direito fundamental, reduzindo, eliminando ou dificultando as vias de acesso ao bem nele protegido e a possibilidade de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais. Há, assim, um enfraquecimento de deveres e obrigações que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado. [36]

Assim, pode-se falar de restrições em *sentido amplo*, abrangendo, além de manifestações de conteúdo jurídico, as intervenções fáticas sobre direitos fundamentais, e, por outro lado, em *sentido estrito*, tratando-se das atuações normativas ou leis restritivas, nos termos do art. 18 da Constituição Portuguesa. [37]

Os princípios se constituem em normas que fundamentam e sustentam o sistema constitucional, as pautas normativas basilares do ordenamento jurídico, na medida em que "norteiam e vinculam a atuação tanto do Poder Público como dos particulares, ostentando eficácia jurídica ativa e vinculante". Cristóvão enfatiza que é preciso estruturar mecanismos de resolução da colisão entre princípios que devem superar o prisma da validade, adstrito aos conflitos entre regras, alcançando as qualidades de densidade, peso e importância que são próprias dos princípios jurídicos.[38]

Nessas situações, um princípio deve ser afastado para a aplicação de outro, como forma de garantir a harmonia e a coerência do ordenamento constitucional. Isto se deve ao fato de que, apesar de ocorrerem restrições, é preciso observar o conteúdo essencial daquele direito fundamental que não prevaleceu. Assim, pode-se afirmar que todos os direitos fundamentais possuem caráter principiológico, proibindo-se excluir um princípio por inteiro para prestigiar outro. A sua necessária compatibilização é alcançada apenas por meio de "um processo de avaliação material dos valores e interesses subjacentes, sejam eles públicos ou privados, na base de um raciocínio de razoabilidade e proporcionalidade".[39]

Percebe-se, portanto, que ao adotar o suporte fático amplo para os direitos fundamentais, haverá um aumento da colisão entre os mesmos, pois ampliará a quantidade de condutas, de situações e de posições jurídicas protegidas em virtude do seu caráter *prima facie*. Assim, é óbvio que o direito ao meio ambiente entra facilmente em rota de colisão com os direitos à propriedade privada, ao desenvolvimento econômico, à livre iniciativa, ao pleno emprego, dentre outros.

A colisão real entre direitos fundamentais ocorre quando os âmbitos normativos de duas ou mais normas, ou melhor, de dois ou mais proposições normativas que consagram direitos fundamentais, sejam idênticos total ou em parte, de modo a tratarem do mesmo caso concreto. No momento em que o jurista analisa qual seria o conteúdo de um direito fundamental, já se inicia o processo interpretativo, com o fim de verificar os pressupostos fáticos sobre os quais a proteção deste versa ou não. Nesse sentido, afirma Steinmetz que somente haverá colisão real quando os direitos fundamentais conflitantes forem estatuídos expressamente pela Constituição ou se puder deduzir as normas conflitantes. Isto significa que a própria "caracterização da colisão pressupõe a interpretação constitucional".[40]

Nessa senda, parece ser coerente a teoria do conteúdo essencial *relativo*, o qual é variável de acordo com os fundamentos fáticos e jurídicos do caso concreto, e maleável por ser definido pelo intérprete no momento de sua aplicação. Os princípios da precaução, do mínimo existencial ecológico e da proibição do retrocesso ecológico terão, também, um papel imprescindível na delimitação do núcleo essencial do direito ao meio ambiente.

Embora o conteúdo essencial seja relativo, isto não significa que não lhe seja dado a importância devida. Relativização não confundir-se com banalização, com arbitrariedade. Referida relativização se coaduna com a relação entre o deôntico (dever ser) e o apofântico (ser), exigindo do intérprete um papel de adequação entre os mesmos, de acordo com as particularidades do caso.

A proteção do conteúdo essencial se justifica, outrossim, na própria dignidade da pessoa humana, coração dos direitos fundamentais. Entende-se que conteúdo essencial, dignidade da pessoa humana e justiça estão intimamente relacionados, podendo, inclusive, confundir-se. Como já observado, trata-se de conceitos emoldurais criados pelo constituinte, mas que serão preenchidos e limitados pelo intérprete, por meio da dialética. Deonticamente, não há dúvida de que referidos institutos foram criados com objetivos distintos. Entretanto, no momento de sua aplicação, é inevitável a complementação e até confusão dos mesmos. Trata-se da razão de ser do Direito.

Por conta disso, quando ocorre a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente com outros direitos fundamentais, aquele que não prevalecer no caso concreto não pode ser simplesmente excluído da ordem jurídica porque desnaturaria a própria a essência do Direito.

3 O PRINCÍPIO DO SOPESAMENTO E DA PONDERAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE HIERAQUIZAÇÃO DE BENS, VALORES E INTERESSES CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS

Diante de uma colisão do direito ao meio ambiente com outro direito fundamental, em um primeiro momento, o intérprete deverá utilizar o princípio do sopesamento e da ponderação para tentar harmonizar os bens, os valores e os interesses envolvidos no caso concreto. Utilizar-se-á, por conseguinte, a otimização sugerida por Alexy, no intuito de que referidos princípios sejam realizados na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.[41]

No campo pragmático, deverá ser verificado, no momento da aplicação, o peso dos valores e dos bens cristalizados em cada direito fundamental que está em jogo. Nessa identificação, o meio ambiente ecologicamente equilibrado tem grande importância, vez que constitui uma condição material para a vida humana e, em consequência, para os demais direitos do homem, como o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Esse tipo de *pré-compreensão* formada a partir de uma ética antropocêntrica alargada, que inclui a responsabilidade intergeracional, a educação ambiental e a racionalidade ecológica, influencia a captação do sentido do intérprete ao ponderar os interesses na balança hipotética.

Não procede, porém, a tese da primariedade absoluta do ambiente, na medida em que estaria “acima de qualquer outro direito posto que diz respeito à garantia à vida”,[42]

vez que o sopesamento deve ser feito no caso concreto, dependendo dos outros direitos fundamentais envolvidos. O que se defende é uma "primariedade relativa", ou seja, *inicial* do meio ambiente, que deve orientar o intérprete.

O próprio ato de balanceamento é utilizado para fixar as "relações condicionadas de precedência",[43] havendo acatamento de um em relação ao outro, sem que isso implique em completo desrespeito daquele que não prevaleceu.[44] É, portanto, um procedimento típico de colisão entre princípios. Existe, portanto, apenas uma hierarquia relativa entre direitos fundamentais, já que a posição contrária acarretaria inoperância lógica por conta do princípio da unidade da Constituição. O objetivo do princípio do balanceamento não é criar fórmulas de hierarquização de valores, mas, dentro desta hierarquia, buscar soluções harmônicas.

Na verdade, a ponderação busca saber "qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto",[45] visto que "é no momento da concreção que os princípios revelam seus diferentes pesos".[46]

Como se vê, a ponderação é realizada em um momento anterior ao princípio da proporcionalidade ao buscar balancear os interesses, os valores e os bens envolvidos na colisão. Aqui, os princípios vão tomando forma, concretizando-se de acordo com as peculiaridades dos fatos. Após dar um peso específico aos interesses tido como relevantes, encerra-se a fase do balanceamento e parte-se para a utilização do princípio da proporcionalidade, isto é, para a aplicação proporcional dos meios mais adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito para a solução.

A referida técnica vem sofrendo a crítica de que ela padece de racionalidade, dando margem a subjetivismo e a arbitrariedade por parte do julgador. No entanto, o balanceamento está submetido a um controle racional, apesar de que é inevitável uma margem de subjetividade do intérprete. No entender de Cappelletti, "é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária 'law-making´".[47]

Ao analisar as peculiaridades específicas do caso fático que envolve o meio ambiente, o intérprete deverá utilizar como instrumento da técnica de ponderação o princípio da precaução que opera com o risco ecológico abstrato. No caso de uma colisão clássica entre o direito de propriedade com o direito ao meio ambiente, por exemplo, haverá ordenação dos interesses em tela, como o desenvolvimento econômico, a iniciativa privada, a liberdade, o pleno emprego, o equilíbrio ambiental, a equidade social, a solidariedade intergeracional e a sadia qualidade de vida. Caberá ao intérprete, por meio da ponderação, aferir peso a cada um dos interesses elencados para formar, naquele momento, uma hierarquia relativa de valores.

Se durante esse processo for constatado que os interesses que envolvem o meio ambiente devam prevalecer, o intérprete definirá o peso de todos os interesses, inclusive daquele direito que não foi priorizado (ex.: a propriedade privada), para então decidir acerca de um meio para a efetivação daquele direito que prevaleceu e salvaguardar o conteúdo essencial do outro. Caso o intérprete assim proceda, justificando suas escolhas e decisões no desenvolvimento da técnica, é provável que não haja possibilidade de *irracionalidades* durante seu desenrolar.

É aqui que entra a importância de uma teoria de argumentação racional, como a sugerida por Alexy, para quem o procedimento da ponderação fornece um critério de controle, ao associar a *lei de colisão* à teoria de argumentação, possibilitando, assim, a formulação de relações de precedência condicionada, ou seja, relações nas quais um princípio precede a outro tendo por base as circunstâncias do caso concreto.[48]

Destaca-se, ainda, a técnica alexiana da *lei da ponderação*, para qual "quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro",[49] ressalvando-se que o peso dos princípios é determinado sempre de acordo as particularidades do caso concreto. Importante observar que essa lei da ponderação não é igual ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o que ainda será exposto adiante.

Uma das maiores dificuldades é exatamente a medição correta dos pesos, vez que a ponderação envolve diferentes direitos e interesses que, muitas vezes, não são congruentes. Por isso, deve haver distinção entre os interesses *individuais* (ex.; propriedade), os *coletivos/difusos* (ex.: meio ambiente) e os interesses *gerais* ou *públicos* (ex.: saúde pública, educação).[50]

Uma manifestação do princípio da ponderação deu-se no julgamento sobre a constitucionalidade da Lei paulista n. 12.684/07 (ADI 3937) que proibiu o uso de produtos que utilizem o amianto. Na ação, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, alega-se que não há provas cabais acerca do dano oriundo da utilização de amianto para a saúde dos trabalhadores, desconsiderando-se o princípio da precaução. Sustenta-se que o pleno emprego e a livre iniciativa devem preponderar em relação à saúde e ao meio ambiente sadio.

Até então, entendia o STF que havia invasão de competência federal, visto que caberia à União editar normas gerais sobre produção e consumo, proteção do meio ambiente e controle da poluição, assim como proteção e defesa da saúde (arts. 22 e 24, CF/88). Houve julgamentos anteriores na mesma direção, um, inclusive, oriundo do Estado de São Paulo.[51] Entretanto, o Tribunal (por sete votos a três) mudou sua posição, suprimindo o vício formal por questões de defesa da saúde pública e do meio ambiente equilibrado, declarando-se a lei estadual em consonância com a Lei Maior. O relator, Min. Marco Aurélio, em decisão monocrática, concedeu a liminar, suspendendo a vigência da lei paulista; posteriormente, porém, ela foi negada pelo Pleno, após ter sido ouvido os *amici curiae*.[52]

Sem dúvida, o STF evoluiu ao realizar uma interpretação pautada na ponderação dos valores e dos bens jurídicos envolvidos, perante a colisão concreta dos direitos ao meio ambiente e à saúde com o direito à iniciativa privada e ao pleno emprego. Podem ser destacados como interesses envolvidos o equilíbrio ambiental, o desenvolvimento econômico sustentável, a saúde, a segurança jurídica, a livre iniciativa e o pleno emprego. Os Ministros aferiram peso a cada um dos interesses e entenderam que os direitos ao meio ambiente e à saúde deveriam prevalecer.

Ao ponderar esses valores, extraiu-se que o valor da segurança jurídica, deonticamente aplicado, teve um peso menor em relação aos valores do desenvolvimento sustentável e da saúde. Entendimento este em sintonia com o pós-positivismo, na medida em que a

matéria se demonstrou mais importante do que a forma, efetivando, pois, o Estado de Direito Ambiental.

Outra aplicação do princípio da ponderação deu-se no julgamento da ADPF 101, ajuizada pelo Presidente da República, que pedia a declaração de constitucionalidade de normas que proíbem a importação de pneus usados. A tese da inicial é fundamentada no art. 225 CF, que assegura a todos o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, que se encontra ameaçado pela incineração e pelo depósito de pneus velhos. Foi realizada uma audiência pública, em 27.6.2009, com a participação de vários setores da sociedade civil. A relatora, Min. Cármen Lúcia, alegou em seu voto que, atualmente, vive-se em um Estado Ecológico (Canotilho). Não abordou, contudo, o tema da *sociedade de risco*, apontando as características essenciais dos princípios da precaução e da prevenção. Aduziu também que o pleno emprego e o desenvolvimento econômico não autorizam o descumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais concernentes à saúde e ao meio ambiente sadio:

Parece inegável a conclusão de que, *em nome da garantia do pleno emprego – dado essencial e constitucionalmente assegurado -, não está autorizado o descumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais relativos à saúde e ao meio ambiente sadio.* A reforma de pneu há que ser enfrentada pelo Brasil, nos termos da legislação vigente, quantos aos pneus que já estão desembaraçados no território nacional e que aqui são produzidos e descartados. Porém, quando, para o desenvolvimento das atividades de recuperação ou reforma de pneus, as empresas preferem importar pneus usados de outros Países, *importam-se também problemas para o desenvolvimento sustentável*, porque se deixa de recolher os milhões de pneus usados na grande frota nacional e *aumenta-se o passivo ambiental*, o qual, por sua própria condição, é de difícil degradação e armazenamento.[53] (Destacado)

A Ministra sublinhou, ainda, a colisão entre direitos fundamentais, com interesses econômicos, de um lado, e interesses de saúde pública e do equilíbrio ambiental, do outro. Por fim, conclui que, *in casu*, deve ser realizada a ponderação dos bens, valores e interesses envolvidos, atribuindo ao meio ambiente e à saúde um peso maior do que aos interesses econômicos:

O argumento dos interessados de que haveria afronta ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa por igual não se sustenta, porque, ao se ponderarem todos os argumentos expostos, conclui-se que, se fosse possível *atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses, cuja cobertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações*.[54] (Destacado)

Vale frisar que o Min. Carlos Ayres Britto afirmou que a importação de pneus usados referir-se-ia a um “lixo ambiental”, tornando o Brasil uma espécie de “quintal do mundo”. Destacou, ademais, que a atividade traria graves danos ao bem jurídico da saúde, o qual a Constituição Federal intitularia de “primeira grandeza”. Já o Min. Celso de Mello observou que a temática da citada ADPF seria delicada por apresentar inúmeros temas sensíveis, tais como a preservação e a integridade do meio ambiente, mas afirmou que a decisão “ajusta-se com absoluta fidelidade com o texto da Constituição”.

É de mencionar também o pedido de vista do Min. Eros Grau que, apesar de ter seguido a relatora, trouxe divergências sobre a ponderação dos princípios, ressaltando que esta se dá pelo "subjetivismo de quem opera", já que "princípios de direito não podem ser ponderados entre si, apenas valores podem ser submetidos a esta operação. Os princípios são normas, mas quando estão em conflito com eles mesmos são valores". Além disso, Grau destaca a relatividade da hierarquia dos pesos envolvidos:

O juiz, para estabelecer essa hierarquia, não determina o "valor" dos princípios em abstrato, de uma vez por todas, não determina uma relação fixa e permanente entre eles. Daí que o conflito não é resolvido definitivamente: cada solução vale para uma controvérsia particular, já que não se pode prever a solução do mesmo conflito no quadro de diversas controvérsias futuras.[55]

Diante disso, ele enfatiza o risco da incerteza jurídica em razão da técnica da ponderação utilizada no conflito entre direitos fundamentais, haja vista que a opção por um e não por outro seria perigosa e ocorreria de acordo com o intérprete, o que acarretaria uma irracionalidade do sistema. No entanto, referida irracionalidade, segundo o Ministro, seria imprescindível para a flexibilização do sistema:

Dir-se-á que não obstante a ponderação entre princípios aporte irracionalidade ao sistema, é à custa dessa e de outras transgressões --- disso estou bem consciente --- que o sistema se mantém em equilíbrio. A flexibilização do sistema é indispensável ao seu equilíbrio e harmonia, o que permite o desempenho de sua função de preservação, em dinamismo, do modo de produção social.[56]

No julgamento em análise, o único vencido foi o Min. Marco Aurélio, que baseou seu voto no princípio da legalidade, afirmando que não existiria lei que proibisse o livre exercício de qualquer atividade econômica, isto é, a livre concorrência "que parece ser muito temida pelos fabricantes de pneus". Destacou, ademais, que o preço dos pneus remoldados seria mais acessível "aos menos afortunados". O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, apesar de ter seguido a relatora, destacou a importância da reserva legal invocada pelo colega.

Extrai-se dos julgados analisados que o STF está evoluindo seu entendimento em relação à ponderação entre direitos fundamentais, em especial quando está envolvido o direito ao meio ambiente, conferindo à sustentabilidade um peso diferenciado na colisão. Galgam-se, assim, passos para a estruturação do Estado Ambiental.

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO TÉCNICA INSTRUMENTAL DE MEIOS E MEDIDAS

O princípio da proporcionalidade, embora não esteja explicitado de forma individualizada no ordenamento jurídico pátrio, é uma exigência da fórmula política do Estado Democrático de Direito, assim como corolário do princípio do devido processo legal. Além disso, é originado da própria estrutura das normas de direitos fundamentais, por conta da sua abertura e da sua natureza principiológica, fazendo que naturalmente entrem em rota de colisão entre si, precisando ser sopesados.[57]

Referido princípio determina a busca de uma solução de compromisso, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em colisão, procurando

desrespeitar o outro o mínimo possível, garantindo o núcleo essencial daquele que não prevaleceu. Possui, assim, uma função negativa, quando limita a atuação dos órgãos estatais, e uma positiva de obediência aos seus respectivos conteúdos.[58]

Ao lado daqueles que entendem a proporcionalidade um princípio[59] ou mesmo "o princípio dos princípios",[60] há quem o considere uma *metanorma*, norma de segundo grau[61] ou uma *máxima*,[62] enquanto outros a têm como uma "regra especial".[63] De todo modo, o nome a ele dado não fará diferença na importante tarefa que exerce na busca de um meio conveniente restringir um direito fundamental. Adota-se aqui o termo *princípio* por ser o mais utilizado na doutrina.

É oportuno, alias, destacar que há confusão doutrinária entre os princípios utilizados para resolver as colisões. Uns defendem que a proporcionalidade e o *balancing* seriam termos sinônimos. Ademais, alguns querem reduzir o balanceamento à proporcionalidade, como se esta englobasse aquele, de modo a equipará-lo ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito.[64]

O que importa destacar é que não ocorre sopesamento de interesses, de bens e de valores na proporcionalidade. Tudo isto é feito anteriormente, na ocasião da aplicação do princípio da ponderação. O princípio da proporcionalidade é utilizado para auxiliar o intérprete na escolha de um meio, uma medida proporcional que seja menos sacrificante para aquele direito que não prevaleceu (respeitando o conteúdo essencial), e otimizar ao máximo o direito que foi priorizado.

Como se vê, a ponderação se dá entre bens, interesses e valores colidentes, enquanto a proporcionalidade ocorre entre meios, ou seja, do tipo e da medida conveniente.[65] Trata-se da grande diferença entre as duas técnicas. Para tanto, a doutrina costuma dividir o princípio da proporcionalidade em três sub-princípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – a fim de facilitar o processo da escolha de direitos fundamentais em real colisão.

O *princípio da adequação* exige que a regulação dada a determinado direito fundamental seja a mais apto para se alcançar a finalidade pretendida pelo legislador; questiona-se, por oportuno, se o meio idôneo e capaz de, por si só, realizar o fim determinado.

Imagine-se que um grande empreendedor esteja pretendendo construir um hotel *resort* em uma área ambientalmente protegida e consiga uma licença ambiental do órgão competente. O Ministério Público ajuíza ação civil pública para invalidar referido ato administrativo por ferir o direito fundamental ao meio ambiente. O Judiciário passaria a lidar com a colisão entre os direitos ao meio ambiente e o à propriedade e à iniciativa privada. O juiz, *a priori*, utilizará a ponderação para verificar os valores e os bens jurídicos que estão em jogo (equilíbrio ambiental, sustentabilidade, desenvolvimento econômico, livre iniciativa), além dos possíveis empregos a serem gerados, o desenvolvimento da região, aspectos turísticos etc. Utilizando a "balança hipotética", ele entenderia que o direito ao meio ambiente deve prevalecer e atribuiria um peso aos interesses e valores expostos. Pergunta-se: quais as medidas necessárias para a efetivação do direito ao meio ambiente? No entanto, se a obra estivesse em andamento ou concluída, outras medidas poderiam ser levantadas, ou seja, tudo vai depender das condições fáticas do caso concreto.

Em um segundo momento, após escolher os meios adequados, o intérprete utilizará o *princípio da necessidade* que visa à menor ingerência possível do direito fundamental que não prevaleceu, sendo, pois, a medida menos gravosa ao direito em questão. Buscar-se-á escolher, dentre as medidas adequadas, a menos danosa aos demais bens e valores constitucionalmente protegidos aos quais foi atribuído menor peso durante o balanceamento anterior. No caso hipotético levantado, questiona-se: qual das medidas necessárias é, também, a mais adequada?

Para finalizar, há, ainda, o princípio da proporcionalidade *em sentido estrito* que exige uma relação de racionalidade ou equilíbrio entre a medida escolhida e a finalidade pretendida. Se o meio já é adequado e necessário, cumpre observar se será, também, apto a uma relação custo-benefício. A proporcionalidade estrita é utilizada para verificar se através de determinado meio, a restrição ou o sacrifício dos direitos fundamentais, que não prevaleceram na fase anterior do balanceamento, é mais ou menos significativa que os interesses que são protegidos pela mesma medida. Indaga-se: quais das medidas adequadas e necessárias são também proporcionais em sentido estrito?

Extrai-se, portanto, que ao desenvolver os subprincípios da proporcionalidade, as medidas vão se afunilando até chegar a um meio que o intérprete entenda ser mais adequado para o caso concreto. O princípio da precaução, devido ao seu caráter instrumental, o princípio da razoabilidade, o princípio do mínimo existencial ecológico e o princípio da proibição do retrocesso ecológico são imprescindíveis ao bom uso da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Sempre haverá a possibilidade de existir mais de um meio para efetivar o direito fundamental que prevaleceu na ponderação e que seja menos gravoso ao conteúdo essencial daquele que não se evidenciou. A interpretação constitucional deve ser vista como tarefa de concretização, pela qual a norma jurídica não se limita a seu texto, abrangendo ainda uma dimensão que supera os aspectos linguísticos, relacionada com a realidade social. A normatividade, portanto, deve ser concretizada mediante um processo estruturado e passível de verificação e justificação intersubjetiva.

A situação de colisão do direito ao ambiente com outros direitos fundamentais demanda, por sua natureza principiológica, uma intensa atividade do intérprete, seja na ponderação ou na aplicação do princípio da proporcionalidade. É claro que o ativismo judicial deve ser visto com bastante cautela, sob pena de desencadear no “governo dos juízes” ou em “juízes legisladores” (Cappelletti).

Em virtude de os princípios jurídicos não estarem necessariamente expressos na ordem jurídica, nada impede que o juiz, no momento da decisão, realize a captação de um novo princípio por indução e alegue que o mesmo foi violado pelo administrador público, pelo legislador ou pelo particular, por exemplo. Tal atitude, se não for feita de forma racionalmente justificada, certamente é arbitrária, colocando em xeque os fundamentos de um Estado de Direito pautado na segurança jurídica.

Não se pode cair no subjetivismo e no decisionismo, havendo de se incorporar uma dimensão crítica, influenciada pela pré-compreensão ambiental, que permita aos intérpretes e aos operadores do Direito manter uma postura de vigilância. Assim, os

resultados poderão ser justificados perante a sociedade, na forma exigida pelos postulados do Estado de Direito Ambiental.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad.; Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília Jurídica, 1996.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. Tese de Doutorado em Direito – UFSC. Florianópolis: 2006.

BENJAMIN, Antonio Herman. "Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira". *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, J. R. Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad.: Carlos A. de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**: Razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Juruá, 2006.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente:** a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1988.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

HÄBERLE, Peter. **La libertad Fundamental en El Estado Constitucional**. Trad.: Carlos Ramos. San Miguel: Pontificia Universidad Catolica Del Peru, 1997.

KRELL, Andreas J. **Desenvolvimento sustentável às avessas nas praias de Maceió/AL:** a liberação de *espigões* pelo Novo Código de Urbanismo e Edificações. Maceió: edUFAL, 2008.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Democracia hoje***:* para uma leitura crítica dos direitos fundamentais. Passo Fundo: UPF, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília Jurídica, 2000.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

MOTA, Marcel. **Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais.** Fortaleza: Omni, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais***:* uma contribuição ao estudo das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. "Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional Comparado". *In*: SAMPAIO, J. A. L.; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental:** na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental constitucional.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. "A cidadania multidimensional na era dos direitos". *In*: TORRES, R. L. (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

[1] BENJAMIM, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.** CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 64.

[2] Cf. MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 145.

[3] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1988, p. 62.

[4] Cf. TORRES, Ricardo Lobo. "A cidadania multidimensional na era dos direitos." *In*: TORRES, R. L. (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 295s.

[5] Supremo Tribunal Federal – STF. MS 22164/SP. Rel. Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça**, 30.10.1995. Dez anos depois, o Tribunal reforçou referido entendimento, também com a relatoria do Min. Celso de Mello (STF. ADI/MC 3540-1/DF. Diário de Justiça, 1.9.2005.

[6] KRELL, Andreas J. **Desenvolvimento sustentável às avessas nas praias de Maceió/AL:** a liberação de *espigões* pelo Novo Código de Urbanismo e Edificações. Maceió: edUFAL, 2008, p. 65.

[7] LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Democracia hoje***:* para uma leitura crítica dos direitos fundamentais. Passo Fundo: UPF, 2001, p. 21.

[8] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 122.

[9] SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 57.

[10] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44.

[11] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais***:* uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 94.

[12] STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 63.

[13] BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. Tese apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 2006, p. 79-80.

[14] FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente:** a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2008, p. 35.

[15] BENJAMIN, op. cit., p. 98.

[16] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 179.

[17] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 147.

[18] CANOTILHO, op. cit., p. 179-180.

[19] Idem, p. 181.

[20] Idem, p. 181-183.

[21] Ibidem, p. 184-184.

[22] ALEXY, op. cit., p. 429.

[23] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 52.

[24] TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 86.

[25] "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

[26] SARLET, op. cit., p. 78-79.

[27] KRELL, op. cit., p. 68.

[28] TEIXEIRA, op. cit., p. 88-89.

[29] SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e Meio Ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional Comparado. **Princípios de Direito Ambiental na Dimensão Internacional e Comparada**. SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 98.

[30] ALEXY, op. cit., p. 255.

[31]CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Juruá, 2006, p. 190.

[32] MOTA, Marcel. **Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais.** Fortaleza: Omni, 2006, p. 71.

[33] SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110.

[34] BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o Controle de constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 161.

[35] MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 227.

[36] NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente Autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 157, 620s.

[37] Idem, p. 209. Referido dispositivo foi inspirado no art. 19 da Lei Fundamental de Bonn ao regular a aplicação dos chamados limites aos limites dos direitos fundamentais, ou seja, limites às restrições de referidas posições jurídicas.

[38] CRISTÓVAM, op. cit., p. 189s.

[39] KRELL, op. cit., p. 76.

[40] STEINMETZ, op. cit., p. 140.

[41] ALEXY, op. cit., p. 117-118.

[42] OLIVEIRA, Helli Alves de. Intervenção estatal na propriedade privada motivada pela defesa do ambiente. **Revista Forense**, v. 317, p. 141, 1992 apud BENJAMIN, op. cit, p. 98.

[43] SILVA, op. cit., p. 50.

[44] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 45.

[45] ALEXY, op. cit., p. 95.

[46] STUMM, Raquel Denise. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 77.

[47] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 15.

[48] ALEXY, op. cit., p. 94ss., 173s.

[49] ALEXY, p. 167.

[50] KRELL, op. cit., p. 74.

[51] STF – **ADI 2396/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 8/5/2003, Trib. Pleno, publ.** DJ 1/8/2003, p. 100ss.; STF – **ADI 2656/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 8/5/2003, Trib. Pleno, publ.** DJ 1/8/2003, p. 117ss.

[52] Representantes das Associações Brasileiras dos Expostos ao Amianto e das Indústrias e Distribuidores de Produtos de Fibrocimento; cf. STF - ADI 3937/SP, liminar indeferida pelo Pleno; julg. 4/6/2008.

[53] STF – ADPF 101/DF – Rel. Min. Cármen Lúcia A. Rocha, j. 24/6/2009.

[54] Idem.

[55] STF – ADPF 101/DF - Voto-vista do Min. Eros Grau, p. 5.

[56] Idem, p. 9-10.

[57] GUERRA FILHO, op. cit., p. 107.

[58] STUMM, op. cit., p. 121.

[59] BARROS, op. cit., p. 218-246.

[60] GUERRA FILHO, op. cit., p. 79.

[61] ÁVILA, op. cit., p. 122.

[62] ALEXY, op. cit., p. 117; PEREIRA, op. cit., p. 323.

[63] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, 168-169.

[64] STEINMETZ, op. cit., p. 152-153; no mesmo sentido: STUMM, op. cit., p. 81.

[65] HÄBERLE, Peter. **La libertad Fundamental en El Estado Constitucional**. Trad.: Carlos Ramos. San Miguel: Pont. Universidad Catolica Del Peru, 1997, p. 128.

O PARADOXO DO TRATAMENTO DOS RESÍDUOS DE EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS E ELETRÔNICOS*

THE PARADOX OF THE TREATMENT OF THE WASTE ELETRICAL AND ELETRONIC EQUIPAMENT

Gérson Corrêa de Oliveira
Serguei Aily Franco de Camargo

RESUMO

Em razão de estratégias de inovação e buscando criar novas necessidades para os clientes, a indústria de equipamentos elétricos e eletrônicos cresce cada vez mais e seus produtos, consequentemente, têm seu ciclo de vida progressivamente encurtado. Ao chegarem ao fim do seu ciclo de vida, computadores, telefones celulares, aparelhos de fax, fotocopiadoras, aparelhos de rádio e televisão, e seus respectivos componentes, dão lugar aos Resíduos de Equipamentos Elétricos e Eletrônicos (REEE), comumente conhecidos como lixo eletrônico (e-lixo). Propõe-se o presente trabalho a demonstrar consequências negativas da regulamentação do tratamento dos REEE e a papel dos Estados perante elas. Constatou-se que a rigidez das legislações dos países estrangeiros desacompanhadas de fiscalização do destino final dos resíduos tem gerado graves problemas à saúde de seres humanos em países mais pobres. Conclui-se pela necessidade de apropriada fiscalização e controle para que haja efetiva aplicação dos princípios de direito internacional que rejeitam esse procedimento.

PALAVRAS-CHAVES: RESÍDUOS DE EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS E ELETRÔNICOS. DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL. RESÍDUOS SÓLIDOS.

ABSTRACT

Based on innovation strategies and seeking to create new customers needs, electrical and electronics industry grows increasingly and, therefore, its products have their life cycle gradually shortened. At the end of life, computers, cell phones, fax, photocopier, radios and televisions, and their components, give place to waste electrical and electronic equipment (WEEE), commonly known as electronic waste (e-waste). This paper aims to point out the negative consequences of the regulation of treatment of WEEE and the role of States before them. It was noted that the rigidity of the laws of foreign countries which are not followed by the proper control of the final destination of the waste has created serious problems to the health of people in poor countries. In conclusion, the appropriate supervision and control is needed to ensure effective implementation of the principles of international law which reject this procedure.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: WASTE ELETRICAL AND ELETRONIC EQUIPAMENT. INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW. SOLID WASTES.

INTRODUÇÃO

A indústria de equipamentos elétricos e eletrônicos é o setor produtivo que mais cresce no mundo. A grande estratégia competitiva desta indústria é a inovação, dessa forma todos os dias surgem novidades neste setor em constante aprimoramento e, em razão disso, o ciclo de vida dos seus produtos é ainda menor que o dos demais. Com preços cada vez mais acessíveis, os consumidores se desfazem, então, de seus aparelhos "antigos" e "defasados" em busca de atender às suas novas necessidades, que se encontram nos bens de vanguarda. Desse modo, uma quantidade crescente de resíduos decorrentes destes aparelhos requer a correta destinação, comprometendo o uso dos aterros sanitários – aonde existem – com toneladas de material tóxico.

Cabe ao Direito responder a estas questões, em razão de sua função de ordenação social e para proteger os interesses, especialmente aqueles relativos à defesa do meio ambiente e à proteção da saúde humana.

Nos países mais ricos, grandes produtores deste tipo de resíduo, a preocupação com a sua destinação já existe de modo que legislações cada vez mais rígidas tem sido implementadas nestes países. Contudo, uma grande quantidade de lixo eletrônico tem saído destes países rumo a países mais pobres, onde a desmontagem e reciclagem dos materiais se operam de maneira precária e oferecendo sérios riscos à saúde daquelas populações.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar as consequências negativas da regulamentação do tratamento do lixo eletrônico e a papel dos Estados perante elas.

1 RESÍDUOS DE EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS E ELETRÔNICOS

Resíduos sólidos, no entender de Paulo Affonso Leme Machado (2006), significam lixo, refugo ou outras descargas de materiais sólidos, incluindo resíduos sólidos de materiais de operações industriais, comerciais e agrícolas e de atividades da comunidade, mas não inclui materiais sólidos ou dissolvidos nos esgotos domésticos ou outros significativos poluentes existentes nos recursos hídricos. Os resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos (REEE), comumente conhecido como lixo eletrônico ou e-lixo (em inglês, *e-waste*) consistem em todos os produtos eletrônicos, componentes e periféricos, como computadores, telefones celulares, aparelhos de fax, fotocopiadoras, aparelhos de rádio e televisão, que chegaram ao fim do seu ciclo de vida.

A Diretiva 2002/95/CE, de 27.1.2003, da União Europeia, classifica-os em 10 categorias:

Grandes eletrodomésticos (frigoríficos, geladeiras e toda a linha branca);

Pequenos eletrodomésticos (aspiradores, torradeiras, máquinas de café etc.);

Equipamentos informáticos e de telecomunicações (computadores pessoais, impressoras, copiadoras, telefones etc.)

Equipamentos de consumo (aparelhos de rádio, televisores, câmeras de vídeo, instrumentos musicais etc.);

Equipamentos de iluminação (lâmpadas fluorescentes, de sódio de baixa pressão, outros equipamentos de iluminação, exceto lâmpadas incandescentes);

Ferramentas elétricas e eletrônicas, com exceção de ferramentas industriais fixas de grandes dimensões (serras, máquinas de costura, fresadoras etc.);

Brinquedos e equipamentos de desporto e lazer (videogames, computadores para ciclismo, mergulho, corrida etc.);

Aparelhos médicos, exceto produtos implantados ou infectados;

Instrumentos de monitoração e controle;

Distribuidores automáticos;

Em razão do ritmo imprimido à economia mundial, estes produtos tiveram seu ciclo de vida encurtado, em especial aqueles com emprego de alta tecnologia da informação e comunicação (TIC), ocasionando o descarte constante de grandes quantidades de lixo eletrônico, considerado obsoleto.

Segundo dados do Greenpeace (2009), a vida média dos computadores nos países desenvolvidos caiu de 6 anos, em 1997, para apenas 2 anos em 2005. Os telefones celulares têm um ciclo de vida menor que dois anos em países desenvolvidos – e as empresas produtoras trabalham com planejamento de ciclo de vida de até 6 meses para estes bens. Foram vendidos 183 milhões de computadores em 2004, 11,6% a mais que em 2003. E em 2004, 674 milhões de telefones celulares foram vendidos ao redor do mundo – 30% a mais do que no ano anterior. Como resultado disso, por ano, são produzidos até 50 milhões de toneladas deste tipo de resíduo.

O Brasil, por se tratar de um país em desenvolvimento, tem ciclo de vida um pouco maior esta espécie de produtos, contudo o crescimento da classe C, em razão das políticas de inclusão digital e da maior produção industrial, principalmente voltada para atender os padrões internacionais de exportação, a tendência é de que haja uma redução para se aproximar mais da realidade dos países desenvolvidos. Consequentemente, em pesquisa da Consultoria IT Data (MOREIRA, 2009), verificou-se que, no Brasil, o ciclo de vida dos computadores de usuários domésticos já é 5 anos, enquanto que, nas empresas, é de 4 anos. E os celulares tem vida média de apenas 2 anos.

O encurtamento deste ciclo de vida de produtos não se deve somente às suas qualidades intrínsecas, mas também aos próprios produtos que a eles se agregam. No caso dos computadores pessoais, os *hardwares* sempre precisam ser aperfeiçoados a fim de acompanhar o que é requisitado pelo novo *software.*

Tome-se como exemplo o caso do sistema operacional da Microsoft Windows 7. Para que executar o programa, o computador no qual se vai instalar precisa contar no mínimo com processador de 1 gigahertz (GHz) de 32 bits (x86) ou 64 bits (x64), memória de 1 gigabyte (GB) de RAM (32 bits) ou 2 GB de RAM (64 bits) e 16 GB de espaço em disco disponível (32 bits) ou 20 GB (64 bits) (MICROSOFT, 2009). Tais requisitos, os quais não seriam muito incomuns em computadores atualmente disponíveis no mercado, a 5 anos atrás, seriam caríssimos ou até impossíveis de se encontrar em um computador pessoal.

Dados de 2005 (CARROLL, 2008) apontam que, nos Estados Unidos, mais de 759 mil toneladas de televisores foram descartadas. Somadas às dos monitores, que foram 389,8 mil, resultam em mais de um milhão de toneladas de tubos de raios catódicos, dos quais menos de um quinto é reciclado. Impressoras, teclados e *mouses* são 324,9 mil toneladas, computadores de mesa (*desktops*) são 259,5 mil toneladas, *laptops* são 132,8 mil, celulares são 11,7 mil e monitores, 4,9 mil toneladas dos quais a grande parte acaba nos aterros sanitários. No Reino Unido, mais de 90% do lixo eletrônico é não sofre nenhum tratamento antes de ser descartado (NNOROM; OSIBAJO, 2008).

Em razão disso, medidas regulatórias têm sido implementadas ou propostas nos Estados Unidos, Europa e Ásia a fim de aumentar a reciclagem dos equipamentos eletrônicos e reduzir a degradação ambiental resultante.

2 PRINCIPAIS RISCOS À SAÚDE ASSOCIADOS AOS REEE

A grande preocupação com estes produtos é que eles podem conter inúmeras substâncias perigosas e tóxicas, como chumbo, mercúrio, arsênico, cádmio e cloreto de polivinila (PVC), que causam diversos males ao meio ambiente e ao ser humano. Tubos de raios catódicos, por exemplo, como encontrados em monitores de vídeo e televisores, contém significativas quantidades de chumbo – até 4 kg –, fósforo, cádmio, bário e mercúrio. E o volume destas substâncias é considerável. Segundo Lee at al. apud Rodrigues (2007), uma típica placa de circuito interno é composta de resina epóxi à qual é adicionado um retardante de chama bromado, fibra de vidro e cobre, contendo ainda silício, ouro, prata, níquel, ferro, alumínio e outros metais, unidos por solda com chumbo e estanho.

Durante esta década, somente nos Estados Unidos, devem ir para as lixeiras mais de 450 toneladas de chumbo proveniente de computadores e outros equipamentos eletrônicos (MACAULEY, 2003). Com a adoção da tecnologia de monitores de cristal líquido

(LCD), deve haver alguma redução, pois estes contêm menos substâncias tóxicas, mas ainda assim possuem mercúrio em suas lâmpadas.

2.1 CHUMBO

Segundo Moreira e Moreira (2004), o sistema nervoso, a medula óssea e os rins são sítios críticos na exposição ao chumbo. O conjunto de órgãos mais sensível ao envenenamento por chumbo é o sistema nervoso, sendo que a encefalopatia é um dos mais sérios desvios tóxicos induzidos pelo chumbo em crianças e adultos. Mesmo em adultos, as quantidades que podem afetar o sistema nervoso central são relativamente baixas (em torno de 40 µg/dL de sangue). Os danos sobre o sistema nervoso periférico, primeiramente motor, são observados principalmente nos adultos. Em níveis de concentração de 40 a 60 µg/dL de sangue, também se fazem presentes outros sinais e sintomas claros de intoxicação por chumbo, tais como as queixas gastrintestinais. Efeitos sobre o nervo ótico e o sistema auditivo também têm sido atribuídos à exposição ao chumbo.

O envenenamento pro chumbo pode causar também anemia, não estando necessariamente associada com deficiência de ferro. Geralmente, é de leve a moderada em adultos (os valores de hemoglobina variam de 8 a 12 g.100 mL) e, algumas vezes, é severa em crianças. O chumbo inibe a capacidade do organismo de produzir hemoglobina, afetando várias reações enzimáticas, críticas para a síntese da heme.

O chumbo também pode afetar o metabolismo da vitamina D. A exposição excessiva e prolongada ao chumbo pode causar doença renal progressiva e irreversível.

Em crianças, sem que se possa estabelecer um limite preciso, a toxicidade do chumbo pode ter efeitos permanentes, tais como menor quociente de inteligência e deficiência cognitiva. Além disso, diversas pesquisas têm sugerido que o crescimento físico e a estatura das crianças podem ser reduzidos pela exposição ao chumbo. Pode ainda causar danos fetais, uma vez que ultrapassa a barreira placentária, pode causar baixo peso no nascimento e prematuridade.

O chumbo inorgânico e os compostos de chumbo foram classificados como “possivelmente carcinogênicos para humanos” pela Agência Internacional de Pesquisa sobre o Câncer (*International Agency for Research on Cancer*, IARC). Segundo Moreira e Moreira (2004), nos Estados Unidos da América, uma lista das 20 substâncias mais perigosas para 2001 mostra o chumbo em segundo lugar, atrás somente do arsênio.

2.2 CÁDMIO

Segundo Conceição (2005), desde 1950 quando os riscos por exposição ocupacional do cádmio foram reconhecidos, quantidade substancial de informação foi gerada sobre seu efeito tóxico. A toxidade do cádmio é similar entre humanos e animais. A toxidade também é similar para diferentes sais e óxidos de cádmio e, embora diferentes em termos da absorção e distribuição, levam aos mesmos efeitos, porém de intensidade diferente devido à cinética. A toxicidade aguda pode ocorrer pela ingestão de concentrações relativamente altas de cádmio, contidas em bebidas ou alimentos. Os alimentos ou bebida podem ser contaminados por utensílios, como potes e panelas contendo esmaltes ou soldas que apresentam cádmio.

A inalação de material aquecido contendo cádmio pode levar a pneumonite química e edema pulmonar. Inalação por exposição aguda pode causar destruição das células epiteliais do pulmão, provocando edema, traqueobronquite e pneumonite em seres humanos e animais. Os principais efeitos observados na exposição em longo prazo são doenças pulmonares crônicas obstrutivas e enfisema, além de distúrbios crônicos dos túbulos renais. Há referências também a efeitos cardiovasculares e ao sistema esquelético, cuja gravidade é proporcional ao tempo e a intensidade da exposição, devido ao caráter de agente tóxico cumulativo do cádmio. É agente cancerígeno, que pode causar deformações no feto (teratogênico) e, ainda, danos ao sistema reprodutivo (CONCEIÇÃO, 2005).

2.3 COBRE

Segundo Conceição (2005), os danos ao organismo associados ao cobre incluem dano ao epitélio gastrointestinal, associado à necrose centrilobular do fígado e necrose tubular dos rins, alterações metabólicas no organismo. A exposição crônica pode levar ao espessamento e esverdeamento da pele, dentes e cabelo. Em nível pulmonar pode se observar irritação das fossas nasais, ulcera e perfuração do septo, além de hepatotoxicidade. Por se tratar de um elemento essencial, a intoxicação causa desordem nos mecanismos de homeostase.

2.4 MERCÚRIO

A intoxicação aguda com vapor de mercúrio pode provocar irritação grave da vias respiratórias, pneumonite química e, em vários casos, edema pulmonar. A ingestão de compostos inorgânicos resulta em sintomas de corrosão e irritação gastrintestinal,

nomeadamente vômitos, diarréia com sangue e dores de estômago. Posteriormente podem ocorrer choque e disfunção renal aguda, com uremia (WHO, 1991). A exposição cutânea a compostos de mercúrio pode resultar em irritação local. Os compostos de mercúrio encontram-se entre os alergénos mais comuns em indivíduos com dermatites de contato. A intoxicação crônica pode desenvolver-se poucas semanas após o início da exposição ao mercúrio. A sintomatologia depende da exposição e do tipo de mercúrio em questão, podendo envolver a cavidade oral, o sistema nervoso e os rins. Os principais efeitos são sintomas neurológicos adversos, tremores, vertigens, irritabilidade e depressão, associados à salivação, estomatite e diarréia, descoordenação motora progressiva, perda de visão e audição e deterioração mental decorrente de uma neuroencefalopatia tóxica, na qual as células nervosas do cérebro e do córtex cerebelar são seletivamente envolvidas (HSDB, 2000). O metilmercúrio é considerado um possível carcinogéno para o homem. Afeta o sistema nervoso e cardiovascular, lesa o cérebro, causa paralisia, dormência nos lábios, perda de memória, dor de cabeça e distúrbios emocionais.

2.5 RETARDANTES DE CHAMAS

Os retardantes de chama mais comumente usados nas placas de circuito impresso são os BRFs (Brominated-flame retardants), sendo o mais perigoso o PBDEs (*Polybrominated diphenyl ethers*). Herat (2008) aponta que estudos reportam a presença de retardantes de chama em humanos, inclusive no leito materno. Estas substâncias são tóxicas e causam deformações no feto (teratogenia). Os mais perigosos eram os PBBs (*Polybrominated biphenyls*), que era uma toxina bioacumulativa e considerada carcinogênica, mas que foi proibido na União Europeia, em 2006, e em alguns outros países, mas que ainda pode ser encontrado em produtos de países que não incluíram esta proibição e em aparelhos mais antigos.

3 DISCIPLINA DO LIXO ELETRÔNICO NO MUNDO

Segundo Nnorom e Osibanjo (2008), a ênfase nos problemas ambientais mudou de uma abordagem de “comando e controle” para uma responsabilização do produtor por meio da qual aquele que produz o bem é, então, responsável pelo impacto ambiental de todo o ciclo de vida do produto, desde a extração da matéria-prima até a reciclagem, reuso e disposição. Essa política tem sido chamada de Responsabilidade Estendida do Produtor (do inglês, *extended producer responsibility*, EPR), a qual tende a priorizar a adoção de medidas preventivas em lugar das abordagens *end-of-pipe* (fim-de-tubo), pensa em todo

ciclo de vida e é orientada por metas, a fim de incorporar mecanismos de incentivo à melhoria contínua das indústrias em seus produtos e processos.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) define a responsabilidade estendida do produtor como sendo uma política ambiental na qual a responsabilidade do produtor pelo produto é estendida ao estágio de pós-consumo do ciclo de vida do produto, incluindo sua disposição final (NNOROM; OSIBANJO, 2008, p. 845). Segundo uma definição revisada de Lindhqvist (2000), ela é um princípio para promover melhorias ambientais do ciclo de vida total dos sistemas de produtos, alargando as responsabilidades do manufatureiro do produto às várias partes de todo o ciclo de vida do produto e, especialmente, ao retorno, reciclagem e disposição final do produto.

De acordo com Nnorom e Osibajo (2008), a EPR responsabiliza tanto financeiramente quanto fisicamente pelo produto e busca prover incentivos para que o produtor incorpore considerações ambientais no *design* dos produtos. Seria uma aplicação do conhecido princípio do poluidor-pagador, a qual manteria a responsabilidade dos membros originais da cadeia de suprimentos pela coleta e retorno de itens que alcançaram o fim de sua vida, afastando-a da municipalidade para incluir os custos de tratamento e disposição dos produtos, em seus preços. Estes passariam, então, a refletir os seus próprios impactos ambientais.

Os principais objetivos da responsabilidade estendida do produtor, segundo Langrová (2002), são: (a) a prevenção e redução dos resíduos, (b) o reuso dos produtos, (c) o aumento do uso de materiais reciclados na produção, (d) a redução do consumo dos recursos naturais, (e) internalização dos custos ambientais nos preços dos produtos e (f) recuperação da energia, quando a incineração for considerada apropriada.

3.1 UNIÃO EUROPEIA

Por meio de diretivas aos Países-Membros, a União Europeia instituiu, em 27 de janeiro de 2003, políticas que aplicam a responsabilidade estendida do produtor ao tratamento do lixo eletrônico. São elas:

Diretiva 2002/95/CE, de 27 de janeiro de 2003, relativa à restrição do uso de determinadas substâncias perigosas em equipamentos elétricos e eletrônicos; e

Diretiva 2002/96/CE, relativa aos resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos (REEE).

A partir de então, os Países-Membros ficariam obrigados a legislarem internamento sobre a matéria seguindo a diretiva, disciplinando a matéria por meio de instrumentos administrativos, econômicos e informativos, os quais Langrová (2002) exemplifica:

Instrumentos administrativos: obrigação de retorno, padrões mínimos de conteúdo reciclado, padrões de taxas de segunda utilização de matéria, padrões de eficiência energética, proibição ou restrição de materiais, proibição ou restrição de produtos;

Instrumentos econômicos: taxas progressivas para descarte, imposto sobre matéria-prima "virgem", retirada de subsídios sobre matéria "virgem", aquisição preferencial de produtos ambientalmente corretos;

Instrumentos informativos: selo de aprovação ambiental ("Selo Verde"), empacotamento contendo informações ambientais (selo de eficiência energética, uso de CFC), perfil ambiental dos produtos em toda ciclo de vida dos seus materiais, advertências de produtos perigosos, selo de durabilidade do produto.

Contudo, apesar da variedade de instrumentos existentes, Langrová destaca que os mais aplicados, e consequentemente mais discutidos, são as obrigações de retorno (*mandated take-back*) e os instrumentos econômicos, especialmente os tributários. De acordo com a categoria dos produtos, os produtores de equipamentos elétricos e eletrônicos devem alcançar taxas entre 50% e 80% de reuso, reciclagem e recuperação destes produtos. O alvo estabelecido para os Países-Membros da União Europeia é de 4,0 Kg de REEE/habitante/ano (LEHTINEN, 2006). Além disso, a diretiva exige a adoção das melhores técnicas de tratamento, recuperação e reciclagem para garantir a proteção ao meio ambiente e à saúde.

A maneira como cada país da União Europeia internalizou as diretivas, contudo, não é homogênea. Em alguns países, pode-se reconhecer que houve uma completa internalização do sistema do EPR, como, por exemplo, a Alemanha e sua disciplina sobre embalagens, em que os produtores por meio de associações tomam do Poder Público a completa responsabilidade pela gestão de resíduos dos produtos. Já no "modelo francês", os custos são apenas parcialmente internalizados: o setor privado cobre os custos de reciclagem, enquanto a responsabilidade física e financeira pela coleta permanece com o Poder Público.

3.2 JAPÃO

De acordo com Nnorom e Osibanjo (2008), no Japão, a responsabilidade estendida do produtor se desenvolveu de maneira bem diversa daquela da Europa. Em particular, o retorno não tem que ser gratuito, os consumidores pagam quando trazem seus equipamentos usados aos coletores, com taxas estabelecidas pelos próprios produtores para seus respectivos produtos.

Os primeiros produtos para os quais o Japão estabeleceu um sistema de retorno foram condicionadores de ar, televisores, refrigeradores e máquinas de lavar, em 1998. A partir de então, o Poder Público impôs obrigações de retorno aos fabricantes, que incorporaram a preocupação ambiental à sua estratégia de negócios. No sistema

japonês, a reciclagem dos REEE é uma responsabilidade específica do produtor. A lei também especifica metas de taxa de reciclagem e impõe penalidades pesadas pelo descumprimento. Em 2004, já havia 41 indústrias de reciclagem para e-lixo no Japão. A maioria delas tem suporte financeiro do Poder Público ou dos produtores de equipamentos elétricos e eletrônicos.

O e-lixo doméstico é recolhido em lojas de varejo quando estão descarregados ou quando os consumidores compram novos produtos. A coleta do e-lixo é transferida a 380 coletoras e finalmente transferida às fábricas, pelo sistema de distribuição.

3.3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Nos Estados Unidos, a implementação dos mecanismos do EPR é voluntária pelas indústrias, sendo conhecido como responsabilidade estendida pelo produto, o que enfatiza que a responsabilidade é compartilhada, de modo que o produtor não é o único responsável, mas também o consumidor e o varejista. Nesse país, empresas como a IBM, HP e Dell iniciaram seus próprios programas de retorno de REEE com vistas a terem ganhos de imagem no mercado (NNOROM; OSIBAJO, 2009).

A sistemática norte-americana difere daquela adotada na Diretiva REEE da União Europeia, em que a EPR utiliza o princípio do poluidor-pagador e faz do produtor o responsável, sem custos para o consumidor, pelo tratamento, reuso e reciclagem do lixo eletrônico. Entretanto, em alguns Estados norte-americanos, legislações similares à europeia estão surgindo ou sendo consideradas, como é caso da California, Maryland e Maine. Nestes Estados, os produtores devem pagar apenas por programas de reciclagem de e-lixo.

No Estado de Washington, foi-se um pouco mais além com uma lei que passou a vigorar em julho de 2006. Por ela, indústria e varejo não podem vender eletrônicos sem criar seus próprios programas de retorno de seus equipamentos ao fim da vida útil ou participar de um programa similar. Estes programas de retorno devem providenciar a conveniente coleta em pontos rurais e urbanos nos quais os consumidores possam devolver seus equipamentos antigos. Ao requerer que indústria e varejo paguem pelos programas, espera-se o incentivo de que passem a produzir produtos mais “verdes”, menos tóxicos e fáceis de reciclar (CHRISTEN, 2006).

3.3 BRASIL

A Constituição da República de 1988 estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a defesa e a proteção da saúde (artigo 24, XII), sendo o tratamento dos resíduos sólidos, primordialmente, assunto de saúde pública, está compreendido nesta competência. A execução desta atividade, a princípio, fica a cargo dos Municípios, a quem ficou reservada a competência para organizar e prestar os serviços de interesse local.

Segundo a dicção dos parágrafos do artigo 24 da Constituição, cabe a União a edição de normas gerais e aos Estados e Distrito Federal competência suplementar. Inexistindo lei federal, os Estados terão competência legislativa plena, até a sua superveniência, quando terão sua eficácia suspensa.

Especificamente, no que concerne aos resíduos sólidos, não há norma geral em lei federal. Tramita na Câmara dos Deputados, há quase 10 anos, o Projeto de Lei 203/91, o qual propõe a criação de uma Política Nacional de Resíduos Sólidos. Por enquanto, o relatório do projeto de lei identifica quatro produtos para os quais as empresas produtoras serão obrigadas a estruturar e implementar sistemas de retorno de produtos (logística reversa), os quais seriam os agrotóxicos, pneus, óleos lubrificantes e pilhas e baterias, estas as únicas dentre os resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos. Foram excluídos os eletroeletrônicos e as lâmpadas fluorescentes, que constavam da versão preliminar do relatório. O motivo foi a forte pressão dos setores produtos, porquanto, segundo a Confederação Nacional da Indústria (CNI), esse sistema elevaria demasiadamente os custos dos fabricantes (RITTNER, 2009). Para estabelecer critérios para a coleta, reciclagem e descarte de equipamentos elétricos, tramita na Câmara o Projeto de Lei 2061/07, de autoria do deputado Carlos Bezerra do PMDB-MT.

O projeto para tratamento do lixo eletrônico segue a responsabilidade estendida do produtor (EPR), responsabilizando fabricantes e importadores pela coleta, reciclagem e destinação do lixo eletrônico e obrigando comerciantes a instalarem postos de coleta. Já o projeto da Política Nacional de Resíduos Sólidos estabelece um modelo de responsabilidade compartilhada, em que Governo, empresas e a sociedade são responsáveis pela gestão adequada dos resíduos sólidos.

Albergados pela competência legislativa plena do § 3º do artigo 24 da Constituição, alguns Estados têm estudado promulgar leis para disciplinar o tratamento do lixo eletrônico. É o caso, por exemplo, dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina. No Estado do Amazonas, está em discussão, na Assembleia Legislativa do Estado, o Projeto de Lei de autoria do Deputado Marco Antonio Chico Preto, do PMDB.

4 CONSEQUÊNCIAS GLOBAIS DA DISCIPLINA DO LIXO ELETRÔNICO

A Convenção de Basileia, na Suíça, é a mais importante iniciativa de nível global no que tange a disciplina do lixo eletrônico. Essa convenção internacional, assinada em 22

de março de 1989, teve como foco regulamentar o movimento transfronteiriço de resíduos perigosos, nos quais se incluem os resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos, visando proteger, principalmente, os países mais pobres de que continuassem a receber o lixo dos países mais desenvolvidos.

Em 1992, o tratado tinha sido ratificado por 159 países. No Brasil, adentrou seu ordenamento jurídico por meio do Decreto n. 875, de 19 de julho de 1993. Os Estados Unidos, no entanto, justamente pelo fato de ser o país que mais polui o mundo, não quis ratificar o mesmo.

Apesar da Convenção de Basileia, esta é rotineiramente violada, sendo toneladas de o lixo eletrônico é exportado para países em desenvolvimento. Segundo o Greenpeace (2009), em inspeções em 18 portos europeus em 2005, foram achados mais de 47% dos resíduos destinados a exportação, o que incluía o e-lixo, era ilegal. Só no Reino Unido, pelo menos 23.000 toneladas de lixo eletrônico não declarado ou no mercado negro foi ilegalmente embarcado em 2003 para a Índia, África e China.

A maior parte do lixo eletrônico produzido nos Estados Unidos da América, que não ratificou a Convenção de Basileia, tem como destino a Ásia. Países como China, Índia e Paquistão recebem milhares de toneladas anualmente do lixo produzido pelos Estados Unidos, carregados em containeres.

Em 2000 as autoridades chinesas e indianas proibiram a importação do e-lixo, contudo isso não impediu seu recebimento de maneira ilegal. O e-lixo continua chegando a Guiyu da Província de Guangdong, o principal centro de desmontagem na China. Em 2002, a Silicon Valley Toxics Coalition (SVTC) e a Basel Action Network (BAN) produziram e distribuiram um documentário que mostrava como era de fato a reciclagem do lixo eletrônico na China. O filme "*Exporting Harm: The High-Tech Trashing of Asia*" tinha como tema o vilarejo de Guiyu, que se tornara o destino final de uma enorme quantidade de sucata. O documentário mostrou a existência de milhares de pessoas – famílias inteiras, de crianças a idosos – empenhadas em práticas nocivas, como a queima de fiação de computador para obtenção de cobre, o derretimento de placas de circuito em panelas comuns para extração de chumbo e outros metais e o mergulho de metais de circuitos eletrônicos em ácidos corrosivos a fim de extrair ouro (CARROLL, 2008). Isso despertou a comunidade científica que empreendeu diversos estudos ambientais sobre a reciclagem em Guiyu, sobre as condições dos trabalhadores e sobre os níveis de poluição encontrados nas pessoas e no solo (HERAT, 2008).

As mesmas panelas utilizadas para queima da fiação, com alto teor de metais pesados, utilizam-se em outro momento para cozinhar. Em razão disso, foram encontrados no sangue das pessoas em Guiyu, altos teores de retardantes de fogo chamados de PBDE, os quais são comuns em equipamentos eletrônicos e potencialmente danosos ao desenvolvimento fetal ainda que em níveis muito baixos. O mesmo foi também encontrado em plantas e animais (CARROLL, 2009).

Segundo o Greenpeace (2009), 25.000 trabalhadores são empregados na desmontagem somente em Delhi, na Índia, por onde passam entre dez e vinte mil toneladas de e-lixo por ano, sendo 25% de computadores. Como este, foram encontrados desmontes em Meerut, Ferozabad, Chennai, Bangalore e Mumbai.

Em Acra, a capital de Gana, no continente africano, repórter da National Geographic (CARROLL, 2008) encontrou em meio aos computadores de um desmonte um monitor com o logotipo da Goodwill, uma organização sem fins lucrativos em Maryland, nos Estados Unidos, para a qual as pessoas doam computadores velhos, confiando que terão o fim apropriado. Computadores destinados às sucatas em Acra podem ser adquiridos em lojas de saldos na internet, que podem ser de particulares ou do site oficial do governo norte-americano, ou de organizações de caridade.

5 PARADOXO DA DISCIPLINA DO LIXO ELETRÔNICO

A questão do tratamento dos resíduos perigosos, em especial do lixo eletrônico, em países em desenvolvimento, perpassa um problema que Norberto Bobbio (1999) chamou de antinomia imprópria, a chamada antinomia teleológica, a qual ocorre quando a norma que prescreve o meio acaba por comprometer ou se opor ao fim.

O fim almejado pelas normas como a Diretiva 2002/95/CE e Diretiva 2002/96/CE são primordialmente a proteção da saúde humana e do meio ambiente, como logo se depreende da Diretiva 2002/95/CE em suas considerações iniciais:

Considerando o seguinte:

(1) As disparidades entre as medidas legislativas ou administrativas adoptadas pelos Estados-Membros em matéria de restrição do uso de substâncias perigosas em equipamentos eléctricos e electrónicos podem criar barreiras ao comércio e distorções da concorrência na Comunidade, podendo assim ter um impacto directo no estabelecimento e funcionamento do mercado interno.Parece, por conseguinte, necessário proceder à aproximação das legislações dos Estados-Membros neste domínio e contribuir para a protecção da saúde humana e para uma valorização e eliminação ecologicamente correctas dos resíduos de equipamentos eléctricos e electrónicos.

Em função disso, para aplicação da responsabilidade estendida do produtor, os países foram editando leis rigorosas para que em seus respectivos territórios não houvesse problemas de contaminação das pessoas, do solo, das águas, da vegetação e da fauna pelos componentes perigosos existentes no lixo eletrônico, em especial os metais pesados.

Contudo, não se teve em consideração que o meio ambiente não está adstrito ao território de um único país ou conjunto de países, mas é questão global e que deve ser, por isso, tratada globalmente. Ao se editarem leis locais mais rígidas para se evitar a contaminação por resíduos sólidos de equipamentos elétricos e eletrônicos, potencializa-

se a proteção daquelas pessoas deste malefício, entretanto entra em ação a “lei” do menor esforço, fazendo com que se busque onde a rigidez da legislação seja menor.

Se mecanismos eficientes, efetivos e eficazes para induzirem a produção mais limpa e responsável pelas indústrias, estas visando manter ainda alta sua margem de lucro a qualquer custo, podem usar de meios escusos para suprir os requisitos das severas leis ambientais. Suprindo-as em alguns aspectos e criando danos em outros locais. Se em determinada localidade a legislação se tornou mais rigorosa, não havendo o acompanhamento da destinação dos resíduos, este pode ser facilmente direcionado, então, para outra localidade em que a legislação ambiental seja mais branda ou em que a fiscalização permita a entrada ilegal.

Por conseguinte, permanece o prejuízo à saúde humana, sempre da parcela mais pobre, a qual é afetada pela contaminação por metais pesados e substâncias tóxicas, como o PBDE, atingindo a dignidade e a vida das pessoas em lugares nos quais crianças nascem deformadas ou sequer vêm a nascer.

Como é mais lucrativo enviar o lixo eletrônico em navios para o exterior, muitas empresas encontram facilidades na legislação de seus países para assim procederem. Os governos, acreditando proteger seus cidadãos, ignoram a problemática. Mas essa proteção nem sempre se efetiva.

Recentemente, um dos primeiros Estados norte-americanos a promulgar uma legislação sobre lixo eletrônico, a Califórnia, foi acusado de estar enviando toneladas deste resíduo para o Brasil de maneira ilegal.

O caso dos Estados Unidos é emblemático, não apenas por não ratificar a Convenção de Basileia e apoiar este tipo de comércio, mas porque muitos dos metais preciosos extraídos, por exemplo, na China, torna-se matéria prima de bijuterias baratas, as quais são comercializadas a preço populares nos Estados Unidos. Em 2006, um químico da Universidade Ashland, em Ohio, comprou uma destas bijuterias ao preço de 1 dólar para realizar pesquisas laboratoriais, nas quais se constataram existir alto teor de chumbo, cobre e estanho, o que indica que os metais são provenientes da solda usada na fabricação de placas com circuitos eletrônicos (CARROLL, 2008). Dessa maneira, por mais que aparentemente o problema passe a ser de outros, ele retorna para a população do país de origem.

Na verdade, o problema remonta a própria conceituação do que é um ser humano. Segundo Fábio Konder Comparato (2003), a ideia de que os indivíduos e grupos humanos podem ser reduzidos a um conceito ou categoria geral é de elaboração recente na História. Segundo estudos antropológico, e que se pode observar em alguns povos autóctones de algumas regiões, inicialmente os integrantes do grupo eram designados “homens”, enquanto que os estranhos seriam por outra denominação, a significar que se tratavam de indivíduos de espécie animal diferente.

Foi somente durante o período Axial, que vai do século VIII ao século II a. C., que mudou a concepção para se entender que os seres humanos são essencialmente iguais, o que permitiu que séculos mais tarde houvesse uma Declaração Universal de Direitos Humanos, em que todos os homens são considerados iguais em dignidade e direitos.

Entretanto, para alguns, mesmo esta Declaração não reconhece igual dignidade e direitos a todos os homens. Para Karl Marx apud Bucci (2001), “os direitos do homem... nada mais são do que direitos do membro da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade”.

Apesar de, em parte, superarmos por meio de um processo histórico este pensamento quanto aos direitos dos homens de uma mesma comunidade, ainda não se conseguiu efetivar a construção dos direitos humanos que afirme estes direitos em relação a uma comunidade global, que considere o homem não somente aquele que é parte do território ou de uma aliança política ou econômica entre países, mas que o são todos os membros da humanidade, mesmo econômico ou fenotipicamente mais diferente.

Esta preocupação é ainda incipiente e surge no Direito Internacional na forma de princípio, como aponta Paulo Affonso Leme Machado (2006, p. 571) que “os Estados têm o dever de fazer com que as atividades exercidas nos limites de sua jurisdição – no caso em tela a produção e exportação de rejeitos perigosos – não causem danos ao meio ambiente de outros Estados”.

Este seria o princípio que deveria reger as relações internacionais entre os Estados e no qual se fundamenta a Convenção de Basileia. Em alguns aspectos, esta convenção é lacunosa, não apresentando uma clara responsabilidade sobre os fatos nela previstos, sendo apontada por alguns como um instrumento para legalização e facilitação do comércio de resíduos (MACHADO, 2006).

Entretanto, os princípios não se efetivam unicamente através texto expresso em lei ou outro instrumento normativo, mas devem nortear as ações que lhe são afetas independentemente da existência do texto escrito explícito.

Dessa maneira, ratificada ou não a Convenção de Basileia, não poderiam os grandes produtores de resíduos ignorar as consequências de seus rejeitos, ainda que fora dos limites do seu território. Devem, em qualquer caso, considerar o percurso da matéria indesejada por completo, ponderando de que forma afetará os seres humanos envolvidos, prezando pelo valor máximo da dignidade da pessoa humana, sendo titular o ser humano em qualquer parte do globo.

6 PAPEL DO ESTADO NO SISTEMA DE TRATAMENTO DO E-LIXO

Em palestra apresentada no I Seminário de Resíduos Eletroeletrônicos, em Belo Horizonte, Minas Gerais, Daniel Ott (2009), da EMPA, na Suíça, apresentou que os interesses dos governos no tratamento dos resíduos, em especial dos resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos, são principalmente manter uma alta taxa de reciclagem de produtos, a fim de não sobrecarregar os aterros sanitários, e, igualmente, preservar os recursos naturais e, além disso, manter sua política econômica, no que tange à condução do crescimento da indústria.

Ott também descreveu o que chamou de “Os sete ‘pilares’ de um sistema de e-lixo”, os quais seriam:

Existência de um fluxo de e-lixo;

Estrutura legal;

Responsabilidade;

Retorno;

Controle;

Financiamento;

Infraestrutura de reciclagem.

Nestes observamos que a participação do Estado varia desde ser essencial até a ser pouco desejável.

Na estrutura legal, é imprescindível que o Estado tenha bem estabelecido que tipo de sistema de tratamento de resíduos deseja implementar. Neste sentido, entendemos ser premente a necessidade de uma política de resíduos sólidos no âmbito do seu território. Além disso, é importante a participação ativa e ratificação de acordos internacionais relacionados, valorizando-se a eficácia e efetividade destes tratados. É oportuno também o estabelecimento da responsabilidade pelo tratamento dos resíduos, senão será voluntária.

Quanto aos canais de retorno, o Estado pode ou não fazer parte da logística envolvida na construção destes canais, dependendo das peculiaridades de cada país, dos custos envolvidos e da possibilidade de sucesso, que por sua vez também dependerá de uma clara e positiva estrutura legal. Cabe também ao Estado definir a tributação e custos envolvidos na utilização destes canais.

Outro pilar em que a figura do Estado é essencial é o controle. Caso seja voluntária a responsabilidade pelo tratamento do lixo eletrônico, essa função fica diminuída, contudo, ter bem estabelecida a responsabilidade dos atores envolvidos em todo o ciclo de vida do bem implica em que cada deles esteja exercendo corretamente seu papel, de maneira que sejam alcançadas as metas estabelecidas e não haja consequências indesejadas.

Implica, sobretudo, no correto estabelecimento do fluxo do e-lixo. Este fluxo não necessariamente deve ser proveniente do próprio território nacional. Primeiro, nem todos os países tem toda a tecnologia para lidar com todos os produtos que podem ser extraídos dos REEE. Ao contrário da década de 1980, na qual um microprocessador compunha-se de 11 elementos da tabela periódica, hoje podem ser utilizados até 60! Somados aos demais componentes que se agregam a um eletroeletrônico, sobra pouco espaço na tabela para os elementos que não são encontrados nos seus resíduos. Dessa maneira, ter pólos especializados no mundo em determinados componentes pode ser

interessante do ponto de vista ambiental para haver melhor aproveitamento dos produtos.

Em segundo lugar, a medida em que o lixo eletrônico é reciclado, seu volume tende a se estabilizar, de modo que, para manter a sustentabilidade econômica do negócio da reciclagem, é interessante a possibilidade de *inputs* globais. De modo que a atividade não seja desestimulada.

O controle, nesse caso, é importante para que essa política global para o tratamento de resíduos não resulte em efeitos indesejados tais quais aqueles observados na pequena Guiyu, na China.

CONCLUSÕES

Finalmente, observa-se que a tendência da adoção da responsabilidade estendida do produtor não afasta o papel fiscalizador do Estado em não permitir uma simples transferência de poluição, o que afetaria o meio ambiente da mesma forma. A destinação final não é até aonde alcança o território de um país, mas deve-se ter em conta se o meio ambiente e a saúde humana são de fato protegidos. A regulamentação brasileira, apesar de incipiente, indica acompanhar a tendência internacional de responsabilização do produtor, cabendo a mesma observação quanto a fiscalização.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 10. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BUCCI, Maria Paulo Dallari. A Comissão Bruntland e o Conceito de Desenvolvimento Sustentável no Processo Histórico de Afirmação dos Direitos Humanos. In: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (org.). **Direito Ambiental Internacional**. Santos, SP: Leopoldiam, 2001. p. 50-63.

CARROLL, Chris. Lixo high-tech. **National Geographic Brasil**, São Paulo, p. 39-57, jan. 2008

CHRISTEN, Kris. New state-level e-waste recycling law. **Environmental Science & Technology**, p. 4051, 1 jul. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GREENPEACE International. **The E-waste problem**. Disponível em: <http://www.greenpeace.org/international/campaigns/toxics/electronics/the-e-waste-problem>. Acesso em: 11 jun. 2009

LANGROVÁ, Veronika. **Comparative Analysis of EPR Programmes for Small Consumer Batteries**: Case study of the Netherlands, Switzerland and Sweden. Lund: IIIEE, 2002.

LEHTINEN, Ulla; POIKELA, Kari. Challagens of WEEE on reverse logistics: a case study on a collection network in Finland. In: BOURLARKIS, M. (Eds.). **Proceedings of Logistics Research Network Annual Conference 2006.** Tyne: The Chartered Institute of Logistics and Transport, 2006.

LINDHQVIST, Thomas. **Extended producer responsibility in cleaner production**: policy principle to promote environmental improvements of product systems. Lund: IIIEE, 2000. Tese de Doutorado, Lund University, The International Institute for Industrial Environmental Economics, 2000.

MACAULEY, Molly; PALMER, Karen; SHIH, Jhih-Shyang. Dealing with electronic waste: modeling the costs and environmental benefits of computer monitor disposal. **Journal of Environmental Management**, n. 68, p. 12-22, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MICROSOFT. **Requisitos do Sistema Windows 7.** Disponível em: <http://windows.microsoft.com/pt-BR/windows7/products/windows-7/system-requirements>. Acesso em: 16 ago. 2009.

MOREIRA, Daniele. **Brasil tem problema de estrutura e legislação para enfrentar lixo eletrônico**. Disponível em: <http://idgnow.uol.com.br/computacao_pessoal/2007/04/26/idgnoticia.2007-04-25.2669597646/>. Acesso em: 15 mar. 2009.

MOREIRA, Fátima Ramos; MOREIRA, Josino Costa. Os efeitos do chumbo sobre o organismo humano e seu significado para a saúde. **Rev Panam Salud Publica**, v. 15, n. 2, p. 119–29, 2004.

NNOROM, I. C.; OSIBANJO, O. Overview of electronic waste (e-waste) management practices and legislations, and their poor applications in the developing countries. **Resoucers, Conservation and Recycling**, n. 53, p. 843-858, 2008.

OTT, Daniel. **Key Aspects of an E-waste management system**: a glimpse at the Swiss model. Belo Horizonte, MG, 13 ago. 2009. Seminário Internacional de Resíduos Eletroeletrônicos.

RITTNER, Daniel. Projeto sobre resíduos exclui eletrônicos. **Valor Online**, Brasília, 17 jun. 2009. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 20 jun. 2009.

UNIÃO EUROPEIA. DIRECTIVA 2002/95/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 27 de janeiro de 2003. Relativa à restrição do uso de determinadas substâncias perigosas em equipamentos eléctricos e electrónicos. In: **Jornal Oficial da União Europeia**, p. 19-23, 13 fev. 2003.

UNIÃO EUROPEIA. DIRECTIVA 2002/96/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 27 de janeiro de 2003. Relativa aos resíduos de equipamentos eléctricos e electrónicos (REEE). In: **Jornal Oficial da União Europeia**, p. 24-38, 13 fev. 2003.

POLÍTICA DE SANEAMENTO BÁSICO NO MUNICÍPIO DE MANAUS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS*

BASIC SANITATION POLICY IN THE CITY OF MANAUS : CHALLENGES AND PERSPECTIVES

Gustavo Luz Gil
Solange Teles da Silva

RESUMO

O presente ensaio tem por objetivo realizar uma análise da Política Nacional de Saneamento Básico com o advento da Lei Federal nº 11.445/2007, apontando princípios e instrumentos da Política de Saneamento e sua implementação no município de Manaus. Neste sentido, merece destaque a previsão legal do Plano Nacional de Saneamento Básico (PNSB) e dos Planos Regionais e Municipais de Saneamento que se caracterizam como importantes instrumentos para a promoção de ações neste setor. Aliado a isto, constata-se que as diretrizes legais das políticas setoriais envolvidas apontam sempre no sentido da necessidade de maior articulação entre as políticas de desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente e saneamento, e de maior participação dos múltiplos atores sociais na discussão, formulação e deliberação de políticas públicas relacionadas ao saneamento ambiental. Tais diretrizes podem ser alcançadas através do maior diálogo e concertação entre as políticas públicas envolvidas com o saneamento básico como também, através da adoção de mecanismos que possibilitem a ampliação da discussão entre Poder Público e a sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: POLÍTICAS PÚBLICAS. TRANSVERSALIDADE. PARTICIPAÇÃO SOCIAL.

ABSTRACT

This test is designed to conduct an analysis of the National Basic Sanitation Policy with the advent of the Federal Law 11.445/2007, pointing principles and instruments of the Sanitation Policy and its implementation in the city of Manaus. In this sense it highlights the legal provisions of the National Basic Sanitation Policy (NBSP) and of the Regional and Municipal Sanitation Plans characterized as important instruments for the promotion of activities in this sector. Allied to this, it appears that the legal guidelines of sectoral policies involved always point towards the need for greater coordination between the policies of urban development, health, environment and sanitation, and greater participation of multiple social actors in the discussion, formulation and determination of the public policies related to environmental sanitation. These guidelines can be achieved by the increase of dialogue and cooperation between

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

the public policies involved in sanitation as well as through the adoption of mechanisms to facilitate the discussion between the Government and society.

KEYWORDS: PUBLIC POLICY. TRANSVERSALITY. PARTICIPATION.

1 INTRODUÇÃO

Na década de 40, a questão do saneamento na Amazônia estava associada à incidência da malária nas cidades situadas às margens do rio Amazonas e seus principais afluentes, sendo que a expressão "saneamento" referia-se a um "conjunto de atividades destinadas a melhorar as condições de vida e de saúde dos habitantes da Amazônia", visando tanto à adoção de medidas de saneamento básico (serviços de abastecimento de água potável e remoção de dejetos) quanto a adoção de medidas para a proteção da vida e da saúde (higiene, medicina preventiva, entre outras) (Andrade; Hochman, 2007).

O presente artigo tem como objetivo realizar uma análise da política de saneamento básico, com o advento da lei federal nº 11.445/2007, que compreende um conjunto de ações para propiciar serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável; de esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; bem como drenagem e manejo de águas pluviais voltada à realidade amazônica. Assim, serão analisados os princípios e instrumentos da política de saneamento básico e sua implementação no Município de Manaus, destacando-se o conjunto de serviços e infra-estruturas de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.

Em um primeiro momento, serão estudados os princípios fundamentais da política de saneamento básico, o instrumento do planejamento, bem como a necessária articulação prevista na lei, entre essa política com as políticas de desenvolvimento urbano, meio ambiente e saúde. Nesse sentido, é fundamental compreender que o saneamento ambiental envolve a atuação de múltiplos atores sociais e interesses, bem como diversas políticas públicas. Do Poder Público – já que de acordo com o artigo 23 da Constituição Federal, o saneamento básico é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios – ao setor privado, sociedade civil organizada, indivíduos, mesmo que os fins sejam convergentes – a melhoria da qualidade de vida da população – os interesses são diversos. Aliás, a Política de Saneamento Básico estabelece expressamente como um de seus objetivos a realização de justiça social através da redução das desigualdades regionais; a ampliação dos serviços de saneamento básico, em particular nas áreas ocupadas por populações de baixa renda como também condições adequadas de salubridade ambiental às populações rurais e de pequenos núcleos urbanos isolados, bem como aos povos indígenas e outras populações tradicionais.

Em uma segunda etapa serão analisados os dados do diagnóstico do saneamento básico em Manaus, bem como os limites e possibilidades da articulação das políticas públicas de desenvolvimento urbano, de proteção ambiental, de promoção da saúde e de saneamento ambiental em Manaus. E, finalmente, para complementar esse estudo serão identificados **os múltiplos atores da política de saneamento ambiental em Manaus.**

2 DIRETRIZES NACIONAIS PARA O SANEAMENTO BÁSICO, PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E PLANEJAMENTO

A Lei nº 11.445/2007, Lei das Diretrizes Básicas Nacionais de Saneamento Básico (LDNSB), além de estabelecer tais diretrizes gerais sobre saneamento básico, quer dizer, as diretrizes em relação ao conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável; de esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; bem como drenagem e manejo de águas pluviais urbanas, consagra uma série de princípios. Isso significa que os serviços de saneamento básico devem atender aos princípios como universalidade do acesso, atenção às peculiaridades locais, articulação entre as políticas púbicas com vistas à melhoria da qualidade de vida, eficiência e sustentabilidade econômica, transparência nas ações, utilização de tecnologias apropriadas, controle social, segurança, qualidade e regularidade, integração das infra-estruturas e serviços com a gestão de recursos hídricos, dentre outros. O artigo 2º da LDNSB preconiza a necessária articulação entre as políticas públicas de saneamento ambiental com as políticas de desenvolvimento urbano, proteção ambiental e promoção da saúde, entre outras. Na realidade, há a necessidade de políticas públicas transversais ou integradas como ressalta Silva (2003, p. 127), ao tratar a questão ambiental e urbana, destacando que:

No meio ambiente urbano **há a necessidade de integração das políticas públicas setoriais**, como por exemplo, as políticas de habitação, de transportes, **de saneamento ambiental e a própria política ambiental**. **Os planos e programas governamentais devem levar em conta os aspectos ambientais, urbanos, sociais e econômicos.** (Grifos nossos).

Ademais, o "conhecimento científico demonstra que não é mais possível dissociar meio ambiente e saúde, pois um meio ambiente sadio é necessário para assegurar um nível de vida satisfatório de saúde às populações" (SILVA, 2008, p. 343). Há uma convergência entre as políticas públicas de saúde, meio ambiente e saneamento ambiental, ou em outras palavras, sem o saneamento básico não há possibilidade de assegurar a todos o direito a um meio ambiente equilibrado, qualidade de vida e saúde.

Todavia, embora exista a necessidade de maior transversalidade entre as políticas públicas de saúde, meio ambiente e saneamento básico, percebe-se, que ao longo de sua história o Município de Manaus não implementou efetivamente políticas públicas em matéria de saneamento básico que permitissem garantir a toda a sua população o direito ao meio ambiente sadio e o direito à saúde, notadamente o abastecimento de água potável e esgotamento sanitário. Recente pesquisa realizada pelo Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA) sobre a qualidade da água consumida nas localidades da calha do Rio Negro incluindo, assim, o município de Manaus, mostra que o déficit de

saneamento básico compromete a qualidade da água e causa reflexos diretos sobre a saúde da população. Nesta pesquisa Marcio Luiz da Silva (2008, p. 27), constatou que

[...] grande parte da **água distribuída a moradores das cidades situadas na calha do rio Negro é imprópria para consumo humano**. [...] **Os resultados são preocupantes** e acionam um sonoro alerta à sociedade. **Em grande parte das amostras, foi detectado alto teor de contaminantes, entre os quais nitrato, amônio e coliformes fecais**. [...] o que pode **colocar em risco, principalmente, a vida de crianças** que podem sofrer intoxicação pela substância. (Grifos nossos).

Um dos instrumentos da LDNSB é o planejamento, quer dizer, um "processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos" (SILVA, 2006, p. 89). No caso do plano de saneamento básico, ele poderá ser específico para cada serviço e a lei prevê um conteúdo mínimo, qual seja: a) um diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida da população; b) objetivos e metas de curso, médio e longo prazo; c) programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, indicando inclusive as fontes de financiamento; d) ações para emergências e contingencias; e) mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática de eficiência e eficácias das ações que foram programadas. Ademais, tais planos devem ser compatíveis com os planos das bacias hidrográficas nas quais estiverem inseridos e devem observar em sua formulação o princípio da participação, quer dizer, deve ser assegurada a divulgação das propostas inclusive com a realização de audiências e consultas públicas possibilitando a participação da população.

Encontra-se em fase de elaboração o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB) como eixo central para a implementação da LDNSB e com o intuito de definir objetivos e metas para a universalização do saneamento ambiental, bem como a definição de seus programas e ações como também estratégias de investimento. Nesse sentido, um Pacto pelo Saneamento Básico foi aprovado pelo Conselho das Cidades pela Resolução Recomendada nº 62 de 03/12/2008 cujo objetivo é o compromisso e a adesão "de toda a sociedade por meio dos segmentos representados no Conselho das Cidades (Poder Público, empresários, trabalhadores, movimentos sociais, ONGs e Academia e Pesquisa), bem como dos prestadores de serviços e outros órgãos responsáveis pelo Saneamento Básico, em relação aos eixos e estratégias e ao processo de elaboração e implementação do PLANSAB". Assim, buscou-se através do Pacto definir linhas gerais acerca do processo de elaboração do PLANSAB e garantir que o conteúdo, as propostas e sua implementação sejam fruto da reflexão da coletividade, observando-se a realidade local e a diversidade do Brasil, com o objetivo de garantir a universalização do saneamento básico, que deve ser alcançado via envolvimento e participação do governo e da sociedade em prol do êxito do PLANSB, que se encontra em processo de elaboração desde fevereiro 2009 com previsão de término para maio 2010.

O objetivo desse pacto é criar um ambiente de confiança e compromisso, para que se consiga atingir os objetivos e metas do PLANSB que podem ser agrupados em cinco

grandes eixos: a) metas para a universalização do acesso ao saneamento (nacionais e regionalizadas), b) participação e controle social (formulação das políticas, planejamento, avaliação, regulação e fiscalização dos serviços de saneamento), c) cooperação federativa (federal, estadual e municipal), d) integração de políticas (desenvolvimento urbano e regional, ambiental, saúde, recursos hídricos etc) e, e) gestão e sustentabilidade (social, ambiental, econômica e financeira).

Cabe lembrar que a Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico prevê não só a realização do Plano Nacional, mas também dos Planos Regionais e Municipais de Saneamento de acordo com a titularidade dos serviços de saneamento básico (artigo 9º, I da LDNSB). Em conformidade com o dispositivo legal tem-se a exigência da formulação de Planos Regionais (artigo 52, I da LDNSB) que devem ser elaborados e executados pela União em articulação com os Estados, Distrito Federal e Municípios. Por outro lado, os Planos Municipais de Saneamento Básico devem ser elaborados pelas municipalidades, em atenção às atribuições constitucionais (art. 30 CF), que destaca o interesse local, sob a articulação e integração do Plano Diretor municipal.

O PLANSAB assim como os Planos Municipais e Regionais de Saneamento básico abrange inicialmente o diagnóstico das condições de prestação de serviços nos quatro aspectos que envolvem o saneamento básico, com indicadores sanitários, ambientais, sócio-econômicos etc; o estabelecimento de objetivos e metas (curto, médio e longo prazos) para a universalização do acesso; a definição de diretrizes para atingir as metas; a proposição de programas, projetos e ações necessários para atingir os objetivos e as metas da Política Federal de Saneamento Básico; a definição e mecanismos de avaliação das metas; dentre outras diretrizes.

Por fim, merece destaque o caráter participativo e transversal das Políticas Públicas de Saneamento que impõe aos Planos de Saneamento o encargo de se estruturarem sob amplo controle social expresso através do direito à informação, à representação técnica e à participação na formulação das políticas, no planejamento, avaliação, regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico, bem como através da abertura ao diálogo com as demais políticas inter-relacionadas com o saneamento, quais sejam, saúde, meio ambiente, recursos hídricos, desenvolvimento urbano entre outras.

3 SANEAMENTO BÁSICO NO MUNICÍPIO DE MANAUS

Capital do Estado do Amazonas, Manaus destaca-se como metrópole da Região Norte do Brasil, possui área territorial de 11.159,5 km^2, dos quais 377 km^2 pertencem à área urbana, é considerada a maior cidade da Amazônia, o que garante a Capital do Amazonas, a representatividade de 10,89% de toda a população da região Norte e 49,9% de toda a população do Estado. Manaus, ainda é responsável por 98% da economia do Estado do Amazonas, enquanto este responde por 55% da economia da Região Norte (PREFEITURA DE MANAUS, s/d).

Em breve síntese histórica pôde perceber que a cidade de Manaus começa a mudar sua estrutura física a partir de meados de 1872 com a exploração da borracha, visto que nas

décadas de 1870 e 1890 foram feitos grandes investimentos públicos dentre os quais a implementação do sistema de abastecimento de água, a partir da usina hidrelétrica de Cachoeira Grande (1888), instalada no igarapé da Cachoeira Grande, cujas águas armazenadas no lago formado pela barragem eram bombeadas e se destinavam a caixa elevada de reservação, situada na praça dos Remédios. O reservatório de Castelhana, foi posteriormente incorporado ao sistema de distribuição de águas, sendo a única estrutura do sistema de distribuição de águas, desta época, a fazer parte do cenário atual de Manaus, provavelmente em razão de ter sido tombado pelo patrimônio estadual, através do Decreto 11.187 de 16 de junho de 1988. Em meados de 1913 a concessionária responsável pelos serviços de saneamento básico, *Manáos improvements Limited Company* após adotar a decisão de interromper o fornecimento de água para a população inadimplente, envolve-se em um conflito que acabou por determinar o fechamento da empresa e o encampamento do patrimômio pelo Governo Estadual. Merece destaque o fato de à época Manaus constar com uma estação de tratamento de esgoto, localizada na rua Isabel, nº 52, atualmente Centro de Artes Chaminé (GARCIA, 2005).

Mais rescentemente, Manaus despontou-se, novamente como pólo de atração de migrantes através da Zona Franca de Manaus que nos últimos trinta anos foi responsável por grande fluxo migratório oriundo do interior do Estado, da Região Nordeste e de outras regiões do país; ocasionando crescimento populacional de mais de 500%, que saltou de 300 mil habitantes na década de 1970 para cerca de 1 milhão e 400 mil, na virada do século XXI (PROJETO GEO CIDADES, 2002).

Juntamente com esta explosão desenfreada do crescimento, aumentaram na mesma proporção os problemas de cunho sócio-ambiental, que podem ser verificados através do comprometimento dos serviços de saneamento básico no município. Cade lembrar, que nestes últimos 30 anos, a cidade de Manaus, de acordo com o Projeto Geo Cidades (2002, p. 59) “acumulou um passivo sócio-ambiental de iguais proporções, que provocou a redução da qualidade de vida da maior parte da população, com reflexos diretos nas condições de saúde, higiene e moradia”. Referido estudo ainda ressalta (PROJETO GEO CIDADES, 2002, p. 60)

Em que pese a **atuação das recentes Administrações Municipais** em programas de lotes urbanizados, de paisagismo dos logradouros públicos, **de saneamento dos igarapés** e de educação ambiental, **a cidade vem sofrendo com o agravamento dos problemas ambientais,** sobretudo no que diz respeito ao crescimento populacional, à ocupação desordenada do solo, à destruição das coberturas vegetais, **à poluição dos corpos d’água e à deficiência de saneamento básico**. (Grifos nossos).

Na atualidade, o serviço público de coleta e distribuição de água encontra-se estruturado em três sistemas: 1) sistema principal, com produção e tratamento de água a partir de duas estações de tratamento de água situadas na Ponta do Ismael (Compensa), e por uma estação de tratamento localizada no Bairro do Mauazinho (Distrito Industrial), todas as captações são efetuadas diretamente do rio Negro; 2) sistemas isolados, com produção e tratamento de águas provenientes de lençóis subterrâneos, provendo redes de

abastecimento independentes, em bairros da periferia, conjuntos habitacionais, loteamentos e prédios de apartamentos, nos quais o Sistema Principal não tem capacidade de atendimento; e, 3) sistemas mistos, em áreas atendidas pelo Sistema Principal, cuja vazão é complementada através de poços artesianos (PROJETO GEO CIDADES, 2002).

Na outra ponta do sistema, encontra-se o não menos problemático sistema de esgotamento sanitário de Manaus, que como visto acima data de meados de 1.913. Dados da Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (2000) indicam que cerca de 10.646 economias residenciais tinham seus esgotos coletados, compreendendo um volume total diário coletado de 12.400m^3, entretanto o mesmo estudo informa que à época Manaus não constava com nenhum sistema de tratamento de esgotos (IBGE PNSB, 2000).

O sistema de esgotos de Manaus é formado por rede coletora, coletores-tronco, estações elevatórias, Estação de Pré-Condicionamento (EPC), localizada no bairro do Educandos e um emissário subfluvial que tem início nessa estação. A rede de coleta existente está dispersa ou agrupada em diferentes pontos da cidade, não conformando um sistema contínuo. Nas áreas onde não existe rede coletora, são utilizadas fossas e sumidouros nas residências e fossa/filtros anaeróbios nos conjuntos habitacionais. Em toda a cidade, mesmo em áreas próximas ao centro, ocorrem lançamentos de efluentes domésticos nas ruas e nos vários igarapés que cruzam Manaus. Existem nove estações elevatórias em operação, não considerando as demais estações elevatórias existentes em conjuntos habitacionais e loteamentos, que não contribuem para a Estação de Pré-Condicionamento de Educandos. Dessas estações elevatórias, sete estão localizadas em Educandos e duas no centro da cidade. Para cada estação elevatória corresponde uma bacia de drenagem. Após o tratamento na EPC do Educandos, os efluentes são lançados no rio Negro, através de emissário subfluvial, com percurso seguindo pelo fundo do Igarapé do Educandos até o local da disposição final. Embora o Distrito Industrial disponha de sistema de esgotamento próprio, constituído por rede coletora, três elevatórias, linha de recalque e coletor-tronco, muitas indústrias estão lançando seus esgotos nas redes de drenagem e nos cursos d'água, principalmente no Igarapé do 40 (PROJETO GEO CIDADES, 2002). A disposição destes esgotos industriais carregados muitas vezes de metais pesados, em razão do Pólo Industrial de Manaus, só vem agravar as condições sanitárias do município.

A complexa rede de saneamento básico de Manaus enfrenta, ainda, problemas relacionados à gestão dos resíduos sólidos sendo que de acordo com o Projeto Geo Cidades (2002, p. 63), "Manaus tem a maior parte de seu lixo coletado direta ou indiretamente, **mas um volume significativo é queimado ou lançado em terrenos baldios e corpos d'água**, **constituindo um dos principais problemas ambientais da cidade**" (Grifo nosso).

A ausência de gestão integrada dos resíduos sólidos, no município de Manaus e de alguns municípios do entorno de Manaus, relaciona-se à negligência do Poder Público, aos custos elevados de uma gestão adequada e a falta de participação efetiva dos diversos atores da sociedade (NORTE, 2007).

Quando se fala em saneamento básico chama atenção à complexidade que envolve as enchentes na Região Norte merecendo destaque o município de Manaus que neste ano de 2009 passou pela maior enchente, então, registrada desde 1953. De acordo com

dados do Programa Nacional de Saneamento Básico (2000) o município possuía de 80% a 100% de ruas pavimentas, sendo que destas, no máximo 25% não possuíam sistema de drenagem urbana (IBGE PNSB, 2000). Os dados revelam uma ampla cobertura asfáltica conjugada com ampla rede de drenagem urbana para o ano de 2000, entretanto, hoje, em razão da explosão demográfica dos últimos anos e da proliferação de área de ocupação irregulares, estima-se que esta cobertura asfalta e de drenagem seja inferior, fato este que associado às alterações climáticas globais, a topografia da região e a disposição inadequada dos resíduos sólidos vem contribuir para os índices de alagamentos em vários pontos da cidade, causando reflexos diretos na depreciação da qualidade sanitária e comprometendo a saúde pública do município.

4 Articulação das Políticas públicas de desenvolvimento urbano, de proteção ambiental, de promoção da saúde e de saneamento ambiental em Manaus

O conceito de políticas públicas sugere o programa de ação governamental juridicamente regulado visando à coordenação de meios à disposição do Estado e das atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2006). Diante disto, percebe-se que se caracterizam como políticas públicas de saneamento básico as ações governamentais voltadas a estabelecer metas e objetivos juridicamente regulados com o fim de promover avanços nos campos de distribuição de água potável, coleta e tratamento de esgotamento sanitário, coleta e manejo de resíduos, e drenagem de águas pluviais. Numa tentativa de ampliar a cobertura em termos de saneamento do meio, e consequentemente, potencializar formas para a promoção e proteção da saúde e do meio ambiente, pode-se utilizar o conceito de saneamento ambiental que de acordo com a (FUNASA, 2006, p. 14) caracteriza-se como sendo,

“o conjunto de ações socioeconômicas que têm por objetivo alcançar Salubridade Ambiental, por meio de abastecimento de água potável, coleta e disposição sanitária de resíduos sólidos, líquidos e gasosos, promoção da disciplina sanitária de uso do solo, drenagem urbana, controle de doenças transmissíveis e demais serviços e obras especializadas, com a finalidade de proteger e melhorar as condições de vida urbana e rural”

Percebe-se claramente uma ampliação da cobertura em termos de direito à saúde e de direito ao meio ambiente equilibrado, ou seja, a ampliação do conceito vai ao encontro de uma maior atribuição de responsabilidades ao Poder Público referente a áreas ligadas ao saneamento. Atendendo a este sentido mais amplo em termos de saneamento que envolve não só as políticas específicas de saneamento básico como, por exemplo, a LDNSB, mas sim a articulação entre outras políticas setoriais, tais como, a Política Nacional de Meio Ambiente, a Política Nacional de Saúde, a Política Nacional de Recursos hídricos, a Política de Desenvolvimento Urbano, dentre outras que podem

orientar políticas públicas relacionadas ao saneamento, ou mesmo caracterizar-se como tais, em razão de atenderem ao conceito de política pública que prevê o estabelecimento de objetivos, metas, prazos para o alcance de índices em termos sanitários que atendam ao preceito de relevância social. Merece, ainda, destaque em termos de políticas públicas de saneamento a menção aos Contratos de Concessões dos Serviços de Água, Esgotamento Sanitário, Coleta de Resíduos etc, que podem se caracterizar como importantes políticas públicas do setor em razão de serem regulados pelo Ordenamento Jurídico, além de terem que apontar metas, prazos e perspectivas de ampliação do fornecimento de tais serviços públicos, o que coaduna com o preceito de relevância social.

Destarte, verifica-se que as **políticas públicas de saneamento básico e ou ambiental integram o campo político-jurídico orientado a promoção da melhoria da qualidade de vida, que estão ligadas diretamente as questões de saúde e meio ambiente. No campo da saúde verifica-se que a má gestão em termos de saneamento atinge de forma direta a saúde pública através da presença de patologias** como o cólera, a febre tifóide, a leptospirose, a malária e a dengue, além da desnutrição infantil, que estão vinculadas às condições do ambiente, à deficiência no acesso ao saneamento básico, às condições dos recursos hídricos e da habitação (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2008).

Em virtude das variáveis que envolvem os serviços de saneamento que compreendem diversas áreas como a saúde, o meio ambiente, a engenharia, o direito, a biologia etc, faz-se necessário à conjugação de múltiplos atores para a formulação de políticas públicas ligadas ao setor, que garantam a efetiva melhoria na qualidade de vida com o fim de se reverter a precária situação em que se encontra a Região Norte do Brasil que possui os piores índices de saneamento básico do país, o que vem contribuir de forma direta para o comprometimento da saúde desta população. Para se ter a dimensão desta problemática observe-se que o Estado do Amazonas ocupa a 23ª posição com relação à oferta de rede de esgotamento sanitário, com taxa de acesso de 3,97% (FGV, 2007).

Não menor grave é a situação da capital do Estado que apresenta significativo déficit relacionado ao fornecimento de determinados serviços públicos de saneamento por motivos diversos, dentre os quais fatores histórico, culturais, explosão demográfica, crescimento desordenado, até mesmo fatores relacionados à omissão do Poder Público ao longo dos anos. Notadamente, o que se verifica em Manaus é um complexo sistema de abundância de recursos naturais e escassez de serviços públicos atuando simultaneamente, pois o município está situado em uma das áreas geográficas que possui maior oferta hídrica do planeta, a Bacia Amazônica, ao passo que significativa parcela da população se encontra privada do acesso ao recurso hídrico, via serviço público de fornecimento de água, o que *a priori* denota um descompasso em ternos de políticas públicas para o setor.

Em razão deste ciclo de exclusão da população de baixa renda que se instaurou ao longo dos anos em Manaus e de outros fatores que serão adiante apontados, percebe-se que as políticas públicas ligadas aos serviços públicos de água, esgoto, principalmente; mas, também, aquelas voltadas à gestão de resíduos sólidos e de controle de enchentes, carecem de ajustes, ajustes estes que podem apontar a necessidade de maior articulação/transversalidade entre as políticas públicas relacionadas ao saneamento de Manaus, além de se cogitar, também, sobre a necessidade de maior participação da

população na discussão, formulação e deliberação de assuntos relacionados ao saneamento, para que se consiga garantir a população deste município condições salubres de vida, o que vem reforçar princípios basilares dos direitos humanos dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana.

A contaminação da água associada à precariedade do sistema de esgotamento sanitário, além de contrariar as diretrizes postas pela LDNSB, não obedece ao próprio Plano Diretor do Município de Manaus (2006) que contempla em seu artigo 1º, que o "desenvolvimento urbano e ambiental de Manaus tem como premissa o cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, nos termos da Lei Orgânica do município, de forma a garantir:", e no inciso I, destaca "a promoção da qualidade de vida e do meio ambiente", qualidade de vida e do meio ambiente que se encontram ameaçados frente à deficiente prestação dos serviços públicos de saneamento básicos de Manaus – abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, principalmente.

Os vários aspectos do saneamento mostram-se recorrentes no Plano Diretor de Manaus (2006), pois o mesmo busca a articulação dos vários setores, políticas e planos para a garantia da qualidade de vida urbana. Deste modo, o Plano Diretor prevê: a) o plano de proteção das margens dos cursos d' água (art. 112), que aponta a necessidade de programa ambiental para a manutenção ou recuperação da vegetação ao longo dos igarapés, a redução e revisão progressiva da canalização às margens dos rios e igarapés, a execução de programas educacionais visando evitar assentamentos às margens dos igarapés, além de incentivar e promover ações para remanejamento e remoção da população irregularmente instalada em suas margens; b) o plano de saneamento ambiental (art. 116), que tem por objetivo integrar as ações do Poder Executivo Municipal no que se refere à prestação de serviços de saneamento básico, passando pelo diagnóstico da capacidade dos serviços públicos relacionados ao saneamento ambiental, integrando ações de saúde pública e saneamento urbano, além de realizar ações relacionadas ao monitoramento da qualidade do ar e controle de emissões atmosféricas e programas de monitoramento e controle da qualidade da águas destinada ao consumo humano, o que demonstra mais uma vez a transversalidade entre ações de meio ambiente e a saúde, quando se discute o saneamento do meio; c) o plano de gerenciamento dos resíduos sólidos (art. 117), que deverá conter a estratégia para a gestão dos resíduos sólidos de modo a proteger a saúde humana e o meio ambiente; e, d) o plano de saneamento e drenagem (art. 126), que tem por objetivo controlar, proteger e direcionar a presença da água em todas as suas formas; e, disciplinar e definir técnicas e competências para o lançamento e destino final de efluentes domésticos, não-domésticos e industriais. Todas estas vertentes do saneamento inseridas no Plano Diretor de Manaus mostram-se inter-relacionadas e buscam em última instancia a melhoria da qualidade de vida local.

Como visto acima, o Plano Diretor de Manaus, instrumento da política urbana apresenta várias inserções em matéria de meio ambiente e saúde, assim também é a situação das demais políticas setoriais envolvidas com o saneamento básico e/ou ambiental que, mormente realizam entre si a articulação das políticas de saúde, meio ambiente e saneamento, no intuito de garantir sadia qualidade de vida. Assim, tem-se, por exemplo, a instituição das áreas de preservação permanentes (art. 2º da Lei 4.771/1965), que num primeiro momento busca resguardar os recursos hídricos; a instituição da obrigatoriedade de Estudo de Impacto Ambiental para obras potencialmente poluidoras e ou degradadoras, dentre elas as relacionadas ao saneamento básico como tronco

coletores e emissários de esgotos (art. 2º, V, CONAMA 01/1986), a obrigatoriedade do licenciamento ambiental para estações de tratamento de água, interceptores, emissários, estação elevatória e tratamento de esgoto sanitário (ANEXO I, CONAMA 237/1997), tais dispositivos caracterizam-se como normas ambientais, visto que num primeiro olhar regulam os modos de apropriação dos recursos naturais e garantem a proteção dos recursos hídricos. Entretanto, constata-se que ao preconizar a garantia da proteção dos recursos hídricos, tais normas têm como escopo a promoção da proteção de um dos direitos sociais estabelecidos na Constituição de 1988, qual seja o direito à saúde. No mesmo sentido, normas das Políticas de Saúde constantemente mostram seu caráter transversal ao destacarem a correlação das ações do Sistema Único de Saúde (SUS) com o saneamento básico e com o meio ambiente (art. 6º, II e VI da Lei 8.080/1990). Não diferente são os apontamentos da própria LDNSB que destaca como um de seus princípios a articulação dos serviços de saneamento básico com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante (art. 2º, VI, Lei 11.445/2007). Soma-se a isto o caráter transversal do Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB) e dos Planos Municipais e Regional de Saneamentos Instituídos a partir da LDNSB, já comentados anteriormente.

Desta forma, percebe-se que as políticas públicas de desenvolvimento urbano, proteção ambiental, promoção da saúde e de saneamento devem buscar a articulação de suas ações para que, assim, se consiga uma cobertura ampla de todos os aspectos relacionados ao saneamento e, consequentemente se possa garantir uma sadia qualidade de vida para a população. Tais políticas devem ser orientadas a constantemente promoverem o diálogo entre si para que cada setor conheça as peculiaridades, objetivos e metas uns dos outros e a partir disto se construa ações integradas e prol do bem comum. Setorialização de políticas públicas não deve, portanto significar segmentação, mas complementaridade e transversalidade, necessárias para alcançar seus objetivos.

5 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO BÁSICO E SEUS MÚLTIPLOS ATORES EM MANAUS

O papel do Estado como partícipe, indutor ou regulador do processo econômico é fundamental para a concretização de políticas públicas sociais, dentre elas a de atenção à saúde pública que envolve a questão ambiental em seu cerne. Ao Estado cabe, também, a tarefa de fomentar, através de instrumentos administrativos, políticos e jurídicos a efetiva participação dos diversos atores sociais na busca pela concretização das políticas públicas relacionadas ao saneamento básico, como forma de reafirma o papel do Estado Democrático de Direito e garantir um dos princípios basilares do direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Sobre a participação popular em políticas de saúde merece destaque as observações de Sueli Gandolfi Dallari (2006, p. 257) que ressalta,

Particularmente interessante para a definição e implementação de políticas sanitárias, a participação popular foi especialmente prevista devendo-se concretizar-se por meio das Conferências de Saúde, instâncias colegiadas 'com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar e propor as diretrizes para a formulação dos vários segmentos de saúde nos níveis correspondentes' (Lei federal n. 8.142/90, art. 1º, § 1º), e dos Conselhos de Saúde, que têm caráter permanente e deliberativo e são órgãos colegiados integrados por representantes do governo, dos prestadores de serviços, dos profissionais de saúde e dos usuários e devem atuar "na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na estância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo (Lei federal n. 8.142/90, art. 1, § 2º). (Grifos nossos).

Com o intuito de demostrar a crescente participação da sociedade na tomada de decisões frente à administração pública Marcos Augusto Perez (2006, p. 166) lembra que,

[...] é certo que a Administração Pública, na atualidade, passa a adotar novos métodos de atuação da sociedade civil (o papel principal da Administração Pública, nesta ótica, é o de favorecer o trabalho da sociedade sobre ela mesma). As relações entre Administração Pública e a sociedade não mais se assemelham à tutela, pois a Administração depende da vitalidade das mediações sociais e do dinamismo dos atores sociais. A Administração, logo, em muitos casos, deve-se postar em posição horizontal, e não em vertical, em suas relações com a sociedade. Ao lado dos mecanismos tradicionais da coerção injunção e do constrangimento, a Administração, em sua relação com a sociedade, passa a utilizar principalmente a orientação, a persuasão, a ajuda. (Grifos nossos).

Resta assinalado, o importante papel da sociedade para a efetivação de políticas públicas participativas, na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito, Estado este que garante através do seu Ordenamento Jurídico formas de participação através de vários dispositivos legais. Para termos dimensão desta tutela legislativa destacaremos alguns dispositivos que possuem relação com o saneamento básico e com a participação da sociedade na tomada de decisões relacionadas a tal aspecto[1], que destaca o controle social como um dos princípios da prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Referido controle social encontra-se definido, nos moldes do artigo 3º, IV da Lei 11.445/2007, como sendo o

"conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade

informações, representações técnicas e participações nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos de saneamento básico". Merece igualmente atenção o artigo 47, da Lei nº 11.445/2007 em razão da utilização indevida do termo "poderá" que deve ser entendido não como uma faculdade, mas sim como uma obrigatoriedade em incluir a participação de órgãos colegiados de caráter consultivo, assegurada a representação dos diversos atores envolvidos no controle dos serviços públicos.

Na esfera municipal percebe-se que a previsibilidade legal da ampla de participação popular na tomada de decisões da administração pública na Lei Orgânica do Município de Manaus (LOMAN) que prevê possibilidade de consulta popular para decidir sobre política de desenvolvimento urbano e prestação de serviços essenciais (artigo 94, da LOMAN), bem como no Plano Diretor do Município de Manaus em seu Capítulo VII "Da Gestão Democrática", que prevê no artigo 35 as diretrizes da Estratégia de Gestão Democrática, a saber:

I - efetivar a participação da sociedade no planejamento da cidade, estabelecendo um compromisso com a aplicação do Plano Diretor, seu monitoramento e avaliação;

II - promover a articulação intergovernamental e com o Ministério Público;

III - consolidar parcerias com a iniciativa privada, com centros de ensino e pesquisa, organizações não-governamentais e comunitárias, na ênfase de sua inserção social;

IV - promover a modernização administrativa;

V - efetuar descentralização administrativa, possibilitando aproximação com as particularidades locais, tendo por base territorial as Regiões Administrativas;

VI - incentivar a integração intersetorial e a articulação multidisciplinar;

VII - implantação do orçamento participativo como elemento da descentralização orçamentária.

[...]

Ainda, quanto às formas de participação social nas políticas públicas tem-se que estas podem ser v**iabilizadas através da participação efetiva dos vários atores sociais seja em Audiências Públicas, Conferências de Saúde, seja em Conselhos de Saúde e de Meio Ambiente, seja através da participação em Comitês de Bacias, ou mesmo através de Associações Civis que busquem expor a necessidade de atender suas demandas, em termos de saneamento básico. Essa participação social deve buscar ser o mais ampla possível para que se consiga garantir a real visualização dos problemas de saneamento do município de Manaus, através do olhar dos múltiplos atores sociais, que certamente poderão trazer à administração pública seus anseios e necessidades, para que, a partir do diálogo se possa adotar políticas públicas**

efetivas que atendam as necessidades de garantia do direito à saúde e do direito ao meio ambiente sadio.

No Município de Manaus os atores envolvidos nas questões de saneamento básico pertencem a múltiplos setores da sociedade dentre eles podemos destacar os usuários (indivíduos), que convivem diariamente com a precariedade de muitos dos serviços públicos de saneamento básico; as associações civis em geral, associação de moradores, engajadas na luta por melhorias da qualidade de vida local; as concessionárias de serviços públicos (água, esgoto, resíduos sólidos); o poder judiciário, que constantemente é acionado para resolver demandas que envolvem litígios entre usuários e prestadoras ou usuários e poder público; e o próprio poder público municipal que detém a titularidade dos serviços de saneamento básico. Todos estes atores fazem parte de um complexo sistema de serviços públicos de saneamento básico que envolve não só a garantia do direito à saúde e ao meio ambiente sadio, mas sim, a máquina administrativa, alicerçada em vultosos contratos de prestação de serviços públicos, que serão oportunamente analisados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O saneamento básico mostra diversas vertentes que merecem observações, pois além de ser tema instigante, sob o ponto de vista de ser fundamental à sobrevivência humana, o mesmo mostra-se sempre atual, em razão do constante desenvolvimento das cidades, desenvolvimento este que sofre pressão dos mais diversos setores sociais. Esta pressão social é exercida através do crescente aumento pela demanda de serviços públicos de saneamento básico, que acaba por comprometer o sistema, em razão da ausência de políticas públicas efetivas para o setor. Percebe-se, outrossim, que o fornecimento de água potável, a coleta e tratamento dos esgotos, a limpeza urbana e a coleta de resíduos sólidos, bem como o controle de enchentes, são necessidades diárias de uma sociedade que se vê em constante crescimento.

Em termos de saneamento básico a sociedade civil possui fundamental importância, pois a atuação dos cidadãos organizados pode ser positiva através da participação efetiva nos instrumentos de formulação das políticas públicas (conferências, conselhos, associações etc), mas ela também pode estar ausente – seja pelo não exercício de seus direitos e luta por tarifas socialmente justas – ou ainda pela total falta de compreensão dos impactos negativos do comportamento humano, por exemplo com a disposição inadequada de resíduos.

De acordo com o diagnóstico traçado pôde-se verificar que o saneamento básico em Manaus merece um olhar mais cuidadoso por parte do Poder Público, que ao longo dos anos não dispensou a devida atenção ao mesmo fato este facilmente comprovado pelo baixo índice, principalmente, de cobertura de esgotamento sanitário de Manaus que atinge somente 7,94% da cidade (ARSAM, 2008, p. 37).

Merece destaque a atual conjuntura do ordenamento jurídico que prevê instrumentos de articulação entre as políticas públicas ligadas ao saneamento, além de propiciar várias possibilidades de participação da sociedade, através de comitês, conferências e conselhos etc, atuando de forma coordenada à administração pública com o fim de discutir e deliberar sobre políticas públicas para os mais diversos setores, dentre eles o de saúde, meio ambiente e saneamento.

Diante dos objetivos deste trabalho, que num primeiro momento buscou analisar a política nacional de saneamento, em face da necessária articulação legal entre as políticas públicas desenvolvimento urbano, meio ambiente, saúde e saneamento, frente a atual conjuntura que pugna por uma maior participação dos múltiplos atores sociais na discussão, formulação, deliberação de políticas públicas relacionadas ao saneamento, **verificou-se que teoricamente devem estar envolvidos com as políticas públicas relacionadas ao saneamento básico no município de Manaus os Conselhos Municipal e Estadual de Saúde, o Conselho Estadual de Meio Ambiente, o Conselho Municipal Desenvolvimento e Meio Ambiente (COMDEMA), os Comitês de Bacias Hidrográficas, as Associações Civis de moradores que convivem com os problemas de saneamento básico, etc. Se, sob o ponto de vista legal, tal articulação não é somente possível, como expressamente determinada e determinante, é certo que cabe ainda analisar de fato o grau de articulação entre as ações das várias políticas públicas ligadas ao saneamento e a real participação destes múltiplos atores em termos de políticas públicas para o setor de saneamento básico, no município de Manaus. Esse porém será o objeto de uma outra etapa desse estudo, de uma etapa de avaliação, necessária para orientar as políticas públicas, já que não basta a sua previsão legal, mas é necessário, acima de tudo o controle e avaliação das mesmas.**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Rômulo de Paula; HOCHMAN, Gilberto. O Plano de Saneamento da Amazônia (1940-1942) História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro v.14, suplemento, p.257-277, dez. 2007.

ARSAM. Agência Reguladora dos Serviços Públicos Concedidos do Estado do Amazonas. **Relatório de Atividades 2008.** Manaus, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. Lei nº 4.771 de 15 de setembro de 1965. Institui o Código Florestal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771compilado.htm>. Acesso em: 23 dez. 2007.

BRASIL. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências **Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>**. Acesso em: 23 dez. 2007.**

BRASIL. Lei nº 11.445 de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis n°s 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei n° 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. **Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>**. Acesso em: 22 dez. 2007.**

BUCCI, Maria Paula Dallari. Conceito de Política Pública em Direito. In: Maria Paula Dallari Bucci (Org). Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: Maria Paula Dallari Bucci (Org). Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

FUNASA. **MANUAL DO SANEAMENTO**. 2006. Disponível em: http://www.funasa.gov.br/Web%20Funasa/pub/pdf/Mnl%20Saneamento.pdf>. Acesso em 09 set. 2009.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. FGV. **TRATA BRASIL**: Saneamento e Saúde. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2007. Disponível em: <http://www3.fgv.br/ibrecps/CPS_infra/index_teste.htm>. Acesso em 18 maio 2009.

GARCIA, Etelvina. **Manaus Referências da História**. Manaus: Norma, 2005.

IBGE PNSB. **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico**. 2000. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/pnsb/default.shtm>. Acesso em 12 ago. 2009.

MANAUS. **Lei Orgânica do Município de Manaus**. Manaus: Câmara de Vereadores. Disponível em: <http://www.cmm.am.gov.br/pdf/loman_2008.pdf>. Acesso em 11 ago. 2009.

MANAUS. **Plano Diretor do Município**. Manaus: Câmara Municipal, 2006.

MINISTERIO DAS CIDADES. **PACTO PELO SANEAMENTO BÁSICO**: Mais Saúde, Qualidade de Vida e Cidadania. RESOLUÇÃO RECOMENDADA N° 62, de 3 de Dezembro de 2008. Disponível em: < http://www.cidades.gov.br/ministerio-das-cidades/arquivos-e-imagens-oculto/PACTO%20-%20PLANSAB%20-%2020081216%20Final%20Internet.pdf>. Acesso em 12 set. 2009.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Resolução CONAMA 01/1986. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>**. Acesso em: 13 set. 2009.**

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Resolução CONAMA 237/1987. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>**. Acesso em: 13 set. 2009.**

NORTE, Naira Neila Batista de Oliveira. **Gestão de resíduos sólidos domiciliares na cidade de Manaus e região do entorno.** Dissertação de mestrado. Manaus: UEA, 2007.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: Maria Paula Dallari Bucci (Org). Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

PREFEITURA DE MANAUS. s/d. Disponível em: http://www3.manaus.am.gov.br/culturaeturismo/nossa-cidade/informacoes-gerais.>. Acesso em 11 de ago. 2009.

PROJETO GEO CIDADES. **Relatório ambiental urbano integrado**: Informe GEO: Manaus. 2002. Disponível em: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd65/geomanaus/geomanaus.html>. Acesso em 04 ago. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Marcio Luiz da. Água Negra. **Amazonas faz Ciência:** FAPEAM**,** Manaus, n. 11, 27-28, outubro 2008.

SILVA, Solange Teles da. Meio ambiente e saúde: convergências e desafios em matéria de políticas públicas. In: Álvaro Sanchez Bravo (Org). **Políticas públicas ambientales**. Sevilla: Arcibel Editores, 2008.

_____. Políticas públicas e estratégias de sustentabilidade urbana. **Revista de Direito Ambiental da Amazônia – Hiléia.** Manaus, n. 1, p. 121-137, 2003.

---

[1] **Fazem parte deste rol o artigo 37, § 3º da CF; o artigo 198, III da CF; o artigo 1º, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.142/90; o artigo 7º, VIII, c/c artigo 12 da Lei 8.080/90; o artigo 2º, X da Lei nº 11.445/2007**

A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA EM HABERMAS E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO ESTATUTO DA CIDADE*

HABERMAS' THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION AND PUBLIC HEARINGS IN THE CITY'S STATUTE

Janaína Rigo Santin

RESUMO

O intenso processo de urbanização brasileiro e os problemas daí decorrentes não foram enfrentados de maneira correta pelas políticas públicas de ordenação e planejamento do espaço urbano. O Brasil necessitava de normas urbanísticas eficazes, capazes de regular o meio ambiente artificial, que encontra na Constituição Federal o seu aparato teórico, a qual prevê os parâmetros gerais do seu desenvolvimento, juntamente com diretrizes gerais fixadas no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001). Objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, para transformar as cidades em lugares mais justos, humanos e democráticos. Por sua vez, a teoria do discurso habermasiana contribui teoricamente para desenvolver esse modo discursivo do poder político, conjugando instituições representativas com instituições participativas, resgatando assim o potencial emancipatório da razão comunicativa. Mediante o procedimento democrático discursivo de tomada de decisões jurídico-políticas realizado nas audiências públicas concretiza-se um modelo de co-gestão entre representantes políticos e cidadãos na esfera municipal.

PALAVRAS-CHAVE: URBANIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, PODER LOCAL.

ABSTRACT

The intense processo of Brazilian urbanization and from there decurrently problems had not been faced in correct way for the public politics of ordinance and planning it urban space. Brazil needed an urban legislation that faced the problem in efficient way, able to regulate the artificial environment, that its theoretical apparatus finds in the Federal Constitution, therefore this brought a Chapter destined to the Urban Politics in which the parameters general of its development are foreseen, being in charge of the Municipal Public Power, as general lines of direction settled in law. This law is the Statute of the City (Law 10,257/2001), that objective to command the full development of the social functions of the city and the urban property and also transform the cities into righter, human and democratic places. In turn, the Habermas' discourse theory helps to develop this discourse political mode, combining representative institutions with participatory institutions, thus salvaging he emancipation potential of communicative reason. Through the discourse democratic political decision in the held public hearings

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

manifests itself a model of co-management between political representatives and citizens at the municipal level.

KEYWORDS: URBANIZATION, SUSTAINABLE DEVELOPMENT, LOCAL POWER

1. Introdução:

O processo de urbanização brasileiro não foi acompanhado de maneira correta pelas políticas públicas de ordenação e planejamento do espaço urbano, em grande parte devido à migração da população rural para as cidades ocorrida nas últimas décadas do século XX. O Poder Público adotou estratégia errada de enfrentamento, desviando-se da real situação que se apresentava, planejando as cidades apenas para as classes detentoras do capital e esquecendo-se da necessidade de amparar com habitações populares este enorme contingente advindo do meio rural. Com isso, as cidades brasileiras passaram a sofrer com problemas como a especulação imobiliária, o que levou grande número de pessoas a buscar outros meios de acesso à moradia, instalando-se em áreas periféricas, irregulares e sujeitas a problemas e riscos ambientais, que não eram atendidas pelos serviços públicos. Dessa maneira, cria-se um quadro em que as cidades brasileiras passaram a ter seu território dividido em uma porção territorial legal e outra que vive na ilegalidade.

Segmentos sociais organizaram seus reclames na tentativa de buscar do Poder Público uma legislação urbanística que enfrentasse o problema de maneira eficaz. O movimento pela Reforma Urbana lutava para incluir na Constituição Federal de 1988, ainda em processo de elaboração, um capítulo destinado à Política Urbana, o que foi atendido. Assim, a positivação de normas urbanísticas para regular a urbanização dá ensejo à formação do Direito Urbanístico, que encontra na Constituição Federal o seu aparato teórico.

O Direito Urbanístico tem como objetivo ordenar o desenvolvimento das cidades como um todo, entendendo que os problemas urbanos não se dão de maneira isolada, mas sim possuem ligação entre si e com a conjuntura do país. Como princípios do

Direito Urbanístico estão a função social da cidade e da propriedade urbana, que norteiam a atuação do Poder Público na busca de condições dignas de vida para os cidadãos, respeitando seus direitos e garantias individuais e sociais, mas também ordenando o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, desligando-se assim da concepção "antiga", que entendia a propriedade como um direito absoluto e individual.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um Capítulo destinado à Política Urbana em seus artigos 182 e 183, no qual estão previstos os parâmetros gerais do seu desenvolvimento, que deverá ser executado pelo Poder Público Municipal conforme diretrizes gerais fixadas em lei. A lei que estabelece tais diretrizes, denominada Estatuto da Cidade, objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana e garantir o bem estar de seus habitantes a partir de um rol de instrumentos que serão utilizados para estes fins.

Dentre as diretrizes gerais para a política urbana traçadas pelo Estatuto da Cidade, o artigo pretende ressaltar o disposto em seu artigo 2º, inciso II: a garantia da gestão democrática municipal, a ser obtida mediante "a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano".

Para tratar da gestão democrática o Estatuto da Cidade reservou todo o seu capítulo IV, afirmando em seu artigo 43 que a garantia da participação da população na gestão municipal se dará mediante debates, audiências, consultas públicas, iniciativa popular de projetos de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, bem como pela constituição de órgãos colegiados de política urbana e conferências sobre assuntos de interesse urbano, estas a serem desenvolvidas nos três níveis federativos. Importante destacar que o artigo não é exaustivo, pois deixa em aberto a possibilidade da utilização de qualquer outro meio de participação que se faça necessário.

Ressalta-se ainda o disposto em seu artigo 44, o qual trata da gestão orçamentária participativa. Trata-se de um dispositivo que deve ser interpretado conjuntamente aos artigos 163 a 169 da Constituição Federal, os quais tratam das finanças públicas, bem como a Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de

Responsabilidade Fiscal). Salienta-se que a novidade trazida pelo artigo 44 do Estatuto da Cidade é a questão da exigência da "realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal." Dessa forma, o referido dispositivo obriga ao Poder Público Municipal tornar efetiva a gestão orçamentária participativa, sob pena de declaração de nulidade formal das peças orçamentárias que não sejam elaboradas num processo de co-gestão com os cidadãos.

A instituição de tais diretrizes será capaz de proporcionar o acesso da população à gestão administrativa municipal, a fim de que participe tanto da tomada de decisão em âmbito municipal quanto lhe seja possibilitado o controle da execução das mesmas. Para Grazia de Grazia (2002, p.18)

> o controle social e a participação da população organizada são condições básicas para a conquista de direitos, de novas políticas públicas que incorporem os excluídos e de novas referências para as cidades. Por meio do exercício do controle social do Poder Público as organizações participam da gestão das cidades, daí o nome de Gestão Democrática da Cidade.

A verdade é que a comunidade clama pelo real oferecimento de espaços abertos de participação, nos quais possa expor suas idéias, reivindicando uma política mais voltada aos seus interesses prioritários. Não quer ser mera espectadora de decisões centralizadas do órgão municipal, o qual executa planos antes e só depois procura saber – quando procura – sobre a satisfação do povo. Os gestores públicos municipais acreditam conhecer todo seu espaço de atuação, e que não é necessária a participação dos cidadãos para estabelecer quais as ações de maior urgência. Essa realidade, contudo, deve ser modificada, não somente por se constituir um clamor social, mas também por ser determinação legal, positivada no Estatuto da Cidade.

O oferecimento do espaço de gestão à cidadania organizada poderá ocasionar uma melhor racionalização de recursos por parte do poder público, o qual investirá prioritariamente na problemática central apontada pelos moradores do município. Não serão necessários intermediários para detectar as necessidades da população. O poder público, por meio de seus técnicos, irá orientar a comunidade na tomada de decisão, esclarecendo sobre as possibilidades e limites da receita municipal, o que poderá ser feito, qual a destinação orçamentária para cada Secretaria, etc. Assim, não somente a dotação orçamentária, mas também a fiscalização dos usos desse orçamento serão compartilhados com a comunidade.

Tal procedimento favorecerá, ainda, a fiscalização social e o controle e definição da execução das políticas públicas, o que certamente obrigará o ente público a agir como maior transparência.

Dessa forma, as disposições trazidas no Estatuto da Cidade inauguram uma nova forma de gestão da coisa pública em âmbito municipal, a qual deverá conjugar a representação tradicional com mecanismos de democracia direta e participação popular na gestão da coisa pública.

2. O Poder Local: novo paradigma de legitimação do poder político no meio ambiente urbano

Conforme explicita Bobbio, a definição da palavra democracia, na Antiguidade, era completamente diferente da que se tem agora, assentada numa visão liberal e individualista da sociedade. Significava literalmente "o poder do *démos*, e não, como hoje, poder dos representantes do *démos*" (2002, p. 372). A liberdade democrática é autonomia, que corresponde a uma liberdade positiva. Segundo esse entendimento, devem os governantes tomar suas decisões às claras, permitindo que os governados vejam como e onde são tomadas. Sem transparência democrática e visibilidade no poder nenhum controle do poder é possível. Assim, "a democracia do futuro goza do mesmo juízo de valor positivo da democracia dos modernos, embora retornando em parte, através da ampliação dos espaços da democracia direta" (BOBBIO, 2002, p. 382).

Dowbor (1994) e Genro e Souza (1997) apontam para a necessidade da inauguração de uma nova ótica para a análise do Poder Local, tido agora como um novo paradigma no campo político, capaz de criar alternativas ao modo de representação tradicional. Neste novo modelo de gestão pública, a sociedade civil, mediante sua participação política ativa dentro de seu município, torna-se responsável, juntamente com o poder público, pelo destino da comunidade. Trata-se da reconstituição de espaços comunitários, capazes de recuperar a cidadania a partir do espaço local, reproduzindo identidades fora do Estado, mas legitimados por ele, os quais desencadeiam um processo de combinação e articulação permanente entre a democracia direta de participação voluntária dos cidadãos e a democracia representativa.

Trata-se de uma tendência na gestão pública brasileira a positivação de mecanismos legitimadores da descentralização do poder às unidades federativas menores (o que pode ser constatado na Constituição Federal de 1988 com a municipalização de grande parte dos serviços públicos), bem como da participação dos cidadãos na gestão da coisa pública, presente em leis como a que é objeto deste estudo: o Estatuto da Cidade. A partir da gestão democrática municipal o cidadão passa a contar com um eficaz instrumento de controle da atuação de seus governantes, verificando se estão procedendo de forma responsável em sua gestão, bem como pode participar conjuntamente com o poder público no processo de definição das políticas públicas, a fim de que reflitam realmente os interesses da comunidade que os elegeu.

Tenciona-se, por meio do Poder Local, verificar se os governantes estão procedendo de forma responsável na condução da coisa pública, se as suas decisões estão afinadas aos interesses da comunidade que os elegeu. Ou seja, pela participação dos indivíduos, realiza-se o devido controle democrático, no sentido de fazer os governantes cumprir com suas obrigações para com todos, sem distinções ou favoritismos, bem como administrar com responsabilidade o dinheiro público, combatendo a corrupção e as práticas clientelistas e personalistas.

Dessa forma, o Poder Local, analisado a partir de noções democráticas, apresenta-se como uma alternativa pela qual os próprios indivíduos, mediante a participação política ativa dentro do seu município ou comunidade, participam da definição da aplicação dos recursos públicos. Trata-se da elevação da categoria sociológica do poder local para o âmbito jurídico e político brasileiro, aliando a descentralização com a participação popular, inaugurando uma forma mais democrática de gestão pública, afinada aos principais objetivos da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A instituição do Poder Local como paradigma de boa gestão pública não é novidade em âmbito mundial. Dowbor aponta alguns exemplos: "...Na Suécia, o cidadão participa, em média, de quatro organizações comunitárias. Na Venezuela, surgiu com força o movimento de *vecinos*. Na Colômbia, generalizou-se a organização comunitária nas veredas" (1994, p. 24-25). Já Molina Saucedo *et. al.* descrevem o processo de participação popular iniciado na Bolívia em 1994 mediante Lei de Participação Popular e Lei de Descentralização Administrativa. Para os autores há uma mudança da substância da concepção do poder estatal, bem como das noções e práticas da gestão municipal e do

exercício da democracia em âmbito local. Elabora-se uma articulação dialética entre a sociedade civil e o governo municipal, incentivando a participação efetiva dos cidadãos na gestão pública. Rompe-se com o modelo de desenvolvimento paternalista e centralizador de atribuir ao Estado a responsabilidade total por resolver os problemas dos indivíduos, para reconhecer a idéia de que um Estado que devolve à comunidade o poder de decidir sobre seu futuro, promovendo a cidadania, fortalece-se a si mesmo. Quanto mais responsabilidades e recursos são transferidos aos municípios, maiores serão, também, os benefícios para toda a comunidade e a reciprocidade desta para com ele (1996, p. 5, 28, 201).

Também é peculiar o processo de descentralização aplicado em Barcelona, na Espanha. Jordi Borja comenta que "a descentralização, do ponto de vista técnico, é um processo muito complicado se não se quer criar um caos e aumentar os custos consideravelmente". Numa primeira mirada, a temática da participação não é interessante, pois até o momento em que "não forem criadas, numa cidade de quase 2 milhões de habitantes, estruturas descentralizadas eficientes, parece-me que é querer enganar as pessoas, estar a delinear grandes projetos de participação" (1993, p. 125). É, portanto, um projeto gradual, que vai se consolidando com o tempo na cultura e nas tradições políticas e sociais daquele povo. A partir daí, o processo de descentralização e participação popular passa a fazer parte da ideologia, das tradições e do consenso, aceito por todos os cidadãos. Foi o que ocorreu na Espanha, país em que hoje não há ninguém que ouse manifestar-se contra a democracia nem, tampouco, contra as autonomias conquistadas pelo povo espanhol (1993, p. 127).

Pelo fato de estar mais próximo do cidadão, o Poder Local é mais factível de ser democratizado e de oportunizar uma maior participação da comunidade. Mediante o espaço local são produzidas identidades próprias à pluralidade de sujeitos,[92] criando um

[92]É interessante aqui a defesa que Boaventura de Souza Santos faz do reconhecimento da subjetividade dos indivíduos, peça fundamental para a cidadania. Afinal, não bastam apenas lutas para garantir direitos políticos, mas sim empenhar-se contra as modalidades de opressão que prejudicam o reconhecimento das subjetividades pessoais e culturais. É preciso, para o autor: a) uma nova teoria da democracia, capaz de reconstruir o conceito de cidadania; b) uma nova teoria da subjetividade, capaz de reconstruir o papel e o conceito de sujeito; c) uma nova teoria da emancipação, que é efeito das duas anteriores aplicadas para a transformação da prática social, valorizando-se, por fim, o princípio da comunidade, a idéia de autonomia e de solidariedade (2001, p. 235-280). O autor, em outra obra, visa à construção paradigmática de um tipo de subjetividade individual e coletiva capaz de explorar as possibilidades emancipatórias da transição epistemológica e societal observada neste limiar do século 21. A subjetividade emergente é assim caracterizada: "por um lado, tem de se conhecer a si mesma e ao mundo através do conhecimento-emancipação, recorrendo a uma retórica dialógica e a uma lógica emancipatória; por outro lado, tem de ser capaz de conceber e desejar alternativas sociais assentes na transformação das relações de poder em relações

centro de poder político paralelo ao estatal – um espaço autônomo, formado pela sociedade civil, numa nova relação desta com o Estado – e estabelecendo uma tensão permanente e deliberada com o governo da representação. Transitam, nesses centros de poder, interesses diversificados dos vários setores da sociedade, os quais são contrastados uns com os outros; são, portanto, negociados e legitimados.

3. O Estatuto da Cidade e a Democracia Participativa

Tendo em vista os inúmeros problemas apresentados por gestões municipais burocratizadas, afastadas dos cidadãos e das reais necessidades da comunidade, conjugados ao alto índice de endividamento das administrações municipais, o Estatuto da Cidade mostra-se como importante instrumento para o combate de tais vicissitudes.[93]

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º parágrafo único, adotou como regime de governo a democracia semidireta, ou seja, o governo é colocado nas mãos de representantes escolhidos pelo povo periodicamente nas urnas eleitorais, mas ainda é garantida a participação do cidadão na gestão pública mediante instrumentos diretos, previstos na própria Carta. Dessa forma, no ordenamento jurídico brasileiro a democracia representativa e a democracia participativa podem conviver conjuntamente, estando o Estatuto da Cidade em conformidade com as disposições constitucionais, ao adotar a gestão democrática municipal como diretriz geral para a política urbana. Ou seja, os representantes são necessários; porém, a opinião do povo deve fundar e legitimar suas decisões.

Ao dividir o poder decisório com os cidadãos está-se diante de um mecanismo otimizador da gestão da coisa pública, eis que induz os representantes a agirem com maior transparência, a fim de desenvolver as funções sociais da cidade como um todo, garantindo o bem-estar de seus habitantes, tomando decisões mais afinadas ao interesse da cidadania, bem como aumentando o controle social do poder político.

---

de autoridade partilhada e na transformação das ordens jurídicas despóticas em ordens jurídicas democráticas. Em suma, há que inventar uma subjectividade constituída pelo *topos* de um conhecimento prudente para uma vida decente" (2000, p. 344-345).

[93] Para um maior aprofundamento sobre os dispositivos legais previstos no Estatuto da Cidade, em especial no que tange à concretização do princípio constitucional da participação em âmbito municipal, ver (SANTIN, 2003).

Coadunando conceitos como de participação popular, legitimidade, eficiência e controle do poder, Mattos bem coloca a importância do Estatuto da Cidade na formação da gestão municipal.

> A garantia da participação popular, a par de conferir legitimidade à gestão das cidades, tem uma outra faceta, qual seja, a de funcionar como o mais *eficaz aparato de fiscalização dos atos da administração e do legislativo municipal.* Esse controle social é importantíssimo para assegurar a efetiva aplicação dos instrumentos de reforma urbana trazidos pelo Estatuto da Cidade, ainda mais quando outras modalidades de controle, previstos na Constituição, sobretudo a legislativa e a judiciária, têm-se mostrado de duvidosa operacionalidade e eficiência. As normas contidas no Capítulo IV do Estatuto prevêem, assim, diversas formas de participação que dão concreção a essa dupla função social da participação popular: a de aferir legitimidade às ações municipais e a de exercer o controle dessas mesmas ações (MATTOS, 2002, p. 301).

Ao tornar plena a eficácia dos dispositivos democráticos na gestão da coisa pública previstos no Estatuto da Cidade, regulamentando-os no Município, o gestor público instrumentalizará o princípio constitucional da participação, conjugando democracia representativa com democracia participativa. Há uma evolução da tradição autoritária da gestão pública, na qual relevantes decisões eram "tomadas no interior de gabinetes e simplesmente impostas à população" (OLIVEIRA, 2002, p. 109). A gestão democrática municipal exige do administrador público tanto competência decisória quanto a correspondência de suas escolhas às necessidades e objetivos da população. Para atingir este escopo conta-se não só com a sensibilidade do governante em captar as aspirações sociais mas, em especial, em adotar mecanismos para garantir direito de vez e voz à comunidade. Afinal, no dizer de Regis Fernandes de Oliveira, a democracia do século XXI deve superar sua visão de governo da maioria, pois para isso bastaria o processo eleitoral. A democracia deverá observar as regras do jogo, respeitar as minorias, possibilitar a participação dos cidadãos na tomada das decisões públicas, numa interação entre administrador e administrados. Logo, democracia é respeitar o "intersubjetivismo de ações e reações como forma de sentir o pulsar da coletividade" (OLIVEIRA, 2002, p. 109), num processo complexo de tomada de decisões, capaz de

superar a apatia do mero assentimento ou negação para ir mais além: captar o efetivo sentimento que pulsa dentro da sociedade.

É preciso combater o messianismo e os métodos carismáticos de gestão pública, baseados no líder inconteste e dono absoluto do destino do Município. O que deverá prevalecer nas administrações municipais são os debates, as audiências públicas e as consultas mediante plebiscito e referendo. Afinal, no dizer do autor, "os debates são a essência da democracia. A ausência do debate leva à falta de raciocínio dialético, em que prevalece apenas uma opinião e, o mais das vezes, nem sempre a correta" (OLIVEIRA, 2002, p. 109). Portanto, o processo decisório municipal, em especial após a edição do Estatuto da Cidade, deverá recepcionar a complexidade e a intersubjetividade presente na cidadania.

Restringir a participação do povo nos processos decisórios que digam respeito ao seu Município é recusar sua cidadania e, além disso, uma afronta aos princípios constitucionais fundamentais. É preciso criar canais institucionais que possibilitem à cidadania a tomada de decisões com igualdade de oportunidade, o que ocasionará a racionalização de recursos e a redescoberta da cidadania em cada um e em grupo, levando a um maior comprometimento da população com o coletivo. Só assim será inaugurada uma gestão democrática participativa, de todos e para todos, a partir da construção de uma cidade mais humana e mais digna de se viver.

4. A teoria do discurso de Jürgen Habermas e as audiências públicas no Estatuto da Cidade

A presente pesquisa parte das contribuições teóricas de Jürgen Habermas (1992 e 1997), em especial suas reflexões acerca da importância da sociedade civil como esfera pertencente ao mundo da vida capaz de introduzir a racionalidade comunicativa nas esferas sistêmicas do Estado e do mercado. Dessa forma, a teoria do discurso habermasiana aplica-se às diretrizes de gestão democrática dispostas no Estatuto da Cidade, em especial no que tange à obrigatoriedade da realização de audiências públicas

para a aprovação do Plano Diretor municipal e peças orçamentárias. Trata-se de uma nova orientação para a ação administrativa municipal, a qual legitimará o poder político pela co-gestão das decisões públicas, rompendo as fronteiras burocráticas que separam o Município do cidadão.

É uma proposta procedimental, a qual indica um método democrático e discursivo de concepção das tutelas jurídico-políticas, mais legítimo, em que cada cidadão, individual ou coletivamente, será considerado não apenas destinatário, mas co-autor das normas que serão a ele aplicadas. Assim, a legitimidade das decisões advirá do debate público nas audiências públicas, "procedimentos pelos quais todos os afetados por normas sociais gerais e decisões políticas coletivas possam participar de sua formulação e adoção" (VIEIRA, 2001B, p. 59).

Mediante a discussão aberta, plural, intersubjetiva, permeável e autônoma realizada nas audiências públicas, em que impera a racionalidade comunicativa, os cidadãos, individuais ou organizados em movimentos sociais e associações, exercem a prática discursiva e formulam suas pretensões baseadas no consenso.

No entendimento de Liszt Vieira, a sociedade civil atuante nas audiências públicas passará a influenciar os mecanismos sistêmicos políticos e econômicos, em que predominam o dinheiro e o poder, contribuindo para a sua democratização pela mudança nas regras de procedimento e nas maneiras de participação política. Configura-se uma "terceira dimensão da vida pública, diferente do governo e do mercado". (VIEIRA, 2001A, p. 63) Um espaço público não-estatal democrático,[94] atuante em conjunto ao espaço estatal, garantindo que "os influxos democratizantes gerados na sociedade civil se tornem fontes de democratização do poder"(VIEIRA, 2001B, p. 77-78).

Essa perspectiva nada mais é do que o desenvolvimento de uma democracia representativa aliada à democracia participativa, caracterizada pela atuação conjunta da sociedade civil às instituições estatais, reconhecendo-se aquela como a origem e o

[94]Nesse sentido, conforme Jean L. Cohen e Andrew Arato, os movimentos democráticos dependem das novas formas autônomas do discurso, da associação e da solidariedade, ou seja, dos elementos característicos da sociedade civil. (COHEN; ARATO, 2001. p.8).

destino do poder. Por meio do desenvolvimento dessa nova cultura participativa e associativa apresenta-se uma maneira de superação da tradição de clientelismo, populismo e corporativismo presente na história política de vários países, construindo-se "uma estrutura institucional mais democrática, posto que ancorada na sociedade civil e não nas elites que tradicionalmente controlam a sociedade política" (VIEIRA, 2001B, p. 78).

A democracia, mais do que um regime de governo, é uma metodologia a ser desenvolvida culturalmente (HUSZAR, 1965, p. 14), lançando suas luzes sobre todas as instituições sociais e jurídico-políticas. Deve ser reinventada cotidianamente. Logo, dá-se um salto qualitativo para inserir na democracia representativa elementos de democracia participativa.

5. Considerações Finais

Ao aproximar o poder decisório daqueles diretamente atingidos pelas políticas públicas, por certo as escolhas jurídico-políticas serão mais acertadas. Com a adoção de normas legais e políticas públicas formuladas nos espaços comunicacionais gerados nas audiências públicas, aumentar-se-á a legitimidade das decisões políticas, jurídicas e legislativas, facilitando o posterior cumprimento dessas decisões. Afinal, as pessoas que participaram como atores do processo, por certo, estarão mais vinculadas às decisões tomadas.[95]

Com a participação da sociedade civil nas audiências públicas realizadas a partir das disposições do Estatuto da Cidade as pessoas passarão a entender as limitações de recursos do ente público para dar conta da satisfação de todas as

[95]Ao falar da questão da desobediência civil e da falta de efetividade das decisões públicas, Jürgen Habermas assevera que "tais atos de transgressão simbólica não-violenta das regras se auto-interpretam como expressão do protesto contra decisões impositivas as quais são ilegítimas no entender dos atores, apesar de terem surgido legalmente à luz de princípios constitucionais vigentes. (...) a desobediência civil sempre reclama implicitamente que a formação legal da vontade política não pode se desligar dos processos de comunicação da esfera pública". (HABERMAS, 1997. v.2, p.117).

necessidades, a aceitar compromissos e a separar reflexivamente sua própria perspectiva individualizada para reconhecer a prioridade de outras. Aprendem a valorizar e reconhecer a diferença, perceber que as dimensões de seus requerimentos precisam ser ponderadas diante das demais necessidades constatadas, definindo quais serão priorizadas e quais abandonadas ou modificadas. (COHEN; ARATO, 2001, p. 42)

Por fim, conclui-se que os dispositivos presentes no Estatuto da Cidade relativos à gestão democrática municipal só atingirão sua finalidade se embasados em uma sociedade civil moderna, com o desenvolvimento de uma teoria democrática participativa pautada nos mecanismos comunicativos e na teoria do discurso habermasiana (COHEN; ARATO, 2001, p. 15). Com essa perspectiva, quer-se conceber uma sociedade civil e uma esfera pública capaz de se constituir e governar a si própria, destinatária e também autora das decisões públicas. Para tanto, é mister fortalecer, mediante a participação popular, as instituições políticas representativas clássicas, as quais passarão a atuar em comunhão a novas instituições – mais democráticas e participativas. Fomentar valores coletivos e de uma ética da solidariedade, na qual impera a racionalidade comunicativa proveniente do mundo da vida. Logo, é um processo de redemocratização da democracia, obtido mediante um processo comunicativo que alia democracia representativa à democracia participativa e é produzido na esfera pública – cujas decisões surtirão efeitos na esfera estatal.

6. Referências Bibliográficas:

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BORJA, Jordi. A descentralização como estratégia de valorizar a cidade: o caso de Barcelona. In: FISCHER, Tania (Org. e Coord.). **Poder local**: governo e cidadania. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

COHEN, Jean L.; ARATO, Andrew. **Sociedad Civil y Teoría Política.** Tradução de: Roberto Reyes Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

DOWBOR, Ladislau. **O que é poder local**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. **Orçamento participativo**: a experiência de Porto Alegre. 2.ed. São Paulo: Perseu Abramo, 1997.

GRAZIA DE GRAZIA. Estatuto da Cidade: uma longa história com vitórias e derrotas. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.) **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana:** novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2002. p. 15-37.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. v. 1 e 2.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa.** Madrid: Taurus, 1992. v. 1 e 2.

HUSZAR, George B.de. **Aplicações Práticas da Democracia.** Tradução de: J. L. Melo. Rio de Janeiro: Record, 1965.

MATTOS, Liana Portilho. Da Gestão Democrática da Cidade. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MOLINA SAUCEDO, Carlos Hugo et al. **Apre(he)ndiendo la participación popular**: análisis y reflexiones sobre el modelo boliviano de descentralización. La Paz: Offset Boliviana Edobol, 1996.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao Estatuto da Cidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTIN, Janaína Rigo. O Estatuto da Cidade e a Gestão Democrática Municipal. **Revista Interesse Público,** Porto Alegre, ano 5, n. 21, p. 220-229, set./out. 2003

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

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização.** 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 2001A.

_____. **Os Argonautas da Cidadania:** a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001B.

A EMERGÊNCIA DO PLURALISMO JURÍDICO: REFLEXÕES SOBRE AS LUTAS E PRÁTICAS JURÍDICAS DO POVO CAIANINHO* **

LA EMERGENCIA DEL PLURALISMO JURÍDICO: REFLEXIONES SOBRE LA LUCHA Y LA PRÁCTICA JURÍDICA DEL PUEBLO CAIANINHO

João Carlos Bemerguy Camerini

RESUMO

A chamada crise do positivismo jurídico é apenas uma das faces da situação de risco global que assola o Estado social. Pode-se definir esta crise como resultante do atual descrédito geral da sociedade quanto à capacidade do Estado centralizado atender suas demandas cada vez mais complexas através de seus programas jurídico-normativos. O pluralismo jurídico emerge, nesta encruzilhada a que chegou o direito moderno, como um modelo alternativo capaz de oferecer respostas. Após uma breve exposição desta crise do monismo jurídico, este artigo procura apresentar o caso concreto das práticas jurídicas dos caianinhos, que torna evidentes os paradoxos do direito estatal perante as práticas dos novos sujeitos sociais coletivos, especialmente na Amazônia. O pluralismo jurídico parece oferecer, após a análise desenvolvida, soluções mais adequadas para o tratamento de conflitos jurídicos complexos envolvendo direitos à diferença étnica e cultural.

PALAVRAS-CHAVES: CRISE DO ESTADO SOCIAL, MONISMO JURÍDICO, PLURALISMO JURÍDICO, NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS.

RESUMEN

La crisis del positivismo jurídico es sólo una dimensión de la situación de riesgo que afecta al Estado de bienestar. Se puede definir esta crisis como consecuencia de la incredulidad generalizada de la sociedad acerca de la capacidad del Estado centralizado conocer sus demandas cada vez más complejas a través de sus programas normativos. El pluralismo jurídico surge, en esta encrucijada que ha alcanzado el derecho moderno, como un modelo alternativo capaz de proporcionar respuestas. Después de una breve exposición de la crisis del monismo jurídico, este artículo presenta el caso de las prácticas jurídicas de los caianinhos, lo que pone en evidencia las paradojas del derecho estatal ante de las prácticas de los nuevos grupos sociales, especialmente en la Amazonía. El pluralismo jurídico parece ofrecer, después del análisis desarrollado, soluciones más adecuadas para el tratamiento de los complejos conflictos jurídicos relacionados con los derechos a la diferencia étnica y cultural.

PALAVRAS-CLAVE: CRISIS DEL ESTADO DEL BIENESTAR, MONISMO JURÍDICO, PLURALISMO JURÍDICO, NUEVOS MOVIMIENTOS SOCIALES.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Amazonas.

INTRODUÇÃO

No fim da década de 60, o físico-químico russo Ilya Prigogine (*apud* CAPRA, 2003, p. 30/31; SANTOS, 2006b, p. 47) elaborava sua teoria das *estruturas dissipativas*, ou seja, sistemas que conservam sua estabilidade estrutural ao mesmo tempo em que se mantém abertos a fluxos de energia. Um dos componentes centrais desta teoria é o uso do conceito de *ponto de bifurcação* para referir a um estágio crítico a que chegam tais sistemas em equilíbrio dinâmico quando submetidos a níveis insuportáveis circulação energética proveniente do ambiente, de modo que a mínima flutuação de energia pode modificar a estrutura global do sistema e fazer emergir uma nova ordem. Essa idéia foi assumida por alguns cientistas e filósofos como paradigmática, tamanha a sua capacidade de ampliar o entendimento, e tem sido utilizada para explicar diferentes fenômenos ligados à complexidade em diversas áreas, como a sociologia, a economia e a ecologia.

Se esta idéia for transportada para o nosso lugar teórico, será possível dizer que o direito está hoje diante de uma bifurcação. Mas, se, por um lado, é certo que o sistema jurídico positivista-piramidal-monista-estatal se encontra assolado por uma fortíssima turbulência, por outro, não é possível predizer qual será a estrutura do sistema após a iminente transformação. A hipótese da emergência do pluralismo jurídico é, no entanto, bastante credível, considerando a história recente da relação direito-sociedade.

Num breve esforço de reconstrução da hipótese em questão, a primeira seção deste artigo explicará como a crise e a possibilidade de colapso do Estado social e do direito positivo se relacionam à emergência das idéias do pluralismo jurídico, principalmente após a década de 70, quando a globalização neoliberal atingia seu auge, ao mesmo tempo em que fervilhavam conflitos e lutas sociais protagonizados por novos grupos sociais surgidos a partir da auto-organização da sociedade visando satisfazer necessidades não atendidas pelo Estado.

A quantidade e peculiaridade – que podem ser sintetizadas na expressão complexidade – das situações submetidas à apreciação do direito pelos movimentos sociais tornou evidente a incapacidade do modelo jurídico monista centrado no Estado e cujo funcionamento se baseia na positivação, por este, de programas normativos abstratos e gerais, de oferecer respostas aos problemas específicos e concretos da sociedade contemporânea, notadamente às demandas por dignidade e identidade cultural dos novos sujeitos sociais.

A segunda parte se destina a estender a compreensão do pluralismo jurídico, partindo de contexto social de surgimento esboçado, através do exame de alguns aspectos de um caso concreto que, acredito, insere-se com perfeição – inclusive na dimensão histórico-temporal – no cenário de crise do direito positivo e da emergência do pluralismo jurídico.

Trata-se do caso do direito do povo *caianinho* que, conforme hipótese que introduzo e justifico ao longo do texto, constitui uma comunidade tradicional com origem na região amazônica. Dentre os direitos componentes do ordenamento jurídico mencionado, destaco o direito tradicional de beber, em rituais religiosos, o chá denominado *Vegetal*

ou *Hoasca*, por ser um direito imanente ao exercício da liberdade religiosa e cultural desta comunidade e que representa, outrossim, um dos aspectos mais controversos e delicados na relação entre o direito tradicional *caianinho* e o direito estatal.

Na seção seguinte, terá continuidade a análise das práticas jurídicas dos *caianinhos*, com enfoque na apresentação, em linhas gerais, do sistema de resolução de conflitos internos à comunidade, em suas dimensões institucionais e funcionais, destacando-se como se constrói o discurso jurídico naquele contexto sociocultural, o tipo de argumentação controlada pelos órgãos jurídicos comunitários e, ainda, os objetos submetidos à justiça *caianinha* e os tipos de punições aplicadas.

A quarta seção, por fim, promove uma reflexão final, no plano conceitual, por meio da introdução das principais idéias estruturantes da teoria do pluralismo jurídico e da verificação de sua utilidade e precisão para a descrição do fenômeno do direito *caianinho* como descrito neste escrito.

1 Da crise do monismo jurídico à emergência do pluralismo jurídico

O pluralismo jurídico sempre acompanhou o percurso do Estado moderno e estava presente na sociedade mesmo antes dele. Portanto, quando falo, neste trabalho, das condições sociais que determinaram a sua emergência, o que pretendo é explicitar os fatores que conduziram ao surgimento do pluralismo jurídico na consciência, no discurso e nas reivindicações da sociedade e na ciência jurídica em meados da década de 70, principalmente com a explosão dos "novos movimentos sociais". Por outras palavras, desejo abordar as tensões e conflitos sociais que naquele período atingiram níveis críticos e que estão relacionados à concepção monista de direito vigente.

Afirmar a existência de problemas sociais decorrentes do império de uma teoria monista do direito equivale a dizer que tais instabilidades refletem a *ausência* de alguma outra teoria do direito capaz de solucionar os defeitos da primeira. Não é à toa que a *emergência* do pluralismo jurídico ocorre num contexto de crise da forma exclusivamente estatal de direito.[1]

Deve-se iniciar sublinhando que a crise do monismo jurídico liga-se de maneira indissociável e quase indistinta à crise do Estado que lhe é pressuposto. Trata-se do Estado de bem-estar social (*welfare state*) ou Estado-providência, noções estas indicativas daquele projeto sócio-estatal constituído sob a égide do princípio da igualdade material, para responder às reivindicações da massa trabalhadora – que desde os fins do século XIX já se organizava em sindicatos e partidos operários – no sentido da diminuição dos problemas sociais gerados pelas injustas relações econômicas capitalistas. Dentre as principais características do Estado social resultante do mencionado projeto, destaco: os direitos sociais de segunda geração, enunciados na Constituição de Weimar (1919) e a prestação de serviços públicos de educação, saúde, moradia e a previdência social; a intervenção no domínio econômico, através de limitações da propriedade privada em favor da ordem social, da instituição de salários mínimos, de regras de segurança no emprego e indenizações trabalhistas; a gestão

pública da economia orientada para o desenvolvimento, o combate a pobreza e a miséria; a Constituição vinculante e a administração pública dirigida ao bem-estar dos cidadãos, etc. (BONAVIDES, 2001, p. 168ss; SANTOS, 2007, p. 148).

No âmbito deste novo projeto, em que o Estado-providência passa a concentrar em si todas as expectativas populares de realização das promessas da modernidade – liberdade, igualdade, fraternidade, propriedade –, o direito figura como o principal instrumento de atuação do poder político.

Pois bem. Como dizia antes, a compreensão interligada da crise do Estado social e do direito monista se impõe, diante da constatação de que o denominado direito positivo, na prática, nada mais é do que o direito estatal, pois sua autonomia e eficácia foram reduzidas, no decorrer da história, à autonomia e eficácia do Estado (SANTOS, 2007, p. 160/161).

Por trás desta estatização do direito que, ademais, torna-o mais controlável e suscetível às influências dos atores que protagonizam a cena política, sempre estiveram, primeiro, as exigências burguesas de uma sociedade estável regulada por normas gerais e, segundo, a vontade de poder dos governantes interessados na reprodução da enorme burocracia do Estado social.

Deve-se acrescentar, quanto a isto, que a concepção moderna de ciência, traduzida no conceito positivista de direito, introduzido por Max Weber (*apud* HABERMAS, 1997, p. 193), que defende a legitimação do direito a partir de procedimentos institucionalizados previamente e que, posteriormente, será plenamente desenvolvido na *Teoria Pura* de Hans Kelsen (2006), teve um papel determinante neste processo de redução da complexidade do fenômeno jurídico-social ao direito oficial.

As idéias kelsenianas de validade formal e da hierarquização piramidal das normas jurídicas, ao mesmo tempo em que criaram a ilusão de um sistema jurídico autônomo e derivado de uma única fonte, garantindo assim o pleno controle do objeto jurídico por uma racionalidade logicista identificada à noção moderna de cientificidade, esvaziaram o direito de qualquer conteúdo prático-moral – exceto, sempre, a propriedade privada – de modo a torná-lo inteiramente disponível aos desígnios de um Estado fantoche do capital.

Nas palavras de Sousa Santos (2007, p. 160), o positivismo jurídico, como baluarte da cientificidade, "funcionou como um espelho que simultaneamente reflectia e dissimulava o estatismo do direito."

Esta apropriação do direito pelo Estado social gerou três consequências relevantes para o primeiro que ora passo a referir. Em primeiro lugar, o direito utilizado como instrumento de realização dos excessivamente amplos compromissos assumidos foi acompanhado do inevitável agigantamento da burocracia estatal. Esse processo redundou numa enorme sobre-juridicização da sociedade cujos efeitos foram analisados por Habermas (1992, p. 469), com sua noção de *colonização do mundo da vida*, que pode ser explicada como a destruição das relações sociais comunicativas ancoradas em domínios sociais constituídos por elementos simbólico-subjetivos, como a cultura, a tradição, a religião, etc., devido à substituição destas estruturas de mediação das interações por outras erigidas segundo uma racionalidade auto-referida com respeito a

fins, notadamente a do Estado (burocracia) e a da economia (dinheiro), sendo características deste processo a uniformização, a coisificação e a mecanização das relações intersubjetivas.

Como segunda consequência, destaca-se o processo que Weber (*apud* HABERMAS, 1997, p. 195) chamou de *materialização do direito*, que se desenvolve em estreita conexão com a burocratização e monetarização do mundo sócio-cultural referida acima, pois "o reverso da sobre-juridicização da sociedade é a sobre-socialização do direito" (SANTOS, 2007, p. 158).

Ora, com o advento do Estado social, o enorme espaço social antes (des)regulado e denominado pela lógica das relações privadas, passou a ser preenchido com conteúdos jurídicos concretos para responder as mais diversas demandas das classes trabalhadoras. Esse processo causou fortes impactos nas dicotomias burguesas entre Estado/sociedade civil e direito público/direito privado responsáveis pela separação entre a esfera pública, do sufrágio e da segurança pública, e a esfera privada, da propriedade e das relações de mercado que, segundo o liberalismo, deveriam permanecer entregues à sua própria auto-regulação.

A partir de então, o Estado deixa de adotar uma postura negativa para com a sociedade e passa a estabelecer com ela uma relação de complementaridade baseada na intervenção e na cooperação como, ademais, o próprio nome "Estado-social" sugere.

Além disto, "materialização" se reflete no direito pelo surgimento de novos ramos jurídicos como o direito econômico, o direito do trabalho e o direito previdenciário, "todos eles com a característica comum de conjugarem elementos de direito privado e direito público, esbatendo assim ainda mais a linha de demarcação entre Estado e sociedade civil" (SANTOS, 2007, p. 149).

Finalmente, a terceira consequência da redução científica do campo jurídico ao direito estatal é a crise de ineficácia, que também compõe com as outras uma interface inextricável. A ineficácia designa as várias disfunções derivadas da "sobrecarga" de um direito que já não consegue produzir regularidade e previsibilidade social (WOLKMER, 2001, p. XVII).

A complexidade e a contingência sociais, depois dos anos 70, desafiam cada vez mais a performance da razão jurídico-instrumental e proliferam-se os conflitos sociais não resolvidos, seja por falta de condições objetivas de cumprimento das normas estatais (falta de estrutura, recursos humanos ou financeiros), seja por nem mesmo estarem juridicizados os conflitos surgidos numa sociedade plural em constante mudança (anomia).

Referindo-se às tensões provocadas no direito positivo pelas crescentes e peculiares aspirações dos novos movimentos sociais no cenário amazônico, explica Joaquim Shiraishi (2006, p. 14) que, num ambiente de múltiplas demandas, "fica evidente que as tentativas de adequar as situações vivenciadas aos modelos jurídicos preexistentes são totalmente incompatíveis."

O movimento de crescimento e penetração do direito nas mais diversas esferas da vida social, ao ensejar tais problemas de ineficácia, torna cada vez menos convincente a

implicação Estado → direito construída pelo positivismo jurídico, o que abre caminho para a utilização não estatal do direito vigente e até mesmo para seu uso contra o Poder Público. Ao mesmo tempo, a estabilidade do dualismo norma/fato, que é condição da eficácia do direito positivo, se desagrega progressivamente quanto mais baixa se mostra a correspondência entre os dois pólos (SANTOS, 2007, p. 151/152).

Os três aspectos destacados acima confluem para desenhar a crise multifacetada do Estado social que arrasta consigo o direito monista e que pode ser imaginada como uma onda – talvez fosse melhor dizer *tsunami* – de *descrédito* a respeito de sua capacidade de produzir transformações significativas (WALLERSTEIN, 1993, p. 46). Para usar a expressão de Habermas (1987), esgotam-se aceleradamente, principalmente depois dos anos 70, as energias utópicas concentradas no Estado social e seu programa de construção de uma sociedade do trabalho.

Dessa maneira o Estado social atravessa a mais grave instabilidade por si já enfrentada na história, à qual muito se duvida se ele sobreviverá. De um lado, ele vê sua soberania ser agredida pelo poderio da economia-mundo capitalista neoliberal. De outro lado, a massa popular trabalhadora se conscientiza de que o "progresso" expresso em elevadas taxas de crescimento do PIB nacional não significa a distribuição desta riqueza. Nos países do Norte, o cumprimento das promessas de distribuição do bem-estar social e de um sistema político mais democrático, que até certo ponto tinham se realizado durante os chamados *trinta anos gloriosos*, mostrou-se insustentável e a pobreza e a miséria da qual necessariamente se alimenta o capitalismo crescem atualmente como um câncer no tecido social do "primeiro mundo". Por seu turno, na maioria dos chamados países do Sul, que sempre permaneceram na periferia do sistema mundial, afundados em pesadas dívidas externas e com graves problemas de corrupção, a idéia de crise do Estado-providência é assumida sem jamais terem sido experimentados os seus benefícios.[2]

No mesmo período, assistiu-se ao surgimento de novos sujeitos sociais coletivos "cujas formas de associação e luta escapam ao sentido estrito de uma organização sindical" (ALMEIDA, 1994, p. 23) e que, portanto, não se deixam apreender por meio do esquema de análise tradicional que parte da idéia de sociedade de classes (burgueses e operários). Estes novos grupos, marcados pela reivindicação de alteridade sociocultural e cujas vozes até então permaneciam caladas ou silenciadas, concorreram para pressionar ainda mais um Estado social já abalado com a complexidade das relações econômicas, com suas práticas e demandas centradas em grupos unidos por critérios de etnia, religião, raça, gênero, etc., sendo estas unidades de mobilização frequentemente reunidas sob a designação de "novos movimentos sociais" (SANTOS, 2001, p. 180).

Estes movimentos, seja na forma de movimentos sociais populares e informais ou revestidos como organizações não-governamentais, vêm crescendo e refletem o forte impulso de auto-organização social e o reconhecimento da realidade cada vez mais palpável do que Sousa Santos (1995) chama de "sociedade-providência".

Em suma, uma onda de "anti-estadismo" perpassa hoje toda a sociedade, sejam os setores de direita, esquerda ou os excluídos do projeto do Estado social. Porém, os dois primeiros continuam a defender uma regulação social centrada na estabilização entre Estado e economia, embora haja divergências quanto à forma desta regulação: em resumo, para os neoliberais, o Estado deve ceder definitivamente ao mercado auto-

regulado e a esquerda defende a permanência das conquistas do Estado Social e continuidade da utopia da sociedade do trabalho.

Somente os excluídos ou "dissidentes da sociedade industrial", como lhes denomina Habermas (1987), julgam que a sociedade está ameaçada, na mesma medida, pela mercantilização e pela burocratização, negando tanto a colonização do mundo da vida pelo dinheiro como pelo poder. Prosseguindo com Habermas (idem, p. 111):

Também somente os dissidentes julgam necessário fortalecer a autonomia de um mundo da vida ameaçado em seus fundamentos vitais e em sua tessitura comunicativa. Só eles exigem que a dinâmica interna de subsistemas governados pelo poder e pelo dinheiro seja quebrada ou pelo menos contida por formas de organização mais próximas da base e autogestionárias.

É, pois, sob o marco de uma nova sociedade-providência ou do retorno da sociedade civil de que fala André-Jean Arnaud (1999a, p. 199) – idéias estas que conferem posição central aos movimentos sociais – que introduzo a problemática do pluralismo jurídico.

O princípio da comunidade, teorizado por Sousa Santos (2007, p. 273), que a modernidade suprimiu em nome da expansão do princípio do mercado e depois em favor do Estado social, deve agora ressurgir, trazendo à tona os conhecimentos e direitos nele enraizados e que haviam sido com ele outrora marginalizados.

O princípio da comunidade foi imaginado para representar os espaços sociais onde predomina a obrigação política horizontal e participativa entre os membros da comunidade; espaços em que as ações sociais são orientadas por uma racionalidade solidária, constituindo assim estruturas sociais – como o direito – caracterizadas pela forte presença de elementos simbólicos construídos intersubjetivamente; unidades de prática social cuja coesão é construída a partir de critérios como etnia, religião, povo, enfim, todos eles orientados por uma dinâmica de maximização da identidade cultural; comunidades interpretativas onde a comunicação simbolicamente mediada produz conhecimento tradicional – particularmente conhecimento jurídico tradicional.

Considerando, ainda, que o direito é apenas uma das dimensões da atividade política e epistemológica da comunidade, a reflexão sobre o pluralismo jurídico, quer dizer, sobre os direitos alternativos ao direito estatal, produzidos a partir da auto-organização de esferas autônomas de relações sociais, sobretudo no espaço comunitário, deve caminhar entrelaçada com a consideração de questões como a alteridade, o multiculturalismo, o relativismo, o pragmatismo, a particularização dos espaços e dos tempos, os movimentos sociais como sujeitos coletivos criadores de juridicidade, o terceiro setor como superação da dicotomia Estado/sociedade civil, dentre outros.

Termino aqui a breve exposição da história das condições sociais de emergência do pluralismo jurídico no contexto de crise do Estado social e do direito estatal. Na parte final desta primeira seção, destaquei a importância do ressurgimento do espaço da comunidade nesse processo. O tópico seguinte se destina a abordar o pluralismo jurídico materializado nas práticas da comunidade dos *caianinhos*, como lhes denominarei doravante, que, segundo a tese a ser articulada, constituem um grupo detentor de uma cultura jurídica própria.

2 O povo *caianinho* e sua história de lutas pelo direito à prática religiosa

A afirmação do título desta seção de os *caianinhos* serem um povo deve ser havida como hipótese. Porém, o caráter essencialmente problemático da fixação das identidades de grupo no atual momento histórico de explosão de uma infinidade de sujeitos coletivos novos, relativiza a necessidade de desenvolvimento pormenorizado desta hipótese neste texto. Sobre isto se manifesta Wallerstein (1993, p. 47), com propriedade:

Os "grupos" são um conceito vago. Tudo pode constituir um grupo desde que os respectivos membros se pensem como tal. Não nos devemos, por isso, surpreender com a crescente variedade de grupos que constantemente se nos deparam à nossa percepção colectiva, nem com a dificuldade cada vez maior de chegar a um consenso sobre quais os tipos de grupo que possuem alguma legitimidade. Esse consenso não irá surgir nos próximos cento e cinqüenta anos. Actualmente temos toda uma panóplia de grupos, que se definem, ora por fronteiras etno-nacionais e/ou lingüísticas, ora pelo sexo, ora ainda pela religião ou pelas respectivas inclinações sexuais. A lista está em constante expansão.

A identidade dos *caianinhos* – como se auto-definem – se constrói a partir das práticas, crenças, linguagem e valores compartilhados pelos membros da denominação religiosa, de doutrina cristã reencarnacionista, Centro Espírita Beneficente União do Vegetal, doravante UDV. Uma definição formal poderia ser operacionalizada, na medida em que a mencionada entidade religiosa, em 1972, *traduziu*[3] sua organização interna nos termos do direito oficial, adotando a forma de associação, sendo, portanto, *caianinho* todo sócio do Centro Espírita Beneficente União do Vegetal.[4]

A UDV[5] foi criada nos seringais da Amazônia próximos à fronteira entre o Brasil e a Bolívia, no estado do Acre, em 1961, por um seringueiro chamado José Gabriel da Costa ou Mestre Gabriel, como é conhecido na tradição *caianinha*. Inicialmente restrita às populações caboclas da Amazônia ocidental, a entidade tem se difundido entre as populações urbanas do Brasil país e do exterior, possuindo atualmente mais de 15 mil sócios e unidades administrativas em mais de 100 cidades em todos os estados brasileiros, Estados Unidos e Espanha.

A maior peculiaridade da prática religiosa da UDV e que é um dos pontos mais importantes para esta análise, é a ingestão de um chá de plantas nativas da Amazônia tradicionalmente denominado de *Hoasca* ou *Vegetal*, durante os rituais religiosos, preparado a partir de duas outras plantas, o *Marirí* (banisteriospis caapi) e a *Chacrona* (psychotria viridis). Segundo o Regimento Interno da associação, que constitui o estatuto jurídico central da instituição, de autoria do Mestre Gabriel, o mencionado chá é utilizado nos rituais da UDV "para efeito de concentração mental" e é "comprovadamente inofensivo à saúde."

Não obstante, a história da entidade religiosa tem sido marcada pelas lutas de seus filiados por fazer valer esta disposição legal contra o direito oficial dos Estados nacionais onde a sociedade religiosa está presente.

Consta no sítio da UDV que, ainda na década de 60, o Mestre Gabriel foi chamado a prestar esclarecimentos às autoridades de Porto Velho/RO, sendo, em 1967, preso para averiguações. Foi depois deste acontecimento que o líder religioso da UDV viu a necessidade de registrar a entidade segundo os moldes do direito positivo. No ano de 1970, o Chefe de Polícia do Território de Guaporé novamente proibiu as atividades do centro espírita, o que foi superado com a constituição de um advogado. Tratam-se dos primeiros episódios de conflito entre as duas legalidades em questão.

Mais de uma década depois, em 1984, a Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos – DIMED (Ministério da Saúde) publicou a Portaria nº 02/85, incluindo as duas plantas componentes do chá religioso como substâncias de uso proscrito, sendo que as determinações deste órgão geravam efeitos criminais, conforme previsto na então vigente Lei de Entorpecentes. Como consta no sítio, naquele momento a Direção da UDV suspendeu as atividades do Centro "por respeito à lei, conforme recomendado pelo Mestre Gabriel, e também para demonstrar às autoridades que o Vegetal não provoca dependência química em seus usuários".

Desde então as lutas prosseguiram com uma intervenção perante o Presidente do Conselho Federal de Entorpecentes – CONFEN, pedindo a revisão da decisão da DIMED por ausência de provas de que o chá causava efeitos nocivos nos adeptos. A decisão reconheceu a inexistência de estudos registrados no órgão sobre aqueles vegetais, sendo criado um Grupo de Trabalho multidisciplinar para examinar a questão da produção e consumo das substâncias interditadas e apresentar relatórios e recomendações provisórias sobre o assunto, notadamente sobre a conveniência da suspensão provisória da inclusão das plantas nas listas da DIMED (Resolução CONFEN nº 05/85). A UDV, desde então orientou suas ações a partir das conclusões daquele Grupo de Trabalho. Após seis meses de investigação, o referido grupo de pesquisa publicou um artigo em que recomendava a revogação provisória da proibição a nível nacional, sugestão que foi acatada pelo CONFEN (Resolução nº 06/86).

O antropólogo Edward Macrae (1994, p. 22/23) explica que, entre as razões aduzidas pela equipe multidisciplinar para fundamentar suas conclusões, os pesquisadores argumentaram "que el uso del brebaje no producía daño alguno a la salud. También observaron que los miembros de los diferentes grupos religiosos llevaban vidas ordenadas y pacíficas conforme a los valores sociales vigentes."

No ano de 1992, a questão obteve parecer final do CONFEN, conforme consta na Ata da 5ª Reunião Ordinária do órgão recomendando a retirada definitiva das plantas componentes do *Vegetal* das listas de substâncias proibidas.

Mas as lutas e as pesquisas prosseguiram até que, em 17 de agosto 2004, o Conselho Nacional Anti-drogas – CONAD, órgão que substituiu o extinto CONFEN, aprovou o parecer de sua Câmara de Assessoramento Técnico-Científico, reconhecendo a legitimidade jurídica do uso religioso da *ayahuasca* (Resolução nº 05/04). Esta última resolução instituiu um novo Grupo Multidisciplinar de Trabalho que, em novembro de 2006, publicou um Relatório delineando a deontologia do uso do chá como forma de

prevenir seu uso inadequado, no qual, entre outras observações, ratificou-se a não recomendação do uso da bebida fora de rituais religiosos.

Contudo, este relato das dificuldades dos *caianinhos* diante das autoridades brasileiras não esgota a história de lutas desta comunidade pelo seu *direito tradicional de beber o chá Hoasca* e que tem sido *traduzido* para a linguagem jurídico-ocidental como direito de liberdade religiosa dos sócios da UDV. Esta saga possui um capítulo importante escrito em terras norte-americanas.

No dia 21 de maio de 1999, agentes do serviço da alfândega dos Estados Unidos e do Departamento Federal de Investigação apreenderam um volume contendo o chá destinado ao uso da UDV naquele país. Comprovou-se que antes da apreensão a entidade religiosa havia recebido cerca de 14 lotes de *Vegetal*. Constrangida pelas autoridades norte-americanas, a UDV adotou novamente a política institucional de respeito às leis do país e paralisou suas atividades – assim permanecendo por aproximadamente 5 anos – e recorreu ao Judiciário. A partir disto teve início uma verdadeira batalha entre a UDV e o governo norte-americano, representado pelo então Procurador-Geral do Governo dos Estados Unidos da América, Alberto Gonzales (HAAG, 2006; PÁDUA, 2005).

Conforme explica Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2006), em sua excelente análise do caso Gonzales v. UDV, as teses construídas pelas partes indicaram a colisão entre o direito de liberdade religiosa dos filiados da UDV, regulado pelo *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) e a lei americana de repressão a substâncias alucinógenas, *The Controlled Substances Act*. A causa principal de o Governo americano litigar pela proibição do uso da *Hoasca* é o fato de ter sido encontrada na composição do chá a substância DMT (*dimetiltriptamina*), que está elencada na tabela 1 da lei de substâncias controladas do país.

Os *caianinhos* obtiveram provimento cautelar favorável em primeira instância, confirmado pelo Tribunal de Apelação do 10º Circuito. O governo americano recorreu à Suprema Corte, mas seu pedido foi julgado improcedente. Segundo a argumentação da decisão, o governo não conseguiu provar a existência de interesse relevante em proibir o uso religioso do *Vegetal* pela UDV. Ao final, as razões da decisão não destoaram das conclusões das autoridades brasileiras, no sentido de não terem sido verificados danos à saúde dos usuários ou problemas sociais causados pela mencionada instituição religiosa.

Da reflexão sobre esta pequena síntese histórica, desejo, inicialmente, destacar três aspectos. Em primeiro lugar, percebe-se que a identidade *caianinha* está intrinsecamente ligada à sua prática religiosa, a qual, por sua vez, encontra-se totalmente estruturada sobre a tradição de consumo da *Hoasca*. Não é por acaso que a comunidade também define a si mesma como *hoasqueiros*, numa evidente referência ao chá sagrado. Portanto, negar aos filiados da UDV o direito de beber o *Vegetal*, para além de uma questão de liberdade religiosa, corresponde a violar o direito de uma coletividade de pessoas existirem enquanto comunidade e de praticarem sua cultura. Equivale, pois, a negar o *direito de ser um caianinho*.

Em segundo lugar, é notável a normatividade atribuída pelos *caianinhos* às orientações e leis deixadas pelo líder máximo da religião, Mestre Gabriel, reconhecido pelos comunitários como legítimo intérprete e conhecedor profundo das leis e ensinamentos

cristãos e espíritas. As manifestações da Direção da UDV no sítio da instituição sobre a política de respeito à lei do país – que pode ser entendida como uma "política de não desobediência civil" –, recomendada pelo fundador do centro espírita e sistematicamente cumprida pela comunidade e, ainda, a ênfase nas afirmações de que as vitórias alcançadas pela entidade e o reconhecimento da inofensividade do *Vegetal* à saúde humana constituem apenas confirmações das palavras proferidas décadas antes pelo Mestre Gabriel, são especialmente relevantes para fundamentar a suposição de que o líder espiritual dos *caianinhos* poderia figurar, no contexto da UDV, como uma fonte de juridicidade alternativa ao Estado e como uma fonte de conhecimento alternativa à ciência moderna.

A terceira questão diz respeito à colonização – ou tentativa de – do mundo da vida representado pelo espaço comunitário da UDV pelo direito estatal. Tanto no Brasil quanto nos EUA, a tradição milenar amazônica de uso da *Hoasca*,[6] no contexto da qual a religiosidade *caianinha* se insere, esteve sob risco de ser destruída pela ciência moderna e pelo direito estatal. O mero fato de ter se *traduzir* nos termos da cultura ocidental, isto é, expressar-se segundo os cânones do direito e da ciência para poder simplesmente estabelecer o diálogo com as autoridades, já implica na produção de alguma tensão sobre a cultura *caianinha*.

A *cartografia simbólica* do direito de Sousa Santos (1988a), teoria que operacionaliza a aplicação de conceitos cartográficos ao fenômeno jurídico a fim de entender como se constroem suas representações sociais do espaço, fornece um instrumental adequado para análise do *modus operandi* deste processo de juridicização da vida social. Aqui utilizarei o conceito de *escala* retirado da cartografia como ponte para a analogia entre direitos e mapas. Situando o fenômeno ora estudado no esquema teórico do sociólogo português, o direito *caianinho* de beber *Hoasca* seria um direito local produzido em grande escala, enquanto o direito estatal seria uma legalidade de pequena escala. Para os objetivos desta análise, cabe distinguir assim entre os dois tipos de escala do direito, seguindo Sousa Santos (1988a, p. 152):

A legalidade de grande escala é rica em detalhes, descreve pormenorizada e vivamente os comportamentos e as atitudes, contextualiza-os no meio envolvente e é sensível às distinções (e relações complexas) entre familiar e estranho, superior e inferior, justo e injusto. (...) Ao contrário, a legalidade de pequena escala é pobre em detalhes e reduz os comportamentos e as atitudes a tipos gerais e abstractos de acção.

A colonização do mundo da vida, como expliquei, envolve uma homogeneização da diversidade sócio-cultural devido à ação de sistemas baseados em uma racionalidade instrumental abstrata com tendências universalistas, como acontece com o direito estatal de pequena escala. Ao pretender uniformizar e regular as ações sociais, mantendo as possibilidades de interação social dentro de níveis controláveis, ou seja, ao zelar tanto quanto possível pela estabilidade da dicotomia norma/fato, o direito estatal obstrui a emergência de outras formas de vida social ou marginaliza-as ou ainda, como diz Shiraishi (2007, p. 34/35), torna como "invisíveis" os sujeitos de direito que resistem à adaptação desfigurante ao cânone jurídico-ocidental.

Uma confirmação deste esquema de raciocínio pode ser obtida com a observação de que o argumento central do governo americano para proibição do uso do chá sagrado dos *caianinhos* consistia na alegação em favor aplicação *uniforme* da lei de substâncias

controladas, que não admitiria exceções para *prática religiosa sincera* – pois o governo reconheceu a sinceridade dos propósitos da UDV (GODOY, 2006, p. 22).

Penso que os pontos destacados oferecem uma noção do tipo de problemas ensejados pelo fenômeno do direito *caianinho*. Contudo, no interior do riquíssimo contexto cultural – político, jurídico, epistemológico – desta comunidade, o direito de beber a *Hoasca*, embora represente um dos elementos centrais estruturantes da unidade do povo *caianinho*, cuja identidade se constrói precipuamente com referência ao parâmetro sócio-religioso, não esgota em si a alteridade da realidade sócio-jurídica da comunidade. Esse *direito achado na floresta*,[7] se assim posso dizer, é tão-somente um dos direitos fundamentais de um ordenamento jurídico mais complexo que contempla a estrutura organizacional da UDV, normas específicas indicando direitos e deveres dos sócios do centro espírita e até um sistema de resolução de conflitos internos. Passarei agora a analisar, em linhas gerais, alguns destes outros aspectos do direito *caianinho*.

3 A resolução de conflitos internos pelos *caianinhos*

Além da existência de leis com formato e conteúdo de norma jurídica, outro parâmetro a denotar a organizada prática jurídica dos *caianinhos* é o processo de resolução de conflitos institucionalizado através das leis do centro espírita. A presente seção terá por objeto uma análise preliminar deste sistema de processamento de litígios, com base nas leis da UDV.

Cada unidade administrativa ou "núcleo" da UDV é dirigido por um Mestre Representante (M.R.), assistido por outros mestres e conselheiros, se houverem, que compõem a Direção do núcleo. Fica sob sua responsabilidade o cumprimento da lei naquela unidade e os desentendimentos entre os comunitários e infringências à lei da UDV, devidamente comprovados, são submetidos à sua sentença. No momento da aplicação da punição, o M.R. pode ouvir a opinião dos outros membros da Direção. Portanto, a administração da justiça na comunidade *caianinha* está centrada em duas estruturas principais: o espaço físico do núcleo e o papel social do M.R., como autoridade competente para aplicação da lei da UDV.

Quanto aos objetos processados pela justiça *caianinha*, eles são bastante diversos, sendo comum a apuração de condutas ilícitas como: adultério, problemas familiares, uso de entorpecentes e bebida alcoólica, perturbação da ordem social, não pagamento de dívidas, problemas com a justiça estatal em geral, ofensas verbais, não cumprimento da palavra, dentre vários outros. Não há limitações prévias quanto ao objeto de exame.

As principais punições manejadas pelo direito *caianinho* são: advertência verbal ou por escrito; afastamento dos graus da hierarquia da UDV – mestres, conselheiros, discípulos e sócios –, o que implica a perda ou restrição de direitos sociais; a perda do direito de beber o chá e, por fim, a própria exclusão do sócio do âmbito do centro espírita por tempo indeterminado – podendo retornar após o cumprimento da sentença, a critério do M.R.

Chama atenção as semelhanças de alguns aspectos do direito *caianinho* àqueles observados por Sousa Santos (1980), no início da década de 70, em suas pesquisas sobre o pluralismo jurídico no contexto de uma grande favela do Rio de Janeiro, a que deu o nome fictício de Pasárgada. Assim, para as intervenções que se seguem sobre as características funcionais do direito comunitário *caianinho*, valho-me da *sociologia da retórica jurídica* que o autor (SANTOS, 1988b) desenvolveu para o processamento dos dados empíricos que recolheu.

Como primeiro aspecto a ressaltar, tem-se que a argumentação do direito *caianinho* é guiada por uma racionalidade de tipo moral-prática, o que se deixa visualizar pela forte influência, na interpretação e aplicação das leis do Centro, de *topoi*[8] de cunho ético como o respeito e o amor ao próximo, a preservação da família, o cumprimento da palavra oral, a retidão moral, a ordem e outros.

Em consequência do baixo grau de colonização do discurso jurídico *caianinho* pela razão cognitivo-instrumental da ciência moderna, tem-se um discurso jurídico fracamente programado, o que implica numa maior *extensão do espaço retórico* ou do *campo de argumentação* deste em relação ao direito oficial. Ao M.R., assistido pela Direção do centro espírita, é reservado, portanto, um amplo espaço dentro do qual o aplicador poderá mover o discurso visando dar concretude às normas jurídicas comunitárias.

Um campo de argumentação alargado está ligado a duas outras tendências, segundo a *sociologia da retórica jurídica* de Sousa Santos (1988b, p. 61): o nível de institucionalização[9] da função jurídica tende a ser menos elevado e os instrumentos de coerção ao serviço da produção jurídica tendem a ser menos poderosos. As relações inversas também são verdadeiras, pois quanto mais baixos o grau de institucionalização e especialização do direito e quanto menor o poder de coerção,[10] maior deverá ser a extensão do espaço retórico jurídico.

O baixo grau de institucionalização do direito *caianinho* em relação ao direito oficial pode ser medido por características como: a inexistência de uma complexa e específica divisão do trabalho jurídico – profissionalização – que se deixa notar pela confusão entre os papéis sociais de autoridade religiosa e jurídica no direito *caianinho*; a utilização de uma linguagem cotidiana que, embora inclua termos técnicos retirados do direito estatal – como lei, sentença, prova –, não os utiliza como meios de "expropriar competências linguísticas", mas sim de forma a melhorar a compreensão da realidade; o direito *caianinho* se orienta pela averiguação da verdade real e dos direitos materiais dos envolvidos na lide e não atua de maneira impessoal e padronizada, com excessos de formalismo – prazos processuais e prescricionais, ficções, pressupostos teóricos. A situação particular e concreta de cada sujeito do conflito é examinada (SANTOS, 1988b, p. 45/46).

Por sua vez, a consideração do poder de coerção do direito *caianinho* é particularmente problemática e dependente de complementação por uma investigação empírica posterior. Antes de tudo, é certo que a Direção da UDV não dispõe de qualquer meio de violência física sobre seus filiados.

Quanto aos problemas de análise do poder de coerção no contexto jurídico *caianinho*, em primeiro lugar, não se dispõe de parâmetros para entender qual a magnitude da

violência moral-psicológica representada por uma punição como o impedimento de comungar o sacramento ou mesmo pela exclusão de algum indivíduo do convívio da sociedade. Em segundo lugar, desconsiderando-se o poder de violência moral detido pela Direção da UDV em relação aos associados, ainda restaria a importante questão da eficácia simbólica presente nas leis da UDV, associada à sua origem transcendental e o seu potencial para gerar obediência espontânea.

Penso que se poderia, no entanto, trabalhar com a hipótese de um poder de eficácia relativamente alto das leis dos *caianinhos*, a partir da constatação da tendência geral para o bom comportamento social dos membros do grupo que figurou, aliás, como um dos argumentos mais fortes para a liberação do uso religioso do chá pelos governos brasileiro e norte-americano (GODOY, 2006; MACRAE, s.d.; PÁDUA, 2005).

Contudo, estou ciente do cuidado que se deve tomar no desenvolvimento desta hipótese, pois sua confirmação pode tornar problemática a equação "maior espaço retórico/menor poder de coerção" formulada por Sousa Santos (1988b, p. 61).

De forma semelhante ao reconhecimento do direito tradicional de beber a *Hoasca*, a justiça *caianinha* também contribui para a aproximação entre o direito e as bases culturais da vida, na medida em que constitui um discurso jurídico cuja racionalidade está assentada em valores morais amplamente conhecidos e aceitos pela comunidade e se expressa numa linguagem informal cotidiana, não ocasionando grandes rupturas na comunicação social.

Outrossim, a administração autônoma de conflitos pela justiça *caianinha* – notadamente de conflitos peculiares à própria comunidade – desonera a justiça estatal de alguns litígios, ao mesmo tempo em que trabalha de maneira paralela e concorrente com o Estado no mister da regulação social – mas nunca contra, de acordo com sua política de respeito às autoridades estatais.

Em consequencia, a justiça *caianinha* é uma força contrária às tendências de colonização da cultura, de materialização do direito e de ineficácia que sintetizam o cenário contemporâneo de crise estatal e jurídica.

4 O espaço jurídico da comunidade *caianinha*: introdução do problema e formulação de hipóteses à luz da teoria do pluralismo jurídico

Uma vez apresentados os aspectos da vida comunitária dos membros da UDV com possível relevância para o direito, especialmente diante das perplexidades que este vem enfrentando neste tempo de crise que castiga o Estado e o direito monista, dedico este item final a contrapor a realidade social do direito *caianinho* com os principais conceitos integrantes da teoria pluralista do direito. Deve-se começar, evidentemente, pelo próprio conceito de pluralismo jurídico, segundo Sousa Santos (1988a, p. 164):

Trata-se (...) da sobreposição, articulação e interpenetração de vários espaços jurídicos misturados, tanto nas nossas atitudes, como nos nossos comportamentos, quer em

momentos de crise ou de transformação qualitativa nas trajectórias pessoais e sociais, quer na rotina morna do quotidiano sem história.

De acordo com o conceito acima, pode-se afirmar a coexistência e a influência, no dia-a-dia dos *caianinhos*, das leis da UDV, ao lado de outros ordenamentos jurídicos em circulação no espaço geopolítico brasileiro, notadamente do direito estatal. A compreensão e a medida desta influência é problemática e depende necessariamente de investigação empírica do contexto social *caianinho*. Contudo, a hipótese mais credível para orientar a investigação, a julgar pelo reconhecimento da UDV como entidade religiosa transformadora de indivíduos (a lei *caianinha* é rigorosa na punição de condutas como a embriaguez e na defesa da família) e da sociedade (a instituição recebeu o título de utilidade pública federal pelo Decreto Presidencial de 21 de julho de 1999), é a de que as leis do direito *caianinho* possuem um nível alto de eficácia junto às pessoas a que se referem.

O segundo conceito procura apreender a fenomenologia do pluralismo jurídico, ao romper com a abordagem da antropologia que se concentrava no estudo dos diferentes campos jurídicos como espaços autônomos e geograficamente segregados.

Ao contrário, a observação mostra que frequentemente os ordenamentos se sobrepõem, se complementam, se contradizem, compondo a manifestação básica do pluralismo jurídico que Sousa Santos (1988a, p. 152) designa *situação de interlegalidade* ou *interdireito*, ou seja, "de uma relação complexa entre dois direitos." A interlegalidade procura apreender as condições de coexistência entre dois ou mais espaços jurídicos não sincrônicos, quer dizer, onde há misturas de racionalidades, de escalas e de linguagem.

Quanto à situação de interlegalidade emergida entre o direito *caianinho* e o direito estatal, pode-se afirmar a existência de uma disposição para o seu tratamento institucionalizada na lei da UDV. Trata-se do que tenho designado de "política de respeito à lei estatal" que estabelece a via consensual para a sincronização entre os dois direitos, atitude que está de acordo com a filosofia da sociedade religiosa assentada no símbolo "Luz, Paz e Amor". Caberia indagar, todavia, se este pluralismo jurídico não-conflitivo poderia ser mantido em um ambiente anti-democrático e sem reconhecimento dos direitos fundamentais humanos à cultura e a religião.

Porém, não se pode dizer que este movimento unívoco em que somente o direito da cultura política *caianinha* busca se *traduzir* aos padrões e exigências dos direitos estatais ancorados na cultura política e científica ocidental reflita uma coexistência adequada entre os dois ordenamentos. Na verdade essa situação de interlegalidade em que somente a lei *caianinha* se adapta à legalidade pretensamente universal do Estado espelha a ausência de uma concepção multicultural do Estado e de uma democracia do respeito às diferenças. As tensões causadas na cultura *caianinha* não foram desprezíveis, incluindo períodos mais ou menos longos de obstrução de sua prática religiosa e o desprezo sobre o conhecimento tradicional da inofensividade do chá a saúde, que teve de ser expresso segundo o *logos* ocidental para ser reconhecido.

O terceiro conceito do pluralismo jurídico é o de *policentricidade*, realçado por Arnaud (2000, p. 381ss) e se volta para a multiplicidade de fontes capazes de produzir direito válido e eficaz na sociedade. A idéia se constrói em oposição à de *monocentricidade*, isto é, segue o pressuposto básico do pluralismo jurídico de "negação de que o Estado

seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda produção do direito" (WOLKMER, 2001, p. XV). Nas palavras de Arnaud (2000, p. 382):

Em oposição à imagem tradicional de um direito advindo de um único centro, o estado-nação, a *policentricidade* designa a multiplicidade de centros de decisão jurídica num dado sistema, o que exclui a estrutura piramidal do direito por Kelsen construída, referencia de muitas de nossas ordens jurídicas contemporâneas.

Como penso ter deixado claro nesta exposição, o contexto social da comunidade *caianinha* possui um centro de produção e decisão de direito autônomo ao Estado. No que tange à fonte deste direito e suas condições de validade, estão ambas referidas à sua associação ao líder espiritual dos *caianinhos*, o Mestre Gabriel, que ocupa a posição de intérprete e conhecedor das leis divinas cristãs, espíritas e espirituais de modo geral. Inclusive as disposições emanadas da Direção Geral da UDV são legitimadas, em última análise, por sua referência aos ensinos cristãos e espíritas, segundo as diretrizes da doutrina do Mestre fundador da UDV.

A respeito dos centros de decisão e aplicação jurídica, o direito *caianinho* possui uma organização centrada nas unidades administrativas ou "núcleos" da UDV espalhados por todo Brasil e por países estrangeiros. A aplicação da justiça fica a cargo do M.R., eleito em um sistema que poderia ser comparado à democracia indireta, pois somente os membros da Direção local têm direito a voto. A hierarquia da UDV, no entanto, possui instâncias mais altas. Os Mestres Centrais são responsáveis pela disciplina dos núcleos integrantes das várias "regiões administrativas" da UDV. A autoridade máxima do centro espírita é o Mestre Geral Representante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise multifacetada em que se encontra o Estado moderno arrasta consigo, como procurei evidenciar, a forma de direito que lhe é inerente: o direito estatal, positivo, monolítico. O "anti-estadismo" e a crise do direito oficial refletem, no fundo, o esgotamento das energias utópicas da população quanto à providência estatal.

As manifestações jurídicas da crise envolvem, como expliquei, a colonização do mundo da vida pelo direito ou sobre-juridicização da sociedade que destrói a diversidade sócio-cultural, a materialização do direito que implica em graves problemas de controle sobre o sistema, bem como a grave crise de ineficácia resultante da incapacidade do Estado cumprir os compromissos expressos na Constituição, tamanha a complexidade da sociedade capitalista e a força com que irromperam no cenário político o grito dos excluídos da Modernidade.

Restringindo minha análise ao pluralismo jurídico associado aos excluídos, marginalizados ou dissidentes da modernidade e do Estado social, representantes do princípio da comunidade como um dos pilares organizativos da sociedade – ao lado do princípio do Estado e do mercado –, demonstrei que eles constituem uma das principais

forças a pressionar a soberania estatal, do ponto de vista interno e local, com seus reclamos de dignidade e alteridade.

Como consequencia das dificuldades do Estado em atender às suas crescentes e peculiares demandas, ativou-se na sociedade uma intensa dinâmica de auto-organização e ressurgimento do princípio da comunidade fundado na cooperação solidária e participativa que, durante toda a modernidade, tinha permanecido silenciado, reprimido e marginalizado pelas vozes e mãos mais poderosas do mercado e do Estado. Em decorrência da insegurança social gerada pela incapacidade estatal de suprir as necessidades da população, as pessoas buscam a auto-organização em grupos como única alternativa disponível a partir do momento em que se vira as costas para o Estado (WALLERSTEIN, 1993, p. 47).

Esse movimento geral de auto-organização social ou esta nova "sociedade-providência" inclui uma faceta jurídica, denominada pluralismo jurídico, que surge para dar respostas aos fortes ataques da complexidade social sobre a pirâmide de Kelsen. Situa-se, assim, a crise do direito positivo estatal no contexto de uma crise geral da regulação social centrada no Estado.

A segunda parte do trabalho se destinou a apresentar um caso de pluralismo jurídico no contexto de uma comunidade unificada em torno de prática religiosa, designada de comunidade *caianinha*.

Esta investigação preliminar do fenômeno jurídico caianinho consistiu, primeiramente, na exposição das lutas pelo direito tradicional fundamental de beber o chá *Hoasca*, bebida sagrada comungada nos rituais religiosos *caianinhos*. Este direito esteve no centro das mais relevantes situações de interlegalidade até aqui verificadas entre as leis da UDV e o direito estatal, tanto brasileiro como norte-americano. Ponderou-se que o reconhecimento deste direito tradicional não se impõe somente em respeito à liberdade religiosa, mas também como exigência do direito fundamental à cultura, ambos integrantes da noção de dignidade.

Em segundo lugar, apresentou-se uma breve e geral descrição do funcionamento da justiça *caianinha* e dos principais órgãos e papeis sociais envolvidos na aplicação da lei comunitária. Verificou-se a existência de um direito com extenso espaço retórico e com baixo grau de institucionalização, praticado por pessoas sem formação profissional específica; expresso em linguagem cotidiana, embora se aproprie de conceitos do direito estatal-científico, atribuindo-lhes, porém, um significado técnico "leve" acessível aos membros da comunidade; orientado por uma racionalidade material e pelo princípio da busca da verdade real.

Restaram, contudo, várias questões em aberto e que sugerem a necessidade de uma investigação empírica posterior, notadamente sobre o poder de coerção do direito *caianinho* sobre as ações da comunidade. Em sendo confirmada a hipótese aqui levantada, de que o direito *caianinho* possui um alto poder de coerção sobre os membros da comunidade, seriam lançados problemas à fórmula construída por Sousa Santos (1988b, p. 61), no sentido de que quanto maior o poder de coerção, menor a extensão do campo argumentativo do direito.

Ademais, o próprio pressuposto assumido de que o povo *caianinho* seja uma comunidade detentora de identidade cultural é passível de questionamento e extensa investigação por métodos antropológicos. Mas para os fins deste artigo, como expliquei, este desafio pôde ser postergado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Universalização e Localismo: movimentos sociais e crise dos padrões tradicionais de relação política na Amazônia. **Cese Debate**, Salvador, v. IV, n. 3, pp. 21-41, 1994.

ARISTÓTELES. *Tópicos*; *Dos argumentos sofísticos*. Vol. 1. – São Paulo: Nova Cultural, 1987. – coleção Os pensadores.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*: lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. – Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas* jurídicos. Tradução de Eduardo Pellew Wilson. – Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. – São Paulo: Malheiros, 2001.

CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas*: ciência para uma vida sustentável. 3ª ed. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Cultrix, 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A Suprema Corte Norte-Americana e o julgamento do uso de Huasca pelo Centro Espírita Beneficente União do Vegetal (UDV): colisão de princípios: liberdade religiosa v. repressão a substâncias alucinógenas: um estudo de caso. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 79, pp. 21-32, jun./jul., 2006. Disponível em: . Acesso em: 01 fev. 2008.

HAAG, Carlos. A batalha dos vegetais. **Pesquisa Fapesp**, Edição 123, maio 2006. Disponível em: . Acesso em: 11 mar. 2009.

HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. **Novos Estudos (CEBRAP)**, n. 18, set. 1987, pp. 103-114. Disponível em: <*www.cebrap.org.br*>. *Acesso em: 04 mar. 2009.*

_____. *Teoria de la acción comunicativa, II*: crítica de la razón funcionalista. 1ª ed. 3ª reimpression. – Madrid: Taurus Humanidades, 1992.

_____. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOBSBAWN, Eric. *A era dos extremos*: o breve século XX: 1914-1989. Tradução de Marcos Santarrita; revisão técnica de Maria Célia Paoli. – São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7ª ed. Tradução de João Baptista Machado. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (org.). *O uso ritual da ayahuasca*. 2ª ed. – São Paulo: Mercado das Letras, 2004.

Un panorama del uso ritual de la ayahuasca en el Brasil contemporaneo. Disponível em: . Acesso em: 11 mar. 2009.

MACRAE, Edward. El uso religioso de la ayahuasca en el Brasil contemporaneo. Traducido del inglés por Takiwasi. Ponencia del "II Congreso Internacional para el estudio de los estados modificados de conciencia", Lérida, España, octubre de 1994. Disponível em: . Acesso em: 11 mar. 2009.

_____. Observações sobre o documento do grupo de trabalho do Conselho Federal de Entorpecentes – CONFEN. s.d. Disponível em: . Acesso em: 11 mar. 2009.

PÁDUA, José Augusto. A globalização da espiritualidade cabocla. Ano 2005. Disponível em: . Acesso em: 11 mar. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegómenos a uma concepção pós-moderna do direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 24, mar. 1988a, pp. 139-172. Disponível em*: <www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs>. Acesso em: 10 jan. 2009.*

_____. *O discurso e o poder*: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988b.

_____. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. *In: SOUZA* JÚNIOR, José Geraldo de *(org.). Introdução crítica ao direito. – série O direito achado na rua. – Brasília: Universidade de Brasília, 1993.*

_____. Sociedade-providência ou autoritarismo social? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 42, maio 1995, pp. ii-vii. Disponível em*: <www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs>. Acesso em: 10 jan. 2009.*

_____. *Los nuevos movimentos sociales.* ***Revista del Observatório Social del América Latina/OSAL****, 5, set. 2001, pp. 177-188. Disponível em: <www.ces.uc.pt/-publicacoes/rccs>. Acesso em: 10 jan. 2009.*

_____. *A gramática do tempo*: para uma nova cultura política. – São Paulo: Cortez, 2006a.

_____. *Um discurso sobre as ciências*. 4ª ed. – São Paulo: Cortez, 2006b.

_____. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. 6ª ed. – São Paulo: Cortez, 2007.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. Leis do babaçu livre: práticas jurídicas das quebradeiras de coco babaçu e normas correlatas. – Manaus: PPGSCA-UFAM/Fundação Ford, 2006.

_____ (org.). *Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil*: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. – Manaus: UEA, 2007.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). Introdução crítica ao direito. – série O direito achado na rua. – Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

VARELLA, Alexandre Camera. A cultura do uso de psicoativos nas grandes civilizações pré-colombianas: aproximações e perspectivas. – Universidade de São Paulo: Pós-graduação em História Social, maio de 2005. Disponível em: . Acesso em: 11 mar. 2009.

WALLERSTEIN, Immanuel. Encontros, 1492 e depois; descobertas, 1992 e antes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 38, dez. 1993, pp. 41-48. Disponível em*: <www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs>. Acesso em: 10 jan. 2009.*

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

---

[1] Utilizo as palavras em itálico numa referência à *Sociologia das ausências e das emergências* de Sousa Santos (2006a, p. 93ss). A palavra emergência, porém, possui sentidos múltiplos e justapostos neste escrito. Portanto, ela pode e deve ser entendida também no sentido de Prigogine ou no sentido de uma “necessidade urgente”.

[2] Para uma descrição do estado da sociedade a partir dos fins dos anos 60, consulte-se a obra *A era dos extremos* de Eric Hobsbawn (1995, pp. 393-420).

[3] A palavra *tradução* deve ser lida com a amplitude que lhe conferem a teoria da tradução e a hermenêutica diatópica de Sousa Santos (2006a).

[4] Vale ressaltar, no entanto, que o direito de ser sócio da UDV se adquire aos 18 anos. Por isto, os filhos dos sócios da UDV, embora não sejam sócios, devem ser considerados *caianinhos*.

[5] As informações aqui mencionadas sobre a UDV e sua Administração podem ser obtidas no sítio da entidade: .

[6] O uso tradicional da *Hoasca*, cujo nome preferido pela comunidade científica tem sido *ayahuasca*, por povos indígenas na Amazônia está fartamente documento pela antropologia e remontam, segundo a maioria das aproximações, às civilizações amazônicas pré-colombianas. (VARELLA, 2005; LABATE e ARAÚJO, 2004).

[7] Faço aqui uma alusão à linha de pesquisa desenvolvida na Universidade de Brasília sobre *direito achado na rua* que resultou num livro que reuniu as reflexões de vários pesquisadores, sob a supervisão de José Geraldo de Sousa Jr. (1993), sob re pluralismo jurídico.

[8] A noção de *topos* remete àquelas "opiniões geralmente aceitas" de que fala Aristóteles no segundo parágrafo da *Tópica* (1987), isto é, "aquelas que todo mundo admite, ou a maioria das pessoas, ou os filósofos – em outras palavras: todos, ou a maioria, ou os mais notáveis e eminentes."

[9] Segundo Sousa Santos (1988b, p. 49), "o conceito de institucionalização está originariamente ligado à idéia de recorrência de um dado padrão de comportamento. Na sua definição mínima aponta para uma multiplicidade estruturada de papéis sociais."

[10] Entende-se poder de coerção "o conjunto dos meios de violência que podem ser legitimamente accionados para impor e fazer cumprir as determinações jurídicas obrigatórias" (SANTOS, idem, p. 53).

PARQUE OZIEL, 10 ANOS DE LUTA: UMA ANÁLISE DOS CONFLITOS DE DESIGUALDADE SOCIAL E MEIO AMBIENTE*

OZIEL PARK, 10 YEARS OF STRUGGLE: AN ANALYSIS OF THE SOCIAL CONFLICTS AND ENVIRONMENT

José Fernando Vidal de Souza

RESUMO

O presente texto visa examinar uma ocupação ilegal ocorrida na cidade de Campinas, em 1997, considerada a maior ocupação de terra em região urbana da América Latina e ao mesmo tempo examinar como compatibilizar as questões ambientais com miséria, dignidade, inclusão social e políticas públicas de combate à pobreza para a redução da desigualdade. Após dez anos dessa ocupação, coincidentemente, o mundo vivencia em 2007 um dado histórico relevante, eis que, pela primeira vez, a população urbana se igualou à rural e, a partir de 2008 será cada vez mais predominante, o que indica a atualidade da discussão dessa temática.

PALAVRAS-CHAVES: OCUPAÇÃO DO SOLO; CRESCIMENTO POPUPALACIONAL URBANO; MISÉRIA; INCLUSÃO SOCIAL; MEIO AMBIENTE.

ABSTRACT

The present text aims to examine an ilegal taken over occured in the city of Campinas in 1997, considered the biggest taken over of an urban area in Latim America, at the same time that we examine how to combine the environmental issues with misery, dignity, social inclusion and public politics of poverty combat in order to reduce inequality. Ten years after this land occupation, coincidentaly , in 2007 the world experienced a major historical data, such as, for the first time, the urban population has become similar to the rural, and since 2008 it would get more and more predominant which indicates how updated the topic of this dicussion is.

KEYWORDS: LAND OCCUPATION ; MISERY; SOCIAL INCLUSION ENVIRONMENT

Introdução

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Uma das tendências para se verificar a desigualdade da distribuição de renda nas últimas décadas e os elevados níveis de pobreza no Brasil é analisar as lutas por moradia nos grandes centros urbanos.

O país mostra a desigualdade e a injustiça social à medida que exclui de uma parte significativa de sua população o acesso às condições mínimas de dignidade e cidadania.

No âmbito habitacional, o crescimento das cidades retrata a pobreza e a desigualdade que aflige parte significativa dos brasileiros e enfatiza as contradições que indicam que o Brasil não é um país pobre, mas um país com muitos pobres, marcado por uma intensa desigualdade na distribuição da renda e nas hipóteses de inclusão econômica e social.

Procura-se, ainda, demonstrar a viabilidade econômica do combate à pobreza e justificar a importância no atual contexto econômico e institucional brasileiro, de estabelecer estratégias que não descartem a via do crescimento econômico, mas enfatizem, sobretudo, o papel de políticas redistributivas que enfrentem a desigualdade.

O crescimento demográfico, o desenvolvimento urbano desequilibrado, a degradação ambiental e a mudança climática são, na atualidade, os responsáveis pela ocorrência do crescimento das catástrofes naturais e da perda significativa de qualidade de vida.

Além disso, a urbanização descontrolada tem gerado problemas nunca antes enfrentados pelas civilizações, valendo lembrar que há um século, a maior parte das pessoas vivia em áreas rurais, sendo que as cidades passaram de 732 milhões em 1950 para 3,2 bilhões no ano 2006 e a Ásia e a África, que contam com 40% e 38% de população urbana, respectivamente, duplicarão essas populações e chegarão a 3,4 bilhões em 2030.

Assim, calcula-se que 60 milhões de pessoas se incorporam todo ano a cidades, que passam a crescer rapidamente e dão lugar ao surgimento de bairros periféricos, favelas, ocupações sobretudo nos países periféricos, com ausência dos serviços básicos: água potável, saneamento ou moradia.

Portanto, a pobreza econômica, governos deficientes, mau planejamento urbano e edificação inadequada representam um conjunto de fatores que contribuem para a ocorrência de catástrofes mundiais e indicam a falta de políticas para evitar os riscos existentes.

O presente texto pretende examinar uma ocupação ilegal ocorrida na cidade de Campinas, em 1997, considerada a maior ocupação de terra em região urbana da

América Latina e ao mesmo tempo examinar como compatibilizar as questões ambientais com miséria, dignidade, inclusão social e políticas públicas de combate à pobreza para a redução da desigualdade.

Após dez anos dessa ocupação, coincidentemente, o mundo vivencia em 2007 um dado histórico relevante, eis que, pela primeira vez, a população urbana se igualou à rural e, a partir de 2008 será cada vez mais predominante, o que indica a atualidade da discussão dessa temática.

2. O debate atual: crescimento populacional urbano, desenvolvimento e meio ambiente.

A tentativa de examinar a questão ambiental pelo viés do crescimento populacional não é nova e remonta a época de Thomas Malthus, economista inglês, que, no século XVIII elaborou uma teoria relacionando o crescimento populacional e a fome.

A Inglaterra vivia, na época, o início do capitalismo industrial e, para Malthus, num futuro próximo a população mundial sofreria com a falta de alimentos. Partia ele do princípio de que a população crescia assustadoramente em uma progressão geométrica. Os alimentos, no entanto, não seriam produzidos para garantir a alimentação de todos, eis que obedeceriam uma progressão aritmética.

Assim, Thomas-Robert Matlhus, em seu livro *Ensaio Sobre a Lei da População*, publicado na Inglaterra em 1798, demonstra todo o seu temor sobre o crescimento da miséria e da superpopulação terrestre.

Segundo Poursin e Dupuy (1975, p. 21)

> [...]a desigualdade social, a pobreza da maior parte do povo, a riqueza de alguns, a propriedade que constitui a base dessa riqueza, as instituições que a mantém constituem os caminhos, sem dúvida estreitos, mas inelutáveis, graças aos quais o homem, com o correr dos tempos, pôde passar do estado selvagem para a sociedade civilizada. Fazer desaparecer a desigualdade, a propriedade, a hierarquia, é lutar contra um problema falso e socializar a miséria, cuja verdadeira causa é a superpopulação. Malthus não apenas aniquila os filósofos: durante o século e meio seguinte ele será o adversário que bastará evocar para que se pense logo na vaidade das doutrinas sociais, na inanidade das soluções jurídicas e institucionais diante da miséria.

O tempo, porém, se incumbiu de demonstrar que a teoria Malthusiana partiu de premissas erradas.

Neste sentido, Melhem Adas (1993, p. 25) explica que

> [...]a população mundial é hoje de 4,5 bilhões de habitantes. Se as previsões de Malthus se concretizassem, essa população seria superior a 120 bilhões. Os Malthusianos afirmam que isso não ocorreu devido às epidemias, doenças, guerras, fome e catástrofes naturais. Essa argumentação, no entanto, não procede. Os obstáculos são fenômenos casuais e esporádicos. Não param o crescimento populacional, apenas o retardam durante algum tempo.

Ao que tudo indica Malthus não associou o crescimento das populações a fatores políticos, sociais, culturais e econômicos. Considerou a produção de alimentos dentro de um contexto histórico limitado e deixou de considerar a evolução da ciência e da técnica na agricultura, bem como a melhoria de condições de vida de determinadas populações.

No entanto, ainda hoje alguns economistas insistem na teoria malthusiana e relacionam pobreza, fome, miséria, com o crescimento da população, especialmente em países pouco industrializados e subdesenvolvidos.

Melhem Adas (1993, p. 27), geógrafo paulista, sintetiza a teoria neo-malthusiana, da seguinte forma:

> O crescimento populacional acelerado dos países subdesenvolvidos é um forte obstáculo ao desenvolvimento econômico, pois tornam-se necessários grandes investimentos sociais (mais escolas, mais hospitais, mais postos de saúde, etc.), para atender o crescimento numérico da população. Isso impede ou dificulta, por sua vez, a realização de investimentos em setores produtivos da economia, aprofundando, conseqüentemente, o subdesenvolvimento. Em função disso, essa teoria defende o controle da natalidade.

Com uma roupagem nova, a idéia é a mesma, ou seja, transfere-se para os menos abastados todos os problemas das precárias condições em que vivem, pois não conseguem produzir adequadamente e, como conseqüência, ficam alijados de uma ascensão social.

Para reforçar esta análise vale trazer à colação a abordagem formulada por Clark Wolf (2005, p.371) que demonstra a ausência de consenso sobre o crescimento da população urbana mundial:

> A maior parte das estimativas põe a população humana atual (viragem do século) da terra muito perto dos 6 milhões. No entanto, a taxa atual de crescimento da população está entre 1,6 e 1,7 por cento por ano. Se esta taxa de crescimento permanecer estável, devemos esperar que um milhar de milhões de pessoas

> mais dentro de aproximadamente dez anos e também que a população atual duplique de tamanho em menos de cinquenta anos. Todavia, embora a maior parte dos demógrafos espere que o tamanho da população continue a crescer até bastante tarde no século vinte um, muitos prognosticam também que a taxa de crescimento declinará durante os próximos vinte anos e que a população mundial pode até estabilizar num momento qualquer durante os meados do século vinte e um. No entanto, não há muito acordo sobre qual o mecanismo que tem probabilidades de causar a diminuição da taxa de crescimento nem sobre os níveis de população que serão alcançados antes de chegarmos à estabilidade ou declínio do tamanho total da população. Aguns argumentam que é provável que a população humana continue a crescer até que a destruição ambiental e consequente escassez de recursos causem fome universal, provocando uma taxa de mortalidade suficientemente alta para compensar a taxa de natalidade. Outros, mais esperançosamente, propõem que as taxas de fertilidade podem cair à medida que o desenvolvimento econômico humano dê às pessoas (e em especial às mulheres) mais controle sobre as suas vidas reprodutivas.

O Brasil ao longo do século XX quase aumentou em um décuplo a sua população, que segundo dados do IBGE eram de 17.438.434 pessoas em 1900 e atingiu o montante de 163.947.500 habitantes em 1999. Além disso, houve uma intensa mobilização de pessoas pelo território nacional que levou a um grande processo urbanização, que se inicia no fim do Império com a expansão cafeeira, a chegada de imigrantes e libertação dos escravos.

De fato, no início do século XX a agricultura brasileira era baseada em grandes plantações destinadas a exportação, com lavouras de café, cana-de-açucar, algodão, borracha, cacau e fumo e, em menor proporção a pecuária. Durante este período passam a ocorrer ciclos de impérios de monocultura agrícola, em várias regiões do países, destacando-se a cana-de-açucar no Nordeste, a borracha na região Norte e o café, nas regiões sul e sudeste.

Como explicam Afrânio Garcia e Moacir Palmeira (2003, p. 40-41), ainda até a 1940, 70% da população brasileira residia no mundo rural, mas no transcorrer de quatro décadas, o Brasil passa a ter 70% de sua população residindo em centros urbanos.

Na opinião dos mencionados pesquisadores tal fato ocorreu em razão da intensa e acelerada industrialização do país, ocorrida no período dos anos 1930 a 1980, que permitiu um restruração do Estado e mudança do “do centro dinâmico da economia” e dos poderes político, cultural e social para as grandes cidades.

A crise econômica mundial de 1929 atingiu a produção de café foi o fenômeno principal para dar início a um pequeno processo de industrialização nacional, o que levou uma parte da população a migrar das áreas rurais para a urbana, principalmente nos Estados do Sudeste e Sul.

Assim, o processo de urbanização/industrialização se consolida a partir de 1930, quando ocorre o rompimento com as relações fundadas na propriedade fundiária, mas a a característica principal do processo social brasileiro é que o processo de interesses urbanos industriais conquista a hegemonia e se inicia sem a implementação da reforma agrária, diferentemente dos países do Norte, onde este fenômeno foi acompanhado de rupturas profundas da antiga ordem social vigente.

Este fenômeno, criticado por muitos analistas como sendo o responsável pelo inchaço populacional nos grandes centros, embora seja frágil e modesto traz vantagens evidentes para aqueles que deixam o campo, como observa Claire Brisset (1995, p. 139):

> Nos nossos dias, migrar para a cidade, quer nos países do Norte, quer nos do Sul, além de constituir uma estratégia espontânea de luta contra a pobreza, é um dos maiores fatores de deterioração do ambiente, contra o qual esbarram todas as tentativas de ordenamento. Da mesma forma que a própria pobreza, a instabilidade do rendimento impele os camponeses a migrarem para a cidade. Será eficaz esta tentativa pessoal e familiar para procurar condições de vida menos aleatórias? De momento, podemos dizer que sim, pois a migração para a cidade permite não só melhorar o salário, mas também beneficiar alguns serviços, por poucos que sejam.

A industrialização, o avanço tecnológico, a reorganização do ensino, com o surgimento de novas universidades, o surgimento de partidos políticos e movimentos de associações civis e sindicatos passa a alterar rapidamente o estilo de vida do brasileiro.

Vale lembrar, ainda, que durante este período de início da industrialização no Brasil, a agricultura ainda tinha uma característica familiar, mas aos poucos, passa ser uma atividade empresarial, para se transformar, nos dias atuais em agronegócio, gerando intensos conflitos e competição por terras, alterando as relações entre a cidade e o campo.

Um dos fatores que contribuiu para esta mudança foi a implantação da ferrovia no Brasil, que nos primeiros tempos fora implementada pela burguesia cafeeira, que

visava expandir e escoar as plantações de café para os portos, com o objetivo de aumentar as exportações.

Este fator possibilitou, também, o crescimento das cidades litorâneas que eram sedes de portos, bem como aquisição de maquinário para atender a estrutura portuária voltada para exportação.

O sistema ainda era integrado por construções de trilhas e leitos carroçáveis, em cidades que não eram atingidas pela malha ferroviária.

A burguesia agrícola brasileira mantém o mesmo padrão social da era colonial e escravocrata, pois os proprietários de terra, mesmo com a urbanização detinham poderes políticos, culturais, religiosos e econômicos.

Este modelo é explicado com precisão por Afrânio Garcia e Moacir Palmeira (2003, p. 45-46), ao dizerem que

> [...] a estruturação da sociedade inscrevia em todos os planos da vida social, do trabalho à vida doméstica e familiar, das festividades, às práticas religiosas e políticas, a hierarquia constitutivas de engenho, usinas, fazendas de café ou de gado: de um lado, a família do chefe da unidade agroindustrial, seus ascendentes e descendentes, eventualmente indivíduos agregados por laços de amizade e compadrio, vivendo na casa-grande; de outro, a multiplicidade de famílias de trabalhadores que residiam em casas diminutas de pau-a-pique de aspecto miserável. De um lado os campos a perder de vista, cultivados com a lavoura comercial sob o controle do grande proprietário; de outro, o cultivo de mantimentos em roçados diminutos ou entre "ruas" de cafezais em formação. Até nas posturas e no uso da voz a hierarquia se patenteava: o corpo de uns se opunha ao aspecto curvo de outros ao andar, ao descanso de cócoras dos subalternos [...]

Porém, após o fim da escravidão percebe-se que os trabalhadores rurais e suas famílias são submetidos a contratos de trabalho que, rapidamente, os conduz à submissão, que vai desde a moradia em casas existentes nas fazendas e o direito de ter um pequeno roçado para subsistência, até a possibilidade de abastecimento nos armazéns dos donos das propriedades, onde a dívida periodicamente aumenta. A realidade agrária no Brasil, então, deixa o modelo de escravidão, mas institui o modelo servidão, mediante a instauração do trabalho assalariado.

Assim, paulatinamente o Brasil foi se transformando em um dos países mais injustos do mundo. Neste contexto é necessário destacar que o Brasil é hoje um país semi-periférico que ocupa a 10ª. posição no ranking das economias mundiais, com PIB

de US$ 1,067 trilhão em 2006, segundo dados do IBGE. No entanto, o Brasil apresenta uma gritante desigualdade de renda, que coloca o país como detentor dos piores índices do mundo, só perdendo para a Namíbia e Serra Leoa.

Com isso, o Brasil padece de altíssima concentração de rendas e vale lembrar que 46,9% da renda estão nas mãos dos 10% mais ricos, sendo que só 7 países estão atrás do Brasil nesse quesito e dos 0,7% com os 10% mais pobres só 5 países estão atrás do Brasil. Tais dados são constatados tanto por índices internacionais, como por índices nacionais.

Com efeito, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), indica que entre 2001 e 2004 a renda dos 20% mais pobres cresceu cerca de 5% ao ano enquanto os 20% mais ricos perderam 1%. No mesmo período houve queda de 1% na renda per capita e o Produto Interno Bruto (PIB) não cresceu significativamente.

A explicação para o singelo aumento, segundo economistas brasileiros e técnicos do Banco Mundial para a redução das desigualdades está nos programas de distribuição de renda, como o Bolsa Família, mas não se pode esquecer que dois terços dos rendimentos das famílias brasileiras provém do trabalho assalariado, o que revela um quadro dramático e obriga a uma necessidade de crescimento da economia e do mercado de trabalho.

A consolidação da desigualdade reflete diretamente no planejamento urbano e na omissão do Estado para atuar de forma rápida e precisa nesta área, que exige visão precisa para apreciar os dados futuros que levam a projeções e permitem a adoção de políticas públicas eficientes para evitar a marginalização e a intensidade do esgarçamento do tecido social. No entanto, a falta de cuidado dos administradores em lidar com cenários futuros e leitura concatenada das diversas tendências faz a fala de Jorge Wilheim (2003, p. 478) ser precisa e didática ao explicar que

> O aumento da frustração em conseguir sobreviver economicamente e melhorar de vida e, conseqüentemente, o acirramento de tensões, concentradas em cidades e, mormente nas metrópoles, aumentarão a violência urbana, o abandono dos espaços públicos, considerados uma perigosa “terra de ninguém”, ou melhor, o território dos excluídos. A dicotomia e a fragmentação social das cidades poderão desencadear o surgimento de movimentos políticos de desobediência civil aberta, infringindo normas de convívio, acarretando o enfraquecimento do estado de direito e reativa imposição

> autoritária da ordem pública. Um estado de anomia, de ausência de governo, poderá criar um vácuo de poder, rapidamente preenchido por lideranças de caráter caudilhescos, por recorrentes autoritarismos militares, ou, mais provavelmente, pelo crime organizado. Este se aproveitará inclusive da crescente frustração da juventude, aumentando a tendência já presente de especialização dos efeitos da droga segundo as demandas de usuários: excitantes da imaginação, excitantes sexuais, calmantes, alertadores da percepção, inibidores, alucinógenos – porém, todos criando dependência química e psicológica e alienação social.

Na esfera ambiental, por sua vez, verifica-se que ao longo de mais de trinta e cinco anos, contados a partir da Conferência de Estocolmo (1972), muito já se andou na proteção do meio ambiente.

Contudo, a preocupação maior, hoje, é com a qualidade de vida, compreendendo neste termo a inter-relação homem-natureza e, neste sentido, podemos notar que a nova ordem social e mundial exige o estabelecimento de uma agenda mínima em relação à questão ambiental, mas esta deve ser efetivamente cumprida por todos os países. Observamos que 20 anos após a Conferência de Estocolmo, por ocasião da ECO/92, novamente, estabeleceu-se um confronto dos países industrializados com os não industrializados, sem se chegar a um compromisso efetivo.

Os países industrializados não aceitam discutir a questão ambiental, que envolva qualquer espécie de questionamento de ordem econômica, com conseqüente redução de seus lucros. Por sua vez, os países não industrializados convivem com problemas de ordem sócio-econômica, cada vez mais acentuados.

De fato, em agosto e setembro de 2002 o encontro da Cúpula Mundial de Desenvolvimento Sustentável (Rio + 10) para discussão do meio ambiente, que reuniu cerca de 100 chefes de Estado e 60 mil delegados em Johannesburgo, na África do Sul foi para a maiorida dos analistas ambientais e dos países periféricos e semi-periféricos uma grande frustração pela falta de metas concretas de redução da poluição e conservação da biodiversidade. A mencionada Conferência que tinha como escopo traçar diretrizes sobre o crescimento econômico frente às questões ambientais concluiu, dentre outras coisas, que o avanço na defesa do meio ambiente passa pela erradicação da miséria e fixou como meta a redução pela metade de 40% da população mundial que ainda não tem acesso ao saneamento básico até o ano de 2015 e, no mesmo período, a proteção e conservação e recuperação dos estoques pesqueiros para níveis sustentáveis.

O retrocesso em relação a ECO-92 foi evidente, pois pela Agenda 21 os países industrializados assumiram um compromisso de ajuda aos países periféricos e semi-periféricos da ordem de 57 bilhões de dólares anuais, equivalentes a 0,36% do seu PIB e que deveria gradativamente atingir o patamar de 0,70%.

No entanto, decorridos dez anos, constatou-se que a ajuda dos países industrializados decresceu de 0,36% para 0,22% do PIB e, com isso, os países pobres enfrentam maiores problemas de saneamento, abastecimento de água, saúde, habitação e educação.

A miséria também é outro fator que cresce em razão do aumento da população mundial e segundo dados da ONU pode atingir cerca de 8,5 bilhões a 9 bilhões de habitantes em 2050.

Desta forma, ninguém, após a tese desenvolvida por Malthus, contesta que o crescimento populacional desordenado implica, necessariamente, em prejuízo da qualidade de vida, se o Estado não consegue assegurar a todos os cidadãos os direitos constitucionais fundamentais.

Destaca-se, assim, outro problema crucial, ou seja, a compatibilização de um meio ambiente sustentável com o crescimento populacional desordenado, em especial nos países pobres.

No caso do Brasil e da maioria da América Latina a violência transborda os limites da aceitabilidade e desafia as políticas públicas para a segurança pública. No entanto, pela quantidade de miseráveis existentes no Brasil, constata-se que violência poderia ser bem maior.

A pobreza gera, então, uma série de conseqüências negativas, que só aumentam à medida que permanece por maior tempo dentro de uma faixa estamentária de um determinado sistema econômico e social. A pobreza implica em falta ou carência dos recursos materiais e condição de vida que determinam a impossibilidade de obtenção de educação adequada, formação profissional, habitação, saúde e impossibilidade do exercício do poder político, levando a exclusão.

A exclusão social desemboca em um processo de marginalização, no qual o indivíduo sofre inúmeras perdas que o afastam da sociedade e um dos pontos de maior intensidade desta fratura social é o desemprego, que na sua fase mais aguda resulta em algo prolongado e permanente e promove rupturas no domínio das relações familiares, de amizade e afetivas.

A exclusão social da modernidade não se confunde com aquela que acometia os pobres ou servos de antigamente, pois estes continuavam a manter uma rede de contatos familiares, com grupos pessoas ou com a comunidade. Estes pobres ainda hoje existem e possuem até certa visibilidade no contexto social.

A exclusão social atual se relaciona com os conceitos de dignidade da pessoa humana e cidadania interpretadas a partir da sociedade.

Dentro dessa ótica a exclusão social envolve a possibilidade ou não de acesso ao conjunto de direitos sociais básicos, dentre eles o de pertencer a um grupo, uma comunidade, uma família, um grupo de trabalho, uma rede social, enfim, a possibilidade de estabelecer laços sociais mais duradouros.

Portanto, a inclusão social permite o acesso aos bens e serviços existentes nos diversos mercados, permitindo a existência de um emprego, obtendo salários, conseguindo crédito, tendo direitos aos benefícios da previdência social, educação, saúde, etc.

No caso do Brasil a exclusão social leva a existência de uma rede informal de solidariedade, como forma de estratégia de sobrevivência, que amplia o conceito de cidadania para além das fronteiras do formal. Assim, a exclusão social se materializa, também, através de uma exclusão territorial e geográfica, que leva as pessoas a viverem em bairros cada vez mais distantes e periféricos, sem a mínima condição de habitabilidade (favelas, palafitas, na rua etc.) e à margem da atuação dos benefícios do Estado.

Atualmente, após em setenta anos de industrialização, o Brasil gerou três categorias sociais: ricos, pobres e indigentes, que se comportam como habitassem países diferentes. Existe a minoria rica, branca, sofisticada, que forma uma sociedade mais ou menos comparável à do Canadá. Tem a maioria pobre, negra, silenciosa e resignada, que se aproxima em tamanho do México, com cerca de 50 milhões de pobres e dentre eles 21 milhões de indigentes, vistos como uma população indesejada e problemática.

Esta situação é retratada com minúcias por Boaventura Santos que, na década de 70, instalou-se em uma favela no Rio de Janeiro; passou a produzir um trabalho de campo, partindo da observação e aplicando um método sócio-antropológico, observou a produção jurídica dentro daquele universo.

Na ocasião, denominou aquele bairro de Pasárgada, onde teve condições de constatar situações de extrema rudeza em razão de uma vitimização coletiva, movida especialmente por uma especulação imobiliária. É certo, porém, que os sociólogos

somente se preocuparam com a transformação das cidades e o surgimento das favelas a partir da década de 70.

Na pesquisa realizada Boaventura Santos constata o problema das ocupações ilegais de terras e mostra a constante ameaça em que vivem as pessoas para garantir a ocupação daquelas terras. Revela modos de organização para melhorar as condições de habitabilidade, criação de redes de água, esgoto e eletricidade. Indica, ainda, que ao atingir certa infra-estrutura e melhores condições, a população passa a sofrer pressões de setores imobiliários que desejam retirá-los daquele local, para construir novos núcleos residenciais, forçando-os a viverem em bairros cada vez mais distantes do centro da cidade.

Conforme explica Boaventura Santos (1988, p.14), "o direito de Pasárgada é um direito paralelo, não oficial, cobrindo uma interacção jurídica muito intensa à margem do sistema jurídico estatal (o direito do asfalto), como lhe chamam os moradores da favela por ser o direito que vigora apenas nas zonas urbanizadas e, portanto, com pavimentos asfaltados".

Ali, todos os problemas jurídicos são resolvidos por uma associação de moradores. O contrato é elaborado pelo presidente e assinado pelas partes, com testemunha. Em caso de conflito, o caso poderá ser aceito pelo presidente da associação, se vislumbrar um mínimo de verdade, na queixa formulada pela parte interessada.

Assim Boaventura Santos (1988, p. 28) explica a diferença entre o discurso jurídico estatal e o discurso jurídico praticado por essas comunidades:

> O processo judicial estatal dos nossos dias, juntamente com a institucionalização da separação real/objeto processual (a verdade e os autos), estabelece formalmente a irrelevância do discurso implícito, salvo quando explicitamente determina o contrário (caso em que se não trata de discurso implícito em sentido próprio). Tal só é possível graças ao desenvolvimento tecnológico (da linguagem) do discurso jurídico estatal e à militante recusa do senso comum em que ele assenta. Ao contrário, o discurso jurídico de Pasárgada, porque próximo da linguagem comum e sua lógica, detém uma importante dimensão implícita (um não dito amplamente partilhado), sem a qual, aliás, não é inteligível o discurso explícito.

Ademais, acaba por constatar que o discurso jurídico realizado naquelas condições é mais elástico, pois o nível de institucionalização estatal é bem maior que aquele das associações de moradores. Além disso o poder coercitivo de toda a produção jurídica,

que detém o monopólio da violência legítima, é infinitamente maior que a coerção elucidada através de simples ameaça ou discursos intimidativos daquela comunidade.

Daí, Boaventura Santos (1988, p. 47-59) acaba concluindo que:

a) "o espaço retórico do discurso jurídico e susceptível de variação; o direito de Passárgada tende a apresentar um espaço retórico mais amplo que o do direito estatal."

b) "a amplitude do espaço retórico do discurso jurídico varia na sua razão inversa do nível de institucionalização da função jurídica e do poder dos instrumentos de coerção ao serviço da produção jurídica**".**

Com esta visão, nota-se que o conceito de direito pode ser ampliado através da argumentação com redução do poder de coerção e, por esta razão, o processo desordenado de crescimento populacional nos grandes centros, em especial na região sudeste, as atividades industriais, empresariais e públicas são excelentes dados que permitem analisar os conflitos e aplicabilidade das leis ambientais modernas.

Além disso, fica nítido que as ocupações ilegais passam a ser tratadas como espaços marginais, com campo social diferente, escala de valores diversos e critérios socioeconômicos e regras administrativas próprias e levam os seus moradores a ocuparem a franja do sistema social.

Esses espaços são identificados tanto do ponto de vista topológico como social, zonas à margem do sistema, espaços rejeitados, arrabaldes ou subúrbios degradados, guetos onde impera a discriminação e a marginalidade. Como explica Gustave-N. Fischer (1994, p.175):

> Enfim, o espaço marginal pode ser considerado como um espaço onde se manifesta uma forma de vida social particular, ou seja, em cuja margem se desenvolvem processos sociais que possibilitam que os indivíduos *ressocializem* o próprio tecido que os dessocializa.
> Uma primeira abordagem destes aspectos marginais é-nos fornecida pelo uso social do termo *ghetto* para designar os espaços sociais de rejeição: a palavra entrou hoje no discurso social para categorizar e estigmatizar as zonas degradadas que constituem os grandes conjuntos de habitação social num certo números de subúrbios.

Por esta razão, estes espaços também são reconhecidos como espaços de errância, dotados de códigos sociais próprios construídos na maioria das vezes sob a égide da miséria, do desemprego, da criminalidade e da expulsão de determinados espaços territorial.

Porém, estes espaços marginais não são vistos apenas como espaços de exclusão, pois desenvolvem processos de resistência que obrigam o Estado a avaliar as políticas públicas adotadas.

Assim, como garantir qualidade de vida àquele que é marginalizado pelo Estado? Como esperar que alguém respeite o meio ambiente se não é reconhecido nem ao menos como cidadão?

O nosso maior desafio está em superar tais adversidades, que só ocorrerão com o esclarecimento e o respeito de todos os brasileiros pela cidadania. Somente a luta para assegurar os direitos constitucionais do cidadão, com a devida informação, poderá gerar a efetiva atuação popular.

Nas democracias participativas, o direito do cidadão não é restrito à vida política ou aos assuntos públicos de seu país. Neste modelo sócio-político o cidadão tem consciência e vai além, instituindo, através de organizações participativas, controle dos eventos sociais mais graves, assim como de todos os fenômenos relacionados com a preservação da vida, da segurança, do patrimônio, da integridade corporal etc., detectando, assim, todos os bens necessários e fundamentais para garantir a qualidade de vida, tanto no campo, quanto na cidade.

Daí, o artigo 6º da Lei n. 7.347/85 estabelecer que:

"Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção”.

Desta forma, é extremamente salutar a divulgação e debates sobre temas relacionados com o meio ambiente, que levam a sociedade a se organizar e até a formar Organizações Não Governamentais (ONGs) para a defesa de tais direitos.

Desta maneira, várias condutas são possíveis de serem adotadas para superar a crise ambiental e manter o equilíbrio ecológico dos ecossistemas, tais como:

a) incentivar e liderar a formação de redes ou associações para melhorar as condições de vida da comunidade;

b) organizar campanhas de esclarecimento à população sobre direitos e deveres do cidadão, em relação aos problemas locais, salientando os fatores sócio-ambientais, principalmente em relação à saúde da comunidade;

c) identificar as fontes de poluição na comunidade. Convidar o responsável pela indústria, pela prefeitura ou por qualquer outra organização que polui para explicar quais medidas estão sendo tomadas para alterar a situação;

d) incentivar as comunidades de bairro, através de artigos sobre os problemas ambientais locais, publicados em jornais do município, para que se comuniquem regularmente com os representantes do povo (vereadores, secretários, prefeito) apresentando-lhes as necessidades sócio-ambientais e exigindo prontas soluções;

e) convidar profissionais da área de saúde para divulgarem informações nas escolas, comunidades de bairro, postos de saúde, sobre os problemas de saúde advindos das condições ambientais locais.

A análise dos casos concretos nos permite afirmar que o Poder Público tem dificuldades de promover estudos que compatibilizem a expansão urbana com o crescimento da população, a preservação dos mananciais e o tratamento dispensado ao licenciamento ambiental de grandes empreendimentos, exatamente porque as questões políticas que os cercam não são trazidas para discussão com a comunidade ou são mitigadas nas audiências públicas, possibilitando que poluidores e degradadores contumazes obtenham benesses à custa da burocracia e ineficiência dos órgãos de fiscalização competentes.

Constata-se, também, que este quadro de descaso e desídia vem incentivando, não só o empresário inescrupuloso, mas também o particular a adotar práticas antiambientais, como nos casos de loteamentos clandestinos, em áreas de mananciais e de preservação permanente.

Entretanto, este cenário pode e deve ser corrigido com a nova ordem.

O papel do Direito neste contexto não é outro senão a adoção de um novo olhar que consagre diante de casos concretos semelhantes, a adoção dos princípios constitucionais ditados pelos arts. 5º e 225 da CF.

De outro lado, o entendimento de que, qualquer que seja o empreendimento imobiliário ou industrial, não pode ele subverter ou inverter o vértice da pirâmide do poder, pois na atualidade a ordem econômica deve respeitar a política ambiental, em razão do princípio da solidariedade.

O princípio da função social da propriedade, por sua vez, determina que o proprietário tem a obrigação de atender aos requisitos de aproveitamento racional e adequado da propriedade, com a utilização correta dos recursos naturais nela disponíveis, preservação do meio ambiente e a observância das relações de trabalho e exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Todos esses princípios permitem a preservação e desenvolvimento dos recursos naturais, quantitativa e qualitativamente, integrando-os operacionalmente, de modo a

permitir a proteção dos diversos ecossistemas, pela aplicação do princípio da precaução, na condição de um ato de prudência, que deve impedir a implantação de atividades poluidoras no centros urbanos evitando-se o perigo que elas possam causar, bem como a eventual falta de conhecimento científico adequado que permita a reparação de possível dano. Este princípio pode ser complementado pelo princípio da prevenção, que examina a viabilidade do empreendimento, através do conhecimento científico existente e a possibilidade de correção dos riscos apontados na elaboração de estudo de impacto ambiental para implantação da atividade.

Assim sendo, um novo modelo de gestão poderá ser construído, a partir de mecanismos modernos de interpretação da legislação existente e dos princípios constitucionais vigentes, que permitam a elaboração de formas modernas de interpretação e institutos autônomos, próprios do Direito Ambiental.

3. Os dez anos de luta do Parque Oziel

Em 1997, a cidade de Campinas se viu tomada por uma ocupação às margens da Rodovia Santos Dumont, durante o governo do Prefeito Francisco Amaral que, como promessa de campanha para ser eleito, chegou a afirmar que desenvolveria na área o denominado projeto Cingapura, então adotado na Capital do Estado, que se apresenta como núcleo habitacional para pessoas de baixa renda e como uma alternativa de superação do processo de favelização.

Esta ocupação, iniciada nos primeiros dias do mês de fevereiro de 1997, é considerada, na atualidade, a maior da América Latina e integra os bairros ora denominados Parque Oziel e Jardim Monte Cristo.

O referido complexo de sub-habitação na região sudoeste de Campinas abriga um número indefinido de pessoas.

Assim, dados oficiais da Prefeitura Municipal de Campinas apontam que a área é ocupada por cerca de 3.500 famílias, o que equivale ao total de quatorze mil pessoas. Já os líderes do Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto (MTST) cogitam que no local vivem cerca de trinta mil pessoas.

Esta megaocupação teve seu início após a enchente do denominado Córrego Taubaté, que desabrigou uma série de favelados na região, que se uniram com outros invasores do bairro São Bernardo, da cidade de Campinas, e que foram obrigados a desocupar uma área anteriormente invadida no local.

Um mês após o início da ocupação, numa assembléia entre os moradores para decidir sobre a infra-estrutura do local e sobre o cadastramento das famílias ocupantes,

os assentados decidiram denominar a área de “Parque Oziel”, em homenagem a um rapaz de 19 anos, assassinado durante o conflito dos sem-terra com a Polícia Militar, na cidade de Eldorado dos Carajás, no Estado do Pará, ocorrido em abril de 1996.

Desta forma, a ocupação foi iniciada de forma espontânea, mas logo em seguida acabou sendo apoiada pelo MTST e hoje possui uma comissão própria.

No Brasil, os movimentos dos moradores sem-teto têm recebido o respaldo de vários seguimentos da sociedade, pelos mais variados motivos.

Assim, esse movimento é respaldado por políticos, em busca de popularidade e votos, por organizações sindicais que pretendem manter dentro uma estrutura de poder e por igrejas e entidades religiosas em busca de novos adeptos.

Todas estas entidades garantem ao movimento um apoio logístico para as invasões, fornecendo equipamentos, alimentos e, eventualmente, algum recurso financeiro.

O movimento, em regra, segue um organograma de atuação e os municípios são divididos em zonas específicas e entregues aos líderes, para que estes possam arregimentar um grupo de pessoas dispostas a invadir uma determinada área.

Algumas regras devem ser obedecidas, tais como: os líderes em geral são os invasores mais antigos da cidade, que embora residam em casa própria, passam a organizar novas ocupações; os invasores devem trabalhar, residir na cidade e, se possível, não apresentarem antecedentes criminais.

Contudo, algumas dessas premissas não estão sendo respeitadas, em especial em razão da situação econômica do país, que tem levado o movimento a receber uma série de invasores desempregados.

Além disso, determinados empresários e proprietários de terras também apóiam o movimento, por várias razões, mas como regra os primeiros seguem a mesma linha de apoio dada pelos políticos nas campanhas eleitorais e os segundos se preocupam em promover uma maior especulação imobiliária sobre suas terras, para logo em seguida conseguirem que estas sejam decretadas de utilidade pública e possam ser desapropriadas em condições melhores do que efetivamente possam valer, em uma engenharia política, que não tem sua estrutura bem definida e de fácil entendimento.

Por fim, após o assentamento, o movimento passa a usufruir clandestinamente da infra-estrutura pública, pois capta água e energia elétrica, mediante ligações irregulares e sem conhecimento dos órgãos públicos e das empresas fornecedoras.

Em Campinas, no caso em tela, os primeiros moradores do local decidiram ocupar uma área de 2,2 milhões de m² originariamente onde fora a antiga Fazenda Taubaté. Na atualidade, 90% da área pertence aos advogados Armando Ladeira e Arari Pinto de Oliveira, sendo que o restante se encontra na mão de pequenos proprietários.

No local, os terrenos foram divididos em *lotes*, que na verdade são meras demarcações que variam entre 118 m² a 160m². Após a ocupação, em junho de 1997, muitos desses lotes passaram a ser comercializados por valores na faixa de R$40,00 a R$50,00. Os interessados ainda pagavam a quantia de R$20,00 para efeito de cadastro, que consiste na apresentação de cópia reprográfica da cédula de identidade e certidão de casamento, se casado for, e outros R$20,00 a título de *taxa de segurança*.

Além disso, os líderes do movimento marcam data para início da construção dos barracos, que posteriormente são marcados com alguns números e letras que identificam o ocupante.

Entretanto, todo esse processo de ocupação desordenada decorre do desprezo dos chefes do Poder Executivo Municipal e Estadual com o setor habitacional.

Com efeito, a região de Campinas sempre foi considerada um pólo tecnológico e industrial atrativo para efeito de migração das pessoas, até do seu ponto geográfico de localização próxima à Capital.

Contudo, a política habitacional do Governo do Estado não foi implantada na cidade.

Desta forma, a Companhia de Desenvolvimento Habitacional Urbano (CDHU), no prazo de 30 anos, compreendendo o período de 1967 a 1997, promoveu a entrega de apenas 84 moradias na cidade de Campinas no ano de 1996, que acabaram por beneficiar servidores de baixa renda da Universidade de Campinas (UNICAMP).

O déficit habitacional passou, então, a crescer ao longo deste período em progressão geométrica, sendo que a dificuldade para a construção do quadro real desta situação decorre do conflito de dados que se contrapõem e são apresentados com leituras diversas pela Prefeitura Municipal, pelo MTST, pelo CDHU e pela COHAB/Campinas (Companhia de Habitação Popular).

Assim, com dados do ano de 1997, para o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto, o déficit de unidades habitacionais na cidade é da ordem de 70 mil casas. Já a Prefeitura Municipal destaca que na região Sudoeste, a mais populosa e pobre da cidade, existem 37 ocupações, sendo que o número total de pessoas residentes em

favelas e barracos é da ordem de 136 mil pessoas e o déficit de unidades habitacionais atingem a cifra de 40 mil casas.

A COHAB/Campinas, por sua vez, revela que desde a sua fundação em 1965, foram construídas na cidade 22.862 unidades habitacionais. Porém, oito mil famílias ainda aguardam a oportunidade para adquirirem uma unidade habitacional, sendo que o último imóvel construído pela Companhia data de 1993.

A projeção destes números leva a considerar que este déficit aumentará ainda mais e no ano de 2005 já se calculava que cerca de 170 mil pessoas viviam em favelas e ocupações.

De fato, o número de moradores de favelas na cidade, a partir da década de 80, tem crescido a uma proporção de 8,1% ao ano, enquanto que a população do município cresce apenas 1,4% ao ano, muito embora os investimentos na área de habitação tenham triplicado em igual período.

Tomando como exemplo o período de 1988 a 1997, Campinas sofreu com a migração intensa, que gerou dados assustadores em relação às ocupações de imóveis na cidade.

Assim, segundo dados da COHAB e Secretaria Municipal de Habitação, nos anos de 1988 e 1989 ocorreram doze ocupações; entre 1990 a 1991 foram dezoito ocupações; de 1992 a 1993, vinte e uma; de 1994 a 1995, treze; só no ano de 1996 foram 25 ocupações e em 1997 outras doze ocupações.

Esses dados mostram que não basta o Estado se preocupar com a construção de casas populares, também é necessário conter o processo de migração e possibilitar programas que permitam ao mutuário o pagamento de prestações adequadas, com melhoria, inclusive, da qualidade das unidades habitacionais.

Do contrário, as invasões e ocupações continuarão a crescer, por ausência de uma política nacional de habitação, impossibilitando às pessoas de baixa renda o exercício do direito de moradia.

No caso em estudo, seis ações passaram a discutir a questão possessória da área.

Inicialmente, Armando Ladeira de Araújo Teixeira e outros seis proprietários intentaram ação de reintegração de posse com mandado liminar em razão do esbulho, em 17/03/97, contra os então líderes do movimento Arlindo Ferreira dos Santos, “o Souza”, Wendel Alves da Silva e outros, que foi distribuída à 3ª Vara Cível de Campinas, onde recebeu o número 669/97. Posteriormente, este processo acabou sendo

redistribuído à 2ª Vara do Foro Regional da Vila Mimosa, Comarca de Campinas e recebeu o número 309/97.

Na ação os autores explicam que a área em debate fazia parte da chamada Fazenda Taubaté e acabou sendo dividida, passando a integrar a "Sociedade Civil Fazenda Taubaté Ltda.", cujo objetivo ou fim social era a venda de lotes urbanos, sendo que a partir de 1951 foram construídos os loteamentos denominados: Jardim do Trevo, Parque da Figueira, Jardim do Lago e Jardim do Lago Continuação, onde se situa a área em discussão. Em 23/06/97, realizada audiência de justificação, foi concedida liminar para reintegrar os autores na posse do imóvel. O processo, no entanto, encontra-se no arquivo, face o não cumprimento da liminar.

Em seguida, os proprietários Arary Pinto de Oliveira, Piquerobi Pinto de Oliveira, Mônica Aranha Nouber, Guaciara de Oliveira Abreu e Sérgio Abreu também intentaram ação de reintegração de posse em 13/06/97 em face dos então líderes do movimento Arlindo Ferreira dos Santos, "o Souza", Gentil Ribeiro, vulgo "Paraíba", Aparecida de Souza Lima, vulgo "Preta" e Wendel Alves da Silva, vulgo "Juruna". A ação acabou sendo distribuída para a 3ª Vara Cível da Comarca de Campinas, recebendo o número 1655/97 e, posteriormente, este processo acabou sendo redistribuído à 2ª Vara do Foro Regional da Vila Mimosa, Comarca de Campinas e recebeu o número 263/97.

Em 26/09/97, concedeu-se liminar para o fim de reintegrar os autores na posse dos imóveis, sendo que a desocupação deveria ser realizada com acompanhamento do Serviço Social da Municipalidade e a Polícia Militar deveria fixar data única para o cumprimento de todos os mandados de reintegração de posse.

Contudo, uma parte da área em questão acabou sendo declarada de utilidade pública pelo prefeito municipal Francisco Amaral, através do Decreto-municipal n. 13.090 de 01/04/99, com o objetivo de criação e melhorias de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência e execução de planos de urbanização, loteamento de terras edificadas ou não, para a sua melhor utilização econômica.

O referido Decreto de Utilidade Pública abriu a possibilidade da desapropriação da área, mas os proprietários não concordaram com o valor apresentado pela Administração e pretendem discuti-lo judicialmente.

No entanto, no dia 28 de abril de 1999, é publicado o Decreto n. 13.123 de 27/04/1999, declarando de interesse social e autorizando a desapropriação de todas as

áreas questionadas nos dois processos mencionados, que permitirão a implantação de habitações populares, por meio da Companhia de Habitação Popular de Campinas (COHAB – Campinas).

A Polícia Militar, por sua vez, em 26/03/2001, informava que as áreas ocupadas eram formadas por construções irregulares e desordenadas, que suscitavam dúvidas quanto a exata área a ser reintegrada, sendo necessário a indicação de um topógrafo para avaliar e localizar corretamente as áreas e convidou autoridades e interessados a participarem de uma reunião para planejamento da execução das ordens judiciais.

Em 15 de abril do corrente ano o feito acabou sendo suspenso pelo prazo de 180 dias, aguardando os trabalhos de topografia.

Em 28 de novembro de 1997 duas ações foram distribuídas para a 2ª Vara do Foro Regional da Vila Mimosa, Comarca de Campinas.

A primeira, uma ação de reintegração de posse com pedido liminar, intentada por Pedro Tavares de Souza em face de Gentil Ribeiro, vulgo "Paraíba", Wendel Alves da Silva, vulgo "Juruna" e Luiz Benedito de Almeida, recebeu o nº. 430/97. A liminar foi concedida em 16/12/97 e a partir de então o autor passou a pleitear sucessivos prazos de suspensão do processo, sendo que a liminar ainda não foi cumprida.

A segunda, uma ação reivindicatória intentada por Pedro Giannotti em face de Gentil Ribeiro, vulgo "Paraíba", Wendel Alves da Silva, vulgo "Juruna" e Luiz Benedito de Almeida, recebeu o nº. 433/97. Porém, com a declaração da área como de interesse social para fins de habitação, a partir de 20/05/99, o autor passou a pleitear sucessivos prazos de suspensão do processo, sendo que o processo ainda permanece em compasso de espera.

Depois, em 23/01/98, Ely Silveira de Assis intentou ação de reintegração de posse com pedido liminar em face da Associação de Moradores do Jardim Monte Cristo e invasores desconhecidos, que recebeu o nº. 383/98. A liminar foi concedida em 16/03/98 e em 20/05/99 o autor pediu a suspensão do feito por seis meses para levantamento da COHAB, visando a venda dos imóveis. A impossibilidade de acordo levou o autor a requerer o prosseguimento do feito em 01/02/00. A partir de então, o autor passou a pleitear sucessivos prazos de suspensão do processo para nova tentativa de acordo, sendo que a liminar ainda não foi cumprida e o feito está suspenso desde 20/05/02.

Finalmente, Alba Regina Selmi Guiss, Luciana Selmi, Nilo Pisani e Renato Selmi intentaram ação de retificação e unificação dos registros de imóveis, referentes

às áreas vizinhas e foi distribuída junto à 2ª Vara do Foro Regional da Vila Mimosa, Comarca de Campinas, em 16/02/98, e recebeu o número 1088/98. No entanto, esta ação acabou sendo julgada extinta sem apreciação do mérito por ausência de demonstração da cadeia sucessória dos atuais confrontantes, impossibilitando a análise da continuidade e disponibilidade dos registros públicos, nos termos do artigo 267, I do Código de Processo Civil.

Diante destes fatos, constata-se que os proprietários dos lotes ocupados no local intentaram ação de reintegração de posse, obtiveram liminares, mas não conseguiram reaver seus imóveis, pois a Polícia Militar não conseguiu cumpri-las, por falta de estrutura e também para evitar conflitos com os moradores e eventuais agressões, que no Brasil em situações idênticas já ganharam dimensões internacionais como condutas de desrespeito aos direitos humanos.

Aliás, os proprietários se movimentam no sentido de que, caso não obtenham seus imóveis, intentarão ações visando responsabilizar o Estado pela ineficiência e reparação dos danos causados pelo não cumprimento das liminares já concedidas.

A infra-estrutura no local não acompanha o aumento da população, que por sua vez sofre com a falta de água, energia, saúde e esgoto, sem contar que quase todas as moradias do Parque Oziel foram erguidas em ruas que estão sendo erodidas, face a ausência de sistema de galerias e bueiros, e não resistem às chuvas intensas que descem as ladeiras e arrastam o que encontram pela frente.

No âmbito da saúde, a assistência médica aos moradores é garantida por um posto de saúde modesto, que funciona no Jardim São José, bairro próximo à ocupação.

Contudo, o crescimento gigantesco da ocupação, em reduzidíssimo prazo, obrigou a Secretaria Municipal de Saúde readequar o cronograma de investimentos para o setor, com fortalecimento da assistência médica na periferia, inclusive com a instalação de módulos de saúde em imóveis alugados.

Diante desse quadro, uma parte da sociedade civil tenta minimizar os problemas de saúde do local, como a postura do Centro Boldrini, que se dedica ao combate do câncer e doenças do sangue e manteve assistência médica voluntária aos moradores da ocupação, com atendimento às sextas–feiras e sábados, no período de 1998 a 2000.

A energia elétrica usada pelos moradores do Parque Oziel é, assumidamente, furtada da rede pública, mediante ligações clandestinas denominadas popularmente como *gatos* ou *gambiarras*, que abastecem cerca de sete mil barracos da ocupação.

Tal fato levou a Companhia Paulista de Força e Luz (CPFL) a promover uma rede de energia elétrica provisória para tentar regularizar as ligações clandestinas, que sobrecarregam a rede, provocam a queima de transformadores e dão ensejo à queda de energia nos bairros próximos à ocupação.

A idéia era promover ligações econômicas, de tal forma que um relógio atendesse quatro moradias. A redução no custo da operação implicaria, também, em redução da tarifa.

A instalação de energia elétrica no local também passou a ser aspiração das lideranças, que viam nesta atitude uma forma de impedir ou inviabilizar a reintegração de posse da área ocupada.

O mesmo raciocínio foi adotado para obtenção de outros benefícios, tais como a água e o transporte público e escolas.

Neste sentido, é curioso observar que em menos de dois anos de ocupação, a maioria da população do Parque Oziel já possuía água encanada, distribuída por quatro reservatórios de água feitos de fibra de vidro, com capacidade de 100.000 litros cada, montados pela companhia de abastecimento de água do município, tudo captado de bairros próximos, que pagam tributos pelo serviço.

Esta realidade causa revolta em moradores dos demais bairros da periferia de Campinas, que entendem que a administração se preocupa muito mais em promover infra-estrutura para as invasões, do que dotar bairros antigos de melhores benfeitorias, muitos deles que chegam a aguardar quase vinte anos pela vinda da água.

Muitos bairros da periferia não possuem ruas asfaltadas, instalação de esgoto, que em vários trechos correm em céu aberto e a falta de água é uma constante, que vez ou outra passa a ser suprida mediante caminhões pipa.

As ocupações, no entanto, passaram a exercer uma pressão maior sobre a administração e, por esta razão, conseguem obter uma série de benefícios.

De fato, no caso em questão, os moradores do Parque Oziel se aproveitaram de estarem às margens da Rodovia Santos Dumont e durante os anos de 1997 e 1998 promoveram diversos bloqueios na rodovia, com o objetivo de obterem a construção de uma passarela no local e a infra-estrutura mencionada.

Com isto, constata-se a total falta de uma política urbana no município, que conta com mais de 100 favelas e muitas delas lutam há mais de vinte anos para obterem melhorias. Assim, também é a situação do transporte, que no local é atendido por ônibus com intervalos de 15 em 15 minutos.

No local, inicialmente, foram montadas escolas em contêineres e, mais recentemente, em agosto de 2002, foi construído um módulo, com estrutura de ferro, numa parceria entre o município de Campinas e o Governo do Estado de São Paulo, sendo que este bancou a construção e aquele se obriga a fornecer funcionários e a manter a infra-estrutura necessária para o funcionamento do local, tal como o pagamento de água, energia elétrica etc. A mencionada escola durante muito tempo funcionou sem possuir autonomia administrativa própria, pois se tratava de um anexo, denominado Parque Oziel, da Escola Municipal de Ensino Fundamental General Humberto de Souza Mello, situada no Jardim das Bandeiras.

No dia 5 de março de 2004, porém, foi entregue o prédio definitivo de uma escola pelo Governo Estadual, nos moldes do Projeto Escola Viva da Prefeitura Municipal de Campinas, bem como se inaugurou a Escola Municipal de Ensino Fundamental (EMEF) "Oziel Alves Pereira", que passou a atender mais de 1800 estudantes.

No local também existe uma escola de futebol e o estabelecimento de ensino particular denominado Externato São João promove atividades com jovens. Alguns outros seguimentos da sociedade civil mantêm no local creche, horta comunitária, cozinha comunitária, mini-padaria e oficina de costura, sendo que o Centro Boldrini dedicou-se a erradicar a desnutrição infantil e a alfabetizar os adultos.

As áreas ocupadas mudaram o perfil da cidade de Campinas, que nos últimos vinte e cinco anos passou a ser alvo de migrantes da Capital e cidades de outras regiões do Estado.

Os invasores do Parque Oziel, no entanto, na sua grande maioria são moradores de bairros de Campinas ou cidades da redondeza, sendo que boa parte deles é formada por pessoas que possuem renda familiar máxima de três salários-mínimos e, portanto, não reúnem condições de arcar com o pagamento de aluguéis.

O atrativo principal destas pessoas é a busca por uma melhor qualidade de vida, em razão do crescimento econômico da cidade.

As invasões são classificadas como ações organizadas ou espontâneas. Na primeira hipótese, os movimentos, conforme já explicado, possuem uma liderança, que tenta obter uma série de melhorias para os ocupantes das áreas.

Já a segunda figura, acaba sendo apresentada como uma luta das pessoas pela ocupação de um pequeno pedaço de terra.

No entanto, a marginalidade e luta pelo poder interno destes espaços permite a infiltração de seguimentos completamente à margem das reivindicações destas pessoas e é neste contexto que surgem o narcotráfico, o crime organizado e os grupos que buscam vantagens pessoais. Estes grupos vêm intensificando sua atuação no local e chegam a cercear e inviabilizar o trabalho da sociedade civil junto à comunidade, tal como aconteceu com o Centro Boldrini, que foi obrigado a abandonar suas atividades no local após a morte dos principais líderes da ocupação, pois os sucessores passaram a entender que a atividade desenvolvida pela referida entidade inviabilizava a continuidade de práticas ilícitas no local.

A densidade demográfica leva à explosão da violência e a uma luta social descontrolada, sem que o Estado consiga entender como as relações humanas ocorrem e sem instrumentos eficientes para a construção de uma política social, que permita a diminuição das tensões e a implementação de benefícios que gerem uma melhor qualidade de vida.

O descaso municipal e estadual levou a cidade de Campinas a mergulhar numa crise sem precedentes e, atualmente, a cidade freqüenta semanalmente o noticiário nacional como um dos municípios mais violentos do país.

Nesta esteira, ainda, em agosto de 1997, foi editada a Lei municipal nº. 9.342, que trata dos empreendimentos habitacionais de interesse sociais e que pretendia resolver o déficit habitacional do município, além de urbanizar as invasões.

A referida lei, no entanto, acabou por consagrar a figura do desdobro, permite o fracionamento de lotes em até 126 metros quadrados, para atender aos compradores que ganhassem até cinco salários mínimos e morassem há pelo menos dois anos na cidade.

Constata-se, assim, que, em Campinas, como na maioria das cidades brasileiras, a visão urbanística está dissociada da questão ambiental, muito embora, como alerta Toshio Mukai (2002, p. 54), esta visão esteja completamente superada, pois:

> [...] é do âmbito de preocupação e de abrangência do direito urbanístico disciplinar, convenientemente, visando um ambiente sadio, todas as ações humanas relacionadas com o uso do solo. Assim, exemplificativamente, a legislação que cuida do zoneamento industrial visa, através da disciplina do uso do solo, evitar ou minimizar a poluição atmosférica em doses anormais; a legislação de proteção aos mananciais visa, através de restrições profundas ao uso do solo, manter as fontes de alimentação da água potável para as cidades; e, a legislação de

> zoneamento e parcelamento do solo, contém, normalmente, dispositivos que visam de um lado, a segregação de atividades que seriam, por natureza, prejudiciais, se indiscriminadamente misturadas em determinadas zonas (p.ex.: atividade industrial ao lado de residências), e de outro, a densificação através de loteamentos, em áreas que por seu interesse especial e ecológico devam ser preservadas da urbanização intensiva.

No Parque Oziel, por sua vez, a tensão social cresceu de forma vertiginosa e a região passou a se destacar como uma das mais violentas da cidade: diversos homicídios, inclusive de líderes do movimento dos trabalhadores sem teto, com autoria por esclarecer; crescimento do narcotráfico e utilização do local como desova de veículos roubados, depois de retiradas algumas peças. O império da lei do silêncio e restrições impostas pelas lideranças aos moradores na disputa interna pelo poder fizeram daquele espaço um local, como tantos outros nas grandes cidades deste país, à margem da atuação estatal, onde vigora uma mão invisível de dominação e poder, que só tende a crescer, face à total omissão do Poder Público, que não possui uma política urbana séria e comprometida com a realidade local e desconhece por completo as raízes da marginalidade.

É dentro deste contexto que se assemelha a um cangaço e com números que lembram estados de guerra civil, pois no ano de 2001 a cidade de Campinas contabilizou 667 pessoas vítimas de homicídio, segundo levantamento do Sistema de Informação sobre Mortalidade da Secretaria Municipal de Saúde e este ano, até o dia 21 de setembro, este número já atingia 419 vítimas de homicídio, que iremos inserir a questão ambiental, em especial a situação da água e promover um debate entre miséria e meio ambiente.

A referida ocupação é servida pelo Córrego Taubaté, que conta com 4.150 metros de extensão. O referido córrego nasce na região do Jardim do Lago, no município de Campinas, percorre a extensão mencionada, passando pela área da invasão do Parque Oziel, por chácaras e pelos bairros Jardim Santa Cruz e Jardim Santa Rita de Cássia, até encontrar sua foz no rio Capivari.

Contudo, os esgotos domésticos gerados nos bairros Santa Cruz e Jardim Santa Rita de Cássia são destinados à fossa séptica e poço absorvente ou coletados, em alguns trechos, por redes de esgoto, mas em qualquer hipótese lançados no Rio Capivari.

No caso do Parque Oziel, o destino dos esgotos domésticos e demais efluentes é o Córrego Taubaté, que de acordo com o Decreto estadual nº. 10.755/77, que dispõe

sobre o enquadramento dos corpos d'água receptores, e com a classificação ditada pelo Decreto estadual n. 8.468/76, o referido córrego é classificado como *corpos de água pertencentes à classe 2* e depois acaba por desaguar no Rio Capivari.

No entanto, a Bacia do Rio Capivari é considerada crítica, pois a intensa ocupação populacional em seu entorno, acrescida de um desequilíbrio entre a oferta e a demanda de água, para atender ao setor de abastecimento, indústria e irrigação, acaba por gerar um maior conflito de disputa pelo recurso hídrico no Estado de São Paulo.

Por esta razão, muitos municípios que se encontram na Bacia do Rio Capivari dependem de afluentes de baixa capacidade de vazão. Como exemplo, pode-se citar o caso do município de Indaiatuba.

Este município, que se encontra a 95 km da Capital e a 26 km do centro da cidade de Campinas, e possui cerca de 170 mil habitantes, depende, para efeito de seu abastecimento, de 64% das águas captadas do ribeirão Capivari-Mirim, um ribeirão de águas límpidas e pura, que nasce na cidade de Itupeva e acaba por percorrer uma série de propriedades rurais até atingir o município de Monte Mor, onde deságua no rio Capivari.

O pequeno ribeirão tem grande importância para a região, pois todas as propriedades situadas às suas margens utilizam-se de suas águas para a irrigação de lavouras, para a dessedentação de animais e como fonte alimentar para a fauna silvestre.

No entanto, este curso d'água possui baixa capacidade de vazão e ainda sofre o perigo constante do crescimento populacional na cidade de Campinas, pois um bairro denominado Jardim Fernanda, de grande densidade e com alta capacidade de detritos, situa-se à margem direita do ribeirão.

Outro exemplo é o rio Tietê, que na cidade de São Paulo, perdeu onze quilômetros de sua extensão original ao ser retificado em linha reta, uma vez que seus meandros acarretariam a construção de inúmeras pontes dentro da cidade.

Os governantes, porém, optaram por cimentar suas margens, acelerando o seu correr, não deixando terras suficientes para a infiltração das águas, em razão do desmoronamento de suas encostas, tudo em nome do milagre econômico brasileiro, fato que leva hoje a cidade de São Paulo a conviver com as grandes enchentes.

Além disso, as marginais dos rios Pinheiros e Tietê foram ocupadas e impermeabilizadas, deixando de considerá-las como seres vivos. Assim, as várzeas que

faziam o controle das águas na época das cheias deixaram de existir, acabando também com a possibilidade de lazer e recreação destes locais.

Neste sentido, são pertinentes as colocações de Luiz Carlos Aceti Júnior (2002, p. 43) ao destacar que:

> Nas regiões onde o homem passou a habitar essas várzeas, a água não tem para onde escoar e invade casas, derruba o que a quer impedir de seguir seu curso natural. Estamos fartos de exemplos: a cidade de São Paulo, todos os anos, apresenta números dramáticos na época das chuvas. A cidade é praticamente toda impermeável e qualquer chuva mais forte aumenta o nível dos rios, que transbordam e as águas invadem as redondezas. A natureza devolve na mesma fúria o que lhe fazem.

Contudo, só com o passar do tempo constata-se que as enchentes são decorrentes das construções inadequadas de pontes, barragens para geração de energia, canalizações, impermeabilização do solo, em razão do asfalto e da poluição doméstica e industrial desenfreada, que provocam assoreamentos e reduzem as margens dos diversos corpos d'água que cortam a região metropolitana.

Assim, os corpos d'água de qualquer extensão nos grandes centros brasileiros estão sendo envenenados, transformados em receptáculos dos dejetos, e só aparentemente domesticados, pois as enchentes, além de destruição, provocam doenças e arrastam consigo grande quantidade do lixo.

Daí decorre o lamento de José de Ávila Aguiar Coimbra (2002, p. 81), no sentido de que "a água dilui miséria e alivia os suores. Os humilhados efluentes industriais e os abjetos esgotos domésticos carregam sobre si o fardo dos nossos resíduos e outras formas de pecado – os crimes contra a água".

Porém, tudo está a indicar que esta forma de se comportar seja um traço cultural deste país, pois vale lembrar que durante praticamente os quatro primeiros séculos da ocupação portuguesa, as vilas foram desprovidas de um sistema de esgoto, sendo muito comum, na época, a iniciativa particular de construção de sistemas domésticos, para desvio da água corrente, por túneis que passavam sob as latrinas.

Curioso também observar que os restos cerâmicos e os diários dos viajantes descrevem, ainda nos meados do século XIX, o grande fluxo de escravos junto às margens dos rios, face o transporte e limpeza dos potes utilizados como sanitários.

Atualmente, a região da Bacia do Médio Tietê sofre impacto gravíssimo, pois recebe água em péssima qualidade de consumo, elevando o índice de doenças, tais

como verminoses, cólera, esquistossomose, febre tifóide, hepatite, leptospirose, poliomielite etc.

Tais considerações são relevantes para demonstrar o descaso em relação às águas do pequeno Ribeirão Taubaté, que em razão da ocupação passou a estar totalmente poluída, contribuindo ainda mais para o aumento da carga de detritos despejada no rio Capivari.

Nota-se, desta forma, a ausência completa da visão da bacia hidrográfica ser tratada como uma unidade de gestão, onde todos os corpos d'água devem ser monitorados para se evitar a poluição terrestre, aquática e atmosférica.

Porém, no caso do Parque Oziel, a região onde atualmente se situa o Ribeirão Taubaté, é dominada por traficantes e suas águas muitas vezes são utilizadas como depósito para peças de veículos furtados e roubados, depois de desmontados.

Este pequeno cenário nos leva a dimensionar a situação de conflito entre a miséria e um bem essencial.

O Brasil sofre nos dias de hoje deste mal, sendo que em muitas situações toda a matéria ambiental é colocada num segundo plano diante da miserabilidade da população. Mais uma vez tem-se a falta de visão do Poder Público, que despreza ou dá pouca atenção à maior riqueza do País, que são os recursos naturais.

Ademais, sempre que trabalhamos com grupos voltados para atender um bem coletivo ou uma comunidade, nos deparamos com a dura e triste realidade da *falta de conhecimento* das camadas das populações mais simples.

A mídia (empresas, rádios, tvs), em particular, deveriam ter como prioridade a educação e não tão-só formar cidadãos ignorantes, através de notícias tendenciosas e massificadas com meros fins comerciais.

Assim, abre-se o campo para a discussão de valores e qualidade de vida, ao passo que a ética nos coloca a seguinte questão: Como devemos viver e quais princípios morais devem guiar nossa conduta?

A ética em relação ao meio ambiente em estudo e ao desenvolvimento humano nos conduz a uma outra pergunta, mais específica: Como devemos agir para equacionar o papel da água e das comunidades que compartilham esse fator de desenvolvimento?

Por primeiro, temos o dever de cuidar e respeitar as pessoas e outras formas de vida como dado indicador de uma crença ética. Essa crença nos mostra que o desenvolvimento não pode se dar às custas e em detrimento de outros grupos ou de gerações posteriores.

Em seguida, é necessário dividir de modo justo os benefícios e os custos do uso deste recurso (água) e de sua conservação, já que somos responsáveis por todas as formas de vida e não podemos nos esquecer de que a natureza merece cuidados por si mesma, não se limitando apenas a satisfazer as atividades humanas.

Com isto pode-se promover o desenvolvimento das sociedades, que deve estar sintonizado com o bem-estar ambiental, que gera uma melhor qualidade de vida e, para tanto, é necessário compreender o sentido de Ecologia Política, que no dizer de Reinaldo Pereira e Silva (2000, p. 253) é:

> *[...] a superação do paradigma topopolítico, por força de compromissos que ascendem à compreensão da 'duração' exige o advento de uma macro-ética, de uma macro-estética e de uma nova abordagem do jurídico (esfera em que grande pode ser a contribuição do Direito Ambiental), mais do que uma nova teoria política. A duração, para Henri Bérgson, é um traço de união, uma continuação real do passado pelo presente. Em outras palavras, 'o conhecimento de um ser vivo ou de um sistema natural é conhecimento que recai sobre o próprio intervalo de duração, ao passo que o conhecimento de um sistema artificial recai apenas sobre as suas extremidades'. Dessa maneira, a fim de desvencilhar-se dos artificialismos da abordagem mecanicista, além da responsabilidade ética, estética e jurídica de cada um para consigo mesmo e para com o próximo, ter-se-á de organizar, por intermédio da Ecologia Política, a responsabilidade temporal da humanidade para com o ambiente natural, em média espacial que não seja jamais inferior à esfera planetária.*

Assim, a idéia de que a ética pode iluminar o relacionamento entre as pessoas e a natureza, remonta a milhares de anos, fazendo parte de diversas civilizações e é elemento importante de várias religiões, ressaltando a nossa responsabilidade para com a natureza.

Durante o ano de 2005 a Prefeitura Municipal de Campinas (PMC) passou a negociar com os proprietários dos imóveis para efeito de desapropriação e posterior regularização do loteamento. Em fevereiro de 2006 a população dos bairros Parque Oziel, Jardim Monte Cristo e Gleba B comemorava o fato de 96,6% da área ter sido negociada pela Prefeitura de Campinas e dos dos 90 proprietários, apenas três ainda não concordaram com a a venda da área para o poder público.

O governo municipal pretende promover a desapropriação das terras que irá custar, em doze anos, R$ 12,7 milhões. O ressarcimento desse valor será feito mediante venda dos 3,2 mil lotes, para cerca de quatro mil famílias que residem na área, que pagarão R$ 35,00 por mês, por cada lote.

A Administração Municipal ofertou aos expropriados o valor de R$ 19,76 o metro quadrado, o que dará um total de R$ 9,9 milhões, para os proprietários dos lotes no Parque Oziel e Monte Cristo. Já os proprietários da Gleba B irão receber R$ 12,84 por metro quadrado, totalizando R$ 2,7 milhões. Os maiores proprietários serão pagos em 144 parcelas e os proprietários unitários receberão seus valores entre 12 e 36 parcelas. Para concretizar este acordo a PMC intentou 88 ações de desapropriação dos 720 mil metros quadrados de área, intentadas no ano de 2005, pleiteando a imissão de posse da terra, para depois entregar os Termo de Permissão de Uso aos ocupantes do Parque Oziel, Monte Cristo e Gleba B.

Em 13 de fevereiro de 2007 o chefe do Poder Executivo editou o Decreto nº 15.760, que dispõe sobre a Permissão de Uso, aos atuais ocupantes, das áreas do Loteamento Jardim do Lago Continuação e Gleba B da Fazenda Taubaté, declaradas de interesse social através dos Decretos 14.918/04, 15.057/05 e 15.109/05 para fins de regularização dos loteamentos Parque Oziel, Jardim Monte Cristo e Gleba B. A permissão de uso será oportunamente convertida em compra e venda de lote, com preço e condições a serem estabelecidos.

4. Considerações Finais

No mundo se identifica duas grandes ondas de urbanização, sendo que a primeira teve início na Europa e nos Estados Unidos durante a Revolução Industrial e durou dois séculos (1750 a 1950).

A segunda inicia-se na segunda metade do século passado e acontece em ritmo mais acelerado, atingindo a América Latina de forma mais intensa, pois as taxas de urbanização já superam as européias e somente perde para às taxas de crescimento populacional da Ásia e da África. A análise desse período leva a ONU a projetar uma população mundial que sairá dos atuais 6,6 bilhões para 9 bilhões em 2050. O relatório do UNFPA (Fundo de População das Nações Unidas) sustenta, no entanto, que se é fato que as cidades concentram pobreza, também é verdade que elas representam maior esperança para superá-la.

De fato, no mundo, a maioria das pessoas migram para as cidades porque buscam melhor qualidade de vida e têm consciência de que estarão melhores nos espaços urbanos e os governos não conseguem dissuadir as pessoas do contrário, pois deixam de implementar uma igualdade social e espacial, sendo que a economia de mercado capitalista acentua ainda mais as diferenças e promove uma exclusão maior.

O Brasil é um exemplo vivo dessa análise. No período de 1940 a 1980 o país apresentou um rápido crescimento econômico do PIB, equivalente a 7% ao ano, mas a riqueza gerada por esse crescimento sempre foi muito mal distribuída, mas mesmo assim proporcionou melhora de vida para uma grande parte da população.

Além disso, as grandes metrópoles, especialmente São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte apresentaram grande movimento migratório que ampliou a população urbana em 125 milhões de pessoas em apenas 60 anos.

Para entender melhor essa situação, necessário trazer-se à colação alguns números que demonstram o crescimento da população urbana em razão da expulsão do homem do campo. Em 1960, a população urbana representava 45% da população brasileira. Em 2004, a população urbana passou a representar 83% da população do Brasil, segundo dados do PNAD-2004, IBGE. Segundo estimativas do mesmo IBGE, nas primeiras décadas do século XXI eles representarão aproximadamente 90% da população do país. Com isso, o Brasil passou a ser um dos países mais urbanizados do planeta, lembrando que que aproximadamente 30% dessa população vive em apenas nove metrópoles..

As principais conseqüências da explosão demográfica e do afluxo de pessoas para as cidades está na falta de alternativas de moradias legais e na prática de constante de agressão ambiental. Com isso, rapidamente as áreas ambientalmente mais frágeis, tais como córregos, encostas, várzeas inundáveis, áreas de proteção permanente são ocupadas pelos excluídos, o que causa a poluição intensa desses espaços e destino certo do depósito de lixo e esgotos domésticos.

A luta dos moradores do Parque Oziel demonstra uma das formas de pressão popular pelo direito à moradia, a ação dos grupos politicamente organizados e dá visibilidade às várias faces do problema de habitação no Brasil, bem como acentua a omissão do Estado no planejamento do território urbano, pois este deixa de criar projetos permanentes para acompanhar as mudanças populacionais e os sujeita às campanhas eleitoreiras a cada mudança dos mandatos.

Por outro lado, alguns métodos e formas de pressão desses movimentos sociais geram ocupações fora de controle, que também contribuem para o inchaço das grandes cidades, agravam ainda mais os problemas sociais dos novos ocupantes e prejudicam a infra-estrutura, já deficiente, das populações da periferia, que pagam seus lotes e impostos, mas não possuem os mesmos direitos sociais obtidos pelos movimentos sociais, por ausência de mobilização e falta de implementação dos melhoramentos públicos essenciais.

Para mudança desse cenário se faz necessário o planejamento urbano com a adoção de uma mudança de política que entenda as razões da urbanização, que são distintas para cada cidade, mas deve levar em conta o crescimento vegetativo e a melhoria da saúde reprodutiva para um controle eficiente da migração.

Com isso, se extrai algumas conclusões que devem ser implementadas para compatibilizar as ocupações ilegais e a questão ambiental:

a) fortalecer os governos municipais, que devem implementar uma política séria de planejamento urbano;

b) a urbanização é inevitável, mas seus efeitos podem ser positivos se as cidades se prepararem;

c) atualmente não são as megacidades que concentram o crescimento, pois ele se dá principalmente em cidades médias;

d) também não é a migração rural-urbana que mais explica a expansão, mas sim o crescimento vegetativo nas cidades;

f) a concentração populacional é melhor para o meio ambiente do que a dispersão da população. Porém, compete aos governos a implantação de um plano de ordenamento solo territorial eficiente, com controle do seu uso, parcelamento e ocupação;

g) os pobres têm direito à cidade e a decisão de migrar, mas, os governos devem estar preparados para universalizar o acesso a serviços como educação e saúde, bem como garantir qualidade de vida a todos.

A desigualdade no mundo atinge números jamais vistos. Hoje 60% da população mundial vive com apenas 6% da renda do planeta, o que coloca o debate e o combate à pobreza, à fome e as doenças como item de extrema importância na agenda política dos Estados. Porém, a globalização não se apresenta como fenômeno capaz de trazer benefícios para os países periféricos, eis que as regras de tráfego por esta via obedecem ao imperialismo financeiro que, policia e inviabiliza a movimentação dos países pobres e os obriga a seguir a uma interpretação estreita do capitalismo.

Ademais, a idéia de capitalismo gira em torno do mercado livre, no qual as buscas por ganhos pessoais e individuais são vistos como fundamentais para gerar o melhor resultado coletivo. Os empresários, por esta teoria, são seres humanos unidimensionais, que visam uma única missão: maximizar os lucros.

Desta maneira, muitos dos problemas mundiais atuais existem devido aos atores do mercado livre, que se isolam de todas as dimensões políticas, emocionais, sociais, espirituais e ambientais, pois adotam uma postura unidimensional e hegemônica.

Para alteração desse modelo de pensar necessário se faz modificar radicalmente a estrutura econômica com a superação da natureza do capitalismo e solucionar os problemas sociais e econômicos não resolvidos dentro da esfera do mercado livre.

Hoje é plenamente demonstrável que a pobreza gera uma ameaça à paz e a ortodoxia do capitalismo acentua as diferenças.

De outro lado, convém observar que o positivismo ainda hoje permite à ciência revestir-se de certeza e o conhecimento produzido no Norte é transferido para o Sul desprovido de dúvidas, principalmente por agências internacionais. Desta forma, a ciência é vista como uma mercadoria que pode ser consumida, pois já foi devidamente testada e aprovada. Esta lógica ressalta, pois, as diversas dicotomias entre o Norte e Sul como conhecimento/ignorância, centro/periferia, ensinar/aprender, racional/primitivo etc.

A ciência valorada e controlada como mercadoria enfatiza o capitalismo como lógica determinante de uma sociedade moderna globalizada e neoliberal que adota o viés cartesiano antropocêntrico e instrumentaliza a natureza, mediante a aplicação dos conceitos monetários e financeiros como reguladores da política e da sociedade.

A ciência propõe, assim, um modelo reducionista como forma de dominação dos diversos saberes, que inviabiliza o diálogo, dissolve os valores pelo monopólio da racionalidade e impõe o predomínio da técnica.

O direito positivo, desta forma, atende plenamente aos anseios epistemológicos da ciência moderna à medida que ordena a dicotomia Estado/sociedade civil, mediante a prática econômica capitalista globalizada.

Este modelo cartesiano e reducionista imprime total falta de alteridade e estabelece uma leitura irreal da realidade, o que gera uma marginalização e subalternidade de boa parte da população mundial. Assim, se ignora as várias formas de cultura e os grupos sociais que as integram com franco desrespeito às diversidades da natureza identitárias.

A complexidade ambiental, porém, faz surgir as dicotomias e exige uma resposta que não se satisfaz com as explicações do positivismo jurídico, pois o seu objeto é conglobante e identifica o ser no mundo e não o toma como a idéia de uno, individual ou absoluto.

Desta maneira a epistemologia ambiental traduz uma política de solidariedade do ser e da diferença. A crise de conhecimento coincide com a crise no âmbito ambiental, pois o saber ambiental não se contenta com uma leitura racional e homogênea do mundo. O saber ambiental busca a transcendência da individualidade existente na dimensão socio-político-econômica. A tarefa que se impõe é pensar como se constrói o processo de individuação e como surgem as nossas idiossincrasias culturais e socioeconômicas, procurando criar um mundo mais voltado para o social.

Portanto, as desigualdades devem ser reduzidas e o paradigma científico tradicional deve buscar um diálogo com os outros saberes, visando diminuir as disparidades sociais, com mudança dos padrões de consumo, empenho para melhoria da qualidade de vida, dos meios de urbanidade, atividades culturais e eliminação de moradias inadequadas em busca de uma sociedade mais justa, sem exclusão social e independente, movida pela democracia participativa.

Desta forma, somente um modelo ético de vida sustentável, com um conjunto de princípios coerentes, calcados na crença das pessoas, tal como a força criativa e o valor de cada ser humano e de cada sociedade, pode ser capaz de formular ações para alteração deste quadro desolador.

Referências

ACETI JUNIOR, Luiz Carlos. **Direito ambiental e direito empresarial**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

ADAS, Melhem. **A Fome, Crise ou Escândalo?**. 19 ed. São Paulo: Moderna,1993.

BRISSET, Claire. A acelerada urbanização do Terceiro Mundo. In BEAUD, Michel e Calliope; BOUGUERRA, Mohamed Larbi (Direcção). **Estado do Ambiente no Mundo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 139-140.

COIMBRA, José de Ávila Aguiar. **O outro lado do Meio Ambiente**. Campinas: Millennium, 2002.

COMPANHIA TECNOLOGICA EM SANEAMENTO AMBIENTAL - CETESB. Disponível em: <http://www.cetesb.sp.gov.br>. Acesso em: 4 jun. de 2007.

FISCHER, Gustave-N. **Psicologia Social do Ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

FUNDAÇÃO SISTEMA ESTUDUAL DE ANÁLISE DE DADOS - SEADE. Disponível em:<http://www.seade.gov.br/master.php?opt=vmenu&tema=7>. Acesso em 30 mai. de 2007.

GARCIA, Afrânio; Palmeira, Moacir. Rastros de Casas-Grandes e de Senzalas: Transformações Sociais no Mundo Rural Brasileiro. In. SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Orgs.) **Brasil: um século de transformações**. 2ª reimpresão, São Paulo: Companhia da Letras, 2003, p. 40-77.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Disponível em: < http://www.ibge.gov.br/home>. Acesso em 15 mai. de 2007.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. Disponível em:< http://www.ipea.gov.br/default.jsp> Acesso em 5 jun. de 2007.

MUKAI, Toshio. **Direito Urbano-Ambiental Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Dialética 2002.

POURSIN, Jean-Marie & DUPUY, Gabriel, *Malthus*, São Paulo, Cultrix, 1975.

SANTOS, Boanventura de Sousa, *O Discurso e o Poder*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

SILVA, Reinaldo Pereira e. A ecologia política como parâmetro teórico para o Direito Ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato (org). **Inovações em direito ambiental**. Florianópolis: Boiteux, 2000. p. 245-253.

WILHEIM, Jorge. In. SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Orgs.) **Brasil: um século de transformações**. 2ª reimpresão, São Paulo: Companhia da Letras, 2003, p. 474-487.

WOLF, Clark. Populações. In JAMIESON, Dale (Coord.) **Manual de Filosofia do Ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 371-385.

COMENTÁRIOS SOBRE AS RELAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MEIO AMBIENTE NOS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL*

COMMENTS ON THE RELATIONS BETWEEN THE ENVIRONMENTAL PRESERVATION AND THE BRAZILIAN CONSTITUTION SINCE 1988

Marco Túlio Reis Magalhães

RESUMO

Este artigo examina as relações constitucionais de preservação do meio ambiente a partir do estudo de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos vinte anos da Constituição Federal. É sabido que a Constituição brasileira oferece expressa proteção ao meio ambiente em diversos dispositivos. Este artigo enfatiza na jurisprudência do STF as diferentes formas de se considerar o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Partindo-se do exame dos fundamentos do Estado Constitucional Brasileiro sustentado em bases ecológicas e democráticas, alguns importantes apontamentos podem ser traçados em conexão com a jurisprudência do STF. Primeiramente, aponta-se a preservação ambiental como requisito intrínseco ao exercício de direitos. Em segundo lugar, aponta-se a preservação do meio ambiente como limite externo ao exercício de direitos. Em terceiro lugar, aponta-se a preservação do meio ambiente como questão constitucional autônoma. Em quarto lugar, aponta-se a preservação do meio ambiente condicionada ao exercício de um federalismo cooperativo. Por fim, são elaboradas algumas conclusões acerca do assunto.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. MEIO AMBIENTE. DIREITO AMBIENTAL E CONSTITUCIONAL. JURISPRUDÊNCIA AMBIENTAL DO STF.

ABSTRACT

This article provides a review of the constitutional relations of the environmental preservation from a law approach, based on the study of the Brazilian Supreme Court (STF) cases decided since 1988. Moreover, it is well known that Brazilian Constitution explicitly supports protection for the environment. This article focus in the analysis of the Brazilian Supreme Court (STF) cases in order to regard different interpretations of the right to a healthy and balanced environment. By analyzing the Brazilian Constitutional and Environmental Democracy principles related to judicial cases, some important considerations may be drawn. First, the environment preservation can be considered as an intrinsic requisite of the exercise of rights. Second, the environment preservation can be seen as a limitation of the exercise of rights. Third, the environment preservation can be considered as an autonomous constitutional issue (fundamental right). Fourth, the environment preservation depends on a cooperative federalism. At last, the article presents some conclusions.

KEYWORDS: RIGHT TO A HEALTHY AND BALANCED ENVIRONMENT. BRAZILIAN CONSTITUTION. ENVIRONMENT. ENVIRONMENTAL AND CONSTITUTIONAL LAW. BRAZILIAN SUPREME COURT ENVIRONMENTAL CASES.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Introdução

A crescente discussão político-jurídica dos problemas relacionados à preservação do meio ambiente e a busca de soluções emergiram como reflexos das críticas centrais ao paradigma do Estado de Bem-Estar Social[1], incapaz de lidar de forma satisfatória com as graves crises ecológicas. Por um lado, na relação entre Estado e cidadão, acreditou-se demasiadamente na capacidade virtuosa de especialistas tecnocratas, por si só, decidirem a **questão ambiental*[2]***, sem considerar uma dimensão política de participação dos cidadãos na conformação de políticas públicas[3]. Por outro, na relação entre países, esperava-se uma configuração efetiva de um âmbito de cooperação.

Com a Constituição Federal de 1988, esperanças foram renovadas, sob a cláusula do Estado Democrático de Direito, na qual se incluiria a exigência de um Estado ambiental[4], ou seja, a construção de um Estado Constitucional Ecológico e de Democracia Sustentada***[5]***. A questão ambiental no Brasil ganhou contornos de diretriz constitucionalmente expressa e autônoma[6], similar à traçada pela Constituição da República Portuguesa de 1976 (art. 66)[7]. O meio ambiente, de um lado, recebeu capítulo próprio no art. 225 (CF/88), embora a tarefa de preservação ambiental passasse a constar de forma difusa no texto constitucional[8]. De outro, sua preservação configurou-se ora como requisito intrínseco ao exercício de determinados direitos (*v.g.* art. 186, *caput* e inciso II, CF/88), ora como limite externo (condicionamento) ao exercício de outros direitos (art. 170, VI, CF/88) - na condição de princípio da Ordem Econômica brasileira -, traduzido pela *defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado* [da atividade econômica] *conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação*.

A engrenagem constitucional estabelecida para a concretização da preservação do meio ambiente se valeria, ainda, dos próprios fundamentos e procedimentos do modelo federativo brasileiro, ou seja, de adequada consideração da sistemática de definição de competências executivas comuns (art. 23) e de competências legislativas concorrentes (art. 24), para corresponder, nos dizeres de Canotilho, à realização de duas dimensões jurídico-políticas centrais: uma percepção integrativa do ambiente[9] e um agir integrativo da Administração[10].

Esse quadro evidenciaria a implicação de um modelo de gestão ambiental mais abrangente, senão universal, de preservação ambiental, que incrementasse o número de tarefas, potencializasse a necessidade de atuação integrada de todos os participantes e colocasse em evidência **o dever de participação pública** de defender e preservar o meio ambiente em prol das presentes e futuras gerações. Assim, a percepção e a formulação de tal sistema de ação integrada do Estado, do Mercado e da Sociedade Civil nas atividades que envolvessem a questão ambiental exigiriam maior controle, mas, inevitavelmente, abririam grande margem de possibilidades de abusos e de inoperância do referido sistema[11].

Nesse sentido, reservava-se também ao Poder Judiciário brasileiro um papel fundamental. A indeterminação prévia, em cada nível de governo, das abrangentes competências comuns e concorrentes, aliada à noção geral de Poder Público, expressada no art. 225 da Constituição, possivelmente exigiria um contínuo exercício de adequada interpretação constitucional da questão ambiental, atentando-se para o incremento de complexidade social e para a indeterminação do direito (típicos das sociedades modernas) que não deveriam ser simplificados ou reduzidos, mas, sim, mantidos em toda interpretação jurídica realizada[12], a ser mediada por um adequado processo democrático e pela realização adequada do sistema de direitos.[13]

Assim, a partir dessas quatro grandes formas de consideração constitucional da preservação do meio ambiente (como questão autônoma, como requisito intrínseco ou

como limite externo/condicionamento de determinados direitos e como finalidade concreta de um federalismo cooperativo), é que se busca abordar, de forma exemplificativa[14], alguns destaques jurisprudenciais, nos vinte anos da Constituição Federal, para evidenciar como o meio ambiente tem repercutido nos debates constitucionais e que desafios se projetam para o futuro.

1. A Preservação do Meio Ambiente como Requisito Intrínseco ao Exercício de Direitos

Há diversos julgados reforçando a determinação constitucional de preservação do meio ambiente, a partir da Constituição de 1988, como **requisito intrínseco** ao exercício de determinados direitos. Destaca-se aqui, sobremaneira, a relação entre o direito de propriedade[15] e de livre iniciativa e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No mandado de segurança n.º 22.164/SP[16], por exemplo, afirmou-se que o exercício do direito de propriedade, sobretudo naqueles biomas considerados no art. 225, §4º, CF/88 como patrimônio nacional (Pantanal Mato-grossense no caso), deveria observar o requisito de cumprimento de sua função social, na qual está compreendida a preservação do meio ambiente, sob pena, inclusive, de desapropriação-sanção, nos termos do art. 184 c/c art. 186, II, CF/88.

No julgamento da ADI n.º 1.952-MC/DF[17], em que se alegava a inconstitucionalidade de alterações do Código Florestal quanto às definições das áreas de reserva legal, o Ministro Moreira Alves indeferiu a liminar, destacando que competiria ao Poder Público defender e preservar o meio ambiente e que a reserva legal - decorrente das determinações do art. 225, §1º, III e VII, CF/88 - não seria incompatível com os tempos atuais e se coadunaria com a função social da propriedade, sem, em consequência, eliminá-la ou ferir os princípios da livre iniciativa e da liberdade de ofício e sem impedir o desenvolvimento econômico ou violar o direito adquirido.

Em semelhante sentido se destaca o mandado de segurança n.º 25.142/DF[18], em que se discutiu a alegação do impetrante de que a desapropriação de sua propriedade privada para fins de reforma agrária consistiria potencial agressão ao meio ambiente, em razão da proximidade de área de preservação permanente estadual. Todavia, o acórdão firmou o entendimento de que é possível a reforma agrária em regiões como a discutida (próxima à APP), com o dever da Administração Pública de indicar expressamente as medidas necessárias para conciliar o assentamento com a preservação do meio ambiente.

2. A Preservação do Meio Ambiente como Limite Externo ao Exercício de Direitos

Outro aspecto interessante relaciona-se à determinação constitucional de preservação ambiental como **limite externo** (condicionamento) ao pleno exercício de direitos.

No julgamento do RE n.º 134.297/SP[19], reforçou-se a orientação de que se afigura como limite externo ao exercício do direito de propriedade a criação de unidades de conservação (à época se tratava de estação ecológica - reserva florestal na Serra do Mar), a fim de garantir a preservação ambiental de bioma considerado patrimônio nacional. Contudo, a configuração dessa limitação externa (que pode advir de lei, de atos de desapropriação, de apossamento administrativo, etc), para fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não dispensa o Estado, quando necessária a intervenção administrativa na esfera dominial privada, de ressarcir (indenizar) os prejuízos materiais que, derivando de eventual esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade, afetem a situação jurídica de terceiros.

Um ponto relevante aspecto dessa discussão advém do julgamento dos processos de contracautela, em que se tutela o meio ambiente a partir da análise de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas.

No julgamento da STA-AgR n.º 118/RJ e da STA-AgR n.º 171/PR[20], discutia-se a grave lesão ao meio ambiente em razão de decisões judiciais liminares que permitiam a importação indiscriminada de pneus usados (considerados resíduos sólidos que aumentariam o passivo ambiental), a despeito de regulamentação federal proibitiva. A Ministra Ellen Gracie consignou, no caso, a necessidade de ponderação entre as exigências para a preservação da saúde e do meio ambiente (art. 225, CF/88) e o livre exercício da atividade econômica (art. 170, CF/88), afirmando que um dos fundamentos determinantes foi o de grave lesão ao manifesto e inafastável interesse público decorrente da efetiva possibilidade de danos irreparáveis ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à saúde[21].

Vale ressaltar que, recentemente, na decisão meritória da ADPF n.º 101/DF[22], afirmou-se, de forma paradigmática[23], a configuração do meio ambiente sadio e equilibrado como preceito fundamental autônomo da Constituição, concretizado na questão de importação de pneus usados (juntamente com o preceito fundamental do direito à saúde) como um limite externo ao exercício irrestrito daquela atividade econômica (art. 170, VI, CF/88). Assim, o STF buscou limitar um possível turismo indesejável de resíduos sólidos de difícil destinação ambientalmente adequada, sem que se impedisse o exercício da atividade de reforma de pneus a partir da matéria-prima existente no próprio país[24].

Ao lado das discussões que envolvem o exercício do direito de propriedade e de livre iniciativa nas atividades econômicas, destaca-se interessante discussão da preservação do meio ambiente como limite externo ao exercício irrestrito de direitos e manifestações culturais (art. 215, *caput* e §1º, CF/88) que exponham animais (fauna) a situações de crueldade (proibidas pelo art. 225, §1º, VII, CF/88).

Essa orientação se fixou, desde o julgamento do RE n.º 153.531/SC[25], no sentido de que a manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel. E se a prática cruel está sempre potencialmente envolvida na referida manifestação, isto viola o disposto no art. 225, §1º, VII, CF/88, pois, nos dizeres do Ministro Marco Aurélio, "*admitida a chamada "farra do boi", em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento*".

Esse entendimento foi reforçado posteriormente no julgamento da ADI n.º 1.856-MC/RJ[26] quanto à crueldade advinda da prática de "rinha de galo", supostamente considerada e regulamentada por leis estaduais como atividade esportiva com aves de raças combatentes. O STF entendeu que viola o art. 225, §1º, inc. VII, CF/88, a autorização ou regulamentação de qualquer entretenimento que, sob justificativa de preservar a manifestação cultural ou o patrimônio (qualidade) genético de raças ditas combatentes, submeta animais a práticas violentas ou atrozes, que comumente levam os animais à exaustão física ou à morte[27].

Não se busca exaurir a discussão jurisprudencial de afirmação da preservação do meio ambiente como requisito intrínseco ou limite externo ao exercício de direitos, pois ela se aprofunda também pelo debate infraconstitucional[28]. O que se ressalta, entretanto, é a consolidação da relevância constitucional da preservação do meio ambiente pela jurisprudência do STF.

3. A Preservação do Meio Ambiente como Questão Constitucional Autônoma

A particularidade de um capítulo constitucional específico do meio ambiente na Constituição de 1988 já evidenciava a conformação, desde então, da convicção político-jurídica de caracterização da questão ambiental como questão constitucional autônoma. De lá para cá, boa parte da doutrina do Direito Ambiental brasileiro tem considerado o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental[29].

É certo que a opção de afirmação de um direito ao meio ambiente e um dever de proteção correspondente ou autônomo (o que caracterizaria um direito bifronte ou bidimensional) abre margem para interessantes construções no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Conforme Vasco Pereira da Silva, três perguntas podem ser apresentadas: "*1) saber se o direito ao ambiente é um direito fundamental ou uma tarefa estadual "disfarçada"; 2) saber se o direito ao ambiente deve ou não ser considerado como um direito subjectivo; 3) saber quais as conseqüências em termos de regime decorrentes da natureza jurídica do direito ao ambiente*"[30]. Maria Fernandez, por seu turno, afirma se tratar de um direito fundamental que carece de preceptividade, quer dizer, se a definição de sua medida e positivação jurídica depende de uma tarefa expansiva do legislador ordinário para que se garanta efetividade ao sistema jurídico-constitucional de proteção ambiental[31].

Sobre essa questão, pode-se destacar como paradigmático na jurisprudência do STF o julgamento da ADI n.º 3.540-MC/DF[32], em que se discutia a constitucionalidade de alteração, por medida provisória, da tutela das áreas de preservação permanente reguladas pelo Código Florestal.

Nesse julgado, o Ministro Celso de Mello afirmou que os preceitos do artigo 225 da Constituição traduziriam, na concreção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas, qualificada por um caráter de metaindividualidade, qual seja: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Tal direito se qualificaria, conforme o Ministro Relator, como um típico direito fundamental de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que se vincularia, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano. Também materializaria poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagrando o princípio da solidariedade e constituindo um momento importante no processo de expansão e reconhecimento de direitos humanos.

Outro aspecto ressaltado neste julgamento foi a afirmação de um princípio constitucional do desenvolvimento sustentável que se apreenderia da interpretação harmônica do artigo 3º, II c/c art. 225, CF/88, e se consubstanciaria em fator de justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia.

Ademais, afirmou-se que a preservação do meio ambiente transcenderia ao plano das gerações presentes, para também atuar em favor das futuras gerações, evitando-se conflitos intergeracionais[33].

O referido julgado[34] é um dos que melhor caracteriza o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na jurisprudência do STF, seja no sentido de autonomia de um direito (fundamental) ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, seja como limite externo (condicionamento) ao exercício de outros direitos e determinações constitucionais (princípio de desenvolvimento sustentável).

4. A Preservação do Meio Ambiente Condicionada ao Exercício de um Federalismo Cooperativo

A jurisprudência do STF também vem discutindo a preservação do meio ambiente no âmbito da interpretação constitucional da competência legislativa privativa e concorrente e da competência executiva comum dos entes federativos brasileiros, como decorrência das tarefas direcionadas no artigo 225 da Constituição ao Poder Público (qualquer que seja o nível em que se posiciona na estrutura federativa - União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios -), a fim de alcançar a cooperação e a participação na execução (art. 23) e na legislação (art. 24) de matérias ambientais e sanitárias, por exemplo.

No campo da atuação legislativa concorrente, destaca-se, na jurisprudência do STF, a questão do uso do amianto no Brasil. O debate é candente e está aberto. A Lei Federal n.º 9.055/95 proibiu a utilização de qualquer tipo de asbesto/amianto, à exceção da variedade crisotila (asbesto branco), o que beneficiou a economia do Estado de Goiás (terceira maior reserva mundial da variedade de amianto crisotila).

Assim, o Estado de Goiás e a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) iniciaram no STF o combate a todas as leis estaduais que proibissem o uso do asbesto/amianto crisotila. Num primeiro momento, as leis estaduais impugnadas foram julgadas inconstitucionais pelo STF, ao entendimento de terem extrapolado a permissão de suplementar a lei federal (art. 24, §2º, CF/88), em vez de preencherem vazios normativos deixados por ela[35]. Esse entendimento se fixou pelo julgamento de leis do Mato Grosso e de São Paulo (ADI n.º 2.396/MT e ADI n.º 2.656/SP[36]).

Contudo, no campo da discussão científica, política e jurídica, aumenta-se a discussão sobre: (1) a periculosidade de todas as variedades de asbesto/amianto à saúde e a um ambiente com qualidade de vida e (2) o papel dos entes federativos (relação legislativa entre a União e os Estados e o DF), no âmbito de um federalismo cooperativo. Esses enfoques deram fôlego a novos argumentos jurídicos, que passaram a compor o debate na jurisprudência do STF: (a) o amianto crisotila também gera risco à saúde e ao meio ambiente sadio (conforme Convenção n.º 162 da OIT, Resolução CONAMA n.º 348/2004, Convenção de Basiléia); (b) a legislação concorrente dos Estados é legítima para aumentar o nível de proteção contra esses riscos; (c) a lei federal extrapola a sua atribuição de norma geral (inconstitucionalidade), ao obrigar os Estados ao uso de resíduos perigosos em seu território.

Tais argumentos foram trazidos pelos Ministros Eros Grau[37] e Joaquim Barbosa[38] e tornaram-se vencedores, por exemplo, no julgamento da ADI n.º 3.937-MC/SP[39], inclusive para negar referendo à medida cautelar deferida pelo relator (Marco Aurélio) contra lei estadual que proibia o uso do amianto, o que significou verdadeira quebra com o entendimento consolidado anteriormente[40].

Abriu-se margem, inclusive, para o ajuizamento de ação direita de inconstitucionalidade (ADI n.º 4.066/DF[41], Rel. Carlos Britto) contra a lei federal n.º 9.055/95, pendente de julgamento. Também aguardam julgamento outras ações diretas de inconstitucionalidade contra outras leis estaduais[42]. Assim, novos rumos do debate são esperados na jurisprudência do STF.

Semelhante fenômeno ocorreu na discussão da ADI n.º 3.035/PR[43], referente ao controle dos Organismos Geneticamente Modificados (transgênicos), ou seja, Estados-membros editaram leis buscando níveis de proteção e controle mais rígidos (inclusive a proibição de uso de OGMs em seu território), mas a interpretação dada pelo STF à definição de competência privativa da União acabou por afastar essa legitimidade, ao decidir pela inconstitucionalidade formal em razão do vício de iniciativa[44]. Ainda nesse sentido houve a tentativa estadual de legislar sobre a rotulagem dos produtos comercializados no Estado paranaense que contivessem ingredientes transgênicos ou

tivessem sido produzidos a partir deles, por meio da Lei Estadual n.º 14.861/05, a qual foi declarada inconstitucional pela decisão da ADI nº 3.645/PR[45].

É exemplar também o julgamento da ADI n.º 1.086/SC (Rel. Ilmar Galvão, Pleno, julgado em 07.06.2001, DJ de 10.08.2001)[46], em que se declarou inconstitucional dispositivo da Constituição do Estado de Santa Catarina que dispensava a realização de estudo de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, criando exceção incompatível com o artigo 225, §1º, inciso IV, CF/88. Nesse julgado, o Ministro Sepúlveda Pertence asseverou que "*não pode a Constituição Estadual, por conseguinte, excetuar ou dispensar nessa regra ainda que, dentro de sua competência supletiva, pudesse criar formas mais rígidas de controle. Não, formas mais flexíveis ou permissivas*." Essa tese reforça o argumento de que a cooperação federativa, em matéria ambiental, deve ser no sentido de fortalecer os níveis de preservação, em vez de flexibilizá-los[47].

Em relação à compatibilidade da legislação federal com a Constituição Federal, destaca-se o julgamento da ADI n.º 3.378/DF[48], em que se fixou o entendimento de que o artigo 36 da Lei n.º 9.985/2000 concretiza o princípio do usuário-pagador, ao prever um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica[49]. No entanto, ressalvou-se que o valor ou o percentual da compensação-compartilhamento ambiental não deve ser fixado de imediato pela lei (um teto ou um piso)[50], mas de acordo com os impactos ambientais, definidos em respectivos estudos em que se sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Também se destacam casos em que a legislação e a constituição estaduais são confrontadas com as determinações da Constituição e da legislação federais. Toma-se como exemplo o julgamento da SL n.º 246/MT[51], em que se afirmou ocorrer grave lesão à ordem e à economia públicas, decorrente de decisão judicial que suspendeu a aplicação de lei estadual complementar que dispensava a realização de EIA/RIMA para empreendimentos hidrelétricos com potencial energético de até 30 MW[52]. Pelo fato de a legislação federal dispensar o EIA/RIMA apenas para os potenciais hidrelétricos abaixo de 10 MW (Resoluções CONAMA n.º 001/86, n.º 237/97, n.º 279/01 e n.º 006/87), o Ministério Público Federal defendia, no processo principal, a incompatibilidade da legislação estadual com o inciso IV do §1º do art. 225 da Constituição Federal, exigindo-se a atuação supletiva do IBAMA para o licenciamento ambiental[53]. Este debate está em aberto e com novos desdobramentos[54].

No debate judicial da competência executiva comum (art. 23, CF/88) destaca-se a discussão dos critérios de definição, a um ou outro ente federativo, de competência para (1) a realização do licenciamento ambiental[55] e (2) a criação de unidades de conservação (quando há conflito de interesses entre os entes). Há aqui o embate doutrinário de duas sugestões de critérios de definição, quais sejam: o critério da preponderância do interesse ou dos impactos diretos[56] do empreendimento[57] *versus* o critério da titularidade do bem envolvido[58].

A jurisprudência do STF vem se posicionando a favor do critério previsto na legislação federal (preponderância do interesse ou do impacto direto), conforme o julgamento da AC n.º 1255-MC/RR[59], em que se discutia a possibilidade de a União Federal, agindo por si ou por intermédio do IBAMA, poder ou não instituir reservas extrativistas em áreas que compreendem terras pertencentes a um determinado Estado-membro, o qual esteja a implantar e a desenvolver projetos da mesma natureza. O Ministro Celso de Mello asseverou o seguinte:

Vê-se, portanto, considerada a repartição constitucional de competências em matéria ambiental, que, na eventualidade de surgir conflito entre as pessoas políticas no

desempenho de atribuições que lhes sejam comuns - como sucederia, p. ex., no exercício da competência material a que aludem os incisos VI e VII do art. 23 da Constituição -, tal situação de antagonismo resolver-se-á mediante aplicação do critério da preponderância do interesse e, quando tal for possível, pela utilização do critério da cooperação entre as entidades integrantes da Federação [...].
[...]
Isso significa que, concorrendo projetos da União Federal e do Estado-membro visando à instituição, em determinada área, de reserva extrativista, o conflito de atribuições será suscetível de resolução, caso inviável a colaboração entre tais pessoas políticas, pela aplicação do critério da preponderância do interesse, valendo referir - como já assinalado - que, ordinariamente, os interesses da União revestem-se de maior abrangência.

Dessa forma, a definição da amplitude dos interesses ou dos impactos diretos (de âmbito nacional, regional ou local) perpassa os critérios apontados, em conjunto com as disposições da Resolução CONAMA n.º 237/97 e do art. 10 da Lei n.º 6.938/81. Mas a incerteza excessiva de suas definições muito abertas cria margem para reiteradas disputas políticas e administrativas que acabam no Poder Judiciário[60].

No julgamento da STA n.º 286/BA, discutia-se a grave lesão à ordem e à economia públicas decorrente de decisão judicial que liminarmente determinava a competência ambiental executiva ao IBAMA para licenciar e fiscalizar as atividades e obras de construção, de reforma e de ampliação nos terrenos de marinha e seus acrescidos e no polígono tombado pelo IPHAN compreendido entre as praias de Chega Nego e Piatã (no Município de Salvador/BA). Para os autores da ação civil pública, o Plano Diretor municipal conteria ilegalidades e inconstitucionalidades, como autorização de exploração imobiliária em locais de preservação ambiental de propriedade da União Federal, sem prévia consideração do IBAMA e do IPHAN. A posição do Estado da Bahia, do Município de Salvador e do IBAMA era a de que competiria apenas aos órgãos estaduais e municipais o licenciamento, ante o impacto local e regional das obras e atividades. O Ministro Cezar Peluso deferiu o pedido de suspensão para restaurar a competência dos órgãos ambientais estaduais e municipais até o trânsito em julgado da ação civil pública, por entender que decisão judicial liminar não poderia definir competência executiva para o licenciamento ambiental.[61]

No julgamento da ACO n.º 922-MC/SP[62], discutia-se a possível existência de conflito positivo de interesses entre o Estado de São Paulo e o IBAMA para licenciamento e construção de um terminal portuário no Município de Santos. O STF declarou sua competência para julgar o caso, por inexistir equilíbrio dos interesses federativos envolvidos e haver risco de ofensa ao pacto federativo. Também se determinou, entre outras questões, a assunção do licenciamento ambiental pelo IBAMA em detrimento do órgão ambiental estadual.

O debate do conflito ambiental federativo para o licenciamento e a adequação dos estudos de impacto ambiental também se remete ao Projeto de Integração do Rio São Francisco, em que se destacam dois julgados do STF considerados divisores de águas nesta questão.

No julgamento da RCL n.º 3.074/MG[63], o STF reconheceu sua competência originária para processos em que contendam Estados-membros ou órgãos seus, de um lado, e a União ou autarquia federal, de outro, acerca do Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional, por configurar "*caso típico de existência de conflito federativo, em que o eventual acolhimento da demanda acarretará reflexos diretos sobre o tempo de implementação ou a própria viabilidade de um projeto de grande vulto do governo federal*". No caso, o Estado de Minas Gerais

exigia mais rigor na proteção ambiental relacionada ao licenciamento realizado pelo IBAMA.

A decorrência imediata dessa decisão foi o deslocamento ao STF (voluntário ou via Reclamação Constitucional) de todas as ações oriundas dos Estados onde se veiculou controvérsia sobre este mesmo tema[64]. Assim, no julgamento da ACO n.º 876/BA[65], definiram-se critérios gerais para consideração das ações originárias do tema, com (1) "*a ausência de legitimação das associações civis e a inocorrência de substituição, por elas, dos entes federados legitimados para figurar em ação originária fundada no art. 102, I, f, da Constituição*", e (2) o indeferimento de todos os pedidos de liminar, "*tendo em conta a fase em que se encontra o Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional, não tendo sido comprovado o início de qualquer ato modificador do meio ambiente, antes da necessária concessão de Licença de Instalação*". Tal entendimento foi reforçado[66] no julgamento dos agravos regimentais[67] (ACO n.º 876 MC-AgR/BA) interpostos contra o indeferimento da legitimidade (processual) ativa de algumas partes.

Conclusão

A análise da jurisprudência do STF permite entrever que a preservação do meio ambiente tem se concretizado numa questão constitucional extremamente relevante (em sentido formal e material), evidenciada de múltiplas formas: (1) como questão autônoma, (2) como requisito intrínseco ou (3) como limite externo/condicionamento ao exercício de determinados direitos e (4) como finalidade concreta de um federalismo cooperativo.

Pode-se afirmar que a contribuição hermenêutica da jurisprudência do STF (e do Poder Judiciário brasileiro) tem sido determinante e necessária, mas não suficiente, sobretudo em relação à preservação do meio ambiente como finalidade concreta de um federalismo cooperativo.

A referida insuficiência (ligada aos conflitos de competência legislativa concorrente e de competência executiva comum) está relacionada, sobremaneira, ao descompasso da atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo dos diversos entes federativos (entre si e dentro de cada estrutura federativa) para a realização de um efetivo federalismo cooperativo. Os exemplos jurisprudenciais trazidos evidenciam a necessidade não só de uma lei (norma geral do art. 24, CF/88) que melhor defina uma regulação clara e estratégica do licenciamento ambiental e do estudo de impacto ambiental entre (e para) as unidades federadas (diante da notória controvérsia e incerteza de definição dos limites de atuação), como também de uma inovação instrumental-administrativa que dê fôlego e condições concretas de o Poder Público (em todos os níveis) exercer uma efetiva cooperação executivo-normativa (art. 23, § único, CF/88).

De todo modo, as relações constitucionais do meio ambiente apresentadas demonstram que nossa Constituição possibilita a construção de um Estado Constitucional Ecológico e de uma Democracia Sustentada, permite a percepção integrativa do ambiente e autoriza um agir integrativo da Administração. Para tanto, cabe ao Poder Público e à coletividade um exercício contínuo de concretização constitucional dos deveres que convertam tais idéias-força em resultados práticos e em efetivas políticas públicas ambientais legislativas e executivas. Exige-se diariamente uma atuação individual, coletiva, difusa, estatal e não estatal para a realização de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Referências

[1] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

[2] BECK, Ulrich. **La democracia y sus enemigos**. Tradução de Daniel Romero Álvarez. Barcelona (Espanha): Paidós Ibérica, 2000.
[3] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional:** em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 101-110.
[4] _____. **Estado de direito**. Lisboa (Portugal): Gradiva, 1999 (Cadernos Democráticos, v. 7), 1999.
[5] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Vol. 1. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra,PT: Coimbra Editora, 2007.
[6] CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.
[7] COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. **Proteção jurídica do meio ambiente**: I florestas. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
[8] FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
[9] FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. **Direito ao ambiente e propriedade privada**: aproximação ao estudo da estrutura e das conseqüências das "leis-reserva" portadoras de vínculos ambientais. Coimbra: Coimbra, 2001.
[10] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, 2003.
[11] LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patrick de Araújo. (orgs.). **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
[12] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
[13] MAGALHÃES, Marco T. R. *Será o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado um direito fundamental? Em busca da nota de fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. In: **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, v. 3, p. 235-254, 2006.
[14] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1998.
[15] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
[16] SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de direito**: lições de direito do ambiente. Coimbra: Almedina, 2002.
[17] SIRVINKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

---

[1] Cfe HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, 2003 (capítulo 9); Cfe. CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.
[2] O termo questão ambiental será usado aqui de forma ampla, significando uma autocompreensão social acerca do fato de que os problemas ecológicos ganham

dimensão significativa na vida da sociedade e do Estado, de modo a começar a fazer parte da agenda política, jurídica e social dos diversos Estados.

[3] "**Sólo una sociedad que salga del letargo y del pesimismo de la constelación de la confrontación y conciba la cuestión ecológica como un regalo del cielo para la autorreforma universal de una modernidad industrial hasta ahora fatalista, puede sacar todo el partido al potencial de los roles de salvadores y héroes y extraer de ellos el impulso para no sólo practicar una cosmética ecológica de alto estilo, sino, efetivamente, assegurar el futuro**." BECK, Ulrich. **La democracia y sus enemigos**. Tradução de Daniel Romero Álvarez. Barcelona (Espanha): Paidós Ibérica, 2000, p. 183-184. [grifo nosso]

[4] "Retomemos as considerações finais do número anterior. Dissemos que a pretensão de universalidade do Estado de direito **se reconduz**, **no final do milênio, à formatação de um Estado dotado de *qualidades*:** *Estado de direito, Estado constitucional, Estado democrático, Estado social* ***e Estado ambiental****."* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa (Portugal): Gradiva, 1999 (Cadernos Democráticos, v. 7), 1999, p. 23. [grifo nosso]

[5] Segundo Canotilho, a expressão Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada derivam, respectivamente, da consideração de duas obras distintas, indicadas em nota de rodapé: *Der Ökologische Verfassungstaat*, 1998 (R. Steinberg); *Die Notwendigkeit einer nachhaltigkeitsfähigen Democratie*, 1992 (M. Koeplfer). E a esse respeito, ele destaca: "No fundo, o que se pretende com estes enunciados ou fórmula é isto: 1) o Estado constitucional, além de ser e dever ser um Estado de Direito Democrático e Social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos; 2) o Estado Ecológico aponta para formas novas de participação política sugestivamente condensadas na expressão "Democracia Sustentada". No entanto, se as duas idéias rectizes - Estado ecologicamente informado e conformado e Democracia adequada às exigências de desenvolvimento ambientalmente justo e duradouro - parecem não oferecer grandes discussões, já o mesmo não se passa quando abandonamos os títulos metafóricos e nos embrenhamos na indispensável tarefa de análise das dimensões juridicamente constitutivas de tal Estado e de tal Democracia." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional:** em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 102.

[6] Ressalte-se tentativa legislativa atual em sentido contrário, entendida aqui como inadequada juridicamente, constante da PEC n.º 341/2009, que propõe a reforma da Constituição para conter apenas 70 dispositivos, retirando todo o artigo 225 e direcionando para a legislação estadual a matéria ambiental (art. 19 c/c art. 70 do projeto).

[7] Cfe. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Vol. 1. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007, p. 841-853; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

[8] No Brasil, a questão ambiental é relevante, não só por sua biodiversidade, mas por alcançar proteção constitucional. A proteção ambiental, difusa em diversos artigos da Constituição de 1988, recebe capítulo próprio, expresso no artigo 225. O artigo 170 destaca como princípio geral da Atividade Econômica a defesa do meio ambiente, exigindo tratamento diferenciado das atividades causadoras de impacto ambiental. Os artigos 23 e 24 informam a repartição de competência administrativa e legislativa entre os entes federados quanto à questão do meio ambiente.

[9] Referida na "obrigação do Estado, em cooperação com outros Estados e cidadãos ou grupos da sociedade civil, promover políticas públicas (econômicas, educativas, de ordenamento) pautadas pelas exigências de sustentabilidade ambiental" CANOTILHO, *op. cit*., 2003, p. 44.
[10] Id. Ibid., p. 103-110. Referida ao "dever de adopção de comportamentos públicos e privados amigos do ambiente de forma a dar expressão concreta à assumpção da *responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras*." CANOTILHO, *op. cit*., 2003, p. 44.
[11] Segundo Jürgen Habermas: "Pudemos observar que a passagem para o modelo do Estado Social se impôs, porque os direitos subjetivos podem ser lesados, não somente através de intervenções ilegais, **mas também através da omissão da administração**." HABERMAS, *op. cit*., 2003, p. 170. [grifo nosso]
[12] "Todo aquele que tenta enfrentar as perspectivas reformistas, servindo-se apenas dos argumentos triviais que destacam a complexidade, confunde legitimidade com eficiência e desconhece o fato de que as instituições do Estado de direito não visam simplesmente reduzir a complexidade, mas procuram mantê-la através de uma contra-regulação, a fim de estabilizar a tensão que se instaura entre facticidade e validade." HABERMAS, *op. cit*., 2003, p. 188.
[13] HABERMAS, *op. cit*., 2003, p. 189.
[14] Pretende-se, mais do que uma discussão extremamente aprofundada dos julgados, contribuir ao debate jurídico e acadêmico a partir de um mapeamento geral de decisões relevantes em matéria de meio ambiente, que possa servir de guia para estudos futuros de qualquer pesquisador da questão ambiental em relação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
[15] Nesse sentido, destaca-se o estudo da propriedade imóvel, seja urbana (art. 182, §1º e §2º, CF/88), seja rural (art. 186, *caput* e inciso II, CF/88). Também o art. 1228, §1º do Novo Código Civil.
[16] MS n.º 22.164/SP, Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30.10.95, DJ de 17.11.1995. Também nesse sentido: ADI n.º 2.213-MC/DF, Rel. Celso de Mello, DJ 23.04.2004, com destaque ao voto do ministro relator sobre a inconstitucionalidade material.
[17] ADIN n.º 1952-MC/DF, Rel. Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 12.08.1999, DJ de 12.05.2000. Em 12.06.2002, declarou-se o prejuízo da ação direta. DJ de 09.08.2002.
[18] MS n.º 25.142/DF, Rel. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 01.08.2008, DJ de 08.09.2008.
[19] RE n.º 134.297/SP, Rel. Celso de Mello, 1ª Turma, julgado em 13.06.1995, DJ de 22.09.1995. Em sentido semelhante: RE n.º 267.817/SP, Rel. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ de 29.11.02; AI n.º 677647-AgR/AP, Rel. Eros Grau, 2ª Turma, julgado em 20.05.2008, DJe de 06.06.20087; AI n.º 391251, Rel. Sepúlveda Pertence, julgado em 02.03.2007, DJ de 15.03.2007.
[20] STA-AgR n.º 118/RJ e STA-AgR n.º 171/PR: Rel. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 12.12.2007, DJ de 29.02.2008. Em sentido semelhante, o julgamento da STA n.º 214, Rel. Ellen Gracie, julgado em 05.03.2008, DJ de 11.03.2008 (decisão monocrática não transitada em julgado).
[21] Em relação a outras repercussões constitucionais relacionadas à importação de pneus usados e reflexos na ordem econômica, na regulação sanitária, administrativa e ambiental da questão, houve o apontamento dos seguintes processos, em sede de controle abstrato de constitucionalidade: ADI n.º 3.241/DF, ADI n.º 3.938/DF, ADI n.º 3.939/DF, ADI n.º 3.947/PR, ADI n.º 3.801/RS, ADPF n.º 101.

[22] ADPF n.º 101/DF, Rel. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 24.06.2009, pendente de publicação. A referência desse julgado, ainda que formalmente julgado fora do limite temporal dos 20 anos de Constituição, merece ser julgado, diante de sua relevância fundamental para a configuração da preservação do meio ambiente como preceito fundamental, já vislumbrado, de forma implícita, desde o julgamento da STA-AgR n.º 118/RJ e da STA-AgR n.º 171/PR.
[23] Ressalte-se a realização de audiência pública ocorrida em 27 de junho de 2008, em que o Estado, o Mercado e a Sociedade Civil puderam expressar, participar e refletir conjuntamente sobre os aspectos sociais, políticos, jurídicos e ambientais favoráveis e contrários à importação indiscriminada de pneus usados, destinados ao segmento de reforma de pneus no Brasil.
[24] Com a decisão proferida na ADPF n.º 101, é provável que em pouco tempo se solucionem as questões postas nas seguintes ações diretas relacionadas ao tema: **(1)** ADI n.º 3.241/DF e ADI n.º 3.938/DF, Rel. Carlos Britto; **(2)** ADI n.º 3.939/DF e ADI n.º 3.947/PR, Rel. Cármen Lúcia; **(3)** ADI n.º 3.801/RS, Rel. Celso de Mello.
[25] RE n.º 153.531/SC, Rel. p/acórdão Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 03.06.1997, DJ de 13.03.1998.
[26] ADI n.º 1.856-MC/RJ, Rel. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 03.09.1998, DJ de 22.09.1990. No mesmo sentido: ADI n.º 2.514 (Rel. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29.06.2005, DJ 09.12.2005) e ADI n.º 3.776 (Rel. Cezar Peluzo, Tribunal Pleno, julgado em 14.06.2007, DJ 29.06.2007).
[27] Tanto na doutrina, como na jurisprudência, já se percebe um debate continuado dessa questão de harmonização entre manifestações culturais e preservação do meio ambiente, com novas discussões acerca da possibilidade de proibição de rodeios por unidades federadas, bem como da utilização e adestramento de animais em circos. Segundo Pedro Lenza, "desde que não haja prática de atos de flagelação aos animais, as festas de rodeio e de peão vêm sendo admitidas pelos Judiciários locais. O STF ainda não enfrentou a questão específica sobre os rodeios, estando pendente de julgamento a ADI 3.595, ajuizada pelo então Governador de São Paulo, Geraldo Ackmin, com pedido de liminar, contra o Código de Proteção aos Animais (Lei Estadual n. 11.977/2005, que, entre outros pontos, proibiu, nesse Estado, as provas de rodeio e de espetáculos que envolvam o uso de instrumentos que induzam o animal a se comportar de forma não natural." LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 852-853.
[28] Isso se apreende facilmente a partir de pesquisa jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Como exemplos, destacam-se as discussões relacionadas ao licenciamento ambiental (STJ: Resp n.º 588.022/SC, Rel. José Delgado, 1ª Turma, DJ de 05.04.2004; Resp 818.666/PR, Rel. Francisco Falcão, 1º Turma, DJ de 28.09.2006), à responsabilidade ambiental (STJ: Resp n.º 578.797/RS, Rel. Luix Fux, 1º Turma, DJ de 20.09.2004), à preservação ambiental como elemento da função social da propriedade (STJ: Resp 217.858/PR, Rel. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ de 19.12.2003).
[29] Nesse sentido: SIRVINKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45; SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 52; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. **Proteção jurídica do meio ambiente**: I florestas. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 11; ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 70-71. Para um estudo específico acerca da polêmica da fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, vide: MAGALHÃES, Marco T. R. *Será o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado*

um direito fundamental? Em busca da nota de fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. In: **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, v. 3, p. 235-254, 2006.

[30] SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de direito**: lições de direito do ambiente. Coimbra: Almedina, 2002. p. 84 et seq.

[31] FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. **Direito ao ambiente e propriedade privada**: aproximação ao estudo da estrutura e das conseqüências das "leis-reserva" portadoras de vínculos ambientais. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 26-27.

[32] ADI n.º 3.540-MC/DF, Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01.09.2005, DJ de 03.02.2006.

[33] Interessante notar que, de forma geral, os votos do Ministro Celso de Mello parecem se destacar na jurisprudência do STF, em termos de constante esclarecimento e concretização dos delineamentos jurídico-constitucionais das diversas determinações de preservação do meio ambiente.

[34] Também o julgamento da ADPF n.º 101/DF se afigura como uma decisão paradigmática, em termos de fundamentação jurídico-constitucional da relevância da preservação ambiental e da afirmação de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tal decisão, inclusive, reforçou o entendimento de que as resoluções do CONAMA podem ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, já que não preencheriam os requisitos para serem impugnadas via ação direta de inconstitucionalidade (como ocorrido na ADI n.º 3.074/DF, que impugnava a Resolução CONAMA n.º 335/2003 regulamentadora do licenciamento ambiental de cemitérios).

[35] Ressalte-se que este entendimento tem sido, desde então, muito combatido no âmbito doutrinário, em que se critica a posição do STF por privilegiar "uma definição extremamente limitada do regime de repartição de competências legislativas, ao mesmo tempo que contribui para a consolidação de um *perfil minimalista de federalismo*." LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patrick de Araújo. (orgs.). **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 283-287.

[36] ADI n.º 2.396/MT - Rel. Ellen Gracie - e ADI n.º 2.656/SP - Rel. Maurício Corrêa -; Tribunal Pleno, julgadas em 08.05.2003, DJ de 01.08.2003.

[37] Em 29.082007, o Ministro Relator Marco Aurélio deferiu a medida cautelar em ADI, em que foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia e pelo Ministro Ricardo Lewandowski. O Ministro Eros Grau votou pelo indeferimento da medida cautelar, seguindo-se pedido de vista do Ministro Joaquim Barbosa.

[38] Em seu voto-vista proferido em 04.06.2008.

[39] ADI n.º 3.937-MC/SP, Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 04.06.2008, DJe de 12.06.2008.

[40] Ao final do julgamento da medida cautelar, ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie e Menezes Direito.

[41] Em decisão de 03.04.2008 (DJe de 11.04.2008), o Ministro relator adotou o rito do artigo 12 da lei n.º 9.868/99, para haver apenas julgamento definitivo da Ação direta de inconstitucionalidade.

[42] Todas pendentes de julgamento definitivo, após adoção do rito do art. 12 da Lei n.º 9.868/99: **(1)** ADI n.º 3.355/RJ, Rel. Joaquim Barbosa; **(2)** ADI n.º 3.356/PE, Rel. Eros Grau (com vista ao Min. Joaquim Barbosa desde 26.10.2005); **(3)** ADI n.º 3.357/RS, Rel. Carlos Britto; ADI n.º 3.406/RJ e ADI n.º 3.470/RJ, Rel. Gilmar Mendes.

[43] ADI n.º 3.035/PR, Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 06.04.2005, DJ de 14.10.2005.

[44] Também nesse tema a doutrina reserva críticas à interpretação do STF, no sentido de fomentar uma interpretação que privilegia um "modelo de federalismo minimalista". LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patrick de Araújo, *op. cit.*, p. 292-299.
[45] ADI n.º 3.645/PR, Rel. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 31.05.2006, DJ de 01.09.2006. **Cumpre ressaltar que de outras formas a questão ambiental relacionada aos transgênicos (OGMs) também foi e tem sido debatida na jurisprudência do STF, a saber**: **(1)** ações diretas de inconstitucionalidade que buscaram combater supostos vícios de inconstitucionalidade presentes na redação da Medida Provisória nº 131, de 25/09/2003, que estabeleceu normas para o plantio e comercialização da produção de soja da safra de 2004, legalizando a safra de um OGM à época ainda não autorizado no país, por embargo judicial (ADI n.º 3.011/DF , ADI n.º 3.014/DF , ADI n.º 3.017/DF e ADI n.º 3.036/DF, todas da relatoria da ministra Ellen Gracie, que, após a conversão da referida medida provisória na lei n.º 10.814 - de 15 de dezembro de 2003, perderam o seu objeto, tendo sido julgadas prejudicadas); **(2)** ADI nº 3.109/DF que se refere ao mesmo intento do grupo **(1)** anterior, mas que impugna a Medida Provisória nº 131, de 25/09/2003, convertida na lei nº 10.814/2004, que legalizou a safra 2003/2004 de soja plantada ilegalmente no território nacional (está pendente de julgamento); **(3)** ADI n.º nº 3.526/DF (Rel. Celso de Mello, pendente de julgamento desde 2005), considerada a impugnação de maior repercussão e alcance sobre o tema, ao contestar mais de 20 dispositivos da nova lei de biossegurança.
[46] Tal entendimento reiterou a medida cautelar anteriormente definida, a saber: ADI n.º 1.086-MC/SC, Rel. Ilmar Galvão, Pleno, julgado em 01.08.1994, DJ de 16.09.1994.
[47] Reforçando tal entendimento na doutrina, a partir do princípio *in dubio pro natura*, consultar: FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 344-366.
[48] ADI n.º 3.378/DF, Rel. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 09.04.2008, DJ de 20.06.2008.
[49] O referido artigo prevê a compensação ambiental devida pelo empreendedor para implantação de empreendimentos de significativo impacto ambiental.
[50] Interessante notar os desdobramentos atuais dessa discussão, a exemplo do debate instaurado pela Reclamação n.º 8.465/DF (Rel. Marco Aurélio, pendente de julgamento desde 18.06.2009), em que se requer a suspensão da eficácia do artigo 2º e anexos do Decreto Federal nº 6.848, de 14 de maio de 2009, ante o risco de aplicação imediata da norma já declarada inconstitucional (ADI 3.378/DF). O que ocorre é que no julgamento da ADI 3.378/DF declarou-se inconstitucional a fixação de um piso mínimo de compensação, por haver hipóteses em que não há impactos a serem compensados. No mesmo sentido, os autores da referida reclamação alegam que o Decreto Federal acabou criando um teto (0,5%), o que também seria inconstitucional.
[51] SL n.º 246/MT, Rel. Gilmar Mendes, julgado em 06.06.2008, DJE de 18.06.2008,
[52] No caso em questão, discutia-se a exigência de EIA/RIMA para pequenas centrais hidrelétricas (PCHs) no Estado de Mato Grosso, com até 30 MW de potência. A legislação estadual concedeu poder discricionário à Administração Ambiental Estadual para exigir (ou não) o EIA/RIMA nesses casos.
[53] A indicação desse julgado se fez para ressaltar um aspecto curioso: a questão ambiental de fundo constitucional, por vezes, consegue alcançar a análise prévia do STF, por meio de pedido de contracautela e subsequentes reclamações constitucionais, com efeitos diretos no processo principal (quase que equivalentes aos efeitos recursais, em face da continuidade de obras e licenciamentos ambientais), sem que se tenha que aguardar a admissão e o julgamento de um recurso extraordinário ou de ações típicas de controle concentrado de constitucionalidade (seja contra as resoluções do CONAMA,

seja contra a lei complementar estadual). O dilema aqui é que, muitas das vezes, o argumento de preservação ambiental perde lugar para o argumento econômico (prejuízos vultosos e/ou perda de emprego de trabalhadores), sem um juízo apurado e aprofundado, diante dos limites de análise em processos de contracautela. Em outras palavras, o espectro de análise é reduzido, mas os efeitos decisórios são contundentes.

[54] Em sentido semelhante a RCL n.º 8.269/MT (Rel. Gilmar Mendes, julgado em 08.07.2009, DJe de 05.08.2009), deferida em parte, em que se apontava a violação da autoridade da decisão do STF proferida na SL n.º 246/MT.

[55] A Resolução CONAMA n.º 237/97 **define o licenciamento ambiental como**: "procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso".

[56] Entende-se adequado ressaltar os impactos diretos, pois, regra geral, os impactos indiretos dificilmente são objetivamente mensuráveis para a finalidade almejada.

[57] Em geral, infere-se a existência desse critério na Resolução CONAMA n.º 237/97 (artigos 4º a 7º).

[58] Esse critério é, por vezes, invocado em ações judiciais, para exigir que o licenciamento se defina pela titularidade do ente federativo detentor da região em que será realizado determinado empreendimento. Contudo, há doutrina refutando tal proposição, por ser inconstitucional. Cfe. MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 431-434.

[59] AC n.º 1255-MC/RR Celso de Mello, julgado em 16.06.2006, DJ 22.06.2006)Em sentido semelhante: MS n.º 26.188-MC/DF, Rel. Sepúlveda Pertence, julgado em 20.03.2007, DJ de 12.04.2007.

[60] Entende-se necessária não só uma lei (norma geral) que melhor defina a regulação do licenciamento ambiental entre e para as unidades federadas (diante da notória controvérsia e incerteza de definição dos limites de atuação), mas também de uma inovação instrumental-administrativa que dê fôlego e condições concretas do Poder Público (em todos os níveis) exercer uma efetiva cooperação executiva (art. 23, § único, CF/88).

[61] Aguarda-se julgamento de agravo regimental no caso desde 27.04.2009, quando houve acolhimento de embargos declaratórios para sanar omissão, sem efeitos modificativos.

[62] ACO n.º 922-MC/SP, Rel. Cármen Lúcia, julgado em 01.09.2006, DJ de 08.09.2006 (pendente de julgamento no Tribunal Pleno). Sobre a definição, pela jurisprudência do STF, sobre a existência de conflito federativo apto a atrair a competência de julgamento do STF, inclusive com debate sobre questão ambiental, consultar: ACO n.º 969/BA, Rel. Cezar Peluso, julgado em 28.05.2007, DJ de 04.06.2007.

[63] RCL n.º 3.074/MG, Rel. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 04.08.2005, DJ de 30.9.2005.

[64] Em que se destacam, ilustrativamente: ACO n.º 857/MG, ACO n.º 858/MG, ACO n.º 981/RS, ACO n.º 869/SE, ACO n.º 886/SE, ACO n.º 787/BA, ACO n.º 872/SE, ACO n.º 873/SE, ACO n.º 820/BA, ACO n.º 870/SE, ACO n.º 871/SE, ACO n.º 953/BA, ACO n.º 1052/SE, ACO n.º 1031/DF, RCL n.º 4062/DF, RCL n.º 4409/DF,

RCL n.º 3945/BA, RCL n.º 4024/SE, RCL n.º 3883/BA, RCL n.º 4713/SC, PET n.º 3797/BA, AC n.º 1418/BA.

[65] ACO n.º 876-MC/BA, Rel. Menezes Direito, julgado em 18.12.2006, DJ de 01.02.2007.

[66] Conforme se infere do seguinte item da ementa: "5. Se não é possível considerar o projeto como inviável do ponto de vista ambiental, ausente nesta fase processual qualquer violação de norma constitucional ou legal, potente para o deferimento da cautela pretendida, a opção por esse projeto escapa inteiramente do âmbito desta Suprema Corte. Dizer sim ou não à transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar os aspectos normativos, no caso, para proteger o meio ambiente."

[67] ACO n.º 876-AgRMC/BA, Rel. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 19.12.2007, DJ de 01.08.2008.

O PROTOCOLO DE QUIOTO E A NOVA PROPOSTA PARA QUIOTO 2*

KIOTO'S PROTOCOL AND THE NEW PROPOSAL TO KIOTO II

Maurem da Silva Rocha
Daniela Braga Paiano

RESUMO
Pode-se afirmar que o desenvolvimento econômico trouxe inúmeros avanços em todos os setores da economia e da nossa vida cotidiana. Entretanto, esta evolução acarretou resultados negativos para todo o ambiente. A comunidade mundial, alarmada com as proporções destas mudanças no que tange ao aquecimento da Terra, passou a discutir o tema através de Conferências. A resposta a esse desafio foi a implementação de um acordo sobre metas de redução da emissão de gases de efeito estufa na atmosfera, chamado Protocolo de Quioto. Referido instrumento, com base estabelecida no princípio do Poluidor-Pagador, teve seu período de prova estabelecido entre 2008 e 2012. Atualmente, em pleno período de prova, começam as discussões a respeito da efetividade deste acordo e quais as medidas a serem tomadas para torná-lo mais efetivo, no momento da celebração de um segundo acordo, que vem sendo chamado de "Quioto 2". Tais discussões, ainda recentes, apontam para a implementação de uma política de cooperação global, visando um instrumento que além do equilíbrio ambiental, traga o restabelecimento do meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVES: PROTOCOLO DE QUIOTO, AQUECIMENTO GLOBAL, DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, CRÉDITO DE CARBONO

ABSTRACT
It can be asserted that the economic development brought about several achievements in all the different branches of economy and in our daily life. However, this evolution has caused negative outcomes to the whole environment. Alarmed with the proportion of these changes, the international community began to discuss the subject in worldwide conferences. The answer to this challenge was the implementation of an international agreement to set goals of reduction of greenhouse gas emissions in atmosphere, called Kyoto Protocol. This instrument was based in the polluter-payer principle, and it had its commitment period established between 2008 and 2012. Currently, during the commitment period, the discussions to make this agreement more effective have started, as well as on the appropriate measures to be included in a likely second agreement, which has been called Kyoto 2. Although recent, such discussions point out to the implementation of a global cooperation policy, seeking an instrument that goes beyond the environmental balance and allows the restoration of the environment.

KEYWORDS: KIOTO´S PROTOCOL, GLOBAL WARMING, SUSTAINABLE DEVELOPMENT, CARBON CREDIT

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que o desenvolvimento econômico trouxe inúmeros avanços no campo tecnológico, no setor empregatício, bem como no industrial e beneficiou este setor no que se refere às comodidades trazidas pela industrialização. Veio, enfim, a auxiliar o cotidiano do homem em seu lar, seu emprego e em seus rendimentos. A par disto, gerou, concomitantemente, consequências negativas, dentre as quais podemos citar o desemprego, conflitos entre nações, além de grande perda ao meio ambiente.

Essa melhora na qualidade de vida de determinados lugares e comunidades, desencadeada pela globalização, trouxe consigo o desequilíbrio ecológico. Em resposta a tais fatos sociais, iniciou-se o despertar para a defesa deste meio que vinha sendo ameaçado.

Mas, tendo em vista a proteção ambiental ser de interesse difuso e coletivo, ela não pode ser limitada aos contornos da soberania. Sustenta-se que o dano ambiental causado hoje em um lugar específico trará danos mundiais e não apenas naquele lugar de origem, podendo, inclusive perpetuar-se.

Desta forma, é necessário que haja uma cooperação mútua entre os diversos entes soberanos para que se possa, de forma eficaz, buscar soluções visando evitar os danos ambientais em todas as suas esferas. "Trata-se, na verdade, de optar por um desenvolvimento econômico qualitativo, único, capaz de propiciar uma real elevação da qualidade de vida e do bem-estar social."[1] Neste sentido, entende Kiss:

Nenhum país, nenhum continente no mundo é capaz de resolver sozinho o problema da camada de ozônio, da alteração do clima global ou do empobrecimento dos nossos recursos genéticos. É doravante indispensável a cooperação da Terra inteira. Ora, a Terra compreende também e sobretudo as populações que vivem nos países não industrializados, as quais são pobres e querem desenvolver-se. Assim, o problema do desenvolvimento nas suas relações com o ambiente pôs-se em toda a sua amplitude e de modo definitivo.[2]

À medida que a conscientização mundial em preservar o meio ambiente veio aumentando, passou-se também a buscar sua inserção no plano constitucional. Pois era necessário que as nações reconhecessem, dentro dos limites de sua soberania, e colocassem-se dispostas a essa meta: desenvolvimento econômico com o devido respeito ao meio ambiente, no lugar daquele desenvolvimento que nada vê, nem respeita.

Um dos grandes problemas trazidos pelo desenvolvimento foi o aquecimento da temperatura na Terra, provocado pelo aumento da emissão dos gases dióxido de carbono e metano, que causa o chamado efeito estufa e gera instabilidade climática e diversos desastres naturais.

Como forma de solução para este problema, várias discussões foram lançadas. Uma das alternativas vislumbradas foi o compromisso do Protocolo de Quioto, firmado em 1997, na cidade de Quioto no Japão, o qual entrou em vigor em 16 de fevereiro de 2005.

Esse Protocolo busca reduzir as taxas de emissão dos gases causadores do efeito estufa na Terra e tem como objetivo fazer valer as medidas previstas na Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC), todavia, agora, com a meta de redução já determinada em 5,2 % da emissão dos gases causadores do efeito estufa.

Para se estabelecer metas de redução, deve levar-se em conta o grau de desenvolvimento dos países integrantes, uma vez que, os países em desenvolvimento estão em situação de desvantagem frente aos países desenvolvidos, devendo recair sobre

os já desenvolvidos uma maior exigência, tanto para redução quanto para ajuda financeira e tecnológica aos países em desenvolvimento. Desta forma:

Cada país recebeu uma meta de redução dos níveis de poluição diferente, devendo, contudo, ser mantida a meta global combinada. Para alcançar os seus objetivos, os membros do Protocolo poderiam reduzir a emissão de GEE *(gases de efeito estufa* – grifo desta autora) em seu território ou negociar com outros países os mecanismos flexíveis, que são o comércio de certificados de carbono, o mecanismo de desenvolvimento limpo e a implementação conjunta.[3]

Portanto, foram estabelecidos prazos e metas diferenciados aos países para que se alcance seus objetivos, sendo usados relatórios anuais para esta verificação.
Algo inovador que veio a surgir com o Protocolo foi a comercialização de créditos de carbono, possibilitando que os países que não consigam atingir sua meta, possam comprar daqueles que já conseguiram alcançá-la.
Esses créditos de carbono "são certificados emitidos por agências de proteção ambiental para projetos de empresas que possam contribuir para a redução de emissões, incluindo desde reflorestamentos até a substituição de combustíveis fósseis por energias limpas, como o biodiesel."[4]
Mesmo assim, apesar da relutância de alguns países, este instrumento tende a se fortalecer e a crescer. Já foi um grande avanço trazido até agora e as expectativas são de que aumente o número de integrantes, quer de livre vontade, quer por pressão social, financeira ou de organizações não governamentais. Atualmente, apontam os créditos de carbono como sendo a moeda forte da atualidade.
Fala-se ainda, após o término do período de prova do Protocolo em 2012, na celebração de um outro acordo, que vem sendo chamado de QUIOTO 2, com vigência a partir de 2013, onde estão sendo discutidas novas metas e novos mecanismos de redução da emissão de poluentes no ambiente, conforme passaremos a discorrer.

1 O IPCC E A REALIDADE ATUAL

Em 1988, o programa da ONU para o Meio Ambiente criou o IPCC (Intergovernmental Panel for Climate Change/Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas), para analisar o impacto das mudanças climáticas no mundo. Foi neste momento que governantes e cientistas se reuniram em Toronto, no Canadá, para iniciar a discussão sobre o tema.
O referido Painel, formado por 2,5 mil cientistas, afirmava que a Terra já aqueceu 0,7ºC desde a Revolução Industrial. Seguindo esta linha, o IPCC projetou cenários futuros que preveem o aquecimento do planeta em pelo menos 1,8ºC até o final deste século.
Alarmados com a situação, em 1990, os cientistas afirmavam que seria necessário reduzir 60% das emissões de CO2 na atmosfera para atingirmos níveis compatíveis de sobrevivência. A ONU, então, passou a discutir a criação de uma Convenção sobre Mudança Climática.
Em função disso, no Rio de Janeiro, em 1992 mais de 160 governos assinam a Convenção-Quadro sobre Mudança Climática. O Brasil foi o primeiro a assiná-la.
Como consequência da entrada em vigor da Convenção-Quadro em 1994, começam a se realizar as Conferência das Partes (COPs) a partir de 1995, com o objetivo não só de discutir a questão do aquecimento global, mas de avaliar as ações realizadas durante o

período por cada um dos participantes. Assim, nesta primeira conferência, ocorrida em Berlim, na Alemanha, é proposto um protocolo de decisões sobre as obrigações listadas na Convenção.
Em 1997 é adotado o Protocolo de Quioto, no Japão, intitulado como o mais importante acordo ambiental feito pela ONU. Segundo ele, até 2012, trinta e oito países industrializados precisam reduzir em 5,2% as emissões de gases de efeito estufa, entre eles o CO2.

2. CONFERÊNCIA DAS PARTES E O PROTOCOLO DE QUIOTO

Pode-se dizer que a partir da Convenção-Quadro nas Nações Unidas sobre Mudança de Clima ocorrida em 1992 estabeleceu-se um processo permanente de revisão, discussão e troca de informações a respeito da implementação de projetos que buscassem a redução da emissão de gases de efeito estufa na atmosfera, além de políticas de incentivo adotadas pelos países com o objetivo de atingir os níveis buscados pelo Protocolo.
A primeira revisão da adequação dos compromissos dos países desenvolvidos ocorreu na sessão da Conferência das Partes[5] (COP 1), em 1995, em Berlim. As partes concluíram que o compromisso dos países desenvolvidos de voltar suas emissões para os níveis de 1990, até o ano de 2000, era inadequado para atingir os objetivos traçados pela convenção que consiste em impedir "*uma interferência antrópica perigosa no sistema climático*".
Após amplamente debatidas em oito sessões, durante dois anos e meio de negociações internas, foram encaminhadas à COP3 para negociação final as proposições para um protocolo. Por isso, em dezembro de 1997, em Quioto, no Japão, a Conferência culminou no consenso de adotar tal Protocolo, segundo o qual os países industrializados reduziriam suas emissões combinadas e gases de efeito estufa em pelo menos 5% em relação aos níveis de 1990 no período compreendido entre 2008 e 2012.
As COPs seguiram realizando-se anualmente, delineadas pelos objetivos traçados na Convenção-Quadro, buscando não só a discussão dos problemas climáticos mundiais, mas inclusive a troca de experiências pela aplicação das políticas ambientais entre os países envolvidos.
A COP 15 que ocorrerá em Copenhague, ainda este ano, terá como objetivo traçar um acordo global para definir o que será feito para reduzir as emissões de gases de efeito estufa após 2012.
O Protocolo foi aberto para assinaturas entre 16 de março de 1998 e 15 de março de 1999. Para entrar em vigor era necessário que fosse assinado por cinquenta e cinco países. Entre esses, deviam somar cinquenta e cinco por cento (55%) das emissões de dióxido de carbono em 1990, dentre as Partes do Anexo I do Protocolo.
A União Europeia já demonstrou seu apoio ao protocolo. Porém, os EUA se negam a assiná-los. O país, entretanto, é o maior emissor dos gases venenosos. Eles desistiram do tratado em 2001, alegando que o pacto era caro demais e excluía de maneira injusta os países em desenvolvimento.
Contrariando tais preceitos, em 2002, o Parlamento Canadense aderiu ao documento, dando maior força à entrada em vigor do instrumento. Mais adiante, em 2004, finalmente houve a possibilidade da implementação do Protocolo através da adesão da Rússia, segundo maior poluidor, responsável por 17% da emissão de gases poluentes.
Até então, apesar da adesão de cento e vinte e sete países, a soma de emissões era de apenas 44%. Com a Rússia, esse índice chega a 61%. Por isso, o Protocolo de Quioto

entrou em vigor em 16 de fevereiro de 2005, após a observância dos requisitos fixados no artigo 25 do referido documento.
Mais recentemente, em fevereiro de 2009, a Turquia assinou o documento, após aprovação em seu Parlamento. A Turquia havia se recusado anteriormente a assinar o acordo, afirmando que primeiro precisava completar seu desenvolvimento industrial. Porém, pressionado pela União Europeia (UE), o país finalmente concordou em assinar o protocolo.
O preceito básico de Quioto é o da "*responsabilidade comum, porém diferenciada*" – o que significa que todos os países têm responsabilidade no combate ao aquecimento global, porém aqueles que mais contribuíram historicamente para o acúmulo de gases na atmosfera (ou seja, os países industrializados) têm obrigação maior de reduzir suas emissões.
Esse documento orienta as Partes do Anexo I[6] - países industrializados – a atingirem as metas de redução de emissão de gases através da promoção do aumento da eficiência energética, da proteção dos sumidouros e reservatórios, da agricultura sustentável, de formas renováveis de energia, do uso de tecnologias de sequestro de carbono e do implemento de políticas fiscais que impactem na redução da emissão de gases de efeito estufa.
No caso dos países em desenvolvimento (incluindo o Brasil), estes não possuem obrigações de redução das emissões, todavia, devem implementar sistemas de desenvolvimento sustentável. São chamados de "Partes Não-Anexo I".
Cabe a estes países relatar a aplicação das políticas ambientais, buscando discutir, trocar experiências e combater a mudança do clima, bem como se adaptar aos seus efeitos.
Através do Protocolo, as partes do anexo I, ou seja, países desenvolvidos comprometem-se com metas individuais e com vinculação legal de limitação ou redução de suas emissões de gases de efeito estufa, que representam um corte total de, pelo menos, 5% em relação aos níveis de 1990, no período de 2008-2012, primeiro período do compromisso.
Eles foram criados para auxiliar as Partes do Anexo I a reduzir os custos de cumprimento das suas metas de redução de emissões, realizando ou adquirindo reduções de forma mais acessível em outros países.
As reduções das emissões dos gases devem acontecer em várias atividades econômicas, especialmente nas de energia e transportes. Os países devem cooperar entre si por meio de ações básicas. Dentre elas, podemos citar, de forma exemplificativa a reforma dos setores de energia e transporte, promoção do uso de fontes energéticas renováveis, eliminação de mecanismos financeiros e de mercado inadequados aos fins da Convenção de Quioto, redução das emissões de metano no gerenciamento de resíduos e dos sistemas energéticos e proteção de florestas e outros sumidouros de carbono.
O Protocolo também estabelece três mecanismos inovadores de flexibilização, criados para auxiliar as Partes do Anexo I a reduzir os custos de cumprimento das suas metas de redução de emissões, realizando ou adquirindo reduções de forma mais acessível em outros países. São eles a implementação conjunta, o comércio de emissões e o mecanismo de desenvolvimento limpo.
Primeiramente, definindo a Implementação Conjunta, dizemos que ela somente é permitida entre os países do Anexo I. Neste caso, um país A implementa projetos que levem à redução de emissões em um país B, na qual os custos com a redução sejam mais baixos. A redução de cada tonelada de carbono equivalente gera uma URE, ou seja, uma Unidade de Redução de Emissão.
Ainda falando de mecanismos que envolvem apenas países que compõem o anexo I, temos o Comércio de Emissões. Este mecanismo permite que dois países sujeitos a

metas de redução das emissões (países do Anexo I) façam um acordo pelo qual o país A, que tenha diminuído suas emissões para níveis abaixo da sua meta, possa vender o excesso das suas reduções para o país B, que não tenha alcançado tal condição. Aqui a redução de cada tonelada de carbono equivalente gera uma UQA, ou seja, uma Unidade de Quantidade Atribuída ou AAU (Assigned Amount Unit), que é o certificado de negociação deste mecanismo.

Por fim, e aqui o mecanismo que especialmente nos interessa, temos o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo. Ele visa auxiliar os países não pertencentes ao Anexo I a atingir o desenvolvimento sustentável pela promoção, por parte dos governos e das empresas de países industrializados, de investimentos ambientalmente saudáveis nesses países. Assim, os países do Anexo I poderão desenvolver projetos que contribuam para o desenvolvimento sustentável de países em desenvolvimento de modo a ajudar na redução de suas emissões e, ao mesmo tempo, buscando atingir a sua meta estabelecida no Protocolo. Este é o único instrumento que prevê a participação dos países em desenvolvimento. Essas iniciativas gerariam créditos para os países do Anexo I, e, ao mesmo tempo, ajudariam os países em desenvolvimento, pois estes se beneficiariam de recursos financeiros e tecnológicos adicionais para financiamento de atividades sustentáveis e da redução de emissões globais.

Esse mecanismo foi implementado a partir do Princípio do Poluidor-Pagador, onde se prevê a cobrança de uma taxa daquele que polui e a destinação dos recursos provenientes dessa taxa para alguma iniciativa de correção daquela poluição. É o que chamamos de “direito de poluir”.

Este princípio, dentre os vários princípios que norteiam o direito ambiental, destaca-se, não só pela sua importância, mas principalmente por trazer uma imagem de complementariedade em relação aos demais, visto que é a partir desse entendimento que se estabelece a responsabilidade civil do agente causador da poluição ou degradação do ambiente.

Nesse sentido, a lei de política nacional de meio ambiente – Lei 6938/81 – já previu em seu artigo 4º, inciso VII[7] – o dever de indenizar os danos causados ao meio ambiente, consolidando o princípio aqui referenciado.

Igualmente a nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, parágrafo 3º [8] tratou de recepcionar o princípio, estendendo a responsabilidade do campo civil para o administrativo e penal.

Mais recentemente a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em seu Princípio 16[9] fez previsão expressa de tal preceito. Segunda a Declaração, o poluidor deve arcar com o custo social decorrente da poluição por ele gerada, devendo, ainda, o Estado promover esse ressarcimento tendo sempre em vista os interesses públicos, sem, contudo, distorcer os seus objetivos.

Com isso, busca evitar o que chamamos de pagamento pela autorização de poluir. Isto porque, o objetivo é exatamente o contrário. O princípio visa coibir a poluição tendo em vista o alto custo para tanto. Portanto, determina ao poluidor que internalize o custo social da poluição por ele gerada. Estabelece-se uma conexão, agregando-se o custo ambiental ao preço do produto. Benjamin, com o qual concordamos, assim entende, afirmando que se busca fazer com que os agentes que originaram as externalidades assumam os custos impostos a outros agentes, produtores e/ou consumidores,[10] nesse caso, entendendo-se por externalidades os efeitos externos da sua atividade poluidora.

Dessa forma, esses custos devem ser internalizados, passando a constituir parte da cadeia produtiva do produto, repercutindo no seu custo final, que vai de encontro ao entendimento aqui defendido. Pretende-se, ao contrário, evitar a privatização do lucro e a socialização das perdas. Nesse mesmo sentido, Canotilho afirma que referido

princípio estabelece que os danos ambientais devam ser suportados pelos poluidores e não pelos contribuintes. [11]
Ainda nesta seara, Tessler[12] esclarece que outro fator a ser considerado é que o produtor tem a pretensão de repassar o custo da internalização para o produto, porém é necessário seja observada a viabilização de sua produção e comercialização, a fim de que o mesmo não perca a competitividade no mercado, acabando por impedir a atividade. Porém, tal posicionamento não condiz com o aqui defendido, pois, se a atividade praticada é de tal forma poluidora, que seu produto não consiga arcar com tal responsabilidade ambiental, cabe a suspensão dessa atividade seguida de estudos que o tornem viável, evitando, com isso, que a sociedade seja duplamente penalizada – pelo preço a ser pago e a degradação gerada.
O princípio do poluidor-pagador, assim, pode ser entendido como um mecanismo de alocação da responsabilidade pelos custos ambientais associados à atividade econômica. Em essência, portanto, este princípio fornece o fundamento dos instrumentos de política ambiental de que os Estados lançam mão para promover a internalização dos custos ambientais vinculados à produção e comercialização de bens e serviços. [13]
É também denominado princípio da responsabilidade, em função de seu caráter, já que visa coibir a produção de danos ao meio através da responsabilização econômica pela lesão que venha a causar ou que já tenha causado. É considerada a parcela de responsabilidade de cada indivíduo na tarefa de manutenção da biodiversidade, conservação de recursos e saúde humana principalmente. O seu conceito pode ser traduzido pela conexão que deve ser feita com a integração do custo ambiental ao preço dos produtos. [14]
Enfrentando o cerne da questão, Canotilho afirma ser uma ideia fundamentalmente equivocada pensar que o poluidor-pagador tem uma natureza exclusivamente curativa e não preventiva, ou seja, uma vocação para intervir *a posteriori* e não *a priori*. O autor português atribui ao princípio do poluidor-pagador a precaução, a prevenção e a redistribuição dos custos da poluição. Ou seja, é através desse princípio que, com maior eficácia ecológica, com maior economia e equidade social, consegue-se realizar o objetivo da proteção ao ambiente. [15]
Deve-se, assim, observar que, independentemente de sua natureza, as regras de responsabilidade civil pela reparação de danos ambientais não são hábeis a promover uma completa internalização dos custos de reparação do meio ambiente degradado. De fato, a aplicação dessas regras em diversos casos sugere que o poluidor se torna responsável tão-somente por uma parcela dos custos associados à reparação do dano ambiental. Esse princípio, por isso, funciona como uma ferramenta que permite aos Estados conduzirem os atores econômicos a arcar com todos os custos dos impactos negativos da produção de bens e serviços mesmo antes que estes venham a ocorrer. [16]
Seguindo essa mesma linha de entendimento Benjamin, assim apresenta o princípio do poluidor-pagador:
O princípio do poluidor-pagador não é um princípio de compensação dos danos causados pela poluição. Seu alcance é mais amplo, incluídos todos os custos da proteção ambiental, e ‘quaisquer que eles sejam’, abarcando, a nosso ver, os custos da prevenção, de reparação e de repressão do dano ambiental, assim como aqueles outros relacionados com a própria utilização dos recursos ambientais, particularmente os naturais, que ‘têm sido historicamente encarados como dádivas da natureza, de uso gratuito ou custo marginal zero.[17]
Nesse sentido, entendemos que se deve pensar nesse princípio com a concepção da cidadania ecológica. Essa cidadania busca reparar a degradação produzida, que aproveita à sociedade como um todo. Visa antes evitar a produção de danos e não

apenas compensar os danos já causados, cabendo aqui observar sua comunicação com o princípio da precaução e da prevenção.
Desse modo, percebe-se o motivo pelo qual, seguindo esse pensamento, o princípio em tela divide-se em dois aspectos: o primeiro é aquele com caráter preventivo, que visa coibir a concretização do dano; o segundo, de caráter reparatório, visando à reconstituição do bem atingido.
Assim, como resultado, incumbe ao poluidor a obrigação de arcar com o ônus tanto da prevenção/precaução para que o dano não ocorra, quanto para o ressarcimento caso venha a ocorrer. É encarado como um ônus inerente à atividade desenvolvida, seja ela apenas potencialmente ou efetivamente poluidora. Sob o primeiro aspecto, deve o poluidor arcar com as consequências provenientes das atividades por ele desenvolvidas, devendo ser acionados mecanismos que sirvam para minimizar ou neutralizar, se possível, os danos que serão produzidos pela sua conduta. O segundo, é a reparação após a ocorrência do dano. Nesse plano, já não existem condutas possíveis para evitar a produção do dano. Sua efetivação ocorreu em momento anterior. A partir daí, existem duas formas de repará-lo, conforme já anteriormente referido: o retorno ao *status quo ante* ou a indenização em pecúnia.
Não está contido, conforme já explanamos acima, em sua definição a permissão aos poluidores de condutas lesivas mediante o pagamento de determinada soma em dinheiro. Constitui-se, sim, na imputação do custo da lesão ao ambiente e àqueles aos quais tenham sido atingidos em virtude dessa conduta. A permissão ou o direito de poluir, além de serem constitucionalmente vedados, ferem não só este princípio, mas todos os outros aqui já referidos, já que os caminhos até agora apresentados apontam para a preservação e a conservação da biodiversidade.
Dessa forma, o princípio do poluidor-pagador vem a induzir os Estados a promover uma melhor alocação dos custos de prevenção e controle da degradação do ambiente, razão pela qual sua aplicação é considerada como parte integrante da orientação geral do direito ambiental, buscando, com isso, evitar episódios de interferências do ambiente. [18]
Essa imagem vem ao encontro ao que busca o MDL - Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, que nasceu de uma proposta brasileira à Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC).
Trata, assim, do comércio de créditos de carbono baseado em projetos de sequestro ou mitigação. O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo é um instrumento de flexibilização que permite a participação no mercado dos países em desenvolvimento, ou nações sem compromissos de redução, como o Brasil.
O objetivo, então, seria estimular a produção de energia limpa, como a solar e a gerada a partir da biomassa, e remover os gases de efeito estufa da atmosfera.
A redução de cada tonelada de carbono equivalente gera uma RCE, ou seja, uma unidade de Redução Certificada de Emissões.
Neste caso, os países que não conseguissem atingir suas metas teriam liberdade para investir em projetos MDL de países em desenvolvimento. Através dele, países desenvolvidos comprariam créditos de carbono, em tonelada de CO2 equivalente, de países em desenvolvimento responsáveis por tais projetos.
A maior parte dos projetos MDL realizados no Brasil se refere às áreas de energia renovável, com destaque para pequenas centrais hidrelétricas (PCHs), biomassa de reservas florestais e de cana-de-açúcar; aterros sanitários e fazendas de suínos, de acordo com o coordenador da comissão.

Na forma dos dados da Organização das Nações Unidas (ONU), o número de projetos registrados no Conselho Executivo do MDL totaliza 1.197 em todo o mundo, dos quais 146 estão no Brasil.
A região Sudeste lidera com o maior número de projetos, com destaque para os estados de São Paulo (21% do total nacional) e Minas Gerais (14%). Em seguida, em termos de participação nacional, aparecem Mato Grosso e Rio Grande do Sul, com 9% cada.
Importa salientar que é possível a utilização das reduções certificadas de emissões neste mecanismo que tenham sido obtidas durante o período compreendido entre 2000 e 2008 para auxiliar no cumprimento da redução estabelecida durante o período de prova entre 2008 e 2012.

3 UM PROTOCOLO PÓS-QUIOTO

Estudos científicos passaram a levantar suspeitas de que a temperatura média do planeta estaria aumentando. A partir dessas suspeitas, o Programa das Nações Unidas Para o Meio Ambiente (PNUMA) e a Organização Metereológica Mundial criaram o IPCC (Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, sigla em inglês).
Estes cientistas afirmaram que a mudança climática, provocada principalmente pela poluição de origem humana, iria causar secas, inundações, elevação do nível dos mares, ondas de calor e epidemias, entre outros resultados.
Foram as conclusões destes estudos do IPCC sobre mudanças climáticas que deram apoio científico à *Framework Convention on Climate Changes* (Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre a Mudança do Clima), a qual foi assinada por cerca de cento e setenta e cinco países, durante a Conferência do Rio em 1992, conhecida como a ECO 92.
Com o surgimento dessa Convenção, também conhecida como FCCC, seus países signatários passaram a reunir-se periodicamente para discutir e tentar solucionar o aumento da temperatura da Terra.
Concluindo que a principal causa das mudanças climáticas pelas quais passa o planeta é o aumento da concentração de gases que provocam o efeito estufa, a Conferência das Partes chegou à proposta do Protocolo de Quioto.
É nesse Protocolo que os países em desenvolvimento, e que mantêm, ao menos relativamente, preservados os seus recursos naturais, podem passar a se inspirar para desenvolver projetos visando sustentabilidade social e ambiental.
Em essência, o Protocolo veio a formalizar o entendimento de que aquele que, historicamente, vem causando maiores danos ao ambiente deve assumir financeiramente uma parcela maior nestas consequências. Dessa forma, quem mais poluiu desde a Revolução Industrial (os países que hoje são chamados desenvolvidos) deverá recompor os danos causados ao ambiente, ou compensar essa falta investindo, por exemplo, na recuperação e manutenção de áreas verdes, cuja maior parte ainda está nos países pobres, ditos em desenvolvimento.
Considerando a incalculável quantidade de gases de efeito estufa já emitida por esses países no decorrer das décadas, é simples imaginar que a conta do prejuízo é bastante alta. Assim, como forma de mitigar esse ressarcimento, o Protocolo de Quioto disseminou a concepção do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) e das RCEs (Redução Certificada de Emissões).
O objetivo do MDL é a busca de alternativas de tecnologias limpas (não-poluidoras) como, por exemplo, a geração de energia, reduzindo as emissões de CO_2 na atmosfera. Há também os projetos voltados para a área florestal, que devem ajudar a diminuir os

gases de efeito estufa presente na atmosfera pela absorção feita pela vegetação através da fotossíntese. Tais procedimentos são o que chamamos de "sequestro do carbono". Ou seja, é uma certificação pela quantidade de poluentes que deixará de ser emitida na atmosfera.

Os RCEs são emitidos por organizações credenciadas e corresponderão a reduções que decorram da implementação de um projeto. Sem a existência do referido projeto as emissões alcançariam níveis bem mais elevados. Assim, como forma de quantificação, cada crédito equivale a uma tonelada de dióxido de carbono.

Para entender o que significam o MDL e as RCEs é preciso ter clara a divisão existente entre os países, e que ficou estabelecida no Protocolo de Quioto. Eles estão divididos em dois grupos: os que precisam reduzir suas emissões de poluentes – países desenvolvidos – e aqueles que não estão obrigados a tais reduções – países em desenvolvimento. Exemplificando a questão: o Brasil, assim como outros países em desenvolvimento que não precisam diminuir suas emissões de gases de efeito estufa, pode comercializar a redução realizada através dos créditos de carbono obtidos através das RCEs.

Devido ao fato de nos encontrarmos no período de prova que teve início em 2008, as transações internacionais ao redor dos créditos de carbono já estão acontecendo e continuam crescendo. No início de julho de 2006, a Holanda já havia enviado um representante do seu Ministério do Ambiente e Desenvolvimento Urbano para negociar créditos de carbono com governo e empresários brasileiros. A Holanda é um dos 39 países que estão obrigados pelo Protocolo de Quioto a reduzir, de 2008 a 2012, emissões de dióxido de carbono e outras substâncias nocivas a um índice 5% menor do que o índice global registrado em 1990.

A iniciativa holandesa pode render 250 milhões de Euros, que serão destinados à redução de 200 milhões de toneladas de carbono. É certo que os países que têm tomado a dianteira nessas transações financeiras internacionais estão em vantagem sobre os demais.

Dentre os segmentos do mercado que poderão se beneficiar do comércio destes créditos estão os projetos de recuperação de aterros sanitários, de gás de auto-fornos, biodigestor e outros gases; as formas de energias limpas (biomassa, solar, eólica); a troca de combustíveis; a eficiência energética e eficiência em transporte; as melhorias/tecnologias industriais, como cimento, petroquímica, fertilizantes; além dos projetos florestais.

Citando alguns dos objetivos finais estabelecidos pela mitigação dos gases de efeito estufa temos a redução na emissão de gases de efeito estufa/aumento da remoção de CO2; investimento em tecnologias mais eficientes, substituição de fontes de energia fósseis por renováveis, racionalização do uso da energia além do florestamento ou reflorestamento.

Apesar de todos os esforços neste sentido, de acordo com levantamento realizado pelas comissões do IPCC, as emissões de gases de efeito estufa dos países mais industrializados cresceram 2,3% entre 2000 e 2006, em plena vigência do Protocolo de Quioto, que estabelece que os países cortem em média 5,2% suas emissões em relação aos índices registrados em 1990.

A maior fatia de crescimento veio do antigo bloco soviético e do Canadá. O estudo das Nações Unidas mostra que particularmente no ano de 2006 houve uma redução de 0,1%, mas o próprio secretário-geral da ONU informa que essa queda é estatisticamente insignificante.

Estudos econômicos baseados em cenários futuros têm sido cada vez mais necessários para uma compreensão de longo prazo. Por isso, já estão ocorrendo reuniões desde 2007

que buscam discutir as novas metas para um acordo que entrará em vigor em 2013, após o término de Quioto, que deverá ocorrer em 2012. Esse tratado, que deverá substituir o Protocolo, está sendo chamado de “Quioto 2”.

Um dos pontos mais importantes e polêmicos nestas discussões diz respeito aos países em desenvolvimento, que não foram incluídos nas metas estabelecidas por Quioto. Neste segundo momento, deverão adotar compromissos semelhantes aos dos países desenvolvidos.

Também entra em discussão um mecanismo para reduzir o desmatamento nas florestas tropicais, como a Amazônica. A ideia é oferecer incentivos econômicos em troca da preservação das matas. Além disso, outros três tópicos devem ser contemplados neste acordo: adaptação à mudança climática, financiamento aos países em desenvolvimento e transferência de tecnologia dos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento.

Além de estabelecer estas metas para um novo acordo, discute-se a eficácia deste Protocolo, ainda em vigência. Isto porque, ainda temos três anos para sua vigência, período essencial para o seu cumprimento. Deste período, importa trazermos à discussão as experiências positivas obtidas neste período, a fim de aperfeiçoarmos os instrumentos a serem adotados.

Espera-se, ainda, que Quioto 2 traga mais rigidez e abrangência. A inclusão de metas também para os países em desenvolvimento são indícios de tal política. Ainda, o incentivo, através de financiamento, para os países em desenvolvimento, bem como a cooperação entre as nações através de transferência de tecnologia são caminhos a serem tomados, almejando o restabelecimento do meio, na busca por um equilíbrio ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo, assustado pelos sinais cada vez mais evidentes e alertado pelos cientistas, coloca em pauta a discussão a cerca do aquecimento global. Nesta senda, busca, através da Convenção-Quadro sobre Mudança Climática estabelecer objetivos mais concretos para o problema. Isto ocorreu através da fixação de conferências anuais, nas quais debatiam soluções para a questão do aquecimento global e o futuro das atividades humanas de exploração ao meio ambiente.

Decorrente destas conferências, nasceu o Protocolo de Quioto, cujo objetivo foi estabelecer políticas ambientais aos países signatários, bem como estabelecer àqueles que historicamente poluíram mais, metas de redução de emissão de gases na atmosfera.

Para tanto, foram estabelecidos mecanismos de flexibilização, através dos quais seria permitido tanto aos países desenvolvidos alcançar as metas propostas de redução quanto aos países em desenvolvimento participarem deste processo, através de investimentos em políticas e ações ambientais nestes países.

É dessa forma que o referido Protocolo veio a propor novas políticas e ações que buscassem, primordialmente, a redução de emissões de gases de efeito estufa e, como resultado, a diminuição dos efeitos do aquecimento global, proporcionando um meio ambiente saudável e habitável.

Entretanto, o período de prova do referido instrumento que teve seu marco inicial em 2008, esgota-se em 2012. Por isso, já estão ocorrendo reuniões desde 2007 que buscam discutir as novas metas para um acordo que entrará em vigor em 2013, após o término de Quioto. Esse tratado, que deverá substituir o Protocolo, está sendo chamado de “Quioto 2”.

Um dos pontos mais importantes e polêmicos nestas discussões diz respeito aos países em desenvolvimento, que não foram incluídos nas metas estabelecidas por Quioto. Neste segundo momento, deverão adotar compromissos semelhantes aos dos países desenvolvidos.

Também entra em discussão um mecanismo para reduzir o desmatamento nas florestas tropicais, como a Amazônica. A intenção é oferecer incentivos econômicos em troca da preservação das matas. Além disso, outros três tópicos devem ser contemplados neste acordo: adaptação à mudança climática, financiamento aos países em desenvolvimento e transferência de tecnologia dos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento.

Assim, espera-se que Quioto 2 traga mais rigidez e abrangência que o acordo anterior. A inclusão de novas metas e objetivos são indícios de tal política. O próprio incentivo, através de financiamento, para os países em desenvolvimento, bem como a cooperação entre as nações através de transferência de tecnologia são de primordial importância, implementando uma política de cooperação global, visando, além do equilíbrio ambiental, o seu restabelecimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AL GORE. *Uma verdade Inconveniente.* São Paulo: Manole, 2006.

- ARAÚJO, Antônio Carlos Porto. *Como comercializar créditos de carbono.* São Paulo: Trevisan Editora, 2006.

- BENJAMIM, Antônio Herman. *Dano Ambiental, Reparação e Repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

- CALSING, Renata de Assis. *O Protocolo de Quioto e o Direito do desenvolvimento sustentável.* Porto Alegre: Sergio Antronio Fabris, 2005.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

- CAPRA, Fritjof. *Alfabetização Ecológica.* São Paulo: Cultrix, 2006.

- KISS, Alexandre. Direito internacional do ambiente. In: *TEXTOS.* Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996.

- PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente:* meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca**.** Princípios de Direito Ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

- SCHMIDT, Larissa. Os princípios Ambientais e a sua aplicabilidade no Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/caoma_IIcong_ teseIV. Acesso em: 01/09/2009.

- SISTER, Gabriel. *Mercado de Carbono e Protocolo de Quioto*. Campus Jurídico, 2007.

- TESSLER, Luciane Gonçalves. O princípio do poluidor pagador como parâmetro para a mensuração da multa coercitiva na prestação da tutela inibitória ambiental. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, v. 23, 2002.

---

[1] PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente:* meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 65.

[2] KISS, Alexandre. Direito internacional do ambiente. In: *TEXTOS*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996, p. 82.

[3] CALSING, Renata de Assis. *O Protocolo de Quioto e o Direito do desenvolvimento sustentável*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005, p. 75.

[4] CALSING, op. cit., p. 118.

[5] Conferência das Partes (COP): é o "órgão supremo" da Convenção, ou seja, a autoridade mais alta na tomada de decisões. É uma associação de todos os países que ratificara ou aceitaram as convenções. A COP revisa a implementação da Convenção e examina os compromissos das Partes à luz do objetivo da Convenção das novas descobertas científicas e da experiência adquirida na implementação das políticas de mudança de clima. A COP reúne-se todo ano, a menos que as partes decidam ao contrário, em uma das cinco regiões reconhecidas pelas Nações Unidas.

[6] Os países listados no Anexo I são os países industrializados que mais contribuíram no decorrer da história para a mudança do clima. São eles: Alemanha, Austrália, Áustria, Belarus, Bélgica, Bulgária, Canadá, Comunidade Européia, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, EUA, Estônia, Federação Russa, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Mônaco, Noruega, Nova Zelância, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido da Grã-Betanha e Irlanda do Norte, República Tcheca, Romênia, Suécia, Turquia, Ucrânia.

[7] "Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos."

[8] "Art. 255. § 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."

[9] "Princípio 16. Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurara promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais."

[10] BENJAMIM, Antônio Herman. *Dano Ambiental, Reparação e Repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 227.

[11] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998, p. 41.

[12] TESSLER, Luciane Gonçalves. O princípio do poluidor pagador como parâmetro para a mensuração da multa coercitiva na prestação da tutela inibitória ambiental. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, v. 23, 2002. p. 81.

[13] SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca**.** *Princípios de Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 23.
[14] SCHMIDT, Larissa. Os princípios Ambientais e a sua aplicabilidade no Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/caoma_IIcong_teseIV. Acesso em: 01/09/2009. p. 10.
[15] CANOTILHO,op. cit., p. 51.
[16] SAMPAIO, op. cit., p. 23.
[17] BENJAMIM, op. cit., p. 231.
[18] SAMPAIO, op. cit., p. 25.

TRANSPOSIÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO E PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO: CONSTRUINDO UMA ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO PROFERIDO PELO STF NO ACO 876 MC-AGR/BA*

MODIFICATION OF THE RIVER SAN FRANCISCO AND PRINCIPLE OF THE PRECAUTION: CONSTRUCTING A CRITICAL ANALYSIS OF THE JUDGMENT PRONOUNCED FOR THE STF IN THE ACO 876 MC-AGR/BA

Pedro Ivo de Sousa
Mariana Machado Santos Sousa

RESUMO

Trata o presente estudo de uma análise crítica do julgamento proferido pelo Tribunal Pleno do STF no ACO 876 MC-AgR/BA. Inicia a abordagem com uma análise concisa da auto-compreensão do papel do ser-humano na natureza, tratando de avaliar esta relação a partir da modernidade, em que o antropocentrismo se alia ao individualismo exacerbado. Apresenta, sucintamente, o caso analisado pelo Tribunal Pleno no julgamento do ACO 876 MC-AgR/BA. Propõe uma análise paradigmática constitucional do direito ambiental no atual sistema constitucional brasileiro, focando suas atenções especialmente para o princípio da precaução. Pondera finalmente, por meio de uma análise crítica, a aplicação do princípio da precaução no referido caso julgado pelo Tribunal Pleno do STF.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO AMBIENTAL – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

ABSTRACT

It deals with the present study a critical analysis of the judgment pronounced for the Tribunal Pleno of the STF in the ACO 876 MC-AgR/BA. It initiates the boarding with a concise analysis of the self understanding of the paper of the human being in the nature, treating to evaluate this relation from modernity, where the antropocentrismo if unites with the accented individualism. It presents, in summary, the case analyzed for the Tribunal Pleno in the judgment of the ACO 876 MC-AgR/BA. It considers in a constitutional paradigm analysis of the enviromental law in the current Brazilian constitutional system, with focus its attentions especially stops the beginning of the precaution. It ponders finally, by means of a critical analysis, the application of the beginning of the precaution in the related case judged for the Tribunal Pleno of the STF.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: ENVIROMENTAL LAW - DEMOCRATIC STATE OF RIGHT - PRINCIPLE OF THE PRECAUTION - PRINCIPLE OF THE ECONOMIC DEVELOPMEN

1 INTRODUÇÃO

Entender o movimento atual de proteção meio ambiente pelo direito ambiental é, antes de qualquer coisa, compreender o avanço obtido na tutela internacional do ambiente, que perpassa o próprio sentido de auto-compreensão do papel do ser-humano no universo fascinante da natureza.

Inicialmente, é possível afirmar, sem sombra de dúvidas, que o meio ambiente sempre foi, de alguma forma, violado pela espécie humana, sendo que, a partir das Revoluções Iluministas, que deram origem a modernidade, a sua degradação tem sido praticada de forma mais avassaladora e dramática.

Como se sabe, o ideal iluminista entronizou o homem no ponto mais elevado do centro do universo. A partir deste momento, inicia-se uma ruptura sem precedentes do homem e da natureza. O homem, por ser o detentor da razão, começa a se auto-compreender como aquele que possui o domínio sobre o ambiente.

De certa forma, este sentimento de domínio não destoa com os iniciais relatos escritos históricos da humanidade, sendo conhecida a passagem bíblica em que Deus, no momento da criação de Adão e Eva no Jardim do Éden, afirmou: “sejam férteis e multipliquem-se! Encham e subjugem a terra! Dominem sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu e sobre todos os animais que se movem pela terra”.[1]

Contudo, existe uma particularidade que dá um toque muito diferente aos momentos distintos. É que ao lado desta auto-compreensão dominadora, com o advento da modernidade, ganhou força o movimento individualista, que passou a ser assimilado pela humanidade de uma forma irresponsável e inconsequente, gerando inúmeros problemas sociais, políticos, econômicos e, até mesmo, ambientais.

Assim, diferentemente da dominação inicial, em que o homem encontrava a sua razão na própria natureza, num sentimento de pertença mútuo, pensando no benefício coletivo de suas ações, o antropocentrismo da modernidade é marcado por um individualismo excessivo, que gera uma única preocupação humana de satisfação de suas as

necessidades imediatas, não se preocupando com o reflexo que seus atos produzirão na natureza, na sociedade e nas futuras gerações.

Não é por outro motivo que se pode, facilmente, afirmar que a atual geração humana, de uma maneira geral, tem sido identificada como uma sociedade capitalista e consumista, voltada para a geração do lucro a qualquer custo e para o consumismo desenfreado, que não reflete astutamente sobre as consequências dos seus atos.

Felizmente, ou infelizmente (em razão do enorme lapso de reação, que pode resultar em danos ambientais irreparáveis), o ser humano vem percebendo, especialmente nas quatro últimas décadas, que precisa regrar e limitar as condutas danosas ao meio ambiente, sob pena de comprometer a vida da presente geração e colocar em risco a existência das futuras gerações.

No Brasil, no âmbito constitucional, é possível afirmar que esse regramento só veio a surgir de forma consistente e madura na Constituição da República Federativa de 1988, daí se concluir que a experiência jurídica ambiental brasileira ainda é incipiente e muito carente de debate jurisprudencial, o que gera a necessidade de constantes avaliações dos julgados proferidos pelos Tribunais pátrios, como forma de propiciar o amadurecimento do próprio sistema normativo e das normas jurídicas ambientais.

No intuito de contribuir com este processo evolutivo de amadurecimento da tutela ambiental, é que o presente estudo se propõe a analisar criticamente o julgamento do ACO 876 MC-AgR/BA, sob a égide da atual normatização constitucional do direito ambiental e, especialmente, do princípio da precaução no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, até mesmo como forma de se buscar identificar uma coerência jurisprudencial mínima no proferimento de decisões em *hard cases* que envolvam matéria ambiental.

2 SÍNTESE ANALÍTICA DO CASO JULGADO PELO PLENO DO STF NO JULGAMENTO DOS AGRAVOS REGIMENTAIS NA AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA – ACO 876-MC-AgR/BA

Certamente, o caso avaliado pelo Pleno do STF no julgamento da ACO 876-MC-AgR/BA se revela como sendo mais um daqueles casos que merecem uma especial atenção da comunidade jurídica brasileira, não tanto pelo contexto fático em que

ocorreu, mas, principalmente, em decorrência da solução jurídica apresentada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de agravos regimentais interpostos pelo Ministério Público Federal, pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção da Bahia, o GAMBA – Grupo Ambientalista da Bahia, o IAMBA – Instituto de Ação Ambiental da Bahia, a Associação Movimento Paulo Jackson – Ética, Justiça e Cidadania, o PANGEA – Centro de Estudos Socioambientais e a AEABA – Associação dos Engenheiros Agrônomos da Bahia, contra o indeferimento do pedido de liminar nos autos da Ação Civil Pública movida pelos agravantes contra a União e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA.

Nos autos originários, identificou-se que o indeferimento judicial do pedido liminar se fundamentou na ilegitimidade das associações civis por não poderem as mesmas, na visão do relator, substituírem os entes federados mencionados no artigo 102, I, f, da Constituição da República Federativa de 1988.

Convém esclarecer, entretanto, que, por meio do julgamento da Reclamação nº 3.074, o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a sua competência originária para conhecer e julgar todos os processos dos quais façam parte Estados-membros ou seus órgãos versus União ou autarquia federal que envolvam o Projeto de Integração do rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional. Dessa forma, a ação civil pública acima mencionada passou a ser apreciada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Contextualizando de uma forma breve, o Projeto de Transposição do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional, prevê a captação de aproximadamente 7,5% da vazão do rio, por meio da represa de Sobradinho, a fim de que as usinas de Paulo Afonso, Itaparica e Xingo gerem energia durante o ano todo.

De volta ao plano jurídico, de um lado argumentou o Ministério Público Federal que, por se tratar de um projeto com alto grau de impacto ambiental, a Licença Prévia não poderia ser concedida sem a demonstração do preenchimento integral dos requisitos que a condicionam, e o que é pior, o procedimento de licenciamento não poderia avançar para outra fase com pendências substanciais, como as várias violações das normas sobre recursos hídricos e licenciamento, como restou afirmado na petição inicial.

Explicou ainda o *parquet* federal que "em cada fase do licenciamento existe uma finalidade específica a ser atendida. Daí porque se impõe o rigoroso e integral cumprimento das exigências previstas na legislação ambiental como condição para o deferimento de cada uma das licenças". E acrescentou que, por se tratar de projeto com alto grau de impacto ambiental, o erro da autoridade administrativa em qualquer das fases do licenciamento geraria danos irreversíveis, daí necessária a aplicação do princípio da precaução.

Reconheceu o Ministério Público Federal a existência do *fumus boni iuris* por entender que a Licença Prévia estava eivada de vícios que comprometiam a sua validade, em virtude da postergação de estudos necessários e da ausência da indispensável manifestação do Congresso Nacional, exigida nos artigos 49, XVI e 231 §3º, da Constituição da República Federativa de 1988.

Ademais, demonstrou o *periculum in mora*, ou o fundado receio de dano irreparável, na medida em que, se o procedimento de licenciamento prosseguia sem o integral atendimento das exigências estabelecidas na Licença Prévia, ocorria a permissão para a práticas de atos direcionados à obtenção da Licença da Instalação, a qual possibilitava a pratica de atos com potencialidade de provocar danos ambientais. E reafirmou que, apesar da Licença Prévia não autorizar atos concretos de implementação física do projeto, a imprensa divulgava reiteradamente que a Administração Pública local estaria adotando todas as providências necessárias ao início das obras do projeto, fato que acarretaria danos irreversíveis e irreparáveis ao meio ambiente.

Não obstante à excelente argumentação jurídica dos agravantes, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, decidiu, por maioria de votos, negar provimento aos agravos regimentais interpostos pelas associações civis, em razão do reconhecimento da ilegitimidade ativa dessas entidades, por não poderem substituir os entes federados elencados no artigo 102, I, f, da Constituição Federal. Outrossim, por maioria de votos, decidiu negar provimento ao agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal pelos fundamentos descritos abaixo.

Com relação à autorização do Congresso Nacional exigida nos artigos 49, XVI e 231 §3º, da Constituição Federal, o Pretório Excelso limitou-se a dizer que no projeto havia somente a previsão da construção de um canal passando dentro de terra indígena, e que não há evidência de que recursos naturais hídricos seriam utilizados.

No tocante às licenças, afirmou que a concessão da "Licença de Instalação levou em conta o fato de que as condicionantes para a Licença Prévia estão sendo cumpridas (...)" e que "a correta execução do projeto dependeria, primordialmente, da efetiva fiscalização e emprenho do Estado para proteger o meio ambiente e as sociedades próximas".

Por fim, trouxe à baila o princípio do desenvolvimento econômico e social e afirmou que o meio ambiente não pode ser incompatível com este princípio, pois todo projeto que visa o desenvolvimento deve se preocupar em preservá-lo como patrimônio da humanidade.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela ausência de violação de norma constitucional ou legal que possibilitasse o deferimento da cautela pretendida, em razão de não se poder considerar o projeto como inviável do ponto de vista ambiental. Ainda, no encerramento do acórdão, afirmou que "a opção por esse projeto escapa inteiramente do âmbito desta Suprema Corte. Dizer sim ou não à transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar os aspectos normativos, no caso, para proteger o meio ambiente".

Registra-se que os ministros Marco Aurélio, Carlos Britto e Cezar Peluso abriram divergência consignando, em seus votos, que o pedido de liminar foi indeferido na ação civil originária porque à época, 2006, não havia sido concedida a Licença de Instalação, mas apenas a Licença Prévia e, por isso, à época não havia ainda risco de efetivo dano real ao meio ambiente. Contudo, os fatos se modificaram, pois, já no julgamento, a Licença de Instalação das obras já havia sido deferida, sendo que as obras de instalação já teriam sido iniciadas.

A corrente divergente reportou-se ao voto do Ministro Relator que indeferiu a liminar, objeto do presente agravo regimental, Ministro Sepúlveda Pertence, e lembrou que este disse que seria necessário atender a várias condições, dentre elas a realização de audiências públicas, para que a Licença de Instalação fosse concedida. Ocorre que nenhuma audiência pública teria sido realizada, bem como, de acordo com o parecer técnico nº 15, de 2007 do IBAMA, não foram satisfeitas completamente ou parcialmente as condições elencadas no próprio voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

Os votos divergentes reportaram-se aos artigos 48, IV, e 58, § 2º, VI, ambos da Constituição da República Federativa de 1988, e defenderam a autorização por parte do Congresso Nacional para um Projeto da monta da Transposição de Águas do Rio São Francisco, por tratar-se, nas palavras do Ministro Carlos Britto, de um expressivo programa de governo, uma política pública de vulto que implicaria em investimentos na casa de bilhões de reais, isso sem falar no impacto ambiental e na afetação das comunidades que vivem por onde o rio passará.

Conforme os divergentes, a obra perpassaria os Estados da Paraíba, do Rio Grande do Norte, do Ceará e envolveria também o Estado de Minas Gerais, razão pela qual se poderia afirmar que o projeto assumiria projeção federativa. Ademais, conforme

ilustrado, a extensão da obra era de 612 Km a partir de dois eixos: o eixo norte, 402 Km; o eixo leste, 210 Km, com 25 metros de largura e 05 metros de profundidade. Portanto, dada a importância, a magnitude e a dimensão do projeto, o assunto deveria ser discutido e autorizado pelo Congresso Nacional.

Por derradeiro, essa corrente fez menção ao artigo 225 da Constituição da República Federativa de 1988 e afirmou que esse é um núcleo semântico plurissignificativo dos mais importantes da Constituição brasileira, em razão dos bens jurídicos tutelados em um só dispositivo. Entenderam que o princípio da precaução derivado do artigo 225 da CF deveria ser aplicado ao caso em tela, vez que o Rio São Francisco encontrava-se assoreado, poluído e debilitado. Por esse motivo, recomendaram os especialistas que primeiramente deveria se revitalizar o rio para depois se avaliar se a transposição seria viável.

Contudo, mesmo parecendo ser este o posicionamento mais plausível e cauteloso, não foi o que prevaleceu no julgamento do ACO 876-MC-AgR/BA, conforme já explanado acima.

Assim sendo, após a análise inicial do julgamento, o presente estudo passará a avaliar o sistema normativo constitucional ambiental vigente, dando ênfase ao princípio da precaução, no intuito de realizar um exame crítico do julgamento aqui relatado.

3 DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA TUTELA DO MEIO AMBIENTE E PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

Sabemos que a Constituição de 1988 é um marco para o Direito Ambiental, pois nela o meio ambiente foi tratado pela primeira vez de forma específica e global. Como se sabe, nas Constituições brasileiras anteriores, a proteção ao meio ambiente ocorria de maneira diluída e casual, referindo-se o legislador infraconstitucional somente a alguns de seus elementos integrantes, como, por exemplo, à floresta, à fauna e à flora.

De forma inovadora, a Constituição de 1988 dedica o capítulo VI do título VIII (Da Ordem Social) exclusivamente ao meio ambiente. Contudo, o regramento constitucional não se prende somente a esse capítulo, alcançando também diversos outros títulos e capítulos, decorrentes do conteúdo interdisciplinar da matéria.

Há de se ressaltar que a Carta Magna brasileira, no tocante a tutela do direito ambiental constitucional, destaca-se no panorama internacional devido a sua abrangência e a sua atualidade. Por tudo isso é que a Constituição de 1988 pode ser denominada de “verde”, como nos ensina o mestre Édis Milaré (2001, p. 232).

A Carta Brasileira erigiu o meio ambiente a um bem jurídico autônomo, incluindo-o dentre os valores ideais da ordem social, e mais do que isso, elevou o direito ao meio ambiente sadio à categoria de direito fundamental do indivíduo, o que irradia uma série de conseqüências no mundo jurídico como: eficácia plena e imediata da norma, conforme artigo 5º, §1º, da CRFB/1988, a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, a impossibilidade de suprimi-lo, haja vista fazer parte do rol das cláusulas pétreas elencadas no artigo 60, §4º, IV, da CF, autorização para o Poder Judiciário operar controle de política pública que apresente violação a esse direito fundamental, dentre outras tantas que se poderia mencionar.

Ao definir que o meio ambiente é bem comum do povo, o constituinte enquadrou o meio ambiente dentre os direitos públicos subjetivos, o que significa ser exigível e exercitável em face do próprio Estado, que também tem o dever de protegê-lo (Milaré, 2001, p. 233).

Como todos os demais direitos fundamentais, o direito ao meio ambiente é também indisponível, característica evidente no artigo 225 da CRFB/1988, que impõe a defesa e a preservação do meio ambiente pelo Poder Público e pelo cidadão para as presentes e para as futuras gerações.

No caput do artigo 225, a CRFB/1988 estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos e define sua natureza como bem comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo a co-responsabilidade do cidadão, da sociedade e do Poder Público na defesa e preservação.deste tão importante direito para as presentes e para as futuras gerações.

Nessa parte final do artigo 225 da CRFB/1988, encontra-se consagrado o princípio da prevenção que, tradicionalmente, é entendido por parte da doutrina como sinônimo do princípio da precaução. Entendem assim, por exemplo, Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Édis Milaré.

Contudo, doutrina mais moderna tem diferenciado esses princípios. É o que nos ensina Paulo Afonso Leme Machado, Marcelo Abelha Rodrigues e Paulo de Bessa Antunes. Segundo estes estudiosos, a principal diferença existente entre ambos os princípios é que no princípio da prevenção procura-se agir de forma a *evitar o risco ambiental*, enquanto que no princípio da precaução *antecede-se* ao da prevenção. Aqui não se busca evitar o *dano ambiental*, mas antes disso procura-se evitar os *riscos ambientais*.

Assim, de acordo com o princípio da precaução, diante da dúvida cientifica da potencialidade do dano ao meio ambiente, as medidas de precaução devem ser tomadas. Repercussão interessante do princípio é apontada pelo professor Marcelo Abelha em sua obra e consiste no fato de que o ônus de provar que o empreendimento não trará dano ao meio ambiente é sempre do proponente do empreendimento[2].

Adverte-se que, se nada se provou acerca dos danos, não é possível a concessão da licença segundo este princípio. A fim de que o proponente consiga o licenciamento, ele precisa provar que sua atividade comprovadamente não polui.

Como podemos constatar o princípio da precaução é mais abrangente que o da prevenção, é o que nos confirma Marcelo Abelha Rodrigues:

“Por isso, tal princípio é de alcance protetivo muito maior do que a prevenção, e não é por acaso que vem deixando de ser aplicado como subprincípio ou como princípio de Direito Ambiental que esteja em pé de igualdade com a prevenção, desenvolvimento sustentado, etc, para ocupar um lugar anterior, qual seja o de postulado fundamental do Direito Ambiental, justamente porque em última análise, a precaução não admite sequer a negociação de riscos.” (Rodrigues, 2005, p. 207)

Agora, com base nas informações do atual regramento constitucional ambiental e, sobretudo, no princípio da precaução, pretende-se adiante analisar criticamente o julgamento da ACO 876-MC-AgR/BA.

4 CRÍTICAS AO JULGAMENTO DOS AGRAVOS REGIMENTAIS NA AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA – ACO 876-MC-AgR/BA.

Conforme visto, ficou registrado tanto na petição inicial pelo MPF quanto no próprio voto do relator, Ministro Menezes de Direito, que nem todas as condicionantes impostas na licença prévia foram atendidas e mesmo assim a licença instalação foi outorgada. Veja que houve desatendimento ao procedimento de licenciamento ambiental previsto na resolução 237/97. A licença ambiental desdobra-se em três partes – licença prévia, licença instalação e licença operação – com fim de em cada uma delas estabelecer as respectivas condicionantes e observar o comportamento do requerente que definirá se a próxima licença será ou não concedida.

Como explanado, há uma razão por trás do desdobramento da licença em três fases, que segundo Édis Milaré (2001, p. 364) destina-se a melhor detectar, monitorar, mitigar e, quando possível, conjurar a danosidade ambiental. Não obstante esses motivos e mesmo sem o atendimento de parte das condições, o IBAMA outorgou a licença de instalação e o Supremo Tribunal Federal conclui que não houve violação de norma constitucional ou legal que possibilitasse o deferimento da cautela pretendida.

Como se não bastasse não foi realizada uma audiência pública sequer. No atual paradigma do Estado Democrático de Direito busca-se cada vez mais a participação da sociedade, afinal é ela a destinatária do Projeto da Transposição das Águas do São Francisco. E note que ela poderá ser beneficiada se o projeto for um sucesso, mas também poderá ser extremamente prejudicada se, em uma região com pouquíssimos recursos hídricos, esse pouco se tornar nenhum, caso o projeto fracasse.

A audiência pública foi listada como condição pelo então relator, Ministro Sepúlveda Pertence na decisão da ação civil originária, objeto dos agravos regimentais. Outrossim, a Resolução 009/87 do CONAMA em seu artigo 2º prevê a realização de audiências públicas quando o órgão de meio ambiente julgar necessário, quando solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por cinqüenta ou mais cidadãos. Tem-se assim configurados tanto a desobediência a ordem judicial quanto o desatendimento de norma infraconstitucional, haja vista que os agravantes são justamente entidades civis e o Ministério Público Federal.

Quanto à necessidade de autorização do Congresso Nacional prevista nos artigos 49, XVI e 231 §3º, da Constituição da República Federativa de 1988, o STF alegou que havia, tão-somente, a construção de um canal passando dentro de terra indígena, sem evidência maior de que os recursos naturais hídricos seriam utilizados, sendo por isso, dispensável a autorização do Congresso Nacional.

De fato não haverá utilização de recursos naturais hídricos disponíveis em terras indígenas, mas haverá de certo comprometimento do único recurso hídrico de que dispõem atualmente as comunidades indígenas que vivem no entorno do Projeto, as águas do Rio São Francisco. Esse comprometimento por si só deveria ser suficiente para

autorizar a discussão e o posterior deferimento por parte do Congresso Nacional. Lembre-se que esta é uma área muito castigada pela seca, de escassos recursos hídricos.

E se ainda assim, entendesse diferente, a Suprema Corte deveria levar em consideração os artigos 48, IV, 58, §2º, VI e 165, §4º, todos da CRFB/1988, como bem lembrados no voto do Ministro Carlos Britto. O artigo 48, IV, da CF, estabelece que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do presidente da República, (...) , dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: IV – *planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento*.

Em consonância com este artigo o inciso VI do § 2º do artigo 58 do mesmo diploma, fala das competências das Comissões das duas Casas do Congresso Nacional e das Comissões Mistas e prescreve no §2º que cabe às comissões mistas, em razão da matéria de sua competência, VI – *apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer*.

Adverte-se ainda para a necessidade da inclusão do projeto na lei do plano plurianual, vez que a execução da obra vai durar anos e implica investimentos de bilhões de reais. Estabelece o §4º, do artigo 165 da CRFB/1988, que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

Propositalmente, em três artigos distintos, a Constituição estabelece que políticas públicas de envergadura devem ser discutidas e autorizadas pelo Congresso em consonância com o princípio da separação dos poderes. Mais uma vez, o STF desconsiderou a magnitude e importância do projeto e disse não haver necessidade de autorização do Congresso.

Curioso é que, no mesmo julgado, a Corte dispensou o debate e a autorização promovidos pelo Poder Legislativo, mas quedou-se inerte quanto à violação do direito fundamental ao meio ambiente por parte do Poder Executivo quando afirmou que "A execução do projeto na forma como planejada, (...), seguindo rigorosamente os programas e planos minuciosamente apresentados pelo IBAMA e acompanhada por fiscalização permanente, *não autoriza*, no que se refere à garantia da preservação da natureza, *a intervenção do Poder Judiciário na execução de política pública, cuja definição está no âmbito do Poder Executivo*."

O problema é que a execução do projeto não está seguindo na íntegra os programas e planos apresentados pelo IBAMA, tanto assim que algumas condições não foram cumpridas integralmente, houve desatendimento ao procedimento de licenciamento

ambiental, já que as audiências públicas não foram realizadas e o Congresso Nacional não autorizou o Projeto. Tudo isso vem demonstrar a violação ao direito fundamental ao meio ambiente, previsto no artigo 225, da CRFB/1988, o que autoriza o poder Judiciário a tomar todas as medidas para que a infração seja cessada, sempre na exata necessidade de proteção do direito fundamental violado.

O controle judicial de políticas públicas[3] não é algo novo no sistema jurídico brasileiro, havendo inúmeros julgados determinando o Executivo a implementar políticas públicas como a construção de creches e de escolas, a contratação de professores, o fornecimento de remédios, a construção de unidade de internação para adolescentes.

Como se sabe, atualmente, não se discute mais a possibilidade de efetivação do controle judicial de políticas públicas, uma vez que a CRFB/1988, em seu art. 5º, inciso XXXV e na forma do atual paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito[4], assegura a vigência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, permitindo que o Judiciário exerça as suas funções na proteção dos direitos fundamentais.[5]

É neste sentido que Ronald Dworkin afirmou na construção de sua teoria que seria necessária a intervenção dos juízes nos "domínios convencionais das autoridades executivas eleitas", pois, segundo o direito como integridade, a "intrusão judicial nas funções administrativas é apenas a conseqüência, em circunstâncias extremamentes especiais e conturbadas, de uma visão perfeitamente tradicional do cargo de juiz". É que, para Dworkin, "os juízes têm a obrigação de fazer cumprir os direitos constitucionais até o ponto em que o cumprimento deixa de ocorrer no interesse daqueles que os direitos deveriam proteger" (2007b, p. 467).

Assim, mais do que a análise da possibilidade, o foco da discussão atual se encontra nas condições e no âmbito do controle exercido pelo Judiciário sobre as atividades exercidas pelos demais poderes, sendo certo ser esta uma atividade inerente ao próprio sistema constitucional vigente.

Igualmente, além das discussões filosóficas e das da teoria da justiça[6], as restrições postas em relação as dificuldades práticas de implementação deste controle judicial merecem a devida análise no presente caso[7].

A doutrina e a jurisprudência, atualmente, têm se debruçado sobre a teoria da "reserva do possível"[8], sendo esta uma das maiores barreiras para se implementar um legítimo controle das políticas públicas.

Ocorre que, no caso em análise, nem mesmo esta teoria possui aplicabilidade, já que o controle judicial pretendido era o negativo, no intuito de se impedir a ação estatal pretendida, por violação do direito fundamental do meio ambiente equilibrado. Não era objeto da ação ajuizada a imposição à Administração Pública de uma obrigação de fazer, no que se poderia alegar a ausência de recursos financeiros estatais para o cumprimento da ordem judicial.

Desta forma, o resultado da análise do caso concluiria pela necessidade de intervenção judicial, na forma de controle da política pública a ser executada, como meio de se tutelar o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

Neste sentido é a observação de Cláudio Pereira Souza Neto, a saber:

"Os direitos fundamentais são condições da democracia e devem, por isso, ser mantidos dentro de uma esfera de intangibilidade, a ser protegida pelo Judiciário contra os arroubos das maiorias eventuais. Ainda que limitando o princípio majoritário, em favor de direitos fundamentais, o Judiciário estará, assim, exercendo a função de guardião da democracia e atendo-se ao campo da neutralidade política." (SOUZA NETO, 2008, p. 322-323).

Outro aspecto que reforça a violação ao direito fundamental ao meio ambiente é a afronta ao *princípio da precaução*. Esse princípio encontra-se expresso na Declaração do Rio, cujo teor se transcreve: "Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados devem aplicar amplamente o critério de precaução conforme às suas capacidades. Quando haja perigo de dano grave ou irreversível, *a falta de uma certeza absoluta* não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes em função do custo para impedir a degradação do meio ambiente."

Observa-se que, no caso do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional, o princípio da precaução deveria ter sido aplicado, pois não se conseguiu provar que a transposição de águas não traria danos ao Rio São Francisco. Ao contrário, os ambientalistas alertam que o rio já se encontrava doente, debilitado, esquálido, assoreado e poluído.

Diante deste quadro, qual deveria ter sido a postura do Tribunal Constitucional? A da total desconsideração da tutela do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado? A

da ampla proteção do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado? Ou a da busca pelo chamado desenvolvimento sustentável, na qual o meio ambiente é levado em consideração para efetivação de políticas públicas?

A situação é lastimável. Ora, se não se conseguiu provar a ausência de danos e se nem mesmo se conseguiu demonstrar o atendimento às condições estabelecidas previamente na concessão da licença prévia, como entender que o meio ambiente não estaria sendo violado?

Esta não é uma escolha discricionária política legítima e constitucional. Nenhum administrador pode escolher violar um direito fundamental. Esta é a tônica da razão de existir do constitucionalismo moderno. Também é por esta razão que o Tribunal Constitucional existe[9].

Por isso o mais acertado seria revitalizar o rio primeiro para depois analisar se a transposição era ou não viável. E fazendo uma feliz analogia, o Ministro Carlos Britto comparou o rio a um doador de sangue doente, concluindo, posteriormente, que não se poderia exigir que um doente fosse doador de sangue.

Da analise dos fatos, conclui-se que a solução jurídica adequada seria aplicar o princípio da precaução e, consequentemente, paralisar totalmente as obras, ou, como requereu alternativamente o MPF, suspender a licença de instalação e paralisar a obra até que as condições estipuladas na licença prévia fossem cumpridas.

5 CONCLUSÃO

Este artigo teve por finalidade inicial avaliar o caso julgado pelo Tribunal Pleno do STF no ACO 876 MC-AgR/BA, à luz do paradigma constitucional brasileiro vigente de tutela do direito ambiental, definidos no artigo 225 da Constituição da República Federativa de 1988.

Nesta análise paradigmática, identificou-se o direito ambiental como sendo um direito fundamental indisponível e um direito público subjetivo, elucidando acerca dos seus efeitos no ordenamento jurídico, a saber: eficácia plena e imediata da norma, conforme artigo 5º, §1º, da CRFB/1988, a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, a impossibilidade de supressão, haja vista fazer parte do rol das cláusulas pétreas elencadas no artigo 60, §4º, IV, da CF, autorização para o Poder Judiciário realizar o controle de política pública que apresente infração a esse direito fundamental, ser

exigível e exercitável em face do próprio Estado, que também tem o dever de protegê-lo, dentre tantos outros.

Por fim, passou-se a tecer críticas ao *leading case* objeto do presente artigo, pontuando alguns aspectos sensíveis no julgamento. O primeiro deles diz respeito a declaração pela Corte Constitucional da desnecessidade de autorização do Congresso Federal com relação ao Projeto de Transposição de Águas do Rio São Francisco, mesmo estando diante de um Projeto de grande porte tanto no aspecto financeiro, quanto ambiental e geográfico.

A segunda observação do presente trabalho frisou o desatendimento de requisitos no procedimento de licenciamento ambiental, seja com relação a não realização de audiência pública, ou ao não cumprimento integral das condições pontuadas na licença prévia.

Constatou-se um equívoco administrativo do IBAMA, que mesmo com o desatendimento das condições previamente estabelecidas, concedeu a licença instalação ao projeto.

Concluiu-se que este seria justamente o ponto que reclama a aplicação do princípio da precaução, que teria o condão de paralisar as obras até o momento que as condições fossem cumpridas, princípio esse totalmente desprezado pela Corte Constitucional.

E, finalmente, observou-se tristemente a inércia do Supremo quando afirmou que "(...) a opção por esse projeto escapa inteiramente do âmbito desta Suprema Corte. Dizer sim ou não à transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar os aspectos normativos, no cãs, para proteger o meio ambiente.", diante da violação ao direito fundamental ao meio ambiente, como restou demonstrado ao longo do trabalho.

Do exame de toda pesquisa, conclui-se, ainda, que a Corte Constitucional se furtou da responsabilidade de garantir a efetivação de um direito fundamental, atitude incompatível com a exigida pelo atual paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, no qual o Judiciário é convocado a garantir efetivamente os direitos fundamentais também em sua dimensão difusa, âmbito em que se encontra inserida a tutela do direito ambiental sadio e ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo Bessa de. *Direito Ambiental*. 9ª ed. amp. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (orgs.). *Direitos fundamentais:* orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização – 2ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Racionalização do ordenamento jurídico e democracia*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 88, p. 81-108, 2003.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 6ª ed. amp. – São Paulo: Saraiva, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed., rev. e ampl. São Paulo, 2005.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14ª ed. amp. – São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 2ª ed. amp. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo VI. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos do direito ambiental* – Parte Geral. 2ª ed. amp. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. *Direitos fundamentais*: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SOUZA NETO, Carlos Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

---

[1] Esta passagem bíblica pode ser encontrada no primeiro capítulo do livro bíblico de Gênesis.

[2] Este posicionamento pode ser visto no julgamento recente pelo STJ do REsp 972.902-RS, com precedente citado do REsp 1.049.822-RS.

[3] Maria Goretti Dal Bosco define "Política pública, assim, pode ser considerada como o resultado de uma atividade de autoridade regularmente investida de poder público e de legitimidade governamental, ou como um conjunto de práticas e normas que emanam de um ou de vários atores públicos. Ao mesmo tempo, pode ser uma decisão política, um programa de ação, os métodos e meios apropriados ou uma mobilização de atores e de instituições para a consecução de objetivos mais ou menos definidos. Do ponto de vista da sociologia e da ciência política, pode-se afirmar que política pública, enquanto atividade do poder público, apresenta algumas características principais: conteúdo, programa, orientação normativa, fator de coerção e competência social." (DAL BOSCO, 2008, p. 245). Ainda Eros Grau define que: "A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade" (GRAU, 2005, p. 25)

[4] Jorge Miranda (2005, p. 127): "em estritos termos jurídicos, a legitimidade do Tribunal Constitucional não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há-de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática". Para Aury Lopes Júnior "a legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial." (LOPES JÚNIOR, 2004, p.73). O próprio STJ assim tem entendido, conforme decisão proferida pela 2ª Turma no julgamento do REsp 1.041.197-MS, de relatoria do **Min. Humberto Martins, julgado em 25/8/2009.**

[5] José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 61 e ss.) enumera 11 (onze) argumentos apresentados pelos defensores dos tribunais da jurisdição constitucional e de seu papel de garante de Constituição que seriam: "a necessidade de reequilibrar os poderes constitucionais no *welfare state* (1) e de compensar o déficit de legitimidade da prática política (2), por meio inclusive do reexame das razões do legislador (3); o entrelaçamento entre maioria parlamentar e a competência dos tribunais, para além do seu controle pelo Legislativo (4); o respeito das regras do jogo democrático (5); a promoção dos direitos fundamentais (6); a posição privilegiada do juiz constitucional (7); a argumentação como legitimidade (8); a legitimidade extraída do *status quo* e dos efeitos produzidos pelas decisões (9); as justificativas deontológicas (10) e dogmáticas (11)".

[6] Neste ponto, imprescindível a lição de Menelick de Carvalho Netto, para quem "[...] a democracia só é democrática se for constitucional. A vontade ilimitada da eventual maioria é ditadura, é a negação mesma da própria idéia de democracia. Do mesmo modo, não menos dolorosamente, aprendemos que o constitucionalismo só é constitucional se for democrático." (CARVALHO NETTO, 2003, p. 83)

[7] Ana Paula de Barcellos, em recente artigo, procurou apresentar e analisar as críticas à atuação do Poder Judiciário no controle de atividade política, no caso de políticas públicas, sendo por ela sistematizado como crítica da teoria da Constituição, crítica filosófica e crítica operacional. Neste sentido, ver: BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (orgs.). *Direitos* fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

[8] Para Ingo Sarlet, a "reserva do possível" tem, pelo menos, uma dimensão tríplice que se expressa na disponibilidade fática dos recursos, na disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e na proporcionalidade da prestação, a saber "a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva também do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade." (SARLET, 2008, p. 30). Também Ricardo Lobo Torres (2009, p. 105-106) afirma que "a "reserva do possível" não é aplicável ao mínimo existencial, que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, plenamente sindicáveis pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa.

[9] Gustavo Binenbojm (2004, p. 246) ressalta que "a jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua

intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta é a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional”.

DIREITO ANIMAL E HERMENÊUTICA JURÍDICA DA MUDANÇA: ANIMAIS COMO NOVOS SUJEITOS DE DIREITO*

ANIMAL RIGHTS AND LEGAL INTERPRETATION: ANIMALS AS LEGAL SUBJECT

Tagore Trajano de Almeida Silva

RESUMO

Este ensaio pretende oferecer ao leitor as bases para a criação de um novo significado jurídico para a ciência do direito, desta vez, englobando os animais não-humanos. O objetivo deste ensaio é estabelecer uma relação entre o movimento dos direitos dos animais e o processo de dignificação jurídica. Defende-se a inserção de valores morais trazidos pelo movimento dos direitos animais para a esfera jurídica. Por fim, com fundamento na teoria dos direitos dos animais de Tom Regan, demonstrar-se-á que os animais são constituídos de valores inerentes e que o direito deve reconhecê-los, mudando a forma de perceber todos os animais.

PALAVRAS-CHAVES: LINGUAGEM – SIGNIFICADO JURÍDICO – MOVIMENTO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS – DIREITOS MORAIS

ABSTRACT

This article is intended to offer the reader a basis for creating a new legal meaning to the science of law, this time, including non-human animals. The paper´s objective is to establish a link between the movement of the animal rights and the process of legal dignity. It is defended the inclusion of moral values brought by the movement of animals rights to the legal sphere. Finally, on the grounds of animal rights theory of Tom Regan, will demonstrate that animals are made of inherent values and that the law should recognize them, changing the way of realizing all animals.

KEYWORDS: LANGUAGE - SIGNIFICANCE LEGAL - MOVEMENT OF THE RIGHTS OF ANIMALS - RIGHTS MORAIS

1. Introdução

A construção de um significado é um intenso diálogo entre um suporte físico e seu significado. O instrumento deste esforço cognitivo da significação jurídica é a linguagem.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A constituição do significado jurídico envolve um processo discursivo voltado à definição dos conceitos centrais de um vocabulário próprio que deve ir além do sentido literal, compreendendo as dimensões objetivas, subjetivas e históricas apresentadas.

Significar é «apontar para algo» ou «estar em lugar de algo»; um processo de interação e comunicação de formulação e reformulação. Já o signo é um ente que se caracteriza por uma «mediatidade», apontando para algo distinto de si mesmo.

Signos não são abstrações, mas objetos reais que só existem pela associação de um significante com um significado, constituídos em sua diferença. Portanto, o processo de construção de um significado resulta de um diálogo, a partir do qual o significado jurídico é continuamente construído e reconstruído.

Ao interpretar, o fazemos de acordo com nossa estrutura de ser no mundo. O horizonte do sentido, dito por Gadamer, nos é dado pela compreensão que temos de algo e compreender é a categoria pela qual o homem se constitui.

As teorias modernas da lingüística sempre trataram a linguagem como fato diferenciador do homem. O homem é homem por ter linguagem estruturada, esta faz com que ele compreenda o mundo e se relacione com ele.

Os limites e pretensões dessa concepção tiveram início no Círculo de Viena, na década de 20, sendo Schlick e Carnap os membros mais destacados. Também participaram do movimento Nagel, Morris e Quine, além de Charles Peirce e Ludwig Wittgenstein. Todos colocavam apenas os homens como sujeitos da comunicação, já que para eles, os animais humanos seriam os únicos a produzir mensagem.

Sendo assim, este ensaio pretende propor ao leitor um novo significado jurídico que englobe os animais não-humanos. Esta tentativa de definição absorverá os elementos trazidos pelo movimento dos direitos dos animais, demonstrando como este movimento interfere em uma nova concepção do direito.

Para tal finalidade, abordaremos conceitos da teoria da linguagem e da teoria do direito animal, propondo, por fim, uma nova significação jurídica que vise abolir com quaisquer formas de exploração animal.

2. Uma Hermenêutica Jurídica da Mudança: a inclusão do movimento dos direitos dos animais

Quem pretende pensar uma hermenêutica jurídica deve procurar corrigir os equívocos ocorridos pelas teorias passadas. Atualmente, a compreensão do direito sem a inclusão de todos os sujeitos da comunicação se demonstra equivocada.

O movimento dos direitos dos animais propõe uma modificação do atual significado jurídico. A discussão acerca de uma hermenêutica jurídica que inclua os animais

perpassa pela mudança de pensamento de que o direito é uma instituição social destinada exclusivamente para o homem.

Para Steven Bartlett, todo esforço em defesa da mudança de paradigma que feche os olhos para a importância da inclusão de novos sujeitos estará prejudicado desde o seu início. A mudança na cultura jurídica diz respeito tanto ao nível de profissionalização dos operadores jurídicos (juízes, promotores, advogados, legisladores, professores), quanto ao processo de formação acadêmica nos programas de pós-graduação dessas universidades, especialmente no que se refere ao enfoque filosófico predominante.

A luta pelos direitos dos animais enfrenta obstáculos psicológicos e conceituais muito fortes, podendo levar ao fracasso uma tentativa de definição que englobe os animais. Cada vez mais se reconhece um valor aos animais, pois embora tenham diferenças significativas em relação aos humanos, os animais não-humanos são dotados de sentimentos e emoções, o que nos impede de considerá-los simples coisas inanimadas.

O debate sobre o direito dos animais sofre uma «caricaturização» por parte das pessoas contrárias à causa. Não raramente, os ativistas dos direitos dos animais são rotulados de «extremistas», «sentimentalistas», «misantropos», «terroristas» e «solteirões».

Tais conceituações são corroboradas com freqüência pela mídia que generaliza comportamentos ilegais praticados por meia dúzia de ativistas que diminui a confiança neste movimento.

Assisti-se a uma espécie de «demonização dos ativistas dos direitos dos animais» ao transmitir sua luta sob a ótica do extremismo. Militantes que se opõem radicalmente ao uso de animais, seja para o vestuário, comida, pesquisa médica, circos, jardins zoológicos e até animais de estimação podem ser reconhecidos como «ecoterroristas» ao motivarem algum tipo de manifestação.

É preciso recusar esta visão do movimento dos direitos dos animais e aceitá-lo enquanto um novo movimento social que emerge na sociedade atual, atento às novas formas de exclusão social baseada não apenas na raça, sexo, no consumo ou na perda da qualidade de vida; mas baseado principalmente na perda da relação de respeito entre as espécies, especialmente, entre a própria espécie humana.

O movimento dos direitos dos animais visa reformar o significado jurídico atual. Recriar e redefinir o sentido atribuído ao direito, já que não se pode conceber uma consciência jurídica indiferente às diversas formas de crueldade praticada contra os animais.

Os defensores dos direitos dos animais adicionam ao conceito jurídico, novos valores morais, como o respeito a todas as formas de vida, que devem ser absorvidos no novo processo de significação jurídica. Conceitos como o de especismo, ofensa aos outros animais pelo fato deles não serem membros da nossa espécie, já estão presentes em ações e peças judiciais, sendo objeto de decisão por parte dos tribunais nacionais.

O termo «especismo» criado por Richard D. Ryder para desenhar um paralelo com o racismo e o sexismo, por exemplo, já começa a aparecer em ações judiciais a fim de evidenciar as formas de discriminação para com os animais.

Para Sônia Felipe, o termo especismo foi criado para indicar uma forma de desconsideração moral, aquela praticada pelos humanos contra os interesses dos animais, sob o pretexto de que os interesses dos animais, ainda que sejam da mesma ordem dos interesses humanos, não têm o mesmo peso moral desses, por serem interesses não-humanos.

Nesse contexto, poderíamos citar também os conceitos de senciência, veganismo, compaixão, abolicionismo e bem-estar animal que representam novos signos lingüísticos que são absorvidos pelo direito através da luta dos ativistas dos direitos dos animais.

Já são diversas as ações judiciais que trabalham com estes conceitos: *Northern Spotted Owl v. Hodel*, 716 F. Supp. 479 (WD Wash, 1988); *Northern Spotted Owl v. Lujan*, 758 F. Supp. 621 (WD Wash, 1991); *Mt. Graham Red Squirrel v. Yeutter*, 930 F. 2d 703 (9th Cir. 1991); *Palila v. Hawaii Dep. of Land and Natural Resources*, 836 F. Supp. 45 (D Mass. 1993), todos nos EUA; e o *case Suíça* v. *Zoológico de Salvador*, no Brasil.

Segundo Pierre Bourdieu, não apenas o magistrado participa do processo criativo do direito, pois a construção de um significado jurídico é marcada pelo diálogo existente entre os diversos interesses e posições do campo político, religioso; verdadeiros responsáveis pela aplicação do direito.

No Brasil, este quadro se intensifica ainda mais, visto que com uma tradição acidentada de velhos movimentos sociais, florescem novos movimentos que combinam a luta para a obtenção de necessidades básicas, com novas lutas, tais como com as de envolvimento ecológico e animal.

O debate sobre os direitos dos animais propõe uma nova valoração do conteúdo intrínseco do direito, uma concepção constitutiva do «direito» que tenha como princípio e valor moral fundamentos de respeito, sensibilidade, relacionamento, amparo e responsabilidade para com as outras formas de vida na Terra.

3. Direitos morais: a expressão de uma nova hermenêutica que englobe os animais

Se compreendermos o mundo, interpretando-o através da linguagem, nos é oferecido uma linguagem que reflete todos os valores da sociedade na qual estamos inseridos. Nossa compreensão resulta da síntese das desigualdades entre homens e mulheres, brancos e negros, jovens e adultos, empregados e desempregados, católicos e protestantes, ricos e pobres, e no caso de nosso estudo, animais humanos e não-humanos, abolicionistas e benestaristas. É a busca pelo equilíbrio dessa relação que irá resultar na sociedade que almejamos.

O movimento dos direitos dos animais se insere como uma nova forma de pensar uma sociedade mais digna, produzindo uma nova significação crítica do direito que insira em seu conteúdo um tratamento digno a todos os animais: humanos ou não-humanos.

A teoria do direito dos animais é um anseio de mudança, um trânsito à procura do novo, uma busca inacabada de um complexo de desejos. Desejo de uma sociedade longe de estereótipos, de fórmulas que prefixem conceitos estanques e especialmente aspiração por uma sociedade que cultive a justiça entre as espécies.

Michael Fox afirma que a Era da Razão se baseou em tradições patriarcais, colocando um Deus-homem superior aos homens e mulheres, e estes, aos animais e a natureza. A evolução dessa mentalidade influenciou no atual desprezo do homem em relação aos direitos, interesses e valores inerentes às outras espécies, assim como no desrespeito às outras raças, plantas, animais e à própria Terra.

A ampliação de um significado jurídico que englobe os animais implica em um dever com o outro, e isto não depende de como são ou das aptidões que possuem. Inteligência, raça ou linguagem não devem representar critérios ou diferenciações, legitimando a opressão.

Animais humanos e não-humanos possuem direitos morais que devem ser objetos de consideração. Os direitos morais podem ser vistos em todas as cartas e declarações de direitos do homem, visando proteger os cidadãos da posse de seus direitos. A teoria do direito animal apenas reafirma a extensão desses direitos mais básicos aos outros seres como forma de se estabelecer um estatuto moral para os animais.

Entender que os animais são portadores de direitos morais é tentar repensar o direito através de uma nova hermenêutica que reafirme um ideal de mudança ao ensinamento de que o direito é apenas um sistema de regras criadas e impostas por instituições governamentais para reger somente a vida de alguns seres humanos. Esta concepção é constituída de um equivoco por pensar o direito como um sistema de regras precisas e definidas, com leis escritas que trazem consigo a compreensão integral de seus significados, implicações e intenções.

Para Helena Silverstein, deve-se incentivar uma leitura do direito que busque não apenas examinar sua «eficácia instrumental», mas também investigar seu «caráter constitutivo», já que o direito deve ser observado não como algo externo à sociedade, influenciando, regulando e afetando a atividade social, deve ser pensado como formador de «significado».

Nesse sentido, qualquer definição que não pense o direito como algo a ser construído, peca ao restringir prováveis horizontes de significação que poderiam ser atribuídos ao significado jurídico.

Os movimentos sociais se norteiam por este princípio, privilegiam uma dimensão plural e coletiva do mundo jurídico, pois entendem que a fonte jurídica por excelência encontra-se interligada às relações sociais. A produção jurídica deve retratar a realidade, correspondendo às reais necessidades em dado momento histórico, moldando-se às flutuações cíclicas e absorvendo em seu conteúdo os valores defendidos pelos movimentos sociais.

Se interpretar o direito significava inseri-lo na totalidade do sistema, sendo esta relação que irá determinar o «sentido» da unidade do todo, uma não análise do direito como formador de convicções, normas e práticas sociais, desprezaria uma abordagem

dinâmica da interação entre o jurídico e não-jurídico, empobrecendo a proposta de uma nova significação.

As transformações oferecidas pelos movimentos dos direitos animais constituem a formação primária para um novo significado de «jurídico» que não se fecha exclusivamente em proposições genéricas e em regras estáticas e fixas formuladas para o controle e solução de conflitos, mas que propõe ma verdadeira «mudança de paradigmas» no momento que entende o direito como um elemento de unificação entre as espécies.

4. A força do direito e a força do discurso sobre os direitos dos animais.

Percebe-se que apenas com a superação do conceito de direito como algo preciso e definido, poderemos pensar em estabelecer uma nova «definição» que englobe os animais.

Como percebido, os direitos morais e legais são ligados de maneira importante com a justiça moral e legal. «Justiça legal» requer que alguém respeite os direitos legais de todos, enquanto a «justiça moral» ordena que os direitos morais de todos sejam respeitados. Há uma suave diferença, que para Regan define a concepção de «status moral» distintivo para quem os têm. Possuir estes direitos é ter um tipo de escudo moral protetor, algo como um sinal vermelho, dizendo que não se deve ultrapassar.

Para os animais este sinal vermelho significa que os homens não são moralmente livres para prejudicá-los e que não cabe a outros intervirem nas livres escolhas dos animais. Para os seres humanos, este sinal representa proteger àqueles que têm direitos e a limitar moralmente a liberdade de outros.

Tradicionalmente, teorias do direito limitam os direitos (morais e legais) aos seres humanos. Deste modo, sustentam que todos os seres humanos têm certos direitos morais por serem dotados de razão, consciência de si e linguagem articulada.

Regan concorda com Pierre Bourdieu ao afirmar que a linguagem é uma arma poderosa tanto para o bem quanto para o mal, uma vez que um discurso somente se torna legítimo quando obtém o reconhecimento da comunidade na qual ele se insere.

5. Mudança hermenêutica: o rompimento com o modelo de linguagem que legitima a dominação animal

Ao decorrer da história, foram criadas diversas teorias, a fim de legitimar, talvez, a demarcação de um Reino apenas para os humanos em oposição ao Reino Animal. Critérios baseados na consciência, percepção, sensação, memória, sentimento,

inteligência e linguagem...; foram percebidos insuficientes para qualquer tipo de distinção moral. Sabe-se que dizer que animais humanos e não-humanos são iguais não passa de uma quimera. Contudo, deve-se estabelecer a igual consideração entre humanos e não humanos, no que se refere a uma determinada concepção de mundo.

Como visto, a ideologia difundida pelo humanismo cristão insere nas instituições sociais como o direito, critérios arbitrários de diferenciação de animais humanos de não-humanos que não se sustentam a um questionamento filosófico. O animal humano é pensado como uma espécie inventiva, predadora e destrutiva que tem seu avanço relacionado à devastação ecológica e ao progresso científico.

Esta ideologia, para John Gray, é fundada em uma tradição de interpretação do mundo como se fosse um espelho do pensamento humano. Por exemplo, filósofos como Martin Heidegger, interpretam o mundo, dando um adjetivo especial ao fato dos humanos terem aparecido nele. Na realidade, parece que antes de existir os homens, para estes filósofos parece que não existia mundo algum.

John Gray afirma que, ao perceber o pensamento como uma realidade final do mundo, esta corrente filosófica entende o mundo como uma invenção humana, onde apenas o «eu» existe, uma verdadeira crença baseada apenas na existência do «homem», tal como um dia foi baseado apenas na existência de «Deus»: no humanismo atual o homem é a medida de todas as coisas tal como um dia foi dito por Protágoras.

É nesse contexto que o direito entende os animais como «recursos» humanos que estão no mundo para a «utilidade» do ser humano. Com efeito, as leis de proteção animal e regimentos legislativos prescrevem mais espaço, menos dor, alguns semelhantes para fazer companhia aos animais solitários, formas mais brandas de utilização dos animais e uma menor carga para os animais de tração, além de determinar como deve ser o «corte humanitário» e o comércio de animais; não percebendo que este discurso pode estar embebido de um valor legitimador de práticas cruéis para com os animais.

Bom exemplo é a técnica dos três R´s que criam à ilusão de que com a substituição, redução e refinamento (*replacement, reduction e refinement*) das técnicas de utilização animal se poderá vislumbrar um horizonte melhor para a pesquisa com animais.

Ao se tentar, com estes argumentos, tornar mais humanas as práticas com os animais, não se ataca o problema fundamental do uso de animais que é o reconhecimento do direito moral à vida, integridade e liberdade do animal não-humano, ou seja, reconhecimento de um valor intrínseco a todos os seres.

Os animais também possuem um valor inerente. Um valor que nos obriga a tratá-los com respeito, de serem tratados de forma a não os reduzir ao «status de coisa». Deve-se negar qualquer posição conservadora no que se refere ao «status moral» dos animais, a fim de não se constituir sub-categorias de animais que sequer podem ser alcançados pelas referidas normas existentes, desprovidos de qualquer proteção.

Infelizmente internalizamos, sem críticas, o paradigma cultural da nossa sociedade, observando os animais como seres «para nós» humanos, não tendo outro propósito para estar no mundo senão o de atender às necessidades e aos desejos dos humanos. Resta

evidente o debate ético, em que se questiona se devemos ou não usar nossa força para dominar as outras espécies.

Sustentar a dominação como um «costume» ou uma «tradição moralmente aceitável» é eticamente insustentável, podendo ser comparada à «síndrome de Eichmann» dita por Hannah Arendt. A falta de limite ético pode traduzir em formas de tirania dos homens sobre os demais e sobre as outras espécies.

Nesse sentido, exemplos históricos são diversos. No Brasil, este discurso, salvo as devidas proporções, serviu para fundar as formas de exploração do trabalho escravo do negro. O processo de abolição da escravidão humana teve que passar por etapas bem definidas até chegar a abolição: da proibição do tráfico em 1831 para a libertação do ventre em 1871 e lei dos sexagenários (1885) até a abolição total em 1888. Demora que ocasionou a morte de milhares de seres humanos.

Homens e animais possuem características em comum, ainda que desenvolvidas em diferentes graus. Se entre homens e animais existe uma continuidade, sendo as diferenças entre eles apenas de grau e não de essência, nenhuma conceituação que se diga libertária pode estabelecer uma arbitrária hierarquização da vida.

Não se arrumam instituições injustas, propõem-se novas. Sendo assim, os animais não estariam no mundo para servirem como alimento, experimentação, exploração e vestuário; dos seres humanos; mas sim para desfrutarem de suas próprias vidas.

Nesse contexto, apenas uma real abolição da forma de exploração animal expressaria esta nova significação, de uma visão evolucionista que vise romper com os limites do racionalismo, trazendo de volta a concepção do ser com um «vir-a-ser», no fenômeno da evolução, em que animais humanos e não humanos estão inseridos.

6. Conclusão

O processo de mudança de paradigmas implica em uma mudança de concepção dos conceitos pré-estabelecidos ao paradigma que emerge. O conteúdo e extensão dos significados jurídicos dependem muito do contexto das experiências de cada indivíduo e de cada sociedade.

A teoria dos direitos animais, segundo Helena Silverstein, absorve valores, como expectativas, sonhos e esperança de «justiça» inter-espécies que demandam mudanças cognitivas.

A inserção desses elementos trazidos pelo movimento dos direitos dos animais corrobora com a emersão de um novo significado jurídico e com uma mudança de pensamento dos operadores jurídicos.

É dever do intérprete propor uma mudança conceitual, uma nova hermenêutica que inclua os outros animais. Esta proposta refletirá na afirmação de um novo significado de

jurídico que não se fecha exclusivamente em um direito de proposições genéricas e regras estáticas, mas sim que compreende a realidade na qual ele está inserido.

A tentativa de uma hermenêutica jurídica da mudança nada mais é do que a busca de um entendimento deste mundo dinâmico e em constante processo de transição. O direito animal surge, então, como uma alternativa ao sistema atual insuficiente em tratar com questões da sociedade pós-moderna.

7. Referencias

ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem*: A Report of the Banality of evil, revised and enlarged edition. New York: Penguin Books, 1977.

BARTLETT, Steven J.. Raízes da resistência humana aos direitos dos animais: bloqueios psicológicos e conceituais. In GORDILHO, Heron José Santana. SANTANA, Luciano Rocha. (coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 2, (jun/dez. 2007). Salvador: Evolução, 2007. (no prelo)

BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

COETZZE, John M. *A vida dos animais.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

DARWIN, Charles. *Origem das espécies*. Belo Horizonte: Villa Rica, 1994.

_____. *The descent of man and selection in relation to sex*. Down, Beckenham, Kent, Second Edition September, 1874. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu002300.pdf. Acesso em: 23 de julho de 2008.

FELIPE, Sônia T. Dos Direitos morais aos Direitos Constitucionais: Para além do especismo elitista e eletivo. In GORDILHO, Heron José . SANTANA, Luciano Rocha. (coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 1, (jan/jun. 2007). Salvador: Evolução, 2007. p. 143-159.

FERRAZ JR. TÉRCIO SAMPAIO, *A CIÊNCIA DO DIREITO COMO TEORIA DA INTERPRETAÇÃO*. SÃO PAULO: ATLAS, 1986.

_____. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4ª.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOX, Michael W. *Inhumane Society*: The American Way of Exploiting Animals. New York: St. Martin's Press, 1992. p. 05-10.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GRAY, John. *Cachorros de palha:* reflexões sobre humanos e outros animais. 3ª. Ed. trad. Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Record, 2006.

GUIMARÃES, George. Encontro na diversidade. In *Pensata Animal*. nº 13. ano II. julho de 2008. Disponível em: http://www.sentiens.net/top/PA_TRI_georgeguimaraes_13_top.html. Acessado em: 20 de julho de 2008.

HEIDEGGER, Martin. Os *conceitos fundamentais da metafísica*: mundo, finitude, solidão. trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Ser e Tempo*. trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis/RJ: Editora Vozes Ltda. 1986.

JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad*: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Herder, 1995.

_____.*O princípio vida*: fundamentos para uma biologia filosófica. Trad. Carlos Almeida Pereira. 2ª. Ed. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2004.

LEVAI, Laerte Fernando, *Direito dos Animais*. O direito deles e o nosso direito sobre eles. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 1998.

LOURENÇO, Daniel Braga. A liberdade de culto e o direito dos animais não-humanos. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. ano 13. abril/jun. nº 51. São Paulo: RT, 2005. p. 295-318.

_____. *Direito, Alteridade e Especismo.* 2005. Dissertação (Mestrado). UGF/RJ – Rio de Janeiro.

MANDRAUD, Isabelle. Os ecoterroristas já começam a preocupar a Europa. In *Le Monde.* Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/lemonde/>. Acessado em: 26 de julho de 2008.

MENDONÇA, Joseli Nunes. *Cenas da abolição*: escravos e senhores no Parlamento e na Justiça. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

OST, François. *A natureza à margem da lei:* a ecologia à prova do direito. Lisboa, Instituto Piaget, 1995.

REGAN, Tom. *Jaulas vazias*: encarando o desafio dos direitos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006.

_____. The case for animal rights. In; COHEN, Carl; REGAN, Tom. *The animal rights debate*. Maryland: Rowman & Littlefield, 2001.

_____. The case for animal rights. SINGER, Peter (Org). *In defense of animals*. New York: Basil Blackwell, 1985. p. 13-26.

_____. The Moral Basis of Vegetarianism. In *The Canadian Journal of Philosophy*. October, 1975.

_____. *The struggle for animal rights*. Clarks Summit: International Society for Animal Rights, 1987.

RYDER, Richard. Speciesism and 'painism'. In *The Animal's Agenda*. 1997.

SANTANA, Heron José de. Abolicionismo animal. In *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 6, p. 85-109, out./dez., 2004

_____. Abolicionismo Animal. 2006. Tese (Doutorado). FadUFPE - Recife.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Pela mão de alice*: o social e o político na pós-modernidade. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. 26.ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

SILVERSTEIN, Helena. *Unleashing rights*: law, meaning, and the Animal Rights Movement. Michigan: University of Michigan, 1996.

SINGER, Peter. *Ética prática*. 3ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.2002.

SMITH, Penelope. *Linguagem Animal*: comunicação interespécies. trad. Júlia Bárany. São Paulo: Mercuryo, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Verdade & Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TODOROV, Tzvetan. *Simbolismo e Interpretação.* Lisboa: Edições 70, 1980.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito:* o direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico:* fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

O autor agradece a estudante Clarissa Perazzo pelo apoio com as palavras do texto e a turma de Hermenêutica Jurídica do semestre de 2008.1 da Universidade Federal da Bahia. A primeira turma que tive o prazer de ensinar na UFBA.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 560.

TODOROV, Tzvetan. *Simbolismo e Interpretação.* Lisboa: Edições 70, 1980. p. 140.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4ª.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 257.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4ª.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 257.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. 26.ed. São Paulo: Cultrix, 2004. p. 119.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. 26.ed. São Paulo: Cultrix, 2004. p. 139.

SILVERSTEIN, Helena. *Unleashing rights*: law, meaning, and the Animal Rights Movement. Michigan: University of Michigan, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 170.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 161.

BARTLETT, Steven J.. Raízes da resistência humana aos direitos dos animais: bloqueios psicológicos e conceituais. In GORDILHO, Heron José Santana. SANTANA, Luciano Rocha. (coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 2, (jun/dez. 2007). Salvador: Evolução, 2007. (no prelo)

SANTANA, Heron José. *Abolicionismo Animal*. 2006. Tese (Doutorado). FadUFPE - Recife. p. 99.

SANTANA, Heron José. *Abolicionismo Animal*. 2006. Tese (Doutorado). FadUFPE - Recife. p. 103.

MANDRAUD, Isabelle. Os ecoterroristas já começam a preocupar a Europa. In *Le Monde*. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/lemonde/>. Acessado em: 26 de julho de 2008.

LOURENÇO, Daniel Braga. A Plataforma do “mínimo realizável” e as “linhas” de Wise. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 1, (jun. 2007). Salvador: Evolução, 2007. p. 212.

BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. p. 248.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 265.

Vide conceito fundado por JONAS, Hans. Em seus livros: *El principio de responsabilidad*: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Herder, 1995. e *O princípio vida*: fundamentos para uma biologia filosófica. Trad. Carlos Almeida Pereira. 2ª. Ed. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 566.

Expressão adotada por WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito:* o direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 216.

FOX, Michael W. Inhumane Society: *The American Way of Exploiting Animals.* New York: St. Martin's Press, 1992. p. 05-10.

REGAN, Tom. The case for animal rights. In; COHEN, Carl; REGAN, Tom. *The animal rights debate*. Maryland: Rowman & Littlefield, 2001.

SILVERSTEIN, Helena. *Unleashing rights*: law, meaning, and the Animal Rights Movement. Michigan: University of Michigan, 1996.

SILVERSTEIN, Helena. *Unleashing rights*: law, meaning, and the Animal Rights Movement. Michigan: University of Michigan, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 575.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 263.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*: fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Alfa-Omega, 1994. p. 152.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio, *A Ciência do Direito como Teoria da Interpretação*. São Paulo: Atlas, 1986. p. 69.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*: fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Alfa-Omega, 1994. p. 152.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio, *A Ciência do Direito como Teoria da Interpretação.* São Paulo: Atlas, 1986. p. 75.

REGAN, Tom. The case for animal rights. In; COHEN, Carl; REGAN, Tom. *The animal rights debate*. Maryland: Rowman & Littlefield, 2001.

REGAN, Tom. *The struggle for animal rights*. Clarks Summit: International Society for Animal Rights, 1987.

BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. p. 242.

OST, François. *A natureza à margem da lei:* a ecologia à prova do direito. Lisboa, Instituto Piaget, 1995. p. 244-245.

GRAY, John. *Cachorros de palha:* reflexões sobre humanos e outros animais. 3ª. Ed. trad. Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 21-23.

HEIDEGGER, Martin., por exemplo, propõe uma filosofia baseada no *ente* que é a representação dos acontecimentos que o homem experimenta em si, geração, nascimento, infância, maturidade, velhice, morte, não são de maneira nenhuma acontecimentos no sentido restrito e atual de um evento natural especificamente biológico, eles pertencem muito mais à vigência universal do ente que concebe conjuntamente em si o destino humano e sua história. Percebe-se uma nítida presença de uma distinção valorativa dos atributos do homem em oposição aos atributos dos outros seres. In *Os conceitos fundamentais* da metafísica: mundo, finitude, solidão. trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 32. Para HEIDEGGER, Martin. O [...] *Ente* é tudo de que falamos, tudo que entendemos, com que nos comportamos dessa ou daquela maneira, ente é também o que e como nós mesmos somos. Ser está naquilo que é e como é, na realidade, no ser simplesmente dado (*Vorhandenheit*), no teor e recurso, no valor e validade, na pre-sença, no "há". [...] In HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis/RJ: Editora Vozes Ltda. 1986. p. 32.

GRAY, John. *Cachorros de palha:* reflexões sobre humanos e outros animais. 3ª. Ed. trad. Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 69.

GRAY, John. *Cachorros de palha:* reflexões sobre humanos e outros animais. 3ª. Ed. trad. Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 71.

LEVAI, Laerte Fernando, *Direito dos Animais*. O direito deles e o nosso direito sobre eles. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 1998. p. 69.

REGAN, Tom. *The struggle for animal rights*. Clarks Summit: International Society for Animal Rights, 1987.

REGAN, Tom. *Jaulas vazias*: encarando o desafio dos direitos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006. p. 28.

FOX, Michael W. Inhumane Society: *The American Way of Exploiting Animals.* New York: St. Martin's Press, 1992. p. 05-10.

ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem*: A Report of the Banality of evil, revised and enlarged edition. New York: Penguin Books, 1977.

BARTLETT, Steven J.. Raízes da resistência humana aos direitos dos animais: bloqueios psicológicos e conceituais. In GORDILHO, Heron José Santana. SANTANA, Luciano Rocha. (coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 2, (jun/dez. 2007). Salvador: Evolução, 2007. (no prelo)

MENDONÇA, Joseli Nunes. *Cenas da abolição*: escravos e senhores no Parlamento e na Justiça. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001. p. 48-49.

SANTANA, Heron José. Abolicionismo Animal. 2006. Tese (Doutorado). FadUFPE - Recife. p. 185.

DARWIN, Charles. *Origem das espécies*. Belo Horizonte: Villa Rica, 1994. p. 45.

JONAS, Hans. *O princípio vida:* fundamentos para uma biologia filosófica. Trad. Carlos Almeida Pereira. 2ª. Ed. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2004. p. 68.

SILVERSTEIN, Helena. *Unleashing rights*: law, meaning, and the Animal Rights Movement. Michigan: University of Michigan, 1996.

OS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS E O CONCEITO DE SUSTENTABILIDADE: GERAÇÕES FUTURAS DIANTE DOS RECURSOS NATURAIS DO BRASIL*

THE AMBIENT PRINCIPLES AND THE CONCEPT OF SUSTENTABILIDADE: FUTURE GENERATIONS AHEAD OF THE NATURAL RESOURCES OF BRAZIL

Thiago Braga Dantas
Enoque Feitosa

RESUMO

O presente artigo científico objetiva analisar criticamente a implementação do princípio do desenvolvimento sustentável, buscando confrontar as correntes interpretativas, para, a partir de então, descrever a sua influência sobre os demais princípios do direito ambiental. Para tanto, utilizar-se-á o método de abordagem dialético, dado o confronto entre as várias correntes interpretativas do princípio do desenvolvimento sustentável, bem como os métodos de procedimento histórico e comparativo, pois se procederá a um apurado exame da origem do princípio do desenvolvimento sustentável, bem como ao confronto de suas linhas interpretativas. Após a execução desses objetivos, concluiu-se que o princípio do desenvolvimento sustentável deve privilegiar o bem ambiental, rechaçando qualquer modelo de crescimento econômico que não leve em conta a preservação ambiental e o cuidado com o ser humano, principal beneficiário de um mundo saudável, sob pena de se justificar, ideologicamente, a fomentação da degradação ambiental.

PALAVRAS-CHAVES: DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. CRESCIMENTO ECONÔMICO. DEGRADAÇÃO AMBIENTAL.

ABSTRACT

This article aims to analyse critically the implementation of the principle of sustainable development, seeking to confront interpretative currents to, then, describe its influence on the other principles of environmental law. To do this, use the dialectical approach method, given the confrontation between the various interpretative currents of the principle of sustainable development, as well as methods of comparative and historical procedure, because it takes a discharged examination of the origin of the principle of sustainable development, as well as the clash of interpretative thrust. After implementing these objectives, it was concluded that the principle of sustainable development should focus on the environment, rejecting any model of economic growth that does not take regard to environmental preservation and the care being human primary beneficiary of a healthy world, under penalty is justified, ideologically, the establishment of environmental degradation.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: SUSTAINABLE DEVELOPMENT. ECONOMIC GROWTH. ENVIRONMENTAL DEGRADATION.

Introdução

O princípio do desenvolvimento sustentável é o principal vetor para a solução da crise ambiental que se vivencia atualmente. Este princípio surgiu recentemente, mas, apesar de já possuir base conceitual sólida, a sua concreção ainda vacila, permitindo que em seu nome ocorra a degradação ambiental pelo crescimento econômico.

Tal situação ocorre, pois quando da sua implementação, acaba prevalecendo o crescimento econômico e preservação ambiental resta mitigada. Ao final, apercebe-se, que o ritmo de determinados modelos de crescimento econômico é incompatível com o da preservação ambiental. Esta conciliação pregada se transmuta em uma ideologia para apaziguar os receios da sociedade, porém, na essência, a prática continua a mesma: o capital em detrimento do meio ambiente, isto é, no plano mais geral, o capital como antítese da existência humana.

Para se inverter essa lógica, propõe-se uma nova releitura do princípio do desenvolvimento sustentável, procedendo-se, por via de conseqüência, a uma necessária releitura de aplicação dos demais princípios do direito ambiental que são essenciais para a consecução da sustentabilidade.

1 Princípio do Desenvolvimento Sustentável

O direito ambiental emerge com uma ciência nova, repleta de desafios que extrapolam as capacidades dos direitos público e privado e, ainda, do próprio direito, sendo um elo entre as ciências sociais e naturais. Caracteriza-se por princípios próprios, sobretudo, pelo do desenvolvimento sustentável, que acaba por nortear todos os demais princípios em busca da proteção do meio ambiente, em especial, dos recursos naturais, isto é, do capital natural, diante da degradação ambiental proporcionada pelo crescimento econômico.

Nos últimos cinquenta anos, a humanidade alterou substancialmente os ecossistemas como em nenhum outro período da história[1]. Tal se deve principalmente ao desenvolvimento tecnológico, que possibilitou o incremento da incessante busca pela maximização da produção, ao invés de torná-la mais sustentável.

Nesse sentido se expressa Fábio Nusdeo:

Certamente haverá um amplo espaço a ser explorado nesse campo, pois até agora a falta de consciência ambiental conduziu a pesquisa tecnológica para o rumo oposto, ou seja, quase que exclusivamente para o maior volume e não para a melhor técnica de produção em termos ambientais, o que inclui a preservação de recursos não renováveis ou em vias de esgotamento[2].

Segundo Fernando Almeida, presidente-executivo do Conselho Empresarial para o Desenvolvimento Sustentável (CEBDS), citando números da Avaliação Ecossistêmica do Milênio (AEM), destaca que:

Os números da AEM comprovam que a destruição de ecossistemas se deu para suprir rapidamente a crescente demanda por alimentos, água doce, madeira, fibras e combustível. Cerca de 20% dos recifes de corais e 35% dos manguezais no mundo foram destruídos; o volume de água represada quadriplicou desde 1960, representando hoje de três a seis vezes mais que a vazão dos rios. Além disso a captação de água para o uso humano duplicou desde 1960, sendo 60% para o uso na agricultura. No Oriente Médio e no Norte da África, há regiões em que o consumo de água subterrânea vem atingindo 120%, ou seja, 20% dos mananciais são consumidos, além de toda a recarga provida das chuvas. A partir de meados do século passado até os dias de hoje, 24% da área do planeta foi ocupada por lavouras, o que significa uma ocupação maior que nos séculos XVIII e XIX juntos. A concentração de CO_2, principal indutor do aquecimento global, aumentou de 128 ppm (partícula por milhão) para 376 (ppm) de 1750 a 2003, sendo que 60% do aumento é posterior a 1959. O estudo considera que tudo isso acarretou uma perda substancial e, em grande parte, irreversível para a biodiversidade do planeta, e que o setor privado desempenhou papel importante nesse processo[3].

É em decorrência desse quadro que, em 1968, já se iniciam os estudos a respeito dessa degradação, tais como os desenvolvidos pelo Clube de Roma, Conferência Intergovernamental de Especialistas sobre as Bases Científicas para Uso e Conservação Racionais dos Recursos da Biosfera, que foi organizada pela UNESCO, diagnosticando-se que a degradação ambiental advinha do descontrolado crescimento populacional e das consequentes exigências dele oriundas[4].

No ano de 1972, em Estocolmo, realizou-se a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, quando se destacou a importância do desenvolvimento econômico levar em consideração a preservação ambiental, sempre no intuito da melhoria da qualidade de vida das gerações presentes e futuras.

Apesar da preocupação com a qualidade de vida das gerações futuras, não se estabeleceu ainda, nesse evento, o conceito de desenvolvimento sustentável, pois inexistia a concepção de equidade ou solidariedade intergeracional aliada à noção de desenvolvimento.

Nada obstante, o Prof. Celso Antônio Pacheco Fiorillo, ao tecer considerações a respeito do princípio do desenvolvimento sustentável, preconizou que:

A terminologia empregada a este princípio surgiu, inicialmente, na Conferência Mundial de Meio Ambiente, realizada, em 1972, em Estocolmo e repetida nas demais conferências sobre o meio ambiente, em especial na ECO-92, a qual empregou o termo em onze de seus vinte e sete princípios[5].

Salienta-se, ainda, que em nenhuma parte do documento da Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano (Declaração de Estocolmo), a expressão desenvolvimento sustentável está presente.

Segundo, porém, a publicação *Os Indicadores do Desenvolvimento Sustentável: Brasil 2004*, oriunda do IBGE, o termo desenvolvimento sustentável surgiu em 1980, com a publicação da obra World conservation strategy: living resource conservation for sustainable development (1980), elaborada pela International Union for Conservation of Nature and Natural Resources - IUCN, com a cooperação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA, World Wildlife Fund - WWF, Food and Agriculture Organization - FAO e United Nations Educacional, Scienti?c and Cultural Organization – Unesco[6].

Ainda no que é pertinente à origem histórica do termo:

O conceito de desenvolvimento sustentável estaria já presente no século XIX, quando, em 1860, George Perkins Marsh escreveu Man and Nature, publicado em 1864 e do qual existe uma edição mais recente, de 1965, de Harvard University Press[7].

Por derradeiro, traz-se à baila a informação de Tânia Mendes:

Séculos atrás um dos visionários que se ocuparam da coexistência pacífica entre homem e natureza foi o silvicultor e cientista alemão Hannss Carl Von Carlowitz. Em 1713, em seu tratado Sylvicultura Oeconomica ele cunhou a expressão nachhaltendes wirtschaften que significa: administração sustentável. Os ingleses traduziram como sustainabre yield (produção sustentável) [8].

No tocante ao conceito de desenvolvimento sustentável, conforme os ensinamentos de Juliana de Souza Reis Vieira, defende-se que foi a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento que em 1987, presidida por Gro Harlem Brundtland, então primeira ministra da Noruega, publicou o relatório em que constava a definição de desenvolvimento sustentável[9], que também foi responsável pela popularização do conceito[10].

Por conseguinte, definiu-se como desenvolvimento sustentável aquele capaz de "garantir que ele atenda às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem também às suas"[11].

O conceito do princípio do desenvolvimento sustentável se consolida, servindo de importante subsídio ideológico para a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Rio-92, visando a estabelecer um padrão de desenvolvimento para o Século XXI, "cujo alicerce é a sinergia das sustentabilidades ambiental, social e econômica, perpassando em todas as ações propostas"[12].

No dizer de Consuelo Yoshida:

A pobreza é considerada, pela sustentabilidade social limitada, na medida em que ela causa insustentabilidade ecológica; ela não é um problema ambiental por si mesma mas, sim, pelas conseqüências que gera no meio ambiente[13].

Mais longe vai Jacqueline Morand-Deviller ao defender que:

Outro elo indissociável, que passa ainda praticamente despercebido, é aquele que existe entre o meio ambiente e o social. O desenvolvimento deve integrar progressivamente os objetivos qualitativos de um bem-estar igualmente partilhado, distinguindo-se do crescimento propriamente dito. Os mais brilhantes economistas insistem na importância de se levar em conta o social além das considerações econômicas para se obter com sucesso o desenvolvimento sustentável, não por simples preocupação de generosidade, e sim por preocupação de eficácia[14].

Nesse desiderato, esmiuçando-se o conceito de desenvolvimento sustentável, apercebe-se que o mesmo está entrelaçado ao de equidade intergeracional, isto é, à ética da solidariedade das gerações presentes para com as gerações futuras. Em suma, é a ética do futuro, na visão de Hans Jonas[15].

Por conseguinte, todas as nossas atividades, especialmente as econômicas, devem ser sempre executadas para não gerarem degradação ambiental, para que, efetivamente, os bens ambientais ainda estejam disponíveis para o usufruto das gerações que ainda estão por vir.

Manejando, analogicamente, tal exercício da ética intergeracional, a Senadora da República Marina Silva procedeu à seguinte ilação: "Temos de tratar os bens ambientais como se fossem emprestados. Assim, ao devolvê-los para as gerações futuras, devemos, como de bom tom, entregá-los no mesmo ou em melhor estado em que nos foram entregues" [16].

Dessa singela dedução, algumas importantes considerações podem ser extraídas. Por via de consequência, fomenta-se a formatação de um novo contrato social, um contrato social ambiental, ou seja, um "comodato ambiental", que consiste, assim, no empréstimo dos bens ambientais que, por serem infungíveis, devem ser utilizados e depois restituídos para as gerações futuras, assim como as passadas fizeram para as gerações presentes.

A estrutura do crescimento econômico vem tratando este empréstimo como de consumo, como se mútuo fosse. Mas, como nossas ações devem estar impregnadas de sustentabilidade, este empréstimo do bem ambiental deve ser apenas de uso.

Nada obstante os desafios ambientais transcenderem a individualidade das relações privadas, faz-se importante salientar a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

Comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis (Código Civil, art. 579), isto é, aquele contrato pelo qual uma pessoa entrega a outra, gratuitamente, coisa não fungível, para que a utilize e depois restitua. Daí lhe advém o nome de empréstimo de uso, com que, desde o Direito Romano, se distingue do mútuo, chamado empréstimo de consumo[17].

Ora, as gerações presentes nada fizeram para o surgimento dos recursos naturais, não sendo justo, portanto, que os destruam, impedindo que as gerações futuras deles usufruam. O "comodato ambiental" se trata de um contrato social intergeracional, cujos comodatários (gerações presentes) devem restituir os bens ambientais aos comodantes (gerações futuras).

Nesta perspectiva também Walter Claudius Rothenburg:

O "contrato ambiental" formulado no contexto da "democracia sustentada" reedita em termos modernos e ainda mais enfáticos [..] a questão do pacto entre e para as gerações, em que compromissos são assumidos hoje para amanhã, e precisam estar constantemente legitimados. O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado transcende, assim, não apenas a dimensão subjetiva, da titularidade (pois configura um direito "difuso"), mas também a dimensão temporal, do presente[18].

É cediço, no entanto, que não temos agido segundo a ética da solidariedade intergercional, em razão da incompatibilidade da atividade econômica para com esta demanda.

Consoante os ensinamentos de Fernando Almeida:

As atividades humanas estão utilizando os serviços ambientais num ritmo tal que já não é mais garantida a capacidade dos ecossistemas de atenderem às necessidades das futuras gerações. A demanda de água, alimentos e energia para atender a uma população crescente, representa um custo além do suportável para os ecossistemas. Mantida a tendência, a infra-estrutura natural vai se fragilizar ainda mais nas próximas décadas[19].

Apercebe-se, por conseguinte, que a atual geração caminha no sentido de não conseguir cumprir com o seu dever, estatuído constitucionalmente, inclusive, de garantir o atendimento às necessidades das gerações futuras, pois já não consegue atender às suas.

Nesse diapasão, defende-se que a partir da concepção do princípio do desenvolvimento sustentável, não se pode mais permitir qualquer degradação ambiental, como se o ecossistema ainda possibilitasse "pequenas degradações", que são, em verdade, o princípio de vastas degradações ambientais. Ora, a degradação, por menor que seja, contraria a ética do futuro. Então a lógica é não permitir degradação, colocando-se o bem ambiental em patamar supremo, pois dele depende a eficácia do também supremo princípio da dignidade da pessoa humana.

O que deve ocorrer a partir de agora é a conscientização de que o bem ambiental é quase que intocável, devendo a humanidade buscar outras alternativas para se desenvolver economicamente, e não continuar "conciliando" (melhor dizendo, privilegiando) o crescimento econômico, que gera degradação ambiental, em face da preservação, sob pena do desenvolvimento sustentável se tornar um embuste, um escudo falacioso para continuar permitindo a degradação.

É com precisão que Jacqueline Morand-Deviller preconiza que:

Em relação à finalidade do desenvolvimento sustentável, ela se apresenta muitas vezes como um tipo de 'selo' promocional, uma legitimidade *a priori*, que convém ultrapassar para nos atermos apenas aos balanços, honestos, concretos, realistas[20].

Nessa senda, discorda-se, veementemente, do posicionamento do Prof. Celso Antonio Pacheco Fiorillo que, ao tecer considerações a respeito do princípio do desenvolvimento sustentável, defende que:

Devemos lembrar que a idéia principal é assegurar existência digna, através de uma vida com qualidade. Com isso, o princípio não objetiva impedir o desenvolvimento econômico. Sabemos que a atividade econômica, na maioria das vezes, representa uma degradação ambiental. Todavia, o que se procura é minimizá-la, pois pensar de forma contrária significaria dizer que nenhuma indústria que venha a deteriorar o meio ambiente poderá ser instalada, e não é essa a concepção apreendida do texto. O correto é que as atividades sejam desenvolvidas lançando-se mão dos instrumentos existentes adequados para a menor degradação possível[21].

Esse posicionamento representa bem o que se quer combater. O meio ambiente não está mais em condições de suportar e também de esperar a minimização da degradação ambiental. A palavra de ordem agora é privilegiar o bem ambiental em detrimento do crescimento econômico que degrada.

Se há degradação, trata-se de crescimento econômico e não de desenvolvimento, pois este termo implica o de sustentabilidade, que deve possuir, no mínimo, as vertentes ambiental, econômica e social.

Pertinente é mencionar a diferença entre desenvolvimento e crescimento. Assim, conforme Fábio Nusdeo:

O primeiro é caracterizado por uma maior geração de bens e serviços sem alterações estruturais no processo econômico e, portanto, sem a criação de condições que o tornem sustentável no tempo; o segundo, um processo autossustentado de mudanças qualitativas no funcionamento do sistema econômico aptas a assegurar a sua continuidade ao longo do tempo[22].

O planeta já não dispõe de recursos para suportar o crescimento econômico, pois cada vez mais que o processo econômico é bem-sucedido, ele passa a exigir mais da natureza e em tempo menor, não havendo como o ecossistema se recompor. É preciso frear essa forma de crescimento econômico, pois, paradoxalmente, está a fulminar a fonte de seu suporte.

Seguindo esta vertente, destacam-se as afirmações de Rodrigues:

O esgotamento de recursos está se dando exatamente porque em alguns lugares, o modelo de produção que parece infinito deu "certo". Desse modo, o desenvolvimento e a sustentabilidade são aspectos contraditórios do processo. Onde deu mais certo a produção de mais e mais mercadorias é onde mais se destruiu a natureza[23].

A saúde do planeta, como a sobrevivência de toda a humanidade, é bem mais importante que o sucesso na economia, pois é apenas a parte de um todo, que sem esse todo, torna-se despicienda.

O princípio do desenvolvimento sustentável é uma ideologia eficaz. Porém, a sua implementação não pode ser distorcida a ponto de apenas servir para mascarar a utilização de velhas práticas que imprimem o crescimento econômico.

Nesse momento, é curial explicitar que o ambientalismo vem perdendo seu caráter emancipatório, prestigiando-se, a partir de então, discursos conciliatórios, tais como o desenvolvimento sustentável, o que advém da institucionalização da questão ambiental. Nessa senda, o capitalismo se aproveitou de tal situação para transformar o discurso do desenvolvimento sustentável em mais um elemento de sua reprodutibilidade. A mudança que ocorreu foi somente na aparência, conservando-se a essência, o que pode ser denominado de conservadorismo dinâmico. Daí a necessidade de possuirmos sendo crítico apurado quanto ao discurso oficial e à ideologia dominante[24].

Ao se implementar efetivamente o princípio do desenvolvimento sustentável, pretende-se afugentar as externalidades, que são algo a mais produzido quando da busca por um determinando objetivo. Esse efeito extra pode ser positivo ou negativo. A degradação ambiental é um exemplo de externalidade negativa do processo produtivo[25].

Não se trata da defesa de um posicionamento intransigente para obstaculizar o desenvolvimento econômico, mas para frear o crescimento econômico, obstáculo de si mesmo.

Preservar não significa obstaculizar o desenvolvimento econômico necessariamente. Com a explicitação de Ulrich Beck isso resta bem claro:

‘Nas atuais teses sobre a globalização encontramos, em termos econômicos, poucas coisas novas e diversas falsas’, escreve M. Jänicke. ‘Poderia de fato até ser correto afirmar que a política ambiental caiu na armadilha da globalização ou que a proteção ambiental tornou-se cara demais diante da concorrência global. Estas teorias têm grande popularidade. Até mesmo os ambientalistas a aceitam, sempre resignados. Seria de grande interesse verificar também qual é o desempenho econômico dos Estados que de algum modo mantêm compromissos com a preservação ambiental. E com surpresa veremos então: as nações precursoras da política ambiental global se encontram economicamente melhor do que muitas outras. No início dos anos 70, os EUA e a Suécia tiveram uma atuação inovadora. Em seguida veio o Japão. E a partir de 1994, a Alemanha. Hoje, países como a Holanda, a Dinamarca e novamente a Suécia têm uma atuação destacada. Fora da Europa, a Coréia do Sul vem ocupando uma posição mais avançada. Curiosamente, os países de atuação ecológica mais destacada são quase todos pequenos e foram bastante impulsionados pelo mercado mundial. O que mais impressiona, no entanto, é que são países que antes tiveram um grande êxito em relação aos seus mercados de trabalho. Isto fica bem claro, por ora, em alguns casos: a Holanda, a Dinamarca e também a Nova Zelândia – um país muito ativo em termos de política ambiental – reduziram em aproximadamente um terço suas porcentagens de desemprego desde a recessão de 1993. O desemprego vem caindo também na Suécia – bem como nos países escandinavos, de modo mais geral. Os países do Norte adotaram, entre outras punições ambientais, um imposto sobre o CO_2. Na Dinamarca e na Suécia ocorreram reformas fiscais por direitos ecológicos. A proteção ambiental, portanto, não representa um impedimento para a sobrevivência na competição global; uma política ambiental conseqüente é, pelo contrário, um indicador decisivo a respeito do poder de concorrência de um país – é o que afirma Michael Porter, um preeminente teórico da inovação e economista de Harvard[26].

Apreende-se, assim, que o respeito ao meio ambiente ao longo do processo produtivo pode ser, ao invés de obstáculo, um diferencial, principalmente para a exportação. Dentre os exemplos, podem-se citar as empresas Natura e O Boticário, indústrias de cosméticos e fitoterápicos, que somente adquirem matéria-prima certificada[27].

Citam-se, também, as empresas Faber-Castell e Ecomillennium. A primeira desenvolve um produto denominado Ecolápis, que é produzido com madeira 100% reflorestada, que é certificado pela FSC – Forest Stewardship Council (Conselho de Administração da Floresta), fazendo parte de um projeto mais amplo que é a “Ecomunidade”.

Já a Ecomillennium produz papel 100% reciclável, com certificação da ISO 9001.

Em ambos os produtos, há a presença de uma incipiente educação ambiental, relacionando-se o produto com a preservação do habitat de animais ameaçados de extinção.

Há ainda as indústrias que desempenham suas atividades com reciclagem e gestão de dejetos. Não se olvide, ainda, os denominados empregos verdes, relacionados às novas tecnologias ambientais.

Nesta perspectiva, emerge com fundamental importância a biodiversidade, como matéria-prima da biotecnologia, esperança de modelo de desenvolvimento sustentável para a Amazônia, patrimônio natural responsável por qualificar o Brasil enquanto país megadiverso, em razão de representar 30% das florestas tropicais do planeta[28].

Alie-se a isso, a noção de biocomércio, que propõe a utilização sustentável da biodiversidade, para que os recursos naturais sejam utilizados para atividades econômicas mais nobres, rentáveis, fazendo com que a conversão dos recursos naturais ocorra com resultados mais valorizados que o simples extrativismo. É necessário, portanto, verticalizar a produção, criando-se um novo de nicho de mercado, no qual o passivo ambiental passe a ter valor, o que se torna possível, sobretudo, pelo eixo de pressão dos concorrentes e dos consumidores[29].

Tal terá o condão, inclusive, de proporcionar um caminho em busca da redução da emissão de CO_2, propulsor do efeito estufa.

A noção de sustentabilidade acaba por congregar o direito ambiental, a economia, as ciências naturais e o direito internacional, pois a resolução da questão ambiental não conhece limites espaciais e temporais, necessitando de uma cooperação dos Estados, formando-se Estados transnacionais, por intermédio de uma soberania inclusiva[30]. É por isso que o Prof. Viola propõe que se abandone a ideia de direito ambiental (pois particulariza a questão, quando o problema deve ser enfrentando por várias frentes), pelo direito da sustentabilidade, haja vista as suas vertentes ambiental, social e econômica[31]. A Senadora Marina Silva ainda acrescenta à sustentabilidade as vertentes ética e política, ressaltando a importância de uma revolução paradigmática[32].

Tal junção denominada de direito da sustentabilidade, pode contribuir para aclarar ainda mais a desnecessidade da divergência ideológica entre o antropocentrismo e ecocentrismo, pois são caminhos interdependentes.

Menciona-se, dessa maneira, o ensinamento de Branca Martins da Cruz:

É nossa sincera convicção que a eficiência das normas ambientais e a eficácia do direito do ambiente, que o mesmo é dizer a protecção eficaz do ambiente com vista à sustentabilidade, dependem essencialmente da aceitação por todos de que o ambiente constitui um bem maior, cuja preservação se mostra imprescindível para a nossa própria sobrevivência que dela depende. Qualificar esta atitude perante a natureza de ecocentrismo ou de antropocentrismo, na prática, redunda indiferente. Na verdade, será as duas coisas: ecocêntrica porque parte da natureza para o homem, reconhecendo a dependência deste relativamente àquela, mas também antropocêntrica ou pelo menos antropogênica, se atentarmos no facto de que a razão da protecção devida ao ambiente parte de nós, da necessidade da nossa própria protecção. Mas, é assim mesmo, o ser humano é egoísta e pensa sempre primeiro em si próprio e nos seus interesses e quaisquer que sejam os mecanismos que elejamos para melhor defender o ambiente, não poderemos ignorar esta cruel realidade[33].

Nessa perspectiva, também se pode trazer ao lume a exposição de Jacqueline Morand-Deviller:

Sem chegar ao ponto de dar o direito das árvores de demandar em juízo, considera-se que geralmente antropocentrismo e ecocentrismo são indissociáveis, e reconhecer direitos à natureza é também servir aos direitos do homem; a oposição a essa ideia é, portanto, um falso debate[34].

Pelo tecido até aqui, observa-se que o princípio do desenvolvimento sustentável é a pedra de toque da Democracia Brasileira Sustentada[35], possuindo função nomogenética, orientando e fornecendo parâmetros para a produção normativa no campo ambiental, sem olvidar a sua função interpretativa, norteando os demais princípios[36].

Na seara ambiental, ou da sustentabilidade, o desenvolvimento sustentável torna-se o princípio dos princípios, pois acaba por orientar todo o ordenamento jurídico ambiental. O âmago do princípio do desenvolvimento sustentável se encontra bem definido, mas a sua implementação, a prossecução de seus objetivos, a partir da visão crítica aqui despendida, depende de princípios fundamentais como os da prevenção, da precaução, da participação, do poluidor-pagador, dentre outros[37].

A partir de então, passar-se-á a explicitar o comportamento dos demais princípios ambientais, tendo como objetivo a eficácia do princípio do desenvolvimento sustentável, enquanto conceito significante de continuidade, expressão pleonástica que rechaça a sua utilização enquanto ideologia mantenedora do crescimento econômico, na perspectiva do conservadorismo dinâmico.

2 Princípio da Prevenção e Imprescindibilidade do Bem Ambiental

Prosseguindo-se, o primeiro princípio a ser analisado a partir da vertente crítica da implementação do desenvolvimento sustentável, é o da prevenção. Este princípio visa a impedir que o bem ambiental sofra degradação, isto é, “a alteração adversa das características do meio ambiente”, segundo o que destaca o artigo 3º, II da Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

Diante da imprescindibilidade do bem ambiental, a tutela reparatória goza de pouca eficácia no âmbito ambiental. O que se deve perseguir, segundo o comando expresso no

artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, é que se deve defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Extrai-se do dispositivo em comento que devemos agir com cautela no manejo dos bens ambientais. Daí surge a importância do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), etapas do ato complexo que é o licenciamento ambiental, cuja finalidade é verificar se determinado empreendimento pode causar degradação, estabelecendo-se as condições de sua implementação.

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental foi introduzido no Direito Positivo Brasileiro em 1980, com a edição da Lei 6.803/1980, que dispunha sobre as diretrizes básicas para zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, sendo exigível na aprovação de limites e autorizações de implantação de zonas de uso estritamente industrial destinadas à localização de polos petroquímicos, cloroquímicos, carboquímicos, bem como de instalações nucleares. Importante destacar que a edição de tal lei se deu sob a inspiração do Direito Americano, com o Nacional Environment Policy Act – Nepa, de 1969[38].

Diante da mobilização social durante a década de 80, principalmente diante do surgimento do movimento ambientalista, ampliou-se e se modificou a função do EIA, por intermédio da Lei n. 6.938 de 1991, que tratou da Política Nacional do Meio Ambiente[39]. É o que Édis Miralé salienta:

Com efeito, nesse texto legal – considerado importante marco do ambientalismo brasileiro – o EIA é erigido à categoria de instrumento de política nacional do meio ambiente sem qualquer limitação ou condicionante, já que exigível tanto nos projetos públicos quanto nos particulares, industriais ou não-industriais, urbanos ou rurais, em áreas de poluição consideradas críticas ou não[40].

Em seguida, pode-se destacar a presença da Resolução n. 1/86, que já trouxe um rol em que o EIA é obrigatório, conforme o seu artigo 2º. A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe em seu artigo 225, § 1º, IV que se exige, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

No dizer de Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

A resolução do Conama n. 237/97 alterou essa situação, uma vez que, por intermédio de seu art. 3º, foi trazido um rol (mais amplo que o previsto pela Resolução Conama 1/86) de atividades necessariamente sujeitas ao licenciamento ambiental, todavia, sem vincular o licenciamento à realização do EIA/RIMA. Dessa forma, as atividades elencadas no Anexo I da Resolução n. 237/97 devem passar por um procedimento de licenciamento ambiental, conforme estabelece o art. 2º, § 1º da Resolução Conama n. 237/97, que por sua vez, poderá ou não ter respaldo do EIA/RIMA, em razão de o art. 3º não estabelecer para as atividades enumeradas no anexo I qualquer presunção de potencialidade de causarem significativa degradação ambiental[41].

Conforme já se asseverou em linhas atrás, pelo princípio da prevenção, enquanto princípio-meio para atingir os objetivos do princípio-fim, o do desenvolvimento sustentável, defende-se que o EIA/RIMA devem ser exigidos para qualquer empreendimento, justamente para se saber com certeza, se a atividade a ser desempenhada trará prejuízos ao meio ambiente ou não.

Deixar de realizar tais estudos é deixar de ter a oportunidade de tomar conhecimento, com antecedência, da degradação a ser imposta ao meio ambiente, que, em razão de sua essencialidade para a manutenção da vida humana, não pode ser olvidado, colocado em segundo plano, em detrimento do crescimento econômico, renegando, por via de conseqüência, toda a práxis necessária a sua consecução.

O princípio do desenvolvimento sustentável, logo, não pode deixar de ser observado em detrimento da regulação da matéria da resolução de órgão estatal, deixando o destino da democracia nas mãos dos tecnocratas. É preciso pluralizar o debate, para possibilitar a participação da população, o que se dá, naturalmente, com a realização dos estudos citados, pois a partir de então, haverá subsídios para tanto. Além do mais, a Constituição, por intermédio de sua força cogente, pode prevalecer, tranquilamente, sobre a resolução citada.

Os que pugnam pelo crescimento econômico vêem no EIA/RIMA um obstáculo para o desempenho de suas atividades, pois a demanda capitalista requer a produção maximizada, devendo-se produzir o máximo possível no menor tempo possível. Como o EIA e o RIMA necessitam de tempo para serem elaborados, daí surge o motivo para tentar rechaçá-los a todo custo.

Ressalta-se, ainda, que em outra passagem da obra do Prof. Celso Antônio Pacheco Fiorillo, o autor destaca que a existência de um EIA/RIMA favorável, necessariamente, condiciona a Administração ao deferimento da licença ambiental. Em contrapartida, caso se mostre desfavorável, caberá à Administração, segundo os critérios de conveniência e oportunidade, avaliar a concessão ou não da licença, pois a defesa do meio ambiente é limitadora da livre iniciativa (art. 170, VI da Constituição Federal)[42].

Pelo posicionamento exposto acima, apreende-se que a lógica é de privilegiar o crescimento econômico e a questão ambiental é mais uma vez vista como limitadora da iniciativa privada, quando deveria ser a parceira, pois a preservação ambiental também significa a sobrevivência da economia. O crescimento econômico é o seu próprio obstáculo, pois não percebe que está a suplantar seu suporte de continuidade: o meio ambiente.

A lógica tem que se inverter. A questão ambiental é parceira, tanto é que as exportações estão cada vez mais exigentes, impondo a sua observância. A balança tem de pender para o meio ambiente, pois se continuar a pender para o crescimento econômico, talvez não se consiga mais se abrandar a irreversibilidade da crise ambiental.

3 Princípio da Precaução enquanto Instrumento Limitador da Geração de Riscos

Outro importante princípio-meio do desenvolvimento sustentável é o da precaução. Enquanto a prevenção protege o bem ambiental em face das atividades já sabidamente perigosas, o princípio da precaução inibe a precipitação, isto é, se não se tem noção do perigo que tal atividade pode causar, então se apresenta o risco e a atividade deve ser evitada.

O Prof. Paulo Affonso Leme Machado, citando definição do Prof. Jean-Marc Lavieille, destaca que o "princípio da precaução consiste em dizer que não somente somos responsáveis sobre o que nós sabemos, sobre o que nós deveríamos ter sabido, mas, também, sobre o de que nós deveríamos duvidar" [43].

Tal pensamento sintetiza como devemos tratar o bem ambiental. Tem-se que evitar a geração dos riscos. Não é mais suficiente, simplesmente, tutelar a não geração de danos. É imprescindível, para a eficácia do desenvolvimento sustentável, coibir a geração dos riscos, pois estes podem ser encarados como indícios de danos.

Nessa premissa, cria-se uma obrigação, na qual se deve respeitar a obrigação de precaução, independentemente do dano. Assim se manifesta Branca Martins da Cruz:

Como afirmamos, o princípio da precaução visa evitar que a simples suspeita fundada de riscos para o ambiente possa transformar-se num perigo real e eventualmente concretizar-se num dano. Desse modo, e na medida em que o princípio da precaução constitui um princípio geral de Direito de conteúdo normativo, o facto de a decisão, que o dever de respeito por este princípio impõe, não ter sido tomada por quem de direito constitui em si mesmo um facto ilícito, independentemente de verificação concomitante de um dano, a curto, médio ou a longo prazo. Mesmo na ausência de qualquer dano, há que considerar que houve criação de um risco ilícito por violação da norma destinada a evitá-lo. A não concretização do dano não pode servir de desculpa para negar a violação do princípio e da obrigação da precaução que dele decorre[44].

4 Instrumento Ideológico da Revolução Paradigmática da Sociedade de Riscos: Princípio da Participação

Correlato a este princípio, surge o da participação. Este princípio vem expresso no art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, ao prever que é dever da sociedade também preservar o meio ambiente, juntamente com o Poder Público.

Haja vista que o bem ambiental é de uso comum, nem público nem privado, impõe-se a todos o dever de sua preservação, pois é de fruição difusa. É cediço que o Poder Público também é um grande poluidor, daí a importância de a sociedade deter o dever de preservação conjunta para fiscalizar a sua atuação.

Nesse desiderato, é imprescindível mencionar a observação de Daniel R. Fink:

Verifica-se, assim, que na relação jurídica ambiental, assim como nas de direito difuso, há uma confusão entre os sujeitos de direito e os devedores, o que não ocorre em nenhuma outra relação jurídica de direito público ou privado. Essa circunstância especial permite classificar essa nova modalidade de relação jurídica em outro ramo do direito: a dos direitos difusos, ao lado do Direito Público e Privado. [...] No direito ambiental o infrator (devedor concreto) não perde a sua condição de credor do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inclusive considerando a si mesmo como beneficiário das medidas de recuperação ambiental a que se faz obrigado[45].

Prosseguindo-se, salienta-se que a eficácia do princípio da participação está dependente da informação e da educação ambiental. O direito a ser informado no contexto ambiental está previsto no art. 225, § 1º, VI da Constituição da República Federativa do Brasil, ao prescrever que "incumbe ao Poder Público promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente". O direito à informação é corolário do direito de ser informado, previsto nos arts. 220 e 221 da Constituição, fornecendo-se, assim, as bases para a educação ambiental[46].

Em consequência, explicita-se a educação ambiental como ferramenta política de conscientização do cidadão ambiental, não como sinônimo de ecologia, de ambiente natural, mas redimensionada ao aspecto humano, ao ambiente construído.

A educação é uma ferramenta política e pode ser direcionada, tanto para um aspecto conservador, como crítico. A educação ambiental conservadora se pauta por ações individuais para a resolução dos problemas ambientais, fomentando o individualismo, a desigualdade. Já a educação ambiental crítica concebe o ser como inacabado, primando por ações coletivas, verdadeira fonte de resolução dos problemas ambientais. A educação tem o poder de transformar a consciência dos indivíduos, ensejando o início de novas práticas.

Por isso a educação ambiental foi prevista na Lei n. 9.795/99, que determina, em seu artigo 2º, que a "educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal".

5 Vertente preventiva e primazia da reparação específica no Princípio do Poluidor-Pagador

Por derradeiro na análise dos princípios ambientais executores da sustentabilidade, surge o do poluidor-pagador, o qual está previsto no art. 225, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, ao preconizar que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A partir da perspectiva aqui lançada de que o desenvolvimento implica a prevalência do meio ambiente em face do crescimento econômico, salienta-se que o princípio do poluidor-pagador não pode servir de permissão para compra dos bens ambientais, isto é, não se pode poluir mediante pagamento. A reparação clássica no âmbito civil não serve para o direito ambiental, pois neste se prioriza, exclusivamente, o bem ambiental, servindo a reparação, quando muito, para a tentativa de despoluição que, em razão da complexidade dos ecossistemas, mostra-se uma árdua tarefa.

A partir dos ensinamentos do Prof. Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

Este princípio reclama atenção. Não traz como indicativo ‘pagar para poluir’, ‘poluir mediante pagamento’ ou ‘pagar para evitar a contaminação’. Não se podem buscar através dele formas de contornar a reparação do dano, estabelecendo-se uma liciedade para o ato poluidor, como se alguém pudesse afirmar: poluo, mas pago. O seu conteúdo é bastante distinto. Vejamos. Podemos identificar no princípio do poluidor-pagador duas órbitas de alcance: a) busca evitar a ocorrência de danos ambientais (caráter preventivo); e b) ocorrido o dano, visa sua reparação (caráter repressivo) [47].

O princípio do poluidor-pagador deve atuar de forma enérgica, pois do contrário, a reparação pecuniária imposta pode importar apenas num custo de produção. Logo, aplicando-se como multa um montante considerável, o valor passa a extrapolar a margem do lucro, deixando de ser interesse proceder à poluição para depois realizar a sua compensação pecuniária. Assim, o princípio do poluidor-pagador demonstra a sua faceta preventiva.

No que se refere à reparação, deve-se preferir a natural à indenização em dinheiro, pois a reparação específica se coaduna aos desígnios do desenvolvimento sustentável, ao contrário da indenização em dinheiro, pois não atenua a degradação gerada ao meio ambiente.

Além do que, por mais que os poluidores procedam à reparação pecuniária, nunca o farão de forma absoluta, transferindo para toda a coletividade os custos de seus atos danosos, emergindo, assim, o princípio do ônus social, em contraposição ao do poluidor-pagador. Consoante Eckard Rebhinder:

Uma utilização oculta do princípio do ônus social resulta do fato de que o Estado frequentemente não consegue transferir à empresa ou ao cidadão poluidor o custo total do aparelhamento da despoluição. [...] Na realidade, trata-se de dois instrumentos

necessários à conformação das políticas e prescrições normativas junto às disposições constitucionais condizentes com as finalidades do Estado Social. Pois, para superar os conflitos de interesses e objetivos, faz-se necessário recorrer ao princípio do ônus social, a fim de se alcançar uma certa relativização do princípio do poluidor-pagador[48].

Conclusão

No decorrer de toda a argumentação realizada, apercebe-se uma certa gradação de eficácia dos princípios executores para o desenvolvimento sustentável. O primeiro na linha de proteção e mais eficaz na tutela do bem ambiental, sem dúvida, é o da participação, pois permite a fomentação de uma conscientização ambiental, capaz de gerar a realização de práticas por toda a sociedade no intuito da preservação ambiental, ao lado do Estado, além de fiscalizá-lo quando necessário.

Em segundo, apresenta-se o da precaução, pois mesmo diante da inexistência de certeza de que uma prática ensejará a promoção de danos ambientais, o risco, diante da delicadeza e complexidade dos ecossistemas, já é suficiente para alertar acerca do prejuízo que poderá advir futuramente, mesmo que incerto. Mas como nada pode afetar a sustentabilidade, a continuidade da sobrevivência da humanidade, tal princípio encontra sua legitimidade numa espécie de instinto coletivo de sobrevivência, já que a racionalidade não foi capaz de realizar as mudanças necessárias.

Em terceiro, coloca-se o princípio da prevenção que, por intermédio de seus instrumentos, como o EIA/RIMA, considerando as atividades que comumente causam danos ao meio ambiente, condiciona o início e continuidade das atividades a um prévio e percuciente estudo, para se saber com a maior perspicácia possível, a potencialidade danosa de determino empreendimento. Esse princípio funciona como freio à sanha capitalista de maximização dos meios de produção.

Por fim e não menos importante, está o princípio do poluidor-pagador, pois gera a prevenção para as possíveis degradações futuras, além de primar pela reparação específica do dano ambiental. Como nem sempre tal se faz possível, procede-se à condenação de indenização em dinheiro, que pode servir para atenuar a degradação ambiental, mas nem sempre garantida.

Desenvolver, sustentavelmente, exige uma releitura dos princípios ambientais que estruturam a execução do desenvolvimento enquanto barreira ao crescimento econômico, em promoção da preservação ambiental.

Mas tal releitura somente será possível quando findar o processo de revolução paradigmática em que vivemos. Transpassa-se da Primeira para a Segunda Modernidade, sendo que aquela se baseia na clara distinção entre sociedade e natureza,

“sendo esta concebida como fonte inesgotável do processo de industrialização, como mero conceito daquilo que é estranho, daquilo que está fora da sociedade e precisa ser controlado”; a segunda, já encara a natureza como “parte integrante do processo de industrialização e vem se transformando em riscos e perigos”, em suma, é a sociedade de risco[49].

O princípio da participação e seus institutos correlatos são a chave para saída da sociedade de riscos, pois os demais princípios apenas combatem as consequências da sua não observância, sendo a sua superação o percurso a ser seguido em busca da sustentabilidade.

Referências

ASSUNÇÃO, Lucas. Papel das Agências Internacionais na Comercialização dos Bens de Floresta. O Caminho do Brasil para firmar sua Posição neste Comércio. **Conferência Nacional sobre Meio Ambiente e a Questão da Amazônia**. Manaus, OAB, 6 set. 2009.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo:** Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: UNESP, 2003.

_____. **O que é Globalização?**: Equívocos do Globalismo, respostas à Globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Os Indicadores do Desenvolvimento Sustentável: Brasil 2004**. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/servidor_arquivos_est/arquivos.php?caminho=./pub/Indicadores_Desenvolvimento_Sustentavel/ids2004. Acesso em: 11 set. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada**. Disponível em: http://74.125.93.132/search?q=cache:gZ8cRIWRkPUJ:www.unifap.br/ppgdapp/biblioteca/Estado_de_direito.doc+Estado+Constitucional+Ecológico+e+Democracia+Sustentada&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 3 ago. 2009.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. Ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991.

CRUZ, Branca Martins da. Desenvolvimento sustentável e Responsabilidade Ambiental. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. Cap. 1.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Direito e Análise Socioeconômica**. Aula do MINTER UFPB – UNINILTON LINS. Manaus, 2 set. 2009.

FINK, Daniel R. Relação Jurídica Ambiental e Sustentabilidade. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. Cap. 1.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Gustavo Ferreira da Costa. Crise ambiental, educação e cidadania: os desafios da sustentabilidade emancipatória. In: LAYRARGUES, P. P.; Castro, R. S; LOUREIRO, C. F. B. (orgs.). **Educação ambiental: repensando o espaço da cidadania**. São Paulo: Cortez, 2002. Disponível em: http://www.teia.fe.usp.br/biblioteca_virtual/EA%20e%20Emancipacao_%20Gustavo%20Lima.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2009.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Tânia. A única saída para o planeta: sustentabilidade. **Revista Brasileira de Administração**, Brasília, n. 67, p. 24-30, 2008.

_____. O Capital natural do planeta corre perigo. **Revista Brasileira de Administração**, Brasília, n. 67, p. 8-13, 2008.

MIRALÉ, Édis. Estudo Prévio de Impacto Ambiental no Brasil. In: MÜLLER-PLANTENBERG, Clarita; AB'SABER, Aziz Nacib (Orgs.). **Previsão de Impactos**: O Estudo de Impacto Ambiental no Leste, Oeste e Sul. Experiências no Brasil, na Rússia e na Alemanha. 2. Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006. 51-83.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. A cidade sustentável, sujeito de direito e de deveres. In: D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete. **Políticas Públicas Ambientais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009**.** p. 346-356.

NUSDEO, Fábio. Sustentabilidade. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. 145-157.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: contratos. - v. 3 - Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REGO, Patrícia Amorim. Propriedade Intelectual e Comércio Internacional dos Bens da Floresta - Justiça e Ética. **Conferência Nacional sobre Meio Ambiente e a Questão da Amazônia**. Manaus, OAB, 6 set. 2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A Constituição Ecológica. In: KISHI, Sandra Akemi Shimara; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI:** estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005. 813-831.

SILVA, Marina. **Conferência Nacional sobre Meio Ambiente e a Questão da Amazônia**. Manaus, OAB, 4 set. 2009.

SILVA FILHO, Carlos Alberto da Costa e. O princípio do poluidor-pagador: da eficiência econômica à realização da justiça. In: MOTA, Maurício (Coord.). **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. 1. ed. São Paulo: Campus, 2008. 81-99.

VIEIRA, Juliana de Souza Reis. Cidades Sustentáveis. In: MOTA, Maurício (Coord.). **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. 1. ed. São Paulo: Campus, 2008. 313-344.

YOSHIDA, Consuelo Y. Moromizato. Sustentabilidade Urbano-Ambiental: os Conflitos Sociais, as Questões Urbanístico-Ambientais e os Desafios à Qualidade de Vida nas Cidades. **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. Cap. 3.

---

[1] MENDES, Tânia. O Capital natural do planeta corre perigo. **Revista Brasileira de Administração**, Brasília, n. 67, p. 8-13, 2008. p. 8.

[2] NUSDEO, Fábio. Sustentabilidade. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. p. 145-157. p.151.

[3] MENDES, Tânia. O Capital natural do planeta corre perigo. **Revista Brasileira de Administração**, Brasília, n. 67, p. 8-13, 2008. p. 10.

[4] VIEIRA, Juliana de Souza Reis. Cidades Sustentáveis. In: MOTA, Maurício (Coord.). **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. 1. ed. São Paulo: Campus, 2008. 313-344. p. 313.

[5] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 27.

[6] BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Os Indicadores do Desenvolvimento Sustentável: Brasil 2004**. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/servidor_arquivos_est/arquivos.php?caminho=./pub/Indicadores_Desenvolvimento_Sustentavel/ids2004. Acesso em: 11 set. 2009.

[7] CRUZ, Branca Martins da. Desenvolvimento sustentável e Responsabilidade Ambiental. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. Cap. 1. p. 2.

[8] MENDES, Tânia. A única saída para o planeta: sustentabilidade. **Revista Brasileira de Administração**, Brasília, n. 67, p. 24-30, 2008. p. 8. p. 24.

[9] VIEIRA, Juliana de Souza Reis. Cidades Sustentáveis. In: MOTA, Maurício (Coord.). **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. 1. ed. São Paulo: Campus, 2008. 313-344. p. 314.

[10] CRUZ, Branca Martins da. Desenvolvimento sustentável e Responsabilidade Ambiental. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. Cap. 1. p. 2.

[11] COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. Ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991. p. 09.

[12] VIEIRA, Juliana de Souza Reis. Cidades Sustentáveis. In: MOTA, Maurício (Coord.). **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. 1. ed. São Paulo: Campus, 2008. 313-344. p. 314.

[13] YOSHIDA, Consuelo Y. Moromizato. Sustentabilidade Urbano-Ambiental: os Conflitos Sociais, as Questões Urbanístico-Ambientais e os Desafios à Qualidade de Vida nas Cidades. **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. Cap. 3. p. 81.

[14] MORAND-DEVILLER, Jacqueline. A cidade sustentável, sujeito de direito e de deveres. In: D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete. **Políticas Públicas Ambientais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009**.** p. 346-356. p. 353.

[15] CRUZ, Branca Martins da. Desenvolvimento Sustentável e Responsabilidade Ambiental. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e Temas fundamentais de Direito Ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. cap. 1. p. 29-30.

[16] SILVA, Marina. **Conferência Nacional sobre Meio Ambiente e a Questão da Amazônia**. Manaus, OAB, 4 set. 2009.

[17] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. - v. 3 - Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 341.

[18] ROTHENBURG, Walter Claudius. A Constituição Ecológica. In: KISHI, Sandra Akemi Shimara; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI:** estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 813-831. p. 819.

[19] MENDES, Tânia. O Capital natural do planeta corre perigo. **Revista Brasileira de Administração**, Brasília, n. 67, p. 8-13, 2008. p. 10.

[20] MORAND-DEVILLER, Jacqueline. A cidade sustentável, sujeito de direito e de deveres. In: D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete (Orgs.). **Políticas Públicas Ambientais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009**.** p. 346-356. p. 347.

[21] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36.

[22] NUSDEO, Fábio. Sustentabilidade. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. p. 145-157. p. 147.

[23] RODRIGUES apud LIMA , Gustavo Ferreira da Costa. Crise ambiental, educação e cidadania: os desafios da sustentabilidade emancipatória. In: LAYRARGUES, P. P.; Castro, R. S; LOUREIRO, C. F. B. (Orgs.). **Educação ambiental: repensando o**

espaço da cidadania. São Paulo: Cortez, 2002. Disponível em: http://www.teia.fe.usp.br/biblioteca_virtual/EA%20e%20Emancipacao_%20Gustavo%20Lima.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2009. p.5.

[24] LIMA, Gustavo Ferreira da Costa. Crise ambiental, educação e cidadania: os desafios da sustentabilidade emancipatória. In: LAYRARGUES, P. P.; Castro, R. S; LOUREIRO, C. F. B. (orgs.). **Educação ambiental: repensando o espaço da cidadania**. São Paulo: Cortez, 2002. Disponível em: http://www.teia.fe.usp.br/biblioteca_virtual/EA%20e%20Emancipacao_%20Gustavo%20Lima.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2009. p. 7.

[25] FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Direito e Análise Socioeconômica**. Aula do MINTER UFPB – UNINILTON LINS. Manaus, 2 set. 2009.

[26] BECK, Ulrich. **O que é Globalização?**: Equívocos do Globalismo, respostas à Globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 230-231.

[27] MENDES, Tânia. A única saída para o planeta: sustentabilidade. **Revista Brasileira de Administração**, Brasília, n. 67, p. 24-30, 2008. p. 8. p. 28.

[28] REGO, Patrícia Amorim. Propriedade Intelectual e Comércio Internacional dos Bens da Floresta - Justiça e Ética. **Conferência Nacional sobre Meio Ambiente e a Questão da Amazônia**. Manaus, OAB, 6 set. 2009.

[29] ASSUNÇÃO, Lucas. Papel das Agências Internacionais na Comercialização dos Bens de Floresta. O Caminho do Brasil para firmar sua Posição neste Comércio. **Conferência Nacional sobre Meio Ambiente e a Questão da Amazônia**. Manaus, OAB, 6 set. 2009.

[30] BECK, Ulrich. **O que é Globalização?**: Equívocos do Globalismo, respostas à Globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 237.

[31] VIOLA. Eduardo J. Sustentabilidade e Responsabilidade Social Corporativa – Oportunidade de Negócios na Amazônia. **Conferência Nacional sobre Meio Ambiente e a Questão da Amazônia**. Manaus, OAB, 6 set. 2009.

[32] SILVA, Marina. **Conferência Nacional sobre Meio Ambiente e a Questão da Amazônia**. Manaus, OAB, 4 set. 2009.

[33] CRUZ, Branca Martins da. Desenvolvimento sustentável e Responsabilidade Ambiental. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. Cap. 1. p. 16.

[34] MORAND-DEVILLER, Jacqueline. A cidade sustentável, sujeito de direito e de deveres. In: D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete (Orgs.). **Políticas Públicas Ambientais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009**.** p. 346-356. p. 352.

[35] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada**. Disponível em:

http://74.125.93.132/search?q=cache:gZ8cRIWRkPUJ:www.unifap.br/ppgdapp/biblioteca/Estado_de_direito.doc+Estado+Constitucional+Ecológico+e+Democracia+Sustentada&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 3 ago. 2009.

[36] VIEIRA, Juliana de Souza Reis. Cidades Sustentáveis. In: MOTA, Maurício (Coord.). **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. 1. ed. São Paulo: Campus, 2008. 313-344. p. 325.

[37] CRUZ, Branca Martins da. Desenvolvimento sustentável e Responsabilidade Ambiental. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. Cap. 1. p.7.

[38] MIRALÉ, Édis. Estudo Prévio de Impacto Ambiental no Brasil. In: MÜLLER-PLANTENBERG, Clarita; AB'SABER, Aziz Nacib (Orgs.). **Previsão de Impactos**: O Estudo de Impacto Ambiental no Leste, Oeste e Sul. Experiências no Brasil, na Rússia e na Alemanha. 2. Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006. p.55.

[39] MIRALÉ, Édis. Estudo Prévio de Impacto Ambiental no Brasil. In: MÜLLER-PLANTENBERG, Clarita; AB'SABER, Aziz Nacib (Orgs.). **Previsão de Impactos**: O Estudo de Impacto Ambiental no Leste, Oeste e Sul. Experiências no Brasil, na Rússia e na Alemanha. 2. Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006. p.Miralé p. 56.

[40] MIRALÉ, Édis. Estudo Prévio de Impacto Ambiental no Brasil. In: MÜLLER-PLANTENBERG, Clarita; AB'SABER, Aziz Nacib (Orgs.). **Previsão de Impactos**: O Estudo de Impacto Ambiental no Leste, Oeste e Sul. Experiências no Brasil, na Rússia e na Alemanha. 2. Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006. p.p. 56.

[41] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 144.

[42] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136.

[43] JEAN-MARC LAVIEILLE apud MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 78.

[44] CRUZ, Branca Martins da. Desenvolvimento sustentável e Responsabilidade Ambiental. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. Cap. 1. p. 36.

[45] FINK, Daniel R. Relação Jurídica Ambiental e Sustentabilidade. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. Cap. 1. p. 108.

[46] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 57.

[47] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37.

[48] ECKARD REBHINDER apud SILVA FILHO, Carlos Alberto da Costa e. O princípio do poluidor-pagador: da eficiência econômica à realização da justiça. In: MOTA, Maurício (Coord.). **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. 1. ed. São Paulo: Campus, 2008. 81-99. p. 96.

[49] BECK, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo:** Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: UNESP, 2003. p. 21-24.

COMPENSAÇÃO AMBIENTAL: INSTRUMENTO ECONÔMICO PARA A TUTELA DO MEIO AMBIENTE *

ENVIRONMENTAL COMPENSATION: AN ECONOMIC INSTRUMENT FOR THE ENVIRONMENT PROTECTION

Vinicius Freitas Lott

RESUMO

A Compensação Ambiental é um mecanismo financeiro de compensação pelos efeitos de impactos não mitigáveis ocorridos quando da implantação de empreendimentos, e identificados no processo de licenciamento ambiental. Entretanto, a implementação de um instrumento econômico não é trivial. Tendo sido recente a publicação de sua regulamentação, além dos aspectos institucionais e legais e questões relacionadas à sua integração com padrões ambientais existentes, precisa ser examinado cuidadosamente. O estudo aborda a compensação ambiental como instituto jurídico-econômico de cunho indenizatório que alberga em seu conteúdo diversos princípios jurídicos norteadores do Direito Ambiental, quais sejam, da restauração natural, da precaução, da responsabilidade ambiental objetiva e do poluidor-pagador. Se devidamente instrumentalizada, a compensação ambiental pode ser um importante mecanismo viabilizador de uma política pública ambiental responsável perante a natureza e o próprio homem, sujeito de direito a um meio ambiente equilibrado, sadio e diversificado biologicamente.

PALAVRAS-CHAVES: COMPENSAÇÃO AMBIENTAL. DIREITO AMBIENTAL. EXTERNALIDADES NEGATIVAS. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO.

ABSTRACT

The Environmental Compensation is a financial mechanism to offset the effects of not zymotic impacts occurred in the project implementation, and identified in the environmental licensing process. However, the implementation of an economic instrument is not trivial. Has recently been publicated its regulations, in addition to the institutional and legal issues related integration with existing environmental standards, it must be examined carefully. The study addresses the environmental compensation as a legal-economic institute that imprints indemnity and has in its content several legal principles of the Environmental Law: natural restorations, precaution, environmental objective responsibility and the polluter pays principle. If properly exploited, the environmental compensation can be an important mechanism facilitator of a public environmental policy, responsible to the nature and humanity, bound of the right to a balanced environment, healthy and biologically diverse.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL COMPENSATION. ENVIRONMENTAL LAW. NEGATIVE EXTERNALITIES. ENVIRONMENTAL LICENSING. CONSERVATION UNIT

.

1 INTRODUÇÃO

Em face ao quadro incessante e, muitas vezes, irreversível, de destruição da base natural de nosso planeta, o Direito, com maior vigor a partir dos anos 70 do Século XX, incorporou preocupações ambientais à sua agenda e ampliou sua intervenção de proteção da natureza, mediante o desenho de um rol de instrumentos multifacetários. O direito ao meio ambiente é tido como um direito-dever *erga omnes*, pois ao mesmo tempo em que a pessoa é titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também tem a obrigação de defendê-lo e preservá-lo. Direito difuso, de terceira geração, vem ampliar o conteúdo dos direitos humanos fundamentais e sua positivação envolve a revisão de todo o direito, em seu ordenamento, sua teoria e implementação (LEITE; AYALA, 2001, p.73).

De acordo com MILARÉ (2007), o tema ambiental só foi inserido pela primeira vez de forma clara no ordenamento jurídico brasileiro nas diretrizes básicas para o zoneamento industrial em áreas críticas de poluição, pela Lei 6.803 de 02 de julho de 1980, com a preocupação expressa em seu art. 1º, que define que "nas áreas críticas de poluição [...], as zonas destinadas à instalação de indústrias serão definidas em esquema de zoneamento urbano, aprovado por lei, que *compatibilize as atividades industriais com a proteção ambiental"*.

Posteriormente observou-se a elaboração de uma *Política Nacional de Meio Ambiente* (Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981), que definiu como prioridade a avaliação de impactos ambientais como meio de preservar os processos ecológicos essenciais. A Constituição Federal de 1988 apresenta, além de um capítulo exclusivo para as questões ambientais, em seu artigo 225 e seguintes e em diversos outros artigos esparsos, a responsabilidade do Estado e da sociedade civil para com o meio ambiente.

O direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, amplia o conteúdo dos direitos humanos e o próprio conceito de cidadania. Um dos valores fundamentais a esse direito é a igualdade (LEITE; AYALA,2001,p.204).

Nos esforço de tutela da flora, fauna e habitat, ênfase particular é dada aos chamados instrumentos jurídicos de prevenção e de conservação *in situ*, incluindo-se aí as chamadas Áreas Protegidas (BENJAMIN, 2001,p.32).

A Lei do SNUC, definiu, em seu art. 2º, II, o que entende ser conservação da natureza:

II - conservação da natureza: o manejo do uso humano da natureza, compreendendo a preservação, a manutenção, a utilização sustentável, a restauração e a recuperação do

ambiente natural, para que possa produzir o maior benefício, em bases sustentáveis, às atuais gerações, mantendo seu potencial de satisfazer as necessidades e aspirações das gerações futuras, e garantindo a sobrevivência dos seres vivos em geral;

Da mesma forma, e no mesmo artigo, conceituou o que vem a ser preservação:

V - preservação: conjunto de métodos, procedimentos e políticas que visem a proteção a longo prazo das espécies, habitats e ecossistemas, além da manutenção dos processos ecológicos, prevenindo a simplificação dos sistemas naturais;

Segundo GODOI (2006), no caso dos impactos mitigáveis (como o risco de acidentes com derramamento de substâncias tóxicas), deve-se exigir que o empreendedor adote medidas mitigadoras preventivas (sinalização adequada, traçado apropriado da pista) e corretivas (equipes de emergência em permanente prontidão). Quanto aos impactos não-mitigáveis, entram em cena as medidas compensatórias. Por exemplo, no caso de uma rodovia que provoque a destruição de uma determinada área de vegetação primária, tem-se uma degradação ambiental não-mitigável, pois as perdas em termos de redução da biodiversidade são irreversíveis.

O artigo 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição da República prevê a adoção de medidas compensatórias ambientais como obrigação para o licenciamento de todo empreendimento causador de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão competente.

A compensação ambiental pode ser entendida como uma obrigação pecuniária paga pelo empreendedor e destinada ao apoio a implementação e manutenção de unidade de conservação, para a expedição do licenciamento ambiental de forma a compensar os impactos ambientais não-mitigáveis que possa gerar.

Consiste, portanto, na obrigação do empreendedor de apoiar a implantação e manutenção de unidades de conservação da natureza do grupo de proteção integral, sejam elas federais, estaduais ou municipais, a serem definidas pelo órgão licenciador, devendo ser beneficiadas obrigatoriamente as unidades de conservação afetadas direta ou indiretamente pelo empreendimento, ainda que não integrantes do grupo de proteção integral.

Segundo o artigo 2º, “I”, da Lei Federal nº 9.985, de 18/07/2000 unidade de conservação é o “espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção”.

As unidades de Conservação são áreas sujeitas a um processo de ocupação ordenado, tendo em vista seus aspectos naturais relevantes, tais como sítios goemorfológicos,

mananciais hídricos, endemismo de fauna e flora, remanescentes de vegetação em diferentes estágios de conservação, espécies ameaçadas de extinção, etc.; podem ser de domínio público ou privado e estão sob jurisdição federal, estadual ou municipal. (MAZZINI, 2008, p. 482)

O uso de instrumentos econômicos, tais como a cobrança pelo uso da água, o ICMS ecológico e a própria compensação ambiental, tem sido defendido como uma abordagem complementar e eficiente para a política ambiental (YOUNG, 2005, p.208). Além disso, os instrumentos econômicos têm sido também considerados como importantes instrumentos de geração de fundos para atividades sustentáveis.

O presente estudo buscará analisar a finalidade do instituto da compensação ambiental como instrumento econômico do direito para a preservação e promoção da sustentabilidade ambiental. Como objetivos específicos um estudo dos aspectos histórico e jurídico-principiológico da natureza jurídica da compensação ambiental como forma de orientar as adequações do instrumento quanto sua aplicabilidade e operacionalização.

O tema deste trabalho é dotado de grande relevância social, uma vez que a compensação ambiental constitui a principal fonte de recursos para a criação e instalação das unidades de conservação da natureza do grupo de proteção integral. Ademais, uma análise da compensação ambiental e de instrumentos auxiliares à sua utilização e aperfeiçoamento seria extremamente útil para a literatura especializada e para o desenvolvimento de sua aplicação, o que contribuirá para os estudos futuros e para a complementação de trabalhos existentes sobre o tema.

O presente trabalho foi orientado pelas técnicas de pesquisa do tipo bibliográfica e investigação documental. A metodologia utilizada foi basicamente a observacional e a comparativa, objetivando um equilíbrio temático no decorrer do estudo.

Como recurso metodológico, foi utilizada a revisão bibliográfica da legislação e material publicado (livros, revistas, jornais e redes eletrônicas) jurisprudencial e da doutrina técnica e jurídica.

O foco do trabalho se apresentou dentro dos aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários da unidade de análise, no caso o instituto da compensação ambiental. Dessa maneira o estudo pode ser caracterizado na “vertente jurídico-teórica”, conforme leciona GUSTIN (2002, p. 42).

Considerando a natureza teórica do presente trabalho, de acordo com GUSTIN (2002, p. 41), a linha apresentada é crítico-metodológica e segue pensamento jurídico problemático. Isso porque, de acordo com os objetivos estabelecidos para o estudo, serão elencadas as características passadas e atuais da legislação pertinente ao instituto da compensação ambiental - bem como da evolução legislativa da matéria ambiental no Brasil - identificadas as razões históricas que levaram a sua criação e descritas as dificuldades de implementação do aludido instituto.

2 LICENCIAMENTO AMBIENTAL

A Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. A Política Nacional do Meio Ambiente, conforme o caput do art. 2º, tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propicia à vida, visando assegurar, condições ao desenvolvimento econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Além deste objetivo, o art. 4º, inciso VII, imputa "ao poluidor e ao predador, a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos."

Os instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente estão elencados no artigo 9º na referida lei, sendo, dos 13 instrumentos, nove (9) instrumentos de planejamento, tais como o zoneamento ecológico econômico, o cadastro técnico federal e o sistema nacional de informações, dois (2) instrumentos de comando e controle, fiscalização e licenciamento, e dois (2) são mecanismos econômicos.

A existência de danos ambientais originados por um empreendimento específico é avaliada em conjunto com os benefícios que são gerados e, a partir de uma análise balanceada de uns e de outros é que surge a opção política consubstanciada no deferimento ou indeferimento do chamado licenciamento ambiental, um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

De acordo com FIORILLO (2008) o licenciamento ambiental é o complexo de etapas que compõe o procedimento administrativo, o qual tem como objetivo a concessão de licença.

O art. 10 da Lei 6.938/1981 condiciona ao prévio licenciamento ambiental "a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental."

O CONAMA, através de sua Resolução nº 01/86, artigo 1º, definiu impacto ambiental como qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população, as atividades econômicas e sociais,a biota, as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente e a qualidade dos recursos ambientais.

O CONAMA revisou os procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental através da Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997, de forma a efetivar a utilização do sistema de licenciamento como instrumento de gestão ambiental.

No artigo 1º, inciso I, da Resolução CONAMA nº 237/97 conceitua-se o licenciamento ambiental como:

“[...] procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.”

O mesmo diploma legal definiu a licença ambiental como (artigo 1º, inciso II):

“ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.”

O licenciamento ambiental é realizado em três etapas: concessão de licença prévia, concessão de licença de instalação e concessão de licença de operação. Na primeira etapa pode-se fazer necessário o estudo de viabilidade ambiental e entre uma e outra etapa audiência pública.

A licença prévia está prevista no art. 8º, I, da Resolução CONAMA nº 237/1997 como aquela concedida na fase preliminar do planejamento da atividade ou empreendimento, aprovando a sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de implementação. Ressalte-se que o prazo da referida licença é de cinco anos, conforme exposto no art. 18, I[1], da mesma resolução.

A licença de instalação, obrigatoriamente precedida pela licença prévia é aquela que “autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante”, conforme art. 8º, II, da Resolução CONAMA nº 237/1997. O prazo de validade desta é de seis anos, conforme art. 18, II, da resolução.

A licença de operação ou licença de funcionamento tem por finalidade autorizar a “operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação”, conforme era. 8º, III, da Resolução CONAMA nº 237/1997.

3 O INSTITUTO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

A compensação ambiental, objeto de estudo do presente trabalho, prevista no artigo 36 da Lei nº 9.985/2000, obrigatória para empreendimentos causadores de significativo impacto ambiental, consiste na obrigação do empreendedor de apoiar a implantação e manutenção de unidades de conservação da natureza do grupo de proteção integral, sejam elas federais, estaduais ou municipais, a serem definidas pelo órgão licenciador, devendo ser beneficiadas obrigatoriamente as unidades de conservação afetadas direta ou indiretamente pelo empreendimento, ainda que não integrantes do grupo de proteção integral.

Esse conceito atual do instituto, apesar de ter recente, teve sua evolução dentro do conjunto de normas ambientais em nosso ordenamento jurídico.

4 COMPENSAÇÃO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO ECONÔMICO DO DIREITO

A inserção do Direito Econômico no ordenamento jurídico do Brasil tem início com a Constituição de 1934, que foi a primeira a estabelecer mecanismos jurídico-constitucionais de intervenção estatal na ordem econômica e financeira. Através de mecanismos institucionais propiciados pelo Direito Econômico era possível que o estado fomentasse ações e condutas cuja finalidade seria a produção de determinados resultados econômicos e sociais concretos.

Segundo ANTUNES (2007), a característica mais marcante deste ramo do direito é a interdisciplinariedade. Pode-se dizer o Direito Econômico é, de certa forma um pólo ao redor do qual circulam o Direito Financeiro, o Direito Administrativo, Direito Tributário e Direito Ambiental.

Os artigos 170 e seguintes da Constituição Federal apresentam os princípios da ordem Financeira e Econômica, dentre eles “a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. Que significa que a livre iniciativa poderá ser praticada apenas se respeitados determinados parâmetros constitucionais, como o respeito ao meio ambiente.

O estabelecimento de preços pela utilização dos recursos ambientais e a criação de incentivos para a utilização menos intensiva destes recursos são instrumentos importantes de intervenção econômica, pois condicionam o agente econômico a se conduzir para direções ecologicamente desejáveis.

Ao mesmo tempo em que o Direito Econômico pode ser indutor de proteção ambiental, com diretrizes, recomendações e planos, pode também a legislação ambiental ser um instrumento de intervenção na ordem econômica.

A Constituição Federal, no parágrafo único de seu art. 170, assegura que todos têm o livre exercício sobre qualquer atividade econômica, independente da autorização de órgãos públicos, exceto para os casos previstos em lei. No entanto, o mesmo artigo 170 da Constituição afirma que a ordem econômica observará os princípios da defesa do meio ambiente.

Quando os custos da degradação ecológica não são pagos por aqueles que a geram, estes custos são externalidades para o sistema econômico, os custos afetam terceiros sem a devida compensação. De acordo com SEROA DA MOTTA (1998, p. 17):

Isto ocorre porque a as atividades econômicas são planejadas sem levar em consideração essas externalidades ambientais e, consequentemente, os padrões de consumo das pessoas são forjados sem nenhuma internalização dos custos socioambientais. O resultado é um padrão de apropriação do capital natural onde os benefícios são providos para alguns usuários de recursos ambientais sem que estes compensem os custos incorridos por usuários excluídos. Além disso, as gerações futuras serão deixadas com um estoque de capital natural resultante das decisões das gerações atuais, arcando com os custos que estas decisões podem implicar.

Diante da existência dessas externalidades, surge a situação oportuna de intervenção governamental na economia, de forma a internalizar tais custos externos. Uma das maneiras de internalização é a medida compensatória.

5 DA VALORAÇÃO AMBIENTAL

De acordo com SEROA DA MOTTA (2000, p. 86), "externalidades surgem quando o consumo ou a produção de um bem gera efeitos adversos (ou benéficos) a outros consumidores e/ou firmas, e estes não são compensados efetivamente no mercado via sistema de preços".

Para PRIEUR apud MILARÉ (2005, p. 164):

São chamadas externalidades porque, embora resultantes da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é recebido pelo produtor privado. Daí a expressão "privatização de lucros e socialização de perdas", quando identificadas as externalidades negativas.

As externalidades podem ser entendidas, portanto, como os resultados provenientes do poder de manipulação e transformação do homem que afetam toda a sociedade e o meio, independentemente dessa coletividade ter, ou não, participado do processo que gerou tais resultados. Para reverter as tendências restritivas, a internalização das externalidades pelas atividades econômicas deve ser guiada pelo Poder Público mediante o respaldo da lei.

De acordo com MANKIW (2005) a internalização de externalidades consiste na "alteração dos incentivos de uma forma que as pessoas levem em consideração os efeitos externos de suas ações". A compensação ambiental, ao revestir-se do princípio

do poluidor-pagador, visa justamente a internalização dos custos externos dos processos produtivos.

A grande dificuldade está na definição de um valor para cada bem ambiental lesado. Isto fica mais evidente no caso da conservação da diversidade biológica, sobre a qual, devido a sua complexidade, revela-se insuficiente o conhecimento técnico, teórico e gerencial por parte dos empreendedores e do governo.

Embora o uso de recursos ambientais não tenha seu preço reconhecido no mercado, seu valor econômico existe na medida que seu uso altera o nível de produção e consumo (bem-estar) da sociedade.

A noção do papel econômico na valoração de recursos ambientais não é inovadora, pois há anos já é tratada na literatura especializada nacional e mais ainda em outros países.

A literatura especializada sobre o critério econômico no gerenciamento dos recursos naturais tem sido muito fértil nos últimos anos. As principais proposições para sua aplicação são evidenciadas por SEROA DA MOTTA (1998, p. 18): i) Análise custo-benefício; ii) Análise custo-utilidade; iii) Análise custo eficiência.

Como em toda teoria, há diversas limitações e margens para questionamento sobre o valor aferido por essas metodologias e como já ainda não há uma metodologia padrão para o cálculo da compensação ambiental no país. Ou seja, cada estudo de impacto ambiental pode utilizar uma metodologia a ser avaliada e aprovada pelas Câmaras de Compensação Ambiental do órgão licenciador competente.

6 PRINCÍPIOS JURÍDICOS QUE AMPARAM A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

Princípios jurídicos, segundo CRETELLA JUNIOR *apud* MILARÉ (2005. p. 157), “são as proposições básicas, fundamentais, típicas , que condicionam todas as estruturas subseqüentes”. Correspondem aos axiomas, teoremas e leis em outras ciências.

De acordo com Sampaio (2003, p.47):

“[...] princípios são enunciados deônticos que sedimentam e cristalizam valores e políticas no ordenamento jurídico (princípios formais e materiais). Denominam-se também princípios as normas técnico-operacionais do sistema jurídico que orientam mais diretamente as operações estruturais sistêmicas (princípios funcionais ou operacionais). Uns e outros podem vir expressos ou implícitos”.

Para MILARÉ (2005, p. 155) o Direito do Ambiente consiste no “complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou

indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações".

Outro autor define o Direito Ambiental como "conjunto de princípios e regras destinados à proteção do meio ambiente, compreendendo medidas administrativas e judiciais, com a reparação econômica e financeira dos danos causados ao ambiente, aos ecossistemas, de uma maneira geral". (CARVALHO, 1990, p.140).

É comum para ambos que os princípios e normas são componentes deste ramo do direito. Vários são os princípios do Direito Ambiental elencados pela doutrina, tais como: o princípio do equilíbrio ecológico, da participação comunitária, do poluidor-pagador, da prevenção, da precaução, da função socioambiental da propriedade, do usuário-pagador, da cooperação entre povos.

Pode-se ressaltar a presença do princípio da restauração integral neste instituto. A restauração natural ou restauração integral é a recuperação *in natura* do bem ambiental lesado e deve ser percebida como a opção fundamental do sistema de responsabilidade civil por danos ecológicos (STEIGLEDER, 2005, p.43).

O princípio da restauração integral tem como premissa que:

A lesão causada ao meio ambiente há de ser recuperada em sua integridade e **qualquer norma jurídica que disponha em sentido contrário ou que pretenda limitar o montante indenizatório a um teto máximo será inconstitucional**, por isso mesmo quando não for possível a reparação do dano, ainda será devida a indenização pecuniária correspondente (grifo nosso). (MILARÉ, 2007, p. 900).

Este princípio, assim como os outros, volta-se para a lógica do princípio da conservação do equilíbrio ecológico.

Pelo fato das regras do direito ambiental serem em sua maioria de natureza pública (e até alguns princípios de misturarem como princípios do direito ambiental, princípios gerais e do direito público, como natureza pública da proteção ambiental, e do controle do poluidor pelo poder Público), poder-se-ía elencar uma série desses princípios que condicionam o exercício da função do estado à preservação do meio ambiente (supremacia do interesse público; legalidade; isonomia; proporcionalidade dos meios aos fins) e do direto administrativo (indisponibilidade do interesse; especialidade administrativa; poder do administrador público; moralidade; publicidade).

7 EVOLUÇÃO NORMATIVA DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

7.1 Resolução CONAMA nº 010, de 3 de dezembro de 1987

A Resolução CONAMA nº 010, de 3 de dezembro de 1987, de definiu que sempre que se tratar de licenciamento de empreendimentos de grande porte teria o responsável de implantar uma Estação Ecológica[2], preferencialmente junto à área do empreendimento (artigo 1º).

O valor dessa benfeitoria não deveria ser menor que 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento (GODOI, 2006). A reparação, prevista no artigo 1.º da Resolução 010/87, por sua vez foi fixada pelo artigo 2.º, e determina que: "O valor da área a ser utilizada e das benfeitorias a serem feitas para o fim previsto no artigo anterior, será proporcional ao dano ambiental a ressarcir e não poderá ser inferior a 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a implantação dos empreendimentos". A Resolução estabeleceu um valor mínimo, porém a quantificação deve ser proporcional ao impacto ambiental, sem definição de teto máximo.

O artigo 5º da Resolução prevê que a reparação dos danos ambientais não-mitigáveis causados pela destruição de florestas e ecossistemas, seria realizada sob a forma de implantação de estação ecológica junto à área do empreendimento, e que o responsável pelo empreendimento, após a implantação da unidade, deverá transferir seu domínio à entidade do Poder Público responsável pela administração de unidades de conservação, podendo realizar sua manutenção diretamente ou mediante convênio com o órgão competente.

Quanto a definição do *quantum* a ser reparado, o artigo 4º revela que “o EIA/RIMA, relativo ao empreendimento, apresentará proposta ou projeto ou indicará possíveis alternativas para o atendimento ao disposto nesta Resolução". Ou seja, quando da confecção do Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, já deverão ser indicadas as propostas ou projetos, ou outras possíveis alternativas, considerando para isso a extensão, os limites e as construções a serem feitas.

A Resolução nº 010/1987 já previa que essas reparações e benfeitorias deveriam ser proporcionais ao dano ambiental a ressarcir e, apesar de definir claramente que, não poderiam ser inferiores a 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a implantação das atividades ou empreendimentos, poderiam evidentemente ser maiores do que 0,5% do investimento. (MAGALHÃES, 2007)

A Resolução nº010/1987 pode ser considerada como marco importante no caminho da preservação ambiental em nosso país porque consolida pela primeira vez na legislação nacional a reparação dos danos ambientais como resultado de atividades que provoquem a destruição do ambiente ou de ecossistemas.

7.2 Resolução CONAMA 002, de 18 de abril de 1996

Em seguida, foi publicada a Resolução CONAMA 002, de 18 de abril de 1996, que revoga a Resolução nº010/1987. Dentre as principais alterações trazidas pela norma, observa-se o previsto no artigo 1º da Resolução:

“O licenciamento de empreendimentos de relevante impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente com fundamento no EIA/RIMA, terá como um dos requisitos a serem atendidos pela entidade licenciada, a implantação de uma unidade de conservação de domínio público e uso indireto, preferencialmente uma Estação Ecológica, a critério do órgão licenciador, ouvido o empreendedor".

A alteração, portanto, apresenta-se no requisito para licenciamento de empreendimentos, que na redação da Resolução nº 010/87, era "obras de grande porte", tornou-se o requisito "empreendimentos de relevante impacto ambiental".

De acordo com MAGALHÃES (2007), outro ponto modificado foi o tipo de Unidade de Conservação que deveria ser implantada, que ficou definida como "unidade de conservação de domínio público e uso indireto", e apenas "preferencialmente uma estação ecológica", configurando-se como uma opção à rigidez da norma anterior que determinava a implantação de estação ecológica, bem como preferencialmente junto ao empreendimento. É o que define o artigo 1º, § 1º da Resolução nº 002/1996:

"Em função das características da região ou em situações especiais, poderão ser propostos o custeio de atividades ou aquisição de bens para unidades de conservação públicas definidas na legislação, já existentes ou a serem criadas, ou a implantação de uma única unidade para atender a mais de um empreendimento na mesma área de influência.”

A preferência pela reparação na região de instalação do empreendimento se justifica pelo argumento apresentado no artigo 1º, § 2º, desta resolução: “[...] a preservação de amostras representativas dos ecossistemas afetados."

A inovação da Resolução nº 002/1996 está essencialmente na definição de critérios mais lógicos para a aplicação e implantação da reparação. Primeiramente ao imputar o licenciamento apenas para os casos que efetivamente causem relevante impacto ambiental, pois não necessariamente um empreendimento de grande porte gera impactos relevantes, não se pode excluir a possibilidade de empreendimentos de pequeno porte, em face ao potencial poluidor, causarem grandes impactos ao meio ambiente. Ademais, as reparações devidas, poderão ser efetivadas como custeio de atividades ou aquisição de bens para unidades de conservação públicas, existentes ou a serem criadas, ou mesmo a implantação de uma única unidade de conservação para atender a mais de um empreendimento na mesma área de influência do empreendimento, o que se insere em um contexto de análise regional, de ganhos em faixas de conectividade entre fragmentos de vegetação.

A determinação a respeito da responsabilidade de reparação, que não poderá ser inferior a 0,50% (meio por cento) dos custos totais previstos para implantação do empreendimento, definida na norma anterior, permanece na Resolução nº 002/1996, em seu artigo 2º. E é acrescentada a prerrogativa para o Poder Público na qual “estando em desacordo, compete ao CONAMA suspender a execução de projeto”. Mas ao mesmo tempo, define as obrigações do poder público relacionado a este poder-dever, dentre as

quais, compete ao órgão ambiental responsável explicitar todas as condições a serem atendidas pelo empreendedor para o cumprimento do disposto nesta Resolução, durante o processo de licenciamento ambiental (artigo 3º).

É importante ressaltar que essa resolução define que além de ser uma unidade de conservação de uso indireto, ou seja, não haverá exploração dos recursos naturais existentes no ambiente, a Unidade de Conservação será de domínio público. O artigo 5º, não obstante, determina que "[...] após a implantação da unidade de conservação o particular transferirá seu domínio à entidade do Poder Público responsável por sua administração, e realizará sua manutenção mediante convênio com o órgão competente".

Observa-se que o termo compensação ambiental não aparecia nas Resoluções apresentadas. O termo surge no §3º do artigo 36 da lei nº 9.985/2000 e nos artigos 31 a 33 do Decreto 4.340/2002.

7.3 Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000

A Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) e estabelece critérios e normas para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação.

O artigo 36 da Lei 9.985/2000 manteve as mesmas características das normas anteriores, definindo que a aplicação da compensação ambiental poderá ser dada em unidades de conservação existentes ou a serem criadas:

"Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerados pelo órgão ambiental competente, com fundamento no estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor fica obrigado apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei".

Portanto, condiciona o licenciamento ao EIA/RIMA e impõe uma nova obrigação qual seja de apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do grupo de Proteção Integral. (MAGALHÃES, 2007)

O regulamento da Lei nº 9.985/2000 é o Decreto nº 4.340, 22 de agosto de 2002, que traz um detalhamento do tema relativo ao Sistema de Unidades de Conservação da Natureza - SUCN e, especificamente, sobre os artigos. 22, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 33, 36, 41, 42, 47, 48 e 55, da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000, bem como os artigos. 15, 17, 18 e 20, no que concerne aos Conselhos das Unidades de Conservação. Dispõe sobre a forma de gestão integrada do conjunto das unidades de conservação e estabelece regras sobre outras matérias, sejam elas:

I - a criação e delimitação de unidades de conservação;

II - determinação e administração do mosaico de unidades de conservação;

III - composição do "Conselho do Mosaico" de unidades de conservação, com caráter consultivo ou deliberativo;

IV - regras de reconhecimento, de composição e da ordem de prioridade na alocação de recursos da compensação;

V - fixação do valor da compensação ambiental; constituição e competência dos órgãos licenciadores;

VI - instituição de "Câmaras de Compensação Ambiental - CCA", compostas por representantes do órgão;

VII - plano de manejo da unidade de conservação; forma de gestão compartilhada de unidade de conservação por organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP);

VIII - da autorização para exploração de produtos, subprodutos ou serviços inerentes às unidades de conservação;

IX - educação ambiental;

X - reassentamento das populações tradicionais e do processo indenizatório;

XI - de modelo de gestão integrada, participativa e sustentável dos recursos naturais, objetivando a preservação da biodiversidade e o desenvolvimento das atividades de pesquisa científica;

XII - e regulamentação de cada categoria de unidade de conservação integrante do SNUC, por regulamento específico.

De maneira geral, o mais relevante que se observa no Decreto citado a respeito da compensação ambiental, é a forma de reconhecimento, da composição e da ordem de prioridade na alocação de recursos advindos da compensação referente ao licenciamento ambiental de empreendimentos com significativo impacto ambiental; a definição da fixação da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000, pelo órgão ambiental licenciador, a partir de 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, considerando-se a amplitude dos impactos gerados a ser aplicado no mosaico de unidades de conservação; a forma de instituição no âmbito dos órgãos licenciadores de "Câmaras de Compensação Ambiental", compostas por representantes do órgão, com a finalidade de analisar e propor a aplicação da compensação ambiental, para a aprovação da autoridade competente, de acordo com os estudos ambientais realizados e percentuais definidos; e a regulamentação de cada categoria de unidade de conservação integrante do SNUC, por regulamento específico. A compensação ambiental por significativo impacto ambiental

foi expressamente regulamentada no artigo 31 do Decreto em tela, fixando-se a forma de compensação em função do grau de impacto a partir dos estudos ambientais realizados para o licenciamento, sendo considerados os impactos negativos não mitigáveis e passíveis de riscos que possam comprometer a qualidade de vida de uma região ou causar danos aos recursos naturais.

Enfim, a Compensação Ambiental pode ser entendida como uma obrigação pecuniária paga pelo empreendedor e destinada ao apoio a implementação e manutenção de unidade de conservação, para a expedição do licenciamento ambiental de forma a compensar a os impactos ambientais não-mitigáveis que possa gerar, sendo tais impactos definidos do Estudo de Impacto Ambiental e no Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA).

A compensação ambiental pode ser cumprida diretamente pelo empreendedor (sem o ingresso nos cofres públicos), mediante elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo, aquisição de bens ou serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade, desenvolvimento de estudo, dentre outros ou ser paga ao poder público para que este faça sua utilização vinculada à finalidade, porém, com caráter discricionário.

7.3.1 Definição do *quantum* do significativo impacto

De acordo com ANTUNES (2007), o dano ambiental mede-se por sua extensão, impondo a reparação integral, de acordo com os artigos 14, §1º, da lei 6.938/1981 e 225, §3º, da Constituição Federal de 1988.

O Decreto nº 4.340/2002, em seu art. 31, afirma que a fixação de compensação ambiental será estabelecida “a partir de estudos ambientais”. Os estudos ambientais podem ser “relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental (PCA), relatório ambiental preliminar (RCA), diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco”, como se vê na Resolução nº 237/1997 do CONAMA.

A Resolução CONAMA n.° 371, de 5 de abril de 2006 estabelece diretrizes aos órgãos ambientais para o cálculo, cobrança, aplicação, aprovação e controle de gastos de recursos financeiros advindos da compensação ambiental decorrente dos impactos causados pela implantação de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em Estudos de Impacto Ambiental - EIA e Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, conforme o art. 36 da Lei n.º 9.985/2000.

Todo esse entendimento não contraria, de fato, a prescrição do Decreto Decreto 4.340/2002, que regulamenta a Lei n.º 9.985/2000:

Art. 31. Para os fins de fixação da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei n.º 9.985, de 2000, o órgão ambiental licenciador estabelecerá o grau de impacto a partir

dos estudos ambientais realizados quando do processo de licenciamento ambiental, sendo considerados os impactos negativos, não mitigáveis e passíveis de riscos que possam comprometer a qualidade de vida de uma região ou causar danos aos recursos naturais. Parágrafo único. Os percentuais serão fixados, gradualmente, a partir de meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, considerando-se a amplitude dos impactos gerados, conforme estabelecido no caput.

No artigo 2° ressalta-se a obrigatoriedade do órgão ambiental licenciador estabelecer o grau de impacto ambiental causado pela implantação de cada empreendimento, fundamentado em base técnica específica que possa avaliar os impactos negativos e não mitigáveis aos recursos ambientais identificados no processo de licenciamento, de acordo com o EIA/RIMA, e respeitado o princípio da publicidade.

De fato, o cálculo do impacto ambiental não mitigável deverá constar do EIA-RIMA, e deverá ser fundamentado em base técnica específica. Determinado o grau de impacto ambiental, é importante observar que dispõe o §2º, do art. 2°, que para o cálculo do percentual devido na forma de compensação ambiental, o órgão ambiental licenciador deverá elaborar instrumento específico com base técnica, observado o disposto no caput do artigo citado. Com essa redação torna-se imperiosa a necessidade de elaboração de uma metodologia de cálculo da compensação baseada no grau de impacto aferido no EIA-RIMA.

Concluindo, com base no disposto, nota-se que enquanto não houvesse a efetiva elaboração e aprovação de uma metodologia de cálculo consistente para determinar o valor da compensação devida em face do grau de impacto ambiental, a compensação ambiental se resumiria em simples aplicação do percentual de 0,5% sobre o valor total do investimento.

7.3.2 Da proporcionalidade da valoração entre o dano e a compensação ambiental

A falta de definição de um critério padrão como metodologia de cálculo da compensação ambiental levou a Confederação Nacional da Indústria (CNI), em julho de 2000, propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 3.378) perante o Supremo Tribunal Federal, alegando que o art.36 da Lei 9.985/2000 viola o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade:

IV.1 - Se o EIA/RIMA não previr, no âmbito do processo de licenciamento, a eliminação e/ou mitigação dos impactos negativos significativos, não será deferida a licença ambiental. Por que, então, pagar a compensação ambiental, se não haverá significativo impacto ambiental, que constitui o suporte jurídico que respalda a sua cobrança? (Inicial da ADIn 3.378, p. 13-14)

IV.2 – A base de cálculo para apurar o montante a ser pago pelo empreendedor a título de compensação ambiental – os custos totais previstos para a implantação do empreendimento – acabou por penalizar justamente aqueles que mais investiram em equipamentos e tecnologia para proteção ambiental – Inadequação da norma.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 3378 interposta pela Confederação Nacional da Indústria alega que o art. 36 da Lei do SNUC carece de constitucionalidade por conter "evidente violação ao princípio da legalidade". De acordo com essa ADIn nº 3378, a violação se constitui no fato de tal dispositivo ter delegado ao órgão ambiental a competência de fixação do montante de recursos a ser aportado pelo empreendedor com um limite infinito, "tendo apenas fixado o valor mínimo equivalente a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento".

O Projeto de Lei nº 4082/2004 do Deputado Ronaldo Dimas (rejeitado pela Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável) propunha que o limite mínimo fosse o teto máximo: meio por cento do valor total do investimento despendido na implantação do projeto, descontados encargos tributários, trabalhistas e sociais e os valores destinados à mitigação de impactos ambientais negativos e à melhoria da qualidade ambiental.

Com já exposto, MACHADO (2002, p.751) entende que "a fixação de percentual acima de meio por cento dos custos totais previstos para a implantação demandará do órgão licenciador clara e fundada motivação, para que não haja arbitrariedade".

No embate entre quem detém a competência de fixação do percentual devido referente à compensação ambiental tem-se dois lados. De um lado, o Poder Público, alicerçado no que dita a Lei do SNUC quanto ao percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento (artigo 36) entende ser ele o responsável, porque se trataria de uma delegação técnica referente à preservação da biodiversidade, competência cabível aos órgãos licenciadores. Na outra frente, em que estão, majoritariamente, entidades de classe do setor privado, rejeita-se qualquer possibilidade do próprio órgão público licenciador estipular o *quantum* devido por se tratar de usurpação de poderes do órgão executivo. Segundo esta última frente, somente mediante lei poder-se-ia fazer tal fixação.

A Resolução 371, de 05 de abril de 2006, surgiu após a ADIn 3.378 justamente para tentar pacificar as incongruências do instrumento. Regulamenta os procedimentos para aplicação da compensação ambiental, segundo a ordem de prioridades estabelecida pelo artigo nº 33 do Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002, pelos órgãos ambientais competentes, conferindo-lhes clareza e objetividade, bem como estabelece diretrizes gerais que orientem os procedimentos e princípios gerais para efeito de cálculo e aplicação dos recursos da compensação ambiental que devem ser adotados pelos órgãos ambientais, entre elas a obrigatoriedade do empreendedor apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral; os casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental; o atendimento ao Princípio da Participação, consagrado pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Princípio 10) e pela Constituição Federal (art. 225). Ao final, no art. 15, estabelece que o valor da compensação ambiental ficará

fixado em 0,5% (meio por cento) dos custos previstos para a implantação do empreendimento até que o órgão ambiental estabeleça e publique metodologia para definição do grau de impacto ambiental.

A decisão da ADIn só foi dada em 09 de abril de 2008, definindo como inconstitucional o cálculo do valor pago a título de compensação ambiental, porém a Corte não esclareceu até o atual momento a nova metodologia para o cálculo.

A Corte entendeu que a compensação é legítima e necessária, e que o primeiro argumento da inicial contém uma premissa falha, pois nos empreendimentos em que não há potenciais impactos negativos significativos e não-mitigáveis, não há a cobrança de compensação ambiental.

Apesar da celeuma que se instaurou, o voto do Ministro Carlos Britto foi claro ao proferir que:

[...] o órgão licenciador não poderá, arbitrariamente, definir o valor do financiamento compartilhado, uma vez que deverá agir sob o manto da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 do CF). Deve, isto sim, fixar o *quantum* compensatório em estrita conformidade com os dados técnicos do EIA/RIMA. Cabendo ao Poder Judiciário coibir, no caso concreto, eventuais excessos do administrador público quando da fixação do respectivo valor.[3]

A principal mudança com a decisão é que o valor da compensação deverá ser proporcional ao impacto ambiental e não mais ser baseado em um percentual mínimo de 0,5%, incidente sobre os custos do empreendimento.

Se fosse mantida a metodologia de cálculo anterior à decisão da ADIn 3.378, (sobre o custo total de implantação do empreendimento), prejudicar-se-ia aqueles que tivessem a intenção de investir mais em suas atividades, o que é um contra-senso ao desenvolvimento. E há muito tempo foi superada a discussão sobre a dicotomia entre preservação ambiental e desenvolvimento econômico.

Como a valoração de impactos ambientais é algo deveras impreciso e de altíssima dificuldade, uma vez que as externalidades negativas geradas por um empreendimento nem sempre podem ser totalmente enumeradas e quantificadas, a definição do valor da compensação ambiental também aparece como um tema controverso e a definição da metodologia, uma tarefa árdua.

7.4 Decreto nº 6.848, DE 14 DE MAIO DE 2009

Após nove (9) anos de indefinição da metodologia padrão de cálculo da compensação ambiental, e em resposta a decisão do STF em relação à Adin 3.378, o é publicado o

Decreto nº 6.848, DE 14 DE MAIO DE 2009 altera e acrescenta dispositivos ao Decreto no 4.340, de 22 de agosto de 2002, para regulamentar a compensação ambiental.

A inovação da metodologia apresentada na norma regulamentadora é justamente a utilização de indicadores de Grau de Impacto Ambiental (GI). O GI é a unidade de medida dos impactos gerados por empreendimentos sujeitos ao licenciamento de acordo com as Resoluções CONAMA 001/86 e 237/97.

Esta unidade corresponde ao somatório dos fatores de impacto sobre os ecossistemas: impactos sobre a biodiversidade, comprometimento da área prioritária e influência em unidades de conservação. Cada um dos fatores é calculado a partir de faixas de graduação de seus componentes, tais como grau de magnitude, temporalidade, nível abrangência. Quanto ao fator influência em Unidades de Conservação, este será valorado de acordo com a classificação de Unidades de Conservação e a interferências que o empreendimento pode exercer sobre elas.

Para efeito de faixa de graduação de impactos, para todos os empreendimentos passíveis de licenciamento ambiental, fixou-se uma escala de variação do GI entre 0% e 5,0%.

Ao final o GI é multiplicado pelo fator VR que é o "somatório dos investimentos necessários para implantação do empreendimento, não incluídos os investimentos referentes aos planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental para mitigação de impactos causados pelo empreendimento, bem como os encargos e custos incidentes sobre o financiamento do empreendimento, inclusive os relativos às garantias, e os custos com apólices e prêmios de seguros pessoais e reais".

Nota-se que mesmo admitindo a incorreção causada pela apuração do *quantum* da compensação ambiental através dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, este fator ainda permanece na nova metodologia de cálculo apresentada.

Desta maneira, matematicamente observando, permanece a decisão de imputar ao empreendedor cujo empreendimento é passível de licenciamento e que apresenta impacto ambiental não-mitigável, apenas 0,5% dos custos totais da implantação de seu empreendimento. Ou seja, não se observa a possibilidade da utilização do princípio da restauração integral caso a reparação seja maior que 0,5% desses custos.

Outra limitação apresentada pela norma regulamentadora é o fato de incidir a compensação no limite geográfico do trecho licenciado. Ou seja, não há uma análise sistêmica ou regional dos impactos não-mitigáveis gerados pelo empreendimento ao seu ecossistema, como prevê o § 4º do art. 2, do decreto 6.848/2009:

Art. 2º - O Decreto no 4.340, de 2002, passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:

[...]

§ 4º A compensação ambiental poderá incidir sobre cada trecho, naqueles empreendimentos em que for emitida a licença de instalação por trecho.

Mesmo tendo apresentado um avanço quando as regras de cálculo da compensação ambiental, o decreto 6.848/2009 deixou uma grande zona cinzenta, ou subjetiva, ao estabelecer graus de classificação do tipo: pouco, médio ou muito, para os componentes do GI. E certamente um EIA/RIMA poderá apresentar um enquadramento nestas faixas muito distinto de outros estudos de impacto ambiental para o mesmo empreendimento, devido a esta subjetividade apresentada.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os debates acerca da cobrança da compensação ambiental não podem enfraquecer o instrumento, mas sim aprimorá-lo, pois a obrigação de forma alguma pode ser vista como um preço a ser pago pelo empreendedor para legalizar ou legitimar a instalação de empreendimentos que coloquem em risco o desenvolvimento sustentável. Por isso é necessário o estudo e o desenvolvimento deste instrumento e de outros processos paralelos que atuem positivamente na preservação ambiental.

O Direito Ambiental possui alguns instrumentos específicos que proporcionam subsídios para determinar padrões de apropriação dos recursos naturais. Alguns dos mais importantes instrumentos estão previstos na lei 6.938/1981, a Avaliação Ambiental Estratégica[4] e o Zoneamento Ecológico Econômico[5].

Uma avaliação pode ser realizada *ex post* ou *ex ante*. De acordo com MILARÉ (2007), comumente observa-se a avaliação de projetos e programas para verificar se relação custo-benefício foi satisfatória, se objetivos foram alcançados. Este tipo de avaliação, que se faz após a ocorrência do evento é muito importante, inclusive para a prática da gestão ambiental, entretanto, se faz necessário a realização de avaliações prévias, como forma de prever os possíveis impactos que as realizar intervenções no meio ambiente podem causar e evitar os danos, ao invés de remediá-los.

Dentre as ferramentas de avaliação *ex ante* propostos pela Política Nacional de Meio Ambiente, tem-se o Estudo de Impacto ambiental (EIA) seguido do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), além de outros instrumentos que compõem a Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), como o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), o Relatório Ambiental Preliminar (RAP) e o Estudo de Viabilidade Ambiental (EVA).

Tais ferramentas de avaliação prévia se voltam para empreendimentos, obras e serviços que geram intervenções no meio ambiente. Porém não atuam num momento ainda mais anterior às intervenções de forma a encontrar e agir na origem do problema. Este o objetivo da Avaliação Ambiental Estratégica (AAE).

A estratégia deve preceder a ação, e define as regras pelas ou políticas quais os atores sociais ou agentes ambientais devem seguir para que suas condutas, métodos e ações estejam de acordo com um plano que impeça o desequilíbrio ecológico e danos ambientais graves.

Tanto a AAE como o ZEE são instrumentos pouco utilizados no Brasil, porém, estabelecendo um zoneamento que defina os usos possíveis, pode se realizar em planejamento para a implantação das atividades econômicas no ambiente.

Tanto o Zoneamento Ecológico Econômico como a Avaliação Ambiental Estratégica podem ser mecanismos extremamente úteis para uma aferição mais exata dos valores a serem estipulados no EIA/RIMA para cobrança da compensação ambiental em de empreendimentos a serem instalados. Ademais, são ferramentas de planejamento mais amplo e que geram uma maior possibilidade de prevenção de danos por deterem uma metodologia mais ampla e abrangente.

A despeito da validade ou legalidade dos questionamentos a respeito da constitucionalidade da compensação ambiental em relação a sua natureza jurídica e de sua valoração, tais questionamentos não invalidam a legitimidade e a justiça, em termos sociais e ambientais que este instrumento proporciona. Em geral, os recursos naturais são bens públicos que são explorados por interesses privados, por meio de uma concessão do Estado (como no caso mineral). A apropriação do lucro privado decorrente da exploração de um bem público deve sim ser objeto de uma compensação na forma material ou mesmo financeira, devendo ser aplicada em todos os casos em que não há possibilidade de mitigação e cujo impacto seja relevante para o meio e a sociedade – que estará privada de seu usufruto para finalidades diversas.

Entretanto, para que seja eficiente, não basta ser aplicado de forma isolada. Ao contrário, deve estar associada á utilização de outras ferramentas de gestão territorial, como o zoneamento ecológico-econômico e da avaliação ambiental estratégica, que proporcionam uma análise integrada do uso e da ocupação do território em suas dimensões sociais, ambientais e econômicas, permitindo desta forma um gerenciamento e um planejamento mais eficiente das diversas intervenções no meio ambiente.

Como bem adverte BENJAMIN (1998, p.10):

Não imaginemos, todavia, que a utilização pelo direito ambiental de uma responsabilidade civil revitalizada resolverá, de vez, a degradação do planeta. Inicialmente, é bom lembrar que as técnicas de proteção do meio ambiente são (e precisam ser) complementares entre si e devem funcionar de maneira integrada, da responsabilidade civil, penal e administrativa ao planejamento, auditorias e instrumentos econômicos.

O que não pode ocorrer é o uso abusivo da compensação ambiental, distorcendo-o a uma taxa básica a ser paga sempre que for requerido o licenciamento ambiental, ou que seja reconhecido como um pagamento que legitima a degradação ambiental promovida pelo empreendimento.

Muito há que se avançar no tema com a utilização de conhecimentos interdisciplinares como na seara das ciências contábeis, econômicas, biológicas, geológicas e humanas para otimizar a utilização do instrumento como uma ferramenta eficiente da tutela ambiental. Mesmo que surja uma resposta no direito positivo para a mensuração do dano, para a reparação integral, qualquer adequação e evolução do instituto deverá levar

como diretriz a finalidade deste objeto, tendo em vista sua natureza jurídica reparatória e preventiva.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. São Paulo: Lúmen Júris, 2007.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. **O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política da comunitária do ambiente**. Coimbra: Coimbra, 1997.

BENJAMIN, Antônio Herman *et al* (coord.). Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão. **Biblioteca de Direito Ambiental**, v. 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BENJAMIN, Antônio Hermam. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, n. 9, jan, 1998.

_____. O regime brasileiro de Unidades de Conservação. **Revista de Direito Ambiental.** São Paulo, ano 6, p.27-56, jan/mar. 2001.

BRÜSEKE, Franz Josef. Pressão modernizante: Estado territorial e sutentabilidade. **Meio Ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. São Paulo. Fund. Joaquim Nabuco. 1997.

CACHÁ, Senise Freire; SILVA, Lúcia Helena. A natureza jurídica da compensação ambiental, **Revista da Procuradoria-Geral do estado de Mato Grosso do Sul**, nº 12 dez./2004, p. 122-148.

CARVALHO, Carlos Gomes de. **Introdução ao direito ambiental**. Rio de Janeiro. Ed. Verde Pantanal, 1990.

DOMINGUES, José Marques. A chamada compensação financeira SNUC. **Revista Dialética de Direito Tributário**, nº 133, out./2006, pp. 43-66.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2008. P.46.

FUNDAÇÃO ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE; FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **A questão ambiental em Minas Gerais: discurso e política**. Belo Horizonte, 1998.

GODOI, Marciano Seabra de. **A compensação ambiental prevista na lei 9.885/2000**. São Paulo: Dialética, 2006.

GUERRA, Sérgio. Compensação Ambiental nos empreendimentos de significativo impacto, In: WERNECK, Mário et al (coord.). Direito Ambiental Visto por nós Advogados, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 129-145.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos da metodologia **científica**. São Paulo: Atlas, 1985.

LEITE, José Rubens Morato.; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do Direito Ambiental e a sua equidade intergeracional. **Revista de Direito Ambiental.** São Paulo. v. 6, p.62-80, abr./jun, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 11ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

MAGALHÃES, Francisco José de Oliveira. **O instituto da compensação ambiental no contexto da multidisciplinaridade: um caso concreto na uhe peixe-angical**. Dissertação apresentada à Coordenação de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da

Universidade Católica de Goiás – UCG para obtenção do título de Mestre em Ciências Ambientais e Saúde. Goiânia: 2007.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. São Paulo: Pioneira *Thomson Learning*, 2005.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. Técnicas de Pesquisa, 3.ed., São Paulo: Atlas, 1996.

MAZZINI, Ana Luiza Dolabela de Amorim. Dicionário de termos ambientais, 4. ed., Belo Horizonte: A. L. D. Amorim Mazzini, 2008, p. 481-482.

MILARÉ, Edis; ARTIGAS, Priscila Santos. Compensação Ambiental, questões controvertidas, **Revista de Direito Ambiental**, nº 43, jul./set. 2006, pp. 201-.

MILARÉ, Edis; BENJAMIM, Antônio Herman. Estudo prévio de impacto ambiental: estudo, prática e legislação. **Biblioteca de Direito Ambiental**, v. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

RIBEIRO, J. C. Junqueira. **Indicadores ambientais: avaliando a política de meio ambiente no Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Semad, 2006.

SALIBA, Ricardo Berzosa. A natureza jurídica da compensação ambiental: vícios de inconstitucionalidade, **Interesse Público**, nº 29 jan./fev. 2005.

SEROA DA MOTTA, Ronaldo. **Manual para valoração de recursos ambientais**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, 1998.

STEIGLEDER, Anneliese Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

YOUNG, Carlos Eduardo F. **Mecanismos financeiros para a conservação no Brasil. Revista Megadiversidade**. Rio de Janeiro. v. 1, p. jul, p.8-213, 2005.

---

[2] Estação ecológica é um tipo de Unidade de Conservação de proteção integral que por sua vez é uma Unidade de Conservação integrante do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) e tem como objetivo preservar a natureza, permitindo apenas o uso indireto dos recursos naturais, com exceção dos casos previstos na Lei Federal nº 9.985, de 18/07/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidade de Conservação da Natureza – SNUC. As unidades de proteção integral são constituídas por: estação ecológica, reserva biológica, parque nacional, monumento natural, refúgio de vida silvestre. (MAZZINI, 2008, p. 481)

Outros tipos de unidades de conservação previstos na Lei nº 9.985/2000, são: as unidades de uso direto (unidades de conservação nas quais a exploração dos recursos naturais e o aproveitamento econômico direto são permitidos, desde que sejam feitos de forma planejada ou regulamentada); as unidades de conservação de uso indireto (unidades de conservação onde é totalmente restringida a exploração e o aproveitamento econômico direto dos recursos naturais, podendo haver apenas o aproveitamento indireto de seus benefícios); e as unidades de conservação de uso sustentável (unidades de conservação que têm como objetivo básico, compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais. São constituídas por: Área de Proteção Ambiental, Área de relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural). (MAZZINI, 2008, p. 482)

[3] BRASÍLIA, 2006, disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=197947&tip=UN&param=>. Acesso em 29 set. 2006

[4] Como explicita MILARÉ (2007), a AAE materializa, portanto, os princípios da prevenção e precaução. No entanto é uma ferramenta pouco delineada tanto para os agentes ambientais como para o Poder Público. Sua construção, ademais, não é de encargo exclusivo do órgão de meio ambiente da Administração Pública, mas é um instrumento a ser criado em conjunto com os departamentos e políticas setoriais que devam incluir a variável ambiental em seu escopo. É, portanto, uma ferramenta transversal, e uma forma de concretizar esta transversalidade é com a criação de núcleos setoriais de gestão ambiental, de natureza técnica, que auxiliam na elaboração e utilização das AAEs.

[5] Segundo o art. 2º do Decreto 4.297/2002, o Zoneamento Ecológico Econômico (ZEE) é o "instrumento de organização do território a ser obrigatoriamente seguido para a implantação de planos, obras e atividades públicas e privadas, estabelece medidas e padrões de proteção ambiental destinados a assegurar a qualidade ambiental, dos recursos hídricos e do solo e a conservação da biodiversidade, garantindo o desenvolvimento sustentável e a melhoria das condições de vida da população". Gera informações para o processo decisório relacionado aos planos, programas, projetos e atividades de agentes púbicos e privados que direta ou indiretamente utilizem recursos naturais, a partir do conhecimento adquirido sobre o meio ambiente estudado.

MORADIA E PRESERVAÇÃO NA COMUNIDADE DA CORÉIA – TERESÓPOLIS – RJ: DIAGNÓSTICO DE UMA COLISÃO DE INTERESSES*

HABITATION ET CONSERVATION DANS LA COMUNNAUTÉ CORÉIA – TERESÓPOLIS – RJ: DIAGNOSTIC D'UNE COLLISION D'INTÉRÊTS

Waleska Marcy Rosa

RESUMO

A ocupação urbana, no Brasil, ocorreu sem planejamento, ao longo do processo de industrialização, o que gerou a ocupação desordenada do solo urbano, fazendo surgir altos índices de informalidade, ocupações de risco e a necessidade de regularização das ocupações informais. Identificadas as características de ocupação do solo urbano em Teresópolis, busca-se identificar a colisão do direito à moradia exercido em uma dessas ocupações irregulares, a Comunidade da Coréia, com a preservação ambiental, tendo em vista que a referida comunidade se situa no entorno do Parque Estadual dos Três Picos (PETP). Verificou-se que a Lei n. 11.977, de 07 de julho de 2009 permitiu a regularização de ocupações informais consolidadas em áreas de preservação permanente, o que poderia solucionar a colisão apontada neste texto.

PALAVRAS-CHAVES: OCUPAÇÕES INFORMAIS; MEIO AMBIENTE; REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA.

RESUME

L'occupation urbaine, au Brésil, est arrivée sans planification, dans la voie du procès d'industrialisation, ce qui a mené à l'occupation desordennée du sol urbain, en faisant surgir les hauts indices d'informalité, les occupations de risque et le besoin de régularisation des places informelles. Etant donné les caractéristiques de l'occupation du sol à Teresópolis (RJ), on a fait une recherche pour identifier la collision du droit d'habitation exercé dans une occupation informelle, la comunnauté Coréia, placée proche du Parque Estadual dos Três Picos (PETP), avec la conservation de l'environnement. On a verifier qui la Loi Fédérale nº 11.977, du 7 juillet 2009, a permettre la régularisation agraire urbaine des occupations informelles consolidées dans les places de conservation permanent, ce qui peut résoudre la collision rapportée dans le texte.

MOT-CLES: OCCUPATIONS INFORMELLES; ENVIRONNEMENT; RÉGULARISATION AGRAIRE URBAINE.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 Introdução

Apresentam-se, nesse trabalho, os primeiros resultados do estudo em desenvolvimento sobre a Comunidade da Coréia, situado no Município de Teresópolis, no que se refere à colisão entre a preservação ambiental e o direito à moradia. Para tanto, foi elaborado um breve panorama a respeito do referido município, da comunidade objeto do trabalho e do Parque Estadual dos Três Picos. Os mais importantes aspectos históricos, econômicos, físico-territoriais e ambientais foram apontados, especialmente com o intuito de se identificar suas interferências sobre a conformação urbanística e social encontrada na Comunidade da Coréia. As dificuldades enfrentadas, no que se refere à ocupação urbana irregular no local, decorrem da conjunção de todos esses elementos.

Trata-se de um diagnóstico inicial da situação no local, a fim de conduzir as atividades da pesquisa à identificação de possibilidades jurídicas que permitam a harmonização dos interesses em conflito.

2 Aspectos históricos e econômicos de Teresópolis

A região onde se situa o município de Teresópolis era, originalmente, habitada pelos índios Timbiras, especificamente da tribo dos Coroados (MIRANDA, 2006, p.1). Há, também, relatos de índios Tupinambás, que teriam chegado à região após a derrota de Villegagnon pelos portugueses, quando do fim da ocupação da cidade do Rio de Janeiro. Ao norte da região, relata-se que houve um quilombo, denominado Quilombo da Serra, formado por escravos fugidos do Vale do Paraíba. Entretanto, tal informação nunca se confirmou (MIRANDA, 2006, p. 1), embora a trilha indígena que deu origem à atual estrada Rio–Teresópolis tenha sido conhecida no século XVIII como Caminho dos Escravos ou Caminho Novo.

A chegada do homem branco à região somente teria ocorrido no início do século XVIII, coincidindo com o ciclo da mineração em Minas Gerais. De fato, nessa época, a região por detrás da Serra dos Órgãos já era ponto de repouso e reabastecimento de tropas que comercializavam entre Minas Gerais e a Corte do Rio de Janeiro, como atesta a antiga e movimentada Hospedaria – a Hospedaria de Tiradentes[1] – demolida em 1973 para dar passagem à estrada Rio – Bahia, a BR-116 (RAHAL, 1987, p. 14).

Com a chegada da família imperial ao Rio de Janeiro, em 1808, houve a abertura dos portos e os comerciantes ingleses, dentre eles George March, passaram a ter bastante prestígio. March tinha uma das principais residências de Botafogo e possuía um estilo de vida opulento. Por volta de 1821, estabeleceu sua casa de campo em Teresópolis, construindo uma fazenda-modelo (FGV, 2006, p. 5), que prosperou e foi a principal abastecedora da cidade do Rio de Janeiro. A importância de George March para a formação da cidade ocorreu não apenas devido ao seu patrimônio imobiliário e à sua responsabilidade pelo povoamento inicial, mas também devido a um de seus empregados. Richard Heath foi administrador das fazendas de March (Fazenda dos Órgãos e Fazenda do Paquequer) e a ele se deve, em grande parte, a atual riqueza agrícola do município (FGV, 2006, p. 7).

Além do desenvolvimento da agricultura e da pecuária em suas fazendas, March se preocupou também com o desenvolvimento do turismo e do veraneio, o que o levou a melhorar o caminho de acesso ao Rio de Janeiro, com a colocação de paredes de arrimo e pés-de-moleque nos atoleiros. Assim, facilitou-se o trânsito de tropas e de liteiras (RAHAL, 1984, p. 45).

As terras das fazendas de George March se estendiam do Comary à Várzea, passando pelo Alto (denominações atuais dos bairros), abrangendo, portanto, boa parte do atual território do Município.

Após a morte de March, em 1845, seus filhos passaram a vender as terras. Em torno delas, tanto na Várzea quanto no Alto[2], estabeleceram-se pequenos povoamentos que deram sustentação ao surgimento da cidade (FGV, 2006, p. 4). Nessa época, os moradores já se referiam à localidade como Therezópolis, em homenagem à imperatriz Teresa Cristina (o casal imperial costumava freqüentar a localidade, hospedando-se na residência do Barão D'Escragnolle, situada no atual bairro do Quebra-Frasco). Em 25 de outubro de 1855, por meio do Decreto n° 829, criou-se a Freguesia de Santo Antonio de Therezópolis[3], com dois mil habitantes (FGV, 2006, p. 7), sendo distrito do Município de Magé.

Em 1872, foi construída a primeira estrada de acesso a Teresópolis, ligando-a a Itaipava, distrito do Município de Petrópolis. Até então, o único modo possível para se chegar era por meio de tropas e liteiras, utilizando-se o caminho preparado por George March. A abertura da estrada permitiu a chegada de estrangeiros que se instalaram na cidade e de famílias abastadas que mantinham na localidade suas casas de veraneio (VIEIRA, 1938, p. 47).

Outra fazenda cuja importância para o surgimento do município deve ser destacada é a Fazenda da Posse, situada em terras do entorno da Cascata do Imbuí. A sesmaria teria sido doada por D. João VI ao Tenente Joaquim Paulo de Oliveira, que seria filho natural de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes. Segundo Armando Vieira (1938, p. 59), os descendentes de Tiradentes teriam sido precursores do povoamento de Teresópolis.

As terras ocupadas por March e por Oliveira constituem, portanto, as origens do povoamento do atual município de Teresópolis.

Embora muito prestigiada e importante no que se refere ao abastecimento da Corte, somente no período republicano Teresópolis foi elevada à categoria de município, por meio do Decreto n° 280, de 06 de julho de 1891.

Em 1893, por meio da Lei n° 41, de 31 de janeiro, a capital do estado foi transferida de Niterói para Teresópolis, devido aos problemas com a Revolta da Armada. Entretanto, o governo do estado não chegou a se instalar em Teresópolis (ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2006, *online*) e, em 20 de fevereiro de 1894, a capital foi transferida para Petrópolis, cidade natal do então presidente do Estado, José Thomaz de Porciúncula.

Em 1901, José Augusto Vieira arrematou muitas das propriedades de Teresópolis, tornando-se proprietário de quase toda a cidade (FGV, 2006, p. 8). Em

1908 foi inaugurada a primeira estação ferroviária de Teresópolis, cuja construção foi de responsabilidade da família Vieira.

Em 26 de junho de 1926 constituiu-se a empresa A. Vieira e Cia. Ltda., com a finalidade de lotear e vender as terras anteriormente adquiridas por José Augusto Vieira. Surgem, então, as primeiras plantas e os arruamentos e delimitações das unidades a serem vendidas (FGV, 2006, p.8).

Desde o surgimento dos primeiros povoamentos, a vocação de Teresópolis se mostrou eminentemente agrícola. A fazenda modelo implantada por George March produzia hortaliças que abasteciam a cidade do Rio de Janeiro. Mais tarde, ainda na década de 1920, o Comendador Coxito Granado adquiriu vastas terras na área da Várzea e lá instalou sua fazenda para produção de ervas medicinais que abasteciam a Farmácia Granado (MIRANDA, 2006, p. 9).

Outra propriedade de grande importância para a atividade agrícola de Teresópolis foi a do comerciante Manoel Lebrão, proprietário da Confeitaria Colombo. Parte de suas terras ficou conhecida como Quinta Lebrão[4], servindo para a plantação de marmelo, utilizado para a elaboração da marmelada Colombo (MIRANDA, 2006, p. 9).

Hoje, Teresópolis é o maior produtor de hortigranjeiros do estado do Rio de Janeiro, sendo sua principal atividade econômica. A produção de hortigranjeiros ocorre, em mais de 90% dos casos, em pequenas propriedades com menos de dez hectares (CIDE, 2006, *online*). Segundo dados do CIDE (2006, *online*), referentes ao ano de 2002, a produção de hortigranjeiros é responsável por cerca de 13,2% do PIB do Município.

Apesar de ser a mais importante atividade econômica do Município, a agricultura gera, também, problemas ambientais graves, que precisam ser compreendidos e eliminados. A utilização de agrotóxicos nem sempre segue os padrões exigidos para evitar a contaminação não somente dos agricultores, mas também dos rios e do lençol freático. Tal situação é um risco constante para o ecossistema, especialmente tendo em vista que no município estão localizadas duas unidades de conservação: o Parque Nacional da Serra dos Órgãos e o Parque Estadual dos Três Picos[5].

Essencialmente, a atividade agrícola é desenvolvida no 2° e no 3° distritos[6], que compõem a área rural do Município.

Além da agricultura, o turismo é outra atividade econômica importante no Município de Teresópolis. Como foi verificado, George March já utilizava suas propriedades para a agricultura e para receber viajantes. Os imperadores D. Pedro II e D. Teresa Cristina costumavam freqüentar a cidade. Teresópolis, devido ao seu clima ameno e à exuberante natureza, desde o início de seu povoamento, teve vocação para o turismo.

De fato, famílias com excelentes condições financeiras adquiriam casas de veraneio em Teresópolis. Ainda hoje, quando se chega à cidade por meio da rodovia Rio – Teresópolis, é possível identificar verdadeiras mansões remanescentes no Bairro do Alto. Atualmente, o turismo ainda tem importância, apesar de não apresentar somente as características da fase em que o Município recebia as famílias abastadas que costumavam passar o verão em suas residências na serra. No parecer técnico que

forneceu os dados para a elaboração do Plano Diretor do Município, são apontados três tipos de turistas que chegam a Teresópolis: os turistas de veraneio, que possuem propriedades no Município e que, até o final de década de 1970, foram os responsáveis pelo crescimento econômico de Teresópolis; os turistas que buscam programações específicas, como os festivais, e que permanecem nesse período; os turistas de final de semana, que podem ou não se hospedar na cidade (FGV, 2006, p. 252). À sua disposição, o turista encontra, em Teresópolis, atrativos naturais e culturais, sendo que os primeiros são os mais conhecidos, especialmente o PARNASO – Parque Nacional da Serra dos Órgãos.

O tripé sobre o qual se baseia a economia é completado pelo comércio, embora esse não tenha tanta pujança quanto a agricultura e o turismo. Além disso, há um considerável setor de serviços, formado pelos hotéis, pousadas e restaurantes que recebem os turistas que visitam a cidade.

A atividade industrial foi iniciada na década de 1960, graças ao desenvolvimentismo e à integração nacional que marcavam as políticas públicas à época. Entretanto, permanece embrionária, não sendo, assim, significativa.

3 ASPECTOS FÍSICO-TERRITORIAIS E AMBIENTAIS DE TERESÓPOLIS

Teresópolis está situado entre os treze municípios que compõem a Região Serrana do Estado do Rio de Janeiro. Tem área total de 772 km^2 (ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2006, *online*), correspondentes a 11,1% da área da Região Serrana (FGV, 2006, p. 10), limitando-se a oeste com o Município de Petrópolis.

O núcleo urbano de Teresópolis localiza-se em sítio comprido e estreito, no vale do Rio Paquequer. A cidade acha-se acondicionada por esse relevo, tendo formação marcadamente longitudinal, que ora se alarga, ora se estreita. A ocupação de seu território ocorreu, inicialmente, nos bairros centrais. Com o desenvolvimento urbano, foi subindo encostas e vales próximos (ABREU, 1994, p. 69).

A principal rodovia de acesso a Teresópolis é a BR-116, que liga Fortaleza a Porto Alegre. O trecho da BR-116 que serve Teresópolis foi inaugurado em 1959, no governo de Juscelino Kubitschek de Oliveira. É importante destacar que a chegada da BR-116 ao Município ocorreu em pleno período desenvolvimentista e de fortalecimento da industrialização e da urbanização no Brasil. Teresópolis colheu os frutos desse período no que se refere especialmente ao turismo de veraneio. O Município recebeu também os ônus do período desenvolvimentista e da chegada da rodovia: a partir daquele momento, a população urbana começou a crescer e a ocupar irregularmente os espaços disponíveis. Tal fenômeno foi o mesmo verificado em todo o Brasil ao longo do referido período.

Sem dúvida que o acesso facilitado pela abertura da BR-116, cujo trecho conhecido como Rio-Bahia passa por Teresópolis, permitiu maior afluxo de visitantes e também um maior fluxo migratório de pessoas que se fixaram no Município.

Além da BR-116, a outra rodovia federal que serve Teresópolis é a BR-495, que liga Petrópolis a Teresópolis, possuindo extensão de 33,40 km. Há, ainda, duas rodovias estaduais, ligando Teresópolis a Nova Friburgo e a Sumidouro. Existem, também, diversas estradas vicinais.

O território do município é muito montanhoso e possui vegetação densa. No município está situada a bacia do Rio Paquequer. Devido à localização, altitude, relevo e vegetação, as chuvas são freqüentes no período do verão, o que gera uma série de dificuldades com as quais se tem que lidar. Dentre elas, destacam-se os deslizamentos de encostas, seja nas rodovias de acesso, seja nos assentamentos irregulares.

O Município de Teresópolis apresenta como marcos naturais, formações rochosas abruptas, de acordo com o estudo geológico realizado no Projeto Teresópolis (projeto elaborado e desenvolvido pela UERJ e pelo IBGE, em 1998, para o estudo da bacia do rio Paquequer). Além disso, o solo possui baixa fertilidade, o que impõe a necessidade de grandes quantidades de insumos para o seu manejo. Esse é um problema a ser enfrentado pela agricultura na região, especialmente diante da existência do PARNASO e do Parque Estadual dos Três Picos, ambientes de conservação.

Quanto ao uso urbano, o solo apresenta riscos, especialmente em períodos de chuvas, quando a água provoca o encharcamento das camadas do solo. Os deslizamentos são constantes, especialmente porque a ocupação urbana interfere na permeabilidade do solo (FGV, 2006, p. 37).

A bacia do Rio Paquequer é importante para a preservação das espécies que habitam o PARNASO. Entretanto, a ocupação urbana em Teresópolis vem trazendo problemas em relação à bacia hidrográfica. Assim, um dos problemas com os quais o Município deve lidar é o equacionamento entre preservação ambiental, agricultura e ocupação urbana.

Dentre as Parques que têm parcela de sua área no município de Teresópolis, como verificado, está o Parque Estadual dos Três Picos (PETP)[7], que foi criado por meio do Decreto nº 31.343, de 06 de junho de 2002 (FUNDAÇÃO INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTAS, 2009). Com 46.600 hectares (466 quilômetros quadrados), o Parque Estadual dos Três Picos é a maior unidade de conservação ambiental do grupo de proteção integral do Rio de Janeiro, tendo sido criado para preservar a extensa porção de matas em excelente estado de conservação na Região Serrana do estado, naquele que é conhecido como o *Corredor da Serra do Mar*. Cerca de dois terços de sua área encontram-se no município de Cachoeiras de Macacu e o restante divide-se entre os municípios de Nova Friburgo, Teresópolis, Silva Jardim e Guapimirim.

O Parque Estadual dos Três Picos forma um contínuo florestal com o Parque Nacional da Serra dos Órgãos e com a Estação Ecológica do Paraíso, o que aumenta a sua importância como refúgio para inúmeras espécies da fauna e da flora fluminenses, especialmente os grandes mamíferos e as aves.

O Parque ostenta um dos mais extraordinários conjuntos de montanhas de todo o país, incluindo os Três Picos de Friburgo, que emprestam o nome ao parque.

Com a criação do Parque ficaram também garantidos os mananciais que abastecem, em maior ou menor escala, todas as cidades vizinhas, um dado muito importante quando se evidenciam as recentes crises de abastecimento de água de boa qualidade para a população do Estado. Suas matas asseguram, também, uma melhor qualidade do ar e abrandamento da temperatura na Região Serrana e na vizinha Baixada Fluminense.

4 Aspectos urbanísticos de Teresópolis[8]

Diversos são os aspectos a serem analisados para se traçar o quadro da situação urbanística do Município: sistema de transportes; disponibilidade de praças, jardins e outros espaços de uso público; equipamentos urbanos; ocupações irregulares, dentre outros. Para a descrição da situação do Município de Teresópolis, tendo em vista o contexto desse trabalho, optou-se apenas pela análise das ocupações irregulares, tendo em vista o objeto de análise.

É importante, no entanto, destacar um aspecto urbanístico que chama atenção em Teresópolis. Trata-se da ausência de rede de esgotamento sanitário do tipo separador absoluto[9], o que é particularmente grave em um município com duas unidades de conservação e com alto índice de ocupação urbana irregular em encostas. A cidade é apenas parcialmente dotada de galerias de transporte de águas fluviais[10] (FGV, 2006, p. 163). Tais galerias encaminham as águas pluviais aos rios.

Tendo em vista a ausência[11] de rede de esgotamento sanitário, os dejetos devem ser tratados previamente, antes de serem lançados nas galerias de águas pluviais existentes. No censo de 2000 verificou-se que apenas 7,8% dos moradores lançam os dejetos em rede geral de esgoto ou rede pluvial. Por sua vez, 55,16% têm os dejetos lançados em fossa séptica. No entanto, 37,15% dos moradores lançam os dejetos em fossa rudimentar, rio, lago ou outro tipo de escoadouro (CNM, 2001, *online*).

Observa-se, portanto, que mais de um terço do esgoto sanitário dos domicílios não é tratado e acaba nos rios que formam a bacia hidrográfica do Município ou no lençol freático.

Embora essa situação seja freqüente em municípios de pequeno porte, é preocupante, pois gera constantes problemas de saúde pública, especialmente verminoses e hepatite[12]. A preocupação em Teresópolis aumenta, devido à questão ambiental delicada, conforme verificado anteriormente. Além disso, as fortes chuvas que ocorrem mais intensamente no verão, além de provocarem deslizamentos, alagam especialmente as moradias situadas em beiras de rios e córregos, aumentando, ainda mais, a vulnerabilidade dos moradores de assentamentos informais.

Em relação aos assentamentos informais, o Município exibe situação extremamente preocupante. Quase um quarto das moradias (IBGE, 2000, *online*) existentes no Município tem caráter de informalidade. Isso coloca Teresópolis como o segundo município com maior índice de favelização no Estado do Rio de Janeiro[13]. O IBGE considera favela o assentamento informal com um mínimo de cinqüenta e um domicílios, o que subdimensiona o percentual de domicílios situados em assentamentos informais, especialmente em Teresópolis. A peculiaridade local reside na questão geográfica. O território do município apresenta terrenos íngremes, o que, por diversas vezes, impede que determinado assentamento seja considerado como favela, diante dos

critérios adotados pelo IBGE (FGV, 2006, p. 135). Desse modo, não é arriscado supor que o índice de moradias situadas em assentamentos subnormais atinja ou mesmo ultrapasse, no Município, os 25% .

Em termos de crescimento dos assentamentos informais, é de se ressaltar que no intervalo 1991/2000, enquanto as taxas de crescimento anual da população e de domicílios no Município foram, respectivamente, de 1,5% e 2,5%, para a população e domicílios nos assentamentos informais essas taxas foram de, respectivamente, 1,7% e 3,0% (FGV, 2006, p. 134).

Entretanto, mais uma vez, não se pode perder de vista o subdimensionamento dessas taxas, tendo em vista o critério utilizado pelo IBGE de um mínimo de cinqüenta e um domicílios para que se considere favela determinado assentamento informal.

Essa taxa de crescimento dos assentamentos informais, além da preocupação com a vulnerabilidade da população, leva também à preocupação com a questão ambiental, tendo em vista que a população de baixa renda nas áreas urbanas brasileiras, historicamente, tende a se localizar nas áreas de maior risco. No caso de Teresópolis, além do risco físico e social, está também presente o risco ambiental, conforme apontado. Assim, embora o Município ainda possua áreas bem preservadas, o forte crescimento das ocupações informais, aliado à inexistência de políticas habitacionais e de controle municipal sobre a ocupação informal de áreas urbanas pode transformar essa realidade rapidamente (FGV, 2006, p. 139).

De fato, os dados obtidos para a elaboração do Parecer Técnico que fundamenta o Plano Diretor do Município, apontam que em Teresópolis a autoconstrução, nas áreas irregulares, é mais freqüente que a transação com casas já prontas (FGV, 2006, p. 139). Por meio de visita e observação nos bairros da cidade, é possível verificar que existe, realmente, um forte investimento por parte da população na construção de casas em assentamentos informais. Dessa constatação, pode-se inferir que a ocupação irregular de áreas urbanas é relativamente fácil, o que aponta para a ausência ou a grande deficiência na fiscalização. Por sua vez, houve, para os técnicos responsáveis pela elaboração do Parecer, relatos no sentido de que os moradores consideram certa a ajuda do Poder Público para a melhoria das condições de moradia nos assentamentos informais (FGV, 2006, p. 139). Tais melhorias são consubstanciadas pelo fornecimento de energia elétrica, pela coleta de lixo e, especialmente, por algum tipo de pavimentação urbana[14].

A situação relatada vai ao encontro dos dados do IBGE sobre o Município, conforme apresentados pela Confederação Nacional de Municípios (CNM). De acordo com o IBGE, na Pesquisa de Informações Básicas Municipais, até 2001, Teresópolis não possuía conselho municipal na área de habitação nem conselho na área de política urbana (CNM, 2006, *online*). Ao mesmo tempo, também no mesmo período nada se sabia sobre a existência de cadastros referentes à ocupação urbana informal (CNM, 2006, *online*). A mesma situação foi verificada quanto à existência de loteamentos irregulares no Município. Fica evidente, com isso, que o conhecimento dos governantes sobre a situação dos assentamentos informais no Município é tão ou mais precária que os próprios assentamentos.

Os dados do IBGE vão ao encontro daqueles levantados pela FGV para a elaboração do parecer técnico que fundamenta o Plano Diretor. De acordo com o parecer (FGV, 2006, p. 112), não há clareza acerca do domínio fundiário das áreas de encostas que são, cada vez mais, ocupadas de modo aleatório e desordenado.

Sem a existência de cadastro sobre a informalidade urbana, torna-se difícil, senão impossível, a elaboração e a execução de políticas públicas para urbanização e regularização dos assentamentos informais. De fato, a mesma pesquisa do IBGE sobre informações básicas municipais indica que em Teresópolis, até o ano 2001, não havia programa de regularização fundiária ou de urbanização dos assentamentos irregulares (CNM, 2006, *online*). Tal situação não se modificou nos últimos quinze anos, conforme aponta o Parecer Técnico elaborado para fundamentar o Plano Diretor do Município (FGV, 2006, p. 141).

Houve, a partir de 1992, por intermédio da Lei n° 1.399, de 14 de abril do mesmo ano, tentativas de se regularizar as habitações informais. Entretanto, tais tentativas, seja a partir da referida lei, seja por meio das diversas outras que lhe sucederam[15], se referiam mais aos aspectos edilícios que aos aspectos referentes ao domínio e à posse. Com isso, a lei de 1992 e aquelas que a sucederam e tornaram sistemática essa prática, na verdade, atendiam às classes média e alta. Tal situação resta demonstrada especialmente a partir do ano de 2002, quando o Poder Legislativo Municipal passou a exigir uma contrapartida financeira para se regularizar as edificações. Tal contrapartida é variável, de acordo com a área a ser regularizada, e tornou-se, desde 2002, uma prática comum na Administração Municipal (FGV, 2006, p. 282).

Outro fator urbanístico a ser destacado em relação ao Município é o déficit habitacional. Mais uma vez, não há dados precisos a respeito da situação encontrada atualmente em Teresópolis. Os dados mais recentes sobre o déficit de moradias no Município são de 1991, quando a Fundação Centro de Informação e Dados do Rio de Janeiro (CIDE) quantificou o déficit e a inadequação[16] da moradia em todos os municípios do Estado do Rio de Janeiro. Naquele ano, o déficit em Teresópolis era da ordem de 3655 (três mil, seiscentas e cinqüenta e cinco) unidades habitacionais (CIDE, 2006, *online*), que correspondiam a 11,2% do estoque total.

Conforme apontado, não há dados mais recentes a respeito do déficit habitacional no Município. Entretanto, tendo em vista que praticamente não houve, desde 1991, qualquer tipo de programa oficial para a produção de moradias para as famílias de baixa renda, é razoável inferir-se que a taxa tenha se mantido a mesma desde 1991. Assim, aplicando a taxa de 11,2% ao número total de domicílios apurados pelo último Censo (IBGE, 2000, *online*) em Teresópolis, que foi da ordem de 41.293 (quarenta e um mil, duzentos e noventa e três) domicílios, chega-se a um déficit de 4625 (quatro mil, seiscentos e vinte e cinco) domicílios. Tendo em vista que se passaram nove anos desde o Censo de 2000, não é arriscado estimar em mais de 5000 (cinco mil) unidades o atual déficit habitacional de Teresópolis.

Ainda de acordo com os dados do CIDE (2006, *online*), referentes ao ano de 1991, o déficit habitacional apresentava-se em maior proporção entre as famílias com renda de até dois salários mínimos.

Evidencia-se, de acordo com os dados apresentados, que o Plano Diretor de Desenvolvimento Sustentável de Teresópolis tem várias dificuldades a enfrentar na área urbanística e, especialmente, no que se refere à regularização fundiária urbana e à preservação do ambiente natural no município.

5 Perfil da Comunidade da Coréia[17]

5.1 Localização

A ocupação do território do município de Teresópolis ocorreu, inicialmente, nos bairros centrais. Com o desenvolvimento urbano foi subindo encostas e vales próximos (ABREU, 1994, p.69).

Geograficamente, o município está situado na região serrana do Estado do Rio de Janeiro, possuindo 772Km^2, correspondentes a 11,1% da área total na qual está inserido. Administrativamente, é distribuído em três distritos – Teresópolis, Vale de Bonsucesso e Vale do Paquequer – sendo que 96,28% da população urbana concentram-se no 1º distrito, que é a sede do município. É exatamente nesta região que a expansão tem ocorrido de forma desordenada, principalmente por segmentos sociais menos favorecidos, que ocupam locais de instabilidade de encostas. De acordo com informações contidas no Relatório Preliminar Sobre a Situação Atual do Município – documento referência para a elaboração do Plano Diretor de Desenvolvimento Sustentável de Teresópolis – distribuído em março de 2006 a diversos grupos da sociedade para apreciação e discussão, estas áreas são as que apresentam maior risco ambiental e menor poder de fiscalização das autoridades municipais (PREFEITURA MUNICIPAL DE TERESÓPOLIS, 2006).

A comunidade da Coréia encontra-se localizada numa área periférica da zona urbana da cidade, entre o bairro do Meudom – caracterizado por abrigar um considerável número de fábricas, pequenos e médios comércios e, como conseqüência, grande concentração populacional – e o Parque Estadual dos Três Picos, ocupando, deste modo, áreas de entorno de uma unidade de conservação, cujos mananciais hídricos abastecem a Região Serrana e parte do Grande Rio, como já verificado. Tais unidades têm por finalidade, conforme disposição da Lei 9.985/2000, compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos recursos naturais.

Em decorrência da topografia do município, essas localidades, geralmente em encostas, apresentam grande potencialidade de risco, principalmente quando se verifica um processo de habitação e ocupação do solo sem observância aos critérios de urbanização e de proteção ao meio-ambiente, desprovidos de infra-estrutura ou mecanismos que assegurem um bem estar comum (UERJ, 2006).

O acesso à Coréia, que fica a, aproximadamente, três quilômetros de distância do ponto central do Meudom, é feito por uma única via pavimentada em boas condições até o início da subida à comunidade - denominada pelos moradores de parte baixa e considerada, pelos mesmos, como área nobre, “porque o ônibus pára na porta, as casas ficam no nível da rua, têm telefone, esgoto canalizado, proximidade com o pequeno comércio local e ligação para televisão a cabo” (SANTOS, 2006a). O modo como os moradores vêem a própria comunidade, fazendo uma subdivisão da população que, teoricamente, estaria enfrentando as mesmas dificuldades, é resultado da realidade

vivida por cada um. Verifica-se, na parte alta da comunidade, que para chegar à casa é necessário percorrer escadas estreitas, vielas sinuosas, caminhos mal construídos e rampas de forte inclinação.

A distância aproximada até o centro da cidade é de seis quilômetros, que podem ser percorridos de ônibus, visto que a oferta de transporte coletivo é razoável, estando à disposição dos moradores ônibus convencional e um microônibus. Porém, há um inconveniente: os ônibus com mais lugares para passageiros não percorrem toda a comunidade, em virtude da falta de espaço adequado para manobras, fazendo parada obrigatória na parte baixa. Os microônibus, que podem alcançar um trajeto maior da comunidade, só circulam a cada duas horas.

5.2 Fluxo Migratório

Etimologicamente, o termo migrar significa passar de um lado para outro, mudar de residência, e é utilizado geralmente para denominar os movimentos ou deslocamentos da população, que ocorrem dentro dos bairros (intrabairros) ou entre os bairros de uma mesma cidade (interbairros), entre os municípios de uma mesma região (intermunicipal), entre municípios de regiões distintas (interregional), entre países de um mesmo continente (intracontinental) e entre países de continentes diferentes (intercontinental). São movimentos que podem ser considerados voluntários ou forçados, individuais, por núcleos familiares ou grupos, ocorrendo por causas naturais, sociais ou políticas, que têm por objetivo melhorar as condições de vida (ROESLER; CESCONETO, 2006).

A história de ocupação da comunidade da Coréia, segundo relato informal dos moradores mais antigos, já que não há informações oficiais sobre a localidade, teve como fator preponderante a determinação pessoal do Sr. Dorvalino de Oliveira, que chegou ao local em busca de tranqüilidade, vindo de outro bairro da cidade. Isto porque, como adepto do espiritismo, necessitava de um lugar que reunisse todos os elementos da natureza para render homenagens aos orixás.

De acordo com o Relatório Preliminar Sobre a Situação Atual do Município, há falta de clareza acerca do domínio fundiário das áreas de ocupações irregulares e da sua destinação. Algumas vezes, são os próprios moradores dos lotes próximos que se apropriam dessas áreas, parcelam-nas e as vendem a terceiros (PREFEITURA MUNICIPAL DE TERESÓPOLIS, 2006).

Os moradores não souberam precisar a data, mas estimam que, há mais de quarenta anos, aquele senhor construiu a primeira habitação na comunidade, utilizando a técnica do pau-a-pique, na qual é feita uma trama com sarrafos de madeira, cujos espaços vazios são preenchidos com terra umedecida e depois todo o conjunto é revestido com a mesma matéria prima. Esses foram os primeiros passos para a ocupação da forma como verificada hoje.

Em seguida, foram chegando familiares e pessoas conhecidas umas das outras, em busca de um lugar para morar, o qual consideravam de sua propriedade. É o caso da senhora Celina da Silva Bernabé, que se instalou no local há mais ou menos trinta e cinco anos. Ela e o marido eram agricultores na zona rural de Teresópolis e, quando a fazenda na qual trabalhavam foi vendida, não tiveram opção de continuar no mesmo

local. Foi, então, que o marido decidiu ir para o *centro* da cidade em busca de emprego. Como as condições da Coréia, à época, lembravam aquelas vividas na roça, decidiram *comprar* um lote. Na verdade, o negócio realizado entre o casal e o Sr. Dorvalino não foi uma aquisição de propriedade, mas apenas a transferência da posse do terreno, mediante pagamento de determinada quantia. No referido imóvel foi construída a casa em que moram até hoje, com duas filhas, de um total de quatro, e quatro netos (BERNABÉ, 2006).

Outro exemplo é o caso da senhora Dulce Lima dos Santos, que chegou ao local há trinta anos, porque encontrou ali tranqüilidade e pouquíssimas casas. Para ela, este foi o fato que mais chamou a sua atenção e a do seu marido, grande incentivador da mudança. Na comunidade de origem do casal – o bairro denominado Perpétuo – as casas já eram construídas perto demais umas das outras, impossibilitando certa privacidade. Segundo ela, na Coréia daquele tempo, eram cerca de dez famílias vivendo sem abastecimento de luz, fornecimento de água, rua pavimentada, mas mesmo assim, era aprazível (SANTOS, 2006b).

A ocupação da Coréia, até determinado momento, ocorreu de forma gradual, ou seja, basicamente com o surgimento de novas famílias, já que os filhos se casavam e continuavam a morar no local. Após o falecimento do Sr. Dorvalino, seus herdeiros começaram a lotear o espaço e a vender a posse dos terrenos para moradores da própria cidade, que procuravam um lugar com preço acessível para construir sua moradia (SOUZA, 2006). Porém, percebe-se um incremento populacional no início dos anos 1990, quando ocorre forte fluxo migratório interbairros. “Em muitos casos, morar na comunidade era a única esperança de tentar reconstruir o que se perdeu, pois muitas pessoas vinham de locais que apresentavam mais riscos que a Coréia” (SANTOS, 2006a).

5.3 Características Sociais, Econômicas e Culturais

De acordo com o relatório técnico elaborado pela Associação Vivamos Melhor, organização não-governamental que atua em parceira com o Centro de Integração Comunitária da Coréia (CICC), a comunidade tem aproximadamente quatro mil moradores, distribuídos em mil famílias e enfrenta sérios problemas de saneamento básico, falta de infra-estrutura, comércio pequeno e ausência de espaços destinados ao lazer, ao esporte e às atividades culturais (VIVAMOS MELHOR, 2005).

Na pesquisa, por amostragem, foram entrevistadas, durante a segunda quinzena do mês de julho e primeira quinzena do mês de agosto de 2005, 188 (cento e oitenta e oito) famílias, num total de 868 (oitocentos e sessenta e oito) pessoas, na seguinte proporção etária: 46% de 19 a 64 anos; 28% de 7 a 18 anos; 24% menores de 6 anos e 2% acima de 64 anos. Um grupo de moradores, capacitados pela Vivamos Melhor, aplicou os questionários. Os dados levantados referem-se à composição familiar, situação socioeconômica, rendimento familiar, ocupação dos adultos, nível de escolaridade, moradia e prática cultural. Ressalte-se que tal levantamento não teve objetivo científico[18], mas pretendeu fazer um esboço da realidade local para tentar identificar possibilidades de melhoria na vida da comunidade.

O perfil traçado indica que, em relação à composição familiar, 62% das famílias são compostas de casal e filhos; 20% são compostas por parentes agregados[19]; 15%

referem-se à família cuja composição é de mulher e filhos; 2% de casais sem filhos e 1% de homem e filhos (VIVAMOS MELHOR, 2005).

O núcleo familiar foi considerado como o total de moradores por casa. Deste modo, 54% das famílias apresentam de 4 a 6 membros; 29% de 1 a 3 membros; 14% de 7 a 9 membros e 3% de 10 a 12 pessoas pertencentes ao mesmo núcleo (VIVAMOS MELHOR, 2005).

No que diz respeito à situação socioeconômica, ficou demonstrado que 70% das famílias possuem algum membro trabalhando, enquanto 30% possuem aposentados, pensionistas e beneficiários dos programas sociais do governo (VIVAMOS MELHOR, 2005).

Quanto ao rendimento mensal, 51% das famílias informam que recebem até um salário mínimo; 30% estão na faixa entre um e dois salários mínimos e 19% percebem acima de dois salários mínimos. A fonte do rendimento está assim distribuída: 56% de assalariados fixos; 16% com ocupação temporária; 18% de beneficiários de programas sociais do governo e 10% de aposentados (VIVAMOS MELHOR, 2005).

Em relação ao desemprego, 40% das famílias admitem possuir dependentes adultos que não contribuem com o orçamento doméstico, relacionando como causa o mercado de trabalho, que é insuficiente, ou a impossibilidade de trabalhar por não ter um local para deixar os filhos (VIVAMOS MELHOR, 2005).

No tocante à ocupação dos adultos, foi verificado que 24% desempenham atividades domésticas (babá, cozinheira, diarista); 18% trabalham na construção civil (pedreiro, pintor, servente); 11% são autônomos; 8% estão no comércio; 7% trabalham como jardineiro; 5% são operários na indústria; 5% trabalham como mecânicos de automóveis; 3% são funcionários públicos (merendeiras, garis, inspetor de escola); 2% desempenham a função de auxiliar administrativo e 17% não relataram suas atividades (VIVAMOS MELHOR, 2005).

O nível de escolaridade da população maior de 18 anos é traduzido pelos seguintes índices: 51% não relataram o nível de escolaridade, 17% cursaram entre a 1ª e a 4ª série do ensino fundamental; 12% estão cursando entre a 5ª e a 8ª série do ensino fundamental; 9% são alfabetizados funcionais; 6% são analfabetos; 2,8% não concluíram o ensino médio; 2% possuem ensino médio completo e 0,2% possui curso superior completo (VIVAMOS MELHOR, 2005).

A situação escolar dos menores de 18 anos, de acordo com os seus responsáveis, pode ser identificada da seguinte maneira: 55% dos entrevistados não relacionaram a situação escolar das crianças e adolescentes; 24% afirmam que seus filhos menores freqüentam a escola e 20% dizem que seus filhos, por serem menores de cinco anos estão fora da exigência de freqüentar a escola (VIVAMOS MELHOR, 2005).

Na questão sobre a moradia, 92% da população possuem casa própria[20]; 4% pagam aluguel e 4% moram em casas cedidas. O tipo de construção é assim identificado: 88% não relataram o tipo de habitação; 11% são de alvenaria; 0,5% de madeira e 0,5% de pau-a-pique. Sobre as condições sanitárias, 79% da população entrevistada admitem ser este um dos problemas prioritários a ser enfrentado (VIVAMOS MELHOR, 2005).

Ficou evidenciada a precariedade quanto aos espaços destinados à prática cultural. Não há espaços públicos disponíveis, nem programas voltados para a comunidade. 15% da população acreditam que a escola deveria servir como espaço público, enquanto 79% relatam que a igreja é o espaço comunitário para uso coletivo onde são realizadas reuniões, palestras e cultos (VIVAMOS MELHOR, 2005).

6 Implicações ambientais das condições urbanísticas da comunidade da Coréia: a título de conclusão

Como ficou evidenciado, o município de Teresópolis padece de problemas graves no que se refere à ocupação de encostas e à ausência de esgotamento sanitário do tipo separador absoluto. Tais fatos interferem diretamente no aspecto ambiental.

Especificamente em relação à comunidade em estudo, a Coréia, os dois problemas apontados estão presentes. Desse modo, a ocupação das encostas do entorno do Parque Estadual dos Três Picos compromete a preservação do meio ambiente naquela área. Este comprometimento gera reflexos na própria comunidade, que, em épocas de chuva, especialmente no verão, fica exposta a risco de deslizamentos de terra, devido à baixa permeabilidade do solo, decorrente da construção indiscriminada.

Conforme verificado, o Parque Estadual dos Três Picos, dentre todos os motivos de sua existência, tem como escopo a preservação dos mananciais que abastecem a Região Serrana e a Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Não restam dúvidas de que todos os rios que passam pela região acabam contaminados seja pelo lançamento de dejetos não tratados em seu leito, seja pelas enchentes que ocorrem no período de chuvas.

Não há, atualmente, conhecimento preciso acerca da contaminação dos rios, situados no PETP e seu entorno, os quais abastecem Teresópolis e o Grande Rio. No caso da comunidade em estudo, nem mesmo se tem conhecimento preciso sobre a que título são ocupadas as áreas que se situam no entorno do PEPT.

Evidencia-se, na área em questão, a colisão entre interesses protegidos constitucionalmente: o direito à moradia e a preservação do ambiente natural. Não restam dúvidas, no entanto, de que a busca de soluções para a evidente colisão apresentada passa pelo conhecimento aprofundado a respeito das condições de ocupação da área. Tal conhecimento torna-se ainda mais necessário, tendo em vista a possibilidade jurídica de regularização fundiária urbana em áreas protegidas decorrente da Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009.

De acordo com o art. 54, § 1º da referida lei, torna-se possível regularização fundiária de interesse social em área de preservação permanente, desde que estudo técnico comprove que a regularização implicará em melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação irregular.

Reafirma-se, então, a necessidade de conhecimento aprofundado sobre a ocupação da área, tendo em vista que, por meio de projeto específico que leve em consideração a situação ambiental, seria possível a regularização fundiária urbana da área em questão.

Desse modo, seria possível harmonizar a colisão entre o direito à moradia da população que, de modo consolidado, ocupa a referida área e a preservação do meio ambiente natural, necessária para a higidez dos recursos hídricos oriundos do PETP.

7 Referências Bibliográficas

ABREU, Antônio Izaias da Costa. *Municípios e topônimos fluminenses*: histórico e memória. 1. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1994.

AGUIAR, Joaquim Castro. *Direito da Cidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BERNABÉ, Celina da Silva. *Retrato da Coréia*. Entrevista concedida a Adriana M. D. Augusto. Teresópolis, 27 fev. 2006.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS – CNM. *Perfil Municipal*: Teresópolis. Disponível em: <http://www.cnm.org.br/perfil/mu_perfil.asp?iIdMun=100133086>. Acesso em: 10 nov. 2006.

CENTRO DE INFORMAÇÃOES E DADOS DO RIO DE JANEIRO – CIDE. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.cide.rj.gov.br/>. Acesso em: 05 nov. 2006.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Portal do Cidadão*. Disponível em: <http://www.governo.rj.gov.br>. Acesso em: 18 nov. 2006.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS - FGV. *Relatório sobre a situação atual do Município de Teresópolis*: versão preliminar. 2006. Texto para uso técnico – Fundação Getúlio Vargas.Teresópolis.

FUNDAÇÃO INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTAS. Parque Estadual dos Três Picos. 2009. Disponível em: <http://www.ief.rj.gov.br/unidades/parques/PETP/conteudo.htm>. Acesso em: 30 ago. 2009.

GOIS, Antônio. Piora saneamento para os mais pobres. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 09 jul. 2006, p. A8.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Perfil dos municípios brasileiros. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Disponível em: <http://ibge.gov.br>. Acesso em: 26 mar. 2006.

_____. Censo 2000. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Disponível em: <http://ibge.gov.br>. Acesso em: 26 mar. 2006.

LACOMBE, Marcelo Santos Masset. De Pasárgada à Quinta Lebrão: o direito dos excluídos. *Cadernos de Direito FESO*: Direito à Cidade, a. IV, n. 6, jul./dez. 2003, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 1-33.

MELO, Carolina Campos; ROSA, Waleska Marcy. A iniciativa popular como veículo para a exigibilidade das leis necessárias ao planejamento urbano em Teresópolis.

Cadernos de Direito FESO: Direito à Cidade, a. IV, n. 6, jul./dez. 2003, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 35-55.

MIRANDA, Anaiza Helena Malhardes. *Apontamentos sobre a história de Teresópolis*. 2006. Texto para uso técnico – elaboração do Parecer Técnico que fundamenta o Plano Diretor de Desenvolvimento Sustentável de Teresópolis. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Teresópolis.

PREFEITURA MUNICIPAL DE TERESÓPOLIS. *Relatório preliminar sobre a situação atual do município.* Documento referência para a elaboração do plano diretor de desenvolvimento sustentável de Teresópolis. 2006.

RAHAL, Osíris. *Imagens de Teresópolis*. 1. ed. Rio de Janeiro: Sociedade Gráfica Vida Doméstica, 1984.

_____. *Reminiscências de Teresópolis*. 1. ed. Rio de Janeiro: [s. n.], 1987.

ROESLER, Marli Renate; CESCONETO, Eugênia Aparecida. *Políticas populacionais, migrações e desenvolvimento.* Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/eugeniacesconeto.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2006.

SANTOS, Elane Silva. *Retrato da Coréia*. Entrevista concedida a Adriana M. D. Augusto. Teresópolis, 27 fev. 2006a.

SANTOS, Dulce Lima dos. *Retrato da Coréia*. Entrevista concedida a Adriana M. D. Augusto. Teresópolis, 27 fev. 2006b.

SOUZA, Cila Lopes de. *Retrato da Coréia*. Entrevista concedida a Adriana M. D. Augusto. Teresópolis, 27 fev. 2006.

UERJ – UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO; IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Projeto Teresópolis*. Rio de Janeiro, 1998. Disponível em: <http://wwwfgel.uerj.br/labgis/protere/introsocio.htm>. Acesso em: 05 jan. 2006.

VIEIRA, Armando. *Therezópolis*. 1. ed. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1938.

VIVAMOS MELHOR. *Relatório de pesquisa de campo da comunidade da Coréia*. Teresópolis, 2005.

---

[1] A referida hospedaria foi chamada Hospedaria Tiradentes, pois há relatos de que o Alferes lá teria se hospedado, quando de suas viagens ao Rio de Janeiro. Há dados históricos de uma de suas passagens pelo local, em 1789 (MIRANDA, 2006, p. 2). A figura de Tiradentes é, ainda, referencial no município, tendo em vista que um de seus descendentes teria recebido terras de D. João VI na região, sendo uma das fazendas que deu origem ao município, como será verificado adiante.

[2] Não há precisão sobre a localização das fazendas, havendo divergências entre os historiadores (VIEIRA, 1938) e o INEPAC – Instituto Estadual de Patrimônio Artístico e Cultural.

[3] Freguesia era a denominação do povoamento vinculado a determinada paróquia. À época do Brasil Império, as paróquias eram responsáveis por diversos atos do Estado, como o registro dos nascimentos e dos óbitos. Tal situação era típica do regime de união entre Estado e Igreja, ainda em vigor à época.

[4] A referência à Quinta Lebrão torna-se especialmente importante para o contexto local devido ao fato de a área ter se tornado uma das maiores favelas de Teresópolis na atualidade. Ao final da vida de Lebrão, suas terras foram adjudicadas pelo antigo INANPS, que não as utilizou. Com isso, a área foi invadida e hoje é um assentamento em área pública do INSS, necessitando de regularização fundiária. A Favela de Quinta Lebrão está localizada à beira da estrada Rio – Bahia. Há um importante estudo local sobre a Quinta Lebrão, realizado no âmbito do UNIFESO – Centro Universitário Serra dos Órgãos pelo Prof. Dr. Marcelo Masset Lacombe (2003, p. 1-33).

[5] O Parque Estadual dos Três Picos possui relevância para o contexto deste trabalho, tendo em vista que a Comunidade da Coréia está situada em seu entorno.

[6] O Município de Teresópolis está dividido em três distritos, o 1° é Teresópolis, sede do município, compreendendo a área urbana. O 2° distrito é o Vale do Paquequer, cuja sede é Cruzeiro. O 3° distrito é o Vale do Bonsucesso, cuja sede é Bonsucesso.

[7] Os dados que seguem, a respeito do Parque Estadual dos Três Picos, foram obtidos no sítio do Instituto Estadual de Florestas.

[8] Os dados do IBGE referentes ao censo de 2000 foram utilizados para identificar a situação urbanística do Município. Entretanto, há dados que não são levantados pelo censo. Nesses casos, optou-se por tomar como base o levantamento de informações feito pela Fundação Getúlio Vargas para elaboração do parecer técnico que fundamenta o Plano Diretor, tendo em vista a atualização e sistematização dos dados obtidos para elaboração do documento.

[9] As redes do tipo separador absoluto são aquelas em que os sistemas transportam apenas esgoto, separadamente das águas pluviais (FGV, 2006, p. 163).

[10] O Plano Diretor de Desenvolvimento Sustentável de Teresópolis, demonstrando a gravidade da situação do esgotamento sanitário no município, determina como programa de ação da linha estratégica que prevê a melhoria do saneamento ambiental, em seu art. 24, parágrafo único, inciso IV, a “ampliação e melhoria do sistema de drenagem pluvial, com a proibição de lançamento dos esgotos sanitários na rede de drenagem”.

[11] Fala-se em ausência, tendo em vista que no censo de 2000, o IBGE registrou que apenas 7,8% dos domicílios lançam seus dejetos em rede de esgoto ou em rede pluvial. Tal porcentagem é irrisória diante do universo de domicílios que não é atendido por tal serviço.

[12] Ressalte-se que a situação do saneamento básico no Brasil vem gerando preocupações para os especialistas. De acordo com estudo da UFRJ, entre os domicílios de menor renda, houve queda de 59% para 55% no número daqueles que possuem rede de esgoto ou fossa (GOIS, 2006, p. A8).

[13] Macaé ocupa o primeiro lugar, com 38% de domicílios localizados em assentamentos informais, de acordo com o último censo (IBGE, 2000, *online*).

[14] É interessante destacar os dados de pesquisa realizada na Coréia, que ocupa parte da área do Parque Estadual dos Três Picos, unidade de conservação cujos mananciais abastecem as Regiões Serrana e do Grande Rio. Quando os moradores foram perguntados sobre os principais problemas que enfrentam, na ordem de prioridade, o primeiro lugar ficou com a pavimentação. Somente em último lugar aparece a preocupação com os riscos físicos que os ocupantes sofrem devido à construção de suas casas em encostas íngremes e, muitas vezes, acima ou abaixo no nível das vias e servidões (VIVAMOS MELHOR, 2005). Vivamos Melhor é uma organização não governamental que atua no Brasil desde 1991. Seus projetos são financiados, na sua maior parte, pela *Fundación Vivamos Mejor*, uma organização internacional sem fins lucrativos situada na cidade de Berna, na Suíça. Suas filosofia e metodologia consistem na ajuda ao auto-desenvolvimento da comunidade, coordenando e co-financiando atualmente cerca de vinte projetos na América Latina (Guatemala, Venezuela, Equador, Colômbia, Costa Rica, Nicarágua e Brasil).

[15] Além da Lei n° 1.399/1992, outras foram editadas com o mesmo propósito em 1997, 1998, 1999, 2000 e 2002.

[16] O déficit habitacional abrange o aspecto quantitativo e o aspecto qualitativo. Em relação à questão quantitativa, o que se procura dimensionar é o número de moradias que faltam para atender determinada população. No que se refere ao déficit qualitativo, dimensiona-se a adequação da moradia em relação ao adensamento e ao acesso à infra-estrutura. No estudo realizado pelo CIDE e que é tomado como base nesse trabalho, o déficit foi calculado de acordo com os seguintes critérios: domicílios improvisados, rústicos, multifamiliares, cômodos cedidos ou locados e situações em que o valor pago pela locação era superior a 30% da renda familiar (CIDE, 2006, *online*).

[17] Este item foi elaborado com base nas pesquisas realizadas por Adriana Maria Duarte Augusto para sua monografia de conclusão do curso de graduação em Direito, sob orientação da autora do presente trabalho.

[18] Ainda que não observados critérios científicos para a coleta dos dados, o referido levantamento é o único que disponibilizou dados sobre a comunidade, por este motivo está sendo utilizado neste trabalho.

[19] Avós, tios, primos.

[20] A situação de propriedade do imóvel, apontada pelos entrevistados, deve ser compreendida no sentido de possuírem *animus domini*, ou seja, considera-se que a posse é sinônimo de propriedade. Na verdade, a situação jurídica dos imóveis parece ser irregular. As pesquisas feitas, até o momento, revelam que não há registro de imóveis situados na comunidade. Deve-se destacar que foi iniciado, em novembro de 2008,

levantamento em um dos cartórios de Registro de Imóveis. O levantamento é lento e ainda não foi concluído, pois não há sistematização dos registros de modo a proporcionar acesso por localização do imóvel. Desse modo, o levantamento deve ser feito em todos os livros, o que vem sendo bastante demorado, também devido à disponibilidade de tempo dos estudantes envolvidos na pesquisa. Tal verificação vai ao encontro da descrição do Relatório Preliminar Sobre a Situação Atual do Município (PREFEITURA MUNICIPAL DE TERESÓPOLIS, 2006), conforme mencionado acima.

DIREITO, ARTE, LITERATURA E INTERDISCIPLINARIDADE

A SUBJETIVAÇÃO ESTÉTICA NO DIREITO E SEUS EFEITOS HERMENÊUTICOS NO ATO DE JULGAR*

THE AESTHETIC SUBJECTIVITY IN LAW AND YOURS HERMENEUTIC EFFECTS IN THE JUDGING ACT

Adriana Fernandes Clementino

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo promover uma investigação sobre a interface entre o Direito e a Estética, bem como constatar os reflexos desta conjugação no ato de julgar. Partindo-se do pressuposto de que a subjetivação estética nutre a possibilidade de articulação da experiência do indivíduo com a práxis jurídica, desenvolve-se uma reflexão sobre a problematização de si, a fim de se promover a capacidade inventiva do sujeito de direitos num contexto de dissolução do habitual e do conhecido. Além de desvelar o papel da subjetivação estética no campo jurídico, buscou-se demonstrar a aproximação entre a demanda de subjetivação estética e o quadro contemporâneo de complexidade e de contingencialidade, que caracteriza as condições de possibilidade do Direito. Para tanto, utiliza-se como referencial teórico as reflexões de Nietzsche e de Foucault, que tornam o habitual e a moralidade, naquilo que nos constitui, objeto de problematização. Sustenta-se que a relação entre subjetivação estética, ato de julgar e efetividade dos direitos é respaldada pelos princípios constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro atual, o que permite ao julgador adotar uma postura hermenêutica crítica, politizada e com grande sensibilidade social.

PALAVRAS-CHAVES: SUBJETIVAÇÃO ESTÉTICA; HERMENÊUTICA JURÍDICA; ATO DE JULGAR

ABSTRACT

This work aims to promote a research about the interface between Law and Aesthetics, as well to have a perception of this combination effects in the judging act. Based on the assumption that the aesthetic subjectivity nourishes the possibility of articulation of the individual experience with the legal practice, it was developed a reflection about the self-questioning in order to promote the inventive ability of the subject of rights in a dissolution context of the usual and the known. Besides the attention to the aesthetic subjectivity function in the legal area, intents to demonstrate the approach between the aesthetic subjectivity demand and the contemporary picture of complexity and eventuality, that represents the law possibility conditions. Therefore, is used as theoretical reference the reflections of Nietzsche and Foucault, which render the usual and morality, in what composes us, questioning object. It's sustain that the relationship between aesthetic subjectivity, judging act and rights effectiveness is supported by constitutional principles of the current Brazilian law command, which allows the one who judges to take a hermeneutics critical, political and highly social sensitiveness.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: AESTHETIC SUBJECTIVITY; LEGAL HERMENEUTICS; JUDGING ACT

1 INTRODUÇÃO

Na esteira do projeto de pesquisa[1] intitulado *Uma reconceituação pragmática da dogmática jurídica contemporânea através da racionalidade estético-expressiva*, este artigo traz como proposta a subjetivação estética no Direito e seus efeitos hermenêuticos no ato de julgar.

Ao problematizar os pressupostos culturais e morais que estruturam as sociedades contemporâneas, percebeu-se que a inserção da subjetivação estética na ciência do direito transcende os momentos de produção, interpretação e aplicação do Direito, despontando como uma alternativa para a redefinição de uma ciência jurídica que tem, como pressuposto de seu fechamento operacional, sua abertura cognitiva.

A subjetivação estética, nessa perspectiva, cumpre o papel de conjugação da experiência do indivíduo com o Direito. Parte-se do pressuposto de que a subjetivação estética se articula com a *práxis* do Direito em um determinado contexto social, no qual toda experiência relacionada ao Direito está vinculada a uma determinada época, na vivência ou *práxis* do mesmo. Percebe-se que o espaço estético estende-se da compreensão do fato à aplicação da norma, ligando-se intrinsecamente à própria percepção do Direito, ou seja, a *práxis* do Direito torna-se uma ação intencional e intersubjetiva, logo pragmática, efetivada pelos indivíduos no contexto social.

Nesta perspectiva, a experiência jurídica concreta implicará um sentido ao Direito que ultrapassa as meras funções práticas, utilitárias e disciplinadoras de uma dada estrutura normativa, para revelar-se como um sentido de vida possível. “A experiência jurídica, em sua dimensão estética, é percebida pelas sendas da sensibilidade, que possibilita ao homem uma realidade identificável e assimilável. Uma realidade que possa viabilizar e ordenar sua vida individual inserida no social.” (FABRIZ, 1999, p.129)

Pretende-se demonstrar, através da obra de arte *A Jurisprudência* de G. Klimt, que a interdisciplinaridade entre psicanálise, direito e literatura contribui efetivamente para a integração entre a multiplicidade de olhares que permeia a aplicação do direito nas sociedades contemporâneas. A proposta desta tríplice conjugação a partir da subjetivação estética tem como pretensão possibilitar uma concepção do direito como um sistema cultural, do qual participam tanto os saberes da psicanálise quanto a imaginação e a criatividade literária.

Propõe-se, assim, que a subjetivação estética no direito cumpra um papel de transgressão dos valores e ideais clássicos para que o indivíduo aproprie-se de si mesmo. Indica-se que se o discurso jurídico contemporâneo, por dar vazão a uma pluralidade de possibilidades interpretativas, já redunda na possibilidade de incorporação da subjetivação estética no Direito, pretende-se que tal incorporação implique em uma reestruturação do ato de julgar que, ao privilegiar o enfoque dogmático dentro de um ângulo crítico e interdisciplinar, possa perceber e superar suas próprias limitações em prol das garantias individuais e coletivas do sujeito de direitos.

2 A EXPERIÊNCIA ESTÉTICA COMO IMPULSO CRIADOR: UMA QUESTÃO HERMENÊUTICA

Esta seção tem como pano de fundo as teorias de Gadamer, Nietzsche e Foucault cujas reflexões apontam para a possibilidade de nos servirmos da experiência hermenêutica para sermos sujeitos da nossa própria história.

Gadamer (2002) desenvolve o conceito 'hermenêutica' no sentido de designar a mobilidade fundamental do 'ser aí', a qual perfaz sua finitude e historicidade, e a partir daí abrange o todo de sua experiência do mundo.

As pesquisas desenvolvidas por Gadamer em *Verdade e Método*, iniciam-se com uma crítica da consciência estética, a fim de defender a experiência da verdade, que nos é proporcionada pela obra de arte, contra a teoria estética, que se deixa limitar pelo conceito de verdade da ciência. Além do mais, a consciência estética não se contenta somente com a justificação da verdade da arte. Antes, procura, desse ponto de partida, um conceito de conhecimento e de verdade, que corresponde ao todo de nossa experiência hermenêutica. (GADAMER, 2002, p.31)

Segundo Gadamer (1997) o aspecto hermenêutico encontra seus limites no modo de ser extra-histórico, seja matemático ou estético. A qualidade estética de uma obra de arte repousa sobre as leis de construção e em um nível de formulação, que acabam transcendendo todas as barreiras de procedência histórica e de pertença cultural.

Gadamer (2002, p. 18) coloca seu ponto de partida na experiência da arte a fim de garantir a amplidão correta ao fenômeno do compreender. Da estética do gênio segue-se que a experiência da obra de arte sempre ultrapassa, de modo fundamental, todo horizonte subjetivo de interpretação, tanto o do artista como daquele que recebe a obra. Expõe que o sentido de suas investigações é procurar o comum de todas as maneiras de compreender e mostrar que a compreensão jamais é um comportamento subjetivo frente a um 'objeto' dado, mas frente à história efeitual, e isto significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido. Para Gadamer toda re-produção é imediatamente interpretação, e quer ser correta enquanto tal. Nesse sentido, também ela é 'compreensão'.

A tese de Gadamer (2002) é, portanto, a de que o ser da arte não pode ser determinado como objeto de uma consciência estética, porque, ao contrário, o comportamento estético é mais do que sabe de si mesmo. É uma parte do processo do ser da representação e pertence essencialmente ao jogo como jogo.

Aexpressão estética como uma questão hermenêutica, analisada sob a perspectiva gadameriana, encontra pontos de contato com perspectivismo de Nietzsche, resultando, portanto, de um processo de transvaloração daquele que experimenta a obra de arte.

Em *Fragmentos Finais*, Nietzsche (2002) afirma que o pensamento racional é um interpretar segundo um esquema que nós não conseguimos jogar fora. Contra o positivismo que fica preso ao fenômeno dos fatos, Nietzsche diria que, justamente, não há fatos, mas apenas interpretações. "Na medida em que a palavra 'conhecimento' ainda tem qualquer sentido, o mundo é cognoscível: mas ele é interpretável de outro modo, ele não tem nenhum sentido subjacente, porém inúmeros sentidos, 'perspectivismo'". (NIETZSCHE, 2002, p. 165)

No que se refere ao perspectivismo filosófico, Nietzsche propõe um permanente exercício reflexivo em torno do 'eu'. O filósofo procura compreendê-lo e interpretá-lo de modo a ampliar o universo da subjetividade em vez de diminuí-lo. O sujeito é reconhecido como plural, de forma que o 'eu' deixa de ser único e unívoco, passando a uma variedade incontável e cambiante de impulsos, desejos e pensamentos. O 'eu' ganha um novo sentido que não se fecha em fórmulas dogmáticas, mas conserva-se problemático, sempre aberto a novas reconstruções. (MATTOS, 2007, p.68-69)

Nietzsche denuncia a decadência da tradição judaico-cristã e aponta que a única forma de 'salvar o homem' e dar-lhe uma direção ascendente seria a instauração de um novo ideal, de novos valores, no interior de uma interpretação inteiramente nova do mundo. Faz-se necessário, então, efetuar uma completa 'transvaloração de todos os valores'. (MATTOS, 2007)

Desta forma, Nietzsche propõe a noção de 'vontade de potência' como chave para pensar o mundo. Sugere

[...] que todas as 'finalidades', 'metas', 'sentidos' sejam somente modos de expressão e metamorfoses de uma única vontade inerente a todo acontecer, a vontade de poder; que mesmo ter e querer finalidades, metas, propósitos, seja, afinal, tanto quanto querer-tornar-se-mais-forte-que, querer-crescer, querendo também os meios para tanto. (NIETZSCHE, 2002, p. 167)

Para Matos, a vontade de potência, opondo-se à compreensão da vida com base no instinto de conservação, permitiria pensar um 'querer-mais', e não um 'querer-continuar-assim'. Para Nietzsche não existe a vontade de potência no singular, mas sim uma pluralidade de vontades de potência em relação, é preciso levar em conta que a vontade de potência como impulso constitutivo dos corpos só se efetiva nas relações de força com outros impulsos. O dinamismo e o pluralismo das vontades de potência se efetivam, antes de tudo, como interpretação não exclusiva do sujeito racional. (MATTOS, 2007)

Nietzsche amplia seu pensamento atingindo outros domínios como o da arte e o da ciência da psique humana. Segundo ele, a arte tem de romper com a atitude contemplativa e voltar-se para a atitude criativa e formadora do artista. Em sua obra *A filosofia na época trágica dos gregos*, Nietzsche afirma que

intui o mundo somente o homem estético, que aprendeu com o artista e com o nascimento da obra de arte como o conflito da pluralidade pode trazer consigo lei e ordem, como o artista fica em contemplação e em ação sobre a obra de arte, como necessidade e jogo, conflito e harmonia, têm de se emparelhar para gerar a obra de arte. (NIETZSCHE 1987, p. 10)

A interpretação, para Nietzsche, deixa de ser apenas uma decifração de conceitos e palavras tornando-se um engendrar que obedece a forças dominantes que impõem uma direção a um processo de desenvolvimento. O fazer interpretativo produz as formas e suas configurações. Assim, cada acontecer revela sempre uma vontade de potência que não traduz uma unidade ou a manifestação de uma vontade una, mas expressa a luta pela potência em que se empenham essas múltiplas vontades. A mudança de valores, a 'transvaloração', seria também uma nova interpretação. (MATTOS, 2007)

Em *A visão dionisíaca do mundo*, Nietzsche expõe pela primeira vez as suas concepções do dionisismo e do apolinismo, bem como de toda uma visão artística do mundo. Nesse sentido,

os gregos, que nos seus deuses expressam e ao mesmo tempo calam a doutrina secreta de sua visão de mundo, estabeleceram como dupla fonte de sua arte duas divindades, Apolo e Dioniso. Esses nomes representam no domínio da arte, oposições de estilo que sempre caminham emparelhadas em luta uma com a outra, e somente uma vez, no momento de florescimento da "Vontade" helênica, aparecem fundidas na obra de arte da tragédia ática. (NIETZSCHE, 2005, p. 5)

A perspectiva artística da humanidade helênica surgiu com o apolinismo, de onde se conclui que, para que Dioniso tivesse sido assumido artisticamente por esta humanidade, fora necessário como antecedente justamente o apolinismo, inaugurando a vocação estética essencial à civilização grega. Por isso o dionisismo culmina, segundo Nietzsche, na obra de arte apolíneo-dionisíaca, ou seja, na sua manifestação estética mais acabada. (NIETZSCHE, 2005, p. 7)

É desta forma que Nietzsche (2005) afirma que se a embriaguez é o jogo da natureza com o homem, então o criar do artista dionisíaco é o jogo com a embriaguez. Este é um estado que se deixa conceber somente alegoricamente, se não o experimentou por si próprio. Nietzsche demonstra que

assim, o servidor de Dioniso precisa estar embriagado e ao mesmo tempo ficar à espreita atrás de si, como observador. O caráter artístico dionisíaco não se mostra na alternância de lucidez e embriaguez, mas em sua conjugação. [...] Essa conjugação caracteriza o ponto mais alto da helenidade, posto que, ambos os deuses saíram vencedores da disputa, houve uma reconciliação em pleno campo de batalha. (NIETZSCHE, 2005, p. 10).

O culto às imagens da cultura apolínea, segundo Nietzsche (2005), tinha seu fim sublime na exigência ética da medida, que corre paralela à exigência da beleza. A medida, colocada como exigência, só é possível onde o limite é cognoscível, ressaltando-se que o limite que o grego tinha que observar era o da bela aparência. Conforme nos mostra o filósofo, a meta mais íntima de uma cultura voltada para a aparência e a medida não pode ser senão o velamento da verdade.

É neste mundo artificialmente protegido que penetrou a celebração de Dioniso,

no qual a inteira desmedida da natureza se revelava ao mesmo tempo em prazer, em sofrimento e em conhecimento. Tudo o que até agora valia como limite, como determinação da medida, mostrou-se aqui com uma aparência artificial: a desmedida desvela-se como verdade. [...] Agora, as coisas em torno de Dioniso, que no mundo apolíneo jaziam veladas, artificialmente, ganham som. (NIETZSCHE, 2005, p. 23)

O espírito dionisíaco, exaltado por Nietzsche, representa o impulso criador, inovador, que contesta o estático, o mecânico, o que impõe padrões e o que tolhe a imaginação e a fantasia. Isso porque, segundo o filósofo, estas (imaginação e fantasia) são capazes de gerar o conhecimento. Para o autor, a arte é a forma de recuperar o aniquilamento da criatividade e da alegria pelo imaginativo daquele que se aprisionou na lógica racional: pela arte salva-o para si a vida. (MATTOS, 2007)

Nietzsche (2005, p. 24) questiona: “Qual era a intenção da Vontade – que afinal é todavia uma – ao permitir a entrada dos elementos dionisíacos, contra sua própria criação apolínea?” De acordo com ele, tratava-se de um novo recurso da existência, qual seja, o nascimento do pensamento trágico.

A verdade dionisíaca toma para si todo o reino do mito como simbolismo de seu conhecimento e enuncia este conhecimento, em parte no culto público da tragédia, em parte nas práticas secretas das celebrações dramáticas dos mistérios, mas sempre sob o antigo invólucro mítico. “[...] Pela tragédia o mito chega a seu conteúdo mais profundo, a sua forma mais expressiva; mais uma vez ele se levanta, como um herói ferido, e todo o excedente de força, ao lado da sábia tranqüilidade do moribundo, queima em seu olho com última, poderosa luminosidade.” (NIETZSCHE, 1987, p. 11)

Em uma convergência teórica com Nietzsche, Foucault (2006), ao discorrer sobre a importância da sexualidade em nossa cultura, demonstra que o fato de que desde Sade ela tenha estado tão frequentemente ligada às decisões mais profundas de nossa linguagem consistiam justamente nesse vínculo que a liga à morte de Deus.

É nesse sentido que Foucault (2006, p. 31) questiona: “O que quer dizer na verdade a morte de Deus senão uma estranha solidariedade entre sua existência que resplende, e o gesto que o mata?” O autor responde que a morte de Deus não nos restitui a um mundo limitado e positivo, mas a um mundo que se desencadeia na experiência do limite, se faz e se desfaz no excesso que a transgride.

Para Foucault (2006) a transgressão é um gesto relativo ao limite. Desta forma,

o jogo dos limites e da transgressão parece ser regido por uma obstinação simples: a transgressão transpõe e não cessa de recomeçar a transpor uma linha que, atrás dela, imediatamente se fecha de novo em um movimento de tênue memória, recuando então novamente para o horizonte do intransponível. [...] O limite e a transgressão devem um ao outro a densidade de seu ser: inexistência de um limite que não poderia absolutamente ser transposto; vaidade em troca de uma transgressão que só transporia um limite de ilusão ou sombra. Mas terá o limite uma existência verdadeira fora do gesto que gloriosamente o atravessa e o nega? O que seria ele depois e o que poderia ter sido antes? E a transgressão não se esgota no momento em que transpõe o limite, não permanecendo em nenhum outro lugar a não ser nesse ponto do tempo? [...] O limite abre-se violentamente para o ilimitado, se vê subitamente arrebatado pelo conteúdo que rejeita, e preenchido por essa estranha plenitude que o invade até o âmago. A transgressão leva o limite até o limite do seu ser; ela o conduz a atentar para sua desaparição iminente, a se reencontrar naquilo que ela exclui (mais exatamente talvez a se reconhecer aí pela primeira vez), a sentir sua verdade positiva no movimento de sua perda. (FOUCAULT, 2006, p. 32-33)

Ao ponderar sobre a transgressão e a sexualidade moderna, Foucault (2006, p. 45) mostra que a partir do dia em que nossa sexualidade começou a falar e ser falada, a linguagem deixou de ser o momento do desvelamento ao infinito: é em sua densidade que fazemos daí em diante a experiência da finitude e do ser. É em sua obscura morada que encontramos a ausência de Deus, nossa morte, os limites e sua transgressão.

Nesse sentido,

a transgressão não opõe nada a nada, não faz nada deslizar no jogo da ironia, não procura abalar a solidez dos fundamentos; não faz resplandecer o outro lado do espelho para além da linha invisível e intransponível. Porque ela, justamente, não é violência em um mundo partilhado (em um mundo ético) nem triunfa sobre limites que ela apaga (em um mundo dialético ou revolucionário), ela toma, no âmago do limite, a medida desmesurada da distância que nela se abre e desenha o traço fulgurante que a faz ser. Nada é negativo na transgressão. Ela afirma o ser limitado, afirma o ilimitado no qual ela se lança, abrindo-o pela primeira vez à existência". (FOUCAULT, 2006, p. 33)

A ATITUDE DE TRANSGRESSÃO COMO EXPRESSÃO ESTÉTICA, AO COMPORTAR A TRANSGRESSÃO COMO PERTURBAÇÃO DA FAMILIARIDADE LINGÜÍSTICA, DEVERÁ REVELAR A RELAÇÃO DE FINITUDE DO SER, PROMOVENDO O DESENVOLVIMENTO DA POTENCIALIDADE CRIATIVA, INTERATIVA E DIALÓGICA DA PESSOA HUMANA.

APESAR DE PARTIREM DE PONTOS DISTINTOS, GADAMER, NIETZSCHE E FOUCAULT APRESENTAM ARGUMENTOS CONSISTENTES QUE PARECEM CONVERGIR NA CONCEPÇÃO DE QUE A FORMAÇÃO DO SER ESTÉTICO DA OBRA DE ARTE DEVE ROMPER COM OS PADRÕES DE CONTEÚDO QUE IMPEDEM O INDIVÍDUO DE ELABORAR-SE A SI

MESMO. À ESTÉTICA, CUMPRE O PAPEL DE "REVESTIR A VIDA DE BELEZA SEM OFUSCAR SUA DRAMATICIDADE". (GALLO, 2006, P. 98)

3 DIREITO E LITERATURA COMO PRODUTO DO IMAGINÁRIO COLETIVO

(...) entre direito e narrativa, atam-se e desatam-se relações que parecem hesitar entre derrisão e ideal. E o direito vê-se abalado em suas certezas dogmáticas e reconduzido às interrogações essenciais... (OST, 2005, p. 9)

Como estudo preliminar, esta seção propõe uma investigação interdisciplinar entre direito e literatura como fator chave para se (re)pensar criticamente o paradigma da juridicidade estatal no pós-formalismo contemporâneo. A possibilidade de aproximação dos campos jurídico e literário pode contribuir decisivamente para que o jurista amplie seus horizontes referenciais, permitindo-lhe construir soluções alternativas para além do direito posto. Uma vez que o caráter constitutivo da linguagem exerce papel central a ambas as disciplinas, tanto a atividade dos juristas como a atividade dos literatos está intrinsecamente ligada à interpretação dos textos.

Em *Contar a Lei*, Ost (2005, p. 13) aponta as diferenças de grande vulto existentes entre direito e literatura. A primeira delas refere-se a que, enquanto a literatura liberta as possibilidades, pondo em desordem as convenções e suspendendo nossas certezas, o direito codifica a realidade, instituindo-a através de uma rede de significações convencionadas. Em nome da segurança jurídica, o direito decide entre os interesses em disputa, cumprindo sua função social de estabilizar as expectativas e tranqüilizar as angústias. A literatura, livre dessas exigências cria, antes de tudo, a surpresa – cabe a ela liberar o tempo das utopias criadoras.

A segunda diferença que daí decorre reside na função propriamente heurística da literatura: livre para entregar-se às variações imaginativas mais inesperadas a propósito de um real sempre muito convencionado, seu gosto experimental é, ao menos em alguns casos, portador de conhecimentos realmente novos.

A terceira diferença significativa entre direito e literatura: o estatuto dos indivíduos de que fala cada um desses discursos. Ost cita Ch. Biet, dizendo que "o direito produz pessoas, a literatura, personagens". A pessoa jurídica é o papel estereotipado, dotado de um estatuto (direitos e deveres) convencionado. Na encenação que opera a vida social, o direito impõe aos indivíduos uma máscara normativa em que as pessoas jurídicas são dotadas de um papel exemplar destinado a servir de referência ao comportamento padrão que os cidadãos esperam. Já os personagens literários, ambivalentes por

natureza, permutam seus respectivos papéis. Sua identidade é o resultado de sua trajetória experimental em busca de si mesmo. Enquanto o direito consagra papéis normatizados, a fábula joga sistematicamente com as mudanças de escala: a tragédia antiga, por exemplo, testa permanentemente a justa medida da relação que os homens devem manter com os deuses e acaba por denunciar a *húbris* (a desmedida) dos protagonistas. (OST, 2005, p. 16-17)

Ost (2005, p. 18) nos mostra que tudo isso desemboca na quarta diferença entre direito e literatura. Enquanto o direito se declina no registro da generalidade e da abstração (a lei, dizem, é geral e abstrata), a literatura se desdobra no particular e no concreto. Resta ver, porém, se essa imersão no particular não é o caminho mais curto para chegar ao universal.

Essas distinções, todavia, ao invés de denunciarem uma incompatibilidade entre as duas disciplinas, ratificam uma relação dialética imprescindível ao estudo do direito e da literatura. Nas palavras de Ost,

Em vez de um diálogo de surdos entre um direito codificado, instituído, instalado em sua racionalidade e sua efetividade, e uma literatura rebelde a toda convenção, ciosa de sua ficcionalidade e de sua liberdade, o que está em jogo são empréstimos recíprocos e trocas implícitas. Entre o 'tudo é possível' da ficção literária e o 'não deves' do imperativo jurídico, há, pelo menos, tanto interação quanto confronto. (OST, 2005, p. 23)

Tal aproximação favorece ao direito assimilar a capacidade criadora, crítica e inovadora da literatura, bem como reconhecer a importância do caráter constitutivo da linguagem. Tanto o direito quanto a literatura encontram-se atrelados à linguagem, ambos operam fundamentalmente com a palavra, o texto, a narração, o que vincula a atividade de juristas e literatos à interpretação dos textos. (TRINDADE, GUBERT; 2008)

Para Gadamer (2002) a linguagem nos constitui, deixando de ser mero instrumento de conhecimento pré-concebido para ser constituidora da relação do homem com o mundo. Nossa tarefa é não introduzir, direta e acriticamente, nossos próprios hábitos lingüísticos, mas, antes, reconhecer como nossa tarefa o alcançar a compreensão do texto somente a partir do hábito lingüístico epocal e de seu autor.

Cabe ressaltar que, desde a aproximação proposta por Gadamer (2002, p. 402) entre o historiador e o jurista, pode-se notar que todo texto está intimamente vinculado a um contexto específico a partir da história. O sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido (abertura para o futuro).

Nessa perspectiva Gadamer (2002) identifica uma certa ambigüidade no conceito da consciência histórico-efeitual. A ambigüidade do mesmo consiste em que, tem-se em mente, por um lado, a consciência ativada no curso da história e determinada pela

história, e por outro lado, uma consciência do próprio ser ativado e determinado. Por isso, um texto cujo sentido é reconstruído na conjugação entre a tradição e os próprios preconceitos do intérprete não pode ser tomado como mera repetição do passado, mas antes, como fusão de horizontes de sentido entre o texto originário e o intérprete atual.

Direito e Literatura, neste contexto, funcionam como imaginários fundadores do imaginário coletivo que forja as significações que vão assegurar o vínculo social. "Uma comunidade política está ligada a um imaginário histórico partilhado, e sua identidade, sua memória e sua capacidade de projeto são devedoras da interpretação do mundo produzida pelas narrativas fundadoras." (OST, 2005, p. 29)

Ressalta-se, por fim, que o direito na literatura será capaz de contribuir novamente à instituição da sociedade. Ao fazer o direito reatar com as raízes da cultura, mergulhá-lo nos recursos do imaginário, poder-se-á devolver ao direito uma dimensão cultural que ele esqueceu ou recalcou, lembrando-o assim de restituir-lhe o importante papel de ator da transformação social. (OST, 2005)

4 *A JURISPRUDÊNCIA* DE G. KLIMT: A OBRA DE ARTE COMO NARRATIVA

Esta seção visa demonstrar, através da obra de arte *A Jurisprudência* de G. Klimt, que a interface entre psicanálise, direito e literatura contribui efetivamente para uma concepção do direito derivada de uma postura hermenêutica heterodoxa, ou seja, crítica, politizada e com grande sensibilidade social.

Seguindo as pistas de G. Steiner, Ost (2005) propõe a idéia de que a obra de arte é sempre, de algum modo, uma contra-criação. A obra de arte para Ost

se caracteriza em primeiro lugar por seu enigma, sua inquietante ou maravilhosa estranheza: ela suspende nossas evidências cotidianas, coloca o dado à distância, desfaz nossas certezas, rompe com os modos de expressão convencionados. Entregando-se a toda espécie de variações imaginativas, ela cria um efeito de deslocamento que tem a virtude de descerrar o olhar. Tudo se passa como se, por ela, o real desse à luz novos possíveis que ele mantinha até então enterrados em suas profundezas. Com ela, uma forma é carregada de significação e esse surgimento é um evento único. É o gesto mesmo da *poiésis*: um sentido que adquire forma. E, na medida em que esse surgimento é um evento que nada impunha, e em que esse sentido é original, o gesto poético é a expressão mais segura de uma liberdade de ato. Uma liberdade que se exerce num sentido que adquire forma, tal é, em primeira análise, a obra de arte. (OST, 2005, p. 32)

Nesse mesmo sentido, Gadamer (2002) coloca seu ponto de partida na experiência da arte, mostrando que a interpretação, subjetiva por excelência, sempre será transcendida pela experiência da obra de arte, quer seja do artista ou daquele que recebe a obra.

A experiência da arte, que temos de fixar contra a nivelação da consciência estética, não é um objeto que se posta frente ao sujeito que é por si. A obra de arte tem, antes, o seu verdadeiro ser em se tornar uma experiência que irá transformar aquele que a experimenta. O 'sujeito' da experiência da arte, o que fica e persevera, não é a subjetividade de quem a experimenta, mas a própria obra de arte. Encontra-se aí justamente o ponto em que o modo de ser do jogo se torna significante. Pois o jogo tem uma natureza própria, independente da consciência daqueles que jogam. O jogo encontra-se também lá, propriamente lá onde nenhum ser-para-si da subjetividade limita o horizonte temático e onde existem sujeitos que se comportam ludicamente. (GADAMER, 2002)

A partir dos subsídios proporcionados pelas concepções de Ost e Gadamer sobre a obra de arte, passaremos a uma narrativa da obra de arte *A Jurisprudência* pintada por G. Klimt em 1903-07, que aponta para a emergência explícita de direitos subjetivos, de caos social e de necessidades humanas.

Gustav Klimt (1862-1918) pôde desfrutar, no virar do século, da diversidade cultural de Viena. Berço de grandes gênios da música, da filosofia, da literatura e das artes plásticas, Viena sediou o movimento secessionista que, muito antes de um combate estético, buscava lutar pelo direito à criação. Liderada por Klimt e destinada a reagir contra o academicismo naturalista, a Secessão vienense pretendia se libertar da coação que um conservadorismo social, político e estético impunha às artes. (Néret, 2000)

Este contexto de renovação e rebeldia artística traz como eco, conforme nos mostra Néret (2000, p. 7), "uma visão conciliadora e optimista de Klimt, toda carregada de Vida e, por conseqüência, de Morte, de simbolismo e de revolta contra os tabus."

Na Viena de Freud e Wittgenstein, Klimt é contratado para pintar os tetos da nova Universidade de Viena, sendo-lhe confiada a representação de três murais: a filosofia, a medicina e a jurisprudência.

Quando Klimt apresenta seus esboços ao Conselho Universitário, este mostra-se extremamente descontente e hostil. Consideram o trabalho do artista como um ataque contra a ortodoxia, pois o que haviam encomendado era uma exaltação da razão. *A Jurisprudência* deveria representar, segundo Néret (2000, p. 22), a luta triunfante da luz sobre as trevas, mas o artista entrega uma tela que ilustra a vitória da obscuridade sobre tudo e sobre todos, invertendo os fatores.

Freitag (2006, p. 96) nos mostra que no caso de *A Jurisprudência*, "Klimt não dá destaque à justiça e à positividade da lei, mas, sim, ao emaranhado e à falsidade das leis, representando-as como cobras agressivas, das quais o ser humano é vítima."

Na interpretação de González (s/a), esta obra apresenta um ancião desnudo degradado fisicamente e em posição de culpabilidade, em poder de três fúrias, a Verdade, a Justiça e a Lei, representadas como três Euménides rodeadas de serpentes, mulheres desnudas com expressão prazerosa. Os estudos sobre o inconsciente humano, realizados por

Klimt, estão definitivamente presentes em sua obra, que expõe a sexualidade freudiana como força libertadora, em vez de fazer um enaltecimento da ciência.

A representação que Klimt faz do direito nesta obra, parece conjugar-se com a concepção de Freud sobre a gênese da lei. De acordo com Douzinas (2009, p. 305), toda lei e todo direito, para Freud, provêm da violência. O caminho desde o poder do mais forte até a instituição jurídica passa pela percepção do vencedor, de que, se os membros do grupo mais fraco e derrotado se unissem, eles poderiam desafiar a sua dominação. A lei representa, portanto, a substituição da violência individual pela violência organizada da comunidade e se volta contra aqueles que resistem a ela. A lei é a primeira e mais poderosa arma na tentativa da civilização de refrear a satisfação dos instintos e desejos.

Influenciado ainda pela leitura de Schopenhauer e Nietzsche, Klimt não hesitou em desenvolver os temas interditos, tais como a doença, o declínio físico, a pobreza em toda a sua indignidade, ainda que fosse até aquele momento tradição sublimar a realidade e apresentá-la sob aparências atraentes. Ao contrário de celebrar a razão, Klimt exprime a desordem moderna do homem, representando a sexualidade como possibilidade de insurreição em oposição à ciência acorrentada ao seu determinismo.

A Jurisprudência de Klimt trata a sexualidade de forma manifesta à maneira de Freud e de suas investigações sobre o inconsciente. O escândalo provocado por Klimt chegou a ser alvo de uma interpelação na Câmara dos Deputados, que acusava-o de ‘pornografia’e ‘excesso de perversão’. (NERÉT, 2000, p. 25-26)

A sobrevivência artística de Klimt contou com o apoio financeiro de alguns ‘magnatas’, dentre os quais Karl Wittgenstein, pai de Ludwig Wittgenstein, um dos filósofos mais importantes do século XX.

Ludwig Wittgenstein será marcado, durante toda a vida, pela estética das vanguardas vienenses. Entretanto, em sua primeira fase, Wittgenstein afirma que a ética como discurso é impossível. Delacampagne (1997, p. 55), ao citá-lo, mostra que se chamamos de ética a preocupação com o sentido da vida e do mundo, não poderia haver, efetivamente, proposições éticas. A ética como discurso seria impossível. O mesmo acontece com a estética, pois “ética e estética são uma só e a mesma coisa”, e ambas são transcendentais, na medida em que visam, através do Bem e do Belo, condições do mundo situadas além deste.

O discurso estético ganha expressão no segundo Wittgenstein, quando se percebe que a compreensão semântica de uma expressão enraizada em determinada práxis social nivela a diferença transcendental entre o que está no mundo e o que está fora dele.

Se na primeira fase, para Wittgenstein a filosofia tradicional da linguagem de fato se abstrai de sua sociabilidade, ou seja, a tradição tem uma concepção subjetivista e individualista da linguagem humana, em suas *Investigações Filosóficas*, escritas em 1948, Wittgenstein percebe que com a linguagem podemos fazer muito mais coisas do que descrever o mundo.

Wittgenstein questiona então: ‘o que confere significação às palavras?’ Se para o *Tratactus* são os atos intencionais, para as *Investigações Filosóficas* é o próprio uso das palavras nos diversos contextos lingüísticos e extra-linguísticos, nos quais as palavras

são empregadas. Não se trata, para ele, de negar a existência dos atos intencionais, mas de retirar deles o papel de instância doadora de significação às expressões lingüísticas. O filósofo aduz que a linguagem funciona em seus usos e funções práticas, ou seja, as palavras estão inseridas em um contexto global de vida às quais se integram. Assim, se tantas são as formas de vida, tantos são os 'jogos de linguagem', posto que a diferentes contextos seguem-se diferentes regras, podendo-se, a partir daí, determinar o sentido das expressões lingüísticas. (OMMATI, 2004)

Ao se refletir sobre *A Jurisprudência* de Klimt, compreende-se que aos intérpretes do direito, compete assumir a mesma posição do artista: ser criador. É no exercício da liberdade, no ato criativo e inconformista que os indivíduos poderão cavar uma oportunidade emancipadora capaz de permitir o direito à própria identidade.

Nesta perspectiva, poder-se-ia dizer, com Ost (2005, p. 18), que a diferença entre papel jurídico normatizado e trajetória experimental do personagem literário em busca de si mesmo coincide com a luminosa distinção que P. Ricoeur estabelece entre duas formas de identidade: a identidade *idem*, que corresponde à questão 'o que eu sou?' e que se traduz por traços fixos, e a identidade *ipse*, que responde à questão 'quem eu sou?', ligada às variações de uma personalidade que evolui com o tempo e com os outros. Diante das certezas sempre demasiado seguras dos papéis sociais convencionados, a literatura não cessa de interrogar esse *idem*, lembrando que somos um 'quem', um *ipse* obrigado a responder por si mesmo, e não somente um 'que' fixado de uma vez por todas. Ela abre assim um espaço que é propriamente o da intriga, constitutivo da 'identidade narrativa' do personagem, entre esse eu que me tornei e aquilo que em mim está em instância de advir.

5 SUBJETIVAÇÃO ESTÉTICA E ATO DE JULGAR: POR UMA POSTURA HERMENÊUTICA HETERODOXA

Partindo-se do pressuposto de que a subjetivação estética fomenta a possibilidade de articulação da experiência do indivíduo com a práxis jurídica, esta seção propõe uma reflexão sobre a problematização de si, a fim de se promover a contingência e a criatividade como eixo fundamental ao exercício da subjetividade e, logo, da justiça.

Pensar a justiça na complexidade contemporânea implica em pensar uma justiça que se abre à alteridade e que se volta à justificação de determinado modo de vida. Numa luta por liberdade e emancipação, o caráter ativo da justiça volta-se a uma constante avaliação de si e das relações em que se insere. Nas palavras de Melo (2004, p.XXI), "só uma constante problematização de nossos pressupostos, num movimento contínuo de ruptura e reestrutura, de ascensão e declínio, abre-nos à possibilidade de uma efetiva afirmação da vida e à construção sempre renovada de modos outros, não alienados, de existência."

Melo (2004, p. 91) nos mostra que Nietzsche, em *A Gaia Ciência*, vê a justiça como um assunto de gosto, um gosto que se estrutura em torno de um plano artístico, que nos coloca, pela ousadia da crítica, como construtores e arquitetos da justificação integral filosófica de nós mesmos, e uma justificação pessoal que procure dialogar com o passado e o porvir, em cada instante de sua afirmação.

Nessa perspectiva indaga-se: como repensar o si e sua possibilidade de afirmação num contexto de dissolução do habitual e da moralidade? Arcelo (2008) demonstra que a história dos sistemas de pensamento, desenvolvida por Foucault, busca definir, pela tematização do cuidado de si, as condições sob as quais o ser humano problematiza o que ele é, o que faz e o mundo em que vive.

Considerar a vida como estrutura problematizante é recusar a obrigatoriedade da moral pela diversidade de morais, sem que isso implique a rejeição de toda e qualquer moral. A vitalidade da justificação de si depende sempre do exercício da crítica, da problematização, de um movimento de descortinamento incessante da alteridade em nós mesmos. (MELO, 2004, p. 91-2)

Foucault (2003) considera que as formas de elaboração do trabalho ético que se efetua sobre si mesmo ocorrem de maneira diferenciada, não somente para tornar seu próprio comportamento conforme a uma regra dada, a uma lei ou a um valor, mas também para tentar se transformar a si mesmo em sujeito moral de sua própria conduta.

Por 'moral', Foucault (2003) concebe, por um lado, um conjunto de valores e regras de ação propostas aos indivíduos e aos grupos por intermédio de aparelhos prescritivos diversos, chamados de 'código moral'. Por outro lado, Foucault indica que por 'moral' entende-se também o comportamento real dos indivíduos em relação às regras e valores que lhes são propostos, ou seja, a maneira pela qual eles se submetem mais ou menos completamente a um princípio de conduta, chamado de 'moralidade dos comportamentos'.

Todavia, Foucault (2004) acredita que uma moral como obediência a um código de regras está desaparecendo, já desapareceu. E a esta ausência de moral, deve corresponder uma busca que é aquela de uma 'estética da existência'.

A partir da noção de ética, Foucault elabora a noção de 'estética da existência' como modo de sujeição, ou seja, como uma das maneiras pela qual o indivíduo vincula-se a um conjunto de regras e valores. Um indivíduo, então, aceita certas maneiras de comportar-se e determinados valores porque decide e quer realizar em sua vida a beleza que eles propõem. De acordo com Castro (2009, p. 151) "mesmo quando é decisão do indivíduo ter uma vida bela, e os comportamentos e valores que definem essa beleza não tem a forma nem da lei nem da norma, isso não significa que careçam de universalidade".

Nesse sentido, Arcelo (2008) indica que para Foucault "a escolha estética ou política pela qual um indivíduo decide aceitar determinado tipo de existência constitui um modo de sujeição que reflete uma escolha pessoal". (ARCELO, 2008, p.92)

Para Foucault (2004, p. 262) é a experiência, que é a racionalização de um processo ele mesmo provisório, que redunda em um sujeito, ou melhor, em sujeitos. O autor chama

de subjetivação o processo pelo qual se obtém a constituição de um sujeito, mais precisamente de uma subjetividade, que evidentemente não passa de uma das possibilidades dadas de organização de uma consciência de si.

Seguindo os preceitos nietzschianos, Melo (2004) aponta que o desafio de um conhecimento de si pressupõe o desafio da pessoalidade dos julgamentos, o que significa tornar o 'si' palco de investigações num contexto em que o habitual e a moralidade, naquilo que nos constitui, tornam-se objeto de problematização.

Se para Nietzsche (2005) tudo o que existe não passa de interpretação humana e criação estética do homem, iluminando de valores uma certa maneira de viver, faz-se necessário redescobrir a força de criar, em toda sua multiplicidade. Rompida a normatividade de uma interpretação única do mundo, a pessoalidade e o conhecimento de si apelam à criação de um modo singular de viver. É a dor inerente a toda criação que marca e diferencia todo homem e toda época. Para Melo (2004) a pessoalidade não se volta a um individualismo, mas expressa, antes, um sentimento de humanidade do porvir.

A abordagem que se expõe refoge ao esquema clássico das teses jurídicas no afã de que o julgador ingresse em searas que vão além das simples convenções, ou seja, vão além das fronteiras do direito, embora a partir do texto constitucional. O juiz contemporâneo, ao 'tomar posição', assume o compromisso ético de exercer a jurisdição à luz da principiologia constitucional.

Em *A rebelião da Toga*, Nalini (2006) observa que, apoiado sobre os princípios da inércia e da imparcialidade, o Judiciário permaneceu aparentemente distanciado do redemoinho das mudanças sociais, tornando-se reativo. A imparcialidade, confundida com absoluta assepsia política e a pretensa neutralidade, produtos de uma cultura jurídica formal e conservadora, enclausuraram o juiz em uma única dimensão do tempo – o passado – decorrendo daí sua incapacidade institucional de repensar o porvir.

Nalini (2006) ressalta que o que se espera do juiz brasileiro é uma postura rebelde, o que quer dizer reafirmar sua capacidade de indignação. Sem resumir-se ao protesto ou ao desalento, a indignação do juiz deve suscitar uma atuação transformadora com o intuito sério e consistente de ter idéias novas e criativas.

A rebelião do juiz não é uma revolta corporativista, mas, antes, uma nova postura hermenêutica que leva em consideração questões singelas que, às vezes, se perdem na sofisticação procedimental. Nesse sentido "o que vale é o olhar transgressor, aquele que quer ver nos entremeios, sem deixar esquecida nas gavetas das categorias rígidas do conhecimento estanque, a confluência das capacidades do homem." (NALINI, 2006, p. X)

A ética judicial reclamada ao profissional do século XXI é muito mais complexa do que a observância das regras deontológicas tradicionais. O que se pretende é um juiz mais humano e sensível, que não se conforma com o exercício automático e formal de sua função, ou seja, um juiz que se sente responsável pelas conseqüências concretas de sua decisão e que flexibiliza a rigidez das regras explícitas, toda vez que elas o impedirem dessa concretização. (NALINI, 2006)

A contingência e o risco, inerentes à democracia contemporânea, exigem que o julgador aproxime-se das partes, se colocando no lugar de cada uma delas para compreender suas motivações. Nesse sentido, “o aplicador do Direito precisa estar aberto e ser sensível para o caso, para reconstruí-lo na sua melhor luz, deixando falar os envolvidos e deixando vir à tona as pré-compreensões inerentes ao ato de julgar”. (OMMATI, 2006, p. 144)

Para dizer com Ricoeur (2008), julgar significa não só opinar, avaliar, considerar verdadeiro, mas, em última instância, ‘tomar posição’. O ato de julgar, vinculado à necessidade social de interrupção das incertezas, profere o direito numa situação singular. Ricouer (2008) considera que o julgador tem como horizonte um equilíbrio frágil entre os dois componentes da partilha: o que aparta minha parte da sua e o que, por outro lado, faz que cada um de nós tome parte na sociedade.

6 CONCLUSÃO

A partir da relação entre Direito e Estética, que se reflete nas condições de possibilidade interpretativas do ato de julgar, acusamos que os limites ético-jurídicos na complexidade contemporânea podem comportar uma atitude de modernidade transfiguradora. Nesse sentido, pressupõe-se que a imersão da subjetivação estética no direito pode gerar efeitos hermenêuticos concretos no ato de julgar.

Buscou-se demonstrar que a abertura principiológica dos direitos fundamentais, já vivenciada pelas organizações jurídico-políticas da modernidade, tem como função precípua impedir que o julgador apresente o veredicto jurídico como uma opção puramente técnica ou científica, distanciada dos conflitos sociais subjacentes.

A subjetivação estética, que se consubstancia na problematização de si e na idéia de transgressão, provenientes das gramáticas de Nietzsche e Foucault, mostra-se oportuna para o exercício ético da magistratura na complexidade contemporânea que, ao adotar uma postura crítico-hermenêutica, compatibiliza-se com as demandas do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARCELO, Adalberto Antonio Batista. **Ética, Cultura Política de Direitos Humanos e Identidade.** 2008. Tese (doutorado) - UFMG, Belo Horizonte.

ARCELO, Adalberto Antonio Batista; CLEMENTINO, Adriana Fernandes Clementino. Um estudo semântico da dogmática jurídica moderna: entre a racionalidade analítica de Hans Kelsen e a racionalidade prático-argumentativa de Chaïm Perelman. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena. **Iniciação científica: destaques 2006**. – Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007.

BOEIRA, Nelson. **Nietzsche**.- Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

CASTRO, Edgardo. Vocabulário de Foucault – Um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. - Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

DELACAMPAGNE, Christian. **História da filosofia no século XX**. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2009.

FABRIZ, Daury César. **A estética do direito**. – Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Estética: Literatura e Pintura, Música e Cinema**.- 2.ed.- Rio de Janeiro: Forense Universitária (Ditos e Escritos; III), 2006.

FOUCAULT, Michel. **Ética, Sexualidade, Política**.- Rio de Janeiro: Forense Universitária (Ditos e Escritos; V), 2004.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 2: o uso dos prazeres.** - Rio de Janeiro: Editoções Graal, 2003.

GALLO, Silvio. **Ética e cidadania: caminhos da filosofia**. - 14ª ed. – Campinas, SP: Papirus, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**; tradução de Flávio Paulo Meuer.- Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

GONZÁLEZ, Angel Luis Montejo. **Sexualidad, psiquiatria y biografia**. Editora Glosa: Madri, s/a.

MATTOS, Fernando Costa. **Novas imagens do "eu": a ampliação do universo da subjetividade in Revista Mente, Cérebro & Filosofia**.- São Paulo, n. 3, 2007.

MELO, Eduardo Rezende. **Nietzsche e a justiça: crítica e transvaloração**. – Perspectiva, FAPESP, 2004.

NALINI, Renato. **A rebelião da Toga**. – Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

NÉRET, Gilles. **Gustav Klimt**. Tradução: Jorge Valente, Lisboa.- Köln: Taschen, 2000.

NIETZSCHE, Friedrich Wilheim. **A visão dionisíaca do mundo, e outros textos da juventude**.-São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NIETZSCHE Friedrich Wilheim**. Obras incompletas**; seleção de textos de Gerard Lebrun; tradução e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho. – 4. ed. – São Paulo: Nova Cultural (Os pensadores), 1987.

NIETZSCHE, Friedrich Wilheim. **Fragmentos Finais**.- Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002 .

NIETZSCHE, Friedrich Wilheim. **A gaia ciência**. -São Paulo: Rideel, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich Wilheim. **A visão dionisíaca do mundo, e outros textos da juventude**.-São Paulo: Martins Fontes, 2005.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Igualdade, liberdade de expressão, proibição da prática de racismo na Constituição Brasileira de 1988.** 2006. Tese (doutorado) - UFMG, Belo Horizonte.

OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico.** São Leopoldo, RS: Editora Unisinos.

RICOEUR, Paul. **O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição; trad. Ivone C. Benedetti**. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. **Direito e Literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito** *in* TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (orgs.). **Direito e Literatura; reflexões teóricas**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Petrópolis: Vozes, 1996.

---

[1] Projeto de pesquisa fomentado pelo PROBIC/PUC Minas, com vigência de fevereiro a dezembro de 2008.

TUTELA JURÍDICA DA PAISAGEM URBANA: RUMO À DEFESA DO DIREITO À QUALIDADE DE VIDA[*] [**]

LEGAL GUARDIANSHIP OF THE URBAN LANDSCAPE: ROUTE TO THE DEFENSE OF THE RIGHT TO THE QUALITY OF LIFE

Ana Paula Jorge
Plínio Antônio Britto Gentil

RESUMO

Este trabalho estuda o meio ambiente urbano e uma especial categoria situada no seu contexto, que é a paisagem urbana, assim considerada aquela exposta compulsoriamente à coletividade, que pouco ou nenhum controle exerce sobre aquilo que lhe é dado ver e sentir no espaço das cidades. Assim, a paisagem urbana passa a ser considerada um bem jurídico e, portanto, destinatária da proteção por parte do ordenamento legal. Verifica-se que as normas em vigor no Brasil, seguindo a linha do que se observa no direito internacional, têm de fato contemplado, ainda que indiretamente, a paisagem urbana como merecedora de alguma tutela legal. É necessário, entretanto, aprofundar o avanço nesse sentido, sempre encaminhando o assunto para o ponto de fixar definitivamente a vinculação da paisagem urbana ao direito à qualidade de vida e de concretizar a destinação social da propriedade privada, cujos detentores situam-se na linha de frente da degradação do ambiente urbano.

PALAVRAS-CHAVES: MEIO AMBIENTE URBANO, PAISAGEM URBANA, QUALIDADE DE VIDA.

ABSTRACT

This work studies the urban environment and a special situated category in its context, that is the urban landscape, thus considered that one displayed compulsively to the collective, that little or no control exerts on what it is given to see and to feel to it in the space of the cities. Thus, the urban landscape passes to be considered a legally protected interest e, therefore, addressee of the protection on the part of the legal order. It is verified that the norms in vigor in Brazil, following the line of what if observes in the international law, in fact has contemplated, despite indirectly, the urban landscape as deserving of some legal guardianship. It is necessary, however, to deepen the advance in this direction, always directing the subject for the point to fix definitively the entailing of the urban landscape to the right to the quality of life and to materialize the social destination of the private property, whose detainers place themselves in the line of front of the degradation of the urban environment.

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.
[**] Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Toledo.

KEYWORDS: URBAN ENVIRONMENT, URBAN LANDSCAPE, QUALITY OF LIFE.

Introdução

Entende-se por meio ambiente aquele acervo de interações de várias ordens, que rege e abriga a vida em todas as suas formas, tendo essa categoria sido reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental. No seu campo de abrangência situa-se a qualidade de vida, como hoje é freqüente constatar a partir do discurso ambientalista e das mais recentes e avançadas abordagens doutrinárias. Menos não se poderia esperar do legislador nacional, que nisto segue os melhores exemplos do direito internacional e de legislações estrangeiras, já que nosso planeta é o único reconhecidamente habitável e nosso país dispõe de uma riqueza natural sem igual. Exige-se, assim, que homem e natureza tenham um bom relacionamento. Essa boa relação deve ser também do homem com o meio urbano onde vive, que é a natureza transformada.

Não só a Carta Magna, mas também nossa legislação infraconstitucional, aperfeiçoada sobretudo a partir das décadas de 80 e 90 do século XX, proporcionam, ao menos teoricamente, a proteção legal necessária à defesa do meio ambiente, no que recebem reconhecimento até internacional.

É fácil observar que os agrupamentos humanos, numa sociedade regida pela prevalência da propriedade privada, constroem cenários urbanos marcados pela desordem visual, provocada pelo acúmulo de objetos desconectados, sejam eles anúncios comerciais, sinais de trânsito, de obras públicas, postes, fios, antenas, faixas, tapumes e mesmo prédios deslocados. O resultado é um cansativo conjunto desarmônico, que forma uma paisagem urbana degradada, compulsoriamente colocada no campo visual da coletividade. É evidente, por outro lado, a conseqüente descaracterização do aspecto urbano.

Assim é que o presente trabalho propõe-se a investigar os limites de um meio ambiente que se possa considerar urbano e, no seu contexto, de um bem jurídico merecedor de tutela estatal, identificado com uma modalidade específica de paisagem, que seja possível denominar de *paisagem urbana*. Objetiva-se também verificar se o ordenamento nacional contempla essa categoria como um bem jurídico e qual o alcance da tutela legal que lhe dedica. Igualmente se pretende analisar a possível associação de uma proteção jurídica à paisagem urbana ao conceito de *qualidade de vida*, que vem sendo, cada vez mais, reconhecido como pertencente ao âmbito dos chamados direitos fundamentais de terceira geração. Tampouco se deve omitir da pesquisa o pano de fundo econômico, sobre o qual se processa a deterioração do ambiente urbano, tendo em vista que os atos de degradação partem, no mais das vezes, de proprietários de imóveis privados, esquecendo-se todos, sociedade e Estado, de que mesmo a propriedade particular deve exercer função social.

De fato, políticas públicas mais firmes, referentes à utilização do espaço visual urbano parecem fazer-se necessárias. O assunto, por exemplo, da chamada poluição visual e seus reflexos deverá ir, aos poucos, representando um dos principais focos de

preocupação dos setores ambientalistas, defensores dos direitos humanos e instituições como o Ministério Público, sobretudo ante a atual e inusitada experiência que se desenvolve na Capital do Estado a partir da implantação do projeto Cidade Limpa, ao mesmo tempo um desafio e um exemplo.

O referencial teórico que dá suporte à pesquisa é o que consta de uma bibliografia jurídica, principalmente de doutrina e textos legais, apoiada por um recorte da teoria do interacionismo simbólico, que muito auxilia na compreensão do processo de internalização dos símbolos por parte do observador da paisagem urbana.

Adota-se como método o dogmático jurídico e o dedutivo - partindo-se de uma abordagem geral do tema, para enfim se chegar a conclusões acerca de pontos mais específicos.

Meio ambiente e meio ambiente urbano

Meio ambiente é, de acordo com a chamada visão antropocêntrica - que tem no homem o centro e a razão de ser do ambiente - o lugar em que vivem as pessoas em interação com tudo aquilo que as cerca, sejam os demais seres vivos ou outros componentes. Esta é a mais simples das definições do termo, que, para alguns estudiosos e doutrinadores, traz um aparente erro de linguagem: *meio* significa aquilo que fica no centro, inserido em outra coisa; *ambiente* é definido como o lugar onde habitam os seres vivos. Sendo assim, em vista de o termo *meio* vir englobado pelo termo *ambiente* - seria desnecessário. Mas, no dizer de Édis Milaré:

[...] não chega, pois, a ser redundante a expressão *meio ambiente*, embora no sentido vulgar a palavra *ambiente* indique o lugar, o sítio, o recinto, o espaço que envolve os seres vivos e coisas. De qualquer forma, trata-se de expressão consagrada na língua portuguesa, pacificamente usada pela doutrina, lei e jurisprudência de nosso país, que, amiúde, falam em *meio ambiente*, em vez de *ambiente* apenas (2001, p. 63-64).

Legalmente definido pela Lei n. 6.938/81, em seu art. 3°, inciso I, o meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 2009e).

Sirvinskas observa que “[...] o conceito legal de meio ambiente não é o adequado, pois não abrange de maneira ampla todos os bens jurídicos protegidos. É um conceito restrito ao meio ambiente natural” (2008, p. 37). Outros doutrinadores, como Édis Milaré, Jair Lima Gevaerd Filho e José Afonso da Silva, compartilham desse entendimento. Pela mesma razão é que também Paulo Affonso Leme Machado,

referindo-se ao Direito Ambiental, afirma que o conceito de ambiente vai bem além do conceito de natureza e cita Michel Despax: “seria algo arbitrário restringir o campo de estudo, limitando-o aos elementos naturais tais como a água e o ar que o homem encontrou sobre a terra, com exclusão dessa forma de tudo aquilo que ele mesmo construiu ou remodelou” (1992, p. 64-65).

Em vista dos motivos expostos é que autores de destaque em obras de direito ambiental classificam o meio ambiente, de acordo com os aspectos de sua composição, em pelo menos quatro tipos: meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho.

Para Fiorillo, o que se busca com essa didática divisão é “facilitar a identificação da atividade degradante e do bem imediatamente agredido” (2008, p. 20). O autor lembra ainda que “o direito ambiental tem como objeto maior tutelar a vida saudável, de modo que a classificação apenas identifica o aspecto do meio ambiente em que valores maiores foram aviltados” (2008, p. 20).

Há milhões de anos o homem habita a terra. A vida de nômade cedeu lugar, com a descoberta e desenvolvimento da agricultura e a domesticação de animais, à fixação de moradia.

Em que pese somente nas últimas décadas terem sido dedicadas maiores atenções ao meio ambiente - quando os apelos da natureza e dos recursos naturais, que nunca se mostraram eternos, passaram a ser ouvidos mais fortemente - a falta de cautela com o ambiente não é algo novo. Geoffrey Blainey relata em sua obra episódio histórico envolvendo as primeiras civilizações e cita os problemas que já enfrentavam àquela época, como conseqüência do descuido com a natureza. Referindo-se às populações que ocupavam os conhecidos vales do Oriente Médio e ao desmatamento, o autor afirma:

Com o tempo, esses mesmos vales vieram a conhecer a decadência. O desenvolvimento e o declínio são processos normais na história humana e, nesse caso, o ambiente ferido também acelerou o declínio. É um milagre que a terra verde arável da parte baixa do Rio Eufrates e do Rio Tigre tenha durado tanto tempo assim. Em seu interior montanhoso, cada vez mais árvores eram cortadas para fornecer lenha e material de construção. Enquanto isso, o solo sofria erosão, os vales se enchiam de sedimentos e os rios tendiam a transbordar (2008, p.58).

Possível extrair-se do trecho de obra acima transcrito outra afirmação: o *habitat* humano há muito não se restringe à paisagem natural, às florestas, montanhas, rios e mares. Como se observa no texto, já naquela época, árvores eram cortadas para fornecer material de construção. Desde então, o meio ambiente artificial, aquele que, para existir, necessita da intervenção do homem, vem fazendo parte de seu mundo.

É por isso que, como se frisou, em sua definição mais ampla e atual, o meio ambiente engloba não só os aspectos natural e físico, a atmosfera, os elementos da biosfera, as águas, o solo e o subsolo, a fauna e a flora, como também o meio ambiente artificial, “compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações

(chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto)" (FIORILLO, 2008, p. 21).

Na exposição de Milaré, "opondo-se ou contrapondo-se ao elemento natural aparece o elemento artificial, aquele que não surgiu em decorrência de leis e fatores naturais, mas, por processos e moldes diferentes, proveio da ação transformadora do homem" (2001, p. 199).

E são esses citados elementos artificiais - os edifícios, as casas, as ruas, as praças, as avenidas, os monumentos - que se mostram imprescindíveis para a perfeita construção do chamado meio ambiente artificial, o qual, devido à sua estreita relação com o conceito de cidade, enquadra-se com adequação em uma segunda denominação: meio ambiente urbano.

A paisagem urbana como conjunto, como parte do ambiente e como direito

O minidicionário Houaiss define paisagem como a "área de terreno vista de uma vez, panorama" (2001, p. 326). Paisagem é, então, aquilo que os sentidos humanos, principalmente a visão, conseguem assimilar, perceber.

Mas dentre o que é perceptível aos sentidos é possível distinguir aquilo que é individual, específico, do que é o conjunto desses objetos individuais, o desenho que resulta da reunião deles num determinado espaço. É isso, na verdade, o que o sujeito vê, pois, no campo visual que se lhe apresenta, não é possível isolar alguns objetos dos outros. Quem olha vê o todo, o conjunto, cujo aspecto é diferente da simples somatória de cada um deles. Na sua reunião, a imagem de cada objeto se mistura à de outro, podendo-se dizer que chega mesmo a *invadir* o espaço visual desse outro, mesclando-se com parte dele e perdendo um pouco de sua identidade específica. Para o sujeito observador, o que se torna visível é uma só imagem, na qual os contornos dos objetos individualmente considerados perdem-se no todo. É possível fazer o paralelo com uma pintura, onde o observador admira o quadro, antes de distinguir os limites específicos de cada parte dele.

O conjunto das imagens visíveis, misturadas umas às outras, é, portanto, o que se apresenta para o observador, de onde quer que este se encontre. Tais imagens são compostas de rigorosamente tudo o que se apresenta à visão do observador: prédios, fachadas, antenas, árvores, vias públicas, postes, fios, anúncios, rios, pontes. Cada um desses objetos apresenta-se com sua cor, que lhe é própria ou que lhe foi impressa artificialmente.

Há uma particularidade nessa situação: os objetos, cujas imagens são projetadas no campo visual do observador, constituem, na sua maioria, domínio privado dos proprietários dos bens móveis ou imóveis que estão instalados no local. Dessa maneira, sem o desejar, cada proprietário, por intermédio da ação que empreende nos seus

próprios domínios, concorre para formar o desenho final da paisagem, a qual, diversamente do que ocorre com o uso dos bens privados, está disponível para toda a coletividade. É assim possível dizer que, de certo modo, essa coletividade, formada pelo número indeterminado de observadores, frui de um bem que, sendo diferente dos bens individualmente considerados, é composto involuntariamente pela atividade de proprietários privados. Claro que o mesmo não se passa em ambientes urbanos regidos por um planejamento estético centralizado, como em algumas cidades turísticas, históricas, ou parte delas. Mas aqui se trata da exceção, que apenas confirma a regra da livre disposição do patrimônio individual. A colisão de interesses individuais com o interesse público torna-se evidentemente um problema, mas não é dele que trata este trabalho.

Antonio Zanollo Neto, mestre em Direito Ambiental e professor universitário, em artigo intitulado *Direito à paisagem*, citando os ensinamentos proferidos pelo francês Michel Prieur, no III Curso de Direito Ambiental Internacional, realizado na cidade de Piracicaba, em outubro de 2005, diz que

a paisagem é uma percepção individual e subjetiva, e que sua etimologia vem dos artistas. Foi no século XIX e XX que a paisagem tornou-se um objeto científico. A imagem passou, então, para uma percepção objetiva da análise dos seus elementos. O âmago da problemática está nas percepções subjetivas e objetivas. A paisagem é uma espécie de livro aberto da natureza no espaço e tempo da humanidade (*passim*).

Essa concepção da paisagem como *percepção* remete a um subjetivismo, decorrente de uma espécie de relação que se estabelece entre o observador e o campo visual que a ele se apresenta. O observador, assim, não apenas *vê*, como também *sente* o que vê. Para isso, faz uma *interpretação*, uma leitura do panorama, que fica impressa em sua consciência. O formato que esse quadro impresso toma é o resultado de múltiplos fatores que concorrem para a construção de um símbolo por parte do sujeito observador. O símbolo contém o resumo de um acervo de numerosas informações que o sujeito sintetiza em uma única idéia, de sorte que, ao precisar manipular esses conteúdos no futuro, ele não necessitará refletir novamente sobre eles, mas simplesmente invocar o símbolo, que lhe apresentará todo aquele acervo e indicará o procedimento a tomar. A construção do símbolo resulta de um processo desse tipo, ao qual se dá o nome de institucionalização, que ocorre sistemática e imperceptivelmente (BERGER; LUCKMANN, 1976).

No caso da paisagem urbana como objeto de observação, o sujeito observador interage com a paisagem vista e sentida. Esta faz parte do ambiente do observador e está em constante interação com ele. Esse estado de comunhão do sujeito com o que lhe é apresentado, independentemente da sua vontade, permite constatar que o objeto exposto aos seus sentidos integra o ambiente do observador.

A união do natural e do modificado, aquilo que os olhos facilmente conseguem captar à volta das pessoas, forma a paisagem. Misturam-se os elementos naturais com os artificiais. Sem dúvida, é na cidade que a interação entre tais elementos mostra-se mais

intensa. Nela é que se encontra a chamada paisagem urbana, diversificada, às vezes atraente, dinâmica.

Edis Milaré, transcrevendo parte dos ensinamentos que José de Ávila Aguiar Coimbra traz em sua obra *O outro lado do meio ambiente*, afirma que

a cidade é por excelência o ambiente do Homem... Com efeito, é da cidade que disparamos nossas ações tecnológicas sobre a Natureza; dela partimos para criar ecossistemas artificiais que sirvam à nossa alimentação e às muitas modalidades de produção que empresariamos. Nesta perspectiva, alguns cientistas sociais consideram a cidade como centro mecânico de um ou mais ecossistemas (2001, p. 222).

Os bens jurídicos e tudo quanto tenha algum valor, não só patrimonial, recebem proteção do direito. Assim, o meio ambiente não só é um bem jurídico como de fato recebe proteção legal.

Quando se fala em proteção legal ao meio ambiente a primeira idéia que surge é a de tutelar os recursos naturais. Embora seja nesse sentido a maior parte do discurso ambientalista - engajado na preservação da flora, fauna, água e ar - a paisagem urbana, como parte integrante do meio ambiente, é também um interesse a ser resguardado.

É que, como se afirmou, meio ambiente não é mero sinônimo de natureza. Abrange, além dos elementos naturais, a natureza modificada e os elementos artificiais, aquele patrimônio para cuja obtenção houve a intervenção humana, cujo surgimento dependeu ou depende de fatores externos, que vão além do poder criador e modificador da própria natureza. Por tal motivo se justifica uma classificação do meio ambiente em: natural, artificial, cultural e do trabalho.

Assim sendo, pode-se dizer que a paisagem urbana, que é onde mais se identifica a presença do meio ambiente artificial, compõe o elenco dos bens juridicamente tutelados.

É nas cidades, como já se disse, que a interação entre homem e *habitat* se dá em sua forma mais plena. Interagindo positivamente com o desenho de sua cidade, o homem vai elevando sua própria qualidade de vida. Também há quem veja na proteção jurídica da paisagem urbana uma relação dessa tutela com a ordem econômica estabelecida. É como pensa Celso Fiorillo:

A paisagem nas cidades (conjunto urbano paisagístico) absorve, evidentemente, não só aspectos vinculados ao meio ambiente natural (recursos naturais), mas, principalmente, todas as forma de expressão, bem como modos de viver dos diferentes grupos formadores de determinada sociedade abrangida por determinado espaço territorial. [...] Destarte, a paisagem urbana, ao receber tutela jurídica, necessita considerar a defesa do meio ambiente cultural, artificial e natural no plano da ordem econômica capitalista, isto é, a paisagem urbana tem que ser observada no que se refere à aplicação da tutela

jurídica ambiental dentro do contexto da sociedade contemporânea na qual vigora, como lembra Marilena Chauí, a ideologia pós-moderna (2008, p. 201).

Nas últimas décadas uma especial atenção vem sendo dedicada ao meio ambiente, sobretudo desde que se tornou mais provável o esgotamento de alguns recursos naturais. Com a chamada Lei de Política Nacional do Meio Ambiente se vê o início, no Brasil, de uma política em favor da ordem urbana.

Volta o mesmo Zanollo, agora a lembrar que

O direito à paisagem começou a desenvolver-se do direito nacional para o direito internacional. Hoje a paisagem tem valor coletivo. Também há problemas nos critério de competências, sendo exemplo disto os países mais ao norte da Europa deixar para o Ministério do Meio Ambiente esta questão, e outros países mais ao Sul deixar para o Ministério da Cultura. Na verdade, a paisagem é um domínio que deve pertencer a uma gestão integrada. É necessário informação e educação para uma evolução de concepção e real influência na tomada de decisão política e pública (*passim*).

De sua vez, a lei paulistana n. 14.223/06, conhecida como *Lei Cidade Limpa*, em seu art. 5º, traz uma definição legal de paisagem:

Considera-se paisagem, para fins de aplicação desta lei, o espaço aéreo e a superfície externa de qualquer elemento natural ou construído, tais como água, fauna, flora, construções, edifícios, anteparos, superfícies aparentes de equipamentos de infra-estrutura, de segurança e de veículos automotores, anúncios de qualquer natureza, os elementos de sinalização urbana, equipamentos de informação e comodidade pública, logradouros públicos, visíveis por qualquer observador situado em áreas de uso comum do povo (SÃO PAULO, 2009).

Aqui está, reconhecida pela norma jurídica, uma dimensão da paisagem como sendo algo integrante de uma espécie de *patrimônio público*, identificado com o direito de ver e até mesmo de sentir, cujo titular é a coletividade, já que se fala em sinais "visíveis por qualquer observador situado em áreas de uso comum do povo". Porém é justamente nesse ponto que a lei se mostra tímida, pois deixa de reconhecer que também para o observador situado em área *que não seja de uso comum*, a paisagem impõe-se, como coisa inevitável, fazendo com que este observador dela desfrute, mesmo que, eventualmente, sem o desejar.

O alcance da proteção legal à paisagem urbana

É certo que inexiste um sistema autônomo de proteção jurídica à paisagem urbana. Mas isso não significa a inexistência de uma tutela ao direito à paisagem. Tanto é assim que a legislação nacional vigente traz diversas referências ao termo ou às suas variações. De maneira geral, fica a impressão de que há certa insuficiência no tratamento legal do tema, além de timidez do intérprete para alargar, na prática, o sentido das normas existentes.

A Constituição Federal, em alguns pontos de seu texto, trata, expressa ou implicitamente, da proteção aos bens paisagísticos. Assim também a legislação ordinária. Vale a pena conferir como essa tutela se expressa nos diplomas a seguir: [1]

a) Constituição Federal, art. 216 –

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, *paisagístico*, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (BRASIL, 2009a).

b) Constituição Federal, art. 23 –

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as *paisagens* naturais notáveis e os sítios arqueológicos (BRASIL, 2009a).

c) Constituição Federal, art. 24 –

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]

VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e *paisagístico* (BRASIL, 2009a).

d) Decreto-Lei n. 25/37 (que organiza o patrimônio histórico e artístico nacional), art. 1°, §2° -

Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e *paisagens* que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana (BRASIL, 2009b).

e) Decreto-Lei 3.365/41 (dispõe sobre desapropriações por utilidade pública), art. 5º -

Consideram-se casos de utilidade pública: [...]

k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de *paisagens* e locais particularmente dotados pela natureza (BRASIL, 2009c).

f) Lei 4.771/65 (Código Florestal), art. 1°, § 2º -

Para os efeitos deste código entende-se por: [...]

II - área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2° e 3° desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a *paisagem*, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (BRASIL 2009d)

g) Lei 6.513/77 (dispõe sobre a criação de áreas especiais e de locais de interesse turístico), art. 1° -

Consideram-se de interesse turístico as Áreas Especiais e os Locais instituídos na forma da presente Lei, assim como os bens de valor cultural e natural, protegidos por legislação específica, e especialmente: [...] V – as *paisagens* notáveis (BRASIL, 2009f).

h) Lei 6.803/80 (dispõe sobre zoneamento industrial), art. 7° -

Ressalvado a competência da União e observado o disposto nesta Lei, o Governo do Estado, ouvidos os Municípios interessados, aprovará padrões de uso e ocupação do solo, bem como de zonas de reserva ambiental, nas quais, por suas características culturais, ecológicas, *paisagísticas*, ou pela necessidade de preservação de mananciais e proteção de áreas especiais, ficará vedada a localização de estabelecimentos industriais (BRASIL, 2009g).

i) Lei 7.347/85 (disciplina a ação civil pública), art. 1° -

Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...]

IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e *paisagístico* (BRASIL, 2009i).

j) Lei 9.605/98 (dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), art. 63 -

Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor *paisagístico*, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa (BRASIL, 2009j).

k) Lei 9.985/00 (dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza), art. 4° -

O SNUC tem os seguintes objetivos: [...]

VI – proteger *paisagens* naturais e pouco alteradas de notável beleza cênica (BRASIL, 2009k).

l) Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), art. 2° -

A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...]

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, *paisagístico* e arqueológico (BRASIL, 2009l).

Vê-se que, de um modo ou de outro, o legislador procura estabelecer um tratamento legal para o tema *paisagem*, o que já significa algum reconhecimento dessa categoria entre os bens que merecem tutela jurídica. Nota-se, em algumas normas, a referência ao vocábulo exclusivamente como *paisagem natural* – segundo se observa literalmente nos textos das Leis n. 9985/00, 3365/41 e no art. 23, III, da Constituição Federal. Mas é bem verdade que nos demais diplomas o termo *paisagem* pode significar tanto os elementos da natureza quanto as obras humanas, o que representa uma certa disciplina legal para a *paisagem urbana*, podendo-se daí concluir que se trata inegavelmente de um bem jurídico.

De outras normas legais também é possível extrair a presença de dispositivos que, se não se referem expressamente à paisagem, são perfeitamente aplicáveis quando se trate de concretizar alguma proteção a ela. É o que se dá, por exemplo, com o Código Tributário Nacional – Lei n. 5.172/66, cujo art. 78 dispõe que

considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (BRASIL, 2009e).

Ou com o art. 54 da Lei n. 9605/98, que, ao definir o crime de poluição, deixa entreaberta a porta para que se considere infração penal a conduta de degradar a paisagem urbana “em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana” (BRASIL, 2009j). Ou ainda com o conceito de poluição adotado pela Lei n. 6.938/81, (que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente), para a qual entende-se por (art. 3°)

III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos (BRASIL, 2009h).

Por fim, sabe-se que todas essas possibilidades de tutela à paisagem urbana retiram seu fundamento jurídico e sua validade da Constituição Federal, especialmente do Título VIII, denominado "Da Ordem Social", que traz capítulo exclusivo, o VI, dedicado à tutela ambiental, tratando de assegurar a garantia de um meio ambiente equilibrado e impondo ao poder público a responsabilidade pela efetividade desse direito. Dentre os sete incisos que tratam da incumbência protetiva do Estado, um deles faz menção aos espaços territoriais e seus componentes, que devem ser especialmente protegidos:

Art. 225. todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1.º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público

[...]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (BRASIL, 2009a).

Guilherme Nucci, discorrendo sobre a razão de ser dessa proteção, define resumidamente cada um dos aspectos da paisagem urbana:

Cuida-se de proteção ao valor paisagístico (qualidade daquilo que é apreendido pela visão humana, configurando-se em algo agradável, ou, nos termos legais, a "feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana" (art. 1.º, § 2.º, Decreto-lei 25/37); ecológico (qualidade daquilo que é o convívio equilibrado entre o meio ambiente e os seres vivos); turístico (qualidade daquilo que é aprazível aos turistas - pessoas que vão a determinados lugares pelo particular aspecto apresentado); artístico (qualidade daquilo que expõe a criatividade e a originalidade do ser humano, chamando a atenção de outras pessoas para a apreciação); histórico (qualidade daquilo que constitui um retrato fiel dos acontecimentos da vida de um povo, possibilitando o estudo e o conhecimento do desenvolvimento da humanidade); cultural (qualidade daquilo que produz conhecimento e refinamento dos

gestos e hábitos do ser humano); religioso (qualidade daquilo que traduz crença em alguma força sobrenatural criadora do Universo); arqueológico (qualidade daquilo que traduz uma visão do passado da humanidade, através de objetos e testemunhos); etnográfico (qualidade daquilo que traduz, em face de pesquisa, os aspectos culturais e sociais de um povo) ou monumental (obra notável, que deve passar à posteridade, como memória de algo) (2006, p. 568).

José Afonso da Silva diz que no artigo 225 da Carta Magna o constituinte estabeleceu dois objetivos da tutela ambiental, "um imediato, que é a qualidade do meio ambiente, e outro mediato que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que se vê sintetizado na expressão da qualidade de vida" (1994, p. 54).

Dessa *qualidade de vida* fala Bobbio (2004, p. 228), entendendo-a como correlato do direito à vida, este reconhecido, dentre outros documentos, em algumas constituições,[2] na encíclica papal *Centesimus Annus* (1991), na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e na Declaração Européia (1950). Esse direito à qualidade de vida possui, no seu entender, um caráter mais amplo do que o direito a simplesmente estar vivo: significa vida com qualidade, que inequivocamente importa em acesso a benefícios capazes de produzir certo grau de felicidade. Por certo equivale a algo captado por Carlos Heitor Cony, ao escrever, no jornal Folha de S. Paulo, sobre o falecido antropólogo Darcy Ribeiro: *queria viver para aproveitar a vida, não para constar do mundo dos vivos* (*passim*).

Qualidade de vida tem sido doutrinariamente considerado direito fundamental de terceira geração. De fato, segundo essa doutrina, o atual estágio de desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais possibilita visualizar a presença de uma série de direitos que não se enquadram nem naqueles oponíveis contra o Estado, chamados de primeira geração, nem nos que exigem uma atuação do Estado em favor do bem-estar geral, tidos como de segunda geração; são os direitos derivados do amadurecimento da idéia de que a vida em sociedade impõe uma certa dose de solidariedade e que disso vertem faculdades subjetivas, expressas em direitos oponíveis por todos e a todos em geral. Nesse rol estariam o direito à paz, à comunhão do conhecimento científico, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida etc. Num paralelo curioso, aceito por alguns, seria possível dizer que, nas gerações de direitos fundamentais, desenvolvidas ao longo da história, apresentam-se sucessivamente os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, que inspiraram os revolucionários franceses do século XVIII. Fixando-se a atenção para o tema deste trabalho, é possível estabelecer relação entre o que visualmente pode produzir sensação de harmonia e equilíbrio com esse direito a uma vida com qualidade, fruto das mais recentes interpretações doutrinárias, que vão dos textos do direito internacional aos dispositivos da legislação ordinária nacional.

Conclusão

É notório que o meio ambiente ganhou, para o direito, *status* de bem jurídico, merecedor de tutela legal, que se expressa em diversos ramos do ordenamento, que vão do administrativo ao civil, do constitucional ao tributário, ao penal etc.

Dentre os componentes do meio ambiente não é mais possível ignorar a paisagem, representada pelo conjunto dos elementos que se apresentam ao sujeito observador, de onde quer que este se encontre, e que é captado por ele, podendo produzir variadas sensações.

Paisagem não é apenas o acervo de componentes naturais, mas também o conjunto de objetos criados pela ação do homem. Esses elementos artificiais costumam acumular-se nos aglomerados urbanos, que são as cidades, podendo-se, portanto, falar de uma outra categoria: a *paisagem urbana*.

Na sua composição, quase sempre o uso dos espaços privados segundo a vontade dos proprietários produz, como resultado, um conjunto visual para o que não houve planejamento e sobre o qual, em geral, se exerce pouco controle. Esse conjunto é, no entanto, um bem de uso comum, eis que imposto - compulsoriamente - a toda a coletividade, indistintamente. O espaço urbano não tem, portanto, que sucumbir à vontade particular daqueles que dele se utilizam para proteger e subsidiar seus próprios interesses. Pelo contrário. A paisagem é bem coletivo e, embora o contexto em que está inserida a sociedade se mostre como fator determinante do desenho dessa paisagem, não se permite que ele se sobreponha a um direito coletivo maior.

A idéia de paisagem urbana está diretamente vinculada à vida numa sociedade dividida e agrupada em espaços determinados, ou, como já se disse, naqueles agrupamentos que vivem na cidade. Nela a qualidade de vida pode ser determinada por inúmeros fatores, entre os quais a paisagem visível de qualquer ponto, por qualquer pessoa. A harmonia do conjunto percebido pelo observador é, sem dúvida, agente de uma situação de bem-estar, que pode implicar num certo estado de felicidade.

Vários textos legais referem-se à paisagem, de alguns se podendo estender o seu conteúdo à paisagem urbana, que é, induvidosamente, espécie de paisagem. Despontam nessa direção notadamente a Constituição Federal e a Lei n. 9605/98. Reconhecendo inegável importância ao tema, a Lei Ambiental pretende mesmo oferecer proteção estatal à paisagem urbana e dedica uma seção inteira ao ordenamento urbano e ao patrimônio cultural, integrantes do chamado meio ambiente artificial e cultural.

Para referida lei, tutelar a ordem urbana, ou a paisagem urbana, significa preservar valores materiais e imateriais, que podem ser móveis ou imóveis e que contêm algum valor paisagístico, ecológico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico etc.

Mas a proteção legal à *paisagem urbana* é, por ora, ainda incipiente, notando-se uma tendência de se continuar identificando paisagem predominantemente com elementos naturais. Há caso em que a categoria paisagem urbana vem reconhecida inequivocamente na norma – que entretanto omite o adjetivo *urbana* -, mas há timidez em fixar sua abrangência; é o que se nota na *Lei Cidade Limpa*, do Município de São Paulo, que limita o conceito de paisagem àquilo que é visto de áreas de uso comum,

como se o que se avista de outros locais tivesse razão para tratamento jurídico diferente. De outro lado, pouco se vê no sentido de interpretar outras normas ambientais de uma forma diretamente voltada à proteção da paisagem urbana, como sucede, por exemplo, com o art. 54 da Lei n. 9605/98, que tipifica o delito de poluição, em relação ao qual bem pode se desenvolver uma exegese tendente a reconhecer o crime quando se trate de caso de poluição visual: aquela poluição representada pelo exagero desordenado de apelos visuais exibidos ao observador, que desfiguram os centros urbanos. Em suma, se o mundo jurídico já despertou para o reconhecimento da paisagem urbana como direito, ainda é preciso avançar, tanto na formulação de leis quanto na sua interpretação, rumo a uma crescente concretização dos ideais que corretamente associam o sadio ambiente urbano ao hoje induvidosamente reconhecido direito à qualidade de vida.

Referências bibliográficas

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento**. Trad. Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1976.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 3ª reimpressão.

BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. Versão brasileira. São Paulo: Fundamento, 2. ed. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 de abril de 2009a.

_____. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 de abril de 2009b.

_____. Decreto-lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 de abril de 2009c.

_____. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 de abril de 2009d.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 de abril de 2009e.

_____. Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 de abril de 2009f.

_____. Lei nº 6.803, de 02 de julho de 1980. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 de abril de 2009g.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 de abril de 2009h.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 de abril de 2009i.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 de abril de 2009j.

_____. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 de abril de 2009k.

_____. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 de abril de 2009l.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HOUAISS, Instituto Antônio. **Minidicionário da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SÃO PAULO. Lei 14.223 de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.camara.sp.gov.br> Acesso em: 13 de abril de 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional ambiental**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZANOLLO, Antonio Netto. **Direito à paisagem.** 2008.

---

[1] Os grifos nos textos legais são dos autores.

[2] Como na brasileira, art. 5º, *caput*.

O DIREITO DE FAMÍLIA A PARTIR DA LITERATURA BRASILEIRA, NOS CONTOS DE NELSON RODRIGUES*

FAMILY LAW FROM THE BRAZILIAN LITERATURE, IN THE STORIES OF NELSON RODRIGUES

Carlyle Popp
Ricardo Reis Messaggi

RESUMO

É profícua a relação entre o Direito e a Literatura, desde os tempos mais remotos, da História da humanidade, denotando os traços de ligação entre os elementos legais e culturais, compondo cenários em que a vida imita a arte e a arte imita a vida, influenciando-se mutuamente. No Brasil, em que pese seus relativamente poucos 509 anos, o Direito e a Literatura sempre mantiveram seu diálogo, desde os cronistas do Descobrimento, até os críticos contemporâneos de um Brasil alegadamente em desenvolvimento, mas que, em muitos aspectos, ainda tenta se descobrir. Dos casos nacionais, emerge o conjunto da obra de Nelson Rodrigues, diretamente correlacionado com o Direito de Família. O presente trabalho estrutura-se, inicialmente, fazendo considerações a respeito do Direito e Literatura, demonstrando as principais funções da Literatura quando utilizada no cotejo com o Direito; posteriormente, analisa os aspectos principais da linha evolutiva do Direito de Família; na terceira parte, analisa a vida e obra de Nelson Rodrigues, para, ao final, relacionar os contos produzidos pelo autor, com o Direito de Família Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO E LITERATURA; DIREITO DE FAMÍLIA; NELSON RODRIGUES.

ABSTRACT

The relationship between Law and Literature has been fruitful since ancient times of the history of humankind, representing some aspects of the boundary between legal and cultural elements, composing scenarios in which life imitates art and art imitates life, influencing each other in such way. In Brazil, despite its relatively short 509 years, Law and Literature have always had their own dialogue, from the chroniclers of the Discovery to the contemporary critics of an allegedly developing Brazil, which in several aspects is still being discovered. Among the national cases, the works of Nelson Rodrigues directly emerge correlated with Family Law. The present work is initially aimed at making considerations with respect to Law and Literature, demonstrating the main functions of Literature when used in confrontation with the Law. Afterwards, the main aspects of the evolutionary line of Family Law are analysed and in its third part,

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

the life and works of Nelson Rodrigues are analysed in order to relate the stories written by the referred author to the Brazilian Family Law.

KEYWORDS: LAW AND LITERATURE; FAMILY LAW; NELSON RODRIGUES.

1 Introdução

O presente artigo destina-se a investigar, em um primeiro momento, a relação existente entre o Direito e a Literatura, demonstrando, assim, a sua importância no que diz respeito, principalmente, à interpretação/integração do Direito, a partir de elementos literários.

Além disto, outro aspecto que releva importância é o caráter sociológico e antropológico advindo da Literatura, material de grande valia para o Direito.

Após esta análise inicial, o trabalho continua com uma breve análise da evolução percebida, no último século, no âmbito do Direito de Família Brasileiro, pontuando as principais alterações legislativas ocorridas nesse período, tendo como principais evoluções, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002.

Dando prosseguimento ao trabalho, é apresentado um pequeno resumo da vida e obra de Nelson Rodrigues, demonstrando aspectos relevantes, para se compreender, de forma mais clara, a sua obra e os motivos intrínsecos à sua produção.

Por fim, é apresentado o foco deste artigo, qual seja, a relação existente entre a literatura de Nelson Rodrigues e o Direito de Família, demonstrando os principais institutos desse ramo do Direito, na obra do autor em comento, analisando, a partir de leitura da doutrina e jurisprudência pátrias, que figuram, ao lado do ordenamento jurídico legislativo positivado, como principais fontes do Direito de Família.

Vale ressalvar que este trabalho resta delimitado, apenas, aos contos escritos por Nelson Rodrigues. Isso, devido ao vasto trabalho publicado pelo autor, devido às limitações espaciais e à necessária delimitação metodológica, inviabilizaria a análise de sua obra completa.

2 O Direito e a Literatura

Sendo o Direito um produto cultural, que se transforma a partir do modo de produção social, necessita do apoio de outros meios, ou seja, a partir de outras técnicas sociais, como a economia, filosofia, sociologia e a literatura.

É nesse contexto que a literatura e o Direito se entrelaçam. Um ponto comum entre ambos é a comunicação[1], não apenas através da linguagem, mas também por meio de outros sentidos. Literatura e Direito emergem de um caldo cultural e se constroem em bases de uma realidade social:

A doutrina européia atual, analisando o uso de maquinas, da televisão e dos meios telemáticos, denuncia que muitos contratos de massa são feitos 'em silêncio' ou 'sem diálogo', por coisa ou imagem de coisas, palavras ditadas, pré-escritas e outros símbolos visualizados em meio não perenes e virtuais; atos existenciais, sem real dialética, pela não presença do outro, pela representação do outro através de máquinas e prepostos sem poder, por atos, imagens, números, cartões, senhas, visões toques, clicks, deste homem atual, que denominam, não mais *homo loquens*, dada a perda da importância da palavra, e sim *homo videns*, em face da importância das sensações e sentidos, do toque à visão para a realização de um contrato[2].

A estreita relação entre ambos - Direito e Literatura – se materializa no momento da interpretação, quando se exerce o processo hermenêutico, seja na análise singular, ou na comparação, sobre o conteúdo de ambos os textos. Ronald Dworkin afirma que "a prática jurídica é um perene exercício de interpretação, a exemplo da descoberta do significado dos textos, postura que plasma atitudes literárias".[3]

Outro ponto, em que se vislumbra essa relação, é a utilização da literatura para a solução de problemas jurídicos, a partir dos fatos literários, dando uma solução a um fato pronto, para então aplicar ao caso concreto, ou seja, a partir de algo fictício como a Literatura, o Direito busca encontrar as soluções para os problemas da realidade.

Há, também, a tópica[4] jurídica literária, ou seja, a tópica que se encontra e é proveniente das obras literárias, que decorre das expressões literárias, e se entrelaça com a realidade jurídica, para criar soluções para o direito constituído; ou ainda criticá-lo, com a finalidade de alterá-lo. Esta forma de empregar a tópica é deveras importante para combater o tecnicismo, muito presente no Direito.

Ademais, vê-se o quanto o Direito e os juristas são criticados em diferentes obras literárias, representando os atores juristas como pessoas desonestas e sem moral, ou ainda, apontando ineficácia sobre Direito ou sua má aplicação. Erasmo de Rotterdam, acidamente, faz esta critica ao advogado e ao sistema jurídico, dizendo que:

Pretendem os advogados levar a palma sobre todos os eruditos e fazem um grande conceito da sua arte. Ora, para vos ser franco, a sua profissão é, em uma análise, um trabalho Sísifo. Com efeito, eles fazem uma porção de leis que não chegam à conclusão alguma. Que são o digesto, as pandectas, o código? Um amontoado de comentários, de glosas, de citações. Com toda essa mixórdia, fazem crer ao vulto que, de todas as ciências, a sua é a que requer o mais sublime e laborioso engenho. E, como sempre se acha mais belo o que é difícil, resulta que os tolos tem em alto conceito essa ciência.[5]

Assim, vê-se o quão importante para o desenvolvimento do Direito é o estudo feito a partir da literatura, pois, ao serem usados elementos deste, é possível se obter uma melhor interpretação aos casos concretos daqueles.

Logo, a proposta do exercício comparativo entre Literatura e Direito é identificar pontos de apoio, que forneçam ao Direito, meios de compreensão necessárias, a serem amealhadas e reprocessadas por sua lógica funcional – sobre o bem e o mal, o justo e o injusto e o legal e o ilegal. Dessa maneira, a Literatura poderá conduzir o Direito a um aprofundamento dos seus valores e de suas decisões, mormente porque baseados em um texto (direito positivado)[6].

Sendo a literatura uma ferramenta para retratar diversos aspectos sociais da realidade, e possuindo, portanto, um papel importante na relação com o público (sociedade), a obra é criada a partir da experiência social do autor. Assim, pode se entender que a ela é criada através da inter-relação do autor com o grupo social, e que é o resultado de diversas práticas, pressupostos, concepções expressas em valores e posturas, reconhecidos enquanto tal, pela coletividade.

Nesse contexto, quando se percebe a situação histórica e social da obra e do autor, definindo o lugar onde eram escritas, quais as finalidades das questões levantadas por esses intelectuais perante a sociedade, em que veículos eram publicados e a que tipo de público o autor se dirigia, tem-se à mostra a visão do escritor sobre a sociedade e os debates públicos mais importantes de sua época. Compreende-se, então, o contexto da época e a lógica da visão de mundo, dos juízos de valor e das opiniões políticas, que os escritores elaboram em suas obras. Tem-se em mãos toda essa complexidade do objeto literário e, com isso, desenvolve-se um entendimento sociológico, apto a captar as características e peculiaridades intrínsecas na arte literária.

Sem dúvida, Nelson Rodrigues foi um dos maiores escritores brasileiros, do Século XX. Soube retratar fielmente a realidade de uma sociedade conservadora, criticando-a e escrevendo sobre temas socialmente incômodos, como o adultério, incesto e assuntos ligados à família e ao casamento.

Revelou, desde muito cedo, o dom para a escrita; aos trezes anos, iniciou sua carreira jornalística como repórter policial. Atuando, posteriormente, em diversas funções, nas redações dos jornais cariocas, atingindo sua consagração, como escritor, já no final de sua vida.

Quando escrevia, buscava sempre mostrar a realidade, o que lhe rendeu muitas críticas. Ao tratar das famílias, mostrou-se um exímio escritor, surpreendendo ao público, com a profundidade de suas produções sobre o tema.

Neste liame, utilizando-se da obra de Nelson Rodrigues, realizar-se-á uma análise do Direito de Família Brasileiro, para compreender a evolução desse ramo do Direito, no Brasil, a partir da década de quarenta, do Século XX.

3 A Evolução do Direito de Família, no Brasil.

A família brasileira, neste último Século, como ocorreu com a sociedade em geral, passou por diversos processos de mudança; portanto, o amadurecimento da mentalidade e a evolução social, dentre outras, contribuíram para que a família tenha a estrutura atual. E, deste modo o Direito viu-se compelido a acompanhar essas mudanças[7].

3.1 O DIREITO DE FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – o modelo oitocentista ou patriarcal.

Ao analisar a estrutura familiar no início do último Século, vê-se a família guiada pela religião, com presença muito forte. O casamento sendo santificado pelo padre na igreja. Com o homem sendo o chefe da família, com grande poder sobre os demais[8], a esposa responsável por cuidar da prole e dos afazeres domésticos. Os filhos homens trabalhando na agricultura, juntamente com o patriarca, enquanto as filhas mulheres auxiliavam nos afazeres domésticos. A família era vista como uma instituição, fundada no sangue, dedicada à sobrevivência material e biológica do grupo, apto a promover a transmissão das coisas e dos bens, bem como, de seu saber e de suas crenças. Há uma hierarquia muito forte, laços infirmados menos pelo amor e mais por um princípio de autoridade, ligado à procriação e às alianças de natureza múltipla[9]. Imperava o modelo familiar designado como “oitocentista” ou “patriarcal”[10].

No âmbito jurídico, o Código Civil de 1916 mostrava-se fruto desta situação[11], apresentando o casamento como a única forma legítima de constituição familiar, a legitimar os filhos comuns (justas núpcias), antes dele nascidos ou concebidos (art. 229). Isso para proteger o patrimônio familiar.

Um pouco mais adiante, já em meados do Século XX, vêem-se as mudanças sociais acontecendo e a legislação cível acompanhando as alterações na sociedade. É criada a lei que permite em certas circunstâncias o reconhecimento de filhos adulterinos (Lei 883 de 1949). Os casamentos sendo realizado no âmbito civil, ou, com o advento da Lei 1.110 de 1950, o reconhecimento dos efeitos civis aos casamentos religiosos.

A relação entre cônjuges atribuía grande carga de poder ao marido, sendo este considerado o chefe da sociedade conjugal (art. 233, CC 1916), fenômeno que ocorre até o advento da Lei 4.121 de 1962, que alterou a situação jurídica da mulher casada, passando a ser reconhecida como absolutamente capaz, em contraposição ao estado relativamente incapaz, anteriormente apresentado. Tais configurações remanesceram praticamente as mesmas, até a promulgação da Constituição de 1988, uma vez que, apenas o marido representava a família (art. 233, I, CC 1916), além de ter o poder decisório sobre o local do domicílio da família (art. 233, III, CC 1916), e de opção sobre autorizar, ou não, a esposa, a praticar diversos atos da vida civil (art. 242, CC de 1916). Nas palavras de Gustavo Tepedino:

A atribuição ao marido de poder de sujeição sobre a mulher, e conseqüentemente interiorização feminina, a ponto de tornar juridicamente incapaz a mulher que até o minuto anterior às núpcias era plenamente capaz e perfeitamente inserida no mercado de trabalho, explica-se no contexto acima delineado da unidade formal da família, em sendo um valor em si, justificava o sacrifício individual da mulher, em favor da paz doméstica e da coesão formal da entidade familiar.[12]

A criação da Lei do Divórcio em 1977 foi um marco para as relações familiares, no Brasil, possibilitando a dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Esta lei foi uma ruptura para época, por haver grande combate da ala conservadora, visando a impedir a concretização de tal acontecimento. Isso se deu, notadamente, porque, até então, no Código Civil de 1916, a separação se vinculava ao rígido sistema da culpa, não se admitindo o desquite, senão pelas causas previstas na lei.[13]

3.2 O DIREITO DE FAMÍLIA COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Os processos de modificação social familiar se deram de maneira gradual e impulsionados, em parte, pelas duas Guerras Mundiais, vindo a culminar, no âmbito jurídico, nas transformações realizadas pela Constituição de 1988, as quais impulsionaram, posteriormente, o espírito da reforma do Código Civil de 2002, consagrando, de vez, o modelo familiar "eudemonista", como estrutura jurídica paradigmática da família brasileira, tudo conforme comenta Ana Cecília Parodi[14]:

As significativas transformações no seio da família ocidental, vislumbradas nas décadas seguintes, devem-se, em grande parte, pela superveniência das duas Grandes Guerras, alterando drasticamente o papel da atuação dos membros das células.

Desamparados do poder totalitário do *pater*, por necessidade as esposas assumem a gestão do patrimônio familiar, delegadas na autoridade sobre o comando da casa e dos filhos. Muitas se vêem, pela primeira vez, atiradas ao mercado de trabalho, como à cova dos leões, haja vista que os homens, verdadeiros provedores de outrora, estavam nos *fronts*, com os filhos mais velhos. Sem formação profissional, as mulheres se adaptam a funções compatíveis com sua estrutura física e se descobrem competentes para as tais, ganhando, dali em diante, lugar definitivo no espaço econômico, dantes restrito aos machos da espécie.

Impossível seria que essa inovação comportamental não afetasse, em cheio, às relações interpessoais. Fundamentalmente, vale ressaltar, não diminuiu os laços afetivos entre cônjuges e destes para com os filhos.

A estruturação psicológica dos indivíduos passou a sofrer paulatinas mudanças de paradigmas, absorvendo as reformas sociais e políticas dos tempos. Para o *bem* de todos, não se verificou uma repentina e drástica substituição de valores familiares, pois tal situação significaria o caos para a sociedade. A humanidade, em geral, precisa de tempo para digerir e se adaptar às novidades. Muitos choques entre gerações, por certo, viriam. Abalizando as alterações estruturais celulares, advieram os novos sistemas econômicos, diga-se sem nenhum pudor, diretamente dependentes de modelos específicos de Família.

Nessa esteira, a política estatal, direcionada ao crescimento econômico, se interligava e influenciava as diretrizes propostas para os institutos de Família. Aumentava ou diminuía a velocidade do reconhecimento, por parte do Estado, dos fenômenos que se consagravam no seio das sociedades. Trata-se do Brasil, mas era a realidade paradigmada pelo mundo ocidental, sempre, *in casu*, modificado e orientado pelos setores mais influentes no meio em tela. [...]

A Constituição Federal de 1988, como informado, encontraria um terreno de paradigmas tradicionais, substituídos por ideais e práticas refrescadas. Os institutos casamento, sexo e reprodução já não estavam mais obrigatoriamente atrelados, fruto dos movimentos revolucionários de 1960. A virgindade e os métodos contraceptivos já eram discutidos e criticados abertamente, ainda que contra a vontade dos setores conservadores da população. A mulher já alçava alguma emancipação legal, deixando de ser relativamente incapaz, por força do Estatuto da Mulher Casada, Lei n.º 4.121/1962. Os sujeitos se apresentavam como *seres desejantes*[15], não meros peões sociais, e passaram a buscar a afirmação e a realização de um destino escrito por seu próprio punho.

Por certo, nos planos individuais acham-se outras pessoas, parentes sangüíneos ou romances. E, desde então, os sujeitos provocam uma elasticidade nas formas das relações, abrindo mão, se necessário, do reconhecimento estatal para legitimá-las. Nessas décadas, as pessoas estão muito mais assumidas e praticam atos que melhor coadunem com o seu próprio interesse, apesar do Estado, das Igrejas etc.

Não se entenda uma emancipação total, rumo da libertinagem. Mas uma inegável mudança, substancial, no comportamento humano, bem estudada pela nova ciência, que há algumas décadas buscava se firmar – a psicanálise. É neste cenário de fenômenos sociais e de uma nova conjugalidade, que se promulga a nova Carta Magna. [...]

O modelo de estrutura familiar consagrado pela Constituição Federal de 1988 é chamado *eudemonista*, ou *nuclear*, baseado na idéia de núcleo da célula-mater, a saber, filhos e pais, destoando do modelo oitocentista que englobava todos os ascendentes vivos, colaterais e, em alguns casos, até mesmo os criados domésticos.

O termo “eudemonista” designa uma família estruturada conforme a descrição dos mestres José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz[16]:

A família transforma-se no sentido de que se acentuam as relações de sentimentos entre membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida ns grandes cidades e das pressões econômicas e sociais. É o fenômeno social da família conjugal, ou nuclear ou de procriação, onde o que mais conta, portanto, é a intensidade das relações pessoais de seus membros. Diz-se por isso que é a comunidade de afeto e entreajuda. A concepção eudemonista da família progride à medida que ela regride ao seu aspecto instrumental. E, precisamente por isso, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa – para a realização dos seus interesses afetivos e existenciais.

Sem sombra de dúvida, a Constituição de 1988, foi uma inovação para as relações familiares; com a promulgação da Lei Maior, quebraram-se inúmeros preconceitos e barreiras, existentes no seio jurídico, até então. No espírito eudemonista, pode se verificar, primeiramente, que o foco da tutela constitucional deixou de ser o casamento, passando às relações familiares, ainda que não advindas exclusivamente do matrimônio. Ademais, procurou criar mecanismos para o desenvolvimento da personalidade dos membros, considerados cada um, por seu próprio *status* e *locus*.

O constituinte procurou englobar todas as principais conformações sociais familiares, reconhecendo suas formas e as protegendo, notadamente, reconhecendo que havia entidades familiares não provenientes do casamento, como as uniões estáveis (art. 226 § 3º) e as famílias monoparentais (art. 226, § 4º), para então protegê-las.

Outra grande evolução, trazida pela Constituição de 1988, foi o reconhecimento da igualdade de direitos entre homem e mulher, na sociedade conjugal (art. 226, § 5º), promovendo maior liberdade feminina e mitigando o poder marital, compartilhando entre ambos os cônjuges, direitos e responsabilidades[17]. Do mesmo modo, foi incorporada ao texto constitucional, a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal independentemente de culpa (art. 226,§ 6º) e, desta forma, há uma maior autonomia das pessoas, quando da escolha de seus atos, praticamente extinguindo a coerção imposta pela lei, ao vincular a separação ao preenchimento de requisitos pontuais.

Na mesma linha de importância, a Constituição mitigou o caráter patrimonialista econômico[18], marca do modelo oitocentista próprio do Código Civil de 1916, empregando a um caráter mais humano ao Direito de Família, próprio da conformação eudemonista, protegendo os direito e garantias individuais, principalmente no tocante à dignidade dos componentes familiares, atacando, desta maneira, estigmas anteriormente existentes, como no caso dos filhos advindos de relações adulterinas. Neste aspecto, o Princípio da Dignidade tem grande importância, porque visou a dar promoção a relações afetivas de fato, em que seus componentes estivessem realmente motivados a se manter unidos pela mútua ajuda e busca da felicidade.

3.3 O DIREITO DE FAMÍLIA brasileiro, COM A CRIAÇÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Após 2002, com a reforma do Código Civil Brasileiro, esta nova estrutura do Direito de Família se consolida ainda mais, englobando as inúmeras conformações familiares, como aduzido anteriormente, havendo o reconhecimento jurídico de situações fáticas que, até então, estavam fora do mundo jurídico.

A partir das mudanças constitucionais, o Código Civil Brasileiro, também atento às mudanças sociais, contemplou inovações, em comparação ao revogado Código de 1916, reconhecendo, tal qual a Carta Magna, as uniões estáveis e as famílias monoparentais.

Da mesma forma, apresentou diversas mudanças em relação à igualdade dos cônjuges, isso porque, diversamente ao Código Civil de 1916, efetivamente reconheceu a igualdade entre ambos. Assim, o homem é destituído do posto de único chefe da sociedade conjugal (artigo 233) e a mulher deixa de ser apenas a companheira, consorte e colaboradora (artigo 240).

Nesta nova perspectiva, figura como marca da definitiva extinção da família patriarcal, vigendo agora o modelo eudemonista baseado no companheirismo e na igualdade, também a revogação da figura jurídica do pátrio poder, a qual, anteriormente, era exercida, principalmente, pelo marido, e apenas em caráter subsidiário pela mulher (artigo 380), surgindo, no cenário codificado, uma figura mais atenta à sua própria função social, a saber, o “poder parental”, desenvolvido em "igualdade de condições, pelo pai e pela mãe" (artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Essas passagens estão intimamente ligadas a modificações políticas, sociais e econômicas. Da superação do antigo modelo da grande família, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado de família, cuja unidade era centrada no casamento, emerge a moderna família eudemonista, com a progressiva eliminação das estratificações hierarquizadas pelo autoritarismo, passando à era da liberdade de escolha; o casamento resta dissociado da legitimidade da filiação. Impera o afeto, nas relações afetivas, a solidariedade e a cooperação.

4 Análise da vida e da obra de Nelson Rodrigues.

Devido à riqueza de elementos presentes na obra de Nelson Rodrigues, é imprescindível analisar sua vida, visto que todas suas experiências influenciaram na concepção de seus textos[19].

É importante destacar, inicialmente, a infância de Nelson, quando teve contato com diversos autores, dos mais variados gêneros e, aos quatro anos, realizava a observação de sua vizinha, nua, tomando banho no quintal.

Outra passagem, que guarda relação com suas experiências de infância, que, posteriormente, se converteriam em objeto de fascínio em sua obra, deu-se quando, aos sete anos, em um concurso de redações de sua classe, surpreendendo a todos, relatou um caso. Uma estória sobre um marido que, ao chegar de surpresa na madrugada e adentrar o quarto, encontra sua mulher nua e um vulto saindo pela janela; vendo isso, pega uma faca e executa sua mulher; e depois se ajoelha e pede perdão. Causou espanto aos professores, sendo, porém, reconhecida tamanha criatividade do menino.

Em 1926, ao cursar a segunda série do ginásio, Nelson Rodrigues foi expulso da escola, sob alegação de ser ao extremo rebelde e questionador dos professores, principalmente dos de Português e História.

Tendo muita facilidade na escrita, com apenas treze anos torna-se repórter do caderno policial do jornal dirigido por seu pai, onde produzir artigos, em que dramatizava, com grande emoção, fatos sem muita relevância.

Outro momento de forte relevância na vida de Nelson ocorreu quando ele presenciou a morte de seu irmão Roberto, morto com um tiro no estômago, por uma mulher enfurecida, que adentrou à redação do jornal, procurando o responsável pela matéria que continha informações ao seu respeito. Este fato trouxe diversas conseqüências para sua família e, prova disso, apenas dois meses depois, seu pai, Mário Rodrigues, faleceu vítima de um derrame cerebral.

Com isso, o fim dos negócios da família foi inevitável e, o "Anjo Pornográfico", como ficaria conhecido, teve de procurar emprego. Novamente, viu-se lotado em uma redação jornalística, mas, agora, no caderno de esportes.

Marcas profundas adviriam de repetidos eventos provocados pela tuberculose, levando-o a inúmeras internações hospitalares e, posteriormente, vitimando seu irmão Joffre.

Após estes acontecimentos, ganhando pouco e tendo se casado, Nelson Rodrigues percebeu que poderia contornar esta situação financeira, escrevendo peças teatrais, as quais, posteriormente, lhe trouxeram a consagração do público. A primeira peça que escreve, denominada "A Mulher Sem Pecado", foi encenada depois de muita luta, porém, alcançando pouca repercussão. Neste meio tempo, nasceu-lhe seu primeiro filho, de que não podia se aproximar, por ordens médicas, em razão da sua tuberculose.

Insistindo em escrever peças para o teatro, teve grande dificuldade para encontrar elenco disposto a encenar "Vestido de Noiva". Contratado o elenco, em dezembro de 1943 estréia a peça, teatro lotado, com direito a aplausos em pé, da platéia, no final do espetáculo, a demonstrar o seu sucesso.

Com o ânimo renovado, o Anjo Pornográfico trocou de emprego e começou a trabalhar na redação da revista O Cruzeiro e, nesta época, foi convidado para escrever para um folhetim, onde criou um pseudônimo feminino para si mesmo, a saber, Suzana Flag. "Meu Destino é Pecar" fez as vendas de jornais aumentarem em mais de trinta mil cópias. Com grande sucesso, escreveu outro folhetim, intitulado "Escravas do Amor", com o mesmo sucesso do anterior.

Após esse enorme sucesso de público, escreveu inúmeras peças, algumas como "Álbum de Família" e "Senhora dos Afogados" tiveram seus textos censurados, horrorizando aos censores, por conter "cenas impróprias". Porém, outras peças geraram grande sucesso, com "O Anjo Negro" e, o considerado como seu melhor trabalho teatral, "Dorotéia".

Outro fator que marcou a vida de Nelson Rodrigues foi a separação temporária, de sua esposa, a quem abandonou, para ir morar com a amante, Eleonora Bruno, cantora lírica, quem freqüentava os bastidores da peça "O Anjo Negro", para cuidar de sua filha atriz.

Vivendo uma relação abalada, Nelson abandonou seu casamento e assumiu a relação com Eleonora. Porém, seu *affair* não duraria para sempre, pois, sua esposa, imbuída do espírito das mais fortes personagens literárias, certo dia surgiu no apartamento dos amantes e, debaixo de escândalo, "ordenou" que seu marido voltasse para casa. E Nelson Rodrigues simplesmente ... obedeceu.

Após, criar mais uma personagem feminina para seus folhetins, Myrna, no jornal O Diário da Noite, Nelson decidiu deixar o emprego, à procura de melhores ofertas, e ficou um ano à espera, quando, então, foi convidado para trabalhar no jornal Última Hora, onde lhe foi proposto escrever uma coluna sobre a realidade. Surgia "A Vida Como Ela É", grande sucesso, que posteriormente foi produzido para cinema e televisão.

Em meados da década de cinqüenta, Nelson Rodrigues manteve outro caso adulterino, desta vez com Yolanda, relação que durou cinco anos e que lhe rendeu três filhos, Maria Lúcia, Sônia e Paulo César, os quais, impressionantemente, nunca foram reconhecidos pelo escritor.

Em 1954, a encenação de "Senhora dos Afogados" causou forte polêmica e dividiu a opinião pública. Ao final da apresentação, metade da platéia o chamava de "gênio", a outra metade o chamava de "tarado". Fazendo jus à sua fama, Nelson Rodrigues respondeu à altura, gritou do palco: - "Burros"!

Nesta mesma época, a família do Anjo Pornográfico recebeu uma indenização referente a destruição do jornal dos Rodrigues. O dinheiro recebido por Nelson foi utilizado na compra de um apartamento, em nome de seus filhos com Elza, e uma carro para ela, rendendo, ainda, recursos para investir no teatro.

Em 1957, por problemas com a censura, "Perdoa-me Por Me Traíres" teve partes de seu texto cortados. Nesta peça, Nelson Rodrigues interpretou uma personagem de nome Raul e, novamente, não conseguindo agradar à totalidade do público, despudoradamente atacou à sua platéia crítica, aos gritos de "burros" e "zebus". De repente, se ouviu um tiro, disparado por um vereador e, no dia seguinte, então, o produtor e escritor recebeu a efetiva notificação de censura. Na intenção de atingir aos críticos da peça, Nelson, então, escreveu "Viúva, Porém Honesta".

Já no ano de 1958, estreou a peça "Os Sete Gatinhos", que tem como pano de fundo ataques dirigidos ao presidente da República à época, Juscelino Kubitschek. Mesmo assim, Nelson foi até este, no afã de lhe pedir um emprego e, espantosamente, o conseguiu. Foi indicado para ser tesoureiro do Instituto de Aposentadoria e Pensões, contudo, foi reprovado no exame de vista. Em seu lugar, indicou sua esposa, Elza, que foi nomeada. Justificando os atos do Presidente, eis que este agira motivado por tentar agradar ao irmão de Nelson, Mario Filho.

Neste mesmo ano, teve um sério problema de saúde e precisou se submeter a uma cirurgia arriscada, para extrair sua vesícula, ficando alguns meses sem publicar sua coluna.

Novamente, agora na década de 60, abandonou o lar, para assumir um relacionamento extraconjugal, dessa vez unindo-se a Lúcia Cruz Lima, quem, aliás, também era casada

e mãe de três filhos. Em 1963, sua nova companheira ficou grávida e, em razão de problemas derivados de um parto difícil, da filha Daniela, ficou com sua saúde abalada.

As condições se alteraram em sua vida, desde então. Inúmeras peças suas foram censuradas e seu nome ficou vinculado a peças classificadas com desrespeitosas, pelos órgãos da censura. Prova disso deriva do fato de que não sofreu qualquer espécie de censura, quando escreveu uma novela e a lançou sob anúncio de que se tratava de uma adaptação de "O Tronco do Ipê", obra de José de Alencar.

Em 1966, passou a trabalhar na TV Globo, em um quadro de entrevistas chamado "A Cabra Vadia". No ano seguinte, mais uma desgraça assolou sua família: após vários dias de chuvas, houve um desabamento do prédio onde a família de seu irmão Paulinho morava.

Eis aí os anos setentas – Nelson já contava com 57 anos – tempos em que resolveu se separar de Lúcia, para, alguns meses depois, ir morar com Helena Maria, moça com quem trabalhava. Um novo drama surge na vida do autor, agora envolvendo seu filho, Nelson Filho, preso sob acusação de terrorismo – em verdade, era um dos terroristas mais procurados pela Ditadura. Devido ao seu bom relacionamento com os militares, Nelson Rodrigues conseguiu que seu filho se exilasse no exterior, porém, Nelsinho não aceitou o privilégio. E, a partir daí, Nelson se tornou uma das principais personagens responsáveis pela localização, libertação ou fuga de suspeitos de cometerem crimes contra o regime militar.

Em 1974, o autor passou por um susto: foi levado às pressas para São Paulo, onde sofreu duas cirurgias, em conseqüência de um aneurisma da aorta. Já em 1977, contrariando as recomendações médicas, o Anjo Pornográfico continuou a fumar e, por esse motivo, foi internado com arritmia ventricular grave e insuficiência respiratória. Nesta mesma época, voltou a viver com Elza, sua primeira esposa.

Já no final década de 70, seu filho iniciou uma greve de fome, com o objetivo de conseguir a anistia "total e irrestrita". Em 23 de agosto, aniversário de Nelson, seu filho foi autorizado a deixar a prisão para assistir ao nascimento de sua filha.

E assim, aos dias 21 de dezembro de 1980, faleceu um dos maiores autores da literatura brasileira, Nelson Rodrigues.

5 Análise do Direito de Família, no Cotejo com a Obra Literária dos Contos de Nelson Rodrigues.

Ao analisar a obra de Nelson Rodrigues, a partir de um contexto jurídico, é de extrema importância verificar como este autor expunha aos leitores o instituto do casamento. Isto se deve ao fato de, tendo ele retratado sua visão da sociedade e de suas relações, resta evidente que o casamento era, para época, peça-chave no contexto social. Deste modo, vê-se em diversas passagens, a sua relevância estampada, justamente pelo fato de que representava a única forma legitima de constituição familiar, além, por certo, de seu

caráter religioso, o elemento sagrado, ao matrimônio associado e, por essa razão, sempre realizado em cerimônias religiosas e civis[20].

Adiante, veja-se o "O Justo"[21], conto que retrata uma rudimentar investigação de paternidade, operada pela personagem de Seu Clementino, pai adotivo da grávida Isaura. Atuando com métodos violentos, foca sua busca entre seus três filhos e três genros. Decide responsabilizar a seu filho caçula, Juca, passando a se incumbir dos preparativos para o casamento entre seu filho mais novo e a filha adotiva, cuidando, pessoalmente, para que não faltasse nenhum detalhe, ao ritual. Contudo, continuando a lançar seu interrogatório sobre a filha adotiva, para seu espanto, Seu Clementino se descobre o verdadeiro responsável pela gravidez de Isaura, situação que lhe pesa de tal forma, que o leva ao suicídio. Entram em cena, também, as circunstâncias impeditivas do casamento, resultantes do parentesco, notadamente descritas no Código Civil Brasileiro, de 1916, nos artigos 183, I, 207 e 208 e, no vigente Código Civil Brasileiro, a tutela resta ínsita ao artigo 1.521, V . Isso se deve pelo fato de que, atualmente, o adotado é considerado como filho[22], estabelecendo assim, de forma fictícia, um parentesco biológico, proibindo deste modo o casamento entre irmãos adotivos.

Outro ponto marcante da produção de contos de Rodrigues é o adultério, sinal resplandecente da hipocrisia atribuída a uma sociedade que permanecia casada por imposição de lei – civil, social e/ou religiosa.

A temática do adultério e seu tratamento também foram influenciados pelas mudanças próprias da evolução dos tempos, tanto no âmbito jurídico, como no âmbito da moral. O concubinato impuro, conforme identificado nas searas da doutrina jurídica, está presente na maior parte dos escritos de Nelson Rodrigues, que expõe a sua visão de mundo, revelando os preconceitos e as banalidades, que permeiam, segundo seu entendimento, os atos de infidelidade.

De inicio, é importante realizar uma diferenciação em relação ao concubinato. Nas palavras de Moura Bittencourt, a expressão tem um duplo sentido. Primeiramente, um sentido genérico, análogo à "união livre", que vem a ser toda ligação de homem e mulher, fora do casamento, conhecida também como mancebia, amigação, amásia, etc.; e um sentido mais específico, que se refere ao "semimatrimônio", à posse de estado de casado, ao entrosamento de vida e de interesses numa comunhão de fato[23], ou seja, o casamento de fato. Para clarear esta idéia, leia-se o texto do art. 1º do substitutivo do Projeto de Lei 1988 de 1991: "considera-se união estável o concubinato more uxório, público, contínuo e duradouro, entre homem e mulher, cuja relação não seja incestuosa ou adulterina". Assim, tem-se claro que o concubinato, atualmente, apresenta conceitos divergentes, a saber, primeiro o concubinato puro, hoje denominado de união estável, o qual poderá se transformar em casamento; e, o concubinato impuro, ou seja, a relação advinda de adultério. Rolf Madaleno define da seguinte maneira, os dois tipos de concubinato:

o primeiro configura-se na união estável, ou seja, transformável em casamento, seja entre solteiros, viúvos, separados de direito ou de fato, materializando o outro pela adulterinidade ou incestuosidade, esta na união de parentes com impedimentos para

núpcias, e aqueles, quando relação clandestina convive com o matrimônio lícito do concubino adúltero.[24]

Veja-se, agora, a evolução, no contexto social brasileiro, no último Século, do tratamento dado às relações concubinárias. Inicialmente, recaía sobre o concubinato, o peso do preconceito da sociedade. Nas Palavras de Rodrigo Cunha Pereira[25]:

A expressão 'concubinato' carrega consigo um estigma e um preconceito. Concubina significa mais que a indicação de um determinado tipo de relação amorosa. Em nossa cultura ocidental, a palavra concubina tem um significado depreciativo e só é usada para as mulheres. Ninguém fala em concubino. Historicamente, concubinato traduziu uma relação de 'menos-valia', menor, quase uma depreciação moral, principalmente para as mulheres.

Até então, o concubinato não era uma figura jurídica própria e restava excluído da proteção legal. Em chegando aos tribunais, a matéria seria tratada nas proporções do Direito Obrigacional, quase analogamente à sociedade de fato, não sendo reconhecido a verdadeira natureza da relação e, via de conseqüência, não havendo previsão de alimentos entre os companheiros; quando da dissolução, era então conferida, à concubina, uma remuneração, a título de indenização pelos serviços prestados, cumulada aos direitos de partilha[26]. Vencida esta fase obscura, a partir da Constituição de 1988 foi reconhecida a união estável e, o advento das Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, bem como, com a reforma do Código Civil Brasileiro de 2002, terminaram por trazer, de vez, a união estável, para o contexto jurídico contemporâneo[27].

Nelson Rodrigues descreve, em seus contos, a modalidade de concubinato impuro ou adulterino, pois a ênfase de sua obra são as relações extraconjugais, como soe acontecer, nos contos: "Vinte e Cinco Anos de Casado"[28], "Veneno"[29], "Anemia Perniciosa"[30], "O Primo"[31], "Beijo No Telefone"[32], "O Plural"[33], "Um Chefe De Família"[34], "Amor Demais"[35], dentre outros. Ainda presente na Contemporaneidade, via de regra a infidelidade conjugal é vista com repúdio pela sociedade, ainda que tal concepção tenha sido mitigada, para alguns setores e mentes. Ainda que tenha sido descriminalizado, na reforma do Código Penal Brasileiro de 2005[36], o adultério continua sendo prática vedada na seara cível, que é, notadamente, o seio da proteção ao Direito de Família; aí, rezam as vedações à bigamia, ou impossibilidade à manutenção de simultâneos vínculos matrimoniais. Nas palavras de Karin Wolf[37]:

proteger as relações concubinatárias adulterinas como entidades familiares, implicaria também em punir o próprio cônjuge, não participe do adultério, acaso reconhecido, por exemplo, efeitos patrimoniais decorrentes do concubinato, tirando de seu patrimônio os recursos de um benefício construído ao longo de uma contínua vida conjugal,

castigando a verdadeira vítima que suportou estoicamente as adversidades que lhe foram escondidas e pior, para premiar quem, co-culpado, permaneceu por livre consciência e vontade, nesta relação adulterina.

Neste contexto, é importante realizar uma análise, do ponto de vista dos tribunais. Primeiramente, leia-se a decisão da 7ª Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul, ao julgar a Apelação Cível de nº 70005330196, em 07.05.2003, restando assim concluído o acórdão:

Dissolução de sociedade de fato – Relação não eventual entre homem e mulher – Concubinato – Efeitos obrigacionais. O estatuto material vigente não protege como união estável, a relação entre homem casado, que ainda está vinculado à família matrimonializada, e mulher desimpedida. Cuida-se de concubinato, cujos efeitos são avessos ao Direito de Família, mas ao campo obrigacional e que, anteriormente, por sua ação clandestina, era tida com 'concubinato adulterino ou impuro'. Apelação desprovida por maioria, vencida a Relatora.

Do mesmo modo, vemos em outro julgado da 7ª Câmara Cível do TJ gaúcho, na Apelação Cível nº 70001494236, o entendimento da Desembargadora Maria Berenice Dias quando diz que:

sob o fundamento de que o sistema monogâmico é a forma eleita pelo Estado para a reestruturação das famílias, a ponto de a bigamia figurar como delito sujeito as sanções penais, tende-se a não aceitar que mais de um relacionamento logre sua inserção no mundo jurídico. Ao menos que há a resistência de que se identifiquem ambos no contexto do Direito de Família, com o fito de emprestá-los as benesses que este ramo do Direito outorga. (...) A conclusão que se extrai desta tentativa classificatória é de que quem acaba sendo beneficiado é justamente aquele que infringiu este princípio tido como o maior bem da vida em sociedade, ou seja, que é o da monogamia. Ora, o resultado que quer se obter, ou seja, punir a poligamia, acaba ao fim e ao cabo, somente vindo a beneficiar exatamente que infringiu a dito cânone. Reconhecida a concomitância dos relacionamentos, a um ou quem sabe com relação a ambos os vínculos, se subtrai qualquer responsabilidade exatamente de quem agiu de maneira que merece reprovação social. Ou seja, quem desrespeitou a regra de unicidade relacional resta por ser premiado, pois nenhuma obrigação lhe é reconhecida e nenhum encargo atribuído.

No conto "A Romântica"[38], Nelson Rodrigues aborda o concubinato impuro, retratando a história de recém-casados que, após a lua de mel, sentem a relação esfriar, em razão do desânimo do esposo, levando a esposa a desconfiar de adultério, e a

ameaçá-lo de, inclusive, posteriormente, chegando às vias de fato: “Uma noite, Joãozinho chegara em casa com um mau humor sinistro. Tivera uma bate-boca com uma pequena do *dancing*, que era uma de seus grandes rabichos pós-matrimoniais” [39].

A seleção “Elas Gostam De Apanhar”, escrita entre 1951 e 1961, demonstra qual era o pensamento da sociedade na época e, no conto “A Criança”[40], isso fica ainda mais evidenciado, no adultério praticado pelo médico Genival, casado, pai de filhos, que se envolve com uma jovem. E ainda mais, quando, fruto deste adultério, nasceu-lhe um filho que, para os padrões da época, era considerado ilegítimo[41], situação jurídica que só viria a mudar em meados do Século passado, com o advento da Lei 883 de 1949, que permitiu, em certos aspectos, o reconhecimento desses filhos havidos fora da união matrimonial.

Continuando a análise dos elementos do Direito de Família, contidos na obra Rodriguiana, e mais especialmente, em seus cotos, em “O Fracasso”[42], é tratado o receio da mulher, de levar a termo uma separação conjugal, em razão do preconceito existente à época, isto porque, o desquite, como era chamado, representava uma desvalorização da moral, substantivo utilizado para lançar pecha sobre as pessoas. E, mais uma vez, também figura o relação adulterina e o advento de filhos ilegítimos.

Aliás, é de se salientar que o preconceito recaía sobre a mulher com peso de bigorna, inclusive imputando, a elas, o dever de arcar, silente e vitimizada, com a violência doméstica. Foram inegáveis os avanços, com o advento da Lei 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha. A esse respeito, ensinam PARODI e GAMA[43]:

6. Violência Brasileira

As denúncias de violência doméstica e familiar tiveram início somente nos idos de 1978, expondo um problema que há muito tempo afligia os lares brasileiros, marcadamente com ameaças, espancamentos, tentativas de homicídios e mesmo a forma consumada de homicídio de esposas e concubinas. A Lei do Divórcio de 1977 alavancou as acusações formais das mulheres que sofriam violência dos maridos, fundada exclusivamente na condição jurídica que determinava seus desligamento matrimonial.

A tese da *legítima defesa da honra* afastava muitos criminosos das condenações, já que o poder judiciário refletia o comodismo de toda a sociedade diante das ocorrências covardes dos maridos e companheiros.

Em auxílio à mulheres vítimas de agressões, sem a intervenção estatal, criou-se o *SOS – Mulher* em 1982 no estado de São Paulo. Os índices de violência assustaram a todos, obrigando o estado brasileiro a desenvolver o primeiro programa de política pública para diminuir as ocorrências lastimáveis de agressões.

Somente em 1985 surgiu a primeira *delegacia da mulher* na cidade de São Paulo, criada para dar o devido tratamento a ocorrências bem diferentes das atendidas até então. Daí por diante, emergiram as campanhas públicas de prevenção contra a violência,

combinando-se a repressão com a prevenção, visando-se sempre a diminuição dos casos de violência.

Em disposição expressa pela legislação, não havia qualquer previsão da violência contra a mulher casada ou em concubinato. Com a Constituição Federal de 1988, a disposição foi expressa no § 8º do art. 226, admitindo a existência da violência doméstica em grandes proporções, propondo a criação de mecanismos para erradicá-la.

Num dos mais conhecidos contos de Nelson Rodrigues, "A Dama Do Lotação"[44], o qual, posteriormente, foi produzido para o cinema, é contada a história de Solange, uma moça que, sem levantar a menor suspeitar, trai o marido com inúmeros homens, abordando-os em um lotação. Pode-se analisar, a partir da leitura de excertos deste conto, como a doutrina jurídica da época via esta atitude, pois utilizada como elemento central da narrativa:

Entretanto, do ponto de vista puramente psicológico, torna-se sem dúvida mais grave o adultério da mulher. Quase sempre a infidelidade no homem é fruto de capricho passageiro ou de um desejo momentâneo. Seu deslize não afeta de modo algum o amor pela mulher. O adultério desta, ao invés, vem demonstrar que se acham definitivamente rotos os laços afetivos que a prendiam ao marido e irremediavelmente comprometida a estabilidade do lar. Para o homem, escreve SOMERSET MAUGHAM, uma lição passageira não tem significação sentimental ao passo que para a mulher tem.

Além disso, os filhos adulterinos que a mulher venha a ter firam necessariamente a cargo do marido, o que agrava a imoralidade, enquanto os do marido com a amante jamais estarão sob os cuidados da esposa. Por outras palavras, o adultério da mulher transfere para o marido o encargo de alimentar prole alheia, ao passo que não terá essa conseqüência o adultério do marido. Por isso, a própria sociedade encara de modo mais severo o adultério da primeira.

Observe-se, porém, que do ponto de vista moral e jurídico, entre as duas infrações inexiste qualquer diferenciação; ambas atentam contra a lei, a moral e a religião, dissolvem o casamento e provocam a desagregação da família. Merecem, pois, idêntica reprovação.

O dever de fidelidade perdura enquanto subsista a sociedade conjugal. Terminada esta, porém, pela morte, anulação do matrimonio, ou desquite, readquire o cônjuge, juridicamente, plena liberdade sexual. Do ponto de vista moral é claro que não.[45]

Outro conto que retratou o adultério feminino foi "Exclusividade"[46], que narra a história de uma traição, praticada pela esposa de José Miguel e, que, ao fim, tem um desfecho surpreendente, quando o esposo traído aceita conviver com o amante da sua esposa, em triângulo amoroso.

Em “O Netinho”[47], um par recém-casado não consegue ter filhos, por impossibilidade biológica do marido. Contudo, o casal se vê pressionado a providenciar um bebê, em razão da insistência do pai da moça, providenciando-se outro homem, para engravidar a esposa em tela. Por fim, ao saber do fato, seu marido confessa: “Gostarei dessa criança como se fosse meu filho”[48]. Neste contexto, caracteriza-se uma espécie de fecundação heteróloga por meios naturais, e cabe discutir a figura da presunção de paternidade (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), presente nos artigos 338 e ss. do Código Civil de 1916, e nos artigo. 1597 e SS,. do Código Civil Brasileiro, de 2002. Portanto, o conto se utiliza de diversos elementos legais, que possibilitam boa análise do Direito e Literatura, como a espécie proposta pelo artigo 1.600, do Código Civil Brasileiro, de 2002, o qual preceitua, *in verbis:* “Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade”.

Mas, cabe somente ao marido, contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher. Eis o que reza a doutrina, sobre tal assunto[49]:

No direito brasileiro, como nos sistemas ocidentais em geral, a paternidade resulta de um jogo de presunções. Em se tratando da filiação legítima (ou como se diz na Constituição de 1988 – filhos havidos na relação de casamento), o matrimônio faz presumir a coabitação dos cônjuges e, em conseqüência a presunção do estado do filho. É o que estabelece o artigo 337 do CC. No tocante aos filhos não havidos da relação do casamento (CF, art. 227, § 6º) o estado de filho há de provir de uma declaração, seja do próprio pai (reconhecimento espontâneo), seja de um provimento jurisdicional (reconhecimento compulsório). Nesse segundo caso, situa-se a ação de investigação de paternidade. E, esta, *ex vi* do disposto no art. 383 do CC, tem cabimento nos casos expressos ali enunciados: concubinato rapto, relações sexuais, escritos do pai reconhecendo expressamente a paternidade.

Fato exposto por Nelson Rodrigues, e que tem grande importância para o Direito de Família, é visto no conto “A Morte do Cisne”[50], que retrata o preconceito existente contra os negros. A personagem Haroldo é impedido por sua família de se casar com Esmeralda, uma moça negra, sendo compelido a contrair matrimônio com uma moça branca. Na noite de núpcias, ao chegarem à casa, defrontam-se com Esmeralda, que assassina a noiva de Haroldo, quem carrega a esposa para sua casa, como se nada houvesse ocorrido. Procedendo-se a um exercício de análise hipotética, caso Haroldo e Esmeralda decidissem se casar, entrariam em cena causas impeditivas do casamento, originárias de crime, conforme hoje prescrito no artigo 1.521, VII, do Código Civil de 2002, o qual, anteriormente, na sede do Código Civil de 1916, era visto como impedimento absolutamente dirimentes, ínsito na tutela do artigo 183, a ensejar a nulidade absoluta do casamento.

6 Considerações Finais

Destaquem-se os pontos mais relevantes deste trabalho.

Em um primeiro plano, a pertinência da correlação entre o Direito e a Literatura, verificada, principalmente, no exercício hermenêutico jurídico, com o auxílio de elementos literários, conferindo, assim, novos rumos ao Direito, tornado-o assim mais dinâmico, quando utilizado no cotejo com elementos dito metajurídicos.

O Direito de Família, acompanhando os rumos das mudanças sociais, sofreu profunda evolução no último século, dirimindo preconceitos que, antes, imperavam e se revelando mais adequado aos anseios e práticas sociais.

Neste liame, a Literatura de Nelson Rodrigues tem papel fundamental para analisar assuntos referentes ao Direito de Família, uma vez que retratava com propriedade, sua visão de mundo sobre as relações familiares de seu tempo, tanto ao abordar as relações oficiais, quanto as práticas da extraoficialidade, do "submundo do amor", no Século XX, o qual já presenciava a implementação de diversas mudanças sócio-estruturais.

A obra de Nelson Rodrigues, neste contexto, alçou grande importância, por expressar o que se mostrava incômodo e reprovável para a sociedade, mas que era de fundamental importância para as relações jurídicas. Nelson Rodrigues construiu sua parcela de contribuição, para as mudanças na sociedade e, via de conseqüência, ainda que indiretamente, influenciando ao Direito. Notadamente, firmou sua posição quando evidenciou, expressamente, que as cenas retratadas eram prática comum da sociedade e não, apenas, uma narrativa ficcional, mesmo que se assim consideradas a partir de sua própria visão de mundo – deturpada, para muitos críticos de sua obra –, a qual foi, certamente, influenciada, por seu incomum histórico de vida.

7 Referências Bibliográficas

CASTRO, Ruy. **O Anjo Pornográfico: A vida de Nelson Rodrigues.** São Paulo: Companhia das Letras. 1992.

DWORKIN, Ronald. ***Uma Questão de princípios.*** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. Sobre os desafios e perspectivas da família, seus projetos e seus direitos, no repensar do direito civil. In **Arte Jurídica – Biblioteca Científica de Direito Civil e Processo Civil.** Coord. Claudete Carvalho Canezin. Curitiba: Juruá, v.3, n.1, 2006. p. 40.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família – aspectos polêmicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 1998.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** São Paulo. 5ed. Ver. Atual e ampl. Editora Revista dos Tribunais. 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil vol. 2.** São Paulo: Saraiva. 1976.

MOURA BITTENCOURT, Edgard de. **Concubinato.** São Paulo: Leud, 1975.

PARODI, Ana Cecília. **Responsabilidade Civil nos Relacionamentos Afetivos Pós-Modernos.** Campinas : Russell, 2006.

_____, POPP, Carlyle. Ressignificação do Patrimônio e Recategorização dos Danos Civis, Em Uma Perspectiva Conceitual Contemporânea. In: **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI.** Tema: "XX anos da Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios", 2008, Brasília. Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito, da UNICURITIBA.

_____, GAMA, Ricardo Rodrigues. Lei Maria da Penha – Comentários à Lei 11.340/2006. Campinas, Russel, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Paternidade e sua prova.** Revista de Direito Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.71, jan./mar. 1995.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da União Estável In **Direito de Família e o Novo CódigoCívil.** Coords. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey. 4. ed. 2005.

PIMENTEL, Silvia. **Evolução dos direitos da mulher.** Norma-fato-valor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

RODRIGUES, Nelson. **A Vida como ela é...** Rio de Janeiro: Agir. 2006.

_____. **Elas gostam de apanhar.** Rio de Janeiro: Agir. 2007.

ROTTERDAM, Erasmo de. **Elogio da loucura.** In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

SCWARTZ, Germano. **A Constituição, a Literatura e o Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional In: **Direitos Fundamentais do Direito de Família.** Coord. Belmiro Pedro Welter e Rolf Hassen Madaleno. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2004.

---

[1] SCWARTZ, Germano. **A Constituição, a Literatura e o Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p. 47.

[2] MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** São Paulo: 5 ed. Ver. Atual e ampl. Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 67 e 68.

[3] DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de princípios.** São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.217. Dworkin em um trecho do texto faz uma comparação entre a interpretação dos textos literários e jurídicos, vejamos: "Diz ainda que a interpretação literária tem como objetivo demonstrar como a obra em questão pode ser vista como a obra de arte mais valiosa, e para isso deve atender para características formais de identidade, coerência e integridade, assim como para considerações mais substantivas de valor artístico. Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor. Mas finalidade ou valor, aqui, não pode significar valor artístico, porque o Direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo."

[4] A tópica jurídica desenvolvida por Theodor Viehweg em sua "Tópica e Jurisprudência" é uma forma de solução a partir da problematização. Desenvolvida por Aristóteles, e redescoberta por Viehweg para seu emprego no mundo jurídico. Sobre o assunto GARCÍA AMADO. Juan Antonio. **Teorias de la tópica jurídica.** Madrid: Civitas. 1988.

[5] ROTTERDAM, Erasmo de. **Elogio da loucura.** In: **Os Pensadores.** São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 92 e 93.

[6] SCWARTZ, Germano. Ob. Cit. p. 52.

[7] "A explicação dos aspectos sociológicos evidencia o fato de que o *Direito* não segue o S*ocial* de maneira regular, mas que, freqüentemente, existe defasagem entre eles. Parece que essa defasagem poderia ser, se não evitada, pelo menos diminuída, se a realidade social fosse efetivamente levada em consideração pelo jurista, e, especialmente, pelo legislador" PIMENTEL, Silvia. **Evolução dos direitos da mulher.** Norma-fato-valor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 96. Também: "Sob a ótica sócio-jurídica, é possível proceder a uma cisão dualista sobre o surgimento da Instituição Família, no Brasil, abrangendo a evolução da mesma. Mister que se aluda que tal sistemática, tão restrita em fases, deve-se primordialmente à idade, relativamente pouca, do País – meros 500 (quinhentos) anos, aproximadamente. Por óbvio que as nações mais antigas vivenciaram os períodos clássicos sociais mais remotos, presenciando maior número de fases de transição". PARODI, Ana Cecília. **Responsabilidade Civil nos Relacionamentos Afetivos Pós-Modernos.** Campinas : Russell, 2006, p. 39

[8] Nas palavras de Gustavo Tepedino, eram quatro os personagens básicos do Código Civil vigente à época (CC 1916): o marido, o proprietário, o contratante e testador. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

[9] FACHIN, Luiz Edson. **Sobre os desafios e perspectivas da família, seus projetos e seus direitos, no repensar do direito civil.** *In* **Arte Jurídica – Biblioteca Científica de Direito Civil e Processo Civil.** Coord. Claudete Carvalho Canezin. Curitiba: Juruá, v.3, n.1, 2006. p. 40.

[10] “Herdeira da família romana, na evolução temporal atinge-se ao modelo de família denominado *oitocentista*, apelido em face do século em que se situava. Era fulcrada nos mesmos valores éticos formais, reconhecendo maior virtude à instituição do que aos seus membros”. PARODI, Ana Cecília. **Op. Cit**, p. 41

[11] Segundo Clóvis Beviláqua, o Direito de Família, no Código Civil é "complexo de normas e princípios que regulam a celebração do casamento e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a sua dissolução, as relações de parentesco e os institutos protetivos da tutela, curatela e ausência".

[12] TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 424.

[13] TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. p. 423

[14] PARODI, Ana Cecília. Op. cit. p. 42-43

[15] Pereira, Rodrigo da Cunha, op. cit., Wambier, vol. IV, p. 324-325.

[16] Oliveira, José Lamartine Corrêa de; Muniz, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 3.ª ed., Curitiba: Juruá, 2000.

[17] PARODI, Ana Cecília, op. cit., p. 45

[18] A esse respeito, vide: PARODI, Ana Cecília, POPP, Carlyle. Ressignificação do Patrimônio e Recategorização dos Danos Civis, Em Uma Perspectiva Conceitual Contemporânea. In: **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI.** Tema: “XX anos da Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios”, 2008, Brasília. Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito, da UNICURITIBA.

[19] Todas as citações referentes à vida e obra de Nelson Rodrigues, foram extraídas da obra de: CASTRO, Ruy. **O Anjo Pornográfico: A vida de Nelson Rodrigues.** São Paulo: Companhia das Letras. 1992.

[20] “Casaram-se, um dia. Margô compareceu às duas cerimônias, no civil e no religioso.” RODRIGUES, Nelson. **A Vida como ela é...** Rio de Janeiro: Agir. 2006. p. 104.

[21] Op. Cit. p. 88.

[22] Art. 41, ECA: A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

[23] MOURA BITTENCOURT, Edgard de. **Concubinato.** São Paulo: Leud, 1975. p.45-46.

[24] MADALENO, Rolf. **Direito de Família – aspectos polêmicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 1998. p. 73.

[25] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Da União Estável** In **Direito de Família e o Novo Código Civil.** Coords. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey. 4. ed. 2005. p. 223-224.

[26] Exemplo disso é o que diz a súmula 380 do STF: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."

[27] Ainda que muitos doutrinadores questionem a qualidade da proteção legal, conferida atualmente à união estável, notadamente porque uma leitura superficial de suas tutelas, em análise sistemática com o complexo do ordenamento, ainda revela desprestígio a essa legítima forma de constituição familiar,

[28] RODRIGUES, Nelson. **A Vida como ela é...** Rio de Janeiro: Agir. 2006. p. 196.

[29] Idem. p. 106.

[30] Ibidem. p. 166.

[31] Ibidem. p. 178.

[32] Ibidem. p. 214.

[33] Ibidem. p. 268.

[34] Ibidem. p. 304.

[35] Ibidem. p. 298.

[36] Conforme Lei 11.106/2005.

[37] WOLF, Karin. **Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional** In **Direitos Fundamentais do Direito de Família.** Coord. Belmiro Pedro Welter e Rolf Hassen Madaleno. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2004. p. 178.

[38] RODRIGUES, Nelson. **Elas gostam de apanhar.** Rio de Janeiro: Agir. 2007. p.44.

[39] Ibidem. p.46.

[40]Ibidem. p.33.

[41] Veja como Nelson expôs isso "Quanto a Abigail, espiava só, assustada com esse filho ilegítimo e lindo, que varava as noites, chorando, com dor de barriguinha" (...) " Pode ser filho natural, pode ser o raio que o parta. Mas é meu neto e está acabado". RODRIGUES, Op. Cit. p. 38-39.

[42] RODRIGUES, Nelson. **Elas gostam de apanhar.** Rio de Janeiro: Agir. 2007. p.111.

[43] PARODI, Ana Cecília, GAMA, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria da Penha – Comentários à Lei 11.340/2006.** Campinas, Russel, 2009, p. 62-63

[44] RODRIGUES, Nelson. **A Vida como ela é...** Rio de Janeiro: Agir. 2006. p. 34

[45] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil vol. 2.** São Paulo: Saraiva. 1976 p.100-101.

[46] RODRIGUES, Nelson. **Elas gostam de apanhar.** Rio de Janeiro: Agir. 2007. p. 135.

[47] RODRIGUES, Nelson. **A Vida como ela é...** Rio de Janeiro: Agir. 2006. p. 552.

[48] RODRIGUES, Nelson. **A Vida como ela é...** Rio de Janeiro: Agir. 2006. p. 557.

[49] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Paternidade e sua prova.** Revista de Direito Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.71, jan./mar. 1995 p. 7.

[50] RODRIGUES, Nelson. **Elas gostam de apanhar.** Rio de Janeiro: Agir. 2007. p. 95.

A FELICIDADE E A JUSTIÇA EM ARISTÓTELES: A POSSIBILIDADE DE UMA VISÃO LITERÁRIA*

THE HAPPINESS AND JUSTICE IN ARISTOTLE: THE POSSIBILITY OF A LITERARY VISION

Cássio Marcelo Mochi

RESUMO

A contemporaneidade tem produzido crises das mais diversas ordens, pois como ensina Zygmunt Bauman, caminhamos por uma modernidade líquida, ou seja, que não tem mais forma definida. O resgate do conceito de justiça, que extrapole a simples determinação técnica-normativa é uma das metas a ser buscada pelos pesquisadores do direito. Aristóteles nos permite este resgate, quando através de sua obra, associa o conceito de felicidade ao de justiça, ampliando assim, a perspectiva de análise na recomposição deste conceito. Mas a felicidade e a justiça só podem ser encontradas, no homem que se constrói como um ser ontológico, fundamentado na ética, não na ética pragmática, mas na ética compreendida na sua essência, em outras palavras, na busca do bem comum.

PALAVRAS-CHAVES: FELICIDADE; DIREITO; JUSTIÇA; BEM COMUM.

ABSTRACT

The present has produced more crises, because as several orders teaches Zygmunt Bauman, we are heading for a net modernity, i.e. that is no longer so defined. The rescue of the concept of Justice, that extrapolate simple regulatory technical determination is one of the goals to be pursued by the researchers of law. Aristotle allows us when this redemption through his work, associate the concept of happiness to justice, extending as well, the prospect of analysis in the revival of this concept. But the happiness and justice can only be found in the man who constructs as an ontological, based on ethics, not on ethical pragmatic ethic lies at its heart, in other words, the common good.

KEYWORDS: HAPPINESS; LAW; JUSTICE; THE COMMON GOOD.

1. INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Numa sociedade pós-moderna cujo caos se mistura com a pretensa idéia de desenvolvimento, onde os referenciais se misturam com a forma líquida dos pseudo-valores e das ações humanas, para parafrasear Zygmunt Bauman, onde a justiça tende a se tornar uma simples aplicabilidade de técnicas pré-definidas, entendemos ser necessária a retomada, da busca de referenciais clássicos que nos permitam conhecer a essência ontológica do homem, capaz de sempre movê-lo em direção da busca de um conceito de justiça no seu sentido mais amplo possível.

Sendo assim, a ética, a felicidade e a justiça passam a ser uma tríade de valores indissociáveis. O conceito de justiça procurado por Aristóteles não expõe a busca do impossível, mas ações simples e que se encontram disponíveis nos homens que dispõem a agirem de forma ética, e, portanto, na concretização de uma felicidade possível, e onde estas são praticas de forma indissociável, ai está presente também a justiça.

2. RESGATE HISTORIOGRÁFICO: O MUNDO GREGO E O PROBLEMA DA JUSTIÇA

2.1 O CONCEITO DE JUSTIÇA: A INFLUÊNCIA DA LITERATURA

Ainda que historicamente o mundo grego não tenha sido o único povo a tratar sobre a justiça e suas relações com a precariedade da existência humana, certamente foi os gregos, quem introduziram a compreensão sistemática sobre a justiça, colocando o homem como o problema das ações resultantes da injustiça ou da justiça realizada neste mundo contingente.

Um dos principais fatores que permitiram a cultura grega diferenciar-se significativamente das demais, constituindo-se no grande referencial do mundo ocidental, foi a escrita, não no sentido da descoberta, pois a mesma já existia anterior aos gregos, mas sim o aspecto social e coletivo do uso desta escrita. Neste sentido, Vernant afirma data os mais antigos escritos gregos no século VIII a.C., mas assumindo uma característica diferente dos demais povos, porque “não se trata mais de um saber especializado, reservado a escribas, mas de uma técnica de amplo uso, livremente difundida no público”[1]. O que antes dos gregos era uma reserva do sagrado, e de uma atividade restrita a uma classe social, cumprindo certa função de poder exclusivo, pertencentes aos sacerdotes, escribas e à nobreza, se transforma num dos elementos de amálgama da cultura grega. Tão elementar no convívio social, quanto popular, pois inúmeros foram os filhos de aristocratas e filósofos gregos, que aprenderam a ler com os escravos[2].

A civilização grega caracterizou-se por ter uma forte ligação com o sagrado, mas soube desde muito cedo a dividir o campo do sagrado do político, sendo assim, a sua classe sacerdotal atinha-se dentro de seu campo restrito de atuação, e isso possibilitou a não existência de um livro sagrado, como existiu em outros povos, dando uma maior liberdade ao desenvolvimento do pensamento grego. No entanto, parte desta

responsabilidade é depositada nas obras de Homero, principalmente, e depois de outros escritores deste tempo histórico.

Mas as obras de Homero assumem dimensão, senão maior do que o aspecto religioso, de fundamental importância para o desenvolvimento do *ser humano*, pois "todo povo que atinge um certo grau de desenvolvimento sente-se naturalmente inclinado à prática da educação. Ela é o princípio por meio do qual a comunidade humana conserva e transmite a sua peculiaridade física e espiritual"[3]. Homero assume assim, o papel de educador do povo grego, pois as suas obras *Odisséia* e *Ilíada* contêm os substratos iniciais necessários à transformação do homem, cujas ações imperam necessariamente pela força bruta, para outra categoria de homem, aonde o *logos**[4]*** e a dialética, assumem um papel essencial para o desenvolvimento de um povo ímpar na história ocidental.

A construção dos valores formativos do mundo grego, buscando sempre o sentido de universalidade, e a preocupação com a busca do homem e sua relação com a essência ontológica, se manifesta de forma primeira na literatura. Esta preocupação pode ser observada na abertura da obra *Odisséia*, pois a referida obra abre "com a palavra que significa 'homem', e só vinte versos adiante o identifica; homem que muito sofreu e que, muito aprendeu sobre os mais variados povos"[5]. Na Odisséia, embora seja uma obra de múltiplos personagens, sobressai a figura de Ulisses, um herói forjado pela ação de seus atos e caráter, mas também da engenhosidade da luta dos homens contra os obstáculos interpostos pelos deuses.

A construção do poema homérico permite claramente perceber, que Ulisses traz consigo duas características marcantes, pois é aquele que muito suportou, e também o homem dos mil artifícios, é o "herói forte, mas astucioso, que se valoriza pelo seu engenho e, ao mesmo tempo, prefere o regresso junto de Penélope à imortalidade que a ninfa Calipso lhe prometia"[6]. Penélope é aquela mortal esposada por Ulisses, a quem este jura o amor eterno e com quem tem um filho, o poema conta o regresso de Ulisses depois da batalha de Tróia, e a interferência de alguns deuses, contra o seu retorno.

A persistência e o caráter de Ulisses, que o obrigam interiormente a cumprir a promessa de retornar ao seu lar, portanto, o de fazer realizar a justiça no cumprimento de um pacto firmado, produz a ira de alguns deuses. Disposto a não ceder aos deuses, a quem já servira com galhardia na Batalha de Tróia, resolve construir o seu destino como resultante de suas próprias ações e não mais pela vontade e capricho de alguns deuses. Penélope também demonstra ser um modelo de perseverança e de fidelidade[7], pois cumpre a sua parte do juramento, embora receba propostas e tentações advindas do mundo dos homens. Neste caso específico, contradiz o ditado popular, pois se a carne é fraca, forte pode ser o motivo de nossa persistência e a crença de que a virtude requer a ação, e toda ação virtuosa terá o seu fundamento na justiça e na felicidade, conforme irá mais tarde expor Aristóteles.

Já nesta passagem de Ulisses, da recusa em receber uma proposta de uma deusa e fazer cumprir a sua promessa para com a esposa, percebe-se a preocupação da construção e fundamentação dos valores gregos, que irão sustentar parte significativa de sua civilização, assim como as reflexões produzidas posteriormente por Sócrates, Platão, Aristóteles e outros pensadores do mundo grego. Tanto Ulisses quanto sua esposa Penélope, apresenta em suas ações um conjunto de valores ligados de forma

intrínseca ao próprio conceito de justiça. Mas o que Homero expressa através de Ulisses como o conceito de justiça? Para Pereira "a justiça equivale ao temor dos deuses,segundo se deduz do passo do canto VI em que Ulisses pergunta a si mesmo se naquela terra desconhecida haverá homens violentos ou de espírito temente aos deuses"[8].

Passagens semelhantes podem ser encontradas na *Ilíada*, principalmente no momento onde Aquiles, convocado para enfrentar os troianos, quando viviam em uma ilha com sua mãe e demais entes queridos, depois de ter se afastado de Agaménom e da convivência com os gregos, por motivos diversos àquele que interessa especificamente à nossa análise, mas que forma geral, fora o não reconhecimento em público do valor de herói, conquistado por justiça advinda de longas batalhas por Aquiles, por uma contenda insignificante, dado a dimensão de sua obra pela *pólis*. O isolamento de Aquiles é resultante de sua timh´, "que é a mais alta compensação de um guerreiro. É a honra que se presta ao seu valor. O grande motivo da queixa de Aquiles no canto I (*Ilíada*) é precisamente o terem-lhe roubado o público reconhecimento da sua superioridade"[9].

No entanto, pior do que o sentimento de injustiça cometido contra a sua pessoa é a possibilidade que de sujeito passivo, seja considerado sujeito ativo de um ato desonroso, e mesmo injusto, sendo assim, para vingar a morte de seu amigo Pátroclo, e cumprir com o seu agaqoz[10], que Aquiles "anuncia à deusa sua mãe o propósito de vingar Pátroclo, mesmo sabendo que a sua própria morte se seguirá imediatamente à de Heitor (filho do rei troiano Príamo)"[11].

É rico em perspectivas de análises as obras de Homero e de outros tragicômacos e outros literatos gregos, dado a construção detalhada de cada personagem e sua relação com o cosmos no qual se encontra inserido, como mais um componente desta natureza. Sendo assim,

para Homero, como para os Gregos em geral, as últimas fronteiras da ética não são convenções do mero dever, mas leis do ser. É na penetração do mundo por este amplo sentido da realidade, em relação ao qual todo 'realismo' aparece como irreal, que se baseia a força ilimitada da epopéia homérica[12].

Posterior a Homero, têm-se as obras de Hesíodo que para Jaeger[13] tem preocupações que agregam outros valores àqueles atribuídos a Homero. Em Hesíodo podemos encontrar o valor do trabalho do homem do campo, e sua profunda relação com o *ser grego*. Segundo nos expõe Nagel, "Hesíodo capta o homem como fonte de ações que lhe dão forma e existência. Explica o homem, portanto, como aquele que se instaura na ação, que existe porque age, que tem compromissos consigo mesmo"[14]. É os homens que passam a compreender que embora os deuses existam, as suas ações são resultado e responsabilidade de seus atos.

Na obra *O Trabalho e os Dias*, Hesíodo utiliza a forma da palavra e da disposição da forma de ser do mundo grego, para contar a história de seu irmão Perseu, que após ter consumido parte significativa da herança deixada pelo seu pai, agora avança por meios corruptos e injustos, sobre a parte de seu irmão. Inicia a obra expondo que na vida dos homens existem duas lutas: a guerra que é funesta e traz dores para todos os lados, e o trabalho para sobreviver, e que esta é a boa luta[15]. Já nos versos

210 a 215, Hesíodo alerta ao seu irmão Perseu de que o "excesso é mal ao homem fraco e nem o poderoso pode sustentá-lo e sob seu peso desmorona quando em desgraça cai; [...] Justiça sobrepõe-se ao excesso quando chega ao final.[16]"

O conceito de justiça se transfere ao resultado do trabalho obtido pelo próprio homem, mas de acordo com seus próprios esforços, pois do contrário os homens estariam cometendo uma injustiça, "quem deliberadamente jurar com perjúrios e, mentindo ofender a justiça, comete irreparável crime"[17]. Para Hesíodo o trabalho é uma ação nobre e a justiça se concretiza pela realização deste trabalho, pois garante aos homens ficarem longe das guerras, ao mesmo tempo que lhes permite aplacar a fome, sendo que "por trabalhos os homens são ricos em rebanhos e recursos e, trabalhando, muito mais caros serão aos imortais. O trabalho, desonra nenhuma, o ócio desonra é!"[18].

A exaltação do trabalho não é mera retórica do poeta, pois a vida na Grécia é dura, dada as condições geográficas e outras ordens naturais. Região montanhosa, rochosa, de poucas terras fartas, sendo assim, é necessário muito esforço para se produzir o necessário para o sustento. O grego honrado e que vive na *pólis* não pode se furtar a defendê-la em caso de necessidade iminentes de uma guerra, no entanto, "o trabalho é, de fato, uma necessidade dura para o Homem, mas uma necessidade. E quem por meio dele provê sua modesta subsistência recebe bênçãos maiores do que aquele que cobiça injustamente os bens alheios"[19]. A luta agora não se resume apenas no campo de batalha, mas também na labuta diária pela obtenção do sustento necessário a uma vida de alto consumo de energia, como é a vida do homem. A justiça é assim, obter o fruto do trabalho do homem, mas de forma honrada a não tirar do semelhante aquilo que lhe é devido.

Posterior a Hesíodo, temos o tragicômaco Sófocles, com destaque para a chamada Trilogia Tebeana[20], principalmente com a figura de Antígona, que desejando enterrar seu irmão Polinices, que morto em batalha lutando do lado oposto a outro seu irmão, Etéocles, este recebe do rei Creonte as honras fúnebres próprias do mundo grego, enquanto o primeiro, a saber, Polinices, tem seu corpo exposto para ser devorado pelos abutres e animais, o que impossibilitaria de sua alma encontrar o Hades. Antígona, desobedecendo a um decreto do rei Creonte, enterra o seu amado irmão, provocando assim um conflito entre as leis divinas que garantem a todo nobre grego um enterro digno, e o decreto de um rei que ordena o contrário[21]. É o antigo se confrontando com o novo. São as leis divinas em rota de colisão com as leis dos homens.

Para Antígona a justiça encontra-se na aplicação das leis divinas, enquanto que para o Creonte, representante do novo "estado" que se apresenta ao mundo grego, a justiça se realiza pela determinação e cumprimento das leis dos homens. O fim da história é trágico restando apenas Creonte, o rei que por insistir em revelar ao mundo a sua autoridade, separando as ações dos homens daquelas coordenadas pelos deuses, encontra a sua própria desgraça.

Outras obras poderiam ser analisadas para contribuir com o conceito de justiça, desenvolvido a partir da literatura grega, como por exemplo, as obras de Ésquilo, tendo como ponto central a trilogia nominada de *As Orestéias*, no entanto, para a fio condutor de nosso trabalho, dentro da síntese proposta inicialmente, estes conceitos iniciais já

permitirá ao leitor uma compreensão inicial de como o mundo grego, anterior a Aristóteles, norteava a buscava pelo conceito de justiça.

2.2 Os Gregos: a *Paidéia,* a *Areté e a Polis*

O mundo grego clássico é constituído de uma conjunção ímpar de fatores, que contribuíram de forma decisiva para o desenvolvimento de sua cultura, da filosofia e das contribuições para o surgimento e desenvolvimento da política.

Conforme já exposto, a literatura, a poesia, as artes de uma forma geral ocuparam um papel decisivo na construção e manutenção da sociedade grega, entre outros motivos, por apresentarem e levantar problemas de ordem moral, ética e política que se apresentavam na sociedade grega, mas que aos olhos do homem comum, não seriam visíveis. De certa forma, o grego elegeu as artes como um instrumento poderoso e influente para o apontamento destes valores.

Se a ética não é uma invenção do mundo grego, ao menos fora nesta civilização onde ela encontrou as fundamentações mais sólidas, e que iriam nortear os valores éticos do mundo ocidental, mesmo no período da medievalidade, onde o mundo cristão impusera os seus valores, o referencial seguro, ainda que velado, eram aqueles construídos pelo mundo grego clássico.

A tragédia grega ao mesmo tempo em que servia de alerta e apontamentos de problemas emergentes da sociedade grega, também permitia realizar a função de educação, ao qual o mundo grego associou o conceito de *Paidéia*, que "era a educação como formação cultural completa e sua finalidade era a realização, em cada um, da *Areté*, a excelência das qualidades físicas e psíquicas para o perfeito cumprimento dos valores da sociedade"[22].

Mas onde é possível associar o conceito de *areté* com a ética? Este é um conceito indissociável para compreender a ética e por conseqüência, o caráter que formava o homem grego. Este é mais dos conceitos valorativos desenvolvidos pelo mundo grego,e que permeia as ações dos homens, pois a *areté*

é o mérito ou qualidade nos quais alguém é o mais excelente; excelência do corpo; excelência da alma e da inteligência. [...] A *areté* indica um conjunto de valores (físicos, psíquicos, morais, éticos, políticos) que forma um ideal de excelência e de valor humano para os membros da sociedade, orientando o modo como devem ser educados e as instituições sociais nas quais esses valores se realizam[23].

A *paidéia* e a *areté* são elementos indispensáveis para que o homem desenvolva toda a sua potencialidade no mundo grego. Mas a *Arete* dos tempos de Homero não é a mesma dos tempos dos primeiros pré-socráticos, Sócrates, Platão e Aristóteles. A *areté* destes tempos anteriores é aquela esposada nas obras de Homero, que a identifica no soldado valente, valoroso e sempre disposto às batalhas. A *pólis* grega começa a sofrer profundas modificações, pois além das batalhas é preciso saber

administrar bem a coisa pública, ou como diriam os latinos, a *res publica*, mas "sem dúvida, a cidade precisa de guerreiros belos e bons, mas precisa, antes de tudo e acima de tudo, de bons cidadãos"[24].

Sabendo que os homens não nascem bons e nem ruins, o mundo grego foi buscar no conceito de *Paidéia*, ou seja, da educação que compreende o homem no seu todo, o instrumento capaz de transformar o homem num cidadão onde a *areté* fosse resultado não apenas de um *dever ser*, mas antes disso, de um *querer ser*. A motivação do ser grego não era uma disposição normativa exterior, mas antes uma necessidade e vontade resultante da *areté* que coloca antes de ser, a condição de ser enquanto essência ontológica. É uma disposição histórica, um querer ser dessa forma, porque

uma educação consciente pode até mudar a natureza física do Homem e suas qualidades, elevando-lhe a capacidade a um nível superior. Mas o espírito humano conduz progressivamente à descoberta de si próprio e cria, pelo conhecimento do mundo exterior e interior, formas melhores de existência humana[25].

O mundo grego já no século VIII a.C. associa esse conjunto de valores éticos, morais, culturais, para pertencerem à construção do alicerce da *pólis*, que será a grande representação material da expressão do homem que vive em sociedade.

Mas existir a *Paidéia* será necessário que o mundo grego conquiste algo que é anterior a esta própria necessidade, mas que também caminha junto a este conceito: é o poder que o mundo grego atribui a palavra. Tem-se um deslocamento do convencimento no campo da força bruta, do guerreiro valente, forte, ágil, como o é Aquiles, para o campo da palavra, do discurso que se antepõe à força, mas que na medida em que for necessário, pode ceder espaço para o retorno ao uso da força, quando o espaço dialético esgota as suas perspectivas de convencimento.

Sendo assim, preponderante para a existência e manifestação destes conceitos formativos e que transformarão o homem num ser material e espiritualmente melhor, é o surgimento da *pólis*. Para Vernant,

o que implica o sistema da *polis* é primeiramente uma extraordinária preemência da palavra sobre todos os outros instrumentos de poder. Torna-se o instrumento político por excelência, a chave de toda autoridade no Estado, o meio de comando e de domínio de outrem[26].

O uso adequado da palavra não como expressão de força bruta, mas como elemento de convencimento pela exposição lógica e ordenada da verdade, do *logos* que se manifesta na necessidade de viver com o outro e para o outro, faz surgir outro conceito e também uma criação do mundo grego: é a política. No mundo grego clássico a "arte da política é essencialmente exercício da linguagem; e o *logos*, na origem, toma consciência de si mesmo, de suas regras, de sua eficácia, por intermédio de sua função política"[27].

Desta forma o exercício da linguagem oral e escrita não pode mais pertencer a uma elite reduzida, mas antes estar acessível a todos, ainda que na Grécia o exercício da vida política não fosse extensivo a todos, a participação e o discurso o eram. O mundo grego se edifica sobre a atividade política, que se é "nobre por excelência, a razão está

no fato de que nenhum cidadão poderia romper seu compromisso com a continuidade da Cidade à qual é destinado, da qual recebe sua educação”[28]. Cidadão ou *Polités*, Cidade ou *Polis*, Educação ou *Paidéia*, Político ou *Politikon*, são conceitos essenciais para compreender as razões fundantes do pensamento grego, sem deixar de lado a importância da religião, ao qual o grego situava-se dentro de dois espaços: a religião pública, que era destinada ao culto dos deuses que protegiam a *polis* e a religião privada, que era destinada aos deuses que protegiam o cidadão grego e suas relações familiares e de amizade.

Nas relações do homem grego, de forma mais específica, do cidadão grego, a *Paidéia*, a *areté*, e a *polis*, mantém-se como num corpo único em busca de um fim também único, que é a prosperidade e a felicidade da *polis*. No entanto, a busca da virtude, ou da *areté* não é tão simples e fácil, pois

a virtude é o fruto de uma longa e penosa *áskesis*, de uma disciplina dura e severa, a *meleté;* emprega uma *epiméleia*, um controle vigilante sobre si, uma atenção sem descanso para escapar às tentações do prazer, à *hedoné*, ao atrativo da moleza e da sensualidade, a *malachia* e a *tryphé*, para preferir uma vida inteira votada ao *ponos*, ao esforço penoso[29].

É uma vida de sacrifícios, mas cuja jornada penosa conduzirá o homem à realização de ações que edificavam a sua forma de ser, o seu caráter e a compreensão de que a realização da condição ontológica de sua hominidade requer vontade e disciplina, pois a prática da *areté*, o que inevitavelmente os conduziria a agir com justiça, exige do homem uma vida penosa. Sob este espectro de análise é mais fácil e menos custoso para o homem praticar a injustiça, do que primar pela construção, prática e a ação da justiça. Caminhar pelos excessos é mais fácil do que encontrar o justo meio, parafraseando Aristóteles.

2.3 SÓCRATES E PLATÃO: A JUSTIÇA DO MUNDO REAL E A DO MUNDO DAS IDÉIAS

Partindo da análise de que Sócrates não deixou escritos de próprio punho, pois defendia que a filosofia só se realizava pelo diálogo, pois as palavras escritas nem sempre permitem a expressão das suas reais intenções, e o que conhecemos sobre o mais ateniense dos atenienses, segundo Francis Wolf[30], chegou até nós através dos escritos de Platão e algumas referências doxográficas, é muito difícil separar o que realmente pertence ao pensamento socrático, e o que pertence ao pensamento platônico.

Mas inevitável é reconhecer o corte epistemológico provocado pelo pensamento de Sócrates, a tal ponto da filosofia classificar o período grego clássico em filosofia pré-socrática e filosofia socrática. A diferença fundamental é que enquanto os pré-socráticos pensavam no *kosmos**[31]***, onde o homem seria uma pequena centelha dentro deste, Sócrates quer pensar, refletir, discutir, o homem e seus problemas em relação ao *kosmos*. Ele quer provocar, incitar, despertar, como que acordar o interlocutor para enxergar além da névoa que envolve o verdadeiro conhecimento da verdade.

Sócrates traz a filosofia dos céus, do campo da mera especulação asbrata para o mundo dos homens, sendo que "não são mais os mistérios da matéria e da vida que nos espantam, sãos os homens, estes que se agitam e agem; é a eles que é preciso interrogar, e eles ao menos respondem"[32]. São as dúvidas e as agonias do dia-a-dia dos homens que instigam a curiosidade de Sócrates, e da própria filosofia que se manifesta em forma de pensamento puro. A filosofia é uma criação dos homens e para os homens, uma vez que o *kósmos* já está ordenado. São os homens que se agitam nas praças, ou melhor, dizendo, na *agorá**[33]*** é que precisam ser questionados sobre as suas ações e modos de pensar.

As duas obras de Sócrates onde as questões referentes à justiça, à ética e a *polis* se expressam com maior vigor, é a *Apologia de Sócrates*, obra em que Sócrates apresenta a defesa de seu julgamento diante da *polis* e *Críton* ou *Do Dever*, que provavelmente é o último diálogo de Sócrates antes que a sua pena capital seja realizada. Sócrates viveu, conviveu e sofreu com o problema da justiça.

Para Sócrates só podemos realizar justiça quando conhecemos o caminho da verdade que nos conduz até ela. No Preâmbulo do discurso de sua defesa deixa bem claro que sua intenção não é aquela que dirigiu a de seus acusadores, utilizando a retórica, que convenceria muito mais seus julgadores dado aos efeitos e as intenções de ocultar a verdade, o que ele fará é apenas expor a verdade dos fatos que contradiz os seus acusadores. Dirige-se aos juízes dizendo que:

atenienses, não ouvireis discursos como os deles, aprimorados em substantivos e verbos, em estilo florido; serão expressões espontâneas, nos termos que me ocorrerem, porque deposito confiança na justiça do que digo; nem espere outra coisa qualquer um de vós[34].

Para Sócrates não se pode ser justo, antes de estabelecer como condicionante o viver e a busca da verdade. O discurso que conduz à justiça não pode caminhar por vias tortuosas e nem mascarar as evidências da verdade, e Sócrates, o ateniense por excelência, o que viveu sempre respeitando às leis da *polis* não iria, já no final de sua vida, contradizer tudo aquilo que sempre ensinara aos jovens e a todos que o acompanhavam na suas caminhadas pelas praças e ruas. Ao saber da decisão dos juízes e de sua condenação, não assume um tom de revolta e nem de rancor, mas antes exalta uma ironia refinada, mas que conduz os seus algozes a uma reflexão, quando afirma, se dirigindo aos juízes: "talvez imagineis, senhores, que me perdi por falta de discursos com que vos poderia persuadir, se na minha opinião se devesse tudo fazer e dizer para escapar à justiça"[35]. Sócrates se recusa a pedir perdão por injustiça que ele não cometeu, ainda que tal clamor e artifícios retóricos, muito próprios das artes cênicas, pudessem induzir os seus julgadores a desvirtuar o caminho da verdade.

Condenado e aguardando o momento previsto para a execução de sua sentença capital, Sócrates recebe o que seria a última visita antes de sua morte, a do amigo Críton, que não fora certamente o mais ilustre de seus seguidores, mas certamente um dos mais fiéis amigos. Críton vem à presença de Sócrates oferecer o sentimento de sua amizade, e revolta pela sua condenação, assim como expor a possibilidade de que Sócrates poderia fugir de forma segura, e assim livrar-se da pena imposta de forma injusta pela *polis*. Quando provocado sobre a injustiça cometida no seu julgamento e a proposta apresentada por Críton para a fuga fosse concretizada, Sócrates indaga ao

amigo: “é certo que jamais devemos cometer injustiças? É admissível cometê-las em certas circunstâncias?”[36]. Ao que Críton responde de forma negativa. Usando o estilo de diálogo próprio de sua forma de fazer filosofia, Sócrates diz que não existe diferença entre praticar o mal e ser injusto, sendo assim, “jamais se devem cometer injustiças, nem pagar o mal com o mal, seja lá o que for que nos tiverem feito”[37]. Neste sentido, é melhor sofrer injustiça, porque é uma vontade imposta contra a natureza humana e a própria justiça, não permitindo a reação de força justa, do que cometer injustiça quando se pode escolher entre realizar ou não a mesma. No segundo caso, aquele que cometeu a injustiça teve a oportunidade de usar a sua liberdade e vontade, e se não o fez, contrariou o próprio princípio do *logos*.

Embora a fuga fosse viável e segura, Sócrates não concorda com a sua realização pois concretizar tal ato, seria contraria os princípios que nortearam toda a sua existência em Atenas, que era o de obedecer e acatar as leis da *polis*. Numa passagem construída com o simbolismo da materialização das leis da República, quando do empreendimento de uma suposta fuga, estas diriam:

Sócrates, o que vais fazer? Executar teu plano no significa aniquilar-nos completamente, sendo que de ti dependem as leis da República e as de todo o Estado? Acreditas que um Estado pode subsistir se as suas sentenças legais não têm poder e, o que é mais grave, se os indivíduos as desprezam e aniquilam?[38]

É um momento em que um inconsciente imaginário chamado leis da República, provoca a reflexão sobre o conceito de justiça, que para Sócrates era o de obedecer às leis da *polis*, pois a existência da mesma estava condicionada à obediência dos cidadãos, ao corpo de normas que regulavam a vida em sociedade. Não é apenas o homem Sócrates manifestando o seu pensamento sobre o conceito de justiça, mas é antes de tudo o cidadão ateniense Sócrates. Estas questões referentes à condição de cidadania, antecedem ao próprio pensamento socrático, onde Cassin, estudando a contribuição do pré-socrático Antifonte Ramnunte no conceito de cidadão e bárbaro, diz que

o cidadão, como o grego precisamente, se define por não estar na natureza, mas por estar, de saída, no mais que é a cultura. Com a justiça, o que está em jogo para o cidadão é a sua própria cidadania: trata-se de coerção completamente negativa, de ‘não transgredir’, quer dizer, de não se colocar fora da esfera da cidade[39].

Sócrates não consegue imaginar a sua existência como grego e cidadão, senão aquela de viver em Atenas, ainda que viver signifique morrer. Ainda que a morte seja resultado de uma injustiça sofrida, mas não cometida por ele. Segundo Chaui, Sócrates ao “comparecer diante do tribunal, não o faz por respeito, mas para melhor recusá-lo. Se fugisse, seria um inimigo de Atenas e tornaria a sentença verdadeira. Ficando, é ele quem ganha, quer o inocentem quer o condenem [...]”[40], e uma aceitar, mas provocando. Cumprir a sentença, mas como forma de resistência as provocações de que ele seria um cidadão que, durante a sua existência conspirara contra a existência de Atenas.

Platão, o discípulo mais proeminente de Sócrates, em obras classificadas como na fase da sua maturidade, quando ele fala por si mesmo, e não mais conduzido pelo pensamento socrático, ainda que se utilize da figura de Sócrates nas suas obras, altera

substancialmente o discurso de seu mestre. O ateniense, como ficou conhecido Sócrates, "afirmara que o mais precioso no homem é sua alma racional e que, graças à razão, pode ser justo e praticar a virtude", mas não entra no mérito de como o homem pode desenvolver a razão, se é que ele o pode.

Na obra República, considerada a obra prima de Platão, onde o mesmo desenvolve o conceito conhecido como o "mundo das idéias", onde todas as coisas verdadeiras se encontram lá, uma vez que aqui neste mundo temos apenas uma pálida noção da verdade, e as coisas são representadas por cópias inacabadas, tem uma grande preocupação com a linguagem e a carga de verdade ou mentira, que a mesma pode trazer consigo. No desenvolvimento do diálogo, onde acrescentam-se, além da figura emblemática Sócrates, Glauco, Trasímaco e Polemarco, quando provocados a falar sobre o conceito de justiça e injustiça, depois de expostas algumas argumentações iniciais, Sócrates exalta que "o justo não prevalece sobre o seu semelhante, mas sobre o seu contrário; o injusto prevalece sobre o seu semelhante e o seu contrário"[41], pois a injustiça não se comete somente contra os inimigos, mas também pode se estender aos amigos, uma vez que o injusto não pode conhecer os limites de sua própria injustiça. Contrapondo a posição de Trasímaco, quando este afirma que a justiça é a conveniência e a vontade do mais forte.

Procurando demonstrar que a justiça e a injustiça estão associadas a algo mais do que simplesmente, obedecer ou não as leis, conforme o fizera Sócrates, talvez por receio de terminar os dias como seu mestre, Platão caminha por outras vias, quando n'A República diz

o que é a justiça em comparação com a injustiça? Com efeito, foi dito que a injustiça é mais poderosa do que a justiça; mas agora, se a justiça é sabedoria e virtude, conclui-se facilmente, penso eu, que ela é mais poderosa do que a injustiça, visto que a injustiça é ignorância[42].

Para Platão o homem comete a injustiça por que não conhece, porque vive no mundo da ignorância, onde a força das armas prevalece sobre as demais forças, ainda que com as palavras possam também existir outro tipo de violência, que é a possibilidade de que através da retórica, seja possível escamotear a verdade, e induzir o outro a acreditar na mentira, transformando-a em verdade. Toda injustiça é violência, e toda violência é injustiça, pois as duas representam sempre os extremos, os excessos, pois não permitem que a verdade e a justiça sejam os norteadores das ações humanas. Portanto, "o combate platônico à violência e à injustiça começa pelo combate à mentira, isto é, à linguagem que deliberadamente diz o falso, por meio de ilusões, simulações e dissimulações conseguidas com belas e astutas palavras"[43].

Pode-se inferir uma profunda decepção de Platão para com os juízes da *polis* que condenaram Sócrates, pois foram iludidos pelo discurso retórico de seus acusadores e se recusaram a ouvir a verdade, tal qual era expressa na *agorá* e nos banquetes em que Sócrates freqüentava e travava os diálogos aporéticos.

Platão pretende trazer a discussão do conceito de justiça para o campo da linguagem e da idéias, uma justiça ideal que advém como conseqüência de uma alma boa e virtuosa, sendo a virtude uma das realizações da *Paidéia.* No final do Livro I, d'A

República, num diálogo aparentemente tenso entre Sócrates e Trasímaco, que era um sofista, temos a seguinte passagem:

Sócrates – Ora, não concluímos que a justiça é uma virtude e a injustiça, um vício da alma?

Trasímaco – Concluímos.

Sócrates – Por conseguinte, a alma justa e o homem justo viverão bem e o injusto, mal?

Trasímaco – Assim parece, de acordo com o teu raciocínio.

Sócrates – Então, aquele que vive bem é feliz e afortunado e o que vive mal, o contrário.

Trasímaco – Não há dúvida.

Sócrates – Portanto, o justo é feliz e o injusto, infeliz.

Trasímaco – Que seja.

Sócrates – E não é vantajoso ser infeliz, mas ser feliz.

Trasímaco – Sem dúvida.

Sócrates – Por conseguinte, divino Trasímaco, jamais a injustiça é mais vantajosa do que a justiça[44].

É a estrutura típica do diálogo socrático, que introduz um elemento diferente do conceito de justiça de Sócrates, que analisa a justiça a partir de seu aspecto prático, enquanto um ato de obedecer ou não as leis da *polis*. Ainda que se tenham dificuldades em separar o que realmente pertence a Sócrates ou a Platão.

Enquanto para Sócrates a justiça poderia ser a prática da ação política na vida do dia-a-dia de cada cidadão, Platão na obra *A República*, defende a existência de uma classe especial de homens, que seriam os magistrados, a quem caberia a função do exercício de julgar, e, portanto, realizar a justiça. Porque se a justiça está associada ao conhecimento, nada melhor do que aquele que supostamente conhece mais possa exercer melhor a função para a qual esteja mais bem preparado.

3. ARISTÓTELES: O FILÓSOFO POR EXCELÊNCIA

3.1 O HOMEM E A POLIS EM ARISTÓTELES

A cidade como aglomerado de pessoas que vivem protegidas por um Rei, por uma força que imprime deveres, e garantem direitos somente quando lhes interessa, não é uma invenção propriamente dita do mundo grego. Ela já existia muito antes do surgimento deste povo. Mas a *polis*, ou seja, a cidade onde a força não é mais exercida exclusivamente pela vontade de um só homem, e tão pouco onde prevalecer o uso sem ponderação da força, mas sim a prática da dialética, da exposição e reflexão dos problemas que afetam o convívio comum, esta sim é uma criação da civilização grega.

A civilização grega muda o conceito de cidade, pois "as construções urbanas não são mais, com efeito, agrupadas como antes em torno de um palácio real, cercada de fortificações"[45], sendo assim, não é mais a suntuosidade dos palácios e nem o beneplácito miserável da conveniência dos reis, que exigem do homem a vida do homem na cidade. O grego quer e constrói algo que transcende a esta condição de subserviência, pois agora, "a cidade está centralizada na Ágora, espaço comum, sede da *Hestia Koiné*, espaço público em que são debatidos os problemas de interesse geral"[46].

Segundo Vernant[47], não é mais o rei quem determina aquele que reside dentro ou fora do castelo, mas sim a própria cidade quem protege com as suas muralhas, todos aqueles que integram o seu corpo social. A *Ágora* ou *Agorá*, conforme nos apresenta outros autores, é muito mais do que um simples local, é o espaço público por excelência, onde o grego aprendeu e desenvolveu a substituição do poder de convencimento da força bruta, pelo discurso articulado e que expressasse realmente os desejos e anseios do corpo coletivo. A *polis* é una, mas é formada pela adversidade que só existe enquanto espaço privado, pois no espaço público todos os cidadãos tem a mesma preocupação: a busca do engrandecimento da *polis*, a manutenção e desenvolvimento da cultura, a abstração da filosofia e finalmente, o elemento sob o qual irão orbitar todos os interesses coletivos: a política como a ciência da construção do bem comum. Sendo assim, nada disto pode existir se a cidade ou a *polis*, pois ela "oferece a garantia indispensável para a realização da verdadeira sociabilidade, a consciência de uma existência política"[48].

A relação entre o homem, ou de forma mais específica o cidadão grego é a *polis* assumem dimensão de tal importância na obra aristotélica, que ele chega a colocar a formação da cidade anterior à própria família[49], e por conseqüência, a cada um de nós. Para Jaeger, "a *polis* é o centro principal a partir do qual se organiza historicamente o período mais importante da evolução grega. Situa-se por isso no centro de todas as atenções históricas"[50].

A *polis* é o local onde o homem realiza parte de sua essência, pois a "cidade é uma daquelas coisas que existem por natureza e que o homem é, por natureza, um ser vivo político"[51]. Mas como se concretiza a relação desse ser vivo político? Aristóteles afirma que uma das principais distinções entre os homens e os animais, é o domínio da linguagem, pois através dela, o homem se realiza em si e na existência do outro. Não é possível viver como homem, de forma isolada e longe da *polis*, sendo que "aquele que, por natureza e não por acaso, não tiver cidade, será um ser decaído ou sobre-humano, tal como o homem condenado por Homero como 'sem família, nem lei, nem lar"[52]. Este homem está condenado a não realizar as potencialidades de sua essência ontológica, pois negar o outro, é negar a possibilidade de que a vida coletiva conduza a *polis* a buscar o maior de todos os bens: a *autárkeia**[53]***.

É difícil explicar a existência da cultura e da civilização grega sem colocar o homem e a *polis* como elementos intrínsecos, à própria natureza do *kósmos*, porque "a comunidade perfeita, para os gregos, era a *polis*. Viver em sociedade e para a sociedade era viver na e para a *polis*, era ser político"[54]. A estrutura de análise do homem, em especial, no nosso caso, Aristóteles, não pode se realizar sem levar em consideração esta relação homem-*polis*, e o filósofo grego reforça as suas posições sobre o assunto, pois "a cidade, enfim, é uma comunidade completa, formada a partir de várias aldeias e que, por assim dizer, atinge o máximo de auto-suficiência. Formada a princípio para preservar a vida, a cidade subsiste para assegura a vida boa"[55]. Mas a vida boa não é qualquer tipo de vida, e sim aquela pautada pela ética, que resulta na ação virtuosa. Não é a vida dos excessos, mas a vida dos prazeres contidos pela prudência e laboriosamente trabalhados pela *Paidéia*, na busca incessante da felicidade coletiva.

Aristóteles na obra *Política* e *Ética a Nicômaco*, procura construir uma linha de raciocínio de uma vida que pode ser vivida, ainda que dentro das contingências deste mundo, criticando inclusive a teoria platônica do *mundo das idéias*, pois a ética aristotélica é uma ética que necessariamente precisa de uma ação, sendo assim, encontra a sua forma de ser no mundo real. Neste contexto de realismo aristotélico, no tocante à ética, a política, a *polis* e ao conceito de justiça, ele parece-nos fazer as coisas descerem do plano das idéias, para a concretização de ação possível a qualquer homem, desde que este se disponha a encontrar o justo meio e este requer sacrifício, mas ao final a felicidade poderá ser alcançada, pois a

vida melhor de que fala Aristóteles é a felicidade; e a felicidade, para o ser humano, situa-se, substancialmente, na linha da sua racionalidade. A cidade é em função da realização do ser racional. Ela não visa somente aos bens materiais. Pelo contrário, ela existe em função, sobretudo, da virtude, pois é essa que permite, ao homem, vida racional e vida feliz.

Portanto, o homem realiza a sua essência primeiramente quando vive na *polis*, depois quando participava ativamente da vida política e cultural da *polis*, numa espécie de cumplicidade que conduziria a todos à busca da felicidade.

3.2 A POLÍTICA E O HOMEM PARA ARISTÓTELES

O homem é um animal que para a realização de sua própria natureza, precisa viver em sociedade, mas tendo a política como instrumento de realização da vontade coletiva. A política é a ciência por excelência para Aristóteles, pois "como a política utiliza as demais ciências e, por outro lado, legisla sobre o que devemos e não devemos fazer, a finalidade dessa ciência deve abranger as das outras, de modo que essa finalidade será o bem humano"[56].

Mas a relação entre homem e política não se esgota apenas e simplesmente por viver em sociedade, e também não banaliza a existência da vida política como uma profissão, e nem tem por objetivo as honrarias indevidas, mas "poder-se-ia mesmo supor que a virtude, e não a honra, é a finalidade da vida política"[57]. Sendo assim, a

vida política busca a concretização através das ações políticas, do ideal de virtude construído pela *Paidéia*. É a ação, o movimento e a realização das idéias que podem conduzir e transformar para a realização de sua essência ontológica: ser o melhor de si mesmo.

Segundo Ruby, Aristóteles concebe a "política como uma ciência prática destinada a dar ao político os meios de visar, caso a caso, à melhor maneira de organizar a Cidade, abstendo-se, se necessário, de certas ações"[58]. Mas a ciência prática não tem o seu próprio motor, é antes de tudo impulsionada pelo homem, a quem fora determinado a sua realização. Mas o exercício da política, além da condição de ser homem, ainda exigia outro complemento importante: era necessário ser um cidadão. Mas o que era um cidadão para Aristóteles? Definir este conceito é uma das preocupações de Aristóteles, sendo que "nenhum indivíduo é cidadão só porque habita um determinado local, pois, tal como os cidadãos, também os metecos e os escravos possuem um local para habitar"[59]. A condição de estar fisicamente e residir num espaço geográfico não eram uma condição suficiente, mas apenas uma das exigências iniciais para que os gregos dessem início ao processo de reconhecimento deste homem, como cidadão grego. Ser cidadão, além de ser grego, possuir bens na *pólis* e participar da vida cultural, é preciso exercer a cidadania, neste sentido é preciso "entender a cidadania como capacidade de participar na administração da justiça e do governo"[60].

Portando, ser cidadão e exercer a cidadania é condição essencial para o homem aristotélico, exercer a ação política aumentava a simbiose entre *polis* e homem, no sentido de que

ser político era ser cidadão e ser cidadão era ser um homem perfeito, realizado. [...] Poderíamos afirmar que ser político era ter a profissão plena de homem. Quem não chegava a esse patamar da vida, não atingia a plenitude de vida humana (mulheres, crianças, escravos, estrangeiros e artesãos)[61].

O homem aristotélico precisa ter uma vida política ativa na *polis* sob todos os aspectos de sua formação. Ter boas intenções e guardá-las numa redoma fechada, somente para o usufruto individual, não atende as exigências de Aristóteles para que o homem realize o seu *telos*. Embora o conceito de cidadão seja apresentado de forma sistemática no Livro III da obra *Política*, detalhando aspectos referentes ao tema tratado, o Estagirita[62] define assim o cidadão: "chamamos cidadão àquele que tem o direito de participar nos cargos deliberativos e judiciais da cidade. Consideramos cidade, em resumo, o conjunto de cidadãos suficiente para viver em autarquia"[63].

Aristóteles deixa muito bem claro quando afirma que é preciso "ter o direito" e não apenas querer participar da vida política da *polis*, em toda a sua plenitude. Sendo assim, o processo de participação desta vida política era seletiva, e reservada quase que exclusivamente aos gregos, embora as constituições de algumas cidades gregas tivessem previsão para a adoção de cidadãos.

Mas ainda nos resta outra questão a definir: o que é o político? Em primeiro lugar, Aristóteles entende ser inconveniente a participação dos jovens na vida política pois, o jovem não é bom ouvinte de preleções sobre a ciência política. Com efeito, ele não tem experiência dos fatos da vida, e é em torno destes que giram as nossas discussões; além

disso, como tende a seguir as suas paixões, tal estudo lhe será vão e improfícuo, pois o fim que se tem em vista não é o conhecimento, mas a ação[64].

É o psicologismo aristotélico entrando em ação, pois o jovem normalmente é movido pelas suas paixões, pelas emoções, não sabe quando ouvir e quando falar, pois a juventude caminha normalmente pelos extremos das paixões, mas a vida política requer moderação, *phrónesis**[65]***, sabedoria e a busca do justo meio. Excluída e explicitado os problemas que envolvem os jovens e sua participação na política, podemos dizer "o que é político, senão o homem caracterizado por sua sagacidade (maturidade voltada para o passado), sua prudência, e o acordo consigo mesmo pelo qual aprende a não confundir sua função e os benefícios pessoais que dele poderia tirar?"[66]. A responsabilidade em administrar as coisas da *polis* é maior do que a das coisas privadas, pois quando se coloca em risco o bem coletivo que é maior, também se terminar por dilacerar o particular, uma vez que este não subsiste e nem existe, senão pela grandeza e *autárkeia* da *polis*.

As qualidades adequadas a um bom político pode sofrer variações de acordo com o regime de governo adotado, pois este também diz a forma como os homens devem de governar[67], como por exemplo, na tirania, onde o que prevalece é a vontade e os desejos de um só, que por necessidade imperiosa de manter o seu poder pelo uso da força, não pode tem em si, aquelas virtudes que conduzem os homens ao viver bem e em felicidade. Sendo assim, "um cidadão é, em geral, o que alternadamente governa e é governado, mas o seu estatuto varia de regime para regime. No regime melhor, é cidadão aquele que é capaz e que escolhe deliberadamente governar e ser governado, visando uma vida virtuosa"[68]. O bom cidadão, que tem em si a potencialidade do desenvolvimento das capacidades políticas, não deseja o poder somente para si, mas também não quer ficar afastado da efetiva participação nos assuntos da *polis*, por isso se apresenta com tranqüilidade quando da alternância do poder, pois quem vive uma vida virtuosa nada tem a temer, uma vez que todas as ações buscaram a um *telos* maior, que é a felicidade do coletivo.

Abrir o espaço para a discussão sobre o homem a *polis*, a política e o regime de governo, implica necessariamente em trazer, ainda que de forma sintética, o pensamento de Aristóteles sobre as leis. A vida em sociedade exige a organização do espaço e dos desejos dos homens, que na sua maioria são antagônicos e em outras, não aceitam a subordinação aos interesses coletivos. Sendo assim, esta vida em sociedade organizada e voltada a um bem comum, "transforma uma sociabilidade, da qual participam os cidadãos por natureza, numa exigência de bem viver em conjunto: a Cidade não exprime só a necessidade natural, ela a comanda"[69], portanto, surge a necessidade da existência de leis.

Mas as leis em Aristóteles não podem ser abordadas somente sob a linha de visada do imperativo categórico do "dever ser", pois isso reduziria os homens a serem servos da lei, quando o objetivo de Aristóteles é despertar nos homens, através da educação e do desenvolvimento das virtudes, um *êthos*. É um caminho além do dogmatismo, ou crença pura e simples na eficácia de lei,

por esse motivo a lei fomenta um *êthos* em cada um, uma disposição ética de plenitude e de amizade na reciprocidade, com a qual se aprende a conhecer as regras da ação

política, de uma existência compartilhada, complementando as diversas maneiras pelas quais o mundo se abre aos homens[70].

Os homens nem sempre agem movido pelo seu *êthos*, e a *polis* precisa além das leis, a figura do magistrado. Para Aristóteles entre outras funções necessárias à administração da *polis*, uma recebe uma nomenclatura e função especial,

o nome de magistratura deve ser reservado em termos mais próprios e absolutos para os cargos incumbidos de decidir sobre determinados assuntos, de julgar e de exercer um poder efectivo, e de um modo especial para este último aspecto, porque mandar é aquilo que mais coaduna com a função de governar[71].

Sendo assim, os homens se relacionam com a *polis* não somente pelos laços sociais, e do *êthos*, mas também pelas leis e os magistrados encarregados de exercer o poder devidamente concedido pelos cidadãos, quando alguém ousar, ou não compreender as leis, não como impositivas e imperativas, mas como uma disposição de caráter.

A *polis* possui além de outros elementos necessários à realização da sua *autárkeia*, as leis e o magistrado, e para Aristóteles, "o verdadeiro soberano, o único, é a razão, a ordem. O soberano é invisível. A razão portanto deve ser, na prática, representada pelas leis"[72], que deveriam despertar no homem grego o *êthos* necessário à sua formação ontológica, no entanto, no mundo real nem sempre acontece desta forma, "daí a necessidade da existência do magistrado. Ele é soberano onde a lei não pode decidir, em conseqüência da impossibilidade de precisar todos os detalhes dos regulamentos gerias"[73].

Na concepção aristotélica o homem que vive na *polis* deve procurar a sua realização como um todo, desenvolvendo todas as suas potencialidades e as transformando em ações, onde o campo da política é um terreno fértil e necessário ao engrandecimento e a construção da *autárkeia* da *polis*, pois ai está o maior de todos os bens.

3.3 A ÉTICA, A FELICIDADE E O CONCEITO DE JUSTIÇA

O conceito de justiça em Aristóteles está intrinsecamente ligado a ética e a felicidade. Aristóteles começa a Ética Nicomaquéia dizendo que toda ação visa a um fim, e este deve ser o bem. O que ele pretende buscar não é o bem como idéia universal e de "existência separável e independente"[74], mas sim aquele bem que possa ser alcançado pelas ações humanas, pois a reflexão para Aristóteles deve partir da análise do senso comum.

Mas qual seria a idéia de bem para Aristóteles? Para ele o bem que o homem busca é a felicidade, e esta é sempre humana e "deve ser alguma forma de contemplação"[75]. É uma atividade exclusiva dos homens, pois os animais são privados da faculdade contemplativa e, portanto não podem ser feliz. A exclusão não se

restringe apenas aos animais, mas também as crianças, pois para ele a felicidade necessita que a alma seja dotada de razão (*logos*) e as crianças e todos os homens privados desta faculdade, não podem ser felizes. Para Tugendhat a palavra *logos* pode ser substituída em toda a Ética Nicomaquéia por "reflexão", pois os animais são guiados pelo sentimento de prazer e desprazer, mas "no caso dos homens estes sentimentos podem ser dirigidos pela reflexão"[76].

Este bem não é realizável por uma única ação, mas sim por uma ação contínua e deve ser um "bem realizável e atuável pelo homem e para o homem"[77], e não uma ação pronta, acabada. Toda ação requer uma escolha, ou seja, a vontade ou não de atualizar esta ação, e a felicidade necessita de uma firme escolha, a que Aristóteles chama de "*prohairesis*" e esta só pode ser resultado de uma reflexão.

É preciso uma busca incessante e tal qual um homem que não nasce médico, mas com seu esforço se torna médico, é preciso certo esforço para a realização desta felicidade. Não existe felicidade sem ação contínua, assim como não se pode conceber a felicidade como uma atividade que não possa ser realizável pelo homem. Embora o homem tenha outros bens e busca a estes em função de outra coisa, a felicidade é o sumo bem, é aquele pelo qual o homem a busca por si mesma, ela não é finalidade de nenhuma outra coisa, senão dela mesma.

Para Aristóteles a felicidade é constitutiva do homem, sendo o exercício das atividades da alma em conformidade com a atividade virtuosa. Mas o que é esta atividade virtuosa? Segundo o Estagirita, para conquistar esta atividade o homem "deve necessariamente agir e agir bem"[78], pois a virtude é a melhor função do que há de melhor em nós, é o que modela o homem e com o qual ele se apresenta diante de nós. Toda ação realizada conforme a virtude é boa – no sentido de ser a melhor – e bela. O Estagirita divide a alma em três partes, "duas irracionais, isto é, a alma vegetativa e alma sensitiva, e uma racional, a alma intelectiva"[79]. As duas irracionais também estão presentes nos animais, portanto, não são estas que nos tornam diferentes em relação as eles, mas a alma intelectiva é própria do homem e é nesta que se manifesta a virtude, pois "a virtude humana só é aquela na qual entra a atividade da razão"[80].

A virtude precisa do hábito e do querer, pois todos nós "somos potencialmente capazes de formá-los e, mediante o exercício, traduzimos esta potencialidade em atualidade"[81], ou seja, a virtude se adquire pelo hábito que é em si uma contingência e pode ser mudado, portanto, requer ação, e para os gregos, o importante era a ação e não o caráter. Podemos dizer que para eles o fim da vida humana era o de realizar determinada ação (não importando qual fosse) e não o de possuir determinada qualidade. A importância do termo ação, fica muito claro em Aristóteles quando ele diz que "nos Jogos Olímpicos não são os mais belos e os mais fortes que conquistam a coroa, mas o que competem (pois é dentre estes que hão de surgir os vencedores) [...]"[82], ou seja, a vitória é sempre daqueles que atualizam as suas virtudes, que agem, que executam a melhor de suas ações, assim "[...]também as coisas nobres e boas da vida só são alcançadas pelos que agem retamente"[83].

Se a virtude é a melhor função do que há de melhor em nós, qual é a função do homem? A função do homem é unicamente a de viver e de viver bem, pois "afirmamos ser a função do homem certa espécie de vida, e esta vida uma atividade ou ações da alma que implicam um princípio racional [...]"[84], sendo uma atividade da alma, esta

função só pode ser excelente, pois para Aristóteles a alma é a sede do conhecimento humano, é onde encontramos o bem por excelência. A vida e mais propriamente certa atividade deste viver, tem uma importância destacada na Ética Nicomaquéia, "porque a existência é para todos os homens uma coisa digna de ser escolhida e amada; ora, nós existimos em virtude da atividade (isto é, vivendo e agindo) [...]"[85]. Sendo assim, é função do homem garantir a sua autopreservação e através da prudência (*phronesis*), "deliberar bem sobre o que é conveniente para ele, não sob um aspecto particular, como por exemplo, sobre as espécies de coisas que contribuem para a saúde e o vigor, mas sobre aquelas que contribuem para a vida em geral"[86]. Esta prudência ou sabedoria prática, é também uma das virtudes que contribuem para que o homem seja feliz, pois ela é "uma capacidade verdadeira e raciocinada de agir com respeito aos bens humanos"[87], pois o homem prudente conhece a justa medida entre todas as coisas.

Sendo a felicidade o sumo bem a que todos desejaram e o homem dependente de fatores exteriores para a conquista contínua da felicidade, um homem esfomeado ao se deparar com uma mesa farta e diante da imperiosa necessidade de seu corpo, deve se fartar em excesso para prevenir a fome de amanhã e assim ser um homem feliz? Para Aristóteles o homem que assim procedesse estaria sendo imprudente e não poderia ser um homem feliz, uma vez que o excesso de alimentos estaria contrariando a natureza de seu corpo, no entanto, agindo com prudência, saberia encontrar o justo meio entre saciar a sua fome e manter a harmonia de seu corpo, pois controlar os nossos prazeres e as nossas dores é um dos problemas da moral. O homem virtuoso e prudente saberia que a solução da sua fome pelos dias vindouros, não seria resolvida pelo se fartar além do meio termo, mas sim que ele é quem faz o seu caminho, e estaria ao alcance de suas ações saciar a sua fome em dias vindouros, mesmo que este tenha uma certa indeterminação, que é resultante da contingência das ações humanas, pois se a natureza possui um padrão de repetição mais ou menos constante, como por exemplo o alvorecer e o ocaso do sol, o mesmo não acontece com as ações humanas, uma vez que elas se dão no futuro e portanto são possíveis de serem realizadas e não necessárias, esta possibilidade reside na escolha de realizar ou não determinadas atividades, uma vez que além disto, temos o fato do homem ter as suas paixões, seus apetites, seus prazeres e nem sempre usar da prudência para frear as suas aspirações desmesuradas.

Além da contingência das ações humanas, a felicidade também "necessita igualmente dos bens exteriores; pois é impossível, ou pelo menos não é fácil, realizar atos nobres sem os devidos meios"[88]. Sendo assim, a felicidade é um estar bem, uma harmonia, tranqüilidade e equilíbrio do próprio ser, e esta diretamente relacionada com os bens materiais necessários a realização de prazeres e conseqüentemente de atos nobres. A satisfação de nossos prazeres, desde que regulados pela prudência, é certamente um dos modos da felicidade mais desejado pelo homem. No entanto, mesmo o homem virtuoso, prudente e feliz pode ser momentaneamente privado da fortuna, mas como este "estará sempre empenhado na ação ou na contemplação virtuosa"[89], terá melhores condições de suportar "as vicissitudes da vida com a maior nobreza e decoro, se é 'verdadeiramente bom' e 'honesto acima de toda censura'"[90]. Como podemos observar, Aristóteles não exclui do homem feliz, a necessidade de certa prosperidade para que as suas ações virtuosas sejam colocadas em prática, a contemplação, e a felicidade é uma forma de contemplação, só é possível quando o nosso corpo goza de uma saúde, é alimentado corretamente através do controle dos excessos e recebe o cuidado próprio de sua natureza frágil e corruptível.

Uma coisa que é constante na vida de um homem virtuoso e feliz é a permanência de sua atividade virtuosa, e mesmo diante de grande infortúnio, não deseja este homem a prática do mal porque "nenhum homem feliz pode tornar-se desgraçado, porquanto jamais praticará atos odiosos e vis"[91], e saberá tirar o melhor proveito da situação e "recuperará em breve tempo a sua felicidade"[92].

Se a ausência de bens materiais torna difícil a realização de atos nobres, a sua abundância também não garante a realização destes atos, pois poderá existir homem que dispondo de grandes bens materiais, não são virtuosos, seja porque não aprenderam bons hábitos ou simplesmente porque não querem, portanto, "se estes, com a sua presença, não podem dar a felicidade, todavia podem arruiná-la ou comprometê-la (pelo menos em parte) com a sua ausência"[93].

Um homem virtuoso, que tivesse à sua disposição em um lugar longínquo e solitário, todos os bens materiais que o seu prazer solicitasse, poderia ser um homem feliz? Para Aristóteles o homem solitário é um infeliz, pois a vida para os gregos é estruturada em conjunto, e "o homem é um ser político e está em sua natureza o viver em sociedade"[94]. É necessária a convivência em comunidade, mas não somente a presença física dentro do corpo da cidade é preciso ir muito além desta, pois "quem for incapaz de se associar ou que não sente essa necessidade por causa de sua auto-suficiência (*autárkeia*), não faz parte de nenhuma cidade, e será um bicho ou um deus"[95]. Para o homem feliz, os amigos "são considerados os maiores bens exteriores"[96], pois para este, é mais prazeroso fazer bem aos amigos do que receber este benefícios. Nesta associação entre os homens da polis, há uma mútua necessidade de existência entre o homem que precisa de alguém que lhe ampare na adversidade, quanto os "prósperos necessitam a quem fazer bem"[97]. A amizade é tema muito importante para Aristóteles e para toda a cultura grega de sua época, e ele dedicou dois livros na Ética Nicomaquéia a este assunto, ou seja, os Livro VIII e IX. Para ele a amizade está "estruturalmente ligada à virtude e à felicidade, portanto, aos problemas centrais da ética"[98], e o homem que passa os dias ao lado de homens bons, é melhor do que aquele que passa os dias ao lado de estranhos, "logo, o homem feliz necessita de amigos"[99].

O homem virtuoso e feliz necessita de muito mais do que a simples presença de bons homens, ele precisa alguém com quem "compartilhar suas discussões e pensamentos; pois isso é o que o convívio parece significar no caso do homem, e não, como para o gado, o pastar juntos no mesmo lugar"[100], pois tanto a felicidade como a virtude são resultante de um aprendizado e nas coisas que dizem respeito às atividades dos homens, essas só podem ser aprendidas com os homens. Se a felicidade e a virtude exigem uma ação contínua, ao homem solitário "a existência lhe seria dura, pois não é fácil a quem está sozinho desenvolver uma atividade contínua; mas com os outros e visando aos outros, isso é mais fácil"[101].

Mas o homem para ser feliz necessita de muitos amigos? O homem feliz e de posses materiais deve ajudar a todos? Como em todas as atividades humanas, neste aspecto é preciso também ter o "*meson*" – o meio termo – ao que Aristóteles diz referir a virtude moral, "pois é ela que diz respeito às paixões e ações, nas quais existe excesso, carência e um meio-termo"[102]. Se a falta de amigos é um impedimento para que o homem seja feliz, o excesso também o é pois pode constituir "um obstáculo a uma vida nobre"[103], de forma que eles são dispensáveis. O fato é que ao homem feliz e bom, é

prazeroso servir aos amigos, mas quando estes forem em excesso, a sua única vida não será suficiente e nem a sua riqueza, uma vez que as suas faltas somadas poderão ser maior do que as suas riquezas, portanto, a prudência deve nos levar a determinar um número, "talvez o maior número com que se pode conviver"[104]. Parece-nos surgir uma preocupação não com a quantidade de amigos, mas com a qualidade dessa convivência, pois não devemos nos preocupar propriamente com um número muito grande, "mas apenas os que forem necessários para os fins do convívio"[105], pois não é possível ao homem amar muitas pessoas ao mesmo tempo, porque "só podemos sentir uma grande amizade por poucas pessoas"[106].

Para Aristóteles, o "homem feliz vive bem e age bem", no entanto, a felicidade exige dele uma ação contínua de sua virtude, um pleno controle sobre os seus prazeres, as suas paixões. Que ele seja prudente em suas ações, mesmo na escolha e determinação dos amigos que cercam o seu convívio. Embora os deuses possam lhe dar certa dose de felicidade, esta de nada adiantará se ele não tiver ação, e esta ação envolve uma forte escolha, a que ele chama de *"proaíresis"*. É o homem quem faz o seu caminho, é ele quem escolhe o convívio ou não com os homens bons, com aqueles a quem pode aprender a praticar os bons hábitos, pois nos tornamos bons, praticando atos bons. O homem para ser feliz precisa agir racionalmente e com virtude, mas esta não é uma inclinação natural do homem mas sim uma disposição (*héxis*). Se para a maioria de suas atividades é necessário encontrar um meio termo, um *meson*, isto não é possível quanto à felicidade em si, pois não existe homem medianamente feliz.

Aquele que procura na solidão a felicidade, lá nada encontrará, pois o homem feliz sente prazer em beneficiar os outros, não com a intenção de colher retribuições, mas simplesmente pelo fato de que isto o faz feliz, o faz conhecer o sumo bem. O homem feliz encontra na vida em sociedade, os meios necessários à prática da atividade virtuosa, "pois definimos a felicidade como uma espécie de boa vida e boa ação"[107].

Mas o que é a justiça e a relação com a felicidade e a ética? Para Aristóteles, a justiça é uma disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo; e do mesmo modo, por injustiça se entende a disposição que as leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto"[108]. E o homem justo é um homem feliz e tem as suas ações guiadas pela prática da ética, pois reconhece no outro um ser que permite a realização de sua essência ontológica e também de algumas virtudes essenciais, como por exemplo, "somente a justiça, entre todas as virtudes, é o 'bem de um outro', visto que se relaciona com o nosso próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, seja um governante, seja um associado"[109].

Sendo a existência da lei uma necessidade para a convivência na *polis*, "o justo é, portanto, o respeitador da lei e o probo, e o injusto é o homem sem lei e ímprobo"[110], sendo assim, fica demarcado o homem que, respeitando a lei pode complementar a exigência para que seja um cidadão no pleno exercício de sua cidadania, ou seja, participar da vida administrativa da *polis* e também ser um magistrado.

Ainda que a justiça seja uma disposição de caráter em praticar uma ação virtuosa, cujo bem máximo é a vida na *polis* e viver em felicidade, assim mesmo é inevitável a existência de leis, e estas tem algumas características essenciais segundo Aristóteles, porque "nas disposições que tomam sobre todos os assuntos, as leis tem em

mira a vantagem comum, quer de todos, quer dos melhores o daqueles que detêm o poder o algo nesse gênero”[111]. Mas a lei não age apenas de forma negativa e punitiva em Aristóteles, ela tem uma ligação com a construção das virtudes no homem, pois “efetivamente, a lei nos manda praticar todas as virtudes e nos proíbe de praticar qualquer vício”[112]. A colocação se refere a uma *polis* onde o governo seja exercido pelos melhores homens, pelos mais nobres e justos, pois somente estes podem, através da ciência política, ensinar aos homens o caminho justo e que os conduz a agir com justiça.

Conforme já tinha apontado Platão n’A República, quando do diálogo entre Sócrates, Trasímaco e Polemarco, a justiça é um bem precioso, mas requer sacrifícios, pois é mais fácil cometer uma injustiça, do que realizar um ato de justiça. Ainda que Aristóteles partilhe da idéia de Platão, de que as virtudes podem ser ensinadas, ele admite que os homens possam ser piores que seus semelhantes, e assim sendo, “o pior dos homens é aquele que exerce a sua maldade tanto para consigo mesmo como para com os seus amigos, e o melhor não é o que exerce a sua virtude consigo mesmo, mas para com um outro; pois que difícil tarefa é essa”[113]. É o realismo aristotélico apresentando o mundo dos homens tal como ele é, ou seja, tem em si uma determinada contingência que não permite que as coisas aconteçam simplesmente porque as idealizamos, ou desejamos que fossem dessa forma. No entanto, considera que a educação pode transformar os homens, de forma a lhes proporcionar o conhecimento do justo e do injusto.

O conceito de justiça e sua aplicabilidade estão associados com uma disposição de caráter dos homens e a existência de disposições externas ao seu próprio eu, pois “tal como o homem é o melhor dos animais quando atinge o seu pleno desenvolvimento, do mesmo modo, quando afastado da lei e da justiça, será o pior”[114], porque nem todos os homens agem de forma natural à sua própria essência ontológica.

Quanto à necessidade da existência correlativa entre justiça e lei, temos novamente a análise realista de Aristóteles, pois, “com efeito, a justiça existe apenas entre homens cujas relações mútuas são governadas pela lei; e a lei existe para os homens entre os quais há injustiça, pois a justiça legal é a discriminação do justo e do injusto”[115]. Os homens não são maus e nem bons por natureza, são apenas o que o mundo lhes permite ser, dadas as condições que a *polis* oferece a cada cidadão, ou ainda, a disposição em caminhar na direção de uma vida virtuosa. Talvez, em função desta possibilidade, é que os gregos deram grande importância à educação dos seus homens. E a mesma não era tão restrita quanto o conceito de cidadania, pois vários escravos sabiam ler e escrever, e também declamavam partes da Odisséia e da Ilíada de Homero, entre outros poemas e tragédias gregas.

Mas a justiça e seu conceito não se concentram apenas na suposta vontade e abstração de um único homem, pois “a justiça é própria da cidade, já que a justiça é a ordem da comunidade de cidadãos e consiste no discernimento do que é justo”[116], é a justiça é uma relação entre o eu e outro, no entanto, é o sentido de coletividade, de comunidade que regulam os extremos. Não é a justiça resultante do imperativo categórico em si, mas a necessidade de viver, conviver, compartilhar com o outro, que permite aos homens algo que os transforme em seres melhores que os animais.

4. Considerações Finais

O resgate do conceito de justiça, procurando não uma via meramente normativa, imperativa como um “dever ser” que se estabeleça sem a busca da essência, da vontade e na necessidade, não apenas de solicitar para si a justiça, mas viver em justiça, como forma de realizar a essência ontológica do próprio homem, é o que deve mover a sociedade.

Aristóteles nos mostra, através de seus escritos, que o conceito de justiça é antes de tudo, uma construção dos homens e para os homens, sem a necessidade de um aporte coercitivo estatal, ainda que no seu tempo, a *pólis* fosse o elemento de congregação dessas forças e vontade.

Embora Aristóteles discuta na Ética a Nicômaco e também na Política, algumas partes acessórias da justiça, como a justiça comutativa, distributiva, relativa e absoluta, a essência do conceito é uma só: a ética associada com a necessidade da vida em sociedade, onde o homem tem a potencialidade de realizar a sua essência, e a justiça, busca um *telos* maior, do qual carece a sociedade atual: a felicidade. Não a felicidade relativa somente aos bens materiais, ainda que eles sejam úteis e possam nos ser necessários, mas a felicidade que caminhe em busca do conhecimento de algo que a sociedade perdeu há algum tempo, o da nossa essência ontológica.

5. Referências

VERNANT, Jean-Pierre. **As Origens do Pensamento Grego**. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. 12 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2002.

VERNANT, Jean-Pierre & NAQUET, Pierre-Vidal.Trabalho e Escravidão na Grécia Antiga. Trad. Marina Appenzeller. Campinas, SP: Papirus, 1989.

JAEGER, Werner. **Paidéia – A Formação do Homem Grego**. Trad. Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

PEREIRA, Maria Helena da. **Estudos de História da Cultura Clássica**. I Vol. Cultura Grega. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

CHAUI, Marilena. Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

NAGEL, Lízia Helena. Dançando com os Textos Gregos – A Intimidade da Literatura com a Educação. Maringá (PR): Eduem, 2006.

HESÍODO. Os Trabalhos e os Dias. Trad. Mary de Camargo Neves Lafer. 3 ed. São Paulo: Editora Iluminuras, 1996.

SÓFOCLES. **Antígona**. Trad. Domingos Paschoal Cegalla. Rio de Janeiro: DIFEL, 2001.

RUBY, Christian. **Introdução à Filosofia Política.** Trad. Maria Leonor F. R. Loureiro. São Paulo: Editora UNESP, 1998.

WOLF, Francis. **Sócrates – O Sorriso da Razão.** Trad. Franklin Leopoldo e Silva. 4 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Trad. Enrico Corvisieri. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

PLATÃO. **Críton**. Trad. Enrico Corvisieri. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

CASSIN, Barbara; LORAUX, Nicole & PESCHANSKI, Catherine. Gregos, Bárbaros, Estrangeiros: A Cidade e seus outros. Trad. Ana Lúcia de Oliveira e Lúcia Cláudia Leão. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

PLATÃO. **A República**. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

ARISTÓTELES. **Política.** Trad. António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Edição Bilingue: Grego-Português. Lisboa: Editora Veja, 1998.

LARA, Tiago Adão. **A Filosofia nas suas Origens Gregas.** 3 ed. Petrópolis (RJ): Editora Vozes Ltda, 1989.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro & Gerd Bornheim. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril S/A Cultural e Industrial, 1973.

BOUTROUX, Émile. **Aristóteles.** Trad. Carlos Nougué. São Paulo: Editora Record, 2000.

TUGENDHAT, Ernest. *Lições Sobre Ética*. Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 1997.

REALE, Giovanni. *História da Filosofia Antiga Vol. II*. Tradução de Cláudio de Lima e Vaz e Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 1994.

---

[1] VERNANT, Jean-Pierre. **As Origens do Pensamento Grego**. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. 12 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2002, p. 56.

[2] É preciso ressaltar as características diferenciadas da escravidão na Grécia, não podendo ser compreendida, tal qual o mundo ocidental após a queda do Império Romano adotou. Vernant e Naquet (1989, p. 93) desenvolvem todo um estudo específico sobre a escravidão na Grécia Antiga, onde asseveram que o "escravo torna possível o jogo social, não porque garanta a totalidade do trabalho material (isso jamais será verdade), mas porque seu estatuto de anticidadão, de estrangeiro absoluto, permite que o estatuto do cidadão se desenvolva". Esta condição de escravidão será um dos aspectos sob o qual se constrói o conceito de justiça, e Aristóteles desenvolve na obra *Política* os seus argumentos sobre o conceito de escravidão, dividindo-os em duas classes principais: os escravos resultantes do espólio de guerra, ao qual o pensador grego se recusa a aceitar e reconhecer; e o que nomina de escravidão por natureza que é

homem despojado das condições de desenvolver as plenas potencialidades de sua razão, e por conveniência de sobrevivência, termina por depositar nas mãos de um senhor, o direito de melhor dirigir os passos do seu futuro.

[3] JAEGER, Werner. **Paidéia – A Formação do Homem Grego**. Trad. Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 3.

[4] A palavra *logos* que é por natureza uma invenção do povo grego, tem um significado complexo, amplo e ao mesmo tempo, se liga de forma intrínseca à cultura e desenvolvimento do homem grego. Para Chaui (2001, p. 504), a palavra *logos* assume entre outros significados a "palavra, o que se diz, sentença, máxima, exemplo, conversa, assunto de discussão; pensar, inteligência, razão, faculdade de raciocinar, fundamento, causa, princípio, motivo, razão de alguma coisa; argumento, exercício da razão, juízo ou julgamento, bom senso, narrativa, estudos; valor atribuído a alguma coisa, razão íntima de alguma coisa".

[5] PEREIRA, Maria Helena da. **Estudos de História da Cultura Clássica**. I Vol. Cultura Grega. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 87.

[6] Idem, p. 94.

[7] Idem, p. 95.

[8] PEREIRA, Maria Helena da Rocha. Op. cit. p. 102.

[9] PEREIRA, Maria Helena da Rocha. Op. cit. p. 139.

[10] Para Pereira (1993, p. 137) ágathos (agaqoz))) "é ter especial força ou coragem ou habilidade para qualquer fim superior".

[11] Idem, p. 140.

[12] JAEGER, Werner. Op. cit. p. 78.

[13] JAEGER, Werner. Op. cit. p. 85.

[14] NAGEL, Lízia Helena. Dançando com os Textos Gregos – A Intimidade da Literatura com a Educação. Maringá (PR): Eduem, 2006, p. 52.

[15] HESÍODO. Os Trabalhos e os Dias. Trad. Mary de Camargo Neves Lafer. 3 ed. São Paulo: Editora Iluminuras, 1996, v. 11-24. Esta obra de Hesíodo é referenciada pelos versos em função de notações estabelecidas em traduções bilíngües.

[16] HESÍODO. Op. cit.

[17] HESÍODO. Op. cit. v. 282-283.

[18] HESÍODO. Op. cit. v. 305-311.

[19] JAEGER, Werner. Op. cit. p. 93.

[20] A Trilogia Tebeana é composta pelas obras: Édipo Rei, Antígona e Édipo em Colona, contando a saga da ascensão e desgraça de uma família que vivia em harmonia, até que os deuses e o destino revelam as origens e causas de sua desgraça presente.

[21] SÓFOCLES. **Antígona**. Trad. Domingos Paschoal Cegalla. Rio de Janeiro: DIFEL, 2001.

[22] CHAUI, Marilena. **Introdução à História da Filosofia – Dos Pré-Socráticos a Aristóteles**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 156.

[23] CHAUI, Marilena. Op. cit. p. 495.

[24] Idem, p. 157.

[25] JAEGER, Werner. Op. cit. p. 3.

[26] VERNANT. Jean-Pierre. Op. cit. 53.

[27] Idem, p. 54.

[28] RUBY, Christian. **Introdução à Filosofia Política.** Trad. Maria Leonor F. R. Loureiro. São Paulo: Editora UNESP, 1998, p. 13.

[29] VERNANT, Jean-Pierre. Op. cit. p. 88.

[30] WOLF, Francis. **Sócrates – O Sorriso da Razão.** Trad. Franklin Leopoldo e Silva. 4 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

[31] Segundo Chaui (2002, p. 504) a palavra *kósmos* significa "bom ordenamento de coisas e pessoas; boa ordem; arranjo conveniente e adequado; disciplina; organização do cerimonial religioso; organização do Estado; ordem estabelecida; princípio regulador e ordenador das coisas; ordem do mundo, e por extensão, mundo".

[32] WOLF, Francis. Op. cit. p. 34.

[33] Para os gregos a *agorá* em "Atenas era um conjunto de construções, alamedas e jardins, onde se localizavam as instituições políticas, religiosas e judiciárias da cidade, com locais para o mercado de bens negociados ou vendidos por cada corporação; donde: praça do mercado, venda pública" (Chaui, 2002, p. 493).

[34] PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Trad. Enrico Corvisieri. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 65.

[35] PLATÃO. Op. cit. p. 93.

[36] PLATÃO. **Críton**. Trad. Enrico Corvisieri. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 108.

[37] PLATÃO. **Críton**. Trad. Enrico Corvisieri. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 108.

[38] Idem, p. 109.

[39] CASSIN, Barbara; LORAUX, Nicole & PESCHANSKI, Catherine. Gregos, Bárbaros, Estrangeiros: A Cidade e seus outros. Trad. Ana Lúcia de Oliveira e Lúcia Cláudia Leão. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993, p. 117-118.

[40] CHAUI, Marilena. Op. cit. p. 206.

[41] PLATÃO. **A República**. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 33.

[42] PLATÃO. **A República**. Op. cit. p. 35.

[43] CHAUI, Marilena. Op. cit. p. 232.

[44] PLATÃO. **A República**. Op. cit. p. 40.

[45] VERNANT, Jean-Pierre. Op. cit. p. 50.

[46] VERNANT, Jean-Pierre. Op. cit. p. 51.

[47] Idem.

[48] RUBY, Christian. Op. cit. p. 26.

[49] ARISTÓTELES. **Política.** Trad. António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Edição Bilingue: Grego-Português. Lisboa: Editora Veja, 1998, Livro I – 1253a-20.

[50] JAEGER, Werner. Op. cit. p. 106.

[51] ARISTÓTELES. **Política.** Livro I – 1253a-5.

[52] ARISTÓTELES. **Política.** Livro I – 1253a-5.

[53] Segundo Chaui (2002, p. 496), a *autárkeia* é a "auto-suficiência e independência para existir, agir e julgar. É o ideal mais alto da ética e da política porque significa liberdade. É livre quem encontra em si mesmo o princípio de sua existência e de sua ação e possui por si mesmo o poder para agir e julgar".

[54] LARA, Tiago Adão. **A Filosofia nas suas Origens Gregas.** 3 ed. Petrópolis (RJ): Editora Vozes Ltda, 1989, p. 160.

[55] ARISTÓTELES. **Política.** Livro I – 1252b-25.

[56] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro & Gerd Bornheim. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril S/A Cultural e Industrial, 1973, Livro I – 1094b-5.

[57] Idem, Livro I – 1095b-30.

[58] RUBY, Christian. Op. cit. p. 26.

[59] ARISTÓTELES. **Política.** Livro I – 1275a-5.

[60] ARISTÓTELES. **Política.** Livro I – 1275a-20.

[61] LARA, Tiago Adão. Op. cit. p. 161.

[62] O Estagirita, ou também O Filósofo por Excelência, é como Aristóteles passou a ser chamado pelos filósofos de sua época, e também pelo mundo Árabe, cuja filosofia tratou Aristóteles com muita distinção, sendo inclusive, um de seus principais referencias. Estagira é a cidade onde Aristóteles nasceu. Era comum os gregos assumirem como segundo nome, a cidade onde nasciam.

[63] ARISTÓTELES. **Política.** Livro I – 1275b-20.

[64] ARISTÓTELES. **Política.** Livro I – 1095a-5.

[65] A palavra *phrónesis* significa "prudência ética, sabedoria moral, inteligência razoável ou sensata. O verbo *phronéo* significa: ter a faculdade para pensar e sentir, isto é, para viver; estar no bom senso; estar no pleno uso da razão (em oposição à insensatez ou à loucura); ser sábio e prudente, ser sensato; ter bons sentimentos, ter sentimentos nobres e elevados. É a mais alta qualidade moral e se opõe à *hýbris*" (Chaui, 2002, p. 509).

[66] RUBY, Christian. Op. cit. p. 33.

[67] Segundo Aristóteles, "o político poderá discernir as melhores leis e as mais convenientes para cada tipo de regime. Na verdade, as leis devem ser estabelecidas de acordo com o tipo de regime, e de facto é assim que as estabelecemos todas e nunca ao contrário, ou seja, o regime de acordo com as leis" (**Política.** Livro IV – 1289a-10.

[68] ARISTÓTELES. **Política.** Livro I – 1284a.

[69] RUBY, Christian. Op. cit. p. 27.

[70] RUBY, Christian. Op. cit. p. 27.

[71] ARISTÓTELES. **Política.** Livro IV – 1299a-25.

[72] BOUTROUX, Émile. **Aristóteles.** Trad. Carlos Nougué. São Paulo: Editora Record, 2000, p. 124.

[73] BOUTROUX, Émile. Op. cit. p. 124.

[74] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. Coleção os Pensadores. São Paulo: ABRIL S/A Cultural e Industrial, 1973, Livro I Cap. 2 1096 b 30.

[75] **ARISTÓTELES**. Op. Cit. 1178 b 30

[76] **TUGENDHAT**, Ernest. *Lições Sobre Ética*. Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 1997, p. 264.

[77] **REALE**, Giovanni. *História da Filosofia Antiga Vol. II*. Tradução de Cláudio de Lima e Vaz e Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 1994, p. 408.

[78] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*, Livro I Cap. 7 1098 b 30.

[79] **REALE**, Giovanni. Op. Cit. p. 412.

[80] Ibidem, p. 412.

[81] Ibidem, p. 413.

[82] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*, Livro I Cap. 8 1099 a.

[83] Ibidem, Livro I Cap. 8 1099 a 5.

[84] Ibidem, Livro I Cap. 8 1098 a 10.

[85] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*, Livro IX Cap. 7 1168 a 5.

[86] Ibidem, Livro VI Cap. 4 1140 a 25-30.

[87] Ibidem, Livro VI Cap. 4 1140 b 20.

[88] Ibidem, Livro I Cap. 8 1099 a 30 – 1099 b.

[89] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco,*, Livro I Cap. 10 1100 b 20.

[90] Ibidem, Livro I Cap. 10 1100 b 20.

[91] Ibidem, Livro I Cap. 10 1100 b 30-35.

[92] Ibidem, Livro I Cap. 10 1101 a 10.

[93] **REALE**, Giovanni. Op. Cit. p. 411.

[94] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*, Livro IX Cap. 9 1169 b 15-20.

[95] **ARISTÓTELES**. *Política*. Tradução e Notas de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Coleção: Vega Universidade/Ciências Sociais e Política. Lisboa: 1998, 1253 a 25-30.

[96] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*, Livro IX Cap. 9 1169 b 10.

[97] Ibidem, Livro IX Cap. 9 1169 b 15.

[98] **REALE**, Giovanni. Op. Cit. p. 422.

[99] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*, Livro IX Cap. 9 1169 b 20.

[100] Ibidem, Livro IX Cap. 9 1170 b 10-20.

[101] Ibidem, Livro IX Cap. 9 1170 a 5.

[102] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*, Livro II Cap. 6 1106 b 15.

[103] Ibidem, Livro IX Cap. 9 1170 b 25-30.

[104] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*, Livro IX Cap. 10 1171 a.

[105] Ibidem, Livro IX Cap. 10 1171 a 5-10.

[106] Ibidem Livro IX Cap. 10 1171 a 10-15.

[107] Ibidem, Livro I Cap. 8 1098 b 20.

[108] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*, Livro V, 1129a-5.

[109] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*, Livro V, 1130a-5.

[110] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*, Livro V, 1129a-30.

[111] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*, Livro V, 1129a-15.

[112] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*, Livro V, 1130b-20.

[113] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*, Livro V, 1130a-5.

[114] **ARISTÓTELES**. *Política*. Tradução e Notas de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Coleção: Vega Universidade/Ciências Sociais e Política. Lisboa: 1998, 1253 a30.

[115] **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*, Livro V, 1134a-30.

[116] **ARISTÓTELES**. *Política*. Tradução e Notas de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Coleção: Vega Universidade/Ciências Sociais e Política. Lisboa: 1998, 1253 a35.

ENTRE DICKENS E DWORKIN: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO NARRADOR CONSTITUCIONAL*

ENTRE DICKENS Y DWORKIN: EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO NARRADOR CONSTITUCIONAL

Douglas Antônio Rocha Pinheiro

RESUMO
A partir do julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão da fidelidade partidária e valendo-se da metáfora do romance em cadeia consagrada por Dworkin, o artigo questiona tanto a prática argumentativa judicial que negligencia anos de debate constitucional e que põe em risco os pólos opostos e reciprocamente constitutivos da justiça e da segurança jurídica e, numa dimensão ampliada, a própria reconstrução coerente da identidade do sujeito constitucional, quanto a própria relação discursiva que os membros da Corte mantém entre si e que a Corte, por sua vez, mantém com os demais poderes e com a esfera pública como um todo.

PALAVRAS-CHAVES: ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA; ROMANCE EM CADEIA; NARRATIVA CONSTITUCIONAL.

RESUMEN
Desde el juicio de la Corte Suprema sobre la cuestión de la fidelidad partidária y haciendo uso de la metáfora de la novela en cadena consagrada por Dworkin, el artículo cuestiona tanto la práctica argumentativa judicial que no lleva en cuenta años de debate constitucional y que pone en riesgo a los polos opuestos y mutuamente constitutivos de la justicia y de la seguridad jurídica y, con mayor alcance, la propia reconstrucción coherente de la identidad del sujeto constitucional, como la relación discursiva que los miembros de la Corte Constitucional mantienen entre ellos y que la Corte, a su vez, mantiene con los otros poderes y la esfera pública en general.

PALAVRAS-CLAVE: ARGUMENTACIÓN JURÍDICA; NOVELA EN CADENA; NARRATIVA CONSTITUCIONAL.

1. Da argumentação constitucional amnética

Em 2007, após manifestação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) na Consulta nº 1.398/DF e de sua conseqüente Resolução nº 22.526/2007 – que reconhecia, a partidos e coligações, o direito de preservar vaga obtida pelo sistema proporcional,

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

quando houvesse pedido de cancelamento de filiação ou transferência de candidato eleito por um partido para outra legenda –, o Partido Popular Socialista (PPS), o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e o Democratas (DEM) impetraram mandado de segurança [1] no Supremo Tribunal Federal (STF), face à negativa do Presidente da Câmara dos Deputados em declarar vacância de mandato dos parlamentares que se encontravam em tal situação.

O tema não era novidade na Corte. Em outubro de 1989 [2], o STF já afirmara a condição de suplente de candidato àquele que, diplomado pela Justiça Eleitoral, posteriormente se desvinculasse do partido ou aliança partidária que o elegera. Em seu voto condutor, o Min. Moreira Alves fez uma memória da fidelidade partidária, desde a Emenda Constitucional nº 11/78, que alterou o art. 152 da Emenda nº 1/69 e passou a exigi-la sob pena de perda de mandato, até a Emenda Constitucional nº 25/85 que a revogara, para concluir:

> Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de Partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, "a"; 58, § 1º; 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55 (BRASIL, 1989).

O Min. Celso de Mello, baseando-se no art. 17, § 1º, afirmou identificar na Constituição o dever de fidelidade partidária, embora isso não significasse uma reintrodução, no ordenamento jurídico, da decretabilidade da perda do mandato por ato caracterizador de infidelidade face à taxatividade do art. 55 [3]. O Min. Sepúlveda Pertence também reconheceu a taxatividade do art. 55 na sua redação redundante, em que se elencam todas as situações possíveis de perda do mandato, inclusive aquelas cuja ocorrência se daria por inferência lógica, como, por exemplo, no caso do Deputado que perdesse seus direitos políticos. O Min. Aldir Passarinho alegou ter procurado suporte constitucional para defender a fidelidade partidária, principalmente em razão do papel desempenhado pelos partidos políticos no sistema representativo; porém, não encontrou qualquer indicação que permitisse a ampliação dos casos de perda de mandato para além daqueles descritos no já citado art. 55. Por fim, o Min. Néri da Silveira, após

defender a conveniência de uma norma que exigisse a fidelidade, decidiu por sua inexigibilidade, transcrevendo integralmente o art. 55 em seu voto.

Posteriormente, em março de 2004, questão semelhante foi levada a conhecimento do STF. O novo mandado de segurança [4] foi julgado prejudicado, por unanimidade, devido à controvérsia se referir à legislatura já encerrada. Todavia, apesar de desnecessário o enfrentamento do mérito, o Min. Relator Gilmar Mendes fez questão de reiterar a inexegibilidade da fidelidade partidária, fazendo-o sob argumento de que tal hipótese não se encontrava entre as causas de perda de mandato elencadas pelo art. 55. Após invocar o precedente de 1989, afirmou:

> Embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob regime da proporcionalidade revele-se extremamente negativa para o desenvolvimento e continuidade do sistema eleitoral e do próprio sistema democrático, é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente (BRASIL, 2004).

Desse modo, quando em 2007 o STF foi novamente convocado a se pronunciar sobre o tema, após o TSE proferir orientação contrária à jurisprudência consagrada na referida Corte, era de se esperar, minimamente, que o debate devesse considerar como ponto de partida argumentativo e contra-argumentativo as condições de perda de mandato elencadas no art. 55 da Constituição. Afinal, segundo Dworkin, é preciso compreender o direito como aprendizado social interpretativo e argumentativo, um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reconstruída e ressignificada de forma reflexiva à luz dos princípios jurídicos de moralidade política (OLIVEIRA, 2008, p. 24), numa elaboração que, por analogia, aproxima a prática jurídica com o exercício literário, consubstanciando a idéia do romance em cadeia (*chain novel*) (CHUEIRI, 1995, p. 68).

O romance em cadeia corresponderia a uma narrativa em série, escrita por um grupo distinto de romancistas. Estabelecida a ordem da composição de forma aleatória, por meio da sorte, cada autor escreveria um capítulo, ao fim do qual confiaria a continuidade da obra ao escritor imediatamente subseqüente. Cada romancista, excepcionado o primeiro, teria a dupla responsabilidade de interpretar e criar, visto que o capítulo que lhe caberia escrever precisaria partir dos elementos gerais já previamente trabalhados pelos demais autores, tais como gênero, trama, tema, objetivo, personagens, espaço, tempo. Deveria verificar, pois, a plausibilidade de sua contribuição literária e, havendo mais de uma escrita possível, qual se justificaria melhor no contexto geral da

obra (DWORKIN, 1999, p. 276-278; 2005, p. 235-237). A metáfora permite concluir que, notadamente em casos jurídicos controversos, cada juiz

> é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então (DWORKIN, 2005, p. 238).

A narrativa constitucional sobre a fidelidade partidária no Brasil não se encontrava nas mãos do primeiro romancista da cadeia. Desse modo, qualquer Ministro da Corte deveria considerar a adequação de seu voto não apenas relativamente ao enunciado normativo constitucional, mas, também, e necessariamente, em relação à construção argumentativa desenvolvida pelos que redigiram os capítulos anteriores da cadeia. Em outras palavras, a tese da taxatividade do art. 55 da Constituição deveria figurar no plano central do debate, nem que fosse, ao menos, para ser desconstruída [5]. Com poucas exceções, não foi o que ocorreu. Dentre as ações ajuizadas, tomemos para análise o Mandado de Segurança nº 26.603/DF, em razão de ter sido designado relator o Min. Celso de Mello, único remanescente atual daquela composição da Corte de 1989.

O Relator fez questão de ressaltar que, na decisão de 1989, tinha sido voto vencido juntamente com os Ministros Sydney Sanches, Carlos Madeira e Paulo Brossard. Omitiu, porém, que foi vencido apenas quanto à extensão dos benefícios da infidelidade partidária aos suplentes não empossados, tendo se manifestado de modo expresso quanto à impossibilidade de perda de mandato em relação aos parlamentares infiéis titulares da cadeira. Reconhecendo o status constitucional da exigência de fidelidade partidária, o Min. Celso de Mello invocou em seu atual voto a essencialidade dos partidos políticos no sistema representativo brasileiro, o respeito do mandato à manifestação da vontade popular, a filiação como condição de elegibilidade e a admissão do sistema proporcional como proteção das pretensões das correntes minoritárias. Em voto de 62 páginas, atacou a questão do art. 55 em não mais que quatro delas, repetindo o argumento do Min. César Peluzo, constante da Consulta nº 1.398/DF, de que tal artigo não seria taxativo, visto referir-se, apenas, aos casos cuja perda consistisse em uma reação do ordenamento a atos ilícitos – no que foi seguido pelo Min. Aires Brito. Porém, justapondo os artigos 15 e 55 da Constituição, que ato ilícito teria havido numa perda de mandato que ocorresse por suspensão de direitos políticos decorrente de uma incapacidade civil absoluta do parlamentar?

O Min. Menezes Direito, por sua vez, invocou a necessidade de uma leitura moral da Constituição, entendendo-a, porém, como a possibilidade de insubordinação da Corte ao "argumento de direito constitucional estrito" por meio dos princípios, numa percepção questionável de integridade que não considera o paradoxo constitutivo justiça/segurança jurídica. Nesse sentido, invocando soberania popular e sistema representativo, pouco se preocupou em contra-argumentar a taxatividade constitucional de perda de mandato. O Min. Ricardo Lewandowski reservou um item inteiro para descrever o estado da arte da questão; porém, na construção argumentativa do voto, tal descrição não foi integrada a uma narração coerente do tema [6]. O Min. Gilmar Mendes fez questão de destacar que o mandado de segurança, que relatara em 2004, tratava do tema da taxatividade apenas como *obiter dictum* [7], não podendo servir de parâmetro para indicar o posicionamento da Corte.

Voltemos, porém, ao voto do relator para ressaltar dois aspectos: (i) uma defesa contundente do poder do STF de interpretar a Constituição, invocando para tanto o monopólio da última palavra, ou seja, o direito de dizer o direito por último, nem que seja para dizê-lo errado [8]; (ii) a convicção de que, no poder de interpretar, inclui-se a prerrogativa de formular e de revelar o próprio sentido do texto constitucional (VIEIRA, 2008, p. 71). Como reforço do segundo argumento, Celso de Mello citou Francisco Campos [9]:

> O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte (BRASIL, 2007, p. 459).

Desse modo, a Corte não teria apenas o poder da última palavra, mas também o da primeira – o que pode acabar se convertendo no poder da única palavra, capaz de reduzir o romance em cadeia a uma crônica episódica que se escreve a cada momento, descartando-se logo depois, transformando a construção constitucional numa narrativa amnética. Ora, uma argumentação que negligencia anos de debate constitucional, escrito em diversos capítulos por distintos autores na cadeia do romance jurídico-interpretativo, e faz opção de voltar ao texto constitucional como texto canônico, não compromete os pólos opostos e reciprocamente constitutivos da justiça e da segurança jurídica e, numa dimensão ampliada, a própria reconstrução coerente da identidade do sujeito constitucional [10]?

2. Dickens e Dworkin: entre a crônica episódica e o romance em cadeia

A metáfora do romance em cadeia foi utilizada por Dworkin, pela primeira vez, em um artigo publicado originalmente, em setembro de 1982, na *Critical Inquiry*, reeditado, em 1985, como capítulo 6 do livro *Uma questão de princípio*. Em tal artigo, entitulado "De que maneira o Direito se assemelha à literatura", a personagem Scrooge de *Conto de Natal*, escrito por Charles Dickens, ocupa apenas uma nota de rodapé. No capítulo 7 de *O império do direito*, publicado em 1986, porém, Scrooge passa a merecer um subtítulo e exemplifica boa parte da discussão sobre integridade no direito: afinal, se no começo do conto eu posso julgá-lo inerente e irrecuperavelmente mau, posso fazê-lo do mesmo modo ao final da narrativa, após a visita dos três espíritos [11]? De outro modo, é possível escrever um novo capítulo sem se reportar ao que já se encontra previamente narrado?

Antes, porém, de se abordar tais questões, sugere-se uma breve mudança de foco: pensar contra Dworkin a partir de Dickens. Afinal, "todo texto se constrói como mosaico de citações, todo texto é absorção e transformação de outro texto" (KRISTEVA, 2005, p. 68). Assim, fazendo da intertextualidade a memória da literatura, retomando, pois, os sentidos que certas referências carregam em si, "propõe-se uma poética inseparável de uma hermenêutica: trata-se de ver e de compreender do que ela procede, sem separar esse aspecto das modalidades concretas de sua inscrição" (SAMOYAULT, 2008, p. 47). Ao tratar do romance em cadeia, Dworkin (1999) várias vezes menciona que o rodízio feito entre os escritores jamais teria a mesma unidade de algo escrito por um único autor.

Nesse sentido, a referência a Dickens parece ser justificada. Afinal, o escritor inglês não esperava concluir seus romances para então divulgá-los; do contrário, construía gradualmente a obra, publicando um capítulo por mês em jornais da época. Ocorre, porém, que a prática narrativa de Dickens nos dá algumas chaves reflexivas sobre o encadeamento jurídico. Primeiro: por vezes, durante a publicação seriada do romance, Dickens alterava o curso inicialmente proposto para a história, transformando em protagonista uma determinada personagem secundária, e em tema principal uma trama que, até então, era acessória. *A loja de antiguidades*, livro que narra a história de Nell, uma menina cercada de tipos cruéis, teve como mote inicial a memória de um velho ancião, mestre Humphrey – proposta que não agradou ao público e que forçou a

mudança de trajetória quando alguns capítulos já haviam sido publicados (MAUROIS, 1963, p. 28-29).

Segundo: o encadeamento dos capítulos, em várias situações, alternava distintas narrativas que mutuamente se influenciavam e que só se resolviam satisfatoriamente no final do romance. No capítulo 17 de Oliver Twist, o próprio Dickens justifica tal arquitetura de composição na percepção de que a vida é invariavelmente marcada por altercações. Griffith, diretor norte-americano de cinema, identificou na técnica da montagem paralela de quadros uma revolução no modo de contar histórias para um grande público [12]. Segundo tal técnica, a decisão sobre o destino da personagem é suspensa, adiada e só retomada alguns capítulos depois, quando já se encadearam no romance tantos outros elementos secundários (EISENSTEIN, 2002).

Por fim, é comum apontar, em Dickens, a ocorrência de infrações à ordem precedente do que já foi narrado, fazendo com que o romance perca, em seu final, parte de sua espessura estética e moral. Em relação ao critério tipológico, constroem-se personagens densos, cuja vida se pauta pela ordem do mundo real, mas que, no desenlace, sofrem verdadeiros milagres: "tal personagem rico revela-se subitamente como um ser generoso e torna possível a instauração de uma nova ordem" (TODOROV, 1973, p. 250-254), o reino da virtude. A bem da verdade, Scrooge apenas sonhou. Ao acordar, no último capítulo do livro *Conto de Natal*, o estado natural das coisas remetia à mesma conjuntura do primeiro capítulo, de tal sorte que sua redenção parece mais pertencer ao inconsciente inexplicável que à consciência justificável.

Desse modo, se considerarmos que as referências em um dado escrito não estabelecem apenas uma relação entre textos, mas sim, discursos entre contextos (BAKHTIN, 2008), a polifonia do mencionado capítulo 7 de *O império do direito* nos aponta para duas direções: com Dworkin, para um encadeamento necessário da narrativa jurídica, em que cada novo capítulo mantenha um grau de plausibilidade com a parte já escrita do romance por diversos juízes e cortes, o que é facilitado em ordenamentos que exijam a consideração do precedente como origem e horizonte da argumentação; com Dickens, para um encadeamento ocasional, em que a narrativa, em nome de um objetivo maior (que, em Dickens, podia ser a aceitação popular de suas obras e que, no direito, pode até invocar preceitos de justiça), desconsidera o enredo anterior legitimamente construído, muda-lhe o foco, suspende-lhe o seqüenciamento, numa postura de detenção, a todo tempo, da única palavra e que parece remeter a

ordenamentos em que o precedente não necessariamente informa o debate que lhe seja posterior.

A questão da fidelidade partidária parece demonstrar como a Corte brasileira se inclina no segundo sentido, o que gera, de imediato, uma fragilização da memória e narrativa constitucionais – fragilização que não se restringe a uma compreensão histórica de textos. Afinal, para além disso, a inobservância da integridade como limite ao processo de reconstrução da identidade do sujeito constitucional diz respeito à própria reconstrução que o povo, como fluxo comunicativo geracional, faz de si através dos discursos intersubjetivos tecidos na esfera pública.

3. A integridade e a identidade do sujeito constitucional

A identidade do sujeito constitucional sempre se revela, a princípio, menos como uma presença, mais como uma ausência. A origem desse vazio pode remeter a, pelo menos, três causas: (i) o processo de iconização do "povo", segundo o qual fórmulas holisticamente legitimadoras são utilizadas para encobrir as cisões sociais existentes e reproduzir uma estrutura de poder (MÜLLER, 2004), fazendo com que o termo *povo* acabe não se referindo a ninguém no âmbito do discurso de legitimação (MÜLLER, 2003); (ii) o fato dessa identidade constitucional não poder ser congelada no momento de seu nascimento, haja vista ser a lei fundamental feita também para as gerações futuras; (iii) uma incompletude que lhe deve ser inerente numa comunidade política pluralista e aberta, já que toda construção intersubjetiva de identidades nunca consegue ser suficientemente inclusiva, na medida em que a compreensão do *self* depende do tipo construído dos *outros* do qual se queira, então, diferenciar (MOUFFE, 2005).

Tal ausência ou hiato, porém, é suscetível de uma determinação parcial por meio de um processo de construção/reconstrução contínuos, que se dá mediante um discurso constitucional; desse modo, apreendido mediante expressões de sua auto-identidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores sociais reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais, o sujeito constitucional não deve ser personificado, mas sim, compreendido de modo mais abstrato (ROSENFELD, 2003, p. 39-41).

Construção e reconstrução, pois, são faces de uma mesma moeda, momentos distintos de uma só investigação da identidade do sujeito constitucional. A tomada de

decisão constitucional por uma Corte Superior, por exemplo, envolve construção face à necessidade de se fazer uma opção entre várias alternativas possíveis; tal decisão, porém, como reflete na identidade do sujeito constitucional, na medida em que lhe acresce novos elementos, precisa ser justificada e harmonizada com os elementos já existentes: eis a tarefa da reconstrução.

Todavia, a interpretação reconstrutiva pode se mostrar por demais casuística: a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso Dred Scott (1857), só conseguiu sobrepor o direito de propriedade dos senhores de escravos ao direito de liberdade desses últimos ao negar a qualidade de pertinência dos afro-americanos à raça humana (ROSENFELD, 2003, p. 59-60); a mesma Corte, no caso Bowers (1986), ao distinguir as relações hetero das homossexuais, recusou a estas o direito de privacidade da associação íntima garantido àquelas (ROSENFELD, 2003, p. 66-72).

Desse modo, tais práticas precisam ser conformadas em estritos limites para se evitar uma utilização arbitrária: a construção, pela aceitação de determinados princípios sobre, por exemplo, justiça, eqüidade e devido processo; já a reconstrução, pelos limites normativos inerentes ao constitucionalismo (tal como a proteção dos direitos fundamentais) suplementada pelo limite dado pela integridade, ou seja, a observância ao padrão de coerência dado pelas decisões passadas e pela história política da comunidade (ROSENFELD, 2003, p. 44-48).

O processo de construção/reconstrução permanente da identidade do sujeito constitucional demonstra, pois, não apenas a dimensão narrativa do direito [13], mas, também, a necessidade dessa narrativa encadear as decisões passadas de um modo coerente. Afinal, uma decisão pretérita ao qual se reporta não se relaciona de per si, imediata e ininterruptamente, com o que lhe seja anterior e subseqüente na linha do tempo. Há entre eles a hesitação, o frêmito, a pausa, a espera. Tal descontinuidade somente se resolve pela capacidade que os grupos sociais e Tribunais possuem de narrarem a si próprios, preenchendo, assim, o vazio dos tempos inativos, misturando, ao tempo efetivamente vivido, um tempo posteriormente pensado que consiga dar um sentido pleno ao ato de recordar (BACHELARD, 1994).

A memória torna-se, pois, um elemento constituinte da identidade, tanto individual quanto coletiva, na medida em que consegue, por meio da narração, estabelecer a noção de continuidade e de coerência de uma pessoa ou de um grupo em sua recordação de si (POLLAK, 1992). Assim, considerando povo como fluxo comunicativo geracional, a percepção de sua identidade surge a partir dos discursos

intersubjetivos tecidos na esfera pública, dentre os quais se inclui, de modo destacado, a interpretação principiológica que se faz do texto constitucional por ele constituído e que a ele constituiu [14].

4. O Supremo Tribunal Federal como narrador

A necessidade de superação da argumentação constitucional amnética e a construção de uma narrativa coerente do direito pelo Supremo Tribunal Federal não passam apenas pela constatação dúplice de que a observância do debate constitucional posto, escrito em diversos capítulos por distintos autores na cadeia do romance jurídico-interpretativo, garante tanto o equilíbrio entre justiça e segurança jurídica nas decisões, quanto um limite à construção e reconstrução arbitrárias da identidade do sujeito constitucional. Elas requerem, também, uma rediscussão sobre a atuação do STF enquanto narrador e a percepção de ampliação e complexificação crescentes do auditório para quem se narra.

O papel do STF como narrador conduz a, pelo menos, três reflexões. A primeira refere-se à dificuldade majoritária do órgão contramajoritário. Afinal, embora o Judiciário seja a garantia de efetivação do constitucionalismo democrático, internamente, o STF segue uma lógica majoritária. Não há, na verdade, um capítulo escrito a cada nova decisão. Haveria se os casos fossem precedidos de um debate argumentativo e que, da orientação vencedora, decorresse um texto coeso e único, ainda que com ressalvas das divergências. Todavia, pela atual lógica da corte, a cada nova decisão seguem-se onze novos capítulos, que não pressupõem, necessariamente, um enfrentamento argumentativo de adequação e justificação – restando vencedora a tese para onde os capítulos escritos majoritariamente apontem.

> Assim, as decisões precisam deixar de ser vistas como uma somatória aritmética de votos díspares. Na realidade o que o sistema jurídico necessita são decisões que correspondam a um maior consenso decorrente de um intenso processo de discussão e deliberação da Corte. Evidente que sempre deverá haver espaço para votos discordantes e opiniões complementares, mas a maioria deveria ser capaz de produzir uma decisão acordada, um acórdão, que representasse a opinião do Tribunal. Isto daria mais consistência a decisões judiciais de grande impacto político (VIEIRA, 2008, p. 75).

Desse modo, a Corte parece ter dificuldades de estabelecer um encadeamento jurídico não apenas diacrônica, mas, também, sincronicamente. O reconhecimento do

princípio discursivo de consideração do argumento alheio e de contra-argumentação a partir das demandas postas pelo interlocutor do presente, postura que parece não coadunar com votos redigidos previamente ao debate plenário e blindados às nuances postas pelos demais votos, indica um primeiro passo na longa trajetória da construção de um novo procedimento decisório que privilegie a construção de um encadeamento jurídico plausível e justificável.

A segunda reflexão remete a Francisco Campos e sua defesa, transcrita no voto do Min. Celso de Mello no caso da fidelidade partidária, de que repousa no tribunal incumbido da guarda da Constituição um resquício de poder constituinte. Nesse caso, a Corte deteria a possibilidade de iniciar, a qualquer momento, uma nova cadeia do romance jurídico-interpretativo. A posição de Francisco Campos não é isolada. Philippe Blachèr, analisando o contexto francês, defendeu que a vontade geral não se concentra apenas nos órgãos eletivos; na verdade, enquanto os agentes eleitos representam o povo atual, os juízes constitucionais compartilham com os órgãos democráticos a representação do povo perpetual, ou seja, do soberano constituinte (MELLO, 2004, p. 186-187).

Para Cláudio Ari Mello, tal análise seria plenamente aplicável ao Brasil, na medida em que bens e valores essenciais reconhecidos pelo poder constituinte e consolidados nos princípios e direitos fundamentais da Constituição não estão inteiramente à disposição das instâncias democráticas, sendo resguardados não apenas pelo STF, mas, também, por todo o Judiciário, em razão do controle difuso de constitucionalidade (2004, p. 187). Assim, a jurisdição constitucional seria exercida por legítimos representantes da soberania popular – entendimento, porém, que longe está de ser pacífico. No próprio caso da fidelidade partidária, o Min. Eros Grau entendeu que a inobservância da taxatividade do art. 55 da Constituição, com a criação de uma nova possibilidade de perda de mandato parlamentar, configuraria verdadeira quebra constitucional:

> Não há oposição, neste sentido, entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, de modo a justificar que o Supremo Tribunal Federal – menos ainda o TSE – exorbite da função jurisdicional para emendar a Constituição, reformando-a. Mais, consta que o Poder Legislativo vem atuando em direção à implantação de uma reforma política, no bojo da qual o item da fidelidade partidária compõe-se entre os temas prioritários. Por isso mesmo a usurpação, pelo Poder Judiciário, de função do Poder Constituinte derivado já em si consubstancia quebra constitucional (apud SILVA, 2008, p. 131).

Entre a possibilidade de supressão de uma narrativa equivocadamente construída em relação à estrutura geral do romance jurídico-interpretativo e a de criação de uma nova narrativa, que incorpore elementos até então irreconhecíveis nos capítulos anteriormente escritos, estão duas posturas do Supremo Tribunal Federal como narrador: ou de legislador negativo ou de legislador positivo, posturas, aliás, alternadamente adotadas pela própria Corte (e por seus próprios Ministros) sem um claro critério identificável.

A terceira reflexão problematiza se a Corte Constitucional, no seqüenciamento dos autores do romance em cadeia, sempre detém o monopólio da última palavra, o papel de narrar o último capítulo. Tal postura, também presente no voto do Min. Celso de Mello, parece relacionar-se, no caso brasileiro, a um novo protagonismo do Judiciário, fruto da redemocratização do país e do surgimento de demandas sociais por efetivação de direitos, da inclusão no atual texto constitucional de matérias até então legadas ao processo político majoritário e à legislação ordinária e do próprio sistema pátrio de controle de constitucionalidade que, ao combinar os modelos difuso e concentrado, torna-se um dos mais abrangentes do mundo (BARROSO, 2009).

Esse protagonismo, que passa a exigir em tudo uma última palavra do STF e que, no dizer de Oscar Vilhena Vieira (2008), tem conduzido o País a uma Supremocracia [15], é objeto de, pelo menos, duas críticas: a incompetência de agentes públicos não eletivos para invalidar decisões dos órgãos legitimados pela escolha popular (o que retoma a segunda reflexão acima) e a impossibilidade de controle democrático dos pronunciamentos dos órgãos judiciais – salvo a hipótese complexa de superação via de emenda à Constituição (BARROSO, 2008, p. 53-54). Tais críticas, porém, atacam a tese da última palavra judicial na conseqüência que sua admissão gera para o sistema representativo democrático. Conrado Mendes (2008), de outro modo, questiona se tal tese deve ser admitida como uma premissa realmente válida.

Segundo Mendes, mais que uma última palavra, há diversas teorias que apontam para a existência de um colóquio contínuo (*continuing colloquy*) entre o Judiciário e os órgãos de representação democrática, quer a partir de uma teoria da decisão judicial que leve em conta a interação com o legislador, quer em razão de uma arquitetura institucional convergente dos poderes. No primeiro grupo de teóricos, encontram-se: Alexander Bickel, para quem a Corte deveria evitar julgamentos rígidos baseados em princípios, valendo-se de técnicas de "não decisão" nas situações remissivas a valores que a sociedade ainda não tivesse decantado por meio de um debate

público e legislativo mais vigoroso; Cass Sustein, que defende a prática de a Corte dizer não mais do que o necessário para justificar o resultado, deixando o máximo possível não decidido; e Neal Katyal, que entende ser papel da Corte, para além de uma ação prudente ou minimalista, aconselhar e recomendar alternativas ao demais poderes na parte não vinculativa de suas decisões (MENDES, 2008, p. 100-124). Ocorre, porém, que, na visão desses autores, a interação dialógica inserida durante o processo decisório depende de iniciativa do próprio Judiciário.

Assim, oportuna a referência a outros teóricos para quem o diálogo não é uma opção, mas sim, um produto necessário da separação/convergência entre os poderes. Louis Fisher, por exemplo, defende que a interpretação constitucional é um processo que se estabiliza, e sempre por tempo determinado, apenas quando alcança um mínimo acordo, de modo que decisões judiciais permanecem sendo testadas e desafiadas quando não gozam de algum consenso deliberativo. Keith Whittington entende que supremacia judicial não corresponde à exclusividade judicial, na medida em que todos os poderes operam uma construção coordenada do sentido constitucional (MENDES, 2008, p. 126-128).

Barry Friedman argumenta que todos os poderes mantêm uma relação paradoxal com a sociedade civil, ora identificando-se com seus anseios, ora deles divergindo no objetivo de apontar novas possibilidades. Ocorre, porém, que nos poderes eleitos, em razão do prazo determinado dos mandatos, os ciclos de aproximação são mais regulares, ao passo que, no Judiciário, são imprevisíveis, de modo que o desenho institucional dos poderes pode contrapô-los em momentos distintos dessa relação de afastamento/aproximação, o que por si só gera uma tensão dinâmica de onde surgem novas interpretações constitucionais (MENDES, 2008, p. 138-139).

A reflexão, pois, sobre a tese da última palavra parece apontar, na verdade, para uma narrativa constitucional sempre inconclusa. Desse modo, não haveria um capítulo derradeiro, mas, apenas, o capítulo mais recente, cuja formulação deve levar em conta, inclusive, a possibilidade de re-escrita futura e a responsabilidade intersubjetiva geracional [16]. Por fim, a par da narrativa em si e do papel que o STF desempenha como narrador, é preciso considerar a ampliação do auditório para quem se narra. Afinal, em uma sociedade aberta, todas as forças pluralísticas públicas constituem-se forças produtivas de interpretação, pré-intérpretes fundamentais no processo de descoberta e de obtenção do direito (HÄBERLE, 2002, p. 41-43).

Não sem motivo, alguns autores têm vislumbrado, no processo judicial, a formação de círculos comunicativos em escala crescente de deliberação pública. Para Mark Van Hoecke (apud MELLO, 2004, p. 190-191), por exemplo, o primeiro círculo integraria as partes e o juiz do caso; o segundo, incluiria os tribunais para onde a parte insatisfeita recorre; o terceiro, outros juízes e doutrinadores, quando a decisão isolada se converte em precedente judicial ou referencial didático; o quarto, a mídia, ampliando o alcance da decisão para um auditório não-jurídico; e o quinto, a sociedade em geral quando o caso se converte em assunto cotidiano [17].

De qualquer modo, o processo gradual de judicialização da vida [18] faz com que o Judiciário se converta em narrador visível, cuja narrativa não mais se constrói apenas para os próprios pares, mas, também, para uma dimensão mais alargada da esfera pública. Não há como negar, nesse sentido, que a ampliação do auditório gera um esforço maior de convencimento, o que repercute no refinamento e complexificação da prática argumentativa, como tentativa de alcançar o maior grupo possível de interlocutores sociais. Nesse sentido, o leitor/cidadão passa a ser cada vez mais co-autor da narrativa que lhe é endereçada: quer como pré-intérprete dos sentidos constitucionais utilizados, quer como auditório referencial.

5. Percepções finais

Antecipar os argumentos reducionistas daqueles que porventura possam desaprovar a necessidade de superação da argumentação constitucional amnética e a construção de uma narrativa coerente do direito pelo Supremo Tribunal Federal é, antes de tudo, possibilitar que um debate público sobre o tema tenha por ponto de partida argumentos mais elaborados. Desse modo, é preciso considerar que uma possível crítica parta do pressuposto de que, na prática, os Tribunais reverenciam seus precedentes, citando-os a todo tempo como fundamento de suas próprias decisões, quando não criando, a partir deles, orientações jurisprudenciais sumuladas. Ocorre, porém, que tal prática ainda se ressente de um aprimoramento capaz de distinguir, no precedente, a regra necessária que merece ser invocada (*holding*) das considerações marginais não necessárias à solução do caso (*obiter dictum*) (MELLO, 2008, p. 322) – gerando, em muitos casos, uma narrativa que rompe com o tema central do romance em cadeia até então escrito.

Além disso, a utilização do precedente só é prática disseminada quando o julgado presente apenas reforça a orientação já consagrada. Nos casos de virada jurisprudencial, como no da fidelidade partidária, a memória do debate constitucional é, no mais das vezes, negligenciada, deixando simplesmente de figurar no horizonte argumentativo, numa postura que depõe contra a própria integridade do direito. Afinal, a verificação de que um precedente ou uma dada orientação consagrada se mostram incompatíveis com os valores atuais da comunidade (incongruência social) ou com as outras regras que integram o ordenamento jurídico (incongruência sistêmica) não são suficientes para desconsiderá-los. Exige-se que as razões de justiça e os argumentos de segurança jurídica sejam contrapostos (MELLO, 2008, p. 325-328), propiciando uma tensão constitutiva da qual se origine uma narrativa coerente. Sem tal enfrentamento argumentativo, corre-se o risco de que uma decisão presente desconsidere a memória do debate – apenas de modo casuístico – em determinada situação, para, logo depois, voltar a reafirmá-la em todos os demais casos subseqüentes [19].

Outra crítica possível à construção dessa nova prática judicial argumentativa, que leve em conta o romance jurídico-interpretativo até então escrito pelos autores precedentes, poderia se basear na necessidade de uma prévia reforma processual e/ou procedimental. Todavia, quando a Constituição estabelece uma comunidade de princípios, devem os mesmos se irradiar por todo o ordenamento jurídico, alcançando normas tanto substantivas quanto adjetivas. Nesse sentido, o direito à memória, reconhecido quer pela principiologia constitucional pátria, quer pela adesão a tratados internacionais, conduz a, pelo menos, três desdobramentos.

O primeiro deles opera na dimensão da justiça transicional, relacionando-se: (a) à existência de critérios transparentes e públicos de classificação de documentos de interesse coletivo e à revisão do quadro de referência (reservado, confidencial, secreto e ultra-secreto) remanescente do regime militar; (b) à elaboração de um inventário de todos os arquivos públicos e/ou privados de caráter público (MOVIMENTO, 2007); (c) à ciência irrestrita de informações constantes de documentos que elucidem violações contra os direitos humanos e que se encontrem sob a guarda do Estado, bem como a possibilidade de seu manuseio; (d) à utilização consciente de tais registros na reparação das vítimas e numa possível responsabilização dos agentes públicos.

O segundo desdobramento atua na dimensão da igualdade simbólico-social, objetivando: (a) a exigência prévia de consulta popular para a construção de monumentos ou obras arquitetônicas de grande repercussão, bem como para exibição

permanente de signos em locais públicos, haja vista que a representação simbólica da memória cultural de uma nação de cidadãos também está sujeita ao banho ácido de um discurso público sem concessões (HABERMAS, 2003, p. 61-74); (b) ações afirmativas que garantam a produção de registros midiáticos (escritos, audiovisuais) pelos grupos tradicionalmente excluídos, com o fim de dar publicidade presente às memórias subterrâneas e periféricas existentes (HENN, 2006).

O terceiro, por fim, que desobrigaria a mencionada reforma processual e/ou procedimental prévia, parece-nos apontar na dimensão da segurança jurídica, garantindo: (a) o enfrentamento do debate constitucional posto pelas decisões pretéritas ao menos como horizonte argumentativo a ser desconstruído; (b) a construção coerente de uma narrativa do direito que considere a dificuldade intertemporal quer em relação à reconstrução do sentido constitucional consagrado pelas gerações anteriores, quer pela responsabilidade intersubjetiva do capítulo que hoje se redige para as gerações vindouras; (c) o limite à reconstrução da identidade do sujeito constitucional feita pelos tribunais, evitando interpretações inoportunas que atentem contra o pluralismo e a busca crescente de inclusividade.

Uma última crítica pode ser a endereçada à própria metodologia do presente artigo, questionando se a utilização de metáforas jurídicas, como a do romance em cadeia, de fato contribuem para a clareza do debate. Tal crítica, porém, se sustenta numa postura científica, atualmente superada, de que é possível uma abordagem objetiva e neutral do direito. Na verdade, tanto o direito quanto a própria linguagem possuem natureza ambígua. Nesse sentido, a metáfora – que não tem um valor objetivo em si, mas serve de crisol de visões de mundo, culturas e tradições específicas, hermeneuticamente conjugadas – preserva a capacidade criadora da linguagem e, por conseqüência, do próprio direito. Não sem motivo, Alessandro Giuliani aconselhava que os juristas se aventurassem pelo campo das metáforas a fim de adquirir conhecimento sobre termos e institutos jurídicos:

> Toda a história do pensamento jurídico poderia ser estudada sob o ponto de vista da linguagem, como uma sucessão de metáforas: bastaria examinar qualquer uma das controvérsias da ciência jurídica para ver como as diversas soluções são condicionadas pelas metáforas admitidas, pelas similitudes, pelo recurso ao exemplo. Podemos encontrar a confirmação da tese de Blumenberg, sobre a existência de palavras-chave que são metáforas absolutas, no sentido que resiste a uma resolução em termos lógicos: a impossibilidade de acordo sobre o termo “direito” seria disso testemunha. O trabalho do jurista é de aperfeiçoamento de metáforas, clarificação da linguagem [20] (GIULIANI apud VESPAZIANI, 2009, p. 2).

Assim, a metáfora do romance em cadeia, longe de obscurecer o debate, permite que se acople, ao questionamento da prática argumentativa judicial, uma reflexão ampliada sobre a relação discursiva que os membros da Corte mantém entre si e que a Corte, por sua vez, mantém com os demais poderes e com a esfera pública como um todo. Do contrário, tratando cada questão isoladamente como um desafio episódico, corre-se o risco de que Dickens, não Dworkin, continue inspirando o direito no Brasil.

6. Referências

BACHELARD, Gaston. **A dialética da duração**. São Paulo: Ática, 1994.

BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Recurso Extraordinário. Violação Indireta da Constituição. Ilegitimidade de Alteração Pontual e Casuística da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: _____. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005 (t. III).

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, n. 13, 2009 (no prelo).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 20.927-5/DF**. Rel. Ministro Moreira Alves. Julgado em 11/10/1989. DJ 15/04/1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 23.405-9/GO**. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 22/03/2004. DJ 23/04/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 26.603-1/DF**. Rel. Ministro Celso de Mello. Julgado em 04/10/2007. DJe 19/12/2008.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade:** Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.

_____. Kafka, Shakespeare e Graciliano: tramando o Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 10, n. 19, jan./jun. 2007.

DERRIDA, Jacques. Declarations of independence. In: ROTTEMBERG, Elizabeth (Ed.). **Negotiations**: Interventions and interviews – 1971-2001. Stanford: Stanford University Press, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999 (Ensino superior).

_____. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005 (Justiça e direito).

EISENSTEIN, Sergei. Dickens, Griffith e nós. In: _____. **A forma do filme**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional.** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Reimpr. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HENN, Ronaldo. Direito à memória na semiosfera midiatizada. **Revista Fronteiras**: estudos midiáticos. São Leopoldo, v. 8, n. 3, set/dez 2006.

JAUSS, Hans Robert. **A história da literatura como provocação à teoria literária**. São Paulo: Ática, 1994 (Temas, estudos literários, 36).

KRISTEVA, Julia. **Introdução a uma semanálise**. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LUKÁCS, Georg. Narrar ou descrever. In: _____. **Ensaios sobre literatura**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968 (Biblioteca do leitor moderno, 58).

MAUROIS, André. **Dickens**. Trad. Rubens Mário Jobim. São Paulo: Dominus, 1963.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes***:* o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

MOVIMENTO Nacional de Direitos Humanos; Núcleo de Estudos para a Paz e os Direitos Humanos da Universidade de Brasília. **Carta de Brasília pelo Direito à Memória e à Verdade como Direitos Humanos**. In: Seminário Nacional "Memória da Luta pelos Direitos Humanos e Luta pelo Direito à Verdade e à Memória", de 16 a 18 de agosto de 2007.

MÜLLER. Friedrich. **Quem é o povo?** São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOUFFE, Chantal. **On the political**. Londres: Routledge, 2005.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. **Direito & Literatura***:* ensaios críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

POLLAK, Michael. Memória e identidade social. **Revista de Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, 1992.

ROSENFELD, Michael. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAMOYAULT, Tiphaine. **A intertextualidade**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild, 2008 (Linguagem e cultura, 40).

SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e *expertise*: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, out./dez. 2008.

TODOROV, Tzvetan. As categorias da narrativa literária. In: BARTHES, Roland et alli. **Análise estrutural da narrativa:** pesquisas semiológicas. Petrópolis: Vozes, 1973.

VESPAZIANI, Alberto. **Per un'ermeneutica della metafora giuridica**. Bologna: Italian Society for Law and Literature, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, out./dez. 2008.

---

[1] MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau; MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello; MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia.

[2] MS 20.927/DF, julgado em 11 de outubro de 1989.

[3] Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I – que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos. V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

[4] MS 23.405/GO, julgado em 22.03.2004.

[5] Mesmo porque o Procurador-Geral da República considerou-a em sua manifestação: "A questão em debate não é simples, pois envolve considerações éticas, políticas e jurídicas. E o Ministério Público não desconhece que do ponto de vista ético e político a solução deveria ser outra mas, por outro lado, não pode defender providência que a Constituição não diz ou determina. Por isso, embora esteja convencido de que a fidelidade partidária, melhor ainda, a fidelidade ao eleitor, na reunião com outras medidas que se fazem necessárias à reforma política, tende a reforçar o sistema partidário e o regime democrático, considero, dentro dos estritos limites do ordenamento constitucional, que a sua qualificação como causa ensejadora de perda de mandato esteja submetida à reserva de Constituição, circunstância que indica a improcedência da pretensão mandamental" (SILVA, 2008, p. 130).

[6] Lukács (1968, p. 74-75), ao criticar a descrição em Zola (Naná) e exaltá-la em Tolstoi (Ana Karenina), demonstra como a primeira promove um nivelamento episódico de todo acontecimento, ao passo que, a segunda, permite uma mobilidade maior entre passado e futuro na construção presente do romance.

[7] "Constitui *obiter dictum* qualquer manifestação do Tribunal não necessária à solução do caso concreto, a exemplo de considerações marginais efetuadas pela corte (...)" (MELLO, 2008, p. 125

[8] Minimamente instigante a seguinte transcrição, no voto, de trecho de discurso proferido, em 1914, pelo então senador Rui Barbosa: "*O Supremo Tribunal Federal*, senhores, *não sendo infalível, pode errar*, mas a alguém *deve ficar* o direito de errar *por último*, de decidir *por último*, de dizer alguma cousa que deva ser considerada como êrro ou como verdade". Os grifos são do Min. Celso de Mello e demonstram, ao menos em ato falho, um descrédito quanto à possibilidade de a única decisão correta figurar no horizonte argumentativo, o que, sem dúvida, diminui o rigor na verificação da

adequação e justificação da narrativa constitucional. Oportuno dizer que Conrado Mendes (2008, p. 161-162), relativizando o direito judicial de errar por último, menciona três autores para os quais o auto-governo democrático requer a oportunidade de errar, aprender com o erro e de corrigi-lo sem a interferência de um agente externo: James Bradley Thayer, Learned Hand e Robert Dahl.

[9] Leonardo Barbosa (2009), em recente tese defendida no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB, demonstrou como Francisco Campos transitou, com papel de relevo, nos ciclos autoritários do Estado Novo e da ditadura militar. A presença, pois, de tal citação no voto do Min. Celso de Mello demonstra como a seletividade da memória pré-constitucional é feita a todo tempo, e não apenas no momento constituinte.

[10] Importante ressaltar que o presente artigo não adentra no mérito da fidelidade partidária, mas, apenas, como seu reconhecimento demonstra uma prática argumentativa questionável da Corte.

[11] Em tal conto, Scrooge é um senhor rico e mesquinho que, na véspera do Natal, ao receber em sonhos a visita de três espíritos referentes aos Natais passado, presente e futuro, acaba por se redimir, tornando-se bom e generoso.

[12] "Quando o Sr. Griffith sugeriu que a cena de Annie Lee esperando pela volta do marido fosse seguida de uma cena de Enoch naufragado numa ilha deserta, foi mesmo muito perturbador. "Como pode contar uma história indo e voltando desse jeito? As pessoas não vão entender o que está acontecendo". "Bem", disse o Sr. Griffith, "Dickens não escreve deste modo?" "Sim, mas isto é Dickens, este é um modo de se escrever um romance; é diferente." "Oh, não tanto; escrevemos romances com imagens; não é tão diferente!" (EISENSTEIN, 2002, p. 180).

[13] "Reafirmo a convicção de que não há como compreender o Direito descritivamente, a exemplo do que sempre defendeu o Positivismo Jurídico, mas há que compreendê-lo narrativa e prescritivamente, na medida em que a narrativa é um terreno intermediário entre os pontos de vista descritivo e prescritivo acerca da ação" (CHUEIRI, 2007, p. 120).

[14] Sobre o papel constitutivo da linguagem no direito, cf. DERRIDA, 2002, p. 46-54; sobre o papel constitutivo da literatura na sociedade, cf. JAUSS, 1994, p. 50-57.

[15] Considerando-se que o controle difuso de constitucionalidade estende ao Judiciário, como um todo, tal protagonismo, talvez o termo mais adequado seja o cunhado por Ran Hirschl: juristocracia (*juristocracy*) (SILVA, 2008, p. 118).

[16] Segundo Ackerman, referindo-se à Corte Constitucional: "Em lugar de uma dificuldade contramajoritária, o mais natural e óbvio é identificar uma dificuldade intertemporal" (apud BARROSO, 2008, p. 53)

[17] Barry Friedman, trabalhando na dimensão da restrição da jurisdição constitucional, fala em círculos concêntricos de influência e contenção. O primeiro círculo incluiria o juiz em sua interação estratégica com os demais juízes dentro de um colegiado; o segundo, as instâncias inferiores do Judiciário e as pressões que exercem; o terceiro, os demais poderes; e o quarto, a opinião pública (MENDES, 2008, p. 135).

[18] Expressão comumente utilizada pelo Prof. Luís Roberto Barroso (2009).

[19] Sobre alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cf. BARROSO, 2005, p. 279, em que se demonstra situação na qual a Corte admitiu, em um único caso, o cabimento de recurso extraordinário para discutir inconstitucionalidade reflexa, desconsiderando, inclusive, orientação sumulada.

[20] Tradução feita diretamente do italiano pelo autor do artigo.

CINISMO À BRASILEIRA: ENTRE O ENGANAR E O SER ENGANADO*

TYPICAL BRAZILIAN CYNICISM: BETWEEN CHEATING AND BEING CHEATED

Ernane Salles da Costa Junior
Moisés Mileib de Oliveira

RESUMO

As alarmadas crises institucionais, cotidianamente, noticiadas remetem-nos a indagação sobre a origem e a razão de ser de tais crises no Brasil. Nessa perspectiva, o presente artigo evidencia a necessidade de reconduzir os cidadãos ao caminho de suas responsabilidades enquanto construtores desta ordem social. Para tanto, são apresentadas as teses dominantes nas ciências sociais sobre as raízes da corrupção e sobre a dificuldade brasileira em lidar com a res publica, buscando, com isso, superar a ideologia sustentada num suposto vício de origem na formação do Estado e do cidadão brasileiro. Analisa-se, com isso, a corrupção como decorrência de um cinismo introjetado não só nos governantes, mas, sobretudo, nos cidadãos que, apesar de possuírem a consciência da ilegalidade e da transgressão ética contida no patrimonialismo, continuam a conceber a política como um mero predicado da propriedade privada de quem é autorizado para governar.

PALAVRAS-CHAVES: PATRIMONIALISMO; CORRUPÇÃO; RAZÃO CÍNICA

ABSTRACT

The daily reported and alarmed institutional crisis suggest a question about the origin and the ratio essendi of such crisis in Brazil. From this perspective, this article shows the necessity to lead back the citizens to the way of their responsibilities as constructors of this social order.Therefore, this paper presents the dominant theories in the social sciences about the roots of corruption and about Brazilian difficult in dealing with res publica, thereby seeking to overcome the ideology sustained in an supposed vice of origin in the formation of the Brazilian State and citizens. Then corruption is analyzed as a result of an introjected cynicism not only in government, but , above all, in the citizens who, despite having the patrimonialism-contained consciousness of illegality and ethical violation, continue regarding politics as a simple predicate of private property from those who are authorized to rule.

KEYWORDS: PATIMONIALISM; CORRUPTION; CYNICAL REASON

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

No momento em que a palavra crise ganha relevo e as notícias sobre o uso indevido da coisa pública caem na trivialidade, os pontos nevrálgicos deste problema endêmico que assola o Estado dissolvem-se na indiferença dos próprios cidadãos acerca dos valores éticos que deveriam nortear o exercício da atividade política.

Nesse contexto, o presente artigo revisita as teorias sobre a formação do Estado brasileiro, calcadas nas conseqüências do patrimonialismo ibérico e na preexistência do público em relação ao privado, apresentando o perigo de relegar, a um historicismo distante, a culpa por todas as mazelas nacionais.

Partindo da desconstrução da ideologia que liga os infortúnios políticos a um vício de origem, recolocamos o cidadão no cerne da discussão e da responsabilidade acerca da corrupção por meio da análise filosófica construída por Sloterdijk (1989) sobre os significados do cinismo na modernidade nos âmbitos das esferas pública e institucional.

Nessa perspectiva, a corrupção não é mais atribuída a um erro inconsciente da classe política presa às tradições patrimonialistas. Ela passa a ser entendida como manifestação resultante tanto daqueles sujeitos que a produzem quanto daqueles que deixam de refutá-la.

Assim, o cínico ou o cidadão indolente encontra-se encarcerado num movimento tautológico no qual o engano que comete aos outros é, na verdade, um auto-engano. .

a DESCONSTITUIÇÃO DO PÚBLICO NA ÓTICA PATRIMONIALISTA

O estudo das relações entre o espaço público e o privado no Brasil passa pela contextualização histórica da formação do Estado e da sociedade brasileira. Partindo-se do entendimento sobre a singularidade do processo colonizatório brasileiro, no qual o Estado foi fundido sob as bases da matriz do Império Português, constata-se que há no Brasil uma ingerência desmedida da esfera privada na esfera pública, criando, uma zona grise que desconstitui, entre nós, a idéia de público.

As peculiaridades do Estado brasileiro, constantemente evidenciadas pelo hibridismo do espaço público, geraram um paradoxo estrutural que permitiu a coexistência de relações de pessoalidade em domínios eminentemente impessoais, tal distorção está na base de sustentação das promiscuas relações entre o público e o privado no Brasil (HOLANDA, 1979; BARBOSA, 1992; FAUSTO, 2004).

O surgimento de espaços híbridos, nos quais a idéia de público e privado não pode ser nitidamente separada, remonta a concepção weberiana[1] de patrimonialismo[2] no qual

a dominação política é exercida com base em um direito pessoal legitimado pela tradição que garantiria ao governante o exercício do poder sob determinado território.

A estrutura patrimonialista portuguesa, na qual o império nada mais era do que propriedade exclusiva do rei (FAUSTO, 2004), foi transplantada para o Brasil colonial, impossibilitando a construção gradual e contínua das diferentes esferas da vida privada e pública. Em outras palavras, o processo colonizatório impediu a nítida separação entre o espaço público e o privado, uma vez que implantou um sistema de dominação baseado na junção desses dois elementos, numa situação em que os bens públicos não se dissociavam da esfera de bens pessoais do governante.

Nesse sentido, a gênese patrimonialista do Estado brasileiro, caracterizou-se pela indistinção dessas duas esferas na qual o âmbito político está cingido aos assuntos da vida particular, ou seja:

No patrimonialismo, o governante trata toda a administração política como seu assunto pessoal, ao mesmo modo como explora a posse do poder político como um predicado útil de sua propriedade privada. Ele confere poderes a seus funcionários, caso a caso, selecionando-os e atribuindo-lhes tarefas específicas com base na confiança pessoal que neles deposita e sem estabelecer nenhuma divisão de trabalho entre eles [...] Os funcionários, por sua vez tratam o trabalho administrativo, que executam para o governante como um serviço pessoal, baseado em seu dever de obediência e respeito. [...] Em suas relações com a população, eles podem agir de maneira tão arbitraria quanto aquela adotada pelo governante em relação a eles, contanto que não violem a tradição e os interesse do mesmo na manutenção da obediência e da capacidade produtiva de seus súditos. (BENDIX, 1986, p. 270 – 271).

A estrutura do Brasil Colonial, fortemente marcada pelo modelo patrimonialista, manteve-se enraizada na sociedade, perpetuando a perversa relação entre os indivíduos – cidadãos – e o Estado brasileiro, concebido como mero aditamento do próprio patrimônio dos governantes.

Dessa forma, a abordagem histórica enuncia que ao longo do processo de formação do Estado brasileiro não houve um sistema administrativo dedicado, exclusivamente, a interesses objetivos. O que de fato ocorreu foi que, no decorrer da nossa história, as vontades particulares, tipicamente relacionadas aos círculos familiares aonde a pessoalidade era a característica fundamental, predominaram sobre as normas gerais e abstratas. O modelo de composição social foi pautado pelos laços afetivos da vida doméstica, impingindo a pessoalidade até em instituições democráticas fundadas em princípios neutros e abstratos (HOLANDA, 1979).

Em linhas gerais, a obscura distinção entre as esferas pública e privada decorre da própria criação do Estado brasileiro a partir da herança ibérica (FAUSTO, 2004) e do desenvolvimento do patrimonialismo, tendo-se, com isso, a proveniência de uma estrutura híbrida permissiva da apropriação da coisa pública e, na qual, normas

antiparticularistas, fundadas em princípios gerais, são comumente relegadas em detrimento de normas sociais pautadas na pessoalidade. (BARBOSA, 1992).

Essa construção das dimensões pública e privada, que se encontra no cerne da abordagem dos autores de matriz weberiana sobre a interpretação do Brasil (VIANNA, 1999), merece destaque, especialmente, por representarem os fundamentos da cidadania moderna (VILANI, 2002). Em outros termos, a supressão do confronto entre as dimensões pública e privada, caracterizada pela junção destas esferas no modelo patrimonialista, representaria também a supressão da construção histórica da nossa cidadania.

As relações patrimonialistas, ao representarem a impossibilidade de construção autônoma destas duas dimensões do viver, confirmam também a distinção imprecisa entre o bem comum e os interesses privados. O desenvolvimento de tal distinção, exemplarmente representada pelas duas grandes matrizes da Teoria da Justiça – Comunitarismo[3] e Liberalismo[4] –, mostra-se necessária uma vez que:

é requisito da condição humana desenvolver plenamente as coisas próprias da esfera pública, tanto quanto da esfera privada. Esta é entendida como expressão da autonomia pessoal e da singularidade, como espaço da individualidade e da intimidade. O valor atribuído por Arendt à autonomia, à singularidade e à distinção a fez pensar no debate público essencialmente realizado num espaço de "*igualdade na diversidade*". Isto significa que o diálogo entre cidadãos, com vistas a realização de objetivos comuns, só pode chegar a bom termo quando existe possibilidade de explicitação das diferenças e do confronto de opiniões. Em H. Arendt encontramos a defesa intransigente das liberdades pública e privada. (VILANI, 2002, p. 57).

Esse aspecto, a interconexão entre o privado e o público, revela a impossibilitadade da afirmação tanto dos postulados do Comunitarismo como dos postulados do Liberalismo no Brasil, uma vez que os interesses individuais preponderam sobre os interesses coletivos por meio do uso indevido do bem público. Isso ainda revela um tecido social marcado por um individualismo desligado da idéia de comunidade (CARVALHO, 1998) e atrelado a estamentos de pessoalidade e intimidade (HOLANDA, 1969) que não condizem com os preceitos de um Estado Democrático de Direito. A democracia, dentro dessa ótica, pressupõe que os cidadãos, enquanto integrantes da comunidade, sintam-se responsáveis por suas leis, reconhecendo seus atributos intrínsecos, isto é, a generalidade e universalidade.

Esta indistinção, portanto, impossibilita que os cidadãos interiorizem a idéia de pertencimento a uma comunidade na qual a dimensão pública está ligada à satisfação da coletividade. Nesse sentido, a distorção estrutural do patrimonialismo acarreta uma situação permissiva da apropriação do bem público e da criação de âmbitos pessoais em instituições democráticas, que, por sua vez, deveriam estar pautadas pela impessoalidade. Segundo Lívia Barbosa:

Queremos, sem dúvida alguma, a eficácia de um sistema individualista nas bases norte-americanas, onde todos têm acesso a tudo, mas o queremos seletivamente. Queremos todos os benefícios de um sistema como o norte-americano, sem a sua contrapartida negativa que é a impessoalidade [...] Queremos dar um tratamento personalizado a todos os cidadãos brasileiros e nos manter, ao mesmo tempo, sob o império de leis universalizantes. Teoricamente, decretos universalizantes não combinam com tratamentos pessoais, mas é justamente isso que na sociedade brasileira tentamos compatibilizar, através de uma prática social que incorpora uma noção de indivíduo que tem suas raízes em duas totalidades distintas: uma legal e a outra moral, que permite, conforme o plano (nível ou domínio) em que se estiver referindo, que ele seja o sujeito normativo das instituições e das situações. (BARBOSA, 1992, p. 123).

Assim, solidificou-se em nossa sociedade certa aversão ao formalismo, à generalidade, à universalidade e à impessoalidade da lei e das instituições representativas do Estado de Direito. Tal aversão evidencia que, ao ser confrontada com interesses pessoais, a idéia de coletividade se desconstitui, abrindo lugar para a dilapidação da *res publica.* (RIBEIRO, 2000).

DOUTOR OLÍMPICO DE JESUS OU O VAZIO DA ESFERA PÚBLICA

O nosso processo colonizatório, marcado pela preexistência e sobreposição do Estado em relação a sociedade, possibilitou o surgimento do modelo estatal no qual o público estava relacionado ao patrimônio pessoal dos governantes. Nessa conjuntura, o Estado significou mais que simples centralização do poder, ele passou a ser representativo do status social e do exercício do poder absoluto por parte de seus integrantes. Dessa forma, “a primeira conseqüência, a mais visível, da ordem burocrática, aristocratizada no ápice, será a inquieta, ardente, apaixonada caça ao emprego público” (FAORO, 2001, p. 448).

O desejo pelo emprego público, justificado por tudo que representava o Estado, está diretamente ligado a necessidades dos cidadãos em serem privilegiados, em participarem do sistema de benefício garantido a esse corpo de funcionário, ou seja:

no Brasil o individuo isolado e sem relações, a entidade política *indivisa*, é algo considerado altamente negativo, revelando apenas a solidão de um ser humano marginal em relação aos outros membros da comunidade. [...] Isso permitiria explicar os desvios e as variações da noção de cidadania. Pois se o indivíduo (ou cidadão) não tem nenhuma ligação com a pessoa ou instituição de prestigio na sociedade, ele é tratado como um

inferior. [...] Mas se a categoria profissional (os trabalhadores como cidadãos e não mais como empregados) tem uma ligação forte com o Estado (ou governo), então, eles podem ser diferenciados e tratados com privilégios. (MATTA, 1997, p. 77-78).

Assim, o emprego público, no contexto patrimonialista do Estado, gerou também o funcionário "patrimonial" para quem:

a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles aufere, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalece a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer as funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático. (HOLANDA, 1979, p. 105)

Tudo isso nos remete a uma história narrada por Clarisse Lispector (2009) sobre uma nordestina, Macabéia, que migra para o Rio de janeiro e lá se depara com um universo solitário e individualista próprio das grandes cidades. Levando uma vida trivial e sem grandes emoções, acaba se relacionando com Olímpico de Jesus, sujeito ambicioso e que almejava "subir na vida" a qualquer custo: "Sou muito inteligente, ainda vou ser deputado!" dizia ele. E bem que ele sabia fazer grandes discursos: tinha consciência do valor das palavras e possuía um tom cantado, "próprio para quem abre a boca e fala pedindo e ordenando os direitos do homem." (LISPECTOR, 2009). Acabou tornando-se mesmo deputado, sempre "obrigando os outros a chamarem-no de doutor." (LISPECTOR, 2009) Assim como os discursos vazios proferidos por Olímpico de Jesus, a esfera pública, no Brasil, parece esvaziada de qualquer sentido. As relações que se estabelecem no mundo da política são destituídas de qualquer dignidade própria se igualando aos desejos de Olímpico de não só conquistar seu espaço no meio social, mas de alterar a sua condição de explorado para a de explorador.

Olímpico, que se considerava muito esperto, ainda troca Macabéia por Glória, pessoa "muito bem alimentada" (LISPECTOR, 2009), porque sabe que ela lhe garantiria uma família e uma chance para ascender na vida. A família passa a ser compreendida, então, como o principal meio para se chegar ao mundo público. (BIGNOTTO, 2005). É a vida pública que se mistura com a privada e não o contrário, construindo um ambiente em que a hipertrofia da intimidade destrói qualquer possibilidade de criação do político.

O que emerge dessas reflexões é a nítida relação da estrutura patrimonialista desenvolvida no país com as fontes da corrupção, constantemente, deflagrada nos meios políticos e sociais. A inexistência de separação real entre o público e o privado bem como a imposição da relação pessoal nos domínios institucionais, representam uma linha extremamente tênue entre a legalidade e a ilegalidade que serve como ponto nevrálgico de partida em direção da corrupção. Dessa maneira é possível:

apontar uma característica essencial da relação entre o patrimonialismo, o clientelismo e a corrupção. A persistência de estruturas de dominação patrimonialista e do clientelismo legitima formas de internalização da renda e da riqueza que estão calcadas na ausência de diferenciação entre o que é público e o que é privado. As relações patrimonialistas têm com cerne a incorporação dos recursos do Estado como recursos privados, não públicos. Essa é a ligação entre patrimonialismo e corrupção; nas sociedades desenvolvidas institucionalmente e onde predominam as relações meritocráticas e competitivas de mercado, esse tipo de ação dentro e fora do Estado é encarado como ilegal, passível de punição (é criminalizado) e, sobretudo, visto com imoral. (SILVA, 2002, p. 56)

A abordagem contemporânea sobre as influências do patrimonialismo para a formação do Estado e da sociedade brasileira leva-nos a identificar, inclusive, que tal reflexão supera a concepção weberiana, em razão de que não estamos mais a falar de uma confusão entre o público e o privado, mas, da apropriação privada do patrimônio público, ligando-se mesmo a corrupção estrutural que envolve os espaços da vida política do país. O patrimonialismo, nesta perspectiva, deixa de ser apenas uma forma de dominação política para ser um substrato da corrupção que tende a ser institucionalizada e moralmente aceita pelos cidadãos (SILVA, 2002). Assim:

em termos gerais, os benefícios corruptos não são obtidos através de trocas de caráter restrito ou de curto prazo e cujo vínculo entre os participantes se restringe àquele que motiva a transação – como ocorre nas trocas mercantis. O que se percebe é que estas chamadas trocas corruptas - devido até mesmo a aspectos que a circunscrevem como a necessidade do segredo, a confiança e o compromisso que estabelece entre os envolvidos - se inserem num ciclo maior de transações, não necessariamente corruptas, que se efetua entre as pessoas. Desse modo, elas estão associadas e inclusive reforçam preceitos morais que estão relacionados particularmente às relações de caráter pessoal (BEZERRA, 2008, p. 31).

Portanto, as relações patrimonialistas e clientelistas, nas quais a idéia de pertencimento à coletividade é suprimida e, nas quais o indivíduo isolado também é desconstituído, prevalecem os laços de pessoalidade e de subordinação da coisa pública a interesses classistas sendo que tais relações encontram-se na base de construção e desenvolvimento da corrupção.

Cinismo à Brasileira

Não vivemos definitivamente numa fase de simples crise, mas de crises, especialmente, se levarmos em consideração o uso mais corrente e vulgar do termo. Crises de governabilidade, da economia, do judiciário... Mas a definição da palavra "crise", em seu sentido mais preciso, aquele proveniente dos dicionários de língua portuguesa, indica que o seu significado corresponde numa anormalidade que nos remete a idéia de um momento em transição. "Em outras palavras não se pode viver em crise, pois o caráter de anormalidade intrínseco a idéia de crise desapareceria." (MAGALHÃES, 2008). No Brasil, em contrapartida, nos acostumamos a banalizar o uso do termo, sempre esquecendo que "os sintomas que demonstram a crise não são excepcionais, não representam uma mudança de curso abrupta, não levarão ao fim do sistema, pois são a essência do sistema." (MAGALHÃES, 2008).

O que temos, portanto, são crises que integram a própria lógica do sistema, na medida em que seu agravamento não é ameaça ao fim de uma ordem pautada na corrupção e no patrimonialismo, mas sim sua radicalização. O que sempre vem à tona nesse cenário são as incertezas cada vez mais latentes do próximo passo na política nacional, na próxima "flexibilização" da universalidade das leis, sem que, contudo, alguma resposta eficiente seja dada no âmbito jurisdicional ou legislativo (*vide* "caso Sarney"). A corrupção exasperada que contamina a esfera pública a torna refém do controle privado, num patrimonialismo que já nem mais parece com aquela fórmula prevista por Max Weber (2004). No âmbito brasileiro, o próprio exercício da política tornou-se passível de apropriação pessoal de forma que a expressão "público", na atualidade, nada mais é do que um predicado da propriedade privada de quem é autorizado para governar.

Num ambiente em que as normas impessoais e abstratas (próprias do conceito de "Estado de Direito") são interpretadas ou descartadas em nome de uma visão privatista do mundo, cada particularidade contida nos interesses dos administradores da "coisa pública" passa a ser projetada também na dimensão da vida política. A possibilidade que se abre é a irrupção de uma cultura narcísica em que os "Eus" fecham-se em si mesmos, indiferentes à interpelação do Outro (leia-se sociedade civil), consubstanciando uma "cultura onde a experiência de impotência/desamparo é levada a tal ponto que torna conflitante e extremamente difícil a prática da solidariedade social." (COSTA, 1988) O que ocorre nesse "patrimonialismo à brasileira" é que o cidadão, habituado a delegar à classe dirigente o poder e a iniciativa para decidir o que é bom para si e para os outros, perde a confiança tanto na probidade das instituições estatais quanto nos princípios éticos norteadores do exercício da atividade política[5]. É, portanto, "a crise moral que acompanha a crise política, econômica e social." (COSTA, 1988)

É preciso, então, ressaltar que a realização concreta de uma moral do tipo kantiana[6] nunca esteve tão longe de sua efetivação tal como na política nacional. A crença num projeto iluminista de emancipação da razão nunca pareceu tão inconsistente como no atual momento da nossa história. Ao contrário do que previa Kant, o homem moderno, iluminado pela sua racionalidade, não se tornou a "encarnação do mais puro ideal da humanidade" (GOLDENBERG, 2002, p.67), mas apropriou-se dessa mesma razão para servir-se dela. A modernidade mostrou que a razão pode ser instrumentalizada para a

materialização de satisfações pessoais ainda que tal feito se dê a custa da coisificação do Outro. E esse elemento nos parece um tanto relevante para o fenômeno da corrupção no Brasil, especialmente, "pelo fato de que a política é um lugar privilegiado para a mentira." (DERRIDA, 1996, p.11).

Essa nova forma de conceber a racionalidade, própria dos tempos modernos, revela uma consciência, por um lado, ilustrada, esclarecida, porque conhece a verdade por trás do véu da dominação das relações de poder, mas por outro, miserável, porque na sua acomodação se tornou igualmente impotente no papel de se regenerar e de regenerar a própria sociedade. Conhecemos os interesses por trás dos jogos de poder, da corrupção, do patrimonialismo, mas ainda assim insistimos na máscara. Essa é, por sinal, a forma que Sloterdijk (1989) tem de compreender o cinismo moderno, que ao contrário de se tratar exclusivamente de um vício pessoal, tornou-se também o principal modo de organização das relações humanas na esfera pública e institucional. Diante do processo de desencantamento provocado pela opressão do capitalismo e do progressivo fracasso das tentativas de sua superação, desencadeadas, especialmente, pela crítica da ideologia de inspiração marxista, Sloterdijk (1989) nota que os tempos modernos encontrar-se-iam atordoados por desilusões políticas, o que, por sua vez, ensejaria um terreno acolhedor e propício para o nascimento de uma razão cínica. Poderíamos, então, afirmar que em nosso tempo:

a ganância não é apenas um vício pessoal; que num mundo condenado ao crescimento permanente sob pena de sua ruína, a ganância se objetivou em lei motora de uma sociedade inteira, que o cinismo não pode expressar-se apenas como recrudescimento individual, mas, também, em uma estrutura social objetiva que obriga constantemente a buscar o melhor, sem, no entanto, possibilitar um progresso decisivo nesse sentido. (Türcke In: SIDEKUM, 1994, p. 49).

O cinismo seria, nessa perspectiva, a inversão da ideologia tal como concebida por Karl Marx (1978). A ideologia, por outro lado, consistiria numa falsa consciência da realidade que se daria a partir da ignorância acerca dos pressupostos e condições materiais da existência da própria máscara que encobre o real. Haveria, na concepção de Marx, "a distância, a divergência entre a chamada realidade social e nossa representação distorcida" (ZIZEK, 1996), que implicaria uma espécie de ingenuidade constitutiva. Como um véu de fumaça, os jogos simbólicos intrínsecos ao capitalismo seriam capazes de distorcer a compreensão do real e de assegurar a própria dominação no interior do sistema. Com isso, a cultura dominante e as elites, ainda que integrassem tal jogo simbólico de poder, não teriam consciência plena das coisas como "realmente são", tendo em vista que a realidade já se tornou a própria mistificação ideológica. Portanto, "eles não sabem o que fazem", concluiria Marx. (MARX, 1978, p. 72).

Em razão justamente dessa ingenuidade da consciência, produto da nossa falsa percepção acerca do mundo, estaríamos aptos a empreender um processo crítico-ideológico em busca do real, num caminho bem próximo daquele indicado por Marx (1978). A finalidade de tal processo seria levar a "consciência ideológica ingênua a um ponto em que ela possa reconhecer suas próprias condições efetivas, a realidade social

que ela distorce e, mediante esse ato mesmo, dissolver-se." (ZIZEK, 1996, p. 312). Trata-se de um mecanismo que busca revelar que a objetividade e os valores sustentados no interior do sistema nada mais são que a interpretação singular de uma classe que acaba conferindo-lhe um status de universalidade.

Quando a ideologia é, então, submetida a uma crítica eficaz capaz de colocar em evidência os pressupostos que orientam as nossas convicções, "esse ser [a mistificação ideológica] se dissolve no nada, ou mais exatamente, transmuda-se num outro tipo de realidade." (ZIZEK, 1996, 312). O que ocorre é uma confrontação com as suas próprias lacunas de forma a tornar insustentável a sua organização e a preservação de sua coerência. Assim que interpretado e confrontado com a realidade, o mito, sustentado enquanto representação ideológica, perderia toda a sua eficácia.

No entanto, esse diagnóstico nos parece problemático, principalmente quando nos pronunciamos a respeito do simulacro empreendido pelo patrimonialismo no Brasil, quase sempre associado como um dos pilares da corrupção no âmbito nacional. (HOLANDA, 1979; BARBOSA, 1992; FAORO, 2001). Tal estrutura de "organização social" (FAORO, 2001) ancorada na dominação política (WEBER, 2004) e na relação complexa e quase indistinta entre o público e o privado no Brasil não mais conserva sua condição de validade na máscara e no desconhecimento constitutivo, próprios do conceito clássico de ideologia.

A questão agora é outra: estamos mais próximos daquilo que Sloterdijk (1989) chamou de "falsa consciência esclarecida" do que de uma mera ignorância acerca das condições fáticas da realidade brasileira. Isso significaria dizer que tanto os nossos políticos quanto a própria sociedade civil no Brasil sabem muito bem da corrupção, do patrimonialismo, conhecem muito bem os interesses dissimulados por trás da universalidade ideológica, mas ainda assim, não são capazes de renunciar a ela. O que salta a nossos olhos é a "certeza de que tudo há de "acabar em pizza" – isto é, na confraternização dos espertos com a exclusão dos lesos –, por exemplo," (GOLDENBERG, 2002, p. 14) e tal fenômeno "provaria menos o relaxamento dos costumes que a existência de uma discursividade que ordena nossas relações mútuas num verdadeiro *círculo cínico*." (GOLDENBERG, 2002, p.14)

Assim também, se a ideologia aparece como um erro, uma "equivocação mecânica que não compromete a boa-fé do sujeito" (GOLDENBERG, 2002, p.64), tal discursividade patrimonialista se distanciaria desse erro obstinado, desse sonho consentido. Na verdade, esse discurso se deslocaria mais em direção a uma lógica da mentira, uma mentira que quer ser levada a sério (por mais paradoxal que isso possa parecer!) e que é construída diante de uma razão que não apenas não pode ser considerada inocente como também reserva as suas forças para ludibriar o Outro, retirando dele o seu melhor proveito. Partindo da premissa de que "mentir não é enganar-se nem cometer erro" (DERRIDA, 1996, p.8), a fórmula de Marx passaria, então, a ser substituída pela de Sloterdijk (1989): portanto, "eles [os governantes, os políticos, a elite...] sabem muito bem o que fazem, mas ainda assim o fazem".

O que podemos dizer é que esse escancaramento da razão cínica, apesar de retirar qualquer possibilidade de inocência da dominação que se exerce na esfera pública, encontra-se igualmente inabilitado no seu papel de revelar o real. Isso porque o cinismo consubstancia-se na mentira e mentir significa "querer enganar o outro, às vezes até

dizendo a verdade. Pode-se dizer o falso sem mentir, mas pode-se dizer o verdadeiro no intuito de enganar, ou seja, mentindo." (DERRIDA, 1996, p. 8). Usa-se, inclusive, a verdade como uma cortina de fumaça para melhor ocultar o sentido contrário dos atos do agente desse discurso. (GOLDENBERG, 2002, p.65). Disso tudo, fica claro que a corrupção, no Brasil, aprendeu muito bem a lição instruída pela sabedoria cínica de forma a também "conceber a probidade e a integridade como uma forma suprema de desonestidade, a moral como uma forma suprema de depravação, e a verdade como a forma mais eficaz da mentira." (ZIZEK, 1996, p.313).

A questão que se manifesta aqui é a emergência de atos sempre destinados a Outro e a Outros, a fim "de *levá-los a crer* (a noção de crença é aqui irredutível, mesmo que permaneça obscura) naquilo que é dito." (DERRIDA, 1996, p.9). Ainda que a existência, no âmbito nacional, de uma "Ética do Malandro afinada com a corrupção crônica que infesta todos os estamentos da vida civil" (GOLDENBERG, 2002, p. 11) pareça clara aos nossos olhos, o que o cinismo enquanto racionalidade da política brasileira faz é possibilitar o continuísmo das relações simbólicas de poder e uma atuação inerte e apática da sociedade civil. E isso é bem próprio da razão cínica, já que a crítica que levaria ao desocultamento do simulacro, tal como ocorreria na crítica da ideologia, não é inteiramente capaz de subverter a dominação ou dissolver a máscara sob a qual a sociedade está sustentada. (SLOTERDIJK, 1989).

Toda a crítica ao patrimonialismo empreendida por autores como Fausto (2004); Faoro (2001) e Barbosa (1992), no sentido de mostrar como as relações entre o público e o privado se desenvolveram no Brasil, não foram capazes de inverter a lógica opressora dessas relações. O acesso a uma consciência iluminada não possibilitou a reviravolta ideológica, até porque a sociedade brasileira conheceu e continua conhecendo a perversão de um espaço explorado pela privatização da coisa pública. A maior parte das teorias "esclarecedoras" da corrupção e do funcionamento da esfera pública brasileira, especialmente em sua abordagem historicista, caminhou, inclusive, no sentido contrário, apresentando argumentos que nos levam a crer na existência de uma sociedade que sempre preservou o seu patrimonialismo, sendo que as relações que temos hoje seriam meramente frutos do nosso passado que continuam a se reproduzir no presente[7].

A abordagem histórica não é em si execrável, até porque possibilita que compreendamos melhor a estrutura das relações entre público e privado que estiveram na origem da nossa forma de conceber o exercício da política. O problema que identificamos nesse recorte epistemológico é a análise superficial que tem sido dada ao tema: como se a corrupção dos tempos atuais fosse mero produto da sua gênese. Em sentido bem oposto, instituir aproximações entre o cinismo moderno e a violência que se sedimentou historicamente nas relações sociais do país significa instaurar um novo rumo para a discussão, retirando do problema uma ingenuidade constitutiva, intrínseca ao conceito de tradição. Não estamos diante da mera repetição dos erros de um tempo pretérito numa compreensão de um passado que se torna presente, mas da própria produção do discurso dominador que instrumentaliza a razão para fundar novas formas de usurpação da coisa pública.

Ainda que motivada historicamente, a corrupção atual é fruto do cinismo dos nossos tempos em que se impera ainda uma lógica de que "roubar é apenas reaver o que meu irmão tirou de mim, e cuja posse direito nenhum me reconheceria." (GOLDENBERG, 2002, p.74). Os cínicos conhecem, portanto, a tradição política do Brasil, sabem muito

bem dos interesses inscritos ao longo da nossa história e das conseqüências perversas do patrimonialismo, mas preferem manter as coisas exatamente como estão. A consciência ilustrada a respeito da imoralidade e da ilegalidade da corrupção não lhes é negada.

"É TEMPO DE SERVIR"

Pois bem, nesse ambiente em que o espectro cínico não deixa de assombrar as relações promíscuas entre as esferas pública e privada no Brasil, um caso como o do Senador da Paraíba Humberto Lucena emerge enquanto paradigmático. O que ocorreu nesse "caso representativo ou típico" (YIN, 2005, p. 63) foi que o então parlamentar utilizou-se da gráfica do Senado Federal para confeccionar calendário de parede do ano de 1994 no qual aparecia sua foto com os seguintes dizeres:

Que 1994 seja um marco na vida dos brasileiros; sobretudo dos mais pobres, que são a imensa maioria da nossa população. Que Deus nos aponte os caminhos para a saída da grave crise econômica e social que leva, cada dia mais, à miséria e à fome nos lares de milhões e milhões de pessoas carentes. É tempo de servir e não de servir-se. (BRASIL, TSE, RO, 1994).

Sustentando a tese[8] de que o referido Senador havia se utilizado indevidamente dos veículos de comunicação social para o benefício de sua candidatura (o que também nos parece um tanto quanto convincente), o Procurador Regional Eleitoral do Estado da Paraíba ajuizou uma representação[9] em face de Humberto Lucena. No entanto, o uso da Gráfica do Senado para a impressão de cento e trinta mil calendários que estampavam a fotografia do Senador e a conseqüente distribuição em seu domicílio eleitoral, em ano destinado às eleições, não foram entendidos, pelo Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, como abuso de poder econômico.

A Corte consignou que não estava presente o elemento da exorbitância, do excesso, alegando que o ato praticado não se insurgia contra o pleito, por não estar nítido o objetivo eleitoral e por ser a conduta permitida pela lei que prevê cota gráfica aos senadores. Por essas razões, o TRE-PB considerou a conduta como "simples transmissão de mensagem de um homem público, no exercício do cargo de Presidente do Congresso Nacional." (BRASIL, TSE, RO, 1994).

Mas, em instância superior, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) reformou o acórdão, compreendendo que a conduta do então Senador configuraria abuso de poder, uma vez que apropriou, indevidamente, de dinheiro público para a realização de campanha

eleitoral em proveito próprio. Reconhecido o abuso por parte do TSE e mantida a decisão pelo Supremo Tribunal Federal[10], o Senador Humberto Lucena - agente político desde 1951 - não poderia se reeleger ao cargo de Senador na próxima eleição.

Descontente com o obstáculo jurídico imposto, o Legislativo, então, promulgou a Lei nº 8.985[11] em 7 de fevereiro de 1995, que concedeu, curiosamente, anistia especial aos candidatos às eleições gerais do ano de 1994 que foram declarados inelegíveis por utilização indevida do serviço gráfico do Senado Federal (BRASIL, 1995a).

Ante a concessão do "perdão legal" para beneficiar um grupo muito bem determinado, a isonomia do Direito Público não deixa de dissolver-se na máxima de que "todos são iguais", mas com a ressalva sempre muito presente de que alguns são "mais iguais do que os outros" (ORWELL, 2007, p.106). No entanto, é ainda de se estranhar que até mesmo o arquétipo da impessoalidade dos tempos modernos, qual seja, a lei, pôde servir tão bem nesse jogo de apropriação narcísica daquilo que é de todos. A universalização, enquanto elemento inexorável da lei, é subvertida por uma racionalidade que é cínica, num processo de manipulação em que não há mais "conteúdo oculto. O interesse particular é explicitado sem meias palavras." (RODRIGUES, 2007):

O que está em jogo, no discurso cínico, é a revelação pura e simples de um mecanismo de manipulação. Revelação que, em outras circunstâncias históricas, produziria um escândalo, se não uma subversão, e que hoje permite-se mostrar as molas de seu funcionamento, sem afetar em nada sua eficácia. (GOLDENBERG, XXX, p.89)

A revelação pode ser, inclusive, o próprio texto da lei, que está lá para quem quiser ver e merece ser explicitado com todas as suas letras:

É concedida anistia especial aos candidatos às eleições gerais de 1994, processados ou condenados ou com registro cassado e conseqüente declaração de inelegibilidade ou cassação do diploma pela prática de ilícitos eleitorais previstos na legislação em vigor, que tenham relação com a utilização dos serviços gráficos do Senado Federal (BRASIL, 1995a).

Com isso, o Senador Humberto Lucena e outros parlamentares que utilizaram de dinheiro público em beneficio próprio, tiveram preservados seus direitos políticos[12]. E, no momento, nos parece impossível não lembrar da cínica frase escrita no calendário confeccionado pela gráfica do Senado e utilizada como material de campanha política: "é tempo de servir e não de servir-se". O parlamentar ao se "servir" da *res publica* incorreu justamente na marca registrada do cinismo moderno, "que consiste em invocar normas universais enquanto se promove sua transgressão particular." (GOLDENBERG,

2002, p. 15). Numa lógica que não deixa de ser ironicamente discursiva, o Senador preservou ocultou o hiato entre os princípios e a prática que os contradiz.

A mensagem contida no calendário enuncia esse "cinismo à brasileira" que não é propriamente "uma postura de imoralidade" (ZIZEK, 1992, p. 60), mas consiste num "colocar a moralidade a serviço da imoralidade. [...] E nada melhor para isso do que fazer esquecer que a posição de quem enuncia desmente seu enunciado." (GOLDENBERG, 2002, p.97). Nessa perspectiva, quem enuncia é justamente aquele que pretende "se servir" da maior fatia do bolo, num realismo que nos interpela no sentido de uma transgressão generalizada da lei. Diante de um verdadeiro "círculo cínico" (GOLDENBERG, 2002, p.98), as condições parecem propícias para a construção de um discurso que nos nega qualquer possibilidade de abertura ao futuro, tendo em vista que a experiência do hoje é concebida como mera reprodução do ontem:

Incidentalmente, este descrédito da verdade permite refletir sobre a espera da opinião pública de que tudo, *como sempre*, "termine em pizza". A chave está no "como sempre", que afirma menos a falta de fé nas instituições que a esperança de que tudo "termine em pizza" mesmo, para poder-se continuar a fruir, por procuração, da transgressão dos envolvidos. (GOLDENBERG, 2002, p.70)

Quando o acesso ao futuro torna-se caótico, "a saída apresentada é a fruição imediata do presente" (COSTA, 1988), numa situação que se opõe a "qualquer projeto de mudança que implique em cooperação social e negociação não violenta de interesses particulares." (COSTA, 1988). O ideal coletivo apaga-se consecutivamente, condenando-nos "a ficar reduzidos a nossos respectivos egos, sem qualquer outra determinação. Eu, e eu apenas, posso levar vantagem em tudo. Entende-se: a custa de algum outro eu." (GOLDENBERG, 2002, p.75). E perante a essa supressão do amanhã, o presente torna-se repetição da tradição patrimonialista que se encontra na base da história política do Brasil, numa conjuntura em que a mera crítica "esclarecedora" não foi e ainda não é capaz de corrigir.

Sarcasmo e sorriso nUm Outro Brasil possível

Sloterdijk (1989), ao construir a sua análise acerca da razão cínica moderna, enfatiza ainda a importância de se distinguir rigorosamente tal postura daquilo que ele chamou de *Kynicism*, o Cinismo[13] dos tempos antigos. O *Kynicism* consistiu na rejeição popular que pretendia pôr a nu a convencionalidade de símbolos do poder e da hipocrisia moral. Esse movimento, fomentado por Diógenes na Grécia Antiga, se

operava a partir do senso de humor, do deboche e da sátira, conduzindo a uma verdadeira violação "dos valores morais que sustentavam o laço social e um desafio à autoridade que dificilmente podiam ficar impunes." (GOLDENBERG, 2002, p.60). A crítica dirigia-se não aos princípios da moralidade popular, mas às convenções, naquilo que elas mantinham de mais hipócrita e inconsistente. (GOLDENBERG, 2002, p.62). Enfim, essa postura crítica tem muito a nos ensinar nesses tempos de corrupção pós-moderna.

Inclusive, o iluminismo nunca deixou de mostrar certa aversão ao procedimento Cínico, em razão do deboche à cultura ilustrada e do elogio ao retorno da natureza e o afastamento da civilização. (GOLDENBERG, 2002, p.60). Durante o século das luzes, o Cinismo passou a ser invocado como resposta crítica à impossibilidade da materialização das promessas iluministas, mostrando o lado obscuro da razão, compreendida, nessa circunstância, como valor supremo. O *Kynicism*, então, colocava em xeque a mentira, revelando o fracasso e a ineficácia dos compromissos assumidos pela Era Ilustrada.

Enquanto antítese do cinismo moderno, o método Cínico é "mais pragmático do que argumentativo: subverte a proposição oficial, confrontando-a com a situação de sua enunciação." (ZIZEK, 1996, p.313). Esse confronto excede a uma dimensão constatativa, ou reveladora das coisas como são, e perpassa pela dimensão performativa. Mais do que designar fatos ou esclarecer os interesses em jogo, o Cinismo é uma atitude que quer expor ao ridículo o agente do discurso, "mostrando o interesse egoísta, a violência, a sede ilimitada de poder" (ZIZEK, 1992, p. 60) no momento de sua proclamação.

O que a sociedade brasileira ainda não extraiu das lições de Diógenes é justamente essa atitude ativa, pragmática e crítica disposta a ridicularizar a impunidade dos agentes políticos que, ao invocarem as regras gerais e impessoais, promovem a sua infração particular. Diógenes vem nos anunciar que é imprescindível o riso, um riso sempre disposto a desconstruir a seriedade dos parlamentares e dos governantes. Tal desconstrução, segundo o filósofo grego, não se daria em decorrência de teorias abstratas, mas a partir de uma incorporação da própria filosofia através de uma atitude diante da realidade: "ao urinar em símbolos de poder, Diógenes reagia não só ao controlo dos indivíduos na sua sociedade, mas também à sua passividade, acomodados até mesmo quando oprimidos." (OLIVEIRA, 2006, p. 209).

O que o resgate de um *Kynicism* nos possibilita vislumbrar é que mesmo a razão cínica moderna não é blindada de crítica. A atitude neocínica apostou no discurso realista revelador do "estado das coisas" de forma a assegurar a acomodação discreta dos indivíduos dentro de um sistema alienante. (OLIVEIRA, 2006, p.210). Mas o que ela esqueceu, ou melhor, ocultou, é que, mesmo o realismo é passível de superação. A realidade não é um dado apriorístico, em que os indivíduos, presos ao determinismo, não possuem responsalidades pela sua própria construção. O cinismo, presente nas relações patrimonialistas, ainda consiste numa postura humana, descomprometida com princípios éticos, em que o indivíduo é capaz de escolher agir ou não em sua conformidade.

A realidade, dentro dessa dinâmica, é uma possibilidade, um processo no qual estamos o tempo todo intervindo. A objetividade não é algo pronto, mas é igualmente edificada

dentro de um jogo de dar e pedir razões. (BRANDOM, 2001). Apesar de existir toda uma racionalidade cínica que nos coloca inertes diante da impunidade na política brasileira, nos esquecemos constantemente que somos construtores dos mesmos conceitos que consumimos. E se consumimos é porque assumimos de alguma maneira um compromisso, ainda que uma suposta "Ética do Malandro" nos enuncie o contrário. Nesse sentido, viver diante do automatismo proclamado pela tautologia desse "círculo cínico" só nos torna ainda mais responsáveis pela transgressão generalizada na esfera pública. Portanto, antes de mais nada, precisamos nos regenerar para que a sociedade e o Estado possam ser, enfim, transformados:

Existe corrupção dos dinheiros apenas como sintoma de corrupção maior, a dos costumes, que estes não são apenas o modo como indivíduos privados se articulam entre si, ou com a parte corrupta do Estado, mas o modo pelo qual os cidadãos vivem sua sociedade; que é a sociedade, mais que o Estado, o ponto no qual devemos concentrar a atenção de toda análise política; que só a partir da sociedade se entende o próprio Estado. Qualquer estudo teórico da corrupção, ou qualquer medida prática contra ela, exige vê-la nos costumes, politizados da sociedade. (RIBEIRO, 2000, p. 180)

Uma transformação que se pretenda efetiva no campo político tem que perpassar pelo próprio cidadão, em sua subjetividade e nas relações intersubjetivas que estabelece. Cada um comporta e reflete o discurso existente e não participar dessa discursividade é também aceitar as regras do jogo. Robert Brandom (2001) utiliza-se de uma metáfora para explicar também o jogo que caracteriza tais práticas discursivas. Ao mover uma peça eu não só modifico o rumo do jogo, mas forço o jogador a tomar uma atitude. Da mesma forma, quando eu ajo ou afirmo algo, eu obrigo o outro a também agir e a se posicionar num jogo em que as razões motivadoras dos atos devem ser recebidas e oferecidas.

Sendo assim, não é unicamente a lei ou o Direito que é capaz de fundar os valores, mas são os próprios indivíduos os responsáveis pela fundamentação tanto dos valores quanto dos direitos. De todas as promessas que a modernidade se empreendeu a fazer, pelo menos uma não pode ser negligenciada: a de que o homem, por sua ação, transformaria a si mesmo e o mundo em que vive numa lógica em que a cidadania não pode ser mais algo que se materializa quando se diz e enuncia pelo outro.

A sociedade, nessa perspectiva, não busca apenas conhecer a verdade por trás do discurso oficial e da banalização da corrupção, mas tem que ser capaz de construir um novo discurso. Contudo, o que não se pode perder de vista é que "numa sociedade como a nossa o interesse é constitutivo das relações do homem com o mundo." (BIGNOTTO, 2005). Muitas vezes mascaramos o interesse, e "o interesse mascarado é socialmente muito mais difícil de lidar do que o interesse explícito como interesse" (BIGNOTTO, 2005) Dessa forma, os interesses estão aí e não há como simplesmente extirpá-los. A questão essencial não é negar o pólo do eu, resgatando uma esfera pública tal como concebida pelos gregos, que busca incessantemente o bem comum. Mas, talvez, edificar esse novo discurso a partir de propostas concretas que viabilizem a satisfação de

“interesses comuns”, num espaço de deliberação política sensível à voz e à interpelação do outro.

Para isso, imprescindível se faz a corroboração da vigia das atividades públicas exercidas na política nacional, reconhecendo o potencial libertador do sorriso sarcástico quando a seriedade nada mais é que um instrumento do automatismo do poder. Nesse sentido, o mero sentimento de indiferença quanto ao patrimonialismo brasileiro constitui a adesão a esta realidade que nos é apresentada. O fato de permanecermos indiferentes à impunidade ou de considerarmos o cinismo como parte do folclore equivale a servir-lhe voluntariamente de suporte, oferecendo-se como mecanismo do gozo imaginário dos corruptos. (GOLDENBERG, 2002, p.101).

O que o discurso cínico permite que nos esqueçamos é que em uma democracia, em que se espera a construção de um projeto em comum e aberto a participação do outro, todo o engano é um auto-engano. (Arendt, 2005). Esse enganar que é sempre dirigido ao outro, ou a si mesmo como outro (DERRIDA, 1996, p.9) não deixa de ser uma ilusão que estrutura a relação com o real, uma vez que o manipulador, embora se acredite livre, não se encontra menos preso que o manipulado nessa trama instrumental. (GOLDENBERG, 2002, p.15). Sendo assim,

Como toda lei que se preze, a “de Gérson” é universal (esta se baseia numa divisão da sociedade em duas classes, uma das quais deve ser vazia: os homens de sucesso e os outros), o que leva a pensar que, por lógica, o malandro de hoje será o cretino de amanhã e vice-e-versa. Porque não existe esperto sem um tolo em virtude de quem o primeiro pode realizar-se como tal. Se todos fossem malandros, como manda a lei de “levar vantagem em tudo”, quem sobraria para o papel de otário? [...] O que nos eleva a concluir que quem acredita estar levando vantagem em tudo, não se dá conta de que talvez, nesse momento, esteja sendo passado para trás sem o saber. Sem poder saber: a crença na sua malandragem faz dele o melhor otário. (GOLDENBERG, 2002, p. 68)

CONCLUSÃO

Em que pese às fundamentações filosóficas empreendidas por Sloterdijk, o patrimonialismo no Brasil pode muito bem ser identificada como um resultado de uma discursividade cínica que nos convida a um realismo sem, contudo, oferecer qualquer possibilidade de saída. A corrupção enquanto seu reflexo mais evidente deixa de ser compreendida apenas como sintomática de vícios que se perdem na origem da formação da sociedade, passando a corresponder nos vícios vivenciados e alimentos, contemporaneamente, pelos próprios cidadãos.

A razão cínica deixa de ser invenção apenas do corrupto que, em sua ânsia de enganar, apropria-se pessoalmente da esfera pública, para abarcar igualmente o cidadão indolente que tem plena consciência da realidade e opta pelo distanciamento. A impassividade não-questionadora o torna igualmente refém da podridão que infesta a política nacional, numa lógica em que a pura aceitação da "realidade como ela é" não retira sua responsabilidade.

Não será o realismo, portanto, que possibilitará que nos libertemos dessa tautologia que é o circulo cínico, já que só revelaria o fracasso antes mesmo do começo da transformação. E transformar significa intervir no mundo, reconstruir a si mesmo como cidadão e, ao mesmo tempo, possibilitar que a realidade seja também fruto da voz do outro. Nesse raciocínio, enganar o outro só pode significar enganar a si mesmo. O ímpeto imediatista de ludibriar o outro e a sociedade, apesar de assegurar ao corrupto uma vantagem momentânea, o leva a cair na rede de seu próprio engano, uma vez que por se sentir desprezível na mentira que cria precisa igualmente submeter-se a sua própria ilusão.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Verdade e Política**. Lisboa. Lisboa Editora. 2005

BARBOSA, Lívia. **O jeitinho brasileiro**: a arte de ser mais igual que os outros. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BENDIX, Reinhard. **Max Weber**: um perfil intelectual. Trad. Elisabeth Hanna e José Viegas Filho. Brasília: UNB, 1986.

BEZERRA, Marcos Otávio. **Bases sociais da prática da corrupção no Brasil**: reflexões a partir de dois casos de corrupção. Disponível em: . Acesso em: 10 de setembro de 2009.

BIGNOTTO, Newton. **Bem Comum e a Vida Privada**. 2005**.** DVD Café Filosófico Estúdio Long On/Culturamarcas. Brasil. 1 vídeo disco (54 min.), son, color.

BRASIL. Lei Complementar número 64 de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília**,** 21 de maio 1990.

BRASIL. Lei nº 8.985 de 7 de fevereiro de 1995. Concede, na forma do inciso VIII do art. 48 da Constituição Federal, anistia aos candidatos às eleições de 1994, processados ou condenados com fundamento na legislação eleitoral em vigor, nos casos que especifica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 8 de fevereiro de 1995a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Anistia: Lei concessiva. Lei

8.985, de 07.02.95. CF, art. 48, VIII, art. 21, XVII. Lei de anistia: Norma Geral. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1231. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil *versus* Presidente de República. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 28 de abril de 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=Anistia: Lei concessiva&processo=1231> Acesso em 07 de agosto de 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consubstancia abuso de autoridade a utilização do serviço gráfico do Senado Federal em confecção de calendários, contendo a imagem do parlamentar, e que tenham sido enviados aos cidadãos do Estado no qual possui o domicílio eleitoral, ocorrendo a remessa em pleno ano destinado às eleições. Recurso Ordinário 12.244. Relator: Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Brasília, 13 de setembro de 1994. Disponível em: . Acesso em: 10 de agosto de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Calendários de 1994, com fotografia do candidato, impressos na Gráfica do Senado Federal, em grande volume, e distribuídos ao eleitorado do Estado onde o parlamentar é candidato a vaga de Senador. Decisão do Tribunal Superior Eleitoral que afirmou confirmar-se, no caso concreto, abuso de poder de autoridade e uso indevido de recursos públicos, criando-se, também, situação de desigualdade com os demais candidatos. Propaganda eleitoral vedada. Recurso Extraordinário 186088/DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 24 de fevereiro de 1995b. Disponível em: . Acesso em: 17 de agosto de 2009.

BRANDOM, Robert. **Articulating reasons:** an introduction to inferentialism. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001. 230 p.

CARVALHO, José Murilo de. Entre a liberdade dos antigos e a dos modernos: A república no Brasil. In: CARVALHO, José Murilo de. **Pontos e bordados:** escritos de história e política. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 1998. p. 83-106.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral.** 6. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COSTA, Jurandir Freire. **Narcisismo em tempos sombrio.** 1988. Disponível em: Acesso em: 8 de Agosto de 2009.

DERRIDA, Jacques. **História da Mentira:** Prolegômenos. Estudos Avançados 10(27), 1996.

FAORO, Raymundo. **Donos do poder**: Formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Globo 2001.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 12. ed. São Paulo: Edusp, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do Pensamento Jurídico: um exemplo a partir da literatura. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos:** reflexões sobre o Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006. p. 515-530.

GOLDENBERG, Ricardo David. **No círculo cínico, ou, Caro Lacan, por que negar a psicanálise aos canalhas?** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 5º. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1969.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Bauru: Edipro, 2003.

LISPECTOR, Clarice. **A Hora da Estrela**. 23ª edição. Disponível em: Acesso em: 14 de Maio de 2009.

MAGALHAES, José Luiz Quadros. **Crise**. 23 fev. 2008. Disponível em: , Acesso em: 5 de Julho de 2009.

MARX, Karl. **O Capital**: Crítica da Economia Política. Vol. I. São Paulo: Nova Cultural, 1978.

MATTA, Roberto da. **A casa & a rua**: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

MORAES, Lúcio Flávio Renault de; MAESTRO FILHO, Antonio Del; DIAS, Devanir Vieira. O paradigma weberiano da ação social: um ensaio sobre a compreensão do sentido, a criação de tipos ideais e suas aplicações na teoria organizacional. **Revista de Administração Contemporânea**. 2003, vol.7, n.2, p. 57-71. Disponível em: Acesso em: 2 de setembro de 2009.

O GLOBO. **Instituições políticas recebem nota baixa.** Brasília,11 de junho de 2008.

Oliveira, Sílvia A imarcescível razão cínica (a narrativa curta de Mário-Henrique Leiria e Luiz Pacheco). **Estudios Portugueses**. n. 6, Universidad de Slamanca: p. 209-218. 2006

ORWELL, George. **A revolução dos bichos:** um conto de fadas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social:** o alto custo da vida pública no Brasil: ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

RODRIGUES, Silvia Viana. **Cinismo**: ideologia em tempos de exceção. 2007. UFPE, Recife. Disponível em: Acesso em: 12 de Julho de 2009.

SIDEKUM, Antonio (org). **Ética do discurso e filosofia da libertação- modelos complementares**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1994.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **A economia política da corrupção no Brasil**. 2º ed. São Paulo: SENAC São Paulo 2002.

SLOTERDIJK, Peter. **Critica de la Razon Cinica**. Madrid: Taurus, 1989. 2v.

VIANNA, Luiz Werneck. Weber e a interpretação do Brasil. In: Jessé. **O malandro e o protestante :** a tese weberiana e a singularidade cultural brasileira. Brasília: UnB, c1999. 315p. p. 174-193.

VILANI, Maria Cristina Seixas. Cidadania moderna: fundamentos doutrinários e desdobramentos históricos. **Cadernos de Ciências Sociais: [Belo Horizonte],** Belo Horizonte, v. 8, n. 11, p. 47-64, dez. 2002.

WEBER, Max. **Economia e sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva. 4. ed. Brasília: Ed. UnB, 2004. v. 2.

YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

ZIZEK, Slavoj. Como Marx inventou o sintoma. In: ADORNO, Theodor W. et al. **Um mapa da ideologia.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

ZIZEK, Slavoj. **Eles não sabem o que fazem:** o sublime objeto da ideologia. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1992.

[1] Weber, ao construir o tipo ideal referente as formas de dominação, “abrange o problema da continuidade das relações sociais, isto é, qual é a base de sustentação e manutenção da legitimidade destas relações, considerando que o social se origina no indivíduo e é manifestado pela ação individual. A resposta para esta questão encontra-se na base da organização social, estritamente ligada ao poder e à dominação, estudados por Weber em diferentes aspectos. Para ele, enquanto o conceito de poder é socialmente amorfo (não se limita a nenhuma circunstância social específica), a dominação está baseada numa probabilidade de obediência a um certo mandato. A dominação pode ser identificada por dois tipos de representação: (1) numa situação de monopólio, mediante uma constelação de interesses, como é o caso do mercado monopolista; (2) por meio da autoridade (poder de mando e dever de obediência), como é o caso do poder exercido pelo pai de família, pelo funcionário ou pelo príncipe” (MORAES; MAESTRO FILHO; DIAS, 2003, p. 65). Nesta perspectiva, são evidenciados três tipos de dominação legítimas: Legal, Tradicional e Carismática (WEBER, 2004).

[2] Segundo Max Weber: “Dos princípios estruturais pré-burocráticos é o mais importante a estrutura patriarcal da dominação. Em sua essência, não se baseia no dever de servir a determinada “finalidade” objetiva e impessoal e na obediência a normas abstratas, senão precisamente no contrário: em relação de piedade rigorosamente pessoais. Seu germe encontra-se na autoridade do chefe da comunidade doméstica. [...] De resto, o dependente presta serviços regulares e extraordinários e auxílio e entrega presentes e tributos, juridicamente segundo a necessidade e o juízo do senhor, de fato segundo o costume arraigado. Naturalmente tem o senhor o direito de tirar-lhe arbitrariamente a propriedade, e também o costume considera originariamente óbvio o direito dele de dispor sobre as pessoas e os bens que deixa após a morte. A este caso especial da estrutura de dominação patriarcal: o poder doméstico descentralizado mediante a cessão de terras e eventualmente de utensílios a filhos ou outros dependentes da comunidade doméstica, queremos chamar de dominação *patrimonial.”* (WEBER, 2004, p. 234-238).

[3] Para Marcelo Galuppo: “As teses básicas do comunitarismo são a tese da prioridade do bem sobre o justo e a tese da prioridade do todo sobre a parte. A tese da prioridade do bem (entendido como a felicidade da comunidade) sobre o justo (entendido como os direitos individuais) indica que alcançar a felicidade social é mais importante que realizar os direitos individuais (entendidos pelo liberalismo como fruto da vontade individual ou coletiva), porque a felicidade coletiva é interpretada como causa da existência da organização societária. A tese da prioridade do todo sobre a parte indica que, no conflito entre interesses coletivos e direitos individuais, aqueles devem prevalecer sobre estes, porque, em última instância, são a sua causa, origem e fundamento. Assim podemos definir o comunitarismo como a concepção que afirma a prevalência ontológica, axiológica e histórica da comunidade sobre o indivíduo” (GALUPPO, 2006, p. 516)

[4] Enquanto “As teses básicas do liberalismo são a tese da prioridade do justo sobre o bem e a tese da prioridade da parte sobre o todo. A tese da prioridade do justo sobre o bem indica que a existência da sociedade só se justifica enquanto permita a realização, em grau máximo, da liberdade, entendida como livre-arbítrio, razão pela qual os direitos individuais produzidos racionalmente são superiores a todos os demais interesses

coletivos, na medida em que servem de fundamento a estes. A tese da prioridade da parte sobre o todo indica que, no conflito entre interesses coletivos e direitos individuais, estes devem prevalecer sobre aqueles, porque, em última instância, os indivíduos são tidos pela causa e fundamento da sociedade, cuja origem é explicada mediante a hipótese de um contrato voluntário realizado entre indivíduos livres. Assim podemos definir o liberalismo como concepção que afirma a prevalência ontológica, axiológica e histórica do indivíduo sobre a comunidade" (GALUPPO, 2006, p. 516)

[5] Em 2008, foi realizada uma pesquisa pelo Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (IPESPE) em todo o Estado brasileiro, encomendada pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) com a finalidade de avaliar o grau de credibilidade das instituições no país. O levantamento do IPESPE é aterrador para a classe política. A "pesquisa divulgada [...] pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) mostra que as instituições mais mal avaliadas pelos brasileiros são as prefeituras, as assembléias legislativas, as câmaras de vereadores, o Congresso Nacional e os partidos políticos. Nenhuma deles recebeu nota média maior que 5,3, numa escala de zero a dez. Os partidos registraram o pior desempenho: 3,6 na média." (O GLOBO, 2008)

[6] Kant (2003) recoloca a razão no centro da fundamentação da Ética. Para ele, a razão humana tem o papel de criar normas morais e, ao mesmo tempo, a capacidade de impor tais normas a si mesma por meio do dever. É a razão que nos permite afastar das nossas inclinações e desejos e, justamente em razão disso, ela é capaz de nos torna seres morais e autônomos. Portanto, o homem, ao agir segundo o dever que a sua razão determina, atua igualmente em conformidade com a lei moral.

[7] "O Weber da versão hoje hegemônica nas ciências sociais e na opinião pública sobre a interpretação do Brasil, tem sido aquele dos que apontam o nosso atraso como resultante de um vício de origem, em razão do tipo de colonização a que fomos submetidos – a chamada herança do patrimonialismo ibérico – cujas estruturas teriam sido reforçadas ainda mais, com o transplante, no começo do século XIX, do Estado português para o solo americano. Desse legado, continuamente reiterado ao longo do tempo, adviria a marca de uma certa forma de Estado duramente autônomo em relação à sociedade civil, que ao abafar o mundo dos interesses privados e inibir a livre iniciativa, teria comprometido a história das instituições com concepções organicistas da vida social, e levado à afirmação da racionalidade burocrática em detrimento da racional-legal. Ainda segundo essa versão, a ausência do feudalismo na experiência ibérica, inclusive no Brasil, aproximaria a forma patrimonial do nosso Estado à tradição política do oriente, onde não se observariam fronteiras nítidas a demarcar as atividades das esferas pública e privada**."** (VIANNA, 1999, p. 175)

[8] Com base no disposto no artigo 22 da Lei Complementar número 64 de 18 de maio de 1990 (BRASIL, 1990) - que cuida da abertura de investigação judicial para a apuração do abuso do poder de autoridade ou uso indevido de veículos ou meios de comunicação social em benefício de candidato ou partido - foi sustentado o abuso de poder econômico por parte do Senador Humberto Lucena o que o tornaria inelegível para as próximas eleições.

[9] A "representação é uma ação processual, pela qual se deduz em juízo o direito subjetivo, a pretensão e a ação de direito material à decretação da inelegibilidade do candidato. Assim, no plano do direito material, o abuso de poder econômico ou político,

as transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em beneficio de candidato ou partido político (art. 19 c/c art. 22 da LC 64/90), fazem nascer o direito subjetivo, a pretensão e a ação de tornar inelegível o candidato beneficiado. Tal pretensão nasce para os legitimados a agir (Ministério Público, partido político, coligação e candidatos).” (COSTA, 2006, p. 512-513)

[10] O STF, por maioria dos votos, não conheceu do Recurso Extraordinário interposto pelo Senador por não se tratar de matéria constitucional. (BRASIL, 1995b, STF, Pleno, RE nº 186.088/DF, rel. Min. Néri da Silveira)

[11] “O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei: Art. 1º É concedida anistia especial aos candidatos às eleições gerais de 1994, processados ou condenados ou com registro cassado e conseqüente declaração de inelegibilidade ou cassação do diploma, pela prática de ilícitos eleitorais previstos na legislação em vigor, que tenham relação com a utilização dos serviços gráficos do Senado Federal, na conformidade de regulamentação interna, arquivando-se os respectivos processos e restabelecendo-se os direitos por eles alcançados. Parágrafo único. Nenhuma outra condenação pela Justiça Eleitoral ou quaisquer outros atos de candidatos considerados infratores da legislação em vigor serão abrangidos por esta lei. Art. 2º Somente poderão beneficiar-se do preceituado no caput do artigo precedente os membros do Congresso Nacional que efetuarem o ressarcimento dos serviços individualmente prestados, na conformidade de tabela de preços para reposição de custos aprovada pela Mesa do Senado Federal, excluídas quaisquer cotas de gratuidade ou descontos. Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se a quaisquer processos decorrentes dos fatos e hipóteses previstos no art. 1º desta lei. Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 7 de fevereiro de 1995; 174º da Independência e 107º da República. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO.”

[12] O STF, em decisão recente, considerou tal diploma legal constitucional ressaltando que o mesmo não afrontava os princípios da moralidade e da impessoalidade. (BRASIL, STF, ADIn, 2006).

[13] Distinguiremos aqui o Cinismo com letra maiúscula do de letra minúscula, sendo que o primeiro se refere à construção de Diógenes na antiguidade e o segundo diz respeito à postura ética da modernidade identificada por Sloterdijk.

A RESPOSTA CORRETA NO JULGAMENTO DE ANTÍGONA: PROPOSTA DE ESTUDO DA TEORIA DWORKINIANA ATRAVÉS DA OBRA DE SÓFOCLES*

THE RIGHT ANSWER IN ANTIGONA'S JUDGEMENT: PURPOSE OF STUDY OF THE DWORKINIAN THEORY THROUGH SOFOCLES' WORK

Fausto Santos de Morais

RESUMO

Desde as características próprias das tragédias gregas é possível reconhecer um embate entre direito, justiça/política e racionalidade. A obra Antígona de Sófocles é um bom exemplo de como se relacionam essas dimensões que permeiam o fenômeno jurídico. Aproveitando-se da ludicidade da obra especula-se ser possível compreender as teorias de Ronald Dworkin sobre o Direito. Tratando dois aspectos específicos do pensamento de Dworkin, acredita-se que a obra de Sófocles permite estabelecer uma metáfora entre o desenvolver do seu conto com aquilo que pode ser pensado como moralidade política, e, ainda, imaginar a possibilidade do juiz Creonte manter-se viril diante da resposta correta.

PALAVRAS-CHAVES: RESPOSTA CORRETA. DIREITO COMO INTEGRIDADE E COERÊNCIA. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.

ABSTRACT

Since the own features of the Greek tragedies is possible to recognize a debate among law, justice/politics and rationality. Sofocles' Antigona work is a good example of how they correlate these dimensions that surround legal phenomenum. Taking advantage of the ludical of the work searches to be possible the comprehension of Ronald's Dworkin's theory over law. Dealing with to particular aspects of Dworkin's thought, one believes that Sofocles' work allows to establish a metaphor between the development of the tale with that which can be thought as a political morality, and, yet, to imagine a possibility of the judge Creonte to maintain absolute facing the right answer.

KEYWORDS: RIGHT ANSWER. LAW AS INTEGRITY AND COHERENCE. LEGAL REASONING.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo compreender a filosofia dworkiana sob a perspectiva da sua teoria política e de adjudicação judicial, através do filosofar sobre a obra Antígona de Sófocles. Esta obra da literatura grega pode ser facilmente relacionada com o direito. Ela abarca nos seus cantos relações entre direito e justiça, deliberação, interpretação e argumentação. Contemplando estas possibilidades, acredita-se que ela servirá de fio condutor para o estudo do pensamento de Ronald Dworkin.

O direito nesta quadra da história ultrapassou a sua perspectiva meramente normativa, mecânica, exigindo do jurista um constante pensar transdisciplinar, crítico e ético. Assim, a compreensão dos fenômenos sociais-jurídicos ultrapassam as limitações impostas por um sistema normativo, exigindo um acoplamento ontológico entre os saberes, não produzido pelo jurista, mas por ele desvelado. Por isso, acredita-se que pensar o direito através da literatura e da filosofia, permitirá que se apresentem novas perspectivas do fenômeno jurídico não perceptíveis numa postura tradicionalmente hermética.

Na próxima seção (seção 2) será apresentada em seus termos gerais a obra Antígona, procurando-se, nas seções precedentes desenvolver dois caminhos argumentativos, traçando identidades perceptíveis na obra com a teoria dworkiniana. Numa das seções (seção 3), pretender-se-á mostrar traços da filosofia política liberal, mais especificamente, reconhecendo a limitação de decisões políticas por um esquema de direitos civis. Na seção subseqüente (seção 4), a discussão estabelecer-se-á deslocando hipoteticamente Creonte para a condição de juiz. Colocar-se-á, assim, a decisão de condenação de Antígona à morte num teste de integridade e coerência, especulando a possibilidade de uma resposta correta.

2 Apresentação da obra sobre a tragédia tebana

Antígona é uma obra que narra os acontecimentos posteriores a tentativa de tomada do poder na cidade de Tebas, governada por Etéocles, mediante investidas do seu irmão Polinice.

Antes de ingressar em Antígona vale lembrar da peça de Ésquilo: Os sete contra Tebas. A história diz respeito ao embate entre os irmãos Etéocles e Polinice. Frutos de uma família amaldiçoada, tendo ao mesmo tempo como pai e irmão Édipo, expulsam este de Tebas. Ao deixar a cidade, Édipo lança a maldição aos seus filhos, dizendo que nenhum dos dois reinaria sobre Tebas, mas que teriam da cidade tão somente o pó para cobrir seus corpos.[1] Procurando evitar a maldição, os filhos de Édipo contratam uma forma democrática de governo da cidade de Tebas, de tal maneira que cada um dos irmãos deveria se revezar no governo pelo período de um ano.[2]

Etéocles governa a cidade pelo prazo estabelecido, todavia, assumido pela cólera, rompe com o acordo, denegando ao seu irmão o exercício do poder. Diante deste acontecimento, Polinice deixa Tebas e forma um exército para tomada dela, fazendo-se acompanhar por mais seis generais. Seriam, portanto, os sete contra Tebas.

Cada um dos generais se localizou em um dos portões de entrada na cidade de Tebas. A cada um deles Etéocles oponha um dos seus guerreiros, até o momento em que ele próprio teve que empunhar as armas e enfrentar o sétimo guerreiro, seu irmão, Polinice. Veja-se a fatalidade do destino, obra do divino e, para o momento da história, imposição dos deuses. O combate envolveria o medir de forças entre reis, afinal, entre irmãos.

O que o destino poderia reservar a uma linhagem tão desaventurada que não a morte. E assim o foi. Etéocles e Polinice morrerem sobre o ataque recíproco, golpe de mesmas mãos, mãos irmãs. A maldição de Édipo se concretiza. Nenhum dos irmãos governou a cidade em paz, sendo que ambos jazem sob o pó de Tebas.

Chega-se, então, a Antígona de Sófocles. Antígona e Ismene são filhas e irmãs de Édipo, portanto, fraternas a Etéocles e Polinice. Da malgrada sorte que o destino lhe reservara, só restaria a possibilidade de enterrar os seus irmãos, sepultando-lhes junto com seu pai. Coloca-se, portanto, a narrar a parte da peça que apresenta ilustrações ao pensamento dworkiniano do direito como integridade, aproximações que serão feitas no desenvolvimento do trabalho.

Seguindo-se a linha sucessória da dinastia tebana é evocado ao poder Creonte. Este, irmão de Édipo, tendo como sobrinhas Antígona e Ismene. Ao assumir o poder Creonte decreta que todas as glórias devem ser guardadas ao sepultamento de Etéocles, sendo ele digno daqueles que descem aos mundos dos mortos. Entretanto, Polinice deve permanecer ao relento, para que o seu corpo seja entregue aos lobos e as aves. Com isso, o destino de Polinice não seria a transição natural ao mundo dos mortos, visto que seu corpo, despedaçado pelos animais, impediria tal processo.

Para encurtar a história, Antígona foi flagrada enterrando o corpo de seu irmão Polinice, sendo por isso condenada a morte. Complicando o enredo, as relações entre as personagens reservam o conflito entre Creonte e seu filho Hemon, este, noivo de Antígona. Esta condição do destino acaba por determinar um final costumeiramente trágico às peças da antiguidade.

A partir da próxima seção passar-se-á a relacionar os acontecimentos da peça grega com a teoria política de Dworkin, procurando verificar se os atos deliberativos do governo tebano, numa especulação, poderiam conformar-se na noção de moralidade política dworkiniana.

3 A negação da política liberal de Dworkin pelo decreto de Creonte: afirmação da necessidade de uma moralidade política

Antígona foi presa e condenada tão somente por querer que o tratamento despendido ao sepultamento do seu irmão Etéocles também fosse empregado ao seu irmão Polinice. Ambos eram irmãos e descendentes do reino de Tebas. O conflito da invasão de Tebas foi gerado tão somente por ato déspota de Etéocles que, ao sentir gosto pelo poder, não conseguiu cumprir com o acordo originário. Polinice queria restabelecer a ordem do acordo, tomando para si, o poder que lhe era devido pela convenção feita com seu irmão.

Na presente seção procurar-se-á analisar os atos do governo de Creonte, como governo, identificando a sua conformidade com a idéia de moralidade política desenvolvida por Dworkin. Portanto, teria Creonte a possibilidade deliberativa de estabelecer uma restrição ao direito de Antígona ao sepultamento e enterro de seu irmão Polinice? Não se estaria diante de uma violação a filosofia política liberal nos moldes propostos por Dworkin? Postas as perguntas, tratar-se-á de caminhar ao encontro das respostas.

Dworkin expõe que a sua filosofia política, sustenta-se sobre a base de uma concepção liberal de igualdade,[3] constituindo-se como uma espécie de moralidade política autêntica e coerente,[4] elegendo determinado princípio como seu carro chefe. Portanto, seria justo afirmar que o liberalismo defendido por Dworkin deve ser aquele que consagra o princípio da igualdade como o mais importante, fazendo com que os atos públicos, legislativos como judicativos, tendam para esta finalidade.

O ideal de igualdade ou o princípio de igualdade sustentado por Dworkin pode ser melhor entendido através das duas perspectivas, da forma como o autor o apresenta. A primeira é de que o governo deve tratar todos os que estão sobre o seu cuidado como iguais, destinando-lhes igual atenção e respeito.[5] De outro lado, deveria o governo tratar igual a todos na atribuição de oportunidades,[6] assegurando um estado de coisas que resultem nessa finalidade. A concepção de igualdade de Dworkin supõe que as decisões políticas de uma determinada sociedade devem ser tomadas, na medida do possível, deixando de lado qualquer concepção particular sobre o que é viver bem ou aquilo que é mais valioso na vida.[7] Especula-se, aqui, que tais concepções são resguardadas as decisões particulares de cada um dos cidadãos. Cabe somente a cada um dos cidadãos escolher qual o valor merece dedicação integral, podendo variar, por exemplo, entre a riqueza, ao trabalho, ao lazer, ao esporte, ou qualquer outro valor que entenda relevante. O Estado não pode ditar qual destes valores é o mais importante.

Procurar-se-á fixar o posicionamento de um liberal na atividade legislativa, como exemplo, aquela realizada por Creonte. Ou seja, tomar uma decisão política sobre determinada questão. Estabelecer uma proibição. Dworkin vai dizer que o vetor da instituição democrática seria se guiar pela regra da maioria, todavia, ela teria que acomodar, necessariamente, o direito do individuo ao respeito e consideração como forma de justificação democrática.[8]

De certa forma, Dworkin escancara o fato de que o jogo político envolverá sempre a acomodação de preferências pessoais de todos os envolvidos,[9] dando-lhes igual oportunidade. Todavia, em contrapartida, seria possível verificar que as decisões políticas acabariam por refletir preferências externas.[10] Isto quer dizer que as deliberações políticas envolveriam preferências pessoais sobre aquilo que os outros cidadãos deveriam fazer ou ter.[11] A plenitude desta concepção majoritária serviria mais para violar o direito ao tratamento igualitário do que concretizá-lo.

Assim, todo liberal, politicamente engajado com a igualdade proposta por Dworkin, deve prever direitos civis no sistema jurídico, considerando-os como instrumentos que retiram determinadas matérias do jogo político, inclusive, servindo de parâmetro para o controle de validade das decisões políticas sempre que identificadas preferências externas dos partícipes. O poder judiciário, assim, quando identifica decisões políticas que não se coaduna com os direitos civis, deve atuar, reconhecendo-lhes, efetivamente, como meios de proteção do indivíduo frente ao Estado.[12] Sintetizando, em expressão parecida com a utilizada por diz Dworkin é possível dizer que os direitos civis devem desautorizar que o poder legislativo tome determinadas decisões políticas,[13] assegurando a liberdade política e de mercado, com o resguardo aos direitos individuais.[14]

Acredita-se, ainda como necessidade expositiva da teoria política de Dworkin, dizer que o direito ao adotar instrumentos que impedem o ingresso de preferências externas, ou que permitam a retirada de decisões que apresentam tal mácula, permite a construção de uma instância de moralidade política diferenciada da privada.[15] Dever-se-á reconhecer, um grau de autonomia ou independência do sistema de direitos em comparação com as preferências pessoais – morais das pessoas. Seguindo, ao procurar desenvolver a idéia de moralidade política dissociada de preferências pessoais, ou garantindo instâncias de liberdade para os cidadãos, especula-se ser possível remontar a idéia de integridade legislativa.[16]

Para tanto, cabe expor a idealização de Dworkin quanto a existência de uma comunidade de princípios, isto é, que as pessoas assumem a condição de viverem sobre determinados ideais, valores, que comandarão as suas ações. Assim, sempre que agirem estarão levando em conta um determinado conjunto de princípios que justificam os seus atos.[17] O conjunto de princípios que coordenam determinada comunidade deve sempre justificar a resolução nas decisões, sejam elas legislativas como judiciárias.

No que diz respeito a ação legislativa, Dworkin sustenta que a comunidade de princípios exige uma integridade legislativa, válida para justificar as decisões políticas particulares. A integridade legislativa vem a ser o dever imposto ao legislador para que no exercício de sua atividade deliberativa se esforce para produzir leis que reflitam uma moralidade política. Melhor dizendo: que as leis guardem coerência com o sistema jurídico considerando como um todo,[18] isto é, que reflitam os princípios consagrados pelo sistema.

Voltando-se a literatura condutora da reflexão, procurar-se-á analisar a justificação da decisão de Creonte, buscando, para isto, (des)qualificar o seu ato junto a um sistema de princípios que lhe dão suporte ou que os endossem. O ato político particular praticado por Creonte foi impedir que Antígona sepultasse seu irmão, obstando-lhe que protegesse o corpo dele dos abusos feito a carne, costumeiramente, um ato das aves e dos lobos.

Cabe esclarecer que o contexto da obra de Antígona remonta uma tradição em que a mulher tinha como destino, determinado pelos deuses, o nascimento e a morte. Por isso, era da natureza dela parir e sepultar. A institucionalização desta tradição, deste padrão de conduta, deste princípio, era tão antigo e costumeiro que a sua criação era atribuída aos deuses.[19] Retoma-se, agora, as perguntas lançadas ao início da seção:

Porque somente Etéocles poderia ser sepultado e não Polinice? Uma das variantes a esta pergunta nos lança no ideal de liberdade que a moralidade política de Dworkin reclama. Isto é, o governo tem o dever de tratar os que estão sobre o seu cuidado como iguais, destinando-lhes igual atenção e respeito. Todavia, Creonte ignora esta condição ao ver Polinice como bárbaro,[20] como o guerreiro inimigo. Veja-se a atualidade na discussão. Bárbaro pode ser tomado como o desconhecido, o outro, o diferente. Neste instante, o pensamento pode ser direcionado às minorias oprimidas pela maioria. Surge, portanto, a seguinte pergunta: num Estado Constitucional a maioria tem um poder ilimitado?

Foi possível ver com o próprio Dworkin que sistema jurídico que represente uma comunidade de princípios, da liberdade, igualdade, equidade, justiça e devido processo legal, deve prever como seu ponto de apoio a existência de direitos civis que protegem a igualdade. Sem a proteção destes direitos civis não se poder falar neste ideal. Por isso, o sistema jurídico deve se precaver contra decisões políticas que não atendam o ideal de igualdade, procurando impor preferências externas. No caso de Antígona, a preferência externa de Creonte não pode encontrar validação pelo sistema jurídico. Não pode Creonte impor as suas preferências quanto ao destino dos guerreiros que atacam Tebas, mas dar-lhes um destino igual a todos os demais cidadãos, conforme ordenava a lei divina.

A lei divina, aqui, deve ser pensada como uma ordem que estabelecia os direitos civis dos cidadãos tebanos, dando-lhe sustentação a uma força contramajoritária, fora do alcance de deliberação de Creonte. Apesar disto, a decisão de Creonte denega ao mesmo tempo o direito de Polinice de transladar ao mundo dos mortos, condição assegurada a todos os homens, bem como impede que Antígona exerça um direito fundamental, inscrito no seu destino pelos deuses.

Lendo a obra Antígona pela perspectiva da teoria política de Dworkin, o ato de Creonte não se coaduna com um modelo de filosofia política que garanta direitos civis aos seus cidadãos, considerados como iguais, fazendo deste instrumento contramajoritário um trunfo[21] nas mãos dos indivíduos. Isto é, sempre que a democracia impulsionada pela participação igualitária no jogo político avançar sobre direitos individuais dos cidadãos, leiam-se, Direitos Fundamentais, estes apresentar-se-ão como limite intangível à deliberação, fazendo-se como trunfo, seja pela exclusão *a priori* do espaço deliberativo ou por instrumentos judiciais de resguardo a tais direitos. Tem-se, assim, que o decreto de Creonte não se justifica numa concepção de moralidade política dworkiniana, onde todos os cidadãos devem ter os mesmos direitos e deveres, protegidos por instrumentos contramajoritários.

4 O juiz Creonte como (re)produção da discricionariedade judicial: a possibilidade de resposta correta no julgamento de Antígona

Nesta seção, como anunciado preambularmente, explorar-se-á a figura de Creonte na função de juiz. É certo que sendo ele soberano, na época que narra a peça, ele concentra ao mesmo tempo a condição de legislador e julgador. Todavia, ao deslocar

simbolicamente Creonte para a função de juiz abordar-se-á uma situação que ocorre após a prisão de Antígona. Tal momento da história é útil, pois apresenta um embate argumentativo tanto da personagem Antígona quanto seu noivo Hemon, ambos procurando sensibilizar Creonte quanto a injustiça – tomar-se-á aqui no mesmo sentido de ilegalidade, inconstitucionalidade ou invalidade – do decreto que suporta a punição dela pela conduta de sepultar Polinice.

Creonte ao dirigir-se a Antígona capturada pelos guardas da cidade inquire a criminosa, questionando-a quanto o seu conhecimento sobre a legislação, e a conhecendo, por que infringiu as ordens do governo. A defesa utilizada por Antígona é de que o seu ato não poderia ser considerado como crime, pois estava protegido pelas ordens divinas. E mais, o decreto do governo não teria o poder de superar as leis não-escritas, como aquelas ditadas pelos deuses.[22] Especulando a elementos semânticos da obra, François Ost reconhece a utilização pela personagem Antígona da palavra *nomina*, como uma condição justificadora da prática do seu ato.[23] *Nomina*, como apresenta Ost, deve ser entendido como as tradições e costumes antigos,[24] considerada as leis dos deuses, não escritas e irrevogáveis. Ainda, Ost identifica na obra a palavra *nomos*, utilizada por Creonte quando este se refere ao seu decreto. [25]

Novamente, utilizando-se do expediente socrático, pode pôr-se as seguintes perguntas: Creonte tem poder discricionário? No caso é possível buscar uma resposta correta? E por último, como que se justifica a decisão? As duas primeiras perguntas levarão a um questionamento sobre questões hermenêuticas, enquanto que a terceira remeterá a idéia argumentativa.

É inevitável reconhecer que Creonte possua poder discricionário, todavia, num sentido fraco, assim proposto por Dworkin. Isto quer dizer que ele possui o poder para efetuar julgamentos sobre questões que ultrapassam a concepção clássica hermenêutica de mera subsunção.[26] Quem tem o poder discricionário, no seu sentido fraco, não age simplesmente através de uma operação mecânica, deducionista, mas toma uma decisão sobre determinada matéria, assumindo uma postura.

Surge com isso a visão sobre o limite do poder discricionário. Pode aquela pessoa que exerce o poder discricionário julgar desapegado de quaisquer padrões pré-estabelecidos? No caso, poderia Creonte considerar que o decreto punitivo aplicado a Antígona era ilegal? Ilustrou-se anteriormente que as leis não escritas, costumeiras, tidas pelos deuses, exerciam um poder impositivo na tradição tebana, não estando à disposição do legislador ou julgador. Pensando-se na possibilidade de limitação do ato deliberativo do governo de Tebas, o juiz Creonte, ao analisar o caso de Antígona poderia recorrer a idéia do direito como integridade. Mas como isto seria possível? Ora, dever-se-á procurar apoio em Dworkin. Certamente, Dworkin diria que se deveria buscar os argumentos que melhor justifiquem a decisão, e assim, encontrar a resposta correta.

A reposta somente poderá ser considerada como correta quando se puder afirmar que a decisão se ajusta a teoria política que justifica da melhor maneira possível as proposições do Direito já instituídas.[27] Isto é, sempre uma das respostas oferecidas reclamará para si a condição de resposta correta que melhor venha a justificar o Direito como um todo. Seria impossível querer encontrar uma resposta correta se não fosse fixada uma determinada finalidade, um valor, um interesse ou um princípio. Como diz

Dworkin a interpretação sempre acabará por ser o relato de um propósito, melhor dizendo, ela deverá ser influenciada pela escolha de uma meta, [28] obrigando que se tome um determinado caminho ou outro.

Dworkin revela que a controversa sobre a resposta correta pode facilmente ultrapassar um exame dos fatos concretos, levando a discussão para um âmbito moral, denominado pelo autor como fatos morais.[29] Estes fatos morais tem a ligação com uma idéia de coerência narrativa,[30] permitindo-se que se justifique a controvérsia sobre a questão mediante a utilização de argumentos que lhe apresentem[31] como a convicção que melhor representa o propósito do Direito.

É utilizando-se da coerência narrativa que se pode dizer, por exemplo, que uma resposta é correta e a outra não. E mais, a coerência narrativa impõe ao intérprete um sentido prévio a sua interpretação. Ou seja, a reposta correta sobre determinada proposição jurídica está ligada ao ajuste de sua interpretação a coerência narrativa, pois esta lhe impõe um determinado horizonte interpretativo proporcionado pela atividade que instrui os participantes a agir e identificar a correção de determinadas decisões.[32]

Assumindo o intérprete a postura de participante de uma determinada atividade poderá identificar razões melhores que outras, ou, a resposta correta entre duas possíveis, porque a sua percepção das coisas se mostra comprometida com um determinado ideal, um determinado propósito, inscrito em seus atos como participante daquela comunidade.[33]

Adotando esta postura será possível dizer que uma interpretação é verdadeira, ou correta, e conclusão por ela deverá fornecer a melhor justificativa do conjunto do direito institucionalizado, estabelecendo, assim, a possibilidade de identificar o melhor argumento que sustente uma interpretação.

Para tanto, aquele que decide deve expor a sua convicção a crítica. Isto implica num ônus argumentativo ao juiz Creonte, por exemplo. Na história é possível perceber a propositura de um debate argumentativo provocado por Hemon.[34] Este interpela Creonte procurando sensibilizá-lo quanto a equivocidade em reconhecer como válido um decreto que não guarda a devida coerência com as tradições morais da comunidade tebana. O que se quer dizer com isso é que a comunidade tebana assume como princípio viver de acordo com as normas divinas,[35] de tal maneira que os costumes instituídos buscam uma justificação na vontade dos deuses.[36]

Ao autor segue com a idéia de que a argumentação principiológica seria uma forma de limitação da discricionariedade judicial, obrigando que a decisão judicial particular sempre busque razões em direitos institucionalizados, identificados por princípios. Dworkin entende que a identificação de casos difíceis não poderiam ser álibis para que o juiz viesse a exercer um poder discricionário no seu sentido forte, decidindo de acordo com as suas próprias convicções, mas teria uma responsabilidade de consistência ou equidade (*fairness*). Isto é o direito forneceria princípios, cujos argumentos conformariam a decisão, numa atitude holística do intérprete, colocando em relação o argumento com base num princípio com uma concepção de consistência histórico-institucional do direito.

O direito como uma instituição forneceria elementos para o reconhecimento de princípios. Com base em tais princípios seria possível desenvolver um esforço argumentativo hábil para encontrar uma resposta consistente com a história-institucional do direito. Seria possível, assim, lançar-se na busca da resposta correta como uma atitude responsável (*fairness*). Essa responsabilidade poderia ser traduzida por um dever do intérprete em encontrar argumentos que sejam condizentes com a noção de integridade e coerência do sistema jurídico.[37]

Assim, quando Hemon interpela o juiz Creonte, o faz criticando a sua decisão, e, para tanto, utiliza-se de argumentos de princípio, justificando o equívoco de sua decisão com base numa estrutura de coerência narrativa. Explica-se: Hemon procura apresentar argumentativamente ao juiz Creonte que a sua decisão de manter o decreto não é adequado a uma idéia de aplicação coerente do direito tebano. Uma aplicação coerente, diria Hemon, é reconhecer que o decreto que proibia o sepultamente não se justifica com o conjunto de princípios que representam a moralidade política tebana. Isto porque, a moralidade política consagra a idéia de preservação das leis dos deuses, não escritas, nas quais se assentam boa parte dos costumes tebanos. Por isso, a arbitrariedade residirá sempre quando as questões jurídicas deixem de reproduzir o conjunto de princípios que melhor justificam direito, quebrando-se, em virtude disto, o elo da corrente narrativa.[38]

A decisão que acolhe o decreto contradiz uma idéia de integridade[39] reclamada pelo projeto dworkiniano de direito democrático, isto porque deixa de assumir o dever de adequação e justificação. Pelo primeiro, obriga-se que a interpretação se mostre adequada com o conjunto de princípios jurídicos consagrados no sistema.[40] Com vistas no direito tebano, não se poderia admitir que um decreto ou uma interpretação judicial violasse as leis dos deuses. No que se refere a justificação, esta condição é praticada por Hemon quando demonstra que tanto o decreto quanto a decisão do juiz Creonte - em manter a condenação de Antígona - não encontram respaldo nas leis dos deuses.

É com base na justificação que o direito acaba por se aproximar da argumentação jurídica. Enquanto boa parte da doutrina jurídica aposta numa abertura do sistema jurídico proporcionado pela subjetividade que os princípios jurídicos dão a interpretação, Dworkin afirma que é possível encontrar a resposta correta.[41] Isto porque ele acredita que a resposta é correta, ou, o argumento utilizado entre os conflitantes é o melhor, sempre que ofereça uma justificativa melhor sobre a prática jurídica como um todo, mesclando a equidade, justiça e o devido processo legal com o tempero da integridade.[42] Esse é o caminho da resposta correta e só se chega nela após cumprir um determinado ônus argumentativo imposto pelas razões que criticam a interpretação. Quando são levantados argumentos contra a interpretação pretendida, deve-se demonstrar argumentativamente que a postura sustentada é aquela que representa a melhor concepção do direito, de forma íntegra e coerente. Só assim, será possível dizer que uma resposta é correta e a outra não.

Para finalizar com a obra utilizada como ilustração das teorias de Dworkin, Hemon possuía a resposta correta, isto porque se mostrou competente em apresentar argumentativamente o direito tebano com integridade, quer dizer, que a decisão pela condenação de Antígona não guardava adequação, muito menos justificação nos

princípios que representam a melhor leitura da tradição jurídica tebana, ou, como referiu Ost, o *nomos* de Creonte era inadequado e injustificado no *nomina* divino.

5 Considerações finais

As peças gregas, encenadas sobre a literatura antiga, eram utilizadas como forma de aprendizagem do jovem quanto a questões éticas, morais e jurídicas. Antígona, por exemplo, era uma das peças utilizadas para fomentar o sentimento de justiça no povo grego. Aproveitando-se da riqueza da obra, procurou-se, especulando uma interpretação, aplicar a filosofia ou teoria do direito dworkianiana, vislumbrando identificá-las na obra.

Num primeiro ato, abordou-se a idéia de moralidade política de Dworkin, e para tanto, buscou-se responder na obra de Antígona se o decreto de Creonte que punia quem ousasse sepultar Polinice poderia subsistir. A pergunta envolveria a restrição de direitos civis, de Polinice e Antígona. Viu-se que a moralidade política é guiada por um ideal de igualdade, tendo o governo o dever de tratar como iguais todos que estão sobre o seu poder, destinando-lhes igual atenção e respeito. Percebe-se que a idéia de moralidade política de Dworkin comporta a salvaguarda dos cidadãos a imposição de preferências externas das autoridades, protegendo-os da regra da maioria suscetível no jogo deliberativo através de um esquema de direitos civis. Estes direitos mostram-se intangíveis a deliberação, como trunfos nas mãos do cidadão. E mais, as decisões deliberativas deveriam guardar integridade como o conjunto de princípios que justificam o agir do governo. Especulou-se, por isso, que tanto Polinice como Antígona teriam como trunfo as leis divinas, porque somente elas poderiam justificar a autoridade do decreto de Creonte.

No segundo ato, explorou-se a parte da peça onde Creonte exercerá a função de juiz. Por isso, utilizou-se simbolicamente Creonte como juiz. Deveria ele analisar se a condenação era devida. Diante da controvérsia criada tanto por Antígona como Hemon, que questionavam a condenação da personagem, procurou-se saber se a decisão do juiz Creonte serviria como resposta correta. O caminho seria analisar se a decisão condenatória de Creonte reclamava a condição de integridade, representada pela coerência narrativa. Viu-se, assim, que a resposta correta implicaria na assunção de um ônus hermenêutico que privilegie a idéia de coerência narrativa. A resposta correta poderia ser assim considerada quando guarde coerência narrativa com o conjunto de princípios que melhor justificasse o direito tebano. Mas, como se viu anteriormente, a decisão para que seja correta deve demonstrar a sua adequação e justificabilidade, ligando argumentativamente a interpretação ao conjunto do direito institucionalizado. Deve-se reclamar coerência com a historicidade do direito. Assim, pode-se concluir que a resposta correta era carregada por Hemon, como também por Antígona, visto que as perspectivas interpretativas desenvolvidas por ambos poderiam ser justificadas por argumentos de princípio, pois o direito tebano procurava consagrar a vontade divina, inferindo-se, por esta razão, que a decisão condenatória de Creonte pode ser considerada como arbitrária.

6 Referências bibliográficas

DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

. **Domínio da vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. Tradutor Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

SCHÜLER, Donaldo. Prefácio. In: ÉSQUILO. **Os sete contra Tebas**. Tradução Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2007.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

VILA, Marisa Iglesias. **El problema de la discreción judicial**: una aproximación al conocimiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

---

[1] SCHÜLER, Donaldo. Prefácio. In: ÉSQUILO. **Os sete contra Tebas**. Tradução Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2007, nota 46, p. 15.

[2] Id., p. 15.

[3] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 272.

[4] Id., p. 272.

[5] Id., p. 283.

[6] Id.., p. 284.

[7]Id., p. 272.

[8] DWORKIN, Op. Cit., p. 293.

[9] Id., p. 293.

[10] Id., p. 294.

[11] Id., p. 294.

[12] Assim, o poder judiciário serve de instrumento contramajoritário, apoiado em normas constitucionais, condição que lhe é reconhecida, pelo menos, a partir do pós guerra, dotando os sistemas jurídicos de instrumentos que concretizem os direitos individuais de proteção contra o Estado, por exemplo. De forma parecida, Marisa Iglesias Vila afirma que: "[...] la concepción liberal de que el órgano judicial actúa como instrumento de proteción de derechos individuales frente al Estado, y que el Derecho no depende meramente de la voluntad legislativa sino de la justificación de la coerción estatal." Cf. VILA, Marisa Iglesias. **El problema de la discreción judicial**: una aproximación al conocimiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 127.

[13] DWORKIN, Op. Cit., p. 295.

[14] Cf. DWORKIN, Op. Cit., p. 295-6: "O liberal, portanto, atraído pela economia de mercado e pela democracia política por razões claramente igualitárias, descobre que essas instituições só produzirão resultados igualitários se ele acrescentar a esse esquema tipos diferentes de direitos individuais."

[15] Em virtude disso, como expõe o autor, a sua concepção liberal esbarra na idéia conservadora de que faria parte do jogo político democrático, o fato das preferências externas dos participantes fossem convertidas em moralidade pública. Cf. DWORKIN, Op. Cit., p. 298. Exemplo prático é dado pelo autor, sobre a perseguição ou criminalização da diferença, no caso de prática sexual e exercício de liberdade de expressão, como instância de liberdade do indivíduo. Cf. DWORKIN, Op. Cit., p. 300.

[16] A idéia se mostra útil, pelo menos, para demonstrar a possibilidade de buscar no sistema da *Civil Law* uma idéia de moralidade pública e de integridade, afastando possíveis críticas que vinculam as teorias de Dworkin ao estrito modelo da *Common Law*. Isto é, a decisão política que produz a legislação deve guardar respeito a uma moralidade pública, que pode ser identificada no sistema brasileiro, por exemplo, pelos objetivos traçados pelo texto constitucional. Tendo isto como paradigma, a produção legislativa não pode ser desenvolvida simplesmente de maneira autônoma, esquecendo de manter uma coerência com as normas então produzidas. Na sociedade atual e complexa, onde as relações sociais são facilmente normatizadas, deve-se atentar para uma coerência legislativa de princípio, permitindo que os cidadãos atuem, pelo menos, numa determinada direção, formando uma comunidade sobre princípios.

[17] Dworkin expressa que a comunidade de princípios implica que as pessoas aceitem que são governadas por princípios comuns. A partir deste ponto as decisões políticas serão uma arena de debate sobre quais princípios a comunidade deve assumir no seu sistema. Será através dos princípios adotados que se poderá perceber os ideais de justiça, equidade e devido processo legal. E mais, Dworkin sustenta que nesta comunidade os direitos e deveres não se limitam a decisões políticas particulares, tanto no âmbito legislativo como judicial, mas, precipuamente, que conjunto de princípios tais decisões pressupõem e endossam. Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 254-5.

[18] Dworkin vai dizer: "O princípio legislativo da integridade exige que o legislativo se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade." Cf. DWORKIN, **O império do direito**, Op. Cit., p. 266.

[19] Especula-se, aqui, a aproximação do direito no contexto da obra como o produto dos deuses. Assim sendo, pode-se dizer, partindo desta premissa, que a obra dos deuses seria a lei maior.

[20] Condição que pode ser atribuída aqueles que procuravam invadir Tebas. Cf. SCHÜLER, Op. Cit., p. 16.

[21] DWORKIN, **Uma questão de princípio**, Op. Cit., p. 296.

[22] Antígona age acreditando em estar amparada na lei dos deuses. Assume-se, assim, que a lei dos deuses seria a norma que daria validade as demais normas no sistema jurídico tebano. Comparativamente, especula-se que a lei dos deuses representaria para o sistema tebano o mesmo que a Constituição atualmente representa para o neoconstitucionalismo, como sendo o fundamento de validade de todo o sistema jurídico. Essa condição pode ser compreendida pela seguinte passagem da obra: "Creonte – Sabias que eu tinha proibido essa cerimônia?/ Antígona – Sabia. Como poderia ignorá-lo? Falaste abertamente./ Creonte – Mesmo assim ousaste trangredir minhas leis?/ Antígona – Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou, nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortes as estabeleceu para os homens. Nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder se superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, [visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram. Por isso, não pretendo, por temos às decisões de algum homem, expor-me à sentença divina./ Antígona – A lei do Reino dos Mortos é igual para todos." Cf. SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2008, 445-510.

[23] OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. Tradutor Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, p. 195.

[24] Id., p. 195.

[25] OST, **Contar a lei**, Op. Cit., p. 195.

[26] Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 51.

[27] Cf. DWORKIN, **Uma questão de princípio**, Op. Cit., p. 203: "[...] os participantes afirmam (ou negam) proposições que se ajustam melhor (ou pior) à teoria política que oferece a melhor justificativa para proposições de Direito já estabelecidas."

[28] Cf. DWORKIN, **O império do direito**, Op. Cit., p. 71: "Quero dizer que uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra."

[29] Cf. Id., p. 206.

[30] A coerência narrativa permite que o intérprete se insira numa determinada comunidade na condição de participante. Assim, ele conseguiria perceber quais os argumentos utilizados pela comunidade para preferir determinada posição à outra. Cf. DWORKIN, **Uma questão de princípio**, Op. Cit., p. 207: "Os participantes realmente têm razões para preferir uma proposição à outra, ou pelos menos acham que têm, e, mesmo quando discordam, cada um deles pensa que pode distinguir casos em que seus oponentes têm razões genuínas a seu lado de casos em que eles não tem". Ainda, diz Dworkin: "Em alguns casos, o argumento a favor de uma proposição será tão forte, sem dúvida, que diremos que qualquer participante que não concorde com essa proposição é incompetente para o exercício."

[31] Pode-se destacar a contraposição de uma racionalidade instrumental, demonstrável, da qual se pode deduzir a interpretação das preposições jurídicas. E outra, justificativa ou argumentativa pela qual a correção da asserção jurídica se dá pela demonstração e aceitabilidade das suas razões. Para aprofundamento: DWORKIN, **Uma questão de princípio**, Op. Cit., p. 204-6.

[32] Cf. DWORKIN, **Uma questão de princípio**, Op. Cit., p. 207.

[33] A participação pode ser especulada como o treino e vivência em determinada comunidade jurídica, fomentando a capacidade do intérprete em analisar as interpretações jurídicas de acordo com as instituições daquela comunidade. Conclusão pode ser inferida de DWORKIN, **Uma questão de princípio**, Op. Cit., p. 207: "(os participantes seriam) [...] instruídos a submeter suas respostas às disciplinas da reflexão e da coerência e, depois, a fazer certas afirmações que a instrução que receberam os autoriza a fazer com base na autoridade dessas respostas assim disciplinadas."

[34] A seguinte passagem do texto demonstra a tentativa argumentativa de Hemon demonstrar a Creonte que a sua decisão não pode se valer de expediente pragmáticos, ao assumir uma postura de indiferença com a historicidade do direito tebano. Como na história contada, os argumentos podem ser utilizados para justificar a busca de coerência narrativa do direito com a sua historicidade. Pois, não seria possível viver numa sociedade cujas regras poderiam ser modificadas a qualquer momento. A modificação de uma regra, por exemplo, como fez Creonte no texto, deve conformar-se a uma coerência do direito tebano. Somente assim ele pode assumir uma postura de participante da comunidade. Cf. SÓFOCLES, **Antígona**, p. 685-760, o diálogo segue da seguinte forma: "Creonte – A que a cidade conferiu poder, a este importará obedecer, seja nas grandes questões seja nas [justas... e até nas injustas./Hemon – Não carregues

em ti só uma morada [da verdade: o que tu dizes, nada mais que isso. Quem julga deter saber exclusivo, possuir língua e mente estranhas aos demais, nesse, se o abres, verás o vazio. Para o homem, ainda que seja sábio, aprender continuamente e ser flexível não é vergonhoso./Creonte – Deveria eu, na minha idade, dar ouvidos a um jovem como ele?/Hemon – A nada que não seja oportuno. Se sou jovem, importa atentar não para a idade mas para os fatos./Creonte – Apresentas como fato a obediência a [um rebelde./Hemon – Não é assim, não espero consideração a malfeitores./Creonte – Não é este o mal que te afeta?/Hemon – Não é este o parecer da cidade de Tebas./Creonte – A cidade, acaso, me dirá como devo agir?/Hemon – Não percebes que falas como um [jovem inexperiente?/Creonte – por vontade de outro hei de governar [esta cidade ou por minha?/Hemon – Não há cidade que seja de um só./Creonte – A cidade não pertence a quem governa?/Hemon – Belo governante serias, sendo único numa cidade deserta./Creonte – Parece-me que este é aliado dessa mulher./Hemon – Se tu és mulher, sim; preocupo-me contigo./Hemon – Pelo que vejo, teus erros não favorecem a justiça./Creonte – Erro se defendo meu governo?/Hemon – Não o defendes se pisoteias honras devidas [aos deuses todos./Creonte – No entanto, todo o teu arrazoado é favorável a ela./Hemon – Como é favorável a ti, a mim e aos deuses dos mortos./Creonte – Viva, ela não será nunca tua mulher./Hemon – Ela morrerá e ao morrer matará outro./Creonte – Ousas ameaçar-me?/Hemon – Refutar arrazoados fúteis é ameaçar?/Hemon – Falas e não queres ouvir o que tenho a dizer-te?"

[35] Aproveita-se para explicitar aquilo que Dworkin concebe como comunidade de princípio, isto é, aquilo que a comunidade deve adotar, expressar e ser, assumindo a responsabilidade por certos princípios que vão guiar os atos das autoridades como agentes da comunidade. Cf. DWORKIN, **O império do direito**, Op. Cit., p. 212.

[36] Pode-se especular, aqui, que as normas divinas equiparam-se a condição de princípios reclamadas por Dworkin como justificadores de uma determinada moralidade pública.

[37] Cf. DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15: "Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado." Da mesma forma: DWORKIN, **O império do direito**, Op. Cit., p. 272: "O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e eqüidade."

[38] Vale assumir a idéia de coerência narrativa guardada pela metáfora do romance em cadeia. Cf. DWORKIN, **O império do direito**, Op. Cit., p. 276.

[39] Cf. DWORKIN, **O império do direito**, Op. Cit., p. 291: "O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes

apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segunda as mesmas normas." Cf. Id., p. 294: "O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntado-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo."

[40] Cf. DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.154.

[41] Defesa também feita ao se pensar a Hermenêutica Filosófica no direito, de tal maneira que os teoremas da diferença ontológica e do círculo hermenêutico proporcionam a indispensabilidade das condições ontológica, existencial e compreensiva com as condições ôntica, apofântica e discursiva, fazendo-se da leitura do princípio na regra e da regra no princípio, dentro de uma determinada tradição, como possibilitadores da resposta correta. Para mais que a breve síntese, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

[42] Aponta-se como efeito prática que a resposta correta é guiada pelo direito como integridade. Isto é, a integridade serve como um condutor metodológico à reposta correta porque estabelece restrições e equilíbrios aos três principais princípios que marcam o direito moderno: a equidade (respeito do juiz as decisões deliberativas dos representantes populares), a justiça (pensado como a distribuição de recursos e respeito aos direitos individuais) e devido processo legal (garantia aos procedimentos legislativos e judiciais). Cf. VILA, **El problema de la discreción judicial**, Op. Cit., p. 152.

O JUIZ E A SOMBRA: UMA ANÁLISE DOS FATORES EXTRALEGAIS QUE INFLUENCIAM A ATUAÇÃO JUDICIAL A PARTIR DA PSICOLOGIA ANALÍTICA*

THE JUDGE AND THE SHADOW: AN ANALYSIS OF THE EXTRA-LEGAL FACTORS THAT INFLUENCES THE JUDICIAL ACTION FROM THE ANALYTICAL PSYCHOLOGY POINT OF VIEW

Jaqueline Santa Brigida Sena

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a discutir a questão dos fatores extralegais que influenciam a atividade judicial, sob uma perspectiva interdisciplinar, envolvendo as abordagens do direito e da psicologia analítica. O objetivo é mostrar como o recurso à psicologia pode enriquecer o estudo de um tema que é comumente tratado apenas sob a ótica da filosofia do direito, mais especificamente, da lógica jurídica. Pretende-se, também, evidenciar que não apenas fatores racionais influenciam a tomada da decisão judicial, mas também aspectos do inconsciente do magistrado. Elege-se como referencial teórico a obra do psicológico Carl Gustav Jung, precursor da psicologia analítica, utilizando-se, principalmente, os conceitos de inconsciente coletivo, arquétipo e sombra, desenvolvidos pelo autor. A metodologia consistirá, basicamente, na análise de textos do referencial teórico escolhido e de seus comentadores. Como resultado, espera-se mostrar que conteúdos inconscientes também pautam as decisões tomadas pelos magistrados, bem como contribuir para o debate sobre os benefícios decorrentes de abordagens interdisciplinaridades de problemas tratados apenas sob a ótica da Ciência do Direito.

PALAVRAS-CHAVES: INTERDISCIPLINARIDADE; ATIVIDADE JUDICIAL; PSICOLOGIA ANALÍTICA.

ABSTRACT

This article proposes to discuss the issue of extra-legal factors that influences the judicial action, under an interdisciplinary perspective, involving science of law and analytical psychology. The objective is to show how the use of psychology can enrich the study of a subject that is commonly treated only from the perspective of philosophy of law, more specifically, the juridical logic. The aim is also evidence that not only rational factors influence the decisions of the magistrates, but also the unconscious aspects of the judges. The theoretical referential elected is the work of the psychologist Carl Gustav Jung, the precursor of analytical psychology, focusing more specifically the concepts of the “collective unconscious”, “archetype” and “shadow”, developed by the author. The methodology will consist mostly of text analysis about fragments written by

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

the author chosen and its commentators. As a result, it is expected to show that unconscious contents also guided the decisions taken by magistrates, as well as contribute to the debate on benefits of interdisciplinary approaches about problems that are treated only from the viewpoint of science of law.

KEYWORDS: INTERDISCIPLINARY; JUDICIAL ACTIVITY; ANALYTICAL PSYCHOLOGY.

A exigência *interdisciplinar* impõe a cada especialista que transcenda sua própria especialidade, tomando consciência de seus próprios limites para acolher as contribuições das outras disciplinas.

Georges Gusdorf

1. PSICOLOGIA E DIREITO: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL ?

Falar sobre a relação entre direito e psicologia não é tarefa simples. Exige uma postura epistemológica específica, além da coragem de enfrentar todo o preconceito que ainda rodeia abordagens de caráter interdisciplinar. Ainda assim, é desafio que merece ser aceito e levado adiante, tendo em vista os importantes avanços que tal abordagem permite.

Nesse sentido, a proposta do presente texto é lidar com um tema bastante caro para a filosofia do direito, mais especificamente situado nos debates em torno da lógica jurídica, qual seja, a atividade judicial e os fatores que a influenciam, valendo-se, contudo, não apenas dos referenciais da Ciência do Direito, mas também, e principalmente, de contribuições da Psicologia Analítica, com foco nas idéias de Carl Gustav Jung.

O que se pretende, assim, é alargar a discussão a respeito dos aspectos que vinculam e condicionam a atuação judicial, a qual, em grande parte, é feita unicamente a partir do prisma da filosofia do direito, na tentativa de verificar se existem aspectos do psiquismo dos magistrados que também podem funcionar como fatores influenciadores de sua atuação e quais as conseqüências disso para os estudos da lógica jurídica e para a teoria geral do Direito como um todo.

O texto apresentará a seguinte estrutura: primeiramente, será dado um sucinto panorama do desenvolvimento da psicologia, desde a descoberta do inconsciente pessoal por

Sigmund Freud até a elaboração dos conceitos de inconsciente coletivo por Carl Gustav Jung, além de assinalar aspectos importantes das teorias deste autor, como o chamado "processo de individuação".

Após, considerando-se os propósitos deste trabalho, dedicar-se-á um item específico para tratar da questão da "sombra", uma vez que este tema parece conter elementos interessantes para o exame do psiquismo dos magistrados.

Na seqüência, será tratada a questão do imperativo de neutralidade na prestação jurisdicional, discutindo-se suas limitações a partir da perspectiva da filosofia do direito. Após, serão inseridos nessa discussão, os elementos da psicologia analítica anteriormente, a fim de garantir a interdisciplinaridade no tratamento do tema e também para mostrar como pode ser enriquecedor discutir questões comumente tratadas apenas no âmbito do Direito também sob a ótica de uma disciplina diversa. O objetivo é concluir, ao final, se existem de fato aspectos importantes do psiquismo dos magistrados que não podem deixar de ser considerados quando se pretende analisar de maneira mais profunda a lógica da decisão judicial.

2. DE FREUD A JUNG: breves considerações a respeito do desenvolvimento da psicologia

Ao longo de sua história, o homem sofreu três grandes golpes em sua vaidade: o primeiro, desferido por Copérnico, quando comprovou que a Terra não era o centro do Universo; o segundo foi dado do Darwin, que demonstrou, com sua teoria da evolução, que o homem não fora feito à imagem e semelhança de Deus, mas que descendia do macaco; e o terceiro, foi dado por Freud que, ao descobrir o inconsciente, revelou que o homem não é senhor dentro de sua própria casa, não possuindo total arbítrio sobre seus próprios atos, pois está sujeito a forças íntimas e ocultas que desconhece e sobre as quais não pode influir. Tal afirmação é do próprio Freud, que, assim, situa a descoberta efetuada por ele mesmo dentre as mais importantes da história da humanidade.

De fato, o desenvolvimento da noção de inconsciente pessoal e, na seqüência, da psicanálise, provocou um profundo abalo na concepção do racionalismo cartesiano, principal alicerce do pensamento científico. Isso porque, ao restar comprovado que muitas das atitudes humanas são governadas por forças que o homem não consegue controlar, mostrou-se que a razão não era assim tão poderosa quanto se aclamava. O indivíduo estaria, assim, preso a certas amarras das quais não poderia se desvencilhar, pois inerentes à sua própria natureza e constituição psíquica. Nas palavras de Freud:

A psicanálise propõe mostrar que o Eu não somente não é senhor na sua própria casa, mas também está reduzido a contentar-se com informações raras e fragmentadas daquilo que se passa fora de sua consciência, no restante de sua vida psíquica.[1]

Nesse sentido, o homem não está apenas sujeito a essas “forças ocultas” como deve aceitar o fato de que pouco saberá a respeito delas. Para o autor, a mais rica chave de acesso ao inconsciente seriam os sonhos e, por tal razão, todos deveriam ficar muito atentos a eles, pois estariam repletos de símbolos cuja interpretação ajudaria a desvelar o inconsciente pessoal.

Nas primeiras obras de Freud percebe-se a nítida tentativa do autor de conferir um certo caráter biológico às suas idéias, como se apenas por esta via elas adquirissem estatuto cientifico. Em *Esboço de uma Psicologia Científica* (1895) vislumbram-se os primeiros esforços do autor na tentativa de explicar o aparelho psíquico por meio de um modelo que repousava sobre as estruturas fisiológicas do cérebro, como se a personalidade fosse resultado de um certo arranjo de neurônios responsáveis pelos diversos processos psíquicos.

Posteriormente, Freud abandona essa tentativa e, na sua célebre obra *Interpretação dos sonhos* (1899), a personalidade já aparece representada por um modelo puramente psicológico (e não mais neurológico). Esse modelo fictício que descreveria o funcionamento do aparelho psíquico apresentava três instâncias: o consciente, o pré-consciente e o inconsciente.

O inconsciente constituía o núcleo ativo da personalidade. Seu conteúdo seriam impulsos carregados de desejo que, por sua vez, seriam formados por precipitados psíquicos herdados (protofantasias)[2] e transmitidos de geração em geração. A esses impulsos se juntariam todo o conteúdo descartado durante o desenvolvimento infantil e que, por algum motivo aparentemente desconhecido, não seria admitido pela consciência do adulto. Nessa fase do pensamento do autor, tais “territórios” psíquicos eram bastante demarcados e possuíam barreiras que as separavam entre si. Dentre as muitas características do modo de funcionamento do inconsciente se destacavam sua tendência à satisfação afirmativa dos desejos e seu caráter atemporal, de modo que ele acumularia ocorrências de toda a vida psíquica do sujeito, que poderiam vir a tona nos mais inesperados momentos. Em suma, para Freud, nesse momento o inconsciente era concebido como

(...) um sistema que possui um conteúdo e um modo de funcionamento, cujas características básicas encontram-se:

- na ausência de contradição, de negação e de temporalidade;

- na presença de um processo primário (mobilidade dos investimentos libidinais orientados pela série prazer-desprazer) e

- na possibilidade de substituir a realidade externa pela psíquica.[3]

Por sua vez, o consciente se dividia em dois sistemas: o pré-consciente e o consciente propriamente dito, sendo a distinção entre eles meramente funcional.

Entre o pré-consciente e o inconsciente existiria uma instância de censura, que impediria que certos conteúdos saíssem do inconsciente, num processo conhecido por

“recalcamento”. Assim, todo ato psíquico, ao tentar passar do limite inconsciente para o pré-consciente, seria submetido a essa censura. Se ele fosse barrado, dizia-se que houve recalcamento, e o conteúdo permaneceria na esfera inconsciente. Mas, se tal ato conseguisse ultrapassar a censura e atingir o pré-consciente, poderia se tornar consciente, visto que entre essas outras duas instâncias psíquicas não haveria qualquer barreira. Nesse sentido, o pré-consciente funcionava como uma espécie de sala de espera, “onde as idéias se reúnem na esperança de serem recebidas e notadas por um soberano ilustre, o consciente”.[4]

Por sua vez, o consciente - que para Freud, parecia compor a periferia do aparelho psíquico - era o sistema pelo qual o indivíduo recepcionaria os estímulos vindos do exterior ou do seu próprio interior. Nesse último caso, o consciente aparecia como uma qualidade temporária caracterizada pelo fato de a personalidade se ater a determinados conteúdos do pré-consciente.

Entretanto, o pensamento de Freud não é marcado pela estática. Muito pelo contrário. Ao longo de sua obra, percebe-se tratar-se de um pensador sempre aberto a reformular suas teorias, especialmente com base em suas observações clínicas. Assim, apesar de possuir grande valor explicativo, esse primeiro modelo elaborado por Freud foi deixado de lado. A partir de 1923, numa fase conhecida por “segunda tópica”, ele passa a trabalhar com as categorias do Id, Ego, e Superego, largamente difundidas desde então.

O Id - pronome impessoal que na sua forma latina significa “isto” - constitui-se na parte inacessível de nossa personalidade. Está aberto a influências somáticas e guarda, em seu interior, as expressões psíquicas correspondentes a tais influências. O Id está repleto das energias vindas dos impulsos e luta para satisfazê-los. Ele não conhece julgamentos de valor (moral), assim como ignora o que seja o bem ou o mal. Ademais, a ele não se aplicam as leis lógicas do pensamento. Em síntese, ele não difere do conceito de inconsciente anteriormente formulado por Freud sendo, portanto, seu correspondente, nesse novo modelo.

Já o Ego é a parte do aparelho psíquico voltada para o meio externo. Ele não existe, de início, na constituição do indivíduo, desenvolvendo-se a partir da proximidade do Id com o mundo que rodeia o sujeito, surgindo do resultado dessa aproximação. Ele funciona não apenas como esse sistema que faz a mediação com o mundo externo, mas também como escudo contra tudo aquilo que ameaça o aparelho mental. Além disso, ele é também perceptível aos estímulos que vêm do interior do indivíduo, de modo que é durante o seu funcionamento que nasce o fenômeno da consciência. Em seu desenvolvimento, o Ego sofre uma evolução que vai da mera percepção dos impulsos ao gradativo controle sobre eles. Assim, ele “destrona o princípio do prazer (que domina sem qualquer restrição o curso dos eventos do Id), cumprindo sua atribuição ao descobrir as circunstâncias em que tais intenções possam ser realizadas com o mínimo de conflito.”[5]

Por sua vez, o Superego constitui-se na instância crítica de nossa personalidade e se forma durante o “complexo de Édipo”. Somente a partir do instante em que o ser humano se defronta com a proibição do incesto - o que ocorre diante da afirmação da autoridade paterna e da ameaça de castração - o ser humano entende a existência de uma moral a ser respeitada, de comportamentos socialmente esperados que só se atingem com a repressão das pulsões. Opera-se, assim, a internalização da regra da cultura. E a

imagem idealizada dos pais torna-se a imagem idealizada de si mesmo, de modo que a função paterna se transmuta no Superego, agente crítico do próprio Ego, com todas as características de punição e severidade que a criança antes vislumbrava apenas nos pais. A partir desse momento, então, o sujeito passa a ser crítico de si mesmo.

A relação entre Id, Ego e Superego é bastante complexa e se caracteriza por um equilíbrio muito difícil de ser alcançado. Por um lado, o Id é uma força que impulsiona o sujeito à satisfação de suas pulsões. De outro, o Superego estabelece padrões de conduta que são esperados do sujeito e que são diametralmente contrárias ao Id. Em meio a essa turbulência, resta ao Ego a tentativa de conciliação entre tantas exigências contraditórias e até mesmo incompatíveis.

As noções acima explicitadas representam apenas uma pequena fatia do pensamento de Freud, que é considerado um dos pais da psicanálise. No ano de 1907, porém, deu-se o encontro entre Freud e o jovem estudante Carl Gustav Jung, que resultou numa transformação nos rumos da psicanálise. A amizade entre eles durou longos anos, mas findou por volta da década de 30, por divergências acadêmicas. Apesar de terem muito em comum, Jung nunca aceitou por completo as idéias de seu mestre Freud, discordando principalmente da ênfase excessiva dada por ele à sexualidade. Jung não acreditava que todos os conflitos psíquicos tivessem, necessariamente, suas raízes num trauma de natureza sexual. A esse respeito, o próprio Jung comenta:

O que ele [Freud] me disse de sua teoria sexual me impressionou. Suas palavras, entretanto, não puderam remover meus escrúpulos e minhas dúvidas. Eu as expus várias vezes, mas ele me lembrava minha falta de experiência. Freud tinha razão. Naquela época eu ainda não tinha bastante experiência para justificar minhas objeções. Compreendi que sua teoria sexual tinha para ele enorme importância, tanto do ponto de vista pessoal, quanto do ponto de vista filosófico. Fiquei muito impressionado com isso, mas não pude ver em que medida essa ênfase à apreciação da sexualidade estava ligada a preconceitos subjetivos dele ou até que ponto repousava em experiências objetivamente demonstráveis.[6]

Para compreender melhor o pensamento de Jung, é importante saber um pouco sobre a sua vida. Filho de um pastor protestante e também neto de pastor por parte da mãe, a espiritualidade foi sempre uma questão marcante em sua vida. Desde menino se ocupava de questões a respeito do sagrado, da existência de Deus e da doutrina cristã, sendo Jesus, para ele, uma figura ambivalente: era o “Senhor Jesus” que o protegia e confortava quando rezava, mas era ele também que levava consigo as pessoas quando estas morriam. Durante muitos anos não conseguia freqüentar igrejas católicas, devido a um pequeno trauma de infância[7]. Apesar de se considerar cristão - até porque fora educado no cristianismo - acreditava haver “coisas diferentes e muito misteriosas” sobre as quais as pessoas não sabiam. E suspeitava que tal “segredo” poderia ser desvendado junto à natureza, razão pela qual se interessava muito pelas plantas, pedras e animais. Cogitou em ser arqueólogo. Aos doze anos, acreditava ter duas personalidades: a do menino que era e, ao mesmo tempo, de um senhor idoso, rico e poderoso industrial do século XVIII, brotando-lhe um sentimento nostálgico toda vez que tinha contato com objetos dessa época. A relação que possuía com seus pais também mostra o quão complexa era a constituição psíquica de Jung, desde pequeno. Em suas *Memórias* - a

autobiografia que concluiu pouco antes de morrer e que narra muito mais os eventos que lhe ocorreram internamente do que os externos, que, segundo ele, não mereciam atenção se não irrompessem no interno - é possível perceber a profundidade com que problematizava suas questões interiores. Desde menino, por exemplo, possuía impressões muito intrigantes acerca dos próprios pais: sua mãe se tornava "temível e misteriosa" de noite, enquanto seu pai se lhe afigurava um homem sério e prestimoso que, contudo, não possuía força interna suficiente para questionar suas próprias crenças e, assim, "suas palavras eram insípidas e vazias"[8].

Tudo isso para mostrar que, no percurso de sua vida, Jung sempre se ocupou com a complexidade e a essência do humano, com a busca por um sistema referencial da existência, com a questão do divino e da constituição e desenvolvimento pleno da alma humana. Nesse sentido, é de extrema importância entender a natureza dos questionamentos que o motivaram a escrever se se pretende compreender sua obra.

Jung foi estudar medicina não exatamente porque sentia-se vocacionado para tanto. De família pobre que era, só lhe restou tal opção, uma vez que conseguira uma bolsa de estudos. Ao concluir a faculdade, foi convidado por um professor para ser seu assistente em Munique. Estava praticamente decidido a aceitar o convite quando, ao preparar-se para os exames finais, deparou-se com um manual de psiquiatria que desconhecia. Tal experiência selou o seu destino. É assim que o próprio Jung a relata:

Li então no prefácio: 'Sem dúvida, é devido à particularidade desse domínio da ciência e à imperfeição de seu desenvolvimento, que os manuais de psiquiatria têm sempre um caráter mais ou menos subjetivo'. Algumas linhas adiante, o autor denominava as psicoses 'doenças da personalidade'. De repente, meu coração pôs-se a bater com violência. Precisei levantar-me para tomar um fôlego. Uma emoção intensa tinha se apoderado de mim: num relance, como que através de uma iluminação, compreendi que não poderia ter outra meta a não ser a psiquiatria. Somente nela poderiam confluir os dois rios do meu interesse, cavando seu leito num úmido percurso. Lá estava o campo comum da experiência dos dados biológicos com os dados espirituais, que até então eu buscara inutilmente. Tratava-se, enfim, do lugar em que o encontro da natureza e do espírito se torna realidade.[9]

Foi assim que Jung decidiu tornar-se psiquiatra. Passou seus anos de aprendizado na clínica psiquiátrica de Burghölzli da Universidade de Zurich. Lá percebeu que o enfermo era tratados como um doente "numérico", cheio de sintomas e diagnósticos. Ninguém se preocupava com o ser humano que era, com sua personalidade e com o que se passava com o seu espírito. Foi nesses anos de clínica que Jung teve contato com a obra de Freud, que lhe serviu como referencial na psiquiatria e quem mais tarde conheceu. A amizade nascida entre eles foi profunda a ponto de Freud considerar Jung como um filho, seu sucessor.

Entretanto, havia uma reserva mental em Jung, alimentada pouco a pouco e da qual ele não conseguiu se desvencilhar. Não conseguia aceitar completamente as idéias de Freud, especialmente aquelas atinentes à "sexualidade recalcada", que para Freud seriam a causa de todo trauma psíquico. Apesar disso, não se sentia à altura de seu mestre para com ele debater. No máximo, expunha algumas inquietações, mas era

sempre recebido com descaso. Para Jung, contudo, Freud combatia a Igreja, mas também canonizava princípios e preceitos. Ainda que internas, as divergências persistiam e o rompimento foi inevitável. A esse propósito, Jung comenta:

Freud me dissera várias vezes que me considerava seu sucessor. Essas alusões me perturbavam, pois sabia que jamais defenderia corretamente suas opiniões, isto é, no sentido que ele desejaria. Até então eu não havia ainda conseguido desenvolver minhas objeções de modo que ele as pudesse apreciar. Meu respeito por ele era sincero demais para que ousasse desafiá-lo numa explicação decisiva. A idéia de que deveria tomar, por assim dizer, a direção de um partido, contra minha convicção íntima, me era desagradável por muitos motivos. Tal papel não me convinha. Não podia sacrificar minha independência de espírito, e a perspectiva desse acréscimo de prestígio me contrariava, pois só significava para mim um afastamento de meus verdadeiros objetivos.[10]

Num determinado momento da vida, Jung já não mais podia deixar suas idéias em estado latente e sentiu-se maduro o suficiente para aprofundá-las. Ao escrever o livro *Metamorfoses e símbolos da libido,* em que expôs suas convicções a respeito do incesto - ato que não considerava necessariamente patológico, mas que teria conteúdo altamente religioso, presentes em muitos mitos e cosmogonias - sabia que isso lhe custaria a amizade de Freud, o que efetivamente ocorreu.

A despeito das divergências e do rompimento acadêmico, Jung absorveu e trabalhou muitas das idéias de Freud, e foi a partir delas que elaborou a espinha dorsal de sua obra: as noções de "inconsciente coletivo" e "arquétipos"[11]. Estes constituem-se nas categorias simbólicas que o homem teria acumulado ao longo de seu processo evolutivo. Seriam remanescentes de associações muito antigas e que, de certa forma, estão presentes na psique dos indivíduos, não sendo necessário que eles tenham experimentado tais situações para que possam compreendê-las. Estão presentes nos mitos e nos contos de fada, que são contados de geração em geração, atravessando os tempos, revelando uma estrutura psíquica que é herdada. Nas palavras de Jung:

O conceito de arquétipo (...) deriva da observação reiterada de que os mitos e os contos de fada da literatura universal encerram *temas* bem definidos que reaparecem sempre e por toda parte. Encontramos esses mesmos temas nas fantasias, nos sonhos, nas idéias delirantes e ilusões dos indivíduos que vivem atualmente. A essas imagens e correspondências típicas, denomino representações arquetípicas.[12]

Nesse sentido, percebe-se que tal conceito foi desenvolvido a partir de observações clínicas. Tratando seus pacientes, Jung percebeu que muitas das frases ditas por eles, aparentemente desconexas e tidas como meras sinalizadoras do estado de loucura em que se encontravam, poderiam fazer algum sentido. Pareciam remontar, de alguma forma, a uma espécie de "memória arcaica" e não a experiências vivenciadas por eles pessoalmente. Jung narra no capítulo *A Estrutura da Alma,* do seu livro *A Natureza da Pisque,* uma experiência vivida junto a um de seus pacientes na qual, pela primeira vez, teve fortes indícios a respeito de sua hipótese:

Certo dia o encontrei aí, piscando as pálpebras para o sol através da janela e movendo curiosamente a cabeça para um lado e para outro. Logo me pegou pelo braço, querendo me mostrar alguma coisa. Dizia-me que eu devia piscar as pálpebras, olhando para o sol; que eu então poderia ver o pênis do sol. Se eu movesse a cabeça de um lado para o outro, eu também veria o pênis do sol, e esta era a *origem do vento*.[13]

Jung se surpreendeu muito com a natureza do "devaneio" e ficou com pena do pobre esquizofrênico. Ele conta que, quatro anos mais tarde, detido em seus estudos sobre mitologia, recebeu a tradução do chamado *Papiro Mágico de Paris*, referente à liturgia de um culto Mitra, que continha uma série de invocações e visões dos participantes dos rituais. Um deles era descrito assim:

Da mesma maneira, ver-se-á também, o chamado tubo, origem do vento de serviço. Tu verás, com efeito, uma espécie de tubo pendendo do disco solar, e de tal modo que, em direção às regiões do ocidente sopra um vento infinito; mas quando é o outro vento que sopra na direção das regiões do leste, observarás, da mesma maneira, que a visão voltar-se-á nesta mesma direção.[14]

Tal fato impressionou muito Jung, que não pôde deixar de relacionar a descrição do culto grego às "alucinações" de seu paciente, ocorridas quatro anos antes. O *papiro* que chegara até Jung havia sido editado recentemente e era inédito, de modo que, àquela época, seu paciente não poderia ter tido contato com o material. Isso levou Jung a crer ainda mais firmemente na existência de idéias inatas, presentes no lado inconsciente da psique humana, que remontariam a tempos imemoriais vivenciados pela humanidade. Idéias que poderiam ressurgir a qualquer momento na experiência individual, mas que constituíam um certo depósito de experiências coletivas, herança comum de toda a espécie humana. Tais idéias seriam os arquétipos.

Ao longo de sua obra, Jung trabalhou mais especificamente os arquétipos relativos ao feminino e ao masculino, que ele chamou de *anima* e *animus*, respectivamente. Tais representações reuniriam aquilo que há de específico em cada um dos sexos e que os caracteriza. Assim, desde o tempo primitivo, o feminino sempre fora identificado à sensibilidade e à criatividade, enquanto o masculino à força física e à assertividade. Em todo ser humano habitariam os dois arquétipos, predominando a *anima* nas mulheres e o *animus* nos homens. A existência mais plena e harmoniosa dependeria, portanto, do equilíbrio das manifestações arquetípicas em cada indivíduo.

Os arquétipos, contudo, não existem num número finito. São ilimitados, vez que correspondem a tantas quantas são as situações psíquicas possíveis. Pode-se falar, nesse sentido, do arquétipo da mãe, do pai, do filho, do herói, do anti-herói, do guerreiro, da liberdade, da justiça, etc. E a totalidade desses arquétipos, verdadeiras expressões de pensamentos primitivos, de ordem mais colorida e pictórica, que o homem foi acumulando e moldando ao longo de sua história, constituem o que Jung denominou "inconsciente coletivo". Nas palavras do autor: "(...) devemos afirmar que o inconsciente contém não só componentes de ordem pessoal, mas também impessoal, coletiva, sob a forma de *categorias herdadas* ou arquétipos"[15]. E prossegue:

O inconsciente coletivo compõe-se: *primeiro,* de percepções, pensamentos e sentimentos subliminais que não são reprimidos devido a sua incompatibilidade pessoal, mas que devido à intensidade insuficiente do seu estímulo ou pela falta do exercício da libido ficam desde o início aquém do limiar da consciência; *segundo,* de restos subliminais de funções arcaicas, que existem a priori e que podem ser acionados a qualquer momento através de um certo represamento da libido. Esses resíduos não são apenas de natureza formal, mas também dinâmica (impulsos); *terceiro,* de combinações subliminais sob forma simbólica, que ainda não estão aptas para serem conscientizadas.[16]

Como se percebe, Jung amplia a noção de inconsciente pessoal elaborada por Freud afirmando que a psique humana não é formada apenas por conteúdos inconscientes armazenados durante a experiência pessoal do indivíduo, mas é também constituída por esse núcleo de categorias herdadas, impessoais, denominadas arquétipos, imagens arcaicas que simbolizariam idéias coletivas inconscientes e que, somadas, configuram o que ele chamou de inconsciente coletivo.

Outro conceito desenvolvido por Jung, que deve ser brevemente mencionado aqui, diz respeito à *persona*. Esta remonta à mascara grega utilizada no teatro para a representação de papéis. Jung detecta que, no dia-a-dia, o indivíduo veste diversas "máscaras" ou *personas*: de pai, de filho, de professor, de médico, de juiz, de mãe, etc., dependendo do papel que ele precisa desempenhar num determinado momento. A *persona* seria, portanto, um sistema de adaptação do indivíduo às diversas situações que ele necessita vivenciar ao longo de sua vida. É saudável conseguir viver diversas *personas*, pois isso denota a facilidade de comunicação do sujeito com o mundo que o rodeia. É indispensável, contudo, que o indivíduo não se identifique com nenhuma das *personas* que ele precisa encarnar, visto que nenhuma delas representa aquilo que ele é.

Para Jung, "pode-se dizer, sem exagero, que a *persona* é aquilo que não é verdadeiramente, mas o que nós mesmos e os outros pensam que somos".[17] Por tal motivo, se um indivíduo que é obrigado a vestir a "máscara" do juiz não souber se despir dela ao retornar para sua casa ao final do dia, para então usar as *personas* de pai/mãe, com certeza terá sérios problemas familiares e afetivos. Essa identificação com apenas uma *persona* é extremamente prejudicial e configura um obstáculo para que se atinja a individualidade. Isso porque a identificação do "si-mesmo" com uma função, um papel social, implica comportar-se como um conjunto complexo de fatores em prol da aceitação pelos pares, adotando um modo de ser que é socialmente aceitável, desejável, mas que pode não corresponder à natureza individual.

Preocupado com a questão de como os homens poderiam desenvolver todas as potencialidades de sua personalidade, Jung elaborou o conceito do "processo de individuação" para assinalar a forma pela qual um sujeito torna-se um indivíduo, noção que se tornou dos pilares mais importantes de seu pensamento. Esse conceito, juntamente com o de "sombra", serão objeto do tópico específico que segue.

3. O PROCESSO DE INDIVIDUAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM O CONCEITO DE SOMBRA

A individuação, segundo Jung, é o processo pelo qual um ser humano se torna um "individuum" psicológico, ou seja, pelo qual ele consegue, ao cabo de um longo processo de autoconhecimento, que perdura por toda a vida, tornar-se uma totalidade, realizando o seu "si-mesmo", o arquétipo central que simboliza a totalidade da existência. Na realidade, Jung chega a afirmar que tal processo nunca chega ao fim, uma vez que sempre haverá algo em nós que permanecerá desconhecido, algum conteúdo psíquico a que não se tem acesso, mas que também faz parte da integralidade do ser humano. O "si-mesmo" poderia ser visualizado como uma espécie de circunferência que abrange, ao mesmo tempo, o consciente e o inconsciente, expressão mais completa do que seja um indivíduo e que, portanto, deve ser sua meta.

Atingir a individualidade, portanto, não significa um ato de egoísmo. Trata-se de um ato de realização da singularidade, o que é bastante diferente. O que se pretende é, simplesmente, que cada ser humano possa concretizar suas potencialidades e tornar-se o ser único que ele de fato é. E esse tornar-se único, singular, possui uma dimensão coletiva: o homem, enquanto ser social, de forma alguma pode ser considerado como isolado em relação à coletividade. Sua peculiaridade reside justamente naquilo que o caracteriza como ele mesmo e que só pode ser obtido no seu cotejar com os demais. A individuação, portanto, significa não um desenvolvimento egoístico do "si-próprio"[18] independentemente dos demais, mas justamente a "realização melhor e mais completa das qualidades coletivas do ser humano".[19]

A meta da individuação é a de livrar o "si-mesmo" de sua possível identificação com as *personas*. Estas representam sempre atitudes típicas, ou seja, o pensar, o sentir, o querer da instituição. Desse modo, a *persona* é sempre um obstáculo que impede o indivíduo de enxergar sua própria singularidade. A dissolução da *persona*, assim, é etapa indispensável ao processo de individuação.

Como se percebe, a individuação exige do indivíduo um esforço de autoconhecimento. E não apenas a identificação com a *persona* pode impedir o alcance dessa meta. Também a dificuldade do sujeito de lidar com sua "sombra" pode constituir óbice à individuação.

Tal conceito lembra muito as noções freudianas de Id e recalcamento, expostas anteriormente. Nesse sentido, a sombra do indivíduo seria composta pelos aspectos inconscientes de sua personalidade que deveriam ter sido incorporados ao Ego, mas que por algum motivo não o foram. Esses conteúdos se personificam e aparecem nos sonhos sempre como uma pessoa do mesmo sexo do sujeito que sonha. Assim, então, se na vida real a pessoal é extremamente dócil e passiva, mas em seu sonho aparece como alguém colérico, pode ser que tal aspecto de sua personalidade tenha sido reprimido ao longo de seu desenvolvimento psíquico e agora esteja em sua "sombra".

Jung salientou, contudo, que tal visão a respeito da sombra é limitada. E que, na verdade, "a sombra é simplesmente todo o inconsciente"[20]. Assim, num primeiro momento, pode-se dizer que a sombra é tudo aquilo que faz parte da personalidade da

pessoa, mas que ela desconhece. Dessa forma, a sombra não é composta apenas por elementos moralmente repreensíveis, podendo englobar um certo número de boas qualidades, como, por exemplo, um dom artístico que a pessoa ignora possuir. Na medida em que esses aspectos vão se tornando conscientes, deixam de integrar a sombra. Assim, esta pode ser tanto positiva quanto negativa.

De um modo geral, portanto, a sombra é caracterizada pela parte inferior da personalidade das pessoas. Trata-se de elementos psíquicos pessoais ou coletivos que, por algum motivo, são incompatíveis como a forma de vida eleita pela pessoa e que, assim, permanecem no inconsciente formando uma personalidade outra, autônoma e parcial. Nesse sentido, as palavras de Jung:

A sombra personifica o que o indivíduo recusa conhecer ou admitir e que, no entanto, sempre se impõe a ele, direta ou indiretamente, tais como os traços inferiores do caráter ou as tendências incompatíveis.

A sombra é aquela personalidade oculta, recalcada, freqüentemente inferior e carregada de culpabilidade, cujas ramificações extremas remontam ao reino de nossos ancestrais animalescos, englobando também todo o aspecto histórico do consciente[21]

O enredo da peça de teatro “O Estanho caso de o Médico e o Monstro” (Dr. Jekyll e Mr. Hyde) ilustra bem a questão da sombra. É interessante notar que o autor da estória, Robert Lois Stevenson, a escreveu depois de um sonho que teve. Assim, foi seu próprio inconsciente que lhe propiciou o conteúdo do conto: a estória de uma pessoa que tem, a um só tempo, duas personalidades: uma “boa” e socialmente desejável e a outra “má” e ligada à satisfação dos instintos. Não é por menos que ela continua a impressionar gerações, mostrando-se sempre atual, apesar de ter sido escrita em 1886. Remonta claramente a estruturas arquetípicas de algum modo presentes no nosso inconsciente coletivo. Talvez queira nos mostrar que nenhum homem é inteiramente “bom” ou “mal”, sendo antes sua personalidade composta justamente por esse dualismo, que o torna bom e mal ao mesmo tempo. O mal, assim, não seria “obra do Diabo”, algo externo ao homem, mas sua parte constituinte (que deveria ser bem trabalhada para não irromper de modo catastrófico, como ocorre no aludido conto).

O importante aqui é ressaltar que o problema maior não está em reconhecer a própria sombra. Isso é possível se o indivíduo se submeter à tratamento psicoterapêutico ou até mesmo caso se relacione com pessoas sinceras que apontem nele características de sua personalidade que ele parece ignorar. É possível, ainda, que o sujeito esteja muito atento a si próprio, encontrando em si características que, por algum motivo, jazem latentes. É possível também que o individuo, ao se deparar com aspectos da personalidade dos outros que o deixam irritado, olhe para o próprio interior, tentando verificar se não é dentro de si mesmo que habitam aquelas características que, à primeira vista parecem pertencer aos “outros”, mas que na realidade estão presentes no próprio indivíduo.

Conforme aponta o psiquiatra David Zimerman, o homem possui a capacidade da “extensão”, ou seja, consegue estender a si próprio nos outros, com eles se identificando (de maneira positiva ou negativa). Tal capacidade humana está na base do mecanismo defensivo do inconsciente conhecido por “projeção”. O ser humano projeta nos “outros”

características presentes em seu inconsciente justamente porque que quer acreditar que pertencem apenas a esses "outros" e não a ele próprio. Nas palavras do médico "o sujeito *identifica* (a morfologia deste verbo é ficar idem, ou seja, tornar idêntico) os outros à sua imagem e feição, e os julga como tal."[22]

Assim, seja com a ajuda de analista ou amigos, seja encarando com atenção as próprias projeções, é possível ao sujeito identificar seus aspectos sombrios. O problema maior, contudo, está em administrar tal descoberta. Trata-se do que Jung denominou de "integração da sombra", etapa indispensável ao processo de individuação, anteriormente mencionado. Identificar a própria sombra, trazendo-a ao consciente, não basta: o mais importante é que o sujeito consiga expressá-la, integrá-la em sua vida. Isso implica mudanças de comportamento que, além de serem extremamente difíceis de serem tomadas por quem tenta conviver com a própria sombra, ainda desagradam aqueles que o rodeiam. Por exemplo, aquela pessoa que sempre fora passiva, que sempre se sujeitou à vontade dos outros, terá reações mais enérgicas e dirá *não* às ordens que antigamente obedecia porque não queria desapontar os demais, o que causará a fúria destes; ou então, aquele sujeito que era extremamente recatado passará a ter atitudes que antes julgava inadequadas e deverá estar pronto para lidar com o comentários maldosos que eventualmente sejam feitos ao seu respeito. Assim, aceitar como sendo seus aspectos da personalidade que causam repulsa e tentar integrá-los não é tarefa simples: pressupõe bastante coragem e força interior. Nas palavras de Marie-Louise Von Franz, uma das mais famosas discípulas de Jung:

É um ato de grande coragem enfrentar e aceitar uma qualidade que não nos é agradável, que se escolheu esconder por muitos anos. Mas se a pessoa decidir não aceitá-la, acabará sendo apanhada pelas costas. Uma parte do problema é enxergar e admitir a existência da sombra, constatar que alguma coisa aconteceu, que algo irrompeu; mas o grande problema ético surge quando se decide expressar a sombra conscientemente. Isso requer grande cuidado e reflexão para que não se produza uma reação perturbadora.[23]

Diante de todas essas explanações, percebe-se que todo ser humano - exatamente porque se constitui como tal - possui um aspecto sombrio. Um complexo de qualidades de sua própria personalidade que ignora ou reprime porque lhe causam repulsa. São, por vezes, características tidas como moralmente inaceitáveis, ou simplesmente aspectos da personalidade que foram descartados porque incompatíveis com o modo de vida escolhido para seguir. Contudo, conforme muito bem ressaltado por Marie-Louise, ainda que reprimidos, esses aspectos não desaparecem, ao contrário, tornam-se cada vez mais arraigados no interior do individuo, prontos para irromper a qualquer instante.

Tornar conscientes os próprios aspectos sombrios é tarefa que exige um esforço de autocrítica e leva, conseqüentemente, ao autoconhecimento sendo, portanto, etapa do processo de individuação.

A questão que agora se coloca é a seguinte: mas o que tudo isso tem a ver com a função exercida pelo magistrado? Tal indagação será objeto de discussão do tópico seguinte. Para tanto, recorrer-se-á a tópicos da Filosofia do Direito que tratam do problema da lógica da decisão judicial, de modo a realizar a ponte necessária entre as perspectivas da

Psicologia e do Direito a respeito dessa temática, garantindo o caráter interdisciplinar deste trabalho.

4. SOBRE O DOGMA DA NEUTRALIDADE DO JUIZ

A afirmação de que o Juiz deve ser a "boca que pronuncia as palavras da lei"[24], na expressão cunhada por Montesquieu, define bem a neutralidade esperada daquele que desempenha a função judicial, exigência que, não obstante suas mazelas, faz-se presente até os dias de hoje. Essa concepção nasce no bojo do processo de formação do Estado Moderno, modelo que surge em contraposição ao Estado absolutista, como limitação ao poder político antes exercido pelo soberano, e que encontra suas bases, principalmente, no valor da soberania da nação. Sujeito ao império da lei, o governante não pode abusar de seu poder de punir e muito menos atentar contra os direitos e liberdades dos cidadãos. Isso trouxe inevitáveis repercussões para o Direito, tais como a codificação dos direitos do homem e do cidadão, e a consagração dos princípios da anterioridade das infrações e das penas, da supremacia da lei, e a doutrina da separação dos poderes. Com relação a este último, pode-se dizer que Legislativo, Executivo e Judiciário foram desenhados com atribuições bem definidas e não se admitia ingerências de uns sobre os outros. Nas palavras de Sergio Paulo Rouanet:

(...) foi diretamente em Montesquieu que os revolucionários foram buscar a doutrina da separação dos poderes. (...). Para Montesquieu, a separação dos poderes, baseada numa visão idealizada do sistema constitucional inglês, tinha como objetivo principal promover a limitação recíproca dos diferentes poderes, segundo mecanismo que mais tarde Madison chamaria de 'checks and balances'.[25]

Fruto da Revolução Francesa, a doutrina da separação dos poderes foi consagrada no artigo 16 da Constituição Francesa de 1789, segundo o qual "uma sociedade em que a separação dos poderes não é determinada, não tem Constituição". Essa concepção influenciou, desde então, o modo de organização dos Estados, e marca forte presença no constitucionalismo atual, inclusive no Brasil, que prevê, no art. 2º de sua Carta Constitucional que "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Resultado da doutrina da separação dos poderes foi a consolidação da exigência de neutralidade do julgador, que em seu veredicto deveria espelhar a "vontade da lei" e não qualquer outra vontade, muito menos a sua própria. Sobre o contexto de nascimento da exigência de neutralidade na prestação jurisdicional, pondera Lidia Reis de Almeida Prado:

No Iluminismo, concebia-se o Estado com atribuições bem definidas exercidas pelos três poderes. Ao juiz cabia julgar e, para a garantia dos direitos, contava-se com a neutralidade da Justiça, que seria atingida caso se isolasse o magistrado da sociedade, do Legislativo e do Executivo. Dessa forma desenvolveu-se a concepção de um

Judiciário neutro, como se fosse um produtor de conhecimento científico e, como tal, imune a influências externas. (…). Após a revolução francesa, a vitória da burguesia trouxe para o pensamento jurídico a tendência da preservação dos interesses individuais, limitados apenas pela norma, expressão dos ideais coletivos. Dessa tendência decorreram, como conseqüências, um extremo apego à lei na interpretação e aplicação do Direito pelo juiz, assim como a proibição, imposta ao Judiciário, de participar da criação jurídica, atividade exclusiva do Legislativo, órgão representante da vontade popular. Tais conseqüências reforçavam o ideal de **neutralidade do magistrado**. O mesmo ocorria com a concepção mecânica da função jurisdicional, segundo a qual formulação da sentença deveria assemelhar-se a um mero silogismo, em que a premissa maior seria a lei, a menor, o fato e a conclusão, a sentença.[26]

Entretanto, desde logo percebeu-se que essa neutralidade pretendida na prestação jurisdicional não poderia passar de uma ilusão. Não tardou para que filósofos do direito se dessem conta da impossibilidade de o julgador se despir de todos seus atributos pessoais no momento de julgar.

Muitas foram as vias utilizadas no enfrentamento dessa questão. A mais conhecida no Brasil remonta à hermenêutica jurídica, especialmente em sua vertente ligada à tradição pragmática e aos avanços nos estudos no campo da linguística. A partir de autores pós-positivistas como Herbert L. A. Hart, que trouxe a questão da chamada “textura aberta da linguagem” e também considerando as novas formas de compreensão das funções da linguagem, propaladas por teóricos como Paul Grice e John Austin, constatou-se que a Ciência do Direito trabalha com enunciados que inovam no mundo, não sendo possível sustentar o paradigma da separação entre *norma* e *intérprete*, que até então dava as bases da hermenêutica jurídica tradicional. Compreender que a função da língua não é representar objetos e que o intérprete não consegue através dela acessá-los implica dizer que não mais importa descobrir qual a interpretação "correta" da norma, uma vez que o discurso que se faz sobre ela nunca representará o seu sentido. Por conseguinte, discutir a objetividade na hermenêutica, enquanto correspondência entre interpretação e norma, perde sentido, assim como perde sentido insistir no imperativo da neutralidade na prestação jurisdicional.

Também é possível encarar a questão por outra via: a dos fatores extralegais que influenciam a atuação judicial. Dentre os filósofos do direito que realizaram tal abordagem, pode-se destacar o espanhol Luis Recaséns Siches, para quem o juiz decide muito mais por intuição do que pelas orientações de ordem lógico-formal, já que é um ser dotado de espírito criativo e de sentimentos, aspectos que exercem marcante influência no momento de julgar. Esse fato é evidenciado pela própria etimologia da palavra “sentença”, que deriva do latim *sentire*, ou seja, experimentar uma emoção, conforma aponta a Professora Dra. Lidia Reis de Almeida Prado.[27]

Tais constatações também podem ser corroboradas do ponto de vista da psicologia. Como se pretendeu demonstrar, a descoberta do inconsciente, no final do século XIX, com a asserção de que o “homem não é senhor dentro de sua própria casa”, provocou um abalo profundo no racionalismo absoluto que vigorava no desenvolvimento científico de então. E escancarou a necessidade de se repensar os fundamentos epistemológicos das ciências (ainda que tal empreendimento não tenha sido efetivamente realizado até hoje).

Isso traz, sem dúvidas, conseqüências para o campo do Direito. Não apenas para o modo de produção da Ciência do Direito, em termos de sua epistemologia, mas para a própria forma de se encarar o fenômeno jurídico - que por se constituir de realidades tão complexas sofre influência direta das temáticas afeitas à psicologia. É o caso do Direito de Família e, principalmente, da atenção a ser dada à conduta dos chamados "operadores do Direito", que sempre acreditaram poder lidar com a realidade jurídica a partir de uma perspectiva neutra e agora se dão conta de que isso é impossível, não apenas porque o objeto com que lidam é "humano", mas porque eles próprios o são.

Nesse sentido, o presente trabalho, partindo do legado de Carl Gustav Jung, e após explicitar alguns dos principais aspectos de seu pensamento, se propôs a pensar a atividade judicial e seus limites a partir do prisma não apenas da ciência do Direito, mas também com base na psicologia analítica, especialmente no conceito jungiano de "sombra".

Toda pessoa possui seu lado sombrio. O magistrado não é exceção. Como qualquer ser humano, eles também possuem aspectos reprimidos de sua personalidade. E talvez, no caso dos juízes, seja ainda mais difícil lidar com essa situação, uma vez que, pela posição que ocupam, existe uma expectativa social muito grande em torno de seu caráter, qualidades, modo de ser e se comportar.

Conforme dito, o ser humano possui a capacidade de se estender nos demais, sendo a "projeção" um mecanismo de defesa do inconsciente, fazendo com que o indivíduo enxergue nos outros características que são suas e que lhe perturbam, pois é muito mais cômodo viver acreditando que tais aspectos pertencem aos outros e não a si próprios. As projeções são inconscientes e involuntárias. E quando se projeta no outro algum aspecto sombrio seu, geralmente a sensação é de irritação em relação àquele determinado comportamento. Isso poderia trazer sérias implicações ao ato de julgar. A parte processual sobre a qual recaísse alguma projeção negativa do magistrado poderia ser de antemão prejudicada, pois muito provavelmente o veredicto já tenderia a lhe ser desfavorável. Exemplificando: o juiz que, em seu lado sombrio, nutre preconceitos que ele próprio desconhece contra pessoas de cor negra ou de religião diversa da sua ou que sejam ex-presidiários, empregados domésticos, motoqueiros, prostitutas, mães solteiras, homossexuais. Ao julgar pessoas que se enquadram nessas características, teria seu juízo crítico prejudicado previamente por conta de fatores inconscientes, o que poderia colaborar para a prolação de decisão desfavorável a essas pessoas.

É por conta disso que o psiquiatra David Zimerman assinala que um fator extremamente importante na atividade judicante é a capacidade do magistrado de fazer discriminações. Segundo ele

Discriminar significa o contrário de confundir, ou seja, é a faculdade de o sujeito reconhecer, e de separar, os diferentes estímulos e respostas, o que é dos outros e o que provém dele próprio. Dessa forma pode-se dizer que uma perturbação na função de discriminar possa resultar em um in-discriminado uso abusivo do ato de in-criminar ou de re-criminar, por parte do Juiz, às pessoas que ele estiver julgando.[28]

Além disso, o magistrado que reconhece a existência de seu lado sombrio começa a ver enxergar, em si, as mesmas debilidades dos indivíduos submetidos a seu julgamento. E apesar de estar, por conta de um tablado, num nível superior ao daqueles que serão julgados, começa a entender que possui as mesmas fraquezas que eles (ou até mesmo outras tantas), porque compartilham do mesmo inconsciente coletivo e, portanto, possuem constituição psíquica muito próxima, influenciada pelos mesmos fatores arcaicos. A conscientização do juiz a respeito de sua sombra faria com que ele conseguisse se colocar mais facilmente no lugar daquele sobre cujo destino irá decidir, e isto o faria julgar com maior compaixão e benevolência, ou seja, com mais justiça. O magistrado perceberia que ele mesmo poderia estar no lugar do réu ou do autor. E não raro isso acontece na vida cotidiana.

5. CONCLUSÃO

O rompimento do paradigma da neutralidade do juiz e da racionalidade estreita implica a necessidade de resgate da sensibilidade no momento de julgar. E não só isso. Implica também reconhecer que existem fatores irracionais que influenciam a tomada de decisão. Tal constatação é inegável após a descoberta do inconsciente e o desenvolvimento da psicologia.

Conforme tentou se demonstrar ao longo deste trabalho, existe no sujeito uma estrutura psíquica que condiciona sua atuação. E, ao mesmo tempo, que liga os homens uns aos outros, de maneira inelutável. O inconsciente coletivo, tal como o pensou Jung, é inerente à própria natureza humana, pois resulta de sua evolução biológica e histórica. Os arquétipos, por sua vez, formas típicas de agir e pensar presentes na humanidade, construídas ao longo de tempos imemoriais, levam a crer na existência de uma essência que configura o homem enquanto tal, mostrando que os seres humanos partilham das mesmas fraquezas, necessidades e anseios.

O homem, contudo, não quer perder-se nessa coletividade. Para Jung, é de sua natureza buscar realizar sua potencialidades a fim de tornar-se singular, ou seja, aquela individualidade psíquica que ele sempre é. Daí o chamado “processo de individuação”, pelo qual o homem, no percurso de sua vida, tenta alcançar a totalidade à qual o seu “si-mesmo” o impulsiona. Isso só é possível trilhando-se um caminho de autocrítica e que leve ao autoconhecimento. Aqui reside a necessidade de conscientizar-se da própria “sombra”, daqueles aspectos por algum motivo reprimidos da personalidade. Conteúdos que o indivíduo mantém no inconsciente porque deseja esquecê-los, mas que estão prontos para irromper a qualquer momento no mundo exterior. Como dito anteriormente, contudo, não basta conscientizar-se da sombra, é preciso integrá-la à personalidade de modo saudável.

Passar pelo processo de individuação e, conseqüentemente, pela tentativa de integração da sombra é desejável a todos os indivíduos. Mais ainda àqueles que são magistrados, dado o peso social da função que desempenham. A estes foi incumbido o dever de resolver sobre o destino de seus pares, tão humanos quanto eles próprios. O juiz que não consegue se colocar no lugar do outro, do que será julgado, não pode exercer bem o seu papel.

Para a obtenção da resposta judicial mais "justa" não basta que a ciência do Direito e a lógica jurídica se ocupem de elaborar a melhor técnica e de compreender melhor os processos mentais que levam o juiz à tomada de decisão. É fundamental preocupar-se, também, com os aspectos psíquicos em jogo. O presente trabalho foi uma tentativa de contribuir nesse sentido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia.** Editora Ática, São Paulo: 1995

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. ZIMERMAN, David. **Aspectos psicológicos na prática jurídica.** Millennium, Campinas: 2007.

FRANZ, Marie-Louise Von. **A sombra e o mal nos contos de fadas.** Edições Paulinas, São Paulo: 1985.

FREUD, Sigmund. **Cinco lições de psicanálise**. Editora Imago, São Paulo: 1997.

GONÇALVES, Waldir Lourenço. *Et al.* **Teorias da personalidade em Freud, Reich e Jung.** Ed. Pedagógica Universitária, São Paulo: 1984.

GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 37.

JAPIASSU, Hilton. **As paixões da ciência**. Editora Letras & Letras, São Paulo: 1991.

JUNG, Carl Gustav. **A Natureza da Psique**. Voll. VIII/2 das Obras Complestas. Ed. Vozes: Petrópolis, 1984.

_____. **Eu e o inconsciente.** Vol. VII/2 das Obras Completas. Ed. Vozes, Petrópolis: 2006.

_____. **Memórias, sonhos, reflexões.** Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro: 2006.

_____. **O homem e seus símbolos.** Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro: 2005.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito.* 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 83.

PRADO, Lidia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção - Aspectos da lógica da decisão judicial.** 3ª ed. Millennium, Campinas: 2005.

MARCUSE, Hebert. **Cultura e psicanálise.** 3º ed. Paz e Terra, São Paulo: 2001.

ROUANET, Sergio Paulo. Mal-estar na modernidade. Companhia das Letras, São Paulo: 1993.

[1] FREUD, **Cinco lições de psicanálise**. *Apud* CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*, p. 166.

[2] Aqui estaria, portanto, a origem do conceito de arquétipo, mais tarde desenvolvido por Jung, sobre o qual se falará mais adiante.

[3] REIS, Alberto. *Et al.* **Teorias da personalidade em Freud, Jung e Reich.** p. 15.

[4] *Idem, Ibidem*, p. 16.

[5] *Idem*, p. 19.

[6] JUNG, Carl Gustav. **Memórias, sonhos, reflexões**, p. 184

[7] Na primeira vez que Jung foi levado a uma igreja, menino curioso que era, adentrou-a correndo, tropeçou e bateu o queixo, provocando um ferimento que sangrava muito, fazendo-o sentir vergonha e ter a sensação de que praticara algo proibido.

[8] JUNG, Carl Gustav. **Memórias, sonhos, reflexões**, p. 57.

[9] JUNG, Carl Gustav. **Memórias, sonhos, reflexões**, p.142.

[10] Idem, p. 193.

[11] Esse conceito remonta à noção de "resíduos arcaicos" elaborada por Freud, mas por ele deixada um pouco de lado. Segundo ele, certas imagens oníricas pareciam não ter qualquer vinculação à vida pessoal do indivíduo, parecendo antes como formas mentais primitivas e inatas que constituiriam uma espécie de herança do espírito humano. Jung parte desse conceito, atribuindo-lhe maior importância, e elabora sua noção de arquétipos.

[12] Idem, p. 485.

[13] JUNG, Carl Gustav. **A Natureza da Psique**, p. 317.

[14] *Idem, Ibidem.*

[15] JUNG, Carl Gustav. **Eu e o inconsciente**, p. 13.

[16] *Idem, ibidem.*

[17] JUNG, Carl Gustav. **Memórias, sonhos, reflexões,** p. 492.

[18] Adota-se, aqui, essa terminologia para distinguir do si-mesmo, que não pode ser visto egoisticamente.

[19] JUNG, Carl Gustav. **Eu e o inconsciente**, p. 49.

[20] FRANZ, Marie-Louise Von. **A sombra e o mal nos contos de fadas**, p. 11.

[21] JUNG, Carl Gustav. **Memórias, sonhos, reflexões**, p. 496.

[22] ZIMMERMAN, David. **A influência de fatores inconscientes na decisão judicial** *In* COLTRO, Antonio Machado. ZIMMERMAN, David. **Aspectos psicológicos na prática jurídica,** p. 105

[23] FRANZ, Marie-Louise Von. **A sombra e o mal nos contos de fadas**, p. 13.

[24] MONTESQUIEU. **De l'Esprit des lois.** Livro XI, capítulo 6. *Apud* KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito.*, p. 83.

[25] ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade**, p. 195

[26] PRADO, Lidia Reis de Almeida. **Neutralidade e imparcialidade dos juízes??** *In* GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*, p. 37.

[27] PRADO, Lidia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**. pp. 14-15.

[28] ZIMERMAN, David. Op. cit., p. 106.

TEORIA DOS SISTEMAS: AUTOPOIESE E ALOPOIESE*

THEORY OF SYSTEMS: AUTOPOIESYS AND ALOPOIESYS

José Aparecido Camargo

RESUMO

A crescente complexidade dos ajuntamentos humanos enquanto grupos sociais e as contingências decorrentes dos conflitos resultantes de interesses fragmentados numa sociedade cada vez mais orientada pelo materialismo exacerbado impõem a realização de estudos que permitam uma abordagem sistêmica dos elementos e do ambiente no qual estão inseridos. O sistema autopoiético, um sistema hermético, auto-referente, capaz de produzir e reproduzir-se nas suas diversas e variadas interações, consolida uma visão de mundo centrado em micro sistemas que, mesmo assim, carecem de uma relação multidisciplinar dentro do seu próprio interior, e de uma relação inter-sistêmica que lhe dê sustentação e sobrevivência espancando influências endógenas, principalmente de caráter econômico e político-partidário. O sistema alopoiético, aberto às influências (inputs) exógenas, que lhe dão sustentação e a capacidade de produzir e reproduzir (outputs) sofre crítica por permitir que aquelas influências distorçam o seu objetivo primário de instrumento estabilizador das relações humanas, num ambiente permeado pela liberdade e igualdade.

PALAVRAS-CHAVES: SISTEMA, SOCIEDADE, AUTOPOISE, ALOPOIESE, DIREITO.

ABSTRACT

The increasing complexity of human gatherings as social groups and contingencies arising from conflicts of interest resulting in a fragmented society increasingly driven by materialism exacerbated requires the completion of studies that allow a system of elements and the environment in which they are inserted. The selfpoyetic system, a hermetic, self-respect is able to produce and reproduce themselves in their various and varied interactions, consolidates a view of the world focused on micro systems that still require a multidisciplinary relationship within their own inner and inter-relationship of a system that will provide support and survival beaten endogenous influences, primarily economic in nature and political-party. The allopoyetic system, open to influences (inputs) exogenous, to give support and the ability to produce and play (output), suffers criticism for allowing those influences distort its primary objective of stabilizing instrument of human relations in an environment permeated by freedom and equality.

KEYWORDS: SYSTEM, SOCIETY, SELFPOYETIC, ALLPOYETIC, RIGHT

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 INTRODUÇÃO

A existência de um universo composto de bilhões de galáxias, dentre a quais a chamada Via - Láctea, em que se encontra a Terra, expressa um sistema altamente organizado que reflete perfeitamente uma idéia de ordem e simetria. Demonstra uma beleza ímpar que continua sendo objeto de indagações, perplexidades e pesquisas por parte de pessoas refletivas e altamente interessadas na sua própria existência e na sua posição em relação ao mundo visível e invisível.

Além disso, a maneira ordeira do arranjo desses corpos celestes é enfatizada pelas referências que faz aos estatutos, regulamentos, órbitas e cursos que possibilitam o funcionamento suave e harmônico de tudo quanto existe. As tremendas forças que determinam as posições relativas de certas estrelas, planetas, e a própria inserção do planeta Terra numa condição ímpar dentre todos os planetas conhecidos, segundo as leis da física, rebatem qualquer argumento contra um desígnio, uma ordem proposital que possibilita a existência do homem num ambiente preparado, com antecedência, para recebê-lo.

O Criador, a força sustentadora deste hiper-sistema, proveu o necessário para a sua auto-sustentação, isto é, os elementos que o conformam atuam de modo interativo num ambiente hermeticamente fechado, autopoiético, ou seja, não existem forças ou energias exógenas exercendo influências que possam modificar ou alterar a sua operacionalidade enquanto universo conhecido e desconhecido e perfeitamente adequado à existência humana.

No entanto, será que o mesmo princípio sistêmico pode explicar ou justificar a funcionalidade dos subsistemas que compõem o grande sistema representado pelo universo conhecido e não conhecido? Pode-se dizer que os subsistemas, um dos quais aquele que conforma o planeta Terra, são autopoiéticos, suficientes em si mesmos, endógenos, auto-referentes, bastando-se a si mesmo? E os micro-sistemas que estruturam o mundo no qual vivemos, são infensos a influências externas ou, ao contrário, são interdependentes, alopoiéticos, hetero-referentes, sofrendo influências exógenas fundamentais à sua própria existência e operacionalidade?

Estas considerações iniciais, preliminares, são necessárias para ser entendida a própria estrutura formada pelo ambiente mais os elementos que nele atuam e que dão existência, consistência e conformidade à sociedade humana, uma vez que o mundo no qual vivemos – um sistema – é formado por diversos subsistemas, político, religioso, econômico, que por sua vez, também se dividem em micro-sistemas.

Junte-se a isso a crescente complexidade dos ajuntamentos humanos enquanto grupos sociais organizados e as contingências decorrentes dos conflitos resultantes de interesses fragmentados, numa sociedade cada vez mais orientada pelo materialismo exacerbado, perplexa com a variedade e a diversidade das dificuldades que a afligem aliadas a questões candentes e que carecem de uma intervenção do ordenamento jurídico. Questões relacionadas com a biotecnologia, biomedicina, biogenética, a reprodução e a

clonagem humanas, os alimentos transgênicos, o terrorismo, crimes contra a humanidade, o genocídio, crimes de guerra e com a atuação dos tribunais internacionais, como o Tribunal Penal Internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, apontando rumo a uma jurisdição universal permanente. Diante desse quadro de permanente tensão, o homem contemporâneo sente-se confuso, alienado e desesperançado num mundo que já não consegue compreender.

Esse contexto certamente impõe a realização de estudos que permitam uma abordagem sistêmica dos elementos e do ambiente no qual estão inseridos para a compreensão de como interagem e como e quando as influências endógenas e exógenas se formam, atuam e em que intensidade. Isso para que possa saber o que fazer e como fazer para compatibilizar o homem na suas perplexidades e o ecossistema, com todas as diversidades e formas de vida para um desenvolvimento na plenitude de sua dignidade.

A pesquisa centrada na teoria dos sistemas, divididos, em "auto e alo poiéticos", numa concepção que avalia as influências que atingem cada um, parte do princípio do qual o mundo ou sistema global em que vivemos se conforma a três subsistemas macros, o político, o econômico e o religioso. E, inserido no sistema político, entendido como tudo aquilo que permite a estruturação da vida em sociedade, ou como o sistema de organização do ser humano enquanto "animal social", e não como o entendimento clássico que o liga a uma forma específica de governo e poder, em sentido estrito, e que é, por sua vez, o subsistema compreendido pelo direito, intrinsecamente ligado àqueles.

O sistema jurídico ou o direito, subproduto do sistema político – ou social – e que fornece os limites necessários ao comportamento individual e coletivo dos membros da sociedade e às instituições que estruturam a organização dos elementos que atuam num dado "espaço público", sem o qual vigeria a anarquia e o caos ou, dito de outro modo, seria impossível a vida em sociedade, caracteriza-se, a partir das considerações iniciais, como um subsistema autopoiético ou alopoiético? Quais as influências ou inputs ou insumos que influenciam o direito? Estas influências são exógenas, oriundas de outros sistemas, ou são endógenas, produzidas e manipuladas nos seu interior?

Tendo como ponto de partida as premissas estabelecidas previamente, a pesquisa divide-se numa consideração da teoria dos sistemas, na compreensão conceitual do sistema autopoiético e alopoiético e, aí então, num exame do sistema jurídico que conclua pela predominância da sua motivação endógena ou exógena enquanto sistemas.

2 TEORIA DOS SISTEMAS

A palavra mundo traduzida da palavra grega *kó·smos* tem o sentido básico de "ordem" ou "arranjo". Curioso é que *kó·smos* transmite também a idéia de ordem e simetria, relacionando-se ao conceito de beleza, donde provém a palavra cosmético [*ko·sme·ti·kós]*. *Ko·smé·o* verbo aparentado a *kós-mos* tem o sentido de 'pôr em ordem', e o adjetivo *kó·smi·os,* descreve aquilo que é "bem-arrumado" ou "ordeiro".

Evidentemente, porque o universo manifesta ordem, os filósofos gregos às vezes aplicavam *kó·smos* a toda criação visível. Todavia, não havia nenhuma unanimidade real de conceito entre eles, sendo que alguns restringiam a palavra apenas aos corpos celestes, ao passo que outros a usavam para o universo inteiro. De fato o uso de *kó·smos* no sentido de universo era comum entre os gregos[1], um sistema ordeiro, organizado,

auto-sustentável, capaz de produzir, a partir da interação de seus diversos elementos, a sua própria subsistência e perenidade, integrando-se a fauna, a flora, o ecossistema e o ser humano num todo perfeitamente compatível e interdependente, "uma harmonia magnífica com nosso ambiente físico".[2]

De fato – as observações facilitam a compreensão de sistema e por isso são oportunas – há o entendimento de que

vivemos num universo em expansão[3], cuja vastidão e antiguidade estão além do entendimento humano [...] que pode ser um dentre um imenso número – talvez um número infinito – de universos fechados. Uns podem crescer e sofrer um colapso, viver e morrer, num instante. Outros podem se expandir para sempre.[4]

Uma compreensão dos conceitos de autopoiese e alopoiese passa, obrigatoriamente, por um entendimento da teoria de sistemas. Essa compreensão corresponde ao estudo da configuração e conformação das partes ou elementos dentro de uma estrutura ou unidade dirigida à realização de um determinado objetivo. Uma visão sistêmica permite observar como as partes se regulam, interagem e se sustentam no ambiente em que atuam e quais as ingerências ou inputs que o ambiente externo realiza para que o sistema, produzindo os outputs correspondentes e necessários, permaneça, ou seja, perene, auto-sustentável.

A interação ocorre através de um processo de troca ou intercâmbio e de cooperação inter-sistemas ou entre sistemas, mas no sistema autopoiético o ser humano é visto como um sistema que produz e reproduz a si mesmo continuamente.[5] Então a interação ocorreria no âmbito intersubjetivo e no âmbito sujeito e natureza ou sujeito e ambiente no qual está inserido, "isto no que tange aos processos cognitivos e autopoiéticos em um ambiente virtual de aprendizagem".[6]

Embora a idéia de sistema remonte a Idade Média, foi somente no início do século XVII que o pensamento sistemático, "em conexão estreita com o problema da certeza na discussão teológica",[7] o que produziu certa confusão entre a epistemologia do direito com o conceito de sistema, mas possibilitou que o pensamento sistemático "participasse do processo de autonomia da moderna teoria do conhecimento até o ponto do sistema ser tomado como esboço, hipótese, construção de um livro".[8] Colaborou, entretanto, para a consolidação do conceito de sistema, Christian Wolff[9], "o qual dominou a ciência da época com sua terminologia [...] entendendo o sistema partir da *nexus veritatum**[10]*** que pressupõe a correção e a perfeição formal da dedução"[11] cuja concepção "se transformou na forma que ainda hoje conhecemos".[12] Sublinhe-se pela relevância que

a idéia de sistema como organismo, mecanismo e ordenação [...] em cuja base se encontra o pressuposto da continuidade do real, o que, aliás, assegura em última análise o caráter não-arbitrário e não convencional do próprio conhecimento científico, [...] é a maior contribuição do chamado jusnaturalismo moderno ao Direito Privado Europeu,

[...] que passa a receber um caráter lógico-demonstrativo de uma sistema fechado, cuja estrutura dominou, e até hoje domina, os compêndios jurídicos.[13]

O desenvolvimento e o aperfeiçoamento da teoria sistêmica adquiriu uma nova dimensão, através dos estudos de Karl Ludwig von Bertalanffy[14], que desenvolveu na área biológica, uma abordagem orgânica, um estudo no qual teoriza a existência unitária do sistema composto de partes independentes, ou subsistemas, que ao se reunirem para constituir uma unidade funcional maior, desenvolvem qualidades que não se encontram em seus componentes isolados – o todo é maior que a soma de suas partes. O austríaco desenvolveu uma abordagem científica dos "todos integrados" o que

representou uma profunda revolução na história do pensamento científico ocidental [à partir da] crença segundo a qual em todo sistema complexo o comportamento pode ser entendimento inteiramente a partir das propriedades de suas partes.[15]

Entendia o biólogo que os subsistemas são interdependentes, ou seja, o todo ou o mundo organizado como um sistema único é composto por unidades independentes, mas ligados de modo indissolúvel, isto é, funcionam simbioticamente de maneira organizada e coordenada, se bastando a si mesmo. Dito de outro modo defluiu-se que os subsistemas ou unidades independentes, "possuem características e leis comuns independentemente da área onde se encontram".[16]

Sua visão de mundo é unitária, uma composição de unidades independentes cuja existência decorre da interação entre suas partes e o todo organizado, ou seja, o mundo da vida representa a interconexão de partes que atuam ao mesmo tempo dentro de sua própria unidade compondo uma unidade maior que existe e se sustenta pela própria sinergia ou cooperação de suas partes.

A visão sistêmica aberta ou alopoiética permite inferir que o ambiente no qual se insere atua e influencia a sua própria dinâmica existencial, no que é denominada "auto-regulação regenerativa" isto é, o sistema se realinha ou se ajusta produzindo mutações ou alterações que por fim mantém a sua integridade enquanto sistema num processo permanentemente evolutivo.

Do ponto de vista estrutural os sistemas mantêm semelhanças, sejam autopoiéticos, sejam alopoiéticos. Diferem, entretanto, nas influências que recepcionam ou permitem que alterem a sua conformação enquanto organização, metabolizando e processando influências externas (*inputs*) e (re) produzindo-se a si mesmo (*outputs*), num processo de constante mutação. Desse modo, os sistemas podem ser qualificados como fechados ou abertos na medida em que os inputs ou insumos "essenciais ao seu funcionamento e os outputs ou produtos de sua atividade"[17] ocorrem dentro do seu próprio arcabouço estrutural ou nascem no seu ambiente ou das relações interativas inter-sistemas.

O sistema macro, englobando todos os outros sistemas, é o sistema de coisas[18], “a totalidade do que se manifesta exteriormente no decurso do tempo”, o mundo articulado mediante um subsistema político, um subsistema econômico e um subsistema religioso. Esse é o mundo habitado por seres humanos inseridos no ambiente natural ou ecossistema, um sistema fechado às influências externas, endógeno, cujas interações realizam-se entre sim, mas que se mostra dependente de outros sistemas ou micro-sistemas que integram a sua própria galáxia.

Todavia, os grandes subsistemas, político, econômico e religioso, interagem entre si, exercendo influências que condicionam o seu funcionamento em maior ou menor grau, e podem ser considerados, per se, sistemas abertos, exógenos, sujeitos a interações ou a relações simbióticas que modificam ou alteram a sua conformação ou organização. É reconhecida a influência que exercem, um sobre outro, da religião sobre a economia e a política, da política sobre a religião e a economia, e da economia sobre a política e a religião, numa inter-relação caracterizada pela promiscuidade e interesses ligados à dominação ou ao exercício de poder e aos valores puramente comerciais. Relações econômicas que não se preocupam em traduzir um efetivo benefício ao homem. Isto ficaria a cargo da política e da religião o que se distingue claramente mediante o fenômeno da globalização.

Dentro do sistema macro, como dependente dos subsistemas político, econômico e religioso, por exemplo, há um micro-sistema ou subsistema parte do sistema político [tradicionalmente, o direito está inserido no sistema social]. Todavia, se entendida a ciência política como aquela direcionada ao sistema mediante o qual se organiza a sociedade[19], num determinado espaço ou território, há que se considerar o subsistema jurídico como um subsistema daquele, já que se destina a fornecer ao conjunto de pessoas reunido com objetivos mais ou menos homogêneos, a configuração normativa que irá regular as relações emergentes dessa reunião ou encontro permanentes inter e entre pessoas. Regula assim o sistema político, o sistema religioso e o sistema econômico, mas por forças desses e não por força de si mesmo o que faz lembrar que “o direito, enquanto elemento imprescindível da estrutura social é sempre conseqüência e causa ao mesmo tempo”.[20]

A complexidade do subsistema jurídico lembra outro fenômeno, tão extraordinário quanto ou mais, mas que permite uma percepção da sua dinâmica e permite uma comparação didática e que corresponde ao processo da linguagem cujas mudanças “[estão] envolvidas por um complexo jogo de valores sociais que podem bloquear, retardar ou acelerar sua expansão de uma para outra variedade da língua”[21] e que se relaciona com a Constituição, documento organizador do ordenamento e do subsistema jurídico que, pela própria condição de imutabilidade ou de estabilidade que lhe é peculiar, ainda que sujeita às alterações pontuais que ocorrem com maior rapidez principalmente no mundo periférico, se sobrepõe como o arcabouço que dá a sustentação necessária para a convivência social, a partir do organismo estatal cujos tentáculos avançam em todas as direções. Nesse contexto

o que diferencia um sistema da sociedade do demais não é mais a sua localização geográfica ou institucional, mas sim o sentido autogerado, como propriedade emergente (autopoiética), por sua própria operações. A onipresença dos sistemas então se desvela à partir da diferença: qualquer um pode, no ambiente da sociedade, participar comunicativamente de qualquer um dos sistemas da sociedade.[22]

A questão diz respeito à compreensão do sistema jurídico como um micro-sistema fechado ou aberto e relaciona-se com a sua interdisciplinaridade e quais as influências que condicionam a sua atividade celular, ao mesmo tempo em que se basta na sua fisiologia ou autonomia funcional, ou carece e sofre de influências exógenas que podem alterar ou determinar a sua organicidade.

Todavia, há que se sublinhar que a teoria dos sistemas teve também grande influência do sociólogo Tacott Parsons,[23] cuja concepção conduziu à compreensão de que os sistemas eram abertos, significando que os sistemas estariam intrincados entre si, interargindo em um ambiente físico-orgânico mediante comportamentos humanos interrelacionados.[24]

O sociológo americano

considera que o sistema político é um sistema autônomo e aberto, que mantém relações e trocas constantes com os outros subsistemas da sociedade:a economia,a socialização (família e educação) e a comunidade societal, isto é, o conjunto de instituições que têm por função manter as solidariedades que uma sociedade pode exigir dos seus membros (v.g., o aparelho judicial). Salienta que, entre os subsistemas, há uma rede complexa de trocas: um quadro de *inputs* e de *outputs*, dado que cada sistema recebe dos outros elementos ou fatores de produção e oferece produtos da sua atividade.[25]

E foi a partir da adaptação de alguns fundamentos dessa teoria que Luhmann[26] constrói sua teoria da compreensão autopoiética do sistema jurídico "como um sistema social que se auto-reproduz em suas condições e possibilidades de ser".[27] Uma construção que "encontra suas raízes no funcionalismo de Parsons, na cibernética, na teoria dos jogos, na neurociência, nas ciências anglo-saxônicas da conduta coletiva e na sociologia da organização".[28] O sociólogo alemão desenvolveu então uma concepção de sociedade que passa por um

um sistema estruturado de ações significativamente relacionadas que não inclui, mas exclui do sistema social o homem concreto que passa, analiticamente, a fazer parte do seu mundo circundante. Ou seja, a conexão de sentido[29] que liga as ações do sistema social não coincide com a conexão de sentido das ações do ser humano concreto. Homem concreto e sociedade são um para o outro, mundo circundante, sendo, um para o outro, complexo e contingente. O homem é para a sociedade e esta para aquele um problema a resolver. Apesar disso, ambos são de tal modo estruturado [para que possam] coexistir. Na verdade, o homem concreto precisa da sociedade para viver, embora isto não queira dizer que ele faça parte dela. Segue-se daí que a juridicidade das relações inter-humanas não é dedutível da natureza humana. O direito é visto, então, como uma estrutura que define os limites e as interações da sociedade. Como estrutura, ele é indispensável, por possibilitar uma estabilização de expectativas nas interações. Ele funciona como um mecanismo que neutraliza a contingência[30] das ações individuais, permitindo que cada ser humano possa esperar, com um mínimo de garantia, o comportamento do outro e vice-versa..[31]

Neste caso entende-se o direito, subsistema derivado do sistema social, como produto da comunicação entre os elementos que compõem o sistema jurídico, cujos limites se formam pelo Texto constitucional que é a fronteira dentro da qual circulam as interações de um sistema fechado, auto-referente, pretensamente não afetado pelo ambiente externo.

3 AUTOPOIESE E ALOPOIESE: UMA COMPREENSÃO CONCEITUAL

Estabelecida a concepção de sistema como um todo de partes interagentes e interdependentes que formam uma unidade e desempenham uma função para um determinado objetivo[32], qualificados em fechado e aberto, ou autopoiético e alopoiético, uma compreensão conceitual de sua relação com o sistema jurídico ainda carece de algumas informações complementares.

Autopoiese ou autopoiesis (do grego *auto* "próprio", *poiesis* "criação ou fabricação[33]"), foi um termo criado para designar a fisiologia ou o funcionamento dos membros integrantes do sistema [ou subsistema], designando a capacidade dos seres vivos de se sustentarem e se reproduzirem, segundo a sua espécie. Chama a atenção que o corpo, especificamente, o humano é constituído dos sistemas ósseo, muscular, nervoso, endócrino que interagem mediante influências recíprocas que garantem a sua manutenção e a sua vida à medida em se são coordenados pelo cérebro.

Humberto Maturana, biólogo e Francisco Varela, biólogo e filósofo, chilenos, criaram o termo autopoiese que passou a ser utilizado em outras disciplinas ou por outras ciências, como a sociologia, neurobiologia, filosofia, para mencionar só algumas.

A Escola de Santiago, concebendo que os sistemas vivos organizam-se a si próprios, conclui que a

concepção do ser vivo, dos seres humanos como sistemas fechados operacionalmente, autopoiéticos e estruturalmente determinados, inutilizou as velhas dualidades: indivíduo x sociedade,natureza x cultura, razão x emoção, objetivo x subjetivo. Ao mostrar que “emoções são fenômenos próprios do reino animal”, onde nós, humanos, também nos encontramos, e que o chamado “humano” se constitui justamente no entrelaçamento do racional com o emocional, na linguagem, fez desabar o imperialismo da razão.[34]

Na visão sistêmica daquela Escola pode se acrescentar também que o sistema autopoiético é

aquele dotado de organização no qual há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização pela relação reiterativa (recursiva) entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por

nenhum componente do ambiente, mas sim por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus próprios elementos. Essa autonomia no sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser "fechado" do ponto de vista de sua organização, não havendo entradas (*inputs*) e saidas (*outputs*) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele, que 'é como o agente se conecta as extremidades do sistema (como se fosse uma gigantesca sinapse[35]) e o mantém fechado, autopoiético.[36]

O sistema autopoiético caracteriza-se então como fechado em si mesmo, hermético à influências exógenas, enquanto que o sistema alopoiético caracteriza-se, por sua vez, como um sistema sujeito a influências externas, exógenas. A característica básica do sistema alopoiético, em oposição ao autopoiético, relaciona-se com a sua abertura às influências externas.

LUHMANN em seus estudos relacionados com a teoria dos sistemas sociais encara o Direito como um subsistema que embora interagindo com outros subsistemas, não se permite influências ou input*s* que possam alterar a sua condição autopoiética que se auto-regula e se auto-legitima como organismo autônomo.[37] Entende o sociólogo que ao Direito não cabe o papel de intermediar a comunicação ou o diálogo entre a sociedade, no seu contorno multifacetado ou multiplural e os outros subsistemas, como a política – entendida como instrumento de dominação – e a economia, compreendida na concepção de agente formador de riquezas e de produção do bem-estar social. Neste caso, o consenso, fio condutor da teoria harbesiana, só seria necessário na legitimação do Direito, entendida essa legitimação como os procedimentos constitucionais estatuídos para a produção de normas dirigidas ao controle social.

Alopoiese, aparentemente antípoda ao conceito autopoiético, pois situar-se-ia em posição diametralmente oposta àquele, deriva do grego *alo* ('outro', 'diferente') e *poiesis* ('criação', 'produção'), designa "a (re) produção do sistema por critérios e códigos do seu meio ambiente. O respectivo sistema perde em significado a diferença entre sistema e meio ambiente"[38], o que significa que no contexto alopoiético há uma interação intersistemas além daquelas que se originam no ambiente do próprio sistema.

Essa influência exógena pode ser positiva quando se refere ao homem como núcleo do próprio sistema, o que se dá nas disciplinas de sociologia, antropologia, psicologia, por exemplo, ou pode ser negativa, quando há uma ingerência do sistema econômico ou sistema de poder (político) sobre o sistema jurídico, podendo ser acrescida também a influência ou ingerência religiosa. Nem sempre ocorre uma ingerência negativa mesmo quando há uma interação do sistema jurídico com o sistema econômico ou político, o que só ocorre quando há um desvirtuamento dos valores relacionados à dignidade do homem, à justiça, etc. O mesmo não se pode dizer da influência do sistema religioso exercida sobre o direito.

Há certo posicionamento contra a alopoiese que, segundo alguns juristas, permite uma influência negativa e perniciosa sob o sistema jurídico, seja pelo pode econômico seja pelo poder político, o que cria uma casta de cidadãos privilegiados e uma casta de sub-cidadãos, principalmente no ambiente dos países periféricos ou subdesenvolvidos.

No entanto, HABERMAS não compreende assim, pois “a autonomia do Direito fundamenta-se na moralidade [...] não é o Direito concebido como sistema funcional, autônomo, [mas] carece de fundamentos que não se produzem no seu íntimo”[39], mas ocorre sob uma “mesa” de debates, cuja linguagem resulta num consenso ou numa base comum de entendimento cuja gênese se encontra em conteúdos valorativos que dizem respeito à moralidade. Essa talvez seja uma dificuldade intransponível no âmbito de uma sociedade pluralista e fragmentada, cujos interesses navegam dos mais nobres aos mais reprováveis e que encontram obstáculos na pretensão de universalidade.[40]

Outro obstáculo ao agir comunicativo se dá no âmbito da linguagem a ser utilizada para, a partir do dissenso, estabelecidas barreiras prévias, de se obter o consenso. Qual a língua pura que poderia vincular os atores postados no grande palco das atividades sociais?[41] Quais as bases em que ocorreriam as vinculações às decisões consensuais, senão num estado que reunisse as condições necessárias e imprescindíveis à realização do homem como criatura e capaz, por si mesmo, de “impor” a espontaneidade na observação dos preceitos normativos consensuais? Até que ponto admitir-se-ia ingerências externas que poderiam quebrar a “unidade” do sistema enquanto estabilizador e contemporizador dos conflitos ou tensões das relações humanas, se as ingerências resultam dos sistemas macros responsáveis pelo “nascimento” d o próprio subsistema jurídico? Qual o instrumento de filtragem que permite reconhecer e mais do que expurgar, não permitir que perturbem o ambiente social desarmonizando-os ou esgarçando suas linhas de sustentação e que possa produzir o dissenso?

São questões que não impedem, entretanto, ver com aprovação o sistema alopoiético em consonância com a teoria do agir comunicativo uma vez que permitem a manifestação dos atores, senão de todos, pelo menos da maioria, e permite ainda considerar as pretensões e demandas da minoria, pelo menos é o que se espera obter.

A autopoise, por sua vez, encontra abrigo nos países centrais, ou desenvolvidos, cuja influência exógena sobre o sistema jurídico seria menos perceptível no que a nos países periféricos**.** A questão, todavia, talvez seja a mesma aventada por Jean-Jacques Rousseau respondendo se “o restabelecimento das ciências e das artes havia contribuído para refinar os costumes” ao que respondeu argumentando que

el progreso de las ciencias y de las artes afirma los tronos y oculta las cadenas de hierro que sujetan a los hombres, apagando el sentimiento de libertad natural con el que nacieron, haciéndoles, en cambio, amar su esclavitud. Tal progreso, agrega Rousseau, acaba con la espontaneidad de las sociedades que no han sufrido todavía su acción, provocando su depravación real, pues la virtud huye a medida que se eleva la luz de las artes y de las ciencias. En su lugar, el lujo, la disolución y la esclavitud se imponen.[42]

O que permite concluir que, sob a visão de Rousseau, não há sistema fechado, infenso à recepção de influências ou *inputs* exógenos que, para o bem ou para mal, através das “ciências e das artes” continuam a atingir como meteoros alienígenas as colunas e os alicerces que conformam a organização humana enquanto sociedade organizada.[43] Claro que isso implica concordar com o caráter negativo das influências sobre o ordenamento jurídico, um subsistema, o que não é regra, já se viu, pois a

alopoiese permite a absorção de influências que se revelam úteis ao Direito como uma rede que ampara, apara e produz os fios da integração social. Por outro prisma, os mecanismos de identificação e eliminação ou expurgo dos organismos malignos atuariam como filtro purificador que permite ao sistema mante a sua pureza ideológica consensual. Esses mecanismos, em princípios, estariam ligados a atividade jurisdicional.

LUHMANN, para que haja condições propícias a uma mudança social controlável, utiliza o fenômeno da institucionalização do poder de Tacott Parsons, entendendo que, com a crescente complexidade social, se impõe uma interação coordenada entre liderança, autoridade e regulação a partir de

especificações no âmbito dos próprios valores [que irão orientar as mutações sociais, no âmbito da integração social], um controle ideológico da experiência por meio de formas compartilhadas de crenças [ou de uma base comum de entendimento] e de percepção das condições de vida, no âmbito das condições pessoais, consolidação e satisfação de interesses pessoalmente motivadores [aqueles ligados a uma condição existencial digna, mínima] e jurisdição no sentido do acesso aos "últimos meios" para a realização física, tipicamente: coação [especificamente aquela dirigida ao Poder Estatal garantidor das liberdades negativas e provedor das liberdades positivas].[44]

As questões que se impõem a uma visão sistêmica difundem-se do fato de que as mudanças sociais têm acontecido com uma velocidade e complexidade espantosos, e sem uma referência universal convergente atuando sobre como e quem estabelecerá os valores que dirigirão ou nortearão as mudanças sociais, qual a base comum de entendimento entre os interesses contingentes e quanto de soberania doméstica se abrirá mão em favor de uma atividade jurisdicional que se caracterize como holística ou o mais próximo disso, são barreiras a ser transpostas, se não intransponíveis.

4 O SISTEMA JURÍDICO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

Há uma tendência entre os filósofos contemporâneos no sentido de refletir

o espectro do direito como um fenômeno alopoiético, dinâmico e incompleto, em permanente movimento cilíndrico [circular] e comunicativo, amarrando poder institucional e sociedade na criação e concreção da plêiade normativa.[45]

Esta observação preliminar permite compreender que o sistema autopoiético, ao contrário, é aquele organizado e partir de seu próprio interior, ou seja,

o direito é um sistema social autopoiético de segundo grau porque ele obtém uma cláusula operativa autônoma face à Sociedade, entendida como sistema autopoiético de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo (Cf. Gunther Teubner, *Recht als autopietisches system*, Frankfurt/M, 1989. Tradução portuguesa de Engrácia Antunes, *O direito como sistema autopoíetico*, Fundação Gulbenkian, Lisboa, 1993).[46]

O direito como subsistema político ou social produz a si mesmo e seus próprios elementos, determinando a sua estrutura e fixando seus limites, o que significa dizer que, sendo autopoiético, faz-se a si mesmo.[47] Ou, dito de outro modo, "um sistema autopoiético é aquele que tem o poder de gerar a [si] próprio" (Cf. Stuart Kaufamann, *At Home in the Universe*, *The Search for Laws of Complexity*, 1995, p. 274, e Jonatas Machado, *A Liberdade de Expressão*, p. 124 ss.).[48]

Contudo, na pós-modernidade há o questionamento permanente sobre quais os limites ou comandos jurídicos que regem a sociedade e dentre esses, quais são os rumos a seguir para que o direito, enquanto ordenamento social permita à sociedade na sua conformação, realizar o homem na sua dignidade.

Essa é uma situação que permite atentar para o fato de que

o uso da razão como instrumento de convencimento acaba por perverter a própria razão, que é contemplativa por essência. E o dilema continua: será válido traduzir a razão teórica num instrumento, para adaptá-la à *praxis* [ação[49]]? Em que medida isso é possível? Quais são os elementos que tornaram esta adaptação factível?[50]

Nesse aspecto, ou nessa linha de raciocínio

as notas propostas teoréticas-cognitivas insistem sobretudo no seguinte: (1) o discu*rso jurídico* assume-se como *sujeito epistêmico* que constrói *autonomamente* a sua realidade; (2) o direito, como *processo comunicativo*, produz o sujeito do direito apenas como *artefato semântico* [possuem um valor significativo mas não são responsáveis pela realidade do sistema][51]; (3) o direito é uma instância epistêmica autônoma que não dispõe nem intervém noutras instâncias autopoiéticas e auto-referentes, recebendo apenas alguns *ruídos* ou i*nterferências* de outros sistemas autopoiéticos.[52]

Ampliando o ângulo de observação e análise do direito como sistema autopoiético, "foi Luhmann quem, na década de oitenta, transformou a teoria autopoiética em um método de observação social" [53] o que se justifica frente a uma disciplina que atua sobre uma sociedade em constante mutação. NIKLAS LUHMANN[54] caracteriza os sistemas sociais como "auto-referentes, autopoiéticos e operacionalmente fechados, como sujeitos epistêmicos autônomos, pois possuem a capacidade de se auto-observar, se autodescrever, constituídos basicamente por

comunicação”.[55] Há que ser sublinhado ainda que, assim como sói acontecer no *common Law*,

as categorias do pensamento jurídico têm uma função estabilizante, ao permitirem a conservação dos resultados das decisões alcançadas em processo que, assim, podem ser reaplicados em novas situações. [...] Tão logo o direito se torne juridicamente alterável, coloca-se a questão do contexto que orientará essas alterações de um modo agora novo. [...] O direito tem que ser visto como uma estrutura da sociedade, as categorias do direito tornam-se categorias do planejamento social.[56]

As mutações ou transformações sociais têm origem na comunicação dos elementos estruturantes do sistema, o que, no que concerne ao sistema jurídico, pode ser dito que

o direito moderno se adéqua especialmente à integração social de sociedades econômicas que, em domínio de ação neutralizados do ponto de vista ético, dependem das decisões descentralizadas de sujeitos singulares orientados pelo sucesso próprio. Porém o direito não pode satisfazer apenas às exigências funcionais de uma sociedade complexa, devendo levar em conta também as condições precárias de uma integração social que se realiza, em última instância, através das realizações de entendimento de sujeitos que agem comunicativamente, isto é, através da aceitabilidade de pretensões de validade. O direito moderno tira do indivíduo o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação.[57]

O fenômeno comunicacional se dá no âmago do sistema autopoiético no qual as relações interativas tenderiam a ocorrer sem a influência de fatores exógenos. Isso pode parecer válido quando se trata do direito positivo, um conjunto de normas e regras dogmáticas que delimitam o comportamento no contexto de um determinado ambiente, tendo “a sociedade como objeto não a presença de indivíduos, mas de comunicações, não suportando a idéia de um sujeito ou consciência coletiva”.[58]

Mas a questão que impõe é a que se relaciona com a transformação das teorias sociais em sistemas ideológicos fruto da relação entre ciência – no caso, a jurídica – e a sua eficácia como instrumento de controle de ação, o que se torna complexo em função do mundo pós moderno cuja responsabilidade se apresenta no sentido de assegurar o desenvolvimento, a sustentação, a manutenção e a estabilidade do sistema econômico o que se traduz, em última instância, uma relação de domínio – ligada ao sistema político – e num processo de manipulação e formação da vontade.[59]

O direito positivo, entretanto, como um sistema hermético e protegido de influências externas, cujas interações não recepcionam informações estranhas ao sistema, isto é, é auto-referente, obtém sua função de “generalizar, estabilizar expectativas de condutas e regular conflitos mediante a constituição de procedimentos [normativos].” [60] o que possibilita a sua utilização como instrumento de domínio e manipulação, na medida em que exclui, ou pode excluir, a absorção das demandas

populares reprimindo “o processo de formação de vontade”[61] e submetendo-a as pressões do poder econômico.

Nesse contexto adquire especial relevância a Constituição que “[serve] para estabelecer mecanismos constitucionais destinados a assegurar a subsistência do compromisso-consenso constitucional, evitando novos ou permanentes conflitos”.[62]

Isto porque

as pessoas se autovinculam a si próprias para evitar conflitos ou assegurar com mais operatividade as suas preferências. As sociedades e os indivíduos autovinculam-se através de uma Constituição a fim de resolver os problemas resultantes da racionalidade imperfeita e dos desvios de suas vontades.[63]

A autovinculação voluntária ou consensual dos indivíduos num dado espaço ou território, mediante a Constituição, [justifica] ou

explica a razão das regras constitucionais [que] definem os espaços privados dentro dos quais cada um de nós pode levar a cabo as suas próprias atividades (Brennan/Buchanan)[64]. A escolha de regras constitucionais, ou melhor, a assunção antecipada de uma série de restrições à conduta de cada um no futuro (“pré-restrições”), converte-se num meio através do qual os membros da *polis* incorporam considerações de longo prazo nas suas decisões no presente [mesmo que violem direitos de gerações futuras, no caso das decisões ligadas ao meio ambiente]. É ainda a idéia de autovinculação que está presente na teoria sistêmica quando se considera a escolha ou a seleção de pré-restrições como uma ponte para o sistema social organizado poder transcender as racionalidades parciais dos vários subsistemas [político, econômico e religioso] conducentes a resultados danosos ou perturbadores para esses sistemas. A autovinculação através de regras constitucionais será assim um modo de assegurar a realização descentralizada de racionalidades sistêmicas parciais, mediante a fixação de pressupostos de decisões globais.

Todavia, este hermetismo característico do juspositivismo parece não ser suficiente para atender uma sociedade dinâmica, cujos valores se fragmentam à medida que a sociedade perde seu balizamento moral e não permite ao homem um desenvolvimento à plenitude de sua dignidade. Isto ocorre porque impedindo a absorção de influências exógenas, o sistema se ressentiria da falta de informações epistemológicas que resultariam na sua atualização frente aos reclamos de uma sociedade cuja complexidade é cada vez maior e porque “o conhecimento humano não pode ser desconectado do meio ao qual o homem está inserido”.[65]

Importante observar que as transformações por que passa a sociedade afetam suas necessidades vitais que se originam, “normalmente, da mudança das condições de vida provocadas pelos descobrimentos científicos e suas aplicações tecnológicas”[66],

tais como na medicina, o transplante de órgãos, a reprodução assistida, a globalização da economia e a deterioração da biota, o tráfico internacional de drogas, que exigem um posicionamento do sistema jurídico seja no sentido de ordenar e limitar a aplicação de novos empreendimentos terapêuticos, seja no sentido de punir desvios comportamentais que afetam o bem-comum. Tudo isso abre espaço para duas questões: "Qual a função que a ciência [jurídica] passa a assumir na sociedade?" e "Como a sociedade acaba influindo na própria elaboração da ciência [jurídica]?"[67]

Deve ser contextualizado dentro desta concepção autopoiética, no entanto, como fator determinante para a verificação de sua aplicabilidade ou validade enquanto método de compreensão da dinâmica social, que a sociedade pós moderna, pluralista, fragmentada, é aberta por sua própria natureza no sentido ser construída sobre várias experiências, que se modificam e se enriquecem com o tempo e que tende a se adaptar continuamente às contingências que lhe são inerentes,[68] o que impõe uma superação do hermetismo autopoiético que se daria, entretanto, no caso do Direito enquanto subsistema, porque

existe sempre uma referência dos outros subsistemas sociais, ou seja, há um fechamento operacional, onde opera normativamente dentro das possibilidades do seu código binário próprio [lícito/ilícito], e uma abertura cognitiva na qual compatibiliza as informações do meio ambiente de forma mediata. Moldando-se dessa maneira [configurar-se-ia] a capacidade de reciclagem do sistema jurídico, uma vez que os subsistemas sociais, por serem cognitivos/comunicativos, não se encontram em compartimentos estanques de forma absoluta [havendo] entre eles um acoplamento estrutural, [isto é, os sistemas e/ou os subsistemas estão intrincados entre si mesmos].[69]

Deflui-se assim que o sistema jurídico, na realidade um subsistema derivado do sistema político [ou social como querem alguns], do ponto de vista autopoiético carrega em seu bojo a dogmatização da filosofia juspositivista, o que não permite seja invadido por outros subsistemas sociais, uma concepção que tem como pressuposto que o Direito basta-se a si mesmo ou que o positivismo é auto-suficiente para traduzir, na prática, os anseios de uma sociedade cada vez mais fragmentada e dispersa nas suas idiossincrasias e vicissitudes.

No entanto, um mecanismo que possibilita a superação do hermetismo autopoiético é o

acoplamento estrutural entre os subsistemas sociais (como a moral, a política partidária, a economia) e que revela [no caso do direito positivo] a abertura para influências externas, oxigenando-o e retroalimentando-o, desde que essas interferências permaneçam sob o controle do próprio sistema jurídico [que garante a sua integridade, o que não ocorre com o sistema alopoiético que tende a se corromper pela influência da política, da corrupção, do compadrio ou das intervenções econômicas].[70]

Nesse sentido há de se reconhecer que "as insuficiências de um sistema iluministicamente dominado pela idéia de "sujeito da história" (Estado, Povo, Nação, Partido) que conformava a sociedade através de injunções políticas formalmente plasmadas em regras imperativas" [71]

[que desemboca na] idéia de um direito fundamentalmente jurisdicional – *jurisdictio* – apontava já para a um aspecto posteriormente salientado pela viragem autopoiética: a de que o direito não deve ser reduzido a uma componente subordinada da regulação política, antes que deve conceber-se como uma regulação autônoma que age ao nível comunitário da realização concreta do direito e da arbitragem de conflitos.[72]

Ocorre então que do ponto de vista autopoiético o direito funda-se sobre um sistema auto-organizativo, auto-referente, um sistema endógeno de relações emergentes da interação espontânea dos seus agentes e é um direito do magistrado, associando-se ao direito natural clássico (aristotélico-tomista), de feição realista, hermenêutica e jurisprudencial,[73] não submetido às idiossincrasias do sistema político enquanto instrumento de dominação. E este é o pressuposto de sua legitimidade enquanto sistema hermético, endógeno às influências espúrias que possam macular a sua integridade.

O sistema auto-organizativo ou autopoiético, como sucedâneo do sistema artificial cibernético ou de controle baseado na comunicação entre os sistemas e o meio/ambiente e dentro do próprio ambiente, ou seja, é um sistema que processa as demandas sociais exógenas, (*inputs*), manifestando-se através de respostas (*outputs*) tornadas possíveis pelo sistema de informação e retroação [avaliação]. Assim "o direito é cibernético [um direito do legislador e da lei] quando se apresenta como um sistema de regras destinadas a dar à sociedade uma estrutura estável e distinta de sua ordem natural e espontânea".[74]

Isso conduz a discussão novamente ao ponto focal da teoria sistêmica autopoiética, auto-referente na sua essência, ao Texto constitucional, o que já foi objeto de consideração, pois a

a positividade e a operatividade interna da Constituição são possibilitadas pela sua necessária abertura cognitiva aos demais subsistemas funcionais da sociedade. Dito de outra forma: a positividade constitucional nada mais é do que a expressão de autodeterminação do sistema jurídico.[75]

Sendo assim, o Texto Maior ou a linha limítrofe dentro da qual circulam os elementos do sistema, "o acoplamento estrutural da Política e do Direito",

para ambos [...] amealha a influência do entorno [o ambiente existente em derredor de qualquer ponto central ou circunstâncias ou circunstâncias]: para o sistema político, a Constituição traz a legitimação ordenadora de seus atos, uma regulação que o vincula;

para o sistema jurídico, a Constituição aumenta a possibilidade, por intermédio do Direito, das políticas públicas ali enunciadas.[76]

Como uma palavra de alerta, mais para reflexão do que para intimidação dos pensadores do direito, traz-se à atenção que

para a antiga "Jurisprudência dos Interesses" [que reduz o Direito aos interesses sociais que o inspiram e a cuja garantia serve] escola de larga influência na metodologia jurídica, o Direito não constituía unidade sistemática de espécie alguma. A moderna "tópica jurídica" de Viehweg, Esser, Ballweg, Perelman e outros, põe radicalmente a questão, mostrando-se bastante cética quanto à possibilidade de se obter uma unidade sistemática, de natureza cabal e abarcante do Direito. Isto, entretanto, não os leva a negar importância ao conceito de "sistema" para a teoria jurídica.[77]

Isto porque, a teoria dos sistemas autopoiéticos tem provocado discussões e repercussões dadas a sua possível aplicabilidade, de cunho universal, nos diversos subsistemas que compõem a própria estrutura ou “sistema de coisas” na qual se abriga o ser humano. Todavia, situa-se numa condição tal que,

longe de alcançar unanimidade, tem despertado reflexões críticas quando aplicadas às ciências sociais, demonstrando como os sistemas se comportam internamente diante de uma sociedade deveras complexa e contingente. A aplicação da teoria dos sistemas no direito deve ser objeto de reflexão por parte dos juristas porque é na solução do caso concreto que se deve verificar a hierarquia entre os princípios fundamentais constitucionais, levando o novo modo de pensar o direito que a autopoiese proporciona [como um sistema hermético, mas certamente integrado pelo seu caráter multidisciplinar e pela sua interdisciplinaridade].[78]

Concebido o sistema como uma estrutura formada por elementos diversos, com interesses convergentes, num dado ambiente ou limitados dentro do próprio contexto no qual está inserido, “os sistemas autopoiéticos podem ser caracterizados como auto-referenciais por serem organizados e reproduzidos pela circulação interna de seus elementos, que são inerentes ao próprio sistema”[79]. E dentro do sistema jurídico, a Constituição, como um subsistema normativo, através de seus princípios intrincados ao valor maior da dignidade do homem, possuiu uma força interna, própria, dinâmica, capaz de interagir, auto-reproduzir e exercer influência na dinâmica própria dos elementos – entre os quais a legislação infraconstitucional – que o compõem, que por sua vez quando estimulados por forças exógenas (*inputs*), mas que se formam dentro do próprio ambiente sistêmico, atende essas demandas através da produção (*outputs*) de novas formas de se entender o direito a partir dos princípios constitucionais. Resulta assim “um problema de eficácia ou de capacidade de realização da Constituição em uma

sociedade dada, já que, antes de sua aplicação, é essencial que garanta a separação e o fechamento operacional tanto do sistema jurídico como do político”.[80]

No entanto, deve ser considerado que

há um ponto central em que as concepções auto-organizativas põem em crise a teoria da constituição: a da excessiva sobrecarga de estruturas constitucionais, instrumentalizando o direito constitucional para fins de regulação política. A autopoiesis chama-nos a atenção precisamente para a fraqueza de um voluntarismo excessivo [doutrina que prega a vontade como determinante da verdade][81].Os sistemas resistem a modificações artificialmente impostas. No entanto, a Constituição ainda é o local próprio para ouvir o outro – *altera pares audiatur*. Queremos com isto significar que a auto-organização não dispensa um diálogo, uma conversação, uma conexão interativa entre os vários sistemas sociais [científico, econômico].[82]

Embora se pretenda que esse “diálogo” ou “conversação” se dê a partir da independência autopoiética do subsistema jurídico, numa posição de “força” não é isso que ocorre na prática, dado o seu caráter derivativo do tripé composto pela política, economia[83] e religião, o que já foi anotado neste trabalho.

Há uma tendência divulgada de que o sistema autopoiético é aquele aplicado ao sistema jurídico dos países centrais ou desenvolvidos, que não permitiriam ou permitiriam de forma minúscula, a ingerência dos sistemas políticos e econômicos. Os países periféricos ou subdesenvolvidos são aqueles depositários do sistema jurídico alopoiético, sofrendo influências exógenas da política e da economia e, de modo menos evidente, da religião. Não pode ser ignorado e nem há como o poder de pressão e persuasão dos lobbies que tem como objetivo influenciar os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo em favor de interesses privados, muitas vezes escusos. Há ainda uma tendência observável na atuação do Poder Executivo que pressiona o Poder Legislativo e Judiciário para que optem por decisões favoráveis aos seus interesses, muitos deles ligados ao processo de dominação, e não da sociedade organizada. Sem deixar de mencionar a pressão exercida pela mídia e sobre a mídia, num processo simbiótico de interesses próprios.

No entanto, há que se admitir que

efetivamente existe um sistema que [atua] de forma operacionalmente fechada, sendo as suas operações derivadas primária e diretamente dos conceitos e da estrutura normativa da Constituição, sem prejuízo de sua abertura cognitiva e de sentido ao ambiente externo. [O contrário, no sistema alopoiético, parte-se do pressuposto de que] o sistema jurídico deriva de uma Constituição meramente simbólica, haurindo suas operações de forma imprevisível, abertas diretamente às pressões advindas do sistema político e econômico. [Marcelo NEVES] acreditando na forma meramente simbólica da Constituição, refuta a universalidade com que foi pensada a teoria dos sistemas de

Niklas LUHMANN, inauguralmente posta sem limites empíricos. Nega a formação de um sistema jurídico autopoiético na modernidade periférica dos países do Terceiro Mundo, inclusive o Brasil.[84]

Para LUHMANN a teoria dos sistemas cuja gênese situa-se como contraponto ao "vale tudo" e ao relativismo extremo do pós-modernismo, o fechamento do sistema jurídico se dá

porque não há nenhum acesso à realidade que lhe é exterior. [...] Isso significa que, somente na medida em que o sistema se fecha, produzindo a partir dele mesmo as operações próprias e reproduzindo em rede seus avanços e recuos discursivos, atua o sistema. [...][85]

O sistema jurídico autopoiético é então o que utiliza o código binário direito/não direito como referência estrita e o fechamento resultante é condição para interação entre sistemas e ambiente, operando com inclusão ou exclusão de elementos, acoplados ou desacoplados [estrutural] ou operacionalmente, por meio de equivalentes *funcionais* [alternativas ao direito] ou *seletividade* [escolha fundamentada e criteriosa][86] num processo de escolha e absorção daquilo que é compatível com a própria identidade do sistema. Caso não houvesse um fechamento às influências exógenas, o sistema perderia sua estabilidade e auto-referibilidade e se corromperia ao sabor das ingerências políticas e econômicas.[87]

5 O SISTEMA JURÍDICO COMO UM SISTEMA ALOPOIÉTICO

A crise do direito positivo na pós-modernidade conduz à conclusão de que ao sistema autopoiético falece ao Direito as qualidades de caráter fundamentais à sua operacionalização em caráter fechado, como moderador das relações e condutor instrumental das mudanças sociais, já que se encontra encapsulado numa redoma que não apresenta as qualificações necessárias como referencial estabilizador da sociedade, principalmente no que tange aos valores espirituais que possam justificar a sua própria existência.

Daí que para ALEXANDRE ZENNI, numa visão holística ou universal do direito predica que, o que já foi mencionado para fins de comparação e mensuração do modelo autopoiético de sistema,

os filósofos contemporâneos refletem o espectro do direito como fenômeno alopoiético [heteroreferente], dinâmico e incompleto, em permanente movimento cilíndrico e

comunicativo, amarrando poder institucional e sociedade na criação e concreção da plêiade normativa [...] vertida ao fim maior da dignificação do homem solidário.[88]

Nesse contexto situa-se uma clara ingerência do sistema eco-social como fonte de interpretação sobre o subsistema jurídico, o que se pode ampliar para uma influência exógena, do sistema político, econômico e religioso sobre aquele, principalmente nos denominados países periféricos, o que já foi observado no exame da teoria dos sistemas. São notórias as nominadas "decisões políticas"[89] que à título de preservar um bem maior acabam por sobrepujar direitos e garantias fundamentais, seja em matéria de decisão judicial, seja na edição de atos secretos no âmbito do legislativo, seja em opção discricionária discutível de natureza econômica, uma vez que beneficiam conglomerados específicos. Daí a conclusão de que a alopoiese jurídica

pode ser afirmada quando se constata uma influência direta dos demais subsistemas sociais no sistema jurídico. Não se trata do acoplamento necessário que deve haver entre os sistemas [mediante uma] abertura cognitiva, mas sim uma ingerência na autonomia operacional do Direito.[90]

Há uma compreensão de que ao contrário de eventuais ingerências exógenas que podem ser bloqueadas por mecanismos de absorção, metabolização e produção do próprio sistema jurídico, trata-se de uma mutação que compromete a sua autonomia funcional e que é fruto de fatores originários da atuação política ideológica de entidades como as organizações não governamentais, conglomerados econômicos multinacionais, instituições supra governamentais como a organização mundial do comércio, a organização mundial da saúde, tribunais internacionais, cortes de mediação e arbitragem e ingerência do poder político, que tende a subverter até mesmo a ordem jurídica estabelecida.

Nesse sentido, de abertura modificativa ou receptiva a influências exógenas, só escapa o núcleo duro do Texto constitucional que consagra as cláusulas pétreas, não sujeitas a alterações exceto se realizadas por um constituinte originário, o que se dá somente em condições excepcionais ou anômalas.

Entretanto, cabe nesse intrincado mundo de relações heterogêneas que ocorrem entre o mundo visível – homem e ecossistema – e o subsistema jurídico, observar que

o contexto social é fonte de interpretação [do direito], havendo um [liame] entre o [subsistema jurídico] e o ambiente social. Basta recordar que uma Constituição compreendendo direitos fundamentais pode ser reflexiva de movimento social como ainda resposta ao sofrimento e a injustiça social [ocorrendo] uma mudança paradigmática na interpretação do direito, pois os paradigmas [...] são deduzidos a partir do que os juízes implicitamente têm da sociedade e a teoria social figura como pano de fundo da doutrina jurídica.[91]

Transferindo a análise para o ambiente no qual se situam os sistemas jurídicos dos países teocráticos onde o poder religioso usufrui o poder governamental em íntima associação com o poder político, tem-se a própria essência do sistema alopoiético, sem desconsiderar a influência econômica cujos tentáculos avançam sobre todo e qualquer sistema jurídico, independente de sua ideologia.

HABERMAS, analisando a tensão entre factividade e validade ou entre a positividade e a legitimidade do direito,

propugna sobre a necessidade de que se reconstrua o Direito, a partir de sua teoria do discurso, da razão comunicativa, através da participação efetiva dos cidadãos no processo de reconstrução e legitimidade do Direito e o faz através do conceito de democracia participativa. [92]

O filósofo alemão, abandonando o conceito de racionalidade cartesiana limitado por premissas antropocêntricas,

propõe resgatar o potencial comunicativo e ampliar o conceito de racionalidade [expandido] o horizonte no campo das Ciências Sociais,uma vez que põe como foco principal as interações do ser humano [e tematiza] e reconstrói as condições de convivência humana, ou seja, da interação entre sujeitos competentes que utilizam a linguagem com a finalidade de se orientarem sobre o mundo em que vivem através de tradições culturais, das solidariedades sociais e das identidades individuais.[93]

Uma lembrança brota aqui da democracia helvética, cujas leis municipais, cantonais ou federais são ou não aprovadas mediante iniciativa popular e referendo, pois "além do Parlamento, a população suíça também pode participar ativamente da elaboração da Constituição e das leis. Esse sistema, que mescla representação e participação direta, é chamado democracia semi-direta", o que se poderia argumentar que é fruto da própria Constituição helvética de 1848, revisada em de 1874, e, por conseqüência, ocorre no âmbito do próprio sistema jurídico. Os dois principais instrumentos da democracia direta são a iniciativa popular e o referendo. Esses dois instrumentos existem no plano federal, cantonal e comunal.

Em que pese a procedência da afirmativa, o que se tem é que a população, através de plebiscitos, exerce uma influência no âmbito do sistema jurídico, ou seja, o sub-sistema social – gênese – influencia a operacionalização do sub-sistema jurídico – gr.:*ktí·zo*, criação. De fato, a Constituição Federal da Confederação Suíça, nos seus "artigos 45º – Participação na formação da vontade da Confederação, 1 e 2", e "51º – Constituições cantonais, 1", assegura que "de acordo com o que está escrito na Constituição Federal, **os cantões participam na formação da vontade da Confederação, especialmente no tocante à legislação**" e "a Confederação informa os cantões em tempo e amplamente sobre seu projetos; ela os consulta no que tange a seus interesses" e "cada cantão dá-se uma constituição democrática. **Ela requer a aprovação do povo e deve poder ser**

revisada se a maioria dos eleitos assim o solicitar". (*negrito acrescentado*). No que tange Iniciativa e Referendos, a constituição helvética no "artigo 138º – Iniciativa popular para a revisão total da Constituição Federal, 1 e 2", assegura que "100 000 pessoas com direito de votar, no prazo de 18 meses, contado a partir da publicação oficial de sua iniciativa, propor uma revisão total da Constituição Federal", e "esta petição deve ser submetida ao povo para ser votada". Em harmonia com este, os artigos "139ª – Iniciativa popular, visando uma revisão parcial da Constituição", "139ºa – Iniciativa popular em geral", "139ºb – Procedimentos na iniciativa e no contraprojeto", disciplinam a participação popular na aprovação legislativa, e os artigos "140º – Referendo obrigatório" e "141º – Referendo facultativo" disciplinam a votação do povo e dos cantões nas modificações, nas revisões totais e parciais da Constituição Federal e na participação popular na aprovação das leis federais, leis federais declaradas urgentes cuja vigência exceder um ano, das decisões federais na medida em que a Constituição ou a lei assim o estabelecer, dos acordos de Direito Internacional que "são limitados e não rescindíveis; prevêem a filiação a uma organização internacional; e contêm importantes prescrições legislativas ou cuja efetivação requer a decretação de leis federais"/

Aproxima-se o processo de alteração da Constituição e da aprovação de leis federais e Acordos internacionais, na Confederação helvética, daquilo com o que HABERMAS se preocupa no estado democrático de direito, ou seja, a existência de um ordenamento jurídico

que, a todo momento, tem que ceder às pressões sociais decorrentes da falta de legitimidade das decisões que são tomadas e das normas existentes. Ele acredita que é através da teoria do discurso [de participação ativa] que se deve construir um direito que seja ao mesmo tempo coercitivo e legítimo. Esta é a busca e a intenção: ema suma, mediar o estado e a sociedade, a partir da idéia do Direito como meio de integração social. [...] os novos ramos da democracia e do direito envolveriam o fortalecimento da busca de soluções a partir dos processos de comunicação. Não haveria direito absoluto e imutável ante a defesa dos méritos da processualidade argumentativa. [94]

Considerando ainda que exerce a mídia uma influência considerável nas decisões jurisdicionais, como de resto em toda a sociedade cabrestada e manipulada, econômica ou politicamente, realça-se a alopoise do sistema jurídico, sujeito a influências das mais variadas espécies, o que, de resto não poderia ser diferente, eis que este como criação, origina-se daqueles, criaturas. Como subproduto intrincado aos sistemas político, econômico e religioso, ainda que desse se possa constatar uma decadência acentuada no nível e na qualidade da influência no mundo ocidental, principalmente, ao inverso do mundo oriental, está o direito sujeito a todas as espécies de interesses exógenos. E a essas o direito não é refratário pela própria incapacidade natural de voltar-se contra a sua gênese que se encontra naquele tripé de sustentação. De tal modo que o Direito tem como apoio uma simbiose comunicativa que se desenvolve dentro do processo argumentativo e do qual participam os membros da sociedade numa troca recíproca e que convergem para o interesse comum, que é a sua função reguladora e estabilizadora das relações sociais. Nesse processo a mídia interfere como instrumento desestabilizador desse agir comunicativo em favor das forças econômicas e políticas dominantes.

Nesse contexto são fundamentais ainda as instituições judiciais que atuam, muitas vezes, sem consideração dos preceitos constitucionais que condicionam e limitam sua atuação em respeito aos direitos fundamentais conformadores da dignidade humana. E isso se dá na obtenção de provas ilícitas, na prorrogação interminável de inquéritos que nunca terminam, na utilização espúria de interceptação telefônica, no conluio com magistrados orientados pelo lema de justiça a qualquer preço ainda que isso implique na repugnância aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, na relação promíscua com a mídia mediante a troca de favores: um querendo legitimar sua atuação através da aprovação popular e outro voltado para interesses econômicos oriundos da audiência e de reportagens exclusivas.

Relevante observação encontra-se no "Manifesto em defesa das liberdades de convicção e julgamento", que, corajosamente, proclama:

"Órgãos do próprio Estado – responsável por garantir o direito de todos – estão provocando e disseminando a *epidemia do medo*, que se irradia para muito além do espaço das investigações criminais, alcançando os cenários da sociedade em geral, a pretexto de punir alguns possíveis culpados, mas invadindo a privacidade de milhões de inocentes. Contra esse paradoxo intolerável, todos os cidadãos, independente de origem profissional ou social, têm o dever de cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis do país, em defesa dos valores essenciais da vida coletiva e da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República. [...] Entre os desafios enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro, em toda a sua história, penso que este é o mais relevante porque caracteriza não comente a guarda da Constituição e a tutela das leis no Estado Democrático de Direito, como também demonstra a resistência contra a encarnação ideológica da famigerada *lei dos suspeitos* e o surgimento de novos *Comitês de Salvação Pública**[95]***, de triste memória e lamentável frustração dos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, divulgados poucos anos antes da Revolução Francesa, com a extraordinária e rediviva Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26.08.1789)."[96]

Este trabalho aprova ainda o argumento de que

[...] não é possível, como sugere Bobbio, aproximar o rigor do direito ao das matemáticas, nem, como propõe Kelsen, ver no direito apenas uma ordem fechada**.** Com efeito, *o juiz não pode, a exemplo do lógico formalista, limitar, de uma vez por todas, o campo de aplicação de seu sistema.* Ele arrisca-se a tornar-se culpado de negativa de prestação jurisdicional, se recusar a julgar "*sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei*" (art. 4 do Código Napoleão).[97]

O ordenamento jurídico pátrio apresenta norma semelhante que estatui que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito" [98]; que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum"; [99] e que "o juiz não se

exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá a analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito", [100] o que assegura aos apologistas do direito alternativo, uma justificativa para se "atender aos fins sociais e às exigências do bem comum".

Sublinha-se com relevância nesses meandros fenomênicos a alopoiese do sistema jurídico que se move ao sabor das forças dominantes e que reprimem as forças sociais seja pela manipulação, seja pela aplicação de preceitos que fogem ao significado de justiça, seja pela maquinação midiática. Enquanto "essa possibilidade de comunicação entre o sistema e o seu meio ambiente, ou seja, outros sistemas, caracteriza a abertura cognitiva no sistema autopoiético"[101], o sistema alopoiético se caracteriza por "uma abertura normativa [cuja] reprodução se dá pela abertura às interferências de diversas determinações do meio ambiente [ocorrendo] a sobreposição de diversos códigos, impedindo a formação de uma identidade sistêmica própria".[102] Certamente, a justiça à parte dos instrumentos jurisdicionais constitucionais, e que provoca o descrédito das instituições judiciárias, não pode ser justificado pela alopoiese sistêmica que caracterizaria o direito dos países subdesenvolvidos ou periféricos. A alopoiese implica assim na fundamentação em estacas mais sólidas que lhe dêem estruturação e conformação ou contornos que permitam a sua adaptação às contingências sociais que emergem de sua cadeia de relações.

Por certo é também que os países desenvolvidos apresentam uma dificuldade maior para a atuação dessas forças externas, mas não se quer dizer que não aconteça, haja vista a influência econômica, puramente econômica, no ordenamento jurídico em todo o mundo para a recuperação da estabilidade das forças atuantes na sua dinâmica. Uma força econômica que monitora as forças políticas em seu favor ainda que em desfavor da sociedade como um todo, uma vez que "as nações não sabem o que fazer, por causa do rugido do mar [bravio da humanidade] e de sua agitação". [103]

Pode se concluir observando-se que "Estado e sociedade civil estão em simbiose, numa cadeia aberta de direito, cognominada de alopoiese, como garantia de um direito eficaz e eqüitativo, respondendo a um só tempo ao imperativo da ordem e da justiça".[104] Sem a capacidade de adaptação própria do sistema alopoiético, de metabolização, absorção e expurgo dos *inputs* e *outputs* não coerentes e harmônicos com o subsistema jurídico e não coerentes com a dinâmica inerente aos sistemas político, religioso e econômico, os níveis de tensão e de legitimação da ordem jurídica seriam ainda maiores e mais nocivos do que se dá no mundo contemporâneo em detrimento da estabilidade e harmonia sociais.

Isto porque o subsistema jurídico que encontra sua origem na articulação dos subsistemas macros política, econômico e religioso, e não subsiste sem a atuação e influência daqueles, por mais que se pretenda o seu fechamento à influências externas. O próprio Direito só se justifica como arquitetura ou arcabouço destinado a estabelecer limites às relações humanas oriundas da sociedade organizada, lembrando que a fragibilidade e falibidade humanas exigem uma garantia que só se dá pela presença dos outros, pois "chamamos de Existência aquilo que aparece a todos; e tudo o que deixa de

ter essa aparência surge e se esvai como um sonho – íntima e exclusivamente nosso, mas desprovido de realidade".[105]

Sem um sistema jurídico caracterizado pela alopoiese, que permita a rápida identificação e o provimento das demandas sociais contingentes, que se manifestam numa velocidade estonteante, a capacidade de superação que se impõe perante o relativismo moral e as desigualdades sociais que dividem o mundo entre dominantes e dominados, não poderá o Direito exercer o seu papel de pedra angular na regulação das complexas e conflituosas relações inerentes ao homem social.[106]

5 CONCLUSÃO

Uma abordagem sistêmica do ordenamento jurídico pode conduzir à constatação de seu caráter eminentemente autopoiético, sujeito, no entanto, as interferências cognitivas de outros subsistemas cuja metabolização se passa no seu próprio interior, mediante mecanismos de controle e bloqueios que eliminam as ingerências ou os organismos impuros. Todo o processamento dos *inputs* se passa no interior do próprio sistema que absorve, assim, os seus produtos ou *outputs* cuja função é manter e a sustentar a estabilidade da organização social.

Ao sistema autopoiético carece, todavia, uma proteção imunológica que persiga e elimine todas aquelas influências que possam descaracterizar o seu hermetismo ou que impedem a sua abertura a agressões exógenas, porque, como subsistema há de ser encarado que o Direito está sujeito a ingerências exógenas principalmente aquelas que se originam nos subsistemas macros, político, econômico e religioso.

Não há proteção imunológica capaz de impedir essas interferências que diluem o caráter sistêmico do direito. Não se pode olvidar, entretanto, que o direito, enquanto um limite à organização humana, é um subproduto dos sistemas macros que o conformam e, nesse caso, a sua própria gênese está relacionada com a sua capacidade de absorver, processar e produzir as normas reguladoras das relações sociais provenientes das organizações política, econômica e religiosa que, enquanto sistemas atuam sobre o direito. E este, para que seja eficiente na dignificação do homem no sentido individual ou coletivo, comunitário, deve permitir a influência necessária para a obtenção do consenso comunicativo e a legitimidade enquanto sistema normativo de todas as interações e relações sociais.

Pretender que o sistema jurídico, de fato um subsistema, seja puramente autopoiético ou suficiente em si mesmo é desconhecer a origem do próprio subsistema jurídico. O Direito existe em função da necessidade de organização e controle do homem social, do homem convivendo e estruturado em sociedade e responsável por sua intrincada cadeia de relações que podem convergir e divergir em todas as direções e de todas as maneiras, muitas vezes com conseqüências imprevisíveis.

A diversidade e a complexidade das relações que emergem do conjunto da sociedade exigem um sistema jurídico adaptável e com mobilidade suficiente para absorver as

diversas mutações que ocorrem no ambiente sócio-ecológico, com rapidez cada vez mais estonteante, diminuindo as tensões resultantes e harmonizando interesses divergentes e complexos, uma característica da alopoiese.

O pleno fechamento ou hermetismo do sistema jurídico seria uma dificuldade a mais na sua função de organizador, orientador e controlador da dinâmica social, Mesmo porque à medida que evoluem as dificuldades que confrontam a sociedade e a incapacidade das forças dominantes de lidar com elas de maneira eficiente – que caminham em paralelo – há uma necessidade conseqüente no sentido de absorção das exigências e demandas das forças que representam a sociedade organizada, açodada pelas mudanças culturais provocadas pelo poder do conhecimento e da informação *in real time*.

A alopoiese sistêmica parece apresentar uma maior capacidade e competência para lidar com a complexidade das relações, absorvendo as ingerências exógenas principalmente aquelas representadas pelas forças políticas dominantes e pelos conglomerados econômicos, de resto naturais e próprias das relações inter e entre sistemas num mundo em que a informação é a força imperativa mais relevante.

O controle dessas interferências, todavia, há que ser objeto de um poder judiciário cônscio de sua responsabilidade e atento à atuação do poderes executivo e legislativo, um controle que permita identificar e eliminar qualquer desrespeito ao princípio magno da dignidade da pessoa humana, referência balizadora do conjunto de sistemas que estruturam o universo social em consonância harmônica com o ecossistema.

De fato, as relações que emergem da convivência do homem com seus semelhantes e com o meio no qual está inserido, relações multinacionais, multiculturais e de múltiplos interesses, muitas vezes conflitantes, só podem ser objeto de coordenação, organização e compatibilização na medida em que o subsistema jurídico, a grande linha diametral ou circular que envolve e garante ao sistema homo-natural sua sobrevivência e perenidade, tenha agilidade e capacidade mimética operacional e funcional – uma condição adaptável gelatinosa, alopoiética – enquanto facilitador da interação racional entre todos os elementos que abrigam os subsistemas macros e subsistemas derivados do homem como ser social. E o grande referencial que permite ao subsistema jurídico esta adaptabilidade e conformidade é o princípio da dignidade humana. Um vetor que concede ao homem a sua exata medida enquanto criatura produto da onisciência da Fonte da vida e que é o catalizador referencial e integrativo de toda a comunidade de homens e natureza, e cuja vida é sagrada, inviolável e intocável exceto quando necessária à consagração, manutenção e sustentação de sua própria individualidade enquanto membro da coletividade à qual pertence.

REFERÊNCIAS

ALVARES, Lilian. ***Teoria Geral dos Sistemas.*** Disponível em www.alvarestech.com/lillian/Planejamento/Modulo1/Aula11TGS.pdf Acesso em 15/06/2009.

ARENDT, Hannah. ***A condição humana.*** Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BAPTITSTA, Bárbara Gomes Lupetti. ***O Risco do Dissenso segundo Jürgen Habermas***. Disponível em www.mundojuridico.adv.br Acesso em: 05/07/2009

CANOTILHO, J. J. Gomes. ***Direito Constitucional e Teoria da Constituição***. 7 ed.,

5.reimp. Coimbra: Livraria Medina, 2003.

CHAVES, Pablo Holmes. ***Direito e sistema.*** Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2169 Acesso em 07/07/2009.

CHIAVENATO, Idalberto. ***Introdução à Teoria Geral da Administração***. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Campus-Elsevier, 2004.

CÓDIGO CIVIL. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz. 50 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COELHO, Adriano de Sales. ***Contribuições da Teoria do Agir Comunicativo de Habermas para a Consolidação de Uma Educação Crítica e Reflexiva Diante da Sociedade de Comunicação e Informação***. 2005. 128 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. ***Derechos Fundamentales y Avances Tecnológicos.Los riesgos del progresso***. Boletin mexicano de derecho comparado. ISSN 0041-8633 versión impresa. Bol. Mex. Der. Comp. V. 37 n. 109 México abr. 2004.

ADEODATO, João Maurício***. Tolerância e Conceito da Dignidade da Pessoa Humana no Positivismo Ético***. *In*:. Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais. Osasco, ano 8 n.2, p. 213-228. ISSN Eletrônico 1982-0127.

DERZI, Misabel Abreu Machado. ***A Imprevisibilidade da Jurisprudência e os Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal no Direito Tributário.*** In: MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins e JOBIM, Eduardo (Coordenação). O Processo na Constituição. São Paulo: Quarter Latin, 2008.

DOTTI, René Ariel. ***Manifesto em defesa das liberdades de convicção e julgamento***. Curitiba: Escritório Professor René Dotti, 2008.

FARACO, Carlos Alberto. ***Lingüística Histórica: uma introdução ao Estudo das Língua.*** Ed. rev. r ampliada. São Paulo: Parábola Editora, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Apresentação a LUHMMAN, Niklas***. Legitimação pelo Procedimento.*** Brasília: UNB, 1980. Disponível em: http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/45 Acesso en: 18/06/2009.

_____***Função social da dogmática jurídica.*** São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

_____***Concepção de sistema Jurídico no pensamento de Emil Lask. Disponível em***: http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/117 Acesso em: 18/09/2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. ***Novo Dicionário da Língua Portuguesa***. 2 ed. revista e aumentada. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. ***Crítica à Teoria Sistêmica da Sociedade***. Paper apresentado à disciplina de Sociologia Jurídica, oferecida pelo PPGD-UFPR no segundo semestre de 2003, ministrado pelo Professor Dr. Aibili Lázaro Castro de Lima, como requisito parcial de avaliação. Disponível em: http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1739/1438 Acesso em: 18/09/2009.

GOMES, Diego J. Duquelsky. ***Entre a Lei e o Direito Uma Contribuição à Teoria do Direito Alternativo***. Tradução de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. ***Teoria da Ciência Jurídica***. São Paulo: Saraiva, 2001.

HABERMAS, Jürgen. ***Direito e Democracia entre facticidade e validade.*** V 1. Tradução: Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HONESKO, Vinícius Nicastro. ***A alopoise nos sistemas jurídicos do países periféricos***, *In* Revista Científica da Unopar, Londrina, v. 5, p. 5-10, mar. 2004.

KAFKA, Franz. ***O Processo***. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

LOPES JR., Dalmir. Introdução. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). ***Niklas Luhman: Do sistema social à sociologia jurídica***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUHAMNN, Niklas. ***Sociologia do Direito II***. Tradução de Gustavo Hayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MADEIRA, Ligia Mori. ***O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bordieu e Niklas Luhmann.*** *In* Revista Direito e Justiça, Porto alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, junho 2007.

MATURANA, Humberto Romesin. ***Emoções e linguagem na educação e na política***. Tradução: José Fernando Campos Fortes. - Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998.

MELO, Natália Assis. A alopoiese nas sobrenormas penais da subcidadania brasileira. Disponível em www.apriori.com.br/.../alopoiese-nas-sobrenormas-penais-natalia-assis-melo-t407.html. *Acesso em: 05/07/2009.*

NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. ***Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, atualizado até 7 de julho de 2003****. 7 ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.*

NEVES, Marcelo. ***Da autopoiese à alopoiese do direito.*** In: Anuário do Mestrado em Direito. Recife, n. 5, 1992.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA Lucie. ***Tratado da Argumentação – A Nova Retórica***. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996

SAGAN, Carl. ***Bilhões e Bilhões***. Ttradução Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

WATHCTOWER LIBRARY 2008 – Edição em Português. ***Eclesiastes***. CD-ROM.

_____***Evangelho de Lucas***. CD-ROM.

_____***Isaías***. CD-ROM.

_____**Jeremias**. CD-ROM.

_____***O cérebro – "Mais que um computador".*** CD-ROM.

WEBER, Max. ***A Objetividade do Conhecimento***. Disponível em:http://www.pet.sociais.ufu.br/weber.doc Acesso em: 16/07/2009.

WIKIPÉDIA, A Enciclopédia Livre. ***Karl Ludwig von Bertalanff.*** Nasceu em Viena, Áustria, em 19 de setembro de 1901 e morreu em Buffalo, Nova Iorque, EUA, em 12 de setembro de 1972. Desenvolveu a maior parte de seus estudos científicos nos Estados Unidos da América. Disponível em: http://www.wikipedia.org Acesso em 15/06/2009.

TÓPICOS POLÍTICOS. Disponível em http://tópicospolíticos.blogspot.com Acesso em: 07/07/2009.

TRINDADE, André Fernandes dos Reis. ***Para entender Luhamnn e o Direito como sistema autopoiético.*** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

VALENTINI, Carla Beatris e BRISOL, Cláudia Alquati Bisol. ***Análise dos processos cognitivos e autopoiéticos em um ambiente virtual de aprendizagem***. Educar; Curitiba, n. 32, p. 181-197, 2008. Editora UFPR.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. ***O Agir Comunicativo e A Nova Retórica de Perelman***. Revista Jurídica Cesumar, v. 7, n. 2, p. 461-470, jul./dez. 2007.

_____***O retorno à metafísica como condição para concretização da dignidade da pessoa humana.*** Revista Jurídica Cesumar – v. 4, n. 1 – 2004.

---

[1] WATCHTOWER LIBRARY 2008 – Edição em Português. Mundo. CD-ROM.

[2] SAGAN, Carl. ***Bilhões e bilhões***, p. 58.

[3] **(Isaías 40:22-23)** [22] Há Um que mora acima do círculo da terra, cujos moradores são como gafanhotos**, Aquele que estende os céus como uma gaze fina e que os estica como uma tenda em que morar.**" In: WATCHTOWER LIBRARY 2008 – Edição em Porutugês. **Isaías**. CD-ROM. **(Zacarias 12:1) 12** "Uma pronúncia: "A palavra de Jeová a respeito de Israel", é a pronunciação de Jeová, **Aquele que estendeu [os] céus,** e lançou o alicerce da terra, e formou o espírito do homem no seu íntimo." (*negrito acrescentado*) In: WATCHTOWER LIBRARY 2008 – Edição em Porutugês. **Isaías**. CD-ROM.

[4] SAGAN, C. Op. cit. p. 59.

[5] VALENTIM, Carla Beatris e BISOL, Claudia Alquati. ***Análise dos processos cognitivos e autopoiéticos em um ambiente virtual de aprendizagem.*** Revista Educar, n. 32, p. 181-197. Curitiba: UFPR.

[6] Id. ibid.

[7] FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. ***Função social da dogmática jurídica,*** p. 43.

[8] Ibid.

[9] Christian Wolff. In Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2009. [Consult. 2009-07-16]. Disponível na www: **<URL: http://www.infopedia.pt/$christian-wolff>** Grande filósofo e matemático, Christian Freiherr von Wolff nasceu a 24 de Janeiro de 1679, em Breslau, Silésia (hoje, Wroclaw, na Polónia). Filósofo, matemático e cientista.

[10] "Para ele, sistema é mais que mero agregado de conceitos ou mesmo verdades, é, sobretudo, "*nexus veritatum*", que pressupõe a correção e o rigor dedutivo em coerência interna indispensável. Compara-se o nexus relacional à idéia de organismo, o que se distancia da mera justaposição classificatória." In: ***Direito e sistema.*** Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2169 Acesso em 07/07/2009.

[11] FERRAZ Jr. T. S. Op. cit. p. 44.

[12] CHAVES, Pablo Holmes. ***Direito e sistema.*** Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2169 Acesso em 07/07/2009.

[13] FERRAZ Jr., T. S. Op. cit. p. 45.

[14] WIKIPÉDIA, A Enciclopédia Livre. ***Karl Ludwig von Bertalanff***, nasceu em Viena, Áustria, em 19 de setembro de 1901 e morreu em Buffalo, Nova Iorque, EUA, em 12 de setembro de 1972. Desenvolveu a maior parte de seus estudos científicos nos Estados Unidos da América. Disponível em: http://www.wikipedia.org Acesso em 15/06/2009.

[15] ALVARES, Lilian. ***Teoria Geral dos Sistemas.*** Disponível em www.alvarestech.com/lillian/Planejamento/Modulo1/Aula11TGS.pdf Acesso em 15/06/2009.

[16] Iibid.

[17] FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. ***Crítica à Teoria Sistemica da Sociedade***, p. 143.

[18] **Sistemas de coisas**: A frase "*sistema de coisas*" expressa o sentido do termo grego *ai·ón* em mais de 30 das suas ocorrências nas Escrituras Gregas Cristãs. Sobre o sentido de *ai·ón,* R. C. Trench declara: "Semelhante a [*kó·smos,* mundo], [*ai·ón*] tem um sentido primário e físico, e, então, sobreposto a este, um secundário e ético. No seu [sentido] primário, significa tempo, curto ou longo, duma duração ininterrupta [...] mas, essencialmente, o tempo como condição sob a qual todas as coisas criadas existem, e a medida da existência delas [...] Assim, significando tempo, vem presentemente a

significar tudo o que existe no mundo sob condições de tempo; [...] e, então, mais eticamente, o rumo e a corrente dos assuntos deste mundo." Em apoio deste último sentido, ele cita o erudito alemão C. L. W. Grimm como fornecendo a definição: "A totalidade do que se manifesta exteriormente no decurso do tempo." — *Synonyms of the New Testament* (Sinônimos do Novo Testamento), Londres, 1961, pp. 202, 203. In: WATCHTOWER LIBRAY 2008 – Edição em Português. CD-ROM.

[19] "A *vita activa*, ou seja, a vida humana na medida em que se empenha ativamente em fazer algo, tem raízes permanentes num mundo de homens ou de coisas feitas pelos homens, um mundo que ela jamais abandona ou chega a transcender completamente. As coisas e os homens constituem o ambiente de cada uma das atividades humanas, que não teriam sentido sem tal localização; e, no entanto, este ambiente, o mundo ao qual viemos, não existiria sem a atividade humana que o produziu, como no caso de coisas fabricadas; que dele cuida, como no caso das terras de cultivo; ou que o estabeleceu através da organização, como no caso do corpo político. Nenhuma vida humana, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos. Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos; mas a ação é a única que não pode ser imaginada fora da sociedade dos homens. [...] Esta relação especial entre a ação e a vida em comum parece justificar plenamente a antiga tradução do *zoon politikon* [animal político] de Aristóteles como *animal socialis* [que se organiza em sociedade e que se distingue], que já encontramos em Sêneca e que, até Tomás de Aquino, foi aceita como tradução consagrada: *homo est naturaliter politicus, id est, socialis* ("o homem é, por natureza, político, isto é, social"). Melhor que qualquer teoria complicada, esta substituição inconsciente do social pelo político revela até que ponto a concepção original grega de política havia sido esquecida. Para tanto, é significativo, mas não conclusivo, que a palavra "social" seja de origem romana, sem qualquer equivalente na língua ou no pensamento gregos. Não obstante, o uso latino da palavra *societas* tinha também originalmente uma acepção claramente política, embora limitada: indicava certa aliança entre pessoas para um fim específico, como quando os homens se organizavam [...] É somente com o ulterior conceito de uma *societas generis humani*, uma "sociedade da espécie humana", que o termo "social" começa a adquirir o sentido geral de condição humana fundamental." In: ARENDT, Hannah. ***A condição humana***, p. 31 e 32.

[20] LUHMANN, Niklas. ***Sociologia do Direito II***, p. 116.

[21] FARACO, Carlos Alberto***. Lingüística Histórica Uma introdução ao estudo da história das línguas***, 29.

[22] SIMIONI, Rafael Lazzarotto. ***A sublimação jurídica da função social da propriedade***. Revista Lua Nova, São Paulo, 66:109-137, 2006.

[23] Talcott Edgar Frederick Parsons (1902-1979), sociólogo Americano que desenvolveu a teoria chamada de Funcionalismo Estrutural. Disponível em: www..wikipedia.org Acesso em: 18/06/2009.

[24] FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. ***Crítica à Teoria Sistemica da Sociedade***, p. 137.

[25] BOURRICAUD, François-Michel, *L'Individualismne Institutionnel. Essai sur la Sociologie de Talcott Parsons*, 1977. ISCSP Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade Técnica de Lisboa. Disponível em http://www.iscsp.utl.pt/cepp/autores/americanos/1902_parsons,_talcott.htm. Acesso em: 05/07/2009.

[26] Sociólogo alemão considerado, com Jürgen Habermas, um dos mais importantes sociólogos alemães da atualidade.

[27] FIGUEIREDO, E. H. L.. Op. cit. p. 137.

[28] GOMEZ, Diogo J. Duquelsky. ***Entre a Lei e o Direito Uma Contribuição à Teoria do Direito Alternativo***, p. 26.

[29] *Ação Social*. "Toda conduta humana dotada de um significado subjetivo (sentido) dado por quem a executa e que orienta essa ação. A explicação sociológica busca compreender e interpretar o sentido da ação social, não se propondo a julgar a validez de tais atos nem a compreender o agente enquanto pessoa. Compreender uma ação é captar e interpretar sua conexão de sentido, somente a ação com sentido pode ser compreendida pela Sociologia. Em suma: ação compreensível é ação com sentido." In: WEBER, Max. ***A Objetividade do Conhecimento***. Disponível em:http://www.pet.sociais.ufu.br/weber.doc Acesso em: 16/07/2009.

[30] "Incerteza sobre se algo acontecerá ou não [algo que poderá acontece no futuro]. In: FERREIRA,

Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, p. 464.

[31] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Apresentação a LUHMMAN, Niklas**. *Legitimação pelo Procedimento.*** Brasília: UNB, 1980. http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/45 Acesso em: 18/09/2009.

[32] ALVARES, Lilian. Teoria Geral dos Sistemas. Disponível em http://www.alvarestech.com/lillian/Planejamento/Modulo1/Aula11TGS.pdf Acesso em: 15/06/2009.

[33] ARENDT, Hannah. ***A condição humana***, p. 209.

[34] MATURANA. Humberto Romesin. ***Emoções e linguagem na educação e na política,*** p. 5.

[35] "O neurônio é uma célula nervosa, com todos os seus processos. Seu sistema nervoso contém muitos tipos de neurônios, que totalizam cerca de 500 bilhões. [...]. "A célula cerebral mediana", explica Karl Sabbagh em seu livro *The Living Body*, "conecta-se com cerca de 60.000 outras; deveras, algumas células possuem conexões com até *duzentas e cinqüenta mil* outras. [...] O cérebro humano poderia reter pelo menos 1.000 vezes tantas informações nas conexões que interligam suas células nervosas quantas as contidas na maior das enciclopédias — digamos, de 20 ou 30 grandes volumes".Mas como é que um neurônio transmite informações para outro? As criaturas dotadas dum

sistema nervoso simples podem ter muitas células nervosas interligadas. Em tal caso, um impulso elétrico cruza a ponte que vai de um neurônio até o outro. Esta travessia é chamada de sinapse *elétrica.* É rápida e simples. Estranho como pareça, a maioria dos neurônios do corpo humano transmitem mensagens através duma sinapse *química*. [...] Os cientistas vêem muitas vantagens na sinapse química. Ela garante que as mensagens sejam transmitidas numa única direção. Também, isso é descrito como "plástica", porque sua função ou estrutura pode facilmente alterar-se. Aqui os sinais podem ser modificados. Através do uso, algumas sinapses químicas tornam-se mais fortes, ao passo que outras desaparecem, devido à falta de utilização. "O aprendizado e a memória não poderiam desenvolver-se num sistema nervoso que só possuísse sinapses elétricas", declara Richard Thompson em seu livro *The Brain.* Em seu livro *The Mind,* explica Smith, escritor de temas científicos: "Os neurônios não simplesmente deflagram seu potencial de ação ou não. . . eles precisam poder transmitir informações muito mais complexas do que um simples sim ou não.. ["...] Cada impulso neural se transforma ao longo do caminho, e isto não acontece em nenhuma outra parte, senão nas sinapses." A sinapse química possui uma vantagem adicional. Ela ocupa menos espaço do que uma sinapse elétrica, o que explica por que o cérebro humano possui tantas sinapses. A revista *Science* fornece um total de 100.000.000.000.000 — o equivalente ao número de estrelas em centenas de galáxias do tipo Via Láctea. "Somos o que somos", acrescenta o neurocientista Thompson, "porque nossos cérebros são, basicamente, mecanismos químicos, em vez de elétricos". WATHCTOWER 2008 – Edição em Português. ***O cérebro – "Mais que um computador".*** CD-ROM.

[36] GUERRA FILHO, Willis Santiago. ***Teoria da Ciência Jurídica***. São Paulo: Saraiva, p. 183.

[37] BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. ***O Risco do Dissenso segundo Jürgen Habermas***. Diponível em http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 05/07/2009.

[38] NEVES, Marcelo. ***Da autopoiese à alopoiese do direito.*** *In*: Anuário do Mestrado em Direito. Recife, n. 5, 1992, p. 287. .

[39] BAPTISTA, B. G. Lupetti. Op. cit.

[40] Ibid.

[41] "Uma língua comum de entendimento que possa unir as multiplicidades sociais num só sentido, num só objetivo e na qual as interações possam ser realizadas com um mínimo de dissenso e conflitos."

[42] DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. ***Derechos Fundamentales y Avances Tecnológicos. Los***

riesgos del progresso. Boletin mexicano de derecho comparado. ISSN 0041-8633 versión impresa.

Bol. Mex. Der. Comp. V. 37 n. 109 México abr. 2004.

[43] **(Eclesiastes 1:17-18)** [17] E passei a empenhar meu coração a conhecer a sabedoria e a conhecer a doidice, e vim a conhecer a estultícia, que isto também é um esforço para

alcançar o vento. [18] **Porque na abundância de sabedoria há abundância de vexame, de modo que aquele que incrementa o conhecimento incrementa a dor**. (*negrito acrescentado*) In: WATCHTOWER LIBRARY 2008 – Edição em Português. ***Eclesiastes***. CD-ROM.

[44] LUHMANN, N. Op. cit., p. 126.

[45] ZENNI, Alessandro Severino Valler***. O Agir Comunicativo em Habermas e a Nova Retórica de Perelman***. Disponível em: http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/578/495 Acesso em 18/06/2009.

[46] *Apud*, CANOTILHO, J. J. Gomes. ***Direito Constitucional e Teoria da Constituição***, 7 ed., p. 1384.

[47] CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 1384.

[48] *Apud*, CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 1384.

[49] "Enquanto a força do processo de fabricação é inteiramente absorvida e haurida pelo produto final, a força do processo de ação nunca se esvai num único ato, mas, ao contrário, pode aumentar à medida em que se lhe multiplicam as conseqüências; as únicas coisas que perduram na esfera dos negócios humanos são esses processos e sua durabilidade é ilimitada., tão independente da perecibilidade da matéria e da mortalidade dos humanos, quanto o é a durabilidade da humanidade. O motivo pelo que jamais podemos prever com segurança o resultado e o fim de qualquer ação é simplesmente que a ação não tem fim. O processo de um único ato pode prolongar-se, literalmente, até o fim dos tempos, até que a própria humanidade tenha chegado ao seu fim [o que, do ponto de vista puramente humano, tem se mostrado factível]." In: ARENDT, H**.** Op. cit., p. 245.

[50] FERRAZ Jr., Tercio Sampaio Ferraz. ***Função social da dogmática jurídica,*** p. 22.

[51] LOPES JR., Dalmir. Introdução. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). ***Niklas Luhman: Do sistema social à sociologia jurídica,*** p. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

[52] CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 1384.

[53] TRINDADE, André. ***Para entender Luhmann eo Direito como sistema autopoiético***, p. 72.

[54] Sociólogo alemão, considerado, juntamente com Jürgen Habermas, um dos mais importantes da Sociologia Alemã.

[55] MADEIRA, Ligia Mori. ***O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bordieu e Niklas Luhmann***. *In* Revista Direito e Justiça, p. 28.

[56] LUHMANN, N. Op. cit., p. 119.

[57] HABERMAS, Jürgen. ***Direito e Democracia entre facticidade e validade***, p. 114.

[58] MADEIRA, L. M. Op. cit. p. 30.

[59] FERRAZ Jr., T. S. Op. cit., p. 23.

[60] MADEIRA, L. M. Op. cit. p. 31..

[61] FERRAZ Jr., T. S. Op. cit. p. 23.

[62] CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 1447.

[63] Ibid.

[64] BRENNAN, G./Buchanan, J. ***The Reason of Rules – Constitucional Political Economy***, Cambridge University Press, Cambridge, U. K. 1985. In: CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 1448.

[65] TRINDADE, A. Op. cit. p. 73.

[66] DE LA CUEVA, P. L. M.. Op. cit.

[67] FERRAZ Jr., T. S. Op. cit. p. 23.

[68] AMARAL, Rafael Caiado. ***Breve ensaio acerca de hermenêutica constitucional de Peter***

Häberle. Revista Jus Vigilantibus, 25 de abril de 2003. ISSN 1983-4640. Disponível em

http://jusvi.com/ Acesso em: 06/07/2009.

[69] HONESKO, Vinícius Nicastro. ***A alopoise nos sistemas jurídicos do países periféricos***, p. 7. *In* Revista Científica da Unopar, Londrina, v. 5, p. 5-10, mar. 2004.

[70] DEODATO, João Maurício***. Tolerância e Conceito da Dignidade da Pessoa Humana no Positivismo Ético***. *In*:. Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais. Osasco, ano 8 n.2, p. 213-228. ISSN Eletrônico 1982-0127.

[71] CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 1385.

[72] Ibid.

[73] Id. p. 1385 e 1386.

[74] CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 1386.

[75] SCHWARTZ. Germano. ***A Constituição numa visão autopoiética.*** *In*: SHWARTZ, Germano (Org.); TRINDADE, André Fernando dos Reis; DE MARCO, Anelise; e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autpoiese e Constituição os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade*, p. 17 e 18.

[76] SCHWARTZ. G. Op. cit. p. 21 e 28.

[77] FERRAZ JR. T. S. ***Concepção de sistema Jurídico no pensamento de Emil Lask. Disponível em***: http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/117 Acesso em: 18/09/2009.

[78] DE MARCO, Anelise. ***Os princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação da teoria dos sistemas..*** *In*: SHWARTZ, Germano (Org.); TRINDADE, André Fernando dos Reis; DE MARCO, Anelise; e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autpoiese e Constituição os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade*, p. 17 e 18.

[79] DE MARCO, A. Op. cit. p. 30.

[80] DERZI, Misabel Abreu Machado. ***A Imprevisibilidade da Jurisprudência e os Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal no Direito Tributário***, p. 166

[81] "Como sabemos, são normalmente as economias mais frágeis as sacrificadas pelo voluntarismo excessivo da máquina comunitária, uma vez que as nações mais poderosas servem, quase sempre, de ponto de referência." In: MONTEIRO, Armindo**.** O voluntarismo europeu e as suas conseqüências. Disponível em http://www.ver.pt/conteudos/ver_mais_Opiniao.aspx?docID=363 Acesso em 14/07/2009.

[82] CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 1452.

[83] É notoriamente conhecida a atuação de lobbies em favor de grupos econômicos tanto nos países

desenvolvidos [onde são normalmente regulamentados] e em países subdesenvolvidos, onde atuam

normalmente "às escuras", o que tem resultado em deslavada corrupção.

[84] DERZI, Misabel Abreu Machado. ***A Imprevisibilidade da Jurisprudência e os Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal no Direito Tributário***, p. 162.

[85] DERZI, M. A. M. Op. cit,. p. 164.

[86] Ibid.

[87] Ibíd. p. 166.

[88] ZENNI, Alessandro Severino Valler. ***O Agir Comunicativo e Nova Retórica de Perelman***. Revista Jurídica Cesumar, v. 7, n. 2, p. 461-470, jul./dez. 2007.

[89] TÓPICOS POLÍTICOS. Disponível em http://topicospoliticos.blogspot.com/ Acesso em 07/07/2009.

[90] HONESKO, V. N. Op. cit.

[91] ZENNI, Alessandro Severino Valler. ***O Agir Comunicativo e Nova Retórica de Perelman***. Revista Jurídica Cesumar, v. 7, n. 2, p. 461-470, jul./dez. 2007.

[92] In:.BAPTISTA, B. G. L. Op. cit.

[93] COELHO, Adriano de Sales. ***Contribuições da Teoria do Agir Comunicativo de Habermas para a Consolidação de Uma Educação Crítica e Reflexiva Diante da Sociedade de Comunicação e Informação***. 2005. 128 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

[94] In:.BAPTISTA, B. G. L. Op. cit.

[95] "O Comité de Salut Public (1793-1795) foi criado na França revolucionária para promover, nas

circunstâncias urgentes, as medidas de defesa geral para efeitos internos e externos. Sob o comando de Maximiliano Marias Isidoro de Robespierre disseminou o terror a ponto de condenar à morte um dos líderes revolucionários e ex-dirigente daquele organismo, Jorge Jacques Danton (1759-1794). Robespierre também morreu na guilhotina." In: DOTTI, René Ariel. ***Manifesto em defesa das liberdades de convicção e julgamento.*** Curitiba: Dotti. Escritório Professor René Dotti, 2008.

[96] DOTTI, René Ariel. ***Manifesto em defesa das liberdades de convicção e julgamento***. Dotti. Escritório Professor René Dotti, 2008

[97] PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA Lucie. ***Tratado da Argumentação – A Nova Retórica***, p. 149.

[98] Lei de Introdução ao C. Civil: "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

[99] LICC: Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

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

[101] MELO, Natália Assis. ***A alopoiese nas sobrenormas penais da subcidadania brasi***leira. Disponível em Disponível em www.apriori.com.br/.../alopoiese-nas-sobrenormas-penais-natalia-assis-melo-t407.html. *Acesso em: 05/07/2009.*

[102] Ibid.

[103] WATCHTOWER LIBRARY 2008 – Edição em Português. ***Evangelho de Lucas***. In: Capítulo 21 versículos 25 e 26. [25] "Também, haverá sinais no sol, e na lua, e nas estrelas, **e na terra angústia de nações, não sabendo o que fazer por causa do rugido do mar e da [sua] agitação**, [26] **os homens ficando desalentados de temor e na expectativa das coisas que vêm sobre a terra habitada**; porque os poderes dos céus serão abalados." (*negrito acrescentado*)

[104] ZENNI, A. S. V. ***O Agir Comunicativo e A Nova Retórica de Perelman***. Revista Jurídica Cesumar,

v. 7, n. 2, p. 461-470, jul./dez. 2007.

[105] Aristóteles, ***Ética e Nicómano*** 11726b36 tf. In: AREDNT, H. A Op. cit., p. 211.

[106] Idem. ***O retorno à metafísica como condição para concretização da dignidade da pessoa humana.*** Revista Jurídica Cesumar – v. 4, n. 1 – 2004.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA*

FREEDOM OF ARTISTIC SPEECH

Júlia Alexim Nunes da Silva

RESUMO

Temas como a arte e cultura vêm, cada vez mais, ganhando proeminência nos campos do direito constitucional e dos direitos fundamentais. Uma das conseqüências desse movimento é a consagração, nos textos constitucionais contemporâneos, do direito à liberdade de expressão artística, enquanto uma liberdade fundamental específica que compõe o quadro das liberdades de expressão. Tendo em vista que a arte é uma forma singular de expressão, também a liberdade artística se especifica e merece ser explorada como um direito autônomo. Diante disso, nosso objetivo neste trabalho é caracterizar a liberdade de expressão artística. Para isso, trataremos, primeiramente, da forma como essa liberdade está configurada na Constituição Brasileira de 1988. Depois exploraremos o conteúdo e as diferentes dimensões dessa liberdade para, finalmente, abordar sua natureza jurídica.

PALAVRAS-CHAVES: ARTE, EXPRESSÃO, LIBERDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS

ABSTRACT

Subjects like art and culture are, progressively, becoming more prominent in the fields of constitutional law and human rights. One of the consequences of this fact is the consignation, on contemporary constitutions, of the right of free artistic speech, as a specific liberty right, among those that integrate the more large category of freedom of speech. Since art is a singular form of expression, artistic freedom must also be treated as an autonomous right. Therefore, our intention in this paper is to characterize the artistic freedom of speech. In other to do that, we will, first, observe the configuration of this liberty on the Brazilian Constitution of 1988. Afterwards, we will the content and the different dimensions of this right to, finally, approach it's nature.

KEYWORDS: ART, SPEECH, LIBERTY, HUMAN RIGHTS

Introdução

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Assistimos, atualmente, há um movimento cada vez mais forte de tratamento da cultura e da arte como temas centrais do direito constitucional, a ponto de surgirem expressões como Constituição Cultural e Estado de Cultura[1]. Exemplo disso é o fato de as Constituições posteriores à segunda guerra mundial, como a espanhola, a portuguesa e a brasileira, trazerem as mais extensas e detalhadas ordenações constitucionais da cultura. Seguindo esse movimento, a liberdade de expressão passa a ser compreendida não apenas como uma das mais importantes liberdades fundamentais, mas também como uma liberdade cultural. Mais do que isso, há uma ampliação do conteúdo da liberdade de expressão, de modo que ela passa a representar um conjunto de liberdades culturais ou de liberdades comunicativas, que envolve a liberdade de manifestação de opinião, a liberdade de imprensa, a liberdade de expressão científica e, também a liberdade de expressão artística[2]. No entanto, embora aglomeradas nesse direito mais amplo que é a liberdade de expressão, cada uma dessas liberdades possui características e fundamentos próprios. No caso da liberdade de expressão artística o fundamento autônomo desta liberdade[3] é a própria arte, quer dizer a faculdade de se expressar por meio de uma obra de arte constitui direito autônomo, diferenciado da manifestação da opinião ou outras formas de expressão. Desse modo, embora a definição da arte não seja objeto da ciência do direito mais sim do ramo da filosofia conhecido como estética, sendo, portanto, um conceito pré-jurídico, o jurista não deve abster-se de investigar os contornos específicos da liberdade de expressão artística.

Nosso objetivo, portanto, neste trabalho é expor os contornos gerais dessa liberdade com fim de demonstrar sua importância e a sua natureza de direito fundamental. Para isso, trataremos, primeiramente, da configuração dessa liberdade no direito positivo brasileiro, mais especificamente nas previsões expressas da Constituição de 1988. Em seguida, trataremos do conteúdo dessa liberdade na tentativa de explorar quais as ações e faculdades abrangidas por essa liberdade, desvendar os limites imanentes dessa liberdade e listar um conjunto de fundamentos para eventuais restrições à liberdade de expressão artística. Depois, trataremos das diferentes dimensões dessa liberdade, a dimensão subjetiva, a dimensão objetiva, a dimensão negativa e a dimensão positiva. Por fim, será abordado problema da natureza jurídica da referida liberdade.

1.A Liberdade de Expressão Artística na Constituição de 1988

O artigo 5º, IV, da Constituição Brasileira, dispõe que "*é livre a manifestação do pensamento*". A Lei Maior consagra, assim, um direito à liberdade de expressão, compreendida aí qualquer forma de expressão inclusive a artística[4]. Ou seja, na ordem constitucional brasileira, estão incluídas, na liberdade de manifestação do pensamento, a manifestação de opinião, bem como todas as formas de criação cultural artística ou científica[5]. Ainda assim, no artigo 5º IX, que trata da vedação da censura, a Constituição consagra especificamente "*a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação, independentemente de censura ou licença*" Desse modo, a Constituição consagra a liberdade de expressão em sentido amplo, incluindo a liberdade de expressão artística. O constituinte brasileiro não sentiu necessidade de consagrar a liberdade artística em um dispositivo próprio, o que não significa que ela não esteja garantida. José Afonso da Silva[6] afirma que uma disposição constitucional expressa que desvincule a liberdade de criação e expressão artística da liberdade de expressão em geral é desnecessária. Segundo o jurista, esta

distinção era necessária na vigência da Constituição de 1969, em que, no artigo. 153, §8º, a manifestação do pensamento era subordinada, à moral e aos bons costumes. Ora, como tais restrições não poderiam aplicar-se à liberdade artística, tendo em conta que as artes têm um caráter vanguardista e, muitas vezes, uma função de subversão da ordem e dos costumes, era necessário separar a criação e a manifestação artística, da manifestação do pensamento em geral.

No entanto, como dissemos, a arte, enquanto fundamento da liberdade artística, diferencia esta liberdade dos outros direitos que compõe o conteúdo da liberdade de expressão em sentido amplo, logo, o fato de a liberdade artística não estar consagrada em um dispositivo próprio na Constituição de 1988 não significa que ela não seja uma liberdade específica, ainda que seja espécie do gênero liberdade de expressão.

A Constituição assegura, no artigo 5º, VI, o direito de resposta e indenização por dano material ou moral a imagem. O texto traz, então, como solução para eventuais conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade o direito de resposta e a indenização por dano moral ou material, mostrando, claramente, uma opção do constituinte pela reparação posterior do dano, em detrimento da censura prévia de qualquer forma de manifestação do pensamento. Essa opção constituinte apresenta total coerência com o princípio de vedação da censura previsto não só no já mencionado art. 5º IX, que, como vimos, consagra a liberdade de expressão, em sentido amplo, independentemente de censura, como no artigo 220 da Constituição cujo c*aput* determina que a manifestação do pensamento, a expressão e a criação, não sofreram qualquer restrição, observado o disposto na Constituição.

A Constituição prevê, ainda, um direito à cultura no artigo 215, que, estabelece que o Estado garantirá o exercício dos direitos culturais, protegerá e apoiará as manifestações culturais, protegerá o patrimônio cultural, a produção e a difusão de bens culturais, investirá na formação de pessoal para gestão da cultura e democratizará o acesso à bens de cultura. Este direito está diretamente relacionado com as liberdades culturais, dentre elas a liberdade artística[7], na medida em que a arte é elemento da cultura.. Por fim, o artigo 215 consagra, juntamente com o artigo 216, que trata da preservação e promoção do patrimônio cultural, um princípio de pluralismo cultural. Com efeito, o artigo 215, §1º, estabelece o dever do Estado de proteger as manifestações culturais indígenas, afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional e o artigo 216 define o patrimônio cultural como o conjunto de bens referentes à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Esses dispositivos, portanto, afirmam um princípio de pluralismo cultural que deve não apenas informar a atuação do Estado na proteção do patrimônio cultural e as políticas públicas de proteção e preservação do patrimônio cultural, como também serve de diretriz interpretativa para todos os dispositivos da Constituição que tratem da cultura[8] e, por conseqüência, da arte. Nessa perspectiva, também a consagração da liberdade artística é uma forma de garantir o pluralismo cultural. Merece ainda menção uma garantia peculiar da liberdade de expressão e da liberdade artística, consagrada na Constituição na forma de uma imunidade tributária. De acordo com o artigo 150, VI, “d” da Constituição União, Estados e Municípios não podem instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o jornal destinado à sua impressão. Este dispositivo é uma garantia da liberdade de expressão da liberdade de imprensa e também da liberdade artística[9].

2. . O Conteúdo da Liberdade de Expressão Artística

2.1. Criação, Produção e Divulgação

A Liberdade de Expressão Artística não pode ser reduzida ao simples ação de se expressar, por meio de uma obra de arte. Como veremos o conteúdo dessa liberdade é muito mais amplo. Somente com relação à criação em si, podemos dizer que a liberdade artística envolve a criação, a produção e a divulgação de obras de arte[10]. De início, pode parecer que os termos criação, invenção e produção parecem estar designando uma única e mesma ação. No entanto, a liberdade de criação é uma liberdade de ideação do objeto a ser criado[11] , bem como uma liberdade na escolha do momento e dos meios e métodos utilizados para a realização da criação[12]. A produção, por sua vez, não exige um ato criativo inovador e se refere à transformação de algo em produto. Por isso, podemos entender que a produção se diferencia da criação e da invenção. A produção não envolve necessariamente a criação de algo novo, podendo compreender a simples reprodução de uma obra de arte que já existe e a transformação desta obra de arte em um produto suscetível de exploração econômica[13]. Significa dizer que a atividade técnica de reprodução de uma obra de arte e a sua transformação em produto também estão protegidas pela liberdade artística.

A liberdade artística envolve, ainda, a livre divulgação da obra criada. De fato, não poderia ser diferente, como vimos, a liberdade artística nada mais é do que uma manifestação da liberdade de expressão no campo específico das artes, logo, é natural que a liberdade artística envolva a divulgação para o público da obra de arte. Além disso, a criação e a divulgação da obra de arte não se separam, “não há liberdade de criação sem liberdade de expressão” [14] todo o interesse, ou ao menos grande parte dele, da criação cultural e, portanto, da criação artística está na possibilidade de comunicação da obra criada ao público, integrando-a a um patrimônio cultural comum. Afinal, conforme já dito, a arte é componente essencial do patrimônio cultural. A obra de arte de hoje compõe o patrimônio cultural do futuro.

2.2. A Proteção da Obra de Arte: Direitos de Autor

A discussão em torno da liberdade artística conduz ao problema de saber se esta liberdade abrange também a proteção dos direitos de autor[15]. Ora, não deve haver dúvida de que a liberdade de expressão artística abrange não apenas a atividade expressiva, como também a obra produzida, estando, portanto, diretamente relacionada com os direitos de autor. Isso significa dizer que a liberdade de criação artística protege também o resultado da criação, a obra de arte propriamente dita. Tal conclusão pode ser derivada não apenas de uma especulação em torno do alcance da liberdade artística, mas, também do próprio texto constitucional que consagra a proteção dos direitos de autor no artigo 5º, incisos XVII e XVIII, portanto, dentre os direitos fundamentais, tal e qual a liberdade de expressão artística. A primeira conseqüência dessa constatação é a associação da proteção legal dos direitos de autor ao exercício de uma liberdade, de modo que os direitos de autor traduzem uma autonomia do autor com relação ao Estado. A segunda é relativa ao conteúdo da liberdade de expressão artística já que passa a abranger tanto os direitos morais quanto os direitos patrimoniais ou materiais de autor. De fato, podemos facilmente associar os direitos patrimoniais a própria liberdade artística. Basta considerarmos as três faculdades que compõe a essência do direito patrimonial de autor, as faculdades: de reprodução, de distribuição e de comunicação ao

público[16]. Ora, essas três faculdades, como já vimos, são também parte do conteúdo da liberdade artística, e, por isso, foram acertadamente inseridos pela Constituição em seu âmbito de proteção.

O conteúdo da liberdade fica ainda mais alargado se pensarmos que a inclusão dos direitos materiais no âmbito de proteção dessa liberdade conduz à constatação de que este dispositivo alcança também a proteção do valor econômico que acompanha a obra de arte[17]. Ora, este fato não deve constituir surpresa. Como vimos, a própria proteção da produção – entendida como a transformação da obra em produto – já era um indício de que a liberdade artística incluía a proteção da exploração econômica da obra de arte. A proteção dos direitos patrimoniais de autor apenas reforça esta idéia.

2.3. As Liberdades de Iniciativa Econômica e de Associação

Constatado que a liberdade artística protege o valor econômico da obra de arte e a sua exploração econômica, nada mais razoável do que admitir que esteja incluído também na liberdade artística uma liberdade de iniciativa econômica no campo das artes[18]. Essa iniciativa pode variar, desde o mecenato, passando pelo patrocínio, compra e venda da obra de arte, até a exploração dos direitos patrimoniais de autor que, na prática, tendem a ser revertidos para a empresa que explora economicamente a obra de arte[19]-[20]. Em termos semelhantes, podemos falar também em uma liberdade de associação para fins artísticos, derivada do direito à livre associação.

Em suma, a liberdade artística possui um conteúdo bastante amplo que envolve a criação, a produção, a divulgação de obras de arte, a proteção da obra criada através dos direitos de autor, e, ainda, uma liberdade de associação e de iniciativa econômica com relação às artes.

2.4. Limites, Restrições Legais e Colisões de Direitos e Valores Constitucionais

Até agora, com relação ao conteúdo da liberdade artística, estabelecemos, em primeiro lugar, um conceito de arte ou de obra de arte. Optamos pela adoção de um conceito amplo de obra de arte. Ressaltamos, no entanto, que a adoção de um conceito amplo de obra de arte não significava o reconhecimento da liberdade artística como um direito ou uma liberdade ilimitada, esta liberdade têm limites e pode sofrer restrições apesar da adoção de um conceito amplo de obra de arte. Além disso, reconhecemos que a liberdade artística abrange a criação, produção e divulgação de obras de arte bem como uma liberdade de associação e de iniciativa econômica para fins relacionados às artes. Em resumo, tudo o que dissemos aponta para uma concepção bastante ampla desta liberdade, mas, nem por isso, para a idéia de que se trata de um direito absoluto ou ilimitado. Com efeito, para determinar devidamente o conteúdo desta liberdade é preciso agora estabelecer a que restrições e limites ela está sujeita.

2.4.1 Brevíssima Nota Sobre Restrições, Limites e as Teorias dos Direitos Fundamentais

Antes de tudo, no entanto, é preciso determinar como percebemos essas restrições e limites. A resposta para o problema das restrições e limites não é única e varia conforme

a teoria dos direitos fundamentais adotada. É impossível e nem faria sentido, no âmbito deste trabalho, fazer uma digressão profunda sobre as diferentes teorias dos direitos fundamentais, nosso intuito, portanto, é tão-somente demonstrar como diferentes teorias abordam de forma diversa o problema das restrições e limites e nos posicionar sobre o assunto[21]. Nesta perspectiva, merecem destaque duas questões a primeira relativa à relação dos limites e/ou restrições com os direitos fundamentais, sobre a qual merecem destaque as teoria externa e interna, a segunda concernente aos conceitos de limite e restrição.

Para os adeptos da teoria externa dos limites dos direitos fundamentais a liberdade individual antecede o Estado e, nesta condição, é, inicialmente, ilimitada, sendo assim, a liberdade é a regra enquanto a restrição é a exceção. E as restrições ou os limites são externos ao direito fundamental que, à partida, é ilimitado. Assim, esta teoria diferencia os limites do conteúdo do direito fundamental. Na medida em que a Constituição estabelece o âmbito de proteção dos direitos e a este âmbito de proteção podem-se ou não colocar limites, limites que são externos ao já mencionado âmbito de proteção e ao conteúdo originário do direito[22]. Desse modo, diferenciam-se o âmbito de proteção do âmbito de garantia efetiva do direito, este último determinado por restrições externas[23].

Em sentido oposto, a teoria interna é elabora com base na percepção de que entender a liberdade individual como uma liberdade ilimitada pré-estatal constitui um anacronismo. Hoje, só faria sentido compreender a liberdade individual como uma liberdade exercida em sociedade e, portanto, "conformada e ordenada"[24]. Nesta perspectiva, a liberdade individual não é um direito ilimitado anterior ao Estado, mas, uma liberdade ordenada e conformada com as normas de direitos fundamentais. Logo, os limites a esses direitos não são realidades externas aos seus conteúdos, mas sim, o resultado de uma ponderação entre direitos fundamentais. Em outras palavras, os limites não são externos ao direito fundamental, mas, constituem fronteiras, delimitações do conteúdo do direito fundamental derivadas da própria Constituição. Nessa perspectiva, a idéia de uma restrição legítima aos direitos fundamentais desaparece, na medida em que as limitações possíveis do direito derivam do próprio conteúdo do direito e da delimitação do âmbito de proteção jusfundamental. Não há, portanto, distinção entre o âmbito de proteção e o âmbito de garantia efetiva, como ocorre na teoria externa[25]. Exemplo muito conhecido da teoria interna é a teoria dos limites imanentes, segundo a qual, os limites dos direitos fundamentais são internos, portanto, imanentes ao próprio conteúdo deste direito, constituindo, efetivamente, as fronteiras de seu âmbito de proteção[26].

Feita esta brevíssima exposição do quadro das teorias sobre os limites/restrições de direitos fundamentais, cabe esclarecer que optamos, nesta investigação, por adotar a concepção de Vieira de Andrade. O jurista adota a teoria dos limites imanentes, entende, portanto, que é possível à partida, por meio da interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais, encontrar situações que não estão protegidas, que estão excluídas do âmbito de proteção do direito[27]. Embora reconheça a importância de limites imanentes e não entenda que os direitos fundamentais são, *a priori*, ilimitados, o autor não reconduz todas as hipóteses de limitações de direitos fundamentais aos limites imanentes[28]. Nesse sentido, portanto, é necessário distinguir um primeiro movimento de interpretação das normas constitucionais no sentido de identificar o âmbito de

proteção desta norma, de um segundo movimento em que ocorre uma restrição ao âmbito pré-determinado de proteção.

O reconhecimento desses dois movimentos nos reconduz à segunda questão colocada no início deste tópico que é o problema da conceituação dos limites e das restrições, embora, por vezes sejam usados de forma indistinta, os dois conceitos diferem. Vieira de Andrade afirma a necessidade de diferenciar os limites imanentes da generalidade das limitações aos direitos fundamentais e separa os limites imanentes, das restrições [29]. Adota essa mesma distinção Melo Alexandrino, para quem os limites "são normas que, de forma duradoura, excluem diretamente âmbitos de ou efeitos de proteção que são fundamento susceptível de afetar as possibilidades de realização de normas jusfundamentais"[30], já as restrições podem ser definidas como "as ações normativas que afetem o conteúdo ou o efeito de proteção de um conteúdo previamente delimitado"[31]. Tanto Vieira de Andrade quanto Melo Alexandrino, distinguem ainda os limites e as restrições das colisões de direitos fundamentais, assim, Vieira de Andrade afirma que há colisão ou conflito sempre que a Constituição, em determinado caso concreto, protege, simultaneamente, dois valores ou direitos[32]. Desse modo, a colisão ou conflito de direito se distingue da restrição legislativa, na medida em que ocorre no caso concreto.

A partir do que dissemos, podemos concluir também que a especulação em torno do conteúdo da liberdade artística pressupõe, então, dois momentos. Um primeiro destinado a desvendar os limites dessa liberdade, enquanto limites imanentes. O que significa, em outras palavras, desvendar os contornos do âmbito de proteção desta liberdade, de modo a identificar quais situações estão, à partida, excluídas da esfera de proteção jusfundamental. E um segundo momento voltado para a investigação das hipóteses possíveis de restrições legislativas, ou seja, de restrições legítimas a este âmbito de proteção e também as hipóteses de conflitos em que a liberdade artística pode ceder, no caso concreto, à proteção de outros direitos fundamentais ou valores constitucionais.

2.4.2. Limites

Feito este breve preâmbulo sobre os limites e restrições, cabe, então, investigar quais são os limites da liberdade artística, ou seja, quais situações que, a partir de uma interpretação da Constituição, nós podemos entender como não protegidas por essa liberdade. A Constituição não estabelece limites expressos ao direito à liberdade artística. Isso não significa, contudo, que esses limites não existam. Com efeito, os limites imanentes podem estar previstos no dispositivo que regula o direito, podem estar expressos em outras previsões constitucionais, ou podem, ainda, estar implícitos na Constituição. Ora, como vimos, a liberdade artística destina-se à proteção da criação, produção e divulgação de obras de arte. Vimos também que o conceito de obra de arte juridicamente adequado é um conceito bastante amplo, no entanto, isso não significa dizer que toda e qualquer obra de arte esteja protegida pelo direito à liberdade artística.

2.4.2.1.Dignidade da Pessoa Humana

Podemos destacar como limites à liberdade artística a dignidade da pessoa humana. Na medida em que adotamos a teoria dos limites imanentes e não a teoria externa, entendemos que a liberdade artística, tal e qual todas as liberdades individuais, não é

uma liberdade em princípio ilimitada. Com efeito, trata-se de uma liberdade conformada e ordenada com as necessidades da vida social e com um conjunto de valores[33]. Ora a Constituição de 1988 consagra, no art. 1º, o princípio da dignidade da pessoa humana, como um valor básico e primordial do Estado Brasileiro. Assim, não há dúvida de que a dignidade da pessoa humana é valor essencial, basilar, que permeia todo o ordenamento e, por isso, servem de princípio interpretativo de todas as normas de direitos fundamentais[34]. Logo, uma obra de arte que atente, de forma grave, contra a dignidade humana não está protegida pelo direito à liberdade artística. Hipóteses como o homicídio ou a tortura de um autor em palco, a escravização de terceiros para realização de um filme, a participação de crianças na realização de espetáculos que possam comprometer de forma definitiva sua dignidade, estão, *ab inicio*, excluídas do âmbito de proteção da liberdade artística.

2.4.2.2.Discursos de Ódio

Não há dúvida de que os discursos de ódio são uma forma de expressão[35]. Tendo em conta também nossa opção por um conceito amplo de obra de arte, parece inevitável reconhecer que uma obra de arte pode conter manifestações de ódio. Os discursos de ódio podem se voltar contra grupos, religiões, etnias, nacionalidades. Mesmo reconhecendo a natureza de expressão desses discursos e mesmo sabendo que a Constituição protege a liberdade de expressão e a liberdade artística, cabe questionar se essas expressões de ódio são legítimas. É nosso entendimento que, ainda que se trate de uma obra de arte, essas manifestações, quando configuradas na forma de um verdadeiro discurso de ódio, que pretenda silenciar ou cercear a liberdade de grupos, humanos, raças e etnias, estão excluídas do âmbito de proteção da liberdade de expressão e da liberdade artística. As manifestações de ódio, sejam elas expressas ou não por meio de uma obra de arte, estão excluídas do âmbito de proteção da liberdade artística em razão de seu efeito silenciador. O objetivo dos discursos de ódio é excluir do debate público determinados grupos e manifestações, inclusive manifestações artísticas. Ademais, os discursos ou expressões de ódio "tendem a diminuir o sentimento de dignidade das pessoas, impedindo sua participação em muitas atividades da sociedade civil"[36], inclusive atividades relacionadas à produção e divulgação de obras de arte. É exatamente por conta deste efeito silenciador que a obras de arte que contenham expressões de ódio estão excluídas do âmbito de proteção da liberdade artística. Desse modo, os valores que se opõem aos discursos de ódio são a própria liberdade de expressão, incluída aí a liberdade artística, e, em última instância, a democracia que se realiza na possibilidade de todos se expressarem.

Pode-se, no entanto, questionar, por que as obras de arte produzidas por minorias, por determinadas etnias ou por determinados grupos religiosos, estariam protegidas, ao passo que obras de arte produzidas por racistas , ou qualquer outro grupo que expresse ódio, não estaria protegida. A resposta para esta questão é que são fundamentos da liberdade artística a democracia e o pluralismo. Por isso, as obras de arte que tenham um efeito silenciador, do mesmo modo que as obras que violam a dignidade da pessoa humana, atentam contra o próprio fundamento da liberdade artística e, por isso, e atentem não gozam de proteção. Além disso, as expressões de ódio ferem os princípios da tolerância e da não discriminação, e o paradoxo de princípios como o da tolerância e o da não discriminação é exatamente o de que todos devem ser tolerados e não discriminados, exceto os intolerantes e os que discriminam[37]. Portanto, é razoável que

manifestações de ódio não estejam protegidas pela liberdade de expressão ou pela liberdade artística e que o Estado intervenha para combatê-las[38].

Sobre esse tema é preciso ainda fazer dois esclarecimentos. Primeiramente, é preciso ressaltar que entendemos que as manifestações de ódio estão excluídas do âmbito de proteção da liberdade artística, por comprometem a democracia e o pluralismo, contudo, isso não significa afirmar que os artistas e obras de arte, para gozarem de proteção, devem cumprir uma função de favorecimento da democracia ou do pluralismo. Uma funcionalização da arte nesses moldes seria contrária a própria liberdade artística. Em segundo lugar, é importante perceber que estão excluídos do âmbito de proteção da liberdade artística aquelas obras de arte que revelem manifestações de ódio extremas que sejam de tal ordem que possam produzir um efeito silenciador de grupos e outras manifestações, a ponto de atentar contra o pluralismo naturalmente existente na sociedade. As simples críticas, manifestações jocosas, questionamentos ainda que direcionados a determinados grupos, nacionalidades, raças ou religiões, não configuram expressões de ódio e não possuem efeito silenciador. Estão, pois, protegidas pela liberdade artística e a sua veracidade, coerência ou qualidade deve ser objeto de debate público.

2.4.3Fundamentos das Restrições e Colisões de Direitos

A liberdade artística não é um direito absoluto, nenhum direito é. Logo, a liberdade artística pode sofrer restrições legais, desde que essas restrições atendam aos limites dos limites aos direitos fundamentais e aos princípios da proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial. Além disso, no caso concreto, é possível a ocorrência de conflitos entre a liberdade artística e outros direitos e valores constitucionalmente protegidos, que também podem acabar por ser resolvidos por meio de limitações (limitações entendidas aqui em sentido lato, não como limites imanentes) ao exercício da liberdade artística. Não é possível listar aqui todos os conflitos entre a liberdade artística e outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que possam dar ensejo a restrições ou colisões de direitos. Podemos, contudo, mencionar outros exemplos de direitos que podem fundamentar restrições ou, no caso concreto, colidir com o direito à liberdade artística. Hipótese comum é a de conflitos entre a liberdade artística e os direitos da personalidade. O problema de saber se a liberdade artística poderia ou não colidir com direitos da personalidade dividiu o Tribunal Constitucional Alemão no Caso Mephisto. O caso tratava de um livro, uma obra de ficção, mas que, relatava a vida de um ator alemão e do seu pacto com os nazistas para construir uma carreira. O entendimento que prevaleceu no Tribunal foi no sentido de que uma obra de arte poderia violar direitos da personalidade de terceiros. É também nesse sentido o nosso entendimento. É fato que a arte pode conter um distanciamento da realidade de modo que se torno impossível identificar situações ou pessoas específicas que impeçam a violação de direitos da personalidade. No entanto, é possível também que uma obra de arte se aproxime da vida real e acabe por violar o direito à honra, à intimidade, à imagem de terceiros, ao bom nome, entre outro. Ocorre nessas hipóteses, uma verdadeira colisão de direitos. Por isso, as esferas civil e penal de proteção dos direitos da personalidade podem constituir restrições ao exercício da liberdade artística[39], estabelecidas pelo legislador.

Para além das restrições, é possível imaginar hipóteses de colisões ou conflitos entre direitos da personalidade e a liberdade artística, em hipóteses concretas, que, em geral, devem ser enfrentadas pelo Poder Judiciário. A doutrina discute qual a melhor forma de

solução do conflito nessas hipóteses, o impedimento da divulgação da obra de arte ou a reparação posterior do dano[40]**.** Para nós a solução deve variar conforme o caso concreto. Como já exposto, adotamos uma concepção ampla de censura, no sentido de que tanto limitações prévias à divulgação de obras de arte quando medidas adotadas *a posteriori* podem ter efeito de censura. No entanto, entendemos também que a vedação da censura, mesmo da censura prévia, não é um princípio absoluto. Logo, em hipóteses extremas, em que a divulgação de uma obra de arte possa causar danos significativos e irreparáveis a direitos de terceiros, essa divulgação pode ser impedida, por exemplo, por uma decisão judicial. Mas essa solução, parece, é a responsabilização civil ou criminal posterior do causador do dano e a reparação do dano por meio de indenização.

Outra hipótese bastante comum de restrição à liberdade artística é aquela fundada na proteção da infância e da juventude[41]. Com efeito, a Lei Fundamental Brasileira protege expressamente a infância e a juventude, proteção que, em última instância, funda-se no valor básico da dignidade da pessoa humana. Assim, um dos meios de exercício do dever estatal de proteção da infância e da adolescência é a restrição à livre divulgação de obras de arte[42], de modo a impedir a exposição de crianças e adolescente a obras cujo conteúdo possa ser nocivo ao seu normal desenvolvimento. Como vemos, nessas hipóteses não há um completo impedimento da divulgação da obra, mas, apenas um condicionamento desta divulgação à proteção de crianças e adolescentes.

3. As Dimensões da Liberdade Artística

3.1. A Dimensão Subjetiva da Liberdade Artística

À luz do que foi dito, percebemos então, que a liberdade artística envolve um conjunto de ações: criar, produzir, divulgar, promover obras de arte, entre outras. Para os fins desse trabalho, sem querer negar a complexidade do problema da caracterização das liberdades jurídicas, podemos entender a liberdade artística como uma alternativa de ação[43]. Ou seja, como um poder ou faculdade de criar ou não criar obras de arte, de produzir ou não produzir, de divulgar ou não divulgar etc.

Essas alternativas de ação, de que o indivíduo é titular, nada mais são do que posições subjetivas constitucionalmente protegidas ou direitos subjetivos[44]. Podemos, portanto, definir a dimensão subjetiva da liberdade artística como o poder ou faculdade de realizar ou não realizar um conjunto de ações[45].

Cabe ressaltar que, estas posições jurídicas subjetivas têm como referência primária uma função de defesa, que consiste, principalmente, em um direito ao não impedimento do exercício da liberdade artística por parte do Estado[46] ou mesmo por particulares, nos termos da vinculação destes à referida liberdade, de que já tratamos. No entanto, reconhecer que a proximidade da dimensão subjetiva da liberdade artística com uma dimensão negativa[47], não significa uma identificação dessas dimensões. Como veremos, embora se possa reconhecer que há uma primazia das funções de defesa, na dimensão subjetiva da liberdade artística, o poder ou faculdade para criar ou divulgar uma obra de arte, ou para praticar outras das ações que compõem o conteúdo desta

liberdade, nem sempre depende apenas da ausência de obstáculos, eventualmente, depende também de ações positivas do Estado.

3.2. A Dimensão Objetiva da Liberdade Artística

A própria existência de uma dimensão objetiva da liberdade artística é controversa na doutrina. Há quem defenda que a adoção da tese do duplo caráter dos direitos fundamentais conduz a uma indevida objetivação e funcionalização desses direitos.[48]. Ainda que reconheçamos o mérito deste entendimento, para nós, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é inegável. De acordo com Vieira de Andrade, é preciso diferenciar a matéria dos direitos fundamentais dos "*direitos fundamentais como categorias jurídicas de direitos subjetivos*", na medida em que nem todos os preceitos constitucionais que compõe a matéria dos direitos fundamentais são fonte de posições jurídicas subjetivas[49]. Dessa forma, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais funciona como uma diretiva à ordem jurídica como um todo, tem reflexos na vinculação das entidades públicas, na vinculação das entidades privadas e na interpretação das normas. Funciona como um complemento das posições jurídicas subjetivas [50].

A dimensão objetiva refere-se também à percepção dos direitos fundamentais da perspectiva da comunidade, "como valores e fins que esta se propõe prosseguir em grande medida através da ação estadual"[51]. No caso da liberdade artística, esse aspecto de sua dimensão objetiva pode ser compreendido como os contributos desta liberdade para a democracia e para o progresso da cultura. Com efeito, a liberdade artística, enquanto um dos direitos que compõem a liberdade de expressão, exerce uma função democrática. A arte é um espaço de crítica e debate de idéias e serve mesmo como instrumento de controle dos poderes públicos. A liberdade das artes cumpre, ainda, uma função específica no campo do progresso da cultura. A arte muitas vezes é um mecanismo para ver à frente, questionar valores e concepções do seu tempo, incentivando transformações na sociedade. Desse modo, o exercício da liberdade artística desenvolve a arte e a cultura e acaba por ampliar os espaços de liberdade[52]. Além disso, a obra de arte produzida hoje enriquece o patrimônio artístico de amanhã que será fruído por todos.

3.4. Dimensão Negativa da Liberdade Artística

A liberdade artística é, em grande medida, um direito de defesa, ou uma liberdade que possui uma dimensão negativa. De fato, a dimensão negativa da liberdade artística pode ser considerada como a principal e mais forte dimensão deste direito. Ora, tendo em conta que os poderes públicos são os principais destinatários dos direitos fundamentais, apesar da vinculação das entidades privadas de que já tratamos, podemos concluir que a vedação da criação, pelo Estado, de obstáculos à livre criação, produção e divulgação da obra de arte, bem como a livre iniciativa econômica e a livre associação no campo das artes, é parte essencial do conteúdo deste direito.

Esta dimensão negativa da liberdade ou o dever de abstenção do Estado compreende alguns corolários que merecem especial atenção, são eles: a proibição da censura e o dever de neutralidade do Estado.

3.4.1. O Dever de Abstenção do Estado: Uma Compreensão Ampla da Vedação da Censura

A vedação da censura é, sem dúvida, um dos mais importantes elementos das liberdades de expressão[53] em geral e também da liberdade artística. Como vimos, quando tratamos da evolução histórica da liberdade artística, a censura foi a principal forma de restrição desta liberdade e das liberdades de comunicação em geral e o instrumento amplamente utilizado por Estados totalitários e autoritários, por isso, não é à toa que a vedação da censura é um dos corolários das liberdades de expressão, inclusive a liberdade artística.

O princípio da vedação da censura está previsto na Constituição Brasileira no artigo 5, IX e constitui uma garantia institucional da liberdade de expressão em sentido lato, e, portanto, da liberdade de expressão artística. .Antes de mais, é preciso definir o que significa censura nos termos do artigo. É possível admitir um conceito amplo de censura que envolva a censura prévia e também toda e qualquer forma de violação à liberdade de expressão. Nesta acepção mais ampla a censura pode ser prévia ou *ex post facto*, pode ser político-administrativa, legislativa ou judicial, pode ser definitiva ou cautelar/temporária, pode ser ainda pública ou privada[54]. Por outro lado, há quem adote um conceito tradicional de censura, que é um conceito mais restrito que identifica a censura com a censura prévia. Nessa perspectiva, o termo censura é entendido como significando uma exigência de prévia submissão de uma obra de arte ao aval de uma autoridade administrativa, antes da sua divulgação[55]. Não há dúvida de que a censura prévia de caráter político-administrativo está vedada pela constituição de 1988, constituindo uma espécie de limites dos limites à liberdade de expressão[56] e, conseqüentemente, à liberdade artística. Para além do texto expresso da Constituição, podemos recorrer também à evolução histórica da consagração das liberdades de expressão em geral e da liberdade artística em especial. Ao observar esta evolução percebemos que a censura não era a única forma de violação desta liberdade. Com efeito, a condenação civil ou criminal de artistas pelo conteúdo expresso por meio de obras de arte, a utilização da arte, para fins políticos e como instrumento de propaganda de regimes e governos, foram práticas comuns em Estados Autoritários e Totalitários. Portanto, a compreensão atual do princípio da vedação da censura deve adquirir contornos mais amplos do que a simples proibição de censura prévia. Até porque, outras medidas, para além da censura administrativa, podem ter efeito censórios e constituir violações à liberdade de expressão e à liberdade artística. É a hipótese, por exemplo, das condenações ex *post facto* civil, penal ou administrativa. Essas condenações podem ensejar medidas auto-censórias[57]. No caso das artes, o próprio artista pode optar por não divulgar sua obra por medo da condenação, tendo, portanto, um efeito semelhante à censura prévia.

Outra forma de restrição *ex post facto* que pode ter efeitos censórios é o seqüestro de obras de arte, ou seja, a retirada de obras de arte do mercado ou do espaço público, também o seqüestro de obra de arte pode constituir uma violação da liberdade artística equivalente à censura prévia. A constituição brasileira não veda especificamente o seqüestro de obras de arte, como faz, por exemplo, a constituição espanhola, que proíbe o seqüestro de publicações, gravações e outros meios de comunicação, salvo em virtude de autorização judicial[58]. Isso não significa que esta prática não esteja vedada também à luz da nossa ordem constitucional. Por isso, optamos por assumir que a vedação da censura, nos termos como é regulada na Constituição de 1988, compreende, para além da censura prévia, outras formas de violação da liberdade artística como a condenação *ex post facto* e o seqüestro de obras de arte.

Por essas razões, entendemos mais adequado adotar uma concepção ampla de censura. Nessa perspectiva, podemos entender a vedação da censura como uma garantia institucional da dimensão negativa da liberdade artística, ou seja, do dever de abstenção do Estado de atentar contra essa liberdade. Isso não significa, no entanto, que o princípio da vedação da censura seja um princípio absoluto, que impeça toda e qualquer restrição à liberdade de expressão artística. Ora, a proibição da vedação da censura é uma proibição de violações a esta liberdade, ou seja, restrições não baseadas em uma ponderação e harmonização de bens constitucionalmente protegidos[59], e que, por isso, acabem por ter efeitos semelhantes ao da censura prévia

3.4.2. O Dever de Neutralidade do Estado

Grande parte das violações à liberdade artística são resultado da imposição pelo Estado de uma arte oficial. Seja através de medidas de propaganda ou por meio do favorecimento das obras e artistas que compartilhassem uma certa visão estatal do que era ou deveria ser a arte. Também este tipo de atuação estatal é inviabilizada pela consagração na Constituição de 1988 da Liberdade de Expressão Artística, na medida em que o pleno exercício dessa liberdade só é possível em um espaço aberto e igualitário de produção e divulgação de obras de arte, onde o Estado permaneça neutro e não baseie suas intervenções no campo artístico em nenhuma diretriz, política, ideológica ou estética. Em suma, o dever de abstenção estatal – principal componente da dimensão negativa da liberdade artística – engloba também um dever de neutralidade do Estado, que pode ser compreendido também como uma vedação da imposição, pelo Estado, de uma arte oficial[60]

3.5. A Dimensão Positiva da Liberdade Artística

As exigências de abstenção e neutralidade estatal impostas pela liberdade artísitca, não podem ser entendidas como mandatos de completa não-intervenção do Estado no campo das artes. Com efeito, as relações entre o Estado e as liberdades públicas não devem mais ser compreendidas à luz da perspectiva liberal, em que o Estado é percebido como inimigo da liberdade. Pelo contrário, hoje, os poderes públicos devem atuar como amigos e promotores da liberdade[61]. Esse quadro não é diferente nos domínios da cultura e da arte. A atual ordenação constitucional da cultura exige uma intervenção do Estado na cultura. É nesse sentido o disposto no artigo 215 da Constituição de 1988.

O problema que se coloca, então, é o da conciliação entre a liberdade artística e a exigência de intervenção estatal. Ora, a liberdade artística é um direito de liberdade. É, portanto, um direito onde as dimensões de defesa ou negativa prevalecem ou têm mais força em relação a uma dimensão positiva. Não estamos, no entanto, afirmando que a liberdade artística não possua uma dimensão positiva. Pelo contrário o reconhecimento da dimensão positiva da liberdade artística parece ser consenso na doutrina. Com efeito, o acesso aos meios de realização de uma obra de arte nem sempre é simples. Determinadas formas de manifestação artística como o cinema e o teatro dificilmente podem sobreviver sem algum tipo de apoio estatal e, mais, muitas vezes, o acesso a meios de comunicação de massa como a televisão, para fins de divulgação de uma obra de arte, muitas vezes depende também de uma atuação positiva do poder público e não de uma simples abstenção[62], de modo que tanto a realização da obra quanto a sua divulgação para o público, eventualmente, dependem de uma ação positiva do Estado. Desse modo, a liberdade artística e o dever de intervenção estatal no domínio artístico,

não são necessariamente contraditórios. Pelo contrário, devem ser complementares, na medida em que a plena realização da liberdade artística depende de uma ação positiva do Estado.

Não devemos, no entanto, entender que o Estado tem o dever de patrocinar, promover ou apoiar toda e qualquer obra de arte e todo e qualquer artista em nome da plena realização da liberdade artística. Sem dúvida que exigir do Estado prestações nesse sentido seria absurdo e ultrapassaria em muito as barreiras impostas pela reserva do possível[63]. Portanto, não há um direito subjetivo de todo o cidadão ao apoio de toda e qualquer obra de arte[64], mas sim um interesse coletivo ou difuso nas ações positivas do Estado no campo das artes

Uma vez esclarecido que a liberdade artística é compatível e até mesmo exige ações positivas do Estado, dado que há uma dimensão positiva desta liberdade, resta-nos entender quais são os critérios e parâmetros que devem informar a atuação estatal para que esta seja compatível com a liberdade. Esses critérios e parâmetros podem ser encontrados na própria Constituição. A principal dessas diretrizes é o princípio da igualdade[65]. Cabe ao Estado atuar no sentido da correção das desigualdades[66] criadas pelo mercado, de modo que devem ser protegidas aquelas manifestações artísticas que não encontrem espaço no mercado privado. Devem ser igualmente apoiados os artistas que não possuam as mínimas condições para exercício da sua liberdade de criação, produção e divulgação de obras de arte. De fato, quando tratamos da vinculação das entidades privadas à liberdade artística constatamos que, muitas vezes, as ações dos agentes privados que escolhem patrocinar ou divulgar este ou aqueles artística, esta ou aquela forma de arte, acabam por excluir determinados artistas ou formas de expressão artística. Cabe ao Estado fornecer os meios para que essas formas de expressão artística não desapareçam. Nesse sentido, a atuação estatal deve ser uma atuação subsidiária, destinada a corrigir as injustiças criadas pelo mercado[67], fornecendo os meios aqueles que não possuem, privilegiando, inclusive, aquelas manifestações mais frágeis e débeis, com intuito de garantir uma igualdade de chances[68].

Outro parâmetro da atuação estatal é o princípio do pluralismo, consagrado na Constituição nos artigos 215 e 216[69]. Em linhas muito gerais, o princípio do pluralismo significa um reconhecimento da pluralidade e da diversidade naturalmente existentes na sociedade e uma exigência de manutenção desta variedade natural. Da perspectiva da intervenção do Estado no campo das artes isso implica que o Estado deve distribuir recursos por manifestações artísticas diversas, com intuito de manter o pluralismo existente na sociedade. O princípio do pluralismo é complementado pelos princípios da neutralidade do Estado e da não-discriminação. Com efeito, para que a atuação estatal se dê em sentido favorável à liberdade artística e não contrário a ela, o Estado não pode favorecer nem discriminar obras de arte ou artistas por razões políticas ou estéticas.

Por fim, devemos ressaltar que a liberdade artística é o primeiro e principal limite da atuação material do Estado no campo das artes. Com efeito, o princípio da aplicabilidade direta deste direito impõe que toda atuação estatal esteja a serviço da liberdade[70]. A liberdade é, então, elemento qualificativo e não contraposto à intervenção pública[71]. Por isso, a atuação pública deve ser informada pelo princípio de igualdade e procurar garantir, ainda que nos limites das possibilidades orçamentárias,

que todos tenham acesso às condições mínimas para o exercício efetivo desta liberdade. Por isso, o Estado, ao distribuir recursos, deve atuar com neutralidade e sem discriminações. Nesses termos, é possível reconhecer uma dimensão positiva da liberdade artística que é complementada pelo dever do Estado de apoio às artes.

4. Natureza Jurídica: A Fundamentabilidade Formal e Material da Liberdade de Expressão Artística

É consenso na doutrina que a liberdade artística é um direito fundamental. Após termos analisado a consagração histórica, os fundamentos, a consagração constitucional, o regime e o conteúdo dessa liberdade, acreditamos já ter reunidos elementos suficientes para demonstrar a pertinência deste entendimento doutrinário. Não há dúvida de que a liberdade de expressão artística é um direito fundamental em sentido formal porque consagrada no artigo 5º, IX da Constituição Federal de 1988, logo, no rol dos direitos e deveres individuais. O reconhecimento, porém, de que as normas constitucionais não esgotam a matéria dos direitos fundamentais e de que existem direitos que, embora não estejam expressamente consagrados na Lei Base, como tais, são direitos fundamentais, conduz também a constatação de que a simples disposição no texto constitucional não é suficiente para caracterizar um direito fundamental. É preciso também identificar a substância dos direitos fundamentais, os elementos que os caracterizam como direitos fundamentais em sentido material[72].

Para Vieira de Andrade, os direitos fundamentais em sentido material podem ser identificados a partir de um critério tríplice: (i) devem ser direitos atribuídos a todos os indivíduos ou a uma categoria genérica de indivíduos; (ii) devem atribuir posições jurídicas subjetivas ou garantir diretamente essas posições e (iii) devem estar radicados no princípio da dignidade da pessoa humana[73]. De acordo com Melo Alexandrino são a fundamentabilidade material de um direito pode ser determinada a partir das seguintes diretrizes: (i) O direito deve refletir uma especial relação entre o homem e o Estado; (ii) o direito deve garantir um bem ou interesse implicado na combinação do princípio da dignidade humana com os princípios da igualdade e da liberdade, resumida na “igual dignidade de todas as pessoas”[74]. Por fim, Paulo Otero afirma que gozam de fundamentabilidade natural aqueles direitos “inerentes a toda pessoa humana (...), enquanto expressão da caracterização do ser humano como indivíduo, membro da coletividade ou da grande família humana que representa a humanidade”.

A partir desses critérios apresentados pelos diferentes autores, podemos investigar se a liberdade artística é ou não um direito fundamental em sentido material. Com relação ao caráter geral deste direito, como um direito de toda pessoa humana, nós já vimos, quando tratamos da titularidade do direito à liberdade artística, que todos os seres humanos são titulares deste direito. No que concerne às posições jurídicas subjetivas, também demonstradas em tópico sobre a dimensão subjetiva deste direito, que ele consagra posições jurídicas subjetivas. Também ficou claro ao longo desta investigação que a liberdade artística reflete uma especial relação entre o homem e o Estado uma vez que uma parcela substancial do conteúdo desta liberdade compreende os deveres de abstenção e neutralidade e mesmo deveres de ação do Estado, ao mesmo tempo que a liberdade artística é também um direito de defesa contra interferências e obstáculos criados pelos poderes públicos. Finalmente, todos os juristas mencionados identificam

os direitos fundamentais como aqueles direitos radicados no princípio da dignidade da pessoa humana. Ora, como vimos, a dignidade da pessoa humana é fundamento e limite do direito à liberdade artística. Com efeito, a liberdade no campo das artes nada mais é do que uma concretização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e, conseqüentemente, do princípio da dignidade da pessoa humana. Simultaneamente, a dignidade da pessoa humana é princípio conformador desta liberdade, de modo que, as manifestações artísticas contrárias a este princípio estão excluídas de seu âmbito de proteção. Resta evidente, então, que, à luz dos critérios apresentados por qualquer um dos três autores mencionados, a liberdade artística é um direito fundamental não apenas em sentido formal, como também em sentido material.

Considerações Finais

A partir do que foi dito sobre a liberdade de expressão artística podemos concluir que esta é uma das liberdades específicas que compõe o gênero mais amplo das liberdades de expressão ou das liberdades comunicativas. No entanto, enquanto uma liberdade específica essa é uma liberdade que tem por fundamento da sua autonomia com relação às demais liberdades de expressão a própria arte, enquanto uma forma específica de expressão.

Concluímos que a liberdade de expressão artística é uma liberdade que compreende um conjunto de ações como a criação, a produção e divulgação da obra de arte. Esta liberdade abrange ainda o produto da criação artística, ou seja, a obra de arte propriamente dita, especialmente, por meio da proteção dos direitos de autor.

Embora seja um direito de liberdade e que, por isso, é caracterizada uma primazia das funções de defesa e dos deveres de abstenção do Estado, a liberdade artística não é apenas uma liberdade negativa, ela possui também uma dimensão positiva, na medida em que o efetivo exercício desta liberdade, muitas vezes depende de ações positivas dos poderes públicos. Além disso, adotando a tese do duplo caráter dos direitos fundamentais, percebemos que a liberdade de expressão artística possui uma dimensão subjetiva, consubstanciada em um conjunto de posições jurídicas subjetivas, que podem ser compreendidas como o poder ou possibilidade de alternativas de comportamento, e também uma dimensão objetiva que não apenas implica uma irradiação dessa liberdade fundamental por todo ordenamento como também revela a funções sociais dessa liberdade, na forma de contribuições para a democracia e o progresso da cultura.

Por fim, caracterizada a liberdade artística e demonstrado que, em última instância esta liberdade está radicada no princípio da dignidade da pessoa humana, concluímos pela sua natureza jurídica de direitos fundamental, tanto em sentido formal quanto em sentido material.

Bibliografia

AINIS, Michele. Per Una Storia Costituzionale Dell’Arte. In: Politica Del Diritto, ano XXIII, n. 3, settembre, 1992, p. 475-537.

_____. Cultura e Política: Il Modelo Costituzionale. Milão: CEDAM, 1991

ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Lisboa: Principia, 2007

_____. Estatuto Constitucional da Actividade de Televisão. Coimbra: Coimbra, 1998.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito de Autor no Ciberespaço. Portugal-Brasil Ano 2000, Coimbra: Coimbra, 1999, p. 83-103.

BARILE, Paolo. :Libertá di Manifestazione Del Pensiero e Libertá Dell'Arte Nell'Ordinamento Italiano. In: Atti del Seminario Internazionale su: "Publico e Privato nel Sovvenzionamento delle Arti. L'Esperiensa Comparata di Italia e Stati Uniti d'America" Napoli: Istituto per lo Studio Comparato sulle Garanzie Dei Diritti Fondamentali

CARON, Rémi. L'Etat et La Culture. Paris: Econômica, 1989.

DICK, Howard. A. E. Liberta di Espressione, Libertá dell'Arte e il Primo Emendamento. In: Atti del Seminario Internazionale su: "Publico e Privato nel Sovvenzionamento delle Arti. L'Esperiensa Comparata di Italia e Stati Uniti d'America" Napoli: Istituto per lo Studio Comparato sulle Garanzie Dei Diritti Fondamentali, p.159-177

FERREIRA, Eduardo André Folque. Liberdade de Criação Artística, Liberdade de Expressão e Sentimentos Religiosos. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLII, n º 1, 2001, p. 229-285.

GIUSEPPE, PERILU. L'Intervento Pubblico Nel Settore Artístico em Itália. In: Atti del Seminario Internazionale su: "Publico e Privato nel Sovvenzionamento delle Arti. L'Esperiensa Comparata di Italia e Stati Uniti d'America" Napoli: Istituto per lo Studio Comparato sulle Garanzie Dei Diritti Fondamentali, p. 106-115

HÄRBELE, Peter. Teoria de La Constitución Como Ciência de La Cultura. Madrid: Tecnos, 2000.

JAVIER, Tajadura. La Constitución Cultural. In: Revista de Derecho Político, número 43, 1998, p. 97-134.

MACHADO, Jonatas, Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública do Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002.

.

MELLO, Marco Aurélio. Liberdade de Expressão, Dignidade Humana e Estado Democrático de Direito. In: MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antônio Marquês (org). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, p. 327-350.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Coimbra: Coimbra, 2008

_____ Notas Sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais, Coimbra: Almedina, 2006

_____. A Constituição e os Direitos de Autor. In: Estudos Vários Sobre Direitos Fundamentais. Estoril: Principia, 2006, p. 327-334.

_____ O Patrimônio Cultural e a Constituição : Tópicos. In: Direito do Patrimônio Cultural.Oeiras: INA, 1996, p. 253-278

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria. Coimbra: Coimbra, 2006

_____. As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003.

OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucinais, vol. I, Coimbra: Almedina, 2007

OWEN, Fiss. La Ironia de La Libertad de Expression. Barcelona: Gedisa, 2001

PANTALEON, Fernando. La Constitucion, El Honor y El Espectro de La Censura Previa.In: Derecho Privado y Constitución. Ano 4, nº 10 (set-dez 1996).

PINTO, Paulo Mota. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 149-246.

PEDRO, Jesús Pietro de. Cultura, Culturas y Constitución. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

PIZZORUSO, Alessandro. The Constitucional Treatmente of Hate Speech. In: Convergence of Legal System in the 21st. Century. Bruxelas: Bruylent, 2006, p. 1205-1245

PONTIER, Jean Marie, BOURDON, Jacques e RICCI, Jean Claude. Droit de La Culture: Paris: Précis Dalloz, 1990

RIMOLI, Francesco. La Libertà Dell'arte Nell'Ordinamento Italiano.Padova : Cedam, 1992

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. A Indicação Constitucional dos Elementos Formadores do Patrimônio Cultural Brasileiro Como Contribuição Para o Fortalecimento da Idéia de Constituição Cultural In: Mont'Alverne, Lima, Barreto e Albuquerque, Paulo Antônio de Menezes (org.). Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem e Friedrich Muller – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 474-479.

SAN LUCA,Guido Clemente. Liberta Dell'Arte e Potere Amministrativo. Milão: Giuffrè, 1990.

SANTOS, Tânia Maria da. O Direito à Cultura na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007

SEABRA, José Augusto. Os Direitos e Deveres Culturais, In: Estudos Sobre a Constituição, Lisboa: Petrony, 1979, p. 355-363.

SERRAMALERA, Mercé Barceló I. Las Libertades de Expressión. In: CALLEJÓN, Francisco Belaguer (coord). Derecho Constitucional y Cultura: Estudos em Homenaje a Peter Härbele, p.565-604

SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros,

2001.

SILVA, Vasco Pereira da. A Cultura a Que Tenho Direito: Direitos Fundamentais e Cultura. Coimbra: Almedina, 2007.

VAQUER, Marcos. Estado y Cultura: La Función Cultural de Los Poderes Públicos em La Constitucion Espanhola. Madrid: Centro Editorial Ramón Areces, 1998.

[1] Sobre o tema ver: HÄRBELE, Peter. Teoria de La Constitución Como Ciência de La Cultura. Madrid: Tecnos, 2000.

[2] MACHADO, Jonatas, Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública do Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002, p 327.

[3] Rimoli, Francesco. La Libertà Dell'arte Nell'Ordinamento Italiano.Padova : Cedam, 1992, p. 26-27

[4] MELLO, Marco Aurélio de. Liberdade de Expressão, Dignidade Humana e Estado Democrático de Direito. In: MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antônio Marquês (org). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, p. 327-350,p.239.

[5] José Afonso da Silva coloca a liberdade artística em um direito mais amplo que o autor define como liberdade de expressão cultural (SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001 p. 58.

[6] idem, p. 58.

[7] Para Tânia Maria dos Santos: "*A liberdade de expressão cultural, um dos aspectos das formas de exteriorização da liberdade de opinião, manifesta-se ao determinar que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e proporcionará meios de acesso às fontes de cultura nacional, apoiando, assim, a difusão das manifestações culturais*" (SANTOS, Tânia Maria da. O Direito à Cultura na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 108).

[8] Sobre o tema afirma Francisco Luciano Lima Rodrigues: "*Explicada a forma constitucional pela qual o Estado brasileiro indicou os elementos formadores do conceito do patrimônio cultural, pode-se concluir que o reconhecimento constitucional de várias etnias, bem como da importância de cada uma delas para a formação da identidade nacional, fortalece a idéia de constituição cultural a partir da inclusão da cultura, em sua dimensão científica de forma a completar os conceitos jurídicos existentes, sem, no entanto, substituí-los, como Härbele, confirmando, desta forma, o pluralismo da república*."(RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. A Indicação Constitucional dos Elementos Formadores do Patrimônio Cultural Brasileiro Como Contribuição Para o Fortalecimento da Idéia de Constituição Cultural In: Mont'Alverne, Lima, Barreto e Albuquerque, Paulo Antônio de Menezes (org.). Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem e Friedrich Muller – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 474-479, 479).

[9] Nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal: "a imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão, intelectual artística e científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação" (Recurso Extraordinário nº 22.1239/SP, 06.08.2004).

[10] Enumerações nesse sentido, não estão presentes na Constituição Brasileira, mas, podem podem ser encontradas no artigo ... da Constituição Espanhola, bem como no artigo... da Constituição Portuguesa.

[11] VAQUER, Marcos. Estado y Cultura: La Función Cultural de Los Poderes Públicos em La Constitucion Espanhola. Madrid: Centro Editorial Ramón Areces, 1998, p. 190.

[12] MIRANDA, Jorge. Notas Sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. Coimbra: Almedina, 2006, p. 764

[13] VAQUER, Marcos. Estado y Cultura: La Función Cultural de Los Poderes Públicos em La Constitucion Espanhola. Madrid: Centro Editorial Ramón Areces, 1998, p. 190

[14] Nas palavras de Jorge Miranda: "*Não há liberdade de criação sem liberdade de expressão (...). E trata-se mesmo de uma liberdade de expressão qualificada, até porque a expressão pode ser de pensamento como de sentimentos e emoções*"(Jorge. Notas Sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. Coimbra: Almedina, 2006, p. 764.).

[15] Na Espanha, por exemplo, o silêncio da constituição sobre o tema enseja discussão doutrinária. Assim, para Marcos Vaquer, a liberdade artística estende-se não só ao ato de criação mas também à proteção do resultado, abrangendo também os direitos de autor (VAQUER, Marcos. Estado y Cultura: La Función Cultural de Los Poderes Públicos em La Constitucion Espanhola. Madrid: Centro Editorial Ramón Areces, 1998. p. 194). Em sentido contrário entende Barcelo I Serramalera, para quem os direitos autorais não estão incluídos nas previsões do artigo 20.1 b) da Constituição Espanhola que trata da liberdade artística, nem os direitos morais nem os direitos patrimoniais de autor (SERRAMALERA, Mercé Barceló I. Las Libertades de Expressión. In: CALLEJÓN, Francisco Belaguer (coord). Derecho Constitucional y Cultura: Estudos em Homenaje a Peter Härbele, p.565-604,p. 581).

[16] ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito de Autor no Ciberespaço. Portugal-Brasil Ano 2000, Coimbra: Coimbra, 1999, p. 83-103, p. 86.

[17] MIRANDA, Jorge. A Constituição e os Direitos de Autor. In: Estudos Vários Sobre Direitos Fundamentais. Estoril: Principia, 2006, p. 327-334, p. 329-330.

[18] MIRANDA, Jorge. Notas Sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais, Separata da Revista "O Direito IV", Coimbra: Almedina, 2006, p. 764.

[19] ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito de Autor no Ciberespaço. Portugal-Brasil Ano 2000, Coimbra: Coimbra, 1999, p. 83-103, p. 90.

[20] Sobre o Tema afirma Oliveira Ascensão: "*E chegamos assim ao que caracteriza a realidade presente. Fala-se muito na tutela do autor, mas na realidade quem se visa proteger é o empresário. O empresário é já hoje o beneficiário principal da proteção formalmente atribuída ao autor*". (idem, p. 91).

[21] De fato, de acordo com Melo Alexandrino: "*Um dos domínios mais complexos do Direito Constitucional moderno é o das restrições aos Direitos Fundamentais. É aí que se registram as maiores divergências e a maior confusão logo ao nível terminológico, que prosseguem e se agravam depois aos níveis teórico, prático e das orientações*

jurisprudências" (ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Lisboa: Principia, 2007, p. 108).

[22] NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 292-309.

[23] ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Lisboa: Principia, 2007, p. 110.

[24] NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 310.

[25]idem, p. 310-315.

[26]ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Lisboa: Principia, 2007, p. 110

[27] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 2007, p?

[28] Nas Palavras de Vieira de Andrade: "*No que respeita aos limites, imanentes, embora seja de rejeitar um modelo 'pré-formativo', que sustente a recondução à hipótese normativa constitucional de todas as limitações possíveis, acima referenciadas (nos termos da chamada 'teoria interna'), deve admitir-se uma interpretação das normas constitucionais que restrinja à partida o âmbito de proteção da norma que prevê o direito fundamental, excluindo os conteúdos que possam considerar-se de plano constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando não expressamente ressalvados na definição textual do direito*" (idem, p 287).

[29] idem, p 292-330.

[30] ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Lisboa: Principia, 2007, p. 112.

[31] idem, p. 114.

[32] Essa é a definição de colisão ou conflito dada por Vieira de Andrade (ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 2007, p. 321). Melo Alexandrino dá definição aproximada, admitindo que a colisão se dá no caso concreto, entretanto, se afasta um pouco do entendimento de Vieira de Andrade, porque entende que a solução das colisões se dá apenas pelos titulares dos direitos, entidades chamadas e intervir ou, finalmente, pelos Tribunais (ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Lisboa: Principia, 2007,p. 114). Aqui como nosso objetivo é investigar a definição ou o conteúdo da liberdade artística e não propriamente a intervenção do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, no âmbito de intervenção desta liberdade, optamos pela concepção mais ampla de Vieira de Andrade.

[33] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 147.

[34] De acordo com Paulo Mota Pinto: "O conceito de dignidade da pessoa humana é, assim, elevado a valor fundamental que confere sentido e unidade às disposições constitucionais e, em particular às relativas aos direitos fundamentais" (PINTO, Paulo Mota. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 149-246, p. 151).

[35] OWEN, Fiss. La Ironia de La Libertad de Expression. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 26.

[36] idem, p. 28.

[37]PIZZORUSO, Alessandro. The Constitucional Treatment of Hate Speech. In: Convergence of Legal System in the 21st. Century. Bruxelas: Bruylent, 2006, p. 1205-1245, p. 1207

[38] Para Paulo Otero, a intolerância é mais natural no homem do que a tolerância, logo, o Estado de direitos humanos deve promover, através da educação, a tolerância como valor mais conforme ao respeito da dignidade da pessoa humana (OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucinais, vol. I, Coimbra: Almedina, 2007,p. 660).

[39] Nesse sentido o entendimento de Jónatas Machado. O autor reconhece que não são impossíveis conflitos entre a liberdade artística e os direitos da personalidade, embora ressalte que pode ser difícil, no caso concreto, em hipóteses de uma obra de ficção de sátiras ou de caricaturas com objetivos jocosos, determinar o que está acobertado pela liberdade artística e o que constitui violações aos direitos da personalidade (MACHADO, Jonatas, Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública do Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 747 e 822-829).

[40] Para José Afonso da Silva que entende que adota um conceito restrito de censura e entende que a vedação da censura é um princípio absoluto – ou quase absoluto – a solução para esse conflito é a reparação civil do dano *a posteriori* através da indenização do dano moral ou material decorrente da violação (SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001, p.70).

[41] Para José Afonso da Silva, a liberdade de expressão – que para o autor engloba a liberdade artística – prevalece exceto nas hipóteses de restrições expressas na Constituição, em especial com relação a proteção da infância e da adolescência. O jurista assume então que a proteção da infância e da adolescência é o principal fundamento de limitações à liberdade de expressão (idem, p. 69).

[42] MACHADO, Jonatas, Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública do Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 831.

[43] Nesse sentido o entendimento de Robert Alexy para quem a liberdade negativa consiste em uma alternativa de ação (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 222-223).

[44] Adotamos aqui a ideia geral de direitos subjetivos apresentada por Vieira de Andrade como: "*... um poder ou faculdade para a realização efetiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular*"

(ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19).

[45]SERRAMALERA, Mercé Barceló I. Las Libertades de Expressión. In: CALLEJÓN, Francisco Belaguer (coord). Derecho Constitucional y Cultura: Estudos em Homenaje a Peter Härbele, p.565-604, p. 578 e 580.

[46] ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. Estatuto Constitucional da Actividade de Televisão. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 96.

[47] MACHADO, Jonatas, Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública do Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 382.

[48] É nesse sentido o entendimento de Melo Alexandrino para quem a liberdade de expressão apresenta uma completa resistência à funcionalização (ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. Estatuto Constitucional da Actividade de Televisão. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 72 e seguintes).

[49] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 2007, p. 114.

[50] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 2007, p. 115

[51] idem, p. 115.

[52] HÄRBELE, Peter. Teoria de La Constitución Como Ciência de La Cultura. Madrid: Tecnos, 2000, p. 83.

[53]José Augusto Seabra chega mesmo a considerar a consagração das liberdades culturais nos direitos liberdades e garantias como uma resposta ao perigo da censura (SEABRA, José Augusto. Os Direitos e Deveres Culturais, In: Estudos Sobre a Constituição, Lisboa: Petrony, 1979, p. 355-363, p. 356).

[54] MACHADO, Jonatas, Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública do Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 493-495.

[55]PANTALEON, Fernando. La Constitucion, El Honor y El Espectro de La Censura Previa.In: Derecho Privado y Constitución. Ano 4, nº 10 (set-dez 1996).

[56] MACHADO, Jonatas, Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública do Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 502.

[57]idem, p. 489

[58]SERRAMALERA, Mercé Barceló I. Las Libertades de Expressión. In: CALLEJÓN, Francisco Belaguer (coord). Derecho Constitucional y Cultura: Estudos em Homenaje a Peter Härbele, p.565-604, p. 569.

[59] MACHADO, Jonatas, Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública do Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 491.

[60] PEDRO, Jesús Pietro de. Cultura, Culturas y Constitución. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 239

[61] A idéia da mudança de perspectiva é defendida por Fiss Owen que afirma que a nova percepção do Estado enquanto uma fonte de liberdade e não enquanto inimigo desta, revoluciona o debate sobre a liberdade de expressão, ensejando uma séria de novas questões, dentre elas, o problema, por exemplo, do financiamento público das artes (OWEN, Fiss. La Ironia de La Libertad de Expression. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 12)

[62] Jorge Reis Novais, quando trata do tema, não especificamente com relação à liberdade artística mas sim em torno das liberdades em geral, afirma que, hoje, é possível extrair dos direitos fundamentais "*uma exigência genérica de fomento da liberdade*" (NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003 p. 74).

[63] De acordo com Vasco Pereira da Silva, é necessário conciliar a Constituição Econômica com a Constituição Cultural (SILVA, Vasco Pereira da. A Cultura a Que Tenho Direito: Direitos Fundamentais e Cultura. Coimbra: Almedina, 2007, p. 64).

[64] Com efeito, a dimensão positiva da liberdade artística não pode ser compreendida como uma dimensão de caráter individual (SERRAMALERA, Mercé Barceló I. Las Libertades de Expressión. In: CALLEJÓN, Francisco Belaguer (coord). Derecho Constitucional y Cultura: Estudos em Homenaje a Peter Härbele, p.565-604, p. 582).

[65] Para Pontier, Ricci e Bourdon. O serviço público da cultural, tal como qualquer serviço público, deve ser regido pelo princípio da igualdade (PONTIER, Jean Marie, BOURDON, Jacques e RICCI, Jean Claude. Droit de La Culture: Paris: Précis Dalloz, 1990, p.90-97). Para Guido Clemente San Luca, o princípio da igualdade, mais do que um fim pode significar um modo de intervenção no campo artístico (

SAN LUCA,Guido Clemente. Liberta Dell'Arte e Potere Amministrativo Milão: Giuffrè, 1990 p. 99-100).

[66] Para Jorge Reis Novais: "*Quanto maior for, no caso concreto, a necessidade de prover as condições fáticas do exercício dos direitos fundamentais, menor será o peso das concepções próprias do órgão estatal...*" (NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 76).

[67] Rimoli, Francesco. La Libertà Dell'arte Nell'Ordinamento Italiano.Padova : Cedam, 1992, p. 159-160.

[68]AINIS, Michele, Cultura e Política: Il Modelo Costituzionale. Milão: CEDAM, 1991, p. 119.

[69]MIRANDA, Jorge. O Patrimônio Cultural e a Constituição : Tópicos. In: Direito do Patrimônio Cultural.Oeiras: INA, 1996, p. 253-278, p. 259.

[70]AINIS, Michele, Cultura e Política: Il Modelo Costituzionale. Milão: CEDAM, 1991, p. 114.

[71] SAN LUCA,Guido Clemente. Liberta Dell'Arte e Potere Amministrativo. Milão: Giuffrè, 1990. p. 102.

[72] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 2007, p. 77.

[73] Idem, p. 82-83.

[74] ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Lisboa: Principia, 2007, p. 54.

AS AFINIDADES ELETIVAS ENTRE O DIREITO E A ANTROPOLOGIA NA PERSPECTIVA DE CLIFFORD GEERTZ*

LES AFFINITÉS ÉLECTIVES ENTRE LE DROIT ET L'ANTHROPOLOGIE DANS LA PERSPECTIVE DE CLIFFORD GEERTZ

Laura Jane Ribeiro Garbini Both

RESUMO

No viés da interdisciplinaridade e tendo como fio condutor a figura literária das afinidades eletivas, cunhada em obra da maturidade por Goethe, este texto propõe uma reflexão acerca das instâncias de interlocução, limites e possibilidades do diálogo entre o Direito e a Antropologia, no itinerário do ir- e- vir da hermenêutica-interpretativista de Clifford Geertz. As afinidades eletivas entre Direito e Antropologia serão tomadas aqui, em sentido estrito, como expressão de configurações culturais – o todo considerado não apenas como a soma das partes, mas um resultado de um arranjo único e de uma inter-relação das partes, o que constitui uma nova entidade - para daí, procurar revelar as continuidades e as descontinuidades entre essas duas formas de operacionalização e compreensão da realidade social.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO; ANTROPOLOGIA; CONFIGURAÇÕES CULTURAIS.

RESUME

Pas de parti pris de l'interdisciplinarité comme un phare et de la figure littéraire de affinités électives, forgé dans la maturité de Goethe, ce texte propose une discussion sur les cas de communication, les limites et les possibilités de dialogue entre le droit et l'anthropologie herméneutique de Clifford Geertz. L'affinité élective entre le droit et l'anthropologie sera pris ici au sens strict, comme l'expression de cultures - l'ensemble considéré non seulement comme la somme des parties, mais le résultat d'une entente et une inter-relation entre les parties, qui est une nouvelle entité - pour ensuite apparaître les continuités et les discontinuités entre ces deux formes de la collaboration et la compréhension de la réalité sociale.

MOT-CLES: DROIT; ANTHROPOLOGIE; CULTURE.

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O trecho reproduzido a seguir é parte de uma obra da maturidade de Goethe, publicada em 1809, na qual o autor conta a história de Eduardo e Otília, Capitão e Carlota, Conde e Baronesa, casais não no sentido matrimonial do termo, mas pares formados por atrações inevitáveis de "afinidades eletivas":

" - Julgo, apartou Eduardo, que tornaríamos a questão mais fácil para Carlota, e para nós mesmos, por meio de exemplos. Considera a água , o óleo , o mercúrio: encontrarás unidade, coesão entre as moléculas. Não abandonam essa intimidade senão pela força ou por outra determinação; desaparecida essa, tornam logo a juntar-se.

- Sem dúvida, concorda Carlota, as gotas de chuva juntam-se em torrentes; quando éramos crianças, brincávamos estonteados com o mercúrio, separando-os em bolinhas e deixando-as unirem-se novamente.

- Isso me permite, continua o Capitão, mencionar, de passagem, um ponto importante: essa relação, absolutamente pura, possível através da fluidez determina-se e se distingue sempre pela forma globosa. A gota de água que cai é redonda; as bolinhas de mercúrio, Carlota já falou, e até o chumbo derretido, ao cair, com o tempo necessário para consolidar-se, toma a forma esférica.

- Permitam que me adiante, propôs Carlota, para ver se atino aonde querem chegar. Como tudo tem conexão entre si, deverão também todos os seres estar em correspondência uns com os outros.

- Essa conexão será diferente, segundo a diversidade dos seres prosseguiu Eduardo. Ora se encontram, como amigos e velhos conhecidos, que se juntam, se ligam , sem nada modificar um ao outro (como o vinho ao misturar-se com a água); ora, ao contrário se conservam estranhos um ao outro, e até por meio de fricções, ou mecanicamente misturados, não se interpenetram de maneira alguma, como o óleo e a água , os quais sacolejados juntos, logo depois se separam.

- Não falta muito, considera Carlota, para que vejamos nessas simples formas, as pessoas que conhecemos; lembram principalmente, as sociedades em já vivemos. No entanto, a maior analogia com esses seres inanimados existe nas massas, que se enfrentam no mundo: as classes, as profissões, a nobreza, o terceiro estado, o militar e o civil.

- No entanto, replicou-lhe Eduardo, como esses agrupamentos , por meio de costumes e leis se unem - do mesmo modo, no nosso mundo químico, há agentes para juntar o que reciprocamente se repele.

- Assim é, interrompeu o Capitão, que mesclamos o óleo com a água por meio de um álcali.

- Não vá tão depressa na sua dissertação, pede-lhe Carlota, para que eu possa demonstrar que o sigo passo à passo. Não chegamos, aqui, às afinidades?

- Exatamente, respondeu-lhe o Capitão, e já iremos conhecê-las em toda sua força e exatidão. Aos corpos que, ao se concentrarem, se prendem no mesmo instante, um ao outro, e mutuamente se fixam, chamamos afins. Nos álcalis e nos ácidos (apesar de serem opostos, talvez devidos à isso mesmo, se procuram, agarram-se da maneira mais decidida, transformam-se e formam junto um corpo novo), essa afinidade é assombrosa. Pensemos somente na cal, que tem grande atração por todos os ácidos: imperativo desejo de ligar-se a eles. Logo que chegue o nosso laboratório químico, deixá-la-emos presenciar algumas experiências muito divertidas, que evidenciam noção mais clara que palavras, nomes e termos técnicos.

- Deixe-me confessar -lhe, disse-lhe Carlota, que , se o Capitão chama "afins" a essas substâncias estranhas, elas não me parecem consangüíneas , mas espiritualmente parentes pela alma. É dessa forma precisamente, que, entre os homens pode originar-se uma verdadeira e sólida amizade, pois caracteres opostos tornam assim possível entre eles íntima união. Agora esperarei que o Capitão apresente aos meus olhos esses efeitos misteriosos. Não te molestarei mais, continuou ela, dirigindo-se a Eduardo, quando leres em voz alta; mais bem instruída agora, ouvirei com atenção tuas palavras." [1]

Na sua introdução a esta obra, MEYER [2] nota que a díade homem-mulher é considerada não só na sua complementação sexual, mas é também, e principalmente objeto de análise moral e psicológica, pois ao descasar e reagrupar os casais, o autor sugere, para além das obscuras atrações do instinto, o jogo imprevisível de outras formas de afinidades.

Para MEYER[3], o interesse essencial do romance, sua peculiaridade, é não se concentrar num personagem determinado. A originalidade da construção literária/ dramática consiste no jogo das polaridades, atrações e repulsões. Goethe parece ter voltado todo seu empenho em acentuar, de forma simétrica e minuciosa, a interdependência que governa e condiciona as coisas da vida, das relações, do mundo, uma vez que a obra é quase toda tecida por detalhes significativos que em um primeiro momento aparentam não ter uma associação lógica ao desenvolvimento da ação. Contudo, ao evoluir, a narrativa revela que a repetição (estrutural) com variantes (conjunturais) cria novas correlações episódio a episódio: os menores fragmentos revelam uma perfeita simetria, projetam uma compreensão integral do significado.

Em estudo sobre o tema, LOWY[4] designa por "*afinidade eletiva* - termo originário das enciclopédias de ciências naturais - um tipo muito particular de relação dialética que se estabelece entre duas configurações sociais ou culturais não redutíveis à determinação causal direta ou influência mútua no sentido tradicional. Ressalta que o itinerário desse termo vai da alquimia à sociologia, passando pela literatura romanesca, e aparece em autores como Alberto, o Grande (século XIII), no já mencionado Wolfgang Goethe e até Max Weber. A expressão *afinidade eletiva* parece ter sido usada pela primeira vez em 1775, pelo químico T. Bergmann em 1785 e foi retomado por Goethe em seu romance destacado aqui. Da filosofia à química, daí para a

literatura, e finalmente para a sociologia através de novos significados operados dentre outros por Weber, diz LOWY:

"Da acepção antiga irá conservar as conotações de escolha recíproca, atração e combinação, mas a dimensão da novidade parece desaparecer. O conceito de Wahlverwandtschaft - assim como este outro, de significação próxima: sinnaftinitäten (afinidades de sentido) - aparece em três contextos precisos nos escritos de Weber. Em seu sentido central em Weber o conceito de afinidades eletivas busca "analisar a relação entre doutrinas religiosas e formas de ethos econômico" ***[5]***

Para a análise aqui empreendida, o que importa destacar é o quanto o conceito de *afinidade eletiva* abre possibilidades para a compreensão de realidades e relações complexas abrindo o campo para a superação de um reducionismo estrito que apaga nuances dos significados atribuídos às relações sociais estabelecidas.

Ressalta LOWY[6] que tanto a produção quanto a recepção e a apropriação dos conceitos, inclusive do próprio conceito de *afinidade eletiva*, têm sido sempre o resultado de uma complexa trama de aproximações e repulsões, de afinidades e interditos, de movimentos de convergência, de atração recíproca, de combinação, podendo chegar à fusão em múltiplas escalas e temporalidades.

Esta forma, essencialmente antropológica de interpretação e compreensão dos fenômenos da sociedade e expressa no sentido atribuído ao conceito de sociedade se realiza pela interveniência da mediação, da interação, da fusão, da metamorfose. Afirma LOWY:

É um conceito que nos permite justificar processos de interação que não dependem nem da causalidade direta, nem da relação "expressiva" entre forma e conteúdo (por exemplo, a forma religiosa como "expressão" de um conteúdo político ou social). (...) Naturalmente, a afinidade eletiva não se dá no vazio ou na placidez da espiritualidade pura: ela é favorecida (ou desfavorecida) por condições históricas ou sociais. (...). Neste sentido, uma análise em termos de afinidade eletiva é perfeitamente compatível com o reconhecimento do papel determinante das condições econômicas e sociais. ***[7]***

Em palestra proferida na Faculdade de Direito de Yale, em 1981 GEERTZ[8], propõe-se a discorrer sobre as afinidades eletivas entre o Direito e a Antropologia. Para tanto, apresenta um mini-tratado dedicado: i) a uma disciplina específica da "vida da mente"-pressuposto de que pensamentos são coisas sociais- o Direito; ii) a uma problemática específica dessa disciplina, qual seja, a relação entre a apuração dos fatos e o uso dos procedimentos em processos circunscritos ao universo dos julgamentos (adjudicação). O objetivo é discutir um assunto central na jurisprudência e adjudicação da *Common Law* anglo-americana: a distinção (de fundamento kantiano) entre *o ser* e o *dever ser*, entre o que aconteceu e o que é legal, e delinear seus meio-paralelos em outras três tradições legais: islâmica, índica e malaio-indonésia.

A idéia central da palestra-ensaio consiste em: 1) examinar como essa problemática (ser-dever ser) aparece nos EUA contemporâneo; 2) descrever as diferentes formas que essa problemática assume nessas outras tradições; 3) discutir as conseqüências destas diferenças para a evolução da adjudicação onde, não mais confinadas em seus territórios clássicos, tradições legais são postas em situações práticas e inequívocas de confrontação.

Desta maneira, a partir da discussão entre as afinidades e dissonâncias entre Direito e Antropologia, esboça três variedades bastante distintas do que chama de "sensibilidade jurídica" expressas em processos de raciocínio e sistemas simbólicos e procura estabelecer a conexão entre essas sensibilidades e as visões nelas incorporadas sobre o que é a realidade. Finalmente, discute como essas visões se relacionam umas com as outras para demonstrar como o "saber local" e os objetivos cosmopolitas podem se comportar ou não se comportar na ordem mundial . O foco da discussão nessa reflexão a partir da obra de Geertz, será no primeiro tópico pontuado pelo autor, a saber: os limites e as possibilidades da interlocução entre Direito e Antropologia.

I - A MIRADA ANTROPOLÓGICA

Afirma GEERTZ[9] que o Direito e a Antropologia funcionam à luz do saber local, pois procuram descobrir princípios gerais em fatos paroquiais. Existe uma semelhante visão de mundo entre ambos e uma semelhança na maneira como Direito e Antropologia focalizam o objeto de seus estudos: é a sensibilidade pelo caso individual. São ambos, advogado e antropólogo, *coinnoisseurs* de casos específicos e peritos em assuntos práticos. Contudo, para o autor, as relações entre o Direito e a Antropologia tem se constituído muito na ambivalência e na hesitação e pouco na síntese e acomodação.

Para que essa situação tome outra direção, há que se transcender imprescindivelmente os debates estáticos entre os dois campos e alerta que esta transcendência não se reduz à apenas descobrir se os conceitos da jurisprudência ocidental têm alguma aplicação útil em contextos não-ocidentais ou se o estudo do Direito Comparado consiste em saber como os africanos e os esquimós concebem a justiça, como são resolvidas as disputas na Turquia ou no México, ou ainda, se os regulamentos jurídicos realmente restringem o comportamento ou unicamente servem como justificativas racionais para encobrir algo que um juiz, advogado ou litigante queria fazer de qualquer maneira independente da especificidade da situação. É necessária, antes de tudo, tanto da parte do Direito quanto da parte da Antropologia, uma consciência maior e mais precisa do que uma disciplina significa para outra e que se supere o esforço para impregnar costumes sociais com significados jurídicos e ao mesmo tempo que não se reduza à corrigir raciocínios jurídicos através de descobertas antropológicas.

Para que essa consciência se desenvolva, assevera Geertz, é condição que se adote uma abordagem que busque para além de temas específicos de análise, um método que se expresse num "ir e vir" hermenêutico entre os dois campos, a fim de formular as questões morais, políticas o intelectuais que são importantes para ambos os campos de saber.

O "ir e vir" hermenêutico - peça fundante na metodologia de Geertz e que constitui-se como uma derivação do Círculo Hermenêutico de Heidegger, Wittgenstein, Gadamer e Paul Ricoeur - consiste em tomar os fenômenos culturais como interpretáveis e não como meros demonstrativos de códigos e leis na perspectiva comparativa. Assim, indica Geertz, dois tipos de conhecimento, duas abordagens devem convergir quando se trata de interpretar uma cultura: uma é a descrição das formas simbólicas particulares (ritual, gestual, construção do discurso, práticas de relações) como expressões definidas de uma determinada ordem social; outra é a contextualização de tais formas dentro da estrutura total de significação da qual elas são uma parte e em termos da qual elas tomam suas definições e derivações, ou seja, compreender o todo a partir de suas partes e estas a partir do todo. Interpretar, reitera o autor, não é partir de um grau zero de entendimento, mas partir de uma pré-compreensão que envolve a própria relação de quem interpreta com o todo, seja ele antropólogo ou jurista.

O tema eleito por Geertz - o relacionamento entre fatos e leis - tratado com a metodologia proposta - "ir e vir" hermenêutico - é um tópico clássico da filosofia ocidental desde Hume e Kant, e se expressa de forma bastante concreta e semelhante tanto no Direito, que foca a relação entre o que aconteceu (o fato) e o que é legal, quanto na Antropologia que , por sua vez, foca a relação entre os padrões sociais de comportamento observado concretamente na prática e as convenções sociais que supostamente os governam.

Ainda, a propósito deste item, relembra Geertz que o lugar dos fatos no universo dos julgamentos é uma questão central desde os gregos e que se refinou e complexificou até a contemporaneidade obrigando, de certa forma, os juízes "a saberem muito mais do que realmente lhes interessa"[10]. E nota, que existe hoje uma revolução geral de expectativas crescentes com relação às possibilidades da determinação factual e a sua capacidade de resolver questões insolúveis. Para o autor, as mãos jurídicas estão perdendo o controle do mundo das ocorrências e das circunstâncias, contudo, a simplificação dos fatos, sua redução às capacidades genéricas dos guardiões da lei é um processo inevitável e necessário, mas alerta que o exagero desta simplificação torna os fatos cada vez mais tênues na medida em que crescem as complexidades verificadas empiricamente, assim como, o temor a essa complexidade.

A compreensão de que os fatos da realidade social e que serão operacionalizados na ordem jurídica, não nascem espontaneamente, como também, a compreensão de que os mesmos são feitos, ou em termos mais antropológicos, são construídos socialmente por todos os elementos jurídicos - como os regulamentos sobre a evidência, a etiqueta que regula o comportamento nos tribunais, as tradições em regulamentos jurídicos, as técnicas da advocacia, a retórica dos juízes e os academicismos ensinados nas faculdades de Direito - suscita, segundo Geertz, questões importantes sobre as variadas possibilidades de configurações factuais, qualificando a argumentação jurídica.

A descrição de um fato de tal forma que possibilite aos advogados defendê-lo, aos juízes ouvi-lo, e aos jurados solucioná-los, nada mais é que uma representação, processo crucial no entendimento da cultura: o direito, da mesma forma que outros campos da análise do social, apresenta um mundo no qual suas próprias descrições fazem sentido. O argumento de GEERTZ, é fundamentado nos seguintes pressupostos: a parte "jurídica" do mundo não é simplesmente um conjunto de normas, regulamentos, princípios e valores limitados, que geram tudo que tenha a ver com o Direito e sim parte de uma maneira específica de imaginar a realidade. Trata-se, basicamente, não do que aconteceu, mas do que aconteceu aos olhos do Direito e, se o Direito difere de um lugar ao outro, de uma época a outra, então "o que seus olhos vêem também se modifica"[11].

Ressalta Geertz que a representação jurídica do fato é normativa, por princípio, e o problema que isso gera para todos aqueles, sejam eles advogados ou antropólogos, cujo objetivo é examinar os fatos com atitude reflexiva, é descobrir como representar aquela representação, ou seja, compreender a maneira pela qual as instituições legais traduzem a linguagem da imaginação para a linguagem da decisão, criando assim um sentido de justiça determinado.

Ao ser examinado por este ângulo, o problema entre fatos e leis (*ser* e *dever ser*), de acordo com Geertz adquire uma nova formulação: ao invés de tentar descobrir como juntar esses dois elementos, busca-se saber como diferenciá-los. Nesse caso, a perspectiva ocidental, segundo a qual existem determinadas regras que separam o certo do errado (um fenômeno ao qual se dá o nome de julgamento) e na qual também existem métodos para diferenciar o real do irreal (um fenômeno ao qual dá-se o nome de provas) parece ser apenas uma das maneiras de executar a tarefa, dentre outras possibilidades e arranjos. Assim, a defesa de um caso passa a ser algo mais do que organizar a evidência para provar um argumento: terá que descrever uma série de eventos e uma concepção geral de mundo de tal maneira que a credibilidade de um reforce a credibilidade do outro. Para GEERTZ[12]:

"Neste caso, para que um sistema jurídico seja viável, terá que ser capaz de unir a estrutura 'se-então' da existência, em sua visão local como eventos que compõem o 'como-portanto' da experiência, também segundo a percepção local, dando a impressão de que essas duas descrições são apenas versões diferentes da mesma coisa, uma mais profunda, outra mais superficial".

Assim, conclui Geertz, o sentido de justiça ou de sensibilidade jurídica é o primeiro fator que merece a atenção ao se falar de uma forma comparativa sobre as bases culturais do Direito. Essas sensibilidades variam não só em graus de definição, mas também no poder que exercem sobre os processos da vida social, frente a outras formas de pensar e sentir, ou nos seus estilos e conteúdos específicos. Diferem nos meios que utilizam, nos símbolos que empregam, nas histórias que contam e nas

distinções que estabelecem para apresentar eventos judicialmente. É possível que fatos e leis existam universalmente, mas sua polarização provavelmente não.

II O SENTIDO ANTROPOLÓGICO DO DIREITO

Para balizar sua argumentação interpretativista-hermenêutica acerca das peculiaridades e particularidades dos arranjos jurídicos possíveis, Geertz narra o caso de um aldeão balinês cujo nome fictício é Regreg:

"O problema de Regreg começou quando sua esposa fugiu com um homem de outra aldeia, ou um homem de outra aldeia fugiu com ela, ou os dois fugiram juntos: o casamento em um sistema como o de Bali, onde se simula uma captura, torna essas ocorrências mais ou menos indistinguíveis, ou pelo menos distingui-las não é lá muito importante aos olhos balineses. Apropriadamente enraivecido, Regreg exigiu que o conselho da aldeia, um grupo de cerca de cento e trinta homens que se reúnem a cada trinta e cinco dias para tomar decisões relacionadas com os assuntos locais, tomasse alguma providência para trazê-la de volta. Embora praticamente todos os membros do conselho tivessem compartilhado os sentimentos de Regreg, chamaram sua atenção para o fato de que casamentos, adultérios e divórcios e coisas semelhantes não eram problema da aldeia, coisa Regreg já deveria saber muito bem. Esses eram assuntos que deveriam ser tratados pelos grupos de parentesco, os quais, em Bali, normalmente são bem definidos e ciosos de suas prerrogativas. Portanto, o problema de Regreg estava fora de jurisdição do conselho, e ele estava pleiteando sua causa no fórum errado. (Nas aldeias balinesas existem regulamentos explícitos, inscritos e reinscritos em folhas de palmeira, uma geração após a outra, que definem em termos essencialmente religiosos, mas mesmo assim bem específicos, os direitos e obrigações dos vários organismos - conselhos, grupos de parentesco, sociedades para a irrigação, congregações religiosas, associações voluntárias- que, em um sistema mais ou menos federativo, as constitui). Os membros do conselho sinceramente gostariam de poder ajudá-lo de alguma maneira, mas, constitucionalmente, por assim dizer, não poderiam fazê-lo. E como o grupo de parentesco de Regreg, embora também compartilhando seus sentimentos, e com maior razão, pois a esposa, sendo prima de Regreg pelo lado paterno fazia parte do mesmo grupo, era pequeno, sem poder, e de baixo status, tampouco pôde fazer qualquer coisa para ajudá-lo, a não ser tentar consolá-lo com banalidades do tipo 'a vida é assim, o que passou, passou, e existem outras pedras - ou até outras primas - na praia'.

Regreg, no entanto, não se conformou com esse tipo de ajuda. Quando, sete ou oito meses mais tarde, aconteceu de ser a sua vez de tomar posse como um dos cinco chefes do conselho, segundo os costumes dessa aldeia, ele se recusou, e aí foi que seus

problemas realmente começaram. Pelo menos nessa aldeia específica (não existem duas aldeias que tenham exatamente o mesmo sistema; se por acaso isso acontece, uma delas modifica algum detalhe do seu próprio sistema), a posição de chefe do conselho era ocupada por rotação automática, com um mandato de três anos para cada um deles; quando chegava a vez de um dos habitantes (o que era, aliás, um acontecimento muito raro; certamente Regreg não teve muita sorte em todo esse episódio), este era simplesmente obrigado a aceitar o posto. Este sim era um problema do conselho, inscrito e reinscrito naquelas folhas de palmeira juntamente com a descrição exata e elaborada dos desastres que os deuses fariam desabar sobre a aldeia, se essa obrigação não fosse cumprida; uma recusa (e na memória de todos eles, a recusa de Regreg tinha sido o primeiro caso) equivale a pedir demissão não só da aldeia mas da própria raça humana. O autor dessa ofensa perde o terreno de sua casa, que, nesse caso, pertence à aldeia, e torna-se um nômade. Perde também o direito de entrar nos templos da aldeia, e assim distancia-se também dos deuses. Perde, obviamente, seus direitos políticos - um lugar no conselho, a participação em evento públicos, o direito à assistência pública, todos temas de grande importância na aldeia; perde também sua posição, o lugar hereditário em uma ordem semelhante a um sistema de castas, que lhe garante o respeito dos demais e, portanto, um tema de importância ainda maior. E, além disso, perde também todo seu universo social, pois ninguém na aldeia poderá lhe dirigir a palavra, sob pena de ser multado. Não é exatamente a pena capital. Para os balineses, no entanto, que têm um provérbio que diz "abandonar a comunidade de harmonia (a palavra em balinês é adat, um termo de suma importância e de ambiguidades) é como deitar-se e morrer", é a punição que mais se aproxima dela.

Desconhecemos o motivo pelo qual Regreg comportou-se de maneira tão atípica para os balinenses, cuja obediência às leis é tão extrema, que com enorme surpresa pessoal e prazer profissional por antropólogos,principalmente por aqueles que acabaram de sais de Java,sem falar naqueles saídos dos Estados Unidos. De qualquer maneira, seus concidadãos não tinham o menor interesse em saber quais seriam seus motivos e nem sequer estavam interessados em especular sobre o assunto, quando perguntados. ("Quem sabe? Ele quer sua esposa de volta".) Ao contrário,cientes da tragédia para qual Regreg caminhava, procuravam, por todos os meios imaginários, dissuadi-lo de sua decisão e introduzi-lo a ocupar o maldito posto de chefe. O conselho se reuniu uma dúzia de vezes no período de vários meses, em sessões especiais, unicamente para esse fim - convencê-lo a mudar de idéia. Os amigos passavam noites a fio ao seu lado. Parentes imploravam, adulavam, ameaçavam. Nenhum resultado. Finalmente o conselho o expulsou (por unanimidade, pois todas suas decisões eram unânimes);seu grupo de parentesco, depois de uma ultima tentativa desesperada de fazer com que ele voltasse atrás, também o expulsou , pois dada a precedência das prerrogativas do conselho sobre as suas nesse assunto especifico, se não o tivesse feito todos os seus membros teriam o mesmo destino de Regreg. Até seus familiares mais próximos - pais ,irmãos, filhos- tiveram que abandoná-lo ao final.Embora, a seus olhos,e supondo que com bastante razão ,era Regreg quem os havia abandonado

O fato,no entanto,é que Regreg estava no abandono. Sem teto, perambulava pelas ruas e praças da aldeia como uma fantasma, ou mais precisamente, como um cão .(Os balineses, embora tenham muitos cães - criaturas sarnentas, esquálidas, que latem incessantemente e que são chutados nas ruas como se fossem lixo- desprezam os cães com um sentimento quase patológico que se origina da concepção que tem desses animais como o final demoníaco de uma hierarquia 'deuses-aos-homens-aos-animais'

E,embora as pessoas estivessem proibidas de falar com ele, de vez em quando lhe atiravam algum resto de comida e quando esta não era o suficiente , ou não lhe atirassem pedras para afastá-lo,ele remexia os montes de lixo em busca de algo mais. Depois de vários meses nessa situação, cada dia mais desgrenhado, Regreg ficou virtualmente incoerente, e já não era capaz de contar sua estória aos gritos para os ouvidos moucos a seu redor,como fazia antes; talvez não fosse sequer capaz de lembrar o que lhe acontecera.

A essa altura, no entanto, ocorreu algo bastante inesperado, e , de certa maneira, sem precedentes. O rei de Bali mais tradicional e de maior importância, que , segundo os regulamentos em vigor da época ,era também o chefe regional do novo governo republicano,veio à aldeia para interferir em defesa de Regreg. Esse homem, que, nos sistemas de governo índicos do Sudeste Asiático, como existente em Bali (que, em parte modificado, e em parte reforçado,ainda existe) e na hierarquia mencionada acima, que vão dos deuses aos animais,encontra-se situado no ponto onde o humano transforma-se gradativamente na divindade, ou, como diriam os balineses,que consideravam as categorias hierárquicas de cima pra baixo,a divindade se transforma gradativamente no humano. É ,portanto ,um semideus, ou quase deus (chamam-lha de Dewa Agung-o, "Grande Deus") a figura mais sagrada da ilha, e , pelo menos em 1958, também a mais nobre em termos políticos e sociais. Seus súditos ainda rastejam em sua presença falavam dele em sentenças formalíssimas, e acreditavam que havia sido atravessado por forças cósmicas que lhe davam poderes tanto benignos quanto terríveis . Em épocas passadas, alguém como Regreg ,exilado de sua aldeia ,mais que um pária,sem casta e incapaz ,teria provavelmente terminado seus dias no palácio do 'Dewa Agung', ou no de algum de seus nobres,como um dependente sob a proteção do rei -não necessariamente um escravo,mas tampouco exatamente um homem livre.

Quando essa encarnação de 'Siva Vishn', e outras personalidades imperiais chegaram à aldeia - isto é, chegaram à reunião que o Conselho organizou especialmente para recebê-la - o rei pôs-se de cócoras no chão do pavilhão do Conselho mostrando, através desse gesto simbólico, que nesse contexto, ele era somente um visitante, ainda que importante, e não um rei e menos ainda um deus. Os membros do Conselho ouviram o que tinha a dizer com enorme deferência ,e uma tremenda exibição de cortesia tradicional.Disse-lhes o rei que estavam em uma nova era. Que o país havia se tornado independente. Que ele entendia os sentimentos dos aldeões ,mas que não deviam continuar exilando as pessoas ,confiscando suas terras, negando-lhes direitos políticos e religiosos, e assim por diante. Essa não era uma forma de agir moderna, democrática, condizente com o governo de Sukarno. Ao contrário, no espírito da nova Indonésia, e para mostrar ao resto do mundo que os balineses não eram um povo atrasado, deveriam aceitar Regreg de volta e, se fosse realmente necessário puni-lo, deveriam escolher outro tipo de punição. Quando terminou (foi um longo discurso), os membros do Conselho - vagarosamente, indiretamente e com deferência ainda maior - lhe disseram que fosse plantar batatas. Que, como ele bem sabia, os negócios relativos à aldeia eram prerrogativa do conselho e não dele, e os poderes reais, por mais que imagináveis em sua extensão, e exercidoss com maestria suprema, eram para outras coisas. A forma de agir na aldeia, no caso de Regreg, tinha o apoio da constituição local,e se ales a ignorassem, pragas e doenças cairiam sobre eles, os ratos devorariam suas colheitas, a terra tremeria, as montanhas explodiriam. Tudo o que rei dissera sobre a nova era, era correto, verdadeiro, nobre, belo e moderno, e eles estavam tão empenhados nisso quanto ele. (O que era verdade

*pois essa aldeia era bem mais progressista que outras e mais da metade da população era socialista).Mesmo assim, a resposta foi não - Regreg não seria readmitido como parte da comunidade humana. O rei, divindade- funcionário público,tendo ouvido uma vez mais o reconhecimento do seu status tradicional,e tendo, se não cumprido, pelo menos tentado cumprir sua obrigação de político moderno, expressou seu desejo de que a aldeia prosperasse, agradeceu o chá, e deixou o local por entre os salamaleques dos presentes,e o assunto nunca mais voltou a tona. A última vez que vi Regreg, ele havia submergido em uma psicose engolfante, e perambulava pela aldeia perdido em um mundo de alucinações ,inacessível a qualquer comentário ou gesto de compaixão."**[13]***

Tem-se nesse caso, analisa Geertz, uma série de eventos, regulamentos, políticas, costumes, crenças, sentimentos, símbolos, procedimentos e conceitos metafísicos agrupados de uma maneira tão engenhosa que faz com que qualquer contraste menos sofisticado entre aquilo que "é" e aquilo que "deve ser" pareça frágil. Existe nesse "caso" uma sensibilidade poderosa que contém forma, personalidade, perspicácia e conhecimento profundo e bem desenvolvido de si mesma, mesmo sem a ajuda de faculdades de Direito, juristas, reafirmações, periódicos ou decisões que servem como pontos de referência.

No caso do balinês Regreg, ocorrência e julgamento parecem que fluem conjuntamente em uma mistura fácil, que não encoraja nem uma investigação extensa dos detalhes factuais nem uma análise sistemática dos princípios legais. Contudo, ao contrário, o caso é permeado por uma visão geral de que as coisas deste mundo, entre elas os seres humanos, estão dispostas em categorias, algumas hierárquicas, outras coordenadas, mas todas claramente distintas e qualquer assunto que não esteja incluído nessas categorias, perturba toda estrutura e, portanto, tem que ser corrigido ou destruído. A questão, reitera Geertz, expressa de uma forma que jamais seria - ou poderia ser - utilizada pelos balineses é: de que maneira as representações construcionais do se/então são traduzidas em representações diretivas do "como/portanto" e vice-versa. Ou seja, dadas as nossas crenças, como devemos agir, ou dados nossos atos, em que devemos acreditar. Ilustra GEERTZ:

*" A separação dos vários campos de ação das autoridades - o grupo de parentesco distingui-se do conselho, e o conselho do rei; a definição de culpa não como um distúrbio da ordem política (a teimosia de Regreg nunca chegou a ser considerada como uma ameaça a essa ordem) mas sim como uma ameaça à etiqueta pública; e a solução utilizada, uma destruição radical da personalidade social, tudo isso ilustra uma concepção específica e poderosa, e a nossos olhos até estranha [...]".***[14]***

A visão do analista, alerta Geertz, deve se concentrar no significado, ou seja, deve se concentrar em como balineses (ou qualquer outro grupo) fazem sentido daquilo que fazem de forma prática, moral, jurídica, colocando seus atos em estruturas mais amplas de significação e ao mesmo tempo como mantêm ou pelos menos tentam manter essas estruturas mais amplas em seu lugar, organizando suas ações em seus termos. Seja lá como for essa sociedade, a contextualização cultural do incidente é um aspecto crítico da análise jurídica e também da análise política, estética, histórica ou sociológica em Bali ou qualquer outro lugar. Completa o autor, o fato de que, em nossa própria sociedade podemos, ou achamos que podemos, tomar como certo , sem maior análise , uma parte tão importante desse contexto, faz com que não sejamos capazes de identificar com clareza grande parte daquilo que um processo jurídico realmente é: uma forma de conseguir que nossas concepções de mundo e nossos veredictos se ratifiquem mutuamente, ou , utilizando uma expressão menos cotidiana, fazendo com que essas concepções e esses veredictos sejam respectivamente o lado abstrato e o lado prático da mesma razão constitutiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É justamente nesse momento que constituem-se as afinidades eletivas entre a Antropologia e o Direito: uma comparação da minha/ nossa visão sobre os membros do Conselho, por exemplo, com outras formas de saber local, não só torna essa visão mais consciente de outras formas de sensibilidade jurídica que não a sua, como também a faz mais consciente da qualidade precisa da sua própria sensibilidade. Isto é relativismo ressalta Geertz, mas um relativismo que não defende o niilismo, nem o ecletismo, nem a noção de que qualquer coisa é válida: é um relativismo que funde os processos de auto-conhecimento, auto-percepção e auto-entendimento com os processos de conhecimento, percepção e entendimento do outro.

Para o autor, a atenção que a Antropologia passou a dar às estruturas do significado em cujos termos, indivíduos e grupos de indivíduos vivem suas vidas e, mais especificamente, aos símbolos e sistemas de símbolos através dos quais essas estruturas são elaboradas, comunicadas, impostas, compartilhadas, modificadas e reproduzidas, parecem também ter grande utilidade para os estudos do Direito, porque, relembra Geertz, o homem não nasceu governado, tornou-se governável coletivamente, envolvendo-se em uma série de formas significativas ou teias de significação que ele próprio teceu, fato que conduz o analista na mirada antropológica a uma perspectiva de que a jurisdição não é um tipo de mecânica social, ou ainda, expressão de uma física do julgamento, mas sim, um tipo de hermenêutica cultural, uma semântica da ação.

Em síntese, é um afastamento das visões funcionalistas e uma tomada de rumo em direção a uma hermenêutica de pensar o Direito o principal argumento de Geertz. A visada hermenêutica consiste em reconhecer os sentidos e os significados específicos de coisas específicas que ocorrem em lugares específicos. Consiste enfim, em perceber que Antropologia e Direito podem estabelecer podem estabelecer intersecções pelas suas afinidades eletivas para além das fusões híbridas que podem resultar em um baixo rendimento para ambos. Intersecções em tópicos como os sugeridos por Geertz: a

relativização da oposição leis/fatos, em jogo variado de imagens coerentes e fórmulas conseqüentes; a concepção do estudo comparado do direito como um exercício de tradução intercultural; o entendimento de que o pensamento jurídico é construtivo de realidades sociais e não um mero reflexo dessas realidades; a ênfase na tenacidade histórica das sensibilidades jurídicas; a rejeição de uma visão segundo a qual o poder prático do Direito resulta do consenso social, a favor de uma visão que busque significados; a convicção de que o auto-entendimento e o entendimento do outro estão tão internamente conectados no Direito quanto nos outros domínios da cultura. Conclui Geertz que uma das vantagens dessa perspectiva é que a mesma abre uma série de possibilidades para explicar por que as pessoas fazem o que fazem e da maneira que fazem afim de compreender, através do Direito e da Antropologia, como os seres humanos em Java ou em Connecticut imaginam e criam formas de vida que eles próprios possam viver na prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GEERTZ, Clifford. **O saber local: fatos e leis em perspectiva comparativa.** *In*: O Saber Local: novos estudos em antropologia interpretativa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GOETHE, Johann Wolfgang. **Afinidades Eletivas**. São Paulo: Ediouro, 1986.

LÖWY, Michael**. Redenção e utopia**. Trad. port. São Paulo: Cia. Das Letras, 1989.

---

[1] GOETHE, Johann Wolfgang. **Afinidades Eletivas**. São Paulo: Ediouro, 1986.

[2] GOETHE, Johann Wolfgang. **Afinidades Eletivas**. São Paulo: Ediouro, 1986. p.32

[3] Idem, p.33

[4] LÖWY, Michael**. Redenção e utopia**. Trad. port. São Paulo: Cia. Das Letras, 1989. p.112

[5] LÖWY, Michael**. Redenção e utopia**. Trad. port. São Paulo: Cia. Das Letras, 1989. p.15.

[6] Idem, p.16

[7] Ibidem, p. 18.

[8] GEERTZ, Clifford. **O saber local: fatos e leis em perspectiva comparativa.** *In*: O Saber Local: novos estudos em antropologia interpretativa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

[9] Idem, p. 249.

[10] Ibidem, p. 254 e 255.

[11] Ibidem, p. 259.

[12] Ibidem, p. 261

[13] Ibidem, p.262- 268.

[14] Ibidem, p. 271

O ENSINO JURÍDICO ONTEM E HOJE: UM PARALELO ENTRE O DEPOIMENTO DE GABRIEL GARCIA MÁRQUEZ EM "VIVER PARA CONTAR" E O RELATO DE SÉRGIO ADORNO EM "OS APRENDIZES DO PODER" *

LAW TEACHING YESTERDAY AND TODAY: A PARALLEL BETWEEN THE TESTIMONY OF GABRIEL GARCIA MÁRQUEZ IN HIS BOOK "VIVER PARA CONTAR" AND THE TESTIMONY OF SÉRGIO ADORNO IN "OS APRENDIZES DO PODER"

Letícia Franco Maculan Assumpção

RESUMO

No presente trabalho é apresentado um paralelo entre o texto de Sérgio Adorno (Capítulo 3 do Livro Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira, 1998), no qual Sérgio Adorno aborda o "liberalismo sob as arcadas", e o depoimento de Gabriel Garcia Márquez sobre seus anos na Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Bogotá, em seu livro Viver para Contar (2003). Demonstra-se como era o ensino jurídico no fim do século XIX no Brasil e na primeira metade do século XX na Colômbia, examinando a paixão então existente pela literatura e avaliando o tipo de profissional formado nessas Academias. Em seguida, é analisado o ensino atual, suas semelhanças com o ensino de ontem, seus problemas e possíveis soluções, para, ao final, serem apresentadas algumas propostas para tornar o estudo, principalmente do Direito, mais instigante para os alunos de hoje.

PALAVRAS-CHAVES: ENSINO JURÍDICO, ESTRATÉGIAS DE ENSINO, SALA DE AULA, UNIVERSIDADE, SÉRGIO ADORNO, GABRIEL GARCIA MÁRQUEZ, LITERATURA, INTERNET, DIREITO.

ABSTRACT

This work shows a parallel between the text written by Sérgio Adorno (Chapter 3 of the book Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira, 1998), in which he examines "liberalism under the arcades", and the testimony of Gabriel Garcia Márquez about his years in the Law School of the National University of Bogotá, in his book Viver para Contar (2003). An analysis is made of the Law teaching methods at the end of the XIX century in Brazil and in the first half of the XX century in Colombia, and the existing passion for literature and the kind of professionals graduated from those Academies are examined. In sequence, the teaching methods used nowadays are examined, demonstrating that they do not differ from methods used before, and the problems and possible solutions are analyzed so that, in the end, it is possible to make some proposals to make the learning of Law more instigating for the students.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: LAW TEACHING, TEACHING STRATEGIES, CLASSROOM, UNIVERSITY, SÉRGIO ADORNO, GABRIEL GARCIA MÁRQUEZ, LITERATURE, INTERNET, LAW.

1 INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho pretende-se apresentar um paralelo entre o texto de Sérgio Adorno (Capítulo 3 do Livro *Os Aprendizes do Poder*: O Bacharelismo Liberal na Política Brasileira, 1998) e o depoimento de Gabriel Garcia Márquez sobre seus anos na Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Bogotá, em seu livro *Viver para Contar* (2003). Demonstra-se como era o ensino jurídico no fim do séc. XIX no Brasil e na primeira metade do séc. XX na Colômbia, examinando a paixão então existente pela literatura e avaliando o tipo de profissional formado nessas Academias para, ao final, propor algumas soluções para tornar o estudo do Direito mais instigante para os alunos de hoje.

2 O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL DURANTE O IMPÉRIO

No Capítulo 3 do Livro *Os aprendizes do poder:* o bacharelismo liberal na política brasileira, 1998, Sérgio Adorno aborda *O Liberalismo sob as arcadas: o confronto entre a academia formal e a academia real.*

No texto é examinado o ensino jurídico no Império, principalmente aquele desenvolvido na Academia de Direito de São Paulo, onde o curso de Ciências Jurídicas e Sociais foi inaugurado em março de 1828.

Segundo o mencionado autor, para a sua instalação, a Academia de Direito defrontou-se com diversos problemas, desde aqueles relativos às reformas no edifício do convento franciscano, onde foi instalado o curso, até aqueles referentes ao programa curricular, contratação de professores, matrícula de candidatos, indicação de compêndios, vencimento dos lentes, apontamentos de freqüência e ritos de avaliação. Ainda assim, a Academia de São Paulo produziu um intelectual politicamente disciplinado e

conservador, que veio a influenciar fortemente o Estado, destacando-se em altos cargos do Governo, conforme as palavras de Adorno:

[...] a cultura jurídica no Império produziu um tipo específico de intelectual: politicamente disciplinado conforme os fundamentos ideológicos do Estado; criteriosamente profissionalizado para concretizar o funcionamento e o controle do aparato administrativo; e habilmente convencido senão da legitimidade, pelo menos da legalidade da forma de governo instaurada. (ADORNO, 1998, p. 91)

Conforme o autor, não houve um planejamento para a formação desse intelectual, seja por parte do Estado, seja por parte da própria Academia: o Estado não controlava o processo de produção e transmissão de conhecimento e a profissionalização do bacharel ocorreu fora do contexto das relações didáticas estabelecidas entre o corpo docente e o discente (como se pode concluir das críticas dirigidas contra a má qualidade de ensino e contra a própria habilitação do corpo docente).

A formação profissional era caracterizada pela dispersão, regra entre os intelectuais da época, e não se restringia à cultura jurídica. O autodidatismo, a ausência de discípulos e a inexpressiva produção de conhecimentos contrastam com o "mandarinato imperial dos bacharéis", que vieram a se tornar a elite intelectual do Brasil. Outro traço marcante das Arcadas, que revela a particularidade do processo de profissionalização dos bacharéis, foi o "periodismo", ou seja, a existência de uma imprensa expressiva, produzida pelos acadêmicos.

Havia desilusão frente ao quadro geral de ensino jurídico, tanto em virtude da deficiente qualidade didática dos mestres, quanto pela inexistência de crítica na atividade didático-pedagógica. Muitas das aulas eram lidas e consistiam na eterna repetição de jurisconsultos tradicionais, sem análise crítica, a par do hábito de utilização de apostilas que reuniam excertos de obras distintas, sem sistematicidade ou organicidade.

O autor apresenta uma síntese do espírito que dominava as Arcadas. Por meio dela é possível compreender o porquê de terem sido produzidos poucos jurisconsultos e professores pela Academia, mas muitos advogados, administradores, parlamentares, oradores, jornalistas e artistas, que constituíram parcela expressiva da inteligência brasileira, nas artes e no jornalismo, e os principais dirigentes políticos da sociedade. Como demonstra Adorno:

Primeiro, vale destacar que a tradição jusnaturalista parece ter predominado enquanto orientação filosófica impressa à atividade pedagógica, consoante sugerem as fontes primárias e secundárias consultadas. Em segundo lugar, essa vocação jus-naturalista nunca penetrou a estrutura curricular pela porta de entrada. Era freqüente que os grandes sistemas filosóficos fossem conhecidos através de "filósofos menores" ou de intérpretes nem sempre autorizados. Sua assimilação processava-se por intermédio de um paciente estudo solitário, que transformava o lente de Direito em potencial autodidata e o bacharel em homem voltado para a solução de questões práticas da vida política e social. Em terceiro lugar, e talvez por isso mesmo, a Academia de Direito de São Paulo produziu uma safra numericamente inexpressiva de jurisconsultos, em favor de um contingente quantitativamente significativo de advogados, administradores, parlamentares, oradores, jornalistas e artistas. A prática de conciliar tendências filosóficas antagônicas e de harmonizar idéias jurídicas de distintas filiações ontológicas e gnosiológicas, minimizou os pressupostos críticos da atividade didático-pedagógica, e, em contrapartida, fez sobressair seu lado reverso: uma formação puramente ornamental, nutrida, em parte, da exposição quase literal de doutrinadores do Direito e de comentários dos códigos, sem qualquer efeito construtivo e modificador do comportamento.

Finalmente, convém lembrar, não foi incomum que novas correntes de filosofia jurídico-política aparecessem, de início, entre os estudantes e se expressassem, preferentemente, nos institutos e na imprensa acadêmica. [...] (ADORNO, 1998, p. 102-103)

Na sociedade pós-independência, a educação foi um "veículo de diferenciação social frente à imensa maioria da população desprovida da propriedade, pobre e analfabeta" (ADORNO, 1998, p. 142) e também possibilitou a homogeneização política da elite. No entanto, não foi a educação recebida em sala de aula, mas sim o jornalismo o responsável por essa homogeneização: "Basta ressaltar que, entre os biografados, muitos foram notáveis jornalistas" (ADORNO, 1998, p. 143).

Para Sérgio Adorno, na Academia de São Paulo não houve a transmissão de uma ideologia particular ou o treinamento específico dos estudantes, mas ela foi eficaz "por haver monopolizado todas as oportunidades de dispersão possíveis que se apresentavam à carreira dos bacharéis", criando "um tipo de intelectual, algo cosmopolita, que se aventurasse por outros campos de saber, não exclusivamente restritos ao universo da lei e do Direito". (ADORNO, 1998, p. 143)

Também se reconheceu que a produção intelectual dos bacharéis formados na Academia de São Paulo concentrou-se em questões públicas e na vida civil, havendo intensa atenção para a literatura:

[...] Ao que parece, a produção de romances, comédias, dramas, poesias, memórias, discursos literários representou importante prática na construção dos fundamentos morais da elite política. Certamente, disso muito pouco se ensinou em sala de aula, não obstante a oratória tenha sido característica identificável, com freqüência, nos traços biográficos de inúmeros acadêmicos. Qualquer reflexão superficial sugere que algo, além dos estritos limites da sala de aula, estimulou ou mesmo orientou a formação dos bacharéis para o cosmopolitismo intelectual. (ADORNO, 1998, p. 145)

Como grande parte da elite intelectual passava pelas Faculdades de Direito, em busca do *status* necessário, seja para simplesmente se apresentar à sociedade, seja para conseguir um cargo público, o exame dos egressos dessas Faculdades pode revelar o perfil dessa elite intelectual. Dentre os egressos relacionados por Sérgio Adorno, podem ser ressaltados, para exemplificar: Augusto Teixeira de Freitas, José Bonifácio de Andrade e Silva, Barão Homem de Melo, Luís Joaquim Duque Estrada Teixeira, Manuel Ferraz de Campos Sales, Prudente José de Moraes Barros, Joaquim Aurélio Barreto Nabuco de Araújo, Crispim Jacques Bias Fortes, Rui Barbosa, Antônio de Castro Alves, Afonso Augusto Moreira Pena, Francisco de Paula Rodrigues Alves, João Mendes Júnior (ADORNO, 1998, p. 143-145).

Efetivamente, é possível afirmar que havia, no Brasil do final do século XIX, um entendimento geral da elite intelectual no sentido de que a cultura e a produção literária eram o que havia de mais importante na formação e afirmação do homem (homem aqui no sentido literal, pois mulheres ainda não circulavam nas Academias). Esse entendimento era global e se prolongou durante a primeira metade do século XX. É o que se depreende da leitura do livro de Gabriel Garcia Márquez, *Viver para Contar*, no qual ele narra sua própria história, inclusive relatando fatos ocorridos no período em que estudou na Faculdade de Direito da Colômbia, que será examinado no tópico seguinte.

3 O ENSINO JURÍDICO NO INÍCIO DO SÉCULO XX NA COLÔMBIA

Do exame da obra de Garcia Márquez é possível observar que a situação do ensino jurídico e o entusiasmo pela literatura e pelo jornalismo não eram diferentes no Brasil do final do século XIX e na Colômbia da primeira metade do Século XX.

Para defender essa posição, serão comentados fatos relevantes, retirados de trechos da obra, a fim de apresentar uma visão global do que foi a vida de Gabriel Garcia Márquez no período em que freqüentou a Faculdade de Direito.

Muitos não sabem que Gabriel Garcia Márquez foi estudante de Direito. Talvez porque este não seja um fato relevante para o público, já que ele sequer se formou, tendo se tornado conhecido como jornalista e escritor. Mas, para os estudantes de metodologia do ensino, é muito interessante o depoimento desse intelectual sobre seus anos na Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Bogotá.

Convém mencionar que Gabriel Garcia Márquez, antes de se matricular na Faculdade de Direito da Universidade Nacional da Colômbia, morava em uma pequena cidade do interior do país, chamada Zipaquirá, onde cursava o segundo grau. Mas ele estava "perdido na vida", com mulheres, noitadas com amigos e outras farras, e nem o segundo grau queria terminar. Seus pais o convenceram a fazer um esforço para se formar no segundo grau e a estudar Direito. A justificativa da mãe, nas palavras de Garcia Márquez, foi a seguinte: "- Na nossa situação, com esse quadro de filhos – me explicou – achamos que a melhor situação é a carreira que você mesmo possa custear." (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p. 233)

Dessa passagem podemos inferir que o Direito não seria a primeira opção dos pais dele, mas, como Garcia Márquez reconhece, "[...] podia ser dos males o menor, e seus estragos podiam ser os menos sangrentos." (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p. 233)

A família de Garcia Márquez não era rica (em algumas fases, chegaram a passar necessidade) e eram muitos filhos para sustentar (Eligio García e Luiza Santiaga Márquez Iguaran tiveram onze filhos). Assim, talvez o curso de Direito, seja pela carga horária, seja pelo material necessário, fosse mais viável, de forma que os pais entenderam que o filho poderia custeá-lo, trabalhando enquanto estudava. Entretanto, Garcia Márquez afirma que, em Bogotá, a leitura, e não o trabalho, ocupava suas tardes livres:

[...] em vez de trabalhar para viver, eu ficava lendo no meu quarto ou nos cafés onde deixavam a gente ficar lendo. Eram livros de sorte e de azar, e dependiam mais da minha sorte que dos meus azares, pois os amigos que podiam comprar livros os emprestavam com prazos tão exíguos que eu passava noites em claro para poder devolvê-los a tempo. Mas ao contrário dos que li no Liceu de Zipaquirá, que já mereciam estar num mausoléu de autores consagrados, desta vez eram livros que líamos

como pães quentes, recém-traduzidos e impressos em Buenos Aires, depois da longa trégua editorial da segunda guerra européia. Foi assim que, para minha sorte, eu descobri os há muito descobertos Jorge Luiz Borges, D.H.Laurence e Aldous Huxley, e Graham Greene e Chesterton, e William Irish e Katherine Mansfield, e muita gente a mais. (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p.239-240)

Os livros na época eram caros e difíceis de se obter, mas a juventude se interessava pela leitura, pelas novidades culturais, de modo que aqueles que podiam comprar emprestavam aos colegas os livros, sempre com prazos curtos para devolução, pois a fila era grande.

Os cafés dos estudantes eram centros de divulgação cultural entre os universitários. Lá circulavam alguns exemplares de livros, disputados por todos. Os donos dos cafés e seus empregados de confiança ajudavam os estudantes. Garcia Márquez chega a afirmar que alguns favores deles foram decisivos para salvar muitas carreiras universitárias:

Nós conhecíamos as novidades pelas vitrines inalcançáveis das livrarias, mas alguns exemplares circulavam pelos cafés de estudantes, que eram centros ativos de divulgação cultural entre universitários de província. Alguns tinham seus lugares reservados ano após ano, e ali recebiam sua correspondência e até mesmo o dinheiro dos vales postais. Alguns favores dos donos, ou de seus empregados de confiança, foram decisivos para salvar muitas carreiras universitárias. Numerosos profissionais do país devem mais a eles que aos seus protetores invisíveis. (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p. 240)

Em alguns cafés se reuniam os grandes nomes das artes e das letras do país. Os estudantes universitários tinham a certeza de aprender mais e melhor ali, com as conversas literárias que escutavam “entrincheirados nas mesas vizinhas”, do que com os livros do curso (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p. 240).

Aliás, nos cafés do centro confluía a vida de toda a Colômbia, neles se fazia a história:

A instituição que diferenciava Bogotá eram os cafés do centro, onde mais cedo ou mais tarde confluía a vida de todo o país. Cada um desfrutou seu momento de uma especialidade – política, literária, financeira – de maneira que grande parte da história da Colômbia daqueles anos teve alguma relação com os cafés. Cada pessoa tinha o seu café favorito, e isso era um sinal infalível de identidade.

Escritores e políticos da primeira metade do século – inclusive alguns presidentes da República – haviam estudado nos cafés da rua Catorze, na frente do colégio do Rosário. (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p. 252)

Gabriel Garcia Márquez já então era um escritor, já escrevia desde o segundo grau, mas nem ele havia se descoberto a si próprio. Ele escrevia prosas líricas "para superar o tédio das aulas" (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p. 242).

A força da poesia naquela época é retratada por Garcia Márquez da seguinte forma:

É difícil imaginar até que ponto vivia-se naquela época à sombra da poesia. Era uma paixão frenética, outro modo de ser, uma bola de fogo que andava por conta própria por todos os lados. Abríamos os jornais, mesmo na seção de economia ou na página policial, ou líamos a borra do café no fundo da xícara, e lá estava a poesia esperando por nós, para tomar conta de nossos sonhos. Assim, para nós, aborígenes de todas as províncias, Bogotá era a capital do país e a sede do governo, mas sobretudo era a cidade onde os poetas viviam. Não só acreditávamos na poesia, e morríamos por ela, mas também sabíamos com certeza – como escreveu Luiz Cardoza y Aragon – que a 'a poesia é a única prova concreta da existência do homem'.

O mundo era dos poetas. Suas novidades eram mais importantes para a minha geração do que as notícias políticas cada vez mais deprimentes. (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p. 246)

A vocação de Garcia Márquez, no entanto, não era para a poesia, mas para a narração, gênero que não estava na moda. Márquez entende que a sobrevalorização da poesia se deve ao fato de que a vida na Colômbia ainda continuava no século XIX, sobretudo na Bogotá dos anos quarenta, época em que ele se matriculou na Faculdade de Direito da Universidade Nacional (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p. 251).

Ele nos conta que havia um interessante jornal. Consistia num quadro-negro, como o das escolas, exibido no terraço do jornal *El Espectador* ao meio-dia e às cinco da tarde com as últimas notícias escritas a giz. Os leitores pedestres podiam ler as notícias e aplaudiam aquelas que lhes pareciam boas e vaiavam ou atiravam pedras contra o quadro-negro quando não gostavam delas:

Era uma forma de participação democrática instantânea que dava ao *El Espectador* um termômetro mais eficaz que qualquer outro para medir a febre da opinião pública.

Ainda não existia televisão e havia noticiários muito completos no rádio, mas em horas fixas, e por isso antes de almoçar ou jantar as pessoas ficavam esperando a aparição do quadro-negro para chegar em casa com uma versão mais completa do mundo. (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p. 251/252)

Para Garcia Márquez se aprendia muito mais fora do que dentro de sala de aula. Também os relacionamentos eram travados fora da faculdade, onde era difícil estabelecer relações pessoais, pois, terminadas as aulas, os companheiros de curso se dispersavam na cidade. (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p. 254)

Ainda assim, ele fez algumas amizades, principalmente com colegas que, como ele, gostavam de literatura:

Meu colega mais assíduo desde o primeiro ano foi Gonzalo Mallarino Botero, o único acostumado a acreditar em alguns prodígios da vida que não eram verdade embora fossem verdadeiros. Foi ele quem me ensinou que a faculdade de direito não era tão estéril como eu pensava, pois desde o primeiro dia me tirou da aula de estatística e demografia, às sete da madrugada, e me desafiou para um duelo pessoal de poesia no café da cidade universitária. Nas horas mortas da manhã recitava de cor os poemas dos clássicos espanhóis, e eu correspondia com poemas de jovens colombianos que tinham aberto fogo contra as chispas retóricas do século anterior.

[...]

Outros colegas com eram Guillermo Lopes Guerra e Álvaro Vidal Varón, que já tinham sido meus cúmplices no Liceu de Zipaquirá. No entanto, na universidade estive mais próximo de Luiz Villar Borda e Camilo Torres Restrepo, que faziam com garra e por amor à arte o suplemento literário de *La Razón*, um jornal quase secreto que o poeta e jornalista Juan Lozano y Lozano dirigia. Nos dias de fechamento eu ia com eles para a redação e dava uma mão nas emergências de última hora. Algumas vezes encontrei o diretor, cujos sonetos eu admirava e mais ainda os perfis de personagens nacionais que publicava na revista *Sábado*. (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p. 254-255)

Enquanto a vida social e cultural de Garcia Márquez ia bem, não ia tão bem assim a sua vida de estudante. Ele achava tediosas e sonolentas as aulas de direito, ainda que respeitasse alguns dos professores. Não era para menos. Pelo que ele conta, não havia qualquer didática por parte dos professores que, apesar de seguros quanto ao conteúdo da matéria, apenas o “despejavam” sobre os alunos, sem se importar com o que esses estariam aprendendo e sem oportunizar o debate ou a crítica sobre aquilo que estava sendo ensinado:

Nas aulas da universidade, enquanto isso, eu estava encalhado. Sempre lamentei minha falta de devoção pelos méritos dos professores de grandes nomes que suportavam nossos tédios. Entre eles, Alfonso López Michelsen, filho do único presidente colombiano reeleito no século XX, e creio que desse detalhe vinha a impressão generalizada de que também ele estava predestinado a ser presidente por nascimento, como acabou sendo. Chegava à sua cátedra de introdução ao direito com uma pontualidade irritante e uns esplêndidos paletós de casimira feitos em Londres. Ditava sua aula sem olhar para ninguém, com o ar celestial dos míopes inteligentes e que sempre parecem andar através dos sonhos alheios. Suas aulas me pareciam monólogos de uma corda só, com era para mim qualquer aula que não fosse de poesia, mas o tédio de sua voz tinha a virtude hipnótica de um encantador de serpentes. Sua vasta cultura literária já tinha desde então uma sustentação segura, e sabia usá-la por escrito e em viva voz, mas só comecei a apreciá-la quando tornamos a nos conhecer anos depois e a fazer-nos amigos, já longe da sonolência das salas de aula. (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p. 258)

A cultura jurídica do professor, ao que parece, era avaliada considerando o seu conhecimento sobre a lei, valorizando-se o positivismo:

Jorge Soto del Corral, o professor de direito constitucional, tinha fama de saber de cor todas as constituições do mundo, e nas aulas nos matinha deslumbrados com o resplendor de sua inteligência e sua erudição jurídica, atrapalhada apenas pelo seu escasso senso de humor. [...] (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p. 262)

Apesar de não ser freqüente às aulas, Garcia Márquez foi aprovado no primeiro ano, sendo que, para isso, teve que fazer “reforços de última hora” nas matérias fáceis e, nas mais difíceis, usou o “velho truque de escamotear o tema com recursos de invenção”.

Convém reproduzir uma dessas oportunidades, em que ele tentou engabelar o professor em um exame final, mas não foi bem sucedido:

[...] Apelei para o meu velho truque de desviar do assunto com recursos retóricos. Percebi que o professor havia detectado a minha astúcia, mas que talvez a apreciasse com um recurso literário. O único tropeço foi que na agonia do exame usei a palavra

prescrição e ele apressou-se em me pedir que a definisse, para se assegurar de que eu sabia do que estava falando.

- Prescrever é adquirir uma propriedade por decurso de prazo – disse a ele.

Ele me perguntou de imediato:

- Adquirir ou perder?

Dava no mesmo, já que não era uma coisa nem outra, mas não respondi graças apenas à minha insegurança congênita, e aposto que essa história deve ter se transformado numa das suas célebres gozações de café, porque na hora da nota ele não levou a dúvida em conta. (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p. 259)

Mas ele não se interessava pelas matérias e, "após dezesseis meses de sobrevivência milagrosa, o que sobrou foi um bom grupo de amigos para o resto da vida" (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p. 262).

4 O ENSINO JURÍDICO HOJE – PROBLEMAS E SOLUÇÕES POSSÍVEIS

O ensino jurídico hoje não difere muito daquele praticado no Brasil durante o Império ou no início do século XX na Colômbia. Os maiores problemas são similares: aulas dogmáticas, sem oportunidade para crítica por parte dos alunos; desinteresse ou incapacidade dos professores em apresentar um ensino inovador e em inspirar nos alunos a paixão pelo estudo do Direito.

Para Miracy Barbosa de Sousa Gustin, os maiores problemas do ensino jurídico atual são: a formação em massa de bacharéis em Direito; a forma de ensino tradicional, na qual impera a dogmática, sendo o conteúdo transmitido como pronto e acabado (o que é inadequado à complexidade social, tecnológica e econômica da sociedade atual); o ensino pouco inovador, não sendo ultrapassados antigos modos de aprendizagem; a falta de preparo dos professores, muitos dos quais não têm idéia do que seja educar (GUSTIN, 2004, p. 283-296).

Juan Ramón Capella também entende que um dos principais problemas no ensino superior é que ele não sabe ser inovador. A preocupação dos professores, quando existe, é centrada na atualização do conteúdo de seu ensino, mas não na inovação mesma. A atualização do ensino consiste em incorporar às aulas os resultados significativos das

disciplinas que os professores cultivam. Essa atualização já supõe considerável esforço de estudo e aprendizagem por parte do professor, mas não constitui inovação, pois do ponto de vista de quem aprende é mera manutenção (CAPELLA, 1998, p. 33-34).

Na mesma obra, Capella afirma que a atividade dos professores pode contribuir para a aprendizagem inovadora se conseguir transmitir não unicamente resultados, mas também a problemática que esses resultados dão a conhecer, ou seja, as perguntas para as quais não têm resposta aqueles que ensinam, ou a busca por respostas melhores do que as já existentes. Mas ele reconhece que ensinar a inovar não é fácil. Entretanto, convém aprender a inovar. De outro modo, diante de uma situação imprevista ou de um problema novo, não haverá remédio senão aprender por choque (CAPELLA, 1998, p. 34-35).

Para ilustrar o que é a aprendizagem por choque, o autor coloca a seguinte questão: como aprender a nadar? Pode-se ensinar por passos: perder o medo da água, mergulhar sem beber água, boiar, mover ritmicamente os braços e pernas e, finalmente, aprender a nadar. Mas também é possível, não sem certo risco, aprender por choque: quando alguém se coloca em uma situação tal que ou aprende a nadar, ou se afoga. Nesse caso, a pessoa às vezes aprende e sobrevive.

Capella afirma que a aprendizagem por choque é menos infreqüente do que parece. A violência do ensino está em parte ligada a estes métodos, que substituem o trabalho do professor de produzir estímulos intelectuais pela vontade de aprender do discípulo derivada da necessidade de escapar do perigo. (CAPELLA, 1998, p. 30).

Ainda para Capella, outro problema é que as condições acadêmicas do cultivo de uma disciplina tendem a encapsularizá-la em excesso, fechando-a sobre si mesma. Uma aprendizagem inovadora não só exige contemplar como provisórias e revisáveis as determinações de cada saber particular, como também considerar outras exigências intelectuais importantes, como a historicidade e a interdisciplinaridade (CAPELLA, 1998, p. 35)

Miracy Barbosa de Sousa Gustin aponta como solução para o ensino jurídico que seja repensada a estrutura curricular a partir de um processo crítico e emancipado de revisão do ensino jurídico (fazendo interagir o ensino acadêmico, a pesquisa e as atividades de formação profissional continuada), sendo o ensino pensado por meio de um viés social voltado para a solução de demandas e necessidades das populações excluídas. Para que tais objetivos sejam atingidos, a aprendizagem deve ser inovadora, ultrapassando as obviedades postas nos manuais que, ao contrário do que os alunos pensam, não são

verdades absolutas, buscando uma nova gramática social-pedagógica: de solidariedade, emancipação e colaboração (GUSTIN, 2004, p. 283-296).

Humberto Maturana aborda a questão da competição na educação atual, demonstrando que ela não é sadia, porque se constitui na negação do outro. Para ele, a competição não se dá no nível biológico, mas sim no âmbito cultural humano. Essa competição interfere na linguagem, peculiar ao ser humano, pois só há linguagem quando há alteridade, troca de experiências, relacionamento no meio social. Para ele, a educação não pode se fundar na competição, afastando os jovens do conhecimento de seu mundo e limitando sua abordagem responsável da comunidade que os sustenta (MATURANA, 2002, p. 11-29).

Capella tem o mesmo entendimento: para que a aprendizagem seja inovadora, é necessário sentido crítico e atitude. No que se refere à atitude, Capella afirma que é preciso vencer uma resistência posta pelo meio, afastando a competitividade e substituindo-a por colaboração. Além disso, é preciso que a aprendizagem inovadora seja utilizada para solucionar problemas reais, de modo que o aprendido tenha uma utilidade e faça sentido para o aluno (CAPELLA, 1998).

André Macedo de Oliveira aponta como uma boa solução para o ensino jurídico a utilização de núcleos de prática jurídica, nos quais os alunos poderão ficar frente a frente com problemas reais que apenas o estudo teórico não é capaz de demonstrar. A prática jurídica favorece o amadurecimento, tanto do ponto de vista profissional quanto do social, além de proporcionar a aplicação prática do conteúdo teórico apresentado em sala de aula e inspirar o lado crítico do futuro profissional. Na aplicação dos conhecimentos o aluno sistematiza a teoria, de forma interdisciplinar, podendo mesmo chegar à conclusão de que a melhor maneira de resolver a questão não é o ajuizamento de uma ação, mas outra alternativa totalmente distanciada da prática jurídica. Muitas vezes um problema pode ser resolvido de forma simples, se o aluno souber ouvir aquele que o procura e analisar a questão por todos os ângulos. Aprender a ouvir é uma habilidade indispensável para o profissional do Direito (OLIVEIRA, 2004, p. 71-111).

No que se refere às habilidades, Philippe Perrenoud, confrontando habilidades e competências, conclui que os professores devem dar aos alunos habilidades para a vida, além de passar o conteúdo necessário ao futuro exercício da profissão, buscando um equilíbrio entre a construção de competências e a acumulação de saberes. Esse equilíbrio deve ser alcançado não só dentro de uma disciplina isolada, pois há uma transversalidade entre as diversas disciplinas. A interdisciplinaridade é extremamente relevante na criação de habilidades para a vida, que não se apresenta em “caixinhas”. A vida é um todo que deverá ser apreendido pelo profissional (PERRENOUD, 2009).

As idéias acima apresentadas, no entanto, não são de fácil colocação em prática, muito menos se não houver previsão de momentos supra-disciplinares nos projetos pedagógicos dos cursos jurídicos. A tarefa de construir a interdisciplinaridade é muito árdua para que um professor a desempenhe solitariamente.

Philippe Perrenoud apresenta uma relação de competências para o professor visando à melhoria do ensino, tomando como guia um referencial adotado em Genebra em 1996 para a formação contínua. São dez grandes famílias de competências (rol não definitivo nem exaustivo), quais sejam: 1. organizar e dirigir situações de aprendizagem; 2. administrar a progressão das aprendizagens; 3. conceber e fazer evoluir os dispositivos de diferenciação.; 4. envolver os alunos em suas aprendizagens e em seu trabalho; 5. trabalhar em equipe; 6. participar da administração da escola; 7. informar e envolver os pais; 8. utilizar novas tecnologias; 9. enfrentar os deveres e dilemas éticos da profissão; 10. administrar sua própria formação contínua (PERRENOUD, 2000, p. 11-21).

O rol acima apresentado, se efetivamente concretizado, poderia representar uma mudança, ainda que gradual, no ensino escolar e universitário. Não é possível persistir com escolas e faculdades "[...] construídas segundo o modelo das linhas de montagem", nas quais aqueles que não estejam de acordo com os modelos apresentados por agências governamentais são simplesmente descartados (ALVES, 2001, p. 36).

As universidades podem e devem se tornar centros culturais, artísticos e políticos, proporcionando meios, criando oportunidades para que os jovens se encontrem e discutam, para que amadureçam e cresçam. O debate e a crítica podem começar dentro da sala de aula, a fim de tornar as aulas mais interessantes e menos tediosas, mas sempre será importante fomentar atividades extraclasse, ainda que dentro da universidade ou relacionadas a ela, pois num ambiente menos formal e mais livre a criatividade tem mais chances de sobressair. Não convém que, terminadas as aulas, os estudantes se dispersem imediatamente, como ocorria na época de Garcia Márquez e ainda acontece até hoje.

No entanto, como não é possível fechar os olhos à realidade, a Universidade poderia aproveitar o entusiasmo dos jovens pela *internet* e criar fóruns de discussão, mediados por professores (ou por monitores, com supervisão de professores), para debate das questões polêmicas, das novidades de jurisprudência e para troca de experiências. Para incentivar o seu uso, poderia ser atribuída nota aos estudantes mais assíduos no fórum ou aos debates mais interessantes.

Independentemente do meio, não há dúvida de que a socialização é uma importante parte do aprendizado e de que a crítica em muito contribui para a formação do

estudante, devendo ser incentivadas pela Universidade. Ao aplicar o Direito aos fatos da vida, no contado com a realidade, os estudantes poderão compreender que a aparente incerteza que envolve as questões jurídicas, ao contrário de desvalorizar o Direito, revela a sua riqueza, convidando o intérprete a pensar, a produzir, a contribuir para o debate e para a mudança da sociedade.

5 CONCLUSÃO

Da análise do texto de Sérgio Adorno, *O Liberalismo sob as arcadas: o confronto entre a academia formal e a academia real* (1998), e do livro de Gabriel Garcia Márquez, *Viver para Contar* (2003), podemos concluir que não havia grande diferença no ensino do Direito no Brasil Imperial e na Colômbia da primeira metade do século XX.

Na realidade, podemos concluir que não foi a Universidade que formou os estudantes da época, mas sim o meio social (o jornalismo, o contato com as artes, com as letras, com a política). Mas a Universidade foi eficaz, como diz Sérgio Adorno, "[...] por haver monopolizado todas as oportunidades de dispersão possíveis que se apresentavam à carreira dos bacharéis", criando "[...] um tipo de intelectual, algo cosmopolita, que se aventurasse por outros campos de saber, não exclusivamente restritos ao universo da lei e do Direito". (ADORNO, 1998, p. 143)

Não há dúvida de que "[...] algo, além dos estritos limites da sala de aula, estimulou ou mesmo orientou a formação dos bacharéis para o cosmopolitismo intelectual" (ADORNO, 1988, p. 145). Esse algo provavelmente era um entendimento comum entre a elite intelectual mundial de que a cultura, a literatura, principalmente a poesia, e a produção literária eram o que de mais importante havia para a formação e afirmação social do intelectual.

Os livros continham as novidades, as ousadias. Eles eram lidos "como pães quentes" (GARCIA MÁRQUEZ, 2003, p. 239-240), recém saídos do forno, e devorados com muito apetite.

Na Colômbia, os cafés eram os locais onde a cultura e a política afloravam. Lá as os grandes nomes das artes e das letras do país podiam ser ouvidos pelos estudantes

universitários, que escutavam “entrincheirados nas mesas vizinhas”. Garcia Márquez afirma que lá aprendiam muito mais do que nos livros do curso.

Também os estudantes da Academia de Direito de São Paulo aprendiam mais fora do que dentro da sala de aula, principalmente por meio dos jornais, que traziam as novidades jurídicas, políticas e culturais oriundas da Europa. O texto de Sérgio Adorno não informa os locais onde os estudantes se encontravam para trocar as informações e discuti-las, mas possivelmente os cafés do centro deviam ser, também em São Paulo, importantes centros de convivência.

A questão que aflora, então, é: por que não se aprendia (e até hoje não se aprende) em sala de aula? Os problemas, ontem e hoje, continuam os mesmos: a excessiva dogmática, o conhecimento visto como algo pronto e acabado, a ausência de ensino inovador, de oportunidade para debate e crítica

Mas, ainda que seja possível melhorar o ensino dentro de sala de aula, é preciso que a educação também trabalhe com os espaços extra-classe, pois não há dúvida de que a vida fora da sala de aula é muito mais rica, de debates, de novidades, de emoções, de contato com a realidade. No entanto, para o jovem de hoje não há cafés onde se discutam a cultura, a política e as artes, pelo que a Universidade deve se organizar para se tornar esse centro cultural e político, tanto para os alunos quanto para a comunidade em que está inserida.

O uso da tecnologia não pode ser desprezado. O entusiasmo dos jovens de nossos dias com a *internet* é comparável à paixão pelos livros existente no Brasil imperial e na Colômbia do início do século XX e deve ser aproveitado.

Não há dúvida de que a socialização, a prática, a crítica e a relação com a comunidade, constituem importante parte do aprendizado, mesmo que ocorram por meio virtual (uso da *internet*). No caso específico das Faculdades de Direito, ao aplicar o Direito aos fatos da vida, no contado com a realidade, os estudantes poderão compreender que a aparente incerteza que envolve as questões jurídicas, ao contrário de desvalorizá-las, revela a sua riqueza, convidando o intérprete a pensar, a produzir, a contribuir para o debate e para a mudança da sociedade.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder:* o bacharelismo liberal na política brasileira.

Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALVES, Rubem. *A escola com que sempre sonhei sem imaginar que pudesse existir*. 7. ed. Campinas: Papirus, 2001.

CAPELLA, Juan Ramón. *El aprendizaje del aprendizaje:* fruta prohibida. Una introducción al estudio del derecho. Madrid: Trotta, 1998.

GARCIA MÁRQUEZ, Gabriel. *Viver para contar.* 2. ed. Tradução Eric Nepomuceno. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Um sistema de avaliação contínua e o desenvolvimento de competências em cursos de direito. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 45, p. 283-296, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Interdisciplinaridade na pesquisa e no ensino do Direito: conceitos fundamentais e inovações. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 96, p. 115-143, 2007.

MATURANA, Humberto. *Emoções e linguagem na educação e na política.* 3. ed. Tradução José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2002.

OLIVEIRA, André Macedo de. *Ensino jurídico:* diálogo entre a teoria e a prática. Porto Alegre: Fabris Editor, 2004.

PERRENOUD, Philippe. *Construir competências é virar as costas aos saberes?* Disponível em http://biucsproject.org/general/reforma_competencia.htm. Acesso em 19 mar. 2009.

PERRENOUD, Philippe. 10 novas competências para ensinar: convite à viagem. Porto Alegre: Artmed Editora, 2000.

DIREITO E MORAL EM AS CRÔNICAS DE NÁRNIA*

LAW AND MORAL IN THE CHRONICLES OF NARNIA

Marcelo Campos Galuppo
Davi Pereira do Lago

RESUMO

O propósito do presente trabalho é analisar as proximidades e distinções entre o direito e a moral a partir da obra As Crônicas de Nárnia: O Leão, a feiticeira e o guarda-roupa, de C.S. Lewis, e dessa forma verificar como o direito pode se valer da literatura para melhor se compreender. Na sociedade hodierna, o direito experimenta uma abertura de sentido, uma vez que os desafios à comunidade jurídica são imensos. O operador do direito não pode se ater unicamente aos métodos restritos de interpretação e compreensão do fenômeno jurídico propostos pelo positivismo jurídico do final do século XIX. A sociedade passa por inúmeras transformações e todas elas se refletem na esfera jurídica. Para alcançarmos nosso objetivo, em primeiro lugar, analisamos as relações entre o direito e a literatura. Em segundo, passamos a expor a simbologia na obra As Crônicas de Nárnia. Em terceiro, consideramos as principais visões sobre as proximidades e distinções entre o direito e a moral e avaliamos qual visão é apresentada na obra As Crônicas de Nárnia: O Leão, a feiticeira e o guarda-roupa.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO E LITERATURA; DIREITO E MORAL; C.S.LEWIS.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the similarities and the distinctions between Law and moral from the literary work The Chronicles of Narnia: The Lion, the Witch and the Wardrobe, by C.S. Lewis, and thus examine how Law can make use of literature to it's better understanding. In contemporary society, Law experiences an opening of purpose, once the challenges for the legal community are immense. The Law operator can not stick only to the restricted methods of interpretation and comprehension of the legal phenomenon proposed by the Legal Positivism of the late 19th century. The society goes through many changes and all of them are reflected in the juridical sphere. To achieve our goal, in first place, we have analyzed the relations between Law and Literature. Secondly, we have exposed the symbolism in the book The Chronicles of Narnia. At third, we have considered the main views about the similarities and the distinctions between Law and moral, and have assessed which view is presented in the work The Chronicles of Narnia: The Lion, the Witch and the Wardrobe.

KEYWORDS: LAW AND LITERATURE; LAW AND MORAL; C.S. LEWIS.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO

A interdisciplinaridade que tento praticar neste texto será sempre uma arte difícil (OST, 2005, p.69).

Miguel Reale (2002) afirma que a diferença entre a moral e o direito é um dos problemas mais difíceis e também dos mais belos da Filosofia Jurídica. Eduardo Carlos Bianca Bittar também afirma a relevância dessa temática:

O direito se alimenta da moral, tem seu surgimento a partir da moral, e convive com a moral continuamente, enviando-lhe novos conceitos e normas, e recebendo novos conceitos e normas. A moral é, e deve sempre ser, o fim do direito. Com isso, pode chegar-se à conclusão de que direito sem moral, ou direito contrário às aspirações morais de uma comunidade, é puro arbítrio, e não direito (BITTAR, 2006, p.444).

Essa análise é imprescindível para a Filosofia do Direito, como afirma Bittar: "*embora a ordem moral distinga-se da ordem jurídica, ambas não se distanciam, mas se complementam na orientação do comportamento humano*" (BITTAR, 2006, p.444).

Nosso objetivo no presente texto é fomentar essa importante análise a partir da obra *As Crônicas de Nárnia* de C.S. Lewis. O trabalho aqui proposto é relevante, pois expõe as principais visões da relação entre direito e moral apresentadas por filósofos do Direito, e faz isso a partir do estudo de uma obra literária. Ou seja, buscamos em outro campo de discussão – a literatura – refletir sobre o direito, ampliando, dessa forma, os métodos de interpretação meramente positivistas e fechados à abertura de sentido que o direito apresenta na sociedade contemporânea.

2. DIREITO E LITERATURA

Para que possamos examinar as distinções e proximidades que existem entre o direito e a moral a partir da obra *As Crônicas de Nárnia*, é necessário, antes, demonstrar a relevância do estudo interdisciplinar entre direito e literatura.

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (2007) afirma que a literatura oferece ao direito o espaço da experimentação, o acesso a várias possibilidades de representação particular, de cada experiência. O direito, por seu turno, oferece à literatura a experiência da justiça e os passos na busca de sua efetivação, assim como o poder da coerção e sua contundente capacidade de modificar o rumo dos eventos.

A análise das relações entre direito e literatura tem ocupado um espaço cada vez maior na comunidade acadêmica. Éder Bonfim Rodrigues (2007) afirma que os estudos sobre direito e literatura têm ganhado grande importância no Brasil. Ele explica que:

Alguns esforços têm sido feitos no sentido de se ampliar essas discussões, principalmente no que se refere ao método interpretativo da literatura e ao que o direito pode aprender da literatura, seja na interpretação dos textos legais ou da própria Constituição (RODRIGUES, 2007, p.42).

Nesta mesma linha, Vera Karam de Chueiri (2007) constata que:

Não por acaso 'direito e literatura' já aparece nas escolas e nos currículos dos cursos de direito como um novo espaço interdisciplinar para refletir acerca de questões não tão novas como o que é o direito, quem deve obedecê-lo e por quê ou, ainda, o que é a justiça, o que a diferencia do sentimento de vingança etc. (CHUEIRI, 2007, p.120).

Chueiri afirma ainda, que *"'direito e literatura' é um novo campo de possibilidades para questões formais e materiais que afligem tanto o direito quanto a literatura"* (CHEURI, 2007, p.121).

Vicente de Paulo Barretto (2007) elucida a aproximação do direito com a literatura. Destacamos três modelos, propostos por Barreto, cada qual privilegiando um aspecto dessa relação: o *direito da literatura*, o *direito como literatura* e o *direito na literatura*. Passemos a sintetizar esses três modelos.

2.1. O direito da literatura

Segundo Barretto (2007), o direito da literatura é aquele onde se analisam as questões relativas à propriedade intelectual, responsabilidade civil do escritor, liberdade de expressão, principalmente questões relativas à injúria, difamação e calúnia.

François Ost (2005) explica que:

O direito da literatura não representa, propriamente falando, um ramo específico do direito, mas sim uma abordagem transversal que abrange questões de direito privado (direito de autor e *copyright*), de direito penal (toda a variedade de delitos que se podem cometer "por meio da imprensa": injúrias, calúnias, difamações, ultraje aos costumes, declarações racistas, atentado ao chefe de Estado – em algumas legislações, ainda, a blasfêmia), de direito público (liberdade de expressão e censura) e até mesmo de direito administrativo (regulamentação dos programas escolares das bibliotecas públicas) (OST, 2005, p.50).

Tendo o direito da literatura em vista, Chueiri conclui: *"até mesmo no que tange à regulamentação das obras literárias, relativamente à autoria, originalidade etc., a relação entre direito e literatura se coloca"* (CHUEIRI, 2007, p.120).

2.2. O direito como literatura

Barretto (2007) afirma que este é o modelo onde se examinam as qualidades literárias do texto jurídico, empregando para isso métodos apropriados de crítica literária. Na mesma linha de raciocínio, Chueiri (2007) diz que:

Direito e literatura (...) pode dizer respeito à utilização de práticas da crítica literária para compreender e avaliar o direito, as instituições jurídicas, os procedimentos jurisdicionais e a justiça e, nesse sentido, a própria narrativa da obra literária servirá para melhor compreender a narrativa jurídica (as sentenças judiciais, por exemplo) (CHUEIRI, 2007, p.120).

Ost realça a amplitude do direito como literatura: *"quanto ao direito como literatura, que supõe a aplicação ao direito dos métodos da crítica literária, ele constitui na verdade um campo de estudo imenso"* (OST, 2005, p.51). Ost (2005) afirma que, na perspectiva do direito como literatura, ora são sublinhados os parentescos que existem entre os métodos de interpretação das leis e dos textos literários, ora é trazida à luz a contribuição do estilo jurídico, o êxito de sua magia social, o sucesso performativo que ele tenta impor.

Rodrigues (2007), discorrendo sobre literatura e direito, destaca os trabalhos de Richard Posner, autor da obra *Law and Literature*, e Ronald Dworkin, autor de *Uma questão de princípios*.

Dworkin (2005) afirma que a semelhança entre o direito e a literatura ocorre quando há uma interpretação flexível do direito. Ou seja, o direito se assemelha da literatura na medida em que esteja pronto a reformular soluções que não se adequam mais àquele paradigma.

Dworkin propõe a "hipótese estética da literatura":

Minha sugestão aparentemente banal (que chamei de "hipótese estética") é a seguinte: a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte (DWORKIN, 2005, p.222).

Para Dworkin, *"a interpretação de um texto tenta mostrá-lo como a melhor obra de arte que ele pode ser"* (DWORKIN, 2005, p.223). Portanto, a hipótese estética de literatura tem como objetivo, através da leitura e interpretação, encontrar no texto aquilo que de melhor ele lhe oferece, além de se mostrar como a melhor obra de arte que este mesmo pode ser. Dworkin afirma: *"Estou interessado em teses que ofereçam algum tipo de interpretação do significado de uma obra como um todo"* (DWORKIN, 2005, p.221). A hipótese estética matiza um comportamento menos contemplativo e mais ativo.

Segundo Dworkin (2005), deve o intérprete do direito, assim como o intérprete literário, buscar em cada disposição jurídica aquilo que de melhor ela pode oferecer a um caso concreto. Afinal, a justiça só se concretiza dentro do aparato social e o intérprete nada mais é do que um intermediário entre o texto e a realidade. A interpretação cria o texto, do mesmo modo que dá gênese e vida ao direito.

Dworkin, então

propõe o método de interpretação literária como apropriado para a interpretação do direito e quando afirma ser o direito norte-americano a construção de um romance em cadeia. É que o sistema jurídico anglo-americano se constrói fundamentalmente como uma história, ou seja, através da recontagem infinita da forma como eventos do passado foram lidos e relidos como meio para justificar a coerção (BARACHO, 2007, p.72).

Para Dworkin (2005), a prática jurídica é perene exercício de interpretação, a exemplo da descoberta de significado dos textos, postura que plasma atitudes literárias. Sua teoria, portanto, exemplifica uma concepção do direito como literatura.

Ost (2005) cita outros exemplos de autores que abordam a concepção de direito como literatura. Ele menciona as obras *Poetic Justice*, de Martha Nussbaum, e *The Legal Imagination*, de James Boyd White. Ost diz que essas obras propõem que um juiz deve ser capaz de dar voz aos sem-voz, de arrancar sujeitos do anonimato e dos clichês redutores nos quais o discurso dominante os encerra. Apenas nessa condição, o juiz poderá honrar a exigência de igualdade que se espera dele. Para J.B. White, "o jurista é um artista da linguagem".

Ost (2005), ainda sobre direito como literatura, discorre sobre uma "história da escrita jurídica". O autor explica que há um rico campo de estudo, onde pesquisadores analisam uma história das maneiras pelas quais o direito se comunica, se fala, se escreve, se narra. Ost fala sobre *"quantos paralelos interessantes poderiam ser estabelecidos, tendo ao fundo a história do imaginário social, com a evolução dos estilos e dos gêneros literários"* (OST, 2005, p.52).

Na história da escrita jurídica, Ost (2005) expõe a impressionante trajetória do direito, desde suas formas primitivas de oralidade (que compuseram provérbios e ditados lembrados e proclamados nos tribunais de hoje), passando pelo estilo das decisões da tradição do *Common Law*, chegando na "oralização" da escrita jurídica atual, caracterizada por um estilo frouxo, expeditivo, muito fortemente contextualizado e, a todo momento, revisado.

Fica evidente, com esses exemplos, como é amplo o campo de estudo do direito como literatura.

2.3. O direito na literatura

Concluindo a explanação sobre os quatro modelos, Barretto (2007) esclarece que direito na literatura é o modo pelo qual a literatura representa a lei, a justiça, a liberdade, a propriedade, a herança, a pena, o crime e as instituições judiciárias que asseguram a objetivação social do sistema de normas jurídicas.

Dworkin afirma: *"Política, arte e Direito estão unidos, de algum modo, na filosofia"* (DWORKIN, 2005, p.249). Marcelo Galuppo pondera: *"podemos conhecer muito sobre o Direito, estudando, por meio da Filosofia, a Arte (e a Literatura, em especial). Podemos conhecer muito sobre as matrizes investigando como a Literatura tentou apreendê-las e compreendê-las*" (GALUPPO, 2007, p.107).

Arnaldo Godoy explica que:

A tradição literária ocidental permite abordagem do direito a partir da arte, em que pese a utilização de prisma não-normativo. Ao exprimir visão do mundo, a Literatura traduz o que a sociedade pensa sobre direito. A literatura de ficção fornece subsídios para a compreensão da justiça e de seus operadores (GODOY, 2003, p.134).

Godoy (2003) demonstra que durante toda a história da literatura, foram escritas obras de ficção que retratam visões sobre o fenômeno jurídico. Essa atitude remonta à literatura helênica, que legou-nos, dentre outras, *Antígona*, de Sófocles.

François Ost, em sua obra *Contar a Lei*, aborda o extenso campo do direito na literatura. No prólogo da obra ele afirma: *"mostrar que a literatura contribui diretamente para a formulação e a elucidação das principais questões relativas à justiça, à lei e ao poder, tal é a aposta do presente livro"* (OST, 2005, p.55). Para Ost (2005), as grandes obras da literatura universal, os "monumentos literários", são verdadeiras matrizes culturais, pois engendram novos mundos, universos de narrações e de prescrições constitutivos de uma civilização jurídica.

Cada capítulo do referido livro de Ost traça paralelos entre uma obra literária consagrada e o direito. Os títulos dos capítulos são sugestivos: "No começo era a lei" (trata sobre Moisés no monte Sinai); "No começo era o juiz" (*As Eumênides*); "No começo era a minha consciência" (*Antígona*); "No começo era o meu direito" (*Robinson Crusoé* e *Fausto*); "E no fim?" (*O Processo*).

Ost (2005) chega, ainda, a levantar outras questões que poderiam ser estudadas tendo em vista o direito na literatura: a lei penal deve sempre ser aplicada (*Medida por medida* de Shakespeare)? Que destino dar ao criminoso (Dostoievski)? Que destino dar ao doente mental (Musil)? O que pensar da anistia (*O leitor* de B. Schlink)? Que desconto dar aos efeitos perversos das leis mais bem intencionadas (*O contrato de casamento* de Balzac)?

Portanto, além das semelhanças exegéticas e epistemológicas entre direito e literatura, vislumbra-se que textos literários criticam, satirizam, motejam com a justiça, denunciando corrupção, violência, truculência e outros temas íntimos à existência cotidiana. Portanto, a literatura permite esboçar um método para compreensão e interpretação do direito.

Como afirma Barretto (2007), podemos utilizar o universo de valores e símbolos encontrados nos textos literários como um rico e insubstituível manancial para a compreensão do sistema jurídico, de suas normas e instituições.

Na sociedade contemporânea, o direito experimenta uma abertura de sentido, uma vez que os desafios à comunidade jurídica são enormes. O operador do direito não pode se ater unicamente aos métodos restritos de interpretação e compreensão do fenômeno jurídico propostos pelo positivismo jurídico do final do século XIX. A sociedade passa por inúmeras transformações que englobam todos os aspectos da vida humana, como, por exemplo: desenvolvimento da biogenética, avanço da cibernética, degradação de ecossistemas. Essas transformações refletem diretamente no direito, que necessita estabelecer leis que regulem seus efeitos, cumprindo seu papel de garantir a ordem social.

Tendo isso em vista, Chueiri afirma que: *"as possíveis respostas às questões provocadas pela abertura de sentido do direito demandam novos (e críticos) espaços teóricos, como por exemplo, este, no qual o direito encontra a literatura e vice-versa"* (CHEUIRI, 2007, p.120).

O presente texto estará ancorado nessa concepção da relevância do estudo do *direito na literatura*.

3. *AS CRÔNICAS DE NÁRNIA* COMO PARÁBOLA FILOSÓFICA

3.1. C.S. Lewis e *As Crônicas de Nárnia*

Clives Staples Lewis (1898 – 1963) foi professor de Literatura Medieval e Renascentista na Universidade de Cambridge e de Oxford. Sua obra *As Crônicas de Nárnia*, é uma série composta por sete livros, que se tornou uma das maiores referências da literatura infanto-juvenil de todos os tempos.

A série é composta por: (1) *O Leão, a Feiticeira e o Guarda-Roupa*, (2) *Príncipe Caspian*, (3) *A Viagem no Peregrino da Alvorada*, (4) *Cadeira de Prata*, (5) *O Sobrinho do Mago*, (6) *O Cavalo e seu Menino*, e (7) *A Última Batalha*. No entanto, esta ordem é feita a partir das publicações. Lewis propôs uma outra ordem depois - cronológica da história, sugerida por um de seus leitores mirins - com *O Sobrinho do Mago* iniciando a obra, seguido de *O Leão, a Feiticeira e o Guarda-roupa*; *O Cavalo e seu Menino*; *O Príncipe Caspian*; *A Viagem do Peregrino da Alvorada*; *Cadeira de Prata* e *A Última batalha*.

Na criação de seus personagens, Lewis usou seres bem distintos dos reais, figuras extraídas de vários mitos para dar expressão à sua visão de mundo. São centauros, ninfas, feiticeiras, sereias, magos, faunos e outros seres mitológicos.

3.2. Resumo do enredo de *O Leão, a Feiticeira e o Guarda-roupa*

Nosso trabalho visa analisar o livro *O Leão, a Feiticeira e o Guarda-roupa*. Nesse volume, Lewis conta como quatro crianças (dois casais de irmãos, Pedro, Susana, Edmundo e Lúcia), na época da Segunda Guerra Mundial, vão para a casa de um misterioso professor. Lá, brincando, a garota Lúcia descobre que um guarda-roupa aparentemente comum é, na verdade, a porta de entrada para "Nárnia", uma terra de outra dimensão, habitada por criaturas fantásticas.

Em Nárnia, Lúcia topa com um fauno à luz de um poste. Durante um chá em sua toca, o fauno conta várias histórias acerca de Nárnia para Lúcia, incluindo o feitiço da Feiticeira Branca, pelo qual é sempre inverno e nunca Natal. Embora todos os habitantes tivessem recebido a missão de denunciar todo e qualquer "Filho de Adão" ou "Filha de Eva" que por lá aparecesse, caso contrário seriam transformados em estátua de pedra, o fauno não consegue fazê-lo e traz Lúcia de volta ao mundo do outro lado do guarda-roupa.

Lúcia,então, volta para seu mundo e percebe que seus irmãos estão no mesmo ponto da brincadeira. Ou seja, o tempo não havia passado na Terra. Para decepção de Lúcia, porém, nenhum dos irmãos acredita na sua história. Edmundo zomba de Lúcia, mas, no outro dia, seguindo a irmã, também acaba descobrindo Nárnia. Edmundo topa com a Feiticeira Branca, a Rainha de Nárnia, que lhe oferece um manjar turco com uma condição: Edmundo teria que trazer seus irmãos para Nárnia. Edmundo prova do manjar turco e faz um acordo com a Feiticeira. Na volta, Edmundo encontra-se com Lúcia, mas permanece quieto.

No dia seguinte, todas as crianças acabam em Nárnia, após decidirem entrar no guarda-roupa. Em Nárnia, os quatro são recebidos por um castor falante. Esse castor acolhe as crianças em sua casa e explica a antiga profecia de Nárnia: quando os quatro filhos de Eva ali chegassem, seria o sinal de que o leão Aslam estava chegando para resgatar o mundo de Nárnia de seu feitiço.

Logo depois, todos se dão conta do sumiço de Edmundo, e o castor deduz que ele foi ao encontro da feiticeira, determinando que todos partissem para a Mesa de Pedra.

Edmundo chega ao castelo da Feiticeira e descobre vários seres de Nárnia petrificados pelo feitiço da Rainha. Ao descobrir que Edmundo não trouxe os irmãos nem as informações necessárias para evitar a chegada de Aslam, a feiticeira resolve usá-lo como refém e partir imediatamente para a Mesa de Pedra.

Nesse meio-tempo, as crianças e os castores encontram no meio do caminho seres mitológicos e o Papai Noel, que anuncia que Aslam está a caminho. A neve de Nárnia começa a derreter. As crianças, ao chegarem à Mesa de Pedra, encontram Aslam. O Leão convoca todos os narnianos para uma batalha contra as hostes da Feiticeira. Os narnianos conseguem libertar Edmundo.

A Feiticeira envia um recado à Aslam lembrando-o que, de acordo com a lei inscrita na Mesa de Pedra, ela tem direito ao sangue de todo traidor. Aslam negocia com a Feiticeira as condições para a salvação de Edmundo.

Aslam, então, morre no lugar de Edmundo e cumpre a lei de Nárnia. As meninas Lúcia e Susana, no entanto, testemunham a ressurreição de Aslam e a quebra da Mesa de Pedra, pois uma lei mais antiga – que foi esquecida pela Rainha – estabeleceu que todo aquele que morresse no lugar de um inocente iria ressuscitar.

Aslam vai ao castelo da Feiticeira, onde Pedro lidera a batalha contra as hostes da Feiticeira. Com o reforço de Aslam, os narnianos derrotam as forças do mal, e as estátuas voltam à vida. Edmundo é perdoado por todos. Uma grande festa encerra a história com a coroação dos quatro meninos como reis e rainhas de Nárnia.

Passados vários anos em Nárnia, as crianças tornam-se adultas e por acaso encontram novamente o guarda-roupa pelo qual tinham ingressado em Nárnia. Elas retornam ao seu mundo de origem e descobrem que o tempo não havia passado. Eram crianças novamente.

3.3. *As Crônicas de Nárnia* como parábola filosófica

3.3.1. O apelo dos contos de fadas e a importância do imaginário

As histórias podem contribuir de um modo poderoso para o nosso desenvolvimento moral. Platão afirma na *República* que a educação deveria incorporar a recitação de histórias como um meio de desenvolver o tipo desejado de cidadão para a sociedade ideal que ele visualizava (PLATÃO, 377 a-b, 378 d-e). Em anos recentes, o psiquiatra Robert Choles, o filósofo Alasdair MacIntyre e o educador William Bennett vêm afirmando, com veemência, a importância das histórias na formação do caráter moral.

Bruno Bettelheim, em sua obra *A psicanálise dos contos de fada* (1980), afirma que "*os contos de fadas têm um valor inigualável, conquanto oferecem novas dimensões à imaginação da criança.*" (BETTLELHEIM, 1980, p.16). De acordo com esse autor: "*os contos de fadas têm muitos aspectos dignos de serem explorados em acréscimo ao significado psicológico*" (BETTLELHEIM, 1980, p.21).

Greggersen (2006) afirma que, em vez de *alienação*, atribuída à sua freqüente associação ao *sonho* e *divagação*, a literatura fantástica nos faz ver as coisas como verdadeiramente são. A literatura fantástica alimenta a esperança de realização e felicidade na vida, para além de suas dificuldades e sofrimentos cotidianos. Para Greggersen (2006), o conceito de *fantasia* não deve ser considerado alguma espécie de *poder*, mas antes a maior e mais pura forma de criação artística. Ela serve como contraponto da realidade, permitindo uma espécie de transferência de sentidos.

A literatura fantástica, os contos de fada, portanto, têm essa função basilar de levantar a questão essencialmente crucial para a filosofia: "Isso é verdade? Aquilo é real?". E questões desse tipo desencadeiam toda uma série de subseqüentes questões não menos importantes acerca, por exemplo, da alegria, da glória, do além, etc.

Tzvetan Todorov (1979) afirma que o conceito de fantástico está ligado com o de imaginário. Vera Sant'Anna (2005) faz uma explanação sobre as extensas pesquisas de Gilbert Durand sobre o papel da imaginação simbólica. Durand, ao construir a teoria do imaginário, procura explicar qual a função dele nas histórias e nas vidas humanas, mostrando a existência de uma integração entre imaginário e razão. Para este autor, o imaginário é o fundamento sobre o qual se constroem as concepções de homem, de mundo, de sociedade. Embora não fosse objeto de especulações teóricas, o imaginário foi intensamente atuante na Antiguidade e na Idade Média. Basta lembrar as mitologias pagãs, a divinização das forças da natureza e a riqueza de metáforas na teologia medieval.

Glauco Magalhães Filho (2005) afirma que Platão, cuja dialética derivou-se a lógica aristotélica, admitiu a necessidade do mito como linguagem imaginária para expressar a intuição de verdades indemonstráveis, como existência da alma, o além, os mistérios do amor, entre outros. A imagem mítica era capaz de falar diretamente à alma sobre o que a dialética (lógica) não conseguiria alcançar.

Magalhães Filho (2005) explica que Durand propõe elementos para uma "fantástica transcendental", ou seja, o esboço de uma filosofia do imaginário que procura provar que há uma realidade idêntica e universal do imaginário. Durand lembra que os grandes românticos alemães e os pensadores do surrealismo contemporâneo consideram a passagem da vida mental da criança ou do primitivo para um estreitamento, um recalcamento progressivo do sentido das metáforas. É dentro dessa perspectiva que C.S. Lewis procura mostrar que o imaginário infantil nos aproxima muito mais da realidade primordial que a racionalidade fria do adulto.

O pensamento simbólico, que precede a linguagem e a razão discursiva, não é percebido como atitude de criança. Em vez disso podemos concluir que as imagens, os símbolos e os mitos revelam as mais secretas modalidades do ser.

Magalhães Filho conclui:

O espírito humano utiliza imagens para captar a realidade profunda das coisas, os paradoxos que não podem ser expressos por conceitos. As imagens míticas expressam a necessidade de transcender os contrários, de abolir a polaridade que caracteriza a condição humana, para alcançar a realidade última (MAGALHÃES FILHO, 2005, p.57).

Magalhães Filho (2005) afirma que a instituição social é definida como uma rede simbólica, socialmente aprovada, em que se combinam, em proporções e em relações variáveis, um componente funcional e um componente imaginário. As cores do semáforo, por exemplo, constituem símbolos que orientam o percurso dos veículos automotivos, funcionando como instrumento regulador do trânsito e prevenindo acidentes. Desse modo, segundo Magalhães Filho (2005), o direito, por exemplo, através de suas formalidades (ritos procedimentais, contratos solenes, prazos processuais, presunções de culpa e inocência, ficções legais etc.), estabelece um autêntico sistema simbólico.

3.3.2. Aspectos filosóficos de *As Crônicas de Nárnia*

Lewis também reconhecia a importância das histórias no desenvolvimento das crianças. Ele via com clareza como uma história eficaz é orientada pela imaginação. Embora *As Crônicas de Nárnia* sejam, antes de qualquer coisa, histórias fantásticas que devem ser apreciadas em seus próprios termos, é possível contemplar seus aspectos filosóficos.

Lewis, como catedrático em literatura, não era ingênuo em seu trabalho. *As Crônicas de Nárnia* são estudadas por pensadores de diversas áreas do saber, como educadores, filósofos, juristas, antropólogos e teólogos. Esses estudiosos admitem que a obra, além de sua fantasia, tem enfoques filosóficos e teológicos.

Em *O Leão, a Feiticeira e o Guarda-roupa*, Lewis critica o secularismo moderno. Quando as crianças visitam pela primeira vez a casa do professor, todos, exceto Lúcia, têm um preconceito contra qualquer possibilidade que transcenda a experiência do dia-a-dia. Quando Lúcia afirma ter encontrado outro mundo através do fundo de um guarda-roupa, todos logo imaginam que esteja mentindo ou louca. Acham que só existem essas duas possibilidades, embora todas as evidências contradigam ambas (Lúcia é muito honesta e sempre coerente). Eles não levam à sério uma terceira possibilidade, a de que Lúcia esteja dizendo a verdade, pois, diante de sua filosofia, uma coisa assim não poderia existir. O professor protesta, explicando que a filosofia das crianças fechou-lhes a mente para a verdadeira lógica da situação. Angus Menugue afirma:

Lewis está dizendo que o secularismo moderno leva a uma estagnação mental que descarta qualquer afirmação do transcendente ainda que seja apoiada pelos fatos e pela lógica. Quando o professor reclama: “Por que não ensinam lógica nessas escolas?”, Lewis sugere que a culpa é do secularismo moderno (IRWIN, 2006, p.192).

Lewis discute também a questão do tempo. Em vários pontos da narrativa de *As Crônicas de Nárnia*, as crianças conversam sobre o tempo:

- Tudo bem; já voltei.

- Do que você está falando Lúcia? – perguntou Susana.

- O quê! – disse Lúcia admirada. – Mas vocês não ficaram preocupados?

- Então, você andou escondida, hein? – disse Pedro. – Coitada da Lúcia! Ficou escondida em ninguém reparou! Você tem que ficar escondida mais tempo, se quiser que alguém se lembre de ir procurá-la.

- Mas eu estive fora muitas horas – disse Lúcia.

Os outros se entreolharam.

- Sua boba! – disse Edmundo, batendo de leve na cabeça. – Completamente boba!

[...]

- Não fique bancando a boboca, Lúcia – disse Susana. – Saímos da sala agora mesmo e você ainda estava lá (LEWIS, 2007, p.112).

Na maioria dos casos apresentados, o tempo em Nárnia passa mais depressa que o tempo na Inglaterra, embora o fluxo do tempo em Nárnia não seja uniforme. Adam Peterson afirma: *"Com base na teoria da relatividade, podemos especular que o tempo em Nárnia flui em ritmos imprevisíveis por causa de mudanças erráticas em velocidade"* (IRWIN, 2006, p.203).

Gabriele Greggersen (2001) afirma que *As Crônicas de Nárnia* abordam a questão da verdadeira realidade. De acordo com a autora a noção de realidade apresentada por Lewis está embasada na perspectiva da filosofia clássica. Greggersen afirma:

"Na perspectiva clássica, verdade e realidade não são necessariamente, coisas materiais, que se oponham ao sonho, ou ilusão, que são reais, na medida em que são reflexos imperfeitos ou icnoclásticos, que remetem a uma realidade que vai além do aqui e agora" (GREGGERSEN, 2001, p.77).

Greggersen (2001) destaca que Lewis criticou as concepções modernas de racionalidade e protestou pela *"restauração do conceito original de razão"* de acordo com a perspectiva clássica (GREGGERSEN, 2001, p.81).

Outras questões filosóficas também são abordadas por Lewis em *As Crônicas de Nárnia*, entre as quais podemos destacar: como podemos distinguir a verdade da ilusão? O poder está acima do certo e errado, ou existem regras morais objetivas que devem ser respeitadas por todos? Por que devemos ser seres morais?

Na época em que a obra foi escrita, imperava o ceticismo e poucos acreditavam ainda nas fantasias. Mas Lewis percebia o potencial dos contos de fadas como linguagem figurada. Nesse sentido, Greggersen (2006) afirma que a atitude de Lewis parece com a de Cervantes, que em sua obra, *Dom Quixote*, lançou mão do sonho e da fala de seres mitológicos para expressar suas reflexões e críticas acerca da vida.

Em *As Crônicas de Nárnia*, os problemas humanos são transportados para o plano antropomófico, e, *"dessa forma, Lewis constrói uma espécie de parábola como forma de dizer o que pensa, sem correr grandes riscos, e ainda atingindo o público de forma bem ampla"* (GREGGERSEN, 2006, p.94).

Greggersen (2001) afirma que podemos, sim, considerar *As Crônicas de Nárnia* uma autêntica parábola filosófico-antropológica que não está interessada em discutir a existência ou não de feiticeiras, animais falantes, demônios, etc. Os diálogos entre as crianças apresentam profundas incidências antropológico-filosóficas e teológicas.

O próprio Lewis em carta escrita em uma fase posterior de sua vida, diz que foi o homem imaginativo nele que o levou a escrever as histórias de Nárnia para as crianças, porque o conto de fadas era o gênero mais apropriado para o que ele queria dizer (IRWIN, 2006, p.134).

Destacados, pois, aspectos filosóficos de *As Crônicas de Nárnia*, passemos a analisar como direito e moral se relacionam na obra, demonstrando assim como a literatura pode ser utilizada para melhor compreender o universo jurídico.

4. DIREITO E MORAL EM *O LEÃO, A FEITICEIRA E O GUARDA-ROUPA*

4.1. Lei e justiça em *O Leão, a Feiticeira e o Guarda-roupa*

C.S. Lewis apresenta uma ordem jurídica simples em *As Crônicas de Nárnia*. Essa ordem é regida pela Magia Profunda, a "lei de Nárnia". Essa lei tem importância central na narrativa, uma vez que conduz o principal acontecimento no livro *O Leão, a feiticeira e o guarda-roupa:* o sacrifício de Aslam.

Na narrativa de *As Crônicas de Nárnia*, o garoto Edmundo trai seus irmãos e fica à mercê das más intenções da Feiticeira, que o aprisiona. Edmundo, contudo, acaba sendo libertado. A Feiticeira, então, lembra o leão Aslam da lei antiga que lhe dava o direito sobre o sangue de todos os que cometessem uma traição em Nárnia. E, em Nárnia, a traição deveria ser paga com a própria vida:

- Há um traidor aqui, Aslam! – declarou a feiticeira.

- Não foi bem a você que ele ofendeu – disse Aslam.

- Já se esqueceu da Magia Profunda? – perguntou a feiticeira.

- Digamos que sim – replicou Aslam, solenemente. – Fale-nos da Magia Profunda.

- Falar-lhe da Magia Profunda?! Eu?! – disse a feiticeira, numa voz ainda mais aguda. – Falar-lhe do que está escrito nessa Mesa de Pedra aí ao lado? Falar-lhe do que está escrito em letras do tamanho de uma espada, cravadas nas pedras de fogo da Montanha Secreta? Falar-lhe do que está gravado no cetro do Imperador de Além-Mar? Se alguém conhece tão bem quanto eu o poder mágico a que o Imperador sujeitou Nárnia desde o princípio dos tempos, esse alguém é você. Sabe que todo traidor, pela lei, é presa minha, e que tenho direito de matá-lo! [...]. Essa criatura humana me pertence. A vida dela me pertence. Tenho direito ao seu sangue (LEWIS, 2007, p.165).

Aslam, então, resolve sacrificar-se no lugar de Edmundo. Ele negocia com a Feiticeira para que pudesse morrer no lugar de Edmundo. Após uma conversa particular com a Feiticeira, Aslam acalma os demais habitantes de Nárnia:

– Venham todos. Tudo resolvido. Ela renunciou ao direito que tinha ao sangue de Edmundo (LEWIS, 2007, p.166).

Aslam então passa por um ritual humilhante onde sua juba é raspada.. Em seguida, ele é executado na Mesa de Pedra. Fica evidente a importância da justiça em Nárnia. Carlos Caldas afirma que a virtude da justiça "é considerada pelos clássicos, por Tomás de Aquino e pelo senso comum a maior de todas as virtudes, que reúne em si todas as demais" (GREGGERSEN, 2006, p.74).

Aslam teve que pagar com a própria vida para satisfazer as exigências da justiça. A feiticeira explica que, caso a lei inscrita na Mesa de Pedra fosse transgredida, toda a terra de Nárnia seria destruída:

- Ele conhece bem demais a Magia Profunda para atrever-se a isso. Sabe que, a não ser que eu receba o sangue a que a lei me dá direito, toda a terra de Nárnia será subvertida e perecerá em água e fogo (LEWIS, 2007, p.166).

Fica claro em Nárnia que o direito deve ser válido, respeitado e observado. Ou seja, quando o direito não é obedecido, a sociedade se desintegra. Caso a lei da Magia Profunda, inscrita na Mesa de Pedra, não fosse cumprida, e Edmundo permanecesse vivo, toda a terra de Nárnia seria destruída com "fogo e água". A lei deveria ser cumprida, caso contrário tudo entraria em colapso, o mundo caminharia para o caos.

Essa é a noção básica de direito, como afirma Sílvio Rodrigues:

O direito, ciência social que é, só pode ser imaginado em função do homem vivendo em sociedade. Por outro lado, não se pode conceber a vida social sem se pressupor a existência de um certo número de normas reguladoras das relações entre os homens, por estes mesmos julgadas obrigatórias" (RODRIGUES, 1997, p.3).

Contudo, na narrativa da história, o leão Aslam ressuscita um dia depois de sua execução. A ressurreição ocorreu devido a uma lei chamada Magia Ainda Mais Profunda, que era mais antiga que a lei da Magia Profunda. A Magia Ainda Mais Profunda estabeleceu que um inocente que morresse no lugar de um condenado, iria ressuscitar. Aslam explica a sua ressurreição para as meninas Lúcia e Susana:

- A feiticeira pode conhecer a Magia Profunda, mas não sabe que há outra magia ainda mais profunda. O que ela sabe não vai além da aurora do tempo. Mas, se tivesse sido capaz de ver um pouco mais longe, de penetrar na escuridão e no silêncio que reinam antes da aurora do tempo, teria aprendido outro sortilégio. Saberia que, se uma vítima voluntária, inocente de traição, fosse executada no lugar de um traidor, a mesa estalaria e a própria morte começaria a andar para trás (LEWIS, 2007, p.174-175).

4.2. Lei moral em *O Leão, a Feiticeira e o Guarda-roupa*

A Lei Natural (ou Moral) é o conceito central de antropologia de Lewis, discutido com maior profundidade em *Cristianismo Puro e Simples* (2005). Pode-se dizer que essa lei é um dos temas centrais de *As Crônicas de Nárnia*, tanto quanto é afirmada (pelo comportamento ético das crianças), como quando é transgredida. A cena do "manjar turco" (a escravidão do vício) é, nesse sentido, antológica.

O conceito de "Lei Natural" em Lewis se refere ao conceito clássico do *"que constitui um ser em geral, criado ou incriado. Essência ou condição própria de um ser ou de uma coisa. Caráter, feitio moral, temperamento"* (GREGGERSEN, 2001, p.69).

Lewis, em sua obra *Cristianismo Puro e Simples*, defende que existe uma lei moral absoluta que transcende a lei humana. Para Lewis quando interpretamos a conduta de alguém, consciente ou inconscientemente, partimos de algum padrão ou "cartilha" invisível, que não é imposta por ninguém, mas na qual sempre esbarramos. De acordo com o autor, essa lei moral objetiva é prescritiva, não descritiva.

Lewis afirma que "*os homens são assombrados pela idéia de um padrão de comportamento que se sentem obrigados a pôr em prática, o qual se poderia chamar de conduta leal, decência, moralidade ou lei natural"* (LEWIS, 2005, p.21). Contudo, o autor afirma que os homens não põem esse padrão em prática. *"A Lei da Natureza Humana nos diz o que os seres humanos deveriam fazer e não fazem. Ou seja, quando tratamos de seres humanos, existe algo além e acima dos fatos"* (LEWIS, 2005, p.23).

Dessa forma, Lewis conclui que:

A Regra do Certo e do Errado, ou como quer que você queira chamá-la, deve ser uma Verdade. Começa a ficar claro que teremos de admitir a existência de mais de um plano de realidade; e que, neste caso em particular, existe algo que está além e acima dos fatos comuns do comportamento humano, algo que no entanto é perfeitamente real – uma lei verdadeira, que nenhum de nós elaborou, mas que nos sentimos obrigados a cumprir (LEWIS, 2005, p.27).

Lewis (2005) afirma que a lei moral não é um instinto coletivo. Segundo Lewis, a lei moral não pode ser o resultado do instinto coletivo, senão o impulso mais forte sempre ganharia, mas isso não acontece. Sempre agiríamos por instinto ao invés de altruisticamente para ajudar alguém, como às vezes fazemos. Se a lei moral fosse apenas instinto coletivo, os instintos estariam sempre corretos, mas não estão.

Lewis (2005) defende que a lei moral não é convenção social. Segundo Lewis, a lei moral não pode ser mera convenção, porque nem tudo aprendido por meio da sociedade é baseado na convenção social. Por exemplo, matemática e lógica não são. As mesmas leis morais básicas podem ser encontradas em quase todas as sociedades, passadas e presentes. Lewis afirma:

"É certo que existem diferenças entre as doutrinas morais dos diversos povos, mas elas nunca chegam a constituir algo que se assemelhasse a uma diferença total. Se alguém se

der ao trabalho de comparar os ensinamentos morais dos antigos egípcios, dos babilônios, dos hindus, dos chineses, dos gregos e dos romanos, ficará surpreso, isto sim, com o imenso grau de semelhança que eles têm entre si e também com nossos próprios ensinamentos morais" (LEWIS, 2005, p.9).

Lewis (2005) afirma que a lei moral difere das leis da natureza. Segundo Lewis, a lei moral não deve ser identificada com as leis da natureza, porque estas são descritivas, não prescritivas, como são as leis morais.

Lewis (2005) defende que a lei moral não é imaginação humana. Segundo Lewis, não criamos a lei moral, ela está gravada em nós. Se fosse imaginação, então todo valor dos julgamentos seria insignificante, inclusive afirmações como "o racismo é errado". Para ele, a lei moral *"não é mera fantasia, pois não conseguimos nos desvencilhar dessa idéia; se conseguíssemos, a maior parte das coisas que dizemos sobre os homens seria absurda"* (LEWIS, 2005, p.27).

Lewis aplica suas concepções de moralidade em *As Crônicas de Nárnia*. O mundo de Nárnia é, sem dúvida, um lugar encantado, um lugar bom. Nárnia reacende uma compreensão do mundo que era comum antes das revoluções científicas. Bill Davis (2006) chama essa compreensão inicial, moralmente rica do mundo, de imagem clássica do mundo. Discutiremos isso no próximo ponto.

4.3. Imagem clássica do mundo em *O Leão, a Feiticeira e o Guarda-roupa*

Bill Davis afirma que C.S. Lewis "*acreditava na imagem clássica do mundo, assim como acreditava a maioria dos filósofos dos mundos antigo e medieval, incluindo Platão, Aristóteles, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino*" (IRWIN, 2006, p.114).

Dessa forma, a influência da ordem moral clássica de Nárnia sobre as crianças é um tema central em *As Crônicas de Nárnia*. Antes de entrarem em Nárnia, as crianças estão longe de ser modelos morais. Pedro é um garoto indeciso que demora a defender sua irmã Lúcia. Edmundo trai seus irmãos várias vezes. Lúcia choraminga e têm inveja da beleza de Susana. Nárnia prova ser a cura para todas essas falhas morais.

A cura em Nárnia ocorre através do método de crescimento moral conforme ensinado pela filosofia clássica. Segundo Aristóteles, Aquino e outros defensores da imagem clássica, o crescimento moral requer três coisas: primeiro, precisamos aprender como o mundo moral funciona; precisamos de *instrução*. Depois, precisamos de modelos de virtude que nos mostrem como ser moralmente bons; precisamos de exemplos dignos de *imitação*. E, por fim, precisamos fazer o que é certo repetidas vezes, mesmo que seja difícil; precisamos de *habituação*.

De acordo com Davis, em *"Nárnia, as crianças recebem os três ingredientes"* (IRWIN, 2006, p.114). Lewis aplica em sua obra os conceitos propostos pela filosofia clássica: As criaturas de Nárnia instruem constantemente as crianças, enquanto Aslam é o

exemplo a ser imitado. As crianças aprendem se comportar corretamente, imitam Aslam e crescem moralmente.

4.4. O problema da retribuição em *O Leão, a Feiticeira e o Guarda-roupa*

Em Nárnia as pessoas têm virtudes e vícios. A virtude é recompensada e o vício é punido. O mundo inteiro é governado por um Leão que é bom em um nível supremo, e cujos adversários são criaturas malévolas. O bem e o mal são óbvios, fazendo de Nárnia um mundo de cores morais vívidas e escolhas claras.

Bettelheim (1980) afirma que em praticamente todo conto de fadas o bem e o mal recebem corpo na forma de algumas figuras, já que bem e mal são presentes na vida e as propensões para ambos estão presentes em todo homem. *"É esta dualidade que coloca o problema do moral e requisita a luta para resolvê-lo"* (BETTELHEIM, 1980, p.15). De acordo com Bettelheim:

Nos contos de fada, como na vida, a punição ou o temor dela é apenas um fator limitado de intimidação do crime. A convicção de que o crime não compensa é um meio de intimidação muito mais efetivo, e essa é a razão pela qual nos contos de fadas a pessoa má sempre perde (BETTELHEIM, 1980, p.15).

As figuras nos contos de fadas não são ambivalentes – não são boas e más ao mesmo tempo, como somos todos na realidade. Mas dado que a polarização domina a mente da criança, também domina os contos de fadas (BETTELHEIM, 1980, p.17)

Os contos de fadas amorais não mostram polarização ou justaposição de pessoas boas e más (BETTELHEIM, 1980, p.18).

Portanto, tendo em vista a concepção de moralidade de Lewis, bem como o caráter moral dos contos de fadas, a obra *As Crônicas de Nárnia* não propõe o maniqueísmo. Lewis simplesmente explicita que o vício deve ser retribuído com castigo, enquanto que a virtude deve ser louvada.

4.5. Direito e Moral em *O Leão, a Feiticeira e o Guarda-roupa*

4.3.1. Relações entre Direito e Moral

Em sua obra *Derecho y Moral* (1993), Alberto Montoro Ballesteros afirma que, do ponto de vista lógico-formal, as relações entre direito e moral estão enquadradas dentro de quatro possibilidades: indiferenciação entre direito e moral; distinção entre direito e moral; relação de implicação entre direito e moral; e separação entre direito e moral.

4.3.1.1. Indiferenciação entre Direito e Moral

Segundo Ballesteros (1993) a concepção de direito indiferenciado da moral está presente nos povos primitivos. Essa concepção pode ser representada graficamente como dois círculos (um que representaria o direito e outro a moral) sobrepostos e, portanto, confundidos. Na Antiguidade direito, moral e religião estavam interligados. O Estado estava estreitamente ligado à religião: dela procedia e com ela se confundia.

Dennis Lloyd afirma:

Algumas leis, de fato, podiam ser diretamente atribuídas a um legislador divino, como no caso dos Dez Mandamentos; outras, embora devendo claramente sua origem direta a fontes humanas, receberiam uma aura de santidade divina mediante a atribuição de uma certa medida de inspiração divina ao legislador humano. Além disso, os legisladores em tempos antigos tendiam a ser tratados como figuras míticas, semidivinas ou heróicas (LLOYD, 1998, p.48).

Ballesteros (1993), contudo, destaca que essa situação de nebulosa indiferenciação normativa não foi exclusiva dos povos antigos, mas tem persistido, com maior ou menor intensidade, nos regimes teocráticos contemporâneos. Tal é, por exemplo, o caso dos regimes islâmicos. O Islã é, antes de tudo, uma religião e, em segundo lugar, a comunidade religiosa-política que forma todos os crentes, e cujo à frente está, como sucessor de Maomé, o Califa, chefe religioso e político ao mesmo tempo, em quem se concentram todos os poderes.

4.3.1.2. Distinção entre Direito e Moral

Segundo Ballesteros (1993), a noção de direito e moral distintos constitui uma situação que pode ser representada graficamente por dois círculos secantes. Essa distinção é resultado de um largo processo histórico, que se iniciou com os romanos e foi se desenrolando com maior rigor e precisão a partir do cristianismo (separação igreja-estado) pela obra da patrística e escolástica (Santo Agostinho e Santo Tomás).

O direito começa se distinguir da moral com o estabelecimento e institucionalização de instâncias de poder que podiam aplicar a força no caso da transgressão de alguma norma pré-estabelecida. O direito passa a se configurar pela coercibilidade. Por outro lado, a moral começa a ser vista como uma ordem interna dos indivíduos, não externa como o direito.

4.3.1.3. Relação de implicação entre Direito e Moral

Segundo Ballesteros (1993) essa concepção tem duplo significado: a implicação do direito na moral, e a implicação da moral no direito.

Primeiro, vamos abordar a implicação do direito na moral. Essa relação de implicação pode ser representada graficamente por um círculo (direito) inscrito dentro de outro círculo mais amplo (moral/religião).

Essa relação ocorre nos regimes teocráticos. Em toda teocracia o direito, junto com o poder político, passa a ser um instrumento da religião para o cumprimento de seus fins, quedando-se reduzido a uma mera peça subalterna da religião e da moral.

Miguel Reale (2002) afirma ainda que nessa relação se enquadra a teoria do *mínimo ético*, exposta pelo filósofo inglês Jeremias Bentham e desenvolvida posteriormente por vários autores, entre os quais o jurista Georg Jellineck.

A teoria do mínimo ético pode ser assim resumida: o direito não proíbe todos os vícios nem manda todas as virtudes, mas apenas aquilo considerado indispensável para conservar a vida social. Essa teoria consiste em dizer que o direito representa apenas o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver.

Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre (REALE, 2002, p.42).

Em segundo, a implicação da moral no direito pode ser representada mediante um círculo pequeno (moral) inscrito em outro círculo mais amplo (direito). Aqui a moral aparece absorvida pelo direito e reduzida a um mero apêndice ou reflexo do mesmo e da organização política do Estado.

A essa concepção se associa o Estado totalitário. Neste, o Estado se configura como a única fonte da moral e como único propulsor da mesma. Guilherme de Assis Almeida (2002) afirma que o direito no Estado totalitário não é a disciplina da convivência social, mas um instrumento de dominação.

4.3.1.4. Separação entre Direito e Moral

Segundo Ballesteros (1993) a concepção de direito separado da moral é constituída pela separação de ambas as ordens normativas em dois círculos externos, um dos quais representa o direito e o outro a moral.

4.3.2. Direito e Moral em *O Leão, a Feiticeira e o Guarda-roupa*

Em *O Leão, a Feiticeira e o Guarda-roupa*, o direito está implicado na moral. Logo, neste tipo de relação, o direito aparece reduzido como um apêndice da moral.

Na obra de Lewis, o direito é absorvido pela moral. Não há uma esfera de atuação do direito fora da moral. Todo o direito de Nárnia compartilha um conteúdo comum com a moral: a justiça. Em Nárnia, tanto o direito (a Magia Profunda), quanto a moral, obrigam os personagens a serem justos.

Por exemplo, tanto a Magia Profunda, quanto os preceitos morais da estrutura moral clássica de Nárnia, condenam atitudes falsas, malévolas e traidoras como a de Edmundo ao entregar seus irmãos. A traição é vista tanto como vício, como transgressão da lei.

Embora o direito em Nárnia seja coercitivo, ele não atua num espaço diferente da moral. Por exemplo, em Nárnia, Lúcia tem inveja da beleza de Susana. Mas essa falha moral (inveja) não é punida pela lei de Nárnia. Por outro lado, Edmundo traiu seus irmãos – o que era proibido pela lei. Ele transgrediu uma lei jurídica e houve uma sanção: sua condenação à morte. Todo o direito em Nárnia é moral.

Decorre da obra de Lewis que o direito representa um mínimo ético, o que significa dizer que a norma positiva jurídica tem sua base na ordem normativa maior, que é a moral. Nesta perspectiva, o Estado, ao expressar normas jurídicas, nada mais faz do que materializar o mínimo moral necessário para a vida em sociedade. Neste caso, o agir juridicamente representa que o sujeito está cumprindo, consequentemente, uma norma de imperativo moral. O dever jurídico seria também um dever moral.

5. CONCLUSÃO

A análise da relação entre a ordem moral e a ordem jurídica é possível de ser realizada em *As Crônicas de Nárnia*, que apresenta um rico universo moral clássico e traz cenas onde os personagens confrontam a moralidade com a ordem jurídica da terra de Nárnia.

Nos tempos hodiernos, o direito experimenta uma abertura de sentido, uma vez que os desafios à comunidade jurídica são imensos. A doutrina juspositivista que concebeu a legitimidade do Direito com base tão-somente na existência formal da norma deixa espaço para um novo paradigma. Ao invés de buscar o conhecimento tão-somente no estudo dogmático, em busca de conceitos e interpretações voltadas para a coerência interna do sistema, o jurista atual, há de extrair em outros ramos do conhecimento os alicerces para a utilização do Direito como meio de transformação social, a fim de promover os valores insertos em nosso estatuto jurídico fundamental. O direito deixa de ser um mero cabedal de regras.

A sociedade passa por inúmeras transformações e todas elas refletem na esfera jurídica. A reflexão do direito necessita se ampliar para outras esferas de discussão, sendo a literatura um campo vasto. Nas aproximações entre o direito e a moral em *As Crônicas de Nárnia* vislumbramos um exemplo de como essa relação entre Direito e Literatura pode ser produtiva.

6. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Guilherme Assis. **Ética e Direito: uma perspectiva integrada.** São Paulo: Atlas, 2002.

BALLESTEROS, Alberto Montoro. **Derecho y moral**. Murcia: Universidad de Murcia, 1993.

BARACHO JR, José Alfredo de Oliveira. **A concepção de justiça no *Grande sertão: veredas***, in: **Revista da Faculdade Mineira de Direito** – v.10, n.19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007.

BARRETTO, Vicente de Paulo. ***Philia,* autocracia e legitimidade da ordem jurídica**, in: **Revista da Faculdade Mineira de Direito** – v.10, n.19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007.

BETTELHEIM, Bruno. **A psicanálise dos contos de fadas**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Kafka, Shakespeare e Graciliano: tramando o direito**, in: **Revista da Faculdade Mineira de Direito** – v.10, n.19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007.

DWOKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos**. Matrizes do pensamento jurídico: um exemplo a partir da literatura**, in: **Revista da Faculdade Mineira de Direito** – v.10, n.19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007.

GODOY, Arnaldo Moraes. **Direito e literatura** in: **Revista Centro de Estudos Judiciários**, n.22, p. 133-136. Brasília: CEJ, 2003.

GREGGERSEN, Gabriele. **A antropologia filosófica de C.S. Lewis.** São Paulo: Mackenzie, 2001.

GREGGERSEN, Gabriele (org). **O evangelho de Nárnia: ensaios para decifrar C.S. Lewis.** São Paulo: Vida Nova, 2006.

IRWIN, William (org). **As crônicas de Nárnia e a filosofia: o leão, a feiticeira e a visão de mundo.** São Paulo: Madras, 2006.

LEWIS, C.S. **As crônicas de Nárnia,** volume único. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEWIS, C.S. **Cristianismo puro e simples.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOYD, Baron Dennis. **A idéia de lei.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAGALHÃES FILHO, Glauco. **O imaginário em *As Crônicas de Nárnia*.** São Paulo: Mundo Cristão, 2005.

OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Eder Bonfim. **A literatura e o desocultamento da identidade constitucional brasileira em *Memórias póstumas de Brás Cubas***, in: **Revista da Faculdade Mineira de Direito** – v.10, n.19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – volume 1**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SANTANNA, Vera Lúcia Lins. **A literatura fantástica e a influência do imaginário religioso infantil**, in: **Horizonte: Revista de estudos de Teologia e Ciências da Religião da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais** – v.3, n.6, p.59-76, 1º sem 2005 – Belo Horizonte: PUC Minas, 2005.

TODOROV, Tzvetan. **Introdução à literatura fantástica**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

Gayne J. Anacker afirma que esses autores ressaltam a importância das histórias nas obras: *The Call of Stories: Teaching and the Moral Imagination*, de Choles; *After Virtue: A Study in Moral Theory*, de MacIntyre; e *The Book of Virtues*, de Bennett, (ANACKER, 2006, p. 134).

Davis (2006) afirma que esses autores afirmam a visão clássica de mundo nas obras: *República*, livros 5-7, de Platão; *Ética a Nicômaco*, livros 1,2 e 6, de Aristóteles; *Confissões*, livros 1 e 3, de Santo Agostinho; *Suma teológica*, de Santo Tomás de Aquino.

"...AND JUSTICE FOR ALL": DISCURSOS, PERSONAGENS E TEORIAS DO DIREITO NO CINEMA AMERICANO*

...AND JUSTICE FOR ALL: DISCOURSE, CONSTRUCTION OF CHARACTERS, AND THEORY OF LAW IN AMERICAN MOVIES

Marcus Vinicius Araujo Batista de Matos

RESUMO

Este artigo problematiza a relação entre Direito e Cinema a partir da análise da construção das personagens no filme "...And Justice for All" (1979), de Norman Jewison. Trabalha com a hipótese de que o filme, que teve grande repercussão na sociedade americana, contribuiu para o acirramento da crítica ao paradigma positivista do Direito naquele país. Para isso, procura relações entre a caracterização das personagens no filme e sua adesão a determinadas concepções (teorias) e práticas do Direito, propondo a análise de seus discursos. O escopo teórico do trabalho se fundamenta nos estudos sobre as relações entre Direito, Cinema e Literatura, e na compreensão das Teorias do Direito enquanto práticas-discursivas tendo como ponto de partida metodológico a obra "El Derecho de La sociedad", de Niklas Luhmann, e o método de análise de discursos proposto por Peter Shöttler.

PALAVRAS-CHAVES: TEORIAS DO DIREITO; CINEMA; CONSTRUÇÃO DE PERSONAGENS; DISCURSOS; MENTALIDADES; IDEOLOGIAS.

ABSTRACT

This article discusses the relationship between Law and Film based on analysis of the construction of the characters in the film "... And Justice for All" (1979), directed by Norman Jewison. It assumes the hypothesis that the film, which had great impact on American society, contributed to the intensification of criticism of the positivist paradigm of law in that country. To do so, it searches relations between the construction of the characters in the film and their adherence to certain theories and praxis of law, proposing the analysis of their speeches. The theoretical scope of work is based on studies of the relationship between Law, Film and Literature, assuming theories of law as discursive-practices. The methodological starting point is the work, "El Derecho de la sociedad," of Niklas Luhmann, and the method of analysis of discourse proposed by Peter Shöttler.

KEYWORDS: THEORY OF LAW; FILM; CONSTRUCTION OF CHARACTERS; DISCOURSES; MENTALITIES; IDEOLOGY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

"Descobri umas duas ou três coisas fazendo este filme. Há uma justiça para os ricos e outra para os pobres. Há uma justiça para os brancos e outra para os negros. Há uma justiça para minorias e outra para as maiorias. Acho que essa é, essencialmente, a verdade. Infelizmente. Todos nós gostaríamos de acreditar que a lei está acima de tudo. Mas não está. A coisa não é bem assim."

(Norman Jewison)

Este trabalho objetiva apontar representações de determinadas Teorias do Direito no cinema norte-americano a partir da observação direta do filme "…And Justice for All" (1979), de Norman Jewison, analisando a caracterização e os discursos de suas personagens. Nossa hipótese é que esta obra teve forte impacto sobre a comunidade jurídica nos Estados Unidos da América (EUA) nas décadas de 1970-1980. Ao mesmo tempo, e de maneira *reflexiva*, acreditamos que a crítica do filme ao sistema jurídico – que se faz através da associação entre discursos sobre concepções de Direito, o comportamento (moral) e o posicionamento político das personagens – revela questionamentos característicos de abordagens teóricas do Direito que tem origem na mesma época. No decorrer deste artigo procuramos demonstrar esta hipótese estabelecendo paralelos entre o discurso das personagens sobre o Direito – sua adesão a determinadas Teorias do Direito –, e sua caracterização, tanto no âmbito moral quanto em sua atuação, sua *práxis*, diante das instituições jurídicas. Para dar conta desta proposta, analisaremos trechos do filme e utilizaremos sinopses, resenhas, e entrevistas realizadas com diretor e roteirista.

Como ponto de partida metodológico, nos filiamos a proposta de compreensão das relações entre Direito e Cinema como expressa por Shulamit Almog e Ely Aharonson. Segundo estes autores, *justiça* é um conceito abstrato e, por esta razão, a única possibilidade de "ver a realização da justiça" é ver uma *imagem* que seja comumente associada à justiça. O Direito pode ser compreendido como um "sistema de representações", cujo objetivo seria convencer a sociedade de que o sistema jurídico detém controle exclusivo sobre os sentidos do conceito de justiça. Para alcançar esta finalidade, um sistema legal de normas precisa produzir imagens concretas de um determinado sentido abstrato de justiça, e essa produção ocorreria por meio da utilização de estratégias performáticas – narrativas, retóricas e rituais – para representar a realização da justiça. A legitimidade de um dado sistema normativo e suas possibilidades de produzir justiça dependeriam, então, do grau de proximidade entre *realidade* e *representação* que este consegue atingir. Ou seja, quanto maior o lapso entre os fatos ocorridos e sua interpretação pelo Direito, maiores serão as limitações de um sistema jurídico para produzir justiça em um caso concreto.

Estes autores apontam, ainda, para uma "cinematização das noções de justiça" como conseqüência da construção social das concepções contemporâneas de justiça a partir de convenções, imagens e idéias que integram uma dada memória social, e constituem-se em capital simbólico áudio visual. O cinema seria, hoje, o principal fornecedor deste

capital simbólico, ocupando posição central na "construção de sentido e formatos de justiça". Acreditamos que esta proposta se coaduna com a leitura de Graeme Turner, para quem o cinema deve ser visto como *prática social*. Turner propõe um método de pesquisa sobre o cinema em que este não é o "alvo final da pesquisa, mas faz parte de um argumento mais amplo sobre a *representação*". Neste sentido, o autor se afilia à Barthes e Althusser, no âmbito dos estudos culturais, com o intuito de investigar a função, as práticas e os modos de produção da cultura – entendida como "o processo que constrói o modo de vida de uma sociedade". Daí a importância em entender como seus sistemas funcionariam para produzir "significado, sentido ou consciência", em especial os sistemas e meios de representação que produzem significação cultural para as imagens. A cultura, para Turner, é composta de "sistemas de significado interligados".

Dentro destas perspectivas, trabalharemos sobre as personagens e o filme com os métodos de análise de discurso desenvolvidos por Peter Schöttler. Através da observação direta dos discursos das personagens, buscaremos compreender suas *mentalidades* e *ideologias* enquanto componentes de um arcabouço cultural, de uma dada memória social. O conceito de mentalidade, nesse sentido, abre possibilidades para "a investigação das formas cotidianas de consciência e comportamento como uma ordem de realidades". Além disso, permite perceber as "várias formas de consciência, mecanismos de pensamento, visão de mundo (cosmovisão), ideologias" de um determinado período histórico. Para construir seu conceito de ideologia, Schöttler trabalha também com Louis Althusser, para quem a definição de ideologia difere daquela pretendida por Marx e Engels, pela introdução do conceito de *imaginário relativo*. Segundo ele, não é mais possível falar em uma *consciência de classe*, ou de um *pensamento de massas*, num sentido quasi-Cartesiano de cognição coletiva.

É importante pontuar, também, como compreendemos as relações que se estabelecem entre o Direito, a Política e o Tempo, e que concorrem (ou confluem) para a produção de sentidos de justiça em uma dada sociedade. Leonel Severo Rocha aponta que esta relação se dá de modo conflituoso, dentro de uma tensão. O Direito molda a forma de sociedade e estabelece os princípios geradores que "permitem a auto-criação histórica da sociedade". Contudo, é no âmbito da Política que ocorre a organização do Estado – principal forma de organização social da Modernidade – e instituem-se governos, partidos e grupos de pressão social. O Tempo está ligado "a produção de novos imaginários sociais, formas diferentes de encarar a realidade". As decisões jurídicas, por sua vez, possuem uma estrutura temporal específica, a dogmática jurídica – que procura estabelecer padrões e formas para controlar as decisões jurídicas e o tempo. Sendo assim, o Tempo relaciona-se com "a tomada de decisões inovadoras, fora das estruturas sociais imobilizadoras".

Neste trabalho, ressaltamos que o conceito de mentalidade deve ser complementar aquele de ideologia, analisado dentro de seu contexto histórico, e considerado como parte constitutiva e importante do resgate da memória. Através da observação de mentalidades, esperamos perceber sentidos de compreensão do Direito, e sentidos de concretude de justiça no comportamento das personagens. Observando a representação de ideologias, esperamos que seja possível estabelecer associações entre afiliações de ordem política e determinadas visões sobre Direito e Justiça expressos na obra cinematográfica "...And Justice for All". Utilizando este arcabouço dentro da narrativa cinematográfica – na qual inevitavelmente se produzem imagens e sentidos de

justiça –, nosso objetivo é demonstrar relações entre o filme e as Teorias Jurídicas contemporâneas. Mais especificamente, nos interessam as relações entre a caracterização das personagens e sua associação a determinadas Teorias do Direito – expressas não apenas em discursos, como também na sua *práxis*. Esta associação será melhor explicada posteriormente.

As Teorias do Direito enquanto discursos e práticas-discursivas

Para Niklas Luhmann, as Teorias do Direito não são propriamente teorias – no sentido científico do termo. Trata-se de teorias provenientes da prática, oriundas da necessidade de tomada de decisão em casos concretos. Por esta razão, os embates teóricos no campo se desenvolvem com maiores preocupações metodológicas do que preocupações teóricas – em termos de capacidade explicativa da realidade. Neste sentido, é possível observá-las enquanto práticas discursivas que prescrevem não apenas um entendimento sobre o que é o Direito, como também um determinado comportamento, uma "práxis jurídica" específica.

Para o autor, as duas maiores fontes de abstração conceitual e sistematização destas teorias são os próprios processos de decisão (práxis) e o ensino do Direito. Precisamente pelas mesmas razões, as reflexões sobre as Teorias do Direito assumem um papel político destacado: cabe a elas dizer o que é e como deve ser interpretado o Direito. Na medida em que o Direito é definido por elas e sua definição trás implicações diretas sobre os métodos de interpretação e aplicação do Direito, "qualquer desenvolvimento teórico tem a preocupação de ser aceito pelo sistema". As Teorias do Direito são, assim, "teorias de reflexões sobre a unidade do sistema", e esta é uma característica que as coloca em um papel político de grande relevância: a adoção de uma ou outra teoria pode legitimar ou deslegitimar determinadas decisões e políticas do Estado. Não por outra razão, Luhmann destaca que o ensino do Direito é tratado, em boa parte dos países, como um assunto de Estado. Esta prerrogativa, por sua vez, coloca as Teorias do Direito numa relação de reflexividade extremamente complexa com seu objeto: trata-se de um conceito de Teoria que assume uma posição constitutiva do seu próprio objeto.

A problemática das Teorias do Direito é, essencialmente, uma problemática do controle de decisões que surge com a Modernidade – onde as relações jurídicas que se estabelecem tencionam constantemente o Tempo e o Direito, em busca de diferenciação. Nesse contexto, existe uma grande indeterminação, e surgem dois problemas para o Direito: em primeiro lugar, o problema da *legitimidade*, "do reconhecimento social das decisões políticas tomadas". Em segundo, o problema da *ideologia*, a "necessidade de negar a irreversibilidade das indeterminações geradas pela pluralidade de imaginários sociais possíveis". Entendemos, no entanto, que o problema da legitimidade engloba aquele da ideologia: na medida em que as decisões produzidas em um sistema são legítimas, podemos compreender que são legítimas porquanto se imiscuem em uma determinada concepção de ideologia – dominante.

Para superar estes dois problemas, a solução encontrada na Modernidade foi a racionalidade, a Razão, empregada como postura metodológica para a "conjuração dos riscos da indeterminação". A Razão figurou como o principal elemento da *Teoria Geral do Direito* na Modernidade, cuja maior expressão foi o Juspositivismo – que por sua vez

se originou em oposição às concepções Jusnaturalistas de Direito, com valores absolutos, estáticos, atemporais. Na era Moderna, o Direito é construído para servir ao Estado, expressão máxima da racionalidade humana, segundo Hegel. Por isso, a principal característica das Teorias Juspositivistas do Direito é a cientificidade, o uso da Razão para identificação e determinação do Direito. Vincula-se, assim, o Direito à Política, por força de *meta-decisões* – decisões que visam controlar outras decisões – e se estabelece a idéia de Direito Positivo, dado (positivado) pelo Estado.

Dessa maneira, as Teorias do Direito Positivo se desenvolveram elegendo como eixo a noção de *norma jurídica*. Para as concepções Juspositivistas do Direito, este só se estabelece em função de normas. A justiça, examinada enquanto conceito, corresponde também a uma norma – a norma de justiça – que seria uma norma moral. No entanto, esta não teria qualquer relação direta com o Direito, exatamente porque "o conceito da justiça se enquadra no conceito da moral". Para Kelsen, a visão do Juspositivismo sobre a relação entre Direito e Justiça consiste na "independência da validade do direito positivo da relação que este tenha com uma norma de justiça". Sendo assim, a principal questão para a Teoria do Direito reside na *validade* do Direito, e os autores que a adotam se lançam ao desafio de estabelecer métodos para determinar se uma norma se enquadra/pertence ou não a um determinado ordenamento jurídico. A idéia de justiça, e a sua relação com o Direito não é sua principal preocupação. Este modelo de Teoria do Direito, baseado na cientificidade, no rigor metodológico e na linguagem de denotação pura, pode ser considerado o modelo mais influente de Teoria do Direito da Modernidade. Entretanto, encontra seu principal obstáculo no esgotamento do modelo de racionalidade científica nos moldes iluministas, que ocorre com o a crescente complexidade da sociedade através dos processos de Globalização e das transformações do Estado e da sociedade no final do século XX e início do século XXI. Estas mudanças, que caracterizam para alguns autores a chegada da *Pós-Modernidade*, colocam em cheque algumas das bases da Era Moderna, dentre elas, a própria ciência.

Hans-George Gadamer explica esta questão sob o ponto de vista filosófico, a partir da tomada de *consciência histórica*. Para o autor, a tomada de consciência histórica é um privilégio do homem moderno, que pode ter "plena consciência de todo presente e da relatividade de toda opinião". Além disso, é "provavelmente, a mais importante revolução pela qual passamos desde o início da época moderna" e permite compreender as possibilidades de uma múltipla relatividade de pontos de vista. Assim, para responder a argumentos de oposição, passa a ser possível se colocar, deliberadamente, "na perspectiva do outro". A esse comportamento *reflexivo*, o autor associa o conceito de *interpretação*, que nessas condições se tornaria universal. Esta generalização do conceito de interpretação – que remontaria a Nietzsche – caracteriza um período histórico onde "o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação", e no qual seria necessário um olhar voltado "para além do sentido imediato" para que se possa descobrir "o 'verdadeiro' significado que se encontra escondido". Esse esgotamento da cientificidade racional moderna marca o início de um período onde todos os enunciados provenientes da razão passam a ser suscetíveis de interpretação – uma vez que seu significado, seu sentido "verdadeiro ou real sempre nos chega mascarado ou deformado por ideologias".

Observando as experiências hermenêuticas nas artes reprodutivas, e o fato de que todo intérprete propõe "a sua própria interpretação", Gadamer sugere que é mais provável que não exista uma objetividade absoluta. Contudo, as diferentes interpretações não são,

necessariamente, arbitrárias, porque podem "alcançar ou não um grau definido de propriedade (*justesse*)". Partindo desta perspectiva de esgotamento dos modelos de racionalidade iluministas, e da crescente complexidade de uma sociedade global cada vez mais diferenciada, as Teorias Jurídicas contemporâneas procuram construir discursos sobre o Direito que dêem conta de legitimar as decisões jurídicas. Assim, nos últimos quarenta anos, aquilo que se entende por Teoria do Direito compreende uma série de empreendimentos teóricos/metodológicos que buscam convergência entre aspectos lógicos e hermenêuticos; institucionais (positivistas); sistêmicos; retóricos; e teórico-argumentativos. Seja qual for a teoria adotada, um problema permanece inalterado: o da legitimidade do sistema. Para Luhmann, a produção da legitimação surge (só pode surgir) a partir da produção da justiça. Esta funciona como um "conceito de valor" que dá sentido ao trabalho do jurista. Trata-se, então, de um problema de contingência, onde a justiça só poderá ser produzida – "se fazer visível" – a partir dos seus resultados.

Conquanto o debate em torno das Teorias do Direito seja uma perspectiva interna ao sistema, o discurso sobre a produção da justiça – que se faz através de elementos externos ao sistema, que apenas se aproximam dele – pode ser decisivo para a adoção ou rejeição de uma ou outra Teoria do Direito. Isso ocorre porque estes discursos podem categorizar, no plano simbólico, um entendimento comum sobre o que é o Direito – ou sobre o que este deveria ser. Este é, precisamente, o papel do Cinema enquanto prática social e meio constituinte de uma leitura sobre o Direito e sobre a Justiça. Esta leitura, que o cinema faz das Teorias do Direito – e a partir delas –, é a que nos interessa aqui.

"...And Justice For All": uma abordagem "realista" do sistema jurídico no cinema

"Eu não sabia muita coisa sobre isso até começar a estudar o sistema jurídico e a entrevistar juízes. Quando se trata da lei, ou quando se trata do processo judicial, tudo pode acontecer." (Norman Jewison)

A obra cinematográfica em questão é lançada em 1979, como uma comédia. A crítica, no entanto, recebe-a de forma ambígua: se para alguns se tratava de uma comédia de "humor negro", para outros não se tratava nem de uma sátira nem de uma comédia. O impacto do filme se deu não apenas na crítica cinematográfica, como também na comunidade jurídica. Outro fato para o qual chamamos atenção, e que demonstra a importância desta obra para uma análise das relações entre Direito e Cinema é ter sido incluída, recentemente, na "Lista dos 25 melhores filmes sobre o Direito", da American Bar Association (ABA), publicada no ABA Journal.

De fato, é difícil classificar a obra como drama ou comédia. A abertura do filme mostra símbolos e placas típicas dos tribunais – algumas com conteúdo pragmático e escritos à mão, indicando que para entrar em determinada sala é necessário se submeter a revista; ou, indicando salas "reservadas" aos juízes; ou, ainda, avisos sobre a proibição de se comer ou ler durante as seções no tribunal. A trilha sonora, no entanto, quebra

qualquer reverência com sua trivialidade, sinalizando, talvez, o paradoxo entre os símbolos oficiais da justiça e o uso cotidiano – nas placas escritas à mão – que se faz destes sinais na *práxis* do sistema jurídico. Essa dualidade, entre a reverência e a jovialidade, é retratada na atuação dos profissionais do Direito que desenvolvem uma mentalidade própria de relação cotidiana com todos esses símbolos.

Este aspecto, acreditamos, reforça a intenção dos autores, revelada recentemente em entrevistas, de construir uma idéia sobre o Direito, um retrato do que seria a "realidade" do sistema jurídico:

Vemos [no filme] o melhor e o pior da humanidade. E o pior da humanidade, às vezes, é completamente maluco. Totalmente louco. Por sua natureza, ele é dramático. (...) Mas algumas coisas são realmente cômicas. Foi interessante colocar essas inconstâncias lado a lado e Norman Jewison não as evitou porque é, de fato, o que acontecia. É esse o mundo em que vivemos. (...) Algumas coisas são horríveis. Mas esse é o nosso sistema. É o que está aí. E tento mostrá-lo da melhor forma possível. Foi por isso que fiz este filme. Não é um sistema muito cortês, às vezes. Não é uma coisa arrumada...às vezes ele fica maluco. E pensamos 'Meu Deus, é esse o nosso sistema?'. É um bom sistema, porém isso não significa que ele não possa se tornar bizarro e ultrajante

O título do filme é uma referência ao juramento à bandeira dos EUA, o "Pledge of Allegiance", cuja frase final faz referência a liberdade e a uma justiça universal – valores de concepções políticas liberais. O filme procura demonstrar, através da construção de suas personagens que, ao contrário, não existiria uma justiça universal, e que este modelo de sistema, ancorado no Liberalismo, estaria esgotado. Haveria, na realidade, um sistema que diferencia pessoas por classe, raça e gênero. Esta é a concepção de crítica ao sistema jurídico que Barry Levinson quis imprimir na trama:

O sistema legal é fascinante. Tem seus pontos altos e baixos. Às vezes temos processos abusivos. Às vezes a defesa vai tão longe para livrar a pessoa que sentimos quase como se ultrapassassem os limites e abusassem das razões pelas quais o sistema foi criado. Mas isso só acontece nos casos envolvendo gente importante. No outro extremo, as pessoas são negligenciadas e presas quando, na verdade, não tiveram um julgamento. Todos estavam ocupados com outra coisa. Era um advogado apontado pelo Estado e ele não estava atento, ou qualquer coisa assim. E aquela pessoa vai para a prisão e, só fica sabendo depois.

Na visão do diretor, o principal problema do sistema jurídico é que a concepção majoritária que se tinha do Direito à época do filme, que se manifesta em sua *práxis*, coloca questões técnicas acima das questões morais, acima da Verdade, acima das pessoas. Para Jewison, a questão crucial do filme é que as pessoas (personagens) envolvidas na trama jurídica estão, a cada dia, lidando com as vidas de outras pessoas. Por isso, sofrem uma "pressão" imensa: "cada processo não é apenas mais um número; é a vida de alguém". Estes seriam "problemas intrínsecos ao nosso sistema legal", que poderíamos resumir na seguinte proposição:

Lei (sistema jurídico) > Verdade, Justiça.

Ainda, segundo Jewison, os artistas que se debruçam sobre o Direito desempenham um papel social de "defensores da justiça", ao interpretarem estes personagens. Sua atuação procura desvendar, encontrar a verdade: "Al Pacino tenta achar a verdade em seu personagem, em todo o filme. (...) Barry Levinson e Valerie Curtin tentavam achar a verdade em sua história, no enredo. É a idéia por trás do filme que o torna importante".

Estes discursos se coadunam com aquilo que expressava Ronald Dworkin, em sua obra mais influente. Para o autor, há uma "teoria dominante do Direito", positivista, que não dá conta de explicar/justificar/legitimar o Direito e o sistema jurídico. A Teoria Positivista sustentaria que "a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito de regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais que isso" . Por essa razão, seria incapaz de resolver os embates da Lei com as questões morais e políticas que surgiram no século XX e, sendo assim, seria incapaz de produzir justiça em suas manifestações no sistema jurídico.

De modo semelhante, acreditamos que estes discursos se inspiram no movimento denominado Critical Legal Studies (CLS). O CLS se iniciou também em 1977, numa conferência na Universidade de Wisconsin-Madison – conquanto suas raízes possam ser atribuídas à década de 1960, aos movimentos de lutas por Direitos Civis e aos movimentos contrários a Guerra do Vietnã. O CLS propagava a idéia de que a lógica jurídica e a estrutura do sistema jurídico teriam nascido das relações de classe na sociedade capitalista. Por isso, a Lei existiria apenas para legitimar os interesses de partidos e classes, refletindo ideologias e crenças destes grupos, legitimando injustiças na sociedade. De acordo com Arnaldo Godoy, o movimento criticava profunda e solidamente o liberalismo e o positivismo, proclamando a indeterminação do Direito e sua identificação com a Política e, portanto, a impossibilidade de sua neutralidade.

Contudo, a forma como o filme produz discursos sobre estas concepções têm limitações. A primeira delas é que sua representação só pode ocorrer no discurso ou na *práxis* das personagens – e, por vezes, de um modo bastante simplificado e caricaturado. Em segundo lugar, é preciso considerar que nenhuma destas concepções e Teorias sobre o Direito são unânimes – há discordâncias significativas sobre seus contornos e definições. Por fim, é preciso considerar, ainda, que muitas críticas contemporâneas que as Teorias Positivistas fazem de si próprias, não existiam na época.

A representação das Teorias do Direito na construção das personagens do filme "...And Justice for All"

Os discursos dos autores – diretor e roteirista – sobre o que é o Direito, e sobre quais são as conseqüências sociais e políticas do sistema jurídico atual encontram eco na caracterização da personagem principal. Na primeira cena do filme um travesti é preso e submetido à humilhação de entrar no corredor das selas "montado", e é obrigado a se despir em frente a todos os outros presos. A personagem principal, o advogado Arthur Kirkland está preso na mesma carceragem por desacato a um juiz – o Juíz Fleming – e

assiste a este episódio. Incomodado com a situação, ele requisita atenção e cuidados dos policiais em relação ao novo preso. O policial retruca, no entanto, manifestando sua admiração ao juiz "durão", que colocou Arthur na cadeia.

A contenda entre Arthur e o juíz Fleming tem origem no caso McCullaugh, onde Artur consegue provas de que seu cliente é inocente, mas, por apresentar estas provas após o prazo, não consegue libertá-lo. O juiz não aceita nem olhar para essas "evidencias". Por essa razão, Arthur discute e chega a agredir o juiz. Essa situação é narrada a partir de uma discussão entre Arthur e seu sócio, Jay Porter, em um diálogo no banheiro do fórum, onde Jay exige que Arthur se arrume melhor antes de ir às audiências. A cena termina numa brincadeira entre colegas, onde Jay revela como agir para agradar juízes como Fleming:

- Arthur: I like your tie.

- Jay: Its Fleming favorite color.

O caso é retomado na cena em que Arthur visita McCullaugh na prisão. A sentença proferida pelo juiz que condenou o réu McCallaugh e se recusou a rever sua decisão, mesmo diante da provas que evidenciavam sua inocência – apresentadas pelo advogado após o decorrer do prazo – sugere a adesão do juiz a uma Teoria Positivista de *ceticismo-ético*, ou de um *positivismo ideológico*. Um diálogo entre Arthur e seu cliente revela/retrata a injustiça causada por uma interpretação positivista da Lei. Conforme o diálogo se desenvolve, McCallaugh vai sendo conduzido pelo guarda a sua cela.

- McCallaugh: O que aconteceu?

- Arthur: Só quero reafirmar o que disse ontem. Nós vamos tirá-lo daqui.

- McCallaugh: Sei que está tentando, Sr. Kirkland, mas é loucura. Você disse que tinha a prova de que eu sou inocente. É uma prova, não é?

- Arthur: Você é inocente.

- McCallaugh: E o juiz Fleming concorda com você, certo? Se todos concordam, por que eu estou na prisão?

- Arthur: O tribunal não quer aceitar a prova.

- McCallaugh: Por que não?!?

- Arthur: Bem, há uma lei que diz que a prova deve ser mostrada num certo período. E nossa prova chegou atrasada três dias.

- McCallaugh: Que diferença faz? E daí se chegou atrasada? Têm a prova! Deviam me soltar. Não entendo! O juiz me prende, e sabe que sou inocente! O que significa isso?!?! O que está acontecendo?!?!

- Arthur: Só vai levar mais um tempo. Qualquer outro juiz o teria libertado, mas Fleming...segue a lei ao pé da letra. Prometo que vou libertá-lo.

Arthur Kirkland se descreve como um homem que "enxerga como as coisas realmente são no Direito". O advogado é retratado com um homem exemplar: demonstra preocupação com os interesses das partes; elabora várias críticas ao sistema "injusto" e "insensível"; e manifesta seu compromisso com a produção da Justiça. Em diálogo com Gail Packer – advogada que faz parte do comitê de ética que está investigando Arthur – este profere um discurso de viés sociológico questionando o trabalho do comitê de ética da ABA e seu poder em realmente tratar de "ética" no sistema jurídico:

- Arthur: É um grupo muito perigoso, sabia?

- Gail: Santo Deus! Lá vamos nós outra vez. Arthur, por quê? Por que você acha que é perigoso?

- Arthur: O povo acha que fazem algo que não fazem.

- Gail: Sim. Mas nós estamos fazendo algo. Protegemos o povo de muitos advogados corruptos.

- Vocês ficam na superfície. Não vão atrás do poder verdadeiro.

Ela questiona:

- Que pode verdadeiro, Arthur?

Ao que Arthur responde, após algumas trivialidades:

- Quer ouvir uma história sobre nosso sistema judicial?

O discurso de Arthur evoca o caso McCallaugh para explicar como o sistema jurídico pode produzir injustiças por equívocos – no caso, a prisão de um inocente com nome homônimo ao de um criminoso procurado pela polícia. Na prisão por erro judicial, ocorre o assassinato de um guarda, e a arma do crime é plantada na sela de Jeff McCallaugh, que é novamente acusado, dessa vez, de matar um agente penitenciário. Por essa razão, permanece mais seis meses na cadeia. No tribunal, o defensor público sugere que o réu confesse o crime e se declare culpado para fazer um acordo e conseguir soltá-lo. Um acordo é feito, então, com um juiz. No entanto, este juiz não está presente no dia da proclamação da sentença. Um juiz substituto – o juiz Fleming – assume o julgamento alegando desconhecer qualquer acordo e, diante da confissão do réu, o sentencia a cinco anos de prisão. O juiz Fleming não aceitou nenhuma prova da inocência do réu, porque estas teriam sido apresentadas três dias após a prescrição do

prazo. McCallaugh é espancado na cadeia. Sofre abusos sexuais. Em uma conversa com seu cliente, Arthur o incentiva a não perder as esperanças. Tragicamente, o acusado surta e se envolve em um incidente violento de insurreição na cadeia, que leva a sua morte.

Diante do discurso de Arthur, sua colega responde:

- Sabe Arthur, é a lei. Você não pode culpar Fleming legalmente, pois ele seguiu a lei.

Em contraposição a personagem principal, o filme retrata dois juízes: *Judge* Rayford, e *Judge* Fleming. Rayford é a caricatura de um juiz com tendências políticas conservadoras, ligado ao denominado "movimento de Lei e Ordem". É retratado, por isso, como desequilibrado, louco – a personagem apresenta tendências suicidas. A primeira cena em que Rayford aparece é um julgamento onde um acusado de fraude em loteria – defendido por Arthur Kirkland – come as provas de seu crime que estavam dispostas sobre uma mesa. O promotor agride o réu e seu advogado, Arthur, entra na briga para defender o cliente. O juiz Rayford entra em cena e, diante da confusão, dá um tiro para cima. Depois do disparo, com calma, questiona:

- Gentleman...may I remind you are in a court of Law? Now, lets proceed in 'old fashion'.

O advogado responde ao episódio com ironia, causando riso entre os presentes:

- Your Honor…I guess I should request a recess, so that my client could get something to eat. He is obviously very hungry.

O juiz Rayford desenvolve certo afeto por Arthur. Em conversa amistosa entre os dois, após o bizarro episódio, este convida Arthur para um passeio (um vôo de helicóptero) no fim-de-semana. Enquanto o juiz se veste, Arthur o questiona sobre a arma que carrega embaixo da toga. Nesta cena, Rayford revela mais de suas inclinações políticas quando aponta para sua arma e responde:

- Existem a lei e a ordem. E isso é a ordem.

Ressaltando as tendências suicidas do juiz, em outra cena este aparece almoçando no parapeito da janela de sua sala no fórum, quando um assistente o chama para o início de uma audiência. Em seguida, no fim de semana em que passeia de helicóptero com Arthur, Rayford, piloto veterano da Guerra da Coréia, leva a cabo suas tendências suicidas e sofre um acidente de helicóptero – com Arthur –, de maneira inconseqüente. Mesmo assim, nenhum dos dois sai ferido. Após esse episódio, numa conversa entre os dois, o juiz revela um pouco da trama principal do filme: a demanda para que Arthur defenda o juiz Fleming, desafeto de Arthur, em uma acusação de estupro. Por trás desta demanda, segundo Rayford, haveria uma articulação política do

Comitê de Ética da ABA, para chantagear o advogado – caso ele não concordasse, haveria “pessoas poderosas” que poderiam “arruinar sua carreira”, expulsando-o da ordem. Rayford prossegue, alertando Arthur sobre o problema:

- Eles querem você. É um advogado de princípios, sem ligações políticas.

Arthur responde, elucidando a contradição:

- Eles querem que eu defenda Fleming por minha integridade moral. E se eu me recusar, vão me cassar por conduta antiética.

Em outra ocasião, o juiz Rayford é descrito por Arthur como sendo “um louco suicida” que, certa vez, teria sido encontrado “se enforcando no gabinete”. O advogado complementa, enfurecido:

- Este é o homem que diariamente decide a vida das pessoas.

Já a personagem do juiz Fleming revela, na íntegra, a percepção dos autores sobre a Teoria Positivista do Direito. Na entrevista supracitada, falando sobre a construção das personagens no filme, Norman Jewison descreve o juiz Fleming, interpretado por John Forsythe, como um juiz “pomposo e altamente egoístico, que é totalmente antiético”. Em sua primeira aparição no filme o juiz Fleming entra no tribunal para presidir uma audiência. Temido pelos réus, condena sumariamente um acusado que tinha antecedentes criminais. Além de interrogá-lo com deboche, o juiz inicia seus questionamentos pelo fato de ser a terceira vez que o réu é acusado. Quando o advogado questiona este tratamento a um réu ainda não condenado, o juiz retruca condenando o réu imediatamente, com sarcasmo.

Na cena seguinte, Arthur se desculpa por seu mau comportamento e tenta conversar com o juiz Fleming nos corredores do Fórum. Fleming se recusa a ouvi-lo sobre o caso McCallaugh. Arthur argumenta:

- Kirkland: Eu entendo que o senhor siga a Lei...mas não entendo por que os negam os direitos constitucionais do meu cliente.

- Fleming: Não queira me ensinar a Lei.

- Kirkland: Meu cliente é inocente.

- Fleming: Que se dane o seu cliente!

A trama principal do filme consiste no dilema ético de Arthur, quando este é chantageado pelo comitê de ética da ordem para defender Fleming contra a acusação de estupro. Além de ser um inimigo – público, o que seria estratégico – e desafeto pessoal

do juiz, Arthur descobre que Fleming falsificara provas, comprara testemunhas e que era, de fato, culpado. Sem alternativa, Arthur aceita o caso e tenta usá-lo a seu favor: vai ao juiz Fleming e pede para que ele reabra o processo de McCallaugh. Ao que Fleming responde dizendo:

- Não há nada a ser feito. Mas verei o que posso fazer. Talvez haja uma exceção na lei.

Em uma das cenas incluídas na Edição Especial do DVD, há outro diálogo entre Arthur e Fleming, em que este expõe seus motivos e sua teoria social, que embasariam suas decisões legalistas:

- A cadeia tem que ser assustadora. Deixe que os criminosos criem seu próprio inferno. Sabe, a punição justa não funciona. Precisamos de punição *injusta*. Enforque alguém por assalto à mão armada. Nada temos a perder (...). Você não entende. Vocês com suas idéias de reabilitação. Esse conceito de reabilitação é uma farsa.

Em referência a esta cena – e comprovando o retrato do juiz positivista como adepto de um ceticismo ético – o diretor revela: "É como se o personagem de Fleming estivesse dizendo: 'Não há ética. Não há moralidade. Está tudo escrito no livro. E, de acordo com o livro, você é culpado'".

Conclusões e apontamentos

"O que é a justiça? Qual a sua intenção? A justiça é a descoberta da verdade. E o que é a verdade hoje?" (Arthur Kirkland)

A caracterização dos personagens no filme "...And Justice for All" cumpre o papel de problematizar a relação entre a adoção de determinadas Teorias do Direito pelos agentes e atores judiciais, e questionar a legitimidade destas teorias (e práticas) pelos seus resultados. Esta reflexão, no entanto, não esgota as diferentes possibilidades de abordagens teóricas no debate das Teorias Jurídicas contemporâneas. Fortalece, porém, a visão de que produção da legitimação do Direito depende da produção da justiça e que esta, por sua vez, só pode ser medida a partir de seus resultados, como aponta Luhmann.

O que o filme não responde é "como". Como produzir justiça? Haveria uma relação irrevogável entre a moral e o Direito? Qual o papel das ideologias nesse processo? Como analisar criticamente "os resultados" e a produção da justiça? Quais são as reais conseqüências da adoção de uma ou outra Teoria do Direito? É possível apontá-las? Sem dúvida, estas questões não serão respondidas neste trabalho. Entretanto, cabe pontuar aqui que muitas destas perguntas já foram levantadas no campo das Teorias

Jurídicas contemporâneas. Hart e Dworkin, por exemplo, dedicam boa parte de suas obras a discutir as relações entre a moral e o Direito, e o papel da moral na produção de justiça – Dworkin faz esta reflexão também em relação à Política. Em outra frente, Antonio Negri debate com John Rawls as inspirações ideológicas e políticas presentes na construção de uma teoria da justiça liberal, "contratualista", e a influência das concepções "comunitaristas" de uma "abordagem hegeliana pragmática da moralidade" no chamado "movimento de lei e ordem". Vale mencionar, ainda, a contribuição da "ação comunicativa" de Habermmas e a "moral procedimental" de Robert Alexy como teorias integrantes deste campo.

Conquanto boa parte – senão a maioria – destas Teorias do Direito pressuponha o esgotamento das noções tradicionais (Modernas?) de *Razão* e *norma jurídica* enquanto fundamento do Direito e, conseqüentemente, a superação do Positivismo Jurídico, acreditamos que a concepção do "Positivismo conceitual" reabilita esta corrente ao mesmo campo que as demais, como uma Teoria Jurídica contemporânea. O positivismo conceitual, de acordo com Noel Struchiner, sustenta sua "inércia normativa" e torna possível utilizar as concepções positivistas apenas como critério de fonte e, se necessário, "deixar a lei de lado" para decidir um caso e produzir justiça. Sendo assim, embora partindo de pressupostos diferentes, suas conseqüências para uma *práxis* do Direito podem ser as mesmas que algumas das concepções "pós-positivistas" aqui relacionadas.

Observando os discursos das personagens no filme, é possível apontar algumas conseqüências de uma (des)abilitação da Razão como critério de produção da justiça em um sistema jurídico técnico – constituído por normas técnicas. Essa perda de credibilidade do sistema racional leva o sistema jurídico ao paradoxo e a loucura. De fato, a obra retrata a irracionalidade do sistema demonstrando, na construção de suas personagens, que há algo de enlouquecedor no sistema legal. McCallaugh enlouquece por ser uma vítima do sistema. Ao mesmo tempo, Jay Porter, sócio de Arthur Kirkland, enlouquece por fazer parte do sistema e contribuir para a soltura de um réu acusado por homicídio – através de uma "questão técnica" – que reincide no crime, dessa vez assassinando duas crianças. Jay enlouquece, raspa a cabeça e tem um incidente violento no fórum. No entanto, ao final do filme, passa a usar uma peruca e volta a advogar, sem maiores problemas. Em seu primeiro surto, Jay proclama:

- Isso é justiça? Que mundo é esse? Um mundo louco? O mundo todo está louco!

As Teorias Jurídicas contemporâneas parecem buscar os fundamentos do Direito nos sentidos de Justiça – sejam novos ou antigos. Este é, também, o discurso do cineasta Norman Jewison sobre o Direito:

Quando penso de novo no filme, tudo que vejo é aquela penitenciária. É uma das mais antigas penitenciárias nos EUA. E por fora parece uma antiga prisão inglesa. Eu pensava: 'quantas pessoas estarão presas aí que não deveriam estar?' Era o que mais me incomodava neste filme. A negação da justiça.

Ao procurar este fundamento para o Direito no sistema social, ou na Política, as Teorias Jurídicas contemporâneas não rompem, entretanto, com a racionalidade técnica

que caracterizava o Positivismo Jurídico: são, de certa forma, desdobramentos deste – daí a denominação adotada por alguns autores, em classificá-las como *pós-positivismos*. Não se trata mais, contudo, da discussão sobre a relação entre Ciência e Direito, ou da busca por um Direito normativo e racional nos padrões do positivismo Kelseniano e do mito da ciência oitocentista. Jacques Ellul observa, no entanto, que a racionalidade técnica da modernidade implica também uma *moralidade técnica*, que é independente, "autônoma", em relação à moral tradicional. A racionalidade torna-se, assim, "juiz da moral". Segundo o autor, "o homem que vive no meio técnico sabe bem que não há mais nada espiritual em parte alguma. E, no entanto, assistimos a uma estranha reviravolta; o homem não pode viver sem o sagrado". Cabe questionar, neste sentido, se de fato é possível produzir justiça a partir de critérios técnicos e contingentes, baseados em resultados.

A produção da justiça a partir de critérios técnicos parece ser, então, o principal desafio para as Teorias Jurídicas contemporâneas:

Os homens do direito (...) não podem, sem má consciência, eliminar a justiça do direito. Também não podem conservá-la, por causa da perturbação provocada por essa idéia, de sua incerteza, e de sua imprevisibilidade. A técnica jurídica, para ser precisa, supõe que não nos embracemos mais com a justiça.

Contudo, se admitirmos sua insuficiência, talvez seja necessário analisar os paradoxos presentes na relação entre os critérios de racionalidade modernos, as relações de poder no Direito, as ideologias (a Política), e as mentalidades – compreendidas aqui a moral e a religião. Para que isso ocorra, é preciso romper com os preconceitos estabelecidos por uma determinada *consciência coletiva* da modernidade, baseada no progresso da ciência, no aperfeiçoamento da tecnologia, na crença na riqueza e no ideal do lucro. É necessário perder o medo de justificar o passado, "o antigo", relativizando as novidades, "o novo".

Bibliografia:

ALMOG, S.; AHARONSON,E. *Law as film: Representing Justice in the Age of Moving Images***.** In: Canadian Journal of Law and Technonolgy, Vol. 3, N.1, March 2004. Disponível em: http://cjlt.dal.ca/vol3_no1/pdfarticles/almog.pdf Acesso em: 23 de junho de 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio***.** Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2007

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica***.** 3ª ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da Modernidade.* Trad. Raul Filker. São Paulo: Editora UNESP, 1991

_____. *Mundo em descontrole***.** *Rio de Janeiro: Record, 2005*

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger: um clássico da filosofia jurídica e política.* Revista Juridica, Brasília, v. 8, n.82, dez/jan 2007. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/Rev_82/Artigos/PDF/Arnaldo_rev82.pdf Acesso em: 20 de agosto de 2009.

FIGUEIRA, Luiz Eduardo. *O Ritual Judiciário do Tribunal do Júri.* 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1. 264 p.

HART, H. L. A. (1997). *The Concept of Law***.** Oxford: Clarendon Press, 2a. ed.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça***.** 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003

LISSOVSKY, Mauricio. *A Memória e as condições poéticas do acontecimento*. In: Jô Gondar; Vera Dodebei. (Org.). O que é memória social?. 1 ed. Rio de Janeiro: Contracapa / PPG em Memória Social da UNIRIO, 2005, v. , p. 133-143.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de La sociedad.* Cidade do México: Herder, 2005

NEGRI, A.; HARDT, M. *O Trabalho de Dionísio: para a crítica ao Estado pós moderno*. Juiz de Fora, MG: Editora UFJF – PAZULIN, 2004

ROCHA, Leonel Severo. *Da Epistemologia Jurídica Normativista ao Construtivismo Sistêmico.* Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, v. 1, p. 1033-1065, 2008.

SCHÖTTLER, Peter. *Mentalities, Ideologies, Discourses – on the "third level" as a theme in social-historical research.* Princeton, 1995

STANISLAWSKI, Constantin. *A construção da personagem.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

STRUCHINER, Noel. *Algumas 'Proposições Fulcrais' acerca do Direito: o Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo*. In: Antonio Cavalcanti Maia; Carolina de Campos Melo; Gisele Cittadino; Thamy Pogrebinschi. (Org.). Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. , p. 399-416.

TURNER, Graeme. *Cinema como prática social*. São Paulo: Summus, 1997

Dois fatos nos fazem chamar atenção para esta mútua relação de influência (reflexiva) entre o filme e as teorias jurídicas contemporâneas: sua estréia ocorre apenas dois anos após a publicação da obra "Taking Rights Seriously", de Ronald Dworkin, em 1977; e no mesmo ano da formação da primeira turma de graduandos da Cardozo Law School – hoje uma das mais respeitadas (e críticas) escolas de Direito dos EUA.

ALMOG, 2004, p.1-2.

Não nos referimos aqui a um conceito sociológico de "memória social", mas sim com a concepção de memória de Walter Benjamin. Segundo Maurício Lissovsky (2005, p.143), em Benjamin a memória é um intercruzamento de traços de memórias individuais e coletivas, que possuem projeções tanto para o passado quanto para o futuro.

ALMOG, 2004, p.3-4

TURNER, 1997, p.48

SHÖTTLER, 1995, p.80

SHÖTTLER, 1995, p.82

ROCHA, 2008, p.1033-1034

LUHMANN, 2005, p.62. Ronald Dworkin, em sentido muito semelhante, propõe que "uma teoria geral do direito deve ser ao mesmo tempo normativa e conceitual". (DWORKIN, 2007, *Introdução*, p.XVII)

LUHMANN, 2005, p.63. Luhmann faz menção a relação próxima de controle entre a American Bar Association e as escolas de Direito dos EUA. Cita também o exemplo da Alemanha, onde os exames jurídicos são "exames de Estado". Da mesma forma, podemos observar a complexa teia de relações entre o exame de Ordem da OAB, a classificação das faculdades de Direito pelo Ministério da Educação (MEC), e o ensino do Direito no Brasil.

Anthony Giddens (1991, p.19-20) aponta a relação entre ciências sociais e seus objetos como uma relação de "hermenêutica dupla", onde o desenvolvimento do conhecimento sociológico se dá a partir de conceitos leigos dos agentes. Assim, "conhecimento sociológico espirala dentro e fora do universo da vida social, reconstituindo tanto este universo como a si mesmo como uma parte integral deste processo". Entendemos que no caso das Teorias do Direito, essa relação é ainda mais complexa.

ROCHA, 2008, p.1035

Opus. Cit., p.1035

KELSEN, 2003, p.4

KELSEN, 2003, p.7

Para Kelsen, "a questão de saber se o conteúdo jurídico definido através do processo de direito positivo é justo ou injusto nada importa para a sua validade" (KELSEN, 2003, p.117).

ROCHA, 2008, p.1035

Anthony Giddens aponta para a perda de credibilidade da ciência como uma das principais características deste novo período da Modernidade, que para ele é caracterizada como a *sociedade de risco*. "Não podemos simplesmente *aceitar* os achados que os cientistas produzem, para início de conversa por causa da freqüência com que eles discordam uns dos outros, em particular em situações de risco fabricado. E hoje, todos reconhecem o caráter essencialmente fluido da ciência." (*opus cit*., p.41)

GADAMER, 2006, p.17

Para Gadamer, num sentido muito semelhante ao proposto por Anthony Giddens, a reflexividade é a principal característica do "espírito moderno". (GADAMER, 2006, p.18)

GADAMER, 2006, p.19

Opus cit., p.10

LUHMANN, 2005, p.64.

LUHMANN, 2005, p.64.

CANBY, Vincent. Movie Review. *Screen: All Paccino in "...And Justice For All": Sorts of Breakdowns.* The New York Times. 19 de outubro de 1979. Disponível em: http://movies.nytimes.com/movie/review . Acesso em: 3 de agosto de 2009.

Neste sentido, ver: BERARDINELLI, James. *"...And Justice For All". Film Review.* Reelviews, 1996. Disponível em: http://www.reelviews.net/movies/a/and_justice.html . Acesso em: 3 de agosto de 2009.

Em entrevista recente, o diretor do filme revela: "O filme enfureceu muitos advogados. Recebi cartas da Ordem dos Advogados de Nova York e de outros lugares e recebi cartas de juízes (...) porque todos que fazem parte do sistema judiciário acreditam nele. Muitos deles acreditam que o que fazem é correto. Mas se vocês estão fazendo a coisa certa, por que tantos prisioneiros no corredor da morte são libertados porque o DNA provou que eram inocentes?" JEWISON, Normam....*And Justice for all. Special Edition. Entrevista com Direitor.* New York: Sony, 2008. 1 DVD (2h55min): Digital, Dobly, color.

A existência de uma lista como essa pode ser objeto, por si só, de futuras pesquisas. Cf. BRUST, Richard. The 25 Greatest Legal Movies. August, 2008. Disponível em: http://www.abajournal.com/magazine/the_25_greatest_legal_movies/ Acesso em: 03 de agosto de 2009.

LEVINSON, Barry. ....*And Justice for all. Special Edition. Entrevista com Roteirista.* New York: Sony, 2008. 1 DVD (2h55min): Digital, Dobly, color.

"I pledge allegiance to the Flag of the United States of America, and to the Republic for which it stands, one Nation under God, indivisible, with liberty and justice for all." Cf: http://uscode.house.gov/download/pls/04C1.txt

Opus.cit., 2008

DWORKIN, 2007, *Introdução*, p.XVII

"The wealthy and the powerful use the law as an instrument for oppression in order to maintain their place in hierarchy. The basic idea of CLS is that the law is politics and it is not neutral or value free." Critical Legal Theory. Critical Legal Studies: an overview. LII – Legal Information Institute. Cornel Law School, 1992. Disponível em: http://topics.law.cornell.edu/wex/Critical_legal_theory . Acesso em: 20 de agosto de 2009.

GODOY, 2007, p.50.

Em particular, nos será útil a crítica feita por Noel Struchiner a diversas concepções do Positivismo Jurídico. Segundo Struchiner, haveria ao menos quatro modos de compreensão do Positivismo Jurídico: o ceticismo-ético; o positivismo ideológico; o formalismo jurídico e o positivismo conceitual. Apenas esta última aprestaria uma tese compartilhada por todos os positivistas. (STRUCHINER, 2005, p.410).

Bela gravata.

É a cor favorita do Fleming.

STRUCHINER, 2005, p.404-405; 406-407. De acordo com o autor, este modo de concepção do positivismo jurídico enquanto ceticismo-ético seria caracterizado pela seguinte proposição: “Ou não existem princípios morais e de justiça universalmente válidos ou, mesmo que existam, não podem ser conhecidos pela razão humana”. Já o Positivismo enquanto positivismo ideológico (ou normativo) pode ser descrito a partir das seguintes assertivas: “Os juízes e sujeitos jurídicos têm a obrigação moral de obedecer ao direito positivo (...), dotado de força moral obrigatória”. E, ainda: “os positivistas normativos identificam validade e justiça: o direito válido é automaticamente justo”.

No Direito brasileiro não são aceitos acordos desse tipo em crimes de homicídio.

Para maiores informações sobre esta corrente política, sugerimos o seguinte artigo. PATTERSON, Linda. *The Law and Order Movement: Politics, Crime and Mass Incarceration. Paper presented at the annual meeting of the Southern Political Science Association, New Orleans, LA*, Jan 2009

Senhores...preciso lembrá-los que estão em uma corte de direito? Agora vamos prosseguir com ordem.

Excelência...Creio que preciso solicitar um recesso para que meu cliente possa comer alguma coisa. Ele está obviamente com muita fome.

Luiz Eduardo Figueira (2008, p.105) sustenta, em sua tese, que o papel desempenhando pela comunicação verbal e não-verbal dos juízes (brasileiros), ao interrogar os réus, pode influenciar os veredictos do júri.

LUHMANN, 2005, p.64.

Negri (2004, p.109-114) faz referência a autores “comunitaristas”, opondo esta posição ao “liberalismo” e ao contratualismo Pós-moderno de Rawls.

STRUCHINER, 2005, p.414

JEWISON, Normam....*And Justice for all. Special Edition. Entrevista com Direitor*. New York: Sony, 2008. 1 DVD (2h55min): Digital, Dobly, color.

ELLUL, 1968, p.136

ELLUL, 1968, p.146

ELLUL, 1968, p.300

GADAMER, 2006, p.15

SUBJETIVIDADE JURÍDICA MODERNA EM ROBINSON CRUSOÉ: VIDA E RISCO – TÃO LONGE, TÃO PERTO*

MODERN LEGAL SUBJECTIVITY IN ROBINSON CRUSOE: LIFE AND RISK - SO FAR, SO CLOSE

Nadieje de Mari Pepler

RESUMO

O presente artigo transita na esteira literária clássica formativa da subjetividade moderna para pensar a obra do romancista inglês Daniel Defoe, Robinson Crusoé, dentro do compasso que entrelaça tanto a luta pela sobrevivência, no espaço de natureza bruta, quanto o sentimento de solidão como vivências necessárias à formação do imaginário individualista moderno. Pontos e (contra)pontos literários e por vezes jurídicos nos permitem interligar uma certa força de resistência (promovida, na obra em tela, pelo medo da morte vinculado à ritualística antropofágica e pela própria racionalidade voltada ao desejo de dominar o meio) ao individualismo (fio condutor da formação da subjetividade jurídica moderna e revelador de grandes questionamentos jurídicos, em especial, na esfera civilista). Segue, assim, uma trilha crítica de fuga que ao estabelecer um olhar diferenciado do conservador monismo jurídico percebe um caminho de (des)construção do estigma do "jurista bom selvagem latinoamericano", estabelece, alternativamente, no campo que entrelaça a filosofia, literatura e o direito, uma proposta de inversão simbólica do risco/precaução afirmando, assim, na materialidade a teia da vida: um libertar do Sexta-feira.

PALAVRAS-CHAVES: FILOSOFIA DO DIREITO, DIREITO E LITERATURA, ANTROPOLOGIA JURÍDICA, ROBINSON CRUSOÉ, DANIEL DEFOE, SUBJETIVIDADE JURÍDICA MODERNA, TEORIA DO RISCO

ABSTRACT

The present article transits on the modern subjectivity forming classical literature to think the work of the british novel writer Daniel Defoe, Robinson Crusoe, inside the compass that intertwines either the struggle for survival, in the space of raw nature, as well as the feeling of loneliness as necessary livingnesses to the formation of the modern individualistic imaginary. Literary and sometimes legal points and (counter) points allow us to interconnect a certain resistance force (promoted, in the work on screen, by the fear of death linked with the anthropofagic ritualistics and to the rationality towards the will to dominate the environment) to individualism (conductor of the formation of modern legal subjectivity and revealer of great legal questionings, specially the civilist sphere). It follows, thus, a critical scape rout that, in establishing a view different from the conservative legal monism, perceives a path of (de)construction of the "latin american good savage jurist" stigma, establishing, alternatively, in the field

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

that intertwines philosophy, literature and law, a proposal of symbolic inversion of the risk/precaution, affirming, thus, in materiality the web of life: a liberation of Friday.

KEYWORDS: PHILOSOPHY OF LAW/RIGHT, LAW AND LITERATURE, LEGAL ANTHROPOLOGY, ROBINSON CRUSOE, DANIEL DEFOE, MODERN LEGAL SUBJECTIVITY, RISK THEORY

INTRODUÇÃO

Na esteira literária clássica formativa da subjetividade moderna é possível pensar a obra do romancista inglês Daniel Defoe, *Robinson Crusoé*,[1] dentro do compasso que entrelaça tanto *a luta pela sobrevivência*, no espaço de natureza bruta, quanto *o sentimento de solidão* como vivências necessárias à formação do imaginário individualista moderno. Pontos e (contra)pontos literários e por vezes jurídicos nos permitem interligar uma certa *força de resistência* (promovida, na obra em tela, pelo *medo da morte* vinculado à ritualística *antropofágica* e pela própria racionalidade voltada ao desejo de *dominar o meio*) ao *individualismo* (fio condutor da formação da subjetividade jurídica moderna e revelador de grandes questionamentos jurídicos, em especial, na esfera civilista). Por isso, as inquietações do presente ensaio partem da necessidade de compreender essa teia formadora da subjetividade jurídica moderna, a partir de uma releitura do individualismo presente no agir e na inércia da personagem Robinson Crusoé. Aposta-se, assim, no esforço de analisar com "*lentes jurídicas*" esse clássico da literatura ocidental, que nos remete à produção de uma inteligibilidade ímpar do *saber jurídico*, a saber, a produção do *julgar*. Para tanto, não se pretende, neste artigo, apenas identificar a temática jurídica presente na obra clássica de Defoe, mas, para além dessa identificação, expor um exercício problematizador dos limites e possibilidades de superação da própria subjetividade jurídica moderna.

Nota-se, já no início do livro, uma certa instrumentalização da carreira jurídica, que figura claramente como garantidora de estabilidade familiar e econômica. Diz Crusoé, o nosso protagonista, que:

Meus pais desejavam ardentemente que eu estudasse direito. Nada mais de acordo com a nossa desafogada situação econômica e com o prestígio que a família de minha mãe gozava no condado. Mas o que me atraía como obsessão era a idéia de empreender grandes viagens. Isso motivava grandes desgostos nos seio da família, e não poucas dúvidas no meu espírito; porque, no íntimo me impressionassem os conselhos de meu velho pai e as lágrimas de minha mãe, uma estranha obstinação me empurrava para o mar.[2]

Claramente, os sentimentos contrapostos desse enunciado identificam de um lado o sentimento de *estabilidade herdada* e de outro o sentimento *empreendedor*, porém, é possível observar que a anterioridade fundante é sempre uma *necessidade de estabilidade*, mas uma estabilidade conquistada e não herdada, ou seja, algo identificado como "empreendedor originário". Afasta-se, assim, uma inicial valorização dos privilégios familiares e a figura do "herói Crusoé" é reconhecida a partir do ideal masculino/branco/empreendedor de si mesmo.

Os primeiros obstáculos dessa aventura empreendedora moderna (desgarrada, até certa medida, do elo feudal patriarcal) não tardaram em aparecer e o vínculo familiar veio logo se expressar de forma direta, leia-se, assim, na fala de Crusoé: *"Passar, de repente, de próspero mercador a triste escravo deixou-me completamente desanimado e como que sem forças. 'Quão depressa', pensei, se cumprem os vaticínios de meu pai!*[3]". Reforça-se, aqui, claramente, um *sentimento de instabilidade*, gerado pela troca de posição – o empreendedor que vira escravo, dentro de uma relação de causa/efeito gerada diretamente pelo descumprimento do conselho familiar, amalgamado no masculino ("o pai como lei, a lei como pai"), porém, nota-se que esse conflito só sobrevive dentro da seguinte tensão: *consciência da ordem paterna* / *insatisfação plena diante da estabilidade herdada*. Nesse contexto de "aventuras" modernas, é possível afirmar um sentido mais recorrente nas opções de Crusoé, a saber, optar sempre pelo caminho da *insubordinação aos desejos conquistados*, um infinito rumo ao inatingível (leia-se: a qualquer preço).

Ao chegar ao Brasil, destaca-se que a primeira atitude/necessidade/ação de Crusoé foi, exatamente, realizar um negócio jurídico, ou seja, *comprar um escravo* e a partir dessa "conquista" trabalhar rumo ao desejado progresso econômico, no entanto, após a vitória empreendedora (entendida aqui como riqueza e prosperidade) surge na trama moderna um grande sentimento de *repulsa ao estável*, formando, assim, uma nova "fissura"/"aventura" empreendedora:

Numa palavra, vinham perguntar-me se eu queria ir a Guiné como agente deles, oferecendo-me, como pagamento, um bom lote de escravos, sem que eu tivesse de contribuir nos gastos da expedição. Tal proposta teria sido muito vantajosa para quem não tivesse interesse a zelar.[4] (...) Mas na minha situação, como fazendas prósperas, que, em mais três ou quatro anos de trabalho, me teriam permitido considerar-me homem rico, era, além de disparato, insensato correr os riscos que essa viagem representava. (...)

Mas meu destino tinha que cumprir-se, e senti-me atraído por mais aquela aventura[5]

Crusoé “atraído pelo risco” lança-se, assim, novamente ao mar de incertezas, porém, paradoxalmente, embebido da certeza única: “*navegar é preciso*” – signo poético ambíguo, que entrelaça necessidade, precisão e certeza.

Ao nos lançarmos ao desafio de imaginar a cena descrita acima, podemos pensar que a *valorização do risco* manifesta-se como essência da conduta *empreendedora* (entendida, sempre, como uma forma “louvável” de viver). Assim, pergunta-se: quantos “Crusoés” ocupam cargos públicos jurídicos, hoje, no Brasil? Talvez a pergunta fique mais clara se fizermos uma inversão simbólica de personagem: quem se manifesta como “Sexta-feira” na arena jurídica? Provocações e inquietações que nos remetem ao pensamento jurídico crítico necessário ao entendimento das razões da negação do <<princípio da precaução>>, por exemplo. Pode-se dizer, de forma clara e cristalina, que a inaplicabilidade jurídica do princípio da precaução nada mais é do que a negação da própria vida. Foucault, ao pensar o Biopoder e afirmar “a vida muito mais que o direito”, reforça a anterioridade do próprio paradigma da vida. A inversão e a instrumentalização poética do “navegar é preciso” moderno, ou se preferirem pré-moderno, também presente no romance de Robinson Crusoé, promoveu uma ordem simbólica tensionada: “a lei como pai” / “o mercado como pai”. Hoje, presente nos imperativos do: “lucrar é preciso”, do “especular é preciso”, mas a poesia concreta de José Paulo Paes nos permite imaginar que o “viver não é preciso”, ou seja, a vida pode ser totalmente dispensável para o capital, mas dentro dessa mesma teia simbólica é possível encontrar um novo sentido para o “viver não é preciso”, aquele que afirma que a vida é imprecisa, imensurável, está para além do capital.

***

Roberto DaMatta explora um elo crítico do movimento que leva a *liminaridade* dos ritos de passagem ligada à ambiguidade gerada pelo isolamento e pela individualização dos noviços – que reflete a experiência de *estar fora-do-mundo* como promotora de *estados liminares*, tais como a solidão e transtornos que Robson Crusoé desenvolveu, e não o movimento oposto (a *individualidade*, por si só, geradora de *liminaridade*). Nota-se que os *ritos de passagem* transformam essa experiência em *complementaridade*, em imersão na rede de relações, *pelo contraste*, estabelecem como um modelo de plenitude para a vida social. Diz DaMatta “É, sem dúvida, esse contato com a individualidade que faz com que, em toda parte, os noviços sejam perigosos e, por isso mesmo, recebam – como os espíritos, alguns animais e os feiticeiros – um tratamento especial. Assim sendo, quero sugerir que o traço distintivo da liminaridade é a segregação de uma pessoa (ou de uma categoria de pessoas, tratadas como corporação social ou mística) dos seus laços sociais imperativos, liberando-a temporariamente das suas obrigações de família, linhagem, clã ou aldeia, o que a transforma temporariamente em indivíduo fora-do-mundo.” Busca-se nessa "*desclassificação*" constituída pela *rejeição do mundo* a constituição de uma *sociabilidade inusitada*, diferente, conquistada a partir de novas vivências de "liberdade" na experiência da individualização.

Diante desse quadro, é perfeitamente possível compreender a "origem mitológica" da rejeição e até mesmo da negação, na *prática jurídica constitucional civilista*, de determinadas teorias ou princípios "indigestos" ao capital, como por exemplo: a *teoria do risco*, a própria *responsabilidade civil objetiva*, a *inversão do ônus da prova*, o *princípio da precaução* ou até mesmo, e paradoxalmente, o próprio *princípio da razoabilidade*, exatamente, porque o imaginário moderno não é tão racional quanto aparenta, uma vez que é, claramente, centrado na "louvação do risco" – é na irracionalidade heroica empreendedora que o "delírio" moderno e seus efeitos vigoram – basta lembrar que o final da história não é feliz para todos – adiante enfrentaremos esse ponto do "mito evolucionista do final feliz".

Por hora, diante da necessidade de ligar essas ideias à aplicabilidade prática do saber jurídico, podemos pensar que uma decisão que afirma, de forma clara: "*quem lucra deve suportar o risco*" fere a máxima "heroica" moderna de que: "*lucrar é preciso, mesmo diante das incertezas do caminho*". Forma-se, assim, a necessidade de apontar um caminho teórico de *desconstrução da "louvação heroica do risco"*, ou seja, demonstrar uma possibilidade de superação dessa subjetividade jurídica moderna e literalmente "desnudar" esse mar de incertezas moderno. No sentido de limitar o "delírio moderno aventureiro", é possível estabelecer como ponto de partida a constituição de um processo de inversão simbólica para encontrar no fundo do "poço" ou do "posso", das decisões jurídicas modernas, novos significantes e significados de precaução e valorização da teia da vida[6].

A aventura de Crusoé apresenta-se sempre como grande reveladora do conhecido "mito do bom selvagem", porém, esse significado mitológico se faz nítido na seguinte cena:

Uma ou duas vezes, em dias claros, pareceu-me divisar o pico de Teide, e tentei meter-me mar adentro, com a esperança de arribar às Canárias, que é onde encontra essa famoso vulcão, mas os ventos contrários me obrigaram a regressar à costa e continuar a navegar paralelamente a ela. Começamos a ver sinais de vida humana e, por vezes, víamos gente que vinha até a praia para nos ver passar. Eram pretos e andavam completamente nus.(...).

Mas o terror que a detonação causou naquela pobre gente foi extraordinário; uns caíram de costas, como que atingidos por um raio, outros tombaram de bruços, tremendo de pavor. Mas assim que viram que a fera estava morta e submersa, e que eu os instava a voltar para a praia, tranqüilizaram-se e vieram tirar a onça do mar. Não podendo imaginar de que maneira eu a tinha matado, ergueram as mãos para o céu, a demonstrar a sua admiração pela minha pessoa [7].

Formada alegoricamente, a figura do "bom selvagem" parte para correlata ideia escravista de *conquista*, *doutrinação*, *dominação* de uma cultura sobre a outra. Parte-se, na lógica jurídica moderna, sempre da necessidade de estabelecer parâmetros de hierarquia cultural, dentro dos seguintes movimentos: do *primitivo* para o *civilizado*, do *complexo* para o *simples*, enfim, do *múltiplo* para o *uno* – exercício pleno de redução de complexidades, de aniquilamento das diferenças, de redução de tudo *ao mesmo* (aqui entendido como Totalidade, como capital).

Nesse contexto de redução de complexidades, o presente trabalho parte de dentro da *multiplicidade* para dialogar fora da tensão do centro: *pós-modernidade* X *modernidade*, mas propor a partir da razão *transmoderna*[8] um pensar jurídico diferenciado, centrado na Exterioridade das vítimas da Totalidade colonizadora; verifica-se, assim, a possibilidade de um diálogo entre o *trabalho jurídico* e o *trabalho antropológico*, na tentativa de produzir um saber que permita ao jurista antes de decidir se deixar envolver, um respirar, um se permitir ser parcial de forma multilateral, ou seja, encontrar no exercício da imparcialidade, um exercício de empatia (troca de posição) dentro do próprio conflito multifacetado, em outras palavras, produzir sensibilidade e inteligibilidade antes de mergulhar na dimensão do julgar.

A ética da alteridade, promovida pela via fática do *face-a-face* que nos revela Emmanuel Levinas, apresenta-se como um caminho possível para encontrar a sensibilidade e a responsabilidade ética necessárias à solução dos conflitos que formam a demanda do judiciário. A racionalidade antropológica, por meio das dimensões do *olhar*, do *ouvir* e do *escrever*, pode nos proporcionar uma superação do esforço fraco "apenas de *conhecer* o processo", para de fato conseguirmos estabelecer, assim, um novo *julgar imparcial* – um julgar para além da subjetividade moderna e do interesse empreendedor totalitário e delirante do *risco* capital.

***

Na dimensão do *olhar*, a primeira experiência do pesquisador de campo – ou *no* campo – esteja na *domesticação teórica de seu olhar*, porque deve buscar nas referências do *olhar etnográfico* uma sensibilidade para compreender a realidade local a partir de um prisma etnográfico (que sofre um fenômeno de refração e rompe com o *olhar exótico*, o *olhar dos cronistas* ou com o *olhar de um viajante*). Esse exercício etnográfico busca, no entrelace de suas complexidades, superar uma visão literária da diversidade, em outras palavras, não pode ser identificada com padrões literários, mas, ao contrário senso, não nos serve como "fita métrica", pois sua especificidade ou resultado (a

etnografia) é parte da experiência de *polir o olhar*, uma experiência marcada por uma cartografia política da qual emergem *novos sujeitos* e *novos territórios*, porque esse olhar pensado academicamente reflete um jogo de contrastes, e uma vez no papel, a experiência expõe frequentemente o *incontrolável*, *o inconciliável*, o *conflito*, extraído do próprio trabalho de campo, como nos ensina Roberto Cardoso de Oliveira[9].

O desafio do trabalho antropológico é centrado na tentativa de *ir além* das lentes cotidianas, expressada no vulgo "*alargar o olhar para ver homens e crocodilos*", um movimento contínuo de *fazer* e *desfazer* o *eu* e o *outro*, *indo* e *vindo*, deslocando-se na busca constante de uma posição que possibilite ampliar o olhar, *ver o ainda não-visto*! Ao problematizar as principais "faculdades de entendimento", ou "faculdades da alma", como Leibniz entendia a percepção e o pensamento para conhecer, as dimensões do *olhar*, do *ouvir* e do *escrever* são verificadas, como nos sugere Roberto Cardoso de Oliveira, dentro de uma ação que requer para a antropologia, a apreensão dos fenômenos sociais a partir do caráter constitutivo do *olhar*, do *ouvir*, e do *escrever*. Nota-se que, na proposta da busca da interlocução, entra em cena a *relação dialógica* a ser estabelecida para superar os horizontes semânticos em confronto *não-dialógico* (pesquisador/nativo), com a promoção de um diálogo entre "iguais". Rejeita-se, para tanto, a "doce ilusão" da neutralidade absoluta idealizada pelos defensores da absoluta objetividade, busca-se, ao contrário, *interação* (observação participante) e não *neutralidade*. Já o trabalho de *escrever* é o que configura o produto final da ação etnográfica. Para Geertz, existem duas etapas da investigação empírica: (1) *estando lá*, em campo, no momento do *olhar* e *ouvir* e (2) *estando aqui*, no gabinete, no momento de *escrever* – que reflete o ponto alto da função cognitiva, porque se dá o início de textualização dos fenômenos sócio-culturais observados para o plano do discurso (relação dialética entre comunicar e o conhecer). Geertz entende que esse trabalho é "moral, política e epistemologicamente delicado", porém inter-influenciáveis, evidentemente. Indaga: "*O que acontece com a realidade observada no campo quando ela é embarcada para fora?* (nos alerta Oliveira: eis a pergunta da dita "antropologia pós-moderna" – Geertz, Dilthey, Heidegger, Gadamer ou Ricoeur). Surgem nesse cenário aquilo que Oliveira nos apresenta como uma distinção interessante entre *monografias antropológicas clássicas* (com uma estrutura narrativa normativa), *monografias modernas* (que priorizam um tema para descrever, analisar e interpretar), e monografias experimentais ou pós-modernas (quase intimistas, impondo ao leitor a constante presença do autor no texto)[10].

O exercício de *polir o olhar jurídico* pode partir da superação do "imaginário de uma hierarquia entre culturas" – presente fortemente na obra de Defoe, essa mitológica máxima reforçada pela subjetividade jurídica moderna necessita ser superada para que seja possível existir um exercício mínimo de imparcialidade nos julgamentos, em outras palavras, deve-se romper com as amarras do etnocentrismo para compreensão e solução dos conflitos postos na arena jurídica. O desafio está na constituição de uma espécie de *esforço jurídico de deslocamento*, do *estar entre* as partes do conflito se permitindo *ser parcial para ser imparcial*, ou seja, sensibilizar-se com a causa de forma horizontal e multilateral. "*As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei*"[11], aqui, pode significar antes um "*deixar de ler a lei aos seus olhos*" e seguir em direção ao conflito real.

Sobre o *ouvir* é importante destacar que, em muitos casos, o jurista exerce um papel de "*autoridade*" sobre seu *interlocutor*. Como é possível *ouvir* dentro de uma relação vertical, leia-se, de cima para baixo, do "juiz" para o "réu"? Essa personagem de *"autoridade"* (que em muitos casos passa a ser a figura do *autoritário*, em especial quando há qualquer tipo de constrangimento ou até mesmo de tortura, em situações mais extremas que estão postas na atividade carcerária desumana, por exemplo), por si só, cria um distanciamento da tão desejada *relação de confiança* que o antropólogo persegue ao conviver com a comunidade que estuda, mas que o jurista, na maioria de suas relações, está longe de obter a proximidade com o interlocutor, visto que representa, via de regra, a figura da "*autoridade*", e que em determinadas situações está investida de um poder estatal *imperativo*, especialmente quando se fala em restrições de direitos. Esse é um dos motivos pelos quais os juristas se "escondem" no cenário dos *autos* (o processo judicial), sob a "célebre" afirmação de que "o que não está nos autos, não está no mundo jurídico": essa é a famosa ficção jurídica que "delira" no "*mundo jurídico*" para justificar a disparidade das decisões que se afastam do "*mundo real*", ou seja, da realidade social – que é objeto das ciências sociais.

Produzir *inteligibilidade* antes de *julgar* é um desafio compreendido na dimensão do *saber ouvir*, entendido como passo central para a solução dos *conflitos sociais*, e nesse ponto o *saber antropológico* tem muito a trocar com o *saber jurídico*.

Os juristas mais conservadores "não ouvem" porque se investem de um poder "científico" que lhes garante a possibilidade de *não ouvir* o que não está nos autos ("o que não está nos autos não pertence ao mundo jurídico", afirma o discurso tradicional), e essa é uma das fontes das maiores injustiças sociais, pois quem não tem acesso, de fato, ao judiciário não tem *voz* nos autos, ou seja, é vítima da "história oficial", da grilagem de terras (fraude documental que serve ao poder econômico ruralista), da advocacia dativa "*de corredor*" (que inibe a ação da Defensoria Pública, um direito constitucional ainda hoje sonegado), e de tantas outras mazelas jurídicas.

As etapas de produção de *inteligibilidade antropológica* (olhar, ouvir e escrever) trazem um instrumento muito interessante para os juristas (que visam solucionar conflitos sociais), porque produzir *inteligibilidade*, certamente, é o primeiro passo para se perseguir o caminho tão desejado da *imparcialidade jurídica*. Em outras palavras, é preciso se permitir ser parcial (olhar, ouvir e escrever num exercício, minimamente, de empatia dialógica com todas as partes do conflito) para então perseguir a *imparcialidade jurídica* em busca de uma *justiça social de fato* e *não apenas de direito*. Observar as tensões sociais de forma *multilateral* e não *unilateral* (etnocêntrica) ainda vai nos levar além da escravidão estrutural da nossa própria cultura.

Nota-se que o "final feliz" da aventura de Robinson Crusoé vem nitidamente marcado por um discurso colonizador: *"Da minha ilha, um dia deserta e hoje povoada por numerosos colonos, soube, através do Brasil e de Lisboa, que prosperou de maneira a manter um serviço anual como o Brasil."* A identidade familiar originária, antes rejeitada pelo "delírio" empreendedor, é (re)estabelecida de forma romântica e reveladora: *"Meus dois filhos são uns belos rapazes, cultos e cavalheirescos, relacionados com a melhor sociedade de Londres e introduzidos nos assuntos do governo e da Coroa. (...) Isabel, minha filha, é o retrato vivo da mãe. Todos os dons que uma moça pode possuir albergam-se na sua gentil figura."* A estabilidade, aquela *anterioridade* desejada que abriu nossas inquietações completa-se no final não tão feliz assim, uma vez que: *"Quanto a mim, sou um velho de mais de setenta anos, que só deseja paz e sossego, enquanto prepara uma nova viagem, a última da série: aquela que não tem retorno"* – quando imaginamos essa cena romântica para alguns e patética para outros de humor mais ácido, pensamos que nós, *desde el sur*, também esperamos, Robinson Crusoé, essa última viagem da subjetividade jurídica moderna: aquela que não terá retorno.

***

Diante do desafio de superar a mentalidade etnocêntrica da subjetividade jurídica moderna, manifestada literariamente e literalmente nos primórdios do eurocentrismo colonizador, é possível pensar, sem perder o bom humor, que essa "hierarquia cultural", estabelecida no imaginário literário moderno, ao relacionar o "herói Crusoé" e o "bom selvagem Sexta-feira" pode representar uma espécie de grande "mito originário" do pensamento jurídico moderno eurocêntrico, fazendo-se veicular pelos sentimentos de superioridade e conquista, mas, ao mesmo tempo, pelo próprio sentimento de inferioridade dos colonizados, presentes, em especial, no pensar jurídico anacrônico, arbitrário, porém servil e sempre desvinculado da realidade e dos interesses locais. Diante da dúvida se Defoe tem mesmo algo para dizer ao Direito nosso olhar percebe um caminho de (des)construção do estigma do "jurista bom selvagem latinoamericano" que segue a trilha de fuga da inversão simbólica do *risco*/*precaução* afirmando, assim, a teia da vida: *um libertar do Sexta-feira*.

***

Referências

BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e Filosofia da Linguagem: problemas fundamentais do método sociológico da ciência da linguagem**. 3ª ed. São Paulo: Hucitec, 1986.

DAMATTA. Roberto. *Individualidade e liminaridade: considerações sobre os ritos de passagem e a modernidade* **Mana**. ISSN 0104-9313 vol.6 n.1 Rio de Janeiro Apr. 2000.

DUSSEL, Enrique. **1492: O Encobrimento do Outro: a origem da modernidade: Conferências de Frankfurt**; tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**; tradução de Ephraim Ferreira Alves; Jaime A. Clasen; Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.

DEFOE, Daniel. **Robson Crusoé**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

GEDIEL, José Antonio Peres. Biologia e Discurso Jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Direito e discurso discursos do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

GEERTZ, Clifford. **O saber local**; tradução de Vera Mello Joscelyne. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

LEITE, Ilka Boaventura. Produzir o texto, polir o olhar. In: LEITE, Ilka Boaventura (org.). **Ética e Estética na Antropologia**. Florianópolis: PPGAS/UFSC/CNPQ, 1998.

LÉVI- STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem**; tradução: Tânia Pellegrini. Campinas: Papirus, 1989.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**; tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2000.

_____. **Entre Nós**: Ensaios sobre a alteridade. Petrópolis: Vozes, 1997.

LIMA, Roberto Kant de. Por uma Antropologia do Direito, no Brasil. In: FALCÃO, J. (org). **Pesquisa Científica e Direito**, Recife: Ed. Massangana, 1983.

LUDWIG, Celso. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Argonautas do Pacífico Ocidental: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné Melanésia**. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

PEPLER, Nadieje de Mari. **Pluralismo Jurídico e o *Olhar* Antropológico: novas fontes para um Direito de Libertação**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da Eticidade. Seguido de Grupos Étnicos e suas Fronteiras de Fredrik Barth**; tradução Elcio Fernandes. Editora UNESP, 1998.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **O Trabalho do Antropólogo**. Brasília: Paralelo 15. São Paulo: Editora UNESP, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

---

[1] Obra inspirada na experiência de Alexander Selkirk e publicada em 1719.

[2] DEFOE, Daniel. **Robson Crusoé**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 11.

[3] DEFOE, Daniel. *Op. Cit*, p. 16.

[4] DEFOE, Daniel. *Op. Cit*, p. 24.

[5] DEFOE, Daniel. *Op. Cit*, p. 25.

[6] "A exterioridade assim posta, além do horizonte da totalidade, requer em cada nível um projeto de *libertação* e não meramente de *emancipação*, pois a emancipação consiste num caminho dialético progressivo na busca de um "novo lugar", situado no interior da totalidade vigente. Admitindo-se que uma determinada totalidade vigente é estruturalmente injusta, a emancipação não rompe com a injustiça. A emancipação, ainda que necessária, como projeto revela-se insuficiente, porque consiste num movimento interno à lógica da totalidade, fundado em "o mesmo" – opera-se um eterno retorno do mesmo. A alternatividade (o alternativo ao "mesmo") só se dá a partir de novo fundamento: com novas bases históricas que surgem desde a exterioridade, como projeto libertador situado "além" da totalidade totalizada vigente, ainda que seja caracterizada como 'comunidade de comunicação", porém não se limitando ao cotejo entre comunidade "real" posta e a "ideal" pressuposta (conceitos caros a Habermas e Apel), mas na comunidade de comunicação "histórica" possível (segundo concepção de Dussel)." LUDWIG, Celso. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 175.

[7] DEFOE, Daniel. *Op. Cit*, p. 20-21.

[8] Sobre o encobrimento do Outro argumenta Dussel: "ano de 1492 – sua mundialização empírica, a organização de mundo colonial, e o uso fruto da vida de suas vítimas, num nível pragmático e econômico. A modernidade nasce realmente em 1492: essa é a nossa tese. Sua real superação (como Subsuntion e não meramente como Aufhebung hegeliana) é subsunção de seu caráter emancipador racional europeu transcendido como projeto mundial de libertação de sua Alteridade negada: a 'Transmodernidade' (como novo projeto de libertação político, econômico, ecológico, erótico, pedagógico, religioso, etc.). Propomos então dois paradigmas contraditórios: o da mera 'Modernidade' eurocêntrica, e o da Modernidade subsumida a partir de um horizonte mundial, onde o primeiro desempenhou uma função ambígua (por um lado como emancipador, e, por outro, como cultura mítica da violência). A realização do segundo paradigma é um processo de 'Transmodernidade'. Só o segundo paradigma inclui a 'Modernidade/Alteridade' mundial." DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem da modernidade: Conferências de Frankfurt**; tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993, p.188.

[9] OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **O Trabalho do Antropólogo**. Brasília: Paralelo 15. São Paulo: Editora UNESP, 1998.

[10] OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *Op. cit.*, p.7-16.

[11] Carlos Drummond de Andrade.

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: DA FORMAÇÃO LINEAR À FORMAÇÃO INTERDISCIPLINAR DA MAGISTRATURA*

LA GARANZIA COSTITUZIONALE DEL RAGIONAMENTO GIUDIZIALE DELLA DECISIONE: DELLA FORMAZIONE LINEARE ALLA FORMAZIONE INTERDISCIPLINARE DELLA MAGISTRATURA

Noeli Fernandes

RESUMO

A garantia da fundamentação da decisão judicial como um princípio constitucional se destina à sociedade em geral, às partes, aos juristas e ao próprio magistrado, sendo um dever imposto por norma. Assim ocorre a fim de ser assegurado o controle externo, por parte da população, sobre a legalidade e a base da decisão, tornando-se elemento essencial de uma ideologia democrática da Justiça. Para se obter maior efetividade da Justiça, necessária a adoção de medidas que visem alterar métodos de trabalho, principalmente modificando a formação de todos os operadores do Direito: funcionários, membros do Ministério Público, advogados e juízes. Para uma nova fase estes devem estar preparados para a complexidade, para os novos desafios e riscos, sendo imprescindível o conhecimento interdisciplinar.

PALAVRAS-CHAVES: DECISÃO, FUNDAMENTAÇÃO, MAGISTRADO, CONHECIMENTO E INTERDISCIPLINAR.

RIASSUNTO

Garantire il ragionamento del giudice come un principio costituzionale è stato progettato per la società in generale, attori, avvocati e il magistrato stesso, di un obbligo imposto dalla norma. Cosi accade con l'obiettivo del controllo esterno da parte della popolazione, sulla legittimità e la base per la decisione di diventare un elemento essenziale di una ideologia democratica di giustizia. Per ottenere una maggiore efficacia della giustizia, necessario adottare misure volte a modificare i metodi di lavoro, in particolare modificando la formazione di tutti gli operatori del diritto: funzionari, i membri dei pubblici ministeri, avvocati e giudici. Per una nuova fase loro dovrebbe essere pronti per la complessità di nuove sfide e rischi, è essenziale conoscenze interdisciplinare.

PAROLE CHIAVE: DECISIONE, MOTIVI, MAGISTRATO, LA CONOSCENZA E INTERDISCIPLINARE.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura abordar a garantia[1] da fundamentação da decisão, considerando o disposto na Constituição Federal de que as sentenças serão motivadas e realizadas em sessão pública. Tema este de importância social e política para o direito, pois desde há muito constitui interrogação presente nos estudos da Filosofia do Direito, e mesmo da Filosofia em geral, o questionamento de como é possível fundamentar uma convicção, sem cair em decisionismos e arbitrariedades.

Ao longo da história da filosofia, várias têm sido as correntes e teorias construídas em torno da possibilidade de justificar a convicção do julgador: teorias do discurso, da fenomenologia hermenêutica e teorias realistas, todas visando responder qual a melhor forma de julgar perante as complexidades decorrentes das transformações da sociedade. Assim, desde as respostas meta-éticas formuladas pelo naturalismo e o intuicionismo, até à teoria do discurso prático racional como teoria da justificação jurídica de Robert Alexy[2], passando por outras como a teoria da argumentação de Perelman[3] com a sua audiência universal e ainda a do consenso da verdade de Habermas[4], rompendo com as teorias clássicas da verdade, muitos são os ensaios realizados em busca de resposta ao desejo, por todos reconhecido: de ser necessário evoluir na elaboração de uma teoria da argumentação jurídica racional contemporânea, visando buscar as condições para a concretização de direitos, e ao mesmo tempo juntar todos os esforços para evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas.

O presente estudo enfoca, na primeira parte, o ordenamento jurídico vigente a consagrar este poder de apreciação do juiz que está obrigado a motivar as decisões, nos termos do artigo 93, X, da Constituição Federal Brasileira e pelos dispositivos do Código de Processo Civil Brasileiro.

Em segundo momento, se questiona acerca da formação do magistrado e da necessidade do imperativo conhecimento interdisciplinar[5] e transdisciplinar[6], pois o julgador não pode ser um mero aplicador das normas[7], mas que deve ser sensível aos problemas sociais, pois se o Direito é arte, é arte das mais complexas, considerando que seus intérpretes estão a trabalhar com a liberdade, a vida, os direitos fundamentais, devendo servir para ordenar o mundo[8]. Nesta linha de raciocínio, a obra não pode ser considerada de um artista apenas, mas sim de uma sociedade inteira, e, por esta razão se deduz que a garantia constitucional da fundamentação judicial se destina à coletividade.

Diante da complexidade da contemporaneidade, há a necessidade de que a cultura técnico-profissional dos juízos se adapte aos “novos tempos”[9], de desfazimentos das certezas. Novos tempos estes nos quais se busca respostas completas[10] a problemas

cada vez mais complexos, abrangendo a versão aceita pelo julgador e as razões pelas quais ele afasta a versão oposta[11]. Diga-se ainda, respostas diferenciadas para cada tipo de conflito, exigindo-se fundamentação para a conclusão sentencial.

Tendo em conta que o novo constitucionalismo trouxe, como característica principal, uma Constituição compromissária e dirigente e assim, questões que antes eram resolvidas apenas no âmbito das decisões políticas, passaram a ser objeto de intervenção judicial, torna-se ainda mais forte a inquietação com relação a formação dos magistrados e, diretamente com a fundamentação das decisões judiciais, se justificando, portanto, a abordagem do tema no presente estudo.

2 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL.

A partir da Constituição Federal de 1988, o princípio da fundamentação adquiriu *status* constitucional ao ser incluído no inciso IX, do artigo 93, o princípio da publicidade e da fundamentação às decisões judiciais [12].

O direito a decisão judicial fundamentada[13] além de vir expressamente consagrado, como requisito essencial da sentença, também vem previsto no Código de Processo Civil[14], ou seja, resulta da ordem vigente a necessidade de motivação das decisões judiciais, como corolário do Estado Democrático de Direito, estando o julgador obrigado a indicar os motivos que formaram o seu convencimento, de acordo com os fatos e circunstâncias constantes dos autos. Trata-se de conferir à fundamentação a qualidade ressaltada por Ferrajoli, de garantia de segundo grau ou garantia das garantias, em razão de que representa um instrumento de controle sobre a efetividade das demais garantias processuais[15].

O ordenamento jurídico vigente trata da fundamentação como se fosse motivação, empregando os termos sem qualquer distinção, como se pode ver da própria Constituição, que, no inciso acima citado fala de fundamentação, e no próximo[16], refere que as decisões administrativas dos Tribunais devem ser motivadas.

Embora os dicionários da língua portuguesa considerem como sinônimos fundamentar e motivar, importante se refira sua diferenciação. Considera-se que a fundamentação é a justificação de por qual razão o magistrado assim está decidindo o litígio, que será sempre baseada em motivos de direito ou de fato, ou em ambos, consubstanciando-se na explicação racional que permita a compreensão, esclarecendo o porquê da conclusão.

Fundamentar uma decisão equivale a dar as razões de fato e de direito, com as devidas implicações substanciais, e não meramente formais[17]. Por motivação se entende a causa ou a condição de uma escolha,[18] referindo quais as bases fáticas ou de direito que permitem a fundamentação.

De se salientar que a independência dos juízes perante os poderes legislativo e executivo e a exclusividade atribuída a eles da função de julgar pressupõe, não apenas a observância dos dispositivos legais citados, mas principalmente que seja assegurado ao litigante o direito a uma garantia de justiça[19] de forma igual e efetiva através do devido processo a permitir a ampla defesa de sua posição jurídica.

Exige-se também que, além de técnica, a fundamentação seja compreensível para os leigos. Segundo Taruffo[20], a função da motivação e os seus destinatários muda conforme o dever de motivar esteja previsto à nível da legislação processual ordinária ou como garantia constitucional, considerando ainda a cultura média do tempo e do lugar em que se encontra. Nesta perspectiva, a motivação tem como destinatários as partes e o tribunal superior. Quando o dever de motivar é imposto como garantia constitucional, a motivação é apontada, sobretudo, como possibilidade de um controle externo e geral sobre o fundamento factual, lógico e jurídico da decisão. Desta forma, a fundamentação deve ser dirigida, antes ainda que às partes (e ao tribunal de recurso), à generalidade dos cidadãos, à população, a quem cabe determinar se a decisão é acertada para o caso que solucionou.

De se reconhecer, com Perelman[21], que os juristas não podem apenas se preocupar com a verdade, sendo seu dever procurar a justiça e a paz social, visando a manutenção de uma ordem equitativa e da confiança social, o que supõe a existência de considerações fundamentadas numa tradição jurídica, a qual se manifesta tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Assim, essencial é que cada julgador não perca de vista a sua independência na decisão a proferir, de acordo com a convicção, que deverá afirmar com clareza e sem desviar, naturalmente, dos textos legais, considerando as questões enfocadas por ambas as partes[22]. Importante lembrar que um precedente judiciário exerce uma influência inevitável não podendo, por isso, a fundamentação das decisões judiciais ser elaborada apenas de modo a assegurar a aceitação pelas instâncias superiores. Cada decisão insere-se numa tarefa mais ampla, devendo ser sempre respeitado o caso concreto.

Tendo-se em conta que a sentença é o ato que decide, que defini o processo[23], visto como uma série de atividades[24], ela terá de surgir sempre da meditação do conteúdo do conjunto probatório juntado aos autos, considerados os fatos e fundamentos[25] e enfrentando o julgador todas as teses enfocadas pelas partes litigantes, possibilitando que estas tomem conhecimento das razões que o fizeram optar por aquela direção, sempre analisando as duas teses opostas[26].

Imprescindível que o julgador tenha sensibilidade para as diferenças e desigualdades sociais e culturais[27], mostrando que está inserido em um Estado Democrático de Direito[28], com a preocupação de justificar a própria decisão, seja sob plano normativo, seja sob aquele da oportunidade social[29]. Importa dizer quanto é basilar para o desempenho da tarefa de julgar a formação pessoal do profissional do Direito, que não deve visar apenas a uma decisão técnica, mas sim a uma decisão justa[30], que nem sempre decorre de uma sentença bem fundamentada[31] apenas.

3 DA FORMAÇÃO LINEAR À FORMAÇÃO TRANSDISCIPLINAR DA MAGISTRATURA.

As modificações decorrentes das alterações impostas pelos dispositivos constitucionais e os preceitos constantes no Código de Processo Civil, exigem efetiva participação do julgador na realização dos direitos previstos em lei. O aumento do número dos litígios e a complexidade das demandas que surgem a partir dos novos direitos consagrados na Constituição dirigente de 1988, aliados as transformações sociais, políticas e econômicas, gerando o deslocamento para o judiciário de conflitos que antes eram resolvidos em outras esferas públicas ou privadas, fazem com que o Estado tenha obrigação de investir no aprimoramento dos juízes[32]. A formação do magistrado passa a ser vista como um desafio imposto ao Judiciário na sociedade contemporânea.

Não se pode esquecer que a criação dos cursos jurídicos no Brasil ocorreu no ano de 1827, em São Paulo e Olinda, com o fim de capacitar bacharéis para atuarem como funcionários públicos na administração imperial, advogados, políticos e magistrados. Conforme refere Horácio Rodrigues[33], foi uma opção política com a função de sintetizar a ideologia político-jurídica do liberalismo e de formar a burocracia encarregada de operacionalizar esta ideologia para possibilitar a gestão do Estado Nacional. O mesmo autor aborda a crise educacional atual do ensino jurídico referindo que *"o ensino reproduz os equívocos políticos e epistemológicos presentes no conhecimento jurídico. O principal destes equívocos é a identificação do Direito com a lei, que transforma os cursos jurídicos em escolas de legalidade"* [34]. Enfatiza Rodrigues[35] que uma das raízes da crise do Poder Judiciário é a visão positivista e normativista do operador jurídico incorporado pelo juiz. Entretanto, nos termos preconizados por Ovídio Batista da Silva[36], *"a justiça, para desgosto de nossos teóricos, não poderá ser normatizada. Haverá de ser descoberta laboriosamente em cada caso concreto..."*.

Hoje a sociedade é massificada cujo produto do trabalho dos profissionais do direito já não é mais do que mero bem de consumo. Diante da excessiva litigiosidade que caracteriza a contemporaneidade, a sentença judicial se transformou em um bem de consumo, forçando os julgadores a padronizarem suas decisões contaminadas pelo normativismo burocrático. Entretanto, a demanda é cada vez mais complexa e exigente,

não se conformando com posturas clássicas, de arcaísmo que não levou em consideração as profundas alterações da sociedade neste século,[37] estando a exigir celeridade e qualidade na prestação jurisdicional.

No Brasil, nos termos da Constituição Federal de 1988[38] cabe às Escolas Nacionais da Magistratura regulamentar os cursos oficiais para ingresso e promoção na carreira de juiz. Entretanto, para que as Escolas funcionem como mecanismo de transformação da cultura institucional e de aperfeiçoamento do Poder Judiciário, é necessário que sejam organizadas de forma a criar um ambiente de reflexão que permita que as mudanças aconteçam, considerando que é decantada a deficiência da formação jurídica[39], estando as universidades comparadas a empresas que vendem apenas ilusões.

Nesta linha de preocupação, pertinente a abordagem realizada por Nalini[40] referindo a institucionalização da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, subordinada ao STJ, no sentido de que a verdadeira reforma do judiciário deve iniciar com a visão de um novo perfil de juiz.

O conhecimento de outras formas de atuar, inclusive pelo crescimento do estudo acerca da conexão do Direito com a Literatura[41] e de experiências internacionais, por exemplo, pode ser útil às Escolas Nacionais para dimensionar a complexidade de sua tarefa, sem, contudo, desprezar a experiência já adicionada ao longo dos anos de funcionamento.

Ao comentar acerca dos dez anos de experiência do curso de formação inicial da Escola Judicial Espanhola, Macedo[42] refere que este tempo comprova a premissa de que a formação inicial e global do julgador é decisiva para a eficiência da prestação jurisdicional. Esta eficiência não se dá apenas através da capacidade do magistrado de lidar com a prática forense, mas principalmente em razão da capacidade de raciocínio lógico, profundo e sistemático, à luz do direito e da realidade em que se insere.

Para que a participação do julgador na concretização dos direitos seja útil devem ser observadas determinadas condições, além da fundamentação das decisões; o tempo que o magistrado tem disponível para o exame de cada processo; e a estabilidade das decisões e orientações[43], mas sobretudo a sensibilidade para as questões sociais do seu tempo, o que decorre de uma formação humanística sólida e de uma visão não individualista[44], quer seja para manter a justiça social ou para fomentá-la quando não existir, na missão de civilizar[45], atuando realmente como agente transformador da realidade.

Considerando que o Direito não pode ser visto apenas como produto das relações econômicas, ou como ideologia que não permite ver a natureza real das relações de produção, ou ainda como expressão da classe dominante, mas sim como produto histórico e cultural, é que devemos entendê-lo como fruto de uma determinada cultura que está em contínua evolução[46].

Novas leis são instituídas a fim de atender aos direitos dos homens, que, segundo Bobbio[47], são direitos históricos, pois nascidos em determinadas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes. Conseqüentemente, tendo em vista os clamores sociais, é que, de tempos em tempos, são criadas regras de direito ditadas pela autoridade estatal e tornadas obrigatórias para manter, numa comunidade, a ordem e o desenvolvimento.

Com a Constituição dirigente de 1988, surgiu uma gama de novos direitos, e para dar conta desta complexidade o julgador passa a exercer funções de importante ator político, sendo chamado a resolver inúmeras situações, se deparando com omissões legislativas, e sua atuação não pode ser mecânica ou automática nem lhe cabendo a passividade de um mero espectador[48]. Situações nas quais não basta a escolha de uma regra, sendo preciso interpretar e verificar se a decisão está em conformidade com os preceitos da Lei Maior, sempre considerando que a resposta correta deve provir de um minucioso exame constitucional[49], e que a função dos princípios se constitui em desnudar as carências das normas. Como exemplo se pode citar o questionamento acerca da constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/05 - Lei da Biossegurança, atacado através de ação direta de inconstitucionalidade[50] na qual a Suprema Corte se valeu da colaboração de vários segmentos da sociedade para chegar a uma conclusão compatível com o interesse coletivo, acerca da permissão da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia.

Ao se levar a debate assuntos tão polêmicos e de tamanha importância é que hoje não se pode mais esperar que apenas uma boa formação jurídica seja suficiente para um julgador encontrar a melhor resposta, ou a resposta correta[51] para os casos que lhe são levados a exame. Há de haver valoração e “balanceamento” sempre que houver abertura para escolha diversa, impondo-se ao julgador que empregue não apenas os argumentos da lógica abstrata[52], mas também os decorrentes da história, economia, da política, da ética, da sociologia e da psicologia.

Além da necessidade de se questionar os modelos de seleção e formação de magistrados e, embora a introdução das Escolas Nacionais de Magistratura no âmbito dos Tribunais Superiores no Brasil, a complexidade contemporânea exige evolução transdisciplinar[53] na educação do julgador de modo a permitir que seja capaz de interpretar adequadamente as circunstâncias e os fenômenos que, por vezes, envolvem determinada ação. Há a necessidade de se inverter o eixo da ação educativa para

desenvolver uma abordagem interior da educação, dando-se ênfase à autoformação. A autoformação[54] aqui vista como um processo antropológico que implica numa visão transdisciplinar. O julgador há que ter uma visão aberta[55] para acompanhar as transformações sociais e conseguir identificar os valores do grupo no qual está inserida a parte que reclama a prestação jurisdicional, sempre analisando o caso concreto. A literatura abre portas para a capacidade criadora, fazendo com que novos conceitos sejam adicionados à doutrina jurídica, como se pode ver da sentença proferida em forma de verso[56], revelando que o próprio Poder Judiciário está incorporando a Literatura ao Direito no momento de julgar.

Ao escrever sobre a jurisprudência como "ciência prática" e acerca da adequação dos princípios à concreta situação de fato, como sendo uma prestação característica da atividade jurisprudencial, assim como daquela ética, Luigi di Ruggiero [57], citando Giuliani [58], afirma a exigência de uma educação interdisciplinar para o jurista.

Denota-se que, aplicar a justiça ao caso concreto não é tarefa para uma figura presa ao campo da realização da simples cognição e da posterior declaração. Exige sim um magistrado que tenha adicionado à sua formação uma educação transdisciplinar e acima de tudo, que detenha qualidades que estejam além da técnica, para que suas decisões não sejam apenas tecnicamente corretas, mas sim decisões que tornem efetiva a tão esperada Justiça.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Do estudo se deduz que a garantia constitucional da fundamentação judicial se destina à sociedade em geral[59], às partes, aos juristas e ao próprio magistrado, sendo um dever imposto por norma. A função da fundamentação como garantia se dá a fim de ser assegurado o controle externo, por parte da população, sobre a legalidade e a base da decisão, tornando-se elemento essencial de uma ideologia democrática da Justiça.

Apesar de todas as dificuldades estruturais, e considerando que o monopólio da Jurisdição ainda pertence ao Estado, através do Poder Judiciário, este procura reafirmar o compromisso em continuar sendo o depositário das expectativas sociais no sentido de ser levada a efeito a desejada efetividade na materialização do direito. Isso se reflete nas recentes alterações de dispositivos do Código de Processo Civil, que foram introduzidas por evidente preocupação do legislador com a celeridade, tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional. Assim também se vê na inquietação da Corte Suprema quando, ao decidir processos de significativa importância como o foi a ADI 3.510- DF, citando Gadamer, traz a preocupação de que toda a interpretação correta tem de se proteger contra a arbitrariedade e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar, arbitrariedades retóricas, de toda ordem.

Estatísticas demonstram que a máquina judiciária se encontra no limite de seu exaurimento, diante do grande número de ações apreciadas pelo Poder Judiciário, que se encontram fora dos padrões internacionais, e se nada for feito para modificar este quadro poderemos chegar em curto espaço de tempo à falência do Poder Judiciário, que já vem tida como instituição desacreditada em razão da morosidade e da falta de qualidade na prestação jurisdicional.

Nos termos preconizados por Boaventura[60], a fim de obter maior efetividade na prestação da jurisdição, é preciso a adoção de medidas que visem a alteração de métodos de trabalho como uma nova organização interna dos foros, maior eficácia na gestão de recursos humanos e materiais e de fluxos processuais e uma melhor articulação dos foros com outros serviços complementares da justiça. Há ainda a necessidade de mudar a formação de todos os operadores do Direito: funcionários, membros do Ministério Público, advogado e juízes. Para uma nova fase estes devem estar preparados para a complexidade, para os novos desafios e riscos, possuidores de uma consciência complexa, feita da dupla aspiração de igualdade e de respeito a diferença[61]. Esta ampla preparação só será possível se a inter e a transdisciplinariedade se fizer presente na educação do julgador de modo a permitir que seja capaz de interpretar adequadamente as circunstâncias e os fenômenos que, por vezes, envolvem determinada ação, contando ainda com a contribuição da arte e com o uso pedagógico da literatura[62], buscando conceitos que possam ser utilizados na doutrina jurídica.

Em resumo, o que se espera do Estado é que possa proporcionar os aparelhos e as condições palpáveis para a concretização de uma sociedade que se aproxime do ideal de Justiça tão sonhado por todos os cidadãos, principalmente investindo na qualificação profissional da magistratura.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo, Landy, 2001.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A., Curso de Processo Civil, Volume 1, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Jurisdição, Direito Material e Processo, Editora Forense, 2007.

_____. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional, visível em http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm, consultado em 07.09.09.

BAUMANN, Zigmunt. Modernidade Líquida, tradução Plínio Dentzien, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 3ª edição.

BOBBIO, Norberto, A era dos direitos, Editora Campos, 19ª edição, Rio de Janeiro – 1992.

CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes visos por nós, os advogados.* Volume I, Lisboa: Editora Livraria Clássica, 6ª ed., 1977.

CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e teoria da Constituição, 7ª edição, Almedina, 2003.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Arte do Direito: Seis meditações sobre o Direito.* Tradução por Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Bookseller editora, 2001.

CASTRO, Fábio Caprio Leite. *O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico Brasileiro, in*: Revista AJURIS nº 90, Porto Alegre: 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. I, Saraiva, São Paulo: 1969.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, Martins Fontes, São Paulo, 20002.

FERRAJOLI, Luigi, Diritto e ragione: teoria del garantismo penale, 3ª ed. Roma, Laterza, 1996.

GADAMER, Hans- Georg, O problema da consciência histórica. Tradução Paulo César Duqe Estrada – 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV 2003.

GALVANI, Pascal. A autoformação, uma perspectiva transpessoal, transdiciplinar e transcultural. In: Educação e Transdisciplinariedade II, São Paulo, TRION, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais, *in:* Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, 2005.

GIULIANI, Alessandro. Logica del diritto. Teoria dell'argomentazione, in *Enciclopedia del Diritto, XXV,* 1975.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito & literatura: ensaios de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GRAU, Eros Roberto, O direito posto e o direito pressuposto, Editora Malheiros, 5ª edição, 2003.

HABERMAS, Jürgen.Teoría de la acción comunicativa: complementos y studios prévios, Madrid: cátedra, 2001.

___. Direito e democracia entre faticidade e validade I e II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JUNIOR, Humberto Theodoro, O processo civil no limiar do novo século, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

LOPES SALDANHA, Jânia Maria, A "mentalidade alargada" da Justiça (Têmis) para compreender a transnacionalização do Direito (Marco Pólo) no esforço de construir o cosmopolitimo (Barão nas árvores). Texto apresentado em palestra proferida junto ao Mestrado de Filosofia do Direito, da Universidade de Coimbra, em 11/12/2007.

MACEDO, André Luiz. A formação dos Juízes na Espanha, In: Revista da Escola Nacional da Magistratura. Ano II, nº 4, Outubro, 2007.

MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro.

In: http://ww2.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/meio_ambiente/umapaz/files/Morin.pdf

NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à Justiça, São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2ª edição, 2000.

___. *Revolução a caminho.* Artigo publicado no Jornal da Tarde, São Paulo, 26 dez/2004.

NERI JÚNIOR, Nélson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NICOLESCU, Basarab, "A evolução Transdisciplinar da Universidade, Condição para o Desenvolvimento Sustentável", palestra proferida no Congresso Internacional "A Responsabilidade da Universidade para com a Sociedade", realizado na Tailândia, de 12 a 14 de novembro de 1997.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação Jurídica: A Nova Retórica. São Paulo: Martins fontes, 2000;

PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1974, Tomo II.

RODRIGUES, Horácio Vanderlei. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

RUGGIERO, Luigi de. Tra Consenso e Ideologia – Studio di Ermeneutica Giuridica, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli: 1977.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da Justiça. São Paulo: Cortez, 2007.

___. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. In: A gramática do Tempo. São Paulo, Cortez, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro: 2007, 2ª edição.

TARUFFO, Michele. Il Significato Costituzionale dell'Obbligo di Motivazione, Cedam.

___. La motivazione della sentenza, Revista de Direito Processual Civil, nº 31, janeiro-março, Curitiba: Gênesis, 2004.

___. Legalità e giustificazione nella creazione giudiziaria del diritto, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Giuffrè, 2001.

TROCKER, Nicolò Trocker. Processo Civile e Costituzione, Problemi di Diritto Tedesco e Italiano, Giuffrè Editore, Milano, 1974.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentários à nova sistemática processual civil, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 3ª Edição, 2005.

Vários palestrantes. Educação e Transdisciplinariedade, II. São Paulo: Trion, 2002.

SITES CONSULTADOS:

http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm

http://www.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/meio_ambiente/umapaz/files/Morin.pdf.

http://www.unipazrj.org.br/transdiciplinariedade.htm

http://nicol.club.fr/ciret/bulletin/b12/b12c8por.htm

http://www.redebrasileiradetransdisciplinaridade.net/mod/resource/view.php?id=18,

http://www.jusbrasil.com.br/noticias/737087/juiz-gaucho-escreve-sentenca-em-forma-de-poesia/relacionadas.

---

[1] Embora se refira à fundamentação como garantia, salienta-se que a doutrina trata a motivação como princípio. Para tanto ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 4ª edição, Coimbra: Almedine, 1997, págs. 1124 a 1131 e CASTRO, Fábio Caprio Leite. *O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico Brasileiro,* in Revista AJURIS nº 90, Porto Alegre: 2003, págs. 131 a 144.

[2] ALEXY, Robert, *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica.* São Paulo: Landy, 2001.

[3] PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação Jurídica: A Nova Retórica*. São Paulo: Martins fontes, 2000;

[4] HABERMAS, Jürgen.*Teoría de la acción comunicativa: complementos y studios prévios,* Madrid: cátedra, 189; *Direito e democracia entre faticidade e validade I e II,* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

[5] "Interdisciplinariedade diz respeito à transferência de métodos de uma disciplina à outra que pode ser definida em três graus: grau de aplicação, grau epistemológico e grau de geração de novas disciplinas". *"UM NOVO TIPO DE CONHECIMENTO – TRANSDISICPLINARIDADE",* visível no site: http://www.redebrasileiradetransdisciplinaridade.net/mod/resource/view.php?id=18, consulado em 14/09/09.

[6] "Transdisciplinariedade diz respeito ao que está ao mesmo tempo, entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de todas as disciplinas. Seu objetivo é a compreensão do mundo presente, e um dos imperativos para isso é a unidade do conhecimento. Sua meta, a compreensão do mundo presente, não pode ser

alcançada dentro do quadro de referência da pesquisa disciplinar. É um caminho de auto-transformação orientado para o conhecimento de si, para a unidade do conhecimento e para a criação de uma nova arte de viver"; NICOLESCU, Basarab, texto citado.

[7] "O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes. Apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam atuadas corretamente. E tem mais: não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão? Para ele não deve importar que vença o autor ou o réu. Importa, porém, que saia vitorioso aquele que efetivamente tenha razão, ou seja, aquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função." BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2001, págs. 107 e 108.

[8] "A arte, como o direito, serve para ordenar o mundo. O direito, como a arte, tem uma ponte do passado para o futuro...". CARNELUTTI, Francesco. *Arte do Direito: Seis meditações sobre o Direito.*. Tradução por Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Bookseller editora, 2001, pág. 10.

[9] BAUMANN, Zigmunt. *Modernidade Líquida*, tradução Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

[10] "Livre convencimento é o convencimento a que se chegou com todo o material de prova". PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de processo Civil*, Forense, 1974, Tomo II, pá. 383.

[11] "Por outro lado, o juiz que motiva fazendo referência somente as provas que confirmam a sua reconstrução dos fatos, corre perigo facilmente de ser vítima da distorção do raciocínio pelo qual, identificando a priori uma versão dos fatos, ele tende a levar em conta apenas o que a confirma e a ignorar tudo o que a contradiz". TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza*, Revista de Direito Processual Civil, nº 31, janeiro-março, Curitiba: "Gênesis", 2004, pág.184.

[12] Art. 93, IX, da CF: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes".

[13] "A exigência de fundamentação das sentenças, hoje consagrada em texto constitucional, justifica-se por várias razões. Uma delas decorre da tendência dos sistemas políticos contemporâneos de ampliar as bases de um regime democrático participativo, caracterizado por sua universalidade. Regime democrático inspirado no princípio da igualdade absoluta de todos perante a lei. Regime democrático participativo. Como disse Mauro Cappelletti, um regime legal construído por seus consumidores. Há outra razão que deve ser destacada. É a que decorre da necessidade de que nossa formação jurídica dogmática seja superada, através do reconhecimento de que o Direito não pode submeter-se aos princípios epistemológicos das ciências naturais

e menos ainda das matemáticas". BATISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*, Porto Alegre: Editora Forense, 2007, pág. 137.

[14] "Art. 131 do CPC - "O Juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

"Art. 165 do CPC - "As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais serão fundamentadas, ainda que de modo conciso."

"Art. 458 do CPC - "São requisitos essenciais da sentença: I - (...) II - os fundamentos, em que o Juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o Juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem."

[15] FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, 3ª ed. Roma: Laterza, 1996, p. 632.

[16] Artigo 93. X, da CF: "as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros:

[17] NERI JÚNIOR, Nélson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

[18] "Por motivo se entende a causa ou a condição de uma escolha, a qual direciona a atividade para um fim específico, orientando a conduta humana, sem, no entanto, fornecer uma explicação ou uma justificação. O fundamento é a explicação ou a justificação racional da coisa da qual é causa; a razão de ser. O fundamento permite compreender porque determinada decisão foi ditada num sentido e não em outro; porque é assim e não de outra forma. Em suma, possibilita o entendimento ou a justificação racional da coisa, da qual é causa." GIACOMOLLI, Nereu José. *Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais*, in: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, 2005, pág. 71.

[19] "A "motivação de sentenças" radica em três razões fundamentais: (1) controle da administração da justiça: (2) exclusão do caráter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes: (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas." CANOTILHO, J.J. Gomes, ob.cit. pág. 667.

[20] "Em síntese, pode-se dizer que o juiz deve referir o julgamento às noções presentes na cultura média do tempo e do lugar em que se encontra, porquanto é com esta cultura que os pressupostos e os critérios da decisão devem manter-se congruentes" (livre tradução da autora). TARUFFO, Michele. *Legalità e gisutificazione nella creazione giudiziaria del diritto*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano: Giuffrè, 2001, pág. 24.

[21] PERELMAN, Chaïm Lucie Olbrechts-Tyteca, ob. cit, p. 349.

[22] "... impõe que o juiz, ao fundamentar a sentença, não apenas dê os motivos pelos quais aceitou como válidos os argumentos do vencedor mas, além disso, demonstre, também com argumentos convincentes, a impropriedade ou a insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito utilizados pelo sucumbente. A fundamentação deve ser ampla; deve compreender todos os aspectos relevantes do conflito, especialmente na análise crítica dos fatos." BATISTA DA SILVA, Ovídio A. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*, visível em http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm, consultado em 07.09.09.

[23] "o processo é um complexo de atos. Não se trata, porém, naturalmente, de uma série de atos dissociados e independentes, senão de uma sucessão de atos vinculados pelo objetivo comum da atuação da vontade da lei e procedendo ordenadamente para a consecução desse objetivo; de onde o nome processo". CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1969, pag. 50.

[24] "Quem se detenha a observar o modo como se desenvolve um processo judicial, civil ou penal, vê efetivamente que o mesmo consiste em uma série de atividades, realizadas pelos indivíduos, que colaboram para a consecução do objeto comum, o qual, por sua vez, consiste no pronunciamento de uma sentença ou em pôr em prática uma medida executiva. Esta colaboração não é simultânea, mas sucessiva, de modo que as várias atividades que devem ser realizadas pelas diferentes pessoas que fazem parte do processo distribuem-se no tempo e no espaço seguindo uma certa ordem lógica, quase como em um drama teatral, em que as intervenções dos atores se sucedem não por causalidade mas seguindo o fio da ação, de modo que a frase seguinte seja justificada pela precedente e, por sua vez, dê motivo à que vem depois; a ordem em que se desenvolve o discurso dos interlocutores não poderia alterar-se sem destruir o sentido. Na realidade, para o espectador estranho que assiste em audiência a um debate público, o processo se assemelha muito a um drama, com seus personagens e seus episódios, cujo epílogo é representado pelo pronunciamento da providência jurisdicional". CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil.* Volume I, São Paulo: Editora Bokseller, 2ª ed. 2003, Pág. 265.

[25] "Há, portanto, duas exigências impostas ao julgador. A primeira determinando que ele se "persuada" racionalmente, formando o convencimento, através da análise crítica do conjunto da prova, bem como que justifique também a interpretação do direito aplicável. Mais, tendo em vista a natureza dialógica do processo, é necessário que o julgador assegure o contraditório efetivo a ambas as partes, compreendido nesse princípio o direito, reconhecido a ambos os litigantes, não apenas de alegar e provar suas alegações, mas, fundamentalmente, o direito, reconhecido tanto ao vencedor quanto ao vencido, de obter "respostas" para suas alegações e provas." BATISTA DA SILVA, Ovídio A. Ob. Cit. Pág. 152.

[26] "A balança é o símbolo tradicional da justiça, visto parecer que representa materialmente, por uma disposição mecânica, aquele jogo de forças psíquicas que faz funcionar o processo e no qual, para que o juiz após algumas oscilações conclua pela verdade, é necessário que intervenha o peso de duas teses opostas, tal como se dá com os dois pesos da balança, que para se equilibrarem devem incidir na extremidade de cada braço. Quanto mais as forças opostas façam oscilar fiel (veja-se a imparcialidade de quem julga), tanto mais sensível se tornará o aparelho e mais exata a medida. Da mesma forma, os advogados, puxando cada um pelo seu lado, obtém o equilíbrio que o

juiz procura. Quem quiser criticar a sua imparcialidade deve criticar também o peso que age sobre os braços da balança". CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes visos por nós, os advogados.* Volume I, Lisboa: Editora Livraria Clássica, 6ª ed.1977, Págs. 96 e 97.

[27] "No campo próprio da jurisdição, essa "mentalidade alargada" vai fazer-se presente quando o juiz para julgar faz o desvio para outras culturas, encontrando nelas algum elemento que possa contribuir para o exercício de persuasão que desenvolverá ao julgar. Sendo assim, escapa-se da condição de sujeito solipsista que, isolado, cria a "sua decisão" e vai-se ao encontro de uma jurisdição com discernimento – *phrónesis* – uma vez que suas decisões derivam também da consideração do ponto de vista ou da perspectiva dos outros." LOPES SALDANHA, Jânia Maria, *A "mentalidade alargada" da Justiça (Têmis) para compreender a transnacionalização do Direito (Marco Pólo) no esforço de construir o cosmopolitismo (Barão nas árvores).* Texto apresentado em palestra proferida junto ao Mestrado de Filosofia do Direito, da Universidade de Coimbra, em 11/12/2007, pág. 11.

[28] "Também onde, como, por exemplo, na Alemanha, não existe uma norma constitucional expressa que preveja a obrigação de motivar, a tendência prevalente é contudo no sentido de afirmar que ela existe como garantia fundamental derivada de princípios gerais de um Estado de Direito" (livre tradução da autora). TARUFFO, Michele. *Il Significato Costituzionale dell'Obbligo di Motivazione*, In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.p. 40.

[29] "A consciência social não é, porém, somente um critério subsidiário: ela é, ao invés, de um lado elemento constitutivo do ordenamento jurídico, porquanto, como é comumente reconhecido pela doutrina, determina o significado das palavras e dos juízos de valores que, fatos próprios da lei, são extraídos da linguagem comum e nela continuam a viver; de outro lado é critério autônomo e necessário pela avaliação da "justiça do caso concreto" (tradução da autora). RUGGIERO, Luigi de. *Tra Consenso e Ideologia – Studio di Ermeneutica Giuridica*, Nápoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1977, p. 159.

[30] "....uma excelente formação dogmática não é garantia de decisões justas, porque a técnica, no direito como na arte, só pode oferecer, na melhor das hipóteses, isso: decisões tecnicamente corretas. Mas decisões tecnicamente corretas não são necessariamente decisões justas, assim como decisões tecnicamente incorretas não são necessariamente decisões injustas (v.g. algumas decisões do tribunal do júri). É que uma boa interpretação, na arte como no direito, mais do que técnica e razão, exige talento e sensibilidade. E a técnica jurídica é apenas um meio a serviço de um fim: a justiça." QUEIROZ, Paulo. Visível em: http://paulo.queiroz.net/direito-e-arte/print/

[31] "Nem sempre uma sentença bem fundamentada quer dizer uma sentença justa ou vice-versa. As vezes uma sustentação apressada e sumária significa que o juiz, ao decidir, estava de tal forma convencido de excelência da conclusão, que julgou ser tempo perdido o que gastasse a mostrar a sua evidência, assim como, outras vezes, uma sustentação extensa e cuidadosa pode revelar, no juiz, desejo de esconder para si e para os outros, com arabescos logísticos, a perplexidade em que se encontra. Não digo, como tenho ouvido dizer, que a excessiva inteligência seja nociva ao juiz. Digo apenas que ótimo juiz é aquele em que, sobre a cauta intelectualidade, prevalece a intuição

humana. O sentimento da justiça, pelo qual, conhecidos os fatos, logo se sabe de que lado está a razão, é uma virtude inata, que nada tem que ver com a técnica do direito. O mesmo sucede na música, em que a maior inteligência não pode suprir a falta de ouvido". CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes vistos por nós, os advogados.* Págs. 149 e 150.

[32] "O pressuposto é que se não houver uma formação específica, a lei obviamente não será bem aplicada. Temos que formar os magistrados para a complexidade, para os novos desafios, para os novos riscos. Os magistrados, sobretudo as novas gerações, vão viver numa sociedade que, como eu dizia, combina uma aspiração democrática muito forte com uma consciência da desigualdade social igualmente forte. E, mais do que isso, uma consciência complexa, feita da dupla aspiração de igualdade e de respeito da diferença." SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da Justiça*, São Paulo: Editora Cortez, 2007, p. 66.

[33] RODRIGUES, Horácio Vanderlei. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 13.

[34] Ob. Cit. p. 38.

[35] O autor refere que tanto o magistrado como o advogado possuem a mesma deformação básica: "a posse de um conhecimento abstrato, marcado pelo individualismo, pela descontextualização histórica, pela identificação entre lei e Direito, por uma concepção de sujeito de Direito desatualizada...". Ob. Cit. p. 41.

[36] BATISTA DA SILVA, Ovídio A. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*, visível em http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm, consultado em 07.09.09.

[37] NALINI, José Renato. *O juiz e o Acesso à Justiça*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. pág. 22.

[38] Art. 105, parágrafo único, I e artigo 111- A, § 2º, inciso I, da Constituição Federal Brasileira.

[39] "A regra geral é o recrutamento dos juízes dentre os egressos da mais conservadora dentre as escolas de nível superior no país: a faculdade de Direito. É decantada a deficiência da formação jurídica. Mais de trezentas escolas, gerando milhares de bacharéis, abastardam o ensino. A maior parte delas objetiva o lucro. É uma empresa que vende ilusão. As técnicas de transmissão do conhecimento são empíricas. Ainda é comum a leitura da legislação, de alguma doutrina e alguma jurisprudência. Não se estimula a criatividade, nem se explora o talento individual. Desconhece-se o *pluralismo,* valor acolhido de maneira explícita pela ordem fundante." NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à Justiça*, São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2ª edição, 2000, p. 150.

[40] "almejo ver a institucionalização da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, subordinada ao Superior Tribunal de Justiça, como o início da verdadeira reforma do Judiciário, consistindo em usina produtora de um novo perfil de juiz, motivado ao desafio de resolver os problemas dos semelhantes, sem temer

a avalanche de processos, sabendo encontrar fórmulas de vencê-la e acrescentando, a um certo conhecimento jurídico, uma larga dose de vontade, humildade, paciência e compaixão". NALINI, José Renato. *Revolução a caminho.* Artigo publicado no Jornal da Tarde, São Paulo, 26 dez/2004.

[41] "Repensar o direito, neste início de século, é o desafio que se impõe aos juristas. E, dentre as inúmeras e mais variadas alternativas que se apresentam, o estudo do direito e literatura adquire especial relevância. Além do destaque que confere à interdisciplinariedade, na medida em que se baseia no cruzamento dos caminhos do direito com as demais áreas do conhecimento – fundado um espaço crítico por excelência, através do qual seja possível questionar seus pressupostos, seus fundamentos, sua legitimidade, seu funcionamento, sua efetividade, etc. – a possibilidade da aproximação dos campos jurídicos e literário favorece ao direito assimilar a capacidade criadora, crítica e inovadora da literatura e, assim, superar as barreiras colocadas pelo sentido comum teórico, bem como reconhecer a importância do caráter constitutivo da linguagem, destacando-se os paradigmas da intersubjetividade e intertextualidade". TRINDADE, André Karan; GUBERT, Roberta Magalhães. Dir*eito e literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In*: Direito & Literatura – reflexões técnicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, págs. 11 e 12.

[42] MACEDO, André Luiz. *A formação dos Juízes na Espanha*, In: Revista da Escola Nacional da Magistratura. Ano II, nº 4, Outubro, 2007, pág. 72.

[43]WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, Editora Revista dos Tribunais, pág. 30.

[44] "Somente através dos outros é que adquirimos um verdadeiro conhecimento de nós mesmos". GADAMER, Hans- Georg, *O problema da consciência histórica*. Tradução Paulo César Duque Estrada – 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV 2003, pág. 12.

[45] "Nossa missão não é mais a de conquistar o mundo como acreditava Descartes, Bacon e Marx. Nossa missão se transformou em civilizar o pequeno planeta em que vivemos." MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro.*

In: http://www.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/meio_ambiente/umapaz/files/Morin.pdf.

[46] GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*, 2ª edição, págs. 18 e 19.

[47] BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro: Editora Campos, 19ª edição, pág. 5.

[48] "Esse temor de perder a imparcialidade tem contribuído de maneira decisiva para que nossos magistrados, infelizmente, deixem de utilizar dos poderes instrutórios que lhes são conferidos pelo legislador processual. Criou-se uma tradição do juiz passivo, espectador, temeroso de que qualquer iniciativa sua possa torná-lo parcial. A escassez de iniciativas probatórias oficiais, mesmo quando manifesta a sua conveniência, tem sido apontada como uma das causas do mau funcionamento do mecanismo judiciário.

Essa mentalidade necessita ser alterada, a fim de que o magistrado assuma seu papel na relação processual. Juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos. Para manter sua imparcialidade, basta que o magistrado se limite ao exame objeto da matéria fática, cuja reprodução nos autos se faz mediante as provas. Não importa quem as traga. Importa sim, que o provimento jurisdicional não sofra influência de outros elementos". BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 3ª edição, pág. 112.

[49] "A resposta correta deve decorrer de um aprofundado exame constitucional, em que os princípios desnudam as insuficiências da regra. Evidentemente que, quando me refiro à 'insuficiência da regra', estou lançando mão da discussão tradicional acerca da distinção estrutural (ou cisão) entre regra e princípio. Afinal, repita-se, por trás de cada regra há um princípio constitucional". STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro: 2007, 2ª edição, p. 270.

[50] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0 Distrito Federal.

[51] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[52] CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 33.

[53] "A Transdisciplinariedade é uma teoria do conhecimento, é uma compreensão de processos, é um diálogo entre as diferentes áreas do saber e uma aventura do espírito. A Transdisciplinariedade é uma nova atitude, é a assimilação de uma cultura, é uma arte, no sentido da capacidade de articular a multirreferencialidade e a multidimensionalidade do ser humano e do mundo. Ela implica numa postura sensível, intelectual e transcendental perante si mesmo e perante o mundo. Implica também em aprendermos a decodificar as informações provenientes dos diferentes níveis que compõem o ser humano e como eles repercutem uns nos outros. A transdisciplinariedade transforma nosso olhar sobre o individual, o cultural e o social, remetendo para a reflexão respeitosa e aberta sobre as culturas do presente e do passado, do Ocidente e do Oriente, buscando contribuir para a sustentabilidade do ser humano e da sociedade". Vários palestrantes. Educação e Transdisciplinariedade, II. São Paulo: Trion, 2002, pags. 9 e 10.

[54] GALVANI, Pascal. A autoformação, uma perspectiva transpessoal, transdiciplinar e transcultural. In: Educação e Transdisciplinariedade II, São Paulo: TRION, 2002, pág. 95.

[55] "A visão transdisciplinar é completamente aberta, pois, ela ultrapassa o domínio das ciências exatas pelo seu diálogo e sua reconciliação não somente com as ciências humanas, mas também com a arte, a literatura, a poesia e a experiência interior". Artigo 5º da Carta da Transdisciplinariedade, in: http://www.unipazrj.org.br/transdiciplinariedade.htm

[56] RI 710017770171, 2ª Turma Recursal, Relator Afif Jorge Simões Neto, julgado em 21.01.09, disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/noticias/737087/juiz-gaucho-escreve-sentenca-em-forma-de-poesia/relacionadas.

O juiz Afif Jorge Simões Neto, da Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu variar e elaborou um acórdão (decisão sobre recursos judiciais) em forma de verso, analisando um pedido de recurso de uma ação indenizatória por danos morais. Um homem de Santana do Livramento, no interior do Estado, moveu a ação por ter se sentido ofendido com um pronunciamento feito na Câmara do município. O réu da ação teria dito no pronunciamento que o autor do pedido não teria feito uma prestação de contas à prefeitura.

Em primeira instância, o autor venceu a causa, mas o réu recorreu. O juiz Simões Filho acatou o recurso e julgou o pedido improcedente.

"É um caso que envolvia pessoas ligadas ao tradicionalismo, ao CTG [Centro de Tradicionais Gaúchas]. Como achei que o assunto seria interessante e sei que o gaúcho gosta de verso, de poesia, resolvi fazer essa tentativa", afirmou Simões Neto.

Mesmo em forma de verso, a decisão não deixa de ser o resultado do trabalho de analisar o caso, enfatizou o magistrado.

"Fiz um rascunho e vi que daria. Mesmo que seja em verso, eu tive que fazer uma análise do processo, para analisar a eventual culpa de cada um. Só o verso não basta. Tem que fazer o verso em cima da análise do processo. O verso é a forma, mas tive que fazer a análise do conteúdo no próprio verso", disse o juiz.

O magistrado não teme que sua atitude abra margem para a população ou a comunidade jurídica o considerarem um brincalhão. "É realmente inusitado, que foge do aspecto formal. É que o direito é muito sisudo, estanque. Então resolvi sair dos padrões normais. Eu corro o risco [de não ser levado a sério]. Parece que o rapaz que perdeu a ação achou que foi uma brincadeira. Mas não foi. Julguei de forma séria, como julgo em todos os processos. Apenas o formato foi diferente", disse.

Veja a decisão em verso do juiz gaúcho:

"Este é mais um processo

Daqueles de dano moral

O autor se diz ofendido

Na Câmara e no jornal.

Tem até CD nos autos

Que ouvi bem devagar

E não encontrei a calúnia

Nas palavras do Wilmar.

Numa festa sem fronteiras

Teve início a brigantina

Tudo porque não dançou

O Rincão da Carolina.

Já tinha visto falar

Do Grupo da Pitangueira

Dançam chula com a lança

Ou até cobra cruzeira.

Houve ato de repúdio

E o réu falou sem rabisco

Criticando da tribuna

O jeitão do Rui Francisco

Que o autor não presta conta

Nunca disse o demandado

Errou feio o jornalista

Ao inventar o fraseado.

Julgar briga de patrão

É coisa que não me apraza

O que me preocupa, isso sim

São as bombas lá em Gaza.

Ausente a prova do fato

Reformo a sentença guerreada

Rogando aos nobres colegas

Que me acompanhem na estrada

Sem culpa no proceder

Não condeno um inocente

Pois todo o mal que se faz

Um dia volta pra gente

E fica aqui um pedido

Lançado nos estertores

Que a paz volte ao seu trilho

Na terra do velho Flores."

[57] “A exigência tornada historicamente indispensável de distinguir Recht e Unrecht (certo e errado), não pode ser ocultada dos deveres da ciência jurídica; a recuperação da filosofia prática e da retórica solicita ao invés todas as disciplinas ético-políticas a asumir, sobre o modelo da jurisprudência, um estatuto normativo, uma estrutura ‘hermeneutica-pragmática’. (tradução da autora) RUGGIERO, Luigi, *Tra Consenso e Ideologia – Studio di ermeneutica giuridica*, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1977, pág. 119/120.

[58] GIULIANI, Alessandro. *Logica del diritto. Teoria dell’argomentazione, in*: Enciclopedia del Diritto, XXV, Padova: Cedam, 1975, pp.32-33.

[59] “Sob o plano da jurisdição, isso significa que o procedimento do juiz não se legitima enquanto exercício da autoridade absoluta, mas enquanto o juiz tenha consciência do modo como exercita o poder que lhe é delegado pelo povo, que é primeiro e verdadeiro titular da soberania. Daí, a obrigação de justificar a decisão, que responde seja a necessidade de demonstrar os fundamentos de fato e de direito, seja a necessidade de permitir que a fundamentação seja controlável pelo exterior, de modo difuso. O exercício do poder jurisdicional deve assim ser "transparente", racional e controlável, como o exercício de qualquer poder no âmbito do Estado democrático de direito”. ."TARUFFO, Michelle. *Il Significato Constituzionale Dell’ Obligo di Motivazione*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 41-42.

[60] Ob. Citada, pág. 64.

[61] Ob. Citada, pág. 66.

[62] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito & literatura: ensaios de síntese teórica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pág. 75.

A “ORAÇÃO AOS MOÇOS” DE RUY BARBOSA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE A BRASILEIRA*

A "PRAYER FOR YOUNG MEN OF" RUY BARBOSA AND THE PRINCIPLE OF EQUALITY A BRAZILIAN

Regina Lúcia Teixeira Mendes da Fonseca

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de explicitar a forma peculiar pela qual a sociedade brasileira atualiza o princípio do Livre da Igualdade jurídica tomando como base de justificação o texto da “Oração aos Moços” de Ruy Barbosa e as suas implicações na sedimentação da efetividade dos direitos de cidadania. A metodologia utilizada foi a de análise do discurso de Ruy Barbosa, contextualizando-a e comparando este discurso com as atualizações feitas pela doutrina jurídica atual para compatibilizar o princípio da igualdade com privilégios positivados no ordenamento jurídico infraconstitucional brasileira. Como referenciais teóricos tomei os trabalhos de Foucault, Bourdieu acerca do campo jurídico, além dos estudos de Marshall acerca de cidadania.

PALAVRAS-CHAVES: IGUALDADE JURÍDICA, DIREITOS FUNDAMENTAIS, ACESSO A JUSTIÇA, RUY BARBOSA.

ABSTRACT

This paper aims to explain the peculiar way in which the Brazilian company updates the principle of Free Legal Equality taking as a basis to consider the text of "Prayer for Boys" by Ruy Barbosa and the implications for sedimentation of the effectiveness of rights citizenship. The methodology used was a discourse analysis of Ruy Barbosa, within today's speech and comparing it with the updates made by the current legal doctrine to reconcile the principle of equal privileges positivized the legal infra-Brazilian. As I took the theoretical work of Foucault, Bourdieu about the legal field, and the studies of Marshall about citizenship.

KEYWORDS: LEGAL EQUALITY, RIGHTS, ACCESS TO JUSTICE, RUY BARBOSA.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O flagrante descompasso existente entre o discurso igualitário da Constituição brasileira de 88, no art 5º. caput, que proclama que *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)*, e os privilégios explícitos existentes no nosso ordenamento jurídico positivo foi o motor inicial da formulação de minha problemática. Este trabalho tem por objetivo enfrentar a questão da maneira peculiar pela qual a sociedade brasileira apropriou-se do princípio da igualdade jurídica, base do instituto da cidadania nos países que hoje vivem o estado democrático de direito e de como ela o atualiza, de modo a manter os privilégios positivados em nosso ordenamento jurídico.

Mais instigante ficou a pergunta quando constatei que, além das contradições explícitas existentes no nosso ordenamento, mais longe ainda do discurso igualitário constitucional ficam nossas práticas jurídicas. Neste caso, não cabe a máxima "a teoria na prática é outra", porque o que se constata é a existência de duas teorias diferentes: uma que informa o discurso e outra que informa a prática jurídica. Não há apenas a diferença entre teoria e prática.

A Constituição da República de 88, a chamada constituição cidadã, enfatiza o princípio da igualdade, dando a ele e a todos os seus consectários *status* de garantia constitucional. A adoção da cláusula do acesso universal à justiça, com a introdução de novidades como a implantação dos Juizados Especiais para julgamento de causas de menor complexidade, e, em matéria penal, para o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, positivadas nos incisos do art. 5º e no art 98, I e parágrafo da Carta de 88, é um exemplo do que estou dizendo. [1]

Ao mesmo tempo, encontram-se positivados no nosso ordenamento infraconstitucional institutos que ferem claramente o princípio da igualdade, uma vez que dispensam tratamento jurídico distinto a situações semelhantes em função da posição que seus agentes ocupam na escala social. Para exemplificar, podemos citar, entre outros institutos, a prisão especial[2], os foros privilegiados por prerrogativa de função, ou ainda as aposentadorias especiais.

Minhas perguntas originais para enfrentar este tema foram as seguintes: porque persistem em nosso ordenamento tantos institutos que flagrantemente são incompatíveis com o princípio da igualdade? Por que tais regras não são desde logo consideradas não recepcionadas pela Constituição da República de 88 por incompatibilidade material, como tantas outras foram? Por que estas contradições não são apontadas pelos juristas brasileiros ou pelos operadores do direito? Por que não nos parece estranho e inaceitável este tipo de contradição?

Chamou-me também a atenção o fato de todos os impasses provocados pela infração ao princípio da igualdade, antigos ou atuais, de qualquer área do direito, serem resolvidos pela lição de Ruy Barbosa, na sua Oração aos Moços, datada de 1920, segundo a qual a igualdade é tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam.

Nossa história recente traz bons exemplos deste fenômeno: o caso do desvio de verbas do TRT de São Paulo trouxe à tona, mais uma vez, a discussão a respeito da manutenção da prisão especial no nosso ordenamento jurídico para réus portadores de diploma de graduação, entre outros. Este dispositivo do Código de Processo Penal

desiguala sujeitos que têm a mesma situação jurídica – a de indiciado num inquérito policial ou réu num processo penal – pela sua desigualdade de fato, isto é, fazer ou não parte de determinado segmento social. O que é levado em conta para a concessão da prisão especial não é a gravidade do fato praticado, mas a posição na escala social do sujeito que o praticou... Prerrogativas legais especiais destinadas a determinados sujeitos por sua posição social é instituto próprio do Antigo Regime, anterior às revoluções liberais do século XVIII e chama-se privilégio!

Diante da lucidez de algumas vozes que se levantam para apontar a inconstitucionalidade do dispositivo, por afronta ao princípio da igualdade[3], levantaram-se inúmeros doutos sustentando o "direito" de tratamento "mais humano" para réus que tem uma determinada importância social[4] (!!!).

O caso que acabou por levar o juiz Nicolau dos Santos Neto a iniciar o cumprimento de 8 anos de pena em regime semi-aberto na colônia penal de Bauru[5], assim como resultou na indisponibilidade de seus bens, apesar do ineditismo de seu desfecho, não foi suficiente para aprofundar a discussão a respeito do privilégio da prisão especial. Tomou-se a prisão especial como um direito do juiz, pelo fato de ser juiz, independente da gravidade dos fatos praticados. Pouco se falou que longe de ser direito, trata-se de vergonhoso privilégio[6] positivado em nosso ordenamento, e sequer foi mencionada sua inconstitucionalidade evidente. O que, em nossa sociedade, permite a tolerância diante de tal contradição?

Ao invés de, diante de tal evidência, haver a revogação do instituto ou a argüição de sua inconstitucionalidade, curiosamente o que houve foi a promulgação de uma lei[7], pelo presidente Fernando Henrique Cardoso que amplia os beneficiários deste privilégio. Ficou flagrante, portanto, que se lutou não pela igualdade de todos perante a lei, mas pela ampliação de seu âmbito de incidência. Foi ampliado o grupo dos "desiguais", beneficiários do privilégio.

Outro exemplo da explicitação do paradoxo brasileiro, no plano jurídico positivo, é a recente ampliação do foro por prerrogativa de função para matéria civil. Ineditamente, a lei 10.628 de 24 de dezembro de 2002[8], instituiu a ampliação do foro privilegiado por prerrogativa de função para julgar matéria de natureza civil, concernente à improbidade administrativa, até então competência do juízo da Vara de Fazenda Pública. A mesma lei estende o foro privilegiado para os processos posteriores à data em que o réu deixou a função pública, conforme a jurisprudência já pacífica do STF[9] para a matéria criminal. Mais uma vez a qualidade do sujeito prevalece sobre a natureza e a gravidade do fato para definir a competência para o julgamento da causa, e o princípio da isonomia foi novamente desrespeitado.

Diante dos exemplos expostos, os que têm formação jurídica, não estranham a solução do problema proposto invocando a lição que os cursos jurídicos reproduzem desde sempre e que tem como porta voz Rui Barbosa, na sua Oração aos Moços. No texto do discurso dirigido aos formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em São Paulo[10], o inventor jurídico da república brasileira, formula a regra da igualdade, que acomoda o paradoxo brasileiro. Ele ensina a seus afilhados e a todos nós, até hoje, que igualdade é tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam.[11] Assim, fica aparentemente justificado e bem explicado o

tratamento especial dado a determinados sujeitos de direito em função de sua posição no tecido social.

Quais são as razões determinantes do fato de que nós, estudiosos do direito brasileiro, podemos conviver pacificamente, sem estranhar, com uma idéia de igualdade jurídica que pressupõe a desigualdade jurídica? .

Por que o discurso do inventor jurídico da República Velha oligárquica, conservadora e agrária ainda é tão eficiente para resolver impasses de um Brasil contemporâneo, industrial que pretende ser um estado democrático de direito, como apregoa o art. 1º. da Constituição da República de 88?

Por que, afinal, a igualdade que pressupõe a desigualdade não nos parece tão anacrônica, absurda e inaceitável quanto o instituto da escravidão?

Provavelmente esta idéia de igualdade traduz peculiaridades próprias da sociedade brasileira que ainda são atuais. Mais do que justificar a existência de privilégios em nosso sistema jurídico, esta máxima revela características peculiares que permeiam toda a nossa cultura e se atualizam em nosso ordenamento jurídico. A interdisciplinaridade se impôs pois a dita "doutrina jurídica" não é suficiente para explicar as questões acima expostas.

A IDÉIA DE CIDADANIA COMO MÍNIMO JURÍDICO COMUM

Foi necessário, para enfrentar a questão, um estudo mais aprofundado sobre dois pontos fundamentais: o instituto da cidadania e, especialmente a forma como a sociedade brasileira a constrói do ponto de vista jurídico e a distinção entre duas categorias que para nós, estudiosos do direito, freqüentemente se confundem: a desigualdade jurídica e a diferença.

Pesquisei, em primeiro lugar a bibliografia do campo jurídico e, curiosamente, encontrei muito poucos trabalhos que tratassem da cidadania, como instituto jurídico que é. Assim mesmo, os poucos trabalhos do campo jurídico que encontrei tratam o instituto de forma genérica, resumindo-o à atribuição dos direitos políticos àqueles que têm vínculo com o Estado. É como se no Brasil o instituto da cidadania estivesse resumido a seu aspecto político, isto é, à possibilidade de participação na escolha dos governantes e na possibilidade de participação direta em algumas circunstâncias através de plebiscitos, referendos e outros institutos similares. A literatura disponível não trata dos outros dois aspectos do instituto, o aspecto civil e o aspecto social, como acontece no direito comparado e não aborda a cidadania tal como se colocou no Brasil. Estranha ou sintomaticamente a literatura jurídica brasileira é praticamente omissa sobre o tema.

Por isto, foi necessário recorrer aos trabalhos de estudiosos da área de ciências sociais nos quais constata-se uma necessidade inarredável de qualificar a cidadania brasileira. Assim, entre outros exemplos, aparecem a "estadania" do historiador José Murilo de Carvalho[12], a "cidadania relacional" do antropólogo Roberto DaMatta[13] e a "cidadania regulada" do sociólogo Wanderley Guilherme dos Santos[14]. É como se o

conceito de cidadania puro e simples, tal como aparece nos estudos de direito comparado, não fosse suficiente para descrever a experiência brasileira.

Recorri, pelos motivos mencionados acima, ao modelo clássico traçado por T.H. Marshall, em seu trabalho *Cidadania e Classe Social*[15], tomando-o como parâmetro para estabelecer um estudo comparativo daquele com a cidadania brasileira. O autor constrói um tipo ideal para explicar o aparecimento da cidadania, como fenômeno histórico, baseando-se no caso inglês.

O aprofundamento do estudo do princípio da igualdade no Brasil exige que entendamos o desenvolvimento da cidadania nos países da Europa Ocidental, assim como nos Estados Unidos. Por contraste, foi possível delinear uma análise da construção peculiar da cidadania brasileira, do ponto de vista jurídico e de como o princípio da igualdade se atualiza entre nós.

Antes de tudo, cumpre frisar que a cidadania é um fenômeno historicamente definido, que se desenvolveu no mundo moderno, nos limites territoriais dos Estados Nacionais, antes de cuja existência era praticamente impossível traçar uma linha de demarcação rigorosa entre as várias funções do Estado: legislar, administrar e julgar.

Na medida em que os estados nacionais consolidaram sua unificação, passa a ser evidente a "diferenciação" entre suas funções.[16] Na sociedade feudal, assim como em qualquer sociedade estamental, o *status*, isto é, a posição de cada sujeito de direito no tecido social, era a marca distintiva de classe e a medida da desigualdade jurídica. Não havia qualquer código uniforme de direitos e deveres dos homens pelo fato de estarem inseridos na sociedade, fossem eles nobres, plebeus, livres ou servos. Os direitos sociais do indivíduo faziam parte de um amálgama e eram originários do *status*. Ainda o *status* determinava que espécie de justiça cada um poderia esperar e onde obtê-la. Determinava também, a possibilidade de participação na administração dos negócios da comunidade a que cada qual pertencia.

O modelo construído por Marshall postula ter surgido, a partir da idéia de cidadania, que é própria dos Estados Nacionais unificados e da economia de mercado, e decorrente dela, uma igualdade jurídica básica que está associada à participação de cada um na sociedade. A cidadania seria a atribuição de um mínimo de direitos e deveres a todos os que tivessem o vínculo político com o Estado, em razão deste vínculo. Este mínimo, com o tempo foi sendo ampliado com a atribuição de mais direitos a cada um em função de seu vínculo com o Estado. Assim, a idéia do mínimo jurídico comum a todos os que fazem parte do Estado é inerente à idéia de cidadania, seja qual for o tamanho deste mínimo.

A igualdade jurídica é, portanto, no modelo de Marshall, pressuposto de cidadania. O autor enfatiza que esta igualdade básica, não é incompatível com as diferenças existentes entre os vários níveis econômicos da sociedade. Assim, a desigualdade das classes sociais, gerada pelo sistema capitalista, pode ser aceitável, desde que a igualdade jurídica, própria da cidadania, seja reconhecida.

Cumpre frisar, nesse ponto, que podemos situar o fenômeno da cidadania nas sociedades capitalistas, uma vez que essas sociedades produzem desigualdades e

prometem igualdades. O fenômeno da cidadania surge justamente para amenizar este paradoxo.

A história da cidadania evoluiu, assim, num processo duplo: a fusão geográfica materializada pela unificação dos Estados Nacionais, e a separação funcional do poder que se concretizou com a atribuição das diferentes funções do Estado a diferentes órgãos, a partir da concretização do princípio da separação de poderes idealizado por Montesquieu.[17]

A cidadania, segundo Marshall, é um *status* concedido a todos aqueles que são membros de uma comunidade e, como tal, todos são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status* de cidadão. Há uma insistência na busca de uma medida efetiva de igualdade, um enriquecimento da matéria prima do *status* e um aumento no número daqueles a quem este é conferido. A sociedade de classes, por outro lado, é um sistema de desigualdade, que está baseado, assim como a cidadania, num conjunto de ideais, crenças e valores. Era de se esperar que o impacto da cidadania sobre a classe social tomasse a forma de um conflito entre princípios opostos. No entanto, o crescimento da cidadania coincide com o crescimento do capitalismo que é um sistema econômico que gera desigualdade, justamente porque o instituto promete amenizar esta desigualdade.

No modelo formulado por Marshall fica claro que a desigualdade, na sociedade capitalista, embora necessária, pode tornar-se perniciosamente excessiva. Malgrado haja diferença de um momento para o outro, pode-se afirmar que a cidadania, mesmo nos primórdios, constituiu um princípio de igualdade jurídica, isto é, o instituto desde sua origem está intrinsecamente ligado à idéia da atribuição de um mínimo jurídico comum a todos aqueles que estão vinculados a determinado Estado.

A cidadania, começando de um ponto em que se admite a liberdade de todos os homens e sua capacidade de serem sujeitos de direitos, desenvolveu-se pelo enriquecimento do conjunto de direitos que os homens eram capazes de gozar, pelo simples fato de serem cidadãos. Em outras palavras, o desenvolvimento do instituto implicou no aumento da base do mínimo comum.

O conceito de **cidadania plena**, segundo o autor, pode ser dividido em três aspectos: [18] cidadania civil, política e social.

O **elemento civil da cidadania** é composto da possibilidade do exercício de todos os direitos necessários ao gozo da liberdade individual: liberdade de ir e vir, de imprensa, de pensamento, de fé, o direito à propriedade, o direito de concluir contratos válidos e, especialmente, o direito à justiça. A garantia constitucional de acesso à justiça garante a defesa e o exercício de todos os outros direitos e, por isso, torna-se especialmente relevante. É ele que possibilita afirmar todos os direitos em igualdade de condições, observado obrigatoriamente o devido encaminhamento processual. É possível concluir, portanto, segundo o autor, a partir desse raciocínio, que as instituições mais intimamente ligadas ao aspecto civil da cidadania são os Tribunais de Justiça.

A formação dos direitos civis caracterizou-se pela inclusão gradativa de novos direitos ao mínimo comum já existente e que pertencia a todos os homens adultos da comunidade, uma vez que, o *status* das mulheres, pelo menos o das casadas, era

peculiar. Tal caráter democrático e universal do *status* originou-se do fato de que esse era essencialmente o *status* de liberdade e, na Inglaterra do século XVII todos os homens eram livres, uma vez que o *status* servil já havia desaparecido e o lavrador inglês era considerado um membro de uma sociedade na qual, pelo menos nominalmente, havia uma única lei para todos os homens.

A história **elemento político da cidadania,** materializada pela conquista dos direitos políticos, na Inglaterra, difere da dos direitos civis tanto no tempo quanto no seu caráter.[19] Sua formação data do início do século XIX, quando os direitos civis ligados ao *status* de liberdade já haviam conquistado substância suficiente para que se pudesse identificar um *status* geral de cidadania. Sua criação começou com a outorga de velhos direitos a novos setores da população, uma vez que, no século XVIII os direitos políticos eram deficientes para o padrão da cidadania democrática, não em conteúdo, mas na sua distribuição.

Na Inglaterra do século XIX, portanto, o mínimo jurídico comum atribuído a cada indivíduo vinculado ao Estado pelo instituto da cidadania universal só incluía os direitos civis, já que os direitos políticos constituíam o privilégio de uma classe econômica limitada, cujos limites foram ampliados por cada lei de reforma sucessiva. A cidadania não era nessa época, no entanto, segundo Marshall, oca de significado político, já que malgrado não conferisse direito político a todos, reconhecia uma capacidade política a todos os cidadãos, pois nenhum cidadão saudável e respeitador da lei era isento do direito de votar, devido ao *status* pessoal. Era livre para receber remuneração, adquirir propriedade ou alugar uma casa e, por conseqüência, lhe era permitido gozar quaisquer direitos políticos associados a esses feitos econômicos. Seus direitos civis, portanto, o capacitavam para praticar atos políticos.

Marshall ensina que, no modelo inglês, foi próprio da sociedade capitalista do século XIX, tratar os direitos políticos como um produto secundário dos direitos civis; assim como foi próprio deste mesmo tipo de sociedade, no século XX, abandonar esta posição e associar os direitos políticos direta e independentemente à cidadania como tal.[20] Tal mudança foi implementada, na Inglaterra, pela lei de 1918 que adotou o sufrágio universal e transferiu a base dos direitos políticos do substrato econômico para o *status* pessoal de cidadão; ainda que não tenha estabelecido a igualdade política de todos em termos de direito de cidadania, uma vez que subsistiram alguns privilégios remanescentes de uma desigualdade com base em diferenças econômicas.

No modelo inglês, a inclusão dos direitos políticos ao mínimo comum da cidadania foi posterior a dos direitos civis e a ampliação deles foi uma das principais características do século XIX na Inglaterra. No entanto, o princípio da cidadania política universal não foi reconhecido até 1918. Marshall demonstra que o desenvolvimento dos direitos civis no século XVIII deu poderes legais cujo uso foi prejudicado por preconceito de classe e falta de oportunidade econômica. Os direitos políticos, por sua vez atribuíam poder potencial cujo exercício exigia experiência, organização e uma mudança de mentalidades quanto às funções próprias de governo. Por isso seu desenvolvimento foi muito lento.

O **elemento social da cidadania** se consubstancia no direito de participação de todos na riqueza comum, informado pelo princípio jurídico da solidariedade social e materializa-se pelo direito de acesso à educação, à saúde e à previdência, entre outros. Num

primeiro momento, na Inglaterra, constituíam um mínimo e não faziam parte do conceito de cidadania. Tanto as iniciativas voluntárias quanto as legais tinham o objetivo de diminuir o ônus da pobreza sem alterar o padrão de desigualdade. Neste panorama, os direitos civis tornaram-se um instrumento pelo qual trabalhadores buscaram a elevação do seu *status* econômico e social. Por outras palavras, foi possível a formulação das reivindicações de certos direitos sociais por estarem, os trabalhadores, habilitados pela cidadania, à capacidade de gozo dos direitos civis. No entanto, segundo Marshall, [21] o método normal de assegurar direitos sociais é o exercício do poder político, pois os direitos sociais pressupõem um direito absoluto a um determinado padrão de civilização que depende apenas do cumprimento das obrigações gerais da cidadania.

Marshall conclui[22] que a cidadania, bem como outras forças externas a ela, têm alterado o padrão de desigualdade social. Hoje é inconcebível, por exemplo, que tais desigualdades sejam expressão de privilégio hereditário. Em suma, a desigualdade pode ser tolerada numa sociedade fundamentalmente igualitária, desde que não crie descontentamento. Só é aceitável se puder ser vista como um estímulo para a mudança e melhoria.

O objetivo do estado democrático de direito, portanto, não é a igualdade absoluta, pois há limitações inerentes ao sistema capitalista que dificultam o movimento em favor da igualdade, que possui duplo aspecto: opera, em parte, através da cidadania e, em parte, através do sistema econômico. Em ambos os casos, o objetivo consiste em remover desigualdades que não podem ser consideradas como legítimas, tendo em conta que o padrão de legitimidade é diferente. No primeiro aspecto, o padrão é de justiça social; no último, o padrão é de justiça social combinada com necessidade econômica. Pode haver, portanto, desigualdades materiais permitidas por ambos os aspectos. O que é inconcebível, neste modelo, é a desigualdade jurídica.

O autor menciona também a mudança do equilíbrio entre direitos e deveres provocado pelo aparecimento da cidadania. Houve a multiplicação dos direitos, acompanhada pelo dever compulsório de pagar impostos, e contribuição de seguros. A educação e o serviço militar também se tornaram obrigatórios. Os outros deveres, naquele momento, são vagos e estão incluídos na obrigação geral de ser bom cidadão e colaborar, na medida do possível, para o bem estar da comunidade. A comunidade é tão ampla, no entanto, que a obrigação se torna remota e ideal. O dever de trabalhar tem especial relevância, mas o efeito deste trabalho sobre o bem estar social é tão ínfimo que dificilmente o indivíduo acreditava que seu descumprimento pudesse causar um prejuízo social.

Marshall noticia que no final do século XIX, a Inglaterra assistiu ao primeiro grande avanço dos direitos sociais, fato que acarretou mudanças significativas no princípio igualitário como expressão da cidadania. Os direitos sociais foram incorporados ao *status* de cidadania e assumem uma nova significação, passando a representar um aspecto de ação que modificou o padrão total da desigualdade social.

A cidadania, em suma, segundo Marshall, é constituída pela lealdade de homens livres, imbuídos de direitos e protegidos por uma lei comum. Seu desenvolvimento foi construído pela luta para adquirir tais direitos e pelo gozo dos mesmos. No caso inglês, o divórcio entre eles foi tão completo que é possível, mantendo a fidelidade aos fatos

históricos, atribuir o período de formação da vida de cada um a um século diferente: o aparecimento dos direitos civis data do século XVIII; o dos direitos políticos data do século XIX; e o dos direitos sociais data do século XX.

A CIDADANIA BRASILEIRA

A cidadania brasileira teve origem e se atualiza por razões e caminhos bastante diversos do que a cidadania dos países europeus do ocidente e norte-americanos. Nestas democracias, a conquista dos diferentes aspectos da cidadania, definidos por Marshall,[23] teve o objetivo primeiro de conter o arbítrio do poder real, resguardando, assim, os interesses individuais burgueses. Em nosso caso, depositários da herança ibérica que somos, os "direitos" dos cidadãos não foram fruto de conquista, mas de outorga da coroa com a finalidade de promover a compensação da desigualdade jurídica "naturalizada" em nossa sociedade, para promover justiça.[24]

Entre nós, segundo José Murilo de Carvalho, a construção da cidadania confunde-se com a luta pela democracia, que ganhou ímpeto após o fim da ditadura militar em 1985. No auge do entusiasmo cívico chamamos a constituição de 1988 de Constituição cidadã. Hoje, no entanto, o historiador demonstra que podemos constatar que havia ingenuidade no entusiasmo, traduzido pela crença de que a democratização das instituições traria rapidamente a felicidade nacional. Acreditava-se que a conquista do direito de voto traria automaticamente a garantia de liberdade, de participação, de segurança, de desenvolvimento, de emprego, e de justiça social. De fato trouxe liberdade e participação, mas as coisas não caminharam tão bem nas outras áreas. A violência urbana, o desemprego, o analfabetismo, a má qualidade na educação, a oferta inadequada dos serviços de saúde e saneamento e as grandes desigualdades sociais e econômicas continuam sendo problemas centrais de nossa sociedade. Daí a conclusão do historiador de que o exercício do voto não garantiu, por si só, a existência de governos atentos aos problemas básicos da população, isto é, a conquista dos direitos políticos não levou automaticamente à solução dos problemas sociais brasileiros.[25]

Por isto, o Estado, entre nós, aparece como promotor de justiça, compensando as desigualdades "naturais" da sociedade. Nos países onde a cidadania foi construída de forma semelhante ao modelo proposto por Marshall, o Estado tem a função de solucionar os conflitos de interesses daqueles que são diferentes de fato, mas que são tratados isonomicamente pelas leis e pelos tribunais para, assim, haver justiça.

Houve no Brasil, segundo José Murilo de Carvalho, pelo menos duas diferenças importantes, se tomarmos como parâmetro o caso inglês. A primeira refere-se à maior ênfase nos direitos sociais e a segunda refere-se à alteração da seqüência em que os direitos foram adquiridos. Entre nós; a conquista dos direitos sociais precedeu a dos outros direitos. Como o modelo sugerido por Marshall encerra uma lógica que vai além da cronologia, uma alteração desta lógica afeta a natureza da cidadania. Isto posto, quando falamos de um cidadão inglês e de um cidadão brasileiro não estamos falando exatamente da mesma coisa[26]. Deriva também da natureza histórica da cidadania o fato de que ela se desenvolveu dentro de outro fenômeno também histórico a que chamamos de Estado-nação, característico da Idade Moderna. A luta pelos direitos,

todos eles, sempre se deu dentro das fronteiras geográficas e políticas do Estado-nação. Era uma luta política nacional e o cidadão que dela surgia era também nacional.

Conclusão inarredável é que a construção da cidadania tem a ver com a relação de indivíduos com o Estado e com a nação. Surgem cidadãos na medida em que as pessoas passam a se sentir parte de um Estado, e com isto passam a ser sujeitos de determinados direitos e obrigações para com este mesmo Estado. A maneira pela qual se formaram os Estados-nação condiciona a construção da cidadania. Em alguns países, como é o caso do Brasil, o Estado teve mais importância, pois o processo de difusão dos direitos se deu principalmente a partir da ação estatal. Em outros, ela se deveu mais em virtude da ação dos próprios cidadãos.

Para falar dos aspectos importantes da construção da cidadania brasileira, antes de tudo, não se pode deixar de mencionar a herança pouco encorajadora deixada pela fase colonial. Algumas características da colonização portuguesa no Brasil deixaram marcas duradouras, relevantes para o problema que nos interessa. Depois de três séculos de colonização (1500-1822), os portugueses, malgrado tenham construído um enorme país dotado de unidade territorial lingüística, cultural e religiosa, deixaram aqui uma população analfabeta, uma sociedade escravocrata, uma economia monocultora e latifundiária, um Estado absolutista. À época da Proclamação da República não havia cidadãos brasileiros nem pátria brasileira: havia súditos da coroa brasileira. É pertinente também para a discussão lembrar que a colonização se deu pela dominação de populações semi-nômade, por europeus detentores de tecnologia mais avançada. O efeito imediato da conquista foi a dominação e o extermínio pela guerra, pela escravização e pela doença de milhões de indígenas.[27]

Outro fator importante, mencionado por José Murilo de Carvalho, é que a colonização portuguesa teve conotação comercial e a atividade que mais se prestou à finalidade lucrativa, foi a produção de açúcar, que exigia grandes capitais e muita mão-de-obra. A primeira característica foi responsável pela grande desigualdade social que logo se estabeleceu entre os senhores de engenho e os outros habitantes; a segunda característica foi responsável pela escravização dos africanos. A cultura de cana, assim como a de outros produtos tropicais, consolidou um traço que marcou durante séculos a economia e a sociedade brasileira: o latifúndio monocultor e exportador de base escravagista. A mineração, segundo o autor, por exigir menos capital e mão-de-obra, assim como o ambiente urbano que cercou esta atividade contribuiu para afrouxar os controles sociais inclusive sobre a população escrava e, conseqüentemente, trazia maior mobilidade social. A máquina repressiva e fiscal do sistema colonial, produto de exploração de ouro e de diamante, somada à maior mobilidade social já mencionada, tornou esta região mais propícia às rebeliões políticas. A pecuária, outra atividade econômica importante desde o início da colonização, usava mão-de-obra escrava e fugia mais facilmente do controle das autoridades. No entanto, gerava grande isolamento da população o que dava ao poder privado um domínio insustentável.

De todos os fatores analisados pelo historiador o mais negativo para a cidadania foi a escravidão. Esta está em todas as classes e em todos os lugares da sociedade brasileira, até mesmo os ex-escravos, quando libertos, escravizavam outros. Todas as pessoas com algum recurso possuíam um ou mais escravos. A escravidão e a grande propriedade não contribuíam, como é óbvio, para a formação de futuros cidadãos, uma vez que os escravos não tinham os direitos civis básicos à integridade física, à liberdade e, em

casos extremos, à própria vida. Eram patrimônio de seus senhores, equiparados aos animais. Entre senhores e escravos existia uma população legalmente livre, mas desprovida de todas as condições para o exercício dos direitos civis[28]. Não se pode dizer também que os grandes senhores eram cidadãos uma vez que lhes faltava o próprio sentido da cidadania: a igualdade de todos perante a lei. Absorviam parte das funções do Estado, especialmente as funções judiciárias que, desta forma, tornavam-se simples instrumento de poder pessoal. Não existia, na verdade, algo que se pudesse identificar como poder público que garantisse o exercício dos direitos civis e a igualdade de todos perante a lei. Os direitos civis beneficiavam a poucos, os direitos políticos a pouquíssimos e dos direitos sociais nem sequer se cogitava, estando a assistência social entregue à Igreja e a particulares.[29] Como se vê, qualquer semelhança deste panorama com o modelo de cidadão traçado por Marshall é mera coincidência!...

A independência do Brasil, por sua vez, não significou uma mudança radical no panorama delineado pela fase colonial, ainda que tenha sido relativamente pacifica. Sua principal característica política foi a negociação entre a elite nacional, a coroa portuguesa e a Inglaterra, tendo como figura mediadora o príncipe D. Pedro. Os participantes mais radicais foram os padres e maçons, mas a maioria deles aceitou a independência negociada. O radicalismo popular manifestava-se, sobretudo, no ódio aos portugueses, que controlavam as posições de poder e o comércio das cidades costeiras. A separação foi feita, mas o Brasil manteve a monarquia e a Casa de Bragança, pois nada melhor do que um rei para garantir uma transição tranqüila, sobretudo porque este rei contava com o apoio popular. O papel do povo na nossa independência não foi decisivo nem tão importante como na América do Norte e na América Espanhola: com a independência nos livramos do domínio da coroa português e inventamos a coroa brasileira e, o que é mais curioso, a integramos à mesma Casa de Bragança... No entanto, não seria correto afirmar que a independência brasileira tenha sido feita à revelia do povo, como também não seria correto afirmar que tenha sido fruto de uma luta popular pela liberdade. A tranqüilidade da transição facilitou a continuidade social e implantou-se um governo no estilo das monarquias constitucionais e representativas européias. Contudo, não se tocou na escravidão. A Constituição de 1824, apesar de consagrar a regra de que a lei é igual para todos, ignorou a escravidão como se ela não existisse. Assim, apesar de ter representado um avanço no que se refere aos direitos políticos, e a adoção da cláusula da igualdade, ainda que de forma embrionária, a Independência feita com a manutenção da escravidão trouxe, em si, grandes limitações aos direitos civis.

Uma das peculiaridades da construção da cidadania brasileira que contrasta com o modelo de Marshall é que entre nós os primeiros direitos a serem admitidos como um mínimo comum foram os direitos sociais, enquanto que, no modelo inglês, os primeiros direitos a serem reconhecidos e conquistados como este mínimo comum foram os direitos civis. Soma-se o fato dos direitos sociais terem sido outorgados pelo Estado. Não representaram, portanto, uma conquista dos segmentos sociais.

Apesar da ampliação do mínimo jurídico comum, pode-se dizer que, dos direitos que compõem a cidadania, no Brasil, são ainda os direitos civis que apresentam as maiores deficiências em termos de seu conhecimento, extensão e garantia. A falta de garantia dos direitos civis se verifica, sobretudo, na falta de garantia da segurança individual, da integridade física e do acesso à justiça. O Poder Judiciário também não vem cumprindo

seu papel. O acesso à justiça é limitado pelo desconhecimento dos direitos ou pela falta de condições de fazê-los valer.

José Murilo de Carvalho chama a atenção para o fato de que do ponto de vista da garantia dos direitos civis, a cidadania brasileira pode ser dividida em classes, mesmo nos grandes centros. A primeira classe é composta pelos privilegiados, os "doutores", que estão acima da lei e sempre conseguem defender seus interesses pelo poder do dinheiro e do prestígio social. A lei só trabalha em seu benefício. A segunda classe é composta pelos "cidadãos simples" que estão sujeitos aos rigores e aos benefícios da lei. É a classe média modesta, os trabalhadores assalariados com carteira de trabalho assinada, os pequenos funcionários, os pequenos proprietários urbanos e rurais. São pessoas que nem sempre têm exata noção de seus direitos, apesar de terem completado, quase sempre o ensino médio. Para eles existem os códigos civil e penal, mas aplicados de maneira parcial e incerta. Finalmente, há os "elementos" do jargão policial: o cidadão de terceira classe. São a grande população marginal das grandes cidades, trabalhadores urbanos e rurais sem carteira assinada, posseiros, biscateiros, camelôs, menores abandonados, mendigos. Esses "elementos" são parte da comunidade política nacional apenas nominalmente. Na prática, ignoram seus direitos civis ou os tem sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo governo, pela polícia. Não se sentem protegidos pela sociedade e pelas leis. Para eles vale apenas o código penal[30].

Diante do panorama acima exposto, é evidente que a cidadania brasileira hoje enfrenta o desafio de fazer valer o princípio da isonomia, pelo qual todos devem ser iguais perante a lei e perante os tribunais, sem o quê, torna-se inviável a atribuição de um mínimo jurídico comum a todos, especialmente no aspecto civil da cidadania. No Brasil, o desafio consiste em fazer valer o instrumento jurídico como denominador comum, de forma isonômica, especialmente no que se refere à garantia e à proteção dos direitos civis, que como vimos são os que estão mais desprotegidos.

O fortalecimento do Poder Judiciário e sua afirmação como agente público responsável pela prestação jurisdicional e guardião do respeito às garantias individuais do cidadão, assim como a adequação dos serviços de segurança à prestação do serviço público que lhes compete são conquistas emergenciais, sem as quais a cidadania brasileira estará certamente ameaçada. A regra da igualdade de Ruy Barbosa, segundo a qual igualdade é tratar desigualmente os desiguais, não nos ajuda nessa empreitada, porque antes de tudo, pressupõe as diferentes "classes" de cidadãos.

ISONOMIA FORMAL E ISONOMIA MATERIAL

Importante também é fazer algumas reflexões sobre os dois aspectos do princípio da isonomia preconizados pela doutrina jurídica: a igualdade formal e a igualdade material. Para tanto, é necessário distinguir a desigualdade jurídica de desigualdade de fato. A primeira implica no tratamento jurídico diferenciado a situações jurídicas objetivamente iguais e subjetivamente distintas, em razão da posição dos sujeitos de direito na escala social. A desigualdade de fato, que vou preferir chamar de diferença, implica nas especificidades reais de cada grupo de interesses, nas trajetórias e histórias individuais peculiares. Não há que confundir, portanto, a desigualdade que é jurídica e permite tratamento diferenciado a determinados sujeitos de direito pelo simples fato destes

ocuparem determinada posição no tecido social; com a diferença, que é a dessemelhança de fato própria da sociedade de classes.

Cumpre enfatizar ainda que as sociedades igualitárias pela via da adoção do estado democrático de direito, pretendem assegurar através das garantias individuais constitucionais, a igualdade jurídica e não a igualdade de fato, isto é , a ausência de diferenças. Ao contrário, é a igualdade jurídica, entre nós dita formal, que tem o objetivo de garantir o direito à diferença, inerente à sociedade de classes.

Para que possamos avançar no entendimento da regra da igualdade à brasileira é indispensável considerar traços característicos que permeiam nossa vida social, constitutivos de nossa identidade.

SOCIEDADES IGUALITÁRIAS E SOCIEDADES HIERARQUIZADAS: A PIRÂMIDE E O PARALELEPÍPEDO

A idéia de indivíduo é particularmente importante para a compreensão do Estado contemporâneo, tal como ele se apresenta depois dos movimentos liberais ocorridos no século XVIII. A partir dela torna-se possível a concepção da igualdade jurídica, fundamento da cidadania. O conceito de indivíduo é básico, pois é a partir dele que se desenvolve a idéia de atribuição de um mínimo jurídico comum irredutível a quem tiver o vínculo político com um determinado Estado.

Louis Dumont[31] é agudo no tratamento da matéria. Em seu “Homo Aequalis” aborda diretamente o tema dizendo que há uma diferença fundamental entre as sociedades ditas tradicionais, nas quais a hierarquia aparece como valor supremo, e as sociedades igualitárias nas quais a isonomia reina como um dos valores cardeais.

O contraste hierarquia/ igualdade é só uma parte da questão. Ao traçar as características gerais das sociedades hierarquizadas, Dumont explica que neste tipo de ética as necessidades do homem como tal são ignoradas ou subordinadas ao interesse do conjunto, enquanto nas sociedades individualistas, as necessidades da sociedade é que são subordinadas ou esquecidas, em favor da satisfação dos interesses individuais.

Pois bem, é com a sedimentação do individualismo liberal que toma corpo a idéia de igualdade jurídica como mecanismo capaz de promover a mobilidade social necessária a um modelo de sociedade de classes, submetida à ética igualitária. Cumpre frisar, que a isonomia liberal é uma idéia burguesa, que surgiu com o intuito de incluir no sistema decisório aqueles que, apesar de abastados, não faziam parte das castas poderosas.

No Brasil, temos uma economia de mercado e uma sociedade de classes com as características inerentes ao modelo. Haveria, pois, as condições para que a sociedade brasileira se aproximasse do modelo individualista. No entanto, o que temos constatado é que a ética de nossa sociedade comporta uma convivência paradoxal entre as duas éticas acima expostas, fenômeno que se reproduz no campo jurídico. A concomitância das éticas paradoxais determina que, entre nós, a igualdade jurídica pressuponha a desigualdade jurídica, como bem sintetiza Ruy Barbosa, cujo discurso torna-se eficiente para, aparentemente, acomodar o paradoxo. Confunde-se, pois, desigualdade jurídica

dos sujeitos com diferenças de fato. A desigualdade jurídica que aparece no ordenamento como tratamento jurídico desigual a determinados sujeitos de direito em função da sua posição no tecido social, é característica das sociedades de castas, e está longe de ser direito: trata-se de privilégio. O tratamento isonômico, próprio da ética igualitária, atribui igualdade jurídica a todos e permite a explicitação das diferenças.

Roberto Kant de Lima ajuda a esclarecer o assunto valendo-se de uma representação gráfica dos modelos. O modelo igualitário pode ser representado pelo desenho de um paralelepípedo, de tal maneira que a possibilidade de chegar ao topo é oferecida a todos os que estão na base[32]. Dentro desta lógica, presume-se que todos aqueles que façam parte do Estado devam ter a possibilidade igualitária de defender seus interesses perante os tribunais, baseados na lei. O Estado liberal burguês surge assim como espaço de administração de conflitos entre os indivíduos.[33]

O modelo hierárquico de sociedade baseia-se, por sua vez, em outra lógica: pressupõe a desigualdade jurídica irredutível entre os grupos componentes da sociedade e naturaliza esta desigualdade. Neste modelo os diferentes grupos apresentam-se arrumados numa relação de hierarquia que poderia ser representada graficamente por uma pirâmide, de tal maneira que nem todos que estão na base terão, por definição, a possibilidade de chegar ao topo. Este modelo trabalha com a idéia de inclusão dos iguais e exclusão dos desiguais, de tal forma que o sistema tende a homogeneizar as diferenças para absorvê-las, pois a igualdade de tratamento jurídico só existe intracasta, isto é, entre os membros de um mesmo segmento social . Nesta perspectiva, o Estado surge, não como administrador de conflitos, mas como pacificador social e fator de equilíbrio entre as desigualdades irredutíveis existentes entre os segmentos da sociedade.[34] A desigualdade jurídica é entendida equivocadamente como sinônimo de dessemelhança, de diferença, ou ainda, como instrumento legítimo para compensar a desigualdade de fato. Neste caso, a administração de conflitos se traduz na repressão deles ou numa conciliação forçada, que visa sua extinção. Daí a idéia de que o direito é uma forma de pacificação social e não de solução de conflito.

O MODELO BRASILEIRO: PIRÂMIDE OU PARALELEPÍPEDO?

A peculiaridade do caso brasileiro, que se reproduz no nosso sistema jurídico, está no fato de que a representação gráfica do modelo de nossa sociedade não segue nem somente a forma da pirâmide, nem do paralelepípedo, mas sim a sobreposição das duas figuras e conseqüentemente das duas éticas paradoxais[35].

Entre nós, as duas éticas, por paradoxais que sejam, convivem e se alternam, informando nossas teorias e nossas práticas. Resulta desta convivência uma ética tão peculiar, que muitas vezes torna-se incompreensível, incongruente, e aparentemente absurda. No campo jurídico brasileiro, esta convivência se traduz da seguinte maneira: o discurso explícito é liberal – a Constituição da República, desde de 1891 consagra o princípio da isonomia e há aparente consenso social a respeito desta regra. (Ninguém hoje, em sã consciência, ousaria defender o contrário!). No entanto, a teoria que informa a prática jurídica obedece à ética das sociedades hierarquizadas de tal forma que não estranhamos o fato de nosso conceito de igualdade jurídica pressupor a desigualdade jurídica, isto é, tratamento jurídico diverso em situações semelhantes, para sujeitos

provenientes dos diferentes segmentos sociais. A prisão especial é bom exemplo: não há bacharel, ou operador do direito, e até mesmo jurista que não a defenda, sem qualquer estranheza, sob o fundamento de que igualdade é tratar desigualmente os deisguais.

O antropólogo Roberto DaMatta, ao estudar a cidadania brasileira, ensina que é trivial entre nós que aqueles que se julgam especiais pretendam não se submeter à ordem universal, lançando mão de sua rede de relações para tanto. DaMatta, ao estudar as relações entre indivíduos e leis no Brasil elegeu como objeto de estudo a pergunta corriqueira: "Você sabe com quem está falando?". Desagradável e autoritário, este questionamento é usado por quem deseja romper com alguma regra que, teoricamente, o submete. O autor ensina que, o papel social do cidadão no Brasil revela nosso drama típico, que se traduz na lógica paradoxal provocada pela interseção das duas éticas mencionadas acima.[36]

O tipo de sociedade igualitária é concebido como sendo composta de indivíduos, diferentes entre si, mas que são tratados de forma igual perante a lei e perante os tribunais, onde vão defender seus diversos interesses e dar solução aos eventuais conflitos que podem surgir em razão destas diferenças. Assim, a ética igualitária não garante aos elementos do grupo social uma igualdade material, substancial. Os indivíduos terão suas trajetórias próprias, e a diferenciação social será expressão do mérito de cada um. Portanto, se nem todos chegam ao topo da estratificação social, isto se justifica por razões de fato e não jurídicas: é o mérito de cada um que determina sua posição na escala social. A administração pública tem o papel de promover e garantir igualdade de oportunidades a todos os seus membros. Esta igualdade se traduz na igualdade de acesso aos recursos e, na esfera jurídica , o acesso à justiça; assim como na igualdade de acesso à informação, que significa, no campo jurídico, o conhecimento da norma e do direito por todos os cidadãos.

IGUALDADE QUE PRESSUPÕE A DESIGUALDADE.

A sociedade brasileira, como já foi dito, apresenta uma peculiar fusão dos modelos igualitário e hierárquico de sociedade. Temos, pois, no nosso sistema, uma espécie de esquizofrenia legal: a isonomia constitucional de um lado e os privilégios infraconstitucionais de outro. É preciso, portanto, que esta ambigüidade seja explicitada para que possamos nos afastar do senso comum que insiste em tratar o sistema jurídico brasileiro como se este obedecesse unicamente à ética igualitária.

A fusão das duas éticas faz com que o poder judiciário que, em tese, teria o objetivo de promover a justiça por meio de um processo judicial; fundado em princípios e categorias universalizantes, organize-se, na prática, hierárquica e inquisitorialmente como um sistema em que a produção e a circulação do saber estão fundadas em princípios particularizantes: o acesso ao saber jurídico, ao seu "bom" uso, é sigiloso e depende de relações sociais.[37] Daí decorre a imensa disputa pela interpretação da lei, existente no Brasil: como a aplicação da norma jurídica é particularizada e sua formulação obedece a uma lógica universalizante, surgem os diversos "entendimentos" a respeito de determinada matéria e a disputa sobre a aceitação do campo jurídico destas interpretações.

É a lógica hierárquica que faz com que a precariedade do acesso à justiça seja encarada com "naturalidade", por nossos profissionais do direito, mesmo que este devesse estar à disposição de todos os interessados, segundo a ordem positiva constitucional, e obedecer, assim, a uma lógica universalizante.É com placidez que a ineficiência do aparelho do Judiciário e sua insuficiência dada a demanda existente sejam justificadas pelo fato de não haver estrutura suficiente. No entanto, *ad argumentandum tantum* a mesma justificativa nos pareceria absurda se se referisse a impossibilidade de aferição de votos numa eleição... Curioso é notar que ambas as funções estão atribuídas ao mesmo Poder Judiciário!

É a naturalização da desigualdade entre nós que confere a atualidade da regra da igualdade de Ruy Barbosa, cuja leitura peculiar, faz uma espécie de jusnaturalismo às avessas, uma vez que esta escola justifica a igualdade entre os homens pela sua natureza, isto é, todos são iguais porque a natureza os fez homens. Ruy Barbosa, na Oração aos Moços, faz o raciocínio contrário, fundamentando a desigualdade social existente entre os homens nas variações da natureza. O autor vincula a idéia de desigualdade jurídica à idéia de diferença e preconiza que a desigualdade jurídica é o resultado da "natureza" das coisas.

Verbis:

Em tão breve trajeto cada um há de acabar a sua tarefa. Com que elementos? Com os que herdou, e os que cria. ***Aqueles são a parte da natureza****. Estes, a do trabalho.**[38]*
(Grifo nosso)

A parte da natureza varia ao infinito. Não há, no universo, duas coisas iguais. *Muitas se parecem umas às outras. Mas todas entre si diversificam. Os ramos de uma só árvore, as folhas da mesma planta, os traços da polpa de um dedo humano, as gotas do mesmo fluido, os argueiros do mesmo pó, as raias do espectro de um só raio solar ou estelar. Tudo assim, desde os astros, no céu, até os micróbios no sangue, desde as nebulosas no espaço, até aos aljôfares do rocio na relva dos prados**[39]***.(Grifo nosso).

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. *O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.**[40]***

Aí está a regra jurídica da igualdade, tal como a concebemos até hoje. Ela pressupõe tratamento jurídico desigual para pessoas socialmente desiguais. Esta forma de apropriação do princípio da igualdade dificulta a identificação da cidadania brasileira, uma vez que afasta a idéia do mínimo comum. Esta idéia derruba toda a inspiração liberal do discurso do autor, uma vez que o liberalismo concebe uma sociedade formada por indivíduos, isto é, partes indivisas às quais pode ser atribuído um mínimo comum de direitos, que tem por objetivo reduzir a desigualdade de fato própria da economia de mercado.

Nossa cidadania, bem sintetizada pela Oração do porta - voz, pressupõe e naturaliza a desigualdade do tratamento jurídico dispensado aos diferentes segmentos sociais, o que faz o instituto fugir a seu pressuposto básico. A questão fica mais complexa pelo fato desta "Teoria Das Desigualdades Naturais" não estar explicitada na dogmática jurídica. A cidadania, para nós, foge do seu pressuposto básico, pois não atribui um mínimo comum de direitos a todos. Daí a necessidade encontrada por nossos autores de adjetivá-la. A sociedade brasileira, cuja lógica implícita atualiza de forma peculiar o princípio da igualdade, permite a produção e reprodução dos privilégios no direito positivo, gerando, assim, "várias classes de cidadãos"[41], como bem observa José Murilo de Carvalho. Daí a eficiência e a atualidade do discurso de Ruy Barbosa para acomodar o paradoxo.

Apesar de estarmos assistindo e vivendo uma época de fortalecimento e estabilização das instituições republicanas, que busca atualizar as práticas democráticas, a sociedade brasileira não se escandaliza ou repudia a sanção de diplomas legislativos que trazem para o nosso ordenamento jurídico positivo escandalosos privilégios.

Este fato leva à conclusão de que nosso sistema jurídico obedece ainda às mesmas duas éticas que informaram o discurso de Ruy Barbosa: uma explícita na maior parte do sistema legal e nas lições doutrinárias, igualitária e democrática; outra que informa implicitamente a nossa prática jurídica hierárquica e inquisitorial e, os privilégios positivados no ordenamento, que naturaliza as desigualdades. Por esta razão os privilégios se mantêm até hoje no nosso sistema jurídico.

Ruy Barbosa é atualíssimo, não pelas idéias de seu discurso que acabamos de analisar, mas pela forma como este acomoda as duas éticas que, apesar de paradoxais, informam, ainda hoje, o campo jurídico brasileiro, sem nos causar qualquer estranheza.

BIBLIOGRAFIA SELECIONADA

BARBOSA, Ruy, (1999). Oração aos Moços. Edições Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro.

CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira.

DAMATTA, Roberto, (1979). *Você sabe com quem está falando? In carnavais malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro.* Rio de Janeiro, Zahar.

DUMONT, Louis, (2000). *Homo aequalis.* Rio de Janeiro, EDUSC.

KANT DE LIMA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In. GOMES, Laura, Graziela, BARBOSA, Lívia, DRUMMOND, José Augusto (Orgs). Brasil não é para principiantes.* Rio de Janeiro. Editora FGV, páginas 105-123.

MARSHALL, T. H. (1967). *Cidadania, classe social e status* . Editora Zahar, Rio de Janeiro.

SCHWARTZ, Stuart, (1979). *Burocracia e sociedade no Brasil colonial.* São Paulo, Editora Perspectiva.

---

[1] Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante o procedimento oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; **"Parágrafo único.** Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal."

[2] O art. 295 do Código de Processo Penal, disciplina a matéria:

Art.295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:I - os ministros de Estado;

II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; ***(Redação dada pela Lei nº 3.181, de 11.6.1957)***

III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados;

IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito";

V - os oficiais das Forças Armadas e do Corpo de Bombeiros;

V – os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Território**s; *(Redação dada pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)***

VI - os magistrados;

VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII - os ministros de confissão religiosa;

IX - os ministros do Tribunal de Contas;

X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;

XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos. ***(Inciso acrescentado pela Lei nº 4.760, de 23.8.1965 e alterado pela Lei nº 5.126, de 20.9.1966)***

§ 1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.***(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)***

§ 2º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.***(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)***

§ 3º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.***(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)***

§ 4º O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum.***(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)***

§ 5º Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.***(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)***

[3] Nelson Paes Leme é professor e presidente da comissão permanente de filosofia do direito do Instituto dos advogados do Brasil. Manifesta-se neste sentido no parecer pela inconstitucionalidade da prisão especial ao portador de diploma de curso superior.. in jus navigandi. Internet.

[4] Anildo Fabio de Araújo argumenta neste sentido no seu artigo "Prisão especial" ao qual tive acesso no site jus navigandi. O texto foi inserido no jus navigandi número 37.

[5] Notícia da Folha de São Paulo, 11/07/2002, sobre o recolhimento do juiz Nicolau à colônia penal de Bauru.

[6] Nota oficial do Ministro da Justiça José Gregori, veiculada no dia 08/12/2000, a qual tive acesso no site Brasil fundamenta no Código de Processo Penal a concessão do privilégio.

[7] Lei 10.258 de 11 de junho de 2001.

[8] Lei 10.628 de 24 de dezembro de 2002.

[9] Verbete 394 da súmula do Supremo Tribunal Federal –cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

Verbete 451 da súmula do Supremo Tribunal Federal – "A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional.

[10] A Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, foi instituída por D. Pedro I, no dia 11 de agosto de 1827, no mesmo decreto que instituiu os cursos jurídicos no Brasil e que fundou a Faculdade de Direito de Olinda, em Pernambuco. Hoje a escola, que funciona no mesmo lugar,faz parte da Universidade de São Paulo.

[11] Barbosa, Ruy (1999). Oração aos Moços (1999). Edições Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro. 1999. p. 22.

[12] CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira.

[13] DAMATTA, Roberto, (2000). *A casa & a rua*. Rio de janeiro, Rocco.

[14] SANTOS, Wanderley Guilherme dos, (1998). *Décadas de espanto e uma apologia democrática.* Rio de Janeiro. Editora Rocco.

[15] T. H. Marshall - Cidadania, classe social e status (1967). Editora Zahar, Rio de Janeiro.

[16] F. Maitland. *Constitutional history of England*. Página 105 *apud* T. H. Marshall - Cidadania, classe social e status (1967). Editora Zahar, Rio de Janeiro. Página 64.

[17] MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de, (1993) – *O espírito das leis*. Rio de Janeiro, Ediouro.

[18] T. H. Marshall - Cidadania, classe social e status (1967). Editora Zahar, Rio de Janeiro. Página 63.

[19] T. H. Marshall - Cidadania, classe social e status (1967). Editora Zahar, Rio de Janeiro. Página 69.

[20] T. H. Marshall - Cidadania, classe social e status (1967). Editora Zahar, Rio de Janeiro. Página 70.

[21] T. H. Marshall - Cidadania, classe social e status (1967). Editora Zahar, Rio de Janeiro. Página 86.

[22] T. H. Marshall - Cidadania, classe social e status (1967). Editora Zahar, Rio de Janeiro. Página 107.

[23] T. H. Marshall - Cidadania, classe social e status (1967). Editora Zahar, Rio de Janeiro.

[24] SCHWARTZ, Stuart, (1979). *Burocracia e sociedade no Brasil colonial.* São Paulo, Editora Perspectiva.

[25] CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira. Introdução.

[26] CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira. Página 9.

[27] CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira.

[28] CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira. Página 25.

[29] CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira. Página 45.

[30] CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira. Página 219.

[31] DUMONT, Louis, (2000). *Homo aequalis.* Rio de Janeiro, EDUSC.

[32] KANT DE LIMA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In. GOMES, Laura, Graziela, BARBOSA, Lívia, DRUMMOND, José Augusto (Orgs). Brasil não é para principiantes. Rio de Janeiro. Editora FGV. Página 105 -123.

[33] KANT DE LIMA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In. GOMES, Laura, Graziela, BARBOSA, Lívia, DRUMMOND, José Augusto (Orgs). Brasil não é para principiantes. Rio de Janeiro. Editora FGV. Página 105 -123.

[34] KANT DE LIMA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In. GOMES, Laura, Graziela, BARBOSA, Lívia, DRUMMOND, José Augusto (Orgs). Brasil não é para principiantes. Rio de Janeiro. Editora FGV. Página 105 -123.

[35] KANT DE LIMA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In. GOMES, Laura, Graziela, BARBOSA, Lívia, DRUMMOND, José Augusto (Orgs). Brasil não é para principiantes. Rio de Janeiro. Editora FGV. Página 105 -123.

[36] DAMATTA, Roberto, (1979). *Você sabe com quem está falando? In carnavais malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro.* Rio de Janeiro, Zahar. p.32

[37] Idem.

[38] Barbosa, Rui. Oração aos Moços (1999). Edições Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro. Página 22.

[39] Anexo IX - Oração aos Moços. Página 8.

[40] Anexo IX - Oração aos Moços. Página 8.

[41]CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira.

EXIGÊNCIA INTERDISCIPLINAR NO DIREITO: TENSÃO DISCIPLINAR E CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE*

DEMAND FOR INTERDISCIPLINARITY IN LAW: DISCIPLINARY TENSION AND CONDITIONS OF POSSIBIITY

Ricardo Nery Falbo

RESUMO

A exigência interdisciplinar parte do pressuposto de que todo conhecimento científico é limitado. Decorre deste pressuposto o reconhecimento de um movimento duplo e paradoxal. De um lado, a necessidade de dilatar os limites dos territórios das disciplinas. Nenhuma disciplina pode, isoladamente, dizer tudo de seu objeto. De outro lado, a dificuldade de abandonar a especialização. Toda disciplina se constitui e se desenvolve, modernamente, referida ao ideal de unidade do objeto. Do limite da ciência como objeto explícito de reflexão decorre a criação solidária de um conjunto de práticas científicas e de modelos analíticos. A definição dessa criação é compreendida como projeto interdisciplinar. E a Sociologia Jurídica traduz a realização deste projeto.

PALAVRAS-CHAVES: INTERDISCIPLINARIDADE - SOCIOLOGIA JURÍDICA - CIÊNCIA

ABSTRACT

The demand for interdisciplinarity starts from the principle that all scientific knowledge is limited. It follows from this principle the recognition of a double and paradoxical phenomenon. On the one hand, sciences need to go beyond their own bounds. No science can alone describe completely its own subject matter. On the other hand, all science has some difficulty in abandoning specialization. In modern times, all discipline was born and developed out of the ideal of the unity of their subject matter. It follows from the limits of science which provides food for thought the interdependent emergence of a series of scientific practices and analytical patterns. The conception of such a creation is considered as interdisciplinary project. And Sociology of Law reflects the implementation of such a project.

KEYWORDS: INTERDISCIPLINARITY - SOCIOLOGY OF LAW –SCIENCE

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. Introdução

As reformas dos cursos de Direito no Brasil estão historicamente associadas às crises do ensino do Direito no País - estrutural, funcional e operacional (RODRIGUES, 2005). O enfrentamento da crise de natureza disciplinar e curricular - que atinge tanto a graduação como a pós-graduação (mestrado e doutorado) - se orienta por disposições normativas que encontram seu fundamento na idéia de interdisciplinaridade e de multidisciplinaridade.

A Resolução CNE/CES no 9/2004[1] estabeleceu que o objetivo do eixo de formação fundamental é integrar o estudante de graduação em Direito no campo e estabelecer as relações do direito com outras áreas do saber. Através da Portaria no 9/2008, a CAPES[2] alterou a configuração original da Tabela das Áreas do Conhecimento - critério de organização das áreas de avaliação da pós-graduação no País - e criou a Grande Área Multidisciplinar e, dentro desta, a área interdisciplinar, dentre outras. Existindo com caráter apenas operacional e função meramente regulamentadora, estas disposições normativas não definem nem a natureza nem as condições de possibilidade de realização do que pode ser chamado de "exigência interdisciplinar no Direito".

"Modo de relação entre as práticas científicas especializadas." Esta é a definição de interdisciplinaridade proposta pela revista dos Annales que discute a relação entre história e ciências sociais (ANNALES, 1989). Resultante de projeto específico de pesquisa, a interdisciplinaridade se caracteriza pela prática de trocas entre os especialistas e pela integração real das disciplinas (JAPIASSU, 1976). Ela se distingue da multidisciplinaridade e da pluridisciplinaridade pela visão que a orienta quanto à pretensão de superação das fronteiras dos territórios das disciplinas. Aquela evoca justaposição de disciplinas sem cooperação teórico-metodológico entre elas; esta, justaposição de disciplinas com cooperação, mas sem coordenação entre as disciplinas (JAPIASSU, 1976).

Porém, a interdisciplinaridade é uma prática problemática. A superação das fronteiras das disciplinas nunca é absoluta. A realização desse objetivo não dispensa o recurso a teorias e métodos destas mesmas disciplinas. Assim, toda prática interdisciplinar é considerada como ato de tensão disciplinar (ALVAREZ-PEREYRE, 2003). Esta tensão resulta da diferença de visão que cada disciplina possui sobre seu objeto. Todas as disciplinas realizam a observação e a construção de seus objetos de forma específica. Todas elas descrevem e explicam seus objetos segundo problemas e objetivos igualmente específicos. Seus aparelhos conceituais e seus instrumentais técnicos correspondem às diferenças específicas de seus objetos. Assim, toda disciplina é definida à imagem do objeto que ela própria ajuda a constituir. Esta é a hipótese segundo a qual toda disciplina supõe a naturalização de seu objeto. A conseqüência da tradição que assim pensa o objeto é que todo objeto é percebido e concebido como realidade intelectual total, homogênea e única. Daí o ideal de unidade do objeto como preocupação epistemológica e como fundamento das teorias gerais.

Na base das disposições normativas acima mencionadas há um duplo reconhecimento histórico que não é nada inédito no campo da ciência moderna contemporânea. Primeiro: nenhuma disciplina esgota seu objeto. Segundo: nenhuma disciplina se reduz à outra disciplina. No campo do Direito, no entanto, o caráter relativamente inovador tem consistido no questionamento que tais diretrizes têm produzido acerca do Direito

ensinado e da pesquisa jurídica. O questionamento vem funcionando como condição necessária para a criação e adoção dos novos projetos pedagógicos dos cursos de Direito e a renovação dos programas de pós-graduação em Direito no País. Porém, a necessidade do trabalho interdisciplinar no campo das ciências sociais e do Direito não é definida arbitrariamente de modo racional e abstrato. “Decorre da própria forma de o homem produzir-se enquanto ser social e enquanto sujeito e objeto do conhecimento social.” [3]

Este trabalho parte do princípio que constitui uma das condições fundamentais da exigência e da necessidade interdisciplinares: a transcendência de visões e de objetos particulares. O problema que daí decorre pode ser resumido nas seguintes questões: Como promover a superação das barreiras disciplinares? Quais são os meios que garantem a realização desta empreitada? Resposta possível a tais perguntas diz respeito à superação dos limites disciplinares tradicionais através da criação de novos campos pretensamente disciplinares e pretensamente autônomos (Antropologia Jurídica, Sociologia Jurídica, História do Direito). E a lógica do objeto das novas disciplinas existiria e funcionaria de forma independente da determinação de cada disciplina (Antropologia, Sociologia, História e Direito). Neste caso, a hipótese a ser considerada é a da transdiciplinaridade (ALVAREZ-PEREYRE, 2003). Outra condição fundamental da interdisciplinaridade é que as disciplinas tradicionais conservem sua própria autonomia. Assim, a prática interdisciplinar - que não seria realizada em termos de aparelhos teóricos e metodológicos - seria considerada como colaboração entre disciplinas que procurariam oferecer umas às outras os esclarecimentos necessários quanto aos limites de seus modelos analíticos. Assim, o historiador esclareceria o sociólogo - e também o jurista - que seus modelos de análise e construções de tipo-ideal não são fenômenos reais, e sim abstrações. O sociólogo poderia contribuir ampliando a perspectiva do historiador - e também do jurista - dando-lhe novos pontos de referência a respeito da interpretação dos fatos históricos - e jurídicos - específicos (LE GOFF, 1974).

A hipótese formulada é considerar o caráter paradoxal do projeto interdisciplinar. É mostrar que a necessidade da interdisciplinaridade no Direito - que encontra ressonância também em exigências normativas - define também os limites de sua satisfação. O objetivo é mostrar que a idéia de paradoxo elimina a hipótese da interdisciplinaridade como utopia, como projeto que não conhece a existência de território próprio de realização, para definir as condições de possibilidade de sua realização. O problema da interdisciplinaridade não é sua impossibilidade, e sim sua dificuldade prática quanto a condições suficientes e necessárias de sua realização (ALVAREZ-PEREYRE, 2003).

Três são as situações que descrevem a prática da interdisciplinaridade e que podem ser mobilizadas na análise do projeto interdisciplinar no Direito. A primeira diz respeito às relações de colaboração possíveis existentes entre Direito e outro campo de saber específico (antropologia, história, sociologia); a segunda, à existência de trocas entre as disciplinas que canonicamente definem os diversos ramos do Direito e que integram a enciclopédia jurídica; a terceira, à existência de disciplina institucionalmente constituída e considerada como disciplina interdisciplinar (Antropologia Jurídica, História do Direito, Sociologia Jurídica). Estas situações de interdisciplinaridade - e principalmente a primeira e a terceira - convergem para a mesma situação de tensão no que concerne à superação disciplinar quanto a paradigmas teóricos e metodológicos. São estes marcos que definem a identidade das disciplinas (tradicionais e interdisciplinares) através da

definição de seus objetos e que permitem ainda compreender as relações entre elas. Eles são a referência na análise do tipo de interdisciplinaridade de que cuida este trabalho - a sociologia jurídica como disciplina ou projeto interdisciplinar.

Do ponto de vista histórico e conceitual, a escolha que aqui é feita implica abordar a constituição da sociologia jurídica quanto aos modos pelos quais ela define seu território e suas relações com as disciplinas tradicionais (Sociologia e Direito) e das bases sobre as quais bases ela explicita sua razão de ser. Sabendo que a diversidade de critérios corresponde à diversidade de definições e à multiplicidade de objetos, a sociologia jurídica busca seu reconhecimento pela definição que ela oferece dela própria. O problema a ser considerado é se ela é autônoma quanto a seu quadro teórico e procedimentos analíticos e se suas escolhas - e em que termos - são as mesmas escolhas feitas pela Sociologia e pelo Direito.

O projeto interdisciplinar que aqui é definido como sendo o projeto da sociologia jurídica será analisado de acordo com a preocupação de saber se os modelos teóricos e as técnicas do Direito e da Sociologia migram para a sociologia jurídica, se os critérios e conceitos operacionais daquelas disciplinas valem também para a nova disciplina enquanto disciplina interdisciplinar, se eles são capazes de explicar os objetos da sociologia jurídica e se a sociologia jurídica se questiona quanto a perguntas desta mesma natureza como exigência ou condição fundamental de sua própria definição como disciplina interdisciplinar.

2. O problema do direito como objeto das ciências sociais

A exigência interdisciplinar implica reflexão quanto ao fato de que os objetos das disciplinas são geralmente percebidos e definidos de modo global. Geralmente, o olhar e o discurso dos especialistas estão implicitamente marcados pela idéia segundo a qual seus objetos constituem um todo. No entanto, nenhum objeto existe em si mesmo e para si mesmo. Todo especialista tem um olhar específico sobre seu objeto e persegue um objetivo particular quanto ao mesmo. "Todo o conhecimento da realidade infinita (...) baseia-se na premissa tácita de que apenas um fragmento limitado dessa realidade poderá constituir de cada vez o objeto da compreensão científica." [4] Além de fragmento isolado segundo sua repetição regular, a concepção weberiana de ciência empírica supõe que todo objeto é condicionado pela orientação do interesse pelo conhecimento. Toda teoria científica expressa olhar teórico liberto da concepção do conhecimento desinteressado que fundamenta a produção de teorias puras. Afinal, a despeito do interesse emancipador das ciências de orientação crítica, do interesse prático das ciências histórico-hermenêuticas e do interesse técnico das ciências empírico-analíticas, é o interesse de conhecer que dirige o próprio conhecimento (HABERMAS, 1968).

A Sociologia e o Direito são classificados como ramos das ciências humanas e sociais. Porém, eles se inscrevem no campo destas ciências segundo modos distintos e diversos que não se equivalem nem se assimilam mutuamente. De acordo com a classificação habermasiana das ciências segundo o interesse do conhecimento, é possível reconhecer a orientação crítica da Sociologia e o interesse técnico do Direito. Neste, a preocupação é com a constituição dos fatos mediante a organização prévia da experiência; naquela, com a libertação do homem da dependência em relação a poderes hipostasiados. [5] Na pesquisa científica, as diversas ciências humanas e sociais conferem estatutos teóricos

próprios à sociedade e ao direito no quadro dos fatos humanos. Porém, estes estatutos teóricos não se confundem com o estatuto que lhes é atribuído no âmbito das relações sociais, dos grupos sociais e das instituições em que a sociedade e o direito existem como expressão de fenômenos quotidianos. Situação ainda diferente decorre da hipótese em que a sociedade e o direito são pensados e vividos no contexto de sociedades que se distinguem histórica, social e culturalmente. Desta forma, "sociedade" e "direito" se distinguem quanto à oposição teórica entre objeto teórico e objeto real e quanto à natureza do conhecimento (científico e comum) que está na base desta oposição (BACHELARD, 1983). Ainda que os objetos (teórico e prático) sejam inscritos em tipo especial de relação e que não exista entre eles ruptura real e absoluta no âmbito da prática teórica das ciências (SANTOS, 1993), a dicotomia bachelardiana é categoria epistemológica fundamental que denuncia todo pensamento que tende a naturalizar o conhecimento.

Tradicionalmente, o estatuto teórico conferido ao direito no âmbito das ciências humanas e sociais - Sociologia, História, Direito - é o de mecanismo de controle social que traduz e reflete as necessidades e exigências de determinada sociedade ou grupo social. Especificamente, segundo orientação teórica marxista do direito e do estado, a reflexão sobre o direito "tem constituído o centro da reflexão sobre os modos de dominação e de controle social nas sociedades contemporâneas." [6]

É possível deduzir desta concepção teórica do direito como instrumento de controle social duas perspectivas diametralmente opostas na investigação do direito no campo das ciências humanas e sociais. A primeira considera o direito como realidade estática que pode ser investigada de forma autônoma e independente em relação à sociedade e à história. Identificado com as leis e códigos vigentes, com o sentido de ordem de conduta humana e com a função de impor padrões de conduta social aos indivíduos, o direito é definido como fato jurídico segundo a distinção entre princípios de causalidade e de imputação (KELSEN, 1998). A segunda considera o direito como realidade a ser investigada no contexto da sociedade em que existe o direito. O conhecimento do direito dependendo da sociedade com a qual o direito está referido e através da qual o próprio direito existe como fragmento. Assim, por exemplo, as regras do direito penal são a expressão de semelhanças sociais fundamentais e correspondem à solidariedade social originária destas mesmas semelhanças. O direito é identificado com as relações sociais e com a solidariedade social e definido como fato social (DURKHEIM, 1928).

De forma esquemática, a primeira perspectiva corresponderia à investigação do direito no próprio campo do Direito e a segunda, a pesquisas conduzidas pela Sociologia. Porém, as duas perspectivas contariam com formas teóricas próprias de naturalização de seus objetos com base em práticas reducionistas que definem a unidade e a coerência interna de seus objetos científicos. Estes objetos definiriam a identidade das disciplinas e seriam por estas também definidos enquanto territórios em que eles seriam pesquisados. A definição da natureza dos objetos de estudo - se sociológico ou antropológico, por exemplo - depende da comparação em cujo âmbito será possível afirmar se os fenômenos são do mesmo tipo ou não, o que não impedirá o pesquisador de produzir certo tipo de unidade passando por diferentes disciplinas ou objetos (LÉVI-STRAUSS, 1952).

A relação que articula direito e sociedade não tem sido objeto freqüente de investigação no campo da prática jurídico-científica tradicional. A definição da identidade do direito

e a explicação deste mesmo direito têm acompanhando este quadro negativo de reflexão com respostas distintas e diversas quando se considera a análise do mesmo e único direito. O direito não é apenas instrumento de controle social. Esta classificação do direito tem por fundamento critério histórico e social de uma época passada que não atende às exigências históricas e sociais da modernidade atual. Esse critério define o direito com o qual o pesquisador se acostuma ou com o qual ele está acostumado. Ele estabelece assim os limites que mantêm o pesquisador afastado do conhecimento do próprio direito. Mesmo considerando o direito como instrumento de controle social, distintas e diversas são as abordagens possíveis na investigação do direito segundo esta definição (sociológica, histórica, política).

Por outro lado, a despeito das diferentes abordagens que possa comportar o estudo do direito como instrumento de controle social, toda pesquisa jurídica se caracteriza pela dimensão semântica da atividade científica que define o sentido do direito. O sentido do direito diz respeito a referentes distintos ou a fenomenologias específicas - o social, o teórico, o doutrinário, o legal, o jurisprudencial (FALBO, 2002). Estes referentes ou fenomenologias são frequentemente reconstruídos no campo jurídico segundo um quadro pretensamente teórico que geralmente distingue, opõe e separa as dimensões que existem em relação e que fazem parte do universo fenomenológico que estas dimensões ajudam a definir - o concreto e o abstrato, o particular e o geral, o subjetivo e o objetivo.

A preocupação com a definição do sentido do direito - que define e orienta os diversos tipos de pesquisa jurídica e também o estudo e o ensino do Direito - nem sempre questiona as próprias regras da reconstrução dos referentes e das fenomenologias e a própria localização do sentido do direito num dos referentes ou fenomenologias mencionados. Conseqüentemente, os referentes e fenomenologias, e as próprias dimensões que lhe são atribuídas, não são sequer pensadas como fazendo parte de estratégias e escolhas (individuais ou coletivas), não são consideradas como expressão de representações particulares, não são vistas como produzindo exclusões específicas, ainda que tudo isto faça parte do desenvolvimento da atividade cientifica contemporânea.

Por outro lado, a diversidade de resultados que os pesquisadores do direito (juristas e sociólogos) podem apresentar como função da diversidade de dimensões, abordagens ou fenomenologias do direito - ainda que todos ou quase todos continuem usando o vocábulo *direito* - não esconde a dificuldade quanto ao problema da coerência interna ou unidade do objeto. Nenhuma dimensão, abordagem ou fenomenologia poderia definir e explicar de modo exclusivo e suficiente a coerência do direito como objeto teórico ou como objeto real. Afinal, as relações entre as variáveis (dependentes e independentes) tendem a dissimular o conjunto de tantas outras relações (BOURDIEU, 1979). Além disto, todo objeto de estudo específico - quanto a sua própria imagem ou representação - implica escolhas tão explícitas quanto conscientes referentes a questões teóricas e conceituais, procedimentos metodológicos e analíticos, definição de objetivos. Todo objeto de estudo produz resultados específicos, que decorrem destas mesmas escolhas, e imagens particulares, que correspondem às diversas etapas da atividade científica e que definem a coerência do próprio objeto de modo particular. O problema de todo pesquisador consiste em inscrever cada coerência específica e particular no contexto mais amplo de sua atividade de pesquisa e de sua ciência. Este problema traduz e corresponde a exigências e desafios institucionais e sociais que nem todo pesquisador está disposto ou preparado para enfrentar.

3. A sociologia jurídica como problema

O problema da definição da sociologia jurídica é o problema da definição de seu objeto. Os objetivos da sociologia jurídica são tão distintos como diversos são seus pesquisadores (TIMASHEFF, 1937/1938). Este é o mesmo problema enfrentado pela sociologia urbana. De modo específico, ela não tem nem objeto teórico nem objeto real (CASTELLS, 1975). Do ponto de vista histórico, o surgimento da Sociologia do Direito (GURVITCH, 1960) se confunde com o aparecimento da sociologia geral (GIDDENS, 2004). A história das duas disciplinas parece seguir o desenvolvimento do pensamento sociológico com a contribuição de Durkheim, Marx e Weber. O direito como símbolo visível da solidariedade social (DURKHEIM, 1928), o direito como instrumento da classe dominante (MARX/ENGELS, 1962) e o direito como tipo ideal de dominação legítima (WEBER, 1995) são temas atribuídos e reivindicados pelos primeiros teóricos tanto da sociologia como da sociologia do direito.

Seguindo o percurso inaugural atribuído de forma comum às referidas disciplinas, não é possível identificar se - e em que momento - as relações entre direito e sociedade passaram a ser objeto de preocupação e reflexão explícitas quanto a desafios teóricos e metodológicos capazes de promover a distinção entre Sociologia e Sociologia do Direito e a conseqüente separação das mesmas disciplinas em campos autônomos de conhecimento científico. A indistinção quanto à originalidade na demarcação do território destas duas sociologias inviabiliza o questionamento quanto à antecedência da prática da pesquisa científica em relação à emergência da Sociologia e da Sociologia do Direito. Não é possível tampouco explicar de forma distinta a institucionalização das duas disciplinas como momento histórico inaugural. A distinção quanto aos rótulos que lhe são atribuídos não constitui condição suficiente no enfrentamento do problema da definição e distinção de seus objetos específicos de predileção. Os campos programáticos que escolhem seus objetos e que rejeitam outros tantos objetos permanecem indeterminados. A hierarquia de suas prioridades de investigação continua desconhecida. Sua definição com base em elementos internos próprios ou em relação a outras áreas do conhecimento permanece ignorada.[7]

Este quadro negativo referido ao momento histórico inaugural das duas disciplinas bastaria para negar a existência da sociologia jurídica como disciplina autônoma e inscrevê-la no quadro da sociologia geral. Seria a hipótese de afirmar a preocupação dos fundadores da Sociologia com o direito enquanto objeto de estudo. Apenas quanto a isto é que eles poderiam ser considerados “Sociólogos do Direito” ou fazendo “Sociologia Jurídica”. A contrapartida de sociólogos preocupados com o direito corresponderia à hipótese do estudo do direito realizado por juristas com preocupação sociológica. Léon Duguit, Emmanuel Lévy, Maurice Hauriou, Henri Lévy-Bruhl e Jean Carbonnier fazem parte da categoria dos assim chamados juristas-sociólogos, que, no entanto, nunca deixaram de ser teóricos do direito (GURVITCH, 1960). Uma vez que a hipótese da sociologia jurídica como disciplina interdisciplinar, com o mesmo estatuto tradicional das disciplinas tradicionais, depende de objeto de estudo específico, de critérios precisos de ordem teórica e de regras metodológicas definidas, não seria possível afirmar sua existência. Ela existiria como parte da sociologia, que, assim, permaneceria intacta. Ela estudaria o direito de tipo particular e em situação social específica e experimentaria a necessidade de inventar métodos novos para objetos que continuariam pertencendo às disciplinas tradicionais. Seu interesse por tais objetos - quanto às formas e sentidos de manifestação do direito e às relações que articulam direito e sociedade, direito e cultura,

direito e política - não descaracterizaria a atividade da competência da sociologia e do direito.

Por outro lado, se a sociologia jurídica não existe como nova disciplina ou disciplina especial, de forma independente do estatuto tradicional de cientificidade do conhecimento (objeto, teoria e método), é possível afirmar sua existência como modelo de reflexão e prática intelectuais que articulam a relação entre sociedade e direito (JUNQUEIRA, 1993). Esta forma de pensar a sociologia jurídica define uma das condições necessárias de todo trabalho de reflexão sobre a prática interdisciplinar - o problema da especialização que caracteriza as disciplinas científicas tradicionais. Ainda que a comunidade científica lhe negue o reconhecimento de disciplina científica autônoma ou de disciplina de fronteira, as instituições de pesquisa e de ensino do Direito no Brasil e no mundo lhe reconhecem existência formal como disciplina ao lado das demais disciplinas. Ela não teria nascido se a Sociologia e o Direito não tivessem sido historicamente constituídos de modo reducionista ou não se revelassem limitados quanto a seus objetos de investigação.

De alguma forma, a história e a evolução das disciplinas tradicionais em questão - na medida em que estas disciplinas traduzem os modos pelos quais o pensamento científico se constitui no nível institucional - explicam o nascimento da sociologia jurídica. Como a institucionalização e o desenvolvimento da Sociologia e do Direito se orientaram pelo processo de especialização da ciência moderna, elas perderam ou não mais produziram a compreensão dos fatos e acontecimentos que marcaram o século XX e que ainda marcam o século XXI. É possível ainda afirmar que a emergência e o desenvolvimento da sociologia jurídica respondem a exigências de revisão crítica contínua e continuada da visão e do conhecimento científicos. As mudanças verificadas em seu campo traduzem movimento paralelo que parece refletir as transformações pelas quais passam as ciências sociais e humanas ainda no século XXI.

Ao representar esforço explícito de lidar com as relações entre direito e sociedade e de produzir reflexão nova como corolário da especialização e do reducionismo do conhecimento científico tradicional - ainda que mantendo relação teórico-metodológica com as disciplinas tracionais que vivem a crise da ciência moderna -, ela atende a exigências de conhecimento novo que respondem a demandas que se originam em diversos setores e segmentos da sociedade. A realização desta condição autoriza a inscrição da sociologia jurídica de forma legítima no campo da interdisciplinaridade. Outro critério na explicação da emergência da sociologia jurídica como interdisciplina é a relação que ela estabelece entre direito e sociedade, direito e cultura, direito e política, direito e economia, a despeito das diferenças de abordagem teórica (o direito como reflexo da sociedade estudada ou o direito como elemento dinâmico desta sociedade, por exemplo).

Outras condições da análise da interdisciplinaridade da sociologia jurídica que escapam os limitem deste trabalho, e que permitiriam afirmar, diminuir ou negar a singularidade desta disciplina e, assim, reforçar as ligações entre as disciplinas cardeais (tradicionais) e de fronteira (disciplinas novas de caráter interdisciplinar), são as seguintes[8]: a) conhecer as bases sobre as quais são definidas sua identidade e sua razão de ser; b) reconhecer a existência de etapas na sua evolução histórica; c) distinguir suas pesquisas quanto a objetos mais antigos e mais recentes; d) definir se seus objetos históricos – inaugurais e originais, em parte ou no todo – são ou foram também objetos da

Sociologia e do Direito; e) questionar, quanto a seus objetos, os métodos e teorias empregados; f) saber se suas pesquisas produziram inovação técnica específica ou se conheceram apenas a transposição de ferramentas já existentes em campos vizinhos ou se houve a extrapolação de um campo para outro; g) saber se as etapas de seu trabalho científico mudaram ou continuam as mesmas; h) definir que relações ela estabelece com as demais disciplinas; i) saber se ela realizou produção teórica de aparelho conceitual capaz de explicar as mais diversas formulações pluridisciplinares ou se ela recorreu à transcendência das problemáticas disciplinares para constituir seu edifício científico e assim considerar o desafio científico que representa o continuum dos fatos humanos; j) verificar se ela seguiu o mesmo itinerário que a Sociologia e o Direito; k) analisar se a base de dados com a qual ela é confrontada é a mesma base de dados da Sociologia e do Direito; l) se ela se surgiu e se desenvolveu em campo específico e se esta tendência tem tendido a diminuir; m) saber qual é o aspecto essencial que ela privilegia em seu âmbito; n) saber se é a especificidade real ou a especificidade relativa que mais caracteriza seus objetos; o) saber se seus desafios teóricos e metodológicos fazem com que, em seu interior, surjam divergências talvez mais essenciais do que as diferenças de configuração na base dos objetos.

4. Sociologia, Direito e Interdisciplinaridade

Da definição de interdisciplinaridade proposta pelos Annales decorrem três conseqüências básicas. Primeira: as relações entre as ciências fundamentam o trabalho interdisciplinar. Segunda: as relações entre as práticas científicas especializadas permitem questionar a identidade das ciências e saber o que a definição de uma diz da outra. Terceira: as relações práticas entre as ciências importam a ruptura com o dogmatismo e o positivismo.

Essa definição permite ainda pensar os meios e as vantagens da colaboração entre as disciplinas (DELAMARRE, 1986). Quanto aos meios: a) utilização recíproca e cruzada dos mesmos dados; b) comunicação dos fichários dos informantes; c) coordenação com os pesquisadores de outras disciplinas no avanço de cada pesquisa; d) difusão e discussão dos relatórios; e) reuniões coletivas. Quanto às vantagens: a) a pesquisa interdisciplinar constitui contexto privilegiado para a formação do pesquisador; b) ela contribui para formar o olhar sobre o outro, conduzindo a considerações mais reais sobre si mesmo; c) ela é verdadeiro laboratório permanente para métodos e técnicas de trabalho.

Nos termos dos Annales, a interdisciplinaridade da sociologia jurídica definiria a instabilidade das fronteiras dos territórios da Sociologia e do Direito, rejeitaria as definições abstratas destas disciplinas e reivindicaria a realidade sociológica e institucional das mesmas em referência à análise dos processos de tradução e de apropriação conceituais e metodológicas. A análise histórica e as concepções teóricas dos objetos constituem critérios que ajudam na explicação do surgimento e da identidade destas disciplinas. No entanto, o problema consiste em saber se a Sociologia e o Direito apresentam suas dúvidas e incertezas nesse tipo de relação e se elas revelam preocupação com a redefinição de seus projetos e práticas. Afinal, essa relação entre as práticas científicas têm traduzido confronto disciplinar revelador de duas tendências contraditórias: ou o confronto procura distinguir as disciplinas ou o confronto procura destacar as semelhanças entre elas. O problema destas tendências consiste em saber se o confronto das disciplinas - que revela a importância dos objetos e dos critérios na

definição das mesmas - tem promovido a discussão da centralidade das questões teórico-metodológicas destas mesmas disciplinas. Esta é uma das condições da realização de pesquisas e trabalhos que pretendam sua inscrição no campo interdisciplinar. E a prática interdisciplinar, nos termos dos Annales, supõe que aquilo que pertence à Sociologia e ao Direito venha a integrar o campo da Sociologia Jurídica. Porém, esta passagem depende do questionamento explícito acerca da concepção de mundo e da organização deste mesmo mundo e da estruturação específica de configuração social e jurídica particular.

Pesquisas e trabalhos existem que se inscrevem no campo do trabalho interdisciplinar, que mostram a interdisciplinaridade como necessidade ou exigência reconhecida e que recomendam a interdisciplaridade na abordagem dos dados e nos títulos das disciplinas. No entanto, tanto na área do Direito como na área da Sociologia, é preciso saber qual é o interesse revelado quanto à avaliação das práticas interdisciplinares. Daí a importância da observação de pesquisas, trabalhos e disciplinas para trazer à baila os desafios de todo projeto interdisciplinar. Daí o problema das denominações e definições, das relações entre os objetos e a linguagem, e do momento da análise, com referência à articulação das partes constitutivas dos objetos e da relação entre as disciplinas.

Como disciplina de fronteira e quanto às suas condições de existência, a sociologia jurídica tem conhecido prática corrente. Seus critérios são tão distintos e diversos como distintos e diversos têm sido seus objetivos e objetos, seus quadros teóricos e seus procedimentos analíticos. O problema é saber se a sociologia jurídica, a despeito de variação segundo a época e a escola, se define por referência a algum critério que possa ser considerado como sendo suficiente. Deste critério decorreria visão limitada do objeto e representação típica da atividade científica tradicional. Afinal, o desejo e a necessidade de delimitação do objeto de estudo conduzem a posturas metodológicas que contradizem o projeto interdisciplinar inicial. É o paradoxo do projeto interdisciplinar na definição da unidade e na instituição da complexidade do objeto. Esta tendência é observada quando as disciplinas escolhem os critérios de fundação de sua existência. Daí a necessidade de explicitação dos critérios que definem a sociologia jurídica e de saber se - e como - tais critérios produzem a classificação de seus objetos. A análise dos critérios permite ainda conhecer o momento histórico e o modo pelo qual a Sociologia e o Direito se separaram, bem como se esta separação ocorrera por meio de algum tipo oposição e qual o sentido desta oposição.

Especificamente, é possível reconhecer a separação entre Direito e Sociologia do Direito segundo oposição entre prescrição jurídica ("determinação jurídica em uma lei ou um código") e norma jurídica ("determinação jurídica transformada em ação") (ERHLICH, 1986) oposição essa que corresponde à oposição histórica entre o que é tradicional e o que é moderno no mundo germânico. Esta oposição invoca distanciamento histórico e social em relação ao objeto dominante da Ciência do Direito (a prescrição jurídica), que se orienta tradicionalmente pela concepção positivista de tipo kelseniano. Aquela perspectiva invoca ainda a historicidade da ordem interna das associações sociais e a dinamicidade do caráter quotidiano e rotineiro de suas normas, revela a especificidade do direito de forma (relativamente) independente do estado e da coação estatal, interpela a divisão do trabalho científico instaurada no século XIX, instaura métodos de investigação da Sociologia do Direito que migram da História do Direito e da Sociologia. Esse questionamento da divisão tradicional do trabalho científico, que tem por fundamento a oposição entre direito estatal e direito extra-estatal,

entre prescrição jurídica e norma jurídica, pode estar referido à construção teórica de outro tipo e assim explicar a interdisciplinaridade segundo objetos distintos. A oposição entre direito social e direito estatal pode estar referida à lógica, ao desenvolvimento e à crise do mundo capitalista contemporâneo, corresponder ao problema do pluralismo jurídico e ensejar o uso de modelos teóricos e de métodos de investigação tanto da sociologia como da antropologia (SANTOS, 1988). O tema da "ordem" pode aproximar tanto a sociologia jurídica de Santos como a de Erhlich da preocupação tradicional que possui a Ciência do Direito. Porém, este se afasta da teoria jurídica tradicional pela visão histórica do direito; aquele, pelo sentido do direito como relação que articula discurso e poder. Porém, em relação a Santos, Erhlich revela ainda concepção tradicional do direito, considerado como fenômeno normativo.

5. Conclusão

É possível afirmar que a sociologia jurídica tenha surgido como reação à tradição intelectual que ainda caracteriza o ensino do Direito e a pesquisa jurídica no século XXI. Esta tradição corresponde à tendência que o Direito possui de viver a heterogeneidade como verdadeiro pesadelo científico e à tentação de afirmar a pureza como ideal científico. Por outro lado, a diversidade de critérios na explicação da existência da Sociologia Jurídica poderia semear a dúvida quanto a dois diagnósticos distintos que caracterizam a interdisciplinaridade como projeto paradoxal: o da espontaneidade da tentação com a pureza e o da simples preocupação com a revisão das etapas de seu desenvolvimento histórico.

A Sociologia Jurídica como projeto interdisciplinar se caracteriza pelo fato de rejeitar os limites considerados excessivamente restritivos da Sociologia e do Direito e de buscar a superação destes mesmos limites. A explicação que ela oferece de si mesma como discurso interdisciplinar é constituída através do confronto de critérios constitutivos de seus objetos de estudo. De natureza distinta, estes critérios deveriam ser situados historicamente em momentos diferentes quanto a perspectivas referentes a objetos particulares. Do ponto de vista histórico, a ausência de articulação e de hierarquização destes critérios pela Sociologia Jurídica resulta na equiparação ou equivalência dos mesmos. Esta crítica vale também para a ausência de historicidade quanto à variedade das opções metodológicas. Paradoxalmente, este fato constitui ameaça ao próprio projeto interdisciplinar representado pela Sociologia Jurídica.

Se a complexidade constitutiva do objeto deve representar o centro das preocupações da Sociologia Jurídica, ela não tem excluído do projeto interdisciplinar que representa esta disciplina a preocupação lógica com a unidade do objeto enquanto categoria-chave da interdisciplinaridade. Nisto consiste o paradoxo que define seu projeto interdisciplinar: a preocupação com a unidade do objeto - ainda que espontânea e implícita - parece privar o objeto de sua complexidade constitutiva. E é este paradoxo que permite pensar a gramática da interdisciplinaridade da pesquisa em Sociologia Jurídica resumida a três regras básicas de vigilância e questionamento quanto às seguintes situações: a realização do ideal filosófico de pureza do conhecimento, a realização da relação que articula a complexidade e a coerência do objeto e a produção do discurso científico fundamentado na complexidade e na unidade do objeto.

Assim, a identidade da Sociologia Jurídica como realização de projeto interdisciplinar depende do momento da abordagem e construção de seu objeto de investigação. E este

momento precisa levar em conta tanto a linguagem que utiliza a Sociologia Jurídica como a inscrição desta disciplina - e também do Direito e da Sociologia - no campo da história do pensamento sócio-jurídico. Por outro lado, como a interdisciplinaridade se vê confrontada a um conjunto de opções concretas no plano dos objetos e das práticas, o problema consiste em saber onde e quando ela começa e se ela corresponde a momentos precisos da prática científica interdisciplinar ou se ela transcende as etapas da pesquisa científica para se constituir em divisa capaz de renovar o modo de trabalhar dos cientistas. Daí ser importante saber se a escolha metodológica implica momentos distintos e sucessivos quanto aos modos práticos e específicos de observação do objeto, se a observação é realizada de modo concreto de acordo com um olhar holístico que se coloca no início e no fim da observação e quais as técnicas de integração e de acumulação - que reunirão trabalhos paralelos e sucessivos sobre um mesmo objeto - serão utilizadas.

Ao definir o trabalho científico como atividade contínua, continuada e acumulativa, a escolha metodológica da Sociologia Jurídica define ou recoloca a preocupação da interdisciplinaridade com a unidade do objeto, que seria afirmada desde o início e se manifestaria na medida em que os esclarecimentos recíprocos e cumulativos fossem realizados. Considerando que a atividade científica não é uma sucessão de etapas, e sim a manifestação de uma articulação constante e essencial entre coleta e interpretação na produção da unidade do objeto, a divisão do trabalho científico não seria admitida em tese, e os trabalhos preliminares e paralelos deveriam ser reavaliados segundo técnicas integrativas. Assim sendo, os trabalhos (conceitos e técnicas) do jurista e do sociólogo não poderiam ser integrados ao campo da Sociologia Jurídica sem prévia avaliação. Ainda que esta avaliação não se mostre suficiente para satisfazer à vocação interdisciplinar da atividade científica, ou que se reconheça que é a vocação interdisciplinar que deve fazer surgirem os meios de análise da natureza própria do objeto estudado, o fato é que toda relação interdisciplinar implica o questionamento e a ruptura com a tradição que define a Sociologia e o Direito de modo dogmático.

6. Referências Bibliográficas

ALVAREZ-PEREYRE, Frank. *L´exigence interdisciplinaire: une pédagogie de l´interdisciplinarité en linguistique, ethnologie et ethnomusicologie*. France : Maison des sciences de l´homme, 2003, pp. 07-11.

ANNALES. Número 6. Paris: Armand Colin, 1989, p. 1322.

BACHELARD, Gaston. *Epistemologia : trechos escolhidos*. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1983, pp.147-179.

BOURDIEU, Pierre. *La distinction : critique sociale du jugement*. Paris: Minuit, 1979, pp 113-117.

CASTELLS, Manuel. “O que é a Sociologia Urbana” in CASTELLS, Manuel. *Problemas de Sociologia Urbana*. Portugal: Editorial Presença; Brasil: Martins Fontes, 1975, pp. 23-52.

CAPES. Tabela das Áreas do Conhecimento. Disponível em http://www.capes.gov.br/avaliacao/tabela-de-areas-de-conhecimento/

CNE/CES. Resolução. Disponível em http://www.cmconsultoria.com.br/legislação/resoluções/2004/ Acesso em 07.09.2009.

DELAMARRE, Marie Jean-Bruhnes. *L´Aubrac, étude ethnologique, linguistique, agronomique et économique d´un établissement humain*, v. 7. Paris: Cnrs, 1986, pp. 09-19.

DURKHEIM, Emilio. *La división del trabajo social*. Madrid: Daniel Jorro, 1928, pp. 57-81, 123-129.

ERHLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Unb, 1986, p. 36.

FALBO, Ricardo Nery. *Natureza do conhecimento jurídico: generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente.* Porto Alegre: Fabris, 2002, pp. 09-12, 141-186.

FERREIRA, Paulo Condorcet Barbosa. *A introdução ao estudo do direito no pensamento de seus expositores: material para uma bibliografia brasileira da disciplina*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.

FRIGOTTO, Gaudêncio. "A interdisciplinaridade como necessidade e como problema nas ciências sociais" in JANTSCH, Ari Paulo e BIACHETTI, Lucídio. *Interdisciplinaridade; para além da filosofia do sujeito*. Petrópolis: Vozes, 1995.

GIDDENS, Anthony. "O que é a Sociologia?" in GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pp. 03-19.

GURVITHC, Georges. "Problèmes de Sociologie du Droit" in GURVITCH, Georges. *Traité de Sociologie,* vol. 2, Paris: Puf, 1960, pp. 177-188.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e Ciência como "Ideologia"*. Lisboa: Edições 70, 1968, pp. 129-147.

JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago, 1976, pp. 72-74.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *A Sociologia do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993, pp. 09-16.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 79-113.

LE GOFF, Jacques. "Les mentalités – une histoire ambiguë » in LE GOFF, Jacques e NORA, Pierre. *Faire de l´histoire*. France : Gallimard, 1974, pp. 76-90.

LÉVI-STRAUS, Claude. *Antropologia estrutural*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p.41.

MARX, Karl, & ENGELS, Friedrich. *Le manifeste communiste*. Paris: Union Générale d´Éditions, 1962, p. 30.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Pensando o ensino do direito no século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, pp. 25-60.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica.* Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 64-78.

----------. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Porto: Edições Afrontamento, 1993, pp. 33-49.

TIMASHEFF, N.S. "What is 'Sociology of Law'?" in *The American Journal of Sociology*, XLIII, july-1937/may-1938.

WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*, parte 2. São Paulo: Cortez; Campinas: Unicamp, 1995, pp. 349-359.

---

[1] Disponível em http://www.cmconsultoria.com.br/legislação/resoluções/2004/

[2] Disponível em WWW.capes.gov.br/avaliação/tabela-areas-de-conhecimento

[3] Gaudêncio FRIGOTTO, "A interdisciplinaridade como necessidade e como problema nas ciências sociais", pp.26-31.

[4] Max WEBER, *Metodologia das Ciências Sociais*, Parte 1, p.124.

[5] Jürgen HABERMAS, *Técnica e ciência como "ideologia"*, pp. 137-140.

[6]Boaventura de Sousa SANTOS, O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica, p. 3.

[7] Estas discussões foram feitas por Paulo Condorcet quanto à caracterização da disciplina Introdução ao Estudo do Direito no livro A Introdução ao Estudo do Direito no Pensamento de Seus Expositores, da livraria Liber Juris (1982).

[8] A especificação destas condições levou em conta a análise da empreitada interdisciplinar entre a etnolinguística e a etnomusicologia realizada por Frank Alvarez-Pereyre em *L´exigence interdisciplinaire*.

ESCRAVIDÃO NEGRA NO BRASIL: QUESTÕES DE POLÍTICA, DIREITO, LITERATURA E FILOSOFIA*

BLACK SLAVERY IN BRAZIL: ISSUES OF POLICY, LAW, LITERATURE AND PHILOSOPHY

Tércio Aragão Brilhante

RESUMO

O presente artigo aborda o tema da escravidão negra no Brasil, com destaque para seus aspectos políticos, jurídicos e filosóficos, como também para a abordagem que a escravidão teve na literatura brasileira, especialmente nas obras de José de Alencar e Machado de Assis. O trabalho visa esquadrinhar a temática da escravidão, apontando para seu papel de corruptora da sociedade brasileira. São apresentadas as idéias favoráveis e contrárias ao regime escravagista. O convívio dos ideais liberais com o regime de escravidão também é estudado, a fim de se classificar ou não tal relação como um paradoxo. José de Alencar, por ser político, literato e escravocrata ardoroso, possui diversas citações no texto.

PALAVRAS-CHAVES: ESCRAVIDÃO – LITERATURA – LIBERALISMO – DIALÉTICA SENHOR/ESCRAVO - HISTÓRIA DO BRASIL.

ABSTRACT

This article addresses the issue of black slavery in Brazil, especially its political, legal and philosophical, as well as actions that slavery had on Brazilian literature, especially the works of Jose de Alencar and Machado de Assis. The work aims to scan the subject of slavery, pointing to its role as a corrupter of Brazilian society. Ideas are presented for and against the regime of slavery. The coexistence of liberal ideals with the system of slavery is also studied in order to qualify or not this relationship as a paradox. José de Alencar, being political, literary and ardent defender of slavery, has several citations in the text.

KEYWORDS: SLAVERY - LITERATURE - LIBERALISM - DIALECTIC MASTER / SLAVE – HISTORY OF BRAZIL

1 INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Impossível deixar ao largo a marcada influência que a escravidão causou na construção da sociedade brasileira. O Brasil foi a nação independente das Américas que mais tarde libertou seus escravos: 1888. São patentes as conseqüências da longevidade e amplitude da escravidão: a existência de preconceito e discriminação de cor; a composição das classes desfavorecidas por percentual considerável de negros e pardos; a figura da empregada doméstica, um resquício da escrava da casa-grande.

Muitos dos que criticavam a escravidão, destacando sua contrariedade aos princípios liberais, ao cristianismo e até mesmo à economia, defendiam que a abolição desaguaria em catástrofe. Afinal, a escravidão, que já contava com três séculos, era instituição social sobre a qual estava assentada a produção agrícola. Sem o trabalho escravo, a economia entraria em colapso, pois não havia brancos em número suficiente para trabalhar na lavoura. Escravidão era, por essa ordem de idéias, um mal necessário.

Somavam-se ao argumento *ad terrorem* de colapso econômico, o argumento jurídico da defesa da propriedade e o argumento de inferioridade dos negros, que estariam melhor como escravizados no Brasil do que como selvagens livres em terras africanas. No ponto, merece ser feita menção ao argumento do bom tratamento dispensado aos negros, que teriam melhor passadio do que os assalariados ingleses, idéia que retomaremos no item seguinte deste trabalho, e que foi defendida por José de Alencar, tanto em trabalho de literatura quanto em trabalho político.

2 ESCRAVIDÃO: MAL QUE AFETA AO SENHOR E AO ESCRAVO, CONSIDERAÇÕES SOBRE PERVERSIDADE E PRECONCEITO COM ACHEGAS MACHADIANAS E HEGELIANAS

No ponto, remissão ao Capítulo 4 da ‘Fenomenologia do Espírito’ é inescapável. Nesse trabalho, Hegel apresenta a dialética do senhor e do escravo[1]. De início, o filósofo alemão demarca que o reconhecimento do ser humano enquanto tal atrai, necessariamente, a figura do outro, não sendo, portanto, fruto de maquinação cerebral do indivíduo per si. Na linguagem peculiar de Hegel (1992, p. 126):

A consciência-de-si é em si e para si quando e porque é em si e para si para uma Outra; quer dizer, só é como algo reconhecido {...} Para a consciência-de-si há uma outra conscência-de-si, ou seja: ela veio para fora de si. Isso tem dupla significação: primeiro, ela perdeu a si mesmo, pois se acha numa outra essência. Segundo, com isso ela suprassumiu o Outro, pois não vê o outro como essência, mas é a si mesma que vê o Outro.

Traçada essa premissa de necessária duplificação da consciência de si para o reconhecimento, Hegel demonstra que na relação senhor/escravo, envolvida em dominação e não em reconhecimento dialético, se encontra ausente a figura do Outro.

Afinal, o outro não é outro ser humano, e sim uma coisa, uma propriedade. Dessa forma, o reconhecimento eventualmente levado a efeito nessa espécie de relação é unilateral e insuficiente para formar o processo de humanização dos envolvidos [2]:

Mas, para o reconhecimento propriamente dito, falta o momento em que o senhor opera sobre o outro que o outro opera sobre si mesmo, e o escravo faz sobre si o que também faz sobre o outro. Portanto, o que se efetuou foi o reconhecimento unilateral e desigual (1992, p. 131).

Comentando a dialética do senhor e do escravo exposta por Hegel, Manfredo Araújo de Oliveira bem situa o reconhecimento como desejo necessário à autoconsciência. Esse processo dialético encontra possibilidade diversa nas relações humanas caracterizadas pela dominação do senhor sob o escravo, uma vez que o reconhecimento inexiste (2003, p. 189-191):

O verdadeiro objeto do desejo da autoconsciência é outra autoconsciência. Sob que forma? Sob a forma de desejo de reconhecimento: toda autoconsciência deseja ser reconhecida por outra autoconsciência {...} o processo de dominação, em última instância, frustra a conquista da humanidade do homem, pois o escravo é forçado a renunciar a ser sujeito e é tratado como coisa, e de uma coisa não pode emanar o reconhecimento, que faz emergir o homem como autoconsciência. Portanto, a auto-realização do senhor como autoconsciência é ilusória.

A literatura brasileira, enquanto reflexo do mundo vivido, possui diversas páginas sobre essa desumanização dos senhores, que são levados, desde criança, a considerar, pelo convívio com o regime escravocrata, adequadas práticas perversas contra os escravos.

Portanto, a sordidez que caracterizou a prática escravocrata no Brasil pode ser depreendida nas obras literárias contemporâneas à escravidão. Por exemplo, há passagem no ‘Memórias Póstumas de Brás Cubas’deveras impactante: aos 6 anos, a criança Brás agredia – quebrava a cabeça é a expressão do texto – uma escrava que lhe recusara um doce. Prudêncio, um escravo - criança como a personagem principal -, era feito de cavalo, inclusive com cordas a simular arreio e fustigadas a simular chicotadas

Prudêncio, um moleque de casa, era o meu cavalo de todos os dias; punha as mãos no chão, recebia um cordel nos queixos, à guisa de freio, eu trepava-lhe ao dorso, com uma

varinha na mão, fustigava-o, dava mil voltas a um e outro lado, e ele obedecia – algumas vezes gemendo-, mas obedecia sem dizer palavra, ou, quando muito, um 'ai, nhohô', ao que eu retorquia:

- Cala a boca, besta!

Brás Cubas é um arquétipo. Representa destacado estrato da sociedade brasileira dos 1800. Nascido em 1805, estudou em Coimbra e foi deputado. O capítulo no qual são narradas as peraltices absurdas do menino tem título sintomático: o menino é o pai do homem.

Tal título deixa entrever como a escravidão é um mal que não apenas coisifica o escravo, mas subtrai dos integrantes do estamento senhorial sua condição mesma de humanidade, tornando-os perversos.

Ainda hoje ressoam na sociedade brasileira os ecos da perversidade escravocrata, por meio, por exemplo do preconceito de cor que sofrem os brasileiros de pele escura. E comum se ouvir que tal preconceito – acaso existente - não é não é baseado na cor, mas sim na classe social, sem que se explicite, como demonstram as estatísticas, que são negros e pardos aqueles que compõem a maioria das classes menos privilegiadas. Sobre isso, bem alerta Octávio Ianni (1978, p. 102):

[...] rapidamente aceitaram a idéia de que o que predomina no Brasil é o preconceito de classe e não o de raça ou casta. Quase parece um acidente, sem especial relevância, o fato de que o negro e o mulato concentram-se nas classes proletárias ou mais pobres, no campo e na cidade, na pequena e na grande aglomeração urbana.

3 PANORAMA DAS IDÉIAS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS À ESCRAVIDÃO E COMO JOSÉ DE ALENCAR (LITERATO E POLÍTICO) SE MOSTRA UM ESCRAVAGISTA DE ESCOL

Em destacado trabalho de pesquisa, a Professora Emília Viotti da Costa (1998) apresenta as ideologias brasileiras em relação ao regime escravista. Identificando autores e especificando datas, a historiadora demonstra a existência de correntes favoráveis à manutenção da escravidão e correntes desfavoráveis, sendo estas divididas entre emancipadores e abolicionistas.

O primeiro escrito crítico ao regime escravagista é reputado a Manuel Ribeiro da Costa (1758). Não houve repercussão a esse trabalho e as teses favoráveis e contrárias à escravidão só foram ter aceso debate no século XIX.

É marcada a ambigüidade entre as correntes ideológicas, com diversas nuanças que muito se aproximam uma das outras, especialmente as teses defendidas pelos escravistas e pelos emancipadores.

Não há coerência nas teses apresentadas, seja coerência intestina, seja coerência com o restante do ideário político e moral defendido. Republicanos, liberais, conservadores e positivistas havia uns que eram escravistas, havia outros que eram abolicionistas.

Curioso notar que as idéias contrárias ao regime escravista, tirante determinados argumentos positivistas, não mudaram em conteúdo desde a primeira metade do século XIX (Hipólito da Costa – 1811; José Bonifácio – 1823; e Cesar Burlamaque – 1837). Mudou, todavia, a sua aceitação na população em geral e sua força persuasiva nas esferas governamentais, em razão de uma série de fatores da conjuntura nacional (campanha organizada pelos abolicionistas e seu apoio popular, inclusive entre muitos proprietários rurais, a insurreição dos escravos, as transformações econômicas, demográficas e sociais, e a pressão estrangeira, especialmente inglesa). Mudou, também, a conclusão de muitos: escravagistas se tornaram emancipadores e até abolicionistas. Emancipadores se tornaram abolicionistas.

Mesmo um homem da envergadura de José Bonifácio não se mostrou defensor da abolição, e sim da emancipação gradual e do fim do tráfico[3]. De fato, na excelente 'Representação à Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil sobre a escravatura', redigida em 1823, após tecer acerbas críticas à escravidão, críticas de ordens moral, religiosa, política e econômica, e classificando os negreiros como "traficantes de carne humana', 'senhores injustos e cruéis', encontra-se este fecho (2001, p. 217): "Generosos cidadãos do Brasil, que amais vossa pátria, sabei que sem a abolição total do infame tráfico da escravatura africana, e sem a emancipação sucessiva dos atuais cativos, nunca o Brasil firmará a sua independência nacional, e segurará e defenderá a sua liberal Constituição[...]".

Vale apresentar neste trabalho, na condição de defensor do ideário escravagista, José de Alencar. Desconhecidos do grande público, diversamente de seus romances mais populares (Iracema e O Guarani), os textos políticos de José de Alencar que militam em desfavor da emancipação dos negros no Brasil datam da segunda metade do século XIX e foram formalizados em cartas publicadas em jornais sob o pseudônimo de Erasmo e endereçadas a Dom Pedro II. As missivas que tratam especialmente sobre a emancipação são três e trazem datas de 15, 20 e 26 de julho de 1867. Essas cartas, sempre endereçadas ao Imperador, não compõem a 'Obra Completa' de Alencar, publicada por José Aguilar, mas tiveram publicação em 2008 pela Editora Hedra, em coletânea intitulada "Cartas a favor da escravidão", organização de Tamis Parron. Apesar desse escondimento das idéias políticas de José de Alencar, é possível identificar pela leitura de sua obra ficcional de José de Alencar, em grande parte classificada indianista, a exclusão do negro do rol de integrantes daqueles dignos a compor a 'gente brasileira'.

Tanto assim o é, que o mítico final de 'O Guarani', em que uma inundação, verdadeiro dilúvio, arrasa com tudo o que há, mas deixa vivos a boiar sobre uma palmeira – que fora arrancada ao solo pela força de Peri - o casal Peri e Ceci, ele é índio, ela é branca e loura. Está anunciado simbolicamente a fundação por essa união do povo brasileiro. Eis

o fecho de ‘O Guarani” publicado em 1857, portanto 10 anos antes das ‘cartas’ - é este (2006, 358):

Ela embebeu os olhos nos olhos de seu amigo, e lânguida reclinou a loura fonte. O hálito de Peri bafejou-lhe a face. Fez-se no semblante da virgem um ninho de castos rubores e límpidos sorrisos: os lábios abriram como as asas purpúreas de um beijo soltando o vôo. A palmeira arrastada pela torrente impetuosa fugia...E sumiu-se no horizonte.

De volta ao Alencar político, faz-se necessário alertar que as medidas paliativas à escravidão tomadas por Dom Pedro II após a abolição nos Estados Unidos (1865): liberdade para combatentes da Guerra do Paraguai (1866), resposta ao Comitê Francês de Emancipação no sentido de futura extinção do regime e menção do tema na Fala do Trono (1867), foram consideradas pelo Deputado cearnse como fruto de uma ‘conspiração do mal’ que queria fazer o imperador se acreditar um ‘rei filantropo’ mas que nada mais constituía do que uma ‘grande e terrível impiedade’ (2008, 61).

Alinhavando considerações históricas, Alencar identifica a escravidão como um fato social que foi indispensável ao desenvolvimento da humanidade e à colonização do Novo Mundo[4]. Defende que a escravidão civilizou os povos africanos a ela submetidos (2008, 77 e 94) e permitiu o benfazejo convívio de raças diversas, responsável pela nobilitação do negro (2008, p. 77-78).

No ponto, vale lembrar que Bernardo Pereira de Vasconcelos, aludindo à relação de civilização e escravidão, mas invertendo o sinal de ‘quem teria civilizado quem’, assim se pronunciara no Senado em 1843 (1999, p. 268-269):

[...] a abolição do tráfico deve trazer tendências barbarizadoras [...] a África tem civilizado a América, e veja o nobre Senador os grandes homens da América do Norte, os mais eminentes, onde têm nascido; veja os outros que devem sua existência, o seu aperfeiçoamento aos países que têm procurado em parte africanizar-se.

Outra consideração de Alencar era sobre o método de implementação do processo abolicionista: a escravidão não poderia ser extinta pela lei ou por qualquer ato de força estatal. A emancipação deveria ocorrer pela gradual perda de importância através do tempo e por conta da ‘caducidade moral’ (2008, p. 88), do desuso.

A única transição possível entre a escravidão e a liberdade é aquela que se opera nos costumes e na índole da sociedade. Esta produz efeitos salutares: adoça o cativeiro; vai

lentamente transformando-o em mera servidão, até que chega a uma espécie de orfandade. O domínio do senhor se reduz então a uma tutela benéfica.

[....]

O liberto por lei é inimigo do antigo dono [....] Tal será a sua ferocidade, que uma casta se veja forçada pelo instinto de conservação a exterminar a outra.

Mesclando admoestação e vaticínio, Alencar encerra a última das três cartas sobre a emancipação concluindo que o fim da escravidão constituiria: a miséria e o extermínio dos ex-escravos; a ruína da classe economicamente dominante; e a 'bancarrota inevitável' para o Estado (2008, 116).

4 LIBERAIS? SIM! ESCRAVOCRATAS? TAMBÉM, POR QUE NÃO? CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONVIVENCIA DO IDEÁRIO LIBERAL NUMA SOCIEDADE EXCLUDENTE E ESCRAVOCRATA

A adoção pelo Brasil, formalmente - na Constituição de 1824 - e idealmente – de início pela intelligentsia e depois pela população em geral – de alguns princípios liberais não foi suficiente para a extinção do regime escravocrata. A questão da coexistência de liberalismo e escravidão e o eventual caráter paradoxal a ela inerente é trabalhado, *verbi gratia*, por Bosi (2001, p. 194 e ss.); Costa (1998, p. 23) e Faoro (2007, p. 109 *et passim*).

Em obra coletiva sob a direção de Sérgio Buarque de Holanda, mui bem se explicita que o Brasil. Com a adoção da Carta Política de 1824, adotava preceitos da Declaração Universal de Direitos do Homem, no mesmo passo em que, em louvor ao sacrossanto direito de propriedade, mantinha mais de 1 milhão de seres humanos cativos (2004, p. 167-168):

No Parlamento recitava-se o credo liberal. Incluíam-se na Carta Constitucional de 1824 as fórmulas que a Declaração dos direitos do Homem consagrara. Asseguravam-se as garantias individuais. Afirmava-se que a lei é a expressão da vontade do povo. Teoricamente, aboliam-se os privilégios e igualava-se a todos perante a lei, mas ao resguardar-se a propriedade como um dos direito inalienáveis e imprescritíveis do homem mantinha-se a contradição que se tornaria geradora de numerosos conflitos: faziam-se revoluções em nome da liberdade, mas em nome do direito de propriedade a nação mantinha escravizados mais de um milhão de homens.

Já na Introdução de seu ‘Da Senzala à Colônia’, Emília Viotti da Costa mostra a preocupação que lhe assaltara ao tempo de seus estudos sobre a escravidão em face da análise dos mecanismos dessa paradoxal relação liberalismo/escravagismo:

Um problema ainda nos preocupava: a análise do mecanismo pelo qual, em plena época do liberalismo, as classes dominantes encontraram subterfúgios conscientes ou inconscientes para justificar perante si mesmas e para manter, por mais de sessenta anos depois da independência, o regime da escravidão.

A estranheza ao binômio escravidão/liberalismo não é exclusividade de autores que estudam o tema sob a ótica histórica e social cunhada a partir do século XX. Na verdade, também dentre aqueles que eram contemporâneos do regime escravocrata no Brasil imperial se encontram manifestações sobre o assunto.

Por exemplo: no primeiro quartel dos 1800, a estranheza ao binômio escravidão/liberalismo era declarada por José Bonifácio de Andrada e Silva em sua ‘Representação à Assembléia Constituinte’ datada de 1823: “Mas como poderá haver uma Constituição liberal e duradoura em um país continuamente habitado por uma multidão imensa de escravos brutais e inimigos?”

Já Hipólito da Costa, em texto de novembro de 1822, assim se manifestara: “É idéia contraditória querer a nação ser livre, e se o consegue ser, blasonar em toda a parte e em todos os tempos de sua liberdade e manter dentro de si a escravatura, isto é, o idêntico costume oposto à liberdade”.

Desde logo, antecipa-se que o binômio liberalismo/escravidão pôde existir no Brasil em função de motivos econômicos herdados do sistema colonial (defesa dos interesses da grande lavoura e de seu instrumento maior de produção: o escravo). Tal vinculação econômica implicou, durante muito tempo, o seguinte: o arremate, o fecho dos argumentos escravistas, emancipadores e abolicionistas variava de acordo com a proximidade do defensor deles com o meio rural.

O obstáculo à inclusão do negro no conceito de detentor de direitos civis, a resistência a ampliar o conceito de cidadão, fica patente na leitura da ‘Carta aos senhores eleitores da província de Minas Gerais’.

No capítulo X dessa Carta, intitulado ‘Dos direitos políticos e civis’, Vasconcelos destaca a conquista do direito de propriedade do cidadão brasileiro, que antes tinha que se sujeitar ao arbítrio de agentes públicos de variadas patentes, inclusive com a inflição de penas “...porque não quis dar gratuitamente o que se lhe pedia da parte de um capitão-general, ou porque não cedeu à sultana favorita de qualquer mandão, o que ele julgava convir para seu recreio!!!” (p. 95).

Em seguida, tratando do avanço no respeito à liberdade individual: “A constituição, [que] regenerou a gente brasileira, proibiu a prisão antes da culpa formada...”(p. 96).

Assegurado à ‘gente brasileira’ era o respeito aos direitos individuais e à liberdade. Assegurados ao negro eram os grilhões.

No conceito de cidadão não cabem todos. Sua idéia é excludente. Mesmo entre brancos livres havia estratificação na participação política. A igualdade era a igualdade entre os cidadãos, conceito que não abarcava os escravos – aliás, não abarcava a maior parte da população brasileira em termos de direito ao voto. Essa igualdade era fruto da queda de uma monarquia despótica, detentora de um poder absoluto e ilimitado, cujo protagonista era um monarca tido por superior aos demais, que não eram detentores de direitos civis, que não eram cidadãos. Eram, então, súditos. No caso brasileiro, o mote principal era a independência do país à Portugal e sua caracterização conseqüente como Estado e a dos brasileiros como cidadãos, em nada inferiores aos portugueses. Os conceitos de soberania e igualdade se tocavam. Nas palavras de Lúcia Maria Bastos Pereira das Neves (2003, p. 159): “Uma das formas de concretização da idéia de igualdade foi a soberania, um dos conceitos que representou a tendência da impessoalização do poder, em oposição ao soberano da época do Antigo Regime, que designava uma autoridade pessoal e exclusiva. “

A pauta não era pela inclusão social. Aliás, mesmo para os cidadãos, para a ‘gente brasileira’, o exercício do voto não era plenamente assegurado. Por regras restritivas e escalonadas, baseadas em critérios de idade, sexo e censo, a maior parte da população brasileira livre não participava dos processos eletivos, conforme se depreende do artigo 91 da Constituição de 1824. Ainda com apoio em Neves: “Depreende-se que o conceito de igualdade social não se incluía nessa nova cultura política” (2003, p. 157).

Válido rememorar com Locke e Smith, por exemplo, que os liberais divisam na propriedade o fundamento primeiro do Estado. John Locke identifica a propriedade como causa da aceitação pelos indivíduos da vida em sociedade: “O maior e principal objetivo [...] dos homens se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum, é a preservação da propriedade.” (2005, p.92).

Na mesma linha, Adam Smith (1981, p. 374) faz a imbricação entre Estado e propriedade: “Onde não há propriedade, ou pelo menos nenhuma que exceda o valor de dois dias de trabalho, o governo civil não é tão necessário.” Essa relação de necessidade, afirmada de forma franca, se caracterizaria pela defesa da propriedade e dos proprietários em face dos desvalidos: “o governo civil, enquanto instituído para a segurança da propriedade, na realidade é instituído para a defesa dos ricos contra os pobres, ou daqueles que têm alguma propriedade contra aqueles não têm nenhuma.” (1981, p. 374).

E é por essa ordem de idéias que os modelos liberais implicaram a exploração dos que têm pelos que não têm, mesmo se o trabalho for assalariado. Basta aludir às agruras dos proletários ingleses e franceses tão bem retratadas por Charles Dickens e Vitor Hugo em ‘Oliver Twist’ (1838) e ‘Os miseráveis’ (1862). Na primeira metade do século XX, tal exploração, centrada agora na indústria e nas máquinas, foi denunciada pelo cinema em obras como ‘A nós a liberdade’ (1931), de René Clair, e sua releitura chapliana ‘Tempos Modernos’ (1936), e o alemão ‘Metrópolis’ (1927), de Fritz Lang, em que há inquietante cena da devoração de trabalhadores por uma máquina. Enfim, e para encerrar este parágrafo, eis a lição de Friedrich Engels acerca da exploração homem pelo homem (2000, p. 198):

A escravidão é a primeira forma de exploração, a forma típica da antiguidade; sucedem-na a servidão na Idade Média e o trabalho assalariado nos tempos modernos: são as três grandes épocas da civilização. A civilização faz-se sempre acompanhar da escravidão – a princípio franca, depois mais ou menos disfarçada.

Curioso anotar que no Brasil escravocrata do século XIX, era comum a crítica aos países europeus contrários ao tráfico e à escravidão por conta da miséria que passavam sua classe de trabalhadores: "um inglês trata cem vezes pior um criado branco e seu igual do que nós a um de nossos escravos", escreveu A. J. Mello Moraes em 1844. Alencar trabalharia o mesmo argumento em 1867. Fazendo alusão expressa a França e Inglaterra, (Alencar 2005, p. 109):

Se estas duas nações não podem lançar-nos a pedra, menos qualquer outra da Europa. O velho mundo tem em seu próprio seio um cancro hediondo que lhe rói as entranhas: é o pauperismo. O aspecto repugnante desta miséria em que jaz a última classe da sociedade, a degradação dessas manadas brutas, apinhadas em esterquilínios; rebaixa e avilta a humanidade mais do que a antiga escravidão.

Na sua esfera literária de auação, José de Alencar tratou expressamente do melhor passadio do escravo brasileiro frente à vida do trabalhador europeu do século XIX na obra 'Tronco de Ipê'. No ponto, vale destacar que Gilberto Freyre se disse tão impressionado com a obra alencarina, que chegou a aderir a esse posicionamento em trabalho redigido na aurora de sua vida acadêmica[5].

Em se tratando do binômio 'forma liberal de organização política e sistema escravagista', o Brasil não era único. Analisando o tema nos quadros econômicos-políticos do Brasil, de Cuba e dos Estados Unidos da América do Norte, e invocando John Locke, Rafael de Bivar Marquese conclui que: "O escravo estava fora da sociedade civil porque não havia participado do pacto que a instituíra, na medida que não era proprietário sequer de si mesmo" (2003, p.138).

De fato, Brasil, Cuba e Estados Unidos da América do Norte, especificamente os estados sulistas, comungavam características: economia baseada em agricultura de exportação, destinada à exportação e de mão-de-obra escrava. Variava a monocultura: café, cana-de-açúcar e algodão. Não variava a mão-de-obra: escravos negros. Por isso, mui acertada a observação de Costa: "A escravidão moderna, aquela que se inaugurou no século XVI, após os descobrimentos, é uma instituição diretamente relacionada com o sistema colonial" (1998, p. 17).

No liberalismo luso-brasileiro, bem observa Faoro (2007, p. 109), não era a escravidão a nota mais anormal:

A anomalia desse liberalismo não era a convivência com a escravidão, mas a nota tônica do sistema constitucional, colocada no Estado, e não no indivíduo, em seus direitos e garantias [....] O liberalismo não é inconciliável com esse escravismo. A participação popular no liberalismo, ao contrário da democracia, exclui da cidadania não apenas o escravo, mas os setores negativamente privilegiados, aqui e na Europa, sem escândalo ofensivo.

Bosi, que considera ser o paradoxo liberalismo/escravidão apenas de ordem verbal, e não real (2001, p. 195), também trabalha idéia semelhante a de Faoro sobre o liberalismo brasileiro vigente até a primeira metade do Século XIX (p. 217):

O seu liberalismo, parcial e seletivo, não era incongruente: operava a filtragem dos significados compatíveis com a liberdade intra-oligárquica e descartava as conotações importunas, isto é, as exigências abstratas do liberalismo europeu que não se coadunassem com as peculiaridades da nova nação.

Do muito que cabe na moldura do amplo conceito 'liberalismo', foi possível a manutenção da escravidão, por ser fator necessário à produção agrícola de exportação e por constituir o escravo uma propriedade a ser preservada.

5 REFERÊNCIAS

ALENCAR, José de. **Cartas a favor da escravidão.** PARRON, Tamis. (org.). São Paulo: Hedra, 2008.

_____.**O Guarani**, Fortaleza: Edições UFC, 2006.

ALENCAR, Mário et al. **Alencar 100 anos depois**. Fortaleza: Academia Cearense de Letras, 1977.

ASSIS, José Maria Machado de. Memórias Póstuma de Brás Cubas. In: ASSIS, Machado de. **Obra completa em quatro volumes**. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 2008, v. 1.

BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização**. 4. ed. 6. tir. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização**. 4. ed. 6. tir. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

COSTA, Emília Viotti da. **Da senzala à colônia**. 4. ed. 4. reimpr. São Paulo: Editora UNESP, 1998.

COSTA, Hipólito José. **Hipólito José da Costa.** PAULA, Sergio Góes de. (org.). São Paulo: Editora 34, 2001.

CONRAD, Robert. **Os últimos anos da escravatura no Brasil**, 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

FAORO, Raymundo. Existe um pensamento constitucional brasileiro? In: COMPARATO, Fábio Konder. (org.). **A República inacabada**. São Paulo: Globo, 2007.

FREIRE, Gilberto. **Reinterpretando José de Alencar**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1954.

_____. **Casa-Grande & Senzala**. Rio de Janeiro: Record, 1998.

FREIXIEIRO, Fábio. **Alencar**: os bastidores e a posteridade. Rio de Janeiro: Museu Histórico Nacional, 1977.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do Espírito**. Petrópolis: Editora Vozes, 1992, Parte 1.

HOLANDA. Sérgio Buarque et. al. **História Geral da Civilização Brasileira**: o Brasil monárquico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, v. 5.

IANNI, Octávio. **Escravidão e racismo**. São Paulo: Editora Hucitec, 1978.

MARQUESE, Rafael de Bivar. Paternalismo e governo dos escravos nas sociedades escravistas oitocentistas. In: FLORENTINO, Manolo; MACHADO, Cacilda. (orgs.). **Ensaios sobre a escravidão**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

NETO, Lira. **O inimigo do Rei**: uma biografia de José de Alencar. São Paulo: Globo, 2006.

NEVES, Lucia Maria Bastos Pereira. **Corcundas e Constitucionais**, Rio de Janeiro: Revan/ Faperj, 2003.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e sociabilidade**. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

PATTERSON, Orlando. **Escravidão e morte social:** um estudo comparativo. Trad. Fábio Duarte Joly. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

SILVA, Ana Rosa Cloclet. **Construção da nação e escravidão no pensamento de José Bonifácio:** 1783-1823. Campinas: Editora da Unicamp, 1999.

SILVA, José Bonifácio de Andrada. **José Bonifácio de Andrada e Silva**. CALDEIRA, Jorge. (org.). São Paulo: Editora 34, 2002.

SODRÉ, Nelson Werneck. **História da Literatura Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1969.

TREECE, David. O indianismo romântico, a questão indígena e a escravidão negra. In: **Novos Estudos -** CEBRAP, n. 65, p. 141-151, mar. 2003.

VASCONCELOS, Bernardo Pereira. **Bernardo Pereira de Vasconcelos**. CARVALHO, José Murilo. São Paulo: Editora 34, 1999.

VAZ, Enrique Cláudio de Lima. Senhor e Escravo: uma parábola da filosofia ocidental. In: TOLEDO, Cláudia; Moreira, Luiz (orgs.). **Ética e Direito**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

---

[1] Para Henrique Cláudio de Lima Vaz, o tratamento hegeliano da dialética do senhor e do escravo encerra verdadeira "parábola da filosofia ocidental" (2002, p. 183 e ss).

[2] Em sentido contrário ao entendimento hegeliano, por considerar que a escravidão não constituiria um impasse existencial para o senhor, uma vez que ele travava também contacto com outros homens livres. (PATTERSON, 2008, p. 150-151).

[3] Aqui cabe defesa do posicionamento de José Bonifácio. É que seu projeto de emancipação gradual demandaria de 4 a 5 anos para levar à plena liberdade dos escravos e foi redigido em 1823. Ou seja: ainda em fins da década de 1820 seria o Brasil um país sem escravos. Como é de sabença comum, Lei Áurea é de 1888.

[4] "Se a escravidão não fosse inventada, a marcha da humanidade seria impossível [....]" (2008, p. 66). "Sem a escravidão africana e o tráfico que a realizou, a América seria hoje um vasto deserto (2008, p. 69-70).

[5] Vide FREYRE, 1954, p. 31.

LITERATURA VIRTUAL OU ANOTAÇÕES À MARGEM DO DIÁRIO DE MINA HARKER*

VIRTUAL LITERATURE OR ANNOTATIONS IN THE MARGINS OF THE DIARY OF MINA HARKER

Wilson Madeira Filho

RESUMO

Mina Harker, a quem alude o subtítulo, é a personagem de Bram Stoker no clássico Drácula, romance publicado em 1897. É a personagem central do romance e que, literalmente, organiza a narrativa, a qual testemunha o ocaso novecentista – e a emergência de uma modernidade asséptica em luta contra o passado brutal tornado superstição. Falar de literatura virtual no início do século XXI, recorrendo a um clássico literário de mais de um século, que abordou justamente o poder das inovações tecnológicas e do discurso científico consagrado diante de hipóteses estéticas e metalingüísticas sobre a percepção talvez não signifique apenas um recurso "barroco", mas pretenda apurar justamente o nosso estatuto de "modernidade". Stoker em seu romance enuncia, através das falas dos personagens, muito do que viria a se incorporar na análise de Freud, na crítica aos métodos terapêuticos e à noção de "cura", assim como seu ponto-de-fuga na massa popular de trabalhadores potencialmente vampíricos invoca uma crítica ao Estado burguês.

PALAVRAS-CHAVES: MODERNIDADE; LITERATURA VIRTUAL; DRÁCULA

ABSTRACT

Mina Harker, who refers to the subtitle, is the character of the classic Bram Stoker's Dracula, novel published in 1897. It is the central character of the novel and, literally, organizes the narrative, which witnessed the sunset nineteenth - and the emergence of a modern aseptic in fight against superstition become brutal past. Speaking of virtual literature at the beginning of the XXI century, using a old literary classic, which addressed precisely the power of technological innovation and scientific discourse of assumptions set forth on the aesthetic and metalinguistic awareness may not only mean a resource "Baroque", but we want to determine precisely the status of our "modernity". Stoker in his novel states, through the speeches of the characters, much of which would incorporate the analysis of Freud, in criticism and the therapeutic methods to "cure", as its point-of-flight mass popular in workers potentially ghoulish raises a criticism of bourgeois rule.

KEYWORDS: MODERNITY; VIRTUAL LITERATURE; DRACULA

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Mina Harker, a quem alude o subtítulo, é a personagem de Bram Stoker no clássico **Drácula**. É a personagem central do romance e que, literalmente, organiza a narrativa. E é através das atitudes e das anotações dessa personagem que testemunha o ocaso novecentista que conjeturamos adentrar, uma vez convidados, as janelas do mundo virtual, em especial a literatura virtual.

Contudo, devemos, num primeiro momento, saber se existe o objeto sobre o qual pretendemos falar e, por sua vez, para saber se existe uma literatura virtual, será necessário conhecer o seu conceito, ou fornecer-lhe um. É claro que o simples fato de falar sobre alguma coisa já lhe empresta verossimilhança, dá-lhe existência, ainda que uma existência *virtual*. Ë como diz o velho ditado, o maior truque do demônio é convencer que ele não existe. Assim, entre a discrição de unicórnios e a decifração dos hieróglifos da *golden section*, algumas das questões que primeiro se nos apresentam é saber se estamos falando de uma nova percepção artística ou se se trata apenas de uma questão de forma, de novas tecnologias, e, portanto, o tema abordaria assuntos como a prosa de ficção veiculada pela internet ou a disponibilização de acervos bibliográficos através de *downloads*. Ou nada disso e sim a ameaça de entrar em decadência a técnica da leitura pela consagração de hipermeios. Ou tudo isso, com a adesão do multivariado e a fragmentação do sujeito trazendo à tona o pastiche da psicanálise, fazendo do eu um átomo disperso na energia semiótica, trapezista no abismo do ciberespaço.

A INVENÇÃO DO LEITOR

Mina Harker nos fornece a pista para a virtualidade, pois, no romance publicado em 1897, é a personagem que plasma justamente o domínio *hermético* sobre as diferentes linguagens. Trata-se o **Drácula** de Bram Stoker de uma sátira ao romance epistolar e, como neste gênero, desenvolve sua narrativa através da junção de documentos esparsos, trechos de diários (taquigrados, gravados ou *até* escritos normalmente), reportagens de jornal, telegramas de firmas, bilhetes, memorandos etc. Curiosamente, na metade exata do romance, Mina Harker resolve “organizá-lo”, de forma a auxiliar os demais personagens a entenderem o que acontecera até aquele momento - lendo o material que o leitor já conhecia - e melhor se qualificarem para a segunda metade da trama. De forma muito habilidosa, portanto, os personagens se tornam leitores da própria obra e, inversamente, o elemento virtual, supra-real, o vampiro/leitor, é absorvido na trama como estrutura invisível, penetrando e corrompendo a lógica romântica.

Em linhas gerais, **Drácula** tem sua ação em dois planos estruturais muito bem urdidos. Na primeira metade do romance, por cerca de 200 páginas o leitor é apresentado a visões fragmentadas, testemunhando narrativas parciais de personagens diversos. O estilo é verdadeiramente cinematográfico, não fosse se antecipar à própria indústria do cinema – não à toa haver sido um dos primeiros romances adaptados para tela, no **Nosferatu** de F. W. Murnau, em 1922. O leitor, portanto, nessa primeira metade, é levado, desde a seqüência inicial, para uma atmosfera de expectativas

surpreendentes, onde o terror é sempre sugerido e nunca explícito. É a nossa imaginação que quer se antecipar à narrativa e "adivinhar" o vampiro e sua onipresença. Mas o texto em si nada afirma, ou melhor, tudo é sugerido e o texto é cúmplice do leitor, e de diversas formas: a um tempo se diverte junto com ele num jogo de esconde-esconde, de novela de mistério, onde a ameaça virtual pode, a qualquer momento, se materializar, como também, no plano da composição, a obra se quer um mosaico de documentos super-presentificadores, realizados "em tempo real", praticamente no instante exato da ação (os personagens, muitas vezes exaustos, em meio à trama, sentem a necessidade de explicar sua compulsão pelo registro veriditório dos fatos). A tal ponto que, no momento da virada da história, o personagem Quincey Morris – paródia burlesca do herói do Novo Mundo – exclama, incrédulo, para o Professor Van Helsing, já prestes a cravar a estaca no coração da mulher vampiro:

_ Professor... eu me responsabilizei, voluntariamente, pelo senhor, há bem pouco tempo. Portanto, agora quero ouvir a sua explicação. Entenda que jamais lhe faria essa pergunta, em outras circunstâncias. Nunca o desonraria, sugerindo que duvido de sua palavra. Mas aqui estamos diante de um mistério que supera qualquer conceito conhecido sobre honra e desonra. Esta trama está sendo urdida pelo senhor?[1]

A pergunta não atua apenas como anticlímax, buscando emprestar verossimilhança para a seqüência a seguir, mas se insere como questão crucial diante do estilo multicomposicional do romance. Afinal, quem está a urdir a obra? Quem é, se o há, o verdadeiro autor, mascarado pela polifonia? Pois, nesse momento, a imaginação do leitor já ocupou todas as lacunas, já se apropriou da narrativa e busca antecipar a trama, identificando-se psicologicamente com a autoria e quase mesmo buscando alertar os personagens do perigo iminente. De certa forma o leitor *sabe* que ele é o próprio vampiro, uma vez que sua posição estratégica mimetiza, em muito, a presença sobrenatural da Coisa, que, conforme a narrativa do timoneiro do *Deméter*, faz sentir sua esmagadora e terrível presença, como um olhar invisível que sobrepaira permanentemente. Assim, talvez seja ele, o leitor, a Coisa que está lá fora, urdindo a trama. Talvez tenha sido ele quem, até agora, guiou nosso passos até aqui, se transubstanciando enquanto insondável, irracional, fragmentário, disperso e fluído – numa seqüência de "possibilidades impossíveis" como o descreve o cético Dr. Seward, a voz da ciência dogmática no enredo.

Ora, quando, na metade exata do romance, Mina Harker tem acesso aos diferentes diários e documentos e, complementando sua pesquisa nos jornais, resolve disponibilizar o material para os demais personagens, igualando-os ao leitor, posiciona-se a narrativa diante de um desafio semiológico, inserindo-se na tradição de um verdadeiro "jogo de linguagem"; na realidade como um proto exemplar, antecipando Wittgenstein e as performances pós-modernas[2]. O esquema metalinguístico estaria dialogando, no fundo, com similares clássicos, como a **Odisséia**, de Homero, na passagem em que Ulisses, no palácio de Alcínoo, ouve o aedo cantar as próprias aventuras dele, Ulisses, na tentativa de retornar à Ítaca. Ou, ainda, o **Quixote**, quando, no segundo volume, escuta as críticas à primeira parte da obra. Ou mesmo o **Hamlet** – e aqui vale lembrar que Stoker foi, durante muitos anos, o diretor do Royal Lyceum

Theatre de Londres e secretário particular do famoso ator shakespeareano Henri Irving – que introduz, no interior da peça, uma companhia de teatro interpretando a própria história de Hamlet[3]. No plano formal do "romance de mistério" que **Drácula** também é, trata-se de localizar e combater o responsável por tudo, o conde maligno. Mas, no plano estilístico, elabora-se uma armadilha para o leitor romântico, plasmado na trinca dos jovens protagonistas.

Veja-se que, já no terceiro parágrafo do romance, somos apresentados à Mina, então Mina Murray, noiva do primeiro narrador, Jonathan Harker, funcionário de uma firma comercial, em viagem de negócios à Transilvânia. Ela é o primeiro nome citado na narrativa, por assim dizer a primeira corporificação, a primeira referência externa, criando um entrelace espacial que se manterá por toda a estrutura do romance. Mina antecipa mesmo a referência a Drácula – e a eficiência narrativa fará sempre essa justaposição. Contudo, no correr da primeira parte da narrativa, Mina, aparentemente, irá ceder espaço para Lucy Westenra, a doce jovem casadoira, que é pedida em casamento, no mesmo dia, pelos três heróis do romance, o Dr. Seward, o intrépito americano Quincey Morris e o aristocrático Arthur Holmwood. A escolha recai sobre esse último, fazendo, todavia, com que os outros dois – antigos companheiros figadais em batalhas na Coréia e em expedições por todo o planeta – convirjam, de maneira tácita, para um compromisso "helênico" de garantidores da felicidade do casal. Ocorre, contudo, que Lucy começa a ficar anêmica, tem crises de sonambulismo e piora sistematicamente. A trama ganha complexidade por uma espécie de cortejo de mortos que paira como uma espécie de *pano-de-fundo*. Ocorrem mortes "paralelas", propiciadas pelo estado de saúde delicado justamente da mãe de Lucy e do pai de Holmwood, eventos aparentemente superficiais e de mera sustentação do clima de mistério, mas que possibilitam, como veremos adiante, uma completa alteração da lógica aparente. Tal quadro, na realidade, já houvera sido introduzido, com habilidade, por Mina, em uma de suas primeiras longas descrições em seu diário, ao narrar o "pitoresco" encontro com o velho marinheiro no cemitério da colina e como este apontara, com ceticismo crítico, que, por trás das homenagens nas lápides, outra história, absconsa, far-se-ia notar. De todo modo, na ausência do noivo a cuidar de Lucy, o amigo Seward, médico, é o mais indicado para fazê-lo com apego. Ocorre, por sua vez, que Seward é um jovem cientista, entusiasmado com novas teorias sobre a mente humana e que realiza experiências a partir do comportamento dos internados no asilo mental onde é diretor. Desse modo, as observações que registra sob o caso clínico de Lucy são relatadas em paralelo com os progressivos avanços na crise de um aparente oligofrênico zoófago, de nome Renfield. Ora, o caso Lucy extrapola o conhecimento do jovem médico, o qual, pelas razões íntimas que o uniam à moça, pede, por sua vez, socorro a seu velho mestre, o famoso professor Van Helsing, o qual, ao entrar em cena, será uma espécie de leitor ideal racional, adivinhando praticamente de imediato a secreta trama, contraponto permanente não a Drácula, mas a Mina, que mobiliza a secreta escrita.

Entrementes, o sangue de Lucy parece se esvair a cada noite. Van Helsing procede a transfusões de sangue sucessivas com os três apaixonados e, numa quarta noite, se vale do seu próprio sangue para reanimar a jovem, atormentado pela promiscuidade simbólica, ao considerar que, por vias naturais, a mistura de sangue só se dá através do ato sexual e, portanto, de forma alegórica, a jovem moribunda teria se deixado penetrar por quatro homens. O esforço é em vão. As forçar que parecem estar a espreitar nas sombras levam a melhor e a jovem morre. Claro, a essa altura a

zumbificação já fôra intuída pelo professor, o qual expõe para Seward sua teoria sobre o ressurgimento de Lucy como vampira e arrasta todos os jovens para o mausoléu, onde estes, atônitos, se deparam com a terrível visão.

Ao nos avistar, Lucy – eu ainda chamo assim aquela Coisa a nossa frente porque ela se apresentava sob a aparência da jovem a quem eu amara – deu um salto para trás e soltou um rosnado raivoso, como o de um felino acuado. Então, seus olhos pousaram sobre nós. Eram os mesmos olhos apenas na forma e na cor, porque agora refletiam uma obscena impureza e o brilho das chamas do inferno, não mais a ternura e a gentileza que a tornavam mais bela e nós conhecíamos tão bem. Nesse momento, aquele amor que ainda vivia em meu peito se transformou em ódio e repugnância. Se precisávamos mesmo matá-la, eu o faria com uma satisfação selvagem.[4]

É o momento da virada no romance, cuja segunda metade irá parodiar a primeira, com Mina assumindo o lugar de Lucy. E, mais do que isso, com a invenção do leitor como personagem central, compondo a história e, paradoxalmente, sendo assediado pela ironia "irracionalista", que surpreende o leitor da época em suas expectativas, valendo-se da heroína burguesa para atraí-lo a uma armadilha. O que está em jogo é o modelo tradicional do romance burguês e sua tecnologia. Trata-se, agora, da discussão de uma outra lógica, cujas pantomimas a seguir sobre o anticristo serão novos disfarces do projeto irônico.

REPRODUTIBILIDADE TÉCNICA

Em célebre ensaio[5], Walter Benjamin analisa algumas transformações na dinâmica histórica da narrativa, abstraindo-as de um painel evolucionista. Desse modo, faz concorrer momentos diferenciados da narrativa, como a narrativa oral – quando o narrador mergulhava a história em sua própria vivência, fazendo-a emergir como produto de um conhecimento comunitário -, a narrativa escrita – com o surgimento da tecnologia do livro, e o projeto de manutenção de um "aconselhamento" por meio de um saber que, ainda que retirasse o contato físico entre os interlocutores, permitiria um contato "virtual" com o outro – e o jornal – onde a função emotiva da comunicação daria lugar ao absolutamente referencial, à informação, subsidiando o cotidiano. E Benjamin refere:

Cada manhã recebemos notícias de todo o mundo. E, no entanto, somos pobres em histórias surpreendentes. A razão é que os fatos já nos chegam acompanhados de explicações. Em outras palavras: quase nada do que acontece está a serviço da narrativa,

e quase tudo está a serviço da informação. Metade da arte narrativa está em evitar explicações (...) O extraordinário e o miraculoso são narrados com a maior exatidão, mas o contexto psicológico da ação não é imposto ao leitor. Ele é livre para interpretar a história como quiser, e com isso o episódio narrado atinge uma amplitude que não existe na informação.[6]

O que caracteriza a narrativa enquanto tal, portanto, seria o grau de vivificação possível, preferindo o autor justamente o modelo mais antigo, a narrativa oral, em face de sua imersão no narrado, que surge como experiência de vida, ainda que de vida alheia, experiência de outro, transposta pelo filtro das próprias experiências, que emprestam tonalidades e cenários, pontos acrescentados ao conto. A informação, por sua vez, soa como *desumana*, na medida em que se afasta da interpretação e vive de sua própria atualidade, esgotando-se em sua enunciação, forma que torna obsoleta a antiga técnica.

Porém esse processo vem de longe. Nada seria mais tolo que ver nele um "sintoma de decadência" ou uma característica "moderna". Na realidade, esse processo, que expulsa gradualmente a narrativa da esfera do discurso vivo e ao mesmo tempo dá uma nova beleza ao que está desaparecendo, tem se desenvolvido concomitantemente com toda uma evolução secular das forças produtivas.[7]

Em outro ensaio conhecido[8], Benjamin se valerá da metáfora da aura artística, explicando que, à medida que surgem novas tecnologias para a reprodutibilidade técnica da obra de arte, a técnica anterior resgata, gradativamente, seu estatuto de arte, uma vez que se particulariza no objeto sua especialidade, sua diferença em relação à mera reprodução. Desse modo, a litografia em relação à ilustração jornalística ou a fotografia em relação ao cinema, por exemplo, recuperariam certa identidade, uma vez livres das cadeias da lógica dos meios de produção. Do mesmo modo, acrescentaríamos, as coleções, quaisquer que sejam, selos, canetas, tampas de refrigerante, implicariam em retirar tais objetos de uma lógica de produção de mercado e em inseri-las em uma lógica outra, estética, onde o objeto é referido em sua particularidade; como a primeira edição de uma obra rara se torna particularíssima e de valor maior ao próprio conteúdo, apreensível em uma edição recente ou disponibilizado numa *home page*.

Essa intimidade "perdida" com a matéria narrável, aproximada por Benjamim, a um tempo, pelo conteúdo, a um estágio de infra-vivificação e, quanto à forma, à obsolescência técnica, participariam de uma dinâmica de relação do narrador com a memória, que distingue em dois momentos, a partir da fragmentação de uma origem comum da *reminiscência* (Mnemosyne) presente na épica grega: de um lado a *memória*, musa da narrativa e, de outro lado, a *rememoração*, musa do romance moderno. Nesse sentido, avançando onde o autor propositadamente não o fez, a não ser de forma fluída – tornando o tempo elemento narrável, não à toa messiânico e, paradoxalmente, atemporal[9] – seria o caso de perguntar qual a relação da narrativa virtual na era contemporânea, onde um narrador "pós-moderno" estaria a partilhar uma Memória

Coletiva, um Banco de Dados, uma vez esgotadas as grandes rememorações da História, ou, mais ainda, esgotada a capacidade de memória das musas ou, talvez, e inversamente, relacionando a aura artística justamente a sua hiper-reprodutibilidade, e retomando as musas na forma hierofântica das CPUs.

Mina Harker, em pleno 1897, plasma justamente esse debate. A começar pela compulsão narrativa em relatar cada fato do cotidiano em seu diário, que se torna o suporte documental para a compreensão de uma era - e ela tem a plena noção da função "sociológica" e historiográfica de seu registro. Estão lá, de forma fantasmagórica, as falas do povo e os embates causados pela revolução industrial e pela revolução social que se acerca das conquistas da revolução burguesa. Sua compulsão narrativa se espalha, *como um vírus*, pelos demais personagens, que, convencidos da necessidade do registro, saem anotando os fatos, num "trabalho de campo" coletivo, no correr da segunda metade do romance.

Com a eliminação de Lucy por Van Helsing, Mina vem, de forma explícita, a ocupar o centro da narrativa. Havendo resgatado seu noivo em um mosteiro, onde este quedara, traumatizado, confundindo realidade e fantasia, em constantes delírios após fugir do castelo de Drácula, ela começa por juntar as extremidades da narrativa e, ao mesmo tempo que Van Helsing, que percorrera o caminho da análise científica, chega às mesmas conclusões. Capaz de velocidade no registro pelo domínio da estenografia, Mina vem a se apoderar, após o contato com o Dr. Seward, de duas novas tecnologias emergentes: a fotografia e o gravador. Ë notável a passagem em que traduz as gravações organizando o livro:

> Para ser honesta com o senhor, acabei por me comover, mais do que podia imaginar, com o seu intenso sofrimento. Esse gravador é um instrumento maravilhoso, mas cruelmente verdadeiro. A cada frase se revelava, com dolorosa realidade, a profunda angústia que o consumia. Foi como escutar uma alma chorando sua dor, um sofrer destinado somente aos ouvidos de Deus. Ninguém mais, neste mundo, deve ouvi-las! Sabe... quis ser-lhe útil e transcrevi tudo, palavra por palavra. Agora, ninguém, além de mim, precisará sentir o pulsar de seu coração.[10]

A passagem inicia toda uma seqüência admiravelmente ambígua, onde o leitor desconfiado, já vê em Mina uma proto-vampira e observa, como ela mesma ensinou a fazer, os duplos sentidos em cada frase, numa interpretação em abismo que coloca em cheque a própria psicologia cognitiva e analítica da ciência novecentista, apontando intuitivamente para conquistas similares à descoberta do inconsciente por Freud.

Ocupando o lugar de Lucy no imaginário masculino, Mina irá se movimentar de forma entre perpicaz e hardilosa. Será o centro das atenções por sua meiguice e pelo exemplo de esposa prática e dedicada e Jonathan simbolizará o noivo escolhido, o novo Menelau, a ter sua felicidade conjugal defendida pelos heróis. O sensualismo condenado na Lucy morta-viva estará agora presente permanentemente, anunciando, à espreita, o adultério com o vampiro. A própria presença de Mina entre os vários personagens, todos homens, todos, mesmo o velho Van Helsing, em pleno "cio", reclamará a

presença sutil da sensualidade, envolvendo-os e alternando o enredo. Mina começará a passar, sob a vista dos protagonistas, pelas mesmas fases de palidez e desfalecimentos que Lucy. Estrategicamente, todo o grupo resolve se alojar na grande morada que é o asilo do Dr. Seward e será justamente Renfield, o alienado mental no andar de baixo, o único que irá perceber o que está ocorrendo. Entrementes, os personagens, aturdidos, masculinos, prenhes de Razão, procurarão dar conta do monstro, identificando seus esconderijos e destruindo seus caixões, sem atentar para outro perigo maior, irracional, feminino, que a todos envolve na solidão das noites escuras, a sensualidade instintiva que desperta no uivo dos lobos e no bater das asas atrozes.

Mina se aproxima de cada um, com paciência, com afeto de irmã, de amiga, de mãe, faz com que chorem em seus ombros e se penitenciem diante dela. Com maestria enfrenta Van Helsing em uma cena aparentemente pueril, quando, ainda coletando o mosaico de informações, entrega ao professor o original de seu próprio diário.

Mas não pude resistir à tentação de pregar-lhe uma peça – suponho que o sabor da simbólica maça oferecida por Eva ainda permaneça em nossas bocas – e entreguei a ele o meu diário original, inteiramente escrito em caracteres estenográficos. Van Helsing o recebeu e me fez uma profunda reverência.

- Permite que eu o leia, madame?

- Se assim o desejar... – respondi, no tom mais natural possível.

Ele abriu-o e, por um breve instante, a sua fisionomia retratou o mais profundo desapontamento. Então, levantou-se da cadeira em que se sentara e curvou-se diante de mim.

- Oh, que mulher instruída! Sei, há muito tempo, que o Sr. Jonathan era um homem cheio de gratidão, mas vejo agora que tem muitos motivos... Afinal, sua esposa possui todas as qualidades! Poderia dar-me a honra de traduzir este texto para mim? Infelizmente, não aprendi estenografia!

A esta altura minha brincadeira já terminara e eu me sentia quase envergonhada por ter cedido à tentação de fazê-la. Rapidamente, peguei a cópia datilografada em minha cesta de costura e entreguei a ele.[11]

Vale dizer, Mina, através de um artifício simples, esclarece para o leitor que, apesar da caricatura doméstica, apenas ela exerce o domínio sobre a veracidade do que está sendo narrado. Foi ela quem juntou os documentos, quem realizou as pesquisas, quem traduziu os diferentes sinais e dominou as diferentes tecnologias. O único outro personagem a sua altura não o fôra capaz. Ela, então, assume a autoria e conduz o mosaico narrativo, selecionando o que deve enformar o relato. Por assim dizer, é ela quem define os limites da racionalidade, indicando, em negativo, as *limitações* dessa mesma racionalidade. Toda a história pode ser o fruto de sua imaginação de mulher, pode ser a emergência de

um discurso proibido, contido, irracional, o discurso de Lilith, ou a abertura da caixa de Pandora da modernidade.

A ambigüidade de Mina torna-se ainda mais admirável quando ela mesma a anuncia aos personagens, mais uma vez estupefatos com suas habilidades e sagacidade. Van Helsing, em diversas momentos, irá classificá-la como sendo dona de uma inteligência "masculina". Em determinada altura, após ser flagrada pelos protagonistas, sorvendo o sangue no peito do vampiro, em uma atmosfera quase pornográfica, ela mesma, ao expor uma estratégia, é quem revela:

- Eu não ignoro que, se Drácula me chamar, terei de ir ao encontro dele. Se me pedir que vá em segredo, recorrerei a toda a minha astúcia para atendê-lo e encontrarei algum artifício para atingir esse objetivo... Usarei até mesmo Jonathan.[12]

E a partir daí sugere que, no período que antecede ao por do sol e ao amanhecer seja hipnotizada pelo professor, que será capaz de saber, desse modo, o que sente o conde, valendo-se dela como uma espécie de rádio. O estranho dispositivo dá certo e será utilizado em diversos momentos até o final do romance, mapeando a caça ao vampiro, em toda a travessia do Danúbio e pela Transilvânia.

A REVOLUÇÃO SOCIAL

Há quem afirme que os avanços tecnológicos na mídia, criando as comunidades virtuais, representam a emergência de um modelo mais livre ou, pelo menos, menos controlado de comunicação. É nesse sentido que alguns ativistas do IMC – *Independent Media Center* – propõem a criação de uma rede de protestos, veiculando narrações radicais e versões apaixonadas da verdade. E sua atuação, criando narrativas paralelas aos informes oficiais e a cobertura da mídia empresarial em eventos como as reuniões da OMC – Organização Mundial do Comércio - possibilitou apurar externalidades e protestos até então pouco veiculados. Essa nova modalidade de reação, distinta da militância política convencional de estatuto ideológico, permitiria uma nova articulação, a um tempo pela emergência das individualidades como, sobretudo, pela possibilidade de "multidões instantâneas" e a composição e decomposição permanente de comunidades virtuais.[13]

No exercício de polifonia do romance **Drácula**, onde a fala de personagens variados se mistura à notícias de jornais, telegramas etc., em diversos momentos se registram falas populares, muitas vezes carregadas de picardia. Logo no início temos a conduta de

trupes ciganas no castelo de Drácula, e, em seguida, com a mudança de cenário para a Inglaterra, a fala do velho marinheiro, que diverte as meninas Mina e Lucy. Em seguida, temos o relato do timoneiro do *Deméter* e, logo depois, um recorte de jornal nos dá conta de outro tipo exótico, o zelador do Jardim Zoológico, relatando a fuga de um lobo. Renfield, na primeira parte da história, retratará um tipo bruto, imbecilizado. Mais adiante teremos os testemunhos de empregadas domésticas, de carregadores, a força física de enfermeiros e o registro de falas de outros trabalhadores. Todos gente simples, facilmente domináveis pelo vampiro, que, a exemplo de formas irracionais, como os cachorros e morcegos, leva a crer em seu domínio sobre o universo da racionalidade vulgar, não-Iluminista.

Concomitante aos acontecimentos, porém, o cortejo de mortes paralelo à história, elabora o desenho social de um conflito. Num primeiro momento, a viagem de Jonathan à Transilvânia, sujeitando-se às extravagâncias do conde, levam a crer em um aplicado funcionário de uma firma comercial atendendo aos caprichos de um cliente muito rico. Quando Jonathan vier a ressurgir na trama, casando-se com Mina na enfermaria de um mosteiro, quase imediatamente será beneficiado com a morte do dono da firma que, súbito, deixa-lhe todos os seus bens, uma vez que não possui herdeiros e identifica no excelente funcionário, pessoa merecedora de suas posses. Por sua vez, no outro lado da trama, a mãe de Lucy havia deixado um testamento estranho, deixando seus bens para Arthur Holmwood, o que deixa embasbacados os próprios procuradores da Sra. Westenra, que entram na trama apenas para manifestar seu estranhamento. O desolado Arthur, que perde a noiva em condições tão terríveis, se beneficia, contudo, de todos os seus bens e dos bens de seu próprio pai, que falece igualmente na mesma ocasião, deixando-o ainda mais rico, além de conferir-lhe o título de nobreza, passando o personagem a ser designado, doravante, como Lorde Goldaming, cujo título se antecipará à trupe de caça-vampiros, abrindo portas e *molhando* mãos.

A lógica narrativa, portanto, que já se polarizara em pares opostos como masculino e feminino e razão e irracionalismo, plasmará, então, um conflito de classes, onde as expectativas do leitor convencional do final do século XIX estarão contextualizadas em um lugar-comum, que coincide com os temores de um leitor burguês, cristão, a esperar que as heroinas sejam salvas do vilão no último momento e a bradar, como o protótipo mais ingênuo dos protagonistas, o americano Quincey Morris, uma coragem resoluta para enfrentar o perigo. Todavia, há um outro saber que, junto com o vampiro, perpassa toda a paciente referencialidade. E mesmo na curiosa discrição da Londres de então, a mega cidade, o centro do mundo, escolhido pelo vampiro para inicio de um empreendimento mais ousado do que a conquista da Turquia em séculos passados, habita uma não-cidade, uma selva obscura, que rodeia o mundo moderno com sua natural ameaça. O castelo de Drácula posiciona-se justamente nessa *trans selva*, num mundo referido pelos heróis burgueses como exótico, capaz de proporcionar férias curiosas, fosse outro o momento, e repleto de excentricidades e temperos novos, como a *paprika*, anunciada na primeira página.

Duas passagens, em especial, são interessantes, nesse sentido. Na primeira delas, encurralado por seus perseguidores, Drácula salta por uma janela, fugindo à armadilha. Já a uma distância segura, se volta para o grupo e ameaça:

- Pensaram mesmo que conseguiriam me frustrar? Logo vocês, com suas caras brancas, lado a lado como carneiros no matadouro? Ainda vão ter muito do que se arrepender! Ficaram certos que haviam suprimido todos os meus refúgios, não é? Pois me restam outros mais! Minha vingança está apenas começando! Comecei a executá-la séculos atrás e o tempo é meu aliado.[14]

A fala do conde é, guardada as proporções, quase um brado de revolta de uma classe subalternizada, cujo ódio, amadurecido em séculos de servidão, aguarda o momento de uma revolução social, com a conseqüente inversão de valores e a tomada dos bens e riquezas. Drácula, nesse momento, é praticamente um herói popular, paladino das sombras, que resgata uma cultura marginalizada e um mundo de valores relegados pela *urbis*, os quais, agora, retomam seu espaço natural habitando as frestas da razão moderna, maior símbolo da vaidade da elite.

Na segunda passagem, o líder intelectual do grupo, o professor Van Helsing, se diverte relatando como conseguiu enfrentar o linguajar dos marinheiros do porto para descobrir em qual navio o vampiro embarcara com seu caixão.

O tal sujeito tinha o rosto muito vermelho, falava alto demais e blasfemava e praguejava a valer, mas era um bom sujeito. Logo que Quincey o presenteou com alguma coisa retirada do bolso, a qual estalava como uma nota nova, e foi enfiada na bolsa bem escondida em suas vestes, mostrou-se ainda mais servil. Disposto a colaborar conosco, deu uma volta pelas docas em nossa companhia, fazendo perguntas a diversos trabalhadores de aspecto rude e violento. Esse tipo de gente só solta a língua depois de molhar a goela, como todos nós sabemos! Seu pitoresco linguajar é um amontoado de palavrões e blasfêmias, muitos dos quais não entendo bem, mas adivinho o sentido.[15]

Amparados, portanto, pelos títulos de Lorde Goldaming, pela chuva de ouro que este e Quincey Morris, o fazendeiro texano, representam, com o apoio do sucesso da firma jurídica e comercial de Harker e revestidos pela riqueza da autoridade científica representada por Seward e Van Helsing e carregando a ambígua madame Mina, na esperança de realizarem seu exorcismo, a equipe invade a Transilvânia, armada de espingardas, hóstias, alhos, crucifixos e preconceitos, numa paródia à colonização “civilizatória” do século.

PENSAR SEM CORPO

Em polêmica com Descartes, em 1641, Hobbes levanta objeções à lógica cartesiana. Utilizando um argumento *ad hominem*, aceita, inicialmente, a tese de que a proposição "eu penso" possa se derivar da proposição "eu existo", para, logo em seguida, colocar um problema: de onde viria a proposição "eu penso"? Ora, não existe um ato sem seu sujeito, logo, se há um pensamento há uma coisa que pensa, assim como não existe o andar sem alguma coisa que ande etc., daí concluir que o pensamento implica em alguma coisa corporal. Descartes teria ficado contrariado com tais objeções, reputando-as como produto sofista. Contudo, nessas objeções de Hobbes está em cerne boa parte da sustentação de sua teoria da linguagem, plasmada em metáfora política a partir da construção de uma natureza artificial. Desse modo, para Hobbes, quem pensa é o corpo e existe uma "linguagem" articulada na natureza, a qual deverá ser desvendada pelas ciências naturais, que responde a uma lógica orgânica inerente aos seres. Observe-se que sua famosa teoria política, exposta no **Leviatã** (1651), está, na realidade coligada às suas explorações sobre o mecanicismo e a finalidade de sua física na obra **Sobre o corpo**, de 1654, assim como sua obra anterior, **Sobre o Cidadão** (1642) estivera ligada aos **Elementos de Lei Natural e Política** (1640)[16].

Nesse sentido, o pacto social que estaria a conferir segurança à sociedade, retirando-a simbolicamente do "Estado de natureza" nada mais seria que um revestimento lingüístico à ordem natural, tornado possível justamente pela habilidade do homem em dominar a ferramenta da linguagem, duplicando-a em outras ferramentas e utensílios, dentre os quais a própria noção de sociedade e de conhecimento, no fundo parodiando organicidades mais eficazes como as sociedades das formigas ou as das abelhas. "Pois o verdadeiro e o falso são atributos da linguagem, e não das coisas. E onde não houver linguagem, não há nem verdade nem falsidade"[17].

Ora, no romance de Stoker, o castelo medieval de Drácula e suas reminiscências sobre o combate havido com os turcos no século XV, de certa forma estão a dublar o Leviatã hobbesiano e esse pensar atemporal multicorporificado. O príncipe da Valáquia Vlad Tepes Dracul, tirano e guerreiro cruel, que serviu de modelo para o personagem, é também uma metáfora das teorias políticas que sustentaram o absolutismo monárquico, em especial em sua referencialidade simbólica na Bretanha do final do século XIX, depauperadas as conquistas burguesas e na iminência de construção de um discurso efetivamente democrático.

Na realidade, desde as teorias de Hobbes sobre o corpo não estamos distantes da cadeia do DNA e da concepção de que existe uma linguagem outra, mais vasta, que opera sua lógica "secreta" em aspirais signícas, conferindo à vida sua reprodutibilidade e onde o homem poderá ser meramente uma forma de resistência ou, melhor dizendo, de organização ou de combate pela vida, em busca de segurança. Uma linguagem, enfim, cuja realidade habita artificialidades. Quem pensa é o corpo, a célula, o DNA, é ele que carrega o código e encontra novos modelos de sobrevivência frente ao meio. Se for o caso, mantém-se em suspenso séculos esperando uma nova investida. Ou busca modelos diferenciados de sobrevivência – a reprodutibilidade de órgãos, o proveta, a clonagem, a inteligência artificial – que não serão absolutamente "inéditos", uma vez que se trata de um mecanicismo que lhe é inerente, um pensar que conduz o corpo numa situação que simplesmente talvez não fôra colocada ainda.

No **Drácula**, boa parte da segunda metade do romance é dedicada à sátira da razão científica. Nesse momento avulta o personagem do alienado Renfield, descrito na

metade inicial como um zoófago, que apenas balbucia observações doentias, dedicado a criar moscas para alimentar aranhas, não raro comendo todas, em experiências estranhas, enquanto aguarda a vinda do “Mestre”. Ora é justamente esse tipo *virótico* que, imediatamente após conhecer Mina, intui o perigo e modifica radicalmente seu comportamento, numa tentativa desesperada de alertar os protagonistas, assumindo a posição de um protótipo cientificista ao ser apresentado ao professor e aos demais.

- O que poderia alguém dizer diante do raro prazer de achar-se na presença de Van Helsing? Senhor, não me desculparei por ter omitido o seu título e todo o tipo de cumprimentos convencionais. Quando uma pessoa revoluciona toda a terapêutica médica, mediante a descoberta de uma contínua evolução da massa encefálica, todas as fórmulas laudatórias usuais perdem o significado, pois o igualariam a um outro qualquer de sua classe. Dirijo-me aos senhores, que pela nacionalidade, pela hereditariedade ou pela posse de dons excepcionais, estão destinados a assumir posições de destaque no mundo. Peço-lhes para serem testemunhas de que me encontro em um estado de plena sanidade mental, como a maioria dos homens, os quais se acham, todavia, em liberdade. E não duvido, Dr. Seward, de que o senhor, como humanitário, como médico, jurista e distinto cientista considerará um dever moral examinar meu caso sob um ângulo novo, criado por circunstâncias extraordinárias.[18]

Trata-se do grande embate, modelar no século XIX, entre o discurso científico e os protestos do movimento romântico, que apregoava a insuficiência da razão científica na explicação dos fenômenos e na apuração de uma outra lógica, que levasse em consideração a subjetividade das paixões. Com a morte de Renfield, destruído pelo vampiro logo a seguir, esse liame será mantido pela junção dos personagens-leitores ideais, Van Helsing e Mina Harker. Na seqüência final do romance, ao tripartirem-se os protagonistas em duplas, Jonathan e Goldaming seguem em um novíssimo barco a motor, comprado especialmente para seguir pelos braços de rio a embarcação que leva o caixão de Drácula, ao tempo em que Morris e Seward seguem a cavalo pelas margens e Mina e o professor vão de carruagem, pelas estradas centrais, em direção ao castelo. Efetivamente são estes os primeiros a chegar e se acercam do local justamente no momento em que escurece e o velho professor vê-se cercado pelas três mulheres vampiro – paródia das Fúrias, as deusas gregas que velam sobre o sangue parental derramado - que habitam o castelo e, mais, atemoriza-se por estar, eventualmente, nas cercanias da própria Mina.

Entretanto, o meu maior temor era em relação a Mina, pois vi as repulsivas criaturas se aproximando e girando em torno de nós. Olhei para ela e notei que se mantinha calma, até sorrindo para mim. Quando percebeu que eu iria dar um passo à frente para reavivar a fogueira, segurou-me pela mão, a fim de me impedir. Ao falar comigo, sua voz se parecia com a que ouvimos nos sonhos, baixa e vindo de muito longe.

- Não! Não saia! Aqui o senhor está seguro!

Voltei-me para ela e a encarei com um olhar de intensa preocupação.

- E a senhora? É por sua segurança que tenho tanto medo!

Mina deu uma risada descontraída, mas sem alegria.

- Tem medo por *mim*! E por quê? Ninguém neste mundo está mais segura do que eu, em relação a elas.[19]

Em contexto correlato[20], Jean-François Lyotard retoma o tema hobbesiano/draculaniano/harkeano, apresentando um *masculino* que, sob as expectativas do apocalipse, planeja a manutenção vívida do pensamento (o *software*), independente do seu *hardware*. O que, afinal, teriam construído os filósofos e cientistas como herança cognitiva senão a informação e a lógica binária?; e isso quando "o pensamento humano não raciocina em termos binários. Não trabalha por unidades de transformação (os *bits*), mas por configurações intuitivas e hipotéticas"[21]. Em contrapartida, um *feminino* procura o resgate de tudo o que não foi expresso em linguagem, da soma de possibilidades intuídas no momento e para a discrição das quais as possibilidades são infindas, uma vez que o conhecimento é mera tradução, econômica, insuficiente, incapaz de dispensar a experiência do corpo.

A verdadeira "analogia" requer que a máquina pensante ou representadora se insira no meio dos seus "dados" como os olhos se inserem no visual ou a escrita na língua (no sentido mais amplo). Não basta que estas máquinas simulem pouco mais ou menos os resultados da visão ou da escrita. Trata-se de (o francês tem esta expressão bonita e adequada) "dar corpo" ao pensamento artificial de que elas são capazes. E é este corpo, ao mesmo tempo "natural" e artificial, que será necessário transportar para longe da terra antes da sua destruição, se o que se pretende é que o pensamento sobrevivente à explosão solar seja algo diferente do miserável esqueleto binarizado de que se constituía anteriormente.[22]

Restam, enfim, nas cercanias de um castelo monumental, o velho macho já sem virulência e a jovem e bela mulher ao por do século, às voltas com a reinvenção da sexualidade, movimento binário além da binaridade. Ambos se sentem compungidos e ambos querem a sua libertação.

PENSAMENTO NÔMADE

Gilles Deleuze chama a atenção para o fato de que o pensamento aforismático de Nietzsche representaria, em conjunto com as contribuições de Marx e de Freud, a aurora da cultura moderna[23]. Cada um, a sua maneira, teria trazido importante contribuição para a desconstrução dos mitos da era clássica, recodificando o Estado, a família e a cultura. Enquanto Marx trataria a doença do Estado, Freud abordaria a doença da família e Nietzsche inauguraria a contracultura e o humor. "Aqueles que lêem Nietzsche sem rir, e sem rir muito, sem rir freqüentemente, e às vezes sem dar gargalhadas é como se não lessem Nietzsche"[24].

Falar de literatura virtual no início do século XXI, recorrendo a um clássico literário de mais de um século, que abordou justamente o poder das inovações tecnológicas e do discurso científico consagrado diante de hipóteses estéticas e metalingüísticas sobre a percepção talvez não signifique apenas um recurso "barroco", mas pretenda apurar justamente o nosso estatuto de "modernidade". Stoker em seu romance enuncia, através das falas de Seward e de Van Helsing, muito do que viria a se incorporar na análise de Freud, na crítica aos métodos terapêuticos e à noção de "cura", assim como seu *ponto-de-fuga* na massa popular de trabalhadores potencialmente vampíricos invoca uma crítica ao Estado burguês. A influência da ironia de Nietzsche, por sua vez, se fará sentir nas passagens em que um alucinado Van Helsing alude ao Riso Soberano, a ironia que estaria a conduzir a trama e junto a qual, ele, que se sabe leitor ideal, intuiu a armadilha hermenêutica, que coloca em cheque os valores que seu personagem representa.

Nietzsche, autor de **O anticristo** (1888), já alertara em **Aurora** (1881), sobre a necessidade de reunificarem-se as contribuições da Razão e do irracionalismo, inaugurando uma nova era[25]. Segundo Deleuze, uma era aforismática.

Um aforismo é um jogo de forças, um estado de forças sempre exteriores umas às outras. Um aforismo não quer dizer nada, não significa nada, e não tem mais significante do que significado. Seriam maneiras de restaurar a interioridade de um texto. Um aforismo é um estado de forcas, cuja última força, ou seja, ao mesmo tempo a mais recente, a mais atual e a provisória-última, é sempre a *mais exterior*. Nietzsche o coloca muito claramente: se você quiser saber o que eu quero dizer, encontre a força que dá um sentido, se for preciso um novo sentido ao que digo. Conecte o texto a esta força. Dessa maneira não há problema de interpretação de Nietzsche, há apenas problemas de maquinação: maquinar o texto de Nietzsche, procurar com que força exterior atual ele *faz passar* alguma coisa, uma corrente de energia.[26]

Em nossa "pós-modernidade" virtual, uma vez que se trata, em muitos sentidos, da consagração da própria modernidade, estas contribuições estão a se consolidar. A invenção da psicanálise, a crítica às diferentes teorias justificadoras do Estado e a contracultutra ajudaram a formar a base para um momento pluralista e multivariado, facilitado pela multiplicação dos meios de comunicação. O caminho envolve a absorção de novas técnicas e a chegada de novas manhãs, ao tempo em que nossos gravadores e nossas *kodaks* talvez retomem sua aura artística e talvez venham a posar em novos museus junto a antigos sentimentos que, pode ser até, soem ridículos para outras

percepções. Ou talvez o romantismo se instaure como sedução trans-epocal, como na fala do ator Cristopher Lee, que encarnou por onze vezes o conde no cinema: "Drácula é um herói maléfico, a que eu tenho dado um certo toque de tristeza, sem esquecer que é um personagem heróico, romântico e sensual"[27].

De qualquer modo, a época do computador e dos multimeios tem sido também a época da consagração definitiva do livro enquanto ferramenta de difusão da arte e do conhecimento. Nunca, em termos proporcionais, se leu tanto na história da humanidade. O que talvez sirva para referir que existem tecnologias paralelas e que a percepção da mente humana ainda possui a mesma velocidade de épocas pretéritas, e que a perenidade das individualidades talvez nos leve, forçosamente, a garantir certo estilo, na construção secular de nossa solidão.

REFERÊNCIAS:

ANTOUN, Henrique. Comunidades virtuais, ativismo e o combate pela informação. *In*: **Lugar Comum** – Estudos de Mídia, Cultura e Democracia, v. 15-16 – A política da multidão. Rio de Janeiro: LABTEC-UFRJ, 2002, pp. 19-36.

BENJAMIN, Walter. A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica; O narrador. Considerações sobre a obra de Nikolai Leskov; Sobre o conceito de história *In:* **Obras escolhidas, vol. I – Mágia e técnica, arte e política**. 3.ª ed. Tradução de Sergio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987, pp. 165-196, pp. 197-221, pp. 222-232

CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. **Dom Quixote de la Mancha. Tradução de Viscondes de Castilho e Azevedo. São Paulo: Abril Cultural, 1978**

DELEUZE, Gilles. Pensamento nômade. *In:* MARTON, Scarlett (org.). **Nietzsche hoje? – Colóquio de Cerisy.** Tradução de Milton Nascimento e Sônia Salzctein Goldberg, pp. 56-76

HOBBES de MALMESBURY, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979

HOMERO. **Odisséia**. Tradução em versos de Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d.

LYOTARD, Jean-François. Se pudermos pensar sem corpo. *In:* **O inumano – considerações sobre o temp**o. Tradução de Ana Cristina Seabra e Elisabete Alexandre. Lisboa: Estampa, 1990, pp. 33-43.

MONTEIRO, João Paulo. Hobbes, vida e obra. Introdução à HOBBES de MALMESBURY, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979, pp. V-XXIV.

NIETZSCHE, Friedrich. **Obras incompletas**. 3ª ed. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

NOVA CULTURAL. Bram Stoker, vida e obra.. *In:* **Coleção Obras primas – Grandes autores – biografias**. Vol. I. São Paulo: Nova Cultural, pp. 193-208.

SHAKESPAERE, William. **Hamlet**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

STOKER, Bram **Drácula**. Tradução de Vera M. Renoldi. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

WITTEGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

---

[1] STOKER, Bram **Drácula**. Tradução de Vera M. Renoldi. São Paulo: Nova Cultural, 2002, pp. 207-208.

[2] Cf. WITTEGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

[3] Cf. HOMERO. **Odisséia**. Tradução em versos de Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d; CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. **Dom Quixote de la Mancha. Tradução de Viscondes de Castilho e Azevedo. São Paulo: Abril Cultural, 1978; SHAKESPAERE, William. Hamlet**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

[4] STOKER, Bram, op. cit., p. 210.

[5] BENJAMIN, Walter. O narrador. Considerações sobre a obra de Nikolai Leskov. *In:* **Obras escolhidas, vol. I – Mágia e técnica, arte e política**. 3.ª ed. Tradução de Sergio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987, pp. 197-221.

[6] Idem, ibidem, p. 203.

[7] Idem, ibidem, p. 201.

[8] BENJAMIN, Walter. A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica. *In:* op. cit., pp. 165-196.

[9] Cf. BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. *In:* op. cit., 222-232.

[10] STOKER, Bram, op. cit., pp. 219-220.

[11] Idem, ibidem, p. 183.

[12] Idem, ibidem, p. 317.

[13] Os movimentos de "multidões instantâneas" tem sido uma nova modalidade de atuação política de protesto, veiculando-se, via internet, performances imprevisíveis como, por exemplo, a reunião de centenas de pessoas diante de um prédio, numa atuação neo-anarquista. Nesse sentido, afirma Henrique Antoun: "O surgimento dessa nova mídia – gerada pelo entrelaçamento das teias da Internet com o interativismo do ciberespaço, como resultado do casamento da política de ação direta do novo ativismo com a potência interativa, descentralizadora e anárquica dos sistemas hipermídia – é a explosão do silencioso movimento de sedimentação das comunidades virtuais ao longo destes anos". (Comunidades virtuais, ativismo e o combate pela informação. *In*: **Lugar Comum**. Rio de Janeiro: LABTEC-UFRJ, v. 15-16, 2002, p. 27).

[14] STOKER, Bram, op. cit., p. 298.

[15] Idem, ibidem, p. 308.

[16] Cf. MONTEIRO, João Paulo. Hobbes, vida e obra. Introdução à HOBBES de MALMESBURY, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São paulo: Abril Cultural, 1979, pp. V-XXIV.

[17] HOBBES de MALMESBURY, Thomas, op. cit., p. 23.

[18] STOKER, Bram, op. cit., pp. 240-241.

[19] Idem, ibidem, p.355.

[20] LYOTARD, Jean-François. Se pudermos pensar sem corpo. *In:* **O inumano – considerações sobre o tempo**. Tradução de Ana Cristina Seabra e Elisabete Alexandre. Lisboa: Estampa, 1990, pp. 33-43.

[21] Idem, ibidem, p. 23.

[22] Idem, ibidem, pp. 25-26.

[23] Cf. DELEUZE, Gilles. Pensamento nômade. *In:* MARTON, Scarlett (org.). **Nietzsche hoje? – Colóquio de Cerisy.** Tradução de Milton Nascimento e Sônia Salzctein Goldberg, pp. 56-76

[24] Idem, ibidem, p. 63.

[25] Cf. NIETZSCHE, Friedrich. **Obras incompletas**. 3ª ed. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

[26] LYOTARD, Jean-François, op. cit., pp. 61-62.

[27] Apud NOVA CULTURAL. Bram Stoker, vida e obra.. *In:* **Coleção Obras primas – Grandes autores – biografias**. Vol. I. São Paulo: Nova Cultural, p. 207.

DIREITO E EDUCAÇÃO

EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO: ANÁLISE DE CONTEÚDO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*

EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO EDUCATION: CONTENT ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT

Alessandra Matos de Araújo

RESUMO

O principal objetivo do presente artigo é demonstrar por meio de uma análise quantitativa e qualitativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal durante o período de 2004-2008 como os marcos teóricos foram utilizados para fundamentar os julgamentos que asseguraram a efetividade do direito à educação. A investigação empírica realizada com a utilização da análise de conteúdo enquanto técnica de pesquisa requereu a elaboração de um plano de análise que envolveu a escolha das unidades de registro direito à educação, mínimo existencial e reserva do possível para a coleta e análise, com a finalidade de fazer inferências e interpretações sobre as causas e os referencias teóricos utilizados na atuação do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; ANÁLISE DE CONTEÚDO

ABSTRACT

The main objective of this paper is to demonstrate by means of quantitative and qualitative analysis of the jurisprudence of the Federal Supreme Court of Brazil from 2004 to 2008 how theoretic milestones were used to substantiate judicial decisions that ensured the effectiveness of the right to education. The empirical investigation was performed using content analysis as a research technique demanded the elaboration of a plan of analysis that required the selection of the units of registration right to education, existential minimum and limits of the possible for collection and analysis, allowing inferences and interpretations about the causes and the theoretical references used by the Federal Supreme Court of Brazil.

KEYWORDS: EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO EDUCATION; FEDERAL SUPREME COURT; CONTENT ANALYSIS

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais abordados na atualidade é a judicialização dos direitos sociais. Vale ressaltar que a Constituição Brasileira de 1988 trouxe extenso rol de direito sociais, dentre eles o direito à educação.

A Constituição Federal conforme o disposto no art. 5º, inciso XXXV, estabelece que a "lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

No início da pesquisa, houve a necessidade de se estudar um determinada técnica de pesquisa que pudesse ser adotada na investigação empírica. Desse modo, a escolha da análise de conteúdo teve como referência o artigo intitulado "Levantamento de Dados na Pesquisa em Direito – a técnica da análise de conteúdo" (XIMENES, 2009) e as obras "Análise do Conteúdo" (FRANCO, 2008) e "Análise de Conteúdo (BARDIN, 2004).

O presente trabalho tem por objeto a análise de conteúdo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal decorrente da pesquisa quantitativa realizada no *site*[96] do referido Tribunal no período de 2004-2008.

Após a coleta de dados, constatou-se que era necessária uma análise qualitativa, por meio da definição das unidades de registros que serviram para a escolha dos documentos posteriormente examinados. As unidades de registro utilizadas para a pesquisa foram: "direito à educação", "mínimo existencial" e "reserva do possível".

Foram colacionados apenas os acórdãos/decisões monocráticas que continham tais unidades de registro a fim de propiciar uma análise mais criteriosa da dinâmica neles encerrada, restando um número reduzido de julgamentos a serem analisados.

A coleção selecionada contempla recursos extraordinários, agravos regimentais, agravos de instrumento, suspensões de tutela antecipada, decisões monocráticas e ações direta de inconstitucionalidade.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar como os marcos teóricos foram utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para fundamentar os julgamentos que asseguraram a efetividade do direito à educação mediante a garantia de acesso ao sistema de ensino.

[96] Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 21 de jul. de 2009.

1 Do roteiro da análise de conteúdo

A pesquisa em Direito é frequentemente alvo de críticas no campo científico em virtude de sua abordagem preponderantemente dogmática, todavia é possível um enfoque mais pragmático, por meio da aplicação de uma determinada técnica de pesquisa na coleta de dados (XIMENES, 2009)

No presente trabalho será abordada a análise de conteúdo. Não se trata de metodologia mas de técnica de coleta de dados.

Segundo Jorge Vala (2003, p. 101) a análise de conteúdo foi durante muito tempo apresentada como uma técnica predominantemente útil no estudo da comunicação social e da propaganda política associada a objetivos pragmáticos e de intervenção e também na psicologia, onde se encontra uma velha tradição de recurso aos materiais biográficos como fonte de informação sobre a personalidade, motivação e atitudes dos indivíduos. Assim, a análise de conteúdo é hoje uma das técnicas mais comuns na investigação empírica realizada pelas diferentes ciências humanas e sociais.

A análise de conteúdo é uma técnica de investigação que através de uma descrição objetiva, sistemática e quantitativa do conteúdo manifesto das comunicações tem por finalidade permitir que o pesquisador possa fazer inferências válidas e replicáveis dos dados para o seu contexto (BARDIN, 2004, pp. 31-34)

A finalidade dessa técnica de pesquisa, conforme nos ensina Jorge Vala (2003, p. 103) é efetuar inferências, com base numa lógica explicitada, sobre as mensagens cujas características foram inventariadas e sistematizadas.

A proposta deste trabalho é utilizar a técnica na análise das decisões judiciais, porque o domínio de análise de conteúdo é justamente o material e o conjunto de técnicas que permitam a explicitação e sistematização do conteúdo das mensagens e da expressão deste conteúdo (XIMENES, 2009)

A utilização desta técnica de pesquisa envolve também diferentes fases que se organizam em três momentos distintos: a pré-análise, a exploração do material e o tratamento dos resultados, inferência e interpretação (BARDIN, 2004, p. 89)

A pré-análise consiste na fase de organização da pesquisa que será feita, com a escolha dos documentos que serão submetidos à análise. Após a exploração do material, surge a necessidade de categorização, ao relacionar elementos do conteúdo coletado com os referenciais teóricos, de forma que as interferências e interpretações possam ser feitas.

É preciso esclarecer ainda que a análise de conteúdo se distingue da análise documental, pois o objetivo da análise documental é a "representação condensada da informação, para consulta e armazenagem" enquanto que a análise de conteúdo é a "manipulação de mensagens (conteúdo e expressão desse conteúdo) para evidenciar os indicadores que permitam inferir sobre uma outra realidade que não a da mensagem". (BARDIN, 2004, pp. 40-41).

Definido o objetivo da pesquisa, delineado o referencial teórico e conhecido o tipo de material a ser analisado, foi necessário definir também as unidades de registro para a escolha dos documentos. A unidade de registro é "a menor parte do conteúdo, cuja ocorrência é registrada de acordo com as categorias levantadas"(FRANCO, 2008, p. 41). No presente trabalho as unidades de registro foram: "direito à educação", "mínimo existencial" e "reserva do possível", conforme mencionado anteriormente.

Foram identificados os julgamentos no período de 2004-2008 a partir da base de dados mantida pelo Supremo Tribunal Federal com acesso por meio da internet.

A partir da análise dos julgamentos, é possível verificar a existência de um padrão nos argumentos utilizados durante o período analisado. Acrescente-se, ainda, que os argumentos apresentados pelos autores e réus foram conformando a jurisprudência daquela Corte sobre a matéria, verificando-se o provimento de todas as ações a favor da garantia do acesso à educação.

2 Mapeamento das ações e argumentos apresentados

Nos acórdãos analisados em sede de recurso extraordinário, a parte autora no ajuizamento da ação civil pública era o Ministério Público, que recorreu ao Poder Judiciário para requerer a efetivação das matrículas dos menores em unidade de ensino infantil, com fundamento no art. 211, §2º, da CF e nos artigos 54, inciso IV e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente e para isso sustentou que as normas que criam o direito à educação infantil (acesso a creches e pré-escolas) são imediatamente aplicáveis às crianças de 0 a 5 anos de idade, não havendo discricionariedade administrativa nesta área, mas sim dever do município de cumprir a Constituição e a lei, motivo pelo qual não se poderia falar em ingerência do Poder Judiciário no âmbito da Administração Pública.

O Município ao recorrer para o Supremo Tribunal Federal com fundamento no art. 102, III, alínea "a" da CF, alegou violação aos seus artigos 2º, 30, 208, incisos I e

IV e 211, § 2º, os quais tratam do princípio da separação e independência dos poderes, das competências municipais, da obrigatoriedade da educação e da atuação prioritária do Município no ensino fundamental.

A Municipalidade nos acórdãos analisados sustentou ainda que a CF, em seu art. 208, I e IV, trataria a educação infantil e o ensino fundamental de forma diversa, impondo somente a obrigatoriedade deste último e permitindo a facultatividade na prestação do primeiro.

As normas constitucionais sobre educação seriam programáticas, de eficácia reduzida, devendo ser acolhidas apenas como programa a ser cumprido pelo Estado, por meio de leis integrativas e outras providências. Além disso, a CF precisaria ser interpretada sistematicamente para se lembrar que o Município deve cuidar de todos os interesses locais, e não apenas da educação, competindo-lhe decidir a ordem de prioridades para a realização desse dever, escolhendo, dentre as alternativas existentes e dentro de critérios de razoabilidade, aquelas a serem resolvidas, direcionando a elas os escassos recursos públicos, com o objetivo de atingir esse fim.

As atividades que envolvem a efetivação dos direitos previstos na Constituição Federal de 1988 dependem da existência de recursos financeiros, de dotações orçamentárias prévias, executadas segundo programa de prioridades estabelecidos pela própria Administração Pública, razão pela qual, diante da insuficiência de recursos para atender todas as demandas, cabe ao administrador definir qual serviço e em qual região será efetivado prioritariamente. Há ainda a alegação de que não há como se cobrar, somente dos municípios, a manutenção do sistema de ensino, especificamente o atendimento a crianças em creches e escolas de educação infantil e justifica que a matrícula de milhares de crianças em algumas unidades de creches envolve questões de orçamento e disponibilidade do Erário, com dotação específica para a implantação de meios à concretização das medidas pleiteadas e que a carência de novos aportes de recursos para financiar a educação infantil limitou o atendimento em todo o Município e a possibilidade de ampliação do atendimento em educação infantil.

Na consulta realizada se buscou pesquisar de que forma os entes municipais e/ou estaduais abordam a questão da “reserva do possível”. Constatou-se, que os entes municipais não apresentaram nas peças recursais o impacto econômico-financeiro que decorre do atendimento de ações judiciais nem informaram o volume e a composição dos gastos com a manutenção do sistema de ensino, logo, como não foi disponibilizada qualquer informação sobre os gastos realizados/carência, a questão pertinente à “reserva

do possível" foi utilizada como mero argumento pelos entes municipais para justificar o inadimplemento.

Os acórdãos prolatados em sede de Recurso Extraordinário foram no sentido de afastar a discricionariedade dos entes municipais quando se tratar do atendimento das crianças em creches e pré-escolas e consideraram que a cláusula da "reserva do possível", somente pode ser acolhida quando restar comprovada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível.

Além disso, decisões monocráticas foram proferidas em sede de recurso extraordinário com fundamento no disposto no art. 557, §1º-A do Código de Processo Civil, que estabelece a possibilidade do "Relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior". As decisões monocráticas, de igual forma, sustentaram a ausência de discricionariedade governamental e confirmaram a responsabilidade das municipalidades na garantia de acesso ao ensino.

Em sede de suspensão de tutela antecipada, no qual o provimento é baseado em argumentos de lesão às finanças e à ordem públicas, os 2 (dois) pedidos de suspensão: STA 241 (formulado pelo Estado do Rio de Janeiro) e STA 190 (formulado pelo município de Pontal localizado no Estado de São Paulo) que trataram do direito à educação relevaram que houve a mera alegação de lesão à economia estadual e municipal, respectivamente, por ausência de previsão orçamentária, exigüidade de prazo para efetivação das medidas, ofensa ao princípio da reserva do possível e vedação legal e constitucional expressas de ordenação de despesas sem autorização legal.

O Supremo Tribunal Federal deferiu em parte o pedido em ambos os casos apenas para suspender a fixação de multa prevista na decisão proferida pelo juízo *a quo*, sob o fundamento de que a fixação de multa diária em valor demasiadamente elevado, R$ 20.000,00 (vinte mil reais), "constitui ônus excessivo ao Poder Público e à coletividade, pois impõe remanejamento financeiro das contas estaduais, em detrimento de outras políticas públicas estaduais de alta prioridade".

Apesar do número elevado de decisões/acórdãos em sede de controle difuso, foram prolatados apenas 3 (três) acórdãos em sede de controle abstrato que continham como unidade de registro o direito à educação básica, ocorre que enquanto as Ações Direta de Inconstitucionalidade ADI 682/PR e ADI 3098/SP se referem à competência legislativa dos Estados no tocante ao direito à educação, a ADI 820/RS, julgada em

15.03.2007, declarou que a Lei Estadual nº 9.723 do Estado do Rio Grande do Sul de iniciativa da Assembléia Legislativa que determinava a aplicação mínima de 35% (trinta e cinco por cento) da receita resultante de impostos e destinação de 10% (dez por cento) desses recursos à manutenção e conservação das escolas públicas estaduais era inconstitucional por vício formal de iniciativa tendo em vista que de acordo com o artigo 165, III da CF o texto normativo de que se cuida não poderia dispor sobre matéria orçamentária que é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

Realizado o recorte dos acórdãos/decisões monocráticas no período de 2004-2008 de acordo com os recursos interpostos conforme pesquisa documental realizada na base de dados mantida pelo Supremo Tribunal Federal, excluindo-se as ações diretas de inconstitucionalidade e considerando apenas as unidades de registro anteriormente mencionadas, foram encontrados os seguinte resultados conforme tabelas e gráfico abaixo:

Recursos Extraordinários - RE	410715; 436996; 401673; 402024; 411518; 431773; 384201.
Agravos Regimentais	401023; 431916; 465066; 463210; 410646
Agravos de Instrumento	455802; 475571; 677274; 684829; 564035.
Suspensão de Tutela Antecipada	241; 190
Decisões Monocráticas	254414; 545094; 403609; 401880; 478367; 467255; 554075; 472707; 411332; 431380.
	TOTAL: 29 julgamentos

UNIDADE DE REGISTRO	DIREITO À EDUCAÇÃO
Recursos Extraordinários- RE	410715; 436996; 401673; 411518; 431773; 384201; 402024.
Agravos Regimentais	463210
Agravos de Instrumento	455802; 475571; 677274; 684829; 564035
Suspensão de Tutela Antecipada	241; 190
Decisões Monocráticas	254414; 403609; 401880; 467255; 554075; 472707; 411332; 431380.

	TOTAL: 23 julgamentos

UNIDADE DE REGISTRO	MINIMO EXISTENCIAL
Recursos Extraordinários -RE	410715; 436996.
Agravos Regimentais	
Agravos de Instrumento	677274; 684829; 564035.
Suspensão de Tutela Antecipada	241
Decisões Monocráticas	467255; 472707.
	TOTAL: 8 julgamentos

UNIDADE DE REGISTRO	RESERVA DO POSSÍVEL
Recursos Extraordinários - RE	410715; 436996.
Agravos Regimentais	
Agravos de Instrumento	677274.
Suspensão de Tutela Antecipada	241
Decisões Monocráticas	467255; 472707; 554075.
	TOTAL: 7 julgamentos

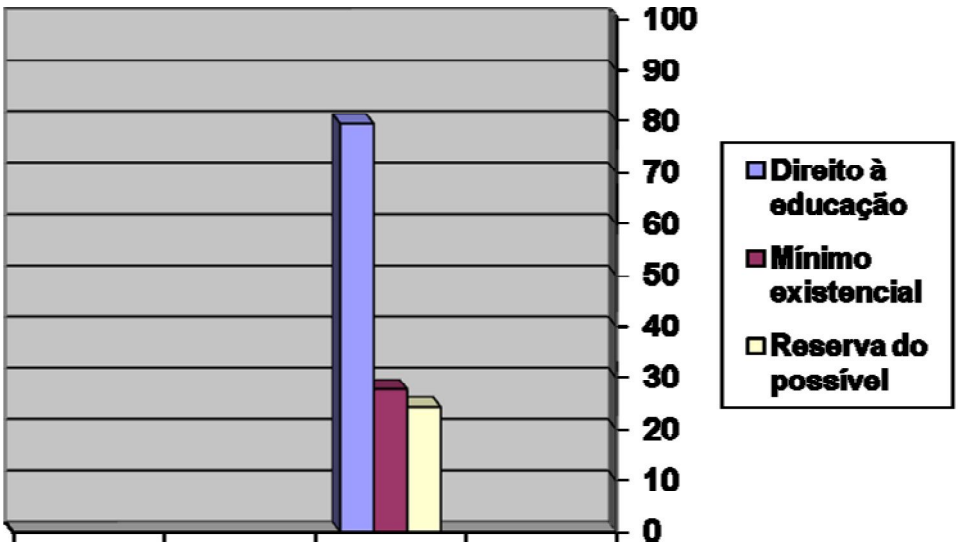

3 As unidades de registro e a utilização dos referenciais teóricos em sede jurisprudencial

O Supremo Tribunal Federal, conforme restou demonstrado na pesquisa utilizou-se de referenciais/marcos teóricos para fundamentar os julgamentos que determinaram o acesso ao sistema de ensino.

O contexto social e político, sobretudo ao longo da última década, possibilitou o avanço ocorrido no país no tocante à efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional, dentre eles o direito à educação.

Conforme nos ensina Daniel Sarmento (2008, p. 553), as intervenções judiciais eram raríssimas e as decisões que implicassem em controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais eram vistas como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo, prevalecendo o argumento de violação ao princípio da separação dos poderes e a teoria de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas.

Luiz Werneck Vianna (2005) informa também que a atuação do Poder Judiciário decorreu de expressa delegação do Poder Legislativo, com o advento de diversas leis e códigos, tais como: Código de Defesa do Consumidor, Leis da Ação Civil Pública e da Ação Popular e Estatuto da Criança e do Adolescente, que possibilitaram uma maior intervenção do Poder Judiciário no campo dos direitos sociais.

A possibilidade do Poder Judiciário condenar a Administração Pública a prover prestações sociais é uma das principais inovações ocorridas no constitucionalismo brasileiro, principalmente com o advento do neoconstitucionalismo ou pós-positivismo. Consequentemente vieram críticas à idéia tradicional da natureza dos direitos sociais enquanto normas programáticas e passou-se a reconhecê-los como normas auto-aplicáveis.

Luís Roberto Barroso (2006) informa que uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. A Constituição antes deste período era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos, sendo que a concretização de suas normas estava condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador e ao Poder Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente ao longo da década de 80, tendo enfrentado muitas resistências. (BARROSO, 2006).

O desenvolvimento do novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo no Brasil após a Constituição de 1988 teve como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, a força normativa da Constituição e a expansão da jurisdição constitucional que envolve a interpretação e aplicação da Constituição.

Tais fatores foram as causas que propiciaram a constitucionalização e judicialização das relações sociais, sendo necessário enfatizar que no caso brasileiro a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, já que todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional. Além disso, existem outros motivos conforme destaca Luís Roberto Barroso (2006, p. 140), nos seguintes termos, *in verbis:*

> (...) Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira, em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos e pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliando a legitimação ativa para tutela de interesses mediante representação ou substituição processual.

A via judicial tem sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.

Segundo o escólio de Paulo Bonavides (1999, pp. 518-519) houve uma mudança na concepção dos direitos sociais, já que enquanto as constituições anteriores não previam instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdades, as constituições modernas, dentre elas a brasileira, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, e, desse modo, segundo o autor, os direitos sociais acabaram se tornando exigíveis judicialmente tanto quanto os direitos fundamentais da primeira geração.

De acordo com a Constituição atual, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 208, o "acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo". A Constituição Federal de 1988, ao classificá-lo como direito público subjetivo, atribuiu-lhe força vinculativa e conferiu-lhe o correspondente direito de ação (SIFUENTES, 2001, p. 58).

O conceito de "direito público subjetivo" foi por muito tempo entendido em consonância com o direito de ação, o que significa dizer que a falta do direito de ação implicava na própria inexistência ou inexigibilidade do direito. No entanto, essa visão foi aplicada em relação aos direitos individuais, que, via de regra, para a sua proteção era exigida apenas uma abstenção à autoridade administrativa, sendo, portanto, possível a intervenção do Judiciário, no tocante aos direitos sociais, em virtude da sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais que nem sempre ele poderia cumprir, por carência ou limitação de meios e recursos, tais direitos representavam normas programáticas (SIFUENTES, 2001, p. 60).

A Lei n. 11.114 de 16 de maio de 2005, publicada no Diário Oficial da União de 17 de maio de 2005 estabeleceu a obrigatoriedade da matrícula no ensino fundamental aos seis anos de idade, alterando os artigos 6º, 30, 32 e 37 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de 1996.

Em virtude da importância e da complexidade da medida, foram apresentadas ao Conselho Nacional de Educação diversas e urgentes questões de ordem interpretativa e de orientação que motivaram a Indicação CNE/CEB nº 2/2005.

A Constituição Federal de 1988 considerou como obrigatório e gratuito o ensino fundamental (art. 208, I, §1º) bem como estabeleceu como dever do Estado a efetividade do direito à educação mediante a garantia de "atendimento em creches e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade". (art. 208, IV, CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

Diante da previsão constitucional da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 206, IV), resulta a adoção de dois sistemas fundamentais de ensino: o público, que é mantido pelos entes federativos e o privado, aberto à iniciativa particular, sendo normatizado e fiscalizado pelo poder público.

A matrícula e freqüência à escola a partir dos seis anos de idade, com a ampliação do ensino fundamental obrigatório para nove anos de duração para todos os brasileiros é uma política afirmativa da equidade social, dos valores democráticos e republicanos. Além disso, a lei e a Constituição ao determinarem que o ensino é obrigatório e gratuito tem como objetivo a formação básica do cidadão (FERREIRA, 2008, pp. 83-84).

O Supremo Tribunal Federal estabelece a sua efetivação utilizando-se dos seguintes referenciais teóricos: "direito à educação", "mínimo existencial" e "reserva do possível".

Diversos autores trabalham com o tema do mínimo existencial. Gustavo Amaral (2001, p. 216), influenciado por Holmes e Sunstein, desconsidera a distinção entre direitos fundamentais e direitos sociais por partir da premissa de que todos os direitos custam dinheiro. Por isso, ele combina o grau da essencialidade da prestação pública, que "está ligado ao mínimo existencial", com o de excepcionalidade da ação estatal, de modo que "quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida", cifrando-se a justificativa da denegação apenas na existência de circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todas que demandam prestações essenciais. Flávio Galdino demonstra que o senso comum está equivocado quando afirma que existem direitos fundamentais que independem de qualquer ação positiva e, portanto, de qualquer custo. (2005, p. 391)

Ingo W. Sarlet (2007, p. 374) defende que o princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir importante função demarcatória estabelecendo a fronteira para o que se convenciona denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais,

pois onde faltam as condições materiais mínimas o próprio exercício da liberdade fica comprometido e mesmo os direitos de defesa não passam de fórmulas vazias.

Ana Paula Barcellos (2008, p. 353) sustenta que uma proposta de concretização do mínimo existencial tendo em conta a realidade brasileira deve incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça.

Ricardo Lobo Torres (2009, p. 42) ressalta que os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade. Assim, a idéia de mínimo existencial coincide com a de direitos fundamentais sociais em seu núcleo essencial.

O conceito de mínimo existencial adotado pelo Supremo Tribunal Federal leva em consideração o respeito à dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual ele consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo encontra-se em situação de indignidade.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha cunhou a expressão “reserva do possível” no julgado em que se discutia sobre a possibilidade de o Judiciário criar vagas na Faculdade de Medicina para estudantes habilitados no vestibular, mas não classificados.

Segundo Robert Alexy (2008, p. 439), o tribunal no referido julgamento diferenciou um direito abstrato “garantido constitucionalmente ao cidadão que preencha os pressupostos objetivos de admissão, a ser admitido no curso universitário de sua escolha”, direito este submetido à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade e uma “pretensão individual e justiciável do cidadão a uma ampliação da capacidade das instituições universitárias”. Em virtude disso, o primeiro direito é facilmente reconhecido como um direito *prima facie*, que se torna definitivo somente se outras razões colidentes não exigirem o contrário, isso porque o tribunal considerou que “a todo o cidadão que tenha concluído o ensino médio é conferido em si, ou seja, antes de levar em consideração as restritas possibilidades jurídicas e fáticas, um direito à admissão em um curso superior de sua escolha”.

Andreas Krell (2002, pp. 52-54) sustenta que o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais culturais à existência de caixas cheios do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, já que a subordinação aos “condicionamentos

econômicos” relativiza a sua universalidade. Adiante afirma que a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações não podem ser transpostas de forma absoluta para o Brasil, onde o Estado Social nunca foi implementado.

No caso do direito à educação, há quem sustente, tal como Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 309) que nem a reserva do possível, nem a reserva de competência do legislador podem ser invocados como óbices porque a própria Constituição cuidou de assegurar a disponibilidade de recursos suficientes para o Estado cumprir o seu dever constitucional de garanti-lo ao impor expressamente a aplicação mínima das receitas públicas na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212, da CF).

Ricardo Lobo Torres (2009, pp. 105-106) considera que a expressão “reserva do possível” cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão perdeu o sentido originário ao chegar ao Brasil. Segundo o referido autor, a “reserva do possível” não é aplicável ao mínimo existencial que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, plenamente sindicáveis pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa.

Paulo Hamilton Siqueira Júnior (2007, p. 242) ressalta que os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranqüila. Como não existe liberdade de expressão sem o direito à educação, este direito quando efetivado proporciona condições para o exercício efetivo da liberdade e da cidadania.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, fez uma adaptação da expressão “reserva do possível” ao aplicar, em verdade, a cláusula da reserva do financeiramente possível, isto porque prevê a possibilidade do Poder Público justificar o inadimplemento desde que comprove a incapacidade econômico-financeira em alguns julgamentos, apesar de não ter acolhido o referido argumento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho permite trazer as inferências dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a utilização da análise de conteúdo enquanto técnica de pesquisa na coleta de dados.

Tendo em vista a importância da investigação empírica no Direito, apesar de suas particularidades, foi possível analisar e interpretar os marcos teóricos utilizados para fundamentar os julgamentos do Supremo Tribunal Federal que asseguraram a efetividade do direito à educação mediante a garantia de acesso ao sistema de ensino.

O direito ao mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida. A Constituição Federal contempla que o ensino fundamental é direito subjetivo público e o STF reconhece também o direito de acesso a creches e pré-escolas[97], tendo em vista o caráter de fundamentalidade e o fato da Constituição estabelecer como dever do Estado nos termos do inciso IV do artigo 208.

A obrigação estatal não se esgota, no entanto, na garantia do mínimo existencial, mas este gera a pretensão às prestações positivas obrigatórias do Estado, independente da vontade da maioria e por isso mesmo suscetíveis de adjudicação até mesmo pela jurisdição constitucional.

Não se pode, todavia, conceber os direitos sociais ou a maior parte deles como direitos subjetivos, mas apenas aqueles tocados pelos interesses fundamentais, também denominados direitos fundamentais sociais ou mínimo existencial, pois deve ser reconhecida a escassez de recursos e a existência de diferentes formas de realização com a primazia do legislador para adoção das decisões competentes sobre o que deve ser priorizado e sobre como deve ser concretizado cada direito.

A reserva do financeiramente possível tal como consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal pode servir de argumento para afastar a imposição de adimplemento imediato, ocorre que o ônus da prova em demonstrar que a concessão de determinada prestação esbarra na reserva do possível é do Poder Público, que deve produzir prova suficiente desta alegação. No entanto, constatou-se que o referido argumento não foi acatado nos julgamentos ocorridos no período de 2004-2008.

É evidente que a cláusula da reserva do possível não pode ser aplicada no Brasil tal como foi concebida e aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, pois diferentemente do caso brasileiro, os direitos socais na Constituição alemã não se

[97] RE 436.996, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, de 22.11.05, DJ 03.02.06.

encontravam positivados expressamente, não sendo, portanto, permitida a sua utilização no âmbito da proteção do mínimo existencial.

Vale ressaltar que nas pesquisas empíricas é essencial a delimitação da pesquisa e o controle de variáveis com base no marco teórico previamente definido. Assim, o presente trabalho delimitou a investigação em um curto período de tempo, refletindo um recorte específico da realidade, sem o objetivo de generalizações quanto aos resultados, já que o objetivo foi obter uma amostra significativa e não representativa.

Pelo exposto, o direito à educação previsto no texto constitucional através de regras e não de princípios deve ser efetivado. Na presente pesquisa restou demonstrado a atuação do Supremo Tribunal Federal nesse sentido ao garantir a efetividade do acesso ao sistema de ensino, seja no caso do ensino fundamental que é tratado como direito subjetivo público, seja no tocante à educação infantil diante do caráter de fundamentalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo.** Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. 3.ed. Portugal: Ed. 70, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

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

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **Interpretação constitucional e prestação jurisdicional**. 2.ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público:em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição.** 2.ed. rev. e atual., São Paulo:Saraiva, 2008.

FERREIRA, Renata Tereza da Silva. **O direito educacional na Constituição Federal e LDB.** 2.ed. São Paulo:Lawbook, 2008.

FRANCO, Maria Paula P.B. **Análise de Conteúdo.** Séria Pesquisa. Brasília: Líber Livro, 2007.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

HOFFMANN, Florian; BENTES, Fernando R.N.M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional comparado**.Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas.** Porto Alegre: Artes Médicas Sul Ltda, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In MILARÉ, Edis (org.). **Ação Civil Pública: lei 7.347/1985 - 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo:Saraiva, 2007.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.** Coimbra, 2006.

ROMERO, Luiz Carlos. **Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do Distrito Federal.** Texto para Discussão n. 41, Brasília: maio/2008, Consultoria Legislativa do Senado Federal.

SARLET, Ingo Wolfgang**. A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 8 ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Dimensões da dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel; Galdino, Flávio (org.) **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SIFUENTES, Mônica**. O acesso ao ensino fundamental no Brasil: um direito ao desenvolvimento**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

SIQUEIRA JÚNIOR. Paulo Hamilton.Cidadania.In: SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado (org.) **Direitos Humanos e Cidadania.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALA, Jorge. Análise de Conteúdo. In: SILVA, Augusto Santos; Pinto, José Madureira**.** (org). **Metodologia das Ciências Sociais**. Porto: Afrontamento, 2003, pp. 101-128.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. **Revista de Ciências Sociais – DADOS**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, 2005, pp. 777-843.

XIMENES, Julia Maurmann. Levantamento de Dados na Pesquisa em Direito – a técnica da análise de conteúdo. **Artigo no prelo. Circulação restrita.** 2009.

EDUCAÇÃO POPULAR PARA O RESPEITO À DIVERSIDADE CULTURAL NO ESTADO BRASILEIRO*

EDUCACIÓN POPULAR PARA EL RESPETO DE LA DIVERSIDAD CULTURAL EN ESTADO BRASILEÑO

Ana Maria D'Ávila Lopes
Christianny Diógenes Maia

RESUMO

No atual mundo globalizado, a defesa da diversidade cultural tem-se tornado um imperativo ético indissociável do respeito à dignidade humana, revelando-se a educação como o valioso instrumento por meio do qual se pode preparar as pessoas para viver num mundo cada vez mais culturalmente diverso, ensinando-as não apenas a respeitar ou tolerar os outros, mas também a conviver e aprender umas com as outras, sendo esse o verdadeiro sentido da vida em comunidade Essa concepção da educação foi a que, precisamente, adotou-se na Constituição Federal de 1988 (art. 205). Nesse contexto, o objetivo principal deste trabalho foi demonstrar que a Educação Popular é a abordagem pedagógica que melhor se identifica com a proposta constitucional de uma Educação Multicultural, haja vista promover a organização comunitária e facilitar a construção de um saber plural e democrático, no respeito à dignidade de todo ser humano.

PALAVRAS-CHAVES: EDUCAÇÃO MULTICULTURAL; EDUCAÇÃO POPULAR; DIVERSIDADE CULTURAL; MULTICULTURALISMO.

RESUMEN

En actual mundo globalizado, la defensa de la diversidad cultural se ha vuelto un imperativo ético indisociable del respeto a la dignidad humana, revelándose la educación un valioso instrumento por medio del cual se podrá preparar a las personas para vivir en un mundo cada vez más culturalmente diverso, enseñándolas no sólo a respetar o tolerar a los otros, sino también a convivir y aprender unas de las otras, siendo ese el verdadero sentido de la vida en comunidad Esa concepción de la educación fue la que precisamente se adoptó en la Constitución Federal de 1988 (art. 205). En ese contexto, el objetivo principal de este trabajo fue demostrar que la Educación Popular es el abordaje pedagógico que mejor se identifica con la propuesta constitucional de una Educación Multicultural, ya que promueve la organización comunitaria y facilita la construcción de un saber plural y democrático, para el respeto de la dignidad de todo ser humano.

PALAVRAS-CLAVE: EDUCACIÓN MULTICULTURAL; EDUCACIÓN POPULAR; DIVERSIDAD CULTURAL; MULTICULTURALISMO.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO

No atual mundo globalizado, há uma tendência à uniformização e à assimilação cultural, fenômenos que afetam substancialmente a diversidade cultural da humanidade. No entanto, paradoxalmente, quanto mais o mundo se globaliza, mais as diferenças culturais se acentuam e se tornam mais evidentes, gerando conflitos sociais. Nesse contexto, questiona-se como garantir o respeito e a convivência pacifica ente os diferentes grupos culturais que compõem a sociedade?

Perante essa realidade, a educação cumpre um papel crítico e essencial, na medida em que será por meio dela que se poderá preparar as pessoas para viver num mundo cada vez mais culturalmente diverso, ensinando-as não apenas a respeitar ou tolerar os outros, mas também a conviver e aprender umas com as outras, sendo esse o verdadeiro sentido da vida em comunidade:

(…) we shall, strive through education, to create awareness, among our learners, about their rights, duties and societal obligations and also inculcate simultaneously a culture of respect for others rights and recognition of each individual´s rightful place in the society[1].

Essa concepção da educação foi a que, precisamente, adotou-se na Constituição Federal de 1988 (art. 205), e é a que será desenvolvida neste trabalho, no qual será destacada, também, a Educação Popular como a abordagem pedagógica que melhor se identifica com a proposta de uma educação multicultural.

Com essa finalidade, inicialmente serão apresentados alguns lineamentos básicos sobre a proteção constitucional da diversidade cultural brasileira para, seguidamente, analisar as normas referentes ao enfoque multiculturalista da educação adotado pela Constituição Federal de 1988. Finalmente, a importância da educação popular para a implementação da educação multicultural será analisada.

2. A proteção da diversidade cultural na constituição federal brasileira de 1988

A Constituição Federal de 1988 instituiu um novo paradigma jurídico ao estabelecer como princípios fundamentais do Estado brasileiro o respeito à dignidade humana (art. 1º, III) e a proibição de qualquer discriminação (art. 3º IV), garantindo-se, assim, a todos os seres humanos o direito a serem respeitados e tratados igualmente, mas sem ignorar as diferenças existentes, e sem que isso possa implicar a concessão de qualquer privilégio ou, muito menos, a limitação ou exclusão do exercício de algum direito.

O Constituinte de 1988 substituiu a tradicional concepção formal da igualdade – que defendia tratar cegamente a todos por igual, desconsiderando situações concretas de desvantagem social nas quais algumas pessoas se encontram (como os indígenas, por exemplo) – pela concepção material, ao tratar os iguais igualmente e os desiguais de forma desigual. Nesse sentido, o Ministro Joaquim Barbosa Gomes assinala que:

... em lugar da concepção “estática” da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção “dinâmica”, ”militante” de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade[2].

Reforça-se, portanto, a idéia de igualdade material, que se constrói a partir da conclusão de que as pessoas não são iguais, ao contrário da máxima preconizada pelo liberalismo de que todos nascem livres e iguais, pois, na realidade, muitas são as desigualdades econômicas, sociais, culturais, de idade, gênero, etc., de modo que, o Estado promotor dos direitos fundamentais, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, deve intervir com o objetivo de garantir essa igualdade substancial, sem, no entanto, descaracterizar a identidade cultural[3] do grupo, ou seja, sem negar-lhes o direito à diferença.

Ressalta-se que ao defender o direito à diferença não se está negando a igualdade, pois, em oposição à igualdade tem-se a desigualdade e em oposição à diferença tem-se a padronização, a mesmice; o que se defende é a luta pela igualdade e o reconhecimento das diferenças, ou seja, a negação da padronização e a extinção das desigualdades sociais[4].

Assim, o Direito da sociedade contemporânea busca contemplar a necessidade de uma discriminação positiva, consolidando a atual noção de Estado Democrático de Direito, como destaca a Ministra Carmen Lúcia Rocha *apud* Ministro Joaquim Gomes:

Em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade, etc., continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política[5].

O Direito deve, desse modo, tratar as pessoas como iguais na medida da sua igualdade, mas não visar igualá-las, pois, como afirma Boaventura de Sousa Santos: “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”[6].

Dessa maneira, a ordem jurídica constitucional brasileira reconhece a diversidade cultural de seu povo. Ora, não existe nada mais rico do que a diversidade humana, afinal, não existem duas pessoas, nem mesmo duas culturas, iguais. Portanto, impor

padronizações ou modelos culturais é ir de encontro à própria natureza do ser humano e, conseqüentemente, ir contra sua dignidade, princípio fundamental do Estado brasileiro (art. 1°, III).

Nesse sentido, a Constituição de 1988 impõe ao Estado brasileiro o dever de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais, protegendo, também as manifestações das culturas populares, indígenas, afro-brasileira e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (art. 215, *caput*, e, § 1º).

O Estado deve, também, promover o reconhecimento de todos os grupos culturais, através da educação, desde os primeiros anos de formação da pessoa, fixando-se nos programas de ensino fundamental o respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais, conforme dispõe a Constituição (art. 210). O ensino da história brasileira, por sua vez, deve levar em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro (art. 242, § 1º).

O resgate do respeito à diversidade é um imperativo do Estado Democrático de Direito, no qual todas as culturas devem ter o direito de manifestar-se livremente, conforme o estabelecido no art. 5°, inciso IX: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

Portanto, é tarefa do Estado reconhecer, em primeiro lugar, essas diferenças para assim protegê-las, proibindo qualquer tipo de discriminação e promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3°, inc. IV).

Entretanto, não é suficiente apenas proclamar o reconhecimento da diversidade cultural (art. 215), ou da liberdade de manifestação de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5°, IX), ou, ainda, a proibição de qualquer forma de discriminação (art. 3°, IV), se não se estabelecem normas concretas de proteção e promoção desses direitos. Assim, é competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios:

Art. 23. (...)

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

Impende salientar que a referida obrigação não deve ficar reduzida à atuação do Poder Público, devendo estar presente a colaboração da sociedade (216, § 1º). Com efeito, a sociedade não pode ficar à margem da efetivação dos direitos fundamentais, prevendo, a Constituição Federal, diversos mecanismos de participação popular, junto ao Poder Judiciário, para a defesa e promoção dos direitos fundamentais. Participação esta que

pode ser de forma individual como, por exemplo, por meio do exercício do direito de petição para denunciar ou reclamar a violação de algum direito (art. 5°, XXXIV, alínea "*a*"), ou da ação popular para defender o patrimônio histórico e cultural (art. 5°inciso, LXXIII), ou de forma coletiva, por meio da ação civil pública.

A responsabilidade da sociedade está também evidenciada na atividade econômica que, mesmo de natureza privada, deve viabilizar o desenvolvimento cultural e o bem-estar da população (art. 219). Assim, por exemplo, na produção e programação das emissoras de rádio e televisão devem ser atendidos os seguintes princípio:

Art. 221. (...)

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

Destarte, Estado e sociedade devem juntar esforços para o respeito a diversidade cultural, porque somente dessa forma poder-se-á afirmar que se vive em uma sociedade democrática, na qual todas as pessoas têm iguais direitos de desenvolver plenamente sua personalidade.

3. O direito à educação na Constituição de 1988: uma visão multicultural

A educação se encontra prevista no art. 6?. da Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental social. A partir do art. 205 até o art. 214 são estabelecidas as principais normas que desenvolvem seu conteúdo constitucional. Assim, no art. 205, se dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tendo como objetivos o pleno desenvolvimento da pessoa, a preparação para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

Preparar a pessoa para o exercício da cidadania não significa apenas ensinar-lhe as regras do processo democrático nem das suas instituições[7], mas também, significa ensinar-lhe a conviver com os outros, contribuindo e sendo parte ativa na construção de sua sociedade, que deverá ser justa, livre e solidária, conforme o estabelecido no inciso III do art. 3° da Constituição de 1988. Dessa forma, fortalecesse o princípio democrático que deve permear todas as ações do Estado e da sociedade brasileira.

Sobre a relação entre uma cultura política democrática e o direito à diversidade, Antonio Carlos Wolkmer leciona que:

Antes de mais nada, na perspectiva da América Latina, para se instituir uma cultura político-jurídica mais democrática é necessário pensar e forjar formas de produção do conhecimento que partam da **práxis democrática pluralista enquanto expressão do**

Direito à diferença, à identidade coletiva, à autonomia e à igualdade de acesso a direitos[8]. (grifo nosso)

Nesse sentido, para o exercício da cidadania, é necessário que toda pessoa aprenda a reconhecer, respeitar e conviver com as diferenças culturais presentes na sua sociedade, cumprindo a educação, nesse processo, um papel decisivo[9].

Esse foi o entendimento do constituinte de 1988, que reconhecendo a diversidade cultural brasileira, estabeleceu algumas normas que evidenciam a adoção de um enfoque multicultural no âmbito da educação e da cultura.

Sobre a educação multicultural é importante assinalar que teve sua origem nos Estados Unidos da América, no início do século XX, ganhando maior destaque nos anos sessenta, como conseqüência, principalmente, da luta da população negra pelo exercício dos seus direitos civis[10].

Moacir Gadotti define a educação multicultural como:

[...] uma abordagem do ensino/aprendizagem que se baseia em valores e crenças democráticas e procura fortalecer o pluralismo cultural num mundo cada vez mais interdependente. É uma educação que desenvolve o conhecimento e a integração da **diversidade cultural**. É uma educação para a compreensão mútua, contra a exclusão por motivos de raça, sexo, cultura ou outras formas de discriminação. Sua filosofia baseia-se no **pluralismo[11]**. (grifo no original).

No referente às metas propostas pela educação multicultural, Carlos Alberto Torres aponta as seguintes[12]:

a) metas que vão desde a modificação curricular nas escolas, com a finalidade de incluir as contribuições dos diferentes grupos étnicos e culturais de uma sociedade, até as que buscam fomentar o orgulho pela própria identidade étnica, como forma de garantir o pleno desenvolvimento pessoal do aluno;

b) metas que vão desde a mudança de atitudes para acabar com os preconceitos e estereótipos, até as que ensinam a interagir com as pessoas diferentes;

c) metas que vão desde o desenvolvimento de habilidades básicas para aprimorar, por exemplo, a redação de grupos étnicos minoritários, até as que objetivam ensinar outras formas e estilos de aprendizado;

d) metas que vão desde o reforço individual do aluno, até as que buscam sua conscientização em relação ao seu compromisso social e à luta pela construção de uma sociedade mais igualitária e menos excludente.

No âmbito educacional brasileiro, algumas dessas metas foram constitucionalmente incorporadas.

Assim, o art. 210 estabelece que a valorização de todos os grupos culturais deverá ser inculcada desde os primeiros anos de formação da pessoa, incluindo-se nos programas

de ensino fundamental conteúdos mínimos de respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

O respeito à diversidade religiosa brasileira, no âmbito educativo, está prevista no §1º do citado art. 210, onde se dispõe que o ensino da religião será disciplina de matrícula facultativa.

Por outro lado, a proteção da cultura indígena brasileira está também garantida no art. 210, §2º, no qual se assegura às comunidades indígenas o uso das suas línguas maternas e a utilização dos seus processos próprios de aprendizado.

Finalmente, o §1º do art. 242 estabelece que a disciplina História do Brasil deverá levar em consideração as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.

Essas normas evidenciam a preocupação do legislador constituinte em proteger a riqueza cultural brasileira, objetivo que não poderia ser alcançado, se também não estivessem estabelecidos, como princípios da educação: a) a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; b) a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; c) o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas e a coexistência de instituições educativas públicas e privadas (art. 206, I, II, III respectivamente).

O estabelecimento da igualdade, da liberdade e o pluralismo como princípios que fundamentam a atividade educativa no Brasil são também reflexos da concepção de que a educação nunca é neutra, conforme o afirmava Paulo Freire:

A educação que, não podendo jamais ser neutra, tanto pode estar a serviço da decisão, da transformação do mundo, da inserção crítica nele, quanto a serviço da imobilização, da permanência possível das estruturas injustas, da acomodação dos seres humanos à realidade tida como intocável[13].

Nesse sentido, a educação se apresenta como valioso meio de formação de seres pensantes e críticos que, como tais, têm a obrigação de se posicionar frente à sua realidade, porque só assim que as transformações sociais poderão ser concretizadas. A inquestionável politicidade da educação exige que o professor não seja apenas um técnico, mas que se assuma como um ser político. O professor estará sempre *a favor* ou *contra* alguém, *a favor ou contra* alguma coisa, “um sonho”, ou um projeto da sociedade[14].

Em matéria de proteção dos direitos humanos, o professor tem ainda uma responsabilidade maior, ressalta Paulo Freire:

Enquanto o professor elitista orienta a educação como uma espécie de freio para as classes populares e de crescimento para os representantes da elite, um educador progressista, necessariamente, não pode caminhar assim. Portanto, a visão ou a compreensão dos direitos humanos e da educação depende de *com* quem eu estou, a serviço de *quem* e a serviço de *que* eu sou um educador[15].

Nessa linha, o constituinte brasileiro instituiu as universidades como centros de criação, aperfeiçoamento e atualização de um conhecimento comprometido com a sua realidade social, ao defini-las como instituições onde o ensino, a pesquisa e a extensão obedecerão o principio da indissociabilidade, garantindo-se, para isso, sua autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira (art. 207).

Essas normas formam uma base jurídica sólida competente para garantir a livre manifestação das diversas culturas aqui existentes, assegurando a todo ser humano o pleno desenvolvimento da sua personalidade.

Não obstante, tudo isso não seria possível se, paralelamente, não houvesse normas de caráter econômico capazes de garantir a eficácia desse direito social.

Desse modo, o inciso IV do art. 206, conjugado com o inciso I do art. 208, dispõe sobre a gratuidade do ensino fundamental nos estabelecimentos públicos oficiais para todas as pessoas, independentemente da sua idade. Diferentemente, para o ensino médio institui sua progressiva gratuidade (art. 208, II).

Determina-se, também, que, no caso de não existir uma escola pública próxima à residência do aluno ou existindo, mas sem suficientes vagas, o Poder Público poderá destinar bolsas para que os estudantes possam se matricular em escolas privadas de ensino fundamental e médio próximas ao seu domicilio (213, §1°).

Complementando essas normas, o inciso VII do art. 208 estabelece a criação de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde para os alunos do ensino fundamental, buscando-se o real acesso à educação.

Sobre as competências no âmbito do direito à educação, a Constituição brasileira promove a descentralização política por meio do reconhecimento de três tipos diferentes de competência. Assim, tem-se o poder da União para legislar sobre as diretrizes e bases da educação[16] (art. 22, XXIV) podendo este poder ser delegado aos Estados e ao Distrito Federal por meio de lei complementar (parágrafo único, art. 22), já que se trata de uma competência privativa da União.

A Constituição estabelece, também, uma competência comum, por meio da qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm iguais poderes e a obrigação de proporcionar os meios necessários para o acesso à cultura, à educação e à ciência (art. 23, inc. V).

Por fim, tem-se uma competência concorrente, entre União, Estados e Distrito Federal, prevista no art. 24, que estabelece uma competência à União para legislar, de forma geral, sobre as matérias previstas no citado artigo, entre as quais educação, cultura, ensino e desporte (inciso IX), e aos Estados e Distrito Federal compete a função de apenas regular a matéria de forma específica, buscando adaptar as normas gerais às suas próprias singularidades e necessidades.

A fonte e as formas de financiamento público que irão garantir a efetividade dessas medidas se encontram previstas no art. 212, regulado constitucionalmente no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Os recursos econômicos serão

destinados principalmente às instituições públicas, podendo ser dirigidos às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas na medida em que comprovem sua finalidade não lucrativa (art. 213).

O descumprimento dessas normas implicará em sanções que vão desde a responsabilidade da autoridade competente no caso da falta ou irregular oferta do ensino obrigatória (208 §2°), até a intervenção federal (art. 34 VII, "e") ou estadual (art. 35, III) pela não aplicação dos recursos econômicos mínimos constitucionalmente estabelecidos.

Nesse panorama normativo, a participação da sociedade não apenas reivindicadora de direitos, mas também como fiscalizadora da administração do bem público se apresenta como indispensável, constituindo um dos reflexos práticos do princípio da gestão democrática do ensino constante no art. 206, VI.

A gestão democrática da educação irá também contribuir para a manutenção da qualidade mínima do ensino (art. 206, VII), sendo obrigação do Poder Público a fiscalização da qualidade dos centros educativos privados (art. 209). Qualidade que indiscutivelmente tem, como um dos seus pilares, a valorização dos profissionais da educação (208, V).

Todas essas normas evidenciam a preocupação com a universalização do acesso à educação, a que não se reduz apenas a aspectos econômicos. Assim, o inciso IV do art. 208 garante o ensino infantil para crianças com menos de 6 anos. O inciso III do mesmo artigo institui a atenção educacional especializada para as pessoas com deficiência. Já a oferta regular de ensino noturno, se encontra prevista no inciso VI.

A universalização da educação é um dos objetivos propostos no art. 214, onde se estabelece a criação de um plano nacional de educação de duração plurianual. Junto à universalização, busca-se também erradicar o analfabetismo, aprimorar a qualidade do ensino, preparar a pessoa para o trabalho e a promoção humanística, científica e tecnológica do Brasil.

Não obstante, esses objetivos somente poderão ser alcançados a partir do cumprimento, não apenas das normas de caráter econômico, mas conforme o inicialmente exposto neste trabalho, deverão antes levar em consideração as diferenças dos beneficiários das normas, que são os seres humanos.

A eficácia de um direito social, como o direito à educação, não pode ser apenas medida a partir de seus aspectos econômicos, pois quando se define que um direito social é a prestação positiva do Estado para igualar os desiguais, deve se ter presente que não só em matéria econômica que as pessoas são desiguais.

Nesse contexto, a educação multicultural vem para nos ensinar que não somos iguais e que ser diferente não significa ser melhor ou pior que o outro, mas apenas diferente.

Nessa diversidade é que o ser humano deve primeiro se reconhecer, para depois reconhecer o outro, não como um inimigo, mas como outro ser com quem deve aprender não só a co-existir, mas também a conviver pacificamente.

Só reconhecendo as diferenças do povo que o compõe é que as metas fixadas pelo Estado deixaram de ser meramente quantitativas, para serem também qualitativas, haja vista o ser humano não ser quantidade, mas qualidade.

4. Educação popular: alicerce da educação multicultural

Em uma sociedade culturalmente diversa, como a brasileira, destaca-se a educação popular por propugnar o envolvimento de todas as pessoas no processo de conscientização, objetivando-se, com isso, a criação de um espaço organizado de troca, de amadurecimento das lutas sociais, de solução de problemas e de construção da cidadania. Segundo Moacir Gadotti:

O paradigma da *educação popular*, inspirado originalmente no trabalho de Paulo Freire nos anos 60, encontrava na *conscientização* sua categoria fundamental. A prática e a reflexão sobre a prática levaram a incorporar outra categoria não menos importante: a da *organização*. Afinal, não basta estar consciente, é preciso organizar-se para poder transformar[17].

Ressalta-se que, o uso neste trabalho dos termos: *conscientização, consciente* ou *conscientizar*, não significa que se pressuponham os cidadãos como meros receptores de conhecimento, totalmente alienados e ignorantes, nem que o processo educativo seja uma via de "mão única" do saber. Ao contrário, uma prática pedagógica deve ser dialógica, valorizando os saberes de todos os envolvidos, possibilitando uma troca entre educandos e educadores, ou seja, uma via de "mão dupla", objetivando uma construção coletiva do conhecimento, conforme lecionava Paulo Freire, "ninguém educa ninguém, ninguém educa a si mesmo, os homens se educam entre si, mediatizados pelo mundo[18]", devendo-se superar a idéia da simples transmissão unilateral do conhecimento:

[...] desde os começos do processo, vai ficando cada vez mais claro que, embora diferentes entre si, quem forma se forma e re-forma ao formar e quem é formado forma-se e forma ao ser formado. É neste sentido que ensinar não é transferir conhecimentos, conteúdos, nem *formar* é ação pela qual um sujeito criador dá forma, estilo ou alma a um corpo indeciso e acomodado. Não há docência sem discência, as duas se explicam e seus sujeitos, apesar das diferenças que os conotam, não se reduzem à condição de objeto um do outro. Quem ensina aprende ao ensinar e quem aprende ensina ao aprender[19].

A pedagogia da libertação, base da educação popular, consiste em um aprendizado dialógico, que implica na interação entre sujeitos por meio da linguagem, no qual não há hierarquização do conhecimento. Todos os saberes, científico ou popular, são importantes nesse processo educacional. Nesse sentido, Schnorr leciona que:

O processo educativo-libertador, que parte da investigação e problematização da realidade dos educandos, implica num profundo respeito às suas visões de mundo. Para isso é fundamental o conhecimento dos modos de pensar e da linguagem do povo. [...] **Nesta perspectiva, é fundamental,** na problematização dos temas geradores, **o respeito ao saber popular, ao contexto cultural, à diversidade**. É partindo do

universo do educando que, sem invasão cultural, podemos construir uma pedagogia libertadora[20]. (grifo nosso)

A dialogicidade implica um processo educativo libertador, de transformações, que se constrói *com* o povo e jamais *para* o povo, que reconhece a historicidade humana, objetivando a humanização e o direito de *ser mais*[21] dos oprimidos, a partir de uma ação-reflexão:

A existência humana não pode ser muda, silenciosa, nem tampouco pode nutrir-se de falsas palavras, mas de palavras verdadeiras, com que os homens transformam o mundo. Existir; humanamente, é pronunciar o mundo, e modificá-lo. O mundo pronunciado, por sua vez, se volta problematizado aos sujeitos pronunciantes, a exigir deles novo pronunciar. [...] Não é no silêncio que os homens se fazem, mas na palavra, no trabalho, na ação-reflexão[22].

A idéia de ação-reflexão expressa a necessidade de uma prática-reflexiva, para não correr o risco de cair em um sectarismo, rejeitado por Paulo Freire, por se tratar de uma atitude fechada, irracional, domesticadora, fanática etc., conforme destaca o autor:

É que a sectarização é sempre castradora, pelo fanatismo de que se nutre. A radicalização, pelo contrário, é sempre criadora, pela criticidade que alimenta. Enquanto a sectarização é mítica, por isto alienante, a radicalização é crítica, por isto libertadora. Libertadora porque, implicando o enraizamento que os homens fazem na opção que fizeram, os engaja cada vez mais no esforço de transformação da realidade concreta, objetiva[23].

Assim, a educação popular rompe com o modelo pedagógico tradicional, caracterizado pela ausência do diálogo, em que o professor "doutrina" os alunos, sendo uma educação acrítica, opressora, denominada por Paulo Freire de educação bancária, por tratar-se de "um ato de depositar, em que os educandos são os depositários e o educador o depositante[24]".

Tal método consiste em um processo alienante, que não concede espaço para a crítica e o diálogo. "Na visão da educação bancária, o saber é uma doação dos que se julgam sábios aos que julgam saber nada", lembra Paulo Freire[25]. Dessa maneira, a educação deixa de ser um processo de busca, de construção e de reconhecimento do outro, do respeito à diversidade.

Para a superação dessa educação bancária, é necessária a humanização da educação, concretizada por meio de um projeto a serviço da libertação, com sujeitos ativos e criativos que possuem uma concepção de mundo, de si mesmos e da sua própria cultura, Nesse sentido, leciona Paulo Freire:

Este fazer coletivo, teórico-prático, é permanente em todo processo histórico que inclua a conscientização como fator de humanização. Que entenda o desvelamento do mundo opressor como condição para sua superação. Para, assim, construir a transição para um mundo sem opressores e oprimidos, que em última instância é a afirmação permanente do processo revolucionário[26].

A educadora Maria do Socorro Vasconcelos também discorre sobre esse processo de humanização:

Nesse processo de transformação, o homem e a mulher, politicamente comprometidos e participantes das transformações da realidade que os circunda, são os autores de sua história, interagindo com outros homens e mulheres sobre o meio, criando relações sociais, gerando conhecimentos e construindo a humanização do próprio homem. É neste processo de humanização que se faz presente a educação com sua tarefa imprescindível de libertar o homem e a mulher, preparando-os para a vida, através da práxis social, em um movimento permanente e contínuo de ação-reflexão-ação[27].

A educação libertadora possui, portanto, um compromisso histórico com a transformação social e política, de modo que uma ação educativa jamais pode ser neutra. Tal comprometimento reflete um ato de amor à humanidade, pois, como ressalta Paulo Freire: "não há diálogo, se não há um profundo amor ao mundo e aos homens[28]".

A verdadeira revolução é um ato de libertação, de criação e de amor. Sob essa ótica, mais uma vez tem-se os ensinamentos do ilustre educador:

Sendo fundamento do diálogo, o amor é, também, diálogo (...) Porque é um ato de coragem, nunca de medo, o amor é compromisso com os seres humanos. Onde quer que estejam estes oprimidos, o ato de amor está em comprometer-se com sua causa. A causa da libertação. Mas, este compromisso, porque é amoroso, é dialógico[29].

Na esteira desse raciocínio, Maria do Socorro Vasconcelos, ressalta que "não haverá ação educativa se não houver compromisso. E este compromisso vem do ato de conhecer: conhecer para recriar; recriar para transformar; transformar para melhorar. O conhecimento é um produto social", conclui a autora[30].

Com base em tais fundamentos é que se propõe a educação popular como valioso instrumento para a organização comunitária e a construção de um saber plural e democrático, no respeito à diversidade cultural brasileira.

5. CONCLUSÃO

No atual mundo globalizado, a defesa da diversidade cultural tem se tornado um imperativo ético indissociável do respeito à dignidade humana. Nesse sentido, não é mais possível aceitar que os grupos culturais minoritários continuem sendo subjugados, menosprezados e até ignorados.

No século XXI, a humanidade ainda tem a oportunidade de superar os erros do passado. As Constituições dos Estados Democráticos de Direito, a exemplo da atual Carta Magna brasileira, apontam para este caminho, ao se comprometerem com a promoção e valorização da diversidade cultural e ao proclamarem uma igualdade material construída a partir do respeito às diferenças. No entanto, sabe-se que muito ainda falta para que os preceitos constitucionais sejam realmente concretizados.

Impõe-se, desse modo, reconhecer, nas ações cotidianas, que o respeito ao outro constitui pressuposto para a construção e consolidação de uma sociedade justa, livre e solidária, sendo para isso necessária uma educação de cunho multicultural construída sob as bases de uma educação popular, capaz de garantir a convivência de todos os seres humanos em real igualdade de condições.

6. REFERêNCIAS

BARBER, M. *The learning game*: argument for an education revolution. Londres: Victor Gollancz, 1996.

CANDAU, Vera Maria. *Multiculturalismo e direitos humanos*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/veracandau/Multicutaralismo.html#3 Acesso em: 28 ago. 2006.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido.* 30. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001a.

_____. Direitos Humanos e Educação Libertadora. In: FREIRE, Ana Maria Araújo (Org.). *Pedagogia dos sonhos possíveis.* São Paulo: UNESP, 2001b.

_____. *Pedagogia da autonomia:* saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GADOTTI, Moacir. *Notas sobre a educação multicultural*. Disponível em: http://www.paulofreire.org/twiki/pub/Institucional/MoacirGadottiArtigosIt0022/Notas_sobre_educ_multicultural.pdf. Acesso em: 06 ag. 2008.

_____. *Perspectivas atuais da educação.* Disponível em: http://www.scielo.br. Acesso em: 07 dez. 2006.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva.* Série Cadernos do CEJ; v.24: CJF, 2003. ISBN 85-85572-71-X, p. 85-123.

GONÇALVES, Luiz Alberto Oliveira; SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e. *O jogo das diferenças*: O multiculturalismo e seus contextos. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2002.

MUTTHIRULANDI, Raja. Teaching Human Rights: innovations and imperatives. MOHANTY, Jagannath. (ed). *Human Rights education*. Rajouri: Deep &Deep Publications, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova concepção política.* (Coleção para um novo senso comum; v. 4). São Paulo: Cortez, 2006.

SCHNORR, Giselle Moura. Pedagogia do oprimido. In: SOUSA, Ana Inês (Org.). *Paulo Freire, v*ida e obra. 4. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

TORRES, Carlos Alberto. *Democracia, educação e multiculturalismo*: dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Traducción de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2001.

VASCONCELOS, Maria do Socorro (Coord.). *Educação e liberdade.* Fortaleza: Brasil Tropical, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico, Direitos Humanos e Interculturalidade.* Revista Seqüência, nº 53, p. 113-128, dez. 2006.

---

[1] MUTTHIRULANDI, Raja. Teaching Human Rights: innovations and imperatives. MOHANTY, Jagannath. (ed). *Human Rights education*. Rajouri: Deep &Deep Publications, 2002, p.212.

[2] GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva.* Série Cadernos do CEJ; v.24: CJF, 2003. ISBN 85-85572-71-X, p. 88.

[3] Para Wolkmer (2006, p.114), compreende-se, "identidade" como o conjunto de características específicas a determinado grupo humano, em seu modo de ser, pensar e agir. Ver também Torres (2001, p. 239) para quem, dentro de uma moldura pluralista, a identidade cultural é tomada como o sinal referencial de um conjunto de costumes, práticas e significados, uma herança duradoura, uma categoria sociológica facilmente identificável, um conjunto de traços e/ou experiências compartilhadas.

[4] CANDAU, Vera Maria. *Multiculturalismo e direitos humanos*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/veracandau/Multicutaralismo.html#3 Acesso em: 28 ago.

[5] GOMES, 2003, op. cit., p. 89.

[6] SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova concepção política.* (Coleção para um novo senso comum; v. 4). São Paulo: Cortez, 2006, p. 462.

[7] MUTTHIRULANDI, 2002, op. cit., p. 38.

[8] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico, Direitos Humanos e Interculturalidade.* Revista Seqüência, nº 53, p. 113-128, dez. 2006, p. 114.

[9] BARBER, M. *The learning game*: argument for an education revolution. Londres: Victor Gollancz, 1996, p. 125.

[10] GONÇALVES, Luiz Alberto Oliveira; SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e. *O jogo das diferenças*: O multiculturalismo e seus contextos. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2002, p. 43-44.

[11] GADOTTI, Moacir. *Notas sobre a educação multicultural*. Disponível em: http://www.paulofreire.org/twiki/pub/Institucional/MoacirGadottiArtigosIt0022/Notas_sobre_educ_multicultural.pdf. Acesso em: 06 ag. 2008.

[12] TORRES, Carlos Alberto. *Democracia, educação e multiculturalismo*: dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Traducción de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 2002-203.

[13] FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido.* 30. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001a, p. 58.

[14] FREIRE, Paulo. Direitos Humanos e Educação Libertadora. In: FREIRE, Ana Maria Araújo (Org.). *Pedagogia dos sonhos possíveis.* São Paulo: UNESP, 2001b, p. 95.

[15] Ibid., p. 95.

[16] Cf. BRASIL. *Lei de diretrizes e bases da educação nacional*. L. n° 9394/96. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9394.htm. Acceso en: 27 jul. 2008.

[17] GADOTTI, Moacir. *Perspectivas atuais da educação.* Disponível em: http://www.scielo.br. Acesso em: 07 dez. 2006.

[18] FREIRE, 2001a, op. cit., p. 68.

[19] FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia:* saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 23.

[20] SCHNORR, Giselle Moura. Pedagogia do oprimido. In: SOUSA, Ana Inês (Org.). *Paulo Freire, v*ida e obra. 4. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2006, p. 98-99.

[21] FREIRE, Paulo. 2001a, op. cit.

[22] Ibid., p. 78.

[23] Ibid., p. 25.

[24] Ibid., p. 58.

[25] Ibid., p. 58.

[26] Ibid., p. 79.

[27] VASCONCELOS, Maria do Socorro (Coord.). *Educação e liberdade.* Fortaleza: Brasil Tropical, 2004, p. 11.

[28] FREIRE, 2001a, op. cit., p. 79.

[29] Ibid., p. 80.

[30] VASCONCELOS, 2004, op. cit., p. 43.

A (DES)VALORIZAÇÃO DA VIDA ATRAVÉS DO DIREITO E DA EDUCAÇÃO*

LA (DES)VALORIZACIÓN DE LA VIDA A TRAVÉS DEL DERECHO Y DE LA EDUCACIÓN

Armando Zanin Neto
Sérgio de Oliveira Santos

RESUMO

Pensar não é algo natural, já expressara Deleuze. É o problema que engendra no sujeito a necessidade de pensar, de produzir conhecimento a fim de se manifestar frente a um estimulo ou situação. Um dos principais problemas da humanidade ao longo dos séculos encontra-se no fato de que a todo instante novos seres humanos vêm ao mundo e trazem consigo sempre a esperança ou a ameaça do novo, da mudança. Como expressara Hanna Arendt, a essência da educação é a natalidade. E a tarefa que cabe aos seres humanos, que aqui estavam antes da chegada do nascituro, é a de mediar as relações desse recém-chegado com o mundo.
Fala-se em demasia do futuro a fim de regular a errância da vida. As questões que roçam os campos da educação e do direito estão extremamente povoadas de discursos para se exercer e estabelecer o poder através de verdades. Dessa forma, muito se diz que os grandes problemas da educação e do direito encontram-se no processo educativo ou, pior ainda, na incompletude da criança e na escolha infeliz do marginal, sem levar em consideração a sacralidade das objetificações culturais que são produzidas nos altares da vida adulta e em determinado extrato social como sinônimo de completude e de justiça. Tais considerações suscitam diversas questões nos campos da política e da educação. Talvez, a principal delas seja a problemática da autoridade, pois esta denota um grande equívoco do pensamento político ocidental, desde de Platão e Aristóteles, em que a soberania política se dá nos mesmos moldes em que a superioridade de pais e professores é exercida frente às crianças e alunos. Experiência e tempo podem estar intimamente ligados às relações de poder no contexto escolar. Há por muito nos meandros da educação uma idéia de que o professor (adulto que professa) manda e impõe ao a-luno (o infante sem luz) porque tem mais tempo de vida que ele, portanto, mais experiência. Algo que a criança não tem. Mas, com o tempo virá a ter. Há que se romper com idéia de que o novo e o melhor da e para vida já existem. É infundada toda e qualquer educação e decisão judicial que se diga para a vida ou que ensine a arte de viver. Há que se questionar de qual lugar, de qual perspectiva avaliativa se lê tal fato. A educação e o direito, na perspectiva do presente texto, devem ser meios, espaços de transvaloração, da busca por valores que favoreçam a vida e potencialize cada vez mais os que não são contados, os emudecidos pela bárbara cultura contemporânea ocidental que se alicerça sob a égide da desigualdade. Re-educar é não tolher a capacidade de criação do sujeito. É deixar que ele aconteça e revigore suas necessidades, possibilidades e realidades para que realize o mergulho, sem travas e medos, no caos e no mistério da vida e trazer ao mundo suas vitoriosas e honrosas perspectivas evolutivas.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO; EDUCAÇÃO; CONTEMPORANEIDADE; PERSPECTIVA AVALIATIVA; EXPERIÊNCIA HUMANA; PODER; VIDA.

RESUMEN

El pensamiento no es algo natural, tal como se expresa Deleuze. Es el problema que genera la necesidad de pensar, de producir conocimiento con el fin de manifestarse en la cara de un estímulo o situación. Uno de los principales problemas de la humanidad durante siglos es el hecho de que en cualquier momento nuevos seres humanos vienen al mundo y llevar consigo siempre la esperanza o la amenaza de nuevas y de cambio. Hanna Arendt expresó la esencia de la educación es la tasa de natalidad. Y la tarea para los seres humanos, que estaban aquí antes de la llegada de los no nacidos, es mediar en las relaciones de este recién llegado al mundo.
Se habla mucho del futuro a fin de resolver la vida errante. Las cuestiones que pastan en los campos de la educación y el derecho están densamente pobladas discursos para establecer y ejercer el poder a través de la verdad. Por lo tanto, mucho se dijo que los principales problemas de la educación y el derecho en el proceso educativo o, peor aún, el carácter incompleto de los niños y la desafortunada elección de los marginales, con independencia del carácter sagrado de las objetivaciones culturales que se producen en los altares de la vida adulta y, en particular los estratos sociales como un sinónimo de integridad y justicia.
Estas consideraciones plantean varias cuestiones en los ámbitos de la política y la educación. Tal vez la principal es el problema de la autoridad, ya que esto denota un concepto erróneo del pensamiento político occidental desde Platón y Aristóteles, en el que la soberanía política se produce de la misma manera en que la superioridad los padres y los profesores se llevan adelante para los niños y estudiantes. La experiencia y el tiempo pueden estar estrechamente vinculados a las relaciones de poder en el contexto escolar. Hay un largo camino en torno a la idea de un profesor (adulto que profesa) tiene y requiere de la a-luno (el niño que no hay luz) porque tiene una vida más larga, por tanto, más experiencia. Algo que no tiene el niño. Pero con el tiempo va a lograr.
Hay que romper con la idea de que el nuevo que e el mejor ya existen. Carece de fundamento toda y cualquier educación i decisión judicial que se aplica a la vida o que enseña el arte de vivir. Hay que preguntarse de qué perspectiva de evaluación se lee este hecho. La educación y el derecho desde la perspectiva de este texto, debe ser de los espacios mediáticos, de revalorización, de la búsqueda de valores que promuevan la vida y aprovechar cada vez más los que no se cuentan, el silenciado por la cultura de la barbarie occidental contemporánea que se basa en la auspicios de la desigualdad. Re-educar no es obstaculizar la capacidad de creación de lo humano. Es permitir que eso ocurra y anima a sus necesidades, posibilidades y realidades para la realización de la inmersión, sin bloqueos y temores de caos y el misterio de la vida y traer al mundo a su punto de vista evolutivo victorioso y honorable.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO; EDUCACIÓN; CONTEMPORANEIDAD; PERSPECTIVA EVALUATIVA, EXPERIENCIA HUMANA; PODER; VIDA

O homem é um rio turvo. É preciso ser um mar para, sem se toldar, receber um rio turvo.

Nietzsche

Crenças, a partir de necessidades e possibilidades, criam realidades. Avicena, filósofo árabe do século XI do calendário cristão, diz que o homem caminha tranquilamente por uma tábua estreita enquanto crê que ela esteja apoiada em solo firme. Contudo, apavora-se desmedidamente, podendo até vacilar e cair, quando percebe que a mesma encontra-se sobre um precipício. Nesse movimento, o ser humano se constitui por meio das relações sensíveis que estabelece com os signos que se lhe apresentam. É esse movimento de embate entre signos, que também pode ser chamado de pensamento, que dá margem à criação e des-construção de uma multiplicidade mundos - mundos no mundo.

Pensamento é força que mobiliza experiências e abre veios de possibilidades de produção de conhecimentos que colocam o sujeito em um processo contínuo de pensar, re-pensar e pensar novamente, alargando sua compreensão e abrindo sua sensibilidade acerca de si mesmo e do *outro*. Essa forma de conhecimento operativo, que escapa à dicotomia de ser verdadeiro ou falso, certo ou errado, bom ou mau, por visar apenas a mobilização de forças constitutivas, na obra de Deleuze e Guattari[1] é denominada *conceito*. Por sua vez, o inverso do conceito, é a opinião, a professia que imobiliza a sensibilidade do sujeito com a imposição de um pensamento único. Tudo se torna evidente e se perdem as capacidades de olhar(-se) e encantar(-se), supreender(-se) e estranhar(-se).

Algumas teorias quando dissertam sobre a formação e o funcionamento do psíquismo humano (que engloba os fenômenos da educação e do direito) nos apresentam aspectos inconscientes ou velados que desviam-se ou atuam simultâneamente aos aspectos conscientes deste ser. Um dos grandes mestres da suspeita no pensamento ocidental, Freud, em 1929 deu-se por convencido de que a psicanálise seria incapaz de curar a neurose. Nesse ponto houve, junto dos conceitos de *repetição* e *pulsão de morte*, a produção da *segunda tópica* de seu pensamento, momento em que a psicanálise como *intenção* - onde uma subjetividade se dá para tratamento - deixa o espaço da cliníca e volta-se para o social, ou seja, para pensar a gênese da civilização - a psicanálise como *extenção*.

De acordo com os pressupostos freudianos, o homem é mobilizado em seus pensamentos e ações por desejos inconscientes dos quais não tem nenhum conhecimento. Sendo assim, a primazia da consciência vem por terra, por ser esta regida pelo processo secundário (*princípio da realidade*), processo este em que a satisfação do desejo é adiada e/ou arranjada - maquiada -, dando origem ao sintoma, que é o desejo estrangulado. O que se nomeia por singularidade, nada mais é que a forma peculiar que cada sujeito elege para manejar e manifestar essa relação de forças nos tempos e espaços que configuram sua vida. Por esse motivo é que a psicanálise não é uma ciência, pois ciência pressupõe algo que seja universal. É impossível, por exemplo, falar de *Complexo de Édipo* em uma sociedade como a indígena que não se estabelece tal qual a triangulação familiar ocidental de papai, mamãe e filhinho.

Mas mesmo aquilo que a humanidade aceita como ciência, tal qual a arte e a filosofia, engendram a todo instante na sociedade funções, *afectos* e conceitos que são recortes do *caos*, ou seja, pinceladas ou planos acerca do que está em movimento infinito e ainda não foi ou não se pode conceituar ou dizer. Esse recortes, esses signos, criam *blocos de sensações* que disparam outras percepções naqueles que os veem. Por esse modo, a cada instante surgem novas metáforas da vida e do viver humano que povoam de nomes, sentidos e lugares uma existência feita de mistério, encanto e solidão.

Nietzsche, em *Crepúsculo dos ídolos*[2], expressa que nossas vivências mais íntimas não são nada tagarelas. E que, quando se tem palavras para o indizível, estas já estão superadas, e, assim, com a fala, se vulgariza o falante. Pensar, então, é uma forma de captar algumas nuances da vida, mas não de dominá-la, controlá-la ou abranger toda sua plenitude. Pois, como diria o poeta Pablo Neruda, *a vida, em seus estojos de jóias, é infinita como a areia... incontável, pura*[3].

A vida não cabe e nem se exaure em nenhuma produção humana. Nossos sentidos acerca da vida são, tal como nós mesmos, apenas manifestações desta, situadas em tempos e espaços encharcados de determinado tipo de percepção, deste pequeno e frágil ser, que se nominou humano.

O homem é uma invenção. (...) Se estas disposições [que o inventaram] viessem a desaparecer, se, por algum acontecimento de que podemos quando muito pressentir a possibilidade, mas de que no momento não conhecemos ainda nem a forma nem a promessa, se desvanecessem, como aconteceu, na curva do século XVIII, com o solo do pensamento clássico - então se pode apostar que o homem se desvaneceria, como, na orla do mar, um rosto de areia[4].

No excerto supra, Foucault argumenta que o ser humano, tal qual o conhecemos no ocidente - suas características, gestos, afetos e *afectos* - são invenções recentes. Em uma versão da música *La idad del cielo* do uruguaio Jorge Drexler, o cantor e compositor brasileiro Paulinho Moska canta que *não somos mais que uma gota de luz, uma estrela que cai, uma fagulha tão só com a idade do céu,* (...) *um grão de sal no mar do céu*. Ambas considerações são inquietantes, tendo em vista que entre informações e ruídos, determinismos e indeterminismos, revoltas, construções e asujeitamentos nos encontramos à deriva no mar da História, ou melhor, um mar de histórias que se entrelaçam a bilhões de anos e nos possibilitam criar a nossa própria história, até sobre nós mesmos. História não é algo contínuo, sinônimo de progresso, mas sim, um artefato humano.

O presente texto é apenas mais um exercício de derramar algumas palavras nesse mar da história. Talvez, além disso, seja ele um movimento de sobrevivência, visto que, devido a tantos fatos e traços que marcam a fragilidade fisico-biológica da constituição humana, bem como, o caráter perecível de idéias e conceitos, pensar(-se) ainda é um recurso extremamente viável àqueles que intentam viver a experiência de estar vivo que, diga-se de passagem, encontra-se muito aquém da busca de um sentido para a vida. Mas, possivelmente, na mesma medida, pensar(-se) pode fazer parte de uma estratégia de compreensão do mundo e de criação de realidades e condições que permitam ao ser humano esquecer-se ou enfrentar certas fragilidades para manter-se vivo.

Somos mortais. E mais, fazemos parte de uma cadeia alimentar intrínseca ao ecossistema que vigora no planeta Terra. A cultura, bem como, certo tipo de psiquismo, atua principalmente a partir do esquecimento desse fato para poder existir. Talvez, como já expresso por Sigmund Freud e Otto Rank, o maior gasto energético do ser humano seja para reprimir essa constatação na esperança de que um dia ela desapareça. Dessensibilizar-se dessa consciência, ou como diria Schopenhauer, vestir a morte com o véu da esperança, é uma alternativa frente à finitude, à falta de sentido ou fim escatológico da vida. Mas isso não há de diminuir a intensidade da dor física ou psiquica que tal constatação pode trazer. Afinal, o universo não é o berço ou os prados verdejantes tão almejados por boa parte da humanidade. E, assim, aponta Moska, *não somos o que queríamos ser. Somos um breve pulsar em um silêncio antigo com a idade do céu*[5]. A morte é o fim das possibilidades desse arranjo cósmico situado no tempo e no espaço.

A dor e o sofrimento oriundos da condição de encontrar-se vivo não podem ser abjurados, tendo em vista, que a vida é sempre a exuberância da afirmação. Noções como bem e mal e certo e errado servem apenas para situar uma perspectiva de determinado abservador desta. A vida, em sua plenitude ou em seu aspecto global, desconhece ou é indiferente a tais perspectivas. Vida é sempre combate. E combate por mais potência. Ela nunca é indigente. Nietzsche[6], pensando a moral da sociedade ocidental, discorda da proposta feita por Darwin de que do combate pela vida resulte uma espécie evoluída. Segundo o alemão, não são os fortes que se sobressaem, mas sim os fracos que são em maior número e com isso sufocam os primeiros com seu ardil em criar realidades que favoreçam sua fácil adaptação com o mínimo de dor e sofrimento possíveis.

Essa tipologia vencedora sempre intentou, através da moral, "melhorar" a humanidade buscando adestrar, enfraquecer e tornar menos danosa uma dita animalidade humana. O resultado desse processo foi uma caricatura doente de ser humano, malévola contra si mesma. Como já destacado por Foucault, o ser humano é uma invenção. O intento de produzí-lo, seja amansando-o ou aprimorando-o, desde muito se fez presente nas estruturas sócio-culturais do ocidente. A educação e o direito fazem parte do aparato valorativo-operacional de produção de determinada humanidade. Trazer à baila certos traços dessa produção do humano, a partir dos jogos de forças culturais oriundos e produtores de valores, a fim de pensar esse sujeito que se pretende (re)educar na contemporaneidade e inferir a respeito da (in)conveniência de tais valores educacionais e jurídicos junto ao movimento da vida, faz-se o objetivo do presente trabalho.

Vida e Conhecimento

Quem é o ser humano? O ser humano é um sujeito que se faz no mundo através das duas conotações que a palavra sujeito carrega - um ser asujeitado, cativo, dócil, depentente -, mas também um ser que pratica ações, fonte de movimentos, de atividades. É um ser ambivalente que, situado em determinado tempo e espaço, tem de lidar com a experiência de fazer parte da vida, de ser vida. Vida esta que, muito antes de seu nascimento, já fora pensada, pesada, cultuada ou menosprezada por seus semelhantes.

O conhecimento, tal como expresso na epígrafe deste tópico, é algo criado, inventado, que não possui origem. Dizer que o conhecimento não tem origem é afirmar que ele não faz parte da natureza humana, da essência, da genética, de um determinismo da espécie humana. Para Nietzsche, o conhecimento tem relação com os instintos, mas não é de forma alguma o aprimoramento destes, e sim, fruto dos embates e digladios entre eles. Nesse sentido dirá Foucault:

O conhecimento tem por fundamento, por base, e por ponto de partida os instintos, mas instintos em confronto entre si, de que ele é apenas o resultado, em sua superfície. O conhecimento é como um clarão, como uma luz que se irradia, mas que é produzido por mecanismos ou realidades que são de natureza totalmente diversa. O conhecimento é o efeito dos instintos, é como um lance de sorte, ou como o resultado de um longo compromisso (...), como uma "centelha entre duas espadas, mas que não é do mesmo ferro que as duas espadas".[7]

O conhecimento, na tradição da sociedade ocidental, é marcado, principalmente, pela obra de Immanuel Kant que, nas críticas da razão pura, prática e do juízo, dedicou-se a pensar sobre as possibilidades, limites e pretenções do conhecimento, destacando que o ser humano, como já apontado alhures, só pode ter o conhecimento dos fenômenos, das coisas que a ele se apresentam, que o afetam através de sua aparência, textura, sensibilidade. Afinal, a coisa *em si* é impossível de ser conhecida.

O fato das coisas serem *em-sí* (com uma essência impalpável, incognocível) e não *para-sí* (que se dá em objeto, em experiência possível) limitam o conhecimento humano. Contudo, a perspectiva *em-si* abre a possibilidade da existência do pensamento e a constituição de objetos apenas inteligíveis (numênicos), tal como liberdade, amor, paz, deuses etc.

Na *Crítica da razão pura*, junto de um movimento dedutivo, Kant irá elencar os elementos através dos quais o sujeito determina o objeto. Tais elementos são, grosso modo, a resultante dos seus processos de conhecer, a memória, a consciência, os *a priori* a partir dos quais o ser humano irá configurar o mundo. Por outro lado, tal processo também serve como sustentáculo para uma moral racional, que dará ensejo ao esclarecimento que, em tese, possibilitaria a autonomia do sujeito, pois este, junto de seu próprio pensar e conhecer, poderia viver por si mesmo, fora da tutela e das situações (im)postas por outrem. *Ouse pensar por si mesmo!* Eis o lema kantiano.

Um importante desdobramento da filosofia kantiana é o pensamento de Arthur Schopenhauer que buscou aperfeiçoar o pensamento de seu mestre e traçar uma crítica ao Idealismo formulado por outros discipulos de Kant como Fichte, Schelling e Hegel. Sua obra, um misto de Idealismo e Realismo, serviu de inspiração para Nietzsche e Freud, importantes fontes da constituição do saber contemporâneo.

O mote da crítica schopenhaueriana a Kant e seus discípulos idealistas encontra-se na abusiva utilização de uma racionalidade abstrata, uma filosofia constituida apenas de abstrações, de conceitos predominantemente abstratos. Para Schopenhauer a filosofia deve ocupar-se da vida, do homem, do mundo, do homem que vive no mundo. Segundo

ele, Kant, ficcionado em simetrias, queria ordenar, através da razão, a multiplicidade do mundo.

Para Schopenhauer, a racionalidade, oriunda e elaborada a partir dos fenômenos, pode sim representar o mundo, mas é insuficiente para abarcar todas as suas dimensões. Em sua obra *O mundo como vontade e representação* diz ele que para além dos conhecimentos, pensamentos e influências da relação ser humano-mundo, desse sujeito que representa o mundo, há, diante da característica *em-si* das coisas, um ímpeto, um querer, uma Vontade que também constitui o mundo. Desde então, chamou, com base na obra kantiana, o fenômeno de representação e a *coisa em-si* de Vontade. Esta última, simplesmente, como um *querer-viver*.

Esse mundo dual, essa possibilidade de outros pontos de vista acerca do mundo, deu ensejo também a uma duplicidade do ser humano. Ele será a partir de então, por um lado, o sujeito do conhecimento e, terá por outro, um corpo em que a Vontade se manifesta. Haverá uma unidade dual, um organismo composto de corpo e conhecimento, em que a Vontade é um querer cego, obstinado, infinito e eterno, enquanto a representação é a participação de um sujeito finito no mundo.

A idéia de organismo traz para a filosofia schopenhaueriana a idéia de morte e superação, em que o *querer-viver* é o consolo (imanente) do indivíduo que morre, enquanto sua espécie permanece. De outro modo, o que tal filosofia quer expressar, principalmente, é a falta de um objetivo, de um fim em si mesmo para a Vontade.

Não há uma consciência transcendental que dê um sentido para a vida, para esse *querer viver*. E, trazendo seu pensamento para o campo da moral, Schopenhauer afirma que não há maior perversidade para o espírito humano - *perversität des gesinnungs* - que aceitar uma característica ilusória do mundo. Daí decorre sua crítica a Kant que postulou com seu imperativo categórico[8] uma moral estritamente racional. Crítico de todo absolutismo, Schopenhauer dizia que a lei universal abstrata contida no imperativo categórico kantiano não afetaria em nada a desmedida humana, visto que é o próprio sujeito, em consonância com seus valores e finalidades, que formula e se coloca essa lei.

O conhecimento para Schopenhauer foge aos moldes idealistas abstratos de demonstração e dedução. Ele é um conhecimento intuitivo ao qual se chega através das manifestações da Vontade no corpo, invertendo o cógito cartesiano do *penso, logo existo* para *quero, logo existo*. É a primazia do *querer* sobre o intelecto humano, tendo em vista que ele é uma manifestação do corpo, que por sua vez, é uma manifestação da Vontade. O ser humano, ao invés de ser por pensar, é onde não se pensa.

O intelecto, a consciência, está para o sujeito como fator de conservação do organismo. O *querer* é a força motriz do sujeito para des-velar o mundo, para superar as idéias a respeito do mundo e acerca de si mesmo. É uma vontade de verdade que se expressa como um cobertor que sempre deixa nossos pés com frio. Você empurra, estica e nunca há suficiente. Você chuta, bate e nunca nos cobrirá. Desde que chegamos chorando até partirmos mortos. Só cobrirá nossos rostos, enquanto berramos, choramos e gritamos***[9]***.

Schopenhauer encontrará nesse querer inobjetivo a origem de toda insatisfação e sofrimento humano, pois nunca se sacia, nunca se completa, nunca deixa de querer mais

e mais. E é justamente quando esse querer atravessa a consciência, quando ele atravessa a representação de mundo que foi constituida pelo ou para o sujeito, que a dor, a ansiedade e o desassossego se manifestam. Eis a *Bruta flor do querer* cantada por Caetano Veloso[10]: *Onde queres revólver, sou coqueiro. E onde queres dinheiro, sou paixão. Onde queres descanso, sou desejo. E onde sou só desejo, queres não. E onde não queres nada, nada falta. E onde voas bem alto, eu sou o chão. E onde pisas o chão, minha alma salta. E ganha liberdade na amplidão.*

Vida, Tempos e Verdades

O prazer para Schopenhauer tem uma conotação negativa. Ele, no furacão da Vontade infinita, é apenas a ausência de sofrimento. Diante disso, postula que o princípio maior de uma vida ética é estagnar essa fonte de desprazer, é recusar a Vontade. Essa postura marca o pensamento schopenhaueriano e dá o seu limite. Porquanto, deixa ao ser humano duas vias: a *negação da Vontade* - assim se tem o modo de vida do asceta ou do santo, um modo de vida aquém dos domínios da filosofia, tendo que esta se ocupa apenas do que é racional, do mundo que é racionalmente constituido por palavras e escritas -; ou então, a *afirmação da Vontade* - a afirmação da vida tal como ela é, com todo seu bem e seu mal, suas dores e alegrias, sabores e dissabores, e, principalmente, seu caráter infinito, invalorável e silencioso.

O ser humano nasce em um contexto social já previamente estabelecido e marcado por *verdades* junto das quais irá se constituir. Uma das verdades que mais prevaleceu na história da raça humana foi a verdade divina. A idéia de um Deus Todo Poderoso pressupôs uma verdade onipresente e oniciente que se propunha a responder a todas inquietações e necessidades deste ser. De tal forma que não havia questões a se fazer, pois Deus era a resposta de tudo. Não havia um ordenamento governamental historicamente estabelecido para se confrontar, porque tudo estava como Deus queria que estivesse. A verdade divina gerava a circulação de valores supra-sensíveis, materializados nos pecados e méritos, que eram os únicos referenciais do sujeito para dar forma a sua existência - extremamente desvalorizada nesse mundo em favor da promessa do reino dos céus que viria após sua morte.

Quaisquer questionamentos que pudessem ocorrer ao ser humano em relação à verdade divina deveriam ser tratados diretamente com Deus, ou melhor, com seus representantes terrenos, ou seja, a Igreja. Surge assim o que Foucault chamou de *poder pastoral* - a metáfora do rebanho conduzido por um só pastor. O sujeito, envolto pelo que a verdade divina estabelecia como pecado, como má conduta, dirigia-se ao confessionário em busca de cura e entregava-se ao eclesiástico que, por sua vez, moldava e dominava sua subjetividade.

A própria noção de tempo era regulada por essa verdade. No mote em que a vida humana no planeta Terra era apenas o umbral para um iluminado e perfeito mundo porvir reinava a concepção de um tempo de preparação. Somente com a volta do Cristo iniciaria um tempo histórico. A função do soberano, oriundo dos consensos entre o trono e o altar, era governar o povo - pastorá-lo - para esse mundo extraterrestre.

O movimento protestante surge no intento de romper essa aliança entre o clero e a monarquia. Seu primeiro deslocamento encontra-se justamente na ruptura com essa idéia de tempo, que se volta agora ao que está ocorrendo e não mais ao que ocorrerá. Dessa idéia de tempo histórico decorre o segundo deslocamento, que tem por base o propósito de que o próprio sujeito é o responsável por sua salvação. Origina-se de tal propósito a *Razão do Estado*, pois a ótica da vida humana no planeta Terra muda. A organização ou administração da sociedade não mais se dá na espera de um mundo porvir, mas junto de uma realidade que já está acontecendo. O Estado surge como resultante dos propósitos da sociedade, mas em um primeiro momento, à parte desta. O Estado, em um movimento de conservação e expansão, levanta-se como um fim em si mesmo.

No século XVI, entre os Estados europeus, é firmado um compromisso para impedir que, diante do ímpeto cego de conservação e superação, um determinado Estado não se tornasse um novo império e, em decorrência de tal poder, tivesse a pretenção de dominar seus Estados vizinhos. Caso, entre eles, algum Estado quisesse aumentar seus domínios teria de fazê-lo fora daquele local - surgem daí as navegações. Mas, caso um Estado quisesse se sobrepor a outro que fosse seu parceiro, a guerra seria justificada. Surgem deste pensamento, dispositivos militares e diplomáticos para manter as forças em equilíbrio. Assim, mesmo em tempos de paz, haviam exércitos prontos para atacar ou revidar qualquer ameaça ao seu território.

Além do macro equilíbrio estabelecido entre os Estados, no interior destes, no final do século XVI e início do século XVII, é criado um outro dispositivo para atuar nas microesferas destes. O dispositivo *policial* tinha como propósito intervir e administrar *até o mais fino grão da sociedade*, visando o crescimento e a manutenção das forças internas do Estado, fomentando uma nação densa e produtiva - o trabalho ao invés da vagabundagem, homens e mulheres fortes e saudáveis por meio de auxílios saúde, alimentação, moradia, educação etc.

A partir do início do século XVIII, Foucault[11] diz ter havido uma transformação na forma de atuação do dispositivo policial. Na tentativa de regular o comércio e o consumo do cereal, viu-se que a intervenção do Estado não estava ocorrendo aos contentos da população que propõe a livre circulação dos grãos para que haja o equilíbrio, o bem e a satisfação de ambos. O Estado, a partir de então, deixa de ser um fim em si mesmo e passa a atender os interesses civís e, consequentemente, os interesses individuais e públicos. Desse movimento, duas figuras começam a se destacar: o *economista* (para regulação e controle) e o *publicitário* (para fomento e criação de necessidades). Tais figuras e suas funções delimitariam a *boa circulação* de produtos e valores na sociedade, enquanto o dispositivo policial - que outrora fora regido pela estatística - prestar-se-ia a imperdir as *más circulações*. Eis o Liberalismo clássico.

O Liberalismo encontra-se na mediação entre algo que está desmoranando (a sociedade Feudal) e algo que está emergindo (a burguesia, o capitalismo como apropriação do mundo). Diante da idéia de que o Estado governa em demasia surge a *economia política* que sai da lógica de um julgamento moral do Estado (bem e mal) para um julgamento de sua eficácia, que deflagraria se este estava sabendo ou não conter sua forma de governar. O mecanismo escolhido para ser o crivo de tal julgamento - o espaço de veridicidade - é o Mercado - a circulação das mercadorias.

O Liberalismo é a resultante de um regime de verdades somado as técnicas de práticas políticas. O mercado como laboratório de testes da arte de governar é o espaço para a troca, o jogo, a lógica de interesses (mercadorias) e a produção de verdades - queda da bolsa de valores, alta dos juros, risco Brasil, redução de IPI, moda, tendências, obsolescência etc. - voltados para a criação e manipulação de necessidades.

É justo destacar, que no Liberalismo clássico pairava certa ingenuidade em tomar que na sociedade havia um espaço naturalmente livre para as trocas e circulação de mercadorias entre os cidadãos. Com a crise de 1929 e outros sinais viu-se que tal natureza não existia. Tomou-se então a necessidade de produzir um âmbito de concorrência. O Estado, desde a tenra infância do cidadão, deveria incutir em seus partícepes a lógica e/ou valores do mercado.

A noção de tempo muda novamente. Retomam-se as técnicas de administração sociais voltadas para o futuro, contudo, um futuro que se realizará aqui mesmo nesse planeta. É claro que, diante dos medos reais e possivelmente irreias (assaltos nos semáforos e o fogo do inferno) se proliferaram em velocidade altíssima as indústrias, agências, seitas e religiões que, junto da promessa da vinda de um novo cristo para reestabelecimento da paz e fim do sofrimento, imobilizaram e imobilizam multidões, utilizando-se da captura de suas esperanças como mecanismo de poder, movimentando, assim, fortunas incalculáveis. Eis o Neoliberalismo.

Na política neoliberal, a existência da *desigualdade* é o que mantém a concorrência do e no mercado. O Estado deve se ausentar ao máximo. Suas ações ordenadoras e reguladoras encontram-se em prol de guarnecer o mercado: constituir um escudo, leis e mecanismos jurídicos, campos e formas que o favoreçam. Não se age diretamente na economia, mas nas *condições condicionantes* da economia. Assim, o Estado tem como limite de sua ação tomar o excedente de riqueza de alguns (o super luxo) e diluí-lo junto dos mais miseráveis, como garantia de vida para uns (Bolsa Família, por exemplo) e expiação dos pecados para outros (solidariedade, caridade, consciência social etc.), ações e valores que agregam e produzem na sociedade a ilusão da possiblidade de ascensão.

O regime de privatização estatal se faz presente para solidificar a lógica de que o sujeito deve gozar dos prazeres sociais por seus méritos próprios. Eis um Estado-Mercado e um Sujeito-Empresa. Não há mais um projeto de sociedade e todo fracasso é culpa dos sujeitos que não foram suficientemente bons empreendedores de si mesmos.

A vida na contemporaneidade é produzida e administrada pelos governos através das biopolíticas que criam realidades e liberdades (de consumo) por meio das vendas de *estilos de vida*, que carregam consigo necessidades fisiológicas e uma gama de produtos friamente elaborados por meio de uma *razão instrumental*.

A *obsolescência programada* de tais produtos, estilos de vida e realidades imprimem no sujeito simultâneamente um imenso vazio e uma incapacidade de afetar-se, de sentir e re-agir criativamente que, nos termos de Boaventura de Souza Santos, seria a *razão inerme*, por um lado; e, uma sensação feliz de liberdade que lhe traria a vivência de uma plenitude opaca que, para o mesmo autor, seria uma razão displicente. Tais razões objetivariam a produção de um sujeito que consuma e se aliene de suas materializações e da própria vida cada vez mais.

Experiência, Valor e Direito

Experiência é tudo aquilo que auxilia o ser humano a sentir, apreciar, apreender, viver e ser a vida. É a *moral da história*, a *lição de vida* - e não *o sentido da vida* - que se faz referência para tal ser ao ter de lidar com as vicissitudes próprias e particulares de sua condição. Mormente, essa experiência se dá na relação com o outro, de forma a enfrentar seu estranhamento em relação ao mundo ou ao que se interpõe a manutenção de sua vida ou a realização de um desejo. Tem-se, dessa forma, a idéia de movimento dinâmico entre forças que querem se firmar. Desses embates surge o que é chamado de cultura. A cultura é constituida por campos de força encharcados de valores que configuram necessidades, realidades e possibilidades de seus partícipes.

O planeta Terra está repleto de atrocidades e atentados contra a vida nesse início do século XXI e muitos destes têm ligação direta com os conhecimentos e valores que a humanidade produziu até agora. Como citado supra, o conhecimento é uma invenção humana. Já os valores, por sua vez, perfazem o apreço, a importância, a legitimidade de alguém, coisa ou conhecimento. São os valores que sustentam os recortes do caos, uma ou outra manifestação das multiplas e infinitas virtualidades que a vida possui. São os valores que possibilitam a criação, manutenção e des-construção de mundos e realidades.

A cultura como sendo o referencial do ser humano para manter-se vivo e/ou perpetuar-se ao longo do tempo manifesta-se através de hábitos, costumes e regras que se impõe ao sujeito (estrangulamento do seu desejo) como forma de atingir seus objetivos em determinada sociedade e momento histórico. A função da cultura deveria ser servir de base para a concretização e realização das multiplicidades do ser humano Contudo, a cultura contemporânea vai de encontro a tal finalidade, pois os valores que deveriam ser suporte para emancipação do sujeito, são na verdade alienantes, como bem expressam os autores da *Escola de Frankfurt*, principalmente através do conceito de *Indústria Cultural*.

A *Indústria Cultural* (meios de comunicação, entretenimento, indústrias alimentícia, fonográfica, cinematográfica, editorial etc.) oferece diversos produtos aos seus consumidores a fim de atender suas necessidades mais urgentes, exprimindo uma idéia de harmonia entre as partes - produtor e consumidor. Porém, seus amplos meios de atuação denotam que além do lucro, a indústria da cultura obtém o controle social transformando pessoas em coisas (reificação) e coisas em sujeitos (fetichização), apropriando-se do *esquematismo* de tais pessoas influindo no modo como estas percebem a realidade sensível. Destarte, é nesse ínterim, entre o *eu* e o *outro*, que tal indústria, de forma massificada, dita o que é bom, o que é verdadeiro e o que é belo administrando a sensibilidade do sujeito.

Se tomarmos o Direito em sua tridimensionalidade - fato, valor e norma - teremos que tal processo dialético ocorre de forma a fazer da norma a resultante do embate entre fato e valor. Assim, o ser humano diante de um determinado fato, com base nos valores característicos de sua cultura, determina se tal fato será elaborado pela moral, pela cotidianidade de sua sociedade ou se deverá dispor de uma norma com a finalidade de

reprimir a repetição ou os danos causados à cultura (e em contrapartida ao ser humano) pelo fato em questão.

Necessitando dos valores culturais para estabelecer-se como mediador das relações humanas, o direito perde a legitimidade de sua função (e torna-se legal) ao valer-se de valores que impossibilitam a realização das potencialidades humanas. Diante de tal jogo de força e interesses, o direito é mais um artifício da *razão instrumental* para submeter grande parte da humanidade a um pequeno grupo de sujeitos que se beneficiam de um sistema econômico desmedidamente bárbaro de exploração e rebaixamento da vida.

Quando ressoa na sociedade expressões como *o direito e seus operadores estão engessados* ou *não há efetividade no direito*, falamos justamente do direito subjugado à *moral do espetáculo*, um direito sem autonomia, que tem como função não a construção de um *ethos* seguro e emancipador para o ser humano, mas a legitimação de um sistema excludente e alienante. Vê-se então um ciclo em que a *mão pesada do mercado* recai sobre a cultura e o direito, formulando uma relação em que a cultura justifica o direito que, por sua vez, legitima tal cultura. Nesse processo, o ser humano é um combustível barato e de fácil manuseio. Nesse sentido, é justo resgatar uma particular impressão acerca do direito no século XXI, apresentada no XVII *Conpedi* na cidade de Maringá:

O Direito e o fenômeno jurídico na perspectiva neoliberal manteria sua atuação disciplinar no auxílio do sequestro dos corpos a fim de enquadrá-los em uma norma, mas estaria também atento aos acontecimentos (manifestações de ruptura e criatividade) imanentes à população - agora não apenas para reprimi-los a priori como descumpridores da norma, mas para tomá-los nos termos de sua administração. Destarte, auxiliaria as biopolíticas na constituição da ***normalidade*** *- do que é tido como normal aos olhos da economia política. O Direito estaria à serviço da limitação da experiência humana, da instituição das malhas da normalidade e da cooptação dos acontecimentos que, por muito, podem ser tomados como o maior poder de um sujeito - o poder de criação****[12]****.*

A (Des)Valorização da Vida Através do Direito e da Educação

Pensar não é algo natural, já expressara Deleuze[13]. É o *problema* que engendra no sujeito a necessidade de pensar, de produzir conhecimento a fim de se manifestar frente a um estimulo ou situação. Um dos principais problemas da humanidade ao longo dos séculos encontra-se no fato de que a todo instante novos seres humanos vêm ao mundo e trazem consigo sempre a esperança ou a ameaça do novo, da mudança. Como expressara Hanna Arendt***[14]*** a essência da educação é a natalidade. E a tarefa que cabe aos seres humanos, que aqui estavam antes da chegada do nascituro, é a de mediar as relações desse recém-chegado com o mundo.

Fala-se em demasia do futuro a fim de regular a errância da vida. As questões que roçam os campos da educação e do direito estão extremamente povoados de discursos para se exercer e estabelecer o poder através de verdades. Dessa forma, muito se diz que os grandes problemas da educação e do direito encontram-se no processo educativo ou,

pior ainda, na incompletude da criança e na escolha infeliz do marginal sem levar em consideração a sacralidade das objetificações culturais que são produzidas nos altares da vida adulta e em determinado extrato social como sinônimos de completude e de justiça.

Nietzsche anteviu no século XIX o abalo que ocorreria nas estruturas e referências de valor que sustentam e fundamentam a cultura ocidental. Por esse viés, intentou trazer à baila as conseqüências dessa crise para a experiência da vida humana. E isso o fez através da crítica à moral dominante em tal cultura, ou seja, a moral platônico-cristã, pondo sob suspeita todos os seus valores basais, transformando-os em problema e abrindo a possibilidade de haver um afastamento destes e sua transvaloração. Nesse sentido, no campo da educação, autores como Jorge Larossa, Walter Cohan, Sílvio Gallo, César Leite, Edgard Morin fazem a aposta em um *ser humano porvir*, pleno devir, que se faça principalmente enquanto possibilidade criativa.

Jacques Rancière deixa claro que o ato de escrever é um ato político, pois é *uma maneira de ocupar o sensível e dar sentido a essa ocupação*[15], que delimita o posicionamento dos corpos na sociedade. A narrativa e/ou a escrita é a fixidez dos lugares e do reconhecimento ou não daquele que se expressa. *Existe política porque aqueles que não têm direito de ser contados como seres falantes conseguem ser contados, e instituem uma comunidade pelo fato de colocarem em comum o dano que nada mais é que o próprio enfrentamento, a contradição de dois mundos alojados num só*[16]. E continua:

(...) antes das dívidas que colocam as pessoas de nada na dependência dos oligarcas, há a distribuição simbólica dos corpos, que as divide em duas categorias: aqueles a quem se vê e a quem não se vê. (...) Há política porque o logos nunca é apenas a palavra, porque ele é sempre indissoluvelmente a contagem que é feita dessa palavra: a contagem pela qual uma emissão sonora é ouvida como palavra, apta a enunciar o justo, enquanto uma outra é apenas percebida como barulho que designa prazer ou dor, consentimento ou revolta. (...) Esse veredicto não reflete apenas a obstinação dos dominantes ou sua cegueira ideológica. Exprime estritamente a ordem do sensível que organiza sua dominação[17].

Para Hanna Arendt, o grande equívoco ou erro das utopias políticas que se serviram da educação foi querer construir o novo por meio dos novos - os *ói neói*, os recém-chegados, os que ainda não são -, ao invés de litigar e agenciar a produção do social com seus iguais adultos.

Há a intervenção ditatorial, baseada na absoluta superioridade do adulto, e a tentativa de produzir o novo como um 'fait accompli', isto é, como se o novo já existisse. (...) A educação não pode desempenhar papel nenhum na política, pois na política lidamos com aqueles que já estão educados[18].

Tais considerações da autora suscitam diversas questões nos campos da política e da educação. Talvez, a principal delas seja a problemática da autoridade, pois esta denota um grande equívoco do pensamento político ocidental, desde de Platão e

Aristóteles, em que a soberania política - que nunca poderia haver entre adultos - se dá nos mesmos moldes em que a superioridade de pais e professores é exercida frente às crianças e alunos. Experiência e tempo podem estar intimamente ligados às relações de poder no contexto escolar. Há por muito nos meandros da educação uma idéia de que o professor (adulto que professa) *manda* e impõe ao a-luno (o infante sem luz) porque tem mais tempo de vida que ele, portanto, mais experiência. Algo que a criança não tem. Mas, com o tempo *virá a ter*.

Violência, terror e exercícios tirânicos de poder nada têm haver com educação, ou melhor, com autoridade e competência para apresentar às crianças o mundo em que vivem. A autoridade das experiências do adulto que se dispõe a educar, ou seja, do adulto que se propõe a fazer a mediação entre os que aqui já se encontravam e os recém-chegados, só tem legitimidade quando carrega consigo a responsabilidade pela manutenção do mundo, ou mesmo, a responsabilidade por todas as múltiplas manifestações de vida neste planeta em mutação constante. Esses mesmos termos aplicam-se ao direito na perspectiva da sua autoridade legítima para excluir da sociedade aqueles que se desviam em demasia de sua normatização em prol daqueles que nela se encaixam. Fato é que o direito não está sozinho nessa empreitada, pois em uma época de conhecimento globalizado ou transdisciplinar, ele se arvora de outros discursos (psiquiátrico, médico, psicológico) para criar o normal. Se há falhas nesses dois mecanismos de mediação (educação e direito) a cidadania se esvai e surge o cenário em Caetano Veloso e Gilberto Gil traçaram na canção *Haiti*[19], em que concluem que *ninguém, ninguém é cidadão*.

A função mediadora tanto da educação como do direito, seja ela formal (esfera pública, instituições) ou informal (esfera privada, família, amigos), é a de contituir e materializar lugares e dicursos de conservação e superação da condição de recém-chegado, de deslocado, de ser sem voz, de não contado no mundo. É propiciar um espaço de proteção e criatividade na sociedade para que a vida flua. Para tanto, é necessário experiências crítico-formativas junto da avaliação (revigoramento ou descarte) daquilo que chamamos história ou herança da tradição. É necessário que se pense através de conceitos que provejam cada vez mais força ao sujeito, para que possa estabelecer relações de contato e sensibilidade com o outro, a fim de aumentar seu vigor na cultura. Afinal, como já dito, cultura é campo de forças. E há que se ter claro que esse lugar de mediação e movimento de forças deve ocorrer em função da contagem desse sujeito como responsável direto pelos rumos da sociedade. Responsável em fazer a manutenção do mundo através da criação de novos conceitos e olhares, potencialidades que este traz consigo por meio da atualização da humanidade, por ser inegavelmente *o novo*, por ser um *acontecimento*.

Resta claro que é justamente através dos saberes e perspectivas avaliativas oriundas do pensamento e das ações humanas que se interrompe e se detém os processos de deteriorização do mundo e da vida. A vivência da experiência (*Erlebnis*), manifesta e velada na esfera privada, é o espaço de conservação que transcende todo e qualquer sentido para a vida. Afinal, por mais competente e responsável que um educador ou operador do direito possa ser, ele invariavelmente trará apenas um recorte da vida para a cultura. Como bem dito por Nietzsche, não existem fatos, apenas interpretações.

Há que se romper com idéia de que o novo e o melhor da e para vida já existem. É infundada toda e qualquer educação e decisão judicial que se diga *para a vida ou que*

ensine a arte de viver. Há que se questionar de qual lugar, de qual perspectiva avaliativa se lê tal fato. A educação e o direito, na perspectiva do presente texto, devem ser meios, espaços de transvaloração, da busca por valores que favoreçam a vida e potencialize cada vez mais os que não são contados, os emudecidos pela bárbara cultura contemporânea ocidental que se alicerça sob a égide da desigualdade.

Não é o *novo* melhor ou pior que o *antigo*. Um não se opõe ao outro, mas se interpenetram e descristalizam o que é previsível, que é considerado natural, que legitima uma ordem ou lógica dada e mantida por valores e interesses humanos, demasiadamente humanos. Educar é não tolher a capacidade de criação do sujeito. É deixar que ele aconteça e revigore suas necessidades, possibilidades e realidades para que realize o mergulho, sem travas e medos, no caos e no mistério da vida e trazer ao mundo suas vitoriosas e honrosas perspectivas evolutivas. Talvez seja o movimento proposto por Yoko Ono: *Olhe. Você tem visto um horizonte ultimamente? Vá ver um horizonte, meça-o de onde você está e faça-nos saber o comprimento*[20].

CONCLUSÃO

Valores são pontos de vista. São perspectivas de pensamento - óticas do pensar - carregados de (in)sensibilidade frente à um problema, necessidade, realidade ou possibilidade. A vida é o único valor que não pode ser avaliado. Tanto a metáfora do *Relógio* que sustentou durante séculos a noção do universo como uma grande máquina composta por pequenas engrenagens e a mais recente metáfora do *Sistema* que destaca a inter-retroconectividade de todo o universo não passam de sintomas, indícios, materializações e perspectivas a respeito da vida. Resta claro que a vida não pode ser captada em sua plenitude.

A educação e o direito, bem como seus desdobramentos, lançam suas redes de práticas e conhecimentos tentando justificar a vida, ou melhor, a metáfora de vida que construiram para si através dos tempos. Não é exagero retomar Neruda: *Sou só a rede vazia diante dos olhos humanos na escuridão e de dedos habituados à longitude do tímido globo de uma laranja*[21]. Por esse motivo, a vida é a única referência ou perspectiva para aquele ser - que se diz humano - buscar a experiência de estar vivo.

O presente trabalho termina retomando sua epígrafe (*O homem é um rio turvo. É preciso ser um mar para, sem se toldar, receber um rio turvo)* e questiona: a educação e o direito podem ser um mar para o ser humano do século XXI?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, H. *Entre o passado e o futuro*. 5ª ed. 2 ª reimpressão. São Paulo, Perspectiva, 2002.

AGAMBEN, G. *Homo Sacer* - o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

AMBRÓZIO, A. e VASCONCELOS, P. A. C. *Biopoder e cuidado de si no pensamento de Michel Foucault.* 2009. (ainda sem publicação).

BENJAMIN, W. Sobre o conceito de história. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura.* 7ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*, 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CACCIOLA, M. L. *Schopenhauer crítico de Kant.* Palestra proferida no primeiro curso livre de humanidades. São Paulo: Cultura Marcas, 2004.

DELEUZE, G. *Diferença e repetição*. Tradução de Luiz Orlandi e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal. 1998.

DELEUZE, G. e GUATTARI, F. *O que é filosofia?* Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

GONZALES, E.T.Q. *A filosofía do Direito na idade antiga* 1ª ed. Rio Claro: 2005.

_____ *Estudos de filosofía e história do direito.* 1ª ed. Rio Claro: 2005.

FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito* - técnica, decisão, dominação. 5ª ed. - 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

FOUCAULT. M. *As palavras e as coisas*. São Paulo: Martins Fontes Editora Ltda**.** 2007.

_____ *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro. Ed. Nau. 1996.

_____ *Microfísica do poder*. 24ª ed. Tradução Roberto Machado. São Paulo: Graal.2007.

_____ Omnes et Singulatim: Uma crítica da razão política. *In:* MOTTA, M. (Org.) 2006 *Estratégia, poder-saber*. Coleção Ditos & Escritos. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.355-385.

_____ *Segurança, território e população***.** Curso no Collège de France 1977-1978. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

GALLO, S. Deleuze & a educação. Coleção pensadores & Educação. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

GIACOIA JUNIOR, W. *Nietzsche.* 1ª ed. São Paulo: Publifolha, 2000.

_____ *Pequeno dicionário de filosofia contemporânea.* 1ª ed. São Paulo: Publifolha, 2006.

MARTON, S. *Nietzsche, filósofo da suspeita.* Palestra proferida no primeiro curso livre de humanidades. São Paulo: Cultura Marcas, 2004.

NIETZSCHE, F. *A Gaia Ciência.* Tradução, notas e posfácio. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras 2001.

_____*Além do Bem e do Mal:* prelúdio a uma filosofia do futuro. Tradução, notas e posfácio: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras 1992.

_____*Assim Falou Zaratustra.* Martin Claret. São Paulo: 2005.

_____*Crepúsculo dos ídolos ou Como filosofar com o martelo.* São Paulo: Nova Cultural, 1999.

RANCIÈRE, J. *O desentendimento*: Política e Filosofia. São Paulo, 34, 1996.

_____ *Políticas da escrita*. São Paulo, 34, 1995.

SANTOS, B.S. *A crítica da razão indolente:* contra o desperdício da experiência - Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. 1. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, S.O. e GONZALEZ, E.T.Q. *O valor do direito no século XXI - vida, transformações e transvalorações do direito por Nietzsche e Foucault.* Apresentado no XVII Conpedi na cidade de Maringá - PR em 2009. Ainda sem publicação.

WOLKEMER, A.C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico.* Saraiva, 5ª ed. 2005.

---

[1] DELEUZE, G.; GUATTARI, F. *O que é Filosofia?* Tradução: Bento Prado Jr. e Alberto Alonso Muñoz. São Paulo, 34. 1992.

[2] NIETZSCHE, F. 1999. § 26.

[3] NERUDA, P. (...) No filme *Ponto de Mutação*. Direção Bernet Capra. USA, 1986.

[4] FOUCAULT, M. *As palavras e as coisas - uma arqueologia das ciências humanas*. Tradução: Salma Tannus Muchail. São Paulo, Martins Fontes. 2007.

[5] MOSKA, P. *A idade do céu*. Álbum: Tudo novo de novo.

[6] NIETZSCHE, F. *Crepúsculo dos ídolos ou Como filosofar com o martelo*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. Incursões de um extemporâneo, § 14. p. 380.

[7] FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. pp. 16-17.

[8] *Aja apenas segundo a máxima que você gostaria de ver transformada em lei universal*. (A metafísica da moral - 1797).

[9] *DEAD POETS SOCIETY*. Buena Vista home entertainment. 1989. Adaptação da fala do personagem Tood Anderson.

[10] VELOSO, C. *O quereres*. Álbum: Velo. Polygram, 1984.

[11] FOUCAULT, M. *Segurança, território e população*. Curso no Collège de France 1977-1978. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

[12] SANTOS, S.O. e GONZALEZ, E.T.Q. *O valor do direito no século XXI* - vida, transformações e transvalorações do direito por Nietzsche e Foucault. Apresentado no XVII Conpedi na cidade de Maringá - PR em 2009. Ainda sem publicação.

[13] DELEUZE, G. Diferença e repetição. Tradução de Luiz Orlandi e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal. 1998.

[14] ARENDT, H. Entre o passado e o futuro. 5ª ed. 2 ª reimpressão. São Paulo, Perspectiva, 2002. p. 225.

[15] RANCIÈRE, J. Políticas da escrita. São Paulo: Editora 34, 1995. p.7.

[16] RANCIÈRE, J. *O desentendimento* - política e filosofia. Tradução: Ângela Leite Lopes. São Paulo, 34, 1996. p. 40.

[17] RANCIÈRE, J. 1996. pp. 36-37.

[18] ARENDT, H. 2002. p. 225.

[19] VELOSO, C. e GIL, G. *Haiti*. Álbum Tropicália 2. Polygram, 1993.

[20] ONO, Y. Noite do sexto dia. 1933.

[21] NERUDA, P. Extraído do filme *Ponto de mutação* de Bernet Capra, 1990.

EDUCAÇÃO POPULAR EM DIREITOS HUMANOS E PESQUISA-AÇÃO: ARTICULAÇÕES DE UMA PRÁTICA*

EDUCATION IN HUMAN RIGHTS AND ACTION RESEARCH: JOINTS OF A PRACTICE

Assis da Costa Oliveira

RESUMO

A tríade entre ensino, pesquisa e extensão se encontra fragmentada nas Universidades Brasileiras. Em relação ao Direito, propostas como a da pesquisa-ação são caminhos metodológicos de superação da relação estanque da tríade e politização da função social da Universidade. A Assessoria Jurídica Universitária Popular também marca presença nessa proposta, por meio da promoção de atividades de educação popular em direitos humanos com aportes metodológicos na educação popular freireana. Entender como se articulam pesquisa-ação, educação popular em direitos humanos e educação popular freireana na práxis de uma Assessoria Jurídica Universitária Popular é um modo de refletir sobre os desafios utópicos perseguidos e alcançados.

PALAVRAS-CHAVES: EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS; PESQUISA-AÇÃO; EDUCAÇÃO POPULAR; ASSESSORIA JURÍDICA.

ABSTRACT

The triad of education, research and extension is fragmented in Brazilian Universities. Regarding the law, as the proposals of action research methodology are ways to overcome the tight relationship of the triad and politicizing the social function of the University. The Legal Advice University People also mark presence in that proposal, through the promotion of activities of popular education in human rights with methodological contributions in education freireana. Understand how to articulate action research, education in human rights and popular education freireana practice in a University Legal Advice People is a way to reflect on the challenges and pursued utopian achieved.

KEYWORDS: EDUCATION IN HUMAN RIGHTS; ACTION RESEACH; POPULAR EDUCATION; LEGAL ASSESSORSHIP

INTRODUÇÃO

Parece-nos que a tríade formada entre pensamento, linguagem e estrutura social é axiomática.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Pensamos através da linguagem, que possui entre as suas diversas funções, a de realizar nossa interação com a realidade. De tal modo que, através do pensamento lingüístico são simbolizadas as instituições sociais, assim como estas materializam o ideário constituído. Cada uma dessas partes não pode ser atomizada. Assim, por possuir esse caráter de unicidade, não é lógico tentar uma mudança de estrutura sem perpassar pela linguagem e pensamento.

Outrossim, devemos lembrar que a estrutura é produto da passagem do tempo combinada com as interferências do ser humano sobre o mundo. Nisto reside seu caráter histórico e que entendemos ser condicionante dos tempos futuros.

Inadmissível pensar em ser "determinante", pois estaríamos negando a capacidade de escolha das pessoas e a possibilidade de um futuro diverso. Estaríamos sendo fatalistas. Estaríamos sendo covardes. E, então, a morte poderia vir no minuto subseqüente. Não importa. O futuro seria igual, sem relação conosco ou com você.

Entretanto, não propomos nem aceitamos esta apatia dos mortos na vida cotidiana. Independentemente de quantas razões históricas, de quantos sistemas teóricos, de quantas pessoas a propaguem e a façam existir.

Nascemos do amor, vivemos pela paixão na presença da esperança e precisamos, com a potência das estrelas, continuar existindo com isto tudo e algo mais. Por mais poético que possa soar, é a urgência do mundo que nos faz dizer assim. A resignificação da realidade, a reconstrução do diálogo que outrora existiu entre ser humano e natureza, entre ser humano e ser humano: integridade e ética – elementos essenciais para os dias de sempre.

Deste desejo vigoroso de transformação social, somado as condições chuvosas e exuberantes da região Amazônica, cingiu o Núcleo de Assessoria Jurídica Universitária Popular "Aldeia Kayapó" (NAJUPAK)[1] através do qual desenvolvemos o "Projeto Juventude Cidadã: Conquistando Direitos e sensibilizando deveres", vinculado a Universidade Federal do Pará.

Ambos são tecidos com base na educação popular em direitos humanos, aliados à interdisciplinaridade, emancipação social, responsabilidade política e arte. Dessa maneira, mostrando a revolução pela poesia.

O presente trabalho traduz-se num esforço de sistematização e reflexão teórica das práticas e dos aportes metodológicos desenvolvimentos pelo Núcleo.

CONSIDERAÇÕES DE HANNAH E PAULO

A sociedade e, portanto, os pensamentos atuais mostram a crise paradigmática. Mulheres e homens perdidos, confusos, desesperançados. A possibilidade que a Ciência nos deu de realizar sonhos caminhou lado a lado com o aumento de um vazio crescente para o qual a primeira não encontra resposta. É um dos sintomas da pós-modernidade.

Outro seria o da hierarquização entre *Vita Activa e Vita Contemplativa,* esta última se situando em posição inferior. A primeira remete a idéia de qualquer participação nos assuntos públicos e políticos. A segunda refere-se à vida do filósofo, investigativa e contemplativa, por excelência. Ambas tendo em seu cerne a máxima da liberdade e sendo, fundamentalmente, impossíveis de conciliação na medida em que a busca pela imortalidade (própria da *Activa*) não é passível de existir em face da tentativa de alcançar o eterno (própria da *Contemplativa).* Conforme nos fala com extrema clareza Hannah Arendt:

"A noção de que, de um lado, as várias formas de engajamento ativo nas coisas deste mundo e, de outro, o pensamento puro que culmina na contemplação possam corresponder a duas preocupações humanas inteiramente diferentes tem se evidenciado, de uma forma ou de outra, desde que << os homens de pensamento e os homens de ação começaram a enveredar por caminhos diferentes>>, isto é, desde a ascendência do pensamento político na escola socrática." (2007: 26)

Essa consideração é muito verdadeira, pois visível nas esferas do poder de nossa sociedade. Havendo o grupo restrito dos quem pensam e o dos que agem.

De tal forma foi enraizado este pensamento que reflete na Ciência – no ensino, na pesquisa e na extensão. Dissociados tanto na linguagem como no plano social, com uma ação contemplativa que, ao bel-prazer, estaria imbricada num (des)compromisso político voltado para a reutilização de sua função social pelas amalgamas do mercado ou da burocracia estatal – "senso comum teórico dos cientistas", diríamos, num empréstimo conceitual à famosa denominação de Luis Alberto Warat (1994), para fazer menção a dimensão ideológica das verdades científicas e do ocultamento dos seus componentes (e efeitos) políticos, inseparável da história de suas relações de poder.

Não temos como objetivo nos deter no ensino. Destarte, ao pensarmos em pesquisa, imaginamos um cientista com um jaleco branco e óculos grande cerrado dentro de um laboratório com microscópio e vidros de amostras. Ao imaginarmos extensão, concebemos um trabalho esporádico, caridoso e assistencialista por parte de estudantes sonhadores e benevolentes.

Arriscamos dizer que esta é a "concepção majoritária" da população brasileira e que nega ao conhecimento legitimidade na medida em que aborta sua função social.

Outrossim, falar em pesquisa e extensão referente ao Direito, é agravar significativamente o quadro. Afinal, ao que nos parece, a pesquisa em Direito, em geral, é feita por advogados. Explicando melhor, não é feita por uma pessoa com a presença curiosa de descobrir algo, sentimento próprio do pesquisador. Mas, por alguém que elabora uma hipótese e segue durante toda sua investigação "neutra e assexuada" apenas procurando elementos para comprová-la. Na verdade, trata-se mais de um parecer jurídico do que de investigação.

Nesse sentido, nos adverte Marcos Nobre:

"É um tipo de investigação científica que já possui uma resposta antes de perguntar ao material. Este é o problema. Eu não conseguirei avançar na pesquisa em Direito enquanto já souber a resposta antes de fazer a pergunta ao material, já que, quando

tenho a resposta, eu só seleciono do material o que importa para defender o que eu já sei. Sem romper essa lógica, não teremos pesquisa em Direito no Brasil." (2005: 32)

Sem embargo, a extensão é realizada em sua plenitude com toda a contradição que o termo traz. É corporificada através da "assistência jurídica", na qual o estudante de Direito atende pessoas e elabora petições belíssimas para satisfazer a "inquietação social" das primeiras. Doamos um pouco de tempo e de "Justiça" aos que não possuem. Breves momentos de contatos esporádicos, no qual as questões da epiderme fática do problema individual passam longe (muito longe) da compreensão de seus entrelaçamentos sociais, suas conexões (causais) coletivas.

Imersos neste contexto, podemos fazer duas considerações primordiais com fins não só de fundamentar nossa prática, mas também de provocar mudanças (ou, ao menos, inquietações) no modo como se pensa pesquisa e extensão em Direito (e talvez na Ciência).

A primeira refere-se ao equívoco gnosiológico da terminologia "extensão" que, entre diversas conseqüências, leva a um Direito antidemocrático, desumanizado e incapaz de promover emancipação social.

Partindo do pressuposto que conhecer é atividade própria de pessoas e que não existe as que sabem nada e as que sabem tudo, não podemos aceitar como válido para qualquer atividade com o escopo de transformador, a utilização da palavra "extensão". Esta, quando associada à palavra "Universidade", denota a idéia principal de levar o conhecimento a alguém. Transferir. Então, trata o segundo sujeito da relação como objeto: mera educação bancária.[2] É o que acontece nas referidas "assistências jurídicas". Nesse sentido, nos fala Paulo Freire:

"No momento em que um assistente social, por exemplo, se reconhece como 'agente da mudança', dificilmente perceberá esta obviedade: que, se seu empenho é realmente educativo libertador, os homens com quem trabalha não podem ser objetos de sua ação. São, ao contrário, tão agentes da mudança quanto ele." (1977: 44)

A indissociabilidade entre pensar e agir, o engajamento político do ser humano, são primordiais. Resultando na conclusão de que apenas é justa e devida a defesa de uma cultura de direitos humanos na qual todos se assumam enquanto sujeitos históricos, portanto, capazes de escolha políticas e luta social.

Para a construção dessa cultura se faz necessário a mudança de terminologia visando relações permanentes, entre universidade e sociedade, pautadas na alteridade e no diálogo.[3]

Quando se fala em "extensão", trata-se de fazer comunicados e não de se comunicar. Pensar em atividades realmente dialógicas é remeter a outro significado não compreendido na terminologia "extensão", mas "comunicação". As palavras possuem força, é precioso este ensinamento freudiano.[4] A substituição, muitas vezes, traz consigo grandes efeitos para a democratização e humanização das relações sociais.

A segunda consideração é a necessidade vital da retomada do uno entre pensar e agir, teoria e prática, pesquisa e comunicação, para o qual a metodologia da pesquisa-ação se apresenta como grande possibilidade de realização, conforme veremos a seguir.

DO ESTRANHAMENTO AO ENTRANHAMENTO

Estranhar os discursos é uma tarefa crítica que deve perpassar toda a amplitude dos fenômenos sociais. O estranhamento é um ato de distanciamento, de reflexão sobre as ações práticas e, principalmente, as estruturas que fundamentam tais manifestações.

No meio acadêmico, tornou-se corrente (e até politicamente correto) se defender a inclusão e profusão da metodologia da pesquisa-ação, com ênfase para o campo das ciências sociais. Trata-se de um discurso reverberado por uma pluralidade de vozes, mas que, no cerne, não deixa de ser um discurso, isto é: uma ideologia.

Por isto mesmo, estranhar seu status atual não vem no sentido de tecer críticas negativas, antes sim de entender melhor sua historicidade.

Comecemos por uma classificação. Maria Cecília Minayo (2000) faz uso, em seu livro, da classificação das pesquisas sociais, feita por Bulmer (1978), e que as discrimina em cinco modalidades ou tipos: a) Pesquisa básica: com objetivo de avanço do conhecimento mediante a construção de teorias; b) Pesquisa estratégica: embasada nas teorias das ciências sociais, orienta-se para problemas que surgem na sociedade; c) Pesquisa orientada para um problema específico: em geral as realizadas dentro de repartições governamentais; d) Pesquisa de inteligência: levantamento que serve para a formulação de políticas; e) Pesquisa-ação: sendo uma "investigação *pari passu* ao desenvolvimento de programas governamentais para medir seu impacto." (Minayo, 2000: 26).

Por enquanto, mais importante que o conceito, é a diversidade presente nas modalidades de pesquisas sociais o que queremos ressaltar. A pergunta que surge, então, é: por que a pesquisa-ação vem se tornando, por assim dizer, a modalidade com discursos mais favoráveis (politicamente correta) em comparação as outras modalidades, inclusive outras não citadas pela classificação feita (como a observação participante, p.ex.)?

Para responder e, deste modo, apontar alguma direção de compreensão deste fenômeno, é importante sabermos, conforme aduz Minayo, "que a pesquisa enquanto atividade intelectual sofre as limitações e contradições mais amplas do campo científico, dos interesses específicos da sociedade e das 'questões consagradas' de cada época histórica." (2000: 25)

A emergência do discurso sobre a pesquisa-ação trata-se, antes de tudo, de uma demanda da sociedade visando a resignificação do papel (e posição) da universidade, o que provoca um reequilíbrio na hegemonia, legitimidade e institucionalidade da universidade, visando a superação da crise por que tem passado, ao longo das últimas décadas.

Em verdade, a crise da ciência (o que acaba se traduzindo na crise da universidade, como se só nesse espaço se produzisse ciência) fez-se no impacto da desmistificação da relação hierárquica dos saberes, convocando uma pluralidade horizontal de culturas de saberes, onde o científico é apenas mais um deles – não mais o superior – e cuja autonomia (concretizada, anteriormente, no isolamento para com a sociedade e/ou intervencionismo utilitarista e assistencialista) ganhou contornos de democratização, ou seja, de abertura dos espaços científicos de decisão (administrativo) e produção (ensino, pesquisa e extensão) para a participação da sociedade, cujo melhor exemplo é a própria pesquisa-ação, dado os contornos participativos e transformadores que a constituem.

Dicotomias modernas como teoria e prática (com privilégio da primeira), alta cultura e cultura popular (a primeira sendo sujeito da ação, e a segunda seu objeto), universidade e comunidade (pulsando a não preocupação acadêmica com os efeitos e finalidades dos conhecimentos produzidos para com o seio social), e a tríade ensino, pesquisa e extensão (com amplo favorecimento do primeiro) são, na pesquisa-ação, postas em re-uso ou em reciclagem ideológica.

A pesquisa-ação pressupõe uma intensa interação entre pesquisadores e membros das comunidades/grupos investigados, cuja coesão está direcionada à função de resolução de problemas ou de objetivos de transformação social

"Um dos principais objetivos dessas propostas consiste em dar aos pesquisadores e grupos de participantes os meios de se tornarem capazes de responder com maior eficiência aos problemas da situação em que vivem, em particular sob forma de diretrizes de ação transformadora. Trata-se de facilitar a busca aos problemas reais... os procedimentos a serem escolhidos devem obedecer a prioridades estabelecidas a partir de um diagnóstico da situação no qual os participantes tenham voz e vez." (Thiollent, 1985: 08)

Renova-se a condição política da responsabilidade social da universidade, preconizado por um envolvimento mais dialógico (por isso, democrático) e crítico dos impactos da investigação, inserindo-se no discurso atual da concretização da universidade popular ou da popularização da universidade – abertura democrática epistemológica e político-social. Ou, como bem conclui Boaventura de Sousa Santos:

"A revalorização dos saberes não científicos e a revalorização do próprio saber científico pelo seu papel na criação ou aprofundamento de outros saberes não científicos implica um modelo de aplicação da ciência alternativo ao modelo de aplicação técnica, um modelo que subordine o *know-how* técnico ao *know-how* ético e comprometa a comunidade científica existencial, ética e profissionalmente com o impacto da aplicação." (2000: 224)

Trata-se de uma reconquista da legitimidade do saber científico através do reposicionamento de sua hegemonia, de sua co-hegemonia emancipatória pelas vias da pesquisa-ação. Por isso, assim a define Boaventura de Sousa Santos:

"A pesquisa-ação consiste na definição e execução participativa de projectos de pesquisa, envolvendo as comunidades e organizações sociais populares a braços com problemas cuja solução pode beneficiar dos resultados da pesquisa. Os interesses sociais

são articulados com os interesses científicos dos pesquisadores e a produção do conhecimento científico ocorre assim estreitamente ligada à satisfação de necessidades dos grupos sociais...” (2004: 75)

Conhecimento e ação passam a ser percebidos em fusão dialética na pesquisa-ação, onde a obtenção de informações e conhecimentos do campo de investigação é determinada pela correspondente ação de caráter social que se fará. Isto invoca o estabelecimento de parâmetros éticos e metodológicos entre as descrições fáticas e as normas de ação a serem direcionadas “em função de uma ação sobre esses fatos, ou de uma transformação dos mesmos.” (Thiollent, 1985: 40)

Tais parâmetros atuam, também, na definição do real alcance da proposta transformadora associada à pesquisa, necessitando haver a consciência de todos os participantes, desde o início da pesquisa, da responsabilidade individual e coletiva para com a passagem da teoria crítica para a ação transformadora, mediada (facilitada e organizada) pelo desenvolvimento de estratégias e táticas que objetivem alcançar os objetivos, superar obstáculos, estimular o engajamento, etc.

A função política da pesquisa-ação está justamente na sua disposição de servir de instrumento de investigação e ação aos grupos e classes sociais populares. Esta consideração implica no reconhecimento de uma moralidade da pesquisa-ação, é dizer, da escolha das causas populares como eixo investigativo prioritário, tendo, inclusive, algumas regras deontológicas assim descritas por Michel Thiollent:

“Todas as partes ou grupos interessados na situação ou nos problemas investigados devem ser consultados. A pesquisa não pode ser feita a revelia de uma das partes... Cada parte tem direito de parar a experiência quando julgar que os objetivos da pesquisa, sobre os quais havia acordo, não são respeitados. A avaliação dos resultados é efetuada pelos participantes e pelos pesquisadores.” (1985: 45)

E onde a Assessoria Jurídica Universitária Popular (AJUP) passa a se inserir nesse discurso? Historicamente, as aproximações entre o campo das Assessorias e a pesquisa-ação se deu de modo indireto, é dizer, devido as influências advindas da incorporação da educação popular de Paulo Freire como fundamento teórico.

Já dizia Paulo Freire – numa de suas passagens mais famosas – que “não há ensino sem pesquisa e pesquisa sem ensino”. (1996: 29) A educação popular freireana ao politizar o espaço da educação o faz no sentido de conceber o protagonismo dessa ao co-protagonismo e autonomia de seus atores (educador-educando e educando-educador)[5] em interação dialético-dialógica no processo de conscientização.

Por isso, devido ao respeito e valorização que o educador deve ter para com o saber do outro, é que Freire irá discorrer, no terceiro capítulo de sua obra mais conhecida, a “Pedagogia do Oprimido” (1987), na construção de uma metodologia de educação que faça da pesquisa seu aporte contínuo e da ação sua finalidade, em suma, uma metodologia de pesquisa-ação.

“Esta prática implica, por isso mesmo, que o acercamento às massas populares se faça, não para levar-lhes uma mensagem “salvadora”, em forma de conteúdo a ser depositado, mas, para, em diálogo com elas, conhecer, não só a *objetividade* em que

estão, mas a consciência que tenham desta objetividade; os vários níveis de percepção de si mesmos e do mundo *em* que e *com* que estão." (1987: 86)

Só há ação de ensino e, em nosso caso, de extensão da educação popular em direitos humanos, se o saber a ser comunicado dialogicamente estiver contextualizado com as problemáticas locais e com o universo cultural lingüístico dos co-protagonistas comunitários.

A educação popular em direitos humanos torna-se tanto um meio quanto um fim. Por um lado, o direito à educação é um fim, ao evidenciar a necessidade de se concretizar ações educacionais de qualidade que sustentem sua consolidação como *um* direito dos direitos humanos (artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos) e do direito constitucional brasileiro (artigo 206 da Constituição Federal de 1988).

Por outro, é um meio, pois através dela se intenta fomentar o desenvolvimento da personalidade humana para a construção de uma cultura universal de respeito, valorização e luta pelos direitos humanos.

"A lógica das duas idéias combinadas expressa que, ao promover o pleno desenvolvimento da personalidade humana, e a dignidade que isto comporta, a educação promove os direitos humanos." (Claude, 2005: 43. Tradução livre)

Uma lógica dialética que concebe a educação popular em direitos humanos dentro de sua dualidade interdependente, quanto mais se consolida uma tanto mais a outra é reafirmada, já que se tratam, em suma, da mesma coisa, da promoção da vida.

Para tanto, é necessário conhecer a realidade local (objetiva e subjetivamente) por meio da investigação dos temas geradores[6] que só ocorre na pesquisa problematizadora e nas práticas do Circulo de Cultura.[7]

É preciso entender, também, que todo ato educacional está encharcado de opções políticas e, portanto, de deveres éticos. Se o objetivo for transformar o mundo *com* os oprimidos, então, a pesquisa que fundamenta todo ato educacional da vertente freirenana deve ser entendida no marco da pesquisa-ação (ou, da pesquisa-participante, como é mais conhecida no campo pedagógico) discorrido anteriormente, é dizer, deve fazer da pesquisa uma ação participativa, cujos resultados estejam comprometidos com as demandas populares.

Tal equivalência se configura num entranhamento crítico, que visa construir aportes metodológicos visando a politização do tripé universitário, preconizando, por fim, diluição de suas lacunas de contato e confluência.

Fazer da extensão o espaço da pesquisa e do ensino e vice-versa, é algo que decorre das possibilidades de tornar a indissociabilidade do tripé uma verdadeira fusão, mediado pela utilização de conteúdos metodológicos que contenham em si os argumentos teóricos e ideológicos dessa mudança, como ocorre com a pesquisa-ação e com a educação popular freireana.

Graças à incorporação teórica dos fundamentos da educação popular freireana pelas AJUP's, em particular, a partir do ano de 1995, quando do início da reformulação teórico-metodológica por que passaram as até então duas únicas entidades de AJUP existentes, repercutindo até na mudança de seus nomes: o Serviço de Assistência Judiciária Universitária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (SAJU/UFRGS),[8] que passou a de denominar Serviço de Assessoria Jurídica Universitária; e o Serviço de Assistência Judiciária da Universidade Federal da Bahia (SAJU/UFBA),[9] que passou a se denominar Serviço de Apoio Jurídico.

Desse modo, podemos afirmar que é graças ao Popular que somos Assessoria. Pois, é através da dicotomização tipológica da educação e da extensão feitas por Paulo Freire, utilizadas, em parte, para fundamentar a separação da extensão universitária jurídica em assistência e assessoria jurídica, que se tem à constituição de uma identidade de atuação das AJUP's, e que se pode aproximar, também, sua vinculação com os pressupostos metodológicos da pesquisa-ação, haja vista sua (prévia) inserção em decorrência da própria articulação via educação popular freireana como fundamento teórico.

QUIMERA PORFIA

Foi de certa feita que, nos fins de 2006, após dois anos de debates acerca de AJUP, educação popular, direitos humanos e temas afins, decidimos (NAJUPAK) realizar ações em alguma escola pública de Belém. Então, resultou a pergunta: Qual escola escolher?

Na ocasião, mantínhamos um maior contato com o Núcleo de Estudos Paulo Freire, vinculado a Universidade do Estado do Pará (NEP/UEPA). Em uma das reuniões, conhecemos a orientadora pedagógica, professora Marília, da Escola Estadual de Ensino Fundamental e Médio José Alves Maia, situada no bairro do Telégrafo, periferia de Belém. Ela nos falou sobre as dificuldades pelas quais passava a escola, da falta de atividades extracurriculares e da ausência de discussão sobre o Projeto Político-Pedagógico da mesma. O que resulta em uma educação sem objetivos de longo prazo bem definidos.

Assim, decidimos fazer uma pesquisa qualitativa e quantitativa no intuito de desvelar a realidade daquela comunidade escolar. Elaboramos os questionários, os quais passamos nas salas as turmas de 5ª à 8ª série, e realizamos reuniões com técnicos, discentes e docentes.

De direcionador desta etapa foram dois resultados: a) Desconhecimento do significado de violência moral por parte de alguns alunos (ofensas verbais são presenciadas facilmente); b) Preferência majoritária (80%) de ficar na quadra ou na rua ao invés da sala de aula.

Afinal, constatamos naquele local a existência da educação bancária, acrítica e antidemocrática na medida em que não problematizadora da realidade, levando os alunos a não verem sua necessidade ou utilidade e a se sentirem como seres humanos alheios da totalidade, da sociedade, da política.

Entretanto, acreditamos que o resultado da pesquisa não foi o fator principal que nos levou a desenvolver as atividades naquela escola. Durante a execução desta, houve o envolvimento, a interação, o contato e, com isso, novas pesquisas. Enfim, nasceu o comprometimento pessoal de cada um com aquela realidade (e sua transformação), além de uma interação crescente entre pesquisadores e pesquisandos que refletiu numa maior intimidade e, deste modo, numa abertura as falas significativas que nos apontaram alguns dos principais problemas sociais (e também individuais) vividos pelo estudantes na escola ou fora dela.

Então, no ano de 2007, começamos a desenvolver o "Projeto Juventude Cidadã: conquistando direitos e sensibilizando deveres", com alunos de 5ª à 8ª série, da Escola José Alves Maia (JAM), que realizamos até os dias de hoje, com vistas a promover a vida por meio da promoção da cultura de direitos humanos. Realizamos oficinas quinzenais, aos sábados, de duração aproximada de quatro horas.

A primeira oficina do semestre se dá para escolhermos coletivamente os temas a serem debatidos. Nós e os adolescentes participantes, planejando os conhecimentos e as ações a serem concretizados ao longo do semestre. É mágico ver o despertar (mesmo que lento) deles e nosso, as curiosidades do contato e a produtividade dos atos. Quando, então, torna-se difícil separar o que seria eles e nós. Somos juntos.

Vislumbrar que a possibilidade de mudança acontece quando nos postamos como gigantes diante do mundo e não aceitamos o fatalismo. Somos reflexivos. Observamos a violência, ela existe. Mas, a paz começa ali. Na escuta atenciosa do outro, no compartilhar da comida e nessa coisa tão intensa dos sentimentos que não são palavras. Somos coerência e ação.

Outro fato importante do período de oficinas de 2007 foi o uso da arte como linguagem da educação popular em direitos humanos. Com aporte em Augusto Boal (2005), desenvolvemos peças de teatro do oprimido dentro das oficinas e também para a escola que muito contribuíram para o estimulo ao debate e o encontro com uma forma alternativa de fazer política fazendo arte.

Assim, durante o semestre as oficinas (e as peças) se seguiram, baseadas no planejado inicialmente, mas também na abertura para novos planejamentos, possíveis efeitos das avaliações periódicas que fazemos em todo fim de oficina, para saber o que eles e nós pensamos do que estamos fazendo, o que podemos melhorar e onde e porque estamos errando.

Valioso é lembrar o caráter dinâmico que fez com que alterações no cronograma e nas temáticas fossem possíveis, se surgisse necessidade maior. A questão da família, por exemplo, foi desdobrada em duas oficinas devido à inquietação que causou.

Foi tanta a repercussão da questão familiar que, este ano (2008), decidimos realizar também o "Projeto Interação pais e responsáveis", fundamentado nas mesmas premissas, com o objetivo de aproximar a família da escola e aprofundar nossa busca por uma cultura de direitos humanos.

Dessa maneira, caminhamos. Olhamos o horizonte da utopia. Se, às vezes, ele se esconde, não importa. Para a quimera, que não é sinônimo de devaneio, há a porfia.

CONCLUSÃO

A verdade é que, desde o início, não esperamos concluir nada. Reconhecemo-nos enquanto seres inacabados, gostamos do espaço de indeterminação que se irradia no "estar sendo" de cada segundo temporal e coletivo. Porém, também estamos cientes das implicações políticas de nossas atividades, das rupturas ideológicas e dos apegos metodológicos com os quais enveredamos por caminhos cujos efeitos direitos ocorrem em seres humanos.

Acima de tudo, nosso intuito foi o de unir. Considerar a fragmentação do mundo pós-moderno uma bandeira suja e lamentável porque geradora de contradições antidialógicas. Com isso, bem-dizer a utopia como ideal a ser perseguido, mas do que alcançado: utopia de uma universidade mais aberta e preocupada com os problemas sociais; utopia de uma ciência onde ensino, pesquisa e extensão possam ser materializados de forma complementar e participativa; utopia de uma educação em que sabor no saber[10] seja a regra, nunca a exceção.

Quisemos, tomados pelo amor, trazer esperança. De tal modo que seja possível a todos o sentimento do mundo incendiado pela poesia de Goethe:

"Nada perturbará esse vôo nas alturas,

Nem o monte selvagem, abismos e vertentes,

Abrem-se enfim o mar com enseadas ardentes,

E meus olhos humanos fartam deslumbrados.

(...)

Ao homem, por nascença, é dado, nesta vida,

Deixar que a alma ascenda ao páramo a sonhar." (2003: 50)

BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BARTHES, Roland. *Aula*. 6ª ed. São Paulo: Cultrix, 1978.

BOAL, Augusto. **Teatro do oprimido e outras poéticas políticas.** 7ª ed. ver. e ampliada. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **O que é o método Paulo Freire.** 6ª edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984.

CLAUDE, Richard Pierre. Derecho a la Educación y Educación para los Derechos Humanos. In: *SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*. Ano 2, n.02. São Paulo: Gráfica, 2005, p. 38-65. Disponível em: www.surjournal.org.

FREIRE, Paulo. **Extensão ou comunicação?** 13ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

_____. **Pedagogia do Oprimido.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa.** 34ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. **Freud e o inconsciente.** 22.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

GOETHE, Johann Wolfgang von. **Fausto * Werther.** São Paulo: Nova Cultural, 2003.

LUZ, Wladimir de Carvalho. **Assessoria jurídica popular no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MATTA, Patrícia Helena Duarte da. **Círculo de Cultura: Educação Popular com catadores de materiais recicláveis.** Disponível em: http://www.cereja.org.br/premiounibanco/proj_case3_patricia.pdf Acesso em: 13 mai. 2008.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde.** 7ª edição. São Paulo: Hicitec; Rio de Janeiro: Abrasco, 2000.

NOBRE, Marcos *et alli.* **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SAMPAIO OLIVEIRA, Murilo Carvalho. A formação diferenciada do Núcleo de Assessoria Jurídica do SAJU-BA. In: SERVIÇO DE ASSESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS. Edição especial, nº.5. **Revista do SAJU: para uma visão crítica e interdisciplinar do direito.** Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2006, p.115-123.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7ª edição. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade**. São Paulo: Cortez, 2004.

THIOLLENT, Michel. **Metodologia da pesquisa-ação.** São Paulo: Cortez, 1985.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução ao estudo do direito I – Interpretação da lei: para uma reformulação.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

[1] O NAJUPAK é uma entidade de extensão e pesquisa universitária voltada para o trabalho em assessoria jurídica popular com comunidades e/ou grupos sociais vulnerabilizados da região metropolitana de Belém, desenvolvendo atividades de educação popular em direitos humanos. Esta entidade é vinculado ao curso de Direito da Universidade Federal do Pará e compõe o rol de entidades denominadas de Assessorias Jurídicas Universitárias Populares (AJUP's) que se organizam, atualmente, na Rede Nacional de Assessorias Jurídicas Universitárias (RENAJU).

[2] "Na visão 'bancária' da educação, o 'saber' é uma doação dos que se julgam sabidos aos que julgam nada saber. Doação que se funda numa das manifestações instrumentais da ideologia da opressão – a absolutização da ignorância, que constitui o que chamamos de alienação da ignorância, segundo a qual se encontra sempre no outro [, no educando]" (Freire, 1987: 58).

[3] Ao falarmos em diálogo, referimo-nos ao sentido freireano da palavra, que tem por objetivo, segundo Paulo Freire: "O que se pretende com o diálogo, em qualquer hipótese (seja em torno de um conhecimento científico e técnico, seja de um conhecimento 'experiencial'), é a problematização do próprio conhecimento, em sua indiscutível reação com a realidade concreta na qual se gera e sobre a qual incide, para melhor compreendê-la, explicá-la, transformá-la." (1977: 52)

[4] Sigmund Freud sustenta que toda palavra, ou representação ideativa, está vinculada (no plano psíquico normal) a uma quantidade de energia libidinal. A dissociação entre palavra e energia, é dizer, sua ruptura, é o que provoca o recalcamento da palavra (representação ideativa) para o inconsciente e a migração da energia para outra palavra ou para o corpo, neste último originando um sintoma. Para informações mais aprofundadas, conferir Luiz Alfredo Garcia-Roza (2007).

[5] "Dessa maneira, o educador já não é o que apenas educa, mas o que, enquanto educa, é educado, em dialogo com o educando que, ao ser educado, também educa." (Freire, 1987: 68).

[6] Os temas geradores são situações-limites ou contradições discursivas dos educandos-educadores ao refletirem sobre sua condição de vida e as opressões que o cercam. São chamados "geradores porque, qualquer que seja a natureza de sua compreensão, como a ação por eles provocada, contêm em si a possibilidade de desdobrar-se em outros tantos temas que, por sua vez, provocam novas tarefas a serem cumpridas." (Freire, 1987: 93).

[7] A origem dos Círculos de Cultura se deve aos trabalhos coordenados por Paulo Freire junto ao Movimento Cultural Popular (MCP), vinculado a Universidade Federal de Pernambuco, na década de 60. Consiste numa renovação do espaço educacional "no qual os educadores e educandos constroem um espaço de interação da cultura popular, aquisição e produção de conhecimento. Um lugar em que ao mesmo tempo se realize a alfabetização e o desenvolvimento de atitudes de ação reflexão." (Matta, 2008: 08).

[8] Fundado em 1950, “quando um punhado de estudantes da Faculdade de Direito da UFRGS resolveu criar uma secretaria do Centro Acadêmico que prestasse assistência jurídica, possibilitando-se a prática jurídica. Era, então, criado em 1º de setembro de 1950, o Serviço de Assistência Jurídica – SAJU – funcionando,a princípio, com poucos acadêmicos, que voluntariamente se dispunham a nele atuar.” (Revista do SAJU *apud* Luz, 2008: 142).

[9] “Na Bahia, em 1963, os estudantes da Universidade Federal da Bahia iniciam atividade semelhante [ao do SAJU/UFRGS], ocupando o abandonado porão ao lado do Auditório Raul Chaves. A criação do SAJU/UFBA refletia uma insatisfação dos acadêmicos com o ensino jurídico tradicional...” (Sampaio Oliveira, 2006: 117)

[10] É interessante notar, como ensina Roland Barthes, que sabor e saber têm a mesma etimologia no latim. Assim, propõe Barthes que na “ordem do saber, para que as coisas se tornem o que são, o que foram, é necessário esse ingrediente, o sal das palavras.” (1978: 21)

ENSINO DO DIREITO E EDUCAÇÃO AMBIENTAL: RELAÇÕES E DESAFIOS PARA PERSPECTIVAS INTERDISCIPLINARES*

SCHOOL OF LAW AND EDUCATION: RELATIONS AND CHALLENGES FOR INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVES

Azor El Achkar

RESUMO

A educação passa por um processo de evolução e a crise ambiental é fator relevante de influência desta transformação, pois devido às consequências que acarreta, configura-se como momento propício da tomada de consciência e revisão dos valores cultivados pelo homem. A educação ambiental, pela sua característica emancipadora, reveste-se como instrumento apropriado para compreensão do momento histórico e a formação de novos valores condizentes com as necessidades atuais. O ensino do direito vem sofrendo profundas transformações, tornando-se mais condizente com a realidade, formando operadores jurídicos preparados a enfrentar a realidade deste mundo, com senso crítico e ideal transformadores. Os ensinamentos teóricos sobre a educação são fundamentais para imbricarmos a interdisciplinaridade da educação ambiental com o ensino do direito, transformando-o e habilitando os profissionais jurídicos a enfrentarem os desafios advindos da crise ambiental.

PALAVRAS-CHAVES: CRISE AMBIENTAL, ESTUDO DO DIREITO, EDUCAÇÃO AMBIENTAL.

ABSTRACT

Education is a process in evolution and the environmental crisis is a relevant factor influencing this transformation, because due to the consequences it entails, is configured as a propitious moment of awareness and review the values cultivated by man. Environmental education, by its characteristic emancipatory importance as an instrument suitable for understanding the historical moment and the formation of new values consistent with current needs. The teaching of law has undergone profound changes, becoming more in tune with reality, forming legal operators prepared to face the reality of this world, with common sense and ideal transformers. With theory on education are fundamental to overlapping interdisciplinary environmental education with the teaching of law, turning it and enabling legal professionals to meet the challenges arising from environmental crisis.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL CRISIS, STUDY OF LAW, ENVIRONMENTAL EDUCATION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRÓITO

A educação deve acompanhar a evolução dos tempos, sob pena de se tornar inócua e sem utilidade. Não é à toa que ao longo dos dois últimos milênios a educação se transformou, radicalmente, num processo lento, contínuo e gradual. A forma, o método e o estilo de educação de hoje não é nem de longe parecida com a educação de 500 anos atrás, por exemplo. Verdade que nos trás a certeza que daqui a 10 anos será diferente da atual também.

Um fator decisivo a contribuir para este fato é a denominada crise ambiental. Foi a partir da revolução industrial, em meados do século XVIII, que foram constatados os primeiros sinais desta virulenta situação. Poluição do ar, degradação dos rios, lagos e mares, esgotamento dos recursos naturais, acumulação de lixo tóxico, devastação de áreas verdes, entre outros são fatores determinantes desta crise, cujos sintomas sentem-se somente agora.

Não há como negar, por mais alarmistas que possam ser os meios de comunicação, a existência da crise e os primeiros sintomas da sua repercussão, principalmente relacionados com o aquecimento global. Secas prolongadas, enchentes violentas, furacões e tornados em grandes quantidades e fortes intensidades, além dos incêndios devastadores de grandes áreas são as principais manchetes dos últimos tempos.

A realidade nua e crua da modernidade reflexiva, mas que a muito poucos sensibilizou e tocou, precisa sofrer uma profunda modificação, sob pena da total extinção da espécie humana da face da Terra. É neste sentido que ressalta de importância o papel dado à educação de modo geral, e prioritariamente à educação ambiental.

Neste estudo, foco-se em traçar uma relação entre o papel do ensino do direito na atualidade e uma educação voltada para tratar da questão ambiental, tema emergente e em voga. São diversos os elementos dispersos na conjuntura atual que levam a uma necessária reflexão do *status quo*.

A sociedade é o resultado momentâneo do sistema de produção capitalista, cujas bases teóricas imprimem na acumulação de capital a sua força motriz, transformando todos os recursos naturais em matéria prima para sustento desta roda que gira infinitamente. E, assim como a ciência econômica tem um papel primordial no desenvolvimento deste sistema, a ciência jurídica ou o direito, de outro lado, é o solo que propicia condições para legitimação do modelo.

Deste modo, não será possível uma mudança no modelo sem que as bases legitimadoras do sistema estejam sensibilizadas e conscientes da importância do seu papel neste momento crucial da existência humana na Terra. O contexto é propício para o surgimento de um novo modelo, mais apropriado para as atuais condições, visto que são nos momentos de crise que há possibilidade do aparecimento do novo paradigma, mais apropriado e saudável para a vida na Terra.

A proposta de atuação da educação ambiental vem ao encontro desta necessidade, onde apenas iniciamos um novo século, mas que corre sério risco de não terminar. A educação ambiental reúne todos os requisitos necessários para fazer a diferença, trabalhando diretamente com as atuais gerações e habilitando-as a envidar esforços de enfrentamento da crise e transformação radical do modelo de desenvolvimento em prol das futuras gerações.

2. A CRISE AMBIENTAL

De modo geral, a crise ambiental é entendida como a escassez de recursos naturais e as diversas catástrofes em nível planetário, ocorridas a partir da ação antrópica do ser humano na natureza.

A tomada de consciência da existência real da crise ambiental é deflagrada, principalmente, a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestão econômica da sociedade estavam em conflito com a qualidade de vida. Acrescente-se a esta constatação o vertiginoso aumento demográfico, pois fator incompatível com a preservação da natureza.

O modelo de desenvolvimento resultante da revolução industrial mostra-se por demais agressivo aos valores ambientais da comunidade. A crise revela o esgotamento dos modelos de desenvolvimento econômico e industrial vivenciados. O modelo, que prometeu o bem-estar de toda a sociedade, não cumpriu sua promessa, pois ainda que tenha trazido diversos benefícios tecnológicos, trouxe consigo a devastação do ambiente natural do planeta de modo indiscriminado.

Neste sistema vige a regra da acumulação de capital e produção de riqueza com indiferença à preservação dos recursos naturais, utilizados como se ilimitados fossem. Estes não são contabilizados nos sistemas de produção trazendo como conseqüência a difícil conciliação entre defesa do meio ambiente e crescimento econômico, sendo até mesmo excludentes. É a racionalidade econômica voltada ao curto prazo, orientada única e exclusivamente para a acumulação de capital.

A problemática ambiental questiona os processos econômicos e tecnológicos que estão sujeitos à lógica do mercado, resultando em degradação do ambiente e prejudicando a qualidade de vida. Considerando os fatores oferta de recursos, assimilação de resíduos e disponibilidade dos serviços ambientais, as previsões concernentes à escassez destes recursos em curto prazo são assustadoras, tendo em vista as taxas de consumo dos recursos não-renováveis, tais como carvão, gás natural, petróleo e demais recursos renováveis, como água, ar, solo, vegetação, entre outros.

Neste contexto ressalta aos olhos a sociedade do risco, onde Beck afirma que as incertezas estão por todo lado, como conseqüência direta da sociedade industrial. A ciência e o conhecimento que ao mesmo tempo tem contribuído para apropriação da humanidade de novas descobertas tem ocasionado perigo e risco, trazendo a possibilidade de catástrofes e conseqüências imprevisíveis.

A natureza, da qual se constitui o meio ambiente, é formada por elementos vivos e não vivos, de modo que ambos se relacionam e interagem influenciando e sendo influenciados, num verdadeiro equilíbrio dinâmico. É fato pacífico junto aos meios científicos que há necessidade de preservar e restabelecer, quando for o caso, o equilíbrio dinâmico ecológico.

O relatório Planeta Vivo 2006, divulgado pelo Fundo Mundial para a Natureza (WWF), afirma que em 44 anos será preciso um outro planeta Terra para suprir as necessidades do homem. A ONU também divulgou relatório alertando o mundo que entre 2000 e 2004 houve aumento de emissões de gases causadores do efeito estufa, gerando como conseqüência o aquecimento global.

Sinais desse aquecimento são sentidos no mundo todo. Pela primeira vez desde que começaram as medições, no século XIX, o termômetro chegou aos 40 graus em diversas regiões temperadas da Europa e dos Estados Unidos. A Somália foi castigada pelas enchentes mais devastadoras do último meio século. A calota gelada do Ártico ficou 60.400 quilômetros quadrados menor - ou seja, uma área equivalente a duas vezes o estado de Alagoas virou água e ajudou a elevar o nível dos oceanos. Na China a pior temporada de ciclones em uma década resultou em 1.000 mortes e 10 bilhões de dólares em prejuízos. Na Austrália, o décimo ano seguido de seca impiedosa agravou o processo de desertificação do solo e desencadeou incêndios florestais com virulência nunca vista.

Milaré afirma que, de fato, o planeta está gravemente enfermo, fato ocasionado pela degradação ambiental. Esta é epidêmica, pois se alastra por toda a parte, mas também é endêmica, pois fruto do modelo civilizatório da modernidade, consumista e utilizadora, em demasia, dos recursos naturais para satisfação das ilimitadas necessidades humanas.

É nesta perspectiva que ressalta-se a importância da educação como mola mestra para modificação das dinâmicas atuais, de modo a contribuir para o entendimento da crise ambiental, conscientização de suas causas e conseqüências e estímulo à adoção de um outro modo de encarar a natureza, mais condizente com o momento atual.

3. A EDUCAÇÃO AMBIENTAL

O primeiro evento em nível mundial a inaugurar os debates em torno da questão ambiental foi a Conferência de Estocolmo, realizada em 1972 e promovida pela Organização das Nações Unidas. Neste encontro, que reuniu grande parte dos países do mundo, foram traçados os primeiros princípios relativos à utilização e preservação dos recursos naturais.

Como conseqüência direta deste evento, em 1977 aconteceu a Conferência de Tbilisi, promovida pela Unesco, cujo objetivo foi traçar o marco conceitual da educação ambiental, onde ela devia se fundamentar nos seguintes princípios básicos: a) numa nova ética que orienta os valores e comportamentos para os objetivos da sustentabilidade ecológica e eqüidade social; b) numa nova concepção do mundo como um sistema complexo, onde o conhecimento deve ser reconstituído e os saberes devem dialogar.

Importa frisar conceito simples e abrangente de meio ambiente, que aqui adotamos, como sendo o conjunto de elementos vivos e não vivos que constituem o planeta Terra, em que esses elementos relacionam-se entre si influenciando e sofrendo influência, de modo a proporcionar um equilíbrio ecológico dinâmico.

O ambiente é uma unidade que precisa ser compreendida por inteiro, sendo necessário um conhecimento interdisciplinar para que se faça possível assimilar plenamente todos os seus elementos, as relações entre estes e sua influência em todos os aspectos da vida terrestre.

A educação ambiental tem seu escopo fundado por essas verdades irrefutáveis. Seu enfoque estará sempre centrado na manutenção do equilíbrio ecológico dinâmico, em que a vida é percebida no seu sentido pleno de interdependência de todos os elementos da natureza.

A educação ambiental consolida-se como uma dimensão do processo educativo voltada para a participação e atuação direta dos atores sociais, educandos e educadores, na construção de um novo paradigma, que objetiva sempre melhorar a qualidade de vida da população por meio da preservação e conservação de um mundo ambientalmente sadio.

É neste sentido que a educação ambiental tem uma importante missão em auxiliar na ampliação da percepção de integração do ser humano com o meio ambiente. Não a relação atual, utilitarista e de apropriação, expropriatória e degradadora, mas uma relação harmônica, que possibilite, por meio de novos conhecimentos, valores e atitudes, a inserção do educando e do educador como cidadãos no processo de transformação do quadro ambiental.

Mas, a educação ambiental não é apenas uma parte do processo de ensino aprendizagem, uma vez que se configura como processo permanente no qual indivíduos e coletividade tomam consciência de seu meio e adquirem conhecimentos, valores e competências para que, isoladamente ou em conjunto, possam enfrentar e buscar resolver os problemas atuais e futuros relacionados ao meio ambiente.

A perspectiva interdisciplinar veiculada pela educação ambiental é fundamental para compreensão da complexidade dos problemas ambientais e a multiplicidade dos fatores que a explicam. Deve ser um processo de ensino-aprendizagem dialógico, centrado no aluno, gradativo e respeitador de sua cultura e meio onde vive. Será sempre um processo crítico, criativo e político, cuja preocupação é transmitir conhecimentos por meio da discussão e avaliação feita pelo educando a partir da sua perspectiva individual e social da comunidade onde está inserido.

Um dos focos de trabalho da educação ambiental é a sensibilização cujo esforço visa interiorizar o indivíduo de conceitos e valores para seu posicionamento frente e questão ambiental. Outro objetivo é a formação de atores para o exercício da cidadania ambiental, para inseri-los no processo de tomada de decisão em temas que tenham reflexo no meio ambiente.

O ensino do direito aliado às idéias centrais da educação ambiental caminha no sentido de se encontrarem e repartirem campos comuns. A perspectiva do ensino jurídico volta-se nesta direção, não tanto para a questão ambiental, mas centrada na sociedade, em suas relações e conflitos, carregando consigo uma visão crítica e contestadora do *status quo*, assim como a educação ambiental.

4. O ENSINO DO DIREITO

O Brasil tem a sua história do ensino do direito ligada diretamente a todas as conseqüências da colonização aqui empreendida por Portugal. A instalação das duas primeiras faculdades de direito no país foram praticamente simultâneas, datando do ano de 1828, a primeira em Recife e a segunda em São Paulo no Convento de São Francisco.

A herança portuguesa no ensino do direito estava basicamente centrada na formação de mão-de-obra qualificada para ocupar postos no novo Estado Monárquico, absorvendo integralmente o caráter conservador da Universidade de Coimbra. O objetivo, em suma, era formar profissionais que servissem para manutenção da ordem estabelecida, de modo que foram os cursos de direito que deram origem às elites nacionais.

Não havia qualquer compromisso com a formação de juristas preocupados e críticos com seu papel na sociedade. Mas, pelo contrário, pregava-se o mito do papel civilizador do profissional do direito, devido à crendice de sua função social e sua pretensa superioridade, cuja finalidade única era legitimar o jogo político vigente. Era uma visão extremamente elitista, que pregava escancaradamente a superioridade racial e social dos profissionais do direito.

Diversas foram as tentativas de transformação deste perfil herdado dos nossos colonizadores. Ao longo do século passado, as reformas na grade curricular, a criação

de novos cursos e a ampliação da possibilidade de ensino a camadas populacionais menos favorecidas contribuíram para este quadro.

Entre outros acontecimentos destaca-se: busca de vinculação da teoria com a prática, a separação entre bacharelado para formação de técnicos e em doutorado para preparar professores e pesquisadores e a constatação da perda de credibilidade do direito como instrumento de controle social.

Foi apenas na década de sessenta do século passado que uma nova reforma, imbuída da necessidade de restaurar a supremacia da cultura jurídica e restabelecer a confiança no direito como técnica de controle social, buscou dar novos rumos ao ensino do direito. Agora um ensino jurídico que tivesse como meta básica o desenvolvimento, o treinamento e o efetivo desempenho do raciocínio jurídico.

Entretanto, neste período não aconteceram mudanças estruturais, onde o ensino jurídico continuou a ser desenvolvido sem qualquer vinculação com a realidade, em nada contribuindo para mudança do *status quo* vigente.

Outra alteração na década de setenta fixou novo currículo mínimo aos cursos de direito, mas sem causar modificações substanciais. Foi somente na década de noventa, com a Portaria do Ministério da Educação n º 1.886/94, que inovações foram trazidas à matéria. Estas novidades constituíram avanços para o ensino do direito no país, direcionando-o à realidade social e à integração da teoria com a prática, proporcionando a formação do senso crítico dos alunos, além de contemplar mais flexibilidade, por meio de disciplinas optativas e atividades complementares, facilitando a adequação dos cursos à realidade local e regional.

De fato, constata-se que este “atraso” de atualização do ensino jurídico no país revela que a pesquisa e o ensino estão estagnados no tempo, não acompanhando as demais áreas do conhecimento e, principalmente, defasados em relação às transformações da sociedade nacional e do mundo globalizado.

Entretanto, as mudanças estão ocorrendo, mesmo que a passos de tartaruga. O aumento de órgãos avaliando e fiscalizando os cursos de direito no país tem contribuído para isto. Existem ações isoladas de pesquisadores e professores do direito visando à produção, divulgação e práticas de ensino-aprendizagem de um conhecimento crítico, interdisciplinar e inserido na realidade sócio-econômica-cultural da nação e nas mudanças da sociedade global.

O ensino do direito no Brasil começa assumir seu papel de formação e capacitação de atores sociais conscientes de sua missão na sociedade. Principalmente por estar vinculado com a justiça, deve apresentar-se emancipatório e libertário. São os operadores jurídicos participantes do processo ensino-aprendizagem que devem evoluir da visão conservadora para ideais dialógicos condizentes com a realidade nacional e mundial.

Não restam dúvidas que o ensino do direito no país precisa impregnar-se das idéias, princípios e diretrizes da educação ambiental. Como fazer é o grande desafio deste tempo. A questão ambiental perpassa todas as áreas do conhecimento, transitando também em todas as áreas de conhecimento do direito. A interdisciplinaridade não pode

ficar apenas no discurso, mas tornar-se prática efetiva em sala de aula. Edgar Morin nos dá subsídios para esta empreitada.

5. O DIREITO E A EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Morin revela em sua obra "Os sete saberes necessários à educação do futuro" quais as habilidades e competências requeridas para formação pedagógica dos atuais professores, visando qualificá-los a enfrentar as novidades do futuro e capacitar o educando a compreender a complexidade da vida.

Da mesma forma que a educação ambiental e o ensino jurídico moderno devem partir de reflexões da realidade provocando no aluno o desenvolvimento de um pensamento crítico e reflexivo, Morin cita como um dos saberes o ensinar a compreensão. Uma compreensão que trabalhe com as interdependências que cada vez mais se multiplicam. Uma compreensão que tenha como missão ensinar a compreensão entre as pessoas como condição e garantia da solidariedade intelectual e moral da humanidade.

O trabalho de conscientização, na educação ambiental consiste em possibilitar ao educando questionar criticamente os valores estabelecidos pela sociedade. Deve-se permitir que o educando construa o conhecimento e critique valores a partir de sua realidade, de modo que o educador deve propiciar ao educando confrontar criticamente diferentes valores em busca de uma síntese pessoal que refletirá em novas atitudes.

Neste sentido, a educação deve voltar-se para compreensão das relações entre os humanos, entre as diversas culturas, entre os povos de diferentes origens e para compreensão das relações particulares do convívio social. O contexto chama ainda para relacionarmos esta compreensão com a ética planetária, que eleva a compreensão ao nível mundial. Pois compreender é aprender e reaprender incessantemente. As culturas devem se comunicar, aprendendo umas com as outras. O planeta precisa de compreensões mútuas, mas para tanto, se faz urgente a reforma das mentalidades, sendo uma das tarefas desta nova educação e que precisa ser absorvida no ensino do direito.

Para uma verdadeira educação ambiental um processo longo e contínuo de aprendizagem se faz necessário. Da mesma forma que um profissional do direito não está pronto ao sair dos bancos da academia, uma pessoa apenas terá absorvido e colocado em prática todos os conhecimentos necessários para atuação proativa em relação ao meio ambiente se for constantemente incentivado a exercer com plenitude sua cidadania.

Corroborando este entendimento Morin fala que a concepção complexa do gênero humano compreende indivíduo, sociedade e espécie. Qualquer concepção do gênero humano significa o desenvolvimento conjunto das autonomias individuais, das

participações comunitárias e do sentimento de pertencer a espécie humana. Indivíduo e sociedade existem mutuamente, onde o indivíduo é cidadão pela sua própria existência, sendo responsável e solidário pelos destinos da humanidade.

Outra questão que toca as duas temáticas é o diálogo entre diversos conhecimentos. Na educação ambiental, a interdisciplinaridade deve ser entendida como a formação de habilidades para apreender a realidade complexa, segundo Leff. Ainda sobre o tema, o autor ressalta que a educação ambiental requer a construção de novos objetos interdisciplinares de estudo através da problematização dos paradigmas dominantes, da formação multidisciplinar dos docentes e da incorporação do saber ambiental emergente em novos programas curriculares.

Faz-se necessário repudiar a visão fragmentária, simplista e reducionista que domina o conhecimento da modernidade por esta nova visão apregoada pela educação ambiental, de uma abordagem interdisciplinar, onde o tema meio ambiente possa ser visualizado tocando todas as demais áreas do conhecimento, de modo transversal. Seja nas ciências sociais, seja nas ciências humanas, o trabalho interdisciplinar objetiva superar a fragmentação do conhecimento, levando a uma compreensão mais globalizada do ambiente.

Morin contribui neste sentido ao estabelecer princípios do conhecimento pertinente. Criticando o modelo de conhecimento atual, afirma que a inteligência parcelada, compartimentada, mecanicista, disjuntiva e reducionista rompe o complexo do mundo em fragmentos disjuntos, fraciona os problemas, separa o que está unido, torna unidimensional o multidimensional.

Para a educação do futuro, a solução estaria em entender o pensamento que separa e que reduz, no lugar do pensamento que distingue e une. Não será preciso abandonar o conhecimento das partes pelo conhecimento das totalidades, nem da análise pela síntese; mas devem ser conjugados. Para tanto, é necessário desenvolver a aptidão natural do espírito humano para situar todas essas informações num conjunto. É preciso ensinar os métodos que permitam estabelecer as relações mútuas e as influências recíprocas entre as partes e o todo neste mundo complexo.

A prática de educação ambiental deve trabalhar a integração entre ser humano e ambiente, aproximando e restabelecendo o *re-ligare*. Este empenho de conscientização parte do princípio que o ser humano é natureza e não apenas parte dela. O homem deixa de se ver como dominador e passa ser mais um integrante de sua complexidade.

O ambiente é uma realidade complexa, que interconecta o que está fora e dentro do meio, o que está na realidade local e global, o que está na cidade e na unidade de conservação, o que está no social e sua inclusão no ambiental.

A educação ambiental e jurídica deve partir do reconhecimento da identidade terrena física e biológica do homem. Neste deve ser inserido a consciência ecológica, que para Morin representa a consciência de habitar, com todos os seres mortais, a mesma esfera viva (biosfera): reconhecer nossa união consubstancial com a biosfera é atingir a plenitude de nossa existência. A educação deve ensinar a identidade terrena, onde os homens estão necessariamente comprometidos com o futuro do planeta. Deve-se civilizar e solidarizar a Terra, transformando a espécie humana em verdadeira

humanidade, conduzindo-se à solidariedade e à compaixão recíproca, de indivíduo para indivíduo, de todos para todos.

Ainda que Morin fale em “educação do futuro”, esta se inicia no presente. Agora é o momento para inaugurarmos essas práticas e consolidá-las para o futuro. Para tanto, os desafios são enormes. A adoção da interdisciplinaridade pode vir a ser o grande divisor de águas para agregar os ideais da educação ambiental com os ideais do ensino jurídico moderno e a formação de atores sociais participativos.

6. OS SUBSÍDIOS PARA CONSOLIDAÇÃO DA PROPOSTA: DESAFIOS

A educação tradicional hegemônica caracteriza-se por ser teórica e informativa, pois coloca o professor como transmissor da informação e conhecimento; é passiva, pois o aluno é o receptor desse conhecimento como se fosse verdade absoluta; é uma educação que reforça valores fragmentários e individualistas quando acredita que a sociedade é dividida em partes, sem a compreensão do todo.

Para romper este paradigma, urgente se faz um trabalho de ação reflexiva de intervenção na realidade que é complexa e coletiva, pois esta “nova” educação volta-se para o político, para a atuação dos atores na transformação da sociedade em busca de sustentabilidade. Esta reflexão crítica gera o questionamento da realidade pré-determinada. Ela busca os nexos contidos nas interações e inter-relações das partes com o todo e do todo com as partes.

A reflexão crítica se abre para o novo, para as incertezas que se tornando referências, relativizam as verdades complexificando-as. Esta reflexão crítica que busca a complexidade permite práticas transformadoras e criativas, de modo a superar a reprodução num esforço de construção do inédito, da novidade.

O país já tem seu regramento estabelecendo a educação ambiental como matéria essencial, permanente e obrigatória da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal. O conceito de educação ambiental vem expresso no art. 1° da citada Lei, o qual são os processos por meio dos quais se constroem valores voltados para a conservação do meio ambiente.

Ao longo do seu texto, a Lei pontua diversas questões tratadas pela doutrina e por esta tese. Ao falar dos princípios básicos da educação ambiental ressalta o papel participativo, a concepção do meio ambiente em sua totalidade e interdependência, a continuidade e permanência do processo educativo, abordagem articulada das questões locais, regionais, nacionais e globais e o respeito à pluralidade e à diversidade individual.

Dentre seus objetivos destaca-se o fortalecimento da cidadania, solidariedade, estímulo a uma consciência crítica sobre a problemática ambiental, incentivo à participação na resolução dos problemas e o desenvolvimento de compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações.

Ressalta-se, por fim, que a educação ambiental na educação escolar é aquela desenvolvida no âmbito dos currículos das instituições de ensino públicas e privadas, englobando, entre outras, a educação superior. Aqui se percebe que todos os cursos de nível superior devem adotar a abordagem ambiental em suas grades curriculares.

Nos cursos de direito, não se pode falar ainda de alguma vertente partindo para efetivamente incorporar estes princípios e objetivos no ensino jurídico. Entretanto, a Resolução n° 9, de 29 de setembro de 2004 do Ministério da Educação, ao instituir as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, permitiu e incentivou que as faculdades de ensino jurídico comecem a incorporar este conhecimento na sua grade curricular.

A Resolução, logo no art. 2°, ao tratar no Projeto Pedagógico, determina que este abrangerá, dentre os seus elementos estruturais, formas de realização da interdisciplinaridade e modos de integração entre teoria e prática. Percebe-se, assim, o início da preocupação do Conselho Nacional de Educação do Ministério da Educação, em ampliar o leque de conhecimentos dos cursos jurídicos, tirando-os do isolamento epistemológico e abrindo para outros ramos e áreas do conhecimento.

No art. 3°, vem expressa a necessidade de se trabalhar a consciência crítica do aluno de graduação em Direito. Determina que o curso de Direito deverá assegurar sólida formação humanística, capacidade de análise, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para o desenvolvimento da cidadania.

Percebe-se quão próximos estão as diretrizes que devem reger o ensino do direito no Brasil com os princípios, objetivos e conceitos desenvolvidos pela prática da educação ambiental. Ambas convergem em tópicos comuns, no que tange principalmente à interdisciplinaridade, à união entre teoria e prática, à construção de um conhecimento reflexivo crítico da realidade e à formação de atores sociais para atuação em sociedade.

REFERÊNCIAS

COLAÇO, Thais Luzia. **O ensino do direito no Brasil e a elite nacional**. Obra no prelo.

GUIMARÃES, Mauro. **A dimensão ambiental na educação**. 6 ed. Campinas: Papirus, 1995.

_____. **A formação de educadores ambientais**. Campinas: Papirus, 2004.

LEFF, Enrique. Educação ambiental e desenvolvimento sustentável. P. 111-129. In.: REIGOTA, Marcos. **Verde cotidiano**: o meio ambiente em discussão. 2 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessário à educação do futuro**. São Paulo: Cortez/UNESCO, Brasília/DF, 2000.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 23.

Id., ibid., p.24.

Id., ibid., p.25.

Jornal A Notícia, Mundo, 25.10.2006.

Jornal A Notícia, Mundo, 31.10.2006.

Disponível em: <http://www.jornaldomeioambiente.com.br/JMA-index_noticias.asp?id=11940>. Acesso em: 22 abr 2008.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 105.

LEFF, Enrique. Educação ambiental e desenvolvimento sustentável. P. 111-129. In.: REIGOTA, Marcos. **Verde cotidiano**: o meio ambiente em discussão. 2 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001. p. 188.

GUIMARÃES, Mauro. **A dimensão ambiental na educação**. 6 ed. Campinas: Papirus, 1995. p. 22.

Id., ibid., p. 25.

Id., ibid., p. 28.

Id., ibid., p. 31.

Id., ibid., p. 35.

COLAÇO, Thais Luzia. **O ensino do direito no Brasil e a elite nacional**. Obra no prelo. p. 2.

Id., ibid., p. 3.

Id., ibid., p. 5.

Id., ibid., p. 6.

Id., ibid., p. 6.

Id., ibid., p. 9.

Id., ibid., p. 11.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessário à educação do futuro**. São Paulo: Cortez/UNESCO, Brasília/DF, 2000. p. 35.

Id., ibid., p.44.

GUIMARÃES, Mauro. **A formação de educadores ambientais**. Campinas: Papirus, 2004. p. 66.

MORIN, op. cit. p. 53.

Id., ibid., p. 69.

Id., ibid., p. 42.

LEFF, op. cit. p. 195.

Id., ibid., p. 43.

Id., ibid., p. 46.

Id., ibid., p. 14.

Id., ibid., p. 76.

Id., ibid., p. 78.

GUIMARÃES, op. cit. p. 79.

Id., ibid., p. 81.

Id., ibid., p. 85.

Lei n° 9.795/99, art. 2°.

Art. 4°.

Art. 5°.

Art. 9°.

Resolução n° 9/04, art. 2°, § 1°, IV.

Art. 2°, § 1°, V.

A UNIVERSALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO BÁSICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL*

THE UNIVERSAL PRIMARY EDUCATION IN THE CONSTITUTIONAL STATE

Denise Souza Costa

RESUMO

O presente artigo se propõe a analisar o direito fundamental à educação tendo como ponto de partida a universalização da educação básica no Estado Constitucional. A educação garante o desenvolvimento e a autonomia da pessoa transformando o indivíduo e consequentemente a sociedade, sendo assim, constitui-se em importante instrumento para viabilizar outros direitos e a própria democracia participativa que é imprescindível para viabilizar o verdadeiro Estado Constitucional. Tendo em vista a alta significação social e econômica do direito à educação, a grande relevância da universalização da educação básica se justifica pois constitui-se na primeira etapa para a efetividade deste direito. Por meio da educação básica a pessoa poderá desenvolver suas habilidades e competências de forma mais eficiente e ser capaz de fazer suas próprias escolhas, fazendo uso consciente do seu direito de liberdade. Este estudo pretende analisar os desafios formais e materiais enfrentados pelo Estado Constitucional para buscar concretizar, na maior medida possível, a universalização da educação básica.

PALAVRAS CHAVES: DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO; ESTADO CONSTITUCIONAL; UNIVERSALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO BÁSICA; DEMOCRACIA

ABSTRACT

This article aims to analyze the fundamental right to education and, as a starting point, the universal primary education in the Constitutional State. Education ensures the person's development and autonomy transforming the individual and hence society.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Therefore, it is an important instrument for achieving other rights and participatory democracy, which is essential for enabling the true Constitutional State. Bearing in mind the main social and economic significance of the right to education, the great importance of the universal primary education is justified, for it constitutes the first step towards the realization of this right. Through basic education a person can develop their skills and competencies more efficiently and be able to make their own choices, using their right to freedom consciously. This study aims to analyze the procedural and substantive challenges faced by the State Constitution in order to achieve, to the greatest extent possible, the universal education.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION; CONSTITUTIONAL STATE; UNIVERSAL PRIMARY EDUCATION ; DEMOCRACY

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem por objeto o direito à educação desenvolvendo uma reflexão sobre as razões pelas quais este deve ser considerado um direito fundamental e, em decorrência disso, ser concretizado, na maior medida possível, mediante políticas públicas eficientes e eficazes no Estado Constitucional. Sendo assim, sua finalidade é buscar a superação de obstáculos de variadas matizes, visando à máxima efetividade do direito fundamental à educação. A prioridade no estudo da universalização da educação básica se justifica por esta ser o primeiro e um dos mais importantes estágios do processo de aprendizagem educacional, o qual está em constante evolução.

Nesse sentido, aborda-se com maior ênfase o direito à educação formal e, mais especificamente, a universalização da educação básica, cujo conteúdo e objeto dependem da atuação positiva do Estado. Cabe ressaltar que as considerações a serem desenvolvidas não reduzem o direito fundamental a educação exclusivamente à educação básica, uma vez que se reconhece sua fundamentalidade em relação a todos os níveis de ensino. Ocorre que a educação básica constitui o núcleo essencial do direito à educação, pois representa o primeiro passo desta longa estrada que é a educação formal.

Ademais, afirmar-se-á a necessidade de se possuir uma visão do direito à educação para além da mera garantia de acesso ao sistema educacional público e

gratuito. O direito ao acesso é o instrumento necessário para se chegar ao objetivo principal que é o aprendizado. Para tanto, é preciso adotar políticas públicas capazes de garantir um eficaz aprendizado que resulte em autonomia individual visando ao desenvolvimento pleno da pessoa, isto é, tornado-a capaz de exercer a cidadania e sua habilidade e qualificação para o trabalho. Tudo isso, utilizando a interpretação topicossistemática da ordem jurídica normativo no cenário do Estado Constitucional brasileiro e suas peculiaridades, para determinar em que condições essas normas jurídicas deverão ser aplicadas a situações concretas, com o fim de atingir a maior eficácia na concretização desse direito social.

Em outras palavras, o objetivo do presente trabalho é defender uma nova postura conceitual do Estado Constitucional como garantidor eficiente e eficaz das prestações associadas à tutela dos direitos fundamentais.

1. O ESTADO CONSTITUCIONAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

No sistema normativo do Estado Constitucional, o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais e a sua aplicação direta e imediata contemplam uma nova dimensão ao sentido do direito, a qual migra de uma supremacia meramente formal para uma dimensão material, com a finalidade da concretização dos bens jurídicos e dos interesses tutelados. Caracteriza-se, então, a passagem da legalidade para a juridicidade, o que amplia a abrangência de aplicação das normas para além da mera aplicação da lei. A Administração Pública passa a ser responsável, por força constitucional, de promover, garantir e proteger os direitos fundamentais como ente a serviço dos cidadãos, exercendo suas atividades em obediência aos limites impostos pela ordem constitucional e pelo sistema de normas vigentes.

O direito fundamental à educação desponta, em primeiro lugar, entre os Direitos Sociais. Considerado um direito de segunda geração, cuja fundamentalidade formal nasce no Estado Social, é um direito de cunho prestacional. Sendo assim, depende de uma atuação positiva do Estado/Administração para sua concretização. Entretanto, há uma desafiadora dificuldade doutrinária e jurisprudencial em se estabelecer o conteúdo e o alcance deste direito, assim como verificar as situações em que há real *status* de

direito subjetivo público, uma vez que sua eficácia depende, entre outras coisas, da certeza da fundamentalidade dos diversos preceitos constitucionais.

O direito à educação formal em sentido amplo contém em seu âmbito de proteção: o direito a educação a nível infantil, fundamental, médio e superior, ministrado no sistema público e privado, independente da idade do seu sujeito. Um direito é disciplinado e assegurado pela norma em abstrato, o seu exercício e efetividade dependerão da sua densidade normativa. O direito à educação têm alta densidade normativa pois sua fundamentalidade formal está expressa na ordem constitucional que lhe conferiu *status* de direito subjetivo público, por outro lado o constituinte delimitou o âmbito de proteção do direito à educação a ser prestado pelo poder público.

A Constituição Federal, no capítulo da ordem social, contempla as normas balizadoras para a concretização do direito fundamental à educação. Nela está expressamente previsto que a educação é direito de todos e um dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. Estabelece, inclusive, que a finalidade da educação é o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Por fim, remete ao Estado o dever de efetivar o direito à educação mediante a garantia de acesso a educação infantil, ao ensino fundamental e ao ensino médio, obrigatório e gratuito, dando-lhe *status* de direito público subjetivo.

A gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais é um dos princípios constitucionais do Direito à educação, sendo que essa atividade deve ser exercida diretamente pelo Estado/Administração. Ocorre, porém, que esse serviço público prestacional não é de exclusiva competência da Administração Pública, podendo ser exercido pela livre iniciativa, desde que atendidas as condições constitucionalmente estabelecidas.

Tendo em vista que o Brasil constitui-se em um Estado Constitucional de regime democrático, o cidadão tem a liberdade de decidir se quer ou não usufruir dos serviços público colocados à sua disposição. Todavia, o Estado não tem liberdade para deixar de oferecer serviços públicos, conforme sua conveniência, quando forem de natureza estratégica, portanto indelegáveis, como a segurança pública. Há, porém, os serviços essenciais, como o direito à educação, que devem ser exercidos pela administração

pública, mas podem ser delegados à livre iniciativa. As normas constitucionais estabelecem a definição do núcleo de atuação dos serviços públicos a serem prestados pelo poder estatal.

No sistema constitucional, a competência para garantir o acesso ao sistema educacional público em relação a educação básica, com atenção especial ao ensino infantil, é, prioritariamente, dos Municípios, enquanto os Estados e o Distrito Federal atuarão no ensino fundamental e médio. Há um dever constitucional da União, dos Estados e Municípios em assegurar a universalização do ensino básico gratuito, organizando seus sistemas educacionais e definindo formas de colaboração entre os entes da federação. O direito à gratuidade da educação básica, contido no texto constitucional, refere-se ao ensino infantil, fundamental e ao ensino médio, sendo o acesso ao sistema educacional obrigatório e gratuito um direito subjetivo público. Merece reparo, que o constituinte expressamente estatui a responsabilidade plena, na hipótese de não-oferecimento ou oferta irregular do ensino obrigatório pelo poder público, à autoridade competente.

Juarez Freitas, em inovadora posição, define que cabe ao Estado/administração executar as políticas públicas à luz do

> direito fundamental à boa administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e a plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

Completa, lecionando que a esse direito corresponde “[...] o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem...”, como o princípio da eficiência nas políticas públicas.

Essas novas posições jurídicas e doutrinárias, inseridas pelo Estado Constitucional, deveriam ser suficientes para impedir que o próprio Estado/Administração, em decorrência de sua inoperância e de sua omissão, fosse o causador do dano ao cidadão. Isto, especialmente em relação a direitos que já trazem densidade normativa necessária para gerar direito subjetivo público, como é o caso do direito fundamental à educação, consagrado, expressamente, na ordem constitucional brasileira e regulamentado pelas leis infraconstitucionais.

Ocorre que a crescente omissão do Estado/Administração em promover, garantir e proteger os direitos fundamentais demonstra uma face perversa da realidade social presente, pois o avanço das tecnologias e das riquezas não está em sintonia com as demandas sociais. Significa dizer que não houve o mesmo desenvolvimento obtido pelas grandes transformações cientificas, mercadológicas e tecnológicas, na área social, uma vez que a realidade verificada, na sociedade atual, está bem distante das garantias formais inseridas pelo Estado Constitucional. Mesmo diante dos aumentos de arrecadação tributária e superávit, ocorridos antes da crise financeira em andamento, a concretização material dos direitos sociais revela-se, ainda hoje, insuficiente em reduzir as desigualdades e a exclusão dos menos favorecidos, uma vez que, na prática, estes não usufruem da maioria dos benefícios formalizados nas Constituições e trazidos pelos avanços do desenvolvimento econômico da era contemporânea.

Enfrentar os paradoxos tecnoeconômicos trazidos consigo, globalizando de um lado e excluindo de outro, é o maior desafio do Estado Constitucional, da comunidade mundial e dos governos democráticos na atualidade. Observa-se que, infelizmente, diante de uma crise global, os primeiros direitos a serem restringidos são os direitos sociais. A partir dessas ponderações, entende-se que uma das melhores formas de reduzir as distorções sociais existentes é por meio da concretização do direito à educação, começando pela garantia da efetiva universalização da educação básica. Esta, compreende em garantir o acesso ao sistema educacional a todos que desejam dele usufruir, evitar a evasão criando condições reais para que o aluno conclua o ciclo escolar e garantir o efetivo aprendizado de qualidade, tudo isso para tornar o destinatário do direito à educação capaz de exercer a sua cidadania e se tornar capacitado ao trabalho. Ao usufruir de forma plena do direito à educação, a pessoa poderá estar inserida de fato e de direito na sociedade, como ser autônomo, independente e realmente livre.

Dessa forma, cabe à Administração Pública uma atuação mais eficiente e mais ativa no sentido de que todas as suas condutas (comissivas ou omissivas) devem ser legítimas, não podendo resultar em danos aos administrados. Sob essa nova ótica do Estado Constitucional, não se aceita mais a discricionariedade pura da Administração Pública. A vinculação do poder público à Constituição e aos princípios administrativos obriga-o, na tomada de suas decisões, a justificar a escolha dos pressupostos de fato, de

renda e de poder , com a finalidade de efetivar, na maior medida possível, os diretos fundamentais dos cidadãos. Sendo assim, a partir de agora, esses temas serão pontuados e desenvolvidos ao longo do presente trabalho.

2. O PROBLEMA DA EFICÁCIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO

No sistema jurídico brasileiro, verifica-se que há dificuldades em estabelecer qual a eficácia do direito fundamental à educação e as situações em que tem real *status* de direito subjetivo público. Conforme acertada afirmação de Ingo Sarlet, a problemática da eficácia do direito social à educação depende, exatamente, da fundamentalidade ou não dos diversos preceitos constitucionais e, em consequência, do complexo de normas que constituem o núcleo essencial do direito à educação.

Como já foi referido, por força constitucional, o dever de efetivar o direito à educação, mediante a garantia de acesso ao sistema educacional público e gratuito, é do Estado, reconhecendo-se seu *status* de direito subjetivo público. Em princípio, significa que qualquer pessoa (sujeito de direito), se assim desejar, terá a tutela dessa garantia inserida na Constituição. Caso lhe seja negado esse direito, tanto por ação quanto por omissão do Estado/Administração, caberá ao seu titular recorrer à justiça para garantir a sua concretização.

A partir dessa posição, está-se diante de um desafio, pois é preciso definir quem é titular deste direito. O que o constituinte quis dizer com “a educação é um direito de *todos*? Qual é a fundamentalidade deste preceito constitucional, meramente formal ou também material? Assim, conclui-se que a origem constitucional não basta para caracterizar os direitos fundamentais, visto que a Constituição subjetiva outros tipos de situações jurídicas. Revela, portanto, a fundamentalidade material, traduzida nos fins da pessoa, individualmente considerada, visados pela afetação de meios serem, em última linha, os da preservação e valorização da dignidade da pessoa humana.

Outra dificuldade está na conceituação do direito subjetivo, Alexy ao comentar o tema diz que a discussão sobre o conceito de direito subjetivo não caminhou na direção de um consenso. Para ele quando se indaga se, em um sistema jurídico, um sujeito tem determinado direito subjetivo, está-se diante de uma questão juridicodogmática. O direito subjetivo decorre de uma situação jurídica, pela qual o ordenamento tutela um

interesse individual mediante o reconhecimento ao titular de um poder da vontade que resultará na proteção jurídica deste direito.

Para Ingo Sarlet, em pertinente observação, o artigo 205 não possibilita, por si só, o reconhecimento de um direito subjetivo público, porque se trata de norma de eficácia limitada que estabelece fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade na realização do direito à educação. Nesse sentido, em sintonia com a posição referida pelo autor, a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal não reconhece que haja um direito subjetivo público genérico à educação. A máxima corte tem reconhecido o direito subjetivo público à educação a partir da inteligência do artigo 208, inciso IV, por entender que este representa prerrogativa constitucional deferida primordialmente às crianças.

Conforme o que foi exposto, ao abordar os novos marcos legais do Direito à educação no Brasil, o artigo 208 da Constituição Federal estabelece diretrizes e mecanismos que devem ser adotados pelo Estado prevendo, no seu inciso I, expressamente, a universalização da educação básica obrigatória e gratuita, dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria. Enquanto que o inciso IV representa prerrogativa constitucional que garante o atendimento em creches e pré-escola às crianças de zero a seis anos, que constitui o ensino infantil.

Conforme o que foi referido acima, até a presente data, só há o reconhecimento pretoriano do direito à educação como direito subjetivo público pelo STF, em relação ao inciso IV do mesmo artigo da Constituição Federal. As recentes decisões têm determinando a garantia do acesso das crianças de até cinco anos ao sistema educacional oficial e, na falta dele, ao sistema particular, cabendo ao Município concretizar essa garantia constitucional, pagando a vaga em estabelecimento particular. Assim, a doutrina e jurisprudência majoritária têm interpretado que, do texto constitucional e das leis infraconstitucionais citadas, o direito fundamental à educação, como direito subjetivo público, é capaz de garantir o acesso ao ensino fundamental, independentemente da idade do aluno, unicamente em estabelecimentos oficiais e ao ensino infantil, para crianças de zero a cinco anos, independente de ter ou não o estabelecimento oficial de ensino, garantindo à criança sua gratuidade.

Nesses termos, o direito à educação básica está dentre o rol de direitos sociais em que não há qualquer dúvida quanto à imperatividade da norma e a exigibilidade do bem tutelado. Conforme já foi reiteradamente referido, a declaração prevista no parágrafo 1º do mesmo artigo, expressa, que o acesso ao ensino obrigatório é direito público subjetivo. Conclui-se, portanto, que o direito social à educação está inserido no complexo de normas que constituem o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Entretanto, diante das posições doutrinárias e jurisprudenciais majoritárias, a universalização do direito à educação gratuita está relativizada dentro da própria ordem constitucional. Tendo em vista que a universalização deste direito fundamental fica prejudicada, uma vez que o dever do Estado em concretizar o direito à educação fica limitado à garantia de acesso à educação infantil, ao ensino fundamental e ao ensino médio, nos estabelecimentos oficiais de ensino. Ocorre que onde não houver estabelecimentos oficiais de ensino, ou no caso de falta de vagas nos mesmos, ou ainda se forem de difícil acesso, os jurisdicionados que não tiverem condições de recorrer ao sistema de ensino privado ficarão sem a tutela de seu direito.

O direito fundamental à educação está inserido na Constituição Federal como direito de segunda geração, e qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos. Por prerrogativa constitucional, condiciona a administração pública no indeclinável dever jurídico de realizá-lo. O Estado tem a obrigação de criar políticas públicas e condições objetivas que propiciem aos destinatários deste direito, o pleno acesso ao sistema educacional público. Fica aqui em aberto as questões de garantir a concretização do direito à educação quando não houver vagas nos estabelecimentos públicos ou na falta deles.

Sobre o tema, Liberati entende que é dever do Estado garantir o oferecimento da educação formal a todos, fazendo uma interpretação mais extensiva do art. 205 da Constituição Federal. Como foi referido, sua redação inicia dispondo que a educação é um direito de todos, o que significa que, em decorrência do principio da isonomia e da universalidade, todos têm direito à educação. Por essa razão, sustenta a idéia de que este dispositivo é mais extensivo que o art. 208, e que sacraliza a educação como um direito de todos e dever do Estado, defendendo, assim, um direito subjetivo genérico à educação, e não restrito ao acesso gratuito ao ensino fundamental, médio e infantil em estabelecimentos oficiais. Na sua visão, o direito à educação não pode, simplesmente,

restringir-se ao acesso ao sistema educacional público. Afirma que pensar de outra forma seria colocar à margem a maioria dos titulares deste direito e, por conseguinte, impedir a realização da plena cidadania, tendo em vista que o direito à educação, pela sua fundamentalidade, é um bem da vida, torna a cidadania um atributo que faz parte da própria essência desse direito.

Diante da complexidade da eficácia do direito à educação e do real alcance que lhe foi atribuído constitucionalmente, essas questões permanecem em discussão. É importante ressaltar que não há mais dúvidas quanto ao reconhecimento da fundamentalidade do direito à educação e sua relevância como direito social, cabendo ao Estado buscar sua concretização, na maior medida possível, atendendo as necessidades imediatas dos cidadãos por meio de políticas públicas mais eficientes e eficazes. Neste sentido, a universalização da educação básica é uma prerrogativa constitucional que deve ser concretizada, tema a seguir desenvolvido.

3. O DESAFIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO BÁSICA

Ao enfrentar o desafio da administração pública em concretizar a universalização da educação básica, é indispensável que se esclareça o alcance deste direito. De acordo com o artigo 21 da Lei de Diretrizes Básicas da Educação Nacional, de 20 de dezembro de 1996, a educação escolar, como um processo de formação integral do cidadão, compõe-se em educação básica, formada pela educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio. Define, no artigo 22, que a finalidade da educação básica é o desenvolvimento do educando, assegurando-lhe uma formação suficiente para o exercício da cidadania e fornecendo-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores. Pode-se, então, concluir que, conforme o sistema jurídico pátrio, a universalização da educação básica se estende até o ensino médio. Ressalte-se, todavia, que, a partir da inteligência dos artigos constitucionais já referidos e posição doutrinária e jurisprudencial majoritária, o reconhecimento do dever do Estado para a universalização da educação gratuita, dentro ou fora do sistema público educacional, tem se direcionado à educação infantil. Conforme já exposto, o próprio texto constitucional dispõe que cabe ao Estado/administração garantir a universalização da educação básica, que inclui a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio. Diante das realidades sociais verificadas no Brasil, vamos aprofundar a necessidade de se efetivar o direito à educação partindo-se do seu núcleo essencial, que

é a universalização da educação básica, (do ensino infantil, fundamental e médio), pela simples razão de ser a base que vai sustentar e garantir a concretização posterior de outros direitos fundamentais e do desenvolvimento de uma verdadeira Democracia participativa.

Mesmo diante dessas afirmações, em princípio, qualquer pessoa poderá ter acesso ao sistema educacional público, pois há previsão constitucional expressa quanto à gratuidade deste serviço em estabelecimentos oficiais, conforme redação do inciso IV, do artigo 206. ⍰Como reforço legal para viabilizar essa garantia constitucional, a Lei nº 11.700, de 13 de junho de 2008, acrescentou o inciso X ao caput do artigo 4º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, visando a assegurar vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima da residência de toda a criança, a partir de quatro anos de idade. Apesar de excluir as crianças de zero a três anos deste beneficio, essa alteração legal propõe impor à administração pública a obrigação de criar condições materiais que garantam à criança o acesso ao estabelecimento de ensino próximo à sua moradia. Justifica-se devido às dimensões continentais do Brasil, pois há muitos locais em que não há estabelecimento oficial ou são de difícil acesso, e impõe-se ao poder público local, que crie condições de acesso aos alunos no próprio Município, ou o mais próximo possível. A acessibilidade garante, também, a redução da evasão escolar e um maior controle da escola com a frequência dos alunos.

Conforme mencionado, a referida lei excluiu dessa garantia as crianças de zero a três anos, fato que deveria ser revisado pelo legislador, uma vez que a educação infantil é integrante do núcleo essencial do direito à educação, pois representa a primeira etapa do processo educativo que servirá de garantia ao seu desenvolvimento integral. A educação infantil está em posição privilegiada no rol de deveres do Estado e tal privilégio encontra respaldo não somente na esfera jurídico-constitucional e jurisprudencial mas também no campo da psicologia e da pedagogia. A imprescindibilidade da educação infantil, ministrado em creches e pré-escolas, desde estudos realizados, indica que as crianças que frequentam creches e pré-escolas apresentam condições infinitamente superiores de ingressarem na primeira série do primeiro grau do que aqueles que não cursaram. Iniciando-se o processo educativo de qualidade na primeira infância aumentam as possibilidades de se obter resultados mais

eficientes e mais econômicos. As pesquisas desenvolvidas por James Heckman demonstram que para que um indivíduo consiga desenvolver suas competências e habilidades cognitivas e não cognitivas, é mais eficiente que este processo se inicie na primeira infância.

Estas conclusões não pretendem reduzir a importância da educação formal a ser ministrada em qualquer idade. Apenas demonstram que em atendimento aos princípios da eficiência e da economicidade, quanto mais cedo for iniciado o processo educativo de qualidade melhor será sua absorção e aproveitamento por parte de seu destinatário, assim como maiores serão os benefícios para toda a sociedade.

Em relação à idade do aluno, a Constituição define que a educação básica é obrigatória e gratuita, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiverem idade própria. Sendo assim, a garantia de acesso à educação básica se estende a qualquer pessoa, independentemente da usa idade. Essas garantias estão confirmadas na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e no artigo 5º da Lei de Diretrizes e Bases de Educação Nacional, Lei nº 9.394 de 1996. O artigo 54, inciso I, do ECA dispõe que é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente o ensino fundamental, obrigatório e gratuito; no inciso IV, inclui o dever, também, no atendimento em creche e pré-escola às crianças de até cinco anos; e, no § 1º, dispõe que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. São dispositivos que repetem e regulamentam os ditames constitucionais supracitados.

Nesse sentido, como referido, as garantias constitucionais e as garantias contidas em todo o sistema jurídico pátrio, conferidas ao direito fundamental à educação, e o conceito materialmente aberto e a aplicação direita e imediata dos direitos fundamentais constitucionais, por si só, já seriam suficientes para garantir a concretização universalizada deste direito, não só em relação ao acesso à educação infantil, mas também ao acesso ao ensino fundamental e ao ensino médio. Além da garantia de mero acesso, a garantia do aprendizado de qualidade e equidade também constitui o núcleo essencial do direito à educação. Agora esta garantia esta expressa no texto constitucional, com a PEC 277/08, o § 3º do art. 212 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

> § 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, **no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade**, nos termos do plano nacional de educação.”(NR)
>
> redação anterior:
>
> § 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação.

Constata-se, porém, que a previsão constitucional dos direitos sociais *stricto sensu* não tem sido suficiente para lhes garantir a concretização, por várias razões: por problemas orçamentários, já que dependem de um fazer do Estado; por problemas de fundamentalidade formal e material, uma vez que ainda restam controvérsias quanto ao que realmente pode ser considerado integrante da essência do direito fundamental à educação; e por problemas de seu alcance como direito subjetivo público, entre outros.

É exatamente isso que se verifica, pois, na prática, o acesso ao sistema público de ensino é garantido somente em estabelecimentos oficiais e, muitas vezes, de forma precária e insuficiente para garantir o efetivo aprendizado. Como foi referido, o princípio da universalidade do direito à educação não se aplica de forma plena nem em relação ao acesso ao sistema educacional, nem em relação a garantia de um ensino de qualidade.

Em relação à efetiva garantia de vagas no sistema educacional oficial e, na falta deles, em escolas particulares, a fundamentalidade está inserida no inciso IV, do artigo 208 que garante o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos, cuja competência para satisfação deste direito caberá ao Município. Como já foi demonstrado, essa tem sido a posição majoritária da jurisprudência pátria, reforçada por recentes decisões do STF, em reconhecer como direito subjetivo público o acesso à educação infantil às crianças até cinco anos de idade.

O reconhecimento pretoriano do STF se fundamenta ao firmar entendimento de que a educação básica obrigatória e gratuita constitui-se em direito universal, econômico e social. Reconhecem que a obrigação estatal em garantir o acesso ao ensino

a todas as crianças de zero a cinco anos, indistintamente, é inquestionável, tendo em vista a alta significação social que a educação infantil está revestida, reconhecimento reiterado pela Constituição Federal, pelas leis infraconstitucionais e tratados internacionais

Sendo assim, essa prerrogativa jurídica impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, por força constitucional, sob pena de configurar-se omissão estatal. No entanto, no decorrer do presente estudo, está demonstrado que, na prática, as crianças, nesta faixa etária, não gozam dessa garantia universalizada, sendo recorrente a omissão dos Municípios em criar as condições materiais e objetivas que possibilitem seu acesso em creches ou pré-escolas. Por esta razão é crescente o acesso ao poder judiciário para garantir sua concretização. Não será analisada a sindicabilidade dos atos da administração pública pelo poder judiciário por se tratar de tema muito complexo necessitando maior aprofundamento.

Como já referido, a ordem constitucional prevê, expressamente, a responsabilidade plena da autoridade competente na hipótese de não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular. Dada máxima vênia, mesmo concordando que o direito subjetivo público genérico à educação é de difícil concretização, por se tratar de um direito de alta complexidade e, até mesmo, de difícil conceituação, além das sempre limitantes verbas orçamentárias, interpretar o texto constitucional de forma restritiva, reduzindo-se a efetividade do direito à educação à garantia de acesso apenas às crianças de zero a cinco anos, como tem feito o Supremo Tribunal Federal, deixando de reconhecer a norma constitucional expressa que considera o ensino fundamental, também, um direito subjetivo público, não é a aplicação da melhor hermenêutica e dos princípios constitucionais. Essa posição deve ser ampliada, tanto em relação ao acesso ao sistema educacional quanto à criação de condições de manutenção do aluno na rede de ensino e à garantia do aprendizado proposto.

4 UNIVERSALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO BÁSICA NO MUNDO

A educação básica obrigatória e gratuita constitui-se um direito subjetivo público, um direito universal, econômico e social, reiterado pela Constituição Federal, por força de leis já existentes e por diversos documentos internacionais.

No ano de 2000, líderes mundiais assumiram o compromisso de alcançar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio que incluem a universalização do ensino básico e a redução da pobreza extrema, pela metade, até 2015. Atingir o ensino básico universal é o segundo Objetivo de Desenvolvimento do Milênio estabelecido no Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Por meio desse programa, até 2015, todos os 191 Estados-Membros das Nações Unidas assumiram concretizar este, entre oito objetivos do milênio. O primeiro objetivo é erradicar a extrema pobreza e a fome; o segundo é atingir o ensino básico universal; o terceiro, promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; o quarto, reduzir a mortalidade infantil; o quinto melhorar a saúde materna; o sexto é combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; o sétimo, garantir a sustentabilidade ambiental, e o oitavo se estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.

O relatório da Comissão Econômica para a América Latina e Caribe, CEPAL, de 2005 demonstra que a região não está avançando a um ritmo suficiente, a fim de atingir o segundo objetivo do milênio que é a universalização do ensino básico, a partir do exame baseado no percentual de crianças que, efetivamente, concluem a educação básica.

Se as tendências atuais persistirem, nenhum país alcançará a meta, no ano 2015, nem mesmo os que conseguiram avanços um tanto maiores que os demais, como a Bolívia e o México. Em relação ao Brasil, esse índice estaria entre 7% e 12%. O progresso torna-se mais difícil, à medida que se avança em direção à meta, já que supõe o atendimento de segmentos marginalizados da população: pessoas que vivem em zonas afastadas e de difícil acesso, ou que pertencem a estratos sociais que enfrentam obstáculos maiores, o que se traduz em elevados índices de evasão escolar e repetência. O relatório adverte para o fato de que se deve assegurar o acesso ao ensino aos grupos mais atrasados com a finalidade de diminuir a evasão escolar prematura. Para tanto, sugere a criação de programas com a finalidade de identificar essas populações excluídas e adotar estratégias especiais para assegurar seu acesso ao sistema educativo e nele retê-las. Para isso, é necessário, ainda, melhorar a eficiência interna dos sistemas

educativos, a fim de reduzir as taxas de repetência. O custo anual da repetência em 15 países da América Latina e do Caribe é estimado em 11 bilhões de dólares. O Brasil paga o custo mais alto: 8 bilhões de dólares. Estes dados demonstram que as políticas públicas em andamento na área de educação não estão conseguindo atingir seus objetivos de forma satisfatória. Sem resolver o problema da universalização da educação básica não será possível resolver e nem desenvolver os outros níveis de educação. Da mesma forma não será possível a concretização de um verdadeiro Estado Constitucional, pois esta umbilicalmente ligado à participação cidadã.

Como ficou demonstrado a universalização da educação básica tem alta significação social e econômica. Há mais de vinte anos está expressamente tutelada e reconhecida como direito subjetivo público no sistema constitucional nacional. Sua fundamentalidade também tem reconhecimento recente pela jurisprudência pátria. Sua importância e relevância se confirma a nível internacional pois integra os Objetivos do Milênio estabelecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU. Ocorre, porém, que os relatórios acima referidos demonstram que esse objetivo encontra, ainda, barreiras intransponíveis, se não forem tomadas medidas urgentes, por meio de uma visão integrada de desenvolvimento, com a modernização da gestão do Estado/Administração e a construção de novas parcerias com o setor privado e com a sociedade.

CONCLUSÃO

A pertinência das posições apresentadas vem ao encontro da moderna dogmática dos direitos fundamentais sociais, de cunho prestacional, onde se tem sustentado que o Estado/Administração esta obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao efetivo e eficaz exercício dos direitos fundamentais reconhecidos como direitos subjetivos públicos.

Como ficou bem demonstrado, o sistema normativo pátrio impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso ao sistema público educacional com um atendimento de qualidade, sob pena de configurar-se omissão estatal. Neste sentido há o reconhecimento da fundamentalidade do direito à educação e sua relevância como direito social, cabendo ao Estado buscar

sua concretização, na maior medida possível, atendendo as necessidades imediatas dos cidadãos por meio de políticas públicas mais eficientes e eficazes. Neste sentido, a universalização da educação básica, é uma prerrogativa constitucional que deve ser concretizada para viabilizar o Estado Constitucional com regime democrático participativo. Educação básica abrangendo o ensino infantil, ensino fundamental e o ensino médio, não se restringindo a educação infantil, tendo em vista sua alta significação social e econômica.

Em sede de direito à educação, a solidariedade e a responsabilidade social se ampliam para além do Estado, pois se trata de um direito de todos e dever do Estado e da família; assim sendo, necessita, para sua promoção, da colaboração de todo o corpo social. Com essa abordagem, o desenvolvimento político e social está associado à construção de condições jurídico-institucionais que permitam uma ampliação da autonomia dos indivíduos e da sociedade. O processo de desenvolvimento depende, portanto, da remoção dos obstáculos à expansão dessa autonomia, dentre eles o analfabetismo e a educação de má qualidade. Depende, também, da ampliação da oferta de possibilidades democráticas e de inclusão social, estimulando uma maior participação da sociedade civil na vida pública, dando condições ao fácil acesso ao Judiciário e o estabelecimento de mecanismos democráticos de controle do poder. Por esta razão, o presente estudo demonstra que o direito à educação só será concretizado de forma eficaz, se os indivíduos, que são os destinatários finais dos direitos fundamentais contidos na ordem constitucional, puderem usufruir do direito à educação por meio da universalização do ensino básico como primeiro passo desta longa estrada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

CORREIA, Sérvulo. **O direito de manifestação –** Âmbito de proteção e restrições. Coimbra: Almedina, 2006.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**, Parte Geral, 4ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DE DAVID, Tiago Bitencourt, in dissertação de mestrado **"A Eficácia e a Efetividade do Direito Fundamental à Saúde na Constituição Federal de 1988 à luz do Princípio e Dever de Eficiência."** Porto Alegre. PUCRS 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração.** 2. ed**.** São Paulo: Malheiros, 2009.

HECKMAN James J. and Yona Rubinstein **The Importance of Noncognitive Skills: Lessons from the GED Testing Program**. Published by: American Economic Association

_____ **The American Economic Review**, Vol. 91, No. 2, Papers and Proceedings of the Hundred Thirteenth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 2001),

LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Educação uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros. 2004.

MALISKA, Marcos Augusto**.** Educação, Constituição e democracia. In***:*** SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords). **Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008

MIRANDA, Pontes de Miranda. **Tratado do Direito Privado.** Rio de Janeiro: Borsoi. 1954. v. 1 - Parte Geral.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 3. ed. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2007.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação Imunidades e Isonomia,** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1995.

Especialista em Direito Público PUC/RS. Mestranda em Direito Público PUC/RS. E.mail: denise_asmadvogados@terra.com.br

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 351.

SARLET, op. cit., p. 350. O direito fundamental social à educação obteve seu reconhecimento expresso no art. 6º da Constituição Federal de 1988, passando e integrar o catálogo dos direitos fundamentais, estando, assim, sujeito ao regime

jurídico reforçado face ao disposto no art. 5º,§1º, e art.60, § 4º, inc.VI da CF, que confere aplicação direta e imediata aos direitos fundamentais.

O direito subjetivo veicula a faculdade conferida ao seu titular de agir em conformidade com a situação jurídica abstratamente prevista na norma, resultando na capacidade de exigir de outrem o cumprimento de um dever jurídico.

O direito subjetivo é intitulado de público ou privado conforme a natureza da norma que o consagra.Sendo assim, direito subjetivo público é o decorrente da norma de caráter público, obtendo suas características básicas no objeto da relação jurídica e na sua indisponibilidade, sendo necessário que o Estado figure em um dos pólos da relação jurídica.

Ibidem, p. 350.

Conforme referido nas considerações iniciais, o direito à educação não se reduz a garantia do mero acesso ao sistema de ensino, é mais amplo pois tem como objetivo proporcionar o efetivo e eficaz aprendizado que vai resultar na autonomia da pessoa.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**, Parte Geral, 4ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 151/154. Não se deve confundir direito subjetivo com faculdade jurídica ou qualidade jurídica. Enquanto os direitos subjetivos são caracterizados pela possibilidade de exigir o cumprimento de um dever jurídico por parte de outrem, as faculdades jurídicas, também designadas de direitos potestativos, independem da existência de um dever que recaia sobre outra pessoa, sendo a aptidão reconhecida na norma para que determinado ato produza efeitos jurídicos (*v.g.*: a faculdade de casar, de contratar, de testar etc.). Quanto à qualidade jurídica, indica ela os atributos de que o indivíduo se encontra revestido e que lhe permitem praticar certos atos jurídicos (*v.g.*: o *status* de cidadania, de família - casado, solteiro ... - etc.). São os pressupostos para o exercício de um direito ou de uma faculdade jurídica.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação Imunidades e Isonomia**, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1995, p. 161. O autor assevera que "a elevação do direito à educação como subjetivo público confere-lhe o *status* de direito fundamental, mínimo existencial, arcando o Estado, nos limites propostos, com prestações positivas e igualitárias, cabendo a este, também, através de sua função jurisdicional, garantir-lhes a execução".

A partir do Capitulo III, art. 205 da Constituição Federal de 1988.

MALISKA, Marcos Augusto**. Educação, Constituição e democracia**. In*:* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords). **Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 792.

Previsto de forma expressa no §1º do art. 208, significa que qualquer pessoa (sujeito de direito) tem garantia constitucional ao acesso gratuito ao sistema público educacional, podendo recorrer à Justiça para garantir tal direito. Trata-se de um direito do cidadão perante o Estado, que uma vez violado, poderá ter sua tutela por via judicial.

O art. 209 da Constituição Federal dispõe que "O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: 1- cumprimento das normas gerais da educação nacional; II- Autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público." Pois a educação, assim como a saúde, assistência social, previdência social ente outros é um típico serviço público que deve ser prestado pelo Estado, mas pode ser prestado por particular. Tendo em vista que seu núcleo de atuação é essencial, sua prestação tem ser autorizada e fiscalizada pelo Estado na forma da Constituição e das leis infraconstitucionais.

O art. 175 da Constituição Federal de 1988 dispõe que "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos."

Cabe ressaltar que há uma confusão, na legislação e na doutrina para se estabelecer quais os níveis de ensino abrangidos pelo termo "educação básica", no presente trabalho utilizaremos o termo conforme estabelecido na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **"**Capítulo I - Da Composição dos Níveis Escolares. Art. 21. A educação escolar compõe-se de: I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; II - educação superior."

Previsão expressa do parágrafo 2º do artigo 211 da Constituição Federal de 1988.

Conforme o parágrafo 3º do artigo 211 da Constituição Federal de 1988. Ocorre que, em relação ao ensino médio (inc. II), a Carta Magna prevê a progressiva universalização da sua gratuidade, enquanto que há a garantia constitucional expressa da universalização do ensino fundamental e infantil gratuito.

Em relação ao ensino médio, o art.208, inc. II da Constituição Federal de 1988 contempla a sua progressiva universalização.

Conforme o parágrafo 2º do artigo 208 da Constituição Federal de 1988.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração.** 2. ed**.** São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

Segundo posição esclarecedora de Juarez Freitas "mingua o espaço da discricionariedade, substituída, pouco a pouco, pela noção de liberdade vinculada e justificável racionalmente, sem sucumbir a particularismos contrários à idéia de universalização, de sorte que toda discricionariedade resta vinculada aos princípios fundamentais, donde se extrai a inexistência de discricionariedade pura. (p. 26). DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Para Dworkin, questões jurídicas e morais estão interligadas, por isso critica os "positivistas" (que fundados nas idéias de Kelsen que defendia que a moral é extra jurídica, e que não posso ter argumentos não jurídicos para validar uma norma, por isso teria considerado os princípios, normas extra legais), sendo assim sustenta que não há discricionariedade pois os juizes sempre vão fundamentar suas decisões com base nos princípios, dentro de uma sistema jurídico aberto, defende a tese de que toda fundamentação tem que se dar no interior de um sistema lógico-formal, no qual proposições são deduzidas de proposições (p. 202).

Paulo Bonavides ressalta a importância da utilização da metodologia interpretativa da Nova Hermenêutica para se ter o domínio dos fenômenos políticos e constitucionais de nossa época. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p 31.

SARLET, op. cit., 2009, p. 353. O autor entende que, no mínimo, quanto aos artigos 205 a 208 da CF, "se poderá considerá-los integrantes da essência do direito fundamental à educação, compartilhando, portanto, a sua fundamentalidade material e formal".

CORREIA, Sérvulo. **O direito de manifestação –** Âmbito de proteção e restrições. Coimbra: Almedina, 2006. p. 49.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 181. O autor sustenta que há um modelo de direitos subjetivos em três níveis, pois são compreendidos como posições e relações jurídicas, sendo possível distinguir entre "(a) razões para direitos subjetivos, (b) direitos subjetivos como posições e relações jurídicas e (c) a exigibilidade jurídica dos direitos subjetivos." Para ele, uma das principais causas da interminável polêmica acerca do conceito de direito subjetivo, é a insuficiente distinção entre estas três questões. p. 185. Em nota de rodapé o autor se refere às teorias do interesse e da vontade citando o conceito de direito subjetivo segundo alguns autores. Segundo Windscheid, "direito subjetivo é um poder ou um domínio da vontade, outorgado pelo ordenamento jurídico". Para Jellinek, direitos subjetivos são "interesses juridicamente protegidos (...) direito subjetivo, é portanto, um poder da vontade humana, reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico, e dirigido a um bem ou interesse". Alexy diz que "os pólos em redor dos quais gira a polêmica sobre os direitos subjetivos foram caracterizados com insuperável concisão por Jhering: "Dois são os momentos que constituem o conceito de direito: um substancial, no qual reside a finalidade pratica do próprio direito, a saber, a utilidade, a vantagem, o lucro, a qual deve ser garantida pelo direito; e a formal, o qual se relaciona com aquela finalidade apenas como meio, a saber, a proteção jurídica, a ação judicial". p.186

Sobre o artigo 205 diz que "está, na verdade, revelando uma feição notadamente programática e impositiva, não possibilitando, *por si só*, o reconhecimento de um direito subjetivo – já que – norma de eficácia limitada – apenas estabelece fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade na realização do direito à educação... Enquanto exerce a função de impor tarefas e objetivos aos órgãos públicos e, em especial, ao legislador, servindo, além disso, como parâmetro obrigatório para a aplicação e interpretação das demais normas jurídicas" (p.350-352). Nesse sentido, não defende que haja um direito subjetivo genérico à educação, e sim os colacionados no art. 207 e no inciso I e IV do artigo 208 da CF.

O ministro Celso de Mello, relator de recente decisão do STF sobre o tema, diz que "é preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, "caput") – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de

prestação positiva, consistente num “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006). “ AI 677274.SP, 18 de setembro de 2008.

Alteração do texto constitucional inserida pela Emenda Constitucional nº 59, PEC 277/08. Art. 1º Os incisos I e VII do art. 208 da Constituição Federal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 208. .....

I – **educação básica** obrigatória e gratuita dos **4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade**, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;(NR)

redação anterior:

I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; (EC 11/96)

Informativo do STF 520. No AI 677274/SP, o relator Min. Celso de Mello, reconhece o direito à creche como direito fundamental à educação, dando-lhe status de direito subjetivo público. Garantindo à criança de até cinco anos de idade, o atendimento em creche e em pré-escola (CF,art. 208, IV, redação dada pela EC nº 53/2006). “Compreensão global do Direito Constitucional à educação, dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao Município”.

Wilson Donizeti Liberati, em seu artigo “**Conteúdo material do direito à educação escolar**”, coloca que, embora o texto do art. 208, § 1º, da CF tivesse indicado como direito público subjetivo o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, o principal comando constitucional, disposto no artigo 205, orienta para outra direção, mais extensiva, sacralizando a educação como um direito de todos. Para ele, o princípio da universalização do atendimento escolar significa que todos têm direito a ingressar na escola e nela permanecer. Não se trata somente de um movimento mecânico de garantir a matrícula; a garantia da matrícula passa pela disposição política de implantar o serviço essencial da educação. In*:* LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Educação uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 214.

MIRANDA, Pontes de Miranda. **Tratado do Direito Privado.** Rio de Janeiro: Borsoi. 1954. v. 1 - Parte Geral. Sempre atual, o autor entende que a capacidade de direito é a mesma para todos os homens. Todos são iguais perante a lei, baseando-se no princípio da igualdade formal, pois entendia que a capacidade de direto era um direito subjetivo: “a pessoa já nasce com a titularidade concreta, que é a do direito de personalidade como tal, o direito a ser sujeito de direito” (p.160). “A personalidade em si não é direito; é qualidade, é o ser capaz de direito, o ser possível estar nas relações jurídicas como sujeito de direito” (p.161) “[...] porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito [...] O ser pessoa é fato jurídico” (p.153).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 416-417. O *princípio da universalidade* preza que, em regra, os direitos fundamentais são para todos os seres humanos, pois o processo de fundamentalização dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, como centro da titularidade de direito. A dificuldade está em se identificar a delimitação do âmbito desta titularidade, isto é, para quem e quando começa e acaba a titularidade de cada direito fundamental.

Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Seção II - Da Educação Infantil - Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. Art. 30. A educação infantil será oferecida em: I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; II - pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade. Art. 31. Na educação infantil a avaliação far-se-á mediante acompanhamento e registro do seu desenvolvimento, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino Fundamental.

Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Seção III - Do Ensino Fundamental - Art. 32. O ensino fundamental, com duração mínima de oito anos, obrigatório e gratuito na escola pública, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo, II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade; III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores; IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

LDB Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Capítulo I - Da Composição dos Níveis Escolares. Art. 21. A educação escolar compõe-se de: I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; II - educação superior. Art. 22. A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores.

Cabe ressaltar que o presente trabalho visa abordar o direito à educação em relação ao ensino básico e público, não será abordado o ensino particular ou superior,

Lei nº 11.700 de 2008. Art. 1º. O caput do art. 4º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso X – vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade" (NR). Art. 2º Esta Lei entra em vigor em 1º de janeiro do ano subseqüente ao de sua publicação.

AI 677274/SP: "A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de

que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças até 5 (cinco) anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal".

HECKMAN James. **The American Economic Review**, Vol. 91, No. 2, Papers and Proceedings of the Hundred Thirteenth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 2001), p. 145-149. Vencedor do prêmio Nobel de economia de 2000, desenvolveu uma pesquisa comprovando as vantagens econômicas e sociais da educação na primeira infância. Sua conclusão: "Quanto antes os estímulos vierem, mais chances a criança terá de se tornar um adulto bem-sucedido". http://www.jstor.org/stable/2677749

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 346. O autor assevera que "o princípio da economicidade, inobstante sua autonomia no texto constitucional, é abrangido pela idéia de eficiência. A economicidade corresponde a uma análise de otimização de custos para os melhores benefícios. A economicidade é, assim, uma das dimensões da eficiência. [...] a eficiência administrativa encerra um vetor para a ação administrativa, devendo ser entendida como a busca da *otimização* da gestão com vistas à consecução dos melhores resultados com os menores custos possíveis."

The Importance of Noncognitive Skills: Lessons from the GED Testing Program

James J. Heckman and Yona Rubinstein. Published by: American Economic Association

DE DAVID, Tiago Bitencourt, in dissertação de mestrado **"A Eficácia e a Efetividade do Direito Fundamental à Saúde na Constituição Federal de 1988 à luz do Princípio e Dever de Eficiência.**" Porto Alegre. PUCRS 2008. p. 54. Ele assevera que "A doutrina majoritária, mesmo sem confrontar os conceitos de eficiência e economicidade, atribui ao primeiro uma função mais ampla, de modo a sopesar os custos e resultados sociais da ação estatal, ao passo que o segundo atuaria como uma prescrição de que o Estado gaste o mínimo possível para fazer um determinado investimento."

Com as alterações trazidas pela PEC 277/08, deverá haver uma alteração as legislações infra-constitucionais, para que fiquem de acordo com a nova redação dos artigos constitucionais. Onde consta "ensino fundamental" deverá constar "educação básica".

Lei nº 11.274 de 06.02.2006. Altera a redação dos arts. 29, 30, 32 e 87 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, dispondo sobre a duração de 9 (nove) anos para o ensino fundamental, com matrícula obrigatória a partir dos 6 (seis) anos de idade. D.O.U.: 07.02.2006. Refere-se o limite do ensino infantil às crianças de até cinco anos em função da lei que alterou as regras do ensino fundamental, aumentando para nove a duração do ensino fundamental, mas reduzindo a idade de acesso à primeira série para seis anos e não mais para sete anos como era originalmente.

Em recente decisão, no pedido de Suspensão antecipada de tutela formulada pelo governo fluminense na STA 241, o Presidente do STF, o ministro Gilmar Mendes, recordou, também, que a liminar impugnada está em consonância com a jurisprudência do STF que "firmou entendimento, em casos como o presente, de que se impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a efetiva proteção de direitos constitucionalmente assegurados, com alta prioridade, tais como: o direito à educação infantil e os direitos da criança e do adolescente". Citou as precedentes decisões da Segunda Turma do STF no Agravo de Instrumento (AI) 677274/SP, relatado pelo ministro Celso de Mello; da Primeira Turma no AI 474444/SP, tendo como relator o ministro Marco Aurélio; e da Segunda Turma no Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário (RE) 410715/SP, relatado pelo ministro Marco Aurélio.

Norma contida no Art. 208, § 1º, inciso IV da Constituição Federal, com o reconhecimento pretoriano do STF no RE 436996/SP, na ADPF/DF 45 e, recentemente, no AI 677274/SP informativo do STF 520, relator Min. Celso de Mello, reconhece o direito subjetivo público à educação somente à criança de até cinco anos de idade, com atendimento em creche e em pré-escola (CF, art. 208, IV, redação dada pela EC nº 53/2006). "Compreensão global do Direito Constitucional à educação, dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao Município".

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 90. Posição alinhada a melhor doutrina como a de Alexy, quando afirma que os princípios são mandamentos de otimização e devem ser realizados, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Disponível em: <http://www.pnud.org.br/odm/> Acesso em: 18 abr. 2009. *OBJETIVO 2: ATINGIR O ENSINO BÁSICO UNIVERSAL* Meta 3: Garantir, para o ano 2015, que os meninos e meninas de todo o mundo possam concluir um ciclo completo do ensino fundamental.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 3. ed. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2007. p.66. "A noção de autonomia humana é complexa, já que ela depende de condições culturais e sociais. Para sermos nós mesmos, precisamos aprender uma linguagem, uma cultura, um saber, e é preciso que esta própria cultura seja bastante variada para que possamos escolher no estoque das idéias existentes e refletir de maneira autônoma. Portanto, esta autonomia se alimenta na dependência; nós dependemos de uma educação, de uma linguagem, de uma cultura, de uma sociedade, dependemos claro de um cérebro, ele mesmo produto de um programa genético, e dependemos também de nossos genes".

Ibidem, p. 68. Estes oito objetivos do milênio vêm ao encontro da necessidade de uma consciência da multidimensionalidade defendida pelo autor através de um pensamento complexo. Para ele, "no fim das contas tudo é solidário. Se você tem o senso da complexidade, você tem o senso da solidariedade. Além disso, você tem o senso do caráter multidimensional de toda a sociedade". O que significa dizer que para se resolver um problema não se pode visualizá-lo de forma isolada, pois ele está inserido em um contexto social e cultural e, dessa forma, dependerá da solução de outros problemas a ele relacionados. Para tanto, sua solução também está

condicionada a um esforço conjunto de todos os setores do governo e da sociedade, como é o caso do direito à educação.

Disponível em: <http://www.eclac.org/cgibin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/1/21541/ P21541.xml&xsl= /tpl/p9f.xsl&base= /tpl/top-bottom.xsl> Acesso em: 17 abr. 2009.

Objetivos de Desarrollo del Milenio: una mirada desde América Latina y el Caribe. O relatório de 2005 sobre os "Objetivos de Desenvolvimento do Milênio - Uma visão a partir da América Latina e do Caribe", sobre o desempenho da América Latina e do Caribe nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, organizado pela CEPAL (Comissão Econômica para a América latina e Caribe), revela que a partir do exame baseado no percentual de meninos e meninas que, efetivamente, concluem a educação básica a região não está avançando a um ritmo suficiente a fim de universalizá-la.

O HUMANISMO DA TEORIA FREIREANA PARA A EDUCAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NA CULTURA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL*

THE HUMANISM OF FREIREAN THEORY FOR EDUCATION AND ITS APPLICATION IN THE CULTURE OF HUMAN RIGHTS IN BRAZIL

Elisa Bonesi Jardim

RESUMO

O objetivo do presente artigo é verificar a possível influência do humanismo da doutrina de Paulo Freire em uma real implementação de cultura dos direitos humanos. O método utilizado foi o dedutivo. O trabalho foi dividido em cinco capítulos. Na introdução foi apresentada a problemática. No segundo capítulo, discorreu-se sobre o que seria a cultura dos direitos humanos, destacando-se seu conceito e suas teorias, bem como o fato de que atualmente encontram-se esses direitos mais no discurso que na prática, comprovando-se o desrespeito aos mesmos. No terceiro capítulo tratou-se da doutrina de Paulo Freire, para que foi escrita, o conceito de pedagogia do oprimido, de conscientização, de violência simbólica e da consciência crítica e do "ser mais". No quarto capítulo discorreu-se sobre a atuação nos direitos humanos do humanitarismo e não do humanismo, a diferença entre esses dois conceitos, a ligação com a doutrina de Boaventura de Sousa Santos quando trata da pedagogia do conflito e com a pedagogia da autonomia de Paulo Freire. Concluiu-se que o humanismo da Teoria de Paulo Freire, apesar de desenhada para a educação, pode, e muito, contribuir para o desenvolvimento de uma cultura de direitos humanos, não apenas na teoria, mas também na prática, retomando-se o conceito de humanismo da referida teoria (já esquecido) em contraponto ao humanitarismo.

PALAVRAS-CHAVES: TEORIA DE PAULO FREIRE. HUMANISMO X HUMANITARISMO. CULTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

The purpose of this article is to assess the possible influence of humanism of the doctrine of Paulo Freire in a real implementation of human rights culture. The deductive method was used. The work was divided into five chapters. In introducing the issue was presented. In the second chapter, spoke out about what would be the culture of human rights, especially its concept and its theories, and the fact that currently there are more such rights in the speech that in practice, showing up the failure to them. The third chapter dealt with the doctrine of Paulo Freire, for which it was written, the concept of Pedagogy of the Oppressed, awareness of symbolic violence and the critical conscience and the "be more". In the fourth chapter spoke out about the work on human rights for humanitarian and non-humanism, the difference between these two concepts, the connection with the doctrine of Boaventura de Sousa Santos when he spokes about the pedagogy conflict and the teaching of the autonomy of Paul Freire. It was concluded

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

that the humanism of the Theory of Paulo Freire, although designed for education, can, and much, contribute to the development of a culture of human rights, not just in theory but in practice, incorporating the concept the humanism of that theory (already forgotten) in counterpoint to humanitarianism.

KEYWORDS: THEORY OF PAULO FREIRE. HUMANISM X HUMANITARIANISM. FUNDAMENTAL RIGHTS CULTURE.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são tema em foco nos dias atuais. No entanto, a discussão não mais se resume à enunciação e positivação desses direitos, mas a necessidade imperiosa de sua efetivação. Vê-se constantemente o discurso em torno dos direitos humanos e de como implementá-los, mas não se denota a sua real práxis, ou seja, a hipocrisia muitas vezes toma conta dos discursos e faz com que as atitudes sejam dissociadas das palavras externadas.

As Constituições Brasileiras vêm evoluindo ao passar dos anos. Desde a outorgada em 1824 até a Constituição promulgada de 1988 - que completou 20 anos -, muita coisa mudou, tanto no texto em si quanto em relação à interpretação dada a seus dispositivos relacionados aos direitos humanos (e fundamentais).

No entanto, denota-se ainda sim, muito humanitarismo e não humanismo. Esse último é conceito que, verificado na obra de Paulo Freire para educação, ao pregar a liberdade de ensino e a aproximação humana entre professores e alunos. Chama atenção o fato de a referida doutrina separar de forma clara e consciente os dois conceitos, bem como nos denota que essa separação trabalha também a favor dos direitos humanos, na perspectiva de sua efetivação, concretização e respeito.

Diante desse quadro, busca-se verificar a possível influência do humanismo da doutrina de Paulo Freire para uma real implementação da cultura dos direitos humanos. Nesse contexto, outros questionamentos também podem ser feitos: O que seriam os direitos humanos e suas teorias? Há hoje um maior discurso e menor práxis sobre direitos humanos? Estes são desrespeitados? Para que foi desenvolvida a doutrina de Paulo Freire? Quais são suas idéias centrais? Qual a diferença entre humanismo e humanitarismo? O que deve ser desenvolvido nos direitos humanos: humanismo ou humanitarismo?

O presente artigo pretende responder a essas questões, utilizando-se do método dedutivo. Assim, o segundo capítulo discorre sobre o que seria a cultura dos direitos humanos, destacando-se seu conceito e as teorias que o envolvem, bem como o fato de que atualmente encontram-se esses direitos mais no discurso que na prática, comprovando-se o desrespeito aos mesmos, especialmente nos casos de saúde e educação.

No terceiro capítulo trata-se da doutrina de Paulo Freire, para que foi escrita, o conceito de pedagogia do oprimido e violência simbólica, de conscientização, de consciência crítica e do que ele entende por "ser mais", para no quarto capítulo falar-se sobre a atual constatação de que nos direitos humanos hoje, fala-se mais em humanitarismo que em humanismo, mas este pode ser traduzido da doutrina de Paulo Freire para esses direitos. Será também tratada a diferença entre os dois conceitos (humanismo e humanitarismo), a ligação com a doutrina de Boaventura de Sousa Santos quando trata da pedagogia do conflito e com a pedagogia freireana da autonomia.

2 COMO SE APRESENTA A CULTURA DOS DIREITOS HUMANOS: TEORIA E PRÁTICA

Os direitos humanos remontam a uma evolução constante do Estado e da Sociedade, bem como são consagrados por essa evolução. Em um primeiro momento, representavam apenas os direitos de liberdade, para posteriormente indicar direitos sociais, e ao final, em terceira, quarta e há quem até diga quinta dimensão, indicar direitos de solidariedade, paz, meio ambiente e direitos relativos à rede mundial de computadores.

No entanto, também representam a implantação de ideologias estatais diversas ao longo dos anos.

A primeira dimensão que trouxe os direitos civis e políticos, como a vida, liberdade, propriedade, e igualdade perante a lei (formal), coincidiu plenamente com as causas que também geraram o surgimento do Estado de Direito Liberal. Estes se desenvolveram em uma época de transição: do feudalismo para a sociedade burguesa, preparando a formação do Estado Moderno. Surgia nessa época o humanismo, o protestantismo e a revolução científica. O indivíduo era exaltado, sendo visto como ser independente de instituições, e a burguesia estava sedenta por não intervenção do Estado, para que seus negócios lucrassem ainda mais, uma vez que ela própria não detinha poder político.

A segunda dimensão abarca os direitos sociais, econômicos e culturais e que acentuam o princípio da igualdade material. São direitos à saúde, à moradia, ao trabalho e ao lazer, encontrados nos artigos 5°, 6°e 7° dos capítulos I e II, do título II da Carta Magna de 1988, coincidindo com as causas que também geraram o surgimento do Estado de Direito Social. A burguesia que antes era revolucionária e defensora da "liberdade, igualdade e fraternidade", levou à Revolução Industrial e a conseqüente criação da classe do proletariado, que oprimido nas cidades, possibilitava a crítica social e a luta por direitos sociais.

Já a terceira dimensão veio trazer o direito à paz, à solidariedade, ao desenvolvimento e o direito à autodeterminação dos povos, além de o direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado e o direito à utilização do patrimônio comum da humanidade. A chegada desses direitos corresponde às causas que também levaram ao surgimento do Estado Democrático de Direito. A terceira dimensão aparece exatamente quando o modelo de Estado Social começa a ser questionado, fazendo-se com que os direitos já consagrados pelas primeira e segunda dimensões ganhem nova roupagem, permitindo-se a participação dos atores, destinatários dos direitos.

Pois bem, as condições para esses direitos de terceira geração, assim como ocorreu nas demais, se apresentavam, mais uma vez, através de contradições que acabaram por implicar no surgimento de mais uma ideologia. O contexto do século XX, no pós-guerra (2ª Guerra Mundial), trouxe a solidariedade como meta e a razão disso foi a luta contra o terror inspirado por regimes totalitários como os de Hitler, Mussolini e Hiroito, revelando as atrocidades cometidas à vida. Os indivíduos são vistos não como pessoa isolada, mas como grupo.

Há ainda uma quarta dimensão, que pode ser localizada no último paradigma. Para alguns, estaria ligada à Bioética (Norberto Bobbio, por exemplo, na obra a Era dos Direitos, 2004, p. 25), influenciadora dos limites da genética, conquista espacial, produtos transgênicos e encurtamento do mundo pela Internet. Mas para a maioria, os direitos de quarta dimensão são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, pensamento construído pelo professor cearense Paulo Bonavides.

Na pertinente opinião do professor Adriano Sant'Anna Pedra (2005, p. 200), "Os direitos de quarta geração estendem o fenômeno da universalização campo institucional, haja vista que implicam a vinculação dos direitos fundamentais não só aos titulares, mas também àqueles que detêm o poder". E isso é de suma importância dado o fato de que conforme palavras de vários juristas da atualidade, o problema dos direitos humanos não é tanto mais o fato de enunciá-los, mas a sua concretização, sua efetivação, e as autoridades dos Estados são, não as únicas, mas também as responsáveis pela plena efetivação dos direitos humanos.

A quinta dimensão dos direitos humanos não é tratada pela maioria dos autores e não há visão unânime do que representam, mas a afirmação corrente é de que se tratar de mesmos direitos das dimensões anteriores, mas aplicados de forma diversa na área da informática. Relacionam-se com a transformação da pessoa humana em internauta. São os direitos virtuais.

Mas o que efetivamente representam os direitos humanos hoje? O seu conceito, dada a inúmera monta de expressões, já se tornava tarefa difícil. Direitos fundamentais, direitos do homem, liberdades, etc. são apenas algumas. Ocorre que também há diversos conceitos que pretendem explicar os direitos humanos.

Em obra organizada por Ricardo Lobo Torres, (2001, p. 105), o doutrinador Gustavo Amaral afirma a existência da Teoria Liberal que concebe os direitos humanos como direitos de liberdade do indivíduo frente ao Estado, mas uma liberdade por liberdade, sem objetivos.

Já para Teoria Axiológica também citada em mesma obra na página 106, em mesma página, "[...] tais direitos fixam valores fundamentais da comunidade, formando sistema de valores e de bens, através do qual os indivíduos alcançam status material [...]", e na Teoria democrático-funcional os direitos são reconhecidos para que cidadão disponha deles na qualidade de "membro da comunidade".

Por fim, na página 107 afere-se a Teoria dos direitos fundamentais do Estado Social, na qual os direitos não têm apenas caráter negativo, mas positivo, ou seja, "[...] de facilitadores de prestações sociais pelo Estado".

Paulo Bonavides só reconhece as teorias liberal, institucional e a dos valores (axiológica). (2006, p.613). No entanto, Alexandre de Moraes na obra Direitos Humanos Fundamentais (2006, p. 16), cita outras teorias, diferentes das já aqui explanadas, quais sejam, jusnaturalista, positivista e moralista. Certo é que essa classificação não corresponde à minimização dos direitos humanos a alguma dimensão, mas há outros problemas.

Pela primeira os direitos humanos não são criação dos legisladores, tribunais ou juristas, mas constituem "ordem universal". Essa Teoria traz visão mais ampla, carregando a característica da universalidade em seu bojo. Na teoria positivista, ao contrário, os direitos humanos apenas existem quando postos normativamente. São somente os positivados no ordenamento jurídico. Ora, mas ficamos nos perguntando, na atual conjuntura contemporânea e dada característica de universalidade e/ou internacionalização dos direitos humanos que muitos defendem, se realmente é preciso a existência de uma lei ou norma na Constituição Federal para dizer, por exemplo, que saúde, trabalho, vida digna é um direito humano?

Por fim, a Teoria moralista, que afirma seremos direitos humanos aqueles advindos da experiência e consciência de um determinado povo. Ora, mais nesses casos estar-se-ia reforçando a idéia de relativização dos direitos humanos e não de universalização. Para cada povo existirá um direito humano? Então as mortes indignas em países islâmicos como enforcamento, por exemplo, deveriam ser respeitados, posto que para aqueles países não retrata ofensa? Certo é que é voz corrente dos relativistas a concepção de que o universalismo tenta impor a visão ocidental de direitos humanos ao oriente, o que,

vislumbrando-se que os direitos humanos desenvolveram-se de acordo com ideologias de cada época, não seria de todo equivocado.

Vislumbra-se, pois, a existência de diversas teorias de acordo com o autor a explaná-las, mas algumas delas aparentam-se com apenas uma ou algumas dimensões de direitos humanos, sem fazer qualquer sistematização, sem abarcar todos os direitos humanos existentes. Ocorre que os direitos humanos não podem ser conceituados e classificados segundo teorias que os têm como apenas, direitos de primeira, segunda ou terceira dimensões. Seu conceito e suas teorias devem estar coadunados com a atual visão globalizada.

Visando isso, entendemos que o conceito da professora Teresa Rachel Couto Correia (2005, p. 99) em artigo publicado na Revista da Faculdade de Fortaleza é interessante. Para ela, "A expressão direitos humanos pode referir-se a situações políticas, sociais, e culturais, que se diferenciam entre si, tendo significados diversos. Assim, o conceito de direitos humanos alcança caráter fluido, aberto e de contínua redefinição". Também o professor Henkenhoff traz conceito amplo (2004, p. 94), entendendo que são os "[...] que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que é a própria da condição humana. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política", mas há o dever dela de cumprir.

Já o conceito de Alexandre de Moraes (2006, p.22 e 23) remonta de forma mais clara a visão contemporânea, dizendo que há inúmeros e diferenciados conceitos para direitos fundamentais, mas

O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

Apesar de simples, pertinente é a opinião do doutrinador Thomas Fleiner, (2003, p.20), posto que denota serem os direitos humanos, simplesmente, o direito de viver com dignidade, ou mesmo o direito de viver a vida de forma plena. A dignidade, a nosso ver, é palavra que, apesar de sozinha, diz muito sobre o que seriam os direitos humanos.

Não podem os direitos humanos ser mais vistos de forma fragmentada, como apenas direitos de liberdade, ou sociais ou ainda de solidariedade. Devem todos esses estar em conjunto, posto que apenas dessa forma denota-se a amplitude desses direitos e também apenas assim terão os direitos humanos forças para lutar contra as atrocidades cometidas contra o ser humano no século XXI. Atrocidades essas que sempre existiram e que, em função da globalização, como veremos, avançaram e internacionalizaram-se.

Mas o que representaria de forma clara uma cultura dos direitos humanos? Os autores se dividem. Há os que entendem que os direitos humanos deveriam ser universais e os que preferem seguir a doutrina de que há um multiculturalismo entre os povos que deve ser respeitado, como já identificamos acima.

A professora Flávia Piovesan (2002, p.40) apresenta conceito universal. Afirma que "Considerando a historicidade desses direitos, pode-se dizer que a sua definição de direitos humanos aponta uma pluralidade de significados". Mas, destaca, no entanto, a concepção contemporânea com a Declaração Universal de 1948 e reiterada em 1993 em Viena, sendo essa concepção, uma conseqüência do "movimento de internacionalização dos direitos humanos", sendo recente.

Mas por que universalidade? A referida doutrinadora responde na página 41 ao dizer que "[...] a condição de pessoa é requisito único para dignidade e titularidade de direitos"; É também de indivisibilidade "porque a garantia de direitos de primeira dimensão é condição para efetivação dos direitos da segunda e desta para aquela.

No entanto, não se pode confundir universalismo com internacionalismo. A internacionalização dos direitos humanos serve para garantir que esses direitos estejam acima de soberanias de determinados Estados tendentes a violá-los, mas não pode estar acima da cultura das pessoas daquele povo e do que elas entendem se tratar de direitos humanos para elas mesmas.

Norberto Bobbio (2004, p.50), na mesma linha da professora, leciona que "[...] os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais". Exemplos disso são Declarações que combatem a discriminação racial, em proteção da mulher, proteção da criança, proibição tortura, dentre outras. Ou seja, os direitos humanos são naturais, mas uma positivação interna não leva a sua plena efetividade, devendo haver a internacionalização positivada para que os mesmos tenham maiores garantias de concretização.

No entanto, há quem pense diferente, e defenda uma relativização dos direitos humanos. Boaventura é um deles, e afirma categoricamente que "É sabido que os direitos humanos não são universais na sua aplicação". Entende que enquanto forem tidos como universais, "[...] tenderão a operar como localismo globalizado – uma forma de globalização de-cima-para-baixo (sic)." E para que isso não aconteça "A sua abrangência global será obtida à custa da sua legitimidade local". (BOAVENTURA, 2001, p. 80)

Ivanilda Figueiredo Lyra (2005, p. 308) comentando a tese do referido professor assevera ainda que apenas pode-se falar em universalismo e multiculturalismo dos direitos humanos se a multiculturalidade tiver papel crucial, ou seja, se as diferenças entre os povos forem levadas em conta.

Habermans (2002, p.242), ferrenho defensor dessa visão, afirma que

Uma ordem jurídica é legítima quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. E os cidadãos só são autônomos quando os destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmo como autores do direito. E tais autores só são livres enquanto participantes de processos legislativos regrados de tal maneira e cumpridos sob tais formas de comunicação que todos possam supor que regras firmadas desse modo mereçam concordância geral e motivada pela razão.

Entendemos como a segunda posição: mão que haja um relativismo fechado, mas o universalismo não pode chegar ao ponto de abafar a cultura dos povos, devendo os mesmos serem ouvidos.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a cultura dos direitos humanos perpassa pela teoria a ser adotada pelo doutrinador ou aplicador do direito, mas o que não se pode esquecer: 1) não mais é aceito conceito segundo apenas uma ou algumas das dimensões, uma vez que as mesmas representam ideologias dominantes de suas épocas, devendo-se entendê-los de forma mais ampla possível; 2) o que denota o conceito de direitos humanos é a dignidade da pessoa. É o direito que por excelência leva a essa dignidade; 3) há discussão em torno da universalidade ou não dos direitos humanos, mais isso não retira o caráter de dignidade que deve ser observado caso se opte por uma dessas correntes, dignidade essa alcançada quando se vislumbra a voz dos diferentes povos no processo.

Mas o que garantiria essa dignidade e, consequentemente os direitos humanos? Há como realmente garantir direitos humanos e, por consequência, dignidade, sem uma prática desses direitos? Efetivamente que não, mas é exatamente o que se vê na atualidade. Na opinião pertinente de Mauro Almeida Noleto (1998, p. 104)

Ora, o desejo de uma realidade onde vigorem direitos humanos não basta para concretizar sua realização, assim, por exemplo, declarar que todos os homens nascem livres e iguais está longe de corresponder à realidade fática, pertencente ao chamado mundo do ser, que aparentemente tal declaração procura descrever

Segundo Danilo Oliveira (2007, p. 234), “[...] temos na prática apenas oprimidos esperando o cumprimento das promessas da modernidade, na ausência de emprego, saúde, cultura, enfim, de dignidade”. E a opinião do representante da UNESCO no Brasil, **Vincent Defourny em artigo de Luis Pellegrini na Revista Eletrônica Planeta (2008), também afirma categoricamente a falta de prática dos direitos humanos, especialmente no Brasil**

No caso do Brasil, a declaração adquire uma relevância muito grande porque muitos dos seus artigos não têm sido aplicados a todos os brasileiros. O que podemos verificar aqui é uma defasagem entre os ideais apresentados na declaração e a realidade social do País. De um lado, temos no Brasil um país que assinou a declaração e que, teoricamente, a assume, mas que, de outro lado, ainda carece da sua real implementação.

É exatamente o que podemos comprovar nos casos de empresas que exercem funções de direitos humanos (educação e saúde, por exemplo). João Baptista Herkenhoff (2004, p. 156) afirma que a empresa deve ser uma comunidade humana e a “[...] idéia de empresa como fonte de lucro, de empresa que se justifica por si mesma”, contrapõe essa tese.

O mesmo professor liga os princípios da ordem econômica constitucional (existência digna e justiça social) à atuação da empresa. E afirma na página 163 que "A Constituição não desenha o modelo de uma empresa centrada no lucro, no individualismo, no descompromisso com o bem comum. Muito pelo contrário, o que a Constituição quer é a empresa como instrumento de justiça social, tendo como pilar a valorização da pessoa humana". Para ele, "[...] A pedra angular de uma ordem social assim é a empresa, vista como serviço, encarada mais como 'comunidade de pessoas' do que como 'reunião de capitais e de bens'".

No entanto, o que se vê não é esse papel sendo desenvolvido. Hoje temos um discurso do lugar comum em relação aos direitos humanos, ou seja, todos o conceituam, o aplaudem, dizem seguir os seus ditames, mas a realidade demonstra claramente que não há prática, ganhando o lucro e a globalização.

Especificamente quanto à saúde o desrespeito aos direitos humanos é flagrante. No plano da saúde pública, há falta de medicamentos, de leitos, de médicos. Já no âmbito da saúde suplementar, o desrespeito também prepondera. Os problemas são muitos e vão desde a falta de cobertura de tratamentos contidos no contrato até carências abusivas e aumentos também abusivos de mensalidades. Segundo o IDEC - Instituto de Defesa do Consumidor (2008?)

Grande quantidade de reclamações dos usuários motivam o Idec a manter essa ofensiva contra os abusos dos planos de saúde. Só nos anos de 1999 e 2000, foram atendidas mais de 5 mil consultas/reclamações, liderando o ranking de consultas ao setor de atendimento do Idec. Em 1990, foi ajuizada a primeira ação judicial do Idec contra empresa desse segmento, que hoje já ultrapassaram 50, questionando especialmente aumentos abusivos das mensalidades, aumentos por mudança de faixa etária e aumentos "por sinistralidade".
Só em 2004, o IDEC ajuizou 3 ações civis públicas, tendo obtido liminar em todas elas, para garantir que o reajuste anual das mensalidades dos contratos firmados até dezembro de 1998, da Medial Saúde, Saúde ABC e Porto Seguro não ultrapassassem os limites fixados pela ANS (11,75%). A ação movida contra a Medial resultou em acordo, onde ficou estipulado que os índices aplicados seriam aqueles fixados nos contratos.

Nesse mesmo prisma, afirma-se o descaso com a saúde, por exemplo, por meio de reajustes de mensalidades sem critérios legítimos e por meio da Resolução 68 da ANS que excluiu tratamentos essenciais garantidores da saúde e da vida (SALAZAR, RODRIGUES & NUNES JÚNIOR, 2003, p. 362 e 367). Amanda Flávio de Oliveira também cita Resoluções Normativas de números 63 e 64 que não vislumbraram a proteção da saúde humana, demonstrando que as empresas de planos de saúde, mesmo subordinadas à fiscalização da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

continuam desrespeitando o direito fundamental à saúde. Afirma a referida autora (OLIVEIRA, 2004, P.102 e 111) que

[...] A criação, no ano 2000, de uma agência reguladora para o setor, a Agência Nacional de Saúde (ANS), também não foi capaz de diminuir os conflitos que ainda se apresentam.

[...] Passados cinco anos da vigência da lei específica e quatro anos da implementação da agência reguladora do setor, percebe-se, claramente, que os **abusos persistem**. **Os planos de saúde seguem sendo um dos campeões de reclamação nos PROCON de todo o país.**

[...] **Também no âmbito do Poder Judiciário, pode-se perceber um aumento considerável e demandas envolvendo essas questões.**

(grifou-se)

Assim, verifica-se que há fortes indícios de que as empresas operadoras de planos de saúde não estão cumprindo o seu papel de efetividade do direito fundamental e humano à saúde, levando muitas vezes à indignidade da pessoa humana.

O que pode ser verificado é uma atenção máxima ao lucro, até mesmo pelo neoliberalismo vivido no mundo atual globalizado. Boaventura (2003, p. 146), inclusive, atesta esse papel nefasto dizendo que "É esta a miragem essencial do neoliberalismo. Visa basicamente manter e aprofundar a hegemonia da dominação capitalista por sobre o colapso das condições que a tornaram possível no período anterior [...]"

Também apenas a título de exemplo, há o desrespeito ao direito á educação. Conforme Adriana Perri noticiou no site UOL em 2007, uma CPI foi montada no Estado de São Paulo para apurar o desrespeito

Uma preocupação fundamental é com o direito à educação. Especialmente com a acessibilidade arquitetônica e a disponibilização de recursos pedagógicos para estudantes com deficiência nas instituições de ensino de todos os níveis, públicas e privadas. Crianças e jovens que tem uma deficiência, ainda sofrem discriminação e têm suas matrículas recusadas em diversas instituições de São Paulo. 'Elas são impedidas de exercer seu direito à educação. Isso é um desrespeito ao direito fundamental das crianças e adolescentes de estarem na escola', afirma a vereadora Mara Gabrilli, que faz parte da Comissão.

(2007)

Por fim, e exemplificando mais um desrespeito aos direitos humanos, novamente Boaventura de Sousa Santos afirma (2001, p. 24) que "[...] as violações a direitos humanos em países vivendo formalmente em paz e democracia assumem proporções avassaladoras" e especificadamente quanto ao Brasil, cita a violência policial e nos presídios.

Em contraponto a toda essa afronta, Guilherme Peña de Moraes (2004, p. 135) assevera a existência do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais devendo "[...] ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade." Ora, os direitos humanos no Brasil são também os afirmados na Constituição Federal, e educação e saúde estão dentre os mesmos. Como não dar-lhes a máxima eficácia?

É em função desse desrespeito que o Jornal Constituição e Democracia organizado pelo grupo de pesquisa Sociedade, Tempo e Direito da UNB (Universidade Federal de Brasília), nas palavras de Marcos Leite Garcia, afirma ser "[...] de fundamental importância para a sociedade brasileira atual discutir o papel da mídia e da educação com relação aos valores dos direitos humanos e da democracia" (2008, p.7). E para evitar teorias contrárias aos mesmos, que ameaçam a sua concretização, não pode faltar uma cultura e educação em relação aos direitos humanos.

E que não se venha falar em utopia dos direitos humanos, conforme o mesmo jornal afirma na página 7, posto que diante de tantas mazelas e desrespeitos, o que nos resta é ainda continuar tentando com os direitos humanos endireitar a sociedade para que ela seja mais humana na prática.

Nas palavras de Boaventura (2003, p. 43) "[...] As irracionalidades [as mazelas, fome, drogas, guerras, etc, e inclusive os desrespeitos aos direitos que se acumulam] parecem racionalizadas pela mera repetição [ou seja, parecem fazer parte de nossas vidas de forma enraizada e vitalícia]. Julgo, pois, que precisamos de utopia como o pão para a boca."

3 A DOUTRINA DE PAULO FREIRE E SEUS CONCEITOS CENTRAIS

A educação no Brasil passou por diversas fases, desde a época Colonial, com a doutrinação dos Jesuítas até os dias atuais, alternando fases e teorias sobre como educar, umas mais liberais e outras mais conservadoras, tendo seu início, segundo Reynaldo Irapuã Camargo Mello (2007, p. 87 e 88), com a Companhia de Jesus e a criação dos cursos superiores em 1808 com a chegada da Corte Portuguesa no Brasil. Também o ensino jurídico passou por fases mais conservadoras e fases de maior liberdade.

Dentre as mais importantes correntes de pensamento pedagógico podemos enumerar segundo Luckesi (1994, p. 54 e seguintes) a tradicional, a renovada progressista, a renovada não-diretiva e a tecnicista que fazem parte da pedagogia liberal; bem como a libertadora, a libertária e a crítico-social dos conteúdos que remontam a uma pedagogia progressista. Algumas dessas têm pensamentos similares em relação à educação, mas outras entendimentos completamente antagônicos. Vejamos um breve resumo das tendências segundo a obra de Luckesi para que possamos de forma mais simples, entender em que tendência se baseia a teoria de Paulo Freire.

A corrente Tradicional remete à repetição dos conteúdos contidos nos livros pelos professores aos alunos através de aulas expositivas, sendo a relação criada de autoridade e o ensino voltado a incorporar conhecimento. Já a Renovada Progressista, tenta construir o conhecimento a partir da vivência do aluno havendo aulas expositivas, mas também seminários, repassando-se conteúdos e também casos a resolver em dinâmicas de grupos, sendo o professor mediador. Remonta a uma tentativa de o aluno aprender a incorporar o conteúdo.

Outra corrente é a Renovada Não-Diretiva. Esta existe para que o aluno seja feliz, se conheça, não havendo conteúdos pré-determinados, mas se existirem, haverá debates sobre os mesmos, intervindo o professor de forma mínima. A corrente tecnicista se desenvolve da década de 50 para frente e tende a preparar o aluno para o trabalho, transmitindo o que está nos manuais a ele, mas com uso de tecnologia e relação vertical entre professor e aluno.

Já nas correntes progressistas vê-se uma real evolução e melhora das técnicas de ensino. A corrente libertadora defende a consciência da realidade pelo aluno, com conteúdos extraídos dela, para debates em grupos. Traz o professor também a sua experiência para a sala de aula. É a “ensinagem” de mão dupla: professor e aluno aprendem para não aceitar a realidade como algo imutável. Para Luckesi em mesma obra já citada, na página 66, “O que o educando transfere, em termos de conhecimento, é o que foi incorporado como resposta às situações de opressão – ou seja, seu engajamento na militância política”

A Libertária é muito parecida com a renovada não-diretiva, sendo a escola para conhecimento pessoal e os conteúdos definidos pelo grupo com debates sobre os mesmos. Por fim, a crítco-social dos conteúdos é defendida por Dermeval Saviani e pelo próprio Luckesi e pretende a difusão de conteúdos já elaborados, mas também a sua crítica, entendendo como conteúdo o que a cultura universal também entende e pretendendo que o aluno aprenda para ter postura crítica e possa reinventar esse mesmo conteúdo.

Dentre essas correntes, chama atenção a Libertadora, capitaneada pelo professor Paulo Freire. Ele possui diversos livros publicados, demonstrando o que entende ser um real processo de aprendizagem e ensino. Pela corrente à qual pertence, podemos ter uma idéia da obra de Paulo Freire, mas apenas um mísero um por cento da doutrina que o mesmo criou, rica em elementos e pensamentos humanos.

A doutrina de Paulo Freire determina que formar é muito mais do que puramente treinar o educando no desempenho de destrezas, é dentre outras coisas, formar um cidadão e um ser humano capaz de entender criticamente o mundo à sua volta e perceber a oportunidade e possibilidade de mudança. Assim, segundo Wolkmer, "A Educação Conscientizadora, na perspectiva de Paulo Freire, implica no 'esforço permanente através do qual os homens vão recebendo, criticamente, como estão sendo no mundo com que e em que se acham'". (BITTAR, 2008, p.211)

Paulo Freire trabalha a existência de uma ideologia dominante (Bourdieu chama de Autoridade Pedagógica na obra A Reprodução, 1975, p. 26) que faz com que os conteúdos sejam por ela estabelecidos e os professores hajam de acordo com o que lhes é imposto de forma simbólica, repassando esses conteúdos para os alunos como é preciso ser passado para manterem-se as classes dominantes no poder. É a inculcação e a concepção bancária da educação

[...] em que a única margem de ação que se oferece aos educandos é a de receberem os depósitos, guardá-los e arquivá-los [...] No fundo, porém, os grandes arquivados são os homens, nesta (na melhor das hipóteses) equivocada concepção 'bancária' da educação. Arquivados, porque, fora da busca, fora da práxis, os homens não podem ser.

(FREIRE, 1987, p. 58)

Segundo Bourdier (1975, p. 19) se trata de uma verdadeira violência simbólica, pois o que chama de ação pedagógica (ou seja, é feita pela classe dominante na tentativa de

impor seu modo de pensar às demais pessoas) é exercida pela autoridade pedagógica (o que transmite a pedagogia da classe dominante) de forma a dissimular as relações de força. Para ele "Toda ação pedagógica (AP) é objetivamente uma violência simbólica enquanto imposição, por um poder arbitrário, de um arbitrário cultural" (BOURDIEU, 1975, p. 20)

Ora, em se tratando de uma educação que se limita a transformar alunos em receptores de conteúdos identificados por classes dominantes, e na qual até mesmo os professores se vêem envoltos por essa ideologia dominante, a violência simbólica aparece de forma latente, posto que não se ensinará a pensar criticamente e, com isso, as pessoas irão continuar pensando em si como observadores dos acontecimentos, não podendo modificá-los. E é exatamente essa a intenção da classe dominante tendo em vista que querem manter sua condição dominadora.

A existência de uma classe dominante no processo de educação é tão intensa, que Rubem Alves, renomado educador brasileiro, afirmou no Jornal A Tribuna em artigo de Roberta Peixoto (2006, p. 10), que "A escola é chata e o sistema de ensino se parece com a linha de montagem das fábricas".

Ao chamar atenção para essa pedagogia que oprime e mantém a opressão, nas palavras de Wolkmer (BITTAR, 2008, p. 211), Paulo Freire desenvolve uma consciência "[...] essencialmente humanista, conscientizadora e libertadora, restaurando a dignidade histórica dos homens e ressignificando os direitos insurgentes como expressão de necessidades humanas". E nesse ponto, para a libertação da inculcação Bourdieu (1975, p. 23), afirma que

A seleção de significações que define objetivamente a cultura de um grupo ou de uma classe como sistema simbólico é sociologicamente necessária na medida em que essa cultura deve sua existência às condições sociais da qual ela é produto e sua inteligibilidade à coerência e às funções da estrutura das relações significantes que a constituem.

Ademais, em função da doutrina dominante inculcadora, Paulo Freire entende que as pessoas deveriam "ser mais", mas estão "sendo menos". A vocação do ser humano é "ser mais", enxergar a realidade e tentar modificá-la quando não satisfeito com ela. No entanto, a educação bancária faz com que o homem "seja menos", que é a consciência ingênua do estar no mundo. Na obra Pedagogia da Autonomia (1996, p. 79), inclusive, o autor afirma que "mudar é difícil, mas é possível" e que "A mudança do mundo implica a dialetização entre a denúncia da situação desumanizante e o anúncio de sua superação [...]".

Em mesma obra, nas páginas 19 o autor argumenta, assim, sermos seres condicionados e não determinados, pois se sou produto genético apenas, sou determinado, sou irresponsável pelo que faço, e então não posso falar de ética. Ao contrário, sendo ser condicionado, reconhecemos que a história é tempo de possibilidades e que o futuro permite-nos reiterar. Afirma que a ideologia fatalista ainda solta no mundo transparece a impossibilidade de mudança social. No campo educacional, essa ideologia afirma que se deve adaptar o educando a esta realidade que não pode ser mudada. Mas a obra do autor vai de encontro a esse pensamento.

Tanto é assim, que o papel do educador progressista é provocar o grupo para que ele chegue a uma nova forma de compreensão da situação, já que a educação bancária inculca na cabeça das pessoas que a culpa daquela situação, muitas vezes desoladora, é delas mesmas (FREIRE, 1996, p. 83).

Continuando, Freire na página 39 assevera que quanto mais a pessoa se assume e entede as razões de por que é daquela forma, mais aberto a mudanças estará. O autor inclusive dá o exemplo do fumo. Quanto mais sei que corro risco de vida fumando, na prática, mais perto estarei de parar de fumar. Não quer dizer que só por isso vou parar, mas ajuda.

Há ainda um elemento emocional. Quanto mais conhecimento tenho do fumo, mas raiva tenho dele. Faz ponte disso com o ensino, dizendo que a raiva faz parte dele. Temos que nos indignar com injustiças, deslealdades e explorações. O que não se pode é chegar à raivosidade que leva á odiosodade. Na Pedagogia do Oprimido, inclusive, afirma que dessa forma “O fatalismo cede, então, seu lugar ao ímpeto de transformação e de busca, de que os homens se sentem sujeitos” e “Este movimento de busca, porém, só se justifica na medida que se dirige ao *ser mais*, à humanização dos homens” (FREIRE, 2005, p.85 e 86)

Segundo seu pensamento em outro ponto da mesma obra (página 76) o amanhã não é algo fixo. “O discurso da acomodação ou de sua defesa, o discurso da exaltação do silêncio imposto de que resulta a imobilidade dos silenciados, o discurso do elogio da adaptação tornada como fado ou sina é um discurso negador da humanização de cuja responsabilidade não podemos nos eximir.”

Assim, dada toda a enculcação e a necessidade de se libertar do estereótipo de “ser menos”, Paulo Freire propõe a conscientização através da educação.

Conforme já vimos, a Teoria Freireana entende que somos serem condicionados e não determinados. Ocorre que para essa percepção deve haver a conscientização desse fato, pois caso contrário, a doutrina dominante e inculcadora não nos deixará assim pensar. Mais conscientes, podemos entender o nosso inacabamento, bem como podemos ir além. Nesse prisma é que o ser humano se insere no mundo e não se adapta a ele, sendo sujeito da história, e os obstáculos, mesmo existentes, não se eternizam (FREIRE, 1996, p. 53).

O autor fala que já preocupado com esses obstáculos, nos anos 60 clamou pela conscientização, que é um dos caminhos para posta em prática da curiosidade epistemológica. Afirma que a conscientização é natural ao ser que sabe inacabado. Com isso, o sujeito está inserido num processo contínuo de busca. O ser consciente de seu inacabamento o leva a uma incesante busca, e nesse ponto se torna um ser "educável" e com esperança. Inacabados e conscientes disso, abertos à curiosidade, os alunos exercitam sua capacidade de aprender e os professores a de ensinar. (FREIRE, 1996, p. 54)

Mas não basta a consciência ingênua. Deve-se passar dessa, que se desenvolve de acordo com as classes dominantes, para uma consciência crítica da realidade vivida. O professor afirma nas páginas 31 e 32 da obra Pedagogia da Autonomia aqui já citada, haver superação entre ingenuidade e criticidade. Ele afirma que a superação acontece quando a curiosidade ingênua se criticiza e torna-se curiosidade epistemiológica, dando maior exatidão aos pensamentos. A curiosidade ingênua está associada ao bem comum, e ao juntar-se à crítica, vira curiosidade epistemiológica, mudando "de qualidade, mas não de essência".

Na sequência, assevera que a curiosidade faz parte do ser humano e não haveria a criatividade sem ela, pois a mesma move as pessoas a acrescentar algo ao mundo. A curiosidade vem sendo reconstruída ao longo dos anos já que a passagem da ingenuidade para a crítica não se dá de forma rápida e automática. É importante a atuação da "prática educativo-progressista", o desenvolvimento da curiosidade crítica. Esta se defende de racionalidade do mundo atual com sua tecnologia. Mas o autor afima não ser daqueles que refutam totalmente a tecnologia, mas apenas a vêem com crítica.

Assim, diante de todo o exposto percebe-se a grandiosidade da obra de Paulo Freire, que, além de manter o rigorismo do estudo, da pesquisa e da ética por parte do professor, também se preocupa com a formação do aluno como pessoa, como ser humano, devendo o mesmo ser educado não apenas para repetir um conhecimento, mas para conhecer a realidade, para ter uma atitude humana diante dessa realidade e modificá-la de forma a obter melhora em sua vida prática.

Vale dizer, segundo palavras do professor Antônio Carlos Wolkmer (BITTAR, 2008, p. 212) que "[...]. Fica evidente que a proposta pedagógica de Paulo Freire se revela como um forte instrumento de transformação que age íntima e permanentemente no sentido das mudanças da sociedade. Trata-se de proposição metodológica que privilegia o diálogo, a participação, a formação de uma consciência crítica do mundo e uma nova relação histórica entre os homens. '"

No entanto, há a padronização de pensamentos por um "poder invisível de domesticação", a inculcação peda ideologia dominante, fazendo com que as pessoas vejam as coisas como fatos consumados. É o caso do pensamento sobre a globalização.

A ideologia tem força no processo educativo. Ela faz papel de ocultação da verdade, nos levando a aceitar a globalização conforme dito acima e também o discurso neoliberal pensando que a globalização é inevitável e não uma opção dos que estão no poder. A idologia faz com que as economias dominantes da globalização exijam das outras aberturas que elas próprias não cumpriram, se fazendo necessária a união das pessoas contra o mercado. (FREIRE, 1996, p.127)

O discurso da globalização esconde que a sua ética é a de mercado e não a do ser humano, levando a riqueza de poucos e pobreza de muitos. A implantação de uma política que privilegie o homem e não só o lucro, entretanto, é difícil, mas é preciso para superar a crise em que estamos. (FREIRE, 1996, p.127)

Nesse ponto ele critica o neoliberalismo, (COLEÇÃO MEMÓRIA DA PEDAGOGIA– PAULO FREIRE, 2005, p. 8) atacando sua ética de mercado uma vez que "[...] ela se baseia na lógica do controle e afirma uma ética universal o ser humano". E falando especificamente das empresas, afirma que "[...] a educação não deveria orientar-se pelo paradigma da empresa, que dá ênfase apenas à eficiência. O paradigma da empresa ignora o ser humano."

4 DIREITOS HUMANOS E A DOUTRINA DE PAULO FREIRE: HUMANISMO X HUMANITARISMO

Analisamos a cultura dos direitos humanos e seu real descumprimento no Brasil, ou seja, o discurso está dissociado da prática bem como verificamos a doutrina de Paulo Freire para a educação. Mas esses dois temas têm algo em comum?

Por um lado os direitos humanos fazem parte da doutrina do referido professor e por outro, essa doutrina pode ajudar no humanismo e não humanitarismo dos direitos humanos, levando-se à sua melhor aplicação na prática.

O Humanismo é considerado fenômeno ocorrido na passagem da idade medieval para a modernidade, como uma volta à sociedade greco-romana. Era o Humanismo Renascentista. Através do mesmo, o centro de todas as atenções se voltava para o homem, para o sujeito, centro este antes tido como sendo os deuses. As artes não mais retratavam figuras divinas ou soberanos poderosos, mas apenas pessoas comuns e suas formas normais. Exemplo disso é a famosa obra "A Monalisa" de Leonardo da Vinci, retratando simplesmente a mulher de um comerciante e não um santo idolatrado.

Nos dias de hoje esse humanismo toma nova roupagem, mas não perde a sua essência. Segundo Alcantara Nogueira (1989, p.70)

O humanismo se afigura como um espelho multifacetado, no qual se refletem as mais diferentes ações do homem como construtor do mundo que revela a vida nos seus múltiplos sentidos – social, histórico, político, econômico, jurídico, religioso, e tudo o mais que o cinja no seu relacionamento com a realidade. Igualmente, o sentido humanístico não é a consideração dessa realidade que envolva apenas o homem em si e para si, de maneira a ser considerado ente isolado que se auto-satisfaça ou se autoconduza, deixando de lado a compreensão com os seus semelhantes.

Mas não seriam humanismo e humanitarismo conceitos semelhantes? Para alguns sim, retratando o sentimento de solidariedade perante as pessoas, preocupação com a causa humana. No entanto, o dicionário Houaiss (2008, p. 399) aponta a diferença, sem, no entanto, verificar a conceituação atual de humanismo. Nesse guia a palavra humanismo se mostra definida como o movimento da época moderna ao qual já nos referimos, chamando de humanista aquele seguidor dessa corrente, ou aquele que "é versado em humanidades". Já o humanitarismo seria filantropismo, caridade, solidariedade e humanitarista o preocupado com a melhoria da condição humana.

No entanto, Paulo Freire vai mais além em sua teoria para a educação. Na obra Pedagogia do Oprimido (2005, p.69) esse autor confere idéia do que entende por humanitarismo em contraponto ao humanismo, ao dizer que a educação bancária, estimulando a ingenuidade, não quer a transformação do mundo, e o "'humanitarismo, e

não ‘humanismo’, está em preservar a situação de que são beneficiários e que lhes possibilita a manutenção de sua falsa generosidade [...]”. Em suma, o referido autor, em um discurso para a educação, sugere a idéia de que o humanitarismo seria dominação de uma classe chamada “dominante” em relação a uma outra, uma vez que aquela estaria apenas preocupada em manter o *status quo*.

De fato, Paulo Freire era um humanista convicto, por toda sua obra citada em parte no item anterior e “Como humanista, afirmou e difundiu a crença de que era possível mudar a ordem das coisas e mostrou como fazê-lo. Pra ele, a utopia era o verdadeiro realismo do educador.” (COLEÇÃO MEMÓRIA DA PEDAGOGIA- PAULO FREIRE, 2005, p. 12)

De certa forma, podemos verificar que esse pensamento encontrou adeptos, mesmo não sendo em doutrinas ligadas à educação. Tanto é assim, que Bobbio na obra “A Era dos Direitos”, citado por Debora Bonat (WOLKMER, 2005, p.175) ao falar sobre direitos humanos afirma ser o fundamento do absoluto, que estamos aqui entendendo como um pensamento único, domesticado, sendo “[...] um pretexto para defender posições conservadoras”. Bem como Wolkmer (2000, p. 41) afirma que a humanização deve ser fundada “[...] na conscientização, na participação e na responsabilidade pelo futuro do homem”.

Também a Comissão Ideológica do Movimento Humanista (1997) entende a diferença de forma semelhante a Paulo Freire, contrapondo humanismo e humanitarismo ao falar do trabalho das ONG’s (Organizações Não Governamentais). Para ela, o trabalho que as ONG’s realizam atualmente não passa de um humanitarismo, que ao invés de se transformar em vetor de transformação social, mantém a sociedade como está, agradando as empresas realizadoras de filantropia e interessadas na manutenção do *status quo*. Também segundo a Comissão

[...] tais grupos não propõem sua ação em termos de transformação das estruturas que dão lugar a esses males. Estas posturas inscrevem-se mais no Humanitarismo do que no Humanismo consciente. [...]
São muitas as grandes empresas que apadrinham projetos humanitários, talvez para conseguir a simpatia dos clientes ou talvez também porque em seu projeto de sociedade tudo deve estar privatizado: a saúde, a educação e porque não a solidariedade. Assim que, apoiarão aqueles projetos que logicamente não denunciem nem molestem demasiadamente e que, por suposto, não questionem o modelo estabelecido. E quando eles falam de "privatizar" na realidade querem dizer "acumular em suas mãos". Em seu modelo de sociedade, as ONGs deverão amortecer "o preço necessário para o progresso", que consiste em amplas bolsas de pobreza e marginalidade, potenciais focos de violência.

Esse é o ponto para falarmos dos direitos humanos. Talvez se tenha observado o humanitarismo e não o humanismo todo o tempo de surgimento e defesa dos direitos humanos, bem como nos movimentos voltados à educação, promoção e efetivação desses direitos, e dentre eles o direito à saúde e educação.

De fato, observamos uma prática (principalmente em educação e saúde, direitos humanos, muitas vezes exercidos por particulares) que não condiz com o real sentimento e a real cultura dos direitos humanos, qual seja, promoção de dignidade com respeito à diferença vista na multiculturalidade, observando-se muitas vezes uma dominação camuflada de humanismo, mas que no sentido que traz Paulo Freire, se trata de humanitarismo.

Na verdade, o humanismo deve ser o foco. Boaventura de Sousa Santos, inclusive, advoga a tese da "Pedagogia do Conflito", segundo a qual o conflito não deve ser colocado de lado, mas enfrentado, mostrado, para que se chegue a uma rebeldia, quebrando o plano das ideologias dominantes. Alvori Ahlert (2002), ao comentar sobre pedagogia, cita o que entende o professor Boaventura como a pedagogia do conflito

A crise da Modernidade continua provocando buscas por respostas a tantas questões não resolvidas pela ciência, que se julgava infalível durante os últimos séculos, e pela educação por ela influenciada. Nesta busca cresce o interesse em olhar melhor o passado quanto ao desenvolvimento da construção e reconstrução de conhecimentos dentro de um processo pedagógico. Entre muitas teorias em gestação, existem tentativas de fazer uma investigação sobre as diversas formas de conhecimento não suficientemente valorizadas pela história racionalista do Iluminismo. **Trata-se de recuperar a diversidade de culturas e saberes, cujas entranhas ainda guardam contribuições que, atualizadas, podem iluminar nossos *que-fazeres* educativos. Esta diversidade mostra-se cada vez mais rica nos momentos de ruptura histórica, constituindo-se em verdadeira "pedagogia do conflito", no dizer de Boaventura de Souza Santos (1996). Segundo ele, os conflitos devem ocupar o centro da experiência pedagógica emancipatória. É preciso vulnerabilizar e desestabilizar os modelos da epistemologia dominante, fazendo uma hermenêutica no sentido de um resgate do sofrimento humano. É preciso produzir imagens desestabilizadoras para produzir indignação, rebeldia e inconformismo. Por isso, conhecer os conflitos históricos que geraram rupturas epistemológicas educacionais constitui-se em importante contribuição para iluminar nossa caminhada hoje.**

[grifou-se]

Aliás, citando Marx, Boaventura (2003, p. 39) afirma que homens e mulheres têm a "capacidade de transformar por inteiro a sociedade capitalista através da acção (sic) revolucionária", tendo a "primazia da transformação desta".

Tanto é assim, que em mesma obra, agora na página 336, cita a existência de dois paradigmas conflitantes: o capital-expansionista e o eco-socialista. Afirma ser o primeiro o dominante, atrelando desenvolvimento social ao desenvolvimento econômico, e o segundo o paradigma emergente, entendendo que uma de suas características é a de entender que "o desenvolvimento social afere-se pelo modo como são satisfeitas as necessidades humanas fundamentais e é tanto maior, a nível global, quanto mais diverso e menos desigual [...]"

Já em outra "A crítica da Razão Indolente (2001, p. 246), Boaventura dá a entender que aufere bem a diferença entre humanitarismo e humanismo, pois afirma que solidariedade é "[...] o reconhecimento do outro como igual, sempre que a diferença lhe acarrete inferioridade, e como diferente, sempre que a igualdade lhe ponha em risco a identidade." Isso, sim, seria solidariedade humanista e não humanitarista, reconhecendo a diferença e a respeitando, não tentando sobrepô-la e dominá-la, como é o entendimento a que chegamos á conclusão sobre uma cultura de direitos humanos. Mas o autor afirma que fomos doutrinados por forma de conhecimento que impunha ordem (o conhecimento-regulação), sendo-nos difícil atuar com a solidariedade que propõe.

No entanto, devemos nos livrar dessa regulação, dando "ênfase na solidariedade", pois esta "converte a comunidade no campo privilegiado do conhecimento emancipatório" (SANTOS, 2001, p. 81). Este, que na página 78 é conceituado como percurso entre estado de ignorância estado de saber, que é a solidariedade.

Da mesma forma que Boaventura construiu a Pedagogia do Conflito, Paulo Freire instituiu a "Pedagogia da Autonomia" (1996, p. 77), para demonstrar que por muitas vezes, o humanismo (no caso de sua escrita na educação) está em verificar a situação social do aluno, fazê-lo compreendê-la e entendê-la, mas sem, contudo, tirar-lhe a oportunidade de pensar em mudança social. É dessa forma que fala na página 76 da obra que "O mundo não é. O mundo está sendo" e o papel das pessoas no mundo deve ser interventivo, bem como afirma na página 80 que a política assistencialista, anestesiando a consciência, prorroga a mudança.

Tanto é assim, que Eduardo Rabenhorst (BITTAR, 2008, p. 99), ao citar a função de concepção política da educação para Rawls entende que "[...] Isso significa que, para além de seu valor instrumental, em uma sociedade bem ordenada, a educação faz com que os indivíduos se reconheçam uns aos outros como livres e iguais." Isso faz com que

as pessoas desempenhem um “papel na sociedade” e formulem “metas e planos de vida à luz dos meios e objetivos disponíveis”.

Paulo Freire na mesma obra acima já citada, nas primeiras palavras do livro (1996, p. 15 e 16) também atenta para a responsabilidade ética do professor e daqueles que estão se formando para exercer a docência, da qual não se pode escapar. Mas fala não daquela ética que se curva ao lucro e ao mercado, mas da que condena exploração da força de trabalho, que não falseia a verdade, que não golpeia o fraco, que não aceita discriminações. Ou seja, o autor fala em humanismo e não em humanitarismo, e isso perpassa pelo que estamos aqui defendendo para os direitos humanos, uma vez que estes não devem se curvar ao mercado, mas, como vimos no item dois desse artigo nos casos que exemplificamos da educação privada e da saúde através de planos de saúde, é exatamente isso que está ocorrendo.

A professora Edna Castro de Oliveira, inclusive, mestre em educação, ao escrever o prefácio da obra Pedagogia da Autonomia de Paulo Freire acima citada, afirma que o livro apresenta elementos para compreender que a prática docente é uma dimensão social da formação humana. Também atenta para o alerta de que possamos assumir posição contra práticas de desumanização. Assim, o saber-fazer da auto reflexão crítica e o saber-ser da sabedoria podem ajudar a descobrir causas da degradação humana e da razão de ser da globalização. (FREIRE, 1996, p.11).

Pois bem. Por todo o exposto no segundo capítulo do presente trabalho, os direitos humanos estão sendo manipulados por ideologias dominantes, que querem, a todo custo, deixar a sua posição simplesmente na teoria, levando à inefetividade desses direitos. Precisam se desgarrar do humanitarismo e partir para o humanismo. Precisam se guiar segundo ele, e segundo as pedagogias do conflito e da autonomia, e não segundo a globalização e a universalidade que não leva em consideração as diferenças.

Eduardo Bittar (BITTAR, 2008, p. 87) afirma que não há direitos humanos sem respeito e este “[...] significa aqui a capacidade de amar e deixar se desenvolver integralmente, e não o dominar, o castrar, o manipular; uma ética do cuidado exala respeito, porque cultiva o poder do afeto como forma de ‘olhar com atenção’”.

Uma cultura dos direitos humanos depende de uma visão mais humanista. E isso, parece até mesmo óbvio, pois o direito “[...] deve servir à pessoa humana e à convivência entre os seres humanos.” (HERKENHOFF, 2004, p. 39). E é por isso que o João Baptista Herkenhoff defende o ensino jurídico humanizado, para que o profissional coloque “[...] o ser humano – homem ou mulher - como centro, referencial, fim e justificativa do próprio Direito”, pois

Um jurista-humanista nunca divagará pelos caminhos da perfeição dos silogismos, não se encantará com a geometria das formas jurídicas, não se perderá na abstração das doutrinas divorciadas da vida, das lutas, dos sofrimentos de cada dia. Estará sempre atento às solicitações concretas, existenciais que presidem a nossa curta passagem por este mundo.

(HERKENHOFF, 2004, p. 41).

Assim, plenamente demonstrado que a doutrina de Paulo Freire para uma libertação na educação, sem inculcação e sem dominação, remonta a um humanismo e não a um humanitarismo, conceitos distintos, e que os direitos humanos, dada sua inefetividade, deveriam se pautar nesse humanismo da doutrina freireana, retirando do mesmo o que lhe falta para uma prática plena.

5 CONCLUSÃO: A TROCA QUE LEVA À EVOLUÇÃO PRÁTICA

Conforme verificado no presente artigo, os direitos humanos são construção que remontam a longos anos de lutas e reivindicações, passando os mesmos por diversas fases. Em todas as mesmas solicitou-se o reconhecimento de direitos, culminando com sua positivação nas cartas constitucionais e nos documentos internacionais.

O momento atual é outro. Não se fala mais em positivação desses direitos. As discussões voltam seus pensamentos agora para efetivação e concretização dos direitos anteriormente reconhecidos.

Mas como concretizar sem identificar o seu conceito? Viu-se que conceituar direitos humanos é tarefa árdua, tendo os mesmos diversos significados, mesmo que assemelhados. Além disso, constatou-se claramente uma discussão grande em torno do tema, mas uma prática sem muitos aplausos. Há desrespeito em diversas áreas, especialmente na saúde e na educação comentados nesse artigo.

Assim, como chegar a uma cultura de direitos humanos mais humana, evidenciada na prática?

Observamos a doutrina de Paulo Freire e seus principais conceitos voltados ao assunto aqui discutido. Ela se perfaz dentro de uma teoria libertadora da educação, na qual os alunos não são destinados a um determinado pensamento (o que leva a uma educação bancária segundo essa doutrina, levando à inculcação dos educandos), mas são vistos como os próprios criadores do seu conhecimento, sendo desenvolvidos neles a capacidade crítica para entender e mudar a realidade, sem com ela se conformar.

Ao mesmo tempo, Paulo Freire ensina que o dia a dia do educando deve ser levado em consideração pelo educador, bem como a pessoa e o cidadão que é, sendo tratado com ética pelo professor, e com a verdade que o processo educativo merece.

Concluiu-se que a Teoria de Paulo Freire, apesar de desenhada para o ensino da educação, pode, e muito, contribuir para o desenvolvimento de uma cultura de direitos humanos, não apenas na teoria, mas também na prática, retomando-se o conceito de humanismo da referida teoria em contraponto ao humanitarismo.

O humanismo é doutrina que surgiu na modernidade e hoje retoma o seu apogeu na doutrina de Paulo Freire, querendo identificar a transformação de uma realidade e não apenas ações “tapa-buracos”, como o humanitarismo sugere. A idéia é a de que como humanismo não se tenha uma classe dominante tentando apenas “domesticar” os dominados, mas uma mudança de pensamento, com a inclusão dos dominados como agentes transformadores da realidade.

É exatamente nesse ponto que a doutrina de Paulo Freire pode, com seu humanismo, ajudar na implantação de uma cultura prática dos direitos humanos no Brasil. Soma-se a isso o fato de que o humanismo presente na doutrina de Paulo Freire leva a uma melhor aplicação e concretização dos direitos humanos, possibilitando que os mesmos não fiquem apenas na teoria, mas na prática, transformem para melhor as vidas dos homens e mulheres a nível mundial.

É uma troca que dá certo nos dois sentidos: transforma a educação e melhora a efetividade prática dos direitos humanos. Tanto a teoria freireana, com uma educação mais humana leva ao desenvolvimento desde cedo dos direitos humanos, como estes, enraizados na cultura prática dos brasileiros, podem levar a um ensino de maior qualidade, melhorando o futuro do país.

6 REFERÊNCIAS

AHLERT, Alvori. **O mundo de comenius:** entre conflitos e guerras, uma luz para a prática pedagógica. Quatrocentos e dez anos do nascimento do autor da *didática magna.* 2002. Disponível em: < www3.est.edu.br/publicacoes/estudos_teologicos/vol4203_2002/ahlert02_3.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2009.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. (Coord.). **Educação e metodologia para os direitos humanos.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAT, Débora. Filosofia jurídica e princípios humanistas: Gustav Radbruch, Ernst Bloch e Norberto Bobbio. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente.** Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOURDIEU, Pierre. **A reprodução.** Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1975.

COLEÇÃO MEMÓRIA DA PEDAGOGIA – PAULO FREIRE. **A utopia do saber.** n.4. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

COMISSÃO IDEOLÓGICA DO MOVIMENTO HUMANISTA. **As ong's:** humanismo x humanitarismo. Opinião humanista. 1997. Disponível em: <http://www.ipetrans.hpg.ig.com.br/humanismo.htm>. Acesso em: 22 jan. 2009.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. Considerações iniciais sobre o conceito de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza,** n. 10, v. 10, p. 98-105, fev. 2005.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia:** saberes necessários á prática educativa. 37. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996 (Coleção Leitura)

_____ . **Pedagogia do oprimido.** 47. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

_____ . _____. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre os 60 anos da declaração. **Jornal Constituição e Democracia,** Brasília, dez. 2008, p. 6 e 7.

HABERMANS, Jürgen. **A inclusão do outro.** São Paulo: Loyola, 2002

HERKENHOFF, João Baptista. **Movimentos sociais e direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa.** 3. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Vitórias:** planos de saúde. [2008?]. Disponível em:< http://www.idec.org.br/vitorias.asp?id=36>. Acesso em 09 nov. 2008.

LYRA, Ivanilda Figueiredo. Um chá inglês num café parisiense com o alemão Junger Habermans e o português Boaventura Santos: uma discussão acerca da tensão entre direitos humanos e multiculturalismo.**Revista da Faculdade de Direito de Caruaru.** Caruaru, n. 1, v. 36, p. 301-320, jan.-dez. 2005.

LUCKESI, Cipriano Carlos. **Filosofia da educação.** São Paulo: Cortez, 1994. (Coleção magistério. 2º grau. série formação do professor)

MELLO, Reynaldo Irapuã Camargo. **Ensino jurídico:** formação e trabalho docente. Curitiba: Juruá, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** 8. ed.São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direito constitucional:** teoria da constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NOGUEIRA, Alcântara. **Poder e humanismo:** o humanismo em B. de Spinoza, o humanismo em L. Feuerbach, o humanismo em K. Marx. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

NOLETO, Mauro Almeida. **Subjetividade jurídica:** a titularidade de direitos em uma perspectiva emancipatória. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Regulamentação dos Planos de Saúde e Proteção da Pessoa Humana. **Revista de Direito do Consumidor.** [S.I], ano 13, n. 51, p. 101-111, jul.-set. 2004.

OLIVEIRA, Danilo. Realização dos direitos humanos na participação social e na interculturalidade. **Revista Argumenta.** Paraná, n. 7, p. 231-240, 2007.

PEDRA, Adriano Sant'Anna. **A constituição viva:** poder constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

PERRI, Adriana. **CPI dos direitos.** 2007. Disponível em: < http://sentidos.uol.com.br/canais/materia.asp?codpag=12991&canal=cidadania>. Acesso em: 22 jan. 2009.

PEIXOTO, Roberta. A escola é chata. **A Tribuna,** Vitória, 15 jun. 2008. P. 10

PELLEGRINI, Luis. Teoria e Prática dos Direitos Humanos no Brasil. **Revista Planeta.** [S.I], abr. 2008. Disponível em:< http://www.terra.com.br/revistaplaneta/edicoes/427/artigo77131-1.htm >. Acesso em: 22 jan. 2009.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional:** desafios do direito constitucional internacional.São Paulo: Max Limonad, 2002.

RABENHORST, Eduardo. O que a filosofia tem a dizer sobre a educação em direitos humanos? In: BITTAR, Eduardo C. B. (Coord.). **Educação e metodologia para os direitos humanos.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; RODRIGUES, Karina; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Assistência Privada à saúde: Regulamentação, posição do IDEC e reflexos no sistema público. In: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública.** Vol.1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. 3. ed. v. 1. São Paulo: Cortez, 2001.

_____ . **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

_____ . As tensões da modernidade. **Revista Cidadania e Justiça.** Rio de Janeiro, p.74 a 90, 1º semestre 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. O que a história tem a dizer sobre educação em direitos humanos? In: BITTAR, Eduardo C. B. (Coord.). **Educação e metodologia para os direitos humanos.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Ideologia, estado e direito.** 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

O ENSINO JURÍDICO E A BIOÉTICA: UM DESAFIO TRANSDISCIPLINAR FRENTE À ESCOLA TRADICIONAL*

THE JURIDICAL EDUCATION AND BIOETHICS: A TRANSDISCIPLINARY CHALLENGE FACING THE TRADITIONAL SCHOOL

Henrique Mioranza Koppe Pereira
Rafael Lazzarotto Simioni

RESUMO

O presente trabalho traz uma reflexão sobre as necessidades especiais para o ensino jurídico da Bioética inserido em um contexto epistemológico tradicional, que forja seus alunos a partir de uma percepção reducionista e mecanicista e objetiva apenas a própria reflexão pedagógica sobre o assunto. Assim, discorre-se sobre as características e peculiaridades dessa nova disciplina com o intuito de detectar se é adequada a utilização dos métodos epistemológicos tradicionais para o ensino da Bioética. A partir disso propõem-se novas formas de se refletir sobre as disciplinas que tem surgido na modernidade.

PALAVRAS-CHAVES: ENSINO JURÍDICO, BIOÉTICA, TRANSDISCIPLINARIDADE, INTERDISCIPLINARIDADE.

ABSTRACT

The present work brings a reflection about the special necessities for the juridical education of Bioethics insert in a traditional epistemological context, that smith your student by a reductionist and mechanist perception and do objective only the pedagogic reflection by own. Disserts about the characteristics and peculiarities of these new discipline aiming detect if is possible utilize traditional epistemological methods for Bioethics teaching. With this, will be possible perceive the new forms of reflect about the disciplines that been emerge in the modernity.

KEYWORDS: JURIDICAL EDUCATION, BIOETHICS, TRANSDISCIPLINARITY, INTERDISCIPLINARITY.

1. Introdução

A atualidade apresenta uma escala de rápido desenvolvimento científico, onde criam-se novas disciplinas para abordar os avanços tecnológicos que emergem constantemente. Essas novas disciplinas científicas podem representar ramificações especializadas de disciplinas matrizes, pode-se dizer um dialogo entre disciplinas, ou a conexão direita

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

que transpassa por diversas disciplinas. Paviani, ao falar do contexto científico moderno afirma que:

A complexidade do conhecimento e também a complexidade dos fatos e dos fenômenos exigem, alem de conhecimentos delimitados, conhecimentos que sustentam e justificam os conhecimentos específicos. O fenômeno da inter e da transdisciplinariedade aponta o entrelaçamento e a integração dos conhecimentos que não eram necessários em outras épocas para resolver os problemas e que, em geral, encontrava-se numa ou outra disciplina. O surgimento de novas ciências e disciplinas provoca o excesso de divisões, de fragmentações. Mostra, ao mesmo tempo, a expansão dos conhecimentos e a necessidade de novas sistematizações de conhecimento, para fins de pesquisa e de ensino. O princípio da unidade e da multiplicidade dos saberes funda e legitima a formação profissional exigida nos dias de hoje.[1]

Para o estudo e o ensino jurídico é essencial perceber esse novo momento de relação disciplinar, para que se possa observar a comunicação e os reflexos desta em cada disciplina separadamente. O presente artigo trabalhará com o ensino jurídico de um desses novos campos científicos: a Bioética, que é dotada de um caráter transdisciplinar, como se dissertará em seguida, enfocando o ensino desta a interlocutores provenientes de um contexto social mecanicista que observa a ciência de maneira metodológica e seccionada. Buscando, assim, fazer uma reflexão sobre a Bioética em si, e averiguando seus conceitos e características. Para que assim, se observe, a partir de uma visão pedagógica, como se podem trabalhar os conflitos e quais seriam as formas de ensino que melhor se enquadram nos aspectos transdisciplinares da Bioética, para que sua transmissão não seja feita de modo distorcido e reducionista. Portanto, o presente estudo irá iniciar com a abordagem do modelo epistemológico tradicional que ainda predomina na atualidade, para que assim se possibilite entender a *transição de paradigmática*[2] que ocorre para os novos pressuposto paradigmáticos da modernidade. A partir disso, pretende-se mostrar como se sucederá o ensino jurídico diante esses novos desafios de romper o antigo modelo epistemológico para a compreensão transdisciplinar necessária para a Bioética.

2. Modelo epistemológico tradicional predominante

O modelo epistemológico utilizado hoje se apresenta de maneira metodológica secularizada. Tratando o aluno como uma folha de papel em branco, na qual o professor – tendo como função de objeto de conhecimento – inscreve o saber a partir de uma metodologia científica finalística e utilitária.

O professor acredita no mito da transferência do conhecimento: o que ele sabe, não importa o nível de abstração ou de formalização, pode ser transferido ou transmitido para o aluno. Tudo o que o aluno tem a fazer é submeter-se à fala do professor: ficar em silêncio, prestar atenção, ficar quieto e repetir tantas vezes quantas vezes forem necessárias, escrevendo, lendo, etc., até aderir em sua mente, o que o professor *deu*.[3]

Esse modelo limita o aluno a ser um mero reprodutor da disciplina que se mostra sólida e hierárquica como um monólito. A estrutura tradicional é apresentada a partir de disciplinas secularizadas observando a ciência e todos os seus objetos de estudo como peças de uma grande máquina[4], onde cada parte possui suas funções de maneira linear e objetiva, possuindo assim um *telos**[5]*** reducionista de causa e efeito.

O aluno ao se deparar com um novo conteúdo ele nada sabe, e caberá ao professor lhe ensinar tudo o que ele precisa saber. E essa situação se repetirá a todo e qualquer novo conhecimento que se apresentar, como por exemplo matemática, física, química, etc., todos são conhecimentos diferentes e compartimentalizados que deverão ser assimilados independentemente. Ao transitar por eles não se pode deixar com que se *confundam* interferindo nos resultados.

Esse hiato disciplinar é ainda mais enfático ao se falar das experiências de vida do aluno, as quais jamais devem *interferir* nos estudos, pois poderá *prejudicar* os resultados previstos e desejados pela educação tradicional.

Essa pedagogia representa a reprodução ideológica predominante na sociedade, uma "reprodução do autoritarismo, da coação, da heteronomia, da subserviência, do silencio, da morte da crítica, da criatividade, da curiosidade" [6]. Obrigando o aluno a refazer o que já está feito e negando a possibilidade se desenvolver a sensibilidade com o mundo e com a vida humana. Nesse modelo a disciplina deve ser seguida de maneira rigorosa e insensível, o professor é o representante do meio social e o aluno é uma tábua rasa onde os conteúdos são inscritos desprovidos de qualquer fator axiológicos. Havendo, também, uma dicotomia paradigmática no que se refere entre a relação professor/aluno, ou seja, o professor jamais aprenderá e o aluno jamais ensinará[7].

Dessa forma, fica perceptível o caráter mecanicista e finalístico desse modelo epistemológico, cunhado em uma sociedade que exige a *produção* de profissionais especializados que cumpram suas funções de maneira mecânica e sem questionamentos. Contribuindo para a reprodução do *status quo* social e ao mesmo tempo alimentando a ordem científica e tecnológica que se deseja no atual contexto.

3. Bioética e suas necessidades transdisciplinares.

Existe uma ligação direta entre o tipo de vida do homem e os progressos da ciência, ou seja, as mudanças científicas trazendo consigo mudanças sociais. A partir disso é importante à observação de como se desenvolve a ciência para que se possa salvaguardar a sociedade. O progresso técnico-científico constrói, dentro de uma ciência experimental uma realidade fictícia de aspecto quantitativo mensurável, reduzindo à formulas matemáticas a realidade.[8] Após o desenvolvimento de novas conclusões, surgem novas duvidas que desencadearão um novo processo experimental, assim por diante, os objetivos alcançados pela ciência tornar-se-ão novos pontos de partida, evidenciando o progresso.

Há de se observar que o ser humano não pode mergulhar no reducionismo matemático de maneira que não possa mais perceber o universo real, sob pena de que todas essas técnicas percam seu sentido de direção e sua finalidade como melhoramento da vida[9]. Por isso se faz necessária uma ética de aproximação entre a cultura tecnológica e o humanismo, entre ciências experimentais e ciências humanas, e sobretudo, é necessário que a ética apreenda o sentido de direção da civilização e garanta o seu caminho. Pois, atualmente o poder científico-tecnológico atingiu um potencial de macro possibilidades, que não representam significativamente um desenvolvimento de bem estar social. Segreccia apresenta que ética da tecnologia não deve ser:

"considerada simplesmente em função da faze aplicativa, mas também em sua insuficiência radical, em sua ambivalência teleológica e em sua dinâmica de saber poder, que aumenta cada vez mais e, portanto, também em sua face elucidativa. Em outras palavras, a tecnologia exige ser completada e ter sua referência numa antropologia global na qual possa encontre o seu papel ao lado das outras dimensões do homem. Isto supõe o desenvolvimento tecnológico sem desumanizá-lo e sem absolutizá-lo."[10]

Todavia, rapidamente o campo de atuação de sua proposta foi, equivocadamente, reduzido somente a discussões que dizem respeito à Biomedicina, devido ao aumento de incidência dessas condutas a partir dos novos desenvolvimentos da Biomedicina. Felizmente, inumemos debates e pesquisas sobre o assunto foram sendo realizados, até que em 2001 o Programa Regional de Bioética, vinculado à Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) definiu que a Bioética possui um caráter de atuação amplo incluindo a vida, a saúde e o ambiente como áreas de reflexão. Descartando veementemente a idéia de que a Bioética é uma "torre de marfim" que abriga médicos, biólogos ou disciplinas deístas [11].

Sendo assim, pode-se dizer que a Bioética é designada para traçar o *como* a ciência deve agir para que se desenvolva e não prejudique a qualidade de vida do ser humano. Buscando prioritariamente uma reflexão ética sobre os valores inerentes à vida. [12] Segundo Galvão esse agir da Bioética se define como a ética da vida a qual trabalha *a serviço da vida*. [13]

A Bioética é uma estrutura de conceitos éticos presentes em uma sociedade destinados a proteção da vida perante as outras ciências. Visando, a partir da moral, garantir uma conduta em prol do desenvolvimento da vida. “A bioética é o estudo da moralidade da conduta do indivíduo no campo da ciência da vida”, afirma Ramos[14], e em seguida Sgreccia coloca que essa “reflexão deveria se ocupar, ao mesmo tempo, de todas as intervenções na biosfera e não apenas das intervenções sobre o homem. Sendo assim, essa não se limita à apenas uma ciência ou disciplina, mas sim se destinando à toda complexidade científica que se apresenta na atualidade. Abordando de forma transdisciplinar as ciências e os sistemas sociais.

Pode-se afirmar que a bioética é um claro exemplo de aproximação a um objeto de estudo comum, multidisciplinar, para onde confluem diversas ciências, além da ética, com suas respectivas perspectivas e metodologias próprias. Neste sentido amplo de sua manifestação empírica, também o direito se integraria nela. Todas essas características acrescentadas ao seu marco ideológico plural e transnacional propendem a que a Bioética se configure como um poderosíssimo, mas ainda – em certo grau – potencial instrumento intelectual de reflexão, de elaboração de critérios de orientação e de ponto de partida para tomada de decisões oponíveis às tentações dos excessos do Estado, dos poderes fáticos difusos de pressão (políticos, econômicos, industriais) e, se for necessário, dos próprios pesquisadores. [15]

Em seguida pode-se apresentar a definição proposta por Roque Junges que reforça o caráter transdisciplinar:

A Bioética é uma área específica com identidade e estatuto epistemológico próprios, que tem como objeto a análise ética de situações e de desafios nos quais estão implicados a vida, em seu sentido amplo, e mais especificamente a saúde humana. Ela tem, por um lado uma dimensão teórica preocupada com seus pressupostos e fundamentos e, por outro lado, uma dimensão prática de ética aplicada interessada na metodologia para chegar a decisões morais no âmbito da vida e da saúde. Em suas análises, a Bioética tem igualmente uma preocupação com as dimensões sociais dos problemas, levando em consideração aspectos legais e de política pública.[16]

Essa observação é de extrema significância, pois salienta a importância de um momento reflexivo de debate teórico aliado a um momento pragmático. Assim, pode-se que o primeiro constrói a discussão ética sem se distanciar do segundo, o qual vem a ser a efetivação do primeiro e, ao mesmo, tempo sua conexão com a realidade. Pois diante a complexidade social que se apresentam atualmente os estudos teóricos e pragmáticos

não podem, de maneira alguma, se encontrarem seccionados, sob pena de ter suas expectativas frustradas.

4. Bioética transdisciplinar entre a contingência e a complexidade de conflitos

Em uma sociedade moderna, onde impera o pensamento racional cognitivo instrumental, os conhecimentos se encontram fragmentados em enumeras disciplinas, que, por sua vez, se desenvolvem criando outras disciplinas. Esse processo contínuo de fragmentação desencadeia uma reação oposta de reaproximação das disciplinas que se apresenta necessária perante a complexidade social. Para Capra:

O paradigma que está agora retrocedendo dominou a nossa cultura por várias centenas de anos, durante as quais modelou nossa sociedade moderna ocidental e influenciou significativamente o restante do mundo. Esse paradigma consiste em várias idéias e valores entrincheirados, entre os quais a visão do universo como um mecânico composto de blocos de construção elementares, a visão do corpo humano como uma máquina, a visão de uma vida em sociedade como uma luta competitiva pela existência, a crença no progresso material ilimitado, a ser obtido por intermédio de crescimento econômico e tecnológico, e – por fim, mas não menos importante - a crença em que uma sociedade na qual a mulher é, por toda parte, classificada inferior ao homem é uma sociedade que segue a lei básica da natureza.[17]

Diante uma sociedade democrática, pluralista e multicultural duas características se fazem presente: a complexidade e a contingência. A primeira expõe que, em determinada situação, existem mais possibilidades do que se pode concretizar, ou seja, em certa situação se encontra um determinado número de ações que podem ser realizadas, todavia só é possível efetuar apenas uma delas.

A segunda, a contingência, disserta que, dependendo da decisão tomada, possibilitarão resultados distintos até certo ponto imprevisíveis, sendo assim, não se pode afirmar com certeza o resultado futuro a ação tomada mediante a complexidade, somente poderá se distinguir as possíveis reações e suas probabilidades. Para uma melhor compreensão pode-se utilizar um exemplo bastante simplificado, mas que pode rapidamente ilustrar o que é a contingência: ao arremessar um dado dotado de seis faces não se pode prever com certeza o resultado, mas se saberá que as possibilidades são 1, 2, 3, 4, 5 ou 6, tendo a mesma chance de 1/6 de sortear qualquer um dos números. Todavia a contingência não se limita essa configuração, podendo apresentar inúmeras possibilidades e diversas

variações de probabilidade. Em outras palavras quando algo está a mercê da contingência pode-se dizer que está lançado à sorte.

Dessa forma, vislumbra-se que na complexidade se pode escolher uma ação entre muitas possíveis dentro de um sistema e na contingência não se pode prever o resultado exato de uma determinada ação em um entorno sistêmico, mas sim, as possíveis reações futuras.

Nas palavras de Luhmann: "Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas."[18] Sendo assim, funcionará o sistema desenrolando-se de acordo com as expectativas. Parsons se refere aos indivíduos do sistema social como atores que, trabalhando em conjunto, produzem falas, cenas e resultados, de acordo com as expectativas dos espectadores,[19] assim, se o resultado gerado não estiver em consonância com as expectativas, será obtida a *frustração*. A *frustração* é o pesadelo de qualquer expectativa, portanto para que a Bioética possa alcançar suas expectativas de proteção à vida, será necessário fazer uma reaproximação da complexidade social com a ciência e suas disciplinas.

Uma dessas maneiras de reaproximação é a interdisciplinaridade (Junges 2006, p.16). Essa tem como objetivo unir os conhecimentos de diferentes áreas para discutir determinados temas, os quais, ao serem observados por uma disciplina isolada, apresentam um grau de complexidade que a torna limitada.

Em outros casos pode ser utilizada a multi ou pluridisciplinaridade, que consiste em aplicar uma disciplina em outra, e por fim, a transdisciplinaridade[20] "que tenta encontrar temas e metodologias que vão além das disciplinas". Essa religação não nega a secção disciplinar, todavia demonstra que essa percepção é reducionista "porque não dá conta da complexidade da realidade" [21].

A transdisciplinaridade ampliará percepção de mundo observando as contradições, a desordem e o ruído que são excluídos pela abordagem analítica. Esse processo de exclusão elaborado pela ciência clássica pode ser explicado rapidamente pelos seguintes axiomas: axioma da identidade afirma que "X é X"; o axioma da não contradição afirma que "X não é não-X"; na proposta analítica é negada a existência de um terceiro axioma que seja "X" e "não-X" ao mesmo tempo. Dessa forma, o pensamento complexo e transdisciplinar irão recuperar o princípio do terceiro incluído. Pois, "existem aspectos emergentes que podem ser e não ser ao mesmo tempo e referir-se à mesma realidade" [22]. A partir desses pensamentos se possibilitará transcender a objetividade de uma ciência prática-cognitiva-instumental, percebendo-se a complexidade do universo e da sociedade atual.

A abordagem transdisciplinar é necessária à Bioética para que essa possa perceber com clareza os conflitos que ocorrem entre os sistemas sociais, de que maneira esses podem estar agredindo a vida, visualizando que conduta deve-se tomar para que se garanta o bem estar da saúde e da vida. Salienta-se que, uma visão seccionaria rígida a qual distingue e separa cada ciência buscando resolver os problemas sociais de separadamente, no presente contexto social, está fadada ao fracasso por não conseguir

visualizar os transtornos que transpassam diversas áreas, podendo até mesmo agravar a situação indesejada. Nem mesmo Descartes aprovava esse tipo de atuação, afirmando:

Se alguém quiser investigar a sério a verdade das coisas não deve escolher não deve escolher uma ciência particular: estão todas unidas entre si e dependentes umas das outras; mas pense apenas em aumentar a luz natural da razão, não da pra resolver esta ou aquela dificuldade de escola, mas para que, em cada circunstancia da vida, o intelecto mostre à vontade o que deve escolher [...]

Em seguida acrescenta:

Em breve, ficará espantado de ter feito progressos muito superiores aos de quantos se dedicam a estudos particulares e de ter obtido não só tudo o que os outros desejam, mas ainda coisas mais elevadas do que as que se podem esperar.[23]

Além disso, outro fator que fortifica a necessidade de uma visão transdisciplinar na Bioética se dá a partir do momento que o objeto principal da disciplina é a vida, que é a essência da sociedade, então seus regramentos de conduta poderão atingir a qualquer ciência ou sistema social. Elio Sgreccia "reivindica a transcendência da pessoa humana, como valor intangível, ontologicamente recapitulativo de todos os valores do cosmo, centro da sociedade e da história" [24].

Tendo em vista a transdisciplinariedade, Galvão afirma que a Bioética é uma disciplina em que a ética se coloca a serviço da vida, estando consciente dos "interesses de outros, subalternos, econômicos, corporativistas ou de busca de notoriedade".[25] O autor acredita nesse trabalho transdisciplinar da Bioética com "vistas à felicidade humana, à melhoria da qualidade de vida na terra e ao progresso ordenado das ciências" [26].

Para que isso ocorra, é importante salientar, que se deve transcender de uma concepção reducionista de Bioética, restrita apenas a determinados profissionais, para uma idéia de Bioética social em serviço da vida e da pessoa. Antigamente a essa percepção reducionista da Bioética se demonstrou suficiente para proteger a vida de condutas nocivas à vida a partir dos profissionais da saúde. Todavia, atualmente, com a ampliação da complexidade social, a vida não só é ameaçada por condutas nocivas dos profissionais da saúde como também se encontra a mercê de danos ambientais, aumento descontrolado de utilização de agrotóxicos e produtos químicos em plantações e alimentos, desenvolvimentos genéticos na agricultura (que degradam o meio ambiente e se desconhece seus efeitos na saúde do consumidor), etc.. Portanto, fica clara a necessidade da abordagem transdisciplinar da Bioética para que essa possa atuar eficientemente em favor à vida humana.

Dessa forma, a ética, segundo Junges[27], une o que se encontra separado, pois assumindo um papel transdisciplinar irá reaproximar as ciências e os sistemas sociais para poder vislumbrar seus objetivos de proteção à vida, "todo o olhar sobre a ética deve reconhecer o aspecto vital do egocentrismo assim como a potencialidade fundamental do desenvolvimento do altruísmo"[28]. Ou seja, para se poder perceber os problemas que atingem o objeto principal da Bioética é necessário, primeiramente, observar os acontecimentos e influências que se apresentam no entorno. Toda essa reaproximação interdisciplinar leva até os pensamentos expostos por Capra, que trabalha novos modos de perceber o mundo, entrando, naturalmente, em conflito com os paradigmas predominantes na sociedade ocidental, citando-se as chamadas visões holística e ecológica:

Os dois termos "holístico" e "ecológico" diferem ligeiramente em seus significados, e parece que "holístico" é um pouco menos apropriado para descrever um novo paradigma. Uma visão holística, digamos, de uma bicicleta significa ver a bicicleta como um todo funcional e compreender, em conformidade com isso, as interdependências das suas partes. Uma visão ecológica da bicicleta inclui isso, mas acrescenta-lhe a percepção de como a bicicleta está encaixada no seu ambiente natural social – de onde vêm as matérias-primas que entram nela, como foi fabricada, como o seu uso afeta o meio ambiente natural e a comunidade pela qual é usada, e assim por diante. Essa distinção entre "holístico" e "ecológico" é ainda mais importante quando falamos de sistemas vivos, para os quais as conexões com o meio ambiente são muito mais vitais. [29]

Observar-se-á tudo como um todo, estudando assim as partes e seu inter-relacionamento, cooperando para a existência do todo, formando um único Sistema. A Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, desenvolvida pelos biólogos Maturana e Varela para compreender a vida biológica, se caracteriza por estudar elementos distintos que, de alguma forma, estão interligados, e esse contato faz com que se construa um sistema operacional, que se substituirá por meio de um ciclo auto-reprodutivo; portanto, atingindo um elemento desse sistema, estar-se-á comprometendo a harmonia do sistema autopoiético e até mesmo a dos sistemas que com ele se comunicam. Parsons explica que é necessária a cooperação de todos os elementos de um sistema, para que se efetive o ciclo evolutivo: "Uma sociedade só poderá ser auto-suficiente na medida em que, de modo geral, seja capaz de 'contar' com as realizações de seus participantes como 'contribuições' adequadas para o desenvolvimento societário." [30]

Seguindo o modelo transdisciplinar, pode-se dizer que a bioética deve ir além de suas dimensões pragmáticas de solução de casos para que consiga desempenhar sua tarefa, desvendando e interpretado os paradigmas mentais e simbólicos que movem as ações demandadas pelas biotecnologias e pela sociedade.[31]

Em seguida, um outro desafio para a Bioética além de uma busca transdisciplinar é a consolidação de um enfoque epistemológico e de perspectivas coletiva[32]. Tanto essa

abordagem vem sendo necessária que discussões vêm sendo travadas a partir da Organização Mundial de Saúde (OMS) e da Organização Pan-americana de Saúde (OPS), observando que os problemas de saúde pública e urgências sanitárias são assuntos de discussões éticas e de preocupação política, possibilitando o surgimento da temática da saúde pública no âmbito da Bioética.[33] Junges afirma que a "Bioética precisa assumir essa perspectiva do sujeito coletivo se que responder aos desafios éticos da saúde básica"[34].

A partir disso, as preocupações deixariam de estar restritas a prevenções de doenças para atuar também na promoção da saúde. Salientando que esses objetivos dizem respeito à sociedade como um todo e não apenas à medicina.[35] Em seguida pode-se trazer os pensamentos de Sgreccia que coloca quatro dimensões os quais se entrecruzam e se permeiam entre: a dimensão orgânica, a qual se refere ao organismo do ser em si; a dimensão psíquica e mental, relacionada com a saúde mental do ser em seu amplo sentido; a dimensão ecológico-social, "a preocupação com o componente sócio-ambiental é muito recente,[...] fala-se hoje com desassossego cada vez maior da degradação da ecologia como fator de ameaça para a saúde em relação a um grande número de doenças e também em relação às *condições essenciais da vida*"; e a dimensão da ética da saúde, que apresenta as permanentes criticas sobre as condutas que possam atingir de qualquer maneira a vida. [36]

Assim, a Bioética tem o intuito de desenvolver reflexões éticas críticas sobre as ações demandadas pelas biotecnologias, e não adotar uma postura de imposição de dogmas e nem de busca de soluções práticas. Pois se assim o fizer, estará, metaforicamente, realizando as tarefas do capelão da corte real: o qual encontra argumentações morais para justificar as ações do rei, pacificando sua consciência e minorando os efeitos deletérios de seus atos.[37]

Portanto, a ética deverá questionar temerariamente as dinâmicas culturais atacando a pragmática silenciosa alimentada por *lobbies* de interesses que extorquem a vida humana inescrupulosamente.

5. Conclusão sobre os desafios do ensino jurídico da Bioética diante um interlocutor tradicional

Ao se pensar na atuação da Bioética a partir da moral que permea na sociedade moderna é preciso se fazer um trabalho educacional para ensinar esse *novo* agir moral em favor da vida. Mas, para isso o indivíduo/aluno precisa compreender a rede disciplinar que se encontra envolvida com a vida. Todavia, deve-se lembrar que o contexto predominante na sociedade moderna que hoje se apresenta é o do modelo epistemológico tradicional. E que praticamente todos os indivíduos têm sua base educacional a partir desse modelo, não possibilitando a percepção interdisciplinar. Frente a isso o educador, que se propõe a conduzir seus alunos por uma trilha de sensibilidade o qual poderá lhes permitir ver e viver em contato com o universo que os cercam, irá se perguntar: Como? Como fazer

alguém, que teve toda sua formação moral e educacional seccionarizada em disciplinas isoladas e compartimentalizadas, romper com seus paradigmas e desmanchar os monólitos seguros e instituídos pela ciência mecanicista e reducionista?

Paviani coloca de maneira sucinta e objetiva sobre os desafios da educação que se enquadra perfeitamente para responder esses questionamentos, dizendo:

Na realidade, os desafios da educação são permanentes, próprios de cada época ou situação social e histórica. O ato de educar, na sua origem e natureza, envolve processos de transformação e, por isso, enquanto processo implica uma concepção que pressupões dificuldades naturais.[38]

Isso lembra que as epistemologias podem modificar-se, mas os desafios dos processos de transformação gerados na caminhada do conhecimento e da experiência estarão sempre presentes. Portanto, o professor que desejar incitar o rompimento dos paradigmas tradicionais presentes em seus alunos deverá empenhar-se de forma temerária e ampliar seu dialogo com seus interlocutores. Deixando de restringir-se a uma perspectiva de âmbito educacional, passando a examinar "a partir de perspectivas internas e internas, da diversidade dos saberes e das teorias da ação, além das disciplinas, num real esforço inter e transdisciplinar."[39]

Esse trabalho requer um envolvimento tanto do aluno como do professor para que se realize uma percepção que observe abertamente a rede de ligações presentes no entorno social. Evita-se assim, "o perigo de considerar a interdisciplinariedade como uma mera associação de disciplinas" [40]. Pois a educação transdisciplinar requer a integração dos saberes,como afirma Paviani:

Quando se emprega o termo educação no sentido formal, como processo consciente, programado, que envolve conhecimentos, habilidades, competências, crenças e valores, e não apenas simples instrução ou mera formação profissional, os conhecimentos científicos e os auxílios tecnológicos são importantes, mas não formam o núcleo fundamental do processo educativo. Não há educação sem uma dimensão ético-política. Por isso, a educação consiste essencialmente num processo de integração de saberes, desde os cognitivos até os do gosto e da moralidade.[41]

Ao se fazer todo esse entrecruzamento inter e transdisciplinar se encontrarão três esferas de problemas, que deverão ser trabalhados constantemente:

O primeiro enfoque pressupõe uma nova maneira de conceber a ciência, a qual, por sua vez, implica uma nova maneira de conceber as disciplinas e as interações entre elas.

O segundo refere-se aos processos de ensino e aprendizagem que resultam das próprias contribuições científicas e tecnológicas e da experiência social e histórica.

O terceiro âmbito de questões, ligado aos dois anteriores, aponta para o processo de globalização da contemporaneidade, em seus diversos níveis e graus, para a divisão dos países entre ricos e pobres, e para o surgimento de novas maneiras de entender a realidade e novas epistemologias que usam os conceitos de complexidade e de emergência.[42]

Portanto, o ensino transdisciplinar, inovador, que pretende romper com o modelo epistemológico tradicional, deve estar ciente e preparado para transitar constantemente entre esses problemas. Pois, pode-se averiguar sobre o primeiro enfoque que a cada aluno que desenvolver uma percepção ampla e transdisciplinar se terá enumeros outros que ainda estão sob a égide do modelo tradicional. Em relação ao segundo enfoque, fica claro que no momento que se propões estar em contato com o universo transdisciplinar deve-se manter uma constante reflexão para que se possa recepcionar a novos desenvolvimentos científicos, tecnológicos e sociais que implicam em mudanças qualquer ordem, adequando o ensino a essas mutações que pulsam no tecido científico e social. Quanto ao terceiro enfoque, pode-se dizer que ao relacionar os dois problemas anteriores e observando o contexto social global será possível um novo entendimento da complexidade e das emergências sociais, trazendo a tona novas soluções e percebendo antigos problemas que não são resolvidos mediante a um pacto de silencio consentido camuflado por uma epistemologia reducionista e oportunamente silenciosa.

Por final, pode-se se dizer que é fundamental à Bioética uma ampla percepção, pois como “a inter e a transdisciplinariedade, ao quebrar os muros das disciplinas, formam espíritos abertos, democráticos e ensinam o respeito ao Outro”, possibilitando assim um agir moral a partir dos indivíduos em favor da vida. [43]

6 Bibliografia

BECKER, Fernando. *Educação e construção do conhecimento*. Porto Alegre: Artmed, 2001.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. O Direito Biomédico e a Bioética. In: *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Org. CASABONA, Carlos Maria Romeo e QUEIROZ, Juliane Fernandes.Belo Horisonte: Del Rey, 2005.

DESCARTES, René. *Regras para a direção do espírito*. Lisboa: edições 70. s/d.

GALVÃO, Antônio Mesquita. *Bioética:* a serviço da vida. Aparecida: Santuário, 2004.

JUNGES, José Roque. *Bioética:* hermenêutica casuística. São Paulo: Loiola, 2006.

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

_____. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MORIN, Edgar. *O método 6:* Ética. Porto Alegre: Sulina, 2005.

PARSONS, Talcott. *El sistema social*. Madrid: Revista de Occidente, 1976.

_____. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974.

PAVIANI, Jayme. *Interdisciplinariedade:* conceito e distinções. Porto Alegre: Pyr, 2005.

RAMOS, Dalton Luiz de Paula. Conferência proferida em 31 de maio de 2001 na UFSP.

ROCHA, Leonel Severo. Notas introdutórias à concepção sistemista do contrato. *Anuário UNISINOS 2004*. Org. ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SANTOS. Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências.* 2.ed. São Paulo: Cortez, 2004.

_____. *A gramática do tempo:* para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2008.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética:* Fundamentos e ética biomédica. São Paulo: Loiola, 1996.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad*: Esbozo de sociologia comprensiva. Tradução de José Medina echavarría. 7ª reimpressão. México: Fundo de Cultura Econômica, 1974.

---

[1] PAVIANI, Jayme. *Interdisciplinariedade:* conceito e distinções. Porto Alegre: Pyr. 2005. p. 121.

[2] SANTOS. Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências* 2.ed. São Paulo: Cortez, 2004. p. 22.

[3] BECKER, Fernando. *Educação e construção do conhecimento*. Porto Alegre: Artmed. 2001. p. 18.

[4] Conversa entre os personagens do livro que dissertam sobre a percepção mecanicista da modernidade, se utilizando como exemplo um relógio mecânico do século XVIII. CAPRA, Fritjof. *O ponto de Mutação*. São Paulo: Editora Cultrix. 1996.

[5] O termo *Telos* tem origem grega, que se refere à finalidade. *Teleologia:* o estudo da Finalidade.

[6] BECKER, Fernando. *Educação e construção do conhecimento*. Porto Alegre: Artmed. 2001. p. 18.

[7] Ibidem. p. 19.

[8] SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*: Fundamentos e ética biomédica. São Paulo: Loiola. 1996. p. 652.

[9] Ibidem. p. 652.

[10] Ibidem. p. 653.

[11] GALVÃO, Antônio Mesquita. *Bioética:* a serviço da vida. Aparecida: Santuário. Ano 2004. p. 57.

[12] Ibidem. p. 58.

[13] Ibidem. p. 55.

[14] RAMOS, Dalton Luiz de Paula. Conferência proferida em 31 de maio de 2001 na UFSP.

[15] CASABONA, Carlos Maria Romeo. *O Direito Biomédico e a Bioética.* Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Org. CASABONA, Carlos Maria Romeo e QUEIROZ, Juliane Fernandes.Belo Horisonte: Del Rey. 2005. p. 22-23.

[16] JUNGES, José Roque. *Bioética:* hermenêutica casuística. São Paulo: Loiola. Ano 2006. p.256.

[17] Ibidem, p. 25.

[18] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983. p. 36.

[19] PARSONS, Talcott. *El sistema social*. Madrid: Revista de Occidente, 1976. p. 35.

[20] JUNGES, José Roque. *Bioética:* hermenêutica casuística. São Paulo: Loiola. Ano 2006. p.16.

[21] Ibidem. p. 16.

[22] Ibidem. p. 22.

[23] DESCARTES, RENÉ. *Regras para a direção do espírito*. Lisboa: edições 70. s/d. p. 13.

[24] SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética:* Fundamentos e ética biomédica. São Paulo: Loiola. 1996. p. 129.

[25] GALVÃO, Antônio Mesquita. *Bioética:* a serviço da vida. Aparecida: Santuário. Ano 2004. p. 8.

[26] Ibidem. p. 10.

[27] JUNGES, José Roque. *Bioética:* hermenêutica casuística. São Paulo: Loiola. Ano 2006. p.27.

[28] MORIN, Edgar. *O método 6*: Ética. Porto Alegre: Sulina 2005. p 21.

[29] CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Editora Cultrix. 1996. p. 25.

[30] PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974. p. 20.

[31] JUNGES, José Roque. *Bioética:* hermenêutica casuística. São Paulo: Loiola. Ano 2006. p.31.

[32] Ibidem. p.256.

[33] Ibidem. p.253.

[34] Ibidem. p.257.

[35] Ibidem. p.257.

[36] SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética:* Fundamentos e ética biomédica. São Paulo: Loiola. 1996. p. 133.

[37] JUNGES, José Roque. *Bioética:* hermenêutica casuística. São Paulo: Loiola. Ano 2006. p.268.

[38] PAVIANI, Jayme. *Interdisciplinariedade:* conceito e distinções. Porto Alegre: Pyr. 2005. 114.

[39] Ibidem. 116.

[40] Ibidem. 117.

[41] Ibidem. 117.

[42] Ibidem. 117.

[43] Ibidem. 120.

UM EMBATE ENTRE DIREITO, EDUCAÇÃO E SOCIEDADE: APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NAS ESCOLAS*

UNO SCONTRO DI LEGGE, DELL'EDUCAZIONE E DELLA SOCIETÀ: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NELLE SCUOLE

Hustana Maria Vargas
Rafael Mario Iorio Filho

RESUMO

Esta investigação parte da hipótese de que não existem consensos nas representações sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e que a inexistência destes consensos acabaria por suscitar, ao invés de administrar, mais conflitos entre atores sociais em jogo. Explora as conseqüências internas de inadequações, contradições e dissensos no campo do direito direcionadas a esse Estatuto, e o modo como estas são absorvidas e representadas pelos atores sociais da relação escola e sociedade. Analisa também as conseqüências externas do fenômeno: na medida em que mecanismos do ECA, como o Conselho Tutelar, apontam a necessidade de novas formas de integração social, como estas estariam operando de fato? A pesquisa incide sobre responsáveis, professores e alunos de escolas privada e pública no Município do Rio de Janeiro, em perspectiva interdisciplinar, envolvendo a sociologia, o direito e a sociolingüística.

PALAVRAS-CHAVES: ECA, REPRESENTAÇÕES, ESCOLAS E EFICÁCIA.

RIASSUNTO

Questa investigazione c`è due ipotesi: prima, non c`è consensi nelle rappresentazioni sul Estatuto da Criança e do Adolescentes (ECA), e inoltre che la mancanza di consenso provocherebbe, piuttosto che gestire, più conflitti tra gli attori sociali coinvolti. Esplora le conseguenze di interno lacune, le contraddizioni e le divergenze in materia di legge diretto a questa legge, e come essi vengono assorbiti e rappresentata da attori della scuola e della società. Inoltre, esamina le conseguenze esterne del fenomeno: la misura in cui i meccanismi di ECA può indicare la necessità di nuove forme di integrazione sociale, come in realtà essere operativo? La ricerca si concentra su i funzionari, gli insegnanti e gli studenti provenienti da scuole private e pubbliche, a Rio de Janeiro, in prospettiva interdisciplinare, che coinvolge la sociologia, la linguistica e la legge.

PAROLE CHIAVE: ECA, RAPPRESENTAZIONI, SCUOLE E EFFICACIA.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 - INTRODUÇÃO

O advento do Estatuto da Criança e do Adolescente[1] (ECA) em 1990 representou a culminância de um processo de intensa mobilização dos movimentos sociais, bem como de amplos setores ligados ao Direito. Sua aplicação tem produzido grande impacto, ao colocar em prática uma nova perspectiva sobre a infância e a adolescência na vida da *polis*. A supremacia dos interesses destes, nas esferas privada e pública, tem sido a tônica da doutrina e da jurisprudência.

No tocante à interface do ECA com os processos de escolarização, aspectos problemáticos têm sido identificados: é voz corrente que os direitos das crianças e dos adolescentes são sempre garantidos pela Justiça e que em função disso a realização das ações educacionais tradicionais restaria dificultada. Os professores e gestores se sentem, muitas vezes, desamparados e surpreendidos a cada vez que a mídia ou a realidade cotidiana informa que um aluno buscou o "seu direito" na Justiça e "ganhou", obrigando a escola ou o professor a voltar atrás numa decisão tomada ou a tomar. A Justiça, agora mais ágil e acessível, é chamada a dirimir dúvidas quanto a direitos não atendidos ou deveres não cumpridos no universo da escola e das relações escolares. Este fenômeno tem provocado um deslocamento da arena de composição de conflitos – dos ambientes de convivência (escola) para os tribunais - configurando, desta forma, o fenômeno da judicialização das relações escolares. Nessa hora, diz-se que a educação perdeu (Chrispino e Chrispino, 2008).

Agravando a situação, desconhecimento e disparidade de interpretações sobre o ECA por parte de professores, responsáveis e alunos têm sido relatados através de pesquisas desenvolvidas em diversas partes do país. Destacamos algumas:

1. No **Rio de Janeiro**, o pesquisador e professor da Faculdade de Educação da Uerj, Luiz Cavalieri Bazílio afirma que a autoridade da escola diante do aluno está em crise e que parte dela deve-se à má interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, tanto por alunos, quanto por profissionais da educação. A partir de pesquisa sobre o ECA e a escola pública realizada junto a escolas do Rio de Janeiro entre 2001 e 2004, o professor revelou a visão de alguns professores sobre os Conselhos Tutelares criados pelo ECA: "a escola perdeu autoridade em função dos Conselhos Tutelares". Ao mesmo tempo, o autor cita depoimentos em que o professor, diante de um "aluno bagunceiro", ameaça mandá-lo ao Conselho Tutelar. Finalmente, observa também a situação inversa: estudantes que não acatam a ordem do professor para saírem de sala de aula, alegando que a medida é contra o ECA. A arena conflitiva é tal, que há casos em que a Guarda Municipal é acionada para resolver conflitos dentro da escola. Sobre tal situação, considera o autor que "a atuação de um agente externo na solução de problemas internos só agrava a situação a médio e longo prazos" (SOCIEDADE, 2008).

2. Em **Pernambuco**, o projeto "Com os pés no chão da escola: resgatando novos caminhos para o ensino fundamental", desenvolvido por Dayse Cabral de Moura, buscou detectar nas instituições escolares da rede pública de Recife, a maneira com a qual os professores se relacionavam com o ECA . Também ela concluiu que é grande o número de professores que consideram o Estatuto um documento benevolente, capaz de conceder apenas direitos aos estudantes sem tratar de seus deveres. Ressalva, entretanto,

que grande parte do corpo docente não conhece o Estatuto e, por isso, alimenta preconceitos em relação ao documento (OS DESAFIOS, 2008).

3. No **Paraná**, o projeto "ECA nas Escolas", realizado pelo Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina, com o propósito de apresentar e esclarecer o Estatuto da Criança e do Adolescente aos alunos do ensino fundamental das escolas públicas, revelou o desconhecimento e a incompreensão a respeito deste instituto, ao acreditarem ser o mesmo uma lei benevolente e permissiva. Com isso, a família, as escolas e até o próprio Estado se furtavam de assumir responsabilidades no cumprimento de direitos e na limitação de atitudes descabidas das crianças e dos adolescentes (CONSTITUIÇÃO, 2008).

Uma revisão exploratória destes trabalhos nos permitiu identificar temas do ECA que têm ensejado mais divergências sobre direitos e deveres, nas representações de professores, responsáveis e alunos. Dentre eles sobressaíram:

a) Sobre **respeito pelos** educadores e **aos** educadores: a expressão "educadores" compreende professores, pedagogos e todos os que tenham participação direta na formação moral ou intelectual dos alunos. O preceito atinge qualquer forma de desrespeito, desde simples apelido que o professor coloque no aluno, até o desrespeito à integridade física e à liberdade. O direito ao respeito está consagrado pelos artigos 53 e 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente[2] e é a base onde se assenta a integridade física, emocional, moral e cultural do educando. Frise-se, por outro lado, que **o aluno também deve respeito aos diretores, professores, outros funcionários e alunos.** A conduta desrespeitosa do aluno pode ser desde um mero ato de indisciplina até um ato infracional que, conforme define o Estatuto da Criança e do Adolescente, corresponde a qualquer crime ou contravenção. Nestes casos, deve haver a atuação firme, legal e necessária dos educadores, pais, conselheiros tutelares, juízes de direito, promotores de justiça e delegados de polícia.

b) Sobre **"Limites":** o Estatuto não proíbe a atuação de pais ou professores na imposição de limites aos menores de dezoito anos, os quais, aliás, **têm o direito da recepção dos mesmos** para se desenvolverem adequadamente. Veda-se, apenas, o desrespeito à integridade física e psíquica, o autoritarismo. Crianças e adolescentes não estão, portanto, excluídos da atuação dos pais, educadores e autoridades constituídas quando praticam atos anti-sociais[3].

c) Sobre **conhecimento das propostas educacionais** dos estabelecimentos de ensino pelos pais[4]: os pais têm direitos em relação à escola, como ter ciência do processo educativo e participação na definição das propostas educacionais. Busca-se, com o exercício destes direitos, a integração família/escola. Sucede, no caso, que nem sempre essa integração ocorre de forma a favorecer o processo educacional. Muitas vezes a família produz, em nome deste princípio, ingerência indevida na condução daquele processo.

d) **O Conselho Tutelar[5].** Não substitui outros serviços públicos e só deve ser acionado quando houver recusa de atendimento à criança e ao adolescente. O objetivo não é, portanto, executar programas, ou seja, ele não substitui o papel da escola. Entretanto, muitos pais procuram o Conselho Tutelar antes mesmo de solicitarem o serviço público. Por exemplo: são recorrentes os casos em que as mães comparecem ao

Conselho alegando que seus filhos estão fora da escola antes de solicitar vaga na Coordenadoria Regional de Educação (CRE). Por outro lado, freqüentemente a escola tem recorrido ao Conselho Tutelar para pedir ajuda na freqüência e permanência dos alunos nesse espaço. Não obstante esse recurso da escola ao conselho, pôde-se perceber que as professoras/direção nem sempre enxergam os conselheiros como aliados na resolução de problemas cotidianos. Muitas vezes, eles são percebidos como antagonistas que atrapalham a dinâmica escolar.

1.1 – Problematização

Eis porque partimos da hipótese de que não existem consensos de representações entre o que é o Estatuto da Criança e do Adolescente, para que ele serve e quais são os seus objetivos. A inexistência destes consensos acaba por suscitar, ao invés de administrar, mais conflitos entre esses atores sociais em jogo.

Essa situação é especialmente problemática pelo menos por dois motivos: a) porquanto o ECA tem sido compreendido como expressão de uma cidadania em construção, cidadania esta que ensejaria, obrigatoriamente, uma nova forma de a sociedade vivenciar o Direito e b) pela problemática alusiva à eficácia da norma que sua aplicação tem evidenciado.

Com relação ao primeiro item, a excelência do modelo organizacional proposto vem expressa no art. 86: "a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto de articulações de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (Sierra, 2008). O ECA, ao reunir Estado e sociedade, faz do Direito uma fonte de integração social, representando os anseios políticos e sociais de uma sociedade ávida por participação (idem).

A determinação mesmo de criação dos Conselhos Tutelares, por exemplo, pode ser entendida como um indicativo de que as sociedades contemporâneas necessitam de novos mecanismos de integração, alternativos aos tradicionais. Segundo Werneck Vianna (1999), a distância entre Estado e sociedade, que era apenas aproximada por partidos e sindicatos, vem encontrando outras formas de participação. Neste sentido, os Conselhos Tutelares mereceriam uma atenção especial, pois seriam capazes de levar a sociedade a participar na efetivação dos direitos de crianças e adolescentes, passando a instaurar um padrão alternativo de sociabilidade, pelo aprofundamento da relação, regulada pelo Direito, entre Estado e sociedade (Werneck, 1999).

Nessa mesma linha, o ECA contribuiria para a valorização do papel social da família e do seu lugar na produção de bem-estar coletivo. Em suma, são novas formas de "fazer políticas sociais" a serem concretizadas, mas que encontram resistências naqueles que se acomodaram aos nichos de poder de decisão suportados pela fragmentação e centralização das políticas sociais e subalternidade dos seus usuários. São resistências que encontram aqueles que apostam que o trabalho com e para as famílias pode ser uma estratégia eficaz e eficiente para a inclusão social, à medida que potencializa a completude e a convergência dos investimentos públicos, governamentais e não-governamentais, visto ser o grupo familiar um sujeito coletivo e aglutinador de direitos.

Não se trata de não se responsabilizar o Estado ou de familiarizar as políticas sociais, mas, respeitando as distintas formas de organização e estrutura familiar, de favorecer as potencialidades das famílias enquanto organização social, instância de direitos e mediadora de cidadania (Fonseca, 2008).

Já com relação ao problema da eficácia, Sabadell (2003) considera que esta se relaciona, no direito moderno, a fatores instrumentais e sociológicos. Os primeiros dependem da atuação dos órgãos de elaboração e de aplicação do direito, tais como: a) divulgação do conteúdo da norma pelos meios adequados, empregando métodos educacionais e meios de propaganda política e comercial; b) conhecimento efetivo da norma por parte de seus destinatários; c) perfeição técnica da norma; d) elaboração de estudos preparatórios sobre o objeto da norma; e) preparação dos operadores do direito responsáveis por sua aplicação; f) conseqüências jurídicas adaptadas à situação e socialmente aceitas e g) expectativa de conseqüências negativas.

Já os fatores sociológicos ligam-se às condições de vida da sociedade destinatária do direito. "O sistema de relações sociais e a atitude do poder político diante da sociedade civil influenciam as chances de aplicação das normas vigentes" (Sabadell, 2003, 71). Nesse sentido, distingue os seguintes fatores: a) participação dos cidadãos no processo de elaboração e aplicação das normas; b) coesão social; c) adequação da norma à situação política e às relações de força dominante e d) contemporaneidade das normas com a sociedade.

Dentre estes fatores, destacamos a coesão social, entendida como

quanto menos conflitos existam em uma sociedade em determinado momento, e quanto mais consenso haja entre os cidadãos com relação à política do Estado, mais forte será o grau de eficácia das normas vigentes. Este fator indica a forte relação que se estabelece entre legitimidade do Estado e cumprimento das normas por parte da população (Sabadell, 2003, 73).

Em outras palavras, consideramos que a efetividade da lei sustenta-se pelo consenso que se estabelece pelas representações dos atores sociais aos quais ela se dirige como regra (comando geral, abstrato e legítimo emanado de uma autoridade) a ser aplicada em determinados conflitos sociais. Por outro lado, desigualdades inscritas nas leis, muitas vezes contrariando dispositivos garantistas proclamados como juridicamente iguais para todos, por não se atualizarem, acabam por obstar a eficácia de decisões judiciais, tornando-as objeto de críticas por parte da opinião pública. Esse fato contribui ainda mais para enfraquecer as relevantes funções sociais que essas instituições deveriam realizar na sociedade.

Sucede, assim, que a problemática sobre o desconhecimento e a disparidade de interpretações sobre o ECA anteriormente levantados revelaria sérias distorções no tocante a estas pretensões. Dentre elas: a) quanto à operacionalização de uma nova lógica na organização sóciojurídica da sociedade brasileira, que contribuísse na instrumentalização de uma operação democrática e cidadã através do Direito e b) quanto à eficácia e efetividade da norma, dado que a efetividade da lei sustenta-se pelo consenso estabelecido pelas representações dos atores sociais aos quais ela se dirige como regra a ser aplicada em determinados conflitos sociais.

Por todos esses motivos, entendemos que uma pesquisa empírica que incidisse sobre representações sociais do ECA nas relações provenientes do espaço escolar, poderia auxiliar na discussão de questões tão relevantes como construção social da cidadania e eficácia do direito. Por representações sociais adotamos a conceituação de Serge Moscovici (1981, p. 181): "a set of concepts, statements and explanations originating in daily life in the course of interindividual communications." Ao mesmo tempo "ilusórias, contraditórias e verdadeiras" (Minayo, 1998, p. 158), as representações podem ser consideradas matéria-prima para a análise do social. Para a compreensão dessas representações, a mediação privilegiada é a linguagem. Na expressão de Bakhtin, "a palavra é o fenômeno ideológico por excelência (...) o modo mais puro e sensível da relação social" (apud Minayo, 1998, 174). Por sua vez, a linguagem deve ser interpretada através de estratégias metodológicas próprias. No nosso caso, adotamos a "análise do discurso", numa perspectiva interdisciplinar, que busca aproximar áreas de conhecimento das ciências humanas e das ciências sociais aplicadas, especialmente a sociologia, o direito, a antropologia e a sociolingüística. O suposto é, enfim, que o conhecimento dessas representações possa auxiliar na discussão sobre o êxito ou não do ECA como elemento de agregação sociopolítica e como lei exemplar em efetividade.

Para buscar essas representações, elaboramos um questionário com 13 questões, visando explorar os principais elementos de dissenso identificados na revisão de literatura. Foi aplicado em responsáveis, professores e alunos de escolas privada e pública, da oitava série/nono ano no Município do Rio de Janeiro. A eleição dessa faixa etária justifica-se pelo fato de, nesse momento, os estudantes já serem capazes de proceder associações entre uma carga valorativa própria e os referenciais advindos da família para a interpretação e juízo das regras de Direito.

As questões, em linhas gerais, procuraram identificar: a) quais são os principais conflitos existentes nas relações entre professores, responsáveis e alunos nas escolas do Rio de Janeiro? b) de que forma a composição desses conflitos tem sido encaminhada? c) quais seriam as representações sobre direitos e deveres do ECA por parte de alunos, responsáveis e professores? e d) a partir destas representações, como o ECA tem sido apropriado e instrumentalizado pela comunidade escolar?

Nosso objetivo principal seria contribuir para a compreensão de pontos específicos do ECA que envolvam a comunidade escolar, buscando, assim, analisar as diferentes representações acerca do Estatuto, que tem como uma de suas metas regrar uma convivência escolar mais participativa, efetiva e democrática.

2 - ANÁLISE DO DISCURSO COMO ESTRATÉGIA METODOLÓGICA

A perspectiva analítica adotada parte do pressuposto de que um dos fatores que alimentam dissensos reside na lógica do contraditório presente na prestação jurisdicional e em todo o campo do Direito brasileiro, tanto em suas manifestações práticas, como nas teóricas e doutrinárias.

A origem desta lógica, tanto quanto registra a história do saber jurídico, já era encontrada nos exercícios de ***contradicta*** realizados nas primeiras universidades que ministraram o ensino jurídico durante a Idade Média, particularmente na Itália, berço

europeu deste ensino (Berman, 1983). Por ser constituída de argumentação infinita, a lógica do contraditório necessita da manifestação de uma autoridade que a interrompa para que seja dada continuidade aos procedimentos judiciais nos tribunais brasileiros. Na ausência da autoridade formalmente constituída, o contraditório prossegue, sempre descartando a possibilidade de a comunicação tornar-se consensual entre os interlocutores e o auditório.

Sua característica essencial, a despeito de uma estrutura aberta, encontra-se na supressão da possibilidade de os participantes alcançarem concordância, sejam eles partes do conflito, operadores jurídicos ou doutrinadores, o que sugere ausência de consenso interno ao saber produzido no próprio campo e, no limite, falta de consenso externo, manifesto na distribuição desigual da justiça entre os jurisdicionados pelas mesmas leis que lhes são aplicadas e pelos mesmos organismos que lhes ministram a prestação jurisdicional. (Amorim, 2006, p. 107).

É nessa perspectiva que a pesquisa em tela pretende explorar as conseqüências internas de inadequações, de contradições e de dissensos no campo do direito, mais especificamente as direcionadas ao Estatuto da Criança e do Adolescente, e o modo como são absorvidas e representadas pelos atores sociais da relação escola e sociedade. Pretende também, explorar as decorrências externas desses dissensos nas relações mantidas entre o direito, os tribunais e a sociedade, onde vivem os cidadãos que recorrem aos tribunais em busca de administração para os conflitos que inevitavelmente experimentam.

Nosso trabalho adota como pressupostos teóricos aqueles da Escola Francesa de Análise do Discurso[6] e se propõe a estudar particularmente as relações entre a força persuasiva das palavras e os seus usos na constituição da legitimidade do discurso jurídico.

O termo discurso na perspectiva lingüística é um encadeamento de palavras, ou uma seqüência de frases que seguem determinadas regras e ordens gramaticais no intuito de indicar a outro (quem se fala ou escreve) que lhe pretendemos comunicar/significar alguma coisa. Este conceito pode ser compreendido também do ponto de vista da lógica, como a articulação de estruturas gramaticais com a finalidade de informar conteúdos coerentes à organização do pensamento.

Neste sentido, podemos elencar três lugares em que se realizam a produção dos sentidos do discurso. Assim, o objeto de desenvolvimento de nossa pesquisa se baseia sobre estes três lugares de representação que são: o primeiro *topos* é aquele da doutrina política, ou seja, consiste no sistema de pensamento que é resultado de uma atividade discursiva que procura fundar um ideal político referível à construção das opiniões. Ou seja, de uma dogmática política, não atrelada a autores especificamente, mas sim, para usar uma denominação bourdieusiana, ao *habitus*[7] e ao capital simbólico dos integrantes do campo político.

O segundo se caracteriza como uma dinâmica de comunicação dos atores político, ou seja, a razão ideológica de identificação imaginária da “verdade” política. Os atores do campo político fazem parte das diversas cenas de vozes comunicantes de um enredo permeado pelo desafio retórico do reconhecimento social, isto é, o consenso, a rejeição ou a adesão. Suas ações realizam vários eventos: audiências públicas, debates,

reuniões, e hoje principalmente, a ocupação do espaço midiático. Precisam de filiações, estabelecendo organizações que se sustentam pelo mesmo sistema de crença política articuladora de ritos e mitos pela via dos procedimentos retóricos[8].

O terceiro se liga às influências do discurso sobre instituições que formam uma cultura política, isto é, o discurso político que não se mantém fechado no campo jurídico mas influencia todas as instituições culturais. Ou seja, este lugar da produção do discurso estabelece as relações entre os atores de dentro do campo e os de fora que revelam opiniões produtoras de conceitos que expandem a cultura relacionada a esse tipo de discurso.

Por outro lado, toda decisão pressupõe uma prática de linguagem, impondo-se mencionar que o discurso decisório é polifônico (pois resulta do somatório das vozes e discursos de diversos atores), sendo possível dele se extrair diversas cadeias de discursos, e, contemporaneamente, faz surgir um novo discurso, pelo que também se apreende a faticidade dos conflitos sociais. Nesse sentido, nos chama a atenção a ideologia[9] que permeia esse discurso, revelando-se na representação social que os atores (responsáveis, alunos e professores) têm acerca das normas que devem ser aplicadas aos conflitos que lhes submetem.

3 - A INVESTIGAÇÃO

A análise do discurso (Charadeau, 1992) associada à perspectiva sociológica bourdieusiana (Bourdieu, 1989), nortearam o tratamento dos dados, que apresentamos em três momentos: o primeiro apresenta sinteticamente os resultados do levantamento realizado através do questionário. O segundo reproduz uma pergunta do questionário e as respostas mais freqüentes (excertos), identificando-se o ator enunciador (aluno, responsável ou professor), seguido da análise do discurso a partir de excertos selecionados. Ao final, a título de conclusão, apresentaremos considerações elaboradas a partir dos referenciais adotados.

3.1 - Consolidação do questionário

Os respondentes do questionário[10] foram: 45 alunos, 9 responsáveis e 4 professores. A faixa etária dos alunos vai de 14 a 17 anos, sendo 23 meninas e 22 meninos. Os pais têm entre 42 e 55 anos, e suas profissões são variadas. Os professores têm entre 37 e 65 anos.

Inicialmente destacamos que as respostas não diferiram substancialmente entre os setores privado e público. Em sua maioria, os respondentes reconhecem a presença de conflitos no ambiente escolar. Em relação aos alunos, os da escola pública relatam a presença de uma maior variedade de conflitos, mas em ambas as escolas sobressaem o desconforto em relação à desordem, à desorganização, à falta de educação e ao abuso de autoridade. Em relação às respostas de responsáveis e professores, também se assemelharam a essas.

O enfrentamento dos conflitos, segundo os respondentes, se dá sobretudo pela via da queixa ou da crítica, sendo pouco utilizados argumentos jurídicos. Entretanto, a maioria dos respondentes diz conhecer o ECA e julga que a escola é um espaço propício a sua aplicação. Para eles, a principal função do ECA é proteger crianças e adolescentes.

Questionados sobre os principais direitos e deveres do Estatuto, aparecem em maior número os primeiros, e dentre eles, direitos alusivos ao tema educação. Outros direitos que sobressaem são ao lazer, à moradia e à saúde. Em relação aos deveres - muito mais escassos - destacam-se os de natureza comportamental, como o trato educado entre os agentes, e o dever de estudar. Apenas um respondente – aluno - interagiu com o Conselho Tutelar, embora uma professora relate que conhece diversos casos entre colegas.

3.2 - A análise do Discurso dos Alunos, Responsáveis e Professores

Dentre as 13 questões abordadas, destacamos, na forma de excertos, quatro que consideramos chave para nossa discussão. Envolvem a presença ou não de conflitos, sua forma de encaminhamento, a noção sobre direitos e deveres inscritos no ECA e sua aplicabilidade no ambiente escolar.

3.2.1 - EXCERTO: QUAIS SÃO OS PROBLEMAS OU CONFLITOS QUE VOCÊ ENFRENTA NA ESCOLA? ENUMERE OS TRÊS MAIS IMPORTANTES EM SUA OPINIÃO.

ALUNOS

l DESRESPEITO AOS PROFESSORES, DESORDEM DURANTE AS AULAS.

l A MÁ CONDUTA EM FORMA DE TRATAMENTO POR PARTE DA ORIENTAÇÃO.

l DESORGANIZAÇÃO E DESORDEM.

COMENTÁRIO: As expressões mais recorrentes pronunciadas pelos diversos enunciadores alunos foram “desordem, má conduta, desrespeito” por parte de colegas (alunos) e de professores. O campo semântico dessas palavras sugere uma representação de que o espaço da escola é compreendido como um lugar de ordem e organização, entretanto não percebido efetivamente como tal.

RESPONSÁVEIS

- FALTA DE EDUCAÇÃO
- FALTA DE INTEGRAÇÃO TRIPLA (PROFESSOR, RESPONSÁVEL, ESCOLA)
- FALTA DE PROJETOS CONVINCENTES QUE FAÇA UMA INTEGRAÇÃO ENTRE O ALUNO E SEUS COMPROMISSOS ESCOLAR
- SUJEIRA
- FALTA DE HIGIENE

COMENTÁRIO: Os responsáveis, como enunciadores, assim como os alunos, identificam como principais problemas da escola os termos "indisciplina, falta de respeito, falta de noções de civilidade, sujeira, falta de higiene". Exatamente como na análise anterior, percebemos que o campo semântico dessas palavras sugere uma representação de que o espaço da escola é compreendido como um lugar de ordem e organização, entretanto não percebido efetivamente como tal.

PROFESSORES

- INDISCIPLINA
- FALTA DE LIMPEZA
- FALTA DE DISCIPLINA DOS ALUNOS E RESPEITO
- A FALTA DE LIMITE E NOÇÃO DE RESPEITO POR PARTE DO JOVEM
- A FALTA DE NOÇÕES DE CIVILIDADE NA CONVIVÊNCIA DIÁRIA

COMENTÁRIO: Os professores, como enunciadores, assim como os alunos, identificam como principais problemas da escola os termos "indisciplina, falta de respeito, falta de noções de civilidade". Concordando com a representação de alunos e responsáveis, o campo semântico das palavras dos professores sugere que o espaço da escola é compreendido como um lugar de ordem e organização, entretanto não percebido efetivamente como tal.

3.2.2 - EXCERTO: ALGUM DE SEUS ARGUMENTOS DE DEFESA É JURÍDICO? OU SEJA, VOCÊ DIZ ESTAR BASEADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL OU EM OUTRA LEI? QUAL?

ALUNOS

l NÃO.

l DESCONHEÇO DAS LEIS RELACIONADAS A ESSA ÁREA, PORÉM SEI QUE SÃO BASEADAS NA FILOSOFIA DA ESCOLA QUE EU ESTUDO.

COMENTÁRIO: Os enunciadores com o uso recorrente de advérbios de negação, ou de expressões com este sentido, como "desconheço", demonstraram não associar seus pontos de vistas para a defesa de seus direitos a alguma legislação, sugerindo uma fraca construção de consciência cidadã.

RESPONSÁVEIS

- NÃO
- CONSTITUIÇÃO

COMENTÁRIO: Alguns enunciadores demonstraram, talvez pelo nível de escolarização mais alto, e como tal de cidadania, usar argumentos legais.

PROFESSORES

- NÃO.
- SIM, MUITAS VEZES CITO ARGUMENTOS JURÍDICOS QUE A EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL DITA E BASEADOS EM LEITURA SOBRE O ASSUNTO.

COMENTÁRIO: Da mesma forma que no caso dos responsáveis, estes enunciadores demonstraram, talvez pelo nível de escolarização mais alto, usar argumentos legais.

3.2.3 - EXCERTO: ENUMERE OS TRÊS DIREITOS E DEVERES MAIS IMPORTANTES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, EM SUA OPINIÃO.

3.2.3.1 – DIREITOS

ALUNOS

l TER DIREITO A ESCOLA

l DIREITO DE ESTUDAR

l DIREITO DE SER CRIANÇA, E TER INFÂNCIA

COMENTÁRIO: Os enunciadores apresentaram com mais recorrência o direito a estudar. Tal questão nos leva a concluir que a principal representação das crianças acerca do ECA é ser um garantidor do acesso a escola.

RESPONSÁVEIS

- VIDA E SAÚDE
- LAZER, BRINCAR
- EDUCAÇÃO, ESCOLA

COMENTÁRIO: Os enunciadores apresentam as visões de que as crianças devem ser crianças, ou seja, direito a brincar, como também formam consenso com os alunos de que a escola é um direito elencado no ECA.

PROFESSORES

- DIREITO DE SER CRIANÇA, PODER BRINCAR AO INVÉS DE TRABALHAR
- DIREITO AO ESTUDO
- DIREITO DE SER BEM TRATADO E RESPEITADO, MESMO EM CASOS DE TER COMETIDO UM CRIME

COMENTÁRIO: Os enunciadores representam, assim como os enunciadores anteriores, que seriam direitos elencados no ECA o direito a brincar e o direito a estudar.

3.2.3.2 – DEVERES

ALUNOS (respostas majoritária: não sei/em branco)

l RESPEITO A LOCAIS PÚBLICOS.

l AJUDAR O PAI E A MÃE

COMENTÁRIO: Interessante notar que a maioria das respostas foi a do desconhecimento dos deveres elencados no ECA. Minoritariamente se representa que seriam deveres do Estatuto o respeito a lugares públicos e ajuda aos pais.

RESPONSÁVEIS

- PROTEGER
- TODOS TÊM DEVER DE PREVENIR A OCORRÊNCIA DE AMEAÇA OU VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
- RESPEITAR OS MAIS VELHOS

COMENTÁRIO: Os enunciadores a partir do ECA representam dois grandes deveres: um, ele foi concebido para a proteção das crianças e dos adolescentes; dois, o Estatuto estabeleceria um dever para as crianças, tal seja: respeitar os mais velhos.

PROFESSORES

- DEVER DE RESPEITAR AO PRÓXIMO
- DEVER DE CUMPRIR COM SUAS TAREFAS ESCOLARES, E SE NÃO O FIZER, CABE AO(S) RESPONSÁVEL(IS) ASSUMIR TAL OBRIGAÇÃO
- SER APLICADO DE FORMA IMPARCIAL

COMENTÁRIO: Para estes enunciadores "deveres" foram compreendidos em duas perspectivas: a primeira, o Estatuto estabelece dois deveres para as crianças: respeitar ao próximo e cumprir suas tarefas escolares; a segunda, que demonstra uma incerteza do significado do termo "dever", estes enunciadores concebem ser um dever a aplicação imparcial da lei.

3.2.4 - EXCERTO: VOCÊ ACHA QUE A ESCOLA É UM ESPAÇO PARA A APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE? POR QUÊ?

- SIM, POIS NESSE AMBIENTE É POSSÍVEL IDENTIFICAR OS PROBLEMAS RELACIONADOS A ESSA FAIXA DA POPULAÇÃO.
- SIM, POIS OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DEVEM SER RESPEITADOS NA ESCOLA TAMBÉM.
- SIM. PORQUE A ESCOLA É ONDE AS CRIANÇAS PASSAM MAIOR PARTE DO TEMPO

COMENTÁRIO: Verifica-se dos enunciados acima que há consenso entre alunos, responsáveis e professores de que a escola é um espaço de socialização e aplicação das normas inseridas no ECA. Esta constatação nos leva para as seguintes considerações finais.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nossa pesquisa apontou claramente um descontentamento, por parte dos respondentes, entre o que se representa como a escola desejada e a escola real. A escola desejada aparece como o avesso daquilo que apontam como problemas e conflitos. Ou seja: ao destacar o que compreendem como conflitual, apontam também para o que deveria ocorrer idealmente, caso estes conflitos não existissem. Constatamos, então, existir um consenso entre alunos, responsáveis e professores sobre quais seriam os conflitos enfrentados na escola, e de que esta escola deveria ser um espaço de ordem, disciplina e respeito.

Ocorre, entretanto, que este consenso é percebido apenas por um observador externo. Na arena de convivência interna desses agentes parece não existir uma comunicação a respeito do mesmo. Pelo contrário, existe a sugestão implícita, por parte de cada um dos respondentes, de que seus pensamentos não são compartilhados pelos demais.

Além da existência dos conflitos ser admitida pelas três categorias de respondentes, reconhecem unanimemente que o ECA é a lei própria a se aplicar na escola, pois lá se encontram crianças e adolescentes em grande número. Dizem conhecer o Estatuto e arrolam direitos decorrentes dele, mas não se verifica a mesma facilidade no sentido de inferir deveres correlatos. Tal situação suscita uma análise relacionada à dificuldade generalizada destes atores assumirem responsabilidades em sua convivência, restando a maior parte do discurso culpabilizadora do comportamento do outro.

Nesse sentido verificamos, de certa forma a *contrario sensu* de nossa própria hipótese inicial, que há mais consensos que dissensos em torno da representação do ECA por parte de alunos, pais e professores. Entretanto, como referido, de alguma forma esses consensos não se comunicam no mundo real. Assim, julgamos poder concluir, sobre o problema da eficácia da norma, que pelo menos neste caso ele não começa em sua aceitação ou conhecimento. Nossa análise revelou que pais, professores e alunos estão, de forma geral, em acordo com os princípios do ECA, e que de forma geral não se consideram prejudicados pela sua existência. Em outras palavras, percebemos que o conceito de consenso como atributo prévio da eficácia de uma norma jurídica pressupõe algo além da mera coincidência de opiniões.

No caso em tela parece não ter havido espaço sociopolítico e institucional para que aqueles consensos fossem trabalhados, a fim de instaurarem compromissos sociais. Por outro lado, na medida em que cada agente toma o outro como irresponsável, a instauração de uma rede de comunicação fica obstada, frustrando-se ou dificultando-se a aparição de novos elementos de integração social que superem a velha lógica do Estado-juiz. Caberia indagar, por fim: como tornar eficaz um sistema normativo em que o reconhecimento de direitos se sobreponha ao de deveres, se a existência de um pressupõe o compromisso do outro?

Visando aprimorar uma convivência mais plena em termos de cidadania, em que o Direito funcione no sentido de proporcionar mais Justiça, estes são alguns dos elementos que não podem deixar de ser considerados: para além do consenso em torno da norma, ao cidadão cabe assumir o *quantum* de responsabilidade necessário à sua efetivação. Caso contrário, não só o ECA como qualquer legislação ou instituição jurídica restará inócua para fomentar novas sociabilidades e compromissos ético-jurídicos.

Esse seria, também, um requisito fundamental para darmos um passo além na construção de uma sociabilidade cidadã e democrática, supondo que cidadão é aquele que usufrui os direitos e cumpre os deveres definidos pelas leis e costumes da cidade. Contemplando a soberania, a democracia e a solidariedade, a cidadania é sempre uma conquista coletiva que depende do corajoso empenho de cada um (Dias, 2007).

Em suma, uma concertação na aplicação do ECA exprimiria a visão de Lyra Filho (apud Noleto, 2002: p.153), para o qual “o direito não pode ser compreendido como mera

restrição, - senão enquanto enunciação dos princípios de uma legítima organização social da liberdade". Tal visão reflete uma compreensão da titularidade de direitos em perspectiva emancipatória, bastante apropriada para enfrentarmos alguns dos desafios identificados por esta pesquisa, e que necessariamente deverão ser superados no sentido de efetivar a promoção de uma relação benfazeja entre Direito, Educação e Sociedade.

5 - REFERÊNCIAS

AMORIM, Maria Stella de. **Juizados Especiais na região metropolitana do Rio de Janeiro.** R. SJRJ, Rio de Janeiro, n. 17, p. 107-133, 2006.

BERMAN, Harold. **Law and revolution**. Cambridge, Harvard University Press, 1983.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

___. **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil** - O longo caminho. 3.ed. Rio de

Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

Charaudeau, Patrick. **Grammaire du sens et de l'expression**. Paris: Hachette, 1992.

CONSELHO Tutelar: abrindo caminhos para efetivação dos diretos da infância e juventude. Priscila de Melo Basílio. Disponível em *www.unec.edu.br/ics/artigos/ct.pdf.*

Acesso em 4 abr. 2009.

CONSTITUIÇÃO Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e o Direito à Educação. CAOP da Criança e do Adolescente. Disponível em http://www.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_7_5_1_1.html. Acesso em 14 ago. 2008.

CHRISPINO, Alvaro e CHRISPINO, Raquel S. P. A judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores. **Ensaio: avaliação em Políticas Públicas Educacionais**. Rio de Janeiro, v. 16, n. 58, p. 9-30, jan./mar. 2008.

FONSECA, Maria Thereza Nunes Martins. Famílias e políticas públicas: subsídios para a formulação e gestão das políticas com e para famílias. Disponível em *gabi.ufsj.edu.br/Pagina/ppp-lapip/Arquivos/MariaThereza.pdf. Acesso em 14 ago. 2008.*

MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de Análise do Discurso**. Coord da tradução Fabiana Komesu. São Paulo: Contexto, 2004.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento**. São Paulo-Rio de Janeiro: Hucitec-Abrasco, 1998.

MOSCOVICI, Serge. On social representations. In: R. FARR & S. MOSCOVICI (org.). **Social Representations**. Cambridge: University Press, 1981.

NOLETO, Mauro Almeida. Subjetividade jurídica. A titularidade de direitos em perspectiva emancipatória. In: **Sociologia Jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas**. José Geraldo de Sousa Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

OS DESAFIOS do ECA. Disponível em http://ceale.fae.ufmg.br/~tambor/materia_imprimir.php?txtId=167&catId=. Acesso em 14 fev. 2009.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do Direito. São Paulo: RT, 2003

SIERRA, Vânia Morales Conselho Tutelar: uma identidade em questão.. Disponível em*www.foncaij.org/dwnld/ac_apoio/artigos_doutrinarios/conselhos_tutelares_direitos/ct_identidade_questao.pdf.* Acesso em 3 ago. 2008.

SOCIEDADE precisa discutir autoridade da escola, armas e ECA. Disponível em *www.adital.org.br/site/noticia.asp?busca=&cod=17381&lang=PT - 43k. Acesso em 14 jul. 2009.*

WERNECK, Viana, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. (1999). **A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, Revan.

ANEXO

QUESTIONÁRIO SOBRE

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A ESCOLA

1. QUAIS SÃO OS PROBLEMAS OU CONFLITOS QUE VOCÊ (OU SEU FILHO) ENFRENTA NA ESCOLA? ENUMERE OS TRÊS MAIS IMPORTANTES EM SUA OPINIÃO.

2. QUE ARGUMENTOS VOCÊ USA PARA DEFENDER SEU PONTO DE VISTA DIANTE DOS CONFLITOS NA ESCOLA? ENUMERE OS TRÊS ARGUMENTOS MAIS IMPORTANTES EM SUA OPINIÃO.

3. VOCÊ (OU SEU FILHO) TEM PROBLEMAS NA RELAÇÃO COM PROFESSORES, FUNCIONÁRIOS (DIREÇÃO, COORDENAÇÃO, INSPETORES, SECRETARIA, FAXINEIROS, MERENDEIROS ETC) OU AS FAMÍLIAS? ENUMERE OS TRÊS MAIS IMPORTANTES EM SUA OPINIÃO.

4. QUE ARGUMENTOS VOCÊ USA PARA DEFENDER SEU PONTO DE VISTA DIANTE DOS CONFLITOS NA RELAÇÃO COM PROFESSORES, FUNCIONÁRIOS OU FAMÍLIAS? ENUMERE OS TRÊS ARGUMENTOS MAIS IMPORTANTES EM SUA OPINIÃO.

5. ALGUM DE SEUS ARGUMENTOS DE DEFESA É JURÍDICO? OU SEJA, VOCÊ DIZ ESTAR BASEADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL OU EM OUTRA LEI? QUAL?

6. VOCÊ CONHECE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE?

( ) SIM ( ) NÃO. EM CASO AFIRMATIVO, COMO VOCÊ TEVE ACESSO A ELE?

( ) ESCOLA ( ) TV ( ) INTERNET ( ) JORNAL ( ) OUTROS. INDICAR:

7. EM SUA OPINIÃO PARA QUE SERVE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE?

8. ENUMERE OS TRÊS **DIREITOS** MAIS IMPORTANTES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, EM SUA OPINIÃO.

9. ENUMERE OS TRÊS **DEVERES** MAIS IMPORTANTES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, EM SUA OPINIÃO.

10. VOCÊ ACHA QUE A ESCOLA É UM ESPAÇO PARA A APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE? POR QUÊ?

11. VOCÊ JÁ PROCUROU OU FOI CONVOCADO(A) POR ALGUM ÓRGÃO DO ESTADO (CONSELHO TUTELAR/ VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE/ DELEGACIA/ ETC) POR ALGUM PROBLEMA OU CONFLITO NA ESCOLA? QUAL PROBLEMA?

12. SE A RESPOSTA À PERGUNTA ANTERIOR FOI AFIRMATIVA, VOCÊ PROCUROU OU FOI CONVOCADO(A) POR ALGUM DESSES ÓRGÃOS MOTIVADO(A) POR ALGUM DIREITO ESTABELECIDO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE? QUAL?

---

[1] Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

[2] Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: [...]

II - direito de ser respeitado por seus educadores; [...]

Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento, com pena de detenção de seis meses a dois anos.

[3] Ou atos infracionais, como previsto nos arts. 103 e ss do ECA.

[4] Art. 53. [...] III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; [...] Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

[5] Arts. 131 e ss.

[6] “O rótulo ‘Escola Francesa’ permite designar a corrente da análise do discurso dominante na França nos anos 60 e 70. Surgido na metade dos anos 60, esse conjunto de pesquisas foi consagrado em 1969 com a publicação do número 13 da revista *Languages*, intitulado ‘A Análise do discurso’ e com o livro *Análise automática do discurso* de Pêcheux (1938-1983), autor mais representativo dessa corrente. O núcleo dessas pesquisas foi o estudo do discurso político conduzido por lingüista e historiadores com uma metodologia que associava a lingüística estrutural a uma ‘teoria da ideologia’, simultaneamente inspirada na releitura da obra de Marx pelo filósofo Althusser e na psicanálise de Lacan. Tratava-se de pensar a relação entre o ideológico e o lingüístico, evitando, ao mesmo tempo, reduzir o discurso à análise da língua e dissolver o discurso no ideológico.” (Charaudeau e Maingueneau, 2004, 202.)

[7] Categoria criada por Pierre Bourdieu (1983) para definir a estruturação de um raciocínio próprio da relação e práticas dos agentes sociais e seus campos, de forma a legitimar e criar o campo sobre o qual agem. Esse modo de pensar específico dos agentes de um campo de poder é historicamente construído, evoluindo em novas formas de adaptação e reforço de suas convicções, sem, contudo serem atingidos seus princípios essenciais. Ele procura ser maleável aos anseios dos agentes impedidos de adentrar ao campo a fim de que possam se manter as relações de poder como legítimas.

[8] Quanto ao desenvolvimento deste segundo topos semântico é importante a leitura do seguinte trecho de Patrick Charaudeau (2006, p. 79): “Sendo a política um domínio de prática social em que se enfrentam relações de força simbólicas para a conquista e a gestão de um poder, ela só pode ser exercida na condição mínima de ser fundada sobre uma legitimidade adquirida e atribuída. Mas isso não suficiente, pois o sujeito político deve também se mostrar crível e persuadir o maior número de indivíduos de que ele partilha certos valores. É o que coloca a instância política na perspectiva de ter que articular opiniões a fim de estabelecer um consenso.

[9] Ideologia nos sentidos atribuídos por Bourdieu: “O termo ideologia pretende marcar a ruptura com as representações que os próprios agentes querem dar da sua própria prática: ele significa que não se deve tomar à letra as suas declarações, que eles têm interesses, etc.; mas, na sua violência iconoclasta, ele faz esquecer que a dominação à qual é preciso escapar para o objetivar só se exerce porque é ignorada como tal; o termo ideologia significa também que é preciso reintroduzir no modelo científico o fato de a representação objetiva da prática dever ter sido construída contra a experiência inicial da prática ou, se se prefere, o fato de a ‘verdade objetiva’ desta experiência ser inacessível à própria experiência. Marx permite que se arrombem as portas da doxa, da adesão ingênua à experiência inicial; mas, por detrás da porta, há alçapão, e o meio-hábil que se fia no senso comum douto esquece-se de voltar à experiência inicial a construção douta deve ser posta em suspenso. A ‘ideologia’ (a que seria preferível de futuro dar outro nome) não aparece e não se assume como tal, e é deste desconhecimento que lhe vem a sua eficácia simbólica. Em resumo, não basta romper com o senso comum vulgar, nem com o senso douto na sua forma corrente; é preciso romper com os instrumentos de ruptura que anulam a própria experiência contra a qual eles se construíram. E isto para se construírem modelos mais completos, que englobem tanto a ingenuidade inicial como a verdade objetiva por ela dissimulada e à qual, por outra forma de ingenuidade, se prendem os meio-hábeis, aqueles que se sentem astutos. (Não posso deixar de dizer aqui que o prazer de sentir astuto, desmistificado e desmistificador, de brincar aos desencantadores desenganados, tem boa parte em muitas

vocações sociológicas... E o sacrifício que o método rigoroso exige é ainda maior...).” (Bourdieu, 1989, p. 48).

[10] Em anexo.

CONFLITOS ENTRE A EXPANSÃO E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO E O DIREITO AUTORAL: A BIBLIOTECA DIGITAL*

CONFLICTS BETWEEN EFFECTIVE EXPANSION AND THE RIGHT TO EDUCATION AND COPYRIGHT: DIGITAL LIBRARY

Ivan Dias da Motta
Ana Manuela Reis Rampazzo

RESUMO

A educação superior na modalidade à distância veio para ficar. Entretanto, para que ela efetivamente atinja resultados produtivos, como nos cursos presenciais, além dos aspectos técnicos, organizacionais e pedagógicos que envolvem um programa de ensino, necessita de mecanismos de suporte que proporcionem o acesso ao conhecimento e auxilie na realização das atividades requisitadas. Nessa seara, nasce a biblioteca digital, importante ferramenta de apoio ao processo educacional, visto que, ao disponibilizar on line conteúdos e materiais complementares, facilita a compreensão da disciplina ministrada. Entretanto, esse importante instrumento auxiliar esbarra na lei de direitos autorais, que inviabiliza a veiculação de obras que não se encontram em domínio público. Nesse contexto, analisa-se o choque entre o direito à educação superior na modalidade à distância, que possui como ferramenta de auxílio à informação a biblioteca digital e os direitos patrimoniais do Autor, quando da divulgação através desse suporte digital.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO À EDUCAÇÃO, DIREITO AUTORAL, DIREITO DA PERSONALIDADE, ENSINO À DISTÂNCIA, BIBLIOTECA DIGITAL

ABSTRACT

The superior education in the long-distance modality lodes to be. However, so that it effectively reaches resulted productive, as in the actual courses, beyond the aspects pedagogical technician, organizational and that involve an education program, it needs support mechanisms that provide the access to the knowledge and assist in the accomplishment of the requested activities. In this part, is born the digital library, important tool of support to the educational process, since, when to availability on line complementary contents and materials, facilitate the understanding of discipline given. However, this important instrument auxiliary it dashes in the law of copyrights, that it makes impracticable the propagation of workmanships that doesn't meet in public domain. In this context, the shock is analyzed enters the right to the superior education in the long-distance modality, that it possesss as tool of aid to the information the digital library and the patrimonial rights of the Author, when of the spreading through this digital support.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: RIGHT TO EDUCATION; COPYRIGHT; RIGHT OF PERSONALITY; DISTANCE LEARNING; DIGITAL LIBRARY.

INTRODUÇÃO

Ainda que não integre o rol dos direitos naturais, o direito a educação está intimamente ligado ao nascimento da sociedade moderna, sendo o caminho trilhado por cada indivíduo que almeja alcançar a igualdade de oportunidades e se diferenciar em decorrência de seus méritos. É através do conhecimento que o ser humano se desenvolve em todas as suas dimensões: o *singulus*, o *civis* e o *socius.*

Nesse contexto, o direito à educação, em especial a escolar, seja ela a nível fundamental ou superior, representa um dos temas que não perderam e nem perderão sua atualidade, pois, mais que uma exigência contemporânea ligada à inserção profissional e aos processos produtivos, é valor fundante da cidadania.

Locke adverte que o caminho que leva à construção da "sociedade racionalmente iluminada" implica em um gigantesco processo de educação, não limitado a transmissão de conhecimento, mas a formação da cidadania.[1] Eis o motivo pelo qual a instrução é reconhecida e protegida legalmente.

Todavia, apesar das muitas conquistas, como a escola primária gratuita e obrigatória, bem como sua extensão progressiva aos níveis mais elevados, ainda existe um grande número de pessoas que não possui escolaridade ou apenas cursaram poucos anos.

A pirâmide educacional segue junto à de distribuição de renda e riquezas, sendo que, na sociedade atual, denominada "do conhecimento", aumenta a distância entre ricos e pobres também em razão da dificuldade de acesso às universidades e à literatura que o propicie conhecimento.

Independente da existência de desigualdades social, econômica e política, que representam considerável obstáculo ao exercício desse ideal democrático, e objetivando efetivar o direito à educação ao ensino superior, ganha espaço a modalidade de ensino à distância, que, unindo tecnologia ao ensino, almeja contribuir na resolução de problemas relacionados à demanda, espaço, tempo, qualidade, eficiência e eficácia, já atingido excelentes resultados.

Com ela, aparece a biblioteca digital, ferramenta de extrema valia, criada para auxiliar os usuários dessa modalidade de ensino, sejam alunos, professores, tutores e demais envolvidos, a ter acesso a conteúdos principais e complementares que auxiliam o processo de aprendizagem.

Apesar da importância que este instrumento adquiriu no cenário educacional, resultado do grande contingente que atinge, a lei de direitos autorais, da forma como vem sendo interpretada, engessa o instrumento, vez que proíbe a divulgação de obras que ainda não

se encontram em domínio público, sob o fundamento da ilicitude de cópias desautorizadas, ainda que somente seja permitido a visualização das obras sem a possibilidade de impressão das mesmas.

Eis o tema central que o presente artigo objetiva abordar: o conflito de direitos, onde de um lado tem-se o Direito à Educação, cujo acesso ao ensino superior foi consideravelmente expandido a partir da década de 90 face a utilização da modalidade à distância, que conta com uma importante ferramenta auxiliar em seu processo educacional, qual seja: a Biblioteca Digital, e de outro, a proteção dos direitos patrimoniais do Autor quando se veicula nesse suporte digital obras legalmente protegidas.

1 DIREITO À EDUCAÇÃO

Nenhum dos direitos civis, políticos, econômicos e sociais podem ser exercidos pelo homem a não ser que ele tenha recebido o mínimo de educação, que, junto com alguns outros direitos, formam o mínimo existencial e possibilitam uma vida digna e participativa das decisões estatais. Nas palavras do professor Ricardo Lobo Torres:

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo.[2]

No mesmo sentido leciona Celso Antônio Pacheco Fiorillo ao afirmar que o piso normativo mínimo refere-se:

[…] às condições sem as quais o homem não pode viver dignamente, indicando que tais condições estão expressas no art. 6º da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos sociais à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.[3]

Pois bem, a Constituição Federal brasileira consagrou a educação como direito fundamental, que tem por objetivo criar condições para que as pessoas se desenvolvam e conquistem o necessário para viver em sociedade. Ela representa o principal veículo pelo qual os social e economicamente marginalizados podem modificar essa condição e obter meios para participar integralmente da comunidade a qual está inserido.

Comungando desse entendimento, o professor José Afonso da Silva leciona ser a educação um dos "[...] indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana".[4]

Já José Celso de Mello Filho, citado por Alexandre de Moraes, pontua que o conceito de educação:

[…] é mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: a) qualificar o educando para o trabalho; b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático.[5]

Portanto, dessume-se do escólio do referido doutrinador que o conceito de educação não envolve apenas o de mera instrução escolar consubstanciada na alfabetização do educando, abrange também a qualificação para o trabalho e preparação para o exercício consciente da cidadania.

Não obstante ter iniciado com a declaração de um direito tão amplo, o presente estudo limitar-se-á à análise do direito ao ensino e à educação escolarizada formal, mais especificamente no que tange ao ensino superior, visto ser um tema que reclama maior atuação estatal.

2 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO E DEVER

Note-se que o legislador considerou a educação de suma importância quando regulamentou o tema na Constituição Federal, lembrando que Direito Constitucional “é o ramo de Direito Público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado”.[6]

A Carta Magna inicia seu capítulo específico sobre o tema declarando que todos têm direito a educação, sendo dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade, incentivá-la e promovê-la para se alcançar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205).

Note-se, ademais, que o claro objetivo do dispositivo constitucional foi o de atribuir justiciabilidade ao direito à educação. Em outras palavras, caso o Poder Público peque no seu dever de prestar a educação, tal direito pode, e deve, ser reivindicado judicialmente.[7]

Em seguida, o artigo 206 prescreve que o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

a) Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

b) Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber,

c) O pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

d) Gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

e) Valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;

f) Gestão democrática do ensino público, na forma da Lei;

g) Garantia do padrão de qualidade.

É de observar a preocupação do legislador em garantir a liberdade de ensino desvinculada de concepções políticas, ideológicas ou religiosas, garantindo o pluralismo de idéias, isso porque somente por meio de várias concepções pedagógicas, pode, quer quem oferece, quer quem recebe o ensino, escolher o que melhor lhe atende.

Alexandre de Morais pontua que a:

[…] liberdade de cátedra é um direito do professor, que poderá livremente exteriorizar seus ensinamentos aos alunos, sem qualquer ingerência administrativa, ressalvada, porém, a possibilidade da fixação do currículo escolar pelo órgão competente[8].

O ideal de liberdade é reforçado pela legalidade da coexistência de escolas públicas e privadas, sendo a atuação destas vinculadas a autorização do Poder Público.

Acompanha a liberdade de ensino: a garantia da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, a gratuidade do ensino público, a valorização dos profissionais do magistério, a gestão democrática do ensino público e garantia do padrão de qualidade, prerrogativas imprescindíveis para que este direito possa ser usufruído.

Neste ponto, é visível a preocupação do Estado com a transmissão do conhecimento, zelando pela qualidade e incentivo aos profissionais da rede pública de ensino, porquanto responsáveis pela formação dos futuros cidadãos.

Entretanto, os princípios analisados, apesar de nobres e de forte impacto quando pronunciados, são insuficientes para se concretizar o acesso à educação, merecendo melhores políticas públicas que efetivamente a viabilizem, pois, de fato, ainda atualmente, em algumas regiões do País, a desigualdade está tanto no acesso às escolas, principalmente às universidades, como na qualidade de ensino recebido nelas, diminuindo as chances dos educandos do ensino público ingressarem em universidades também públicas.

Ainda, de que adiantaria a liberdade de ensino, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, sem a complementação, através de normas, que obriguem o Estado a garantir a instrução desde zero ano até a formação nos níveis mais elevados do ensino, tanto para os que iniciaram na época apropriada como aos que serodiamente obtiveram a luz do aprendizado, seja aos portadores de deficiência, seja aos que necessitam laborar no período matutino e vespertino?

Para que serve os princípios quando alunos não possuem condições de se deslocarem até a escola, ou não possuem condições financeiras de obterem materiais didáticos e as bibliotecas disponíveis não oferecem obras e exemplares suficientes para suprir as necessidades dos estudantes, ou quando sequer estão nutridos para a perfeita compreensão do tema proposto pelo educador?

Eis a *ratio* desses preceitos constitucionais, lembrando que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo e o não oferecimento ou oferta irregular importa em responsabilidade do Poder Público (§§ 1º e 2º do art. 208 CF).

3 OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS DA EDUCAÇÃO

Requisito de grande importância para a evolução da nação é a educação, peça fundamental para se alcançar a igualdade, dignidade humana e o próprio direito a vida.

[...] ela é o pilar do país, tanto que "guarda a responsabilidade de formar um cidadão ético e capaz de cultuar a moralidade a fim de preservar e garantir a manutenção dos direitos fundamentais prescritos na Carta Magna." [9]

Cumpre indagar qual o objetivo do Estado ao propiciar educação aos "súditos"?

A resposta é encontrada nos incisos de I a V do artigo 214 da Constituição Federal, que prevê a edição de lei estabelecendo o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando a articulação e o desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e a integração das ações do Poder Público que conduzam à:

a) Erradicação do analfabetismo;

b) Universalização do atendimento escolar;

c) Melhoria da qualidade do ensino;

d) Formação para o trabalho;

e) Promoção humanística, científica e tecnológica do país.

Parece óbvio que não interessa ao Estado governar uma nação formada por pessoas analfabetas, que não conseguem discernir leis, decretos e regulamento para a fiel observância, o que levaria ao caos. A formação de um cidadão pressupõe a alfabetização, para que a pessoa tenha condições de exercer e exigir direitos e respeitar deveres, razão pela qual o artigo 205 afirma que a educação visa preparar a pessoa para o exercício da cidadania, já que o ignorante perde a condição real de apreciar e escolher livremente.

A importância da instrução associada à idéia de cidadania se reflete na inelegibilidade do analfabeto (at. 14, § 4º CF), pois nada produzirá em prol do interesse coletivo. Menos acentuada, mas com significado semelhante, é o fato do voto ser facultativo para os analfabetos, a rigor do artigo 14, inciso II, alínea "a" da Constituição Federal, evidenciando ser irrelevante sua opinião/decisão nos rumos da política de seu país, ou, no mínimo, que não possui condições suficientes para contribuir para tanto.

Dentre os objetivos constitucionais da educação, também consta a formação e a qualificação para trabalho, pois quanto maior a grau de instrução da pessoa, maior será o rendimento laboral num determinado ramo explorado.

A educação também tem por objetivo a promoção humanística, científica e tecnológica do país visando o progresso da nação em busca do interesse coletivo e ao desenvolvimento sustentável e civilizado das relações entre pessoas, com a ciência e tecnologia, nesse escopo a qualificação dos mestres se torna imprescindível.

4 ORGANIZAÇÃO DOS SISTEMAS DE ENSINO

O artigo 211 da Constituição Federal dispõe que a "União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino". E seus parágrafos esclarecem que à União incumbe organizar o sistema federal, financiando as instituições de ensino públicas federais e exercendo, em matéria educacional, função resdistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (§1º do art. 211 da CF).

Por sua vez, os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio, quando os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (§§ 2º e 3º do art. 211 da CF).

O legislador, no intuito de garantir a aplicação obrigatório das receitas tributárias na educação, estabeleceu que a União aplicará, anualmente, no mínimo 18% de seu orçamento e os Estados, Distrito Federal e Municípios, no mínimo 25% para a manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212 CF).

Os recursos públicos poderão ser dirigidos às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que comprovem finalidade não lucrativa e apliquem os excedentes em educação, assegurando a destinação de seu patrimônio à outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades (art. 213 e incisos da CF).

O Estado ainda garante a exploração do ensino à atividade privada desde que cumpra as normas gerais da educação nacional e obtenham autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (art. 209, incisos I e II).

5 ENSINO SUPERIOR

A segunda metade do século XX representa um marco na história do ensino superior, vez que o número de matrículas de estudantes em escala mundial passou de 13 milhões em 1960 para 82 milhões em 1995, conforme divulgado pela UNESCO.

Sem dúvida, a educação superior vem dando amplas demonstrações de sua importância para promover transformações na sociedade, razão pela qual passou a fazer parte do rol de temas considerados prioritários e estratégicos para o futuro das nações.

A convicção de que o desenvolvimento do país requer a ampliação dos níveis de escolaridade da população foi considerado pelo constituinte de 1988, que apontou no artigo 208 da Constituição Federal os critérios organizacionais da educação no País, deixando claro o fato de que o direito público subjetivo à educação envolve a básica (infantil, fundamental e média) e a superior (bacharelados e pós-graduação), sendo um equívoco apontar que apenas o ensino fundamental é dotado de obrigatoriedade.

No que se refere às universidades, a Constituição atribuiu autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, consoante se infere do artigo 207, estabelecendo a indissolubilidade entre o ensino, pesquisa e extensão, como princípio.

Zulmar Fachin observa que este princípio, “de elevada significação, tem sido um dos temas mais importantes na teoria da educação, exigindo-se do professor a pesquisa e do pesquisador, a docência” e, citando Pedro Demo pontua que “quem ensina carece pesquisar; quem pesquisa carece ensinar. Professor que apenas ensina jamais o foi. Pesquisador que só pesquisa é elitista explorado, privilegiado e acomodado”[10].

Ainda, as necessidades atuais e o novo perfil do aluno, que exige flexibilidade, agilidade, alternativas de formação adequadas às expectativas de rápida inserção num sistema produtivo em constante mudança, ocasionou a ruptura com padrões e modelos rígidos e, em muitos casos, indiferenciados de educação superior.

Igualmente implica em mudanças no perfil de formação, qualificando-a no tocante ao domínio de conhecimento, na capacidade de aplicá-los criativamente na solução de problemas concretos, no desenvolvimento de espírito de liderança e polivalência funcional, bem como, na maior adaptabilidade à mudança tecnológica, de informação e comunicação. Fundamental é que essas mudanças assegurem a ampliação do acesso à educação superior.[11]

O impacto do novo paradigma sobre a educação superior levou o Governo Lula, a elaborar um dossiê sobre o assunto, onde se buscou discutir uma nova reforma, proposta pelo MEC. A "reforma" tem aspectos positivos, como a garantia de autonomia com financiamento para as universidades públicas, mas também muitos pontos polêmicos, pois trata, em um único texto, temas que ora são objetos de medida de reforma, ora são políticas educacionais e que não precisariam integrar o documento, como as medidas afirmativas e de inclusão social. Outro problema que o texto apresenta é que ora ele trata de questões relativas ao sistema publico federal e ora de mudanças que dizem respeito ao sistema como um todo, incluindo o setor privado. Mais uma vez, a oportunidade de se promover as mudanças necessárias com objetividade, a partir de diagnósticos precisos e que definem prioridades e proponham uma dinâmica para o sistema de educação superior que atenda as demandas impostas pela sociedade contemporânea é desperdiçada.

O Brasil enfrenta, neste campo, graves problemas que precisam de soluções inteligentes e viáveis. Os grandes desafios da educação superior estão relacionados a inúmeras questões, tais como: a ampliação e maior eqüidade nas condições do acesso; formação com qualidade; diversificação da oferta de cursos e níveis de formação; qualificação dos profissionais docentes; garantia de financiamento, especialmente para o setor público; empregabilidade dos formandos e egressos; relevância social dos programas oferecidos; e estímulo à pesquisa científica e tecnológica.

Objetivando diminuir os problemas elencados, bem como expandir o acesso ao nível superior de ensino, aparece a Educação à Distancia, a seguir analisada.

5.1 Educação à Distância

As primeiras experiências à distancia aplicadas no campo educacional datam da Antigüidade, no intercâmbio de mensagens escritas com o fim de provocar a aprendizagem em discípulos. Porém, foi o anúncio de um curso de taquigrafia estruturado por correspondência e publicado em 1728, pela Gazeta de Boston, que efetivamente iniciou um sistema de ensino à distância[12]. Mais tarde, mais precisamente na metade do século XIX, nasce a primeira ação institucionalizada.

Após, as iniciativas isoladas contribuíram para a disseminação dessa modalidade de ensino, sendo digno de menção o surgimento, nas duas últimas décadas, das megauniversidades, que, em geral, seguiam o modelo da Universidade Aberta (Open

University) da Inglaterra, que, em 1969, contava com aproximadamente 200 mil alunos espalhados pelo Reino Unido e outros países.

Os resultados alcançados despertaram o interesse dos governos, como o Brasil que contemplou no artigo 80, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (n.º 9.394/96), ser dever do "poder público incentivar o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada", impulsionado a expansão de cursos à distância.

Semelhante ao que ocorreu no restante do Mundo, a educação à distância em nosso país iniciou-se por correspondência, passando por transmissão radiofônica, televisiva e chegando a sistemas interativos. A união da tecnologia à educação buscou a criação de uma modalidade de ensino que pudesse ajudar a resolver problemas de demanda, espaço, tempo, qualidade, eficiência e eficácia, ampliando o acesso à educação, com aulas ministradas pelo rádio.

Mas, é a partir da década de 60, que se encontram registros de programas de Educação à distância, sendo criado, na estrutura do Ministério da Educação e Cultura, o Programa Nacional de Teleducação (Prontel).

Anos mais tarde, em 1992, foi instaurada na estrutura do MEC, a Coordenadoria Nacional de Educação a Distância e, em 1995 foi instituída a Secretaria de Educação a Distância, que atua como um agente de inovação tecnológica nos processos de ensino e aprendizagem, fomentando a incorporação das tecnologias de informação e comunicação (TICs) e das técnicas de educação à distância aos métodos didático-pedagógicos. Além de promover a pesquisa e o desenvolvimento voltados para a introdução de novos conceitos e práticas nas escolas públicas brasileiras.

Pioneiro na utilização da televisão no processo educativo, o Centro Brasileiro de Televisão Educativa Gilson Amado, transformou-se, em 1990, em Fundação Roquete Pinto, e teve um importante papel na história de educação à distância no Brasil, ao lado da Rádio MEC. Já a Universidade de Brasília (UnB) iniciou suas experiências com educação a distância em 1979, através de um curso de extensão, com oferta a outros estados. A grande procura fez o programa se tornar Coordenadoria de Educação a Distância e, mais tarde, transformar-se no Centro de Educação Aberta Continuada a Distância (Cead). Neste, foi desenvolvido a primeira experiência com *software* e com atividades utilizando multimídia e CD-ROM.

As experiências da UnB impulsionaram o desenvolvimento da educação à distância em nível nacional, e junto com outras universidades públicas, lançaram a Rede Brasileira de Educação Superior à Distância que, em parceria com a Unesco e com o Instituto Nacional de Educação à Distância (INED), criaram o Fórum, lançaram a revista *Educação a Distância* – INED e organizaram a 1ª Conferência Interamericana de Educação a Distância (Cread), no Distrito Federal, em 1995.

Nessa trajetória da educação em nosso país, dois marcos merecem ainda ser pontuados. São eles: o curso *Um Salto para o Futuro e TV Escola*, criados em 1991 pela Fundação Roquete Pinto, e que utilizaram multimeios como televisão, rádio, fax, telefone e material impresso no processo de aprendizagem.

A abrangência, importância e resultados desses ocasionaram a mudança de mentalidade e um direcionamento de ações concretas na expansão da educação à distância, inicialmente voltada à formação de professores e hoje estendidas as várias áreas do conhecimento. Nos dizeres de Saraiva:

[…] oportunizou a milhares de professores a intimidade com o processo educativo superador de distâncias e com a diversidade de soluções de uso pedagógico das tecnologias de comunicação. E foi a partir da sua abrangência nacional e dos resultados alcançados que se abriram novas perspectivas para a EaD no Brasil.[13]

Com esse pequeno histórico sobre a educação à distância, não se pretende esgotar o assunto, somente contribuir para se conhecer o funcionamento e a amplitude dessa modalidade educacional.

No entanto, somente o relato histórico não basta para compor um panorama atual da educação à distância no Brasil, sendo importante tecer outras reflexões, com vistas à compreensão do contexto em que estas experiências vêm se desenvolvendo.

Como se pôde observar, pela própria apresentação dos programas envolvendo educação à distância, este método de ensino, a princípio, foi utilizada para cobrir as falhas do sistema tradicional, sendo considerado *um estepe do ensino*, como chamou Levy. Atribui-se a ela, uma conotação de educação de "*segunda categoria*"[14] destinada àqueles que não tiveram oportunidade de uma "*educação melhor*" oferecida pela escola presencial.

Todavia, os avanços dos meios de comunicação e da tecnologia ocasionaram uma revolução a este cenário, haja vista que a modalidade à distância possibilitou o acesso a cursos de formação de pessoas que, em situação de ensino presencial, não possuíam condições de freqüentar uma universidade, quer pelo custo, quer pela dificuldade de acesso aos grandes centros (pela distância, tempo, transporte etc.).

Arredondo acrescenta que as próprias especificidades desta modalidade de ensino precisam ser consideradas ao se optar por um programa de ensino a distância. São elas: a separação do contato direto entre aluno e professor; sistema de multimídia, como laboratórios de informática e de idiomas, recursos tecnológicos como vídeos, computadores, rede via satélite, entre outros; organização de apoio como salas centrais (de emissão) e periféricas (de recepção); material didático pré-elaborado; equipe de professores docentes especializados; biblioteca; comunicação bilateral através de telefone, cartas, fax, correio eletrônico, internet; procedimentos instrucionais ou multiplicação de materiais; economia (gastos que se dividem entre exemplares e usuários); comunicação maciça que rompe os limites espaciais e temporais, em resposta às demandas sociais emergentes; conversão didática interativa; flexibilidade de tempo e lugar (região geográfica, distância); sistema de monitoria como apoio; motivação perto do aluno e proposta de definição próxima à realidade do aluno. [15]

Esses elementos interferem no sucesso ou insucesso de um programa de ensino a distância e são comprometedores da sua qualidade, assim como a aplicabilidade e as condições de oferta.

Como nos cursos presenciais, além dos aspectos técnicos, organizacionais e pedagógicos que envolvem um programa de ensino à distância, faz-se necessário considerar os mecanismos de suporte para a realização das atividades e de acesso ao conhecimento.

Nesse seara, nascem as bibliotecas digitais, responsáveis pela disponibilização *on line* de conteúdos e materiais complementares e que representam um preciso e adequado suporte de informação para os cursos à distância, visto permitir o acesso integral aos conteúdos ministrados e de interesse geral. Analisa-se brevemente a ferramenta.

6 A BIBLIOTECA DIGITAL

As atuais ferramentas de comunicação e informação aliadas à concepção contemporânea de ensino na modalidade à distância ocasionaram o rompimento dos padrões tradicionais, criando um novo paradigma.

Neste modelo, conceitos foram agregados no campo educacional, como a utilização de metodologias interativas e colaborativas mediadas por um computador, que criou novas estratégias de aprendizagem, permitindo ao aluno ser, simultaneamente, sujeito e agente do processo de construção do saber, viabilizando a sua formação reflexiva e pesquisadora.

Esse cenário contribuiu para expandir o acesso à informação além das estruturas formais, gerando possibilidades de obtê-las através do uso dos aparatos tecnológicos, quer no que se refere ao suporte, quer no que tange aos meios de transmissão da informação.

Almejando facilitar a apropriação e construção do conhecimento, as bibliotecas digitais afloram como opção mais indicada para auxiliar o processo de ensino-aprendizagem, vez que constroem repertórios de dados organizados que auxiliam os usuários em suas diversas atividades e oferecem serviços de apoio pedagógico na realização das atividades acadêmicas.

Apesar de também abarcar algumas atividades comuns às bibliotecas tradicionais, a digital objetiva atender prontamente as necessidades informacionais dos seus usuários, levando Atkins a destacar ser este um ambiente voltado para a reunião de coleções, serviços e pessoas com o intuito de apoiar o ciclo completo da criação, ou seja, a disseminação, discussão, colaboração, utilização, nova autoria, preservação de dados, informações e conhecimento[16]. E Zastrow complementa que elas devem oferecer também serviços de referencia digital, assistência na pesquisa acadêmica, instrução bibliográfica[17]. Assim:

A Biblioteca Digital difere-se das demais, porque a informação que ela contém existe apenas na forma digital, podendo residir em meios diferentes de armazenagem, como as

memórias eletrônicas (discos magnéticos e ópticos). Desta forma a Biblioteca Digital não contém livros na forma convencional e a informação pode ser acessada, em locais específicos e remotamente, por meio de redes de computadores. A grande vantagem da informação digitalizada é que ela pode ser compartilhada instantânea e facilmente, como um custo relativamente baixo.[18]

Camargo e Vidotti acrescentam que:

[...] o principal contexto é que este tipo de biblioteca implica em novas funções em relação ao armazenamento, organização e recuperação de informação, permitindo acesso remoto e simultâneo, disponibilizando serviços e produtos, possibilitando recuperar documentos completos e bibliográficos, possuindo diversos tipos de registros (música, imagem) e utilizando sistemas inteligentes que ajudam na recuperação da informação.[19]

Dessa forma, em meio à avalanche de informações que nos deparamos atualmente, elas tem o papel de refinar, organizar e estruturar os conteúdos que serão disponibilizados, representando uma ferramenta de suporte pedagógico capaz de melhorar o uso das tecnologias da informação agregando valores aos serviços oferecidos, além de possuir uma política de funcionamento séria e responsável.

Construir uma biblioteca digital, contudo, não é tarefa fácil, até porque a literatura especializada sobre a arquitetura da informação[20] destas é escasso, o que leva cada instituição a optar pela disposição de conteúdo e estratégia de navegação do usuário que melhor lhe convir, colaborando para a inexistência de um padrão a ser seguido.

Porém, todas necessitam de uma coleção de documentos digitais em vários formatos, mídia e conteúdo, associados a componentes de hardwares e softwares que operam em conjunto, por meio de vários formatos de dados e algoritmos. O desenvolvimento desse sistema pode se dar através de software livre, inclusive com linguagem XML e protocolos de arquivos abertos, tendência mundialmente utilizada para a divulgação de dissertações e teses; ou através de domínio restrito, que disponibiliza seu acervo à determinada comunidade acadêmica na rede administrativa interna e da Internet, sendo desenvolvidos parâmetros para permitir o acesso aos livros digitalizados e aos vídeos, proibindo a impressão e cópia dos mesmos.

Independente da modalidade adotada (*soft* livre ou restrito), inconteste são as inúmeras facilidades proporcionadas pela pesquisa *on line* nesse ambiente confiável e que permite uma nova sistemática de trabalho e oportunidades. Cita-se: a possibilidade de acesso independente da localização geográfica e horário; agilidade na divulgação e obtenção da informação; uso simultâneo de documento por vários pesquisadores, nos seus próprios ambientes de trabalho; acesso ininterrupto à coleção.

Paradoxalmente, em um momento de abundância informacional que caracteriza a sociedade do conhecimento, a literatura tem demonstrado que a biblioteca digital é um importante instrumento de democratização da informação, contribuindo significativamente para a inclusão social, vez que "parte da evasão em EaD pode estar relacionada com a dificuldade do acesso a fontes bibliográficas".[21]

Blattmann e Belli ressaltam que "estas bibliotecas permitem uma gama de vantagens tanto para os professores como para os estudantes sobre os materiais para a comunicação com pessoas fora do meio de aprendizagem tradicional"[22].

O reconhecimento da utilidade é comprovado pela utilização crescente dos recursos oferecidos, conforme demonstram inúmeras pesquisas confiáveis realizadas na área[23], o que leva a possibilidade de se concluir a existência de uma sintonia considerável entre os objetivos da biblioteca digital e do ensino a distância, visto que ambos objetivam a ruptura com a concepção de espaço, reconhecendo que o aluno pode ter autonomia nessa fase de sua vida escolar. Sendo assim, a biblioteca digital é um suporte pedagógico de vital importância para esse modelo de ensino, mediando a informação entre alunos, professores, tutores e fontes.

Apesar dos benéficos que a ferramenta pode propiciar aos alunos remotos, novas preocupações surgem no cenário bibliotecário subsidiário do EaD, como por exemplo a obtenção e pagamento dos direitos autorais, ainda que em domínio restrito à instituição, questão polêmica, mas que ousamos abordar nesse momento.

7 LITERATURA DISPONÍVEL E TRATAMENTO DOS DIREITOS AUTORAIS

A proteção autoral corresponde a um conjunto de direitos exclusivos relativos às obras literárias e artísticas, com o objetivo de promover a ciência, a cultura e as artes, estabelecendo, simultaneamente, um triplo equilíbrio entre os direitos dos criadores, dos empreendedores, tais como os editores, os organismos de radiodifusão, os produtores de fonogramas, etc., e os interesses do público.

Em consonância com o artigo 5.2 da Convenção de Berna, a Lei de Direitos Autorais brasileira aderiu ao princípio da proteção automática, segundo o qual o gozo e o exercício deste direito independe de qualquer providência, significando que a reivindicação não deve ser submetida a qualquer formalidade, tal como ocorre com outros direitos intelectuais como as marcas e patentes.

Assim, basta a exteriorização da criação, por meio de qualquer suporte, para que todo mecanismo econômico e social de difusão seja acionado. A publicação, portanto, leva o autor a se beneficiar de um duplo direito: o moral e patrimonial.

Entretanto, a divulgação, geralmente, é realizada por um editor que, através de um documento de cessão dos direitos patrimoniais, é autorizado a explorar comercialmente o fruto do intelecto humano do autor. A partir daí, a reprodução, no todo ou em parte, para fins comerciais, necessita de autorização expressa do autor ou do titular dos

direitos patrimoniais, que pode, caso não respeitado, reclamar e obter justa retribuição decorrente do ilícito perpetrado.

Todavia, da mesma forma que ocorreu na esfera educacional, as redes eletrônicas, os produtos de multimídia e outros inventos tecnológicos da era digital modificaram consideravelmente o processamento, difusão e exploração da informação, criando um novo paradigma, onde algumas peculiaridades relacionadas aos direitos autorais devem ser analisadas.

Assim indaga-se: pode o meio digital ser considerado suporte intangível, enquadrado no conceito do art. 7º da Lei n.º 9610 de 1998? Caso positivo, a divulgação realizada por ele configura reprodução desautorizada, sujeitando-se às sanções legais?

E ainda: a disposição (divulgação) nas bibliotecas digitais, ferramenta sem finalidade lucrativa, de obras que não se encontram em domínio público, apesar da ausência expressa de previsão legal, configuraria ilícito contra o direito patrimonial do autor.

Alia-se a celeuma, a recente crise oposta entre a Associação Brasileira de Direitos Reprográficos (ABDR) e parte da comunidade acadêmica e Instituições de ensino, sobre o uso de cópias reprográficas de livros e artigos para fins didáticos e veiculação de obras no meio virtual, trazendo à tona a colisão de direitos que por muito tempo permaneceu velada.

Nesse contexto, a questão que surge é: qual o limite que deve ser estabelecido aos investimentos econômicos relacionados à reprodução da obra sem criar um ônus intolerável à sociedade?

Tendo como fundamento a legislação vigente, os doutrinadores tradicionais respondem a indagação afirmando que o direito em estudo articula-se em torno dos interesses do criador e do investidor, sendo que o usuário, acadêmico ou não, apenas deve respeitar a prerrogativa dos titulares dos direitos autoral e conexos e arcar com o ônus de se adquirir um exemplar da obra que almeja conhecer ou necessite para o desenvolvimento de sua atividade curricular.

Todavia, o posicionamento começou a ser questionado e revisto, precipuamente na década de noventa, levando a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), no decorrer do ano de 1996, a preparar três novos tratados modificativos da Convenção de Berna, adaptando-a ao meio eletrônico, no sentido de acomodar interesses públicos e privados.

De início, os documentos foram severamente criticados por diversos órgãos de classe, como a Associação de profissionais da informação e documentação, a comunidade científica e acadêmica, as grandes sociedades do setor de informática e das redes de telecomunicações e os provedores de internet, que argumentaram a inexistência de pesquisa séria sobre a temática, bem como que os novos textos privilegiariam exclusivamente os interesses dos detentores dos direitos de exclusividade em detrimento dos interesses da sociedade como um todo.

A mobilização internacional levou os organizadores a recuarem e buscarem um justo equilíbrio entre os interesses antagônicos dos criadores e editores de um lado, e dos

usuários e o interesse coletivo de outro. Assim, a conferência realizada em Genebra, no final do mesmo ano, culminou com a adoção de dois dos três tratados, ressalvados de importantes modificações nos textos iniciais, em particular no que tange a recusa de disposições relativas à cópia temporária, armazenamento em memória cachê das páginas Web, consultadas na seqüência de uma simples navegação na rede.

Também é referência digna de menção no que tange ao estabelecimento e difusão de novos paradigmas no campo da proteção autoral, a Declaração de Berlim, de 22 de outubro de 2003, que seguindo os ideais do movimento Acesso Aberto[24], discute as possibilidades de acesso ao conhecimento científico aberto pela expansão da internet. O texto, assinado por 157 Organizações universitárias, científicas e governamentais, destaca os benefícios propiciados por este instrumento na comunidade acadêmica, reconhecendo que ela "oferece a possibilidade de construir uma representação global e interativa do conhecimento humano, incluindo o patrimônio cultural e a garantia de acesso mundial [...] convertendo-se, assim, em um meio funcional emergente de difusão do conhecimento".

A divulgação da Declaração acrescida de debates se intensificou e outros documentos foram produzidos em defesa do Acesso Aberto. A título ilustrativo cita-se: a "Declaração sobre o acesso à informação científica", promovida por 70 academias de ciência do mundo todo em dezembro de 2003 na Cidade do México; a "Declaração sobre o acesso aos dados de pesquisa com fundos públicos", promovida pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) em janeiro de 2004 em Paris; e a "Declaração sobre o acesso aberto à literatura acadêmica e à documentação de pesquisa" produzida pela Federação Internacional de Associações de Bibliotecas (IFLA) em fevereiro de 2004 em Haia.

No campo das ações, merece destaque a biblioteca eletrônica Scientific Electronic Library Online – SciELO, referência de acesso aberto no Brasil e mundo. Mediante uma parceria entre a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp) e o Centro Latino-Americano e do Caribe de Informação em Ciências da Saúde (Bireme), criou-se este projeto que visa, em última análise, tornar mais acessível a literatura científica brasileira e, ao mesmo tempo, criar uma base de dados que possa ser utilizada para a obtenção de informações úteis aos pesquisadores. Ainda, tem por objetivo o desenvolvimento de uma metodologia comum para a preparação, armazenamento, disseminação e avaliação da produção científica em formato eletrônico, contando, desde 2002 com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq.

Importante esclarecer que não se prega aqui o desrespeito às normas autorais, quanto mais a liberdade ampla e irrestrita dos copistas, o que se busca alertar é o fato de que, além dos direitos do Autor e do Editor, deve se considerar o direito dos educandos à informação e à educação, consubstanciada no acesso à literatura fidedigna sobre os assuntos analisados em aula.

Portanto, quando se confronta o direito privado do criador com um de maior magnitude como o à educação é necessário considerar outro grupo de interesse que, por ser fundamental, merece ser melhor ponderado, visto que a cultura e a educação é um bem comum.

A aplicação de regras que privilegiem, de forma exclusiva, uma das partes, colide com princípios legais básicos, por isso objetiva-se buscar a proporcionalidade entre o interesse coletivo à difusão da cultura e acesso livre ao conhecimento e o direito privado daquele que tanto investiu, financeira e intelectualmente, em sua criação.

Hoje, o alto valor cobrado por download de artigos científicos publicados em revistas renomadas como as da Reuters, inviabiliza o acesso ao conteúdo ali publicado, acarretando restrição ao acesso ao conhecimento e a informação.

Objetivando minimizar essa conseqüência nefasta, o Brasil adotou uma iniciativa inédita: subsidiar o acesso à informação científica às universidades públicas, bem como oferecer, às instituições particulares, o acesso a esses periódicos com custos mais baixos.

Nesse sentido, estudos recentes apontam que se o acesso aos textos acadêmicos fosse aberto, os benefícios não seriam apenas do pesquisador, que contaria com acesso fácil e gratuito ou a baixo custo, às pesquisas, mas também dos autores que atingiriam maior impacto sobre a comunidade científica. Resultado confirmado pelas pesquisas de Tim Brandy, que com base nos índices de citação do conservador Institute for Scientific Information (ISI), quer em publicações anteriores, quer concomitante ao Acesso Aberto, diagnosticou efeito favorável às publicações de acesso aberto, sendo que em certas áreas as diferenças de impacto ultrapassaram 1000%. Em áreas onde há notória resistência ao uso de bases digitais de acesso aberto, como a Antropologia, a Sociologia, a História, as Letras e a Lingüística, a diferença de impacto está entre 852% e 1.236%[25].

Também é importante trazer a baila a ausência de finalidade comercial da conduta, compatível com ditames legais, bem como o fato das bibliotecas digitais, como as bibliotecas tradicionais, apenas emprestarem as obras aos seus alunos, sendo estas protegidas de cópias ou impressão, além do que: a queda considerável nos custos de produção e transmissão da informação também merece destaque na ocasião em que para for se estabelecer um montante aceitável a se pagar.

Diante de uma rápida mudança das tecnologias de produção, editoração e veiculação da informação, objetiva-se buscar um equilíbrio entre os direitos dos autores, eminentemente privado e o direito social à educação, para o desenvolvimento do conhecimento e da democracia.

Nesse contexto, as normas existentes não atendem à realidade, clamando pela discussão real e urgente entre as partes concernentes e pela reelaboração das regras coletivas em jogo.

8 CONCLUSAO

O estabelecimento de regras coletivas assume uma atualidade particular nesse momento em que surge uma verdadeira sociedade da informação, onde as barreiras geográficas podem ser vencidas com um simples *click*, na rede mundial de computadores.

As mudanças no processamento, difusão e exploração da informação, facilitadas pelas tecnologias digitais, permitem a sua rápida transmissão, acesso e reprodução. Entretanto, inúmeras barreiras continuam impedindo estudantes e cientistas de ter livre acesso à informação científica.

A maior parte desses obstáculos tem origem no velho modelo de difusão da informação, baseado no papel histórico das editoras que detinham seu monopólio. Sem dúvida, num passado ainda recente, os titulares dos direitos conexos tinham a função de mediar o caminho a ser percorrido para que conhecimento chegasse à população. No entanto, as práticas sociais e profissionais relativas ao uso dos dados disponíveis modificaram radicalmente a própria economia dessa "indústria", provocando, assim, um questionamento sobre os fundamentos ou justificativas das reivindicações dos titulares desses direitos.

Com as novas tecnologias da informação, a cadeia material que necessariamente ligava o autor ao leitor foi quebrada, levando os setores afetados pelas possibilidades tecnológicas de compartilhamento a rever seus papéis econômicos, o que não significa o fim dos livros ou das revistas impressas, mas faz emergir a reivindicação de que livros e revistas impressos não sejam obstáculos ao acesso livre à informação científica difundida por outro circuito.

As informações precisam ser identificadas, acessadas e assimiladas, mas para que isso aconteça existe a necessidade da organização e disseminação. Este papel sempre coube a biblioteca e as livrarias, todavia, será que no mundo moderno isso é suficiente?

Cremos que não, visto que as informações devem ser disponibilizadas também no ambiente virtual, sem barreiras, sem paredes. As bibliotecas devem expandir sua atuação para que possam integrar-se no processo de ensino e aprendizagem. A demanda, por parte dos estudantes de hoje, não é apenas pela localização da informação, eles precisam de um organismo dinâmico que lhes ofereçam a facilidade em obtê-las para cumprir suas atividades programadas pelo curso.

Todos esses conceitos permitem ressaltar que a potencialização da biblioteca digital tem como objetivo básico tornar acessível a informação e o conhecimento, ao mesmo tempo em que propicia a mediação da informação.

Portanto, é necessário, neste momento, repensar o direito, em especial o autoral, voltando-se em para uma nova compreensão da economia da informação. Assim, as reivindicações dos titulares dos direitos privados não podem ultrapassar certos limites, além dos quais poderiam conduzir a um ônus injustificável, artificial e anormalmente protegidos.

São estes fatos que devem motivar os especialistas a considerar, na elaboração dos textos, noções delicadas, tais como investimento em excesso realizado pelo editor de produtos ou ainda o uso ou reprodução abusiva que pode causar prejuízos reais aos possuidores de direito. Essa mesma análise econômica leva a reconsiderar, por outro lado, a questão do acesso, nas bibliotecas digitais, a conteúdos relacionados à formação.

Visando harmonizar a veiculação da informação nos meios digitais e o direito patrimonial do Autor, bem como objetivando criar um paradigma, a Associação

Brasileira de Direitos Reprográficos (ABDR) e o Grupo Editorial Nacional (GEN) propôs um acordo denominado "Pasta do Professor", onde as editoras autorizariam o repasse de cópia aos alunos, desde que recebam seus direitos, sendo o valor de cada capítulo determinado pelo autor. Em um primeiro momento, a "Pasta" subsidia o valor dos direitos autorais e o objetivo é estender a iniciativa aos sites de venda[26].

Já nos Estados Unidos, um importante acordo também está sendo firmado entre o Google e a Associação de Editoras Americanas. A instituição chegou a processar a gigante das buscas por violação de direitos autorais, pelo escaneamento e publicação das obras na internet, no serviço Google Livros. Caso o acordo ocorra, o Google estará autorizado a escanear livros e encartes com direitos autorais nos EUA, bem como manter um banco de dados eletrônico de livros e utilizá-lo, mediante o pagamentos em espécie para os titulares de direitos de livros e encartes antes de 5 de maio deste ano. Um resumo do acordo - e futuras conseqüências - está publicado em 218 países e em 72 idiomas, complementando o programa de avisos pelo correio que já foram distribuídos. Editoras e afins já podem consultar os termos do acordo no endereço www.googlebooksettlement.com.[27]

Parece evidente que isenções ou limitações devem ser estabelecidas naquilo que diz respeito ao direito à informação e à educação quando confrontada com a proteção do direito autoral, porém os parâmetros devem ser muito bem sobrepesados em favor do bem comum.

9 REFERENCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.* 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARREDONDO, Santiago Castilho. *Educacion a distancia: bases conceptuales y perspectivas mundiales.* Revista Educação a Distância: um debate multidisciplinar. Curitiba: UFPR, 1999.

Associação Brasileira de Direitos Repográficos. Disponível em http://www.abdr.org.br/site/textoview.asp?id=41. Acesso em 14/08/2009

ATKINS, D. E. R*eport of de Santa Fe planning workshop on distributed knowledge work environments: digital libraries,* 1977. University of Michigam School of Information, 1997. Disponível em: <http://www.si.umich.edu/SantaFe/>. Acesso em: 02 de agosto de 2009.

AZEVÊDO, Wilson. *Panorama atual da educação a distância no Brasil.* Disponível em: <http://www.revistaconecta.com/conectados/wilson_seminario.htm>. Acesso em: 03 de agosto de 2009.

BLATTMANN, Ursula; BELLI, Mauro José. *As bibliotecas na educação a distância: revisão de literature*. Rev. Online Prof. Joel Martins, Campinas, v.2, n.1, f.3, out. 2000. Disponível em: <http://www.bibli.fae.unicamp.br/revbfe/v2n1out2000/artigo4.pdf>. Acesso em: 20/02/2009

CAMARGO, Liliane Soares de Araújo de; VIDOTTI, Silvana Ap. Borseti Gregório. A*rquitetura da informação para Biblioteca Digital personalizável.* Disponível em: < http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/eb/article/viewFile/346/389 >. Acesso em: 17 mar. 2009.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional.* 3ª Ed. Método, São Paulo, 2008.

IORILLO, Celso Antônio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2.000.

GALLINDO, Lidia Pereira. *O Direito Educacional E Imunidade Psíquica.* Disponível em: <http://www.ronaldoandrade.com.br/doctos/juris_artigos/de_imun_lidia.htm.> Acesso em: 18/03/2009.

MARCHIORI, P. Z. *"Ciberteca" ou biblioteca virtual: uma perspectiva de gerenciamento de recursos de informação.* Ciência da Informação, Brasília, v.26, n.2, p.115-124, maio/ago. 1997.

MOSTAFA, S. P. *EAD sim. Mas com qual biblioteca?* In: Silva Marcos (org.). Educação on line: teorias, práticas, legislação, formação corporative. São Paulo: Loyola, 2003.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional.* 5ª. Ed., São Paulo, Atlas, 1999.

NEVES, Clarissa Eckert Beate. *Desafios da educação superior.* Disponível em: http://www.adusp.org.br/revista/37/r37a01.pdf>. Acesso em 02 de agosto de 2009.

SARAIVA, Terezinha. *Educação a distância no Brasil: lições da história.* Revista Em Aberto. Brasília: ano 6, nº 70, abr/jun. 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação – Imunidades e Isonomia.*Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

---

[1] LOCKE, John apud OLIVEIRA, I. A. R. *Sociabilidade e direito no liberalismonascente*. Revista Lua Nova, n. 50, 2000, v. II, p. 181.

[2] TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação – Imunidades e Isonomia.*Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 129.

[3] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2.000. p. 14.

[4] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 109.

[5] MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 5ª. Ed., São Paulo, Atlas, 1999, p. 596

[6] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34

[7] ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 490.

[8] Morais, Alexandre de. Direito .. cit., p. 596/597

[9]GALLINDO, Lidia Pereira. *O Direito Educacional E Imunidade Psíquica.* Disponível em: <http://www.ronaldoandrade.com.br/doctos/juris_artigos/de_imun_lidia.htm.> Acesso em: 18/03/2009.

[10] FACHIN, Zulmar, Curso de Direito Constitucional, 3ª Ed. Método, São Paulo, 2008, p. 32

[11] NEVES, Clarissa Eckert Beate. Desafios da educação superior. Disponível em:

[12] SARAIVA, Terezinha. *Educação a distância no Brasil: lições da história.* Revista Em Aberto. Brasília: ano 6, nº 70, abr/jun. 1996, p. 17- 27.

[13] SARAIVA, op. cit, p. 25.

[14] AZEVÊDO, Wilson. P*anorama atual da educação a distância no Brasil*. Disponível em: <http://www.revistaconecta.com/conectados/wilson_seminario.htm>. Acesso em: 03 de agosto de 2009.

[15] ARREDONDO, Santiago Castilho. *Educacion a distancia: bases conceptuales y perspectivas mundiales*. Revista Educação a Distância: um debate multidisciplinar. Curitiba: UFPR, 1999, p. 32-54.

[16] ATKINS, D. E. *Report of de Santa Fe planning workshop on distributed knowledge work environments: digital libraries*, 1977. University of Michigam School of Information, 1997. Disponível em: <http://www.si.umich.edu/SantaFe/>. Acesso em: 02 de agosto de 2009.

[17] ZASTROW, apud BLATTMANN, Úrsula; RADOS, Gregório J. Varvakis. *Bibliotecas acadêmicas na educação a distância.* In: SEMINÁRIO NACIONAL DE BIBLIOTECAS UNIVERSITÁRIAS, Florianópolis, 2000. Anais... Florianópolis: USFC, 2000. Disponível em: <http://snbu.bvs.br/snbu2000/docs/pt/doc/t144.doc>. Acesso em: 06 de julho de 2009.

[18] MARCHIORI, P. Z. *"Ciberteca" ou biblioteca virtual: uma perspectiva de gerenciamento de recursos de informação*. **Ciência da Informação**, Brasília, v.26, n.2, p.115-124, maio/ago. 1997, p. 118.

[19] CAMARGO, Liliane Soares de Araújo de; VIDOTTI, Silvana Ap. Borseti Gregório. A*rquitetura da informação para Biblioteca Digital personalizável.*

Disponível em: < http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/eb/article/viewFile/346/389 >. Acesso em: 17 mar. 2009.

[20] A expressão "arquitetura da informação" popularizou em meados da década de 60, sendo definida como uma estrutura ou mapa de informação que permite pessoas/usuários encontrar seus caminhos pessoais para o conhecimento.

[21] MOSTAFA, S. P. E*AD sim. Mas com qual biblioteca?* In: Silva Marcos (org.). Educação on line: teorias, práticas, legislação, formação corporative. São Paulo: Loyola, 2003, p. 160.

[22] BLATTMANN, Úrsula; BELLI, Mauro José. *As bibliotecas na educação a distância: revisão de literature.* Rev. Online Prof. Joel Martins, Campinas, v.2, n.1, f.3, out. 2000. Disponível em: <http://www.bibli.fae.unicamp.br/revbfe/v2n1out2000/artigo4.pdf>. Acesso em: 20/02/2009.

[23] SILVA, José Fernando Modesto da. I*nternet – biblioteca – comunidade acadêmica:conhecimentos, usos e impactos, pesquisa com três universidades paulistas (UNESP – Unicamp – USP).* Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27143/tde-14022006-140250/. Acesso em: 23/05/2009.

[24] Movimento que prega a disposição pública e livre de um texto, de forma a permitir a leitura, cópia, impressão, distribuição, e quando for o caso o download, de qualquer obra desde que a utilização não vise fins não comerciais.

[25] ORTELLADO, Pablo e MACHADO, Jorge Alberto. *Direitos autorais e o acesso às publicações científicas*, p. 11. Disponível em: <http://www.adusp.org.br/revista/37/r37a01.pdf>. Acesso em 02 de agosto de 2009.

[26] Associação Brasileira de Direitos Repográficos. Disponível em http://www.abdr.org.br/site/textoview.asp?id=41. Acesso em 14/08/2009

[27] Associação Brasileira de Direitos Repográficos. Disponível em http://www.abdr.org.br/site/textoview.asp?id=41. Acesso em 14/08/2009

A INCLUSÃO SOCIAL MEDIANTE AÇÕES EDUCACIONAIS CONSCIENTIZADORAS DA IMPORTÂNCIA DAS RECEITAS FISCAIS*

LA INCLUSIÓN SOCIAL MEDIANTE ACCIONES EDUCACIONALES Y CONSCIENTIZADORAS DE LA IMPORTANCIA DE LAS RECETAS FISCALES

Jeanine Cristiane Benknestein Pinsent

RESUMO

O presente artigo, em uma breve abordagem, analisa em que medida serve o direito fiscal como instrumento, de via à realização da solidariedade social e da cidadania. Num primeiro momento, tratar da solidariedade como conceito geral, bem como de sua construção através do tempo e das várias definições acerca do tema, donde, em seguida, estreitar-se e coligar-se com a definição de cidadania, para posteriormente ser deslocado para o Direito Fiscal. Com estes horizontes, constrói-se a junção ao conceito de poder local, na delimitação do espaço em que haverá a concretização e a efetividade da 'cidadania solidária fiscal'. Neste contexto, o poder de gestão da localidade em que os cidadãos comprometidos solidariamente uns com os outros se inserem, torna-se determinante para a criação de alternativas que tragam respostas as demandas sociais. O programa de educação fiscal criado a partir destes conceitos será uma destas ferramentas a disposição do cidadão, pois não alcançará somente o objetivo precípuo da arrecadação, e sim, a afirmação da cidadania entre crianças e jovens de escolas de ensino fundamental.

PALAVRAS-CHAVES: INCLUSÃO SOCIAL – DIREITO E EDUCAÇÃO - SOLIDARIEDADE FISCAL

RESUMEN

Este artículo hace un abordaje acerca de lo derecho fiscal como instrumento de realización de la solidaridad social y de la ciudadanía. En primer momento, versar sobre la solidaridad como un concepto general, con inclusión de la construcción por medio del tiempo y de las varias definiciones del tema, para en seguida estrecharse con la definición de la ciudadanía, y posteriormente ser desencajado para el Derecho Fiscal. Con estos horizontes, construida a junción a lo concepto del poder local, en la delimitación del espacio en que la concretización y la efectividad de la 'ciudadanía solidaria fiscal'. En este contexto, el poder de gestión local de los ciudadanos comprometidos solidariamente con nosotros determinará la creación de las alternativas que contestarán las demandas sociales. El programa de educación fiscal creado por estos conceptos, tornase una importante herramienta a disposición de los ciudadanos, una vez

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

que alcanzará el objetivo precipuo de la arrecadación, y si el afirmamiento de la ciudadanía entre ticos y jóvenes de todas las escuelas de lo enseno fundamental.

PALAVRAS-CLAVE: INCLUSIÓN SOCIAL – DERECHO Y EDUCACIÓN - SOLIDARIEDAD FISCAL.

INTRODUÇÃO

O presente artigo, em uma breve abordagem, analisa em que medida serve o direito fiscal como instrumento, de via à realização da solidariedade social e da cidadania, através de ações educacionais que privilegiam a inclusão social de crianças e jovens.

Num primeiro momento, tratar da solidariedade como conceito geral, bem como de sua construção através do tempo e das várias definições acerca do tema, donde, em seguida, estreitar-se e coligar-se com a definição de cidadania, para posteriormente ser deslocado para o Direito Fiscal.

Com estes horizontes, constrói-se e solidifica-se a junção ao conceito de poder local, na delimitação do espaço em que haverá a concretização e a efetividade da '*cidadania solidária fiscal'*.

Pois a partir da localidade na qual o cidadão está inserido, que ações voltadas à inclusão social perfazem-se com maior amplitude, haja vista o sentimento de pertencimento àquele espaço determinado. Neste contexto, o poder de gestão da localidade deste cidadão, que unido aos demais, se comprometendo solidariamente uns com os outros, propiciarão espaços para a determinação e criação de alternativas que tragam respostas as demandas sociais por eles pleiteadas.

O programa de educação fiscal criado a partir destes conceitos poderá ser uma destas ferramentas de gestão e de políticas públicas a disposição do cidadão, pois não se alcançará somente o objetivo precípuo da arrecadação, e sim, a afirmação da cidadania entre crianças e jovens de escolas de ensino fundamental.

Com ações voltadas a inclusão destes no contexto da fiscalidade, procurou- se inseri-los em discussões acerca de temas que lhe pareciam distantes da realidade em que viviam. Saber o que se paga de tributos, como calculá-los e onde serão aplicados seus recursos, fez eclodir variantes do saber tanto em sala de aula como em casa, onde levavam seus conhecimentos aos pais.

O orçamento familiar passou a ser controlado. O custo dos produtos, sua verdadeira carga tributária e sua destinação, como recurso da Administração pública, passaram a serem 'vigiados' por estes pequenos cidadãos brasileiros.

1. A SOLIDARIEDADE COMO SENDA PARA A CIDADANIA

A idéia de solidariedade, amplamente desenvolvida por José Casalta Nabais, vai ser (re) descoberta no dobrar do século XIX para o século XX, através duma espécie de frente comum formada, sobretudo por teóricos franceses, em que encontramos economistas como Charles Gide, sociólogos como Emile Durkeim e juristas como Georges Gurvitch, movidos principalmente na busca de repostas para a questão social: 'solidarismo'.

Estes teóricos vão lançar mão da idéia de solidariedade numa versão que, atenta a sua pretensão de movimento amplo e abrangente, passou à história sob a designação da fórmula alemã do socialismo de Estado, dominada pelas idéias de centralização e regulamentação estaduais, vieram contrapor os referidos teóricos franceses, no quadro duma espécie de terceira via entre o liberalismo e o socialismo, a idéia de uma necessária coordenação de esforços entre as diversas instituições não estaduais.[1]

Para o autor, o termo solidariedade tem suas raízes no étimo latino *solidarium*, que vem de *solidum*, *soldum*, que significa inteiro, compacto. Daí a idéia de que obrigação solidária é aquela em que "cada um dos devedores está adstrito ao cumprimento da obrigação por inteiro e cada um dos credores tenha o direito a esse mesmo cumprimento também por inteiro."

Sendo assim, a solidariedade pode ser entendida quer em sentido objetivo, em que se "alude à relação de pertença e, por conseguinte, de partilha e de co-responsabilidade que liga cada um dos indivíduos à sorte e as vicissitudes dos demais membros da comunidade", quer em sentido subjetivo e de ética social, em que a solidariedade "exprime o sentimento, a consciência dessa mesma pertença à comunidade". [2]

Nabais afirma que a solidariedade se prende com o terceiro termo da celebre divisa da Revolução Francesa, isto é, com a fraternidade, constituindo justamente os direitos que vieram concretizar esta idéia, os direitos de solidariedade.[3]

Na terminologia usada por Peces-Barbas, não basta a solidariedade (dos antigos) concebida como a virtude indispensável nas relações com os outros, própria dos grupos primários cujo modelo típico tem se constituído pela família. A solidariedade integra uma outra dimensão (a solidariedade dos modernos), "como um princípio jurídico e político cuja realização passa que pelas comunidades estaduais, seja enquanto comunidade política, seja enquanto comunidade social, quer pela sociedade civil ou comunidade cívica." E nesta última, sobretudo procura analisar-se os termos em que a solidariedade se vem deslocando-se no seio das comunidades primárias para a comunidade estadual, por um lado, e para a sociedade civil ou comunidade cívica, por outro.[4]

Trata-se de distinguir, na concepção de Nabais, dentro da solidariedade que identificamos por solidariedade dos 'modernos', a chamada *vertical*, solidariedade pelos direitos ou solidariedade paterna, da designada solidariedade *horizontal*, solidariedade pelos deveres o solidariedade fraterna.[5]

Naquela, a solidariedade ou a responsabilidade que a cada um cabe pela sorte e destino dos demais membros da comunidade corre sobretudo pela realização. De um lado, dos direitos sociais a cargo essencialmente do Estado social e, de outro, pelos direitos da já mencionada quarta geração constituída, num certo entendimento, tanto pelos direitos ecológicos em que se sobressaem certos direitos coletivos, como pelos direitos de solidariedade intergeracional diacrônica que são basicamente deveres. Com efeito o Estado Social não pode deixar de prover aos mínimos existenciais dos seus cidadãos, definidos em função do nível de estadualidade social alcançado, que o mesmo é dizer em função do seu grau de desenvolvimento econômico e social e do seu empenhamento comunitário constitucionalmente assumido ou recortado. Por outras palavras, o Estado na sua configuração de Estado Social na pode deixar de garantir a cada um dos membros da sua comunidade um adequado nível de realização dos direitos à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, etc.[6]

A solidariedade horizontal, solidariedade dos deveres ou solidariedade fraterna, convoca, dessa forma, de um lado, "os deveres fundamentais constitucionais que o Estado, enquanto seu destinatário direto, não pode deixar de concretizar legislamente e, de outro lado, os deveres de solidariedade que caem à comunidade social ou sociedade civil, entendida esta, em contraposição à sociedade estadual ou política."[7]

Esfera que, é de salientá-lo, vem (re) adquirindo relevo crescente com o confessado limite do Estado social contemporâneo, e que vem manifestando basicamente por duas vias: 1) uma, concretizada na atuação espontânea dos indivíduos e grupos sociais, que nunca deixaram de atuar socialmente mesmo quando o Estado social, apoiado no seu crescimento constante, chegou a julgar-se capaz de realizar todos os anseios dos seus cidadãos e substituir por inteiro a sociedade civil; 2) outra, expressa na solicitação e empenhamento do próprio Estado que, reconhecendo a sua incapacidade, mesmo quando atingiu a forma superlativa do Estado Social, sito é, o Estado de bem-estar, se voltou para a sociedade civil.[8]

Uma expressão deste segundo segmento da solidariedade horizontal é, para Nabais, aliás, a que vem vendo concretizada através do voluntariado social, em que o Estado convoca a colaboração economicamente desinteressada dos indivíduos e grupos sociais, mobilizando-a para a realização daqueles direitos sociais ou dos direitos sociais daqueles destinatários relativamente aos quais da atuação estadual, ou mais amplamente a atuação de caráter institucional, não está em condições de satisfazer.[9]

E não esta em condições de satisfazer não só ou não tanto porque lhe falta aquele ou aqueles elementos de humanidade que só a sociedade civil e cada um dos seus membros, individual ou coletivamente, está em condições de proporcionar. Pois não podemos esqucer que alguns dos problemas que hoje convocam a nossa solidariedade ou mesmo em espécie do Estado ou de outras instituições, o contato e o calor humanos que promovam a recuperação do sentido útil da vida, reconduzindo os excluídos ao seio da família, ao mundo do trabalho, ou ao exercício duma atividade útil inclusivamente em sede de voluntariado social.[10]

A cidadania pode ser definida como a “qualidade dos indivíduos que enquanto membros ativos e passivos de um Estado-nação, são titulares ou destinatários de um determinado número de direitos e deveres universais e, por conseguinte, detentores de um específico nível de igualdade.”

Uma noção de cidadania, em que, na concepção de Nabais, encontra três elementos constitutivos a saber: 1) a titularidade de um determinado número de direitos e deveres numa sociedade específica; 2) a pertença a uma determinada comunidade política (normalmente o Estado), em geral vinculada à idéia de nacionalidade; e 3) a possibilidade de contribuir para a vida pública através da participação.[11]

Na realidade a cidadania comporta e tem sido objeto de desdobramento tanto verticais como horizontais. Por isso, mais do que de cidadania, devemos falar em graus ou níveis de cidadania, por um lado, e em dimensões da cidadania (pessoal, política e social) por outro. E em relação às situações passadas, como cidadania ativa e passiva. Assim, para as pessoas, para além de cidadãos de um determinado país, as *sobrecidadanias* ou cidadania múltiplas. Assim como a *subcidadania* ou cidadania mínima, ou seja, pessoas dentro de um Estado que não estejam na titularidade da cidadania correspondente, isto é, que não sejam cidadãos por igual ou de corpo inteiro. Esta se revela em sede da efetiva capacidade de exercício da cidadania. Com efeito, é esta insuficiência ou ausência de capacidade de exercício que leva à múltiplas e variadas formas de *descidadania*[12]efetiva de nossos dias, ou seja,às bem conhecidas formas de exclusão social.

Tendo em conta o que o autor acaba de expor, não surpreende a existência de importantes relações entre a solidariedade social e a cidadania, relações que leva ao que se pode considerar como *cidadania solidária*.[13]

Efetivamente a solidariedade mais não é do que um aspecto ou dimensão nova, e um aspecto ou uma dimensão nova ativa, da cidadania, nestes ‘tempos de solidariedade’, em que, como contrapeso ao ‘prejuízo egoísta’ como expressão na ‘força excludente e dominadora do mercado’, se ouve, de novo, o bater das badaladas da ‘hora dos cidadãos’. Ou seja, no quadro de uma crescente expansão da cidadania desde a instauração do Estado constitucional, estamos perante uma terceira etapa de afirmação da cidadania.[14]

Na verdade, a cidadania solidária, numa primeira etapa, apresentou-se

“correspondente ao Estado liberal, como uma cidadania passiva, traduzida em uma ‘liberdade comum’ orientada fundamentalmente para a proteção da vida, liberdade e propriedade na esfera privada e familiar, que encarava a comunidade política como algo externo ou alheio à vida comum e, por conseguinte, deixava a criação do direito e sua execução administrativa ao cuidado de políticos profissionais.”[15]

Depois, numa segunda etapa, "correspondente à afirmação do Estado democrático, consolidou-se a idéia da cidadania ativa ou participativa concretizada no sufrágio universal de caráter representativo ou direto, em que o cidadão participa com o seu voto na vida política da comunidade."

Finalmente, num terceiro momento, veio juntar-se a cidadania solidária ou a '*cidadania responsavelmente solidária*', em que o "cidadão assume um novo papel, tomando consciência de que o seu protagonismo ativo na vida pública já não se basta com o controle do exercício dos poderes." Antes passa também pela "assunção de encargos, responsabilidades e deveres que derivam dessa mesma vida pública e que não podem ser encaradas como tarefa exclusivamente estatal, ou seja, como tarefa a concretizar pelo Estado segundo um sistema ou modelo de caráter redistributivo, a partir das contribuições de tipo econômico que os cidadãos realizam."[16]

É certo que esta forma de cidadania pode ser, e tem sido, objeto de algumas objeções. De um lado, argumenta-se dizendo que há uma incompatibilidade entre a solidariedade e a imposição, pelo que integrar as conseqüências jurídicas da solidariedade, impondo deveres exigíveis, em última instância, através de coação, seria negar a própria idéia de solidariedade. Uma argumentação com a qual não podemos, em princípio, deixar de estar de acordo, já que não vemos como possa ser de outra maneira. Com efeito, inscrevendo-se uma tal solidariedade na incapacidade ou mesmo impossibilidade do Estado em realizar alguns aspectos da cidadania pela via da imposição ou coação, não se compreende que a mesma viesse, depois, a concretizar em deveres juridicamente impostos pelo Estado, pois, a ser viável esta via, haveria antes que concluir pela dispensabilidade desse tipo de solidariedade. Ao nosso ver, num tal domínio, o Estado tem de atuar por outras vias, designadamente através da via da promoção ou do incentivo, ou seja, através da concretização da dimensão ou função promocional do direito de que nos fala Norberto Bobbio.[17]

A dimensão solidária da cidadania implica, nesse contexto, "o empenhamento simultaneamente estadual e social de permanente inclusão de todos os membros de uma respectiva comunidade de modo que todos partilhem um mesmo denominador comum, um mesmo 'chão comum', que assim os torne cidadãos de corpo inteiro dessa comunidade."[18]

A cidadania, por sua vez, não é abandonada à sociedade civil, nem é remetida exclusivamente para o Estado. Na verdade Nabais preconiza:

Ou aceitamos que o Estado se empenhe na convocação da sociedade civil, ou pura e simplesmente corremos o risco de regredir ao Estado pré-social, atirando parcelas crescentes da população para situações de *subcidadania* interna ou de *descidadania*, abandonado-as assim á condição de subcidadãos ou de não-cidadãos, como acontece já com cidadãos vítimas de múltiplas formas de exclusão social do nosso tempo. Ora, é justamente em relação à situações de exclusão social que a pretensão de intervenção exclusiva da solidariedade estadual se revela mais claudicante. Daí que, sobretudo neste setor, se imponha a convocação da sociedade civil, a promoção de formas de intervenção ou de atuação que apenas se encontram ao alcance desta, como é, designadamente, o caso do voluntariado social e comunitário.[19]

E na construção dos conceitos acima referidos, Jose Casalta Nabais finalmente questiona:

“Mas em que medida serve o direito fiscal como instrumento, de via à realização da solidariedade social e da cidadania que uma tal solidariedade convoca? Ou, mais especificadamente, em que medida serve o direito fiscal de instrumento à cidadania solidária?”

2. A CIDADANIA SOLIDÁRIA PELA VIA FISCAL

Perguntas cujas respostas levam em consideração no que o direito dos impostos tem servido a concretização fiscal, “muito embora a mesma seja bem mais visível no *Estado fiscal social* do que no *direito fiscal liberal.* Perfilam, nesse domínio perspectivas em que o direito fiscal tem desempenhado esse papel em cada uma dessas formas de Estado fiscal.[20]

Para Nabais, “uma das primeiras manifestações do contributo do direito dos impostos para a cidadania solidária decorre do fato de termos um Estado fiscal, mesmo na forma de Estado fiscal liberal.” Pois, do simples fato de termos um Estado que financeiramente é suportado fundamentalmente por tributos, decorre logo uma “plataforma mínima de solidariedade social”.[21]

Na verdade a simples existência de um Estado fiscal convoca desde logo uma idéia de justiça, que se não contém nos estritos quadros de uma justiça comutativa, como seria a concretizada num Estado financeiramente suportado por tributos bilaterais ou taxas, figura tributária cuja medida se pauta pela idéia de equivalência (entre a prestação em que ela se traduz e a contraprestação específica pública que é a causa) sobretudo quando essa equivalência não é apenas uma equivalência econômica como é o próprio daquelas taxas que nós tendemos a designar por tarifas e que em França, por exemplo, são conhecidas por *redevnces*. Pois, numa tal possibilidade mais aparente do que real, a distribuição dos encargos financeiros do Estado pautar-se-ia exclusivamente pelo princípio do benefício.[22]

O que de todo não ocorre no Estado fiscal, como salienta o autor, “que é suportado por todos nós os cidadãos, ou mais exatamente por todos os residentes que revelem capacidade contributiva”. O que tem por conseqüência ser o “conjunto dos contribuintes a suportar a totalidade dos serviços públicos de que beneficiam todos os cidadãos ou residentes sejam contribuintes ou não”. Daí que a existência de “uma idéia de justiça distributiva traduzida na redistribuição dos rendimentos dos contribuintes para os que não sejam contribuintes”.[23]

Mas foi no quadro do Estado Social que a idéia de solidariedade social encontrou a sua verdadeira concretização. Visto que num Estado fiscal, "a solidariedade social não é apenas uma espécie de efeito externo, decorrente automaticamente do caráter fiscal do Estado, antes se assume como um objetivo a prosseguir pelo Estado e a prosseguir também pela via do direito dos impostos".

Nesse contexto, decorrem duas vias, a saber: "uma, que se traduz na atuação do direito fiscal enquanto direito fiscal, enquanto direito da *fiscalidade*"; outra, "que se traduz na atuação do direito fiscal enquanto direito econômico fiscal, enquanto direto da *extrafiscalidade*". [24]

A solidariedade pela fiscalidade, para Nabais,

(...) há de apontar que a solidariedade social é servida pela via da fiscalidade igualmente quando o legislador fiscal, na seleção e descrição dos fatos tributários de impostos, de fatos tributários em sentido verdadeiro ou próprio, em que portanto a preocupação dominante é a obtenção de receitas, estabelece para alguns deles tratamento diverso do que dispensa à generalidade dos mesmos, designadamente sujeitando-os a uma tributação menor. A função financeira dos impostos, traduzida no fato de a sua exigência e cobrança visarem fundamentalmente fazer face às despesas públicas, constitui um ponto de partida que aqui não pode ser ignorado.

Com efeito, o sistema fiscal, isto é, os tributos no seu conjunto,

(...) ainda servem a solidariedade social na medida em que é integrado por imposto ou impostos com taxa ou alíquota progressiva, independentemente da fundamentação que se defenda para suporte dos impostos, seja ela remetida para o princípio da capacidade contributiva, como defendem alguns, seja ela sustentada pelo princípio do Estado social, não há dúvidas de que a existência de impostos com alíquotas progressivas se traduz num fator importante de realização da solidariedade social.[25]

A segunda via, conforme expõe Nabais, é a solidariedade pela *extrafiscalidade*, que ao lado da solidariedade social engendrada pela fiscalidade, coloca o direito fiscal a serviço da realização imediata ou direta de objetivos de natureza econômica ou social.

A extrafiscalidade que ganhou especial importância com o "advento do Estado Social, no qual se tornou um fenômeno normal, embora em abstrato se concretize tanto em impostos extrafiscais como em benefícios fiscais, na prática, em virtude da raridade de verdadeiros impostos extrafiscais, reconduz-se á concessão de benefícios fiscais."[26]

Com o exposto, Nabais nos convida, não a partir do Estado fiscal, mas a partir dos destinatários do poder deste Estado, a refletir sobre *cidadania fiscal*. Uma cidadania que, embora de um lado, "implique que todos suportem o Estado", ou seja, que "todos tenham a qualidade de destinatários do dever fundamental de pagar impostos na medida da sua capacidade contributiva", de outro, impõe que "tenhamos um Estado fiscal suportável, isto é, um Estado cujo sistema fiscal se encontre balizado por estritos limites jurídico-constitucionais."[27]

O que significa que o Estado fiscal implica uma cidadania de liberdade cujo preço reside em sermos todos destinatários do dever fundamental de pagar impostos. Deste modo, a estadualidade fiscal exprime mesmo uma idéia de alcance mais vasto, pois tem subjacente a primazia da liberdade, a primazia dos direitos fundamentais face aos demais valores ou bens constitucionais em que naturalmente se integrem os deveres fundamentais.[28]

Ainda, levando-se em conta o fim da distinção entre *cidadania ativa* e *cidadania passiva*, isto é, "o fim do sufrágio censitário e a universalidade do direito de voto, temos uma cidadania plena de todos os membros da comunidade". Pelo que o "Estado passou a ter por suporte ativo todos os membros da respectiva comunidade". Nesse contexto, todos têm "simultaneamente o dever de suportar financeiramente o Estado e o direito (direito dever) de ter uma palavra a dizer sobre os impostos que estamos dispostos a pagar".[29]

Um dever-direito que tem outro significado, designadamente, que a nenhum momento da comunidade pode ser permitido excluir-se de contribuir para o suporte financeiro da mesma, incumbindo-se, por conseguinte, ao Estado obrigar todos a cumprir o referido dever. Pois embora tal dever, como qualquer dever, constitua diretamente uma posição passiva do contribuinte traduzida no direito de este exigir do Estado que todos os membros da comunidade com a respectiva capacidade contributiva e, bem assim, que todos eles sejam efetivamente obrigados ao cumprimento do mesmo. Pelo que cada contribuinte tem simultaneamente um dever, o dever de contribuir para a comunidade que integra, e um direito, o direito de exigir que todos os outros membros da comunidade também contribuam para a mesma comunidade.[30]

Por fim, Lobo Torres, citado por Nabais, refere que um dos princípios estruturantes de um a reforma fiscal para o século XXI será o da cidadania, com base na qual se "reformará as mentalidades de forma a que se tome consciência da importância do instituto fiscal, como dever cívico e elemento integrante da cidadania, sem o que dificilmente se combaterá a atual mentalidade de a fuga ao fisco ser socialmente tolerada."[31]

3. O PODER LOCAL COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO PARA A AFIRMAÇÃO DA CIDADANIA ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO COM POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS A INCLUSÃO SOCIAL

Muito tem se falado sobre a importância do poder local como espaço privilegiado para a afirmação da cidadania. Para Dowbor, em resposta aos absurdos crescentes que encontramos na favela, no latifúndio e na fumaça das cidades congestionadas, surge com grande força, nas ultimas décadas, uma tendência de as pessoas se organizarem para tomar em mãos se não os destinos da nação, pelo menos o destino do espaço que as cerca.[32]

Nesse contexto, "o problema central, portanto, é o da recuperação do controle por parte do cidadão, no seu bairro, na sua comunidade, sobre as formas do seu desenvolvimento, sobre a criação das dinâmicas concretas que levam a que nossa vida seja agradável ou não".[33]

No Brasil, este 'espaço' é o município, unidade básica de organização social, mas é também o bairro, o quarteirão em que vivemos. E é justamente neste espaço que a cidadania é construída e cada vez mais fortalecida, pois gradativamente os sujeitos participam das decisões tomadas em sua localidade. No entanto, em grande maioria

(...) as decisões são tomadas muito longe do cidadão, correspondem muito pouco às suas necessidades. Assim a dramática centralização do poder político e econômico que caracteriza a nossa forma de organização leva, em última instância, a um divórcio profundo entre as nossas necessidades e o conteúdo das decisões sobre o desenvolvimento econômico e social. [34]

Faz-se necessária então a articulação desta cidadania, para que efetivamente ela ocorra. Como bem refere Hermany,

Dowbor (1993) ao definir as estratégias de articulação da sociedade, é enfático ao destacar a necessidade de controle social, ou seja, a cidadania ser efetivamente um sujeito ativo do processo de desenvolvimento. No entanto, condiciona claramente a recuperação do controle social às estratégias próprias da democracia local, em função das dificuldades constatadas nos demais cenários.[35]

Para Leal, a cidadania antes passa pela responsabilidade social e a conscientização da qualidade de cidadão gestor:

Portanto, a novidade da qual brota o paradigma da responsabilidade social é a emergência deste novo autor social que é o cidadão consciente, comprometido com a sobrevivência e o bem-viver de si próprio, de sua família, de sua comunidade e do Planeta, voltado para as grandes causas públicas com que se debate a humanidade neste período de transição de séculos, indignado com a incapacidade dos grandes atores mundiais, empresas e governos, de dar respostas minimamente efetivas a esses desafios e ansiosos com os descaminhos que perigosamente o mundo vem trilhando no sentido de· ainda maior insegurança, tensão social e política e insustentabilidade.[36]

Esse cidadão gestor que exerce atividades públicas em sua comunidade, rompendo a velha dicotomia entre Estado e mercado, e conclamando a todos para assumirem responsabilidades pelo destino comum que nos une como humanidade, é a essência da concepção e da prática de governança solidária local. É ele que *convoca* a todos:

governos, empresas, universidades, meios de comunicação, organizações sociais, cidadãos em geral para exercerem a sua responsabilidade social, criarem ambientes participativos e solidários e constituírem redes sociais de cooperação voltadas para a melhoria de vida e convivência entre os humanos em sua comunidade.[37]

Tais assertivas se baseiam na "crença de que, se as pessoas sabem que existem oportunidades para participação efetiva no processo de tomada de decisões, elas provavelmente acreditarão que a participação vale a pena"; Sendo assim, "provavelmente participarão ativamente e provavelmente considerarão que as decisões coletivas devem ser obedecidas, tudo isto dependendo, é claro, de condições objetivas e subjetivas viabilizadoras da participação."[38]

Nesse contexto, os conceitos de espaço local, cidadania e educação estão intimamente ligados entre si, um remetendo ao outro. A cidadania não é exercida sem que haja um educação emancipatória que prepare o sujeito para as regras do convívio em sociedade, garantindo-lhe assim, seus direitos humanos e fundamentais,[39] e nada mais concretizador e próximo desta cidadania do que o poder local.

O exercício da cidadania tem pautado reflexões e motivado inúmeras discussões acerca do seu significado. O que é ser cidadão nos dias atuais? Qual o papel da educação na sua construção? De que forma ela é exercida?[40]

Pode-se pontuar que "para o sujeito emergir é necessário que haja a transformação do indivíduo em ator inserido nas relações sociais. O sujeito e o ator tornam-se noções inseparáveis na construção de uma efetiva cidadania dentro do paradigma democrático da modernidade." [41]

A educação básica, nesse contexto, é "mais do que uma finalidade em si mesma", ela é "base para a aprendizagem e o desenvolvimento humano permanentes, sobre qual a cidadania emerge[42]. Sem que haja um desenvolvimento individual, através da educação, a participação efetiva no contexto social estará comprometida. Somente com a igualização deste desenvolvimento pessoal é que poderemos pensar o coletivo, construir a cidadania.

Para Costa, cada ser humano, "desde criança até o adulto deve satisfazer suas necessidades básicas de aprendizagem como leitura, escrita, expressão oral, cálculos e interpretação". [43]

Aliás, também devem ser inseridos nessa aprendizagem além dos conhecimentos, valores e atitudes. É necessário para o ser humano conviver dignamente em comunidade, claro que a amplitude dessa aprendizagem e sua maneira de aplicação, variam de acordo com a cultura adotada, ou seja, ela pode sofrer variações em cada país em que é empregada.[44]

Por todos estes motivos, é que a educação "enriquece os valores culturais, sociais e morais de uma sociedade e é a partir desses valores que a sociedade encontrará sua identidade e sua dignidade, ou seja, a educação básica constitui-se no alicerce de construção e exercício da cidadania em qualquer sociedade."[45]

Sarmiento, colhido por Schwartzman, preceitua que

(...) educar para a cidadania é elevar o nível espiritual e econômico das pessoas, assegurando assim o desenvolvimento de uma nação livre e soberana. Para ele a educação de massas era um caminho para a evolução da sociedade, pois é um sistema abrangente que toma forma no berço, ou seja, na creche, continua na escola primária e é finalizada pela leitura, o que engloba toda a existência do ser humano. [46]

Através de projetos realizados junto às escolas da rede de ensino fundamental, não se procura resgatar apenas a Conscientização Tributária, com o aumento dos recursos do Estado destinados a proporcionar a governabilidade do Estado e incentivar os cidadãos a acompanharem a aplicação dos recursos públicos, mas principalmente a prática do exercício pleno da cidadania e a maximização da participação social, pelo cumprimento das obrigações tributárias. Programas como o do município de Novo Hamburgo, por exemplo, vai mais além: amplia o universo das crianças e de seus familiares, conscientizando-os, por exemplo, a trabalhar com o orçamento doméstico, a pesquisar e negociar preços, transformando, muitas vezes, o rumo de suas vidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A solidariedade social, em seus conceitos e definições, é direcionada, em nossa contemporaneidade, diretamente ao conceito de cidadania. Integra esta, retroalimenta-a a todo instante, como requisito precípuo de sua existência.

A cidadania, preenchida de elementos que *em primeiro*, nos avoca a titularidade de determinados números de direitos e deveres numa sociedade específica, neste contexto da localidade em que nos inserimos; e *em segundo*, no sentimento de pertencimento a uma determinada comunidade; e *em terceiro*, na possibilidade de contribuir para a vida pública através da participação, direciona à tomada de decisões acerca do bem comum, dentre eles a escolha das questões fiscais.

Neste contexto, ferramentas como os Programas de Educação fiscal, cumprem seu papel arrecadador e vão além: propiciam a formação de uma consciência social de direitos e deveres, para o exercício da cidadania; permitem a inclusão social de crianças e jovens, bem como de suas famílias.

A contribuição tributária ainda não está consolidada como obrigação individual e as pessoas não se empenham em acompanhar os meios e os resultados da aplicação dos recursos públicos. Muitos estão acostumados a creditar ao governo uma função paternalista e, com isso, alimentar uma passividade que tem muito pouco de cidadania; outros alegam não confiar na aplicação dos tributos, mas nada fazem para se certificar sobre o assunto. Falta compromisso e ação. Falta valorizar a participação e mesmo reconhecer o direito e o dever de participar. Por isso, a definição de solidariedade é relevante, pois se pretende, com projetos como este um incentivo à participação comunitária como processo de amadurecimento democrático e melhoria crescente da relação Estado/Cidadão.

A inclusão destes pequenos cidadãos brasileiros no contexto da fiscalidade, ultrapassa as lições dogmáticas sobre o assunto, levando-as da sala de aula para a entidade familiar, que se reestrutura conforme a profundidade destas questões chegam até elas;

Uma vez inseridas, mudam mentes, transforma-se vidas, objetivos e projetos. A tributação brasileira jamais passará desapercebida. A fiscalidade agora conta com a inclusão e participação ativa destes *novos cidadãos*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Danilo Di Manno. *Corpo em ética*: perspectivas de uma educação cidadã. São Paulo: Universidade Metodista, 2003.

ARROYO, Miguel. Educação e exclusão social da cidadania. In: BUFFA, Estér; ARROYO, Miguel; NOSELLA, Paolo. *Educação e Cidadania*: quem educa o cidadão? 2. Ed. São Paulo: Cortez Autores Associados, 1998.

BAQUERO, Rute; Keil, Ivete. È possível a emancipação social? Poder e empoderamento em Michel Foucault e Paulo Freire. In: BAQUERO, Marcello. (org.). *Capital Social, desenvolvimento sustentável e democracia na América Latina.* Porto Alegre: UFRGS, 2007.

COSTA, Marli Marlene; PORTO, Rosane. Educação para a cidadania. In: GORCZEVSKI, Clóvis (org.). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

_____; REIS, Suzéte da silva. *A Educação como vínculo emancipatório para a construção e para o exercício da cidadania*. In: GORCZEVSKI, Clóvis (org.). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

FARO, Luiz César; BUENO, Ricardo. *Brasil*: propostas de reforma. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994. 269p.

FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas Públicas e a realização dos direitos sociais*. Porto alegre: Sérgio Antônio fabris, 2006.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 5.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

_____. *Pedagogia da Esperança*: um reencontro com a Pedagogia do oprimido. 3. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

GESTÃO do desenvolvimento e poderes locais: marcos teóricos e avaliação. Salvador: Casa da Qualidade, 2002. 341 p ISBN 85-85651-72-5

GORCZEVSKI, Clóvis (org.). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

GRECO, Marco Aurélio. GODOI, Marciano Seabra (Coord.). Solidariedade Social e Tributação. São Paulo: Dialética, 2005.

HERMANY, Ricardo. (Re)Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: IPR/EDUNISC, 2007.

LEAL, Rogério Gesta (Coord.) *A administração pública compartida no Brasil e na Itália: reflexões preliminares.* Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p.178-222.

_____. *Estado, Administração Pública e Sociedade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17/36.

MARTÍN, Nuria Belloso. La implantación de la disciplina ‘educacion para la ciudadania’: ¿adoctrinmiento estatal de valores constitucionales?. In: GORCZEVSKI, Clóvis (org.). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 9. ed Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. 128 p ISBN 85-286-0764.

_____. *Os sete sabores necessários à educação do futuro*. 5. Ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2002.

NABAIS, José Casalta. *O dever Fundamental de pagar impostos*.

_____. *Algumas considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania*.

_____. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio. GODOI, Marciano Seabra (Coord.). *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 110-140.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; NURIA, Cunil Grau (org.). *O Público não-estatal na reforma do Estado*. Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: 1999.

PINSKY, Jaime. Cidadania e Educação. São Paulo: Contexto, 2005.

PROJETO IMPOSTO É ASSUNTO DE ESCOLA. Novo Hamburgo: UFRGS, 2007.

RABUSKE, Edison André. UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL Curso de Pós-Graduação Especialização em Demandas Sociais e Políticas Públicas. *A cultura da sonegação e sua aceitação social: a educação como instrumento de conscientização para distribuição de renda através das políticas fiscais*. 2006. 77 f. Monografia (Pós-graduação) - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2006

RODRIGUES, Hugo Thamir (Coord.). *Direito constitucional & políticas públicas***.** Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005. 152 p. ISBN 85-7697024-4

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

_____. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. 174 p. ISBN 85-01-05878-5

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2001.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global*: limites e desafios da participação cidadã. 3 ed. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2002.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização.** 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. 142 p. ISBN 85-01-04775-9.

_____. *Os argonautas da Cidadania*: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

---

[1] NABAIS, Jose Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. In: Solidariedade Social e Tributação. São Paulo: Dialética, 2005. p.111.

[2] Ibidem, p. 112.

[3] NABAIS, Jose Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. In: Solidariedade Social e Tributação. São Paulo: Dialética, 2005. p. 113.

[4] Ibidem, p.114.

[5] Ibidem, p.114.

[6] NABAIS, Jose Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2004. p. 49.

[7] BOBBIO, Norberto. *Dicionario de Política*. 11ª ed. Madrid, 1998. p. 1.519 e ss.

[8] NABAIS, Jose Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. In: Solidariedade Social e Tributação. São Paulo: Dialética, 2005. p. 116.

[9] Ibidem, p. 117.

[10] Ibidem, p. 117.

[11] NABAIS, Jose Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. In: Solidariedade Social e Tributação. São Paulo: Dialética, 2005. p. 120.

[12] Na expressão de M. REbérioux, *apud* Casalta Nabais, ibidem, p. 124.

[13] NABAIS, José Casalta. *Algumas considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 163.

[14] NABAIS, op. cit., p. 124.

[15] Cf. Michel Walzer, Cittizenship in a Channing Society, *apud* Casalta Nabais, Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. In: Solidariedade Social e Tributação. São Paulo: Dialética, 2005, p. 124.

[16] NABAIS, op. cit., p. 125.

[17] Ibidem, p. 125.

[18] NABAIS, Jose Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. In: Solidariedade Social e Tributação. São Paulo: Dialética, 2005. p. 126.

[19] Idem. *Algumas considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania*. p. 166.

[20] NABAIS, op.cit., p. 127.

[21] Ibidem, p.. 127.

[22] NABAIS, 2005, op. cit., p. 128.

[23] Ibidem, p. 129.

[24] Ibidem, p. 129.

[25] NABAIS, Jose Casalta. *Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal.* In: Solidariedade Social e Tributação. São Paulo: Dialética, 2005. p. 134.

[26] Ibidem, p. 134.

[27] Ibidem, p. 134.

[28] Idem. *Estado Fiscal, Cidadania Fiscal e alguns dos seus problemas*. São Paulo: Almedina, 2004. P. 582 e ss.

[29] Idem. *Direito Fiscal*. Coimbra: Andina, 2004. P. 367.

[30] NABAIS, 2004, op. cit., p. 367.

[31] TORRES, Ricardo Lobo. *Direito Constitucional Financeiro Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

[32] DOWBOR, Ladislau. *O que é Poder Local*. São Paulo: Brasiliense, 1999. P. 9.

[33] Ibidem, p. 10.

[34] DOWBOR, 1999, op. cit., p. 16.

[35] HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o espaço local*: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: IPR/EDUNISC, 2007. P. 251.

[36] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13.

[37] Idem, p.15

[38] LEAL, Rogério Gesta (Coord.) *A administração pública compartida no Brasil e na Itália: reflexões preliminares.* Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p.194.

[39] COSTA, Marli Marlene; REIS, Suzéte da silva. *A Educação como vínculo emancipatório para a construção e para o exercício da cidadania*. In: GORCZEVSKI, Clóvis (org.). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007. p. 89.

[40] Ibidem, p. 89.

[41] Ibidem, p. 92.

[42] Ibidem, p. 99.

[43] COSTA, Marli Marlene; REIS, Suzéte da silva. *A Educação como vínculo emancipatório para a construção e para o exercício da cidadania*. In: GORCZEVSKI, Clóvis (org.). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007. p. 99.

[44] Ibidem, p. 99.

[45] Ibidem, p. 99.

[46] SCHWARTZMANN, Simon, a*pud* Costa, op. cit., p. 102.

OS FUNDAMENTOS AXIOLÓGICO E FORMAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA*

LES FONDEMENTS AXIOLOGIQUE ET FORMAL DU DROIT À L'EDUCATION DANS L'ORDRE CONSTITUTIONELLE BRESILIENNE

Juliana Cristine Diniz Campos

RESUMO

Este trabalho se propõe a analisar a distinção conceitual entre o fundamento axiológico e o fundamento formal-hierárquico do direito à educação na ordem constitucional brasileira. Entende-se que, apesar de constituírem categorias distintas, são mutuamente pressupostas na teoria dos direitos fundamentais, resultando numa reaproximação entre eticidade e juridicidade, dada a crise de efetividade sofrida pelos direitos humanos no século XX, malgrado o processo de positivação iniciado já no século XVIII. Estabelece-se o fundamento axiológico do direito à educação a partir da correlação entre democracia e liberdade, sendo a mediação educativa o instrumento que garante o funcionamento institucional desse modelo político, pela participação direta e consciente dos cidadãos. O fundamento formal-hierárquico se relaciona à positivação do direito no diploma constitucional, enquanto norma cogente. Nesse sentido, tem-se que, conforme a fundamentação axiológica, o direito à educação foi recebido pela constituição como direito subjetivo de ampla titularidade, dotado de hierarquia normativa especial, uma vez que tem por finalidade habilitar o indivíduo ao agir livre e, consequentemente, à prática democrática.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS. EDUCAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO AXIOLÓGICA. FUNDAMENTO FORMAL.

RESUME

Ce travail se propose a analyser la distinction entre le fondement axiologique et le fondement formal du droit à l'éducation dans l'ordre constitutionelle bresilienne. On entend que, malgré les categories soient-elles distinctes, elles sont aussi pressuposées par la téorie des droits fondamentaux et resultent une reaproximation entre l'étique et le droit, en fait de la crise d'efectivité des droits humaines dans le siècle XX, malgré la formalisation commencée dans le siècle XVIII. On établie le fondement axiologique du droit à l'éducation a partir de la corrélation entre l'organization démocratique et la liberté, en soyant l'éducation le moyen qui assure le fonctionement du modèle politique, par la participation directe des citoyens. Le fondement formal est relationé à la prévision du droit dans la constitution, comme norme imperative. A partir du fondement axiologique, on entend que le droit à l'éducation a eté reçu par la constitution comme

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

droit subjectif de hiérarchie speciale, em fait de la finalité de garantir la liberté du sujet par la pratique démocratique.

MOT-CLES: DROITS FONDAMENTAUX. EDUCATION. FONDEMENT AXIOLOGIQUE. FONDEMENT FORMAL.

INTRODUÇÃO

Este artigo se propõe a analisar os fundamentos axiológico[1] e formal do direito à educação, a partir da constituição federal de 1988. Busca-se estabelecer as diferenciações conceituais necessárias, distinguindo os pontos concernentes a cada problemática específica: define-se o que constitui objeto de um fundamento axiológico dos direitos fundamentais e o que pode ser considerado matéria formal, ou jurídico-positiva.

Parte-se do pressuposto de que a interpretação dos dispositivos constitucionais, que integram a estrutura positiva do direito analisado, depende de um pressuposto argumentativo referente à base material da pretensão à educação. Na medida em que o processo educativo constitui práxis social complexa, dotada de múltiplas intencionalidades, é necessário definir a teleologia do ato educacional tal como compreendido na ordem democrática, eliminando-se eventuais interpretações do direito incoerentes com a ordem constitucional.

Desse modo, tem-se que o direito à educação não extrai a sua fundamentalidade unicamente da dimensão formal ou positiva. A tese da validade autônoma dos direitos fundamentais, estabelecida a partir da teoria do ordenamento[2], segundo a qual a constituição, como norma superior, guarda, em si mesma, o fundamento das normas inferiores é insuficiente justamente pela estrutura principiológica - essencialmente fluida e aberta a inúmeras concretizações - da norma garantidora do direito à educação, que demanda uma complementação racional.

A constituição, ao estipular, no artigo 5º, §2º, a possibilidade de recepção - no *status* de normas constitucionais - de direitos fundamentais outros que não os previstos expressamente no diploma político reconhece, implicitamente, a existência de uma fundamentalidade metajurídica - ou axiológica - que serve de justificação à imperatividade dos comandos normativos positivados. Nesse caso, a ausência de positivação não exclui uma fundamentalidade da pretensão, que pré-existe como exigência ética. Realiza-se, do ponto de vista teórico, uma aproximação entre direito e moral, sendo esta referente à justificação do comando, aquele à aplicação, tal como proposto por Günther[3].

Apel estabelece, nos seguintes termos, a necessidade de uma fundamentação axiológica correlata a uma fundamentação formal - sendo esta relativa à "convenção":

Certamente não se pode subestimar o significado prático do mecanismo puro da convenção (no sentido de um convênio) enquanto critério de liberdade democrática. A

meu ver, porém, o recurso à possibilidade de "convenções" mais turva que esclarece o nosso problema. Pois a pergunta eticamente relevante que suscita a referência a convenções é justamente a seguinte: é possível apontar e justificar uma norma ética fundamental que torna obrigatório para cada indivíduo ansiar em todas as questões práticas por um convênio com os outros seres humanos, e então ater-se ao convênio estabelecido, ou ao mesmo, caso isso não seja possível, agir no espírito de um acordo antecipado? - Com a mera referência ao fato da convenção não se terá de forma alguma fundamentado essa exigência, nem muito menos se a terá cumprido. [...]

Nesse sentido, por exemplo, o "direito positivo" como tal não é normativamente obrigatório sem a pressuposição tácita de uma ética; ele é apenas efetivo, na melhor das hipóteses. Contudo, é muito elucidativo que um sistema jurídico que perde seu crédito moral na sociedade também costume, com o passar do tempo, sofrer perdas em sua efetividade.[4]

Como exigência científica relacionada à teoria dos direitos fundamentais, deve-se definir, em base analítica rigorosa, o que constitui o fundamento axiológico e quais as suas implicações para o fundamento formal, condicionante da interpretação e da concretização histórica do direito à educação. Isso porque, se a justificação racional é imprescindível, como pressuposto ético, a fundamentação formal é igualmente necessária, uma vez que *a racionalidade procedimental do discurso moral não regulado juridicamente é incompleta, eis que inexiste um terceiro institucionalmente encarregado de decidir as questões entre as partes*. Há, portanto, uma dinâmica entre as duas modalidades de fundamentos, posto que se pressupõem mutuamente [5].

Desse modo, evita-se o manejo meramente ideológico e retórico dos direitos fundamentais que, pela utilização simbólica negativa das pretensões, retiram-lhes sua força imperativa própria[6]. O fundamento material oferece ao formal, assim, o sentido dos fins, orientando a aplicação dos comandos normativos.

1. FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DO DIREITO À EDUCAÇÃO: A LIBERDADE COMO PRESSUPOSTO DA ORGANIZAÇÃO DEMOCRÁTICA

Pela fundamentação, compreende-se o processo discursivo de justificação racional do comando normativo, ou seja, a explicitação de sua validade, do ponto de vista universal. Parte-se da superação *da tese hoje difundida de que a filosofia deve renunciar à pretensão de fundamentar o saber teórico e prático*. Conforme salienta Oliveira, a filosofia ocidental contemporânea desenvolve-se como tematização da linguagem, enquanto novo paradigma de pensamento, buscando-se estabelecer, entre outras questões, a resposta à pergunta: o que posso conhecer validamente? Reconhecendo-se, em Apel, *que uma fundamentação última do saber e do agir não só é possível, mas intranscendível* [7].

Neste item, tematiza-se a fundamentação axiológica do direito à educação, a partir do desenvolvimento filosófico do conceito de autonomia individual. Associa-se a liberdade imanente ao ser humano à inserção do sujeito na historicidade, possível

através da organização democrática, em que o sujeito se faz livre ao determinar por si mesmo a disciplina normativa de seu agir. Desse modo, a liberdade surge como pressuposto e fundamento primordial da educação, que se realiza como processo histórico direcionado a determinados fins.

O ato de educar tem a função de comunicar ao sujeito o mundo de significados de sua comunidade, a partir da apropriação simbólica. Desse modo, ao mesmo tempo em que implica uma transmissão de estruturas socais já consolidadas, pode proporcionar a transformação, pela alteração dos símbolos, tendo em vista o caráter essencialmente plástico e dinâmico da cultura. A prática educativa pode servir mais ao primeiro propósito, funcionando como reprodução, preponderantemente, ou ter uma dimensão crítica e reflexiva, possibilitando o alcance da autonomia do educando em relação aos condicionamentos históricos.

Ao investigar o conteúdo e as consequências do educar, pode-se sustentar que determinadas finalidades não são coerentes com a identidade constitucional brasileira, havendo, assim, um modo de conduzir a prática educativa que atende, satisfatoriamente, ao disposto nos preceitos constitucionais, a partir de um fundamento específico.

Sustenta-se a existência de uma a concepção pedagógica explicitada na Constituição Federal, relacionada a um educar *para* cidadania. Ou seja, a intencionalidade, que constitui o fundamento, também é dedutível da normatividade constitucional. A educação surge, nesse contexto, como prática-instrumento de emancipação e de habilitação dos indivíduos para o agir livre e para a responsabilidade republicana. Relaciona-se, desse modo, a finalidade da prática pedagógica a determinado conceito de cidadania, que, na ordem constitucional vigente, qualifica-se como participativa.

A demonstração teórica do fundamento do direito fundamental estudado é relevante, na medida em que são frequentes as colisões de pretensões protegidas em um mesmo patamar hierárquico, no caso, a constituição. No conflito normativo, tem o intérprete o dever de sustentar com rigor argumentativo eventual sacrifício a um bem tido por indispensável em favor de outro. Do mesmo modo, a existência de uma intenção - ou programa - constitucionalmente explicitada, no que se refere à prática educativa, condiciona o agir estatal na elaboração de suas políticas públicas. A análise do fundamento é, portanto, indispensável para que se tenha uma proteção satisfatória do direito à educação pelas instituições responsáveis.

Oferecer um sentido e um conteúdo ao ato de educar ocasiona, por um lado, maior segurança para os titulares em potencial do direito, ao mesmo tempo em que limita o âmbito de discricionariedade do gestor público no momento de definir as políticas em educação, não apenas no que diz respeito ao seu conteúdo, mas ao seu alcance social. Por essa razão, fundamentação material e formal encontram-se indissociadas.

2. AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DA AUTONOMIA INDIVIDUAL: DA LIBERDADE EM POTÊNCIA PARA LIBERDADE EM ATO

Por que o direito à educação é indispensável a ponto de ter sido incluído como cláusula pétrea na base axiológica da constituição, impassível de supressão ou restrições injustificadas? O estado democrático é fundado nas ideias de liberdade e de cidadania, sendo o sujeito de direitos o centro do poder: o ente estatal atua em sua função a partir de decisões por ele tomadas. O ser livre apresenta-se, assim, como pressuposto dessa organização política e a educação é o instrumento indispensável para alcançar a liberdade do indivíduo.

Tem-se, portanto, uma concepção de homem como ser vocacionado à liberdade, enquanto potência. A aptidão para a autonomia constitui sua dignidade imanente e é produto de sua racionalidade. A liberdade existe, aqui, em uma dimensão que Manfredo Oliveira[8] conceitua como transcendental, porque ainda não realizada, mas pressuposta. A transformação da potencialidade em fato histórico se dá pela mediação educativa - o processo social de inclusão do sujeito, pelo desenvolvimento de sua racionalidade. Por essa razão, garantir o direito à educação é, sobretudo, possibilitar a ambiência ideal a uma democracia.

A relação entre liberdade e estado democrático é demonstrada por Salgado[9] nos seguintes termos:

A idéia de justiça no mundo contemporâneo deve ser buscada a partir de uma teoria do estado democrático de direito, portanto dos direitos fundamentais, como resultado dos vetores dialeticamente opostos da história do Ocidente: o poder como liberdade unilateralizada e o direito como liberdade bilateralizada (ou plurilateralizada).

Para o jurista, o direito, nesse contexto histórico, surge como *realização ética plena*, no sentido da concretização da *liberdade em sua forma subjetivada e objetivada, direito norma e direito do sujeito* [10]. Sem o agir livre, não há como sustentar a organização política referente ao estado democrático, de modo que o processo educativo apresenta-se como prática indispensável para a democracia contemporânea.

Apesar de atingir o ápice no estado de direito democrático, o educar, relacionado à autonomia e à politicidade, já surge como mediação privilegiada na tradição grega, sintetizada como formação plena no conceito de paidéia. Para Jaeger, *a importância universal dos Gregos como educadores deriva da sua nova concepção do lugar do indivíduo na sociedade**[11]***. Como senhor do si e do seu destino, o homem era formado para a prática política, através da qual sua autonomia era concretizada pela decisão, autonormatização. *A humanidade, o "ser do Homem" se encontrava essencialmente vinculado às características do Homem como ser político*[12]. Havia, assim, uma função social na prática educativa, de fornecer as condições da autonomia não apenas individual, sobretudo política.

A teorização clássica sobre educação demonstra, portanto, que a associação não é inovação da modernidade. Se liberdade e democracia são conceitos indissociáveis, pressupondo-se mutuamente, é preciso investigar as condições de possibilidade da autonomia do sujeito e superar o que, em grande parte, persiste apenas como intuição nos tratados sobre direitos fundamentais. Ao compreender o que constitui autonomia e o

modo de realizá-la, é possível fundamentar materialmente a imperatividade do direito à educação como instrumento de sua concretização.

Para esse fim, distingue-se a liberdade como potência da liberdade como concretude histórica, a fim de entender que a conquista da autonomia obedece a um processo de transformação da potencialidade em existência, como um emancipar do sujeito. Manfredo Oliveira, ao investigar a importância da historicidade para formação humana, diferencia os conceitos de liberdade transcendental e liberdade existencial, associando esta à concretização de um ser livre apenas pressuposto, como potencialidade. Salienta o autor:

Nele [o ser humano], em princípio, já estão incluídas todas as possibilidades de se determinar a si mesmo, de atualizar o possível, de ser o autor de seus próprios atos, de se dar a si mesmo as razões de seu agir e dos fins por ele buscados (*libertas arbitrii, liberdade de decisão ou liberdade existencial*). Assim, a "liberdade transcendental", que sempre somos enquanto seres espirituais, só se faz efetiva na medida em que se torna "liberdade existencial" que é antropogênese, autoprodução social no mundo e na história. O ser humano se experimenta, então, engajado num mundo, situado em sua corporalidade, sua carga hereditária, sua família, seu ambiente social e no conjunto de instituições que o constituem. [13]

Há, portanto, uma finalidade (ou intencionalidade) específica da prática educativa: a construção da autonomia do sujeito, como realização de sua liberdade potencial. Relaciona-se, aqui, a emancipação intelectual à capacidade de decidir sobre si mesmo, como resultado de uma racionalidade prática. Ao educar-se, o indivíduo é capaz de, pelo domínio da razão, se autonormatizar, sendo, por isso, autônomo do ponto de vista moral e político.

Essa visão de mundo e concepção de homem constituem herança cultural, fortemente inspirada na tradição grega clássica, do Iluminismo europeu, que exalta as capacidades transformadoras do conhecimento e da ciência. Filósofos como Voltaire, Rousseau, Condorcet e Locke investigaram o processo educacional como instrumento civilizador, de estruturação da comunidade democrática de homens livres e responsáveis. Sidney da Silva esclarece, em obra sobre a gênese do sujeito liberal:

A filosofia condorcetiana expressa uma síntese do ideário civilizador do Iluminismo francês. Portanto, ela propõe uma moral baseada na identidade geral do ser humano, sobretudo na sensibilidade comum, da universalidade da razão. O Marquês é um entusiasta do poder emancipatório inerente à dimensão pedagógica do processo civilizador. Sua proposta de instrução apresenta-se como uma forma de ensino capaz de promover uma moral cosmopolita, baseada na solidariedade ou benevolência e na justiça. [14]

A formação do estado de direito no Ocidente, base histórica do atual modelo democrático, não está imune, portanto, a essa reflexão, que pressupõe a liberdade como característica imanente do ser humano e a educação como a conquista de sua maioridade intelectual. A partir da reflexão filosófica sobre a autonomia, começa-se a pensar a educação como direito nitidamente instrumental, indispensável à nova forma de organização do poder. Surge, claramente, a gênese da justificação da prática

educativa como fundamental, diretamente associada ao desenvolvimento da consciência democrática na tradição ocidental.

Kant é contemporâneo ao processo sociopolítico de consolidação do estado liberal de direito na Europa, no século XVIII, e desponta como pensador que associa a educação à liberdade, a partir da tematização do agir moral como autônomo. Na obra kantiana, pode-se encontrar um discurso filosófico mais aprofundado sobre as condições da autonomia individual, através do desenvolvimento da racionalidade, de modo que a sua utilização como paradigma teórico não desconsidera, mas desenvolve, a compreensão iluminista da educação como esclarecimento, ou conquista da maioridade intelectual. O percurso histórico, que inicia com a tradição grega clássica, passa pelos contratualistas e chega ao idealismo alemão kantiano, é explicitado por Cenci:

A concepção iluminista da educação aprofunda sobre novas bases o ideal desenvolvimento pela paidéia grega. Na perspectiva iluminista kantiana, o fim último da educação está voltado para a consciência moral racional, finalidade está relacionada à liberdade. A formação do homem está orientada tanto para formar o pensamento autônomo quanto para formar o caráter[15].

Ao tematizar a moralidade, Kant postula a existência de uma lei moral objetiva, acessível pela razão[16]. O ser humano é capaz de superar os seus institutos - como agir não racional - e alcançar a maioridade, ao seguir o imperativo categórico da lei moral. Trata-se de uma passagem, mediada pelo desenvolvimento da racionalidade prática, cujo fim é conhecer o certo e agir por ele. A liberdade aparece, portanto, como pressuposto, potencialidade, na medida em que o ser humano não é inicialmente autônomo, ao agir motivado apenas por seus desejos, ou arbítrio. O ser humano é livre em si justamente porque *pode*, pela razão, emancipar-se, pelo esclarecimento, transformando a potência em ato.

Para Cenci, "em Kant, os fins da educação visam desenvolver a capacidade para o homem guiar-se por sua própria vontade, desenvolver a consciência de seu valor como indivíduo, tornar-se cidadão e preparar-se para liberdade" [17]. Educar é, então, formar em valores, ou preparar o indivíduo para a racionalidade prática, para que possa decidir por si mesmo. Manfredo Oliveira esclarece:

O indivíduo ético [em Kant] é o que, superando sua particularidade biológica, respeita em si e em cada indivíduo a humanidade. Portanto, a ação ética é fundamentalmente uma passagem: a passagem de um eu empírico, de uma vontade particular, para uma vontade universal, portanto, passagem para a razão, para a liberdade, para a comunhão das liberdades. [18]

Há, então, uma necessidade de conquista da humanidade pelo homem, através do agir moral. A educação tem a função de possibilitar o desenvolvimento da razão como condição de autonomia ética do sujeito. Essa relação constitui, portanto, o fundamento, ou justificação racional do direito à educação, a partir da organização política democrática.

3. O FUNDAMENTO FORMAL: INSTITUCIONALIZAÇÃO E IMPERATIVIDADE DO VALOR

Neste ponto, investiga-se o fundamento formal do direito à educação, a partir dos dispositivos constitucionais. Busca-se demonstrar de que o modo o constituinte garantiu a educação como pretensão imperativa: para além exigência racional, relacionada à fundamentalidade axiológica, há uma imputação normativa que garante de determinado modo, relativamente a outras pretensões fundamentais, a prática educativa como direito. Assim sendo, tem-se que a fundamentalidade formal está relacionada à estrutura normativa e sua hierarquia no ordenamento, como explicitação de determinada concretização histórica - no caso, pela constituição brasileira de 1988 - da pretensão à educação.

A garantia representa o resultado positivação em si, os processos através dos quais uma pretensão social inicialmente tida por legítima, mas sem a imperatividade própria do direito, é reconhecida normativamente, ou dos meios de institucionalização do direito em seus aspectos subjetivo e objetivo: a previsão da educação como direito individual e a instituição da educação como norma irradiante, componente do todo compreendido como constituição e condicionante de sua interpretação e de sua aplicação.

A garantia, portanto, como reconhecimento normativo da legitimidade axiológica da pretensão, apresenta-se como um *a priori* relativamente às dimensões de eficácia e de proteção, desta diferenciando-se na medida em que só se pode proteger a pretensão já previamente reconhecida (ou garantida) juridicamente. A garantia está relacionada, portanto, à previsão formal de pretensões fundamentais, aos comandos que delineiam previamente a eficácia - o meio de concretizar o direito - e a proteção - o meio de preservar o direito nos casos de ofensa ou omissão.

Enquanto dimensão que abrange o modo como a pretensão à educação foi reconhecida, a garantia formal não se confunde com a simples expressão linguística da norma garantidora. Não se trata de sustentar que o direito à educação é garantido porque há norma expressa na constituição federal, em seu artigo 6º, prevendo o direito, do contrário, restaria dito o óbvio. Trata-se de ir além, para o fim de identificar propriamente como, nas expressões lingüísticas normativas e pela sua interpretação, o conteúdo do direito à educação foi garantido pela norma, isto é, a dimensão de tal garantia.

Assim sendo, para definir o dimensionamento da garantia, é necessário identificar, na norma, *quem* tem direito ao *quê*, em outros termos: *a)* a titularidade do direito, como manifestação de uma relação jurídica na qual deveres e pretensões são atribuídos reciprocamente; *b)* o objeto jurídico[19] da pretensão garantida, no caso, a pretensão é por uma série de prestações, que tomadas em conjunto resultarão na prática pedagógica, o que terá consequências fundamentais para o estudo da eficácia, na verificação da medida em que o direito à educação tem sido concretizado, ou seja, em que medidas as prestações têm sido efetivadas.

A partir dessa compreensão, define-se a tematização da fundamentalidade formal em dois pontos: o à educação como direito subjetivo; o direito à educação como direito a prestações.

3.1 O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO

Saber se a norma garantidora do direito à educação atribui direito subjetivo, correlato à instituição de um dever de ação, configura uma das grandes questões enfrentadas pela teoria dos direitos fundamentais[20].

O questionamento sobre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é especialmente problemático no que se refere aos direitos de segunda geração. As pretensões sociais, surgidas em um contexto no qual a institucionalização não foi seguida pela concretização histórica, foram identificadas como aspirações sociais ou programas de ação estatal, não possuindo uma feição subjetiva tal como os direitos de primeira geração, eminentemente liberais. É preciso investigar se essa compreensão ainda persiste no paradigma do estado democrático de direito, de busca progressiva pela efetividade dos direitos fundamentais.

Neste item, analisam-se as titularidades fundamentais relacionadas ao direito à educação. Busca-se determinar se a norma garantidora da educação é dirigida apenas ao legislador e ao administrador - como programas de ação social não vinculantes - ou se constitui, além de um simples compromisso político, uma pretensão individual exigível. Se for possível identificar, a partir de uma concepção relacional de direito, o titular específico da norma de direito fundamental e o obrigado correspondente, é possível concluir se o direito à educação pode ser qualificado como direito subjetivo.

A norma garantidora do direito à educação é deduzida da interpretação dos seguintes dispositivos constitucionais: artigo 6º, que contém o rol geral dos direitos sociais; art. 205, que estabelece a ampla titularidade da educação como pretensão de *todos*, além de instituir o dever comum da família e do estado na sua concretização; e artigo 208, que especifica as diferentes formas de ensino possíveis, relacionadas à concretização adequada do direito nos mais diversos contextos sociais e individuais.

Nesse aspecto, sustenta-se que, da interpretação sistêmica dos dispositivos constitucionais relativos à educação, apresentados em uma gradação de especialidade, é possível inferir uma relação jurídica em que cada pessoa humana, simbolizada, no dispositivo normativo, pela locução constitucional "todos", tem uma pretensão garantida à práxis pedagógica e o estado, juntamente com a família, tem o dever de realizá-la.

Interpretações tradicionais estabelecem um paralelo teórico entre os direitos individuais e os direitos sociais, sustentando que os últimos, em virtude de uma estrutura própria, são insuscetíveis de titularização individual, revelando meros programas políticos ou "declarações de intenções" [21].

Os direitos sociais teriam, assim, uma natureza eminentemente prestacional, distinta da natureza negativa dos direitos individuais, estando submetidos à contigência econômica e às decisões políticas fundamentais tomadas pelo Poder Executivo e Poder Legislativo no momento em que julgassem adequado concretizá-los. Nesse aspecto, o aspecto normativo interfere, de forma determinante, na efetividade do direito e, especialmente, nas formas de proteção.

Podem ser citados os nomes de Fernando Atria[22], Ernst Forsthoff[23], Carl Schmitt e Gregório Peces-Barba[24] como exemplos de juristas que não reconhecem, nos direitos sociais, normas garantidoras de direitos subjetivos *prima facie*, ainda que por razões diferenciadas. Os autores compreendem que a institucionalização dos direitos sociais condicionou sua estrutura, limitando-a à ação discricionária dos poderes constituídos.

Se o direito é garantido como "norma programática" [25], "declarações de intenções" ou "compromissos políticos" ou, em contrapartida, como direito subjetivo, equivalendo a uma obrigação assumida em favor de determinado sujeito, observa-se, como consequência, dimensões distintas de eficácia, sendo uma necessariamente mais restrita, e modos diferenciados de efetivar a proteção da pretensão fundamental à educação.

Os argumentos daqueles que defendem a inexistência de direitos subjetivos nas normas garantidoras de direitos sociais - e, especificamente, na norma garantidora do direito à educação - resumem-se, em linhas gerais, aos seguintes pontos: *a)* direitos sociais dependem de um aparato normativo e estrutural de competência dos poderes executivo e legislativo, estando, por essa razão, a salvo da sindicabilidade exercida pelo judiciário, em virtude do princípio da separação dos poderes; *b)* as normas de direitos sociais são caracterizadas por sua vagueza normativa, podendo as pretensões ser concretizadas por inúmeras formas, sendo legítima a escolha do representante democraticamente eleito, inclusive quanto ao nível de efetividade e ao momento de concretização; *c)* a efetividade total dos direitos sociais é inalcançável, dada a limitação dos recursos, o que inviabilizaria o reconhecimento de direito à educação a todo e qualquer indivíduo, mas somente dentro do limite da "reserva do possível", sendo a norma de direito social um programa para o futuro. Tratam-se de argumentos políticos, jurídicos e econômicos, portanto.

Cláudio Pereira de Souza Neto[26] oferece uma classificação distinta dos argumentos, centrada em suas especificidades. Nesse sentido, ordena o autor as críticas à exigibilidade dos direitos sociais em duas grandes classes, as críticas ideológicas e as críticas institucionais, entre elas a crítica financeira, administrativa, técnica e econômica. O modo de classificação das teses contrárias à concepção de direitos fundamentais como pretensões individuais exigíveis pouco importa em termos de resultado teórico, no que se refere à plausibilidade das críticas, na medida em que as classificações tratam, em geral, dos mesmos problemas, ordenados em categorias distintas, os quais se busca superar adiante.

Adiante, será explicitada a justificação de cada argumento contrário à tese dos direitos sociais como direitos subjetivos, para, ao final, formular-se a crítica como um todo. Pretende-se sustentar que o direito à educação constitui direito subjetivo de ampla titularidade, a partir da contraposição argumentativa às teses tradicionais. É possível

verificar que a gênese dos argumentos é formulada por questões referentes a outras dimensões, a de proteção e a de eficácia. Em grande parte, a crítica formulada ao final deste tópico se refere a esta confusão conceitual entre os elementos estruturais, que não deve permanecer numa analítica rigorosa dos direitos fundamentais.

No que se refere à separação de poderes, princípio cuja observância representa a base do argumento político, tem-se a compreensão de que a existência de competências típicas para cada poder institui, como regra básica, a impossibilidade de que um poder intervenha na esfera de atribuições do outro, constituindo-se âmbitos de atuação independentes para a atividade legislativa, judiciária e executiva.

Na medida em que o direito à educação tem uma dimensão prestacional, constituindo o processo educativo uma práxis social complexa, a realização do direito depende da execução de políticas públicas, de competência típica do poder executivo e, por essa razão, impassível de constrição judicial. A estruturação das políticas educacionais - desde a definição dos conteúdos curriculares até a instalação da escola - dependem de uma ação governamental tomada a partir de decisões políticas fundamentais, envolvendo o alocamento de recursos e as contigências orçamentárias que só o gestor público pode apreciar.

Nesse aspecto, como sustentar a existência de um direito subjetivo universal à educação se o judiciário não pode, pela via de ação, construir escolas, contratar professores, estabelecer diretrizes curriculares, etc? Restaria inviabilizado, portanto, o conceito de tradicional de direito subjetivo delineado por Hans Kelsen, segundo qual *uma pretensão a ser sustentada num ato jurídico apenas existe quando o não-cumprimento do dever se possa valer através de uma ação judicial* [27].

A separação de poderes impediria, assim, a garantia do direito à educação como direito subjetivo universal, revelando-se esta uma simples pretensão social subordinada à ação do executivo. Se se tiver em conta um conceito formalista-positivista de direito subjetivo, que o relaciona à exigibilidade judicial, a carta constitucional atuaria, assim, como programa não vinculante, destinado ao gestor público, instituindo atividades de interesse da coletividade.

Peces-Barba compreende os direitos sociais prestacionais, entre eles o direito à educação, como *derechos incompletos, donde se recoge el principio, el ámbito a proteger y los posibles beneficiarios, pero donde no se ha desarrollado la dimensión subjetiva, sino ésta se deja a criterio del legislador, que puede desarrollarla por ley* [28] . O autor, assim, dá ênfase à fundamentalidade axiológica dos direitos sociais, findando por concluir que, por questões estruturais, não há como sustentar uma dimensão subjetiva exigível judicialmente, mas apenas um teor objetivo ou principiológico.

Desse modo, associando-se a teoria kelseniana ao princípio da separação dos poderes, só poderiam ser considerados direitos subjetivos aqueles passíveis de garantia judicial, nos casos em que o Judiciário pudesse, independentemente de recurso ao Executivo ou Legislativo, concretizar o direito. Como exemplo, citam-se, em geral, os chamados direitos de primeira geração, ou direitos de defesa, como a propriedade, a liberdade de expressão, a liberdade de crença, etc. Sustenta-se o argumento, portanto, em uma diferença substancial entre direitos individuais e direitos sociais, na medida em

que aqueles só demandariam uma abstenção do estado, sendo justiciáveis na medida em que ao juiz cumpriria, apenas, ordenar um não-fazer.

O argumento teórico-jurídico assenta na fluidez normativa dos direitos sociais: sendo normas principiológicas, sua concretização pode se dar em diferentes graus e de diferentes modos [29]. Tendo uma dimensão de determinabilidade mais flexível que os direitos individuais, por exemplo, tem-se a impossibilidade de sustentar a existência de uma prestação *prima facie*, exigível pelo indivíduo pela via judicial. Dessa forma, as prestações garantidas pelo direito à educação são condicionadas, inteiramente, pela sua disciplina infraconstitucional, como meio de conformação.

A elaboração das normas infraconstitucionais depende, como já visto no argumento político, do interesse do poder legislativo em produzir os diplomas normativos, de modo que a definição do conteúdo prestacional do direito é intangível, pela sua indeterminabilidade inicial, até que se normatize. A concretização em ato, através de políticas públicas, por sua vez, está a salvo da intervenção judicial por constituir mérito administrativo, de modo que sustentar o direito à educação como pretensão individual exigível desde o plano de sua garantia formal seria inviável, de acordo com essa concepção.

Para Canotilho tem-se *a determinabilidade como pressuposto do sistema de direitos, liberdades e garantias* [30]. O autor relaciona a fluidez normativa (ou indeterminabilidade) à eficácia e à proteção, nos seguintes termos:

Pretende-se salientar a ideia de que a normatividade reforçada dos direitos, liberdades e garantias, traduzida na sua aplicabilidade directa, pressupõe que as normas consagradoras desses direitos possuem um conteúdo jurídico suficientemente preciso ou determinável.[31]

Assim, é possível sustentar uma "normatividade fraca" dos direitos sociais, pela sua indeterminabilidade inicial, ilustrada pela inexistência de um direito à educação *prima facie*. O problema é essencialmente estrutural e radica na natureza principiológica das normas de direitos fundamentais. Como salienta Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [32]

Desse modo, restaria difícil defender a existência de uma pretensão perfeitamente identificável, dada a fluidez característica da norma principiológica.

No que se refere ao argumento econômico, tem-se o obstáculo fático da escassez de recursos, limitandose a exigência do direito à educação a um mínimo existencial. Estabelecer o direito à educação como direito subjetivo universal seria inviável, posto que se teria a contigência como elemento condicionante da eficácia. Nesse aspecto, ao estado restaria a obrigação de garantir o básico, relacionado ao conceito vago de "reserva do possível".

Os argumentos traduzem idéias complementares, que, associadas, concluem pela impossibilidade teórica dos direitos sociais e, em especial, do direito à educação, como subjetivos. Desse modo, critica-se, como um todo para oferecer uma proposta que supere adequadamente as contraposições apresentadas. Desse modo, além de uma dimensão objetiva, o direito à educação teria, em relação a sua titularidade, uma fundamentação subjetiva, individual, no sentido de que a norma que garante a pretensão ao ensino tem por titular todo e qualquer indivíduo.

O cerne dos argumento apresentados é a distinção estrutural entre direitos individuais - qualificados, tradicionalmente, como subjetivos - e os direitos sociais, que configurariam programas de ação política, sem a existência de pretensões exigíveis individualmente. Sobre a distinção entre direitos sociais e direitos individuais nesses termos, esclarece Abramovitch e Courtis:

Uno de los puntos que se repiten para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles e políticos com respecto a los derechos económicos, sociales e culturales, radica em que el primer género de derechos generaría exclusivamente obligaciones negativas o de abstención, mientras que los derechos econômicos, sociales y culturales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que em la mayoría de los casos deberían solventarse com recursos del erário público[33].

Herrera complementa o argumento:

Está claro que os traços pelos quais se busca definir os direitos sociais foram determinados menos em razão de uma reflexão específica que pela oposição à representação estabelecida dos direitos do homem, que seriam individuais, tendo por fundamento a liberdade e não demandando do estado nada além de uma abstenção (não praticar a tortura, por exemplo) para serem realizados. Essa definição explica, sem dúvida, os limites que condicionaram a empreitada. Isso porque o critério não é falso, mas não exclusivo. [34] [tradução nossa]

Para Abramovith e Courtis, a contraposição é insuficiente, uma vez que *las diferencias entre los derechos civiles y políticos y derechos econômicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales* [35]. Apesar disso, a tensão conceitual verificada é *essencial para reflexão jurídica, pois condicionará o quadro conceitual utilizado para definir o caráter dos direitos sociais: universais como os direitos do homem, ou particulares e condicionados, como os direitos específicos*[36].

Pesquisas recentes demonstram que qualquer direito fundamental, inclusive os direitos de defesa, tradicionalmente tidos por direitos negativos, dependem de uma estruturação estatal mínima para serem assegurados pelo judiciário, limitada, também, por contigências econômico-financeiras. Sustenta-se que a dimensão prestacional do direito à educação, e, em certa medida, de todos os direitos sociais, não é suficiente para inviabilizar sua garantia, como pretensão individual exigível judicialmente, pois não está aí, fundamentalmente, o ponto de distinção entre os direitos individuais e os sociais, que autorizaria a justiciabilidade daqueles em detrimento destes.

Desenvolve-se, assim, a chamada teoria dos custos dos direitos, segundo a qual qualquer direito fundamental depende, para sua concretização, do dispêndio de recursos e da atuação conjunta dos poderes legislativo e executivo, ainda quando se trate da

garantia de uma abstenção, de um não-fazer estatal. Desse modo, o caráter prestacional do direito à educação não lhe retira o caráter formal de direito subjetivo, tal como se deduz das prescrições normativas constitucionais.

4. CONCLUSÕES

Este trabalho teve por finalidade demonstrar a distinção entre os fundamentos axiológico (ou material) e formal do direito à educação. As duas categorias são consideradas mutuamente pressupostas e constituem uma reaproximação entre as instâncias da moralidade e da juridicidade na teoria dos direitos fundamentais.

Demonstrou-se que o esgotamento valorativo empreendido pelo positivismo ocasionou uma crise de efetividade dos direitos fundamentais nas culturas ocidentais, em face das previsões normativas desvinculadas da concretização histórica.

Utilizando-se como referencial a teoria consensual da verdade, tem-se como fundamento axiológico a justificação racional do direito, que, no caso do direito à educação, está relacionada à organização democrática como modelo político primordial. Na medida em que a democracia tem por pressuposto homens capazes da liberdade, faz-se imprescindível garantir o instrumento fundamental de realização do agir livre, no caso, a educação.

A partir desse horizonte, tem-se o fundamento formal como processo de reconhecimento do direito como norma imperativa pelas constituições, em hierarquia especial. No caso brasileiro, tem-se o fundamento formal do direito à educação como direito subjetivo de titularidade universal, cujo objeto é um completo de prestações, a ser concretizado de inúmeros modos, a fim de atender ao imperativo da liberdade e da cidadania participativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATRIA, Fernando. *Existen derechos sociales?* Discusiones, nº 4, 2004, DOXA.

BASTIDA, Francisco J. *¿ Son Los Derechos Sociales Derechos Fundamentales? Por uma Concepción Normativa de la Fundamentalidad de los Derechos*. In: ALEXY,

Robert et ali. **Derechos Sociales y Ponderación**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pg. 103-149.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora/ São Paulo: RT, 2008.

CENCI, Angelo V. *Educação e Ética: Aproximações a partir das Propostas Educativas de Aristóteles e Kant*. In: DALBOSCO, Claudio; CASAGRANDA, Edilson; MÜHL, Eldon (orgs.). **Filosofia e Pedagogia: Aspectos Históricos e Temáticos**. São Paulo: Autores Associados, 2008, pgs. 231-252.

COURTIS, Christian. *Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Breve Exposição*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pgs. 487-513.

FORSTHOFF, Ernst. **El Estado de la Sociedad Industrial**. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1975.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HERRERA, Carlos Miguel. **Les Droits Sociaux**. Paris: PUF, 2009.

JAEGER, Werner. **Paidéia: A Formação do Homem Grego**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005, pgs. 113-143.

NEVES, Marcelo. *A Força Simbólica dos Direitos Humanos.* In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pg. 417-450.

OLIVEIRA, Manfredo A. *Emancipação, Criatividade, Historicidade: Reflexões Sintetizantes*. In: OLINDA, Ercília Maria B. de (org.). **Formação Humana: Liberdade e Historicidade**. Fortaleza: Editora UFC, 2004, pg. 251-269.

PECES-BARBA, Gregorio. *Reflexiones sobre los Derechos Sociales*. In: ALEXY, Robert et ali. **Derechos Sociales y Ponderación**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pg. 85-101.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo: Fundamentação e Aplicação do Direito como *Maximum* Ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Sidney Reinaldo da. **Instrução Pública e Formação Moral: A Gênese do Sujeito Liberal segundo Condorcet**. São Paulo: Autores Associados, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pg. 515-551.

WALKER, Ralph. **Kant e a Lei Moral**. São Paulo: UNESP, 1999.

---

[1] Deste ponto em diante, utilizar-se-á, indistintamente, o adjetivo "axiológico" e "material" .

[2] Sobre essa concepção, cf.: BASTIDA, Francisco J. *¿ Son Los Derechos Sociales Derechos Fundamentales? Por uma Concepción Normativa de la Fundamentalidad de los Derechos*. In: ALEXY, Robert et ali. **Derechos Sociales y Ponderación**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pg. 111.

[3] GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

[4] APEL, Karl-Otto. *O a Priori da Comunidade de Comunicação e os Fundamentos da Ética: Sobre o Problema de uma Fundamentação Racional da Ética na Era da Ciência*. In: APEL, Karl-Otto. **Transformações da Filosofia II**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000, pg. 424.

[5] NEVES, Marcelo. *Do Consenso ao Dissenso: O Estado Democrático de Direito a Partir e Além de Habermas*. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia Hoje: Novos Desafios para Teoria Democrática Contemporânea**. Brasília: Editora UnB, 2001, pg. 121.

[6] NEVES, Marcelo. *A Força Simbólica dos Direitos Humanos.* In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pg. 421.

[7] OLIVEIRA, Manfredo de. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**, 3ª edição. São Paulo: Loyola, 2006, pgs. 278-279.

[8] OLIVEIRA, Manfredo A. *Emancipação, Criatividade, Historicidade: Reflexões Sintetizantes*. In: OLINDA, Ercília Maria B. de (org.). **Formação Humana: Liberdade e Historicidade**. Fortaleza: Editora UFC, 2004, pg. 256.

[9] SALGADO, Joaquim Carlos. **A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo: Fundamentação e Aplicação do Direito como *Maximum* Ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pg. 1.

[10] SALGADO, Joaquim Carlos. *Op. cit.*, pg. 3.

[11] JAEGER, Werner. **Paidéia: A Formação do Homem Grego**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pg. 9.

[12] JAEGER, Werner. *Op. cit.*, pg. 17.

[13] OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Op cit.*, pgs. 255 e 256.

[14] SILVA, Sidney Reinaldo da. **Instrução Pública e Formação Moral: A Gênese do Sujeito Liberal segundo Condorcet**. São Paulo: Autores Associados, 2004, pg. 3.

[15] CENCI, Angelo V. *Educação e Ética: Aproximações a partir das Propostas Educativas de Aristóteles e Kant*. In: DALBOSCO, Claudio; CASAGRANDA, Edilson; MÜHL, Eldon (orgs.). **Filosofia e Pedagogia: Aspectos Históricos e Temáticos**. São Paulo: Autores Associados, 2008, pgs. 231-252.

[16] Cf. WALKER, Ralph. **Kant e a Lei Moral**. São Paulo: UNESP, 1999.

[17] CENCI, Angelo V. *Op. cit.*, pg. 247.

[18] OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. **Ética e Sociabilidade**. São Paulo: Loyola, 1993, pg. 141.

[19] Alertamos para o fato de que o conteúdo jurídico da pretensão não se confunde, conceitualmente, com o conteúdo axiológico do direito em si. O conteúdo axiológico do direito à educação representa o que se entende por educação adequada, associando-se à sua fundamentação, tendo teor muito mais filosófico do que estritamente jurídico. O conteúdo jurídico da pretensão se relaciona ao teor, concretamente considerado, da previsão normativa: em termos gerais, se a norma garante uma prestação ou uma abstenção, em favor do titular.

[20] LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005, pgs. 113-143.

[21] ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2004, pg. 19.

[22] ATRIA, Fernando. *Existen derechos sociales?* Discusiones, nº 4, 2004, DOXA.

[23] FORSTHOFF, Ernst. **El Estado de la Sociedad Industrial**. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1975.

[24] PECES-BARBA, Gregorio. *Reflexiones sobre los Derechos Sociales*. In: ALEXY, Robert et ali. **Derechos Sociales y Ponderación**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pg. 85-101.

[25] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007.

[26] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pg. 515-551.

[27] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pg. 144.

[28] PECES-BARBA, Gregorio. *Op. cit.*, pg. 93.

[29] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: 2009, pg. 46.

[30] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora/ São Paulo: RT, 2008, pg. 149.

[31] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, pg. 149.

[32] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pg. 90.

[33] ABRAMOVITCH, Victor; COURTIS, Christian. *Op. cit.*, pg. 21.

[34] HERRERA, Carlos Miguel. **Les Droits Sociaux**. Paris: PUF, 2009, pg. 9. No original: *Il est clair que les traits par lesquels on cherche à definir les droits socials on été determines moins à la suite d'une réflexion spécifique que par opposition à une représentation établie des "droits de l'homme", qui seraient donc individuals, auraient pour fondement la liberté et ne demanderaient de l'État qu'une abstention (ne pas pratiquer la torture, par exemple) pour être realisés. Cette definition par défaut en quelque sorte explique sans doute les limites sur lesquelles a achoppé l'entreprise. Car aucun de ces critères n'est faux, mais aucun n'em est exclusif.*

[35] ABRAMOVITCH, Victor; COURTIS, Christian. *Op. cit.*, pgs. 24-25.

[36] HERRERA, Carlos Miguel. *Op. cit.*, pg. 9.

A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA NA LUTA CONTRA O PRECONCEITO*

THE IMPORTANCE OF EDUCATION IN THE FIGHT AGAINST PRECONCEPTION

Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla
Taís Nader Marta

RESUMO

Atualmente, os valores constitucionais são a mais completa tradução dos fins que a comunidade pretende ver realizados no plano concreto, mediante a normatização empreendida pela própria Lei Fundante. Nesse contexto, o direito à inclusão da pessoa com deficiência e a garantia de uma vida digna deve ser verificado, haja vista que propiciar e assegurar a qualidade de vida das mesmas é desdobramento natural do princípio da dignidade da pessoa humana. A mudança de cenário que começa a ocorrer no Brasil é algo muito positivo, mas ainda é pouco, pois é necessário se consiga a plena educação inclusiva, não podemos aceitar que crianças sejam discriminadas na própria escola. Mais que isso, só é possível alcançar uma sociedade sem quaisquer preconceitos ou discriminações, como quer nossa Lei Maior, a partir da escola inclusiva, porque assim se permite que desde cedo as crianças convivam com a diferença.

PALAVRAS-CHAVES: DIGNIDADE. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PRECONCEITO. EDUCAÇÃO INCLUSIVA.

ABSTRACT

Currently, the constitutional values are the most complete translation of the purposes that the community wants to see implemented in the concrete through the standardization undertaken by the founding law. In this context, the right to inclusion of disabled people and ensuring a decent life must be verified, given that provide and ensure the quality of life for them is natural unfolding of the principle of human dignity. The change of scenery that starts to occur in Brazil and that is something very positive, but is still little, it is necessary to achieve a fully inclusive education, we can not accept that children are being discriminated against at school. More than that, you can only achieve a society without any prejudice or discrimination, as both our Highest Law, from the inclusive school, because it allows early children live with difference.

KEYWORDS: DIGNITY. PEOPLE WITH DISABILITIES. PREJUDICES. INCLUSIVE EDUCATION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição cumpre o importante papel de transformar os valores predominantes em uma comunidade. Desse entendimento, depreende-se a necessidade de se compreender a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, não só como uma conseqüência histórica e cultural, mas como valor que, por si só, agrega e se estende a todo e qualquer sistema político e social pois privar alguém de viver dignamente é, de certo modo, privá-lo do da vida ou do direito de pertencer à sociedade na qual se integra.

Ocorre que, no Brasil, muitos direitos ainda não são verificados de maneira plena no que tange à educação inclusiva.

O preconceito na escola deve ser combatido[1], pois *cada pessoa é um pacote indivisível de talentos e de limitações combinados em proporções variáveis em função das oportunidades que a vida traz desde a concepção. Jovens, adultos e idosos são mais ou menos talentosos, ou limitados, dependendo dos recursos que o meio ambiente oferece**[2]***.

Com a ratificação da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, pelo Brasil, entende-se que houve, por parte do legislador, uma maior conscientização/humanização e respeito à igualdade, supondo-se também a tolerância com as diferenças e peculiaridades de cada individuo. Espera-se, porém, que o Estado junto com a sociedade, consiga, promover a educação, e, sociabilizar as pessoas com deficiência[3].

Este estudo pretende demonstrar que na luta contra o preconceito e o desconhecimento em relação à deficiência o papel da escola é fundamental, pois é na mais tenra idade que se aprende a conviver com as diferenças e isso é um direito de TODOS (portadores ou não de deficiência). Nossa sociedade precisa urgentemente aprender a conviver com a deficiência num contexto de naturalidade, já que uma parcela significativa da população[4] é portadora de deficiência. Tudo começa na escola ... inclusão começa na escola.

2 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: UM GRUPO MINORITÁRIO

Disse Hannah Arendt: “A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, **sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir**”[5]. (grifo nosso)

Entendemos a deficiência como uma característica, uma diferença que pode gerar alguma dificuldade de relacionamento e integração social.

Existem duas formas de pensar a deficiência: uma baseada no modelo médico (mais antiga) e outra baseada no modelo social (tendência atual).

A principal característica do modelo médico é a descontextualização da deficiência, enfocando-a como um incidente isolado. Infelizmente, há tempos esse modelo tem influenciado documentos legais e ações protetivas no mundo inteiro (no Brasil não é

diferente). É de bom alvitre colocar que, segundo Claudia Werneck[6], o modelo médico tem relação com a homogeneidade porque trata a deficiência como um problema do indivíduo (e, no máximo, de sua família) que deve se esforçar para se "normalizar" perante os olhos da sociedade.

O modelo social da deficiência valoriza a diversidade. Surgiu por iniciativa de pessoas com deficiência, reunidas no *Social Disability Movement*, na década de 1960.

Esse movimento provou que a maior parte das dificuldades enfrentadas por pessoas com deficiência é resultado da forma pela qual a sociedade lida com as limitações de cada indivíduo.

Importante colacionar a posição trazida no Manual de Desenvolvimento Inclusivo, por Werneck[7]:

De acordo com o modelo social, **a deficiência é a soma de duas condições inseparáveis: as seqüelas existentes no corpo e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo que tem essas seqüelas.** Sob esta ótica, é possível entender a deficiência como uma construção coletiva entre indivíduos (com ou sem deficiência) e a sociedade (grifo nosso).

Sem dúvida, o modelo social é o mais adequado para se enfocar a deficiência, já que analisa o "todo", valorizando a importância do ambiente na vida das pessoas. Portanto, é mister que se propague a ótica desse modelo, para que se tenha um perfeito entendimento acerca da deficiência.

Estamos a falar de pessoas com deficiência como minorias no sentido político, ou seja, grupos de pessoas que encontram-se em situação de desvantagem, que sofrem com a falta de oportunidades, opressão política, exploração econômica ou qualquer tipo de discriminação.

As minorias, portanto, devem ter ações voltadas à sua inclusão na sociedade, ou seja, deve ser garantido a elas a igualdade a fim de possibilitar o efetivo exercício de seus direitos, primando-se assim, pela dignidade da pessoa humana.

É o caso das pessoas com deficiência que, em virtude de preconceito ou de tratamento não adequado, são tidos, no mais das vezes, como incapazes ou dignos de pena.

Não resta dúvida de que há uma política social de proteção à pessoa com deficiência pelo Estado Brasileiro, que se mostra alerta às conseqüências nocivas da política econômica neoliberal que adota, para um país como o nosso: agravamento das desigualdades sociais, regionais e sub-regionais, pelo desemprego e descaptalização do trabalhador que determinariam o travamento e quiçá o declínio desse sistema neoliberal, determinando sua falência, se não houvesse o socorro aos hipossuficientes. De outro lado, tais políticas tornam mais aceitáveis todas as concessões que se têm que fazer em prol dos interesses desse sistema capitalista acelerado (privatizações, desregulação, Estado mínimo), como forma de compensação.

É bom pensar, porém, que a adoção de políticas sociais, como essa política nacional de integração da pessoa com deficiência, têm um cunho altamente humanístico, de reconhecimento, defesa e proteção dos direitos sociais fundamentais, que tomando o homem como integrante de uma comunidade reconhece-lhe direitos e oferece condições para que os exerça.

3 PRECONCEITO DISCRIMINAÇÃO E ESTEREÓTIPO

Não se pode olvidar que nossa Constituição Federal tem como um de seus objetivos a promoção do bem de TODOS, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme seu artigo 3º, inciso IV. Então, à luz desse dispositivo constitucional, oportuno refletirmos sobre os significados de discriminação, preconceito e estereótipo.

Segundo Alice Monteiro de Barros[8], a palavra discriminação, do ponto de vista etimológico, significa o caráter infundado de uma distinção.

De acordo com a Convenção 111 da OIT, em seu artigo 1º, o termo discriminação compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência, com base na cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anula ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme determinado pelo País-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.

Oportuno trazermos, também, a definição de Maurício Godinho Delgado[9]:

Discriminação é a conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para situação concreta por ela vivenciada. A causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, etc.). Mas pode, é óbvio, também derivar a discriminação de outros fatores relevantes a um determinado caso concreto específico.

Importante, ainda, inserirmos os conceitos de discriminação, preconceito e estereótipos dados pelo Programa Nacional de Direitos Humanos, na edição de "Brasil, gênero e raça", uma vez que é simples e bastante elucidativo:

Estereótipos, embora possua nome complicado, tem funcionamento que pode ser comparado ao de um simples carimbo. Uma vez 'carimbados' os membros de determinado grupo como possuidores deste ou daquele 'atributo', as pessoas deixam de avaliar os membros desses grupos pelas suas reais qualidades e passam a julgá-los pelo carimbo. Exemplo: todo judeu é sovina; todo japonês é introspectivo; todo português é burro; todo negro é ladrão.

Preconceito é uma indisposição, um julgamento prévio, negativo, que se faz de pessoas estigmatizadas por estereótipos.

Discriminação é o nome que se dá para a conduta (ação ou omissão) que viola direitos das pessoas, com base em critérios injustificados e injustos tais como a raça, o sexo, a idade, a opção religiosa e outros[10]. (grifo nosso)

Cabem aqui as palavras de Christiani Marques[11], para quem o preconceito tem em si uma predisposição hostil em face de outro ser humano. Segundo essa autora:

O preconceito está arraigado no inconsciente popular. Interfere, diretamente, no ato da discriminação, visto que consiste em prévio julgamento mediante generalização ou mistificação, sem distinguir as dimensões do indivíduo ou grupo social.

É de bom alvitre colocar que a discriminação tem duas formas de se manifestar, quais sejam: direta e indireta. A discriminação direta pressupõe um tratamento desigual, fundado em razões proibidas. Já a discriminação indireta se dá a partir de um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos.

Infelizmente a discriminação está presente em nosso cotidiano (até mais do que conseguimos perceber), mas deve ser combatida. Existe aparato na legislação brasileira (tanto constitucional quanto infraconstitucional, *e.g.*, Lei 9029/95) para que se busque uma tutela jurisdicional quando de uma situação discriminatória.

É necessário que sejam tomadas atitudes educativas com o objetivo de contribuir para diminuição do preconceito (como estabelece nossa Magna Carta) e para revisão dos estereótipos, além de medidas judiciais para coibir as práticas discriminatórias. Nesse sentido, concordamos com as palavras de Maurício Godinho Delgado[12]:

O combate à discriminação é uma das mais importantes áreas de avanço do direito característico das modernas democracias ocidentais. Afinal, a sociedade democrática distingue-se por ser uma sociedade suscetível a processos de inclusão social, em contraponto às antigas sociedades, que se caracterizavam por serem reinos fortemente impermeáveis de exclusão social e individual.

Em relação às pessoas com deficiência certo é que o preconceito e a discriminação são gerados pela falta de conhecimento em relação ao tema. Num contexto de anos de segregação, a maioria das pessoas foi privada do convívio com a diferença, não tendo oportunidade de conviver num ambiente de naturalidade com indivíduos com deficiência. Daí a importância da escola inclusiva, pois a criança está sendo formada (e ainda não tem preconceitos), possibilitando a construção de um ser humano que sabe conviver com a pluralidade.

4 DO PRINCÍPIO DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na atualidade, a dignidade da pessoa humana constitui requisito essencial e inafastável da ordem jurídico-constitucional de qualquer Estado que se pretende Democrático de Direito. O que não seria diferente no Brasil, onde, a Constituição Federal de 1988, é fruto da luta contra o autoritarismo do regime militar,[13] surgindo em um contexto de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, nas mais diferentes áreas (econômica, social, política).

Nesse sentido, salienta Paulo Bonavides,[14] que o sistema constitucional nada mais é do que a expressão que permite perceber o verdadeiro sentido tomado pela Constituição Federal em face da ambiência social que ela reflete, e a cujos influxos está cada vez mais sujeita.

Assim é que, seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição Federal de 1988, incorporou, expressamente, ao seu texto, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) – como valor supremo –, definindo-o como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito e dos Direitos fundamentais.

Tratando de crianças e de adolescentes, a lei 8.069/90 estabelece direitos fundamentais com absoluta prioridade, impondo ao poder público a obrigação de dar destinação privilegiada de recursos nas áreas relacionadas à sua proteção.

Assim,

[...] toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, tendo em vista se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro.[15]

Denota-se, com solar clareza, a importância e a imponência do princípio constitucional da proteção da dignidade humana, bem como sua força soberana, quando confrontado com outros postulados de magnitude, sendo imensamente gratificante perceber que, paulatinamente, o nobre Poder Judiciário brasileiro não vem medindo esforços para fomentar sua inexorável defesa. A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem.

Ocorre que ainda presencia-se no Brasil, diariamente, situações em que a dignidade da pessoa humana é malferida, não apenas pela violência direta em que há o repúdio da sociedade, mas, principalmente, pela formas veladas como o preconceito, discriminação e, acima de tudo, pela falta de oportunidade para sociabilidade e tudo isso tem grande reflexo nas escolas.

No entanto, a pessoa com deficiência não pode ficar à mercê da solução de problemas de ordem administrativa. O artigo 9º (Acessibilidade) da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência determina, *in verbis:*

1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:

a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho;

b) Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência;

2. Os Estados Partes também tomarão medidas apropriadas para:

a) Desenvolver, promulgar e monitorar a implementação de normas e diretrizes mínimas para a acessibilidade das instalações e dos serviços abertos ao público ou de uso público;

b) Assegurar que as entidades privadas que oferecem instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em consideração todos os aspectos relativos à acessibilidade para pessoas com deficiência;

c) Proporcionar, a todos os atores envolvidos, formação em relação às questões de acessibilidade com as quais as pessoas com deficiência se confrontam;

d) Dotar os edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público de sinalização em braille e em formatos de fácil leitura e compreensão;

e) Oferecer formas de assistência humana ou animal e serviços de mediadores, incluindo guias, ledores e intérpretes profissionais da língua de sinais, para facilitar o acesso aos edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público;

f) Promover outras formas apropriadas de assistência e apoio a pessoas com deficiência, a fim de assegurar a essas pessoas o acesso a informações;

g) Promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à Internet;

h) Promover, desde a fase inicial, a concepção, o desenvolvimento, a produção e a disseminação de sistemas e tecnologias de informação e comunicação, a fim de que esses sistemas e tecnologias se tornem acessíveis a custo mínimo.

Por fim, deve-se ressaltar que, o princípio da dignidade da pessoa humana cria um dever geral de respeito de todos os seres humanos com relação a seus semelhantes, isolada ou coletivamente, afetando a todos indistintamente, intérpretes jurídicos ou não do sistema constitucional, indiferente de estar expresso ou não no ordenamento jurídico.

5 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Imprescindíveis algumas palavras sobre os direitos fundamentais, uma vez que a Educação é um direito fundamental social e, de acordo com Claudio Ari Mello[16], "*o centro de gravidade do constitucionalismo contemporâneo são os direitos fundamentais*".

Neste lanço, registra-se que, embora conhecidas na doutrina como sinônimas as expressões "liberdades públicas", "direitos subjetivos públicos", "direitos do homem", entre outras, optamos pela terminologia "direitos fundamentais" por entendermos ser a mais precisa, já que a palavra "direito" traz uma idéia mais completa de sua extensão e a palavra "fundamental" destaca a imprescindibilidade desses direitos à condição humana.

Mister, ainda, registrar as palavras de Canotilho[17], no que tange à diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos:

As expressões «direitos do homem» e «direitos fundamentais» são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Assim, certo é que os direitos fundamentais refletem a constitucionalização dos direitos humanos. Logo, sua proteção e garantia vêm da própria ordem estatal interna, ou seja, da Constituição, enquanto os direitos humanos transcendem a órbita do Estado (têm função transnacional).

Importa notar que os direitos fundamentais hoje reconhecidos são frutos de uma evolução histórica.

Bobbio[18] diz que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

O cristianismo, pela sua filosofia, tem papel central no reconhecimento dos direitos fundamentais. Afirma Vidal Serrano[19] que "na antiguidade Clássica, embora o pensamento sofístico já alinhavasse algumas preocupações com o tema igualdade, pode-se dizer que o pensamento dominante não colocava no seu rol de preocupações o humanismo". É cediço que pensadores da época, entre os quais Aristóteles, tentavam justificar teoricamente a escravidão. José Afonso da Silva[20], Manoel Gonçalves Ferreira Filho[21] e Ingo Wolfgang Sarlet[22] também relatam a importância do pensamento cristão para o reconhecimento dos direitos fundamentais.

Na linha histórica podemos notar nas Declarações e Documentos Internacionais o início do reconhecimento positivado dos direitos fundamentais. Destacam-se a *Magna Carta Libertatum* (Inglaterra, 1215); a Declaração do Bom Povo de Virgínia (EUA, 1776); a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) e, mais recentemente, a Declaração Universal de Direitos do Homem (1948).

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho[23]:

A opressão absolutista foi a causa próxima do surgimento das Declarações. Destas a primeira foi a do Estado da Virgínia, votada em junho de 1776, que serviu de modelo para as demais na América do Norte, embora a mais conhecida e influente seja a dos "Direitos do Homem e do Cidadão", editada em 1789 pela Revolução Francesa.

Claro está, então, que os direitos fundamentais de primeira geração (ou primeira dimensão, como prefere Ingo Sarlet[24]) surgiram como resposta do indivíduo à interferência estatal, produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII. Daí porque são direitos de defesa do ser humano perante o Estado (o Estado deve ser o guardião das liberdades, sem interferência no relacionamento social). Esses direitos

também são chamados de liberdades públicas negativas, definindo a área de domínio do Poder Público e a área de domínio individual.

Na seqüência, com os graves problemas sociais e econômicos que acompanharam o impacto da industrialização, as doutrinas socialistas, constatou-se, já no decorrer do século XIX e início do século XX, que não bastava a consagração formal de liberdade e igualdade, pois isso não lhes garantia efetividade. Então, surge a segunda geração de direitos fundamentais, para garantia de um mínimo vital ao ser humano, exigindo prestações positivas do Estado. Nas palavras de Ingo W. Sarlet[25]: "não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado". Também denominados direitos positivos ou direitos sociais, têm o condão de manter o minimamente necessário para o exercício de um vida digna[26]. Observa-se aqui que o Estado é responsável pela superação das carências individuais e sociais. Destacamos, então, dentre os direitos fundamentais de segunda geração os direitos à assistência social, à saúde, ao trabalho e, **em especial, à educação** (merecedor de maiores explicações em tópico posterior). Ensina Ferreira Filho[27]:

A necessidade de proteção do economicamente fraco, por intermédio do Estado, foi, assim, ganhando a opinião pública. Ainda na primeira metade do século XIX a Revolução Francesa de 1848 e sua Constituição reconheceram efetivamente o primeiro dos "direitos econômicos e sociais": o direito ao trabalho, impondo a obrigação de dar meios ao desempregado de ganhar o pão.

Embora se verifique que o direito ao trabalho foi o primeiro dos direitos sociais a ser reconhecido e positivado, não se pode olvidar de sua íntima relação com a educação, uma vez que essa prepara o ser humano para a atividade laboral.

Segundo Vicente de Paulo Barreto[28], os direitos sociais serão uma forma de manifestação dos valores humanos da liberdade, igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Com precisão Sarlet[29] fala: "... os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia...".

Sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais, oportunas são as palavras de José Luiz Bolzan de Morais[30]:

A eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais sociais deverá ser objeto de permanente otimização, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais corresponde, em última análise, a ter como objetivo permanente a otimização do princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, a mais sublime expressão da própria idéia de justiça.

Nos precisos dizeres de Andreas J. Krell, percebe-se, que:

[...] os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que os individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas 'políticas sociais' (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.[31]

O que se verifica, em linhas gerais, é o direito indelével de o cidadão obter do Estado, prestações positivas, as quais, pela importância que detém, ultrapassam o campo da mera discricionariedade administrativa, para uma inafastável vinculação de índole e força constitucionais, de modo que as pautas de atuação governamental, jamais poderão ser relegadas a conceitos de oportunidade ou conveniência do agente público, eis que não podem transformar-se em mero jogo de palavras, pois, como visto, são indispensáveis à manutenção do *status* de dignidade da pessoa humana.

É de bom alvitre lembrar que, depois da Segunda Guerra Mundial, em face de toda catástrofe trazida por ela, ganha ainda mais força a positivação dos direitos fundamentais[32]. Ricardo Lobo Torres[33] cita que as declarações de direitos fundamentais, em alguns casos, acompanham as Constituições nacionais (como a da Itália, 1948 e da Alemanha, 1949) e em outros aparecem no plano internacional, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948) e a Declaração de Direitos da OEA (1966).

Com os horrores da Guerra e após as explosões das bombas de Hiroshima e Nagasaki (que inovaram por serem armas de destruição em massa), surgem em resposta a essa realidade os direitos fundamentais de terceira geração. Também denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, destinam-se à proteção de grupos humanos e, dentre eles, podemos notar os direitos ao meio ambiente, à qualidade de vida, à paz, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento.

Apesar de já haver doutrinadores[34] que defendem a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, por não haver consenso nem reconhecimento, tanto na ordem interna como na internacional, optamos por focar nossas explicações nas três gerações pacificamente reconhecidas. No entanto, importante considerar que, como já dito, os direitos fundamentais são fruto de uma evolução histórica e a gama de reconhecimento desses direitos tende a aumentar, de acordo com o momento histórico vivenciado, pois, como é cediço, o direito é dinâmico e deve acompanhar as evoluções humanas.

Ingo Wolfgang Sarlet[35] entende os direitos fundamentais como "exigência e concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana". Registramos nossa concordância e afirmamos que os direitos fundamentais existem para garantir a dignidade humana em todas as suas dimensões.

6 EDUCAÇÃO

O artigo 6º[36] de nossa Constituição enuncia os direitos fundamentais sociais, ou seja, direitos que exigem prestações positivas do Estado para que se estabeleça condições mínimas de uma vida digna para todos os seres humanos. A Educação encontra-se nesse rol, não deixando dúvidas sobre sua fundamentalidade.

Pode-se, também, observar que de "todos os direitos sociais constitucionalmente assegurados, nenhum mereceu, explicitamente, por parte do legislador constituinte e ordinário, o cuidado, a clareza e a contundência do que a regulamentação do direito à educação"[37].

Em atenção ao tema, ensina Sarlet[38] que sendo o direito fundamental social à educação reconhecido expressamente no art. 6º da Carta Magna, integra, portanto "o catálogo dos direitos fundamentais" e está "sujeito ao regime jurídico reforçado a estes atribuído pelo Constituinte (especialmente art. 5º, § 1º, e art. 60, § 4º, inc. IV)". De fato, a educação, por ser um direito fundamental, é irrenunciável e inerente a todo ser humano, tendo garantida sua aplicação imediata, conforme o disposto no artigo 5º, § 1º[39] da Constituição Federal. Sobre o disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV[40], da Lei Fundamental vigente, Borges Horta faz interessante elucidação, que também vai ao encontro do pensamento de Sarlet[41]:

Para nós, contudo, não há direito social, ou mesmo difuso, que não esteja diretamente vinculado a direito ou garantia individual.

Assim, pensamos que a Constituição, ao utilizar o termo "tendente", na realidade parece ter pretendido atingir os direitos fundamentais como um todo, o que é absolutamente lógico: se se exclui do texto o direito à licença-maternidade, social, restringe-se (ou tende-se a abolir) o direito à vida, individual; se se exclui o direito à Educação, prejudica-se a liberdade de pensamento...[42]

"Com status de direito fundamental, a educação torna-se base para a participação na vida social, ao mesmo tempo em que é fundamento para a aquisição e o crescimento da cidadania" afirma Wilson Donizeti Leberati[43].

Válido, neste momento, mencionar a definição de Celso Ribeiro Bastos[44] que, com propriedade, ensina

A educação consiste num processo de desenvolvimento do indivíduo que implica a boa formação moral, física, espiritual e intelectual, **visando ao seu crescimento integral para melhor exercício da cidadania e aptidão para o trabalho**. (grifos nossos)

À luz da importância que o Constituinte de 1988 deu para o tema educação, não resta dúvida de sua fundamentalidade na vida da pessoa humana. Paulo Freire, educador humanista que vê o ser humano como um ser inacabado, afirma que nossa educabilidade decorre de nossa inconclusão[45]. Em suas palavras: ”Ninguém nasce feito. Vamos nos fazendo aos poucos, na prática social de que tomamos parte”[46]. Logo, educação é um processo formativo que envolve o ser humano como um todo.

Cabe aqui registrarmos os ensinamentos de Jean Piaget, quando analisou o artigo 26[47] da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Para ele, “falar de um direito à educação é, pois, em primeiro lugar, reconhecer o papel indispensável dos fatores sociais na própria formação do indivíduo”[48].

Na lição de Piaget[49],

O desenvolvimento do ser humano está subordinado a dois grupos de fatores: os fatores da hereditariedade e adaptação biológicas, dos quais depende a evolução do sistema nervoso e dos mecanismos psíquicos elementares, e os **fatores de transmissão ou de interação sociais**, que intervêm desde o berço e desempenham um papel de progressiva importância, durante todo o crescimento, na constituição dos comportamentos e da vida mental. (grifos nossos)

A educação não é apenas uma formação, “mas uma condição formadora necessária ao próprio desenvolvimento natural”[50].

Continua Jean Piaget[51]:

Afirmar o direito da pessoa humana à educação é pois assumir uma responsabilidade muito mais pesada que a de assegurar a cada um a possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo: significa, a rigor, garantir para **toda** criança o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, **bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual**. É antes de mais nada, por conseguinte, assumir a obrigação – levando em conta a constituição e as aptidões que distinguem cada indivíduo – de nada destruir ou malbaratar das possibilidades que ele encerra e que cabe à sociedade ser a primeira a beneficiar, ao invés de deixar que se desperdicem importantes frações e se sufoquem outras. (grifos nossos)

Paulo Freire, no mesmo sentido, alerta: “Fala-se exclusivamente do ensino de conteúdos, ensino lamentavelmente quase sempre entendido como transferência do saber... Ensinar não é transferir conhecimento, mas criar possibilidades para a sua própria produção ou a sua construção”[52]. O aluno não pode ser considerado como um mero “vasilhame” em que o professor deposita seus saberes, destituídos de valores e do seu contexto social, de modo que os educandos apenas memorizem e repitam o que é “depositado” pelo professor. Isso é a concepção “bancária” da educação[53].

Destarte, a educação deve ser percebida como uma formação constante e multifacetada[54]. “O conceito de educação deve refletir uma escola realmente formadora de indivíduos críticos e conscientes, e que possam contribuir para uma sociedade melhor e mais justa”[55], assinala Machado Júnior.

A educação é, indubitavelmente, responsável por fornecer elementos para a construção do pensamento humano e, por conseguinte. pela capacidade de autodeterminação do indivíduo. E essa elaboração da maneira correta de pensar é uma tarefa que está muito ligada ao desenvolvimento da democracia, daí a grande importância e responsabilidade da escola. Afirmou Hannah Arendt, em relação ao ato de pensar, que “nenhuma outra capacidade humana é tão vulnerável; de fato, numa tirania, é muito mais fácil agir do que pensar”[56].

No texto constitucional merecem especial atenção os artigos 205 e 206, onde encontramos que a Educação é um direito de TODOS e dever do Estado, além dos princípios que servem de embasamento para o ensino. Por óbvio, nesse “TODOS” estão incluídas as pessoas com deficiência. Eugênia Fávero, acertadamente, diz que, somando a esses artigos o inciso V do artigo 208, “tais dispositivos já bastariam para que todas as escolas recebessem a todas as pessoas, a todas as crianças, sem qualquer discriminação...”[57]

Afirma José Afonso da Silva[58]:

A educação como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem que ser comum a todos. É essa concepção que a Constituição agasalha nos arts. 205 a 214, quando declara que ela é um *direito de todos e dever do Estado*. (grifos originais)

Mister ressaltar, uma vez mais, que a educação, consoante o art. 205 da Lei Maior, tem como objetivos o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Todavia, a fim de que se concretizem esses objetivos, é necessário que o sistema educacional seja democrático e, portanto, inclusivo!

Não basta que se declare o direito à educação, são necessários meios práticos para sua efetivação.

Canotilho[59] chama a atenção:

A criação dos pressupostos concretos do direito à cultura e ensino (pressupostos materiais da igualdade de oportunidades) é condição ineliminável de uma *real liberdade* de formação (desenvolvimento da personalidade, cfr. art. 73.72) e instrumento indispensável da própria *emancipação* (progresso social e participação democrática...).

Indubitável, dessarte, que para haver liberdade de pensamento e consciência é necessário o fornecimento de condições para a construção do pensamento livre, assim como para haver liberdade de expressão são necessários meios e condições para expressar-se corretamente[60], de modo a se fazer compreender. É bom lembrar, também, que o direito à informação, nas suas vertentes de "direito de se informar" e "de ser informado"[61], para ser efetivado é imprescindível que sejam dadas condições para captar e entender a informação. Logo, clara está a importância e fundamentalidade da educação para que se possam concretizar os direitos e liberdades individuais. A educação faz parte do mínimo necessário para uma vida digna.

No mesmo sentido ensina Lobo Torres[62]:

O mínimo existencial protege também as condições iniciais da liberdade, assim entendidos os pressupostos materiais para o seu exercício. A liberdade de expressão, por exemplo, só se afirma se as pessoas souberem ler e escrever, donde se conclui que o ensino da leitura e da escrita é mínimo existencial.

Tudo passa pela educação, desde o entendimento da importância de condições de higiene, cuidados com a saúde, até posicionamentos político-ideológicos. Sérgio Alves Gomes[63], apoiado nos ensinamentos de Maria Garcia, afirma que "o direito à educação é *fundamental* por se tratar de um direito social *diretamente vinculado* ao *direito à vida*"- (grifos no original).

Nesse diapasão, César Pereira da Silva Machado Júnior diz[64]:

... se o liberalismo fala em liberdade de expressão e consciência, deve **toda** população ter acesso ao direito social à educação, para formar livremente sua consciência política, filosófica e religiosa e tenha meios, ou capacidade de expressar esta consciência. Portanto, os direitos sociais aparecem como mecanismo de realização dos direitos individuais de toda população. (grifo nosso)

Alerta-nos Dalmo de Abreu Dallari[65] que "os indivíduos e os povos que não têm oportunidades de educação estão condenados a uma situação de inferioridade e

marginalidade, que é praticamente impossível de superar" e, ainda, que para esses indivíduos "não tem qualquer sentido a proclamação constante do artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos, de que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em direitos e dignidade".

Assim, é claro que a falta de educação gera exclusão e viola a dignidade da pessoa humana[66]. A falta de educação atrapalha tanto no cumprimento dos deveres quanto no exercício dos direitos.

Indispensável, neste momento, a colocação de Lauro Ribeiro[67] que, baseado nas lições de Anísio Teixeira, afirma:

a educação é o mais significativo instrumento de justiça social, para corrigir as desigualdades provenientes da posição de riqueza; é "direito dos direitos" porque "todos os outros direitos são vãos, se o homem continuar ignorante e desaparelhado para gozá-los ou conquistá-los". (grifos nossos)

Cabe, então, registrar o ensinamento de Gabriel Chalita: "Um povo que não tem consciência de seus direitos e deveres ficar à mercê da boa vontade de sua classe dominante, sem instrumentos para compreender quais são suas prerrogativas e quais as do Estado..."[68].

Mais do que um direito do indivíduo humano, a educação é uma necessidade da sociedade como um todo e a garantia da subsistência da democracia[69]. A educação é "não somente a base da democracia, mas a própria justiça social"[70].

Não se pode esquecer que, então, a democracia tem um preço: o preço da Educação para **todos**, educação que faz homens livres e virtuosos[71].

Assim, qualquer ação ou omissão que venha a subtrair 'alguém' do **'TODOS'** a quem o Constituinte Originário quis garantir o direito à educação (conforme o artigo 205 da Constituição Federal), é flagrantemente inconstitucional e deve ser rechaçada.

No artigo 206 da Constituição Federal são arrolados os princípios[72] de regência da educação brasileira.

Importante é o ensinamento de Marcos Augusto Maliska[73], sobre os princípios constitucionais referentes à educação:

... o intérprete do direito à educação, na análise do texto Constitucional, deve ter presente a existência de princípios gerais em matéria de educação e, a partir deles, desenvolver sua atividade interpretativa de modo a, sempre, respaldar a concretização de uma regra na estreita conformação com a Constituição.

É certo que quando falamos em educação, devemos ter em mente os princípios fundamentais da República e os princípios trazidos pelo artigo 206 da Lei Fundamental, ou seja: a interpretação do direito à educação deve se basear nesses princípios.

Vem ao encontro dessa afirmação a fala de Wilson Donizeti Liberati[74]: "Não haveria de prosperar um "direito à educação" isolado de princípios interligados com os demais princípios formadores dos direitos e garantias individuais". Sem dúvida, o direito à educação faz parte de uma sistemática constitucional que tem como norte a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões.

Mister ressaltar, diante do tema a que nos propomos, o princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. É notório que esse princípio é mais uma repetição didática do princípio consagrado no *caput* do artigo 5º. No entanto, embora tantas vezes repetido (implícita ou explicitamente) no texto constitucional, o princípio da igualdade parece, na prática, "não precisar ser respeitado" em algumas ocasiões educacionais que envolvem a pessoa com deficiência[75].

Segundo Liberati[76], o "acesso à escola, a permanência nela e seu sucesso também implicam toda a eliminação de discriminação". A discriminação e o preconceito na escola afrontam, além do princípio da igualdade, um dos objetivos fundamentais da República, constante no artigo 3º, IV, qual seja: a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nessa linha, com toda razão afirma Paulo Freire[77]: "A prática preconceituosa de raça, de classe, de gênero ofende a substantividade do ser humano e nega radicalmente a democracia".

Ao comentar os princípios que regem o direito à educação na Constituição Federal, Borges Horta diz:

Ao referirmo-nos à igualdade educacional, pedra de toque da construção do Estado social de Direito, mantida no Texto de 1988, estamos fazendo menção à base axiológica de todas as grandes medidas tomadas na direção da consolidação do direito à Educação como um direito dotado de plena eficácia social. Sem a presença de tal "sopro" igualitarista, **perderia o sentido o sistema educacional, que exige, por coerência própria, a acessibilidade do aparato educacional do Estado a todos os indivíduos, indistintamente**. [78](grifos nossos)

TODOS, indistintamente, têm direito à educação! Mas, reflitamos: Esse direito é posto em prática por quantos desse 'TODOS'? E Isso reflete o princípio da igualdade de condições para acesso e permanência na escola? Certamente (e infelizmente!), como ainda vivenciamos uma realidade de exclusão educacional, a resposta é negativa.

Maliska fala que a "igualdade de acesso e permanência implica no estabelecimento de critérios gerais e não discriminatórios"[79]. Dessa forma, não se pode negar que a falta de acessibilidade apresentada por determinadas escolas é sim discriminatória!

Nas palavras de Freire, "este é também um direito e um dever dos cidadãos [...]: o de se baterem por uma escola mais democrática, menos elitista, menos discriminatória... Uma **escola aberta, que supere preconceitos**, que se faça um centro de alegria..."[80] (grifos nossos). Diríamos: **uma escola para todos!**

6.1 Educação Inclusiva

"***A escola é o começo de tudo. Se ela não alterar seus princípios, adeus sociedade inclusiva... Escola só é escola se for transformadora***"[81]. Ao fazer tal afirmação, Claudia Werneck ainda complementa sua idéia sobre a missão da escola dizendo que "os princípios da inclusão nada mais são do que os princípios da democracia"[82]. A Educação é, sem dúvida, o principal caminho para a construção da almejada sociedade para **todos**, uma sociedade verdadeiramente democrática, em que TODOS são realmente iguais em direitos e deveres.

Segundo Leonardo Boff[83], "... a lei básica do universo e da vida não é a competição que divide e exclui, mas a cooperação que soma e inclui". Assim, entendemos que a convivência entre alunos com deficiência e sem deficiência é extremamente positiva sob todos os aspectos, o que demonstraremos no decorrer deste estudo.

"A educação inclusiva percebe a heterogeneidade como possibilidade de enriquecimento do grupo", afirma Rita Vieira de Figueiredo Boneti[84], da Universidade Federal do Ceará.

Em vista de sua importância, a Educação foi consagrada na Constituição Federal como direito fundamental social, previsto em seu artigo 6º[85] (além do Capítulo III, Seção I, tratar detalhadamente do assunto).

Nos artigos 205 a 214, o Constituinte de 1988 cuida especificamente do direito à educação. Segundo Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior[86]:

A secção específica inicia-se com a declaração de que **a educação é um direito de todos**, o que caracteriza simultaneamente como um direito individual de difuso, além de designar a quem compete oferecê-lo: ao Estado e à família, com a colaboração da sociedade... (grifos nossos)

Cabe, então, aqui também indagarmos e refletirmos, como Claudia Werneck[87]: "***Quem cabe no seu TODOS?***"

Todos precisamos ganhar controle sobre as condições sob as quais enfrentamos os desafios da vida – mas para a maioria de nós esse controle só pode ser obtido *coletivamente*.[88]

Assinala José Luiz Borges Horta[89] que "ao definir a natureza ilimitada da Educação, abrangendo a totalidade dos brasileiros, a Constituição afirma: "***A Educação brasileira não é um ato de compaixão ou caridade, mas questão de máximo interesse público***". (grifos originais).

Interessante ressaltar que, de acordo com os ditames constitucionais, a educação visa "***ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação profissional***"[90].

"O pleno desenvolvimento da pessoa humana significa o desenvolvimento em todas as suas dimensões, não apenas no aspecto cognitivo ou da mera instrução, mas do ser humano de forma integral", ensina Gabriel Chalita[91].

Então, claro está que para haver desenvolvimento completo do ser humano é necessário que a escola reflita solidariedade e tolerância. Afirmam Ragazzi e Araujo que "a diversidade compõe a necessária base da educação" e que "Crianças diferentes, com problemas diferentes, criam uma situação de solidariedade e permitem a todos conviver com mais tolerância"[92]. Muito interessante o posicionamento desses autores, quando afirmam que a escola inclusiva não é um direito da minoria (das pessoas com deficiência), mas **um direito que se refere à maioria**. E ilustram seu raciocínio:

Nós (pessoas não-portadoras de deficiência) também temos o direito de poder conviver com gente diferente, com problemas diferentes, para aprendermos a ser mais tolerantes; saber como nos comportar diante das diferenças; saber que elas são superáveis a partir de uma vivência afetiva e conjunta. Com um ensino segregado, tal direito nos foi (a nós, a maioria) retirado e fomos impedidos de conviver com colegas de classe cegos, surdos, com deficiência mental leve, etc. E a falta desse convívio hoje se revela quando encontramos alguém em cadeira de rodas, por exemplo, e não sabemos muito bem como nos comportar, o que podemos fazer para ajudar, se é que eles precisam de ajuda. É a falta dessa educação inclusiva que nos faz achar sempre que a pessoa portadora de deficiência precisa de ajuda....[93]

Mister lembrar que o artigo 206, inciso I, da Lei Maior assegura *igualdade de condições para acesso e permanência na escola.* Considerando o princípio constitucional da igualdade (artigo 5º) e mais a regra explícita do artigo 206, não resta dúvida de que também às pessoas com deficiência deve ser garantida a igualdade de condições para acesso e permanência no ambiente escolar.

A Constituição Federal de 1988 traz, ainda, que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de *atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino* e *acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística,* ***segundo a capacidade de cada um[94]***. Frise-se que o atendimento especializado previsto pelo Constituinte não deve ser entendido como "separação do ambiente escolar comum", ao contrário, significa um "*plus*", um adicional curricular além do que é oferecido a todos os alunos. Explica-nos Eugênia Fávero[95]:

Alguns precisam, sim, de atendimento especializado; no entanto, **esse atendimento não significa restrição ao mesmo ambiente que os demais educandos**, ao contrário, esse atendimento deve ser bem definido e funcionar como um currículo à parte, oferecendo subsídios para que os alunos possam aprender conteúdos específicos a cada deficiência, **concomitantemente ao ensino comum**.

...

Insistimos: **a garantia de atendimento especializado não pode subtrair o direito de acesso ao mesmo ambiente que os demais educandos**. (grifos nossos)

Não se pode olvidar que a humanidade vem progredindo em relação às pessoas que têm deficiência. Os ganhos nessa área são notórios (embora ainda insuficientes). Apesar de ainda existir preconceito e desinformação, hoje praticamente não se encontra quem negue que as pessoas com deficiência têm direito à educação. Todavia, não basta apenas a declaração de um direito, mas é necessário que se analise sua efetivação, a forma como se está pondo em prática.

Cabem aqui os ensinamentos de Rosita Edler Carvalho[96]:

Sem dúvida que, sob o paradigma da inclusão, para que seja bem-sucedida, há que construir um sistema educacional diferente do que dispomos, atualmente. No seu ideário a inclusão prevê uma escola aberta à diversidade, que não pretenda ter uma cultura hegemônica e única camuflando a riqueza do multiculturalismo que caracteriza sua comunidade de alunos e professores e que possibilite o desenvolvimento integral de todos os educandos, independentemente de suas características pessoais.

Certo é que uma sociedade bem educada gera uma convivência mais harmoniosa entre seus membros. A escola tem o papel de educar para transformação social. Assim, a tão desejada inclusão social da pessoa com deficiência deve começar no ambiente escolar.

Alerta-nos, também, Werneck[97]:

Incluir não é favor, mas troca. Quem sai ganhando com essa troca? Todos, em igual medida. Conviver com as diferenças humanas é **direito do pequeno cidadão**, deficiente ou não. Juntos construirão um país diferente. A escola transformadora é a semente desse Brasil-do-tamanho-exato-de-nossas-idéias. (grifos nossos)

Com muita propriedade, diz Maria Teresa Eglér Mantoan[98]: “Os laços afetivos fazem o conhecimento expandir-se, extrapolar o seu lado meramente cognitivo e penetrar em

regiões mais fundas e significativas – as emoções, as sensações que surgem do aprender "com" os outros, de fazer a quatro mãos.".

Para essa autora da UNICAMP, que é referência em educação, as escolas de hoje tendem a buscar uma "pseudo-homogeneidade", ignorando que as escolas de qualidade são necessariamente abertas às diferenças e, assim, recebem TODAS as crianças[99]. Mantoan ainda afirma: "só combateremos a exclusão escolar na medida em que as escolas se tornarem aptas para incluir, incondicionalmente, todos os seus alunos em um único sistema"[100].

É cediço (e até redundante) que cada pessoa é única e possui capacidades e limites individuais, por isso não podemos privar as pessoas com deficiência do seu direito de desenvolver-se plenamente. Quem diria, por exemplo, que alguém oriundo de escola pública, tendo cegueira, perda parcial da audição e dos movimentos dos membros superiores e inferiores, fosse alcançar o primeiro lugar numa Olímpiada de matemática, superando 450 mil concorrentes? Pois essa é a vitória de Paulo Ramos, narrada pela Revista Sentidos[101].

Talvez o grande desafio da inclusão seja a deficiência intelectual. Pouco se conhece sobre ela e, como já afirmamos, cada ser humano é único e dotado de capacidades próprias, portanto, a elas também é garantido o ensino inclusivo. Afirma Mantoan: "Não podemos dizer até onde uma pessoa chegará. A inteligência não se submete à oráculos". Prova disso é a vida do professor espanhol Pablo Piñeda, portador da Síndrome de Down, que aprendeu a ler aos quatro anos, cursou universidade e agora está prestes a terminar a licenciatura em psicopedagogia[102]. Além dele, temos o caso do brasileiro João Victor Mancini Silvério que, aos 19 anos, passou no Vestibular da Faculdade de Educação Física, sendo o terceiro brasileiro com Síndrome de Down a cursar educação superior[103].

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, com conhecimento de causa, afirma: "A ignorância generalizada sobre as competências das pessoas com deficiência impede-lhes o acesso às condições mínimas de cidadania... Sufoca-lhes o excesso de proteção assistencial e familiar"[104].

Não estamos aqui desconsiderando casos em que a deficiência e o comprometimento da criança e do adolescente sejam tão grandes que o impeçam de estar em ambiente escolar. Mas, nesses casos, estamos diante de necessidades clínicas e não escolares e ressaltamos que não se pode analisar alguns casos por todos.

Olney Queiroz Assis e Lafayette Pozzoli[105] afirmam: "o desafio da escola inclusiva concentra-se, portanto, no desenvolvimento de uma pedagogia capaz de educar, com qualidade satisfatória, todas as crianças, inclusive as portadoras de necessidades especiais".

A escola inclusiva, que é uma escola de TODOS, ensina não apenas conhecimento técnico-científico, mas ensina valores, princípios e atitudes! Ensina a viver junto, ensina a conviver em ambiente de tolerância e harmonia em meio a diversidade[106].

A solidariedade é uma lição da escola inclusiva. Na fala de Maria Teresa Eglér Mantoan[107]: "*ninguém é tão capaz a ponto de não precisar de apoio do colega, do*

amigo, do professor. As crianças aprendem com os adultos a competir e a cooperar, por isso é grande a nossa responsabilidade no sentido de fomentar atitudes que lhe possibilitem ser solidárias...”[108]

Segundo Adriana Perri, a solidariedade é o princípio fundamental das escolas inclusivas: “...todos os alunos aprendem juntos, independentemente das dificuldades e das diferenças que apresentam, para garantir um bom nível de educação”[109].

Não se pode ignorar que alguns pais de crianças sem deficiência, assim como outras pessoas, questionam se a presença de uma criança com deficiência na mesma turma ou na escola não iria atrapalhar o desenvolvimento de seus filhos. Segundo Rosana Melli[110], estudos têm evidenciado que o convívio de pessoas sem deficiência com pessoas portadoras de deficiência promove o acesso a uma gama mais ampla de papéis sociais e o respeito às diferenças, desenvolve a cooperação e a tolerância, favorece a aquisição do senso de responsabilidade, além de melhorar o desempenho escolar, ou seja, mais uma vez fica claro: TODOS ganham com a educação inclusiva.

Melli[111] fala que “não se pode desconsiderar os aspectos afetivo e social do desenvolvimento humano, atendo-se apenas ao cognitivo.... A Interação com pares é fundamental para o desenvolvimento integral de uma pessoa. “

“A escola que não está preparada para receber gente diferente não é escola; ela perdeu sua característica básica e essencial, ou seja, convívio de gente, com suas diferenças”, ensinam Ragazzi e Araujo[112].

Imperiosa se faz uma educação mais humanizadora. A escola tem o dever de formar GENTE[113] e não apenas transmitir conhecimentos. “É mais importante educar que instruir; formar pessoas que profissionais; ensinar a mudar o mundo que a ascender à elite”[114].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há tarefas que cada indivíduo enfrenta, mas com as quais não se pode lidar individualmente. O que quer nos separe e nos leve a manter distância dos outros, a estabelecer limites e construir barricadas, torna a administração dessas tarefas ainda mais difícil.

Não resta dúvida de que tolerância e solidariedade são necessárias para a construção de um mundo melhor. Essas lições devem ser aprendidas na escola, uma vez que a educação não está restrita ao seu aspecto cognitivo. Portanto, inclusão começa na escola e conviver com a diferença, num ambiente de naturalidade é um direito de TODOS os seres humanos, quer tenham deficiência ou não.

Anos se passaram, e, podemos notar uma pequena evolução no cenário brasileiro, onde a aceitação da pessoa com deficiência começa a ser uma necessidade de preocupação não só de um pequeno grupo, mas do Estado como um todo.[115] Temos algumas decisões dos tribunais brasileiros que corroboram esse entendimento, garantindo, por

exemplo, transporte gratuito para a pessoa com deficiência e também para o seu acompanhante [116].

No entanto, ainda é preciso batalhar muito para que todas as escolas sejam inclusivas, pois isso significa lutar por uma sociedade justa, livre e solidária, sem preconceitos e quaisquer discriminações, como almejou o Constituinte de 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997.

ALTAFIN, Juarez. **O Cristianismo e a Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos**. *In*: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais**: **estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Alice Monteiro. Discriminação no emprego por motivo de sexo. I*n* **Discriminação.** São Paulo: LTr, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. 1 vol.

BAUMAN, Zygmunt. **COMUNIDADE: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2003.

BERLIN, Isaiah. Meu Caminho Intelectual. *In*: Henry Hardy (org.). **A força das idéias.** São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elseiver, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 5ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **Teoria do Estado.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONETI, Rita Vieira de Figueiredo. O papel da escola na inclusão social do deficiente mental. In: MANTOAN, M. T. E. **A integração de pessoas com deficiência**: contribuições para uma reflexão sobre o tema. São Paulo: Memnon, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994.

CARVALHO, Rosita Edler. **Temas em educação especial**. 3ª ed. Rio de Janeiro: WVA, 2003.

CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. **Educação**: a solução está no afeto. São Paulo: Gente, 2001.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A Dignidade Humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Marli Marlene M. da. A educação como um direito fundamental para o pleno exercício da cidadania. In: LEAL, Roberto Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. v. 6.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Educação, direito e igualdade. **Jornal do Brasil**. Rio de Janeiro, 04 mar. 2006, p. A11.

DELGADO, Maurício Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. *In* **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

DIMOULIS, Dimitri (coord.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **I Diritti Presi Sul Serio.** Bologna: Mulino, 1982.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. O direito das pessoas com deficiência de acesso à educação. In: ARAUJO, Luiz Alberto David. (Coord.) **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência.** São Paulo: RT, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito ao trabalho, uma ação afirmativa.** São Paulo: LTr, 2006.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 25ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____.**Pedagogia do oprimido**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____.**Política e educação.** 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GOMES, Eduardo Biacchi. **União européia e multiculturalismo – o Diálogo entre a Democracia e os Direitos Fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, Sergio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 13, n. 51, abr./jun. 2005.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais: releitura de uma constituição dirigente.** Curitiba: Juruá, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

HORTA, José Luiz Borges. **Direito constitucional da educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura.** São Paulo: Abril, 2002.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, s.d.

KEHDI, Paulo. Brincando com os números. **Sentidos**. São Paulo, v. 6, n. 32, p. 48-49, dez.2005/jan.2006

KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O Direito à educação na realidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003.

MARQUES, Christiani. **O contrato de trabalho e a discriminação estética**. São Paulo: LTr, 2002.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana**. Curitiba: Juruá, 2003.

MELLI, Rosana. Educação inclusiva. In: MANTOAN, Maria Teresa Egler (Org.). **Caminhos Pedagógicos da Inclusão**: como estamos implementando a educação (de qualidade) para todos nas escolas brasileiras. São Paulo: Memnon, 2001.

MELLO, Claudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. Direitos humanos, direitos sociais e justiça: uma visão contemporânea. In: KONZEN, Armando Afonso (Coord.). **Pela justiça na educação**. Brasília: MEC. FUNDESCOLA, 2000.

NUNES, Avelãs José António. **Neoliberalismo e direitos humanos.** Lisboa: Caminho Nosso Mundo, 2003.

_____. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

NUNES JR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

PERRI, Adriana. Aprendendo a aprender. **Sentidos**. São Paulo: v. 4, n. 24, ago./set. 2004.

PIAGET, Jean. **Para onde vai a educação?** 9ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

Programa Nacional de Direitos Humanos. Brasil. **Gênero e raça: todos pela igualdade de oportunidades: teoria e prática**. Brasília: MTb, Assessoria, 1998.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Pessoa com deficiência e o direito à educação. **Revista do Advogado**. São Paulo, v. 27, n. 95, dez. 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** São Paulo: Martin Claret, 2000.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.** São Paulo: Jurídica, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A propósito da teoria dos direitos fundamentais. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira; SCAFF, Fernando Facury; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. (Coord.). **Direitos fundamentais & relações sociais no mundo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2006.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna: contribuição à crítica da teoria social.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

WERNECK, Claudia. **Aqui está o melhor da raça humana! Ar***tigo publicado no Jornal do Brasil em setembro de 2000. Disponível em:*

http://www.escoladegente.org.br/mypublish3/VisualizarPublicacao.asp?CodigoDaPublicacao=111&visualizar=1&CodigoDoTemplate=1. *Acesso em 18 de Agosto de 2008.*

WERNECK, Claudia. **Manual sobre desenvolvimento inclusivo**. Rio de Janeiro: WVA, 2005

_____. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: WVA, 2000.

_____. **Sociedade inclusiva: quem cabe no seu TODOS?** 3ª ed. Rio de Janeiro: WVA, 2006.

ZOLLINGER, Márcia. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais**. Salvador: Podium, 2006.

---

[1] Como o que ocorreu no caso discutido na **APELAÇAO CÍVEL n° 140.235-5 2 (julgada pelo TJ/SP)** onde um aluno questionou ato de Diretora de sua Escola. Segundo ela "... não teria reunido requisitos mínimos para freqüentar a 2ª série em virtude de ser portador de deficiência visual que lhe acarretou dificuldades para aprender a ler e escrever, circunstância essa que o impossibilita de acompanhar o aprendizado dos demais alunos ..."

[2] *WERNECK, Claudia.* **Aqui está o melhor da raça humana! Ar***tigo publicado no Jornal do Brasil em setembro de 2000. Disponível em:*

http://www.escoladegente.org.br/mypublish3/VisualizarPublicacao.asp?CodigoDaPublicacao=111&visualizar=1&CodigoDoTemplate=1. *Acesso em 18 de Agosto de 2008.*

[3] Terminologia definida na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em seu art. 1 º (Propósito).

[4] No Brasil, cerca de 14, 5% da população apresenta alguma deficiência, segundo dados do IBGE - Sistema IBGE de Recuperação Automática (SIDRA). Censo demográfico 2000. **Banco de Dados Agregados.** Disponível em: <http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/popul/default.asp?t=3&z=t&o=21&u1=1&u3=1&u4=1&u5=1&u6=1>.Acesso em: 08 jan. 08

[5] ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.16.

[6] WERNECK, Claudia. **Manual sobre desenvolvimento inclusivo**. Rio de Janeiro: WVA, 2005, p. 33.

[7] Idem, p. 27.

[8] BARROS, Alice Monteiro. Discriminação no emprego por motivo de sexo. I*n* **Discriminação.** São Paulo: LTr, 2000, p. 39.

[9] DELGADO, Maurício Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. *In* **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000, p. 97.

[10] Programa Nacional de Direitos Humanos. Brasil. **Gênero e raça: todos pela igualdade de oportunidades: teoria e prática**. Brasília: MTb, Assessoria, 1998, p. 14-15.

[11] MARQUES, Christiani. **O contrato de trabalho e a discriminação estética**. São Paulo: LTr, 2002, p. 179.

[12] DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., p. 97.

[13] ARAUJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 913: "[...] A Constituição de 1988 teve, dentre seus papéis mais importantes, a tarefa de resgatar o país de uma fase onde as liberdades democráticas não eram respeitadas. Portanto, justifica-se com facilidade o enorme rol de direitos individuais, muitas vezes repetidos no próprio texto [...]".

[14] BONAVIDES, Paulo**. Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, passim.

[15] SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 92.

[16] MELLO, Claudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 125.

[17] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541.

[18] BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elseiver, 2004, p. 25.

[19] NUNES JR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997. p. 15-16.

[20] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p.158.

[21] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 287.

[22] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 38-39.

[23] op. cit. p. 287.

[24] Ingo Wolfgang Sarlet entende mais apropriado o termo "dimensões" do que "gerações", pois "o uso da expressão "gerações" pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra...". - SARLET, Ingo Wolfgang**. A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 47.

[25] op. cit. p. 49.

[26] Ricardo Lobo Torres afirma que a "transformação dos direitos sociais em mínimo existencial significa a metamorfose dos direitos da justiça em direitos da liberdade" - TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3.

[27] op. cit. p. 289.

[28] BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais**: **estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 112.

[29] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 63.

[30] MORAIS, José Luiz Bolzan de. Direitos humanos, direitos sociais e justiça: uma visão contemporânea. In: KONZEN, Armando Afonso (Coord.). **Pela justiça na educação**. Brasília: MEC. FUNDESCOLA, 2000, p. 110.

[31] KRELL, Andréas J**. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 19-20.

[32] Conforme aula ministrada pelo Prof. Livre Docente. Vidal Serrano Nunes Júnior, no Curso de Mestrado da Instituição Toledo de Ensino na cidade de Bauru, em 17 de março de 2007 e cf. ensinamento de – COSTA, Marli Marlene M. da. A educação como um direito fundamental para o pleno exercício da cidadania. In: LEAL, Roberto Gesta;

REIS, Jorge Renato dos. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. v. 6, p.1710.

[33] TORRES, Ricardo Lobo. A propósito da teoria dos direitos fundamentais. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira; SCAFF, Fernando Facury; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. (Coord.). **Direitos fundamentais & relações sociais no mundo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 255.

[34] Paulo Bonavides e Pietro de Jesus Lora Alarcón, por exemplo.

[35] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 85.

[36] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[37] KONZEN, Op. Cit., p. 660.

[38] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 300.

[39] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[40] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

[41] Para Ingo Wolfgang Sarlet, "a função precípua das assim denominadas 'cláusulas pétreas' é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição" e "... constituindo os direitos sociais (assim como os políticos) valores basilares de um Estado social e democrático de Direito, sua abolição acabaria pro redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem Constitucional." Assim, "não apenas uma emenda Constitucional que venha a abolir (suprimir) um direito fundamental, mas também alguma que venha a atingi-lo de forma equivalente, tendendo à abolição, isto é, ferindo o seu conteúdo essencial, se encontram inequivocamente vedadas pela nossa Constituição". – Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 363 e 366.

[42] Op. cit., p. 185.

[43] LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à educação**: uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004. p.13.

[44] Op. Cit. p. 496.

[45] FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 25ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 28.

[46] FREIRE, Paulo. **Política e educação.** 5. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 40.

[47]Artigo XXVI.
1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

[48] PIAGET, Jean. **Para onde vai a educação?** 9ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988, p. 29

[49] *Idem.*

[50] *Idem*, p. 33.

[51] *Idem*, p. 34.

[52] FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. 25ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 19 e 21.

[53] Paulo Freire usa a expressão "concepção bancária da educação". Em suas palavras:

"A narração, de que o educador é o sujeito, conduz os educandos à memorização mecânica de o conteúdo narrado. Mais ainda, a narração os transforma em "vasilhas", em recipientes a serem "enchidos" pelo educador. Quanto mais vá "enchendo" os recipientes como seus "depósitos", tanto melhor educador será. Quanto mais se deixem docilmente "encher", tanto melhores educandos serão.

Desta maneira, a educação se torna um ato de depositar, em que os educandos são os depositários e o educador o depositante.

Em lugar de comunicar-se, o educador faz "comunicados" e depósitos que os educandos, meras incidências, recebem pacientemente, memorizam e repetem. Eis aí a concepção "bancária" da educação, em que a única margem de ação que se oferece aos educandos é a de receberem os depósitos, guardá-los e arquivá-los. Margem para serem colecionadores ou fichadores das coisas que arquivam. No fundo, porém, os grandes arquivados são os homens, nesta (na melhor das hipóteses) equivocada concepção "bancária da educação. Arquivados, porque, fora da busca, fora da práxis, os homens não podem ser. Educador e educandos se arquivam na medida em que, nesta destorcida visão da educação, não há criatividade, não há transformação, não há saber" –

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 36.

[54]Cf. MORAIS, José Luiz Bolzan de. Direitos humanos, direitos sociais e justiça: uma visão contemporânea. In: KONZEN, Armando Afonso (Coord.). **Pela justiça na educação**. Brasília: MEC. FUNDESCOLA, 2000. p. 101.

[55] MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O direito à educação na realidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003, p. 42.

[56] ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 338.

[57] FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. O direito das pessoas com deficiência de acesso à educação. In: ARAUJO, Luiz Alberto David. (Coord.) **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência.** São Paulo: RT, 2006. p.157.

[58] Op. cit. p. 711.

[59] Op. cit. p. 478.

[60] Para Anísio Teixeira, a democracia pressupõe liberdade de expressão, de reunião, de organização, além da liberdade de ir e vir e todas essas liberdades estão subordinadas a uma **condição fundamental: a educação**. op. cit. p. 17.

[61] Conforme Vidal Serrano Nunes Júnior, o direito à informação contempla três variáveis para que seja completo, quais sejam: Direito de Informar, Direito de se informar e Direito de ser informado. Esse autor ensina que "o direito de se informar, [...], é o direito de recolha das informações desejadas" e que o Artigo 5º, XIV da Constituição Federal, "prescreve literalmente a liberdade de acesso à informação". No que tange ao direito de ser informado, afirma que deva ser "entendido como o direito a ser mantido constante e integralmente informado", mas que de acordo com o regime constitucional brasileiro, esse direito de receber informações "fica restrito aos assuntos relativos às atividades do Poder público". Op. cit, p. 31-33.

[62] TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 5.

[63] GOMES, Sergio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 13, n. 51, p. 92, abr./jun. 2005.

[64] MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O Direito à educação na realidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003, p. 57-58.

[65] DALLARI, Dalmo de Abreu. Educação, direito e igualdade. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 04 mar. 2006, p. A11.

[66] Conforme Sergio Alves Gomes, **O direito à educação se fez indispensável como instrumento de afirmação da dignidade da pessoa humana** porquanto educar implica na evolução e transformação da própria pessoa. O processo educacional possibilita um contínuo aperfeiçoamento do indivíduo e da sociedade a que pertence." (grifos nossos). op cit, p. 96.

[67] RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes, op. cit, p. 67.

[68] Op. cit., p. 105.

[69] Para Anísio Teixeira, "A sociedade democrática só subsistirá se produzir um tipo especial de educação escolar, a educação escolar democrática, capaz de inculcar atitudes muito especiais e particularmente difíceis, por isto que contrárias a velhas atitudes milenárias do homem. Terá de inculcar o espírito de objetividade, o **espírito de tolerância**, o espírito de investigação, o espírito de ciência, o **espírito de confiança e de amor ao homem e o da aceitação e utilização do nôvo** – que a ciência a cada momento lhe traz – **com um largo e generoso sentido humano**. op. cit (1968), p. 32. – grifos nossos.

[70] TEIXEIRA, op. cit, p. 89.

[71] Cf. TEIXEIRA, op. cit., p. 90.

[72] Cf. Luís Roberto Barroso, "O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado,descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie." – BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1996. p. 141.

[73] Op. cit. p. 168.

[74] LIBERATI, Wilson Donizeti. Conteúdo material do direito à educação escolar. In: LIBERATI, Wilson Donizeti. (Coord.). **Direito à educação**: uma questão de Justiça. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 210.

[75] A imprensa noticia casos de flagrante desrespeito ao direito à educação da pessoa com deficiência. Recentemente, em 25 de janeiro de 2008, o jornal Folha de São Paulo noticiou a recusa da matrícula de uma menina surda numa escola em São Luís, no Maranhão – FREIRE, Silvia. Menina surda tem matrícula condicionada em escola particular no Maranhão. **Folha Online**, São Paulo, 25 jan. 2008. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u367068.shtml> acesso em 07. fev.2008.

[76] Idem, p. 221.

[77] FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 25ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 17.

[78] Op. cit., p. 129.

[79] Op. cit. p. 173.

[80] FREIRE, Paulo. **Política e educação.** 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 13.

[81] WERNECK, Claudia. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: WVA, 2000**,** p. 61.

[82] Idem, p. 61.

[83] op. cit., p. 96.

[84] BONETI, Rita Vieira de Figueiredo. O papel da escola na inclusão social do deficiente mental. In: MANTOAN, M. T. E. **A integração de pessoas com deficiência**: contribuições para uma reflexão sobre o tema. São Paulo: Memnon, 1997, p. 168.

[85] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[86] Op. cit., p. 474

[87] WERNECK, Claudia. **Sociedade inclusiva: quem cabe no seu TODOS?** 3ª ed. Rio de Janeiro: WVA, 2006.

[88] BAUMAN, Zygmunt. **COMUNIDADE: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2003, p. 133.

[89] HORTA, José Luiz Borges. **Direito constitucional da educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007. p.144.

[90] Artigo 205 da CF – "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

[91] CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. **Educação: a solução está no afeto.** São Paulo: Gente, 2001, p.107.

[92] op. cit., p. 46.

[93] Idem, p. 46-47.

[94] Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

[...]

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

[95] op. cit. p. 55 e 65.

[96] CARVALHO, Rosita Edler. **Temas em educação especial**. 3ª ed. Rio de Janeiro: WVA, 2003, p. 150.

[97] WERNECK, Claudia. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: WVA, 2000**,** p. 64.

[98] MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Pensando e fazendo educação de qualidade**. São Paulo: Moderna, 2001, p. 10.

[99] Idem, p. 51.

[100] Ibidem, p. 54.

[101] KEHDI, Paulo. Brincando com os números. **Sentidos**. São Paulo, v. 6, n. 32, p. 48-49, dez.2005/jan.2006, p. 48.

[102] PIÑEDA, Pablo. **Pablo Piñeda**: depoimento maio 2004. Entrevistador: José Pedro Castanheira**.** Entrevista disponibilizada pela Rede SACI em: <http://www.saci.org.br/index.php?modulo=akemi&parametro=10886>. Acesso em: 04 mar. 2008.

[103] SILVÉRIO, João Vitor Mancini. **João Vitor Mancini Silvério**: depoimento jan. 2006. Entrevistador: Ricardo Westin.Entrevista concedida ao Jornal "O Estado de São Paulo". Disponível em: http://www.ceesd.org.br/pesquisa/?INFOCOD=5. Acesso em: 05 mar. 2008.

[104] FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito ao trabalho, uma ação afirmativa.** São Paulo: LTr, 2006, p. 16.

[105] op. cit. p. 312.

[106] Segundo Lauro Luiz Gomes Ribeiro, "a educação deve organizar-se por meio de quatro vias do saber – que na verdade são uma via só, uma vez que entre elas há múltiplos pontos de contato, de intersecção, de permuta – ou, de quatro pilares do conhecimento e que servirão a cada indivíduo e ao longo de toda sua vida: a)aprender a conhecer, ou seja, uma aprendizagem que visa ao domínio dos próprios instrumentos do conhecimento, antes mesmo da aquisição de um vasto repertório de saberes; b) aprender a fazer, voltado à questão da formação profissional; c) aprender a ser, ou seja, todo o ser humano deve ser preparado para elaborar pensamentos autônomos e formular avaliações

críticas próprias, que permitem decidir, por si mesmo, como agir nas mais diferentes situações da vida; d) aprender a viver junto.

Apesar da relevância dos quatro pilares, o pilar "aprender a viver junto ou a conviver" é o que brilha com maior intensidade [...] quando se discute a inclusão do "diferente" no ambiente dos sedizentes "normais". - RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Pessoa com deficiência e o direito à educação. **Revista do Advogado**. São Paulo, v. 27, n. 95, p. 69, dez. 2007.

[107] op. cit., p. 67.

[108] Nesse sentido, cabe o registro do ensinamento de Anísio Teixeira: "A forma democrática da vida funda-se no pressuposto de que ninguém é tão desprovido de inteligência que não tenha contribuição a fazer às instituições e à sociedade a que pertence; e a forma aristocrática, no pressuposto inverso de que a inteligência está limitada a alguns que, devidamente cultivados, poderão suportar o ônus e o privilégio da responsabilidade social, subordinados os demais aos seus propósitos e aos seus interesses". – op. cit, p. 13.

[109] PERRI, Adriana. Aprendendo a aprender. **Sentidos**. São Paulo, v. 4, n. 24, p. 26, ago./set. 2004.

[110]MELLI, Rosana. Educação inclusiva. In: MANTOAN, Maria Teresa Egler (Org.). **Caminhos Pedagógicos da Inclusão**: como estamos implementando a educação (de qualidade) para todos nas escolas brasileiras. São Paulo: Memnon, 2001, p.18.

[111] Idem, p. 23.

[112] op. cit., p. 46.

[113] "Somente pela educação poderíamos produzir o homem racional, o homem independente, o homem democrático", diz Anísio Teixeira. op. cit., p.31.

[114] BETTO, Frei. A escola dos meus sonhos. **Sua Escola a 2000 por hora.** São Paulo, Instituto Ayrton Senna. Disponível em: <http://www.escola2000.org.br/pesquise/texto/textos_art.aspx?id=10>. Acesso em: 10 jan. 2008.

[115] Nesse sentido, por exemplo: AGRAVO N° 1.0245.07.103496-2/001.

[116] Nesse sentido, por exemplo: Apelação Cível rf 692 100 5/8 -Presidente Prudente - Voto 545 (TJSP).

A EDUCAÇÃO COMO EMANCIPAÇÃO DO INDIVÍDUO*

LA EDUCACIÓN COMO EMANCIPAÇÃO INDIVIDUAL

Letícia de Oliveira Ribeiro

RESUMO

Pretende-se com o presente artigo desenvolver os conceitos de liberdade, menoridade e ética, consoante os ensinamentos de Immanuel Kant, a fim de que se compreenda a emancipação do indivíduo através da educação.
Kant ao tratar de lições de ética, afirmava que: "se a liberdade do homem não fosse controlada por regras objetivas, o resultado seria a mais completa e selvagem desordem". O que justifica a educação, a fim de que se apreenda o conhecimento e, consequentemente se liberte.
Diante da filosofia kantiana o homem encontra-se em um estado de natureza, aonde se localiza pela animalidade e selvageria, inerentes ao estado de menoridade. Para que o homem, dotado de racionalidade, não aja por instinto e sim pela racionalidade, será necessário que o mesmo alcance a liberdade.
Para que seja possível a compreensão das regras e a imposição de disciplina ao homem, será necessário que o mesmo saia do estado de menoridade, neste contexto a educação propiciará o progresso, que terá como fim último a idéia de humanidade.
Nos tópicos que seguem, será feita uma análise no contexto em que se desenvolveu a filosofia de Immanuel Kant, a fim de que se compreenda alguns de seus conceitos e teorias, indispensáveis, a compreensão plena do foco deste trabalho, qual seja, A emancipação pela educação.

PALAVRAS-CHAVES: KANT – EMANCIPAÇÃO – LIBERDADE – MENORIDADE.

RESUMEN

La intención de este artículo para desarrollar los conceptos de libertad, las minorías y la ética, de acuerdo a las enseñanzas de Immanuel Kant, a fin de comprender la emancipación del individuo mediante la educación.
Lecciones de Kant, en cuestiones de ética, afirmó que "la libertad del hombre no estaba controlada por normas objetivas, el resultado sería el desorden más completo y salvaje." Por lo tanto la educación, por lo que llegar a conocer los conocimientos y así liberarse. Habida cuenta de la filosofía kantiana el hombre está en un estado de naturaleza, donde se encuentra la bestialidad y salvajismo inherente a la situación de las minorías. Para el hombre de la racionalidad, no actuar sobre el instinto, sino por la racionalidad, tendrá que llegar a la misma libertad.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Para poder entender las reglas e imponer disciplina en el hombre, se necesitaría el mismo de la situación de las minorías, en este contexto que la educación va a facilitar el progreso que tiene como objetivo final la idea de humanidad.
En los siguientes temas serán analizados en el contexto en el que desarrolló la filosofía de Immanuel Kant, a fin de comprender algunos de sus conceptos y teorías esenciales para comprender plenamente el enfoque de este trabajo, es decir, la emancipación la educación.

PALAVRAS-CLAVE: KANT - EMANCIPACIÓN - LA LIBERTAD - DE LAS MINORÍAS.

INTRODUÇÃO.

O filósofo Immanuel Kant (1724-1804), era de família simples, mas extremamente religiosa. Contam os relatos históricos que seu pai era pastor protestante e, sua mãe era extremamente religiosa, o que explica sua consideração com a moral cristã, diante de seus estudos. (MASCARO, 2002, p. 49).

Foi durante a ascensão da burguesia e, dos ideais liberais da Europa, em um ambiente tradicionalmente idealista, que o pensamento Kantiano encontrou espaço para desenvolver-se. Demonstrando a impossibilidade de um conhecimento que fosse ideal e prévio aos fenômenos, David Hume alertou Immanuel Kant, que passou a questionar o conhecimento oriundo de idéias plenas do pensamento. (MASCARO, 2002, p. 52).

Diferentemente de Renné Descartes, que tratava da separação entre Deus e o mundo, ou seja, entre a extensão e o pensamento, que tornavam impossível a interação entre ambos, uma das principais tarefas de Kant foi a de questionar O modo pelo qual poderia alcançar à verdadeira ciência.

Neste contexto, Kant passa a questionar o conhecimento verdadeiro, buscando para tanto, o modo pelo qual o indivíduo pode conhecer os fenômenos. Para o filósofo, dever-se-ia abdicar qualquer explicação para alcançar o conhecimento.

Ressalta-se que o pensamento não vem a ser a criação de objetos pelo indivíduo, pelo contrário, é um julgamento da empiria por meio das categorias. Por esta razão, todo pensamento Kantiano, é um juízo. E, para cada categoria a priori, haverá um juízo correspondente. Os juízos serão analíticos ou sintéticos, que ao juntar elementos

produzem conhecimento. Ressalta-se ainda que, os juízos sintéticos podem ser a priori ou a posteriori. (MASCARO, 2002, p. 56.).

O modelo desenvolvido por Kant foi o do idealismo, onde se defendia o conhecimento originário das idéias, da racionalidade, das percepções relativas e subjetivas. Desta forma, a Teoria do Conhecimento para Kant, rejeitava a percepção que leve ao conhecimento das coisas em si, pois para ele, o que se conhece das coisas, com a percepção é só fenômeno, é ainda por este motivo, que o filósofo afirmava que não existia conhecimento por meio da realidade objetiva.

Neste contexto, não é de se estranhar que a Teoria do Conhecimento defendida pelo filósofo, fosse subjetivista, isto porque, o conhecimento apenas empírico seria marcado por um subjetivismo relativista, razão pela qual, as estruturas de entendimento a priori, deveriam prevalecer. Conclui-se que o conteúdo origina da apreensão dos fenômenos, e este é considerada racional, pois, a estrutura prévia e a priori permite alcançar o caminho do conhecimento.

Consoante Alysson Mascaro, na filosofia Kantiana, as estruturas que possibilitam o conhecimento empírico direto será denominado de formas de sensibilidade, ao passo que aquelas que possibilitam o conhecimento intelectivo, será denominada de categorias. (2002, p. 56).

Assim, para que seja possível ao homem apreender os fenômenos, deve-se levar em conta o espaço e o tempo, que enquanto formas de sensibilidade a prioir, serão do sujeito e não das coisas em si. Diante da compreensão dos fenômenos, é necessário ainda o envolvimento com certas categorias, tais como de quantidade e qualidade, isso porque, a categoria a priori permite que o conhecimento seja universal e necessário.

Seu pensamento, caracterizado tanto pelo apriorismo como pelo ahistoricismo, assim como pela respeito à liberdade humana em tudo que não prejudicasse os demais. Foi o responsável por revolucionar a filosofia, deslocando para tanto, a natureza e o cosmo do centro das indagações filosóficas e colocando em seu lugar central as indagações referentes à capacidade humana de conhecer (crítica do conhecimento). (CELSO MENDES, 1990, p. 63 - 64).

Desenvolveu uma filosofia que trabalhava com a diferença entre as idéias do certo e do bem, enfatizando sempre, o primado do certo sobre o bem. Para ele, alguma coisa é certa independentemente da consideração de seus propósitos sociais ou outros valores, e

do bem, onde o valor é identificado em relação a conseqüências meritórias de outros propósitos. O liberalismo deontológico, que considerava que a humanidade é formada por indivíduos independentes e morais, capazes de orientar-se racionalmente ao longo das experiências da vida, também é de sua autoria. (MORRISON, 2006, p. 156).

O filósofo em estudo foi pioneiro na conceituação de homem moderno, para ele, o homem não deveria ser guiado pelo instinto, deveria produzir seu saber a partir de seus próprios recursos e trabalhos, pois, assim, seria possível que o homem se desvencilhasse do passado e encontrasse sua verdadeira "humanidade".

Diante da busca pela dignidade, que deveria estar presente no homem, afirmava que as intuições morais podem ser falhas, razão pela qual o adequado é que se utilizasse a intuição racionalmente analisada. Isso porque, Kant entendia existir uma razão pura, onde não se permeasse a subjetividade ou um desejo arbitrário.

Ao falar em razão, mister se faz a explicação do conhecimento racional, que para o filósofo, deveria ser identificada de duas formas: material, se o foco de atenção estivesse voltado a algum objeto, ou, formal, onde se as preocupações estavam na forma do entendimento ou da razão. Ressalta-se que, entre as formas há ainda uma subdivisão, entre a priori e posteriori.

Tanto as formas a priori do entendimento, como o conteúdo sensório a posteriori da experiência, baseiam-se em determinadas características que estruturam as capacidades humanas de entendimento. Isso porque, o sujeito humano nunca pode ver o mundo como este era em sua pureza, mas acrescenta à interação de um mundo certos modos de perceber, e é a partir desses modos de perceber que o conhecimento se torna possível. (MORRISON, 2006, p. 160).

Foi então diante da tentativa em superar a contradição existente entre o racionalismo e o empirismo, assim como o dogmatismo e o cepticismo, que Kant elaborou sua pesquisa através de três críticas, a saber, a da Razão Pura, da Razão Prática e do Juízo.

Diante da necessidade do conhecimento e da razão pura, volta-se ao estudo de um sistema de raciocínio que seja "puro", que será visualizado no estudo da Crítica da Razão Pura. No que diz respeito à razão pura, Wayne Morrison, nos ensina que o comportamento racional não ocorre passivamente, e sim é resultado da participação ativa da mente atuando de acordo com que Kant chama de idéias reguladoras. (2006, p. 161).

A Crítica da Razão Pura consistiu-se na fase em que Kant questionava a possibilidade dos juízos sintéticos a priori, como ponto de partida. Nessa modalidade de juízo o predicado não está contido no sujeito, e de igual forma, o sujeito não depende da experiência.

Não obstante a indagação Kantiana refira-se aos juízos sintéticos a priori, ressalta-se que os juízos podem ser: analíticos, quando o predicado está no sujeito, ou, sintético se o predicado não está no sujeito, acrescentando-lhe algo novo. Podem ainda os juízos serem observados como a priori, quando não dependerem da experiência, ou, a posteriori, quando dependerem da experiência.

Diante da breve explicação dos juízos, conclui-se que os analíticos a priori, não conduzem a novas verdades e independem de experiência, ao passo que os sintéticos a posteriori fornecem verdades contingentes que não podem consistir em base autêntica da ciência, tendo em vista que dependem da experiência.

Para que seja possível justificar o ponto de partida (juízo sintético a priori) de Kant para a Crítica da Razão Pura, necessário se faz observar que se existe ciência autêntica, de tal forma, que deve então existir juízos universais e necessários que contenham novos conhecimentos, isto é, juízos sintéticos a priori. Não obstante a regra dos juízos consista em ser analítico a priori ou sintético a posteriori, observa-se que é na consciência que se encontram os elementos que constituem as condições da possibilidade desses juízos sintéticos a priori, logo o predicado não está no sujeito, de tal maneira que não se faz necessária a experiência. Conclui-se portanto, que é possível o juízo sintético a priori, em razão da consciência. (BATALHA, MARINA, 2000, p. 92).

Diante da Crítica da Razão Pura, o método a ser utilizado por Kant será o transcendental, também chamado de crítico, aonde o conhecimento virá da combinação dos dados da experiência, através de formas puras da intuição sensível, com as categorias do entendimento. O foco deste método será a forma de conhecer o objeto, e não o objeto em si.

Ao discorrer sobre Kant, em a Crítica da Razão Pura, Celso Mendes ensina que esta foi dividida em estética transcendental, onde através dos conceitos de espaço e tempo, como síntese a priori, será possível formarem-se os primeiros dados racionais; analítica transcendental, que parte do fato de que só há conhecimento quando somam-se intuições e conceitos puros e, por fim, a dialética transcendental, onde a análise do entendimento, enquanto formador de conceitos metafísicos contraditórios, pois a razão humana quer transformar idéias em realidades objetivas, tais como os conceitos de alma, mundo e Deus. (1990, p.65).

Diante da análise Kantiana, espaço e tempo são formas puras, que não dependem da experiência (a priori), da sensibilidade. Destaca-se ainda que em relação ao objeto, só conhecemos o que a sensibilidade nos fornece, isso porque, é ligado a formas a priori (fenômenos).

Pretendendo destruir a metafísica, porque como ciência dos seres transcendentes não existe, na Crítica da Razão Pura, Kant passa a Crítica da Razão Prática, aonde pretende reconstruí-la. Nesta fase, não ignora Deus, alma e mundo, pois, se não se pode provar a existência, a inexistência também não tem como ser provada.

Com a crítica transcendental, Kant buscou fazer uma análise profunda do processo de conhecimento, que permitia superar as aporias do racionalismo e do empirismo. Defendia ainda o filósofo em estudo, que tudo que a ciência obtém de sucesso depende, da forma como a razão constrói a sua problemática e em segundo lugar, da utilização do que ele denominou "juízo sintético a priori", ou seja, argumentos calcados em sínteses racionais (construídas a partir de experiências, pelo poder sintético da razão). (CELSO MENDES, 1990, p. 64).

Foi em 1788 que Kant publicou a Crítica da Razão Prática, momento em que questionou a existência de uma lei moral. Uma vez que fora educado no pietismo, entendia que o destino do homem dependia de uma lei moral, que o vincularia de maneira absoluta. Isso porque, Kant deduz a lei moral, a norma fundamental da agir, da razão, sem elementos concretos. Objetiva ele fazer um conjunto de regras morais, um conjunto de sistema exclusivamente racional, fundado sobre princípios a priori e, portanto, universais e necessários. (BATALHA, MARINA, 2000, p. 94).

Desenvolveu esta crítica argumentando que a Lei Moral deveria fundar-se na razão, pois uma vez que é a priori (sem experiência) poderá ser também geral e, obrigatória para todos. Surge, então, o imperativo categórico como forma a priori, absoluta e universal da conduta humana.

Tendo em vista que a vontade é subjetiva, será necessário atingir a liberdade, como forma de razão para contrariar impulso subjetivo. Contrapondo-se a tal situação, observar-se-á que o mundo humano é representado pela vontade, o que contraria o impulso natural.

Por necessidade ética, a principal tarefa da Crítica da Razão Prática será a de restabelecer a consistência da crença, da liberdade e do dever moral, este, entendido

como metafísica dos costumes. Para tanto, Kant fez a distinção entre mundo empírico e mundo humano, onde há a presença da vontade, que contraria o impulso natural. Observa-se, entretanto, que a vontade subjetiva é em regra movimentada por interesses, de forma que só será possível atingir a liberdade contrariando os determinismos subjetivos, por um impulso racional. É por esta razão que se afirma aqui, que a moralidade não se julga pelos atos, e sim pelas intenções. (CELSO MENDES, 1990, p. 66).

Buscando a conciliação entre o sensível e o supra sensível, Kant desenvolve o objetivo de sua última crítica, a do Juízo. Na prática isso representou a tentativa de desvelar a questão entre Razão Teorética e Razão Prática, onde buscava-se desvelar o que havia entre o conhecimento e a vontade, entre a natureza e a liberdade. Ressalta-se por fim, que neste período o que está em evidência não é o conhecimento e sim a reflexão.

Diante das três Críticas elaboradas por Kant, conclui-se que a teoria para a ação e o julgamento humano faz-se com base em imperativos categóricos. Estes imperativos representavam máximas que pudessem ser universalizadas, isto é, um rastro de racionalidade e a priori para todos, com interesse comum de identificar o correto e o justo. Assim, é possível compreender que o objetivo de Kant estava na fundamentação de um direito racional e universal, donde as categorias pudessem dar conta da apreensão dos fenômenos.

LIBERDADE E ÉTICA.

Falar em liberdade na filosofia Kantiana é falar também em justiça, pois a liberdade será estudada como o fundamento da justiça e, a justiça como o fundamento do Direito.

Observa-se ainda, que ao trabalhar a ética, ter-se-á que compreender a razão e o direito, tendo em vista que os conceitos diferenciam-se, mas ao mesmo tempo estão interligados, é o que pode ser observado da passagem do texto de Morrison (2006, p.181).

[...] a idéia "sublime, apesar de nunca plenamente alcançável' de uma comunidade ética, e podemos depositar nossa confiança na razão: "A religião universal da razão" pode levar-nos a "um Estado ético (divino) na Terra". A lei moral da razão está "erigindo, para si própria (...), um poder e um reino que garantem ao mundo uma paz eterna". Nosso compromisso com a razão vai superar o estado desumanizador da comunidade política, transformar a época e superar a instância política, abrindo espaço para a ética.

O espírito e a configuração da modernidade irão transformar-se na "paz" do espírito ético universal. [...]

O conceito de liberdade em Kant é entendido como um querer sensível. Contrariamente, sua doutrina ética tem como fundamento a liberdade, à qual se chega por constrição do mundo causal. Esta liberdade é encontrada na razão prática, ou seja, na vontade. Uma vez manifestada pela lei moral, a liberdade está reconhecida na sua realidade, conhece-se a priori sua possibilidade porque ela é a condição da lei moral que se revela no respeito e na obediência. (LEITE, 2006, p. 105).

Neste sentido, Wayne Morrison esclarece que, para Kant, quando um homem pauta suas ações pela lei devido ao terror ou à coação, estar-se-á diante de um motivo meramente hipotético, diversamente, quando o que lhe motiva é a aceitação da lei em si, o que temos é um ato de conformidade com a máxima categórica. Neste sentido, a liberdade só existe quando provém da autonomia da vontade em oposição a heteronomia do agente, que opera em obediência não a suas reflexões, mas por medo ou esperança de recompensa. (2006, p. 179).

A partir da consideração de que o arbítrio humano é afetado pelos impulsos, mas não determinado por eles, e, ainda, que, mesmo não sendo puro, pode ser compelido às ações por uma vontade pura, Kant chega aos conceitos negativos e positivos de liberdade. O conceito negativo estaria na liberdade do arbítrio, que é a independência de sua determinação por impulsos sensíveis, ao passo que o conceito positivo, reside na faculdade de a razão pura ser por si mesma prática. (LEITE, 2006, p. 106).

Assim, o ato humano para ser considerado livre deve ser isento de qualquer coação externa ou moral. De forma que a liberdade só se justifica na medida em que é tida como condição necessária para uma liberdade entendida positivamente, isto é, como maturidade das ações.

A justiça por sua vez, será entendida como fundamento do Direito, pois é ordem, igualdade e liberdade. É ordem na medida em que se visualiza a coerção como justiça, de forma que a paz social deve ser o fim. Todos têm o dever de sair do Estado primitivo e chegar no Estado de Direito. Na medida em que se considera que a justiça para ser ordem, tem que ser justa perante a lei, fala-se em justiça como igualdade. Por fim, a justiça como liberdade, será visualizada como último fim da justiça, isso porque, dever-se-á ter liberdade interna e externa, de tal sorte que a liberdade seja condizente com a dignidade humana. Conclui-se que a liberdade é o fundamento do direito e, por esta razão há coerção.

Tendo em vista que o Direito está ligado não só a noção de coercibilidade, mas também as noções de liberdade interna e externa, Kant fará a distinção entre Ética e Direito. Considera o autor que, embora, direito e coação façam parte do dever externo de legalidade, que a noção de ética e coação são incompatíveis.

Observa-se na filosofia Kantiana que a natureza humana corresponde a origem comum da ética e do direito, entretanto, as ações internas são reguladas pela ética, ao passo que as externas são reguladas pelo direito. Diferem-se ainda, pelo fato do Direito trabalhar de forma objetiva com o caráter da pessoa humana, isto é, o direito considerará o aspecto externo e, caberá a ele a coercibilidade. Diferentemente, a ética atenderá ao lado interno dos atos humanos.

Direito e Ética também distinguem-se através de suas regras, a primeira usa as coisas do mundo externo como meios para os teus fins, onde a vivência jurídica se baseia no princípio da coisa como meio, a regra da ética por sua vez, fundamenta-se no princípio da pessoa como fim em si mesma.

MENORIDADE, EDUCAÇÃO E EMANCIPAÇÃO.

Assim como a ciência moderna, questiona diariamente sobre a validade e atualidade das idéias discutidas, a ciência da educação se apresenta indagando sobre a idéia da atualidade e certeza do momento. Tal fato poderia colocar em dúvida a relevância da pesquisa educacional baseada na filosofia Kantiana, entretanto, deve-se observar que a Filosofia sempre nos possibilita mostrar a atualidade, isso porque, uma de suas características é ser atemporal. (PINHEIRO, 2007, p. 09).

Não se contentando com a discussão de temas relevantes, tais como o uso da razão, da liberdade e da moral, entre outros, o filósofo Kant, escreveu ainda, uma obra importantíssima, denominada "Sobre a Pedagogia", aonde ao se debruçar sobre o tema da educação, ocupou-se de desvelar o entendimento da razão e da liberdade, como forma de evolução da humanidade.

Observa-se que para o desenvolvimento do homem uma série de obstáculos deve ser superada. Desta forma, diante da filosofia Kantiana, considera-se que durante o

desenvolvimento, o homem deve ser educado, para que possa sair do estado de menoridade e, alcançar o progresso através da educação, o que irá propiciar o desenvolvimento da idéia da humanidade.

Podemos perceber que Kant considera a educação como um dos maiores problemas do homem, pois a saída do estado de menoridade, necessário para o processo do esclarecimento, depende da educação, já que os conhecimentos dependem da educação e esta, por sua vez, depende daqueles. A tendência de permanecer na menoridade traz a luz o problema de como destruir os vícios, a destinação física, animal e individual do homem. (PINHEIRO, p. 60).

Um dos primeiros elementos a serem superados para o alcance da humanidade, fim último da educação, é o estado de natureza ou de menoridade. Neste estado as pessoas estão localizadas em um estado de indiferenças.

Merece atenção a questão do homem, pois se encontra dividido em desejos, o que representa sua condição animal e, entre aspirações mais profundas, que retratam sua vontade de superar as determinações da natureza. Observa-se que na medida em que tenta se aproximar da idéia de perfeição, tenta também sair do estado de natureza, o que reflete ainda, a saída do estado de menoridade. (PINHEIRO, 2007, p. 15).

O intrigante, é que é o próprio homem que produz a menoridade. Na medida em que não sai de sua condição medíocre, se acovarda e se acomoda permeado pela preguiça, deixa de criar condições para o desenvolvimento da razão e da liberdade. Assim, sem acesso a educação, não vislumbrará campo para o progresso, o que os impedirá de alcançar a idéia de humanidade.

Neste sentido Celso de Moraes Pinheiro, ressalta que a educação Kantiana desenvolve-se com idéias que objetivam tirar o homem do estado de menoridade, a fim de o direcionarem ao esclarecimento e à liberdade, ficando encarregada, portanto, de não apenas formar o homem, mas também de conhecer o homem e seu fim último. Tal fato justifica-se na constatação de que o homem não é nada mais do que a educação faz dele. (2007, p. 22).

Observa-se que, a tarefa de diferenciar o ser humano dos animais não requer grande complexidade. Uma das principais características diferenciadoras reside na racionalidade, o que importa afirmar que aos homens é possível o uso da razão, enquanto aos animais resta o instinto.

Uma vez que o uso da razão é inerente ao homem, mister se faz seu desenvolvimento, para que o mesmo possa alcançar não só sua sobrevivência, mas também o progresso e a humanidade. Para que essa evolução ocorra da maneira mais adequada, ter-se-á necessidade da educação, pois é ela que propicia o desenvolvimento humano. Uma das questões que se coloca é que a educação nunca está pronta, isso porque, quem ensina, também já foi ensinado por outro homem, refletindo desta forma o que foi apreendido através de outra geração.

Neste sentido, Immanuel Kant explica que o homem é a única criatura que precisa ser educada, devendo ser compreendida dentro da educação os cuidados com a infância, com disciplina e com a instrução. Para o filósofo a educação será o elemento transformador da animalidade em humanidade, pois, uma vez que não tem instinto, o homem tem que cuidar de si, mas como vem ao mundo em estado bruto, outros devem fazer por ele. É por esta razão, que afirma-se que uma geração educa a outra. (1999, p. 11-12).

A educação terá como finalidade primordial, a de ofertar meios para o desenvolvimento intelectual do aluno, isso porque, somente com o desenvolvimento em potencial do uso da razão é que se pode aproximar do caráter de fim em si mesmo. (PINHEIRO, 2007, p. 12).

A educação deverá propiciar ao homem os instrumentos necessários para que se alcance o fim último, sendo que cada homem deverá lutar para esse fim, sem olvidar que somente a humanidade, enquanto finalidade última da educação, poderá permitir ao homem sua destinação por completa. É nesse contexto, que afirma-se que a educação vai permitir ao homem a entrada progressiva da liberdade.

No contexto educacional a disciplina e a coação serão fundamentais, pois que estas permitem a formação do caráter. Kant explica a relevância da disciplina, enfatizando que é ela, que não permite que homem se desvie do seu destino através das inclinações da humanidade. É por esta razão que as crianças devem ir a escola, para que apreendam a obedecer e não seguir de forma imediata seus impulsos. (1999, p. 13).

No mesmo sentido, Moraes Pinheiro ao discutir a filosofia Kantiana, explica que no primeiro momento a criança é dependente, e é aí que a disciplina deve ser ensinada, pois abrirá porta para a obediência e a compreensão das regras. (2007, p. 77).

Conclui-se que no processo de educação o homem avança, na medida em que deixa o estado de natureza e adentra ao estado de humanidade, refletindo desta forma sua introdução não só como homem, mas como espécie.

CONCLUSÕES:

Diante do exposto conclui-se que, embora seja a filosofia de Kant antiga, seus conceitos são atuais, pois a filosofia tem como característica o fato de ser atemporal, o que justifica a pesquisa de emancipação do indivíduo através da educação.

Observa-se pelas teorias desenvolvidas e estudas por Immanuel Kant que a racionalidade deve permear todas as condutas. Foi assim que o modo de se alcançar o conhecimento e a ciência verdadeira tornaram-se os principais questionamentos do filósofo. Objetivando encontrar não só o conhecimento, como também uma razão que fosse pura, voltou-se ao estudo de um raciocínio que fosse puro.

Ao se dedicar ao estudo da liberdade e da ética, desenvolveu ainda raciocínio relativos ao direito e a justiça, isso porque ao mesmo em que os conceitos diferenciam-se, eles estão interligados.

O conceito de liberdade em Kant é entendido como um querer sensível. Contrariamente, sua doutrina ética tem como fundamento a liberdade, à qual se chega por constrição do mundo causal. Esta liberdade é encontrada na razão prática, ou seja, na vontade. Uma vez manifestada pela lei moral, a liberdade está reconhecida na sua realidade, conhece-se a priori sua possibilidade porque ela é a condição da lei moral que se revela no respeito e na obediência. (LEITE, 2006, p. 105).

É justamente na liberdade que Kant encontra a justificativa e um dos fins últimos da educação. O filósofo entendia que o homem encontra-se em um estado de natureza e de menoridade, de tal forma que para sair deste estado deveria progredir. Na medida em que o homem, enquanto ser racional, recebe educação, ele vai alcançando o progresso, o que é fundamental, visto que lhe permite alcançar a idéia de humanidade.

Tendo em vista que para oportunizar liberdade, o direito deve estar fundado no princípio da universalidade, a realização da sociedade civil torna-se um problema para a espécie humana. Observa-se então, que diante da dificuldade posta, Kant coloca o problema da educação em pilares teleológicos e racionais. A conseqüência da racionalidade no processo de educação será a experiência da humanidade, como condição humana, de forma que o progresso da história será dirigido pela consciência transcendental até a liberdade e a comunidade ética.(PINHEIRO, p. 35).

Por fim, visualiza-se que, se é a educação que permite o progresso, e é o progresso que permite a saída do estado de menoridade, a emancipação, enquanto forma de libertação do indivíduo de um estado inferiorizado, somente pode ser alcançado por meio da educação, que será repassada por indivíduos que já a receberam, o que permite concluir que ela é passada de geração a geração, sempre objetivando a emancipação, através da liberdade do homem.

REFERÊNCIAS:

BATALHA, Wilson de Souza Campo; MARINA, Sílvia. **Filosofia Jurídica e História do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CELSO MENDES, Antônio. **Direito: Ciência, Filosofia e Política.** Curitiba: Educa, 1990.

KANT, Immanuel. **Sobre a Pedagogia.** 2. ed. Piracicaba: Editora Unimep, 1999.

LEITE, Flamarion Tavares. **Manual de Filosofia Geral e Jurídica:** das origens a Kant. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à Filosofia do Direito.** São Paulo: Atlas, 2002.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito:** dos Gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PINHEIRO, Celso de Moraes. **Kant e a educação:** Reflexões Filosóficas. Caxias do Sul: Educs, 2007.

VICENTE, Luc. **Educação e Liberdade:** Kant e Fichte. São Paulo: Unesp, 1994.

APRENDIZAGEM EM JÜRGEN HABERMAS: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA A METODOLOGIA DO ENSINO DO DIREITO*

LEARNING ACCORDING TO JÜRGEN HABERMAS: A CONTRIBUTION TO THE METHODOLOGY TEACHING OF LAW

Luiz Henrique Martim Herrera
Bianco Zalmora Garcia

RESUMO

O paradigma pedagógico do ensino do Direito encontra-se alinhavado por supostos conservadores oriundos do tradicionalismo e do tecnicismo e não mais comporta em tempos de pós-positivismo protagonizar um ensino de mera transmissão depositária de saber, de transferência de valores e conhecimentos, na qual a relação professor/aluno se resume à narrativa dum saber pseudo-absoluto, e os ouvintes nesse contexto, reduzem-se a receptores passivos. Esta compreensão que temos do mundo do ensino jurídico se justifica, ademais, ao conceito de sistema a que alude Jürgen Habermas, composto pelo Estado e pelo mercado burocrático, e no qual o conhecimento está vinculado a interesses e à dominação, ambiente em que se desenrolam as ações instrumentais. Sem prejuízo, enquanto novas teorias do direito são desenvolvidas e novos parâmetros hermenêuticos pretensiosamente íntegros são elaborados, entende-se que a superação da crise do ensino do Direito prescinde, antes de tudo, de realocação numa nova fonte paradigmática: a filosofia da linguagem. Para tanto, a Teoria do Agir Comunicativa protagonizada por Jürgen Habermas dá-nos luz a propor um modelo educacional sob ótica da razão comunicativa, em que os sujeitos interajam através da linguagem como instrumento capaz de gerar consenso e entendimento rumo à emancipação e autoconhecimento. Enfim, a superação da concepção instrumental de razão arraigada no ensino do Direito dar-se-á a partir da aplicação do agir comunicativo na práxis pedagógica do ensino do Direito.

PALAVRAS-CHAVES: ENSINO JURÍDICO – METODOLOGIA DO ENSINO JURÍDICO – AÇÃO COMUNICATIVA – INTERSUJETIVIDADE

ABSTRACT

The educational paradigm of teaching of law led by traditional prerequisite that came from “conservatism” and “technicism” is no longer acceptable in our post-positivism era in order to convey an educational system based merely in the transmission of knowledge and values, in which the teacher/student relationship is reduced to narrative of a pseudo-absolute knowledge, where the listeners are merely passive receivers. This understanding that we have on the world of legal education is justified, moreover, for a concept of system defended by Jürgen Habermas, composed by the state and the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

bureaucratic market, and in which knowledge is tied to interests and domination, the environment where instrumental actions are conducted. Nonetheless, as new theories of law are developed and new hermeneutic standards pretentiously integrated are created, it is understood that the overcoming of the crisis in the teaching of law demands, above of all, the reallocation on a new source of paradigm: the philosophy of language. Thus, the Theory of Communicative Action led by Jürgen Habermas gives us light to propose an educational model based on the communicative reason, in which the subjects interact through language as a tool able to generate consensus and understanding towards the emancipation and self-knowledge. Finally, the overcoming of the instrumental conception of reason focused on the teaching of law will occur from the application of communicative action in pedagogical practice of teaching law.

KEYWORDS: LEGAL EDUCATION - METHODOLOGY OF LEGAL EDUCATION - COMMUNICATIVE ACTION – INTERSUBJECTIVITY.

INTRODUÇÃO

O campo epistêmico do Direito – seja no âmbito da doutrina, da jurisprudência e, por extensão, do próprio ensino do Direito – baliza-se (ainda) nos aportes conceituais advindos do paradigma liberal-individualista e, sobretudo, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, desenvolvido ao longo da modernidade, cujo limite consiste na razão centrada na autoreferencialidade do sujeito monológico, que trata o mundo exterior e a si mesmo a partir de uma relação objectual. Apóia-se na existência de significantes *a priori*, numa pretensa universalização-generalização conceitual, como que buscando alcançar essências, desconsiderando elementos que envolvem a singularidade e a pluralidade das práticas e formas de vida humana no contexto complexo da realidade atual.

Os operadores de Direito, reduzido à lógica de uma racionalidade cognitivo-instrumental, tem a pretensão de tornar a atividade do intérprete/aplicador uma tarefa simplificada, de concepção textual previamente experimentada e coisificada. Ocorre que, deste modo, o Direito vem sendo conduzido como uma ciência estanque, longe da interlocução com outros campos do saber. Neste sentido, dentre outros aspectos determinantes, entendemos que esta problemática sobre a concepção e prática jurídica afeta e envolve o paradigma atual do ensino jurídico.

Desta forma, reflexo paradigmático da dogmática jurídica, cuja função é pré-normatizar o sentido do texto, concebe-se o ensino jurídico por critérios pressupostamente absolutos e neutros, suprimindo a historicidade da compreensão enquanto princípio hermêneutico. Portanto, torna-se cabível a tarefa de superar tais pré-juízos reducionistas que obscurecem a atividade formativa no ensino do Direito.

Com efeito, ao considerar este problema na perspectiva paradigmática, convém destacar que, desde o início da modernidade, pretendeu-se a autonomia da razão. Entretanto, com base no sujeito que solitariamente representa o mundo, a racionalidade reduziu-se a sua

dimensão instrumental, capaz de relacionar-se com o mundo e os objetos sob a forma de intervenção e dominação. De acordo com HERMANN (1996a, p. 18),

A racionalidade ocidental se revela, então, no modo de fazer ciência, conforme o projeto baconiano-cartesiano, dominante desde a modernidade até o século XX, quando começou a ser criticado. Nenhum conhecimento pode aspirar legitimidade de verdade e cientificidade se não satisfazer as exigências de um tipo de racionalidade desenvolvida pelas ciências empírico-matemáticas de objetivação do mundo. A idéia é provar, demonstrar, matematizar através de unidades intelectualmente previsíveis, claras, impossíveis de serem recusadas.

Segundo OLIVEIRA (1993), à luz da análise habermasiana, o processo de modernização das sociedades ocidentais desemboca na introdução de novos mecanismos de coordenação da ação, regidos por leis positivas, como a economia e a administração estatal, onde a sociabilidade não é mais gestada a partir de normas tradicionalmente transmitidas e compartilhadas.

[...] trata-se, em última análise, de neutralização diante do pano de fundo normativo dos contextos de ação. É outro tipo de integração que agora assume a primazia no processo de socialização: o mecanismo essencial na integração social, a compreensão lingüística, é de algum modo posto de lado e dispensado pela atuação dos valores instrumentais nos contextos de ação formalmente organizados. No entanto, esses novos mecanismos vinculam-se ao mundo vivido através do direito: todo o processo de modernização vai significar, assim de certo modo, uma substituição da ética pelo direito, no processo de regulação das ações sociais. [...] Na perspectiva da nova forma de socialização, as normas jurídicas tomam o lugar da eticidade tradicional: o direito não mais se radica nas estruturas tradicionais da comunicação, mas gera formas de relações sociais independentes do contexto normativo de comunicação das tradições culturais (OLIVEIRA, 1993, p. 14).

O avanço da modernização da sociedade significa, portanto, o processo de constituição de contextos de ação regrados pelo direito positivo, o que acarreta um processo de formalização das relações interpessoais, que agora são regidas por regulamentações formais. À medida que a base normativa do agir comunicativo vai perdendo seu poder enquanto princípio de integração da sociedade para os novos mecanismos sistêmicos de coordenação das ações, ocorre na Modernidade “um processo de positivação do direito: é direito o que é estabelecido enquanto tal, que vem acoplado a um processo de legalização e formalização” (OLIVEIRA, 1993, p. 17).

É justamente nesta perspectiva que se pode compreender o dogmatismo jurídico, ao fundamentar-se neste modelo instrumental de racionalidade, enquanto cálculo estratégico de ações, controle e previsibilidade que, por sua vez, acaba determinando um ensino engessado pelo reducionismo lógico-formalista com base numa concepção positivista de ciência, especialmente aquela que nega a possibilidade de uma fundamentação racional para as ações prático-morais humanas, reduzindo toda a atividade racional a procedimentos técnicos.

Neste sentido, propõe-se a superação da concepção instrumental vigente de escola do Direito como agência detentora e promotora do saber, determinada e determinante das relações sociais, formatada e formadora dos valores e crenças sociais. Ora, as condições de possibilidade desta superação só podem ser concebidas, na contemporaneidade, a partir da reconstrução das bases legitimadoras do ensino jurídico no enfrentamento da crise do dogmatismo jurídico, que envolve simultânea e indissociavelmente uma **crise de modelo**, relativa à tradição liberal-individualista-normativista, e uma **crise hermenêutica**: relativa ao esgotamento do paradigma da filosofia da consciência. Crises que só podem ser compreendidas quando reportadas à própria crise da modernidade concebida como uma crise da própria razão.

Não se pode deixar de também considerar que no contexto da crise da modernidade impõe-se o desafio de pensar a própria educação contemporânea dado que ela tem suas raízes na filosofia da consciência. Conforme HERMANN (1999) e FÁVERO (2003), diante dessa crise, categorias e conceitos originários da filosofia da consciência que sustentaram a racionalidade emancipatória da educação iluminista, tais como autonomia, individualidade, responsabilidade moral, liberdade, formação do homem virtuoso, dentre outros, perderam suas bases metafísicas de legitimação e validade. É nesse cenário que a teoria de Habermas poderá se constituir em uma alternativa importante em defesa de um projeto que não abandone definitivamente (e resgate) os ideais de emancipação social e individual da educação. O projeto habermasiano de racionalidade comunicativa apresenta-se promissor no sentido de refundamentar as bases normativas da educação e, de modo mais amplo, restabelecer o poder crítico da racionalidade humana frente às correntes que advogam um reducionismo da razão, ameaçando sua unidade: de um lado, a redução cognitivo-instrumental pelo neopragmatismo, representante do cientificismo, e de outro, a redução relativista-niilista pelo pensamento pós-moderno.

Assim, o paradigma da intersubjetividade comunicativa permite promover uma releitura do ensino do Direito com base na reconstrução das bases normativas da relação entre teoria e prática, restabelecendo a ligação entre saber teórico e ação humana a fim de poder verificar como se dá o nexo entre o saber jurídico cientificamente constituído e a práxis social. Para Habermas, o conhecimento está enraizado na práxis social, de modo que a mediação entre teoria e prática vincula-se aos interesses orientadores da ação humana: o interesse teórico, o interesse prática e o interesse emancipatório.

A educação com o propósito da constituição do sujeito pelo agir comunicativo não se enquadra no espaço onde predomina a razão instrumental, mas se efetiva por processos de ensino e aprendizagem orientados pelo entendimento intersubjetivo. Uma ação dialógica nos processos educacionais fundamenta-se na concepção da escola como espaço comunicativo. A racionalidade comunicativa na escola pode ser mediada pelas práticas educacionais em sala de aula, pela organização curricular, pela administração colegiada e outras pelas quais os envolvidos possam articular ações coordenadas comunicativamente pelo entendimento. O aprendizado é centrado no aluno, num processo dialógico de construção coletiva e progressiva do conhecimento. Rompe-se, portanto, com a concepção de prática pedagógica compreendida a partir do modelo de relação sujeito-objeto e, em última instância, com uma racionalidade fundada no sujeito monológico. No ensino do Direito supera-se a plenipotência da regra, o solipsismo do professor na transmissão verticalizada e acrítica do conteúdo, para assentarmos a prática

pedagógico-jurídica na intersubjetividade, desenvolvida ao longo de um processo simétrico entre seus interlocutores.

O paradigma atual do ensino do direito

O ensino jurídico vive uma crise de criatividade e de identidade. O espaço acadêmico, longe de ser aquilo a que se destina – o campo ideal para fomentar a inquietude, a dúvida, a discussão – transforma-se em um mero laboratório profissionalizante. Se hoje não se formam mais "juristas", ao menos capacitam (quando capacitam), os futuros "operadores do Direito".

O ensino jurídico brasileiro e seu modelo interpretativo vigente/dominante pactuam com crenças e velhas práticas, engendradas numa concepção positivista-normativista-formalista que sustenta que o Direito consiste em uma técnica (autônoma, neutra e objetiva): a dogmática. Como conseqüência, podemos afirmar, com isso, que o conhecimento jurídico foi encapsulado na forma institucionalizada de Direito, sem a interpenetração necessária dos fenômenos particulares da vida. Sob este ângulo, avulta o mérito daquele que se dedicou à "purificação" dos conceitos jurídicos e sua sistematização, como é o caso de Hans Kelsen (2006, *passim*).

Este processo se estabelece, sobremaneira, a partir da prática de uma "metodologia didático-causuística", que culminou numa cultura estandardizada, que propicia que o jurista conheça de modo confortável e acrítico o significado dos textos jurídicos e das próprias atividades jurídicas. A propósito, como denunciou STRECK (2007) em sua crônica:

Simbolicamente, os manuais que povoam o imaginário dos juristas representam com perfeição essa crise. Há, pois, um profundo déficit de realidade. Os próprios exemplos utilizados em sala de aula, ou nos próprios manuais, estão desconectados daquilo que ocorre em uma sociedade complexa como a nossa. Além disso, essa cultura estandardizada procura explicar o Direito a partir de verbetes jurisprudenciais ahistóricos e atemporais.

Esta conjuntura apresentada encontra-se fundamentada no paradigma da consciência, no modelo positivista de educação, transformando os estudantes em meros repetidores, com pouco ou quase nenhum senso crítico. Nesse processo de inteligibilidade dogmática o conhecimento jurídico reduz-se ao entendimento de "verdades". Alves (2002, p. 49) afirma que "a matriz positivista foi corroendo e impossibilitando a observação da realidade empírica no ensino jurídico, tornando-o descomprometido com as mudanças operacionalizadas na prática social cotidiana".

Durante muito tempo, estes pressupostos embasaram com predominância todo o fazer científico, porém, não há de se olvidar que os modelos educacionais, em todos os níveis, estão corrompidos por esta concepção paradigmática. BEHRENS (2000, p. 42) afirma que "na realidade, os paradigmas da ciência afetam a toda a sociedade e principalmente a educação", de forma que tal discussão não poderia ficar de fora de nossas reflexões.

Entendemos, pois, que a educação apresentada na seara do Direito se coloca nesta problemática. Esta dicotomização metodológica entre teoria e prática sustentada pelo ensino jurídico projeta o discurso exegético-positivista que identifica texto e sentido do texto, transformando o processo interpretativo em uma subsunção dualística do fato à norma.

FERRAZ JÚNIOR (1980, p. 34) nos ensina que o caráter lógico-formal da subsunção marcou significativamente a Ciência do Direito do século XIX e, citando BERGBOHN, explica que à época "[...] o único método verdadeiramente científico da Ciência do Direito é, de um lado, a abstração e a generalização gradativa a partir de fatos concretos até as premissas imediatas da dedução [...]". Disso implica a crítica ao positivismo, pois

Reduzir a sistemática jurídica a um conjunto de proposições e conceitos formalmente encadeados segundo os graus de generalidade e especificidade é **desconhecer a pluralidade da realidade empírica** imediatamente dada em relação à simplificação quantitativa e qualitativa dos conceitos gerais (FERRAZ, 1980, p. 35, grifo nosso).

Nesse ponto avocamos a contribuição de Jürgen Habermas para quem a verdade é algo inseparável da sociedade que a concebe e essencialmente animada por interesses cognitivos. Ora, este modelo que pactua com o esquema sujeito-objeto, de subsunção, que coloca o sujeito isolado do objeto, relega a linguagem a uma mera instrumentalidade.

No lugar do sujeito solitário, que se volta para os objetos e que, na reflexão, se toma a si mesmo por objeto, entra não somente a idéia de um conhecimento lingüisticamente mediatizado e relacionado com o agir, mas também o nexo da prática e da comunicação cotidiana, na qual estão inseridas as operações cognitivas que têm desde a origem um caráter intersubjetivo e ao mesmo tempo cooperativo. (HABERMAS, 1989, p. 25)

Assim, parece claro que os frutos desse pensamento mecanicista não permitem avançar muito no campo educacional do ensino do Direito. O paradigma, que traz em seu bojo um conjunto de idéias, normas e valores determinados pelos pressupostos metodológicos da ciência moderna, envolve uma concepção do universo como um sistema mecânico e o da racionalidade reduzida à sua instrumentalidade. Tais concepções fundamentam a mediação normativa entre a teoria e prática no âmbito da prática jurídico e do seu ensino: a práxis jurídica. Cada vez mais se tornam necessária e urgente a reconstrução e o empreendimento de novos rumos ao ensino do Direito, pois, de um lado, considerando o contexto atual da chamada "sociedade do conhecimento", forma alunos e profissionais obsoletos, decorrente de um ensino jurídico arraigado no conhecimento dogmático, aprisionado aos referenciais *a priori* de verdade, esvaziadas de uma crítica hermenêutica e transmitidas por um casuísmo didático. De outro, estas práticas retroalimentam e legitimam a reprodução da dogmática jurídica, cujos reflexos se manifestam no autoreconhecimento reflexivo do jurista, mantendo-o no processo do "interpretar-para-compreender" (descrição e explicação empírica), em detrimento do "compreender-para-interpretar" (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual).

Enfim, no sentido de reconstruir o ensino jurídico e as bases de seu processo de aprendizagem, cabe superar a ilusória concepção asséptica tanto do conhecimento como do estudo do Direito positivo. Torna-se necessário reorientá-lo, a partir de novos

fundamentos, em direção de novos objetivos sociais, econômicos, políticos e culturais (quais serão eles?) e em consonância com novas bases metodológicas e pedagógicas que conduzem o ensino do Direito a uma instância de maior rigor científico e de maior eficácia para a consecução de seus objetivos emancipatórios enquanto prática educacional. Para que isto ocorra, é necessário que o avanço represente efetivamente o desenvolvimento e fortalecimento de um comprometimento social assumido criticamente. É neste momento que ressaltamos a importância da educação e seus agentes.

Trata-se em síntese, de conceber as escolas de Direito não apenas como local de progresso cultural e científico, mas também como local privilegiado de transformação e liberação social, de modo a não mais se fomentar um formação acrítica e de pretensões objetivistas do conhecimento e da aplicação do Direito.

Na relação entre ciência do Direito e ensino de Direito, observa-se que a questão metodológica do "como ensinar?" vincula-se indissociavelmente, numa reciprocidade dialética, com as questões "o que ensinar?" e "para quem ensinar?". Portanto, a questão do método – o caminho a ser percorrido e os procedimentos a serem utilizados no desenvolvimento da atividade cognitiva, em termos de disciplina do trabalho intelectual, de organização racional do pensamento e de maior rigor na orientação das informações – constitui elemento significativo para avaliar os problemas da estrutura dos cursos jurídicos num dado contexto histórico-social e valorativo das discussões epistemológicas. Enquanto pressuposto de toda reflexão científica e de toda pesquisa acadêmica, o método permite, no âmbito didático-pedagógico, conquistar um novo valor paradigmático ao ensino do Direito.

Com efeito, vê-se na teoria crítica habermasiana uma possibilidade de tornar os indivíduos conscientes da exclusão, da opressão e do processo de dominação, buscando, assim, uma alternativa para os problemas humanos. Ora, as relações horizontais constitutivas da dinâmica da ação dialógico-comunicativa envolvem interações linguisticamente mediadas entre sujeitos na qual e pela qual os interesses e intenções de todos os envolvidos possam ser compartilhados. Tais interações possibilitam que cada participante reconheça a si mesmo e o outro como sujeito, isto é, como capazes de participar livre e reflexivamente nas deliberações que afetam a si próprio e ao outro numa relação social de igualdade.

A teoria crítica habermasiana reforça a possibilidade de instaurar espaços comunicacionais livres necessários para a compreensão, o esclarecimento e a emancipação dos indivíduos. Pretende-se, pois, corroborá-la como paradigma fundamental ao desvelamento da crise do ensino do Direito, bem como apoiá-la como sustentáculo de um novo processo de aprendizagem do Direito.

AÇÃO COMUNICATIVA COMO PRESSUPOSTO epistemológico da racionalidade prática

Ao desenvolver a teoria do agir comunicativo, Habermas empenhou-se a reconstruir os fundamentos normativos da práxis social e formular uma teoria crítica para a explicação

das patologias sociais, permitindo a emergência de um novo e mais amplo conceito de racionalidade.

Habermas denuncia a crise da razão, mas não da razão como um todo, mas de uma forma reducionista e atrofiada de razão que tem sido fortalecida ao longo dos últimos séculos. Habermas propõe resgatar o potencial comunicativo da razão, submetendo à crítica a concepção positivista de razão e questões da convivência humana; vem propor uma nova compreensão de razão, explorando a comunicação entre as diferentes experiências dos atores a partir das particularidades e da pluralidade do mundo da vida. Habermas (1990b, p. 81) diz que "não é propriamente a razão que está em crise, mas uma forma atrofiada e reducionista de razão que se fez dominante nos últimos séculos, fazendo-se necessário resgatar o potencial de criticidade por meio da elaboração de uma teoria ampla de racionalidade".

Contrário ao determinismo social da razão instrumental, base da interpretação pessimista dos teóricos frankfurtianos, GARCIA (1999, p. 73) destaca:

Habermas procura situar adequadamente a razão instrumental no bojo de uma teoria mais ampla da racionalidade, que inclui também as dimensões prático-morais e estéticos-expressivas, rejeitando qualquer relação necessária que se possa estabelecer entre a racionalização técnica e a racionalização social. Na verdade, segundo Habermas, a racionalidade cognitivo-instrumental só se torna nociva à emancipação de uma sociedade, quando ela sai da sua esfera própria e pretende substituir a racionalização social, nas suas esferas específicas das interações sociais mediadas linguisticamente. Em outras palavras, o problema não é a razão técnica enquanto tal, mas a sua universalização, que obscurece a possibilidade de elaborar um conceito mais compreensivo de razão em favor da validade exclusiva do pensamento científico e tecnológico.

Na linha da reflexão habermasiana, no que se refere à reconstrução do conceito de racionalidade, compreende-se que o paradigma da subjetividade, tributária da filosofia da consciência, dá lugar ao paradigma da filosofia da linguagem, do entendimento intersubjetivo ou da comunicação e insere a dimensão parcial – cognitiva-instrumental – em uma racionalidade mais ampla – a comunicativa. Através deste novo conceito de racionalidade ampliam-se as possibilidades de coordenara as ações sem recorrer à coerção e de solucionar consensualmente os conflitos de ação.

Deste modo, segundo GARCIA (1999, p. 87), Habermas alcança seu intento de reconceituação da mediação normativa do nexo teoria-práxis, para além da relação entre racionalização social e reificação desenvolvida por Horkheimer e Adorno, com base em Lukács e Weber, e de distinção entre o agir racional-teleológica e agir comunicativo, a partir de sua crítica ao materialismo histórico. Com Habermas, com base no giro pragmático, a razão resgata sua pretensão emancipatória.

As fissuras do conteúdo normativo da modernidade também atingem as bases de legitimação da educação e do direito, dentre outras formas da práxis social que envolve a interação dos sujeitos de ação. Deste modo, em razão de sua fecundidade, a teoria do

agir comunicativo permite avaliar os déficits teóricos que atingem a prática jurídica e seu ensino na contemporaneidade.

Segundo o próprio Habermas, a teoria do agir comunicativa tem por escopo três finalidades que se relacionam entre si, organizam-se da seguinte forma: a) desenvolver um conceito de racionalidade que não esteja limitado pelas premissas subjetivistas e individualistas da filosofia da consciência; b) construir um conceito de sociedade em dois níveis, que integre **sistema** (Estado e pelo mercado burocrático) e **mundo da vida** (modelos culturais, as ordens legítimas e as estruturas de personalidade) e c) buscar uma teoria crítica da modernidade que analise e encontre as causas de seus problemas.

Resgatar o potencial comunicativo e ampliar o conceito de racionalidade expande o horizonte no campo das Ciências Sociais, uma vez que põe como foco principal às interações sociais do ser humano. Habermas, ademais, tematiza e reconstrói as condições da convivência humana, ou seja, da interação entre sujeitos competentes que utilizam a linguagem com a finalidade de se entenderem sobre o mundo em que vivem, através das tradições culturais, das solidariedades sociais e das identidades individuais.

Segundo Habermas, o único caminho possível para a emancipação são as ações constituídas no e orientadas ao entendimento. A meta do entendimento é a produção de um acordo, que termine na comunidade intersubjetiva da compreensão mútua, do saber compartilhado, de confiança recíproca e da concordância de uns com outros. O acordo descansa, respectivamente, sobre a base do reconhecimento de quatro pretensões de validade: inteligibilidade, verdade, veracidade e retitude (HABERMAS, 1989, p. 301).

Na ação comunicativa, pode-se avaliar o acordo alcançado pelo entendimento, em cada caso, pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade, implícitas em qualquer ato de fala. Sobre o entendimento mútuo enquanto mecanismo da coordenação das ações comunicativas, Habermas afirma: “Entendimento significa a obtenção de um acordo entre os participantes na comunicação acerca da validez de uma emissão” (HABERMAS, 2003, II, p. 171). Como se pode observar, o entendimento não se constitui no objetivo final da interação entre os sujeitos, mas um “processo de obtenção de um acordo entre sujeitos lingüisticamente e interativamente competentes” (HABERMAS, 2003, I, p. 143). Os processos de entendimento mútuo visam um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um proferimento. O acordo não pode ser imposto à outra parte como também não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações estrategicamente elaboradas. Este acordo assenta-se sempre em convicções comuns determinadas pela razoabilidade argumentativa nos espaços discursivos.

No contexto do agir comunicativo, portanto, a linguagem deixa de possuir um uso puramente instrumental-cognitivo e a de ser abordada apenas como tal, sendo a orientação consensual a que deve nortear a interação dos sujeitos envolvidos: o paradigma monológico da filosofia da consciência – a da auto-referência que marca o conhecimento e agir determinado pela relação epistêmica sujeito-objeto – é substituído pelo paradigma da compreensão mútua. O resgate da dimensão intersubjetiva da linguagem traz implícita uma nova idéia de objetividade que remete à relação sujeito-sujeito na dinâmica da ordem social, não sendo considerada tão-somente como uma simples representação da realidade tal como ela é. Esta concepção paradigmática de interação mediada linguisticamente que constitui as ações orientadas ao entendimento

mudou o padrão da objetividade epistêmica, que abandona a certeza privada de um sujeito que passa por experiências para a prática pública de justificação dentro de uma comunidade comunicativa. A objetividade da experiência centrada no sujeito agora é assimilada à intersubjetividade do entendimento (GARCIA, 2005, p. 104).

Submetida a falibilidade, a racionalidade comunicativa apresenta um caráter processual, que abre espaço à contingência e à pluralidade, sem abandonar as pretensões de validade universal. Segundo GARCIA (2005, p.105), o entendimento, no pensamento habermasiano, apresenta-se como um conceito normativo, que se radica no próprio conceito de linguagem, isto é, que constitui o *telos* imanente da comunicação lingüística. Deste modo,

[...] o entendimento funciona como mecanismo coordenador da ação do seguinte modo: os participantes da interação,ao efetuarem atos de fala, desde que possam compreender-se acerca da inteligibilidade das expressões simbólicas empregadas nos enunciados que proferem, se colocam de acordo com a validade que pretendem para suas emissões, isto é, reconhecem intersubjetivamente as pretensões de validade que se referem (a) à verdade acerca do estado-de-coisas no mundo objetivo, isto é, a pretensão de que o enunciado seja verdadeiro ou que se cumpram, com efeito, as condições de existência do conteúdo proposicional mencionado; (b) à sinceridade ou autenticidade das locuções apresentadas que exprimem os sentimentos incluídos no mundo subjetivo, de tal forma que os ouvintes possam considerar o seu discurso crível, após verificada a consistência de seu comportamento; (c) à adequação às normas e valores de modo que os falantes possam concordar mutuamente sobre uma base normativa reconhecida, isto é, a pretensão de que a ação reivindicada seja correta por referência a um contexto normativo vigente ou de que o contexto normativo a que a ação se atém seja reconhecido como legítimo. Portanto, todo sujeito que participa em uma comunicação na busca processual do entendimento pretende se expressar inteligivelmente, estar dando a entender algo que seja reconhecido como verdadeiro, estar dando-se a entender a si mesmo sendo reconhecido como sincero e, por fim, possuidor de intenções normativas reconhecidas, pretende estar se entendendo com os outros.

No paradigma da intersubjetividade, altera-se o enfoque da ação humana, isto é, de um enfoque objetivamente da consciência em relação ao mundo sobre o qual se atua para o enfoque performativo de sujeitos que interagem buscando entender-se sobre algo no mundo que se inserem e atuam. A relação comunicativa só pode ser efetivada partindo de uma relação entre sujeitos livres e iguais que, por sua inserção crítica e ativa em práticas discursivas, pensam e agem visando um acordo ou entendimento na coordenação da ação. Assim, segundo GARCIA (2005, p. 122), considerando o substrato ético-normativo do entendimento construído e alcançado intersubjetivamente em práticas comunicativas mediadas linguisticamente, se pode conceber que a legitimação de princípios e normas funda-se em procedimentos argumentativos e discursivos que se orientam, na perspectiva emancipatória, para a construção de sentidos humanos compartilhados de forma solidária e comunicativa.

Requer-se, pois, a constituição de uma ética do discurso, ocupada com o estabelecimento de regras e condições que garantam a racionalidade da argumentação e a legitimidade dos consensos construídos comunicativamente. Tal aplicação, por seu turno, requer procedimentos, procedimentos institucionalizados e procedimentos (meramente) cognitivos, realizados no âmbito dos primeiros, em que se dá o confronto das diversas argumentações, criando assim as condições para discussões e decisões, cuja racionalidade se pode aferir, na medida em que são objetivamente fundamentadas.

Em suma, a teoria do agir comunicativo apresenta uma análise das diferentes formas de interação humana, destacando nelas distintos mecanismos de coordenação de ações, modelos de racionalidade e paradigmas filosóficos. Seu objetivo centra-se em construir uma teoria crítica da sociedade e em denunciar a crise da razão e a perda da capacidade do ser humano de objetivar criticamente o mundo em que vive.

Proponho que entendamos as sociedades simultaneamente como sistema e como mundo da vida. Este conceito dual de sociedade se apóia na teoria da evolução social, que faz a distinção entre racionalização do mundo da vida e o aumento da complexidade dos sistemas sociais (HABERMAS, 2003, II, p. 168).

A teoria do agir comunicativo é, portanto, uma maneira reflexiva de observar o processo social e apontar as patologias sociais. Apresenta-se como uma forma de descrever criticamente a razão funcionalista e de iniciar um processo de crítica social na busca da emancipação e do esclarecimento. A emancipação, no contexto da teoria do agir comunicativo, admite a participação ativa do indivíduo, exige responsabilidade de sua parte, como indica Habermas (1993, p. 99) ao afirmar que:

Emancipação tem a ver com libertação em relação a parcialidades que, pelo fato de não resultarem da casualidade da natureza ou das limitações do próprio entendimento, derivam, de certa forma, de nossa responsabilidade, mesmo que tenhamos caído nelas por pura ilusão.

São, pois, essas correspondências estruturais entre atos de fala comunicativos e a reprodução dos componentes simbólicos do mundo da vida que garantem ao conceito de ação comunicativa toda sua fecundidade teórica no campo das ciências sociais.

Sob o aspecto funcional do entendimento, a ação comunicativa serve à tradição e à renovação de saber cultural; sob o aspecto de coordenação da ação, serve à ação social e ao estabelecimento de solidariedade; sob o aspecto de socialização, finalmente, a ação comunicativa serve ao desenvolvimento de identidades pessoais [...] A esses processos de reprodução cultural, de integração social e de socialização correspondem, como componentes estruturais do mundo da vida, a cultura, a sociedade e a personalidade. (HABERMAS, 1989, p. 497).

Para que possamos entrar, portanto, no âmbito da Educação através de reflexões a respeito de interações sociais, faz-se necessário, traçarmos em breves linhas as relações entre educação e racionalidade na perspectiva habermasiana.

A aprendizagem na ótica habermasiana

Se concordarmos que as tarefas gerais dos processos educativos se colocam no contexto da reprodução da cultura, da sociedade e da personalidade, então a pertinência do conceito de ação comunicativa para a educação é uma decorrência lógica. A propósito HABERMAS (1993, p. 105), nesse sentido afirma que:

Quando os pais querem educar os seus filhos, quando as gerações que vivem hoje querem se apropriar do saber transmitido pelas gerações passadas, quando os indivíduos e os grupos querem cooperar entre si, isso é, viver pacificamente com o mínimo de emprego de força, são obrigados a agir comunicativamente.

As situações mencionadas por Habermas correspondem, em nosso ver, às três grandes tarefas educativas: a formação de identidade, a reprodução cultural e a integração social. Assim podemos dizer que é no horizonte dessa tríplice tarefa que a escola "instituição fundamental da esfera do agir comunicativo" (OLIVEIRA, 1989, p. 24), encontra o sentido exato de suas contribuições e de suas finalidades a perseguir:

A escola, por sua própria natureza, exerce um papel fundamental na transmissão cultural, na socialização e na construção da personalidade individual, isto é, na reprodução das estruturas simbólicas do mundo da vida, e, portanto, para o seu bom funcionamento ela dever ser regulada pelos processos de ação comunicativa com vistas a alcançar o entendimento (PINTO, 1996, p. 152).

Estabelece-se, dessa forma, um parâmetro para o diagnóstico de muitas das patologias no campo da educação. Patologias que, à luz de nossas referências, podem ser identificadas, por um lado, como desvios da comunicação, isto é, como situações em que a linguagem já não é utilizada para a busca do entendimento, mas para finalidades como o constrangimento, a imposição, a manipulação, etc. e, por outro, como cerceamento dos espaços do agir comunicativo, pelo avanço dos mecanismos sistêmicos de controle sobre âmbitos do mundo da vida.

Como atividade lingüisticamente mediada, que possibilita aos sujeitos entenderem-se sobre o mundo, coordenarem suas ações e afirmarem-se como identidades pessoais, a educação realiza-se, segundo MARQUES (1993, p. 108), como processo de "alargamento do horizonte cultural, relacional e expressivo". Alargamento que implica, necessariamente, a revisão crítica e criativa dos saberes culturais, dos padrões de convivência e dos modos de ser e de expressar.

De igual forma, o conceito habermasiano de racionalidade relaciona-se tanto com capacidade dos sujeitos de falarem e agirem em espaços discursivos e na coordenação das ações, utilizando o saber, como com a produção do saber propriamente dito. Importa

dizer: a racionalidade comunicativa corresponde à capacidade de fazer acordos sem coação, de gerar consensos através da fala argumentativa, onde diversos participantes superam a subjetividade inicial de seus respectivos pontos de vista em favor de uma comunidade. A este mecanismo analítico, Habermas vai denominar de "situação ideal de fala".

Chamo ideal a uma situação de fala em que as comunicações não somente não vêem impedidas por influxos externos contingentes, mas também pelas coações que derivam da própria estrutura da comunicação. A situação ideal de fala exclui as distorções sistemáticas da comunicação. E a estrutura da comunicação deixa de gerar coações só se para todos os participantes no discurso está dada uma distribuição simétrica de oportunidades de eleger e executar atos de fala (HABERMAS, 1989, p. 153).

Como foi destacado anteriormente, o entendimento comunicativamente construído ocorre quando os participantes unem-se através da validade de seus atos de fala, em uma ação comunicativa, pressupõe três pretensões de validez: a) a pretensão de que o enunciado seja verdadeiro; b) a de que seja correto em relação ao contexto; e c) a de que o expresso pelo falante coincida com o que ele pensa. Desta forma, a dimensão da aprendizagem sai do âmbito individual para firmar-se na esfera social, deixando revelar que, embora a evolução pode se fundar sobre capacidades individuais de aprendizado,

[...] não significa, entretanto, que o processo evolutivo depende exclusivamente das capacidades de aprendizagem dos membros individuais da sociedade. Fator relevante são as estruturas de consciência partilhada coletivamente, as quais são dotadas de conhecimentos empíricos e convicções morais, que contribuem para o processo evolucionário quando utilizadas socialmente (BANNWART JÚNIOR, 2008, p. 209).

Tal processo é de tamanha valia à emancipação do sujeito que, conforme esclarece BANNWART JÚNIOR (2008, p. 212), "quando a ação comunicativa é dissolvida na prática social, permitindo a tematização discursiva, não se tem apenas uma orientação para o entendimento mútuo, mas também de resolução de problemas e/ou correções normativas que por si só configura um potencial processo de aprendizagem". Desta forma, quanto maior for o grau de racionalidade comunicativa, maior será a possibilidade de coordenar ações sem recorrer a coerções e de solucionar consensualmente os conflitos. Nela excluem-se as distorções sistemáticas do processo de comunicação o que permite distinguir os consensos enganosos dos consensos fundados.

A racionalidade sob a ótica habermasiana se resgata da capacidade de entendimento linguisticamente mediada entre os sujeitos, enquanto capacidade de argumentação, de troca e de diálogo, e não enquanto mera capacidade de utilização de um instrumento de transmissão de informação à semelhança do método reducionista predominante na educação do Direito. Assim como os modelos de racionalidade, os paradigmas filosóficos também se distinguem sob o ponto de vista das relações que o homem estabelece ao realizar suas ações:

[ou o paradigmático é] a relação de um sujeito solitário com algo no mundo objetivo, que pode ser representado e manipulado [...], [ou o paradigmático é] a relação intersubjetiva que estabelecem os sujeitos capazes de linguagem e de ação quando se entendem entre si sobre algo. (HABERMAS, 2003, I, p. 499).

A utilização não comunicativa da razão é chamada por Habermas de "manipulação instrumental da linguagem", que toma o mundo de forma ontológica como soma de tudo e onde as ações têm fundamentalmente o caráter de intervenções visando alcançar um determinado propósito. A utilização comunicativa constituiria, de outro modo, no entendimento a partir do qual o mundo é tomado de forma fenomenológica ao perguntar-se reflexivamente sobre as circunstâncias daqueles que se comportam racionalmente, questionando o mundo objetivo. Portanto, é justamente este entendimento construído comunicativamente o responsável pela segurança e manutenção do contexto de mundo da vida.

Assim, para que a educação potencialize-se plenamente enquanto ação comunicativa é importante que os saberes científicos, os valores culturais, as normas sociais, enfim, tudo o que é apresentado como conhecimento, seja percebido como entendimento historicamente construído, passível de revisão, "abrindo-se à tematização crítica e à suscetibilidade de correção" (BANNWART JÚNIOR, 2008, p. 217).

Segundo FÁVERO (2003, p.31), ao analisar a educação na perspectiva do paradigma da comunicação, com base nas análises de MÜHL (2003), afirma que:

[...] pensar a educação numa perspectiva habermasiana implica reacoplá-la ao mundo da vida e transformar a escola num espaço público onde são apropriadas as conquistas socioculturais da humanidade de modo crítico e criativo a fim de contribuir para a formação de uma visa global e concreta da realidade, podendo, assim, identificar as patologias e redirecionar o agir social.

Ainda segundo FÁVERO (2003, p. 31), a própria filosofia passa a ter um novo papel no projeto habermasiano. Não é mais sua função oferecer um conhecimento totalizador como a tradição lhe atribuía, nem a função profética de prever o futuro, nem de fazer a crítica externa da vida social e, menos ainda, ser responsável pela reconstrução da lógica da ciência , como queriam os neopositivistas ligados ao Círculo de Viena. Para Habermas, uma das tarefas que a filosofia contemporânea deveria assumir, seria o entendimento da razão crítica que, por sua vez, rejeita o projeto de desenvolver uma teoria que proponha verdades universais a respeito da natureza humana. Por isso, não é função da filosofia orientar as demais ciências, nem indicar o lugar delas, muito menos ser a juíza suprema da cultura. A filosofia, enquanto guardiã da racionalidade, assume a função de intérprete hermenêutica a fim de devolver ao saber em geral, por meio da cooperação entre as diferentes ciências, a pretensão de unidade e universalidade. Ora, algo que aparentemente possa ser irracional para determinado grupo, pode ser normalmente aceito por outro grupo, com outras práticas sociais, pois toda cultura estabelece suas próprias crenças e práticas, compartilhadas através da linguagem, mesmo por que, todas as práticas sociais estão circunscritas pela linguagem.

Considerando a derrocada metafísica acerca da existência de verdades universais, parece claro que nos contextos discursivos apresentados por Habermas – contextos intersubjetivos mediados linguisticamente – , os sujeitos envolvidos assumam a responsabilidade pelo desenvolvimento da racionalidade crítica e comunicativa. Faz-se necessário, portanto, uma reflexão que, à luz da racionalidade comunicativa, proponha uma compreensão modificada do que seja propriamente ter um saber ou um conhecimento. Neste contexto e, a partir desta compreensão, é que o processo de uma educação crítica e reflexiva do Direito se insere, se justifica e que visamos propor.

Ação comunicativa e redimensionamendo paradigmático da aprendizagem do direito

Toda prática pedagógica envolve processos interativos, porém, uma pedagogia tradicional tende a cercear a ação comunicativa porque se utiliza de mecanismos constrangedores e manipuladores que controlam o mundo da vida de forma sistêmica.

Uma educação alicerçada nos pressupostos da racionalidade comunicativa, ao contrário, visa alargar os horizontes culturais, relacional e expressivo pela revisão dos saberes, dos padrões de convivência, dos modos de ser e se expressar. Uma educação comunicativa requer a estruturação dos processos educativos para que se torne em uma ação intersubjetiva, uma troca entre sujeitos em busca do entendimento consensual sobre o mundo.

Será uma escola que deixa de ser mera reprodutora de conhecimentos e passa a se apropriar deles; a pedagogia nessa escola passa a ser a interpretação da sala de aula como ambiente enriquecido por relações dialógicas entre educadores e educandos.

O conhecimento é a compreensão inteligível de realizada, que o sujeito humano adquire através de sua confrontação com essa mesma realidade. Ou seja, a realidade exterior adquire, no interior do ser humano, uma forma abstrata pensada, que lhe permite saber e dizer o que essa realidade é. A realidade exterior se faz presente no interior do sujeito do pensamento. (LUCKESI, 1991, p. 122).

Visto como produtor de uma relação argumentativa entre sujeitos, o conhecimento, em sua concepção comunicativa, acentua, sobretudo, o caráter histórico da educação e dos saberes por ela veiculados. Nada do que está posto se apresenta como verdade absoluta; todas as possibilidades podem ser vazias se não nos atermos para a possibilidade da invasão do sistema, que pode conduzir a perda de identidade coletiva e alienação social, o que dificulta a própria formação do ser humano enquanto indivíduo e pode levar a perda do sentido da educação que, por sua vez, conduz novamente à perda da identidade coletiva, tornando-se este um círculo vicioso.

Assim, os saberes veiculados, bem como os valores ensinados, se tornam objeto de discussão e de redefinição a partir do momento em que novas questões forem levantadas e o consenso, a seu respeito, deixar de existir. Os conhecimentos escolares, à luz desse

entendimento, constituem complexos de relações construídos pelo processo de mútuo entendimento e aparecem sob formas de conceitos.

Por isso, de frente a um conteúdo de saber a atitude passiva e resignada deve dar lugar à suspeita crítica e à audácia criadora. A escola, dessa forma, deixa de ser o lugar da mera reprodução, repetição, cópia de conhecimentos, para tornar-se o lugar da sua problematização, da sua apropriação crítica, de lócus privilegiado de condução da racionalização argumentativa.

Essas vicissitudes sobre da educação deixa transparecer, não só a necessidade de mudança, de uma verdadeira transformação, mas também a visão de uma crise, de uma ruptura de modelo que até hoje o ensino do Direito vem praticando.

O paradigma conservador, caracterizado pela pedagogia tradicional e tecnicista, direciona o aluno à submissão, ato reflexo à passividade. Com efeito, na recorrente mecanização da ordem normativa, todos os olhares se voltam para a paisagem tecnicista, o mandamental domínio do "saber fazer" – não há tempo para a contemplação dos problemas, para especulações mais profundas. "O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial". (BARROSO, 2001)

Assim se pode encarar o ensino operado na academia de Direito; cinge-se a uma visão parcial e míope, calcada em tradições que melancolicamente se arrastam por anos, isenta de uma revigorante atualização. Trata-se em verdade de método-fator proibitivo do próprio processo de aprendizado do alunado.

Neste contexto, o conceito de agir comunicativo torna-se importante para compreender a idéia de uma educação crítica e reflexiva que procuramos defender. Se as interações sociais assumem, nesta teoria, papel central, evidencia-se, portanto, sua fecundidade para a questão da educação, uma vez que a educação é fundamentalmente e antes de tudo uma ação social, uma interação. É o exemplo da abordagem progressista de pedagogia.

No bojo do próprio processo argumentativo, a possibilidade de crítica, que se faz presente, denota as condições de se aprender com os erros identificados, fazendo com que o conceito de aprendizagem utilizados por Habermas seja visto como causa e fomento de sua teoria da evolução social. (BANNWART JÚNIOR, 2008, p. 217).

Esse modelo educacional vem reconstruir a subjetividade pela dimensão da intersubjetividade provocada pela racionalidade comunicativa que explora o potencial de linguagem e entendimento entre os homens. Dessa forma, os processos pedagógicos serão procedimentos dialógicos desenvolvidos no mundo da vida, e a aprendizagem será a estimulação da capacidade discursiva para compartilhar saberes e normas que surgem dos consensos.

Em cada fase de uma interação, ainda que só seja de forma vaga e intuitiva, podem saber se, de frente aos demais participantes, estão adotando uma atitude estratégica-objetivante ou uma atitude orientada ao consenso (HABERMAS, 1989, p. 456)

Igualmente à perspectiva habermasiana calcada no paradigma dialogal a abordagem progressista e sistêmica coadunam com o pressuposto central de transformação social, instigação ao diálogo, superação da fragmentação do conhecimento, participação crítica e reflexiva dos alunos e dos professores, etc.

Logo, tomar como base uma teoria crítica da sociedade à luz comunicacional habermasiana possibilita reflexões aprofundadas em torno da aprendizagem como um todo, de suas funções e possibilidades, eis que compatível às novas perspectivas pedagógicas, bem como, por outro lado, rebate e desloca os lados negativos da pedagogia conservadora.

Assim sendo, os processos pedagógicos de aprendizagem têm a finalidade de produzirem "novas competências nos campos da cultura, da vida em sociedade e da expressão das personalidade libertas de qualquer amarra". (MARQUES, 1993, p. 111)

A educação, neste sentido, possibilita um alargamento de horizonte cultural através da revisão crítica e criativa dos saberes culturais. Se for interagindo comunicativamente que os agentes constroem e negociam sentidos e estruturas sociais, a noção de educação deve estar além da noção formal desenvolvida pela escola, estendendo-se para toda a sociedade.

O universo, enfim, é relacional, no qual há integração sujeito-sujeito e, portanto, há dependência do ser em relação ao seu ambiente geral, ou seja, o contextualismo. A realidade só será revelada ao indivíduo por meio de uma construção ativa na qual ele participa.

Dentre essas dificuldades, encontramos, no caso do Brasil, os problemas relacionados à política educacional que não prevê uma prática coerente com o novo modelo do paradigma emergente; com propostas pedagógicas que não contemplam a educação como um sistema aberto que comporta indivíduos com diferentes estilos cognitivos e ainda, continuam oferecendo uma educação fechada em que todos são considerados como iguais, uma educação dissociada do mundo da vida, da realidade do sujeito da educação. O paradigma emergente aponta para o

[...] resgate do ser humano, com base em um visão sistêmica, ecológica, interativa, indeterminada. O aluno passará a ser visto como aquele ser que aprende, que atua na sua realidade, que constrói o conhecimento não apenas usando o seu lado racional, mas também utilizando todo o seu potencial criativo, seu talento, a sua intuição, o seu sentimento, as suas sensações e as suas emoções (MORAES, 1998, p. 94).

Esse quadro requer novo processo de aprendizagem, um novo método pedagógico e de práticas que integrem razão e emoção, que promovam o potencial humano e que facilitem a cooperação e solidariedade nas relações humanas.

Assim, parece-nos bastante oportuno atentar para a teoria habermasiana principalmente porque ela aponta para o caminho dialógico que busca a validez lingüística dos atos

intersubjetivos praticados na vivência cotidiana, tudo como forma de se obter o entendimento consensual que vem ao encontro dos anseios das sociedades pós-modernas, que buscam se estruturarem solidariamente.

A linguagem é o médium de toda ação social. O que marca a principal diferença no agir comunicativo é o fato de que o mecanismo de coordenação da ação é um processo discursivo para se alcançar um entendimento mútuo. Assim, o agir comunicativo é a forma de ação que tem o maior potencial para encadear processos de aprendizagem, tanto no nível individual quando no nível coletivo. É por meio desse tipo de ação social que a racionalização da sociedade alcança seu nível mais avançado e que, portanto, a razão se manifesta na história. (BANNELL, 2006, p. 48 *apud* BANNWART JÚNIOR, 2008, p. 224).

Segundo as idéias de Habermas, portanto, não seria eliminar o conteúdo da escola, mas adicionar a ele sempre um comportamento crítico. A educação comunicativa, centrada na intersubjetividade, propõe três grandes tarefas: reprodução cultural (apropriação de saberes), formação da identidade e integração social.

A escola deve ter como objetivo tanto fazer com que o aluno aprenda o conteúdo ensinado, como fazer com que desenvolva uma postura crítica perante as informações e perante a realidade na qual se encontra inserida e que possa, assim, exercer, plenamente, sua criatividade, individualidade e cidadania. Afinal, pesquisar é pensar, refletir, ler, discutir, perguntar, criticar, descobrir, enfim, é buscar uma visão, uma explicação, uma idéia, uma solução para as perguntas e problemas que nos movimentam e interessam; é construir, formar e organizar um pensamento (próprio ou não); é alcançar um resultado que apazigúe ou que confirme a inquietude inicial. Saber pesquisar é uma maneira para enfrentar qualquer desafio novo, e a vida dos profissionais é uma constante renovação destes desafios.

Segundo BOUFLEUER (1997, p. 54), a educação comunicativa é responsável por um "alargamento" do horizonte cultural, que implica na revisão crítica e criativa dos saberes culturais, dos padrões de convivência e dos modos de ser e de expressar. Para que este alargamento ocorra, é importante, no entanto, que saberes científicos, valores culturais, normas sociais, enfim tudo o que representa o conhecimento seja percebido como um entendimento historicamente construído e, portanto, inacabado e passível de revisão e de transformação.

Numa concepção comunicativa de educação, portanto, a escola não deve ter por objetivo negar as dinâmicas sistêmicas, mas privilegiar uma perspectiva de análise centrada nas possibilidades inerente ao mundo da vida e "dar primazia ao papel criativo dos atores sociais e aos modos de construir, reconstruir e negociar os significados sociais do mundo" (BERNSTEIN, 1994, p. 142).

Diferente do que se encontra recorrente nos modelos tradicionais na história da educação no Brasil, e especificamente na do ensino do Direito, intensificar o aspecto humano da formação, através da ênfase na reflexão e discussão crítica, torna-se especialmente importante na atual época em que emergem novas concepções sobre o mundo, aceleradas reformatações pelas quais passam a ciência, a economia e a política,

dentre outras. Tais fatores são mais que suficientes para provocar graves fissuras no modo de ver o Direito e a tão propalada justiça social: crise dos paradigmas sociais, crise do Direito, crise dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), etc.

Destarte, se pactuarmos com uma educação comunicativa, que atenda o processo ensino-aprendizagem como um espaço discursivo de assimilação dialógico-crítica e de produção do conhecimento a partir da realidade e do contexto no qual se insere, certamente atender-se-á tanto os interesses técnicos e práticos quanto aos conhecimentos instrumentais e ao controle de objetos, mas deve, sobretudo, ser emancipatória, ou seja, visar expor e, com isto, "desmoronar" as condições alienantes e paralisantes que envolvem o mundo da vida.

Em última análise, trata-se da opção por um modelo de racionalidade que conduzirá ao aperfeiçoamento e atualização do ensino do Direito em contraposição ao modelo anterior, estagnado e petrificado; será a implementação de uma mudança de paradigmas que implica tomarmos a linguagem como ponto de partida para a abordagem do tema do conhecimento no âmbito acadêmico do ensino do Direito. Em suma:

Enquanto os conceitos básicos da filosofia da consciência impuserem que se compreenda o saber exclusivamente como saber de algo no mundo objetivo, a racionalidade limita-se ao modo como o sujeito isolado se orienta em função dos conteúdos das suas representações e dos seus enunciados. A razão centrada no sujeito encontra os seus [critérios em] padrões de verdade e sucesso que regulam as relações do sujeito que conhece e age com o mundo dos objetos possíveis ou dos estados de coisas. Quando, pelo contrário, entendemos o saber como transmitido de forma comunicacional, a racionalidade limita-se à capacidade de participantes responsáveis em interações orientarem-se em relação a exigências de validade que assentam sobre o reconhecimento intersubjetivo. A razão comunicacional encontra os seus critérios no procedimento argumentativo da liquidação direta ou indireta de exigências de verdade proposicional, justeza normativa, veracidade subjetiva e coerência estética. (HABERMAS, 1990a, p. 291).

O desenvolvimento da racionalidade comunicativa configura-se como ato educativo dado que permite a interpretação das manifestações simbólicas dos sujeitos que encarnam saberes partilhados intersubjetivamente nos contextos e nos enunciados do mundo da vida.

Enfim, possibilitar a construção temática de um conteúdo de saber dentro do processo dialógico-comunicativo significaria, na perspectiva do paradigma da comunicação intersubjetiva, apresentar pedagogicamente as razões que o tornam um saber válido. É nesse sentido que podemos falar de reconstrução do processo de aprendizagem no ensino do Direito.

Ensaios pragmáticos do uso do agir comunicativo no ensino do direito: por uma formação crítico-reflexiva

Tratando-se esta pesquisa de ensaio voltado ao método do ensino jurídico na contemporaneidade, o que se propôs à luz da concepção paradigmática do agir comunicativo habermasiana, creio ser nosso dever desenvolver, ao menos, idéias norteadoras para a realização de um projeto comunicativo no âmbito do ensino do Direito.

Assim, a partir da racionalidade comunicativa carece reinventar a prática pedagógica nos cursos jurídicos utilizando-se para isso de procedimentos didáticos alternativos que conjuguem o aprendizado da ciência com outras formulações de racionalidade. Para tanto é preciso que os processos de aprendizagem da ciência e da técnica sejam sempre amparados na criticidade criativa.

Para a área jurídica é indispensável à adoção do agir comunicativo, pois o sistema legal só se impõe legitimamente a partir da ação de cidadãos livres e, por sua vez, a pretensão à legitimidade só é possível quando a implementação da norma é submetida ao processo discursivo que garanta a partição de todos.

Considerando a aprendizagem do Direito à luz da ética do discurso, podemos, em resumo, compreender que o entendimento mútuo construído comunicativamente por meio de processos discursivos mediados comunicativamente confere as bases de legitimidade da educação jurídica, consolidando-se respeito tanto no aspecto técnico-formal (sistema jurídico), como em sentido deontológico (sistema suprajurídico) de adequação argumentativa pelo elemento democrático.

Em outras palavras: "o aprender evolutivo se faz baseado no aprendizado de idéias jurídicas e morais que contemplam novas imagens de mundo e, por sua vez, permitem a reorganização dos sistemas de ação e a configuração de novas formas de integração social" (BANNWART JÚNIOR, 2008, p. 218).

Ora, as normas são *válidas* quando todos os participantes as consideram justas. Para Habermas a "liberdade comunicacional" se realiza quando todos participarem do discurso, com independência e autonomia, tomam posições e reconhecem as pretensões de validade dos envolvidos. A todos deve ser assegurada a participação na implementação dos direitos.

Para a consecução dessa ação, em primeiro lugar parece necessário que os agentes do processo de aprendizagem cheguem a um consenso a respeito das regras que vão reger as discussões, fundamentando e justificando essas regras. Para que os participantes alcancem um consenso verdadeiro, é também fundamental que cheguem a um entendimento sobre questões de cunho filosófico e pedagógico, que estão na base de uma ação comunicativa de cunho interdisciplinar. Ou seja, se faz necessário embasar o alunado sobre o processo cognitivo que se desenvolverá na busca pelo conhecimento, e qual serão seus pressupostos de desenvolvimento, ou seja: intersubjetividade e consenso.

Essas questões referem-se, primeiramente, a concepções de educação e conhecimento. Pensamos que seja impossível chegar a um consenso real, se os participantes não partilharem de concepções básicas comuns, ou se ao menos não tiverem claramente explicitadas as concepções de todos. Vale dizer, um processo de ação comunicativa deve ter em seu bojo um princípio de não-dominação, na medida em que se buscam a

participação de todos os elementos do grupo e o consenso em relação às próprias regras que vão orientar as discussões.

Para que o entendimento funcione como mecanismo coordenador da ação, é necessário que os participantes na interação ponham-se de acordo acerca da validade que pretendem para suas emissões ou manifestações, isto é, que reconheçam intersubjetivamente as pretensões de validade com que se apresentam diante dos outros. O consenso, ou seja, o acordo alcançado comunicativamente, realiza-se simultaneamente nos três planos e se mede por essas três pretensões de validade suscetíveis de crítica. Quem rejeita a oferta feita com um ato de fala que foi entendido questiona pelo menos uma dessas três pretensões. Com base nas pretensões de validade, nas reuniões os participantes ao tentarem se aproximar da situação ideal da fala deverão reunir esforços no sentido de preencher as seguintes condições ético-discursivas:

Todos os participantes das discussões têm a mesma chance de se comunicar por meio de atos da fala, argumentando, questionando e respondendo às questões.

Todos os participantes têm a mesma chance de apresentar interpretações, opiniões, recomendações, declarações e justificativas e de problematizar sua validade, fundamentar ou rebater, de tal modo que nenhuma idéia preconcebida seja ignorada na continuidade da tematização.

Todos os participantes têm a mesma chance de expressar atitudes, sentimentos e desejos referentes à sua subjetividade, devendo ser verdadeiros nas suas manifestações, significando que assim se colocam perante si mesmos e deixam transparecer sua interioridade.

Os participantes das discussões têm a mesma chance de empregar atos regulativos, isto é, ordenar e rebelar-se, permitir ou proibir, prometer e aceitar promessas, dar explicações e solicitá-las.

As expectativas de comportamento são recíprocas e os privilégios, afastados. Com o modelo de ação comunicativa de Habermas, pressupõe-se que os participantes na interação intencionalmente mobilizem o potencial de racionalidade que encerram as três relações do sujeito agente com o mundo, com o propósito de chegarem a um entendimento.

Definidos e estabelecidos em consenso as regras de participação e os conceitos básicos para a construção dos fazeres pedagógicos, em um segundo momento a ação educativa consiste de sessões de comunicação e diálogo, nas quais o esforço coletivo do grupo se concentra no sentido de buscar eixos articuladores entre as disciplinas do currículo, limitando-se, obviamente, ao conteúdo jurídico cotejado até aquele momento; isto é, respeitando-se, por outro lado, as limitações individuais e coletivas.

Se numa alegação de verdade o orador está empenhado em apoiar a sua formulação empírica, com uma máscara de retidão, o orador oferta uma obrigação de justificar a sua emissão normativamente correta; da mesma forma, qualquer ato de fala pode ser criticado como inválido, no sentido de não correto em relação aos contextos normativos vigentes ou criticando, mais radicalmente, a própria legitimidade da norma que pressupõe (ARROYO, 2000, p. 53)

Busca-se neste novo processo lingüístico a compreensão, o entendimento entre os indivíduos diferentes, que por meio da linguagem chegam a um consenso, mas não abandonam suas diversidades. O consenso só é possível se preservada a individualidade de cada sujeito. Na argumentação, em todo caso, a atitude orientada para o sucesso dos competidores vê-se incluída numa forma de comunicação que prossegue com outros meios, o agir orientado para o entendimento mútuo. Na argumentação, o oponente e o proponente disputam uma competição com argumentos para convencer um ao outro, isto é, para chegar a um consenso. (HABERMAS, 1989, p. 194)

O objetivo das discussões, neste momento, é encontrar caminhos comuns e devidamente articulados, para proporcionar aos alunos experiências que lhes possibilitem construir conhecimentos vinculados à sua vida concreta e que lhes permitam uma visão crítica da realidade onde estão inseridos, e, ao mesmo tempo, incentivem sentimentos e pensamentos relacionados a uma participação ativa nos assuntos comunitários, dentro de princípios éticos de cooperação e justiça social.

A direção do processo interativo emerge do próprio grupo e não está sujeita a convenções predeterminadas, exigindo o esforço de todos no sentido de preencher os princípios de realização de uma ação comunicativa com as suas pretensões de validade, e de buscar uma comunicação simétrica, cada vez mais livre e isenta de coação. Esse esforço tem em seu cerne um princípio ético que se concretiza em um processo comunicativo no qual cada elemento do grupo é considerado um parceiro de diálogo, cujas falas são oferecidas à interpretação dos outros, ao mesmo tempo em que ele abre possibilidades para criticar as próprias interpretações.

Em arremate e por fim, salienta-se que na área jurídica podemos vislumbrar claramente as possibilidades de reconstrução do atual modelo de ensino, incorporando elementos tradicionais dentro de um novo referencial paradigmático ao mesmo tempo aberto para novos elementos, dinâmicos, críticos e contextualizados, aberto à interlocução com outros saberes. Aqui se ressalta a importância da interdisciplinaridade como condição epistemológica e metodológica necessária para a busca de entendimento. Ou seja, sendo assim, compreende-se que é nesse espaço de convergência entre o tradicional e o crítico, entre o novo e o velho, entre o estratégico e o comunicativo, que as práticas educacionais são construídas e transformadas. Dessa forma, o desenrolar do processo comunicativo é imprevisível a superar os vícios do tradicionalismo-retrogrado do ensino do Direito, que pactua com o dogmático, o acrítico, tendo em conta que enraizado em uma cultura positivista de ciência.

CONCLUSÃO

O ensino do Direito na contemporaneidade compreende-se reduzido ao modelo das ciências empíricas e, por isso mesmo, submetido ao domínio de uma racionalidade técnico-instrumental, porquanto se apóia na filosofia da consciência, isto é, a racionalidade constituída por uma concepção centrada exclusivamente no sujeito; deturpou-se a essência do Direito reduzindo-a a mera legalidade.

Sem embargo, o ensino jurídico arraigado no conhecimento dogmático, de referenciais de verdade ideológicas, de casuísmo didático, legitima uma crise de reprodução da

dogmática jurídica que tem reflexos funestos no processo de compreensão do jurista, mantendo-o no processo do "interpretar-para-compreender" (descrição e explicação empírica), em detrimento do "compreender-para-interpretar" (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual).

Logo, estamos diante de um ensino tido como dogmático, conservador, acrítico, reprodutor de verdades inalteráveis, embasado na concepção de conhecer para dominar, gerando um processo de aprendizagem descontextualizado, centrado na relação sujeito-objeto. Diante deste cenário, uma mudança de paradigma se faz necessária abrindo-se a novas possibilidades de um método pedagógico implementado como uma ação comunicativamente constituída, em que os sujeitos interagem através da linguagem como instrumento capaz de gerar consenso e entendimento através da busca pelo reconhecimento.

Há, portanto, aqui, uma dupla preocupação: o descentramento das práticas pedagógicas do indivíduo-receptor do conhecimento (modelo subjetivista) e; o desenvolvimento da idéia de que a prática pedagógica deve facilitar a formação de habilidades instruídas dentro da lógica dos processos contínuos de construção do conhecimento compartilhado (modelo intersubjetivista).

Nesse processo o estudante é estimulado a lançar-se à discussão com maior autonomia, organizando suas idéias em relação ao conteúdo abordado, constantemente avaliando o seu próprio desempenho, do grupo e do professor. No momento em que expõe seu pensamento, encontra idéias contrastantes que podem possibilitar, quando há preparo do docente, um movimento dialético e contínuo de reavaliação de idéias e posições adotadas anteriormente. Enfim, mais vale a reconstrução da finalidade do ensino jurídico do que seguir a literalidade do seu propósito. A partir desta idéia, os aportes teóricos do pensamento de Jürgen Habermas acerca da racionalidade comunicativa e da ética do discurso oferecem a oportunidade de reavaliar e reconstruir modelo educacional do ensino de Direito.

Entendemos, pois, que o conhecimento não é transmitido, mas resultado de um processo de construção e que assim assume seu caráter provisório. Assim, a escola assume o papel de possibilitar a problematização e a apropriação crítica dos saberes. Neste contexto, a linguagem permite uma gradual virada paradigmática do cartesianismo-dogmático da filosofia da consciência para incutir a possibilidade de consenso e entendimento através da busca pelo reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade na práxis pedagógica do ensino do Direito, distanciando-se de uma educação como ação instrumental e resultado de intervenções que visam à manipulação e ao êxito, ao controle e à dominação.

Bibliografia:

ALVES, R. T. M. *O ensino do direito no Brasil: do paradigma da consciência ao paradigma da comunicação*. Dissertação, Ijuí, 2002.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia e Habermas*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Coleção El Derecho y La Justicia, 2000.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Habermas: Evolução Social e Aprendizagem. In: SGRÓ, Margarita (Org). *Teoria Crítica de La Sociedad, Educación, Democracia y Ciudadanía.* Tandil/Buenos Aires: Universidade Nacional Del Centro de La Província de Buenos Aires, 2008.

Barroso, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós- modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 17 dez. 2007.

BEHRENS, Marilda Aparecida. *Projetos de aprendizagem colaborativa com tecnologia interativa.* In: MORAN, José Manoel et al. Novas tecnologias e mediação pedagógica. Campinas: Papirus, 2000.

BERNSTEIN, Richard. *Habermas y La modernidad*. Madrid: Cátedra, 1994.

BOUFLEUER, José Pedro. *Pedagogia do agir comunicativo: uma leitura de Habermas*. Ijuí: UNIJUÍ, 1997.

FÁVERO, Altair Alberto. Racionalidade e educação numa perspectiva habermasiana. In: FÁVERO, Altair Alberto, DALBOSCO, Claudio Almir e MÜHL, Eldon Henrique (orgs.). *Filosofia, Educação e Sociedade*. Passo Fundo: UPF, 2003. pp. 13-36.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GARCIA, Bianco Zalmora. *A construção do projeto político-pedagógico da escola pública na perspectiva da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pós-Graduação em Educação da Faculdade de Educação/Universidade de São Paulo, 1999.

_____. *Escola pública, ação dialógica e ação comunicativa*: a radicalidade democrática em Paulo Freire e Jürgen Habermas. Tese de doutoramento. São Paulo: Pós-Graduação em Educação da Faculdade de Educação/Universidade de São Paulo, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa: complementos y estúdios previos.* Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Ediciones Cátedra, 1989.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Dom Quixote, 1990a.

_____. *Pensamento pós-metafísico: estudo filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1990b.

_____. *Passado como futuro*. Trad. Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

_____. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 1997.

_____. *Teoria de La acción comunicativa I: racionalidade de La acción y racionalización social.* 4 ed. Madrid: Taurus, 2003.

_____. *Teoria de La acción comunicativa II: crítica de razón funcionalista.* 4 ed. Madrid: Taurus, 2003.

HERMANN, Nadja. *Educação e Racionalidade*: Conexões e possibilidades de uma razão comunicativa na escola. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996a.

_____ . A perspectiva habermasiana na investigação científica: a racionalidade comunicativa na educação. *Veritas*. Porto Alegre, v.41, n. 162, p. 291-297, jun. 1996b.

_____ . O pensamento de Habermas. In: *Filosofia, Sociedade e Educação*. Marília: UNESP, 1997. p.119-139.

_____. *Validade em educação*: intuições e problemas na recepção de Habermas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUCKESI, Cipriano Carlos. *Filosofia da Educação.* São Paulo: Cortez, 1991.

MARQUES, Mario Osorio. *Conhecimento e modernidade em reconstrução. Ijuí: UNIJUÍ, 1993.*

MAZZI, Ângela P. R. *Razão Comunicativa e Emancipação: fundamentos para uma teoria crítica da educação.* Rio de Janeiro: PUCRJ, 1992.

MORAES, Maria Cândida. *O paradigma educacional emergente.* Campinas: Papirus, 1998. ndex.php?option=com_docman&task=doc_dow nloadm>. Acesso em 07 jan. 2008.

MÜHL, Eldon Henrique. *Habermas e a educação*: ação pedagógica como agir comunicativo. Passo Fundo: UPF, 2003.

NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. Coleção Filosofia Passo a Passo, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Escola e sociedade: a questão de fundo de uma educação libertadora. *Revista de Educação AEC*, Brasília, v. 18, n. 71, p. 15-27, jan.-mar., 1989.

_____ . *Ética e racionalidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1993.

PINTO, F. Cabral. *A formação humana no projeto da Modernidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Crise dogmática: manuais de direito apresentam profundo déficit de realidade.* Rio Grande do Sul, set. 2007. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br>. Acesso em 09 jan. 2008.

Durante todo este artigo será utilizado, por diversas vezes, a palavra "escola" sem complemento nominal, haja vista, embora tratar-se de trabalho voltado ao ensino do Direito, a abordagem teórico-pedagógica se faz fundada em referências teóricos específicos da área de Educação. Logo, o termo "escola" há de ser lido sob a ótica do ensino do Direito.

A teoria crítica de Habermas "não se limita à construção de uma teoria [...] restrita a reconstrução do materialismo histórico, operando simplesmente na explanação retrospectiva dos desenvolvimentos passados, mas, com base nesse suporte teórico, mantém, sobretudo, uma análise historicamente orientada da sociedade contemporânea com intenção prática, o que significa segundo Mc Carthy, a reconstrução da crítica da sociedade capitalista. A intenção de Habermas é compreender o 'processo formativo da sociedade como um todo, reconstruindo a situação contemporânea com a visão não somente do passado, mas também de antecipação do futuro. Isto será a teoria crítica da sociedade'". Conferir a respeito: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Habermas: Evolução Social e Aprendizagem. In: SGRÓ, Margarita (Org). *Teoria Crítica de La Sociedad, Educación, Democracia y Ciudadanía.* Tandil/Buenos Aires: Universidade Nacional Del Centro de La Província de Buenos Aires, 2008. Ver ainda: NOBRE, Marcos. A Teoria Crítica. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. Coleção passo a passo, 2004.

O mundo da vida não forma um ambiente cujas influências o indivíduo teria que combater a fim de se auto-afirmar, nem constitui uma espécie de recipiente no qual os indivíduos estariam incluídos como parte de um todo, mas sim, um complexo simbolicamente estruturado que se compõe de três elementos entrecruzados: a cultura, que constitui o armazém do saber; a sociedade, composta de ordens legítimas; e a personalidade, que garante a identidade própria do sujeito. "Para mim, **cultura** é o armazém do saber, do qual os participantes da comunicação extraem interpretações no momento em que se entendem mutuamente sobre algo [...] A **sociedade** compõem-se de ordens legítimas através das quais os participantes da comunicação regulam seu pertencimento a grupos sociais e garantem solidariedade [...] Na **personalidade** encontram-se todos os motivos e habilidades que colocam um sujeito em condições de falar e agir, bem como de garantir sua identidade própria" (HABERMAS, 2003, II, p. 196).

A razão como objeto de reflexão teórica exerce sobre Habermas uma fascinação tão poderosa que será o assunto central de toda sua investigação filosófica. Na introdução a sua Teoria de Ação Comunicativa, afirma que "o tema principal da filosofia é a razão" (HABERMAS, 2003, I, p. 143); não por menos que todo seu esforço reside em re-pensar – a fundo – a idéia de razão e a teoria de uma sociedade democrática baseada nela.

A potencialização do agir comunicativo não implica, porém, o abandono da ação instrumental. Segundo MAZZI (1992, p. 97) "Se se prioriza a contribuição da educação no plano da constituição da socialidade solidária, se se enfatiza a função de potencialização do agir comunicativo é porque é nessa dimensão que se coloca a

questão dos fins e do sentido da existência humana, é nela que se faz a mediação da instituição de uma sociedade democrática”

AS NORMAS EDUCACIONAIS SUPERIORES NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA BRASILEIRA DE 1988: CLASSIFICAÇÃO, APLICABILIDADE E ALCANCE*

LAS NORMAS EDUCACIONALES SUPERIORES EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE 1988: CLASIFICACIÓN, APLICABILIDAD Y ALCANCE

Magno Federici Gomes

RESUMO

Objetiva-se, com o presente trabalho, o estudo da eficácia das normas referentes ao Direito Educacional e ao ensino superior, existentes na Constituição da República de 1988 (CR/88), já que tais dispositivos normativos são o cerne da humanização e da ampliação de acesso à educação superior. A previsão constitucional educacional brasileira é muito avançada e possui o fundamento para uma ampliação da cidadania e dos direitos humanos, pois a educação constitui a dignidade das pessoas e é elemento que baseia a democratização das sociedades. Aos educadores cabe a importante tarefa de interpretar todas as leis infraconstitucionais a luz dos princípios constitucionais relativos à educação, ensejando um sistema de ensino qualitativo, autônomo e humanizador. Conclui-se que, na educação, a atividade do Poder Público é prevalente sobre a iniciativa particular, mediante autorizações e avaliações de qualidade e que o aspecto formal dos processos envolvidos na atividade de ensino é mitigado e relevado em benefício da formação do discente e do interesse público na relação educacional, garantindo-se o direito individual.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CONSTITUCIONAL; DIREITO EDUCACIONAL; APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS; INTERPRETAÇÃO; SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

RESUMEN

Se intenta, con este trabajo, el estudio de la eficacia de las normas relativas al Derecho Educacional y a la enseñanza superior, presentes en la Constitución de la República de 1988 (CR/88), ya que tales disposiciones normativas son el germen de la humanización y de la ampliación de acceso a la enseñaza superior. La previsión constitucional educacional brasileña es muy avanzada y detiene el fundamento para una efectivación de la ciudadanía y de los derechos humanos, pues la educación constituye la dignidad de las personas y es elemento que basa la democratización de las sociedades. Los educadores son los responsables por la importante tarea de interpretar todas las leyes infraconstitucionales a la luz de los principios constitucionales referentes a la educación, para la consecución de un sistema de enseñanza cualitativo, autónomo y humanizado. Como conclusión, en educación, la actividad del Poder Público es preponderante sobre

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

la iniciativa particular, a través de actos permisivos y evaluaciones de calidad. Además, de hecho, el aspecto formal de los procesos envueltos en la actividad de enseñanza es mitigado y relevado en beneficio de la formación de los alumnos e del interese público en la relación educacional, para se garantizar el derecho individual.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO CONSTITUCIONAL; DERECHO EDUCACIONAL; APLICABILIDAD DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES; INTERPRETACIÓN; SUPREMACÍA DEL INTERESE PÚBLICO.

1. INTRODUÇÃO

Objetiva-se, com o presente trabalho, o estudo da eficácia das normas referentes ao Direito Educacional e ao ensino superior, existentes na Constituição da República brasileira de 1988 (CR/88), já que tais dispositivos normativos são o cerne da humanização da educação.

Segundo Cury (2005[1]), a sociedade, em todas suas vertentes, possui várias regras de conduta entre seus membros e instituições, para não cair em um estado de anomia, pois seriam insuportáveis as relações neste estado de guerra hobbesiano. Assim, o contrato social é derivado da racionalidade humana, que impõe regras estruturantes de convivência. A existência de tais normas pressupõe um detentor do monopólio da força, autorizado pelo povo a produzir regras fundamentais, ou seja, um ordenamento jurídico, assegurado pelo Estado, dentro de um Estado Democrático de Direito, que salienta a soberania da lei[2]. Assim:

[...] a educação na sociedade moderna foi vista como um antídoto à manutenção das paixões e como a via mais ampla da difusão da racionalidade própria do homem e da saída para uma vida social pactuada. As paixões, deixadas a si, contribuem para a manutenção de uma vida perigosa porque pré-racional e a vida racional precisa ser cultivada[3].

De maneira que o direito à educação deriva de dimensões estruturais coexistentes no ser humano, em seu contexto histórico específico. Por isso, é essencial seu reconhecimento e efetivação em legislação, preceito escrito, decorrente de poder soberano.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 não reconheceu a educação como direito universal à cidadania, apesar de prevista no art. 179, já que os escravos e as mulheres (por tradição) eram excluídos de tal sistema. Ressalta-se que somente em 1934 foi reconhecido o direito de voto às mulheres. O voto masculino era “admitido nos limites do voto censitário”[4]. Nesse contexto e no art. 179, incisos XXXII e XXXIII,

menciona-se a educação gratuita na instrução primária (Lei de 15/10/1827 – considerada, por alguns, a primeira Lei de Diretrizes e Bases brasileira – LDB), bem como os Colégios e universidades, nos quais eram ensinadas as ciências, belas artes e artes. Pela Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, Ato Adicional com força de emenda constitucional, houve uma descentralização de competências e as Províncias, que cuidariam da instrução primária, ficaram com os menores impostos, enquanto os poderes imperiais ficaram com o ensino das elites, normatizado por lei geral. O ensino elementar seria proporcionado pelas elites, em suas casas ou internatos. Dessa forma, havia liberdade de ensino e existiam lições sobre a doutrina católica.

A Constituição de 1824, em seu art. 179, garantia a inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos de Cidadãos brasileiros, a citar a liberdade de expressão e pensamento (inciso IV) e a liberdade de profissão (inciso XXIV). Dentro do título dos Direitos Civis e Políticos estabeleceu-se a primeira instrução ou primeiras letras, como gratuita.

Com o regime republicano, confirmado pela Constituição de 1891, o voto tornou-se mais aberto, isto é, condicionado ao letramento como condição de votar e ser votado. O voto continuou vetado às mulheres, aos clérigos reclusos e soldados rasos. Os §§ 6º, 12º e 24º, do art. 72, previam a organização escolar como leiga e pública. Por sua vez, a gratuidade e a obrigatoriedade do ensino ficariam sob a responsabilidade das Constituições Estaduais.

A Revisão Constitucional de 1925-26 não conseguiu introduzir a gratuidade e obrigatoriedade no ensino primário. Após a revolução de 1930, pela Constituição de 1934, a competência para legislar em diretrizes nacionais da educação passou a ser privativa da União (art. 5º, inciso XIV), mas garantiu aos Estados competência concorrente (art. 5º, inciso XIX, parágrafo 3º, e art. 10, inciso VI). Possibilitou-se a liberdade de ensino, no art. 113, nº 12 e 13, e as empresas deveriam propiciar ensino primário gratuito aos empregados analfabetos (art. 139). No Capítulo II, Título V, a educação tornou-se direito de todos e obrigação dos poderes públicos. De maneira que:

Dificilmente se verá um capítulo tão completo, salvo em 1988, e que já mostra a educação mais do que um direito civil, um direito social próprio da cidadania. Mesmo que nem tudo haja sido efetivado, ficaram registrados os compromissos com e na norma constitucional estabelecendo-se uma tradição virtuosa da busca do direito do cidadão e da cobrança do dever do Estado[5].

A Constituição outorgada de 1937 desvinculou os impostos do financiamento da educação, limitou a liberdade de pensamento e determinou o Estado como parte subsidiária na oferta escolar, a se manter a família e o segmento privado como partes principais. Apesar disso, foi instituído o dever estatal de educar, complementando suas lacunas pela educação particular, nos termos do art. 129. Neste período ditatorial, foi aprovada a maior parte das Leis Orgânicas do Ensino.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1946 retornou aos princípios da Constituição de 1934, a vincular impostos ao financiamento educacional e mostrar a educação como

direito de todos, diferenciando a rede de ensino pública da privada e determinando a gratuidade e a obrigatoriedade do ensino primário, bem como restituindo a autonomia dos Estados na organização dos sistemas de ensino[6]. Aprovou-se, sob sua égide, a Lei nº 4.024/61 (LDB). A carta magna foi bastante emendada, após o golpe de 1964, para se adequar às necessidades do novo regime.

Sob a nova Constituição, de 1967, adaptada ao modelo político autoritário e ao modelo econômico centralizado e concentrador de renda, surgiu a Lei nº 5.540/68, Lei da Reforma Universitária, e se consolidou o processo ditatorial. Ressalta-se que esta carta política retirava qualquer vinculação de receita à educação. Somente na EC nº 01, de 17 de outubro de 1969, vincularam-se 20% da renda dos impostos municipais ao ensino primário e a suas respectivas redes, sob pena de intervenção. Destaca-se que "a Emenda nº 1, de 1969, ao substituir a Constituição de 1967, tornou-se, de fato, a nova Carta, adaptando os vários atos institucionais e complementares"[7]. A vinculação para a União e Estados só apareceu pela Emenda nº 24/83, o que demonstrou uma queda na aplicação de receitas na educação escolar durante 16 anos.

A busca pela redemocratização no país, a necessidade de um novo pacto fundamental e a urgência de normas estruturantes democráticas, ensejou a promulgação da CR/88. A educação tornou-se o primeiro direito social (art. 6º CR/88), como direito civil e político, no respectivo Capítulo, e como dever do Estado, de diversos modos. O ensino fundamental é consagrado como direito público subjetivo e o ensino médio, na versão original da CR/88, é progressivamente obrigatório. Tais imperativos aparecem na Lei nº 9.394 (LDB), de 1996. Os sistemas de ensino passam a coexistir em regime de colaboração, no âmbito de suas competências. Institui-se a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 206, inciso IV, CR/88), em qualquer nível e etapa. O sistema privado deixa de ser uma concessão do Estado, passando ao regime de autorização e de avaliação de sua qualidade (art. 209 CR/88). Assim, o ensino, mesmo oferecido pelo setor privado, não deixa de ser serviço público[8]. O corpo docente, com a demanda de concursos, ganhou a necessidade de elaboração de plano de carreira, salário profissional e de atualização de conhecimentos, tudo dentro de uma gestão democrática do ensino público. Manteve-se a competência legislativa privativa da União, posteriormente explicitada pela EC nº 14/96 e Leis nº 9.424/96 (ambas do FUNDEF), 9.394/96 (LDB), 10.172/01 (Plano Nacional da Educação – art. 214 CR/88), 9.131/95 (sobre avaliação do rendimento escolar e institucional) e 9.121/95, sobre eleição dos dirigentes do ensino público federal, bem como variados atos administrativos normativos.

A título de panorama, o Capítulo da Educação é muito avançado na atual CR/88 e possui a base para ampliação da cidadania e dos direitos humanos, pois a educação outorga dignidade às pessoas, é elemento que baseia a democratização das sociedades, decorre do esforço dos educadores em criar um Direito e a Constituição é pacto fundamental na coexistência social. Aos educadores cabe a importante tarefa de interpretar todas as leis infraconstitucionais à luz dos princípios constitucionais, relativos à educação, a ensejar um sistema de ensino qualitativo e autônomo. Por outro lado, diante do conflito entre o ordenamento jurídico e as atuais condições sociais adversas, como, por exemplo, a luta de classes e a precária condição do trabalho, nos estabelecimentos de ensino, a lei continua sendo instrumento viável de luta para criar e manter a ampliação de acesso à educação e a socialização cidadã das futuras gerações.

2. DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Neste momento, é necessário estudar minuciosamente os dispositivos da atual CR/88, apesar dos mesmos já terem sido introduzidos no apartado anterior[9]. A explicitação das normas constitucionais e a apresentação de sua aplicabilidade são indispensáveis ao desenvolvimento do presente estudo, sendo essenciais à consecução dos resultados deste artigo.

Coloca-se de manifesto que os comandos constitucionais, relacionados com a educação, decorrem dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a demonstrar a finalidade social do comando normativo:

Art. 3º CR/88. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Com isso, "do ângulo da hermenêutica constitucional, diria que tais princípios não admitem interpretação restritiva, desdobrando-se numa série de direitos, garantias e deveres que deles decorrem"[10], entre eles o direito à educação.

A primeira norma, a ser explicitada, é o art. 205 CR/88, que apresenta um conteúdo programático endereçado à ordem sócio-econômica, a estabelecer objetivos a serem alcançados e a declarar intenções valorativas:

Art.205 CR/88. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Cabe esclarecer que Silva (2002[11]) apresenta uma tradicional classificação brasileira[12] das normas constitucionais, tendo em vista a sua aplicabilidade. Com isso, classificam-se em normas constitucionais de eficácia plena, pois se aplicam e produzem efeitos essenciais desde a entrada em vigor da CR/88, integral e imediatamente, já que o legislador constituinte pretendeu regular, direta e normativamente, tais situações, como, por exemplo, o art. 13 CR/88[13]. As normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que, apesar de possuírem aplicação imediata e direta, podem ser restringidas por leis infraconstitucionais e, por isso, possuem aplicação não integral, pois deixam competência redutível discricionária ao Poder Público, nos termos de tais regras (art. 5º, inciso XIII, CR/88[14]). As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida são as que se aplicam de modo indireto e mediato, a reduzir sua incidência a interesses somente quando se editar outras normas que regulamentem sua aplicabilidade (art. 37, inciso VII, CR/88[15]). As mesmas se subdividem em normas de princípio institutivo ou organizativo, que definem e orientam a criação de instituições jurídicas (como, por exemplo, a formação de novos Estados membros, através de plebiscito e lei complementar), cujo conteúdo é simplesmente regulativo (esquemas gerais) e indicam lei ulterior para lhes completar a eficácia e dar aplicação efetiva, e normas de princípio programático.

Assim, Silva (2002) explica que norma de conteúdo programático é uma espécie de norma de eficácia limitada, cuja aplicação plena depende de legislação futura que lhe integre eficácia e dê capacidade de execução, a regulamentar como serão promovidos os interesses visados. Com isso, mostra que a norma programática informa a concepção do Estado, inspira a sua ordenação jurídica, constitui sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas e condiciona a atividade discricionária da Administração Pública e do Poder Judiciário, estabelecendo obrigações de resultado e princípios a serem respeitados.

Sobre o tema, Canotilho (2003) contraria a classificação tradicional das normas constitucionais:

[...] marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da “morte” das **normas constitucionais programáticas**. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que <<impõem uma actividade>> e <<dirigem>> materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: <<simples programas>>, <<exortações morais>>, <<declarações>>, <<sentenças políticas>>, <<aforismos políticos>>, <<promessas>>, <<apelos ao legislador>>, <<programas futuros>>, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às <<normas programáticas>> é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (Crisafulli)[16] (grifo no original).

Sob o ponto de vista de Canotilho (2003), as normas programáticas equiparam-se aos demais preceitos aplicáveis da CR/88, “por serem dotadas de eficácia jurídica. O que as

difere é o grau de sua eficácia podendo variar consoante a densidade normativa outorgada pelo legislador constituinte e o grau de concretude da norma”[17]. No mesmo sentido, a hoje Ministra do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), Rocha (1991):

Toda norma constitucional tem eficácia plena. Quero dizer, toda norma constitucional tem que ser formulada e interpretada de molde tal a permitir que a função constitucional para a qual foi formulada se cumpra. Não tivesse eficácia plena a norma constitucional e, com certeza, não seria norma, muito menos constitucional, no sentido de fundamental, de norma básica, superior e necessária do Direito.

O conceito mesmo de Constituição parece-me contrário à idéia de norma constitucional sem a plenitude de sua eficácia, o que corresponderia à inoperância do conceito e à inutilidade da existência jurídica caracterizada – como se faz na atualidade – da natureza específica da norma constitucional. Constituição sem eficácia é antinomia, ou, pior, engodo jurídico em detrimento da sociedade e burla perversa ao ideal de Justiça material por ela buscado e em função do qual se concede e se luta pelo Direito[18].

Ranieri (2000[19]) coloca em evidência que os princípios constitucionais são vetores de todo o regime jurídico da educação superior, porque se estabelece uma relação instrumental entre os mesmos e a prática dos poderes públicos, mediante uma subordinação das políticas públicas à aplicação de tais princípios educacionais.

Pode-se sintetizar, então, que as normas constitucionais programáticas devem ser consideradas como normas aplicáveis, visto que, do contrário, abre-se espaço para que a legislação infraconstitucional vá em sentido contrário ao da CR/88, o que não se pode admitir em uma sociedade democrática, pautada pela supremacia da constituição e pela dignidade da pessoa humana.

3. DA GARANTIA INSTITUCIONAL

Demonstrou-se, anteriormente, neste estudo, o progresso do direito educacional nas Constituições brasileiras, chegando à explicitação do dever do Estado brasileiro para com o ensino na CR/88. Em tal contexto, o art. 205 CR/88 aparece como uma garantia institucional. Nesse sentido continua o constitucionalista português:

[...] Embora muitas vezes estejam consagradas e protegidas pelas leis constitucionais, elas não seriam verdadeiros direitos atribuídos directamente a uma pessoa; as instituições, *como tais*, têm um sujeito e um objecto diferente dos direitos dos cidadãos. Assim, a maternidade, a família, a administração autónoma, a imprensa livre, o funcionalismo público, a autonomia académica, são instituições protegidas directamente

como realidades sociais objectivas e só, *indirectamente*, se expandem para a protecção dos direitos individuais. [...] Sob o ponto de vista da protecção jurídica constitucional, as garantias institucionais não garantem aos particulares posições subjectivas autónomas e daí a inaplicabilidade do regime dos direitos, liberdades e garantias[20].

Portanto, a educação "tem sujeito e objeto distintos do direito individual e social à educação, e por isso é protegida diretamente como realidade social. Esta proteção, é certo, expande-se indiretamente para a proteção daqueles direitos fundamentais"[21].

Com isso, mantêm-se a educação como dever do Estado (art. 205 CR/88), de maneira a ofertá-la, obrigatória e gratuitamente, ao ensino público fundamental, sem vinculação à idade dos discentes (art. 208, inciso I, CR/88). Por sua vez, o ordenamento constitucional acaba por conceder ao acesso ao ensino fundamental natureza jurídica de direito público subjetivo (art. 208, § 1º, CR/88)[22], a responsabilizar a Administração Pública pela ausência ou deficiência na oferta desse nível de educação (art. 208, § 2º, CR/88). O art. 208, inciso II, CR/88, obriga o Estado a oferecer, progressiva e universalmente, ensino médio gratuito, ampliando o conceito de educação básica, a teor do art. 21, inciso I, LDB[23]. Destaca-se que, no tema da dimensão democrática da educação:

[...] o seu reconhecimento como direito público subjetivo, em especial, atua mais fortemente neste sentido, na medida em que permite, por meio do poder de ação que lhe é inerente, a defesa da educação como bem jurídico, tanto no plano individual como no coletivo. Tal poder de ação constitui, ainda, um instrumento que se volta ao ideal da universalização do ensino fundamental[24].

Desde 1934, algumas Constituições Estaduais previam a extensão da gratuidade do ensino, inclusive para o ensino superior, como, por exemplo, a Constituição Paulista, de 1946, que é enfática a esse respeito. A gratuidade do ensino brasileiro, nos estabelecimentos oficiais de todos os níveis, está prevista no art. 206, inciso IV, CR/88, bem como em acordos internacionais. O art. 13, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, referendado pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992, demonstra o compromisso firmado pelos Estados em garantir o direito pleno à educação, em termos similares aos comandos constitucionais supramencionados. Com isso, o art. 5º, § 2º, CR/88, explicita que os direitos e garantias fundamentais apresentados nos incisos do artigo em questão "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (BRASIL, 1988). A Declaração Mundial sobre Educação para Todos, assinada pelo Brasil, em março de 1990, na Tailândia, ratificou novamente os dispositivos constitucionais. Dessa forma, resume-se que a gratuidade no ensino é um princípio constitucional educacional, sendo, ainda, um direito fundamental individual.

Salienta-se, então, a natureza pública da educação na CR/88, como direito individual e social, bem como a sua índole nacional, cuja efetivação depende do Estado e, também, da participação popular, mediante o emprego das garantias constitucionais, entre elas o direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a", CR/88[25]), o mandado de segurança (art. 5º, incisos LXIX e LXX, CR/88[26]), o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI, CR/88[27]) e a ação popular (art. 5º, inciso LXXIII, CR/88[28]), sem prejuízo das medidas processuais cabíveis, pelo princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, CR/88[29]).

4. DO ENSINO SUPERIOR NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Apresentada a doutrina sobre a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais[30], o entendimento que deve prevalecer sobre as normas programáticas[31] e a interpretação do art. 205 CR/88, passar-se-á à apresentação dos outros artigos constitucionais, relacionados com a educação, declinando sua classificação quanto à aplicabilidade. Destaca-se, desde já, que o objetivo do presente trabalho é o ensino superior e, por tal motivo, as disposições referentes à educação básica não serão analisadas profundamente e, às vezes, serão omitidas.

Ranieri (2000) explica que, ressalvado o art. 207 CR/88, de conteúdo instrumental, os outros dispositivos constitucionais, relacionados com a educação, possuem caráter programático, pois "tangenciam os temas do dever do Estado, do acesso, da oferta e do financiamento do ensino superior"[32]. É cabível uma discordância parcial sobre a única exceção indicada, já que existem outros comandos constitucionais educacionais de eficácia plena (auto-aplicáveis), de eficácia contida e, até mesmo, de caráter institutivo, como se verá a seguir:

Com conteúdo programático, o art. 206, *caput*, CR/88 define os princípios educacionais, de maneira expressa:

Art.206 CR/88. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII – garantia de padrão de qualidade;

VIII – piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (BRASIL, 1988).

O objetivo maior de "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, inciso I, CR/88), exige que todos os brasileiros tenham as mesmas condições de permanência no ensino, a demonstrar o desejo do constituinte em alcançar o pleno acesso à educação, em todos os níveis. A liberdade na produção, transmissão e reprodução do conhecimento visam "garantir o desenvolvimento nacional" (art. 3º, inciso II, CR/88), evitando censuras e controle por parte de parcelas dominantes da sociedade. No inciso III, do art. 206 CR/88, admite-se a diversidade de métodos didáticos e concepções pedagógicas no ensino ministrado no país, bem como a necessidade de participação do segmento privado na educação, de forma a garantir o acesso de todos os brasileiros a todos os níveis de ensino. O ensino público, em qualquer de seus níveis, deverá ser gratuito, o que impede a solicitaão de contraprestação pela educação de tal natureza, por parte de eventual projeto de lei infraconstitucional. Assim, a valorização do profissional da educação aparece positivada, porque todos os objetivos fundamentais do Estado brasileiro (art. 3º, incisos I, II, III e IV, CR/88) somente serão efetivados mediante a contribuição de muitos fatores, entre os quais, o da atuação dos docentes. Para isso, promete-se aos professores, em norma constitucional institutiva (dependente de regulamentação infraconstitucional), planos de carreira, ingresso por concurso aos cargos das redes públicas e piso salarial nacional. No ensino público e com a mesma natureza institutiva, também se prevê a gestão democrática, de forma que a administração dos estabelecimentos e as decisões que envolvam os mesmos possam ser tomadas pelas partes envolvidas naquele contexto[33]. Em qualquer nível de ensino e independente da natureza ou dependência administrativa deverá prevalecer a qualidade da educação ministrada, para o completo desenvolvimento do Brasil, o que é respaldado pelos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, CR/88. Cabe salientar que a doutrina especializada demonstra que:

[...] na tarefa educacional, devem ser consideradas as esferas pública e privada numa relação complementar e não dicotômica e excludente, como o fez o Estado-polícia. Aparentemente, a tendência de transformação das técnicas jurídicas aponta para um novo modelo de atuação do Estado, baseado no controle e no contrato, uma vez que requer a participação e a colaboração da sociedade por meio de parcerias. A intervenção mediante controle é favorecida na Lei nº 9.394, de 20/12/96 (a nova LDB)[34].

Os incisos, do art. 206, *caput*, CR/88, na maioria dos casos, possuem classificação, segundo a aplicabilidade, diferenciada do *caput*. De maneira que os incisos II, III, IV e VII, do artigo em questão, são normas constitucionais de eficácia plena, assim como o § 1º, do art. 211 CR/88, no que toca a questão da qualidade do ensino ministrado. Contrariamente, os incisos V, VI, VIII e o parágrafo único, do mesmo dispositivo, são normas constitucionais institutivas.

Com relação às universidades, o art. 207, *caput*, e seu § 2º, CR/88 outorga autonomia às Instituições de Ensino Superior (IES), podendo ser considerada uma norma constitucional de eficácia plena[35]:

Art. 207 CR/88. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

§ 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica (BRASIL, 1988).

Salienta-se que a referida autonomia universitária não é absoluta[36] e não se confunde com independência, posto que deve respeitar as demais normas relativas à educação, entre elas os princípios educacionais (art. 206 CR/88). Ademais, a educação superior continua amparada no ensino ministrado, conjuntamente, com a pesquisa e a extensão universitária. Dentro da autonomia universitária, possibilita-se a tais instituições a admissão de docentes estrangeiros, devendo ser regulamentada por lei infraconstitucional tal conduta, pois o § 1º, do mesmo artigo, é uma norma constitucional de eficácia contida. O § 2º, do dispositivo em comento, estende a outras instituições, vinculadas à pesquisa, seja científica ou tecnológica, a autonomia universitária.

Com eficácia programática, o art. 208, inciso V, CR/88, apresenta um compromisso do Poder Público com a ampliação de acesso ao ensino superior, para garantir a educação de tal nível, segundo as aptidões de cada um:

Art. 208 CR/88. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola (BRASIL, 1988) (grifo próprio).

Sabe-se que o Poder Público, mediante suas políticas, tem contribuído para o aumento de acesso ao nível superior no Brasil, dentro de suas possibilidades, posto que, além do progressivo acréscimo de matrículas na rede pública, vem incentivando o mesmo aumento na rede privada, como, por exemplo, através do Programa Universidade para Todos (PROUNI)[37].

Nota-se que os outros incisos do art. 208 CR/88 tratam dos demais níveis de ensino e estão dotados, em certo grau, de eficácia plena, apesar da preponderância programática. O inciso I e § 1º, do artigo em questão, por exemplo, possuem eficácia plena, porque determinam a gratuidade e a obrigatoriedade do ensino fundamental, a ensejar uma faculdade de se pleitear o acesso à referida educação pública.

Como modo de fomentar a inserção do setor particular no sistema educacional brasileiro, o art. 209 CR/88 permite a participação do segmento privado em todos os níveis de ensino, entre eles o da educação básica (educação infantil, ensino fundamental, médio e educação de jovens e adultos) e o da educação superior. Entre as condições para se efetivar tal comando constitucional, tem-se o total respeito à legislação educacional, a pré-existência de uma autorização expressa de funcionamento, outorgada pela Administração Pública, sem prejuízo de avaliações periódicas para manutenção do padrão de qualidade. Nesse sentido:

Art. 209 CR/88. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (BRASIL, 1988).

O art. 209, *caput*, e seu inciso I, CR/88, são normas constitucionais de eficácia contida, já que, entre as condições de aplicabilidade, determina-se o integral cumprimento do ordenamento infraconstitucional educacional. Permite-se, então, que o Poder Público exerça competência redutível discricionária em conformidade com tais leis.

Por outro lado, o art. 209, inciso II, CR/88, é norma auto-aplicável e destaca que a manutenção do padrão de qualidade, além de princípio educacional, é um comando constitucional que deve ser ressaltado e respeitado por todas as IES, públicas e privadas, sem qualquer exceção.

Com relação ao ensino fundamental, o art. 210, *caput*, CR/88, orienta o Poder Público e inspira o ordenamento jurídico. Classifica-se, segundo sua eficácia, como norma constitucional programática:

Art. 210 CR/88. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º - O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

§ 2º - O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (BRASIL, 1988).

Contudo, seus §§ estão dotados de eficácia plena, já que independem de outros comandos normativos para se aplicarem e produzirem efeitos essenciais na educação fundamental, a determinar a obrigatoriedade curricular do ensino religioso no segmento público, apesar de sua matrícula ser facultativa, e a utilização da língua portuguesa, ressalvada a linguagem indígena em suas comunidades e o respeito aos processos específicos próprios de ensino e aprendizagem.

Destaca-se que, para o ensino superior, inexiste regulamentação constitucional sobre o ensino de religião, cabendo aos sistemas de ensino, responsáveis pelo ensino fundamental, a devida oferta, respeitadas as normas gerais. No caso das IES, em sua autonomia e a considerar a sua missão e o perfil de seu egresso, como é o caso das instituições confessionais, elas podem definir, em seus projetos pedagógicos institucional e de curso, a necessidade e a obrigatoriedade da educação religiosa, inclusive de sua matrícula, de modo que a mesma integre ou não a estrutura curricular.

No que toca ao desenvolvimento científico, à pesquisa e à capacitação tecnológica existe outra norma constitucional de conteúdo programático, referente ao Poder Público, qual seja, o art. 218 e seus §§ 1º, 2º, 3º e 5º CR/88, enquanto o 4º, do mesmo dispositivo, se vincula ao princípio da legalidade, o que pode e deve ser aplicado às IES, nomeadamente às universidades:

Art. 218 CR/88. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º - A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º - O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica (BRASIL, 1988).

Com isso, demonstra-se uma diretriz do Estado, segundo a qual o mesmo deve fomentar a evolução científica em todas as áreas do saber, a possibilitar o desenvolvimento do país e a solução dos problemas brasileiros.

5. DO PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO

A norma esculpida no art. 214 CR/88, também programática, orientava sobre a necessidade de aprovação de um plano nacional de educação, de modo a evitar o descompasso entre as Administrações Públicas, nos âmbitos Federal, Estadual, Distrital e Municipal, a cumprir, ainda, os objetivos traçados pelos incisos do artigo em comento. Assim:

Art. 214 CR/88. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à:

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - melhoria da qualidade do ensino;

IV - formação para o trabalho;

V - promoção humanística, científica e tecnológica do País (BRASIL, 1988).

Ressalta-se que, em 09 de janeiro de 2001, mais de 10 anos após a vigência plena da CR/88 e de seu art. 214 e mais de 04 anos de existência da LDB, Lei nº 9.394/96, aprovou-se o PNE, Lei Federal nº 10.172/01, com duração de 10 anos, desejando "conferir estabilidade às iniciativas governamentais na área de educação" (BRASIL, 2001, histórico). Assim, o PNE – Lei nº 10.172/01 – operacionalizou os artigos constitucionais, referentes à educação, dando aplicabilidade ao art. 214 CR/88. No PNE foi determinado o modo de distribuição dos recursos financeiros públicos, nos termos precisos do art. 212, § 3º, CR/88, e a coerência das políticas e ações da Administração Pública, com a finalidade de desenvolvimento do ensino. De maneira que os arts. 214, 212 e seu § 3º, todos da CR/88, direcionaram a criação de uma política nacional educacional articulada e integrada. Segundo Ranieri (2000), as referências existentes no PNE, por si só, não iriam garantir, como de fato não o fizeram, a resolução dos dilemas educacionais, entre eles o analfabetismo e a melhora na qualidade do processo de ensino e aprendizagem. Contudo, a simples inclusão no texto constitucional permitiu "um novo padrão de efetividade, desde que asseguradas as suas condições de exeqüibilidade"[38]. Em continuação:

Com efeito, a superação da defasagem entre a norma que assegura direitos sociais e a sua efetiva aplicação é meta que só pode ser satisfeita por forças políticas, uma vez que exige um determinado nível de desenvolvimento econômico e tecnológico[39].

6. EM SÍNTESE

Nota-se, portanto, que grande parcela dos dispositivos constitucionais relativos à educação são normas de conteúdo programático[40], mas, como dito anteriormente, isso não quer dizer que os mesmos possam ser infringidos pelo ordenamento

infraconstitucional. Dessa forma, o Direito Objetivo (*norma agendi*), ou seja, posto e normatizado, deve ser compatível entre si, já que forma um sistema jurídico. Salienta-se que sistema jurídico é um "conjunto metodizado e classificado de princípios e leis que regem, uniforme e geralmente, no país, a vida em sociedade e as relações dos homens entre si"[41]. E mais do que isso, o sistema jurídico não rege apenas as relações entre homens, mas entre pessoas jurídicas (de direito público e privado), físicas e universalidades de direitos.

A unidade da CR/88[42] exige do hermeneuta uma análise como um "articulado de sentido"[43], "dominado por uma lógica hierárquica que se manifesta, horizontal e verticalmente, por meio de disposições coordenadas e inter-relacionadas que se condicionam reciprocamente e em escalões sucessivos"[44]. Em sentido equivalente:

A definição material de normas constitucionais – melhor: a junção ou acrescento de uma definição material a uma definição formal – tende a esvaziar-se progressivamente de sentido. Na realidade, a admitir-se a distinção entre normas material e formalmente constitucionais e normas formal mas não materialmente constitucionais (para, por ex., distinguir o objecto de vários ramos do direito público) correr-se-ia o risco de dissolução da *unidade normativa* da constituição. Significa isto dizer que *todas as normas da constituição tem o mesmo valor*, daí derivando ser insustentável a tentativa de *supra* e *infra* ordenação de normas constitucionais [...][45].

Portanto, o Poder Público, por meio da Administração Pública, está vinculado aos comandos constitucionais, seja no aspecto executivo, judiciário e, especialmente, legislativo, posto que a proposta e a futura aprovação de leis infraconstitucionais, referentes ao regime jurídico da educação, em qualquer nível, deverão respeitar os princípios educacionais, constantes na CR/88, mediante uma função de direcionamento.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, o fornecimento da educação por parte do Poder Público, na qualidade de direito social, é uma obrigação comportamental, não de resultados, a depender das leis existentes no ordenamento jurídico positivo brasileiro para sua efetivação. Demonstra, ainda, o avanço da CR/88 na distribuição das obrigações educacionais entre a União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios, já que as Administrações Públicas locais são responsáveis, em prioridade, pelas etapas da educação básica, enquanto o governo federal assegurará a oportunidade igualitária no acesso, mediante o emprego de sua competência redistributiva e supletiva (art. 211, § 1º, CR/88). Assim, a CR/88 pretende a universalização, obrigatória e gratuita, do ensino fundamental, ante as disposições contidas nos arts. 208, inciso I, 212, CR/88, e 60, ADCT.

Apesar de não ser atividade exclusiva do Poder Público, a educação tem natureza jurídica de função pública, em conformidade com os arts. 205, 206, inciso III, e 209, incisos I e II, todos da CR/88, sendo "pois, um serviço público autorizado, cuja conseqüência maior, aliás posta em lei, é o respeito às normas gerais da educação e avaliação de qualidade, de acordo com o art. 209 da Constituição e art. 7º da LDB"[46]. Cabe repisar, ainda, que o Projeto de Lei de Reforma Universitária[47], já no Congresso Nacional, assevera o ensino superior como bem público, o que justifica a natureza jurídica apresentada.

Contudo e mesmo que satisfaça uma demanda coletiva, o ensino deve ser prestado pelo Estado, pela iniciativa particular e pela sociedade, como um todo, mediante uma cooperação mútua, por meio de parcerias e fomento. Assim, a Administração Pública aparece como peça chave e controla, imperativamente, todo o sistema educacional, "para garantia das finalidades de desenvolvimento da pessoa humana, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho"[48]. O ordenamento jurídico referente à educação deve ser editado pela União, quando se tratar de diretrizes, bases e normas gerais (arts. 22, inciso XXIV, 24, inciso IX, e seu § 1º, CR/88), e pelos Estados membros, incluído o Distrito Federal, quando disser respeito a normas suplementares (art. 24, inciso IX, seus §§ 2º, 3º e 4º, CR/88), o que acaba por ensejar a expedição de atos administrativos normativos, sejam regulamentares ou interpretativos.

Não obstante, além da legislação de ensino, existem diversas normas que interferem na educação, seja no aspecto trabalhista, previdenciário, tributário, administrativo, empresarial e cível. Coloca-se de relevo, entretanto, que todos os ramos do Direito, seja qual for sua classificação (público ou privado), devem ser analisados em conjunto com os arts. 205 e seguintes CR/88, quando gerarem reflexos em questões educacionais. Como conseqüência de tal raciocínio:

Em primeiro lugar, o aspecto formal dos processos, envolvidos na atividade de ensino, é mitigado e relevado em benefício da formação do discente e do interesse público derivado da educação, a garantir-se o direito individual. Assim, caso haja uma nulidade no aspecto formal da matrícula do aluno ou de sua transferência à nova IES, o seu processo de ensino e aprendizagem, caso tenha sido desenvolvido, foi efetivo e é irreversível, posto que "o que aprendeu incorporou-se definitivamente à sua personalidade, tendo sido atingida a finalidade pública, sem prejuízos a terceiros, ainda que ao arrepio da forma legal"[49]. Dessa forma, com base em arestos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ)[50], a aplicação da legislação educacional não produzirá conflitos entre o interesse particular e o público, "na medida em que sempre que o cidadão for atendido toda a sociedade será beneficiada"[51]. Com isso:

A submissão da atividade ao regime publicístico, portanto, se faz mais em razão da natureza do órgão prestador e dos recursos que a financiam que para proteção material da finalidade pública, nesta situação identificada ideologicamente com a noção de bem comum[52].

Em segundo lugar e mesmo sob a égide do direito privado, o fornecimento da educação também está submetido aos comandos constitucionais específicos, entre eles os do art. 206 CR/88, a reservar ao Poder Público o controle de toda atividade particular, mediante autorizações e avaliações de qualidade, segundo o parágrafo único, do art. 170[53] e o art. 209, ambos CR/88. Com isso:

A natureza pública da atividade educacional na esfera privada determina a derrogação parcial de prerrogativas inerentes ao regime privatístico por normas de direito público, dada a prevalência da finalidade pública sobre o interesse particular, muito embora ambos se confundam em face dos fins da atividade educacional[54].

Dessa forma, em matéria educacional não se aplica a liberdade plena de exercício da atividade econômica às entidades privadas, tendo em vista o controle do ensino superior legalmente resguardado à União (arts. 209, incisos I e II, CR/88, e 16, inciso II, LDB[55]). Assim, a iniciativa privada no campo educacional, apesar de controlada e autorizada pelo Estado ante sua função pública, não detém privilégio de tratamento, como se constata no âmbito previdenciário e fiscal, com exceção da hipótese do art. 150, inciso VI, alínea "c", e seu § 4º, CR/88[56], aplicável às IES sem fins lucrativos. Contrariamente, pleiteia prazos mais dilatados e grande mobilização de capital e de pessoas, o que termina por onerar "o interesse particular do prestador (voltado ao lucro)" [57], em benefício do "interesse coletivo (formação de recursos humanos)"[58]. Com efeito, a rentabilidade do investimento feito em educação deveria ser inferior à de uma sociedade empresarial normal, a resguardar-se as questões de ordem pública, cujo interesse atinge a coletividade como um todo.

Finalmente, resume-se que o Direito Educacional deve respeitar as normas de aplicação e hermenêutica comuns ao ramo do direito público, na medida que se pretende produzir um sistema de ensino qualitativo, autônomo e humanizador, inerente às questões de estado resultantes das atividades desenvolvidas na educação, inclusive no nível superior.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOAVENTURA, Edivaldo Machado. **A Educação brasileira e o direito**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997. 352p.

BOAVENTURA, Edivaldo Machado. A Educação na constituinte de 1946: comentários. In: FÁVERO, Osmar (Org.). **A Educação nas constituintes brasileiras 1823-1988**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2005. Estudo 10, p. 191-199.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB Editora, 2004. 950p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292p.

BRASIL. Decreto nº 5.493, de 18 jul. 2005. Regulamenta o disposto na Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. **Diário Oficial**, Brasília, 19 jul. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5493.htm>. Acesso em: 02/07/2008.

BRASIL. Lei nº 9.131, de 24 nov. 1995. Altera dispositivos da Lei nº 4.024, de 20 dez. 1961, e dá outras providências. In: SAVIANI, Dermeval. **Da nova LDB ao novo Plano Nacional de Educação**: por uma outra política educacional. 5. ed. Campinas: Autores Associados, 2004. p. 15-19.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 dez. 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. In: BRZEZINSKI, Iria (Org.). **LDB interpretada**: diversos olhares se entrecruzam. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003. Anexo I, p. 246-266.

BRASIL. Lei nº 10.172, de 9 jan. 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 10 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/LEIS_2001/L10172.htm>. Acesso em: 02/07/2008.

BRASIL. Lei nº 11.096, de 13 jan. 2005. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 14 jan. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11096.htm>. Acesso em: 02/07/2008.

BRASIL. Ministério da Educação. Ministério da Fazenda. Ministério da Previdência e Assistência Social. Ministério da Ciência e Tecnologia. Projeto de Lei de Reforma

Universitária. In: BRASIL. Ministério da Educação. Ministério da Fazenda. Ministério da Previdência e Assistência Social. Ministério da Ciência e Tecnologia. **E.M.I nº 015/MEC/MF/MP/MCT**. Brasília: MEC; MF; MP; MCT, 2006. 23p. Disponível em: <http://www.sintufsc.ufsc.br/noticias_2006/0619_reforma .pdf>. Acesso em: 02/07/2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Edições Almedina, 1993. 1230p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. 1528p.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A Educação nas constituições brasileiras. In: STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Câmara (Orgs.). **Histórias e memórias da educação no Brasil**: século XX. Petrópolis: Vozes, 2005. vol. III, Cap. 1, p. 19-29.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A Nova lei de diretrizes e bases da educação nacional: uma reforma educacional? In: CURY, Carlos Roberto Jamil; HORTA, José Silvério Bahia; BRITO, Vera Lúcia Alves de. **Medo à liberdade e compromisso democrático**: LDB e Plano Nacional da Educação. São Paulo: Editora do Brasil, 1997. p. 91-135.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Educação superior: setor público e iniciativa privada. In: MORHY, Lauro (Org.). **Universidade em questão**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003. vol. 1, p. 473-486.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Evolução da educação superior no Brasil: a participação do setor público e da iniciativa privada. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 39-69, jan./jun. 1997.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Gestão democrática dos sistemas públicos de ensino. In: OLIVEIRA, Maria Auxiliadora Monteiro (Org.). **Gestão educacional**: novos olhares, novas abordagens. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 15-21.

CURY, Carlos Roberto Jamil. O Público e o privado na história da educação brasileira: concepções e práticas educativas. In: LOMBARDI, José Claudinei; JACOMELI, Mara Regina M.; SILVA, Tânia Mara T. da (Orgs.). **O Público e o privado na história da educação brasileira**: concepções e práticas educativas. Campinas: Autores Associados/Histedbr/Unisal, 2005. Cap. 1, p. 03-30.

CURY, Carlos Roberto Jamil; HORTA, José Silvério Baía; FÁVERO, Osmar. A Relação Educação-Sociedade-Estado pela mediação jurídico-constitucional. In: FÁVERO, Osmar (Org.). **A Educação nas constituintes brasileiras 1823-1988**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2005. Estudo 01, p. 05-30.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 178p.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**: aplicabilidade; congelamento, coisa julgada fiscal, capacidade contributiva, ICMS, empresa brasileira, poder constituinte estadual, medidas provisórias, justiça e segurança, servidor público. São Paulo: Atlas, 1990. 144p.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional**: introdução, parte geral, parte especial. Coimbra: Edições Almedina, 2005. vol. I, 768p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. tomo II, 548p.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 520p.

NUNES, Pedro dos Reis. Sistema jurídico. In: NUNES, Pedro dos Reis. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. Voz, p. 783.

RANIERI, Nina Beatriz. **Autonomia universitária**: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994. 147p.

RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado**: na Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, FAPESP, 2000. 408p.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Aspectos jurídicos da autonomia universitária no Brasil. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (R. CEJ)**, Brasília, nº 31, p. 19-30, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero31/artigo04.pdf>. Acesso em: 02/07/2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade**. Belo Horizonte: Ed. Lê, 1991. 232p.

SILVA, De Plácido e. Sistema jurídico. In: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Voz, p. 762.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 280p.

---

[1] CURY, Carlos Roberto Jamil. A Educação nas constituições brasileiras. In: STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Câmara (Orgs.). **Histórias e memórias da educação no Brasil**: século XX. Petrópolis: Vozes, 2005. vol. III, Cap. 1, p. 19-29. Este texto será o marco teórico da primeira parte deste estudo.

[2] Para aprofundamento na importância do diálogo efetivo entre direito e educação, na relação entre Educação, Sociedade e Estado, ver CURY, Carlos Roberto Jamil; HORTA, José Silvério Baía; FÁVERO, Osmar. A Relação Educação-Sociedade-Estado pela mediação jurídico-constitucional. In: FÁVERO, Osmar (Org.). **A Educação nas constituintes brasileiras 1823-1988**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2005. Estudo 01, p. 05-30. Em sentido equivalente BOAVENTURA, Edivaldo Machado. **A Educação brasileira e o direito**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997, p. 21-27.

[3] CURY, Carlos Roberto Jamil. A Educação nas constituições brasileiras – ob. cit., 2005, p. 20.

[4] CURY, Carlos Roberto Jamil. A Educação nas constituições brasileiras – ob. cit., 2005, p. 22.

[5] CURY, Carlos Roberto Jamil. A Educação nas constituições brasileiras – ob. cit., 2005, p. 25.

[6] Para comentários sobre a educação na Constituinte de 1946, verificar BOAVENTURA, Edivaldo Machado. A Educação na constituinte de 1946: comentários. In: FÁVERO, Osmar (Org.). **A Educação nas constituintes brasileiras 1823-1988**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2005. Estudo 10, p. 191-199.

[7] BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 447.

[8] Nesse sentido CURY, Carlos Roberto Jamil. A Nova lei de diretrizes e bases da educação nacional: uma reforma educacional? In: CURY, Carlos Roberto Jamil; HORTA, José Silvério Bahia; BRITO, Vera Lúcia Alves de. **Medo à liberdade e compromisso democrático**: LDB e Plano Nacional da Educação. São Paulo: Editora do Brasil, 1997, p. 124; CURY, Carlos Roberto Jamil. Evolução da educação superior no Brasil: a participação do setor público e da iniciativa privada. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 39-69, jan./jun. 1997, p. 60-61; CURY, Carlos Roberto Jamil. Educação superior: setor público e iniciativa privada. In: MORHY, Lauro (Org.). **Universidade em questão**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003. vol. 1, p. 474-475; e, CURY, Carlos Roberto Jamil. O Público e o privado na história da educação brasileira: concepções e práticas educativas. In: LOMBARDI, José Claudinei; JACOMELI, Mara Regina M.; SILVA, Tânia Mara T. da (Orgs.). **O Público e o privado na história da educação brasileira**: concepções e práticas educativas. Campinas: Autores Associados/Histedbr/Unisal, 2005. Cap. 1, p. 24-27.

[9] O primeiro estudo detalhado sobre os dispositivos da CR/88, relacionados com a educação, foi realizado por BOAVENTURA, Edivaldo Machado. **A Educação brasileira e o direito** – ob. cit., 1997, p. 141-162.

[10] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**: aplicabilidade; congelamento, coisa julgada fiscal, capacidade contributiva, ICMS, empresa brasileira, poder constituinte estadual, medidas provisórias, justiça e segurança, servidor público. São Paulo: Atlas, 1990, p. 88.

[11] Para se aprofundar no tema da aplicabilidade das normas constitucionais, ver SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 81-164. Destaca-se, ainda, que existem outras classificações quanto à aplicabilidade das normas constitucionais (como, por exemplo, DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 109-116: normas supereficazes ou com eficácia absoluta, normas com eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível e normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa), mas que será adotada, para fins deste estudo, a teoria de Silva (2002).

[12] Cabe salientar a classificação portuguesa de normas preceptivas, normas programáticas, normas auto-exequíveis e normas hetero-exequíveis, que acaba por conduzir à trilogia de normas constitucionais: 1. preceptivas auto-exequíveis, preceptivas hetero-exequíveis e programáticas (sempre hetero-exequíveis), prevista por MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. tomo II, p. 243-250. No mesmo sentido, GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional**: introdução, parte geral, parte especial. Coimbra: Edições Almedina, 2005. vol. I, p. 708-712. Miranda (1996) apresenta a semelhança entre as classificações brasileira e portuguesa quando menciona: "Ora, verifica-se com relativa facilidade que as normas de eficácia plena de José Afonso da Silva correspondem às normas exequíveis de que acabámos de falar, as normas declaratórias de princípios institucionais e organizatórios correspondem *grosso modo* às normas preceptivas não exequíveis e as normas declaratórias de princípios programáticos às normas programáticas. Só as normas de eficácia contida ficarão à margem, embora pareçam reconduzir-se ainda a normas preceptivas" (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** – ob. cit., 1996, p. 249).

[13] Art. 13 CR/88 – A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.

§ 1º - São símbolos da República Federativa do Brasil a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais.

§ 2º - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter símbolos próprios (BRASIL, 1988).

[14] Art. 5º CR/88 – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (BRASIL, 1988);

[15] Art. 37 CR/88 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98):

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98) (BRASIL, 1988);

[16] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1176-1177. Contrariamente, Miranda (1996) ao dizer que: "Em fase anterior do nosso pensamento, inclinámo-nos para uma síntese ou unidade, de acordo com um valor preceptivo, directo, actual do sistema, por dois motivos: 1.º) por desconhecermos um nexo natural entre a estrutura programática das normas; 2.º) por, de um ângulo muito aberto do processo jurídico, podermos encarar a execução legal das normas programáticas como um espaço de

vocatio ou de *lacuna legis*, jamais de *vocatio* ou de *lacuna juris*. Hoje, propendemos para algo de diferente. Achamos que a distinção entre normas preceptivas e normas programáticas é inerente ao Estado social de Direito e à democracia pluralista; e que ela confere maleabilidade e adaptabilidade ao sistema. Mais: admitimos até, dentro de certos limites, variações de estrutura das normas consoante as Constituições, os tempos históricos e as circunstâncias dos países" (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** – ob. cit., 1996, p. 246).

[17] NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 97.

[18] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade**. Belo Horizonte: Ed. Lê, 1991, p. 39. Apesar do posicionamento acima indicado, Miranda (1996), ao analisar a força jurídica das normas programáticas e das normas não exequíveis por si mesmas (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** – ob. cit., 1996, p. 244 e 250-252), outorga, no plano do sistema e na prática, parcela de razão à Ministra Rocha (1991), posto que "umas e outras, desde logo, só por constarem da Constituição, devem – tal como as normas exequíveis por si mesmas – ser tidas em conta na interpretação das restantes normas, as quais, sem elas, poderiam ter alcance diverso" (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** – ob. cit., 1996, p. 250).

[19] RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado**: na Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, FAPESP, 2000, p. 73.

[20] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Edições Almedina, 1993, p. 521-522.

[21] RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 75.

[22] No mesmo sentido BOAVENTURA, Edivaldo Machado. **A Educação brasileira e o direito** – ob. cit., 1997, p. 31-36.

[23] Art. 21 LDB – A educação escolar compõe-se de:

I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;

II - educação superior (BRASIL, 1996).

[24] RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 76-77.

[25] Art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a", CR/88 – o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (BRASIL, 1988).

[26] Art. 5º, inciso LXIX, CR/88 – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o

responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (BRASIL, 1988).

[27] Art. 5º, inciso LXXI, CR/88 – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (BRASIL, 1988).

[28] Art. 5º, inciso LXXIII, CR/88 – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (BRASIL, 1988).

[29] Art. 5º, inciso XXXV, CR/88 – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

[30] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais** – ob. cit., 2002, p. 81-164.

[31] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade** – ob. cit., 1991, p. 39.

[32] RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 72.

[33] Para uma análise mais detalhada do princípio da gestão democrática do ensino público, ver CURY, Carlos Roberto Jamil. Gestão democrática dos sistemas públicos de ensino. In: OLIVEIRA, Maria Auxiliadora Monteiro (Org.). **Gestão educacional**: novos olhares, novas abordagens. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 15-21.

[34] RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 79.

[35] No mesmo sentido, RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 216.

[36] Para uma análise mais detalhada sobre o âmbito e os limites do art. 207 CR/88, ver RANIERI, Nina Beatriz. **Autonomia universitária**: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994, 147p.; e RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Aspectos jurídicos da autonomia universitária no Brasil. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**

(R. CEJ), Brasília, nº 31, p. 19-30, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero31/artigo04.pdf>. Acesso em: 02/07/2008.

[37] O Programa Universidade para Todos (PROUNI) foi instituído por força da Medida Provisória (MPv) nº 213/2004, posteriormente convertida na Lei nº 11.096, em 13 de janeiro de 2005. Ademais, a última lei federal foi regulamentada pelo Decreto nº 5.493, de 18 de julho de 2005. Segundo as referidas normas, a gestão do programa cabe ao Ministério da Educação. Sua finalidade é conceder bolsas de estudo integrais e parciais de 50% (cinqüenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), para discentes "de cursos de graduação e seqüenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos" (art. 1º - Lei nº 11.096/05), preenchidos os demais requisitos da lei e do ato administrativo normativo regulador.

[38] RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 77.

[39] RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 78.

[40] Em sentido equivalente ao que disse Ranieri (RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 72), mas ressalvando a existência de outros dispositivos constitucionais de eficácia plena, além do art. 207 CR/88, bem como de comandos constitucionais de eficácia contida e institutivos.

[41] NUNES, Pedro dos Reis. Sistema jurídico. In: NUNES, Pedro dos Reis. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. Voz, p. 783; no mesmo sentido SILVA, De Plácido e. Sistema jurídico. In: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Voz, p. 762.

[42] Isto é, a interpretação constitucional deve se realizar de modo a impedir contradições entre suas próprias disposições.

[43] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988** – ob. cit., 1990, p. 86.

[44] RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 72.

[45] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** – ob. cit., 1993, p. 70-71.

[46] CURY, Carlos Roberto Jamil. O Público e o privado na história da educação brasileira – ob. cit., 2005, p. 26; no mesmo sentido CURY, Carlos Roberto Jamil. Evolução da educação superior no Brasil – ob. cit., 1997, p. 60-61; CURY, Carlos Roberto Jamil. Educação superior – ob. cit., 2003, p. 474-475; em sentido equivalente, mas a apresentar ressalvas RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 177.

[47] BRASIL. Ministério da Educação. Ministério da Fazenda. Ministério da Previdência e Assistência Social. Ministério da Ciência e Tecnologia. Projeto de Lei de

Reforma Universitária. In: BRASIL. Ministério da Educação. Ministério da Fazenda. Ministério da Previdência e Assistência Social. Ministério da Ciência e Tecnologia. **E.M.I nº 015/MEC/MF/MP/MCT**. Brasília: MEC; MF; MP; MCT, 2006. 23p. Disponível em: <http://www.sintufsc.ufsc.br/noticias_2006/0619_reforma.pdf>. Acesso em: 02/07/2008.

[48] RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 130.

[49] RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 132.

[50] Segundo decisões: (BRASIL; STJ; 1ª Turma; Recurso Especial nº 141175/RJ; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; votação unânime; julgamento em 15 de dezembro de 1997; publicação no DJU de 23 de março de 1998, p. 31), (BRASIL; STJ; 2ª Turma; Recurso Especial nº 4325/SP; Rel. Min. Hélio Mosimann; votação unânime; julgamento em 07 de novembro de 1990; publicação no DJU de 03 de dezembro de 1990, p. 14311; RSTJ 23/285), (BRASIL; STJ; 1ª Turma; Recurso Especial nº 96070/RS; Rel. Min. Jose de Jesus Filho; votação unânime; julgamento em 13 de dezembro de 1996; publicação no DJU de 17 de março de 1997, p. 7437; RSTJ 96/148), (BRASIL; STJ; 2ª Turma; Recurso Especial nº 87901/RJ; Rel. Min. Ari Pargendler; votação unânime; julgamento em 25 de setembro de 1997; publicação no DJU de 13 de outubro de 1997, p. 51557; LEXSTJ 102/171; RDTJRJ 35/108) e (BRASIL; STJ; 1ª Turma; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8353/RS; Rel. Min. Demócrito Reinaldo; votação unânime; julgamento em 11 de dezembro de 1997; publicação no DJU de 02 de março de 1998, p. 11; LEXSTJ 107/70).

[51] RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 133.

[52] RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 133.

[53] Art. 170 CR/88 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

[54] RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 134.

[55] Art. 16 LDB – O sistema federal de ensino compreende:

I - as instituições de ensino mantidas pela União;

II - as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada;

III - os órgãos federais de educação (BRASIL, 1996).

[56] Art. 150 CR/88 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas (BRASIL, 1988).

[57] RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 137.

[58] RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado** – ob. cit., 2000, p. 137.

AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA: O CASO PARADIGMÁTICO DO "DUPLO CURSO" E A APLICAÇÃO DA LEGALIDADE ESTRITA*

UNIVERSITY AUTONOMY: THE PARADIGMATIC CASE OF THE "DOUBLE COURSE" AND THE USE OF STRICT LEGALITY

Mariana Barbosa Cirne

RESUMO

A autonomia universitária é uma garantia conquistada ao longo dos anos, pelas instituições brasileiras. O Princípio está consagrado no art. 207 da Constituição Federal. Possui um conceito fluido e aberto, no intuito de viabilizar a adequação do caso concreto às necessidades educacionais. Educação é um conceito em constante mutação. Ocorre que, a Autonomia Universitária – que deveria ser uma garantia de direção e produção livre de conhecimento, aberto à sociedade - tem recebido uma releitura de seu conteúdo pelo Poder Judiciário, no caso paradigmático do duplo curso. A nova leitura, ao invés de consagrar a aplicação do Princípio, gerou a restrição de um acesso – já bastante limitado - às universidades públicas e gratuitas.

PALAVRAS-CHAVES: HISTÓRIA; AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA; PODER JUDICIÁRIO; COMPLEXIDADE.

ABSTRACT

The autonomy of university is a right conquered throughout the years, for the Brazilian institutions. The Principle is in the article 207 of the Brazilian Federal Constitution. It is a fluid and open concept, because it makes possible the adequacy of the case to the educational needs. Education is a concept in constant mutation. Indeed, the University Autonomy - what would be a right to a free production of knowledge, opened to the society - has received a new meaning from Courts, in the paradigmatic case of "double course". The new reading of the Principle did the restriction of an access - already limited - to the public and free universities.

KEYWORDS: HISTORY; UNIVERSITY AUTONOMY; COURTS; COMPLEXITY.

1. Introdução.

O Programa REUNI (2008), de iniciativa do Governo Federal, reascendeu o debate sobre o papel das Universidades Públicas Federais. Além de acrescer recursos, retomou a discussão pública, na sociedade e dentro das próprias instituições, sobre como é possível fazer as universidades crescerem, sem, contudo, perderem em qualidade.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Diante desse momento propício às discussões sobre o papel das universidades, vale a pena olhar para uma matéria que muito influi no tema, mas, que tem passado ao largo do debate: a judicialização da autonomia universitária. Nesse contexto, cabe refletir sobre a formação da universidade brasileira, e a conquista de sua autonomia, como meios de abertura à sociedade, e as implicações da atuação do Poder Judiciário nessa esfera de competência.

Para desenvolver o tema, este trabalho pretende fazer uma retrospectiva da formação da universidade, desde 1808, até a inclusão da autonomia universitária na Constituição Federal de 1988, no artigo 207. Abre-se ainda espaço para discutir como seria – e foi – regulado o tema na lei de diretrizes e bases e as dificuldades decorrentes da fluidez do conceito de educação. Em seguida, intenta-se permear o trabalho por noções sobre como se dá os critérios de acesso às universidades.

No intuito de contextualizar o problema da judicialização da política pública proposta pela universidade, utiliza-se como paradigma a proibição institucional de cursar dois cursos, concomitantes, em uma universidade pública e gratuita. O objeto de observação serão as posições dos tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) sobre este tema específico, como mecanismo apto à reflexão sobre o tema principal do estudo: a autonomia universitária.

2. A formação da universidade, no contexto brasileiro.

A semente para a formação da educação em nível superior do Brasil foram os seminários, de ensino secundário, onde eram ensinadas cadeiras de latim, filosofia e retórica (ALMEIDA, 1989). No entanto, o desafio do ensino superior brasileiro só começou em 1808[1], com a vinda da família real para o Brasil (RANGEL, 2007, p. 20). O processo foi bastante lento. A criação de cursos superiores de direito, por exemplo, só ocorreu em 11 de agosto de 1827 em Olinda e São Paulo. Em seguida, foram criados cursos de filosofia, retórica, geometria e francês, em outras províncias. Iniciava-se, assim, a história das universidades públicas brasileiras.

No começo, o maior problema era a falta de professores. Pode parecer um comentário atual, mas, em 1833, o Ministro do Império, Antônio Pinto Chichorro da Gama, já apontava a desvalorização social dos professores universitário. Registrou que “os salários dos professores das Faculdades de Direito são (diz ele) muito parcos e não os convencem a preferir este emprego à magistratura, que é mais lucrativa e oferece melhores oportunidades no futuro.” (ALMEIDA, 1989, p. 63). Havia pouco interesse na formação acadêmica de professores.

A matéria de ensino superior, de início, teve sua competência, nos termos do art. 10, § II, da lei de reforma constitucional de 1834, atribuída às Assembléias Legislativas Provinciais. (ALMEIDA, 1989). Entendia-se que este interesse era regional e não de âmbito nacional, motivo pelo qual estava dentro das competências dos Estados.

Anos depois, este projeto se mostrou falho. Em 1849, Antônio Gonçalves Dias foi designado para avaliar as instituições de ensino do norte do Brasil. Neste estudo, destacou o prejuízo decorrente da diversidade de legislação, entre as províncias. Era preciso unificar, a nível nacional, a educação. Um decreto imperial de 1854 tentou traçar as diretrizes nacionais quanto à educação.

Interessante registrar que nesse período o ensino já era gratuito, para assegurar maior acesso à população. No entanto, paradoxalmente, trazia as seguintes conseqüências:

A gratuidade traz consigo a indiferença do público e atenua muito a vigilância dos pais. O coração humano tem estas singularidades. O interesse que se tem pelas coisas está muitas vezes na razão direta dos sacrifícios que elas custam: nas coisas que parecem mais necessitadas esforça-se com mais calor e envolve-se menos quando se acredita que sejam menos necessárias. (ALMEIDA, 1989, p. 93).

Não bastasse o problema do desdém, decorrente da gratuidade, existia ainda a mercantilização do ensino. O objetivo da educação resumia-se à obtenção do diploma. "O ensino, no lugar se ser um fim em si mesmo, desceu paulatinamente de sua dignidade e acabou por se tornar apenas uma preparação para os exames: o que deveria ser um fim é apenas um meio" (ALMEIDA, 1989, p. 108).

O ensino universitário permaneceu – e ainda permanece – restrito a poucos. Em 1868 e 1869, por exemplo, as faculdades públicas foram freqüentadas por uma média de 1.479 alunos, por ano (ALMEIDA, 1989).

Após a independência do Brasil, uma atenção diferenciada foi dada à instrução pública. Houve a multiplicação do número de faculdades. A idéia da produção cultural – livre e nova - passou a ser valorizada. Um decreto de 19 de abril de 1879 trouxe em seu bojo a idéia do ensino inteiramente livre.

Nina RANIERI (2005) explica que a autonomia universitária foi inicialmente consagrada pela Reforma Rivadávia Corrêa, em 1911, mas, suprimida pela Reforma Carlos Maximiliano (1915). Em seguida, houve um período de grande controle ideológico da produção universitária. Em 1930, renasce a preocupação com a educação, incluída como direito de todos na Constituição de 1934 e é conferida a competência de suas diretrizes à União (RANIERI, 205). Tenta-se, assim, criar uma espécie de regime misto, em que a união traça as diretrizes a nível nacional, sem excluir as peculiaridades locais.

No Estado Novo, em 1937, o tema da educação, e sua renovação, foram abafados. A Constituição de 1946 reinicia as lutas ideológicas sobre a educação, mas, com lento desenvolvimento. Em 1961 é aprovada uma Lei de Diretrizes e Bases (Lei n.° 4.024) (RANIERI, 2005).

No entanto, as décadas seguintes foram pautadas pela restrição de liberdade e o declínio de investimentos. De 1964 a 1974, o investimento em educação, no Brasil, caiu de quase 10% (9,74) para 4,95 % do PIB (CALMON, 1974).

O Brasil mergulhou em um período de ditadura, em que houve a expansão formal das Universidades, contudo, esvaziadas de seu conteúdo. A crítica ao conhecimento consolidado não era admitida. A reforma do ensino, em 1968, existiu exatamente para contê-lo (CUNHA, 1985). Nesse período, o conhecimento foi restringido por medidas como esta:

Em 26 de fevereiro de 1969 foi promulgado o Decreto-lei n° 477, que atribuía às autoridades universitárias e às autoridades educacionais (MEC) o poder de desligar e suspender estudantes que estivessem envolvidos em atividades que fossem consideradas subversivas, isto é, perigosas para a segurança nacional.

Tal decisão adveio de um grupo de trabalho, formado pelo MEC, para decidir que medidas seriam tomadas para resolver a "Crise da Universidade" (CUNHA, 1985). A despeito das medidas restritivas da produção do saber, a Universidade, como organismo vivo de produção de conhecimento, continuou em seu processo de revisão de suas diretrizes educacionais.

Ao descrever esse processo, Anísio Teixeira explica que o modelo inicial de universidade se pautava na competência de seus professores, durante períodos parciais de dedicação (1976, p. 229). O papel do aluno era secundário, restringindo-se o êxito da tarefa de ensinar ao desempenho dos professores. A forma de difusão do conhecimento baseava-se em aulas expositivas com a memorização de conceitos.

Mudando esse paradigma, a fase seguinte, segundo o mesmo autor, foi marcada pela inclusão do estudante. Em suas palavras, "emergimos de uma fase de endoutrinação e imposição para uma corajosa participação da criança em sua própria educação." (1976, p. 233). Inserido o estudante no contexto, o próximo passo foi conseguir que os estudos da universidade refletissem a cultura nacional em todos os seus aspectos. A reforma pretendida desde 1920 era assim defendida:

A reforma do ensino superior brasileiro, reforma que o País está a solicitar desde 1920, é a dessa introdução do espírito, do método e do programa de pesquisa, graças ao qual a universidade se irá fazer o *centro de estudos para o professor*, tanto quanto para os alunos, e não, simples centro de ensino para a transmissão do saber existente. (1976, p. 240)

Muitas dessas conquistas, reivindicadas por séculos, foram materializadas com a Constituição Federal de 1988. A educação – especialmente a de nível superior -, como

se apresentará, teve atenção especial no restabelecimento do Estado Democrático de Direito.

3. A Constituição de 1988: autonomia universitária, democracia e educação como a junção de pesquisa, ensino e extensão.

Em 08 de agosto de 1977, na sacada da Faculdade de Direito das Arcadas o professor e jurista Godoffredo Teles Júnior leu a *Carta aos Brasileiros* (BONAVIDES e ANDRADE, 1990). Seu intuito: convocar os brasileiros para a restauração da democracia, após um largo período de ditadura, por meio de uma Assembléia Nacional Constituinte. Esta manifestação é a continuação de movimentos promovidos pela OAB, seguidos posteriormente por manifestações de grande repercussão social como as *Diretas já.*

Não se trata apenas de um marco histórico. Representa, também, o papel da Universidade como agente protagonista e transformador da sociedade. Surge aqui, de fato, a abertura para o pensamento livre e para a contestação da ordem e dos conceitos postos. Renasce a construção de uma evolução social, em que se considera a abertura para o futuro (LUHMANN, 1983a).

No discurso de promulgação da Carta de 1988, Ulysses Guimarães registrou que na feitura da Constituição foram apresentadas 61.020 emendas; 122 emendas populares e a houve a presença diária de cerca de 10.000 pessoas, em livre trânsito no Congresso Nacional, durante os trabalhos constituintes (BONAVIDES e ANDRADE, 1990, p. 470). Surgia uma Constituição Federal decorrente de um trabalho democrático, em um diálogo com a sociedade.

A Universidade não ficou de fora das propostas de reconstrução do país. Ao contrário, a sua autonomia foi içada ao patamar de Direito Fundamental e expandiu-se, em seu conceito, na coexistência de um tripé: ensino, extensão e pesquisa. Esses requisitos passaram a fazer parte, intrinsecamente, do conceito de educação. Transformam-se em exigência, concomitantemente, para a produção de um conhecimento novo e livre. Essa proposta foi sedimentada no art. 207 do texto constitucional de 1988:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Surge, com a nova ordem, não só a indissociabilidade entre pesquisa, ensino e extensão, mas também a autonomia universitária, para que o pensamento livre e novo não pudesse ser futuramente tolhido pelo Poder Público. Nos termos da Constituição Federal, a autonomia da universidade ocorre em três esferas: (i) didático-científica; (ii)

administrativa e (iii) gestão financeira e patrimonial. Sobre a inserção, do Poder Judiciário, nestes âmbitos, é que pretende tratar este trabalho.

A autonomia universitária representa um marco importantíssimo no desenvolvimento da sociedade brasileira. Após período de mercantilização da educação; de exclusão do alunado; e um seguinte de restrição do pensamento, a Universidade ganha a prerrogativa de desenvolver os seus estudos sem a ingerência do Estado. Esse é o sentido da autonomia universitária. Uma universidade autônoma representa um dos níveis de articulação do poder numa sociedade capaz de concebê-lo não como tutela, mas "enquanto espaço de deliberação coletiva sobre os interesses comuns, isto é, enquanto espaço público (OLIVEIRA, 2202, p. 216).

A inclusão da educação de maneira ampla e da proteção à liberdade das universidades na Constituição Federal representava apenas o primeiro passo de um longo caminho de efetivação. "A promulgação da nova Carta representa, por conseguinte, um marco, mas não representa ainda o coroamento de todo o processo de reconstitucionalização ou mudança" (BONAVIDES e ANDRADE, 1990, p. 487). Era preciso dar substância e efetividade às previsões constitucionais.

Nesta proposta de densificação de direitos fundamentais, merece atenção o conceito de autonomia universitária, pois, seu conteúdo ainda permanecia bastante abstrato. Não poderia ser de outra forma. A educação é uma ciência em constante transformação.

Como já consagrado no início deste trabalho, as bases educacionais em 1920 – há menos de cem anos atrás - permaneciam pautadas apenas no professor e na memorização. Hoje, os parâmetros são outros, com interação da sociedade, dos mestres, dos alunos e da própria universidade. Dois novos elementos: pesquisa e extensão, agora acompanham a educação. Em suma, era essencial conferir abertura, para que o meio acadêmico definisse as novas metas e propostas do ensino. Nas palavras de João CALMON[2] "A Universidade, a nosso ver, deve ser dinâmica, impulsionadora e propulsora do pensamento nacional" (1974).

Vale ressaltar que a instituição pública tem uma autonomia diferente daquela existente, pura e simplesmente, nas repartições oficiais (TEIXEIRA, 1977). O professor não atua como um funcionário público. Ele tem a tarefa de criar o novo e produzir conhecimento. Em um sistema de pleno, e constante movimento, o meio acadêmico e as universidades precisavam de um espaço para inventar, e reinventar, constantemente, suas diretrizes.

Ao tratar do princípio da autonomia universitária, Anísio TEIXEIRA o defendia como forma de transformar a universidade em um centro de estudos da cultura e do homem brasileiro e das pesquisas para a descoberta e avanço do conhecimento humano (1989, p. 111), bem como um meio de racionalizar os serviços de ensino, aproveitando-se melhor o seu recuso humano e material (1989, p. 108).

Darcy RIBEIRO, por sua vez, tratou do princípio como mecanismo que garante a democracia, o respeito à limitação do conhecimento e como catalisador da militância (1991). João Calmon o trouxe para a seara constitucional, para garantir o diálogo dentro da comunidade acadêmica (1993).

Ao tratar sobre a autonomia universitária e as discussões de seu conceito, Maria Francisca PINHEIRO definiu a autonomia como a prerrogativa conferida às Universidades para realizar valores acadêmicos de qualidade e de excelência. A Autonomia seria "um privilégio a ser conquistado e se subordina a um projeto institucional vinculado a um processo de auto-avaliação e de avaliação externa" (1998, p. 171).

Sobre a inviabilidade de conceitos tão rígidos, no que diz respeito à educação, Anísio TEIXEIRA (1977, pp. 70/71) explica:

A legislação sobre educação deverá ter as características de uma legislação sobre a agricultura, a indústria, o tratamento da saúde, etc., isto é, uma legislação que fixe condições para sua estimulação e difusão, e indique mesmo os processos recomendáveis, mas não pretenda defini-los, pois a educação, como o cultivo da terra, as técnicas de indústria, os meios de cuidar da saúde não são assuntos de lei, mas da experiência da ciência.

Esse dinamismo – típico do conhecimento – inviabilizou a fixação numérica sobre como a autonomia do conhecimento universitário deveria ocorrer. Esta tarefa comprovou-se impossível. Na formulação da lei geral sobre educação, predominou a tendência universalista abstrata das leis educacionais (COELHO, 1998). Houve, no artigo 53 da Lei de Diretrizes e Bases, uma tentativa de melhor especificar o conteúdo da autonomia universitária. No entanto, ainda com certa abertura.

Entre tais assertivas, para a análise do caso adotado aqui como paradigma, levado ao judiciário perante os Tribunais Superiores, abordado neste trabalho, merece destaque a seguinte previsão legal:

Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

IV - **fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio**; (*grifo nosso*)

Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

I - criação, expansão, modificação e extinção de cursos;

II - **ampliação e diminuição de vagas**; (*grifo nosso*)

Por meio da leitura do dispositivo supracitado, parece fácil concluir que a disponibilidade de vagas, em cada curso, e as regras para o acesso universitário, são

atribuições da Universidade. Encontravam-se, portanto, dentro de sua esfera de competência definir, no caso prático, tais parâmetros.

Cabia à Universidade de Pernambuco, por exemplo, levando em conta os princípios constitucionais, seu quadro de professores, o desenvolvimento em determinada área do conhecimento e a demanda pela produção do conhecimento no Brasil, decidir se ofereceria 50 ou 40 vagas em um curso de administração. Não se tratava apenas de espaço físico. Também não se resumia a questão à definição do quadro de docentes. Muito menos a temas orçamentários. Era preciso, também, pensar no aprofundamento do conhecimento e na maneira mais democrática de inserir a sociedade no meio acadêmico.

Mesmo com a aprovação da LDB – Lei de Diretrizes e Bases, certa margem de discricionariedade foi ainda deixada para as circunstâncias de cada caso e instituição. A diversidade do sistema de ensino superior federal mostrava a impropriedade de tratá-lo com base em modelo único (COELHO, 1998). Devem ser levadas em conta as peculiaridades culturais de cada Estado. Agindo dentro dessa moldura, a atuação autônoma da universidade começou a ser delimitada, no seu conteúdo, pela doutrina, mas acima de tudo definida pela jurisprudência.

4. As regras de acesso às Universidades Públicas Federais.

Segundo o IBGE, em 2006 a população brasileira somou 187,2 milhões de pessoas. Deste contingente, segundo o PNAD 2006, apenas 5.874 milhões de brasileiros cursam o ensino superior.

Em 2000, segundo um estudo chamado *"A Educação do Brasil na Década de 90" existiam no Brasil 1.180 instituições de ensino superior, sendo 1.004 privadas, 61 federais, 61 estaduais e 54 municipais. Nesse mesmo ano, o número de matrículas, em cursos federais gratuitos, chegava a 482.750, enquanto as instituições pagas representavam 1.807.219. Logo, em um universo já restrito do ensino superior, só cerca de quinhentos mil alunos têm o privilégio de cursar uma universidade federal, pública e gratuita (INEP, 2003).*

Em média, cada aluno da educação superior pública custa R$ 9.789,00 aos cofres públicos (IPEA, 1998). Levando em conta esse enorme dispêndio, bem como a escassez de vagas, e com fulcro nas assertivas da LDB – Lei de Diretrizes e Bases – as universidades passaram a restringir a entrada, concomitante, de um aluno em dois de seus cursos. Essa decisão foi tomada com fulcro na autonomia universitária – artigo 207 da Constituição Federal – e no artigo 53, VII, da LDB (Lei nº 9.294/96).

Essa diretriz estava de acordo com o objetivo de produção de conhecimento e de pesquisa. A autonomia foi peça fundamental em tal decisão, pois "as universidade não serão o que devem ser se não cultivarem a consciência da independência do saber e se não souberem que a supremacia do saber, graças a essa independência, é levar a um

novo saber" (SILVA, 2002, p. 813). O saber novo dialoga com a diversidade e com o acesso da universidade a todas as camadas sociais.

O conhecimento inovador decorre do aprofundamento, do aluno, dentro da área eleita do saber. O aprofundamento permite o desenvolvimento do conhecimento. A universidade pública é "por excelência a escola da comunidade, a escola mais sensível a todas as necessidades dos grupos sociais e mais capaz de cooperar para a coesão e integração da comunidade, como um todo" (TEIXEIRA, 1977, p. 172). Sintetizando o objetivo da educação, um "Estudo sobre a Igualdade na Educação" concluiu que "a educação tem um duplo papel. Ela pode ser usada para tornar uma sociedade mais igualitária e democrática, ou ela pode servir para reforçar padrões altamente desiguais e autoritários" (LEVIN, 1984, p. 38).

Dentre tais opções, a política pública escolhida para a educação a nível superior foi a de garantir a maior abertura – vagas na universidade – restringindo o acesso de cada vestibulando a um curso público e gratuito.

No entanto, em se levando tal questão ao judiciário, como se demonstrará em seguida, não foi este o argumento adotado.

5. A posição consolidada da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

No intuito de defender as ofensas à Constituição Federal, e de uniformizar a jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de justiça, respectivamente, analisaram o tema do duplo curso desenvolvido ao mesmo tempo por um só aluno sob o viés da legalidade e da constitucionalidade.

O Superior Tribunal de Justiça, por diversas vezes, enfrentou a questão sobre o desenvolvimento simultâneo, por um só aluno, de dois cursos universitários para consolidar o entendimento de que é plenamente legal a matrícula concomitante. Por meio de tal posição, tornou sem efeito o edital de diversos certames que determinavam a desistência de um curso universitário para a entrada em outro.

Como resultado prático de tal julgamento, a abertura à sociedade, na esfera da educação superior, tornou-se ainda mais restrita. A competência para aferir se é possível o acesso à universidade foi turbada das instituições públicas, pelo Poder Judiciário, que passa a definir os seus critérios, qual seja, o exclusivamente meritório.

O único requisito exigido pelo Superior Tribunal de Justiça é a compatibilidade de horários[3]. Em outros casos, até a incompatibilidade de horários foi flexibilizada. O aluno pode tentar compatibilizar os cursos, mesmo que um deles exija dedicação em horário integral. Tal posição, na visão dos tribunais, garante a educação, em sua formação para o trabalho e promoção humanística, científica e tecnológica do Brasil[4].

A posição se funda na pretensa ausência de fundamentação legal. Aos olhos do Superior Tribunal de Justiça, a previsão do artigo 53, V, da LDB- Lei de Diretrizes e Bases não basta para restringir o acesso de um aluno a dois cursos. Da mesma forma, não se presta a esse papel a abertura conferida pela Constituição Federal às Universidades decorrente da autonomia universitária, art. 207. Entende-se como essencial existir uma lei expressa, vedando tal acesso simultâneo.

A fundamentação para essa decisão, curiosamente, é o acesso igualitário nas Universidades. Nos arestos, os ministros do STJ entendem que consagram, ao permitir o curso concomitante, a igualdade de chances quanto ao acesso universitário, público e gratuito. Não penalizam assim aquele que melhor se saiu no vestibular.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal decidiu não enfrentar a questão, por entendê-la infraconstitucional. Em diversos julgamentos, os Ministros pacificaram a posição de que a decisão sobre o fato de as universidades impedirem a inscrição em dois cursos públicos federais, logo, gratuitos, não adentra no conceito de autonomia universitária. Tratar-se-ia de violação reflexa à Constituição Federal[5], o que não enseja a sua apreciação do tema. Logo, o assunto está fora de sua competência.

Em suma, o Superior Tribunal de Justiça - STJ entende que há falta de lei para vedar o acesso. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal – STF fixa posição de que existe a lei, mas, a violação à Constituição é reflexa. Permanece o impasse, sem adentrar no cerne da autonomia universitária.

6. A Dificuldade para rever a posição jurisprudencial.

Como antes apresentado, a posição do Superior Tribunal de Justiça está assentada no sentido de viabilizar que um aluno curse, simultaneamente, dois cursos em Universidade federal gratuita. O único empecilho seria a incompatibilidade de horários e mesmo tal exigência vem sendo relativizada pelo próprio Tribunal.

Reformar essa posição, tentando ampliar o acesso à Universidade para mais alunos, é tarefa mais difícil do que parece. De forma paradoxal, o conteúdo da autonomia universitária, que deveria ser amplo e dinâmico, e garantir o poder decisório institucional, dificulta ainda mais a reavaliação da questão.

Nos moldes do entendimento do STJ, seria necessária uma lei, em sentido estrito, para proibir o desenvolvimento de dois cursos públicos, por um mesmo aluno. A sua leitura do art. 53, IV, da Lei 9694, de 1996, feita pelos Tribunais, indica que não existe competência conferida às universidades para decidir sobre esses critérios. Por outro lado, essa competência não é entendida como inserida no conceito constitucional de Autonomia universitária.

Fica então a dúvida: para que serve a autonomia universitária?

Em uma crítica a esse paradigma, Anísio TEIXEIRA prega a educação fora de uma parafernália formalística, mas sim como um processo de cultivo e amadurecimento individual. (1977, p. 68). Nesse sentido, ao tratar sobre autonomia universitária, Maria Francisca COELHO aduz que "embora seja importante considerar as leis, seria erro responsabilizá-las pelos problemas vigentes, como se, ao mudá-las, tudo se resolvesse." (1998, p. 172)

Não basta aferir a presença de lei em sentido estrito. Deve-se ponderar sobre a mobilidade do conceito de educação e atentar para o caráter social das decisões em nível universitário. BARROSO ressalta o quanto é necessário levar em conta a dimensão social e ética do decisório. Uma coisa é o conhecimento jurídico. Outra é a sua contextualização. (1996, p. 258)

A jurisprudência significa a evolução das leituras que podem ser feitas à norma. No entanto, nem sempre essas compreensões são neutras ou lógicas. Muitas vezes partem apenas de uma perspectiva, sem observar que a decisão que confere direitos a um, retira de outros (CARVALHO NETTO, 2003, p. 145). A jurisprudência "não pode afastar as opções, vale dizer, as valorações perceptíveis em seu curso, através do tempo" (AZEVEDO, 2006). Deve haver preocupação quanto aos efeitos futuros dessas decisões.

Nos termos do art. 22, XXIV, da Constituição Federal, é competência privativa da União legislar sobre as diretrizes e bases de educação. No entanto, a vedação aos cursos concomitantes, merece uma melhor análise em cada unidade. É inviável uma posição em âmbito nacional. A União delimita as diretrizes e não toda a política pública.

A dificuldade quanto a rever tal posição decorre do fato e que, se por um lado existe uma posição muito formalista (STJ) que exige uma lei formal para restringir o acesso, por outro lado, o conteúdo da autonomia universitária, prevista na constituição, é negado (STF). Diante do impasse, fica a dúvida: será preciso uma lei federal para definir como se dará o acesso e tornar sem efeito o art. 207 da Constituição Federal?

7. A observação do acesso à universidade como exclusão e inclusão.

A posição que restringe o acesso às universidades ao mérito de passar em um vestibular, apenas nota o problema individual do aluno que requer a proteção em juízo. Não percebe, portanto a "constante tensão extremamente rica e complexa entre a inclusão e a exclusão" (CARVALHO NETTO, 2003, p. 143). Não nota que ao incluir um aluno, termina-se por excluir outro.

Uma leitura coletiva, e não individual, esclareceria que garantir que um aluno faça dois cursos, acaba por excluir outro candidato do privilégio do ensino público e gratuito. Por isso, a proposta aqui para os julgamentos, seria partir-se da idéia de comunidade de

princípios de DWORKIN, onde se exige que “ninguém seja excluído” e que os cidadãos estejam juntos para melhor ou para o pior (2007, p. 257).

Neste contexto, cada pessoa é tão digna como a outra (DWORKIN, 2007, p. 257), ou seja, cada individual (*self*) trata os outros como pessoas (*selves*) (ROSENFELD, 2003, p. 30), o que gera uma exegese voltada ao bem comum, que pode lançar melhor luz a uma interpretação do princípio. Essa ampliação do âmbito de pesquisa, permite ver os dois lados de uma mesma moeda.

As garantias, em verdade, apresentam-se como riscos permanentes de abusos e manipulação, que precisam ser enxergados (CARVALHO NETTO, 2003, p. 143) para lidar com a complexidade social. Não basta pensar que uma norma geral e abstrata nos salvará da tarefa de construir uma identidade constitucional, que é fragmentada, aberta e incompleta (ROSENFELD, 2003, p. 23).

O grande problema da pretensão de objetividade e neutralidade plenas das decisões judiciais é, precisamente, que ela não passa de uma pretensão, incapaz de ser submetida à totalidade dos casos. Pior: ela fraqueja exatamente nas situações em que, pelo teor político ou pela multiplicidade de alternativas, não há um único resultado possível. (BARROSO, 1996, p. 254)

A abertura a mais indivíduos é indispensável para a concretização de uma universidade democrática. Nas palavras de Anísio TEIXEIRA:

Um mínimo de oportunidades iguais é indispensável para que as capacidades, melhor diríamos, potencialidades, do organismo biológico venham a desenvolver-se produzindo inclusive o que chamamos de mente e inteligência, que, rigorosamente, não é algo de inato, mas um produto social da educação e do cultivo. (1977, p.166)

Como conseqüência, o que pareciam decisões de contexto individuais tomam uma amplitude coletiva e aumentam uma complexidade social já gigantesca. A sociedade tornar-se-ia ainda mais complexa (LUHMANN, 1983ª). A educação, que deveria ser uma esfera de inclusão social, passa a ser um elemento que exclui.

Espera-se neste trabalho, apenas incitar uma ponderação sobre o tema, no intuito de que a autonomia da universidade seja o “ponto de partida para que ela possa construir sua identidade e assumir seu papel social no Estado Democrático de Direito” (LOURENÇO FILHO e PORTO, 2008, p. 10)[6]. E, considerando a magnitude desse papel social, é preciso participação no processo de construção dessa ordem constitucional (DWORKIN, 2006, p. 145), motivo pelo qual se propõe a reflexão sobre a autonomia universitária para um processo de “autoafirmação e autocompreensão democráticos e constitucionais” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2008, p. 04). É preciso deixar o formalismo de lado e passar a enxergar os problemas, a partir de nós.

8. Conclusão.

Levando-se em conta o caso em estudo (duplo curso), cabe identificar que o que parecia fortalecer a Universidade, ao incluir a autonomia universitária no texto Constitucional, termina por agravar o problema do acesso democrático a essas instituições. Ao invés de ampliar o acesso universitário, restringe-o, em uma interpretação consolidada pela jurisprudência. Conclusão: será preciso uma norma para engessar o conteúdo da autonomia da educação e tornar a previsão constitucional sem efeito.

Não se pode colocar toda a responsabilidade social em fixação de normas, como elementos apartados de uma realidade e de um contexto social. Os direitos fundamentais – como a educação – precisam ser enxergados com todos os seus riscos, sem deixar de notar a possibilidade de abusos diante de sua concretização. Ao se incluir um aluno, não se deixa de excluir o outro. Os direitos fundamentais são formados de exclusões e inclusões, como dois lados da mesma moeda.

É ingênua, e até iluminista, a idéia de que as leis serão sempre a solução para todas as demandas sociais. Toda aplicação da norma precisará daquele que a interpreta, com as discussões dos argumentos, para decidir no caso concreto, qual a melhor decisão. A realidade é aberta ao futuro e passível de mudanças e incontáveis reviravoltas. Certamente, tais alterações ocorrerão, mas, não se sabe em que sentido e nem há como prevê-la.

Pergunta-se: como serão alcançados os avanços, o dinamismo e o conhecimento novo? Nada disso parece preocupar o Poder Judiciário. Pelo visto, a ele só interessa a lei. E específica, note-se bem.

Bibliografia.

ALMEIDA, José Ricardo Pires de. **História da instrução pública no Brasil, 1500 a 1889**. Trad. Antônio Chizzotti. São Paulo: EDUC. Brasília: INEP/MEC. 1989, p.62.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Considerações teórico-práticas sobre o Ensino Jurídico. In **Notícias do Direito Brasileiro**. Vol. 12. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 254/255.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: paz e terra política. 1990, p. 452.

CALMON, João. **A educação e o milagre brasileiro**. Rio de Janeiro: J. Olympio,1974.

_____. **Crise na Universidade Brasileira**. Brasília: SENADO FEDERAL, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. SAMPAIO, José Adécio Leite (Org.). In **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de e SCOTTI, Guilherme. A extensão universitária como campo de efetivação da cidadania no marco da Constituição de 1988. In **Observatório da Constituição e da Democracia – Universidade: autonomia e função social**, n° 27, Brasília, 2008.

COELHO, Maria Francisca Pinheiro. As polêmicas visões da autonomia universitária. In A **Universidade em Destaque. Anuário de educação 97/98.Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro Ltda, 1998.**

CUNHA, Luiz Antônio. **Educação e desenvolvimento social no Brasil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora. 1985.

DA SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores. 2002

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo, 2° Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007**.**

_____. **Is Democracy possible here?: Principles for a New Political Debate**. Princeton: Princeton University, 2006.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. **A educação no Brasil na década de 90: 1991-2000**. Brasília: Inep/MEC. 2003.

LEVIN, Henry M. e outros. **Educação e desigualdade no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1984.

LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado e PORTO, Noemia. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA, democracia e produção crítica do saber. In **Observatório da Constituição e da Democracia – Universidade: autonomia e função social**, n° 27, Brasília, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo brasileiro. 1983.

_____. **Sociologia do Direito 2**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo brasileiro. 1983.

OLIVEIRA, Renato de. A autonomia universitária na perspectiva do movimento docente. In **Idéias de Universidade**. Valério Rohden (Org.), Canoas: ULBRA, 2002.

RANGEL, Susana Salum. **Políticas públicas para a educação superior na década de 90: Efeitos da avaliação para o Ensino de Graduação - o caso dos Cursos de Direito**. Dissertação de Mestrado. Brasília, 2007.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Aspectos Juíricos da Autonomia Universitária no Brasil. STEINER, João E.; MALNIC, Gerhard (Org.). In **Ensino Superior: Conceito & Dinâmica.** São Paulo: EDUSP, 2005. Disponível em: http://www.iea.usp.br/observatorios/ensinosuperior. Acesso em: 25.01.08.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

SAMPAIO, Anita Lapa Borges**. Autonomia Universitária**: **um modelo de interpretação do artigo 207 da Constituição Federal**. Brasília-DF: EDUNB, 1998.

TEIXEIRA, Anísio. **Administração Pública: administração e desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Officina Graphica do Departamento de Educação, 1934.

_____. **Educação não é privilégio**. São Paulo: Editora Nacional. 1977, p. 69.

_____. **Educação no Brasil**. São Paulo: Companhia Editorial do livro. 1976.

_____. **Ensino Superior no Brasil - Análise e interpretação de sua evolução até 1969**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1989.

Jurisprudência.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 553065/MG,** Relator Min. Joaquim Barbosa, 2º Turma, Brasília, DF. J. em 16.06.2009. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 01.07.2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/ListarJurisprudencia.asp?s1=%20curso%20e%20 universidade&base=baseAcordaos. Acesso em: 06, jul. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 886434/MG, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, Segunda Turma, Brasília, DF. J. em 13.05.2008. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 30.05.2008. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200602039428&pv=010000000000&tp=51. Acesso em: 03, jun. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 847532/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Brasília, DF. J. em 08.04.2008. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 12.05.2008. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600958432&pv=010000000000&tp=51. Acesso em: 03, jun. 2009.

Legislação

BRASIL. Lei nº 9.434 de 20 de dezembro de 1996. *Diário Oficial da República federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23.12.1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9394.htm. Acesso em: 15 mai. 2009.

---

[1] Para um desenvolvimento histórico do ensino superior no Brasil, iniciada com a transferência da Coroa Portuguesa para o Brasil e a fundação de 3 instituições: Escola de Cirurgia e Anatomia da Bahia, Escola de Anatomia e Cirurgia do Rio de Janeiro e Academia de Guarda da Marinha, Cf. RANGEL, 2007, p. 20-28.

[2] Atuante nos debates da constituinte sobre a educação, o autor foi protagonista na definição do conteúdo constitucional sobre as universidades (CALMON, 1974).

[3] RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ. ENSINO. UNIVERSIDADE PÚBLICA. MATRÍCULA CONCOMITANTE. ALUNO QUE JÁ CURSA GRADUAÇÃO NA INSTITUIÇÃO. NOVO INGRESSO ATRAVÉS DE PROCESSO SELETIVO EM OUTRO CURSO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. APROVAÇÃO EM NOVO PROCESSO SELETIVO. ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE AO ACESSO E PERMANÊNCIA NA INSTITUIÇÃO E DA LIBERDADE DE APRENDER.

1. A falta de prequestionamento do artigo 5º da LICC obsta o conhecimento do recurso que veicula sua suposta violação. Incidência da Súmula 211 do STJ.

2. Não se divisa violação ao inciso V e caput do artigo 53 da Lei 9.394/96, uma vez que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional não veda ao discente de Universidade Pública o ingresso em outro curso de graduação da mesma Instituição. Incidência dos princípios da igualdade ao acesso e permanência na instituição de ensino e da liberdade de aprender, diante da aprovação do recorrido em novo processo seletivo (vestibular).

3. Recurso especial parcialmente conhecido, a que se nega provimento.

(STJ, REsp 886434 / MG, Segunda Turma, Rel. MIn. CARLOS FERNANDO MATHIAS, DJe 30/05/2008)

[4] PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ENSINO. MATRÍCULA. CURSOS CONCOMITANTES. HORÁRIO. COMPATIBILIDADE. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. ARTIGOS 205 E 207 DA CF. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM INTERPRETAÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. Mandado de segurança impetrado contra ato de reitor de universidade federal que indeferiu a matrícula do impetrante em mais de um curso na instituição ao argumento de incompatibilidade de horário.

2. In casu, assentou o Tribunal de origem que: Não é razoável vedar ao impetrante matrícula concomitante nos dois cursos, uma vez que preencheu os requisitos legais (art. 44, II, da LDB) e que não há aulas previstas para o turno noturno no Curso de Medicina Veterinária. Se eventualmente houver choque de horários, caberá ao apelado optar pelas matérias que seja possível cursar. Tal entendimento não afronta a autonomia universitária (art. 207 da Constituição), nem tampouco as atribuições das universidades, previstas no art. 53 da Lei nº 9.394/96, e garante a educação (art. 205 da Constituição), a formação para o trabalho e a promoção humanística, científica e tecnológica do País (art. 214, IV e V, da Constituição).

3. Fundando-se o acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para o STJ, no julgamento de recurso especial, restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. Precedentes da Corte: AgRg no REsp 846325/MG DJ 07.11.2006.

4. Agravo Regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 847532 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 12/05/2008)

[5] EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. POSSIBILIDADE DE MATRÍCULA EM DOIS CURSOS SIMULTÂNEOS COM

COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. RESOLUÇÃO EDITADA PELA INSTITUIÇÃO DE ENSINO NO SENTIDO DA PROIBIÇÃO. DISCUSSÃO INFRACONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 207 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da autonomia universitária não significa soberania das universidades, devendo estas se submeter às leis e demais atos normativos. Controvérsia decidida à luz da legislação infraconstitucional. A alegada ofensa à Constituição, se existente, seria indireta ou reflexa, o que enseja o descabimento do recurso extraordinário. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, **RE 553065/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ de 30.06.2009).**

[6] Cf. LOURENÇO FILHO e PORTO, 2008, p. 10. Interessante o desenvolvimento, nesse texto, da idéia de que a autonomia não é só da universidade, mas também do cidadão para o desenvolvimento do cidadão. Além disso, a desmistificação de que a inclusão do princípio no texto da Constituição é suficiente para a concretização do princípio. É necessária uma vivência constitucional.

A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS COMO ELEMENTO NORTEADOR DA CONCEPÇÃO HUMANISTA DOS CURSOS PROFISSIONALIZANTES DO INSTITUTO FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO (IFES) *

THE EDUCATION IN HUMAN RIGHTS AS GUIDING ELEMENT OF THE HUMANIST CONCEPTION OF THE TECHNOLOGICAL COURSES OF ESPÍRITO SANTO FEDERAL INSTITUTE (IFES)

Milson Lopes de Oliveira
Aloísio Krohling

RESUMO

O grande desafio da escola atual é conseguir acolher uma população cada vez mais heterogênea, proporcionando-lhe uma educação de qualidade que inclua os conhecimentos, as atitudes e os valores que são necessários para inserção do indivíduo na vida social. Enquanto direito social a educação possui natureza peculiar, sendo fundamental para o pleno desenvolvimento tanto dos direitos civis, quanto dos direitos políticos. Na realidade educacional brasileira verificam-se duas lutas que se complementam: uma no sentido de uma reconstrução completa das concepções da educação, de suas finalidades e o seu comprometimento com a classe trabalhadora. Outra é a questão do trabalho como necessidade e meio de produzir a existência. Nesta nova concepção a educação profissional adquire essencial importância, visto que antes de ser uma máquina de reprodução das desigualdades sociais, traz em si o potencial transformador. Este novo modelo educacional deve ser focado nos fatos do cotidiano no tocante às garantias e às ações visando a proteção dos direitos humanos. O objetivo deste trabalho é ressaltar a importância da efetiva integração entre ensino médio e educação profissional com vistas à formação de um profissional que domine os conhecimentos técnicos exigidos pelo mercado de trabalho, mas que também desenvolva um senso de pertencimento ao contexto social e atue em prol da melhoria de suas condições de vida. Neste contexto, pretende-se demonstrar a importância da Educação em Direitos Humanos, como elemento fundamental da concepção humanista dos cursos profissionalizantes ministrados pelo Instituto Federal do Espírito Santo (IFES).

PALAVRAS-CHAVES: EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS. EDUCAÇÃO PROFISSIONAL. CONCEPÇÃO HUMANISTA. ENSINO MÉDIO INTEGRADO.

ABSTRACT

The great challenge of the current school is to get to welcome a population more and more heterogeneous, providing a quality education that includes the knowledge, the attitudes and the values that are necessary for the individual's insert in the social life.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

While social right the education possesses peculiar nature, being fundamental for the full development as of the civil rights, as of the political rights. In Brazilian educational reality two fights are verified that are complementary: one in the sense of a complete reconstruction of the conceptions of the education, its purposes and commitment with the working class. Another is the subject of the work as need and means of producing the existence. In this new conception the professional education acquires essential importance, because before being a machine of reproduction of the social inequalities, it brings in itself the potential transformer. This new educational model should be focus in the daily's facts concerning the warranties and to the actions aiming the protection of the human rights. The objective of this work is to stand out the importance of the effective integration between medium teaching and technological education aiming to the a professional's formation that dominates the technical knowledge demanded by the job market, but that also develops a sense of belonging to the social context and act in aid of the improvement of his life conditions. In this context, it intends to demonstrate the importance of the Education in Human Rights, as the fundamental element of the humanist's conception of the technological courses offered by Espírito Santo Federal Institute (IFES).

KEYWORDS: EDUCATION IN HUMAN RIGHTS. TECNOLOGICAL EDUCATION. CONCEPTION HUMANIST. INTEGRATED MEDIUM TEACHING.

1 Introdução

O século XXI impõe relevantes desafios para transformação da sociedade em busca do caminho para a liberdade e exercício da ética, da solidariedade, da justiça e da inclusão social, depositando-se na educação as esperanças de superação das contradições que se descortinam. Entretanto somente com uma educação integral do ser humano será possível atingir um desenvolvimento mais harmonioso e possibilitar a diminuição da pobreza, da violência e dos conflitos do passado. Então, frente ao cotidiano marcado pela diversidade, pela complexidade e flexibilidade, torna-se exigência básica preparar o indivíduo para as nuances da vida profissional e para um novo mercado de trabalho, que exige a construção contínua de saberes e aptidões e a consciência do seu papel enquanto sujeito social e cidadão.[1]

Educar para a cidadania é educar para uma democracia que dê provas de sua credibilidade de intervenção na questão social e cultural. É nesta perspectiva que se situa a Educação em Direitos Humanos, uma proposta metodológica fundada no pressuposto de que a escola deve exercer um papel de humanização a partir da socialização e da construção de conhecimentos e de valores necessários à conquista do exercício pleno da cidadania.[2] A escola ao exercer este papel não deve favorecer a manutenção do *status quo*, nem mesmo refletir as desigualdades da sociedade, reforçando as diferenças entre ricos e pobres.

Em qualquer ambiente onde ocorra o fenômeno da educação, os valores dos direitos humanos precisam estar presentes. A sua implementação direciona-se pelo exercício da crítica como a capacidade humana de discernir as dimensões positivas e negativas de

cada fenômeno. Desta feita, no cotidiano, as reivindicações populares vão se constituir como elementos educativos dessa educação e se concretizam como componentes dos direitos humanos. Incluem as reivindicações gerais pela qualificação para o trabalho, educação básica para todos, participação política nos grupos sociais e mesmo pela educação política nos movimentos sociais e partidos políticos[3]

No Brasil as experiências de Educação em Direitos Humanos no âmbito escolar são recentes, a exemplo do Projeto Novamérica que desde 1991 realiza atividades com professores, jovens e crianças.. A finalidade deste programa é trabalhar a escola como um espaço onde se formam as crianças e jovens para serem construtores ativos da sociedade na qual vivem e exercem sua cidadania. Através das atividades realizadas pretende-se colaborar na construção de uma prática educativa participativa e dialógica, que trabalhe a relação prática-teoria-prática e na qual o cotidiano escolar esteja permeado pela práxis dos direitos humanos***[4]***.

A Educação em Direitos Humanos tem grande relevância na formação de profissionais comprometidos com as demandas sociais, acrescentando importantes valores no processo formativo da personalidade do indivíduo. A construção da personalidade tem como foco o respeito à dignidade da pessoa humana, para tanto, exige-se uma visão crítica e comprometida do trabalhador sobre as nuances do mundo no qual se encontra inserido.

A sociedade neoliberal e informacional transformou expressivamente as relações humanas, acelerando o processo de desigualdades sociais e o empobrecimento da classe trabalhadora. A tecnologia constituiu-se num instrumento potencialmente capaz de viabilizar a exclusão social, na medida em que o acesso às novas técnicas é ditado pelas condições materiais dos indivíduos e agravado pelo monopólio dos meios de comunicação. Assim, a educação pode contribuir na recuperação do indivíduo autônomo, consciente de seus fins, para que não caia na armadilha de uma racionalidade técnica que separa os meios e fins para o exercício de culto aos meios. A educação também deve ser concebida como um instrumento de contestação e resistência contra aquilo que não leve em consideração o elemento humano.[5]

Para atingir seus propósitos a educação deve se desvencilhar da dualidade existente entre ensino médio e educação profissional. O ensino médio tem se pautado nas seguintes premissas: é a etapa de consolidação da educação básica e de desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico; objetiva a compreensão dos fundamentos científicos e tecnológicos dos processos produtivos; visa a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando; capacita para continuar aprendendo e para adaptar-se com flexibilidade às novas condições de trabalho ou às exigências de aperfeiçoamentos posteriores. Já a educação profissional funda-se no desenvolvimento de competências que o habilitem a ocupar um emprego e o capacite a uma aprendizagem contínua para a adequação da sua prática às mudanças na produção, tornando-se apenas um cidadão produtivo.[6]

Nota-se claramente que tais modalidades de ensino não são incompatíveis entre si, aliás, se complementam, contudo vige a concepção de que devem ser ministradas de forma estanque. Saliente-se que a legislação educacional, apesar de admitir outras formas de articulação prevê a modalidade integrada do ensino médio com a educação profissional, mas alguns educadores mostram-se preocupados, pois a mera previsão legal não é

suficiente para atingir seus objetivos. Para Ramos[7] "caso não esteja sustentada por uma concepção de formação omnilateral, é extremamente frágil e não lograria mais do que suas finalidades formais". Lamentavelmente, os gestores educacionais tem considerado a integração como sinônimo de interação, a qual em princípio exige mera aproximação das duas modalidades.

O objetivo deste trabalho é ressaltar a importância da efetiva integração entre ensino médio e educação profissional com vistas a formação de um profissional que domine os conhecimentos técnicos exigidos pelo mercado de trabalho, mas que também desenvolva um senso de pertencimento ao contexto social e atue em prol da melhoria de suas condições de vida. Neste contexto, pretende-se discutir a necessidade de se ampliar as ações no âmbito da Educação em Direitos Humanos, como elemento fundamental da concepção humanista dos cursos profissionalizantes ministrados pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Espírito Santo (IFES), mediante a criação de fóruns apropriados de discussão e a adoção paulatina de políticas que respeitem a diversidade étnica, social e cultural.

2 O educação profissional no Brasil

O homem deve ser concebido como um ser integral, o qual, no confronto com outros sujeitos, edifica sua identidade social e política e reconhece a identidade de seus semelhantes, ambas construídas no processo de desenvolvimento da individualização e da intersubjetividade. Essa concepção de homem implica em pensar um "eu" socialmente competente, um sujeito político, um cidadão capaz de atuar sobre a realidade, participando ativamente da história da sociedade da qual faz parte e da construção de sua própria história.[8]

Desta feita a educação não pode servir apenas para tornar o indivíduo apto para o convívio social e o trabalho, segundo normas preestabelecidas e condizentes com os interesses do mercado produtivo e sim para formar o homem como cidadão ativo e sujeito capaz de se realizar em sua individualidade, conviver em sociedade e, mais do que isso, em suas expressões mais radical-democráticas, capaz de decidir sobre como deve ser a sociedade em que se quer viver. A educação implica e é implicada por processos teóricos, práticos políticos, culturais, sociais e ambientais, os quais redefinem os valores que são considerados por uma dada sociedade, visando a uma vida digna e sustentável.[9]

O debate na seara educacional converge para a necessidade de integrar as diversas vertentes, contudo as reformas ocorridas na educação nacional fortaleceram a dicotomia entre educação profissional e educação geral e ao invés de instituírem avanços nas políticas educacionais, estabeleceu um verdadeiro retrocesso nas expectativas de construção de uma escola voltada para a formação de cidadãos integrados à vida política brasileira. Se antes se vivia a infelicidade pela escola profissionalizante disponibilizar aos setores populares um ensino dual, dicotomizando a prática e a teoria como momentos distintos da aprendizagem; no momento, essa infelicidade torna-se muito

maior por perceber que esta dualidade acelerou-se ao ponto de materializar-se em forma de lei.[10]

2.1 Escopo histórico do ensino profissionalizante

A educação brasileira experimentou ao longo de sua história, desde o período jesuítico até a atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), diferentes concepções de ensino que invariavelmente serviram aos interesses dos grupos ideológicos dominantes. Inicialmente o ensino profissional foi pautado no caráter assistencialista e se destinava a amparar os desvalidos da sorte. Posteriormente, em resposta ao desenvolvimento industrial do país, buscou atender à crescente demanda de mão-de-obra pelo mercado, quer pelo aprimoramento das habilidades artesanais, ou pelo incremento na produtividade agroindustrial e melhoria da qualidade dos produtos e serviços prestados.

Os cursos técnicos de natureza agroindustrial oferecidos pelas instituições públicas historicamente priorizaram a qualificação prática dos alunos, merecendo destacar o ocorrido no ensino agrícola, que a partir da década de 60 adotou a metodologia de ensino denominada "Escola-Fazenda", fundada no lema: "aprender a fazer e fazer para aprender".

Este sistema de ensino objetivava a preparação para o trabalho e raramente se preocupava com a formação integral do cidadão, transformando os concludentes em meros instrumentos da atividade produtiva. Em 1971, com o advento da Lei 5.692 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), estabeleceu-se a obrigatoriedade da articulação da formação profissional e geral no âmbito do 2º grau. Contudo, a mesma mostrou-se incapaz de colocar-se por sobre a dualidade que norteia historicamente a educação brasileira.[11]

Ao longo dos anos, várias reformas foram implementadas no ensino nacional, mas ainda permanece evidente o predomínio da educação tecnicista, que tende a formar "profissionais objetos" e não sujeitos da transformação social. Existe entendimento de que a intenção da LDBEN é que a educação profissional seja o eixo pelo qual o indivíduo obtenha êxito no mercado de trabalho a partir do desenvolvimento de habilidades e competências voltadas para o exercício profissional.[12] Entretanto, contrapondo-se a este cenário cruel que permanece incólume, verificam-se críticas severas a um modelo que transforma a educação profissional numa condição de mercadoria negociada entre governos e entidades da sociedade civil na busca por recursos públicos, formando um verdadeiro "balcão de negócios".[13]

A LDBEN ao tratar da educação profissional num capítulo separado da educação básica trouxe conseqüências benéficas, mas também algumas indesejáveis, especialmente por admitir a falta de objetividade e equívocos na sua regulamentação. Neste sentido, cabe mencionar o Decreto 2.208/97, que ao regulamentar a educação profissional prescreveu, expressamente, sua separação do ensino médio ainda que fosse permitida a ministração de ambos de forma concomitante. Isto implicou em efetivo distanciamento entre as

ações pedagógicas destinadas à formação para o trabalho e àquelas que visavam a formação para a vida, além disso, exigiu severas modificações na estrutura educacional existente no país.

Esta equivocada dualidade culminou em sérias preocupações as quais foram fielmente retratadas por estudiosos como Pourtois e Desmet *apud* Silveira para quem "o ensino profissional terá por princípio não somente preparar para o emprego e transmitir a cultura escolar, mas precisará preocupar-se, também, com a personalidade de cada estudante". Portanto, não basta somente o *saber-fazer*, mas é preciso ainda *saber-ser*, com todos as matizes que isto acarreta: saber decidir diante das incertezas, aprender a viver junto aos outros e ainda aprender a aprender constantemente. Pensar uma educação profissional que seja ao mesmo tempo ética, eficaz e eficiente requer que os profissionais co-autores da educação tenham a percepção de que o indivíduo é ao mesmo tempo um ser individual e social.[14]

Com a desvinculação da educação profissional do ensino médio o Ministério da Educação impôs evidente retrocesso no campo educacional. Tal reforma estabeleceu a quebra de equivalência nestas modalidades de ensino, alcançada com a LDB de 1971.[15] Por isso, atendendo ao clamor social e visando reparar os equívocos cometidos naquelas reformas, no ano de 2004 foi publicado o Decreto nº 5.154, como parte do "Pacto pela Valorização da Educação Profissional e Tecnológica: por uma profissionalização sustentável", o qual retomou a articulação entre a educação profissional e tecnológica com a educação básica, e além de reeditar os cursos técnicos integrados, incorporou à educação profissional a educação de jovens e adultos tendo como elemento norteador a formação integral do aluno.

O Decreto 5.154/2004, embora restabeleça acertadamente o poder normativo da LDBEN ao prever a possibilidade da forma integrada de oferta da educação profissional no âmbito do ensino médio, o faz colocando essa alternativa no mesmo nível de importância das demais formas de articulação, ou seja, concomitante e seqüencial. Ratifica-se assim o mais perverso efeito do Decreto 2.208/97 para os trabalhadores brasileiros: a desvinculação entre formação para o trabalho e a elevação dos níveis formais de escolaridade permanecem como a tendência predominante de (des)qualificação para o trabalho ofertada pelo sistema público de educação; ou seja, permanece a hegemonia da educação profissional desintegrada.

Uma recente e expressiva ação do governo federal no âmbito da educação profissional se deu com a aprovação da Lei nº 11.892/2008 que transformou as instituições federais de ensino técnico e tecnológico em institutos federais de educação, ciência e tecnologia, pelo agrupamento regionalizado dos Centros Federais de Educação Tecnológica e suas Unidades Descentralizadas (UNEDs), Escolas Técnicas e Agrotécnicas. No Espírito Santo institui-se o Instituto Federal do Espírito Santo (IFES), através da integração do Centro Federal de Educação Tecnológica do Espírito Santo, suas UNEDs e das Escolas Agrotécnicas Federais de Alegre, Colatina e Santa Teresa.

2.2 A concepção filosófica da formação para o trabalho

Na tradição educacional brasileira, o termo educação tem como pressuposto a formação geral cujo objetivo fundamental é o desenvolvimento humano integral informado por valores éticos, sociais e políticos, de modo a preservar a dignidade intrínseca do ser humano e a desenvolver ações junto à sociedade. No entanto, tal concepção requer uma leitura atualizada do mundo nas suas implicações econômicas, culturais e científico-tecnológicas, inclusive no âmbito da educação profissional. Assim se posiciona a LDBEN (Lei nº. 9.394/96) ao prescrever que: "a educação profissional, integrada às diferentes formas de educação, ao trabalho, à ciência e à tecnologia, conduz ao permanente desenvolvimento de aptidões para a vida produtiva".[16]

Nesta nova concepção, a educação profissional adquire essencial importância, visto que antes de ser uma máquina de reprodução das desigualdades sociais, traz em si o potencial transformador, pois, já que promove uma educação de qualidade e menos espontaneísta, pode possibilitar a compreensão da realidade e permitir que a classe trabalhadora entenda os artifícios empregados com o intuito de dominação e adaptação.[17]

Sobre o papel da educação é sempre oportuno relembrar os ensinamentos de Freire, para quem a educação é uma resposta da finitude da infinitude. O homem é inacabado e sabe-se inacabado, devendo ser o sujeito de sua própria educação e não pode ser o objeto dela. Por isso, ninguém educa ninguém. Por outro lado, a busca deve ser algo e deve traduzir-se em ser mais: é uma busca permanente de si mesmo. O desenvolvimento de uma consciência crítica que permite ao homem transformar a realidade se faz cada dia mais urgente. Na medida em que os homens, dentro de sua sociedade, vão respondendo aos desafios do mundo, vão temporalizando os espaços geográficos e vão fazendo história pela sua própria atividade criadora.[18]

Pela sua natureza a educação profissional existe um ambiente propício para a denominada educação bancária. Neste modelo preconizado por Freire o professor é um ser superior que ensina a ignorantes e o educando recebe passivamente os conhecimentos, tornando-se um depósito do educador. Educa-se para arquivar o que se deposita, mas o curioso é que o arquivado é o próprio homem, que perde assim seu poder de criar, se faz menos homem, é uma peça. O destino do homem deve ser criar e transformar o mundo, sendo sujeito de sua ação. A consciência bancária "pensa que quanto mais se dá mais se sabe". Mas a experiência revela que com este mesmo sistema se formam indivíduos medíocres, porque não há estímulo para a criação.[19]

Abstrai-se que a LDBEN não estabeleceu que o ensino médio tivesse como objetivo formar trabalhadores para os interesses imediatos do mercado de trabalho. Entretanto, o Decreto 2.208/97 ao determinar a separação entre educação profissional e formação geral, reafirmou a cisão entre a formação para o trabalho e a formação para a comunidade dos estudos. Com o início da gestão do presidente Lula reacendeu-se o debate sobre a identidade do ensino médio, até que, no ano de 2004, o governo brasileiro, através do Decreto 5.154/2004, tornou sem valor o decreto anteriormente citado e reafirmou a possibilidade da articulação entre a formação para o trabalho e a preparação para a continuidade dos estudos na ultima etapa da educação básica.[20]

A dualidade entre ensino acadêmico e profissional demonstra a ação demagógica das elites quando afirmam o compromisso com a democratização do processo educacional e a garantia de acesso à maioria da população, visto que negam a perspectiva da escola ser

um espaço para a formação integral do cidadão. Isto se torna premente porque o núcleo da reforma da educação profissional é o fomento à empregabilidade. Empregabilidade segundo Oliveira é "um conceito ideológico que 'desconsidera' os fatores políticos, sociais e econômicos determinantes do desemprego. Entretanto isto não implica dizer que o mercado não saia ganhando com o aumento da qualificação dos trabalhadores".[21]

Se a vocação ontológica do homem é a de ser sujeito e não objeto, só poderá desenvolvê-la na medida em que, refletindo sobre suas condições de espaço e tempo, introduz-se nelas, de maneira crítica. Quanto mais refletir sobre sua situação, sobre seu enraizamento espaço-temporal, mais emergirá dela conscientemente carregado de compromisso com a realidade da qual é sujeito e não simples espectador para nela intervir cada vez mais. Tal enfoque significa necessariamente uma superação do falso dilema humanismo-tecnologia. "Numa era cada vez mais tecnológica como a nossa, será menos instrumental uma educação que despreze a preparação técnica do homem, como a que, dominada pela ansiedade de especialização, esqueça-se de sua humanização."[22]

O MEC ao negar a dicotomia entre educação profissionalizante e acadêmica, não tem assegurado a primeira os conhecimentos necessários ao exercício de uma vida mais participativa e mais reflexiva. Com isso, as instituições continuam a formar profissionais que embora qualificados tecnicamente, tendem a ser desprovidos de atitudes comportamentais importantes para sua inserção como sujeito social. A sociedade fechada caracteriza-se pela conservação do *status* ou privilégio e por desenvolver todo um sistema educacional para manter este *status.* Estas sociedades não são tecnológicas, são servis. Há uma dicotomia entre o trabalho manual e o intelectual. Nestas sociedades considera-se o trabalho manual degradante: os intelectuais são dignos e os que trabalham com as mãos são indignos.[23]

2.3 Os cursos profissionalizantes integrados ao ensino médio

Os pressupostos da integração entre a educação geral e a educação profissional devem ser buscados nas críticas à concepção burguesa de educação, que surgiram no contexto das lutas empreendidas pelo proletariado contra as diversas formas de exploração a que estavam submetidos, principalmente no século XIX. A crítica de Marx não poupou o ensino profissional universal proposto pela burguesia que sob sua ótica "[...] consistia em adestrar o operário em tantos ramos de trabalho quanto possível, para fazer frente à introdução de novas máquinas ou à mudança na divisão do trabalho."[24]

Renomados educadores ao discutir a reforma preconizada pelo Decreto n° 5.154/2004, registram posições que em síntese trazem a seguinte ponderação: o rompimento com a modernização conservadora e a democracia restrita passa pela construção de, no mínimo, um projeto nacional popular de desenvolvimento que garanta uma vida digna para toda a população brasileira. Implica, também, a superação da divisão ensino médio/educação profissional e o avanço na implantação da educação unitária, do ensino politécnico e da educação tecnológica. O trabalho vincula-se a uma concepção

curricular na qual têm lugar a ciência e a cultura; e a escola se reconhece como um "lugar de memória" do que foi para projetar o que pretende ser.[25]

Fruto da aproximação e submissão do papel da escola aos interesses do setor produtivo desencadeou-se no âmbito escolar reestruturações pedagógicas para garantir que o sistema educacional apresente produtividade nas taxas de aprovação, bem como diminuam os índices de evasão.[26] O ensino médio, certamente é o que mais sofreu a ofensiva do capital, uma vez que tem um papel funcional ao requisitado pelo mercado de trabalho, e também por representar a etapa de consolidação da formação profissional para uma parte da juventude que almeja inserir-se no mercado de trabalho.[27]

Para Frigotto *et. al.* o texto da LDBEN representa uma imposição e uma manobra governamental para aprovar o modelo de educação que mais interessa às elites. Para quem há muito discutia e defendia um projeto de educação básica de caráter politécnico sob os modelos propostos por Gramsci, representou, no plano legal, a impossibilidade de, naquele momento, avançar-se para uma escola identificada com a formação integral do educando. Mesmo com suas limitações o Decreto 5.154/2004 ao revogar o Decreto 2.208/97 reafirmou a possibilidade da articulação entre a formação para o trabalho e a preparação para a continuidade dos estudos na última etapa da educação básica.[28]

Apesar de reconhecer a forma integrada decorrente de um curso único, com matrícula e conclusão únicas, o parecer do Conselho Nacional de Educação - CNE 03/2004 considera que os conteúdos do ensino médio e os da educação profissional de nível técnico são de naturezas diversas. Restabelece-se, assim, internamente ao currículo, uma dicotomia entre as concepções educacionais de uma formação para a cidadania e outra para o mundo do trabalho, ou de um tipo de formação para o trabalho intelectual e de outro para o trabalho técnico e profissional. Contrariamente a isso, Ramos afirma que:

currículo que integra formação geral, técnica e política, o estatuto de conhecimento geral de um conceito está no seu enraizamento nas ciências como "leis gerais" que explicam fenômenos. Um conceito específico, por sua vez, configura-se pela apropriação de um conceito geral com finalidades restritas a objetos, problemas ou situações de interesse produtivo. A tecnologia, nesses termos, pode ser compreendida como a ciência apropriada com fins produtivos. Em razão disto, no currículo integrado nenhum conhecimento é só geral, posto que estrutura objetivos de produção, nem somente específico, pois nenhum conceito apropriado produtivamente pode ser formulado ou compreendido desarticuladamente da ciência básica.[29]

Como destacou Frigotto *et al*. "o ensino médio integrado conquanto seja uma condição social e historicamente necessária para a construção do ensino médio unitário e politécnico, não se confunde com ele [...]" [30]. Ou seja, embora se reconheça como uma conquista a revogação do Decreto 2.208/97 e avançado na perspectiva de articular a formação geral e formação profissional, tais fatos ainda não se configuram como expressão de um asseguramento da educação politécnica. Afinal, como destacaram Kuenzer e Saviani apud Oliveira a educação que de fato interessa à classe trabalhadora

só poderá efetivamente edificar-se em uma sociedade que esteja pautada em relações que neguem os princípios constituintes da lógica capitalista.[31]

Para Saviani, a dualidade entre educação profissional e educação geral deve ser compreendida a partir das relações capitalistas de produção e explicita que a fragmentação existente no processo educacional é a própria expressão da apropriação desigual da produção material existente. Da mesma forma que se observa uma divisão entre proprietários e não proprietários dos meios de produção estabelece-se também no processo de ensino uma dualidade entre o ensino para aqueles que devem comandar e o ensino profissional para os que devem ser comandados.[32]

A luta e a disputa pela instauração de uma educação de caráter politécnico mantêm-se como politicamente importantes e pedagogicamente necessárias, na medida em que se vislumbra a formação de pessoas para além das necessidades imediatas impostas pelo movimento do capital. A integração entre a formação profissional e a formação geral afirma-se como necessária à educação de um novo ser social capaz de articular o conhecimento produzido no campo da ciência, na sua dimensão mais ampla, e de ter conhecimento dos movimentos estruturadores da produção capitalista moderna de forma a atuar nas áreas abertas à intervenção humana.[33]

Argumenta-se que o que se quer com a concepção de educação integrada é que a educação geral se torne parte inseparável da educação profissional em todos os campos onde se dá a preparação para o trabalho: seja nos processos produtivos, seja nos processos educativos como a formação inicial, como o ensino técnico, tecnológico ou superior. Significa que se busca enfocar o trabalho como princípio educativo, no sentido de superar a dicotomia trabalho manual/trabalho intelectual, de incorporar a dimensão intelectual ao trabalho produtivo, de formar trabalhadores capazes de atuar como dirigentes e cidadãos.[34]

Não restam dúvidas de que há duas lutas que se complementam na realidade brasileira. Uma é a da educação, no sentido de uma reconstrução completa de suas concepções, de suas finalidades, a serem comprometidas com a classe trabalhadora. A finalidade da educação não deve ser a formação "para"; seja "para o mercado de trabalho" ou "para a vida". É formação pelo trabalho e na vida. A outra luta é a questão do trabalho como necessidade e meio de produzir a existência.[35]

3 A Educação em Direitos Humanos

Em face da nova regulamentação da educação profissional encontra-se em fase de elaboração no IFES de propostas de adequação do ensino à legislação em vigor. Tais propostas tem sido norteadas pela oferta de cursos que guardem estreita relação entre a formação técnica e a formação humanista, prioritariamente sob a forma de cursos integrados. Desta feita, apresenta-se como um campo fértil para a inclusão de políticas direcionadas à formação em direitos humanos objetivando a formação de homens e não de máquinas. Ao mesmo tempo, tais políticas podem minimizar as tensões habituais

existentes no sistema de ensino, eventualmente acirradas nas instituições que constituem o IFES.

As tensões nas relações humanas são traduzidas em conflitos na relação professor-aluno, em problemas na interação entre servidores e nas peculiaridades do relacionamento entre alunos, especialmente os que freqüentam a escola em tempo integral. As relações entre alunos matriculados no regime de internato, como ocorre nos campus agrícolas, são permeadas pela reiterada prática do "trote", que pelas suas características podem configurar-se em desvios de conduta graves tipificados como *bulling*. O trote consagra a hegemonia do veterano sobre o novato e resulta em evidente ofensa aos direitos humanos. Este problema social precisa ser amplamente discutido com vistas à implantação de programas que administrem o conflito, pois as sanções comumente empregadas se mostraram ineficazes.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui-se em marco fundamental da promoção desses direitos. Em nível nacional, esta concepção tem impulsionado um conjunto de fatores, destacados no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), como a promoção de interesses das pessoas para conteúdos globais; a institucionalização de padrões de valoração, sanção e pressão, além de mecanismos de avaliação dessas políticas; a definição de princípios que objetivem a força e o poder de setores sociais historicamente vulneráveis como mulheres, negros, idosos, povos indígenas, grupos raciais e étnicos dentre outros; a organização de redes para reivindicações transnacionais e ações coletivas em defesa dos direitos humanos, alertando todo mundo sobre aqueles grupos ou corporações que os violam.

Na perspectiva do PNEDH, a educação representa um instrumento fundamental de exercício e de busca dos direitos humanos. Os processos educativos precisam ser norteados na perspectiva de uma educação traduzida como um processo sistemático e de variadas dimensões para a orientação e formação do sujeito e da pessoa, orientada à luta por seus direitos. Uma educação que articule, historicamente, os direitos humanos com os contextos internacional, nacional e local. Uma educação que possa externar a compreensão de que os direitos humanos estejam presentes em todos os ambientes da sociedade e que a sua presença seja destaque não só nos níveis de cognição, mas, também, no social, no ético e no político.[36]

O PNEDH concebe a educação em direitos humanos como um processo multidimensional que propõe articular:

a) apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos e a sua relação com os contextos internacional e local; b) afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressam a cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade; c) formação de uma consciência cidadã capaz de se fazer presente em níveis cognitivo, social ético e político; d) desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados; e) fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, da proteção e da defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das violações.[37]

Para Freire o trabalhador social ao optar pela mudança não teme a liberdade, não prescreve, não manipula, não foge da comunicação, pelo contrário, a procura e vive. Todo seu esforço, de caráter humanista, centraliza-se no sentido da desmistificação do mundo e da realidade, ele vê nos homens com quem trabalha pessoas e não coisas, sujeitos e não objetos. E se na estrutura social concreta, objetiva, os homens são considerados simples objetos, sua opção inicial o impele para a tentativa de superação da estrutura, para que possa também operar-se a superação do estado de objeto em que estão para se tornarem sujeitos.[38]

A construção coletiva de cidadania democrática, crítica e ativa insere-se nessa perspectiva, enfatizando as metodologias apropriadas para o cumprimento de suas metas, além de práticas educativas que conduzam para a promoção, proteção, defesa e reparação das violações desses direitos. Nessa visão, a educação "é compreendida como um direito em si mesmo e um meio indispensável para o acesso a outros direitos."[39] Logo o trabalhador social não pode ser um homem neutro frente ao mundo, frente à desumanização ou humanização, frente à permanência do que já não representa os caminhos do humano ou à mudança destes caminhos. Como homem tem que fazer sua opção ou adere à mudança que ocorre no sentido da verdadeira humanização do homem, de seu ser mais, ou fica a favor da permanência.[40]

No Brasil, somente na década de 1990 é que as políticas curriculares pautam a inclusão dos direitos humanos no processo formativo, com enfoque nos parâmetros curriculares nacionais e na inserção dos princípios em planos educacionais, matrizes e diretrizes de educação. Por outro lado, para além do princípio e das diretrizes, os direitos humanos buscam se afirmar como construtor de identidades e práticas, ampliando e qualificando a transversalização nas políticas públicas, como tem sido a atuação na política de direitos humanos, de promoção de políticas para as mulheres, de igualdade étnica, racial e social, da diversidade sexual e outras.

Citando as impressões de Candau sobre a Educação em Direitos Humanos o Projeto Nuevamérica retrata que esta modalidade de educação

potencializa uma atitude questionadora, desvela a necessidade de introduzir mudanças, tanto no currículo explícito, quanto no currículo oculto, afetando assim a cultura escolar e a cultura da escola; aflora o conflito entre manutenção e mudança educacional; reduz a problemática da educação aos direitos humanos à introdução de uma nova disciplina escolar ou à mera afirmação de que deve perpassar todos os conteúdos curriculares transversalmente; questiona se é melhor avançar lentamente ou acelerar processos, entre a linguagem neutra e a comprometida; gera a tensão entre falar e calar sobre a própria história pessoal e coletiva como necessidade de trabalhar a capacidade de recuperar a narrativa das nossas histórias na ótica dos direitos humanos; afirma a tensão entre atomização e integração de temas como questões de gênero, meio ambiente, questões étnicas, diversidade cultural, etc.[41]

A Educação em Direitos Humanos pretende a formação de uma escolaridade autônoma, preparada para a solidariedade e para a tolerância, dirigida a pessoas dispostas e capazes para a mudança, para a transformação. Saliente-se que muitas vezes, a transformação necessita ser radical no sentido de ir às raízes das condições sócio-econômicas, das condições culturais e políticas da sociedade em que vivem e que muitas vezes negam e negligenciam os direitos humanos, a democracia e o compromisso com a paz.[42] A Educação em Direitos Humanos deve ter como pano de fundo a busca pela libertação do indivíduo das amarras existentes no contexto social, especialmente daquelas advindas das relações trabalhistas.

3.1 Abordagem geral sobre os direitos humanos

Bonavides considera aceitável a utilização das expressões direitos humanos e direitos fundamentais como sinônimas, mas afirma que razões didáticas exigem que a expressão direitos humanos seja adotada, quando o assunto versar sobre direitos da pessoa humana antes de sua constitucionalização ou positivação nos ordenamentos e a expressão direitos fundamentais quando esses direitos estiverem normatizados.[43] Para Sarlet os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados. Distingue-se as expressões direitos humanos de direitos fundamentais a partir de seu plano de positivação. O autor opta em sua obra pela utilização da segunda expressão.[44]

Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, os sistemas de direitos complementam-se, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Essa é inclusive a lógica e a principiologia próprias do direito internacional dos direitos humanos, todo ele fundado no princípio maior da dignidade humana.[45]

Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Bobbio[46] os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Para Arendt *apud* Piovesan os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Considerando a historicidade desses direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta para uma pluralidade de significados. Nesta pluralidade destaca-se a concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.[47]

A Declaração Universal figura-se como marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos ao introduzir uma concepção caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal desses direitos com a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos

e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, viola-se os demais, consagrando-se a visão integral de direitos humanos.[48]

A partir da aprovação da Declaração Universal e da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, começa a desenvolver-se o direito internacional dos direitos humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais. Tal declaração conferiu lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Como afirma Bobbio os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, quando cada Constituição incorpora declarações de direito, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.[49]

No imensurável rol de direitos humanos, o direito de igualdade tem merecido atenção especial em face da sua progressiva positivação nos ordenamentos jurídicos estatais, ainda que muitas vezes figure apenas no campo formal. Sobre o direito de igualdade, Santos comenta que "temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades".

3.2 A Educação em Direitos Humanos como pressuposto da formação cidadã

Libâneo comenta que entender a educação como mero ajustamento às expectativas e exigências da sociedade existente, significa desconhecer a constituição histórico-social do conceito de educação e que os modelos sociais que dominam são definidos pelas classes que detêm o poder político e econômico.[50] Sendo assim, vale então investir num processo educativo em que enfatiza-se as relações mútuas onde os indivíduos são desafiados a aprender e a construírem saberes.[51]

Ao analisar o compromisso do profissional com a sociedade, deve-se reconhecer que ele, antes de ser profissional, é homem. Como homem, não pode estar fora de um contexto histórico-social em cujas inter-relações, constrói seu eu, é um ser autenticamente comprometido, falsamente comprometido ou impedido de se comprometer verdadeiramente, ou seja, manipulado através de ordens. No caso do profissional, é necessário juntar ao compromisso genérico, que lhe é próprio como homem, o seu compromisso de profissional. Nesta ótica, a educação não é um processo de adaptação do indivíduo à sociedade. O homem deve transformar a realidad[52]e para ser mais. O homem identifica com sua própria ação: objetiva o tempo, temporaliza-se, faz-se homem-história.[53]

A consciência universal dos direitos humanos é cada vez mais forte e estes direitos, tem sido tão proclamados, no entanto, são sistematicamente violados. Em sociedades marcadas pela exclusão, pelos conflitos, pelas desigualdades estruturais, vivendo situações de injustiça institucionalizada, a questão dos direitos humanos se torna central e urgente. A luta pelos direitos humanos passa por questões concretas como a raça, a

classe social, o gênero, a religião, a cultura. Alguns são sujeitos diretos dessas lutas, pois sentem em suas vidas as conseqüências concretas do desrespeito aos seus direitos. A outros cabe solidarizar-se nessa luta, constituindo-se em parceiros.[54]

Esse cenário exige a construção de uma escola que forme crianças e jovens construtores ativos da sociedade, capazes de viver no dia-a-dia, nos distintos espaços sociais, incluindo na escola, uma cidadania consciente, crítica e militante. Isto exige uma prática educativa participativa, dialógica e democrática, que supere a cultura profundamente autoritária presente nas relações humanas e, em especial, na escola. Neste sentido, todas as atividades escolares devem promover a construção conjunta, na qual a apropriação pessoal e coletiva da palavra continua a ser elemento fundamental.[55]

Acolhendo as concepções de Sime o Projeto Novamérica pressupõe que a vida cotidiana, espaço de criação, recriação e construção diária das relações pessoais e do saber, seja considerada uma referência permanente da ação educativa. Por isso, uma proposta nesta linha tem de desenvolver, de modo criativo, três aspectos básicos:

Uma pedagogia da indignação, que pretende formar seres capazes de se indignar e de se escandalizar diante de toda forma de violência e humilhação, rompendo assim com a comum desarticulação entre escola e vida. Tal pedagogia supõe que sejamos conscientes de que estas violações são historicamente construídas e que tenhamos valentia de perguntar-nos por suas causas, superando a insensibilidade, passividade e impotência diante delas e promovendo a solidariedade; uma pedagogia do assombro/admiração que nos leva a perceber dentro e fora do âmbito escolar com buscas concretas de preservação e promoção da vida, revelando assim a capacidade de resistência e a criatividade de pessoas e grupos sociais de sobreviver; uma pedagogia de convicções firmes que se expressa num modo de trabalhar a dimensão ética da educação. O compromisso com a vida como valor supremo, além de outros valores como a solidariedade, a justiça, a esperança, a liberdade e a criticidade, dão consistência ética e esta mística pela vida.[56]

Para a concretização desta proposta pedagógica, privilegia-se como estratégia formativa as oficinas. Trata-se de um espaço de construção coletiva de um saber, de análise da realidade, de um confronto e intercâmbio de experiências e de um exercício concreto de direitos humanos. Pretende-se que as oficinas colaborem para reforçar a conscientização e a dimensão ética, assim como para aprofundar no compromisso sócio-político inerente à luta pelos direitos humanos, visado construir sociedades verdadeiramente democráticas, justas, solidárias e fraternas.[57]

Neste sentido o desenvolvimento das oficinas se dá em quatro momentos:

No primeiro, pretende-se a sensibilização, oferecendo elementos que permitam uma aproximação à realidade latino-americana e, de modo particular, brasileira, provocando-se assim uma desestabilização cognitiva e afetiva em relação à maneira habitual dos

jovens lerem a realidade, marcada, em geral, por uma visão parcial e ingênua; o segundo momento caracteriza-se por um aprofundamento do tema, utilizando-se para tal a leitura de textos, a reflexão, a análise e discussão, tendo-se como referências básicas a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil, assim como outros documentos e textos relacionados com o tema abordado. As atividades propostas estão encaminhadas para favorecer a elaboração conjunta de um saber sobre a problemática em questão; no terceiro momento, através das plenárias, os grupos são convidados a apresentar suas sínteses e avançar na construção coletiva, com a participação de todos; o quarto momento está organizado de forma a estimular os jovens ao compromisso, nos níveis individual e coletivo, com a promoção dos direitos humanos na nossa sociedade.[58]

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a educação passou a ser considerada como um direito de todos e dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. As finalidades do processo educacional estão descritas no art. 205 e visam o pleno desenvolvimento da pessoa, incluindo seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. O texto constitucional, nesse aspecto, vincula a educação a três processos distintos de formação, quais sejam:

a) a formação do ser humano singularmente considerado; parte-se de uma visão que considera fundamental, antes de qualquer outro processo formativo, o desenvolvimento integral da pessoa, seja este físico, psicológico, social ou ético. Antes de a pessoa ser considerada cidadão ou trabalhadora, a ela deve ser ofertada uma educação que favoreça o seu crescimento enquanto ser humano; b) a preparação para exercer a cidadania: trata-se do segundo objetivo da educação. Importante mencionar que a educação atua fortemente na construção da cidadania, seja esta tomada em seu sentido mais formal e dogmático ou em um sentido mais plural e democrático, isto é, cidadania entendida como "direito a ter direitos"; c) a qualificação para o trabalho é o terceiro objetivo da educação, sucedendo os objetivos de formação do ser humano e de o ter preparado para o exercício da cidadania, refletida na preocupação com a vinculação entre os processos educativos e a preparação para o mercado. Assim sendo a educação não deve ser voltada exclusiva e prioritariamente às exigências do mercado.[59]

Maliska *apud* Costa considera que os direitos fundamentais podem ser divididos em dois grandes grupos: direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais de prestação. Os direitos de defesa são os clássicos direitos vinculados à defesa da esfera individual da liberdade do cidadão contra os poderes públicos, que caracterizaram as revoluções burguesas, impondo limites ao poder do Estado. Os direitos de prestação são aqueles que possibilitam o acesso e a utilização de prestações estatais para a garantia de sua materialização. Segundo essa noção de direitos fundamentais, torna-se possível afirmar que o direito à educação, por estar esculpido como um direito social no art. 6º, da Constituição Federal, deve ser considerado um direito fundamental de prestação.[60]

Bonavides apresenta de maneira sistemática, as chamadas gerações de direitos fundamentais, que podem ser divididas em quatro classes:

a primeira é constituída pelos direitos de liberdade, que são os direitos civis e políticos e foram os primeiros direitos reconhecidos pelos ordenamentos constitucionais, sendo que já consolidados do ponto de vista da categoria dos direitos fundamentais; a segunda geração é composta pelos direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos e esta geração tem por fundamento o princípio da igualdade se insere o direito à educação; os direitos de terceira geração baseiam-se no princípio da fraternidade ou solidariedade e pugnam por uma reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, a paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade, entendidos como direitos difusos; a quarta geração teria por função permitir a efetividade dos direitos fundamentais das gerações anteriores e refere-se aos direitos à democracia, à informação, ao pluralismo.[61]

A educação, enquanto direito social, tem natureza *sui generis*, sendo fundamental para o pleno desenvolvimento tanto dos direitos civis quanto políticos. O ensino formal é determinante para que o cidadão exerça seu papel no convívio social mesmo numa perspectiva individualista de cidadania. Afinal, é necessário ter um mínimo de habilidade intelectual para interpretar as regras que estabelecem o modo de exercício da liberdade civil. Por outro lado, a educação pode ser concebida como categoria fundamental para o pleno desenvolvimento do modo capitalista de produção, formando trabalhadores tecnicamente qualificados, e para o progresso da democracia política. Assim, a educação representa um dever social, pois o funcionamento da sociedade depende da educação de seus membros.[62]

No sistema capitalista, a educação dos trabalhadores destituídos dos meios de produção tem como objetivo principal a formação e a produção da mercadoria trabalho e a educação tem por função disciplina-lo para o trabalho. Constrói-se, desse modo, um modelo pedagógico que tem por fundamento a manutenção da ordem preestabelecida, ou seja, não se educa para o uso esclarecido dos direitos, mas para uma prática de obrigações e deveres inalteráveis. Com efeito, o discurso pedagógico dominante tem servido muito mais como elemento de contenção da dimensão democrática da cidadania e de perpetuação de um modelo nacional que prioriza a formação de trabalhadores e não do cidadão.[63]

A educação como direito social enseja a possibilidade de relacioná-la com a cidadania, existindo basicamente duas possibilidades de se vislumbrar as interligações que se criam entre as práticas pedagógicas e a construção da cidadania.

A primeira tem por fundamento uma concepção clássica de educação que sustenta uma espécie de cidadania legitimadora. Aqui é entendia de forma dual, ou seja, educa-se distintamente o homem e o cidadão. [...] Educar significa transmitir conhecimentos previamente definidos pelos mestres que monopolizam sua produção. A disciplina -

entendida numa acepção estrita como sinônimo de adestramento - é o método-chave desse sistema. Ela tem caráter dogmático, para a qual somente o jurídico define o *status* de cidadão. Na segunda possibilidade concebe-se a educação e cidadania sob um viés democrático, ou seja, nenhuma é imposta e ambas são construídas. Educar é construir conjuntamente, por intermédio do diálogo, o objeto do conhecimento; é perceber e tomar consciência a respeito do micro/macro universo. É necessário elucidar que uma concepção democrática de educação também contempla a disciplina como um conjunto de seus elementos, atribuindo-lhe, porém, uma conotação que deixa de ser repressiva para ser elemento de construção do diálogo, mediante o estabelecimento de limites. [...] A educação assim configurada permite o advento de um modelo de cidadania democrática que se consolida enquanto espaço de reivindicação e de implementação de direitos.[64]

Como ensina Dallari, a educação é um processo de aprendizagem e aperfeiçoamento. Ela torna as pessoas mais preparadas para a vida, para a convivência e para a reivindicação de seus direitos.[65] Por isso, neste início de milênio são urgentes novas políticas voltadas à educação, uma nova educação, mais abrangente, mais humana, mais crítica, em que seja possível a preparação para a cidadania. A educação não deve objetivar apenas uma suposta qualificação do trabalhador, seu papel é constituir-se numa ferramenta que contribua para a formação de uma consciência crítica, capaz de dotar o cidadão de um saber que lhe permita ultrapassar as ideologias, conhecer seus direitos, lutar por eles e superar seus problemas.[66]

3.3 A Educação em Direitos Humanos e a humanização da educação profissional

No ensino profissionalizante, a ênfase aos direitos humanos é conduzida pela perspectiva teórica do trabalho, em meio a uma avalanche de modificações que compõem o mundo da vida, advindo da globalização das relações econômicas. Um trabalho que não crie apenas bens e que produza a si mesmo, bem como ao trabalhador como uma mercadoria, e alienante, precisa ser superado. Constata-se um trabalho que aliena e arrebata do produtor o produto do seu trabalho, porém, defende-se o trabalho como atividade racional humana na produção tanto de bens materiais como de bens espirituais ou simbólicos. Urge-se uma educação que possibilite a superação daquele tipo de trabalho que conduz à perversão do trabalhador.[67]

Freire ressalta que o homem através da sua ação-reflexão com o mundo e si mesmo pode comprometer-se e comprometendo-se pode transformar a sociedade e transcender a alienação cultural. Educação não é o motor da transformação social e política e nem reproduz mecanicamente a sociedade, ela é essencialmente um ato de conhecimento e conscientização e que, por si só não leva uma sociedade a se libertar da opressão. A educação tem como elemento fundamental, como seu sujeito, o homem que busca, por meio dela, a superação de suas imperfeições, de seu saber relativo. Assim, mediante a conscientização dos indivíduos com os quais trabalha e de sua própria conscientização

como produto do contato com eles, cumprirá o trabalhador social, o papel de agente de mudança[68]

Demo ao contrastar a pobreza política e a aprendizagem construtivista, destaca que:

Garantir a sobrevivência das pessoas é direito radical decisivo, mas ainda mais relevante que isso é gestar a competência política de saber garantir a sobrevivência com as próprias mãos. Porquanto, excluído irremediável é aquele que nem sequer consegue e é coibido de saber que é excluído. Não só toma a situação como definitivamente dada e inamovível, como, sobretudo assume os algozes como padrinhos. Imagina que toda solução há de vir pela via da doação. Muito mais grave do que ser "ajudado" pelos outros é ser "pensado" pelos outros.[69]

A filosofia da educação adotada ao longo da história nas instituições do IFES possui traços nítidos da tendência pedagógica classificada como tecnicista. Tal afirmação é evidente nos cursos da educação profissional no âmbito agropecuário que de forma explícita cultuam o "aprender a fazer", sem a devida preocupação com os ensinamentos indispensáveis à formação para a vida e à construção da identidade do cidadão, primando exclusivamente pela formação técnica, ou melhor, pela preparação da mão-de-obra exigida pelo mercado de trabalho. Notadamente a educação profissional possui um viés de alienação, pois segundo Freire "um conceito errado é que a educação deveria ser uma adaptação do homem à sociedade. O homem não é para ser adaptado, mas para modificar, interagir no seu mundo". [70]

Entretanto, com o advento da Lei nº 11.892/2008 as instituições de ensino do recém criado IFES deverão obrigatoriamente garantir pelo menos 50% (cinqüenta por cento) das vagas para os cursos de educação profissional técnica de nível médio, os quais deverão ser ministrados, prioritariamente, de maneira integrada ao ensino médio, em conformidade com o disposto no Decreto nº 5.154/2004. Esta determinação legal tem exigido das instituições a elaboração de planos de cursos com maior nível de interação, capazes de garantir a formação técnica, porém deve dedicar a atenção devida à formação humanista.

O Decreto nº 5.154/2004 regulamentou as formas através das quais os sistemas educacionais e as escolas podem buscar a realização de uma formação integrada. Formas essas que se definem como integrada, concomitante e subseqüente. Entretanto, para Frigotto *et. al.* a integração ensino médio e ensino técnico "sugere superar o ser humano dividido historicamente pela divisão social do trabalho entre a ação de executar e a ação de pensar, dirigir e planejar."[71] Ciavatta *apud* Cardozo enfatiza que a formação integrada traz em seu conteúdo, possibilidades para "superar a redução da preparação para o trabalho ao seu aspecto operacional, simplificado, escoimados dos conhecimentos que estão na sua gênese científico-tecnológica e na sua apropriação histórico-social."[72]

A nova concepção parte do pressuposto que a educação adquiriu aspectos impregnados de elementos mercadológicos com a adaptação do homem aos moldes do mercado de

trabalho. Entretanto, apesar das mudanças advindas da legislação, deve-se ter cuidado com as propostas e experiências de integração, pois elas podem dar continuidade à dualidade formação propedêutica/preparação profissional, sob mecanismos disfarçados de integração, apenas para cumprir os dispositivos legais. Ou ainda, sob a máscara dos discursos eloqüentes favoráveis à formação integral do homem, fortalecer a perspectiva do capital, no sentido de formar o trabalhador para adequar-se às novas exigências impostas pelas empresas, às imprevisibilidades do mercado ou para criar sua própria estratégia de emprego.[73]

Na atualidade prioriza-se a formação técnica em detrimento da humanista. Isso decorre tanto do prestígio que usufruem as ciências da natureza por seus sucessos e suas aplicações tecnológicas, quanto pelo fato das ciências sociais terem um grau de desenvolvimento teórico menor e existir menos consenso em torno das teorias que são mais complexas. Até recentemente as disciplinas sociais como a economia, a psicologia ou a antropologia estava ausente do currículo escolar e só a história como narração recebia tratamento relativamente amplo. Hoje quando os direitos humanos tendem a ser considerados universais e quando se pretende que nada do que é humano seja estranho, seria muito mais importante dispensar atenção aos fenômenos sociais de modo geral.[74]

O mundo moderno suscita novas situações que deveriam ser abordadas na escola, se pretende-se preparar os alunos para que se integrem nele e saibam responder às novas exigências. Esses problemas mereceriam um tratamento no currículo, não como novas matérias aos já sobrecarregados programas, mas impregnando sua organização e sugerindo formas de tratamento das disciplinas tradicionais. Entre os conteúdos referidos pode-se mencionar a educação para o desenvolvimento sustentável, a educação nos direitos humanos e a convivência entre diversas culturas, o que pode ser chamado de interculturalidade, temas que, conquanto aparentemente independentes, estão inter-relacionados.[75]

Costumeiramente utiliza-se os termos multiculturalidade e interculturalidade para fazer referência a essa espécie de fenômenos relativamente novos que ocorrem em sociedades que começam a não ser homogêneas quanto a auto-caracterização de indivíduos que tem identificações diferentes, quer de nacionalidade, quer de religião, quer de linguagem, quer de etnia. Apesar disso é freqüente diferenciar multiculturalidade e interculturalidade, reservando-se o primeiro termo para aludir a uma sociedade em que existem grupos culturais diferentes, e o segundo para se referir a políticas de integração e convivência dessas diferentes culturas.[76]

A nova escola tem de estar muito mais aberta ao exterior, aos conhecimentos vivos, aos problemas que preocupam as pessoas e à cultura da rua. A sala de aula tem de ser um lugar amplo e bem iluminado onde possam ser realizadas tarefas bem variadas. A sala de aula deve ser um laboratório e uma oficina onde se possa realizar todo tipo de atividade. Se desejar que a educação contribua para o progresso social e não continue olhando para o passado, tem-se de fazer com que se adapte às necessidades da sociedade atual e prepare os homens para viver em um mundo que muda com velocidade crescente.[77]

O curioso é observar que a escola atual permanece muito isolada de seu meio e isso deveria provocar uma reflexão. Os temas que são tratados na escola, se não são

impermeáveis e distantes em si mesmos a escola os torna assim pela forma de abordá-los, apresentando-os independentemente do meio circundante. Por essa razão, de nada serve, se o que se quer é contribuir para melhorar os homens, que as crianças aprendam muita física ou muita história. O importante é que sejam capazes de refletir com rigor sobre os problemas físicos ou sobre a história, que sejam capazes de refletir acerca do universo físico e do universo social.[78]

O dilema então está entre privilegiar o ensino de conteúdos ou integrá-lo à vida e formar pessoas. Essa dualidade de objetivos ocorre o tempo todo e se manifesta periodicamente nas polêmicas em torno dos fins da escola. Também em seu interior as histórias de maus tratos entre iguais não se trata de um fenômeno novo, tendo sido recorrentes. Os atos de agressão, sobretudo a intimidação sistemática de alguns estudantes por parte dos outros, são um fato bem conhecido, registrado pela literatura, nos anais da vida escolar, há muitos anos, aparecendo também nas recordações escolares de muitos adultos.[79]

Neste cenário torna-se relevante se discutir a violência no âmbito educacional. Nos países nórdicos esse fenômeno foi denominado de *mobbing* ou *mobbning* e nos países anglo-saxões *bullying*, termo que se ampliou mundo afora. A característica desse tipo de violência é que um ou vários alunos agridem sistematicamente outro ou outros. Por esse motivo, o fenômeno é descrito como maus tratos entre iguais pelo abuso de poder. As formas de maus-tratos são variadas podendo ser classificadas como maus-tratos físicos, verbais e exclusão social, embora frequentemente se verifique uma combinação dessas formas.[80]

É preciso rever os procedimentos adotados na resolução de tais conflitos e no trato das infrações cometidas deve-se considerar que existem diferenças entre o castigo e a sanção:

Em primeiro lugar, o castigo é dirigido contra a pessoa e afeta sua dignidade, ao passo que a sanção é aplicada contra a conduta inadequada. Além disso, geralmente o castigo não tem relação com a falta cometida, enquanto a sanção deve ser orientada para a correção e para a reparação. É preciso fazer com que a sanção seja norteada para o aprendizado da conduta adequada, o que não ocorre com o castigo, que muitas vezes é fruto de um impulso de momento, da irritação de um instante, ao passo que a sanção requer reflexão e planejamento.[81]

A Educação em Direitos Humanos inclui a idéia de desenvolvimento sustentável, por isso requer também que se entenda o papel da economia na vida social, as formas de governo, a participação dos cidadãos, os direitos humanos. Neste sentido é necessário dispensar uma cuidadosa atenção aos conflitos entre os seres humanos e suas formas de resolução[82] tendo em vista que os recursos naturais e tecnológicos são escassos e a demanda por estes crescente.

Considerações finais

A grande tarefa da escola atual é conseguir acolher uma população cada vez mais heterogênea, proporcionando-lhe uma educação de qualidade, que inclua os conhecimentos, as atitudes e os valores que são necessários para inserção na vida social. Afinal trata-se de uma sociedade que muda com grande rapidez e que apresenta características distintas das que existia outrora. Existe consenso de que é preciso não só formar alunos instruídos, mas, sobretudo futuros cidadãos responsáveis, contudo, são evidentes as pressões sobre o sistema educacional e atualmente o aspecto que mais tem influído na educação são as exigências do sistema produtivo, mais do que as do sistema social e político, de tal maneira que se corre o risco de tudo o que diz respeito à formação cidadão seja relegado ao segundo plano.

A integração entre o ensino médio e educação profissional certamente minimizará os efeitos danosos da formação para o trabalho, para tanto, deve pautar-se na perspectiva da escola unitária. Tal escola requer uma educação geral que se torne parte inseparável da educação profissional, e que o trabalho seja o princípio educativo na perspectiva de incorporar a dimensão intelectual ao trabalho produtivo, para formar, na expressão de Gramsci, homens que possam atuar como dirigentes e não apenas como dirigidos. Nesse processo de tentativas e experiências de integração o que está em jogo não é apenas a modificação de aspectos legais da política educacional, mas a própria reprodução das relações sociais que contribui para perpetuar a concepção de mundo baseada na sociedade do mercado.

Para inserir-se nesta nova concepção o IFES deve se nortear pelos fundamentos que regem a criação dos institutos, fundado na afirmação de que a formação humana e cidadã devem preceder à qualificação profissional. Desta feita, o Projeto Político Institucional deve contemplar políticas constituídas por ações e programas capazes de garantir as conquistas já consumadas e possibilitar os avanços esperados na efetivação dos direitos fundamentais, com ênfase na garantia da dignidade da pessoa humana. A concepção deste novo modelo educacional, indubitavelmente não poderá perder de vista os fatos do cotidiano no tocante às garantias e às ações visando a proteção dos direitos humanos.

Referências

BENEVIDES, Maria Victoria. Educação, democracia e direitos humanos. *In*: **Jornal da Rede**. São Paulo: Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos, nº. 1, mai. 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Os direitos humanos e a democracia. *In* SILVA, Reinaldo Pereira (org.). **Direitos Humanos como educação e justiça.** São Paulo: LTr, 1998.

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007.**

_____. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Brasília: Ministério da Educação, 1996.

CARDOZO, Maria José Pires Barros. **Ensino Médio Integrado à Educação Profissional**: Limites e Possibilidades. Mato Grosso: UFMA, 2006.

COSTA, Marli Marlene M. da. A educação como direito fundamental para o pleno exercício da cidadania. *In* REIS, Jorge Renato dos (org.). **Direitos sociais e políticas públicas:** desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania.** São Paulo: Moderna, 1999.

DELUIZ, Neise. A globalização econômica e os desafios à formação profissional. **Boletim Técnico do SENAC,** Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, mar./ago., 1996.

DEMO, Pedro. **Política Social, Educação e Cidadania.** 10. ed. Campinas: Papirus, 2007.

DERVAL, Juan. **Manifesto por uma escola cidadã.** Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Papirus, 2006.

FERREIRA, Fabiane Aparecida Rovina. **Um toque de humanização numa educação tecnicista.** Disponível em: http://www.unimep.br/phpg/mostraacademica/anais/4mostra/pdfs/224.pdf. Acesso em 02 set. 2009. p. 2.

FREIRE, Paulo. **Educação e Mudança.** 4. ed. Tradução de Moacir Gadotti e Lílian Lopes Martin. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

_____. **Pedagogia do oprimido.** 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

FRIGOTTO, Gaudêncio, CIAVATTA, Maria, RAMOS, Marise Nogueira (orgs.). **Ensino médio integrado**: concepção e contradições. São Paulo: Cortez, 2005.

KUENZER, Acácia. As propostas de decreto para regulamentação do ensino médio e da educação profissional: uma análise crítica. *In*: FRIGOTTO, Gaudêncio; CIAVATTA, Maria Aparecida. **Pronunciamento da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação/Anped - GT Trabalho e Educação**. Disponível em http://www.anped.org.br. Acesso em 30 mai. 2009.

LIBÂNEO, José Carlos. Os Significados da Educação, Modalidades de Prática Educativa e a Organização do Sistema Educacional *In:* _____. **Pedagogia e Pedagogos, para quê?** 7. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

LOUREIRO, Carlos Frederico B. **Trajetória e fundamentação da educação ambiental.** São Paulo: Cortez, 2004.

MANACORDA, Mário. Marx e a pedagogia moderna. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

MELO NETO, José Francisco. Educação popular em direitos humanos. *In:* SILVEIRA, Rosa Maria Godoy; DIAS, Adelaide Alves; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra**; FEITOSA, Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer; ZENAIDE, Maria de Nazaré**

Tavares. Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos. Paraíba: Editora da UFPB, 2007.

OLIVEIRA, Ramon de. **A (des)qualificação da educação profissional brasileira**. São Paulo: Cortez, 2003.

_____. O ensino médio em questão: A análise de uma história recente. **R. Educ. Prof**., Rio de Janeiro, v. 34, n.1, jan./abr., 2008.

PEÑA, Maria de los Dolores Jimenez. Educação, tecnologia e humanização. **Cad. de Pós-Graduação em Educ., Arte e Hist. da Cult. São Paulo**, v. 3, n. 1: 9-19, 2003.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos.** Curitiba: Juruá, 2006.

PROJETO NOVAMÉRICA. Petrópolis: Vozes. 1996.

RAMOS, Marise. Possibilidades e desafios na organização do currículo integrado. *In:* FRIGOTTO, Gaudêncio; CIAVATTA, Maria; RAMOS, Marise (Org.). **Ensino médio integrado: concepção e contradições**. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Boaventura Souza. "Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade". *In*: _____. **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos humanos fundamentais.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVEIRA, Flávia Furtado. O mercado está uma fera: o desenvolvimento moral na educação profissional e as mudanças no mundo do trabalho. Universidade de Brasília. **Educação Profissional: Ciência e Tecnologia**, v. 1, n. 1: 77-88 jul./dez., 2006.

[1] PEÑA, Maria de los Dolores Jimenez. Educação, tecnologia e humanização. **Cad. de Pós-Graduação em Educ., Arte e Hist. da Cult. São Paulo**, v. 3, n. 1: 9-19, 2003. p. 14.

[2] PROJETO NOVAMÉRICA. Petrópolis: Vozes. 1996. p. 14.

[3] MELO NETO, José Francisco. Educação popular em direitos humanos. *In:* SILVEIRA, Rosa Maria Godoy *et. al.* **Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos.** Paraíba: Editora da UFPB, 2007. p. 437.

[4] PROJETO NOVAMÉRICA, o*p.cit.*, p. 9.

[5] PEÑA, o*p.cit*., p. 13.

[6] DELUIZ, Neise. A globalização econômica e os desafios à formação profissional. **Boletim Técnico do SENAC,** Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, mar./ago., 1996.

[7] RAMOS, Marise. Possibilidades e desafios na organização do currículo integrado. *In*: FRIGOTTO, Gaudêncio; CIAVATTA, Maria; RAMOS, Marise (Org.). **Ensino médio integrado: concepção e contradições**. São Paulo: Cortez, 2005. p. 106-127.

[8] BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007.**

[9] LOUREIRO, Carlos Frederico B. **Trajetória e fundamentação da educação ambiental.** São Paulo: Cortez, 2004.

[10] OLIVEIRA, Ramon de. **A (des)qualificação da educação profissional brasileira**. São Paulo: Cortez, 2003. p. 11.

[11] KUENZER, Acácia. As propostas de decreto para regulamentação do ensino médio e da educação profissional: uma análise crítica. In: FRIGOTTO, Gaudêncio; CIAVATTA, Maria Aparecida. **Pronunciamento da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação/Anped - GT Trabalho e Educação**. Disponível em http://www.anped.org.br. Acesso em 30 mai. 2009.

[12] SILVEIRA, Flávia Furtado. O mercado está uma fera: o desenvolvimento moral na educação profissional e as mudanças no mundo do trabalho. Universidade de Brasília. **Educação Profissional: Ciência e Tecnologia**, volume 1, número 1: 77-88 jul./dez., 2006. p. 81.

[13] KUENZER, o*p.cit.*, p. 8.

[14] SILVEIRA, o*p.cit.*, p. 82.

[15] OLIVEIRA, Ramon de. O ensino médio em questão: A análise de uma história recente. **R. Educ. Prof**., Rio de Janeiro, v. 34, n.1, jan./abr., 2008. p. 47.

[16] BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Brasília: Ministério da Educação, 1996.

[17] SILVEIRA, o*p.cit.*, p. 86.

[18] FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido.** 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. p. 33.

[19] *Idem*, p. 38.

[20] OLIVEIRA, 2008, o*p. cit.*, p. 43.

[21] *Idem*, p. 30.

[22] FREIRE, 1983, o*p. cit.*, p. 62.

[23] *Idem*, p. 34.

[24] MANACORDA, Mário. Marx e a pedagogia moderna. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 94-95.

[25] FRIGOTTO, Gaudêncio, CIAVATTA, Maria; RAMOS, Marise (orgs.) **Ensino Médio Integrado: concepções e contradições**. São Paulo: Cortez, 2005.

[26] OLIVEIRA, 2008, o*p. cit.*, p. 44.

[27] *Idem*, p. 45.

[28] *Idem*, p. 47.

[29] RAMOS, o*p. cit.*, p. 120.

[30] FRIGOTTO *et.al.*, *op. cit.*

[31] OLIVEIRA, 2008, o*p. cit.*, p. 47.

[32] *Idem*, p. 47.

[33] *Idem*, p. 48.

[34] FRIGOTTO *et. al.*, o*p. cit.*, p. 84.

[35] RAMOS, o*p.cit.*, p. 118.

[36] MELO NETO, o*p.cit.*, p. 429.

[37] BRASIL, 2007, o*p.cit.*, p. 17.

[38] FREIRE, Paulo. **Educação e Mudança.** 4. ed. Tradução de Moacir Gadotti e Lílian Lopes Martin. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981, p. 51.

[39] BRASIL, 2007, *op. cit.*, p. 18.

[40] FREIRE, 1981, *op. cit.*, p. 49.

[41] PROJETO NOVAMÉRICA, o*p.cit.*, p. 36.

[42] BENEVIDES, Maria Victoria. **Educação, democracia e direitos humanos**. In: Jornal da Rede. São Paulo: Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos, nº. 1, mai. 1997. p. 12.

[43] BONAVIDES, Paulo. Os direitos humanos e a democracia. *In* SILVA, Reinaldo Pereira (org.). **Direitos Humanos como educação e justiça.** São Paulo: LTr, 1998. p. 16.

[44] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos humanos fundamentais.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35.

[45] PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 18.

[46] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 83.

[47] PIOVESAN, o*p. cit.*, p. 12.

[48] *Idem*, p. 13.

[49] BOBBIO, *op. cit.*, p. 83.

[50] LIBÂNEO, José Carlos. Os Significados da Educação, Modalidades de Prática Educativa e a Organização do Sistema Educacional. *In:* _____. **Pedagogia e Pedagogos, para quê?** 7. ed. São Paulo: Cortez, 2004. p. 69-103.

[51] FERREIRA, Fabiane Aparecida Rovina. **Um toque de humanização numa educação tecnicista.** Disponível em: http://www.unimep.br/phpg/mostraacademica/anais/4mostra/pdfs/224.pdf Acesso em 02 set. 2009. p. 2.

[52] SANTOS, Boaventura Souza. "Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade". In: _____. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

[53] . FREIRE, 1981, o*p. cit.*, p. 30.

[54] PROJETO NOVAMÉRICA, o*p.cit.*, p. 13.

[55] *Idem*, p. 15.

[56] *Idem*, p. 15.

[57] *Idem*, p. 16.

[58] *Idem*, p. 18.

[59] COSTA, Marli Marlene M. da. A educação como direito fundamental para o pleno exercício da cidadania. *In* REIS, Jorge Renato dos (org.). **Direitos sociais e políticas públicas:** desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. p. 1703.

[60] *Idem*, p. 1706..

[61] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p 571.

[62] COSTA, *op. cit.*, p. 1712..

[63] *Idem*, p. 1713..

[64] Idem, p. 1713.

[65] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania.** São Paulo: Moderna, 1999. p. 47.

[66] COSTA, o*p. cit.*, p. 1723..

[67] MELO NETO, o*p.cit.*, p. 435.

[68] FREIRE, 1983, o*p. cit.*, p. 31.

[69] DEMO, Pedro. **Política Social, Educação e Cidadania.** 10.ed. Campinas: Papirus, 2007. p. 33.

[70] FREIRE, 1983, o*p. cit.*, p. 31.

[71] FRIGOTTO *et. al,. op. cit.*, p. 85.

[72] CARDOZO, Maria José Pires Barros. **Ensino Médio Integrado à Educação Profissional**: Limites e Possibilidades. Mato Grosso: UFMA, 2006. p. 13.

[73] *Idem*, p. 13.

[74] DERVAL, Juan. **Manifesto por uma escola cidadã.** Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Papirus, 2006. p. 95.

[75] *Idem*, p. 105.

[76] *Idem*, p. 118.

[77] *Idem*, p. 120.

[78] *Idem*, p. 74.

[79] *Idem*, p. 30.

[80] *Idem*, p. 30.

[81] *Idem*, p. 61.

[82] *Idem*, p. 109.

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO*

PAPEL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA EFECTUACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN

Suzéte da Silva Reis
Jorge Renato dos Reis

RESUMO

O objeto de estudo deste artigo é o papel das políticas públicas para a efetivação do direito fundamental à educação e construção da cidadania de crianças e adolescentes, a partir das disposições da Constituição Federal de 1988. Trata-se de uma reflexão sobre a educação como um Direito Fundamental para a efetivação da cidadania de crianças e adolescentes. Busca-se um novo paradigma que propicie o desenvolvimento integral do ser humano, sua preparação para o trabalho e exercício da cidadania, considerando que é através da educação que será possível a apreensão, a compreensão e a reconstrução de conhecimentos que possam transformar nossa realidade social. Uma das hipóteses que orientam esse trabalho é o fato de que a sociedade brasileira enfrenta um grande desafio, qual seja, criar um sistema de real eficácia e integração, capaz de garantir às crianças e adolescentes o pleno exercício da cidadania, por meio de políticas públicas que enfatizem a união entre família, escola e sociedade civil, implementadas a partir do poder local e do capital social.

PALAVRAS-CHAVES: EDUCAÇÃO – CIDADANIA – POLÍTICAS PÚBLICAS

RESUMEN

El objecto del estudio de este artigo es el papel de las políticas públicas para la efectuación del derecho fundamental a la educación y construcción de la ciudadanía de los niños y adolescentes, a partir de las disposiciones de la Constitución Federal de 1988. Buscase un nuevo paradigma que propicie el desarrollo integral del ser humano, suya preparación para lo trabajo y ejercício de la ciudadanía, considerando que es a través de la educación que será posible la aprehensión, la comprensión y la reconstrucción de conocimientos que puedan transformar nuestra realidad social. Una de las hipótesis que orientan este trabajo es el facto que la sociedad brasileña afrenta un gran desafío, cual sea, crear um sistema de real eficacia y integración, capaz de garantizar a los niños y adolescentes el pleno ejercício de la ciudadanía, por medio de políticas públicas que enfaticen la unión entre la família, escuela y sociedad civil, implementada a partir del poder local y del capital social.

PALAVRAS-CLAVE: EDUCACIÓN – CIUDADANIA – POLÍTICAS PÚBLICAS

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Considerações Iniciais

O direito fundamental à educação é assegurado a todos os homens, indistintamente, e se constitui como garantia para o exercício dos demais direitos fundamentais, mas a consagração da educação como um direito fundamental do homem é recente na história. Mesmo existindo desde os primórdios da humanidade, a educação nem sempre teve a característica que hoje possui: que é a de ser reconhecida como essencial à formação do homem e, como tal, ter alcançado o *status* de direito fundamental.

A Constituição Federal de 1988, no art. 205, prevê que a educação é um direito de todos, e que o Estado, a família e a sociedade tem o dever de oferecê-la*o-lhe o ntigar o tema est*. Cabe, portanto, ao Estado a responsabilidade pelo oferecimento da educação fundamental básica, que deve ser pública e gratuita. Ainda, não basta assegurar tão somente o acesso, mas também a permanência dos alunos na escola.

A efetivação deste direito dependerá dos mecanismos que assegurem sua concretização. Neste sentido, as políticas públicas educacionais representam a atuação do Estado, no sentido de efetivar o direito constitucionalmente garantido.

Dentre os objetivos da educação, elencados pela Carta Magna, estão o atendimento à formação integral do ser humano, sua preparação para o trabalho e exercício da cidadania. Da leitura deste dispositivo depreende-se que cabe à educação oferecer os instrumentos necessários ao indivíduo para que ele se desenvolva plenamente: acesso aos conhecimentos produzidos e acumulados pela humanidade no transcorrer da história, desenvolvimento do pensamento crítico e participação ativa na sociedade na qual está inserido.

Todavia, os dados estatísticos divulgados periodicamente demonstram que no Brasil, assim como em outros países em desenvolvimento, os investimentos em educação são mínimos, resultando em posições vergonhosas no ranking de países avaliados por organismos internacionais, especialmente ligados à ONU e à UNESCO. Tal situação demonstra que ainda há muito a trilhar, no sentido de garantir o acesso a uma educação de qualidade a todos os cidadãos e que é preciso agir de modo imediato.

As políticas públicas surgem como alternativa possível de superação destes problemas, pois representam a atuação do Estado, no sentido de garantir o direito fundamental à educação, para todos os cidadãos, respeitando os preceitos constitucionais que, por sua vez, estão em consonância com documentos internacionais de proteção a este direito fundamental.

Sendo um direito fundamental, tutelado pelo texto constitucional pátrio, a educação deve ser alvo de atenção por parte do Estado e da sociedade, pois se constitui em um dos requisitos para o exercício dos demais direitos assegurados pelos direitos fundamentais e pelo estatuto da cidadania. Sua concretização está, pois, na dependência da elaboração e da implementação de políticas públicas educacionais.

1 Os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais reconhecidos pelo texto constitucional de 1988 se configuram numa garantia para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual se encontra no ápice da Constituição e, em conseqüência, de todo o ordenamento jurídico. De acordo com Moraes[3], os direitos fundamentais estão em posição hermenêutica superior aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, por se referirem às garantias e prerrogativas asseguradas constitucionalmente ao cidadão.

Para Pérez Luño, os direitos fundamentais *"representan una de las decisiones básicas del constituyente a través de la cual los principales valores éticos y políticos de una comunidad alcanzán expresión jurídica"**[4]**,* ao mesmo tempo em que estabelecem as relações jurídicas entre indivíduo e Estado e indivíduos entre si. Uma das funções precípuas dos direitos fundamentais é, portanto, garantir a unidade do ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais representam a garantia aos cidadãos de que o Estado atuará na promoção dos direitos da pessoa e na promoção dos direitos da vida coletiva e social. Eles se apresentam nos textos constitucionais, como *"un conjunto de valores básicos y, al própio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas."**[5]*** Ao mesmo tempo, os direitos fundamentais, em sua dimensão subjetiva, tutelam as relações entre os particulares, obedecendo a concepção formal de igualdade de todos perante a lei.

Para Schulte, os direitos fundamentais "são originária e primacialmente direitos individuais de defesa contra ingerências na e ameaças à liberdade pessoal por parte do Estado ou de outros poderes."[6] A função defensiva, com o passar do tempo, foi complementada pela função participativa e pela função prestacional.

Barreto entende que o termo direito fundamental tem um sentido filosófico quando é utilizado para falar de "certos direitos que reconhecem e garantem a qualidade de pessoa humana ao ser humano."[7] Outra acepção é de que são fundamentais os direitos que, "apesar de serem aqueles que o homem deve gozar por ser pessoa, só aparecem como fundamentais depois que o direito legislado os tenha reconhecido em sua positividade."[8] Assim, são direitos fundamentais aqueles reconhecidos pelo ordenamento jurídico e que estão inseridos em uma ordem jurídica específica, ao passo que os direitos humanos têm um caráter mais amplo, estando acima da organização estatal de determinada nação.

A ideia de direitos fundamentais está ligada à própria idéia de democracia e de Estado Democrático de Direito. No entender de Sarlet, os direitos fundamentais podem ser considerados como "pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo"[9], além disso, os mesmos desempenham função decisiva para a garantia contra eventuais desvios de poder praticados por quem está no poder.

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual[10].

Tamanha é a importância dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal que, conforme assevera Sarlet, os mesmos podem ser considerados como "cláusula pétrea", o que lhes confere uma proteção ainda maior. Nas palavras do autor, eles se caracterizam por uma limitação jurídica do poder estatal e podem ser definidos do seguinte modo:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.[11]

Para conceituar o que são direitos fundamentais, Dimoulis destaca três elementos essenciais: o Estado, o indivíduo e o texto normativo regulador. Quando fala em Estado, o autor se refere ao Estado Moderno, que detém o controle de um aparelho de poder centralizado que controla determinado território e impõe suas decisões por meio das suas instituições.

A existência do indivíduo é o requisito dos direitos fundamentais. O reconhecimento dos direitos individuais à liberdade, igualdade e propriedade, que se configuram como uma das características das sociedades capitalistas, é o contraponto de uma concepção que considera o indivíduo como ser social. E por fim, o texto normativo regulador entre Estado e indivíduo é desempenhado pela Constituição em seu sentido formal, "que declara e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras."[12]

Dimoulis aponta para a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, dizendo que um direito só é fundamental se for garantido mediante normas que tenham força jurídica própria da supremacia constitucional. Diz ele que "todos os direitos garantidos na Constituição são considerados fundamentais, mesmo quando seu alcance e relevância social forem bastante limitados."[13]

Ainda, em relação à fundamentalidade das cláusulas pétreas, o autor lembra que não há hierarquia entre os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, porque, segundo ele, todos os direitos que "em determinado momento são constitucionalmente garantidos têm, evidentemente, a mesma relevância e força jurídica, não cabendo distinção em sua aplicação."[14]

Os direitos fundamentais representam o seu reconhecimento pelos ordenamentos jurídicos. Conforme Perez Luño, os direitos fundamentais *"aparecen como derechos de participación em la vida política, social, econômica y cultural, para lo que se requiere*

*um compromiso activo de los poderes públicos encaminado a garantizar o su ejercicio."**[15]*** A garantia do exercício dos direitos fundamentais é responsabilidade do Estado que, através dos seus órgãos, deve prestar adequadamente os serviços públicos, garantindo, deste modo, o exercício dos direitos fundamentais.

Modernamente e para uma melhor compreensão didática, os direitos fundamentais podem ser divididos em gerações ou dimensões[16] de direitos.

Os direitos da primeira dimensão são os direitos civis e políticos. Para Barreto, são direitos de resistência e oposição perante o Estado, que tem a liberdade como valor inspirador. Os direitos de primeira dimensão têm cunho individualista e, conforme Sarlet[17], se afirmam como direitos do indivíduo frente ao Estado. São eles, o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, bem como os direitos de liberdade de expressão e os direitos de participação política. O autor acrescenta ainda ao rol, o direito de igualdade e as garantias processuais como o devido processo legal, *habeas corpus* e o direito de petição.

De acordo com Peces-Barba, os direitos de primeira dimensão têm inspiração liberal *"através dos cuales se defiende una idea de libertad y de autonomia como rasgos caracterizadores de los seres humanos, siendo la principal función de estos instrumentos la de limitar al poder"**[18]*** do Estado e proteger o indivíduo da sua atuação.

As reivindicações sociais são os fundamentos dos direitos de segunda dimensão, decorrentes das desigualdades nas condições de vida. Contrapondo-se ao Estado liberal, onde o Estado deveria ter uma postura neutra, de não intervenção na vida e na liberdade dos cidadãos, o Estado Social de Direito e, com ele os direitos de segunda dimensão, veio a exigir o contrário: que o Estado passasse a intervir positivamente para a garantia dos direitos fundamentais dos seus cidadãos.

Os direitos de segunda dimensão são *"fruto del pensamiento democrático, que se corresponden con los políticos o de participación, y que se basan em la exigência de que los indivíduos participe em la composición del poder y en la determinación de sus decisiones."**[19]*** O Estado deixa sua posição de não atuação e passa a ser instigado a agir. Através da sua atividade prestacional, passa a ter o dever de garantir os direitos dos cidadãos.

Na segunda dimensão estão os direitos econômicos, sociais e culturais, que se caracterizam por "outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas."[20] Lembra Sarlet que esses direitos abrangem bem mais que os direitos de cunho prestacional.

Embora seja empregada a expressão social, esses direitos não se confundem com os direitos coletivos da terceira dimensão, pois a justificativa para utilização do termo social está "na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicação das classes menos favorecidas."[21]

Os direitos fundamentais sociais, entre eles a educação, são, no entendimento de Barreto, "aqueles que, em vez de serem direitos contra o Estado, se constituem em direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais, como a implementação das políticas sociais."[22] Através destas políticas sociais o cidadão poderá gozar dos direitos constitucionalmente protegidos.

Em relação aos direitos sociais, Barreto destaca que eles "não são meios de reparar situações injustas, nem são subsidiários de outros direitos"[23], não se encontrando, deste modo, em situação hierarquicamente inferior aos direitos civis e políticos. Os direitos sociais adquirem, assim, "um caráter de exigência moral como condição da sua normatividade"[24], afastando–se do caráter assistencial e de caridade. Eles são, no entendimento do autor, imprescindíveis para a consecução dos objetivos almejados pelo texto constitucional.

Para Barreto, os direitos sociais possibilitam ao cidadão o acesso a uma dimensão maior de liberdade e cabe ao Estado o controle dos riscos do problema da pobreza, pois somente desse modo é possível garantir ao cidadão a satisfação das necessidades mínimas para sua sobrevivência digna. Não há cidadania sem inclusão social e superação das desigualdades sociais.

O surgimento dos direitos sociais representou uma alteração no conteúdo dos direitos fundamentais e na atuação do Estado, pois *"principios originariamente dirigidos a poner limite a la actuación del Estado se han convertido en normas que exigen su gestión en el orden econômico y social."**[25]*** A atuação do Estado, portanto, passou por uma modificação a partir da positivação dos direitos sociais, que se configuraram como *"un conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo sua función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales."**[26]***

Já os direitos de terceira dimensão tem "como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos."[27] Assim, a titularidade deixa de ser do indivíduo e passa a ser coletiva. O direito à paz, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à conservação do patrimônio histórico e a autodeterminação dos povos estão entre os direitos de terceira dimensão, que também são chamados de direitos de solidariedade ou de fraternidade em razão do seu caráter universal.

Os direitos de uma dimensão não substituem uns aos outros, ao contrário, se complementam. A educação, objeto de estudo deste artigo, como já referido, compõe o rol dos direitos de segunda dimensão.

2 A educação como direito fundamental

A educação, direito fundamental do homem, é imprescindível para a sua formação, preparação para o trabalho e exercício da cidadania. Essa constatação já foi feita quando da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, ao prever que todo homem tem direito à instrução, sendo a instrução elementar gratuita e obrigatória. O art. 26,

inciso 2, da referida Declaração, determina que a instrução seja orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. Já no seu Preâmbulo, a Declaração prevê que a sua consecução se dará pelo ensino e pela educação.

De acordo com Peces-Barba[28], a educação é um dos principais instrumentos para conscientização acerca da importância dos direitos, do seu significado e do seu alcance, lembrando que a Declaração Universal dos Direitos Humanos aponta que entre as causas de desrespeito e ofensas aos direitos humanos, está o desconhecimento.
Constituições de diversos países têm, em seus textos, a educação como um direito fundamental.

Para a concretização do direito fundamental à educação, o amparo constitucional é essencial, como destaca Moraes[29], o estabelecimento de constituições escritas está ligado aos direitos do homem, objetivando o estabelecimento de limites ao poder político e incorporando seus direitos subjetivos em normas formalmente básicas. Normas essas que orientarão todo o ordenamento jurídico de um país. Conforme Miranda, "qualquer Estado, seja qual for o tipo histórico a que se reconduza, requer ou envolve institucionalização jurídica do poder; em qualquer Estado podem recortar-se normas fundamentais em que assenta todo o seu ordenamento."[30]

Em qualquer Estado, em qualquer época e lugar (repetimos), encontra-se sempre um conjunto de regras fundamentais, respeitantes à sua estrutura, à sua organização e à sua actividade – escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples ou complexas. Encontra-se sempre uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre sujeitos e destinatários do poder. Todo Estado carece de uma Constituição como enquadramento da sua existência, base e sinal da sua unidade, esteio de legitimidade e de legalidade.[31]

Quando uma Constituição acolhe em seu texto a educação como um direito de todos e dever do Estado, como acontece com a atual Constituição brasileira, significa, conforme Silva[32], "elevar a educação à categoria de serviço público essencial que o Poder Público impende possibilitar a todos, daí a preferência constitucional pelo ensino público", sendo a iniciativa privada secundária e condicionada ao atendimento das leis regulamentadoras e ao preenchimento dos requisitos exigidos pelo Poder Público.

No Brasil, o direito fundamental à educação está assegurado constitucionalmente no artigo 6º, juntamente com os demais direitos sociais, e em capítulo específico, nos artigos 205 a 214. A partir da leitura do artigo 205, que diz que "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho", é possível compreender a dimensão do mesmo e sua importância para a concretização do modelo de Estado democrático que se pretende.

Para garantir que todos os cidadãos tenham uma educação de qualidade que possibilite o exercício da cidadania, indispensável para a construção de uma sociedade democrática, o próprio texto constitucional estabelece as condições, organização e estrutura do sistema educacional, as regras de participação dos entes federados e a elaboração de um plano nacional de educação, elencando os princípios que servirão de base para o ensino - art. 206; a forma através da qual o Estado efetivará o seu dever para com a educação - art. 208; a forma de elaboração dos sistemas de ensino da União, Estados, Distrito Federal e Municípios - art. 211; a destinação de recursos para o desenvolvimento do ensino – art. 212; e a exigência do Plano Nacional de Educação - art. 214.

No mesmo diploma legal, no capítulo dedicado à família, o art. 227 determina que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade de convivência familiar e comunitária.

A educação é uma das condições necessárias para se usufruir de outros direitos constitutivos do estatuto da cidadania. Oliveira diz que o ensino fundamental obrigatório constitui-se, ao mesmo tempo, num direito e numa dupla obrigatoriedade. Direito que o cidadão tem de acesso à educação e dupla obrigatoriedade porque é dever do Estado garantir a efetivação desse direito e dever dos pais ou responsáveis em provê-la, pois mandar os filhos à escola não é uma prerrogativa de que eles dispõem. Trata-se de um dever.[33]

A educação é um direito fundamental social e engloba, conforme Schulte, "o desenvolvimento cultural da personalidade, formação profissionalizante, bem como direitos de acesso a pessoas socialmente menos favorecidas a possibilidades de desenvolvimento social e cultural."[34] Todavia, aponta o autor, a garantia desse direito tem sua eficácia apoiada na legislação infraconstitucional, sem a qual ele não se efetiva. Sendo um direito social, a atuação do Estado depende da implementação, pelos órgãos públicos, dos mecanismos de garantia do mesmo.

Em sendo um direito fundamental do homem, a educação é indisponível e está garantida desde seu nascimento, sendo que o dever de efetivá-lo é do Estado. As políticas públicas em educação visam atingir esse fim, qual seja, o de atender as demandas existentes e dar eficácia ao direito fundamental à educação. O Estado atuará a partir delas.

Sarlet[35] traz à tona a discussão sobre a fundamentalidade dos dispositivos constitucionais que regulam o tema da educação. Para o autor, nem todos os artigos que tratam do assunto podem ser caracterizados como fundamentais.

[...] não há como deixar de considerar que a problemática da eficácia do direito social à educação depende, em muito, da circunstância de se ter, ou não, certeza sobre a fundamentalidade dos diversos preceitos e, em conseqüência, do complexo de normas que constituem o núcleo essencial do direito à educação, aqui tido no seu sentido mais amplo[36].

Segundo o autor os arts. 205 a 208 integram a essência do direito fundamental à educação, enquanto os arts. 209 a 211 tem cunho organizacional e procedimental e, portanto, tem o mesmo *status* constitucional das demais normas. Os arts. 212 e 213 tem caráter geral, estabelecendo a participação de cada ente federado no financiamento da educação e as diretrizes para a aplicação dos recursos públicos. O art. 214 determina a elaboração de um plano nacional de educação. Dessa forma, esses artigos – do 209 ao 214 – não tem a mesma fundamentalidade dos demais, pois como bem lembra Sarlet, não é "apenas pelo fato de guardarem relação direta com determinado direito fundamental social, que passam a compartilhar a fundamentalidade formal e material deste"[37].

De qualquer sorte, independentemente de quais dispositivos específicos integrem ou não o rol dos direitos fundamentais, o art. 205 confere à educação a condição de direito fundamental do homem, assegurando que a mesma seja tratada como tal, seja pelo Estado, seja pela sociedade.

Tamanha é a proteção do direito fundamental à educação que os cidadãos, ao verem seus direitos consagrados serem desrespeitados, dispõem de mecanismos para acionar o Estado e exigir dele a prestação, em muitos casos através do Poder Judiciário. Exemplos são fartos nesse sentido e decisões recentes dos Tribunais de Justiça[38], tem destacado a força do dispositivo constitucional que garante o oferecimento de ensino a todas as crianças e adolescentes, inclusive rechaçando a alegação de falta de dotação orçamentária como pretexto para o não oferecimento de vagas.

Mais ainda, o entendimento do Poder Judiciário é de que o direito à educação não pode estar sujeito à discricionaridade do administrador, visto que é um direito assegurado constitucionalmente e não compete ao administrador, seja na esfera que for, decidir sobre a sua efetivação ou não.

Também o Supremo Tribunal de Justiça – STJ –tem decisões nesse sentido e que reforçam a obrigatoriedade do Poder Público em oferecer o ensino. Inclusive, tem se posicionado a favor da legitimidade do Ministério Público para ingressar com a ação em nome da coletividade, defendendo assim os interesses da coletividade, quando isso se fizer necessário.[39]

Para Fux[40], o direito à educação, insculpido na Constituição Federal, é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Para ele, a Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a um segundo plano. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

No mesmo sentido, a posição do Supremo Tribunal Federal – STF – é de garantir o direito fundamental à educação. O órgão entende, também, que o Ministério Público tem legitimidade para exigir o cumprimento desse dever por parte do Estado, visto que o mesmo age em nome da coletividade.[41]

Por se tratar de um direito fundamental, o direito à educação é indisponível. Basta o seu não atendimento para que o Estado seja acionado e impelido a garanti-lo. Neste sentido, a sociedade, em geral, é legítima para exigir seu cumprimento.

3 A implementação das Políticas Públicas para efetivação do direito fundamental à educação

As políticas públicas representam a forma de atuação do Estado no sentido de efetivar os direitos dos seus cidadãos. A garantia da educação a todas as pessoas, independente de idade ou de condições econômicas ou sociais deve, portanto, ser alvo das políticas públicas estatais.

A participação da sociedade é imprescindível neste processo, que vai desde a constatação da necessidade de implementar determinada política, passando pela sua elaboração, efetivação e avaliação. A partir da participação se pode determinar, de modo pontual, as necessidades prementes que devem ser sanadas. A atuação da sociedade dependerá do estoque de capital social de que dispõe e do comprometimento que tiver em relação à formação plena das crianças e adolescentes.

Ademais, a participação está condicionada aos mecanismos de participação abertos pelo Estado. É preciso, portanto, que o Estado adote mecanismos que permitam a participação, em todos os níveis. Do contrário, em uma gestão centralizadora, pouco será o espaço de participação decisiva do qual a sociedade poderá fazer uso.

Mesmo estando consagrado que a educação é um dos principais instrumentos de construção da cidadania e essencial para a concretização dos direitos que permitem a inserção do indivíduo na sociedade, Martins[42] destaca que o princípio constitucional de escola para todos ainda não foi integralmente cumprido. No seu entender, a educação é o “instrumento social básico que possibilita ao indivíduo a transposição da marginalidade para a materialidade da cidadania.”[43]

A política educacional é um exemplo de como o Estado procura produzir uma aparência de igualdade de oportunidades e neutralidade, quando elas estão ligadas no movimento de uma economia regulada pelo lucro. O Estado surge de uma relação de iguais, como se emanasse da vontade e dos interesses individuais e não de classe, como poder materializado no direito e nas instituições, constituído por todos os sujeitos sociais, indistintamente. Apresentando-se como elemento neutro, benfeitor/protetor das classes sociais, passa a ser a garantia do trabalhador assalariado e não apenas da burguesia[44].

A atuação do Estado no sentido de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais se dá através das políticas públicas. A responsabilidade primeira é do Estado, mas nem por isso a sociedade pode ser omissa. Todos, sociedade e governo, tem uma parcela importante de responsabilidade no sentido de elaborar e desenvolver políticas públicas.

O processo de formulação de uma política envolve a identificação dos diversos atores e dos diferentes interesses que permeiam a luta por inclusão de determinada questão na agenda pública e, posteriormente, a sua regulamentação como política pública. Assim, pode-se perceber a mobilização de grupos de representantes da sociedade civil e do Estado que discutem e fundamentam suas argumentações, no sentido de regulamentar direitos sociais e formular uma política pública que expresse os interesses e as necessidades de todos os envolvidos[45].

Deste modo, a participação da sociedade na elaboração e implementação das políticas públicas é fundamental. O Estado, para Correa, enquanto representação idealizada do espaço público assume forma jurídica e é delimitada pelo direito. Para alcançar seus fins, o Estado necessita de mecanismos materiais, sem os quais não consegue materializar suas ações. Assim, o espaço público simbólico somente tem sentido enquanto "se materializar em medidas concretas, em políticas públicas estabelecidas não meramente de cima para baixo, mas resultantes da relação de forças dos diversos poderes em conflito."[46] Daí a necessidade da participação de todos os cidadãos, representando os diversos segmentos sociais e os mais variados interesses e necessidades.

A participação pode se concretizar, segundo Dagnino, a partir da implementação de conselhos, fóruns, câmaras setoriais, orçamentos participativos. Todavia, "a referência ao Estado permanece presente, há uma dimensão adicional que enfatiza a organização e o fortalecimento dos próprios atores da sociedade civil e da sua articulação"[47], o que exige o aprendizado de uma nova cultura de direitos.

E aqui, ao se falar em Estado, não está se falando de determinado ente federado, mas sim de uma "relação de cooperação e complementaridade entre União, Estados e Municípios no desenvolvimento de ações compartilhadas com a sociedade civil"[48], que se traduz nas parcerias entre governo e sociedade civil e que objetivam assegurar a qualidade dos serviços prestados e o atendimento das necessidades que se buscam sanar.

A garantia da implementação das políticas públicas se dá, a partir de um novo ordenamento da gestão das políticas, com os fundos especiais, que são, na verdade, os instrumentos de gestão financeira e que permitem tornar transparente e democrática a utilização dos recursos disponibilizados para determinada política pública.

A participação da sociedade, portanto, é imprescindível. Todavia, o papel da comunidade "não é substituir o Estado, liberá-lo de suas atribuições constitucionais, postar-se sob sua tutela, mas se organizar de maneira competente para fazê-lo

funcionar."[49] Há, desse modo, uma relação de reciprocidade e solidariedade. Estado e sociedade tem o dever de assegurar a educação a todos.

A participação da sociedade tem âmbitos diferentes de atuação: ora atuando de forma voluntária, quando da elaboração das políticas; ora atuando como fiscal das mesmas, exercendo o seu poder de controle social. As políticas públicas são ações do Poder Público para atender aos seus cidadãos, através de um conjunto de estratégias de implementação de determinadas decisões. Quanto maior a participação da sociedade, seja na elaboração ou na implementação e fiscalização, maior será a eficácia das mesmas, porque elas representam o que verdadeiramente determinada parcela da sociedade quer.

A participação é fundamental para "institucionalizar relações mais diretas, flexíveis e transparentes que reconheçam os direitos dos cidadãos"[50] permitindo o exercício da cidadania ativa, a partir da qual o cidadão se instrumentalize para questionar a ordem estabelecida e participe na gestão da coisa pública. Desta forma, a sociedade civil poderá se engajar na formulação de políticas públicas e no controle das ações governamentais.

Mas não é qualquer forma de participação que se quer e sim uma participação consolidada "na medida em que viabiliza a capacidade dos grupos de interesse para influenciar, direta ou indiretamente, a formulação e a gestão de políticas públicas."[51]

Através da participação da sociedade civil como um todo é possível a superação das desigualdades econômicas, políticas e culturais que caracterizam a realidade atual e que se constituem em uma ameaça ao desenvolvimento humano e comprometem o pleno exercício da cidadania. Para que ocorra a participação, é preciso, contudo, que os espaços para tanto sejam abertos, e que a participação não seja meramente no campo formal, mas sim que seja efetiva, no sentido de buscar alternativas de solução para os problemas que surgem.

Nesse sentido, Jabobi destaca que o desafio maior é romper com a lógica clientelista que permeia a relação entre o Estado e a sociedade. Cabe ao primeiro a criação dos espaços democráticos e plurais de articulação e participação "dando acesso ao processo decisório e garantindo uma interação entre esses grupos e o poder público, embora isso possa colidir com a dinâmica que frequentemente preside a gestão e sua pretensa racionalidade."[52] Mas a participação não representa tão somente o espaço para a resolução de problemas dos excluídos e sem acesso aos serviços públicos.

A alternativa de participação representa a possibilidade concreta não apenas de garantir equanimidade na distribuição dos recursos públicos, mas também de estabelecer as regras de reciprocidade e de transformação sociocultural na dinâmica assimétrica que caracteriza as relações entre Estado e sociedade, reforçando assim o papel de sujeitos-cidadãos que reclamam um processamento político de suas demandas globais e que influenciam diretamente na definição de diretrizes e na formulação de políticas públicas[53].

O acesso à formulação das políticas públicas implica numa outra concepção de projeto político, diferente daquele existente e que demonstrou que não tem condições de solucionar os problemas atuais que se apresentam. O novo projeto político pressupõe a participação da sociedade civil no espaço público. Entretanto, para que se concretize esse modelo, Dagnino destaca a necessidade de resgatar o caráter público que devem ter as políticas públicas e de reconhecer que os conflitos são inerentes a esse processo. Assim, não é possível pensar em hegemonia, porque não há como afastar os conflitos. Os espaços de formulação de políticas também "representam um avanço democrático precisamente na medida em que publicizam o conflito e oferecem procedimentos e espaço para que ele seja tratado legitimamente."[54] Do contrário, a ausência desses espaços públicos "facilita a tomada de decisões e a formulação de políticas através de um exercício autoritário do poder, onde o Estado ignora e deslegitima o conflito ou o trata nos espaços privados dos gabinetes, com os que a eles têm acesso."[55]

Considerações finais

A educação, classificada como um direito fundamental de segunda dimensão, é essencial para o exercício dos demais direitos fundamentais. Esta é uma ideia que vem se consolidando, especialmente no último século. Tanto o Estado quanto a sociedade tem entendido que a questão da educação perpassa todos as dimensões de direito, irradiando reflexos no campo social e econômico.

O *status* de direito fundamental conferido à educação, tanto por documentos internacionais quanto pelos ordenamentos jurídicos nacionais, ratifica que é a partir da educação que o homem se desenvolve e se qualifica para o trabalho e, deste modo, tem a possibilidade de exercer plenamente os seus direitos e a sua cidadania.

A discussão sobre a importância das políticas públicas para a efetivação do direito fundamental à educação e construção da cidadania demonstra que a educação é a política pública mais eficaz para o desenvolvimento da cidadania. Mas não basta apenas essa constatação: é preciso que as mesmas sejam implementadas pelos governos, com o apoio e a participação da sociedade.

A proteção à educação sempre esteve presente nos textos constitucionais brasileiros, o que demonstra a importância da mesma para o desenvolvimento do País. Porém, a mesma, nunca teve a proteção como a que recebeu na atual Constituição. As Constituições anteriores a 1988, especialmente a de 1824 e de 1891, determinavam, de modo geral, a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino público. Essas determinações, em razão da sua importância, mantiveram-se em todos os textos constitucionais que vieram a seguir. O texto de 1934 dispõe que o Poder Público é responsável pelo oferecimento do ensino a todos. Em 1946, pela primeira vez, foram elencados os princípios que deveriam embasar o ensino brasileiro e que serviriam de norte para toda a legislação educacional que veio posteriormente, mantendo seus reflexos ainda nos dias atuais. A Constituição de 1967 não trouxe novidades no tocante ao tema, praticamente repetindo os dispositivos do texto anterior.

É o texto constitucional de 1988 que dispensa uma atenção especial à educação. Primeiro, elenca-a junto com os direitos sociais no art. 6º e depois, em capítulo específico, define os objetivos e princípios que servirão de norte para o desenvolvimento da mesma. E mais, é nessa carta constitucional que a educação torna-se dever não apenas do Estado, mas também da família e da sociedade. Ao Estado compete a elaboração e a implementação das políticas públicas educacionais, a serem desenvolvidas em cooperação com as famílias e a comunidade.

Estado, família e sociedade têm o dever de atuar conjuntamente no sentido de buscar a concretização do direito fundamental à educação que possibilitará a construção e o exercício da cidadania, conforme previsão do art. 205 da Carta Magna. A participação da sociedade civil, por si só, configura-se como uma forma de efetivo exercício da cidadania porque, ao participar, o cidadão está exercendo, de um lado, o direito a exigir do Estado a educação fundamental pública e gratuita e, de outro, está cumprindo com o seu dever como membro pertencente à coletividade e, como tal, responsável pela proteção dos direitos de todos.

A atuação do Estado, no sentido de efetivar o direito fundamental à educação dar-se-á a partir das políticas públicas. Contudo, a participação da sociedade é imprescindível. E a concretização desta participação depende dos espaços abertos pelo poder público, o que configura uma nova concepção de administração, onde a participação não tem apenas o caráter de legitimadora das decisões que são tomadas exclusivamente por aqueles ligados diretamente aos centros de decisão.

Essa participação é resultado de um processo que envolve o sentimento de pertencimento e, em decorrência disso, do sentimento de responsabilidade pelo desenvolvimento econômico e social da comunidade. Quanto maior for o nível de participação, mais sólidos esses sentimentos se tornarão e, quanto mais fortes os sentimentos, maior o nível de envolvimento e de participação e maiores as chances das políticas públicas alcançarem os seus objetivos.

As políticas públicas representam, portanto, a alternativa possível para efetivação do direito fundamental à educação.

Referências

BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais.* In: SARLET, Ingo (Org.) ***Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional, comparado.*** **Rio de Janeiro; Renovar, 2003.**

CARVALHO, Alysson; SALLES, Fátima; GUIMARÃES, Marília e UDE, Walter (org.). *Políticas Públicas.* Belo Horizonte: UFMG, Proex, 2002.

CORREA, Darcísio. *A construção da cidadania – reflexões histórico-políticas.* Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2000.

CUNHA, Edite da Penha e CUNHA, Eleonora Schettini M. *Políticas Públicas sociais.* In: CARVALHO, Alysson; SALLES, Fátima; GUIMARÃES, Marília e UDE, Walter (org.). *Políticas Públicas.* Belo Horizonte: UFMG, Proex, 2002.

DAGNINO, Evelina (org.). *Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil.* São Paulo: Paz e Terra, 2002.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JACOBI, Pedro. *Poli.ticas sociais e ampliação da cidadania.* Rio de Janeiro: FGV, 2000.

MARTINS, Rosilda Baron. *Educação para a cidadania: o projeto político-pedagógico como elemento articulador.* In: VEIGA, Ilma P. A.; RESENDE, Lúcia Maria G.de (orgs.) *Escola: espaço do projeto político-pedagógico.* Campinas, SP: Papirus 1998.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* Tradução da Edição Portuguesa. Rio de Janeiro, Forense: 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais.* São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. *O direito à educação.* In: OLIVEIRA, Romualdo P. de; ADRIÃO, Theresa (orgs.) *Gestão, financiamento e Direito à educação – análise da LDB e da Constituição Federal.* São Paulo: Xamã, 2001.

PECES-BARBA, Gregório. *Educación para la ciudadanía y derechos humanos.* Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.* Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales.* Madrid: Editorial Tecnos 2005.

SARLET, Ingo (Org.) ***Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional, comparado.* Rio de Janeiro; Renovar, 2003.**

SCHULTE, Bernd. *Direitos Fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso.* In: SARLET, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

VEIGA, Ilma P. A.; RESENDE, Lúcia Maria G.de (orgs.) *Escola: espaço do projeto político-pedagógico.* Campinas, SP: Papirus 1998.

---

[1] Professor do Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

[2] Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista da CAPES.

[3] MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais.* São Paulo: Atlas, 2005.

[4] PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales.* Madrid: Editorial Tecnos 2005, p. 316.

[5] Ibidem, p. 20.

[6] SCHULTE, Bernd. *Direitos Fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso.* In: SARLET, 2003, p. 301.

[7] BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais.* In: SARLET, 2003, p. 123.

[8] Ibidem, p. 123.

[9] SARLET, Ingo. *A eficácia dos Direitos Fundamentais.*Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 66.

[10] DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 54.

[11] SARLET, 2003, p. 64.

[12] DIMOULIS, 2007, p. 26.

[13] Ibidem, p. 54.

[14] Ibidem, p. 56.

[15] PÉREZ LUÑO, 2006, p. 265.

[16] O termo geração pode conduzir ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se sucedem no tempo, ou seja, uma geração substituindo a outra. O que ocorre é um processo de complementariedade ou acumulação de direitos, onde os direitos de uma dimensão vão se agregando aos da anterior, e assim sucessivamente, o que justifica a opção pelo termo dimensão.

[17] SARLET, 2003.

[18] PECES-BARBA, Gregório. *Educación para la ciudadanía y derechos humanos.* Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2007 2007, p. 171.

[19] Ibidem, p. 172.

[20] SARLET, 2003, p. 52

[21] Ibidem, p. 53.

[22] BARRETO, 2003, p. 124.

[23] Ibidem, p. 110.

[24] Ibidem, p. 110.

[25] PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.* Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 85.

[26] Ibidem, p. 86.

[27] SARLET, 2003, p. 53.

[28] PECES-BARBA, 2006, p. 181.

[29] MORAES, 2005.

[30] MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* Tradução da Edição Portuguesa. Rio de Janeiro, Forense: 2002, p. 319.

[31] MIRANDA, 2002, p. 323.

[32] SILVA**, José Afonso da.** ***Curso de Direito Constitucional Positivo.*** **São Paulo: Malheiros Editores,** 2002.

[33] OLIVEIRA, Romualdo Portela de. *O direito à educação.* In: OLIVEIRA, Romualdo P. de; ADRIÃO, Theresa (orgs.) *Gestão, financiamento e Direito à educação – análise da LDB e da Constituição Federal.* São Paulo: Xamã, 2001.

[34] SCHULTE, 2003, p. 303.

[35] SARLET, 2003.

[36] SARLET, 2003, p. 317.

[37] SARLET, 2003, p. 318.

[38]AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MUNICÍPIO DE MONTENEGRO. MEDIDA PROTETIVA. EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. DESNECESSIDADE. MULTA. CABIMENTO PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DA LIMINAR. REDUÇÃO DO QUANTUM. 1) Correta se ostenta a decisão que deferiu a antecipação de tutela, porque preenchidos os requisitos de prova inequívoca do direito alegado e da irreparabilidade de dano, já que compete ao Poder Público garantir o direito à educação básica a toda e qualquer criança. É dever do poder público municipal assegurar atendimento em creche ou pré-escola, nos termos do inciso IV do art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do inciso IV do art. 208 da Constituição Federal, porquanto se trata de direito fundamental social. 2) Tratando-se o direito à educação de obrigação estatal, despiciendas as alegações de ausência de verbas ou de falta de previsão orçamentária, dado que o direito invocado não pode se sujeitar à discricionariedade do administrador. Tampouco há falar em violação ao princípio da separação dos poderes, porquanto ao Judiciário compete fazer cumprir as leis. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70018866178, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 09/04/2007).

[39] PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE, AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO COLENDO STF.

1. O acórdão embargado reconheceu, *ex officio*, a ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor, visto que, na referida ação, atua o Parquet como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional, configurando a ilegitimidade quando a escolha se dá na proteção de um único menor.
2. "Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário" (AgReg no RE nº 463210/SP, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 03/02/2006).

[40] REsp nº. 736524/SP/2005/0044941-4, de 21/03/2006, publicado no DOU em 03/04/2006, p. 256.

[41] Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos, está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal." (RE 163.231, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 26-2-97, *DJ* de 29-06-2001).

[42] MARTINS, Rosilda Baron. *Educação para a cidadania: o projeto político-pedagógico como elemento articulador.* In: VEIGA, 1998.

[43] Ibidem, p. 50.

[44] Ibidem, p. 51.

[45] CUNHA, Edite da Penha e CUNHA, Eleonora Schettini M. *Políticas Públicas sociais.* In: CARVALHO, Alysson; SALLES, Fátima; GUIMARÃES, Marília e UDE, Walter (org.). *Políticas Públicas.* Belo Horizonte: UFMG, Proex, 2002, p. 15.

[46] CORREA, Darcísio. *A construção da cidadania – reflexões histórico-políticas.* Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2000 2000, p. 224.

[47] DAGNINO, 2002.

[48] CUNHA, 2002, p. 18.

[49] MARTINS, 1998, p. 53.

[50] JACOBI, Pedro. *Politicas sociais e ampliação da cidadania.* Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 30.

[51] Ibidem, p. 32.

[52] JACOBI, 2000, p. 33.

[53] Ibidem, p. 34.

[54] DAGNINO, 2002, p. 300.

[55] Ibidem, p. 300.

A EMERGÊNCIA DO CONCEITO DE STAKEHOLDERS NA EDUCAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES NO ENSINO JURÍDICO*

THE EMERGENCE OF THE STAKEHOLDER'S CONCEPT IN EDUCATION AND ITS INPLICATION IN THE JURIDICAL TAUGHT

Vivian Bacaro Nunes Soares
Raquel Cristina Ferraroni Sanches

RESUMO

O atual estágio de desenvolvimento econômico confirma a insuficiência dos modelos tradicionais do ensino jurídico, os paradigmas tradicionais são questionados, a necessidade de novos padrões de referência é evidente. À medida que o conhecimento foi se tornando um fator central de produção, os setores econômicos passaram a exercer uma pressão considerável sobre as instituições de ensino superior no que diz respeito à produção e transferência de conhecimento, à formação de recursos humanos, em suma, a tudo o que diz respeito à sua relevância econômica. Desta forma, busca-se evidenciar a necessidade de que as instituições de ensino jurídico se voltem à formação acadêmica, com forte incentivo à pesquisa, ao pensamento crítico, enfim, à verdadeira construção do conhecimento, abrindo mão de metodologias de ensino tradicionais em que o discente se limita a reproduções constantes em manuais. O objetivo central do presente trabalho é possibilitar uma melhor compreensão do ensino jurídico no contexto de transformações econômicas, sociais, políticas e tecnológicas, de forma a demonstrar a necessidade de reflexão sobre a metodologia do ensino do Direito, bem como a análise da emergência do conceito de STAKEHOLDER no ensino jurídico, uma vez que, fora da realidade social, o direito perde sua essência. O desenvolvimento de instrumentos adequados para capacitar professores na formação de alunos capazes de manipular as teorias apreendidas de maneira a maximizar a sua eficiência diante dos problemas práticos, só será possível com a ruptura de velhos paradigmas e experimentação de novos métodos no ensino jurídico e, através da possibilidade de participação de terceiros interessados na estrutura das instituições de ensino jurídico, o que se denomina stakeholders.

PALAVRAS-CHAVES: EDUCAÇÃO; ENSINO JURÍDICO; STAKEHOLDERS; TRANSFORMAÇÕES ECONÔMICAS.

ABSTRACT

The present stage of economical development confirms the inadequacy of the traditional models of the juridical teaching, the traditional paradigms are questioned and the need for new models of reference is evident. As the knowledge was turning into a central factor of production, the economical areas started to pressure considerable the higher education institutions in what says respect to the knowledge production transfer, to the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

formation of human resources, in short, to everything that concerns its economical relevance. Therefore, it is looked for to evidence the need that the institutions of juridical teaching return to the academic formation, with fort incentive to the research, to the critical thought, finally, to the true construction of the knowledge, giving up traditional teaching methodologies in that the student is limited to reproductions contained in manuals. The central objective of the present work, is to make possible a better understanding of the juridical teaching in the context of economical, social, politics and technological transformations, in way to demonstrate the reflection need on the methodology of the teaching of the Right, as well as the analysis of the emergency of the concept of STAKEHOLDER in the juridical teaching, once, out of the social reality, the right loses its essence. The development of appropriate instruments to qualify teachers in the students' formation that are capable to manipulate the apprehended theories to maximize its efficiency before the practical problems, will only be possible with the rupture of old paradigms and experimentation of new methods in the juridical teaching and, through the possibility of participation of other interested parts in the structure of the institutions of juridical teaching, what is called stakeholders.

KEYWORDS: EDUCATION; JURIDICAL TEACHING; STAKEHOLDERS; ECONOMICAL CHANGES.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a discussão sobre problemas do ensino jurídico se intensificou no País, pois a insuficiência da educação jurídica desafia soluções. Um novo perfil e identidade são exigidos dos egressos do curso de direito. Torna-se cada vez mais evidente que profundas transformações ocorrem em diferentes campos do conhecimento, nas instituições e nos diferentes modos de vida; as ciências em particular, e o conhecimento em geral, assumem uma transição paradigmática.

O objetivo central do presente trabalho, é possibilitar uma melhor compreensão do ensino jurídico no contexto de transformações econômicas, sociais e políticas, de forma a demonstrar a necessidade de reflexão sobre a metodologia do ensino do Direito, bem como a análise da emergência do conceito de *STAKEHOLDER*[1] no ensino jurídico, uma vez que, fora da realidade social, o direito perde sua essência.

Da análise do desenvolvimento do capitalismo e a sua conexão com as características assumidas pelo ensino do direito, depreende-se a articulação deste com o desenvolvimento econômico e social, com a produção, distribuição e consumo; desta forma, como resultado da proliferação de expectativas sociais e das pressões econômicas e políticas, o ensino do direito está a confrontar-se com uma relevante “crise”.

A constante globalização, flexibilização e aceleração da produção, distribuição e consumo, crescentemente refletem nos padrões sociais e culturais e, estão correlacionados aos dilemas do ensino do direito, inclusive com o perfil do graduado, do qual se exige flexibilidade, modos acelerados de adaptação às modificações das necessidades do mercado de trabalho e, principalmente, a correta medida, na educação jurídica, entre teoria e prática.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1. É de grande importância a relação do direito com os fenômenos sociais, uma vez que estes possuem efeitos jurídicos, permitindo que o direito se torne presente em meio à realidade, ao contexto social.

Como bem salienta RIBEIRO[2]:

"O ponto de referência para definir-se funcionalmente o direito é o sistema social. Define-se sistema social como um conjunto de interações comunicativas que se diferencia do seu meio ambiente por uma contínua atribuição de sentido. Tais interações ocorrem em situações complexas, ou seja, em que há um número de possibilidades maior do que é possível atualizar. E que requerem, portanto, seleção, escolha entre as diversas possibilidades. A seleção, no entanto, não elide a atualização de possibilidades preteridas, de maneira que a continência é, também, uma característica da situação comunicativa".

A sociedade constitui estruturas para a organização das situações comunicativas a fim de reduzir-lhes a complexidade, o que se dá através de uma generalização normativa. O direito, como uma destas estruturas, possibilita a estabilização de comportamentos, as normas jurídicas uma vez descumpridas não implicam em sua invalidade.

O direito não existe a não ser para os homens vivendo em sociedade e, não se pode conceber uma sociedade humana em que não haja ordem jurídica, o que se exprime em latim pelo conhecido adágio: "UBI SOCIETAS, IBI JUS" (onde há sociedade, há direito).

Sob esta perspectiva é que a ciência jurídica ensinada nas Faculdades de Direito, oscila entre duas orientações fundamentais, a orientação que procura fornecer um saber colocado ao serviço do jurista prático, ou seja, profissional e que, portanto, se resume ao ensino jurídico meramente bancário[3] e, a orientação que visa proporcionar um discurso com nível teórico-científico, que não se resuma ao mero utilitarismo, ou seja, uma orientação acadêmica.

Entretanto, a preferência por uma orientação na maioria das vezes estritamente profissional, tem se destacado entre as instituições de ensino do direito, de forma a deixar de lado a orientação acadêmica que, de modo algum afasta a preocupação em fornecer aos alunos conhecimentos indispensáveis ao alicerce de sua profissão. A atenção às duas orientações, profissional e acadêmica, faz-se cada vez mais necessária, tendo em vista as necessidades sociais, que cada vez mais demandam juristas críticos e consciências pensantes.

Segundo Gera[4]:

“Os juristas são instrumento fundamental para a garantia do acesso à justiça, logo, a preocupação com a sua formação profissional é ponto nodal para a garantia de exercício pleno da democracia. Sendo assim, percebe-se que, atualmente, surge no nosso tempo uma quarta onda de acesso, que consiste na preocupação com a garantia de formação de juristas preocupados e sensíveis às questões sociais, detentores de sólida formação humanística e sensíveis aos problemas à sua volta”.

A mera transmissão de conhecimento aos discentes, não é suficiente para a formação de profissionais que frente às demandas sociais, sejam capazes de solucionar os problemas que lhes são apresentados, uma vez que não houve concretização do processo ensino aprendizagem de forma possibilitar a construção do conhecimento.

1.2. De acordo com as informações constantes no Vol. II da obra: PROFESSOR, CRIANÇA E ESCOLA, in Ofício de Professor – Aprender Mais para Ensinar Melhor, a educação formal teve início no Brasil em 1549, com a chegada dos primeiros padres jesuítas, na recém fundada Salvador, sede do governo da Colônia, onde se instalou a primeira das muitas escolas que esta ordem religiosa construiria; a vida da sociedade e das pessoas era governada por uma englobante narrativa religiosa, a imobilidade e a centralidade de Deus garantiam e legitimavam o conhecimento e as hierarquias sociais.

As primeiras escolas brasileiras reuniam crianças índias e portuguesas, mas aos poucos, os indígenas foram excluídos do ensino.

Em 1808, a situação começou a se alterar com a chegada da Família Real, que deixou Portugal depois que o país foi invadido pelos franceses. A presença da corte trouxe novos hábitos e costumes para o cotidiano brasileiro. Na segunda metade do século XIX expandiu-se a cultura do café, criaram-se bancos, surgiu o telégrafo, a classe média urbana aumentou e, antes mesmo da Abolição, em 1888, levas de imigrantes chegaram ao país para substituir a mão-de-obra escrava. Entretanto, a educação continuava voltada exclusivamente aos interesses das classes dominantes: os grandes fazendeiros, a nobreza e o alto funcionalismo.

Em 1827 foram instaurados os primeiros cursos jurídicos no Brasil (São Paulo e Olinda), sediados em infra-estrutura eclesiástica. A intenção clara do ensino no império era a formação de mão de obra para os postos burocráticos da máquina estatal que se formava na época. Os bacharéis eram técnicos advindos de uma elite dominadora, num ambiente em que preocupação social era sinônimo de uma retórica liberalista abafada por uma prática imperial descompromissada com as mazelas da sociedade.

Com a queda do império, a República determina várias alterações no ensino jurídico, como: abertura para disciplinas eletivas, instauração da prática forense, surgimento da prova da OAB, abertura curricular para filosofia e sociologia, e o surgimento das faculdades livres.

A primeira Constituição brasileira, elaborada em 1891, abordava muito pouco os assuntos educacionais. Na década de 1920 com industrialização e crescente urbanização, o povo passou a reivindicar o direito de freqüentar a escola e o aumento de vagas no sistema escolar. Da década de 1930 até início dos anos 50, houve um período de expansão do ensino. Em 1930 foi criado o Ministério da Educação e Saúde, que teve papel central na organização do sistema de ensino e das universidades.

Em 1945 e 1964, o país viveu uma época de democracia política e crescimento econômico. Em 1961, após 13 anos de discussões, foi aprovada a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB); após a LDB, aparece o ponto de encontro com a portaria 1886/94 e a resolução 09/04.

Após um breve histórico dos caminhos percorridos pela educação brasileira, é possível identificar algumas circunstâncias que qualificam nosso ensino, que se caracteriza por ser inicialmente desenvolvido por pensadores, mestres escolásticos que tinham como principal objetivo o suporte e o aumento da fé, dado que eram concebidos de uma forma coerente com o paradigma medieval: a razão era instrumento da verdade, mas não era em si verdade.

Já a modernidade, se caracteriza por centralizar a razão e a racionalidade, ou seja, há uma substituição paradigmática, a razão tomou lugar de Deus. Foi apenas no final do século XVIII e nos princípios do século XIX que a igreja, enquanto proprietária, fornecedora e controladora da educação formal, foi substituída pelo Estado e que a regulação política e social foi colocada sob uma diferente lógica.

Desta forma, é possível observar as influências e tendências do ensino jurídico, que se apresenta como tecnicista, acrítico e totalmente divorciado da realidade e dos problemas sociais que se encontram fora dos muros das instituições de ensino superior.

Tomando por base o artigo 43 de Lei 9394/96, que define as Diretrizes Básicas da Educação, é possível apreender a intenção do legislador a respeito da formação dos docentes do ensino superior:

I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira e colaborar na sua formação contínua; (...)

VII - promover a extensão, aberta a participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição. (Disponível em: www.presidencia.gov.br. acesso em 12 jan. 2008)

Somando-se a este diploma legal, destaca-se a Resolução 09/2004, em seu artigo 3º, que ao instituir as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, traça as bases da formação do aluno:

Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania. (Disponível em: www.presidencia.gov.br. acesso em 12 jan. 2008)

Através da análise dos dispositivos supracitados, é possível verificar que o legislador prima pela concretização de um processo de ensino e aprendizagem efetivo, que possibilite a formação de juristas conscientes dos fenômenos sociais, aptos a solucionar as questões que lhe forem apresentadas.

O processo de ensino através de uma prática conjunta de professores e alunos, organizado sob a direção do professor, com a finalidade de promover condições e meios pelos quais os alunos assimilem conhecimentos, habilidades, atitudes e o mais importante, possibilitar que estejam aptos a reproduzir informações que memorizaram ao lidar com novas situações que exigem que eles a apliquem, é uma necessidade flagrante na prática do ensino do direito, que tem ignorado as atividades de pesquisa e extensão, restringindo-se à leitura de leis, sem questionamento e análise de seus pressupostos.

Neste sentido se destaca a opinião de Freire[5]:

“Me parece demasiado óbvio que a educação de que precisamos, capaz de formar pessoas críticas, de raciocínio rápido, com sentido do risco, curiosas, indagadoras não pode ser a que exercita a memorização mecânica dos educandos. A que "treina", em lugar de formar. Não pode ser a que 'deposita' conteúdos na cabeça 'vazia' dos educandos, mas a que, pelo contrário, os desafia a pensar certo. Por isso, é a que coloca ao educador ou educadora a tarefa de, ensinando conteúdos aos educandos, ensinar-lhes a pensar criticamente. O aprendizado de um conteúdo que se dê à margem de ou sem incorporar o aprendizado maior que é o da rigorosidade do pensar no sentido da apreensão da razão de ser do objeto não possibilita a indispensável rapidez de raciocínio para responder àquela exigência. É tão fundamental, por outro lado, a prática do pensar certo para o confronto de novos desafios que as inovações tecnológicas nos põem hoje quanto a liberdade de criar. Uma educação em que a liberdade de criar seja viável necessariamente tem de estimular a superação do medo da aventura responsável, tem de ir mais além do gosto medíocre da repetição pela repetição, tem de tornar evidente aos educandos que errar não é pecado, mas um momento normal do processo gnosiológico. Não é mais possível tratar o ensino jurídico isoladamente, desvinculado dos interesses dos alunos e essencialmente dos problemas reais da sociedade e da vida, ou seja, o ensino jurídico não pode ser dissociado da discussão de temas centrados na realidade social, do meio sócio-econômico e cultural”.

Dessa perspectiva, destaca-se o pensamento de Paulo Freire, segundo o qual a leitura e a compreensão crítica constituem a base para a construção e um conhecimento mais livre e democrático. Para isso, estimula-se um diálogo contínuo mediante um processo interativo de reflexão-ação, considerando-se o ato de educar não como um ato ou um processo meramente técnico (transferir conhecimento), mas um exercício de ética democrática que, através do diálogo, nos constrói como pessoas e cidadãos.

Para Paulo Freire, o fundamental do trabalho pedagógico coincide com a necessidade de incorporar a visão de mundo do aluno ao processo educativo, não leva em conta apenas o sujeito como construtor do conhecimento, situação reclamada pelas correntes construtivistas, mas também valoriza a importância do contexto social, ao entender que a aprendizagem dialógica ("ninguém ignora tudo, ninguém sabe tudo") é muito mais do que uma aprendizagem significativa, é uma ação global que permite aos sujeitos descobrirem a si mesmos e tomar consciência do mundo à sua volta[6].

Os ensinamentos de Paulo Freire estão em perfeita consonância com as necessidades do ensino jurídico, que deve buscar a concretização de um processo de ensino-aprendizagem de forma a estabelecer certa simetria entre professor e aluno, bem como capacitar o discente para a manipulação crítica das teorias e possibilitar que os futuros profissionais do direito compreendam a racionalidade que preside a sua atividade na sociedade contemporânea, para que as mudanças no conteúdo do sistema normativo e na estrutura do sistema jurídico não abalem a sua capacidade de teorizar.

1.3. O Estado, particularmente, sofreu também radicais transformações. Do modelo liberal no qual o Estado a nada se obrigava senão a abster-se de intervir na vida do indivíduo, passamos ao chamado Estado Social – cuja Constituição declara direitos sociais (sem os quais os direitos individuais não passam de abstração) e o obriga a encargos comissivos em face de um cidadão concretamente precisado de educação, saúde, cultura, meio ambiente saudável etc. – que por sua vez já dá lugar à construção do Estado Democrático de Direito, do qual a Constituição de 1988 é a pedra angular, e que constitui o marco do processo de reconstrução paradigmática de todo o sistema jurídico e da ciência do direito brasileiro.

O século XVIII foi marcado por revoluções, pela ascensão da burguesia, pela consolidação de uma série de valores que constituíram o centro da ideologia liberal. No século XIX destaca-se a criação de um corpo legislativo construído em torno da noção de cidadão, a liberdade é compreendida pelo pensamento liberal como valor fundamental do ser humano; a elaboração de grandes códigos como o Código de Napoleão, garante a segurança jurídica.

A atividade legislativa é marcada por um grande aumento, principalmente na segunda metade do século XIX, com a crescente complexidade das sociedades. Tal crescimento do direito legislado, impulsionado por interesses políticos, leva ao surgimento de novos ramos do direito, como o direito do trabalho.

Coelho[7], ao analisar a relação entre direito e poder expõe que:

“A tecnologia jurídica não apenas é parte constitutiva do sistema jurídico; é quase todo este sistema. Quando se trata, então, de analisar as relações entre o poder e o direito, ganha especial relevância a ação dos exercentes do poder sobre a tecnologia jurídica e a reação desta. Circunscrevendo a análise às relações entre o poder da burguesia, no capitalismo, e o saber acumulado pela tecnologia jurídica, tem-se um quadro bastante significativo da instrumentalização do direito pelo poder na atualidade. O poder domina a mente das pessoas e, também dos tecnólogos do direito, recrutados, em sua grande maioria, nas camadas superiores da sociedade capitalista. O tratamento liberado pela tecnologia aos princípios da legalidade e da igualdade, nesse compasso, corresponde a uma exigência do poder estabelecido”.

O aumento da complexidade da sociedade e, consequentemente, da complexidade do sistema jurídico, originou um conjunto normativo variado, cujo conhecimento já não pode mais ser presumido.

O mercado é visto como o mecanismo fundamental de regulação da sociedade e das suas instituições, os mercados tornaram-se globais e alargaram-se por todo o planeta; a produção tornou-se globalizada na sua procura de mão-de-obra mais barata, a distribuição de informação tornou-se mais fácil pelas novas tecnologias de comunicação, permitindo que a circulação e produtos, de recursos humanos, do conhecimento e da informação circulem rapidamente e, finalmente, o consumo também se tornou global, de modo que consumir é ser alguém, a identidade é produto do consumo. Desta forma, dificilmente se pode falar sobre qualquer questão, seja ela social, educacional, cultural, etc. sem ter em conta este contexto de globalização, velocidade e consumo compulsivo.

Face a este contexto, a ciência do direito não pode mais limitar-se à mera técnica de aplicação das leis, o que impõe modificações no ensino jurídico, buscando estimular a compreensão de que a ordem jurídica não pode manter distância dos fenômenos sociais. Entretanto, o ensino do direito não pode ser reduzido à narrativa do mercado e da empresa, pois o conhecimento não constitui apenas uma construção social sem qualquer validade fora deste contexto;, ao contrário, é um empreendimento coletivo, portanto, dinâmico, produzido e reconhecido socialmente.

Segundo Magalhães[8]:

“As instituições de ensino superior têm de encontrar o seu lugar nesta complexa estrutura sistêmica, não através da assunção dos padrões e da missão das empresas, mas através da ênfase naquilo que as torna diferentes das organizações industriais e comerciais, isto é, enfatizando aquilo que as caracteriza como lugares onde acontece ‘educação superior’.

No ensino jurídico atual, observa-se que os discentes são meros espectadores, servindo de receptáculo das informações transmitidas, não são capacitados para a manipulação crítica das teorias, ou seja, são meramente técnicos que aplicam teorias neutras a problemas que se repetem, sem estar preparados para lidar com situações novas, imprevistas. A crescente mercantilização do conhecimento tem apenas apontado para o conhecimento prático; esquece-se de que o ensino superior do direito é uma questão de filosofia e ética, de opção política e não apenas negócio.

Este quadro é acompanhado pela exclusão dos valores nas investigações e preocupações. Com isto o jurista, quando faz teoria, limita-se à exegese do Direito posto, recusando-lhe a crítica; quando ensina, volta o horizonte dos alunos para o passado, ensinando a pensar a partir de um sistema pronto, supostamente harmônico e continente de todas (e únicas) respostas jurídicas possíveis; e o pior, quando tal jurista aplica o Direito, o faz se eximindo das responsabilidades pelas conseqüências que de sua prática jurídica possam resultar.

O ensino jurídico tem condições de assumir uma estratégia de nível reflexivo, ao lado da necessidade de adaptação aos fenômenos sociais, principalmente através de metodologias de ensino diversificadas, uma vez que da forma como se dá atualmente, através da simples transmissão de informações, reduz-se a complexidade dos problemas tratados, bem como faz com que o discente renuncie a sua capacidade sem se aperceber, pois não é levado a exercitá-la, não é levado a construir seu próprio conhecimento.

A ação educativa não deve ser separada da procura do conhecimento ou da sua aplicação, a formação do profissional do direito implica em uma contínua interpenetração entre teoria e prática, a teoria vinculada aos problemas reais postos pela experiência prática e a ação prática orientada teoricamente.

É imprescindível a realização de uma orientação acadêmica, voltada seriamente à pesquisa e extensão, sem que estas sirvam apenas para preencher horas em um currículo supostamente interdisciplinar, de forma que a extensão deixe de ser uma mera aplicação técnica e seja uma edificação da ciência, agregando à universidade saberes e práticas externas que envolverão não só os alunos, mas também professores e funcionários, ao abrir suas portas para as comunidades que participarem dessa atividade. Somente assim, a pesquisa deixaria de ser uma mera reprodução monográfica de dogmas postos, para se tornar construção de saber, e o ensino deixaria de ser vertical, para dar lugar ao processo em que o professor tivesse o compromisso não só com o ensino, mas também com o aprendizado.

1.4. As situações apresentadas apontam para um paradigma emergente no âmbito do ensino jurídico, fortemente marcada pela massificação e, a emergência do conceito de *stakeholder* pode ser vista como um sintoma de mudança deste paradigma do ensino jurídico.

As transformações ocorridas nas últimas décadas alteraram os padrões de relação entre as instituições de ensino superior, o Estado e a própria sociedade; este movimento teve como correspondente a mudança de um modelo de controle estatal para

um modelo de supervisão estatal ao mesmo tempo em que o mercado emergia como um dos organizadores principais dos discursos políticos.

Assim, as instituições se deparam com mudanças permanentes em seu meio ambiente organizacional. Devem, pois, ser mais flexíveis, autônomas para responder à referidas mudanças. Desta forma a consideração de representantes dos vários interesses que convivem nas nossas sociedades (empresários, religiosos, culturais, etc...), na estrutura das instituições, constitui passo decisivo na criação de dispositivos mais suscetíveis de dar resposta adequada ao mundo exterior.

Salienta Magalhães[9] que:

"Nesse modelo, o Estado, em vez de proteger as instituições da intervenções e influências externas, toma medidas (se necessário através de dispositivos legais, no sentido de garantir que 'terceiros', através da presença de '*stakeholders'*, possam intervir. (...) O Estado, nessa perspectiva, assume que a melhor *protecção* (proteção) que tem de dar às instituições é a de não lhes dar *protecção* de todo, abrindo, em muitos casos, a *extrutura* (estrutura) de governo ao mundo exterior".

Com a instituição de *stakeholders* nas instituições de ensino superior de direito, busca-se aumentar a sensibilidade das universidades às necessidades sociais, principalmente do mercado de trabalho, bem como se tem expectativa de que empresários de grande relevo nas economias nacionais tenham atitudes de apoio financeiro à referidas instituições.

Desta maneira, visualizam-se os *stakeholders* como integrantes da estrutura de governo e das instituições de ensino de direito. Atualmente, esta abertura da estrutura de governo no âmbito nacional, está longe de ser claramente visível, contudo, no nível da produção do conhecimento, da transferência de conhecimentos e da sua disseminação e preservação, já há sinais de transformações sentidas na Europa.

Segundo Magalhães[10]:

"Na Dinamarca, depois da reforma ocorrida em 1993, passou a ser obrigatória a presença de representantes de interesses exteriores à universidade nos principais órgãos de gestão, o Senado da Universidade e o Conselho da Faculdade. Na Noruega, em 2000, foi posto à discussão pública o relatório da Comissão encarregada de redigir uma proposta de reforma do ensino superior".

O ambiente social e econômico é visto como um conjunto em que o ensino superior deve se inserir e no interior do qual tem que atuar para sobreviver e, não mais são encarados como um conjunto de interesses conflitantes, dos quais a universidade deveria ser protegida pelo Estado.

Esta idéia de terceiros que atuam entre dois principais parceiros: a comunidade dos acadêmicos e os interesses da sociedade, dá voz aos interesses da sociedade em que as instituições se integram, de forma a garantir que aquilo que se tem buscado nas instituições de ensino jurídico se torne relevante.

É de grande importância o esclarecimento de que os *stakeholders* devem ter por função não a defesa de valores do mercado, mas, ao contrário, assegurar que os benefícios sociais e os valores inerentes ao ensino jurídico não sejam desvirtuados por uma atuação menos reflexiva em obediência aos princípios do mercado. Desta forma, considerar a possibilidade de terceiro, dentre os quais se destacam empresários, representantes sociais e outros diretamente interessados, participarem de alguma forma da estrutura do ensino jurídico consiste em possibilitar que fenômenos sociais sejam diretamente considerados pela ciência jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao serem abordados aspectos das transformações que podem vir a intervir no ensino jurídico, foi possível demonstrar que as razões de sua mudança não são encontradas unicamente nele próprio, nem apenas na forte presença desde o século XIX do neoliberalismo na área política, mas também, no âmbito das transformações mais amplas que estão a acontecer em nível econômico, social e político.

O ensino jurídico tem que ser entendido no contexto das transformações do trabalho, da produção, do consumo e, tendo em conta estas transformações procurou-se identificar uma forte influência do empresarialismo, que muitas vezes acaba por determinar a condução dos trabalhos nas instituições, fazendo com que estas se preocupem em lançar no mercado de trabalho, profissionais tecnicistas e acríticos.

À medida que o conhecimento foi se tornando um fator central de produção, os setores econômicos passam a exercer uma pressão considerável sobre as instituições de ensino superior no que diz respeito à produção e transferência de conhecimento, formação de recursos humanos, em suma, ao que diz respeito à sua relevância econômica.

Desta forma, busca-se evidenciar a necessidade de que as instituições de ensino jurídico voltem-se à formação acadêmica, com forte incentivo à pesquisa, ao pensamento crítico, enfim, à verdadeira construção do conhecimento, abrindo mão de metodologias de ensino tradicionais em que o discente se limita a reproduções constantes em manuais.

O desenvolvimento de instrumentos adequados para capacitar professores na formação de alunos capazes de manipular as teorias apreendidas de maneira a maximizar a sua

eficiência diante dos problemas práticos, só será possível com a ruptura de velhos paradigmas e experimentação de novos métodos no ensino jurídico e, através da possibilidade de participação de terceiros interessados na estrutura das instituições de ensino jurídico, o que se denomina stakeholders.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e Poder: ensaio de epistemologia jurídica.** São Paulo, 1 edição, 2 tiragem, 2005.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 37ª edição, 2003.

_____. **Pedagogia da Indignação: cartas pedagógicas e outros escritos**, São Paulo: Ed. Unesp, 2000.

GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses Individuais Homogêneos na perspectiva das "ondas" de acesso à justiça. In: LEITE (Coord.). **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr. 2004. 255p.

MAGALHÃES, Antônio M. **A Identidade do Ensino Superior – Política, Conhecimento e Educação numa época de transição.** Fundação Calouste Gulbenkian; Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2004.

RIBEIRO, Maurício Portugal. O Direito Contemporâneo e a Metodologia de Ensino do Direito. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (orgs). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

REGO, Teresa Cristina (Coord.). **Ofício de Professor – Aprender Mais para Ensinar Melhor, Vol. II.** São Paulo: Fundação Victor Civita, 1ed, 2002.

TOBIAS, José Antônio. **História da educação brasileira.** São Paulo: Ibrasa, 4 edição, 1986.

SEBARROJA, Jaume Carbonell (org.); trad.: Fátima Murad. **Pedagogias do Século XX**. Porto Alegre: Artmed, 2003.

www.presidencia.gov.br. acesso em 12 jan. 2008.

---

[1] Segundo o dicionário Michaelis, inglês/português, STAKE significa marcar, delimitar com estacas, aposta, dinheiro apostado, risco, interesse, parte, ação. HOLD significa ação de segurar, pegar, reter, possuir, ocupar (p. 506). Literalmente seria aquele que retém, possui um interesse, ocupa um espaço de influência. O termo stakeholders foi criado para designar os indivíduos, pessoas, instituições ou ambiente que, de alguma maneira, são ou poderão vir a ser afetados pela atividade de uma empresa. O termo Stakeholder é utilizado aqui significando com ele a(s) pessoa(s) ou entidade(s) com um legítimo interesse no ensino superior e que, como tal, adquire(m) – até certo ponto – o direito de nele intervir. Nesse sentido os pais, os empresários, o Estado, as Igrejas, são Stakeholders.

[2] RIBEIRO, Maurício Portugal. **O Direito Contemporâneo e a Metodologia de Ensino do Direito**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (orgs). Direito global. São Paulo: Max Limonad, 1999, pág. 94.

[3] Paulo Freire define a educação bancária como aquela onde o aluno é mero depósito de conhecimento e não participa do processo de aprendizagem ("o antagonismo entre as duas concepções 'da educação', a bancária, que serve à dominação, e a problematizadora, que serve à liberação, corporifica-se precisamente aí. Enquanto a primeira mantém necessariamente a contradição educador-educando, a segunda realiza sua superação"). In: FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido.** 33 ed. SãoPaulo: Paz e Terra, 2002, p. 58.

[4] GERA, Renata Coelho Padilha. **Interesses Individuais Homogêneos na perspectiva das "ondas" de acesso à justiça**. In: LEITE (Coord.). Direitos Metaindividuais. São Paulo: LTr. 2004, pág. 67.

[5] FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Indignação: cartas pedagógicas e outros escritos**. São Paulo: Ed. Unesp, 2000, pág. 45.

[6] SEBARROJA, Jaume Carbonell (org.); trad.: Fátima Murad. **Pedagogias do Século XX.** Porto Alegre: Artmed, 2003.

[7] COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e Poder: ensaio de epistemologia jurídica**. São Paulo, 1 edição, 2 tiragem, 2005, pág. 103/104.

[8] MAGALHÃES, Antônio M. **A Identidade do Ensino Superior – Política, Conhecimento e Educação numa época de transição**. Fundação Calouste Gulbenkian; Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2004, pág. 192.

[9] Ibid., pág.359.

[10] Ibid., pág. 359.

DIREITO E GESTÃO EMPRESARIAL

A VINCULAÇÃO CONTRATUAL POR VIA DE CONTRATOS DE ADESÃO*

AN AGREEMENT BY THE FAITHFULL ATTACHMENT DEAL

André Vinícius da Silva Machado

RESUMO

Os contratos de adesão são instrumentos modernos e eficazes para celebração de vários negócios; Como muito bem utilizado com o propósito de facilitar todas as relações jutidicas e negociais repetitivas sem ocasionarem nenhum colapso sistêmico por onde se desenvolva.
De qualquer forma, no ambiente e por onde se desenvolva podem ocasionar lesões e disparidades que sejam difíceis de se contornarem depois de firmados os negócios ou os contratos por assim dizerem.

PALAVRAS-CHAVES: CONTRATO – ADERENTES – NEGÓCIOS

ABSTRACT

The Attachment Deal, are recent forms to do made deals. Very large utility, with deals repetitives to a facilities an agreement.
In a business habitat, and the local and a place to developing deals, ruptures and damages has happen in a no backo situations

KEYWORDS: AGREEMENT – DEALERS – BUSINESS

01. - INTRODUÇÃO

Tenho plena certeza, de que avanços em todas as áreas sejam elas jurídicas ou não, se devem ao fato de regras. Tais regras nada mais são do que mecanismos pelos quais identificam-se temas e consequentemente seu ajuste ou solução para qualquer dificuldade que venha a ter sido criada.

Sem muito Rodeios, um fato que marcou a criação e principalmente a normatização destas regras, foi um movimento conhecido como "Contrato Social" ou contratualismo surgido na França entre os séculos XVI e XVIII, tendo como expoentes e principais defensores os filósofos Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rosseau;

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O movimento defendido entre muitas teorias, estabelecia formas de composição estatal bem como a participação das pessoas neste contexto, daí o surgimento da expressão *populares* como também do termo *Contrato Social*.[98]

De qualquer forma, o objeto deste estudo não são formas de composição do Estado, nem ao menos filosofia e pensadores franceses, o objeto em questão é o difundido instrumento utilizado largamente por toda a sociedade em todas as nações e uma incontável gama de pessoas, que de forma alguma estaria errada a pessoa que dissesse o mundo todo. Certamente tal autor estaria correto com raríssimas exceções.

01. - O QUE SÃO CONTRATOS?

Os contratos sinteticamente analisado-os, são instrumentos pelos quais as partes tem a livre estipulação de suas vontades e no exato momento onde estas acordam todas as suas vontades com a dos outros contratantes, formar-se á o Contrato. Melhorando isso, conforme o código civil francês, quando as partes de comum acordo atingirem o ponto comum, ou seja a aceitação de suas vontades e a subsunção ás vontades dos outros contratantes, acontece a formalização prática e efetiva do Contrato, tornando tudo que fora convencionado legalmente entre os contratantes como lei perante estes mesmos, já que assim o fizeram.[2]

Com toda a dinamização das relações contratuais, bem como toda a evolução econômica ocorrida do século XX ate os dias de hoje, e num ato tentando se evitar um colapso do meio jurídico, agravados pelo consumismo característicos da contemporaneidade, e com a grande quantidade de negócios repetitivos, surge um novo instituto contratual. O Contrato de Adesão. [3]

Em resumo, essa nova forma contratual, é caracterizada por permitir que apenas um dos contratantes redija e determine, o conteúdo de todas as condições do contrato, eliminando qualquer possibilidade de transigência quanto ao conteúdo das clausulas; Ou seja uma das partes fica responsável pela confecção do instrumento e a responsabilidade da outra é de apenas aderir ou não à aquele instrumento.

Nosso ordenamento jurídico recepcionou o contrato de adesão e trouxe no Art. 54 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) a definição do aludido instrumento contratual:

[98] Hobbes segundo Jean-Jaques Chevallier, op. Cit, p.75: “o soberano tem o dever de assegurar aos súditos uma inocente liberdade. Inocente no sentido de não ser nociva à paz”

"aquele cujas clausulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo."

Em uma feliz tradução do código civil alemão, onde existe a definição do contrato de adesão temos o fato de que a posição das partes é tal que um do contratantes é obrigado a tratar das condições que lhes são oferecidas e impostas pelo outro, dando a este tipo contratual a característica e o nome de Contrato de Adesão.

O novo tipo de contrato acontece num ambiente onde se faz necessário por conta da necessidade de se uniformizar seus conteúdos, haja vista um aumento na quantidade das relações contratuais; Não é por menos que pessoas diferentes fecham seus negócios ou como queiram "seus contratos" de mesma forma, ou seja, é a nova tendência negocial, trata-se da atual tendência da standartização dos contratos

Tal uniformização cria uma espécie de solidez quanto a figura do oblato, já que este fica impossibilitado de criar, alterar, modificar ou excluir algum ponto relevante do documento que vai assinar, ou seja só teria uma opção diversa a de não assinar.

Neste sentido, e correto se dizer que o Contrato de Adesão não é um documento confeccionado pelas duas partes, a predeterminação das suas clausulas identifica que é um contrato preparado para se utilizado em serie para certo grupo de pessoas, não especificamente e apenas para os contratantes; Com estas observações pode se dizer sem margem de erro, que este tipo contratual fica caracterizado pela predeterminação, rigidez e uniformização.

03. – CONTRATO DE ADESÃO

O legislador brasileiro, nas discussões para a criação do Novo Código Civil, com a vigência a partir do ano de 2003, preocupados com esta forma contratual, presente no seio de nossa sociedade e nos negócios que são realizados dia a dia, inovou trazendo este termo ao novo diploma:

"Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio".

Anteriormente apenas o Código de Defesa do Consumidor identificava tal espécie contratual, agora com o novo código admitindo tal forma, principalmente nas relações puramente civis, e não somente em relações de consumo de bens e serviços. Alem disso, o ponto mais importante é a identificação de um pólo mais fraco na relação contratada, reconhecendo a vulnerabilidade de uma das partes, bem como admitindo e vinculando

aos contratos de adesão outros institutos essências aos contratos: a probidade, a boa-fé e a função social dos contratos, conforme os art.421 e 422 do novel diploma.

Sem alimentarmos de fogo esta calorosa discussão, temos que se contrato e apresentando as características já citadas, serão Contratos de Adesão; Existindo uma relação consumeirista aplicar-se á o Código de Defesa do Consumidor. Sendo negocio entre particulares, as diposições e aplicações serão as do Código Civil de 2002, valendo-se sempre em ambos os casos que todos os instrumentos devem possuir probidade, boa-fé, equivalência material nos limites da função social do contrato.

Nesta Toada, embora pouco falamos deste tipo contratual especifico, pois não é este o objetivo principal de tal estudo e sim mostrar uma realidade do que ocorre em alguns setores de nossa economia e mais abertamente falando, em nossa sociedade. Gosto de destacar que embora atuante identifico-me analisando questões contratuais em certos ramos ou melhor em determinadas atividades.

04. – ATIVIDADES EMPRESARIAIS E PARCEIROS DO NEGÓCIO

Algumas atividades, aqui destaco o surgimento de novas figuras ou sujeitos ao negocio proposto, trazem novas idéias novas formas de contratar e principalmente outros meios de desenvolver uma relação contratual qual seja esta; De inicio, demonstro que da metade do século 20 aos dias atuais deparamo-nos com novos termos tais como "revendedor", "franqueado", "parceiro", "colaborador", "retalhista", "derivado", "dealer", sendo que finalmente o papel de todos estes novos nomes e em alguns casos pomposos, a figura é a do bom e antigo Comerciante.

O comerciante é o sujeito destacado, pois de qualquer forma e levando qual seja o nome ou expressão que assim o identifique, o que é mostrado é fato de que este atua com sua força de trabalho, negociando mercadorias e/ou serviços na forma da lei, embora o termo atual e mais completo tornou-o empresário.

Como um pequeno lembrete, e na forma da lei, resumidamente empresário é quem atua legalmente uma atividade empresária sendo esta atividade organizada em um estabelecimento comercial, com registro em órgãos competentes, bem como escrituração de sua rotina tendo como finalidade a obtenção de uma receita positiva sustentando toda esta atividade como se fosse uma união de atos concadenados, contínuos nunca isolados ou praticados uma só vez.

Quanto a atividade empresária ou ramo empresarial podemos destacar infinitos meios ou ramos, mas não podemos nos perder numa gama gigantesca de atividaes, é melhor destacarmos os maiores de forma que seja fácil identificar as figuras e compreendermos a maneira como tais atividades estão inseridas em nossa sociedade em nossos dia a dia.

05. – RAMOS DE NEGÓCIOS – EQUIPARAÇÕES

Anoto que o ramo que mais teve crescimento e sempre fascinou a maior parte das pessoas, com o sonho de construir algo, ou ate mesmo com a idéia presente no âmago de todos nós, a idéia de ficar rico, nos leva diretamente ao ramo de Postos de Combustíveis, pois alem de tudo ainda é um dos setores da economia que mais recebe investidores de outros ramos , ou seja mesmo nas crises, sempre foi confiável ter petróleo como investimento; Ou como no sonho de todo americano todos gostariam de encontrar seu poço de petróleo.

Paralelamente, e respondendo a todas as outras equiparações á figura do comerciante, quero destacar atividades como Farmácia, Loja de Conveniências, perfumarias, doceiras, locadoras de veículos, transportadoras, financeiras, mercados e supermercados etc... sendo certo uma coisa, um fato, o encaixe destes novos termos em que se enquadra o comerciante e a vinculação deste com grandes nomes, uns até de empresas multinacionais estrangeiras; Sem fugir dessa meada, o instrumento pelo qual os comerciantes se unem e se relacionam economicamente é um Contrato de Adesão na maioria dos casos.

Elucidando a questão, alguns ramos são comuns a certos tipos de pessoas, muitas vezes até restrito a algumas "raças" e etnias, em razão das características e dos costumes locais, pois bem principalmente em São Paulo é perceptível a quantidade de portugueses no ramo de combustíveis, bem como no ramo farmacêutico, embora isto não seja nenhum padrão, é apenas elucidativo e exemplificativo.

Quando se fala em comercio, é de se entender em negócios de todos os tipos, tamanhos, gostos, ramos, formas, maneiras e outras particularidades, também não é incomum a expressão negócios familiares ou até mesmo que uma certa família ou pessoa atua em tal ramo desde xx anos.

Porque levantou-se isto, pelo simples fato de demonstrar mais uma vez que seja lá qual nome seja dado ao comerciante, em razão do poderio financeiro de algumas marcas//nomes, este atua mais uma vez por sua conta e risco, levando todos os dias em razão de sua importante atividade as marcas e nomes poderosos ao alcance de todos, ainda mais que no que tange à uma sociedade pois este também emprega e paga tributos.

Predicando o anteriormente descrito, infelizmente em resultado a uma globalização e uma maior concorrência, agora mundial e sem fronteiras físicas, estas novas figuras que são os antigos comerciantes tornam-se marionetes nas mãos de conglomerados econômicos e grupos de expressão e o liame entre estes na maioria das vezes é um Contrato de Adesão.

06. - A FORÇA DO CONTRATO DE ADESÃO

Novamente ao debate contratual, o contrato de adesão embora em seu sentido seja bilateral, tem o condão de impingir a apenas uma das partes a carga obrigacional, ou seja o único dos sujeitos com obrigações é o aderente – comerciante, sob o risco não de

se prejudicar mais, ou apenas assinar um contrato não muito bom a ele, mas sob o risco real de se não se submeter a aderi-lo ficaria de fora da atividade, do negocio, o que na maioria das vezes consumiu anos e grandes somas de dinheiro.

Em reflexão ao raciocínio apresentado, a situação equiparada, equilibrada entre os contratantes, a almejada sensação do *"Laissez-faire"* existe na teoria pois tecnicamente e na forma pratica ela é utópica. A situação em que os contratantes e principalmente do lado com melhor situação econômica quer mostrar de um equilíbrio pratico, inexiste sendo nesta falsa assertiva uma forma de iludir ao aderente e parecer perante os demais como justo e equilibrador face seu poderio de fogo, quando na verdade o que ocorre é uma jogada sórdida, pesada, suja, selvagem e contrária a toda ordem jurídica, incompatível com a idéia de justiça.

Voltando a uma realidade negocial, vou tomar por muitas vezes o exemplo da relação entre distribuidores de petróleo e postos de vendas retalhistas, pois é um mercado intrigante e dinâmico servindo muitas vezes de base, ou laboratório para outros setores. Não seria mera coincidência, muitos ramos dos quais já citados estarem unidos em prol de um mesmo negocio ou de um grupo de atividades econômicas.

Como atuei muitos anos neste setor e ao mesmo tempo conheci algumas estratégias bem como formas negociáveis utilizadas por estes grupos econômicos, tenho alguma experiência pratica neste ramo como também vi a abertura dos mercados e a aproximação de outras empresas sobre o ramo retalhista, seja para aprender know-how, seja para seduzir ótimos comerciantes para seu lado da cerca; Neste sentido é fato notório que muitos donos de farmácias ou franqueados em lojas de Shopping Centers sejam donos de postos ou parentes destes.

O que posso mais uma vez grifar e com uma caneta bem escura é que independentemente do ramo ou do termo atribuído aos comerciantes, estes dia mais dia, giram seu capital circulando divisas, empregando pessoas, movimentando e aquecendo a economia popular num mercado cada vez mais deflacionário muitas vezes sem perceber algum lucro ao final de 30 dias, mas honram e enriquecem os acionistas de muitas multinacionais, sejam estas quais forem.

A ligação entre as partes do negocio, entre o comerciante e a marca que este representa é sem duvida um contrato de adesão. Muito embora nos termos da lei, este instrumento esteja sendo regido a vontade de contratar pode ser de ambas as partes mas tem de ser levado em conta que um dos lados, realmente de quem trabalha junto ao consumidor final, seja a parte hipossuficiente desta relação. Ressaltando que embora este apenas aderiu o contrato sofre imposições tamanhas sob a égide do contrato de adesão ter sido formado em razão e nos limites da função social do contrato.[4]

Mais uma vez trago a questão econômica, onde é preciso matar mais de um leão ao dia, num mercado hostil e com uma concorrência voraz, não restando outro caminho a não ser ao comerciante se unir a grupos economicamente mais fortes, solidificados e com um poderio econômico inimagináveis para continuar em sua atividade e muitas das vezes não mais a ganhar dinheiro e sim conseguir fechar suas contas ao final do mês.

07. - NESESSÁRIOS À SOCIEDADE

Porque citei varias vezes farmácias e Postos de combustíveis, porque em ambos os casos, estão inseridos em setores especialíssimos e relevantes em nossa sociedade e principalmente pois um movimenta a economia com seu "combustível" e ou outro cuida da saúde das pessoas. Pode parecer confuso, mas quero mostrar que estes ramos parecem tudo mas uma coisa é cristalina, nunca podem ser chamados de supérfluos, pelo contrario são demasiadamente necessários à coletividade.

Utilizar-me-ei do mercado de combustíveis mas com a reserva de a todo e qualquer momento fazermos analogias e comparações com os outros ramos citados ou que venham a pensamentos; Constitucionalmente há uma proteção sobre alguns mercados, como o caso da distribuição de combustíveis ter como agentes empresas privadas (Multinacionais).

Como levantado, alguns setores da economia, estes com especial relevância e importância possuem alguma garantias pois fazem parte do "corpo" estatal exemplificativamente dizendo. Neste caso destaco que o setor em que estão inseridos a saúde, o abastecimento, a infra estrutura do Estado tem proteções na forma da lei e até constitucionais, face ao seu caráter necessário a todo o tempo.

08. - ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

No art. 170 da Carta Magna, o legislador constitucional trouxe um rol de princípios, aos quais se basearíam e solidificariam suas bases, a ordem econômica e financeira.

"**Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:**

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

~~**VI - defesa do meio ambiente;**~~

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de

elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - ~~tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.~~

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

Confirmou ainda no seu artigo 173 "caput" que reservará alguns setores, com a ressalva de proteção a segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, que serão definidos em lei; Isto é de acordo com a importância e seu grau de necessidade em ligação direta com os princípios descritos no art. 170 da Constituição Federal de 1988 já trazidos do texto da lei.

Em sua continuação, o Legislador demonstrou sua preocuparão com o fato de agentes estranhos não ao governo estarem na direção das empresas que atuariam nestes setores relevantes. Desde sua composição ate a situação perante os adquirentes dos bens e serviços que vierem a serem produzidos como fruto destas concessões/permissões.[5]

Preocupados como são, os agentes do Estado, ou seja os governantes em qualquer grau ou esfera política, sem qualquer critica ou ressalva aos agentes atuais ou que por ali exerceram alguma função no passado, se precaveram de alguma garantias, esta constitucionais em especial no setor de energia e abastecimento.

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

~~*V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.*~~

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

~~*§ 1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º.*~~

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II - as condições de contratação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

~~*§ 2º - A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.*~~

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.(Renumerado de § 2º para 3º pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - a alíquota da contribuição poderá ser: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) diferenciada por produto ou uso; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b)reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150,III, b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

II - os recursos arrecadados serão destinados: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Pois como é sabido a todos, e necessário a manutenção do Estado, ate como fonte de arrecadação, uma das situações onde ocorre um crescimento e ate mesmo uma melhora institucional é no exato momento onde o Estado consegue regular e controlar todas as atividades importantes e vitais sem interferir incisivamente. Ou seja o Estado detem um controle mais fiscalizatório do que operacional, deixando que os bens e serviços sejam estes disponibilizados à sociedade pelas regras de mercado, visando ao final a satisfação do consumidor final que é o a quem num primeiro momento deveria ser atingido pelos agentes estatais.[6]

Baseado em assertivas como esta, que o legislador, se precaveu no sentido de deixar o Estado aparelhado para atuar e agir em alguns setores com maior controle e rigor como em outros, como ocorreu no art. 177. A Constituição Federal que invocou e em letras garrafais determinou o que seria Monopólio da União.

09. - SERVIÇOS PÚBLICOS IMPROPRIOS

Desta forma, o mercado de combustíveis, em como o Mercado ligado ao Abastecimento de Alimentos e serviços de saúde e de infra-estrutura estatal se organizam através de agentes privados mas que agem sob umas regras especiais. Estes agentes, que de pequenos nada são, são muito fortes economicamente e muitos deles são multinacionais estrangeiras, atuantes no mercado como agentes de "serviços públicos impróprio". [7][8]

E o que seria um serviço publico impróprio, na definição do professor Hely Lopes Meirelles, são os serviços ***"que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, e, por isso, a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais), ou delega sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatários." (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Ed. Malheiros, 24ª ed. p. 297 e ss.)***.

De qualquer maneira, não vamos ficar restritos ao estudo do tipo de serviço, mas aos agentes e a vinculação com quem efetivamente coloca o serviço ou o bem a disposição do consumidor final ou que comumente no mercado empresarial é chamado de Consumidor Real e Efetivo.

10.- COMERCIANTE E SUA SITUAÇÃO NEGOCIAL

O liame entre a empresa, concessionária, permissionária, ou quem atua no ramo economicamente como atacadista ou distribuidor, e o consumidor final, é exercido pelo comerciante ou qualquer das denominações já utilizadas para a sua figura econômica.

Novamente, temos uma grande disparidade entre quem age por toda sua conta e risco, sem saber se terá resultados positivos e grandes conglomerados econômicos, já que estes agem como investidores impessoais dando suas cartadas conforme a mudança de jogo, sem levar muito em conta seus parceiros.

A vinculação entre os agentes, por contrato de adesão na maioria das vezes, se faz admitindo um consenso pelo objeto total do contrato – a Ligação e a vontade de ambos de ficarem contratados para este negocio ou parceria – só que frequentemente ocorrem abusos face ao caráter e situação frágil a qual se encontra e é colocado o aderente.

Neste Contrato de Adesão, o consenso deveria única e exclusivamente se ligar ao objeto do contrato, seu objetivo e sua finalidade, não ser ligado as clausulas e aditamentos como frequentemente se fazem essas parcerias; Por mais nobre que pareça a empresa de maior poderio econômico financeiro, e trazendo ao negocio as novas figuras como anteriormente citadas o único objetivo daquelas perante estas é formar uma parceria sólida e cheias de garantias gerando um conformismo nestas para levar a uma situação de exclusividade adiante ou como alguns definem “ad eternum”.

Neste exemplo logo acima, no bojo de um contrato de adesão, a empresa traz clausulas na tentativa de vincular o contratante, conseguindo para si outras garantias, o objetivo ao final independentemente do mercado que atue é o mesmo, gerar uma situação exclusiva, onde o comerciante num próximo momento, atue única e exclusivamente como um bom empregado e não remunerado; Já disse que este atua por sua conta e risco, portanto qualquer dividendo que recolha é simplesmente na razão da remuneração de seu tempo trabalhado pelo seu capital investido, nada mais.

Mesmo que estas quantias faladas a titulo de dividendos sejam enormes, são incomparáveis com o que grandes conglomerados encônomicos arrecadam diariamente em seus cofres, e com toda certeza qualquer fração que seja atribuída ao comerciante, franqueado, parceiro, varejista, dealer, sócio, revendedor ou como lá conste no contrato de adesão a titulo de premio, mérito, comissão, gentileza já esta contabilizada e sem sombra de duvida é uma esmola perto do que deveria ser passado.

Digo isso, pois anos a fio deparei-me com atrocidades jurídicas cometidas pelas empresas petrolíferas para com seus revendedores e franqueados. Tais empresas, multinacionais estrangeiras e recentemente a este grupo se uniu outras brasileiras formando um grupo empresarial de respeito, e de alto valor, vêm atuando de uma maneira muito predatória com todos, pois elas pregam uma idéia de exclusividade com seus contratados e vinculando a eles essa filosofia, sem lembrar que o prejudicado é uma coletividade, ou seja o consumidor real, enfim a sociedade. [9]

Dentre as atrocidades comentadas, estão um monte de aditivos e penduricalhos em seus instrumentos contratuais, obrigando ao revendedor, franqueado a uma situação exclusiva. Enquanto sua vigência tudo ótimo, mas o que considero extremamente abusivo são as condições impostas ao negocio, estas sim vão tornar o comerciante escravo de um contrato de adesão.

Praticamente falando vamos a um pratico exemplo: Um dono de posto, precisa vender uma quantidade x de produtos auomotivos no prazo de 10 anos, ou o que ocorrer primeiro. Ocorre que as situações econômicas e mercadológicas mudam e com toda certeza o prazo será o primeiro a findar-se, ou seja seu contrato estaria terminado pelo tempo de vinculo. Até este ponto ok, de acordo com a doutrina e jurisprudência, o revendedor deverá denunciar o contrato até 108° mês de contrato já que o mesmo tem a duração de 120 meses.

Acontece que em manobras jurídicas, algumas até ardis, haja vista uma parceria de anos estava firmada ate então, a distribuidora de combustíveis, abusando de seu poderio econômico vai obrigar o comerciante a cumprir as metas de vendas, em muitos casos são poucos meses; Só que esquecem de informar que se o contrato não for quebrado ou distratado, ele estará renovado por igual período e o revendedor “preso” agora numa situação econômica amplamente desfavorável para si mesmo. Ou seja o que deveria acabar em 10 anos vai durar mais de 20 e pior ferindo um principio constitucional o da livre iniciativa.

Pois os agentes encarregados de atuar no ramos empresarial como “facilitadores’ e “viabilizadores” atuam escondidos e protegidos atrás de suas peças contratuais, escravizando o comerciante e deixando a população, o consumidor final e real, à mercê de certos agentes, que nada mais são estas empresas de grande poderio econômico e participação relevante no mercado que atuam separando e certificando de seus mercados.

12. – RELEVANCIA ECONOMICA DA ATIVIDADE NEGOCIAL

Alguns produtos e serviços, são nos dias de hoje, sem sobra alguma de duvida, tão essenciais como o pão para funcionamento de uma economia, ainda que em formação e franco crescimento, como a nossa não sendo justo em hipótese alguma que a população e sendo estes os consumidores finais de tais bens e serviços fiquem à plena Mercê de certos agentes, facilitadores ou viabilizadores.

Mesmo tendo o Governo Federal, no caso a União, como participante ativa de uma destas empresas, a Petróleo Brasileiro S.A.- PETROBRAS, tal garantia de resguardo e proteção aos princípios constitucionais, não são levados em consideração pois como se é demasiadamente sabido, a atuação desta citada empresa, bem como de outras, é certa como se empresa privada fosse, e atuando desta maneira a sua vocação publica e protecionista da sociedade em geral é deixada de escanteio, junto com as proteções e direitos à coletividade que mais uma vez são solapados em detrimento da vontade de poucos, os sócios e acionistas destes grupos.

Um Estado Democrático de Direito, não esta á disposição dos homens do Governo ou como prefiram deste ou daquele governo. O Estado deve estar sempre preparado a corrigir e manobrar perante todo e qualquer abuso de quem quer que seja, e deve estar em consonância com a ordem jurídica e esta deve ser na maioria das vezes geral e coletiva.

13. - FUNÇÃO SOCIAL

E outro aspecto, outro principio que deve ser balizado, a todos os agentes econômicos, e com quem eles se associem é a observância quanto à Função Social da Propriedade, instituto largamente discutido e analisado, principalmente após a vigência do Novo Código Civil Brasileiro, que trouxe uma bela definição deste instituto:

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

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

Mais claro que isto, não poderia o legislador que já previu que a propriedade deve ser analisada como um todo e principalmente com a importância quando se é atuante de um mercado relevante e de um importante setor econômico da economia. A grande preocupação foi em resultado aos abusos cometidos por empresas de grande poderio econômico/financeiro, perante agentes sem condições de suportar uma responsabilidade que não é isoladamente sua. No maximo será solidária e/ou subsidiária.

A grande inovação, no entanto decorre de um coletivo que é agora um dos sujeitos da relação, a coletividade pois antes quiçá era lembrado o termo todos, e não vivemos num desgoverno, com certeza isso não podemos permitir que ocorra.

Nesta direção, como já definidos, sendo estes setores da economia determinados como prestadores de serviços públicos impróprios, devendo permanecer e desenvolver-se sobre uma plataforma legal, sem que haja interferências e manipulações de agentes do governo ou de setores privados. Dentro de um Estado de direito a função de todo e qualquer agente da economia deve ser definida pela base legal, ou seja na letra da Lei.[10]

Corroborando esta linhas acima, vem o ensinamento de Canotilho trazendo em suas ilustres palavras como deve ser a atuação estatal, ou como devem agir os agentes que no lugar do Estado atuem, de acordo com a carta constitucional e as plataformas legais necessárias:

" O Princípio da Máxima eficiência é a interpretação do texto constitucional num sentido que lhe atribua eficácia."[11]

Confirma ainda mais a idéia de que os atuantes de setores relevantes e preponderantes de nossa economia atuam de forma predatória, egoísta e usurpadora dos recursos, não traduzindo estes à coletividade , quem realmente os necessita.

Não falo, num sentido que os investimentos não devam ser pagos, corrigidos, ou que devam tais agentes serem banidos, muito pelo contrario deve ser dentro da plataforma legal, a ser criada devem ter regras claras quanto a sua atuação e seu alcance, não ferindo e nunca atacando princípios da constituição.

14. - EXCLUSIVIDADE INCONSTITUCIONAL

Remeto novamente à vedação constitucional de toda clausula de exclusividade, inserida nos contratos de adesão, pois empresas privadas estão se apropriando de um segmento de mercado protegido, deve ser revista e modificada no sentido de não ocorrer a violação constitucional as custas da parte mais fraca, que sofrerá os prejuízos.

Reforçando esta preocupação, a tomada de uma setor econômico, por poucas empresas e estas atuando combinadamente, como se agissem em cartel, bate frontalmente com as diretrizes de um Estado Democrático de Direito, pois faltaria Lei Federal autorizadora, no caso deste mercado ser separado especialmente a estes grupos econômicos, bem como trata-se de um negocio juridicamente impossível conforme redação do art.166 II do Código Civil de 2002.

“”Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;”

É juridicamente impossível, exatamente pois falta-lhe diploma legal que o autorize, bem como não pode existir direitos sobre um principio que foi violado, ou seja cabe a união ou ao governo dispor desta viabilidade e da exclusividade não destas empresas de grande poderio econômico.

Como proteção à sociedade, bem como em resposta aos abusos empresariais que ocorrem na maturação das atividades econômicas, a Constituição Federal externou seu animo protecionista em prol de uma coletividade, expressamente declarou que reprimiria e cessaria com tais abusos.

"Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

~~***§ 1º - A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.***~~

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular."[12]

15. - COLETIVIDADE

Definiu em um rol quais as condutas reprimidas e denotou suas razões para que tais atitudes não ocorram, e através da Lei 8.884 de 1994 esta criando o CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, um órgão "Antitruste", que colocou a coletividade como a titular dos bens jurídico protegidos por esta lei, conforme redação do parágrafo único do Art. 1º do citado diploma.

Tudo isto num sentido para que mercados e setores, não se esvaiam de vez para mãos de grandes grupos que num primeiro momento apenas marcariam seus espaços para no próximo realmente agirem e prejudicarem a uma coletividade, o consumidor real, a sociedade.

Repara-se que nos setores relevantes, é fato que cerca de 60% a 90% de seus mercados, estejam na mão, ou controlados por poucas empresas. Como exemplo as grandes petrolíferas, controlam cerca de 94% por cento do mercado, sendo que desta fração 80% continuam na mão de apenas 4 empresas. Isto não merece só atenção, é preocupante e carece de um controle.[13]

16.- ENTENDIMENTO JURIPRUDENCIAL DO TJSP

Em São Paulo, nosso tribunal tem entendido a situação e tem dado uma sinalização de mudanças favorecendo as condições para os agentes de menos poderio econômico financeiro, e não tem incentivado os grandes grupos a comprarem esta briga.

Nesta Direção, o eminente Desembargador Dyrceu Cintra, decidiu em favor do comerciante numa questão envolvendo responsabilidade da empresa do grupo econômico elevado que queria eximir-se da mesma com o parceiro e isentar-se de culpa perante toda uma coletividade.

Apelação Com Revisão 1255438009
Relator(a): Dyrceu Cintra
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 25/06/2009
Data de registro: 28/07/2009
Ementa: Venda de combustíveis com cessão de equipamentos de posto em comodato. Ação declaratória e condenatória movida pela revendedora contra a distribuidora. Improcedência na origem. Apelo da autora. Responsabilidade solidária da distribuidora pela manutenção do posto, cumprimento de exigências legais e regulamentares para prevenir danos ao meio ambiente e corrigir eventual passivo ambiental

Em decisão parecida, revertendo e responsabilizando empresa de grande poderio econômico, na relação com seu parceiro comerciante o Desembargador Candido Alem, afastou intenção da apelante em querer punir o empresário por quebra contratual, quando em momento diverso e interessante á grande empresa, esta nada fez, deixando para o atual momento agora insatisfeita com a parceria, agir em desfavor de seu parceiro.

Apelação 891290100
Relator(a): Candido Alem
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 19/05/2009
Data de registro: 17/07/2009
Ementa: 'RESCISÃO CONTRATUAL - Contrato de fornecimento de produtos derivados de petróleo- Ação de rescisão contratual por quebra de exclusividade, com reintegração de equipamentos emprestados (comodato) e cobrança de multa compensatória - Responsabilidade solidária - Desnecessidade de notificação - Redução da multa - Princípio da boa-fé objetiva - Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Neste mesmo entendimento o Também Desembargador Felipe Ferreira, em momento inspirado, reconheceu a abusividade da Grande Empresa perante o comerciante, esta estava cerceando sua atuação e deixando aquele sem condições de trabalhar num primeiro momento e de sobreviver de seu negocio no momento seguinte.

Apelação Com Revisão 1198279000
Relator(a): Felipe Ferreira
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 26ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 29/07/2009
Data de registro: 21/08/2009
Ementa: BEM MÓVEL. AÇÃO DECLARATORIA. E de ser reconhecida a abusividade de cláusula contratual que determina a compra de quantidade mínima de combustível, bem como estabelece a prorrogação automática do ajuste, pois fixada em conformidade com o exclusivo arbítrio de um dos contraentes. Sentença mantida. Recurso improvido.

17. - CONCLUSÃO

Sem rodeios e sem muitas delongas, o objetivo deste estudo foi demonstrar superficialmente que embora o instrumento contratual revestido de todas as liberdades intrínsecas, por muitas vezes casa o aderente uma situação desconfortável, prejudicial e atentatória as suas posses, mesmo revestidos de amparo legal, em especial o contrato de adesão pode colocar o comerciante em uma prisão sem grades, não havendo as devidas correições e subterfúgios legais para o Estado atuar controlando as atividades econômicas, mais e mais situações “prisões” ocorrerão e ao longo prazo quem perderá será o consumidor e a sociedade em seu animo mais coletivo.

---

[1] Hobbes segundo Jean-Jaques Chevallier, op. Cit, p.75: "o soberano tem o dever de assegurar aos súditos uma inocente liberdade. Inocente no sentido de não ser nociva à paz"

[2] Fabio Ulhoa Coelho, op cit, p.402, in verbis "Ao se vincularem por um contrato, as partes assumem obrigações, podendo uma exigir da outra a contraprestação prometida.

[3] Paulo Luiz Neto Lobo, Condições Gerais dos Contratos e Clausulas Abusivas, op cit, pag 18, in verbis: "Nas relações negociais provocadas pela oferta de bens e serviços em grande escala é praticamente impossível a tentativa ou negociação prévia das condições negociais. Se o direito não se adaptasse a essa realidade e exigisse o prévio acordo para que as condições gerais se integrassem aos contratos individuais, a economia e as próprias relações sociais entrariam em colapso".

[4] Op. Cit. Severiano Alves de Souza, Evolução da Atividade Econômica do Comércio Varejista de Combustíveis no Direito Brasileiro, p36, in verbis, : "Nesta relação negocial o revendedor sempre leva desvantagem pois é obrigado aceitar o contrato nas condições impostas pela distribuidora".

[5] Op. Cit. Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 766, expõe que o uso de um bem público com caráter exclusivo, depende de permissão.

[6] Op. Cit. Celso Ribeiro Bastos, Curso de Direito Administrativo, p.186, que afirmou que o Estado Brasileiro esta mais para uma atividade regulamentadora e fiscalizatória do que a de prestações de serviços.

[7] Lucia Valle Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, p77, in verbis " Serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com a fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob o regime prevalente do Direito Público.

[8] Embora o sistema nacional de abastecimento seja regulamentado pelos arts.177 e 238 da Constituição Federal de 1988, o art 175 é aplicado subsidiariamente para

determinar os princípios que devem reger este serviço público impróprio, dentre eles o da adequada prestação de serviço.

[9] Op. Cit. André Franco Montoro, introdução à Ciência do Direito, p208, in verbis: "A afirmação de que 'quem diz contratual diz justo' é radicalmente inaceitável."

[10] Op. Cit. Celso Antonio Bandeira de Mello, curso de Direito Administrativo, p.335, Todos atos da administração, alem da exigência de ser exercido sobre uma base legal, ainda não podem contrariar o ordenamento jurídico.

[11] Op.cit. Celso Ribeiro Bastos, Hermenêutica e Interpretação, p.104, in verbis: " O princípio de Máxima eficiência 'de canotilho' significa que, sempre que possível, deverá ser o dispositvo constitucional de interpretado num sentido que lhe atribua eficácia"

[12] João Batista de Almeida, a Proteção Jurídica do Consumidor, p173, in verbis: "É curial que a dominação de mercados, a imposição de preços e o aumento arbitrário de lucros prejudicam iniludivelmente a vida do consumidor, de sorte que a firme repressão à essas condutas redundará em seu benefício".

[13] Alcides Tomasetti Júnior, Revista de Direito do Consumidor, p19, in verbis: "Os meios de comunicação documentam abundantemente o poder das grandes sociedades empresariais para influenciar ou determinar os preços e os custos; para subornar ou conduzir políticos; e para manipular as reações do consumidor. Ao final torna-se claramente perceptível que essas super-empresas têm ascendência sobre o governo, podendo eventualmente dobrá-lo de seus propósitos".

REFLEXOS DA NOVA EMPRESARIALIDADE NA GESTÃO DAS ORGANIZAÇÕES DO TERCEIRO SETOR: APRIMORANDO A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA*

REFLECTIONS OF NEW IN THE MANAGEMENT OF THIRD SECTOR ORGANIZATIONS: ENHANCING EFFECT OF THE CITIZENSHIP

Artur William Mori Rodrigues Motta

RESUMO

A capacidade produtiva de conhecimento racional, que tem como objetivo a redução dos problemas até então existentes, é tipicamente da natureza humana. O conhecimento, como concebido, é fruto das experiências e das buscas realizadas para alcançar aquela finalidade. A crise paradigmática é verificada quando há uma predefinição às formas de agir e pensar. A nova empresarialidade nasceu justamente para romper com aquela velha visão empresarial que ficava adstrita à busca do lucro finalístico. Propugnou-se pelo balizamento das atividades e atuação do empresariado em geral pautados no conceito maior da boa-fé, que acarreta a transformação daquela empresa em verdadeira "empresa-cidadã", cujos benefícios se estendem a toda à coletividade, mas, principalmente, a própria instituição. Nesse contexto, tendo em vista a crescente mudança das relações da sociedade com o Estado, percebeu-se que este não era mais capaz de atender a todos os anseios e necessidades da população, e esta, verificando a ocorrência desse fato, passou a se sentir co-responsável na resolução dos problemas existentes, fazendo emergir, do seio da sociedade, uma via oblíqua de atuação (terceiro setor) que está em crescente expansão e que carece de uma nova forma de gestão para não ficar limitada às velhas crenças e formas de agir. Este estudo é fruto de uma pesquisa doutrinária, que adotou a dedução, como método científico, tendo como objetivo geral a análise do aprimoramento da efetivação da cidadania quando as organizações de terceiro setor utilizam essa nova forma de gestão no exercício de suas atividades. Não se pretendeu esgotar a temática, até porque, esta, ainda não tem limitação, e, no que diz respeito aos objetivos específicos, foram abordadas as mudanças de paradigmas atinentes ao exercício da atividade empresarial na sua forma tradicional, a verificação da falência do Estado-Social com o surgimento do terceiro setor e as suas causas determinantes de crescimento e evolução. Por fim, foram apontados os reflexos da adoção da nova empresarialidade na gestão das organizações de terceiro setor, respeitadas as incompatibilidades, com vistas ao aprimoramento da efetivação da cidadania.

PALAVRAS-CHAVES: CONHECIMENTO – PARADIGMAS – NOVA EMPRESARIALIDADE – TERCEIRO SETOR – CIDADANIA.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

ABSTRACT

The productive capacity of rational knowledge, which aims to reduce the problems so far, is typical of human nature. Knowledge, as designed, is the result of experiments and searches carried out to achieve that purpose. The paradigmatic crisis is seen when there is a default on ways to act and think. The new business was precisely to break with that old business vision that was hosted by the pursuit of profit purpose. Has suggested to the marking of the affairs and activities of the business in general ruled the larger concept of good faith, which leads to the transformation of this company a true "corporate citizen", the benefits spread across the community, but mainly to institution. In this context, with a view to increasing change in the relations between society and the state realized that this was no longer able to meet all the expectations and needs of the population, and this by checking the occurrence of that fact, started to feel co-responsible in solving the problems, the emergence, from within society, an oblique way of operation (third sector) that is rapidly expanding and requires a new form of management not to be limited to old beliefs and ways of act. This study is the result of a doctrinal study, which took the deduction, as the scientific method, with the overall goal of improving the analysis of effective citizenship while the third sector organizations use this new form of management in the exercise of their activities. It was not intended to exhaust the subject, because this still has limits, and, as regards the specific objectives were addressed changes in paradigms concerning the exercise of business activities in its traditional form, verification of state failure Social-with the emergence of the third sector and its determinants of growth and evolution. Finally, were appointed the effects of the adoption of new business in the management of nonprofit organizations, subject to the incompatibilities with a view to improvement of effective citizenship.

KEYWORDS: KNOWLEDGE - PARADIGMS - NEW BUSINESS - THIRD SECTOR - CITIZENSHIP.

Introdução

A capacidade de produzir conhecimento é inerente à natureza humana. Os seres humanos possuem uma faculdade plena de evocar qualquer forma de conhecimento e, analisando o curso da nossa história, verificamos que o homem sempre buscou algo ou formas a mais de solução dos problemas então existentes. Perseguindo as respostas para as adversidades que enfrentamos, desencadeamos crescente processo de atividade sobre a natureza, produzindo tecnologias e, além disso, explorando tudo o que se encontra em nosso meio, inclusive e, principalmente, o sistema de relações sociais, políticas, econômicas e culturais.

Dessa forma, o conhecimento é muito mais que uma meta a ser alcançada, trata-se de um processo em si mesmo, que vivifica o itinerário a ser seguido. Além do que, o processo de formação de conhecimento não é dotado de uma progressiva continuidade

linear. Em verdade, incidentes de percurso ensejam rupturas e reconstruções constantes nos conceitos, idéias e juízos estabelecidos pelas formas de conhecer a realidade.

Para melhor entendimento, definimos o conhecimento como o resultado de uma relação que se estabelece entre um sujeito que conhece, sujeito cognoscente, e um objeto a ser conhecido, objeto cognoscível. Logo, o conhecimento é a ponte que liga sujeito ao objeto. Segundo Demo (1994, p. 15-16) o processo de evolução da humanidade está diretamente ligada à qualidade do conhecimento adquirido. Ou seja, apesar de herdarmos de forma consciente e inconsciente todo um manancial de informações acumulado, tendemos a reproduzir e desenvolver, atualizando, tudo de acordo com as novas perspectivas e necessidades do momento em que vivemos.

Como o conhecimento não é estático, não é uma mercadoria, mas sim uma relação que se dá em um contexto histórico, sendo de caráter dinâmico e um processo inerente, a grande problemática existente é em relação às "verdades" atinentes a fatos, idéias e realidades, por não serem estas absolutas, mas sim, transitórias e, até mesmo, consensualmente aceitas. Sobre essa afirmação, a história se encarrega de responder claramente a todas as dúvidas e indagações suscitadas, por uma questão lógica e evolutiva.

Atualmente, conforme relatam Mezzaroba; Monteiro (2008, p.18) vivemos a chamada "crise dos paradigmas". Mas, o uso da expressão paradigma neste trabalho não é apenas aquela constante nos dicionários tradicionais, que são tratados como sinônimos de modelo ou padrão. Essa definição é restritiva por demais e não reflete o real significado da palavra no contexto estudado.

Quando se produz algum tipo de conhecimento, isto é feito dentro de limites de um determinado paradigma, ainda que não haja consciência sobre isso. Entendamos como paradigma toda a constelação de crenças, valores e técnicas compartilhados por membros de um dado agrupamento em determinado momento histórico, conforme preconiza Mezzaroba; Monteiro (2008, p. 16). O interessante é que os grandes paradigmas são de caráter social e cultural.

Segundo Thomas Kuhn apud Mezzaroba; Monteiro (2008, p. 17) quando um paradigma é aceito pela maioria da comunidade científica, ele acaba, por conseguinte, impondo-se também como um modo obrigatório de abordagem dos problemas. Assim, um novo paradigma só pode surtir efeitos com a mudança das velhas crenças e formas de pensar.

Destarte, as limitações mais sérias e prejudiciais que encontramos no processo de busca do conhecimento são as velhas crenças paradigmáticas conscientes ou inconscientes que predefinem nossas percepções e formas, de agir e pensar.

Desde o advento do movimento iluminista no século XVII, cujo papel histórico foi fundamental para a formação da nova visão de mundo do homem contemporâneo, vivemos de forma evolutiva o chamado paradigma da modernidade, pois, hoje o que mais se discute nas várias áreas do saber é o esgotamento desses paradigmas. Ou seja, à medida que os postulados não têm sido mais capazes de responder de forma consistente aos problemas atuais, o paradigma hegemônico da modernidade é posto em discussão.

Para o sociólogo português Boaventura de Souza Santos (apud Mezzaroba; Monteiro, 2008, p. 18) vivemos a transição paradigmática na qual ao contrário do que se passa com a morte das pessoas, a morte de um paradigma traz dentro de si o paradigma sucessor. Logo, a passagem entre esses paradigmas é semi-cega e semi-invisível. O paradigma sucessor ainda não se consolidou, trata-se de promessas e expectativas que aos poucos mostra a verdadeira face, mostra a que veio e o que é capaz de fazer.

A nova empresarialidade e o terceiro setor são exatamente esses novos paradigmas sucessores que, nos próximos tópicos, passaremos a estudar melhor e a discorrer sobre os pontos fundamentais dessa nova forma de exercício da atividade empresarial, da atuação da sociedade em "parceria" com o Estado, e, principalmente, em relação à conexão daqueles visando o aprimoramento da efetivação da cidadania[1][2].

I. Do Regime Jurídico da Livre Iniciativa

Para se chegar ao cerne da questão estudada, antes, há de se buscar a fonte que regulamenta todo o assunto. Posteriormente a isso, imperiosa é a abordagem dos ditames legais que estruturam a questão fática especificamente para, posteriormente, debruçarmo-nos sobre nosso objeto de pesquisa.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a exploração da atividade econômica, ou seja, sobre a produção de bens e serviços necessários à vida das pessoas em sociedade, atribuiu à iniciativa privada o papel primordial, reservando ao Estado apenas uma função supletiva, conforme preconiza o artigo 170 do diploma legal.

Essa atribuição à iniciativa privada torna possível, do ponto de vista jurídico, a previsão de regime jurídico específico pertinente às obrigações do empreendedor privado. Assim, não poderia de outra forma, a ordem jurídica conferir uma obrigação a alguém, sem que concomitantemente, proveja os meios legais e necessários para integral e satisfatório cumprimento da aludida obrigação. Se, ao empresariado, a ordem constitucional reserva a primazia na produção, deve, então, cuidar para que ele possa desincumbir-se, plenamente daquela tarefa, pois, caso contrário, se não houvesse um regime jurídico próprio em tal aspecto, o empresariado permaneceria inerte e toda a sociedade arcaria com o prejuízo da falta de produção de bens e serviços indispensáveis à satisfação das próprias necessidades.

Os bens e serviços de que todas as pessoas necessitam para viver em coletividade são produzidos em organizações econômicas especializadas e negociados no mercado. O responsável pela estruturação dos fatores de produção e comercialização é o empresário que se encontra, fortemente ligado à obtenção de retorno econômico, ou seja, o lucro.

A atividade dos empresários pode ser entendida como aquela que articula os fatores de produção, que no sistema capitalista são quatro: capital, mão-de-obra, insumo e tecnologia. As organizações em que se produzem os bens ou serviços necessários, úteis ou indispensáveis à vida humana são resultado da ação dos referidos empresários.

Uma característica interessante que devemos destacar no cerne do assunto é o fato de que estruturar a produção ou circulação de bens ou serviços significa reunir recursos financeiros, humanos, materiais e tecnológicos que viabilizem o oferecimento junto ao mercado consumidor preços, qualidades e atrativos competitivos. E, para isso, boa parte da competência característica dos empresários diz respeito à sua capacidade de mensurar e diminuir os riscos, devendo muito mais à suas experiências de vida do que propriamente uma formação técnica em cursos superiores.

No Brasil, a teoria da empresa foi formalmente incorporada no sistema jurídico a partir da vigência do Código Civil de 2002, sendo que na Parte Especial, do Livro I, do Título I ao III são abordados os assuntos de referencia ao tema. Ademais, o nosso legislador ao se afastar da teoria dos atos do comércio, que partia da premissa de que comerciante era aquele que praticava atos de comercio com habitualidade e deles fazia a sua profissão, teoria essa um tanto imprecisa e ultrapassada, veio a aprimorar as relações jurídicas estabelecidas entre as pessoas que compõe esse meio social.

O artigo 966, do mencionado diploma legal, assevera que empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. No parágrafo único do mesmo artigo há previsão expressa de que não se considera empresário aquele que exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com auxílio de terceiros, salvo se o exercício da profissão constituir em elemento de empresa.

Os elementos que compõe o conceito de empresário, nos moldes daquilo que está previsto no artigo 966, do Código Civil, merecem uma rápida abordagem, tendo em vista a sua importância para adequada compreensão do assunto.

A noção de profissionalismo entendida na doutrina (COELHO, 2003, p. 11-12) está vinculada a três ordens, quais sejam, a habitualidade que diz respeito à realização de tarefas de forma não esporádica, pessoalidade que diz respeito à identificação de quem é o responsável pela produção ou circulação de bens ou serviços e, por fim, o monopólio das informações que diz respeito ao conhecimento de todas, ou da maioria das informações atinentes aos bens ou serviços fornecidos aos consumidores em geral.

A noção de atividade econômica organizada tem sentido voltado para o movimento ou ramo de atuação na qual se busca gerar lucro para quem a explora e, a organização é indispensável para caracterização da figura de empresário/atividade empresária. Assim, não é empresário quem explora atividade de produção ou circulação de bens ou serviços sem organizar os fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia.

Em relação ao conceito de produção de bens ou serviços, mister se faz esclarecer que produção de bens é a fabricação de produtos ou mercadorias. Inclusive, toda atividade de indústria é, por rigor, empresarial. Produção de serviços é, por sua vez, a prestação/oferecimento de serviços, como, por exemplo, os serviços médicos-hospitalares, serviços odontológicos, de iluminação, de telefonia, etc.

Em relação ao conceito de circulação de bens ou serviços podemos estabelecer que a atividade de circular bens seja própria do comércio, em sua forma originária, na qual, busca-se o bem ou serviço com o produtor e leva-se ao destinatário que pode ser o consumidor. Essa atividade de intermediação na cadeia de produção e escoamento de

mercadorias é tipicamente de circulação. Circular serviço é intermediar a prestação dos serviços, como, por exemplo, agências de viagens que fecham pacotes turísticos para os consumidores.

Por fim, somente a título expositivo, salvo as exceções legais, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (artigo 967); e simples, as demais, em conformidade ao que estabelece o artigo 982, do Código Civil.

II. A Nova Empresarialidade

O objetivo fundamental que motiva o empresário dentro de uma empresa nos moldes tradicionais é o lucro. O exercício da atividade empresarial tem sido voltado, em grande parte, para valores e interesses unitários e individualistas, muitas vezes ligados tão somente nas pessoas dos sócios, passando ao largo das questões sociais e daquilo que acontece ao seu redor.

Essa postura que objetiva tão somente o lucro, preponderantemente como atividade fim, independentemente dos meios empregados, está sofrendo significativo abalo, proveniente não só das mudanças das leis (ex. Constituição Federal, Código Civil, etc), mas também da pressão social exercida pela opinião pública e imagem correlata daquela empresa junto ao meio a que se encontra vinculada.

Tendo em vista a ocorrência da chamada "crise de paradigmas", anteriormente tratada, neste momento, oportuna é a apresentação do paradigma sucessor da atividade empresarial que corresponde a uma nova forma de exercício dessa atividade, denominada de nova empresarialidade.

A forma, ou melhor, as formas até então existentes de exercício da atividade empresarial, nos dias de hoje, não mais são capazes de responder de forma consistente aos problemas existentes, de modo que, o surgimento do novo paradigma é corolário deste fato, motivo pelo qual, imprescindível é o estudo dessa inovação já que a sua importância é inquestionável e, como resultado, há a possibilidade de aprimoramento da efetivação da cidadania.

A pesquisa realizada pelo professor Simão Filho (2002) resultou na formação de alicerces jurídicos e dogmáticos que são necessários à adequada compreensão do que seja a "nova empresarialidade".

Naquele estudo, o emérito professor partiu da verificação da expressão "empresa" na atualidade, em confronto com o antigo "standard" comportamental do *bom pai de família*, como premissa para a elaboração do "standard" correlato, de natureza jurídico-comportamental, consistente no *bom homem de negócios* ou, simplesmente, *bom empresário*.

A partir deste fato, avaliou o padrão ético e moral, a boa-fé e os costumes, como forma de balizamento do novo padrão proposto, a torná-lo uma das premissas essenciais dos futuros empresários e empresas em geral, no que tange ao comportamento jurídico e empresarial esperado.

Uma das peculiaridades é a questão atinente à necessidade das empresas objetivarem o lucro para a própria subsistência e, concomitante a isso, atentar-se para o cumprimento de sua função social. Por derradeiro, não esquecendo de envolver-se na comunidade com a implementação de políticas internas e externas, que atendam à responsabilidade social empresarial.

Deste modo, concluiu Simão Filho (2002) que a nova empresarialidade é uma nova forma de exercício da atividade empresarial, na qual há um movimento constante e sucessivo, não importando especificamente qual o tipo de empresa envolvida (ex. sociedade simples, empresária, empresário individual, etc) onde se consegue vivificar a instituição/empresa agregando valores diversos, pautados sempre na ética, moral e, principalmente, na boa-fé objetiva. Extraíram-se daquele arquétipo de bom pai de família os padrões que compõe a nova forma empresarial, sendo que, com suas condutas e posturas (em concreto) não se visa apenas o lucro finalístico, mas, também, que no entremear essas empresas cumpram com a sua função social e auxiliem beneficamente a sociedade de alguma forma (responsabilidade social).

Por fim, aquele professor propugnou pelo retorno à ética clássica e aos princípios gerais do Direito com a finalidade de se formar um costume apropriado para a nova empresarialidade baseado no conceito maior da boa-fé, refletindo padrões éticos e morais na busca de seu objeto e fim social, criando responsabilidade social e finalizando a idéia de que a empresa também deve estar inserida no contexto das políticas institucionais, desenvolvendo atividades no prisma da responsabilidade social e voluntariado, transformando-se em autênticas empresas-cidadãs, cujos benefícios serão sentidos pela coletividade, resultando numa forma de contribuição para um mundo melhor e com a conseqüente redução das exclusões sociais.

O presente estudo busca apresentar quais são os reflexos existentes para aquelas organizações de terceiro setor que adotam a nova empresarialidade como forma de gestão, respeitadas as incompatibilidades (v.g fim lucrativo), tendo em vista que os resultados para as empresas em geral são de extrema valia e possibilitam a maior efetivação da cidadania.

III. Da Organização Setorial

Em visita ao nosso país, o sociólogo alemão Claus Offe, professor da Universidade de Humboldt na Alemanha, defendeu a tese de que está ocorrendo uma gigantesca reforma nas relações do cidadão com o Estado (apud Traumann, 1998, p.11).

Segundo esse sociólogo, ao lado do Estado e do mercado, entidades comunitárias como as organizações não-governamentais (Ong) e as igrejas estão formando uma nova ordem social.

Acontece que, essa nova ordem social é decorrente da falência do Estado do bem-estar social, principal provedor dos serviços sociais essenciais aos indivíduos que compõe a sociedade. A falência do Estado provedor e o apogeu do liberalismo, sob a concepção do Estado mínimo, resultaram na quase ineficácia da atuação do próprio Estado.

Por decorrência, a crise do Estado implicou na necessidade de reformá-lo e reconstruí-lo. A globalização, sob o aspecto econômico, tornou imperativa a tarefa de redefinir as suas funções. Antes da integração mundial dos mercados e dos sistemas produtivos, aos Estados era possibilitado proteger suas economias da competição internacional. Porém, depois da globalização, essas possibilidades diminuíram consideravelmente, conforme lição de Bresser Pereira (apud Oliveira, 2007, p. 287).

Como há, didaticamente, uma divisão de setores de atuação junto à sociedade, na qual, atualmente, se situam em 03 vértices distintos e concomitantes, a seguir, discorreremos sobre cada um, dando-se mais evidência ao setor que está em voga e em crescimento acelerado no seio das sociedades globais.

a) O primeiro setor

O chamado primeiro setor corresponde, exatamente, ao próprio Estado, ou seja, corresponde às ações de caráter público, que tem sua origem e formação no processo de centralização do poder e na unificação territorial das nações européias, por volta do século XIV, com a formação das monarquias nacionais. Até aquele momento, o poder político era descentralizado nas mãos dos senhores feudais e, em razão dos diversos interesses políticos e econômicos convergentes se estabeleceu, na constituição do Estado centralizado, uma aliança entre o rei, a burguesia e parcela da nobreza. Gradativamente, os poderes da monarquia nacional foram se fortalecendo, conforme preleciona Moraes (1998, p. 158).

Um fato interessante diz respeito que na maioria das monarquias nacionais da Europa Ocidental, esse processo político se acentuou, caminhando para a centralização do poder real, ao longo dos séculos XVI e XVII. A partir de então, o rei passou a representar a nação propriamente dita, concentrando em suas mãos todos os poderes: era o início do sistema político conhecido como absolutismo.

Segundo ensina Dalari (2002, p.51) a denominação Estado, (do latim *status* = estar firme), significando a situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez na obra “O Príncipe” de Maquiavel, escrito em 1513. Para o autor, a palavra Estado só pode ser aplicada com propriedade à sociedade política dotada de certas características bem definidas. Ademais, sob a visão contemporânea, o primeiro setor é formado pelo Estado constitucional, abrangendo os órgãos e entidades da sua administração direta e indireta.

Ultrapassadas as primeiras barreiras atinentes ao aparecimento e formação do Estado, cumpre ressaltar que não é fulcro deste trabalho o aprofundamento dos elementos que compõe a teoria geral do Estado, bem como as suas atualidades e inovações no campo jurídico, no que diz respeito às conseqüências das novas formas de interação econômicas (ex. globalização) e efeitos sobre os ordenamentos jurídicos (Aguado, 2006). Desse modo, sem maiores delongas passemos ao tópico seguinte que trata sobre o segundo setor.

b) Segundo setor

O chamado segundo setor corresponde ao mercado, formado, basicamente, pela livre iniciativa privada. Ou seja, o setor privado é o responsável pela busca dos interesses individuais e dos fins particulares, tendo seu surgimento histórico em momento impreciso e de difícil identificação, já que sua existência é inerente ao ser humano e, principalmente, à vida em sociedade. Todavia, com o advento do sistema capitalista e, principalmente, com a implementação das políticas neoliberais sua incidência e reflexos na vida das pessoas passou a ser mais facilmente identificado. Um dos pensadores que dedicou grande parte de sua obra para estudar a influência do Mercado na vida das pessoas é Karl Heinrich Marx. Em sua obra "O Capital", Marx critica ferozmente o sistema capitalista e os resultados que este produz na vida dos indivíduos que compõe uma sociedade.

c) Terceiro setor

O chamado terceiro setor tem diversas definições na doutrina pátria, em que pese à bibliografia ser incipiente, todavia, imprescindível, desde já, estabelecer que inexiste uma definição jurídico-positiva sobre o que é ou seja, bem como limitações de sua atuação junto a sociedade.

Doutrinadores, sociólogos, economistas, cientistas, enfim, pessoas que lidam com este "novo" setor não possuem um entendimento pacífico e uníssono sobre sua origem, definição e conceito. Há sim, indiscutivelmente, um consenso sobre os motivos pelos quais este setor está em voga e em franco crescimento nas sociedades.

Inicialmente, conforme já adiantado, não há uma definição jurídica sobre o que é/seja o terceiro setor, porém, para facilitar o entendimento e desenvolvimento do assunto, necessária a abordagem pontual que balizará nosso pensamento sobre o objeto que estamos nos debruçando.

O terceiro setor é um fenômeno multifacetário, que demanda uma análise abrangente e multidisciplinar para a adequada compreensão, haja vista que, no início, algumas pessoas preferiram trabalhar com uma tese residual na qual o terceiro setor seria aquilo

que não fizesse parte nem do primeiro setor (Estado) e nem do segundo setor (Mercado). Essa técnica é por demasia ultrapassada e imprecisa já que sua abordagem restringe um maior estudo e detalhamento do tema.

A expressão terceiro setor surgiu nos Estados Unidos, traduzida do inglês “third sector” e foi difundida a partir da década de setenta, tendo sido utilizada pelas ciências sociais para se referir às pessoas ou organizações civis, cujo objetivo não é a busca de lucro, mas sim, a satisfação dos interesses sociais.

A princípio tratava-se de uma conjugação de dois setores econômicos clássicos da sociedade americana: o público, representado pelo Estado e o privado, representado pelo empresariado de maneira em geral. Os empresários para designar as ações de solidariedade promovidas pelas próprias empresas, em “parceria” com o Estado, sendo certo que inexistia finalidade lucrativa nesse contexto, fez emergir uma forma obliqua de atuação que passou a ser chamada de terceiro setor.

Logo, o terceiro setor não se encontrava depois do primeiro e segundo setor, mas sim, entre o Estado e mercado. Está é uma demonstração clara de que a adoção da tese residual para identificação do que seja terceiro setor é inapropriada e imprecisa.

Em que pese inexistir definição jurídica a respeito do que é terceiro setor, uma das pessoas mais referenciadas nesse assunto no Brasil é a saudosa ex-primeira dama Ruth Cardoso que, no início da década de 90, já alertava a possibilidade do conceito de terceiro setor trilhar o mesmo percurso histórico da noção de Terceiro Mundo, podendo ocorrer à situação de a definição interna se acentuar, de tal forma que, a designação do termo já não mais servisse como conceito unificador e identificador daquilo que um dia foi necessário (CARDOSO, 2000).

Enfim, o terceiro setor é visto como uma conjugação entre as finalidades do primeiro setor e a organização do segundo, sendo composto por pessoas ou entidades da sociedade civil, de natureza privada, que exercem atividades de interesse social e coletivo, sem fins lucrativos, também conhecidos como entes “paraestatais ou de cooperação. A despeito de não integrarem a Administração Pública, visam à efetivação da cidadania dos indivíduos carentes e esquecidos pelo Estado Neoliberal.

IV. Do Crescimento do Terceiro Setor

Vivemos em uma sociedade cada vez mais complexa e competitiva, na qual, assistimos a uma redefinição das relações entre o Estado, sociedade civil e setor privado. Alguns estudos defendem a tese de que ao lado do Estado e do mercado, a sociedade civil será cada vez mais responsável pela formação de uma nova ordem social. Isto se dá em razão do crescimento e importância da atuação do terceiro setor.

O século XX deixou para trás uma prosperidade global sem precedentes na história da humanidade. Paralelamente a isso, há uma aterrorizante e vergonhosa má distribuição de rendas e recursos, que gerou uma legião de excluídos. Por conseqüência disso, ao

longo do século passado, as empresas se consolidaram como o setor mais poderoso das sociedades.

O novo século trouxe consigo a esperança de que as sociedades contemporâneas não mais concebem um modelo de desenvolvimento que não garanta a equidade social e a longevidade do planeta. Em que pese a globalização econômica ter sido a grande causadora da acentuação da pobreza global, paradoxalmente, ela também permitiu uma maior e melhor visibilidade dos problemas sociais mundiais. Graças a ela, conforme diversos relatórios da Organização das Nações Unidas[3] há uma ampliação da percepção da unicidade e interdependência das questões mundiais.

Analisando sob a perspectiva da ética e moral, é inadmissível que milhões de pessoas sobrevivam em uma situação de extrema pobreza enquanto pequena parcela de empresas e pessoas mantenham um padrão de extremo desperdício. Como integrante de uma coletividade, cada indivíduo é responsável pelos rumos impostos à sociedade e ao planeta. O efeito disso, cada vez mais presente nas sociedades, é o fato de que os indivíduos e os demais atores sociais estão se sentindo co-responsáveis pelas mazelas do mundo globalizado.

Assim, tendo em vista a modificação do Estado Social que deveria atuar no sentido de realizar a efetivação dos direitos mais díspares, como educação, saúde, transporte, previdência social, etc, nasceu uma nova ordem social, que vem para prover e assegurar o mínimo de dignidade e cidadania a todos os indivíduos, diferentemente do que ocorre no Estado Neoliberal.

Analisando o comportamento das empresas que, antigamente, eram vistas apenas como entidades econômicas preocupadas em obter lucro, e agora, constatando que o setor privado não pode existir e prosperar com sucesso isoladamente das questões ambientais e sociais, as grandes empresas visualizaram que além do cumprimento de sua função social, torna-se imperiosa a sua atuação voltada à responsabilidade social.

Para Boechat; Barros (apud OLIVEIRA, 2007, p. 124)

“As corporações que inicialmente mediam seu sucesso pela capacidade de produzir e pela competitividade de seus preços passaram a incorporar a variável ambiental e a responsabilidade social em seus negócios. Neste processo, muitas empresas empreenderam ações filantrópicas, já que descobriram ser este um bom negócio para agregar valor à sua imagem e reputação. Descobriram também que a filantropia seria uma maneira de aliviar o impacto de suas ações à sociedade e ao meio ambiente, já que os efeitos de seus negócios coincidiam com a origem das desigualdades e danos ambientais”.

Assim, a responsabilidade social empresarial foi se caracterizando como uma resposta ativa do setor privado ao equilíbrio das respostas às necessidades dos “stakeholders” em geral.

Esse movimento de responsabilidade social corporativa no nosso país ainda é recente e é adotado, por enquanto, apenas pelas maiores empresas e pelos conglomerados empresariais.

Segundo Duprat (2005, p.18) entende-se por responsabilidade social da empresa a forma de gestão que procura zelar pela qualidade das relações com seus diferentes públicos: acionistas, fornecedores, colaboradores, clientes, meio ambiente, governo e comunidade.

De acordo com o instituto Ethos[4] entende-se por responsabilidade social a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relacione e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais.

Desse modo, passamos exemplificar os mais importantes motivos que levaram o crescimento do terceiro setor no mundo, quais sejam: crescimento das necessidades socioeconômicas, crise do setor público, fracasso das políticas sociais tradicionais, crescimento do serviço voluntariado, degradação ambiental que ameaça a saúde humana, incremento das organizações religiosas, maior adesão das classes médias e altas às iniciativas sociais, maior participação das empresas que visam a cidadania empresarial e, principalmente, maior cobertura da mídia no que diz respeito à publicidade dos incentivos e atuação junto ao terceiro setor.

A associação da imagem da empresa com uma causa social agrega valor a aquela instituição. Logo, as empresas que adotam práticas socialmente responsáveis podem se inserir em novos mercados, ter novas oportunidades e novos relacionamentos, criando bases que possibilitarão gerar maiores e melhores resultados.

Na seara corporativa, a idéia de envolvimento na comunidade, promovendo o desenvolvimento social, beneficiando a transformação do país e, além disso, agregando valores à sua imagem é uma atividade cada vez mais assumida pelas empresas. No entanto, o principal desafio das organizações do terceiro setor, que são as destinatárias diretas dos investimentos públicos e empresariais, é alcançar de forma responsável a eficiência e organização necessária à sua permanência e continuidade de atividades, pois, carecem da utilização de tecnologias disponíveis, conceitos do mundo globalizados e a absorção de novos paradigmas na gestão organizacional. A nova forma de exercício da atividade empresarial (empresarialidade) se adequa precisamente ao principal desafio da gestão das organizações do terceiro setor, conforme passaremos a discorrer abaixo.

V. Reflexos da Nova Empresarialidade nas Organizações de Terceiro Setor

Pelo fato de a nova empresarialidade, na forma proposta pelo seu criador, ser possuidora de um ícone ético que serve de modelo incentivador de gestão e de comportamento, facilitando a adoção das melhores práticas na administração de instituições, sendo certo que dessa maneira, consegue-se obter melhores e mais eficientes retornos do mercado, da população e do Estado, mister se faz destacar quais são os reflexos que as organizações de terceiro setor podem obter com a adoção dessa nova forma gestão, em que pese não objetivarem o lucro como as empresas em geral. Vejamos:

1. Profissionalismo – afasta-se efetivamente o amadorismo existente até então na gestão e condução das atividades atinentes ao terceiro setor, tendo em vista a importância e crescimento econômico de suas entidades/instituições, pois, agora se tratam de negócios que movimentam milhões da economia mundial e, para gerir e administrar adequadamente essas organizações, indispensável se torna o conhecimento e domínio sobre a atividade desempenhada. Tal situação é conseqüência do crescimento e desenvolvimento do próprio setor, que tem um fluxo de capital envolvido extremamente alto e os investidores precisam sentir confiança naquilo em que depositam seu capital.

2. Facilitação para angariar recursos – as empresas e investidores que pretendem destinar recursos ao terceiro setor, sem dúvida alguma, procedem a uma pesquisa de campo para saber quais são das várias entidades existentes, aquelas que detêm credibilidade, que alcançam de forma responsável os fins a que se propõem e dão o retorno esperado pelos investidores. O gestor com o novo perfil conseguirá identificar, rapidamente, as situações existentes e tomar as melhores medidas para que os recursos de que tanto necessita estejam sempre à disposição e não venham a se tornar escassos ou insuficientes diante de uma crise ou baixa nos investimentos sociais por parte do empresariado em geral.

3. Facilidades para receber investimento público – as entidades de terceiro setor que cumprem com a sua finalidade e função social, que alcançam seu objeto e despertam interesse de investidores, conseguem por meio de parcerias ou convênios, atrair possíveis investimentos públicos para fornecimento de bens ou serviços que seriam, em tese, obrigação do próprio poder público parceiro, desde que cumpra com as determinações legais e tenha, na figura de seu gestor o novo perfil esperado e não mais o velho paradigma.

4. Maior credibilidade e reconhecimento público pelos serviços prestados – quando uma entidade do terceiro setor adota a nova empresarialidade como forma de gestão, consegue obter maior credibilidade e reconhecimento pelos serviços prestados, tendo em vista a qualidade e satisfação do público atendido corresponder a um dos fatores mais importantes na prática da sua gestão, acarretando, assim, um efeito multiplicador positivo de sua imagem que retornará favoravelmente à própria instituição.

5. Melhores resultados e continuidade de suas atividades por tempo indeterminado – aquela entidade possuidora do novo perfil, sem dúvida alguma, pela profissionalização da sua gestão, pela maior entrada de investimentos financeiros, seja de caráter público (parceria/convênio) ou privado, pela facilidade cada vez maior de obter reconhecimento público, por deter uma credibilidade inquestionável junto à opinião pública e ter seus resultados satisfatoriamente demonstrados, tudo isso ensejará a continuidade de suas atividades por tempo indeterminado, sendo considerada uma organização diferenciada

ante as demais entidades que ainda não se aperceberam da mudança de paradigma no que diz respeito à nova forma de gestão das instituições que compõe o terceiro setor.

Enfim, pela confirmação da mudança de paradigmas no que diz respeito à nova forma de exercício da atividade empresarial e, pela possibilidade de adoção da nova empresarialidade na gestão das organizações do terceiro setor, excetuando-se, é claro, a busca do lucro finalístico, surge a necessidade do aprimoramento da efetivação da cidadania, através das organizações que compõe o terceiro setor, tendo em vista ser este o fim a que se destinam. Ademais, deixando-se de lado aquelas velhas limitações que predefinem nossas percepções e formas de agir e pensar, imperioso é o reconhecimento de que estaremos ao largo daquilo que Passos (2005, p. 16) já antevia ocorrer nas sociedades que é a cidadania tutelada, na qual formalmente é deferida, porém, operacionalmente é impedida. Ou seja, outorga-se formalmente uma cidadania, mas não se deferem, de forma institucionalizada, os instrumentos pelos quais se garantam e efetivem aquela previsão legal.

Conclusão

Após constatarmos que os seres humanos possuem uma faculdade plena de evocar qualquer forma de conhecimento, sempre buscando meios de resolver ou amenizar problemas e adversidades existentes e, além disso, por estarmos vivendo a chamada crise paradigmática, na qual há uma predefinição das formas de agir e pensar, imperioso reconhecer que os indivíduos integrantes das sociedades globais estão cada vez mais desguarnecidos e esquecidos pelo 1º Setor (Estado), que tinha como obrigação originária, prover aqueles direitos que estão previstos no seu ordenamento jurídico. Todavia, com a falência do Estado-Social e o apogeu do liberalismo, sob a concepção do Estado Mínimo, os atores sociais que compõe a sociedade promovem o nascimento de uma via oblíqua de atuação com objetivo de efetivar a cidadania, resguardando interesses e respeitando a dignidade humana daqueles que são atendidos. Inicialmente, essa atuação foi tímida e restrita a poucos lugares, porém, com o decorrer do tempo, essa visão de ajuda ao próximo tomou contornos mundiais, inclusive, ensejando a possibilidade de tratarmos essa questão como um negócio que movimenta enormes quantias de dinheiro e investimentos nos países afora. Logo, com essa mudança de paradigma e com o crescimento do terceiro setor, imperioso que seja adotada uma nova forma de gestão, com características próprias para se aprimorar ainda mais aquela atuação, favorecendo seus resultados e aumentando seu campo de exercício. Nesse sentido, ao incorporarmos a nova empresarialidade como forma de gestão, respeitadas as incompatibilidades, conseguiremos alcançar os objetivos que são visados dando margem ao aprimoramento da efetivação da cidadania por intermédio da atuação do terceiro setor no seio das sociedades.

Referência Bibliográfica

AGUADO, Juventino de Castro. As novas formas do estado e do direito em tempos de pós-modernidade: estado constitucional, uma nova visão sócio-jurídica do poder. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, n. 81, ano 7, 2006.

BARBIERI, Carla Bertucci. *Terceiro setor: desafios e perspectivas constitucionais*. 2006, 175 f. Tese (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. Disponível em:<http://www.dominiopublico.gov.br> acesso em : 28 mar. 2009

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n. 58, jan/mar, 2007, p.129-173, RT.

BONAVIDES, Paulo, *Do estado liberal ao estado social*, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Código Civil*. Organizador Yussef Said Cahali. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CARDOSO, Ruth. Fortalecimento da Sociedade Civil, IN: IOSCHPE, E.B. (org). *Terceiro setor*: desenvolvimento social sustentável. 2 ed. São Paulo: GIFE/Paz, 2000.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DEMO, Pedro. *Pesquisa e construção de conhecimento*: metodologia científica no caminho de Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DUPRAT, Carla Cordery. *A empresa na comunidade*: um passo-a-passo para estimular sua participação social. São Paulo: IDIS, 2005.

GANDOLFI, Peterson Elizandro. *A gestão das organizações de terceiro setor sob a perspectiva da eficiência, da efetividade e da reciprocidade*. 2006. 116 f. Tese (Mestrado em Administração) – Curso de Pós-Graduação em Administração, Universidade Federal de Uberlândia, 2006. Disponível em:<http://www.dominiopublico.gov.br> acesso em : 11 mai. 2009

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Trad. Waltensir Dutra, 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, [198-].

LAURINDO, Amanda Silva da Costa. *O papel do terceiro setor na efetivação dos direitos sociais no Brasil*: 1988 a 2006. 2006. 110 f. Tese (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito de Campos, 2006 Disponível em:<http://www.dominiopublico.gov.br> acesso em : 28 mar. 2009

MARX, Karl Heinrich. *O capital*. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9 ed. São Paulo: RT, 2005.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO NETO, Francisco Paulo de; FROES, Cesar. *Responsabilidade social e cidadania empresarial*: a administração do terceiro setor. 2. Ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e a questão social crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 2 ed. São Paulo, Cortez, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, José Geraldo Vinci de, *Caminhos das civilizações - história integrada*: geral e Brasil. São Paulo: Atual, 1998.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Terceiro setor, empresas e Estado*: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OMMATI, Jose Emilio Medauar. O desafio posto pelos direitos sociais no paradigma do estado democrático de direito. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, São Paulo, n. 6, p. 469-484, 2005.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania tutelada. In: h*ermenêutica, cidadania e direito*. Campinas: Millennium, 2005. Cap. 1, p. 1-43.

PIMENTEL, Rosalinda Chedian. *Construindo o futuro*: responsabilidade social com gestão de qualidade. Ribeirão Preto: Legis Summa, 2005.

REQUIAO, Rubens. *Curso de direito comercial*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1991.

RESENDE, Tomaz de Aquino. *Roteiro do terceiro setor*. 2 ed. Belo Horizonte: Newton Paiva, 2003.

ROCHA, Silvio Luis. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade. *Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU*, São Paulo, a.17, n. 25, p. 11-51, 2003.

TRAUMANN, Thomas. O novo poder. *Revista Veja*, São Paulo, p.11, 1998.

---

[1] Segundo Moraes (2004, p.52) "cidadania representa um *status* e apresenta-se simultaneamente como objeto e um direito fundamental das pessoas".

[2] Neste estudo a definição de cidadania não se restringe à qualidade de cidadão (*status*), mas sim, principalmente, ao fato de existirem direitos fundamentais previstos constitucionalmente e haver indivíduos como seus legítimos destinatários, em que pese não ocorrer à efetivação direta e imediata daqueles.

[3] Disponível em http://www.onu-brasil.org.br

[4] Disponível em http://www.ethos.org.br

PRÁTICAS BEHAVIORISTAS E DIGNIDADE DO EMPREGADO: UM ESTUDO DE CASO NO BRASIL*

PRACTICES BEHAVIORISTAS AND EMPLOYEE'S DIGNITY: A STUDY OF CASE IN BRAZIL

Cíntia Aparecida Nunes Pereira
Mariana Mutiz de Sá

RESUMO

O discurso motivacional é utilizado por algumas empresas para disciplinar os empregados que não alcançam as "metas" por elas estabelecidas. A partir do poder há a imposição do reforço negativo no meio ambiente de trabalho. Há argumentos jurídicos que possibilitam questionar práticas behavioristas (comportamentais), ditas motivacionais, à luz da dignidade do empregado. O presente artigo, de natureza documental e crítico/reflexiva, discutiu o uso de fantasias vexatórias como instrumento motivacional sob perspectiva multi-disciplinar da gestão de pessoas, psicologia e direito. A relevância do debate reside na crescente difusão de práticas de constrangimento de o empregado, a exemplo, a instalação de câmeras de vigilâncias em sanitários e a execução de tarefas vexatórias, ambas justificadas nos poderes que o empregador possui de disciplinar, fiscalizar e organizar a empresa. Após o estudo é possível documentar alguns limites legais que os gestores de pessoas devem atentar quando escolherem práticas motivacionais conflitantes com a dignidade do empregado.

PALAVRAS-CHAVES: DIGNIDADE DO EMPREGADO; TEORIA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS; PRÁTICAS BEHAVIORISTAS DE GESTÃO.

ABSTRACT

The motivational speech has been being used by some companies to discipline the employees who do not reach the "goals" for them established. From the power there is the imposition of penalties of work. There are juridical arguments that enable question motivational practices (behavioral), disciplinarian told, under the employee dignity concept. The present article aims to discuss the effectiveness theory of the fundamental rights in the relations private under the delimitation of an decision of an Brazilian Labour Court contrary to the fantasies utilization as discipline instrument. The present article of documental nature and critic-reflexive argued the humiliating fantasies use as a discipline instrument under diferents perspectives of human resources management, psychology and law. Relevance of theme is in the constraint practices increasing diffusion of the employee like videos of vigilance in toilets and humiliating pratices under the argument of being motivational practices. After the study is possible to

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

document some law and regulatory limits that the managers should pay attention for behavioral practices adoption as occur shocks with employee's dignity.

KEYWORDS: EMPLOYEE'S DIGNITY; EFFECTIVENESS THEORY OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE PRIVATE RELATIONS; BEHAVIORAL MANAGEMENT PRACTICES.

Introdução

A observação de conflitos nas organizações é cada vez mais recorrente e caracterizável. É fato que o discurso motivacional tem sido utilizado por algumas empresas para disciplinar os empregados que não alcançam as "metas" por elas estabelecidas. Dessa feita, a partir do poder, há a imposição do reforço negativo no meio ambiente de trabalho. Há argumentos jurídicos que possibilitam questionar práticas behavioristas (comportamentais), ditas motivacionais, à luz da dignidade do empregado. O trabalho irá apresentá-los no âmbito da discussão.

A gestão de pessoas recepcionou há tempos aspectos dos estudos psicológicos para alcance de seus objetivos, sendo destacável a presença de Skinner. Esse autor estudou o comportamento condicionado e sua relação com o reforço negativo, elemento central da discussão do estudo. Adentrar na discussão dos limites legais da utilização do método, dito motivacional, o qual em alguns casos chega a ser vexatório, é o cerne da pesquisa. Uma síntese do pensamento é apresentada:

Focando apenas comportamentos observáveis, afirma [-se] que o comportamento condicionado se dá em consequência do reforço. Se uma determinada ação for recompensada, então a chance de que essa ação seja repetida aumenta. A ausência de qualquer recompensa reduz a probabilidade de que a ação seja repetida, como ocorre com a punição; mas esta tende a gerar medo ou ansiedade e consequentemente um comportamento de fuga (COHEN e FINK, 2003, p. 153).

A abordagem teórica da pesquisa contempla elementos de gestão de pessoas, psicologia e direito. Em especial são utilizados os conceitos de reforço negativo e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A relevância da discussão reside na contemporaneidade de diálogos entre várias disciplinas (administração, psicologia e direito). E, ainda, na crescente difusão de práticas de constrangimento de o empregado, a exemplo, a instalação de câmeras de

vigilâncias em sanitários e a execução de tarefas vexatórias, ambas justificadas nos poderes que o empregador possui de disciplinar, fiscalizar e organizar a empresa.

O presente artigo tratará de uma decisão da justiça trabalhista contrária à utilização de fantasias como instrumento motivacional. A decisão foi proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 2009. No caso em tela, observa-se o possível conflito entre a dignidade do empregado e práticas behavioristas de gestão. Assim, o estudo levanta o seguinte questionamento: Como medida motivacional, fere a dignidade do empregado obrigá-lo a se fantasiar no meio ambiente de trabalho?

O estudo possui atributos de pesquisa exploratória, a qual tem por finalidade tornar familiar o problema. As fontes textuais bibliográficas e as fontes documentais serão as utilizadas. Ainda, o trabalho possui atributo crítico/reflexivo e priorizou o diálogo multidisciplinar entre a gestão de pessoas, direito e psicologia, a partir das práticas de reforço negativo (CIRIBELLI, 2003); (GIL, 2002); (MARTINS E THEÓPHILO, 2007); (MORIN; CIURANA e MOTTA, 2003).

1 Descrição do caso

O recurso de revista foi julgado pela terceira turma do Tribunal Superior do Trabalho, em 2009. O reclamante (empregado) alega ter sofrido assédio moral quando exercia o cargo de vendedor na Companhia de Bebidas das Américas (AMBEV).

Consta que os vendedores eram obrigados a ser fantasiar no meio ambiente de trabalho quando a meta de vendas não era alcançada. Ainda, consta do julgado, que a conduta atendia a suposto método motivacional promovido pela gerência de vendas.

Assim, o reclamante teria sido obrigado a vestir "saia [vestimenta do gênero feminino], [a usar] capacete com chifres, perucas coloridas, batom e a desfilar nas dependências da empresa, além de ser alvo de xingamentos advindos dos superiores e gerentes", por mais de três vezes (BRASIL, 2009).

O referido tribunal manteve a condenação da empresa, ao pagamento do valor arbitrado pelo juízo de primeiro grau, em R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), em decorrência do assédio moral causado ao empregado e do fim pedagógico a que se destina a indenização por danos morais, ou seja, que a punição elimine a conduta ofensiva.

2 Poder diretivo

O poder é o meio utilizado para resolver os conflitos de interesses. Na Antiguidade Romana a direção da pessoa pertencia ao *pater familias.* Na economia medieval, a relação de poder foi vislumbrada pelos vestígios deixados pela escravidão e, ainda, pelas corporações de ofício (mestre e aprendiz). Já no contexto liberal o detentor do capital teria a faculdade de exercer o poder de direção. Assim, "o fenômeno social apresenta, portanto, desde os primórdios duas manifestações: a da força, da autoridade, do poder, e da liberdade, da resistência" (BARROS, 2007).

O poder diretivo é a autorização ou faculdade que o empregador possui para disciplinar a atividade de trabalho. Há três correntes justificadoras da existência do mesmo: a) para a teoria da propriedade privada o empregador possui o poder diretivo por ser o proprietário da empresa; b) a teoria institucional analisa a empresa a partir de um contexto político e social - visão comunitária; c) já a teoria contratual informa que o poder advém do contrato no qual o empregador assume a postura de organizar e disciplinar o trabalho.

O titular do poder diretivo é o empregador ou os seus prepostos. Rodriguez se utiliza do princípio da razoabilidade para identificar o seu âmbito de alcance. Segue pontual análise para a presente abordagem do tema:

As faculdades patrimoniais não são concedidas para a arbitrariedade nem para que se cometam injustiças ou discriminações pessoais. O poder diretivo da empresa se legitima, na medida em que cada empresa deve ser conduzida e orientada, com um sentido de unidade, para a obtenção de seu fim econômico, que é o que justificou sua existência. Mas não pode servir de vinganças nem perseguições pessoais, nem para a atuação caprichosa ou irracional (PLÁ RODRIGUES, 2000).

Os teóricos em organização, afirmam que o poder se caracteriza como a habilidade de conseguir que a pessoa faça algo que, de outra forma, não seria realizado (MORGAN, 1996). Dessa feita, no caso em análise, o empregador se utilizou do discurso motivacional para impor aos empregados o cumprimento de uma meta de vendas.

Os métodos coletivos constrangedores no meio ambiente de trabalho caracteriza o que a literatura denomina *mobbing* (do inglês *to mob*: maltratar, atacar). Ele "corresponde às

perseguições coletivas e à organização, mas que podem incluir desvios que, progressivamente, transformam-se em violência física" (HIRIGOYEN, 2006, p.78). No caso em análise, vislumbra-se a extrapolação do poder diretivo do empregador ao promover atividades coletivas não razoáveis (vexatórias) no meio ambiente de trabalho.

3 Práticas behavioristas de gestão

As práticas behavioristas de gestão, aos que as defendem, se legitimam pela motivação humana. Todavia, as "pressões psicológicas relacionadas aos novos métodos de gestão" são cada vez mais observáveis no meio ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2006, p. 43).

A utilização de fantasias vexatórias como estímulo é mecanismo que se amolda à Teoria do Incentivo. Segundo a teoria "os estímulos externos motivam o indivíduo a executar uma ação para alcançar metas desejadas ou evitar situações indesejáveis" (HUFFMAN; VERNOY; VERNOY, 2003).

A teoria citada pertence à Escola Behaviorista ou Comportamental. A Escola surgiu nos Estados Unidos com John Watson (1878-1958). "A psicologia, para Watson, deveria ser a ciência do comportamento, um ramo experimental objetivo" (KAHHLE, 2008). Segue explicação:

[Os estudiosos da escola] acreditam que todo comportamento pode ser observado como resposta a um estímulo (um objeto ou evento interno ou externo que estimule ou cause uma resposta do organismo). B. F. Skinner, um dos behavioristas mais conhecidos, estava convencido de que podemos usar a abordagem behaviorista para modelar o comportamento humano e, desse modo, modificar o presente curso negativo (assim percebido por ele) da humanidade (HUFFMAN; VERNOY; VERNOY, 2003, p.47).

Dessa feita, pela aprendizagem; o empregado saberia de antemão qual seria o estímulo disciplinar aplicado caso a meta de vendas não fosse alcançada. Ele teria de vestir "saia [vestimenta do gênero feminino], [usar] capacete com chifres, perucas coloridas, batom e a desfilar nas dependências da empresa, além de ser alvo de xingamentos advindos dos superiores e gerentes". Ou seja: se transformar em motivo de zombaria no meio ambiente de trabalho.

A psicologia denomina reforço negativo o citado fenômeno. Assim, o empregador era estimulado a atingir a meta de vendas a fim de se afastar da imposição.

Segue analogia, indispensável ao entendimento do fenômeno: "nos estudos de laboratório muitas vezes se treinam ratos brancos para que pulem, corram, pressionem uma barra, etc., em situações em que a única recompensa é fugir de intensidades incômodas de choque elétrico ou de outra estimulação intensa" (KELLER, 1973, p.17).

A desconsideração da identidade dos empregados se amolda ao que Freire denominou "ação antidialógica". Para ele, "toda dominação implica uma invasão, não apenas física, em que o invasor se apresenta como amigo. [A] invasão é uma forma de dominar econômica e culturalmente o invadido" (FREIRE, 2005, p. 174).

Posto isso, pode-se questionar a conduta da gerência, a partir da reflexão de Morgan. Para o autor, "poder e influência frequentemente tendem a guiar "geniozinhos" que parecem capazes de captar as preocupações dominantes ou de abrir novos caminhos à fama e riqueza da organização" (1996, p. 348). Assim; tão-somente preocupado com o lucro, em detrimento das pessoas (CHOMSKY, 2002), o empregador cometeu conduta deplorável [invasão camuflada, conforme Freire] ao expor o empregado à chacota pública.

Na relação de emprego, "não estão [...] patrões e empregadores como um comerciante que vende e um freguês que compra, mas como seres" (REALE, 2002, p. 353). Portanto, a irradiação da norma constitucional no meio ambiente de trabalho se faz necessária a fim de não autorizar que o empregador crie situação em desacordo com a proteção dos direitos fundamentais do empregado.

Do julgado, ora analisado, restou demonstrado que o empregador exponha os empregados à situação vexatória se a meta empresarial de vendas não fosse cumprida. Dessa forma, o direito entra, por assim dizer, como um contraponto ao quadro de retórica por vezes politicamente correta, embebecida com práticas que beiram à criminalidade:

No interior das empresas, escritórios, no chão de fábrica e mesmo em reuniões técnicas - de valorização de pessoas - é continuamente substituído pelo relacionamento indiferente, pressão excessiva, assédio moral, acesso privilegiado a informações e abuso do poder hierárquico. [...] Os delitos de relacionamento vão desde ameaças de demissão [...], passando por omissão de informações sobre os riscos da tarefa, gritos ao solicitar algo ou simplesmente como forma comum de abordagem aos subordinados, xingamentos com expressões grosseiras e desqualificação, de modo preconceituoso, por racismo, rejeição à formação profissional ou simplesmente antipatia pessoal. Todas essas ações geram impactos na auto-estima e autonomia das pessoas, criando um ambiente de medo e violência, são crimes e delitos na gestão de pessoas (2006, p.108).

Assim, o presente trabalho traz à relação de emprego a discussão do reforço negativo. Motivar os empregadores, a partir de vestimentas vexatórias e outras, quando a meta de vendas não é atingida, poderia ser considerado pela autora como mais um exemplo de crime na gestão de pessoas por se tratar de situações humilhantes.

Espera-se, então, desse diálogo salutar entre administração, direito e psicologia informações relevantes para a tutela do meio ambiente de trabalho, a melhoria da tomada de decisão nas empresas e documentar novos fenômenos, bem como vislumbrar novas fronteiras de pesquisa para a temática de gestão de pessoas e comportamento organizacional.

4 Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais representam um conjunto de valores positivados por determinado Estado. Esses direitos, por serem essenciais ao homem, são indisponíveis (FABRIZ, 2006, p.16).

A definição de Sarlet sobre os direitos fundamentais será a utilizada no trabalho. O doutrinador afirma que a denominação "direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado" (SARLET, 2007, p.34).

A fim de facilitar o estudo constitucional, a doutrina aponta três fases dos direitos fundamentais, a partir do contexto histórico de sua positivação. Alerta-se que a classificação é meramente didática por não ter ocorrido separação estanque entre elas.

A primeira dimensão é reconhecida pelo predomínio da positivação de direitos tidos de matriz individual (direito de liberdade formal e propriedade). A característica marcante dessa face é a não intervenção do Estado no agir dos homens (caráter negativo). A segunda dimensão é marcada pela intervenção do Estado em prol da igualdade. Há o agir rumo à garantia da igualdade material aos membros da sociedade (caráter positivo). Os direitos de terceira dimensão "trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular". Trata-se dos direitos difusos, a exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (SARLET, 2007, p.56).

A luta pelo reconhecimento e efetivação dos direitos fundamentais deve ser uma constante, desrespeitá-los ou ignorá-los significará afronta direta à Constituição vigente. A Carta sonhada pela sociedade e concretizada, em texto, por um constituinte originário preocupado em proteger a dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, a partir da máxima (imediata) eficácia desses direitos. Nesse contexto a empresa deve articular esse pacto social. Aqui se insere a fundamentalidade do direito fundamental ao trabalho digno.

No mesmo sentido, Bobbio afirma a importância dos direitos fundamentais para o homem numa sociedade democrática: "a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais" (2004, p.21).

5 Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

A discussão da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas se faz necessária, pois o Estado não é o único detentor de poder numa sociedade (FOUCAULT, 2008). É fato que a identificação de inimigo e vítima pode se tornar difícil (SANTOS, 2007, p.29), todavia, do estudo fica evidenciado quem é o opressor e o oprimido.

O estudo da teoria é recente no Brasil, o que traz uma possível dificuldade de divulgação desses conceitos no âmbito da gestão de pessoas, primeiro pela "barreira de vidro" que separa advogados e gestores de pessoas. Ademais, por se tratar de conceito que aparentemente não fora recepcionado por completo no país. O debate sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas iniciou-se na Alemanha na década de 50. Silva pontua o giro paradigmático trazido pela teoria:

Uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos de direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadãos foi o reconhecimento de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos (SILVA, 2005, p. 54).

Sarmento (2006) esclarece que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas recebeu na doutrina diversas designações: eficácia entre terceiros, eficácia dos direitos fundamentais frente a particulares, eficácia externa, eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, validez dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e, ainda, vinculação de particulares, entidades privadas aos direitos fundamentais. Eficácia entre terceiros é a expressão consagrada na Alemanha, já nos Estados Unidos privatização dos direitos humanos.

Sobre o assunto, basicamente, os teóricos se dividem em três correntes: há os defensores da não vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, tese majoritária no direito estadunidense. Já os defensores da teoria da eficácia externa mediata, dominante na Alemanha, afirmam o direito dos indivíduos à renúncia de direitos fundamentais nas relações privadas, não renunciáveis frente ao Estado. Noutra perspectiva, os defensores da teoria da eficácia externa imediata informam que os direitos fundamentais vinculam a todos, independentemente de qualquer atuação do legislador (CANARIS, 2003, p. 53).

Em citação à Lei Fundamental de Bonn, Sarmento conclui que, apesar das liberdades econômicas terem proteção constitucional, a dignidade humana é valor superior a elas . E, ainda, sobre a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, após um desabafo sobre a realidade da sociedade brasileira, afirma não ter dúvidas, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é imediata:

[a] e elite brasileira é uma das mais atrasadas do mundo, e nossas instituições sociais ainda preservam um ranço do passado escravocrata do país. Somos o país do "elevador de serviços" para pobres e pretos; do "sabe com quem está falando?"; dos quartos de empregada sem ventilação, do tamanho de armários, nos apartamentos da classe média, reprodução contemporânea do espírito da "casa-grande e senzala" (2006, p.174 e 239).

O trabalho possui uma dimensão social útil, assim a tutela do trabalhador possui parâmetros legais e éticos (FABRIZ, 2006, p. 32). Ora, é provável que ocorra o abuso de poder na relação de emprego. Por isso, se faz necessária à proteção da personalidade, liberdade e dignidade do empregado com a irradiação da norma constitucional nessa instância de poder.

6 Dignidade do empregado

Bauman (2007), na leitura pós-moderna, afirma que a Constituição não mais se legitima face aos caprichos do mercado, daí a necessidade de uma nova legitimidade a respaldar esses tempos líquidos. Não obstante esse defesa, a dignidade da pessoa humana é um fundamento valorativo o qual deve ser observado pelo Estado e pelo particular rumo à concretização (efetivação) da Carta de 1988.

A dignidade humana é atualmente parâmetro interpretativo nos estados democráticos. Para Barcellos (2002), o constituinte originário esteve atento ao fundamento da dignidade humana, "a Constituição de 1988 efetivamente ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional". Segue definição:

Dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, que venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2004, p. 60).

Assim, a dignidade do empregado não pode ser dissociada da dignidade humana, pois, apenas o trabalho digno possibilita a construção de uma identidade social do trabalhador (DELGADO, 2006, p. 209). No mesmo sentido, Gomes afirma a necessidade da concretização da dignidade do trabalhador a partir "identificação do indivíduo como um ser dotado de dignidade própria, esta sua característica essencial não pode mais ser vista apenas de maneira abstrata, como um qualificativo atemporal" (2008, p.5).

A origem do direito do trabalho está ligada à Revolução Industrial. As doutrinas socialistas e do cristianismo iniciaram as discussões sobre a realidade indigna dos trabalhadores. Neste período, há a denuncia um ambiente livre à lei da oferta e da procura:

A história do movimento operário é uma lição de sociologia que nos fornece a precisa idéia do grupo social oprimido. O envelhecimento da taxa salarial, o prolongamento da

jornada de trabalho, o livre jogo da lei da oferta da procura, o trabalho do menor de seis, oito e dez anos, em longas jornadas, e o da mulher em idênticas condições criaram [...] um estado no qual as condições de vida social se uniformizaram no mais ínfimo nível (GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 2).

A doutrina de Karl Marx afirma ser a partir da produção que o homem se humaniza. Todavia, com o surgimento da propriedade privada a exploração dos proprietários face os não produtores os limitam e os desumanizam. Assim, eles só se sentem vivos novamente quando não estão no trabalho (BARBOSA; OLIVEIRA; QUITANDEIRO, 1995). Posto isso, o direito do trabalho surge com a missão de minimizar a desigualdade existente entre empregador e empregado. O sistema de metas, implantado a partir de reforço negativo, vai de encontro a essa proteção.

A conduta motivacional narrada demonstra "que o trabalho, apesar de dominar cada vez as vidas das pessoas, está a desaparecer das referências éticas que dão suporte à autonomia e à auto-estima dos sujeitos" (SANTOS, 2007, p.36). A indignidade do trabalho não deve ser justificada por fins econômicos. O valor social do trabalho se mostra como "freio à exploração capitalista" da dignidade humana do trabalhador, fundamento da República (CALVET, 2006, p.15). Ademais, o meio ambiente do trabalho deve propiciar o respeito aos direitos humanos, os quais são corolários dos princípios fundamentais da cidadania e da dignidade humana (LEITE, 2003).

O empregado não pode ser visto como uma ferramenta de trabalho a desempenhar função sem importância alguma. O poder do empregador não pode servir de vetor interpretativo a afastar a dignidade do empregado ao lhe impor vestimentas vexatórias em razão do não cumprimento de uma meta. Nesse caso, o estímulo negativo se mostrou inadequado, em cristalina desconsideração do valor social do trabalho e da dignidade humana do emprego.

Considerações finais

Da análise ficou demonstrado que o empregador se utilizou do poder diretivo para expor os empregados à situação vexatória. A conduta é, ainda, preocupante por utilizar o meio ambiente de trabalho como laboratório para a experimentação de práticas de constrangimento e violação da dignidade da pessoa humana.

A eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas se justifica, pois há evidências que o Estado não é o único a lesar os direitos fundamentais dos indivíduos. Atualmente, não é possível antecipar quem é o déspota. Assim, os profissionais e estudiosos da gestão de pessoas devem redobrar os cuidados na aplicação de práticas behavioristas de gestão, em especial do estímulo negativo, como vetores motivacionais a negar a dignidade do empregado.

Referências

BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; DE OLIVEIRA, Márcia Gardência; QUITANDEIRO, Tânia. **Um toque de clássicos**: Durkheim, Marx e Weber. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS. Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007, p.568.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro:Jorge Zahar, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. Regina Lyra. 9.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL.Tribunal Superior do Trabalho. O sistema de metas. Recurso de Revista nº 985/2006-025-03.00. Companhia de Bebidas das Américas - Ambev e Cláudio Márcio de Souza Furtado. Ministro Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. 22 maio 2009. **Pesquisa jurisprudencial**. Disponível em:

CALVET, Otavio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?**: neoliberalismo e ordem global. Trad. Pedro Jorgensen. 3. ed. Rio de Janeiro, 2002.

CIRIBELLI, Marilda Corrêa. **Como elaborar uma dissertação de mestrado através da pesquisa científica**. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2003.

COHEN, Allan R.; FINK, Stephen. **Comportamento organizacional**: conceitos e estudos de casos. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

DELGADO, Gabriela. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

FABRIZ, Daury César. A crise do direito fundamental ao trabalho no início do século XXI. In: **Revista de direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Boiteux, 2006. p.15-38

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 47. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Trad.Roberto Machado. 26.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho**: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo o assédio moral. Trad. Rejane Janowitzer. 3.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

HUFFMAN, Karen; VERNOY, Mark; VERNOY, Judith. **Psicologia**. Coordenação da tradução Maria Emilia Yamamoto. São Paulo: Atlas, 2003.

KAHHALE, Edna Maria Peters. Behaviorismo radical: origens e fundamentos. In: **A diversidade da psicologia**: uma construção teórica. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

KELLER, Fred. S. **Aprendizagem**: teoria do reforço. Trad. Rodolpho Azzi; Lea Zimmerman. São Paulo: E.P.U, 1973.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito e processo do trabalho**: na perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIMONGI-FRANÇA, Ana Cristina. **Comportamento organizacional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da investigação para ciências sociais aplicadas.** São Paulo: Atlas, 2007.

MORGAN, Gareth. **Imagens da organização**. Trad. Cecília Whitaker Bergamini e Roberto Coda. São Paulo: Atlas, 1996.

MORIN, Edgar; CIURANA, Emílio-Roger; MOTTA, Raúl Domingo. **Educar na era planetária**: o pensamento complexo como método de aprendizagem pelo erro e incerteza humana. São Paulo: Cortez, 2003.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner D. Gigilo. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Poderá o direito ser emancipatório?** Florianópolis: Boiteux, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

EVOLUÇÃO DO DIREITO DE EMPRESA E ELEMENTO DE EMPRESA*

EVOLUTION OF COMMERCIAL LAW AND FIRM ELEMENT

Clélio Gomes dos Santos Júnior

RESUMO

A empresa ainda não encontra uma definição uníssona na doutrina. As divergências de entendimento se refletem na caracterização do empresário e na identificação do não-empresário. Uma noção fundamental para o entendimento dessa diferenciação está no elemento de empresa, pouco tratado pela doutrina e ainda não enfrentado pela jurisprudência.
Esta indefinição traz uma forte lembrança do sistema francês dos atos de comércio. Do velho círculo vicioso citado por Fran Martins: "(comerciante é a pessoa que pratica atos de comércio; atos de comércio são os praticados pelos comerciantes)", agora ganha nova fórmula: empresário é quem exerce a atividade econômica sob a forma de empresa; empresa é a atividade exercida pelo empresário.
O artigo tem o objetivo de fornecer algumas contribuições para a definição da empresa, em busca da correta caracterização do empresário e da sociedade empresária, por meio da compreensão da expressão elemento de empresa presente no art. 966, parágrafo único, do Código Civil brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO EMPRESARIAL, EMPRESA, ELEMENTO DE EMPRESA.

ABSTRACT

The firm does not find just one definition in doctrine. Differences of understanding are reflected in the characterization of the entrepreneur and the identification of non-entrepreneur. A fundamental notion for the understanding of this differentiation is the firm element, not faced by the doctrine and in precedents.
This uncertainty brings a strong reminder of the French system of the acts of trade. The old vicious circle mentioned by Fran Martins: "(trader is the person performing trade acts, trade acts are committed by traders), now gets new formula: the entrepreneur is the person who has the firm; firm is the activity performed by the entrepreneur.
The article aims to provide some contributions to the definition of the firm, seeking the correct characterization of entrepreneurs, through the understanding of the firm element, included in art. 966, paragraph, of the Brazilian Civil Code.

KEYWORDS: COMMERCIAL LAW, FIRM, FIRM ELEMENT.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 - Introdução

Com o advento do Código Civil de 2002 o direito comercial completou um ciclo de evolução iniciado no século XX, pós Revolução Industrial. Trata-se da adoção da empresa como categoria fundamental do denominado direito de empresa.

A importância do fenômeno empresa pode ser ilustrada pelas lições de Fábio Konder Comparato e Rubens Requião, nas seguintes palavras:

"Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa."[1]

"A idéia de empresa, como categoria fundamental do direito comercial, já se impôs nos estudos da disciplina jurídica e nos pronunciamentos jurisprudenciais de nossos tribunais."[2]

Não obstante ser comum a exaltação da empresa como categoria fundamental do novo direito de empresa, a doutrina ainda não alcançou um consenso sobre o seu conceito.

As divergências na definição da empresa refletem desacertos na caracterização do empresário e na identificação do não-empresário, principalmente quando a atividade econômica é desenvolvida de forma coletiva, por uma sociedade. E para piorar, permanece indefinida na doutrina, e quase esquecida, a noção de elemento de empresa, fundamental para a correta caracterização do empresário e da sociedade empresária, enfim, para a delimitação do âmbito de incidência do novo direito de empresa.

Toda essa indefinição remete o estudioso a uma forte lembrança do sistema francês dos atos de comércio. O velho círculo vicioso, citado por Fran Martins, volta à tona: "(comerciante é a pessoa que pratica atos de comércio; atos de comércio são os praticados pelos comerciantes)"[3], agora sob nova fórmula: empresário é quem exerce a atividade econômica sob a forma de empresa; empresa é a atividade exercida pelo empresário.

Estas intrincadas questões dividem a doutrina, geram dúvidas na interpretação e na aplicação do direito de empresa e contribuem para o enfraquecimento da instituição social mais influente da civilização contemporânea – a empresa.

Este estudo tem o objetivo de fornecer algumas contribuições para a definição da empresa, em busca da correta caracterização do empresário e da sociedade empresária, bem como da compreensão da expressão elemento de empresa presente no art. 966, parágrafo único, do Código Civil brasileiro.

2 - A evolução do direito comercial para o direito de empresa

O direito comercial surgiu como um conjunto de normas consuetudinárias aplicáveis apenas aos comerciantes matriculados nas corporações de artes e ofícios – guildas. Neste período, que vai do século XII ao XVIII, o direito comercial é o direito de uma classe social, ou melhor, profissional. Criado pelos comerciantes e para reger as suas relações nos mercados e nas feiras[4], esta primeira fase é chamada pela doutrina de direito comercial subjetivo[5]. O interesse em criá-lo foi essencialmente econômico, para afastar do mercado o direito romano e a jurisdição comum[6]. Para tanto, foi necessário forjar um conjunto de regras próprias, especiais ao comércio, aplicadas por uma jurisdição também própria, os cônsules.

Nesse período, a matéria comercial era definida em razão da pessoa do comerciante e só compreendia os mercadores matriculados nas corporações de ofício, o que imprimia um caráter bastante restritivo ao direito, pois a matrícula nas corporações dependia de uma relação duradoura e de confiança, estabelecida entre os mestres e seus aprendizes.[7]

Esse direito de classe vigorou até a Revolução Francesa, mais precisamente, até junho de 1.791, quando a Lei *Le Chapelier*, visando o ideal de liberdade e igualdade, extinguiu as corporações de ofício e proibiu a formação de qualquer associação profissional.

A partir daí se iniciou o segundo período, com a promulgação do *Code de Commerce* francês de 1807, encomendado por Napoleão Bonaparte. O direito comercial passou a ser o conjunto de normas jurídicas escritas – código – aplicáveis aos atos de comércio. Só então o direito comercial deixou de ser um direito de classe e passou a reger as relações de todos aqueles que faziam da prática dos atos de comércio a sua profissão habitual. Esta fase é conhecida como direito comercial objetivo[8].

No segundo período, acima mencionado, a matéria comercial passou a ser definida pelo rol de atos de comércio disposto no art. 632 do *Code de Commerce*, e reproduzido no Brasil pelo art. 19 do Reg. 737 de 1850[9].

Entretanto, a teoria dos atos de comércio não encontrava fundamentação científica na doutrina. Era taxada de artificial, principalmente por manter uma dicotomia que não mais existia no mercado, entre o ato de comércio e o ato civil. João Eunápio Borges comenta que já na redação do Código, os comerciantes convidados pelo Imperador preferiram não incluir um rol de atos de comércio, relegando-o para o Regulamento 737, promulgado no mesmo ano de 1850. Assim, o direito material ficaria imutável no Código, uma aspiração oitocentista, enquanto o direito processual poderia evoluir. Isso ocorreu de fato, pois o Reg. 737 foi revogado logo em 1875.[10]

Com efeito, a teoria dos atos de comércio excluía os negócios imobiliários, a prestação de serviços e o produtor rural do âmbito de incidência do Código Comercial. Estas atividades eram tratadas como atos civis e ficavam à margem do direito comercial e de institutos importantes como a falência e a concordata, a proteção do nome empresarial,

da escrituração, do ponto comercial pela renovatória de locação, dentre outros mais específicos.

Em verdade, nunca houve razão jurídica alguma para a exclusão destas atividades do direito comercial. A exclusão dos negócios imobiliários, operada pelo art. 121 do Código Comercial e pelo art. 19, §1º, do Regulamento 737, era explicada com base na noção de que os atos de comércio promoviam a circulação física de mercadorias (coisas móveis), mas, nunca convenceu. A exclusão do produtor rural era explicada com base no conceito de Alfredo Rocco[11] e na idéia de que o comerciante só praticava atos de intermediação entre a produção e o consumo, destinados ao mercado, e não ao consumo próprio, mas, também não demonstrava nenhuma coerência científica.

Tanto que a doutrina precisou construir a teoria da *vis atractiva* do direito comercial, tão artificial quanto a teoria dos atos de comércio, para defender que a prática de um ato civil (produção), aliada a um ato de comércio preponderante (intermediação), atraía estas atividades para o seu âmbito de incidência[12]. Mais plausível é a explicação de Fábio Ulhoa Coelho, que vislumbra uma verdadeira luta de classes – nobreza feudal vs. burguesia – na formação da teoria dos atos de comércio.[13]

Quanto à prestação de serviços, a exclusão era fundamentada na idéia de que a intermediação da força de trabalho[14] não configurava ato de comércio, já que o trabalho não é mercadoria. A explicação histórica também é a única que convence, além de ser mais simples. É que o rol de atos de comércio foi desenvolvido em 1807, e a prestação de serviços surgiu bem depois, com a abolição da escravatura[15]. No Brasil, o rol do Regulamento 737 data de 1850, enquanto que a abolição da escravatura só ocorreu em 1888. *Data venia*, esta é a única explicação plausível para a ausência de previsão expressa da prestação de serviços no rol dos atos de comércio dos códigos oitocentistas, não obstante a corretagem, a comissão e o transporte estarem presentes.

Em suma, a teoria dos atos de comércio limitava a matéria mercantil aos casos definidos em lei. O direito comercial incidia sobre os atos de comércio, arrolados no art. 632 do Código francês e no art. 19 do Regulamento 737, no Brasil.

No sistema objetivo, as sociedades que tinham por objeto social a compra e venda e/ou locação de imóveis, a construção civil ou a incorporação imobiliária, bem como a prestação de quaisquer serviços, ficavam à margem do direito comercial. Seu registro era civil, sua escrituração informal, e sua condição não lhe atribuía direitos como o nome comercial, o ponto e a renovatória da locação, a falência e a concordata.

É claro que a adoção da teoria dos atos de comércio representou uma ampliação do campo de incidência do direito comercial, pois admitiu o acesso de qualquer pessoa ao mercado, não apenas daquelas matriculadas nas antigas corporações.

Contudo, já nasceu divorciada da realidade econômica do século XIX.

Isto porque a atividade econômica privada sofreu o grande impacto da Revolução Industrial[16]. O modo de produção artesanal cedeu lugar às organizações.

A Revolução deu origem, do século XIX em diante, à sociedade de massa, urbana e consumista, que demanda uma produção em escala cada vez mais organizada, ao estilo

do *fordismo*. Esta organização precisava ser apreendida e regulada pelo direito comercial, pois o modelo varejista dos atos de comércio[17] não atendia mais.

Nesse ambiente econômico, pós-revolução industrial, se desenvolveu a teoria da empresa, como uma nova tentativa de ampliação do direito comercial, agora para aceitar um novo modo de produção - a economia de mercado, ou a economia das organizações.

Com a positivação da teoria da empresa no *Codice Civile* de 1942, a teoria dos atos de comércio foi completamente abandonada. O comerciante foi substituído pelo empresário e a sociedade comercial pela sociedade empresária. Porém, esta substituição operou uma grande ampliação do âmbito de incidência das normas jurídicas especiais, para abarcar atividades antes excluídas e para acompanhar a evolução da economia de mercado.

No Código Civil italiano, o empresário foi definido no art. 2.082 e a atividade empresarial no art. 2.195. O primeiro artigo traça o conceito geral de empresário, o segundo prevê um rol de atividades consideradas empresárias[18].

Sob forte influência do diploma italiano, a teoria da empresa foi consolidada no Brasil, pelo advento do Código Civil de 2002. Não obstante, a teoria já havia sido bastante difundida na legislação e na doutrina pátrias.

Em verdade, a teoria dos atos de comércio começou a perder o prestígio no Brasil em 1875, quando o Decreto Imperial 2.662 revogou o Regulamento 737 de 1850. A partir daí, o desenvolvimento da atividade econômica privada provocou, aos poucos e de forma silenciosa, a derrogação gradual do Código Comercial de 1850.

São exemplos do extermínio gradual da teoria dos atos de comércio: o Decreto 434 de 1891, que tratou da sociedade anônima, considerada comercial qualquer que seja o seu objeto; a promulgação do Código Civil de 1916, que dispôs exaustivamente sobre os prazos de prescrição, as obrigações e os contratos, relegando o Código Comercial às matérias não reguladas naquele, em exemplo vivo de *dessuetude*; o Decreto 3.708 de 1919, que trouxe a sociedade por cotas, de responsabilidade limitada, tipo utilizado pela sociedade comercial e também pela sociedade civil, em outro exemplo vivo de *dessuetude*, pois os tipos previstos no Código Comercial de 1850 foram completamente abandonados; o Decreto 1.608 de 1939, que promulgou o Código de Processo Civil, unificou o direito processual e a jurisdição civil e comercial, em uma jurisdição comum; as sucessivas leis sobre os títulos de crédito, que revogaram suas respectivas disposições no Código Comercial (Decreto 2.044/1908, revogado pela Lei Uniforme de Genebra – Decreto 57.663/66; Lei 5.474/68, alterada em 1969, para prever a duplicata de prestação de serviços; Lei 7.357/85); a inclusão da Incorporação Imobiliária no regime do direito comercial, operada pela Lei 4.591/64; a extensão da ação renovatória (idealizada como proteção do ponto comercial) para a indústria e sociedades civis, operada pela Lei 8.245/91; a alteração do Registro do Comércio para o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, operada pela Lei 8.934/94, com a previsão do nome empresarial e sua proteção estendida para sociedade civis; a Lei de Franquia Empresarial - Lei 8.955/94; a Propriedade Industrial, regulada pela Lei 9.279/96, sem distinção da proteção entre comerciantes e não comerciantes; o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, inaugurado pela Lei 9.317/96 e pela Lei

9.841/99, hoje revogadas pela Lei Complementar 123/2006, com a previsão de um regime diferenciado e favorecido, tanto para comerciantes como para não comerciantes.

Toda essa evolução gradual já apontava para o abandono da teoria dos atos de comércio e adoção da teoria da empresa, para abarcar a atividade econômica desenvolvida por organizações que ficavam à margem do direito comercial objetivo, como a atividade imobiliária, a prestação de serviços e a atividade rural, esta por opção.

Outro exemplo disso está na concessão de concordata preventiva a pecuaristas, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na década de 80, em adesão expressa à tese de doutoramento do saudoso Professor Willie Duarte Costa[19].

Mas a verdadeira importância desta evolução está na adoção de um novo paradigma de regulamentação da atividade econômica privada, pouquíssimo divulgado pela doutrina. É que, sob a égide do Código Comercial de 1850, a matéria comercial era descrita na lei, especificamente no rol de atos de comércio promulgado pelo Regulamento 737. E todos os atos não descritos nesse rol constituíam a matéria civil.

Atualmente, sob a égide do Código Civil de 2002, a matéria empresarial abrange toda a atividade econômica privada presente na economia de mercado, exceto a atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, e desde que não constitua elemento de empresa. Portanto, o âmbito de incidência do direito de empresa é substancialmente mais amplo e abrangente, se comparado aos sistemas anteriores.

Cumpre observar que o legislador brasileiro não impôs balizas à caracterização da atividade econômica privada como empresária. Antes, respeitou o critério econômico da organização dos fatores de produção, como unidade técnica, constituída com a finalidade de fornecer bens e serviços no mercado. Ficou excluída apenas a atividade intelectual desenvolvida de forma artesanal (não organizada), sempre regulada por lei específica e subordinada a um órgão de classe[20], que não admite a lógica da economia de mercado, baseada unicamente na ética empresarial do lucro[21].

A propósito, nosso Código Civil não previu nenhum rol de atividades empresárias, sequer de cunho exemplificativo, como fez o legislador italiano no art. 2.195 do *Códice Civile*. Isto reforça a tese da abrangência de toda a atividade econômica privada no âmbito do direito de empresa.

Conclusão: antes a matéria comercial era definida em lei e a matéria civil era residual; hoje a matéria empresarial engloba toda a atividade econômica privada exercida no mercado, com exceção das atividades de natureza intelectual, expressamente afastadas pelo art. 966, parágrafo único, do Código Civil, e desde que sejam desenvolvidas de forma artesanal, pois, se absorvidas como elemento de empresa, voltam para nosso direito especial.

Partindo desse estudo sistemático, pode-se compreender que **o conceito de empresário é que deriva da noção de empresa**, e não o contrário, como a doutrina em direito comercial e de empresa tem amplamente divulgado. Isto porque a noção de empresa é mais ampla e abrangente que o conceito legal de empresário e/ou de sociedade empresária.

A partir desta noção é possível estudar a caracterização do empresário e da sociedade empresária e a identificação do não empresário e da sociedade não empresária.

3 – O empresário e a sociedade empresária

Rubens Requião noticia que a exposição de motivos (*Relazione*) do Código Civil italiano explicava que "o Código não dá a definição de empresa, mas a sua noção resulta da definição do empresário."[22]. Aqui se encontra o início do equívoco na conceituação e na caracterização do empresário, que constitui a proposta de reflexão do presente estudo.

Com base na exposição de motivos do *Codice Civile*, a doutrina passou a desenvolver a noção de empresa, sempre buscada a partir do conceito de empresário.

E para desmistificar o conceito de empresário advogado pela doutrina, considerado restritivo no presente estudo, propõe-se primeiro uma definição de empresa, e só a partir dela, a construção do empresário, da sociedade empresária e do elemento de empresa.

O vocábulo *empresa* deriva do latim – *prehensus* – e significa empreender, praticar, atividade dirigida à realização de um objetivo.[23] A sua origem é geralmente identificada com a época das grandes navegações – mercantilismo – em que era corrente a idéia do lucro como prêmio pelos riscos enfrentados naquelas *empresas*.

A primeira apreensão do termo pelo direito se deu com a introdução das empresas de manufaturas, de comissão, de transporte por terra e água, de fornecimento e outras, no rol dos atos de comércio enunciado no art. 632 do *Code de Commerce*.

Por influência do código napoleônico, o Regulamento 737 previu que: "*Considera-se mercancia: (...) §3º as* ***empresas*** *de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;*"

Ainda na teoria dos atos de comércio a doutrina entendia que empresa era a prática de atos de comércio coordenados, em massa. Esta concepção ainda pode ser encontrada na doutrina francesa, do que é exemplo Jean Escarra, citado por Rubens Requião, visto que na França ainda está em vigor o vetusto *Code de Commerce* de 1808.

No entanto, o uso da palavra empresa tornou-se corrente a partir do século XIX – pós revolução industrial – com o desenvolvimento do capitalismo de mercado.

Mas em 1909, antes mesmo do *Codice Civile*, escrevendo sobre os atos objetivos de comércio, Vivante já demonstrava certa atualização da noção de empresa:

"**Negócios sobre o trabalho**. - Estes negócios assumem um caráter mercantil quando são exercidos por **empresas, que coordenam sistematicamente as forças de**

produção humanas, mecânicas e animais a fim de transformarem as matérias primas, ou as já elaboradas, em novos produtos, assumindo o risco de que a própria atividade e as despesas não encontrem uma compensação adequada (...)".[24]

Nesta linha, Vivante já admitia que "(...) as especulações comerciais sobre imóveis (por ex., as empresas construtoras de casas) (...)" e os "Negócios sobre trabalho." constituíam matéria mercantil, disciplinada pelo direito comercial objetivo.

Apresentando a evolução da noção de empresa, Rubens Requião cita que Giuseppe Valeri a decompôs em quatro elementos: organização, atividade econômica, fim lucrativo e profissionalidade, para lançar o feliz conceito: *"(...) empresa é a organização da atividade econômica destinada à produção de bens ou de serviços, realizada profissionalmente."* [25]

O problema é que esta noção não foi bem compreendida pela doutrina, que buscou definir *organização* – dos fatores ou meios de produção – como a atividade exercida pelo empresário.

Em verdade, a organização deve ser entendida como organismo ou unidade técnica de produção, conceito que sempre foi utilizado pelos economistas. A noção de organização aqui defendida se refere ao novo modo de produção da economia de mercado, que congrega os fatores de produção de forma *coesa*, dentro de uma unidade de produção, e que se contrapõe ao modo de produção anterior, que buscava os mesmos fatores de forma *dispersa* no mercado, num modelo individual, artesanal, manufatureiro, varejista.

O comerciante, que na primeira fase deveria estar matriculado nas corporações de ofício, na segunda fase deveria fazer da mercancia a sua profissão habitual, agora passa a ser visto como o titular da organização. O empresário é quem congrega os fatores de produção, formando e conduzindo a organização como uma unidade técnica de produção.

Logo, qualquer pessoa que se propõe a organizar os fatores de produção, para o abastecimento do mercado, deve ser caracterizada como empresário. Por isso o título de empresário tem uma conotação muito mais ampla do que a doutrina tem divulgado, já que qualquer organização voltada para o mercado tem, na sua condução, a pessoa do empresário.

E para demonstrar de vez a amplitude do tema empresa e o caráter restritivo da noção de empresário advogada pela doutrina, cumpre fazer menção ao artigo de Alberto Asquini, originalmente intitulado *Profili dell'impresa* e publicado em 1943.

Neste artigo, Asquini sustenta que a empresa é um fenômeno econômico poliédrico, apreendido pelo direito sob diversos perfis. No campo econômico, este fenômeno é conceituado como *"(...)* toda *organização* de trabalho e de capital tendo como fim a produção de bens ou serviços para troca."[26] No campo do direito, o fenômeno econômico pode assumir quatro perfis: subjetivo, funcional, objetivo e corporativo. No aspecto subjetivo, a empresa identifica-se com o empresário. No aspecto funcional, a empresa é vista como a atividade exercida pelo empresário. No aspecto objetivo, a

empresa confunde-se com o estabelecimento. E no corporativo, a empresa é vista como instituição – organização de pessoas com um fim comum.

Os perfis de Asquini foram inspirados na observação da legislação italiana, que menciona a palavra empresa em vários textos, ora num perfil, ora em outro, de acordo com o interesse tutelado (o empresário, a atividade, o estabelecimento ou a corporação). A observação de Asquini é plenamente válida e aplicável no Brasil.

É o que se vê no art. 2º da CLT, ao dispor que *"(...) empregador é a empresa, individual e coletiva (...)*, na intenção de possibilitar a responsabilização direta de qualquer pessoa, física ou jurídica, que venha a exercer, como titular, a empresa.

O perfil subjetivo foi apreendido de forma deliberada pela CLT, nos artigos 10º e 448, que tratam da sucessão trabalhista, pois a interpretação sistemática da CLT sempre quis atrelar as relações de trabalho à organização, independentemente de quem seja o seu titular, tudo para preservar os direitos dos trabalhadores.[27]

E para não limitá-lo ao direito do trabalho, é importante observar que o perfil subjetivo também é apreendido pela Constituição da República de 1988, ao tratar, no art. 173, do regime jurídico da empresa pública; e pela Lei de Proteção da Concorrência (Lei nº 8.884/94), ao tratar, nos artigos 17 e 23, da responsabilidade solidária e da cominação de penas à empresa, respectivamente.

O perfil funcional, defendido por toda a doutrina em direito empresarial, é visto a partir do conceito de empresário, lançado no art. 966 do Código Civil de 2002. Data vênia, a noção é limitada, parcial, capaz de explicar apenas um dos lados deste fenômeno poliédrico que é a empresa. Por isso deve ser evitada, sob pena de incorrer na mesma artificialidade antes vivida sob a égide da teoria dos atos de comércio.

Exemplo do perfil funcional está no art. 974 do Código Civil, que trata da possibilidade do incapaz *"(...) continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor da herança."* O artigo tem por fim a proteção da empresa enquanto atividade do empresário, que por fato superveniente da vida se tornou incapaz, ou faleceu, deixando herdeiros que possam dar continuidade à organização.

O perfil objetivo – ou patrimonial – aparece no art. 677 e seguintes do Código de Processo Civil, na figura "Da Penhora, do depósito e da administração de *empresa* e de *outros estabelecimentos*", que tem por fim o recebimento de um crédito por meio da administração judicial do estabelecimento empresarial ou não empresarial, conforme o executado seja empresário ou não, sem cessar a sua atividade econômica.[28]

O perfil corporativo, que deve ser entendido na atualidade como institucional, parece previsto no art. 7º, inc. XI, que trata da participação dos empregados nos lucros e na gestão da empresa, bem como no art. 11, que trata da eleição de representante para promover o entendimento direto dos empregados com os empregadores, ambos da Constituição da República de 1988. Neste perfil, a empresa se mostra como uma organização especial de pessoas, que trabalham em prol de um fim comum, capaz de gerar benefícios para todos – empresário e seus colaboradores.

O ponto fulcral da exposição de Asquini está no reconhecimento da verdadeira noção de empresa, como organismo econômico. Asquini reconhece que o suporte fático – hipótese de incidência – do direito empresarial é um fato econômico, razão pela qual a definição deve respeitar um critério econômico, não jurídico ou filosófico.

Assim é que se pode rematar que o empresário é qualquer pessoa, física ou jurídica, que desempenha atividade econômica para a produção de bens e serviços.

Vê-se que a organização é o grande elemento caracterizador do empresário e da sociedade empresária.

Os outros elementos citados pela doutrina[29] vêm em caráter complementar do conceito, uma vez que também se fazem presentes em atividades não empresárias.

Trata-se do profissionalismo e do exercício de atividade econômica, que, como será exposto no tópico seguinte, são comuns aos empresários e aos não-empresários.

O profissionalismo relaciona-se com a habitualidade e indica que a atividade empresarial não pode ser eventual, ocasional, ou praticada por esporte, ou por mero lazer.

A atividade econômica é identificada com o intuito de lucro e indica que para se caracterizar como empresário, o sujeito deve atuar na persecução do lucro, ou seja, estão excluídas as atividades com intuito altruísta ou beneficente.

O salto de evolução do direito de empresa, portanto, está no elemento organização, que não pode ser conceituado como "arrumação", ou com o porte ou complexidade do estabelecimento empresarial, mas, deve ser entendida como unidade dos fatores de produção, reunidos pelo empresário de forma coesa, com a finalidade de abastecer o mercado com bens ou serviços, não importando a natureza ou a qualidade destes últimos.

E não importa para a organização a presença de mão de obra alheia.

Utilizar o critério do emprego de mão de obra alheia seria o mesmo que excluir o pequeno empresário ou a empresa familiar do direito de empresa, opção incoerente com a evolução do direito comercial acima exposta, adotada com o intuito de promover a ampliação do âmbito de incidência deste ramo especial, e não a restrição.

Portanto, rejeita-se o critério da impessoalidade para a caracterização do empresário e da sociedade empresária, bem como para a identificação do não empresário ou da sociedade não empresária.

A posição ora defendida converge com as lições de Euler da Cunha Peixoto:

"Na verdade, a nosso ver, a organização expressa no art. 966 do CC é, simplesmente, aquela necessária a atender o mercado – de serviços ou de produtos – a que se propõe o empresário ou, em outras palavras, a reunião, pelo mesmo, dos meios de produção –

capital e mão de obra (de terceiros ou dele próprio) – capazes de permitir-lhe cumprir seus objetivos profissionais.”[30]

Desta forma, caracteriza-se como empresário ou sociedade empresária, aquele que exerce qualquer atividade econômica de produção ou circulação de quaisquer bens ou serviços. O conceito é amplo porque deriva da instituição empresa, entendida como a organização dos fatores de produção para a produção ou circulação de bens ou serviços, em suma, a unidade destinada ao abastecimento do mercado.[31]

Aqui já se permite afirmar que a distinção entre sociedade comercial, industrial e civil, ou qualquer outra distinção qualitativa, não se faz relevante, posto que todas estas figuras foram reunidas sob a mesma figura – a sociedade empresária, titular da organização.

Por fim, em coerência com a linha de evolução do direito comercial para o direito de empresa, é forçoso concluir que a caracterização do empresário é feita pela exclusão do não-empresário, o mesmo ocorrendo com a sociedade empresária.

4 – O não-empresário e a sociedade não-empresária

Do quanto até aqui foi exposto, percebe-se que toda atividade econômica exercida como organização deve caracterizar o seu titular como empresário, de acordo com a linha de evolução do direito comercial para o direito de empresa.

As atividades econômicas que não caracterizam o seu titular como empresário devem ser expressamente previstas no Código Civil de 2002. Em outras palavras, é o ordenamento jurídico que excluirá, de forma expressa, a atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços do âmbito do direito de empresa, dada a abrangência da caracterização do empresário, trazida no art. 966 do Código Civil.

Não é por outra razão que, ao conceituar o empresário, o art. 966 exclui expressamente o exercício da atividade intelectual, seja de natureza científica, literária ou artística, desde que desenvolvida de forma artesanal, já que se houver coesão dos fatores de produção em uma unidade, em uma organização, estará presente a empresa, o que implicará na caracterização do seu titular como empresário ou como sociedade empresária.

Arnoldo Wald explica:

“O autor do Anteprojeto, SYLVIO MARCONDES, justifica tal exclusão:

‘(...) pela simples razão de que o profissional intelectual pode produzir bens, como o fazem os artistas; pode produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais; mas nessa atividade profissional, exercida por essas pessoas, falta aquele elemento de organização dos fatores de produção; porque na prestação desse serviço ou na criação desse bem, os fatores de produção, ou a coordenação de fatores, é meramente acidental: o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço. Portanto, não podem – embora seja profissionais e produzam bens ou serviços – ser considerados empresários.

(...)

A não ser que, organizando-se em empresa, assumam a veste de empresários.”[32]

Em verdade, a exclusão da atividade intelectual se explica pelo modo como ela ainda é desenvolvida, de forma artesanal, manufatureira, não organizada em uma unidade técnica de produção, faltando, pois, o elemento essencial à caracterização do empresário, que é exatamente a organização. Por outro lado, se houver organização dos fatores de produção, e dentre eles se encontrar uma atividade intelectual, esta constituirá elemento de empresa, caracterizando o titular como empresário, como será defendido na conclusão deste trabalho.

A exclusão da atividade intelectual, seja de natureza científica, literária ou artística, encontra explicação na existência de regulamentação para cada uma destas atividades, por leis específicas, bem como a sua subordinação a órgãos de classe[33] próprios.

Essa regulamentação específica da atividade intelectual sempre dispensou a aplicação do direito comercial, e com o direito de empresa não é diferente.

A filiação a órgãos de classe próprios, por sua vez, sempre dispensou o registro do comércio e a escrituração, institutos próprios do empresário e da sociedade empresária.

Além disso, o exercício da atividade intelectual pelos profissionais liberais nunca admitiu a lógica da economia de mercado, baseada na ética empresarial do lucro.

Para ilustrar a ética empresarial do lucro, presente apenas no direito de empresa, faz-se importante a explicação da verdadeira razão pela qual a empresa surgiu no mercado. Ronald H. Coase, no artigo intitulado *The nature of the firm*, de 1937, explica como surgiu a empresa. Em síntese, Coase lança a tese de que o agente econômico primitivo (comerciante) atuava de forma direta e individual no mercado. Desta forma, o comerciante precisava buscar todos os elementos (insumos) que se encontravam dispersos no mercado, para desempenhar sua atividade de intermediação, em busca do lucro. Para tanto, enfrentava vários custos, denominados custos de transação.[34] Com o desenvolvimento da atividade econômica, principalmente após a revolução industrial, o mesmo agente econômico percebeu que poderia organizar aqueles elementos (insumos), dentro de uma unidade técnica de produção ou circulação, reduzindo os custos de transação e maximizando o lucro perseguido. Ao congregar os fatores de produção em uma organização – *firm* é melhor traduzida como organização ou empresa – seja por

meio do direito de propriedade ou dos contratos, o mesmo agente econômico consegue compor os custos de transação e otimizar a procura pelo lucro.

Portanto, fica claro que a empresa surgiu dentro da economia de mercado para reduzir os custos de transação inerentes à atividade e, consequentemente, maximizar o lucro.

É nesse sentido que Coase defende que a empresa – *firm* – é um modo de produção mais eficiente que o mercado, considerando o modo anterior, individual e artesanal do comerciante. A busca dos fatores de produção (bens, capital, trabalho) de forma dispersa no mercado envolve imenso risco e insegurança. A organização dos fatores de produção – insumos – em uma unidade técnica coesa elimina esse risco e essa insegurança. Como resultado, a atividade se torna mais eficiente.

Nesta perspectiva encontra-se a ética empresarial, sempre em busca da melhor organização dos fatores de produção, entendendo como melhor organização aquela que gera menor custo e maior lucro. Com essa técnica, o empresário cria outra ordem de custos, para substituir os custos de transação mencionados. Trata-se dos custos de produção[35], agora internalizados e controlados dentro da organização.

Ocorre que a atividade intelectual desempenhada pelos profissionais liberais não pode seguir esta ética empresarial, de redução dos custos e otimização do lucro, não sem observar a ética profissional própria de cada profissão de classe. Bom exemplo disso está no trabalho do advogado, intelectual por excelência, regido por um Estatuto de Ética e Disciplina que privilegia o caráter público do serviço e a função social da profissão[36].

A mesma coisa acontece com outras profissões intelectuais, como a dos médicos e profissionais da saúde, que desempenham função pública e de interesse social.

Neste sentido, todas as atividades excluídas pelo art. 966, parágrafo único, do Código Civil, levam em conta o elemento organização, para descaracterizar ou (re)caracterizar o profissional liberal como empresário. Daí a importância desse critério.

No entanto, outras pessoas podem estar excluídas do conceito de empresário, desde que exerçam atividade não econômica (altruísta) ou não profissional (eventual).

Quanto à sociedade não-empresária, basta lembrar que esta também deve estar excluída de forma expressa do direito de empresa, como ocorre com as associações, sociedades simples, fundações, organizações religiosas e partidos políticos, de acordo com a interpretação sistemática dos artigos 44 e 982 do Código Civil.

A exclusão das associações, fundações, organizações religiosas e partidos políticos se explica pela ausência de economicidade na atividade. Nenhuma dessas pessoas jurídicas de direito privado desempenha atividade econômica. Por tal razão, estas pessoas não podem perseguir o lucro. Podem gerar renda, mas esta deve ser revertida para a própria entidade, nunca distribuída entre os seus participantes. Esta afirmação decorre do próprio conceito de sociedade, única pessoa jurídica regulada pelo Código Civil para o exercício da empresa coletiva e a partilha dos resultados entre os sócios.[37]

Por decorrência da vedação do exercício de atividade econômica, faltam às associações, fundações, organizações religiosas e partidos políticos, os outros dois elementos, posto que o profissionalismo envolve ganho para o sustento próprio do agente e a organização pressupõe a reunião dos fatores de produção destinada ao abastecimento mercado.

Noutro ponto, a exclusão da sociedade simples do direito de empresa já soa incoerente, dada a sua posição topográfica no Código Civil, dentro do Livro II.

Outra crítica é feita em relação à redação do art. 982 do Código Civil, que trata a sociedade empresária como aquela que exerce atividade própria de empresário e simples as demais. Este artigo não observou a linha de evolução do direito comercial para o direito de empresa, pois, gera a idéia de que a sociedade simples estaria pairando no sistema e preenchendo as lacunas deixadas pela sociedade empresária, o que não é verdade. Como a sociedade empresária é toda sociedade que exerce atividade econômica própria de empresário, sociedade simples é toda sociedade que exerce atividade excluída do conceito de empresário.

Desta feita, a sociedade simples seria aquela que tem por objeto social uma das atividades excluídas do conceito de empresário pelo art. 966, parágrafo único, do Código Civil, desde que esta atividade não constitua elemento de empresa, isto é, seja desenvolvida de forma rudimentar, artesanal, manufatureira.

Em verdade, a definição da sociedade simples como não-empresária mostra-se bastante difícil, considerando que qualquer sociedade exerce atividade econômica voltada para o mercado, portanto, organizada em uma unidade de produção.

A idéia proposta neste estudo nega a funcionalidade da sociedade simples, cujo advento não contribuiu em nada com a linha de evolução do direito comercial para o direito empresarial.

Pelo contrário, gerou dúvidas na doutrina, e certamente será a causa de muitos desacertos no mercado, considerando que a sociedade empresária se vincula ao Registro de Empresas e a sociedade simples ao Registro das Pessoas Jurídicas, na forma do art. 1.150 do CC, e que o registro perante o órgão inadequado gera a irregularidade ou a caracterização da sociedade em comum, conforme art. 986 do CC, o que acarreta graves conseqüências para o agente econômico, como a responsabilidade ilimitada para os sócios, a falta de proteção do nome empresarial, a escrituração irregular, a ilegitimidade para pedir falência de seus devedores e para propor a recuperação judicial.

A sociedade simples, criada pelo Código de Obrigações suíço, foi importada do Código Civil italiano, mas, sem qualquer função para o nosso sistema.

Primeiro, porque no direito italiano a sociedade simples não tem personalidade jurídica, é tratada como a sociedade em comum[38]. Segundo porque a sociedade empresária teria aptidão para abranger toda e qualquer atividade econômica, e para as atividades não econômicas já existe a associação e a fundação. Terceiro porque o tipo societário sociedade simples não tem a menor aplicação como fonte subsidiária dos outros tipos, haja vista que a sociedade anônima dispõe de diploma muito mais completo e avançado que o ora criticado.

De qualquer forma a sociedade simples está presente no Código Civil, para função tripla, conforme a maior parte da doutrina: identificar a sociedade não-empresária, servir de tipo societário para a sociedade não-empresária e servir de fonte subsidiária para os outros tipos societários.

O ponto fulcral da exposição está na identificação do não-empresário e da sociedade não-empresária com base em toda evolução aqui defendida, para concluir que estes ocupam um mínimo espaço no mercado, destinado à atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, que não constitua elemento de empresa.

5 – Conclusão: compreensão da expressão "elemento de empresa"

Para uma possível conclusão, vale lembrar a lição de Carvalho de Mendonça:

"Empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens e serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade."[39]

Desta lição retira-se a noção de que a empresa é realmente um fato econômico, que surge da organização dos fatores de produção e é apreendido pelo direito sob diversos aspectos. Porém, não deixa de ser um fato econômico apenas porque foi juridicizado.

Por tal razão, a expressão elemento de empresa também deve ter uma interpretação econômica[40]. Assim, cada fator de produção reunido para a formação da organização constitui um elemento de empresa. São elementos de empresa os bens, o capital e o trabalho. A doutrina contemporânea em economia tem somado aos três meios de produção clássicos um novo, qual seja, a empresarialidade, que se identifica com a atividade do empresário, como capacidade de organização. A empresa é formada por todos esses elementos. Quando a atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística for absorvida como um dos fatores de produção, ela constituirá um elemento de empresa.

Com isso, é possível concluir que a empresa é uma organização de fatores de produção, criada e gerida pelo seu titular, o empresário ou sociedade empresária. O empresário, ou a sociedade empresária, é a pessoa que atua na economia de mercado. Para tanto, serve-se da empresa com o intuito de reduzir custos de transação e otimizar o lucro.

O não-empresário e a sociedade simples constituem figura ínfima nos dias atuais, diante da grande ampliação do âmbito de incidência do direito de empresa. Estes apontamentos

levam à grande conclusão do trabalho: elemento de empresa é cada um dos fatores ou meios de produção, organizados pelo empresário ou pela sociedade empresária.

6 – Bibliografia

- ALPA, Guido. *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*. Trad. João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

- BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. *RDM*, ano XII, v. 11/11-21, 1973.

- BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

- BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

- BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

- CASTRO, Moema Augusta Soares de. *Manual de direito empresarial.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

- CARVALHO DE MENDONÇA. J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

- COASE, Ronald Harry. *The firm, the market, and the law*. Chicago: University Chicago Press, 1992.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 2ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. Vol. 1.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 2ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. Vol. 2.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 2ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. Vol. 3.

- COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da Empresa. *RDM*. nº 104. out/dez. 1996.

- CUNHA PEIXOTO, Euler. Empresário individual e sociedade empresária. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte. n. 46. 2005. p. 95/109

- GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no código civil brasileiro. *RDM*: ano XLIII, nº 135, jul./set 2004, p. 76/87.

- COSTA, Wille Duarte. *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1994. Tese de Doutorado.

- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- _____*Noções Práticas de Direito Comercial*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

- FERNANDES, Jean Carlos. *Direito empresarial aplicado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- FIÚZA, César. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Direito Civil: Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Código Civil comentado, volume XI: direito de empresa, artigos 887 a 926 e 966 a 1.195. São Paulo: Atlas, 2008.

- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial.* 27ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. *RDM*: nº 29, p. 39/56, 1978.

- PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de Empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

- REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Vol. I.

- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1º vol. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

- RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Manual do Novo Direito Comercial*. São Paulo: Dialética, 2006.

- ROSSETI, Jose Paschoal. *Introdução à economia*. 18ª ed. reest., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000.

- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

- SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 29ª ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

- TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

- TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. São Paulo: IOB Thompson, 2005.

- TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil:* ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

- VIVANTE, Cesare. *Instituições do direito comercial*. 2ª ed. Sorocaba-SP: Editora Minelli, 2007.

- ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

- WALD, Arnoldo. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XIV : livro II, do direito de empresa / Arnoldo Wald ; coordenador : Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense , 2005.

---

[1] COMPARATO, Fábio K. *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3.

[2] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1º vol. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 58.

[3] MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 27ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 21.

[4] Esta é a origem da dicotomia entre a atividade de produção e a circulação de mercadorias. A atividade ligada à terra, propriedade da nobreza feudal, regia-se pelo direito romano e pelo sistema de vassalagem. Os comerciantes, egressos do regime feudal e fundadores das comunas e dos burgos, precisavam de um novo estatuto, mais ágil e eficiente. Nele, incluíram apenas suas atividades – a circulação de mercadorias. Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 2ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 1.

[5] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1º vol. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11.

[6] Cf. CARVALHO DE MENDONÇA. J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. Onde se colhem as lições: "O comércio e a indústria, sob o influxo das idéias do Cristianismo, travaram, em bem da sua liberdade e desenvolvimento, luta renhida contra as velhas instituições políticas e contra a inflexibilidade, rigidez e franqueza das regras do direito romano, o *jus commune*, que, por muitos séculos, auxiliado pelo *jus gentium*, bastou a prover as exigências do tráfico comercial." (p. 53) e "Em começo, os usos vieram suprir a insuficiência dos textos romanos, regendo casos novos. Depois deram batalha franca a esses textos, estreitos, incompatíveis com a ordem incipiente de fatos, que reclamavam especial disciplina jurídica." (p. 54).

[7] Cf. SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004. p. 26.

[8] REQUIÃO, Rubens. *op. cit.* p. 12.

[9] É interessante observar que, tanto na França quanto no Brasil, foram comerciantes convidados pelo Imperador que redigiram o rol de atos de comércio dos Códigos. Por óbvio, este rol só poderia conter os atos por eles já praticados no mercado. Daí a razão para a exclusão da produção, das atividades ligadas à terra e da prestação de serviços do rol de atos de comércio. Cf. BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 32 e p. 36.

[10] "Nosso Código, afastando deliberadamente a própria expressão *atos de comércio*, timbrou em ser exclusivamente um código dos comerciantes, ou melhor, o código da profissão mercantil." *in* BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 97.

[11] Cf. BERTOLDI, Marcelo M. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 29. "Referido autor conclui que 'é ato de comércio todo ato que realiza ou facilita um interposição na troca'."

[12] Cf. COSTA, Wille Duarte. *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1994. Tese de Doutorado.

[13] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 2ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 1.

[14] BORGES, João Eunápio. Curso de Direito Comercial Terrestre. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

[15] O primeiro país a proibir o tráfico de escravos foi a Inglaterra, em 1806.

[16] Alguns fatos importantes, como a abolição da escravatura (1806) e a invenção da máquina a vapor (1807) na Inglaterra, a invenção do navio a vapor (1819) e do motor elétrico (1821) nos EUA, sem dúvida alguma influenciaram o surgimento do novo modo de produção – empresa.

[17] BORGES, op. cit., p. 34, comentando sobre o *Code de Commerce*: "Direito do passado, codificado no limiar da grande revolução econômica e industrial do século XIX, aquêle código já nasceu velho, incapaz de reger as relações do grande comércio, que iria assinalar-se pelo desenvolvimento da navegação a vapor, das estradas de ferro, da mobilização da riqueza através dos títulos de crédito, das sociedades anônimas, dos bancos, etc." Em nota de rodapé desta página remata que "Assim, pôde-se dizer que, em sua redação de 1807, o Código de Comércio era um *code de boutiquiers* (...), expressão que poderíamos traduzir por um *código de vendeiros*, uma vez que 'código de varejistas', que seria a tradução mais adequada, não tem, em nossa língua, o caráter pejorativo que se encontra no francês *code de boutiquiers*."

[18] Cf. PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. *RDM*: nº 29, p. 39/56, 1978.

[19] COSTA, Wille Duarte. *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1994. Tese de Doutorado.

[20] Do que são exemplo os profissionais liberais: advogado, médico, dentista, músico, escritor etc, desde que a atividade seja desenvolvida como atividade-fim, pois, se for desenvolvida como atividade-meio, ou seja, se absorvidas como um dos fatores da produção, caracteriza o empresário ou a sociedade empresária.

[21] Para uma melhor compreensão das atividades excluídas do conceito de empresário, remete-se o leitor ao artigo do Prof. GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no código civil brasileiro. *RDM*: ano XLIII, nº 135, jul./set 2004, p. 76/87.

[22] REQUIÃO, Rubens. *op. cit.* p. 54.

[23] DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 303.

[24] VIVANTE, Cesare. *Instituições do direito comercial*. 2ª ed. Sorocaba-SP: Editora Minelli, 2007. p. 43.

[25] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1º vol. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 54.

[26] COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da Empresa. *RDM*. nº 104. out/dez. 1996.

[27] "Na verdade, empregador não é a empresa – ente que não configura, obviamente, sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira. Empregador será a pessoa física, jurídica ou ente despersonificado titular da empresa ou estabelecimento. A eleição do termo *empresa*, pela CLT, para designar a figura do empregador apenas denuncia, mais uma vez, a forte influência institucionalista e da teoria da relação de trabalho que se fez presente no contexto histórico de elaboração desse diploma justrabalhista. (...) De fato, a eleição do termo empresa tem o sentido funcional, prático, de acentuar a importância do fenômeno da despersonalização da figura do empregador. Ao enfatizar a empresa como empregador, a lei já indica que a alteração do titular da empresa não terá grande

relevância na continuidade do contrato (...)" DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 391/380.

[28] "A preocupação do legislador aqui é com a continuidade da exploração econômica, que não deve ser tolhida pela penhora, em face da função social que desempenham as empresas comerciais, industriais e agropastoris." (...) "O sistema depositário-administrador visa a impedir a ruína total e a paralisação da empresa, evitando prejuízos desnecessários e resguardando o interesse coletivo de preservar quanto possível as fontes de produção e comércio e de manter a regularidade do abastecimento." THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 29ª ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 193.

[29] Cf. WALD, Arnoldo. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XIV : livro II, do direito de empresa / Arnoldo Wald ; coordenador : Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense , 2005.

[30] CUNHA PEIXOTO, Euler. Empresário individual e sociedade empresária. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte. n. 46. 2005. p. 95/109.

[31] No mesmo sentido do texto, colhe-se em NEGRÃO, Ricardo. *Direito empresarial*: estudo unificado. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5. a seguinte lição: "O termo empresário substitui o vocábulo comerciante, mas, como deflui do conceito legal – art. 966 do CC -, é mais abrangente que este. (...) No sistema empresarial, toda e qualquer produção ou circulação de serviços está submetida ao conceito de empresa, desde que não exercida pessoalmente por profissional intelectual, ou de natureza científica, literária ou artística." Em sentido contrário ao do texto escreve CASTRO, Moema Augusta Soares de. *Manual de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007., valendo citar: "Podemos dizer que o empresário do diploma de 2002 é o antigo comerciante que, por sua vez, sucedeu ao mercador da Idade Média." Não se pode conceber que o empresário seja exatamente o antigo comerciante, nem este o antigo mercador, tendo em vista a linha de evolução do direito comercial para o direito de empresa traçada no presente trabalho.

[32] Cf. WALD, op. cit. p. 45.

[33] Do que são exemplo os profissionais liberais: advogado, médico, dentista, músico, escritor etc, desde que a atividade seja desenvolvida como atividade-fim, pois, se for desenvolvida como atividade-meio, ou seja, se absorvidas como um dos fatores da produção, caracteriza o empresário ou a sociedade empresária.

[34] "Custos de transação são os custos de realização e cumprimento de transações ou trocas de titularidade. Ou seja, na realização de qualquer negócio jurídico, os agentes considerarão os custos embutidos naquele negócio para parametrizar suas ações em busca de um melhor e mais eficiente resultado econômico." CATEB, Alexandre B. *Análise Econômica da Lei de Sociedades Anônimas*. p. 265 in TIMM. Luciano Benetti. *Direito & Economia*. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. Nas palavras do próprio Ronald H. Coase "search and information costs, bargaining and decision costs, policing and enforcement costs" in COASE, Ronald Harry. *The firm, the market, and the law*. Chicago: University Chicago Press. 1992. p. 6.

[35] Custos de produção se resumem ao "Custo total: quantia que a empresa paga para comprar os insumos usados na produção.", p. 270, e incluem "(...) o custo de oportunidade de alguma coisa é tudo aquilo de que se abre mão para adquiri-la.", p. 271, enfim "A empresa incorre em custos quando compra insumos para produzir os bens e serviços que planeja vender." p. 273, ambas *in* MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

[36] O Estatuto da Advocacia e a OAB já define: "Art. 2. O advogado é indispensável à administração da justiça. §1.º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social."

[37] Vide art. 981 do Código Civil.

[38] FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Código Civil comentado, volume XI: direito de empresa, artigos 887 a 926 e 966 a 1.195. São Paulo: Atlas, 2008. p. 188.

[39] Cf. CARVALHO DE MENDONÇA. J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 482.

[40] A III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal conclui que: "A expressão "elemento de empresa" demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.

O CONTRATO DE TRESPASSE NO DIREITO BRASILEIRO*

THE CONTRACT OF SALE OF GOODWILL OF TRADE UNDER BRAZILIAN LAW

Fábio Gabriel de Oliveira

RESUMO

O presente artigo analisa sucintamente o contrato de trespasse no Direito Brasileiro. Inicialmente descreve todas as formalidades e também todas as conseqüências legais que incidem na transferência do estabelecimento no Código Civil brasileiro. Explica a sucessão obrigacional, a sub-rogação dos contratos e a cessão dos créditos, além de também analisar a cláusula que veda a concorrência do alienante em face do adquirente da universalidade. Posteriormente, analisa o contrato de trespasse na Lei falimentar para destacar a não incidência da sucessão obrigacional e da sub-rogação dos contratos a fim de concluir que o trespasse, quando não restarem bens suficientes para a cobertura do passivo do alienante, deve ser promovido pelo regime falimentar e não pelo regime do Código. Pois, pode não ser interessante para o adquirente se tornar responsável pelos débitos do antigo titular do fundo.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO BRASILEIRO; DIREITO EMPRESARIAL; ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL; CONTRATO DE TRESPASSE.

ABSTRACT

This article briefly reviews the contract of sale of the goodwill of trade in Brazilian Law. Initially describes all the formalities and also all the legal consequences that affect the transfer of the goodwill of trade in the Brazilian Civil Code. Explains the succession of obligation, the subrogation of contracts and the transfer of credits, and also examine the clause that prohibits the competition between the alienator and the buyer of the universality. Later, it analyzes the contract in bankruptcy law to highlight the impact of not succession obligatory and subrogation of the contracts in order to conclude that the takeover, when there can be no sufficient assets to cover liabilities of the seller, must be supported by bankruptcy regime rather than the rules of the Code. Well, can not be of interest to the buyer becomes liable for the debts of the former owner of the goodwill.

KEYWORDS: BRAZILIAN LAW; BUSINESS LAW; GOOD WILL OF A TRADE; SALE OF GOODWILL OF TRADE.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A teórica do aviamento tem importantes aplicações práticas, não só na determinação do conteúdo dos negócios sobre o estabelecimento, mas ainda em outras situações jurídicas.

A importância econômico-social do aviamento revela-se, inclusive, quando o titular do estabelecimento é arrastado à falência. Mesmo nessa hipótese, a lei procura evitar o seu desaparecimento, que seria conseqüênte à extinção da casa comercial. (BARRETO FILHO, 1988, p.211)

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo uma análise amiúde do contrato de trespasse na legislação brasileira. Diante disso, serão analisados os efeitos e as formalidades necessárias para a eficácia plena do trespasse.

Para tanto, descreveremos de forma sucinta os artigos que regulam a matéria no Código Civil e também na Lei de Recuperações e Falências de Empresas. Ao final, tentaremos concluir quais são os caminhos que devem ser seguidos na interpretação deste contrato.

Não há dúvidas que várias eram as controvérsias sobre a interpretação do contrato de trespasse antes das aludidas normas. Contudo, diante do Código Civil de 2002 e da nova Lei de Falências os operadores do Direito podem hoje se valer de uma enorme gama de material normativo para a interpretação deste instituto.

Diante disso o intuito deste pequeno estudo é reunir as interpretações doutrinárias sobre o tema e, com isso, contribuir com a doutrina jurídica trazendo de forma sintética uma reunião dos aspectos infringentes ao trespasse em um único documento de pesquisa.

I - NOÇÕES GERAIS DO CONTRATO DE TRESPASSE.

É sabido que não é correto admitir o estabelecimento como uma propriedade de Direito Real do agente econômico. É cediço que, o estabelecimento contém elementos extrapatrimoniais como o aviamento e a clientela. Além disso, o estabelecimento não é uma coisa certa conforme preceitua o art. 481 CC (Código Civil). Diante disso, não é correta, apesar de vastamente utilizada, a idéia de venda do estabelecimento. É preferível caracterizar o contrato de trespasse como um contrato de cessão de estabelecimento. (BARRETO FILHO, 1988, p.208)

O estabelecimento pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos (art. 1.143 CC), caracterizando a importância jurídica da unicidade dos bens que compõe a universalidade de fato em análise.

O complexo de bens organizado pelo empresário pode ser transferido por diversos motivos; doação, desapropriação ou por direitos sucessórios. Contudo, só há trespasse quando houver efetivamente um contrato consensual de caráter bilateral, oneroso e comutativo.

Diante disso, o contrato de trespasse pode ser definido como a cessão onerosa do estabelecimento.

O objeto da cessão no trepasse é o estabelecimento, este é o bem do negócio jurídico em análise. Portanto, há, necessariamente, que ser um conjunto de bens aptos ao exercício de determinada atividade econômica. O contrato se refere a um conjunto unitário de bens organizados para a atividade. Assim, a venda ou cessão de bens ou direitos, isoladamente considerados, não é trespasse.

Para a caracterização do instituto em comento é necessário, não só, que seja uma reunião de bens com fim empresarial, é preciso, sempre, que este conjunto possibilite o exercício da empresa.

Neste sentido é a orientação da III Jornada de Direito Civil no enunciado 233.

233 – Art. 1.142: A sistemática do contrato de trespasse delineada pelo Código Civil nos arts. 1.142 e ss., especialmente seus efeitos obrigacionais, aplica-se somente quando o conjunto de bens transferidos importar a transmissão da funcionalidade do estabelecimento empresarial.

O contrato de trespasse também não pode ser confundido com a cessão de cotas sociais ou com a incorporação, fusão e cisão.

“A cessão de cotas é um contrato em virtude do qual o cedente transfere ao cessionário cotas de uma sociedade”. (BORBA, 2008, p.77) O cedente pode transferir todas as suas cotas ou parte delas. Todos os sócios de uma sociedade podem, inclusive, transferir onerosamente todas as cotas da sociedade para outros sócios. Contudo, não se trata de contrato de trespasse. Neste caso, mesmo sendo um contrato também comutativo, bilateral e oneroso, não há transferência de titularidade do estabelecimento. Ou seja, a pessoa jurídica, identificada pelo seu nome empresarial intransferível[1], continua sendo titular do estabelecimento, há uma simples alteração no quadro societário e talvez uma alteração na direção da empresa, contudo, o estabelecimento continua sendo do domínio da mesma pessoa.

No caso da cessão de cotas, os sócios que se retiraram respondem pelas obrigações sociais, anteriores à saída, pelo prazo de 2 (dois) anos a contar da averbação no registro. (Art. 1.032 CC)

Na incorporação, uma ou mais sociedades são absorvidas por outra que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. (Art. 227 da Lei 6.404/76 ou Art. 1.116 CC) Como conseqüência da incorporação há a extinção da pessoa jurídica incorporada que transfere para a incorporadora todo o seu patrimônio. Logicamente também os direitos que emergem dele, como a titularidade do estabelecimento. Contudo, não é trespasse, pois, no nosso objeto de estudo, o cedente continua a existir formalmente, como uma pessoa jurídica capaz de assumir obrigações e constituir direitos.

Na fusão, se unem duas ou mais sociedades, para a formação de uma sociedade nova que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. (Art. 228 da Lei 6.404/76 ou Art. 1.119 CC) Exatamente como na incorporação há a extinção das sociedades fundidas e também a transferência, para a nova sociedade, de todo o patrimônio das sociedades que irão desaparecer. Assim, pelos mesmos motivos da incorporação, não há trespasse.

Já a cisão requer uma análise mais detida. A cisão é "o desmembramento total ou parcial da sociedade que transfere seu patrimônio para uma ou várias sociedades existentes ou constituídas para esse fim." (TOMAZETTE, 2008, p.583) Quando a cisão é total, isso significa dizer, quando há a transferência total do patrimônio da sociedade para outras sociedades, a cisão segue as mesmas regras da incorporação e as sociedades que recebem o patrimônio da cindida serão solidariamente responsáveis pelas suas obrigações.

Porém, quando há a cisão parcial, a sociedade cindida transfere parte do seu patrimônio para outra sociedade, contudo, continua a subsistir, exatamente como no trespasse. Além disso, este patrimônio cedido pode reunir um complexo de bens já organizado para determinada empresa. Ou seja, o patrimônio negociado pode reunir um ou vários estabelecimentos. Neste caso, para diferenciar os institutos, é preciso entender que na cisão o patrimônio é transferido com a contraprestação de subscrição de novas ações que serão emitidas de acordo com o patrimônio adquirido. Estas ações serão integralizadas de imediato e oferecidas aos acionistas da cindida (art. 229, §5, Lei 6.404/76). Assim, não é o caso de uma simples cessão de ativo. (CARVALHOSA, 1997, p.292)

Apesar de a cisão intitular um capítulo do nosso Código Civil o legislador somente mencionou o instituto no art. 1.122, para informar o prazo para o credor requerer judicialmente à anulação do ato. Não há regulamentação expressa da cisão no Código Civil, assim, para promovê-la é necessário cumprir com os preceitos do art. 229 da LSA (Lei das Sociedades Anônimas, Lei 6.404/76). Ou seja, nomeação de peritos para avaliação do patrimônio; assembléia geral para a deliberação da cisão; integralização pelos novos sócios na proporção de ações que possuíam na sociedade cindida ou então aprovação unânime; registros; publicações e etc.

No contrato de trespasse, a cedente não tem como objetivo compor o quadro societário do adquirente, nem como investidor nem tão pouco como especulador. O contrato de trespasse é um instrumento utilizado na atividade econômica de base. Acontece com micro e pequenas empresas no dia a dia da atividade econômica do nosso País. Exige menos formalidades e se destina a atender com mais agilidade interesses patrimoniais privados.

O intuito do alienante do estabelecimento é, fundamentalmente, a contra prestação pecuniária do seu complexo de bens já organizado, não há, necessariamente, o desejo de se tornar sócio do adquirente. Não há a necessidade de assembléias, protocolos ou laudos periciais. Na cisão, a responsabilidade das sociedades que recebem o patrimônio da cindida é solidária pela incidência do *caput* do art. 233 da LSA, não pelos dispositivos pertinentes ao trespasse, assim, não há como confundir cisão parcial com a cessão do estabelecimento.

As partes no contrato de trespasse são, de um lado, o trespassante que aliena o estabelecimento e, do outro lado, o trespassário que é o adquirente do fundo.

As partes podem ser pessoas físicas ou jurídicas. Podem ser ou não empresárias também. Afinal, está pacificado que qualquer titular de atividade econômica necessita de um estabelecimento. Isso pode incluir associações, sociedades simples ou cooperativas, enfim, pessoas jurídicas alheias ao Direito Empresarial. (MIGUEL, 2000, p.13)

II – FORMALIDADES PARA A EFICÁCIA DO TRESPASSE.

O contrato de trespasse, antes do Código Civil, não exigia qualquer formalidade para a sua eficácia. (TOKARS, 2006, p.96) Contudo, com a regulação expressa da matéria, tal contrato, hoje, só terá eficácia plena após cumprir com as formalidades previstas no art. 1.144 CC.

Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

O contrato que envolva alienação, usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos após o arquivamento do contrato no Registro Público de Empresas Mercantis e sua publicação na imprensa oficial, mecanismos que auferirão ao pacto segurança, eficácia, publicidade e autenticidade.

Exatamente por causa destas exigências, para obter eficácia plena, o contrato deverá ser escrito, pois o pedido de arquivamento no registro público de empresas mercantis deve ser instruído com o documento que representa a operação. Não há como representar esse pacto no registro público somente com o testemunho do empresário.

Apesar de vir expresso no dispositivo o termo “empresário”, no singular, a averbação no registro deverá ser feita tanto junto à inscrição do trespassante quando do trespassário e, caso algum deles, for registrado no Cartório Civil de Registro de Pessoas Jurídicas, este

órgão também deverá promover a respectiva averbação. (GONÇALVES NETO, 2007, p.572 e 573)

Conforme preceitua o art. 1.151 do Código Civil, a averbação deve ser feita no prazo de 30 (trinta) dias, contado da lavratura do respectivo ato, assim, os efeitos retroagem para a data do contrato. Se averbação for posterior à 30 dias, o efeitos perante terceiros só se produzem a partir da data do registro.

A publicação do contrato "ocorrerá no Diário Oficial do Estado cujo território esteja situado o estabelecimento." (GONÇALVES NETO, 2007, p.574) Caso o estabelecimento não seja fixo, a publicação deverá ser feita no Estado em que o cedente estiver registrado.

O contrato que desatender estas disposições normativas é existente, válido e eficaz entre as partes. Obriga as partes envolvidas, visto que a ineficácia, por desrespeito a estas formalidades, só podem ser invocadas por um terceiro prejudicado que desconheça a operação de transferência.

A validade do contrato de trespasse informal é, inclusive, objeto do enunciado 393 elaborado pela IV Jornada de Direito Civil, veja-se:

393 - A validade da alienação do estabelecimento empresarial não depende de forma específica, observado o regime jurídico dos bens que a exijam.

As partes podem fazer o contrato através de instrumento público ou particular.

Como é um bem móvel, pois prescinde de bem imóvel na sua composição, a sua transferência se perfaz com a tradição da universalidade.

Caso existam imóveis, propriedades industriais e direitos autorais no estabelecimento, será necessário a promoção de formalidades complementares exigidas para os bens isoladamente considerados. Exatamente como apregoado no enunciado 393 da IV Jornada de Direito Civil. Isso porque, a negociação do estabelecimento não transfere *ipso facto* a titularidade de todos os bens. O trespassário deverá formalizar a escritura pública para a transferência do imóvel, averbar a cessão de uso das marcas no INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) e assim por diante.

III - O PAGAMENTO DO PASSIVO E A NOTIFICAÇÃO DOS CREDORES.

Além de cumprir com as formalidades previstas no art. 1.144 do Código Civil, pode, a eficácia do trespasse, depender ainda da solução de todo o passivo do alienante ou do consentimento expresso ou tácito dos seus credores. Veja-se:

Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.

Inicialmente, é preciso distinguir duas espécies de alienações de estabelecimento. A primeira delas é aquela que ocorre quando o alienante se mantém com bens suficientes para solver o seu passivo. Neste caso não há a necessidade de consentimento nem também da notificação dos credores. O novo titular do estabelecimento não responderá, a priori, pelas dívidas sociais do alienante.

Contudo, caso não reste bens para a solução do passivo, é preciso, conforme determina a Lei, que o alienante pague a todos os credores ou que obtenha deles o consentimento expresso ou tácito.

Quando a Lei se refere a todos os credores "não se compreendem aqueles não afetados pela alienação." (GONÇALVES NETO, 2007, p.577) Assim, credores trabalhistas e fiscais, em que o negócio já implica *ipso iure* na assunção das dívidas, e credores com garantia real, que o ônus acompanha o bem, não estão incluídos na abrangência do dispositivo legal.

Nada impede que o alienante faça o pagamento do passivo com o valor auferido pela negociação do fundo.

A notificação dos credores deverá, necessariamente, ser pessoal, mas pode ser judicial ou extrajudicial. O silêncio do credor importa em consentimento tácito. Para garantir a ineficácia, o credor deve manifestar o seu desacordo em, no máximo, 30 (trinta) dias do recebimento da notificação.

Caso determinado credor se oponha ao negócio, as partes podem efetuar o seu respectivo pagamento, e, assim, não haverá mais interesse jurídico para a oposição.

Um credor não pode se aproveitar da oposição feita por outro, posto que, a manifestação de desacordo deve ser feita de forma pessoal, sedo ato unilateral e intransferível.

É preciso lembrar que aquele que aliena o estabelecimento, sem notificar os seus credores e sem se manter com bens suficientes para a cobertura do passivo, incorre em ato caracterizador de estado de falência.

De acordo com o art. 94, III, c, da LRE (Lei de Recuperação de Empresas, Lei 11.101/05) será decretada a falência do devedor que assim agir. Trata-se de ato ruinoso, ou seja, um "sinal exterior de insolvabilidade." (CAMPINHO, 2008, p. 269) Neste caso a falência é o caminho natural do cedente.

Após a decretação da falência, os credores podem requerer a revogação do contrato de trespasse através de ação revocatória por ineficácia ou por fraude. A primeira não

pressupõe interesse de fraudar credores, contudo o ato deverá ter sido praticado durante a vigência do termo legal da falência (art. 129, VI, LRE), já a segunda, "ao revés, apóia-se no art. 130 da lei de quebras, exigindo do seu autor a prova de fraude por parte do falido ou a existência de *concilium fraudis*" (ALMEIDA, 2008, p.193). Sendo declarado ineficaz o trespasse, as partes retornarão ao estado anterior e o contratante de boa fé terá direito à restituição dos valores entregues ao devedor. (art. 136 LRE)

IV - A SUCESSÃO OBRIGACIONAL NO TRESPASSE.

Além de cumprir com todas estas formalidades, além de necessitar pagar o passivo ou do consentimento de todos os credores, as partes do trespasse continuam vinculadas aos débitos constituídos antes da transferência, esta é a exegese do art. 1.146 CC.

Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

Antes do Código Civil de 2002, "a regra era a de que os credores de um empresário não podiam, em princípio, pretender o recebimento de seus créditos de outro empresário, em razão de este haver adquirido o estabelecimento do primeiro". (COELHO, 2003, p. 118) Contudo, atualmente, a regra estipulada no *Codex* Civil é de observância obrigatória e, assim, independente do que estiver disposto no contrato, haverá a sucessão obrigacional. "De certo que as avenças do trespasse serão executáveis entre as partes; apenas não se pode aceitar que venham a interferir na esfera de direitos do credor que por elas não se obrigou." (WALD, 2005, p.742)

A sucessão obrigacional plena é novidade no nosso Direito, antes do código, só haviam três exceções à regra da não sucessão: as obrigações transferidas no corpo do contrato, às obrigações trabalhistas e as obrigações fiscais. (COELHO, 2003, p. 118)

Conforme ensina o *escol* de Luiz Gastão Paes de Barros Leães (2000, p. 239) a sucessão de passivos empresariais só ocorre quando resulta da vontade das partes ou quando se opera *ex vi legis*.

As obrigações trabalhistas eram transferidas pela interpretação doutrinária e jurisprudencial do Art. 10 da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas). O artigo em comento informa que a alteração da estrutura jurídica da empresa não altera os direitos adquiridos pelos seus empregados.

Segundo Valentin Carrion (2007, p. 72) a prova da sucessão das dívidas trabalhistas "não exige formalidade especial; terá de ser provada levando-se em consideração os

elementos que integram a atividade empresarial: ramo de negócio, ponto clientela, móveis, máquinas, organização e empregados." Para Mauricio Godinho Delgado (2006, p.408) a sucessão das dívidas trabalhistas na aquisição do estabelecimento corresponde "à leitura hegemônica que tradicionalmente se fazia (e se faz) do instituto justrabalhista"

No mesmo sentido, as obrigações fiscais também sempre foram objeto de sucessão. O art. 133 do CTN (Código Tributário Nacional) já impunha tal medida. Assim, o fisco possui a prerrogativa de exigir diretamente do adquirente do fundo os débitos fazendários anteriores à transferência do estabelecimento. (BALEEIRO, 1981, p. 487)

Atendendo ao princípio da especialidade das normas, as dívidas trabalhistas e tributárias devem continuar sendo protegidos pelos seus respectivos diplomas normativos sendo desnecessária a incidência do art. 1.146 do Código para a sua tutela. Neste ínterim cabe salientar que a sucessão, nestes casos, independe de regularidade contábil, assim, é necessária uma análise amiúde da situação fiscal e trabalhista do alienante, por parte do trespassário, a fim de evitar "surpresas" desagradáveis.

Os débitos a que se refere à regulamentação do trespasse no, Código Civil, dizem respeito às relações privadas do alienante. Estas que, para serem transferidas, devem estar regularmente descritas nos seus livros contábeis. Sendo que, a falsificação ou omissão do seu teor implica em responsabilidade única e exclusiva do trespassante. (FÉRES, 2007, p.118) Somente as obrigações trabalhistas e fiscais independem de regularidade contábil.

O trespassante continua solidariamente responsável pelos débitos regularmente contabilizados pelo prazo de um ano da publicação, no caso das dívidas já vencidas. Contudo, o prazo é de um ano do vencimento para as dívidas vincendas. Depois de terminado esse prazo, "cessa a responsabilidade do alienante." (COELHO, 2003, p.118)

V - A CLÁUSULA DE NÃO-RESTABELECIMENTO.

A cláusula legal de não-restabelecimento diz respeito a aquela que impede o alienante de fazer concorrência face ao adquirente do estabelecimento pelo prazo de cinco anos. Tal cláusula foi expressa no art. 1.147 do novo Código Civil que assim dispõe:

Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência.

Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.

O artigo em comento tem o fim de expressar um entendimento que já era majoritário na jurisprudência. (FÉRES, 2007, p. 157) Contudo, tal interpretação, agora se sedimenta em norma positiva.

A referida norma possui o "objetivo precípuo de impedir que o alienante do estabelecimento venha a disputar o mercado com o adquirente, comprometendo o potencial de lucratividade (aviamento) inerente à universalidade patrimonial adquirida" (PIMENTA, 2004, p.107)

A vedação à concorrência nas alienações de estabelecimento sempre foram objeto de acirradas discussões na jurisdição. O caso mais célebre no Brasil ocorreu em um julgamento no dia 12 de agosto de 1914. A importância deste julgado reside, principalmente, nos notáveis patronos das partes em litígio. De um lado, advogando a favor do alienante do fundo que queria se restabelecer, Rui Barbosa, do outro lado, advogando para o adquirente do fundo, José Xavier Carvalho de Mendonça.

O contrato em litígio não era exatamente um trespasse, posto que os objetos da avença eram as cotas sociais, pertencentes ao Conde Álvares Penteado, da Companhia Nacional de Tecidos Juta ou seja, trata-se de cessão de cotas. A Fábrica de Juta Sant`Ana era um estabelecimento pertencente a Companhia Nacional de Tecidos Juta e era administrada pessoalmente pelo Conde. Após a cessão, o Conde resolveu se restabelecer no ramo de produção de tecidos sob o manto da Companhia Paulista de Aniagens concorrendo diretamente com a Fábrica de Juta Sant`Ana.

Inconformados com o restabelecimento, a Companhia Nacional de Tecidos Juta acionou a justiça buscando indenização pelas perdas obtidas com a inesperada concorrência da recém formada Companhia Paulista de Aniagens.

A autora obteve êxito na demanda tanto na primeira e quanto na segunda instância, contudo, Rui Barbosa foi contratado para tentar modificar a decisão em sede de embargos.

Após pouco mais de quatro meses de trabalho, (MORATO *apud* BARBOSA, 1948, p. XIV) Rui Barbosa produziu razões de embargo em 300 (trezentas) páginas, neste documento, clamou pelo princípio da livre iniciativa e alegou que no Direito Comparado não há previsão de interdição automática de concorrer. (BARBOSA, 1948, p. 295) Aduziu que não havia como conceber tal restrição em caráter "perpétuo no tempo e ilimitado no espaço". (BARBOSA, 1948, p. 296) Além disso, informou que a cessão da clientela jamais foi assentida pelo alienante, que não havia cláusula expressa neste sentido no contrato firmado e que a decisão embargada "iria, simplesmente regalá-la (a autora) com um monopólio, que não ajustou comprar". (BARBOSA, 1948, p. 299)

Por outro lado, Carvalho de Mendonça sustentava a interdição baseando-se principalmente nos arts. 214 e 215 do antigo Código Comercial de 1850. (BARBOSA, 1948, p. 344) O primeiro dispositivo citado, enunciava que era obrigação do vendedor fazer ao comprador, boa a coisa vendida. Trata-se de princípio basilar do Direito Comercial. Já o segundo dispositivo informava que o comprador não podia ser inquietado na posse ou domínio da coisa comprada. Assim, requeria a manutenção da decisão embargada com a condenação da embargante em perdas e danos.

Após sustentações orais de mais de uma hora o Supremo Tribunal Federal acompanhou o voto do Relator, Sr. Ministro Oliveira Ribeiro, e modificou o acórdão embargado, prevalecendo, assim. o entendimento que o alienante poderia se restabelecer naquele caso. Os argumentos de Rui Barbosa, naquele dia, foram considerados procedentes.

Porém, com o passar do tempo, essa posição não prevaleceu na jurisdição brasileira. Os tribunais brasileiros assentavam a imposição de não concorrer do alienante baseados na *culpa post pactum finitum* ou na pós-eficácia das obrigações, em analogia a *culpa in contrahendo* ou na responsabilidade pré-contratual, baseadas na boa-fé. "Deste modo, tal como existem deveres pré-contratuais, também os haveria depois de extinto o contrato." (MOTA, 2000, p.218)

A observância da boa-fé após a extinção do contrato é assim descrita por Maurício Jorge Pereira Mota:

Da boa-fé resulta deverem as partes lealdade à convenção livremente celebrada. A lealdade em causa traduzir-se-ia, nomeadamente, na necessidade jurídica de, para além da realização formal da prestação, providenciar a efetiva obtenção e manutenção do escopo contratual. Essa manutenção perdura, naturalmente, para além da extinção do contrato em si. Há pós-eficácia. (2000, p.222)

Depois do Código Civil de 2002 não há como o tema se mostrar controvertido.

O art. 1.147 do Código Civil regulamenta a cláusula de não-restabelecimento de forma exaustiva. Segundo o novo Código a cláusula de não-restabelecimento está implícita nos contratos de alienação, arrendamento, usufruto ou assemelhados, por analogia.

O alienante do fundo somente poderá concorrer com o adquirente caso exista autorização expressa neste sentido no contrato.

A permissão para expressar outras convenções serve para satisfazer a autonomia dos contratantes, algo que não pode ser esquecido, assim, podem eles expressar no contrato, tanto a autorização para concorrer, quanto a diminuição ou até mesmo a ampliação o lapso temporal da proibição prevista na Lei. A norma tem caráter supletivo e só deverá ser observada no silêncio do contrato.

Na omissão da cláusula no contrato, a proibição de fazer concorrência persiste pelo prazo de 5 (cinco) anos. Isto a contar da data de assinatura do contrato, não do seu registro, nem da sua publicação. No caso de contrato verbal, o prazo deverá ser contado a partir da conclusão da avença.

As partes, para quem a norma se destina, tomam conhecimento do teor integral do negócio e assumem os seus efeitos no ato que expressam o seu consentimento. Assim, não há como conceber que o termo inicial da vigência da proibição seja outro senão aquele em que o contrato se tornou válido entre as partes.

Por outro lado, caso seja arrendamento ou usufruto, a proibição da concorrência persiste enquanto vigorar o contrato. Vale ressaltar que o teor da norma deve ser estendido para os comodatos e para as dações em pagamento, visto que também possuem o caráter oneroso. (GONÇALVES NETO, 2007, p.582) Contudo, na doação, dado o seu caráter gratuito e unilateral, não há porque imprimir para o doador tal múnus. A tutela do artigo é patrimonial e visa preservar o aviamento adquirido onerosamente.

Tavares Paes (1980, p.41) entende que o contrato de usufruto e arrendamento que estipular prazo de vigência superior a cinco anos, a incidência da proibição estará limitada ao prazo estipulado na regra geral. Ou seja, caso o arrendamento ou usufruto durar mais de cinco anos, na omissão do contrato, a vedação à concorrência só perduraria pelo prazo legal.

Contudo, tal entendimento não merece ser acolhido sob a égide do novo *Codex*, posto que, o Parágrafo Único do art. 1.147, não deixa margem para controvérsia, afinal, está expresso que a "*proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato*". Assim, "o prazo estabelecido não está adstrito a cinco anos, mas ao prazo inteiro do contrato que concede o direito pessoal sobre o estabelecimento empresarial." (WALD, 2005, p.751) Assim, tal prazo pode ser superior ou inferior a cinco anos.

Contudo, é preciso rediscutir a lição de Rui Barbosa que informa que a proibição de concorrer não pode vigorar "perpétuo no tempo e ilimitado no espaço". (BARBOSA, 1948, p. 296) Assim é inválida a cláusula que "vede a exploração de qualquer atividade econômica, ou não estipule restrições temporais ou territoriais ao impedimento". (COELHO, 2003, p.123) Assim, no caso concreto, de arrendamentos ou contratos análogos, em que haja prazos de vigência muito amplos, não há como impedir de forma ilimitada o exercício do direito constitucional à livre iniciativa.

Aquele que arrendou possui o direito de se restabelecer, direito que deve ser exercido de acordo com as regras da adequabilidade face ao caso concreto. Há que ser analisado *in loco* mecanismos que possibilitem o exercício da livre iniciativa do arrendante e que também não pulverizem de imediato o aviamento adquirido onerosamente. Assim, em casos concretos como este, deve ser fixado prazo adequado para que arrendante possa reiniciar o exercício do seu direito fundamental de liberdade de escolha econômica..

Para o correto entendimento do tema, ainda é necessário alguns esclarecimentos. Principalmente ao que se referem os termos concorrência e restabelecimento.

Há a concorrência quando o trespassante disputa o mesmo mercado de produtos ou de serviços com o trespassário. Há restabelecimento quando o trespassante começa a exercer a sua atividade em um novo estabelecimento.

A vedação só deve incidir quando houver tanto a concorrência quanto o restabelecimento. "Pode haver concorrência sem restabelecimento (através de outros estabelecimentos do mesmo alienante), como pode haver restabelecimento sem concorrência (em outro ramo ou em lugar distante da região de afluxo da clientela)." (GONÇALVES NETO, 2007, p.581)

Aquele empresário que possui vários estabelecimentos, pode se desfazer de um deles, através do trespasse. Porém, não é possível interpretar a norma no sentido de inviabilizar sua empresa nos estabelecimentos remanescentes. Neste caso, pode haver a concorrência, pois não há o restabelecimento.

Por outro lado, pode haver o restabelecimento sem a concorrência, quando o alienante inicia outra atividade diferente ou quando se restabelece fora do âmbito de incidência da clientela do adquirente. Nestes dois casos, não há uma diminuição do aviamento da universalidade adquirida e, sendo assim, não há nenhum fundamento jurídico nem econômico para a incidência da norma.

Pelas características semelhantes, no caso de cessão de cotas, incorporações, fusões e cisões, a interpretação do artigo de lei em comento deve ser estendida por analogia. Afinal, também cabe, nestes casos, a incidência do princípio de fazer boa a coisa vendida ou do princípio da boa-fé objetiva que impõe dever de conduta *post pactum finitum.* Sem embargo, a expectativa daquele que adquire onerosamente o estabelecimento é usufruir, sem turbação, do aviamento inerente ao complexo de bens já organizado. Portando, é descabida em qualquer destes casos, a concorrência posterior do alienante.

A vedação estipulada no art. 1.147 também pode, no caso concreto, ser estendida para administradores e diretores do alienante (FERES, 2007, p. 159), visto que, tais pessoas também podem vir a diminuir o aviamento adquirido.

Quando o alienante estiver atuando sob o manto de outra pessoa jurídica e estiver utilizando terceiros como titulares da sociedade, deverá também ser reconhecido o direito de não concorrer do adquirente.

Segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2007, p.582), o descumprimento da norma sujeita o antigo titular a responder por perdas e danos em indenização que devem abranger: o valor apurado pela redução do movimento do estabelecimento, lucros cessantes e eventualmente a desvalorização do fundo. Além disso, o adquirente pode pleitear também a abstenção da prática de concorrência, pedindo a cominação de multa diária pelo descumprimento ou a interdição do exercício da atividade com o pedido de lacramento do estabelecimento.

VI - A SUB-ROGAÇÃO DOS CONTRATOS.

O contrato de trespasse necessita transferir um complexo de bens aptos ao exercício da empresa, diante disso, o legislador sabiamente impõe como conseqüência natural da cessão do estabelecimento a sub-rogação dos contratos atinentes à exploração do fundo.

A empresa é uma atividade, para o exercício dessa atividade nos valemos sempre de relações jurídicas, mais precisamente, dos negócios jurídicos. Assim, sub-rogar os contratos é, antes de tudo, viabilizar a manutenção do exercício da empresa.

Está é a regra contida no art. 1.148 CC, *in verbis:*

Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante.

O contrato de trespasse se orienta pela preservação da empresa, assim, o adquirente do fundo poderá continuar o exercício da atividade se valendo dos contratos firmados pelo adquirente.

"O preceito cria uma exceção ao regime obrigacional, que, em regra geral, não admite a transmissão de posição contratual sem o consentimento dos contratantes." (GONÇALVES NETO, 2007, p.583) Diante disso há um caráter inovador na norma.

É preciso destacar, inicialmente, que só pode ser considerado como contrato o negócio jurídico com pendências obrigacionais para ambas as partes. Não se trata nem de débito (dever jurídico), nem de crédito (direito subjetivo). Além disso, os contratos também devem ser necessariamente, exploracionais, impessoais e sem disposições em contrário.

O contrato é exploracional quando se vincula diretamente à exploração da atividade. Ou seja, quando há um vínculo direto entre o contrato e a empresa. É preciso perceber a aptidão funcional do contrato. Sua adequação com a atividade desenvolvida no estabelecimento. Assim, serão transferidos os contratos de fornecimento de produtos e serviços, contratos de seguros dos bens do complexo, contrato de franquia, contratos de exploração de direitos autorais ou de propriedades industriais[2], consórcios, *joint ventures*, etc.

Por outro lado, o contrato é impessoal quando não há relevância de quem foi contratado, o sujeito de direito. Os contratos pessoais normalmente repousam em obrigações de fazer, sendo que, a pessoa contratada é extremamente relevante para a avença. São os chamados contratos *intuitu personae*. Normalmente os contratos de exploração do estabelecimento não possuem este caráter, principalmente na produção e circulação de produtos. Já na produção e circulação de serviços esta forma de contrato pode ser vislumbrada com maior facilidade.

Quanto à disposição em contrário é preciso uma análise mais detida. Existem as ressalvas feitas no corpo dos contratos em si mesmo considerados. Há também as disposições em contrário dispostas em Lei ou em outros atos normativos.

O contrato de trespasse firmado entre o trespassário e trespassante pode estabelecer amiúde quais serão os contratos sub-rogados e em quais não haverá a sucessão. Isto porque, se trata de direito pessoal disponível aonde pode prevalecer à autonomia livre e esclarecida.

Há também os contratos firmados entre o trespassante e terceiros que, desde o seu nascedouro já impunham proibição à sub-rogação. Neste caso, o terceiro deve ser notificado para consentir ou não com a sucessão contratual.

Quanto às disposições legais, merece destaque a controvérsia que habita os contratos de locações comerciais. Pois um conflito de normas. Veja-se o art. 13 da Lei 8.245/91:

Art. 13. A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador.

§ 1º Não se presume o consentimento pela simples demora do locador em manifestar formalmente a sua oposição.

§ 2º Desde que notificado por escrito pelo locatário, de ocorrência de uma das hipóteses deste artigo, o locador terá o prazo de trinta dias para manifestar formalmente a sua oposição.

A doutrina comercialista inicialmente entendia que a norma expressa na LL (Lei de Locações) não se aplicava ao trespasse, devendo-se prevalecer à sub-rogação automática do Código Civil. Este é o entendimento de Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

Essa previsão (art. 13 da LL) não se aplica quando se trata do negócio jurídico específico de alienação do estabelecimento, por força do que estabelece o art. 1.148, ora comentado. A norma especial, que prevê a continuidade dos contratos de natureza não pessoal em caso de alienação do estabelecimento, visando à preservação de sua já referida e identificada aptidão funcional, prevalece sobre a fixada para as cessões de locação em geral, onde essa particular funcionalidade do objeto locado não esteja em jogo. (2007, p.583 e 584)

Porém, como visto, a Lei de Locações prevê a anuência expressa do locador então há, evidentemente, a necessidade de um enorme esforço de interpretação do operador do direito.

Nesta perspectiva de facilitar a interpretação da norma, a I Jornada de Direito Civil produziu o enunciado 64.

64 – Art. 1.148: a alienação do estabelecimento empresarial importa, como regra, na manutenção do contrato de locação em que o alienante figurava como locatário.

Diante deste entendimento, o adquirente estaria sub-rogado automaticamente nos direitos do antigo locatário, podendo, inclusive, se aproveitar do tempo de posse do antigo titular do estabelecimento. Isto a fim de exercer o seu direito de renovação compulsória do contrato de locação, conforme sugerido no § 1° do art. 51 da LL.

A interpretação era no sentido que a Lei de Locações regulava as locações em geral e, o Código Civil, especialmente o trespasse, assim, pela especialidade da norma, prevaleceria no caso concreto à sub-rogação.

Contudo, alguns doutrinadores não concordavam com este entendimento. Marcelo Andrade Féres (2007, p.86 e 87), por exemplo, entende que não há especialidade na norma do trespasse, pois a aplicação do art. 1.148 se destina aos contratos em geral, assim, a especialidade deve incidir na prevalência do art. 13 da LL. Afinal, a Lei de Locações regulamenta, especialmente, os contratos de locações.

Neste sentido, a III Jornada de Direito Civil cancelou o enunciado 64, acima expresso, e aprovou um novo enunciado que assim determina:

234 – Art. 1.148: Quando do trespasse do estabelecimento empresarial, o contrato de locação do respectivo ponto não se transmite automaticamente ao adquirente. Fica cancelado o Enunciado n. 64.

Diante disso, a jurisprudência e a doutrina tenderão a inadmitir a sub-rogação automática do contrato de locação, sendo exigível a anuência expressa do locador.

Não terá sub-rogação automática do contrato de locação do ponto empresarial, a não ser que o locador, proprietário do imóvel, consinta (Lei n. 8.245/91, art. 13), previamente, e por escrito, que o locatário ceda o contrato locatício, juntamente com o estabelecimento. (DINIZ, 2009, p.775)

Portanto, no caso das locações empresariais, a partes do trespasse devem notificar o locador por escrito, conforme o § 2° do art. 13 da LL, para que ele, no prazo de 30 (trinta) dias, manifeste ou não a sua oposição. Caso não haja resposta, haverá concordância tácita com o trespasse e a sub-rogação.

Conforme lembra Marcelo Andrade Féres (2007, p.98), o contrato de arrendamento mercantil, ou seja, o *leasing*, também só pode ser transferido mediante anuência expressa da entidade arrendadora. Fato previsto na Resolução Bacen 2.309/96, art. 7, XII. Assim, por disposição normativa expressa em contrário, este contrato também não se sub-roga automaticamente.

Há de se salientar, que qualquer contrato sub-rogado pode ser rescindido pelo terceiro que se sentir prejudicado com a transferência da avença. Para tanto, é necessário haver justa causa e o exercício do direito no prazo de 90 (noventa) dias a contar da publicação do negócio. Havendo a rescisão, caberá ao alienante a responsabilidade pelos danos causados ao adquirente.

A justa causa, expressa no art. 1.148, pode se revestir de diversas formas. Pode ser pela não aprovação do novo fiador, pela situação econômica de insolvência do adquirente (protestos ou execuções judiciais), pelo desatendimento das condições previamente fixadas ao alienante, etc.

Por último, é importante dizer que os contratos de trabalho serão transferidos pela exegese do art. 448 da CLT e não pela regra expressa no Código Civil. Os direitos laborais continuar sendo tutelados pelo seu corpo normativo. Neste sentido, Valentin Carrion ensina:

Enquanto o art. 10 (CLT) visa a proteção dos direitos dos empregados, o art. 448 leva em conta o contrato e, portanto, ambas as partes. O contrato de trabalho é *intuitu personae* (ou infungível) com referência ao empregado (art. 2° CLT), mas não quanto ao empregador (art. 448). (2007, p. 296)

Diante disso, os colaboradores da empresa não podem, sem justa causa, se recusar a trabalhar para o novo titular do estabelecimento, pois há *ipso iure* a sub-rogação do contrato de trabalho. Contudo, vale frisar que a sub-rogação é limitada aos trabalhadores que exerçam atividade diretamente ligada a exploração do estabelecimento transferido.

VII - A CESSÃO DOS CRÉDITOS.

O crédito é um bem imaterial. Neste sentido, os créditos podem possuir vínculo funcional com a empresa.

“Sendo os direitos classificados entre os bens, é indubitável que os direitos – e conseqüentemente os direitos de crédito - façam parte da azienda, e integrem o complexo de bens aziendali, necessários ao exercício da empresa.” (REQUIÃO, 2003, p. 287)

O trespassante que é titular do crédito pode utilizar esse bem como um instrumento da sua atividade. Exatamente como os outros bens do estabelecimento. Assim, transferirá, em regra, este bem para o trespassário quando ceder o estabelecimento.

Contudo, alguns doutrinadores entendiam a destinação dos créditos, "a princípio, não é a de se incorporar ao estabelecimento". (GONÇALVES NETO, 2007, p.583) Entendiam os direitos "não pertencem ao conjunto de bens que forma o estabelecimento empresarial, mas ao seu titular. Apenas o sujeito de direito é capaz de ser titular de direitos." (MIGUEL, 200, p.41) Em suma, acreditavam que os créditos eram produtos da atividade, não bens instrumentais da empresa, que o titular do direito a crédito não deveria ceder este direito quando do trespasse.

Com o fim de estabelecer o destino dos créditos no trespasse e facilitar a solução destas controvérsias, o legislador inseriu mais um artigo de lei no Código Civil:

Art. 1.149. A cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente.

Diante da norma expressa, o crédito será transferido junto com a universalidade. Não só porque é um bem do estabelecimento, mas também "como contraprestação pelas dívidas que irá assumir." (FÉRES, 2007, p.138)

Os créditos cedidos deverão possuir como fonte a atividade desenvolvida no estabelecimento. Logicamente, o crédito só será cedido se isso não opuser a natureza da obrigação ou a convenção entre as partes (art. 286 CC).

É preciso se ater também ao fato de que, além da publicação, o devedor também deve ser notificado da cessão (art. 290 CC), assim, a cessão terá eficácia plena e evita-se a antinomia das normas.

As partes do trespasse podem convencionar livremente o destino dos créditos vinculados ao fundo. Não há, necessariamente, a imposição da transferência dos créditos junto com o estabelecimento. Exatamente como nas sub-rogações, o crédito é um direito pessoal e disponível, assim, as partes podem decidir de forma livre e esclarecida o seu destino.

Os créditos devem estar devidamente descritos nos livros contábeis apresentados pelo alienante. O preço da avença será também calculado com base nisso, assim, o alienante munido de má-fé será responsável por incluir créditos sem lastro na contabilidade do fundo, sendo o contabilista, neste caso, responsável na medida de sua culpa ou dolo. (PÚ, art. 1.177 CC)

Os devedores de um empresário, muitas vezes, se acostumam a ir ao seu estabelecimento para efetuar o pagamento das suas dívidas. Com a cessão dos créditos,

os devedores não hão de se perguntar aonde pagar e a quem pagar. O novo titular do estabelecimento receberá o pagamento e quitará o débito do cliente do estabelecimento.

No caso de emissão de boletos bancários de cobrança, caberá ao adquirente proceder a substituição dos aludidos documentos. Ato que pode acompanhar a notificação dos devedores sobre a cessão dos créditos.

A cessão dos créditos também deverá abranger os títulos de crédito (cheques, duplicatas, notas promissórias, etc). Contudo, pelo princípio da cartularidade, os títulos de crédito precisam ser endossados pelo alienante em favor do adquirente. Tal condição não se exige para os títulos ao portador, pois neste a "transferência se dá por simples tradição." (COSTA, 2008, p.179) Contudo, título de crédito nominativo, em que o beneficiário está expresso na cártula, não se considera cedido pela incidência do art. 1.149. A declaração cambial de endosso é necessária para aperfeiçoar a transferência do título nominal.

O endosso, mesmo nos títulos ao portador, é desejável para o adquirente, pois inclui o alienante na cadeia dos coobrigados pelo adimplemento do título e, assim, independente de má-fé, ele terá direito de executar o respectivo valor devido face ao antigo titular do fundo.

Por fim, no dispositivo em análise há a proteção do devedor que paga ao credor putativo, exatamente no mesmo sentido do art. 309 do Código Civil. Realmente o cedente é um credor putativo, pois aos olhos do devedor parece ser o verdadeiro credor. Sendo assim, munido de boa-fé, o devedor não será obrigado a obedecer à regra geral de que quem paga mau, paga duas vezes.

Caberá ao verdadeiro credor que foi lesado pelo escusável erro, intentar uma ação de regresso em face daquele que recebeu indevidamente.

Tanto o adquirente quanto o alienante podem ser credores putativos e receber indevidamente o crédito, afinal, qualquer um dos dois pode, de acordo com o que foi convencionado no contrato, aparentar ser o verdadeiro credor para o devedor.

VIII - O TRESPASSE NA LEI DE FALÊNCIAS.

A Lei de Recuperação e de Falências das Empresas (LRE, Lei 11.101/05), no seu art. 50, VII, informa que constitui meio de recuperação judicial, o trespasse ou arrendamento do estabelecimento. Já no art. 140, a alienação da empresa em bloco e dos estabelecimentos do devedor são os primeiros na ordem preferência da realização do ativo do falido.

Isto se dá, pois há enorme importância no valor econômico do aviamento e também na preservação da empresa como fonte arrecadadora de tributos e geradora de empregos. Neste sentido, existem ao menos três princípios fundamentais na nova lei; o princípio da maximização dos ativos, o princípio da separação da sorte do empresário da sorte da

empresa e o princípio da preservação da empresa. “Não se trata de tutelar os ativos capazes de soerguer a empresa para desfrute de seu titular ou de seus administradores, mas a recuperação da unidade econômica e da manutenção de sua atividade produtiva.” (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p.574) O empresário poderá se recuperar ou não, contudo, o mais importante é tentar manter e recuperar a empresa.

Tais princípios norteadores da sistemática da nova lei serviram de base para a elaboração do art. 141, II, LRE. Tal dispositivo veda a sucessão obrigacional no trespasse. Assim estabelecimento é transferido livre dos ônus que incidem sobre o devedor.

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

I – todos os credores, observada a ordem de preferência definida no art. 83 desta Lei, sub-rogam-se no produto da realização do ativo;

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

Como visto anteriormente, as relações jurídicas e as dívidas do empresário fazem parte do seu patrimônio, não do seu estabelecimento, mas a sucessão obrigacional e contratual são conseqüências previstas no Código Civil para o trespasse. Porém, a universalidade de fato pode, no regime falimentar, se desvincular das dívidas e ser transferida para outro titular sem perder a sua aptidão funcional para o exercício da empresa.

De acordo com § 2° do mesmo artigo, o contratos de trabalho serão extintos e o arrematante admitirá os empregados mediante um novo contrato de trabalho, desvinculando assim, o fundo das obrigações e das relações jurídicas juslaborais constituídas pelo antigo detentor do fundo. Pela especialidade da norma, o trespasse na falência do empresário constitui meio idôneo de transferir o estabelecimento livre de qualquer débito.

Assim, quando o trespasse é meio de realização do ativo do falido não incidirá nem o art. 448 nem tão pouco o art. 10 da CLT nem tão pouco a sucessão das dívidas tributárias que alude o art. 133 do CTN.

Tal isenção causa celeuma àqueles que não entendem de economia e da teoria geral do aviamento. A discussão acerca da isenção dos débitos trabalhistas foi, inclusive, tema de um recente julgado do STF (Supremo Tribunal Federal). O PDT (Partido Democrático dos Trabalhadores) pleiteou em Ação Direta de Inconstitucionalidade a declaração de inconstitucionalidade do inc. II do art. 141 da LRE. Contudo, no último dia 27 de maio, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal acompanhou o voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski e considerou como constitucional o artigo de lei ora debatido. O relator no seu voto informou que “a lei trouxe um aumento da garantia dos

trabalhadores. Os valores utilizados na compra de partes das empresas ficam disponíveis ao juízo da recuperação e são utilizados prioritariamente para pagar as **dívidas trabalhistas.”**

Contudo, os tribunais trabalhistas entendem que ele só é aplicável nos casos de falência. Nos casos de recuperação judicial a exegese deveria ser restritiva, pois no art. 60 PÚ não há previsão expressa da isenção das obrigações trabalhistas, veja-se:

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1o do art. 141 desta Lei.

Os doutrinadores do Direito Juslaboral entendiam que não havia a sucessão trabalhista na falência, pela incidência do art. 141, II. Mas, na recuperação judicial haveria a sucessão pela omissão do art. 60. Este é o entendimento esposado por Maurício Godinho Delgado:

No tocante à recuperação judicial, esta não abrangência resulta de interpretação lógico-sistemática da nova lei, uma vez que semelhante vantagem só foi concedida para os casos de falência, conforme inciso II e § 2º do art. 141, preceitos integrantes do capítulo legal específico do processo falimentar. Nada há a respeito da generalização da vantagem empresarial nos dispositivos comuns à recuperação judicial e à falência (...) Além disso, o art. 60 e seu parágrafo único, regras integrantes do capítulo regente da recuperação judicial, não se referem às obrigações trabalhistas e acidentárias devidas aos empregados, embora concedam a vantagem excessiva (ausência de sucessão) quanto às obrigações de natureza tributária. Por fim, estes mesmos dispositivos (art. 60, caput e parágrafo único) somente se reportam ao § 1º do art. 141, mantendo-se, significativamente, silentes quanto às regras lançadas no inciso II e §2º do citado art. 141 (estas, sim, fixadoras da ausência de sucessão trabalhista). (2006, p. 418 e 419):

Este entendimento prevalece no foro trabalhista. Foram vários os julgados que impuseram a sucessão trabalhista aos adquirentes de estabelecimentos em processos de recuperação judicial. Os casos mais conhecidos no Brasil tocam à sucessão, pela Gol Transportes Aéreos S/A, das dívidas trabalhistas da Varig S/A (Viação Aérea Rio Grandense)[3].

Contudo, este entendimento não deve prosperar.

O art. 60 da LRE, como visto, faz remissão ao § 1° do art. 141 e este faz remissão expressa ao inc. II do próprio art. 141, veja-se:

§ 1o O disposto no inciso II do caput deste artigo não se aplica quando o arrematante for:

I – sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido;

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4o (quarto) grau, consangüíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou

II – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão.

Diante disso, não há como sustentar que houve um silêncio intencional no intuito de promover a sucessão dos débitos trabalhistas na recuperação judicial. Neste sentido, Sergio Campinho ensina:

Sustentamos que a isenção quanto à sucessão do arrematante é ampla e atinge todas as obrigações, inclusive aquelas de feição trabalhista. O texto, ao se referir tão-somente às de natureza tributária, traduz uma oração explicativa. Qualquer limitação de obrigação deveria ser expressa. Por outro lado, a forma de quitação dos créditos trabalhistas será objeto de disposição no plano de recuperação, não tendo sentido criar-se sucessão do arrematante. A alienação judicial em tela tem por escopo justamente a obtenção de recursos para o cumprimento das obrigações contidas no plano, frustrando-se o intento caso o arrematante herde os débitos trabalhistas do devedor, porquanto perderá atrativo e cairá de preço o bem a ser alienado. A explicitação em relação àquelas de origem tributária, de outra feita, decorre do fato de que os créditos tributários não se submetem ao processo de recuperação. (2008, p.175)

Realmente, para entender a referência expressa, da destinação do débito tributário, mas não do débito trabalhista, é preciso compreender que os débitos trabalhistas estão representados pela sua classe na recuperação e, além disso, aprovam o plano que inclui a venda dos estabelecimentos. Como o crédito tributário não é representado, o legislador fez questão de expressar o seu destino.

Os trabalhadores podem vetar a alienação ou até mesmo, em condomínio, adquirir o fundo. Não há cabimento imaginar que aqueles que aprovam o plano podem depois dele ser executado pleitear algo além daquilo que foi expressamente consentido e expresso no plano. Além disso, vale lembrar também que o plano de recuperação não pode prever prazo superior a 1 (um) ano para o pagamento das dívidas trabalhistas. (art. 54 LRE)

Neste sentido também é o entendimento do magistério de Eduardo Secchi Munhoz: (2007, p.299)

A resposta que se impões é a da não ocorrência de sucessão, seja qual for o critério de interpretação adotado. A interpretação literal do dispositivo leva a conclusão de que a regra geral é a da não sucessão em relação "às obrigações do devedor", seguindo-se à menção às obrigações tributárias precedida da palavra "inclusive" - ou seja, a não-sucessão não está restrita às obrigações tributárias, tendo sido estas mencionadas apenas como um exemplo.

A interpretação sistemática corrobora esse entendimento, na medida em que, na recuperação judicial, os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho participam ativamente do processo, votando pela aprovação ou rejeição do plano. Acrescente-se que, em relação a esses credores, incide uma garantia adicional: o plano de recuperação está limitado a uma única alternativa – pagamento no prazo máximo de 1 ano (art.54). Ora, se o plano deverá assegurar o pagamento dois créditos derivados da legislação do trabalho no prazo máximo de 1 ano, não há por que imaginar que as obrigações correspondentes seriam sucedidas pelo arrematante.

A remissão do art. 60 para o § 1° do art. 141 serve para nova remissão ao inc. II do art. 141, incidindo-se assim a regra geral da não sucessão das obrigações, além disso, serve também para impor às mesmas restrições objetivas da figura do adquirente do estabelecimento na falência. Ou seja, serve também para informar que haverá a sucessão se os adquirentes forem sócios, controlados, parentes ou agentes do falido.

Ora, impor a sucessão trabalhista é, evidentemente, um obstáculo aos princípios da recuperação de empresas, é um obstáculo à maximização do ativo e da separação da sorte do empresário da sorte da empresa.

Ora, sem embargo, para manter a empresa e maximizar o ativo, o trespasse deve ser facilitado. A empresa só existe porque há um estabelecimento que lhe dê suporte. Só há atividade econômica se houver a reunião e a organização dos fatores de produção.

Portanto, para manter a empresa é preciso manter o estabelecimento. Contudo, o titular da empresa constituída não precisa ser o mesmo. Em resumo, como ensina Rubens Approbato Machado, (2007, p.25) "não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica de quem a compõe ou controla."

A empresa segue, com o estabelecimento sob nova direção.

O trespasse na falência há que se mostrar atrativo para novos empreendedores, caso exista a sucessão, não estará sendo contemplada a separação da sorte da empresa com a sorte do empresário, e isso pode desestimular investidores ou, no mínimo, diminuir o valor do ativo.

Neste sentido foi acertada a decisão do legislador que desvinculou o estabelecimento das dívidas que compõem o patrimônio do empresário insolvente.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto podemos concluir que as regras contidas no Código Civil são adequadas para o trespasse quando o alienante persistir com bens suficientes para a cobertura do seu passivo.

Caso o alienante não possua bens suficientes para a cobertura do seu passivo, não é racional adquirir o fundo pelas vias ordinárias. Trata-se de ato falimentar que deve ser causa de quebra.

Como visto, no regime civil, o estabelecimento é negociado conjuntamente com os débitos do alienante. Assim, o melhor para o adquirente e alienante, nos casos de insolvência do trespassante, é a promoção da autofalência e a transferência do fundo pelo processo falimentar ou de recuperação do empresário. Diante disso, o juízo falimentar deve viabilizar com agilidade a cessão dos estabelecimentos a fim de maximizar os ativos intangíveis constituídos pelo aviamento e também para manter a empresa, fonte mantenedora de emprego e de arrecadação tributária.

Assim, vislumbramos um importante passo na legislação brasileira ao expressar o trespasse no corpo do Código Civil e na Lei de Falências.

Com a regulamentação expressa da matéria, o Direito caminha para pôr fim em antigas divergências judiciais na interpretação do trespasse. Hoje este contrato empresarial tão importante para a atividade econômica sofre a interferência do dirigismo contratual e, com a incidência das normas aqui discutidas, o Direito tende a oferecer ao mercado segurança jurídica no trato desta antes controvertida matéria.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BARBOSA, Rui. As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais. Apud: *Obras completas de Rui Barbosa.* vol. XL, Tomo I.. Rio de Janeiro: Ministério da educação e saúde, 1948.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário.* 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresas.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis trabalhistas.* 32. ed. Atual. Por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas.* vol. 4. tomo 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito comercial.* vol 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Wille Duarte. *Títulos de Crédito.* 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho.* 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa.* vol 8. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais.* São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Aquisição de ativos e assunção de passivos empresariais. Apud. *Revista de Direito Mercantil,* Ano XXXIX, n° 118. São Paulo: Malheiros, abr – jun. 2000. p.236 – 246.

MACHADO, Rubens Approbato. Visão geral da nova lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (lei de falências) e cria o Instituto da Recuperação da Empresa. Apud. MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas : doutrina e prática.* 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MIGUEL, Paula Castello. O estabelecimento comercial. Apud. *Revista de Direito Mercantil,* Ano XXXIX, n° 118. São Paulo: Malheiros, abr – jun. 2000. p. 7 – 61.

MOTA, Mauricio Jorge Perreira. A pós-eficácia das obrigações. Apud: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 187 - 241.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Do procedimento de recuperação judicial. Apud: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 270 – 319.

PAES, Tavares. *Da concorrência do alienante do estabelecimento comercial.* São Paulo: Saraiva, 1980.

PIMENTA, Eduardo Goulart. O estabelecimento. Apud: RODRIGUES, Frederico Viana (Org.). *Direito de empresa no novo código civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial.* vol 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOKARS, Fábio. *Estabelecimento empresarial.* São Paulo: LTr, 2006.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário.* São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnoldo. *Comentários ao novo código civil, v.XIV: livro II, do direito de empresa.* coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

---

[1] O Código Civil permite a transferência do nome empresarial quando há o trespasse (PÚ, art. 1.164), contudo impõe que o adquirente inclua a qualificação de sucessor no nome cedido, fato que não descaracteriza a inalienabilidade do nome empresarial..

[2] Para Marcelo Andrade Féres (2007, p.96 e 97) o contrato de licença de uso de marca possui caráter personalíssimo e, por isso, não se transfere automaticamente com o trespasse. Ousamos discordar posto que, atualmente as licenças de uso de marca estão espalhadas em vários estabelecimentos do comércio e se destinam a promoção da marca para a clientela do estabelecimento, não sendo o caso, a nosso ver, de contrato *intuitu personae*.

[3] Somente a título de exemplo vejam-se alguns processos das varas do trabalho de Belo Horizonte: Processos 00596-2008-019-03-00-1 e 01094-2008-019-03-8 da 19ª Vara; processos 00967-2007-106-03-00-6 e 01014-2008-106-03-00-6 da 27ª Vara; processo 01486-2007-109-03-00-7 da 30ª Vara e o processo 00208-2008-140-03-00-5 da 40ª Vara.

OS REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO E DAS ALTERAÇÕES DE PRECEDÊNCIA DOS CRÉDITOS FISCAIS E TRABALHISTAS NA NOVA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS SOBRE O PRINCÍPIO REPUBLICANO*

IMPACT OF GLOBALIZATION AND PREFERENCE CHANCES OF PUBLIC AND WORKER CREDITS ON THE NEW BRANKUPCY AND ENTERPRISE LAW UNDER THE REPUBLICAN PRINCIPLE

Francisco Luciano Lima Rodrigues

RESUMO

O presente ensaio tem por objetivo tratar da nova Lei de Recuperação de Empresas e falências, de forma a abordar os aspectos que dizem respeito aos créditos fiscais e aos créditos trabalhistas, cuja mudança na ordem de precedência merece uma análise crítica a partir da influência do fenômeno da globalização e das atividades desempenhadas pelo Banco Mundial, pela forma como foram dispostas na citada Lei de Recuperação de Empresas e Falências, fornecendo de maneira clara a prevalência de interesses privados sobre os interesses públicos, caracterizando-se, por tal comportamento, fortes indícios de violação do princípio republicano adotado pela Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVES: LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS – GLOBALIZAÇÃO – BANCO MUNDIAL – CRÉDITOS FISCAIS E TRABALHISTAS.

ABSTRACT

This paper goes on the possibility of use protection for private real estates with historical and cultural values, acconding the Brazilian Constitution of 1988. As a directive constitution, which imposes limitation to private property, the use protection for private real estates does not violate the right of property, since it shows itself as a preservation of collective memory. Beyond this argument, this kind of portection also does not forbid the owner of having his good and keeping it under his power.

KEYWORDS: BANKRUPTCY LAW. TAX CREDITS. GLOBALIZATION. WORLD BANK. REPUBLICAN PRINCIPLE.

1. Introdução

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A abordagem sobre a nova Lei de Recuperação de Empresas exige, como condição indispensável, uma reflexão sobre o momento político mundial em que o Brasil se encontra inserido e o seu papel no mundo globalizado.

A análise da nova lei falimentar não pode ser realizada sem que se reflita, mesmo que de forma pontual, sobre a ingerência no Banco Mundial na elaboração do texto legal, sobre a condução da política de desenvolvimento do Brasil e suas conseqüências políticas e econômicas.

Este estudo será centrado na relação entre os créditos fiscais e trabalhistas na nova lei de falência, verificando seus avanços e retrocessos, tendo como parâmetro o Decreto-Lei 7661, de 1945, ainda em vigor, bem como observando a ordem de pagamento dos créditos na nova legislação.

2. A globalização, o Banco Mundial e a Modificação da Lei de Falência no Brasil

Globalização é, hoje, um termo que se incorporou no cotidiano das pessoas. Doutrina econômica-política, atualmente adotada pela quase totalidade das nações muitas vezes é relacionada com o progresso e em outras é apontada como responsável pelos diversos problemas que atingem a sociedade contemporânea.

Como afirma Faria[1] o fenômeno da globalização permeia os mais estreitos e variados veios da vida cotidiana, provocando mudanças irreversíveis que atingem populações de todo o mundo, em cuja materialidade se inscrevem a revolução científico-tecnológica no campo da informática; a internacionalização da economia, com abertura dos mercados nacionais; a preocupação com os recursos naturais, criando um conceito de meio ambiente sustentável não mais restrito aos âmbitos nacionais e desertando a conscientização dos povos quanto ao avanço da pobreza e exclusão social.

Na mesma linha de visão crítica, aponta Faria [2] aspectos negativos da globalização com destaque, no seu entendimento, para o aumento da desigualdade social, a ameaça de domínio global por armas nucleares, a agressão aos ecossistemas, a influência de entidades internacionais no campo das políticas nacionais e o descaso pela coisa pública que seriam apontados como os pontos nefastos do capitalismo globalizado que massacra os povos.

É nesse mundo globalizado, onde convivem os aspectos positivos e negativos dessa nova ordem econômica que exerce influência muito além da sua própria esfera, alcançando a forma de pensar, os aspectos culturais, além de produzir uma cultura de massa que, nos termos utilizados por Adorno e Horkheimer, na obra Dialética do Esclarecimento, pretende igualar a todos e, ao mesmo tempo, descaracterizar cada um dos indivíduos, tornando-os sem rosto, sem identidade e sem referências, que se vê o fortalecimento de instituições internacionais, a citar o Banco Mundial que, a título de

ajuda financeira, adentram nos negócios dos países pondo em risco a soberania nacional.

Tem sido este o comportamento do Banco Mundial nos negócios celebrados com o Brasil onde em contrapartida ao **PRIMEIRO EMPRÉSTIMO PROGRAMÁTICO DE AJUSTE PARA O CRESCIMENTO EQUITATIVO E SUSTENTÁVEL**, aprovado no ano de 2004 pelo Senado Federal, vê-se a sugestão, por parte da instituição financeira, de que sejam realizadas reformas no Estado brasileiro, indicando, inclusive, as áreas em que tais reformas devem incidir, dentre elas, com maior destaque estaria a aprovação de uma nova lei de falências, a privatização dos bancos estaduais, revogação de alguns direitos trabalhistas, bem como, a execução de uma reforma do sistema judicial com o intuito de eliminar as ineficiências na proteção dos tribunais a contratos, derivadas de incertezas sobre os fundamentos das decisões judiciais.

A forma como os recursos oriundos do Banco Mundial serão utilizados no Brasil para a execução das medidas por ele mesmo sugeridas é muito bem explicado pelo no. 16 do Informe RB[3], produzido pela Rede Brasil sobre Instituições Financeiras Multilaterais, que de forma objetiva, registra o modelo da assistência técnica, pelo qual o Banco Mundial, utilizando recursos associados ao Primeiro Empréstimo Programático de Ajuste Para o Crescimento Equitativo Sustentável, aportou o valor de 12 milhões de dólares para gastos efetivos nos ministérios. Esses gastos, segundo o Informe RB no. 16, seriam utilizados para a montagem e custeio do funcionamento de redes gerenciais de consultores técnicos que trabalharão dentro dos Ministérios sob as instruções do Banco Mundial.

O sistema de gerenciamento dos recursos obtidos pelos empréstimos serão compartilhados pelo Ministério da Fazenda, por meio da Secretaria de Política Econômica que exercerá a coordenação geral do programa, sendo mantido contato permanente com o Banco Mundial, promovendo a avaliação geral e o monitoramento da implantação das reformas.

É neste cenário, marcado pela influência dos efeitos da globalização, que se deu a aprovação da nova Lei de Recuperação de Empresas, tornando-se, desta forma, possível a compreensão de determinados pontos da nova legislação em que se vê a prevalência do interesse privado sobre o público, bem como as cautelas para a salvaguarda dos interesses das instituições financeiras sob o pálido argumento da viabilização do rebaixamento de juros e do aumento de vagas no mercado de trabalho.

3. A Classificação dos Créditos na Lei de Recuperação de Empresas

A classificação dos créditos na nova Lei de Recuperação de Empresas merece, antes da sua abordagem, a análise do tratamento legal dispensado aos credores da falência.

Pode-se observar que na classificação dos créditos há um tratamento desigual quanto aos credores, sem com isto se ferir o princípio constitucional da igualdade, uma vez que a igualdade perante a lei, ou seja, a igualdade formal estaria garantida, sendo

perfeitamente aceitável a existência de tratamento diferenciado entre os credores com base na natureza dos créditos.

Assim, tem-se, dependendo da natureza do crédito, uma ordem de pagamento, existindo créditos que precedem uns aos outros e, ainda, créditos que não se submetem a concursos, denominados de extraconcursais, hipótese dos créditos denominados de encargos da massa.

É necessário que se faça uma reflexão sobre o tratamento paritário existente entre os créditos da mesma natureza. Tal reflexão mostra-se indispensável, como se verá mais adiante, na medida em que se defende, ainda hoje, a idéia de concurso de preferência dentre os credores de determinada categoria, no caso específico, os créditos fiscais.

Parece razoável defender-se a idéia da existência de uma ordem de pagamentos dos credores determinada por lei, estabelecida num sentido vertical em que se verifica a precedência de determinados créditos sobre outros. No entanto, quando se tem créditos da mesma natureza estaria dispensado a aplicação de uma ordem de preferência, uma vez que entre créditos da mesma natureza, se deve aplicar a regra do rateio. A regra seria: créditos de natureza diferente submetem-se à regra da precedência e aos créditos de natureza semelhante à regra do rateio.

A aplicação deste entendimento referente ao rateio dos créditos entre credores da mesma natureza encontra resistência quando se pretende aplicar aos créditos fiscais, aspecto que será abordado neste ensaio oportunamente.

O Decreto-Lei No. 7661, de 1954, no seu artigo 102, aponta a ordem de classificação dos créditos, nos seguintes termos: a)créditos por acidente de trabalho; b)créditos trabalhistas; c)créditos fiscais; d)créditos com privilégio especial sobre determinados bens; e) créditos com privilegio geral; e f) créditos quirografários.

A Lei No. 11.101, de 2005, no artigo 83, apresenta a classificação dos créditos da seguinte maneira: a)créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinqüenta) salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; b)créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; c)créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; d) créditos com privilégio especial, a saber: 1. os previstos no art. 964, do Código Civil; 2.os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta lei; 3.aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia; 4 créditos com privilégio geral, a saber: i) os previstos no artigo 965 do Código Civil; ii) os previstos no parágrafo único do artigo 67; iii) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;iiii) créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I;

7. as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

8. créditos subordinados, a saber:

a) os assim previstos em lei ou em contrato;

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vinculo empregatício.

3.1 - Créditos Trabalhistas

A nova Lei de Recuperação de Empresas trouxe modificações atinentes aos créditos trabalhistas, tanto em referência à possibilidade de considerar créditos diversos da relação de emprego como trabalhistas, como também no que toca a limitação de valores para efeito de privilégio de recebimento pelo credor.

Pode-se verificar que a nova legislação considera na categoria de créditos trabalhistas aqueles relativos aos empregados da falida que sejam titulares de créditos por acidente de trabalho, bem como aqueles que tenham uma relação de emprego.

Há também uma limitação de valores para o recebimento de créditos, com prioridade, sob a rubrica de créditos trabalhistas, no valor correspondente a 150 (cento e cinqüenta) salários mínimos. Tal limitação na mesma proporção que atinge grande parte da massa de empregados de uma sociedade falida, impõe uma pena ao empregado graduado que, pelo fato de exercer função de comando, fica prejudicado em seu crédito trabalhista tendo que se submeter a concurso com os demais credores quirografários em um rateio que tem interessados com créditos de natureza diferente.

A remessa do excedente do crédito trabalhista, além do limite de 150 (cento e cinqüenta) salários mínimos, atinge a regra de que os créditos na falência seguem uma ordem de precedência, expressada figurativamente por uma linha vertical e uma outra forma de divisão, esta configurada por uma linha horizontal, em que os créditos da mesma natureza são pagos mediante rateio.

Contrário a este entendimento, apresentando uma justificativa, manifestou-se Fábio Ulhoa Coelho[4], afirmando que "*o objetivo da limitação é impedir que se consumam os recursos da massa com o atendimento a altos salários dos administradores da sociedade falida. A preferência da classe dos empregados e equiparados é estabelecida com vistas a atender os mais necessitados, e os credores por elevados salários não se consideram nessa situação*".

A consideração formulada por Fábio Ulhoa Coelho, no que pese ao seu profundo conhecimento da matéria, merece uma crítica no ponto em que separa empregados pelo valor do salário percebido, ao concordar com a imposição de sanção àqueles que, por desempenharem tarefas de comando, recebem remuneração elevada. É de se observar que o posicionamento do referido autor contraria dispositivo da CLT que, não fazendo distinção, considera empregados todos aqueles que prestam serviços de natureza não eventual ao empregador, sob a dependência deste e mediante salário, posicionamento

defendido por Orlando Gomes e Élson Gottschalk[5]. Remeter o valor excedente dos créditos trabalhistas para a categoria de créditos quirografários é desvirtuar a estrutura de classificação e a ordem de pagamento dos créditos na falência, além de sugerir que esta limitação do valor dos créditos trabalhistas, assim como o rebaixamento de posição do crédito fiscal e a melhor colocação do crédito decorrente de garantia real na ordem de pagamento da falência, foram engendradas pela mesma força política e econômica, denominada de globalização.

Talvez com o ânimo de minorar a limitação do pagamento dos créditos trabalhistas, optou o legislador pela possibilidade de serem pagos, independente de concurso, os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial e que se refiram aos últimos 03 (três) meses anteriores à decretação da falência, que não ultrapassem o valor correspondente a 05 (cinco) salários mínimos, desde que haja disponibilidade em caixa, conforme dispõe o artigo 151 da nova Lei de Recuperação de Empresas.

No que diz respeito aos créditos equiparados aos de empregados, afirma a doutrina a existência de duas hipóteses: a primeira diz respeito aos créditos dos representantes comerciais autônomos e referentes às comissões e indenizações devidas pela representada falida, nos termos do artigo 44 da Lei 4.886, de 1965, modificada pela Lei 8.420, de 1992; a segunda seriam os créditos relativos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), regulado pelo artigo 2º., Parágrafo 2º., da Lei 8.844, de 1994.

Manifesta-se Fábio Ulhoa Coelho[6] no sentido de entender aceitável a equiparação dos créditos relativos ao FGTS, o que não ocorre em relação aos autônomos, afirmando que estes , muitas vezes tratam-se de pessoas jurídicas com forte poder econômico, sendo, portanto, um despropósito da lei considerá-los equiparados aos créditos trabalhistas, apontando, inclusive, a existência de entendimento doutrinário no sentido de desconsiderá-las, comportamento que não sugere, face ao risco de que o administrador judicial venha a ser responsabilizado em virtude do não pagamento.

Ainda com referência aos créditos trabalhistas, a nova Lei de Recuperação de Empresas, trouxe uma disposição expressa a respeito das conseqüências advindas da hipótese de cessão de crédito trabalhista, quando afirma no artigo 83, inciso VIII, parágrafo 4º., da nova Lei, que os créditos cedidos a terceiros serão considerados créditos quirografários.

A qualificação dos créditos trabalhistas cedidos como créditos quirografários, apesar de excepcionar a natureza civil da cessão de crédito, marcada pela regra, segundo a qual, no dizer de J.M Carvalho Santos[7], "*o cessionário fica armado de todos os direitos pelos quais o cedente pudesse valer seu credito...passando-o ao cessionário com todas vantagens, obriga ao cedente para com este, nas precisas condições em que existe no momento da cessão"*, trás a salutar vantagem de evitar que o empregado, pela própria fragilidade da condição de credor de uma Massa Falida, seja sujeito de interesses escusos que pretendam adquirir créditos privilegiadíssimos a preço vil. Esta exceção à regra de que na cessão de crédito o cessionário tem as mesmas prerrogativas do cedente, inclusive os privilégios, veio ao encontro do princípio de que os mais vulneráveis devem obter a proteção do Estado.

Ainda com relação aos créditos trabalhistas, a prática tem demonstrado que muitas vezes a Massa Falida é composta de tantos encargos que se apresenta como uma

verdadeira empresa tanto são seus compromissos, seus créditos a serem recuperados, seus bens a serem administrados, que necessita contratar empregados para auxiliar o Administrador Judicial no desembaraço das questões. As relações de emprego estabelecidas após a decretação da falência são, como não poderia ser diferente, suportados pela própria Massa Falida, classificados como encargos da massa, de natureza extraconcursal.

Dentre os problemas a serem resolvidos pelo Administrador Judicial, muitos deles carecem do auxílio de serviços advocatícios, sendo necessário, portanto, a contratação de advogados, cujos honorários, igualmente a todos os encargos assumidos pela Massa Falida, são por ela suportados sem a submissão a concurso.

No entanto, um aspecto relativo a honorários advocatícios merece consideração, qual seja, a possibilidade de equiparar-se os créditos relativos a honorários advocatícios devidos antes da falência aos créditos de empregados.

Afirma o artigo 83, inciso IV, letra "c" da Lei de Recuperação de Empresas, que são créditos com privilégio especial os considerados pela lei civis, fazendo referência implícita ao artigo 24 da Lei 8.906, de 1994 (Estatuto da Advocacia) que atribui aos créditos relativos a honorários advocatícios a condição de créditos privilegiados.

Vale, no entanto, uma nota de referência para o fato de que a condição de crédito privilegiado, quanto aos créditos referentes a honorários advocatícios, somente tem fundamento quando se refere a advogados que têm contratos de prestação de serviço sem vínculo empregatício, uma vez que, na hipótese contrária, sendo o advogado empregado da falida, aplica-se a regra relativa aos créditos trabalhistas.

Por fim, faz-se necessário à abordagem tratar da questão das ações trabalhistas existentes antes da decretação da falência e as intentadas após a quebra, considerando o juízo universal da falência.

O juízo universal, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho[8], é definido como "*aptidão atrativa do juízo falimentar, ao qual conferiu a lei a competência para conhecer e julgar todas as medidas judiciais de conteúdo patrimonial referentes ao falido ou à massa falida"*. Na hipótese de ações trabalhistas, o juízo universal da falência não exerce a sua força atrativa, mantendo as ações tramitando na Justiça do Trabalho, juízo competente na forma do artigo 14 da CF, sendo, no entanto, habilitados no juízo falimentar os créditos por ela reconhecidos.

3.2 - Créditos Fiscais

Para tratar de créditos fiscais, à luz da nova Lei de Recuperação de Empresas, faz-se indispensável analisar a opção do legislador em preterir o crédito fiscal para privilegiar o crédito oriundo de garantia real.

Essa opção do legislador, além de atentatória ao princípio republicano pelo qual os interesses públicos devem prevalecer diante dos privados, atende, sem dúvida, às exigências do Banco Mundial para concretizar os empréstimos financeiros, bem como satisfaz à elite empresarial do sistema financeiro brasileiro que, utilizando um argumento pálido, no caso, a possibilidade de rebaixar os juros bancários e ainda em nome de uma maior segurança para o setor financeiro, promete efetivar a promessa dos juros baixos, dessa forma fazendo a sociedade esperar em vão, demonstrando de forma cabal a sua total falta de compromisso com a resolução dos grandes problemas da sociedade, especialmente a ausência de empregos, a falta de saúde, habitação, escolas, aspectos aprofundados na era da globalização.

Merece ser trazido à colação o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, quando de sua participação na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, na discussão do projeto da Lei de Recuperação de Empresas[9] expresso nos seguintes termos: *" Não devemos alimentar esperanças vãs. Tenho como clientes diversos bancos e, por isto, acho que entendo como raciocinam os banqueiros. A reforma da lei de falências deve contribuir par a redução dos riscos associados Pa inadimplência e insolvência , mas ninguém se iluda que, logo no dia seguinte, os spreads estarão reduzidos.Os banqueiros, primeiro, irão dizer que não estão reduzindo os juros porque ainda não se manifestaram os efeitos das inovações. E é fato: os spreads baseiam-se não só em projeções (futuro) como em estatísticas (passado). Somente após algum tempo, a contribuição da nova lei de falências irá se traduzir em dados estatísticos que influem a composição dos juros. Mas mesmo depois de a reforma frutificar, haverá banqueiros mantendo seus juros altos alegando um outro pretexto qualquer. A reforma deve ser feita, mas não vamos depositar nela falsas ilusões".*

Os créditos fiscais são compostos de créditos públicos, subdivididos em fiscais e parafiscais, tendo ainda, os fiscais a sub divisão em tributários e não tributários e, ao contrário dos demais créditos na falência, com exceção dos encargos da massa, não estão submetidos a concurso, daí decorrer a dispensa de habilitação.

Os pagamentos dos créditos fiscais atendem a uma ordem de pagamento denominada de concurso de preferência pelo qual se paga primeiramente à União e suas autarquias, em seguida os Estados e suas autarquias e, por último, o Município e suas autarquias.

A respeito da ordem de pagamento dos créditos fiscais, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 563, editada em 15.12.1976, nos seguintes termos:

" O CONCURSO DE PREFERÊNCIA A QUE SE REFERE O PARÁGRAFO 187 DO CTN É COMPATÍVEL COM O DISPOSTO NO ARTIGO 9º., I, DA CF"

Para facilitar a análise do teor da Súmula 563 do STF é necessário recordar o conteúdo do artigo 9º.,inciso I da Constituição Anterior que afirmava: "**Art. 9º.- À União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: I- criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra a outra".**

O pagamento dos créditos fiscais, nos termos do artigo 186, I do Código Tributário Nacional, deve ser realizado obedecendo a seguinte ordem: inicialmente à União, depois aos Estados e, por fim, ao Município, como se vê na transcrição abaixo:

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento.

Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

I - União;

II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pró rata;

III - Municípios, conjuntamente e pró rata.

O entendimento a respeito do concurso de preferência entre os entes federados, na forma disposta no CTN, não tem encontrado qualquer resistência por parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fato que não dispensa uma reflexão a respeito da possibilidade jurídica de preferência entre os entes federados, quando do recebimento de créditos na falência, privilegiando a União e suas autarquias, em detrimento das demais entidades federadas. Acatar essa preferência sugere uma agressão ao pacto federativo contido no artigo 1º, da Constituição Federal, além de ferir a autonomia dos entes federativos, vez que o Brasil é uma república federativa formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e o Distrito Federal nos termos do artigo 1º. da Constituição Federal, bem como, é marcada pela autonomia destes entes, nos termos do artigo 18 da mesma Carta.

Observa-se, por parte da doutrina, uma tímida resistência ao concurso de preferência entre os entes federados, pode-se dizer, sem muita solidez. Escudando-se o administrador no argumento de que possa ser responsabilizado pessoalmente, caso não atenda ao concurso de preferência, evita o questionamento da constitucionalidade de tal procedimento, terminando por realizar o pagamento na forma ditada pelo Código Tributário Nacional.

Para motivar a discussão sobre o concurso de preferência no pagamento dos créditos fiscais é possível defender que, na hipótese de haver uma ordem de preferência, tal vantagem deveria ser atribuída ao Município e não à União, uma vez que aplicando o princípio da subsidiariedade indicado por Baracho[10] como uma teoria que se origina no direito canônico e é abordada pela Encíclica *Quadragésimo Anno* de 1931, estaria, tal princípio, ligado à existência do federalismo considerado componente essencial do governo democrático.

Tomando como referência o Estado alemão, continua Baracho, seria o federalismo justificado por motivações de ordem racional, tendo como seus pontos essenciais, os seguintes: a) o federalismo preserva a diversidade histórica e a individualidade; b) facilita a proteção das minorias; c) aplica o princípio da subsdiariedade; d) o federalismo é um meio de proteção da liberdade; e) o federalismo encoraja e reforça a democracia, facilitando a participação democrática, f) a eficiência é, também, considerada como uma das razões que justificam o federalismo.

Considerando a relação existente entre o federalismo e o princípio da subsidiariedade, pode-se dizer que tal princípio teria uma ligação particular com um ente federado, no caso o município, na exata proporção em que este, como afirma Baracho[11] seria o titular natural das competências locais por possibilitar a integração do indivíduo no corpo social municipal, forma de integração intermediária entre o indivíduo e o Estado.

Seria, portanto, aplicável ao município as palavras de Stéphane Rials[12], quando se refere ao princípio da subsidiariedade, vista por ele como uma idéia simples, afirmando que " *as sociedades são subsidiárias em relação à pessoa, ao passo que a esfera pública é subsidiária em relação à esfera privada. Como colorário, não se deve transferir a uma sociedade maior aquilo que pode ser realizada por uma sociedade menor...."*

Assim, é possível a defesa do entendimento de que, se houver de prevalecerem os interesses de algum ente federado em detrimento de outro, postura incompatível com o pacto federativo, tal prevalência deveria ser atribuída aos municípios, uma vez que neste ente federado, se dá a possibilidade concreta de interação entre o indivíduo e o Estado e nele são sentidos os reais problemas dos cidadãos e, para onde, devem ser carreados os recursos de forma prioritária, uma vez que, com base no princípio da subsidiariedade, não devem os entes menores transferir para uma sociedade maior aquilo que puder ser resolvido de forma local.

Há ainda duas últimas questões que se fazem presentes na abordagem dos créditos fiscais na nova Lei de Recuperação de Empresas. A primeira diz respeito à situação em que a ação de execução fiscal já se encontra tramitando, com penhora realizada, quando se dá a decretação da falência. A segunda se relaciona à hipótese de que a decretação da falência ocorra antes da promoção da ação de execução ou, já tendo sido proposta, não houve penhora.

Inicialmente, vale trazer à colação, a Súmula do antigo Tribunal Federal de Recursos, de número 44, que afirma: " **AJUIZADA A EXECUÇÃO FISCAL ANTERIORMENTE À FALÊNCIA, COM PENHORA REALIZADA ANTES DESTA, NÃO FICAM OS BENS PENHORADOS SUJEITOS À ARRECADAÇÃO NO JUÍZO FALIMENTAR; PROPOSTA A EXECUÇÃO FISCAL CONTRA A MASSA FALIDA, A PENHORA FAR-SE-Á NO ROSTO DOS AUTOS DO PROCESSO DE QUEBRA, CITANDO-SE O SÍNDICO".**

Esta Súmula do antigo Tribunal Federal de Recurso mostra-se atual com entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se pode verificar por julgado, abaixo transcrito, datado de 2004:

Acórdão Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 423686 Processo: 200200354955 UF: RS Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data da decisão: 16/09/2004 Documento: STJ000584667

DJ DATA:13/12/2004 PÁGINA:278

EMENTA: TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL EM CURSO.

1. Apesar de o art. 29 da LEF preceituar que "a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência", a jurisprudência do STJ vem reconhecendo que a execução fiscal é atingida em alguns aspectos pela quebra da sociedade executada. Segundo esse entendimento, as conseqüências são: a) Havendo bem penhorado na execução fiscal, o produto de sua arrematação reverterá para o juízo universal da falência e não para o juízo da execução, para que seja observada a preferência dos créditos trabalhistas (art. 186 do CTN) e o concurso previsto no parágrafo único do art. 29 da LEF - ERESP 444.964/RS, Rel. p/acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJU de 09.12.03; b) Não estando a execução fiscal aparelhada por penhora na ocasião da quebra, a constrição se dará no rosto dos autos do processo falimentar - REsp 253.146/RS, DJU de 14.08.00, Rel. Min. Garcia Vieira; c) Impossibilidade de se cobrar da massa falida parcelas relativas a multas fiscais moratórias - EREsp 169.727/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 30.10.00. 2. No particular, estando a execução fiscal aparelhada com penhora na ocasião da quebra, impõe-se o prosseguimento do processo executivo singular no juízo da execução fiscal, devendo o produto da alienação ser remetido ao juízo falimentar, para que ali seja entregue aos credores, observada a ordem de preferência. 3. Recurso especial provido em parte.

É possível, portanto, afirmar-se que a ação de execução fiscal não sofre qualquer limitação, quanto a sua proposição, em virtude da ocorrência de decretação de falência. No entanto, quando a penhora dos bens ocorre antes da decretação da quebra e ao fim da execução arrecadam-se os frutos da venda dos bens penhorados, tais valores não podem ser entregues diretamente ao exeqüente, devendo, nesta circunstância, serem remetidos para o juízo falimentar, por força do princípio do juízo universal da falência, onde serão efetuados os pagamentos considerando os privilégios dos créditos, sejam os encargos da massa, os provenientes de acidentes de trabalho ou os trabalhistas e a eles equiparados.

Quando, por outro lado, a ação de execução fiscal é proposta depois da decretação da falência, nada impede a sua tramitação normal, sendo que,com referência à realização de penhora, esta deverá ocorrer no rosto dos autos e aguardará, para o pagamento, o concurso de preferência entre os entes federados, depois de atendidos os créditos privilegiados.

Por fim, dentro do pagamento dos créditos fiscais a serem recebidos da Massa Falida não se encontram os relativos às penas pecuniárias por infrações administrativas, àquelas relativas ao desrespeito à lei penal e impostas por autoridade pública, bem como, as que se referem às multas tributárias, uma vez que, por serem créditos qualificados como quirografários, devem aguardar o momento oportuno, na ordem de pagamento, para serem pagos, caso sobrem valores na Massa Falida.

4. Conclusões

É possível concluir-se que a nova Lei de Recuperação de Empresas nasceu sob os auspícios da globalização e da influência exercida pela Banco Mundial sobre as nações que não atenderam, ainda, às necessidades mínimas de um indivíduo, como habitação, saúde, emprego e escola e, por este motivo são catalogadas como subdesenvolvidas ou, pelo menos, em desenvolvimento e que, de forma incisiva, sofrem a interferência em sua soberania a ponto de aceitar a imposição de implantar uma nova legislação falimentar que subverte o primado fundamental da república, privilegiando o interesse privado em detrimento do interesse público, favorecendo, no caso da recuperação de empresas, o pagamento prioritário dos créditos com garantia real aos créditos fiscais.

Pode-se verificar que, se houve avanços na legislação falimentar com a adoção do pagamento dos salários dos últimos três meses aos empregados da sociedade falida independentemente de concurso, com a regularização dos efeitos da cessão de créditos trabalhistas por exemplo, de outro lado, pode-se apontar como retrocesso, a fixação do limite de 150 salários mínimos para o valor dos créditos trabalhistas a serem pagos aos empregados, com a remessa o excesso para a categoria de crédito quirografário, criando-se uma sub espécie de empregados, exatamente aqueles que, devido à atividade que desempenhavam, eram melhor remunerados e, por isto, serão sacrificados.

Observa-se que a justificativa para a fixação do valor máximo do pagamento dos créditos trabalhistas com privilégio teria sido a possibilidade de fazer sobrar numerário para o pagamento de outros credores, preocupação não atinada quando do rebaixamento da colocação dos créditos fiscais em relação aos oriundos de créditos com garantia real em que há um risco concreto de que os créditos fiscais não sejam adimplidos pelo fato de os recursos da massa falida terem sido suficientes somente para pagar os credores com garantia real.

Ainda no que se relaciona aos créditos trabalhistas, nota-se um posicionamento conservador no que se refere à equiparação dos autônomos aos empregados para efeito de recebimento de créditos trabalhistas, desconhecendo a realidade atual em que muitos dos autônomos são, de fato, empresas individuais, com forte poder econômico.

Aos créditos fiscais a nova Lei de Recuperação de Empresas parece ter trazido apenas retrocessos, na medida em que rebaixou a sua posição na ordem de pagamento dos créditos fiscais, em favor dos créditos com garantia real, na vã ilusão de que haja um real compromisso da elite empresarial deste país com a solução dos graves problemas sociais vivenciados pela sociedade brasileira, cuja resolução passa, sem a menor dúvida, pela melhor redistribuição de renda, pelo acesso a crédito com juros em patamares reais, pelo aumento de vagas no mercado de trabalho, por melhores condições de saúde, educação e moradia.

O retrocesso advindo do rebaixamento da colocação dos créditos fiscais na ordem de pagamento dos créditos falimentares não encontra justificativa plausível, além da pressão exercida pelo Banco Mundial, uma vez que a possibilidade de pagamento de créditos fiscais em um processo de falência é muito rara, sendo comum que o pagamento dos créditos esbarre nos créditos trabalhistas, muitas vezes incompletos.

O concurso de preferência entre os entes federados é um dos pontos que merecia ser abordado pela nova Lei de Recuperação de Empresas, contribuindo para desfazer o entendimento dos tribunais que sugerem, ao confirmar uma ordem de preferência em

favor da União, a existência de uma possível hierarquia entre os entes federados, posicionamento que se choca com o pacto federativo e a autonomia dos entes federados.

Com relação ao pagamento dos créditos fiscais, a nova Lei de Recuperação de Empresas, de forma explícita, tratou de enfatizar que não se incluem nos créditos fiscais e, portanto não têm preferência no pagamento, as penas por infração penal ou administrativa, as quais deverão ser enquadradas como créditos quirografários e como tal serem pagos no modo e na oportunidade determinada na lei.

Por fim, diante do texto da nova Lei de Recuperação de Empresas, por seus poucos avanços e seus inúmeros retrocessos, resta somente aos operadores do direito contribuir, cada um, dentro de suas atividades, para na ordem prática materializar os avanços que o legislador levado pelo conservadorismo ou pela submissão ao poder da globalização e do Banco Mundial, não realizou.

5. Referências

ADORNO, Theodor W e HORKHEIMER, Max - **Dialética do Esclarecimento - Fragmentos Filosóficos**, tradução de Guido de Almeida, São Paulo, Jorge Zahar Editora, 1985.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira - **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução,** Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa - **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, São Paulo, Editora Saraiva, 2005.

FARIA, Elisa Teixeira - **Globalização e Autonomia Municipal**, **in** Revista de Direito Municipal- RDM, Belo Horizonte, ano 4, no. 8, 2003.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson - **Curso de Direito do Trabalho**, 9ª. Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1984.

ROQUE, Sebastião José - **Direito de Recuperação de Empresas**, Coleção Elementos de Direito, São Paulo, Ícone, 2005.

SANTOS, J.M. Carvalho - **Código Civil Brasileiro Interpretado**, 4ª. Edição, volume XIV, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1951.

---

[1] FARIA, Elisa Teixeira - Globalização e Autonomia Municipal, **in** Revista de Direito Municipal- RDM, Belo Horizonte, ano 4, no. 8, 2003, p. 49.

[2] Obra citada, p.49.

[3] Informe RB No. 16, obtido no site www.rbrasil.org.br, capturado em 31 de março de 2005.

[4] COELHO, Fábio Ulhoa - Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas, São Paulo, Editora Saraiva, 2005, p. 217.

[5] GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson - Curso de Direito do Trabalho, 9ª. Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1984.

[6] Obra citada, p.218.

[7] SANTOS, J.M. Carvalho - Código Civil Brasileiro Interpretado, 4ª. Edição, volume XIV, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1951, p. 336.

[8] Obra citada, p. 201.

[9] Obra citada, p. 219.

[10] BARACHO, José Alfredo de Oliveira - **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução,** Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000, pp 23-27.

[11] Obra citada, pp.51-52.

[12] Apud, BARACHO, José Alfredo de Oliveira - **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução,** Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000,p.52.

ANÁLISE ESTRATÉGICA E DIALÉTICA DA AQUISIÇÃO DAS COTAS PELA PRÓPRIA SOCIEDADE LIMITADA*

STRATEGIC AND DIALECTICAL ANALYSIS OF THE ACQUISITION OF THE QUOTAS BY THE LIMITED LIABILITY COMPANY ITSELF

Frederico de Andrade Gabrich
Sérgio Mendes Botrel Coutinho

RESUMO

O Direito é uma ciência baseada na interpretação dos textos das fontes e na dialética dos entendimentos doutrinários, interpretativos e jurisprudenciais. No Brasil, o Código Civil estabeleceu uma série de perplexidades, dúvidas e omissões relativas ao direito empresarial societário. Entre as questões controvertidas posteriores à vigência do Código Civil de 2002, destaca-se a aquisição das quotas pela própria sociedade limitada. O Decreto n. 3.708/19 previa expressamente a possibilidade de compra das quotas pela própria sociedade, o Código Civil é omisso, e as Juntas Comerciais, sem qualquer fundamento jurídico sólido, não permitem esta operação. Todavia, a operação pode ser viabilizada por meio da interprestação segundo a qual o que não é proibido é permitido, bem como pelo entendimento de que o artigo 8° do Decreto n. 3.708/19 continua em vigor.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO EMPRESARIAL SOCIETÁRIO. SOCIEDADES LIMITADAS. AQUISIÇÃO DAS QUOTAS PELA PRÓPRIA SOCIEDADE.

ABSTRACT

The Law is a science based on the interpretation of the legal sources and on the dialectical of the doctrine and jurisprudence. In Brazil, the Civil Code set forth a series of the perplexities, doubts and omissions relating to Corporate Law. Among the controversies after the legal effect of the Civil Code (2002) the acquisition of quotas by the limited liability company itself highlights. While the Statute n. 3.708/19 established the expressly the possibility of the limited liability company acquire its owns quotas, the Civil Code omits the subject, and the Board of Trades, without solid arguments, have prohibited the aforesaid measure. Nevertheless, the mentioned acquisition can be implemented through the interpretation by which what is not forbidden is permitted, as well as through the understanding that the article 8th of the Statute n. 3.707/19 is still valid.

KEYWORDS: CORPORATE LAW. LIMITED LIABILITY COMPANIES. ACQUISITION OF THE QUOTAS BY THE COMPANY ITSELF.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência essencialmente dialética e as normas jurídicas surgem a partir dos textos das fontes, por meio de interpretação. Por isso, é absolutamente natural a divergência de opiniões a respeito de uma mesma questão submetida à interpretação jurídica. O diálogo e a divergência não significam, necessariamente, a licitude de uma posição e o erro de outra. Daí a intrigante complexidade da ciência do Direito.

Por tudo isso, este texto, escrito a quatro mãos, procura estabelecer, antes de tudo, análises estratégicas e diferenciadas dos autores a respeito das interpretações jurídicas possíveis para um mesmo problema, que atinge, direta ou indiretamente, milhares de sociedades limitadas em todo o Brasil.

De fato, a promulgação do Código Civil em 2002 acabou estabelecendo uma série de dúvidas, controvérsias e perplexidades no Direito Empresarial brasileiro.

Ao invés de simplesmente resolver questões pontuais que ainda atormentavam doutrina e jurisprudência em matéria de Direito Comercial, o Código Civil estabeleceu um sistema confuso e assistemático, sobretudo em relação ao Direito Empresarial societário.

Nesse sentido, relativamente às sociedades limitadas, que ainda são utilizadas como instrumento de estruturação jurídica pela maioria absoluta das sociedades empresárias brasileiras, o Código Civil, em tese, abandonou o sistema liberal e eficiente do Decreto n. 3.708/1919, para adotar o sistema intervencionista e confuso dos artigos 1.052 a 1.087.

A nova sistemática dificulta a estruturação jurídica dos objetivos dos sócios e das sociedades, bem como favorece a lógica do caos, constituída pelo excesso de intervenção do Estado na formulação das soluções jurídicas pretendidas pela iniciativa privada, bem como pelo fomento de novas e intermináveis controvérsias judiciais, que promovem, na prática, a inoperância do Poder Judiciário e a insatisfação da maioria dos cidadãos.

E tudo isso acaba sendo potencializado pela ignorância jurídica de muitas decisões administrativas proferidas pelas Juntas Comerciais com fundamento em *Manual de Atos de Registro de Sociedades Limitadas*, expedido pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio – DNRC (aprovado pela Instrução Normativa DNRC n. 98, de 23/12/2003), bem como pela "fúria" conflituosa e processualista nutrida por grande parte dos juristas (especialmente pelos professores, que continuam ensinando essa lógica aos seus alunos, e pelos advogados, que praticamente ignoram o trabalho jurídico estruturante e preventivo, em favor da propositura de novos e intermináveis processos judiciais).

A análise das estatísticas divulgadas pelas Juntas Comerciais, demonstra que, em algumas delas, mais de 40% (quarenta por cento) dos registros públicos de empresas

mercantis, ainda é feito com a utilização da estrutura jurídica arcaica e ultrapassada do empresário individual.[1] Essa evidência demonstra que o empresariado brasileiro clama e precisa de um mecanismo jurídico que lhe permita o desenvolvimento da atividade empresarial sem sócios, mas idealisticamente sem comprometer e vincular o patrimônio pessoal e familiar à sorte dos negócios.

É verdade que este fenômeno acaba sendo influenciado também pela ignorância dos empresários e do próprio Estado, especialmente porque este último incentiva a formalização do empreendedor individual, visando apenas aumentar a arrecadação tributária, sem qualquer preocupação com a manutenção e com o sucesso efetivo dos negócios.

Nesse sentido, o artigo 18-A da Lei Complementar n. 123/2006 (com a redação que lhe foi atribuída pela Lei Complementar n. 128/2008), estabeleceu, em tese, condições benéficas para formalização do serviço prestado por milhares de empreendedores individuais, com sistema diferenciado de tributação para aqueles que tiverem faturamento anual máximo de R$ 36 mil. A figura do chamado "microempreendedor individual" foi recebida por muitos como a saída inovadora e definitiva para a formalização de milhares de pessoas que insistem em desenvolver suas atividades de maneira informal e à margem do sistema tributário nacional.

Todavia o sistema jurídico deve ser compreendido como um conjunto de normas (estabelecidas por princípios e regras) que, preferencialmente, deve permitir a estruturação dos objetivos das pessoas, de maneira a prevenir conflitos e determinar a paz social. De acordo com essa lógica, a solução de conflitos, especialmente por meio de processos judiciais, deve ser a exceção e não a regra, como infelizmente ainda não acontece.

Assim, se os empresários precisam de uma estrutura jurídica simplificada, que permita a limitação da responsabilidade patrimonial subsidiária e sem a existência de sócios, cabe ao jurista encontrar solução lícita para tal desiderato, observados os limites normativos vigentes no ordenamento.

Não obstante, no Brasil, a constituição originária da sociedade unipessoal (com apenas um sócio), ainda continua sendo possível apenas como medida excepcionalíssima, apenas no caso da sociedade anônima subsidiária integral, conforme previsto no artigo 251 da Lei n. 6.404/76.

Além dessa possibilidade excepcional de constituição originária da sociedade com apenas um sócio, o ordenamento nacional permite a existência regular e derivada de uma sociedade unipessoal, apenas pelo prazo de 180 dias, observado o disposto no artigo 1033 do Código Civil.

Contudo, a despeito do entendimento contrário manifestado por muitas Juntas Comerciais, um pequeno esforço de hermenêutica, baseado na análise estratégica do Direito, pode permitir o atingimento dos objetivos traçados por grande parte do empresariado nacional, com a utilização do sistema de compra das cotas pela própria sociedade limitada, observados os limites estreitos ainda permitidos pelo cada vez mais sufocante sistema legal brasileiro.

2. PLANEJAMENTO E ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO

Como já foi demonstrado na doutrina[2], a cultura brasileira é refratária ao planejamento. Quanto mais ao planejamento estratégico. Em regra[3], o brasileiro comum reage às crises que se sucedem ao longo da vida. O mesmo acontece com o Estado (em todas as esferas e poderes).

A maioria avassaladora dos negócios dos empresários individuais e das sociedades empresárias continuam sendo constituídos e administrados sem qualquer tipo de planejamento jurídico (societário, tributário, contratual ou trabalhista), financeiro, contábil ou administrativo. Somente algumas poucas organizações empresariais têm uma atitude um pouco diferente, normalmente decorrente de exigências do mercado no qual estão inseridas. Talvez, por isso, o número de registros de empresários individuais seja tão grande no Brasil, já que, do ponto de vista científico, em princípio, é uma das piores alternativas de estruturação jurídica de um negócio.

Planejar é, em síntese, construir cenários possíveis, com objetivo de antever ou antecipar o futuro, para a concretização dos objetivos estabelecidos antes. Nesse sentido, o planejamento implica a determinação de um conjunto de ações voltadas para implementação dos objetivos pré-determinados.

Por outro lado, a palavra *estratégia* tem origem na arte de coordenar a ação das forças militares, políticas, econômicas e morais implicadas na condução de um conflito ou na preparação da defesa de uma nação, tendo evoluído com o tempo, especialmente no plano negocial e empresarial, para hoje ser compreendida como a arte de aplicar com a máxima eficácia possível os recursos de que se dispõe, visando alcançar os objetivos definidos pelo estrategista.[4]

Basicamente, o planejamento estratégico exige um conjunto de ações por meio das quais se busca: (i) conhecer a pessoa (física ou jurídica); (ii) conhecer os negócios e os mercados nos quais a pessoa atua; (iii) definir os objetivos da pessoa e do planejamento que se propõe desenvolver; (iv) definir as metas que serão perseguidas para que sejam atingidos os objetivos propostos; (v) elaborar um planejamento estratégico sistêmico; e (vi) implementar um plano de ação.

Tudo isso exige um "*pensar estratégico*" de todas as pessoas e ciências envolvidas na realização da atividade (pública e privada), especialmente em relação ao Direito, e mais ainda em relação ao Direito Empresarial societário.

Esse *pensar estratégico* pressupõe uma disposição de encarar o conhecimento científico de que se dispõe e as pessoas envolvidas na execução de uma atividade organizada (no Estado ou fora dele) como instrumentos necessários ao alcance dos objetivos preestabelecidos. E esses objetivos normalmente estão vinculados à determinação da maior felicidade possível, do maior número possível de pessoas, com o menor custo (de tempo e de dinheiro) possível, diante das circunstâncias fáticas, jurídicas, econômicas, sociais e políticas relacionadas ao caso.

No plano jurídico, o *pensar estratégico* exige uma mudança radical da maneira de conceber o direito, tanto pelos próprios juristas, quanto, principalmente, pelas pessoas responsáveis pela gestão do Estado e das empresas privadas.

Nesse sentido, em primeiro lugar, é necessário compreender a nova hermenêutica, a multiplicidade das fontes, a abertura do sistema jurídico, o caráter normativo dos princípios jurídicos e a relativização do princípio da legalidade – agora entendido como principio da normatividade, e segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de norma jurídica (princípio ou regra) existente, válida e eficaz.

Em segundo lugar, o *pensar estratégico* exige, no plano jurídico (e especialmente no Direito Empresarial societário), a necessidade de encarar o direito como um conjunto de alternativas colocadas à disposição do jurista para estruturação de empresas, negócios e pessoas (físicas e jurídicas, de direito público e de direito privado), de maneira a permitir que os objetivos traçados sejam alcançados com o menor custo possível.

Em terceiro lugar, é fundamental reconhecer o caráter supletivo, subsidiário e verdadeiramente instrumental das disciplinas processuais e do processo (especialmente o judicial), para se atribuir a devida e fundamental importância especialmente aos mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos, tais como a mediação e a arbitragem.

Além disso, em quarto lugar, é preciso reconhecer a grande importância ao trabalho de auditoria jurídica, uma vez que ele é absolutamente fundamental para conhecer profunda e juridicamente as pessoas, negócios e empresas que se pretende estruturar, bem como para facilitar ou permitir a realização eficaz dos objetivos previamente estabelecidos.

Finalmente, é necessário que se estabeleça uma nova metodologia do ensino jurídico, para permitir a formação eficaz dos profissionais que terão condições de implementar essa nova maneira de interpretar e aplicar as normas jurídicas: a análise estratégica do direito.

Sem tudo isto, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas de direito societário é realizada de maneira absolutamente equivocada e distante das reais necessidades do empresariado nacional. Daí, então, a necessidade da quebra de muitos paradigmas sedimentados na doutrina, na atividade dos juristas e, principalmente, no trabalho desenvolvido pelas Juntas Comerciais.

3. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ÀS SOCIEDADES LIMITADAS E REGÊNCIA SUPLETIVA

Como se sabe, as sociedades limitadas são regidas atualmente pelos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil.

Contudo, em virtude do disposto no artigo 1.053 e reconhecendo-se a inconstitucionalidade do artigo 2.031 do Código Civil, podem, ainda, ser identificadas três possibilidades distintas de regulação legal das sociedades limitadas.

Nesse sentido, em primeiro lugar, é possível a interpretação segundo a qual, em virtude da inconstitucionalidade do artigo 2.031 do Código Civil (ofensa direta ao disposto no artigo 5°, inciso XXXVI, da Constituição da República e ao princípio da irretroatividade das leis)[5], caso o contrato social da sociedade por quotas de responsabilidade limitada não tenha sido adaptado ao disposto no Código Civil de 2002, a sociedade limitada continua sendo regida pelo disposto no Decreto n. 3.708/19, que, inclusive, não foi expressamente revogado pelo atual Código Civil. Todavia, há quem entenda que a exigência de adaptação do contrato social das limitadas, estabelecida pelo artigo 2.031 do Código Civil, é lícita, e o seu não cumprimento determina irregularidade da sociedade.

Não obstante, em segundo lugar, em virtude do disposto no artigo 1.053 do Código Civil, a sociedade limitada rege-se, nas omissões do capítulo que trata especificamente das sociedades limitadas no Código Civil, pelas normas previstas pelo mesmo Código para as sociedades simples. Assim, existindo qualquer ato ou fato não regulado diretamente pelas normas previstas no Código Civil para a sociedade limitada, o intérprete deve buscar solução normativa nos artigos 997 a 1.038 do Código Civil.

Não obstante, em terceiro lugar, de acordo com o parágrafo único do artigo 1.053 do Código Civil, o contrato social da sociedade limitada pode prever expressamente a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima (ou seja, pela Lei n. 6.404/76). Neste caso, na hipótese de ser necessária a regulação de alguma situação específica não regulada diretamente pelas normas previstas nos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil, o intérprete deve, em princípio, recorrer e buscar solução normativa na Lei n. 6.404/76, que atualmente rege a vida da sociedade anônima no Brasil.

Dessa maneira, resumidamente, tem-se a seguinte situação relativa à regência legal das sociedades limitadas:

1) sociedades limitadas regidas pelo Decreto n. 3.708/19, caso tenham sido constituídas antes do Código Civil de 2002 e não tenham adaptado o contrato social ao referido Código;

2) sociedades limitadas regidas pelos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil e, no caso de omissão destes dispositivos, pelos artigos 997 a 1.038 do mesmo Código;

3) sociedades limitadas regidas pelos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil e, no caso de omissão destes dispositivos, existindo cláusula expressa de regência supletiva no contrato social, pelas normas previstas na Lei n. 6.404/76.

E isso não é tudo em matéria de regulação da sociedade limitada. Em muitos casos existem temas e cláusulas importantes para a definição das estratégias jurídicas utilizadas para a composição de interesses dessas sociedades e que não são previstos nos dispositivos legais que regulam especificamente as sociedades limitadas. É o que ocorre, por exemplo, em relação aos seguintes assuntos, dentre outros:

a) cláusula que prevê distribuição de dividendos inferiores a 25% (vinte cinco por cento) do lucro líquido do exercício;

b) cláusula que prevê a existência de conselho de administração, composto por pessoas que não são sócias da sociedade limitada.

Em casos como esses, surge a indagação a respeito dos limites da liberdade que os sócios têm de contratar e estabelecer normas jurídicas no contrato social, especialmente quando essas regras contratuais suprem omissões da lei ou mesmo violam aquilo que é estabelecido na legislação que regula supletivamente a sociedade limitada (por exemplo, a Lei n. 6.404/76, quando há previsão contratual expressa de regência supletiva pela lei que regulamenta as sociedades por ações).

Algumas possibilidades de interpretação, de aplicação das regras legais e do princípio da autonomia privada dos sócios são possíveis, já que o intérprete pode fazer a opção por uma das diversas diretivas de interpretação possíveis.

Assim, quando a sociedade limitada é regida pelo Código Civil de 2002 e surge qualquer tema que mereça regulação jurídica, sendo o contrato social omisso a respeito da regência legal supletiva, o intérprete deve observar o seguinte "caminho" para definição da norma jurídica aplicável ao caso concreto:

1º) consulta às normas previstas nos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil, que especificamente regulam as sociedades limitadas;

2º) caso a solução não seja encontrada no item anterior, consulta às normas previstas nos artigos 997 a 1.037 do Código Civil, que tratam especificamente das sociedades simples;

3º) caso a solução não seja encontrada nos itens anteriores, consulta às normas contratuais, definidas livremente pelos sócios no contrato social;

4º) caso a solução não seja encontrada nos itens anteriores, aplicação analógica das normas legais relativas às sociedades anônimas e previstas na Lei n. 6.404/76.

Este "caminho" pode ser parcialmente alterado, contudo, dependendo da amplitude que se atribua ao princípio da legalidade (hoje também compreendido como princípio da normatividade), estabelecido no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República. Dessa maneira, se realmente o intérprete entender que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei formal, a liberdade de contratar dos sócios pode ficar submetida às normas decorrentes do disposto na Lei n. 6.404/76, pelo que a interpretação observará o seguinte "caminho":

1º) consulta às normas previstas nos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil, que especificamente regulam as sociedades limitadas;

2º) caso a solução não seja encontrada no item anterior, consulta às normas previstas nos artigos 997 a 1.037 do Código Civil, que tratam especificamente das sociedades limitadas;

3º) caso a solução não seja encontrada nos itens anteriores, aplicação analógica das normas legais relativas às sociedades anônimas e previstas na Lei n. 6.404/76;

4º) somente caso a solução não seja encontrada nos itens anteriores, consulta às normas contratuais, definidas livremente pelos sócios no contrato social.

Por outro lado, caso o contrato social da limitada preveja expressamente a regência supletiva da sociedade pelas normas das sociedades anônimas, o "caminho" a ser seguido pelo intérprete é o seguinte:

1º) consulta às normas previstas nos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil, que especificamente regulam as sociedades limitadas;

2º) caso a solução não seja encontrada no item anterior, consulta às normas legais relativas às sociedades anônimas e previstas na Lei n. 6.404/76;

3º) caso a solução não seja encontrada nos itens anteriores, consulta às normas contratuais, definidas livremente pelos sócios no contrato social;

4º) caso a solução não seja encontrada nos itens anteriores, aplicação analógica das normas legais relativas às sociedades simples e previstas nos artigos 997 a 1.037 do Código Civil.

Nesse caso, também, caso se admita a prevalência da lei sobre o contrato social e sobre a autonomia privada dos sócios em virtude do comando decorrente do princípio da legalidade estrita, o "caminho" do intérprete também será alterado, para a seguinte maneira:

1º) consulta às normas previstas nos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil, que especificamente regulam as sociedades limitadas;

2º) caso a solução não seja encontrada no item anterior, consulta às normas legais relativas às sociedades anônimas e previstas na Lei n. 6.404/76;

3º) caso a solução não seja encontrada nos itens anteriores, aplicação analógica das normas legais relativas às sociedades simples e previstas nos artigos 997 a 1.037 do Código Civil;

4º) somente caso a solução não seja encontrada nos itens anteriores, consulta às normas contratuais definidas livremente pelos sócios no contrato social.

Em princípio, tudo isso pode parecer confuso e sem qualquer utilidade para o jurista e também para a própria sociedade e seus sócios. Não é bem assim. Imagine-se uma situação em que o contrato social estabeleça de maneira expressa que os dividendos devidos aos sócios da sociedade limitada correspondem, no mínimo, a 20% (vinte por cento) do lucro líquido. De fato, tanto os artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil (que regulam especificamente as sociedades limitadas), quanto os artigos 997 a 1.037 do Código Civil (que regulam especificamente as sociedades simples), são completamente omissos a respeito do assunto. Todavia, segundo o disposto no §2º, do artigo 202, da Lei n. 6.404/76, *quando o estatuto for omisso e a assembléia geral deliberar alterá-lo para introduzir norma sobre a matéria, o dividendo obrigatório não poderá ser inferior a 25% (vinte e cinco por cento) do lucro líquido ajustado nos termos do inciso I deste artigo.*

A questão que se coloca, então, é a seguinte: a cláusula que fixa os dividendos mínimos obrigatórios desta hipotética sociedade limitada em 20% (vinte por cento) do lucro líquido é lícita ou ilícita?

Caso esta sociedade limitada seja regida supletivamente pelas normas das sociedades anônimas, não há dúvida de que a cláusula é ilícita e não pode prevalecer. Contudo, caso o contrato social seja omisso e a sociedade seja regida supletivamente pelas normas das sociedades simples, a cláusula pode ser entendida como lícita ou ilícita, dependendo das cláusulas contratuais ficarem submetidas ou não às normas das sociedades anônimas. Em muitos outros casos, as divergências de interpretação podem também ser verificadas, como a prática do direito empresarial societário pode demonstrar ao profissional do Direito.

Vale observar, também, que a divergência e a dificuldade de interpretação não são inovações do Código Civil de 2002, pois no regime anterior a divergência foi estabelecida em torno da interpretação do artigo 18 do Decreto n. 3.708/19. E, na vigência deste dispositivo legal, a doutrina concluiu que a interpretação e a aplicação da lei poderiam variar, dependendo da classificação da sociedade como de pessoas ou de capitais.

Assim, no regime do Decreto n. 3.708/19, sendo a sociedade classificada como sociedade de pessoas, a interpretação observava o seguinte "caminho":

1º) consulta às normas do Decreto n. 3.708/19;

2º) caso a solução não seja encontrada no item anterior, consulta às normas previstas no contrato social;

3º) caso a solução não seja encontrada no item anterior, consulta às normas gerais societárias previstas no Código Comercial de 1850;

4º) somente caso a solução não seja encontrada no item anterior, consulta às normas previstas na lei que regula as sociedades anônimas.

Por outro lado, caso a sociedade por quotas de responsabilidade limitada fosse, na prática, classificada como sociedade de capitais, o "caminho" da interpretação era alterado e passava a ser o seguinte:

1º) consulta às normas do Decreto n. 3.708/19;

2º) caso a solução não seja encontrada no item anterior, consulta às normas previstas na lei que regula as sociedades anônimas;

3º) caso a solução não seja encontrada no item anterior, consulta às normas gerais societárias previstas no Código Comercial de 1850;

4º) somente caso a solução não seja encontrada no item anterior, consulta às normas previstas no contrato social.

Além de tudo isso, há que se observar que nem todas as normas decorrentes do disposto na lei que regulamenta as sociedades anônimas (Lei n. 6.404/76) são aplicáveis às sociedades limitadas. De fato, na Lei n. 6.404/76 existem normas *cogentes*, de aplicação a todas as sociedades empresárias independentemente do tipo jurídico, como é o caso, por exemplo, nas regras previstas no artigo 8º da Lei n. 6.404/76, que tratam dos critérios de avaliação de bens que são utilizados para integralização do capital social. Além disso, outras normas previstas também na lei que regula a sociedade anônima são consideradas como *supletivas* ou *facultativas*, pois são compatíveis com a estrutura jurídica das sociedades limitadas e aplicáveis de acordo com a vontade dos sócios ou em decorrência da aplicação supletiva da lei n. 6.404/76. Finalmente, dentre as normas previstas na lei de S/A existem normas incompatíveis, que, em virtude da diferença estrutural entre a sociedade limitada e a sociedade anônima, jamais podem ser aplicadas à regulação das sociedades limitadas, mesmo que supletiva ou analogicamente. Esse é o caso, por exemplo, das normas que permitem a existência de ações escriturais e sem valor nominal, negociação de ações no mercado de capitais, emissões de debêntures, dentre outras.

4. AQUISIÇÃO DAS COTAS PELA PRÓPRIA SOCIEDADE LIMITADA

Em regra, a partir da vigência do Código Civil, em 2003, as Juntas Comerciais brasileiras passaram a não mais admitir a aquisição das quotas pela própria sociedade limitada.

Basicamente, todas as decisões administrativas proferidas pelas Juntas Comerciais baseiam-se no disposto no item 3.2.10.1 do *Manual de Atos de Registro de Sociedades Limitadas*, expedido pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio – DNRC (aprovado pela Instrução Normativa DNRC n. 98, de 23/12/2003), que estabelece, sem qualquer fundamento ou esclarecimento adicional, o seguinte: *"...A aquisição de quotas pela própria sociedade já não mais está autorizada pelo novo Código Civil."*

Na realidade, como se pode observar nas *disposições finais e transitórias* e, especialmente, no artigo 2.045, o Código Civil de 2002 revogou expressamente apenas a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (que havia instituído o Código Civil anterior) e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.

Assim, é possível o entendimento segundo o qual o Decreto n. 3.708/1919, que regulava até então as sociedades por quotas de responsabilidade limitada não foi revogado. Segundo esse entendimento, o que ocorreu foi a derrogação de diversos institutos, que passaram a ser regidos expressamente pela nova lei.

Todavia, o Código Civil de 2002, nos artigos 1.052 a 1.087, não trata, em nenhum momento, da aquisição das cotas pela própria sociedade limitada, como fazia expressamente o artigo 8º do Decreto n. 3.708/19, da seguinte maneira:

Art. 8º - É licito às sociedades a que se refere esta lei adquirir quotas liberadas, desde que o façam com fundos disponiveis e sem ofensa do capital estipulado no contrato. A aquisição dar-se-á por acordo dos sócios, ou verificada a exclusão de algum sócio remisso, mantendo-se intacto o capital durante o prazo da sociedade.

Dessa maneira, em virtude de o Código Civil não ter revogado o Decreto n. 3.708/19 e de ser omisso em relação à matéria, pode-se chegar à conclusão de que o artigo 8º do mencionado Decreto continua em pleno vigor para regular a aquisição das quotas pela própria sociedade limitada, regida ou não supletivamente pela lei das sociedades por ações.

Assim, de acordo com esses entendimentos, desde que existam lucros ou reservas e não fique caracterizada ofensa ao capital social, a própria sociedade limitada pode, mediante acordo dos sócios ou verificada a exclusão de algum sócio remisso, adquirir as suas cotas, para mantê-las em tesouraria. A exemplo do que acontece na sociedade anônima (artigo 30 da Lei n. 6.404/76), enquanto mantidas em tesouraria as quotas não atribuem direito a voto ou ao recebimento de dividendos. Todavia, vendidas as cotas pela sociedade para qualquer interessado, são imediatamente reestabelecidos os direitos ao voto e ao recebimento de dividendos, sem qualquer formalidade.

Verifica-se, portanto, que, de acordo com essa interpretação, atendidos os requisitos previstos no artigo 8º do Decreto n. 3.708/1919, não existe qualquer proibição à aquisição das quotas pela própria sociedade limitada, que passa, então, a ser sócia dela mesma, por prazo indeterminado, até que se encontre outro interessado na aquisição das mencionadas quotas.

Assim, como a sociedade limitada é uma pessoa jurídica, ela pode ser proprietária de parte de suas próprias quotas (adquiridas de outrem com lucros ou reservas) e sócia de outra pessoa (física ou jurídica), por prazo indeterminado e superior aos 180 dias previstos no artigo 1.033 do Código Civil, já que neste caso não há que se falar em unipessoalidade, mas na pluralidade de sócios (a sociedade e outra pessoa).

Além disso, a mesma conclusão da possibilidade de aquisição das quotas pela própria sociedade limitada decorre diretamente do dogma de interpretação do Direito Privado, segundo o qual *o que não é proibido é permitido*. Por isso, sendo omisso o Código Civil a respeito do tema, cabe aos sócios livremente deliberarem sobre a conveniência e a oportunidade de a própria sociedade adquirir parte de suas quotas, mantendo-as em tesouraria.

Não obstante, segundo outro entendimento e interpretação possíveis, a compreensão de que o Decreto n. 3.708/19 encontra-se vigente, ainda que em parte, pode ser rechaçada. Isto porque o Código Civil regulou, exaustivamente, a sociedade limitada nos arts. 1.052-1.087, sendo certo que para as hipóteses de omissão estabeleceu as regras aplicáveis supletivamente. É o que se vê do art. 1.053 do Código Civil, que estabelece que as omissões de regência específica da sociedade limitada serão supridas mediante a aplicação das normas da sociedade simples (CC, arts. 997-1.038), existindo autorização expressa, ademais, para que o contrato social estabeleça a escolha da regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima (Lei n. 6.404/76).

Nessa ordem de ideias, diante da regulação exaustiva da sociedade limitada pelo Código Civil de 2002, a ab-rogação do Decreto n. 3.709/19 encontra fundamento nas *verba legis* do §1º, do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.757/42)[6].

Mas nada obstante o fato de o Decreto n. 3.708/19 ter perdido sua vigência com o advento do Código Civil, o fato de este diploma legal (Código Civil) não regular a aquisição de cotas pela própria sociedade limitada não implica a proibição desta medida. Aliás, muito pelo contrário, uma vez que a aquisição das cotas pela própria sociedade limitada que for regida supletivamente pelas regras da Lei n. 6.404/76 encontra neste diploma legal o fundamento e as limitações para que seja implementada a aquisição das cotas pela própria sociedade.

Outrossim, ainda que a sociedade seja regida supletivamente pelas regras da sociedade simples, é de se registrar a inexistência de proibição de a sociedade adquirir suas próprias cotas, seja para conservá-las em tesouraria ou para cancelamento. E como já foi exposto acima, no âmbito do Direito Privado não havendo proibição expressa é de se presumir a juridicidade do ato ou negócio jurídico.

Advirta-se, ademais, que a aquisição de cotas pela própria sociedade consiste em técnica valiosa para a preservação da integridade do capital social nos casos de resolução da sociedade em relação a um sócio (hipóteses de morte, retirada, ou expulsão). A rigor, seria um verdadeiro contra-senso que uma sociedade com saúde financeira suficiente para pagar os haveres do sócio com recursos provenientes dos lucros acumulados ou de reservas de lucros fosse obrigada a fazê-lo mediante a redução proporcional do capital social.

E mais: a aquisição de cotas pela própria sociedade pode afigurar-se como medida de implementação de estratégia financeira. Afinal, a sociedade pode pagar ao sócio que se despede da sociedade o valor nominal das cotas (o que é possível, mediante disposição expressa no contrato social ou em acordo de quotistas), e fazer uso das cotas em tesouraria para captar investimentos, muitas vezes oferecendo as cotas por valor consideravelmente superior ao nominal. Evita-se, com este expediente, a necessidade de redução do capital social (decorrente da saída de algum sócio) com o seu posterior aumento, o qual deverá observar, por sua vez, o procedimento previsto no art. 1.081 do Código Civil.

Por fim, há de se considerar lícita a doação de cotas à própria sociedade, para posterior alienação, bem como acolher como regular a previsão contratual de resgate de cotas, com recursos provenientes de reservas criadas especialmente para este fim, quando da prática de atos que atentem contra a atividade explorada pela sociedade.

Impende registrar, ainda, que uma vez admitida a aquisição de cotas pela própria sociedade, o quorum de aprovação de tal medida é de ¾ do capital social, haja vista a necessidade de modificação do contrato social (Código Civil, art. 1.076, inc. I, c/c art. 1.071, inc. V).

Observe-se, outrossim, que apesar de se admitir a aquisição de cotas pela própria sociedade, seja para manutenção em tesouraria ou para posterior cancelamento, é também possível a interpretação segundo a qual não se pode concluir que a sociedade seja sócia dela mesma. Toda e qualquer exegese jurídica que almeje legitimidade há de partir de pressupostos lógicos, e admitir que a sociedade seja sócia dela mesma escapa desta ordem de idéias.

Nesse contexto, a despeito do que foi exposto acima, é também defensável o entendimento de que a existência de cotas em tesouraria não supre eventual problema de unipessoalidade superveniente de sócios na sociedade limitada, que, de acordo com esta lógica, deverá ser sanado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, na forma do art. 1.033, inc. IV, do Código Civil, sob pena de dissolução ou de irregularidade da sociedade. Não obstante, caso a sociedade seja regida supletivamente pelas normas da Lei n. 6.404/76 a unipessoalidade superveniente de sócios deve ser sanada até a realização da assembleia geral ordinária seguinte àquela em que se constata a existência de um único sócios, também sob pena de dissolução da sociedade, na forma do art. 206, inc. I, "d", da Lei n. 6.404/76.

5. CONCLUSÕES

Diante de tudo o que foi exposto, pode-se concluir o seguinte:

1) O Código Civil de 2002, em matéria de Direito Empresarial societário, é confuso, assistemático e não favorece a estruturação objetiva dos negócios, especialmente por meio de sociedades limitadas.

2) O excessivo número de registros de empresários individuais nas Juntas Comerciais, aliado a deficiência teórica e científica do modelo jurídico do empresário individual, demonstra, pelo menos em tese, que os empreendedores – especialmente os pequenos e médios – precisam de um modelo jurídico que lhes permita desenvolver os seus negócios sem sócios e com a limitação da responsabilidade patrimonial subsidiária.

3) O Direito brasileiro continua não permitindo a constituição originária de sociedades unipessoais, com exceção da sociedade anônima subsidiária integral, que normalmente não condiz com a necessidade de estruturação dos pequenos e médios negócios.

4) O Direito precisa ser compreendido como uma ordem normativa constituída por princípios e regras, cuja finalidade maior é a estruturação dos objetivos das pessoas e a prevenção de conflitos, com o menor custo possível e, preferencialmente, sem a existência de processos judiciais.

5) Especialmente no Direito Empresarial societário, a análise estratégica do Direito deve permitir a imposição de um pensar jurídico estratégico, que permita encontrar as soluções jurídicas e lícitas para a realização dos objetivos traçados pelas pessoas, considerando-se também a importância da interpretação e o seu caráter dialético.

6) O Código Civil em vigor é completamente omisso em relação à compra das cotas pela própria sociedade e, por isso, é possível a interpretação segundo a qual o disposto no artigo 8º do Decreto n. 3.708/1919 não foi revogado ou derrogado pela nova lei. A mesma conclusão decorre da aplicação da regra de interpretação do Direito Privado, segundo a qual *o que não é proibido é permitido*.

7) Por isso, independentemente do regime de regência supletiva das sociedades limitadas, a compra das cotas pela própria sociedade é uma interpretação lícita e, assim, continua sendo uma solução jurídica possível para que a pessoa física do empreendedor

organize o seu negócio por meio de uma sociedade limitada, desde que a sociedade possua lucros ou reservas suficientes para comprar as cotas que não forem de propriedade do empreendedor em questão. A interpretação dialética, nesse caso, reside apenas na possibilidade de manutenção de tal situação por prazo indeterminado, ou limitada aos prazos decorrentes do disposto no artigo 1.033, inciso IV, do Código Civil (quando a limitada é regida supletivamente pela sociedade simples) ou no artigo 206, inciso I, "d", da Lei n. 6.404/76 (quando a sociedade é regida supletivamente pelas normas das sociedades por ações).

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Editora Objetiva: Rio de Janeiro, 1ª edição, 2001.

GABRICH, Frederico de Andrade. *Análise Estratégica do Direito*. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Brasília, 2008.

JUCEMG. *Junta Comercial do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: <www.jucemg.mg.gov.br>. Acesso em setembro de 2009.

JUCESP. *Junta Comercial do Estado de São Paulo*. Disponível em: <www.jucesp.gov.br>. Acesso em setembro de 2009.

---

[1] Nesse sentido, segundo estatística divulgada pela Junta Comercial do Estado de Minas Gerais – JUCEMG (www.jucemg.mg.gov.br , acesso em 10/09/2009):

MÊS	**Constituições**					
Empresário	**LTDA**	**S/A**	**Cooperativa**	**Outros**	**TOTAL**	
Janeiro	1.763	2.416	16	2	14	**4.211**
Fevereiro	1.816	2.461	16	11	8	4.312
Março	1.678	2.603	17	5	6	4.309
Abril	2.072	3.013	14	4	13	5.116
Maio	1.616	2.328	10	5	1	3.960
Junho	1.513	2.489	16	10	10	4.038
Julho	1.600	2.534	7	10	2	4.153
Agosto	1.830	2.796	8	3	10	4.647
Setembro	1.947	3.028	15	5	2	4.997
Outubro	2.020	3.049	28	4	15	5.116
Novembro	1.876	2.703	12	2	5	4.598
Dezembro	1.359	2.172	22	5	7	3.565
TOTAL	**21.090**	**31.592**	**181**	**66**	**93**	**53.022**

[2] GABRICH, Frederico de Andrade. Análise Estratégica do Direito. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Brasília, 2008.

[3] É sempre bom ressaltar que *não existe direito sem limite, nem, tão pouco, regra sem exceção*.

[4] HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Editora Objetiva: Rio de Janeiro, 1ª edição, 2001, p. 1261.

[5] GABRICH, Frederico de Andrade. A Inconstitucionalidade do Artigo 2.031 do Código Civil. Revista Forense Eletrônica, n. 374, p. 578-590.

[6] §1º A lei posterior revoga lei anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

THE BUSINESS OF BUSINESS IS BUSINESS? A OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DA ORDEM ECONÔMICA EM ASSEGURAR A TODOS EXISTÊNCIA DIGNA, CONFORME OS DITAMES DA JUSTIÇA SOCIAL*

THE BUSINESS OF BUSINESS IS BUSINESS? THE CONSTITUTIONAL OBLIGATION OF THE ECONOMIC ORDER IN ENSURING ALL EXISTENCE, AS THE DICTATES OF SOCIAL JUSTICE

Gilson Martins Mendonça

RESUMO

A Constituição Federal vigente, embora abundante em direitos sociais, traz em seu bojo normas que açambarcam indubitavelmente o modo de produção capitalista baseado na propriedade privada e na livre concorrência que desembocam na excludente acumulação de riqueza, impingindo ao Estado brasileiro uma economia de livre mercado. O Título VII, dedicado à ordem econômica e financeira, prescreve que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Não é demais informar, todavia, que a responsabilidade social corporativa tem sido utilizada pela literatura de administração, especialmente pela área da estratégia, como uma ferramenta para a obtenção de boa imagem e benefícios. Este artigo tem por escopo discorrer sobre o tratamento constitucional dado à ordem econômica e financeira, com especial atenção aos princípios gerais da atividade econômica, com base na crítica existente na literatura de administração.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ORDEM ECONÔMICA, RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA

ABSTRACT

The current constitution, although rich in social, brings with it rules undoubtedly monopolize the capitalist mode of production based on private property and free competition that lead to the exclusive accumulation of wealth, the Brazilian government foisting a free market economy. Title VII on the economic and financial order, prescribes that the economic order, founded on the appreciation of human labor and free enterprise, is to ensure that all the existence, as the dictates of social justice. There is too much information, however, that corporate social responsibility has been used by the management literature, especially the area of strategy as a tool for obtaining good image and benefits. This article aims at discussing the scope of constitutional treatment given to economic and financial order, with special attention to general principles of economic activity, based on existing literature critical of the administration.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: CONSTITUTION, ECONOMIC ORDER, CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

1. **Introdução**

"...corporate social responsibility is good for business, refrain heard from many CEOs, government officials, academics, NGOs and the like." (BANERJEE, 2008, p. 58)

Em 05 de outubro de 1988 é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil. Após um período de exceção, quando desde os mais elementares direitos individuais aos complexos interesses e políticas públicas serviam pela sua fragilidade como ferramentas para os sucessivos governos de força, uma nova ordem constitucional institui um estado democrático de direito que se fundamenta nos princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. Contudo, naquela época, o cenário mundial já caminhava a passos largos para a globalização da economia e minimização do Estado, cristalizado no Consenso de Washington e, com a queda do muro de Berlim, para o fim de uma certa bipolarização das ideologias políticas.

A Carta Constitucional brasileira, por sua vez, deixa claro que o Estado brasileiro ratifica a economia de mercado, legitimando-o como *player* na ordem econômica internacional, desviando seu centro gravitacional do Estado para o mercado, haja vista os constantes ataques sofridos à sua competência e eficiência, levando às diversas "privatizações de empresas estatais, reforma do Estado e processos de abertura econômica" marcando definitivamente a instalação da era da globalização no Brasil (FARIA e IMASATO, 2007, p. 5), fato este suportado de certa maneira pela literatura de estratégia, que passa a pregar que a "interação estratégica entre os setores público e privado precisa se compreendida como um impulsionador dinâmico da vantagem competitiva" (BAILEY, 1999, p. 87). Aliás, o fenômeno das privatizações não encontrou lugar somente no Brasil na década de 80, mas também nos Estados Unidos da América e nas economias emergentes desde meados da década anterior, quando o setor público sofreu com os movimentos de reforma na regulamentação econômica, aí incluídas "tanto a desregulamentação quanto a privatização, que fazem parte do *downsizing* e da reinvenção do governo no mundo inteiro" (BAILEY, 1999, p. 90).

Nessa racionalidade macroeconômica (FURTADO, 1978), aliada à teoria da dependência, que costuma ser desprezada pela área de estratégia, aparece a grande empresa como um ator tão ou mais importante do que Estados ou governos, já que a área de estratégia passa a tratar as políticas públicas, as reivindicações sociais e o ativismo ambiental surgidos nos anos 60 como de interesse do setor empresarial já na década seguinte (FARIA e SAUERBRONN, 2000, p. 13), muito embora Chandler já tratasse da ascensão do papel da grande empresa americana desde o início do século passado, quando ela, ao assumir funções antes exercidas pelo mercado, torna-se "a mais poderosa instituição da economia norte-americana, e seus administradores, o mais

influente grupo de decisores na área econômica", patenteando o capitalismo gerencial (CHANDLER, 1998, p. 248), passando a coordenar e integrar o fluxo de bens e serviços em todo o seu processo produtivo, desde a matéria-prima até o consumidor final, aumentando o poder de persuasão das empresas desse porte.

A Assembleia Nacional Constituinte certamente não ficou imune às pressões da área econômica e aos interesses comerciais, apesar de a Lei Magna de 1988 levar a alcunha de Constituição Cidadã. Nesse sentido, Bonavides (2004) sustenta que poderosas forças ainda tentam se apoderar do aparelho estatal a fim de retroceder avanços sociais conquistados, via destruição do Estado social brasileiro. Todavia, o contrário também pode acontecer. Lenway e Murtha (1994) dão ao Estado o papel de ator no âmbito do comércio internacional, definindo estratégias econômicas internacionais como um planejamento governamental de alocação de recursos com o propósito de alcançar em longo prazo não somente os objetivos econômicos nacionais, mas também seus objetivos políticos que incluem crescimento, competitividade, segurança nacional e legitimação estatal no cenário internacional. Nesse sentido é que Whittington *et al* (2003) salientam sua visão de estratégia não apenas pertencente às organizações privadas mas como uma prática social cujos efeitos penetram no campo social nas sociedades avançadas contemporâneas.

Ocorre que a Constituição Federal vigente, embora abundante em direitos sociais, traz em seu bojo normas que açambarcam indubitavelmente o modo de produção capitalista baseado na propriedade privada e na livre concorrência que desembocam na excludente acumulação de riqueza, impingindo ao Estado brasileiro uma economia de livre mercado,

que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é a apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesses da classe dominante (SILVA, 2004, p. 762).

É necessário, pois, mencionar o Título VII da Constituição Federal, dedicado à ordem econômica e financeira, onde o *caput* do artigo 170 prescreve que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Não é demais informar, todavia, que a responsabilidade social corporativa tem sido utilizada pela literatura de administração, especialmente pela área da estratégia, como uma ferramenta para a obtenção de boa imagem e benefícios, no tocante a temas como os citados no dispositivo constitucional acima transcrito.

Assim é que, com o sugestivo título de "Estratégia e Sociedade: um elo entre vantagem competitiva e responsabilidade social corporativa", Porter e Kramer (2006) apresentam as quatro justificativas para a RSC: obrigação moral, sustentabilidade, licença para

operar e reputação, enfatizando que a relação entre empresa e sociedade pode ser analisada pelas mesmas ferramentas utilizadas para a análise de competitividade e desenvolvimento estratégico. À guisa de esclarecimento, os fundamentos em que se assenta a ordem econômica já se encontram alçados à princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 1º), já elencados alhures, que se desdobram em princípios gerais da atividade econômica.

Nesse passo, o que surpreende é o discurso da empresa cidadã que encontra guarida na norma constitucional ao determinar à atividade econômica ser ela verdadeiro meio de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, como se pode compreender pela sua redação. Ora, a empresa nada mais é do que bem de propriedade de outrem, pessoa física, cuja personalidade existe enquanto ficção jurídica, não sendo crível considerá-la em nenhum aspecto como "cidadã" e, portanto, passível daquela responsabilidade. Afinal, segundo Milton Friedman, vencedor do Prêmio Nobel de Economia de 1976, *the business of business is business…*

Dessa forma, o presente artigo tem por escopo discorrer sobre o tratamento constitucional dado à ordem econômica e financeira, com especial atenção aos princípios gerais da atividade econômica, com base na crítica existente na atual literatura de administração, muito embora alguma doutrina jurídica sirva de base para a compreensão de determinados fenômenos que se apresentam ao longo da discussão do tema. A responsabilidade pela tradução livre dos textos em língua estrangeira é do autor.

2. A atividade econômica e a ordem constitucional: mero discurso ou estratégia público/privada?

Inicialmente, deve-se atentar para o fato de que uma Constituição organiza um Estado, dando-lhe a face de sua época, muito embora seja fruto de disputas políticas de bastidores, haja vista invariavelmente ser o constituinte representante de uma classe ou de um grupo de interesse. O próprio Estado pode ser considerado "uma organização dirigida por políticos e burocratas que buscam proveito próprio, não são só limitados na capacidade de colher informações e executar políticas, como também sujeitos às pressões de grupos de interesse" (CHANG, 2002, p. 101).

Como resultado, o ordenamento jurídico de um país não deixa de ser meio de sustentação dos interesses das elites. A escravidão, por mais odiosa e sem fundamento que seja atualmente a prática de um homem subjugar a outro, não atentava contra a ordem jurídica de sua época, servindo de base de sustentação para uma economia que via na mão-de-obra forçada a vantagem competitiva no mercado internacional.

Isso permite inferir que a busca pela regulação, seja com base no Poder Constituinte originário ou derivado, seja nas mais elementares regras jurídicas, pode ser interpretada como uma necessidade de criar mecanismos de perpetuação do *status quo* de uma classe que domina os destinos e se faz presente nos Poderes da União e nos organismos internacionais através de seus representantes. Nessa esteira, ao discutir a ordem jurídica

do capitalismo quando, pretendendo acabar com o modelo corporativista medieval e seu protecionismo mercantilista, dá lugar à propriedade privada e ao contrato como base de uma nova ordem econômica, relata Moreira (1978) o surgimento de regras e institutos jurídicos que se dirigem diretamente à economia como o direito de empresa, o direito sindical e o direito dos contratos coletivos, possibilitando o direito de entrar na fábrica e velar pelas condições de trabalho, discutindo o autor se essa ordem jurídica capitalista se funda na racionalização da economia, na defesa da concorrência, nas ideologias econômicas ou no estado social.

Alguns autores da área do Direito entendem ter a Constituição brasileira vigente seu arcabouço sustentado por normas sociais. Para Bonavides (2004), a Carta de 1988 constitui um Estado Social haja vista sua compreensão sob a ótica social, não condizente a uma Constituição de Estado liberal, entendimento a que se alia Souza Filho (2002, p. 22 e 37) ao salientar que quatro questões tornam coerentes os termos da Constituição, a questão indígena, a preservação e proteção ambiental, a preservação do patrimônio cultural brasileiro e a reforma agrária, conformando "a proteção dos direitos sociais e da cidadania não só como direitos individuais, mas como direitos coletivos" e, portanto, reconhecendo a existência de direitos coletivos, culminando numa ruptura com a concepção moderna de supremacia dos direitos individuais, com base na valoração econômica dos bens, sempre ligados a um patrimônio individual, fazendo nascer a figura dos bens socioambientais, isto é, "somente aqueles pertencentes a um grupo de pessoas, cuja titularidade é difusa porque pertence a ninguém em especial, mas cada um pode promover sua defesa que beneficia sempre a todos".

Martins (*apud* BASTOS, 1988) vai além, entendendo existir uma vertente político-social nas constituições programáticas, por conter além do estatuto político próprio, princípios fundamentais complementares para o ordenamento da sociedade, uma acepção ampla de Constituição Social, que se alia à Constituição Econômica, responsável pelos princípios e normas de organização e disciplinamento social da atividade econômica de uma comunidade política e a Constituição Cultural, referente aos princípios e normas da atividade cultural das pessoas, dos grupos e das coletividades políticas. A interpretação das normas constitucionais, para Ariño Ortiz citado por Bessa (2006, p. 169), deve ocorrer, conforme a existência de valores diversos, sob duas concepções. A primeira, explica,

advoga a prevalência da economia de mercado, de modo que os princípios constitucionais devem ser entendidos sob a ótica do mercado, admitindo-se intervenções corretivas e complementares, porém com ela compatíveis", prevalecendo aos princípios constitucionais basilares do sistema social. A segunda corrente nega qualquer hierarquização em relação aos princípios e preceitos constitucionais, procurando interpretar os princípios conflitantes com base tanto nos valores de cunho social quanto liberal, cuja intervenção estatal se daria conforme as contingências.

Na verdade, o artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil, inserto no Título VII que trata da ordem econômica e financeira, traz "expressões cujo conteúdo é de manifesta vacuidade, pois se presta a toda sorte de interpretação" (CENEVIVA,

1989, p. 264), quando expressa que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, senão vejamos.

O primeiro fundamento presente no texto, a valorização do trabalho humano, que em conjunto com a livre iniciativa figura no artigo 1º, IV como um dos princípios fundamentais da República, deita raiz na dignidade da pessoa humana, núcleo básico de todo direito humano, pois "o trabalho deve fazer jus a uma contrapartida monetária que o torne materialmente digno. O trabalho prestado mediante pagamentos vis tangencia a servidão e não é compatível com o estágio sócio-econômico dos nossos dias" (BASTOS, 1988, p. 16). Inicialmente, é de se questionar se a ordem econômica não trata de maneira vil ou, no mínimo, com flagrante desfaçatez, o trabalhador assalariado que recebe o equivalente a pouco mais de US$ 200,00 mensais para "atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo" (artigo 7º, IV).

Em relação ao exemplo utilizado da servidão, assim como em referência ao trabalho infantil, lembra Chang (2008) que nos chamados países desenvolvidos, muito embora em tempos passados as referidas práticas fossem permitidas, atualmente essas questões sequer podem ser incluídas em pautas de discussão política, haja vista seu tratamento como direito humano incontestável. Nos países subdesenvolvidos, entretanto, a proibição estatal ainda pode ser vista como uma intervenção prejudicial à eficiência econômica e ao livre acesso ao mercado de trabalho, o que pode tornar questionável o fundamento da valorização do trabalho humano à ordem econômica e financeira, até porque tanto no Brasil quanto nos demais países ocidentais em geral, "a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada", caracterizando o modo de produção capitalista (SILVA, 2003, p. 762) e a livre iniciativa, segundo fundamento encontrado no *caput* do artigo ora em comento, a que passamos a discorrer.

A livre iniciativa, coadunada com o direito fundamental de livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos (artigo 170, parágrafo único e artigo 5º, XIII), entende-se pela possibilidade de qualquer pessoa participar do mercado com uma atividade econômica, sem a necessidade de autorização ou de intervenção estatal. Para tanto, há de ser garantido o direito de propriedade, protegido *erga omnes*, contra tudo e contra todos, previsto no inciso II do mesmo artigo 170, cujo "exercício envolve uma liberdade de mercado, o que significa dizer que são proibidos os processos tendentes a tabelar os preços ou mesmo a forçar a sua venda em condições que não sejam as resultantes do mercado" (BASTOS, 1988, p. 16). Contudo, a despeito do argumento da mão invisível de Smith, "as crises de desenvolvimento pelas quais passaram muitas nações subdesenvolvidas nas últimas décadas mostram o quanto é perigoso supor a primazia do mercado e acreditar que ele se desenvolverá naturalmente conquanto o Estado não interfira em sua evolução" (CHANG, 2002, p. 115).

Basta ver a última crise financeira mundial e a aplicação de dinheiro público em empresas privadas sob a argumentação de que é preciso salvar o emprego. Pululam exemplos nefastos de tábua de salvação pela coisa pública a empreendimentos privados

como o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Sistema Financeiro Nacional – Proer, que salvou muitos bancos brasileiros com problemas de liquidez e o recente pagamento de bônus aos executivos da Seguradora AIG com o dinheiro público investido exatamente para tentar dar um fôlego à agonia de uma empresa moribunda. Salvar empregos, não premiar aqueles que levaram a empresa à bancarrota. Entende-se, pois, que a livre iniciativa, em verdade, não é tão livre que possa dispor da ajuda financeira pública para salvaguardar os interesses de seus acionistas.

O fim a que se destina a ordem econômica e financeira, pelo texto constitucional é de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Tal desígnio já havia sido previsto nos artigos 1º, III e 3º, IV, este último como um dos objetivos fundamentais da República, que passa então, ou no mínimo procura dividir seu ônus, à ordem econômica e financeira. Para Bastos (1988, p. 171), "o fim último da atividade econômica é a satisfação das necessidades da coletividade. O estágio atual da tecnologia e do equipamento industrial, agrícola e de serviços já começa a tornar possível eliminar o que tem sido uma constante na história da humanidade: a existência da pobreza". Discorda-se: as novas tecnologias ainda não conseguiram disseminar doenças ou distribuir alimentos na medida da necessidade de uma imensa massa de miseráveis que se espalha pelo mundo simplesmente porque essa atividade não está e nunca esteve na pauta daqueles que detém tal conhecimento. Um remédio, cuja matéria prima pode ter sido conseguida através da prática da biopirataria da biodiversidade amazônica, por exemplo, não servirá tanto à erradicação de nenhuma doença quanto servirá para engrossar o lucro da indústria farmacêutica.

O otimismo presente na afirmação do autor, diga-se de passagem, se avizinha da recente declaração da Governadora do Maranhão, que retornou ao comando de um dos estados mais pobres da Federação por força de decisão judicial muito contestada nos meios jurídicos, que expõe não haver pobreza absoluta nem riqueza extrema no estado, reforçando o discurso da oligarquia de que nem os desmandos perpetuados ao longo de quarenta anos pelo mesmo grupo político produziu malefícios ao povo, nem seus personagens enriqueceram a custa da coisa pública. É o providencial limbo político-administrativo que serve para legitimar a inércia de um governo fadado ao fracasso na área social, mas de braços dados com a ordem econômica e com os poderes constituídos. Persuasão pela palavra, melhor o dizer de Silva (2003, p. 764), para quem essa "retórica constitucional ... só por si, não tem significado substancial, já que a análise dos princípios que informam essa mesma ordem não garante a efetividade daquele fim".

O mesmo ocorre quanto à justiça social, meio para atingir o fim acima exposto. Presente no artigo 3º, I, III e IV e cunhada pela primeira vez na Constituição de 1946, há muito vem o homem pugnando por essa condição, contrária aos interesses do capitalismo, até porque é regra o sentimento não fazer parte das preocupações das empresas, sendo péssimo para os negócios (LEVITT, 1958), até porque virtude cívica não condiz com a condição de pessoa jurídica que só existe por ficção da lei e

na economia política em que vivemos hoje, sempre existirão estratégias corporativas com o intuito de aumentar os ganhos dos acionistas com retorno financeiro, não com justiça social ou moralidade. Embora haja tentativas de conceituar responsabilidade

social como 'capital social' elas não vingarão, a menos que haja uma reestruturação radical da economia política e reposicionamento radical sobre o papel da corporação na sociedade. Capital Social não é um bem universal, há tempos é gerado por um grupo de pessoas à custa de algum outro segmento da sociedade. A Máfia tem exemplos consideráveis de capital social. Assim também a Al Qaeeda. (BANERJEE, 2008, p. 74)

Em suma, não se pode esperar da iniciativa privada que ela promova a esperada justiça social, vez que seu papel é outro, dar lucro aos seus acionistas. Fica evidenciado o não comprometimento inclusive de agências internacionais como o Banco Mundial que, embora afirme trabalhar para livrar o mundo da pobreza e ajudar os países a se desenvolverem e estabelecerem crescimento econômico estável, sustentável e igualitário, não apresenta políticas que verdadeiramente ajudem os pobres diretamente, já que a reforma agrária, por exemplo, não é pensada como meio de distribuição de terras, as leis trabalhistas somente são citadas quando relacionadas à intervenção estatal, há ausência de estratégias quanto à distribuição de renda, aos direitos da criança, do adolescente e de outros grupos vulneráveis (COOKE, 2004). A seguir, alguns comentários sobre os princípios gerais da atividade econômica.

3. Alguns comentários sobre a soberania, a propriedade e a livre concorrência como princípios gerais da atividade econômica

O primeiro princípio, a soberania nacional, tanto presente no artigo 1º, I da Constituição Federal quanto na parte a se destina à economia, para Bastos (1988) tem o intuito de definir o que chama de nacionalismo econômico. Tal propósito cai por terra com o entendimento de que as operações comerciais das grandes empresas multinacionais produzem efeitos onde quer que operem, inclusive pressionando governos e modificando políticas públicas. Robert Galvin, diretor da Motorola por mais de três décadas, referindo-se à utilização de estratégias não voltadas para o mercado, ou seja, a interação da empresa com seu público através dos arranjos sociais, políticos e legais, confessa que escrevia “as regras do jogo” e criava mercado inclusive influenciando políticas e ajudando a criar regras de mercado e escrever leis de países pelo qual havia interesse comercial (BARON, 1995).

Para Furtado, as atividades econômicas internacionais, aparentemente simples extensão das atividades da empresa, geram “efeitos secundários que podem escapar ao poder coordenador dos centros responsáveis pela política econômica nacional”, delimitando o campo de ação do Estado e fomentando a “disputa entre as grandes empresas e o Estado, na medida em que este reflete as aspirações de grupos mais amplos da sociedade” (FURTADO, 1978, p. 19 e 23).

Muitos são os exemplos trazidos que dão conta da atividade empresarial que fere direta ou indiretamente a soberania de países. Vogel (1986, p. 147) lembra o financiamento a rebeldes nicaragüenses pelas grandes empresas sob o manto da responsabilidade social, cujas empresas chegam a mudar sistemas políticos de países, mesmo que os acadêmicos

prefiram dar maior atenção “às pressões exercidas sobre as injustiças raciais sul-africanas do que chamar a atenção à responsabilidade de empresas na contenção de grupos que pregam o fim da propriedade privada e do pluralismo político na América do Sul” ou a atuação da Chevron na tentativa de perpetuação do colonialismo em Angola, “ou seja, os mesmos que pregam a responsabilidade preferem calar-se frente as irresponsabilidades cometidas pelas grandes empresas, cujas ações meramente com fim de lucro podem prejudicar um sem número de pessoas e a soberania de um país”.

Blowfield e Murray (2008) afirmam que as empresas multinacionais na África se posicionam como detentoras das soluções para os problemas cuja agenda política invariavelmente diz respeito a direitos comerciais essenciais como livre mercado e direitos de propriedade privada muito embora o retorno seja ínfimo. A solução, pois, é se utilizar da responsabilidade social corporativa para encobrir suas irresponsabilidades. Banerjee (2008) cita grandes empresas transnacionais, como a Union Carbide, a Nike, a Exxon e a Shell, responsáveis pelos maiores desastres ambientais e impactos sociais negativos no Terceiro Mundo que, em lugar de perder a licença para operar, ficaram na verdade mais fortes e mais poderosas em virtude de fusões, reestrutura ou campanhas de relações públicas inexoráveis. Faria e Imasato (2007) asseveram que políticos, administradores públicos, líderes sociais, diplomatas, ativistas e outros atores vem perdendo espaço como estrategistas nos países emergentes por força da literatura americana que coloca como único estrategista o gerente da grande empresa e, “nesses contextos as grandes corporações detêm mais poder político e econômico do que nos contextos em que a literatura (tanto dominante quanto crítica) é majoritariamente produzida” (FARIA e SAUERBRONN, 2008, p. 29). Para Banerjee (2008, p. 69)

a retórica da responsabilidade social corporativa também parece confundir democracia com capitalismo. Enquanto a retórica da política externa americana durante os anos 70 era 'dissemine valores democráticos', a realidade é que as decisões da política externa promoveram a democracia liberal americana que busca criar um sistema global' baseado nas necessidades do capital privado, inclusive a proteção da propriedade privada e livre acesso aos mercados' (Hertz, 2001,: 78). Há também outro elemento de hipocrisia no 'livre acesso', pois em diversos casos o governo americano restringiu o acesso estrangeiro ao seu mercado no intuito de proteger interesses econômicos nacionais em vários setores industriais. Irã, Guatemala, Brasil, Chile, Filipinas, Panamá e Venezuela são alguns países em que a democracia se baseou em interesses corporativos americanos.

Outro exemplo interessante de ataque à soberania e intervenção do Primeiro Mundo nos processos políticos de uma nação é o caso trazido por Cooke (2004) do anúncio de emprego publicado na revista *The Economist* em abril de 2000, para a chefia de um gabinete de democracia e governança no Quênia, com o requisito de capacidade de exercer liderança intelectual em planejamento, implementação, gestão e avaliação de programas necessários à sustentação da governança democrática daquele país a ser preenchido apenas por um cidadão norte-americano ou por estrangeiro residente nos Estados Unidos com excelente fluência em inglês e apenas fluência recomendada em swahil, língua local. A globalização do neoliberalismo, enfim, é mais negativa do que

ajuda aos fins constitucionais, ao facilitar a dissolução do Estado nacional e a soberania (BONAVIDES, 2004), no movimento de transferência de poder às grandes corporações.

A propriedade privada, base de sustentação do capitalismo, está assegurada no artigo 5º, XXII e figura como segundo princípio da ordem econômica e financeira. Uma das propostas básicas do Consenso de Washington foi a ampliação da segurança patrimonial, por meio do fortalecimento do direito de propriedade. Nesse sentido, há muito os Estados Unidos intervém nos direitos de propriedade a fim de facilitar a ordem econômica, notadamente as ferrovias, e o processo de industrialização.

Historicamente, discorrendo sobre as origens agrárias do capitalismo, Wood (2000) relata que a Inglaterra cria no Século XVI a figura do arrendatário, baseada nos latifúndios existentes, cujos proprietários poderiam amealhar mais riqueza por força do trabalho de camponeses, agora não proprietários, que estavam sujeitos tanto às pressões dos senhores de terra quanto às pressões do mercado que cobrava maior produtividade. Esta passa a ser preocupação tanto dos proprietários quanto dos arrendatários: tornar a terra mais produtiva alcançando maior lucro. Passa então a valer o "melhoramento", por meio de técnicas mais apuradas de cultivo. Essa era a ideologia da classe capitalista emergente: produtividade e lucro. A par das melhores técnicas empregadas no cultivo, o melhoramento também trouxe novas relações sociais e ruptura com modelos antigos, como, por exemplo, o conceito capitalista de propriedade onde esta se torna eminentemente privada, excluindo outros indivíduos e a *polis*.

Ocorre em seguida o cercamento, isto é, a privatização de terras comunais, impedindo outras pessoas dela utilizar, levando-os à dependência e, em última instância, tornando o homem que não pode ser detentor do meio de produção a ser assalariado. Chang (2002) se utiliza do *enclosure* para exemplificar a distribuição dos direitos de propriedade como processo altamente político que pode envolver corrupção, roubo e violência, assim como as turvas negociações que dominam o processo de privatização em muitos países subdesenvolvidos e ex-comunistas no período atual. Daí, embora contestável, aquela autora defende a teoria de que foi a partir desse modelo de capitalismo inglês que outros países tomaram o rumo do desenvolvimento nos moldes capitalistas.

Mais recentemente, Banerjee (2008) explica que o conflito sobre o controverso Acordo TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), da Organização Mundial do Comércio - OMC, acarreta a legitimação da propriedade privada em relação à propriedade intelectual sobre formas de vida a favor de indivíduos, estados e corporações, mas não para as populações indígenas e comunidades locais. Permite que haja, destarte, patenteamento de micro-organismos, processos não-biológicos e micro-biológicos sem, contudo, resultar em benefícios às comunidades detentoras do conhecimento e desses recursos naturais.

Em continuidade, a função social da propriedade, prevista no artigo 5º, XXIII, pode encontrar sentido no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste), que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, para quem a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por essa lei, destacando o interesse social a que se destina. A partir dos anos 70, com a crescente atenção por parte da academia à responsabilidade social das empresas e à ética empresarial, começa a se disseminar a idéia da responsabilidade pelos efeitos da atividade empresarial (FARIA e SAUERBRONN, 2008). A empresa é propriedade e como tal, deve cumprir a sua

função social. Todavia, marcadamente um país de latifúndios, deita-se especial atenção à propriedade rural no tocante à sua função social e a intervenção estatal por meio do instituto da desapropriação para ilustrar este princípio.

O artigo 186 da Constituição Federal informa que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, os requisitos do aproveitamento racional e adequado; a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; a observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. A despeito dos inúmeros casos de trabalho escravo em fazendas e desrespeito aos direitos trabalhistas dos trabalhadores rurais, a função social da propriedade rural deve atingir o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Quanto aos primeiros, não resta dúvida.

Não obstante traga princípios para uma reforma agrária, o artigo seguinte diz que a política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes. Ou seja, embora haja a previsão da participação de trabalhadores rurais, infinitamente mais desarticulados e conseqüentemente com menor poder que a bancada ruralista no Congresso Nacional, por exemplo, e levando-se em conta que os movimentos sociais são colocados à margem das discussões, não sendo reconhecidos pelo *establishment* e marginalizados pela imprensa enquanto representantes das classes menos favorecidas, nada de bom sobrará para o social nas discussões sobre novas regras para o setor em virtude da representatividade abundante dos representantes das classes econômicas interessadas.

Quanto à participação dos trabalhadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação, assegurada no artigo 10 da Constituição brasileira, para Bessa (2006) o atual cenário permite inferir que inúmeros programas governamentais e ações específicas como o Orçamento Participativo vem dando frutos no sentido de estabelecer “novas dinâmicas de interação entre sociedade e Estado no âmbito das políticas públicas”. No entanto, uma coisa é certa, a desapropriação não atingirá, em tese, a propriedade de quem encontra refúgio no poder político e econômico, até porque a variabilidade do conceito de “produtiva” a torna insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária, como disposto no artigo 185, que, oportunamente, terá tratamento especial determinado em lei, cujo processo legiferante certamente sofrerá as pressões do capital e do setor produtivo.

A livre concorrência figura no inciso IV do artigo 170 como princípio geral da atividade econômica e não poderia deixar de sê-lo. Em franca sintonia com a norma insculpida no § 4º do artigo 173, que determina que a lei reprima o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, o ordenamento jurídico brasileiro conta com a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, chamada de Lei Antitruste, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Sua aplicação, conforme artigo 2º, ocorre sobre práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que

nele produzam ou possam produzir efeitos, exceto quando prevista em convenções e tratados de que seja signatário o Brasil.

A lei ainda transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade em Autarquia, isto é, pessoa jurídica de direito público, com autonomia político-administrativa e de decisão. Dessa forma, cabe o questionamento se o que ocorre, na verdade, é o exercício de autonomia ou a politização do mercado, que deve ser entendido até mesmo pela fraseologia peculiar capitalista, como "livre". Então, a idéia de autonomia enquanto liberdade de agir se transfigura em atendimento aos interesses de classes que, como já falado, permeiam de forma subreptícia os bastidores políticos. Ora, se o mercado é um constructo político, não há possibilidade de sua total despolitização além do que os exemplos mais variados demonstram que a espontaneidade aparente do mercado falseia a decisiva intervenção estatal, como na Grã-Bretanha ou nos Estados Unidos e

uma vez que se admite que a Grã-Bretanha e os Estados Unidos, os dois supostos modelos de desenvolvimento com base no mercado, não se desenvolveram por meio do surgimento espontâneo dos mercados, fica muito mais fácil ver que, virtualmente, não existe um único país (com a provável exceção de Hong Kong) que tenha chegado ao *status* de industrializado sem pelo menos alguns períodos de forte envolvimento estatal (Chang, 2002, p. 114).

Ou seja, a liberdade é acompanhada não somente de regulação e vigilância como também e principalmente da intervenção direta do Estado no mercado, como no caso do Proer, do Acordo TRIPS ou dos US$ 218 milhões de bônus pagos aos executivos da AIG, investidos (com o dinheiro público) para salvar a companhia (privada), como citados. Ainda quanto à lei antitruste brasileira, alguns dispositivos podem ser encontrados com o intuito de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa (artigo 20, I), bem como combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa (artigo 21, VIII), cujos atos deverão ser submetidos à apreciação do Cade (artigo 54). No caso de empresas privatizadas, estas são obrigadas a prestar informações, após a liquidação financeira da operação de compra, à Secretaria de Direito Econômico – SDE sobre a aplicabilidade dos comandos da lei antitruste, conforme artigo 52 do Decreto nº 2.594, de 15 de abril de 1998.

Para Silva (2003, p. 771), as leis antitruste não tem eficácia já que não existe economia de mercado nem livre concorrência "desde que o modo de produção capitalista evoluiu para as formas oligopolistas. Falar hoje em economia descentralizada, como economia de mercado, é tentar encobrir uma realidade palpável de natureza diversa. A economia está centralizada nas grandes empresas e em seus agrupamentos", enquanto realidade do Estado industrial, cujas ações de seus estrategistas eram intencionalmente legitimadas desde o início do Século XX (FARIA e SAUERBRONN, 2008), no que discorda Bastos (1988), ao prever possibilidades de restauração da competitividade pelo recursos de que dispõe o Estado, citando que o controle da política tarifária sobre os produtos

importados, por exemplo, pode criar um concorrente externo que force a desintegração de um monopólio ou oligopólio vigente em certo setor da economia.

Indubitavelmente há real interesse do setor estratégico das empresas nas ações do Estado, principalmente no âmbito internacional, o que resulta em um mercado dependente, expressa ou tacitamente, das políticas públicas sendo, como prefere tratar Chang (2002), completamente inútil discutir um mercado livre, já que todos os mercados possuem algum tipo de regulamentação estatal que define quem participa de que mercado e em que termos. A livre iniciativa e a livre concorrência, portanto, não são tão livres assim "já que as políticas públicas adotadas determinam como as empresas vão se reconfigurar buscando maior competitividade", razão pela qual "a literatura da área de ética empresarial prefere não citar as pressões exercidas sobre os governos para regular os setores conforme seus interesses" (VOGEL, 1986, p. 146 e 148).

4. A ordem econômica na defesa do consumidor, do meio ambiente, do excluído, do trabalhador e da pequena empresa.

Tema atual é a defesa do consumidor, prevista no inciso V do artigo 170 e no artigo 5º, XXXII da Constituição Federal, que determina ao Estado a defesa do consumidor, culminando com a produção de legislação própria como a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor-CDC), a acima citada Lei nº 8.884/94 e a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo), além de um sem número de órgãos públicos como juizados especiais, promotorias de defesa do consumidor do ministério público, subsecretarias de defesa do consumidor – Procon, delegacias de defesa do consumidor e organizações não-governamentais para a defesa de seus interesses individuais, difusos e coletivos.

Entretanto, há muita confusão entre o que as empresas estão fazendo com base numa alegada responsabilidade social e o que o fazem por simples obrigação legal. As peças publicitárias são pródigas em vociferar as práticas socialmente responsáveis e até mesmo elementares direitos trabalhistas ou o respeito ao consumidor são utilizados para vender uma imagem dócil, como se, por exemplo, o direito de o consumidor devolver um produto com vício ou que não lhe agradou não estivesse contemplado no Código de Defesa do Consumidor. Isto é, aparentes atitudes socialmente responsáveis não caracterizam necessariamente a adoção por parte dos gestores de um comportamento mais responsável, podendo esconder o simples interesse em se utilizar da responsabilidade social corporativa e da ética nos negócios exatamente no momento em que a empresa passa a ser cobrada em seu relacionamento com a sociedade (VOGEL, 1986), aliando estratégia e oportunidades e responsabilidade social corporativa, o que para Davis (2005) é perfeitamente possível.

Nesse sentido é que o Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável – CEBDS trás em sua página da internet a responsabilidade social corporativa como "o compromisso contínuo da empresa com seu comportamento ético e

com o desenvolvimento econômico, promovendo ao mesmo tempo a melhoria da qualidade de vida de sua força de trabalho e de suas famílias, da comunidade local e da sociedade como um todo", haja vista pesquisa que conclui pela preferência de 76% dos consumidores por marcas e produtos envolvidos em algum tipo de investimento na área social, o que acirra "cada vez mais a competição entre as empresas".

No contexto de incertezas quanto aos efeitos que os organismos geneticamente modificados podem causar e, sob o argumento de proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente, o Estado do Paraná, através da Lei nº 14.162, de 27 de outubro de 2003, decidiu por vedar o cultivo, manipulação, importação, industrialização e comercialização de organismos geneticamente modificados em seu território destinados à produção agrícola, alimentação humana, excetuando a atividade para fins de pesquisa científica, devendo ser notificado o Conselho Técnico Estadual de Biossegurança — CTEBio a esse respeito e ainda, vedou a utilização do Porto de Paranaguá para a exportação e importação de organismos geneticamente modificados, proibindo as instituições financeiras operadoras do sistema de crédito rural a aplicar recursos no financiamento do cultivo ou manipulação em desacordo com a lei.

Com vigência a partir daquela data, o Governo do Estado do Paraná tentava fiscalizar em seu território desde o plantio até o transporte da soja. Dois meses após, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deferia, por unanimidade, medida liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade que questionava referida Lei. Em 2005, a mesma Corte julgou improcedente ação proposta pelo então Partido da Frente Liberal - PFL, atual Democratas, que afirmava que o governo paranaense estaria constrangendo agricultores, impondo dificuldades para a utilização do porto de Paranaguá, tanto para a estocagem como para o embarque de produtos transgênicos.

Como efeito do veto estadual à soja transgênica, segundo dados da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério da Indústria e Comércio, em 2004 houve uma queda de 44,5% dos embarques do grão no Porto de Paranaguá, a despeito do crescimento das exportações brasileiras de soja em grão em 36% no primeiro trimestre do ano, em relação ao mesmo período do ano anterior. O que está por trás de tudo, todavia, podem ser interesses comerciais da empresa que responde por mais de 90% da produção de sementes transgênicas no mundo e é produtora das sementes de soja geneticamente modificadas *roundup ready* e, além disso, segundo White citado por Blowfield e Murray (2008, p. 345), "no capitalismo, a Justiça não age apenas no sentido de obediência ao sentido da lei, ou à consciência, ou à compaixão, mas na suposição de um dever de preservar a ordem social e os direitos que constituem essa ordem, especialmente o direito à propriedade e a liberdade de dispor dela".

Enfim, de acordo com Chang (2002, p. 117), assim como hoje considerados incontestáveis os direitos de limitação à jornada de trabalho, ao voto e à erradicação do trabalho escravo, o direito do consumidor, o direito ao meio ambiente, à igualdade de gênero e diversidade são direitos do cidadão que afirmam que "nunca terão fim as lutas políticas que cercam o estabelecimento, a manutenção e a modificação das estruturas de direitos-obrigações que alicerçam o mercado". O certo é que a defesa do consumidor também interessa à grande empresa, "que define seu contrato público, coletivo, e vê, assim, garantida pelo Estado a relação de consumo. O cidadão, para a empresa, se transforma em consumidor" (SOUZA FILHO, 2002, p. 35)

A defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação se faz presente no artigo 170, VI e no artigo 225 da Constituição vigente, este último se utilizando do sentido de desenvolvimento sustentável ao afirmar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A Política Nacional do Meio Ambiente se encontra na **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**, e as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente estão dispostas na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, cujo artigo 4º prevê a possibilidade de ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

A sustentabilidade ambiental passa a fazer parte do discurso das corporações. Cunhada pela Primeira-ministra da Noruega Gro Harlem Brundtland no documento intitulado Nosso Futuro Comum da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e publicado em 1987, no qual desenvolvimento sustentável é concebido como "o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades". Banerjee (2008, p. 65) não aceita essa concepção de sustentabilidade como um conceito propriamente dito, mas como simples slogan que não cria teoria alguma e assim,

o desafio é achar tecnologias novas e ampliar o papel do mercado na alocação de recursos ambientais com a suposição que pôr um preço no meio ambiente natural é o único modo de protegê-lo, a menos que o degradar fique mais lucrativo (Beder, 1994). Em lugar de reformular mercados e processos de produção ajustando-os à lógica de natureza, o desenvolvimento sustentável usa a lógica do mercado e da acumulação capitalista para determinar o futuro de natureza (Shiva, 1991). A linguagem do capital é bastante aparente em discursos de desenvolvimento sustentável.

Basta conhecer os argumentos contidos na apresentação do Índice de Sustentabilidade Empresarial – ISE da Bolsa de Valores de São Paulo – Bovespa, que inicia pela tendência mundial dos investidores procurarem empresas socialmente responsáveis, sustentáveis e rentáveis para aplicar seus recursos, que passam a denominar-se de "investimentos socialmente responsáveis", considerando que empresas sustentáveis geram valor para o acionista no longo prazo, pois estão mais preparadas para enfrentar riscos econômicos, sociais e ambientais. O objetivo do índice é, pois, refletir o retorno de uma carteira composta por ações de empresas com reconhecido comprometimento com a responsabilidade social e a sustentabilidade empresarial.

Embora o Comitê Brasileiro do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - Pnuma, agência do Sistema ONU responsável por catalisar a ação internacional e nacional para a proteção do meio ambiente no contexto do desenvolvimento sustentável, faça parte do Conselho do ISE, o Instituto Brasileiro de Análises Sociais – Ibase e o Ministério do Meio Ambiente, após pressão de grandes empresas como Souza Cruz e

Ambev, decidiram deixar o Conselho Deliberativo em decorrência de não concordar com a inclusão de empresas dos setores de tabaco, armamento e bebidas. Aos defensores da participação de tais entidades pesa o fato de que as atividades são lícitas e, portanto, não se encontra motivo para sua exclusão. Boas as palavras do diretor do Ibase, para quem há incoerência na presença dessas empresas que comercializam produtos que "viciam, matam e prejudicam a sociedade" em "um índice que pretende ser um modelo para o mercado". Cesar (2008, p. 277) encerra a discussão da seguinte forma: "ao que tudo indica, este índice servirá para sustentar, politicamente, negócios insustentáveis no âmbito social". A fundamentação das empresas remete, portanto, ao axioma jurídico "*non omne quod licet honestum est*"...

A participação de agência das Nações Unidas responsável pelo meio ambiente no Conselho do ISE não se dá apenas pela identidade do tema, mas ocorre principalmente em virtude da promoção da sustentabilidade por governos nacionais e organizações internacionais como um caso empresarial, cuja conseqüência empresarial, não social ou ecológica, é a definição de parâmetros de sustentabilidade (BANERJEE, 2008, p. 67), já que os impactos estratégicos das políticas públicas não podem ser desprezados pela empresa. É "a compreensão da interação entre políticas públicas e as estratégias do setor privado. Essa análise deve incluir o efeito direto da política na empresa, bem como os efeitos indiretos das reações do mercado aos concorrentes" (BAILEY, 1999, p. 87) além do evento inverso, as empresas pressionando o governo por novas políticas e regulação tanto para atender aos interesses públicos quanto para minimizar os custos para a indústria. Outro exemplo é a incorporação pela Organização Mundial do Comércio de padrões de trabalho e meio ambiente à sua agenda de negociação (CHANG, 2002). Enfim, para Banerjee (2008), embora eventos como a *Rio Earth Summit* e o mais recente *Johannesburg Earth Summit* fracassaram em responsabilizar as corporações pela destruição do meio ambiente, serviram para reforçar o papel das corporações multinacionais na promoção do desenvolvimento sustentável.

Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais é objetivo da República previsto no artigo 3º, III. Tal objetivo, por força do inciso VII do artigo 170, passa a ser dividido com a ordem econômica e financeira, que passa a ter como princípio a redução das desigualdades regionais e sociais. Para Chang (2002, p. 108), na economia neoclássica, o mercado "não tem a função de gerar uma distribuição equitativa de renda". Ora, é dever do Estado reduzir as desigualdades regionais e sociais, e buscar uma distribuição mais equitativa da renda. Às empresas é resguardado o papel de produzir frutos aos seus acionistas e outro resultado não pode ser dela esperado sem um excessivo otimismo quanto aos seus fins. Não é crível pensar numa empresa que se preocupe mais com o bem-estar da sociedade do que com seus objetivos de lucro, expondo sua sustentabilidade já tão debilitada pelas agruras, falhas e instabilidades do mercado. Figurando como princípio, isto é, diretriz que subordina suas atividades, a empresa deveria negar-se em toda a sua essência para praticar o bem no lugar do Estado.

A busca do pleno emprego, inciso VIII do artigo 170, em consonância com a valorização do trabalho humano e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (artigos 1º, IV e 5º, XIII) é a afirmação de que há liberdade ao cidadão de procurar qualquer ocupação e onde lhe aprouver. Ao ser deslocado o foco para a realidade internacional, à primeira vista saltam as barreiras para a imigração. Os Estados Unidos da América, por exemplo, chegam a se utilizar de verdadeiras milícias para

controle e fiscalização da fronteira com o México, sob os auspícios governamentais, quiçá financiamento de armas e infra-estrutura. Permite ainda que sejam utilizados largamente recursos de mão-de-obra mexicanos em determinada fase do processo produtivo por empresas norte-americanas lá instaladas, entretanto, sem que seu valor seja equitativo aos recursos de mão-de-obra americanos, nem que os trabalhadores mexicanos participem das benesses da boa distribuição da renda dentro dos Estados Unidos (FURTADO, 1978). Na Alemanha, as agressões aos trabalhadores turcos são constantes com a fundamentação da proteção à oferta de emprego.

Mesmo em território nacional, é comum a descoberta de trabalhadores clandestinos, principalmente dos países andinos, vivendo em condições precárias e de semi-escravidão na indústria têxtil da capital paulista. Ou as regras para imigração no Brasil se assemelham às barreiras protecionistas praticadas em outros países, ou a ganância do empresariado ainda não assimilou o conceito de dignidade da pessoa humana e

economistas que criticam o salário mínimo e as normas trabalhistas como intervenção estatal como barreira ao livre acesso ao trabalho são os mesmos que não consideram como intervenção a restrição à imigração. Ora, é verdadeira intervenção estatal à busca do pleno emprego, o mesmo que criticam, mas se abstém de criticar, por exemplo, as condições de trabalho ofertadas (CHANG, 2002 p. 106).

O tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (artigo 170, IX), encontra no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006) e no Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007 sua regulamentação, inclusive quanto às contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal.

No Brasil, o texto constitucional assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (artigo 170, parágrafo único). Portanto, não há restrição à abertura de firmas que possam ser filiais de empresas transnacionais, e venham a servir a etapas específicas do processo produtivo. Assim como não há restrição (gerando empregos e recolhimento de tributos) também não há impedimento, ao menos em tese, ao fluxo de capitais para o exterior (artigo 5º, XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens). As novas tecnologias aplicadas à produção e à informação dão suporte à globalização econômica, cujo corolário é a transnacionalização da produção, a subcontratação da mão-de-obra e a operação remota sob indicadores e critérios estabelecidos pelas matrizes (FARIA e SAUERBRONN, 2008, p. 16), aumentando a dependência dos países em desenvolvimento em relação aos países industrializados, haja vista a sempre crescente acumulação de riqueza por estes, embora aqueles estejam aparentemente integrados no sistema de produção internacional.

Por fim, um exemplo pode ilustrar o atual cenário do mercado mundial, que se pretende socialmente responsável: após árdua e infrutífera negociação, foi necessário o Brasil

decidir pelo licenciamento compulsório para produzir remédio antiretroviral, cuja patente pertence a grande laboratório, a fim de minimizar os efeitos da Aids. A empresa tem como slogan "O paciente em primeiro lugar" e ao divulgar seu Balanço Social de 2004, elaborado "em um momento muito especial: o planejamento estratégico" traz as palavras de seu fundador: "Não podemos permanecer sentados até que o caminho tenha sido descoberto. Devemos fazer chegar a todos as nossas melhores descobertas". Em desagravo às palavras do administrador, a empresa não praticou nada mais do que seu papel de garantidora de lucros aos seus acionistas**.**

5. Considerações finais

A empresa é considerada como pessoa por mera determinação legal, que reconhece sua existência no mundo do Direito e lhe atribui personalidade jurídica para fins meramente de exercício de direitos e cumprimento de obrigações. Chamada de pessoas jurídicas no Brasil, pessoas coletivas em Portugal e pessoas morais na França, tem o que Ralph Nader chama de vida verdadeiramente fictícia. John Marshall, juiz da Suprema Corte Americana no caso *Dartmouth v. Woodward* em 1819, ao discutir questões relativas à propriedade privada e aos interesses das empresas, sentencia: "a empresa é um ser artificial, invisível, intangível. E existe somente na intenção da lei" (BANERJEE, 2008, p. 54). Ou seja, a justiça social, muito embora determinado pelo texto constitucional como fundamento à ordem econômica, carece de sustentação se analisado pelo viés da empresa, ser fictício a quem não pode ser imputada a responsabilidade pelo alcance daquela.

Além disso, desde os ensaios de Chandler sobre o surgimento da importância da grande empresa nos Estados Unidos até a atenção especial dada pelo Estado às ferrovias daquele país, passando pelo caso *Dartmouth v. Woodward* e a imputação dos custos sociais e ambientais das ferrovias aos residentes de Louisville em outro caso judicial ocorrido em 1839, os interesses das empresas ficam resguardados, senão pela intervenção estatal, por uma regulação benéfica aos seus interesses ou por decisões judiciais que quase sempre se posicionam contra o interesse social. Atente-se para o detalhe de que nesse cenário estão presentes os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A questão ambiental e suas pressões por regulação podem ajudar as grandes empresas que tem capacidade técnica e financeira para adaptar-se às mudanças. A defesa do consumidor também pode ser uma estratégia empresarial: aquela que sair na frente ganha vantagem competitiva. O discurso da responsabilidade social corporativa ainda encontra espaço, porém, com um pouco de atenção pode-se perceber que ações maquiadas como éticas ou socialmente responsáveis como um programa de qualidade de vida dos funcionários podem esconder estratégias para evitar que a imagem e o absenteísmo prejudiquem a produção e o lucro. A Constituição da República parece não acreditar que *the business of business is business*.

Referências

BAILEY, E. Integração das Tendências Políticas na Vantagem Dinâmica. In: DAY, G.; REIBSTEIN, D. *A Dinâmica da Estratégia Competitiva*. Rio: Campus, 1999. Cap. 3.

BANERJEE, Subhabrata B. *Corporate social responsibility*: the good, the bad and the ugly. Critical Sociology 34(1): 51-79, 2008.

BARON, David P. The nonmarket strategy system. *Sloan Management Review*, 37, 1, ABI/INFORM Global, p. 73-85, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988.

BESSA, Fabiane L. B. N. *Responsabilidade social das empresas:* práticas sociais e regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BLAIR, M.; BUGG-LEVINE, A.; RIPPIN, T. *The UN's role in corporate social responsibility*. McKinsey Quarterly, 2004.

BLOWFIELD, M.; MURRAY, A. *Corporate Responsibility*: a critical introduction. Oxford: Oxford University, 2008. Cap. 13.

BOVESPA. Índice de Sustentabilidade Empresarial – ISE. Disponível em <http://www.bovespa.com.br/Mercado/RendaVariavel/Indices/FormConsultaApresentacaoP.asp?Indice=ISE> Acesso em 4 mai. 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 35 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CESAR, Monica de Jesus. *"Empresa-cidadã"*: uma estratégia de hegemonia. São Paulo: Cortez, 2008.

CHANDLER, A. Introdução a *The Visible Hand*. In: McCraw, T. (org.) *Alfred Chandler – ensaios para uma teoria histórica da grande empresa*. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

CHANG, Ha-Joon. Rompendo o modelo: Uma economia política institucionalista alternativa à teoria neoliberal do mercado e do Estado. In: ARBIX, G.; COMIN, A.; ZILBOVICIUS, M.; ABRAMOVAY, R. (orgs) *Brasil, México, África do Sul, Índia e China*: diálogo entre os que chegaram depois. São Paulo: Unesp, 2002.

CONSELHO EMPRESARIAL BRASILEIRO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. Disponível em <http://www.cebds.org.br/cebds/resp-introducao.asp?bc=2&bsc1=responsabilidade+social+corporativa> Acesso em 04 agosto 2009.

COOKE, B. O Gerenciamento do (Terceiro) Mundo. *Revista de Administração de Empresas*, 44(3): 62-75, 2004.

DAVIS, Ian. *What is the business of business?* London, The McKinsey Quartely, n 5, 105-113, 2005.

FARIA, A.; IMASATO, T. Autoridade e Legitimidade em Estratégia, *Cadernos Ebape*, v. 5, n. 3, p. 1-18, 2007.

FARIA, A.; SAUERBRONN, F. A responsabilidade social é uma questão de estratégia? Uma abordagem crítica. *Revista de Administração Pública*, v. 42, n. 1, p. 7-33, 2008.

FREEMAN, Edward. The possibility of stakeholder capitalism. In: ZSOLNAI, László; GASPARSKI, Wojciech. *Ethics and the future of capitalism*, 111-116. Transaction Publishers, 2002

FURTADO, C. *Criatividade e Dependência na Civilização Industrial*. Cap. 1: Poder e espaço numa economia que se globaliza. São Paulo: Circulo do Livro, 1978.

LENWAY, Stefanie Ann; MURTHA, Thomas P. The state as strategist in international business research. *Journal of International Business Studies*: 513-535, 1994.

LEVITT, Theodore. The dangers of social responsability. *Harvard Business Review*: 41-50, 1958.

MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política. Livro primeiro. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

MENDONÇA, Gilson Martins; COELHO, Sérgio Reis. A ética da informação e o direito de escolha na questão da rotulagem dos transgênicos. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. **Anais**... Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2008. p.417-435.

MERCK SHARP & DOHME. *Relatório Social 2004 - Exercício 2003*: mensagem do Presidente. Disponível em http://www.msd-brazil.com/msdbrazil/corporate/index.html) Acesso em 29 abril 2009.

MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. 3 ed. Coimbra: Centelha, 1978.

ONU. *Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente*. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/agencias_pnuma.php> Acesso em 04 mai. 2009.

PORTER, M.; KRAMER, M. Strategy and society: the link between competitive advantage and corporate social responsibility. *Harvard Business Review*, 84(12): 78-92, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Introdução ao direito socioambiental. In: LIMA, André (Org.) *O direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

VOGEL, D. The Study of Social Issues in Management: A Critical Appraisal. *California Management Review*, 27(2): 142-151, 1986.

WHITTINGTON, R.; JARZABKOWSKI, P.; MAYER, M.; MOUNOUD, E.; NAHAPIET, J. e ROULEAU, L. Taking Strategy Seriously: responsibility and reform for an important social practice. *Journal of Management Inquiry*, v. 12, n. 4, p. 396-409, 2003.

WOOD, Ellen Meiksins. *As origens agrárias do capitalismo*. Revista Crítica Marxista. n. 10. São Paulo: Boitempo, 2000.

SOCIOAMBIENTALISMO E GOVERNANÇA CORPORATIVA* **

ENVIRONMENTAL AND CORPORATE GOVERNANCE

José Querino Tavares Neto
Larissa Priscilla Passos Junqueira Reis Bareato

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de levantar interessante discussão doutrinária, acerca da origem da sustentabilidade e a constatação de que seu advento não tem o condão de excluir a teoria da maximização de riqueza das empresas, mas sim, agregar valores às atitudes sócio-responsáveis de seus administradores, principalmente no que tange a proteção ambiental.
O foco inicial se assenta na teoria do sociambientalismo, de sua concepção histórica à sua incorporação como primado da Constituição Federal Brasileira de 1988 e da integração com o meio empresarial na busca por sua proteção, tendo em vista tratar-se de direito coletivo lato senso, na proporção em todos são responsáveis pela sua tutela, de forma justa e consciente.
No momento final, o objetivo será apontar medidas afirmativas que, através dos princípios da Governança Corporativa, no sentido de conciliação dos níveis de bem-estar social em grandes comunidades, buscam suprir a marginalização com a efetiva aplicação da teoria instrumental da maximização da riqueza.

PALAVRAS-CHAVES: SOCIOAMBIENTALISMO - GOVERNANÇA CORPORATIVA– MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA – BEM-ESTAR SOCIAL - INTERESSE COLETIVO

ABSTRACT

This work has the aim to raise interesting doctrinal discussion, about the origin of sustainability and the fact that its advent, has no condão ruled out the theory of maximization of wealth of the companies, but add value to social and responsible attitudes of its administrators, particularly with regard to environmental protection. The initial focus is based on the theory of sociambientalismo, from its conception to its incorporation as a historical precedence of the Brazilian Federal Constitution of 1988 and integration with business in the search for their protection, in view it is collective right broad sense, in proportion in all are responsible for supervision of a fair and conscious.
At end, the goal is to point to affirmative action, through the principles of corporate governance in order to accommodate the levels of social welfare in large communities, seek to address marginalization in the effective application of the instrumental theory of maximization of wealth.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.
** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto.

KEYWORDS: SOCIOAMBIENTALISMO (ENVIRONMENTALISM) - CORPORATE GOVERNANCE - MAXIMIZATION OF WEALTH - SOCIAL WELFARE- INTEREST COLLECTIVE.

1. INTRODUÇÃO

Desde primórdios tempos quando o homem passou a oficializar as relações comerciais e o advento da burguesia tomou proporções que engendraram forças políticas levando às revoluções, tais como a Gloriosa Francesa e na Inglaterra e assim, deter mais poder, a maximização do lucro tem no enriquecimento pessoal uma meta a ser perseguida, pedra angular do sistema neoliberal hoje adotado quase na maior parte dos Estados ao redor do mundo. Entretanto, a exploração dos diversos meios ambientes para a satisfação deste lucro acabou por gerar conseqüências devastadoras e muitas delas irreversíveis, o que fez com que esse homem passasse a observar o ritmo desta exploração e assim, repensar uma forma de adequar seus interesses econômicos ao interesse coletivo e*strito senso*, influenciando seu comportamento sobremaneira e, conseqüentemente, as legislações.

Nesta esteira, o conceito de empresa como sendo núcleo fundamental da economia de mercado vem sendo aprimorado, doravante sem perder seu caráter primordial de geradora de riquezas, como será ademais explorado, abrindo espaço para o festejado e providencial conceito de empresa sócio-responsável, incorporando, portanto, a concepção de que a sustentabilidade é a mola propulsora de um contexto de desenvolvimento, da qual tanto a empresa quanto seus stackholders, faz parte pois, como afirma ALVES,

o objetivo primordial da empresa continua a ser o de produzir bens e prestar serviços de forma economicamente mais eficiente. Quaisquer desvios desse objetivo básico, como ocorriam no caso das antigas economias socialistas – atualmente economias em transição – ou de algumas empresas estatais ou semi-estatais de países em desenvolvimento, levam a ineficiência e ao desperdício de recursos em detrimento do desempenho da empresa e da eficiência econômica[1]

Assim, de maneira latente, o direito coletivo ao meio ambiente sadio e preservado, amparado constitucionalmente, vem fomentar essa nova visão sócio-empresarial que, através do empenho à sustentabilidade e preocupação com o ambiente na qual está inserida, condiciona a nova empresa na sua responsabilidade à atuação de uma governança corporativa, tornando-a parceira e co-responsável pelo desenvolvimento social e a preservação ambiental.

2. SUSTENTABILIDADE: o início do pensamento

Historicamente, a noção de sustentabilidade, como uma convivência pacifica entre exploradores e bens a serem explorados, é originária das experiências científicas do

silvicultor alemão Hanns Carl Von Carlowitz que, em 1713, cunhou a expressão *nachhaltendes wirtschaften* (produção sustentável) em cujo tratado desenvolveu a idéia de que é possível a união de dois extremos, a utilização racional dos recursos naturais e o pleno desenvolvimento econômico. Sua idéia é utilizada como princípio norteador desde então pela engenharia florestal no manejo de florestas naturais ou não e foi difundida pelo mundo.[2]

Tendo em vista a necessidade de preservação das condições ambientais, mais de 02 (dois) séculos depois, na Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1979, sob a coordenação da Ministra da Noruega, Gro Brundland, foi elaborado o documento "Nosso Futuro Comum", tornando clássica a definição: "Sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades"[3].

Ainda que, como parte integrante da Constituição de Wiemar (1919) e sob argumentos escusos da ideologia do facismo, o princípio da Solidariedade Social trouxe a idéia de função social como um dever de empregar os meios de produção no modo mais útil a coletividade, concorrendo para uma melhor distribuição de renda, provimento de assistência às classes menos favorecidas e a composição de interesses entre os detentores do poder econômico e aqueles da classe dos trabalhadores, açambarcando a idéia de que a função social concentrava-se no dever legal da utilização da propriedade como forma de desenvolver o interesse nacional e aumentar e incrementar a produtividade da população, sobrepondo a suplantação desses interesses sobre os individuais, considerando a promoção da solidariedade entre os membros da comunidade cujo objetivo maior é o bem estar social.[4]

Desta forma, os interesses pela preservação ambiental como aporte sustentável, passou, cada vez mais, a fazer parte dos interesses dos Estados, rompendo com paradigmas dogmáticos convencionais e influenciando a criação doutrinária e a fomentação legislativa, tanto constitucional quanto infraconstitucionalmente, ultrapassando os interesses individuais e objetivando a promoção de políticas públicas com absoluto caráter difuso.

A visão sociambientalista passou a ser desenvolvida no Brasil à partir da segunda metade da década de 80 através de movimentos sociais e ambientalistas permeados pela consolidação democrática vivenciada na época e teve a difusão de seus ideais com a realização da Conferencia das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, na cidade do Rio de Janeiro, mais conhecida por nós como ECO-92, atraindo os olhares do mundo sobre o tema, cujos conceitos socioambientais passaram a influenciar a edição de normas jurídicas, aproximando o conceito de desenvolvimento ambiental sustentável do socialmente e economicamente viável.

Ainda no sentido de projeção, o chamado "Protocolo de Kioto", celebrado em 1997, no qual compareceram 39 países, incluiu metas e prazos com a finalidade de reduzir ou limitar a emissão de dióxido de carbono e outros gazes poluentes e responsáveis pelo chamado "efeito estufa", cujo instrumento referiu-se a adoção de acordos relativos ao tema e objetivando a conservação ambiental e o desenvolvimento sustentável e convenção sobre mudanças climáticas.

De forma lapidar, Juliana SANTILLI, traduz a aproximação dos mais diversos interesses quando afirma que:

Os direitos socioambientais são claramente permeados de conceitos desenvolvidos por outras áreas do conhecimento e revelam a evidente inter e transdisciplinariedade dessa nova área do direito, em que os conhecimentos produzidos pela dogmática jurídica são insuficientes para compreender as complexas interações entre o homem e a natureza, necessitando a sua normatização jurídica de contribuições de outras áreas de conhecimento.[5]

Corroborando com a teoria da autora supracitada, de que não há como desenvolver o tema ambientalista de forma isolada, MACHADO, sustenta ainda que:

O direito ambiental, por ser um direito sistematizador, faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência, doravante os elementos que integram o ambiente, procura evitar o isolamento de seus temas e sua abordagem antagônica, cuja noção jurídica da responsabilidade sócio-ambiental cumpre expressar tanto constitucional quanto infraconstitucionalmente no Brasil e no Mundo através de uma abordagem multidisciplinar e, citando PIGRETTI, 1997 "tiene por objeto el estúdio de las relaciones del hombre com la naturaleza, en este sentido es posible que supere las puras obligaciones personales y aun el principio de los derechos reales".[6]

Nesta seara, a Constituição Federal de 1988 sob a influência máxime da doutrina internacional, excepciomente a italiana, "cuja noção tradicional de bem ambiental esta expressa na Lei 1.497 de 29 de junho de 1939"[7], delimita o campo de aplicação da proteção ambiental (art. 225, C.F) estabelecendo:

A existência uma norma constitucional vinculada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como reafirma que *todos*, e não tão-somente as pessoas naturais, as pessoas jurídicas de direito privado ou mesmo as pessoas jurídicas de direitos publico interno, *são* titulares desse direito, não se reportando, por conseguinte, a uma pessoa individualizada concebida, mas sim a uma coletividade de pessoas indefinidas, no sentido de destacar uma posição para além da visão individual, demarcando critério nitidamente transindividual, em que pese não se pretender determinar, de forma rigorosa, seus titulares.[8]

Aplicando princípios constitucionais às normas socioambientais, a Assembléia Constituinte assegurou aos direitos coletivos à biodiversidade e à sociodiversidade, dando ênfase à função social da propriedade (art. 5º, XXIII e art. 186), sendo que, como lembra LISBOA, "a propriedade inclusive a empresarial deverá atender a sua função social"[9], da qual decorre a interpretação da função social da empresa, consolidando a participação democrática na gestão ambiental, sem deixar de proteger e resguardar a importância econômica da livre iniciativa e do trabalho (art. 1º), elevando-os a categoria de fundamentos constitucionais, doravante contemplar a exploração direta da atividade econômica aos proprietários, lhes proporcionando autonomia jurídica, pela qual os sujeitos regulam suas relações de forma mais conveniente, cabendo ao Estado o papel regulador e normativo, decorrente das limitações da iniciativa econômica, no contexto de proteger a ordem social.[10] E, de acordo com o pensamento de CANOTILHO, ao contrário das que lhe antecederam, a atual Constituição estabelece normas de direito ambiental fundadas em direito preservacionista.[11]

3. A FUNÇÃO SOCIAL E A GOVERNANÇA CORPORATIVA

Doravante se faz prenotar que, o termo "função" decorre da conotação de um dever de agir no interesse de outrem que não daquele a quem se atribui à função, cuide-se que foi trazido das ciências sociais, surgido da filosofia e cujo conceito teria sido utilizado pela primeira vez por São Tomás de Aquino, no interesse de sofismar a destinação dos bens apropriados pelo Estado de cada indivíduo, teria o condão social, ou seja, seriam destinados ao bem comum, que deveria ser respeitado.[12] Já o qualificativo social é suficiente para indicar o sujeito passivo da oração, ou seja, no interesse de quem deve atuar, da coletividade e, citando Orlando Gomes, "a função social da propriedade consiste na sua idoneidade em atingir e obter fins sociais"[13].

Ademais, não há definidamente na legislação brasileira, hoje, uma regulação específica no que tange ao conceito de função social da empresa, ainda que os artigos 116 e 154 da Lei 6.404 de 1976, implemente a responsabilidade social do empresário. Assim,

O silêncio injustificável que é o referente à ausência de um dispositivo especifico sobre a função social do empresário. Não se vê, ao longo do texto, nenhuma norma similar ao que estabelece, por exemplo, o mais que louvável parágrafo único do artigo 116, atual lei sobre as Sociedades por Ações, sendo tal fato insistentemente cobrado pelos reformistas da empresa, conforme nos dá conta o Prof. Waldirio Bulgarelli.[14]

Ou ainda, de acordo com o entendimento de COMPARATO, sobre tais artigos da supracitada:

Como se vê, a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da 'comunidade' em que ela atua.[15]

A noção clássica de empresa denominada por Vivante de "empresa mercantil", depreende da ascensão da classe burguesa ao poder, após o fim da idade média, sendo aquela dotada de recursos financeiros e capacidade de investimento que, com o decurso da Revolução Francesa e sob a ótica protestante, engendrou para uma nova conformação social, onde o Estado acaba sendo limitado por poder financeiro, permitindo que o exerça com liberdade e algumas garantias das quais decorreram os direitos de primeira geração, consubstanciados na propriedade fundiária, no liberalismo e racionalismo, decorrentes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela Assembléia Nacional Constituinte Francesa em 1789. Esse fenômeno foi denominado Consensualismo, que para GUILISSEN é

Tanto mais facilmente admitido a partir do fim da Idade Média quanto é certo que o individualismo suplanta a concepção comunitária do direito. As comunidades clãnicas, aldeãs ou mesmo familiares desapareceram quase inteiramente, sobretudo nas cidades; daqui em diante, é o homem, enquanto indivíduo isolado, livre, com a capacidade de dispor de sua pessoa e de seus bens, que constitui o sujeito de direito.[16]

Neste modelo de Estado Liberal, através do Código Napoleônico de 1804, sem a interferência do Estado nas relações comerciais, criou-se um rol taxativo de todos os direitos que regulamentavam a vida privada, de forma que a *pacta sund servanda*, ou teoria na qual, os contratos são leis entre as partes, acabou por proporcionar o uso indiscriminado da propriedade e a exploração do homem pelo homem. A lei como produto da vontade individualizada do homem, cuja submissão leciona KANT:

A consciência da necessidade de uma livre submissão de vontade à lei é consenso racional, consenso que perpetua uma violência inevitável que é preciso exercer sobre todas inclinações, violência essa que deve ser exercida unicamente mediante ditame da própria razão, constitui o respeito à lei.[17]

Entretanto, esse modelo entrou em declínio, principalmente com base nas revoltas de trabalhadores que, explorados de maneira inescrupulosa, passaram a contestar o regime e a pleitear a interferência do Estado, de forma mais presente, dando lugar ao modelo de Estado Social, cujos princípios solidaristas e interrvencionistas representou a ruptura com o sistema ditado pelo Código Napoleônico e difundido através do mundo ocidental, dando origem a microssistemas cujas metas eram, principalmente, livrar-se da posição libertária adotada até então e, empreender novos valores, cujos interesses auferem toda a sociedade, de maneira coletiva com limitação da autonomia de vontades. Entretanto, a falta de sintonia dos códigos civis e os anseios do Estado Social, deram vazão a um novo elo e o mundo passou a voltar seus olhos para os elementos componentes de uma constituição. Neste sentido, COELHO faz referência ao que leciona PERLINGERI:

O código civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionais civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global (...) O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e dos direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.[18]

Decorrente do histórico apresentado, a relativização da autonomia da vontade juntamente com a liberdade de contratar, passaram a ter que conviver com o respeito ao princípio constitucional da dignidade humana, de forma a conceber uma sociedade justa e solidária, dando uma nova visão da autonomia da vontade, modificando substancialmente o seu conceito, na busca de adequar o direito privado ao rol de garantias e princípios consagrados pela ordem constitucional. [19] Em que pese haverem muitas críticas ao sistema adotado, esta, até o presente momento, é a formula melhor delimitada para o desenvolvimento econômico afastado da exploração. Vivemos então, a pujança do Estado Neliberal, voltados à adequação com o interesse coletivo. Neste sentido exara-se a compreensão de GOMES, para o qual,

Hoje, não interessa apenas, a defesa intransigente do lucro ou da livre iniciativa, ambos valorizados, mas, exige-se, ainda, que haja o atendimento da *função social* 'indispensável' em qualquer tipo de atividade, individual ou coletiva, bem como na própria atuação do Poder Público.[20]

Neste contexto histórico, o conceito de empresa também mudou e de forma precisa, delimitou SIMÃO FILHO,

O legislador afastando-se da teoria dos atos de comercio que partia da premissa de que comerciante era aquele que praticava atos de comercio com habitualidade e deles fazia a sua profissão, teoria um tanto quanto imprecisa no que tange a classificação da composição destes atos de comércio, adota uma definição onde contempla a adoção da teoria da empresa e não mais faz distinção entre empresário civil e comercial.[21]

Desta forma, tendo em vista a necessidade da reorganização dos elementos dessa nova empresa e os novos Códigos após o advento da Constituição Brasileira de 1988, tais como o próprio Código Civil que reconhece a proteção ao direito a personalidade nas relações privadas e a função social da empresa e com base nos perfis jurídicos desta, entrelaçados a pessoa do empresário, como apresenta por Asquini, citado por SIMAO FILHO, quais sejam: "subjetivo: a empresa como empresário; funcional: a empresa como atividade produtora; funcional: a empresa como patrimônio fazendário ou como *azienda;* corporativo: a empresa como instituição. (g.n.)"[22]

Atentamos para este último perfil, que nos interesse sobremaneira, tendo em vista o embasamento neste trabalho. Considerando-se a empresa através do perfil corporativo, encontramos o substrato para a governança corporativa, tendo em vista que instituição transmite a idéia de ambiente que valoriza todos os seus aportes, doravante conhecidos por stakeholders.

A expressão, não muito conhecida no meio jurídico, tem sua origem nas cadeiras da administração de empresas de origem norte-americana e, segundo TINOCO (2001) citado por TASHIWAWA,

O conceito de responsabilidade social corporativa deve enfatizar o impacto das atividades das empresas para os agentes com os quais interage (stakeholders): empregados, fornecedores, clientes, consumidores, colaboradores, investidores, competidores, governo e comunidade.

Esse conceito deve expressar compromisso com a adoção e difusão dos valores, condutas e procedimentos que induzam e estimulem o contínuo aperfeiçoamento dos processos empresariais, para que também resultem em preservação e melhoria da qualidade de vida da sociedade do ponto de vista ético, social e ambiental.[23]

Portanto, a formação basilar do desenvolvimento sustentável se propõe intrinsecamente na relação entre o interesse ambiental, o social e o econômico, doravante a finalidade de realizações de condutas para tratamento igualitário de todas as partes envolvidas no processo produtivo, sendo que foi criada para proporcionar visibilidade do empreendimento aos pequenos investidores, no início do século XX, fortalecendo os laços entre esses acionistas e a administração, dando assim, transparência e credibilidade aos papéis negociados.

O Conselho Empresarial Mundial para o Desenvolvimento Sustentável, em 1988, através de seus representantes, assim definiu Responsabilidade Social Corporativa, como sendo:

O comprometimento permanente dos empresários de adotar um comprometimento ético e contribuir para o desenvolvimento econômico, simultaneamente, a qualidade de vida de seus empregados e de seus familiares, da comunidade local e da sociedade como um todo".

Essa concepção assume a responsabilidade social como expressão de uma postura ética comprometida com o resgate da cidadania, assumindo uma posição de co-responsabilidade, na busca do bem-estar público, em articulação com as políticas sociais (instituto, fundações, organizações, universidades, comunidade etc).[24]

O Conceito de Governança Corporativa decorre da idéia de um conjunto de princípios e práticas que, cada vez mais, são absorvidos pelos conselhos administrativos, que detém as regras e deveres a serem implementados na Organização. Dentre esses princípios e práticas apontados no Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa[25] (Mister informar que os principais princípios são quatro: a transparência, a equidade, a prestação de contas (accontability) e a responsabilidade social). Destaca-se a implantação de um modelo de gestão ambiental, dentro deste ultimo princípio, qual seja, da Responsabilidade Social, tendo em vista a degradação implantada outrora e que as empresas pretendem, cada vez mais afastarem-se desse esteriótipo, tendo em vista o aporte que a imagem de empresa poluidora soma negativamente em seu marketing ao consumidor.

Desta forma, SILVA demonstra a necessidade de conciliação entre o eterno conflito social e empresarial,

São dois valores aparentemente em conflito que a Constituição de 1988 alberga e quer que se realizem no interesse do bem estar e da boa qualidade de vida dos brasileiros. Antes dela, a Lei 6.938 de 21.8.1981 (arts. 1º e 4º), já haviam enfrentado o tema, pondo corretamente, como principal objetivo a ser conseguido pela Política Nacional do Meio *Ambiente a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico*.

E prossegue:

A conciliação dos dois valores consiste, assim, nos termos deste dispositivo, na produção do chamado *desenvolvimento sustentável*, que consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como a sua conservação no interesse das gerações futuras. Requer como requisito indispensável, um crescimento econômico que envolva equitativamente redistribuição de resultados do processo produtivo e a erradicação da pobreza, de forma a reduzir as disparidades nos padros de vida e melhor atendimento da maioria da população. Se o desenvolvimento não elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais da população em geral, ele não poderá ser qualificado de *sustentável*. [26]

Todo esse aparato doutrinário empreendido tem como esteio a ÉTICA, que deve ser a finalidade entre todos os envolvidos, seja ela pessoal ou empresarial, o que acaba por atrair para o negócio boas respostas do consumidor, cada vez mais alinhado com idéias sócio-responsáveis gerando respostas do aumento de produtividade, qualidade em serviços e produtos, bem como um ganho de maneira geral que não ocorreria se não

houvesse o envolvimento ético, lembrando que o consumidor, seja ele final ou não, está cada vez mais preocupado com o envolvimento corporativo da empresa da qual consome. Com base na globalização dos produtos, não é mais o preço que impulsiona a opção por determinado produto.

Não sejamos ingênuos, a responsabilidade social atrai os empresários, porque isso se tornou um bom negócio para as empresas envolvidas. Vejamos então, trecho de entrevista de GRAJEW, sendo este fundador dos Institutos Abrinq, Ethos e do Movimento Nossa São Paulo, ao programa Roda Viva/Rede Cultura, transcrito por MODENISE GOMES:

Começa a haver a percepção de que uma sociedade empobrecida, com renda mal distribuída, violenta, como a nossa, não é uma sociedade propicia para os negocio. Henri Ford, quando aumentou os salários de seus funcionários, queria ter uma sociedade que pudesse comprar seus carros e também pudesse ser justa. Os empresários começam a perceber (mas ainda em pouco grau) que uma sociedade deteriorada ameaça os próprios negócios e que não adianta demitir funcionários, pois não terão quem compre, não terão uma sociedade justa.

Ainda:

O conceito de responsabilidade social está se ampliando, passando da filantropia, que é a relação socialmente compromissada da empresa com a comunidade, para abranger todas as relações da empresa: com seus funcionários, clientes, fornecedores, acionistas, concorrentes, meio ambiente e organizações públicas e estatais.[27]

Os códigos de ética empresarial são a expressão formal dos valores que conduzem o liame empresarial, deixando de ser meros mandamentos escritos, passando a incorporar ao comportamento de todos os envolvidos, partindo da alta direção e intronizado em todos os níveis da organização, através da compreensão e integração de todos eles.

Como forma de reconhecimento das iniciativas propostas pela empresas que se empreenderem como sócio-responsáveis, foram criados selos certificadores oferecidos por institutos especializados em fomentar o envolvimento social. Dentre eles, se destacam o prêmio Ethos/Akato que visa dar publicidade às empresas que se envolvem socialmente e seus resultados, de maneira a produzir um marketing social positivo.

Desta forma, ainda que sob o manto da maximização da riqueza travestido de interesse social como se denotam críticos dessa teoria de responsabilidade, o envolvimento das empresas como uma forma de marketing acaba por trazer benefícios àqueles onde o Estado não consegue alcançar, operando de forma supletiva ou sob parcerias público-privadas.

Para tanto, foram desenvolvidos vetores que norteiam o caminho a ser seguido pelas empresas, cujos interesses coadunam com a citada teoria e, possibilitam o Relatório Social a ser apresentados nos Conselhos Deliberativos. Tais vetores facilitam o investimento das empresas na Responsabilidade Social, permitindo que alguns padrões e critérios sejam seguidos, alem de direcionar o processo de gestão empresarial para o fortalecimento da dimensão social da empresa. Assim:

“Principais Vetores de Responsabilidade Social Empresarial:

V1 – apoio ao desenvolvimento da comunidade onde atua;

V2 – preservação do meio ambiente;

V3 – investimento no bem-estar dos funcionários e seus dependentes e num ambiente de trabalho agradável;

V4 – comunicações transparentes;

V5 – retorno dos acionistas;

V6 – sinergia com os parceiros;

V7 – satisfação dos clientes e/ou consumidores.”[28]

Ademais, no interesse de prestigiar-se as ações afirmativas de iniciativa empresarial, foram elaborados selos certificadores que diferenciam essas empresas no ambiente corporativo, bem como a seus funcionários envolvidos. Destas certificações, destaca-se a família certificadora ISO. Para tanto, extraímos do site original, tendo assim a noção exata do que se refere essa certificação direciona diretamente ao aporte sócio-ambiental:

“ISO 14000:

This section concisely describes the essential features of the ISO 14000 family. Esta seção descreve sumariamente as características essenciais da família ISO 14000.

The ISO 14000 family addresses various aspects of environmental management. A família ISO 14000 aborda vários aspectos da gestão ambiental. The very first two standards, **ISO 14001:2004** and As primeiras duas normas, **ISO 14001:2004** e **ISO 14004:2004** deal with environmental management systems (EMS). **ISO 14004:2004** lidar com sistemas de gestão ambiental (SGA). ISO 14001:2004 provides the **requirements** for an EMS and ISO 14004:2004 gives general EMS **guidelines** . ISO 14001:2004 estabelece os **requisitos** de um SGA e ISO 14004:2004 dá **orientações** gerais SEMA.

The other standards and guidelines in the family address specific environmental aspects, including: labeling, performance evaluation, life cycle analysis, communication and auditing. As outras normas e orientações na família endereço aspectos ambientais específicos, incluindo: rotulagem, avaliação de desempenho, análise do ciclo de vida, de comunicação e de auditoria.

An ISO 14001:2004-based EMS Uma base de SGA ISO 14001:2004

An EMS meeting the requirements of ISO 14001:2004 is a management tool enabling an organization of any size or type to: Um SGA, que cumpram os requisitos da norma

ISO 14001:2004 é uma ferramenta de gestão que permitam uma organização de qualquer tamanho ou tipo de:

§ identify and control the **environmental impact** of its activities, products or services, and to identificar e controlar o **impacto ambiental** das suas actividades, produtos ou serviços, e para

§ **improve** its environmental performance continually, and to **melhorar** continuamente o seu desempenho ambiental, e para

§ implement a **systematic approach** to setting environmental objectives and targets, to achieving these and to demonstrating that they have been achieved. implementar uma **abordagem sistemática** para a definição dos objectivos e metas ambientais, para a realização destes e para demonstrar que foram atingidos.

How it works Como funciona

ISO 14001:2004 does not specify levels of environmental performance. ISO 14001:2004 não especifica os níveis de desempenho ambiental. If it specified levels of environmental performance, they would have to be specific to each business activity and this would require a specific EMS standard for each business. Se níveis específicos de desempenho ambiental, eles teriam que ser específicos para cada sector de actividade e isso exigiria uma norma EMS específicas para cada empresa. That is not the intention. Essa não é a intenção.

ISO has many other standards dealing with specific environmental issues. ISO tem muitas outras normas relacionadas com questões ambientais específicas. The intention of ISO 14001:2004 is to provide a **framework for a holistic, strategic approach** to the organization's environmental policy, plans and actions. A intenção da norma ISO 14001:2004 é fornecer um **quadro para uma abordagem holística, uma abordagem estratégica** para a organização da política ambiental, planos e ações.

ISO 14001:2004 gives the **generic requirements** for an environmental management system. ISO 14001:2004 dá a **requisitos genéricos** de um sistema de gestão ambiental. The underlying philosophy is that whatever the organization's activity, the requirements of an effective EMS are the same. A filosofia subjacente é que, independentemente da organização da actividade, os requisitos de um SGA eficaz são os mesmos.

This has the effect of establishing a **common reference** for communicating about environmental management issues between organizations and their customers, regulators, the public and other stakeholders. Isto tem o efeito de estabelecer uma **referência comum** para a comunicação sobre a gestão ambiental entre as organizações e os seus clientes, os reguladores, o público e outras partes interessadas.

Because ISO 14001:2004 does not lay down levels of environmental performance, the standard can to be implemented by a **wide variety of organizations** , whatever their current level of environmental maturity. Porque ISO 14001:2004 não estabelece níveis de desempenho ambiental, a norma pode ser implementada por uma **ampla variedade de organizações,** independentemente do seu actual nível de maturidade ambiental. However, a **commitment to compliance** with applicable environmental legislation and

regulations is required, along with a commitment to **continual improvement** – for which the EMS provides the framework. No entanto, um **compromisso de cumprimento da** legislação e regulamentação ambiental aplicável é necessário, juntamente com um compromisso de **melhoria contínua -** para que a SEMA estabelece o quadro.

The EMS standards O SME normas

ISO 14004:2004 provides **guidelines** on the elements of an environmental management system and its implementation, and discusses principal issues involved. **ISO 14004:2004** fornece **orientações** sobre os elementos de um sistema de gestão ambiental e sua implementação, e discute principais questões envolvidas.

ISO 14001:2004 specifies the **requirements** for such an **environmental management system** . **ISO 14001:2004** especifica os **requisitos** para tal um **sistema de gestão ambiental.** Fulfilling these requirements demands objective evidence which can be audited to demonstrate that the environmental management system is operating effectively in conformity to the standard. Cumprimento destes requisitos exige provas objectivas que podem ser auditadas para demonstrar que o sistema de gestão ambiental está a funcionar eficazmente, em conformidade com a norma.

What can be achieved O que pode ser alcançado

ISO 14001:2004 is a tool that can be used to meet **internal objectives** : ISO 14001:2004 é uma ferramenta que pode ser usado para satisfazer **objectivos internos:**

§ **provide assurance to management** that it is in control of the organizational processes and activities having an impact on the environment **garantir a gestão** que está no controle dos processos organizacionais e atividades que têm um impacto sobre o ambiente

§ **assure employees** that they are working for an environmentally responsible organization. **garantir aos empregados** que estão trabalhando para uma empresa ambientalmente responsável.

ISO 14001:2004 can also be used to meet **external objectives** : ISO 14001:2004 também podem ser utilizados para satisfazer **objectivos externos:**

§ provide assurance on environmental issues to **external stakeholders** – such as customers, the community and regulatory agencies proporcionar garantias sobre as questões ambientais para **os interessados externos -** tais como clientes, a comunidade e as agências reguladoras

§ comply with environmental regulations cumprir com os regulamentos ambientais

§ support the organization's **claims and communication** about its own environmental policies, plans and actions apoiar as **reivindicações** da organização **e da comunicação** sobre a sua própria política ambiental, planos e acções

§ provides a framework for **demonstrating conformity** via suppliers' declarations of conformity, assessment of conformity by an external stakeholder - such as a business client - and for certification of conformity by an independent certification body. fornece um quadro para a **demonstração da conformidade** fornecedores através das declarações de conformidade, a avaliação da conformidade por um actor externo - como o cliente de uma empresa - e para a certificação de conformidade por um organismo de certificação independente."[29]

Desta forma, podemos observar que, o envolvimento empresarial com o meio ambiente sustentável, vai além dos interesses de seus empreendedores, mas deve envolver todos os elos dessa relação, como os funcionários, acionistas e fornecedores, começando a implementação dentro da área de trabalho.

Além de auferir valor econômico e valor de mercado ao seu negócio, o empresário envolvido que consegue certificações sócio-ambientais, obtêm no mercado, incentivos fiscais através de tributação extrafiscal e de financiamentos, públicos e privados. Desta forma, as instituições bancárias que oferecem créditos ao empresário, casa vez mais colocam a responsabilidade social, principalmente ambiental, para a liberação de créditos e subsídios, no interesse público. As instituições mais exigentes nesse sentido são: o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico Social), o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, por serem instituições públicas, mas não restrito a esse nicho, o Banco Real (hoje parte do Grupo Santander), recebeu recente prêmio mundial de sustentabilidade e também oferece premiações em variados niveis, sempre com foco na Sustentabilidade e Interesse Coletivo.

Outrossim, a responsabilidade social ambiental deve ser encarada como investimento, ainda que a longo prazo, mas com retorno garantido ao empresários e seus acionistas, de forma que torna-se função estratégica da empresa para ganho de capital reputacional, a maximização da ordem moral e socioeconômica, cujo capital torna-se imprescindível hodiernamente, refletindo sobremaneira na forma de distribuição e aceitação do seu produto.

Não se trata de atuação de forma benemérita ou voluntariada, "trata-se de auxiliar o Estado na realização das políticas sociais, flagrantemente ineficientes, auxilio esse que pode vir tanto das pessoas jurídicas quanto físicas, defluindo daí a essência da responsabilidade social"[30]

Desta forma, está se primando pela aplicação inconteste dos princípios esculpidos na Constituição Federal de 88, compatibilizando a necessidade coletiva de um meio ambiente sadio, de uma sociedade justa e solidária e de uma ordem econômica baseada no trabalho e na livre iniciativa, assegurando, assim a todos, uma existência digna doravante o exercício da cidadania responsável, através de um longo processo de conscientização.

4. Conclusão:

O presente trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa essencialmente bibliográfica e objetivou uma discussão acerca da importância do envolvimento empresarial nas funções sociais, principalmente no que tange ao aporte ambiental.

Ante uma análise preliminar verificou-se que, apesar de ter respaldo constitucional, os chamados direitos sociais esbarram na reserva do possível, ou seja, no que é possível para o Estado realizar. Para que ocorra a concretização do bem estar social e a tutela dos interesses ambientais, faz-se necessário que as empresas, através de seus conselhos de gestão, elaborem formas de participar desta responsabilidade, como primado de sua função social e como resposta aos anseios democráticos.

Procuramos empreender um apanhado histórico para contextualização do tema, em especial à noção de sutentabilidade, sua incorporação na legislação hodiernamente aplicada. Evidenciamos o desenvolvimento da Governança Corporativa e seu reconhecimento através de selos certificadores, em especial, os da família ISO 14000, pela sua importância ao interesse coletivo ao meio ambiente resguardado.

É de suma importância que, interesses amplamente conflitantes, como o bem estar social e o desenvolvimento empresarial coliguem no sentido de otimizar esse desenvolvimento sem desvias os olhos da preservação ou, ao menos, da minimização do impacto ao meio ambiente natural. Desta forma, *mister* se faz o envolvimento de todos nessa busca pelo equilíbrio sustentável.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVES, Lauro Eduardo Soutello. Governança e cidadania empresarial. *Revista de Administração de Empresas.* São Paulo, Volume 41, número 4, out. a dez. de 2001.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. RT: São Paulo, 2008.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana aplicados às relações privadas. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, n.67, abr à jun de 2009.

COMPARATO, Fabio Kunter. *A reforma da empresa*. Saraiva: São Paulo, 1990.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental.* – 10 ed.., atual. e ampl., Editora Saraiva: São Paulo, 2009. 642 p.

FRANCO, Vera Lucia de Mello. A função social da empresa. *Revista do Advogado -*. São Paulo: AASP, n. 96, Ano XXVIII, 2008.

GOMES JR. Luis Manoel. *Curso de Direito Processual Coletivo.*2ª ed., SRS Editora: São Paulo, 2008.

GUILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito.* 2 ed., Fundação Galouste Gulbenkian: Lisboa, 1995.

HOVART JUNIOR. Miguel. Uma análise da autonomia privada e o fenômeno da globalização e seus efeitos no direito constitucional e no direito internacional; In: LOTUFO, Renan (Org), *Direito civil constitucional*, Max Limonad: São Paulo, 1999.

Instituto Brasileiro da Governança Corporativa: *www.ibgc.org.br/Download.aspx?Ref=**Codigos**&Cod**Codigo**=47 acessado em 27 de julho de 2009.*

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 16ª ed., Editora Malheiros, São Paulo, 2008.

MELLO NETO, F. P. *et. al*, *Responsabilidade e cidadania empresarial*: A administração do terceiro setor, 2ª edição, Qualitymark Editora: Rio de Janeiro, 2001.

MENDES. Tânia. A única saída para o planeta: Sustentabilidade. *Revista Brasileira de Administração.* Brasília, Brasília, n. , Nov a Dez, 2008.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos:* Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SILVA, Jose Afonso da. *Direito constitucional brasileiro.* 4ª ed, Editora Malheiros: São Paulo, 2002.

SILVEIRA. Maria do Carmo Aguiar da Cunha. *O que é responsabilidade empresarial*. Extraído do site: http://www.fiec.org.br/artigos/social/responsabilidade social empresarial.htm em 16 de abril de 2009.

SIMAO FILHO, Adalberto. *Direito empresarial contemporâneo*. 2ª ed, São Paulo: Saraiva 2002.

_____. A nova empresarialidade. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo.* São Paulo, n.18, p.7, 2006.

TICIANELLI, Joelma. Limites objetivos e subjetivos do negocio jurídico na Constituição Federal de 1988; In: LOTUFO, Renan (Org). *Direito civil constitucional*, Max Limonad: São Paulo, 1999.

---

[1] ALVES, Lauro Eduardo Soutello. Governança e cidadania empresarial. *Revista de Administração de Empresas.* São Paulo, Volume 41, número 4, p. 79, out. a dez. de 2001.

[2] MENDES. Tânia. A única saída para o planeta: Sustentabilidade. *Revista Brasileira de Administração.* Brasília, Brasília, n. , p. 24, Nov a Dez, 2008.

[3]Extraído do site: http://pt.wikipedia.org/wiki/Relat%C3%B3rio_Brundtland – *Consultado em 27 de julho de 2009.*

[4] FRANCO, Vera Lucia de Mello. A função social da empresa. *Revista do Advogado - AASP*. São Paulo, n. 96, Ano XXVIII, p.125 a 136, 2008

[5] SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos:*Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005. p. 248.

Nota: A autora desenvolveu condensado trabalho científico tendo por base sua atuação no Instituto Sócio Ambiental, do qual se extrai

[6] MACHADO. Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 16 ed., Editora Malheiros: São Paulo, 2008, p. 54

[7] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental.* – 10 ed.., atual. e ampl., Editora Saraiva: São Paulo, 2009. p.75.

[8] Idem, op. cit., p. 103.

[9] LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 16.

[10] TICIANELLI, Joelma. Limites objetivos e subjetivos do negocio jurídico na Constituição Federal de 1988; LOTUFO, Renan (Org). Max Limonad: São Paulo, 1999, p. 47.

[11] CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. RT: São Paulo, 2008.

[12] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *RT*, Editora Revista dos Tribunais, v.810, ano 92.

[13] FRANCO, idem, p. 131.

[14] DE LUCCA, Newton. Apud SIMAO FILHO, Adalberto. Direito empresarial contemporâneo. 2ª ed, São Paulo: Saraiva, 2002, p.22.

[15] COMPARATO, F. K. ***A reforma da empresa***. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 45.

[16] GUILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito.* 2 ed., Fundação Galouste Gulbenkian: Lisboa, 1995, p.

[17] HOVART JUNIOR. Miguel. Uma análise da autonomia privada e o fenômeno da globalização e seus efeitos no direito constitucional e no direito internacional; LOTUFO, Renan (Org), *op. cit*, p. 17

[18] COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o principio da dignidade humana aplicados às relações privadas. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, n.67, p. 222-223, abri a jun de 2009.

[19] Idem. P. 228.

[20] GOMES JR. Luis Manoel. *Curso de Direito Processual Coletivo*.2ª ed. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 3.

[21] SIMAO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, n.18, p.7, 2006.

[22] Idem, p. 17, *apud* ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. *Rivista del Diritto Commerciale*, v.41, 1ª parte, n.5, 1943, p.6.

[23] TACHIZAWA, Takeshy. Gestão ambiental e responsabilidade social corporativa: estratégias de negócios focadas na realidade brasileira. 4ª ed., ver e ampl., São Paulo: Atlas, 2006, p.86 *apud* TINOCO, 2001 {s.r}.

[24] SILVEIRA. Maria do Carmo Aguiar da Cunha. *O que é responsabilidade empresarial*. Extraído do site: http:// www.fiec.org.br/artigos/social/responsabilidade social empresarial.htm em 16 de abril de 2009.

[25] A versão completa do código pode ser encontrada para download na página do Instituto Brasileiro da Governança Corporativa: *www.ibgc.org.br/Download.aspx?Ref=**Codigos**&Cod**Codigo**=47*

[26] SILVA, Jose Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. 4ª ed, Editora Malheiros: São Paulo, 2002, p 27/28.

[27] MODENISE GOMES, Karideny Nardi. Responsabilidade social nas empresas: uma postura empresarial – o caso CST, *Responsabilidade social das empresas:* A contribuição das univerrsidades. V.3, Premio Ethos/Valor, Editora Peiropolis: São Paulo, 2004 *apud* GRAJEW. O., Responsabilidade social nas empresas. Entrevista ao programa Roda Viva/Rede Cultura.

[28] MELLO NETO, F. P. et al, *Responsabilidade e cidadania empresarial*: A administração do terceiro setor, 2ª edição, Qualitymark Editora: Rio de Janeiro, 2001, p. 46.

[29] Extraído do site: http://www.iso.org/iso/ em 27 de julho de 2009.

[30] FRANCO, idem, p. 135/136.

ATIVIDADE EMPRESARIAL E A FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL*

BUSINESS ACTIVITY AND SOCIAL AND ENVIRONMENTAL FUNCTION

Josilene Hernandes Ortolan
Norma Sueli Padilha

RESUMO

A empresa deve cumprir seu papel social e servir como instrumento de realização da igualdade social por meio da harmonização da atividade econômica financeira, pautada na livre concorrência e preservação do meio-ambiente. Deve, assim, posicionar-se frente à contenção da degradação dos recursos naturais, buscando o desenvolvimento e crescimento econômico por meio da implementação de modelos de consumo e produção sustentáveis. A presente análise pretende destacar a função sócio-ambiental das empresas e seus reflexos na proteção do meio ambiente. A Constituição Federal de 1988 condicionou a atividade econômica empresarial à preservação ambiental, vinculada aos valores constitucionais e aos direitos e garantias fundamentais, por meio da harmonização dos fins lucrativos aos fins sociais e ambientais, no dever solidário de implementação da sadia qualidade de vida.

PALAVRAS-CHAVES: FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. RESPONSABILIDADE SÓCIO-AMBIENTAL. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.

ABSTRACT

The company must comply with a social role: to serve as an instrument for achieving social equality through the harmonization of economic and financial activity, based on fair competition and preservation of the environment. Must therefore position itself ahead of containment degradation of natural resources, seeking development and economic growth by implementing models of sustainable consumption and production. The aim of this paper is to demonstrate that the attitudes reflected in the business environment. And the right to an ecologically balanced environment, because it is a fundamental right, is a commodity of common use and essential for a healthy quality of being human. Thus, economic activity and business are related to the environmental preservation, linked to the constitutional values and fundamental rights and guarantees, through the harmonization of profit for social purposes, since it is located in society.

KEYWORDS: CORPORATE SOCIAL FUNCTION. SUSTAINABLE DEVELOPMENT. SOCIAL RESPONSIBILITY. ECONOMIC GROWTH.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

Na sociedade pós-moderna, o paradigma social estritamente individualista, que conferia ao indivíduo direito e prerrogativas singulares, é redelineado, adotando-se medidas em que os interesses individuais são relativizados, pautados na responsabilidade e consciência social, sobretudo no tocante à proteção do meio ambiente. No âmbito empresarial, impõe-se o desenvolvimento de atividades por meio de práticas efetivamente responsáveis, social e ambientalmente.

A Constituição Federal de 1988 traçou paradigmas econômicos voltados ao modo de produção capitalista, porém, de abrangente conteúdo social. O modelo capitalista de desenvolvimento adotado pelo texto constitucional redesenha um novo perfil da atividade empresarial, que deve se orientar e primar pela ordem econômica sustentável, servindo de instrumento para realização da igualdade social e estímulo ao consumo ambientalmente adequado, pois a demanda de conforto da geração atual encontra limites na preservação das condições essenciais para a sadia qualidade de vida das gerações futuras.

É fato que o modelo hegemônico de produção, desde a Revolução Industrial, está no centro das causas do processo de degradação ambiental elevado a crise global e refletindo diretamente os riscos da sociedade pós-moderna. Necessário fez-se um novo conceito de desenvolvimento, o desenvolvimento sustentável. O exercício da atividade empresarial deve ser direcionado pelos princípios constitucionais e informadores da ordem econômica, como meio de se buscar equilíbrio entre interesses da empresa e interesses da sociedade. Trata-se da função social da empresa, que conduz à responsabilidade econômico-social e à conciliação da preservação do meio ambiente e o exercício de atividades econômicas. Kinlaw (apud CARVALHO, 1999, p.29) atribui uma feição mais capitalista ao desenvolvimento sustentável ao designar de "desempenho sustentável à atuação das empresas que estão em sintonia com as modernas preocupações do equacionamento das questões ligadas à produção de bens e serviços com a preservação da qualidade de vida no nosso planeta".

Dessa forma, cabe a sociedade, o Estado e o mercado assumir sua responsabilidade sócio-ambiental e estabelecer padrões de produtividade e de consumo que atendam aos padrões ambientais, com o intuito de suprir as necessidades da atual geração, mas resguardando condições vitais para satisfazer as necessidades das futuras gerações. A empresa moderna precisa se adequar aos novos paradigmas impostos pela sustentabilidade ambiental. O empreendedorismo deve ser sustentável, pois "suficiente é conseguir com que a economia cresça sem destruir os recursos e o ambiente dos quais o futuro depende, para manter o crescimento econômico de forma que os impactos sociais e ambientais desse crescimento permaneçam em equilíbrio" (STRONG apud MACHADO, 2009, p.155).

1 RESPONSABILIDADE SÓCIO-AMBIENTAL DAS EMPRESAS

A empresa, decorrente do exercício da propriedade privada, desempenha função ambiental, formando a propriedade privada ambientaleconômica, que consiste no

respeito ao meio ambiente, implicitamente duas facetas: a social, aquela prevista no art. 5.º, XXII, e a econômica conforme o art. 170, III c/c VI. Na seara econômica, vislumbramos a função ambiental, na conjugação entre o princípio da função social da propriedade (art. 170, III) e o princípio da defesa do meio ambiente (art. 170,VI). O primeiro se materializa no segundo (D'ISEP, 2004, p. 124).

Nesta ótica, impõe-se considerar o desenvolvimento econômico e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como realidades complementares, não mais incompatíveis. Necessário se faz a incorporação de novas práticas e tecnologias destinadas à promoção do desenvolvimento de forma sustentável, uma vez que a empresa, como exercício do direito de propriedade, desempenha também função social, responsável por todos os envolvidos na atividade produtiva, desde os empregados até o destinatário final, ou seja, toda coletividade.

Na atividade empresarial, é crescente a valorização das questões ambientais e sociais, face às exigências do mercado e da própria coletividade, por meio da adoção de estratégias e programas ambientais para reconduzir a atividade ao desenvolvimento sustentável, garantindo crescimento e proteção ambiental para as gerações atuais e futuras. As empresas devem agregar às operações os impactos econômicos, sociais e ambientais, impondo-se o dever de informar todos envolvidos no empreendimento[1]

A responsabilidade sócio-ambiental das empresas consiste num conjunto de ações que promovam o desenvolvimento, envolvidas com a preservação ambiental e ações sociais destinadas à promoção da dignidade da pessoa humana. Para tanto, a empresa deve atuar no âmbito interno e externo, por meio de práticas que reflitam o comprometimento ecológico, econômico, ético e social. Destina-se, assim, a conciliação dos interesses da empresa, da sociedade e da proteção do meio ambiente.

A esse propósito, enuncia Bessa (2006, p. 141),

As normas legais que regulam a atividade empresarial não vêm para cercear, nem para estimular as empresas a se contentarem com o mínimo desempenho social, mas para balizar, sinalizar e incentivar, impedindo que os impactos negativos provocados por aquelas empresas que não percebem (ou, o que é pior, tiram vantagem de sua ação inconseqüente) sejam suportados pela sociedade, onerem o Estado e prejudiquem a livre e saudável concorrência.

A sociedade pós-moderna caracteriza-se pelo consumo exacerbado. Para atender às demandas sociais, a atividade empresária utiliza-se dos recursos naturais existentes, porém, sem se preocupar com a preservação destes.

Diante de toda essa situação de incertezas, verifica-se que a modernidade sustenta-se pela lógica da globalização e do neoliberalismo de matriz econômica. Assim, é uma evidência que a globalização, os riscos que lhe são inerentes e tudo o mais que dela provém têm obrigado o ser humano a refletir a acerca de variadas situações que, há bem pouco tempo, não eram focos de discussão e questionamentos, ou, simplesmente, acreditava-se serem dependentes do lento desenrolar dos acontecimentos históricos. (...) O risco, portanto, é fruto da modernidade, e, como conseqüência da globalização e do progresso da ciência, desenvolveu-se de diversas maneiras, principalmente sem a necessária sustentabilidade (MENEZES, 2003, p. 125).

Assim, o sistema de produção empresarial, antes centrado exclusivamente nos aspectos econômicos da atividade, motivado exclusivamente no lucro, pautado no desenvolvimento econômico de forma degradadora e poluidora, deve se preocupar e procurar meio de se desenvolver de forma sustentável. É fundamental considerar o fator ambiental, protegendo o meio ambiente no desenvolver da atividade econômica. O desenvolvimento deve ocorrer conciliado à preservação ambiental e melhoria da qualidade de vida. Significativas as palavras de Milaré (2009, p. 64): "é falso o dilema 'ou desenvolvimento ou meio ambiente', na medida em que, sendo este fonte de recursos para aquele, ambos devem harmonizar-se e complementar-se".

A efetivação da proteção ambiental como princípio econômico requer transformação do modo de produção capitalista e na avaliação do desenvolvimento econômico. Face essas alterações, as empresas buscam estratégias para defender o meio ambiente e garantir vida mais digna e saudável para o ser humano (ANTUNES, 2002, p. 18).

Desse modo, as atitudes humanas face ao meio ambiente precisam ser ponderadas, isto é, a utilização dos recursos naturais deve ser dar de forma responsável e adequada, para não levá-los a escassez. Lima (2007, p. 02) ao analisar os aspectos que motivaram o surgimento da responsabilidade social e ambiental da atividade empresarial destaca:

a) a destruição ambiental produzida pelo processo de crescimento econômico e industrial; b) o agravamento da crise social resultante do modelo de desenvolvimento concentrador e excludente; c) a tomada de consciência social da gravidade desses processos tornados públicos pelos meios de comunicação de massa; d) o surgimento de movimentos da sociedade civil em defesa de direitos e lutas de ampliação da cidadania para incluir direitos relativos ao consumidor, ao meio ambiente, à saúde pública e à responsabilização dos agentes da degradação; e) a constatação da incapacidade do Estado em responder à complexidade e à dimensão dos novos problemas; f) a percepção por parte das empresas de que o agravamento das crises social e ambiental pode comprometer a reprodução da ordem capitalista e a lucratividade das empresas, na medida em que ameaçam a paz social, o crescimento do consumo, a oferta de energia e de recursos naturais entre outros limites; g) a deflagração de iniciativas múltiplas de diversos setores sociais que a partir de seus interesses particularistas se apropriam do discurso de desenvolvimento sustentável de defesa da compatibilização entre o econômico, o social e o ambiental.

Equilibrar as dimensões econômicas, sociais e ambientais é a função da empresa na sociedade pós-moderna e este dever não desvirtua a finalidade lucrativa empresarial. Não se trata de deixar de priorizar o lucro, mas evidenciar que este não é o único objetivo da empresa. A empresa pós-moderna é responsável pelo desenvolvimento e pela qualidade de vida dos indivíduos. E uma empresa responsável, social e ambientalmente, transparente em suas atividades e adepta à postura ética, é o caminho da sustentabilidade.

Responsabilidade social pode ser definida como o compromisso que uma organização deve ter para com a sociedade, expresso por meio de atos e atitudes que a afetem positivamente, de modo amplo, ou a alguma comunidade, de modo específico, agindo proativamente e coerentemente no que tange a seu papel especifico na sociedade e a sua prestação de contas para com ela. A organização, nesse sentido, assume obrigações de caráter moral, além das estabelecidas em lei, mesmo que não diretamente vinculadas a suas atividades, mas que possam contribuir para o desenvolvimento sustentável dos povos. Assim, numa visão expandida, responsabilidade social é toda e qualquer ação que possa contribuir para a melhoria da qualidade de vida da sociedade (ASHLEY, 2003, p. 06).

A questão ambiental exige nova postura das empresas. Instrumentos jurídicos e tecnológicos são necessários para concretizar e semear a responsabilidade sócio-ambiental das empresas, não mais pautadas exclusivamente na rentabilidade e competitividade. A utilização de tecnologias ambientais apresenta-se como fundamental para assegurar o desenvolvimento socioeconômico, produtivo e ambiental. Os riscos e os impactos ambientais devem ser considerados no processo produtivo empresarial, o que leva ao questionamento dos modelos de produção existentes e à construção de novos paradigmas. A responsabilidade sócio-ambiental envolve todas as partes envolvidas no processo de produção, e todos devem adotar posturas quanto à preservação dos recursos ambientais.

É fundamental a incorporação da dimensão social e ambiental na organização empresarial, o que se efetiva por meio de atitudes proativas que envolvem responsabilidade ética, isto é, fazer o que é correto, responsabilidade legal, que significa agir dentro dos parâmetros legais, responsabilidade econômica, para que o empreendimento seja lucrativo e responsabilidade sócio-ambiental, que implica desenvolver de forma sustentável, ou seja, pautar o desenvolvimento no equilíbrio ambiental e na performance social. A empresa deve interagir com a sociedade.

Nessa perspectiva, Sanches (2000, p.80) destaca tecnologias ambientais que asseguram uma gestão ambiental proativa e apresenta: as tecnologias de controle de poluição[2], que visam combater a emissão de poluição e toxidade dos resíduos do processo produtivo por meio da instalação de equipamentos como filtros purificadores; as tecnologias de prevenção da poluição, que se destinam a reduzir os poluentes e os resíduos por meio da reutilização e reciclagem dos resíduos produzidos, ou, não sendo possível, tratar estes resíduos e, por fim, as tecnologias de produtos e processos, reservadas à contínua execução de estratégias ambientais de prevenção e interligadas

aos processos produtivos e aos produtos, com intuito de minimizar riscos para o meio ambiente e seres humanos.

Para que o desenvolvimento ocorra de forma sustentável, integrando a proteção dos recursos ambientais, inclusão social e o bem estar econômico, Sachs (2004, p. 15 e 16) apresenta cinco pilares:

a) Social, fundamental por motivos tanto intrínsecos quanto instrumentais, por causa da perspectiva de disrupção social que paira de forma ameaçadora sobre muitos lugares problemáticos do nosso planeta; b) Ambiental, com suas dimensões (os sistemas de sustentação da vida como provedores de recurso e com "recipientes" para a disposição de resíduos); c) Territorial, relacionado à distribuição espacial dos recursos, das populações e das atividades; d) Econômico, sendo a viabilidade econômica a conditio sine qua non para que as coisas aconteçam; e) Político, a governança democrática é um valor fundador e um instrumento necessário pra fazer as coisas acontecerem, a liberdade faz toda a diferença.

O primeiro pilar do desenvolvimento sustentável prima por uma melhor distribuição de renda entre os indivíduos. Não se trata de equiparar todos os cidadãos financeiramente, mas de garantir o mínimo necessário para que todos tenham qualidade de vida e vivam com dignidade, como assegurado constitucionalmente. Por sua vez, o segundo pilar refere-se à preservação do meio ambiente, da necessidade de se minimizar os impactos ambientais e sociais decorrentes da atividade produtiva. No terceiro pilar, o autor refere-se à distribuição geográfica equitativa da população nas sociedades, visando evitar aglomerações nos grandes centros, pois estas são potencialmente degradantes ao meio ambiente.

O pilar econômico refere-se à viabilidade econômica da exploração da atividade produtiva como condição necessária para desenvolvimento. E o quinto pilar do desenvolvimento sustentável cultiva a necessidade da implementação de políticas públicas e regulamentação para condutas devastadoras dos recursos naturais, para a harmonização das metas ambientais, econômicas e sociais, uma vez que as desigualdades são incompatíveis com o Estado Social Democrático de Direito.

O desenvolvimento sustentável envolve a dimensão da sustentabilidade ambiental e da sustentabilidade social. Atribui-se novos desafios à exploração da atividade econômica, cuja superação se impõe para permanência da empresa no mercado. Assim, as questões ambientais devem ser integradas aos negócios da empresa, como meio de impedir o crescimento econômico socioambientalmente destrutivo. A utilização de tecnologias mais limpas e o desenvolvimento de produtos com qualidade ambiental, face à economia globalizada, podem representar vantagens competitivas. Demonstrar engajamento na causa ambiental apresenta-se como benefício estratégico. "O argumento é melhorar a imagem da empresa e o potencial de venda de seus produtos e serviços" (VEIGA, 2007, p.13).

1.1 O custo e o benefício da proteção ambiental pela empresa

O componente ambiental da função social empresarial impõe uma nova postura das empresas na interação com o meio ambiente. Entretanto, a adoção de novos comportamentos e instrumentos ambientais aptos a viabilizar a sustentabilidade ambiental demanda custos consideravelmente elevados. Porém, ao mesmo tempo, representam significativa oportunidade de empreendimento e alternativas de vantagens competitivas. Ou seja, as empresas protegem o meio ambiente ao mesmo tempo em que passa a ser competitivas.

A razão pela qual os países em desenvolvimento receiam que a proteção ao meio ambiente reduzirá o crescimento econômico é que sabem que pode ficar caro protegê-lo. Contudo, se os benefícios ambientais forem devidamente medidos e políticas ambientais forem eficazmente planejadas, em geral os benefícios serão maiores que os custos (Cairncross, 1992, p.09).

A atuação econômica é dependente da preservação ambiental. E a postura proativa das empresas deve priorizar a prevenção, e não a reparação, visto que muitos danos ocasionados ao meio ambiente são irreparáveis. Muitos empreendedores, centrados exclusivamente na lucratividade empresarial, resistem a esta contabilização do meio ambiente, pois ainda que os custos não signifiquem grandes montantes, é certo que terão o lucro reduzido em face deles. Eis a razão de muitas empresas incorporarem a variável ambiental nas estratégias organizacionais apenas como discursos, e não efetivamente como produção eficiente e mais limpa e responsabilidade empresarial. Na verdade, adotam as práticas ambientais como “marketing estratégico”, demonstrando à coletividade uma imagem ambientalmente correta. Ainda que não passe para o plano da efetiva ação, o fato de haver empenho na busca da incorporação da variável ambiental, seja qual for o real objetivo, já aponta caminhos de mudanças e uma postura proativa da empresa.

Desse modo, os custos para implementação do novo paradigma empresarial são menores que os benefícios proporcionados. A preocupação ambiental eleva o potencial competitivo das empresas, o que atende ao objetivo empresarial e ao interesse da sociedade, que é preservação do meio ambiente. As restrições e as ameaças ambientais transformam-se em oportunidade, que além do “marketing” para a empresa, beneficia a sociedade e o meio ambiente. Assim, há conciliação dos interesses de todos os envolvidos no processo produtivo, ou seja, da empresa, do empresário, do consumidor, do trabalhador, da comunidade, dos fornecedores, dos concorrentes e do Estado, que configura a responsabilidade sócio-ambiental das empresas.

Com isso, verifica-se que a responsabilidade pela preservação ambiental é de cunho social, e não apenas individual. A empresa socioambientalmente sustentável permite que as necessidades do ser humano sejam atendidas e que o desenvolvimento tecnológico e econômico aconteça naturalmente, porém restritos aos limites impostos pelas condições de sustentabilidade.

Na submissão das empresas aos preceitos ambientais constitucionais, que fundamentam a ordem econômica, e na adoção de condutas para promover a

sustentabilidade, devem ser considerados os custos e riscos que o empreendimento exigirá. A preocupação em alinhar necessidades de produção e consumo com o uso dos recursos naturais deve permear todas as esferas da sociedade, como meio de se incorporar a redução do risco ambiental à gestão da atividade empresarial. Trata-se de oportunidade econômica em uma base sustentável. O ambiente empresarial deve contemplar, além do aspecto econômico, as variáveis ambientais e sociais. Adotar práticas sustentáveis é investir, seja na esfera privada, seja na pública e possibilita o fortalecimento das estruturas empresariais no mercado.

O exercício da responsabilidade social corporativa está associado à noção de sustentabilidade, que visa conciliar as esferas econômica, ambiental e social na geração de um cenário compatível à continuidade e à expansão das atividades das empresas, no presente e no futuro. Assim, as empresas são impulsionadas a adotar novas posturas diante de questões ligadas à ética e à qualidade da relação empresas–sociedade. Estas questões vêm influenciando, e em muitos casos impondo, mudanças nas dinâmicas de mercado e no padrão de concorrência e de competitividade, a exemplo das preocupações ligadas ao meio ambiente. A identificação e avaliação de fatores relacionados à responsabilidade social corporativa vem evoluindo de modo similar ao processo de discussão que resultou, por exemplo, na instituição do Selo Verde e de outras regulamentações que hoje interferem na escolha de processos de produção, induzindo à adoção de tecnologias menos agressivas ao meio ambiente (COSTA e VISCONTI, 2000, p. 04 e 05).

De fato, a questão ambiental reflete uma questão econômica. Assim, as empresas passaram a desenvolver e adotar estratégias de gestão ambiental, destinadas à preservação, conservação, proteção e recuperação do meio ambiente. E se inicialmente poucas acreditavam que desenvolver com sustentabilidade pudesse ser lucrativo, a realidade demonstra que na sociedade pós-moderna, produzir e preservar é lucrativo e condição para permanência no mercado, tanto que a adesão a essas práticas multiplicam-se intensamente. Como certifica Almeida (2003, p.124 e 125):

O êxito do processo de construção da sustentabilidade está diretamente ligado à construção do chamado mundo tripolar, no qual os resultados serão tanto mais palpáveis e consistentes quanto maior a integração entre empresa, governo e sociedade civil. A percepção de que a sobrevivência no competitivo mundo empresarial contemporâneo demanda o pensamento holístico integrador das três dimensões propiciou ao setor de negócios responsável grandes avanços entre 1992 (ano da realização da Rio-92, no Rio de Janeiro) e 2002 (ano da realização da Rio+10, em Joanesburgo, África do Sul). Na Rio-92, apenas um líder empresarial, o suíço Stephan Schmidheiny, falou pelo setor. Na reunião de Joanesburgo, mais de 1.000 presidentes e diretores de grandes empresas se reuniram no Business Day, evento organizado pela Business Action for Sustainable Development, uma iniciativa do World Business Council for Sustainable Development (WBCSD) e da International Chamber of Commerce. Na ocasião, a própria Organização das Nações Unidas recomendou formalmente que as parcerias entre governos e Organizações Não-Governamentais (ONGs) envolvam, também, as empresas.

1.2 Consumo sustentável

A produtividade da atividade empresarial destina-se à sociedade de consumo. Existe produção porque há consumo. Uma ação decorre da outra. Assim, tanto o ato de criar como a ação de consumir causam impactos ambientais. Produção predatória aliada à práticas extremamente consumistas geram desenvolvimento insustentável, que não mensura a forma como que este crescimento reflete no meio ambiente. Práticas insustentáveis conduzem à uma vida insustentável, ou seja, em um meio ambiente sem qualidade, inóspito. E isso se dá em razão da indissociabilidade da relação homem-natureza-economia. Evidencia-se assim, que

o ato de consumir, em tese, se opõe à ideia de preservar e é preciso repensar esta relação. Por outro lado, a ideia ingênua de preservar corre o risco de esquecer a necessidade do homem de consumir. Repensar esta sociedade de uma forma realística é absolutamente imprescindível. Não se trata de opor preservação ao consumo, mas de buscar uma saída que pode ser denominada consumo sustentável (SODRÉ, 1996, p.153).

O meio ambiente insta pela mudança paradigmática do comportamento humano, no que diz respeito à proteção do equilíbrio ecológico. A responsabilidade sócio-ambiental impõe-se à empresa, ao Estado e ao consumidor, ainda que em dimensões distintas. É fundamental que ocorra transformações no atual padrão de produção e que se aconteça a internalização dos custos ambientais pelas empresas. A função e a responsabilidade da empresa não se encerram no momento em que se encerra a etapa produtiva e se disponibiliza o produto ao mercado. A partir desta fase, impõe-se nova responsabilização, como ocorre com a destinação adequada aos resíduos destes produtos e no reaproveitamento e recuperação da matéria-prima, uma vez que se alocados em lugar apropriado e reutilizados, a empresa estará possibilitando uma produção sustentável.

O desenvolvimento socioeconômico deve apresentar-se como um instrumento eficaz para promover o objetivo social maior, razão pela qual a exploração da atividade econômica não pode afetar a qualidade ambiental, que, como direito fundamental, visa proporcionar bem-estar a toda coletividade. Assim, a liberdade constitucional assegurada aos empreendedores deve salvaguardar os direitos e interesses socioambientais (MILARÉ, 2009, p. 154).

Nesse sentir, a empresa precisa demonstrar à coletividade que está comprometida com a sustentabilidade ambiental. As relações sociais econômicas têm força para efetivar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sobretudo as relações de consumo, pois o consumidor da pós-modernidade deve ter consciência da repercussão que os produtos e serviços adquiridos causam ao meio ambiente. E assim, atuar em prol da natureza, adquirindo produtos que gerem menor ou, praticamente, nenhum tipo de prejuízo ao meio ambiente.

Quando a empresa demonstra respeito e adoção de posturas mais adequadas e responsáveis à proteção ambiental, ela torna oportuna a adoção de padrões de consumo ecologicamente sustentáveis, permitindo que o consumidor veja na mudança de práticas, hábitos e comportamentos, possibilidade de interferir na qualidade do meio ambiente. O consumidor consciente, que passou a ser chamado de "consumidor verde", prioriza a redução do desperdício e de práticas socialmente injustas e a utilização mínima dos recursos ambientais.

O consumo sustentável implica necessariamente numa politização do consumo, ou o que, segundo alguns autores, são denominados de "ambientalização do consumo", no sentido de caracterizar as práticas de consumo que transcendem as ações individuais, na medida em que articulem preocupações privadas e questões públicas. O consumo sustentável representa um salto qualitativo de complexa realização, na medida em que agrega um conjunto de características que articulam temas como equidade, ética, defesa do meio ambiente e cidadania, enfatizando a importância de práticas coletivas como norteadoras de um processo que, embora englobe os consumidores individuais, prioriza as ações na sua dimensão política (JACOBI, 2006, p.185).

A proposta do consumo sustentável amplia a concepção da sociedade quanto à esgotabilidade dos recursos naturais e da responsabilidade de todos pela preservação do meio ambiente para as gerações atuais e futuras. Os hábitos de consumo precisam ser redefinidos. Vislumbra-se que o objetivo da disseminação dessas novas práticas de consumo é transferir à coletividade a responsabilidade pelas mudanças, por meio das "transferências da atividade regulatória em dois aspectos: do Estado para o mercado, através de mecanismos de auto-regulação, e do Estado e do mercado para o cidadão, através de suas escolhas de consumo" (PORTILHO *apud* JACOBI, 2006, p.184).

Por meio de práticas constantes e voluntárias de consumo consciente, o consumidor verde pondera não apenas preço e qualidade, mas também se o produto é ambientalmente correto, ou seja, se tecnologias limpas são empregadas na sua produção. O ordenamento jurídico brasileiro não apresenta a expressão "consumo sustentável", mas são várias as situações em que proteção ambiental e tutela do consumidor relacionam-se, como na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), em seu art. 13, III, que explicita a utilização dos recursos naturais de forma racional.

Como sintetiza Milaré (2009, p. 90), ao tratar do consumo sustentável,

o que, em verdade, nós buscamos é uma perspectiva holística[3] da proteção do meio ambiente e do consumidor, casando as duas agendas, sempre que possível, com a preocupação de agilizar e otimizar sua implementação.

2 A RESPONSABILIDADE SÓCIO-AMBIENTAL DAS EMPRESAS NA AGENDA 21 BRASILEIRA

A Agenda 21 é um instrumento que propicia a definição e a implementação de políticas públicas, pautadas na participação de toda coletividade, em busca das prioridades do desenvolvimento sustentável. Trata-se de um instrumento de sustentabilidade destinado a moldar as ações dos cidadãos e das instituições de todos os setores, tanto da esfera público como na privada, neste século. A Agenda 21 Brasileira reafirma o compromisso assumido destinado à construção de sociedades sustentáveis. A Agenda Nacional compõe-se de dois documentos distintos: 'a Agenda 21 Brasileira-Resultado da Consulta Nacional', que descreve as intenções e estratégias apresentadas nas discussões realizadas, com participação de toda sociedade, quando da elaboração da Agenda 21 nacional, e a 'Agenda 21 Brasileira - Ações Prioritárias', que direciona a construção das sociedades sustentáveis, destacando os desafios emergenciais.

Para tanto, compartilhar e cooperar são ações fundamentais. Na apresentação da segunda edição das Ações Prioritárias do documento (2004, p.03), a então Ministra do Meio Ambiente e Presidente da Comissão de Políticas do Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Nacional, Marina Silva, destacou que

Integração e participação são palavras-chave na Agenda 21 sem as quais nos perdemos na retórica, nas intenções. No caso da Agenda 21 Brasileira sabemos que implementá-la é um desafio que implica uma série de mudanças nos padrões vigentes e nos hábitos culturais arraigados nos diferentes setores de nossa sociedade. Entendemos que a implementação da Agenda 21 Brasileira pressupõe vontade e determinação política e uma nova concepção do poder, que passa a ser entendido como um patrimônio da sociedade. Nesse sentido, estamos colocando em prática, diferentes ações que visam contribuir para avançarmos no caminho da sustentabilidade.

O documento Agenda 21 Brasileira – Resultado da Consulta Nacional, em sua segunda edição, dedica um Capítulo (2004, p. 30), (Capítulo 2 – 'Sustentabilidade na visão da sociedade brasileira'), para apresentação das premissas para a construção e implementação da Agenda 21 Brasileira, que consistem em:

1. estabelecer uma abordagem multissetorial e sistêmica - com visão prospectiva, entre as dimensões econômica, social, ambiental e institucional; 2. promover a sustentabilidade progressiva e ampliada. A Agenda 21 apresenta essencialmente a construção de consensos e pontes, a partir da realidade atual, para o futuro desejado; não existem fórmulas mágicas e a sustentabilidade será resultado de uma transição, e não de uma transformação abrupta; 3. promover o planejamento estratégico participativo - a agenda 21 não pode ser um documento de governo, e sim um projeto de toda a sociedade brasileira, pois só assim serão forjados compromissos para sua implementação efetiva; 4. estabelecer o envolvimento constante dos atores no estabelecimento de parcerias – o processo de construção e implantação da agenda deve sempre estar aberto à participação e envolvimento das pessoas, instituições e organizações da nossa sociedade; 5. entender que o processo é tão importante como o produto - os maiores ganhos virão das novas formas de cooperação e diálogo entre os atores sociais e da eficiência e eficácia dos resultados pretendidos; 6. estabelecer consensos e superar os entraves do atual processo de desenvolvimento - a construção da agenda demanda a mediação e a negociação como forma de se avançar sobre os conflitos e contradições dos processos, para que se lance luz sobre os grandes entraves

que devem ser enfrentados, para caminharmos rumo a sustentabilidade é fundamental que as ações sejam pactuadas.

Além destes postulados, o documento também expõe os princípios gerais que orientaram a elaboração da Agenda 21 e refletem a preocupação da coletividade sobre o que se almeja para desenvolver com sustentabilidade ambiental, social e econômica. A apresentação destes princípios organiza-se quanto às dimensões da sustentabilidade, quais sejam, a dimensão geoambiental, social, econômica, político-institucional e da informação e do conhecimento.

Sob a ótica geoambiental, os princípios são: direito à proteção ambiental e ao uso dos recursos, respeito à capacidade de suporte do ambiente, valorização dos recursos naturais, organização territorial por microbacias hidrográficas, participação social na elaboração de políticas de desenvolvimento, enfoque da regulação ambiental, gestão adequada dos resíduos, efluentes e produtos perigosos, proteção dos ecossistemas e recuperação das áreas degradadas, organização do espaço regional.

Quanto à dimensão social, os princípios consistem na erradicação da pobreza e redução das disparidades regionais, na promoção da saúde e proteção de grupos socialmente vulneráveis, na educação como instrumento fundamental de mudança, na elaboração das políticas públicas de caráter social, e por fim, no respeito aos padrões culturais e busca da eqüidade social. Por sua vez, o papel do Estado na indução ao desenvolvimento, a mudança dos padrões de produção e consumo, a valoração dos recursos naturais, o desenvolvimento regional integrado e fim da guerra fiscal e a reforma agrária, representam os princípios da dimensão econômica.

A dimensão político-institucional é reflete os princípios do comprometimento social e participação na formulação de políticas, do papel do poder público na construção da Agenda 21 Brasileira, das alterações sobre o marco legal em vigor, do pacto federativo para a sustentabilidade e integração de Agendas e do fortalecimento das instituições públicas. E, por fim, os princípios representando a dimensão da informação e do conhecimento, que se apresentam como princípio do controle social e fundamentos éticos da ciência e tecnologia brasileira, do conhecimento para a produtividade e para o desenvolvimento econômico, da socialização do conhecimento para a redução de desequilíbrios regionais, do respeito às necessidades locais, aos ecossistemas e aos saberes tradicionais, fortalecimento das instituições de pesquisa em âmbito regional, da qualificação para a sustentabilidade, da responsabilidade compartilhada na produção do conhecimento.

A Agenda 21- Ações Prioritárias, no capítulo terceiro, elenca vinte e uma prioridades, designadas objetivos. Dentre eles, destaca-se o Objetivo 2, denominado "Ecoeficiência e responsabilidade social das empresas". Neste ponto, ressalta-se a responsabilidade sócio-ambiental das empresas, que se inicia devido às imposições legais existentes, mas permanece e passa a integrar às estratégias de gestão ambiental em virtude da conscientização dos empreendedores da necessidade de crescer sem devastar. E ainda, que por meio de práticas socioambientalmente sustentáveis, é possível aprimorar a imagem da empresa na sociedade, o que motiva a competitividade e a produção empresarial. Dessa forma, a atividade empresarial tem como resultado, o

reconhecimento nacional e até mesmo internacional, quando a empresa se destinar a este mercado.

Este objetivo enumera práticas e recomendações que devem ser implementadas para a empresa que deseja ecoeficiência. São elas: (Agenda 21- Ações Prioritárias, 2004, p. 35 e 36)

- Criar condições para que as empresas brasileiras adotem os princípios de ecoeficiência e de responsabilidade social, que aumentam a eficiência pela incorporação de valores éticos e culturais ao processo de decisão.

- Promover parcerias entre empresas de diferentes portes como forma de disseminar o acesso aos padrões de qualidade dos mercados nacional e internacional. As parcerias implicam cooperação tecnológica e transferência de tecnologia, para a produção mais limpa.

- Promover parcerias entre as grandes, médias e pequenas empresas para a difusão do conceito de ecoeficiência, como sinônimo de aumento da rentabilidade, para a redução de gastos de energia, água e outros recursos e insumos de produção.

- Incentivar a ecoeficiência empresarial por meio dos mecanismos de certificação, em complementação aos instrumentos tradicionais de comando e controle. Cada empresa deve ser, voluntariamente, um agente de controle ambiental.

- Estimular a criação de centros de produção mais limpa e de energia renovável.

- Adotar os procedimentos adequados para minimizar efeitos adversos na saúde e no meio ambiente com a utilização de: i) desenvolvimento de padrões mais seguros de embalagem e rotulagem; ii) consideração dos conceitos de ciclo de vida dos produtos pelo uso de sistemas de gestão ambiental, técnicas de produção mais limpa e sistema de gerenciamento de resíduos; e iii) desenvolvimento de procedimentos voluntários de auto-avaliação, monitoramento e relatórios de desempenho e medidas corretivas.

- Promover a recuperação do passivo ambiental das empresas por meio de termos de ajuste de conduta, nos quais fiquem claramente estabelecidos os compromissos sobre as técnicas de recuperação, os investimentos alocados e os cronogramas de execução.

- Facilitar o acesso a financiamentos às micro e pequenas empresas pelos bancos oficiais e agências de fomento de caráter nacional, regional e local, para a busca criativa de novas soluções técnicas e gerenciais visando à produção sustentável.

- Prover a capacitação, a conscientização e a educação dos empregados, para que eles se tornem agentes promotores da ecoeficiência em suas empresas.

- Difundir amplamente a Convenção Quadro de Mudança do Clima e o Protocolo de Quioto, especialmente o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, para que, as micro, pequenas e médias empresas possam se beneficiar com recursos de projetos de redução de emissões de gases de efeito estufa e de seqüestro de carbono.

- Promover parcerias entre as universidades, institutos de pesquisas, órgãos governamentais, sociedade civil e as empresas.

- Integrar as empresas brasileiras à ação internacional pelo desenvolvimento sustentável, criando oportunidades de negócios favoráveis ao seu crescimento e sua inovação.

A elaboração da Agenda 21 Brasileira significou uma importante e relevante etapa na construção de um processo de determinação responsabilidades e co-responsabilidade. Porém para que seja eficaz na promoção do desenvolvimento sustentável, necessário se faz a implementação das ações e recomendações. E neste processo, toda a sociedade deve estar envolvida e empenhada, "para construir sinergias, ativar recursos latentes e, principalmente, praticar a cidadania na estruturação dessa nova ordem, que traga bem-estar, justiça e qualidade de vida para as atuais e futuras gerações de brasileiros" (Agenda 21- Ações Prioritárias, 2004, p.125). Assim, identificados os mecanismos institucionais e instrumentos econômicos indispensáveis à implementação da Agenda 21, inicia-se a sua prática. E, como se exige a envoltura de todos, a Agenda 21 denominou esse desafio de pacto social (Capítulo 7- "Um novo pacto social: a concretização da Agenda 21").

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promoção da sustentabilidade não é um custo, é estratégia para subsistir no mercado, é fator de competitividade, pois o mercado estabelece critérios para selecionar empresas com posturas ecologicamente corretas e responsáveis. A adoção de práticas de gestão ambiental, por meio da integração do pilar ambiental, social e econômico, garantirá a perenidade da empresa, já que desenvolver produtos ecologicamente corretos é uma boa estratégia e oportunidade de negócios.

Assim, a adoção da responsabilidade sócio-ambiental das empresas requer a conscientização de que a atividade empresarial deve ser desenvolvida voltada à proteção e concretização dos direitos fundamentais, como forma de promover a dignidade da pessoa humana, possibilitando vida digna a toda coletividade. A proteção ao meio ambiente é, assim, meio garantir e viabilizar a vida e com a constitucionalização da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, fundamental a atuação do Poder Judiciário na tutela efetiva do meio ambiente e dos direitos e deveres socioambientais, compatibilizando a tutela dos direitos individuais e dos direitos coletivos.

Mudanças nos modos de produção e a regularização da exploração das atividades econômicas demonstram que é possível produzir sem agredir e degradar a natureza, que contribui para o livre acesso das empresas no mercado, demonstra a viabilidade do setor e proporciona um planeta bem mais saudável habitável para as futuras gerações. Sustentabilidade social, econômica e ambiental: esse é o grande

desafio, que só se faz possível por meio de boas práticas econômicas, ambientais e sociais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando. **Meio Ambiente - Negócios.** in TRIGUEIRO, André [org.]. **Meio Ambiente no Século 21**. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 6.ed. ver, atual, amp. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002.

ASHLEY, Patrícia Almeida. **Ética e responsabilidade social nos negócios**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade Social das Empresas:** práticas sociais e regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

BRASIL. Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Nacional. **Agenda 21 Brasileira**: Resultado da consulta nacional. 2. ed. Brasília : MMA, 2004.

BRASIL. Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Nacional. **Agenda 21 Brasileira:** Ações prioritárias. 2. ed. Brasília : Ministério do Meio Ambiente, 2004.

CAIRNCROSS, Frances. **Meio ambiente, custos e benefícios**. Nobel: São Paulo,

1992.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COSTA, Cláudia Soares; VISCONTI, Gabriel Rangel. **Empresas, Responsabilidade Corporativa e Investimento Social -** uma abordagem introdutória . Relato Setorial nº 01, BNDES, 2000. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Tipo/Relatos_Setoriais/200003_13.html. Acesso em: 28.06.09.

COSTA, Sueli Alves Da. **Desenvolvimento ético sob à égide da responsabilidade socioambiental**. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Direito ambiental econômico e a ISO 14000**: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISO 14001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DONAIRE, Denis. **Gestão ambiental na empresa**. São Paulo: Atlas, 1995.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Direito e holismo**: introdução a uma visão jurídica da integridade. São Paulo:LTR, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

JACOBI, Pedro. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. Ambiente e Sociedade. Campinas, v. 9, n. 1, June 2006 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2006000100010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20.07.2009.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. São Paulo: Forense Universitária, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17.ed. rev. e atual. amp. Malheiros: São Paulo, 2009.

MAZON, Rubens. **Negócios Sustentáveis e seus indicadores**. in KEINER, Tania Margarete Mezzomo [org.].**Organizações sustentáveis**: utopias e inovações. São Paulo: Annablume, 2007.

MENEZES, Paulo Roberto Brasil Teles de. **O Direito do ambiente na era de risco**: perspectivas de mudança sob a ótica emancipatória. Revista de Direito Ambiental. v. 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PADILHA, Norma Sueli. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabri, 2006.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento includente, sustentável e sustentado.** São Paulo: Garamond, 2004.

_____ .**Rumo a Ecossocioeconomia:** Teoria e prática do desenvolvimento. in VIEIRA, Paulo Freire [org]. São Paulo: Cortez, 2007.

SANCHES, Carmen Silvia. **Gestão ambiental proativa**. Revista de Administração de Empresas. São Paulo, 2000, v.40. n.1.

_____. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Padrões de Consumo e Meio Ambiente**. Revista do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 31, 1999.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **A responsabilidade social das companhias**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 114, p. 34-35, abr/jun. 1999.

VALLE, Cyro Eyer do. **Qualidade Ambiental**: ISO 14.000. 5.ed. São Paulo: Senac, 2004.

VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo: SENAC, 2007.

---

[1] As partes compreendidas, direta ou indiretamente na exploração da atividade econômica empresarial são denominadas *stakeholders*. Este termo designa as partes interessadas, todas as pessoas, instituições e ambiente envolvidos pelas atividades das empresas.

[2]Também chamadas de tecnologias “end-of-pipe”, cuja tradução significa “fim-de-tubo”.

[3] A visão holística propõe a ruptura com o paradigma da ciência jurídica tradicional. Visa “promover uma leitura mais humana do Direito, levando a ele elementos novos e preocupações antigas com o futuro da Humanidade. Acredita-se que a grande tarefa do holismo é aproximar o homem à natureza, permitindo, por meio de abordagem nova, a construção de uma consciência revolucionária que se materialize num olhar que permita a ruptura da tradição científica. (...) Deverá o homem ser visto como uma totalidade integrada no ambiente natural. (FAGÚNDEZ, 2000, p.249 e 250).

CÓDIGOS DE CONDUTAS EMPRESARIAIS: UM ENSAIO DE QUALIFICAÇÃO JURÍDICA*

CÓDIGOS DE CONDUCTAS EMPRESARIALES: UN INTENTO DE CUALIFICACIÓN JURÍDICA

Lais Machado Lucas

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os Códigos de Condutas emanados por empresas privadas, como forma de autorregulação. Para isso, se estudará o contexto em que estes documentos surgiram no cenário empresarial, suas principais características e as vinculações destes documentos com o direito vigente. O estudo também intenta classificar estes códigos, fazendo uma separação quanto ao conteúdo, distinguindo aqueles Códigos de Boas Práticas de Governança Corporativa, daqueles de Responsabilidade Social Corporativa. Além disso, o trabalho preocupa-se em verificar a natureza jurídica destes códigos. Para melhor conectar o estudo com as práticas de mercado, toda a teoria desenvolvida no trabalho será cotejada com Códigos já existentes, das empresas Petrobras e Banco Itaú.

PALAVRAS-CHAVES: AUTORREGULAÇÃO – GOVERNANÇA – RESPONSABILIDADE – CORPORATIVO

RESUMEN

Este trabajo tiene por objetivo analizar los Códigos de Conducta hechos por empresas privadas como medio de auto-regulación. Así, se hará un estudio del surgimiento de estos documentos, sus principales características y los enlaces de estos documentos con la legislación actual. El estudio también hace uma clasificación de estos códigos, con una separación cuanto el contenido, distinguiendo los Códigos de Prácticas del Buen Gobierno, de los de Responsabilidad Social Corporativa. Además, el trabajo se ocupa de verificar La naturaleza jurídica de estos códigos. Para conectar mejor el estudio con la práctica del mercado, toda la teoría desarrollada en la obra se comprobarán con los códigos vigentes, de las empresas Petrobras y Banco Itaú.

PALAVRAS-CLAVE: AUTO-REGULACIÓN - GOBIERNO - RESPONSABILIDAD – CORPORATIVO

Introdução.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O mercado tem uma lógica própria. Esta lógica faz com que seus instrumentos de funcionamento se modifiquem e aperfeiçoem de forma dinâmica, buscando nas mais variadas áreas do conhecimento os subsídios para o seu desenvolvimento.

O mercado atual exige rapidez, versatilidade e, sobretudo, credibilidade e segurança. Diante da sua lógica peculiar e das exigências prementes, o mercado, através das próprias empresas que o compõem, buscou no Direito Privado recursos para atender à essas "urgências", sem ter que enfrentar problemas tais como demora legislativa, falta de conhecimento técnico dos agentes, etc. A gênese da solução foi dada pela autonomia privada como fonte normativa, poder jurisgênico conformador das condutas dos sujeitos responsáveis: é na autonomia privada - isto é, o poder de se dar as próprias normas - que deve-se situar a gênese dos Códigos de Condutas Empresariais.

Os Códigos de Condutas Empresariais surgiram, de forma significativa, na década de 90, com o advento do movimento denominado Governança Corporativa. Tinham por finalidade tornar públicas as intenções, objetivos e metas das empresas, a fim de promover a transparência e confiança do mercado. Desde então, esses documentos não pararam de se difundir sendo, nos dias atuais, quase que uma "obrigação" das grandes empresas.

Apesar dos vários exemplares que hoje se tem registro, os Códigos de Condutas Empresariais não são objeto de estudo por parte da doutrina nacional, que insiste em classificá-los como simples "Códigos de Ética", não os analisando como fenômeno jurídico. Esta realidade é bem diferente na Europa e nos Estados Unidos, onde existe grande preocupação, por parte dos estudiosos do tema, em definir, classificar e atribuir validade e eficácia para estes Códigos[1].

Inspirado por doutrina, sobretudo européia, o presente trabalho tem por objetivo averiguar a natureza jurídica dos Códigos de Condutas Empresariais analisando-os do ponto de vista da distinção entre os planos do negócio jurídico, sistematizada por Pontes de Miranda. Será necessário mencionar as peculiaridades dos Códigos de Condutas, fazendo-se uma divisão levando em conta seus conteúdos e destinatários e traçar os pontos de contato entre os tipos encontrados.

Durante todo o estudo será feito um paralelo entre a doutrina pertinente à matéria em comento e dispositivos de Códigos de Condutas vigentes. Foram escolhidos para análise os Códigos de Condutas do Banco Itaú S/A e da Petrobrás.

1 Códigos de Conduta como Modelo Normativo

1.1 Espécies de Códigos de Condutas e seus Princípios.

De acordo com o Dicionário da Língua Portuguesa, de Celso Pedro Luft, a palavra *código* significa "compilação de leis dispostas sistemática e metodicamente", ou ainda, "conjunto de regras convencionais que permitem a comunicação". A palavra *conduta*, significa a "procedimento, comportamento".

Por estas definições, conforme o vocabulário, concluímos que a expressão "código de conduta", significa "um conjunto de regras que emanam procedimentos e/ou comportamentos".

No entanto, a linguagem jurídica trouxe para o âmbito do direito empresarial esta expressão para designar aqueles documentos que contenham orientações de condutas para as empresas. Essas orientações podem ser sobre forma Código de "Governança Corporativa" ou sobre Código "Responsabilidade Social Corporativa",

Muitos documentos costumam misturar estes dois tipos de orientações, mas a doutrina especializada tem conceitos bem distintos para os "Códigos de Governança Corporativa[2]" e para os "Códigos de Responsabilidade Social Corporativa".

Luís Fernández de la Gándara, autor espanhol especialista no tema, diz, de forma geral, que os códigos de conduta são "reglas de comportamiento correcto dictadas por los propios intervinientes en eses sector de la actividad económica y financiera con la finalidad de conformar sus actividades profesionales y de prevenir la realización de prácticas jurídicas o moralmente sancionables."

Mais adiante, ainda no mesmo texto, completa que é "el conjunto de principios y reglas relativos al comportamiento de ciertos operadores económicos, incorporadas a un solo acto o instrumento formal, bajo fórmulas flexibles que implican un asentimiento mínimo a determinados principios y están dotadas en consecuencia de contenido y efectos jurídicos[3]."

Esse autor não separa em seu conceito os distintos tipos de códigos, limitando-se a falar em "regras de comportamento".

Aguilar, em "Códigos Éticos para el Mundo Empresarial", procura definir os Códigos de Responsabilidade Social Corporativa, expondo que os códigos emitidos por empresas ou por outras organizações são documentos que devem conter recomendações de conduta ética, principalmente para as empresas multinacionais. Defende que estes documentos devem ocupar-se de temas como corrupção e suborno, práticas trabalhistas, políticas de marketing, impacto no desenvolvimento ecológico e cultural, relação com o país onde a empresa vai se situar e com seu país de origem[4].

Maluquer de Motes, assim como Fernández de la Gándara, não expõe que tipo de princípios ou regras deve conter o código de conduta, ressaltando somente o principio da confiança. Diz que

"ciertamente los Códigos de Conducta son propuestas o principios que se llevan a cabo por la propia ley, por agrupaciones de empresas o por empresas de un sector, con la finalidad de establecer unos principios y unas reglas de garantía y de cumplimiento, para todas las empresas que operan en el sector o para las empresas que forman parte y se encuentran agrupadas o incorporadas a la asociación. (...) Realmente son principios apropiados para dar mayor seguridad y confianza a las relaciones entre las empresas y a las relaciones entre empresas y consumidores.[5]"

Quijano Gonzáles já se põe ao lado dos códigos que tratam de Governança Corporativa, inclusive lhes atribuindo outra nomenclatura:

"Códigos de Buen Gobierno operan como requerimientos dirigidos a las sociedades, sobre todo a las cotizadas, y más específicamente a sus órganos de gestión con el fin de que, en uso de su capacidad de autorregulación, introduzcan determinados criterios de organización, funcionamiento, adopción de decisiones, control, etc., que garanticen más participación, más información y más supervisión[6]."

Com base nestes conceitos, tem-se forma bastante cristalina que além de possível, é necessária a divisão dos códigos de conduta empresariais em dois grandes grupos: os Códigos de Governança Corporativa e os Códigos de Responsabilidade Social Corporativa.

Um código de conduta pode ser considerado como de Governança Corporativa quando contém recomendações para a gestão administrativa e financeira da empresa e para todos seus órgãos com poderes diretivos. Os princípios básicos destas recomendações são: transparência (disclosure), senso de justiça (fairness), prestação responsável de contas (accountability) e cumprimento das normas legais do lugar onde se encontra (compliance).

Os códigos de conduta de Responsabilidade Social Corporativa serão aqueles com conteúdo ético de acordo com os credos corporativos da empresa, que expõem a relação da empresa com a sociedade em que está radicada.

Dessa distinção dos códigos quanto ao seu conteúdo derivam duas premissas básicas que sustentam a importância deste tema, porque o insere no ordenamento jurídico pátrio: os códigos de Governança Corporativa estão fundados nos princípios da lealdade, boa-fé e diligência e, os códigos de Responsabilidade Social Corporativa refletem o princípio da função social.

•1.2 Fundados na Diligência e na Boa-Fé

Os códigos de Governança Corporativa são códigos de conduta fundados na diligência e na boa-fé. Antes de melhor defini-los e apresentar suas principais características, cumpre fazer uma breve análise sobre a Governança Corporativa.

Costuma-se dizer que o movimento da Governança Corporativa teve seu início nos anos 80, com as exigências da globalização da economia, com a incidência de graves escândalos financeiros e crises empresariais, com a ascendência dos investidores institucionais e com a necessidade de se criar um sistema mais ágil de regulamentação que o processo legislativo estatal.

Ocorre que, existem relatos que as raízes da Governança Corporativa são mais antigas. Nos Estados Unidos, os problemas com os escândalos financeiros começaram no início dos anos 70 (1973), com o conhecido caso "Watergate". Guillermo Guerra Martín[7], em sua obra, explica que,

"se descubrió que algunas sociedades estadounidenses habían realizado durantes los años anteriores contribuciones ilegales a la financiación de la campaña electoral del Presidente Nixon, así como pagos de soborno a altas personalidades de gobierno

extranjero. Ante estos hechos, la SEC (Securities and Exchange Comisión) anunció un período de amnistía durante el cual, aquellas sociedades que voluntariamente hicieran publica la comisión de actos ilegales no serian investigadas por este organismo. Muchas sociedades procedieron, entonces, a realizar una investigación interna sobre sus propias actividades e informaron públicamente, en lo que supuso una serie de revelaciones realmente impactantes para la opinión publica, sobre un numero elevado de casos de conducta ilegal o al menos cuestionable desde un punto de vista ético. Estas revelaciones crearon la conciencia generalizada de que las practicas de gobierno y dirección de las sociedades cotizadas y las medidas de control del *management* establecidas, tanto por los legisladores, organismos supervisores y mercados, como por las propias sociedades, eran inadecuadas e ineficaces y de que resultaba necesario proceder a su revisión, bien a través de reformas legislativas, bien a través de la regulación de la SEC."

Diante destes acontecimentos, o legislador federal americano promulgou em 1977 a "Foreign Corrupt Practices Act", que ditava novas regras sobre o sistema de contabilidade das empresas estadounidenses. Além desta lei, começaram muitos debates sobre o Direito de Sociedades e a forma de governo das empresas, que levaram o nome geral de "Corporate Governance".

Com isso, muitos grupos de estudos se formaram para discutir os novos caminhos do Direito de Sociedades, entre os quais se deve destacar o trabalho realizado pelo "American Law Institute" (ALI), que iniciou em 1978 e depois de 15 anos, publicou, em 1994, os "Principles of Corporate Governance: Análisis and Recommendations". O texto, ainda que controvertido, foi objeto de análise por grande parte da doutrina, uma vez que "adopta un formato mixto, combinando la formulación de principios para que puedan ser tenidos en cuenta por los tribunales y legisladores, con recomendaciones destinadas de forma más directa a la aplicación práctica por las sociedades."[8]

A partir das recomendações da ALI, muitas outras surgiram, emitidas por empresas, associações empresariais, fundos de pensões, associações de investidores institucionais, o que levou a uma difusão de textos relativos ao governo societário, nascendo o denominado "Corporate Governance Movement". Este movimento se mantém ate hoje, agora quase como uma obrigação para aquela empresa que negocia suas ações em Bolsas de Valores e que se compromete com o mercado.

O movimento da "Corporate Governance" não teve expressão somente nos Estados Unidos, mas também, foi amplamente desenvolvido na Europa Continental e Inglaterra. No Brasil, a Governança Corporativa foi introduzida na década de 90, acompanhando as mudanças econômicas e políticas que país passava. Os movimentos estratégicos que desencadearam esta nova tendência foram: a inserção global, a integração regional, a abertura econômica, as privatizações, novos marcos regulatórios (criação de agências nacionais, por exemplo) e a desmonopolização[9].

Em 1995 foi criado o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, que lançou em caráter oficial, o primeiro "Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa" como sugestão de documento a ser seguido pelas empresas. No entanto, a consagração da Governança Corporativa no Brasil se deu em 2001, pela criação dos "Níveis Diferenciados de Governança Corporativa" pela BOVESPA e pela promulgação da Lei 10.303, de 2001.

A BOVESPA, seguindo a tendência das Bolsas mundiais, lançou em 2001 um seguimento de mercado destinado a empresas que observavam regras de Governança Corporativa em sua gestão. Este seguimento, dividido em Nível 1, Nível 2 e Novo Mercado tem regras especiais de participação, impondo às empresas aderentes práticas de Governança, que, se descumpridas, podem levar a exclusão dos níveis diferenciados. A vantagem de participar destes seguimentos é a maior credibilidade que eles garantem, pela observância de condutas transparentes, dentro dos limites da legislação nacional, entre outras que baseiam o movimento da Governança.

A Lei 10.303 de 2001, que alterou dispositivos da Lei 6.404 de 1976, trouxe para dentro do ordenamento jurídico brasileiro princípios da Governança Corporativa. Destaca-se o artigo 15, § 2°[10], que preconiza que o número de ações preferenciais emitidas, sem direito a voto, não pode ultrapassar 50% (cinqüenta por cento) do total de ações e o artigo 254-A, que trata da aquisição do controle da companhia e da oferta pública de ações (OPA)[11].

Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, esta pode ser definida como "o sistema pelo qual, as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre Acionistas/Cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade". Explica ainda que, "na teoria econômica tradicional, a governança corporativa surge para procurar superar o chamado "conflito de agência", presente a partir do fenômeno da separação entre a propriedade e a gestão empresarial. O "principal", titular da propriedade, delega ao "agente" o poder de decisão sobre essa propriedade. A partir daí surgem os chamados conflitos de agência, pois os interesses daquele que administra a propriedade nem sempre estão alinhados com os de seu titular. Sob a perspectiva da teoria da agência, a preocupação maior é criar mecanismos eficientes (sistemas de monitoramento e incentivos) para garantir que o comportamento dos executivos esteja alinhado com o interesse dos acionistas"[12].

Arnoldo Wald[13], sobre o conceito de Governança Corporativa coloca que,

"do ponto de vista técnico, podemos dizer que o conjunto de medidas que assegura o funcionamento eficiente, rentável e eqüitativo das empresas deve assegurar a prevalência do interesse social sobre os eventuais interesses particulares dos acionistas, sejam eles controladores, representantes da maioria ou da minoria. Trata-se, portanto, da criação do Estado de Direito dentro da sociedade anônima, em oposição ao regime anterior de onipotência e de poder absoluto e discricionário do controlador ou do grupo de controle".

Por estas definições, conclui-se que Governança Corporativa tem por escopo promover a harmonização de interesses entre os acionistas (proprietários) e os administradores da sociedade, fazendo com que estes últimos cumpram o seu papel em prol da coletividade da empresa e não com base em interesses pessoais, criando valor e promovendo o crescimento da empresa. Para atingir estes objetivos, o instrumento da Governança deve se basear em quatro pilares: *fairness* (senso de justiça), *disclosure* (transparência de informações), *accountability* (prestação responsável de contas) e *compliance* (conformidade no cumprimento de normas). Ademais disso, verifica-se que a

Governança Corporativa tem destinatários específicos: os administradores e os acionistas.

O instrumento para o exercício da Governança são os chamados "Códigos de Melhores Práticas de Governança Corporativa". Estes documentos encerram as regras a serem cumpridas pelos administradores e acionistas para que se mantenha o bom desempenho da empresa.

Assentados nos quatro pilares já referidos, esses documentos ainda trazem no seu espírito os deveres de diligência e boa-fé que todo o administrador deve ter no exercício de suas funções[14].

O dever de diligência, contemplado no Código Civil de 2002 e na Lei 6.404 de 1976[15], pode ter três conotações distintas: 1.sentido psicológico (tensão da vontade para cumprimento do dever); 2. sentido normativo (grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que representa o cumprimento de um dever); e 3. sentido objetivo (grau de esforço necessário para atingir certo fim, independentemente de saber se este é ou não devido e sem referência a nenhuma pessoa concreta)[16].

Para o estudo do dever de diligência dos administradores, a acepção mais importante é a normativa "que significa o grau de esforço exigível de alguém para que cumpra determinada obrigação, evitando a lesão a direitos subjetivos alheios".

Segundo Amador Paes de Almeida[17], "os administradores assumem, para com a companhia e para com os acionistas desta, uma série de obrigações, consubstanciadas nos seguintes deveres: diligência, lealdade e informação". Prosseguindo, o autor define o dever de diligência como sendo "o emprego de meios adequados à administração da companhia". Coloca ainda que "o administrador diligente é zeloso, esforçado, utilizando-se sempre de métodos racionais e próprios à consecução dos fins desejados".

Sobre o dever de lealdade, o referido autor o concebe como o procedimento fiel, que se orienta pelas leis de dever e da honra. Já o dever de informar, peculiar das sociedades anônimas, seria a obrigação de pôr o acionista a par de atos e fatos relevantes nas atividades da sociedade[18].

Flávia Parente engloba todos esses deveres no dever de diligência, consistindo este, então, nos deveres de se qualificar para o exercício da função, de bem administrar, de se informar, de investigar, de vigiar, de atuar de acordo com as finalidades de suas atribuições, de ser leal, de evitar situações de conflito de interesses e de informar os acionistas[19].

Conjugando estes deveres dos administradores com os Códigos de Melhores Práticas, Olcese Santoja expõe que,

"(...) simplemente nos permitimos enfatizar la importância de "medir" la labor de los Consejos de Administración. Ésta es uma de las funciones más importantes que tienen los códigos y guias de buen gobierno corporativo. Estos códigos y documentos semejantes contribuyen a mejorar lo que el profesor Edgar Shein há denominado la "cultura empresarial", y que es reflejo al mismo tiempo del "estándar ético" de la

sociedad y del grado de responsabilidad de sus integrantes, entre quienes se encuentran, obvio es decilo, los empresários. El grado de "cultura empresarial" no se pude medir solo con normas legales sino que se tornan necesarios otros instrumentos (como los códigos de autogobierno y su efectivo cumplimiento por las propias empresas). La responsabilidad no se agota en el cumplimiento de las leyes"[20].

Todos esses deveres estão expostos de forma bem clara nos Códigos sob análise neste trabalho. No "Código de Boas Práticas" da Petrobras, o artigo 1° já é taxativo: "Caberá ao Diretor de Relações com Investidores zelar para que as informações sobre ato ou fato relevante ocorrido ou relacionado aos negócios da Petrobras sejam divulgadas ao mercado na forma prevista na legislação e neste Código". Sobre os deveres dos administradores, estipula o artigo. 18 que, "Todos os administradores e funcionários integrantes da Administração Superior da Petrobras têm para com a mesma o dever de lealdade e devem, em conseqüência, conduzir-se de forma a evitar a ocorrência de quaisquer situações que possam, de alguma forma, caracterizar um conflito de interesses e afetar os seus negócios e operações". No mesmo sentido, o artigo 21: "Os administradores e funcionários integrantes da Administração Superior da Petrobras devem servir com lealdade as atribuições que a lei e estatuto lhe conferem para lograr os fins no interesse da Companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa".

Acerca da Política de Relacionamento com os Investidores, o artigo 30 preconiza: "A Petrobras, em princípio, adotará a política de não endossar recomendações de investimentos apresentadas por analistas, nem tampouco comentar suas conclusões ou previsões de resultados, que deve refletir opiniões independentes".

O Código do Banco Itaú, tratando da responsabilidade dos gestores expõe que "não se devem transmitir visões enganosas da situação da Empresa, nem exercer pressão sobre os auditores independentes, pois isso comprometeria a credibilidade pública do Itaú". Quanto ao relacionamento com os acionistas, o Código afirma a prática da Governança Corporativa, dando poderes fiscalizadores e de gestão ao Conselho de Administração, garantindo a segurança das informações e atendendo as exigências legais dos paises em que o Banco atua para os demonstrativos contábeis.

A diferença primordial entre os dois códigos decorre do fato do código do Banco Itaú ser "uno", isto é, reúne as recomendações de Governança Corporativa e de Responsabilidade Social Corporativa em um único documento, e a Petrobras ter adotado códigos separados para cada matéria, o que se entende ser mais oportuno.

O outro princípio norteador dos Códigos de Melhores Práticas de Governança Corporativa é a boa-fé.

Reza o art. 113 do Código Civil que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". A presença do princípio da boa-fé no ordenamento jurídico pátrio não é nova, já que o Código Comercial de 1850 determinava que a interpretação dos negócios comerciais deveria se dar de acordo com aquele. Aliás, atreve-se a dizer que a boa-fé está na gênese do direito.

Paula Forgioni[21], discorrendo sobre o princípio, conclui com exatidão:

"A boa-fé no direito comercial não desempenha apenas uma função moral, desconectada da realidade dos negócios e fundada em valores outros que não a busca do melhor funcionamento do mercado. Ao contrário, reforça as possibilidades de confiança dos agentes econômicos no sistema, diminuindo o risco. A boa-fé - agora, em todo o direito privado - é um catalisador de fluência das relações no mercado".

No entanto, é conceituando a boa-fé que se terá a visão clara de como ela se insere nos Códigos de Melhores Práticas. Judith Martins-Costa separa a boa-fé em subjetiva e objetiva. A boa-fé, segundo a ilustre doutrinadora, "diz-se subjetiva justamente porque, para sua aplicação, deve o interprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem"[22].

Já por boa-fé objetiva tem-se o

"modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo"[23].

Os Códigos de Melhores Práticas de Governança Corporativa atendem ao princípio da boa-fé objetiva, que conjuga-se ou, porque não dizer, abarca o deve de diligência. Neles estão expressos modelos de condutas, com os quais os administradores das empresas se comprometem para o bem desta e também para atingir os resultados almejados pelos seus acionistas e investidores.

•1.3 Fundados na Função Social

Para iniciar este ponto, relatam-se dois casos:

Caso I - Nike: Na década de 90, organizações civis de direitos humanos denunciaram que a empresa de artigos esportivos Nike, se utilizava de mão de obra "quase" escrava, nos países asiáticos, para a confecção de seus produtos. A procura por aqueles países se dava pela total falta de legislação protetiva aos trabalhadores e também pelo custo baixíssimo da mão de obra. Em decorrência da ausência de meios de trabalho dignos e excesso de carga horária, alguns operários faleceram enquanto trabalhavam.

A primeira reação da Nike diante das denúncias foi a negação, que não surtiu efeitos face as provas evidentes. Esta situação gerou para a Nike uma perda de 50% (cinqüenta por cento) no valor das suas ações.

A situação ficou ainda pior quando, em 1997, um relatório interno da empresa, que admitia o conhecimento de tais práticas exploratórias, chegou às mãos do público. Foram, inclusive, movidas ações judiciais contra a Nike.

Para recuperar a sua credibilidade junto à sociedade, nos anos de 1999 e 2000, a Nike aumentou em 53% (cinqüenta e três por cento) a sua verba para campanhas publicitárias, que tinham como principal tema o combate à exploração do trabalho escravo. Além disso, a empresa renovou o seu "código de conduta" e iniciou uma estratégia de marketing para dissociar sua marca da imagem dos sweatshops ("oficinas de suor" - denominação utilizada para as empresas asiáticas que exploram a mão de obra) da Ásia.

Caso II - Shell: Desde 1956 a empresa Shell explora petróleo no continente africano, mais precisamente na região do Delta do Rio Níger. Na década de 70, a empresa já havia sido acusada de patrocinar a guerra civil que ocorria na região a fim de garantir a sua continuidade naquele país. Além disso, outras denúncias como degradação ambiental, exploração de trabalho humano e desinteresse no desenvolvimento social da região, também ecoavam contra a empresa.

Em 1992, o escritor Ken Saro-Wiwa publicou um livro denunciando todas as atrocidades cometidas pela Shell e Chevron ao povo "Ogoni", na Nigéria. Três anos depois, este escritor foi enforcado a mando do governo nigeriano, juntamente com mais oito pessoas, que lutavam contra a exploração nociva dos recursos naturais africanos.

A situação ficou bastante complicada para a Shell, porque poucos meses antes da execução dessas pessoas, o seu gerente geral para a Nigéria, Naemeka Achebe, explicou o apoio da empresa à ditadura no país, arguindo que é necessário um ambiente de estabilidade para as empresas que querem realizar investimentos e as ditaduras oferecem isto.

A Shell foi denunciada como participante/mandante dos enforcamentos.

Em 2005, a Shell lança seus "Princípios Gerais de Negócios da Shell", estabelecendo no "Princípio 4" que "A Companhia não realiza pagamentos a partidos ou organizações políticas ou a seus representantes, nem participa em partidos políticos". Nos "Princípios 5 e 6", expõe seu compromisso com a saúde, segurança e meio ambiente e com as comunidades locais onde atua.

Conforme referido anteriormente, os códigos emitidos pelas empresas, que contém essencialmente normas de caráter ético, que expressam seus valores sociais, são códigos de Responsabilidade Social Corporativa. Esta, "consiste na obrigação da empresa de maximizar seu impacto positivo sobre os stakeholders (clientes, proprietários, empregadores, comunidade, fornecedores e governo) e minimizar o negativo. Há quatro tipos de responsabilidade social: legal, ética, econômica e filantrópica".[24]

Levando em consideração os conceitos e teorias clássicas que tentam explicar o fenômeno da empresa, tem-se que esta nada mais é do que uma atividade economicamente organizada, com a finalidade de gerar lucros para os seus sócios e acionistas. O objetivo da empresa se traduz na maximização do valor de mercado da mesma. Esta maximização também serve para demonstrar a eficiência e capacidade dos órgãos diretivos da empresa, sendo o principal parâmetro da autuação destes.

Ocorre que, como mostram os dois casos relatados acima, não basta a empresa fazer uma administração voltada tão somente para os seus acionistas; o público externo detém

cada vez mais poder para determinar o sucesso ou o insucesso de uma organização. Há, aqui, uma ponderação dos conceitos capitalistas: será que é só lucro que importa?

Segundo a consultoria McKinsey[25], a resposta ao questionamento feito é negativa. Em pesquisa realizada sobre a responsabilidade social corporativa, foram destacados pelos entrevistados quatro pontos que devem fazer parte das agendas das empresas, além dos lucros: (1) a exploração de novas tecnologias (como a biotecnologia e os tratamentos terapêuticos); (2) assunção de atividades e serviços, antes prestados pelos entes públicos (serviços de públicos ou atividades de interesse geral); (3) o comércio (exportação e importação) com países em vias de desenvolvimento; (4) a elaboração de produtos manufaturados em países em vias de desenvolvimento, utilizando seus recursos humanos (o chamado "dumping social").

Complementando este pensamento e estabelecendo a conexão entre Responsabilidade Social Corporativa e lucratividade, Olcese Santoja esclarece que "la necesidad de la 'responsabilidad social' de las empresas parece estar suficientemente asentada en la sociedad, por lo que los administradores deben considerar la visión que la sociedad tenga de la empresa como um activo intangible importante"[26].

Esteban Velasco, coloca que

"sobre la llamada responsabilidad social de las empresas, que plantea la cuestión de la hoy llamada actuación socialmente responsable de la empresa, reverdeciendo el viejo debate de la función social de la empresa (mas allá de la filantropia, como instituición socioeconômica, creadora de riqueza no solo para sus propietarios) y sobre el papel de la ética em la economia de mercado, cuando recientes y graves escândalos en el corazón del mundo capitalista cuestionan que pueda funcionar y sobrevivir la economia sin um sistema de valores morales compartidos, que corrija los excesos del autointerés lucrativo y aporte legitimción social al sistema de las empresas privadas"[27].

A responsabilidade social corporativa, no entanto, não é tão somente uma estratégia de "marketing" ou um ativo intangível. Quando praticada com os elementos e com os propósitos já expostos, ela reflete o princípio da função social da empresa.

No ordenamento jurídico brasileiro não há que se questionar sobre a existência ou não da "função social da empresa", já que esta encontra mais de um fundamento constitucional que a possa garantir. A primeira corrente doutrinária entende que a função social da empresa deriva da função social da propriedade, presente no art. 170[28], da Constituição Federal de 1988, seja porque o regime jurídico da empresa esteja diretamente vinculado ao regime jurídico da propriedade dos bens de produção[29], seja porque a sociedade empresária é a "proprietária das propriedades economicamente organizadas"[30]. Outra corrente aponta como fundamento o princípio da solidariedade, presente no artigo 03º da Constituição Federal, que visa garantir a todos a "igual dignidade social". Na lição de Maria Celina Bodin de Moraes, "o princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados"[31]. Por ser princípio constitucional, que se irradia por todo o ordenamento infraconstitucional, a solidariedade deve estar presente também na atividade

empresarial, na medida em que o empresário não deve se preocupar somente com os lucros, mas com a sociedade onde está inserido.

Muito antes da Constituição Federal, a Lei 6.404, de 1976, que dispõe sobre as Sociedades Anônimas, já trazia dispositivos que contemplavam o princípio da função social. O parágrafo único do art. 116 estabelece que "o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender".

O caput do art. 154, tratando dos deveres e responsabilidades dos administradores, reafirma o princípio: "O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa".

O Código Civil de 2002 não trouxe no seu texto disposição expressa sobre a função social da empresa, reconhecendo, no entanto, em outros institutos este princípio.

Olcese Santoja expõe de forma mais clara e sob outra ótica a função social da empresa, que para ele vai além de maximizar impactos positivos para os stakeholders:

"Desde el punto de vista de la sociedad civil, la empresa es um importante bien social por cuatro razones: primero, porque crea trabajo; segundo, porque aporta bienes y servicios necesarios para la sociedad; tercero, porque a través de sus ganacias aumenta el bienestar de la sociedad, y cuatro, porque es un instrumento social privado, independiente del Estado, para el sostén moral y material de otras actividades de sociedad civil"[32].

Não há dúvida que mais importante que parecer socialmente responsável é agir de tal forma. Mas, como mostram os casos relatados inicialmente, a mudança de conduta não é suficiente para desfazer ou amenizar os equívocos cometidos: é preciso transformar a conduta socialmente responsável em normas rígidas para a própria empresa.

Neste contexto surgem os códigos de Responsabilidade Social Corporativa, que têm por objetivo primordial explicitar qual é função social daquela empresa que o emite.

A empresa Petrobras denomina o seu código de responsabilidade social corporativa de "Código de Ética do Sistema Petrobras". Nele, aborda oito pontos: cumprimento da Governança Corporativa; relação da Petrobras com os empregados; relação dos empregados com a Petrobras[33]; relações com fornecedores, prestadores de serviços e estagiários; relações com clientes e consumidores; relação com o meio ambiente; relação com a comunidade; e relações com a sociedade, Governo e Estado[34].

Na exposição de motivos do Código, dois pontos chamam a atenção: primeiro o compromisso público expresso da empresa em fazer valer os princípios do código; segundo, o benefício da empresa em ter o documento, já que este proporcionou a sua adesão ao Índice Mundial Dow Jones de Sustentabilidade, a partir de setembro de 2006.

Nas disposições complementares, cabe ressaltar a expressa determinação de que o Código de Ética abrange os membros do Conselho de Administração, dos Conselhos Fiscais, das Diretorias Executivas, os ocupantes de funções gerenciais, os empregados, os estagiários e os prestadores de serviços.

Ademais, verifica-se que a empresa criou ouvidorias especiais para a denúncia de infrações contra o código, que poderão resultar na adoção de medidas disciplinares que compõem o Sistema Petrobras. Tem-se, assim, além de um sistema "autorregulador", um sistema "auto-sancionador".

O Banco Itaú, no seu Código de Ética Corporativo, abordou o relacionamento interno, os conflitos de interesse, a preservação das informações, os favores e os presentes[35], a segurança financeira pessoal[36], a responsabilidade dos gestores, as relações com os clientes, as relações com os acionistas, as relações com s fornecedores, as relações com o setor público, as relações com os concorrentes, as relações com a mídia e as relações com a comunidade.

Assim como a Petrobras, o Banco Itaú também criou um órgão especifico para monitorar o cumprimento e adequação do Código, chamado de Comissão Superior de Ética. No entanto, o mais interessante do documento do Itaú, é o reflexo da consciência empresarial que "o mero respeito às leis não dá conta da complexidade das repercussões que as ações empresariais podem provocar".

O que se constata com o conteúdo desses documentos é que existe um sentido "moral" que vem permeando as relações empresariais, fazendo com que os administradores utilizem ao máximo das suas habilidades para conjugar esta realidade com o intuito financeiro e econômico que caracteriza as relações negociais.

Mesmo havendo doutrina que suscite controvérsias quanto à Responsabilidade Social Corporativa[37], não se pode questionar o bem que esta proporciona tanto para quem a pratica, quanto para quem usufrui de seus resultados. Utilizando as palavras proferidas pelo Desembargador Sérgio Dulac Muller, em palestra realizada na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, em 2005, a Responsabilidade Social Corporativa, quando praticada com puro interesse econômico, nada mais é do que uma "hipocrisia saudável", que ademais de seus interesses produz resultados positivos.

2 Códigos de Conduta Empresarial como Negócio Jurídico Unilateral.

Tendo bem claras as definições e as características dos Códigos de Governança Corporativa e dos Códigos e Responsabilidade Social Corporativa, cumpre agora analisar a sua natureza, como fenômeno jurídico[38].

2.1 A Autonomia Privada.

A concepção de um código de conduta empresarial por uma empresa requer três pressupostos distintos, mesmo que nem sempre eles estejam expostos, durante o

processo criativo, de forma metódica e cristalina e, devidamente individualizados pelos autores: sem vontade, liberdade e autonomia não se um faz código de conduta empresarial.

Ao analisar o fenômeno da autonomia privada, acentua Francisco dos Santos Amaral Neto, não se pode analisar a vontade - no sentido em que é relevante para o Direito - subsumindo-a no sentido psicológico, em que é "uma faculdade espiritual do homem que manifesta uma tendência, um impulso para algo, a realização de um valor intelectualmente conhecido[39]". A vontade se apresenta diferenciada conforme o campo de conhecimento, tal como a ética ("a vontade é uma atitude ou disposição moral para querer algo"), a filosofia ("a vontade é uma entidade a que se atribui absoluta subsistência e se converte, por isso, em substrato de todos os fenômenos") e, assim, também, no direito. Neste campo a vontade é elemento que "influi sobre a validade ou sobre a eficácia (do negócio jurídico); ela age sobre um negócio já existente, corrigindo-o, auxiliando o seu entendimento e preenchendo suas omissões"[40].

Quando o indivíduo atua de acordo com a sua vontade, diz-se que ele está usando da sua liberdade, não cabendo aqui esmiuçar todos os conceitos inerentes a ela. O que interessa é que a liberdade que o indivíduo possui no âmbito jurídico de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, regular juridicamente tais relações, determinando-lhes conteúdo e eficácia, protegido pelo manto do direito, chama-se autonomia privada.

Nas palavras de Pontes de Miranda[41], a autonomia

"é o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades. Enquanto, a respeito de outras matérias, o espaço deixado à vontade fica por fora do direito, sem relevância para o direito; aqui, o espaço que se deixa à vontade é relevante para o direito. É interior, portanto, às linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes, como espaço em branco cercado pelas regras que o limitam".

Durante muito tempo estiveram confundidas as noções de "autonomia privada" e "autonomia da vontade". Segundo Judith Martins-Costa, não se deve confundir a autonomia privada - compreendida como o processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação das relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam - nem com a autodeterminação ("que é noção da filosofia e "princípio constitutivo do político ") nem com a "autonomia da vontade". Essa expressão designa, segundo a autora, concomitantemente:

"a) uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo "um mito voluntariamente tecido pelos detratores do individualismo, para melhor criticar os seus excessos" ; b) uma explicação dada ao fenômeno contratual, visualizando-o exclusivamente pelo viés do acordo ou consenso mútuo; c)a tradução jurídica de uma forma econômica própria do capitalismo comercial oitocentista, ainda não dominado pela grande empresa e pela produção em massa, aceitando-se, então, a idéia de uma quase que "espontânea" composição dos interesses econômicos interprivados".[42]

Menezes Cordeiro, na obra "Direito das Obrigações[43]", distingue entre autonomia privada e a autonomia da vontade, explicando designar a expressão "autonomia da vontade" o fenômeno que guarda relação com a vontade humana. Nos termos do

doutrinador português, autonomia da vontade "é a potencialidade jurígena do comportamento humano livre". Francisco dos Santos Amaral Neto[44], na mesma linha de raciocínio de Menezes Cordeiro, coloca a autonomia da vontade como manifestação da liberdade individual no campo do direito, não se discernindo, portanto, de uma conotação psicológica, ou subjetiva.

Já a autonomia privada, na visão de Menezes Cordeiro[45], é aquela que "parte da norma jurídica: é a permissão jurídico-privada de produção de efeitos jurídicos". É chamada de autonomia "privada", porque constitui poder conferido aos privados (e não ao Estado, jungido ao princípio da legalidade). Segundo, ainda, o mesmo doutrinador, "para os normativistas, a autonomia privada é o poder atribuído pelo direito aos particulares de criar novo direito, de criar normas jurídicas".

Francisco dos Santos Amaral Neto expõe que a autonomia privada é o "poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas; (...) é o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, em oposição ao caráter dos ordenamentos constituídos por outros".

Acrescenta, ainda, que

"a autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do direito privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado. Tratando-se de relações jurídicas de direito privado, os particulares são os que melhor conhecem seus interesses e valores e, por isso mesmo, seus melhores defensores[46]".

A autonomia privada contempla duas "liberdades" que podem ser exercidas de formas distintas: a liberdade de celebração e a liberdade de estipulação. Na liberdade de celebração, "a autonomia privada permite praticar ou não praticar o ato e, portanto, optar pela presença ou pela ausência de determinados efeitos de direito, a ele associados". Já na liberdade de estipulação, "a autonomia vai mais longe: ela permite optar pela prática do ato e, ainda, selecionar, para além da sua presença, o tipo de efeitos que se irão produzir"[47].

A doutrina esposada confirma o jargão jurídico de que a autonomia privada é o espaço concedido pelo próprio ordenamento jurídico para que os particulares se auto-regulem. Parafraseando Pontes de Miranda[48] autonomia privada, é "o que ficou às pessoas" quando o Estado passou a produzir o Direito.

Se a autonomia é o poder de dar-se normas, compreende-se que os códigos de condutas empresariais decorram da autonomia que é conferida às empresas pelo sistema jurídico.

Os códigos de condutas empresariais normalmente são compostos por premissas às quais são conotados deveres que não são impostos heteronomamente às empresas, mas que elas mesmas se impõem. Como exemplo, pode-se referir a política de "relações com os acionistas" do Banco Itaú, que consta do "Código de Ética Corporativa do Itaú"[49]: essa empresa adere à Governança Corporativa, que "implica prestar contas e

relacionar-se de forma transparente com os acionistas, investidores, analistas de mercado, órgãos reguladores e entidades do mercado de capitais nacional e internacional". À premissa "transparência" é conectado o dever de "fornecer, no momento apropriado, informações claras, exatas, acessíveis, eqüitativas e completas".

Ao impor-se tal prática, e tornar isso público, o Banco Itaú extrapolou os limites da mera liberdade volitiva, com conotação subjetiva; obrigou-se, pelo menos perante aos seus acionistas, a ter determinada conduta, daí decorrendo eficácia jurídica. É nítida a vontade de produção de efeitos jurídicos por parte do Banco emissor do documento, sabendo-se que a "vontade de efeito" caracteriza o negócio jurídico. Nas palavras de Caio Mário[50],

"na causa há, pois, um fim econômico ou social reconhecido e garantido pelo direito, uma finalidade objetiva e determinante do negócio que o agente busca além de realização do ato em si mesmo. Como este fim se vincula ao elemento psíquico motivador da declaração de vontade, pode ser caracterizado, sob outro aspecto, como a intenção dirigida no sentido de realizar a conseqüência jurídica do negócio."

Para confirmar a assertiva acima, basta que se olhe o mesmo documento sob o prisma das liberdades de celebração e estipulação. O agente (Banco Itaú), além de optar pela prática do ato, ainda escolheu os efeitos que este produziria. Havendo liberdade de celebração e de estipulação, e podendo o emissor do ato determinar em larga medida a sua eficácia, caracteriza-se o negócio jurídico[51].

2.2 O Negócio Jurídico.

De posse da conclusão que os códigos de condutas empresariais são fruto da autonomia privada conferida às empresas que os emanam, cumpre analisá-los sob a perspectiva de sua qualificação como um verdadeiro negócio jurídico. Primeiro, para ter-se a certeza que realmente são negócios jurídicos e, segundo, para saber de que tipo.

Pelas conclusões acerca da autonomia privada temos que o negócio jurídico é formado pela declaração de vontade (autonomia privada), em que o agente persegue o efeito jurídico (liberdade de estipulação). Caio Mário[52] define que "o negócio jurídico é uma função da vontade e da lei, que procedem na sua criação, complementando-se reciprocamente".

Junqueira de Azevedo, em sua obra sobre o negócio jurídico, trabalha com as duas teorias que tentam defini-lo e classificá-lo: a teoria voluntarista e a teoria objetivista.

Pela teoria voluntarista, o negócio jurídico é "a manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, ou em ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico, ou, ainda, em declaração de vontade[53]". Na concepção da teoria objetivista, o negócio jurídico é "antes um meio concedido pelo ordenamento jurídico para produção de efeitos jurídicos que propriamente um ato de vontade[54]".

Ao retirar de ambos os conceitos seus elementos nucleares, que não se repelem quando unidos, Junqueira de Azevedo concluiu que negócio jurídico "é todo fato jurídico

consistente em declaração de vontade[55], que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide".

No tópico anterior, elucidou-se a questão dos códigos de condutas empresariais como frutos da autonomia privada. Inserindo-os no contexto do conceito de Junqueira de Azevedo, tem-se que os códigos de conduta são a "declaração de vontade". Basta saber, agora, se eles preenchem os requisitos de existência, validade e eficácia. Para tanto, adotar-se-á a classificação desenvolvida pelo autor mencionado[56].

•2.2.1 Plano da Existência.

Para que o negócio jurídico exista é necessário que ele possua determinados elementos. Junqueira de Azevedo classifica três categorias de elementos:

- 1. Elementos gerais: podem ser intrínsecos ou constitutivos (forma, objeto/conteúdo, circunstâncias negociais); ou extrínsecos ou pressupostos (manifestação de vontade destinada a produção de efeitos jurídicos, agente, lugar e tempo).
- 2. Elementos categoriais: são os que caracterizam a natureza jurídica de cada tipo de negócio, não resultando da vontade das partes, mas, sim, da ordem jurídica, isto é, da lei e do que em torno desta, a doutrina e a jurisprudência constroem.
- 3. Elementos particulares: são eles aqueles que, apostos pelas partes, existem em um negócio concreto, sem serem próprios de todos os negócios ou de certos tipos de negócio.

Como não há nenhuma previsão legal ou "paralegal" que institua regras para os códigos de condutas empresariais, temos que seus elementos são postos de forma bastante livre, atendendo aos desejos de seu emitente.

Tomando como amostra os códigos do Banco Itaú e da Petrobras, verifica-se que ambos adotam um formato de "clausulado", expondo de forma clara e simples o seu conteúdo. O fator de destaque, neste ponto, é o formato digital que adotam. As duas empresas disponibilizam em suas páginas de Internet os referidos documentos.

O objeto/conteúdo dos códigos de condutas analisados é bastante amplo. No entanto, pode-se resumi-lo em dois grandes blocos: disposições acerca de governança corporativa e disposições acerca de responsabilidade social corporativa, conforme a distinção feita na primeira etapa desta pesquisa. O Banco Itaú, no mesmo documento, trata sobre os dois assuntos. Já a Petrobrás optou por fazer documentos separados[57]: um para normas de governança corporativa e outro para normas de responsabilidade social corporativa.

Como já referido, as disposições referentes à governança corporativa[58] guardam relação com o tratamento dos acionistas, políticas de administração, composição dos altos cargos diretivos, etc. No que tange à responsabilidade social corporativa[59], tem-

se declarações pertinentes ao meio ambiente, à política laboral, ao relacionamento com a sociedade em geral.

Os elementos extrínsecos são bastante evidentes na medida em que já se definiu que os códigos são declarações de vontade com intuito de produção de efeitos jurídicos; pela própria nomenclatura dos documentos percebe-se que seus agentes são pessoas jurídicas de direito público ou privado; face a total liberdade de sua estipulação, podem ser feitos a qualquer tempo e em qualquer lugar.

O elemento categorial dos códigos de condutas empresariais é a própria autonomia privada. Segundo a definição utilizada, elemento categorial é aquele atribuído pela ordem jurídica. Os códigos de condutas são documentos atípicos, não contemplados em nenhuma legislação ou objeto de construção doutrinária e jurisprudencial. No entanto, o ordenamento jurídico contempla a autonomia privada como fonte criadora de relações jurídicas[60], o que confere a tutela do direito sobre os documentos em comento.

Nos códigos analisados, não foram encontrados elementos particulares relevantes passíveis de análise.

Em uma conclusão prévia, pode-se afirmar que os códigos de condutas empresariais detêm os elementos necessários ao plano da existência, ou seja, eles existem no mundo jurídico.

•2.2.2 Plano da Validade.

Para que o negócio jurídico seja válido ele tem que deter os requisitos que a legislação impõe para tal.

O Código Civil de 2002 explicitou no seu art. 104[61] os requisitos essenciais para a validade dos negócios jurídicos, quais sejam, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Pode-se acrescer, ainda, a este caso concreto, a idoneidade da declaração de vontade, que deverá ocorrer sem vícios e má-fé.

Transpondo estes requisitos para a realidade dos códigos de condutas empresariais, pode-se deduzir de imediato que estes não possuem problemas quanto a sua validade.

A pessoa jurídica, enquanto agente, é dotada de plena capacidade para os atos da vida negocial. Através de seus representantes legais, pode ela agir e responsabilizar-se pelos seus atos. Quanto ao objeto, também não existem muitas considerações a serem feitas, eis que são totalmente condizentes com as exigências legais. A forma, não sendo prevista em lei, dar-se-á conforme a vontade da parte.

•2.2.3 Plano da Eficácia.

No plano da eficácia, cumpre transcrever os fatores elencados por Junqueira de Azevedo, para uma melhor compreensão:

"Três nos parecem ser as espécies de fatores de eficácia: a) os fatores de atribuição da eficácia em geral, que são aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz; (...) b) os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, venha a produzir exatamente os efeitos por ele visados; quer dizer, antes do advento do fator de atribuição da eficácia diretamente visada, o negócio produz efeitos, mas não os efeitos normais; os efeitos, até a ocorrência do fator eficácia, são antes efeitos substitutivos dos efeitos próprios do ato; (...) c) os fatores de atribuição de eficácia mais extensa, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia, inclusive produzindo exatamente os efeitos visados, dilate seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros ou, até mesmo, erga omnes; (...)".

Como referido anteriormente, as declarações contidas nos códigos de condutas são eivadas de conteúdo que denota dever jurídico. A empresa compromete-se a ter determinada conduta perante um grupo de destinatários específicos ou perante a coletividade. A eficácia desta "auto-imposição" está no cumprimento das declarações, pela empresa emitente.

Quando o Banco Itaú afirma que rechaça práticas, tais como, "pressionar subordinados para que prestem serviços de ordem pessoal; assediar sexualmente colaboradores; desqualificar publicamente, ofender e ameaçar explícita ou disfarçadamente os subordinados ou pares; apresentar trabalhos ou idéias de colegas sem conferir-lhes o respectivo crédito; desrespeitar as atribuições funcionais de outrem sem motivo justo", tem-se claro que está declarando a sua política quanto às relações de trabalho, obrigando-se para com os seus funcionários a ter uma conduta vigilante, que fiscalize e, se necessário, repreenda os praticantes de tais condutas. Verifica-se, então, uma eficácia restrita, que vai se operar perante os empregados do Banco Itaú.

Verifica-se, entretanto, uma eficácia para a coletividade, na política de "Relações com o meio ambiente", proposta pela Petrobras. Entre suas principais obrigações estão:

- 1 conduzir seus negócios e atividades com responsabilidade social e ambiental, contribuindo para o desenvolvimento sustentável;
- 2 manter padrões de excelência em meio ambiente, a fim de garantir produtos e serviços adequados às expectativas de seus clientes e à legislação ambiental, no Brasil e nos países onde atua;
- 3 contribuir para a preservação e a recuperação da biodiversidade, por meio da gestão dos impactos potenciais de suas atividades e projetos de proteção a áreas e a espécies ameaçadas;
- 4 definir de modo claro suas políticas e programas de patrocínio ambiental, com dotação orçamentária e com dispositivos de gestão que assegurem transparência e participação na sua execução;
- 5 desenvolver programas visando maximizar sua eficiência energética, e o uso de energias renováveis, compatibilizando os interesses do Sistema e o desenvolvimento sustentável dos países em que atua;
- 6 investir na sustentabilidade de seus projetos, produtos e serviços, maximizando seus benefícios, nas dimensões econômica, social, ambiental e

minimizando seus impactos adversos e monitorar todo o ciclo de vida das suas instalações, operações e produtos;

- 7 promover o uso sustentável de água, petróleo, gás natural e energia; a redução do consumo; a reciclagem de materiais; a redução da geração de resíduos sólidos e da emissão de gases poluentes;
- 8 manter um sistema de gestão ambiental, para melhoria contínua dos seus processos, incluindo a cadeia produtiva e promover ações internas e externas de conscientização ambiental;
- 9 identificar, avaliar e administrar seus passivos ambientais atuando preventivamente e corretivamente na solução dos problemas que os causaram;
- 10 comunicar prontamente a seus consumidores, clientes, comunidade e sociedade acerca de eventuais danos ambientais, caso ocorram acidentes;
- 11 fornecer a seus consumidores, clientes, comunidade e sociedade informações sobre eventuais danos ambientais resultantes do mau uso e sobre a destinação final de seus produtos.

Neste caso da Petrobrás, a eficácia dilata seu campo de atuação, tornando-se "erga omnes", nas palavras de Junqueira de Azevedo, já que o meio ambiente diz respeito a toda coletividade.

•2.3 Os Códigos de Condutas como Negócios Jurídicos Unilaterais.

A doutrina internacional a muito se ocupa de tentar desvendar a natureza jurídica dos códigos de condutas empresariais. Na Espanha, mais precisamente, vários autores já se dedicaram a esta análise, sendo oportuno trazer algumas destas considerações ao presente trabalho.

Cabe, contudo, situar os códigos de condutas empresariais na Europa. No ano de 2000, a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que dispõe sobre os aspectos jurídicos dos serviços da sociedade de informação (Internet), estabeleceu que os Estados membros deveriam fomentar a elaboração de códigos de condutas para as empresas que atuavam no comércio eletrônico. A finalidade era estabelecer princípios e regras de garantia e de cumprimento de obrigações para as empresas.

Todos os ordenamentos jurídicos que compõe a União Européia internalizaram tal Diretiva, a fim de incentivar suas empresas a elaborar os tais códigos.

A partir daí, iniciou-se a discussão sobre validade e eficácia desses documentos, tornando-se necessária a definição da sua natureza jurídica.

Maluquer de Motes[62] considera que os códigos de condutas são fontes do direito, atrelados aos costumes, porque "se trata de uma regla que establece um determinado comportamiento para ser realizado".

Alberto Alonso Ureba[63] e Luis Antonio Velasco San Pedro[64] são da opinião que a imposição legislativa de se fazer códigos de condutas é, na realidade, uma delegação estatal para que as empresas se auto-regulem, eximindo-se este (Estado), das implicações e responsabilidades por um processo legislativo lento e falho. Argúem os

autores que, como o Estado não consegue acompanhar a velocidade das mudanças do mercado, passa para os próprios agentes deste a tarefa da normatização.

Obviamente que eles não consideram esta delegação totalmente maléfica, já que as empresas sabem melhor do que qualquer outra entidade aquilo que necessitam; no entanto, defendem a idéia da restrição de conteúdo, visto que existem matérias na seara empresarial que necessitam da proteção estatal.

Existem ainda aqueles que defendem que os códigos de condutas são meras recomendações éticas. No entanto, todos concordam que não existe natureza contratual nestes documentos.

A doutrina brasileira ainda não deu muita atenção para os códigos de condutas, talvez por estes se apresentarem, na maioria das vezes, como "Códigos de Ética", nomenclatura que não enseja muitas divagações e questionamentos sobre o tema.

Pelas análises até agora feitas, tem-se que os códigos de condutas são negócios jurídicos. Resta saber de que tipo.

Levando-se em conta a "declaração de vontade", definem-se os códigos de conduta como "negócios jurídicos unilaterais", tendo em vista a unicidade desta declaração. A empresa declara a sua vontade sozinha, não necessitando de manifestação em sentido contrário ou no mesmo sentido, para perfectibilizar o seu ato. Nesta seara, cabe transcrever a lição de Caio Mário: "É negócio jurídico unilateral o que se perfaz com uma só declaração de vontade (...). No negócio jurídico unilateral, uma parte como tal, e mediante a formulação de uma declaração de vontade, realiza o fato jurídico gerador de efeitos[65]."

Menezes Cordeiro coloca que

"os negócios unilaterais completam-se, por definição, com a declaração que os consubstancie; dispensa-se qualquer anuência de outros intervenientes. Com especificidades, a doutrina comum apresenta a sua sujeição a um princípio da tipicidade: com base no art. 457 (código civil português), entende-se que apenas seria possível celebrar os negócios unilaterais expressamente previstos na lei, não podendo, pois, compor-se tipos negociais novos, ao abrigo da autonomia privada. Um melhor estudo das fontes revela, no entanto, que a tipicidade é, tão-só, aparente: o legislador permitiu, através de vários esquemas que os interessados engendrem, negócios não tipificados em lei."

Esta questão da tipicidade também é aventada na doutrina brasileira, mas devem-se levar em consideração os ensinamentos de Menezes Cordeiro. Assim como no ordenamento jurídico português, o direito brasileiro permitiu de várias formas que os "atos unilaterais" não somente aqueles elencados nos arts. 854 a 886, do Código Civil. A autonomia privada tem papel fundamental na dilatação dos negócios jurídicos unilaterais.

Remetendo aos códigos de condutas, tem-se, então, que são negócios jurídicos unilaterais, porque há neles somente uma declaração de vontade, com conteúdo maciçamente obrigacional, na medida em que as empresas se "auto-impõem" um padrão

de conduta, criando inclusive, órgãos internos para a fiscalização do cumprimento deste documento[66].

Somente para complementar o raciocínio, estas declarações permeadas de obrigações assumidas pela empresa, geram nos seus receptores, sejam eles determinados ou a própria coletividade a expectativa do cumprimento da conduta, que em termos jurídicos pode-se traduzir pelo "o princípio da confiança (que) denota, primariamente, o dever de atender às legitimas expectativas criadas pela própria conduta (...) pois integra a boa-fé, numa relação obrigacional, não fraudar as expectativas legitimas suscitadas pela própria conduta ou não suscitar, irresponsavelmente, tais expectativas".[67]

•2.4 Os Códigos de Conduta e seus Pontos de Contato.

Apesar de apresentarem conteúdos e destinatários distintos, se poderia apresentar inúmeras similitudes e pontos de contato entre os Códigos de Governança Corporativa e os Códigos de Responsabilidade Social. Para começar, se pode falar no caráter voluntário que os faz surgir, na forma clausulada, na preocupação com a transparência de informações, na busca por uma gestão mais efetiva, em fim, inúmeros itens que os aproximam, fazendo com que algumas empresas até os unam no mesmo documento (caso do Banco Itaú).

No entanto, parece mais pertinente avaliar neste ponto, não as suas similitude no tange as origens, conteúdos, destinatários, formas ou execuções, mas sim quanto aos efeitos que produzem quando ganham publicidade.

É certo que ambos os códigos revelam o puro exercício da autonomia privada, fazendo com que sejam classificados como declarações unilaterais de vontade. Estas declarações unilaterais, ao serem propagadas, instigam a confiança dos seus destinatários, de que o prometido será efetivamente cumprido, como já referido de forma bastante breve.

Assim, é na confiança gerada por estes documentos que residem seus maiores, e mais relevantes, pontos de contato.

Quando uma empresa emite qualquer um dos dois tipos de códigos estudados, seja para os seus acionistas, seja para a sociedade que está preocupada com o meio ambiente onde vive, comprometendo-se a adotar determinadas condutas e a abster-se de outras, gera nos destinatários uma expectativa de cumprimento de tais declarações. A proteção à estas expectativas liga-se ao princípio da confiança, que num plano eficacial "indica o limite ao exercício de direitos e poderes formativos (dimensão negativa) quando violadores de uma confiança legitimamente suscitada e/ou a fonte produtora de deveres jurídicos (dimensão positiva), tendo em vista a satisfação das legitimas expectativas criadas, no alter, pela própria conduta"[68].

O princípio da confiança está presente nos negócios jurídicos como fundamento, expresso pela vinculabilidade. Mais que isso, está presente nas relações jurídicas, de forma geral, para diminuir a insegurança que as permeiam. A manutenção das expectativas pode constituir um dever jurídico (dever de manter a confiança suscitada)

e, a (..) frustração pode ocasionar responsabilidade por danos (responsabilidade pela confiança)[69].

Não se pretende aqui adentrar na questão da existência de ou não de responsabilidade pelo descumprimento de Códigos de Conduta Empresariais, até porque este assunto requer um estudo próprio, mas suscita-se a idéia "conduta comprometida", ou seja, agir dentro daquilo que efetivamente poderá ser cumprido e que, de fato, repercutem os ideais e objetivos da empresa.

Pior que não ter um Código de Conduta, seja ele de Governança Corporativa ou de Responsabilidade Social Corporativa, é não conseguir cumprir com normas de própria autoria.

Conclusão

É inquestionável que a tendência à "autorregulação" que influência, sobretudo, as empresas de grandes perdurará por muitos anos na prática mercantil. Faz-se esta afirmação com base nas vantagens que as empresas alcançam por pautar suas condutas por diretrizes éticas, transparentes e socialmente responsáveis. Essas vantagens, que passam por caminhos como melhoria da imagem, ambiente de trabalho favorável ao desenvolvimento de seus colaboradores, lisura nos demonstrativos financeiro-contábeis, entre outros, resultam por colaborar com a finalidade da empresa, qual seja, a majoração da lucratividade para seus sócios e/ou acionistas.

Mas, como aventado ao longo do trabalho, mesmo que forma bastante breve, pensar somente nas vantagens auferidas pela empresa não é suficiente para compreender a abrangência do movimento dos "Códigos de Condutas Empresarias": os destinatários destes documentos também lucram (e, por vezes, muito!), com uma escola construída em uma região carente, com uma política ambiental que deixará de contaminar um rio, com um plano de carreira e desenvolvimento funcional que valorize os empregados, com demonstrativos contábeis que revelem a realidade financeira da empresa com exatidão, enfim, com tantas outras condutas que as empresas se auto impõem para pautar suas condutas de acordo com os preceitos de Governança Corporativa e Responsabilidade Social Corporativa.

Com isso, parece desnecessário reforçar a idéia de que os Códigos de Condutas Empresariais precisam de muita investigação, para que as próprias empresas e também os destinatários destes documentos, possam tirar deles o melhor proveito possível.

Nesta pesquisa teve-se a intenção somente de definir a natureza jurídica dos referidos Códigos, chegando-se a uma primeira conclusão, de que se tratam de declarações unilaterais de vontade, pautadas na autonomia privada conferida pelo próprio legislador.

Também, em linhas superficiais, concluiu-se que o ponto de ligação entre as duas modalidades de Códigos (de Governança Corporativa e de Responsabilidade Social Corporativa), é a confiança legítima que elas geram aos seus destinatários quando levados à público.

Existe, no entanto, a necessidade premente de investigar se há possibilidade de uma empresa ser considerada civilmente responsável pelo descumprimento de seu próprio Código de Conduta, o que daria outra tonalidade a esta discussão.

O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto; muito pelo contrário, foi concebido com o intuito de lançar o tema para debate.

Referências Bibliográficas.

AGUILAR, José Felix Lozano: **Códigos Éticos para el Mundo Empresarial.** Madrid, 2004.

ALONSO UREBA, Alberto. **El Gobierno de Las Grandes Empresas (Reforma Legal versus Códigos de Conducta)**. In . ESTEBAN VELASCO, Gaudêncio (org.). **El Gobierno de las Sociedades Cotizadas**. Madrid: Marcial Pons, 1999.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica**. In Revista Informação Legislativa, Brasília, a. 26, n. 102, abr/jun 1989.

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa. Fundamentos, Desenvolvimento e Tendências**. 02. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. **Da Função Social para a Responsabilidade da Empresa**. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; VIANA, Rui Geraldo Camargo (coord.). **Temas Atuais de Direito Civil na Constituiçao Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 252.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O Princípio da Solidariedade**. Disponível em http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf, consultado em 19 de novembro de 2008.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, GONDRA, José Maria, MONEVA ABADÍA, José Mariano, RIVERO TORRE, Pedro. **Responsabilidad Social Corporativa - Aspectos**

jurídicos-económicos. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universidad Jaume I, 2004.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis: **Códigos de Conducta y Administración de Sociedades.** In **Responsabilidad de Consejeros y Altos Cargos de Sociedades de Capital**, Libro Homenaje al Profesor Fernando Sanches Calero. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de Espana, 2002.

FERREAL, O.C., FERREL, Linda, FRAEDRICH, John. Ética Empresarial. Tradução Cecília Arruda. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Ed., 2001.

FORGIONI, Paula A. **A Interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro**. In: Revista de Direito Mercantil, n. 130, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica**). 02 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GUERRA MARTÍN, Guillermo. **El Gobierno de las Sociedades Cotizadas Estadounidenses.** In Revista de Derecho de Sociedades, número 20, Navarra, 2003.

ILLESCAS, Rafael. **La Autorregulación, entre la Quiebra de la Relatividad y la Obligatoriedad de la Declaración Unilateral de Voluntad**. In: Revista de Derecho Privado y Constituición, Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, v. 17, Madrid, 2003.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J. **Los Códigos de Conducta como Fuente de Derecho**. In Revista de Derecho Privado y Constituición, Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, v. 17, Madrid, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **Novas Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos**. Estudos de Direito do Consumidor, v. 7, Coimbra, 2005.

_____. **Principio da Confiança Legitima e Principio da Boa-Fé Objetiva. Termo de Compromisso de Cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios da Interpretação Contratual: os "Sistemas de Referencia Extracontratuais" ("circunstancias do caso") e sua Função no quadro semântico da conduta devida. Principio da Unidade ou Coerência Hermenêutica e "Usos do Tráfego". Adimplemento Contratual**. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 852, outubro de 2006.

MENEZES CORDEIRO, António. **Direito das Obrigações**. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, v. 1, Lisboa, 1980

_____. **Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral.** Tomo I, 03 ed., Coimbra: Almedina, 2005.

OLCESE SANTOJA, Aldo. **Teoría y Práctica del Buen Gobierno Corporativo**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

PAES DE ALMEIDA, Amador. **Manual das Sociedades Comerciais. Direito de Empresa.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PARENTE, Flávia. **O Dever de Diligência de Administradores de Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado, Tomo III**. 03 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús. **Responsabilidad de los Consejeros.** In: ESTEBAN VELASCO, Gaudencio (org.). **El Gobierno de las Sociedades Cotizadas**, Madrid, 1999.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. **El Gobierno de Las Sociedades Cotizadas (Corporate Governance) en Espana: El Informe Olivencia**. In: Derecho de Sociedades: Libro Homenaje al Profesor Fernando Sanches Calero. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de Espana, 2002.

WALD, Arnoldo. **O Governo das Empresas**. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

---

[1] Rafael Illescas coloca que a "academia", em especial à que se dedica ao Direito Mercantil, observa a proliferação da autorregulação ou dos códigos de conduta há aproximadamente 10 anos. Nas palavras do próprio autor, "Esta evolución incluso acelerada de una parte de la autorregulación hacia la legislación pone al observador en la via apropiada para indagar acerca de elementos constitutivos elementales de la dicha autorregulación: sus orígenes, fundamentación y conceptuació principalmente". Estas reflexões podem ser encontradas em ILLESCAS, Rafael. **La Autorregulación, entre la Quiebra de la Relatividad y la Obligatoriedad de la Declaración Unilateral de Voluntad**. In: Revista de Derecho Privado y Constituición, Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, v. 17, Madrid, p. 294-295.

[2] Os Códigos de Governança Corporativa são comumente chamados de "Códigos de Melhores Práticas de Governança Corporativa".

[3] FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis: "Códigos de Conducta y Administración de Sociedades" en "Responsabilidad de Consejeros y Altos Cargos de Sociedades de Capital", Madrid, 1996, p. 322 y ss.

[4] AGUILAR, José Felix Lozano: "Códigos Éticos para el Mundo Empresarial", Madrid, 2004, p. 131 y ss

[5] MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J.: "Los Códigos de Conducta como Fuente de Derecho" en Derecho Privado y Constitución, nº 17, ano 11, 2003, p. 362 y ss.

[6] QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: "Responsabilidad de los Consejeros" en VELASCO, Gaudencio Esteban: "El Gobierno de las Sociedades Cotizadas", Madrid, 1999, p. 538

[7] GUERRA MARTÍN, Guillermo: "El Gobierno de las Sociedades Cotizadas Estadounidenses", en Revista de Derecho de Sociedades, número 20, Navarra, 2003, p. 186.

[8] GUERRA MARTÍN, Guillermo. Op. Cit., p. 189.

[9] ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. Governança Corporativa. Fundamentos, Desenvolvimento e Tendências. 02. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 399.

[10] Art. 15§02º: O número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, não pode ultrapassar 50% (cinqüenta por cento) do total das ações emitidas.

[11] Art. 254 - A: A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

[12] Disponível em www.ibgc.org.br.

[13] WALD, Arnoldo. O Governo das Empresas. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 15, p. 55.

[14] Art. 1.011, Código Civil: O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração se seus próprios negócios.

[15] Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e **diligência** que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

[16] PARENTE, Flávia. O Dever de Diligência de Administradores de Sociedades Anônimas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38, apud Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge.

[17] PAES DE ALMEIDA, Amador. Manual das Sociedades Comerciais. Direito de Empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 277.

[18] PAES DE ALMEIDA, Amador. Op. Cit., p. 277 e 278.

[19] PARENTE, Flávia. Op. Cit., p. 102 e ss.

[20] OLCESE SANTOJA, Aldo. Teoría y Práctica del Buen Gobierno Corporativo. Marcial Pons: Madrid, 2005, p. 27, 28.

[21] FORGIONI, Paula A. A Interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. In: Revista de Direito Mercantil, n. 130, p. 27

[22] MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411.

[23] MARTINS-COSTA, Judith., Idem, p. 411.

[24] FERREAL, O.C., FERREL, Linda, FRAEDRICH, John. Ética Empresarial. Tradução Cecília Arruda Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Ed., 2001, p.68.

[25] OLCESE SANTOJA, Aldo. Op. Cit., p. 29

[26] OLCESE SANTOJA, Aldo. Op. Cit., p. 29

[27] ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, GONDRA, José Maria, MONEVA ABADÍA, José Mariano, RIVERO TORRE, Pedro. Responsabilidad Social Corporativa - Aspectos jurídicos-económicos. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universidad Jaume I, 2004, p. 16.

[28] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III - função social da propriedade; (...)

[29] GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica). 02 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 125.

[30] BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. Da Função Social para a Responsabilidade da Empresa. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; VIANA, Rui Geraldo Camargo (coord.). Temas Atuais de Direito Civil na Constituiçao Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 252.

[31] BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Princípio da Solidariedade. Disponível em http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf, consultado em 19 de novembro de 2008.

[32] OLCESE SANTOJA, Aldo. Op. Cit., p. 28

[33] Exemplo: ponto 3.10: "Respeitar a propriedade intelectual e reconhecer os méritos relativos aos trabalhos desenvolvidos por colegas, independentemente de sua posição hierárquica".

[34] Exemplo: Ponto 8.10: "Recusar apoio e contribuições para partidos políticos ou campanhas políticas de candidatos a cargos eletivos".

[35] "Para preservar a isenção nos negócios da empresa, devemos: Não aceitar nem oferecer, direta ou indiretamente, favores, dinheiro ou presentes de caráter pessoal que resultem de relacionamento funcional e que possam afetar decisões, facilitar negócios ou beneficiar terceiros".

[36] "Em função dos reflexos prejudiciais que o desequilíbrio financeiro acarreta, é recomendado: Nos investimentos pessoais, assim como nos de nossos cônjuges ou de qualquer pessoa que seja nossa dependente, priorizar objetivos de longo prazo e não resultados de curto prazo".

[37] Olcese Santoja, na obra já citada, nas pp. 31 e 32 expõe que: "El concepto de "responsabilidad social" de las empresas se há vuelto como uma espécie de "bumerán" contra el sistema econômico del libre mercado y el sistema capitalista e su totalidad. No es infrecuente escuchar hablar de la "responsabilidad social de las empresas" como demostración del fracaso del sistema capitalista-liberal o de que este último carece de um 'conciencia social'.Expresiones como 'Corporate Killers' (empresas asesinas) también son sintomátcas del estado por el que atraviesan las empresas a partir de los escândalos finacieros acaecidos desde 'caso Enron' en los Estados Unidos, que parecen revivir los ataques de las viejas ideas socialistas contra el capitalismo. No obstante, aunque en la práctica este último haya salido vencedor, as ideas socialistas están lejos de desaparecer y, como el 'ave fenix' que resurge de sus cenizas, aparece ahora em escena bajo seudónimos como el médio ambiente, la antiglobalización y, el que más interesa a efectos de nuestro trabajo, el nuevo concepto de stakeholders". Desde já, salienta-se que a opinião deste autor não representa as idéias deste trabalho.

[38] Neste capítulo, sempre que se falar em "código de conduta" se estará fazendo referência à Código e Governança Corporativa e Código de Responsabilidade Social Corporativa.

[39] AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. In Revista Informação Legislativa, Brasília, a. 26, n. 102, abr/jun 1989, p. 211.

[40] JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p 85

[41] PONTES DE MIRANDA,. Tratado de Direito Privado. Tomo III.

[42] MARTINS-COSTA, Judith. Novas Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos. . Estudos de Direito do Consumidor - Coimbra, v. 7, p. 49-109, 2005.

[43] MENEZES CORDEIRO, António. Direito das Obrigações. Volume I, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 1980, p. 49 e ss.

[44] AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Op. Cit., p. 213.

[45] MENEZES CORDEIRO, António. Op. Cit., p. 57.

[46] AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Op. Cit., p. 213.

[47] MENEZES CORDEIRO, António. Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral, Tomo I, Almedina: Coimbra, 2005, 3 ed, p. 392.

[48] PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. Tomo III.

[49] Disponível em www.itau.com.br.

[50] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. II, p. 505

[51] MENEZES CORDEIRO, António. Tratado de Direito Civil Português, p. 392

[52] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p. 480.

[53] JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Op. Cit., p. 04

[54] JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Op. Cit., p. 10

[55] Embora não seja objeto do presente estudo as divergências entre as teorias que envolvem a "vontade", cumpre destacar os posicionamentos antagônicos existentes na doutrina internacional, referidos por Junqueira de Azevedo. A França adota o sistema entitulado de "teoria da vontade", que faz prevalecer, em todos os casos, a vontade verdadeira do declarante, de vez que é somente essa vontade que deve produzir os efeitos de direito que estão em causa, ou seja, a predominância da vontade como dogma absoluto. Contrário ao sistema francês encontra-se o sistema alemão, adepto da "teoria da declaração", que faz prevalecer a vontade, mesmo fictícia, que se infere da declaração, sobre a vontade verdadeira, seja porque o sentido normal da vontade somente existe, do ponto de vista do direito, por sua expressão externa e somente há lugar para se aplicarem, às disposições da vontade provada, as regras de interpretação admitidas para as normas legais e disposições de lei, seja porque quem emite uma declaração jurídica aceita se prender, em face de quem ele se dirige, pelo sentido normal das expressões que emprega; do contrário, não haveria mais nenhuma segurança nas relações privadas. Junqueira de Azevedo filia-se a teoria alemã, ao ponderar que a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade. Aduz, ainda, que o negócio jurídico nasce a partir da declaração de vontade, não fazendo o processo volitivo parte dele.

[56] JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Op. Cit., p. 32 e ss.

[57] Opção que consideramos mais acertada.

[58] Disposição do Código de Governança Corporativa da Petrobras, disponível em www.petrobras.com.br: "Alinhamento das Práticas de Governança com os exigidos pela BOVESPA: mandato de um ano para o conselho de administração".

[59] Disposição do Código do Banco Itaú: "Na concessão de crédito às empresas, valorizamos critérios socioambientais para que os projetos que financiamos sejam desenvolvidos de maneira socialmente responsável e reflitam as melhores práticas de gestão ambiental".

[60] JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Op. Cit., p. 13.

[61] Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

- I. agente capaz;
- II. objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III. forma prescrita ou não defesa em lei.

[62] MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J., Op. Cit., p. 372 e ss..

[63] ALONSO UREBA, Alberto. El Gobierno de Las Grandes Empresas (Reforma Legal versus Códigos de Conducta), In El Gobierno de las Sociedades Cotizadas, org. Gaudêncio Esteban Velasco, Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 95-136.

[64] VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. El Gobierno de Las Sociedades Cotizadas (Corporate Governance) en Espana: El Informe Olivencia. In: Derecho de Sociedades: Libro Homenaje al Profesor Fernando Sanches Calero. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de Espana, 2002, p. 3003-3030.

[65] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p. 496.

[66] O código de conduta do Banco Itaú refere como "A Gestão do Código de Ética Corporativa do Banco Itaú".

[67] MARTINS-COSTA, Judith. Principio da Confiança Legitima e Principio da Boa-Fé Objetiva. Termo de Compromisso de Cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios da Interpretação Contratual: os "Sistemas de Referencia Extracontratuais" ("circunstancias do caso") e sua Função no quadro semântico da conduta devida. Principio da Unidade ou Coerência Hermenêutica e "Usos do Tráfego". Adimplemento Contratual. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 852, outubro de 2006, p. 85 - 126.

[68] MARTINS-COSTA, Judith. Principio da Confiança Legitima e Principio da Boa-Fé Objetiva. p. 97.

[69] MARTINS-COSTA, Judith. Idem. p. 98.

A INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO POR MEIO DE FOMENTOS CONDICIONADOS AOS CRITÉRIOS DE CERTIFICAÇÕES DE SISTEMA DE GESTÃO DA RESPONSABILIDADE SOCIAL* **

THE INTERVENTION OF THE STATE IN FACE OF THE ECONOMICAL DOMINATION BY MEANS OF DEVELOPMENTS CONDITIONED TO CERTIFICATION CRITERIA OF MANAGEMENT SYSTEM OF SOCIAL RESPONSIBILITY

Marlene Kempfer Bassoli
Sérgio Luiz Candil

RESUMO

Os governos, por meio de políticas públicas econômicas de fomentos, entre eles os de crédito ou incentivos tributários, têm autorização constitucional para intervir sobre o domínio econômico nos termos do Art. 174 da CF/88. Esta intervenção terá respaldo constitucional se contribuir para vivenciar os valores e positivar as normas que compõem a ordem econômico-constitucional (Art. 170 CF/88), bem como os objetivos da República Federativa do Brasil (Art. 3º CF/88). As referidas políticas públicas representam investimentos públicos no domínio econômico, pois são iniciativas estatais que podem promover o desenvolvimento socioeconômico e interferir nas políticas das empresas. Em busca de uma interpretação jurídica para permitir o controle da qualidade destes fomentos públicos e para a efetividade da responsabilidade social das empresas, propõe-se que os referidos investimentos sejam direcionados para as "empresas certificadas" e àquelas cujas políticas internalizaram os paradigmas da responsabilidade social. Estes critérios serão de grande valia porque têm por fundamento a gestão empresarial eficiente. Assim, além do prestigiar-se o aspecto econômico deste valor acresce-se a vertente da sustentabilidade em sentido amplo. Priorizar a empresa que tem estes compromissos, por meio de fomentos públicos, é uma forma de aproximar os interesses públicos e privados que não podem mais ser vistos em espaços incomunicáveis.

PALAVRAS-CHAVES: INTERVENÇÃO DO ESTADO – CERTIFICAÇÕES DE SISTEMA – GESTÃO DA RESPONSABILIDADE SOCIAL.

ABSTRACT

The government, through economic public politics of development, among which the credit or tax incentive ones have constitutional authorization to intervene on the economical control on terms of article 174 of CF/88. This intervention will have constitutional support if it contributes to experience the values and make the rules that

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.
** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília.

compose the constitutional order positive (Article 170 CF/88) as well as the goal of República Federativa do Brasil (Article 3 CF/88). The referred public policies represent public investments in the economical domains, for they are state-owned initiatives that might cause socio-economic development and interfere in the policies of enterprises searching for legal interpretation to allow the quality control of these public developments and the effectiveness of the social responsibility of the company. It is proposed that the mentioned investments are directed toward certified companies and to those whose policies internalize the paradigm of social responsibility. These criteria will be great value because they have as a basis the efficient company management. So, besides giving prestige to the economical aspect of their value, the slope of sustainability is added in broad sense. Giving priority to the company that has these commitments, through public promotion, is a way to bring together public and private interests which can not be seen as separate spaces anymore.

KEYWORDS: STATE INTERVENTION- SYSTEM CERTIFICATION- MANAGEMENT OF SOCIAL RESPONSIBILITY.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As formas indicadas na Constituição Federal de 1988 para atuação dos governos junto à sociedade e ao domínio econômico indicam que no ordenamento jurídico nacional estão positivadas as idéias de um Estado Social, no aspecto de um Estado intervencionista. A abrangência desta intervenção está limitada às finalidades do Estado que podem ser sintetizadas, em última análise, em promover inclusões sociais e econômicas conforme é possível constar no Art. 3º CF/88:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II- garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A responsabilidade para enfrentar as graves questões das exclusões sociais e econômicas não é mais exclusiva do Estado. É necessário que a sociedade civil e os

agentes que atuam no mercado também se engajem neste desafio. Neste sentido, os governos têm autorização para, por meio da intervenção no domínio econômico, possibilitar fomentos aos setores econômicos de interesse público que se dispõe a serem partícipes desta empreitada. È o Estado interventor coordenador de políticas econômico-sociais sem, no entanto, suprimir o mercado.

O desafio que se propõe nesta pesquisa é analisar as formas de intervenção estatal no mercado, tendo em vista o regime jurídico econômico constitucional (Art. 170 e Art. 174 CF/88), para indicar que o nível de intervenção que está juridicamente autorizado poderá ter forte influência na gestão empresarial ao estabelecer suas políticas. Esta afirmação parte da premissa de que fomentos públicos interferem na racionalidade econômica e poderão atrair a iniciativa privada de modo que, junto com o Estado, possibilite-se concretizar políticas econômico-sociais em conformidade com o regime econômico constitucional.

Faz-se necessário acrescentar ao exposto, que em um Estado Democrático de Direito, é dever dos governos executar suas atribuições conforme o que foi decidido de modo democrático e soberano pelo povo (preâmbulo da Constituição/88). O conjunto dessas decisões construiu o atual Estado brasileiro, portanto seus legítimos titulares (parágrafo único do Art. 1º CF/88) têm direito de promover o controle das políticas econômico-sociais dos governos. Para tanto é importante que a Ciência do Direito, por meio de seus estudiosos, apresente à sociedade brasileira mecanismos que possibilitem este controle. É com este intuito que se sugere o controle dos fomentos públicos à iniciativa privada por meio de condições que promovam o engajamento das empresas para enfrentar, juntamente com os governos, as questões sócio-econômicas atuais e de longa data pendentes de solução.

Entre tais exigências destaca-se aproveitar os critérios dos sistemas de certificações de gestão empresarial uma vez que têm nos seus fundamentos valores que compõem a ética da empresa cidadã, no sentido do cumprimento da sua função e responsabilidade social. É um caminho para o desenvolvimento cultural e sócio-econômico nos termos do Art. 219 da CF/88.

2. A INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO.

A intervenção do Estado sobre a esfera privada é admitida desde as primeiras concepções de Estado, que para esta pesquisa, indica-se o Estado liberal. As divergências que se seguiram a partir deste marco foram em torno do grau desta intervenção bem como sobre as atribuições que se deveriam impor ao Estado: menores ou maiores possibilidades de intervenções nos diversos domínios das relações humanas em especial no econômico e maiores ou menores atribuições no que diz respeito à prestação de serviços públicos e às respectivas políticas públicas de natureza social

O maior grau de intervenção, no aspecto econômico, que caracteriza o Estado social significa reconhecer-se que o Estado é também responsável por promover o desenvolvimento com finalidade de viabilizar transformações econômico-sociais. Esta necessidade de intervir se torna muito importante especialmente em países subdesenvolvidos onde, constata-se que por meio da racionalidade econômica liberal e do capitalismo, não conseguiram proporcionar mudanças socioeconômicas inclusivas.

Esta análise quer enaltecer que para modelo de Estado social é necessário a inclusão do aspecto político na racionalidade econômica. Impõe-se ao Estado o dever de compor entre seus objetivos e fundamentos a necessidade de intervenção para possibilitar, não somente nesta seara, a positivação dos valores que são os norteadores de condutas que vivenciem a igualdade material, entre eles cite-se: a fraternidade, a solidariedade, a harmonia, a dignidade, a paz e o desenvolvimento sócio-econômico.

A transição do Estado liberal para o Estado social indica, também, a passagem de um conceito de justiça que priorizava os direitos individuais e a ideologia do merecimento para um conceito de justiça social que prestigia direitos sociais, transindividuais e a ideologia da oportunidade.

A partir destas considerações é possível afirmar que o Estado brasileiro pretende ser considerado um Estado social, uma vez que ao se analisar a Constituição Federal/88, as características acima apontadas estão positivadas, inclusive quanto à intervenção no domínio econômico conforme se demonstrará. Alerte-se, conforme fez Bercovici (2003, p.54), que não existe somente um único modelo de Estado social e que "não podemos classificar como Estado social simplesmente porque ele se auto-denomina assim", é preciso analisar o Estado no seu conjunto, ou seja, desde sua estrutura, seus investimentos, suas prioridades e suas políticas públicas compreendendo as sociais e as econômicas.

O fato é que o Brasil tem todo o arcabouço jurídico para vivenciar as conquistas do Estado social. Este é o marco inicial e fundamental necessário para orientar as ações dos governos, bem como oferecer os paradigmas para o controle de legalidade e de legitimidade das intervenções do Estado.

No que diz respeito à intervenção, especificamente sobre o domínio econômico, tem-se no texto constitucional várias passagens de onde é possível extrair a autorização para a atuação do Estado como agente coordenador das ações de transformações econômico-sociais. Esta competência deve ser direcionada a implementar o regime jurídico-econômico estabelecido no Art. 170 CF/88. Assim, nos termos deste artigo, os governos ao intervirem sobre o domínio econômico bem como os agentes privados ao atuarem nesta seara devem, entre outras normas: valorizar o trabalho humano; garantir a livre iniciativa; promover a livre concorrência; respeitar o consumidor; atuar com respeito ao meio ambiente; promover o emprego; reduzir as desigualdades regionais e sociais; enfim, prestigiar sempre o uso de bens econômicos em prol de uma função social.

Para os governos, os caminhos das intervenções sobre o domínio econômico estão indicados no Art. 174 CF/88: como agente que produz normas jurídicas determinando condutas; por meio de fiscalização; por meio de incentivos; e, por meio de planejamento.

A intervenção normativa possibilita, por meio de normas, determinar condutas desejadas daqueles que atuam no domínio econômico bem como as competência para a intervenção. Assim, o Estado por meio do processo legislativo (leis) e da regulamentação em sentido estrito (atos administrativos) impõe, por exemplo, que: o consumidor seja respeitado, além de estabelecer a política nacional de defesa do consumidor, nos termos do Código de Defesa do Consumidor; que o trabalho humano seja valorizado, conforme está na Consolidação das Leis do Trabalho e demais direitos sociais do trabalho enumerados no Art. 7º CF/88; que a livre iniciativa possa coexistir com outros direitos exigindo para tanto "licenças" dos agentes econômicos para localização, funcionamento, segurança, higidez, salubridade (Art. 170, parágrafo único CF/88); que o meio ambiente saudável seja efetivamente um direito de todos, impondo restrições às atividades econômicas que provoquem externalidades negativas ambientais onde atuam, conforme Art.225 da CF/88 e, entre outras, a Lei 9985/00; que a livre concorrência seja um direito de todos os agentes econômicos e consumidores de forma que as condutas que possam diminuir ou inviabilizar tal direito sejam sancionadas, conforme está na Lei 8884/94; que a propriedade utilizada para fins econômicos cumpra sua função social conforme normas dos artigos 182 e 186 da CF/88, entre outras, a Lei 10257/01 conhecida como Estatuto das Cidades e a Lei 8629/83 que traz determinações para a política agrícola, fundiária e reforma agrária. Esta estrutura normativa expõe o grau de intervenção do Estado sobre o domínio econômico permitido pelo atual Estado social brasileiro.

A Constituição Federal/88 dispõe ainda que é necessário construir uma estrutura administrativa (conjunto de órgãos que compõem a administração direta e indireta) para que as condutas disciplinadas pelas normas interventivas sejam efetivamente observadas. Para tanto, devem os governos promover a segunda forma de intervenção que é por meio da fiscalização. Atualmente, têm-se diversos sistemas de tutelas administrativas, além do sistema judicial. Entre os administrativos destaquem-se: o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC); o Sistema Nacional de Defesa da Concorrência (SNDC), onde se destaca a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); o Sistema Nacional de Defesa do Meio Ambiente (SISNAMA).

A intervenção por meio do planejamento à que se refere o Art. 174 CF/88 será considerada, para este estudo, como um meio de racionalização das ações públicas que em um Estado social deve ser para promover o desenvolvimento sócio-econômico. Portanto, indicador das diretrizes, de caráter vinculatório para a construção e execução das políticas públicas sócio-econômicas. Tal planejamento poderá ser veiculado por diversos instrumentos introdutórios de normas (Art. 59 CF/88), também, por uma lei denominada de plano plurianual (Art. 165, I e § 1º CF/88). A pormenorização do planejamento se dá por meio de políticas públicas que podem ser denominadas de políticas econômicas gerais, setoriais, conjunturais, fiscais, orçamentárias, monetárias, preços, cambiais, comércio exterior e outras. Embora o texto constitucional prescreva que o planejamento tem caráter vinculatório para os governos e indicativo para a iniciativa privada, é indiscutível que as diretrizes nele estabelecidas e detalhadas por meio das políticas sócio-econômicas têm reflexos na atividade econômica e podem influenciar em decisões na gestão das empresas.

Quanto à intervenção por meio de incentivos será tratada no tópico seguinte uma vez que além do planejamento essa forma de intervenção pode ser qualificada como espécie

do gênero de ações públicas de fomento, que poderão estar dirigidas, também, para as atividades econômicas de interesse público. Entre as possíveis modalidades têm-se subsídios, isenções, financiamentos diferenciados, estímulos à exportação.

2.1 POLÍTICAS PÚBLICAS DE FOMENTO PARA O DOMÍNIO ECONÔMICO

Para a análise da intervenção do Estado sobre o domínio econômico por meio de fomentos, conforme autoriza o Art. 174 CF/88, é preciso considerar que as relações entre o Estado, a sociedade e o mercado sofreram profundas transformações desde as primeiras constituições sociais, passando pela crise econômica de 1929, pela segunda guerra mundial e outros fatores importantes que abaixo serão apontados.

Sendo assim, tais relações não podem mais ser analisadas à luz dos pilares do Estado moderno, apontados por Marques Neto (2002, p.29-55), como sendo a soberania e a separação das esferas públicas e privadas. A soberania no sentido de respeito da comunidade internacional à autodeterminação plena do Estado. Quanto à separação entre as esferas referidas, confere-se à vida privada o reduto das ações individuais e da vida econômica, enquanto à pública, o campo onde está o exercício do poder político (em caráter unilateral) para realizar os interesses públicos indicados em lei (separação dos poderes).

A noção de interesse público neste momento histórico foi construída com termos indeterminados (adequado à discricionariedade do administrador) e definida em lei, sendo fruto da manifestação da vontade geral considerando-se uma sociedade homogênea.

O Estado moderno com fundamentos em tais pilares não foi suficiente para enfrentar as transformações sociais, econômicas e políticas que ao longo dos dois últimos séculos foram se mostrando. Assim, a crise do Estado moderno, pede redefinições das atribuições do Estado bem como um novo regime jurídico a reger as relações com o mercado e com a sociedade civil.

É importante identificar alguns dos fatores que levaram à crise do Estado moderno para que se possa compreender o papel do Estado, da sociedade e do mercado na busca de novos caminhos, mais eficientes, para atingir os objetivos e vivenciar os fundamentos constitucionais do Estado brasileiro idealizado a partir de 1988.

Conforme Marques Neto (2002,p.101-130) os fatores que influenciaram a crise acima referida podem ser sistematizadas em três aspectos:

i) O econômico, cuja racionalidade construída sob fundamentos do liberalismo e capitalismo foi testada frente aos seguintes principais fatos: a evolução tecnológica (meios de comunicação, virtualismo financeiro, empresas supranacionais); a atuação de organismos multilaterais quanto a temas ambientais, terrorismo, imigração; o processo

de integração econômica; a disseminação dos valores e do discurso de direitos humanos;

ii) O social, onde é possível indicar como fatores internos: a fragmentação social, entendida como a formação de grupos com interesse comuns não satisfeitos pelo Estado, reivindicando-os por meio de mecanismos próprios; surgimento de neo-corporativismos; movimentos sociais unidos por pleitos com unidade temática; pluralismo social decorrente da marginalização cultural, ética, social, religiosa;

iii) O político apontando-se a crise do Estado nacional a partir, especialmente, dos fatores acima mencionados e da globalização. Estes aspectos interferiram, diretamente, sobre a racionalidade pública construída a partir dos pilares referidos. Assim ficaram fragilizados: o conceito tradicional de soberania plena e absoluta do Estado; a legitimidade do sistema político representativo; a formação das decisões políticas em um único núcleo centralizado estatal e pelo critério da maioria; a separação entre a esfera pública e a privada.

Diante destas análises e tendo em vista o foco do tema ora proposto para investigação, importa destacar as questões sobre a dicotomia público-privada e o conceito de interesse público face aos atuais desafios do Estado.

Quanto à dicotomia público-privada, escreve Marques Neto (2002, 133-134), que não mais podem ser analisadas como se permanecessem em esferas isoladas. Há sim forte intervenção do Estado sobre a esfera privada, cujo exemplo emblemático é a interferência estatal na propriedade privada, ou, a publicização do direito de propriedade. A presença de valores e princípios antes reclusos ao campo privado atualmente permeiam o âmbito público, a exemplo: transferência da prestação de serviços públicos para a iniciativa privada por meio das concessões; as relações entre usuários e concessionários de serviços públicos passam a ser regidos por regime não exclusivamente público; privatizações de empresas estatais que atuavam no domínio econômico; a racionalidade empresarial privada fundamentando as reformas do Estado, especialmente, quanto à administração pública para o exercício da função pública que passa a se apresentar como administração pública gerencial e regida pelo valor maior da eficiência. Enfim, é preciso reconhecer que há maior intimidade entre as esferas públicas e privadas.

Estas constatações, certamente, têm reflexos na configuração do Estado, no regime jurídico de suas relações e na necessidade de se buscar novos parâmetros para a noção do que seja interesse público. Afirma Marques Neto (2002), que não é mais possível considerar-se a noção moderna, singular e monolítica de interesse público. É necessária uma reconstrução deste conceito reconhecendo-se que a sociedade não é mais homogênea e sim heterogênea e que é necessário administrar, não mais interesses construídos pela vontade geral e sim considerar uma pluralidade de interesses divergentes, especiais e transindividuais. Segue o professor no sentido de que esta dinâmica está a exigir a presença de um Estado interventor, basicamente em duas vertentes:

i) em prol dos interesses dos não protegidos (hipossuficientes) e não representados nesta configuração social e econômica, por meio de políticas públicas de defesa e de inclusão; e,

ii) por meio de agências reguladoras, órgãos públicos independentes, sendo mediadores dos interesses dos usuários e da sociedade perante os serviços públicos concedidos ou setores de interesse público econômico onde estão presentes, predominantemente, interesses supra-individuais.

Estas duas importantes, mas não únicas vertentes, devem ser os referenciais para as novas dimensões dos interesses públicos. Contribui Medauar (2001, p.211) no sentido de que "a atividade de consenso/negociação entre o poder público e particular, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela administração". Desta forma reforça-se o pensamento de que as dimensões de interesse público devem ser reconstruídas a partir de novas bases em que a administração deixa de deter a "exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões" (MEDAUR, 2001, p.211).

Para esta pesquisa e com a intenção de delimitar a noção contemporânea de interesse público toma-se a vertente das atribuições do Estado dirigidas aos não protegidos e não representados nesta configuração social e econômica. A consecução destes deveres deve ser capitaneada pelo Estado, não somente como executor, mas como agente coordenador de iniciativas privadas que se disponha a tal intento. O papel do Estado passa a tomar novos rumos, destacando-se o de aproximar as esferas públicas e privadas em direção à concretização dos objetivos e fundamentos do Estado social brasileiro projetado no texto constitucional. Este é um dos sentidos que se pode atribuir ao que seja interesse público.

Aos governos não mais é possível uma posição de neutralidade diante das transformações sociais e econômicas. Até mesmo diante do domínio econômico a interação entre os interesses públicos e os privados deve seguir este novo pensar. Isto já está registrado no texto constitucional, especialmente, no Art. 170 da CF/88 ao estabelecer o regime jurídico econômico constitucional, onde estão explicitados vários deveres dos governos e dos agentes econômicos diante do mercado. Analisando tal dispositivo pode-se afirmar que tanto para um quanto para o outro os deveres, em síntese, são de primazia aos direitos sociais, aos transindividuais e à igualdade material. O caput deste artigo destaca que também no domínio econômico não se deve mais buscar somente justiça e sim justiça social. Este valor é o fundamento de intervenção estatal para viabilizar, portanto, um alcance social e não mais individual de justiça.

No entanto, é preciso considerar que a racionalidade econômica está estruturada em valores hedônicos e do utilitarismo, portanto, para promover a aproximação com esta esfera é preciso que, aos governos, seja possível intervir por meio de instrumentos compatíveis e atraentes a esta racionalidade, abrindo canais de participação e de adesão, para atingir de modo eficiente aos objetivos constitucionais. Aponta-se, então, a intervenção por meio de políticas públicas de fomento conforme está autorizado no Art. 174 da CF/88.

Admite-se a complexidade do temas das políticas públicas, conceito, regime jurídico.Para esta pesquisa faz-se um corte para excluir esta discussão e tomar políticas públicas em dois aspectos, com o objetivo de diferenciar políticas públicas de Estado e políticas públicas de governo.

O primeiro como sendo o conjunto de normas constitucionais que têm por conteúdo atribuições (competências) do Estado em setores de interesse público e que devem ser implementadas no plano fático, da vida, ao longo dos mandatos dos governos. Neste sentido a fonte primeira das políticas públicas deve ser a Constituição Federal. As ações dos governos, especialmente por meio da função administrativa, serão legítimas se planejadas e executadas conforme as determinações constitucionais. Por terem nível constitucional, portanto, políticas do Estado brasileiro, aos governos são permitidas estabelecer algumas prioridades no nível de planejamento e execução.

No segundo aspecto, políticas públicas é o conjunto das diretrizes e ações escolhidas por determinado governo, no campo da discricionariedade permitida pela Constituição, para implementação enquanto for governo. Algumas destas políticas públicas poderão pautar-se diretamente nas normas constitucionais, outras dependem do percurso do processo legislativo. De qualquer forma no nível de ação, de execução, serão regidas pelo regime jurídico administrativo. Neste sentido os estudos de Breus (2007, p. 222) ao enaltecer que " As linhas gerais das políticas públicas[...]","[...]devem estar na Constituição. O Poder Legislativo pode organizá-las na forma das leis, para que o Poder Executivo possa realizá-las de modo mais adequado[...]."

Diante do Estado social brasileiro conforme CF/88, a discricionariedade acima referida é reduzida face às seguintes políticas públicas constitucionais: dever do Estado diante dos direitos sociais e econômicos enumerados nos artigos 6º e 170, respectivamente. Assim, além do compromisso democrático de cumprir com o programa político-partidário, aqueles que alcançarem a posição de governo, têm dever constitucional de implementá-las. Podem escolher os meios, mas não se afastar dos fins constitucionais.

Poderão ser definidas políticas públicas de governos para intervirem no domínio econômico por meio de fomento, assim entendido, conforme Souto (2007, p.15), "um incentivo ao desempenho de determinada função de interesse do agente fomentador", registrando que o "estímulo positivo" promove sim um ambiente favorável àqueles que têm interesse nos projetos do fomentador.

Decidir pela intervenção no domínio econômico por meio do fomento é a primeira etapa desta política pública. Segue-se para definir o tipo de fomento, bem como a área de interesse do agente fomentador, no caso, área de interesse do governo e, finalmente, decidir sobre estabelecer ou não condições e quais seriam para o acesso a este incentivo positivo.

Entre as principais intervenções por meio do fomento, sistematiza Souto (2007), indicando: no campo da tributação as isenções, redução de base de cálculo ou de alíquotas, tratamento especial às micro e pequenas empresas, ao setor onde há atos ou sociedades cooperativas; os subsídios ou subvenções para manutenção de preços políticos; empréstimos em condições favoráveis para setores ou atividades de interesse governamental; assistência técnica ou orientações garantidas pelo governo às empresas que atuem em setor considerado estratégico para o desenvolvimento sócioeconômico;

Privilégios especiais sendo que um dos possíveis sentidos poderia ser políticas de proteção mercadológica à produção em setores estratégicos para o governo; desenvolvimento do mercado de títulos de modo que as empresas possam buscar capitais sem ter que recorrer a empréstimos; protecionismo temporário à produção nacional desde que imprescindíveis ao desenvolvimento nacional; pólos industriais e comerciais oferecendo infra-estrutura e apoios operacionais.

A intervenção do Estado por meio do fomento deve ser de interesse dos agentes econômicos para que possam ser partícipes do processo de desenvolvimento. Em um Estado de ideologia social de direito, este desenvolvimento deve ser interpretado, como "politização do processo de desenvolvimento", ou seja, como processo de mudança sociológica, "inter-relacionado de fatores, que seja processo dentro do universo social" (VILANOVA, 2003, p.486-487). Sendo assim, o Estado e os agentes econômicos devem buscar interesses sociais comuns, o que não é simples.

Para enfrentar este desafio deve-se conhecer a racionalidade econômica de modo a atrair os seus agentes às propostas incitativas de fomento, mas elas devem ser condicionadas. Isto é imperioso, pois toda a intervenção do Estado é regida pela racionalidade constitucional que exige o cumprimento de finalidades de interesse público. Assim, o fomento pode representar para as empresas uma estratégia de negócios e para os governos gerar oportunidades para incluir a força econômica em suas políticas públicas. Planejar e executar fomentos sem objetivo transformador de realidades sociais ou econômicas transforma-se em oportunidades para privilégios.

3. GESTÃO EMPRESARIAL, POLÍTICAS EMPRESARIAIS E INTERVENÇÃO DO ESTADO POR MEIO DO FOMENTO.

A partir da sistematização construída pelos cientistas da Ciência da Administração de Empresas é possível apontar evoluções e tendências na gestão empresarial. A empresa por estar inserida no convívio social, fazendo parte do aspecto econômico da vida, influencia e recebe influências que ocorrem no plano social, governamental e econômico, local, regional e global. Neste sentido, ao apresentar uma síntese desta evolução desde Taylor até a contemporaneidade, Ferreira, Reis e Pereira (2002, p.239) apontam que entre os diversos modelos e teoria de gestão construída, há dois elementos constantes:

i) a contextualização, no sentido de que é preciso sempre considerar a realidade na qual a teoria ou o modelo de gestão foi considerada. Não é possível analisá-la sem considerar a dinâmica do seu tempo. Enaltece que qualquer empreendimento é um espelho da sociedade em que está inserido, que expõe as limitações tecnológicas, o nível cultural, os anseios de consumo da sociedade, o grau de interferência do Estado na vida econômica, a austeridade da administração pública;

ii) a necessidade de mudanças no sentido de que mudança contínua é a única constante nos modelos de gestão empresarial e que a velocidade maior das mudanças é uma peculiaridade contemporânea em relação a outros tempos.

Alertam Ferreira, Reis e Pereira (2002, p.240) que a partir destas influências há mudanças de maior ou de menor impacto para as empresas e que elas reagem de formas diferentes. Algumas construtivamente, construindo gestões mais pautadas pelos "princípios de flexibilidade e desprendimento", outras, resistindo às mudanças como é típico daquelas em que há maior rigidez nas ações.

O fato é que diante da dinâmica contemporânea a gestão empresarial deve prestigiar a gestão de mudança. É certo que há os fatores internos ou externos à empresa que têm maior força para sensibilizar para as mudanças e que a velocidade das opções pelo novo é diferente, uma vez que as empresas têm diferentes graus de flexibilidade e de realidades econômico-financeiras. No entanto, o elemento em comum nestas diferenças é a convicção de que o contexto histórico-social-político-econômico deve ser considerado na construção das políticas da empresas, onde estão registrados os objetivos a serem alcançados. Estes, por sua vez, norteiam as estratégias que irão compor os planos empresariais onde estão elencadas as efetivas ações. Este é o processo, apontado por Milton Leontides (cf. UMEDA; TRINDADE, 1982, p.3), para a tomada das decisões nas empresas.

Face ao exposto, para nortear a gestão da empresa, confirma-se a importância das políticas empresariais, em vários aspectos:

i) São importantes para a empresa e seus *stakeholders*[1], uma vez que apontam para as estratégias que irão compor os planos empresarias;

ii) Elas permitem analisar se foram construídas a partir da contextualização acima referida;

iii) Por meio de seus objetivos expressos ou implícitos permite-se identificar a ética empresarial (valores e normas morais).

O aspecto da ética empresarial ou dos negócios é absolutamente importante para julgar as políticas empresarias[2]· É a partir desta análise que será possível concluir se a empresa compreendeu que, na contemporaneidade, seu papel não é mais somente de produtor de bens e serviços típico de uma atuação empresarial tradicional (privativista), mas, que tem atribuições de sujeito político. Esta é uma concepção social da empresa. Neste sentido deve ser agente de direitos e obrigações na vida social. Suas políticas devem adequar-se a esta mudança para vivenciar a cultura de que "sem ética não há negócios".

[...] infere-se que os desafios que a empresa enfrenta neste momento lhe convidam a assumir um *ethos* determinado, um caráter específico, se deseja sobreviver, de tal modo

que se pode dizer que 'sem ética não há negócio'[3]·. (CORTINA, 2001, p.276, tradução nossa).

As empresas que trazem em suas políticas objetivos que demonstram a internalização da ética jurídico-econômica constitucional registrada no Art. 170 da CF/88 estão em sintonia no sentido daquela contextualidade e de mudanças referidas no início deste tópico. Tais empresas podem ser qualificadas como cumpridoras de sua função social.

Sabe-se que, para vivenciar esta racionalidade econômica constitucional é preciso trazer à racionalidade econômica tradicional o valor da solidariedade e da justiça social. Assim, ao valor da eficiência econômica tradicional devem-se acrescer estes dois valores. De forma simples pode-se dizer que a empresa deve destacar em suas políticas que o objetivo do lucro continua, mas, alertar que poderá não atingir o nível da eficiência puramente econômica. Deve indicar que terá, também, por objetivo buscar o lucro medido pelo nível de oportunidades que pretende gerar de modo voluntário, especialmente, no processo de inclusão social. É uma forma de avaliar a eficiência a partir de outros parâmetros, ou seja:

Na busca de eficiência e excelência empresarial, parece não ser mais satisfatória a tradicional alquimia do cálculo custo-benefício com o aumento da produtividade e a ampliação das vendas no mercado. Os critérios de avaliação do sucesso começam a incorporar dimensões que vão além da organização econômica e que dizem respeito à vida social, cultural e à preservação ambiental. Pode-se dizer que a eficiência não é só fazer as coisas bem, segundo as regras de mercado, mas é 'fazer as coisas boas' segundo princípios éticos (CAPPELLIN; GIULIANI, 1999, p.10-11).

É neste sentido que o papel social da empresa pode ser denominado de responsabilidade social:

Quando uma empresa potencializa vetores legais atinentes à sua atividade, quando suas opções estratégicas dirigem-se a produzir ou prestar serviço de maneira a trazer melhor desempenho social, ambiental ou adotando práticas econômicas que promovam a concorrência saudável e leal, está-se diante de uma atuação imbuída de responsabilidade social: a lei brasileira não obriga a que a empresa se responsabilize por todo o ciclo de vida do seu produto. Mas, se a própria empresa assume esta responsabilidade, trata-se de uma expressão de responsabilidade social (BESSA, 2006, p.140-141).

Há empresas que são flexíveis às mudanças e aceitam mudar a gestão da empresa para esta nova cultura, ou seja, já estão contextualizadas no momento histórico em que vivem. Compreenderam que tanto o Estado, quanto a sociedade civil e o mercado são

responsáveis por mudanças sociais. No entanto, outras resistem a fazer parte desta realidade e nem sequer cumprem sua função social de respeitar o regime econômico constitucional do Art. 170 CF/88. Mas, tanto para aquela que já se antecipou às mudanças, quanto para esta que ainda não está preparada, é importante a intervenção do Estado especialmente para estimular a cultura da responsabilidade social.

Conforme estudos de Martinelli (1997, p.191) é possível ordenar as empresas em diferentes estágios diante deste tema:

No patamar mais baixo, há o que chamamos de *negócio*, no qual o centro de interesses é o investidor e o lema implícito pode ser assim resumido: '*o lucro a qualquer custo'*. (...) Num estágio acima, podemos conceituar a empresa como um ente intrinsecamente social, por ser formada de grupos de pessoas, numa relação de interdependência com ela, chamados *stakeholders* ou grupos de interesses.

No estágio de empresa-cidadã passa a ter ações diferenciadas:

A empresa passa a adquirir uma característica inédita. Opcionalmente pode agir pela criação de uma fundação ou instituto, contribuindo de maneira transformadora para a elevação do meio social em que se insere. Assume compromisso e define políticas em relação a cada um de seus parceiros. Cultiva e pratica livremente um conjunto de valores, muitas vezes explicitados num código de ética, que formata consensualmente a cultura interna, funcionando como referência de ação para todos os seus dirigentes nas relações com os parceiros (MARTINELLI, 1997, p.192).

Diante das condutas das empresas tradicionais (lucro a qualquer custo) o Estado deve intervir em um primeiro momento, por meio da fiscalização para determinar o cumprimento das leis que positivaram os valores e normas constitucionais previstas no Art. 170 CF/88. Em um segundo momento, ou mesmo simultaneamente, a intervenção deve ocorrer por meio de políticas públicas de fomento tanto para estas empresas de modo a se engajarem na tarefa de realizar transformações sociais, como para aquelas que já internalizaram este desafio. Para tanto, os governos têm autorização constitucional conforme o Art. 174 CF/88.

Conforme já se expôs, há varias formas de fomento, a maioria delas envolve alguma forma de dinheiro público, portanto, é necessário estabelecer objetivos e critérios para acesso a estas políticas públicas. Entre os possíveis critérios estão aqueles que permitem selecionar ou prestigiar as empresas a partir das suas diferentes políticas e ações dirigidas à responsabilidade social

4. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FOMENTOS CONDICIONADAS AOS CRITÉRIOS DE CERTIFICAÇÕES DE SISTEMA DE GESTÃO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL

A competitividade exige que as empresas incluam em suas políticas o objetivo de alcançar melhores níveis de qualidade e por isto se preocupam em buscar estratégias eficientes para tal intento:

[...] qualquer empresa deve oferecer produtos e serviços que, além de atender necessidades bem definidas, expectativas dos consumidores e normas e especificações aplicáveis a eles, satisfaçam, também, exigências da empresas, e sejam colocados à venda com preços competitivos, para que possam ser vendidos e gerar lucros. Lembre-se que lucro não é só dinheiro (CERQUEIRA NETO, 1993, p.98).

Para tanto, as empresas devem promover mudanças não somente a partir de sua estrutura organizacional, mas sim considerar o conjunto empresarial (procedimentos, recursos, competências, fornecedores), para que possam projetar ações alinhadas para a qualidade.

Com vistas a orientar esta necessidade de qualidade, em 1946, na Suíça, com sede em Genebra, foi fundada a ISO- *International Organization for Standardization*, voltada para a criação de normas técnicas que sirvam de parâmetro mundial para gestão e garantia de qualidade. Vários países são membros desta organização, entre eles, o Brasil por meio da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

Além da ISO, outras organizações de nível internacional indicam padrões de qualidade bem como órgãos nacionais adaptam suas normas internas a partir destas referências. O fato é que há inúmeras normas que cumprem o objetivo de mostrar paradigmas de qualidade para vários setores econômicos em vários aspectos da gestão empresarial. Constata-se que há uma evolução normativa que reflete as transformações (sociais, jurídicas, ambientais, econômicas, tecnológicas) captadas no plano da vida. Conforme já exposto no tópico anterior, as empresas são sensíveis a estas mudanças (contextualização) e passam a ser influenciadas por estas referências normativas

Considerando-se as primeiras normas para o sistema de qualidade da atividade empresarial, pode-se afirmar que avanços importantes aconteceram neste sentido. Conforme relata Chelegon (2008), inicialmente existe a fase da gestão da "produtividade", seguindo-se para gestão da "qualidade" (que deu origem à série ISO 9000), em seguida a preocupação com a gestão do "meio-ambiente" (série ISO 14000), a preocupação com a gestão de segurança e saúde ocupacional (série ISO 18000), sobre a segurança de alimentos (série ISSO 22000), sobre a segurança da informação (série ISO 27000), além de outras, alcançando, atualmente, assuntos emergentes como o de responsabilidade social. Citem-se como exemplo a iniciativa da ABNT ao apresentar a normalização NBR 16001 e aquelas em construção identificadas como ISO 26000.

Observa-se que ao longo do tempo o conceito de qualidade foi ampliado para aceitar, além dos valores da racionalidade econômica (eficiência, excelência, com a série ISO 9000), os valores da esfera socioambiental, como são os valores que fundamentam os diretos sociais (a saúde, com a série ISO 18000) e direitos transindividuais (a recuperação e preservação ambiental, com a série ISO 14000). Assim, confirma-se que tem razão Cortina (2001, p.283) ao afirmar que "não é imoral a ética com rentabilidade".

[...] que a atividade empresarial é uma atividade humana com uma finalidade social, de modo que as atitudes necessárias para alcançar sua meta (busca da qualidade, solidariedade em alta, excelência, competência, etc.) são atitudes morais [...], [...] a ética marco de um Estado de direito, com seu princípio 'uma norma apenas será correta se todos os afetados por ela estejam dispostos a dar seu consentimento após um diálogo celebrado em condições de simetria'[4] (CORTINA, 2001, p.283, tradução nossa)

Tais normas gerenciais de sistemas de qualidade interferem em diferentes graus e velocidades nos negócios e na competitividade empresarial mas, tomá-las por paradigmas para a gestão empresarial muitas vezes é imperioso para que a empresa continue sendo bem-sucedida. Esta é uma das importantes razões para que se submetam aos processos de Certificações do Sistema de Qualidade[5].

Percorrido todo o processo de certificação, obtido o selo e o seu registro, a empresa certificada poderá retornar ao ciclo de certificação. Significa que estará submetida a constantes supervisões, assim, a empresa transforma a busca pela qualidade em uma rotina, construindo a cultura da qualidade.

Os efeitos positivos da opção pelo sistema de gestão de qualidade alcançam as relações internas e externas da empresa e culminam por contribuir de modo significativo para o desenvolvimento nacional. Desenvolvimento este que nos termos da atual Constituição é também responsabilidade do Estado conforme registra o Art. 3º, II, ao enumerá-lo como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Esta integração entre as esferas privada e pública fica fortalecida quando se identificam objetivos comuns. Nesta análise admite-se que ambos querem o desenvolvimento nacional, no entanto, é necessário definir o conteúdo deste desenvolvimento. Nos termos constitucionais, Art. 219, se aceita somente o desenvolvimento cultural e sócio-econômico:

Art. 219 O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

O desenvolvimento, compreendendo os ingredientes culturais e sociais, ao ser referência para a esfera privada na atividade econômica, deve fundamentar as políticas empresarias. A partir dos objetivos nelas expostos ter-se-á o arcabouço necessário para implementar o sistema de gestão com alcance sociocultural. Nos termos das normas de qualidade, significa prover de condições para incluir nas organizações um sistema de gestão de responsabilidade social. Neste sentido por meio da NBR 16001:2004 (ABNT) estabeleceu-se requisitos mínimos para este sistema, que está assentado em três dimensões: econômica, social e ambiental.

As empresas ao organizarem suas políticas, estratégias e ações a partir destas referências normativas devem promover a cidadania, o desenvolvimento sustentável e a transparência nas suas atividades. Esta NBR (BRASIL, 2004) ao estabelecer requisitos para sistema de gestão de responsabilidade social, especificamente no item que se refere aos objetivos e metas para as empresas que pretendem esta certificação, orienta que devem ser compatíveis com as políticas de responsabilidade social e devem contemplar, não exclusivamente:

a) boas práticas de governança;

b) combate à pirataria, sonegação, fraude e corrupção;

c) práticas leais de concorrência;

d) direitos da criança e do adolescente, incluindo o combate ao trabalho infantil;

e) direitos do trabalhador, incluindo o de livre associação, de negociação, a remuneração justa e benefícios básicos, bem como o combate ao trabalho forçado;

f) promoção da diversidade e combate à discriminação (por exemplo: cultural, de gênero, de raça/etnia, idade, pessoa com deficiência);

g) compromisso com o desenvolvimento profissional;

h) promoção da saúde e segurança;

i) promoção de padrões sustentáveis de desenvolvimento, produção, distribuição e consumo, contemplando fornecedores, prestadores de serviço, entre outros;

j) proteção ao meio ambiente e aos direitos das gerações futuras; e

k) ações sociais de interesse público.

Ao definir o que sejam ações sociais indica:

Atividade voluntária realizada pela organização em áreas tais como assistência social, alimentação, saúde, educação, esporte, cultura, meio ambiente e desenvolvimento comunitário. Abrange desde pequenas doações a pessoas ou instituições até ações estruturadas com uso planejado e monitorado de recursos

Ao analisar a NBR 16001 e compará-la com outras normalizações (ISO 14001, ISO 9001 e OHSAS 18001), destacam Cazajeira e Barbieiri (2009, p.183) que a importante inovação "foi a de incluir um requisito específico para que a política seja discutida com a sociedade". Esta norma possibilita transformar as ações de responsabilidade social utilizadas com fins ou agir instrumentais em ações ou agir comunicativo na perspectiva habermasiana. Esclarece Tenório (2000, apud FABIÃO, 2003, p.57) que:

[...] a *gestão estratégica* é um tipo de ação utilitarista, fundada no cálculo de meios e fins, e implementada pela interação de duas ou mais pessoas na qual uma delas tem autoridade formal sobre a(s) outra(s). Por extensão, este tipo de ação gerencial é aquele no qual o sistema-empresa determina suas condições de funcionamento. [...] a *gestão social* contrapõe-se à *gestão estratégica* na medida em que tenta substituir a gestão tecnoburocrática, monológica, por um gerenciamento mais participativo, dialógico, no qual o processo decisório é exercido por diferentes sujeitos sociais [...] (grifos do autor).

Além deste aspecto de gestão social, anote-se que esta norma traz a definição para as ações sociais em caráter voluntário, permitindo distinguir as empresas que assim agem daquelas que, ao cumprir as normas constitucionais e legais, concluem que já estão de acordo com seu dever cívico. Não deve ser assim. Cumprir as normas do ordenamento jurídico é função social, ou seja, condição jurídica mínima de permanência da empresa no domínio econômico. Espera-se que elas compreendam e estabeleçam políticas e ações para ir além destes deveres. A partir desta postura empresarial pode-se afirmar que têm responsabilidade social.

O sistema de gestão de responsabilidade social estabelecido pela NBR 16001 já está preparado para ser comparado e avaliado à luz da ISO 26000, previsto inicialmente para 2008, mas deverá ser publicado somente em 2010. Diferentemente das ISOs anteriores, não será uma norma para certificação. Ela servirá, tão somente, como um "guia de diretrizes" e não como base para obtenção de selos e certificados pelas empresas e outras organizações. A sua construção está norteada por três Princípios:

1º) Gerais - se aplicam todas as circunstâncias, como por exemplo, respeito à lei, a convenções e a declarações reconhecidas internacionalmente;

2º) Substantivos - são voltados a resultados e avanço de critérios internacionalmente reconhecidos nas diversas áreas da responsabilidade social;

3º) Operacionais: dizem respeito à natureza e qualidade do processo, englobando inclusividade, accountability, transparência, materialidade e responsabilidade, entre outros aspectos. (CREDIDIO, 2007)

A futura ISO 26000 será fruto de um amplo debate, transparente e participativo, pelas partes interessadas. Dará novo impulso às políticas e práticas de responsabilidade social no mundo, estimulando processos de mudanças de comportamento da sociedade, demonstrando às empresas que é possível aliar desenvolvimento sustentável com a manutenção do lucro. Enfatizará, dentre outras, as seguintes questões relacionadas à responsabilidade social empresarial: governança organizacional; direitos humanos; práticas do trabalho; meio ambiente; práticas leais (justas) de operação; questões do consumidor; envolvimento e desenvolvimento da Comunidade. (INMETRO)

Vislumbra-se que as éticas culturais, sociais e econômicas podem conviver. No entanto, é necessário avançar mais rapidamente uma vez que as conquistas que tais normalizações pretendem enfatizar devem ser de alcance universal e de acesso mais o eficiente possível. Para estes objetivos os governos têm à sua disposição importantes instrumentos jurídicos. Entre eles, a possibilidade de intervenção sobre o domínio econômico por meio não somente de regulação normativa, mas, especialmente, com os fomentos públicos.

Estas políticas públicas podem ser norteadas de modo a condicionar o acesso às empresas e aos dinheiros públicos àquelas certificadas ou, mesmo que ainda não certificadas, que tenham alguma forma de sistema de gerenciamento social (políticas sociais). Este critério se justifica uma vez que as certificações acima referidas estão em consonância com a definição de desenvolvimento cultural e sócio-econômico referido pela Constituição de 1988. Assim, possibilita-se, especialmente:

i) Concretizar o valor jurídico da igualdade material, no sentido de que as empresas comprometidas com seu papel neste desenvolvimento devem ter direito a usufruir diferente tratamento jurídico pelos governos, sem que se configure forma de privilégio. Elas estão em sintonia com a contemporânea configuração de Estado que objetiva superar a dicotomia público-privada uma das causas da crise do Estado moderno;

ii) Orientar por meio de critérios objetivos as políticas públicas de fomento, estreitando a discricionariedade dos governos, em cujo campo, muitas vezes, optam por incentivos a empresas, organizações, instituições, que continuam com condutas completamente em desacordo com o regime jurídico econômico indicado nos artigos 3º, 170, 219, 225 e outros da CF/88 e, claramente, na contra-mão do sentido constitucional de desenvolvimento nacional.

Todos estes argumentos para que alcancem efetividade em uma concepção jurídica (plano pragmático) é preciso percorrer o processo de positivação. O Estado por meio de seus órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um nos limites de suas funções

típicas, podem atuar intervindo com os instrumentos que o Direito oferece: ao Legislativo criar leis, condicionando a intervenção dos governos por meio dos fomentos já referidos e outros mais, aos critérios das certificações ou de gerenciamentos empresariais sociais (políticas sociais empresariais) quando não certificadas; ao Executivo, na intervenção por meio implementação e fiscalização, promover controle de acesso das empresas nos termos da lei, bem como vigilância contínua para constatar o retorno ao ciclo de certificação ou manutenção de políticas sociais; ao Judiciário o controle da legalidade dos atos administrativos concessivos e de controle de fomentos, mas considerando fundamentos hermenêuticos de que a independência e harmonia entre os poderes não será quebrada se o mérito de tais atos (nos limites da discricionariedade) for julgado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A intervenção do Estado sobre o domínio econômico por meio de fomentos está autorizada nos termos do Art. 174 da CF/88. Com esta competência garantida aos governos, novas relações poderão se instalar com a sociedade e especialmente com o mercado interno. Novas no sentido da interação entre as esferas privadas e públicas em busca de viabilizar o objetivo comum que é o de promover o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, conforme determina a Constituição em seus artigos 170 e 219.

O sentido prescritivo deste conceito de desenvolvimento, em que se agregaram os aspectos culturais e sociais, precisa ser compreendido e aceito pela racionalidade econômica. Reconhece-se que não será uma tarefa fácil uma vez que ainda reina, fortemente, a cultura da eficiência no sentido tradicional em que tais aspectos não integravam o conteúdo deste valor. Diferentemente de momentos anteriores da história do papel do Estado nas relações privadas, na contemporaneidade, cabe a ele o dever, por meio de políticas públicas, planejar e executar ações que estimulem condutas empresariais engajadas ou a se engajar nesta nova cultura política e ética para o desenvolvimento nacional

Entre inúmeras políticas públicas de fomento pode-se destacar: isenções; redução de base de cálculo ou de alíquotas; tratamento especial às micro e pequenas empresas; os subsídios ou subvenções para manutenção de preços políticos; empréstimos em condições favoráveis para setores ou atividades de interesse governamental; assistência técnica ou orientações garantidas pelo governo às empresas que atuem em setor considerado estratégico para o desenvolvimento socioeconômico. Todas estas opções, de forma direta ou indireta, implicam em utilizar dinheiro público, portanto, é preciso que o Direito ofereça mecanismos de controle destes gastos para que possam ser qualificados como investimentos em favor do Estado social brasileiro.

Este disciplinamento, no entanto, deve levar em consideração que na cultura empresarial contemporânea ainda predomina a gestão estratégica da qualidade na concepção tradicional, construída na época da dicotomia público-privada. Nesta

acepção uma empresa bem sucedida cumpre com seu dever ao auferir lucro por oferecer à sociedade produtos de qualidade satisfazendo as necessidades materiais. Cada vez mais estas empresas procuram títulos pelos sistemas de certificações de qualidade de gestão com vistas ao progresso puramente econômico. Estes objetivos são importantes e esta cultura não pode ser desconsiderada. É preciso a ela acrescentar os aspectos da responsabilidade social.

Para tanto é imperioso que as empresas tomem decisões em vista da implementação de políticas empresarias que melhorem a vida das pessoas tanto nas relações internas quanto externas. Além de que cumprir as leis elas devem inserir-se na vida no sentido mais pleno possível: incluir-se nos desafios humanos, especialmente os culturais e sociais, para que sejam promotoras de oportunidades emancipatórias.

O Brasil por meio da NBR 16001(ABNT) reuniu valores, condutas, princípios que possibilitam um sistema de gestão da responsabilidade social e que gera a possibilidade das certificações de qualidade com os componentes ético-social. Inclusive esta NBR está na mesma direção da normalização da futura ISO 26000 de responsabilidade social quando tais padrões serão internacionais.

Diante deste panorama, os governos por meio da intervenção sobre o domínio econômico, devem acelerar as mudanças em favor da responsabilidade social empresarial. As políticas públicas de fomento podem ser norteadas de modo a condicionar o acesso das empresas e aos dinheiros públicos àquelas certificadas ou, mesmo que ainda não certificadas tenham algum sistemas de gerenciamento social (políticas sociais). Este critério se justifica uma vez que as certificações acima referidas estão em absoluta consonância com a definição de desenvolvimento cultural e sócio-econômico referido pela Constituição de 1988.

Para a efetividade jurídica do que ora se propõe e com vista, também, a superar as crises do Estado moderno apresentadas neste artigo, há um caminho a seguir: que o processo de positivação seja deflagrado por meio do Legislativo produzindo leis que condicionem as políticas públicas de fomento aos critérios referidos; a participação do Executivo na implementação e fiscalização desta política; e o controle do Judiciário para conformar a atuação do Legislativo, do Executivo e das empresas às determinações constitucionais e legais em favor de vivenciar as conquistas de um Estado social e democrático em uma sociedade solidária.

REFERÊNCIAS:

BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. **Responsabilidade Social Empresarial e Empresa Sustentável:** da teoria à prática. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade Social das Empresas** - práticas sociais e regulação jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Responsabilidade Social - Sistema de Gestão - Requisitos**. Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 16001 - 30.nov.2004. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/corde/arquivos/ABNT/nbr16001.pdf>. Acesso em: 11.abr.2009.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CAPPELLINI, Paola; GIULIANI, Gian M. Compromisso Social no Mundo dos Negócios. In*:* **Boletim do Ibase Orçamento e Democracia**, n. 11, fev., 1999.

CERQUEIRA, Jorge Pedreira de; MARTINS, Márcia Copello. **O Sistema ISO 9000 na Prática**. São Paulo: Pioneira, 1996

CERQUEIRA NETO, Edgard Pedreira de. **Gestão de Qualidade:** princípios e métodos. 3ª Ed., São Paulo: Pioneira, 1993.

CHELEGON, Hamilton. **AS 8000 - NBR 16001 ou ISO 26000 - Qual a Tua Empresa Merece?** Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/7474/1/as-8000--nbr-16001-ou-iso-26000--qual-a-tua-empresa-merece / pagina1.html>. Acesso em: 13.abr.2009.

CORTINA, Adela. **Ética Aplicada y Democracia Radical**. Madrid: Tecnos, 2001.

CREDIDIO, Fernando. ISO 26000 **-** A Norma Internacional de Responsabilidade Social.

Revista Filantrópica-On Line, n.91, fev., 2007.

FABIÃO, Maurício Ferreira. O Negócio da Ética: um Estudo sobre o Terceiro Setor Empresarial. In: **Responsabilidade Social das Empresas:** a contribuição das universidades. São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2003.

FERREIRA, Ademir Antonio; REIS, Ana Carla Fonseca; PEREIRA, Maria Isabel. **Gestão Empresarial:** de Taylor aos nossos dias: evolução e tendências da moderna administração de empresas. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2002.

INMETRO. **Responsabilidade Social:** Futura ISO 26000. Disponível em: < http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/iso26000.asp>. Acesso em: 13.abr.2009.

MARTINELLI, Antonio Carlos. Empresa Cidadã: uma visão inovadora para uma ação tranformadora. In: IOSCHPE, Evelyn et al. **Terceiro Setor:** desenvolvimento social sustentável. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução. São Paulo: RT, 2. ed. 2003.**

SOUTO, Marcos Jurena Villela. Estímulos Positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Terceiro Setor Empresas e Estado:** nova fronteira entre o Público e o Privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

UMEDA, Guilherme Mirage; TRINDADE, Christiane Coutheux. Possíveis definições para as políticas empresariais: um estudo bibliográfico. In: SEMINÁRIOS DE ADMINISTRAÇÃO SEMEAD, 7, 2004, São Paulo. **Anais Eletrônicos:** São Paulo: USP, 2004. Disponível em: <http://www.ead.fea.usp.br/Semead/7semead/paginas/artigos%20recebidos/Pnee/PNEE14_-_Poss%EDveis_defini%E7%F5es_pol%EDticas_empres.PDF>. Acesso em: 30.ago. 2009.

VILANOVA, Lourival. **Estudos Jurídicos e Filosóficos**. São Paulo: Axix Mundi: IBET, v. 2, 2003.

---

[1] Conforme Freeman (2004, apud BARBIERI; CAJAZEIRA, 2009, p.27) *stakeholders* pode ser definido como "[...] pessoa ou grupo com interesse na empresa ou que afeta ou é afetado por ela". Cita como exemplos de *stakeholders* os empregados, consumidores, grupos políticos, governo, fornecedores, concorrentes, associações comerciais.

[2] Dentre as várias possibilidades de sistematizar o tema das políticas empresarias e considerando o corte para o tema deste artigo, é útil a classificação das políticas empresarias que levam em consideração as pessoas por elas afetadas conforme apresentada por Owens (1954, citado por UMEDA e TRINDADE, 1982, p.7), ou seja: política empresarial interna e política empresarial externa. Sendo que a primeira considera aquelas que orientam e disciplinam as relações entre empregados e a empresa e a segunda diz respeito à política da empresas considerando diferentes públicos, tais como clientes, fornecedores, governos e intermediários. Esta política em especial interessa uma vez que deve indicar quais os objetivos da empresa perante a sociedade em geral.

[3] Neste sentido, e para destacar a importância da internalização da ética na cultura das empresas e na prática nas suas diversas relações, escreve Adela Cortina [...] desprende que los retos a que la empresa se enfrenta en nuestro momento le invitan a asumir un *ethos* determinado, un carácter específico, si desea sobrevivir, de tal suerte que puede decirse que <sin ética no hay negocio>.

[4] Neste sentido, destacando que a qualidade, solidariedade em alta, excelência e competência são atitudes morais para atingir a finalidade social de uma atividade empresarial, escreve Adela Cortina [...] que la actividad empresarial es una actividad humana com una finalidade social, de modo que las actitudes necesarias para alcanzar su meta (búsqueda de la calidad, solidaridad a la alza, excelencia, competencia, etc.) son atitudes morales [...] , [...] la ética marco de um Estado de derecho, com su principio <uma norma sólo será correta si todos los afectados po ella están dispuestos a darle su consentimiento tras un diálogo celebrado em condiciones de simetría>..

[5] Conforme escrevem Cerqueira e Martins (1996, p.99 a 101), para compreender o processo de certificação tem-se que esclarecer algumas definições, tais como: órgão de credenciamento ou acreditação que são ligados ao Estado e que avaliam a competência e a qualidade de organismos que se especializam para "auditar e certificar a conformidade dos diversos sistemas, processos ou produtos das organizações", são os organismos de certificação credenciado. No Brasil o órgão de credenciamento é o INMETRO. Os organismos de certificação podem emitir o certificado de conformidade conhecido como selo do Órgão de Credenciamento. Com o registro deste certificado no Órgão a empresa terá um certificado de qualidade reconhecido pelo país em que o órgão é credenciado (grifo nosso).

GLOBALIZAÇÃO E SUPERCAPITALISMO: A FALÁCIA DA RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS*

GLOBALIZATION AND SUPERCAPITALISM: THE FALLACIOUS OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

Nathalie de Paula Carvalho

RESUMO

Por meio de suficiente amparo doutrinário, especialmente as teses defendidas por Robert Reich, esta pesquisa buscará analisar a falácia da Responsabilidade Social das Empresas (RSE) no contexto do denominado Supercapitalismo, um sistema ultra-adaptável em que a democracia e o capitalismo foram colocados em posições diametralmente opostas. Pretende-se oferecer uma visão ampliada, que identifique e pondere cada um dos eixos das complexas relações empresariais contemporâneas. Tratar-se-á da RSE de maneira fática, sem discursos politicamente corretos, encarando a empresa como um ente que busca desenvolver atividades socialmente responsáveis para ganhar a confiança do público consumidor e dos investidores, verificando-se ainda como a sociedade vem se adaptando ou vem simplesmente aceitando o que o Supercapitalismo impõe.

PALAVRAS-CHAVES: SUPERCAPITALISMO. RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS. LIBERALISMO ECONÔMICO.

ABSTRACT

Through doctrinaire enough support, especially the arguments of Robert Reich, this investigation aims to analyze the fallacy of Corporate Social Responsibility (CSR) in the context of Supercapitalism called an ultra-adaptable system in which democracy and capitalism were placed in positions diametrically opposed. It is intended to provide a broader view, to identify and consider each of the axes of the complex business relationships contemporary. Is this way, the CSR will be seen without politically correct speech, seeing the company as an entity that seeks to develop socially responsible activities to gain public confidence by consumers and investors, there is as yet the company has been adapting or is simply accepting what Supercapitalism required.

KEYWORDS: SUPERCAPITALISM. CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY. ECONOMIC LIBERALISM.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

Discutir a responsabilidade social das empresas já é, por si, bastante delicado. E falar desse assunto em tempos de recessão econômica, soa um tanto ameaçador. Para uma abordagem mais técnica e racional, será preciso que o leitor tente se despir de valores sentimentais. Em setembro de 2008, começou nos Estados Unidos uma crise econômica fundada na distribuição de grandes créditos, cujos efeitos comprometeram as bases do sistema capitalista, até então estruturado e sólido. Os financiamentos a longo prazo, a idéia do poder de consumo desregulado e as transações com dinheiros eletrônicos, dentre outros fatores, fizeram com que a dívida dos consumidores e empresários aumentasse a ponto de não ter crédito para quitá-las.

Analisando o tema na sua real situação, indaga-se: será que as empresas têm lastro financeiro para atender as obrigações impostas pelo Estado e ainda suprir o mercado de modo sustentável? Neste período turbulento pelo qual o mundo globalizado atravessa, a resposta mais acertada e prudente parece ser negativa, como adiante será demonstrado.

A empresa é uma organização voltada para a produção ou circulação de bens e serviços, visando a obtenção da vantagens financeiras e foi criada com a finalidade de sistematizar os meios (a produção de bens e serviços) e os fins (a obtenção do lucro). Apesar de todas as suas responsabilidades perante o consumidor, os seus empregados e o Estado, teria agora o dever concorrente de assistir à sociedade? O exame realizado a partir desta breve pesquisa buscará, através de certos parâmetros doutrinários, criticar a imposição de práticas socialmente responsáveis às empresas, de modo a concatenar-se com as raias da vida real.

1 O SUPERCAPITALISMO E A GLOBALIZAÇÃO: UMA RELAÇÃO SIMBIÓTICA.

A realidade de uma economia globalizada implica na acepção de que qualquer indivíduo se insere em um processo econômico, com os atos de compra, venda, empréstimos e quaisquer outros atos negociais. A economia atual capitaneia um processo que não se sabe como ou quando irá terminar. Estas repercussões, por mais simples que pareçam, não se exaurem com o encadeamento de eventos simples, pelo contrário: um ator econômico compromete e envolve a economia de todo o planeta.

E por essa premissa inicial, busca-se analisar o comportamento do indivíduo, que se mostra como cidadão e consumidor ao mesmo tempo no Supercapitalismo, frente à economia mundial globalizada, a democracia e as principais implicações desta tempestuosa relação. Um momento em que os principais objetivos se consubstanciam no aumento dos lucros, investimentos, consumo acelerado e movimentação do sistema capitalista no sentido de minimizar os ideais da democracia e exacerbar os impulsos do mercado.

Mas o que seria este Supercapitalismo? Para Robert Reich:

A partir da década de1970 as grandes empresas se tornaram muito mais competitivas, globais e inovadoras. Nasceu algo que eu denomino de Supercapitalismo. Nesse processo de transformação, como consumidores e como investidores, efetuamos grandes conquistas; no entanto, como cidadãos, em busca do bem comum, perdemos terreno. As

mudanças começaram quando as tecnologias desenvolvidas pelo governo para os embates da Guerra fria se incorporaram em novos produtos e serviços. Daí surgiram oportunidades para novos concorrentes nos transportes, nas comunicações, na manufatura e nas finanças. Tudo isso provocou rupturas no sistema de produção estável e, a partir de fins da década de 1970, em ritmo cada vez mais acelerado, forçou todas as empresas a competir mais intensamente por clientes e por investidores. O poder dos consumidores se congregou e se ampliou sob a forma de grandes varejistas de massa. O poder dos investidores também se congregou e se ampliou mediante enormes fundos de pensão e fundos de investimentos, que pressionavam as empresas a gerar retornos cada vez mais elevados. [...] As grandes empresas que dominavam setores inteiros recuaram e os sindicatos trabalhistas encolheram. (REICH, 2008, p.05).

E foi deste modo que o Supercapitalismo suplantou o capitalismo democrático. Trata-se de um contexto em que as sucessões dos mais irrelevantes atos econômicos podem redundar em maremotos financeiros, de forma que a união dos pontos é condição essencial à formação do todo. Os processos econômicos do mundo contemporâneo não se restringem a limites territoriais. Pela Teoria da Complexidade, as constatações de mudanças diminutas podem acarretar desvios radicais no comportamento de um sistema. (SIFFERT, *on line*).

Essa integração irrestrita recebeu o título de globalização. O liberalismo econômico, que dominou os séculos XVIII e XIX, com idéias de prosperidade econômica, que contava com um suporte ideológico de que a economia conseguiria, através da liberdade de se auto-regular, o enriquecimento de todas as nações e acumulação de riquezas sem regulação estatal, fora substituído, gradualmente, nos séculos XX e XXI, por um neoliberalismo: um movimento que tem como ideário não ter ideário definido e, assim, adaptar-se a todos os sistemas internos de cada região do planeta:

Significa o aumento constante das transações internacionais de bens, capitais e serviços, com base na extensão de um processo mundial de liberalização do comércio exterior, nos movimentos internacionais de capitais, assim como no irrefreável e acelerado processo de avanço tecnológico, que permitiu, entre outros aspectos, flexibilizar os sistemas de produção no âmbito mundial. O efeito é uma maior integração econômica e financeira das economias, de modo que o mundo funcione como um mercado global. (PACHECO, 2005, p. 223).

A economia atual, ladeada por uma tecnologia indomável, procura globalizar determinados comportamentos, estandartizar soluções econômicas e imprimir até mesmo conceitos culturais. Teria se iniciado algo irreversível? As primeiras impressões apontam para uma resposta afirmativa conforme registra Paulo Bonavides registra sua preocupação:

Com efeito, a globalização imprime às nações rumos políticos cuja percepção, anteriormente, fora impossível alcançar, até mesmo pelos mais argutos e percucientes analistas da economia, da política internacional e da competição ideológica. De tal sorte que, verificada a queda do Muro de Berlim e a dissolução da União Soviética, instalou-se a crise do socialismo e uma suposta neutralidade do campo ideológico, a qual vem sendo exibida, com ares triunfais, pelo capitalismo e sua recente ideologia ‘sem ideologia’, cifrada no neoliberalismo da globalização. (BONAVIDES, 2004, p.19).

O contexto da atual crise econômica, a qual assolou primeiro o setor imobiliário e creditício dos Estados Unidos e depois afetou as demais searas da economia mundial, demonstra, a despeito de ser um momento complicado para o capitalismo, a dificuldade em se derrubar as práticas neoliberais. Se a plenipotência do sistema de fato existir, há que se questionar quais papéis restam ao cidadão, resgatando-se a proatividade social em face das usurpações e sufocamentos das práticas econômicas supercapitalistas.

O embate se instalou entre o capitalismo democrático, ou seja, praticado em conjugação com a democracia - como em quase todos os países - e o capitalismo autoritário, o qual convive com um regime ditatorial de governo ou outro menos estável quanto às idéias e aos procedimentos democráticos, *v.g.* a China.

Nesse tipo de dilema, transparece a falta de ideologia do Supercapitalismo, tendo em vista a compreensão de que as tendências de afirmação do sistema econômico deveriam ser aliadas do regime político típico do Estado Democrático de Direito: a Democracia. Assim, apenas o capitalismo que se abre à democracia é que deveria continuar a existir. Mas não é o que ocorre.

O Supercapitalismo, o qual não possui fronteiras nem bandeiras, se aproxima de regimes que permitem o desrespeito à dignidade da pessoa humana, inibem a participação popular e que cerceiem liberdades públicas, desde que a economia permaneça sem amarras. Esse é o ideário neoliberal, para o qual o mercado é o melhor sistema em que se pode inserir uma sociedade e que simplesmente permite a acumulação de riquezas, sem fórmulas de seu compartilhamento. Reverberam-se as palavras de Raymundo Faoro (2007, p.25), para quem "há um quadro cultural autônomo, moldado sobre uma realidade social capaz de gerá-lo ou de com ele se soldar".

As teses aparentemente contrárias de desenvolvimento social e de econômico devem procurar se reconhecer como complementares. (SEN, 1999). Começa-se a pontificar o elo da possibilidade de expandir a economia e, a um só tempo, incrementar o lado social de uma dada comunidade.

Nas últimas décadas, intensificou-se o processo de globalização de um localismo (SANTOS, 2008, p.09), ou seja, a globalização de uma cultura e de um modo de produção que eram, originalmente, concebidos apenas para aquela certa comunidade, a americana. Constata-se que todos os antagonismos de interesses correspondem, na verdade, aos anseios das pessoas na sua condição de investidoras, de consumidoras e, no lado oposto da guerra hermenêutica, a condição de cidadãos. Merecem destaque as palavras de Tobias Barreto, mesmo em um contexto histórico apartado da presente análise, mas bem atuais e adequadas a estes tempos:

Esta razão e esta lógica pertenciam a certos homens, e estes homens a uma certa época. Em outros termos, a teoria em questão não pode ser considerada à parte do espírito que a concebeu, nem do meio social, em que ela se produziu. As idéias também têm a sua biografia. (BARRETO, 1991, p.100).

Para se entender, com melhores luzes, o processo que levou à digladiação entre os momentos consumidor/investidor e cidadão/soberano, que cada indivíduo possui no Supercapitalismo, é preciso compreender o próprio caminho que imergiu as sociedades

contemporâneas nesse supersistema, de modo que se volta a pesquisa, neste momento, a um apanhado histórico breve, mas que se acredita produtivo, a fim de perquirir algumas considerações que se reputam fundamentais para a compreensão desta abordagem.

2 A FALÁCIA DA RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS NO SUPERCAPITALISMO

Adam Smith (século XVIII), um dos principais nomes da formação da Economia Política clássica, em sua obra "A Riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas", fundamentou sua descrição da ordem econômica (SMITH, 1988, v. I, p.XII) nos sentimentos morais, na busca da aprovação social e nas razões maiores da acumulação e conservação da fortuna material.

Defendia que o papel do Estado estava restrito a três funções principais: defender a nação; promover a justiça, bem como a segurança dos cidadãos e empreender obras sociais necessárias que a iniciativa privada não conseguisse concretizar. Suas principais idéias foram: a identificação do bem-estar das nações com seu produto anual *per capita*; considerou como causa da riqueza das nações o trabalho humano, a livre iniciativa de mercado (*laissez faire*), a especialização do trabalho como instrumento da produtividade - exemplo clássico da fábrica de alfinetes - (SMITH, 1988, v. I, p.41-47) e a teoria do bem-estar econômico ou da "Mão Invisível", segundo a qual as leis do mercado não devem sofrer intervenções e a economia se direcionará por si mesma para o melhor caminho, guiado por uma "mão invisível".

Analisando a atitude governamental frente às despesas públicas, Smith criticava a aplicação dos recursos estatais em setores que não eram adequados, sendo, portanto, um desperdício do tesouro nacional. Considerava que parte do que era pago a título de impostos poderia ter sido acumulada em forma de capital, para servir como uma espécie de reserva de fundos para ulteriores necessidades.

Baseando-se no pensamento de Adam Smith, Darcy Hitchcock e Marsha Willard (2008, p.16) apontam algumas características para uma economia saudável: multiplicidade de compradores e vendedores; oportuna e acurada informação comercial; normas contabilísticas claras; ausência de corrupção governamental; controle da inflação e deflação, etc.

Nesse contexto, David Ricardo, um dos principais seguidores de Adam Smith, sem olvidar Thomas Malthus, no livro "Princípios da economia política e da tributação", trouxe como principal contribuição para a Teoria Econômica as teorias do valor e da repartição. Pela teoria do valor, se entende que o valor de uma mercadoria é determinado pela quantidade de trabalho nela incorporado. Na teoria da repartição, defende que as leis que regulamentam a divisão do produto consideram a existência de três classes sociais distintas: os latifundiários, operários e capitalistas. No conflito destas, toma posição pelos capitalistas.

No plano internacional, Ricardo ancorou a teoria das vantagens comparativas, ao asseverar que os países deveriam se especializar na produção daquilo que estão mais aptos a fazer e em seguida trocar suas mercadorias para que todos aumentassem seus lucros. Foi o primeiro a constatar que o livre comércio internacional poderia beneficiar

dois países e que o capital era relativamente imóvel entre as nações, sendo necessária a elaboração de uma teoria apartada do comércio interno do país.

Ricardo ainda afirmava que, para que o comércio internacional fosse benéfico, não era preciso ter vantagens absolutas por todo o tempo, as quais significavam maior eficiência de produção ou uso de menos trabalho na produção. Fazia uma combinação com o que chamava de vantagem relativa: era a razão entre o trabalho incorporado a duas mercadorias o que diferia dois países, de modo que cada um poderia ter um produto no qual a quantidade relativa de trabalho incorporado seria menor do que a do outro, ou seja, menor custo de oportunidade para produzir uma mercadoria.

Sob esse olhar, a RSE é ditada pelo aumento e melhor alocação dos lucros, orientada pelos interesses dos seus proprietários, com supedâneo na legislação. O esquema orientador do livre mercado é o seguinte: mercado livre de restrições; concorrência para atrair consumidores para aumentar os lucros; busca constante pela eficácia na produção; melhoria da qualidade; aumento de produtividade; redução de custos e preços; aumento de produção; geração de empregos e renda; maximização do bem-estar econômico e social.

O liberalismo clássico concebia o mercado como a melhor forma de organização econômica e social. O egoísmo é um sentimento inerente à natureza humana, conduzindo à competição e à rivalidade, sendo estas consideradas pelos liberais como benéficas para a sociedade, por conta do incremento e da melhoria na qualidade dos produtos ofertados.

Um dos principais defensores do liberalismo da era contemporânea é Milton Friedman (1984), que deposita sua confiança no sistema de mercado como meio para se alcançar os melhores resultados para a sociedade. Valoriza o binômio capitalismo – liberdade, como sendo a mola propulsora das oportunidades de prosperidade material da humanidade. Para ele, “um problema político, como o da liberdade individual, não está dissociado da organização econômica e se ajusta somente a um sistema de economia de mercado” (FRIEDMAN, 1984, p.XV). Para Friedman, o governo tem o papel essencial de determinar as regras do jogo, incluindo dentre essas funções a promoção de mercados competitivos.

Como forma de atenuar essa intensidade mercantil, a Responsabilidade Social das Empresas representaria um mecanismo que se contrapõe a esta lógica, sendo um elemento de regulação do mercado no estabelecimento de parâmetros para o seu funcionamento. Por esta lógica, o Estado passaria a intervir no sistema de mercado para expandir o bem-estar social.

Milton Friedman (1984) considera que o progresso econômico numa economia de mercado reduz as desigualdades. Assim, sua política monetária e fiscal era ditada pela adoção de um imposto de renda progressivo que tinha como meta estimular o aumento da poupança dos indivíduos e o reinvestimento dos lucros nas empresas privadas. José Antônio Puppim de Oliveira (2008, p.67) conclui que “a única responsabilidade social das empresas era gerar lucro para seus acionistas, dentro das regras da sociedade (leis).”

O objetivo do governo deve ser limitado: sua principal função é a de proteger a liberdade individual contra os inimigos externos e até mesmo os próprios compatriotas; preservar a lei e a ordem; reforçar os contratos privados; promover mercados competitivos. (FRIEDMAN, 1984, p.12). Para ele, a empresa inteligente (REICH, 2008, p. 176) é aquela em que o negócio dos negócios é gerar lucro e não o de se envolver em iniciativas beneficentes para a sociedade. As empresas não devem almejar objetivos sociais.

No seu entender, a preservação da liberdade é a principal razão para a limitação e descentralização do poder do governo. (FRIEDMAN, 1984, p.13). O papel do capitalismo competitivo seria organizar a atividade econômica por meio da empresa privada e promover um mercado livre, enaltecendo o *laissez faire*, de forma a reduzir o papel do Estado nos assuntos econômicos. Assim esclarece José Antônio Puppim de Oliveira, comentando a posição de Milton Friedman:

Usar o dinheiro das empresas para projetos fora dos objetivos de gerar lucro para os acionistas era prejudicial à sociedade, pois, reduzindo os lucros, havia menos investimentos e, conseqüentemente, menos empregos, tampouco os salários poderiam ser aumentados e poderia haver menos dinheiro dos impostos. (OLIVEIRA, 2008, p.68).

A transição para o Supercapitalismo se deu a partir do momento em que as grandes empresas, que não são nem morais nem imorais, se tornaram mais competitivas, globais e inovadoras, passando a interferir nas decisões políticas. Assim, o triunfo do capitalismo e o enfraquecimento da democracia se deram com o objetivo de aumentar as riquezas dos empresários, jogando os países uns contra os outros. Vivencia-se, portanto, um período em que a economia capitalista que convivia com a Democracia se transformou em sua comandante.

Neste contexto, Robert Reich é enfático em negar a RSE:

Finalmente, chegarei a algumas conclusões que talvez sejam consideradas surpreendente, entre elas: porque as iniciativas para melhorar a governança corporativa reduzem a probabilidade de que as empresas atuem com responsabilidade social; porque a promessa de democracia empresarial é ilusória; porque o imposto de renda incidente sobre as pessoas jurídicas deve ser abolido; porque as empresas não devem ter responsabilidade penal; e porque os acionistas devem ter meios para impedir que seu dinheiro seja usado pelas empresas para fins políticos, sem seu consentimento prévio. (REICH, 2008, p.07).

Ao enunciar que as empresas não são cidadãs, mas pilhas de contratos, reverbera que o objetivo principal da atividade é participar do jogo econômico com o máximo de agressividade e eficácia. Conter o Supercapitalismo, para que não transborde sobre a democracia, é o único plano de mudança construtivo. Surge assim uma verdadeira blindagem em relação às conseqüências sociais das decisões de mercado como um aspecto fundamental do Supercapitalismo.

Faz-se uma releitura do papel desempenhado pelos *stakeholders*, de modo que todas as pessoas ou empresas, de alguma forma, são influenciadas pelas ações de uma organização. Desta forma, o público alvo deixa de ser apenas o consumidor final para

atingir um número maior de setores sociais. Para Reich (2008, p. 181), “no Supercapitalismo a promessa de democracia empresarial é ilusória”.

Sem objetivos políticos específicos, a RSE será pautada em função da capacidade de organização de um grupo em relação a determinada empresa ou setor. Pressionar as empresas para serem mais virtuosas é um mecanismo ineficaz pela falta de controle em resolver questões sociais complexas, que deveriam ser atribuições do Estado.

Sobre o papel dos governos na economia global, Robert Kuttner afirma que as grandes empresas globais se tornaram centros do poder econômico e financeiro concentrado e a tarefa do poder público era apoiar essa pauta de *laissez faire*. Faz-se necessário, diante dessa realidade supranacional, a qual ele chama de globalismo, o desmantelamento das barreiras ao livre comércio e ao livre fluxo de capitais financeiros. (KUTTNER, 2004, p.214-215). Por outro lado, considera que o crescimento econômico é refém dos credores e especuladores financeiros. (KUTTNER, 2004, p.229).

Ao longo do século XX a eficiência do livre mercado começou a se chocar com a livre democracia, especialmente após as duas guerras mundiais. Atualmente os setores econômicos são liderados por grandes grupos, que assumem a forma de cartéis e sufocam a livre concorrência. No desenvolvimento desta análise, faz-se necessário uma passagem pelo capitalismo, que pode ser conceituado como “um regime social no qual os capitais não pertencem aos que tornam produtivos pelo seu trabalho, e sim às grandes indústrias de propriedade privada. (LALANDE, 1999, p. 136).

O governo do povo enfraquece à medida que o capitalismo se fortalece. Eles seriam forças antagônicas, proporcionalmente inversas. As empresas visam o lucro, e somente isso. O capitalismo de meados do século XX se converteu em capitalismo global, turbinado, enraizado na internet, capaz de conceber e realizar qualquer coisa, em qualquer lugar. O capitalismo global se transformou em um Supercapitalismo, Neocapitalismo ou Capitalismo 3.0, isto é, um sistema que, em essência, continua capitalista, mas, em suas margens, conta com poderes ampliados, parecendo mesmo invencível.

Ao analisar a Responsabilidade Social das Empresas, Andrew W. Savitz (2007, p.96-97) faz uma abordagem de duas categorias de críticos: os “cínicos”, que são os simpatizantes de ideologias e consideram a responsabilidade social das empresas como um meio de promoção, ferramenta de relações públicas e os “céticos”, que argumentam não competir aos líderes de negócios se envolverem em problemas ambientais ou sociais, sendo sua única atribuição maximizar o lucro do empreendimento.

Robert Reich (2008, p.02) possui posicionamento semelhante aos “céticos”. Faz uma análise da evolução do capitalismo democrático até o Supercapitalismo, considerando que a democracia só pode ser alcançada com a participação dos cidadãos. Para ele, o capitalismo tem a função de aumentar o bolo da economia e a democracia exige centros de poderes privados, livres de uma intervenção estatal. Reich tem uma visão muito severa a respeito da responsabilidade social das empresas. Para ele as empresas foram criadas para lucrar; os consumidores para consumir; os investidores para investir; às ONG’s incumbe a tarefa de fazer ações de caridade, conforme se pode aferir do trecho extraído de uma entrevista a revista Época circulada em outubro de 2007:

A responsabilidade social é uma questão de relações públicas. As empresas não foram criadas para ser instituições de caridade. E, hoje, elas têm menos condições ainda de desempenhar esse papel. Vivem numa competição tão acirrada que não podem sacrificar os ganhos de seus acionistas ou deixar de oferecer bons negócios para os consumidores em nome de algum benefício social. É ilógico fazer isso. Cria a falsa impressão de que as empresas são pessoas, com uma preocupação moral. As empresas não são pessoas. Nem instituições morais da sociedade. São pedaços de papel, acordos contratuais. O objetivo das empresas é jogar o jogo econômico da forma mais agressiva possível. (ÉPOCA, 2007).

Von Hayek considera na sua obra "O caminho da servidão" que a democracia moderna, para assegurar um desenvolvimento social, tem que manter o crescimento econômico e que a liberdade de decisão do indivíduo deve ser valorizada. Pode-se fazer uma ligação da sua postura liberal com a RSE nos seguintes termos:

Pode parecer muito nobre dizer: 'deixemos de lado a economia, vamos construir um mundo decente'. Na realidade, porém, essa é uma atitude de todo irresponsável. Com a situação mundial que conhecemos, e existindo a convicção generalizada de que as condições materiais devem ser melhoradas em certos pontos, a única possibilidade de construirmos um mundo decente está em podermos continuar a melhorar o nível geral de riqueza. Pois a moderna democracia entrará em colapso se houver a necessidade de uma redução substancial dos padrões de vida em tempo de paz, ou mesmo uma estagnação prolongada das condições econômicas. (VON HAYEK, 1990, p. 190).

É interessante notar o posicionamento de José Antônio Puppim de Oliveira (2008, p.115), que, ao relacionar a responsabilidade social das empresas atesta que estas vêm percebendo que podem ganhar com as melhorias socioambientais, buscando alternativas para a competitividade. Essas atividades podem ser encaradas como estratégias de negócios, gerar um retorno financeiro e novas oportunidades com mercados mais sensíveis. Ressalta, desta maneira, as vantagens da responsabilidade social.

Para Milton Friedman (1984), qualquer ação que desvirtue os objetivos econômicos é maléfica para a sociedade, haja vista que seriam causadas ineficiências econômicas. A responsabilidade social das empresas é, na verdade, gerar lucros. Alerta ainda para o fato de que, por não serem especialistas em gestão social, correriam o risco de empregar indevidamente os recursos.

Robert Reich (2007, *on line*), deu uma entrevista esclarecedora sobre o papel social das empresas na atualidade. Diz que "as empresas só existem para dar lucro, e que é conversa fiada esse papo do movimento de responsabilidade corporativa", conforme extratos da entrevista na íntegra:

Revista Exame - **Na economia que prevalece hoje no mundo, que o senhor batizou de Supercapitalismo, não há empresa socialmente responsável ou virtuosa?**

Robert Reich - Não. Empresas não são pessoas. Elas não têm uma bússola moral e existem para um único propósito: oferecer boas oportunidades para os consumidores

como forma de maximizar o lucro para os acionistas. Esperar que elas façam qualquer coisa que não seja isso é acreditar numa ilusão.

Revista Exame - **Estamos então sendo enganados pelas empresas?**

Robert Reich - É claro. As empresas gastam milhões em relações públicas e passamos a acreditar que elas têm personalidade, que são boas ou más, que são instituições criadas para atingir fins públicos. Elas não são. Na prática, elas estão dando passos muito pequenos e não vão sacrificar o retorno aos acionistas em prol de um bem social.

Revista Exame - **Então o movimento de responsabilidade social é uma falácia?**

Robert Reich - Esse movimento distrai as pessoas do problema real e mais difícil, que é limpar e aperfeiçoar a democracia. Shows de responsabilidade corporativa levam os cidadãos a acreditar que os problemas sociais estão sendo endereçados e que eles não precisam se preocupar em fazer com que a democracia funcione e dê respostas para os dilemas.

Depreende-se por estas laudas que as empresas carecem de objetivos para desenvolver projetos sociais, pois estes seriam atividades secundárias ou estranhas ao seu objeto social. Por isso desenvolvem tais medidas de forma superficial ou não as implementam. Entretanto, permanece o anseio de, com suas atividades ditas socialmente responsáveis, influenciar o mercado, sempre direcionadas para um único caminho: o lucro.

CONCLUSÃO

O liberalismo econômico, base do capitalismo, provocou o incremento de um sem número de empresas dotadas de conhecimento e tecnologia, que permitiram a transnacionalização de capital, manufaturas e produtos. No final do século XX e início do século XXI, a sociedade global desperta para os direitos difusos e para a necessária implementação do capital humano e social, passando a exigir das empresas não só produtos de menor custo, mas que também sejam produzidos respeitando as leis trabalhistas e o meio ambiente.

O cenário do mundo atual encontra-se, em grande parte, desenhado pela globalização e reestruturação do setor produtivo. A transformação do contexto econômico, tradução dos grandes avanços tecnológicos nas esferas da sociedade capitalista, implica uma série de modificações sociais, o que acarreta um aumento dos problemas dessa ordem, atingindo tanto países centrais quanto periféricos. Nesse sentido, a Responsabilidade Social das Empresas vem sendo objeto de análises mais aprofundadas, haja vista que engaja a atuação de importantes agentes de desenvolvimento econômico.

A falsa idéia de poder, de ter e de ser, levou a sociedade contemporânea a consumir compulsivamente. Tudo isso produziu um reflexo quase imediato: estar-se diante de uma economia desenfreada. A real responsabilidade social ainda não chegou às empresas ou sequer existe. Ninguém nos dias de hoje faz alguma coisa sem esperar algo. A troca de favores e interesses é constante e até mesmo necessária.

Como se pode falar em responsabilidade social das empresas se no jogo econômico não existe lugar para perdedores? As empresas descobriram que podem ganhar admiração

dos consumidores e investidores se vincularem a idéia de que são socialmente responsáveis. O que estão fazendo não se destaca pela insensibilidade brutal nem pela ganância impiedosa. Na verdade, se trata de uma ação já esperada, de modo a oferecer bons negócios aos clientes e maximizar o retorno para os investidores. Como os jogadores de qualquer jogo, estão fazendo o possível para vencer.

O Estado é que, como proprietário do papel de implementação de medidas sociais, deve chamar para si tal responsabilidade e deixar as empresas em condições de competitividade. No Supercapitalismo, as empresas não têm condições de serem socialmente responsáveis. Ao aumentar os lucros, as empresas geram efeitos sociais positivos, pois estão usando os ativos com mais eficiência e liberando recursos que já não são necessários, para que sejam usados com melhores resultados em outros lugares: todas as empresas lucrativas são socialmente responsáveis.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Tobias. A questão do poder moderador e outros ensaios brasileiros. In: PAIM, Antônio e MERCADANTE, Paulo (Org.). **Estudos de Direito**, v.I. Rio de Janeiro: Record, 1991, p. 100.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial:** A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

ÉPOCA. Como será o capitalismo que vai salvar o mundo da crise? **Revista eletrônica Época**. Disponível em:

<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/>. Acesso em: 18 de mar. 2009.

FAORO, Raymundo. **A república inacabada**. São Paulo: Globo, 2007.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

HITCHCOCK, Darcy. WILLARD, Marsha. **The business guide to sustainability**: practical strategies and tools for organizations. Londres: Earthscan, 2008.

KUTTNER, Robert. O papel dos governos na economia global. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Org.) **No limite da racionalidade**. Trad. Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 211-234.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da Filosofia**. 10. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. **Empresas na sociedade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PACHECO, Mario Napoleón. As formas de cooperação internacional entre europeus, latino-americanos e norte-americanos em prol de uma ordem internacional mais justa. In: HOFMEISTER, Wilhelm (org.). **Política Social Internacional.** Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

REICH, Robert B. **Supercapitalismo**: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2008.

_____. **Reich e o Supercapitalismo**. Disponível em: <http://praticaradical.blogspot.com/2007/11/reich-e-o-Supercapitalismo.html.> Acesso em: 08 nov. 2007.

RICARDO, David. **Princípios da economia política e da tributação**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Igualdade, diferença e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999

SIFFERT, Carlos. **Teoria do Caos e Complexidade**. Disponível em: <http://www.orion.med.br/misc23.htm.> Acesso em: 20 jul. 2009.

SMITH, Adam. **A Riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, v. I.

_____. **A Riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, v. II.

VON HAYEK, Friedrich August. **O caminho da servidão**. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

A CRISE MUNDIAL, O MERCADO DE CAPITAIS E A STOCK MARKET EXCEPTION: AS TENDÊNCIAS RESTRICIONISTAS DO DIREITO DE RECESSO NAS FUSÕES E INCORPORAÇÕES SOCIETÁRIAS*

GLOBAL CRISES, THE FINANCIAL MARKET AND THE STOCK MARKET EXCEPTION: THE RESTRICTIVE TENDENCIES OF THE APPRAISAL REMEDY IN MERGING

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
Daniella Bernucci Paulino

RESUMO

Este artigo busca compreender o real significado das leis que modificaram a partir de 1997 a legislação de sociedades anônimas sobre o direito de retirada nas hipóteses de fusão e incorporação societária, especialmente no que cinge às noções de liquidez e dispersão. Indaga-se se é de fato a existência de um mercado desenvolvido a mais valiosa proteção do investidor e se propõe uma reflexão acerca da melhor fórmula para equilibrar a a situação do acionista discordante e os interesses da companhia que pretende se reorganizar. Conclui-se, por fim, que a melhor garantia do acionista não-controlador se funda na segurança de que os procedimentos detalhadamente estabelecidos na legislação, assim como os demais dispositivos do ordenamento jurídico que limitam a atuação dos controladores, serão observados com a agilidade necessária, voluntariamente ou compulsoriamente, seja por via judicial ou até mesmo por outras formas de resolução de conflitos de interesses.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO COMERCIAL, SOCIEDADES ANÔNIMAS, DIREITO DE RECESSO, TEORIA DA EXCEÇÃO DO MERCADO

ABSTRACT

This article seeks to understand the real meaning of the laws that have modified since 1997 the legislation on corporations over the right of appraisal remedy in the cases of merging and corporative incorporations, especially in respect to the notion of liquidity and dispersion. We interrogate if is a fact the existence of a developed market the most valuable protection for the investor and propose a speculation about the best formula to equilibrate the situation of a discordant shareholder and the interests of the corporation that intends to reorganize itself. We finally conclude that the best guarantee of a minority shareholder is in the confidence that the procedures established by the law in detail, as well as the other legal devices that circumscribe the action of the majority shareholders will be observed with the necessary agility voluntarily or compulsorily, either by judicial means or even by others means of conflict resolution.

KEYWORDS: COMMERCIAL LAW, CORPORATIONS, APPRAISAL REMEDY, STOCK MARKET EXCEPTION

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. Introdução

O presente artigo pretende abordar as sucessivas alterações no art. 137 da Lei n. 6404 que acompanham a tendência de restringir a retirada dos acionistas descontentes nas hipóteses em que a companhia aprova a realização de uma fusão ou incorporação.

Esta restrição se funda na noção de que as companhias que oferecem liquidez e dispersão de suas ações não devem ser oneradas com a descapitalização proveniente de um reembolso em caso de dissidências. Esta idéia tem como cerne a crença de que é o mercado a melhor proteção do investidor. Logo, existindo um mercado para as ações da companhia pode-se dispensar a proteção oferecida pela retirada.

Pretende-se, assim, analisar se é de fato o direito de recesso mecanismo fundamental na proteção do acionista não controlador.

2. *Stock market exception* e as tendências restricionistas no direito de retirada nas fusões e incorporações

Afirma FACHIN (1998, p. 320) que

nada falseia mais o espírito jurídico, nada o afasta mais perigosamente do seu verdadeiro sentido, do que a convicção, favorecida pelos longos períodos de estabilidade, de que a vida social deve-se ajustar aos conhecimentos jurídicos, em vez de se adequarem estes àquela.

De fato, o direito, peça fundamental na formação da ordem social, deve interagir com outras ciências e buscar soluções que correspondam aos anseios que palpitam na sociedade e que demandam reformas do ordenamento jurídico.

A estabilidade é intrínseca à noção de direito, sendo de sua natureza durar e não modificar-se. Mas, vez por outra surge elemento inovador que altera a composição das forças sociais e determina a ruptura no conjunto de regras jurídicas, gerais e permanentes, que propiciam a segurança necessária ao estabelecimento das relações intersubjetivas.

Para se compreender o real significado das leis que modificaram a partir de 1997 a legislação de sociedades anônimas no Brasil , bem como o sentido de suas nuances, há que se identificar e examinar estes fatores e o papel que desempenham na reconfiguração do direito societário.

Em primeiro lugar, pode-se dizer que um dos desafios atuais do direito é a regulamentação de relações cada vez mais complexas. Paradoxalmente, para enfrentar esta situação é imperativo simplificar as regras jurídicas, que devem se tornar mais claras e universais, evitando-se a proliferação excessiva das normas, apontadas há muito por CARNELUTTI (1973, p. 278) como um dos sintomas da crise do direito.

O que acontece hoje no campo do direito? O aspecto mais saliente do fenômeno é *a falta de comunicação entre os que elaboram o direito e aqueles para os quais o direito é elaborado* [...] Em suma, o direito é diálogo. Mas hoje, se propriamente o diálogo não se tornou impossível, pelo menos se faz mais difícil, a tal ponto que a presunção de conhecimento da lei por efeito de sua publicação se tornou uma ficção. A crise do direito não é apenas, mas é principalmente crise da lei; e a crise da lei decorre de um fenômeno de inflação. O mecanismo do direito sofre de uma hipertensão cada dia mais grave. O comandado deve obedecer sem saber efetivamente o que lhe é comandado.

E mais. Na esfera empresarial, se revela o direito um importante elemento de custo operacional, sendo o objetivo de qualquer alteração consistente do ordenamento jurídico transformá-lo, dentre dos limites possíveis, em um instrumento facilitador das relações mercantis e não em um obstáculo à sua concretização.

Por este motivo, não é estranho constar, dentre os motivos expostos para a implementação das reformas mencionadas, iniciativas que pretendam flexibilizar alguns institutos societários.

Há, também, que se considerar o fato de que a perspectiva econômica que hoje orienta e envolve as transações empresariais, coloca o legislador brasileiro diante do dilema de escolher entre:

"(a) um país protecionista ou um país aberto para o mundo?

(b) o livre comércio ou a intervenção do estado no domínio econômico?

(c) frear ou estimular a expansão do capitalismo financeiro?

(d) regulamentar ou desregulamentar?

(e) privatizar ou estatizar?

(f) priorizar os cidadãos ou os investidores[...]?(LOBO, 1998, p. 10)

Sob este aspecto, é inegável que a lapidação do instrumento de recesso, por intermédio de reformas na Lei de S/A, representou além do desejo imediato de facilitar a execução do programa de privatização iniciado em meados da década de 90, a tentativa de eliminar entraves aos arranjos societários e de minimizar os riscos que envolvem as reestruturações societárias, favorecendo-as enquanto indispensáveis para garantir que as empresas brasileiras poderão competir em um ambiente marcado pelo forte acirramento da concorrência.

Como quer que seja, o despontar deste novo dispositivo normativo obedece a uma dinâmica, denominada por RIPERT de "genética das leis", segundo a qual a vontade das forças sociais preponderantes prevalece na elaboração de uma nova legislação.

Há uma *genética das* leis [...]. O texto é precedido de uma exposição de motivos. Esta é estabelecida com uma arte apologética. A lei é apresentada como uma medida necessária, imposta pela economia ou pelos costumes, previamente aceita pela opinião. Os verdadeiros motivos da regra, os interesses que ela satisfaz, as paixões que inspira, a resistência que se manifesta, a luta que é necessário sustentar, tudo isto é cuidadosamente escondido sob estes parágrafos que valorizam e exaltam a justiça e a utilidade da lei.

Na realidade a regra jurídica é apenas promulgada porque uma força social a exige, sobrepondo-se àqueles que a ela se opõem ou lhe são indiferentes. O legislador ocupa uma posição central, escutando todas as vozes tal qual um eco sonoro. Simples eco. Freqüentemente, há discordância entre estas vozes, mas existe sempre uma mais poderosa que as outras. Os mais fortes são vencedores de um combate no qual a lei é o preço. Depois disto o jurista declara que a lei é a expressão da vontade geral (1955, p. 80-81).

Passa-se, então, à sistematização da positivação destas vontades.

As sucessivas reformas da Lei n° 6.404/1976 tiveram como marco dominante as alterações na disciplina jurídica do direito de recesso, da oferta pública para a aquisição de ações e em aspectos ligados à contabilidade.

No que se refere ao direito de retirada, assinala o Deputado Antônio Kandir, ao justificar o Projeto n° 1.564/96, de sua autoria (EIZIRIK, 1998, p. 404):

O projeto começa por restabelecer o direito de retirada no caso de fusões e incorporações, tornado letra morta pela inconsistência da legislação em vigor. Ao definir claramente os limites e condições de exercício desse direito fundamental à proteção do acionista minoritário o projeto torna efetivo o direito de retirada, sem, no entanto, criar rigidez que dificulte e imobilize processos necessários de reestruturação societária.

Quer seja para atualizar a legislação societária, diminuindo custos dos processos de reorganização, quer seja para atender interesses imediatos do programa de privatização, pode-se dizer que a Lei n° 9.457/1997 privilegiou políticas voltadas para o aumento da competitividade empresarial do País, sobretudo através da concentração econômica, a captação de recursos externos e a privatização do setor estatal.

Assim, sendo a flexibilidade e a agilidade o *Leitmotiv* dos reformadores da lei, tratou esta de simplificar os instrumentos utilizados para realizar operações de reorganização societária, dentre os quais sobressaía o direito de recesso, que foi remodelado e, em alguns casos, eliminado.

Foi no art. 137 que se concentrou a atenção do legislador. A partir deste dispositivo, não apenas se reintegrou as fusões e incorporações – e, posteriormente, em 2001, as cisões - ao rol das hipóteses que motivam o direito de retirada, como também se redefiniu seu desenho e a sua forma de atuação no direito brasileiro.

Cabe comparar os textos de lei:

Lei n° 6.404/1976

Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos números I, II e IV a VIII do artigo 136 dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor de suas ações (artigo 45), se o reclamar à companhia no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação da ata da assembléia geral.

Lei n° 7.958/89

Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I, II, IV, V e VII do art. 136 desta Lei dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor de suas ações (art. 45), se o reclamar à companhia no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da Ata da Assembléia Geral".

Lei n° 9.457/1997

"Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI do art. 136 dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas:

.....

II - nos casos dos incisos IV e V, somente terá direito de retirada o titular de ações:

a) que não integrem índices gerais representativos de carteira de ações admitidos à negociação em bolsa de futuros; e

b) de companhias abertas das quais se encontram, em circulação no mercado menos da metade do total das ações por ela emitidas, entendendo-se por ações em circulação no mercado todas as ações da companhia menos as de propriedade do acionista controlador.

Lei n° 10.303/2001:

Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas:

.....

II - nos casos dos incisos IV e V do art. 136, não terá direito de retirada o titular de ação de espécie ou classe que tenha liquidez e dispersão no mercado, considerando-se haver:

a) liquidez, quando a espécie ou classe de ação, ou certificado que a represente, integre índice geral representativo de carteira de valores mobiliários admitido à negociação no mercado de valores mobiliários, no Brasil ou no exterior, definido pela Comissão de Valores Mobiliários; e

b) dispersão, quando o acionista controlador, a sociedade controladora ou outras sociedades sob seu controle detiverem menos da metade da espécie ou classe de ação.

Quanto ao conceito do direito de recesso, manteve-se, tanto em 1997, quanto em 2001, aquele consagrado pela teoria jurídica societária, permanecendo, pois, como um direito individual do acionista, que diante de uma deliberação social determinada, tem a faculdade, ou o poder jurídico, de unilateralmente extinguir a relação, retirando-se da sociedade mediante o reembolso do valor de suas ações.

Remédio e freio aos abusos da maioria" (VIVANTE, 1932) ou "instituto equilibrador das relações societárias"(SZTAJN,1988). Como quer que se defina o direito de retirada, há que se admitir ser o seu fundamento a dissidência de um sócio em relação a uma deliberação majoritária que transforma, de forma significativa, a estrutura da sociedade. Direito de retirada é, assim, um negócio jurídico unilateral, consistindo em declaração receptícia de vontade.

Basta, para sua realização, a vontade de uma só parte - o acionista dissidente. Mas, se o titular das ações insatisfeito é dotado de poder criador independente, a eficácia de sua manifestação de vontade dependerá do recebimento desta pelo destinatário, uma vez que o ato exige a ciência para se completar.

Como negócio jurídico unilateral, depende sua eficácia da vontade de uma só parte, já que o destinatário não o integra, e o negócio se perfaz assim que a vontade manifestada chega ao seu conhecimento.

Por este motivo, causa estranheza a SZTAJN (1998, p. 163)- para quem o recesso é um "direito formativo desconstitutivo, do tipo de declaração unilateral receptícia" - que a lei brasileira o submeta a uma condição, a saber, uma condição suspensiva que consiste na manutenção ou na revisão da deliberação majoritária após as manifestações dissidentes.

Vê-se que até que se saiba se a deliberação será ou não mantida, a declaração receptícia é ineficaz.

O que se pode dizer? Embora não se negue a incoerência em relação à doutrina da declaração de vontade receptícia, justifica-se, entretanto, a redação da lei societária pela constatação de que não mais ocorrerá a operação que modificaria as bases essenciais da companhia e, por conseguinte, a causa que impelia o acionista a desvincular-se desta, não mais existe. Deste modo, não há porque não se evitar a realização do recesso. Trata-se de preservar a intangibilidade do capital social, garantindo a preservação da empresa.

Reunidas as condições exigidas em lei, o direito de recesso poderá sempre ser exercido, desde que reclamado no prazo legal, previsto no art. 137, IV.

Quanto a estes requisitos legais, note-se que foram eles o objeto central das alterações, empreendidas em maio de 1997, na disciplina jurídica do direito de retirada.

Um primeiro traço indicador das alterações, pode ser antevisto no acréscimo da expressão "observadas as seguintes normas" ao *caput* do art. 137, da Lei n° 6.404/1976. Esta denota nada mais do que o condicionamento do exercício da faculdade de recesso à ocorrência de requisitos antes ausentes.

Se antes o acionista estava apto a exercer o direito, bastando observar se houvera deliberação social válida, se esta constava no rol do art. 136, da Lei n° 6.404/1976, e se o pretenso titular não tinha consentido com tal deliberação, agora, se faz necessário apreciar outros requisitos para autorizar a retirada do acionista, inseridos no texto das alíneas *a* e *b*, do inciso II, do art. 137 - a liquidez da companhia e a dispersão das suas ações no mercado.

Examine-se, em primeiro plano, a validade da deliberação social, e por conseqüência, da própria fusão ou incorporação, como um requisito necessário para o exercício do direito de recesso.

A bem dizer, são estas formas de integração societária típicos negócios jurídicos que resultam de uma deliberação da Assembléia Geral e, como tal, se submetem às condições de validade geralmente impostas aos acordos de vontade, podendo padecer de vícios de forma e de fundo.

Além destas, há uma série de imposições específicas pois, como bem recorda FERRI (1993, p. 398):

Nas fusões o fenômeno jurídico é bastante complexo, tendo os efeitos de um ato intersubjetivo. A complexidade dos resultados que se deseja alcançar sofre a interferência de múltiplos interesses dos sócios e de terceiros, fazendo com que esta fusão não possa ser feita senão por intermédio de uma série de atos.

Cada um destes pode dar causa à nulidade da fusão ou da incorporação, desde que violem a lei ou não observem as normas que regem a formação dos atos jurídicos. Nestas hipóteses, o direito em regra não reconhece o comportamento contrário à norma estabelecida, muito embora possa abrandar as conseqüências, por questões de conveniência social (VALLE FERREIRA,1963).

Pois bem. Segundo nosso ordenamento jurídico, o ato é nulo se for praticado por absolutamente incapaz, tiver objeto ilícito ou impossível, não revestir a forma prescrita ou admitida em lei, preterir solenidade considerada essencial, ou quando a lei taxativamente o declarar nulo ou sem efeito. Há ainda, a possibilidade de anulação por vícios da vontade ou pela prática do ato por agente relativamente incapaz.

Para as deliberações sociais nas sociedades por ações prevê a lei um regime especial de invalidade, que se justifica, não apenas pelo interesse social na continuidade da empresa, com também pela necessidade de que haja um clima de estabilidade nas deliberações da companhia (AZEVEDO,1999).

Segundo o art. 286:

A ação para anular as deliberações tomadas em assembléia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação.

Ou seja, as assembléias gerais que deliberam a fusão ou incorporação são anuláveis em razão de vícios de convocação ou instalação, (por serem irregulares, ou mesmo por sequer terem sido convocadas), por vícios que atingem as próprias deliberações (podem ser contrárias à lei ou aos estatutos) e, quando o voto dos acionistas estiver eivado de qualquer um dos vícios da vontade.

Constata-se, pois, que a formação do acordo dependerá sempre de uma deliberação da maioria societária qualificada, reunida em assembléia geral regularmente convocada e, além disso, devem as sociedades envolvidas observar, passo a passo, o procedimento detalhado na Lei n° 6.404/1976, ou seja, terão que realizar as assembléias previstas, aprovar a justificação e o protocolo das operações, nomear peritos e aprovar o seu laudo de avaliação da companhia, tudo isto dentro das normas gerais e específicas existentes.

O laudo de avaliação, por sua vez, se inquinado de vícios, corromperá a operação, determinando a responsabilidade civil do perito e daqueles que concorreram para o ato fraudulento.

Tome-se como exemplo a realização de uma fusão em que peritos determinem o valor dos patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação do capital social, sem que este seja ao menos igual ao montante do capital a realizar. Neste caso, violar-se-ia o art. 226, da Lei n° 6.404/1976, que protege o capital social.

E quanto ao voto? Como já se disse, se viciado, pode ser causa de invalidade.

Entre nós, segundo a Lei n° 6.404/1976, o acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia, agindo com abuso se motivado com o fim de causar-lhe dano, ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus, se esta ação resultar ou puder resultar em prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

De acordo com o art. 115, §4°, da Lei n° 6.404/1976, a deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.

Logo, o voto inquinado de vício é causa de anulação da fusão ou da incorporação.

Os terceiros prejudicados também podem anular a operação de fusão ou de incorporação, se esta lhes trouxer prejuízos. Quanto aos lesados, especialmente os credores, a Lei n° 6.404/1976 faculta-lhes a anulação da operação de compenetração societária no seu art. 232.

E mais. As fusões e incorporações, enquanto atos de concentração econômica, interessam ao Poder Público e devem, pois, nos casos previstos no art. 54, § 3°, Lei n. 8884 de 1994, com a redação dada pela Lei n. 10149 de 2000, ser objeto de exame prévio do CADE ou submetidas à apreciação deste órgão no máximo em quinze dias úteis de sua realização, sob pena de multa e abertura de processo administrativo.

Desta aprovação, que retroagirá à data da realização da fusão ou incorporação, dependerá a eficácia destes atos de concentração. De qualquer forma, constatada a existência de efeitos nocivos à ordem econômica, poderá o CADE determinar, se for o caso, a desconstituição total ou parcial da aglutinação, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividade ou qualquer outro ato ou providência cabível, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

De volta à Lei n° 9.457/1997 pode-se afirmar que, até o seu advento, havendo deliberação válida sobre uma das hipóteses previstas no art. 136 da Lei n° 6.404/1976 estava apto o acionista que não consentira expressamente com a modificação a exercer o direito de retirada.

Inovou a Lei n° 9.457/1997 ao incorporar ao direito de recesso a noção de liquidez e de dispersão. Mas, esta novidade se resumiu na associação destes critérios ao instituto da retirada, não sendo os mesmos estranhos ao direito societário brasileiro.

De fato, como aponta EIZIRIK (1988), a Lei n° 4.506/1964 já elegera o critério da dispersão das ações como caracterizador das sociedades anônimas de capital aberto para o efeito de assegurar-lhes determinados incentivos fiscais. Após a revogação da Lei, manteve o Conselho Monetário Nacional o critério, através de resoluções, ora vinculando o conceito de capital aberto à abertura do capital, ora à dispersão das ações.

E arremata o autor:

Retoma-se a idéia de incentivar a 'democratização do capital' das companhias, presumida quando há liquidez de suas ações ou quando encontram-se elas dispersas no mercado. O 'prêmio' assegurado às companhias 'democratizadas' naquela época consistia em incentivos fiscais. Hoje, o 'prêmio' consiste na redução dos custos decorrentes do pagamento do preço de reembolso das ações aos acionistas dissidentes da reorganização empresarial promovida mediante fusão, incorporação ou constituição de grupo de sociedades (EIZIRIK, 1988, p. 73).

De qualquer forma, parte da compreensão do que vem a ser liquidez para o legislador societário brasileiro fica a depender da análise do art. 137, II, a e b, da modificada Lei n° 6.404/1976. E, complementa:

Ainda com relação ao artigo 137, buscamos dar um conceito mais claro de liquidez da espécie ou classe de ação, propondo que, nessas condições, o acionista não terá direito de recesso em decorrência da fusão da companhia, da sua incorporação em outra, da participação em grupo de sociedades e da sua cisão (EIZIRIK, 1998, p. 73-74).

Note-se que estes critérios já foram objeto de debate quando da tramitação do Projeto de Lei n° 1.564/1996.

Este se referia ao titular das ações que não estavam admitidas em negociação em bolsa ou no mercado de balcão organizado e àquelas que embora admitidas na negociação a que se fez menção, se encontrassem em situação de iliquidez, cabendo à CVM estabelecer os parâmetros necessários. Esta redação foi alterada pelo Relator do aludido Projeto Deputado Hauly, que afirma, em seu voto que "A nova redação é mais objetiva e define com precisão os destinatários do direito de retirada"(EIZIRIK,1998, p. 420).

Em primeiro lugar, resta destrinchar o conceito e as modalidades sob as quais se revestem os índices gerais representativos de carteiras de ações admitidos à negociação em bolsas de futuros.

Trata-se, nos termos do art. 3°, do Decreto-Lei n° 2.286/1986, de valores mobiliários, passíveis, portanto, de serem negociados. No Brasil, os principais índices foram idealizados com o objetivo de mensurar o desempenho de seus respectivos mercados, funcionando como um indicador sumário do comportamento do preço das ações mais negociadas, sendo elaborados a partir da rentabilidade média das chamadas *blue chips*.

Em outras palavras, o índice "representa o valor de uma carteira hipotética de ações, sendo uma média aritmética ponderada dos preços das ações constantes dessa carteira" (MEDEIROS, 1987, p. 80).

No Brasil o Ibovespa é o único índice que preenche o segundo requisito presente no art. 137, II, a, da Lei n° 6.404/1976 (índice geral representativo de ações admitidos a negociação em bolsa de futuros) e, por este motivo, pode-se dizer que os titulares de

ações das companhias que nele estiverem incluídos, no momento em que se opera a transação capaz de ensejar o direito de retirada, não estarão, por restrição legal, aptos a fazê-lo.

Depois de definidos os parâmetros legais societários vigentes, presentes no art. 137, II, a, faz-se necessário compreender quais os motivos por que se veda, aos titulares de ações das companhias que neles se incluem, a possibilidade de exercer o direito de retirada.

A resposta é simples:

Se uma ação integra a carteira de um índice com aquelas características, ela goza de ampla liquidez, o acionista dissidente, dela titular, não precisa ser aquinhoado com o direito de retirada que onera a emissora. Ele dispõe do mercado para deixá-la, que todo dia negocia aquele papel em quantidades expressivas (AMARAL, 1998, p. 77).

Assim, sob tais condições, alienar as ações diretamente no mercado, não representará ônus excessivo ao acionista descontente. Equilibram-se, assim, as posições majoritária - que deseja a alteração estrutural - e a minoritária - que não a quer. De um lado, preserva-se o princípio contratual que garante a resilição unilateral de uma parte, em razão de alterações significativas no contrato ao qual inicialmente aderiu, acrescido da justa recomposição patrimonial do acionista que se retira. Do outro, está assegurada a integridade patrimonial da pessoa jurídica, protegida de uma drenagem desnecessária.

Não se pode negar que a existência de um mercado desenvolvido é a mais valiosa proteção do investidor, oferecendo liquidez, freqüentemente mais útil do que qualquer proteção prevista em lei (THOMPSON,1995).

Também incluiu a Lei n° 9.457/1997, no art. 137, II, b, o elemento dispersão das ações no mercado de valores mobiliário. Baseia-se a lei, mais uma vez, na facilidade de negociação dos títulos e na sua conversão em dinheiro, para conferir ou não o direito de recesso.

Achou por bem não atribuir este direito aos acionistas de companhias abertas das quais se encontram, em circulação no mercado, mais da metade do total das ações por ela emitidas, correlacionando o grau de dispersão diretamente com a liquidez das ações de uma determinada companhia.

A própria Lei n° 6.404/1976 define no art. 137, II, b, o que são as ações em circulação no mercado: todas as ações da companhia menos as de propriedade do controlador. Como tais considera todas aquelas que, por qualquer razão, dependem de ato do mesmo, enfatizando-se poder este ser pessoa natural, jurídica, ou grupo de pessoas unidas por acordo de voto. EIZIRIK (1998, p. 78) exemplifica com clareza:

Na compahia "X", controlada pelas sociedades A, B, C, as quais estão sob o controle final de Fulano, que também tem participação direta minoritária em "X", devem ser entendidas como ações em circulação no mercado não só aquelas não pertencentes a Fulano, como também às companhias A, B e C.

Ou seja, não se incluem entre as "ações em circulação no mercado" as de propriedade de companhias que têm o mesmo controlador final do que aquela que está sendo fundida, incorporada ou contratando sua participação em grupo de sociedades.

Sob este ponto de vista, não há sentido em se onerar a sociedade com o pagamento do valor de reembolso, nos casos em que estas, por terem grande quantidade de ações em circulação, realizando a maior parte de sua captação no mercado, proporcionam ao acionista dissidente a facilidade de encontrar comprador para os títulos de sua propriedade.

Impera, pois, neste contexto, a liberdade de mercado. Ou seja, nas relações patrimoniais entre acionistas dissidentes e sociedade, revitaliza-se a vontade das partes, que devem acordar entre si, por meio da lei da oferta e procura, sem excessiva regulamentação estatal.

Toda menção compreendida no art. 137, II, *a* e *b*, Lei n° 6.404/1976 refere-se ao universo das companhias abertas, seja implicitamente na alínea *a* ou de forma explícita na *b*.

Quanto à segunda hipótese estabelecida no art. 137, II, deve a sociedade ser registrada na CVM e, além disto, ter procedido a pelo menos uma distribuição pública de ações, pois somente desta forma poder-se-á calcular o número de ações circulantes.

Por outro lado, no que tange ao tipo do valor mobiliário a ser distribuído, não há que se falar na distribuição de outros valores que não as ações. Eis porque, no caso de companhias abertas que só transacionam debêntures, preservar-se-á o direito de recesso daqueles que discordam da operação de fusão, incorporação ou da participação em grupos de sociedades (SZTAJN, 1998).

Para que se evite qualquer distorção, há que se ter como base de cálculo todas as ações emitidas, preferenciais ou ordinárias. Havendo menos da metade do total das ações da companhia circulando, faculta-se, no caso de fusão, incorporação ou participação em grupos de sociedades, o direito de retirada.

Ao final, o que se pode dizer é que o art. 137, II, *a* e *b*, da Lei n° 6.404/1976, estabelece uma presunção legal absoluta de que "as companhias que têm ações que integram os índices gerais representativos de carteiras de ações admitidos à negociação em bolsa de futuro", e que têm "mais da metade do total das ações por ela emitidas em circulação no mercado", terão um perfil mercadológico que garantirá a fácil alienação de suas ações, não sendo necessário criar para os acionistas destas sociedades um mercado artificial.

Preservar-se-á, desta maneira, a função essencial desta prerrogativa individual de cada acionista, existente nas operações de fusão e incorporação - facultar ao acionista que

não deseja permanecer na companhia, após a realização destas operações, a devida recomposição do seu patrimônio, sem, contudo fragilizar desnecessariamente a própria operação de concentração societária e a sociedade que, de outra forma, teria que arcar com ônus financeiros que poderiam, até mesmo, inviabilizar a referida transação.

Equilibra-se, assim, a situação do acionista discordante e os interesses da companhia que pretende se reorganizar, elegendo fórmulas que, como assinala LOBO, estão entre as "mais eficazes de tirar uma empresa de uma crise econômica ou de torná-la competitiva".

De notar, pois, que a Lei de Sociedades por Ações nacional acolheu, em direção oposta às tendências apontadas em 1940 e em 1976, a teoria da exceção do mercado, considerando desnecessário criar um mercado artificial nos casos em que este já existe naturalmente.

3. Conclusão

Duas críticas básicas são feitas ao recesso. Em primeiro lugar, alega-se que existem outras operações, além das habitualmente determinadas como causa da retirada, que não são contempladas pela lei. Em segundo, afirma-se que os efeitos negativos decorrentes dos pagamentos efetuados, às vezes abusivamente pleiteados pelos acionistas, são superiores aos benefícios do instrumento.

Esta teoria, que envolve a discussão sobre a eficiência do mercado, foi desenvolvida pelo direito norte-americano e, assim como o direito de retirada, se tornou alvo de inúmeras críticas, com resta claro nos casos *Beechwood Securities Corporation, Inc.* v. *Associated Oil Company* e *Voeller* v. *Neilston Warehouse Company* (LATTIN, 1940, p. 1165-1189).

Ao se deparar com um mercado de valores mobiliários forte, regulamentado desde a década de 30, pelos *Securities Act 1933* e *1934*, grande parte da doutrina dos EUA mostrava-se perplexa diante da hipótese de se compelir a companhia a reembolsar o acionistas, quando este poderia simplesmente transacionar no mercado o valor de suas ações (*cash drain argument*).

Justificava-se, assim, a incorporação, na década de 60, da regra que excluiu o direito de recesso para os titulares de ações largamente negociadas, sendo esta orientação incorporada ao *Model Business Corporation Act 1969* e pelas leis de vários Estados americanos.

Posteriormente foi suprimida na revisão de 1978, ao argumento de que

a antiga exceção às ações listadas em bolsas foi eliminada à luz dos fatos que se tornaram mais claros, desde a inclusão desta exceção em 1969. Os anos setenta, demonstraram, outra vez, um mercado desmoralizado no qual o preço justo das ações não está disponível[...]Sob tais circunstâncias o acesso ao mercado não é uma

alternativa razoável aos dissidentes", permanecendo, contudo, em legislações estaduais (CONARD, 1978, p. 2595).

Nos dias atuais a recente crise econômica mundial, deflagrada no mercado norte-americano nos propõe nova reflexão sobre ser o acesso ao mercado justificativa para a eliminação do recesso. Novamente se indaga: é o mercado uma opção sempre (ou pelo menos frequentemente) capaz de remunerar razoavelmente o investidor dissidente da companhia?

De toda forma, antes mesmo de iniciada a crise atual, achou por bem o legislador brasileiro adotar esta restrição ao recesso, incentivando as fusões e incorporações societárias. Nem por isto revelou um descaso com o acionista minoritário. Basta pensar que existem legislações que sequer reconhecem o remédio legal, construindo outras formas de preservação do equilíbrio societário.

Na esfera das fusões e incorporações trata-se, fundamentalmente, de uma escolha entre a flexibilidade da sociedade e a segurança do acionista individualmente considerado. Se a restrição ao direito de retirada, baseada na noção de liquidez e dispersão das ações, for fator de impulsão às fusões e incorporações, adequando a estrutura empresarial do País à realidade da economia mundial, nada mais louvável do que eliminar entraves ao seu processo.

Ao contrário, outra é a situação quando a utilização da exclusão do direito de recesso for associada ao objetivo do controlador de decidir realizar, por exemplo, uma fusão, não para beneficiar a empresa, mas sim expulsar minoritários ou prejudicar outros grupos integrados à sociedade. . Exemplo destas seriam situações como as que ocorrem nos EUA, com as *cash-out merger*, na qual uma companhia incorpora sua subsidiária, utilizando o direito de recesso para expulsar minoritários, já que estes recebem tratamento diferente do de outros acionistas, sendo obrigados a receber dinheiro por suas ações e não ações da companhia incorporada. (SCHENK e SCHULMAN, 1983, p. 1535). Para corrigir estas distorções é essencial que o Poder Judiciário se manifeste, juntamente com as demais entidades competentes para tal.

Eis porque a melhor garantia do acionista não-controlador se funda na segurança de que os procedimentos detalhadamente estabelecidos na legislação, assim como os demais dispositivos do ordenamento jurídico que limitam a atuação dos controladores, serão observados com a agilidade necessária, voluntariamente ou compulsoriamente, seja por via judicial ou até mesmo por outras formas de resolução de conflitos de interesses.

Toda a crítica ao uso das técnicas restricionistas se dirige à proteção supostamente insuficiente fornecida pelo mercado ao dissidente.

No caso do Brasil, pondera-se acerca das deficiências do mercado brasileiro, tanto em função de nosso estágio de desenvolvimento econômico, como pela atuação inadequada de nossas instituições, ou mesmo pela estrutura centralizada de poder que conforma nossas companhias abertas.

De toda forma, não podemos esquecer que o Mercado de Capitais brasileiro, após uma década de estagnação voltou a crescer, principalmente com a criação do Novo Mercado em 2000 e é inegável que as instituições que atuam no comando da economia nacional vem há pelo menos uma década agindo com seriedade, como se demonstrou recentemente na crise mundial.

De outra parte argumenta-se que o mercado de valores mobiliários nem sempre reflete o valor real das ações. Tanto este pode estar comprimido como supervalorizado. Conforme MENEZES (1993, p. 131), até mesmo nos Estados Unidos existe um forte movimento

contrário a esta orientação [adotar a *stock market exception*], com base no argumento de que este procedimento não permite aos minoritários obter um preço justo pelas suas ações, posto que o valor que o mercado de ações oferece, além de poder ser manipulado, baseia-se em outras referências [...] que não o próprio patrimônio da empresa. Em outras palavras, o mercado de valores não é sensível, e, por conseguinte não reflete, necessariamente, a diferença que pode existir entre o preço e o valor das ações.

Resta lembrar que não há necessária correlação entre simplificação dos procedimentos de fusão e incorporações com a proteção ou desamparo do acionista. E, mais do que isto, pode-se pretender também no Brasil, apesar de fatores imponderáveis resultantes de conjunturas globais, um mercado de valores mobiliários sério, transparente e eficientemente fiscalizado, bem como uma realidade societária diversa, a partir da modificação de comportamentos e práticas arraigadas em nossa cultura. Instrumentos legais para tal há muito já existem.

Referências:

AMARAL, Paulo Afonso de Sampaio. *S. A. Como Era, Como Ficou Após a Lei n° 9.457, de 5-5-1997*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

AZEVEDO, Erasmo Valladão França Novaes. Invalidade das Deliberações de Assembléia de S. A. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. Crise da Arte e do Direito. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 20, n. 67, 1973-1974. p. 277-292.

CONARD, Alfred F. Amendments of Model Business Corporation Act Affecting Dissenter's Right. The Business Lawyer. [s. l.], v. 33, July 1978, p. 2.595.

EIZIRIK, Nelson. *Reforma das S. A. e do Mercado de Capitais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. Virada de Copérnico: um Convite à Reflexão sobre o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERRI, Giuseppe. Manuale di Diritto Commercialle. 9. ed. Torino: UTET, 1993.

LATTIN, Norman D. A Reappraisal of Appraisal Statutes. *Michigan Law Review*, v. 38, 1940. p. 1165-1189.

LOBO, Jorge. Reforma das Leis das S. A. Lei n° 9.457, de 05/05/1997. In: LOBO, Jorge (coord.). *A Reforma das Leis das S. A.* São Paulo: Atlas, 1998, p. 9-68.

MEDEIROS, Paulo de Tarso. O que é o mercado de ações? Rio de Janeiro: Simposium Consultoria e Serviços Técnicos, 1987.

MENEZES, Paulo Lucena de. A disciplina de Recesso no Projeto de Lei N. 1.564/96. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro,* São Paulo, n. 105, jan. mar. 1997. p.126-133.

RIPERT, Georges. Les Forces Créatrices du Droit. Paris: LGJD, 1955.

SCHENK, Alan e SCHULMAN, Stephen. Shareholders' Voting and Appraisal Rights in Corporate Aquisition. *The Business Lawyer*. [s. l.], v. 38., Aug. 1983, p. 1529-1555.

SZTAJN, Rachel. Fusão, Incorporação e Cisão de Sociedades: Formas de Reorganização da Estrutura Societária na Lei n° 9.457/1997. In: BULGARELLI, Waldírio (coord.). *Reforma da Lei das Sociedades por Ações.* São Paulo: Pioneira, 1998, p. 131-187.

SZTAJN, Rachel. O Direito de Recesso nas Sociedades Comerciais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n.81, jul./set. 1988, p. 50-54.

THOMPSON. Exit, Liquidity and Majority Rule: Appraisal's Role in Corporate Law, *Georgetown Law Journal*, v. 84, 1995, P. 1-60.

VALLE FERREIRA. Subsídios para o Estudo das Nulidades. *Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade [Federal] de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 14, n. 3, out. 1963, p. 29-38.

VIVANTE, Cesare. Trattado di Diritto Commerciale. v. 2. Milano: Vallardi, 1932.

O PAPEL DO DIREITO NO NOVO MODELO DE GESTÃO EMPRESARIAL SOCIALMENTE RESPONSÁVEL*

LA FUNZIONE DEL DIRITTO NEL NUOVO MODELLO DI GESTIONE NEGOZIALE SOCIALMENTE RESPONSABILE

Sharon Cristine Ferreira de Souza
Clodomiro José Bannwart Júnior

RESUMO

O cenário mundial, de grande transformação nos últimos anos, tem colocado a urgência de pressupostos éticos e morais nas ações e comportamentos corporativos, cada vez mais publicizados na esfera pública globalizada. Tais mudanças exigem das empresas um compromisso de confiança e de diálogo com seus colaboradores, fornecedores e consumidores. Trata-se da necessidade de alteração paradigmática no âmbito da gestão empresarial, capaz de incorporar as premissas da responsabilidade social. Pretende-se, num primeiro momento, analisar os pressupostos filosóficos que asseguram a possibilidade de uma ética empresarial no âmbito das sociedades complexas contemporâneas, tendo por base a teoria social habermasiana. Num segundo momento, destaca-se o processo de configuração do conceito de responsabilidade social, ainda em construção nos limites da relação dialética entre Estado, mercado e sociedade civil. E, finalmente, enfatiza-se a importância do Direito como elo de integração social, capaz de absorver a tensão entre as racionalidades instrumental e comunicativa e salvaguardar, ainda que de forma mitigada, os conceitos de ética empresarial e responsabilidade social.

PALAVRAS-CHAVES: GESTÃO EMPRESARIAL; RESPONSABILIDADE SOCIAL; ÉTICA EMPRESARIAL.

RIASSUNTO

Il scenario mundiale, il quale si è trasformato negli ultimi anni, ha portato la urgenza di presunzioni etiche e morali nelle azioni e comportamenti corporativi, ogni volta più pubblicizzati nell'ambito pubblico globalizzato. Questi cambiamenti esigono delle imprese un rapporto di fiducia e dialogo insieme ai suoi colaboratori, provveditori e consumatori. Infatti è una necessità di cambiamento nel paradigma nell'ambito della gestione negoziale, che è capace di aggiungere premesse di responsabilità sociale. Anzitutto si analizzeranno le presunzioni filosofiche che assicurano la possibilita di una etica negoziale nell'ambito delle società complesse contemporanee, tenendo come base la teoria sociale habermasiana. In secondo si sottolineerà il processo di configurazione del concetto di responsabilità sociale, ancora in costruzione nei limiti del rapporto dialettico tra lo Stato, mercato e società civile. E, alfine, si risalterà la importanza del Diritto come legame di integrazione sociale, capace di assimilare la tensione tra la

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

azione strumentale e la ragione comunicativa e curare, ancora che sia di modo mitigato, i concetti di etica negoziale e responsabilità sociale.

PAROLE CHIAVE: GESTIONE NEGOZIALE; RESPONSABILITÀ SOCIALE; ETICA NEGOZIALE.

Hodiernamente se discute o paradigma de responsabilidade social que as empresas devem[1] adotar em sua atuação, principalmente frente ao entendimento que se tem a respeito de ética empresarial, haja vista as mudanças no modelo de gestão das empresas e especialmente em função do surgimento de reflexões e questionamentos, feitos por parte dos denominados "consumidores-cidadãos" (FABIÃO, 2000, p. 68), sobre o verdadeiro papel das empresas na sociedade.

Para fazer uma análise dessa nova forma de gestão empresarial, é necessário considerar duas premissas básicas: a configuração e vivência do paradigma do Estado Democrático de Direito e a busca do desenvolvimento sócio-econômico, a partir de premissas democráticas. O primeiro, além de determinar normas jurídicas legitimadas por meio do processo democrático[2], exige do Estado condições para viabilizar a garantia do mínimo existencial, em consonância com os princípios estabelecidos na Constituição Federal, embasados na dignidade da pessoa humana, mediante a participação política na escolha da melhor forma de se alcançar os valores que a sociedade estabeleceu como fundamental para a sua realização.

Nessa esteira, quando da busca da efetivação dos valores sociais, econômicos, políticos e culturais, com o fito de alcançar um patamar de pleno vivenciamento da qualidade de vida, a observância da dignidade humana e a realização da justiça social refletem que o Estado está no caminho do desenvolvimento sócio-econômico.

Tanto as liberdades individuais, quanto os direitos sociais, econômicos, políticos, culturais e outros prestigiados pelo Estado Brasileiro em seu ordenamento jurídico, devem ser implementados por meio de programas, planos, objetivos e políticas públicas. Neste aspecto, a Constituição Federal traz em seu dispositivo 174 uma maneira de o Estado executar as diretrizes constitucionais por intermédio de suas funções normatizadora, reguladora, incentivadora e planejadora no âmbito da ordem econômica.

Mesmo tendo em mira a necessidade de o Estado realizar suas atribuições constitucionais a fim de alcançar o desenvolvimento sócio-econômico, deve-se observar o fato de os Estados nacionais terem ganhado uma nova conformação em razão do processo de globalização, emulado principalmente a partir dos anos 70 do século passado. A globalização[3] traz essa novel configuração à sociedade, transpondo os limites geográficos dos Estados, unificando suas economias, por assim dizer, uma vez que os mercados financeiros tornaram-se interligados numa rede global e o capital passou a circular livremente, descompromissadamente e de maneira acelerada sem se importar com as políticas econômicas de qualquer Estado. Habermas menciona que "hoje são antes os Estados que se acham incorporados aos mercados, e não a economia política às fronteiras estatais" (HABERMAS, 1999, p. 3).

Isso significa ao Estado não apenas a perda de autonomia e capacidade de ação, mas a necessidade de encontrar uma maneira diversa de dar as respostas políticas, econômicas e sociais frente a esse processo mundial de deslocamento das fronteiras nacionais. Destarte, na tentativa de solucionar os contratempos colocados às sociedades contemporâneas, dada a nova configuração global, as teorias neoliberais trouxeram a concepção de minimalização estatal, defendendo a não ingerência do Estado nas relações econômicas, políticas e sociais, pois estas, por si mesmas, por meio da auto-regulação, encontrariam a estabilização.

A atenuação da soberania estatal fez surgir organizações tanto de caráter transnacional, formando um cenário propício à discussão do papel do Estado Nacional, quanto de âmbito interno, pressionado os Estados, em função de conjunturas políticas, econômicas e sociais, a compartilharem o poder de decisão com esses atores globais e com organizações internas.

Neste aspecto, pode-se dizer que entram as ações empresariais, conquanto o papel do Poder Público de suprir e atender aos interesses da coletividade torna-se cada vez mais difícil de ser implementado. Os Estados, então, assumem um papel de agente regulador das relações econômicas e sociais, porquanto devem garantir o desenvolvimento sócio-econômico, mas não o fazem de maneira exclusiva, senão auxiliados pela sociedade e pelo setor privado.

Juntamente à dificuldade de a estrutura pública dar provimento a todas essas necessidades básicas no contexto social, pode-se dizer que o setor privado, precipuamente as empresas, é chamado à responsabilização, haja vista sua estreita relação com a sociedade no sentido de utilizar os recursos naturais para o desenvolvimento de suas atividades – assim, o meio ambiente é fonte de matéria prima para seus produtos e serviços, porém, também receptáculo dos resíduos resultantes da atividade empresarial –, de empregar indivíduos para possibilitar o processo de produção, de necessitar de consumidores para seus bens e produtos – consumidores esses que sofrem a influência direta desse material, ou seja, bens e serviços que influem na qualidade de vida das pessoas –, enfim, a estreita relação com a sociedade deriva do fato de a atividade empresarial atingir diretamente a vida das pessoas com as externalidades – positivas ou negativas – de sua atuação[4].

Assim, quando se fala da necessidade de as empresas atuarem com responsabilidade social, deve-se observar qual modelo de atividade empresarial pode se enquadrar no quesito de gestão responsável e ética. Frise-se, ainda, que existe uma indeterminação tanto no atinente ao conceito do que seja responsabilidade social quanto à definição de ética empresarial.

Por isso, destaca-se o mister de se estabelecer alguns parâmetros para balizar a gestão das empresas e proporcionar uma espécie de guia ao Estado, quando da criação de políticas públicas em prol de determinados setores econômicos que o ajudam no afã de alcançar o desenvolvimento sócio-econômico.

1 ÉTICA EMPRESARIAL

Não obstante a visão de alguns autores da área de Administração acerca de ética empresarial seja bastante discrepante do que este trabalho entenderá, ao final, como o mais plausível, sua menção é necessária para demonstrar a indeterminação e como os conceitos tanto de responsabilidade quanto de ética empresarial estão ainda em processo de gestão.

De um lado, tem-se o entendimento de Carlos Nelson dos Reis e Luiz Edgar Medeiros, que vai no sentido de a responsabilidade social ser confundida com função social da empresa, ou seja, com aquilo que a ordem jurídico-econômica constitucional determina como princípios norteadores da atividade econômica. Quando não existe essa confusão entre os conceitos de responsabilidade e de função social, há uma imagem de que a responsabilização tem um caráter altruísta ou filantropo, o que também parece equivocado (MEDEIROS, 2007).

Os autores sobrecitados ainda trazem na obra *Responsabilidade social das empresas e balanço social* (2007) várias concepções de responsabilidade, tentando formular uma conceituação, a qual posteriormente terá vários patamares ou níveis, cujo ápice da atitude responsável empresarial será a filantropia, entendida como uma forma de 'restituir à sociedade o que dela foi recebido' (MEDEIROS, 2007, p. 14-15). A título de exemplo, segue o excerto em que comentam a respeito:

[...] nas definições, tanto acadêmicas quanto do meio empresarial [...] a responsabilidade social das empresas é discutida mais pela perspectiva de atendimento a interesses privados e econômicos – muito relacionados à imagem pública da empresa, que precisa ser preservada – do que aos interesses sociais mais amplos e relacionados ao bem-estar da sociedade, enquanto atitude **altruísta**, embora algumas discussões apontem uma harmonia entre as responsabilidades econômicas e sociais [...] (MEDEIROS, 2007, p. 15, grifo nosso)

Por outro lado, consoante o observado na obra *Ética e responsabilidade social nas empresas* (2005), há o entendimento de que a ética empresarial é guiada por códigos de conduta criados pelas empresas e que direcionam a atuação dos gestores quando de situações concretas que exigem decisões imediatas, éticas, eficientes e eficazes. Além de um manual de como o *manager* deverá agir em determinados acontecimentos concretos, ainda existem concepções acerca de como promover uma liderança inteligente e pacificadora de conflitos tanto em âmbito interno, quanto entre a empresa e o *ethos* no qual ela está inserida.

Interessante citar as concepções de uma ética da empresa trazidas por Adela Cortina e Domingo García-Marzá[5], que tentam inserir ou aproximar a empresa da sociedade e, com isso, tendem a amalgamar as racionalidades comunicativa, instrumental, empresarial e estratégica como se aí estivesse a solução da necessidade de

responsabilização social para a atividade empresarial. Para entender como funciona a ética da empresa de acordo com os autores Cortina e García-Marzá deve-se ter como premissa aspectos que caracterizam a teoria social habermasiana.

Habermas elaborou sua obra *Teoria da Ação Comunicativa*, publicada em 1981, cuja singularidade desponta-se no diagnóstico social do capitalismo tardio, ou seja, na radiografia das sociedades complexas da contemporaneidade que vivem sob o influxo do capital.

A teoria da sociedade habermasiana foi estruturada a partir de Max Weber, louvado pelo diagnóstico do processo de racionalização apontado no advento do capitalismo. Fundamental em Weber é ter ele disponibilizado as condições para se fazer uma leitura da trajetória histórica do desenvolvimento das sociedades por um viés cultural, ao invés de economicista, como havia sido proposto por Marx. Orientado pelo processo weberiano de racionalização, Habermas ocupa-se em analisar a transformação do quadro institucional – entenda-se *mundo da vida* – na passagem das sociedades tradicionais para as sociedades modernas.

Habermas assinala que somente o modo de produção capitalista se impôs como um mecanismo garantidor da expansão permanente dos subsistemas da ação racional teleológica (racionalidade instrumental), o que fatalmente abalaria a superioridade tradicionalista do quadro institucional (racionalidade comunicativa). Aqui, Habermas deixa expressar que o capitalismo foi, na história mundial, o primeiro modo de produção que institucionalizou o crescimento econômico auto-regulado.

[...] Só depois de o modo de produção capitalista ter dotado o sistema econômico de um mecanismo regular, que assegura um crescimento da produtividade não isento sem dúvida de crises, mas contínuo a longo prazo, é que se institucionaliza a introdução de novas tecnologias e de novas estratégias, isto é, institucionaliza-se a inovação enquanto tal. (HABERMAS, 1996, p. 62-63)

A corrosão do *quadro institucional* (mundo da vida) foi ocasionada pela sua incapacidade de gerenciar, dentro de seus limites legitimatórios, a expansão dos subsistemas de ação racional teleológica, acelerados sobremaneira pela *dinâmica evolutiva* das forças produtivas. As expansões desses subsistemas aliadas à estruturação de novas formas de produção solaparam as formas tradicionais de organização, fazendo com que tais subsistemas assumissem a direção e o controle social sob a marcha da racionalidade estratégica e instrumental. Os indivíduos foram pressionados a deslocar-se do contexto da interação mediado pelo *quadro institucional* para assumir o enfoque da ação racional dirigida a fins. A confrontação de *interação* com *racionalidade ligada às relações meio/fim* é assinalada por Habermas como ruptura da legitimação da dominação tradicional.

Desse modo, é possível constatar que a superioridade da produção capitalista está fundada em sua capacidade de ampliação e manutenção dos subsistemas – regidos pelo

modelo de racionalidade técnico-científico/instrumental – fazendo romper de forma progressiva os limites impostos pelo *quadro institucional* – plano cultural e religioso.

A sociedade contemporânea é, nesse sentido, vista por Habermas de forma dual, estruturada pelo mundo da vida e pelos subsistemas, cada qual regido por um modelo específico de racionalidade. Tal diferenciação ocorreu no decurso do século XVI como decorrência da desintegração da razão substancial – sedimentada em bases religiosas e metafísicas – e da fragmentação na maneira de pronunciar acerca da verdade, da justiça e do belo. A verdade deixou de ser pressuposto da revelação divina e passou a ser explorada, cada vez mais, pelo caráter experimental, matemático e, sobretudo, técnico da ciência moderna.

Nesse aspecto, Cortina e García-Marzá, tentam em suas análises uma reconfiguração do mundo da vida por meio da criação de espaços públicos institucionalizados para que, mediante o processo comunicativo, as decisões ali acordadas indiquem quais valores morais estão sendo prestigiados por meio do consenso racional legitimado pelo diálogo[6];

Dentro desta nova configuração, a atividade empresarial não é mais entendida como uma esfera autônoma, isolada do mundo da vida. Existe uma integração da empresa no âmbito do mundo vivido justamente em razão de a empresa cumprir um novo papel, recebendo atribuições sociais em decorrência de sua responsabilização social. A empresa necessita da mão-de-obra – trabalhadores –, recursos naturais – meio ambiente –, consumidores – destinatários dessa mercadoria ou serviço – enfim, todo procedimento da atividade empresarial e decisões tem influência na sociedade e, por esse motivo, deve prestar contas e agir segundo o novo *ethos* da sociedade. Aqui, porém, reside uma das maiores dificuldades que é a conciliação dos distintos modelos de racionalidades que operam na sociedade. Se a empresa tem influência sob a sociedade, a questão é saber até que ponto a sociedade tem influência sobre as decisões empresariais.

Outra dimensão a considerar ainda é o que se refere à colonização do mundo da vida pelas esferas sistêmicas. Como nas sociedades tradicionais não havia a diferenciação entre o sistema e o mundo vivido, conquanto a racionalidade que permeava o *ethos* da sociedade era o axiológico – baseado na metafísica, religião –, hoje se intenta dirimir a instrumentalização e o sufocamento do mundo da vida pela racionalidade instrumental, buscando revigorar a racionalidade comunicativa e exigindo que as decisões tenham fundamentação racional por meio do discurso. Como a empresa encontra-se inserida no âmago da sociedade, deve vivenciar o mesmo paradigma adotado como base da fundamentação moral do discurso ético. Essa fundamentação ocorre quando os indivíduos, por meio da discussão, validam normas.

O objetivo da empresa, da mesma forma que do Estado, é o desenvolvimento econômico. Não é à toa que as empresas ganham inúmeras atribuições quando do advento dos Estados neoliberais impulsionados pelo processo de globalização. Com a incapacidade de os Estados darem conta de todas as suas tarefas, as empresas, como co-responsáveis pela sociedade, também precisam realizar funções em prol da seara social.

Indo ao encontro do entendimento de Adela Cortina neste aspecto, a empresa deve existir para satisfazer as necessidades humanas e, portanto, tem a atribuição – da mesma

forma que o Estado – de perseguir o pleno vivenciamento da qualidade de vida pelas pessoas, a observância da dignidade humana e a realização da justiça social.

Tendo em vista essas premissas, pode-se entender que a ética empresarial deve perseguir todos esses valores e guiar-se pela racionalidade comunicativa quando de sua atuação para programar em dada comunidade aqueles bens e serviços por ela almejados. Todavia, para tanto, é necessária uma mudança paradigmática que não pode ser vislumbrada em curto prazo de tempo.

Uma empresa, mesmo tendo atitudes consideradas moralmente corretas sob a perspectiva da ética empresarial, segundo conceito de autores como Cortina e García-Marzá, estão impregnadas de elementos reconhecidos da racionalidade econômica[7].

O que se verifica é que os valores pertencentes à racionalidade própria ao sistema econômico como rentabilidade ou viabilidade econômica estão presentes, de forma inerente, à concepção de ética empresarial.

Mesmo os autores sobrecitados tentando mostrar que a empresa tem esse viés ético, é interessante notar que a atividade empresarial dá-se de maneira estratégica, buscando a consecução de lucro como conseqüência de suas ações. De maneira ilustrativa, trazem-se algumas noções da ética kantiana na tentativa de demarcar a diferença entre dimensão da moralidade e a ação estratégica.

A dimensão motivacional da moral kantiana não pode ser estendida como balizadora das condutas da empresa, conquanto as ações estratégicas empresariais são determinadas pelo resultado (lucro).

Da ética do dever (moral kantiana) reconfigurada por Habermas, que resultou na ética discursiva (moral pós-convencional), pode-se apreender como o entendimento moral caminhou no sentido de uma ética que proporcionasse um maior diálogo entre os membros de uma dada comunidade.

Entendia Kant que, para a determinação do moralmente correto, dever-se-ia averiguar se a conduta estava de acordo com determinadas regras do que é certo, independentemente da felicidade proporcionada a um ou a todos. Para proceder essa verificação o indivíduo deveria utilizar-se do *imperativo categórico*[8], regra de averiguação subjetiva (interna), levando as pessoas a agirem por dever, não unicamente guiadas por uma norma moral externa.

Na reformulação da moral kantiana pensada por Jürgen Habermas, com a idéia da ética discursiva, visa-se assegurar a formulação de um princípio de reciprocidade generalizado no qual o imperativo categórico é resgatado principalmente no destaque da fórmula *reino dos fins*[9].

Leva a interpretação subjetiva ao imperativo categórico, determinando que a "razão prática não pode ser senão comunicativa, se é que se eleva à pretensão de validade universal. Compete aos indivíduos orientar a sua ação em função da comunidade universal dos seres racionais" (GRODIN *apud* BORGES, 2002, p. 95).

Habermas constrói o entendimento de que no processo de resolução de conflitos morais, o princípio da universalização deve direcionar as condutas, no sentido de o imperativo categórico, erigido como substrato dos meios de comunicação intersubjetiva, determinar o moralmente correto mediante o consenso.

É possível se chegar à resolução de conflitos morais mediante a reformulação do imperativo categórico a partir de uma visão discursiva, fazendo com que a validação de uma norma de ação só ocorra por meio do consenso daqueles que se submeterão a tal regra e a deverão entender como sendo, naquele momento, a melhor para todos. Dessa forma, passará pelo crivo dos envolvidos, tendo a análise de todas as conseqüências passíveis de ocorrerem num diálogo precedente à concordância de todos.

Com as empresas encontrando a necessidade de levar em consideração alguns instrumentos da chamada "ética empresarial" – conforme a visão dos autores acima mencionados – para obtenção de lucro, de utilizarem estratégias para negociações ou acordos, de mesclar tipos diferentes de racionalidade para tentar fundamentar determinadas práticas empresariais, mesmo que mirando a consecução de fins sociais, observa-se, em verdade, que a atividade empresarial navega, grosso modo, na utilização de *ações estratégicas*.

Quando o agir é determinado em razão de receio por parte das empresas de alguma sanção – punição moral proveniente da sociedade ou sanção jurídica, definida pelo Direito – ou ainda quando a atuação é guiada visando a um benefício qualquer – *marketing* social –, então a empresa age de acordo com uma ação estratégica, pois uma ação moral – segundo o imperativo categórico de Kant – é determinada pelo dever e não por qualquer outro elemento externo à universalização normativa assegurada pela razão.

Portanto, defende-se que não é possível, com o paradigma de racionalidade instrumental, tão necessário ao desenvolvimento da atividade empresarial, conseguir estabelecer a concepção de uma ética exclusivamente determinada pela racionalidade comunicativa, que leva em conta todas as premissas que se verificaram acima. Deve-se entender que as empresas agem estrategicamente, pois essencialmente existem para buscar o lucro, utilizando, para tanto, mecanismos que potencializem a eficácia e eficiência econômica, atuando apenas secundariamente em consonância com a melhoria do meio social.

Essas atribuições dadas às empresas com o advento do neoliberalismo e impulsionadas pelo processo de globalização fizeram com que os Estados dividissem suas tarefas com as empresas e, desse modo, criou-se uma expectativa, por parte da sociedade, de responsabilização da atividade empresarial. Por essa razão, as empresas estão sob a pressão de reformular seu modo de produção e gestão, sua relação para com a sociedade e, também, com o meio interno produtivo, visando adequar as suas atividades aos reclamos sociais.

Mas isso não quer significar que elas o fazem em razão de um dever moral – conforme o substrato da ética kantiana –, mas sim em função de uma estratégia para permanecer no mercado e ganhar a confiança da sociedade.

Como, na realidade, pode-se apreender que a empresa agora é entendida – pela própria dinâmica social – como membro, como parte, inserta no contexto ético da sociedade,

deve a mesma realizar e compartilhar dos valores sociais, tentando demonstrar que existe um envolvimento com os reclamos sociais, a fim de conquistar a confiança dos cidadãos. Contudo, a forma de demonstrar compromisso com a responsabilidade social pode ocorrer unicamente mediante o direito.

De acordo com Habermas:

[...] no nível de fundamentação pós-metafísico, tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem *lado a lado*, completando-se. [...] O princípio do direito limita o princípio da moral [...] A partir dessa limitação, a legislação moral reflete-se na jurídica, a moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos, etc. (HABERMAS, 2003, 139-140).

Não se pode esperar que a empresa aja movida por uma ética porquanto receba forte influência da racionalidade instrumental. Entende-se, portanto, que a chamada ética empresarial é, em verdade, uma ação estratégica mitigada, movida pela necessidade de manutenção e sobrevivência no mercado.

Os dois paradigmas trazidos por Cortina e García-Marzá tentam fazer uma aproximação da empresa com a racionalidade comunicativa do mundo da vida, porém, a inserção da empresa no mundo vivido desconfiguraria a atividade empresarial, caracterizada pela instrumentalidade.

Todavia a empresa, em razão da responsabilização social que a sociedade lhe imputa, não pode permanecer na esfera sistêmica, atuando de forma a potencializar a eficácia e eficiência de suas atividades unicamente em função da busca do lucro, sem responder de maneira satisfatória aos reclamos e cobranças sociais.

Por isso, com o mister de cumprimento da responsabilidade social, a solução é criar, mediante normas jurídicas, parâmetros de responsabilização social para que as empresas cumpram. Desta forma, o Direito positivo deverá ser o instrumento de interação entre a sociedade civil e as empresas, criando normas que positivem as condutas empresariais e, ao mesmo tempo, reflitam os valores éticos entendidos como meios de efetivação da responsabilidade social.

A sociedade civil organizada, por meio do diálogo[10], chegará a um consenso sobre o que as empresas devem fazer e como deverão agir com o fito de serem consideradas socialmente responsáveis e inspiradoras de confiança e credibilidade. As empresas, baseadas no papel que possuem na sociedade, não apenas agirão estrategicamente como meras realizadoras das necessidades humanas, mas também deverão servir de ferramentas para a melhoria da qualidade de vida e como potencializadoras do bem-estar social.

Como os paradigmas apresentados sobre uma possível ética empresarial mostram a tentativa de criação de um padrão ético para as empresas, porém mediante a utilização

de diversas teorias e justificações muitas vezes incompatíveis, verifica-se que o conceito de responsabilidade social encontra-se ainda em gestão. Não há uma definição pronta e acabada, mas um processo de discussão que ocorre - e deve permanecer vivaz – desde a metade do século passado.

2 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS

A partir da segunda metade do século XX começa paulatinamente nos Estados Unidos, Canadá e na Europa – mais especificamente no Reino Unido – a surgir a concepção de ética dos negócios, baseada na credibilidade que a empresa deveria ter perante a sociedade (CORTINA, 2001, p. 268; PEREIRA, 2006, p. 227). A confiança converte-se novamente em valor empresarial e as empresas são levadas a pensar em resultados mediatos, entendo, outrossim, que suas ações deveriam ser pensadas tendo em vista o futuro e suas decisões passíveis de responsabilização[11].

Essa discussão resultou na necessidade de se estabelecer um padrão ao qual todas as empresas deveriam enquadrar-se, sob pena de perder competitividade frente ao mercado. Quanto mais próxima dos valores éticos determinados pela sociedade, mais se avizinham os bons resultados, pois, agindo de maneira responsável para adquirirem a confiança do público, geram em contrapartida resultados economicamente rentáveis.

Mas o debate acerca da responsabilidade social das empresas realmente tomou vulto a partir da década de 90, alcançando, também, uma dimensão política, com a promulgação de leis (Estados Unidos), criação de ministérios (Reino Unido) e a publicação do *Global Compact*[12] (Organização ligada à ONU) e outros códigos éticos para as empresas a fim de incentivar o agir responsável (PEREIRA, 2006, p. 227-228).

Uma das maneiras que as empresas encontram para se adequar e respeitar esses valores sociais é por meio da criação de códigos de conduta e de outros tipos de apanhados normativos contendo a missão da empresa, suas finalidades, objetivos e de que forma ela atua em prol da responsabilidade social.

Adela Cortina (2008, p. 49) comenta, conforme verificado na ética das instituições e profissões, que existe a necessidade de produção de códigos de normas ou recomendações que as empresas devem assumir para demonstrar a efetivação desses valores de responsabilização social.

Ainda em concerto com a referida autora, pode-se dizer que a empresa deve ser considerada

[...] como una instituición socioeconômica que tiene una seria **responsabilidad moral con la sociedad, es decir, con los consumidores, accionistas, empleados y proveedores**. [...] En efecto, en una época como la nuestra en la que retos como los ecológicos exigen ir más alla de la ética personal del deber y asumir que los colectivos son responsables de las consecuencias de sus acciones, el *paso del deber personal a la*

responsabilidad colectiva, en este caso a la *corporativa, está dado* (CORTINA, 2008, p. 81, grifo nosso).

Foi ressaltado no excerto acima que a responsabilidade com a empresa tem alguns aspectos, quais sejam: seus deveres para com i) a sociedade civil; ii) consumidores e fornecedores; e iii) seus empregados. A empresa deve funcionar seguindo os parâmetros de responsabilidade no meio interno (empregados), externo (fornecedores e consumidores) e sociedade civil.

Domingo García-Marzá (2008, p. 130) traz a mesma concepção utilizando nomenclatura e classificação diversas, quando comenta que o caráter integrativo da ética verifica-se mediante sua relação com o benefício. A empresa deve potencializar seu caráter dialógico não somente enquanto instituição no seu nível interno, mas também em outros níveis: i) nível sistêmico ou macronível; ii) nível das organizações ou mesonível; iii) nível dos indivíduos ou micronível.

Para desenvolver o macronível ou sua relação com a sociedade civil, a empresa deve definir, de acordo com o diálogo com a sociedade, os "limites do mercado, como troca de equivalentes, papel do Estado na relação entre a justiça e a eficácia, políticas de redistribuição e financeiras etc.". Em nível das organizações, qual é a relação da atividade empresarial com seus concorrentes, com seus sindicatos, com as organizações dos consumidores, com seus fornecedores e se é possível, dentro do âmbito de sua atividade específica, chegar a consenso com os demais do mesmo grupo sobre os interesses em comum; e, finalmente, no nível dos indivíduos, relacionado à parte interna da empresa, de que forma os empregados participarão das tomadas de decisões ou, como tais decisões estarão embasadas pela validez moral dessas pessoas, que englobam desde os trabalhadores até os acionistas, clientes, dirigentes etc. (GARCÍA-MARZÁ, 2008, p. 130).

Ainda dentro deste último aspecto concernente ao nível interno da empresa, existe a defesa de que, para o atendimento desses reclamos da responsabilidade social, deve-se ter em mira o modelo de empresa *pós-taylorista*, o qual pretende substituir o princípio da obediência pelo da responsabilidade, dinamizar os recursos criativos dos colaboradores, desenvolver a qualidade de vida no ambiente de trabalho, fomentar a comunicação e a participação de todos. Os dispositivos-chave dessa nova racionalidade empresarial são

[...] autoridad de animación en vez de autoridad disciplinaria; enriquecimiento de responsabilidades, delegación de poderes y desburocratización; actitud de escucha y diálogo; medidas de redistribuición de beneficios; políticas de formación permanente del personal; *manegement* participativo y horizontal (CORTINA, 2001, p. 276).

Essas exigências às empresas, como códigos de conduta, normas de qualidade, consumo responsável, proteção ao meio ambiente, aos direitos humanos e estabelecimento de boas relações com o consumidor e sociedade, de modo geral, são feitas mediante normas jurídicas determinadas pela sociedade civil e positivadas pelo Estado.

No ordenamento jurídico não existem normas jurídicas que tragam explicitamente uma definição ou conceito de responsabilidade social e nem mesmo uma espécie de rol de condutas que, ao serem seguidas pela atividade empresarial, podem ser consideradas como socialmente responsáveis. Justamente por isso essa delimitação legal é necessária para estabelecer um parâmetro ao Poder Público e à atuação das empresas.

Existe um balizamento constitucional a respeito da função social das empresas, quando a atividade empresarial age segundo os princípios da ordem jurídico-econômica constitucional estabelecidos no Art. 170 do Texto Maior. A vantagem da instituição de lindes respeitantes à responsabilidade social é evitar que o Poder Executivo conceda incentivos às empresas que agem somente de acordo com a função social.

Especificamente, em cada âmbito empresarial – sociedade, externo e interno – pode-se entender que a responsabilidade social será positivada quando:

i) a empresa mostra à sociedade que utiliza parte de seus recursos em projetos, em ajuda financeira a organizações não-governamentais, na criação de institutos ou fundações para fornecer serviços e bens públicos ou para defender causas sociais, ecológicas, educacionais e quaisquer outras atividades envolvendo os cidadãos.

Analisando a situação sob a ótica do corpo social, observa-se uma descrença na capacidade do aparelho estatal em razão da ineficiência no suprimento de determinados serviços e bens públicos com qualidade. Somando-se a isso, verifica-se a alta lucratividade das grandes empresas e grupos econômicos, levando à cobrança de atitudes que permitam à sociedade comprovar a efetiva gestão responsável e cooperativa da empresa na área social.

Os indivíduos tornarem-se mais reflexivos e conscientes de seu papel e responsabilidade[13] ante os problemas sociais, ambientais e econômicos, foi essencial para que exigissem das empresas a mesma responsabilização, mediante o fornecimento de bens e serviços necessários para suprir o vácuo no cumprimento das atribuições deixado pelo Estado.

“O desafio das empresas que querem ser reconhecidas como socialmente responsáveis é desenvolver mecanismos de interação democrática com seus parceiros estratégicos, tais como as comunidades locais” (FABIÃO, 2000, p. 73).

A empresa deve estar em harmonia com determinado meio social, que possui suas peculiaridades e carências. Portanto, a empresa mediante esse processo dialógico com aquela parcela da comunidade vai saber onde aplicar seus recursos de modo a satisfazer as necessidades daquele grupo. Desta forma, além da confiança, a empresa terá a legitimação daquela comunidade, as atitudes não resultarão num *marketing* social baseado num balanço social forjado e construído apenas sobre propagandas.

É por meio do balanço social que a sociedade saberá como a empresa está – e se está – cumprindo seu papel social. “Os resultados dessas ações, desempenhadas pelas empresas, encontram no Balanço Social o local para sua divulgação e visibilidade à opinião pública em geral” (MEDEIROS, 2007, p. 35)[14].

ii) a empresa se relaciona de maneira correta com seus fornecedores, com as demais empresas que atuam na mesma atividade (concorrentes) e com os consumidores. Mas esse agir não é simplesmente guiado pelos princípios da livre concorrência, livre iniciativa e respeito aos consumidores conforme a função social determina. É uma atuação que vai além, com a criação de conselhos, projetos e ajuda a organizações que miram à conscientização do consumidor.

Um grupo de empresas e empresários, para conseguir superar esses desafios, criou organizações expressivas cujo desiderato é estabelecer diretrizes, códigos de conduta, estudos, formação de parcerias, enfim, e todos os meios necessários para a construção de procedimentos socialmente responsáveis. Como exemplo mais expressivo, cita-se o Instituto *Ethos* de Empresas e Responsabilidade Social[15], organização reconhecida, inclusive internacionalmente, quando se trata do tema em questão.

É interessante que o referido instituto crie internamente padrões de conduta considerados por seus membros como éticos e, trazendo espaço para pesquisa, diálogo e ajuda àquelas outras empresas que pretendem rumar por esse caminho da responsabilidade. Existe promoção de cursos, palestras e produção de material visando à conscientização dos empresários e empresas para a responsabilização empresarial, caminho inevitável à atividade empresarial que espera manutenção no mercado e ganho de credibilidade e confiança perante a sociedade.

Outra organização comercial que além de se mobilizar em prol da responsabilidade social das empresas ainda impulsionou e tornou mais visível esse movimento nos Estados Unidos da América foi a *Business for Social Responsibility (BSR),* composta por mais de mil e duzentas empresas a fim de que houvesse um auxílio e execução de políticas e práticas empresariais que levem ao caminho do desenvolvimento[16].

iii) a empresa socialmente responsável prima pelo investimento em educação, cursos profissionalizantes e quaisquer outros tipos de atividades que primem por explorar e incentivar ao máximo a capacidade, criatividade e habilidade de seus funcionários.

Da mesma forma como Adela Cortina entende que devem ser os dirigentes empresariais:

El *manager* es una persona que tiene claros los objetivos que se propone alcanzar y desarrolla una gran habilidad para imaginar y crear medios que le permitan alcanzarlos. Dotado de iniciativa, imaginación y capacidad innovadora, jamás queda anclado en las soluciones ya conocidas, sino que, con un prodigiosos instinto de adaptación, imagina posibilidades nuevas, nuevas estratégias (CORTINA, 2008, p. 82).

Devem os dirigentes empresariais saber explorar essas mesmas qualidades em seus empregados. Não apenas os dirigentes devem fazer aflorar essa imaginação, capacidade de inovação e visão estratégica enquanto ocupantes de cargos de hierarquia superior na estrutura empresarial. Mas também que todos os integrantes da empresa tirem o máximo de proveito de suas habilidades, direcionando seu trabalho para melhorar a sua produção e rendimento individual, como, igualmente, melhorar a própria produtividade da atividade empresarial em conjunto. Tudo isso proporcionará, ainda, a realização pessoal

dos empregados, o sentimento de que são respeitados por suas funções, co-responsáveis pela atividade da empresa – bem como pelas conseqüências da mesma –, e ainda funcionarem como interlocutores válidos dentro e fora da empresa.

Tendo em vista todas essas perspectivas da responsabilidade social, verifica-se outro problema: a falta de indicadores de avaliação das políticas públicas para averiguação de sua eficácia e harmonização às necessidades sociais. Daí, sublinha-se, o mister da positivação de mecanismos legais, como uma lei de responsabilidade social que traga um demonstrativo, uma prestação de contas sobre os gastos sociais realizados para que esse balanço social apresentado seja passível de conferência – transparência – das ações implementadas.

Para que, conforme mencionado, a idéia de responsabilidade social não seja utilizada de forma comercial – no sentido de funcionar apenas como *marketing* social – e, portanto, dê azo à forjadura de ditas atitudes socialmente responsáveis, quando em verdade o balanço social indique mínima utilização de recursos em gastos sociais e máximo proveito na área de propaganda para tentar conseguir a credibilidade da sociedade.

Outros países e órgãos não-governamentais criaram em âmbito internacional organizações que visam a discutir, estabelecer normas e metas às empresas que primam pelo agir responsável socialmente, no sentido, inclusive, de criar certificações que incentivam aqueles que em suas atividades seguem voluntariamente esses compromissos de desenvolvimento e sustentabilidade.

Um exemplo disso é já mencionada *International Organization for Standardization* (ISO), uma organização internacional não-governamental cujo escopo é criar uma padronização mundial mediante a elaboração de diretrizes, no caso específico do estudo em tela, de padrões internacionais direcionados à responsabilidade sócio-ambiental das empresas. Em 2001 essa organização sentiu a necessidade de trabalhar com a responsabilidade social e, reunindo pessoas de todos os segmentos sociais, criou a ISO RSE[17], consistente num documento que contém diretrizes a respeito da definição do conceito de responsabilidade social, direcionando as empresas que tenham boas intenções e desejam bem agir[18].

Houve, na seara ambiental, em período posterior à Rio-92, quando da discussão concernente a sustentabilidade – assunto diretamente ligado à responsabilidade social – a criação da ISO 14000, que dá orientação à obtenção dos Certificados de Gestão Ambiental, mediante uma série de normas ainda em fase de implantação. As empresas com ISO 14000 têm algumas vantagens como: maior qualidade dos produtos, confiabilidade mercadológica, maior credibilidade nas licitações, melhores oportunidades de negócios, maior competitividade e o menor impacto ambiental possível, o que significa que tal certificação apenas traz benefícios às empresas que a possuem e se sujeitam às exigências dela decorrentes. Como já ficou demonstrado, uma dessas exigências é estar no caminho do desenvolvimento sustentável, garantindo, assim, desenvolvimento sócio-econômico e a preservação do meio ambiente para uma melhor vida agora e a futuras gerações (SANTOS, 1997, p. 101).

No Brasil, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), como representante oficial da ISO no país, editou o **Sistema de Gestão da Responsabilidade Social mediante a NBR 16001, validada em 30 de dezembro de 2004, que não é um**

dispositivo obrigatório e nem confere à empresa uma "certificação" ou qualquer tipo de atestado demonstrando que a empresa é socialmente responsável, mas apenas indica que aqueles que seguirem as diretrizes nela estabelecidas possuem um sistema de gestão de responsabilidade social[19].

A NBR 16001 deixa claro em seu conteúdo que não é uma norma prescritiva de critérios obrigatórios e que qualquer organização que deseje

[...] implantar, manter e aprimorar um sistema da gestão de responsabilidade social; assegurar-se de sua conformidade com a legislação aplicável e com sua política da responsabilidade social; apoiar o engajamento efetivo das partes interessadas; demonstrar conformidade com esta Norma ao realizar uma auto-avaliação e emitir auto-declaração da conformidade com esta Norma; buscar confirmação de sua conformidade por partes que possuam interesse na organização; buscar confirmação de sua auto-declaração por uma parte externa à organização; ou buscar certificação do seu sistema da gestão da responsabilidade social por uma organização externa[20][...]

pode fazê-lo, independentemente do tipo de serviços e produtos, da natureza e do local onde desempenhas suas atividades.

Além das certificações, códigos de conduta, pactos e diretrizes criados em âmbito internacional[21], que ajudam a sociedade a discutir sobre o papel da empresa e auxilia o Estado no momento de positivar normas a respeito da responsabilidade social, tem-se na esfera interna a Ordem Econômica e Financeira delineada no Art. 170 da Constituição Federal de 1988, cujos princípios nele constantes trazem exatamente o substrato para se desenvolver a concepção de responsabilidade social.

O próprio paradigma do Estado Democrático de Direito faz com que o Estado busque colocar em discussão e procurar formas de efetivar valores e objetivos importantes à sociedade, pois correspondem aos seus anseios de vida plena e harmônica e à busca do desenvolvimento sócio-econômico.

3 O PAPEL DO DIREITO NA IMPLEMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SOCIAL

Existe a necessidade de regulamentação do conceito de responsabilidade social, isto é, de uma lei de responsabilidade social para balizar a atuação das empresas e do Estado, determinando que uma empresa agirá de maneira responsável socialmente – tendo como base, mas indo além do previsto no Art. 170 da Constituição Federal – quando promover qualquer tipo de serviço ou fornecer qualquer tipo de bem direcionado à esfera pública, em benefício da sociedade, visando à promoção e vivenciamento do desenvolvimento sócio-econômico. Essa atuação deve acontecer nas três esferas com as

quais a atividade empresarial se relaciona, qual seja: a sociedade, o nível externo (consumidor e fornecedor) e o nível interno (trabalhadores, dirigentes, acionistas).

Em verdade, os serviços e bens públicos que deveriam ser fornecidos pelo Estado cada vez mais são direcionados como atribuições para a atividade empresarial e sociedade civil. Sendo assim, além do mero cumprimento de sua função social – obrigatório em decorrência das prescrições do ordenamento jurídico – a sociedade cobra essa atuação das empresas como parte de sua responsabilidade para com a esfera social.

Existiram algumas propostas de Emendas à Constituição, projetos de lei e propostas de resolução – em curso e, até mesmo, algumas já arquivadas – tanto na Câmara dos Deputados[22] quanto no Senado Federal[23], demonstrando um avanço no pensamento atinente à responsabilidade social, haja vista a recente busca de mudança paradigmática na ética somada ao fato de essa nova concepção começar a ser discutida.

Uma Constituição Federal que prima pela observância dos valores relevantes à vivência do paradigma do Estado Democrático de Direito, precisa do avanço em termos de normatização no sentido de sair do âmbito unicamente da função social, principalmente no atual cenário de globalização, o qual muda o tipo de postura e direcionamento econômico e social a ser adotado pelos Estados. Precisa-se buscar efetivamente o cumprimento e respeito às diretrizes determinadas pela noção do "agir segundo, ao menos, a função social", mesmo se conhecendo as dificuldades referentes às pressões externas sofridas pelos Estados no mundo globalizado.

Por essa razão, frisou-se a relevância de iniciativas de compreensão global no balizamento da noção de "responsabilidade social" – bem como sua implantação – a fim de incentivar e tentar fazer frente aos problemas e retrocessos que a globalização impõe. A ISO 26000 é o exemplo mais recente e claro da busca de meios para os Estados manterem o nível mínimo (função social) e tentar progressivamente implementar políticas e investimentos que primem pela responsabilidade social.

A recente crise mundial[24] mostrou justamente essa necessidade dos Estados: previsão legal de algumas medidas protecionistas, necessárias para salvaguardar as economias – influenciadoras direta do social – e manterem o equilíbrio mundial, evitando demissões em larga escala, ajudas com recursos estatais a instituições financeiras, organizações mundiais e privadas para financiar e cobrir esses déficits gerados e evitar maiores problemas sociais[25].

Isso tudo mostra como os Estados devem ter como base uma legislação completa que dê suporte e garanta os compromissos constitucionais como o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades regionais, a consecução da justiça social e outros objetivos, embasados em direitos determinados por uma sociedade civil guiada por uma ética comunicativa, permitindo cobrança e fiscalização tanto do Estado, quanto da sociedade e, inclusive, das empresas.

Para que a atividade empresarial esteja cada vez mais acordada com os objetivos do âmbito social, buscando compartilhar dos mesmos valores éticos, dialogando com a sociedade e tentando conquistar a confiança e credibilidade, que são condições para que efetivamente exista a responsabilidade social, devem ser feitas algumas considerações,

concernentes às delimitações normativas que devem criar o conceito de responsabilização social das empresas.

Primeiramente se deve fazer remissão ao conceito de responsabilidade social e quais os aspectos que ela abarca, isto é, a relação que deve a empresa ter com a sociedade civil, com seus consumidores e fornecedores e com seus empregados, acionistas e dirigentes.

A responsabilidade social é considerada um patamar acima da função social, portanto, para ser socialmente responsável, a empresa já deverá vivenciar, na sua plenitude, todos os valores e parâmetros constitucionais referentes à função social. Para tanto, é necessária a comprovação na prática, que ocorre mediante os balanços.

Toda a atividade empresarial deve ser registrada e por meio desses documentos ou registros com a comprovação dos lucros, gastos, investimentos, folha de pagamento, tributação e outros dados concernentes à descrição de todo o processo da empresa na sua atuação, tem-se como analisar e classificar uma empresa como ilegal – não cumpre sequer o mínimo previsto na legislação –, legal – função social – e responsável.

A importância dessa discriminação dos gastos nas planilhas das empresas é para evitar o *marketing* social, quando sumos recursos são direcionados para propagandas enquanto os bens e serviços sociais são relegados a segundo plano.

Entendem Carlos Nelson dos Reis e Luiz Edgar Medeiros que para determinar quais são os gastos realizados na área social, as empresas utilizam-se do já mencionado balanço social que pode ser entendido como um demonstrativo técnico-gerencial utilizado pelas empresas para controlar o conjunto de informações referentes à sua atuação social em relação aos programas no âmbito interno (trabalhadores), às entidades de classe, ao governo (tributação) e à cidadania – que envolve o meio ambiente e obras de infra-estrutura em lazer e ecologia –, "bem como permite aos agentes econômicos visualizarem essas informações sociais e relacionarem o desempenho econômico financeiro ao desempenho operacional, ao desenvolvimento econômico e crescimento" (MEDEIROS, 2007, p. 75).

O Balanço Social constitui-se em um instrumento gerencial de identificação de problemas e oportunidades e, conseqüentemente, de apoio à administração, representando a evidência dos investimentos e das influências das organizações na promoção tanto social quanto humana e do meio ambiente (MEDEIROS, 2007, p. 75).

O balanço social desenvolvido pelas empresas para demonstrar o cumprimento da responsabilidade social não traz especificações que condigam com o conceito de responsabilização social entendido neste trabalho. Observa-se que esses registros trazem em seu bojo dados contábeis e controle de funcionários e gastos sociais e ambientais já determinados pelo ordenamento jurídico.

Ao tomar consciência dos problemas sociais, econômicos e ecológicos emulados principalmente com o recrudescimento do processo de globalização, a sociedade

começa a pressionar as empresas a atuar em seu favor, a fazê-las agir segundo determinados valores. É certo que alguns Estados, como é o caso do brasileiro, dados princípios já vêm sendo inseridos gradualmente, conforme se verifica na própria ordem jurídico-econômica constitucional, a qual trata sobre a necessidade de, na atuação econômica, se observar a proteção ambiental, a valorização do trabalho humano, o direito do consumidor, entre outros valores.

Existe no cumprimento da função social uma ética mitigada, pois esses valores constitucionais foram fruto de pressões sociais derivados de valores que se tornaram importantes no âmago social em um determinado momento. A questão deposita-se no fato de que, atualmente, a sociedade clama por ações que vão além desse mínimo estabelecido.

Hodiernamente, todas as atribuições derivadas do modelo de Estado Social dificilmente podem ser cumpridas pelo Estado sem a cooperação do setor privado e, até mesmo, da sociedade civil. As próprias forças econômicas, pressionando a política e relativizando a soberania dos Estados, fazem com que este não dê conta de todas as suas atribuições. Mais uma vez se verifica aí uma das razões da responsabilização das empresas por conta de sua atuação.

Por isso, entende-se que mediante uma norma nacional, deveria ser criada uma lei de responsabilidade social direcionada às empresas e ao Poder Público, em que condutas fossem estabelecidas para que as empresas, ao realizá-las, possam se intitular responsáveis, com um novo modelo de gestão empresarial harmonizados aos valores sociais. A responsabilização social, ao contrário da função social, não deve ser obrigatória num primeiro momento, haja vista que em Estados em desenvolvimento como o Brasil, existe a dificuldade, ainda, de se verificar o cumprimento do básico (legislação).

Todavia, malgrado não exista previsão de punições aos empresários que não ajam segundo a responsabilidade social, deve haver disposições explícitas contendo sanções ao administrador público que conceder quaisquer tipos de benefícios a empresas que não se enquadrem no padrão legal estabelecido. Como a responsabilidade social é uma forma de o setor privado cooperar com o Poder Público no fornecimento de bens e serviços públicos importantes à sociedade, não se configurará quebra do princípio da igualdade ou isonomia a concessão de benefícios, haja vista que à implementação de políticas de Estado acordadas pela sociedade mediante um consenso entre os entes federados que desembocará numa norma nacional. Permanece, assim, intacto o federalismo de cooperação vigente no Brasil.

Tendo como parâmetro o cumprimento do prescrito na ordem jurídico-econômica constitucional, a lei de responsabilidade deve seguir os seguintes marcos:

a) frente à sociedade: serão socialmente responsáveis as empresas que promoverem quaisquer tipos de programas de conscientização com relação ao meio ambiente, educação, cultura, esporte, lazer; criação de espaços públicos para que pessoas da comunidade tenham acesso a esses bens que fomentem a criatividade e sirvam ao indivíduo potencializar suas aptidões; desenvolver projetos de proteção ao meio ambiente que envolva, também, a conscientização da população; programas de reciclagem, coleta de materiais para reaproveitamento; fornecer cursos

profissionalizantes à comunidade; ajudar financeiramente ou mediante fornecimento de materiais organizações não-governamentais que já desenvolvam trabalhos sociais, culturais, educacionais, artísticos, esportivos, ambientais ou quaisquer outras tarefas que envolvam a positivação de valores constitucionais sociais, econômicos, políticos, culturais e fundamentais aos indivíduos;

b) frente aos consumidores e fornecedores: serão socialmente responsáveis as empresas que promoverem cursos e programas de conscientização dos consumidores; às empresas que se organizam em instituições para discutir, em âmbito nacional e internacional, e desenvolver trabalhos em prol do fomento à concepção de ética dentro da empresa e de que forma podem agir para potencializar e difundir a responsabilidade e ética da empresa na sociedade;

c) frente aos empregados, acionistas e dirigentes: serão socialmente responsáveis as empresas que criarem espaços de lazer, educação, saúde, cultura, arte e outras atividades que potencializem a criatividade, desenvolvimento individual e realização pessoal aos membros da empresa; participação dos trabalhadores na gestão empresarial, nos lucros da empresa; criar um sistema de banco de horas que traz alguns benefícios àqueles funcionários que utilizaram seu tempo em trabalhos voluntários; promoção de palestras, eventos e programas de conscientização e informação sobre os direitos dos trabalhadores;

d) as empresas devem ter todas essas atividades relacionadas à responsabilidade empresarial em balanços sociais, com a demonstração dos valores e especificação dos gastos com cada um dos recursos utilizados em prol do social;

e) os administradores deverão conceder os benefícios unicamente às empresas que comprovarem documentalmente a efetiva prestação desses bens e serviços mediante os balanços sociais;

f) designação de um órgão público destinado à fiscalização dos incentivos concedidos às empresas pelos administradores, a fim de um efetivo controle e possibilidade de punição aos infratores;

Por certo, não há como se elaborar um rol exaustivo de atividades que, ao serem realizadas pelas empresas, sejam consideradas responsáveis socialmente. Porém, não fica vaga a conceituação de responsabilidade social das empresas, pois existe, na Constituição Federal, conforme verificado em item anterior deste trabalho, a especificação de diversos dispositivos que prescrevem a necessidade de implementação dos direitos sociais, econômicos, políticos e culturais para a consecução do desenvolvimento mediante a vivência plena de um Estado Democrático de Direito segundo as metas de desenvolvimento sócio-econômico.

Com os diálogos estabelecidos em espaços públicos institucionalizados, festejando, assim, o processo democrático e legítimo de produção normativa, a própria sociedade civil vai estabelecer quais são os valores mais urgentes de serem executados pelo Estado, com a cooperação das empresas, a fim de se efetivar, de fato, uma gestão empresarial de acordo com a responsabilidade social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Maria de Lourdes; DALL'AGNOL, Darlei; DUTRA, Delamar Volpato. *Ética*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

BUSINESS FOR SOCIAL RESPONSIBILITY (BSR). Disponível em: http://www.bsr.org/. Acesso em: 13.08.2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS http://www.camara.gov.br/sileg/integras/142364.pdf

http://www.camara.gov.br/sileg/integras/308546.pdf. Acesso em: 13.08.2008.

CORTINA, Adela. *Ética Aplicada y democracia radical*. 3. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2001.

_____. *Ética de La empresa: claves para uma nueva cultura empresarial*. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

DIAS, Maria Clara Marques. *Ética do Discurso: uma tentativa de fundamentação dos direitos básicos.* In Síntese Nova Fase, vol. 22, n. 68. Belo Horizonte: 1995, p. 87-100.

FABIÃO, Maurício França. *O negócio da ética: um estudo sobre o terceiro setor empresarial* In: Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades, v II. São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2003.

GARCÍA-MARZÁ, Domingo. *Ética empresarial do diálogo à confiança na empresa.* Rio Grande do Sul: Editora Unisinos e Editora EDUCAT, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade.* Vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

_____.*Nos limites do Estado*. Trad. José Marcos Macedo. Folha de São Paulo, São Paulo, 18 jul. 1999, cad. 5 (mais!), p. 4-6.

_____. *Técnica e Ciência como Ideologia.* Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1996.

HELD, David; Mc GREW, Anthony. *Pós e Contras da Globalização.* Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

INSTITUTO *ETHOS*

http://www.ethos.org.br/DesktopDefault.aspx?TabID=3334&Alias=Ethos&Lang=pt-BR. Acesso em: 13.08.2008.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION http://www.iso.org/iso/home.htm. e http://www.iso.org/iso/prods-services/otherpubs/pdf/socialresponsibility_2006-en.pdf. Acesso em: 13.08.2008

MEDEIROS, Luiz Edgar; REIS, Carlos Nelson dos. *Responsabilidade social das empresas e balanço social: meios propulsores do desenvolvimento econômico e social*. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Juan Pablo Fernández. *La seguridad humana.* Barcelona: Editorial Ariel, 2006.

RODRIGUEZ. Martius Vicente Rodriguez y. *Ética e responsabilidade social nas empresas.* Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SANTOS, Antonio Silveira R. dos. *Biodiversidade. Desenvolvimento sustentável.* Revista de Direito Ambiental. Ano 2, nº 7, julh./set., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SENADO FEDERAL. Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/. Acesso em: 03.02.2009.

UNITED NATIONS. Disponível em: http://www.un.org/. Acesso em: 19.08.2008.

---

[1] O "dever" a que se refere não é uma imposição normativa, mas sim, como se verá no desenrolar deste trabalho, uma necessidade à qual as empresas se viram obrigadas a cumprir para ganhar a confiança da sociedade e conseguir, assim, permanecerem competitivas no mercado.

[2] O fundamento de legitimidade dos direitos é o processo democrático, uma vez que por intermédio da ação comunicativa, as decisões e direitos estabelecidos não serão resultado de uma imposição potestativa de um indivíduo, órgão ou grupo de pessoas, mas sim fruto do debate em busca de um consenso entre todos os participantes da discussão.

[3] A globalização não é um fenômeno exclusivamente econômico, existindo em termos tecnológicos, culturais, políticos. "A globalização tem sido diversamente concebida como ação à distância (quando os atos dos agentes sociais de um lugar podem ter conseqüências significativas para 'terceiros distantes'); como compreensão espaço-temporal (numa referência ao modo como a comunicação eletrônica instantânea vem desgastando as limitações da distancia e do tempo na organização e na interação sociais); como interdependência acelerada (entendida como a intensificação do entrelaçamento entre economias e sociedades nacionais, de tal modo que os acontecimentos de um país têm impacto direto em outros); como um mundo em processo de encolhimento (erosão das fronteiras e das barreiras geográficas à atividade socioeconômica); e, entre outros conceitos, como integração global, reordenação das relações de poder inter-regionais, consciência da situação global e intensificação da interligação inter-regional". A esse respeito conferir: David Held e Anthony McGrew (2001, p. 11).

[4] As empresas e organizações não deixam, certamente, de perseguir o lucro em suas atividades, aliás, essa é a estrutura fundamental que marca o DNA das atividades empresarias. A empresa que abrir mão do lucro, no modelo capitalista, simplesmente morre. No entanto, esse *telos* não constitui mais a essência caracterizadora do fim último a ser perseguido pela atividade empresarial. É possível sinalizar, no mínimo, três aspectos fundamentais que tem movido as empresas em outra direção, muito mais próxima da ética e da responsabilidade social. 1) As empresas devem-se articular e se adequar ao paradigma das sociedades democráticas, as quais exigem cada vez mais a

participação autônoma das pessoas no âmbito público e privado. 2) As empresas alcançaram atualmente um patamar de poder econômico, em alguns casos, maior que o de muitos Estados nacionais, o que faz recair sobre as mesmas as responsabilidades pelos seus atos, já que dispõem do ponto de vista econômico, de condições para alterar significativamente a qualidade de vida e o bem-estar social das pessoas que dela dependem. 3) Frente ao processo de conscientização da finitude dos recursos naturais e dos impactos ambientais na atividade produtiva, as empresas têm sido responsabilizadas e cobradas exaustivamente pela forma como interagem com o meio ambiente.

[5] Adela Cortina e García-Marzá são dois nomes de referência na Espanha acerca dos estudos que envolvem a ética aplicada, sobretudo, a ética empresarial sob a ótica do pensamento de Jürgen Habermas.

[6] Sendo assim, "só podem reclamar validez as normas que encontrarem – ou possam encontrar – o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um Discurso prático" (HABERMAS, 1989, p. 116).

[7] Como exemplos alguns excertos das obras dos supra-referidos autores, a respeito da relação entre racionalidade econômica e ética empresarial: "Podemos decir entonces que la ética es **rentable**, entre otras cosas, porque actuar correctamente **ahorra** gastar en derecho, es decir, en leyes, juicios y sanciones." (CORTINA, 2008, p. 50, grifo nosso) "Porque a todos interesa que la empresa **logre el mayor grado de eficiencia posible** y por eso, para cumplir sus metas, tienen que dirigirla los mejores." (CORTINA, 2008, p. 89, grifo nosso) "Desarrollo de la capacidad comunicativa. Toda organización precisa una legitimación social, que se **"vende"** comunicativamente." (CORTINA, 2008, p. 93, grifo nosso). "[...] **moral de la rentabilidad**: la moral, entendida de um peculiar modo, és **económicamente rentable**, porque cualquier organización, para sobrevivir, ha de disponer hoy de un sólido grupo de creencias sobre las que asentar su política e sus acciones." (CORTINA, 2008, p. 93, grifo nosso) "[...] faz-se necessário insistir no fato de que **a empresa não é ética porque é rentável, mas rentável porque é ética**." (GARCÍA-MARZÁ, 2008, p. 131, grifo nosso) "[...] é preciso buscar outras teorias que ajudem a complementar a abstração derivada do **princípio procedimental** e dar-lhe uma concreção institucional. O princípio da universalização [...] exige a realização de discursos reais, em que o acordo dependa da consideração de todos os interesses em jogo e do cálculo das conseqüências. O objetivo, então, é mediar esse princípio nas diferentes práxis em que, de fato, ocorra uma ruptura da ação comunicativa, buscando-se soluções consensuadas, **ou, ao menos, compromissos ou negociações."** (GARCÍA-MARZÁ, 2008, p. 139, grifo nosso). "[...] faz-se necessário averiguar as razões que justificam as distribuições assimétricas de poder, bem como as possibilidades desiguais de participar, como razões práticas, para conseguir alcançar, então, os objetivos sociais propostos. [...] **deve-se contar com a racionalidade estratégica para mencionar uma racionalidade prática,** sem cair no utopismo nem na justificação da injustiça." (GARCÍA-MARZÁ, 2008, p. 139-140, grifo nosso). "Trata-se de buscar estratégias metodológicas que permitam integrar as exigências morais com as realidades concretas. A utilização dessa teoria em diferentes níveis – **normativo, estratégico e instrumental** – é um bom caminho para aproximar-se à realidade organizativa." (GARCÍA-MARZÁ, 2008, p. 140, grifo nosso).

[8] O imperativo categórico possui alguns pressupostos que, uma vez seguidos, guiarão as máximas e julgamentos dos indivíduos de tal modo que um senso comum moral

determinará uma série de condutas normativas passíveis de serem praticadas por qualquer ser racional. O primeiro meio de averiguação da máxima moral é a *formula da lei universal* determinando o "agir de maneira tal que seja possível desejar que a máxima da ação deva tornar-se lei universal" (KANT *apud* BORGES, 2002, p. 17). Desta forma, não pode ser considerada moral uma conduta a qual, em sua prática, não pudesse ser elevada a uma categoria de senso comum, aplicável a todos os seres racionais em situação similar. A segunda fórmula é a da *humanidade com fim em si mesma*, informando ao indivíduo a necessidade de agir "de forma tal que sua ação seja dirigida à humanidade como um fim em si, e nunca somente como um meio, considerada na sua pessoa ou a pessoa de outrem". Diferentemente da primeira fórmula, esta não pretende trazer critérios para guiar o agir moralmente correto, mas serve para conferir conteúdo à motivação racional. A terceira fórmula do imperativo categórico é compreendida como a vontade legisladora universal, isto é, a vontade autônoma do indivíduo é pensada como a vontade legisladora de um reino dos fins (comunidade ideal de seres racionais). "Age de acordo com as máximas que orientam o legislador universal de um possível reino dos fins" (KANT *apud* BORGES, 2002, p. 20).

[9] "O reconhecimento dessa vontade autolegisladora se expressa na fórmula da autonomia: "age de forma tal que tua vontade possa fornecer a lei universal através de todas as suas máximas" (KANT *apud* BORGES, 2002, p. 20).

[10] "Moral e direito são, agora, apenas dois sistemas de agir distintos, no cerne de uma teoria comunicativa da sociedade. Normas morais e direitos positivos resultam de acordos comunicacionais, ou melhor, discursos de fundamentação, que apenas sob as condições de uma ética do discurso, se tornam possíveis" (DIAS, 1995, p. 86).

[11] "Haciendo esto contribuirían a la protección del medio ambiente y a mejorar la sociedad mediante la interacción con aquellos con los que sus actividades tienen repercusión. […] Es el deber de las empresas de contribuir al desarrollo sostenible trabajando con los empleados, sus familias, la comunidad local y la sociedad en la mejora de su calidad de vida" (PEREIRA, 2006, p. 227).

[12] Que consiste num "Pacto Mundial es una iniciativa voluntaria, en la cuál las empresas se comprometen a alinear sus estrategias y operaciones con diez principios universalmente aceptados en cuatro áreas temáticas: derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y anti-corrupción". http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/index.html

[13] É o chamado "consumidor-cidadão", no qual se percebe o afloramento de uma visão global, com uma maior consciência dos problemas ecológicos do planeta, bem como as graves mazelas sociais e econômicas. (FABIÃO, 2000, p. 68).

[14] Segundo Luiz Edgar Medeiros e Carlos Nelson dos Reis, "o Balanço Social surgiu com vistas a atender à necessidade de informação dos usuários da contabilidade na área social, como instrumento de medida que possibilita constatar como uma empresa se encontra no campo social, registrar suas realizações e avaliar as relações ocorridas entre o resultado econômico da empresa e a sociedade, pois é um instrumento de gestão e de informação que visa apresentar, da forma mais transparente possível, informações econômicas, financeiras e sócias do desempenho das entidades" (MEDEIROS, 2007, p. 56)

[15] http://www.ethos.org.br/DesktopDefault.aspx?TabID=3334&Alias=Ethos&Lang=pt-BR

[16] http://www.bsr.org/

[17] ISO 26000, a qual será lançada em meados de 2010 http://www.iso.org/iso/prods-services/otherpubs/pdf/socialresponsibility_2006-en.pdf ; http://www.institutoatkwhh.org.br/compendio/?q=node/104

[18] http://www.pactomundial.org/index.asp?MP=10&MS=30&MN=2#r

[19]http://www.iadb.org/ETICA/Documentos/abn_norma-p.doc; http://www.abnt.org.br/default.asp?resolucao=1024X768

[20] http://www.iadb.org/ETICA/Documentos/abn_norma-p.doc

[21] Iniciativa de Reporte Global (GRI); Princípios Globales de Sullivan; *Social Accountabillity 8000* (AS 8000); Los princípios de "*The Caux Round Table*" (CRT); Pacto Global de Naciones Unidas; Lineamientos para Empresas Multinacionales OCDE (PEREIRA, 2006, p. 231-233).

[22] PEC – 184/1999; PRC – 107/2000; PL – 3546/2000; PL – 4448/2001; PL – 6680/2002; PL – 4512/2001; PLP – 250/2001; PLP – 257/2001; PLP – 296/2002; PRC – 242/2002; PL – 1305/2003; PL – 6680/2002; PLP – 94/2003; PL – 2110/2003; PLP – 264/2007; PL – 4751/2005; PRC – 219/2005; PLP – 353/2006; PL – 64/2007; PL – 3072/2008; PLP – 451/2009;

[23] PLS - PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 54 de 2000; PLS - PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 205 de 2001; PEC- PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO, Nº 19, DE 2003; PLS - PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 224 de 2007; PLS - PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 249 de 2007.

[24] A crise financeira global teve início nos Estados Unidos em março de 2007, gerada inicialmente pela crise imobiliária norte-americana. As instituições financeiras concederam muitos empréstimos com boas condições e baixas taxas de juros, sem conhecer os precedentes dos devedores. Esses créditos hipotecários foram transformados em papéis e vendidos a outras instituições financeiras. O resultado disso foi que quando se percebeu que não existia de fato (para dar lastro) todo aquele dinheiro que foi transacionado (com base em especulações), instaurou-se a crise de liquidez (falta de liquidez no mercado). http://economia.uol.com.br/ultnot/2008/10/10/ult4294u1723.jhtm

[25] Em decorrência da crise o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), juntamente com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e da Caixa Econômica Federal com financiamento de linhas de créditos (FGTS) concedeu alguns incentivos a grandes indústrias automobilísticas e o governo as beneficiou com a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para evitar que essas empresas demitissem seus funcionários, alegando grandes dificuldades financeiras decorrentes da crise instaurada. Todavia, mesmo com tais recursos do

Estado, algumas empresas procederam as demissões em massa. A celeuma instalada causou algumas iniciativas de atrelar os investimentos públicos às empresas somente com a garantia de manutenção e criação de postos de trabalho. O Ministro do Trabalho deste Governo (Lula), Carlos Lupi, chegou a propor em reunião dos ministros do G-20 "documento conclusivo do encontro de Ministros do Trabalho do G-8 ampliado, que acontece desde 30/03/2009 em Roma, contenha a referência de que investimentos públicos estejam atrelados à manutenção e à geração de empregos. Este documento será encaminhado no próximo encontro do G-20".

http://www.mte.gov.br/sgcnoticia.asp?IdConteudoNoticia=5256&PalavraChave=lupi,%20g8

http://video.globo.com/Videos/Player/Noticias/0,,GIM947715-7823-CARLOS+LUPI+ANUNCIA+PLANO+PARA+SALVAR+EMPREGO+DE+TRABALHADORES,00.html

DIREITO ECONÔMICO E MODERNIDADE

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E INTERVENÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA: UMA ANÁLISE DO MODELO DA ZONA FRANCA DE MANAUS*

SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND STATE INTERVENTION IN THE ECONOMIC ORDER: AN ANALYSIS OF THE MANAUS FREE ZONE

Alan Fernandes Minori
Ana Luísa Celino Coutinho

RESUMO

Este estudo se propõe a analisar o desenvolvimento sustentável a ser instrumentalizado pela intervenção estatal na ordem econômica. Iniciado pela evolução do pensamento desenvolvimentista, adota-se a corrente de Amartya Sen, pautado na liberdade como figura central do desenvolvimento e na abordagem abrangente que o envolve, o que implica a correspondência dessa perspectiva no desenvolvimento sustentável. Em seguida, o tema será identificado no texto constitucional, de onde se destacará a utilização da extrafiscalidade como política desenvolvimentista. A partir de então, será analisado o modelo da Zona Franca de Manaus como espécie de intervenção estatal na ordem econômica, perpassando, de forma breve, pela história sócio-econômica da região até alcançar a sua adequabilidade ao desenvolvimento sustentável.

PALAVRAS-CHAVES: DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – INTERVENÇÃO ESTATAL – EXTRAFISCALIDADE – ZONA FRANCA DE MANAUS

ABSTRACT

The purpose of this article is to analise the kind of sustainable development to be adopted by the state intervention in the economic order. Starting by the evolution of the development ideas indorsed by Amartya Sen's followers, based in freedom as the most essential part of development and in the broad approach, that embraces it, which extends the correspondence of that perspective in the sustainable development itself. Afterwards, the theme shall be identified in the constitutional text, pointing out the extrafiscal policy in favor of development. Then, the Manaus Free Zone shall be studied as a form of state intervention in the economic order, in a transitory way, in the social-economical history of the region until it reaches it adequacy to development sustainable.

KEYWORDS: SUSTAINABLE DEVELOPMENT – STATE INTERVENTION – EXTRAFISCAL POLICY – MANAUS FREE ZONE

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A busca por um método adequado de desenvolvimento vem intrigando os estudiosos do tema diante do agravamento das desigualdades econômicas e sociais e da elevação da pobreza no mundo, mormente após as Guerras Mundiais. Tais circunstâncias consolidaram o entendimento de que o desenvolvimento não mais se confunde com simples crescimento econômico.

Como o Amazonas possui um passado exemplar quanto à incapacidade de manter o progresso econômico vivido nos tempos da economia gomífera, o atual modelo de desenvolvimento da Zona Franca de Manaus, baseado na extrafiscalidade, merece ser avaliado dedutivamente à luz do que se entende por desenvolvimento sustentável sem se olvidar da conjuntura histórica da região.

Apenas na década de 80, o desenvolvimento sustentável ganhou efetivo destaque como norte das políticas públicas. Para tanto, a evolução do pensamento desenvolvimentista foi fundamental, a se enfatizar o elaborado por Amartya Sen, que realçou fatores não econômicos no tema.

Na Constituição Federal de 1988, o desenvolvimento sustentável encontra-se disseminado em inúmeros dispositivos, passando a ser objetivo do país a promoção do desenvolvimento e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, II e III). O meio ambiente equilibrado ganhou hierarquia de direito fundamental a ser preservado e protegido por todos (art. 225).

Essas características constitucionais do desenvolvimento sustentável receberam um instrumento de concretização consubstanciado na técnica da extrafiscalidade, nos termos do art. 151, I, da CF/88, que consiste, conforme Eros Grau e Washington Peluso de Souza, em forma de intervenção estatal na ordem econômica.

Atualmente, a indução estatal para promover o desenvolvimento consagrou a Zona Franca de Manaus e a criação de um Polo Industrial na região que vem agregando renda para os povos do local e gerando divisas consideráveis para o país. Entretanto, os resultados econômicos obtidos exigem uma maior atenção quanto aos fatores não econômicos que devem lhes acompanhar para realização sustentável do desenvolvimento.

2 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O desenvolvimento traz, inicialmente, imagens de crescimento, evolução, progresso, prosperidade e melhoras. O termo "sustentável" agasalha concepções de possibilidade de sustento e mantença, continuidade, permanência, dentre outras conotações ligadas a provimento ou disponibilidade de recursos e condições para que um ser possa se manter realizando atividades que garantam a sua sobrevivência.[1]

Todavia, a fusão desses termos e a formação da expressão "desenvolvimento sustentável" transcende a mera soma dos significados dos elementos que lhe compõe no que se refere ao conjunto de políticas adotas por um país para avançar e melhorar suas condições.

Não se trata de apenas entendê-lo como mero conjunto de políticas que promovam o progresso de uma nação de forma permanente, porque são as forma e as perspectivas instrumentalizadas para a concretização desse desiderato que torna o tema de difícil aplicação prática.

Para melhor examinar o que seria o desenvolvimento sustentável, faz-se imprescindível perfilhar pela evolução da ideia de desenvolvimento.

2.1 Breve evolução do pensamento desenvolvimentista

Welber Barral[2] destaca que a análise do conceito de desenvolvimento perpassa pelos estudos das obras clássicas de Adam Smith, Karl Marx, John Keynes, Celso Furtado e Amartya Sen, pois todos elas reúnem características de terem condensado os novos pensamentos de um período, inovado na análise de uma determinada problemática e influenciado a ordem política em sentido amplo (liberalismo, socialismo, regulação estatal, e neoliberalismo).

No século XVI, o desenvolvimento estava atrelado ao mercantilismo, que refletia a importância do poderio militar, a posse de colônias e a acumulação de metais preciosos. Contudo, a partir de Adam Smith, a conotação política e militar do desenvolvimento é superada pelo caráter econômico, passando-se a primar pelo livre mercado como o melhor (e único) mecanismo de produção de riquezas para as nações, sendo, portanto, suficiente para promover, sem interferência estatal, o desenvolvimento a partir do crescimento econômico.

Com Karl Marx, as falhas do mercado foram evidenciadas cientificamente e o comunismo foi proposto como uma alternativa revolucionária e sucedâneo inevitável do sistema capitalista, cuja acumulação de capital e elevação da mais-valia gerariam empobrecimento em massa e declínio de crescimento econômico. A partir de John Keynes, para se desenvolver, era imprescindível um mercado composto por uma classe média que consumisse bastante e permitisse a circulação de dinheiro, cabendo ao Estado, entretanto, a regulação da economia (antes livre).

O início de uma nova perspectiva se inicia com Celso Furtado, que demonstrou que os Estados não se desenvolvem naturalmente, podendo, a depender da contribuição das estruturas políticas e sociais, sofrer um retrocesso ou estagnação. No caso brasileiro, Furtado identificou uma estrutura dualista, composta por uma parte atrasada (latifúndios exportadores de *commodities*) e avançada (industriários e empresários), em que se devia incentivar essa segunda parte com a promoção da classe média, do setor de serviços e da indústria de transformação.

Não se restringindo ao aspecto econômico do desenvolvimento, Amartya Sen confere ênfase inédita a elementos não econômicos os quais se resumem na liberdade. A partir de então, a expansão das liberdades humanas passa a ser figura central do desenvolvimento, de modo a ser meio e fim das atividades desenvolvimentistas. Nas palavras de Barral, Sen "identifica validade econômica a valores sociais e jurídicos que

são hoje bastante respeitados, como a questão dos direitos humanos, da tolerância, do respeito às minorias."[3]

Amartya Sen[4] destaca que a expansão das liberdades (facilidades econômicas, liberdades políticas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora) não só é instrumento como também é a finalidade do desenvolvimento a ser concretizado com a participação de estruturas mescladas, que envolvam o Poder Público e, principalmente, o particular como agente social ativo (e não só beneficiário).

Como bem destacado por Gustavo Justino[5], o fortalecimento das liberdades humanas, no Estado desenvolvimentista de Amartya Sen, deve ser promovido tanto pelo Poder Público como pela própria sociedade, mas competindo àquele harmonizar a perspectiva do desenvolvimento humano com o crescimento econômico.

A crítica que remanesce ao desenvolvimento por meio da (e para a) liberdade não reside no plano abstrato, como constatado nas doutrinas anteriores, mas na sua implementação ou concretização de suas premissas.

Esse obstáculo ocorre porque as liberdades indicadas não se restringem aos direitos fundamentais de primeira dimensão (ou de prestação negativa), mas refletem com maior clareza sobre os direitos fundamentais de segunda dimensão (de prestação positiva), que envolvem as liberdades reais ou concretas decorrentes da igualdade e se afinam aos direitos humanos sociais, econômicos e culturais. A efetivação desses direitos, ademais, exige maior dispêndio financeiro estatal e privado (*v.g.* o direito à educação que é dever estatal em cooperação com a sociedade, bem como a proteção e preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado que é dever do Estado e de toda a coletividade).

Como o direito ao desenvolvimento compõe os direitos de terceira dimensão, que, por sua vez, trazem o hibridismo dos direitos de prestação positiva e negativa, ele necessariamente apresentará os mesmos problemas verificáveis nesses. Essa característica se constitui em obstáculo relevante nos países subdesenvolvidos, cujos orçamentos são de menor pujança (e já bastante comprometidos com o custeio da sua máquina administrativa) e cuja população carece de valores cívicos, o que prejudica a sua titularidade coletiva nos rumos da nação.

A fonte desses entraves ao desenvolvimento varia conforme o momento histórico por qual se passa, tanto que os recursos naturais e a mão-de-obra em grande disponibilidade já foram determinantes, assim como a ética protestante também foi tida como essencial para o sistema financeiro do mercado. Além deles, o fator climático e, até mesmo, questões raciais e governos autoritários já tiverem essa qualidade elementar para o desenvolvimento.

Como condição ao desenvolvimento no século XXI, Barral[6] elenca os seguintes fatores para a efetivação das liberdades: o capital humano (altos níveis educacionais), elevado grau de liberdade política e econômica, promoção da tecnologia e da inovação, estrutura logística, capital social e instituições com credibilidade. Dentre eles, pela importância à Zona Franca de Manaus (a ser constatada a seguir), ressaltem-se o capital social e a credibilidade das instituições.

O capital social se constitui pelo o civismo e deve ser promovido pelas instituições, pois é fundamental para a formação de uma massa social solidária e comprometida com os fins de toda a comunidade, o que diminui a corrupção e avigora a cidadania e as expansões das liberdades. Tal fenômeno deve ser incentivado e realizado pelo Estado e por todos demais atores sociais (sociedade civil organizada, particulares e sociedades empresárias). Nesse ponto, ressalte-se a importância de uma ética cidadã, ou seja, um desenvolvimento social com interdependência dos fatores econômicos, políticos, ambientais e jurídicos.

A credibilidade das instituições, por sua vez, vincula-se aos efeitos da ingerência do poder público na economia. Trata-se da intervenção estatal a ocorrer apenas quando necessário (falhas do mercado) para desincentivar a inadimplência, exigir das empresas um maior comprometimento com o interesse publico e obstar a concentração de mercado com justas normas de concorrência.[7] Nesse particular, cumpre destacar o papel do desenvolvimento jurídico e político em diálogo com as perspectivas econômicas e sociais.

Portanto, denota-se que o desenvolvimento é um fenômeno único composto por elementos interdependentes (econômicos, políticos, ambientais, sociais, jurídicos, culturais etc.), de modo que a análise de um deles sempre resvalará na avaliação do outro, ainda que em menor grau de intensidade, em razão da necessária interrelação que os envolve para a realização das liberdades.

É o que se denomina de abordagem abrangente do desenvolvimento, realizável por meio da integridade conceitual de Amartya Sen[8], o qual, metaforicamente, a explica como um típico dia de verão que "requer que se considere de forma integrada os desenvolvimentos em diferentes domínios como o econômico, o jurídico, etc. (da mesma forma que um típico dia de verão depende do sol, da temperatura, do céu azul, e assim por diante)."[9]

A corroborar o exposto, Fiorillo realçou a preocupação com a proteção ambiental no conteúdo do desenvolvimento, incumbindo ao Estado a titularidade dessa tutela, *in verbis*:

Passou-se a reclamar um papel ativo do Estado no socorro dos valores ambientais, conferindo outra noção ao conteúdo de *desenvolvimento*. A proteção do meio ambiente e o fenômeno desenvolvimentista (Sendo composto pela livre iniciativa) passaram a fazer parte de um objetivo comum, pressupondo a convergência das políticas de desenvolvimento econômico, social, cultural e de proteção ambiental.[10]

Tais conclusões decorreram do crescimento econômico verificado após as duas grandes guerras mundiais que veio desacompanhado de melhorias em outros segmentos sociais (educação, saúde, preservação ambiental, igualdade de oportunidades, liberdades políticas etc.), desvendando a insuficiência da exclusividade econômica como perspectiva única de desenvolvimento.

A Organização das Nações Unidas (ONU), atenta a isso, passou a avaliar o desenvolvimento dos países utilizando o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que se vale da expectativa de vida, da educação e do PIB *per capita*. Ou seja, outros dois fatores não econômicos passaram a compor o exame do desenvolvimento das nações.

Essa organização supranacional também consolidou a dimensão abrangente do desenvolvimento na sua Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986[11], cujo artigo inaugural também adota o conceito de Amartya Sen ao viabilizar o exercício desse direito somente em meio a um desenvolvimento econômico, social, cultural e político, em que se possa realizar plenamente todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Assim, existem inúmeras conotações de desenvolvimento que compõem a sua integralidade conceitual. Dentre elas, destacam-se o desenvolvimento humano, o desenvolvimento político, o desenvolvimento jurídico, o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento ambiental. Todos eles, na verdade se completam e se interrelacionam dialeticamente.

A partir dessa integração conceitual de "desenvolvimentos", passou-se a formatar a que se entende por desenvolvimento sustentável.[12]

2.2 O nascimento e a consolidação do desenvolvimento sustentável

A preocupação com um desenvolvimento que se compatibilizasse com a preservação ambiental veio efetivamente à tona com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente[13], em Estocolmo, em 1972. Entendeu-se que o desenvolvimento de uma nação deveria se basear em suas próprias potencialidades (independência externa), harmonizando os objetivos sociais e econômicos com uma gestão ecologicamente prudente dos recursos e do meio, o que se denominou ecodesenvolvimento, composto por cinco dimensões de sustentabilidade: social, econômica, ecológica, espacial e cultural.[14]

Em 1987, a primeira-ministra norueguesa Gro Harlem Brundtland elaborou o relatório intitulado de "O Nosso Futuro Comum", apresentado na Comissão Mundial Sobre o Ambiente e o Desenvolvimento. Nele, avigorou-se o conteúdo de ecodesenvolvimento, mas por meio de uma nova expressão: "desenvolvimento sustentável". Trata-se do desenvolvimento que atende aos anseios da contemporaneidade sem prejudicar as necessidades das gerações posteriores.

A consolidação do desenvolvimento sustentável como modelo desenvolvimentista ideal ocorreu na Eco-92, no Rio de Janeiro, cujos documentos (Agenda 21 e Declaração do Rio) evidenciaram a importância de "combinar de forma estratégica o econômico, o social e o ambiental, garantindo um vínculo sistêmico entre estes três vetores do desenvolvimento, com vista a obter o equilíbrio desejável que a sustentabilidade deverá

traduzir." [15] Nos dez anos seguintes, em Johanesburgo (Rio+10), o dever de cumprir os objetivos da Agenda 21 foi ratificado.[16]

Doutrinariamente, o modelo também está consagrado no mundo jurídico. Fiorillo[17] o ratifica, lembrando que o desenvolvimento sustentável não pode obstar o desenvolvimento econômico. Servinskas[18], ressaltando a identidade das expressões "ecodesenvolvimento" e "meio ambiente ecologicamente equilibrado", também o confirma como o princípio que visa à conciliação da proteção ambiental com o desenvolvimento socioeconômico para a melhoria da qualidade de vida do homem, utilizando-se racionalmente os recursos naturais não renováveis.

Para José Afonso da Silva, o desenvolvimento sustentável emanaria da conciliação entre o desenvolvimento econômico-social e a preservação da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conjunção essa realizável por meio de um crescimento econômico que envolvesse a redistribuição dos resultados do processo produtivo de forma equitativa, resultando na erradicação da pobreza com a diminuição das disparidades nos padrões de vida e na melhora das condições dos mais vulneráveis[19]. Do contrário, conclui o referido autor: "Se o desenvolvimento não elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais da população em geral, ele não pode ser qualificado como sustentável" [20].

Destarte, pode-se constatar dos conceitos atribuídos ao desenvolvimento sustentável que este modelo desenvolvimentista reúne a realização simultânea de todas as dimensões do desenvolvimento (econômico, social, político, jurídico e ambiental). Em outras palavras, a conotação de desenvolvimento mais aceita hodiernamente (integridade conceitual de desenvolvimento) confunde-se com o que se entende por desenvolvimento sustentável.

2.3 O Desenvolvimento Sustentável na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O desenvolvimento sustentável encontra-se disseminado no Texto Constitucional de 1988, pois a conotação desenvolvimentista é depreendida desde o seu texto preambular (quando o constituinte institui um Estado Democrático, destinado a, dentre outros compromissos, garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos), até os arts.1.º; 3.º; 5.º, *caput*, XXIII, XXVI, XXIX, §§2.º e 3.º; 21, IX, XX; art. 23, X e parágrafo único; 24, I; 43; 48, IV; 149; 151, I; 159, I, *c*; 163, VII; 170; 174, §1º; 180; 182; 192, 200, V; 205; 215, §3º; 218; 219; e 225.

Esse conjunto normativo destacado acima reforça a interdisciplinaridade do desenvolvimento constitucionalmente prescrito, pois o tema encontra-se propagado em títulos distintos da Constituição Federal (princípios fundamentais, direitos e garantias fundamentais, organização do Estado, tributação e orçamento, ordem econômica e financeira e ordem social), de modo a indicar que a sua sustentabilidade ou manutenção

depende da integração de segmentos econômicos, sociais, políticos e ambientais. Assim, evidencia-se que o legislador originário também instituiu a realização do desenvolvimento sustentável para o país.

Dentre os dispositivos constitucionais mencionados, considerando o modelo da Zona Franca de Manaus, destacam-se os arts. 3.º, incisos II e III; 225; e 151, I.

O inciso II do art. 3.º, da Constituição programa não apenas o desenvolvimento nacional, mas a própria garantia desse desenvolvimento. Vale dizer, não basta desenvolver por um período (na fórmula do *stop-go*), mas criar meios para que se mantenha (permaneça) esse desenvolvimento. O Inciso III desse dispositivo, por sua vez, demonstra que o constituinte, reconhecendo a realidade brasileira de desigualdades sociais e regionais como um quadro de subdesenvolvimento evidente[21], instituiu, com o teor de imposição, o objetivo de reduzi-las. Nesse ponto, há de se destacar que as desigualdades regionais se caracterizam, no mais das vezes, como desigualdades sociais, pois são carências de saúde, educação, lazer etc. que tendem a determinar o desnível regional.

Essa preocupação de efetivar o desenvolvimento atendendo à diminuição das desigualdades regionais e sociais também deve ser observada como princípio da ordem econômica do país, de acordo com o inciso VII do art. 170 da CF/88, bem como se perfaz como requisito essencial para o desenvolvimento sustentável, consoante o princípio 5, da Declaração do Rio/92.

Ademais, o modelo desenvolvimentista constitucionalmente previsto possui a sua conotação ambiental enfatizada no art. 225, da CF/88. A partir dele, o meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser um direito fundamental de terceira dimensão, pautado na solidariedade em relação às presentes e futuras gerações, concebido como um bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida e titularizado por todos, de modo que a sua defesa e preservação impõe-se não só ao Poder Público, mas à toda a coletividade.

Segundo Herman Benjamin[22], trata-se de direito de estrutura bifronte, que comporta prestações positivas e negativas do Estado e da sociedade, bem como pode ser exercitado individual ou coletivamente sob uma perspectiva antropocêntrica mitigada que denota a valorização da dignidade e da saúde humana em simultânea harmonia com a importância intrínseca dos elementos bióticos e abióticos da vida em sentido amplo. Aliás, esse realce ecocêntrico, *v.g.*, foi consolidado quando da institucionalização da Floresta Amazônica como patrimônio nacional a ser utilizado dentro de condições que assegurem a preservação do seu meio ambiente, conforme o §4.º do art. 225 da CF/88.

As aparentes contradições que possam, no plano fático, surgir entre desenvolvimento e proteção ambiental devem ser superadas por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade/razoabilidade (ponderação), pois o objetivo desenvolvimentista da República Brasileira há de se valer de um meio ambiente equilibrado, cuja proteção, por outro lado, clama por um Estado econômica e socialmente forte que, muitas vezes, exigirá intervenção humana no cenário ecológico.

O Supremo Tribunal Federal, nesse mesmo diapasão, enfatizou a importância da ponderação entre os princípios do equilíbrio ambiental e do desenvolvimento para a

realização do desenvolvimento sustentável. Na ADI 3540 MC/DF, o Ministro relator Celso de Mello consignou que:

A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.[23]

Inolvidável também que, apesar da autorização já contida no §2.º do art. 5.º da CF/88, a Emenda Constitucional n.º 45/04 possibilitou a elevação dos direitos humanos declarados em tratados internacionais ao *status* de emenda constitucional, desde que sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Sobre o tema, o STF[24] passou a entender que os tratados e convenções internacionais têm *status* supralegal, situando-se acima da legislação ordinária e abaixo da Constituição da República, o que reflete também na natureza de superioridade, perante as normas infraconstitucionais, dos direitos humanos, ainda que não observem o procedimento previsto no art. 5.º, §3.º, da CF/88.

Na prática, esses direitos humanos supralegais gozam de prerrogativas semelhantes às emendas constitucionais, pois somente poderão ser revogados ou alterados por intermédio de novo tratado ou por meio de emenda constitucional.

Nesse sentido, o desenvolvimento sustentável é direito humano (e fundamental) constitucionalmente (e internacionalmente) consolidado a ser efetivado obrigatoriamente pelo Estado (art. 3º, II e III, da CF/88) em cooperação com a sociedade (art. 225, da CF/88, quando do uso da expressão "dever de todos") por meio de atuações complexas e multidimensionais, que envolvam o aspecto econômico, o social, o ambiental, o jurídico, o cultural etc.

Para garantir essa atividade multidisciplinar e coletiva de promoção do desenvolvimento sustentável, existe um instrumento constitucionalmente previsto (art. 151, I, da CF/88).

3. A intervenção estatal na ordem econômica por indução positiva como forma de promoção do desenvolvimento sustentável

Como visto, o desenvolvimento sustentável deve ser realizado pelo Estado e pela sociedade organizada à luz das diferenças regionais. Para tanto, o constituinte se valeu, dentre outros meios, da técnica da extrafiscalidade, que corresponde à atividade estatal que se vale da tributação não apenas para compor os cofres públicos (interesse meramente arrecadatório), mas também para atender a compromissos sócio-econômicos.

Roque Antonio Carrazza conceitua os incentivos fiscais como instrumento pelo qual "a pessoa política tributante estimula os contribuintes a fazerem algo que a ordem jurídica considera conveniente, interessante ou oportuno (p. ex., instalar indústrias em regiões carentes do País)"[25] através da redução ou até da supressão da carga tributária, manifestando-se sob a forma de imunidade ou de isenções tributárias.

No âmbito do Direito Econômico, segundo a classificação de Eros Roberto Grau[26], trata-se do Estado promovendo intervenção econômica por indução positiva, pois passa a legalmente incentivar e estimular comportamentos conformados com os interesses gerais em troca da concessão de benefícios aos participantes (redução, isenção ou subsídio tributário, preferência creditícia etc.).

Segundo Washington Peluso Albino de Souza[27], tendo em vista a politização fática da intervenção do Estado, a extrafiscalidade se perfaz em intervenção estatal como medida política de economia orientada, em que se usam instrumentos para atrair os agentes econômicos a uma certa direção, seduzindo-os a atuar em um determinado segmento, mas sem qualquer imposição.

Para João Bosco Leopoldino da Fonseca[28], as razões para o Estado intervir na ordem econômica respondem a critérios de equidade na distribuição de renda (justiça distributiva), considerando a insuficiência dos puros e naturais critérios econômico-capitalistas.

Entretanto, Albino Peluso[29] assevera que o desenvolvimento, juntamente com a justiça social, não seria motivo, mas um dos objetivos a serem alcançados por meio de mudanças estruturais profundas, mormente nos países subdesenvolvidos, ganhando conotação de intervenção social ou protetora. Ressalta também que a extrafiscalidade pode vir acompanhada de apoio estatal na infra-estrutura do agente econômico destinatário dos incentivos, *in verbis*:

Além das vantagens financeiras de toda espécie, porém, novos instrumentos de incitação vão sendo aperfeiçoados, como os referentes à política de organização do território (*amenagement du territoire*), que extrapola o acanhado âmbito administrativo para assumir as proporções da política econômica com o aperfeiçoamento de equipamentos de infra-estrutura, tais como preparo do terreno para a implantação de indústrias, sistemas de transporte e comunicação e todos os demais dados sobre a localização vantajosa dos empreendimentos. É o que identificamos com a política dos

distritos industriais, dos *pólos de equilíbrio*, das *metrópoles de equilíbrio*, que se compõem de variados elementos dirigidos nesta intenção.[30]

O mecanismo extrafiscal de intervenção por indução tem peculiar previsão no art. 151, I, da CF/88. Permite-se que a União excepcione o princípio da uniformidade tributária e confira incentivos tributários (imunidade e isenção tributária, remissão, anistia, moratória etc.) a ponto de distinguir e preferir um ente político em detrimento de outro para promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País.

O referido preceito constitucional ganha particular importância para este trabalho quando combinado com os arts. 40 e 92, do ADCT, porque corrobora a constitucionalização da Zona Franca de Manaus (ZFM) como área fiscalmente incentivada para a promoção do desenvolvimento sustentável atenta à superação das desigualdades regionais do país.

4 A ZONA FRANCA DE MANAUS COMO MODELO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O estudo da aptidão desenvolvimentista da Zona Franca de Manaus não pode ser iniciado sem prévias considerações sobre as fases econômicas que antecederam a sua implantação. Superado isso, passa-se ao exame de adequabilidade do modelo desenvolvimentista da Amazônia Ocidental à luz da perspectiva abrangente de desenvolvimento (sustentável).

4.1 Evolução da Zona Franca de Manaus

A Amazônia, economicamente vigorosa no áureo Primeiro Ciclo da Borracha (entre 1870 a 1913) que geraram pujança econômica, política e cultural à região (então tida como a "Paris das Selvas"), faleceu logo depois com a concorrência da borracha do sudeste asiático. Mas com o advento da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), instaurou-se o Segundo Ciclo da Borracha, consubstanciado na valorização da borracha amazônica por parte dos aliados, diante da ocupação japonesa dos seringais asiáticos.

Admilton Pinheiro Salazar[31] destaca que o desenvolvimento regional, no primeiro ciclo gomífero, se caracterizou por três fatores: a) pelo isolamento espacial em relação aos centros populacionais do país (litoral); b) por uma colonização da região com propósito único de garantir a exploração e comercialização dos recursos da floresta (mero entreposto comercial); c) bem como pelos elevados custos de logística, daí porque a economia pautada na borracha garantiu o crescimento econômico (ainda que

efêmero e insustentável) da Amazônia, pois se tratava de produto de elevado valor específico com demanda internacional e preços compensadores que geravam receitas elevadas o suficiente para cobrir custos e incentivos fiscais (Decreto n.º 2.543-A, de 05 de janeiro de 1912).

No ápice do chamado Primeiro Ciclo da Borracha (1910), segundo Salazar[32], as exportações da Amazônia arrecadaram 1,3 bilhões de libras esterlinas para o país[33] e, durante o Segundo Ciclo da Borracha, em razão dos Acordos de Washington (1943), a produção da borracha amazônica serviu de garantia de financiamento norte-americano para a implantação da indústria do aço no Brasil. Assim, a economia gomífera teve papel fundamental na industrialização brasileira, seja por meio da contribuição financeira à industrialização e produção do café[34], seja por intermédio do financiamento da indústria do aço.

Nada obstante, o fim da Segunda Guerra Mundial ratificou a insustentabilidade desse "modelo desenvolvimentista", pautado em mero crescimento econômico, pois a economia gomífera não suportou a escassez do investimento externo, o retorno da produção asiática e a ampliação da produção sintética.

A insustentabilidade desse ciclo econômico se deu também em função da sua cadeia produtiva e do seu sistema social (sistema de aviamento), os quais se baseavam exclusivamente na exploração (escravidão) do seringueiro, cuja produção de borracha sequer fazia frente aos seus gastos com a sua subsistência (mantimentos) perante o seringalista e o regatão e ainda sofria os efeitos especulativos das casas aviadoras e dos estrangeiros (oligopólio)[35].

Assim, após o fim da economia da borracha, a região voltou a se valer apenas do extrativismo dos recursos florestais (castanha, juta, malva, sorva etc.), mas com a agravante de abrigar a pobreza dos inúmeros nordestinos e caboclos que foram atraídos pela economia da borracha a qual, em meados do século XX, estava em irremediável decadência.

A região ainda se caracterizava por vazios demográficos que contrastavam com a biodiversidade que respirava na floresta, cujo solo abrigava potencialidades inestimáveis. Tais fatores atraíam a atenção e a cobiça alienígena sob o discurso de internacionalização da Amazônia. Nesse sentido, muito mais por questões de soberania que de efetivação dos direitos dos habitantes da região, o Estado brasileiro passou a buscar medidas de promoção do desenvolvimento amazônico.

A Constituição do Brasil de 1946, em seu art. 199, incumbiu a União, os Estados e os Municípios do dever de investir no Plano de Valorização Econômica da Amazônia (PVEA) durante, no mínimo, 20 anos, a ser custeado por, pelo menos, 3% da sua renda tributária. Todavia, apenas em 1953, essa política desenvolvimentista foi efetivamente implantada com a criação da Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia (SPVEA), através da Lei nº 1.806, de 06 de janeiro de 1953, a qual, no seu art. 3.º condicionava a aplicação dos recursos do plano apenas aos empreendimentos que guardassem fim estritamente econômico ou relação direta com a recuperação econômica da região. Aliás, o próprio nome dessa superintendência já indicava a concepção restrita de desenvolvimento: crescimento econômico.

Já na era presidencial de Juscelino Kubitscheck, além da capital do país (Brasília) ter se aproximado da Amazônia, foi publicada a Lei n.º 3.173, de 06 de junho de 1957, regulada pelo Decreto n.º 47.757/60, criando, em coordenação com a SPVEA, uma zona franca de 200 hectares em Manaus, que serviria de armazenamento ou depósito de mercadorias importadas para o consumo interno da Amazônia e dos países vizinhos.

Entretanto, as pressões do centro-sul do país, a burocracia para o repasse dos incentivos fiscais e a falta de continuidade política obstaram o êxito do plano em questão[36].

Somente no regime militar presidido por Castelo Branco e sob o lema da segurança nacional ("Integrar Para Não Entregar"), a Zona Franca de Manaus foi efetivamente operacionalizada com a publicação do Decreto-lei nº 288/67.

Tratava-se de um novo marco regulatório da política desenvolvimentista da região. O referido decreto-lei reformulou o modelo anterior nas perspectivas espacial, substancial e temporal ao estabelecer, em Manaus, uma área de 10 mil km² de livre comércio de exportação e importação que tinha como objetivo a criação de um polo de desenvolvimento regional (centro comercial, industrial e agropecuário) por meio da concessão de 30 anos de incentivos fiscais, tomando em consideração os fatores locais e logísticos que afastam a região dos grandes mercados consumidores.

Para a administração das instalações e serviços da Zona Franca de Manaus, o Decreto-lei n.º 288/67 criou a Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA), regulamentada pelo Decreto nº 61.244/67 e configurada em uma autarquia especial sediada em Manaus e vinculada diretamente ao Ministério do Interior (atualmente, ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior).

Os incentivos abrangiam isenções ou reduções do Imposto de Importação (II), do Imposto de Exportação (IE) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), bem como de benefícios fiscais a serem concedidos pelo Estado do Amazonas e pelo Município de Manaus, na forma de, respectivamente, crédito e restituição do Imposto de Circulação de Mercadoria (ICM) e de isenção do Imposto Sobre Serviços (ISS). Havia, ademais, a isenção do Imposto de Renda por 10 (dez) anos e a possibilidade de financiamento por intermédio do Fundo de Investimento da Amazônia (FINAM).

Como bem destaca Salazar[37], esse modelo desenvolvimentista se concentrava, quase que na sua integralidade, na concessão de incentivos tributários sobre o produto industrializado e não na outorga de incentivos financeiros ao capital, o que beneficiou apenas os empreendimentos que passaram a produzir e a faturar bens e serviços.

O Decreto n.º 291, de 28 de fevereiro de 1967, dividiu a Amazônia em Ocidental e Oriental e, no ano seguinte, o Decreto n.º 356, de 15 de agosto de 1968, estendeu alguns dos incentivos fiscais da Zona Franca de Manaus para toda a Amazônia Ocidental, a abranger as capitais de Rondônia, Acre e Roraima. Em 17 de abril de 1986, o Decreto n.º 92.560/86 prorrogou os incentivos da ZFM por mais 10 anos.

A manutenção das prerrogativas da ZFM foi constitucionalizada em 1988, no art. 40, do ADCT, por mais 25 anos a partir da promulgação da Constituição e, por intermédio da Emenda Constitucional n.º 42/2003, os incentivos regionais foram estendidos até o ano de 2.023.

Segundo o domínio eletrônico da SUFRAM[38], o modelo ZFM pode ser divido em 05 fases.

Na primeira, envolvendo o período de 1967 a 1975, em meio à política nacional de substituição das importações, a atividade comercial (terciária) predominava em função da quase ilimitação às importações, contribuindo para a intensificação do turismo e para a iniciação da atividade industrial.

Na segunda fase, delimitada entre 1975 e 1990, pautada na política nacional de fomento à indústria nacional de insumos, foram estabelecidos os Índices Mínimos de Nacionalização para produtos industrializados na ZFM e vendidos para as outras regiões do país, bem como o contingenciamento das importações (estabelecimento de limites máximos globais anuais). No fim dessa fase, o modelo registrou um de seus melhores desempenhos ao faturar U$ 8,4 bilhões, gerar 80 mil empregos diretos e consolidar um parque industrial de bens de consumo duráveis bem diversificado, no qual se destacou o setor eletroeletrônico[39].

Na fase seguinte, compreendida entre 1991 e 1996, a ZFM viveu o seu momento mais difícil e foi compelida a se modernizar. As medidas adotadas pelo governo Collor ("Nova Política Industrial e de Comércio Exterior", "Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade", "Programa de Competitividade" e Lei n.º 8.387/91) abriram a economia brasileira para o mercado exterior e reduziu o Imposto de Importação (II) para o resto do país, o que minou a peculiaridade regional que garantia competitividade ao modelo. Assim, a atividade terciária entrou em declínio, eliminaram-se os limites máximos globais anuais de importação, foi fixado o patamar de 88% de redução do Imposto de Importação para a ZFM e impôs-se a política do Processo Produtivo Básico (PPB).

No período delimitado entre 1996 a 2002, as sociedades empresárias da região promoveram intensa modernização na sua cadeia produtiva, automatizando-a e qualificando-a. O modelo se encontrava em meio à globalização, a estabilização monetária do plano Real, privatizações e desregulamentação. Nesse período, a ZFM passou a funcionar como plataforma de exportação de seus produtos juntamente com a consolidação da abertura econômica do país.

Durante todas essas fases, foram criadas 07 Áreas de Livre Comércio em que se conferiram alguns dos benefícios da Zona Franca de Manaus no sentido de caracterizá-las como entrepostos comerciais para efetivar a interiorização dos benefícios econômicos do modelo. Dentre elas, destacam-se Tabatinga (AM), Macapá-Santana (AC), Boa Vista-Bonfim (RR) e Guajará-Mirim (RO).

Hodiernamente, a ZFM vem atuando com base na Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP) e busca promover o aumento da eficiência produtiva e da capacidade de inovação das empresas, bem como elevar as exportações e estimular o financiamento privado em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D).

Outrossim, de acordo com o domínio eletrônico da SUFRAMA[40] e em consonância com o ressaltado anteriormente por Albino Souza, a Zona Franca de Manaus se compõe não apenas de incentivos fiscais, mas também de infra-estrutura local básica a título de diminuição dos custos de instalação das indústrias interessadas. No Polo Industrial de

Manaus (PIM), há estação de captação e tratamento de água, sistema viário asfaltado com 48 km, sistemas sanitário e de telecomunicações, baixos preços para aquisição de lotes e concessão de 10 anos para pagamento, bem como planejamento ambiental configurado na preservação das áreas verdes na proporção da área industrializada.

Segundo o superintendente de Projetos da SUFRAMA, Oldemar Iank (informação verbal)[41], o parque fabril do modelo se tornou uma plataforma de exportação do país, ressaltando que metade do que é produzido no PIM é de origem nacional e um quarto regional, ou seja, peças produzidas no Amazonas. Dentre os principais produtos de exportação destacam-se telefones celulares, motocicletas, concentrados de refrigerante e aparelhos de barbear e receptores/decodificadores de sinais digitais para televisão. A intensa produtividade do polo contribuiu, em 2008, para a arrecadação tributária estadual de R$ 4.952 bilhões e federal de R$ 9.774 bilhões.

4.2 A Zona Franca de Manaus e Desenvolvimento Sustentável

A economia gomífera no final do século XIX e primeira metade do século XX nitidamente promoveu o crescimento econômico da região amazônica, gerando divisas consideráveis ao país. Entretanto, a insustentabilidade desse modelo desenvolvimentista se deu por se restringir a sua perspectiva econômica. Não houve qualquer preocupação com o aspecto do desenvolvimento social, baseado na expansão das liberdades humanas, tendo em vista que o sistema social da época (sistema de aviamento) contrastava com os ensinamentos de Amartya Sen.

Após o fim da economia da borracha, o retorno econômico à exploração dos recursos florestais de forma totalmente desarticulada e desconsiderada dos planos macroeconômicos do país, não ensejavam qualquer espécie de desenvolvimento, mas simples subsistência humana na região. Em assim sendo e considerando as potencialidades ambientais da região e da pobreza dos seus habitantes, os interesses estrangeiros na internacionalização da Amazônia despertaram no Estado Brasileiro a importância de intervenção na região, o que se deu muito mais por imperativo de segurança nacional que de desenvolvimento social. Ademais, essa soberania do país no ocidente amazônico se pautou exclusivamente na perspectiva econômica, conforme se depreende da nomenclatura da Superintendência de Valorização Econômica da Amazônia (SPVEA) e das suas disposições normativas (que condicionava a aplicação dos recursos garantidos na Constituição de 1946 apenas aos empreendimentos estritamente econômicos).

A Zona Franca de Manaus também emergiu com nítido compromisso de crescimento econômico da Amazônia Ocidental, conforme se depreende do art. 1º, do Decreto-Lei n.º 288/67, que indica como finalidade a criação de um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas para o desenvolvimento. Nesse momento, a perspectiva do desenvolvimento social era obscura e a preocupação ambiental era muito tímida quando da simples indicação dos fatores locais como ponto a ser considerado na política de incentivos fiscais. Era inolvidável a preocupação quase que integral com o desenvolvimento por meio do crescimento econômico.

Avaliando que a Zona Franca de Manaus adotou as diretrizes internacionais da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (ONUDI), destacadamente com isenções tributárias, facilidades de crédito, tarifas especiais de transporte, disponibilidade de mão de obra etc., Deusamir Pereira[42] critica esse modelo regional de desenvolvimento. Ele acredita que se trata de uma proposta desenvolvimentista de fora para dentro ao obedecer à lógica da divisão internacional da produção, o que teria intensificado as dependências tecnológicas, comercial, produtiva e cultural da região, em relação às economias dos países centrais. Nesse sentido, conclui pela inadequação e insuficiência do modelo para o desenvolvimento da região, *in verbis*:

O modelo de desenvolvimento, neste terceiro ciclo, o da Zona Franca de Manaus, se configura como mais uma tentativa de desenvolver e integrar a região com a prevalência de interesses exógenos. A implantação dos pólos que compõem o distrito industrial focado em produtos que não podem estabelecer relação de afinidade em sua cadeia produtiva com os recursos e potencialidades da região, de forma insofismável, atesta esse histórico 'equívoco', que, como visto nos ciclos que o precedem, tiveram como efeito colateral, ao seu fim, o desespero, a miséria ainda mais intensa e um vergonhoso e covarde abandono pelo restante da nação. A manutenção de um modelo de desenvolvimento, de fora para dentro, responde satisfatoriamente às interrogações formuladas nessas conclusões.[43]

O reconhecimento da fragilidade dessa proposta desenvolvimentista também foi realizado por Ernesto dos Santos Chaves da Rocha[44] quando da constatação da contínua necessidade de prorrogação dos incentivos fiscais para a manutenção do parque industrial da ZFM, considerando que dificilmente as instalações industriais seriam viáveis sem uma compensação (incentivos) para as dificuldades logísticas que acometem a região.

Entretanto, hodiernamente, a SUFRAMA vem despenhando sua gestão no sentido de interiorizar os benefícios dos incentivos fiscais aos 153 municípios dentro da sua área de atuação, bem como de promover e fomentar ciência, tecnologia e inovação a partir das potencialidades regionais, agregando valor a elas.[45] Para viabilizar essas investidas, a autarquia está realizando parcerias com os Estados e Municípios e instituições de pesquisa e ensino, fornecendo cooperação técnica ou conferindo valores decorrentes da Taxa de Serviços Administrativos (TAS), desde que os interessados apresentem potencialidades de investimentos em atividade econômica que gere renda permanente no interior da região ou se afine ao turismo local[46].

Nesse mesmo diapasão, foram criadas o Centro de Ciência, Tecnologia e Inovação no Polo Industrial de Manaus (CT-PIM) e o Centro Biotecnologia da Amazônia (CBA).

Atualmente, em suma, os incentivos fiscais da ZFM são compostos, no âmbito federal, pela redução de até 88% do Imposto de Importação (II) sobre os insumos destinados à industrialização; isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); redução de 75% do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IR), inclusive adicionais de

empreendimentos classificados como prioritários para o desenvolvimento regional, calculados com base no lucro da exploração até 2013; e isenção da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS nas operações internas na Zona Franca de Manaus.

No plano estadual, as prerrogativas econômicas são crédito estímulo, diferimento, isenção, redução de base de cálculo e crédito fiscal presumido do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de acordo com o art. 2.º, da Lei Estadual n.º 2.826/03.

Interessante notar que o referido diploma legal estadual está norteado pelo princípio da reciprocidade, configurado na contrapartida a ser oferecida pelo beneficiário através de salários e benefícios sociais locais (art. 2º, parágrafo único, I). Uma das formas de efetivação desse princípio se dá por meio da necessidade dos beneficiários recolherem contribuições financeiras em favor do Fundo de Apoio às Micro e Pequenas Empresas ao Desenvolvimento Social do Estado do Amazonas (FMPES), da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e do Fundo de Fomento ao Turismo, Infra-Estrutura, Serviços e Interiorização do Desenvolvimento do Estado do Amazonas (FTI).

Daí, denota-se que, em consonância com o art. 4.º, §1.º, da Lei Estadual n.º 2.826/03, a concessão dos incentivos estaduais está condicionada apenas a produtos resultantes de atividades tidas como fundamentais para o desenvolvimento do Estado, quais sejam, as que cumulem três das seguintes características: concorram para o adensamento da cadeia produtiva com o objetivo de integrar e consolidar o parque industrial, agroindustrial e de indústrias de base florestal do Estado; contribuam para o incremento do volume de produção industrial, agroindustrial e florestal do Estado; contribuam para o aumento da exportação aos mercados nacional e internacional; promovam investimento em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia de processo e/ou produto; contribuam para substituir importações nacionais e/ou estrangeiras; promovam a interiorização de desenvolvimento econômico e social do Estado; concorram para a utilização racional e sustentável de matéria-prima florestal e de princípios ativos da biodiversidade amazônica, bem como dos respectivos insumos resultantes de sua exploração; contribuam para o aumento das produções agropecuária e afins, pesqueira e florestal do Estado; gerem empregos diretos e/ou indiretos no Estado; e promovam atividades ligadas à indústria do turismo.

Especificamente, quanto à concessão de diferimento e de crédito presumido de regionalização, o art. 4.º, §3.º, da Lei Estadual n.º 2.826/03, vincula o beneficiário ao preenchimento de três das seguintes condições: geração de novos empregos diretos ou indiretos e realização de investimentos considerados relevantes em ativo fixo; absorção de novos processos de tecnologia de produto e de processo no parque industrial do Estado; não constituição do bem intermediário a ser industrializado em desmembramento do processo produtivo de bem final; que o preço FOB praticado pelo fabricante de bem intermediário nas vendas para empresa controlada, controladora e coligada seja, no máximo, similar ao preço médio do mercado; e a utilização, nas transferências entre estabelecimentos matriz e filial, do valor do custo industrial dos produtos intermediários.

Ademais, nos termos do art. 5.º, da Lei Estadual n.º 2.826/03, os interessados devem, preliminarmente, apresentar a obtenção de licença ambiental prévia e fundar o seu

pedido de concessão dos incentivos em projeto técnico-econômico que aponte a viabilidade e a adequação legal do empreendimento.

Diante das condicionantes estaduais para a concessão dos incentivos fiscais, Omara Oliveira Gusmão[47] ressalta a preocupação do Amazonas em promover o desenvolvimento sustentável ao observar a perspectiva regional, social e econômica com a estipulação da concessão de incentivos tributários sem se olvidar da proteção ambiental.

Em sede municipal (Manaus), confere-se a isenção, pelo prazo de 10 anos, do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), das Taxas de Serviços de Coleta de Lixo, de Limpeza Pública, de Conservação de Vias e Logradouros Públicos e das Taxas de Licença para empresas industriais que se instalarem e gerarem, pelo menos, quinhentos empregos diretos quando do início de sua atividade, mantendo este número durante o gozo do benefício, em consonância com a Lei Municipal n.º 427, de 08 de janeiro de 1998. Quanto às empresas industriais já existentes, esses benefícios municipais poderão lhes ser atribuídos desde que cumpram a mencionada condição de geração de emprego e ampliem o seu parque industrial no âmbito da Zona Franca de Manaus.

Quanto à perspectiva do desenvolvimento ambiental da Zona Franca de Manaus, um recente estudo, provindo da atividade fomentadora da SUFRAMA, confirmou a imprescindibilidade do Polo Industrial de Manaus para a preservação da cobertura verde da Amazônia e para a geração de externalidades a serem compensadas.

A pesquisa resultou na obra "Impacto Virtuoso do Polo Industrial de Manaus sobre a proteção da Floresta Amazônica", desenvolvida por pesquisadores da Universidade Federal do Amazonas (UFAM), Universidade Federal do Pará (UFPA), do Instituto Piatam e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Segundo um de seus pesquisadores e coordenador, José Alberto da Costa (informação verbal)[48], o parque fabril manauara contribuiu para a redução de 70% do desmatamento no Amazonas entre 2000 a 2006 e, até 1997, em aproximadamente 85%. Essa contribuição resultou na preservação de 98% da cobertura vegetal do Estado.

Assim, em meio aos graves e iminentes riscos do aquecimento global gerado pela emissão de dióxidos de carbono na atmosfera, muito dos quais provindos do desmatamento florestal, a proteção ambiental gerada pelo PIM constitui-se em externalidade positiva. Nas palavras de Fábio Nusdeu:

As externalidades correspondem, pois, a custos ou benefícios circulando *externamente* ao mercado, vale dizer, que se quedam incompensados, pois, para eles, o mercado, por limitações institucionais, não consegue imputar um preço. E, assim, o nome *externalidade* ou efeito externo não quer significar fatos ocorridos fora das unidades econômicas, mas, sim, fatos ou efeitos ocorridos fora do mercado, externos ou paralelos a ele [...] como já se indicou, existem igualmente benefícios transferidos incompensadamente a terceiros, ou seja, externalidades ou efeitos externos positivos, chamados ainda de *benefícios sociais*, quando os beneficiários não são identificáveis nem formam um grupo definido de pessoas[49].

O domínio eletrônico da SUFRAMA[50] também noticia o referido estudo e ressalta que, a partir dos valores de mercado (tonelada de carbono nas bolsas americana e europeia) e das pesquisas econômicas na seara ambiental (serviços resultantes da biodiversidade), avaliou-se que, respectivamente, a economia ambiental gerada com o PIM alcançou valores entre US$ 1 bilhão e US$ 10 bilhões e US$ 158 bilhões, no período analisado. Em razão disso, os pesquisadores envolvidos propõem a transformação do PIM em EcoPIM (ou Polo EcoIndustrial de Manaus) e sugeriram a compensação dessa externalidade positiva por intermédio da criação de uma taxa compensatória (cobrada pela ONU e repassada aos governos dos Estados da Amazônia e, principalmente ao Amazonas); da emissão de ações negociáveis de carbono e/ou do estabelecimento de compensações governamentais e de mecanismos pactuados.

Portanto, denota-se que os incentivos fiscais que compõem a Zona Franca de Manaus não se restringem ao mero crescimento econômico da região, pois a SUFRAMA vem se valendo de parcerias e dos recursos da TAS para fomentar e promover pesquisas que aprimorem a tecnologia regional fundada nas potencialidades da floresta, o que responde às críticas de que o modelo seria falho por observar interesses externos e desvinculados dos atributos locais.

Outrossim, há inúmeras condicionantes sociais e ambientais a serem observadas pelas indústrias para gozarem dos incentivos fiscais do Polo Industrial de Manaus sem contar a necessidade delas atentarem para o princípio da reciprocidade, de modo que um percentual dos seus faturamentos devem ser revertidos, por meio do pagamento de contribuições, a Fundos concernentes à interiorização do desenvolvimento, à realização de pesquisas científicas e tecnológicas e ao turismo.

Nesse sentido, a ZFM se apresenta como modelo capaz de desenvolver sustentavelmente a região amazônica ocidental. Apesar da delimitação temporal dos incentivos fiscais (2.023) insinuar a insustentabilidade do modelo e dos problemas ainda presentes no seu funcionamento (concentração de renda em Manaus e nas elites da cidade), existem inúmeras atividades institucionais em cooperação com a iniciativa privada que buscam a agregação de valor à produção gerada com insumos locais e a consolidação fabril independente das prerrogativas extrafiscais. Há, também, a vinculação das receitas do PIM a empreendimentos sociais. Ademais, a concentração em atividades econômicas menos agressivas ao meio ambiente (em comparação com a pecuária, extrativismo de madeira, agroindústria etc.) vem gerando externalidades positivas em âmbito mundial que devem ser compensadas (financeira, tecnológica e socialmente) em prol desse modelo de desenvolvimento.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento abrangente corresponde ao desenvolvimento sustentável e requer a atuação institucional em cooperação com a sociedade de forma multidimensional, envolvendo a interrelação entre os segmentos econômicos, sociais, ambientais, políticos, jurídicos, culturais etc. Trata-se de direito fundamental de terceira dimensão e direito humano inalienável.

Um dos instrumentos constitucionalmente previstos para a promoção do desenvolvimento nacional, em conformidade com as desigualdades regionais e sociais e em harmonia com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, consiste na extrafiscalidade, cujo exemplo de sucesso reside na Zona Franca de Manaus.

Esse modelo desenvolvimentista da Amazônia Ocidental, fundamentado em incentivos fiscais condicionados a aspectos sociais e ambientais, inequivocamente ensejou crescimento econômico para o Amazonas. Diferentemente da economia gomífera, a Zona Franca de Manaus vem se adaptando às conjunturas mundiais e sociais e passou a investir em interiorização de seus benefícios, na biotecnologia e na melhoria das condições de vida dos amazônidas. Apesar da presença de fatores a serem aperfeiçoados, são inequívocos os benefícios (expansão das liberdades) gerados pelo modelo, bem como os êxitos ambientais constituídos pela garantia de preservação da Floresta Amazônica na sua área de influência, o que pode (e deve) se internalizado financeira e tecnologicamente para o PIM.

Por conseguinte, a avaliação da importância da ZFM deixa de perpassar pela renúncia fiscal gerada por seus incentivos ou pelo seu prazo constitucionalmente delimitado, pois o contributo fornecido por ela para a preservação ambiental sem obstar o desenvolvimento econômico e social da Amazônia transcendem a conotação regional (e até nacional) e alcança o âmbito internacional, o que deve corresponder a divisas ao país (com a compensação das externalidades positivas geradas). Ou seja, o modelo desenvolvimentista da ZFM é imprescindível para o desenvolvimento sustentável não só da região, mas para a sustentabilidade (e subsistência) mundial e, principalmente, do Brasil.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: BARRAL, Welber (Org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 31-71.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes; e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57-130.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Declaração da conferência da ONU no ambiente humano**. Disponível em: *<www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 27 ago 09.*

_____._____. **Declaração do rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. Disponível em: < http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=576/>. Acesso em: 27 ago 09.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3540 MC/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília. DF, 01 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp? s1=desenvolvimento meio ambiente proporcionalidade&base=baseAcordaos>. Acesso em: 11 set. 09.

_____._____. **RE 466343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Brasília. DF, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar Jurisprudencia.asp?s1= (466343.NUME. OU 466343.ACMS.)&base=baseAcordaos>. Acesso em: 11 set. 09.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CRUZ, Branca Martins da. Desenvolvimento sustentável e responsabilidade ambiental. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. p. 1-48.

FERREIRA, Gustavo Assed. Desenvolvimento sustentável. In: BARRAL, Welber (Org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 73-94.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros.

GUSMÃO, Omara Oliveira de. Zona franca de manaus: extrafiscalidade, desenvolvimento regional e preservação ambiental. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes; e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Tributação na zona franca de Manaus**: comemoração aos 40 anos da ZFM. São Paulo: MP. 2008. p. 159-175.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 143.

NUSDEO, Fábio. Sustentabilidade. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. p. 144-157.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Direito ao desenvolvimento na constituição brasileira de 1988**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituo Brasileiro de Direito Público, nº 16, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>. Acesso em: 22 jul 09.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Declaración sobre el derecho al desarrollo**. Disponível em: <http://www.un.org/Docs/asp/ws.asp?m=A/RES/41/128>. Acesso em: 10 set. 09.

PEREIRA, Deusamir. **Amazônia insustentável:** Zona Franca de Manaus: estudo e análise. 2. ed. Manaus: Valer, 2006. p. 97.

ROCHA, Ernesto dos Santos Chaves da. Os incentivos do ICMS na zona franca de manaus. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes; e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Tributação na zona franca de Manaus**: comemoração aos 40 anos da ZFM. São Paulo: MP. 2008. p. 95-120.

SALAZAR, Admilton Pinheiro. **Amazônia**: globalização e sustentabilidade. 2. ed. Manaus: Valer, 2006.

SEN, Amartya. **O desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. Reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (Org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 13-30.

SILVA, José Afonso da Silva da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

SUPERINTENDÊNCIA DA ZONA FRANCA DE MANAUS. Interiorização do Desenvolvimento. **História.** Disponível em: < http://www.suframa.gov.br/zfm _historia.cfm>. Acesso em: 10 set. 09.

_____._____. **Desenvolvimento regional**. Disponível em: <http://www.suframa.gov.br/ zfm_desenvolvimento_regional_interiorizacao.cfm>. Acesso em: 11 set. 09.

_____. Critérios de Recursos Financeiros da SUFRAMA. **Desenvolvimento regional**. Disponível em: <http://www.suframa.gov.br/zfm_desenvolvimento_regional_carfs.cfm>. Acesso em: 11 set. 09.

_____. Pesquisa científica comprava contribuição do PIM para a redução do desmatamento na amazônia. **Notícia de 15/09/2008**. Disponível em: <https://www.suframa.gov.br/ suf_pub_noticias.cfm?id=7255>. Acesso em: 11 set. 09.

[1] NUSDEO, Fábio. Sustentabilidade. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. p. 145.

[2] BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: BARRAL, Welber (Org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 33.

[3] BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: BARRAL, Welber (Org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 40.

[4] SEN, Amartya. **O desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 71.

[5] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Direito ao desenvolvimento na constituição brasileira de 1988**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituo Brasileiro de Direito Público, nº 16, dez/ fev. 2009. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>. Acesso em: 22 jul 09.

[6] BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: BARRAL, Welber (Org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 42.

[7] BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: BARRAL, Welber (Org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 43-47.

[8] SEN, Amartya. Reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (Org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 17-21.

[9] SEN, Amartya. Reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (Org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 18.

[10] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**, São Paulo: Saraiva. 8. ed. 2007. p. 30.

[11] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Declaración sobre el derecho al desarrollo**. Disponível em: <http://www.un.org/Docs/asp/ws.asp?m=A/RES/41/128>. Acesso em: 10 set. 09.

[12] MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 143.

[13] BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Declaração da conferência da ONU no ambiente humano**. Disponível em:

<www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 27 ago 09.

[14] FERREIRA, Gustavo Assed. Desenvolvimento sustentável. In: BARRAL, Welber (Org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 81.

[15] CRUZ, Branca Martins da. Desenvolvimento sustentável e responsabilidade ambiental. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. p. 5.

[16] BRASIL. Ministério do meio ambiente. **Declaração do rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&id Conteudo=576/>. Acesso em: 27 ago 09.

[17] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32.

[18] SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 35.

[19] SILVA, José Afonso da Silva da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 26.

[20] SILVA, José Afonso da Silva da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 27.

[21] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros. p. 219.

[22] BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes; e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96-111.

[23] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3540 MC/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília. DF, 01 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp? s1=desenvolvimento meio ambiente proporcionalidade&base=baseAcordaos>. Acesso em: 11 set. 09.

[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Brasília. DF, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1= (466343.NUME. OU 466343.ACMS.)&base=baseAcordaos>. Acesso em: 11 set. 09.

[25] CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 475-476.

[26] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros. p. 147-149.

[27] SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 413-416.

[28] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 241.

[29] SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 435.

[30] SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 417.

[31] SALAZAR, Admilton Pinheiro. **Amazônia**: globalização e sustentabilidade. 2. ed. Manaus: Valer, 2006. p. 223.

[32] SALAZAR, Admilton Pinheiro. **Amazônia**: globalização e sustentabilidade. 2. ed. Manaus: Valer, 2006. p. 231.

[33] SALAZAR, Admilton Pinheiro. **Amazônia**: globalização e sustentabilidade. 2. ed. Manaus: Valer, 2006. p. 228.

[34] PEREIRA, Deusamir. **Amazônia insustentável**: Zona Franca de Manaus: estudo e análise. 2. ed. Manaus: Valer, 2006. p. 97.

[35] PEREIRA, Deusamir. **Amazônia insustentável**: Zona Franca de Manaus: estudo e análise. 2. ed. Manaus: Valer, 2006. p. 99.

[36] PEREIRA, Deusamir. **Amazônia insustentável**: Zona Franca de Manaus: estudo e análise. 2. ed. Manaus: Valer, 2006. p. 105.

[37] SALAZAR, Admilton Pinheiro. **Amazônia**: globalização e sustentabilidade. 2. ed. Manaus: Valer, 2006. p. 237.

[38] SUPERINTENDÊNCIA DA ZONA FRANCA DE MANAUS. Interiorização do desenvolvimento. **História.** Disponível em: < http://www.suframa.gov.br/zfm_historia.cfm>. Acesso em: 10 set. 09.

[39] PEREIRA, Deusamir. **Amazônia insustentável**: Zona Franca de Manaus: estudo e análise. 2. ed. Manaus: Valer, 2006. p. 126.

[40] SUPERINTENDÊNCIA DA ZONA FRANCA DE MANAUS. Interiorização do desenvolvimento. **História.** Disponível em: < http://www.suframa.gov.br/zfm_hist_implantacaodi.cfm>. Acesso em: 10 set. 09.

[41] Informação fornecida por Oldemar Iank na Conferência Nacional sobre Direito Ambiental e Questão da Amazônia, em Manaus, em 05 de setembro de 2009.

[42] PEREIRA, Deusamir. **Amazônia insustentável**: Zona Franca de Manaus: estudo e análise. 2. ed. Manaus: Valer, 2006. p. 115.

[43] PEREIRA, Deusamir. **Amazônia insustentável**: Zona Franca de Manaus: estudo e análise. 2. ed. Manaus: Valer, 2006. p. 120.

[44] ROCHA, Ernesto dos Santos Chaves da. Os incentivos do ICMS na zona franca de manaus. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes; e PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords.). **Tributação na zona franca de manaus**: comemoração aos 40 anos da ZFM. São Paulo: MP. 2008. p. 117.

[45] SUPERINTENDÊNCIA DA ZONA FRANCA DE MANAUS. Interiorização do desenvolvimento.

Desenvolvimento regional. Disponível em: <http://www.suframa.gov.br/zfm_desenvolvimento_regional_ interiorizacao.cfm>. Acesso em: 11 set. 09.

[46] SUPERINTENDÊNCIA DA ZONA FRANCA DE MANAUS. Critérios de recursos financeiros da SUFRAMA. **Desenvolvimento regional**. Disponível em: <http://www.suframa.gov.br/zfm_desenvolvimento_ regional_carfs.cfm>. Acesso em: 11 set. 09.

[47] GUSMÃO, Omara Oliveira de. Zona franca de manaus: extrafiscalidade, desenvolvimento regional e preservação ambiental. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes; e PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords.). **Tributação na zona franca de manaus**: comemoração aos 40 anos da ZFM. São Paulo: MP. 2008. p. 171.

[48] Informação prestada na Conferência Nacional sobre Direito Ambiental e Questão da Amazônia, em Manaus, em 05 de setembro de 2009.

[49] NUSDEO, Fábio. Sustentabilidade. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. p. 152-153.

[50] SUPERINTENDÊNCIA DA ZONA FRANCA DE MANAUS. Pesquisa científica comprava contribuição do PIM para a redução do desmatamento na amazônia. **Notícia de 15/09/2008**. Disponível em: <https://www.suframa.gov.br/suf_pub_noticias.cfm?id=7255>. Acesso em: 11 set. 09.

A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS DEMISSÕES COLETIVAS: UMA FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL BRASILEIRA*

JUDICIAL INTERVENTION IN COLLECTIVE RESIGNATIONS: ACHIEVING THE PRINCIPLES OF BRAZILIAN SOCIAL AND ECONOMIC CONSTITUTIONAL SYSTEM

Christina de Almeida Pedreira

RESUMO

No Estado Social de Direito, poder público e sociedade estão interligados não só pela economia, mas também pelos interesses sociais, políticos e culturais.
Em tempos de crescimento econômico, políticas sociais trazem visibilidade tanto para empresas como para o próprio Estado. Contudo, ao primeiro sinal de instabilidade econômica, o empresariado respondeu agressivamente à sociedade, por meio das demissões em grande número. E o Estado não impediu este resultado.
Entretanto, os empregadores agiram dentro dos limites da legalidade, vez que não há vedação legal às demissões em massa. Mas o que se questiona é: qual o papel do Estado frente àquelas empresas que se apresentavam como colaboradoras e responsáveis?
No momento em que se mais precisa parceria e cooperação entre todos os sujeitos envolvidos na relação de trabalho (sindicatos, trabalhadores, empregadores e Estado), os trabalhadores foram esquecidos
Contudo, o Governo Federal brasileiro tem adotado medidas para minimizar os feitos da crise econômica, pela redução de tributos e ampliação de medidas assistenciais. Mas ficaram circunscritas a alguns setores da economia e não foram suficientes para impedir os efeitos devastadores.
Neste contexto, o Judiciário foi chamado para impedir as demissões coletivas e omitiu-se no exercício da sua função primária de aplicação da lei ao caso concreto, ou seja, os princípios de justiça social e dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal não foram observados.
Por isso, considerando que as políticas públicas sociais são de responsabilidade dos todos os atores sociais envolvidos na relação de trabalho, propõe-se a busca pela implementação de direitos fundamentais, por ato do Poder Judiciário na restrição às demissões coletivas. Principalmente porque a Constituição brasileira determina o equilíbrio econômico-social. É a concretização dos direitos humanos.
Afinal, o apego ao formalismo jurídico, exigindo expressa previsão legal acerca da proibição de demissões em massa, não corresponde ao contexto de complexidade da atual sociedade, e, ainda, demonstra o afastamento do Judiciário da sua função social.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: DEMISSÃO COLETIVA; POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS; INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO; DIREITOS FUNDAMENTAIS.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

ABSTRACT

In Welfare State, public and society are bound not only economics but also social, political, cultural belonging within the environment.
In times of economic growth, social policies brought visibility, both for companies and the Brazilian State itself. However, by the first sign of global economic instability, companies responded aggressively to society, through resignations. And the State has not prevented this result.
Employers acted legally; after all, there is no device that prevents collective resignations. Thus, the question is what is the State's role in face of the business sector that was considered as a socially responsible company?
When we seek the most for a balance between those involved in the industrial relation (trade unions, workers, employers and State), the employees have been forgotten.
Although the Brazilian Government has created measures to minimize the effects of the economic crisis by tax incentives and extension of assistance funds, it was not sufficient to prevent closing devastating jobs.
In this scenario, the Judiciary was required to prevent these resignations. However, closed their eyes to their primary function which is to apply the law, that in this case, was the principles of human dignity (article 01) and social justice (article 170), both written in Brazilian Federal Constitution.
Therefore, considering the social public policies as measures of social actors involved in the industrial relation for the purpose of achieving fundamental rights, the study on the role of the judiciary about the collective resignations. Mainly because the Brazilian Constitution outlines of humanitarian and social-economic balances. It is a matter of humanity in practice.
The attachment to the legal formalism, requiring forecast on the law that prevents employers of resign your employees without limit, confirms the lack of interest on the complexity of modern society and, above all, shows the lack of political actor by the Judiciary.

KEYWORDS: KEY WORDS: COLLECTIVE RESIGNATIONS; SOCIAL PUBLIC POLICIES; JUDICIARY; FUNDAMENTAL RIGHTS.

Noções Introdutórias

A última década foi marcada pela busca e afirmação de conceitos como "responsabilidade social da empresa" e políticas públicas. Entretanto, para concretização desta responsabilidade, as empresas, em atuação conjunto com o Estado, investiram na criação de programas sociais abertos à comunidade, em movimentos de defesa do meio-ambiente, ou, algumas vezes, buscaram a filantropia.

Em tempos de crescimento econômico, as políticas sociais trouxeram visibilidade e destaque, tanto para as empresas como para o próprio Estado brasileiro. Estatísticas[1] mostram os surpreendentes índices de incremento financeiro em território nacional, notadamente nos primeiros anos do século XXI.

As políticas públicas sociais são, assim, consideradas a partir da relação do da sociedade com o poder público, em coordenação e cooperação de interesses. Afirmava-se que a geração de novos empregos, a melhoria nas condições de trabalho e o cumprimento das obrigações tributárias seriam suficientes para que empresas e Estado participassem do desenvolvimento da sociedade. Afinal, no modelo social de Estado, público e privado estavam vinculados não só a aspectos econômicos, mas também sociais, políticos, culturais dentro do ambiente que integravam.

No entanto, ao primeiro sinal de instabilidade da economia mundial, essas mesmas empresas responderam agressivamente à sociedade, por meio das demissões coletivas. E, o Estado, omissamente, não impediu este resultado. A noção de responsabilidade social perdeu-se em meio à crise financeira globalizada.

Juridicamente, o empresariado agiu dentro do permitido, afinal, não há dispositivo de lei que impeça o exercício do poder diretivo pela dispensa em massa. Exemplos neste sentido dominaram os noticiários ao redor do mundo. E, aqui, no Brasil, não poderia ser diferente. Fato é que houve inúmeras ocorrências de dispensa coletiva de trabalhadores nos últimos 12 meses – umas com maior e outras com menor repercussão nacional.

Diante desta realidade, resta-nos indagar sobre qual seria o papel do Estado brasileiro diante daquele empresariado que obteve junto ao seu povo a titulação de "empresa responsável"? Pode o Estado, pela figura do poder judiciário, intervir na relação de trabalho, restringindo o poder potestativo de dispensa do empregador?

No momento em que mais se precisa equilíbrio entre os agentes envolvidos na relação capital-trabalho (sindicatos, trabalhadores, empregadores e Estado), verifica-se o abandono daqueles evidentemente mais fracos. O que se observa, utilizando uma expressão bastante significativa: os trabalhadores foram lançados à própria sorte!

Ainda que o Estado brasileiro, na figura do Poder Executivo, tenha se utilizado de medidas na tentativa de minimizar os efeitos da crise econômica mundial, por meio de incentivos fiscais[2] e ampliação de parcelas do seguro-desemprego[3]; ao que se vê, estas alternativas restringiram-se a alguns setores muito próprios da economia brasileira[4], na qual se esperava a vinculação acerca das decisões sobre emprego.

E, mesmo assim, não foi suficiente para impedir o fechamento devastador de inúmeros postos de trabalho.

Diante desta realidade, o mesmo Estado, agora na figura do Poder Judiciário, foi chamado a impedir a efetivação dessas demissões, sob os argumentos mais variados: desde a exigência (não prevista em lei) de negociação coletiva prévia, até, a alegação acerca dos efeitos devastadores na economia interna.

Tanto por um ou por outro argumento, o Judiciário fechou os olhos à sua função maior que é a de dizer o direito diante do caso concreto, que neste caso, foi o de dizer os princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e de justiça social (art. 170, *caput*), diante do comportamento devastador de grande parte das empresas que somaram resultados positivos expressivos na última década e não puderam "suportar" as expectativas decorrentes dessa crise.

Sob o aspecto do Direito, as políticas públicas devem ser entendidas como medidas próprias de qualquer ator social envolvido na relação examinada – neste caso, trabalhista – de concretização de direitos fundamentais. As políticas públicas sociais devem ter caráter humanitário, ou seja, devem ser medidas hábeis a tornarem práticos os direitos humanos. É uma questão de humanidade posta em prática.

Por certo, esta crítica à omissão do Poder Judiciário no controle social acerca das demissões coletivas só se justifica porque há no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, contornos de ordem humanitária e de equilibro econômico-social do Estado brasileiro.

O excessivo apego ao formalismo jurídico pelo Poder Judiciário, exigindo expressa previsão em lei que impeça os empregadores de demitirem seus empregados sem qualquer limite, é atestar desinteresse acerca da complexidade da sociedade moderna e, principalmente, desconhecer seu papel de agente político eficaz, por meio da concretização de princípios constitucionais programáticos.

O desemprego como problema social: repercussões sobre as ordens econômico e social brasileira

Não se pretende fazer uma análise sócio-econômica dos efeitos das demissões em massa, de notória ocorrência nos últimos 12 meses, na sociedade brasileira. O objeto central desta pesquisa é resgatar o papel do direito – como regulador da vida em sociedade – nessas situações. O desemprego não é só um problema de estatística macro-econômica, mas um elemento social relevante, cujas repercussões imediatas são o descumprimento dos princípios constitucionais econômicos de justiça social, redução das desigualdades sociais e dignidade da pessoa humana.

Analisando o contexto sócio-econômico atual, *José Roberto Freire Pimenta* e *Nadia Soraggi Fernandes* ponderam que

na relação de emprego, os conflitos aumentam gradativamente, como conseqüência do agravamento das questões sociais. A força da globalização, do capitalismo e a desenfreada busca das empresas pela diminuição de custos elevam em grandes proporções o desemprego e o subemprego no país. São conseqüências de uma política empresarial de busca de mão-de-obra barata, de flexibilização das normas trabalhistas e de uma atuação sindical enfraquecida[5].

A idéia de globalização pode ser indicada como ponto de partida, em razão da abertura e interligação mundial dos mercados, da motivação das demissões coletivas. Em época de recessão, custos são reduzidos e despesas são cortadas, especialmente com o corte de postos de trabalho. Afinal, para os gestores empresariais, estas medidas permitem desenvolver programas de recuperações para as empresas, e com isso é possível a reestruturação na cadeia produtiva. Sob este argumento, a demissões são justificáveis.

Entretanto, numa busca desesperada em conter os avanços devastadores na redução de vagas no mercado de trabalho, os intérpretes e aplicadores do Direito vêm buscando

alternativas no ordenamento jurídico para limitar este poder próprio dos empregadores: a dispensa.

A falta de previsão legal sobre o tema vem ampliando os debates, particularmente no Judiciário[6].

Afinal, não há mal algum na busca do enriquecimento econômico pelo empresariado, contudo, sua efetivação não pode sobrepor-se à manutenção mínima do equilíbrio das relações jurídico-sociais trabalhistas: pela manutenção do emprego.

Mais do que discutir a legalidade ou não da dispensa coletiva no direito brasileiro, é importante contextualizar os efeitos dessa demissão na sociedade em que se vive.

Problematização também formulada por *Marcio Tulio Viana* ao questionar se "o mundo do trabalho mudou, não é justo que também mude o Direito?", traz a seguinte resposta:

Em certa medida, não há dúvida que sim. Mas antes de se pensar em mudar o Direito, é preciso pensar nas coisas que o Direito pode mudar. Pois ele não é, nem consegue ser, um simples retrato da realidade; mesmo quando simplesmente a confirma, no mínimo a reforça e desse modo a transforma[7].

Sabe-se que o Direito é circunstancial: ele se forma nos contornos da sociedade, do tempo e do lugar. Ainda mais evidente torna-se esta característica quando se analisa a relação de trabalho, em que se contrapõem o poder econômico do empregador, de um lado, e, o trabalhador, de outro.

O trabalho deve ser resguardado, como atividade que possibilita a realização e o aprimoramento da dignidade da pessoa humana, garantindo ao trabalhador sua inserção na sociedade. Por isso, o desemprego deve, também, ser objeto de tutela jurídica. Propõe-se o exame dos efeitos decorrentes da demissão coletiva no contexto da relação trabalhista brasileira, nos últimos tempos.

Nas palavras de *Jorge Luiz Souto Maior*, "o desemprego, em uma sociedade marcadamente capitalista, destrói a auto-estima, aniquilando o ser humano, e, ao mesmo tempo, é causa de uma série enorme de problemas que atingem toda a sociedade"[8].

É por isso que se reconhece a complexidade dos interesses envolvidos – direta ou indiretamente, - nas relações trabalhistas. Para *Tereza Aparecida Asta Gemignani*,

no caso dos conflitos trabalhistas, que via de regra também envolvem a aplicação de justiça distributiva, o nível de complexidade aumenta, pois implica em considerar também o que está implícito, ou seja, um amplo universo dos que se beneficiam, ou não, desta eficiência, que pode ser manipulada, de forma que sob o aparente atendimento atendimento de interesses públicos ou coletivos, na verdade acabam por atender interesses corporativos e setoriais, de quem tem o controle de certos segmentos produtivos da sociedade[9].

Sob outra perspectiva, mas no mesmo contexto, deve-se considerar a finalidade social do contrato de trabalho, qual seja o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de trabalho[10] por prazo indeterminado.

Quanto a este aspecto, *Marcus Menezes Barberino Mendes* afirma que "se faz necessário re-valorar no direito outro aspecto de uma antiga noção jurídica: a de segurança econômica, um qualificativo material do tradicional instituto da segurança jurídica" [11]. Para o autor, a segurança econômica

é corolário do direito à vida, do pertencimento a uma determinada comunidade, enfeixando de modo concreto o exercício da cidadania no plano econômico e social, pois conduz ao reconhecimento do direito à justa retribuição pelo trabalho, do direito à renda provisória no curso de evento que impeça o trabalho humano (doenças, desemprego, acidente de trabalho, aposentadoria)[12].

O desemprego não só atinge a economia naquele especo em que se vive, mas também tira do trabalhador o meio pelo qual se obtém os proventos para sobrevivência minimamente digna.

Neste sentido, *Hilka Vier Machado, Claudio Aurélio Hernandes* e *Maristela Moraes* ponderam que

o trabalho é um meio para o indivíduo realizar uma tarefa e estabelecer relacionamentos com outros indivíduos, sendo que a inserção no mundo do trabalho aparece como resultado de uma vida 'adaptada' e 'normal'. [...] Portanto, a auto categorização do indivíduo, enquanto integrante do grupo em que trabalha, estabelece-se por meio de sentimentos de vinculação e diferenciação e desligar-se do trabalho, e conseqüentemente do grupo, representa uma ruptura desse processo, que pode dar lugar a uma incerteza subjetiva, a menos que o desligamento tenha sido antecipadamente planejado.(g.n.)[13]

Se por um lado a demissão representará o rompimento social do trabalhador enquanto sujeito no grupo, por outro, busca-se o resgate, no ordenamento constitucional brasileiro, do trabalho como elemento de direito social (art. 6º, CF) e princípio da ordem econômica (art. 170, *caput* e inciso VIII, CF).

Não é o caso de afastar completamente do modelo jurídico brasileiro o poder de demissão que é inerente ao empregador, na relação de trabalho. Mas, sim, ponderar eventuais hipóteses em que a intervenção do Estado, pelo Poder Judiciário, neste sentido, possam ocorrer.

Sabe-se que a demissão é um ato unilateral do empregador e, por isso, na maior parte das vezes se apresenta como fator surpresa na vida pessoal do trabalhador. Além das conseqüências econômicas, que já foram indicadas, a demissão tira do trabalhador a segurança emocional de seguir em frente.

Ainda sobre os efeitos da demissão, *Cristiana Soares Campos e Flávia Cristina Rossi Dutra* consideram que

excluir um cidadão do mercado de trabalho pode levá-lo não apenas à privação material, mas à restrição de direitos, de segurança socioeconômica e de auto-estima. Isso porque o desemprego não representa um risco como qualquer outro (doença, acidente do trabalho, etc.). A sua generalização por longo tempo pode implicar, muitas vezes, maior fragilidade ante os demais riscos da sociedade.[14]

Por este último elemento, é que se sugere a intermediação dos sindicatos, principalmente quando as demissões atingirão números significativos em determinado ambiente de trabalho. Este fato repercutirá não só para aqueles que perderam o emprego, mas principalmente – e de modo ainda mais preocupante – para aqueles que permanecem na expectativa de permanência ou não no futuro próximo.

Num ambiente de trabalho em que as expectativas em torno das reestruturações organizacionais (como demissões, terceirizações, reduções salariais e de benefícios), o grau de tensão é ainda mais devastador, incidindo, certamente, sobre a qualidade e quantidade de produção.

Esses fatores levam não só à precarização das condições de trabalho, mas da própria relação de trabalho. Ou seja, a relação entre capital e trabalho torna-se precária.

E é este aspecto que se quer enaltecer. O poder econômico, apesar de evidentemente mais forte do que o trabalho, não pode, sem limites, sobrepor-se a ele. Assim, quando se defende a intervenção do Poder Judiciário no caso das demissões em massa quer-se preservar não só a dignidade do trabalhador, na manutenção do seu emprego, mas também, o equilíbrio econômico pela manutenção da produção empresarial. Pois os dois pólos, junto, movimentam a sociedade. *Ranúlio Mendes Moreira,* reconhecendo esta particularidade afirma que

da loucura implementada no mundo do trabalho, decorre, necessariamente, a luta desenfreada pela sobrevivência. As empresas lutam umas contra as outras, numa competitividade em que as pequenas sucumbem diante da força das maiores. Os trabalhadores também não escapam a essa perniciosa contenda, mas, como não possuem armas para lutar, são dizimados pela máquina do mercado, que é pilotada por maníacos e gananciosos capitalistas, e o que é mais grave, essa máquina é blindada pela proteção estatal.[15]

Propõe-se uma nova relação de trabalho, observando os ditames de justiça social e dignidade da pessoa humana, fortalecida pela livre iniciativa e concorrência, mas baseada em regras de coordenação e equilíbrio dos interesses econômicos e sociais, para a construção de uma cidadania consistente. Por isso a intermediação dos sindicatos, já que são sujeitos legitimados pelo Estado para a personificação dos interesses da categoria, neste caso, de trabalhadores.

O papel dos sindicatos como grupos sociais intermediários: a importância da negociação coletiva prévia no caso de demissões em massa

A negociação coletiva é o procedimento por meio do qual trabalhadores, necessariamente representados por entidade sindical, e empregadores, podendo ou não estar representados, buscam a pacificação de conflitos trabalhista, formalizando, ao final, a composição dos interesses paritariamente atendidos.

Propõe-se o reconhecimento da negociação coletiva como instrumento adequado e hábil à intermediação dos conflitos trabalhistas, afinal, a relação de trabalho, dado seu caráter

essencialmente interpessoal, está em constante conflito, ainda que haja harmonia entre as partes.

Ao longo dessa relação jurídica, as partes buscam por condições que melhor atendam aos seus interesses – seja trabalhador ou empregador.

Dada esta peculiaridade, a coletivização do conflito trabalhista, o sindicato é peça essencial nesta discussão, afinal, de modo genérico, pode-se afirmar que a sociedade de hoje é uma sociedade coletiva, vez que a produção é coletiva, o consumo é coletivo e, conseqüentemente, os conflitos também são coletivos.

Como diz *Márcio Túlio Viana*, "o sindicato não é apenas o ator que cria (através da convenção coletiva) ou pressiona para criar (através da lei) o Direito do Trabalho; é também o personagem que reforça a efetividade da norma, através de verdadeiras sanções paralegais, como a greve e o boicote"[16].

Quanto à atuação sindical, a despeito da afirmativa de *Maria Cecília Máximo Teodoro e Aarão Miranda da Silva*, de que a "busca incessante [pelos sindicatos] de pacificação entre o capital e a classe operária, é constitucionalmente, assegurada pela negociação coletiva", considerando-a como "um pressuposto de existência e até validade dos conflitos e soluções desses na esfera coletiva do trabalho"[17], propõe-se, neste artigo, o fortalecimento da negociação coletiva como um instrumento de articulação e equilíbrio entre os atores envolvidos na relação coletiva de trabalho – trabalhadores, empregadores e, por que não, o Estado.

O trabalho, enquanto interesse defendido pelas entidades sindicais, deve ter seu valor social reconhecido, qual seja, elemento essencial da vida humana. Neste sentido, *Fernanda Antunes Marques* pondera que

Essa essencialidade deve ser resguardada, sobretudo pelo Estado. A forma de se resguardá-la, não há dúvida, será pela efetivação do valor social do trabalho enquanto valor supremo das dinâmicas trabalhistas. [...] A permanência no emprego é direito de indisponibilidade absoluta. É, pois, instrumento de promoção da justiça[18].

A negociação coletiva, enquanto procedimento de diálogo social, é o único capaz de reequilibrar as força do trabalho perante o poder econômico.

Segundo *Amauri Mascaro Nascimento*,

há direitos que devem ser defendidos com a força da lei e outros que podem ser melhor disciplinados pela autocomposição direta entre os próprios interessados, sendo certo, também, que entre os primeiros, direitos há que são da maior importância, porque se referem à própria pessoa do trabalhador. Podem ser denominados, expressão clássica no direito comum, direitos fundamentais.[19]

Sobre os direitos fundamentais na relação de trabalho, continua o autor,

na esfera das relações de trabalho, têm como fundamento a necessidade de garantia de um mínimo ético que deve ser preservado nos ordenamentos jurídicos nas relações de trabalho como forma de organização jurídico-moral da sociedade quanto à vida, à saúde,

á integridade física, à personalidade e outros bens jurídicos valiosos para a defesa da liberdade e integração dos trabalhadores na sociedade perante a qual tem o dever-direito ao trabalho[20] (g.n.).

Para efeitos deste artigo, considera-se a limitação às demissões coletivas, ou, de outra ótica, a manutenção do emprego como bens jurídicos valiosos à integração dos trabalhadores na sociedade, já que tem direito ao trabalho.

Por isso, é desejável o acompanhamento, pelos sindicatos, de todas as fases decisórias empresariais em que as demissões, principalmente coletivas, sejam consideradas. Afinal, pela negociação coletiva, trabalhadores e empregadores juntos podem buscar medidas intermediárias - e temporárias – de superação das chamadas crises econômicas. Ora, o que se espera das crises econômicas é que seja, efetivamente, transitórias.

Contudo, sabe-se da ineficácia das negociações coletivas. Os sindicatos não têm conseguido contrapor-se ao poder econômico dos empregadores. Por tal razão, necessária se faz a intervenção do Poder Judiciário em matéria de natureza trabalhista coletiva.

Acima, foram apontadas medidas interventivas na ordem econômica brasileira – incentivos fiscais e aumento nas parcelas de seguro desemprego – do Poder Público Executivo Federal. Ou seja, é de se reconhecer, para o modelo de Estado Social brasileiro, que as intervenções do poder público nas ordens econômica e social são necessárias, eventualmente. Neste mesmo contexto, o Poder Judiciário deve ser inserido.

A intervenção do Poder Judiciário para obstar demissões em massa é forma de concretização dos princípios constitucionais de justiça social e dignidade da pessoa humana

O dinamismo das relações coletivas de trabalho não pode ser limitado aos clichês jurídicos de condição de ação ou pressuposto processual. Deve-se tomar este momento social como oportunidade de revisão do papel do direito do trabalho e, particularmente, do judiciário trabalhista: resgatando suas funções de regulação e pacificação de conflitos sócio-trabalhistas, respectivamente.

Sobre o novo papel do Direito do Trabalho, *Jorge Luiz Souto Maior* afirma que deve

fixar um parâmetro de segurança e dignidade nas relações de trabalho, que tanto preserve o homem no contexto produtivo quanto, de certa forma, acaba beneficiando as políticas econômicas", em outras palavras é afirmar que cabe ao Direito do Trabalho "evitar o desemprego desmedido e despropositado, que apenas serve para incrementar a utilização de contratos que desconsideram os seus fins sociais e geram insegurança na sociedade[21].

Quanto ao Judiciário, *Tereza Aparecida Asta Gemignani* pondera criticamente que

o direito do trabalho sempre foi chamado a enfrentar questões, que demandavam a análise destas duas perspectivas; temas candentes como emprego, renda, informalidade, critérios de reajuste salarial, atuação de movimento grevista, limites da atuação disciplinar no local de trabalho, condutas de assédio moral e sexual, nem de longe podem ser reduzidos à equação do do ut des que caracteriza a lógica da justiça comutativa[22].

Neste artigo não se pretende eliminar o poder potestativo de dispensa do empregador, mas sim limitá-lo, quando necessário, pelos ditames constitucionais de justiça social e dignidade a pessoa humana.

Os desequilíbrios econômicos dos mercados e as crises econômicas mundiais tornam oportunas as reformulações produtivas empresariais, dentre elas a eliminação coletiva de postos de trabalho e nova contratação de trabalhadores a salários mais baixos ou em situação jurídica contratual diferenciada.

O reconhecimento das demissões coletivas como problemas de políticas públicas é um grande passo ao fortalecimento do Estado brasileiro como Estado Social Democrático. Isto porque não se espera o encerramento das discussões sob o ponto de vista formalista de previsão ou não da correspondente tutela jurídica, mas, principalmente, da atuação do Poder Judiciário, neste controle, também como ator social.

Em exame próprio sobre a matéria, *Ada Pellegrini Grinover* reconhece a responsabilidade do Poder Judiciário como implementador de políticas públicas no Estado brasileiro, tendo em vista que

no Estado democrático de direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal[23]. (g.n.)

Mais uma vez reitera-se a afirmativa de que não se pretende sustentar a eliminação do poder de dispensa do empregador, mas sua restrição pelo poder judiciário, quando se fizer necessário, para a concretização dos princípios constitucionais de justiça social e dignidade da pessoa humana, simultaneamente.

São inúmeros os princípios constitucionais que incidem sobre o exame das demissões coletivas: desde aqueles previstos como fundamentos e objetivos do Estado brasileiro[24], até a configuração da ordem econômica brasileira[25].

Frente a estes ditames, o fato das empresas afirmarem inviabilidade econômica e financeira de manter os postos de trabalho, na atual conjuntura, caberá ao intérprete do Direito, analisar se, efetivamente, a decisão unilateral daquele pela demissão em massa é suficiente a cumprir a norma constitucional.

Entende-se que não. É preciso que haja coordenação e equilíbrio entre os atores sociais trabalhistas. É neste contexto que se compreende a noção de responsabilidade social das empresas. Ou seja, responsável é a empresa que busca harmonia entre seus recursos financeiros e humanos. Afinal, o desemprego em massa repercutirá na diminuição do poder aquisitivo do trabalhador, enquanto sujeito simultâneo no mercado de consumo.

Em outras palavras, a demissão em massa não produz efeitos tão somente na relação jurídica trabalhista, mas também na relação econômica consumeirista, em face da redução no poder de compra das pessoas. O trabalhador é, sem dúvida, relevante enquanto sujeito econômico.

A teoria do não-retrocesso social[26] deve aqui se compreendida como fundamento para a atuação do Judiciário na anulação de demissões em massa, não como medida interventiva, mas sim como medida garantidora de patamares mínimos de dignidade de vida de um trabalhador, que tem na sua remuneração a única forma de obtenção econômica de sobrevivência.

Neste sentido, *Maria Cecília Máximo Teodoro* e *Aarão Miranda da Silva* argumentam

que a intervenção Estatal (nas demissões coletivas não negociadas) é meio de demonstrar segurança jurídica nas relações jurídicas e sociais, pois, muitos contratos de trabalhos "diretos" e individuais foram rescindidos imotivadamente, diversas famílias foram impactadas economicamente, comunidades inteiras dizimadas financeiramente, socialmente o exército de desempregados aumentou, as desigualdades se acentuaram, a precarização despontou, e ainda, coletivamente, o direito sindical brasileiro restou enfraquecido[27].

Assim, a atuação do Judiciário impedindo, justificadamente, demissões em massa é medida de concretização da norma constitucional brasileira. Pela evolução do estudo do Direito, exigir a previsão (ou melhor, pela proibição) da demissão coletiva é esquivar-se ao aprofundamento do tema, qual seja: a juridicização ou a materialização dos princípios constitucionais ditos programáticos. Portanto, não é o caso de ausência de norma.

Simplificadamente, *Ada Pellegrini Grinover*, analisando o cabimento da intervenção do Judiciário em matéria de políticas públicas, aponta alguns requisitos: o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público, e, a existência de disponibilidade-financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas". Pois, para a autora, "os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF) e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana", sendo que "o mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado"[28]

Trata-se de um desafio: construir um outro padrão normativo que permite, pela conjugação de valores, concretizar os princípios constitucionais. Afinal, o reconhecimento da força normativa da Constituição implica em considerá-la não só como um instrumento política, mas principalmente como um documento jurídico, que estabelece normas de conduta, que assim podem ser exigidas perante qualquer Juízo ou Tribunal. Para *Tereza Aparecida Asta Gemignani* esse modelo está fundado na participação mais efetiva do juiz, cuja atuação

deixa de limitar-se apenas a um processo de subsunção do conflito à solução já posta na norma. Trata-se de um sistema fundado no modelo de cláusulas abertas e normatividade

dos princípios, em que o juiz se torna co-participante do processo de criação do direito, atuando ao lado do legislador, fazendo valorações próprias e realizando escolhas[29].

Afinal, como afirma *Amauri Mascaro Nascimento*, "a proteção do emprego não depende da legislação trabalhista, mas, e primordialmente, de políticas de desenvolvimento econômico aliadas a políticas de treinamento e reciclagem profissional e de políticas empresariais industriais que permitam a abertura, pelas empresas, de postos de trabalho"[30].

E, para efeitos deste estudo, cabe ao Estado, pelo Poder Judiciário, também produtor de políticas públicas, garantir a concretização dos princípios de justiça social, impedindo a "degradação abrupta da qualidade de vida da classe trabalhadora, que proporciona a exclusão de bilhões de pessoas, que é dada como coisa natural e admitida tanto por quem implanta e impõe tal pensamento como por aqueles que se submetem"[31].

Síntese conclusiva

Como não se pode impedir o exercício do poder potestativo de dispensa pelo empregador, propõe-se, para este fim, a aproximação e intensificação da intermediação das entidades sindicais, pela negociação coletiva, de modo a garantir, pelo diálogo social entre os interessados, a coordenação das alternativas diante de situações fáticas de desequilíbrio econômico e financeiros das empresas, inclusive se forem inevitáveis as demissões.

E, quando a intermediação dos sindicatos não for, pela negociação coletiva, suficientes e o Judiciário for chamado a intervir, não poderá omitir-se.

O Poder Executivo tem se utilizado de inúmeras medidas para minimizar os efeitos das crises econômicas pelas quais a sociedade brasileira atravessa. Em ação conjunta, quando provocado, o Judiciário também deverá cumprir seu papel de ator social, responsável pelo equilíbrio econômico-social do Estado brasileiro.

Isto porque, a busca pelo lucro e a reformulação nos modos de produção são perfeitamente compatíveis à manutenção proporcional de postos de trabalho. O equilíbrio destes dois indicativos é de responsabilidade, não só do empregador, mas do Poder Público (em todas as suas esferas de Poder) e, também, da sociedade.

É certo que a economia mundial precisa expandir-se, mas não de forma predatória quanto à estabilidade sócio-econômica das relações trabalhistas.

As demissões coletivas têm que ser reconhecidas como atos jurídicos de responsabilidade da empresa, num primeiro momento, mas, em última instância, do Poder Judiciário, afinal, os efeitos na coletividade podem ser desastrosos e, muitas vezes, irreversíveis.

Trata-se, assim, do reconhecimento de uma nova leitura dos dispositivos constitucionais e legais que regulam as relações de trabalho no direito brasileiro. É a concretização,

dentre outros, dos princípios de justiça social e de dignidade da pessoa humana, pelos próprios atores sociais envolvidos.

Referências bibliográficas

BRASIL. AGENCIA BRASIL – Empresa Brasileira de Comunicação. Disponível em: http://www.agenciabrasil.gov.br

BRASIL, DIEESE – Departamento intersindical de estatística e Estudos socioeconômicos. Disponível em: http://www.dieese.org.br

CAMPOS, Cristiana Soares; DUTRA, Flávia Cristina Rossi. **Globalização e Dignidade da Pessoa Humana**, in Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.43, n.73 p.79-84, jan./jun.2006, p. 82.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constitucional e Teoria da Constituição.** 3.ed., Coimbra, 1998.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Constitucionalização dos direitos trabalhistas: novo modelo de normatividade?, *in* **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 29, p. 39-56, 2006. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18326/A_Constitucionaliza%c3%a7%c3%a3o_dos_Direitos_Trabalhistas.pdf?sequence=2. Acesso em: 19/08/2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário, in **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 30, maio/junho, 2009.

MACHADO, Hilka Vier; HERNANDES, Cláudio Aurélio; MORAES, Maristela. Explorando significados da demissão, in **Revista Gestão e Planejamento**. Ano 5, Nº 10, Salvador, jul./dez. 2004, p. 07-15.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Convenção 158 da OIT**. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5820.

MARQUES, Fernanda Antunes. Dispensa imotivada: captura da subjetividade do trabalhdor, in Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, pp. 7826-7851.

MENDES, Marcus Menezes Barberino. O contrato de trabalho e o direito ao equilíbrio econômico-financeiro à luz EC n. 45:04. Caderno de doutrina e jurisprudência da Escola da Magistratura da 15ª Região, Campinas, v. 2, n. 2, p. 59-64, mar./abr. 2006. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22817/contrato_trabalho.pdf?sequence=1. Acesso em 02/09/2009.

MOREIRA, Ranúlio Mendes. O neoliberalismo e a banalização da injustiça social, *in* **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região,** Belo Horizonte, v.45, n.75, p.173-184, jan./jun.2007, p. 175.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O novo âmbito do protecionismo do direito do trabalho, *in* **Revista LTr**, v. 66 n. 8, p. 905 – 921, ago. 2002.

PIMENTA, José Roberto Freire; FERNANDES, Nadia Soraggi. A importância da coletivização do Processo Trabalhista, in **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 45-60, jul/dez, 2007.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta in. **Revista do Senado**, http://www.senado.gov.br/sf/bi. Acesso em 12/08/2009.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT, *in* **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região,** Belo Horizonte, v.46, n.76, p.235-246, jul./dez.2007.

---

[1] BRASIL, DIEESE – Departamento intersindical de estatística e Estudos socioeconômicos. Disponível em: http://www.dieese.org.br/esp/cju/cjumpt.xml. Acesso em 15/09/2009. "Nesta década, a economia brasileira vem se caracterizando por um processo de reestruturação produtiva, aliado à diminuição do crescimento econômico, implicando uma baixa capacidade de geração de postos de trabalho. O crescente desemprego observado neste período, decorrente deste processo, não mereceu ou vem merecendo por parte dos governos a atenção que sua evidente gravidade merece.

Para as regiões metropolitanas onde é realizada a Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED) - São Paulo, Belo Horizonte, Distrito Federal, Porto Alegre, Recife e Salvador -, o ano de 1999 vem registrando patamares significativamente mais elevados. No mês de abril, na Grande Belo Horizonte, Distrito Federal e Grande Porto Alegre, as taxas de desemprego se situavam, respectivamente, nos patamares de 18,4%, 22,1% e 19,2%. A Grande São Paulo registrou, em maio, uma taxa de desemprego de 20,3%, sendo o contingente de desempregados estimado em 1.822.000 pessoas.

Na Região Metropolitana de São Paulo, onde se concentra o maior contingente da População Economicamente Ativa (PEA) nacional, a evolução das taxas de desemprego vem se caracterizando, especialmente, pelo crescimento em segmentos responsáveis em maior medida pelo sustento familiar.

Entre dezembro de 1998 e maio de 1999, as elevações das taxas de desemprego se caracterizaram por expressivas variações, principalmente entre os chefes de domicílio (24,3%), nas faixas etárias com maior participação na PEA - pessoas entre 18 a 24 anos

(21,8%) e 25 a 39 anos (17,5%) -, homens (21,6%) e pessoas com experiência anterior de trabalho (17,2%).

A gravidade da situação do desemprego atual se expressa também na alta elevação das taxas de desemprego em praticamente todos os demais segmentos, tais como: mulheres, pessoas com 40 anos e mais e aquelas sem experiência anterior de trabalho.

Nos últimos doze meses, o setor industrial registrou declínio de 4,7% (-67.000 postos), com altas quedas para os ramos metal-mecânica (-5,8%), química e borracha (-14,3%) e alimentação (-9,3%). Da mesma forma, observou-se nos setores do Comércio e Construção Civil, respectivamente, decréscimo de 6,6% (-77.000 postos) e 24,2% (-55.000 postos). O setor Serviços ampliou expressivamente seu contingente, no mesmo período, em 5,6% (215.000 postos)".

[2] BRASIL. Agencia Brasil – Empresa Brasileira de Comunicação, em 30 de Março de 2009 - 11h49 - Última modificação em 30 de Março de 2009 - 17h45, por MELLO, Daniel. "Governo prorroga IPI menor para carros novos e baixa impostos de material de construção". Disponível em: http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/03/30/materia.2009-03-30.3312056228/view . Acesso em 15/09/2009. O governo federal anunciou a prorrogação da redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para carros e caminhões novos por mais três meses. A medida faz parte do pacote tributário lançado hoje (30) e que também prevê alíquota zero do IPI para 30 itens de material de construção (cimento, tinta, banheiras, chuveiro elétrico). "Verificamos que o IPI menor para os carros foi bem sucedido e trouxe uma recuperação rápida da indústria automobilítica que tem um peso de 23% do PIB industrial do país", disse o ministro da Fazenda, Guido Mantega, que fez o anúncio ao lado do vice-presidente da República, José Alencar. Segundo ele, as reduções de impostos estão vinculadas a acordos de manutenção de emprego pelas empresas dos setores beneficiados. A justificativa para a prorrogação do IPI dos veículos foi a recuperação da produção de 21,3% no mês passado, após uma queda de 50% registrada em dezxembro de 2008.

[3] BRASIL. Agencia Brasil – Empresa Brasileira de Comunicação, em 24 de Março de 2009 - 16h19 - Última modificação em 24 de Março de 2009 - 18h15. LOPES, Roberta. "Governo Amplia em duas parcelas o seguro-desemprego para demitidos em desembro". Disponível em: http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/03/24/materia.2009-03-24.9737171934/view. Acesso em 15/09/2009. "Os trabalhadores demitidos em dezembro do ano passado terão direito a receber até sete parcelas do seguro-desemprego. O anúncio foi feito hoje (24) pelo ministro do Trabalho, Carlos Lupi. De acordo ele, pessoas que perderam o emprego em 42 setores – entre eles, os das indústrias têxtil, metalúrgica e mecânica – passarão a ter o benefício a partir de 1º abril. Segundo dados dos ministérios, 103,7 mil desempregados vão ser atingidos pela medida.

A ampliação de cinco para sete do número máximo de parcelas do segundo-desemprego precisa ser aprovada pelo Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Codefat) durante reunião agendada para o próximo dia 30.

O ministro explicou que o critério usado para que as duas parcelas a mais sejam concedidas a esses trabalhadores foi a comparação da média entre 2003 e 2009, da evolução do emprego com carteira assinada em cada subsetor de atividade, com base no movimento dos meses de dezembro, janeiro e fevereiro últimos".

[4] BRASIL. Agencia Brasil – Empresa Brasileira de Comunicação, em 1 de Setembro de 2009 - 14h21 - Última modificação em 1 de Setembro de 2009 - 15h19 . ALBUQUERQUE, Flávia. Disponível em: http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/09/01/materia.2009-09-01.9951134037/view. Acesso em: 15/09/2009. "Estudo mostra que redução do IPI preservou empregos na indústria automobilística"."Redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) sobre veículos leves, desde dezembro de 2008, resultou em um aumento de 13,4% das vendas internas no primeiro semestre deste ano. A medida contribuiu também para manter de 50 mil a 60 mil empregos no setor. As conclusões são da nota técnica Impactos da Redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) de Automóveis, divulgada hoje (1º) pela Diretoria de Estudos Macroeconômicos (Dimac) do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Segundo o diretor do Dimac, João Sicsú, a redução do IPI contribuiu para a produção total de 1,422 milhão de veículos no primeiro semestre, com a venda de 191 mil veículos atribuída à redução das alíquotas do imposto. Além disso, a desoneração contribuiu para manter de 50 mil a 60 mil empregos diretos e indiretos no setor no primeiro semestre.

[5] PIMENTA, José Roberto Freire; FERNANDES, Nadia Soraggi. *A importância da coletivização do Processo Trabalhista, in* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 45-60, jul/dez, 2007, p. 46.

[6] A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, que dispõe sobre o término da relação de trabalho por ato unilateral do empregador, gera bastante controvérsia quanto à sua aplicação no direito brasileiro, tenho em vista sua denúncia em 20 de novembro de 1997, pelo Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996. Tecnicamente, sua ratificação perdeu seus efeitos jurídicos internos. Entretanto, por ser o direito ao trabalho um direito fundamental, previsto no arts. XXIII, XXIV e XXV da Declaração de Direitos Universais do Homem e arts. 6º, 7º e 8º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ratificado pelo Brasil, pelo Decreto Legislativo n. 56, de 19 de abril de 1995), é possível sustentar sua aplicação imediata, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal. Como esse esta discussão não bastasse, há ainda a Recomendação 166 da Organização Internacional do Trabalho que também dispõe sobre o término da relação de trabalho, indicando os procedimentos mais adequados para tanto. Considerando que a recomendação não depende de ratificação ou nenhum outro procedimento formal para incorporação no direito pátrio, seu conteúdo poderia servir de roteiro operacional no caso da dispensa. Mas este aspecto, assim como a Convenção 158, também não está pacificado.

Afora destas discussões que envolvam o direito internacional, propõe-se – talvez em busca do mesmo resultado – a aplicação dos próprios preceitos constitucionais, pela concretização dos princípios da ordem econômica e social brasileira.

[7] VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT, in Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.46, n.76, p.235-246, jul./dez.2007, p. 241.

[8] MAIOR, Jorge Luiz Souto. Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5820.

[9] GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Constitucionalização dos direitos trabalhistas: novo modelo de normatividade?, *in* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 29, p. 39-56, 2006. Disponível em:

http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18326/A_Constitucionaliza%c3%a7%c3%a3o_dos_Direitos_Trabalhistas.pdf?sequence=2. Acesso em: 19/08/2009.

[10] Sobre este tema ler MENDES, Marcus Menezes Barberino. O contrato de trabalho e o direito ao equilíbrio econômico-financeiro à luz EC n. 45:04. Caderno de doutrina e jurisprudência da Escola da Magistratura da 15ª Região, Campinas, v. 2, n. 2, p. 59-64, mar./abr. 2006. Disponível em:

http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22817/contrato_trabalho.pdf?sequence=1. Acesso em 02/09/2009.

[11] MENDES, Marcus Menezes Barberino. O contrato de trabalho e o direito ao equilíbrio econômico-financeiro à luz EC n. 45:04. Caderno de doutrina e jurisprudência da Escola da Magistratura da 15ª Região, Campinas, v. 2, n. 2, p. 59-64, mar./abr. 2006. Disponível em:

http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22817/contrato_trabalho.pdf?sequence=1. Acesso em 02/09/2009.

Para o autor, "É de suma importância social, portanto, reconhecer o direito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de emprego, quer no plano individual, quer no plano coletivo, pois é esse elemento do contrato que permite dar concretude aos princípios da República e ao disposto nos arts. 6º, 7º e 170, VIII, da sua Constituição. A privação material imposta aos empregados e seus dependentes não é um elemento externo ao fenômeno contratual. Também não se trata na hipótese de defender meramente a aplicação da teoria da imprevisão e da cláusula *rebus sic stantibus*, mas de reconhecer uma pretensão universal ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, e dos contratos de emprego em especial".

[12] *Ibidem.*

[13] MACHADO, Hilka Vier; HERNANDES, Cláudio Aurélio; MORAES, Maristela. *Explorando significados da demissão, in* Revista Gestão e Planejamento. Ano 5, Nº 10, Salvador, jul./dez. 2004, p. 07-15.

[14] CAMPOS, Cristiana Soares; DUTRA, Flávia Cristina Rossi. *Globalização e Dignidade da Pessoa Humana, in* Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.43, n.73 p.79-84, jan./jun.2006, p. 82.

[15]MOREIRA, Ranúlio Mendes. O neoliberalismo e a banalização da injustiça social, in Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.45, n.75, p.173-184, jan./jun.2007, p. 175.

[16] VIANA, Márcio Túlio. Ob. Cit., p. 244.

[17] TEODORO, Maria Cecília Máximo ; SILVA, Aarão Miranda da. A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta. Revista do Senado, http://www.senado.gov.br/sf/bi. Acesso em 12/08/2009.

[18] MARQUES, Fernanda Antunes. *Dispensa imotivada: captura da subjetividade do trabalhdor, in* Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, pp. 7826-7851.

[19] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O novo âmbito do protecionismo do direito do trabalho. LTr: legislação do trabalho, v. 66 n. 8, p. 905 – 921, ago. 2002.

[20] *Ibidem.*

[21] MAIOR, Jorge Luiz Souto. Ob. Cit.

[22] GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Ob. Cit.

[23] GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário, *in Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, n. 30, maio/junho, 2009.*

[24] São objetivos e fundamentos do Brasil, nos termos dos artigos 3º e 1º da Constituição Federal, construir uma sociedade, livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação, bem como a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e livre iniciativa.

[25] A ordem econômica brasileira está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípio de iniciativa privada, redução das desigualdades sociais e regionais e busca do pleno emprego.

[26] Teoria preconizada por *Joaquim José Gomes Canotilho* (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Constitucional e Teoria da Constituição. 3.ed., Coimbra, 1998, p. 321) cujo conteúdo define que "o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado".

[27] TEODORO, Maria Cecília Máximo ; SILVA, Aarão Miranda da. Ob. Cit.

[28] GRINOVER, Ada Pellegrini. Ob, cit.

[29] GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Ob. Cit.

[30] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Ob. Cit.

[31] MOREIRA, Ranúlio Mendes. Ob. Cit. p. 179.

O CONSUMO PELO PRISMA DO DIREITO ECONÔMICO: OS CASOS DA SOJA TRANSGÊNICA E DA QUEBRA DE PATENTES DOS MEDICAMENTOS PARA O TRATAMENTO DA AIDS*

EL CONSUMO POR EL PRISMA DE DERECHO ECONÓMICO: EL CASO DE LA SOJA TRANSGÉNICA Y DE LA QUEBRA DE LAS PATENTES DE DROGAS PARA EL TRATAMIENTO DEL SIDA

Edson Luciani de Oliveira

RESUMO

Tradicionalmente o Direito Econômico Brasileiro é estudado reunindo-se, sob a premissa do capitalismo e do livre-mercado, vários ramos disciplinares num feixe catalogado de assuntos ligados à concorrência, iniciativa privada, defesa e interesse do consumidor, meio ambiente, dentre outros, onde sua autonomia é dada por sua finalidade: "tradução normativa dos instrumentos de política econômica do estado" na acepção de Fábio Konder Comparato (O indispensável direito econômico..., 1978, p. 471), e sob o manto do art. 170 da Carta Magna Brasileira.

Ocorre que, para o Direito Econômico, novos prismas de estudo surgem, sugerindo-se que se observe tal panorama não mais pelo modelo lógico de imputação "falso ou verdadeiro" mas, pelo sociológico "depende" que tem em vista o interesse coletivo, não individualizado, regrado pela ótica e pela lógica de um grupo ou sociedade e não de uma situação específica, particular.

Este será o modelo que se buscará seguir no presente texto, onde se qualifica epistemologicamente um determinado ramo do Direito, no caso, o do Consumo, por sua estrutura, pelas tendências macroeconômicas envolvidas.

Sabe-se que os já abalados fundamentos do estudo do Direito Civil (propriedade e contratos, principalmente) constitucionalizados, passam agora a ter influência das relações de consumo. Este, por seu turno, pode ser observado pela visão de conjunto, de mercado, sem perder sua identidade, seu eixo.

Nesse contexto (e talvez esta imagem não seja nova) há que se ver o Direito do Consumo, assim como outros direitos ditos tradicionais, girando em seu próprio eixo de rotação exibindo a relação jurídica consumidor?fornecedor (ou a relação contribuinte?fisco para o Direito Tributário); o movimento de translação de todos os ramos do Direito poderia, então, ser mostrado pela influência do Direito Econômico dada pelos instrumentos de política econômica do Estado, conforme dito. Nosso Sistema tem seus movimentos vinculados ao Sol-Direito numa galáxia que se chama Ciências Sociais. Os movimentos (rotação e translação) são as relações jurídicas existentes que não se chocam, apenas se dão em órbitas diferentes.

Casos como o de quebra de patentes, autorização para plantação de sementes trangênicas, servirão de base para o presente estudo, sem a pretensão de se defender o Estado ou as atitudes empresariais. Este estudo será pontuado com casos práticos para consolidação da lógica que, pelo relevo dado, aparecerá para justificar o modelo proposto.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Em razão da exposição efetuada, ainda não se teria como afirmar se o novo prisma de estudo seria o mais adequado, consolidando e justificando a “nova” disciplina do Direito Econômico. De qualquer modo, serve para expressar o mais importante que é a primazia do interesse coletivo que deve pautar as ações do Estado no seio do mercado.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO ECONÔMICO; CONSUMO; INSTRUMENTOS ESTATAIS; LIVRE-INICIATIVA; SAÚDE; SOJA TRANSGÊNICA; QUEBRA DE PATENTES; MEDICAMENTOS PARA AIDS.

RESUMEN

Tradicionalmente el Derecho Económico de Brasil, se estudia, reuniendose bajo la premisa del capitalismo y del libre mercado, las diversas ramas disciplinarias en un mazo catalogado de asuntos relacionados a la concurrencia, la iniciativa privada, defensa y el interés del consumidor, medio ambiente, entre otros, donde la autonomía es dada por su objetivo: "traducción normativa de los instrumentos de política económica del Estado" en el sentido de Fabio Konder Comparato (O indispensável direito econômico ..., 1978, p. 471), y bajo el manto del art. 170 de la Constitución Brasileña.

Sucede que, para el Derecho Económico, nuevos prismas de aprendizaje surgen, lo que sugiere que se observe tal situación no por el modelo lógico de significación "falso o verdadero", sino, por el sociológico "depende", dirigido a los intereses colectivos, no individualizado, disciplinado por la óptica y por la lógica de un grupo o sociedad y no de una situación específica, en particular.
Este será el modelo que se buscará seguir en este texto, que describe epistemologicamente una rama particular del Derecho, en el caso, del consumo, por su estructura, por las tendencias macroeconómicas en cuestión.
Se sabe que las bases ya inestables del estudio del Derecho Civil (propiedad y los contratos, principalmente) constitucionalizados, ahora passan a tener la influencia de las relaciones de consumo. Esto, a su vez, se puede observar en la visión de conjunto del mercado, sin perder su identidad, su eje.
En este contexto (y tal vez esta imagen no sea nueva) hay que ver el Derecho de Consumo, así como otros derechos dichos "tradicionales", girando sobre su eje de rotación a mostrar la relación jurídica proveedor?consumidor (o la relación contribuyente? fisco para el Derecho Tributario); el movimiento de traslación de todas las ramas del Derecho podría, entonces, ser mostrado por la influencia del Derecho Económico dada por los instrumentos de la política económica del Estado, según ya dicho. Nuestro sistema tiene sus movimientos relacionados con el Sol-Derecho, en una galaxia llamada Ciencias Sociales. Los movimientos (rotación y traslación) son las relaciones jurídicas existentes que no se chocan, solamente se dan en diferentes órbitas.
Casos como de la quebra de patentes, autorización para la plantación de semillas transgénicas, constituyen la base para este estudio, sin ninguna pretensión de la defensa del Estado o de las actitudes empresariales. Este estudio será puntuado con estudios de casos prácticos para consolidación de la lógica que, por el relieve dado, despunta para justificar el modelo propuesto.
Debido a la exposición realizada, aún no se tendría como afirmar si el nuevo prisma de estudio sería el más apropiado, a consolidar y justificar la "nueva" disciplina de Derecho Económico. En cualquier caso, sirve para expresar el más importante, es decir, la primacía del interés colectivo que debe cumplir el Estado en el mercado.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO ECONÓMICO, CONSUMO; INSTRUMENTOS ESTATALES, LIBRE EMPRESA, SALUD, SOJA TRANSGÉNICA, QUEBRA DE PATENTES; DROGAS PARA EL SIDA.

Introdução

Conceitos iniciais - objetivos do texto

Antes de se indagar acerca da lógica que sustenta normas de Direito Econômico na seara do Consumo, deve-se questionar, a título de nota, se o Brasil realmente teria um mercado maduro ou ideal que desse suporte a tal lógica respeitando-se o fim último desse tema que é o legítimo interesse do consumidor.

Miguel Reale (1984, p. 320-321) ensina que:

o Estado deve sempre ter em vista o interesse geral dos súditos, deve ser sempre uma síntese dos interesses tanto dos indivíduos como dos grupos particulares [...] , porquanto cabe ao governo decidir segundo o bem comum, o qual, nessa hipótese, se identifica com o "interesse geral" dos consumidores.

Hayek, acerca da concepção de "justiça social", a partir de suas premissas liberdade individual/mercado verificadas em sua obra, *Derecho, Legislacion Y Libertad. Nueva Formulacion Principios Liberales Justicia Economia* (2006, p. 269), entendia que: "o conceito de 'justiça social' é por força de um conceito vazio e carente de significado, porque nele não há nenhuma vontade que possa determinar os ingressos relativos das distintas pessoas ou evitar o feito de que dependam em parte da casualidade.".[1]

E em 1980, Washington Peluso Albino de Souza (p. 607) já considerava que:

A regulamentação jurídica da *política econômica do consumo* torna-se delicada desde o momento em que a *liberdade de escolha* seja eregida em princípio fundamental, tanto para o *produtor* como para o *consumidor*. E, na sociedade capitalista liberal, quando se costuma alegar que os diferentes poderes aquisitivos dos segmentos da sociedade se encarregam de estabelecer o *equilíbrio* desejado para o consumo, vê-se que habitualmente tanto falta o essencial à sobrevivência para alguns deles, como se possibilita o esbanjamento a outros.

[...]

O Instituto do Consumo, em Direito Econômico, procura tratar o tema nas suas diversas manifestações, pois só desta visão completa e inteiriça é que se chegará à política econômica do consumo, inevitavelmente ligada a fundamentos da *justiça distributiva*, pelo que tem de ***justiça social***. (negritos nossos)

Atualmente o estudo do Direito Econômico se dá pela observação das regras estatais que terão reflexo no comportamento econômico de mercado.

A questão preliminar que surge, portanto, seria essa: como se comporta o mercado brasileiro e seus consumidores em decorrência das regras estatais impostas? Qual o perfil atual, mesmo (que se mostre) perfunctório desses mercados: distribuição de medicamentos contra AIDS e produção de soja transgênica frente à soja convencional?

Bastante oportuno constatar que tais temas, AIDS e soja transgênica, chegam a se relacionar, embora, em princípio não tenham nenhuma relação e, aliás, o objetivo dessas linhas não é demonstrar tal entrelaçamento. Sucede que, hoje, existem pesquisas indicando que a partir do desenvolvimento da soja transgênica se vislumbraria a possibilidade de neutralizar a ação do vírus da AIDS.

Note-se:

Soja transgênica pode neutralizar ação do vírus da aids

As plantas, desenvolvidas pela Embrapa Recursos Genéticos e Biotecnologia, servirão como fábricas vivas do princípio ativo de um gel anti-HIV

[...]

O trabalho é fruto da cooperação do Instituto Nacional de Saúde (NIH, na sigla em inglês) dos Estados Unidos com a Embrapa.
O instituto americano tem realizado um grande inventário de potenciais microbicidas naturais. Duas proteínas mostraram particular eficácia no combate ao HIV: a cianovirina-N - extraída da alga azul Nostoc ellipsosporum - e a griffithsina - obtida de algas vermelhas do gênero Griffithsia. Elas aderem à cápsula do vírus e impedem que invada as células. O NIH patenteou os genes que produzem as duas substâncias.[2]

Mas, voltando a individualizar os dois assuntos e pontualmente sobre a AIDS, aduz Maria Beatriz Penteado de Camargo Lemos (2008, p. 79-91):

Dos 17 medicamentos que formam o coquetel contra a AIDS, oito são fabricados no Brasil e custam entre 140% e 369% mais caro que os mesmos produtos produzidos na Índia.

[...] chegamos ao século XXI fortemente dependentes de outros países para a obtenção de insumos farmacêuticos e medicamentos, especialmente aqueles que são frutos de P&D [pesquisa e desenvolvimento].

A incapacidade da indústria farmacêutica para ser auto-suficiente decorre de um processo histórico que criou uma dependência do país em relação às indústrias transnacionais para a obtenção dos medicamentos inovadores. Com aproximadamente quatrocentas empresas farmacêuticas instaladas no Brasil, vinte transnacionais são responsáveis por cerca de 80% do mercado inovador.

[...]

A indústria nacional trilhou o caminho comercial, comprando insumos, processando, embalando e vendendo, e não desenvolvendo P&D. Para alterar o percurso, o custo e o risco são altíssimos, o que inviabiliza a mudança e determina o *path dependence*[[3]].

E quanto ao mercado de soja, pode-se destacar recente pesquisa[4]:

O Rio Grande do Sul é o maior estado produtor de soja transgênica. [...] na Região Sul, a presença de transgênicos foi verificada em 82,1% das amostras de soja. No Brasil, a prevalência de lavouras de soja transgênicas é de 59,1%. O produtor de transgênicos também arca com um custo maior na aquisição de sementes já que são impedidos de multiplicá-las pela lei de patentes.

Não é impreciso observar que a abertura comercial do país é bastante recente. Entretanto, não se pode atribuir somente aos empresários, ou então, especificamente aos governantes, a falta de compromisso com os interesses sociais de longo prazo. A conjugação do ainda incipiente mercado brasileiro (disciplinado e respeitado), com a estreita visão governamental e empresarial, somando-se à pouca articulação da sociedade (universidades, ONGs, associações de consumidores, etc.) em cobrar por um melhor desenvolvimento, levam o Brasil a depender de pesquisas e decisões externas, deixando à sorte o futuro da saúde de seus cidadãos. Há que se ter sempre em conta o equilíbrio que deve existir entre interesse empresarial e social, dadas as necessidades e anseios da população e não apenas do mercado consumidor, pois é a dignidade do homem que está em jogo mediante seu direito inalienável de qualidade de vida. Inicialmente, portanto, pode-se inferir que o Brasil ainda não conta, completamente, com um mercado que possa abrir mão da coordenação estatal.

Como destaca Fábio Konder Comparato (A proteção do consumidor..., 1978, p. 477):

Em 1973, a Comissão das Nações Unidas sobre Direitos do Homem, em sua 29ª sessão, em Genebra, considerou que todo o consumidor deve gozar de quatro direitos fundamentais: o direito à segurança; o de ser adequadamente informado sobre os produtos e os serviços, bem como sobre as condições de venda; **o direito de escolher entre bens alternativos de qualidade satisfatória a preços razoáveis; e o direito de ser ouvido no processo de decisão governamental.** (negritos nossos)

Observe-se que a Constituição em seu art. 5º, XXXII já prevê a defesa do consumidor como tarefa do Estado, ratificada pelos fundamentos insculpidos nos incisos II, III e IV, do art. 1º, também da Carta Magna, cidadania, dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O art. 4º do Código de Defesa do Consumidor não deixa dúvidas quanto às ações do Estado nas relações de consumo:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Mas, apresente-se um conceito inicial que diga respeito à relação jurídica de consumo, com base no raciocínio de Antônio Carlos Efing (2007, p. 46): “objeto do regramento instituído pelo CDC, a relação jurídica estabelecida entre consumidor(es) e fornecedor(es) tendo por objeto produto ou prestação de serviço, segundo as conceituações do CDC brasileiro.”.

E em que momento tal relação de consumo passa a ser alcançada pelo Direito Econômico?

Mais uma vez tem-se as palavras de Fábio Konder Comparato (A proteção do consumidor..., 1978, p. 482):

A evolução jurídica contemporânea [...] engendrou, também, novas formas protetoras, sem precedentes históricos, unindo estritamente o interesse público à atividade privada. É aí, justamente, que se pode identificar o surgimento desse novo direito econômico, como sistema de regulação pública da atividade econômica [...]. Ele se manifesta, nesse capítulo da defesa do consumidor privado, sob a forma de um dirigismo contratual, de uma disciplina de publicidade e apresentação de produtos, mercadorias ou serviços, assim como sob a forma de normas especiais de defesa da saúde e segurança do consumidor.

Enfim, pode-se afirmar, portanto, que, no momento em que haja repercussão coletiva das relações individuais de consumo, o Direito Econômico se mostrará presente, por meio de “um dirigismo contratual, de uma disciplina de publicidade e apresentação de produtos, mercadorias ou serviços, assim como sob a forma de normas especiais de defesa da saúde e segurança do consumidor.”. (COMPARATO, A proteção do consumidor..., 1978, p. 482)

Tal entendimento não destoa do de Luis Cabral de Moncada (2003, p. 15) que leciona: “O direito económico assim perspectivado, afirma-se fundamentalmente como o direito público que tem por objectivo o estudo das relações entre os entes públicos e os sujeitos privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida económica.”.

Não se pode conceber a dissociação entre o mercado e o interesse social. Ao mesmo tempo, não se deve olvidar que por trás do preço de um medicamento está a dedicação de pesquisadores, pessoas ligadas a testes laboratoriais, investimentos não apenas financeiros, mas de horas de estudo, sempre tendo-se em conta a função social que ultrapassa o mero interesse mercadológico.

Estas, portanto, serão as balizas demarcadoras do presente trabalho: verificar as ações de governo que denotem intervenção do Estado no mercado e que tratem, predominantemente, do interesse do consumidor.

1. Transgenia - sementes geneticamente modificadas - soja[5]

Assunto relativamente novo, extremamente importante, uma vez que envolve aspectos de consumo, saúde pública, mercado (*royalties*, concorrência com produtos convencionais), direito de patentes, direito internacional, e naturalmente meio-ambiente, dentre vários outros temas.

Indo diretamente ao mais importante:

O Estado deve, sob o ponto meramente de consumo, (embora haja o importantíssimo aspecto sanitário e de saúde) estabelecer limites na distribuição de sementes, produção e comercialização de alimentos geneticamente modificados, no caso, a soja?

A questão passa a ser bastante importante quando se parcializa o raciocínio: os alimentos transgênicos poderiam, por um lado, ser a solução para a fome[6] e por outro, representar futuros problemas de saúde.[7]

Dado este quadro, o mercado é que deve regular ou o Estado deve necessariamente interferir?

Em primeiro lugar, cabe destacar que a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGMs e seus derivados.

OGM (art. 3º, V): organismo cujo material genético tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética.

Quadra ainda lembrar que (art. 10) a CTNBio - Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, integrante do Ministério da Ciência e Tecnologia, é instância colegiada multidisciplinar de caráter consultivo e deliberativo, que presta apoio técnico e assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da PNB de OGM e seus derivados, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e de pareceres técnicos referentes à autorização para atividades que envolvam pesquisa e uso comercial de OGM e seus derivados, com base na avaliação de seu risco zoofitossanitário, à saúde humana e ao meio ambiente. Este seria o regramento técnico sobre o assunto.

Acontece que os mecanismos de mercado ligados ao consumo são estabelecidos, basicamente pelo governo mediante normas ou limitações administrativas.

Tome-se como exemplos alguns temores e expectativas da sociedade sobre o processo de consumo dos OGM[8]:

Argumentos favoráveis

1. O alimento pode ser enriquecido com um componente nutricional essencial. Um feijão geneticamente modificado por inserção de gene da castanha do Pará passa produzir metionina, um aminoácido essencial para a vida. Um arroz geneticamente modificado produz vitamina A;
2. O alimento pode ter a função de prevenir, reduzir ou evitar riscos de doenças, através de plantas geneticamente modificadas para produzir vacinas, ou iogurtes fermentados com microorganismos geneticamente modificados que estimulem o sistema imunológico;
3. A planta pode resistir ao ataque de insetos, seca ou geada. Isso garante estabilidade dos preços e custos de produção. Um microorganismo geneticamente modificado produz enzimas usadas na fabricação de queijos e pães o que reduz o preço deste ingrediente; Sem falar ainda que aumenta o grau de pureza e a especificidade do ingrediente e permite maior flexibilidade para as indústrias;
4. Aumento da produtividade agrícola através do desenvolvimento de lavouras mais produtivas e menos onerosas, cuja produção agrida menos o meio ambiente.

Argumentos desfavoráveis:

1. O lugar em que o gene é inserido não pode ser controlado completamente, o que pode causar resultados inesperados uma vez que os genes de outras partes do organismo podem ser afetados.
2. Os genes são transferidos entre espécies que não se relacionam, como genes de animais em vegetais, de bactérias em plantas e até de humanos em animais. A engenharia genética não respeita as fronteiras da natureza – fronteiras que existem para proteger a singularidade de cada espécie e assegurar a integridade genética das futuras gerações.
3. A uniformidade genética leva a uma maior vulnerabilidade do cultivo porque a invasão de pestes, doenças e ervas daninha sempre é maior em áreas que plantam o mesmo tipo de cultivo. Quanto maior for a variedade (genética) no sistema da agricultura, mais este sistema estará adaptado para enfrentar pestes, doenças e mudanças climáticas que tendem a afetar apenas algumas variedades.
4. Organismos antes cultivados para serem usados na alimentação estão sendo modificados para produzirem produtos farmacêuticos e químicos. Essas plantas modificadas poderiam fazer uma polinização cruzada com espécies semelhantes e, deste modo, contaminar plantas utilizadas exclusivamente na alimentação.
5. Os alimentos transgênicos poderiam aumentar as alergias. Muitas pessoas são alérgicas a determinados alimentos em virtude das proteínas que elas produzem. Há evidências de que os cultivos transgênicos podem proporcionar um potencial aumento de alergias em relação a cultivos convencionais.

Pode-se citar, ainda, como desvantagens, a preocupação da dependência tecnológica, e a vinculação comercial, posto que, normalmente, o produtor deverá pagar, além de *royalties* pelas sementes, mais um percentual de sua produção[9] para a empresa elaboradora das sementes.

Ademais, mesmo que um agricultor não produza soja modificada, mas sua produção convencional seja misturada com a fecundação da transgênica, a amostragem final indicará transgenia, o que implicará no pagamento de *royalties* à companhia que produz tal semente e possui a respectiva patente[10].

Constate-se, portanto, o grande impacto na cadeia comercial e de consumo a espera do disciplinamento estatal[11].

É bastante conhecido o polêmico e histórico embate travado entre o governador do estado do Paraná, Roberto Requião, e as empresas produtoras de sementes[12]:

Requião alerta para os riscos da disseminação de transgênicos no Paraná

Data 8/4/2005 14:22:00 | Assunto: SEAB

O governador Roberto Requião alertou ontem (07/04) os agricultores paranaenses sobre os riscos pela opção de alguns setores em plantar soja transgênica no Estado e que poderá gerar uma devastação na produção de grãos no Paraná."Os mercados rejeitam, populações inteiras boicotam. Mas aqui no Paraná um grupo de políticos, em parcerias com multinacionais de sementes e cooperativas mercenárias, insistem em defender a soja transgênica, afirmou o governador. Segundo Requião, os últimos números oficiais do Departamento de Agricultura dos Estados Unidos (Usda) revelam que as exportações de soja mostram que por só dispor de soja transgênica os americanos estão sofrendo dramáticas perdas de mercados. Pelos números do Usda, as exportações totais de soja norte-americana caíram de US$ 7,959 bilhões em 2003 para US$ 6,672 bilhões em 2004. As vendas do produto para a União Européia despencaram de US$ 1,113 bilhão em 2003 para US$ 863 milhões em 2004. E as exportações para a China caíram de US$ 2,888 bilhões em 2003 para US$ 2,328 bilhões em 2004. O governador lembra que o comportamento e tendência mundial consolidam o crescimento da rejeição à soja transgênica e que o momento é bom negócio para quem produz soja convencional, e melhor ainda para os produtores paranaenses. Péssima escolha para quem ainda pretende produzir soja transgênica, declarou Requião. Segundo ele, a humanidade caminha para banir totalmente o consumo de produtos geneticamente modificados, e isto já é fato consumado na Europa, Austrália, Japão. E também a China, onde o governador chefiou recentemente uma missão empresarial, caminha nesta direção. Nos Estados Unidos, diz Requião, também já está em andamento um movimento contra os transgênicos. Nesta semana nove Estados norte-americanos estabeleceram restrições para os produtos transgênicos: Pennsylvania, Georgia, North Dakota, Iowa, Idaho, Indiana, Oklahoma, Arizona e West Virginia". O governador lembrou também o atual drama dos agricultores argentinos de soja transgênica que agora estão reféns da Monsanto. Os argentinos querem impedir que a Monsanto cobre royalties pela soja embarcada para a Europa. A multinacional americana disse que vai evocar seus direitos de patente perante cortes européias para receber pelo uso não autorizado de sua tecnologia da soja transgênica Roundup Ready. A Monsanto pretende cobrar US$ 15 dólares por tonelada nas cargas de soja argentina que sejam desembarcadas em portos europeus. Requião argumentou que produzir soja transgênica no Paraná é um bom negócio para os agricultores norte-americanos, que não terão que disputar espaços garantidos da soja convencional, e um excelente negócio para a Monsanto que aumentará seus lucros com a patente compulsória do Round Up. E um negócio rendoso, sem riscos - para políticos que buscam apoios momentâneos para suas ambições

eleitorais, não se importando com os prejuízos que nossos agricultores e nossa economia sofrerão com o inevitável debacle que representa uma irresponsável aventura de uma eventual produção de soja transgênica".

Face a todos esses elementos, o Estado do Paraná poderia tomar ações (considerando-as formalmente aceitáveis) por intermédio de ato declaratório, proibição de entrada no Porto de Paranaguá, etc., no sentido de impedir que o OGM chegue ao consumo?

O conjunto de consumidores poderia adquirir produtos geneticamente modificados e aprovados pelo CTNBio (o Direito administrativo já chancelara), mas o governo de um estado poderia impedir tal acesso ao mercado, sem ouvir a população ou seus produtores?

Este é precisamente o corte que devemos extrair: a intervenção governamental no mercado pelo viés coletivo do Direito Econômico e não da imputação lógica, nesse caso, do Direito Administrativo (CTNBio) que permitira a utilização da transgenia para as sementes de soja.

Eis o cerne da discussão. O consumidor, então, não pode ter acesso a produtos mais baratos, mesmo com tecnologia ainda criticável, mas aparentemente segura?

O Estado deve intervir realmente? E se a tecnologia se mostrar confiável no futuro? Como estarão os países que não aderiram aos transgênicos com suas tecnologias defasadas?

E uma última questão: o Estado, em nome do interesse social, poderia quebrar a patente de tais sementes no futuro?

Acreditamos que, uma vez autorizado o uso das sementes transgênicas pelo Estado, os consumidores passam a ter a garantia e naturalmente a “fiança governamental” para suas atuações futuras. De fato, o ideal seria a convicção da confiabilidade e segurança de tais produtos, algo que ainda não temos.

Em linguagem fria, o próprio consumidor passa a ratificar ou a rechaçar o desenvolvimento da transgenia pela adoção ou não de seus produtos. Como visto em linhas anteriores, se teme pelo eventuais malefícios futuros dos produtos transgênicos. Mas para a surpresa de alguns, a soja transgênica poderia ser útil até mesmo para o tratamento da AIDS, como destacado anteriormente. Aqui não se pode simplesmente verificar a relação de consumo na imputação bom ou mal resultado, uma vez que são vários elementos envolvidos e, justamente, sobre o futuro não se tem uma previsão concreta. Não se pode dar o mesmo tratamento para este caso, como na compra de um telefone celular, em que o usuário se mostra satisfeito com a qualidade das ligações efetuadas, rejeitando ou promovendo o objeto.

Ora, fazendo-se uma simples análise de mercado de consumo, poder-se-ia concluir que as sementes transgênicas são mais resistentes, e sob esse prisma, frise-se, seriam mais eficientes, baratas e até mesmo ecologicamente sustentáveis, uma vez que necessitariam de menos água e agrotóxicos para sua existência. A relação de consumo estaria

atendida, sem efeitos colaterais imediatos, a produção estaria sendo incentivada e o mercado alimentado. Ou seja, produtos mais baratos, eficientes e sustentáveis. Esta seria a visão de mercado.

Agora, mencione-se a segurança e a saúde dos consumidores, os *royalties* envolvidos, a dependência nacional frente à propriedade intelectual externa (*"path dependence"*), o interesse no desenvolvimento da pesquisa nacional, a inserção de produtos estranhos ou nocivos no solo brasileiro. São prováveis objurgações extremamente importantes.

As questões estão postas. A lógica do Direito Econômico, nesse caso, está delineada.

2. Quebra de patentes – remédios - AIDS

Outro tema bastante interessante e que repercute na seara do consumo e da saúde pública: a necessidade de se quebrar patentes de remédios para doenças graves como a AIDS.

Aqui, mais do que nunca, existirá a vulnerabilidade acentuada do consumidor uma vez que sua qualidade ou a própria vida estará em jogo.

Imagine-se um paciente (consumidor/contratante) que depende da continuação de seu tratamento por meio de um remédio que, abruptamente, sobe de preço.

No item que trata da vulnerabilidade e sob a ótica individual e do consumidor, Claudia Lima Marques (2006, p. 318) explica:

No caso dos contratos, o problema é o *desequilíbrio* flagrante de forças dos contratantes. Uma das partes é vulnerável (art. 4º, I do CDC), é o polo mais fraco da relação contratual, pois não pode discutir o conteúdo do contrato: mesmo que saiba que determinada cláusula é abusiva, só tem uma opção "pegar ou largar', isto é, aceitar o contrato nas condições que lhe oferece o fornecedor [...]. Este desequilíbrio de forças entre os contratantes é a justificação para um tratamento desequilibrado e desigual dos co-contratantes, protegendo o direito aquele que está na posição mais fraca, o **vulnerável**, o que é desigual fática e juridicamente. Aqui os dois grandes princípios da justiça moderna (liberdade e igualdade) combinam-se para permitir o limite à liberdade de um, o tratamento desigual a favor de outro (favor *debilis*) [...]. (negritos nossos)

Do ponto de vista da relação de consumo (direito tradicional) a questão seria a seguinte: se o consumidor não tem como pagar, não poderá consumir. E a saúde pública? Daí a demanda de estudo pelo prisma do Direito Econômico.

Como se sabe[13]:

a aids é uma doença que se manifesta após a infecção do organismo humano pelo Vírus da Imunodeficiência Humana, mais conhecido como HIV. Esta sigla é proveniente do inglês - *Human Immunodeficiency Virus*.

Também do inglês deriva a sigla AIDS, *Acquired Immune Deficiency Syndrome*, que em português quer dizer Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.

Síndrome
Grupo de sinais e sintomas que, uma vez considerados em conjunto, caracterizam uma doença.

Imunodeficiência
Inabilidade do sistema de defesa do organismo humano para se proteger contra microorganismos invasores, tais como: vírus, bactérias, protozoários, etc.

É oportuno que se verifique o panorama da AIDS no mundo e particularmente no Brasil:

- Mundo: hoje a população mundial conta com 6,6 bilhões de pessoas e mais de 35 milhões de pessoas vivem com o vírus HIV da AIDS[14];
- Outro número bastante triste: o número de jovens menores de 18 anos que se tornaram órfãos devido à AIDS na África subsariana em 2007: 14 milhões;
- Brasil: em torno de 0,1% da população brasileira está infectada com o vírus da AIDS (200 mil pessoas); morrem por dia no Brasil cerca de 30 pessoas; a maior incidência está nas classes menos favorecidas.

O quadro que se pode estabelecer envolvendo o assunto (em qualquer país do mundo) é o seguinte: em um flanco a indústria farmacêutica alegando o direito às patentes, à invenção, à iniciativa de pesquisa, o risco da prática dos valores abaixo de preço de custo que comprometeriam a manutenção industrial e farmacêutica; em outro, os consumidores/pacientes que precisam do medicamento muitas vezes inacessível em razão do preço, mas com direito à saúde. No centro, talvez, o Estado tentando equilibrar tais direitos, seja mediante ações de governo, decisões judiciais e pela expedição de leis.

Aliás, no tocante aos direitos humanos, todos os poderes estatais podem ser responsabilizados, sejam ligados ao executivo, legislativo ou judiciário. Assim pensa, por exemplo, Louis Henkin[15]:

A separação dos poderes no plano nacional afeta a forma de responsabilização do Estado? **No que se refere à atribuição de responsabilidade, não faz qualquer diferença se o órgão é parte do Executivo, Legislativo ou Judiciário. Não importa ainda se o órgão tem, ou não, qualquer responsabilidade em política internacional. Um Estado pode ser internacionalmente responsabilizado em virtude de agentes oficiais que atuavam inteiramente no plano das obrigações domésticas, independentemente de suas condutas terem sido endossadas ou conhecidas por oficiais responsáveis pelos assuntos internacionais.** (...) Estados Federais por vezes têm buscado negar sua responsabilidade em relação a condutas praticadas por estados ou Províncias. Um Estado Federal é também responsável pelo cumprimento das

obrigações no âmbito de seu território inteiro, independentemente das divisões internas de poder. (...)".

Do mesmo modo Kathryn Sikkink[16]: "Os direitos individuais básicos não são do domínio

exclusivo do Estado, mas constituem uma legítima preocupação da comunidade internacional.".

Nesse diapasão, a Constituição Brasileira estabelece por meio do art. 4º, II, art. 5º, *caput*, e o art. 196:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II - **prevalência dos direitos humanos**;

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à **vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

Art. 196. A **saúde** é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê:

Art. 25

Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família **saúde** e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à seguranca em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

E o art. 10 do Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), ratificado em 21 de agosto de 1996 pelo Brasil:

Artigo 10 Direito à saúde

1. **Toda pessoa tem direito à saúde**, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.

2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e especialmente a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:

a) Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;

b) Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;

c) Total imunização contra as principais doenças infecciosas;

d) **Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;**

e) Educação de população sobre a prevenção e tratamento dos problemas de saúde, e f) Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por suas condições de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Portanto, todo o ordenamento prevê direitos aos cidadãos que lhes garantam o acesso à saúde.

Patentes e quebras - histórico

Inicialmente cabe lembrar que em 1994 houve a assinatura do Acordo Relativo aos aspectos de Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – ADPIC (ou em inglês: TRIPs - *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

Tal Acordo se deu no âmbito da Organização Mundial do Comécio - OMC e, em resumo, serve para disciplinar as relações comerciais, sendo que em sua parte introdutória apresenta o seguinte texto:

Desejando reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional e levando em consideração a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo;

Como ensinam Samira Guennif e Julien Chaisse no artigo *"L'économie politique du brevet au sud : variations Indiennes sur le brevet pharmaceutique"* (2007, p. 186 e 187) [17]:

[...] as patentes são originadas de interesses comuns entre a sociedade e os inventores.

[...]

Deste modo, a patente é definida como uma incitação essencial à inovação de um setor ou empresas as quais estão expostas a problemas de apropriação.

[...]

os países do Norte [...] passaram a conceder patentes a partir da década de 1950.

[...]

a partir da década de 1980 que tal sistema de concessão de patentes passa a receber novidades e melhorias.

Sob a pressão da indústria farmacêutica, passou-se a adotar a concessão de patentes com duração de 20 anos nos países desenvolvidos.

[...]

Ocorre a ratificação do mencionado ADPIC em Marraqueche em abril de 1994. E na prática, os países desenvolvidos, depois de janeiro de 1996, submetem sua legislação ao ADPIC.

Em contrapartida, foi dada uma moratória de 20 anos aos países menos avançados.

[...]

Embora tenham assinado tal acordo, os países menos desenvolvidos, incluindo-se o Brasil, passam a demandar por uma flexibilização nas regras de tal acordo.

Sempre existe a preocupação em reforçar os direitos de patentes. É o que se extrai, por exemplo, do mencionado ADPIC, embora existam resistências dos países menos desenvolvidos baseados principalmente na circunstancial e titubeante legislação internacional.

Acompanhe-se.

O art. 33 do citado acordo prevê 20 anos para o uso da patente. Ocorre que o início se dá pelo pedido e este prazo muitas vezes é reduzido em razão da burocracia de cada país.

Artigo 33
Vigência

A vigência da patente não será inferior a um prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito.

Em contrapartida, o art. 27 prevê:

[...] as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

As condições para se conceder uma patente são as seguintes, segundo o entendimento da Organização Mundial do Comércio - OMC:

1. o processo ou produto deve ser novo;
2. o critério de criação corresponda ao da não-evidência;
3. é suscetível de aplicação industrial e;
4. os membros exigirão que o depositante da demanda da patente divulgue a invenção de uma maneira suficientemente clara e completa para que uma pessoa possa executá-la e exigir que ela execute da melhor maneira possível.

Agora as exceções às proteções conferidas à patente. O artigo 30 prevê algumas exceções para a concessão de patentes.

Artigo 30
Exceções aos Direitos Conferidos

Os Membros poderão conceder exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que elas não conflitem de forma não razoável com sua exploração normal e não prejudiquem de forma não razoável os interesses legítimos de seu titular, levando em conta os interesses legítimos de terceiros.

Importante destacar o art. 31, embora longo:

Artigo31
Outro Uso sem Autorização do Titular

Quando a legislação de um Membro permite outro uso (7) do objeto da patente sem a autorização de seu titular, inclusive o uso pelo Governo ou por terceiros autorizados pelo governo, as seguintes disposições serão respeitadas:

(a) a autorização desse uso será considerada com base no seu mérito individual;
(b) esse uso só poderá ser permitido se o usuário proposto tiver previamente buscado obter autorização do titular, em termos e condições comerciais razoáveis, e que esses esforços não tenham sido bem sucedidos num prazo razoável. Essa condição pode ser dispensada por um Membro em caso de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência ou em casos de uso público nãocomercial. No caso de uso público nãocomercial, quando o Governo ou o contratante sabe ou tem base demonstrável para saber, sem proceder a uma busca, que uma patente vigente é ou será usada pelo ou para o Governo, o titular será prontamente informado;
(c) o alcance e a duração desse uso será restrito ao objetivo para o qual foi autorizado e, no caso de tecnologia de semicondutores, será apenas para uso público não-comercial ou para remediar um procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial;
(d) esse uso será não-exclusivo;
(e) esse uso não será transferível, exceto conjuntamente com a empresa ou parte da empresa que dele usufruir;
(f) esse uso será autorizado predominantemente para suprir o mercado interno do Membro que autorizou;
(g) sem prejuízo da proteção adequada dos legítimos interesses das pessoas autorizadas, a autorização desse uso poderá ser terminada se e quando as circunstâncias que o propiciaram deixarem de existir e se for improvável que venham a existir novamente. A autoridade competente terá o poder de rever, mediante pedido fundamentado, se essas circunstâncias persistem;
(h) o titular será adequadamente remunerado nas circunstâncias de cada uso, levando-se em conta o valor econômico da autorização;
(i) a validade legal de qualquer decisão relativa à autorização desse uso estará sujeita a recurso judicial ou outro recurso independente junto a uma autoridade claramente superior naquele Membro;
(j) qualquer decisão sobre a remuneração concedida com relação a esse uso estará sujeita a recurso judicial ou outro recurso independente junto a uma autoridade claramente superior naquele Membro;
(k) os Membros não estão obrigados a aplicar as condições estabelecidas nos subparágrafos (b) e (f) quando esse uso for permitido para remediar um procedimento determinado como sendo anti-competitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial. A necessidade de corrigir práticas anti-competitivas ou desleais pode ser levada em conta na determinação da remuneração em tais casos. As autoridades competentes terão o poder de recusar a terminação da autorização se e quando as condições que a propiciam forem tendentes a ocorrer novamente;
(l) quando esse uso é autorizado para permitir a exploração de uma patente ("a segunda patente") que não pode ser explorada sem violar outra patente ("a primeira patente"), as seguintes condições adicionais serão aplicadas:

(i) a invenção identificada na segunda patente envolverá um avanço técnico importante de considerável significado econômico em relação à invenção identificada na primeira patente;

(ii) o titular da primeira patente estará habilitado a receber uma licença cruzada, em termos razoáveis, para usar a invenção identificada na segunda patente; e (iii) o uso autorizado com relação à primeira patente será não transferível, exceto com a transferência da segunda patente.

Conclui-se que o presente dispositivo tentou conciliar a promoção do acesso aos medicamentos com a proteção às patentes. Note-se a grande subjetividade e circunstancialidade presente no texto acima.

Mas em 2002 houve mais uma flexibilização devido à declaração de Doha: **Em caso de urgência os países poderão importar paralelamente produtos e determinar licenças obrigatórias.**

E em contrapartida, em 2003 foi feita uma nova rodada para tranqüilizar países, como os EUA, para evitar excessos dessa flexibilização e uma série de condições foram criadas:

- volume determinado de produção;
- discriminação clara do produto;
- notificação do país destinatário;
- e remuneração adequada.

Para se entender a possibilidade de flexibilização prevista na declaração de Doha de 2002 faz-se necessário discorrer acerca de dois princípios[18]: **Princípio da exaustão (esgotamento) e importação paralela.**

Importação paralela: é a importação realizada à margem do circuito oficial de distribuição de um produto. Ou seja, efetuada por um terceiro independente do fabricante dos produtos e dos seus distribuidores.

Princípio da exaustão: Quando um produto protegido é colocado no mercado, pelo titular do direito ou por alguém com o seu consentimento, esse mesmo titular deixa, a partir desse momento, de poder controlar a circulação desse produto (isto é, do exemplar concreto que foi posto em circulação), não podendo opor-se a que esse produto seja revendido em qualquer outro lugar. Uma vez exercido, pelo titular ou por alguém com o seu consentimento, o direito exclusivo à primeira colocação de um produto no mercado, cessa com tal colocação a prerrogativa legal de resolver onde, quando, ou por que preço é que esse mesmo produto poderá ser vendido. Cada vez que é utilizado, o direito esgota-se, em relação ao produto concreto que foi posto em circulação.

Portanto, respeitando-se tais princípios, os governos poderiam quebrar patentes.

Ocorre que o governo brasileiro já quebrou as patentes de remédios para o combate à AIDS[19] para atender as pessoas mais carentes:

Lula quebra patente de remédio de combate à aids

Sexta, 4 de maio de 2007, 12h49 Atualizada às 13h54

O presidente Luiz Inácio Lula da Silva assinou no começo da tarde de hoje o decreto que concede licenciamento compulsório (quebra de patente) ao medicamento do anti-retroviral Efavirenz, droga usada no tratamento da aids. Com esse decreto, o Brasil poderá comprar versões mais baratas do remédio de outras empresas ou ainda produzi-lo.[...]"É importante deixar claro: não importa se a firma é americana, alemã, brasileira, francesa ou argentina. O dado concreto é que o Brasil não pode ser tratado como se fosse um País que não merece respeito, ou seja, pagarmos quase US$ 1,60, quando o mesmo remédio é vendido para outro país a US$ 0,60. É uma coisa grosseira, não só do ponto de vista político e econômico. É um desrespeito. Como se o doente brasileiro fosse inferior ao doente da Malásia. Não tem nenhuma possibilidade de aceitarmos isso", disse Lula.

Há três indústrias da Índia dispostas a oferecer o mesmo produto a US$ 0,45 (por cápsula) para o programa brasileiro de combate à aids. O Merk vende cada comprimido por US$ 1,59 ao Brasil e só aceitou aplicar uma redução de 30%, que foi descartada pelo governo brasileiro. Segundo Lula, seria necessária uma redução mínima de 60%.

Com o licenciamento compulsório, termo usado pelo governo para a quebra da patente, o Ministério da Saúde vai economizar cerca de R$ 30 milhões por ano só na compra desse medicamento. O dinheiro, segundo o ministro José Gomes Temporão, continuará sendo aplicado no programa de combate à aids.

[...]

Com a medida, o Brasil continuará pagando royalties de 1,5% ao Merk, mas com base nos valores pagos aos laboratórios indianos. Além do Brasil, a Tailândia já quebrou a patente do Efravirenz. Porém, o Merk fez uma oferta melhor e o País seguiu comprando o medicamento do laboratório norte-americano. Temporão disse que nesse momento não há nenhuma proposta formal ao Brasil para evitar que o contrato que termina em agosto seja rescindido.

Esta é a primeira vez que o País recorre ao licenciamento compulsório, previsto no acordo de propriedade intelectual (Trips) da Organização Mundial do Comércio (OMC). Ao assinar o decreto, Lula foi aplaudido por representantes dos 200 mil pacientes portadores de HIV atendidos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

E agora se pode voltar a questionar a viabilidade da quebra de patentes por parte dos governos.

Eis o surgimento do Direito Econômico pela problemática envolvida.

É legítima a quebra de patentes tendo-se em conta os interesses dos consumidores carentes, notadamente sua saúde e comprometimento financeiros, frente aos interesses das indústrias farmacêuticas como o direito às patentes, à invenção, à iniciativa de pesquisa, o risco da prática dos valores abaixo de preço de custo que comprometeriam a manutenção industrial e farmacêutica?

Note-se que a indústria do país que quebrou a patente de remédios para tratamento da AIDS saiu beneficiada como narram Samira Guennif e Julien Chaisse (2007, p. 191) no caso da indústria farmacêutica indiana[20]:

Em 1950 existiam na Índia 1752 empresas do setor.

Hoje são mais de 20.000 e 260 de grandes unidades.

[...]

Em 1950 havia déficit no setor. Nos anos 1980 já havia excedente comercial.

[...]

Ou seja, a indústria farmacêutica indiana cresceu 13,7% ao ano no período de 1970 a 2003.

Hoje sua produção é a 4ª em volume e a 13ª em valor na cifra de 8 bilhões de dólares.

[...]

Melhorou sensivelmente sua auto-suficiência: fabrica 70% da matéria prima e 80% de seus medicamentos.

Será que a indústria da Índia teria o mesmo sucesso se tivesse que criar os medicamentos cujas as patentes foram quebradas?

De fato, pode a indústria farmacêutica internacional conviver com tamanha intervenção e não se rebelar?

Aqui, em comparação com o caso dos trangênicos, a situação é ainda mais delicada pois envolve risco de morte previsível e a respectiva saúde social.

Mas a mesma lógica está presente: a necessidade (ou não) de intervenção do Estado para atendimento público. Nas mãos tem o estado a possibilidade de melhorar a saúde da população para atender a necessidade de consumo, mas interferindo no legítimo interesse dos fabricantes e inventores dos remédios contra a AIDS.

Para o Direito comercial, civil ou particularmente de consumo e sob o ponto de vista do fabricante, as questões seriam facilmente resolvidas: o consumidor teria que pagar pelo remédio pelo preço de mercado, as patentes e invenções deveriam ser respeitadas e o mercado deveria se manter aberto. Ocorre que (mais uma vez) o interesse do

consumidor/paciente está em jogo. A simples imputação de consumo não pode prevalecer. Há que se verificar a necessidade coletiva, a saúde pública que precisa ter acesso ao adequado consumo de medicamentos.

Conclusão

Como fora alertado no início, não se tinha a pretensão de se defender ou atacar o posicionamento estatal devido às ações públicas envolvendo questões de consumo.

O compromisso foi no sentido de verificar a lógica diferenciada do Direito Econômico frente à lógica do consumo. A equação simples, a relação jurídica consumidor/fornecedor não se dá do mesmo modo quando um conjunto de pessoas tem seu interesse implicado.

Pelo exposto, tem-se a impressão que a intervenção estatal se faz necessária. O mais difícil, porém, é encontrar a dose correta, da intervenção mínima, mas necessária.

Na realidade, o tema se volta às políticas públicas, que por sua vez tem vinculação com o modelo de estado existente, com as condições de vida da população.

Em um estado de cunho mais social, onde as "rédeas" das ações públicas são mais curtas, existirá uma rápida intervenção, com a recepção (presume-se) mais aceita pela população. Tal recepção, todavia, passa pela capacidade de entender a importância de se permitir ou não pesquisas e avanços tecnológicos em seus países. Por seu turno, em um estado de cunho liberal, tal intervenção talvez não se dê da mesma maneira, principalmente porque a idéia de intervenção mínima de estado é grande e muitas vezes a participação dos próprios cidadãos nos interesses das empresas também se faz presente.

Enfim o dirigismo estatal estará limitado por muitas variáveis: a consciência da sociedade por meio da receptividade da intervenção, a necessidade dos cidadãos pelos produtos em questão, o poder de compra e de reinvidicação dos cidadãos, o poder das empresas frente aos Estados envolvidos, a dependência tecnológica que possui cada país e, com certeza, o perfil ideológico de cada nação.

Com efeito, conseguiu-se extrair mais indagações que conclusões e talvez seja esse mesmo o perfil do estudo do Direito Econômico que, dessa forma, buscará encontrar a medida certa da intervenção do estado no mercado de consumo para atender o bem comum, de seus cidadãos consumidores.

BIBLIOGRAFIA

COMPARATO, Fábio Konder. **A proteção do consumidor: Importante capítulo do Direito Econômico**. *In*: Ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 473-499.

_____. **O indispensável direito econômico**. *In*: Ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 453-472.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamento do Direito das Relações de Consumo**. 2ª ed. Curitiba: Juruá. 2005, 320 p.;

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2ª ed. Renovar. 2003, 378 p.;

GUENNIF, Samira e CHAISSE, Julien. *L'économie politique du brevet au sud : variations Indiennes sur le brevet pharmaceutiqu. In* ***Revue Internationale de Droit Économique***, t. XXI, 2 –2007/2. Paris: France: De Boeck, 2007. 120 p.;

HAYEK, Fredrich August. von, ***Derecho, Legislacion Y Libertad. Nueva Formulacion Principios Liberales Justicia Economia***, v. 1, Madrid-España: Union Editorial. 2006. 556 p.;

LEMOS, Maria Beatriz Penteado de. **Indústria farmacêutica, propriedade intelectual e acesso a medicamentos: dilemas e perspectivas.** 229 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 1342 p. ;

MONCADA, Luis Cabral de. **Direito Económico,** 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 596 p.;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2006, 516 p.;

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado.** São Paulo: Saraiva, 1984, 405 p.;

SOUZA, Washington. Peluso Albino de. **Direito Econômico.** São Paulo: Saraiva, 1980, 626 p.

1 *el concepto de "justicia social" es por fuerza un concepto vacío y carente de significado, porque en él no hay ninguna voluntad que pueda determinar los ingresos relativos de las distintas personas, o evitar el hecho de que dependan en parte de la causalidad.* (tradução livre)

2 Disponível em: http://www.bemparana.com.br/index.php?n=104361&t=soja-transgenica-pode-neutralizar-acao-do-virus-da-aids. Acesso em 28.06.09.

3 "Caminho da dependência" Expressão utilizada ao longo do trabalho da autora ao final catalogado.

4 Disponível em http://www.emater.df.gov.br/sites/200/229/00001271.doc. Acesso em 28.06.09.

5 A apreciação do presente assunto (Transgenia - sementes geneticamente modificadas– soja) neste artigo se deu em virtude da interessante apresentação do artigo: "'Princípio da Precaução' e proteção ao consumidor", do juiz de direito Dr. Roberto Grassi Neto realizada no XVII CONPEDI – Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, no dia 20.11.08, em Brasília.

6 "muitos estudos, inclusive o do ganhador do Prêmio Nobel de Economia, Amartya Sen, revelam que o problema da fome no mundo hoje não é ligado à escassez de alimentos ou à baixa produção, mas à injusta distribuição de alimentos em função da baixa renda das populações pobres. Dessa forma questiona-se a alegação de que a biotecnologia poderia provocar uma redução no problema da fome no mundo." Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Transg%C3%Aanico. Acesso em: 23.11.08.

7 Como no antigo caso invocado da talidomida em que se prescreviam medicamentos para enjoos na gravidez e não se sabia das futuras consequências para a saúde da mulher e do desenvolvimento e formação do feto. Hoje se atribui à talidomida vários problemas da má formação congênita.

8 Disponível em: http://www.websitesaude.kit.net/transgenicos.htm. Acesso em: 22.11.2008.

9 Ver por exemplo: "Monsanto quer taxa extra". Disponível em: http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/economia/conteudo.phtml?id=481281. Acesso em: 22.11.08.

10 Informação dada na apresentação mencionada na nota de rodapé n. 5.

11 Inclusive, não é necessário qualquer intervenção de governo mediante produção normativa, basta burocratizar o processo para arrefecer a pesquisa. Observe-se: http://www.terra.com.br/reporterterra/transgenicos/burocracia.htm. Acesso em: 22.11.2008.

12 Diponível em: http://www.seab.pr.gov.br/modules/noticias/print.php?storyid=1666. Acesso em: 22.11.08.

13 Disponível em: http://www.aids.gov.br/data/Pages/LUMISBF548766PTBRIE.htm. Acesso em: 23.11.08.

14 Disponível em: http://data.unaids.org/pub/GlobalReport/2008/JC1511_GR08_ExecutiveSummary_es.pdf. Acesso em: 23.11.08.

15 *apud* Flávia Piovesan (2006, p. 279).

16 *Apud* Flavia Piovesan em "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional" (2006, p. 315, nota de rodapé n. 1.)

17 Texto original:

Le brevet d'invention trouve son origine dans une communauté d'intérêts entre la société et l'inventeur.

[...] le brevet est défini comme une incitation essentielle à l'innovation dans un secteur où le entreprises sont exposées à des problèms d'appropriation.

les pays du Nord [...], jusqu'à la concession de brevets sur les produits à partir des années 1950.

À partir des années 1980, le brevet a été soumis à de nouvelles modifications majeures. Sous la pression soutenue de l'industrie pharmaceutique, la durée du brevet a été allongée jusqu'à atteindre 20 ans les pays développés.

[...]

avec la ratification de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord ADPIC) à Marrakech en avril 1994. En pratique, depuis le 1er janvier 1996, les pays développés ont mis leur législation nationale en conformité avec l'Accord ADPIC.

[...]

les craintes et les protestations s'affirment de la part du Brésil, de l'Inde ou encore du groupe africain à l' OMC. Les flexibilités prévues par l'accord ne semblant pas rassurer les pays du Sud.

(tradução livre)

18A partir de: http://apdi.pt/APDI/DOUTRINA/O%20esgotamento%20do%20direito%20e%20as%20importa%C3%A7%C3%B5es%20paralelas.pdf. Acesso em: 21.09.08.

19 Disponível em: http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/0,,OI1592991-EI298,00.html. Acesso em 21.09.08

20 Texto original:

Au début des années 1950, le secteur se composait de 1752 entreprises. Aujourd'hui, il en compte 20000, dont 260 grandes unités.

[...]

Le dynamisme des exportations est tel que les déficts chroniques du secteur font place dès la fin des années 1980 à des excédents commerciaux.

[...]

En somme, inexistante au début des années 1970, l'industrie pharmaceutique indienne a crû à un rythme de 13,7% par an, sur la période 1970-2003. Sa production s'elève actuellement à 8 milliard de dollars, ce qui la classe au 4e rang mondial en volume et au 13e rang en valeur.

L'autosuffissance sanitare du pays et l'accessibilité des médicaments se sont sensiblement améliorées. D'une part, l'industrie fabrique 70% des matières de premières et 80% des médicaments disponibles sur le marché indien.

(tradução livre)

O DIREITO ECONÔMICO E A ECONOMIA INTERNACIONAL PARA O MODERNO COMÉRCIO EXTERIOR*

EL DERECHO ECONÓMICO Y LA ECONOMÍA INTERNACIONAL PARA EL MODERNO COMERCIO EXTERIOR

Everton das Neves Gonçalves
Joana Stelzer

RESUMO

O artigo trata das teorias econômicas que justificam a criação de normas de Direito Internacional Econômico disciplinadoras do comércio exterior; delineia elementos teórico-fundamentantes para a consecução da norma econômico-jurídica de livre comércio, perpassando aspectos históricos da Teoria Econômica Internacional, desde a antigüidade e Idade Média até os atuais tempos de globalização; apresentando as teorias justificadoras do comércio internacional como: a teoria da vantagem comparativa absoluta; a teoria da vantagem comparativa relativa; a teoria da demanda recíproca; a moderna teoria do comércio internacional; ainda, referindo às fases de uma economia internacional integrada, quais sejam: zona de tarifas preferenciais; zona de livre comércio; união aduaneira; mercado comum; união econômica e integração político – econômica; destacando as quatro liberdades fundamentais de circulação: a liberdade de circulação de mercadorias; de pessoas; de serviços e de capitais. Analisa, por fim, a interação entre a norma de defesa comercial e da livre concorrência no contexto da Organização Mundial do Comércio – OMC, por fim, concluindo pela necessária interação entre os dois tipos de normas de Direito Econômico. Como método de abordagem, tem-se o método indutivo e, como método de procedimento, o histórico-comparativo.

PALAVRAS-CHAVES: COMÉRCIO EXTERIOR, LIVRE CONCORRÊNCIA E DEFESA COMERCIAL, DIREITO ECONÔMICO E DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO, ECONOMIA INTERNACIONAL.

RESUMEN

El articulo trata de las teorías económicas que justifican la creación de normas de Derecho Internacional Económico que disciplinan el comercio exterior; delinea elementos teóricos y fundadores para la consecución de la norma económico-jurídica del libre comercio, pasando por los aspectos históricos de la Teoría Económica Internacional, desde la antigüedad y de la Edad Media asta los actuales tiempos de globalización; presentando las teorías justificadoras del comercio internacional como: la teoría de la ventajeen comparativa absoluta; la teoría de la ventajeen comparativa relativa; la teoría de la demanda recíproca; la moderna teoría del comercio internacional; también, haciendo referencias a las fases de una economía internacional

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

integrada, como sean: zona de tarifas preferenciales; zona de libre comercio; unión aduanera; mercado común; unión económica y integración político – económica; destacando las cuatro libertades fundamentales de circulación: la libertad de circulación de mercancías; de personas; de servicios y de capitales. Hace analices, por fin, de la interacción entre la norma de defensa comercial y de la libre competencia en el contexto de la Organización Mundial del Comercio – OMC, por fin, concluyendo por la necesaria interacción entre los dos tipos de normas de Derecho Económico. Como método de abordaje, usase el método inductivo y el método de procedimiento es el histórico-comparativo.

PALAVRAS-CLAVE: COMERCIO EXTERIOR, LIBRE COMPETENCIA Y DEFENSA COMERCIAL, DERECHO ECONÓMICO Y DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO, ECONOMÍA INTERNACIONAL.

1 Introdução à Economia Internacional e ao Direito Internacional Econômico

Em tempos de globalização e na busca da liberdade comercial própria do comércio exterior fluente e eficiente, paradoxalmente, se faz necessário que a fenomenologia econômico-internacional seja devidamente disciplinada pelo Direito Internacional Econômico. Pretende-se, pois, a apreciação doutrinária da Economia Internacional, especificamente quanto ao fenômeno da circulação de bens e serviços através do comércio e sua evolução. O objetivo é a análise das formas de institucionalização do comércio como fenômeno sócio-econômico que aproxima os povos e interage com o necessário ordenamento normativo-econômico internacional. Economia e Direito perpassam o fato social, portanto, se, outrora, o fenômeno econômico do comércio determinou a necessidade de institucionalização do Estado-nação e da Lei para a defesa dos interesses dos possuidores e, se, hodiernamente, as fronteiras traçadas e a própria Lei, não corroboram ou; por outro lado, são obstáculos para o avanço do capital globalizado, não se pode olvidar as fases intermédias de interação entre o econômico e o legal como que se intentando, assim, a descoberta de soluções adequadas para o entendimento do fenômeno social do comércio internacionalizado capaz de promover desenvolvimento.

O Estado-nação, mesmo em tempos neoliberais, reinventa-se, ainda que superando o *welfare-State* e sua tecnocracia em busca do crescimento do Produto Interno Bruto – PIB e da interligação dos mercados. Seja com a globalização, com o surgimento de novas tecnologias, com a busca incessante da economicidade traduzida pela eficiência, com o aumento do poderio econômico de grandes empreendimentos transnacionais, multinacionais e internacionais, com apolítica neoliberal, com o estado-mínimo e com a flexibilização institucional; tem-se de pensar o comércio internacional segundo Direito Econômico que supere o mero crescimento, em busca do real desenvolvimento[1] .

Desde os primórdios, quando o homem deixou de ser nômade; passou a se verificar a troca ou escambo de produtos e serviços. Na antigüidade, rotas pré

determinadas para o avanço de caravanas de camelos através dos desertos do Oriente Médio ou embarcações que fragilmente sangravam mares levando os fenícios a Tiro e Sidon fortaleceram o início de operações de comércio. No Século XIV, comerciantes europeus cruzando o Estreito de Gibraltar alcançaram a Inglaterra e os portos dos países continentais com especiarias que trocavam por matéria prima para ser trabalhada e levada aos empórios orientais. Já, em 1498 e 1492, respectivamente, grandes navegadores como Vasco da Gama, contornando a África e chegando às Índias, e Cristóvão Colombo, descobrindo a América, contribuíram para o crescimento do comércio mundial e para o surgimento de grandes potencias comerciais, como Portugal e Espanha.

O Mercantilismo, doutrina econômica embasada no enriquecimento das nações pelo acúmulo de metais preciosos, assim como, pela plena expansão do poderio bélico e da riqueza nacional através do Estado, em sua vez, desenvolveu-se entre o Século XV e meados do Século XVIII[2]. A partir do século XVI, o comércio internacional estruturou-se em contexto de surgimento dos Estados Nacionais e do exercício do poderio governamental. Passaram a ser adotadas políticas de fomento, fiscalização e regulamentação do comércio entre nações aumentando, sensivelmente, o intercambio de produtos entre povos distintos, embora, também sendo incrementadas políticas restricionistas como as mercantilistas. O Estado devia manter, sempre, sua balança favorável em detrimento dos demais, através da entrada de metais preciosos - fase mercantilista conhecida como bulionismo.

Nos séculos XVI e XVII; os esforços de guerra levaram ao incremento das indústrias metalúrgicas pesadas, fazendo surgir classes burguesas e operárias; bem como, os conflitos sociais. Ocorreu incremento do comércio mundial, porém sujeito aos obstáculos das restrições protecionistas durante o mercantilismo; doutrina econômica baseada na expansão econômica comercial em virtude de máximo incremento das exportações em troca de metais preciosos, objetivando o maior saldo da balança comercial possível, o fortalecimento econômico do estado e o metalismo, ainda, partindo da premissa de que alguém sempre perdia no comércio internacional. Neste período a vantagem comercial era verificada pelo *superavit* da balança comercial em termos de exportações custeadas por outros Estados que adquiriam produtos em troca, basicamente, de ouro e prata[3].

O protecionismo comercial levou ao desconforto países que não possuíam poder de barganha ou produtos desejados pelas metrópoles, inclusive, acabando por perderem suas riquezas minerais, não raras vezes, de forma abusiva. Se por um lado, defendeu-se a proteção das indústrias domésticas insipientes, freqüentemente, a política protecionista acobertou a ineficiência e a pura e simples reserva de mercado em função da proteção da indústria nacional e dos interesses privados incapazes de criarem e desenvolverem comércio segundo divisão e especialização internacional do trabalho, próprias e suficientes para competir com outras indústrias estrangeiras.

Muitas das idéias mercantilistas ainda perduram no pensamento de economistas contemporâneos que, através de práticas restricionistas, visam implementar certas defesas econômicas para assegurar; por exemplo, a estruturação de determinada indústria nacional incipiente, o *superavit* da balança comercial, a estabilização econômico-financeira em virtude da diminuição da dívida interna e externa, etc.

De outra forma, se, em outros tempos, a palavra de ordem era protecionismo, na era liberal, constatou-se que o comércio é uma *pista de mão-dupla*; ou seja, nenhum país pode somente exportar e entesourar metais sem que se disponha a importar de outros países. O sistema de comércio mundial é fechado e se alguém ganha outro perde o que, para uma das partes, sempre importadora, pode ser insustentável no tempo. É politicamente incorreto manter a pauta de exportação superavitária em detrimento da pobreza de outros parceiros comerciais ao longo do tempo já que, nem sempre, se pode contar com todos os recursos que se necessita internamente, sendo necessário manter o parceiro comercial para que possam ser escoados, sempre, os excedentes de produção. O mundo globalizado exige que os mínimos avanços tecnológicos estejam ao alcance dos diversos países para que, inclusive, o capital possa se expandir na tentativa de ampliação de novos mercados.

O liberalismo econômico, como doutrina econômica, cresceu em conseqüência da evolução de classes sociais definidas nos dois séculos de expansão comercial anteriores e em meio à Revolução Industrial - 1750-1840; destacando-se, primeiramente; nos séculos XVIII e XIX, priorizando-se o bem estar dos indivíduos, o utilitarismo econômico e o auto-ajuste dos mercados. Pensadores como Adam Smith e suas teorias da *Mão Invisível* e da Vantagem Comparativa Absoluta no comércio internacional, em 1776 - *The Wealth of Nations* e David Ricardo com seu *On the Principles of Political Economy and Taxation* - destacaram a necessidade de diminuição de custos de transação através do comércio entre nações, pregando a especialização, a divisão do trabalho e a consecução de trocas segundo a vocação, habilidades ou recursos disponíveis que deveriam ser manipulados pelas nações cujos custos - comparativos absolutos para A. Smith e comparativos relativos para D. Ricardo - fossem mais baixos, estendendo os ganhos do comércio para todos os participantes das redes de trocas. Destarte, através do livre-cambismo, defendeu-se a repartição da produção conforme a capacidade de diminuir custos no processo produtivo - competitividade - em ambiente de mercado, no qual o preço de livre concorrência passou a ser o indicativo para os agentes econômicos.

Após o incremento comercial ocorrido em função da Revolução Industrial; verificou-se a expansão dos processos produtivos e, por conseqüência, o abandono das práticas manufatureiras e o acréscimo de produtos com valor agregado mais alto no comércio de bens. Produzir era a palavra de ordem, pois todos os estoques haveriam de ser consumidos. No Século XIX, estabeleceram-se as bases para a economia globalizada do Século XX através de profundas transformações econômico-sociais: revolução dos transportes, dos meios de pagamento, das comunicações, a expansão comercial imposta às colônias - imperialismo - e direcionada às nações em desenvolvimento, a criação de mercados especializados, o desenvolvimento de tecnologias específicas para indústrias de base, etc. A Primeira Grande Guerra, em 1914; embora tenha iniciado em função de desavenças políticas na Europa, evidenciou a disputa pela hegemonia econômico-política por parte dos Estados Unidos da América - EUA e do Japão; incrementou a produção de bens bélicos, cerceou a liberdade de comércio em muitos casos, mas determinou transformações marcantes para as sociedades; européia e norte-americana - incluindo drástico acerto das dívidas de guerra. Em 1929, no entanto, por força de circunstâncias de extrema dificuldade econômica - excesso de estoques e falta de meio circulante - o Planeta conheceu a depressão econômica. Era a bancarrota do sistema capitalista culminando com o *crash* da Bolsa de Nova Iorque. O comércio mundial sofreu revés incontestável - a volta do protecionismo e um neo-mercantilismo que seria

superado, gradativamente, nos anos vindouros, segundo iniciativas criativas; como foi o caso do *New Deal* norte-americano e integracionistas, na Europa, onde podem ser citados esforços de cooperação internacional como a União Belgo-Luxemburguesa, de 1921 e o Benelux - Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo, em 1944. A economia tomou novos rumos com a contribuição teórica de pensadores como A. C. Pigou e John M. Keynes; fazendo-se apologia do *Welfare-State* - o Estado assistencial, que não evitaria, entretanto, a instabilidade econômico-político-social, que culminou com um Segundo Conflito Mundial, de 1939 a 1945, ocasionando a destruição da Europa, dando condições para que, novamente, se verificasse o apogeu norte-americano na revitalização do sistema econômico mundial.

A partir do novo mapa político-institucional, do incentivo à integração regional - *v. g.* Comunidade Econômica do Carvão e do Aço - CECA – e, em 25 de março de 1957, já terminada a Segunda Grande Guerra Mundial, a criação da Comunidade Econômica Européia – CEE; bem como, em função da hegemonia dos EUA na condução do processo econômico mundial, intentou-se nova ordem econômica liberal e multilateral. Em função do novo quadro político-institucional levado a efeito por fatores tais como: a queda do regime comunista na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS; o esgotamento do *Welfare-state* e a necessidade de reestruturação do sistema de relações internacionais – agora sem a *guerra fria;* tornou-se premente, na ordem do dia, novo fôlego aos ares de livre mercado. Dessa forma, projetos esquecidos, como a Organização Internacional do Comércio[4] – OIC, tornaram-se possíveis de materializar quando, em 1994, foi criada a Organização Mundial do Comércio – OMC, tornando mais rígidos os dispositivos do *General Agreement on Tariffs and Trade* - GATT[5] e objetivando a maior aproximação econômica entre as nações.

Impera, hodiernamente, política econômico-social neoliberalizante, defensora do Estado mínimo, da quebra de fronteiras, da desregulamentação de direitos sociais, da massificação do comércio e dos costumes, da regionalização dos globalismos e da globalização dos regionalismos, da integração segundo estratégia mais *amena*, porém, não menos eficaz, do que a imposição de armas – o comércio. As vantagens decorrentes das trocas internacionais são evidentes na medida em que propiciam divisas para o país ou bens de que necessita, inclusive, bens de capital; ocasionando a diversificação industrial interna e ganhos de escala pela redução de custos operacionais para a indústria doméstica. O fluxo de comércio internacional de bens e serviços cresce fazendo urgir novas instituições que encurtem distâncias e aproximem os povos em intensa atividade integracionista materializada, através de diversos tratados internacionais.

Existe criação do comércio internacional quando os agentes econômicos de determinado país importam produtos ou mercadorias de outros países abastecendo o mercado interno ou concorrendo com as mercadorias e produtos internos. Da concorrência gerada, resultam melhores patamares de preço - tendendo ao preço de livre concorrência - produtividade, aumento da eficiência econômica e melhores condições de consumo. O comércio internacional, dessa forma, contribui, efetivamente, com a divisão internacional do trabalho, ocasionando a especialização e a realocação eficiente dos recursos produtivos; com o aumento da produção, alcançando economias de escala e reduzindo, por conseqüência, custos de produção, com o suprimento dos mercados consumidores de variedade de produtos com preços equalizados internacionalmente, melhoria do nível de vida dos povos, etc.

De outra parte, o desvio de comércio é caracterizado pela atitude anti-econômica de consumo de bens importados com desvantagem de preços em relação a outros possíveis fornecedores.

A Teoria do comércio internacional envolve muitas variáveis; dentre as quais, conforme faz lembrar a lição de H. Robert Heller, devem ser destacadas, como básicas, as questões relativas à determinação do sentido do comércio, o volume e o preço de equilíbrio em que o fenômeno ocorre, os efeitos negativos que as políticas restricionistas e as práticas desleais causam ao comércio - a exemplo do *dumping* - e o efeito do comércio livre e do restringido na economia dos países envolvidos. O estudo do comércio, em termos de mercado internacional, pode ser visto a partir da Teoria da Produção em que são relevados os custos comparativos de forma a ser obtido o melhor custo de oportunidade para o emprego dos diversos fatores produtivos[6].

A Economia Internacional, como ramo da Ciência Econômica voltado para a discussão dos aspectos econômicos; produção, repartição, circulação e consumo, inerentes à organização institucional e ao desenvolvimento do comércio internacional, necessita disciplinamento jurídico. Mesmo quando em apologia ao comércio livre; para que, este, seja factível e se perpetue no tempo, paradoxalmente, necessária é a elaboração, interpretação e aplicação de aparato de normas jurídicas – regras do jogo de mercado que, em nível interno, são apresentadas coercitivamente; enquanto que, no ambiente internacional, não raras vezes, apresentam características de Direito Persuasivo – *Soft Law* - estipuladas em diversos níveis – intra-estados, inter-estados e, em nível mundial. Para atingir tal desiderato, desenvolve-se o Direito Internacional Econômico que se ocupa, no âmbito internacional, de regular as relações de produção, repartição, circulação e consumo que visem vencer as diversas experiências protecionistas, em busca da livre circulação de bens e serviços que impera como princípio na estruturação, *v.g.*, do Direito da Integração Mercosulino e do Direito Comunitário Europeu. Intenta-se, pois, aclarar tópicos sobre o tema – teorias, aspectos históricos e institucionais com ênfase para o estabelecimento de quadro econômico-teórico apropriado para o estudo e aplicação de máximas do respectivo ramo do Direito Internacional Econômico no que concerne à compatibilização entre livre concorrência e defesa comercial.

2 Teoria Econômica Internacional

Tão importante como a elaboração legislativa da integração é a compreensão de sua lógica para que melhor se possa esboçar o quadro legal amparando a práxis econômico-social. Necessária, pois, sucinta retrospectiva das principais Teorias Econômicas da Integração, apresentando-se as idéias de pensadores que, assim, tentam justificar as benesses da integração comercial. Ato contínuo; são analisados os modelos teóricos de integração determinando suas principais características e possibilidades; bem como, apontados os instrumentos próprios da política econômica de uma união. Por fim, justifica-se, em especial, a utilidade e a necessidade dos Direitos, Econômico e Internacional Econômico como viabilizadores da integração, mormente, tratando-se da

livre concorrência dentro dos Estados, ombreada por efetiva defesa comercial entre os mesmos.

O processo de evolução do comércio internacional passou pelas restrições exclusivistas do mercantilismo, devidamente criticadas, em 1776, por Adam Smith[7], defensor do *laissez- faire* através da ação da *mão invisível* sobre o mercado[8]. Explicou que, através da soma das ações individuais eficientes, chegar-se-ia ao bem estar geral, de forma que, em função do desenvolvimento dos interesses individuais e da liberalização do comércio, como corolário da divisão do trabalho justificar-se-ia o desenvolvimento econômico através da política liberal.

Adam Smith explicou, em sua teoria das *vantagens comparativas absolutas*, que, no comércio entre nações, o país exportador deveria ser, sempre, o produtor com custos menores os de outros países, comercializando o seu excedente[9]. Dessa forma, a Teoria das Vantagens Absolutas pode ser entendida quando dado País apresenta vantagem comparativa absoluta na produção de determinado bem, ainda, o mesmo ocorrendo com outro País em relação a bem distinto daquele; de forma que se torna, assim, aconselhável que cada um se dedique a produzir aquilo que melhor faz, comercializando excedentes como forma de obter o máximo resultado em termos econômicos - a eficiência. Da interação comercial entre esses países resultariam vantagens recíprocas; entretanto, a Teoria Smithiana partiu de premissa parcial - não considerando que os preços de um produto são formados, não só, pelo número de horas/trabalho, mas, também, pela disponibilidade de matéria-prima, e o capital investido; além de não ter respondido à questão inerente ao fato da haver possibilidade de comércio mesmo que dado País não tenha nenhuma vantagem absoluta em relação a outro - tema que David Ricardo tratou.

Através da Teoria da Vantagem Comparativa Relativa, justifica-se o comércio internacional mesmo que determinado País possa ser auto-suficiente na produção dos bens que necessita, pois, é essencial que empregue da melhor maneira - eficiente - seus recursos; abandonando processos produtivos de bens que podem ser comparativamente produzidos com menores custos por outros países; assim como, também, é vantajoso, adquirir aqueles produtos de outros países que, não tendo aquela vantagem comparativa, permitem, no entanto, o emprego ou alocação eficiente de recursos escassos em outros processos produtivos dentro do País importador. Wonnacott e Wonnacott expressam ser, *a vantagem comparativa de um país, o produto que ele pode produzir relativamente mais barato, isto é, a um custo de oportunidade menor do que seus parceiros no comércio internacional**[10]***.

David Ricardo desenvolveu sua *teoria do valor-trabalho*, associando a mão-de-obra com a produção - produtividade - para determinar o valor desta, verificando como vantagem da especialização, no comércio internacional, o aumento da capacidade para consumo através do melhor emprego dos recursos[11]. Sua *teoria dos custos comparativos*[12] representou avanço sobre a teoria Smithiana, porém, descuidou de observar a demanda como determinante do comércio internacional.

O sucessor de David Ricardo foi John Stuart Mill com sua doutrina *da vantagem comparativa ou eficiência comparativa do trabalho*[13] a determinar as condições de trocas; ou seja, em ampla análise, o favorecimento em relação aos fatores de produção determina condições de competitividade superiores para os diversos países. O pensador

reformulou a Teoria dos Custos Comparativos de D. Ricardo intentando determinar os reais motivos que levavam às trocas internacionais. Em seu estudo considerou a produção respectiva, em dois países, mantida dada quantidade de trabalho, concluindo pela análise da vantagem comparativa ou eficiência comparativa do trabalho - produtividade.

Mill buscou definir as reais razões que determinavam as trocas e chegou ao que se conheceu como *Princípio da demanda recíproca de Mill, em* que, a relação pela qual os bens são trocados é dependente da intensidade e da elasticidade da curva de demanda de cada País pelos produtos de outro País, estando estável esta relação quando as importações equiparam as exportações.

Enquanto David Ricardo teorizou a partir do custo de produção de uma unidade da mesma mercadoria em dois países diferentes, J. S. Mill formulou a Teoria da Demanda Recíproca utilizando, como base comparativa, o número de horas trabalhadas e não a unidade de produto evidenciando a eficiência comparativa. Ato contínuo, observou a importância das demandas recíprocas em cada País pelos produtos, de forma que o comércio ocorre quando os preços equalizam as demandas nos países considerados para o comércio internacional.

De maneira geral, os economistas clássicos[14] defenderam a eliminação das barreiras ao comércio e ingerências governamentais em função, destas, criarem condições artificiais que desviavam o rumo natural do comércio e restringiam os níveis de produção.

Em 1933, Gottfried Von Haberler introduziu o conceito de custo de oportunidade no cálculo das vantagens comparativas que, até então, se ocupava, apenas, dos custos relacionados com o fator trabalho; passando a serem relevantes, assim, todos os custos do processo produtivo. A atualização e implementação da teoria de comércio internacional ocorreu em função do estudo do emprego dos fatores de produção - natureza, capital, trabalho e iniciativa empresarial - como causa condicionante daquele, segundo a favorável distribuição destes. O Professor Gottfried Von Haberler[15] desenvolveu a *teoria dos custos de oportunidade* utilizando a curva de possibilidades de produção ou de substituição de produtos - o custo de produção de um dado bem é igual à quantidade que se deixa de produzir de outro bem em função da liberação de fatores para produzir o primeiro bem. Já, aqui, ao invés do custo comparativo do trabalho, é utilizado o custo comparativo de oportunidade dos países em comércio, entretanto, somente com o desenvolvimento desta última teoria pelos suecos Eli Hecksher (1919) e Bertil Ohlin (1933) [16] é que se solucionou o problema das diferenças de custos comparativos entre os países comerciantes ocasionando diferenças internacionais de preços das mercadorias em função de dotação distinta, por parte dos diversos países, dos fatores produtivos - custos dos insumos - das diferenças no arranjo ou combinação dada a estes fatores para a produção de cada mercadoria; da imobilidade ou dificuldade de transferência de certos fatores como, por exemplo, mão-de-obra, tecnologia, etc.

Atualmente, como justificadora da globalização neoclássica, a Teoria da competitividade das nações apresenta a busca, por parte das empresas e indústrias, de *ambiente* de destaque no comercio internacional[17]. Portanto, o fundamental para o comércio internacional é a diferente dotação relativa de fatores de produção[18] (reservas naturais, capital, mão-de-obra disponível e especializada, tecnologia) dos

diversos países e a possibilidade da melhor combinação destes visando à diminuição dos custos e a especialização internacional. Apresentam-se, pois, como vantagens do comércio internacional, dentre outras: ganhos de escala, aumento da capacidade de importação de bens de capital e insumos básicos necessários à promoção do crescimento acelerado, diversificação industrial interna, efeitos multiplicadores das exportações sobre o emprego, a produção e a renda da economia.

Outra possível justificativa teórica para o comércio internacional é a chamada explicação com base no capital humano em que antes de ser considerada a disponibilidade quantitativa de mão-de-obra, destaca-se a importância da qualificação dos trabalhadores. A competição monopolística é outra explicação para o comércio internacional través da qual este ocorre em função da ação, por parte de grandes empresas, para conquistar novos mercados de forma a evitar posição mercadológica futura desfavorável.

Ainda é possível lembrar a Teoria do Ciclo do Produto de Raimundo Vernon (1966) que justifica o comércio internacional segundo o lançamento de *produtos novos,* que dariam ao País de origem, vantagem tecnológica e condição de monopolista possibilitando, em posterior momento, a disseminação controlada da tecnologia de ponta desenvolvida.

Na derradeira intenção de disseminar o comércio com eficiência[19], o modelo integracionista globalizante passou a ser a tônica imperante nos discursos dos diversos *atores internacionais.* Mister, então, considerar que a integração tem suas fases objetivando, por fim, espaço – mercado – livre e concorrencial conforme se vê.

3 Fases da Integração Econômica

É inconcebível o insulamento de países no contexto de modernidade em que o Planeta se encontra – a aldeia global está cada vez mais interligada. Diversas são as dificuldades que levam ao emperramento do processo integracionista; sendo de destacar a falta de vontade política efetiva, a transnacionalização das economias periféricas sem a devida estruturação e respectivo acompanhamento quando da inserção econômico-política no processo integracionista mundial, a imposição inexorável de regras de estruturação neoliberal como forma de engendramento da arquitetura de poder internacional, dificuldades internas dos países quanto ao equilíbrio fiscal, serviço da dívida interna e externa, ineficiência institucional dos aparatos político-integracionistas em detrimento das renitentes estruturas individuais dos países caracterizadoras de evidentes defasagens estruturais e a busca da manutenção, por parte das superpotências, do *status quo* geopolítico mundial mantendo o desequilíbrio na distribuição dos benefícios obtidos no modelo de econômico de desenvolvimento neoliberal, a dificuldade no rompimento de óbices à mobilidade dos fatores produtivos, a diferente distribuição de recursos entre os países membros, etc.

Apesar dos obstáculos verificáveis e não menos incisivos na condução do processo integracionista mundial e regional, a integração passou a ser palavra de ordem,

restando, quase que, como regra, papel preponderante de aproximação dos povos e países, ao comércio, verdadeira *mola propulsora* de patamares econômicos propícios para a unificação político-institucional. Como desideratos econômicos, da integração, surgem o incremento das economias de escala, o desenvolvimento de projetos industriais cuja produtividade seja compatível com índices modernos e competitivos internacionalmente, arranjos eficientes de fatores escassos de produção, racionalização do trabalho e busca do pleno emprego, melhoria dos termos de troca dos envolvidos e melhoria das condições de consumo em função da concorrência na área integrada. Trata-se de verdadeira opção de equilíbrio entre a implementação da produção interna ou da implementação – ou criação - do comércio internacional. A decisão político-econômica no processo integracionista é inerente à forma de melhor acomodação entre as práticas de desenvolvimento interno de cada País e os processos que levam à criação de comércio conforme ensinado por Viner[20]. Os custos marginais de manutenção de processos produtivos internos comparados com os custos marginais de manutenção dos aparatos de defesa protecionista devem, portanto, propiciar a maior margem possível, considerada a receita marginal para dado mercado em que um País esteja inserido.

Economicamente, a tomada de decisão entre integrar ou manter políticas protecionistas refere à forma de obtenção da maior utilidade total de bens e serviços sejam nacionais ou não, importando, sim, a avaliação de custo/benefício, a flexibilização para a movimentação de capitais e a especialização dos recursos humanos.

Através do processo integracionista buscam-se soluções conjuntas que levem à abertura de mercados no âmbito da integração sendo evitados expedientes protecionistas tarifários e não tarifários, *dumping*, subsídios e práticas outras de desvio de comércio. Ainda, implementam-se políticas de desenvolvimento auto-sustentável, de melhoria dos termos de troca internacionais, de incremento dos investimentos e de melhor distribuição da riqueza.

Segundo Suphan Andic e Simón Teitel[21], a Teoria da Integração Econômica é ramo da teoria do comércio internacional que se ocupa, principalmente do estudo das uniões aduaneiras. *Integração* é a palavra de ordem que expressa consenso político através do qual, governos nacionais, reduzem, parcial ou totalmente, as barreiras tarifárias e não-tarifárias limitantes do comércio recíproco. Pode ser entendida como o ato de *retirar a significação econômica das fronteiras políticas existentes entre os países* conforme ensina José A. E. Faria[22]. O clássico pensador do comércio internacional, Bela Balassa, define a expressão *Integração Econômica* como processo e como situação, veja-se: *(...) como processo implica medidas destinadas à abolição de discriminações entre unidades econômicas de diferentes Estados; como situação pode corresponder à ausência de várias formas de discriminação entre economias nacionais*[23].

A integração é distinta da cooperação, uma vez que esta ocorre na persecução de objetivo determinado sem caracterizar a institucionalização que a primeira pressupõe. Para os neoclássicos, Viner, Meade, Scitovsky, Tinbergem integração relacionava-se com mercados aproximados espontaneamente; fato superado pela moderna Teoria Integracionista para a qual a integração é processo que envolve consenso e vontade pacífica dos partícipes em criar instituições supranacionais com poder de decisão; ainda falando-se em compartimentação de soberania, subsidiaridade ou expedientes outros

que levam à acomodação institucional e redefinição dos poderes soberanos dos Estados envolvidos em processos que, inclusive, chegam a extrapolar a esfera meramente comercial, trilhando caminhos de unificação política.

Diversos pensadores têm trabalhado a Teoria das Uniões Aduaneiras, tais como: J.E. Meade (1955) [24], Tibor Scitovsky (1958) [25]; H.G. Johnson (1958) [26], R.G.Lipsey (1957) [27], J.P. Verdoorn (1963) [28]; Cooper y Massell (1965); Balassa (1967), Andic, Andic y Dosser (1971) e Kraus, (1971); além, é claro, do já referido Jacob Viner em 1950. Um dos pioneiros, mais exatamente, em 1950, Jacob Viner[29] detectou, além da clássica teoria das vantagens comparativas justificadoras do comércio, efeitos adversos oriundos da proteção à união aduaneira. Assim, uma união aduaneira pode ter efeitos benéficos (criação do comércio) como negativos (desvio de comércio). Em relação aos produtos transacionados na união aduaneira, Viner, em seu trabalho intitulado *The Customs Union Issue*, afirma que a rivalidade entre os mesmos é uma desvantagem em função da competitividade que gera; ao passo que, a complementaridade é uma vantagem[30].

Para fins didático-pedagógicos, os diversos métodos integracionistas são classificados em modelos isolados que, em verdade, constituem etapas de processo único e gradual cujo objetivo final ambiciona unidade, talvez utópica, para as realidades, ainda, nacionalistas ou até totalmente exeqüível na práxis neoliberal. De qualquer forma, a doutrina trás, como possibilidades teóricas para a integração, cinco modelos a saber[31]: a) Zona de Tarifas Preferenciais; b) Zona de Livre Comércio; c) União Aduaneira; d) Mercado Comum e, e) União Econômica ou Monetária.

A Zona de Tarifas Preferenciais, no compreender de Roberto L. Silva, *(...) representa a redução parcial das Tarifas Alfandegárias entre duas ou mais nações e.(...) pode-se reduzir as alíquotas de forma diferenciada por produtos**[32]***. Trata-se de um determinado território em que se verifica a redução tarifária para dada quantidade de produtos específicos, sem implicar a eliminação total dos direitos aduaneiros e outras restrições à importação; estabelecendo-se margem de preferência para os países desse território. O GATT, por exemplo, permite que sejam criadas áreas de preferência para beneficiar os Países em desenvolvimento, como ocorre no Sistema Geral de Preferências - SGP.

Pode ser conceituada, a Zona de Livre Comércio[33] – ZLC, em sentido lato ou estrito, jurídica ou economicamente. Trata-se, pois, juridicamente, e em sentido *lato*, da (...) *associação de dois ou mais países visando à constituição de um mercado comum, no qual impere a livre circulação de produtos, capitais e pessoas*.

Em sentido estrito, Zonas de Livre Comércio são as Zonas de Processamento de Exportações e as Zonas Francas. Como estágio inicial de aproximação de mercados, nas ZLC é intentada a eliminação de restrições sejam tarifárias ou não criando o comércio regional em detrimento do desvio de comércio com outros países. A melhor aproximação comercial ocorre quando existe complementaridade entre os produtos dos países envolvidos. Prevalecem os produtos cujo processo produtivo é eficiente em desvantagem evidente para os países que não dispõem de tecnologia e recursos apropriados para eliminar as desvantagens competitivas. Importante, para a implementação de uma ZLC, é a institucionalização do *certificado de origem* para que

sejam evitados os inconvenientes da comercialização de produtos vindos de terceiros países dentro da zona comercial.

Na ZLC, pois, a associação de países permite a eliminação progressiva e recíproca dos diversos óbices ao livre comércio dos produtos e serviços acordados, permanecendo intocável, a liberdade comercial de cada País para desenvolver suas políticas comerciais em relação a terceiros países. No texto do GATT/94, as ZLC estão permitidas no artigo XXIV, parágrafo 8º, alínea b; definindo-as como grupo de dois ou mais territórios aduaneiros entre os quais se eliminam os direitos aduaneiros e as demais regulamentações comerciais restritivas, com relação ao essencial dos intercâmbios comerciais dos produtos originários dos territórios constitutivos da referida ZLC.

Como etapa posterior a uma ZLC, apresenta-se a União Aduaneira UA, que pressupõe, além da integração alcançada na ZLC, política comercial comum em relação a terceiros países, passando a vigorar a pauta aduaneira comum – PAC ou Tarifa Externa Comum – TEC, no caso do Mercosul, e o tratamento igualitário de produtos nos limites integrados. Bela Balassa lembra a definição do GATT/47, em que união aduaneira trata da:

(...) substituição num único território aduaneiro de dois ou mais territórios aduaneiros, quando esta substituição tem por conseqüência (i) eliminar os direitos aduaneiros e as outras regulamentações comerciais restritivas para o essencial das trocas comerciais entre os territórios constitutivos da união... e (ii) que os países membros apliquem substancialmente os mesmos direitos aduaneiros e outros regulamentos ao comércio com os territórios não participantes[34].

O autor afirma, ainda, que, mantidas todas as demais circunstâncias constantes, *quanto maior for a dimensão da união tanto maiores serão os benefícios potenciais resultantes da integração para o mundo como um todo, e quanto maior for o aumento do mercado dos países participantes tanto maiores serão os benefícios para o mundo e para os países membros**[35]***. Esta é premissa interessante, na medida em que se busca integrar regionalmente com vistas a posterior união macro-regional ou, mesmo mundial como amparado pelo artigo XXIV do GATT/94 anexo ao Acordo Constitutivo da OMC. Sob a égide do referido Artigo XXIV, todas as notificações de uniões aduaneiras ou áreas de livre comércio e acordos interinos serão examinadas por um Grupo de Trabalho que submeterá relatório ao Conselho para o Comércio de Bens contendo conclusões a respeito da possibilidade de efetivação do acordo com relação às disposições da OMC. Ao Conselho, por sua vez, restará recomendar os Membros segundo entenda necessário, inclusive quanto ao calendário de integração e medidas apropriadas para completar a união aduaneira ou estabelecer área de livre comércio.

Quanto ao Mercado Comum[36], tratar-se da quarta etapa no Processo de Integração, em que, além da simples união aduaneira, é alcançada a liberdade sobre os fatores produtivos capital e trabalho; ou seja, é somada a livre mobilidade dos fatores de produção às características definidas para a união aduaneira[37]. No Mercado Comum,verifica-se a liberdade comercial entre os parceiros e o tratamento comum para

terceiros países, assim como, a coordenação conjunta de políticas macroeconômicas e setoriais. No território do Mercado Comum, é observada a livre circulação dos fatores de produção e dos produtos e serviços gerados, harmonização das legislações internas e institucionalização de sistema de tomada de decisão conjunta ou supra-estatal.

A União Econômica ou Monetária representa o ápice do processo integracionista superado, tão-somente, pela união política. Já, nesta fase, unificam-se as políticas monetária, fiscal e cambial dos países integrados, criando-se moeda única e Banco Central independente. Além das conquistas em termos de supressão das restrições diversas ao comércio de bens e serviços; assim como obtida a mobilidade dos fatores produtivos extra-fronteiras dentro do território integrado, incrementa-se a harmonização de políticas econômicas nacionais eliminando discriminações e buscando o equilíbrio estrutural das diversas economias envolvidas.

Em uma união político-econômica, os partícipes já estão interligados através de políticas integracionistas abrangentes dos diversos setores - políticas econômicas: monetária, cambial, fiscal e outras, além de políticas sociais conjuntas, visando desideratos comuns a serem alcançados e solidificados; pela atuação de órgãos deliberativos supranacionais e conjuntos na sua formação. No que diz respeito ao Mercosul, por exemplo, são encontradas determinantes políticas no sentido da livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, mediante eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente; estabelecimento de uma TEC, a adoção de política comercial comum em relação a terceiros Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais. Também é objetivo político-econômico a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes- de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes; e o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

Corolário das políticas integracionistas é a ampliação, além das antigas fronteiras nacionais, da atividade comercial, fazendo urgir a liberdade de circulação de mercadorias, indissociavelmente ligada às estruturas conceituais do Direito Econômico Integracionista, tendo como objetivo precípuo, a abolição de entraves internos à liberdade de circulação econômica , em toda a extensão do território integrado. Tal objetivo faz parte do Direito Público Econômico, no qual, devem ser apreciados pontos tais como: conceito de liberdade de circulação de mercadorias, necessidade de tal política, a união aduaneira, as restrições quantitativas e sua supressão, medidas de efeito equivalente a encargos aduaneiros e barreiras quantitativas entre os Estados-Membros - UE, ou Estados-Partes – Mercosul.

4 Direito Internacional Econômico

Na esfera internacional, os países encontram-se juridicamente eqüidistantes, respeitadas suas soberanias e vontades manifestadas nos órgãos colegiados internacionais; em que pese tão díspares circunstâncias que os dividam em países

desenvolvidos e em desenvolvimento, ricos e pobres, poderosos e aviltados. Decorre, assim, que não pode haver ingenuidade na construção do Direito Internacional Econômico, idealizando-se máximas fundamentadas unicamente na solidariedade humana. Necessária, pois, interatividade que deve haver, entre os interesses econômicos que caracterizam o comércio multilateral e a premência em desfazer as desigualdades de países desenvolvidos e em desenvolvimento. Deseja-se, com isso, vislumbrar espécie de convergência entre os ideais jurídico-sociais e os princípios da ordem econômica. Em perspectiva internacional, é possível pensar inovadora Teoria Geral do Direito ou, especificamente, um Direito Internacional Econômico persuasivo, flexível, desconectado dos *ranços dogmáticos* de tradição individual-absolutista e dirigido para à instrumentação moderna de caráter racional-eficiente de melhor aproveitamento da riqueza, satisfazendo, por fim, os desejos gerais dos nacionais e internacionais.

Em virtude da aproximação verificável entre as economias no contexto regional – Mercosul, e multilateral – OMC; necessário é o estudo das respectivas ordens jurídico-econômicas através de instrumental econômico-jurídico capaz de possibilitar a consecução de paradigma normativo-principiológico comum para os países envolvidos.

O paradigma jurídico-econômico para uma Ordem Internacional Econômica, segundo o PEES, deve volver para a agilização e fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e otimização no uso da riqueza, ainda considerando a inclusão social para o calculo econômico. Portanto, determinando políticas econômicas progressistas, as leis jurídico-econômicas devem buscar a eficiência para a adjudicação dos diversos fatores de produção objetivando o desenvolvimento regional e a garantia da seguridade e certeza jurídica em pragmática legalista que combine a racionalidade material do economista e a formal do jurista, conforme consenso para a governabilidade e a inclusão social segundo o PEES.

Ao Direito Internacional Econômico compete indicar as medidas de política jurídico-econômica próprias para possibilitar a justiça econômica, segundo o PEES, dando entendimento teórico-jurídico ao mundo real, sob pena de esterilidade da lei. Em situação ideal de mercado Líbero-Social, maximizada resultará a utilidade dos escassos recursos e será verificada justiça se, a cada um, segundo sua capacidade - eficiência – tornar-se possível ser distribuído a respectiva parte da felicidade ou bem-estar social.

O integracionismo econômico regional, através da institucionalização normativa, pode ser reafirmado a partir da implementação de paradigma normativo-econômico que, pugnando pelo pluralismo Líbero-Social, deve ser defensor da inserção das economias locais e regionais na Ordem Econômica Internacional Global conforme possibilidade de negociação dos termos de abertura econômica para as diversas economias, inclusive, hegemônicas. A negociação eficaz dos termos da globalização, da internacionalização de mercados e da abertura neoliberal deve ser tratada por meio de critérios racionais, em perspectiva de interação global, consideradas as vantagens da inserção no contexto evolutivo mundial e sopesados os custos a serem pagos por tal avanço.

Compatibilizam-se, em termos de práxis ideológico-normativa, os fins racionais econômicos do Direito e a necessidade elementar de eqüidade, distributividade e comutatividade, através do PEES e da FLD, uma vez adotado o apropriar individual racional - uso eficiente dos recursos e relevadas as conseqüências sociais – externalidades causadas pela tomada de decisão jurídico-econômica. Para tanto, se exige

a modificação social que passa pela necessária reforma íntima - obtida pela educação e pelo amadurecimento dos processos cognoscitivos – da vontade racional dos indivíduos submetidos a determinado paradigma jurídico-normativo que, persuasivo, antes de ser mero controlador social, deve indicar a ação individual e determinar políticas econômico-sociais, através de sistema de incentivos e obstáculos dirigidos para a ação, inibindo qualquer forma de imposição violenta.

A tomada de decisões encaminha-se para perspectiva global. A tendência, no campo das ações internacionais, verifica-se no sentido da universalização maximizando-se resultados esperados e considerando-se as externalidades e o reflexo social sofrido pela sociedade presente, e mesmo, futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos sociais, determinados pelo ganho privado imediato dos participantes do processo de decisão, com relação aos demais indivíduos contemporâneos à tomada de decisão – alteridade - e às gerações futuras – condescendência para com a própria espécie. Ora, até mesmo, no Comércio Internacional, o homem amadureceu, inclusive, abandonando o egoísmo mercantilista para adotar, inteligentemente, a especialização e a saudável divisão internacional do trabalho; reconhecendo que para receber é preciso dar – para exportar é necessário importar, mantendo-se a paz fraternal mediante o equilíbrio da balança comercial mundial. Especialmente, defende-se, como forma de implementar o comércio mundial, a necessidade de diminuir as possíveis divergências entre as políticas jurídicas próprias da livre concorrência e de defesa comercial, inclusive, entendendo a complementaridade entre as duas políticas jurídico-normativas. Abrem-se, assim, perspectivas que buscam amenizar as angústias que rondam os ideais próprios de uma ordem jurídico-econômica internacional equilibrada e eficiente para o comércio exterior.

5 Defesa Comercial e Livre Concorrência

O tratamento normativo-jurídico da livre concorrência, no âmbito interno dos países, deve ser compatível com suas políticas de defesa comercial. Mesmo no caso de mercados integrados, devem ser aplicadas, após a harmonização das legislações internas, as leis de defesa da concorrência intra-bloco econômico ou político; assim como, adotada política comum de defesa comercial extra-bloco. Em verdade, as legislações comuns aplicáveis a terceiros países, quando do comércio extra-bloco, devem ter, como paradigma, legislações internacionais de grande amplitude e aceitação como é o caso da legislação da OMC. Interessante, pois, é estruturar a *competition police* juntamente com a defesa comercial já que, a princípio, as duas políticas não estão tão distantes como se possa imaginar. Antes mesmo, em perspectiva de analise econômica do Direito, é deveras útil a aplicação de instrumentais analíticos adequados à livre concorrência preconizada nos diversos mercados internos de forma harmoniosa quanto à defesa comercial internacional.

Um dos principais objetivos das políticas integracionistas de países é a livre circulação de bens e serviços em ambiente concorrencial a ser garantido por institutos próprios do estágio de integração, muito especialmente, pela jurisprudência de tribunal supra-nacional ou pela condução administrativo-legislativa adequada à criação de

ambiente econômico harmônico intra-bloco de forma a, obtida a estabilidade interna, serem propiciadas as necessárias condições para o desenvolvimento de comércio internacional progressista. A livre concorrência só pode ocorrer, paradoxalmente, em ambiente normatizado no qual a solução de conflitos ocorra por via de Órgão de Solução de Controvérsias ou Tribunal Supra-nacional que passam a ser mantenedores da liberdade de circulação de bens e serviços.

Apesar de tratarem de dois aspectos do comércio - interno e externo, é de se notar intrínseca ligação entre a política de defesa comercial e a legislação interna de controle da concorrência. Conseqüência natural de economia de mercado interna sadia é a estruturação de comércio internacional, também, concorrencial e competitivo; na medida em que não existam espaços para a atuação desleal e o abuso de poder econômico.

A existência de real e irrestrita circulação de mercadorias e serviços implica a necessidade de harmonizar políticas que, gradualmente, eliminem as disparidades legais e factuais obstaculizadoras do livre mercado. A união aduaneira através de processo de eliminação das restrições pautais e quantitativas à circulação de mercadorias torna-se corolário da política econômica internacional, justificável segundo os ditames da especialização do trabalho e das vantagens comparativas do comércio. Para tanto, ainda utiliza-se o expediente de uma Pauta Aduaneira Comum – PAC, que fixa os direitos a cobrar sobre os bens provenientes de países terceiros. Acarreta, como conseqüência, o fato dos Estados integrados deixarem de ter jurisdição sobre os direitos aduaneiros aplicados às mercadorias que entrem no País.

Se o comércio é necessário e apresenta benefícios para as relações internacionais, deve ser estimulada a sua criação em condições de liberdade para os agentes que, por sua vez, ao estrapolarem suas possibilidades devem ser cooptados ou persuadidos a proceder competitiva, leal e concorrencialmente em detrimento de qualquer meio outro que leve ao desvio de comércio.

Constatado que a melhor forma para o desenvolvimento das economias dos diversos países passa pela trilha do comércio internacional promissor e forte, na medida em que se abandonam as radicalidades do isolacionismo, resta identificar em que grau de liberdade deve operar a economia mundial e, especialmente, o comércio. A liberdade de comércio plena leva à máxima especialização dos fatores produtivos. Assim, busca-se a eficiência econômica, a obtenção de economias de escala e a melhor posição na relação custo/benefício próprias de mercados integrados, livres de barreiras e abertos.

A livre concorrência e a defesa comercial são desideratos ambicionados tanto para os mercados analisados interna quanto externamente; entretanto, as políticas normo-institucionalizadas para tratar de ambos os assuntos são distintas. Efetivamente, não se pode confundir defesa comercial com proteção da concorrência, pelo menos, em termos doutrinários. De fato, em que pese, por fim, o amplo objetivo da eficiência econômica alcançável tanto interna como externamente nos diversos países, diferenças podem ser observadas entre um e outro instituto. A legislação de defesa comercial voltada para a eliminação da prática do *dumping* e dos subsídios, assim como, estipuladora de medidas compensatórias difere da lei antitruste ou de proteção da livre concorrência quanto ao sujeito: a defesa comercial trata da relação comercial entre empresas pertencentes a Estados distintos, enquanto as normas de proteção da

concorrência ocupam-se de verificar o exercício abusivo de poder econômico ou a incursão em práticas *per se condemnation* - conforme a legislação - que ocorram em determinado mercado interno ou integrado. No que diz respeito à natureza da legislação, enquanto, a norma de defesa comercial visa proteger o comércio internacional, a lei antitruste protege a concorrência interna, quanto ao objeto, a legislação de defesa comercial aplica-se sobre operações que envolvam comércio exterior, mais especificamente, importação pelo País em que a investigação ocorre, enquanto, as leis protetivas da concorrência são aplicadas às operações de compra e venda de mercadorias e serviços no interior do mercado considerado.

Para questão de justiça à moderna Teoria Econômica, deve ser lembrado que o conceito de concorrência perfeita flexibilizou-se no sentido da busca de concorrência efetiva ou, o que se conhece por *workable competition.* Tratam-se de *regras do jogo* e não de dogmas insuperáveis, dentro de visão eficiente que defende primeiramente os resultados em detrimento da estrutura. Ressalvado o exposto, entende-se, no entanto, que, o fenômeno econômico da circulação comercial é único nas suas determinantes econômicas e que as leis de mercado atuam tanto interna como externamente; portanto, em instância teórica, considerada a situação ideal de equilíbrio estático, em mercado de livre concorrência, aberto às investidas de agentes externos, globalizado e desimpedido de barreiras; a partir do equilíbrio econômico externo pode ser alcançado patamar de preços internamente competitivos e vice-versa.

Haveria, inicialmente, de ser notada e superada possível divergência de objetivos entre a política de defesa comercial e a política de concorrência. Enquanto a primeira se ocupa das principais regras para proteção dos competidores - indústria doméstica - quanto às práticas de comércio desleal, as regras de concorrência protegem a própria competição concorrencial. Argumenta-se que, em se tratando de legislar sobre um fato econômico - comércio - não se pode, politicamente, defender, ora a indústria interna em atitude xenófoba, ora a competição interna. Em um mundo globalizado, no qual os países agrupam-se em processos integracionistas e, até, comunitários a eficiência deve coordenar e orientar a tomada de decisão econômica favorecendo a concorrência e os concorrentes sejam nacionais ou não. Não se pode aceitar o uso meramente político e protecionista de dispositivos legais que, antes de propiciarem o uso eficiente dos escassos recursos, desviam o comércio causando nefastas conseqüências depressivas em função da íntima proximidade dos mercados de bens e serviços, de capitais, financeiro e outros. Tanto as leis concorrenciais internas quanto as voltadas para o comércio externo e inerentes à discriminação de preços devem ser tratadas de forma unívoca sob pena de se contradizerem ou dobrarem esforços. Ambas as legislações têm o mesmo escopo: maximizar o bem-estar econômico promovendo a eficiência na alocação de recursos e condenando a prática de preços distorcidos.

A ausência de regras bem definidas para o mantenimento de condições concorrenciais internas nos diversos países pode ocasionar ambiente mercadológico imperfeito que propicie a prática econômica desleal restando, desta forma, limitado o comércio e impedidos, os recursos, de serem eficientemente alocados. Resultado final, para a economia dos países envolvidos pela prática desleal, é a não plenitude no exercício dos direitos econômicos por parte dos legítimos titulares.

As políticas de concorrência e de mantenimento da competitividade internacional antes de serem excludentes ou incompatíveis são complementares e

visionam a eficiência. A análise comparativa entre as legislações de defesa comercial e antitruste deve ser feita no sentido de detectar se a estrutura institucional e normativa de cada País propicia o livre comércio ou, se, pelo contrário, levanta óbices ocasionando o desvio de comércio. A atribuição de direitos internos deve zelar pelo uso eficiente dos escassos recursos que devem propiciar a realização da atividade econômica de forma a ocorrer interação entre as economias externas e a otimização em escala mundial. O mercado é, neste objetivo, principal indicador para a ordenação da atividade econômica, cabendo, aos governos, a atividade regulatória própria para a correção das chamadas falhas de mercado em nível interno ou externo. Desta forma, *v. g.* ,coíbe-se tanto o exercício abusivo do poder de monopólio interno como a prática do *dumping* pela discriminação de preços por parte de detentor de poder econômico no ambiente internacional.

Em função da discricionariedade que resta aos órgãos governamentais para a aplicação das leis de defesa comercial, deve ser incentivada a utilização de *standards* apropriados para a obtenção da maior transparência e eficácia na apreciação da conduta dos agentes econômicos seja no mercado interno ou externo. Reconhece-se que nem a isolada aplicação de uma política concorrencial e nem a difusão de uma política de defesa comercial internacional isolada do contexto interno são suficientes para assegurar a contestabilidade de um mercado e a eficiência econômica global. As duas citadas políticas reforçam-se mutuamente. Nesse sentido, o PEES pode ser instrumental próprio do sistema de mercado cujas verdades e dogmas são irrefutáveis como princípios definidores de justiça econômica aplicável ao ambiente institucional desse mercado e conducente da atividade regulatória dos governos seja quando da apreciação da atividade econômica interna ou externa, ainda zelando-se pelo interesse público e pelo princípio da eficiência econômico-social. Para elaboração de proposta de interação entre as políticas de concorrência e de comércio internacional eficazes por parte dos governos, devem ser lembradas as recomendações exaradas no âmbito da OCDE[38] sobre possível reforma no sistema regulatório: 1 Adoção, ao nível de políticas externas, de programas de reforma e regulamentação que estabeleçam objetivos claros e estrutura para implementação; 2 Revisão sistemática dos regulamentos para assegurar que eles se coadunem com seus objetivos eficiente e eficazmente; 3 Assegurar para que regulamentos e processos regulatórios sejam transparentes, não discriminatórios e eficientemente aplicados; 4 Revisão e reforço quando necessário das finalidades, efetividade e eficácia da política concorrencial; 5 Aplicação de regulamentos de reforma econômica para todos os setores estimulando a concorrência e eliminação das exceções em que clara evidência demonstra que elas são o melhor modo de servir o interesse público; 6 Eliminação de barreiras regulatórias desnecessárias ao comércio e investimentos pelo incremento de acordos internacionais e fortalecimento de princípios internacionais; 7 Identificação de importantes ligações com outros objetivos políticos e desenvolvimento de políticas para alcançar objetivos comuns entre a concorrência e o livre comércio e áreas como saúde, segurança, proteção do consumidor, etc.

Dessa forma, fica evidente a necessidade de integrar os procedimentos de aproximação das legislações próprias da defesa da concorrência com as determinações do GATT/OMC, mormente quando os atos submetidos àquelas afetam o comércio internacional; ainda que pese o fato da legislação antitruste ser adequada para a defesa da concorrência enquanto a *trade law* se ocupa basicamente, da defesa do produtor interno. A aproximação é evidente quando, por fim, as duas legislações se ocupam da real necessidade de promover a eficiência e não acobertar processos produtivos internos

segundo métodos protecionistas de uma estrutura não competitiva nos moldes internacionais. Devem, assim, ser coibidas iniciativas unilaterais de imposição comercial em relação a terceiros países sendo, de outra forma, incentivada a coordenação bilateral, multilateral e regional do comércio segundo ditames da lei internacional de comércio própria do GATT/OMC legitimada pelo voto igualitário de seus participantes. A partir da criação de ambiente competitivo interno nos diversos países e aceitação de sistema de regras próprias para a defesa da concorrência e competitividade interna adotado de forma a não criar barreiras à entrada de potenciais competidores externos, pode ser verificado um *competitive-behavior* capaz de elidir as distorções verificáveis no comércio internacional; da mesma forma, a adoção de regras internacionais de defesa comercial inibem o comportamento desleal.

Em verdade, prega-se a busca de situação de competitividade internacional que leve à contestabilidade[39] internacional dos mercados como estágio mais avançado em relação à concorrência, na medida em que indique integração econômica caracterizada pela harmonização das várias políticas domésticas e pelo vencimento das barreiras ao comércio e das assimetrias entre os diversos países.

Um dos principais objetivos das políticas integracionistas de países é a de livre circulação de bens e serviços em ambiente concorrencial, no qual as oportunidades estejam dispostas de forma eqüitativa segundo critérios de eficiência econômica alocativa e distributiva dos escassos meios econômicos, ainda, conforme resultados que levem ao desenvolvimento econômico-social da região integrada. Na busca da satisfação deste desejo, intenta-se corrigir as possíveis falhas do sistema de relações econômico-sociais: o mercado. O *dumping*, como falha de mercado verificada no comércio internacional, atenta contra a liberdade de comércio seja na esfera internacional - em termos de liberdade de circulação de bens - seja no âmbito interno - no que concerne à livre concorrência. É condenável, portanto, por sinalizar, equivocadamente, aos agentes econômicos nacionais e internacionais quanto ao correto emprego dos fatores produtivos, causando prejuízo, no ambiente interno, em virtude da inevitável desestabilização da oferta competitiva em detrimento da concentração econômica e do exercício ineficiente do poder econômico.

A liberdade de comércio plena leva à máxima especialização dos fatores produtivos, não se esquecendo que, se é desejável um ambiente de concorrência perfeita, segundo a visão hodierna econômico-jurídica, situações de concorrência imperfeita, tais como: o monopólio, a ocorrência monopolística e o oligopólio, podem ser aceitas – *Workable competition*. Em busca da economia de escala, as empresas procuram ampliar suas linhas de produção aumentando seu poder econômico e eliminando a concorrência, assim como, muito comum se torna a concentração de empresas – vertical e horizontalmente – com vistas à obtenção de maior grau de eficiência.

Tem evoluído o debate em torno da defesa da concorrência interna, quanto a ser condenável *per se* o monopólio ou não. Em verdade, a moderna teoria de *competition police* acredita que o monopólio, desde que eficiente, é recomendável sendo intolerável o domínio de mercado que ocasione a prática de efeitos anticoncorrenciais – aumento abusivo de preços, discriminação de mercados, criação de barreiras à entrada de novos potenciais concorrentes, etc. No comércio internacional, destacam-se as multinacionais com poder econômico capaz de suplantar, até mesmo, o poder político de certos

Estados, o que faz necessária a adoção de critérios internacionais de comércio, em especial, concernentes ao *dumping*, impedindo que estruturas monopolizadas de mercado perpetuem a destruição das indústrias domésticas.

Embora a condição de monopolista não seja exigência inafastável para a caracterização do *dumping*; é necessário considerar que o praticante desta deslealdade comercial tem que ter controle tal no mercado de origem, que lhe possibilite a discriminação de mercados e o impedimento da circunvenção ou arbitragem comercial, bem como, a imposição de distintos preços no (s) mercado (s) doméstico (s) importador (s). Portanto, é evidente que, ao menos no mercado de origem, existem barreiras que impossibilitam a entrada de novos concorrentes, a demanda é severamente elástica e, portanto, suscetível de variação rápida em relação a qualquer imposição de suba nos preços internos e este mercado incorre em algum grau de imperfeição quanto à sua estrutura[40].

Na estrutura de mercado de monopólio puro, uma única empresa atua, com grande influência na formação dos preços, ofertando produto sem substitutos próximos e satisfatórios, bem como utilizando expedientes extra-preço para salvaguardar sua imagem e posição no mercado. Na estrutura monopolística, é impossível o ingresso de novos concorrentes, que, entrando, levariam à extinção do monopólio. A estipulação de preços em monopólio é limitada pela concorrência indireta de possíveis bens substitutos, pela intenção dos consumidores em pagar para adquirir bens e serviços - demanda - e pela ameaça de concorrência potencial em função dos lucros de monopólio. Representa um nível de produção menor do que aquele praticado em concorrência perfeita, forçando o excedente de consumidores a adquirir produtos substitutos a preços mais caros do que seriam adquiridos em condições normais de mercado levando, por fim, a um desperdício social. Calixto S. Filho ensina que três conseqüências surgem a partir do exercício do poder de monopólio: *a perda da utilidade dos produtos monopolizados em função da impossibilidade do consumo, o destino dos recursos amealhados no monopólio que gera o desperdício social e o desestímulo à melhoria*[41].

Uma das formas que os empresários encontram de atuar em conjunto no mercado é a dos cartéis, principalmente, fixando preços e dividindo referido mercado de forma a limitar a concorrência. Em relação à maximização dos lucros, intenta-se a maior diferença possível entre as *receitas totais* e o somatório dos *custos totais*, de forma a ser praticado o preço de monopólio; por outro lado, em relação à divisão de mercado, é possível referir a duas formas: a concorrência extra preço e a estipulação de quotas.

A cartelização dos mercados tem sido uma das maiores preocupações do Direito Econômico enquanto instrumento jurídico próprio para a estipulação das regras para definição da ação estatal no disciplinamento das relações econômicas. Os cartéis distorcem as intenções de mercado, levando a abusos do poder econômico injustificáveis frente ao sacrifício social. Se casos existem, em que a prática monopolística seja aconselhável, como verificável em alguns monopólios estatais, ou, mesmo privados, nos quais a grande quantidade de capitais exigida e os altos custos justificam as dificuldades de entrada no mercado de novos concorrentes, grande preocupação resta ao Estado em determinar expedientes antitruste para lidar com a concentração abusiva do poder econômico. A partir dos anos trinta, com a verificação da inoperância da *mão invisível smithiana* na resolução dos problemas de mercado e em

razão do Estado Intervencionista, delineou-se todo um aparato jurídico delimitado pelo chamado Direito Econômico, que, dentre outras situações, preocupou-se em ordenar a atividade econômica de forma a evitar a concentração monopolística tendente a prejudicar o processo econômico.

Não se desconhece que, segundo a ótica teórico-normatizada e tradicionalmente adotada, efetivamente, difere, em alguns aspectos, o tratamento dispensado à defesa comercial externa com relação à proteção da concorrência interna quando da busca do amplo objetivo da eficiência econômica alcançável, tanto interna como externamente, nos diversos países. Destarte, podem ser tratados - senão conjuntamente, no mesmo texto legal, através de legislações interativas - os problemas econômico-comerciais surgidos entre, ou envolvendo os agentes internos e externos nas suas relações enquanto atuantes no comércio internacional ou no ambiente mercadológico interno[42].

A justificação das regras a*nti-dumping* só pode ocorrer através do estudo de sua racionalidade econômica no que diz respeito à normatização de situações distorcivas da concorrência; tais como, as verificáveis no caso da discriminação de preços, das vendas abaixo do custo e do *dumping* predatório, propriamente dito; desconsiderando-se o uso meramente político e protecionista de dispositivos legais, que, antes de propiciarem o uso eficiente dos escassos recursos, desviam o comércio causando nefastas conseqüências depressivas em função da íntima proximidade dos mercados globalizados. Os efeitos anticompetitivos do *anti-dumping* são verificáveis a partir de sua utilização imoral na proteção de mercados internos ineficientes ocasionando, por conseqüência, a discriminação entre os agentes econômicos, a retração no comércio pela ameaça de investigações e a contrariedade ao princípio da livre negociação quando da estipulação de compromissos de preços, dentre outros inconvenientes.

Considerações Finais

Intentou-se aclarar, segundo a Teoria Econômica Internacional, a criação de normas de Direito Internacional Econômico disciplinadoras do comércio exterior próprio do livre comércio; ainda, apresentando-se as teorias justificadoras do comércio internacional como: a teoria da vantagem comparativa absoluta; a teoria da vantagem comparativa relativa; a teoria da demanda recíproca; a moderna teoria do comércio internacional; ainda, referindo às fases de uma economia internacional integrada, quais sejam: zona de tarifas preferenciais; zona de livre comércio; união aduaneira; mercado comum; união econômica e integração político – econômica.

Destacou-se como corolário da Política Econômica de Integração, a livre circulação de bens e mercadorias pretendendo-se um mercado de livre concorrência no qual imperem princípios tais como: 1. da economicidade, 2. da eficiência econômica, 3. da obtenção de economias de escala e 4. da obtenção de uma melhor posição na relação custo/benefício própria de mercados integrados, livres de barreiras e abertos. No Direito da Integração, *lato sensu*, tem-se que a condição de norma integracionista não deve ser necessariamente cogente e, sim, persuasiva da vontade do Estado Parte que deve harmonizar sua legislação com os ditames consensuais obtidos na integração econômica. Resulta, pois, com grande importância, a disposição normativa do Estado-Parte como fundamentante na consecução de normas comuns, ou na aplicação

subsidiária da Norma Nacional, quando da falta de norma supranacional ou de disposição textual nesta última.

A ausência de regras bem definidas para a manutenção de condições concorrenciais internas, nos diversos países, pode ocasionar ambiente interno mercadológico imperfeito que propicia as práticas do *dumping* e dos subsídios, bem como de concorrência desleal no âmbito internacional restando, desta forma, limitado o comércio e impedidos os recursos de serem eficientemente alocados. Resultado final para a economia dos países envolvidos pelas práticas desleais e infrativas da Ordem Econômica, seja no Âmbito interno, como externo, é, então, a não plenitude no exercício dos direitos econômicos por parte dos legítimos titulares.

Nos atuais dias da humanidade, a liberdade dos agentes econômicos é possível a partir da implementação de ambiente econômico-social normatizado, no qual a solução de conflitos se verifique segundo tomada de decisão racional, que, considerando todas as variáveis envolvidas, alcance, como ideal de justiça, o equilíbrio econômico-social próprio de situação ótima - eficiente - para os envolvidos e para aqueles que possam suportar quaisquer externalidades por ventura existente em função da opção de justiça adotada. Expressão da liberdade econômica é, também, a manifestação da liberdade fundamental de circulação de mercadorias e serviços, intrinsecamente situada nas estruturas conceituais do Direito da Integração e do Direito Comunitário e, especialmente, no Direito Internacional Econômico. Se o comércio é necessário e apresenta benefícios para as relações internacionais, deve ser estimulada a sua criação em condições de liberdade para os agentes que, por sua vez, ao extrapolarem suas possibilidades devem ser cooptados ou persuadidos a proceder competitiva, leal e concorrencialmente em detrimento de qualquer meio outro que leve ao desvio de comércio.

Reconhece-se que, nem a isolada aplicação de uma política concorrencial interna, nem a difusão de uma política de defesa comercial internacional isolada do contexto interno, são suficientes para assegurar a contestabilidade de mercado e a eficiência econômica global. Ambas as políticas reforçam-se mutuamente eliminando obstáculos ao livre comércio, promovendo ambiente competitivo e acesso aos mercados em condições de igualdade de oportunidades. Expressiva verdade, então, é que a feitura e aplicação da política de defesa comercial para o comércio internacional não pode ser indiferente aos princípios da norma antitruste, conforme à política concorrencial interna, que não pode deixar, a seu turno, de considerar os aspectos internacionais do comércio.

Conclui-se, por fim, pela necessária interação entre as normas de defesa comercial e de livre concorrência, conforme orientação da Organização Mundial do Comércio – OMC. Defende-se o Direito Persuasivo e flexível, desconectado dos *ranços dogmáticos* de tradição individual-absolutista e dirigido para a instrumentação moderna de caráter racional-eficiente de melhor aproveitamento da riqueza social e individualmente apropriada.

Referências

ALMSTEDT, KERMIT W. et. al. *Prácticas Desleales Del comercio Internacional (Antidumping).* México : UNAM. 1995.

ANDIC, Suphan e TEITEL, Simón. *Integración Económica*. México: Fondo de Cultura Económica. 1977.

BELA BALASSA. Teoria *da Integração Econômica.* Tradução de Maria Filipa Gonçalves e Maria Elsa Ferreira. 3 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira, 1961.

BO SODERSTEN. *Economia Internacional*, trad. Flávio Wanderley Lara. Interciência, 1970.

ELLSWORTH, Paul Theodor, 1897. *A economia internacional teoria e prática, desde o mercantilismo até a formação do Mercado Comum Europeu.* trad. José Luiz Silveira Miranda. 2 ed. São Paulo: Atlas, Brasília: INL, 1973.

FARIA, José Ângelo Estrella. *O Mercosul: Princípios, Finalidade e Alcance do Tratado de Assunção*. Brasília: MRE/SGIE/NAT. 1993.

GANDOLFO. Giancarlo. *International Economics I The pure theory of International Trade*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag. 1994.

HABERLER, Gottfried, *The Theory of International Trade*. London: Wm. Hodge & Co. 1936.

HECKSCHER, Eli. *The Effect of Foreign Trade on The Distribution of incomes*. Ekonomisk Tidskrift. XXI. 1919.

HELLER, Heinz Robert. *Comércio Internacional: teoria e evidência empírica.* Trad. Carmen Terezinha Santoro dos Santos, ver. Téc. José Paschoal Rossetti. São Paulo: Atlas, 1978.

HUGON, Paul. *História das Doutrinas Econômicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1942.

JOHNSON, H.G. *International Trade and Economic Growth.* London: 1958.

_____. *An Economic Theory of protectionism, tariff bargaining, and the formation of customs unions*. Journal of Political Economy, n. 73, p3. 1965.

LIPSEY, R. G. *The Theory of Customs Unions: Trade Diversion and Welfare*. Economic. New Series, Vol. XXIV.

MARSHALL, Alfred. *Principles of Economics*. 8 ed. London: MacMillan & Co. 1956.

MEADE , J.E. *The Theory of Customs Union.* Amsterdam : North Holland Publishing Co., 1955.

OHLIN, Bertil . *Comércio Interregional e Internacional.* Barcelona: Oikos-tau, 1971.

PORTER, Michael E.*A vantagem competitiva das nações.*Trad.Waltensir Dutra. Rio de Janeiro:Campus, 1993.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1977.

RENÉ VILLARREAL. *Economía Internacional*. México: Fondo de Cultura Económica. 1989.

RICARDO, David. *Principles of Political Economy and taxation*. Everyman's Edition. 1953.

SCHAPOSNIK, Eduardo Carlos. *As Teorias da integração e o Mercosul: estratégias.* Florianópolis: UFSC, 1997.

SCHERER, F.M. *Competition Polices for an Integrated World Economy*. Washington DC.: The Brookings Institution.1994.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito Econômico Internacional e Direito Comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey.1995.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da Concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*. São Paulo: Ltr. 1998.

SMITH, Adam. *The Wealth of Nations.* Modern Library Edition. 1976.

SOARES, Guido F. da Silva. *O Direito Supranacional das Comunidades Européias e na América Latina : O caso ALALC/ALADI e o mercado comum Brasil-Argentina*. São Paulo: RT, 1991.

STUART MILL, John. *Principles of Political Economy*, edição Ashley,Londres: Longmans, Green & Co. 1921.

VERMULST, Edwin A. *A European Practitioner´s view of the GATT System. Journal of World Trade*. V. 27. N. 2, p.55. abr. 1993.

VERDOORN, P.J. *The Intra-Bloc Trade of Benelux. A. Robinson, comp. Economic Consequences of the Size of Nations.* London: Macmillan. 1963.

VINER, J. *The Customs Unions.* Nova York: Carnegie Endowment for International Peace, 1950.

WONNACOTT, Paul e WONNACOTT, Ronald. *Economia.* Trad. E rev. téc. Celso Seiji Gondo, Antonio Martins Cortada e Jayme Fonseca Francisco Junior. 2 ed. São Paulo: Makron Books, 1994.

[1] Entende-se desenvolvimento distintamente de crescimento econômico. O aumento do PIB, caracterizando crescimento econômico, juntamente com a elevação de outros índices como expectativa de vida e grau de escolaridade levam à determinação , v.g., do Indice de Desenvolvimento Humano – IDH, como, muito bem elaborado, em 1990, por Amartya Sen e pelo economista paquistanes Mahbub ul Haq, e que tem sido usado desde 1993 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNU D.

[2] P. T. Ellsworth apresenta o período mercantilista como próprio ao comércio internacional regulamentado *in* ELLSWORTH, Paul Theodor, 1897. *A economia internacional teoria e prática, desde o mercantilismo até a formação do Mercado Comum Europeu*. trad. José Luiz Silveira Miranda. 2 ed. São Paulo : Atlas, Brasília : INL. 1973, pp.29-50.

[3] Roberto L. Silva acusa, com apropriado estudo, que, nos séculos XV e XVI o mercantilismo apresentou duas formas principais a saber: o monopólio de exportações e o monetarismo ou bulionismo. Ver in SILVA, Roberto Luiz. *Direito Econômico Internacional e Direito Comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey.1995, pp.27-33. Paul Hugon ensina, por sua vez, que os sistemas mercantilistas foram quatro: a) a forma espanhola: forma rudimentar do mercantilismo denominada metalismo ou bulionismo; b) a forma francesa: através do desenvolvimento da indústria; c) a forma inglesa: ou comercialista e d) a forma fiduciária: em função das experiências bancárias do início do século XVIII com Dutot, Melon e John Law;. Ver in HUGON, Paul. *História das Doutrinas Econômicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1942, pp.86-97.

[4] A OIC foi idealizada nos idos de 1947 e teria sido um terceiro suporte do sistema econômico mundial junto ao FMI- Fundo Monetário Internacional e ao BIRD – Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento. Falhou, dentre outros motivos, devido à guerra fria e à política protecionista que, vigentes, neste período, fizeram sucumbir qualquer possibilidade de integração no comércio mundial. Deve ser lembrado, no entanto, que se desenhou, assim, uma política regional de comércio intra-blocos econômicos.

[5] *General Agreement on Tariffs and Trade*, instituto sui generis, uma vez que, não sendo corporificado institucionalmente, esteve vigente durante quase 50 anos, desde 1947, como tratado ou acordo a balizar o comércio internacional. O chamado GATT/47 passou a ser conhecido como GATT/94 após a institucionalização da Organização Mundial do Comércio em 15 de abril de 1994.

[6] Para maiores esclarecimentos, ver HELLER, Heinz Robert. *Comercio Internacional* : *teoria e evidência empírica.* Trad. Carmen Terezinha Santoro dos Santos, ver. Téc. José Paschoal Rossetti. São Paulo: Atlas, 1978. pp.27 e ss.

[7] SMITH, Adam . *The Wealth of Nations.* Modern Library Edition, p. 400.

[8] No mesmo sentido, ver BO SODERSTEN. *Economía Internacional,* tradução de Flávio Wanderley Lara. Inter ciência. 1970, p. 14.

[9] Para maiores esclarecimentos, ver in SMITH. SMITH, Adam. *The Wealth of Nations.* Modern Library Edition. 1976. pp.424-426.

[10] WONNACOTT, Paul e WONNACOTT, Ronald. *Economia.* Trad. E rev. téc. Celso Seiji Gondo, Antonio Martins Cortada e Jayme Fonseca Francisco Junior. 2 ed. São Paulo: Makron Books, 1994. p. 672.

[11] O tema é trabalhado com exemplos matemáticos *in* BO SODERSTEN. *Economia Internacional*, trad. Flávio Wanderley Lara. Interciência, 1970. pp. 13-22.

[12] Ver in RICARDO, David. *Principles of Political Economy* . Everyman's Edition. p.9.

[13] Ver in STUART MILL, John. *Principles of Political Economy*, edição Ashley,Londres: Longmans, Green & Co. 1921.

[14] Excelente trabalho sobre Economia Internacional apontando as teorias clássicas, neo-clássicas e sua evidência histórica pode ser visto in RENÉ VILLARREAL et al. *Economia Internacional* México : Fondo de Cultura Económica. 1989.

[15] Para maiores esclarecimentos, ver HABERLER, Gottfried, *The Theory of International Trade*. London: Wm. Hodge & Co. 1936.

[16] Ver in HECKSCHER, Eli. *The Effect of Foreign Trade on The Distribution of incomes*. Ekonomisk Tidskrift. XXI. 1919; assim como, *in* OHLIN, Bertil. *Interregional and International Trade*. Cambridge: Harvard University Press .1932. A obra de Bertil Ohlin pode ser vista em sua tradução para o espanhol: OHLIN, Bertil. *Comercio Interregional e Internacional*. Barcelona : Oikos-tau. 1971. Uma leitura bem prática do pensamento dos suécos Heckscher-Ohlin pode ser vista in ELLSWORTH, Paul Theodor, Op. cit. pp. 81-140.

[17] Ver *in* PORTER, Michael. E. *A vantagem competitiva das nações.* Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro:Campus, 1993. pp. 31 e 32.

[18] No mesmo sentido, ver BO SODERSTEN. . *Economia Internacional*, (…) pp. 61-72.

[19] Paulo Caliendo ensina que existe, em geral, uma pressuposição de que o livre comércio maximiza a eficiência econômica e o bem-estar econômico. É o chamado Teorema de Pareto sobre o comércio e o bem-estar que afirma que o laissez-faire é eficiente, numa economia em concorrência perfeita, sem poder de monopólio de mercado. Ver in SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da Concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações.* São Paulo: Ltr. 1998. p.19.

[20] Os conceitos de criação e desvio de comércio foram apresentados, pela primeira vez, em virtude da elaboração intelectual de Jacob Viner, em 1950, e J.E.Meade, em 1955, referente à Teoria Econômica da Integração Regional. Ver in VINER, J. *The Customs' Unions.* Nova York: Carnegie Endowment for International Peace, 1950 e MEADE, J.E. *The Theory Of Customs' Unions.* Amsterdã : North-Holland, 1955. Bela Balassa lembra que o aumento do comércio representa uma aproximação ao regime de comércio livre, uma vez que implica um desvio das fontes de produção de custos mais altos para as de mais baixos custos, enquanto o desvio do comércio acarreta uma

passagem das compras dos produtores com custos mais baixos para os produtores com custos produtivos superiores. Ver in BELA BALASSA. Teoria *da Integração Econômica.* Tradução de Maria Filipa Gonçalves e Maria Elsa Ferreira. 3 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira, 1961. p.46.

[21] Recomenda-se a leitura da citada obra de Suphan Andic e Simón Teitel como suporte teórico sobre uniões aduaneiras alicerçado sobre o pensamento de diversos autores como Viner - 1950, J.E.Meade - 1955, Vanek - 1962; Makover e Morton - 1953; Lipsey - 1957; Melvin - 1969 dentre outros. Ver in ANDIC, Suphan e TEITEL, Simón. *Integración Económica*. México: Fondo de Cultura Económica. 1977.

[22] FARIA, José Ângelo Estrella. *O Mercosul: Princípios, Finalidade e Alcance do Tratado de Assunção*. Brasília: MRE/SGIE/NAT. 1993,p. xi.

[23] BELA BALASSA. Teoria *da Integração Econômica.* 1961. p. 12.

[24] MEADE , J.E. *The Theory of Customs Union*. p. 37

[25] SCITOVSKY, Op. Cit.

[26] JOHNSON, H.G. *International Trade and Economic Growth.* London: 1958. e_____. *An Economic Theory of protectionism, tariff bargaining, and the formation of customs unions*. Journal of Political Economy ,n. 73, 1965. p3.

[27] LIPSEY, R. G. *The Theory of Customs Unions: Trade Diversion and Welfare*. Economic., New Series, Vol. XXIV.

[28] VERDOORN, P.J. *The Intra-Bloc Trade of Benelux. A. Robinson, comp. Economic Consequences of the Size of Nations.* London: Macmillan. 1963.

[29] VINER, J. *The Customs Unions.* Nova York: Carnegie Endowment for International Peace, 1950. pp.41 e ss.

[30] VINER, J. *The Customs Unions.* p. 51.

[31] Bela Balassa apresenta os cinco modelos seguintes: a)Zona de livre comércio; b) União aduaneira, c) Mercado Comum, d) União Econômica e e) Integração Econômica total. Ver in BALASSA, B. *Teoria da Integração Econômica.* p. 13.

[32] SILVA, Roberto Luiz. *Direito Econômico Internacional* p. 108.

[33] Bela Balassa define Zona de livre comércio como aquela em que os (...) direitos (e as restrições quantitativas) entre os países participantes são abolidos, mas cada país mantém as suas pautas próprias em relação aos países não membros. Ver in BALASSA, B. *Teoria da Integração Econômica.* p. 13.

[34] Ver in BALASSA, B. *Teoria da Integração Econômica.* p.40.

[35] BALASSA, B. *Teoria da Integração Econômica.* p.63.

[36] Bela Balassa afirma que (...) num mercado comum atinge-se uma forma mais elevada de integração econômica, em que são abolidas não só as restrições comerciais mas, também, as restrições aos movimentos de factores produtivos in BALASSA, B. *Teoria da Integração Econômica.* , p.13.

[37] SILVA, Roberto Luiz. *Direito Econômico Internacional e Direito Comunitário*. p. 109.

[38] A OCDE surgiu da transformação da OECE em 1960. A Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômicos foi , inicialmente, composta por dezoito membros europeus e os EUA.

[39] O conceito de contestabilidade pode ser visto a partir da OCDE para a qual um mercado é contestável *cuando las condiciones de competencia que ofrece permiten un acceso irrestricto a bienes, servicios, ideas, inversiones y hombres de negocios provenientes del exterior, de tal manera que puedan competir en términos iguales o comparables a los de los competidores locales.* (OCDE, TD/TC/WP(95)55, sept. 95. *Apud Comercio Internacional: el escenario post Ronda Uruguay. SELA /Capítulos, nº 45, jan./mar. 1996*

[40] A Teoria Econômica apresenta, como possibilidades, infinitas configurações para a estrutura mercadológica que vão desde o mercado de concorrência perfeita até ao monopólio ou o monopsônio.

[41] FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial:* pp. 124-126.

[42] As práticas anticoncorrenciais e desleais estão sendo estudadas sob interessante perspectiva a partir da Conferência de Singapura realizada em 11 de dezembro de 1996 e de suas posteriores reuniões, no âmbito da OMC.

DIREITO ECONÔMICO E MEIO AMBIENTE: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO TEMPO SOCIAL E A PROMESSA DE UM FUTURO SUSTENTÁVEL*

DERECHO ECONÓMICO Y MEDIO AMBIENTE: LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL TIEMPO SOCIAL Y LA PROMESA DE UN FUTURO SOSTENIBLE

Francisco Carlos Duarte
Leonel Vinicius Jaeger Betti Jr.

RESUMO

O presente trabalho indaga as possibilidades de atuação do Direito Econômico em face dos impactos deletérios das relações de produção e consumo sobre o meio ambiente, sob a perspectiva sistêmica do tempo social. Neste sentido, identifica as diferenças de ritmo e tempo existentes entre Direito, Economia e Meio Ambiente como causa primordial das dificuldades de comunicação intersistêmica, geradoras da perda do sentido de tempo social. O problema central da análise revela-se, nesta medida, na forma da destemporalização ocorrida no seio do sistema econômico, que atua sobre o meio ambiente sem considerar a necessidade de coesão e perpetuidade social (sem consideração para com o futuro). Constatada a insustentabilidade temporal das atuais estruturas de produção e consumo, o sistemas jurídico passa por um processo de assimilação e adequação ao problema. Partindo da premissa de que o Direito liga o presente ao futuro, conclui-se que a escassez dos recursos naturais obriga o discurso jurídico a construir uma ponte entre as necessidades do presente e os interesses do futuro, por meio da promessa de um futuro socioambientalmente sustentável. Em face deste cenário, propõe-se que o cumprimento da referida promessa passa, necessariamente, pela compatibilização pragmática dos interesses do presente com os do futuro, o que somente é possível quando se tem claros os limites do discurso jurídico (e de suas possibilidades aplicativas) em face das especificidades temporais e referenciais da economia e da política. O desafio do Direito contemporâneo, portanto, não é controlar o tempo da economia (o que é impossível) mas, de fato, compreendê-lo e institucionalizá-lo por meio da ideia de sustentabilidade, reconectando-o ao projeto social de futuro. Constata-se, assim, que isso somente seja possível na medida em que o Direito passa a a ser concebido menos como meio de solução de conflitos intersubjetivos e mais como um fator de influência (fluido e adaptável) sobre fenômenos socio-econômicos-ambientais em nível agregado, o que o torna capaz de compreender a lógica da moderna complexidade social, de forma a poder lhe dar resposta normativa à altura.

PALAVRAS-CHAVES: TEMPO; DIREITO ECONÔMICO; MEIO AMBIENTE; SOCIEDADE; SUSTENTABILIDADE.

RESUMEN

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Este estudio indaga las posibilidades de atuación del Derecho Económico frente a los efectos nocivos de las relaciones de producción y consumo sobre el medio ambiente, bajo la perspectiva sistémica del tiempo social. En este sentido, identifica las diferencias de velocidad y tiempo entre Derecho, Economía y Medio Ambiente como la principal causa de los problemas de comunicación intersistémica, generadoras de la pérdida del sentido del tiempo social. El problema central del análisis se revela en la da, forma de la detemporalización ocurrida en el sistema económico, que actúa sobre el medio ambiente sin tener en cuenta la necesidad de cohesión y perpetuidad social (sin tener en cuenta el futuro). Constatada la insostenibilidad temporal de las actuales estructuras de lproducción y consumo, el sistema jurídico se somete a un proceso de asimilación y adaptación al problema. A partir de la premisa de que la ley vincula el presente con el futuro, se concluye que la escasez de recursos naturales requiere que el discurso juridico construya un puente entre las necesidades del presente y los intereses del futuro a través de la promesa de un futuro socioambientalmente sostenible. Por tales razones, se propone que el cumplimiento de esa promesa pasa, necesariamente, por la compatibilización pragmática de los intereses del presente con los del futuro, o que sólo es posible si se tiene claro los límites del discurso jurídico (y de sus posibilidades aplicativas) frente a las especificidades temporales y de referenciales de la economía y de la política. El desafío de el Derecho contemporáneo no es controlar el tiempo de la economía (lo que es imposible), pero, en realidad, comprenderlo y institucionalizarlo a través del concepto de sostenibilidad, conectandolo al proyecto social de futuro. Hay, por tanto, que esto sólo es posible en la medida en que el Derecho pasa a ser concebido menos como un medio de resolución de conflictos y más como un medio de influencia (fluido y adaptable) sobre los fenómenos socio-económico-ambientales em nível agregado, o que le hace capaz de comprender la lógica de la complejidad social moderna, con la finalidad de le presentar respuestas normativas compatibles.

PALAVRAS-CLAVE: TIEMPO; DERECHO ECON[OMICO; MEDIO AMBIENTE; SOCIEDAD; SOSTENIBILIDAD

Introdução

O objetivo do presente trabalho é analisar as possibilidades de atuação do Direito (sistema normativo) em face da constatação dos impactos deletérios das relações econômicas de produção e consumo sobre o meio-ambiente. Tal investigação será procedida considerando as interfaces entre o Tempo e o Direito e, sob tal foco, voltar-se-á para o fenômeno da busca normativa por um modelo de desenvolvimento sustentável. Mais do que apresentar conclusões com pretensões definitivas, procurar-se-á aventar algumas possibilidades que possam, de alguma forma, contribuir para a construção do debate e fundamentação da pesquisa futura.

Partindo da premissa de que o Direito institui o tempo social e, particularmente, liga o presente ao futuro por meio da promessa de que a sociedade será o que ela quer ser (ou melhor: o que os agentes sociais, em um dado momento, pretendem que ela venha a ser no futuro), analisar-se-á como a escassez dos recursos naturais obriga o discurso jurídico a construir uma ponte entre as necessidades do presente e os interesses do

futuro (em outras palavras, a buscar compatibilizar as necessidades da sociedade de hoje com os interesses das futuras gerações), por meio da promessa de um futuro socioambientalmente sustentável.

Em face da complexidade contemporânea (caracterizada por relações cada vez mais interdependentes, massificadas e difusas) devem ser perquiridas as formas pelas quais o Direito pode institucionalizar a referida promessa e, em igual medida, influir sobre os demais sistemas sociais (econômico, principalmente) para realizá-la.

Afirmando o problema da efetividade, propõe-se que o cumprimento desta promessa passa, necessariamente, pela *compatibilização pragmática* dos interesses do presente com os do futuro, o que somente é possível quando se tem claros os limites do discurso jurídico (e de suas possibilidades aplicativas) em face das especificidades temporais e referenciais da economia e da política.

1. O Tempo e o Direito na contemporaneidade

Atualmente, percebe-se a dificuldade que a dogmática jurídica (construída sob uma função de tempo duradoura, que permitia a ponderação e a antecipação normativa) encontra ao se deparar com a realidade contemporânea, de relações massificadas, instantâneas e fluidas, na qual a interação tempo-espaço parece ser cada vez menos estável e mais relativizada.[1]

Para lidar com essa realidade, na qual o passado perde-se na velocidade das transformações contínuas (rápidas e efêmeras demais para permitir que sobre elas se possa construir qualquer alicerce normativo), o Direito volta-se para o futuro.

O discurso jurídico busca, com isso, superar as formas dogmáticas tradicionais (fundadas na subsunção normativa: *se "A" é, "B" deve ser*), vindo a elaborar um instrumental normativo de caráter teleológico (finalístico). Este instrumental consolida-se na forma de princípios, que estabelecem tal ou qual estado de coisas a ser atingido e o correlato dever de se adequar as condutas imediatas à consecução mediata de tal ou qual finalidade.

Consagra-se, assim, uma técnica normativa identificada com o marco filosófico pós-positivista e com o fenômeno que se convencionou denominar neoconstitucionalismo. Seu objetivo e desafio é a busca pela adequação da interpretação e aplicação do Direito ao cenário de incertezas e imediatismos da contemporaneidade. Para tanto, rompe com o paradigma positivista (que identifica o esquema de subsunção como manifestação precípua do jurídico), abrindo margem à construção normativa dos princípios (identificados com valores e com estados de coisas a serem atingidos no futuro e, portanto, com uma *promessa*). Por meio deste discurso renovado, busca-se a reabilitação da razão prática na argumentação jurídica, formando o que se pode considerar, efetivamente, um novo paradigma hermenêutico.[2]

Em um ambiente no qual a evolução demasiado rápida das técnicas comprime espaço e tempo em um estado permanente de urgência, de um presente eternizado sem fundamento e sem propósito, proliferam as leis de ocasião e, com elas, a insegurança

jurídica. Postos em nível constitucional como fundamentos dos sistemas jurídicos, os princípios acabam por cumprir importante papel de coesão social pois, apesar de seu alto grau de incompletude, contêm em si um projeto: a promessa de um futuro melhor (como não se sabe o que a sociedade de hoje é, busca-se, normativamente, o que ela quer e pode vir a ser). Liga-se o presente ao futuro por uma finalidade e pelo comprometimento com sua realização.

Ocorre, sem embargo, que a referida compressão de espaço e tempo traz um alto grau de interdependência, massificação e difusividade aos fenômenos sociais contemporâneos, o que acaba por tornar suas relações de causalidade bastante difíceis – e, muitas vezes, impossíveis – de serem identificadas.

Tais características identificam-se com o moderno conceito de *complexidade*. Esta, entendida como nota diferencial da contemporaneidade, caracteriza-se, como bem desenvolveu MORIN, pelas "*inter-retro-ações entre os diferentes problemas, agentes, crises e ameaças*".[3] Para tal autor, é o que ocorre entre os atuais problemas dos modos de vida e de civilização (como os econômicos e os de consumo), os de meio ambiente e os de, essencialmente, (in)capacidade de percepção de futuro.[4]

Em face da complexidade e dos males da civilização que ela é capaz de gerar, MORIN entende necessária *uma desaceleração que permita à regulação e ao controle tomar a dianteira*.[5] O problema é que, dadas o diferente tempo entre o Direito e os avanços da técnica/ciência, muito provavelmente uma tal "tomada de dianteira" simplesmente não seja possível. Todavia, não se entende como impossível uma regulação que, a partir da consciência de suas limitações temporais e referenciais, possa construir um arcabouço normativo criativo e eficaz (como, por exemplo, no caso dos instrumentos jurídico-econômicos de proteção ambiental). Para os novos e complexos problemas, faz-se necessária uma nova e igualmente complexa resposta normativa.

A complexidade contemporânea, neste contexto, impõe uma abordagem analítica que, para além do texto, considere o *contexto* (social, econômico, político), os valores subjacentes e as consequências inter-sistêmicas da interpretação/reconstrução/aplicação dos institutos jurídicos.

A moderna construção e reconstrução do Direito passa, necessariamente, pela compreensão dos referenciais sistêmicos próprios aos fenômenos que pretende regular. Com isso, não se quer dizer que o Direito deva operar sob tais referenciais. Em verdade, quer-se significar que, para ter pretensão de utilidade, o discurso jurídico não pode pretender substituir o referencial (e o tempo) próprio de outros sistemas sociais (como o econômico, por exemplo), pelo seu próprio, ignorando as consequências de sua aplicação (sob pena de ineficácia).

Todavia, há que se ter cautela com o outro lado da moeda: pretender-se a substituição do referencial próprio do Direito pelos de outros sistemas. Tal postura traz, em si, o risco de diluição não só do ordenamento, mas do próprio pensamento jurídico, em meio a referenciais teóricos que lhe são estranhos[6], gerando efeitos potencialmente tão imprevisíveis e indesejados quanto a não abertura comunicativa do Direito às informações advindas dos demais sistemas sociais.

O Direito pensado em vista apenas do "puramente jurídico" (dever ser) nega a realidade presente (o "ser") que é o ponto de partida necessário da construção (e atuação) normativa; quer, assim, chegar ao futuro sem construir a ponte com o passado e percorrer o caminho a partir do presente.[7] Desempenha, com isso, papel oposto ao que se pressupõe, minando a institucionalização do tempo e rompendo a coesão social decorrente da percepção de continuidade passado-presente-futuro.

Na melhor das hipóteses, o Direito assim construído e implementado não passa de um inócuo amontoado de boas intenções; na pior, produz efeitos mais socialmente deletérios do que aqueles advindos do fenômeno que pretende regular.[8]

Para ser efetivo, o Direito deve *reconhecer*[9] a complexidade e, nesta medida, buscar compreender como sua linguagem normativa atuará sobre os diferentes tempos e será processada pelos diferentes referenciais dos sistemas que pretende regular. O Direito deve estar à altura da realidade que suas normas querem alcançar; s*ua contemporaneidade é, com efeito, uma exigência ética.*

Apresentadas tais premissas, passa-se a expor o surgimento e hodierna evolução da preocupação social acerca da questão ambiental e, principalmente, seus reflexos na institucionalização do tempo pelo Direito.

2. A questão ambiental: construção e desenvolvimento na modernidade

Na contemporaneidade, observa-se uma progressiva ampliação e aprofundamento dos debates acerca do que se pode denominar "questão ambiental", ou seja, do conjunto de circunstâncias atinentes à interação entre sociedade e meio ambiente, principalmente no que diz respeito aos impactos deletérios do modo de produção e consumo sobre a capacidade de suporte deste (esgotamento de recursos, poluição etc.).

Na sua origem, as preocupações com a capacidade de suporte do meio ambiente centravam-se, quase que unicamente, em torno do aumento populacional (como as clássicas teorias malthusianas).

Já nos 60 e 70 do século XX, surgiram debates que começaram a apontar o crescimento exponencial da economia (principalmente da produção industrial) como fonte dos problemas ambientais.[10]

Em 1972, a "Conferência da Nações Unidas sobre o meio ambiente humano – Estocolmo 72" concluiu, formalmente, que a deterioração do meio ambiente era causada pelo crescimento populacional, pela urbanização e pela industrialização.[11]

Com isso, o debate ambiental sofreu um grande deslocamento, com o surgimento de novos argumentos e novos significados. PORTILHO afirma que Estocolmo inaugurou o Ambientalismo Público, *aumentando a cobertura jornalística e incentivando um progressivo aumento do interesse das pessoas comuns pela questão ambiental*.[12]

Surge, então, um discurso social centrado na degradação ambiental (e, principalmente, o deslocamento do foco das preocupações correlatas para os limites do processo

produtivo) que acabou por desconstruir o moderno paradigma (advindo da Revolução Industrial) de que a expansão da produção e o crescimento econômico aumentam, necessariamente, o bem-estar social. Neste sentido, o próprio paradigma moderno do conflito (esquerda x direita, burguesia x proletariado) é superado pelo caráter difuso do pensamento ecológico.

Ainda que socioambientalmente promissora, a concepção teórica gestada em Estocolmo mostrou-se insuficiente. Se identificou o papel dos processos produtivos na degradação, limitou-se a encará-lo sob o ponto de vista meramente tecnicista, ignorando o outro lado da moeda: o consumo e os estilos de vida decorrentes da modernidade. Se identificou a possibilidade de superação do conflito *capital x trabalho* por meio da questão ambiental, falhou ao relevar o novo conjunto de *sujeitos difusos* que surgem no centro da relação interdependente e fluida que se constrói entre o consumo e o meio ambiente: os próprios consumidores.

Mais recentemente, observa-se um novo passo na evolução destas discussões, de forma que passam a proliferar análises centradas nos impactos do consumo sobre o meio ambiente. Ao lado dos efeitos *subjetivamente* perversos do consumismo, já bem identificados[13], destacam-se efeitos *objetivamente* perversos do consumo desmedido, na forma de impactos ambientais que, em caráter difuso, são suportados por toda a sociedade. De forma complexa, típica da contemporaneidade, todos são, ao mesmo tempo, agentes e vítimas do problema.

Se identificava-se, no centro das estruturas sociais modernas, as relações de trabalho, pode-se indentificar, em suas contrapartes contemporâneas, as relações de consumo (ao lado de expressões como sociedade pós-moderna, de risco, da informação etc., fala-se em *sociedade de consumo*). A fragmentação atual retira o binômio produção/trabalho e coloca o consumo no *centro organizador* da sociedade, retirando-o de um ambiente pseudo-institucionalizado (como é o trabalho) para inserí-lo, de forma difusa, em um ambiente de atividades cotidianas.

Em suma, o problema da degradação ambiental provocada pelas correntes relações de produção e consumo tem pautado parte significativa das discussões políticas (e jurídicas) hodiernas. Tal fenômeno é resultado de uma conscientização social decorrente da cada vez maior difusão de informações sobre a questão. Em razão do forte apelo que a causa ambiental possui[14], observa-se o surgimento do anseio social por um modelo de desenvolvimento sustentável, capaz de lidar com o problema da escassez de forma a garantir o suprimento das necessidades socioeconômicas das presentes e futuras gerações.

3. O Direito e a promessa de sustentabilidade

Em última análise, a crise ambiental decorre de uma falha estrutural de mercado (sistema econômico). O modo de produção e consumo insustentável decorre, de fato, da má administração de recursos no tempo.[15]

Assim, chega-se ao problema central da análise: a destemporalização[16] ocorrida no seio do sistema econômico que, operando imediatamente sobre o referencial lucro-prejuízo,

atua sobre o meio ambiente sem considerar a necessidade de coesão e perpetuidade social (ou seja: sem qualquer consideração para com o futuro[17]).

Dentro do citado contexto da contemporaneidade, o perigo da destemporalização está sempre presente: pela instantaneidade das relações sociais, corre-se o risco de que as ações ocorram atreladas tão somente ao presente, cegas ao passado e à possibilidade de futuro. Sai-se, assim, do tempo instituído, portador de sentido social.

Com propriedade, OST discorre sobre tal risco de destemporalização, caracterizado pelo fato de que atualmente o presente, sempre fugidio, parece ser a única forma de representação do tempo. Como se o passado não mais importasse e o futuro fosse demasiadamente incerto para que se possa almejar contruí-lo a partir do hoje.[18]

Para o referido autor, a sociedade contemporânea parece privada da noção de duração, dedicada unicamente ao frenesi do instante e condenada a viver no ritmo sôfrego da atualidade.[19]

Para resgatar o necessário sentido social do tempo e evitar a destemporalização (que ameaça a continuidade da vida em sociedade), faz-se necessário institucionalizar o tempo por meio do Direito, ligando-o ou desligando-o de forma a resgatar a harmonia social. Em particular, a falta de compromisso para com o futuro é combatida pela instituição da promessa, ou seja, do estabelecimento normativo do compromisso com o que a sociedade pretende vir a ser.

No caso da questão ambiental, além da repressão imediata de condutas nocivas (com a atuação do Direito voltada ao passado), a destemporalização observada nas estruturas econômicas é corrigida pela institucionalização da promessa do desenvolvimento sustentável (atuação do Direito com vistas ao futuro).

Constatada a insustentabilidade temporal[20] das atuais estruturas de produção e consumo, os sistemas sociais passam por um processo de assimilação e adequação ao problema. No ordenamento (sistema) jurídico brasileiro, tal processo consubstancia-se, precipuamente, nas determinações constitucionais de defesa do meio-ambiente (art. 170, VI) e de sua preservação para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*).

O referido movimento normativo enquadra-se no quadro fenomenológico que GIDDENS denominou “Modernidade Reflexiva”, composto pela circunstância de que, contemporaneamente, as práticas sociais são constantemente analisadas e reformadas à luz das informações produzidas acerca daquelas próprias práticas.[21] O fato de a sociedade passar a examinar e buscar reformar suas próprias práticas econômicas em razão da constatação dos efeitos deletérios destas mesmas práticas constitui um movimento essencialmente reflexivo. Se por um lado as práticas sociais tendem a se suceder no ritmo frenético do presente eternizado (como que por meros *reflexos*), por outro amplia-se a conscientização sobre as consequências de tais práticas, surgindo a possibilidade de que a sociedade sobre elas *reflita*.[22] Neste sentido, faz-se necessário o advento de modelos regulatórios e técnicas interpretativas que potencializem tais possibilidades de *reflexividade* social.

Como visto, no contexto pós-positivista, os valores e os princípios que os veiculam são colocados como centro propulsor de mudanças da realidade socioeconômica. Ocorre

que, como visto, somente a previsão constitucional e a construção discursiva não bastam para garantir o cumprimento da promessa de um futuro sustentável.

Por isso, arrisca-se a concluir: o principal desafio do ordenamento jurídico em face da questão ambiental é a falta de uma efetiva institucionalização do tempo da sustentabilidade socioeconômica, que, por meio do Direito, busque institucionalizar uma relação temporal contínua entre os processo econômicos e as determinações deônticas de preservação ambiental.

O tratamento jurídico da questão ambiental corre o risco de se engessar em duas posturas igualmente incompletas e incapazes de institucionalizá-lo temporalmente: uma, estritamente apegada ao sancionamento do ilícito (passado) sem qualquer perspectiva de projeto (futuro) e outra, excessivamente permeada por um idealismo utópico que entende que a proteção/preservação ambiental não é possível sem uma ruptura completa com a lógica da estrutura econômica. *À primeira falta alguma percepção de futuro e à segunda certa consideração para com o presente.*

Ambas não concebem que o Direito possa instituir e incutir o tempo social na lógica econômica; o presente estudo, por seu turno, considera tal postura uma capitulação cômoda e indevida. É eticamente inadmissível que, dada a complexidade das relações socioeconômicas contemporâneas (permeadas pela questão ambiental) e da dificuldade de se compreender suas inter-relações, simplesmente abandone-se a busca pelo entendimento e se negue a possibilidade de diálogo (comunicação inter-sistêmica).

Em face da diferença entre os diversos tempos sociais (do Direito, da Economia e do Meio Ambiente), há que se conceber a regulação como um âmbito mediador de comunicação inter-sistêmica, ou seja: em face do risco de destemporalização (agora na forma de discronia), o Direito deve ser concebido de forma a consubstanciar mecanismos capazes de garantir o mínimo de concordância entre os diversos sistemas sociais. Na contemporaneidade, portanto, a sincronização normativa entre os diferentes ritmos sociais (entre homem e natureza, entre presente e futuras gerações) passa a ser o mais importante desafio do Direito pertinente à regulação econômica.

Como afirmado, a compreensão do funcionamento da realidade que se pretende regular é o hodierno imperativo ético do jurista. Deve-se buscar entender os códigos e os referenciais operativos do sistema econômico e sua relação com o meio ambiente que lhe serve de suporte, possibilitando-se uma intervenção normativa eficaz e efetiva, que não se prenda excessivamente ao presente (inviabilizando que se pense o futuro) e, tampouco, que olhe apenas para o futuro (impossibilitando que se descubra como construí-lo a partir do presente).

4. A complexidade sistêmica, o conflito entre interesses do presente e do futuro e o problema da efetividade do Direito

A já referida complexidade das relações contemporâneas tornou ineficazes os instrumentos jurídicos clássicos, baseados na lógica da subsunção. Por seu caráter difuso e massificado, tais relações são identificadas por meio de tendências gerais, nas quais a individualização de causalidades é dificílima (se não impossível).

Desta feita, o instrumental jurídico passa por uma adaptação: primeiro de cunho finalístico (com o desenvolvimento da técnica principiológica) e, em um segundo momento, com a busca de instrumentos melhor adaptados à lógica própria das relações difusas e massificadas. Como exemplo deste fenômeno, pode-se citar o reconhecimento e consolidação da teoria dos direitos transindividuais e o surgimento de instrumentos jurídico econômicos voltados a promover ou desincentivar[23] tais tendências gerais.

Como proposto, o atual estágio de interdependência da economia global e a constatação da questão ambiental apresentam novos desafios que rompem com os paradigmas de análise social consolidados na modernidade. A oposição e conflito de interesses entre capital e trabalho já não é mais tão clara, sendo superada por interesses setoriais. A depender do setor econômico, capital e trabalho aliam-se em torno de interesses comuns, em contraposição a outras forças de "capital + trabalho" (por exemplo, no caso dos empresários e trabalhadores de uma indústria que despeja efluentes em uma praia em contraposição aos interesses dos empresários e trabalhadores que atuam no setor de serviços turísticos daquele local).

Já os agentes sociais identificados com as categorias de "capital x trabalho" são superados pelo paradigma da sociedade de consumo: se todos são consumidores, todos são, ao mesmo tempo, agentes e vítimas da degradação ambiental. Até mesmo o clássico debate entre liberalismo e intervencionismo perde sentido em face da complexidade decorrente da ruína do socialismo e da crise do capitalismo. A questão que se coloca não é "mais" ou "menos" atuação do Estado na economia mas, em verdade, "onde" e "qual" atuação.

Com isso, a concepção e implementação de políticas públicas no domínio econômico passa por uma drástica alteração de forma de conteúdo, incorporando a lógica dos fenômenos e agentes difusos de forma a dar resposta eficaz mais para as complexas exigências de um presente cada vez mais conectado ao futuro. O paradigma regulatório passa a ser mais qualitativo e menos quantitativo, incorporando as consequências da aplicação normativa ao seu próprio juízo de validade. É por isso que SALAMA afirma que "*integrar as conseqüências à lógica da formulação das decisões ajuda no encaminhamento não apenas de soluções mais eficientes, como também de soluções mais justas.*"[24]

Pode-se dizer que, neste cenário, passa a existir uma intersecção entre os planos de eficácia e de validade da norma, ou seja: a validade das intervenções normativas estará, necessariamente, vinculada à sua aptidão para concretizar os pressupostos que lhe serviram de justificativa. Como consideram FARACO e SANTOS, "*quando a norma positiva alguma diretriz ou objetivo, o juízo de validade que procura concretizá-la no contexto de uma política pública estará vinculado à sua eficiência para a realização do fim visado.*"[25]

Ocorre, e aqui está o cerne da questão, que tal aptidão/eficiência depende, necessariamente, da compreensão de como operam os referenciais dos outros sistemas sociais (especialmente o econômico) e de como a informação advinda do sistema jurídico (sob a forma de normas) é lida e interpretada por estes. O desafio do Direito contemporâneo, portanto, não é controlar o tempo da economia (o que é impossível) mas, de fato, compreendê-lo e institucionalizá-lo por meio da ideia de sustentabilidade, reconectando-o ao projeto social de futuro.

5. O perigo do exagero: os mortos não podem cercear a liberdade dos vivos

Expostas tais premissas (e antes que se passe às conclusões articuladas) é necessário que se proceda um breve interlúdio, com o escopo de ressaltar alguns riscos que podem advir da idéia de uma regulação econômica que, trabalhando a partir do presente, tenha por objetivo garantir a sustentabilidade social no futuro.

Ao se tentar resolver o problema da destemporalização oriunda do *presente eternizado* e da *discronia* observada no trinômio Direito-Economia-Meio Ambiente, corre-se o risco de se produzir outra forma de destemporalização, talvez ainda mais perversa: aquela representada pela *tentação do determinismo*.[26]

Na medida em que se afirma a necessidade de conectar a *praxis* econômica presente com um projeto social de futuro, instituindo-se a tutela presente dos interesses das futuras gerações, corre-se o risco de que, pretensiosamente, queira-se determinar como se darão as relações econômicas do porvir.

Tanto quanto um pai não pode pretender que um contrato obrigue sua prole, a sociedade de hoje não pode pretender determinar como viverão, produzirão e comercialização as futuras gerações. Há muito tempo, PAINE já afirmava que "*querer governar do além túmulo é a mais ridícula e insolente das tiranias.*"[27] Neste sentido, a pretensão de se colocar as gerações futuras em uma "bolha de proteção" contra problemas econômicos e ambientais do futuro é de conteúdo eticamente duvidoso, na medida em que a capacidade de lidar e superar as contingências da existência constituem parte fundamental da experiência humana, definidora do caráter dos indivíduos e da grandeza dos povos.

Assim, a institucionalização do tempo social por meio da ligação do presente ao futuro pela idéia de sustentabilidade não pode significar o engessamento das possibilidades de ação futura ou, tampouco, uma condenação à repetição infinita de certos padrões atualmente considerados adequados.[28]

É certo que se está a propor uma regulação voltada para o futuro; todavia, está-se a falar de uma regulação ciente dos seus limites e possibilidades aplicativas[29], capaz de lidar com as vicissitudes da economia futura, mas, pragmaticamente, sem qualquer pretensão de anulá-las. Os únicos aptos a resolver os problemas do futuro, como não poderia deixar de ser, serão aqueles que nele viverão.

Constata-se, neste contexto, a premência de que sejam implementados mecanismos regulatórios que privilegiem o surgimento de novas perspectivas, aproveitando e maximizando a capacidade de inovação que se apresenta em um ambiente de mercado. Tal finalidade, com efeito, somente poderá ser atingida se tais mecanismos regulatórios forem concebidos com um grau de flexibilidade suficiente a garantir um adequado leque de opões (alternativas) aos agentes econômicos, sem engessar as suas possibilidades de ação. Assim, acredita-se ser possível uma moldura regulatória que compatibilize os diferentes tempos sociais entre as necessidades do meio ambiente e os interesses dos agentes econômicos, incentivando o surgimento de novas perspectivas e soluções.

6. Conclusão: a construção de mecanismos jurídico-econômicos de promoção da sustentabilidade socioambiental

Por constituir um problema intersistêmico, conclui-se que a solução da crise ambiental para pela institucionalização do tempo econômico por meio da afirmação jurídica da busca pela sustentabilidade. Esta, por seu turno, passa pela utilização de instrumentos normativos desenvolvidos em atenção à lógica própria das estruturas econômicas (atuantes em nível agregado). Isso significa que, em face da dinâmica que dissolve o tempo linear newtoniano[30], o Direito passa a a ser concebido menos como meio de solução de conflitos intersubjetivos (com pretensão de ser definitivo) e mais como um fator de influência (fluido e adaptável) sobre fenômenos socio-econômicos-ambientais em nível agregado.

Essa forma de compreender o Direito é permeada pela lógica macroeconômica (afeita ao ramo da ciência econômica que estuda as relações de causalidade entre os fenômenos agregados), identificando e dando resposta à *tendências gerais de mercado* (em contraposição à lógica jurídica tradicional da imputação[31]). Assim, tem-se a adaptação do instrumental jurídico às "*necessidades da sociedade de massa surgidas após a revolução industrial e afirmadas na modernidade, sobretudo em torno ao consumo*.[32]

Tal lógica deve, necessariamente, incorporar a demanda social por sustentabilidade e tratar os obstáculos da escassez de forma a compatibilizar a utilização do suporte de recursos naturais com as exigências de desenvolvimento das presentes e futuras gerações. Desta forma, institucionaliza-se o tempo da economia, ligando o futuro *e, em sua função condicionando a ação presente*.

Tendo em vista a conclusão articulada, infere-se que toda intervenção normativa do Estado em relação à economia há que ser orientada, *pelo menos mediatamente*, para a promoção de um modelo de desenvolvimento sustentável. Tal constatação significa que a intervenção pontual sobre certo aspecto econômico - com qualquer objetivo imediato específico - deve, necessariamente, também agregar o imperativo de sustentabilidade socioambiental (ainda que mediatamente). Entre as diversas possibilidades de ação adequadas para a consecução de certa finalidade específica, o formulador de políticas públicas e os aplicadores do Direito deverão se indagar *qual delas,em seu processo de operacionalização, redundará em menor impacto sobre o meio ambiente*, considerando diversos aspectos como o consumo de energia (e se esta é renovável ou não), a geração de resíduos sólidos e/ou emissão de gases do efeito estufa, consumo de água etc.. Para tanto, faz-se necessária a definição e utilização de indicadores hábeis a mensurar tais variáveis, de forma a informar adequadamente o processo decisório.

Sem pretensão de esgotar o ponto, pode-se encerrar aventando que o reconhecimento do desenvolvimento sustentável como imperativo jurídico contemporâneo[33] impõe que sejam adotadas, sistemática e eficientemente, medidas como as chamadas "licitações verdes", a tributação ambientalmente orientada, parâmetros de transparência em relação ao fluxo de informações ambientalmente pertinentes (entre produtores e consumidores), a aplicação de subsídios (tratamento mais favorecido ou, no mínimo, menos oneroso) direcionados à pesquisa/geração/comercialização de fontes de energia renováveis, o incentivo à implementação de mecanismos de comercialização de direitos oriundos da

redução de emissões de gases de efeito estufa (e pela redução de desmatamento e degradação) etc..[34] Em suma, o Direito deve desenvolver e aprender a trabalhar com mecanismos que institucionalizem o tempo econômico, considerando a lógica própria das estruturas econômicas e as utilizando para maximizar a consecução de suas finalidade normativas.

Essa "compreensão integradora" implica na necessidade de que as políticas públicas sejam pensadas em um contexto de *transição gradual não traumática* entre o atual modo de produção e consumo (insustentáveis) e um modelo que harmonize as necessidades de desenvolvimento do presente com as legítimas necessidades das futuras gerações. Diz-se transição gradual e não traumática, com efeito, em oposição às concepções que, de forma meramente retórica, enaltecem a incompatibilidade inter-sistêmica e a necessidade de ruptura, esquecendo-se do papel do Direito como agente de pacificação e segurança social, *construtor da coesão presente pelo resgate da memória e instituição da promessa* .

A busca pela sustentabilidade socioeconômica, por meio da institucionalização do tempo econômico, apresenta ricas possibilidades de construção normativa. Todavia, deve ser procedida com *responsabilidade* e atenção à *medida*[35], evitando-se o deslumbramento ante o novo instrumental[36], os riscos possíveis nas generalizações[37] e a substituição e submissão do referencial jurídico (legalidade e justiça) pelo de outros sistemas (o que, resgatando as premissas já expostas, implica em destemporalização[38]).

Com OST, conclui-se que é a partir do presente que se constrói a justa medida dos tempos mesclados e, com ela, a justa medida da sustentabilidade. Tal conceito, para ser capaz de ligar presente e futuro pelo elo do interesse intergeracional (retemporalizando os fenômenos sistemicamente destemporalizados), deve ser construído sob a égide da responsabilidade, evitando-se a tentação do determinismo e o perigo de eternização do presente instantâneo.

Essa responsabilidade, com efeito, não é aquela ligada à culpa que remete ao passado mas, essencialmente, constitui o comprometimento com a consecução do projeto social proposto: *é uma responsabilidade tanto para com a sociedade presente quanto para com a futura*. O comprometimento com a sustentabilidade implica, assim, na responsabilidade que advém do questionamento sobre o que faremos com nosso presente e nossa herança cultural, uma herança sem testamento, aberta às possibilidades a serem enunciadas pelo Direito.

Referências Bibliográficas

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARRAL, Welber et. al. **Direito e desenvolvimento:** análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Revista de Direito Administrativo**,** Rio de Janeiro , n. 240 , p., abr. 2005

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.** São Paulo: Universidade Estadual Paulista, c1995.

BETTI JR. Leonel; EFING, Antônio Carlos. **Direito Econômico e Modernidade: a função socioambiental e a resignificação reflexiva do direito à informação para o consumo.** Trabalho publicado nos anais do XVIII Encontro Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI.

BETTI JR., Leonel. **O Desenvolvimento Sustentável como finalidade do Direito Econômico**. Revista de Direito Empresarial nº 10. Curitiba: Juruá, 2008. p. 43/60.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Manole. 2004.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2004.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. **Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil**. Revista de Direito Público da Economia, n. 9, 2005, p. 27-61.

FELLEMAN, John. **Deep Information:the role of information policy in environmental sustainability**. Greenwich: Ablex, 1997.

FERRAZ, Roberto. A Macrológica do Direito Econômico. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 142. 2007. p. 80-86.

FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **O Consumo de Massa e a Ética Ambientalista**. Revista de Direito Ambiental n. 43.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991.

_____. **constituição da sociedade.** 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2003

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

LENZI, Cristiano Luiz. **Sociologia Ambiental: risco e sustentabilidade na modernidade.** Bauru: Edusc, 2006.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORIN, Edgar. **O Método 3: o conhecimento do conhecimento.** Lisboa: Europa América, 1986.

_____; KERN, Anne-Brigitte.**Terra-Pátria.** Porto Alegre: Sulina, 1995.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OST, François. **O Tempo do Direito.** Bauru: Edusc, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania.** São Paulo: Cortez, 2005.

ROCHA, Leonel Severo . **A construção do tempo pelo direito**. In: Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck. (Org.). Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito. São Leopoldo - RS: Edições Portão, 2003, v. , p. 309-320.

SALAMA. Bruno Meyerhoff. **O que é pesquisa em Direito e Economia**. Cadernos DireitoGV. Vol. 5. nº 2. março/2008. Disponível em http://www.direitogv.com.br/AppData/Publication/caderno%20direito%2022.pdf. Acessado em 14/11/2008.

Salomão Filho, Calixto *et. al.* **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo, Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da . **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005, v. , p. 115-143

STIGLITZ. J.E. **Towards a New Paradigm for Development: Strategies, Policies and Processes**. 1998 Prebish Lecture at UNCTAD. 1998.

VEIGA. José Eli da. **A Emergência Socioambiental**. São Paulo: Senac, 2007.

1ROCHA, Leonel Severo da. **A construção do tempo pelo direito**. p. 313.

2Para um aprofundamento sobre tais questões, consulte-se: BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Revista de Direito Administrativo**,** nº 240.

3MORIN e Edgar; KERN, Anne-Brigitte.**Terra-Pátria.**MORIN, Edgar, p. 94. Para um aprofundamento nestes conceitos, consulte-se: MORIN, Edgar, **O Método (volumes I a IV).**

4*Idem*. p. 94.

5*Idem,passim.*

6Para uma visão aprofundada sobre esta questão, especialmente no que diz respeito à interconexões entre Direito e Economia, consulte-se: FARACO, Alexandre Ditzel;

SANTOS, Fernando Muniz. **Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil**. Revista de Direito Público da Economia, n. 9, 2005, p. 27-61.

7A teoria econômica refere à inegabilidade da *dependência da trajetória*: onde se vai chegar depende, necessariamente, de onde se está. Qualquer plano de ação que desconsidere esse fator será ineficaz ou produzirá consequências indesejáveis.

8Em Direito Econômico identifica-se, ao lado das falhas de mercado, em falhas de regulação.

9Conhecer reflexivamente.

10O relatório "*Os limites do crescimento*", elaborado pelo chamado Clube de Roma e publicado em 1972, é um expoente deste paradigma analítico.

11PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, consumo e cidadania**. p. 45.

12*Idem.* p. 48.

13É bastante difundida a assertiva de que, dadas as condições da modernidade, os sujeitos trabalham mais do que deveriam para comprar bens dos quais não necessitam e que, tampouco, colaboram para sua felicidade.

14A degradação ambiental, por minar o suporte de recursos dos quais a espécie humana extrai as condições para a sua sobrevivência, pode, se não contida, levar à extinção da espécie.

15Produção, consumo e descarte/emissões excessivos no presente, comprometendo a capacidade de suporte para o futuro.

16Sobre os riscos da destemporalização e formas de retemporalização, vide: OST, François. **O tempo do Direito**, *passim*.

17No sentido de futuro social "*temporalizado*" (posto que a informação lida sob o referencial econômico volta-se tão somente ao *futuro* no sentido de se haverá - ou não - pagamento, se haverá ou não retorno em face o investimento imediatamente efetuado)

18OST, François. *op.cit.* p. 27/28.

19Idem, ibidem.

20Pede-se perdão pelo pleonasmo, pois é evidente que *sustentabilidade* é *duração* e, portanto, *tempo.*

21GIDDENS, Anthony. *op. cit. passim.*

22Reflexo e reflexão constituem a essência da modernidade reflexiva.

23Sem definir ilicitudes ou veicular proibições diretas.

24SALAMA. Bruno Meyerhoff. **O que é pesquisa em Direito e Economia**. Cadernos DireitoGV. Vol. 5. nº 2, p. 37.

25FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. *op. cit.* p. 15.

26OST, François. *op. cit*. p. 30.

27**Apud** OST, François. *op. cit*. p.260.

28Que, com a evolução da técnica ou até do *Zeitgeist* moral, podem vir ser considerados equivocados ou potencialmente deletérios à sociedade.

29Justamente, por isso, com razoáveis expectativas de efetividade.

30ROCHA, Leonel Severo da. *op. cit*. p. 311.

31A lógica da imputação liga-se à estrutura de hipótese-conseqüência: uma vez realizado o fato previsto no antecedente (hipótese) de uma regra, ocorre o fenômeno da subsunção e, automaticamente, devem ser observados os efeitos determinados em seu conseqüente normativo (mandamento). A estrutura pode ser resumida no enunciado "*se A é, B deve ser*" (onde A é o antecedente e B o conseqüente normativo).

32FERRAZ, Roberto. **A Macrológica do Direito Econômico**. p. 85/86.

33Para uma mais profunda sobre o ponto, consulte-se: BETTI JR., Leonel. **O Desenvolvimento Sustentável como finalidade do Direito Econômico**. Revista de Direito Empresarial nº 10. p. 43/60.

34Espera-se ter a oportunidade de desenvolver tais temas, pontualmente e com a merecida profundidade, em futuros trabalhos.

35Vide-se o alerta procedido no item "5" e OST, François. *op. cit*, p. 399-409 (Interlúdio).

36Sobre o deslumbramento perante o novo/aparentemente complexo e os perigos do sincretismo metodológico, consulte-se: SILVA, Virgílio Afonso da . **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico.** *passim.*

37Consubstanciado na tentação totalitária de se sacrificar garantias individuais em prol do interesse público (o qual, convenientemente, nunca se define) e da promoção de tendências gerais (que, justamente pela indefinição, permite a ocultação do abuso).

38OST, François, *op. cit*. p. 25-38.

DIREITO ECONÔMICO E PÓS-POSITIVISMO: O DIÁLOGO ENTRE A TEORIA DAS NORMAS DA FILOSOFIA DO DIREITO E A DIVISÃO DE REGRAS, PRINCÍPIOS E NORMAS DE WASHINGTON ALBINO PELUSO DE SOUZA*

DERECHO ECONÓMICO Y POS-POSITIVISMO: EL DIÁLOGO ENTRE LA TEORÍA DE LAS NORMAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y LA DIVISIÓN REGLAS, PRINCIPIOS Y LAS NORMAS DE WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA

Giovani Clark
Leonardo Alves Corrêa

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar um estudo comparativo da teoria das normas à luz de duas concepções diferentes. De um lado, a contribuição do debate de Hart e Dworkin e, posteriormente, Robert Alexy na diferenciação de normas, princípios, regras. Por outro lado, no âmbito do Direito Econômico, a relevante e ainda atual proposta de classificação de princípios, regras e normas de Washington Albino Peluso de Souza. A estrutura do trabalho consiste em: (I) explicar os diferentes paradigmas da teoria da norma no âmbito da Filosofia do Direito; (II) discutir o debate travado entre Dworkin e Hart sobre o conceito de Direito; (III) relatar as visões de Dworkin e Alexy sobre o conceito de norma, regras e princípios; e por fim, (IV) apresentar detalhadamente a proposta de classificação e definição de princípio, regra e norma sugerida por Washington Albino Peluso de Souza, na obra "Primeiras Linhas de Direito Econômico".

PALAVRAS-CHAVES: TEORIAS DAS NORMAS; FILOSOFIA DO DIREITO; DIREITO ECONÔMICO;

RESUMEN

Este documento tiene como objetivo presentar un estudio comparativo de la teoría de las normas a la luz de dos conceptos diferentes. Para una banda, la contribución de la discusión de Hart y Dworkin y, más tarde, Robert Alexy en la diferenciación de las normas, principios, reglas. Por otra parte, en virtud de lo Derecho económico, la clasificación propuesta pertinente y actual de los principios, normas y reglas de Washington Peluso Albino de Souza. La estructura de la obra consiste en: (i) explicar los diferentes paradigmas de la teoría en el marco de la Filosofía del Derecho, (ii) discutir el debate entre Dworkin y Hart sobre el concepto de Derecho, (III) para informar de las opiniones de Dworkin y Alexis en el concepto de las normas y principios, y, finalmente, (iv) presentar en detalle la propuesta de clasificación y

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

definición de principios, reglas y normas propuestas por Washington Peluso Albino de Souza, en el "Primer Líneas de Derecho Económico"

PALAVRAS-CLAVE: TEORÍA DE LAS NORMAS; FILOSOFÍA DEL DERECHO, DERECHO ECONÓMICO.

INTRODUÇÃO

O atual debate da Filosofia do Direito sobre o tema "teoria das normas" adquiriu um altíssimo grau de refinamento acadêmico nos últimos anos. A temática rompeu barreiras epistemológicas e, atualmente, tornou-se objeto de estudo e aplicação prática em todas as disciplinas jurídicas. A disseminação do referido debate teórico, inclusive em ambientes geralmente refratários aos temas ditos "acadêmicos", pode representar um importante indicador do início de um processo de superação de uma concepção legalista do Direito.

A matéria (teoria da norma), entretanto, depara-se com o interessante paradoxo da co-existência de diferentes classificações e definições em disciplinas específicas do Direito. Explicando melhor: a despeito das categorizações normativas propostas pela Filosofia do Direito, algumas disciplinas jurídicas utilizam classificações e definições próprias sobre as espécies normativas. É o caso do Direito Econômico, pois, como veremos, emprega uma qualificação diferenciada ao tratar de regras, princípios e normas.

Portanto, pergunta-se: por se tratar de uma matéria propedêutica, a classificação da Filosofia do Direito deve ser adotada pelos demais ramos do Direito? O Direito Econômico deve renunciar a toda classificação própria em favor de uma coerência e unidade científica do Direito? Podem as duas classificações existirem simultaneamente?

O objetivo do presente trabalho é enfrentar o desafio acima lançado. A estrutura do trabalho consiste em: (I) explicar os diferentes paradigmas da teoria da norma no âmbito da Filosofia do Direito; (II) discutir o debate travado entre Dworkin e Hart sobre o conceito de Direito; (III) relatar as visões de Dworkin e Alexy sobre o conceito de norma, regras e princípios; e por fim, (IV) apresentar detalhadamente a proposta de classificação e definição de princípio, regra e norma sugerida por Washington Albino Peluso de Souza, na obra "Primeiras Linhas de Direito Econômico", como elementos fundamentais para o estudo sistemático do Direito Econômico.

1- TEORIA DAS NORMAS DA FILOSOFIA DO DIREITO: NOÇÕES PRELIMINARES

A atual discussão sobre o verdadeiro alcance e significado da expressão "pós-positivismo", como paradigma científico do Direito, fornece indícios de que estamos longe de qualquer consenso mínimo sobre o tema. Em uma análise crítica sobre a matéria, Travessoni Gomes (2007; 154) aponta que não "há, porém, até agora, uma definição clara do que seja pós-positivismo; seus conceitos, suas principais teses e, sobretudo, o que incorpora do movimento que pretende negar (o positivismo jurídico) ainda não foram estudados de forma satisfatória.".

O referido processo de alteração paradigmática do Direito (do positivismo para o pós-positivismo) pode ser estudado a partir de diferentes horizontes, de forma a alterar o modo pelo qual o objeto se apresenta ao olhar do pesquisador. Neste sentido, o mesmo objeto científico (pós-positivismo) pode contemplar um estudo pormenorizado de temas como: a) a reformulação ou ampliação da concepção do problema ontológico do Direito (afinal, o que é o Direito?); b) a reaproximação entre moral, Direito e política tão ignorado pelo paradigma positivista; c) a discussão sobre a existência, ou não, de método de analise ou formas de interpretação do Direito, tal como se apresenta em um variado cardápio teórico: (I) uma metódica estruturante (concretude) de Muller; (II) o método da proporcionalidade de Robert Alexy; (III) a concepção do Direito como integridade Ronald Dworkin; (IV) a noção de adequabilidade de Klaus Günther e d) o estudo do pós-positivismo a partir da análise da teoria da norma (regra e princípio) e suas variações.

Nosso recorte metodológico contemplará o estudo da teoria das normas, em especial, o debate acadêmico Dworkin X Hart e a posterior contribuição de Robert Alexy. Neste trabalho, entende-se por "teoria das normas" como o conjunto de formulações teóricas que enfrentam o problema ontológico e, consequentemente, estudam e problematizam o conceito e a diferença entre princípios, regras e normas. Repita-se: trata-se apenas de uma opção metodológica de estudo, ou seja, de uma "possibilidade de leitura" do nosso objeto e não uma redução ou simplificação do pós-positivismo ao estudo de normas, regras e princípios.

Souza Cruz (2007; 271) propõe uma interessante classificação sobre a evolução histórica da compreensão/aplicação dos princípios no Direito. A tríade paradigmática se dividiria em três momentos históricos distintos: paradigma clássico, paradigma moderno e paradigma contemporâneo. A contribuição é relevante para o nosso debate, na medida em que busca promover uma sistematização histórico-científica a partir de diferentes autores e escolas.

O paradigma clássico – fundado no Estado Liberal de Direito – estruturou-se a partir da pretensa rigidez da separação dos poderes e os métodos de dedução e subsunção da escola de Savigny. Neste sentido, o referido paradigma, segundo palavras do constitucionalista mineiro, "ignora ou apenas vislumbra um papel secundário aos princípios jurídicos", ou seja, "os princípios jurídicos eram absorvidos como expressão de cunho político do legislador típico do constitucionalismo do século XIX" (Souza Cruz, 2007; 271, 272, 273). Neste período histórico, portanto, a distinção entre princípios, regras e normas não constitui um objeto de estudo da Filosofia do Direito e/ou Direito Constitucional.

O paradigma moderno compreende os princípios como normas gerais ou fundamentais de um sistema. Em um esforço de sintexe, Souza Cruz (2007; 275) assim define o citado paradigma:

Em suas variantes, os princípios assumem a condição metanormativa por meio da percepção de algumas que os definiram: desse modo, uns optam pelo fato de que os princípios exprimiriam os valores retores do ordenamento jurídico; outros vêem seu traço distintivo no maior grau de abstração; outros derivam seu raciocínio em torno que entendem ser uma maior indeterminação da sua tipicidade (fatie specie). No entanto, seja qual for a tese, todos passam a sustentar um papel de proeminência dos princípios no ordenamento jurídico, chegando alguns a entender haver uma hierarquia entre eles e as regras no qual os princípios estariam em posição privilegiada."

Souza Cruz buscará refutar cada uma dessas variantes[1] que, no entendimento do autor, não logram êxito ao tentarem estabelecer a distinção entre espécies normativas (princípios e regras), pois "percebe-se que todo o esforço empreendido no sentido de buscar sintática ou semanticamente características morfológicas típicas de regras e de princípios deu em nada." (CRUZ, 2007; 289)

Por fim, no paradigma contemporâneo, inaugurado por Ronald Dworkin, a distinção entre regras e princípios é fundamentada a partir da diferenciação do "*modo de aplicação"* de cada espécie normativa. E este é um ponto central para a compreensão do debate. Dworkin – e futuramente outros autores, como Robert Alexy – estão preocupados em apresentar uma diferença entre as espécies normativas fundamentada na lógica de aplicação/operação de princípios e regras aos casos concretos. Tais autores buscam superar uma análise da diferenciação de regras e princípios a partir da avaliação da estrutura formal ou a semântica das espécies normativas, em outras palavras, não é o texto que definirá sua classificação como regra ou princípio, mas o modo pelo qual aplicamos e operamos tal texto em um caso concreto. Neste sentido, apresentaremos a seguir como Dworkin e Alexy vislumbram tal distinção.

1.1- O PARADIGMA CONTEMPORÂNEO: O DEBATE HART-DWORKIN.

O paradigma contemporâneo tem como marco principal o texto de Ronald Dworkin "O Modelo de Regras I", escrito ainda na década de 60. O referido texto – posteriormente incluído como um capítulo da obra "Levando os Direitos a Sério" – propõe uma ruptura na forma de concepção estrutura normativa do próprio Direito. Para um melhor entendimento da proposta dworkiniana, se faz necessário recordar o contexto histórico no qual o texto foi redigido e publicado, ou seja, o célebre debate Hart-Dworkin.

Hebert Hart – antecessor de Dworkin na cátedra de Jurisprudence (teoria do Direito) na Universidade de Oxford – foi autor de uma das principais obras da Teoria do Direito do Século XX, denominada "O Conceito de Direito". No desenvolvimento de sua obra, Hart tem como principal objetivo a superação do modelo formulado pelo inglês Jonh Austin, em sua obra "A Delimitação do Objeto do Direito" publicada em 1832.

Hart considera a proposta de Austin por demais simplista e insuficiente em diversos pontos. Neste sentido, "as oposições a Austin podem ser sumariadas nos seguintes itens: 1) insuficiência da caracterização do Direito como "ordens baseadas em ameaças"; 2) insuficiência do critério de soberania como "a chave do Direito"; 3) deficiência na formulação de soberania ilimitada de Austin." (SGARBI, 2006; 105)

Para Hart (2001; 101), o Direito é composto por uma relação interdependente de regras primárias e regras secundárias. As regras primárias são modelos de conduta que estabelecem, independente da vontade do destinatário, uma determinada ação ou abstenção. Assim, são típicos exemplos de regras primárias, as normas "é proibido usar celular neste recinto" ou "os usuários de barcos, botes, lanchas e similares devem utilizar coletes salva-vidas". Trata-se de uma estrutura normativa rudimentar na medida em que disciplina um modelo de conduta de abstenção (proibido uso de celular) ou um modelo de conduta ativo ou de ação (utilizar o colete em caso de uso de barcos, botes, lanchas e similares).

Hart reconhece a possibilidade das normas primárias assumirem o papel de controle social em um agrupamento constituído de relações sociais de baixa complexidade. Para este tipo de estrutura social regulada pelo Direito, o autor denomina de estrutura integrada por regras primárias de obrigação.

Ora, qual seria a estrutura de uma regulamentação jurídica de sociedades modernas? Seriam as normas primárias suficientes para a ordenação de estruturas sociais complexas? Hart buscará responder tal questão indicando três déficits de uma regulamentação jurídica exclusivamente formulada a partir de regras primárias. São os defeitos da incerteza, da qualidade estática das regras primárias e, por fim, o problema da ineficácia. As normas secundárias[2], como veremos a seguir, nascem com o objetivo mitigar/eliminar os defeitos de uma normatização exclusivamente realizada por meio de normas primárias.

Em relação ao problema da incerteza, entende Hart que em sociedades reguladas apenas por meio de normas primárias não é possível identificar com exatidão as normas que regulamentam as condutas dos indivíduos, ou seja, a preocupação do autor é a ausência de um critério jurídico-normativo que possa identificar e reconhecer determinada norma como jurídica Em outras palavras: qual norma identificará (reconhecerá) o que é uma norma jurídica?

Para solucionar tal problema, Hart apresenta como remédio a regra de reconhecimento, isto é, "ao modo pelo qual as demais regras do sistema podem ser identificadas, ao mesmo tempo em que estabelece seus critérios de validade." (HART, 2006; 410). Neste sentido, as regras de reconhecimento identificam os critérios por meio dos quais determinadas regras recebem o status de regras jurídicas. Exemplos de regras de reconhecimento: normas legisladas pelo órgão competente, prática consuetudinária ou pela relação de decisões judiciais.

No que tange ao problema da qualidade estática das regras primárias, Hart alerta para o fato que, em sociedades primitivas (reguladas apenas por meio de regras primárias), a alteração de tais regras se daria apenas por um lento processo de adaptação social, no qual condutas facultativas se tornariam lentamente habituais/usuais e, posteriormente, obrigatórias. Hart pretende solucionar este caso com a adoção da "regra de alteração", segundo a qual poderes seriam atribuídos a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos para introduzir, alterar ou suprimir as regras primárias do ordenamento jurídico.

Por fim, em relação ao problema da eficácia, Hart considera também um defeito a ausência de regras que estabeleçam instâncias oficiais competentes para avaliar o descumprimento da regra e, consequentemente, a aplicação da sanção. A proposta para a solução do déficit de eficácia são regras que determinem um órgão judicante competente, bem como as regras procedimentais: eis as regras de julgamento.

Tipos de regras	Defeitos	Objetivos
Regra de Reconhecimento	Incerteza na identificação de regras;	Estabelecer critérios para a identificação da validade de uma regra;
Regra de Alteração	Natureza estática;	Regras que permitem a introdução, alteração e supressão de uma regra primária;
Regra de julgamento	Ineficácia	Regras que estabelecem a competência para aplicação de regras primárias

Em um breve resumo: Hart, ao buscar superar o modelo proposto por Austin, defende um modelo interdependente e complementar de regras primárias e regras secundárias. Aquelas estabelecem um modelo de conduta de obrigação (abstenção ou ação); estas, por sua vez, seriam normas que objetivam reconhecer, alterar ou aplicar/julgar as normas primárias. Apesar da magnitude e importância de sua obra para a ciência do Direito do século XX, a obra de Hart não vislumbra um papel normativo aos princípios jurídicos.

Assim como Austin serviu como ponto de partida para a proposta de Hart, Dworkin elegeu exatamente Hart como alvo principal para o seu violento ataque ao positivismo jurídico. Vejamos, a seguir, a proposta de Dworkin.

1.2 O PARADIGMA CONTEMPORÂNEO: A TEORIA DA NORMA ENTRE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY

No item 3 do famoso Capítulo 2 – O Modelo de Regras I – na obra "Levando os Direitos à Serio", Dworkin é enfático ao definir desde logo seu alvo principal: "Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário." (DWORKIN, 2002; 35).

O jus-filósofo americano argumenta que os juristas ao discutirem sobre direitos e obrigações, principalmente naqueles casos considerados difíceis, não fundamentam sua argumentação apenas em regras jurídicas, mas utilizam princípios, políticas e outros tipos de padrões[3]. Dworkin sustenta que a inexistência de regra jurídica aplicável ao caso concreto (lacuna da lei) – exemplo típico do que o autor denomina de "caso difícil" – seria resolvida pelo jurista a partir de argumentos não previstos expressamente no ordenamento jurídico na forma de dispositivos legais. Assim, a partir das descrições de casos concretos[4], Dworkin sustentará que o modelo positivista – alicerçado apenas em regras jurídicas – "nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras" (DWORKIN , 2002; 36).

Para confirmar sua assertiva, Dworkin lança mão do caso Riggs vs. Palmer. Neste caso, o Tribunal de Nova Iorque teve diante de si o pedido de um herdeiro que assassinou seu avô com a intenção de herdar. Apesar de não existir expressamente um dispositivo legal considerando o neto homicida como indigno de suceder, o Tribunal o excluiu da ordem sucessória com fundamento no principio de que ninguém pode se beneficiar de seus próprios atos ilícitos.

Neste sentido, o autor americano considera que o Direito é composto por duas espécies normativas: regras e princípios. Eis o primeiro grande impacto da obra de Dworkin: denunciar a fragilidade de um sistema jurídico constituído apenas por regras e reconhecer, consequentemente, a co-existência de outra espécie normativa (portanto, capaz também de gerar direitos e obrigações), os princípios jurídicos.

A diferença entre princípios e regras, então, não reside em nenhum aspecto sintático-semântico. Em outras palavras: nosso autor está convencido que a distinção de princípios e regras a partir de critérios de natureza sintático-semântica (por exemplo, uma maior generalidade ou abstração dos princípios se comparado com as regras) não representa um caminho argumentativo mais adequado[5]. Para a teoria dworkinana, a diferença entre essas duas espécies normativas se reside em uma distinção na *lógica de aplicação* de regras e princípios.

Mas afinal, qual seria a diferenciação entre a "lógica-regra" e a "lógica-princípio"?

As regras possuem uma forma de aplicação fundamentada na lógica do tudo-ou-nada, ou seja, se um fato se enquadra perfeitamente ao comando estabelecido na regra deve-se aplicar aquela espécie normativa. Caso contrário, a aplicação da regra deve ser afastada pelo jurista. Em verdade, Dworkin defende a subsunção clássica – o que não deixa de ser atualmente problemático em termos hermenêuticos – caso estejamos diante de uma regra. Nas palavras do autor:

“As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos de uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, 2002; 39)

A sistemática de aplicação dos princípios, por sua vez, não segue a lógica do tudo ou nada das regras jurídicas, pois se manifestam como padrões a serem observados, ou seja, uma razão que conduz o argumento numa certa direção de justiça, equidade ou uma dimensão da moralidade.[6]

Dworkin ainda aponta uma segunda diferença entre regras e princípios: Estes teriam uma dimensão de peso ou importância, de forma que, em caso de colisão entre os princípios, deverá o intérprete mensurar a força relativa de cada um. O conflito de regras, por sua vez, poderia ser resolvido no plano da validade, uma vez que o sistema jurídico pode regular tal conflito por meio de critérios legais específicos (hierarquia, especialidade, temporal).

Como afirma Souza Cruz ao comentar a visão dworkiana sobre os princípios jurídicos:(CRUZ, 2007: 291)

“Desse modo, percebe-se que os princípios não fixam absolutamente sua aplicação, eis que exigem uma atitude reflexiva do intérprete de modo a respeitar-lhe sua dimensão de peso. Assim, não existem princípios contraditórios e sim princípios que concorrem entre si. E a solução de tal concorrência não deve seguir a proposta de discricionariedade inerente ao positivismo, mas uma reflexão que traduza os aspectos mais relevantes e profundos da moralidade política.”

Robert Alexy, por sua vez, buscará “aperfeiçoar”, ao seu modo, a distinção entre regras e princípios. Percebe-se desde logo, portanto, que Alexy é tributário do grande giro proporcionado por Dworkin, adotando uma concepção do sistema jurídico formado por regras e princípios. Entretanto, como veremos, difere do autor norte-americano quando se refere ao conceito de cada espécie normativa, seu modo de aplicação e, principalmente, na adoção de um método para a resolução de conflito entre princípios.

Alexy, portanto, considera regras e princípios como espécie do gênero “norma jurídica”, pois, essencialmente, ambos estabelecem aquilo que deve ser. (ALEXY, 1993; 83) O jurista alemão vê na diferença entre regras e princípios um elemento central na discussão sobre a teorização dos direitos fundamentais.

Para o jus-filósofo alemão, o debate sobre a distinção entre regras e princípios não é algo recente, sendo o critério da generalidade (princípios possuem um grau de generalidade alto e regras um nível de generalidade baixo) uma das formas mais

utilizadas pelos juristas na definição (critério objetivo de diferenciação) entre as espécies normativas. Todavia, para Alexy as regras e os princípios não se diferenciam pelo critério de generalidade, mas sim por uma diferença qualitativa.

As regras seriam normas que ordenam um mandamento de ação ou omissão definitivo, ou seja, aplica-se na lógica da subsunção do caso concreto ao enunciado normativo. Neste ponto, pode-se afirmar que o modelo de Alexy não propõe qualquer inovação se comparado com a proposta de aplicação da regra em Dworkin (lógica do tudo ou nada). Em relação aos princípios, entretanto, a teoria de Alexy segue um caminho absolutamente diverso.

Os princípios para Alexy seriam normas jurídicas que exprimem algo a ser cumprido na maior medida, ou seja, deve ser obedecido no maior grau possível de acordo com as situações fáticas e jurídicas do caso concreto. Os princípios se constituem, portanto, em um mandamento de otimização.

El puento decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenam que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de lãs posibilidades juridicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimizacion, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimento no sólo depende de las posibilidades reales sino tambíen de las juridicas. El ámbito de las posibilidades juridicas es determinado por los principios y reglas opuestos. (ALEXY, 1993; 86)

Portanto, e Alexy e Dworkin se aproximam em alguns pontos: para ambos autores, a norma jurídica é um gênero da qual são espécies as regras e os princípios jurídicos. Ademais, concebem as regras de forma semelhante, ou seja, por meio de uma aplicação tudo ou nada. Registramos, desde já, nossa crítica em relação tal proposta de conceituação de regra em Alexy e Dworkin. Ora, ao afirmar que as regras jurídicas operam em uma lógica do tudo ou nada, isto é, subsunção pura, a dupla Dworkin/Alexy não incorpora as bases científicas de um positivismo normativista que pretendem negar? Seria o intérprete metade positivista (regra) e metade pós-positivista (princípio), tal como a figura mítica de um minotauro hermenêutico pronto a devorar qualquer jurista perdido no labirinto de Dédalo?

Por outro lado, os autores se distanciam quanto ao conceito de princípio e a forma de resolução de conflito principiológico. No primeiro caso, Alexy entende os princípios como mandamentos de otimização que podem ser concretizados em escalas graduadas de acordo com as situações fáticas e jurídicas. Dworkin, por seu turno, entende o princípio como um padrão de justiça ou equidade que deve ser observado por uma determinada comunidade política. No que tange ao modo de resolução de conflitos, Alexy adota, ao contrário de Dworkin, um método a priori para solução do choque entre princípios: a lei da colisão. Em apertada sintexe, podemos assim esquematizar a diferença entre as concepções de Dworkin e Alexy no âmbito do debate sobre as teorias das normas.

	Regras	Princípios	Resolução de conflito entre princípios
Dworkin	Subsunção. Aplica-se a lógica do tudo ou nada (all or nothing)	Os princípios são padrões que devem ser observados, uma razão que conduz o argumento numa certa direção de justiça, equidade ou uma dimensão da moralidade.	Não adota um método a priori. Os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, de forma que, em caso de colisão deverá o intérprete mensurar a força relativa de cada um.
Alexy	Subsunção. Aplica-se a lógica do tudo ou nada (all or nothing)	Os princípios são mandamentos de otimização e devem ser realizado na maior medida possível.	Adoção de um método (lei da colisão) para a solução de conflito entre princípios.

2 - DIVISÃO DE REGRAS, PRINCÍPIOS E NORMAS DE WASHINGTON ALBINO PELUSO DE SOUZA

A obra de Washington Albino Peluso de Souza constitui um marco fundamental no estudo do Direito Econômico no Brasil. A história de sua vida acadêmica e produção bibliográfica se confundem com a própria introdução e desenvolvimento da disciplina em nosso país.

Independentemente da linha teórica que se adote, torna-se imperativo reconhecer a importância da Washington Albino Peluso de Souza na criação, sistematização e aprofundamento de institutos e categorias científicas do Direito Econômico. Um dos pontos importantes da obra do jurista mineiro é a distinção entre regra, princípios e normas.

Primeiramente cabe esclarecer a proposta de divisão de regras, princípios e normas na obra de Washington Albino Peluso de Souza foi concebida e estruturada a partir das necessidades/particularidades do Direito Econômico. Apesar de reconhecer o intenso debate sobre a teoria das normas no âmbito da filosofia do Direito, o citado jurista deixa claro que sua intenção é puramente didática e circunscrita ao âmbito de ação do Direito Econômico.

Os ensinamentos de Washington Albino Peluso de Souza ensejam desde já vários questionamentos: Qual a utilidade de se apresentar uma nova divisão no campo da teoria das normas? Há, realmente, utilidade em novas divisões normativas? Por qual razão o Direito Econômico se julgaria tão especial a ponto de pleitear uma divisão própria de regras, princípios e normas?

A resposta é fornecida pelo próprio autor ao longo de sua vasta obra, isto é, a especificidade do Direito Econômico é promover a juridicização do fato econômico. O Direito ao juridicizar o fenômeno econômico (seja por ato legislativo, judicial, administrativo) define um sentido a ser atribuído ao fato econômico; escolhe um caminho ao deliberar na valoração do "econômico" de acordo com a ideologia constitucionalmente adotada. Em uma metáfora: o fato econômico constitui uma massa amorfa que nas mãos do artista-intérprete obtém uma forma, uma estrutura, enfim, assim como na obra de arte, um sentido social.

Eis um ponto importante: o objeto "fato econômico" não é algo natural, apartado das relações sociais. O fato econômico constitui, antes de qualquer coisa, um fato sócio-cultural (no sentido latu), sendo, portanto, amoldado de acordo com as aspirações e pressões de grupos de interesses múltiplos, classes sociais, elites políticas e movimentos sociais de toda a ordem. Pensar ao contrário é naturalizar a realidade sócioeconômica.

Ao Direito Econômico cabe a difícil missão de depurar as pretensões conflitantes em justas ou injustas, legítimas ou ilegítimas de acordo com a opção político-constitucional da ordem econômica. Neste sentido, mostra-se forçoso a criação de mecanismos e categorias próprias do Direito Econômico.

Ao versar sobre o Direito Econômico, a obra de Washington Albino Peluso de Souza buscará mitigar uma análise intrumentalizada, na qual o Direito possui o papel de simples garantidor dos fenômenos econômicos existentes. Propõe, assim, uma forma alternativa de pensar a tensão entre economia/direito, "fato econômico"/ato normativo. A empreitada de sistematizar um raciocínio científico na referida tensão, deságua na racionalidade jurídico-econômica capaz de fornecer ao intérprete instrumentos hermenêuticos de concretização da ordem constitucional vigente.

Os "instrumentos jurídicos-hermenêuticos" a serem estudados a seguir não devem ser compreendidos como um "método científico" absoluto ou hábil a extirpar dúvidas ou incertezas dos estudiosos, tal como pretende a lógica cartesiana. De fato, desde Gadamar sabemos que toda a compreensão de um objeto (seja de um fato econômico ou de um ato normativo) estará impregnada das pré-compressões do sujeito. O método não é mais um instrumento asséptico do qual o jurista pode se socorrer para uma interpretação certa e segura.

Reafirmamos, pois, a possibilidade de conciliação entre a racionalidade jurídica-econômica proposta por Washington Albino Peluso de Souza e o giro hermenêutico pós-gadamer. A função dessa racionalidade e, consequentemente, seus instrumentos hermenêuticos é de reafirmar o papel do Direito Econômico de "modulador do fato econômico" de acordo com os fundamentos de justiça e equidade do Direito, balizados pelo texto constitucional.

2.1 - OS PRINCÍPIOS DE DIREITO ECONÔMICO

Na obra de Washington Albino Peluso de Souza a expressão “princípio” assume duas dimensões diferentes. Em primeiro lugar, tem-se os princípios como elemento de positivação de uma “ideologia” na ordem jurídica econômica; noutro sentido, os princípios assumem a função de instrumento hermenêutico. Vejamos cada um deles.

Ao disciplinar sobre o tema “ordem econômica”, a Constituição estabelece determinados fundamentos e valores segundo os quais o sistema econômico deverá ser conduzido. Tais “valores e fundamentos” refletirão as manifestações de ideologias de diversas matizes do pensamento econômico-político. Assim, não resta dúvida, que a positivação da livre iniciativa ou o direito à propriedade representa as conquistas liberais-burguesas do final século XVII e início do XIX. Por outro lado, a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades sociais são conquistas do Constitucionalismo Social.

Nesta primeira concepção, portanto, os princípios retratam a pluralidade de escolas acadêmicas, linhas teóricas, aspirações e influxos sociais, enfim, correntes do pensamento político-econômico que, em conjunto, representam aquilo que Washington Albino Peluso de Souza denominará de ideologia constitucionalmente adotada. Sendo tal ideologia resultado do embate de forças sociais na Assembléia Nacional Constituinte e cristalizada no texto da Carta Magna de 1988, sobretudo na Constituição Econômica (arts. 170 a 192).

A Constituição, no que se refere à ordem econômica, não aderiu integralmente ao modelo econômico unidimensional pró-mercado ou neoliberal como desejam alguns intérpretes mais afoitos. A opção é pela pluralidade de leituras e concepções dos principais fatores de produção: terra, trabalho, capital.

Ao nosso sentir, o ‘princípio’ encerra o elemento ideológico que define a ‘Ordem Jurídica’ sob consideração. Nas ‘Ordens Jurídicas’ expressas nas chamadas ‘Constituições Plurais’, como a brasileira de 1988, que encerram dados ideológicos de ‘modelos puros’ diferentes entre si, ou ate mesmo antagônicos, essa diversidade ideológica teórica é expressa objetivamente nos ‘princípios’ constitucionais que os absorvem e conciliam na ‘ideologia configurada na Constituição’”. (SOUZA, 2005; 118)

O princípio é, assim, a forma pela qual a ideologia constitucionalmente adotada se traduz na ordem constitucional. Em se tratado de uma ordem econômica-constitucional plural, há de se admitir a co-existencia de princípios que representam diferentes matizes: Princípio da propriedade privada e livre concorrência (ideologia liberal); princípio da soberania nacional, função social da propriedade, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas brasileiras de pequeno porte (ideologia socializante). Não há, repita-se, a adoção de um modelo puro ou uma ideologia única como fez o artigo 179 da Constituição do Império que considerava a propriedade como um direito absoluto.

“Ao contrário, a ideologia, em nosso conceito, exprimi-se pelos princípios adotados na ordem jurídica, significando que está é a que se comprometerá com o aspecto político, quando tomada enquanto Direito Positivo” (SOUZA, 1980; 33).

De fato, percebe-se pela simples leitura dos princípios do artigo 170 da Constituição da República, que a ideologia constitucionalmente adotada reflete diversas matrizes de pensamento. Ao jurista cabe interpretar a ordem econômica de forma global, pois a não preferência por um sistema puro (como o fez a Constituição do Império) impede a interpretação/aplicação retalhada dos princípios da ordem econômica. Washington Albino Peluso de Souza propõe, neste caso, a adoção de instrumentos hermenêuticos com o objetivo de auxiliar o intérprete na concretização dos princípios da ordem econômica. Eis a segunda função da expressão “princípios”.

Como instrumento hermenêutico, os princípios podem assumir diferentes formas: princípio da economicidade, princípio da flexibilidade, princípio da mobilidade, princípio da subsidiariedade, princípio da universalidade e princípio da eficiência. Analisaremos sinteticamente um deles, o princípio da economicidade.

O referido princípio (agora entendido como instrumento hermenêutico e não mais como elemento que positivação de uma ideologia constitucionalmente adotada) reflete a preocupação em apresentar uma racionalidade jurídico-econômica, na medida em que busca harmonizar elementos conflitantes e contraditórios.

Na obra, Primeiras Linhas de Direito Econômico, o prof. Washington Peluso Albino de Souza define o princípio da Economicidade “como aquele que melhor conduza os objetivos da ideologia constitucional como um todo” (SOUZA, 2005; 32). A economicidade busca, portanto, assegurar uma flexibilidade e maleabilidade – de acordo com as características do fato econômico concretamente considerado - dentre os diversos princípios que compõem a ordem econômica no momento do discurso de justificação ou aplicação da política econômica.

A ‘economicidade’, no sentido funcional, é tratada, pois, como instrumento hermenêutico pelo qual a flexibilidade, a maleabilidade, a revisibilidade e a mobilidade das opções se impõem ao direito moderno, de modo geral, e especificamente, nas Constituições correspondentes aos regimes políticos mistos ou plurais. Interessa sobremodo ao Direito Econômico, pela própria natureza político-econômica do seu objeto. (SOUZA, 2005; 32)

Portanto, o princípio da economicidade – como instrumento hermenêutico – veda qualquer tipo de interpretação da Constituição Econômica que busque considerar seu fundamento jurídico em apenas uma corrente ideológica da ordem econômica. Seria flagrantemente inconstitucional uma política econômica aniquiladora da livre

concorrência de um setor da economia, ou que socializasse todos os bens de produção de uma determinada região, pois nossa ordem econômica está fundada na livre iniciativa e na propriedade privada. Por outro lado, não mereceriam guarida em nossa ordem jurídica, políticas econômicas que desconsiderassem o valor do trabalho humano frente ao processo de automação de algum setor econômico, ou ainda concentrasse as ações estatais de crescimento econômico, como renúncias fiscais e investimentos em infra-estrutura, em apenas uma região do pais.

Na mesma linha de pensamento, defende Ricardo Lucas Camargo a importância do princípio da economicidade na formulação de políticas econômicas:

Parte de princípios próprios, como o da economicidade, segundo o qual no acolhimento de determinadas valorações do fato econômico ainda que aparentemente contraditórias, a ordem jurídica, na conformação da ordem econômica, adota sempre uma linha da maior vantagem que se traduz pela definição do ponto de equilíbrio na harmonização entre interesses conflitantes; o da indissociabilidade entre as medidas de política econômica e os atos jurídicos que as manifestam. (1993; 51)

Em breve resumo: os princípios, na obra de Washington Peluso Albino de Souza, possuem dois significados diferentes: (I) seja como um elemento de positivação da ideologia constitucionalmente adotada ou (II) como um instrumento hermenêutico.

2.2 - AS REGRAS DO DIREITO ECONÔMICO

Segundo a proposta de Washington Albino Peluso de Souza, as regras não são espécies normativas e, por isso, não possuem efeitos cogentes. Segundo o jurista mineiro, a regra "define a natureza jurídica da 'opção'. Diremos que corresponde à afirmação do 'ser jurídico', ou melhor, como foi dito acima, ela 'juridifica' o 'fato'." (SOUZA, 2005; 120).

Como afirmado acima, o fato econômico em si, isoladamente considerado, nada representa ao Direito. Cabe à Ciência Econômica, por meio de seus métodos, institutos, categorias e instrumentos, analisar cientificamente o fenômeno econômico. Paulo Sandroni afirma que a Economia é a ciência que "estuda a atividade produtiva. Focaliza estritamente os problemas referentes ao uso mais eficiente de recursos materiais escassos para a produção de bens; estuda as variações e combinações dos fatores de produção (terra, capital, trabalho, tecnologia), na distribuição de renda, na oferta e procura e nos preços de mercadoria." (SANDRONI, 2008; 271).

A Economia, por meio de seu arcabouço técnico-científico, buscará descrever o fenômeno econômico, explicar suas causas e conseqüências, demonstrar a prognose (favorável ou desfavorável) quanto ao comportamento futuro da economia.

Evidentemente, a interpretação do fato econômico pelo economista não é uma atividade neutra imparcial, pois dependerá, essencialmente, das pré-compreensões e da filiação acadêmica do economista-intérprete (escola austríaca liberal, escola de Chicago neoliberal reguladora, escola marxista etc).

O Direito Econômico, por meio de uma forte interação com o subsistema econômico, será influencia pela análise técnica-científica da Economia, mas a ela não se vincula, sob pena de esvaziar sua natureza deontológica. A normatização de um fato econômico, portanto, não está previamente condicionada ao cânone economicistas, pois a natureza contrafática do Direito impõe a abertura de múltiplas opções de reorganização das relações econômicas. Há, portanto, possibilidades – ainda que limitadas pela própria força do subsistema econômico – de uma redefinição normativa do fato econômico.

Eis a explicação de Washington Peluso Albino de Souza (2005; 122):

"Mas, por se tratar de 'regra jurídica', é possível que se oriente a conduta do sujeito de Direito, tanto para a direção que a Economia tenha indicado quanto para sentido diverso, e até mesmo contrário. Precisamente a aceitação da 'explicação' dada pela Ciência Econômica como definitiva, imutável, foi que conduziu a figura do 'tecnocrata'. Diferentemente deste, o cientista do Direito e o jurista, ao receberem a informação da Ciência Econômica, vão submetê-las a valores jurídicos que coincidam com os reclamos da realidade social e da vida dos indivíduos."

As regras de Direito Econômico, repita-se, possuem a função de abertura de possibilidades de juridização do fato econômico. Tais regras enunciam comandos gerais que auxiliam na construção de diferentes direções de elaboração/execução da política econômica. As regras do Direito Econômico não são modelos de conduta herméticos de aplicação do tudo ou nada, como em Dworkin ou Alexy. O objetivo das regras de Direito Econômico não é regular situações gerais e abstratas, mas permitir a criação de diferentes opções de proposições jurídicas que regularão determinado fato econômico. Assim, dado o fato econômico "X", as regras do Direito Econômico permitirão ao intérprete a construção e interpretação da política econômica "Y" ou "Z", conforme as condições e limitações históricas, políticas, sociais e econômicas.

A fonte de criação das regras é a própria evolução da doutrina, por ser abstraída pelos juristas, através de um esforço intelectual da ideologia constitucionalmente adotada. As regras do Direito Econômico – diferentemente das regras estudadas na teoria do Direito – não vinculam os indivíduos, a sociedade e o Estado.

Washington Albino Peluso de Souza (2005) cita vários exemplos de regras do Direito Econômico: regra do equilíbrio, regra da equivalência, regra da recompensa, regra da liberdade de ação, regra da primazia da liberdade social, regra do interesse social, regra da indexação, regra da utilidade publica, regra da oportunidade, regra da razão, regra da irreversibilidade, regra da precaução, regra da flexibilização e regra da subsidiariedade. O próprio autor afirma, contudo, que sua relação proposta possui apenas um caráter exemplificativo.

Vejamos um exemplo da utilização das regras do Direito Econômico: imaginemos o caso de uma política econômica elaborada pelo Estado com o objetivo de fornecer subsídios ao setor X da economia em um período de ameaça de desemprego e recessão. A Economia, ao analisar o exemplo, provavelmente afirmará que a diminuição do custo de produção – por meio da redução de impostos - provocará uma redução no preço final do produto e, consequentemente, aumentará o consumo. Tal aumento da demanda, por sua vez, provocará a manutenção ou aumento da produção de bens ou serviços. O resultado final é que o agente econômico não diminuirá seu quadro de funcionários, em razão do reaquecimento daquele setor econômico. Eis um exemplo típico de como a Economia analisa o "fato econômico".

Uma vez exposto e explicado o "fato econômico" pela Economia – como no exemplo acima - a regra do Direito Econômico terá como função precípua a construção de possíveis políticas econômicas aplicáveis ao fato em questão. A regra da recompensa, por exemplo, estabelece que a "toda ação econômica deve corresponder um proveito que coincida com os sacrifícios e dispêndios efetuados pelo sujeito da ação e, ao mesmo tempo, com o interesse dela decorrente." (SOUZA, 2005; 124).

A ação econômica do Estado (subsídios) resultou em um sacrifício fiscal das contas públicas. Espera-se, segundo a análise da Economia, que o Estado ao abnegar-se em recolher tributos, incentivará o reaquecimento da economia e minimiza a crise social. Por outro lado, o esforço do setor privado em não desempregar é compensado com subsídios estatais.

Partindo-se do caso concreto (fato econômico), o intérprete do Direito Econômico encontrará na regra da recompensa uma abertura para a possibilidade de regulação do fenômeno econômico: poder-se-á, assim, (I) anuir aos preceitos formulados pela Ciência Econômica e abster-se de regular juridicamente o fato, de forma a permitir que o agente econômico privado não realize demissões a partir do reajuste do próprio mercado; por outro lado, (II) a referida regra permite que seja elaborada uma norma na qual o agente econômico que aderir aos benefícios fiscais (sacrifício) garanta – por determinado tempo e condições - a permanência do quadro de empregados. Há, assim, uma verdadeira contraprestação do agente particular.

A regra do Direito Econômico permitirá a juridicização de diferentes opções jurídicas, ou seja, de uma edificação e reconstrução permanente de diferentes caminhos jurídicos, pois, é nesta fase, que o fato econômico é imerso na discussão sobre elementos próprios do sistema jurídico: justiça/injustiça. A proposta de Washington Albino Peluso de Souza consiste em afirmar que as regras do Direito Econômico podem auxiliar o intérprete nesta árdua trilha de aproximação da linguagem do justo (Direito) com a lógica do eficiente (Economia).

Percebe-se, desde logo, o extraordinário potencial democrático das regras do Direito Econômico, na medida em que permitem a participação de diferentes atores na formulação de propostas das opções no processo de juridicização do "fato econômico", assim como da sua interpretação. Se faz necessário, portanto, que o processo de construção das opções jurídico-econômicas sejam realizado de forma intersubjetiva e com a ampla participação de movimentos sociais, sindicatos, ONGs, academia e o setor privado. Deste embate de forças contrárias surgirão aplicações de regras do Direito Econômico que permitirão democratizar o fenômeno jurídico-econômico.

As regras para o jurista mineiro não são uma das espécies da norma jurídica, como na visão de Dworkin e Alexy. Ela é uma construção jurídica-doutrinária, retirada da ideologia constitucionalmente adotada, devendo ser usada não só na elaboração das normas de políticas econômicas, mas também em sua aplicação e interpretação.

Ainda na visão do renomado jurista mineiro, a adoção de uma regra não exclui a utilização de outra, ou seja, é possível a utilização e a convivência de regras em determinados momentos e conforme determinadas circunstancias fáticas. Logicamente, tal raciocínio jurídico não é possível na obra de Dworkin e Alexy, diante na visão de ambos em relação às regras como espécies de normas advindas dos Poderes Constituídos.

1.3 - DAS NORMAS DE DIREITO ECONÔMICO

No âmbito da teoria das normas, vimos que a partir de Alexy e Dworkin, a norma torna-se um gênero do qual fazem parte integrante as regras e princípios. Em Washington Albino Peluso de Souza, as normas de Direito Econômico são os elementos de concretização – no plano do dever ser – das escolhas fornecidas pelas regras do Direito Econômico.

"A 'norma' recebendo da 'regra' a 'opção' já portadora de elementos econômicos e políticos 'juridicizados', vai imprimir-lhe o sentido do 'dever ser'. Indicará o modo de efetivação da opção fornecida pela 'regra', para garantir-lhe a 'legetimidade' jurídica, ou seja, a sua inserção no conjunto de normas que vão compor a 'ordem jurídica'" (SOUZA, 2005; 120)

Assim, dado o fato econômico "X", as regras de Direito Econômico permitirão a formulação de opções de juridicização do fenômeno econômico. A escolha do caminho jurídico-econômico realizado pelas regras de Direito Econômico ingressará no plano do "dever ser" por meio da norma. A definição de uma opção (regra) desprovida da norma nada vale, pois ausente estará o elemento normativo (dever ser).

Assim sendo, a visão de norma do Prof. Washington Peluso Albino de Souza, enquanto comando jurídico aberto advindo do "legislador" aproxima-se da visão de Dworkin e Alexy de princípios enquanto espécies das normas.

CONCLUSÃO

As classificações e definições de categorias científicas (normas, regras e princípios) são instrumentos metodológicos do qual se vale o pesquisador no desenvolvimento de uma investigação científica. Cabe à comunidade científica avaliar a pertinência ou não da referida proposta. Em termos científicos, a classificação se sustentará na medida em que tem utilidade no progresso daquela disciplina.

As classificações da teoria da norma da Filosofia do Direito e do Direito Econômico não se excluem, pois se prestam a objetivos diferentes. Não há que se negar uma das classificações. Tão pouco, devemos buscar a adaptar a classificação do Direito Econômico aos modelos sugeridos pela Filosofia do Direito. Por uma simples razão: as classificações são diferentes, os objetivos e objetos científicos são distintos.

A Filosofia do Direito – a partir da proposta de Dworkin em "Levando os Direitos à Sério" – buscou superar a proposta de Hart de um Direito formado apenas por regras. Ao defender a inclusão de outras espécies normativas – os princípios – Dworkin reaproximou o Direito da Moral. Ta divisão, e suas posteriores propostas de alteração/aperfeiçoamento, devem ser utilizadas por todos os estudiosos do Direito Econômico.

Washington Albino Peluso de Souza ao defender a diferença entre princípios, regras e normas pretendeu repelir qualquer risco de colonização do Direito pela Economia, pois somente ao sistema jurídico cabe definir a justeza do fato econômico. O jurista mineiro, apostou em uma racionalidade jurídica-econômica, na qual o intérprete promoverá a aproximação da linguagem do justo (Direito) com a lógica do eficiente (Economia).

Apesar de sua histórica e fundamental contribuição, o pensamento de Washington Albino Peluso de Souza é datado no tempo e espaço. Neste sentido, a consolidação e permanência de seus ensinamentos dependerão, essencialmente, da forma como seus seguidores – dentre os quais nos filiamos – se apresentarão para o debate de suas idéias no atual paradigma científico do Direito.

É exatamente esta abertura constante ao debate e ao diálogo que permitirá a obra do renomado autor a sua revitalização e reafirmação diária como um grande clássico do Direito.

Referências

ALEXY. Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales. 1993

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Breve Introdução ao Direito Econômico. Porto Alegre: SafE, 1993.

CRUZ, Álvaro Souza. Hermenêutica Jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre o discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DWORKIN. Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes. 2002

GOMES, Alexandre Travessoni e MERLE, Jean-Chistophe. A Moral e o Direito em Kant: Ensaios analíticos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 12 ed. São Paulo: Malheiros. 2007

HART, Herbert L. A. O conceito do direito. 3º ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

KOZICKI, Kátya. Verbete: HART, Hebert Lionel Adolphus, in Dicionário de Filosofia do Direito. Coord. BARRETO. Vicente de Paulo. São Leopoldo: Unisinos e Rio de Janeiro: Renovar. 2006

SANDRONI. Paulo. Dicionário de Economia do século XX. 4º ed. Rio de Janeiro: Record. 2008

SGARBI, Adrian. Clássicos da Teoria do Direito: John Austin. Hans Kelsen. Alf Rosse. Hebert L.A. Hart. Ronald Dworkin. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras Linhas de Direito Econômico. São Paulo: LTR, 2005

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva. 1980

---

[1] Para um melhor entendimento sobre o debate, buscaremos reproduzir, de forma sintética, algumas das variações sobre a diferenciação entre regras e princípios, autores principais e as críticas de Souza Cruz a cada corrente:

A) Diferença de generalização de regras e princípios. Autores: Bobbio e Del Vechio; Tese central: Os princípios são normas mais gerais que as regras; Crítica: Não é todo princípio que se origina de um processo de generalização. Ex: O princípio federativo e o princípio da legalidade não seriam generalizações de normas específicas.

B) Diferença axiológica entre princípios e regras. Autores: Canaris, Celso Antonio Bandeira de Melo, Miguel Reale, Karl Larenz. Tese central: Ligação de princípios com valores. Críticas: Duas são as razões. b.1 – O Direito – ao tutelar bens jurídicos (vida, intimidade, propriedade) protege também valores de uma sociedade. Entretanto, a forma de operar do Direito não pode ocorrer no âmbito valorativo, sob pena de déficit de legitimidade. b.2 – As regras também protegem valores essências para toda a sociedade, como por exemplo, o caso da regra do artigo 121 do Código Penal.

C) Diferença morfológica entre regras e princípios: Autor: Joseph Esser. Tese central: Esser entende que as regras se estruturam segundo a fórmula da hipótese/conseqüência (se é A, B deve ser), ao passo que os princípios forneceriam subsídios, orientações, diretrizes para a aplicação das regras. Crítica: Esser se equivoca ao sugerir que o aspecto morfológico, ou seja, a estrutura formal do princípio ou da regra, seria determinante na definição de sua função jurídica.

[2] Segundo o próprio Hart: “O remédio para cada um destes defeitos principais, nesta forma mais simples de estrutura social, consiste em complementar as regras primárias de obrigação com regras secundárias, as quais são regras de diferente espécie.” (Hart. p. 103)

[3] Um exemplo típico desta dificuldade argumentativa encontrada pelo positivismo é o artigo 4o da Lei de Introdução ao Código Civil. O referido artigo estabelece que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Trata-se da positivação de uma verdadeira válvula de escape hermenêutica, na qual o jurista poderia se recorrer no caso de lacuna legal. O interessante é notar que, na visão de autores clássicos do Direito Civil, o artigo 4o da LICC apresenta uma ordem lógica e, portanto, os princípios seriam os últimos recursos no processo de integração do Direito.

[4] Na obra, Dworkin desenvolve seus argumentos a partir do estudos de dois casos: o caso Riggs vs. Palmer e, logo em seguida, o caso Henningsen vs. Bloomfield, no qual a

fabricante de automóveis buscava estabelecer – por meio de contrato – cláusula de limitação da sua responsabilidade civil em casos de acidentes.

[5] Apesar de Dworkin afirmar expressamente que a distinção entre regras e princípios se concretize no plano da "lógica de aplicação", parece-nos que o autor – sutilmente – vislumbra a possibilidade de se diferenciar regras e princípios a partir de critérios semânticos. Vejamos uma passagem da obra na qual o autor busca diferenciar regras e princípios pela simples análise do texto: "Consequentemente, os tribunais devem examinar minuciosamente os contratos de compra e venda para ver se os interesses do consumidor e do público estão sendo tratados com 'equidade' (e) 'Existe algum princípio que seja mais familiar ou mais firmemente inscrito anglo-americano do que na doutrina basilar de que os tribunais não se permitirão ser usados como instrumentos de iniqüidade e injustiça?' (f) 'Mais especificamente, os tribunais em geral recusam a prestar-se a garantir a execução de uma 'barganha' na qual uma parte aproveitou-se injustamente das necessidades econômicas das outras...*Os padrões especificados nessas citações não do tipo que tomamos como regras jurídicas. Parecem muito diferentes de proposições como 'A máxima velocidade legalmente permitida na auto-estrada é de noventa quilômetros por hora' ou 'Um testamento é inválido a menos que assinado por três testemunhas'. Eles são diferentes porque são princípios e não regras jurídicas*". (2002; 39) Grifo nosso.

[6] Ao descrever a lógica de aplicação dos princípios, o texto de Dworkin não é tão claro e preciso como sua definição da lógica de regras (tudo ou nada). Nossa concisa definição da lógica de aplicação dos princípios foi retirada das afirmações do autor nas páginas: 36, 41 e 42 da obra "Levando os direitos à Serio", publicada em 2002.

A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO ECONÔMICO E O IDEAL DE RAZÃO PÚBLICA: O CASO DA INTERVENÇÃO DIRETA MONOPOLÍSTICA E CONCORRENCIAL*

THE INTERPRETATION OF PUBLIC ECONOMIC LAW AND RAWLS'S PUBLIC REASON: THE CASE OF THE DIRECT ROLE OF STATE IN THE PRIVATE MARKET

José Vicente Santos de Mendonça

RESUMO

O presente artigo apresenta a proposta de razão pública, assim como desenvolvida pelo filósofo político norte-americano John Rawls, e defende que ela seja aplicada aos argumentos desenvolvidos pela doutrina brasileira de Direito Econômico. Formula tal conceito como um ideal cívico que, dirigido às autoridades, aos candidatos e ao cidadão votante, restringiria os argumentos a serem usados no debate de questões políticas essenciais apenas àqueles capazes de serem aceitos por todas as frações razoáveis da sociedade. A razão pública priorizaria, ainda, formas de argumentação e crenças aceitas e conclusões científicas não-polêmicas. Fazer incidir a razão pública significaria, finalmente, uma disposição a ouvir sinceramente o que os outros têm a dizer e a aceitar acomodações na própria visão. Após definir o conceito, o trabalho discute sua possível incidência à seara da doutrina jurídica e ao debate sobre a intervenção direta do Estado na economia, concluindo de modo favorável, na medida em que a doutrina jurídica seria, em grande parte, normativa – forneceria subsídios decisórios às autoridades públicas: assim, se a razão pública se aplicaria aos juízes no momento da decisão, deveria se aplicar também aos escritores no momento em que aconselhassem os juízes sobre como decidir. Além disso, o debate sobre a intervenção estatal direta se faria como campo de provas de uma discussão sobre a abrangência da interpretação do princípio da livre iniciativa, que é uma das questões políticas essenciais às quais se aplica o conceito. Ao ingressar na análise dogmática, o texto verifica que as razões usualmente apresentadas pela doutrina para defender a impossibilidade da criação de monopólios por lei ordinária e sua interpretação material restritiva, bem como os argumentos de apoio à existência de um princípio constitucional da subsidiariedade da intervenção econômica estatal, não são razões que ultrapassam o teste da razão pública. A conclusão é dupla: (i) o debate sobre maior ou menor intervenção do Estado na economia deve se limitar ao campo da política ordinária, e não ao campo da política constitucional; (ii) a doutrina brasileira de Direito Econômico lida, em sua grande maioria, com razões não-públicas.

PALAVRAS-CHAVES: RAZÃO PÚBLICA, JOHN RAWLS, INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, DIREITO ECONÔMICO, LIVRE INICIATIVA, MONOPÓLIOS PÚBLICOS, INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO NA ECONOMIA.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

ABSTRACT

This paper intends to work with the idea of John Rawls's public reason as a criterion to judge much of current Brazilian theoretical developments on public economical law. Public reason is an ideal directed towards public authorities, candidates and voters, by which reasons on public matters must be thought as acceptable by all reasonable persons. Public reason is also a matter of working only with accepted ways of legal reasoning as much as scientific non-contested data. It also means giving weight to other people reasons and being open to calibrate each own opinions. The text also analyzes the possibility of applying the concept to theoretical works and to a specific debate about state's interference with private economy. It concludes that it is possible, because these theoretical works are of a normative nature: they seek to guide judicial decisions, and, as much as public reason is focused on legal reasons, so it also must focus on works that intend to guide judicial opinions. The public reason also applies to the specific debate because it is really not so specific: it is about the proper interpretation of the constitutional principle of private enterprise, which is undoubtedly one of Rawls's constitutional essentials. The second part of this article is dedicated to (i) the legal reasons given by Brazilian traditional public law writers on the impossibility of the creation of state monopolies by common statues (monopolies could only be created by constitutional amendment), (ii) the proper interpretation of the activities included in a state monopoly and (iii) the so-called constitutional principle of state subsidiary intervention on private economy. The conclusion is that traditional public law writers are not giving reasons that could possibly pass a "public reason test", and that the discussion on state role in private economy is not generally a constitutional one.

KEYWORDS: PUBLIC REASON, PUBLIC LEGAL REASON, JOHN RAWLS, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, PUBLIC ECONOMIC LAW, FREE ENTERPRISE, STATE MONOPOLY, STATE INTERVENTION ON PRIVATE ECONOMY.

I – Introdução.

Este artigo expande argumento apresentado em publicação anterior: grande parte da doutrina devotada à dogmática do Direito Constitucional Econômico não se preocupa em produzir argumentos tendencialmente consensuais em relação às diversas opções político-ideológicas existentes no mercado das idéias, mas, ao contrário, pressupõe determinada visão economicamente liberal, e, a partir daí, extrai uma série de conclusões práticas como se fossem "únicas interpretações corretas", supostas derivações naturais e necessárias do texto da Constituição brasileira.

Há dois problemas com essa postura: o primeiro é a falta de transparência, e, talvez, manipulação estratégica de pontos de vista; o segundo é que tais pressuposições não conduzem aos melhores resultados possíveis – entendidos "melhores" como os resultados capazes de promover adesões socialmente estáveis e respeitosas às discordâncias. Afinal, quando se transforma uma determinada e específica visão de mundo na única possível, relega-se todas as demais à clandestinidade, circunstância na qual a instabilidade é a regra.

Pois bem: a ênfase do trabalho é na interpretação das possibilidades constitucionais da intervenção direta do Estado na economia por intermédio da constituição de monopólios e da atuação concorrencial conjunta à iniciativa privada. É a partir das lições da doutrina de Direito Constitucional Econômico e de Direito Administrativo que se pretende comprovar o argumento do texto: a naturalização de uma posição político-ideológica e sua transformação em lição majoritária nos manuais.

Contrapondo-se a essa interpretação constitucional ideologicamente impregnada, vai-se propor, aqui, não apenas o dever de transparência – requisito científico e republicano –, mas, também e principalmente, a incidência de uma versão operacional do critério da **razão pública** como fator-chave da interpretação do Direito Econômico. Para os propósitos deste texto, o critério da razão pública, fundado na teoria de John Rawls, significa elaborar – e considerar, ao momento do julgamento – apenas razões não-extremadas, capazes de garantir aceitação pelas partes eventualmente derrotadas quando do resultado da apreciação. Ao lidar com argumentos filtrados pela razão pública, consegue-se desativar os excessos perpetrados por boa parte da doutrina nacional de Direito Constitucional Econômico.

Olhando concretamente para o campo de provas do texto – repita-se: os monopólios públicos e a intervenção concorrencial do Estado na economia –, vai-se concluir que, ao contrário do que diz a absoluta maioria da doutrina brasileira, (a) é possível a constituição de monopólios públicos por intermédio de lei ordinária, e não apenas por emenda à Constituição, (b) não existe nenhuma exigência de interpretação restritiva da abrangência dos monopólios (a intervenção não deve ser ampliativa nem restritiva, mas proporcional e apropriada à finalidade à qual se destine), (c) a intervenção direta do Estado na economia não se submete a nenhuma diretriz de intervenção mínima, mas a uma diretriz de intervenção eficiente. Todas essas afirmações doutrinárias, que são clássicas, não ultrapassam o teste da razão pública: internalizam certa mundivisão, são extremadas e, no contexto em que costumeiramente são encontradas, não estão realmente dispostas a levar a sério a existência de posicionamentos político-ideológicos diferentes.

A tônica do artigo não é, contudo, a defesa do conteúdo propriamente dito de tais posições contramajoritárias. Não se pretende vindicar a utilidade da constituição de monopólios públicos ou a eficiência da intervenção direta concorrencial, mas a idéia de que, *se* esta for a opção político-administrativa, inexistiriam os obstáculos constitucionais tradicionalmente apontados pela doutrina. Bem vistas as coisas, tratar-se-ia muito mais de questão de análise da eficiência da política pública do que de um juízo de constitucionalidade acerca das medidas eventualmente adotadas.

II – A idéia de razão pública, revista e tornada operacional.

A expressão "razão pública" apareceu pela primeira vez, ao menos em sentido próximo ao que se popularizou no campo da filosofia e da teoria política, num texto de Emmanuel Kant de 1784 no qual este pretendeu responder à pergunta, lançada um ano antes pelo reverendo Johann Friedrich Zöllner, sobre o que era o iluminismo. Na famosa frase com que inicia o texto, Kant anotou: o iluminismo é a emergência do homem de sua imaturidade auto-imposta. Com dificuldade, a iluminação acabaria vindo se se fornecesse ao homem suficiente liberdade, liberdade de um tipo muito especial: a liberdade para usar a razão, de modo público, em todos os assuntos.

Kant diferencia o uso público da razão, que deve sempre ser livre, e o uso privado, que pode ser restringido. "Por uso público da razão entendo o uso que alguém, **como estudioso**, possa dela fazer diante de **todo o mundo**." Já o uso privado é sua utilização, a partir de uma função ou cargo, dirigindo-se a uma audiência restrita. Assim, nos exemplos do próprio Kant, seria desastroso se um oficial do Exército questionasse, em serviço, a utilidade da ordem de seu superior. Mas, como estudioso, ele não poderia ter restringida sua liberdade de indicar os erros no militarismo ou de expô-los ao público para que este fizesse seu próprio julgamento. O cidadão não pode se recusar a pagar tributos, mas deve possuir total liberdade de criticá-los. O clérigo, no exercício da função clerical, deve instruir os fiéis na doutrina de sua igreja, mas, como estudioso que fala por intermédio de seus escritos ao mundo, deve gozar de liberdade irrestrita para usar suas capacidades racionais como achar melhor.

A distinção entre uso público e uso privado da razão se faz, então, por intermédio da audiência a quem ela se dirija: o uso privado, a uma audiência restrita, assim constituída por algum tipo de autoridade (o oficial, tido como tal pelas regras do militarismo; a comunidade eclesiástica, assim constituída pelas normas da religião); o uso público, ao mundo como um todo. O mais interessante aos propósitos deste texto é destacar que já se vê em Kant, de forma embrionária, a noção de que o uso público da razão pressupõe que os argumentos *possam chegar* a todo o mundo, o que exige que sejam publicizáveis (ainda que não necessariamente públicos) e inteligíveis por uma audiência à qual não se aplicaria outra autoridade senão a do próprio argumento.

Por seminal que tenha sido Kant, a verdade é que o termo só ganhou projeção graças à obra de John Rawls. A expressão aparece no livro *O Liberalismo Político*, de 1993, como resultado de duas conferências oferecidas na Universidade da Califórnia em 1990. Posteriormente, no livro *O Direito dos Povos*, Rawls reapresentou a idéia, com modificações. A intenção, aqui, não é a de aprofundar as propostas deste autor para a organização da sociedade, mas, tão-somente, apresentar sua teoria na medida em que isso contribua para o esclarecimento da noção de razão pública. É o que se passa a fazer.

Rawls parte de uma premissa fática: considerando a existência de instituições livres na sociedade, não se pode esperar concordância ampla em questões fundamentais de moralidade e de religião. Diversas etnias, grupos sociais, minorias, credos, embatem-se pela palavra final a respeito de como as pessoas devem levar suas vidas e de como os bens sociais devem ser obtidos e distribuídos. Trata-se do **fato do pluralismo**.

O fato do pluralismo é constituído pela existência, na sociedade, de uma série de **doutrinas abrangentes razoáveis**. Tais doutrinas abrangentes são as concepções religiosas, filosóficas e morais que as pessoas professam e seguem em suas vidas. São exercícios de razão teórica – escolhem valores e concepções abstratas de Bem – e de razão prática: além de indicar valores, tais doutrinas estabelecem os modos como os conflitos entre eles serão concretamente resolvidos. São abrangentes porque não se limitam a determinado aspecto da vida – o religioso ou o econômico, por exemplo –, mas se espraiam por diversos setores da existência. Assim, o feminismo ou o marxismo, exemplos de doutrinas abrangentes, partem de pressuposições (até) antropológicas e chegam a indicativos doutrinais em áreas como a economia, a literatura, o comportamento. São razoáveis, pois se baseiam em determinado pré-requisito a respeito do indivíduo: tratam-no como intrinsecamente digno de consideração e de respeito. O nacional-socialismo, apesar de ser exercício de razão teórica e prática inegavelmente

abrangente – como ninguém ignora, houve até uma “arte” nazista –, não é razoável, porque não considera as pessoas como igualmente dignas de consideração e de respeito. Nesses casos, fica apenas a tarefa de conter tais doutrinas não-razoáveis, “como se contém uma guerra ou uma doença”, para que não subvertam os princípios da justiça política.

Do fato do pluralismo, constituído pela co-existência das várias doutrinas abrangentes razoáveis, chega-se a conclusão bastante singela: todas não podem estar inteiramente certas ao mesmo tempo, o que, excluída a hipótese da força para a garantia de um vencedor, vai impor a necessidade de um consenso entre as diversas visões de mundo. Esse consenso não significa ceticismo ou desânimo, senão o reconhecimento de que há uma impossibilidade prática de se chegar a um juízo definitivo a respeito da verdade das doutrinas abrangentes.

Tal consenso se articula por intermédio de um apelo aos pontos políticos em comum entre as diversas doutrinas abrangentes razoáveis. Rawls chama-o, justamente por isso, de **consenso sobreposto**. O consenso é **político**, não filosófico ou religioso: sublinha os aspectos políticos – apenas eles – que poderiam ser aceitos por todas as doutrinas. Cada doutrina abrangente terá suas próprias razões, morais, religiosas ou filosóficas, para aceitar o consenso, o qual, no entanto, continua tendo como objeto apenas e tão somente uma concepção política da justiça. O consenso é, ainda, **estável**, significando que, mesmo que determinada doutrina abrangente esteja ganhando adeptos e se tornando dominante, seus defensores continuarão vinculados ao consenso e não deixarão de apoiá-lo para se aproveitar da força relativa de sua própria mundivisão. Em termos específicos de abrangência, o consenso sobreposto irá incluir alguns princípios procedimentais básicos da democracia (igualdade formal, contraditório, transparência, generalidade e irretroatividade das leis, separação entre Estado e religião), além de alguns direitos substantivos, tais como a liberdade de consciência e a igualdade de oportunidades. Retiram-se da agenda política as questões que geram mais divergências, já que elas poderiam solapar as bases da cooperação social.

Pode-se resumir os conteúdos até aqui tratados: (a) considerando a pluralidade irreconciliável de concepções de Bem atualmente existentes na sociedade, (b) e levando-se em conta que as diversas doutrinas abrangentes razoáveis não podem ser simultaneamente verdadeiras, mas que, (c) afastada a opção de impor mundivisões à força – o que seria incompatível com a noção de pessoas igualmente dignas de consideração e respeito –, só resta a necessidade prática do acordo, este será (d) um acordo sobreposto entre todas as doutrinas abrangentes razoáveis, as quais terão suas razões próprias para aderir a ele. O acordo será (e) estável – as doutrinas abrangentes não poderão abandoná-lo caso se mostrem predominantes na sociedade – e seu (f) conteúdo consistirá apenas em aspectos políticos, e não filosóficos ou religiosos, tais como (g) regras democráticas e constitucionais básicas e alguns direitos fundamentais mais importantes.

O consenso sobreposto diz respeito a um mínimo essencial possível capaz de motivar a cooperação entre cidadãos livres e iguais, não importando a qual doutrina abrangente se filiem. Já a idéia de **razão pública**, assunto que se trata a partir daqui, funciona como um **filtro a respeito de quais razões poderão orientar o debate público** numa sociedade que tenha aderido ao consenso. A razão pública é a forma de se argumentar publicamente na sociedade democrática. Não é dever jurídico em sentido

estrito, mas princípio regulador da conduta pública e privada, ideal a ser alcançado. É dirigida, apenas, a funcionários públicos (administradores, legisladores e, especialmente, juízes), candidatos em campanha e eleitores no momento da eleição. Não se aplica, por exemplo, aos meios de comunicação de massa ou à cultura da sociedade civil em geral – a cultura das associações, universidades, jornais, revistas. A chamada "cultura de fundo" é plenamente livre para se utilizar de razões tiradas de doutrinas abrangentes razoáveis – razões não-públicas.

A razão pública, que se dirige a poucas pessoas, diz respeito, também, a poucos assuntos. Somente os **elementos constitucionais essenciais** e as **questões básicas de justiça**, nos termos de Rawls, a ela estão sujeitos. Do que se trata? São os princípios estruturantes do Estado – as prerrogativas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário; o alcance da regra da maioria – e os direitos e liberdades que as maiorias devem respeitar (isto é, os direitos fundamentais). A maioria das questões públicas nada tem a ver com a razão pública. Leis tributárias, normas de proteção ao meio-ambiente, regras de financiamento da cultura são importantes, mas não se prestam a serem filtradas pelo critério.

Outra observação importante é que a razão pública, tal como o consenso sobreposto, opera dentro de uma concepção política de justiça. A essa altura já terá ficado claro o sentido do termo "político" para o autor: uma concepção é política, e não metafísica, religiosa ou moral, quando é **neutra** em relação às diferentes visões de mundo. Igualmente a como ocorre com o consenso sobreposto, os cidadãos defendem e se utilizam da razão pública não por questão de estratégia, ou como simples *modus vivendi* – estariam aderindo a ela até o momento em que suas visões triunfassem –, mas em virtude das razões de suas próprias doutrinas razoáveis, e, ainda mais, por força de um firme compromisso com os valores políticos da sociedade democrática. É o que torna possível, por exemplo, que pessoas religiosas endossem um regime constitucional, mesmo sabendo que suas doutrinas abrangentes não vão prosperar (talvez possam mesmo definhar) sob ele.

O conteúdo da razão pública é, na essência, o de um dever de reciprocidade: as razões apresentadas por uma pessoa só podem ser aquelas que ela própria razoavelmente aceitaria, e que ela esperaria de boa-fé que outra pessoa razoavelmente aceitasse. Há outros requisitos para a razão pública: deve-se apelar somente a crenças gerais e às formas de argumentação atualmente aceitas e encontradas no senso comum; deve-se usar os métodos e conclusões da ciência, mas apenas quando não controvertidos. Rawls é claro:

Isso significa que, ao discutir sobre elementos constitucionais essenciais e sobre questões de justiça básica, não devemos apelar para doutrinas religiosas e filosóficas abrangentes – para aquilo que, enquanto indivíduos ou membros de associações, entendemos ser a verdade toda –, nem para teorias econômicas complicadas de equilíbrio geral, por exemplo, quando controvertidas. Tanto quanto possível, o conhecimento e as formas de argumentação que fundamentam nossa aceitação dos princípios de justiça e sua aplicação a elementos constitucionais essenciais e à justiça básica devem repousar sobre verdades claras, hoje amplamente aceitas pelos cidadãos em geral, ou acessíveis a eles. Caso contrário, a concepção política não ofereceria uma base pública de justificação.

Exemplo lapidar de razão pública é o fornecido pelo ofício da corte constitucional. Diante da força das maiorias legislativas ocasionais, o tribunal constitucional, que exerce apenas a razão pública e nenhum outro tipo de razão, é a contraforça contramajoritária a serviço da Constituição. Os juízes constitucionais não podem invocar sua própria moralidade, suas visões filosóficas ou religiosas. A exigência da razão pública é para que apelem aos valores que se possa esperar que todos os cidadãos razoáveis venham a endossar. Um bom teste é o seguinte: para saber se algum argumento ou idéia está de acordo com a razão pública, basta perguntar como os argumentos pareceriam sob a forma de uma opinião do supremo tribunal. Pareceriam razoáveis? Abusivos?

Argumentos neutros, não-polêmicos, recíprocos, universalizáveis. Com tais peças, o ideal de razão pública quer promover o consenso possível na sociedade quanto às questões políticas essenciais. Rawls não possui expectativas enganosas: acredita que, mesmo sob a razão pública, ainda existirão pontos polêmicos sustentados a partir de cada doutrina abrangente. O importante, contudo, é que as discordâncias estejam dentro do que chama de "margem de segurança" permitida por cada uma delas. "Ao falar dessa margem de segurança, quero dizer o quanto uma doutrina pode aceitar, ainda que relutantemente, as conclusões da razão pública, quer em geral, quer em um caso particular." Em outras palavras, a razão pública espera que os argumentos vencedores, se não queridos, ao menos sejam racionalmente **aceitáveis** pelo vencido.

Como ainda assim existirão problemas para os quais as partes, seguindo o mais estrito dever de reciprocidade, à luz da razão pública, e depois de haverem minimizado diferenças e destacado convergências, não encontrão saída, a solução seria, num primeiro momento, postergar a questão. Não para evitar o conflito, mas para obter mais experiência e ganhar tempo de reflexão. Caso a situação seja inadiável, a solução não seria abandonar a razão pública e apelar às razões não-públicas das doutrinas abrangentes-, mas, sim, recorrer ao voto – um voto, diga-se, ainda no espírito da razão pública. No essencial, os cidadãos, inobstante possam discordar profundamente a respeito do significado da razão pública neste ou naquele caso, devem fazer seu melhor para, de boa fé, agir em conformidade com aquilo que reputem como um ideal dela.

O "dever cívico" da razão pública, como Rawls o chama, aplicado ao Direito fortalece dois objetivos, o da **estabilidade** e o da **legitimidade**. Quanto à estabilidade, não é difícil entender: ausente o limite da razão pública, nada impede que decisões tomadas a partir de doutrinas abrangentes mudem radicalmente conforme, por exemplo, o sabor das composições dos tribunais. O ideal da razão pública, ao podar excessos e conter os argumentos dentro dos limites da reciprocidade, funciona como um estabilizador natural. Uma corte constitucional, ao apreciar casos polêmicos como o aborto, sob a ótica de razões não-públicas (religiosas ou seculares), ora decidiria de uma forma, ora de outra, radicalmente contrária à primeira; com isso, o grande prejudicado seria o valor da segurança, quintessencial ao Estado de Direito.

Mais grave é o comprometimento à legitimidade. Uma coisa é ser obrigado a aceitar determinada decisão, tomada a partir de dados factuais que, embora passíveis de discordância, são tidos como razoáveis. Pode-se discordar de que a dioxina cause câncer, mas, ainda assim, aceitar, sob tal fundamento, a proibição de sua comercialização. É argumento plausível, com o qual se pode esperar que o interlocutor razoavelmente concorde. Outra coisa é aceitar que as mulheres devem ser submissas aos

homens, sob o motivo de que isso está no plano de Deus; ou, para um crente, ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo ao fundamento de que Deus não existe.

A proposta de Rawls não foi aceita sem críticas. O presente texto não se propõe a descer a detalhes a respeito delas, bastando um simples apanhado das mais importantes. Ei-lo: ao longo de anos, foi dito que a idéia rawlsiana de razão pública (i) é estéril, porque foge dos principais debates de uma época e lugar, (ii) é impossível, porque, sob nenhuma hipótese, os juízes conseguiriam deixar de julgar questões morais complexas sem se apoiar em convicções morais controversas, (iii) é ampla demais, incluindo conteúdos em excesso e deixando de fornecer bons motivos para que se restrinjam razões não-públicas, (iv) é restritiva demais, deixando de lado argumentos e razões importantes, (v) faz parte do mal cuja cura pretende ser: a concepção de "pessoa" e de "autonomia" pressupostas pelo liberalismo político no qual o conceito se inclui faz com que ele, ao invés de flutuar acima de visões controversas, seja, apenas, mais uma proposta sectária como as demais.

Também escaparia à abrangência do artigo relatar todas as possíveis respostas às críticas. Algumas delas foram enunciadas pelo próprio Rawls: a razão pública não é estéril, mas exige que se discutam vigorosamente questões concernentes à estrutura básica da sociedade; ela é tão impossível quanto todo ideal – "descreve o que é possível e pode vir a ser, mesmo que isso nunca ocorra, e não é menos fundamental por isso". Outras defesas e adaptações restaram a cargo de comentaristas posteriores. No que interessa ao texto, pode-se ficar com uma versão de razão pública relativamente simplificada, operacional, capaz de ser objeto de acordo entre diferentes perspectivas teóricas; uma versão tão mais útil quanto mais consensual.

A definição poderia ser a seguinte: a razão pública é princípio regulador que, dirigido às autoridades, aos candidatos e ao cidadão votante, propõe que, no debate público a respeito de questões essenciais, só sejam utilizados argumentos capazes de serem aceitos por todas as frações razoáveis da sociedade, jamais argumentos pertencentes isoladamente a cada uma das doutrinas abrangentes. A razão pública vai priorizar, além disso, formas de argumentação e crenças aceitas (desde que razoáveis) e conclusões científicas não-polêmicas. Fazer incidir a razão pública significa, também e finalmente, uma disposição de ouvir sinceramente o que os outros têm a dizer, bem como a aceitar acomodações na própria visão.

Antes de aplicá-la ao debate doutrinário acerca de Direito Constitucional Econômico, há duas questões prejudiciais que devem ser solucionadas. É o próximo assunto.

III – Preparando o argumento: duas questões prejudiciais acerca da incidência da idéia de razão pública à intervenção direta do Estado na economia.

A primeira questão é saber se o critério da razão pública pode ser aplicado à doutrina jurídica. À primeira vista, a resposta seria negativa. A uma, porque o próprio Rawls limitou-lhe a incidência subjetiva às autoridades, candidatos e eleitores. A duas, porque se poderia argumentar que a teoria jurídica é elucubração intelectual a respeito de conceitos, institutos, técnicas. Por que autores de livros jurídicos haveriam de ter em mente um dever genérico de reciprocidade/neutralidade ao elaborar suas idéias?

Em princípio, deve-se, sim, afastar a incidência da razão pública à elaboração doutrinária. Tratar-se-ia de proposta excessiva para uma prática social de pesquisa intelectual. No entanto, seguindo, aqui, a lição de Lawrence Sollum, a proposta de boa parte da elaboração teórica no campo do Direito é **normativa**. Quer dizer, buscar orientar juízes acerca de como devem julgar seus casos, ou, mais raramente, legisladores sobre como devem formular suas leis ou agentes executivos acerca de como devem administrar. Não seria **lógico** vindicar a incidência da razão pública quando os juízes fossem julgar, e, ao escrever artigo cuja proposta é orientá-los em seus atos decisórios, imaginar que se possa utilizar razões não-públicas. Mesmo acreditando que a linha distintiva entre teoria decisória normativa, de um lado, e teoria e meta-teoria do Direito, de outro, é cinzenta, sustenta-se que, quando a doutrina pretender fornecer subsídios decisórios às autoridades – o que ocorre na maioria das vezes –, é de se aplicar a razão pública. Nem se argumente com o texto de Rawls: a inferência é lógica.

A segunda questão é mais complexa e também nasce a partir do texto de Rawls. Diz respeito à abrangência material da razão pública. Rawls afirma que ela só se aplica às questões básicas de justiça e aos elementos constitucionais essenciais. Afirma que não se destina a temas como leis tributárias, normas ambientais, regras de propriedade. É conceito restrito aos "grandes" temas. Por que, então, haveria de se aplicar a assuntos tão prosaicos como constituição de monopólios públicos ou atuação das sociedades de economia mista?

Por duas razões. A começar, pela opinião do próprio Rawls. Sim: a verdade é que, embora ele haja afirmado que a razão pública só se aplica aos elementos constitucionais essenciais e às questões de justiça básica, não fechou posição quanto ao assunto. No trecho em que disserta sobre a restrição, também anota o seguinte: "Mesmo assim, admito que, em geral, é extremamente desejável resolver questões políticas invocando os valores da razão pública." Vê-se que haveria um argumento geral a favor da incidência da razão pública.

Além disso, ainda em Rawls, os motivos para a restrição de abrangência não são muito convincentes. Ele apenas anota que, "se não respeitarmos aqui os limites da razão pública, não será necessário respeitá-los em parte alguma." Charles Larmore conclui que, ao escrever isso, Rawls sugere que as restrições podem eventualmente ser levantadas. Em suma: se há uma preferência em favor da incidência da razão pública em todas as questões públicas, e se a justificativa para a restrição é, apenas, um recorte epistemológico em prol de sua funcionalidade, então, na hipótese em que a questão não seja desimportante, garantido que a razão pública possa operar a contento, não se aplicará a restrição.

O segundo motivo é mais direto: a discussão sobre a intervenção direta do Estado na economia é, a rigor, discussão sobre a interpretação jurídica do princípio da livre iniciativa. E a livre iniciativa é elemento constitucional essencial – como direito fundamental – e toca com questões de justiça básica. Assim, nada mais natural do que, à sua interpretação decisória, aplicar o critério da razão pública. Estar-se-ia tratando da interpretação constitucionalmente adequada do princípio da livre iniciativa; a abrangência da intervenção direta do Estado, monopolística ou concorrencial, seria, tão-somente, lugar de exercício/exemplo de tal interpretação.

IV – A criação e a abrangência dos monopólios públicos e o teste da razão pública.

Qual o veículo legislativo formal para a constituição de monopólios públicos? Como se deve interpretar a abrangência das atividades incluídas dentro de um monopólio estatal? São as duas perguntas que constituem o objeto deste item, cujas respostas usuais surgem como exemplos do não-uso da razão pública no debate doutrinário de Direito Econômico.

A Constituição de 1967, com a redação da emenda n.º 1/69, possuía dispositivo normativo com a seguinte redação (destaque acrescentado):

Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, **mediante lei federal**, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

A redação da Constituição da República de 1988 nada fala a respeito da possibilidade da criação de monopólios públicos por intermédio de lei ordinária. Apenas lista as atividades que constituem monopólio da União: pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos, refinação do petróleo, importação ou exportação de petróleo ou gás natural, transporte marítimo de petróleo bruto ou de derivados, pesquisa, lavra, processamento, industrialização e comercialização de minerais nucleares (art. 177, incisos I a V).

Há duas qualificações possíveis para a ausência de referência, na atual Constituição, à possibilidade de criação de monopólios públicos por lei ordinária. Ela pode ser caracterizada como **omissão** do legislador constitucional – o constituinte deixou de incluir a referência porque acreditava que a possibilidade já era implícita, ou, simplesmente, porque esqueceu – ou como **silêncio eloqüente**: não falou porque pretendeu vedar a prática.

Embora exista um indício formal a favor da tese de que se trata de silêncio eloqüente (o fato de a Constituição de 1969 não listar os monopólios, e a Constituição de 1988, ao contrário, fornecer uma lista de atividades), a doutrina majoritária prefere se utilizar de outro argumento. Afora os casos em que ela afirma que é assim porque é assim, ou quando fornece diretamente argumentos econômicos ou políticos – na linha "o monopólio não é salutar para o desenvolvimento econômico do Brasil" –, a principal razão justificadora da taxatividade da listagem decorre de um raciocínio em quatro passos, (1) a regra é a livre iniciativa, (2) o monopólio é exceção, (3) as exceções devem ser interpretadas restritivamente, (4) logo, os monopólios públicos devem ser interpretados de modo restritivo – o que significa, *in concreto*, negar a possibilidade de que sejam criados por meio de lei ordinária; bastam os casos que estão expressos na Constituição. Novos monopólios só poderiam ser criados por intermédio de emenda.

As razões não-públicas pertencentes a uma doutrina abrangente razoável – no caso, ao liberalismo econômico, entendido "liberalismo" à moda européia e latino-americana – atuam precisamente nos passos (2), (3) e (4). Pretendem transformar o que é uma afirmação política, e, daí, contestável, em objeto científico consensual. Quanto a (2), não é necessariamente verdade que o monopólio seja exceção, ao menos no plano concreto (no plano lógico certamente o é) ao regime da livre concorrência, na medida em que nunca houve regime de livre iniciativa que prescindisse da titularidade pública

de atividades. É plausível afirmar que, assim como, nas cartas, o coringa, se é exceção aos naipes, não o é ao próprio jogo – ele o integra e desempenha, nele, um importante papel –, o monopólio público, se é exceção lógica ao regime da livre concorrência, não o excepciona no plano da realidade jurídica e política, na medida em que nunca existiu livre concorrência sem algum grau de monopólio público. Não se teria exceção, mas peça – destoante – integral ao sistema.

"As exceções devem ser interpretadas restritivamente." É o passo (3). Qualquer estudante de primeiro ano já travou contato com esse *locus* da argumentação jurídica. O que poucos sabem é que se trata de frase terrivelmente polêmica na doutrina, e que, em seu uso habitual, costuma esconder a intenção deliberada de imprimir maior ou menor amplitude àquilo que se esteja chamando de exceção. "Interpretar de modo restritivo" é expressão que, ela própria, prepara uma série de resultados mais ou menos restritivos – e o ponto polêmico (que se pretende esconder dentro da naturalidade aparente do argumento) é, precisamente, a intensidade da restrição. Num exemplo prosaico: a interpretação restritiva de um vestido de mulher pode ser uma saia até o joelho ou uma mini-saia. Quem vai graduar o *quão restritiva* essa interpretação das exceções deve ser? É aqui onde aparece a doutrina abrangente liberal-econômica com seus argumentos de razão não-pública: ela vai defender o seu ponto de vista específico, e, para fortalecê-lo, pretenderá torná-lo a voz única e natural do consenso, quase que derivação lógica da circunstância de se "interpretar restritivamente" (mas quanto?) uma "exceção" (mas será que se trata mesmo de exceção?).

A "interpretação restritiva" dessa "exceção" não precisaria significar, necessariamente, a vedação da criação de monopólios por intermédio de lei ordinária (4), conclusão que, contra a força democrática embutida numa lei, e construída graças à presença de uma lista e ao uso não-público de um clichê, mostra-se equivocada. O grande filtro à criação de monopólios públicos deve ser o conteúdo dos conceitos "relevante interesse coletivo" e "imperativo de segurança nacional", presentes no art. 173 da Constituição da República. Se a questão ficar assim delimitada, ao menos o debate vai ser claramente político, o que é democraticamente positivo. A prevalecer o argumento "jurídico" de que a Constituição veda a criação de monopólios por emenda, estar-se-ia constitucionalizando, por obra e graça de interpretação doutrinária não-pública, uma visão de mundo. Com resultados bem drásticos.

O problema, como sói acontecer quando se inobserva a razão pública, é de estabilidade e de legitimidade (v. item II, *supra*). Nada impediria que, a valerem argumentos não-públicos tirados de doutrinas abrangentes, outros doutrinadores se sentissem convidados a desenvolver suas teorias normativas decisórias *impondo* a monopolização de certas atividades – o que seria o mesmo excesso, só que com sinal invertido –, as quais, se acolhidas pelos tribunais, resultariam na quebra da estabilidade do Direito. Pior é o comprometimento à legitimidade do Ordenamento. Qual a legitimidade do liberalismo econômico para, diante de uma Constituição radicalmente compromissória como a brasileira, constitucionalizar proposições ideológicas? Por que os cidadãos, que tiveram tornadas "inconstitucionais" suas opiniões razoáveis a respeito da intervenção do Estado na economia, haveriam de cooperar nesse Estado?

Por tudo isso, melhor que se admita a possibilidade da criação de monopólios públicos por lei ordinária. É a saída doutrinária conforme à razão pública, porque não limita opções de *per si*, mas permite que as diversas visões de mundo se confrontem no campo

feito para isso – a política ordinária –, sem inviabilizar ou, no mínimo, dificultar a ascendência de visões político-econômicas distintas das atualmente majoritárias.

Os mesmos argumentos e as mesmas respostas são aplicáveis à abrangência material das atividades sujeitas ao monopólio. Figure-se o caso: determinada lei detalha o conteúdo de atividade monopolizada pela Constituição. Surge dúvida a respeito de uma atividade. Não se sabe se está incluída dentro das monopolizadas. Como se aproximar da questão? Com um pré-conceito anti-monopólio? "Interpretando restritivamente" a "exceção"? Desde logo aceitando a inclusão da atividade, e de muitas outras, afinal todas são estratégicas e se podem reconduzir a alguma idéia de interesse coletivo? Nada disso.

A melhor interpretação constitucional do princípio da livre iniciativa é a que submete sua abrangência ao critério da razão pública, e, por fazê-lo, considera apenas argumentos capazes de promover consenso estável entre as diversas doutrinas abrangentes. No que isso importa à discussão acerca da abrangência material dos monopólios públicos, é de se rejeitar visões que incluam ou rejeitem atividades a fórceps. Não há qualquer regra de interpretação minimalista ou maximalista da intervenção do Estado na economia. A intervenção estatal não deve ser tida como um bem ou mal em si mesma, mas como uma **função** destinada a cumprir uma **finalidade**. A intervenção não deve ser ampliativa ou restritiva, mas proporcional (adequada, não-excessiva, justificável) ao fim a que se destine. Simples assim.

Enquanto o ideal da razão pública neutraliza afirmações doutrinárias polêmicas e não-consensuais – é a *par destruens* deste texto –, o princípio da proporcionalidade toma-lhes o lugar como guia operacional da interpretação. É a *par construens*, à qual não se vai devotar atenção por questão de restrição de espaço e de ênfase de conteúdo.

V – A intervenção direta concorrencial: intervenção mínima ou relevante?

O segundo campo de prova está na discussão sobre as possibilidades constitucionais da intervenção concorrencial. Trata-se de saber se existe o "princípio da subsidiariedade" da intervenção direta do Estado na economia.

A doutrina majoritária acredita que existe, tratando-se de princípio constitucional. Ele possuiria, até, sede normativa expressa, o *caput* do artigo 173 da Constituição: "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei."

Ao ler, no texto da Constituição, que a intervenção direta do Estado só é possível nos casos de interesse coletivo ou de segurança nacional, a doutrina entende que se está diante de comando que afirma a intervenção estatal subsidiária. A prioridade é da iniciativa privada. A intervenção estatal é a *ultima ratio.* A intervenção direta é mínima, pena de violação de direitos fundamentais. Atuar nos casos de relevante interesse coletivo e de segurança nacional significaria não se intrometer no mercado, a não ser em situações excepcionais.

Há, entretanto, boas razões a favor da tese da **inexistência** de um princípio **constitucional** da subsidiariedade da intervenção do Estado na economia. Ele seria, tão-somente, uma diretriz infraconstitucional de organização do Estado, e, como tal, poderia

ou não ser adotado em determinado tempo e lugar. A primeira razão, que não é a principal, tem a ver com sua origem história. O princípio da subsidiariedade surge na doutrina social da Igreja católica, numa encíclica de 1931, como denúncia da hipertrofia estatal promovida pelo socialismo. Com o fim do socialismo real, foi utilizado pela Igreja para combater o Estado de Bem-Estar social de meados do século vinte. Hoje, boa parte da doutrina extrai, num exercício de descontextualização, uma lição, que é política e circunstancial, e a transforma em ensinamento dogmático, por definição menos situado politicamente e mais atemporal.

A segunda razão é o próprio texto da Constituição: em primeiro lugar, não seria honesto afirmar que a Constituição brasileira de 1988 afirmou a primazia de uma opção econômica em suas mínimas gradações. Nem o Estado mínimo nem o Estado máximo foram constitucionalizados. O que há é a constitucionalização de conteúdos essenciais; o restante, que é o coração e a alma da política ordinária, foi deixado ao espaço da deliberação cotidiana. A Constituição garante o direito de propriedade e a livre iniciativa, mas não se pode afirmar, por exemplo, que está terminantemente proibido o tabelamento de preços. Podem existir situações nas quais o tabelamento ou algum outro controle menos drástico seja possível. Desvendar, do alto da cátedra, um destino econômico manifesto para a Constituição não é agir de modo científico, mas aproveitar o espaço de expressão profissional para fazer política. Doutrinas abrangentes razoáveis existem muitas, mas o papel da doutrina do Direito, ao menos quando normativa, é o de destacar razões públicas possíveis de serem utilizadas no discurso jurídico prático.

O texto da Constituição ainda é útil sob outra forma. A própria redação do art. 173 é exemplificativa da torção ideológica à qual muitas vezes as palavras são submetidas. Fora a incomum hipótese de imperativo de segurança nacional, afirmar que "relevante interesse coletivo" significa "em último caso" é colocar palavras na boca da Constituição. A interpretação constitucionalmente adequada do art. 173, aquela que não se mostra refém de nenhuma doutrina abrangente, mas lida apenas com razões públicas, é, por curioso que soe, a interpretação literal: relevante interesse coletivo significa hipótese muito importante, que não necessariamente virá em último caso ou como última alternativa à atuação privada.

Falando sobre a Constituição de 1967/1969, mas a respeito de dispositivo cuja redação é próxima à do art. 173, *caput*, da Constituição de 1988 – o art. 170, parágrafo primeiro –, Modesto Carvalhosa anotou o seguinte (destaque acrescentado):

Quanto ao caráter suplementar de que fala o art. 170, par. 1º, deve ser ele entendido num contexto de realidade, ou seja, não como acessório ou subsidiário, mas basilar, sendo que apenas quando opera como agente econômico nos mercados de capitais e internacional – prevalecendo-se dos recursos de que fala o art. 21, par. 4º – poderá ser literalmente entendida como suplementar a ingerência econômica do Estado.

De fato: se não pela transposição direta de argumentos políticos e morais à seara da dogmática constitucional, se não pelo caráter não-público das razões usualmente solicitadas para a defesa do "princípio da subsidiariedade" – polêmicas razões políticas e morais –, então, no mínimo, pelo próprio texto da Constituição, é que se vai propor a inexistência de um princípio constitucional da intervenção subsidiária do Estado na economia. Afinal, algo que é de relevante interesse público não é, e jamais poderia ser, subsidiário.

Inexistindo um princípio da subsidiariedade na Constituição, isso não significa que o Estado seja livre para a atuação concorrencial. Ela ainda só vai poder se dar nos casos de relevante interesse coletivo, e desde que respeitados os direitos fundamentais de competição justa em relação aos demais *players* do mercado, dentre os quais *não* se encontra – é bom que se diga – o da existência de mercado sem concorrente egresso da Administração Pública. Não há qualquer coisa parecida a um direito subjetivo a uma concorrência mais branda. O Estado não está proibido de constituir ou de criar empresas para que, nos casos de relevante interesse coletivo, a ser definido em lei, concorra com outras empresas. Não há, em princípio, qualquer direito fundamental sendo restringido pela introdução de um novo *player* público no mercado.

Mais uma vez, a incidência do ideal da razão pública sobre o tema da abrangência da intervenção direta concorrencial do Estado na economia não se submete aos ditames de uma intervenção mínima, mas à regra de uma intervenção eficiente aos propósitos a que se destine, sejam de segurança nacional ou de relevante interesse público. Que seja o de dinamizar o mercado pela via da concorrência, garantir o abastecimento etc. A discordância quanto à intervenção é tema político por excelência, e é nesse fórum – no fórum da política ordinária – que os debates devem ser travados. A lei pode ser melhor ou pior, a intervenção pode ser sábia ou desastrosa; que seja revogada ou mantida. Nada disso é questão constitucional, nada disso deflui da essência do princípio da livre iniciativa como meta-questão que se deva colocar à margem da discussão pelas maiorias (como direito fundamental e, portanto, como cláusula pétrea). A maior ou menor intervenção do Estado na economia é tema de política ordinária, não de política constitucional, uma vez que a Constituição de 1988 é compromissória e, respeitadas certas garantias mínimas – as quais correspondem, *pari passu*, ao conceito de "razoabilidade" das doutrinas abrangentes de Rawls – todas elas seriam, em princípio, compatíveis com o texto da atual carta.

O papel da doutrina é o de respeitar o domínio do político e o de fomentar juízos decisórios sensíveis ao pluralismo de idéias existente no Brasil de 2009, não o naturalizar posições ideológicas. Nem se afirme que a ideologia é inevitável: se esse for o caso, dever-se-á neutralizá-la por uma série de técnicas, como a da auto-contenção pelo autoconhecimento, a da exposição de opiniões contrárias de modo isento, a da revisão do texto por uma pluralidade de leitores críticos vindos de *backgrounds* diferenciados, a da colocação da posição "como se fosse argumento do tribunal constitucional" etc. Do contrário, estar-se-ia produzindo panfleto por texto científico, advocacia por doutrina, técnica de persuasão por busca da verdade.

VI – Palavras finais.

O artigo não defende a constituição de monopólios públicos ou a intervenção direta concorrencial. Tais propostas devem ser analisadas à luz de sua eficiência econômica, da adesão popular, dos efeitos esperados, da experiência história, das características do mercado. Enfim: são propostas políticas e devem enfrentar o teste do debate público. A incidência do ideal de razão pública sobre o discurso padrão da doutrina brasileira de Direito Econômico expõe a assunção silenciosa de propostas tiradas de razões não-públicas pertencentes a doutrinas abrangentes. Só isso. Não o faz para defender outra doutrina abrangente, mas para afirmar que todas são defensáveis, mas desde que no lugar adequado. Tal lugar não é o da política constitucional, com seus argumentos fortes em torno de direitos fundamentais e de cláusulas pétreas, mas a

política legislativa ordinária, com suas mudanças refletindo o espírito e o consenso das épocas e das visões.

VII – Referências.

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. Oxford: Blackwell, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem eonômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico.* N.º 14. Disponível na Internet em: <<http:www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 de setembro de 2009.

_____. Memorial sobre questão de ordem: legitimidade do exercício de jurisdição constitucional na hipótese, propriedade da interpretação conforme a Constituição e cabimento da ADPF. *Temas de Direito Constitucional.* Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 583-601.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.* São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na Constituição de 1969.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes.* Cambridge: Harvard University Press, 2006.

EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica. *Revista de Direito Administrativo.* Vol. 194, 1993.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ, Sérgio. Intervenção do Estado no domínio econômico geral: anotações. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. (Coord.) *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

FINNIS, John. On “public reason”. *Oxford legal studies research paper n.º 1/2007.* p. 1-20.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GREENAWALT, Kent. *Private consciences and public reasons.* Nova Iorque: Oxford University Press, 1995.

HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's political liberalism. *The Journal of Philosophy*. Vol. 92, n.º 3, mar. 1995.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JEFFERSON, Thomas. *First innaugural speech.* Disponível em: << http://bartleby.com/124/pres16.html>>. Acesso em: 8 de setembro de 2009.

KANT, Emmanuel. An answer to the question: what is Enlightement? Disponível em: <<http://www.english.upenn.edu/~mgamer/Etexts/kant.html>>. Acesso em: 8 de setembro de 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LARMORE, Charles. Public reason. FREEMAN, Samuel (ed.) *The Cambridge companion to Rawls.* Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

LOTT, Micah. Restraint on reasons and reasons for restraint: a problem for Rawls' ideal of public reason. *Pacific philosophical quarterly.* Vol. 87, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 709-741.

MONTEBELLO, Marianna Souza Soares. *O princípio da subsidiariedade e a redefinição do papel do Estado no Brasil* (Dissertação de mestrado em Direito). Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Monopólios estatais: sobrevivência anacrônica. *Série Ponto de Vista*, n.º 1.

MOREIRA, Vital. A metamorfose da "Constituição Econômica". *Revista de Direito do Estado*. N.º 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MILTON. *Paraíso perdido.* São Paulo: Editora Brasileira Ltda., 1960.

O'NEILL, Onora. *Constructions of reason: explorations of Kant's practical philosophy.* Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2007.

RAWLS, John. *Collected papers.* Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. *O direito dos povos.* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *O liberalismo político.* São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Uma teoria da Justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REIDY, David. Rawls's wide view of public reason: not wide enough. *Res publica*. Vol. 6, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discourse on political economy and the social contract.* Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.

SANDEL, Michael. *Democracy's discontent: America's in search of a public philosophy.* Cambridge: Harvard University Press, 1996.

SCHWARTZMAN, Micah. The completeness of public reason. *Politics, philosophy & economics.* Vol. 3, n.º 2. p. 191-220.

SCHMITT, Alcione Vicente. Execução das atividades relativas ao monopólio do petróleo. *Revista da AGU.* Ano VI, n.º 59.

SILVA, Daniela Romanelli da. Princípio da subsidiariedade. BARRETO, Vicente de Paula (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 789-792.

SOLLUM, Lawrence. Public legal reason. *Virginia Law Review.* Vol. 92.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Consenso constitucional, neutralidade política e razão pública: elementos de teoria da constituição em Rawls. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. LVI, p. 207-232, 2007.

_____. O dilema constitucional contemporâneo: entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático. *Mimeo.*

_____. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília/DF, v. 15, p. 207-227, 2005.

SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what Constitutions do.* Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 49-66.

TÁCITO, Caio. Gás – monopólio – concessão. *Revista trimestral de Direito Público.* N.º 7.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WESTMORELAND, Robert. The truth about public reason. *Law and philosophy*. Vol. 18, 1999. p. 271-296.

***

MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 709-741. Ainda, SOUZA NETO, Cláudio Pereira. O dilema constitucional contemporâneo: entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático. *Mimeo.* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Consenso constitucional, neutralidade política e razão pública: elementos de teoria da constituição em Rawls. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. LVI, p. 207-232, 2007.

Há usos anteriores, mas o sentido é diferente. Em língua inglesa, o termo *public reason* aparece pela primeira vez com Thomas Hobbes, no capítulo trinta e sete do Leviatã, quando o autor afirma que a questão sobre se milagres ocorrem é questão "em relação à qual (...) não cabe ao homem fazer uso de sua própria razão privada ou de sua consciência, mas da razão pública, isto é, da razão do tenente supremo de Deus na Terra, o soberano; e, de fato, nós o tornamos soberano se lhe demos poder para fazer tudo o que for necessário para nossa paz e para nossa defesa. Um homem privado sempre possui a liberdade, porque o pensamento é livre, de acreditar ou não, em seu coração, que tais e tais atos derivaram de milagres. Mas quando se trata da confissão de tal fé, a razão privada deve se submeter à razão pública, o que quer dizer: à do tenente de Deus." HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Outro uso antigo é o que faz Milton, na obra *Paraíso perdido*, colocando o termo na boca de Satã. Este, contemplando o Paraíso que, dentro em breve, será perdido pelo homem graças a seus estratagemas, afirma, num solilóquio, que seu coração derrete diante da inocência de Adão e Eva. Mas ele está compelido a essa vingança – vingança que, em outras circunstâncias, abominaria. Compelido "apenas pela razão pública", ou seja, "honra e império aumentados pela vingança/ao conquistar esse novo mundo." MILTON. *Paraíso perdido.* São Paulo: Editora Brasileira Ltda., 1960, Canto IV, 380-394. Avançando na genealogia da expressão, Jean-Jacques Rousseau, em seu *Discurso sobre a Economia Política*, utiliza-a em dois momentos no início do livro: ao afirmar que os pais de família devem ouvir a voz da natureza, mas não os magistrados, que devem ouvir, apenas e tão-somente, "a razão pública, isto é, o Direito"; e numa elegia ao Direito, tido como "a voz celestial que dita aos cidadãos os preceitos da razão pública." ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discourse on political economy and the social contract.* Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. p. 5 e p. 11. Finalmente, o primeiro discurso de posse de Thomas Jefferson na presidência americana também traz breve referência ao termo, ao informar que uma de suas metas seria "a difusão da informação [acerca de seu governo] e o julgamento de todos os abusos no tribunal da razão pública." JEFFERSON, Thomas. *First innaugural speech.* Disponível em: << http://bartleby.com/124/pres16.html>>. Acesso em: 8 de setembro de 2009. Nas utilizações mencionadas, razão pública ora significa razão do soberano (Hobbes), ânsia por honra e poder (Milton), Direito (Rousseau) ou alguma espécie de percepção coletiva dos cidadãos (Jefferson).

KANT, Emmanuel. An answer to the question: what is Enlightement? Disponível em: <<http://www.english.upenn.edu/~mgamer/Etexts/kant.html>>. Acesso em: 8 de setembro de 2009. Ambos os destaques constam do texto original.

O'NEILL, Onora. *Constructions of reason: explorations of Kant's practical philosophy.* Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 35.

RAWLS, John. *O liberalismo político.* São Paulo: Ática, 2000, conferência VI ("A idéia de razão pública"). p. 261-306. Há vestígios do conteúdo na idéia de "publicidade", tal como desenvolvida no livro *Uma teoria da Justiça* (RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2008). V. LARMORE, Charles. Public reason. FREEMAN, Samuel (ed.) *The Cambridge companion to Rawls.* Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 369-380.

Id. *O direito dos povos.* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

"A cultura política de uma sociedade democrática é sempre marcada pela diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais conflitantes e irreconciliáveis. Algumas são perfeitamente razoáveis, e essa diversidade de doutrinas razoáveis, o liberalismo político a vê como resultado inevitável, em longo prazo, do exercício das faculdades da razão humana em instituições básicas livres e duradouras." RAWLS, John. *O liberalismo político.* São Paulo: Ática, 2000. p. 45. Tal diversidade decorre das dificuldades impostas pelo que Rawls chama de "os fardos da razão" (e, depois, "fardos do julgamento"): as complexidades dos dados da realidade, a necessidade de se considerar em conjunto diferentes espécies de análises, a variedade de experiências de vida na sociedade moderna. V. RAWLS, John. *Collected papers.* Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 475 et seq.

RAWLS, John. *O liberalismo político.* São Paulo: Ática, 2000. p. 108.

Ibid. p. 104.

"(…) Os cidadãos, em sua condição de livres e iguais, têm uma participação igual no poder coletivo político e coercitivo da sociedade, e todos estão igualmente à mercê do juízo. Não há razão, portanto, para qualquer cidadão ou associação de cidadãos ter o direito de empregar o poder coercitivo do Estado para decidir fundamentos constitucionais ou questões básicas de justiça segundo as diretrizes da doutrina abrangente desse cidadão ou associação de cidadãos." Ibid. p. 106.

Ibid. p. 107.

Ibid. p. 179-219.

Como diz o próprio Rawls, "os cidadãos percebem que não podem chegar a um acordo, ou mesmo aproximar-se da compreensão mútua, com base nas suas doutrinas abrangentes irreconciliáveis. Em vista disso, precisam considerar **que tipo de razões podem oferecer razoavelmente um ao outro quando estão em jogo perguntas políticas fundamentais**." Tais razões são precisamente as razões fornecidas por um ideal de razão pública. RAWLS, John. *O direito dos povos.* São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 174. O negrito foi acrescentado.

Id. *O liberalismo político.* São Paulo: Ática, 2000. p. 262. Acreditar que as exigências da razão pública são deveres jurídicos é postura que viola a liberdade de expressão (*Direito dos povos*, p. 179).

RAWLS, John. *O liberalismo político.* São Paulo: Ática, 2000. p. 264-265. RAWLS, John. *O direito dos povos.* São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 177.

O oposto da razão pública é a razão não-pública. Em Rawls, não existe razão privada. O que existe é razão religiosa (argumentos usados por uma doutrina abrangente religiosa) e razão secular (argumentos de uma doutrina abrangente não-religiosa), ambas razões não-públicas. Vale destacar, ainda, que só há uma única razão pública, mas muitas e variadas razões não-públicas.

RAWLS, John. *O liberalismo político.* São Paulo: Ática, 2000. p. 263.

RAWLS, John. *O liberalismo político.* São Paulo: Ática, 2000. p. 277.

Ibid. p. 264.

Id. *O direito dos povos.* São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 189.

HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's political liberalism. *The Journal of Philosophy*. Vol. 92, n.º 3, mar. 1995. p. 129. A rigor, Rawls afirma que o sentido de dizer que a razão pública é política abrange três conteúdos: que se aplica apenas à estrutura básica da sociedade; que é neutra; que é elaborada em termos de idéias políticas fundamentais implícitas na cultura pública de uma sociedade democrática. RAWLS, John. *O liberalismo político.* São Paulo: Ática, 2000. p. 273.

Id. *O direito dos povos.* São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 196.

Ibid. 181.

RAWLS, John. *O liberalismo político.* São Paulo: Ática, 2000. p. 274.

Ibid. p. 287.

Ibid. p. 305.

Ibid. p. 297-298.

Embora o ideal da razão pública não aspire simplesmente a uma aceitação dos argumentos contrários: a idéia é a de encontrar um denominador comum que, compatível com as doutrinas abrangentes, possa ser por elas defendido – claro que essa defesa vai se dar com base nos argumentos internos a cada doutrina – e por elas assumido como próprio. Charles Larmore explica com precisão: "Honramos a razão pública quando estabelecemos nossas razões em concordância com as razões dos outros, esposando um ponto de vista comum para estabelecer os termos e condições de nossa vida política. A concepção de justiça com base na qual vivemos é, assim, uma concepção que adotamos não pelas diferentes razões que cada um possa encontrar, e não

apenas pelas razões que calharam de compartilharmos, mas, ao contrário, pelas razões que contam para nós porque podemos afirmá-las em conjunto." LARMORE, Charles. Public reason. FREEMAN, Samuel (ed.) *The Cambridge companion to Rawls.* Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 368.

Como sugere GREENAWALT, Kent. *Private consciences and public reasons.* Nova Iorque: Oxford University Press, 1995, *passim.*

"O ideal de razão pública exige que não façamos isso nos casos de elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica. Raramente se chega a uma concordância muito grande, e abandonar a razão pública sempre que houver desacordo ao equilibrar os valores significa, na verdade, abandoná-la por completo." RAWLS, John. *O liberalismo político.* São Paulo: Ática, 2000. p. 291.

Para uma vindicação do uso do argumento da razão pública ao caso do aborto do feto anencefálico, cf. BARROSO, Luís Roberto. Memorial sobre questão de ordem: legitimidade do exercício de jurisdição constitucional na hipótese, propriedade da interpretação conforme a Constituição e cabimento da ADPF. *Temas de Direito Constitucional.* Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 583-601 (esp. p. 592).

SOLLUM, Lawrence. Public legal reason. *Virginia Law Review.* Vol. 92. p. 1477.

SANDEL, Michael. *Democracy's discontent: America's in search of a public philosophy.* Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 21-23. Nesse trecho, Michael Sandel sugere que Rawls ficaria ao lado de Stephen Douglas, e contra Abraham Lincoln, no debate em que estes dois travaram acerca da moralidade da escravidão. Como as pessoas sempre iriam polemizar a respeito do assunto, Douglas defendia que o Estado se mantivesse neutro quanto à questão, deixando que as populações dos territórios decidissem a respeito; Lincoln, ao contrário, acreditava que o Estado federal devesse tomar partido contra o que considerava um mal moral.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes.* Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 254.

LOTT, Micah. Restraint on reasons and reasons for restraint: a problem for Rawls' ideal of public reason. *Pacific philosophical quarterly.* Vol. 87, 2006. p. 75-95.

REIDY, David. Rawls's wide view of public reason: not wide enough. *Res publica*. Vol. 6, 2000. p. 49-72.

O termo liberalismo político, no contexto da discussão americana de filosofia política, relaciona-se a uma proposta atenta à redistribuição de renda e à igualdade de oportunidades. É nela que se encaixa a filosofia política de John Rawls, cujos princípios de justiça – o princípio da igualdade e o princípio da diferença – podem ser traduzidos, grosso modo, como uma vindicação da igualdade de oportunidades e da introdução de restrições à regra da igualdade apenas quando disso resultar benefício aos que estão no sopé da pirâmide social, e isso tudo dentro de um contexto de maior liberdade possível a todos. Tais princípios deram sustentação teórica, por exemplo, a propostas de ação afirmativa e de tributação progressiva. Contra o liberalismo aparece o comunitarismo, linha de filosofia política cuja ênfase não está no indivíduo nem no discurso dos

direitos, mas na comunidade, nos deveres da pessoa para com a coletividade, em aspectos culturais. E há, ainda, o libertarianismo, anti-estatal, contrário às políticas redistributivas públicas. As três correntes são específicas à realidade americana. O sentido comum do que seja um liberal, no Brasil e na Europa, está mais próxima à de libertariano nos EUA. Numa analogia bastante crua, o liberal seria algo como um social-democrata à francesa, e o libertariano, aquilo que se, aqui e na Europa, convencionou-se chamar de neoliberal.

WESTMORELAND, Robert. The truth about public reason. *Law and philosophy*. Vol. 18, 1999. p. 271-296.

RAWLS, John. *O liberalismo político.* São Paulo: Ática, 2000. p. 262.

SCHWARTZMAN, Micah. The completeness of public reason. *Politics, philosophy & economics*. Vol. 3, n.º 2. p. 191-220.

FINNIS, John. On "public reason". *Oxford legal studies research paper n.º 1/2007.* p. 1-20.

SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what Constitutions do.* Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 49-66.

SOLLUM, Lawrence. Public legal reason. *Virginia Law Review.* Vol. 92. p. 1480.

RAWLS, John. *O liberalismo político.* São Paulo: Ática, 2000. p. 264.

Ibid. p. 264.

LARMORE, Charles. Public reason. FREEMAN, Samuel (ed.) *The Cambridge companion to Rawls.* Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 381.

Há quem observe que Rawls não diferencia dois momentos nos quais a razão pública não incidiria e incidiria, respectivamente: os momentos do "debate" e da "decisão". Rawls trataria tudo de modo único, mas seria conveniente distinguir entre o debate público, que deve ser franco e aberto, e que não pode ser limitado sequer pelo critério da razão pública – os participantes do debate, inclusive agentes públicos, devem poder se utilizar de argumentos particulares tirados de doutrinas abrangentes razoáveis – e o momento da decisão, na qual os sujeitos da razão pública, aí sim, só poderiam se valer de argumentos com ela compatíveis. Os benefícios de uma discussão irrestrita seriam muitos: as partes poderiam conhecer melhor as posições umas das outras; ilimitado, o debate poderia fazer com que se mudasse de opinião de modo mais eficiente, ou, ao menos, que se visse a opinião contrária de modo mais profundo ou nuançado. V. LARMORE, Charles. Public reason. FREEMAN, Samuel (ed.) *The Cambridge companion to Rawls.* Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 382-393. Ainda, WALDRON, Jeremy. Religious contributions in public deliberation. *San Diego Law review.* Vol. 30, n.º 4. 1993. p. 817-848.

O STF entendeu que o conceito de monopólio se destina a especificar apenas a atividade, e não os bens com os quais ela se vai realizar ou que dela vão resultar. V. Adin n.º 3.273-DF.

Sobre o conceito de “silêncio eloqüente”, cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 525. Veja-se, também, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 318-9. Na Jurisprudência, STF, RE 130.555-SP, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 139/965

TÁCITO, Caio. Gás – monopólio – concessão. *Revista trimestral de Direito Público.* N.º 7. p. 54.

“Não há, assim, monopólio privado (a exclusividade da atividade está nas mãos do particular) e, ademais, fora desse elenco não cabe falar em monopólio.” GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 622. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos.* Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 178: “Já em relação aos monopólios, não há delegação do Constituinte para que o Legislador possa criar outros além dos já previstos na própria Constituição.”

Em linha abertamente política, criticando a ideologia – “essa doença da política”, que, “como uma endemia tropical e subdesenvolvida, teima em retardar a modernização” – mas sendo, ele próprio, bastante ideológico, cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Monopólios estatais: sobrevivência anacrônica. *Série Ponto de Vista*, n.º 1.

SCHMITT, Alcione Vicente. Execução das atividades relativas ao monopólio do petróleo. *Revista da AGU.* Ano VI, n.º 59. p. 1.

“A intervenção estatal na economia, portanto, quando não estiver a serviço do valor *liberdade*, é excepcional, necessariamente decorrente de dispositivos constitucionais expressos, os quais devem ser objeto de interpretação restritiva, descabendo qualquer aplicação de métodos hermenêuticos analógicos ou que possam importar ampliação da atuação estatal no domínio econômico.” EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica. *Revista de Direito Administrativo.* Vol. 194, 1993. p. 66. (O itálico é do original.) Falando do “viés restritivo” da interpretação que se deve dar à intervenção do Estado na produção econômica e na fiscalização e regulação, v. FERRAZ, Sérgio. Intervenção do Estado no domínio econômico geral: anotações. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. (Coord.) *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

Para um resumo da polêmica, v. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 188-197.

Para se ver como a doutrina jurídica não é unívoca e não há nada “dado” na interpretação, registre-se a posição isolada de Eros Roberto Grau a respeito do veículo formal para a constituição de monopólios públicos. Segundo o atual ministro do STF, a ausência de referência à lei ordinária na atual Constituição significa que o monopólio público se pode constituir *mesmo sem lei específica para isso*. Vai além: nos casos de segurança nacional, a exploração direta *deverá* ser monopolizada. No caso de relevante interesse coletivo, assim definido por lei, a exploração direta poderá ou não ser monopolizada. V. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 283-285.

Embora grande parte da dogmática contemporânea se concentre em fornecer argumentos que sirvam para superar as leis e empoderar a opinião dos juízes, já é hora de levar a sério a presunção de constitucionalidade das leis.

Destaque-se que a própria incidência do princípio da proporcionalidade pode ser feita por meio de razões não-públicas, coisa, aliás, bastante comum na doutrina de Direito Constitucional Econômico. Trata-se de se aproveitar do prestígio do princípio, como técnica operativa, para fazer valer, ainda uma vez, os detalhes não-consensualizáveis de uma mundivisão específica. O tema merece estudo à parte. Sobre a ponderação em geral, cf. ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. Oxford: Blackwell, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2007. Para o uso da razão pública no exercício da ponderação, SOUZA NETO, Cláudio Pereira d. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília/DF, v. 15, p. 207-227, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense: 2003. TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 157 et seq. MONTEBELLO, Marianna Souza Soares. *O princípio da subsidiariedade e a redefinição do papel do Estado no Brasil* (Dissertação de mestrado em Direito). Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2001.

Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI.

Encíclica *Centesimus Annus*, de João Paulo II. V. SILVA, Daniela Romanelli da. Princípio da subsidiariedade. BARRETO, Vicente de Paula (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 789-792, esp. p. 790.

O que não quer dizer que a Constituição não assuma posições ideológicas em determinados assuntos e faça algumas opções políticas bastante claras. V. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.* São Paulo: Malheiros, 2005. p. 11 et seq.

No sentido defendido nesta frase, BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico.* N.º 14. Disponível na Internet em: <<http:www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 de setembro de 2009.

MENDONÇA, José Vicente Santos de; NETO, Cláudio Pereira. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 738.

“Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.”

CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972. p. 7.

"O saldo fundamental da metamorfose constitucional da constituição econômica não foi o de substituir um modelo único por outro modelo único, mas sim o de abrir um amplo espaço à liberdade de conformação às maiorias políticas de cada tempo e os paradigmas ideológicos dominantes. E não deixa de ser assaz surpreendente que os setores doutrinários que outrora denunciaram, aliás com razão, a unidimensionalidade da constituição econômica originária, sejam os hoje defensores de um novo dogmatismo constitucional em matéria econômica, reduzindo a margem de liberdade de conformação política legislativa." MOREIRA, Vital. A metamorfose da "Constituição Econômica". *Revista de Direito do Estado*. N.º 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Há três disciplinas nas quais o ideal da razão pública se mostra particularmente útil quando aplicado aos argumentos oferecidos pela doutrina brasileira: o Direito Constitucional Econômico, o Direito Tributário e o Direito Penal. Em todos esses três campos, nota-se certa tendência a se aproximar do trabalho científico a partir da idéia da defesa de "teses" pré-concebidas, e não com o espírito cientificamente desarmado.

ESTADOS GLOBALIZADOS E AUTODETERMINAÇÃO ECONÔMICA: A REGULAMENTAÇÃO DA CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO MERCADO INTERNACIONAL*

GLOBALIZED STATES AND ECONOMIC SELF-DETERMINATION: THE REGULATION OF ECONOMIC CONCENTRATION OF FINANCIAL INSTITUTIONS ON INTERNATIONAL MARKET

Maíza Costa de Almeida Alves
Daniel Rivorêdo Vilas Boas

RESUMO

Este trabalho ao estudo dos efeitos jurídicos dos movimentos de concentração econômica de Instituições Financeiras que acompanha o crescimento do mercado globalizado e interdependente. A partir de dados econômicos, buscam-se novas perspectivas de análise da política econômica adotada pelos Estados na regulamentação de atos de concentração econômica que atingem consequencias extraterritoriais. Ao identificar tais efeitos internacionais da concentração econômica bancária, este estudo volta-se também para uma análise das peculiaridades e dos aspectos negativos e positivos dessa concentração quando ocorrida no setor financeiro. Em síntese destacam-se os critérios que deverão ser levados em conta pelos Estados quando da determinação de sua política econômica, do exercício da soberania e da autodeterminação econômica, requisitos essenciais e inerentes ao Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: SOBERANIA. GLOBALIZAÇÃO. CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. REGULAMENTAÇÃO.

ABSTRACT

This paper aims to study the legal and economic effects of the economic concentration movement of the financial sector that follows the global and interdependent market growth. On behalf of this objective, this work searches new perspectives of economic policy analysis adopted by States to regulate the economic concentration acts that reaches extraterritorial impacts. Indentifying the international effects of economic concentration of banks, this study gives an analysis of the particularities as well as the positive and negative aspects of concentration when occurred on the financial sector. In summary, this work highlights many requirements that show to be considered by States to determine its economic policy, to exercise its sovereignty and self-determine economically, some essential and inherent requirements for Democratic State of Law.

KEYWORDS: GLOBALIZATION. ECONOMIC CONCENTRATION. FINANCIAL INSTITUTIONS. REGULATION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. Introdução

A globalização como consequência da intensificação das relações comerciais entre os países, mercados e economias implicou várias situações econômicas e jurídicas novas com as quais a comunidade internacional deve lidar. Encontrar soluções para os novos desafios colocados pela nova ordem econômica mundial tem reclamado esforço ainda maior.

Notório se faz que a evolução tecnológica e a expansão das instituições financeiras foram essenciais para que a globalização se tornasse realidade. Nesse sentido, estas entidades se tornaram alvo de robusta preocupação estatal e, consequentemente, objeto permanente de estudo.

Assistiu-se, no desenvolvimento da nova ordem econômica mundial, o desenvolvimento das tecnologias de informação, o aumento da complexidade das operações financeiras, o estímulo ao fluxo de capitais e a eliminação das divisas geográficas de mercado. Uma evidencia fática suficiente a comprovar tais fenômenos está na criação do Comitê de Supervisão Bancária da Brasiléia[1] (BCBS), este que veio a instituir padrões operacionais internacionais ao setor financeiro com o objetivo de facilitar as trocas comerciais entre os Estados.

Os bancos, nessa nova ordem, são componentes diretos ou indiretos da vida humana em sociedade e, principalmente devido à sua importância na manutenção da estabilidade econômica, compõem um sistema de vital relevância à soberania dos Estados.

Uma nação soberana deve ser assim entendida pela avaliação de seus aspectos intrínsecos e extrínsecos de natureza política, social e econômica como demonstraremos ao longo da exposição. Nesse aspecto é que a análise dos efeitos mundialmente desencadeados pelas instituições financeiras se faz necessária eis que, em geral, possuem grande influência política nos Estados, são responsáveis pelo controle da circulação da renda e atuam como agentes balizadores da economia.

Todo esse complexo de novas situações trazidas pela mundialização da economia tornam o estudo da concorrência no setor cada vez mais relevante, já que todos os fatores inerentes ao mercado das instituições financeiras afetam sua própria estrutura em diferentes setores, nas ações do Estado e particularmente na vida da população.

Adicionalmente, verifica-se significativo aumento na frequência e na magnitude das operações de concentração econômica envolvendo instituições financeiras, não só em países emergentes, mas também nos países desenvolvidos, incluindo operações transnacionais, que serão objeto de estudo por seus efeitos internacionais.

A mundialização do sistema financeiro que ocorreu a partir da década de 1970 propiciou a formação de grandes conglomerados financeiros compostos por multinacionais, consórcios, *joint ventures*, dentre outras formas de concentração econômica. Tal fato implicou a abertura dos mercados nacionais e na consequente

presença física de bancos estrangeiros nesses mercados em desenvolvimento e em necessidade de crédito.

Assim, as funções primordiais do Direito Econômico e da regulamentação no setor bancário, seja a prudencial ou concorrencial, são as de garantir a estabilidade do sistema e, ao mesmo tempo, proteger a pessoa do consumidor ou depositante, sustentando a própria concorrência eis que inerente ao capitalismo clássico.

No entanto, os problemas bancários, as crises financeiras pelo crédito e a determinação neoliberal do Estado levaram a que se privilegiasse a solidez do sistema em detrimento de preocupações concorrenciais. Questões que, a seguir, serão objeto de aprofundamento.

2. A Soberania e a Autodeterminação Econômica dos Estados

A nova ordem econômica mundial, além de inaugurar a forte relação de interdependência dos mercados, fez surgir ainda outra realidade para a política internacional e para o conceito de soberania. Esse conceito, por sua vez, passa por um constante período de consolidação à medida que as relações comerciais se intensificam e demandam uma reformulação das estruturas políticas de poder no cenário internacional.

A partir dessa premissa, para que se tenha maior compreensão do tratamento que será dado ao Direito Concorrencial nas relações financeiras, econômicas e sociais de um Estado e entre nações, cumpre fazer uma avaliação sobre o conceito de soberania enquanto instituição jurídica constituída por princípios[2]. Cumpre ainda identificar como se dá o exercício da soberania no contexto de interdependência do sistema financeiro e das economias mundiais.

Para tanto, o presente capítulo seguirá a demonstrar a correlação entre o exercício da soberania e a regulamentação das políticas econômicas que, em geral, envolvem a regulamentação também dos sistemas financeiros nacionais e internacionais.

Em primeira acepção clara e abrangente do conceito de soberania a ser tratado nesse trabalho, leciona LEAL:

Ressalte-se que a soberania nessa acepção, emerge da ordenação jurídica positiva que regula a entidade jurídica. Essa ordenação é que dirá o que é soberania e o leitor é que poderá dizer se os princípios configuradores da soberania na ordenação legislada são compatíveis com os conceitos históricos que representam o elenco das conquistas e aspirações sociais, políticas e jurídicas da humanidade no campo dos direitos fundamentais: direito à vida, à dignidade, ao livre-pensar, ao sufrágio universal, à

privacidade, à imagem, à cidadania, ao contraditório, ao *due process of law* e tantos outros[3].

Na atualidade e diante da doutrina dominante no Direito Internacional a soberania não pode ser considerada somente em âmbito externo devendo o Estado fornecer condições mínimas para que as aspirações nacionais se amadureçam e alcancem o *status* de conquista. Para tanto, é imperioso acrescentar entre os "tantos outros" colocados na escrita do Professor Rosemiro Pereira Leal, a autodeterminação econômica do Estado como importante direito a ser destacado. Nesse sentido, a autonomia defendida se efetivará por meio de ações estatais que incluem a adoção e a elaboração de políticas para a economia em prol do desenvolvimento social.

2.1. Princípios Jurídicos e Soberania

Tratados os princípios como fonte de direito, há que se ter clara amplitude do conteúdo normativo a ser extraído do conceito de soberania. Em sendo esse princípio essencial à autodeterminação e consolidação do Estado Democrático de Direito, a soberania não pode ser entendida meramente como "a personalidade jurídica internacional do Estado por reconhecimento de outros Estados"[4]. É que o conceito de soberania envolve, sobretudo, um contexto amplo de direitos fundamentais, valores e princípios[5].

A soberania, por sua carga principiológica, deve se posicionar hierarquicamente no ordenamento jurídico como norma fundamental eis que pressuposto à ordem democrática e legitimidade do Estado, independentemente de sua positivação na ordem jurídica. Isto posto, conclui-se que, no momento em que determinada Constituição dispõe sobre princípios a nortearem a ordem social e a vida econômica do Estado, ela está, sobremaneira, tratando de princípios garantidores da soberania.

Nesse contexto importa demonstrar a íntima relação que o conceito de soberania mantém com os princípios e regras que norteiam toda a ordem jurídica interna dos países. Isto porque, a soberania é, no plano axiológico, também uma instituição jurídica composta por uma vasta gama de princípios. Nessa linha corrobora LEAL:

Infere-se que, embora difusas as disposições legais, a soberania não é mais regulada como qualidade intrínseca e exclusiva do Estado, mas esta é que se legitima através dela. (...) A pluralidade de princípios jurídicos, que informam hoje o conceito de soberania, alça-lhe a categoria de instituição, porque ela atualmente pressupõe a reunião de princípios, regras e institutos jurídicos que constituem direitos fundamentais da pessoa humana(...).

Vê-se em Canotilho, com maior clareza, a soberania como conteúdo dos próprios princípios estruturais do Estado, quando enumera os seguintes princípios da atividade estatal: “princípio da tipicidade e indisponibilidade das competências; princípio da conformidade dos atos estaduais com a Constituição; princípio da participação; princípio da planificação democrática da economia” [6].

Assim, estes princípios elencados pelo autor ao final do trecho formam institutos essenciais ao alcance da soberania e, para análise neste trabalho, insta complementar que inerentes ao “princípio da planificação democrática da economia” estão aqueles que prezam pela defesa da concorrência e pela contenção dos atos de abuso de poder econômico.

Considerando estes e outros princípios tratados no âmbito do Direito Econômico é que se constroem as ações governamentais responsáveis por pautar a política sócio-econômica do Estado.

2.2. Direito de Soberania e o Mercado Globalizado

Uma análise mais apurada da relação entre a política econômica e a soberania do Estado somente pode ser realizada a partir da consideração de uma visão globalizada em que a interdependência dos mercados compõe uma realidade econômica fática.

A consideração da realidade macroeconômica, em que os Estados estão inseridos, passa a ser uma premissa a toda e qualquer constatação lógica sobre suas condições econômicas locais. Essas condições são amplamente abordadas por diversos teóricos do Direito Econômico, como propõe LEAL:

A realidade econômica de um país não pode mais ser confundida com o conjunto de suas atividades econômicas públicas, empresariais e particulares. (...) Na órbita da atividade econômica de um Estado do Terceiro Mundo, se a ciência econômica e a respectiva disciplinação jurídico-econômica não atentarem para uma quarta componente que é a realidade econômica mundial, onde se contém todas as economias nacionais, as políticas econômicas nacionalmente adotadas e os direitos fundamentais de soberania serão fatalmente inócuos[7].

Em um mundo onde a globalização parece conduzir toda a ordem econômica mundial, observa-se que os Estados abdicam parcialmente de seu direito de soberania para se manterem inseridos nas relações internacionais de mercado. As relações interdependentes, então, ultrapassam a esfera da economia e passam a se enraizar na cultura, nos costumes e na criação das necessidades humanas.

É em virtude da interdependência que as nações mais desenvolvidas e consolidadas economicamente conseguem se impor ao mercado e obter acordos mais vantajosos. Desta forma o mercado mundial vive diariamente uma série de tensões estruturais e políticas, travadas pelo molde desse mercado que está a serviço de uma lógica comprometida com a drenagem de recursos e investimentos para territórios ditos de Primeiro Mundo.

Nesse contexto é que a soberania, principalmente em se tratando de países em desenvolvimento (com menor ou mínimo poder de imposição econômica), resta ameaçada pelas relações internacionais de mercado, ainda que o crescimento da economia mundial possa representar em sentido genérico um avanço social interno dos Estados.

Diferentemente dos casos em que a soberania é delegada como no caso da União Européia, em se tratado de uma relação entre países desenvolvidos e outros em desenvolvimento, observa-se clara usurpação da autodeterminação econômica do Estado em detrimento de uma orientação cooperativa internacional.

O princípio da soberania nacional não se limita às determinações constitucionais. Isto porque, não há possibilidade de se avaliar a soberania em âmbito político sem que esta seja garantida também do ponto de vista econômico. Assim, as políticas econômicas do Estado devem considerar a interdependência dos Estados sem que sua posição soberana seja ameaçada.

Com efeito, a Organização das Nações Unidas, em 1970, editou a Resolução nº 2625[8] que ainda no preâmbulo garantiu aos Estados pelo princípio da não-intervenção, sua autonomia econômica diante de qualquer imposição de outro Estado que pretendesse intervir. Nesse contexto, dispôs:

No State or group of States has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State. Consequently, armed intervention and all other forms of interference or attempted threats against the personality of the State or against its political, economic and cultural elements, are in violation of international law.

No State may use or encourage the use of economic political or any other type of measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights and to secure from it advantages of any kind. Also, no State shall organize, assist, foment, finance, incite or tolerate subversive, terrorist or armed activities directed towards the violent overthrow of the regime of another State, or interfere in civil strife in another State[9].

Atualmente, o princípio da soberania tem alcançado contornos mais amplos ou mais restritos na conveniência do mercado. Exemplo disto é formação do mercado comum europeu em que os Estados abrem mão do conceito mais amplo de soberania e se submetem a um novo ordenamento. Aos olhos do Direito Comunitário trata-se de delegação de soberania, o que claramente demonstra a restrição interpretativa que se fez ao princípio em prol da criação de um mercado unificado e consolidado na Europa.

2.3. A Soberania a o Sistema Financeiro Internacional

O Sistema Financeiro Internacional[10] é constituído pelo conjunto de mecanismos financeiros e bancários que permitem a afirmação das trocas econômicas entre as nações. Compõe-se hoje prioritariamente pelo Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Fórum de Estabilidade Financeira (FSF)[11].

As instituições foram constituídas com o objetivo de desempenhar, no cenário econômico internacional, certa função planificadora das economias mundiais no sentido de fortalecer as moedas que tenham referência no dólar americano, garantir o fluxo de capitais e intensificar as relações comerciais entre os países.

Em verdade, críticas relevantes foram feitas ao sistema constituído pelo Tratado de Bretton Woods principalmente quando este não priorizou contemplar os interesses dos Estados na mesma medida.

Em atenção aos objetivos das Conferências de Bretton Woods denuncia LEAL:

O que é importante dizer é que as mercadorias e serviços, no regime do Mercado Mundial, a partir dos ajustes monetários oriundos da Conferência de Bretton Woods (1944), (...), não são trocados por preços que resgatem a sua qualidade, raridade, escassez ou abundância. (...) Para hierarquizar os protagonistas desse novo quadro mundial [após a II Grande Guerra], criou-se o FMI (Fundo Monetário Internacional) que, despido de preocupações emocionais de bem-estar dos povos ou de "considerações distribucionistas", (...), arbitraria as moedas valorizando-as de tal modo a assegurar a hegemonia do dólar, como moeda referencial[12].

Ao agir diretamente nas economias locais, as instituições componentes do Sistema Financeiro Internacional acabam por influenciar a questão da soberania e da autodeterminação das políticas econômicas dos Estados. Assim, o ideário que norteia o FMI, por seu estilo ortodoxo, ignora as consequências que os programas econômicos poderiam causar no âmbito interno, como a desigualdade na distribuição de renda, desenvolvimento de políticas econômicas cada vez mais liberais e exigência de um sistema financeiro e bancário interno cada vez mais consolidado e concentrado destinado a atender e manter o mais alto segmento de mercado de crédito, qual seja das multinacionais e conglomerados.

3. A Concentração Econômica e o Sistema Financeiro Internacional

A concentração econômica é um fenômeno diretamente ligado às relações capitalistas de produção em que as empresas se fortalecem no contexto mercadológico adquirindo poderio econômico através de (i) aquisição de ativos e direitos de outros agentes econômicos; (ii) aglutinação permanente de dois ou mais agentes econômicos que se dá por meio de fusão ou aquisição; ou (iii) associação de agentes tais como *joint ventures*, consórcios, contratos de logo prazo etc[13].

Entretanto, independentemente da forma com que a concentração econômica se processa dentro do ambiente de mercado, esse fenômeno pode levar à criação ou ao aumento de poderio econômico dos agentes capaz de exercer ampla influência nas relações comerciais e econômicas.

Diante do poder econômico como consequência do fenômeno da concentração econômica, importa resgatar o momento histórico em que se consolida o Direito Econômico e Concorrencial como forma de garantir a ordem econômica segundo o modo capitalista de produção. Isto porque, a concentração econômica, desde muito prevista como fenômeno prejudicial ao desenvolvimento social pelos estudiosos da economia[14], ocorre de maneira intensa na atualidade ainda que os governos e as comunidades econômicas internacionais tenham desenvolvido mecanismos cada vez mais amplos e avançados na garantia do Direito Concorrencial.

Para exemplificar cumpre citar HALM:

(...) basta mencionar que as tendências monopolistas são inerentes ao capitalismo moderno, apesar de representarem, igualmente, uma negação de uma filosofia básica, de acordo com a qual nenhum agente particular deve ser suficientemente forte que possa manejar inescrupulosamente o mercado. Alguns dos mais ardentes defensores do sistema de mercado livre têm, por isso, salientado a possível necessidade de ter o governo de “planificar a concorrência” [15].

Para este teórico, há uma presunção de que a economia capitalista seja uma “economia de concorrência”, tanto que as empresas naturalmente impulsionadas pela geração de lucros visam, sempre que possível, a eliminação da competição.

Assim, uma vez observada a tendência de se substituir a concorrência pelo monopólio, este considerado o último nível da concentração econômica, a ordem econômica natural trata de modificar a própria essência da economia capitalista eliminando uma das suas mais poderosas forças de sustentação e de proteção das relações de consumo, qual seja, a competitividade.

Na perspectiva de uma economia social, a concentração ou a tendência monopolista representa grave ameaça à proteção automática dos consumidores contra os excessos produzidos pelo aumento de poder econômico.

Sustentando essa linha propõe CLARK:

(...) o público não tolerará ficar apenas na dependência da boa vontade do monopolista privado quanto à utilização humanitária de seu poder. Este poder equivale a uma "tributação sem representação", e é considerado como tirânico, bem distinto do ônus tributário que o governante pode impor. Deste modo, a concorrência é a opção que cabe ao público, para negociar com aqueles que com ele desejam negociar, e esta opção o liberta da servidão. Mas liberta também os produtores e negociantes da obrigação de servir, que lhes seria imposta se ao público não coubesse essa opção[16].

FONSECA ainda ressalta importante aspecto sobre o contexto de surgimento e desenvolvimento do Direito Econômico:

A concentração econômica gerou problemas no relacionamento econômico e social dentro do mercado, o que exigiu que uma nova força entrasse em cena. A concentração econômica fez surgir o poder econômico privado que, de um lado, procurou dominar e eliminar as empresas economicamente mais fracas (...). A concentração econômica veio ocasionar profundas mudanças no sistema jurídico, mudanças que vem evidenciar que o antigo molde ideológico sustentado no pressuposto da igualdade e da liberdade de todos não pode mais ser aceito sem uma acurada análise crítica. O Direito Econômico é exatamente o resultado jurídico dessa mudança, pois que, por provocação da concentração capitalista, surge como a solução jurídica para salvar a liberdade de concorrência dentro de um quadro em que predominam os valores sociais[17].

Numa perspectiva mais extremista, NUSDEO chega a afirmar e a conceituar a concentração econômica como uma falha mercadológica:

A concentração seja qual for a sua origem, representa uma falha de estrutura do sistema de mercado. Em outras palavras, a estrutura prevista ou imaginada para o seu funcionamento passa a não mais corresponder àquela concretamente verificada na maioria dos mercados. (...) Em resumo, a concentração econômica representa uma falha de estrutura a inibir os mecanismos decisores e controladores do mercado. Em um mercado concentrado, a alta de preços proveniente de um aumento da procura não necessariamente levará a um aumento da oferta, pelo simples fato de ser mais fácil para as poucas unidades nele atuantes conluiarem-se e elevarem mais os preços. Por outro lado, estes poderão também subir, por iniciativa dos vendedores conluiados, sem qualquer relação com uma possível elevação da procura[18].

Diante dos problemas apresentados à concorrência quando a ordem econômica permite de maneira descontrolada a concentração econômica, é que surgem, como será exposto posteriormente, as normas reguladoras dos atos de concentração ou de outras manobras econômicas que impliquem concorrência desleal.

Uma vez feita a abordagem do conceito de concentração econômica bem como o que esse fenômeno representa à concorrência e ao mercado, passa-se à analise desse fenômeno no âmbito do Direito Econômico Internacional.

3.1. A Concentração Econômica para o Direito Econômico Internacional

Como ramo independente do Direito Internacional[19], o Direito Econômico Internacional surge a partir da necessidade de se entender o processo de globalização das economias e estabelecer condições de adoção de políticas econômicas por todos os sujeitos internacionais. Sujeitos estes não somente entendidos como Estados, mas também como instituições privadas inerentemente relacionadas à ordem econômica internacional.

Nessa linha propõe FONSECA:

Hoje, os agentes encarregados da adoção de tais políticas [políticas econômicas] não se restringem mais aos Estados nacionais, abrangendo também as instituições internacionais e as empresas multinacionais. Todos esses sujeitos contribuem para a criação e para o funcionamento da organização internacional da economia[20].

Entendidas como sujeitos ativos da criação e funcionamento da organização internacional da economia, as instituições financeiras internacionais e empresas multinacionais são permanentemente consideradas como agentes balizadores de uma política econômica verdadeiramente comunitária.

Assim, a concentração econômica no âmbito do Direito Econômico Internacional e Comunitário é ainda muito debatida nos grandes fóruns de discussão econômica mundial. Isto porque, diante da facilitação de algumas legislações internas aos movimentos de concentração, estes podem desempenhar, em outras economias, influência indesejada por outra política econômica interna[21] - situação que poderia permitir até mesmo certa tensão diplomática entre nações.

O Direito Econômico Internacional atua então como um instrumento a garantir a boa relação entre os países, estabelecendo mecanismos de observância das demandas

do mercado internacional, desde que estas não representem afrontas diretas ao desenvolvimento de economias locais[22].

3.2. Efeitos Positivos e Negativos da Concentração Econômica no Sistema Financeiro Internacional

Em razão das tendências econômicas de concentração, em meados da década de 1990 o Sistema Financeiro Internacional observa uma nova conjuntura de mercado mundial. Isto porque, principalmente depois de noticiados alguns significativos processos falimentares de instituições financeiras, ocorreram, em contrapartida, grandes fusões e aquisições[23] de forma a surpreender até mesmo as expectativas do mercado.

Nos Estados Unidos, por exemplo, segundo dados apresentados pelo periódico "Folha de São Paulo", as operações de fusões e aquisições em 1995 atingiram 355 bilhões de dólares. Nesse quadro, o setor financeiro foi o que registrou maior número de fusões atingindo na totalidade das operações 20% deste valor, seguido pelos setores de telecomunicações e de informática.

Numa análise mais atual, de acordo com a revista inglesa *The Banker*[24], a maior fusão do ano de 2008 teria ocorrido na Holanda com a compra do ABN AMRO por um consórcio de bancos europeus (RBS, Fortis e Barclays). Essa operação representaria um marco às operações de fusões e aquisições até hoje ocorridas no mundo pela superioridade do valor envolvido na operação – 67 bilhões de euros. Esta operação tida como "*Deal of the Year 2008*" pela revista *The Banker*, seria apontada como a maior entre os 447 outros atos de concentração verificados em 93 países.

No entanto, com a crise financeira enfrentada pelas grandes instituições financeiras internacionais, desde o final de 2008 até os tempos atuais, levou o governo holandês, através do Ministério das Finanças, a intervir na economia e adotar nova política para evitar maiores prejuízos econômicos e sociais à nação. Optou o governo pela nacionalização de todos os ativos do grupo Fortis, inclusive sua participação no consórcio que adquiriu o ABN AMRO, tornando-os de domínio do Poder Público[25].

Diante desses acontecimentos se faz notório que as operações e atos de concentração econômica, especialmente quando envolvem o setor financeiro, são fenômenos diretamente influenciadores das relações de consumo e emprego no país e, por consequência direta, de toda a política econômica.

Assim, contando com mecanismos de controle dos atos de concentração econômica, as políticas econômicas governamentais são então elaboradas com o intuito de que tais institutos sejam suficientemente autônomos, de modo a garantir a supressão das tendências capitalistas ao monopólio.

Ademais, sendo o setor bancário responsável por gerar crédito aos demais setores da economia, esse tende a facilitar o crédito às empresas e iniciativas

monopolistas em que o retorno envolverá menores riscos e garantirá de todo modo a obtenção do lucro pela financeira.

Em estudo quanto aos efeitos da concentração econômica do setor bancário nos demais segmentos da economia, o *"Federal Bank Reserve of Chicago"* ***[26]*** apontou:

Bank concentration thus seems to have a significant effect on the market structure of industrial sectors, by contributing to increase the average firm size in sectors especially dependent on external finance. This conclusion has interesting welfare implications. Banking market structure would seem to have a role in the determination of market power in industries where they provide most credit. By affecting the pattern of entry of new firms potentially endowed with better technologies, and that of exit of older and perhaps less productive ones, banking market structure should also have an effect on the pace of industries technological progress[27].

Em outro trabalho semelhante sobre a concentração bancária, especificamente em países europeus, o Banco Mundial[28] aponta:

Cetorelli (2001) provides evidence that the bank concentration leads to increased average firm size in non-financial sectors. Cetorelli and Strahan (2003) show that the effect is not only limited to an impact on the first moment of the size distribution but that higher bank concentration and market poser have an impact on the entire distribution of firm size. With a focus on the entire industry life-cycle dynamics, Cetorelli (2003) show evidence that more bank concentration implies less entry and thriving of younger firms and also delayed exit of older firms[29].

Diante disso, pode-se concluir que a concentração do setor financeiro, além de influenciar de forma direta a concorrência no próprio setor, atinge também o mercado industrial, impactando na distribuição de poder econômico em diversos outros setores da economia.

Assim, cumpre à política econômica estatal, com base nas disposições jurídicas e constitucionais do Direito interno, assegurar o fomento a pequenos empreendimentos, ao pequeno crédito e às condições leais de competitividade do mercado em detrimento da prevalência do monopólio.

Sobre essa consequência econômica, explica CORREA:

Nesse contexto, uma das preocupações mais freqüentes das autoridades antitruste quando avaliam fusões bancárias são os efeitos dessas operações sobre as condições da oferta de crédito para as pequenas e médias empresas. Pequenas e médias empresas têm mais dificuldade para recorrer a fontes alternativas de financiamento, porque as escalas de suas operações são insuficientes para cobrir os custos fixos normalmente envolvidos em operações internacionais de crédito ou porque a atuação geograficamente restrita dessas empresas torna-as mais dependentes de bancos igualmente regionais. (...)

Retrações do crédito para pequenas e médias empresas e aumento de tarifas bancárias são efeitos de fusões anticompetitivas, isto é, aquelas que eliminam um rival importante. Fusões bancárias, como aquelas que ocorrem em outros setores, podem ter esse objetivo ou efeito, mas também podem ser incentivadas por fatores de outra ordem, tais como a obtenção de economias de escala e escopo, além da obtenção de benefícios econômicos vinculados à diversificação de risco[30].

Ainda nessa perspectiva da intervenção do Estado, compete ao mesmo avaliar o nível de atrelamento da sua economia às instituições e empresas multinacionais ou de controle estrangeiro, já que desempenham papel fundamental na sustentação da economia interna e no desenvolvimento social do país.

Por outro lado, existe preocupação em torno das condições sustentáveis da economia que somente se mostraram possíveis com a adoção de medidas que permitam em limite seguro a concentração econômica. Isto porque, diante das idéias defendidas pela Escola de Chicago, a concentração por si só não seria necessariamente desfavorável à economia ou aos consumidores sem que se faça análise precisa do que se passou a denominar "Teoria da Eficiência" na regulamentação da concorrência.

3.2.1. Efeitos Positivos e a Teoria da Eficiência da Escola de Chicago

A Teoria da Eficiência desenvolvida pela Escola de Chicago trouxe ao estudo do Direito da Concorrência nova concepção de análise do mercado em relação ao consumidor. Isto é, a Teoria da Eficiência Econômica diz não ser coerente tratar a concentração econômica como um malefício *per se* sem que seja observado, do ponto de vista do consumidor, na prática, algum prejuízo.

Esta teoria, além de submeter as políticas econômicas ao caráter valorativo, justifica-se na medida em que a concentração pode gerar redução de custos de produção para a corporação – como o caso da concentração vertical[31] – e tornar mais barato o produto ao consumidor. Nesse caso, a concentração atua como fator positivo para o mercado, uma vez que pode reduzir os preços e torna mais acessível o produto ao consumo.

Ao apresentar as Escolas do Direito da Concorrência, sobre a Escola de Chicago e suas justificativas, expõe BAGNOLI:

Uma concentração econômica benéfica aos consumidores, com ganhos de produtividade e eficiência, poderia ser lícita. Assim, uma forte dominação de setores do mercado por determinados agentes econômicos poderia ser aprovada com o intuito de defender o interesse do consumidor, o que na verdade, pode-se mostrar muito danoso a outros concorrentes. Verifica-se para os teóricos da Escola de Chicago a razão das leis da concorrência é maximizar o bem-estar econômico do consumidor. (...)

O objetivo da Escola de Chicago é demonstrar que a teoria econômica neoclássica revelaria que todos os fenômenos econômicos podem ser previstos e explicados, partindo de uma premissa única, qual seja, o comportamento racional-maximizador num contexto de recursos escassos[32].

É natural observar um aumento na eficiência interna das instituições financeiras após a realização de um ato de concentração econômica horizontal. Isto porque há evidente aumento de poder econômico em relação ao mercado relevante e consequente eliminação de parcela da concorrência. Assim vários estudos foram realizados para avaliar os efeitos da concentração na indústria bancária. Nessa linha, o estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA – faz uma revisão dessa literatura internacional:

Akhavein, Berger e Humphrey (1997) analisaram os efeitos da onda de F&As [Fusões & Aquisições] ocorrida nos Estados Unidos na década de 1980, empregando uma técnica paramétrica. Os resultados sugerem que as megafusões bancárias da década de 1980 no mercado americano melhoraram significativamente a eficiência do lucro na média. O *ranking* médio da eficiência do lucro dos bancos que participaram de fusões aumentou de 74% para 90%, resultados bem superiores àqueles associados à eficiência de custo. Os autores sugerem que a razão é simples: as medidas de eficiência de lucro incluem tanto os efeitos no custo das mudanças nos insumos quanto os efeitos na receita das mudanças nos produtos que ocorrem após uma fusão.(...)

Berger (2002) empregou uma abordagem paramétrica e uma não-paramétrica para investigar os efeitos tanto sobre a eficiência de custo quanto sobre a eficiência de lucro dos bancos que participaram do processo de F&As na indústria bancária dos Estados Unidos. Empregando a abordagem SFA, estimou as eficiências de custo e de lucro para uma amostra de 1.640 bancos fundidos no período 1986-2000. (...)Os resultados mostram que a eficiência de custo dos bancos que participaram do processo de fusão (89%) foi maior, em média, que a dos que não participaram (82%). Quanto à eficiência de lucro, os primeiros obtiveram um valor de 67% contra 52% dos bancos que não participaram do processo de fusões. (...)[33].

De certo, a concentração a ser tratada ao longo desse trabalho tem sentido amplo podendo ser tanto vertical quanto horizontal.

Embora a Escola de Chicago tenha se limitado a justificar a “eficiência” da concentração vertical como fator positivo ao mercado consumidor, diante da peculiaridade do setor bancário, como visto, é possível determinar fatores positivos à ordem econômica vigente também à concentração horizontal.

Como já pontualmente trabalhado no âmbito da eficiência interna das instituições, há que se perceber que esse aumento de eficiência pode se relacionar com os interesses políticos de se constituir, no âmbito da economia interna do Estado, um Sistema Financeiro Nacional mais sólido. Isto porque, no momento em que essa solidez tornou-se uma demanda do mundo globalizado, passou a ser considerada em detrimento da preservação da concorrência, já que adentrou o campo do interesse público.

Nesse sentido, o Juiz White, citado por FONSECA, observa que:

the purpose of the Bank Marger Act [1966] was to permit certain bank mergers even though they tended to lessen competition in the relevant market. Congress felt that the role of banks in a community´s economic life was such that public interest would sometimes be served by bank merger even though the merger lessened competition. The public interest was the ultimate test imposed. This is clear not only from the language of the Act but from statements of those who supported it while the Act was under consideration (United States v. Third Nat. Bank – 390 U.S. 171 (1968)[34].

Com efeito, a regulação prudencial[35] do setor bancário, diferentemente de setores industriais, tem como função prioritária a garantia da estabilidade e da solidez do sistema financeiro ainda que tal garantia possa representar uma afronta à livre concorrência ou barreiras à entrada no setor. Nesse sentido é que a concentração horizontal se faz instrumento à conquista da solidez esperada e demandada pela ordem econômica capitalista. GOLDBERG, apontando os estudiosos do tema, tece:

A despeito dos inúmeros temores levantados, políticas regulatórias com viés competitivo produziram ganhos palpáveis para as economias dos países que as adotaram.

Pelo menos dois estudos recentes merecem menção. Os Profs. Kevin J. Stiroh e Philip E. Strahan analisaram os efeitos do fim das restrições inter e intra-estaduais na atividade bancária americana, que na prática criavam inúmeros mercados geográficos distintos, protegendo bancos locais da competição. Os resultados desse estudo mostram forte relação entre performance, fatias de mercado (*market share*) dos bancos e o processo de desregulamentação.

Em outro estudo, Caminal e Matutes testam a hipótese de que um nível maior de competição entre bancos necessariamente leva a uma maior probabilidade de falência das instituições financeiras (uma vez que tomariam risco excessivo), como sugerido pela teoria convencional. Os resultados mostram uma relação ambígua entre o comportamento dos bancos e competição. De qualquer forma, mesmo que tenhamos algum conflito entre concorrência e o papel regulador, parece razoável admitir que, na presença de um regulador e supervisor bancário atuante, há espaço, na indústria bancária, para competição bastante vibrante, sem que se coloque em risco a higidez do sistema financeiro[36].

Desta forma, identifica-se clara preocupação e tratamento diferenciado dos Estados ao setor bancário em relação à política econômica em geral. Isto porque a ordem econômica internacional vigente demanda, por questões de sobrevivência, um setor financeiro consolidado em limite preciso que não prejudique a obtenção de crédito por outros setores da economia. Este o motivo pelo qual é defendida a regulação autônoma do setor.

3.2.2. Efeitos Negativos diante do Princípio da Isonomia e da Soberania Nacional

Os efeitos negativos da concentração financeira do setor bancário a serem apontados nesse item não se limitarão às exposições de como os mais altos níveis de concorrência beneficiam o consumidor em geral. Como já demonstrado ao longo deste trabalho, ainda que esse pensamento tenha desencadeado várias correntes modernas sobre a concorrência nos diferentes setores da economia, a concepção restou superada.

Diante disso é que a abordagem dos efeitos negativos da concentração serão apresentados somente em relação: (i) aos casos em que a ausência de regulação adequada do setor financeiro representam uma afronta direta ao princípio da igualdade, já que as instituições nacionalmente constituídas e ainda não tão consolidadas nessa nova ordem perdem potencialmente sua capacidade de competição com igualdade de condições mercadológicas, (ii) e aos casos em que investimentos externos em um determinado Sistema Financeiro Nacional (a) não contribuem para o exercício da soberania e para a distribuição de riquezas no país e (b) inviabilizam, na prática, o princípio da cooperação internacional para a diminuição das desigualdades econômicas entre os países.

Nunca é exaustivo relacionar o controle do Sistema Financeiro Nacional por capital estrangeiro à perda imediata da soberania e da autodeterminação econômica do Estado. Ainda que exista disposição expressa da ONU para a cooperação econômica em prol do desenvolvimento dos países menos favorecidos economicamente, não há, na atualidade, circunstâncias práticas que possam viabilizar essa aspiração.

A Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, instrumentalizada na Resolução nº 3281 (XXIX), dispõe expressamente sobre a necessidade de cooperação

internacional para a redução das desigualdades econômicas entre os países. Veio ainda reconhecer que a soberania política tem caráter meramente formal e que a soberania econômica é que caracteriza sua realidade e concretude.

Para exemplificar, cumpre apresentar o artigo 11 da referida Carta:

All States should co-operate to strengthen and continuously improve the efficiency of international organizations in implementing measures to stimulate the general economic progress of all countries, particularly of developing countries, and therefore should co-operate to adapt them, when appropriate, to the changing needs of international economic co-operation[37].

Nos termos da Carta, os países têm a obrigação de não agir de forma a prejudicar os interesses dos países em desenvolvimento.

Entretanto, o que se observa é o que retrata CUADRA, citado por FONSECA:

uma nova ordem econômica internacional implica necessariamente – se deseja ser mais equitativa e mais positiva desde o ponto de vista das necessidades essenciais dos homens de todos os países – em (sic) modificações profundas na orientação do crescimento econômico atual da maioria dos países do Terceiro Mundo. Uma estratégia orientada para a satisfação das necessidades básicas das maiorias (alimentação, moradia, cultura, saúde) é a que deve guiar este crescimento e não uma estratégia de fortalecimento do poder do Estado ou de conservação dos privilégios atuais das classes dominantes. Se não mudar a orientação atual do crescimento na maior parte dos países subdesenvolvidos, que só acentuam as desigualdades e os desequilíbrios sociais no interior das sociedades, novas relações sociais mais justas não beneficiarão os povos destes países, mas tão-somente farão consolidar os interesses dos grupos dominantes (oligarquias rurais, burguesias industriais, burocracias civis e militares, classes médias altas) em detrimento das maiorias populares[38].

Assim sendo, não tão somente a perda da soberania diante da realidade da interdependência dos Estados, mas a ordem em geral, torna questionável toda a metodologia aplicada pelos governos em relação à política econômica. Isto porque, notadamente um Sistema Financeiro Nacional mais consolidado para atender as demandas do mercado globalizado em verdade está a atender uma demanda da globalização para a manutenção da desigualdade.

Outro aspecto negativo a ser analisado em decorrência da concentração econômica no setor bancário diz respeito ao atropelamento que o pensamento liberal na modernidade trouxe às instituições financeiras nacionais. Restaram a elas ter que lidar

com uma nova realidade posta no mercado, qual seja a presença do capital externo nas organizações concorrentes.

Nos EUA, por exemplo, como aponta GOLBERG, os bancos para expandir seu mercado de atuação dentro do país, interessaram-se por adquirir bancos eficientes de alta performance e não os que tivessem desempenho abaixo da média. Dessa forma, estariam eliminando com uma mesma aquisição duas possíveis concorrências: aquela instituição adquirida e aquela de baixa performance que seria excluída do mercado automaticamente:

Stiroh e Strahan chegam à conclusão que nos EUA, após o movimento de desregulamentação do mercado bancário, a estratégia dominante dos bancos não foi de adquirir bancos ineficientes (*poor performers*), como seria de se esperar, mas sim a de adquirir outros bancos competitivos e bem-gerenciados, para então competir com bancos ineficientes[39].

Através do movimento de desregulamentação do setor bancário ocorrido em vários países que acompanhavam a demanda do mercado interdependente, houve uma modificação sistemática do Sistema Financeiro Internacional como um todo. As instituições financeiras na medida em que se preocuparam em eliminar a concorrência e manterem-se uníssonas na sua operacionalidade no mercado, tinham agora que não só atender aquela demanda direcionada das multinacionais por crédito, mas também, por imposição governamental, viram-se obrigadas a atender o pequeno crédito que apresentava demanda político-social.

Com efeito, podemos observar que a crise econômica identificada no final dessa primeira década do século XXI teve como uma das causas a desregulamentação do Sistema Financeiro interno dos Estados, principalmente pela atenção que deram à consolidação do setor bancário exigida pelo capitalismo.

A tendência monopolista já tratada em capítulo anterior se externou na figura das instituições financeiras ao longo do mercado internacional, o que foi incentivado pelos governos que garantiram a desregulamentação como política econômica. Como consequência direta desta política que perfeitamente atendia ao alto mercado de crédito, reclamaram politicamente os mercados de crédito mais baixos que não tinham condições de operar com o alto *spread**[40]*** consolidado no mercado financeiro menos regulamentado.

Vários governos entenderam ser o momento de intervenção do Estado, de modo a garantir, em prol da concorrência em todos os setores da economia, o atendimento às demandas menores por crédito. Os países que mais conseguiram sustentar a adoção dessa política foram aqueles que tinham instituições financeiras públicas operando com grande reserva de mercado. Tais instituições puderam atender sistematicamente algumas das demandas mais simplificadas de crédito, como política de desenvolvimento social e econômico em regiões menos favorecidas.

De outro lado, aqueles países que identificaram a demanda – de forma até tardia, isto é, em momento em que as empresas não mais precisavam de crédito para operar e sim para quitar dívidas – impuseram ao sistema bancário, predominantemente de capital privado, o cumprimento da demanda político-social.

Resultado disso é o que o setor privado jamais esteve preparado para arcar com custos da demanda social submetida aos governos e, por vezes, chegaram a identificar que a ela seria um resultado positivo da política econômica como um todo. No entanto, identificou-se que a demanda era em muito especulativa e que os tomadores de crédito já não se encontravam em condições de cumprir os termos contratuais que esperavam as instituições financeiras. Assim, o primeiro setor a sentir o impacto do mercado seria necessariamente o setor bancário eis que desempenha função de intermediação do crédito na economia.

3.3. Regulação da Concorrência como forma de ponderação entre efeitos

No contexto em que se identificar uma possível crise econômica, resta nítida percepção de que todo o processo poderia ser contido com uma política eficaz para a concorrência. No entanto, as correntes políticas liberais ao longo das maiores economias mundiais não permitiram que essa política concorrencial de fato viesse a ocorrer.

Um exemplo prático e em muito visível dessa constatação é o Protocolo de Fortaleza estabelecido como política concorrencial a ser cumprida no âmbito do Mercosul e que hoje não possui qualquer aplicabilidade.

De forma clara, a regulamentação da concorrência deve em sentido amplo defender três pontos importantes para as economias nacionais e internacionais:

(i) reduzir as desigualdades sociais que só aumentam; (ii) obter o convívio harmônico das diferentes identidades, assegurando o respeito a seus valores e tradições; e (iii) defender a democracia num momento em que o capitalismo não mais relacionado com o Estado nacional, fica livre de qualquer controle para se compor em oligarquias e impor sua dominação mundial[41].

Em termos não tão amplos, a regulamentação da concorrência tem como meta avaliar os efeitos negativos verificados em cada caso de modo a dar-lhes no ordenamento jurídico o tratamento coerente uma vez que são normas fundamentais ao Estado Democrático. A partir de então, deve avaliar a real importância e função da Sistema Financeiro Nacional consolidado já que este estará a serviço da ordem que já se mostrou em estágio de avançada ineficiência.

Alguns autores sobre a concorrência no setor bancário apontam a dificuldade de se estabelecer uma política econômica equilibrada que não vá prejudicar a concorrência nem a solidez financeira no Estado. É o que observa SALOMÃO:

(...) a disciplina regulatória nesses setores enfrenta um problema bastante sério, que consiste exatamente na dificuldade em conciliar os dois objetivos: higidez e concorrência. Essa conciliação é possível desde que se entenda que, na verdade, para proteger os consumidores e a própria higidez do mercado não é possível abrir mão da garantia da existência de concorrência. Existente uma pluralidade de agentes, e não um mercado monopolizado ou oligopolizado, nenhuma quebra poderá pôr em risco o sistema. Da mesma forma, a concorrência predatória, ainda que temida e combatida, também não será uma ameaça iminente ao sistema.

Bastante revelador – tanto da tendência enviesada que tem assumido a regulação nesse tipo de setor como da possível vis de solução – é o setor bancário. Nele a higidez financeira dos participantes do mercado tem sido a única e exclusiva preocupação. Há total ausência de compromisso com o estabelecimento de um real ambiente competitivo. E, por razões diversas, os resultados têm sido parcos e geralmente inconvenientes, levando a profundas crises no setor[42].

Assim sendo, a atuação estatal esperada para garantia do bem estar do mercado, seria de estabelecer a regulação prudencial de forma efetiva ao corrigir os procedimentos no setor e prevenir as condutas tendenciosas do mercado de modo a preparar o sistema de defesa da concorrência inclusive para as interferências do capital externo na economia.

4. A Regulamentação dos Atos de Concentração Econômica no Mercado Internacional

Conforme já mencionado em capítulo anterior, a regulamentação dos atos de concentração econômica é, em geral, realizada no âmbito do direito interno do Estado no exercício pleno de sua soberania.

Entretanto, com o desenvolvimento das práticas comerciais e da interdependência dos mercados, o campo de atuação das empresas sofreu ampliação, consolidando as empresas multinacionais como nova realidade econômica a ser tratada pelo direito concorrencial interno.

É importante observar que:

A limitação jurídica em grande parte, inaugurada a partir das crises do modelo capitalista em sua fase liberal, está centrada na teoria do abuso do direito. A tutela da liberdade individual exige o cerceamento dos eventuais abusos propiciados por essa liberdade. Daí a necessidade do Estado intervir quando um agente abusa de seu direito de empreender livremente, impondo-se a regulação econômica e lançando mão ao princípio da livre concorrência[43].

Juntamente com o contexto de interdependência dos mercados e economias surgem os blocos econômicos que, ao determinarem suas políticas econômicas, desenvolveram mecanismos regulatórios análogos aos do direito interno para dirimir questões que ameacem a concorrência e a competitividade no âmbito do bloco. Isto porque, diante dos níveis de integração dos mercados, a regulamentação dos atos restritivos à concorrência passou de uma questão territorial interna para o campo comunitário-internacional.

Assim, surgem os protocolos especificamente criados para regulamentação da concorrência quando os atos de restrição não mais forem de alçada de um só Estado, mas de um conjunto de países que, reunidos, formam um novo mercado relevante.

4.1. Regulamentação Interna dos Estados

Diante do já exposto acerca do exercício da soberania, a competência interna dos Estados de reprimir práticas restritivas da concorrência que tenham efeitos em seu território é inquestionável. Essa afirmativa se confirma no fato de que diversos deles já possuem um sistema de defesa da concorrência bastante consolidado e atuante.

Individualmente, cada sistema interno de defesa da concorrência é essencial ao desenvolvimento da política econômica do país, pois será ele o responsável por estabelecer limites às tendências monopolistas que podem gerar resultados indesejáveis à economia nacional.

Além disso, a “Eficiência Econômica de Chicago”, ao trazer novas concepções para as políticas econômicas nos países passa a se tornar princípio a ser observado quando o Estado de fato traçar suas restrições ao mercado. FONSECA, em breve síntese explica:

Ao implantar determinada política econômica, deve o Estado pautar-se pelo *princípio da eficiência*, que é inerente à atividade econômica. E, ao fazê-lo deve o Estado observar três planos, ou seja, aquele em que ele próprio *exerce uma atividade econômica*, dentro do âmbito de permissão ou imposição constitucional; aquele em que *adota uma postura normativa* da atividade econômica; em que *estimula ou favorece ou planeja* a atividade econômica. (...) esse princípio teve uma abordagem bem mais ampla

e profunda através dos ensinamentos trazidos pela Escola de Chicago, através do mentor da Análise Econômica do Direito, RICHARD POSNER.

Segundo esse autor, a *economia normativa* dita a lei ao legislador, ao juiz e ao intérprete. Entende Posner que a economia não está destituída de uma escala de valores, impregnando-se dos valores fixados pela política, pela moral e pelo direito[44].

Ao ampliar a competência do Sistema de Defesa da Concorrência a blocos econômicos, os organismos internos ainda recebem notória importância eis que atuarão como correspondentes de um órgão central em prol da concorrência em âmbito extraterritorial. Os órgãos internos de defesa da concorrência atuariam como colaboradores regionais para o sistema comunitário.

4.2. Mecanismos de Controle Internacional da Concorrência

Profundos são os debates sobre a existência ou não de um direito internacional da concorrência. No entanto ainda maior é a necessidade de se ter de fato um acordo internacional que vise garantir uma política econômica financeira comunitária para além dos países constituídos em blocos econômicos.

O que se sabe é que, diante do exercício pleno de soberania dos Estados, todos tendem a aplicar suas legislações em âmbito territorial e extraterritorial – o que passa a gerar certa colisão normativa entre os ordenamentos jurídicos envolvidos. Nessa linha, sobre a questão, bem pontuou FARIA:

Diz-se haver uma aplicação extraterritorial do direito da concorrência, quando um país aplica a sua lei a práticas restritivas da concorrência ocorridas total ou parcialmente no estrangeiro. O fundamento da assim chamada aplicação extraterritorial do direito nacional são regras de aplicação no espaço, também conhecidas por normas de colisão, que se submetem à lei nacional certas situações com elementos de estraneidade. Tais normas de colisão distinguem-se das normas internacionais de direito privado, ou normas de conflito na medida em que as últimas podem conduzir à aplicação do direito nacional, não se admitindo a aplicação de direito estrangeiro em uma matéria reputada de ordem pública. O conjunto de normas de colisão referentes às práticas restritivas da concorrência chama-se direito internacional da concorrência[45].

Os protocolos de defesa da concorrência assinados em âmbito interno dos blocos econômicos já são indícios de que uma legislação comum para o tema é uma tendência do direito concorrencial internacional por demanda mercadológica. Nesse contexto, várias organizações internacionais podem exercer papel fundamental nesse

controle. Como exemplo, cita-se a Organização Mundial do Comércio (OMC)[46], através do mecanismo de solução de controvérsias, e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), esta que, em relação aos seus membros, oferece assistência concorrencial internacional através de um Comitê de Concorrência interno.

Se a OMC, sem qualquer atribuição específica no deslinde de situações concorrenciais, realiza papel fundamental na resolução das questões postas, insta apresentar outras organizações que, dotadas de competências concorrenciais específicas, comprovam a tendência internacional de se criar norma comunitária sobre o tema. Por óbvio, alguns sistemas terão maior eficácia, como é o caso da *Comissão Européia*, ou nenhuma aplicabilidade, no caso do *Protocolo de Fortaleza*, que, a despeito das críticas, representa um marco histórico para o desenvolvimento do pensamento concorrencial comunitário no âmbito do Mercosul.

4.3. Regulamentação dos Atos de Concentração Econômica no Sistema Financeiro Internacional

Diante dos mecanismos de defesa da concorrência hoje atuantes, observa-se que há efetiva aparelhagem no Direito Internacional que nos permite uma avaliação mais profunda dos efeitos dos atos de concentração econômica no Sistema Financeiro Internacional.

É que o setor bancário desempenha função primordial nas economias globalizadas eis que essas se relacionam diretamente com todos os demais setores da economia seja fornecendo crédito, câmbio monetário ou qualquer outro serviço de interesse social:

O sistema financeiro lida com o crédito e com a moeda, uma das mais acentuadas expressões de soberania de um país. Lida com a economia popular, com as poupanças, os capitais produtivos, os meios de pagamento de uma nação e outros valores e serviços financeiros que a espacialização tecnológica e as comunicações permitem os bancos a oferecer â sociedade[47].

Mais precisamente propõe FONSECA:

O setor bancário é de fundamental importância para a economia moderna, pois sua estrutura sistêmica interfere na totalidade das demais esferas da atividade econômica, devendo-se sempre levar em conta a conveniência e as necessidades da comunidade que deva ser atendida e, ainda, atentando-se para que o interesse público seja sempre

tomado como parâmetro para qualquer decisão relativa a fusões. Daí a legitimidade do controle dessa atividade pelo Estado, quer através dos mecanismos de regulação, quer através dos instrumentos de garantia de funcionamento adequado do mercado[48].

Dessa forma, inegável é a autonomia dos Estados para regular o modo de operação das instituições financeiras para que o objetivo social seja alcançado em caráter preferencial à obtenção de lucro. Ainda mais quando se verifica que a obtenção de lucro parece ter uma estrutura operacional bastante consolidada e que é constantemente travada pela regulação estatal quando realizada em prol do interesse social. Sobre essa tendência bem expõe VAZ:

Afirmam os autores que o capitalista possui, além do jurídico, do técnico e do econômico, um aspecto "psicológico", cuja análise conduz à explicação de determinados comportamentos dos agentes econômicos no mercado, possibilitando o desnudamento dos verdadeiros objetivos procurados, assim como dos processos usualmente empregados para os atingir. Quanto ao aspecto psicológico, o sistema capitalista se caracteriza pela busca do lucro. O objetivo do produtor não seria mais assegurar a satisfação das necessidades fundamentais não satisfeitas, e a adaptação da produção à demanda está longe de atingir a perfeição. Mais adiante, afirmam os autores citados, existem uma ordem de satisfação das necessidades, segundo a qual apenas as necessidades solváveis são satisfeitas. Assim se classificam pelas quais se pode pagar, e elas o são, não em sua ordem de urgência, mas segundo sua ordem de rentabilidade. Necessidades vitais serão sacrificadas em benefício de necessidades supérfluas, porque as segundas originam atividades capazes de produzir maior lucro[49].

A regulação em prol do interesse social se torna mais difícil quando empresas estrangeiras detêm parcela grande do capital determinante do setor bancário. Mesmo porque essas empresas somente se sentem na obrigação de desempenharem resultado positivo que possivelmente será reinvestido na estrutura de maiores aquisições.

Na União Européia ou em outra integração econômica que envolva países desenvolvidos por excelência, há significativa preocupação com a competição no setor bancário uma vez que a solidez já é uma realidade fática há muito tempo. Essa preocupação abrange inclusive o posicionamento da moeda única (Euro) no cenário internacional. Assim sendo, mais fácil é a organização e a consolidação de um órgão supranacional.

É importante incentivar ainda que a regulação seja advogada prioritariamente em países em desenvolvimento para que os interesses internacionais do comércio não se sobreponham aos interesses sociais territoriais. Para tanto, há que se ter uma conscientização da comunidade internacional sobre a prática anticoncorrencial da concentração econômica, principalmente quando esta oferece para o país um desenvolvimento social aparente, mas que, em verdade, acarreta sério comprometimento da soberania. É portanto um esforço em sentido duplo para que a cooperação

internacional para o desenvolvimento econômico ocorra de forma honesta e não apenas para estabelecer relações de vantagem a determinadas economias[50].

5. A Administração da Globalização como forma de garantir a Eficácia Social dos Mecanismos de Regulamentação da Concorrência Internacional

Em sendo o ambiente de mercado para o setor bancário um campo peculiar por todos os fatores já expostos, há que se ter como objetivo para as comunidades internacionais a discussão de um mecanismo ainda mais abrangente para regular e avaliar a quiçá dentro do âmbito na Organização das Nações Unidas (ONU), que pudesse globalmente identificar para onde estão direcionados os rendimentos provenientes das instituições financeiras estabelecidas e consolidadas em países em desenvolvimento.

Seria importante também verificar a existência de legislação ou métodos de regulação do setor bancário que efetivamente garantam o exercício de soberania, para que então possam com legitimidade combater as práticas anticoncorrenciais.

Isto porque, após identificada a importância que a globalização tomou nas economias, é imperioso criar um sistema de administração que possa ajudar certos países a obterem maiores garantias internas, resguardando-se de certas influências econômicas externas de aparente favorecimento social.

Assim, o Estado cumpriria seu papel político essencial na defesa do interesse público não estabelecendo como política assistencial a eventual perda de autodeterminação econômica. E assim propõe BAGNOLI:

Em resposta à perda política pela economia, algo que deveria ser feito para “coordenar” a globalização e reforçar instituições supra-nacionais ou agências globais com verdadeiro poder. A União Européia, em constante evolução, é o maior exemplo do que seria governar a globalização. Pode-se até pensar numa cessão da soberania nacional com a criação, por exemplo, de um Conselho de Segurança Econômica da ONU, apto a intervir em crises, subordinando o FMI e o Banco Mundial a esse Conselho, e não permitir que tais organismos técnicos continuem decidindo a política econômica dos Estados[51].

A proposta de BAGNOLI é, diante da estrutura econômica internacional, uma das mais avançadas para solucionar as tendências oligopolistas até a atualidade apresentadas. Isto porque, a ONU é o único espaço em que o desenvolvimento sócio-econômico dos países em desenvolvimento é colocado prioritariamente à consolidação do fluxo de riquezas aos países desenvolvidos.

Um Conselho de Segurança Econômica constituída no âmbito da ONU representaria a possibilidade de se instituir uma política concorrencial internacional, com vistas ao princípio cooperativo, pelo menos para um setor que hoje demonstra demanda substancial urgente, qual seja o setor bancário.

Estabelecer uma política concorrencial para setor bancário significa consolidar estudos e estatísticas sobre os movimentos de concentração econômica de instituições financeiras bem como dos seus reais efeitos em uma determinada economia por suas peculiaridades.

Sem prejuízo das preocupações acerca da higidez do sistema financeiro, as questões concorrenciais seriam avaliadas nos seus reais objetivos e não tão somente nos seus aparentes impactos.

6. Conclusão

Por todo o exposto, a regulação econômica concorrencial no setor financeiro se faz necessária como um dos fatores determinantes pelos quais a soberania do Estado é exercida e externalizada para toda a comunidade internacional. Uma vez que a globalização viabilizou de maneira significativa os investimentos externos, uma nova leitura do conceito de soberania há que ser realizada em relação aos princípios inerentes à consolidação do Estado Democrático quais sejam: o princípio da legalidade, das garantias fundamentais, da manutenção da seguridade social e do emprego e a busca pela planificação da economia.

É preciso reavaliar também o conceito de cooperação internacional para o desenvolvimento dos países emergentes, uma vez que supostos mecanismos internacionais criados para o desenvolvimento social humano na verdade servem de forma eficaz de garantia da exploração de recursos de Estados hipossuficientes e necessitados de investimentos a qualquer custo. O exemplo dado a esta situação diz respeito à criação do FMI bem como do Banco Mundial, que, por sua característica ortodoxa está prioritariamente a serviço da valorização da moeda norte-americana.

Assim, cumpre aos Estados estabelecerem suas políticas econômicas autônomas a favorecer a concorrência e a produção nacional se atentando sempre para a evolução do direito econômico como meio de se estabelecer a regulamentação do setor bancário e de controle do fluxo de investimentos.

A regulamentação da concorrência no setor financeiro ainda deve funcionar como mecanismo de ponderação entre os fatores positivos e negativos gerados pela concentração econômica eis que sem tais ponderações a defesa da concorrência pode gerar efeitos prejudiciais à economia em geral. É nesse sentido que este trabalho defende a criação de mecanismos de abrangência extraterritorial de repressão à prática de atos anticoncorrenciais ou contrários a preceitos fundamentais do Estado, eis que se constituíram mediante demanda concisa do Direito Internacional e Comunitário.

[1] Em inglês *Basel Committee on banking Supervision*. Constituído em 1975, em Brasiléia - na Suíça, por diversos representantes de Bancos Centrais, a BCBS é uma organização que visa garantir a higidez dos sistemas financeiros. Desde sua constituição, o Comitê da Brasiléia discute técnicas para melhorar a supervisão e fiscalização do setor bancário. Embora somente doze países componham o Comitê da Brasiléia, diversos outros países seguem os padrões, por ela estabelecidas, como forma de se adequar e facilitar as operações financeiras com países desenvolvidos. São membros do BCBS os membros do G-10, Bélgica, Canadá, França, Alemanha, Itália, Japão, Países Baixos, Suécia, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos, além de Luxemburgo e Espanha (que não são membros do G-10). O Banco Central do Brasil fornece no seu portal eletrônico, alguns documentos sobre o Comitê e seus objetivos. Disponíveis no endereço <http://www.bcb.gov.br/fis/supervisao/docbis.asp>

[2] Não será objeto deste trabalho fazer a distinção entre princípios, regras e normas. Para a compreensão do disposto basta tão somente considerarmos os princípios como normas de alto conteúdo axiológico.

[3] LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito Econômico*: Soberania e Mercado Mundial. Belo Horizonte: Del Rey,2005. 3ed.

[4] Conceito tido como inaceitável e retrógrado nas palavras do Professor Rosemiro Pereira Leal, em sua obra "Direito Econômico: Soberania e Mercado Mundial". *Opus Cit.*

[5] Outra definição ao conceito de soberania é oferecido pelo Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade: "foi a partir dos anos cinqüenta, com as nacionalizações que se seguiram, que o conceito de soberania permanente dos Estados (de conteúdo econômico, distintamente do conceito anterior de soberania, pura e ingenuamente política) passou a formar-se no seio da ONU, com a adoção de uma resolução em 1952 sobre o conceito de se explorar livremente os recursos e riquezas naturais. Nesta época já se prenunciava a emergência política do terceiro mundo, com o comunicado final da Conferência de Bandung (abril de 1955). Na década seguinte verificou-se uma mudança básica na terminologia adotada pelas resoluções da ONU: já não se falava de "direito de explorar livremente os recursos" mas antes de "soberania permanente sobre os recursos". A mudança conceitual foi de grande importância por suas inúmeras implicações. Observa ainda que um marco nessa evolução foi a adoção pela Assembléia Geral da ONU, em 14 de dezembro de 1962, da famosa Resolução 1.803 (XVII) sobre "Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais", ponto de partida para resolução subseqüentes a respeito".

[6] LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito Econômico*: Soberania e Mercado Mundial. Belo Horizonte: Del Rey,2005. 3ed. p.11.

[7] LEAL, R. P. *Opus Cit.*

[8] Disponível em < http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm>. Acesso em 09.04.2009.

[9] Nenhum Estado nem grupo de Estados tem o direito de intervir, direta ou indiretamente, sob qualquer pretexto, nos negócios internos ou externos de um outro Estado. Consequentemente, não só a intervenção armada, mas também qualquer outra forma de ingerência ou qualquer ameaça, voltadas contra a personalidade de um Estado ou contra seus elementos políticos, econômicos e culturais, são contrárias ao direito internacional.

Nenhum Estado pode aplicar nem estimular o uso de medidas econômicas, políticas ou de qualquer outra natureza para constranger outro Estado a subordinar o exercício de seus direitos soberanos ou para obter dele vantagens de qualquer ordem que seja.

[10] O Sistema Financeiro Internacional considerado abrange inclusive o Sistema Monetário Internacional, uma vez que, sem o desenvolvimento deste, aquele não seria possível. Segundo o Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca: "Com essa expressão [Sistema Monetário Internacional] pretendeu-se significar o conjunto de regras criadas pelos Estados e por organismos internacionais com a finalidade de facilitar as trocas internacionais, prevenir crise e remediá-las" *in Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 5 ed.

[11] Instituições criadas pelo Tratado de Bretton Woods, NH, nos Estados Unidos em 1944.

[12] LEAL, R. P. *Opus Cit.*

[13] Hipóteses de aquisição de poder econômico apontadas por Bruno Leal Rodrigues *in Concentração Econômica e Direito da Concorrência.*

Disponível em <http://www.fag.edu.br/professores/bruno/Direito%20da%20Concorr%EAncia/Textos%20e%20Artigos/Concentra%E7%E3o%20econ%F4mica%20e%20o%20Direito%20da%20Concorr%EAncia%20-%20Bruno%20Leal%20Rodrigues.pdf>

[14] Destaca o Professor Vicente Bagnoli: "Adam Smith (1723-1790), (...), era a favor da liberdade total de iniciativa em oposição aos privilégios monopolistas. Foi nessa época que o iluminista inglês falou na "mão invisível", pela qual luta por direitos individuais traria benefícios a todos" *in Introdução ao Direito da Concorrência.* São Paulo: Singular,2005.

[15] HALM, George N. *Sistemas Econômicos:* Análise comparativa. São Paulo: Fundo de Cultura Brasil Portugal, 1965.

[16] CLARK, Jonh M. *Social Control of Business.* McGraw-Hill Book Company: New York and London, 1939. 2 ed.

[17] FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2005. 5 ed. Revista e Atualizada.

[18] NUSDEO, Fabio. *Curso de Economia:* Introdução ao Direito Econômico. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

[19] Este trabalho não visa discutir a autonomia da disciplina do Direito Econômico Internacional já que este é um tema divergente entre doutrinadores no ramo do Direito Internacional em geral. Para tanto, cumpre considerarmos o Direito Econômico Internacional conforme propõe FONSECA, "como forma de enfatizar o conteúdo econômico das normas de caráter internacional" *in Direito Econômico. Opus Cit.*

[20] FONSECA, J. B. L. *Opus Cit*.

[21] Esse raciocínio deu origem ao que se denominou "doutrina dos efeitos ("*effects doctrine"*), originária dos Estados Unidos, foi enunciada pela primeira vez em 1945 na conhecida *States VS. Aluminiun Co. of America (Alcoa),* na qual se afirmou que qualquer país pode impor sanções a pessoas que não sejam seus súditos por conduta ocorrida no estrangeiro que produza efeitos repreensíveis no seu território" in FARIA, José Ângelo Estrella. *O Controle de Concentrações de Empresas Estrangeiras e a Lei 8.884:* A extraterritorialidade revisitada. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, nº 2. abr-jun, 2004. p. 18. Trazendo essa doutrina para a realidade do setor bancário pode-se concluir que ainda que um ato de concentração ocorra completamente no exterior, ele deve ser aprovado pela política econômica nacional se comprovados os efeitos no seu território.

[22] Trazendo este raciocínio genérico para a realidade brasileira a título de explificação, um estudo desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA – aponta: "A consolidação bancária no Brasil, tal como em outros países da América Latina, parece ter sido inicialmente do tipo 'consolidação como resposta a estruturas bancárias frágeis', já que foi em boa medida resultado de iniciativas tomadas pelo governo brasileiro a partir do *distress* bancário de 1995-1996, em particular através de programas específicos de reestruturação bancária (Proer e Proes) e da flexibilização nas normas de entrada de bancos estrangeiros, num segundo momento. Paulatinamente, o processo foi sendo conduzido também pelo mercado, através de uma onda de F&As liderada por bancos estrangeiros e por bancos privados nacionais. Tal como em outros países da América Latina (Argentina e México), a penetração de bancos estrangeiros no mercado bancário doméstico, resultado tanto do processo de expansão internacional de alguns conglomerados financeiros quanto de uma flexibilização nas normas de entrada de bancos estrangeiros, foi um dos fatores determinantes do processo de reestruturação bancária recente no país" *in* IPEA. *Fusões e Aquisições Bancárias no Brasil*: Uma avaliação da eficiência técnica e de escala. Rio de Janeiro, 2006.

Disponível em http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/td001233.pdf Acesso em 14.04.2009.

[23] Um estudo feito pelo Banco Central do Brasil, apontado em artigo elaborado por GOLDBERG avalia: "Como se pode observar, a despeito do forte movimento de fusões e aquisições verificado após a crise bancária de 1995, com forte redução do número de bancos, os índices de concentração bancária permaneceram largamente inalterados". Isto é, propõe que ainda que tenham acontecido inúmeras fusões e aquisições no setor bancário, a política econômica brasileira conseguiu de certa forma garantir a competitividade entre bancos.

[24] THE BANKER. Disponivel em <www.thebanker.com/news/fullstory.php/aid/5733/Deals_of_the_Year_2008.html> Acesso em 09.01.2009.

[25] O próprio portal eletrônico do Ministério das Finanças holandês disponibilizou nota informando a aquisição dos ativos relativos ao Fortis. Disponível em <http://www.minfin.nl/english/News/Newsreleases/2008/10/The_State_of_the_Netherlands_fully_acquires_Fortis_Bank_Nederland_Fortis_Insurance_Netherlands_Fortis_Corporate_Insurance_and_the_Fortis_share_in_ABN_AMRO_Holding >

[26] CETORELLI, Nicola. Does Bank Concentration Lead to Concentration in Industrial Sectors?. Federal Bank Reserve of Chicago, 2001. Disponivel em <http://www.chicagofed.org/news_and_conferences/conferences_and_events/files/2002_bank_structure_does_bank_concentration_lead_to.pdf > Acesso em 12.01.2009.

[27] A concentração de bancos ainda parece ter um efeito significativo na estrutura de mercado dos setores industriais contribuindo para o aumento da média do tamanho das empresas especialmente dependentes de capital externo. Essa conclusão tem interessantes boas implicações. A estrutura do mercado de bancos parece ter um importante papel na determinação de poder de mercado em indústrias as quais os créditos são conferidos. Ao afetar a barreira a entrada de novas firmas potencialmente promissoras com melhores tecnologias, e gerar a saída de firmas mais velhas e menos produtivas, a estrutura do mercado bancário deve também gerar efeitos nas relações de avanço tecnológico das indústrias.

[28] CETORELLI, Nicola. Real Effects of Bank Concentration and Competition in Europe. World Bank Conference on Bank Concentration and Competition. Disponivel em <http://siteresources.worldbank.org/INTFR/Resources/475459-1107888557402/Bank_Concentration_and_Competition_in_Europe.pdf> Acesso em 12.01.2009.

[29] Cetorelli (2001) confere evidências de que a concentração de bancos leva ao crescimento da média do tamanho das empresas nos setores não-financeiros. Cetorelli e Strahan (2003) mostram que os efeitos não são apenas limitados ao impacto de primeiro momento na distribuição de porte das empresas, mas que a maior a concentração de bancos e domínio de mercado são capazes de gerar impactos em toda a distribuição de portes das empresas. Cetorelli (2003) mostrou evidências que a concentração de bancos implica menores entradas de novas empresas e atraso na saída de antigas.

[30] CORREA, Paulo et al. *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro.* São Paulo: 2002, Max Limonad. p. 281.

[31] "Para desenvolver sua atividade, a empresa precisa obter insumos (tais como matérias-primas) e escoar sua produção. Ela mesma pode extrair a matéria-prima de que necessita, assim como vender a produção diretamente aos seus clientes. (...) Considerando, no entanto, o contexto econômico em que se insere, bem como sua estratégia de mercado, é possível que a empresa decida adquirir a matéria-prima de terceiros e/ou realizar a venda por meio de outros agentes. Nessa hipótese, para dar concreção à sua estratégia econômica, lançará mão dos chamados *acordos verticais"*. (FORGIONI, Paula A. *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*. Revista dos

Tribunais: 2007, São Paulo). As palavras da Professora Paula Forgioni definem com exatidão os fenômenos dos acordos verticais elaborados em vários setores ao longo da linha de produção e distribuição. No entanto, a idéia de "concentração vertical" é ainda mais evidente quando a natureza do acordo extrapola o contrato entre duas personalidades e passa a ter personalidade única para toda a cadeia produtiva até o mercado.

[32] BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência.* São Paulo: Singular,2005. p. 108-109.

[33] IPEA. *Opus Cit.*

[34] "o propósito da Lei de Fusões Bancárias [Bank Merger Act] era permitir certas fusões bancárias ainda que estas tendessem a danificar a concorrência no mercado relevante. O Congresso entendeu que o papel dos bancos na vida econômica da sociedade seria tal que o interesse público seria às vezes assegurado por uma fusão de bancos mesmo que essa fusão lesasse a competição. O interesse público foi o último teste realizado. Isso não está claro a partir da linguagem da Lei, mas a partir dos depoimentos daqueles que apoiaram o projeto ainda quando estava sendo discutido" in FONSECA, J. B. L. *Opus Cit.*

[35] "A doutrina especializada costuma chamar regulação prudencial o conjunto de normas destinado a assegurar a presença das características e predicados intrínsecos ao sistema financeiro, e que se mostram capazes de gragrear a confiança da Sociedade e dos investidores nacionais e internacionais" in VAZ, Isabel. *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro.* Max Limonad, 2002. p. 205.

[36] GOLDBERG. D. K. *Opus Cit.*

[37] Todos os Estados devem cooperar para robustecer e melhorar continuamente a eficácia das organizações internacionais na aplicação de medidas que estimulem o progresso econômico geral de todos os países, em particular dos países em desenvolvimento, e, para isso, devem cooperar para adotá-las, quando seja apropriado, às necessidades cambiantes da cooperação econômica internacional.

[38] CUADRA, Héctor. El Nuevo Orden Económico Internacional. Estudos de Derecho Económico, III, 1979 in FONSECA, João Bosco Leopoldino. Direito Econômico. 5ed. Rio de Janeiro, 2005.

[39] GOLDBERG, Daniel K. Notas sobre Concorrência no Sistema Bancário. Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais, 23. Ano 7. Jan-mar, 2004. P. 41.

[40] "O *spread* bancário nada mais é do que a diferença entre a taxa de juros paga ao poupador e aquela cobrada do tomador de empréstimo, constituindo-se, portanto, na remuneração do serviço de intermediação.

Ao emprestar aos demais agentes os bancos procuram inferir, na medida do possível, o risco de não pagamento dos créditos concedidos. Quanto menor o risco, menor o prêmio a ser cobrado na taxa de juros. Caso, por exemplo, o tomador possa oferecer uma garantia crível e de rápida execução em caso de inadimplência, o prêmio de risco tende

a ser próximo ao prêmio cobrado do Governo Federal. Quanto mais incerta, ou mais longa, for a execução da garantia, maior será o prêmio de risco cobrado" in GOLDBERG, D. K. *Opus Cit.*

[41] BAGNOLI, V. *Opus Cit.*

[42] SALOMÃO FILHO, Calixto et al. *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro.* São Paulo: 2002, Max Limonad. p. 142.

[43] BAGNOLI, V. *Opus Cit.*

[44] FONSECA, J. B. L. *Opus Cit.*

[45] FARIA. J. A. E. *Opus Cit.*

[46] Ainda que a OMC não tenha disposição concreta a ser aplicada em casos de concentração nociva à concorrência, a simples existência de um sistema de resolução de controvérsias por vezes funciona como um fórum de debate sobre a aplicabilidade concreta de normas de direito interno a situações que envolvam a extraterritorialidade.

[47] VAZ, Isabel. Opus Cit.

[48] FONSECA, João Bosco Leopoldino. Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. Coord. Celso Campilongo et al. Max Limonad, 2002. P. 224.

[49] VAZ, Isabel. Opus Cit.

[50] Para esta realidade atenta Isabel Vaz: "Por mais que se apregoem e se demonstrem as virtudes do capitalismo liberal moderno, em países de grandes desigualdades econômicas e sociais como o Brasil, o México, a Argentina e outros em vias de desenvolvimento, não se pode deixar todas as decisões ao mercado. A lógica do mercado determina que os bens e os serviços sejam produzidos para camadas solváveis da população, pois as atividades econômicas são concebidas para criar e multiplicar lucro. No entanto, existem bens e serviços indispensáveis a todas as pessoas, independentemente de sua condição social e de sua capacidade aquisitiva. Entre estes estão a saúde, o saneamento básico, o alimento, a habitação, o transporte" in *Opus Cit.*

[51] BAGNOLI, V. *Opus Cit.*

DIREITO ECONÔMICO E MODERNIDADE: A CRISE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS*

ECONOMIC LAW AND MODERNITY: THE CRISIS OF REGULATORY AGENCIES

Marcos Antonio Madeira de Mattos Martins

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o atual Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e verificar se a criação das agências reguladoras está garantindo aos consumidores a proteção jurídica e econômica necessárias nas relações de consumo na sociedade informacional, tomando como premissa a incumbência do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o exercício efetivo, na forma da lei, de cumprir com as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, determinantes para o setor público e indicativo para o setor privado.

Para tanto, o estudo parte da análise da estrutura do poder econômico e os efeitos da globalização no mercado de consumo, investigando se a concessão dos serviços públicos está atingindo os objetivos fundamentais da Carta Constitucional, de modo a assegurar, em harmonia com o princípio da proteção ao consumidor, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional sustentável e promovendo o bem de todos.

Busca-se, enfim, averiguar se os agentes reguladores de mercado estão promovendo ações coordenadas que possibilitem a efetividade da aplicação das normas de proteção em benefício da sociedade, reprimindo condutas abusivas, fomentando a livre concorrência, implementando políticas na ordem econômica com vistas à um tratamento adequado de serviços prestados ao consumidor, com respeito à sua dignidade, saúde e segurança.

PALAVRAS-CHAVES: SERVIÇOS PÚBLICOS, AGÊNCIAS REGULADORAS E CONSUMIDOR.

ABSTRACT

The present paper aims to analyze the current Consumer Defense National System and verify if the creation of the regulatory agencies is guaranteeing to the consumers the judicial and economic protection necessary in the consume relations on the informational society, taking as premises the states incumbency, as normative and regulative agent of the economic activity, the effective exercise, in the law form, of accomplish the supervising functions, incentive and planning, determinant to the public sector and indicative to the private sector.

Therefore, the study starts from the economic power structure analysis and the effect of the consuming market globalization, investigating if the public services concession is reaching the fundamental objectives of the Constitutional Letter, in a way to ensure, in harmony with consumer protection principle, the construction of a free, just and

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

solidary society, granting the sustainable national development and promoting the common wealth.
It aims, at last, to inquire if the market regulatory agents are promoting coordinates actions that make possible the application of the protection standards in the society benefit, repressing abusive conducts, encouraging the free concurrence, implementing politics in the economic order in sight for a adequate treatment of consumer provided services, with respect to his dignity health and safety.

KEYWORDS: PUBLIC SERVICES, REGULATORY AGENCIES AND CONSUMER.

Introdução.

A produção de bens de consumo em massa propulsionada pelo avanço tecnológico causou a ebulição de uma economia diversificada, atingindo todas as camadas sociais.

Tanto a competitividade empresarial quanto a utilização de meios de comunicação de extrema influência revelaram seu caráter antissocial. Os baixos custos de produção, sejam pela importação de produtos já elaborados, sejam pela exportação de empregos necessários para produzi-los, provocaram um descompasso no desenvolvimento social, criando desemprego, exclusão, execrando valores fundamentais ao ser humano.

O dinamismo do mercado de consumo, com a concretização de inúmeros negócios jurídicos, levou os fornecedores a uma plataforma superior nas relações contratuais, tratando de forma impessoal os consumidores, à medida que esses passaram simplesmente a aderirem ao consumo, sem possibilidade de questionar cláusulas, muitas vezes abusivas.

Passou-se, diante dessa metamorfose, a exigir do Estado uma postura mais positiva nas relações privadas, de modo a atuar efetivamente para resgatar a ordem pública no tocante ao equilíbrio dos contratos[1].

A concepção teórica de que o mercado econômico é autorregulável porque se desenvolve de forma equilibrada de acordo com a oferta e procura de bens, acabou frustrando os objetivos de grande parte dos agentes que tinha interesse em viver numa economia neoliberal, sem intervencionismo do Estado.

A ausência de um parâmetro normativo mais analítico compeliu o Estado a criar formas de regular o mercado, diante da complexidade dos efeitos da globalização, dentre eles a *"transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo – que em pouco mais de uma década, transformou radicalmente as estruturas de dominação política e de apropriação de recursos, subverteu as noções de tempo e espaço"*.[2]

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, *"o tema das delegações legislativas do Congresso ao Executivo ou às autoridades administrativas, nas suas mais variadas formas, acompanha a sua própria história – é fruto mesmo de sua tradição"*. [3]

Não se pode, pois, criar uma aproximação ou mesmo uma inspiração de outros modelos criados em outros países para afirmar que a criação de agências reguladoras de mercado, em sua essência, tenha sido implantada a partir de um direito romano-germânico ou um direito anglo-saxão.[4]

Não há no direito brasileiro, ao contrário de que ocorre com outros sistemas jurídicos, *"a figura da delegação normativa aberta ou remissiva, se entendemos essa competência como um verdadeiro cheque em branco a favor da Administração Pública ou de qualquer poder, órgão ou autoridade"*.[5]

Compete, assim, verificar se a criação das agências reguladoras está garantindo aos consumidores proteção jurídica e econômica nas relações de consumo na sociedade informacional.

A vulnerabilidade do consumidor, *"parte presumivelmente mais fraca"* nas relações de consumo, *"torna-se cada vez mais patente em decorrência do avanço tecnológico e da complexidade de informações referentes aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo"*. [6]

As atuações concretas dos sistemas de proteção do consumidor e a fragilidade dos dispositivos normativos que dificultam a harmonização de princípios constitucionais para aplicação da lei em concreto são objeto desse trabalho, levando-se em conta, sobretudo, a vulnerabilidade dos consumidores nas relações de consumo, a ineficiência dos serviços públicos e o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Desde o advento do Código de Defesa do Consumidor, muito se tem clamado pela aplicação efetiva da norma escrita em casos concretos. Atrelado nessa premissa, cobra-se, também, uma postura mais ativa, mais atuante das agências reguladoras nos setores econômicos, produtivos do mercado, de maneira que essa intercessão seja capaz de manter o equilíbrio nas relações de consumo.

A formação de um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor tem como esteio, além da previsão constitucional, a promulgação do diploma consumerista, com o objetivo de "*assegurar o equilíbrio entre as partes"*, de forma a afastar *"formas sub-reptícias e insidiosas de abusos e fraudes engendradas pelo poder econômico*" evitando a quebra da proteção jurídica criada pelo legislador.[7]

Dessa forma, independentemente da delegação normativa e dos poderes ínsitos para gestão de cada agência reguladora e entidades a ela comparadas, o presente artigo pretende uma análise dos conflitos de operacionalidade do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, suas fragilidades e suas ineficiências.

1. O poder econômico e a globalização.

Norberto Bobbio assinala que, numa relação entre Estado e indivíduo, para objetivar o encontro de elemento específico do poder político, "*parece mais conveniente o critério de classificação das várias formas de poder que se funda sobre os meios dos quais se serve o sujeito ativo da relação*" a fim de que se possa apurar a comportamento do sujeito passivo. [8]

Com base nesse critério, podem-se distinguir três grandes poderes: o poder econômico, o poder ideológico e o poder político.

O poder econômico, segundo Bobbio[9] :

"é aquele que se vale da posse de certos bens necessários, ou assim considerados em uma situação de escassez, para induzir aqueles que não os possuem a ter uma certa conduta, consistente principalmente na execução de um certo tipo de trabalho."

Resultado dessa premissa é que na posse dos meios de produção existe uma imensa força econômica por parte daqueles que os possuem em relação àqueles que não possuem, circunstância que justifica a colisão de valores: de um lado o aparecimento de organizações de forças produtivas (advinda da livre iniciativa) e de outro, a codificação de regulamentos, normas, leis que pudessem proteger o ser humano na venda de seu esforço pessoal – físico e intelectual – na criação de novos meios de produção (valores sociais).

Richard Sennett ressalta que na era do capitalismo social, as tensões no sistema econômico geravam ressentimento. *"A palavra remete a todo um conjunto de emoções, principalmente a crença de que as pessoas comuns que jogaram conforme as regras não receberam um tratamento justo"*. [10]

Na mesma ordem, fatores institucionais que atuam sobre a propensão a consumir ou que induzem indivíduos ou grupos sociais para preservar ou aumentar sua participação de renda futura são objetivos de estudos frequentes de sociólogos e cientistas sociais.

Segundo Celso Furtado, certos aspectos desse problema foram entrevistos por sociólogos, como Max Weber, que se "*preocuparam com as influências de certas formas do espírito religioso, particularmente o puritanismo, sobre os hábitos dos consumidores nas etapas iniciais do capitalismo.*" [11]

Importa assinalar, no mesmo patamar, que os agentes que estão em posição estratégica podem apropriar-se, por tempo mais ou menos prolongado, dos benefícios de uma elevada produtividade e modificar certos parâmetros estruturais e interferir, ainda, que indiretamente, no comportamento de outros agentes.

Como exemplo dessa ilação, cita-se o caso de uma indústria que se beneficia de aumentos de produtividade graças ao acesso a uma tecnologia de vanguarda, mantendo preços relativos sem alteração, conservando salários por meio de otimização de seus recursos, transformando em maiores lucros a redução dos custos de produção, ou seja, "*se beneficia de uma quase-renda*". [12]

A discussão da maximização dos lucros não fica somente no âmbito interno da gestão corporativa da empresa: ela se transborda para a seara da ordem econômica convidando o Poder Público a reorganizar o sistema, avaliando se a oferta de bens e serviços está sendo feita de forma adequada e necessária, para atender às reais necessidades dos consumidores e não representar somente uma forma de persuasão à busca frenética ao consumismo.

Gustavo Tepedino ressalta, ainda, que prevalece "*em todo esse complexo processo, a ótica e a lógica da maximização dos resultados e da minimização dos custos*". A expansão do exercício da cidadania e os direitos sociais ligados ao trabalho passaram a ser vistos como custo econômico da produção em visão mundial de competitividade, não importando as latentes desigualdades sociais dos países. [13]

Em grande parte do período de desenvolvimento econômico verificou-se que quanto maior o número de produtos colocado em circulação, maior foi a propagação de riscos ao consumidor em face da má concentração de investimentos que buscassem a preservação da saúde e a integridade moral do cidadão.

A maximização dos lucros, nesse período inicial de desenvolvimento econômico, revelou-se um fator de risco potencial ao consumidor quando foram verificados que tudo pode ser feito para obtenção de resultados: propaganda enganosa, produtos defeituosos, planos de pagamento em longo prazo, produtos de baixa qualidade, vícios redibitórios.

A competitividade, então, revelou seu caráter antissocial quando se apresentou favorável aos baixos custos de produção, à importação de produtos já elaboradores e à exportação de empregos necessários para produzi-los, resultando em um descompasso de desenvolvimento social, criando desemprego, exclusão social, execrando, enfim, valores fundamentais ao ser humano.[14]

Houve, portanto, a necessidade de mudança da concepção da forma de desenvolvimento, fabricação e disponibilização de produtos que estivem inadequados com princípios que agrediam, sobremaneira, a parte mais vulnerável dessa relação: o consumidor.

Isso porque, com a globalização, criou-se na sociedade novas formas contratuais de consumo que vulnerabilizaram a parte mais interessada no consumo de bens e serviços. O consumidor passou a ser atacado demasiadamente por informações inadequadas, enganosas e superficiais, sem se atentar para a real necessidade do consumo.[15]

Eros Roberto Grau, ao citar pensamento de Ralf Dahrendorf, assinala ainda que

"... a globalização ameaça a sociedade civil, na medida em que: (i) está associada a novos tipos de exclusão social, gerando um subproletariado (underclass), em parte constituído por marginalizados em função da raça, nacionalidade, religião ou outro sinal distintivo; (ii) instala uma contínua e crescente competição entre os indivíduos; (iii) conduz à destruição do serviço público (=destruição do espaço público e declínio dos valores do serviço por ele veiculados). Enfim, a globalização, na fusão de competição global e de desintegração social, compromete a liberdade." [16]

Em face desse novo contexto social, pode-se afirmar que a ausência de interferência do poder estatal para fiscalizar a ordem econômica, onde competitividade e lucratividade afastam princípios de dignidade humana, direito à igualdade nas relações contratuais e direito à informação especial sobre os bens e serviços colocados em circulação, possibilitou novas reflexões para criação de meios de atuação de órgãos que pudessem suprir essa regulação, que interagissem de forma a conciliar a livre iniciativa e a efetiva proteção do consumidor de produtos e serviços finais.

Como se não bastasse somente a preocupação de fiscalizar e regular o mercado econômico partindo dos princípios gerais constituídos pelo artigo 170 da Carta Magna, dentre eles, a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a defesa do consumidor e a livre concorrência, o Estado ainda se viu desfalecido para prover ao contribuinte serviços públicos essenciais – indispensáveis – para atendimento dos propósitos da coletividade.

Para atingir os objetivos fundamentais[17] de construir uma sociedade livre, justa e solidária e garantir o desenvolvimento nacional, o Poder Público, então, houve por bem transferir às empresas privadas a prestação de serviços públicos, como forma de corresponder aos reclamos da sociedade, mantendo-se, assim, como agente normativo e regulador da atividade econômica.[18]

2. A concessão de serviços públicos.

Ao final do século XIX começaram a surgir reações contra o individualismo jurídico, como decorrência das profundas transformações ocorridas nas ordens econômica, social e política. O Estado teve que abandonar a sua posição passiva e começar a atuar no âmbito da atividade exclusivamente privada.[19]

A partir do momento em que o Estado, aprimorando o modelo liberal, foi assumindo novos encargos, especificamente, no campo social e econômico, sentiu-se, daí, a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração.

Por sua natureza, a iniciativa privada sempre teve, por força da competitividade, a busca da especialização, encampada no investimento de novas tecnologias com vistas à obtenção de melhores resultados.

O tema referente a concessões de serviços públicos começou a ter crescente interesse a partir das edições das Leis Federais 8.987/95 e 9.074/95[20], que representaram a denominada “reforma do Estado”, com eclosão de privatizações, decorrentes da necessidade de se regular os serviços públicos de forma a não só torná-los mais eficientes, mais também desonerar os cofres públicos dos dispêndios.

Para melhor entendimento sobre o tema de regulação do mercado econômico, sobretudo no que se refere à concessão de serviços públicos, há que se fazer a correspondente conceituação para melhor lineamento dos motivos da concessão e os efeitos sociais.

Hely Lopes Meirelles assevera que "*o conceito de serviços é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico*". [21]

O autor assinala que serviço público "*é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado*".[22]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua serviço público como sendo "*toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer a necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público.*" [23]

Em face dessa ilação, o contrato de concessão confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais. [24]

A concessão dos serviços públicos – para atender os anseios da coletividade – é feita pelo Poder Público através de contrato administrativo, ou seja, sob regime de direito público, de forma a atender o princípio da finalidade pública. [25]

O Estado, portanto, delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante a tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço, conforme concessões regidas pela Lei nº 8.987/95.

A atuação estatal no domínio econômico não pode ficar somente na ocorrência ou na concretude dos fatos. Ela deve acompanhar de perto a criação e publicidade de novos produtos e serviços nos mercados que agridam os direitos dos consumidores, uma vez que os administradores públicos têm o dever de agir com eficiência, expressão que é tratada pela Constituição da República como um dos princípios da Administração Pública.[26]

Nessa linha, a concessão dos serviços públicos ocorre com previsão constitucional, devendo ela ser feita dentro dos rigores da lei e da moralidade pública, com compromisso dos administradores públicos de primar pela transparência nas relações, evitando que sejam capturados pelos agentes da livre iniciativa para realização de obras ou serviços públicos.

3. Como surgiram as agências reguladoras.

Diante da fragilidade do Estado frente ao crescimento e expansão transcontinental das atividades fabris, notadamente no período pós-industrial, a prestação dos serviços públicos ficou severamente comprometida.

A insuficiência da regulação restrita ao âmbito econômico foi motivada pelo liberalismo do mercado. Não obstante a ineficiência de atuação estatal, a insatisfatória redistribuição de renda e a falta de acesso a serviços públicos também gerou inconformismo de cidadãos que clamavam por uma atuação mais eficiente e universal do Estado, dentro de um princípio de solidariedade e fraternidade.

Os processos regulatórios não observaram idêntica evolução nos variados ordenamentos jurídicos. Aliás, se os próprios contornos do Estado apresentam diversificadas configurações, não poderia ser diferente no tocante aos instrumentos de que se utiliza nas relações com a sociedade.[27]

Para Alberto Venâncio Filho, as agências reguladoras são objeto de estudo do Direito Econômico, ramo que, para alguns, nasceu a partir da hipertrofia do poder de polícia, conceito típico do Direito Administrativo. Mais especificamente, elas são tema do Direito Econômico regulamentar, o qual "*trata das formas de regulamentação da intervenção do Estado na economia, sendo sua forma extrema o dirigismo estatal*".[28]

A criação de entidades para regular o mercado econômico surgiu a partir da aprovação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995 e seguiram-se sucessivas emendas constitucionais à Carta Constitucional de 1998, como forma de equação dessa questão supranormativa. [29]

Arnoldo Wald e Luiza Rangel de Moraes observaram, na ocasião da criação das agências reguladoras, que o Estado estava "*passando por uma completa reforma, com vistas à modernização, que segue, necessariamente, o modelo adotado para o financiamento da infra-estrutura, abrangendo as privatizações, as concessões e as parcerias de modo geral*". [30]

Justificou-se, dentre outros motivos, para criação desses entes reguladores, a necessidade de dotar-se um órgão independente para exercer o controle da execução dos serviços das concessionárias, editando normas regulamentares, reprimindo condutas abusivas e até resolvendo conflitos entre os agentes, envolvidos na prestação de determinado serviço público.

O retraimento estatal implicava a óbvia redução de tamanho da Administração Pública, pela delegação de serviços públicos, pela quebra de monopólio, pela parceria com entidades privadas (introdução das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público) e pelo incentivo à terceirização.

A ocorrência de novos fatos socioeconômicos e a fragilidade da Administração Pública proporcionou a criação de órgãos que pudessem fiscalizar e supervisionar as ações de agentes econômicos e, conforme descumprimento de regras e princípios do sistema constitucional, impor sanções de repressão aos abusos cometidos pelo mercado em detrimento aos interesses da sociedade.

Arnold Wald e Luiza Rangel Moraes destacam que os instrumentos regulatórios deveriam permear campos de "*prevenção* antitrust, *de defesa do consumidor, de proteção do meio ambiente, de definição de políticas tarifárias, de fixação de planos de investimentos para os concessionários e de fiscalização efetiva da qualidade do serviço*". [31]

Os processos regulatórios não observaram idêntica evolução nos variados ordenamentos jurídicos. Aliás, se os próprios contornos do Estado Democrático de Direito apresentam diversificadas configurações, não poderia ser diferente no tocante aos instrumentos de que utiliza nas relações com a sociedade.

A criação das agências reguladoras no Brasil, na segunda metade dos anos 90, não significou, em si, uma iniciativa pioneira. Isto porque, embora submetidos a regime jurídicos específicos, vários órgãos e entidades da Administração Pública já vinham desempenhando funções análogas em nosso país.[32]

É o caso do Conselho Monetário Nacional (Lei nº 4.595/64), que se constitui órgão do Ministério da Fazenda, dotado de relevantes competências regulatórias na esfera econômica, mas que é dirigido por órgão colegiado de livre exoneração pelo Presidente da República, o que lhe compromete a autonomia. [33]

O Banco Central do Brasil (Lei nº 4.595/64), ente autárquico federal, integrante do Sistema Financeiro Nacional, também é exemplo de órgão regulatório, ressaltando que seus administradores são de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República, acarretando-lhe, em princípio, prejuízo à sua plena autonomia.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, criado como mero órgão administrativo, mas que, à luz dos ditames da Lei nº 8.884/94, foi alçado ao nível de autarquia, vinculada ao Ministério da Justiça, com a competência de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Contudo, apesar da autonomia que lhe é assegurada, não faltam os que questionam a natureza de agência reguladora ou, até mesmo, recusam-na, por entender que ela é desprovida de funções reguladoras.

A legislação criadora das agências reguladoras, bem como a de todo direito econômico, estabelece padrões, não os conferindo ampla discricionariedade a elas para agirem mediante atos administrativos. Abundam conceitos jurídicos indeterminados, outra técnica legislativa bastante eficaz para o manuseio de definições e situações cuja definição não é clara ou é imprecisa.[34]

As agências ou ditos órgãos reguladores, "*são entidades vocacionadas a emitir normas jurídicas, normatividade complementar, para usar a terminologia de Reale*". Esses órgãos devem desempenhar função administrativa e normativa e somente podem editar normas jurídicas delimitados pelo espaço entre a Constituição e a lei, sob pena de ferir o escopo do Poder Legislativo. [35]

Trata-se de atividade de natureza eminentemente controladora via da qual o Estado maneja instrumentos de intervenção, impondo "*restrição à autonomia privada das escolhas acerca dos fins e dos meios*".[36]

Foram criadas as seguintes agências reguladoras no âmbito federal: Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), instituída pela Lei nº 9.472, de 16.07.1997 (Lei Geral de Telecomunicações); Agência Nacional de Petróleo (ANP), criada pela Lei nº 9.478, de 06.08.1997; Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei nº 9.427, de 26.12.1996; Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), instituída pela Lei nº 9.961, de 28.01.2000; Agência Nacional de Águas (ANA), criada pela Lei nº 9.984, de 17.07.2000; Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), instituída

pela Lei nº 9.782, de 26.01.1990; Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), instituída pela Lei nº 10.233, de 05.06.2001; Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), criada pela Lei nº 10.233, de 05.06.2001; Agência Nacional do Cinema (ANCINE), instituída pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 06.09.2001.

Em síntese, o surgimento das agências reguladoras teve como origem a concessão dos serviços públicos, pois se o Estado executasse sua função, não haveria necessidade, em tese, de se terceirizar serviços públicos para atender a coletividade.

As agências reguladoras, em si, são os organismos constituídos pelo Poder Público para regulamentar o mercado, fiscalizar a atividade sob sua tutela, interferir no sistema buscando o reequilíbrio dos contratos, observados os objetivos fundamentais da República, a fim de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, enfim, promover o bem de todos, sem quaisquer preconceitos.

4. A função social das agências reguladoras.

Numa sociedade informacional em que se vive, instituída por uma democracia capitalista globalizada, os instrumentos de proteção dos direitos humanos colocados à disposição pelo direito público tornam-se impraticáveis quando as políticas públicas e a atividade econômica privada incrementam a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana.[37]

O artigo 1º, da Constituição da República acentua que dentre um dos fundamentos inseridos no corpo central do ordenamento jurídico está o da dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma, a Carta Federal traz imposição ao Poder Público da obrigação de manter serviço adequado aos cidadãos (art. 175, parágrafo único, IV), sendo certo que, mesmo em forma de criação de agências ou órgãos que regulam o mercado, a tais agências são transmitidas ao dever de observância dos fundamentos da Carta da República, sobretudo o da efetivação do princípio da dignidade humana.

Celso Antonio Bandeira de Mello alerta que, se por conceito, os serviços públicos são submetidos a regime jurídico administrativo, porque se tratam de atividades *"reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da sociedade"*, depreende-se sua essencialidade à própria dignidade da existência humana. [38]

Nessa ótica, Mônica Spezia Justen observa que "*seria necessário dar um tratamento aos serviços de interesse econômico geral pela ótica da proteção dos consumidores, reequilibrando a lógica dominante da concorrência com a do interesse geral*." [39]

Esses conceitos conduzem à leitura histórica de que a regulação estatal teve como causa principal a diversificação de bens e serviços disponibilizados no mercado no apogeu da revolução industrial, causando distúrbios nas relações obrigacionais, dada a quantidade de contratos de consumo que foram surgindo no transcorrer das últimas décadas.

Ronaldo Alves de Andrade[40] ressalta que a *"regulamentação do direito do consumidor no âmbito constitucional"*, não deixa dúvida que o sistema capitalista que emerge da livre iniciativa *"não é capaz de regular adequadamente as relações de consumo, porque não é dotado de mecanismos adequados à defesa dos direitos do consumidor, no atual mercado econômico globalizado."*

Diante da necessidade de estabelecer normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, calcado nos princípios inseridos pelo artigo 5º, XXXII em comunhão com a ordem econômica regrada pelo artigo 170, V, ambos da Carta Federal, o legislador trouxe ao ordenamento a Lei 8.078/90, então intitulado Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

O planejamento, elaboração, proposição, coordenação e execução da Política Nacional de Relações de Consumo têm por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.[41]

4.1. A missão principal das agências reguladoras: a proteção do consumidor.

Com a globalização e o livre comércio mundial, acorreu um excessivo liberalismo entre as transferências de tecnologia, mão-de-obra e investimentos, fragmentando direitos humanos em busca do desenvolvimento econômico como forma de disseminação do progresso, diminuindo as diferenças socioeconômicas dos países.

A liberdade na formação de mercados atuantes, facilitando a transferência de capital e trabalho, acabou gerando a figura de contratos de adesão:os contratos de consumo deixaram de ter natureza jurídica de proteção dos interesses individuais da pessoa, voltando-se a interesses econômicos, interrelacionados à coletividade (massificação dos contratos).

Roberto Senise Lisboa adverte que nas relações e consumo, o *"consumidor tem maiores dificuldades que o fornecedor de cumprir as suas obrigações contratuais, em face do desequilíbrio econômico."* Caso pairem dúvidas ele pode até desistir de comprar, mas na prática, são duas as saídas encontradas, após ter o consumidor assinado o contrato: *"ele tornar-se pura e simplesmente inadimplente ou comunicar formalmente a sua desistência."* [42]

O grande indício de vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo pode, então, ser ilustrado do seguinte modo: o consumidor é massacrado por informações sobre determinados produtos ou serviços; fica tentado a comprar bens ou serviços cuja

finalidade desconhece pela distorção ou ausência correta de informações e obriga-se a assinar negócios jurídicos que comprometem seu orçamento.

Gustavo Tepedino observa que a *"Constituição da República, ponto de equilíbrio entre as diversas forças políticas nacionais, oferece parâmetros para o exercício do necessário controle da atividade econômica privada."* [43]

Sob esse enfoque, a regulação do mercado se fez necessária no instante em que o Estado tornou-se ineficiente para supervisionar, fiscalizar e aplicar sanções corretivas e exemplares para proteção dos cidadãos.

Até a edição do Código de Defesa do Consumidor, as normas positivas para defesa do consumidor se encontravam fundadas apenas no Código Civil e legislações esparsas. A massificação de contratos que surgiram em decorrência de novos mecanismos de captação de consumidores que se submetiam a cláusulas e condições contratuais pré-elaboradas segundo o interesse dos agentes econômicos motivou a formação de um diploma mais protetivo.

Para Senise as modificações principiológicas possuem seu fundamento histórico – e também jusfilosófico – ante *"o fato de que o microssistema de defesa do consumidor procedeu à adoção do princípio constitucional da dignidade humana e a proteção da vida, saúde e segurança do consumidor como direito básico."* [44]

Cláudia Lima Marques, entende ser indispensável a interpretação do art. 2º do Código de Defesa de Consumidor de modo esse estudo represente *"a evolução do pensamento jurídico para uma teoria contratual que entende o contrato em termos de sua função social."*[45]

O desequilíbrio contratual existente entre um agente econômico – aqui sob a forma de fornecedor de bens e serviços – e o consumidor é flagrante. A vulnerabilidade do consumidor se revela patente no momento em que, nos contratos de adesão, a abusividade implícita ou explícita não comporta discussão pelo consumidor no momento da contratação, uma vez que os bens e serviços disponibilizados são apresentados de maneira uniforme pelos fornecedores, justamente por terem controle econômico sobre os bens e serviços.

Essa vulnerabilidade, segundo Cláudia Lima Marques *"é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado"*, podendo se apresentar através de uma *"situação permanente ou provisória, individual ou coletiva"*. [46]

Rizzato Nunes entende que o reconhecimento da fragilidade do consumidor no mercado está ligado a sua *"hipossuficiência técnica: ele não participa do ciclo de produção e, na medida em que não participa, não tem acesso aos meios de produção, não tendo como controlar aquilo que compra de produtos e serviços."* [47]

Portanto, por desconhecer o processo produtivo e, muitas vezes, qual a real utilidade (a fim de não se tornar mais um bem de consumo supérfluo) , deve o consumidor ser protegido, informado, posto que a ausência de conhecimento técnico sobre bens e processo produtivo o torna nitidamente vulnerável nessas relações.

Senise adverte, ademais, que a vulnerabilidade justifica a "*intervenção do Poder Público na defesa do mais fraco, especialmente nas relações de trabalho e de consumo, diante da massificação contratual e da multiplicação dos acidentes.*" ***[48]***

Na realidade, o consumidor não se encontra na mesma situação econômica do fabricante, ante sua inferioridade de conhecimento técnico sobre o produto: forma produtiva, qualidade de produção e finalidade individual ou social do bem consumido.

O consumidor, ademais, desconhece o mercado que o produtor (fornecedor ou prestador de serviço) está inserido, qual a dimensão de seu segmento – local ou globalizado – para aferir, de forma real, se o preço final do produto condiz com a realidade, levando-se em conta, inclusive, o seu custo/benefício da aquisição de determinado produto em certo período do mês ou ano.

4.2. Dos mecanismos jurídicos de defesa do consumidor.

A insuficiência de mecanismos jurídicos de proteção da pessoa humana elaboradas pelo direito privado, principalmente quando esses meios mostram-se frágeis diante da diversificação dos avanços tecnológicos em detrimento ao respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, resultou no reclamo social de regulação do mercado visando a proteção dos consumidores nas relações em que esses compareciam na condição de parte mais vulnerável nas novas avenças comerciais que surgiram na economia, de forma a possibilitar a valoração do ser humano como fonte inspiradora do estudo da ciência jurídica.

A revolução industrial – válvula propulsora da expansão do sistema produtivo – e a proliferação de contratos de adesão decorrentes da evolução tecnológica conduziram "*o aplicador da lei a reconhecer a necessidade de uma reavaliação das normas jurídicas existentes, contemplando-se atualmente, mediante o estabelecimento de um conjunto de normas distinto, a defesa individual e coletiva dos consumidores*." [49]

Com esse foco, a introdução da Lei 8.078/90 no sistema normativo foi um divisor de águas para a legislação brasileira, máxime quando se verifica que o consumidor recebeu tratamento diferenciado daqueles então previstos no ordenamento jurídico, possibilitando a aplicação de normas positivas voltadas não somente ao patrimônio em si, mas também a direitos extrapatrimoniais, como a vida, a saúde, a honra.

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor criou um sistema jurídico de proteção de forma a possibilitar o consumidor buscar reparação por danos em face de qualquer dos fornecedores da cadeia econômica pela ameaça à sua vida ou à saúde, proporcionada pela adjetivação nociva ou perigosa de um produto lançado no mercado. [50]

O dever de garantia de fornecedor dos produtos e serviços não se limitou somente aos casos de danos patrimoniais advindo da imprestabilidade da coisa ao uso para o qual o consumidor adquiriu, mas também estendeu a tutela dos consumidores às atividades de

risco, ficando o fornecedor do produto sujeito à responsabilidade objetiva relacionada aos produtos colocados no mercado de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu, ainda, uma tutela transindividual civil sistematizada, com a adoção de normas processuais que visam à proteção coletiva dos consumidores, quando verificadas agressões de ordem pública.

O artigo 82 do Diploma Consumerista autoriza, além do Ministério Público, os órgãos da Administração Pública direta – a União, os Estados e os Municípios -; as entidades da Administração Pública indireta – autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista-; as associações constituídas há pelo menos um ano, que tenham finalidade de proteção dos interesses e defesa consumidor, a promover ação civil pública buscando a proteção de interesses dentro do contexto consumerista.

Entretanto, mais que isto, a defesa do consumidor realizada por órgãos públicos específicos deve representar apenas o estágio inicial da consolidação dessa instituição.[51]

Os mecanismos de defesa do consumidor devem ir além de simples medidas judiciais individuais ou coletivas; devem partir de um novo prognóstico de mudanças dos próprios sistemas tecnológicos que estão inseridos no meio informacional.

4.3. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

O artigo 106 do CDC impõe ao Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional de Direito Econômico (MJ), ou órgão federal que venha substituí-lo, o dever de planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção ao consumidor, inclusive o de solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, principalmente o auxílio à fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de bens e serviços.

Segundo Daniel Roberto Fink, os *"órgãos e entidades que compõem o Sistema devem exercer firme vigilância das políticas públicas, verificando se atendem da melhor forma o cidadão marginalizado da sociedade de consumo"*. [52]

O conjunto de entidades políticas, sociais e privadas, estruturado de forma organizada e eficiente, no qual as partes se relacionam entre si a partir de princípios comuns, quer do ponto de vista teórico, quer de sua aplicação em concreto, deve ser implementado de forma a atender a política nacional de proteção e defesa do consumidor.

A gestão protetiva, de caráter proativa na prevenção de danos aos cidadãos em geral – contribuintes e consumidores – deve partir de planejamentos e estudos empíricos, capazes de levar efetividade aos princípios e normas de defesa inseridas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Segundo Fink, é tarefa dos órgãos e entidades de proteção e defesa *"promover estudos sobre os impactos que a substituição de tecnologias acarretará, por exemplo, no nível de emprego."* Isto porque, nesse aspecto, *"emprego e consumo são indubitavelmente ingredientes inseparáveis da cidadania e da dignidade humana pretendidas pelo Código do Consumidor."* [53]

O Ministério Público – nele incluídos suas coordenadorias federais e estaduais – e os órgãos civis de proteção e defesa do consumidor, como o caso do PROCON/SP, têm demonstrado eficiência para realizar a defesa do consumidor, dentro das expectativas mínimas que são objeto das normas do Sistema Nacional sob comento. [54]

Segundo Marcelo Gomes Sodré, existe um problema de concepção normativa de competências e regulamentações para se determinar quem são os atores e quais serão as condutas que cada um deve exercer para que se tenha um sistema verdadeiramente protetivo. Nesse ponto, o planejamento deve-se partir da premissa de "comandos dirigidos à sociedade em geral", levando-se em conta o "*reconhecimento de vulnerabilidade do consumidor" e a "transparência nas relações de consumo*". [55]

Necessário se faz, então, a compatibilização da proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar a efetivação dos princípios nos quais se funda ordem econômica.

O Sistema Nacional deve exercer a fiscalização das políticas públicas, evitando danos de ordem material e moral ao consumidor. Na área da saúde, cita-se, por exemplo, casos relacionados ao *"atendimento aos serviços públicos de saúde, fatores como tempo de espera para marcar consulta; espera no atendimento no dia da consulta; qualidade do recebimento da paciente e atendimento médico; (...) a eficácia do tratamento recomendado"*.[56]

Todos os órgãos e entidades que compõem o Sistema Nacional de Proteção do Consumidor devem exercer rígida vigilância das políticas públicas, evitando abusos e desrespeitos ao sistema protetivo do consumidor. Ainda que essa tarefa possa se demonstrar difícil, ela deve ser exercida pelo Estado para se atingir um estágio mínimo de respeito ao princípio da dignidade humana.

Subsiste a necessidade de integração dos órgãos através de reuniões periódicas, seminários, congressos, pesquisas, para absorção dos problemas e reclamos dos cidadãos e estabelecimento das prioridades, fixando-se, a partir dessa integração, quais serão os papéis de cada órgão e como será a execução das tarefas e metas a serem atingidas.

5. Da crise das agências reguladoras.

Se a função social das agências reguladoras, numa primeira fase, foi a "regulação econômica" que tinha como principal objetivo garantir o acesso de todos os interessados do mercado, "assegurando a liberdade de concorrência, bem como o controle de preços", a segunda fase foi a de "regulação social", por meio da qual as agências devem intervir na atividade econômica para assegurar "valores do Estado do Bem-Estar".[57]

A crise aparece quanto a proteção efetiva para o consumidor integra o sistema normativo de maneira tardia. Como exemplo, cita-se a Resolução Normativa n.º 186, de 14 de janeiro de 2009, expedida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que dispôs sobre a portabilidade das carências previstas no inciso V, do art. 12 da Lei n.º 656, de 03 de junho de 1998, sem a imposição de cobertura parcial temporária.[58]

Outro exemplo recente: os excessos cometidos pelas concessionárias de telefonia móvel. Houve demora do ente regulador para perceber que o consumidor estava sendo obrigado a comprar produtos e serviços através de "vendas casadas" causando-lhe inúmeros prejuízos, pois ora via-se iludido pela oferta de maior cobertura de áreas das operadoras, ora era ludibriado a comprar aparelhos com sofisticados *design* e tamanhos, porém com péssimos atributos de funcionalidade.

Nesse particular, todos se lembram que a criação do *chip* possibilitou a portabilidade do mesmo número para outros tipos de celulares compatíveis com a mesma tecnologia possibilitou a troca de aparelhos de acordo com o gosto e sofisticação dos clientes. Faltava, ainda, a possibilidade de também trocar de operadora, utilizando-se o mesmo número original.

Somente no ano de 2007 foi que o consumidor obteve a conquista da portabilidade da telefonia.[59] O Regulamento Geral de Portabilidade foi aprovado pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) em março de 2007. O documento foi levado à consulta pública em setembro de 2006. Durante os 63 dias da consulta, a Agência coletou quase mil contribuições da sociedade, sendo 180 de usuários, e realizou audiências públicas em Brasília, Rio de Janeiro, Fortaleza e São Paulo.[60]

Vale citar, ainda, que somente após 18 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) foi que o governo atentou para o fato de que havia a necessidade de se estabelecer normas para Serviços de Atendimento ao Consumidor ante a proliferação de falhas e desrespeitos de sistemas de telemarketing, gerando demora no atendimento de consumidores que faziam reclamações de produtos ou buscavam cancelamento de serviços.

E mais: o Decreto nº. 6.523, de 31 de julho de 2008, fixou normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) por telefone, no âmbito dos fornecedores de serviços regulados pelo Poder Público federal, com vistas à observância dos direitos básicos do consumidor de obter informação adequada e clara sobre os serviços que contratar e de manter-se protegido contra práticas abusivas ou ilegais impostas no fornecimento desses serviços.[61]

A partir do momento em que se verifica a ausência de um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor eficaz para responder de maneira convincente, com o fim de preservar e manter as regras que permeiam todas as bases da ordem econômica cabe às agências reguladoras despender, com eficiência, tal papel.

No entanto, as agências reguladoras estão em crise institucional. A fragilidade operacional das agências reguladoras gera incerteza e insegurança nos agentes econômicos, podendo levar a diminuição de investimentos de longo prazo.

É difícil saber quanto delas detém Poder Executivo, quanto é Legislativo, quanto é Judiciário, e é aí que surgem margens para manobras e omissões. As agências reguladoras são consideradas possuem função normativa, função de gestão de conflitos (poder
de mediação) entre os diferentes atores regulados e função de fiscalização, e estão intimamente ligados com a proteção da saúde pública e às insurgências de impasses econômicos que podem abalar o poder aquisitivo dos cidadãos.

O fato de existir lacunas na lei não retira das agências reguladoras sua função social. Ao Juiz não é dado a faculdade de decidir se deve ou não julgar determinado caso. Mesmo havendo lacunas na lei, é dever do Magistrado julgar cada caso de acordo com suas próprias convicções, pautadas nos princípios fundamentais consagradas na Carta Federal.[62]

Os riscos de captura das agências por entidades privadas e partidos políticos são visíveis. Na prática, a captura política é a mais observada. Nesse particular, vê-se a rotina partidária por disputa de cargos de direção nas agências reguladoras. Tal situação acaba causando morosidade na formação dos quadros dirigentes desses órgãos. E o que é pior, os partidos ficam comprometido com o governo, impondo aos dirigentes o que eles devem fazer ou não fazer sobre determinado fato, pessoa ou organismo.

Dessa forma, inexiste independência decisória das agências. A contínua pressão do governo sobre as decisões das agências demonstra que elas não são tão independentes como visava o modelo que as criou. Por isso, a transparência é tão fundamental: para que se promova a legitimidade da agência, evitando a captura regulatória.

Mas, então, qual é o grau de transparência das agências reguladoras brasileiras? Algumas agências, como a ANATEL, a ANEEL e a ANVISA adotam mecanismos de participação da sociedade por meio de consultas e audiências públicas. Entretanto, em assuntos de grande complexidade, muitas vezes o tempo disponibilizado não é suficiente para a compreensão do tema pelos participantes e, em alguns casos, os agentes fazem contribuições que não são acatadas pelas agências sem que as devidas justificativas sejam publicadas.

O esvaziamento de recursos financeiros não é desculpa para as agências reguladoras do Brasil porque o orçamento anual prevê gasto público vinculado à obrigação de manutenção da ordem pública para cada órgão ministerial. Se a falta de preparo de pessoas que estão investidas nos cargos das agências reguladoras é motivo de ineficiência das agências, é bom lembrar que o artigo 37 da Carta de Constituição Federal não foi revogado, cabendo tal preceito fundamental ser observado pela administração direta, indireta e fundacional.

José Afonso da Silva [63] chama a atenção para o fato de que a “eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas, qualifica atividades.” Em uma concepção geral, “eficiência significa fazer acontecer com racionalidade – o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importa em relação ao grau de utilidade alcançado.”

Por conseguinte, caberá ao Estado ajustar-se politicamente e intervir, com seriedade e compromisso solidário com suas agências reguladoras na busca da proteção dos

interesses de seus cidadãos, levando em conta os efeitos de inclusão e exclusão social oriundos da globalização, que, cada vez mais, corrompem a identidade das pessoas e mutilam as relações pessoais num mundo cada vez mais fragmentado e competitivo.

Conclusão.

A história da formação econômica brasileira traz um problema de ordem sistêmica: a proliferação normas e diversas interpretações e classificações sobre os agentes reguladores e econômicos, seus papéis e seus limites de atuação.

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado, através de suas agências reguladoras, encontra-se em crise institucional. Esses órgãos não estão exercendo de forma eficiente as funções de fiscalização, incentivo e planejamento na ordem econômica.

Os serviços públicos conferidos ao setor privado na forma de concessão deveriam atingir os objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e promover o bem-estar de todos.

Pelo visto, a criação das agências reguladoras demonstrou fragilidade no sistema de proteção de direitos fundamentais do cidadão. A ausência de dispositivos legais de organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor acabou sendo substituído pelo emaranhado de normas infraconstitucionais que tentam se harmonizar no mercado econômico.

Cada agência reguladora criada pelo Estado tenta desempenhar seu papel no setor público de sua competência, de forma a garantir o desenvolvimento sustentável da economia. Todavia, a forma pela qual elas foram inseridas no sistema traz dificuldades de compreensão na sua concepção: ora atuam como agentes fiscalizadoras, ora atuam como entes normativos.

A ausência de formação de um conjunto de normas expositivas e transparentes representa uma parcela de ineficiência dos órgãos e entidades de proteção do consumidor. Em concreto, a busca pela efetividade da norma é comedida, tímida, ante a ausência de informações organizadas e um permanente Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Desse conjunto normativo, verifica-se que não existe uma regra geral, uma lei concreta e harmonizadora a respeito do papel das agências reguladoras em defesa dos cidadãos. O sistema regulatório é ineficiente. Indispensável, portanto, a integração de diversos órgãos públicos em conjunto com as entidades legitimadas pela lei para defesa dos contribuintes.

Se existe uma crise institucional que abala as estruturas e o papel das agências reguladoras, é fundamental que se torne mais efetiva a participação da sociedade no processo de regulação em todas as agências, possibilitando a identificação de seus efeitos contrários à preservação da ordem econômica e indesejados quando não respeitam o fundamento constitucional da dignidade humana, pois, nesse universo

jurídico, o homem deve ser o centro da atenção das instituições públicas, devendo o Estado construir uma sociedade livre, justa, calcada na solidariedade e fraternidade.

BIBLIOGRAFIA.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1993.

ANDRADE, Ronaldo Alves, **Curso de Direito do Consumidor**. Barueri: Manole, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 16ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política – a filosofia política e as lições dos clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiane. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**. Direito administrativo**. 18ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005. FARIA. José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.** Comentado pelos autores do anteprojeto Ada Pellegrini Grinover, *et al*. 8ª. Ed. Rio e Janeiro: Forense Universitária, 2005.

FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica). 13ª.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 5ª. ed. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27º. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: v. 50, p. 161-162, Ano 13, jan-mar. 2005

SENNETT, Richard. **A cultura do novo capitalismo**. Tradução de Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2006.

SILVA, Fernando Quadros da. **Agências Reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrática**. Curitiba: Juruá, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 5ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do sistema nacional de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de. **Agências reguladoras**. Disponível em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_141/r141-12.p

---

[1] Alexandre de Moraes assinala que: *"Apesar de o texto constitucional de 1988 ter consagrado um economia descentralizada, de mercado, autorizou o Estado a intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, com a finalidade de exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento indicativo ao setor privado (...)." in* **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 787.

[2] FARIA. José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 13.

[3] FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 172.

[4] André Ramos Tavares assevera que "(...) na década de 80 iniciou-se movimento inverso, procurando afastar o Estado do setor privado. Isso deu especialmente com a quebra ou flexibilização de monopólios estatais, com a venda de estatais para o setor privado, com a concessão e permissão dos serviços públicos." *in* **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1190

[5] FIGUEIREDO, Marcelo. op. cit. p. 184.

[6] LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 40.

[7] ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 35.

[8] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política – a filosofia política e as lições dos clássicos.** Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiane. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 162.

[9] BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 162.

[10] SENNETT, Richard. **A cultura do novo capitalismo**. Tradução de Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2006, p. 124.

[11] FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971. p. 114.

[12] FURTADO, Celso. op. cit., p. 115.

[13] TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 69.

[14] Idem. p. 69.

[15] A Lei 8.078/90, em seu artigo 6º, IV, prevê que são direitos básicos do consumidor, dentre outros, a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

[16] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 13ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 49.

[17] Constituição Federal de 1988, artigo 3º.

[18] O artigo 174, *caput*, da CF, dispõe que *"Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização,*

incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

[19] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 69

[20] A Lei 8.987/95 dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências; a Lei 9.074/95 estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

[21] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 27º. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 316.

[22] Idem. p. 316.

[23] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. p. 60.

[24] Idem. p. 275.

[25] A Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

[26] A Constituição Federal traz no *caput* do art. 37: "*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)"*

[27] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 54-59.

[28] *Apud* Leopoldo Ubiratan Carreiro PAGOTTO. **Agências Reguladoras**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: v. 50, p. 161-162, Ano 13, jan-mar. 2005

[29] Cita-se, para cotejo do número de emendas criadas para regulação do mercado, a Emenda Constitucional (EC) nº 05/95, que suprimiu a exclusividade de distribuição de gás canalizado por empresa estatal; em seguida a EC nº 06/95 abriu portas para a pesquisa de lavra e exploração de recursos minerais e hídricos por parte do capital estrangeiro; a EC nº 08/95 liberou a concessão de serviços de telecomunicações, retirando a exigência de controle acionário estatal e, ainda, a EC nº 09/95, que abriu caminho à ruptura de monopólio estatal na exploração do petróleo.

[30] WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de. **Agências reguladoras**. Disponível em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_141/r141-12.pdf. Acesso em 28 out. 2008. Os autores ressaltaram, ainda, naquela ocasião, que *"As leis, as normas regulamentares editadas pelas agências reguladoras e os próprios contratos de concessão constituem os aparatos regulatórios aptos a traçar o quadro regulatório*

conveniente à satisfação dos interesses públicos e à entrada de novos recursos financeiros e tecnológicos indispensáveis à sustentação da infra-estrutura."

[31] Idem. Ibidem.

[32] TAVARES, André Ramos. op. cit. p. 1188. O autor ainda ressalta que "*(...) no contexto das autarquias é preciso citar as agências reguladoras, porque detêm natureza de autarquias especiais. Assim, integram a Administração Pública indireta e são vinculadas a algum dos Ministérios"*.

[33] Na esfera econômica, a Comissão de Valores Mobiliários (Lei nº 6.385/76) também exerce significativo papel regulamentador, tendo atribuição regulatória e cuja eficiência, aliás, tem merecido reconhecimento pela doutrina.

[34] PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. op. cit., p. 162.

[35] FIGUEIREDO, Marcelo. op. cit.**.** p. 272.

[36] JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002, p. 30.

[37] TEPEDINO, Gustavo. op. cit., p. 64.

[38] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 16ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 616.

[39] JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 175.

[40] ANDRADE, Ronaldo Alves, **Curso de Direito do Consumidor**. Barueri: Manole, 2006, p. 10.

[41] Dispõe o artigo 4º da Lei 8.078/90 que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

[42] LISBOA, Roberto Senise. op. cit. p. 108.

[43] TEPEDINO, Gustavo. op**.** cit. p. 66.

[44] LISBOA, Roberto Senise. op. cit. p. 78

[45] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5ª. ed. São Paulo: RT, 2006**,** p. 318.

[46] Idem, p. 320.

[47] NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57.

[48] LISBOA, Roberto Senise. op. cit. p. 83.

[49] LISBOA, Roberto Senise. op. cit . p. 61.

[50] Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas (art. 18, da Lei 8.078/90).

[51] FINK, Daniel Roberto. Do sistema nacional de defesa do consumidor. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, 8ª. ed. Cidade: Forense Universitária, 2005, p. 959.

[52] Idem, p. 957.

[53] FINK, Daniel Roberto. op. cit., p. 957.

[54] A Fundação PROCON-SP é pioneira no Brasil na defesa do consumidor, criada em 1976, vem desempenhando um papel preponderante na construção de uma sociedade mais justa e equilibrada, com relação às questões de consumo. Em 2008, os Procons de 24 Estados e do Distrito Federal registraram 800 mil reclamações. Trata-se de um número significativo. Os dados estão disponíveis para consulta no Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (Sindec), um banco de dados que disponibiliza informações sobre problemas de consumo registrados nos Procons. Disponível em http://www.procon.sp.gov.br/pdf/revista_procon_14.pdf. Acesso em: 11 mai. 2009.

[55] SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do sistema nacional de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 182.

[56] FINK, Daniel Roberto. op. cit. p. 957

[57] SILVA, Fernando Quadros da. **Agências Reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrática**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 85.

[58] O art. 3º da Resolução 186/09 da ANS dispõe que o beneficiário de plano de contratação individual ou familiar, contratado após 1º de janeiro de 1999 ou adaptado à Lei n.º 9.656, de 1998, fica dispensado do cumprimento de novos períodos de carência e de cobertura parcial temporária na contratação de novo plano de contratação individual ou familiar, na mesma ou em outra operadora de plano de assistência à saúde, atendidos os requisitos previstos na resolução.

[59] Vide Anexo à Resolução n. 460, de 19 de março de 2007 expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) que estabelece as condições para a

implementação da Portabilidade de Código de Acesso pelas empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

[60] Disponível em http://www.procon.go.gov.br/procon/imprime.php?textoId=001925. Acesso em 17 mai. 2009.

[61] Artigo 1º **do Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/**

_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6523.htm. Acesso em: 11 mai. 2009.

[62] Art. 4º. Lei de Introdução do Código Civil: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

[63] SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 5ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 337

DIREITO COMO INTEGRIDADE E PATENTES: UMA QUESTÃO DE POLÍTICA ECONÔMICA OU UMA QUESTÃO DE DIREITO? *

LAW AS INTEGRITY AND PATENTS: A MATTER OF ECONOMIC POLICY OR A MATTER OF PRINCIPLE?

Marcos Vinício Chein Feres
Belissa Maria Piva Machado

RESUMO

A proposta deste artigo é fazer uma breve análise do instituto da patente a partir da teoria do direito como integridade do filósofo norte-americano Ronald Dworkin. Buscam-se os limites ao direito individual da patente, tendo em vista a integridade como parâmetro norteador. Procura-se demonstrar que as patentes não são apenas questões de política, mais do que isso, os direitos de exclusividade temporária advindos da patente devem ser entendidos como questões de princípio. Primeiramente, apresenta a teoria do direito como integridade. Há referências às concepções de direito negadas por Dworkin: o convencionalismo e o pragmatismo. Para esse autor, o convencionalismo, interpretação do direito, baseada exclusivamente em normas e precedentes, e o pragmatismo, que almeja sempre o melhor para o futuro da comunidade, não são suficientes para assegurar os limites do direito de patente. Já a teoria do direito como integridade, ao contrário das outras duas citadas, está a favor das questões substanciais em detrimento aos interesses econômicos e políticos que podem surgir com a propriedade industrial. Mais adiante, aborda a questão das patentes, referindo-se ao caso brasileiro. Argumenta-se que a patente não deve ser entendida apenas como um instrumento de política industrial apto a promover unicamente os interesses individuais do seu titular. Ela deve estar em conformidade com os princípios da comunidade personificada. Quando os limites do direito à patente não são respeitados, há um instrumento normativo que permite corrigir essa distorção de princípios, é o licenciamento compulsório. As causas de incidência deste instrumento devem ser analisadas pela Administração Pública e pelo órgão jurisdicional de forma criteriosa, buscando–se a moral institucional daquela comunidade específica. Conclui-se que o direito como integridade é a concepção de direito que reconhece e leva a sério os direitos de cada indivíduo sejam eles privilégios temporários sejam eles licenciamentos compulsórios uma vez que é capaz de compreender a relação entre direito e moralidade.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL, PATENTE, LICENÇA COMPULSÓRIA E INTEGRIDADE

ABSTRACT

The purpose of this article is to make a brief analysis of the patent institute regarding the theory of law as integrity from the North-American philosopher Ronald Dworkin. It pursues the limits to the patent individual right, having the integrity as a main

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

parameter. It seeks to demonstrate that patents are not only issues of policy, more than that, the rights granted from temporary exclusivity must be understood as matters of principle. First, it introduces the theory of law as integrity. There are references to the law concepts denied by Dworkin: the conventionalism and pragmatism. To the author, the conventionalism, interpretation of the law based solely on rules and precedents, and pragmatism, which always aim the best for the future of the community, are not sufficient to ensure the limits of patent rights. On the other hand, the theory of law as integrity, unlike the other two, is in favor of substantive issues in detriment of economic and political interests that may arise from industrial property. Later, it addresses the issue of patents referring to the Brazilian case. It is argued that patent should not be understood only as an instrument of industrial policy able exclusively to promote the individual interests of its holder. It should be in accordance with the principles embodied in the community. When the limits of the patent right are not respected, there is a legislative instrument that allows correct this principle's distortion; the compulsory licensing. The causes of incidence of this instrument should be carefully examined by the Public Administration and the patent legislators, to achieve the institutional moral of that particular community. It follows that the law as integrity is a conception which recognizes and takes seriously the rights of individuals. No matter if it is temporary privilege or compulsory licensing as long as it is able to link law and morality.

KEYWORDS: INTELLECTUAL PROPERTY, PATENT, COMPULSORY LICENSE AND INTEGRITY

1 Introdução

Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro possui mecanismos limitadores do uso e gozo da patente que não atende aos ditames constitucionais do desenvolvimento tecnológico e econômico do país, este trabalho, por meio de uma pesquisa qualitativa do tipo teórica, tem como proposta discutir brevemente a aplicação de um destes mecanismos, o mecanismo da licença compulsória, tendo como fundamento teórico o direito como integridade.

Para realizar esse intento, pretende-se partir do seguinte questionamento: quais são os limites do direito individual à patente, tendo em conta os parâmetros teóricos do direito como integridade? Nesse contexto, intenta-se discutir o instituto da licença compulsória não como exclusivo instrumento de política pública, mas antes como elemento de integridade para definição dos limites ao direito individual de patente.

A partir do marco teórico do direito como integridade, de Ronald Dworkin (2003), que pressupõe que o direito é fruto de uma interpretação reflexiva e construtiva do sistema jurídico como um todo, discute-se, do ponto de vista teórico, os fundamentos dessa teoria do direito, apontando, inicialmente, as críticas ao convencionalismo e ao pragmatismo e, assim, revelando um terceiro gênero teórico, a integridade no direito. É,

com esse referencial teórico, que se reconstrói o conceito de patentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O instituto da patente deixa de ser visto como mera política de desenvolvimento capaz de articular interesses patrimoniais individuais e interesses da coletividade. Muito mais que isso, a patente se reveste de natureza dogmático-jurídica nos moldes propostos pela teoria do direito como integridade. Continuará a atuar como política pública de desenvolvimento científico e tecnológico, porém deve se constituir como elemento normativo cuja interpretação vai se revestir de um caráter construtivo e reflexivo, como proposto nos moldes dworkinianos.

Nesse sentido, o presente artigo divide-se em três partes. Numa primeira seção, apresenta-se o marco teórico, a teoria do direito como integridade, como elemento estruturante da argumentação aqui elaborada para o direito de patentes, tendo como parâmetro a relação entre o direito individual ao privilégio temporário de invenção e a instituição do direito à licença compulsória. Num segundo item, aprofunda-se essa relação entre o direito como integridade e a constituição teórico-interpretativa do direito de patentes. Num terceiro item, explora-se a interação interpretativa, a partir do direito como integridade, entre o direito individual de patentes e a instituição do direito à licença compulsória. Por fim, conclui-se propondo-se uma releitura do direito de propriedade industrial para que se possa inovar na consecução de interpretações construtivas e reflexivas ao se lidar com questões práticas em que o direito à patente se sobreponha a outros relevantes direitos dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Não se trata, enfim, de hierarquizar direitos, mas fundamentalmente de se reconstruir, criticamente, a partir de relevantes questões de fato, os critérios interpretativos para se alcançar a decisão correta, justa e equânime em cada caso concreto.

2 A Teoria do Direito como Integridade

O fundamento teórico do filósofo norte-americano Ronald Dworkin, elaborado em 1986 e publicado, mais tarde, na sua obra mais importante, "O império do Direito", é o direito como integridade. Nesta obra, o autor propõe uma concepção de direito atrelada a princípios. Para ele, o direito nada mais é do que uma interpretação construtiva das práticas jurídicas. A criação e aplicação do direito, pelos seus operadores, devem pautar-se nos princípios da comunidade personificada.

Para a teoria do direito como integridade, a prática política constitui-se de dois princípios de integridade. Um princípio legislativo, que exige que os legisladores ajam com vistas a tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que alerta os aplicadores do direito para a importância da coerência com todo o ordenamento jurídico no momento da aplicação das leis.

O autor chegou à conclusão de que a integridade é a melhor maneira de interpretação do direito e, ao mesmo tempo, da prática política, após analisar outras duas concepções, o convencionalismo e o pragmatismo.

O convencionalismo sustenta que o direito bem compreendido é uma questão de respeitar e aplicar as convenções. Os juízes, diante de um caso concreto, em que há uma regra jurídica ou precedente a ele aplicável, mesmo acreditando que uma outra decisão seria mais justa ou sábia, deverá aplicá-lo.

Todavia, juízes e advogados divergem, freqüentemente, sobre a maneira de interpretar as convenções. Eles têm teorias diferentes sobre a leitura que deve ser feita das leis e das decisões tomadas no passado. Para Dworkin, essa divergência ocorre porque os juristas, em termos gerais, possuem convicções políticas e morais diferentes. Assim, a idéia defendida pelo convencionalismo de que o direito se restringe às convenções é questionável. A esse ponto fraco do convencionalismo, as possíveis divergências de interpretação das convenções decorrentes de pontos de vista moral e políticos distintos dos juízes, Dworkin (2003) denomina de convencionalismo moderado. Para entender essa versão do convencionalismo, é necessário entender os limites interpretativos das convenções.

Assim, o conjunto de opiniões ou decisões que os participantes da convenção estão comprometidos a aceitar, ou seja, a extensão da convenção, pode ser "explícita" ou "implícita".

A extensão explícita é o conjunto de proposições que aqueles que admitem fazer parte da convenção aceitam como parte da sua extensão. São as próprias regras e precedentes. A implícita é o conjunto de proposições que decorrem da melhor ou mais bem fundamentada interpretação da convenção. É a interpretação que se dá às regras e às decisões jurídicas passadas (DWORKIN, 2003, p.152).

Dessa distinção, decorrem duas formas ou versões do convencionalismo. A primeira, denominada de "convencionalismo estrito", restringe a lei de uma comunidade à extensão explícita de suas convenções jurídicas, como a legislação e o precedente. A segunda, o convencionalismo moderado, diz que o direito de uma comunidade inclui tudo que estiver dentro da extensão implícita dessas convenções. Um grupo de juízes partidários do convencionalismo moderado divergiria sobre o conteúdo exato da lei, pois divergiria sobre o conteúdo dessa extensão implícita (DWORKIN, 2003, p.153).

Dessa forma, o direito por convenção nunca é completo. Constantemente haverá divergência de interpretação sobre alguma convenção. A incompletude do convencionalismo também se verifica quando não há convenções a serem aplicadas no caso concreto. Alguns fatos não foram vislumbrados pelo legislador ou decididos por um juiz. São os comumente denominados pela doutrina americana de *hard cases*. Nestas situações, os juízes decidem o caso de forma discricionária, subjetiva. Os convencionalistas buscam, nestas situações, dentre as várias decisões possíveis, a mais correta para o caso.

Para Dworkin (2003), quando se depara com um caso difícil, não é bom deixar liberdade ao juiz pois, este não está politicamente legitimado para ditar normas tampouco para aplicá-las retroativamente. Ao juiz deve-se exigir a busca de critérios e a construção de teorias que justifiquem a sua decisão. Os casos difíceis têm resposta correta uma vez que as normas, diretrizes e princípios que compõem o ordenamento jurídico são suficientes para solucionar o problema proposto. E a resposta correta,

verdadeira, é aquela que deriva do processo construtivo e reflexivo de aplicação dos princípios.

Diante do exposto, conclui-se que o convencionalismo se ajusta mal às práticas jurídicas. Todavia, o convencionalismo é ainda mais desejável que o pragmatismo, apesar de se afirmar o caráter renovatório na legislação e no processo decisório no caso do pragmatismo. Afinal, o convencionalismo cria limites necessários ao poder institucional conferido aos juízes e aos legisladores ordinários.

O pragmatismo, assim como o convencionalismo e a integridade, é uma concepção interpretativa do direito. No entanto, adota uma atitude cética: nega que as decisões políticas do passado oferecem justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. O poder do Estado justifica-se na eficiência da própria decisão.

Para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser o melhor para o futuro da comunidade. Os juristas pragmáticos fundamentam suas decisões tendo em vista, por exemplo, uma comunidade mais rica, mais feliz, mais poderosa, menos injusta, com uma melhor tradição cultural ou ainda com uma melhor qualidade de vida.

Rejeita o pragmatismo aquilo que outras concepções do direito aceitam, que as pessoas podem claramente ter direitos e que, estes direitos, prevalecem sobre o que asseguraria um melhor futuro a sociedade.

Tal concepção é rejeitada por Dworkin (2003) porque, agindo "como se" as pessoas tivessem direitos, os juízes estariam atuando, como no convencionalismo, por meio de uma coerência estratégica, negando qualquer necessidade de respeitar ou assegurar a coerência de princípios. Ademais, a proposta pragmatista sustenta, teoricamente, os fundamentos de uma análise econômica do Direito, acreditando estar veiculando a decisão que reverterá um benefício social maior para a sociedade como um todo. Nesse contexto, a idéia de direito torna-se instrumental e se apequena diante de decisões políticas desconectadas de uma moralidade substancial e crítica.

Para Dworkin (2003), o direito como integridade, todavia, oferece uma interpretação mais adequada da prática jurídica e do modo como os juízes decidem os casos difíceis do que as outras duas concepções consideradas acima. A integridade é um ideal político autônomo, uma virtude como a eqüidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo. A eqüidade significa a estrutura correta para o sistema político, àquela que distribui de maneira adequada entre os cidadãos a influência sobre as decisões políticas. A justiça representa o resultado correto do sistema político, a distribuição correta de bens e oportunidades. O devido processo legal adjetivo refere-se à aplicação de regras através de procedimentos corretos.

Estas virtudes são independentes e algumas vezes podem se confrontar. Nos casos de conflito, a integridade deve funcionar como o elemento de coesão e de sustentação da harmonia entre justiça, eqüidade e devido processo. Tanto que o legislativo não deve promulgar leis conciliatórias apenas preocupando-se com a eqüidade.

A integridade impõe que o Estado e a comunidade ajam de acordo com um conjunto único e coerente de princípios, tanto no momento de legislar quanto no momento de

proferir decisões judiciais. Para se defender o princípio da integridade, deve-se também orientar a argumentação no sentido de atribuir à comunidade um status de agente moral, a saber, de repositório de valores morais compartilhados pelos seus integrantes.

A comunidade personificada, conceito indispensável para compreender o direito como integridade, é um ente distinto e autônomo em relação a seus cidadãos. A vontade da comunidade não é a simples soma das vontades de seus cidadãos nem uma média dessas vontades. Representa os princípios morais e políticos subjacentes àquela comunidade. São as convicções compartilhadas sobre justiça e eqüidade.

Para que possa existir uma comunidade verdadeira, segundo Dworkin (2003), as obrigações devem ser especiais, pessoais, gerais e igualitárias. As obrigações de um membro com relação a outros membros do mesmo grupo são especiais porque o colocam numa posição de pertença ao grupo. Essas obrigações vão se especificando à medida que se tornam pessoais. A relação entre os membros não decorre de uma razão coletiva, mas antes de uma razão individual. O respeito se dá tanto pelo sentimento de pertença ao grupo quanto pelo reconhecimento do indivíduo em si. Ainda, as obrigações serão gerais, embora referidas ao indivíduo, pois a cada um dos indivíduos são atribuíveis direitos e deveres que, estes, sim, devem decorrer de uma noção de coletividade. Por fim, há de haver igualdade na concessão desses direitos e deveres a cada um dos indivíduos, evitando-se, pois, diferenciações e discriminações não justificáveis no momento da atribuição.

Verifique que o todo indivisível derivado dessas obrigações constitui a idéia de comunidade personificada. Melhor ainda, esse todo se legitima de acordo com o ideal da fraternidade. Essa atitude fraterna requer, em síntese, que todos sejam tratados com igual consideração e respeito. Embora divididos em projetos, convicções e interesses, os indivíduos estão unidos numa comunidade, como faz ver Dworkin (2003). Nesse ponto, destaca-se o elemento íntegro de todo o repositório teórico estrutural proposto por Dworkin, a fraternidade. A integridade se cria e se recria a partir dessa moralidade substancial advinda da comunidade. Ao se legislar e ao se adjudicar, veicula-se a partir de pontos de partida dogmáticos e de precedentes o fator moral como estruturante de todo esse processo jurídico.

A partir desses fragmentos constitutivos da teoria do direito como integridade, pode-se reconstruir o conceito de direito de patentes no ordenamento jurídico brasileiro. Considerando que o direito à patente sofre as influências de políticas públicas de desenvolvimento científico e tecnológico, é preciso avaliar os efeitos da atribuição de direitos de exclusividade tendo por norte o fator moral na aplicação desses direitos de propriedade intelectual. Não se pode internalizar, sem reflexão crítica, os desideratos das políticas de desenvolvimento científico e tecnológico como os únicos fundamentos razoáveis das atribuições ou não dos direitos de exclusividade no campo da propriedade industrial. Enfim, no processo de licenciamento compulsório, deve-se avaliar a atribuição de primazia a outros direitos e não ao do privilégio temporário tendo em conta não exclusivamente ações instrumentais e estratégicas do poder público, mas antes os direitos de proteção à saúde, no caso dos medicamentos, por exemplo.

3 Relação do Direito como integridade e as patentes

As patentes devem estar condicionadas a teoria do direito como integridade. O uso e a limitação desse direito de propriedade intelectual devem considerar os princípios morais e políticos da comunidade da qual fazem parte e alinhar-se a eles. O titular da patente deve cumprir com seu dever de conduzir sua propriedade em acordo com os princípios fundamentais referentes ao uso regular e adequado do bem imaterial.

A patente é definida como um direito de Propriedade Intelectual nos termos da Convenção da OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual). A Propriedade Intelectual constitui-se pela soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas e demais direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico (BARBOSA, 2003). O conceito de propriedade intelectual, por ser abrangente, há de comportar todos os demais institutos do direito de propriedade industrial, o que, de certo modo, inclui o uso regular do privilégio de patente.

Nota-se que a patente é designada como uma espécie de propriedade. A propriedade comumente é compreendida como a soma dos direitos relativos a uma coisa. Estabelece o Código Civil de 2002, no artigo 1.228 que propriedade é "o direito, faculdade, de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem a injustamente a possua ou detenha". Em linha de princípio, poder-se-ia vincular a idéia de propriedade exclusivamente aos bens tangíveis. Todavia, já não procede mais excluir do âmbito conceitual "propriedade" os bens imateriais. O fato de a invenção se constituir num conhecimento científico ou num bem intangível não desnatura a existência de um direito de propriedade.

Ao referir-se à Propriedade Intelectual, o inciso XXIX do artigo 5° da Constituição da República dispõe que a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. O direito de propriedade intelectual se constitui não só numa perspectiva de política de desenvolvimento tecnológico mas também numa abordagem dogmático-jurídica referenciada a uma comunidade personificada. Nesse contexto, verifica-se a interação entre o dever-ser e a moralidade institucional ao se traçar o âmbito conceitual do direito à patente. Na verdade, este não se fundamenta em políticas públicas de desenvolvimento tecnológico, mas sim em estrutura dogmática referenciada a valores morais compartilhados pela comunidade, tal como expressos no ordenamento jurídico.

Quando a Constituição Federal concede aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, está configurando o direito de propriedade intelectual. O privilégio temporário atribuído pela lei ao detentor de uma patente é o direito de reproduzir o produto ou utilizar o processo inventado de forma exclusiva durante certo período. Segundo a Lei 9.279/96 (Código de Propriedade Intelectual brasileiro), o prazo é de 20 anos para patentes de invenção e 15 para patentes de modelo de utilidade e, começa a contar a partir da própria concessão ou da data de depósito do pedido da patente (art. 44 do CPI). Espera-se que durante este tempo o autor do invento faça uso deste direito respeitando os preceitos normativos do ordenamento jurídico. Caso os direitos da comunidade nacional, devidamente normatizados, não estejam sendo

considerados, cabe ao Estado intervir para garantir o uso regular e adequado desse privilégio.

Além da exclusividade temporária, também é inerente à patente a restrição a livre concorrência. A patente é um instrumento utilizado pelo Estado "para restringir a concorrência em relação ao uso e gozo do invento e permitir ao seu criador o controle exclusivo e temporário sobre ele" (BARBOSA, 2003). A patente, como privilégio temporário, de fato, restringe a concorrência, não por razões de política pública, mas antes por questões de princípio. O titular da patente também deve ter seu direito de retorno dos investimentos assegurado tendo em conta o contexto comunitário no qual ele se insere. Afinal, seu trabalho é fruto de investimentos não somente financeiros mas também morais em estudos e pesquisas e empiricamente poderá contribuir para o desenvolvimento da comunidade.

Entretanto, é necessário convir que muitas vezes o titular da patente extrapola e compromete o uso regular e adequado do privilégio temporário, criando situações fáticas em que se abusa do poder econômico derivado da propriedade intelectual a ele atribuída. Nesses casos, a legislação de proteção à propriedade industrial em consonância com a legislação de proteção à concorrência institui o chamado licenciamento compulsório. O licenciamento compulsório é a autorização outorgada pela Administração Pública para que, desde que atendidos os requisitos legais, outros indivíduos possam explorar a patente sem o consentimento do titular, tendo em vista a necessidade de atendimento, em alguns casos, do interesse público e, em outros, do processo concorrencial. Nesse sentido, a lei exemplifica as seguintes hipóteses de incidência para o licenciamento compulsório, a saber, o exercício abusivo dos direitos, abuso do poder econômico, não exploração local, comercialização insatisfatória, emergência nacional ou interesse público.

Todas essas modalidades de licenciamento compulsório devem estar conformadas com a integridade. A interpretação de conceitos como abuso de direitos, poder econômico e interesse público deve ser feita pautada numa moralidade institucional referenciada a uma comunidade tendo por ponto de partida as convenções (precedentes e análise legislativa) sobre o âmbito de incidência desses requisitos legais. Não se trata, pois, de uma análise empírico-econômica em que se avaliam apenas os custos e os benefícios da concessão ou do licenciamento do privilégio inventivo.

Na aplicação do licenciamento compulsório, deve-se levar em conta a coerência de princípios para que não haja interpretações que violem virtudes como justiça e equidade ou que mitiguem demasiadamente os interesses do titular da patente. Reforça-se assim a compreensão de que não se trata de uma hierarquização de direitos mas de uma busca racional por critérios que possibilitem uma decisão mais justa.

O fato de a patente ser a estrutura mais adequada de política industrial para a proteção do conhecimento não significa que ela seja apenas uma questão política. Mais do que isso, trata-se de uma questão de princípio. Uma questão de adequação dos princípios individuais a valores constitucionais, virtudes imanentes a uma comunidade, como interesse social, desenvolvimento tecnológico e econômico. Dessa maneira, o aplicador do direito deve interpretar estas limitações à patente de forma construtiva e reflexiva, adequando os princípios conflitantes às virtudes da integridade, eqüidade, justiça e

devido processo legal adjetivo buscando sempre um substrato teórico- moral que fundamente suas decisões.

A patente deve estar em conformidade com suas finalidades, tais como o estímulo ao desenvolvimento econômico e a transferência de tecnologia. O uso da exclusiva (privilégio temporário) em desacordo com tal finalidade é contra direito. Desta forma, a concessão de licenças compulsórias sobre patentes que estão sendo exercidas de forma abusiva é fruto da aplicação do direito como integridade, uma vez que a patente passará a ter a destinação social adequada (incentivando à dinâmica, velocidade e diversidade da pesquisa), em razão dos princípios escolhidos pela comunidade nacional.

Por isso, O Instituto Nacional da Propriedade Intelectual e o Judiciário, ao analisarem eventual abuso de direito, devem pautar-se na integridade para resolver o caso que está sendo discutido. Dworkin impõe a presença da integridade tanto na legislatura quanto na jurisdição.

Diante de todo o exposto, entende-se que a integridade impõe o uso e gozo do direito de patente de forma coerente e sistemática com os princípios escolhidos pelo legislador, representante da comunidade nacional.

4 Conclusão

O direito como integridade é, sem dúvida, o ponto de partida teórico para uma reflexão crítica sobre estruturas dogmáticas, por exemplo, como o direito de patentes. Não se trata de simplesmente excepcionar o privilégio temporário porque se está diante de um interesse público ou de um abuso de direito. O processo de construção interpretativa exige uma análise criteriosa das hipóteses de incidência legalmente estruturadas e uma recondução crítica à moralidade institucional referenciada a uma comunidade específica. Há, nesse sentir, uma interação necessária entre o dever-ser e os valores morais compartilhados pelos membros de uma determinada comunidade.

Nesse processo de reconstrução dos pontos de partida dogmático da lei de propriedade industrial, é possível construir uma interpretação racional que, de fato, privilegie as questões de princípio sobre as questões de política. Não é a racionalidade econômica que conduz o intérprete a optar por um licenciamento compulsório, mas sim uma atribuição de direito à coletividade tendo em vista situação fática que possa configurar interesse público.

A propriedade intelectual não deve ser vista apenas como uma questão de política de desenvolvimento. Mais do que promover o desenvolvimento econômico ou aumentar a riqueza de um grupo de pessoas, os direitos advindos desse instituto jurídico devem estar conformados por uma questão de moralidade institucional.

No momento de se decidir um caso concreto que envolve a propriedade industrial, uma interpretação do direito, baseada exclusivamente em precedentes ou em uma visão utilitarista, não será capaz de promover o ideal de integridade. A análise econômica para

aplicação do direito a um caso concreto padece de um vício incontornável, pois ela reduz todo o processo interpretativo a uma relação de custo-benefício, transformando a moralidade institucional num valor estritamente economicista. Nesse contexto, o direito de propriedade industrial, já naturalmente infenso ao elemento econômico, se converte em meio necessário a atingir propósitos desenvolvimentistas, a viabilizar políticas públicas de incentivo à ciência, desnaturando a principal característica da ciência do Direito, a saber, a integridade concebida como elemento articulador de uma moralidade institucional referenciada a uma comunidade.

Enfim, o direito como integridade discute, avalia e lida com questões substanciais. E é através do ideal da integridade que é possível considerar os direitos individuais e coletivos de forma não hierarquizada. Essa concepção de direito reconhece e leva a sério os direitos de cada indivíduo sejam eles privilégios temporários sejam eles licenciamentos compulsórios. Trata-se, por fim, de encontrar num emaranhado semântico dogmático o elemento substancial que possa atuar, definitivamente, na qualificação final da decisão judicial ou administrativa de um caso complexo de patentes, tendo por razão justificante uma atitude fraterna e articulada com as virtudes de justiça e eqüidade.

5 Referências

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003.

_____. **A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual - o caso sul americano**. Disponível em: < http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/Barbosa%20FINAL%20formatado.pdf >. Acesso em: 02 jan. 2008.

_____. **Bases constitucionais da propriedade intelectual**. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com>. Acesso em: 08 abr. 2008.

_____. **Biodiversidade, patrimônio genético e propriedade intelectual.** Disponível em: < www.denisbarbosa.addr.com/ >. Acesso em: 16 abr. 2008.

_____. **Biotecnologia e propriedade Industrial**. Disponível em: < www.denisbarbosa.addr.com/ >. Acesso em: 16 abr. 2008.

_____. **Da Doutrina dos Equivalentes em Direito de Patentes**. Disponível em: < http://denisbarbosa.addr.com/equivale.pdf >. Acesso em: 12 mar. 2008.

_____. **Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_83/artigos/Denis_rev83.htm >. Acesso em: 11 fev. 2008.

_____. **Limites do direito de patente - "fair usage", exaustão e importação paralela.** Disponível em: < http://denisbarbosa.addr.com/103.rtf >. Acesso em: 20 abr. 2008.

_____. **O conceito de propriedade intelectual**. Disponível em: < www.denisbarbosa.addr.com/ >. Acesso em: 16 abr. 2008.

_____. **O direito constitucional da inovação**. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/inovaconst.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2007.

_____. **Patentes como instrumento de inovação.** Disponível em: < www.denisbarbosa.addr.com/sbpc.rtf >. Acesso em: 16 abr. 2008.

_____. **Patentes de invenção - Licença compulsória.** Disponível em: < http://denisbarbosa.addr.com/101.rtf >. Acesso em: 20 abr. 2008.

_____. **Propriedade Intelectual e o Direito Público da Concorrência**. Disponível em: < www.denisbarbosa.addr.com/cesa.ppt>. Acesso em: 16 abr. 2008.

_____. **Tipos de contratos de propriedade industrial e transferência de tecnologia.** Disponível em: < www.denisbarbosa.addr.com/ >. Acesso em: 16 abr. 2008.

BARBOSA, Denis Borges; BARBOSA, Ana Beatriz Nunes. **Nota sobre critérios de subvenção na Lei de Inovação e Código de Subsídios da OMC**. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/justificativaOMC.pdf> Acesso em: 13 abr. 2008.

BLANCAFORT, Albert Calsamiglia. El concepto de integridad em Dworkin. **Revista Doxa**, n. 2, 1984. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_05.pdf >. Acesso em: 23 fev. 2008.

BRASIL. **Lei n º 9279, de 14 de maio de 1996**. Refere-se ao direito de propriedade industrial. Disponível em https://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 18 ago. 2005.

BONORINO, Pablo Raúl. **Proposiciones de derecho: ¿Es realmente ininteligible la teoria de Dworkin?** Disponível em: < http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=128789 >. Acesso em: 20 abr. 2008.

BOTELHO, Marcos César. **Da propriedade industrial e intelectual.** Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3151 >.Acesso em: 01 abr. 2008.

BOYLE, James. **A manifesto on wipo and the future of intellectual property**. Disponível em: < http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2004dltr0009.html >. Acesso em: 19 Março 2008

_____. The second enclosure movement and the construction of the public domain. Disponível em: <http://www.law.duke.edu/pd/papers/boyle.pdf> Acesso em: 18 mar. 2007.

BRAGA, Carlos A. Primo; FINK, Carsten. Reforming intellectual property rights regimes: challenges for developing countries**. Journal of international economic law**, p. 537-554, 1998.

_____. The relationship between intellectual property rights and foreign direct investment. Disponível em: < www.law.duke.edu/shell/cite.pl?9+Duke+J.+Comp.+&+Int'l+L.+163+pdf >. Acesso em: 20 abr. 2008.

BRANSTETTER, Lee G. Do stronger patents induce more local innovation? **Journal of International Economic Law**, ed. 7, n 2, p. 359-370, 2004.

CHAPMAN, Audrey R. The human rights implications of intellectual property protection. **Journal of international economic law**, p 861-882, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. **Justice in robes**. Cambridge: Belknap Harvard University Press, 2006.

PRONER, Carol. **Propriedade intelectual***:* para uma outra ordem jurídica possível. São Paulo: Cortez, 2007.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **(Re)pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey,2006.

BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA ECONOMIA DE LIVRE MERCADO PAUTADA NO LIBERALISMO, SOBRE A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE DE RISCO, E DA NECESSIDADE DE UM CONSENSO QUE BUSQUE A PROTEÇÃO E INTERESSE COMUM*

BRIEF NOTES ON THE FREE MARKET ECONOMY OF QUOTAS LIBERALISM, ON THE FORMATION OF THE SOCIETY OF RISK AND THE NEED FOR A CONSENSUS THAT SEEK THE PROTECTION AND COMMON INTEREST

Maritana Copatti Lauermann
Everton Lauermann

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo resgatar a história dos diferentes modelos de Estado para haver um entendimento acerca da evolução dos direito fundamentais que demarcam o campo das relações privadas. Quando se reporta aos paradigmas das diferentes modalidades de Estado destaca-se a inexistência de ruptura completa entre as diferentes modalidades, constituem uma certa modalidade de exteriorização do mundo jurídico, portanto, analisa-se as modalidades de Estado como forma evolutiva.
A história subdivide a trajetória dos direitos fundamentais numa dicotomia Estado Liberal e Estado Social, sendo que cada modelo de Estado possui suas peculiaridades próprias, embora há a defesa de um Estado pós – social mediante a insuficiência do Estado Social, mas ainda não há contornos muito bem elaborados sobre este Estado pós-social.
Como forma de analisar a liberdade econômica, retorna-se ás raízes do Estado Liberal para entendermos alguns paradigmas, razão esta, de ater-se um pouco mais neste modelo de Estado para após, migrarmos para um aspecto da liberdade econômica protegida constitucionalmente.
Com o intuito de analisarmos a nossa sociedade, faz-se alguns apontamentos acerca das tendências tecnológicas e suas atuações frente ao meio ambiente, provocando a sociedade de risco, mas não podemos nos distanciar ainda que, por mais que se afronte ao direito do meio ambiente sadio e equilibrado, direito de terceira dimensão, a nossa Carta Constitucional também prevê a proteção da atividade econômica, claro que com ponderações e contribuições de todo o sistema normativo constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS, LIBERALISMO, LIBERDADE ECONÔMICA, SOCIEDADE DE RISCO.

ABSTRACT

This paper aims to rescue the history of the different models of state to be an understanding of the evolution of the fundamental right that demarcate the field of

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

private relations. When reporting to the paradigms of the different forms of State highlight the lack of separation among the different types, amount to some form of manifestation of the legal world, then analyzes the modalities of the state as an evolutionary way.
The story divides the trajectory of the fundamental dichotomy in the Liberal State and the welfare state, with each state model has its own peculiarities, but there is the defense of a post - by means of the failure of the welfare state, but there is very contours elaborate on this and the post-social.
In order to analyze the economic freedom, returns to the roots of the liberal state to understand some paradigms, this reason, to stick to a little more in this state model for the post, we migrated to an aspect of economic freedom constitutionally protected.
In order to analyze our society, it is some notes about the technological trends and their actions against the environment, causing a risk society, but we can not distance ourselves from that, however we will tackle the right environment healthy and balanced, right of third dimension, our constitutional charter also provides for the protection of economic activity, of course with weights and contributions of the entire regulatory system constitutional.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS, LIBERALISM, ECONOMIC FREEDOM, RISK SOCIETY.

1 Algumas considerações acerca do Estado Liberal.

Sob o manto do Estado Liberal fundaram-se algumas idéias de que: o ser humano possui direitos inatos que antecedem o Estado e a própria formação política, e o Poder Público devia respeitar e garantir esses direitos. Tais ideais eram próprios dos iluministas, o indivíduo era protegido da ação do Estado, formando uma espécie de escudo em torno dos direitos do homem.

É preciso não esquecer que, nesta época, já havia se operado a centralização do poder político, fragmentado durante a Idade Média e reunificado a partir do século XV. Esta centralização resultara no absolutismo, justificado a partir da vontade divina (Bodin) ou da idéia de contrato social (Hobbes). O Estado absolutista, que praticamente se confundia com a pessoa do monarca - recorde-se Luis XIV: L'État s'est moi - convertera-se em instrumento de arbítrio e opressão ilimitadas, o que criou um atmosfera favorável à cristalização do conceito de direitos do homem. [1]

Mediante os poderes ilimitados do estado, se fazia necessário proteger o indivíduo, para que ele pudesse ter um espaço no qual o Estado não pudesse interferir.

Neste período, dito, iluminista, consagraram-se alguns pensadores com suas respectivas teorias como: Rousseau, Kant e Locke.

Sob o fundamento do "contrato social" vários pensadores iluministas apontavam as respectivas diferenças, para Jean Jacques Rousseau, o contrato social representava a importância da democracia e da soberania popular, a partir de um conceito de vontade

generalizada, sabedoria das maiorias, marcado pela idéia de que os indivíduos alienavam as suas liberdades para um chamado corpo social no qual todos faziam parte. Assim, governantes e governados se identificariam e na visão de Rousseau representava liberdade. Num sentido oposto Locke defendia a liberdade dos modernos, preocupando-se em proteger os direitos individuais em face do Estado, num modelo de contrato social, os indivíduos não alienavam todos os direitos como no caso da idéia de Rousseau, para Locke os indivíduos, num contrato social, detém direitos naturais, inatos e inalienáveis, que os governantes obrigatoriamente tinham de respeitar, e caso houvesse infringência justifica-se até o exercício da resistência. Dentre esses direitos o mais essencial era o da propriedade. As idéias de Rousseau tiveram forte influência durante a revolução francesa, pois foi redescoberta a democracia, esquecida desde os gregos, mas o que prevaleceu com maior veemência foram as idéias lockeanas de direitos humanos identificada com a liberdade dos modernos.[2]

Para Locke a preocupação girava em torno da proteção dos direitos individuais em face do Estado, que não podia agir contra esses direitos.

Decisiva, inclusive pela influência de sua obra sobre os autores iluministas, de modo especial franceses, alemães e americanos do século XVIII, foi também a contribuição doutrinária de John Locke (1632-1704), primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder, este, por sua vez, baseado no contrato social, ressaltando-se, todavia, a circunstância de que, para Locke, apenas os cidadãos (e proprietários, já que identifica ambas as situações) poderiam valer-se do direito de resistência, sendo verdadeiros sujeitos, e não meros objetos do governo.[3]

Por muito tempo estes direitos eram nada mais do que deveres de abstenção do Estado, que deveria se manter inerte para não violar, o principal era salvaguardar as liberdades privadas do indivíduo, impondo-se limites ao exercício do poder político, pois o Estado era visto como adversário da liberdade, e por isso cumpria limita-lo em prol da garantia dos direitos do homem.[4]

Por sua vez, o parlamento se refletia na classe burguesa. Assim, a lei possuía a tônica da dominação econômica sobre a classe desfavorecida.

O mesmo legislador que defendia a liberdade de contratar, negava a liberdade de associar-se em sindicatos.[5]

O poder político concentrava-se na classe burguesa, e as idéias iluministas muito contribuíram para desencadear dois eventos que auxiliaram na consolidação e juridicização dos direitos do homem que são: A revolução francesa e ao movimento responsável pela independência e fundação do Estado norte - americano. [6]

È necessário destacar que o período do Estado Liberal, muito favoreceu aos interesses da burguesia que se agarrou na propriedade como direito inviolável favorecendo o aparecimento do capitalismo exacerbado e a ampliação das relações econômicas.

Interessante notar que a consagração da igualdade formal, a garantia da liberdade individual e do direto de propriedade, ao lado da contenção do poder estatal, eram medidas vitais para coroar a ascensão da burguesia ao Olimpo social, em substituição à

nobreza. Estas medidas criavam o arcabouço institucional indispensável para o florescimento do regime capitalista, pois asseguravam a segurança e a previsibilidade tão indispensáveis para as relações econômicas.[7]

A liberdade dos indivíduos era ampla, ilimitada, enquanto que a do Estado era limitada aos direitos de liberdade do indivíduo com ampla proteção da propriedade.

Quando da observação da doutrina liberal dos direitos humanos verifica-se que vigorou dois sistemas diferenciados para a proteção da liberdade humana. Quando a relação envolvia Estado e indivíduo, valia a Constituição, que impunha limites aos governantes em prol dos governados. Já, quando a relação ocorria no campo privado, o Código Civil entrava em cena para desempenhar papel de constituição da sociedade civil, regulando as relações entre particulares conforme regras gerais imutáveis, fundadas no racionalismo jusnaturalista, com base na autonomia privada. [8]

Assim, em nome da garantia dos direitos fundamentais limitou-se a área de atuação dos governantes em prol dos governados, o Estado não atuava para permitir o desenvolvimento da sociedade, é importante ressaltar que nesse período pelo fato de haver o distanciamento do Estado houve uma ilimitada expansão do setor produtivo, tanto que vigora em sua plenitude o princípio da autonomia da vontade.

O mercado passou a concentrar forças, o mercado representado pela sociedade civil passou a deter poder de mando, legitimando a implantação da exploração econômica e capitalista.

Enfim, no catecismo do constitucionalismo liberal, o *locus* exclusivo de regulamentação das relações privadas era o Código Civil, que, tendo como pilares a propriedade e o contrato, buscava assegurar a segurança e a previsibilidade das regras do jogo para os sujeitos de direito nas suas relações recíprocas, a partir de uma perspectiva (falsa) de asséptica neutralidade diante dos conflitos distributivos.[9]

Com as idéias de Locke verificou-se um contexto contratualista de que os homens detém o poder para organizara o Estado e a sociedade conforme a sua razão e vontade, demonstrando que a relação entre autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governados, na qual foi lançado as bases do pensamento individual e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que por conseqüência formou o constitucionalismo e o reconhecimento de direitos e liberdades dos indivíduos considerados como elementos limitadores ao poder estatal.[10]

2 A liberdade econômica marcada pelo desenvolvimento da economia de livre mercado.

A abordagem ocorre num sentido de que desde os primórdios o homem começou a se apropriar dos bens da natureza, transformando-os para adaptações de suas necessidades

básicas e vitais. O homem, no aspecto histórico, adotou postura antropocêntrica de sua aproximação com a natureza, com ações de preponderância sobre a natureza, como se essa estivesse à serviço da espécie humana.

Com o passar do tempo se inicia o ciclo de produção de excedentes gerando a necessidade de troca por outros produtos e consequentemente a armazenagem para momentos posteriores ou repasses para demais indivíduos, desde que, "lucrativo" estes repasses. Verifica-se que se inicia a apropriação da natureza com fins lucrativos e econômicos.

Desde a origem, portanto, que o homem transforma o mundo que o rodeia. Transformação discreta e como que carregada de culpabilidade num primeiro tempo, que depressa se tornará brutal, maciça e dominadora. [11]

Com o decorrer do tempo as necessidades passaram a aumentar mais e mais, surgiu a revolução industrial marcada pelo avanço da produção, que com o passar do tempo desencadeou uma contribuição para a conquista dos direitos sociais. Em 26 de agosto de 1789 ocorreu da primeira Declaração dos Direitos do Homem, assim desenvolveram-se as liberdades pessoais e o capitalismo.

O capitalismo expande-se mais ou menos avassalador em muitos lugares, recobrindo, integrando, destruindo, recriando ou subsumindo. São poucas as formas de vida e trabalho, de ser e imaginar, que permanecem incólumes diante da atividade "civilizatória" do mercado, empresa, forças produtivas, capital. [12]

A revolução industrial deixou à margem indivíduos caracterizados como "improdutivos" como as mulheres, crianças, idosos, e ainda, em nada se preocupou com relação a natureza no sentido de proteção.

Tal revolução aumentava a produção de manufaturados, mas sem levar em consideração os danos provocados aos trabalhadores e ao meio ambiente. [13]

No final do século XIX, o constante avanço tecnológico necessitou de crescentes investimentos em pesquisa, conduzindo à presença de pesada contribuição do setor financeiro no setor industrial. O sistema econômico capitalista industrial forçou o estabelecimento da concentração empresarial, o que, no campo de produção, permitiu a introdução da denominada "economia de escala", com a adoção do taylorismo, que visava ao aumento de produção, controlando o movimento das máquinas e da mão-de-obra no processo de produção.

Por outro lado, a incorporação das áreas periféricas à economia industrial possibilitou a sociedade de massa, que significa a popularização do consumo, com a formação de amplos mercados sustentados pelo poder de compra do trabalhador assalariado.[14]

Novos sentidos, valores, interesses foram incorporados, como por exemplo, de bem estar, conforto, surgindo os direitos sociais.

Mas, este marco surgiu com embasamentos em fatores mais individualistas, próprios de cada pessoa, necessários ao individuo personalíssimo, como por exemplo, direito ao emprego, segurança, educação dentre outros.

Após esta fase, visualiza-se o homem integrado num grupo maior, e que de qualquer forma, mesmo integrante de um grupo maior ainda se encontrava vulnerável, por esta razão ocorreu a proteção da família e das minorias.

Depois de algum tempo surgem os entes, representados por segmentos não-governamentais da sociedade civil organizada, as ONG's, com a finalidade de lutar por interesses coletivos e difusos. Direitos que sequer eram identificados, quanto menos merecedores de tutela estatal, cujo motivo podia ser a ausência de representação política adequada.

Surge a Constituição Federal Brasileira de 1988[15], incluindo os direitos de terceira geração, representando modernidade do ponto de vista jurídico.

Inúmeras mudanças ocorreram, inclusive a nível mundial. A economia mundial se realinha visando enfrentar os grupos econômicos.

Possíveis inseguranças no que concerne à estabilidade nacional não mais provêm dos países que fazem fronteiras, mas de grupos organizados economicamente, com força monetária, influenciando demais países com a velocidade proporcionada pelos novos meios de comunicação.

Com a evolução do homem, marcado pelo aumento de suas necessidades de bem estar, com o agrupamento de pessoas, houve a cedência da cultura local para a nacional, e talvez, transnacional, sob o manto da manutenção dos direitos individuais, sociais, gerando escrúpulos, lucros vultosos sob a exploração da natureza.

Decorridos 20 (vinte) anos da promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, temos um modelo em que os problemas sócio-econômicos preponderam, desigualdades sociais acrescem, e de forma infinita tem se revelado a degradação ambiental. Enfrenta-se dificuldades de implementação das políticas ambientalistas propostas constitucionalmente, além do complicador da livre economia.

3 A liberdade econômica como princípio constitucional.

A Constituição Federal de 1988[16] traz a representação da ordem econômica nacional. A nossa ordem Econômica está vinculada à idéia de Constituição por estar atrelada a normas constitucionais, seja do tipo regras ou princípios, que constituem a ordem econômica.

A ordem econômica tem por escopo regrar, determinar o modo com que os agentes econômicos atuam, para tanto, existem princípios que tornam as condutas mais ou menos legítimas. A nossa Carta Constitucional traz algumas diretrizes para interpretação do modelo econômico. Dessa formam a ordem econômica, visa representar um sistema organizado e em funcionamento, em termos de economia ancorado em normativos jurídicos;

Há que se observar que a ordem econômica prevista no texto constitucional teve como ponto de partida a livre iniciativa, representada pela economia de livre mercado, Art.

170 da Constituição Federal, mas nem por isso deixou de prever a gerência subsidiária do Estado quando se tratar de manejo direto de atividade econômica, tudo conforme Art. 173 da referida carta. Dessa forma, se percebe uma liberdade econômica vigiada pelo ente Estatal, mudando, portanto, com os traços do liberalismo clássico.

Diante disso, o Estado volta a atuar, sob o manto do regramento constitucional, e até mesmo por questões de controle, afinal de contas, o Estado precisa saber e ter um certo poder de gerência sobre a atividade econômica, até para ter noção à quantas anda a economia nacional.

O modelo de Estado Liberal, próprio da Revolução Francesa, utilizado como representatividade contra o absolutismo, por meio da não intervenção do Estado nas relações privadas, entrou em crise, e o Estado passa a intervir na vida dos indivíduos, pois precisa reestruturar a ordem econômica, e no Brasil não é diferente temos uma ordem constitucional que prevê essa atuação estatal no que tange a economia.

E além, de termos uma ordem constitucional que protetiva, temos um poder judiciário que poderá atuar para fazer valer essas questões de controle do mercado, pondo freios e contrapesos na economia de livre mercado.

Ademais, em relação a tais liberdades de caráter econômico, que envolvem a autonomia negocial, bem como o uso da propriedade e de outros bens e direitos patrimoniais, parece-nos inequívoco o condicionamento ao desempenho de uma função social, ligada à promoção dos valores da justiça, liberdade real e solidariedade inscritos na ordem constitucional.[17]

Quando se invoca a proteção jurídica falamos e queremos distingui-la de outras formas de controle social, pensamos na proteção que tem o cidadão quando a tem no interior do Estado. [18]

Insta destacar que, tais direitos normalmente precisam de uma proteção que não raras vezes decorre da jurisdição, ou seja, pela análise judicial se permite verificar a devida proteção ou não dos direitos colocados em jogo, procedendo-se a uma interpretação constitucional inovadora.

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.[19]

A Constituição Federal prevê no seu Art. 170[20] que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Tal dispositivo constitucional refere dois princípios básicos que são a valorização do trabalho humano e o outro é livre iniciativa, como contribuições que se impõem à atividade econômica, observados como norte para a exploração das atividades econômicas.

Lembra-se que o direito a propriedade, deve obedecer ao princípio da função social.

Tem-se ainda a livre concorrência, como princípio do sistema de capitais, bem como da ordem econômica. O ser humano pode desenvolver sua atividade lucrativa de modo de perceber bons frutos produzidos por seu emprenho.

Para fins de desenvolvimento da economia do país é preciso fomentar a economia, mas não se pode perder de vista a proteção e defesa do meio ambiente, defesa do consumidor dentre outros.

Mediante uma análise se verifica que, a atividade econômica representa um direito fundamental calcado liberdade e na propriedade, mas com dignidade e observando toda a sistemática e demais orientações esparsas na Constituição Federal.

A liberdade privada de iniciativa e liberdade de concorrência, podem ser compreendidas no contexto de liberdade econômica, e por atingir diversas pessoas muitas vezes precisa da intervenção do Estado ou do Judiciário.

E as intervenções ocorrem no sentido de delimitar a atuação do sujeito em sua liberdade.[21]

Quando nos reportamos a atividade econômica de modo estrito, que subentende-se como a de exploração de atividade lucrativa por pessoas privadas, a atuação estatal reserva-se aos interesses coletivos e interesses de segurança nacional.

4 Tendências tecnológicas inovadoras da sociedade civil

Para a cultura ocidental o desenvolvimento econômico tem consistido na aplicação direta de toda a tecnologia gerada pelo homem criando formas de substituir o que é fornecido pela natureza, com objetivo de expansão, atividade, lucro na forma de moeda, pois ter mais ou menos riqueza é muitas vezes confundido com melhor ou pior qualidade de vida. A sociedade consumista considera o dinheiro um de seus maiores valores, pois o poder de troca é maior de qualquer outra mercadoria, quem tem mais pode obter maiores condições de conforto. Mas nem sempre o conforto que o dinheiro compra pode constituir o conteúdo de uma boa qualidade de vida. A experiência dos povos ricos o demonstra, tanto que também eles buscam uma melhor qualidade de vida. Porém, essa cultura ocidental, que hodiernamente busca incessantemente por uma melhor qualidade de vida, é a mesma que aniquila o principal modo de obtê-la: a natureza, o patrimônio da Humanidade, e tudo o que pode ser obtido a partir dela, sem que esta seja afetada ou degradada. [22]

Os avanços tecnológicos, as descobertas científicas contribuíram para as exigências sociais, que sequer, na maioria das vezes, representam necessidades, chegou-se a um

nível de sofisticação tal, que o meio ambiente é insuficiente para garantir as exigências sociais. Mudou-se de paradigmas o foco principal não é a vida, mas a qualidade dela. A ciência avança buscando a longevidade, aumento da expectativa de vida com qualidade e confortos.

A biodiversidade tem se transformado num debate fervoroso, seja no sentido de extinção ou de transformação de seres e espécies, alterando diretamente o equilíbrio ecológico. A mudança do código genético de plantas, animais ou microorganismos por meio da engenharia genética, é realidade.

Mediante uma manipulação humana na cadeia genética, é possível obter um organismo geneticamente modificado, de melhor resistência e adaptação às reais necessidades do homem.

O comando científico do homem aliado à tecnologia e informação faz com que ocorra a rapidez das descobertas biológicas.

A praticidade com que a Sociedade Informacional nos coloca ao alcance destas categorias prontas, destas formas e territórios produzidos como, por exemplo a *griffe* da moda, o local mais freqüentado, o sistema financeiro ao qual sou obrigado a me vincular; enfim, a corrida não tem fim e faz com que a crença, característica da modernidade, na existência de um estado de perfeição, um objetivo a alcançar, a satisfação total seja então percebida como uma ilusão. Pois, é justamente desta corrida desenfreada e do medo por ela desencadeado que se alimenta o universo pós-moderno; não mais um final, um limite a ser atingido; a fluidez de nossas relações e de nossa comunicação não permite tal segurança. [23]

A globalização e os avanços tecnológicos diminuíram distâncias, aceleraram o tempo, alterando e mobilizando o sistema de capitais em velocidade incontrolável, transformando o espaço tornando-o inadequado á qualidade de vida dos indivíduos.

Os reflexos negativos dessa alteração ambiental são ressentidas pelo mundo inteiro, a sociedade não é capaz de se ordenar e se moldar conforme suas necessidades presentes, quanto menos das futuras gerações, pois está autodestruindo-se.

As conseqüências dessa "loucura" social são remetidas para o Judiciário, que desguarnecido dos padrões que constituem a lógica principal de manutenção das espécies vivas, sequer consegue aplicar uma lei adequada ao caso concreto.

5 A contribuição das tendências tecnológicas como afronta ao meio ambiente.

As catástrofes ambientais a nível planetário se incumbem de demonstrar ao ser humano tamanha afronta ao meio ambiente, através da devastação, da agressão que gera a escassez dos recursos naturais.

Segundo Morato Leite, a crise ambiental se demonstra, a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas da sociedade estão em conflito com a qualidade de vida. [24]

A corrida pelas transformações, pelo moderno, pelo avanço tecnológico e suas conseqüências, se demonstram incompatíveis com a preservação da natureza, confrontando-se inclusive com qualidade de vida.

O avanço informacional, tecnológico, científico e econômico pode não assegurar a qualidade de vida, afrontado diretamente o artigo 225[25] da Carta Magna. O próprio sistema informacional e tecnológico precisa ser remodelado, para tentar salvar o meio e ambiente e consequentemente esta sociedade contemporânea.

O discurso entificante da tecnologia/economia e de suas "salvações" pode dificultar a compreensão das relações entre ecossistemas com os quais compartilhamos a existência. Dessa forma, percebe-se que a informação tecnológica também necessita ser salva se quisermos salvar a bio-sociodiversidade. Ou seja, salvar o objeto técnico do estado de alienação que ele é mantido pelo sistema econômico. Tal concepção pode soar estranho para ambientalistas, mas talvez a salvação da natureza e da humanidade dependa da nossa capacidade de também salvar a técnica e a tecnologia. [26]

A decadência ambiental ocorre devido o esgotamento dos recursos naturais provocados pela atividade econômica e desenvolvimento industrial, economia de livre mercado que apropria dos recursos naturais como se não houvesse donos.

A revolução industrial continha ideal de vida melhor para todos em sua plenitude, por meio dos benefícios tecnológicos, o que infelizmente não ocorreu em sua plenitude, porque junto ao desenvolvimento tecnológico, industrial, veio à devastação, a exploração da natureza, comprometendo a qualidade de vida.

Os ideais de melhoria da qualidade de vida defendidos pela revolução industrial, fundamentavam-se no sistema capitalista, os objetivos econômicos eram os perquiridos, ressaltando o individual e o mercantilismo, caracterizando uma enorme afronta ao meio ambiente, pois desde lá, com suas raízes fincadas na revolução industrial, é que os recursos naturais foram explorados sem agregar o devido valor do recurso ao bem industrialmente produzido.

Desde então, economia e o meio ambiente têm vivido em tensão. Às vezes com omissões ou fomentações de representações políticas, apoios governamentais para se explorar determinados recursos, em regiões específicas, consagrando o tão almejado progresso econômico.

Notória também, a contribuição da sociedade que tem relacionado, incessantemente, a qualidade de vida e o bem estar com a idéia de consumismo, associado ao avanço tecnológico desenfreado, utilizando-se de recursos naturais de forma ilimitada, transformando a natureza e humanizando a terra[27]. Diante disso ocorre a depredação ao habitat de diversos organismos vivos, necessários ao equilíbrio ecológico, como também, ocorre a destruição do habitat do homem, colocando em risco além da insustentabilidade, também as gerações presentes e futuras.

Essa exploração da natureza provocada pelo o avanço tecnológico e econômico resulta em problemas ambientais, desequilíbrios climáticos, catástrofes ambientais que assolam a população mundial. Tais demonstrações ocorrem porque a natureza além de ser deturpada, não consegue absorver os resíduos provocados pela intensa transformação

industrial, a natureza não possui mais potencial de captar todos os rejeitos industriais.

6 A sociedade contemporânea de risco.

Segundo Morato Leite[28], a sociedade de risco pode ser definida como aquela que por seu constante crescimento econômico, pode sofrer a qualquer tempo as conseqüências de uma catástrofe ambiental. Ocorre uma evolução e agravamento dos problemas, seguidos de uma evolução da sociedade, para uma sociedade de risco inexistindo uma reposta direta jurídica para a solução desses problemas da nova sociedade. Toma-se consciência dos possíveis riscos, mas não há um esforço de políticas de gestão para conte-los, nominando-se de irresponsabilidade organizada.

A natureza está sendo transformada em condição básica de produção, convertem-se recursos naturais em economias e capitais, gerando novos bens, serviços e aumentando o consumo por meio do ser humano.

O surgimento desta sociedade de risco perfaz um estágio da modernidade em que se verificam as ameaças produzidas pelo modelo econômico da sociedade industrial. [29]

Assim, esses procederes da sociedade altamente capitalista proporciona risco de enorme monta, possibilitando a ocorrência de desastres ecológicos, sequer previsíveis ás vezes.

Morato Leite comenta a teoria da sociedade do risco se utilizando das palavras de Pilati e Jamundá:

A Teoria da Sociedade de Risco, característica da fase seguinte ao período industrial clássico, representa a tomada de consciência do esgotamento do modelo de produção, sendo esta marcada pelo risco permanente de desastres e catástrofes. Acrescenta-se o uso do bem ambiental de forma ilimitada pela apropriação, a expansão demográfica, a mercantilização, o capitalismo predatório - algum dos elementos que conduzem a sociedade atual a situações de periculosidade. [30]

Diversos são os riscos que uma sociedade poderá ter que suportar, como por exemplo, o superaquecimento, perceptível hoje pela humanidade. Risco da falta de recursos hídricos, como perda da diversidade, desgaste do solo, etc.

Hermitte leciona que:

O texto constitucional adaptou, então, o direito francês a uma "sociedade do risco", na qual ciências e técnicas, pelos modos de produção e de consumo que elas desencadeiam, são reconhecidas como fatores de riscos específicos que implicam novos direitos fundamentais e uma nova hierarquia dos valores. [31]

A sociedade de risco prima pelo conforto, pelo bem estar, pelo avanço tecnológico, pelas facilidades apresentadas, é essa sociedade que reverencia a economia de livre mercado que deve suportar os resultados provocados pela natureza, em nome do conforto e comodidades.

A garantia do desenvolvimento econômico vem expresso no artigo 170, *caput*, e inciso VI[32], e vem disciplinado como direito constitucional, assim, a sociedade moderna encontra bases para perseguir a economia de livre mercado. Neste mesmo dispositivo, há a previsão de progresso econômico, mas com respeito ao meio ambiente. Em nome da existência digna, da educação da saúde como outros direitos fundamentais, se faz necessário buscar por rendimentos, progresso econômico que reiteradamente retira da natureza recursos que raramente são restaurados ou devolvidos.

A perda aqui caracterizada, não afeta somente o indivíduo que possui contato direto e exclusivo com a matéria prima retirada, ela afeta a todos indistintamente, inclusive o prejuízo que será suportado pela coletividade.

Conforme Morin, o capitalismo defendido por Marx, assegurou o desenvolvimento das forças produtivas por procedimentos bárbaros, não pode ser considerado isolado e demiúrgica como chave do desenvolvimento humano, de modo que é um erro acreditar que o mercado traz em si todas as soluções ao problema de civilização. [33]

Conforme Silva, são dois os valores que aparentemente entram em conflito e que a Constituição Federal Brasileira de 1988 alberga e quer que se realizem de forma que proteja o bem - estar e a boa qualidade de vida dos brasileiros. Antes mesmo da previsão constitucional, a Lei 6.938, de 31.8.1981, [34] em seus artigos 1º e 4º, já havia tratado do tema, pondo como o principal objetivo a ser conseguido pela Política nacional do Meio Ambiente que é a compatibilização do desenvolvimento econômico - social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. [35]

A economia possui enorme importância, e é ela que permite conferir os direitos de primeira e segunda geração aos indivíduos e sociedade em geral. A economia sempre exerceu forte influência sobre a sociedade, e esta sociedade transformada pela economia juntamente com o Estado, devem buscar o desenvolvimento sócio-econômico, sem, no entanto, prejudicar os direitos das gerações futuras e destas que se apresentam.

Considerações finais

Como restou evidenciado, os acontecimentos sociais ocorrem numa linha de avanços e retrocessos, migramos daquele Estado Liberal, onde havia amplas liberdades pautadas, algumas, na propriedade, para um momento em que tais liberdades ainda são protegidas pelo ordenamento constitucional, mas não em larga medida como ocorria com o liberalismo.

A atividade econômica é o principal foco de desenvolvimento humano e até mesmo de uma nação, razão pela qual precisa ser fomentada, em razão disso surgiu todo o avanço tecnológico e científico, aproximando fronteiras, perfazendo uma sociedade complexa propensa a riscos, inclusive ambientais, de enorme força e inevitabilidade.

Verifica-se que a sociedade passou enfrentar problemas que vão desde a ordem liberdades individuais, de cunho econômico, até a interesses de terceiros ou da coletividade, interesse público, bem como a realização social que ocorre em harmonia com o bem comum.

Assim, mediante esses problemas precisamos de uma atuação estatal ou judiciária de forma que venha a preservar as questões econômicas que garantem, o desenvolvimento pessoal e ainda precisamos de intervenções no sentido de se proteger a coletividade, de se reduzir esses possíveis riscos que podem assolar a nossa sociedade.

Nesse sentido, o direito à liberdade econômica aliada à consecução do interesse público e coletivo, tem se revelado um grande desafio para o poder judiciário, que na maioria das vezes não consegue atribuir uma prestação jurisdicional efetiva. Em suma, há novos paradigmas que precisam ser observados não só pelo o judiciário, mas também pelo legislativo e executivo, como forma de atender aos direitos fundamentais, realizando o bem comum.

Referências

ALVES. A.C.; PHILIPPI JR, A. (Orgs). *Curso interdisciplinar de direito ambiental.* São Paulo: Manole, 2005.

ARAUJO, L. E. B de.; VIEIRA, J.T. (Orgs). *Ecodireito: o direito ambiental numa perspectiva sistêmico-complexa.* Santa cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

BARRAL, W.; PIMENTEL, L.O. *Direito ambiental e desenvolvimento.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARROSO, Luís Roberto (Org.) A nova interpretação constitucional:ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J. J. G; LEITE, J. R. M. (Orgs). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, L. da. C.; VIOLA, E. (Orgs). *Incertezas de Sustentabilidade na Globalização.* São Paulo: UNICAMP, 1996.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial.* 2. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

MORIN, Edgar. *Terra- Pátria.* Porto Alegre: Sulina, 2003.

OST, François. *A natureza à margem da lei. A ecologia à prova do direito.* Instituto Piaget, Lisboa, 1997.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2003.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito, sociedade e riscos. A sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco.* Brasília: UniCEUB, 2006.

---

[1] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 21.

[2] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 22 e 23.

[3] SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.p. 43 e 44.

[4] SARMENTO, op. cit., p. 23.

[5] Ibidem, p. 23 e 24.

[6] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 24.

[7] Ibidem, p.26.

[8] Ibidem, p. 27.

[9] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 30.

[10] SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.p 44.

[11] OST, François. *A natureza à margem da lei. A ecologia à prova do direito.* Instituto Piaget, Lisboa, 1997. p. 33.

[12] IANNI, Octavio. Globalização e diversidade In: FERREIRA, L. da. C.; VIOLA, E. (Orgs). *Incertezas de Sustentabilidade na Globalização.* São Paulo: UNICAMP, 1996. p. 95

[13] ABRÃO, P. T S; CASTRO, D.M.L. Direito Administrativo Ambiental. In: ALVES. A.C.; PHILIPPI JR, A. (Orgs). *Curso interdisciplinar de direito ambiental.* São Paulo: Manole, 2005. p.361.

[14] BARRAL, W.; PIMENTEL, L.O. *Direito ambiental e desenvolvimento.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 14 e 15.

[15] Constituição cidadã.

[16] A perspectiva liberal se manifestou já nas constituições de 1824 e 1891.

[17] SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.p. 177.

[18] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 39.

[19] BARCELLOS, A. P. de; BARROSO, L. R. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional:ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 332.

[20] Art. 170. A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano** e na **livre iniciativa**, tem por fim **assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social**, observados os seguintes princípios:

[21] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 116.

[22] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2003. p. 25.

[23] ARAUJO, L. E. B de.; TYBUSCH, J. S.; Pensamento sistêmico - complexo na transnacionalização ecológica. In: ARAUJO, L. E. B de.; VIEIRA, J.T. (Orgs). *Ecodireito: o direito ambiental numa perspectiva sistêmico-complexa.* Santa cruz do Sul: EDUNISC, 2007. p. 87.

[24] LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial.* 2. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 21.

[25] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público

e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.

[26] ARAUJO, L. E. B de.; TYBUSCH, J. S.; Pensamento sistêmico - complexo na transnacionalização ecológica. In: ARAUJO, L. E. B de.; VIEIRA, J.T. (Orgs). *Ecodireito: o direito ambiental numa perspectiva sistêmico-complexa.* Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. p. 91.

[27] Assim, o homem humaniza a terra, imprime-lhe a sua marca física e reveste-a de símbolos que a fazem falar uma linguagem para ele inteligível. Mas, ao contrário do homem moderno, que, liberto de todas as amarras cosmológicas transforma descomedidamente o mundo natural com sua tecnologia, o homem primitivo não se a arrisca a perturbar a ordem do mundo senão mediante infinitas precauções, consciente de sua pertença a um universo cósmico, no seio do qual natureza e sociedade, grupo e indivíduo, coisa e pessoa, praticamente não se distinguem. OST, *François. A natureza à margem da lei. A ecologia à prova do direito*. Instituto Piaget, Lisboa, 1997. p. 31.

[28] LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. CANOTILHO, J. J. G; LEITE, J. R. M. (Orgs). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 132.

[29] LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. CANOTILHO, J. J. G; LEITE, J. R. M. (Orgs). *Direito constitucional ambiental brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2007. p. 131.

[30] *Apud.* Pilati e Jamundá. LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. CANOTILHO, J. J. G; LEITE, J. R. M. (Orgs). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 131.

[31] HERMITTE, Marie - Angèle. A fundação jurídica de uma sociedade das ciências e das técnicas através das crises e dos riscos. In: VARELLA, Marcelo Dias. *Direito, sociedade e riscos. A sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco.* Brasília: UniCEUB, 2006.p. 27.

[32] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

[33] MORIN, Edgar. *Terra- Pátria.* Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 102.

[34] Lei da Política Nacional do Meio Ambiente que visa a preservação, melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida. Visa assegurar, no País, condições de desenvolvimento socioeconômico, conjugados com interesses nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

[35] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2003. p. 26.

A QUESTÃO DA EXCLUSÃO SOCIAL NO MUNDO GLOBALIZADO*

THE ISSUE OF SOCIAL EXCLUSION IN THE GLOBALIZED WORLD

Nathalie de Paula Carvalho

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo descrever as relações entre o processo de globalização e a teoria da democracia, destacando suas características principais e seus impactos econômicos, sociais, políticos e culturais. A realidade de uma economia globalizada implica na acepção de que qualquer indivíduo se insere em um processo econômico, com os atos de compra, venda, empréstimos e quaisquer outros atos negociais. A economia atual capitaneia um processo que não se sabe como ou quando irá terminar. Estas repercussões, por mais simples que pareçam, não se exaurem com o encadeamento de eventos simples, pelo contrário: um ator econômico compromete e envolve a economia de todo o planeta. Buscar-se-á analisar especificamente a questão da exclusão social provocada por esta nova orientação e serão apresentadas sugestões para que o regime democrático não se torne um refém das forças de um mercado globalizado.

PALAVRAS-CHAVES: DEMOCRACIA. GLOBALIZAÇÃO. EXCLUSÃO SOCIAL.

ABSTRACT

This article aims to describe the relationship between the process of globalization and the theory of democracy, highlighting its main characteristics and their economic, social, political and cultural. The reality of a globalized economy implies the meaning of any individual who falls into an economic process, with the acts of buying, selling, loans and other business actions. The current economy captaincy a process that does not know how or when to finish. These effects, however simple it seems, does not exhaust the sequence of events with simple: an actor undertakes economic and involves the economy of the entire planet. Search will specifically examine the issue of social exclusion caused by this new guidance and suggestions will be submitted to the democratic system does not become a hostage of the forces of a globalized market.

KEYWORDS: DEMOCRACY. GLOBALIZATION. SOCIAL EXCLUSION.

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O capital transnacional e virtual, uma das marcas do processo de globalização, busca romper com todo e qualquer limite imposto aos seus interesses e expansão. Contra esse avanço voraz, busca-se levantar o discurso da democracia, tentando revigorá-lo de modo uniforme para proteger o ser humano contra as conseqüências maléficas deste fenômeno.

A globalização traz em si a força de uma nova reordenação das relações mundiais. Nesse contexto, unilateralmente imposto, o discurso democrático não tem um porta-voz que o represente, tornando-se obsoleto, pois a sua proposta de diminuir as desigualdades sociais e econômicas não conseguem se impor, deficiências estas que tornam o ideal democrático inoperante.

Os seus próprios discursos, carregados pelas suas próprias contradições, apresentam-se sem capacidade para entender e justificar as novas manifestações da exclusão social que acontecem mundialmente, impedindo-os de apresentar soluções realmente viáveis.

Reconstruir o discurso da democracia é permitir que esta possa enfrentar as várias facetas desta realidade. Na abrangência da exclusão social de âmbito internacional, os próprios indivíduos são apontados como culpados pela sua expulsão do sistema e as sociedades periféricas, em especial, são consideradas as principais responsáveis pela sua situação de "atraso", de modo a mascarar a real situação[1].

Este artigo tem por objetivo analisar a dinâmica de desenvolvimento do capitalismo, sob a ótica do neoliberalismo, focalizando nos problemas da concentração de capital em face da exclusão social de modo a relacionar a teoria da democracia e o fenômeno da globalização.

1 A DEMOCRACIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Tarefa das mais difíceis é apresentar um conceito de democracia, haja vista que os mais variados pontos são usados como lentes para o desenvolvimento da idéia democrática, por se tratar de um conceito multiforme e contestável: "se buscarmos debaixo desse termo o seu real significado, arriscamo-nos à mesma decepção angustiante que varou o coração de Brutos, quando o romano percebeu quanto valia a virtude". (BONAVIDES, 2006, p.287). Não se pretende buscar uma síntese das posições existentes, mas tão somente destacar parâmetros que possam corroborar com as implicações entre democracia e globalização. Por outro viés, por fidelidade acadêmica, apontar-se-á a corrente que norteará o presente artigo.

Para o início das investigações, reputa-se salutar focar a análise em uma direção. Faz-se menção ao conteúdo mínimo do termo "democracia", apresentado por Norberto Bobbio (1986, p.18), que se traduz em um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos. A democracia, portanto, está relacionada à formação e atuação de um governo[2]. Sobre os apontamentos preliminares, Paulo Bonavides assevera que:

O conceito de democracia, enquanto direito de uma nova categoria, emerge da grande revolução democrática da cidadania, levada a cabo com a universalização dos direitos fundamentais, mediante o reconhecimento de que estes já não são unicamente direitos fundamentais, apenas por lograrem inserção normativa no corpo da Constituição de um

Estado, mas também por se lhes reconhecer, ao mesmo passo, uma ascensão gradativa de positividade e postulação direta, numa ordem jurídica superior, que é a de direitos fundamental. (BONAVIDES, 2007, p.350).

De sua origem etimológica grega (século V a.C.), democracia (*demos* + *kratos*), significa "poder do povo". Já no berço, datado da Grécia Antiga[3], mais precisamente em Atenas com a democracia direta, o seu advento veio acompanhado de contradições e ambigüidades, as quais perduram até os dias atuais. Péricles (495-429 a.C), um dos maiores destaques da história da democracia, a identificava com a busca da utilidade do maior número e não com a vantagem de alguns. Em Platão e Aristóteles constatam-se as primeiras vozes dissonantes do regime democrático, conforme registros de Simone Goyard-Fabre:

Platão, depois Aristóteles, criticaram-na [a democracia] severamente denunciando a cegueira do povo no tocante aos assuntos públicos e a tendência anárquica de um regime em que, como todos têm a pretensão de comandar, ninguém obedece [...] Assim, desde os primeiros momentos da democracia, dois séculos de história política e de reflexão filosófica bastaram para fazer aparecer, no governo do povo pelo povo, o que ele tem de benéfico e o que ele tem de maléfico. Essa ambivalência primordial é indicativa da problematicidade que jaz sobre a natureza essencial da democracia. Desde a época de suas primeiras manifestações, o problema era saber se a democracia era o melhor ou o pior dos regimes. (GOYARD-FABRE, 2003, p.11).

Fundando-se na autoridade do povo, inferem-se duas idéias essenciais: a garantia da presença dos governados no exercício do poder e a transposição para a esfera política das paixões humanas. O dilema acima exposto se justifica porque o mesmo movimento que buscou garantir a igualdade e a liberdade sobre a então denominada cidade-estado grega, traz consigo a ameaça que o desejo insaciável do povo introduz na razão. Eis um dos principais fundamentos da ambivalência democrática: a problemática da conciliação entre esses dois elementos. Sobre os desafios da democracia, Fábio Wanderley Reis afirma que:

Mas o que caracteriza a democracia é justamente a problematização dos fins: o reconhecimento de que há fins múltiplos, em correspondência com a multiplicidade de atores sociopolíticos presentes na sociedade, e de que há conseqüentemente o problema de compatibilizá-los, ou de estabelecer prioridades entre eles, de maneira que venha a ser percebida como legítima. (REIS, 1997, p.45).

Norberto Bobbio esclarece as diferenças fundamentais entre a democracia antiga e a moderna: a democracia de hoje é representativa às vezes complementada por formas de participação popular direta; a democracia dos antigos era uma democracia direta, às vezes corrigida pela eleição de algumas magistraturas. Deve-se atentar ainda para a tendência do poder em manter-se invisível, pois "quem o exerce sente-se mais seguro de obter os efeitos desejados quanto mais se torna invisível àqueles aos quais pretende dominar". (BOBBIO, 2000, p.388).

Na democracia moderna, a soberania não é do povo - um conceito ambíguo e metafórico -, mas sim de cada um dos indivíduos. Fala-se em um individualismo democrático, no qual ocorre um agrupamento de semelhantes para que dessa união surja a sociedade:

Na democracia moderna, o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos. O povo é uma abstração, cômoda, mas também, como já dissemos, falaciosa; os indivíduos, com seus defeitos e seus interesses, são uma realidade. Não é por acaso que como fundamento das democracias modernas estão as Declarações Universais dos Direitos do Homem e do Cidadão, desconhecidas da democracia dos antigos. **A democracia moderna repousa em uma concepção individualista da sociedade**. Se depois esse individualismo é proposto e reivindicado em nome da teoria utilitarista da felicidade do maior número ou mesmo da teoria dos direitos do homem, para mencionar rapidamente a disputa dos últimos anos entre quem acolheu e defendeu os princípios do utilitarismo e que protesta colocando à frente os direitos 'que devem ser levados a sério', é um tema que aqui pode ser posto em segundo plano, porque aquilo que me interessa avaliar é o lugar central que ocupa o individualismo no debate contemporâneo, qualquer que seja seu fundamento. (BOBBIO, 2000, p.374).

Essa complexidade perdura até a modernidade e ganhou novos contornos. Danilo Zolo (1992), em "Democracy and Complexity", investiga como isso nas sociedades modernas representa um desafio fundamental para os pressupostos básicos da tradição ocidental democrática, apelando para a reformulação de algumas das principais questões da teoria política. Também na obra "Il Principato democratico", Zolo (1992) perquire uma reconstrução da teoria da democracia, partindo das categorias desse contexto, tais como a soberania popular, o consentimento, o pluralismo, a opinião pública, a representação, *etc*. Considerando-as ingênuas e elementares, destaca a falta de capacidade analítica das sociedades complexas dominadas pelo poder de persuasão do "médio" e propõe o desenvolvimento de uma teoria que denomina de "pós-representante", calcada na premissa de que a natureza essencial da política é a sua falta de imparcialidade, é a sua moral explícita e seu particularismo.

A teoria da democracia gira em torno de generalizações abrangentes, partindo-se da premissa inicial de que se trata de um governo por consentimento dos governados. A partir dos delineamentos que o termo venha a tomar, incorre-se no sério risco de se seguir a uma regressão ao infinito e nunca se chegar a um denominador comum. Para Giovani Sartori:

Até os anos 40, as pessoas sabiam o que era democracia e gostavam dela ou a rejeitavam; depois disso todos nós dizemos gostar da democracia, mas não sabemos mais (não entendemos mais, não há mais concordância sobre) o que ela é. Vivemos, portanto, caracteristicamente, numa era da democracia confusa. Que 'democracia' tenha diversos significados é algo com que podemos conviver. Mas se 'democracia' pode significar absolutamente qualquer coisa, aí já demais. (SARTORI, 1994, p.22).

Em seu livro "Poliarquia: participação e oposição", Robert Alan Dahl (1997) apresenta o termo "poliarquia". Tendo por base as definições de democracia existentes na história do pensamento político, Dahl prefere essa linha de raciocínio para designar o estágio mais avançado em que, em sua opinião, o ideal democrático se concretizou. Para medir o quão democráticas as sociedades analisadas seriam de fato, o autor se utiliza de duas categorias: a da inclusão ou participação e a da competição.

O primeiro – a inclusão ou participação – diz respeito à extensão da participação política da população de um Estado-nação. O segundo – a competição – se refere à

existência de disputas pelo poder no interior desta sociedade, geralmente assegurado hegemonicamente por um único grupo.

Considera ser mais democrático um regime que seja menos inclusivo e mais tolerante à contestação do que um sistema em que esta fosse restrita ou inexistente, ainda que a inclusão seja praticamente plena. No entender de Dahl, a participação apenas legitima a administração de políticas que já foram deliberadas, de modo que não há espaço para que se contestem de fato os abusos por parte do regime, nem que se lhes dê outro rumo. Além do mais, com um alto poder de manipulação, na medida em que se restringem fontes alternativas de informação, por exemplo, uma população poderá não estar fazendo pleno uso de suas faculdades decisórias, mas sim apenas outorgando aquilo que lhes é imposto.

Nessa mesma linha de raciocínio, Renato Lessa defende que não cabe mais falar em democracia, mas sim em poliarquia, estruturadas por uma competição entre elites do poder político, também mencionando a incorporação política. Lessa acredita que a democracia – a que se refere à poliarquia – é mais do que um regime: é um movimento, um processo, pois "não há definição limite para o que seja democracia, a qual pode ser um processo de construção institucional que cada vez mais incorpora e organiza a competição política". (LESSA, 2002, p.48).

Dahl, no entanto, ressalva o fato de sua análise ser limitada, na medida em que sua escala seja classificatória e não relacional, podendo por isso desconsiderar algumas nuances. Assim, faz opção por uma terminologia mais adequada à realidade que seja a da poliarquia, em detrimento da democracia, já que esta jamais teria se concretizado plenamente. Isto seria o mundo real. Assim não entende Giovani Sartori, para quem o termo "poliarquia" não se relaciona com o mundo real, mas sim com o ideal:

Bem, se os cidadãos controlam seus líderes, pode-se supor que os líderes sejam (ou devam ser) receptivos aos cidadãos. Como a poliarquia enquanto estrutura não tem necessariamente essas implicações, é claro que as poliarquias são (em parte, imperfeitamente, em graus variados) o resultado da democracia enquanto sistema ideal. Desse modo, as poliarquias de Dahl são o que são porque corporificam ideais. (SARTORI, 1994, p.23).

Giovani Sartori (1994, p.25-26) sugere a classificação da democracia em quatro espécies: a democracia política; a social; a econômica e a industrial. Por democracia política, entende que seria o modelo clássico, "o governo do povo". A democracia social concebe os membros da sociedade como seres socialmente iguais por critérios de natureza endógena e que se organizam de baixo para cima. A democracia industrial é aquela em que o membro da comunidade política é substituído pelo do setor econômico: o trabalhador no seu local de trabalho. Já a democracia econômica reflete a preocupação com a redistribuição de riquezas e a equalização das condições, oportunidades econômicas, de modo a consistir na igualdade de controle sobre o processo produtivo econômico.

Na sua obra "Democracia ou Bonapartismo", Domenico Losurdo (2004) procurou desmistificar duas teses relacionadas à teoria política da democracia: a primeira diz que o desenvolvimento espontâneo do liberalismo desaguaria na democracia e a outra se refere à compatibilidade existente entre livre-mercado e democracia. A crítica a esses

dois vetores é o fio condutor de sua obra, evidenciando, ao final, a incompatibilidade entre democracia e livre-mercado. Losurdo mostra que, ao contrário do que prevê o neoliberalismo, o livre-mercado caracteriza-se como um reforço da servidão das massas populares. Apoiando-se nas observações de Marx sobre a democracia burguesa, o autor retoma a idéia na qual o momento da ditadura está latente e implícito nessa forma democrática, expressando-se com relativa força no mundo contemporâneo. Assim, pode-se afirmar que, no processo democrático, o conteúdo ideal da razão prática assume feições pragmáticas; ao passo que as formas de sua institucionalização revelam o grau de realização do sistema de direitos. (HABERMAS, 2003, p.26).

Norberto Bobbio (1986, p.10) entende que "o segredo está no núcleo do poder"[4], a indicar que a permanência das elites esteja em contradição com os ideais democráticos, realidade bem diversa da que foi preconizada pela doutrina clássica:

Durante séculos, de Platão a Hegel, a democracia foi condenada como forma de governo em si mesma, por ser o governo do povo e o povo, degradado a massa, a multidão, a plebe, não estar em condições de governar: o rebanho precisa de um pastor, a chusma de timoneiro, o filho pequeno de pai, os órgãos do corpo da cabeça, para recordar algumas das metáforas tradicionais. Desde quando a democracia foi elevada à condição de melhor forma de governo possível (ou de menos má), o ponto de vista a partir do qual os regimes democráticos passaram a ser avaliados é o das promessas não cumpridas. A democracia não cumpriu a promessa de autogoverno. Não cumpriu a promessa de igualdade não apenas formal, mas também substancial. Terá cumprido a promessa de debelar o poder invisível? (BOBBIO, 1986, p.100).

Diante do exposto, pode-se afirmar que a democracia é entendida como um regime político que melhor protege, respeita e promove os direitos fundamentais, fundando-se na soberania popular, na separação e na desconcentração de poderes. Nenhuma forma de Estado, por melhor que seja, é suficiente para exemplificar a idéia de democracia em sua integridade. Isso porque a sua realização transcende a instituição estatal, haja vista que se encontra, simultaneamente, em todos os modelos de associações humanas por meio de uma integração recíproca.

Nesse viés, a democracia compreende o respeito à legalidade (o governo das leis), marcado pela subordinação do poder ao Direito. Esta concepção de democracia acentua a dimensão política, na medida em que enfatiza a legitimidade e o exercício do poder político, avaliando quem e como se governa. Na acepção material, pode-se sustentar que a democracia não se restringe ao zelo pela legalidade, mas também, pressupõe o respeito aos direitos fundamentais. Sem isso, não existe democracia.

2 O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO

O Neoliberalismo consiste em um conjunto de idéias políticas e econômicas capitalistas que defende a mínima participação estatal nos rumos da economia de um país: "para manter os lucros, o capital precisa estar constantemente explorando novos mercados". (HELD, McGREW, 2001, p.16). Prega-se a minimização do Estado, tornando-o mais eficiente pela abertura da economia para o capital internacional e a sua desburocratização. Contraria-se a tributação excessiva, a favor do aumento da produção, como objetivo básico de atingir o desenvolvimento econômico.

Os críticos mais atentos ao sistema afirmam que a economia neoliberal só beneficia as grandes potências econômicas e as empresas multinacionais. Os países pobres ou em processo de desenvolvimento sofrem com os resultados de uma política neoliberal, marcados por conseqüências devastadoras dessa ideologia: desemprego, baixos salários, aumento das diferenças sociais, monopólios, dependência do capital internacional, afastando-se de possíveis soluções para esses problemas, *v.g*. uma melhor distribuição de renda para diminuir a pobreza, melhorias na educação, a responsabilidade do capital e do trabalho, diretrizes para o bem-estar social, *etc*.

Ao seguir a orientação neoliberal, a globalização pode ser concebida como um fenômeno que possui tanto um lado positivo (desenvolvimento geral das populações) como negativo (males sociais, políticos, econômicos, exclusão social)[5]. Enquanto as distâncias físicas e virtuais encolhem, aumenta-se a velocidade da interação social, de modo que os acontecimentos mundiais possuem uma reverberação quase imediata a nível global. Fabio Wanderley Reis destaca os malefícios, ao apontar que:

Essa estrutura [globalizada] revela mesmo traços que podem ser descritos como próprios de uma sociedade de castas, em que se superpõem mundos sociais radicalmente distintos, separados por profundo fosso quanto a condições de vida e unidos somente por formas de intercâmbio antes precárias e restritas a determinadas esferas de atividade. A dinâmica tecnológica e econômica que se afirma como parte das tendências novas da globalização não autorizam qualquer otimismo no que se refere à sua eventual contribuição para melhorar esse quadro de desigualdade. Ao contrário, o que temos com ela, mesmo nos países economicamente mais avançados, são o aumento da desigualdade social, níveis inéditos de desemprego, a 'nova pobreza', o aumento da violência urbana. (REIS, 1997, p.49).

Roberto Campos (2000, *on line*) ressalta que "a globalização é um processo que está acontecendo sem pedir licença a nenhum de nós" e, por conta disso, será mais dispendioso para alguns, mas, com o tempo, as vantagens surgirão para a maioria. Lembra também que se trata de um dado da realidade, de modo a exigir uma visão estratégica que preveja os custos e benefícios dos seus resultados.

Ultrapassadas as idéias iniciais, segue-se pela apresentação de variadas definições sobre a globalização, fenômeno que pode ser entendido, em primeiras linhas, como um processo de aprofundamento da integração econômica, social, cultural, política entre as nações, com a diminuição de custos relacionadas aos meios de transporte e comunicação. Para complementar essa concepção preliminar, David Held e Anthony McGrew asseveram que:

Mas o conceito de globalização denota muito mais do que a ampliação de relações e atividades sociais atravessando regiões e fronteiras. É que ele sugere uma magnitude ou intensidade crescente de fluidos globais, de tal monta que Estados e sociedades ficam cada vez mais enredados em sistemas mundiais e redes de interação. Em conseqüência disso, ocorrências e fenômenos distantes podem passar a ter sérios impactos internos, enquanto acontecimentos locais podem gerar repercussões globais de peso. Em outras palavras, a globalização representa uma mudança significativa no alcance espacial da ação e das organizações sociais, que passa para uma escala inter-regional ou intercontinental. (HELD, McGREW, 2001. p. 12).

A necessidade da dinâmica do capitalismo de formar uma “aldeia global” [6] que permita maiores mercados para os países centrais impulsiona a globalização, no que diz respeito à forma como ocorre uma maior interação e aproximação entre as nações, interligando o mundo e, para isso, levam-se em consideração os aspectos econômicos, sociais, culturais e políticos[7]. Trata-se de uma realidade em que é possível a realização de transações financeiras, a expansão de negócios até então restritos a pequenos mercados de atuação para outros mais distantes e emergentes, sem necessariamente um investimento alto de capital financeiro, proporcionado pela eficiente comunicação do mundo globalizado.

George Ritzer (2007, p.01-33), define a globalização como a difusão das práticas capitalistas, expansão de relações através de continentes, organização da vida social em uma escala global e crescimento de uma consciência mundial compartilhada, a que chama “sociedade civil global”.

Em outras palavras, a globalização é um fenômeno que se apresenta como um processo de internacionalização das práticas capitalistas, uma interligação de mercados nacionais e internacionais com a diminuição das barreiras alfandegárias e liberdade expressiva para o fluxo de capital no mundo. Para Augusto de Franco:

Globalização, por sua vez, seria uma denominação genérica para os processos pelos quais os Estados nacionais sofrem a interferência cruzada de atores transnacionais em todos os campos (soberania, identidade, redes de comunicação, chances de poder e orientações políticas). A globalização seria, assim, uma ‘sociedade mundial sem Estado mundial e sem governo mundial’, uma nova forma global de capitalismo, desorganizado, na qual ‘não há poder hegemônico ou regime internacional econômico ou político’. Por isso, a globalização desencadeia um movimento contrário de defesa do Estado (social ou nacional) contra a invasão do mercado mundial. (FRANCO, 2008, *on line*).

Augusto de Franco (2003) prossegue em uma interessante relação entre o local e o global não sua obra “A Revolução do Local: Globalização, Glocalização, Localização”, oportunidade em que o autor afirma que não se pode captar plenamente o sentido do processo globalizante se não se compreender que a globalização é, simultaneamente, uma localização do mundo e uma mundialização do local.

Ou seja, não há uma dissociação radical entre o “global” – representado pelas multinacionais, pelo terrorismo internacional, pela indústria do entretenimento, pela rede mundial de computadores – e o “local” – marcado pela noção de cidade, de etnicidade, de fontes tradicionais de identidade. Para corroborar seu raciocínio, enfatiza que a globalização pode ser apontada como uma das razões do ressurgimento de identidades culturais locais em várias partes do mundo. Ao relacionar a globalização com a democracia, afirma que:

Para o processo de democratização, o problema não é o excesso e sim a falta de globalização. [...] A interdependência global veio para ficar e é mais benéfica para o mundo do que uma retomada da polarização dependência x independência que pretenda atrasar o relógio em várias décadas. (FRANCO, 2007, *on-line*).

A idéia de globalização que orienta esta pesquisa é aquela identificada com um processo de interdependência das economias nacionais, principalmente a partir da década de 1970[8], quando a desregularização generalizada acelerou as condições de concorrência mundial e o desenvolvimento dos meios de transporte e comunicação, causando um deslocamento dos centros de produção. O motor desse fenômeno é a competição irrestrita e universal, envolvendo as nações de todo o planeta e devorando as questões sociais.

3 DEMOCRACIA, GLOBALIZAÇÃO E A EXCLUSÃO SOCIAL

O processo de globalização em curso está desafiando as fundações e os princípios políticos da democracia. Com isso, enfraquece os laços territoriais e provoca uma exclusão social[9] cada vez mais evidente, principalmente nos países periféricos, além de conseqüências de ordem econômica, política, cultural[10]. Para Friedrich Müller, assim pode ser definida a exclusão social:

Trata-se aqui da discriminação parcial de parcelas consideráveis da população, vinculada preponderantemente a determinadas áreas; permite-se a essas parcelas da população a presença física no território nacional, embora elas sejam excluídas tendencial e difusamente dos sistemas prestacionais econômicos, jurídicos, políticos, médicos e dos sistemas de treinamento e educação, o que significa 'marginalização' como subintegração. Esse fenômeno não se restringe a países periféricos; fomentado pela política 'desregulamentadora' de corte neoliberal em meio a um capitalismo triunfalista cada vez mais selvagem, ele grassa também nos países mais ricos. (MÜLLER, 2003, p. 92).

Desloca-se, desta feita, o foco da identidade política para diminuir a importância das fronteiras internacionais e abalar as bases da cidadania tradicional. Quanto mais a globalização avança, mais distante e impotente a sociedade fica diante da realização do ideal democrático: "o imperativo do Direito e da Democracia, na sua validade universal, não diz respeito apenas às coletividades singulares, mas também às relações globais". (HÖFFE, 2002, p.556).

Para David Held e Anthony McGrew (2001, p.14), a partir do momento em que uma parcela significativa da população mundial é excluída pela globalização, esta se torna um processo profundamente desagregador e, por via de conseqüência, contraditório e passível de contestação.

Ary Ramos da Silva Júnior (2004, p.21) denuncia que "a situação é tão grave que nem sequer sabemos mais qual é o significado da palavra democracia. Não sabemos e nem fazemos questão de saber". O conceito de globalização passa a ser manipulado pelos governos, na medida em que buscam disciplinar seus cidadãos para a satisfação direta do mercado global. (HELD, McGREW, 2001, p.16).

Friedrich Müller (2005, p.402) sugere que "a democracia tem que se globalizar". Ao comentar o assunto, enfatiza que este regime exige que os processos econômicos sejam inseridos nos sociais e que a globalização regida pela lei do capital, por não obedecer essa orientação, é uma causa direta da exclusão social que, nesse contexto, se agrava paulatinamente:

Essa miséria não caiu do céu, e cada vez menos ela pode ser atribuída ao chamado subdesenvolvimento. A desregulamentação em escala mundial, designada de forma semanticamente inofensiva com o termo 'globalização' elimina, por exemplo, tarifas alfandegárias destinadas a proteger produtores e mercados locais e regionais. Assim, produtores de países pequenos submetem-se a uma concorrência internacional que, muitas vezes, não conseguem enfrentar. Fica minada a possibilidade de os governos nacionais protegerem sua economia e monitorarem com autonomia os seus sistemas financeiros. A tendência à ampliação do mercado de trabalho esvazia a influência dos sindicatos e neutraliza o efeito de padrões normativos para a proteção ao trabalhador. (MÜLLER, 2005, p.396).

No livro "As armadilhas da globalização: o assalto à democracia e ao bem-estar social", Hans-Peter Martin e Harald Schumann identificam a exclusão social presente no mundo globalizado, ao apontarem que o livre mercado e a ciranda financeira internacional drenam os recursos das nações, causando o desemprego, o empobrecimento da população, o declínio da democracia, a vulnerabilidade dos países às turbulências externas, a desregulamentação dos mercados. Ou seja, os autores discutem a globalização do ponto de vista dos mais prejudicados – os países periféricos – e propõem alternativas para neutralizar o acelerado ritmo de mudanças impostas pelas políticas neoliberais:

Com rapidez quase inimaginável, a globalização avança: essa fusão de pântanos, lagos e mares de economias de aldeia e província, regionais e nacionais, para um só oceano de economia global, que sujeita os pequenos produtores à ondas gigantescas da concorrência, no lugar das calmas marés de antigamente. O mundo está virando um só mercado e ele provavelmente abrigará um comercio pacífico. Não será a realização de um sonho da humanidade? Não deveriam os povos ricos apreciar a ascensão de tantos países em desenvolvimento? A paz global já não estaria próxima? Não. (MARTIN; SCHUMANN, 1998, p.37).

Os impactos da globalização causam uma reorientação nos interesses das elites dominantes – os países desenvolvidos. Dentro desse quadro de desigualdades socioeconômicas provocadas pela ordem global[11], é perceptível que as populações da maioria dos estados periféricos mergulhem numa atitude de descrença e apatia, sem forças suficientes para encarar os "donos do poder".

A partir daí, surge uma minoria "tribal" desorientada que vai servir de massa de manobra para políticas direitistas e, no outro extremo, uma minoria de militantes idealistas, que oferecem resistência à globalização dominante, propondo alternativas como um projeto emergente de construir uma sociedade civil global fundado nas premissas de uma democracia cosmopolita[12].

Constata-se que a democracia não convive bem com extremos. E, por isso, atravessa um processo de transformação, o qual aflora cada vez mais a sua dinamicidade frente aos acontecimentos históricos, os quais são decisivos para definir o rumo de um regime político. Destaca-se a idéia de que a democracia ideal concebida pelos fundadores está em contraste com a democracia real. Paulo Roberto dos Santos Corval assevera que:

Se a participação da sociedade na condução do seu destino já se achava defasada pela falta de representatividade no sistema democrático liberal, agora, em tempos de

globalização, concentradas as principais decisões políticas nos centros internacionais de investimento, achamo-nos governados pela lógica da emergência econômica permanente. (CORVAL, 2006, p.80).

No mundo globalizado, o que existe é uma realidade profundamente fragmentada pelas desigualdades sociais, onde consumo se revela como um fator restrito aos centros de decisão no âmbito financeiro e a pobreza se torna globalizada, constituindo-se como um "subproduto da globalização" (GERSCHMAN, 1997, p.55). A mesma conclusão chega Gilberto Bercovici (2004, p.173), para quem "a utilização atual dos poderes de emergência caracteriza-se por limitar os direitos da população em geral para garantir a propriedade privada e a acumulação capitalista".

A globalização aponta uma realidade na qual os graus de interconexões, ambigüidades e incertezas avançam sem paralelo na sociedade contemporânea, aumentando a exclusão social. Neste diapasão, os investimentos e apostas na ampliação do controle do Estado testemunham uma forte insatisfação popular com os mecanismos e resultados da democracia representativa liberal, indicando a necessidade de programar um modelo democrático mais atuante:

Ora, é exatamente nesse contexto que o país se vê assolado pelo processo de globalização e passa a enfrentar a implementação sistemática das medidas do receituário neoliberal, destinadas à redução e/ou retirada da problemática social da ossada da intervenção e responsabilização estatal. [...] Uma das inúmeras conseqüências da abertura de espaços participativos nesse contexto de globalização e de aumento de aumento da exclusão social é a confusão quanto ao caráter e os papéis dos diferentes segmentos e instâncias institucionais. (LÜCHMANN, SOUSA, 2005, p.99).

A teoria marxista (MARX, 1982) já preconizava que o sistema capitalista se desenvolve através da acumulação de capital e que a sua reprodução exige a busca permanente da mais-valia e do lucro. Assim, as relações de exploração foram caracterizadas como o principal fator explicativo da origem do valor e também como a mola propulsora da crescente desigualdade e exclusão sociais. Transcreve-se abaixo um trecho de um relatório do Banco Mundial que demonstra claramente os impactos negativos da globalização, principalmente sobre a questão da exclusão social:

O crescimento nos países em desenvolvimento também se recuperou, mas não com tanta força, ampliando a distância entre nações ricas e pobres. O número de pobres continuou a crescer, embora houvesse aumentos contínuos na expectativa de vida [...]. Enquanto as novas nações globalizadas estão começando a alcançar as nações mais ricas, grande parte do restante do mundo em desenvolvimento – cerca de dois bilhões de pessoas – estão se tornando marginalizadas. [...] Na América Latina, em razão de extremas desigualdades anteriores quanto à formação educacional, a integração global aumentou ainda mais as desigualdades salariais.[13]

Paulo Bonavides (2007, p.349) identifica a Democracia como um direito fundamental de quarta dimensão, ao lado do pluralismo e do direito à informação, asseverando que os de primeira geração pertencem ao indivíduo, os de segunda ao grupo social, os de terceira à comunidade e os de quarta ao gênero humano:

Em rigor, na era da tecnologia e da globalização da ordem econômica e da convivência humana, não há direito de natureza política mais importante que a democracia, que deve ser considerada um direito fundamental da quarta geração ou dimensão, conforme já assinalamos. (BONAVIDES, 2007, p.350).

A globalização representa a exploração dos países periféricos pelos centrais, cujo objetivo precípuo consiste em aumentar a produtividade e os lucros das empresas, a partir de um mercado global integrado. Por meio das elites políticas e econômicas, o Estado passa a agir sob o comando das grandes corporações internacionais, contrariando os interesses de seus próprios cidadãos. As evidências acerca da exclusão social que o neoliberalismo e a globalização têm causado não podem ser negadas, pois cotidianamente se fala em um desemprego crescente, o que representa apenas uma dentre tantas formas de exclusão social.

CONCLUSÃO

A democracia na era da globalização deve ser compreendida como necessária para a internacionalização da produção. A insuficiência dos ditames democráticos[14] na imposição perante os avanços da globalização não retiram sua validade como regime. Trata-se de um conceito histórico, que se traduz, inicialmente, no "governo do povo, pelo povo e para o povo", firmando-se pela luta incessante, muitas vezes se utilizando da via revolucionária, na busca dos seus ideais.

Há milhares de pessoas sem acesso ao atendimento das necessidades básicas, tais como alimentação, segurança, saúde pública, educação e trabalho digno. Neste ponto, não se encontram as expectativas de crescimento econômico prometidas pela globalização. Ao contrário, as conseqüências continuam danosas: o desemprego aumentou, os salários foram drasticamente reduzidos e a riqueza se concentrou ainda mais. O Estado, agora minimizado, tornou-se frágil e subordinou-se ao mercado, distanciando-se dos compromissos sociais.

O movimento de internacionalização do capital é excludente, conforme restou comprovado. Está em curso um nítido movimento tendente à marginalização dos países em desenvolvimento, haja vista que o discurso ideológico da globalização, o qual procura mostrar que a abertura econômica é a solução para a crise econômica - atualmente em grande evidência - não conseguiu cumprir seus objetivos, acentuando cada vez mais as desigualdades sócio-econômicas.

REFERÊNCIAS

ARCHIBUGI, Daniele; HELD, David. Cosmopolitan Democracy. In: **Agenda for a new world order**. Cambridge: Poly Press, 1995.

BANCO MUNDIAL. **Globalização, crescimento e pobreza**. São Paulo: Futura, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAMPOS, Roberto. **A Globalização e nós**. Disponível em: <http://www.clicrbs.com.br>. Acesso em: 29 abr. 2009.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. Os valores sociais da livre iniciativa. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 171, jul./set., 2006, p.63-80.

DAHL, Robert Alan. **Poliarquia**: Participação e Oposição. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: EDUSP, 1997.

FRANCO, Augusto de. **Globalização e Neoliberalismo**. Disponível em: <http://contexto3.blogspot.com/2008/05/1>. Acesso em: 25 abr. 2009.

_____. **A Revolução do Local**: Globalização, Glocalização, Localização. Brasília: AED. São Paulo: Cultura, 2003.

_____. **Globalização insuficiente**. Disponível em: <http://contexto3.blogspot.com/2007>. Acesso em: 25 abr. 2009.

GERSCHMAN, Sílvia. Democracia, políticas sociais e globalização: relações em revisão. In: **A miragem da pós-modernidade**: democracia e políticas sociais no contexto da globalização. GERSCHMAN, Sílvia. VIANNA, Maria Lúcia Werneck (Org.). Rio de Janeiro: Fio Cruz, 1997, p.53-63.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana.Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. v.II, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HELD, David. McGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX (1914-1991). Trad. Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

HÖFFE, Otfried. Visão republicana mundial: democracia na era da globalização. **Revista Trimestral de Filosofia da PUCRS (Veritas)**. Porto Alegre, v. 47, n. 04, dez., 2002, p. 553-566.

IANNI, Otávio. **Era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civ. Brasileira, 1996.

LESSA, Renato. **Democracia**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

LOSURDO, Domenico. **Democracia ou bonapartismo**: triunfo e decadência do sufrágio universal. São Paulo: UNESP, 2004.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. SOUSA, Janice Tirelli Ponte de. Geração, democracia e globalização: face dos movimentos sociais no Brasil contemporâneo. **Serviço Social e sociedade**. Santa Catarina, n.84, nov. 2005, p. 91-117.

MARTIN, Hans-Peter. SCHUMANN, Harald. **A armadilha da globalização**: o a assalto à democracia e ao bem-estar social. 3. ed. São Paulo: Globo, 1998.

MARX, Karl. **O capital**. 7. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

MÜLLER, Friedrich. Democracia e exclusão social em face da globalização. **Revista opinião jurídica**. Fortaleza, n.03, 2005, p. 393-403.

_____. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Junqueira de. Administração Pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. In: **Direitos Humanos e Democracia**. CLÈVE, Clèmerson Merlin. SARLET, Ingo Wolfgang. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 307-329.

PRZEWORSKI, Adam. MESEGUER, Covadonga. Globalização e Democracia. **Novos estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 67, nov. 2003, p.109-129.

REIS, Fábio Wanderley. O nacional e o social em tempos globais. In: **A miragem da pós-modernidade**: democracia e políticas sociais no contexto da globalização. GERSCHMAN, Sílvia. VIANNA, Maria Lúcia Werneck (Org.). Rio de Janeiro: Fio Cruz, 1997, p.43-51.

RITZER, George. Globalization: a new conceptualization. In**: The Globalization of Nothing**. Califórnia: Pine Forge Press. 2007, p.01-33.

SANTOS, Tânia Steren dos. Globalização e exclusão: a dialética da mundialização do capital. **Revista Sociologias**. Porto Alegre, ano 3, nº 6, jul./dez. 2001, p. 170-198.

SARTORI, Giovani. **A teoria da democracia revisitada**: o debate contemporâneo, v. I. São Paulo: Ätica, 1994.

SILVA, José Afonso da. Democracia e direitos fundamentais. In: **Direitos Humanos e Democracia**. CLÈVE, Clèmerson Merlin. SARLET, Ingo Wolfgang. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 369-370.

SILVA JÚNIOR, Ary Ramos. Globalização, Estado Nacional e Democracia: as transformações do capitalismo e seus impactos econômicos, sociais, políticos e espaciais. **Economia & Pesquisa**. Araçatuba, n. 6, mar. 2004, p. 19-49.

ZOLO, Danilo. **Democracy and Complexity**: a realistic approach. **Pensilvânia:** Pennsylvania Univers, 1992.

_____. **Il principato democratico**: per una teoria realistica della democrazia. Milão: Feltrinelli, 1992.

---

[1] Cf. SANTOS, Tânia Steren dos. Globalização e exclusão: a dialética da mundialização do capital. **Revista Sociologias**. Porto Alegre, ano 3, nº 6, jul./dez. 2001, p. 171.

[2] OLIVEIRA, Gustavo Junqueira de. Administração Pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. In: **Direitos Humanos e Democracia**. CLÈVE, Clèmerson Merlin. SARLET, Ingo Wolfgang. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 307-329.

[3] Cf. GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana.Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 14-94.

[4] Cf. SILVA, José Afonso da. Democracia e direitos fundamentais. In: **Direitos Humanos e Democracia**. CLÈVE, Clèmerson Merlin. SARLET, Ingo Wolfgang. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 369-370.

[5] Cf. SILVA JÚNIOR, Ary Ramos. Globalização, Estado Nacional e Democracia: as transformações do capitalismo e seus impactos econômicos, sociais, políticos e espaciais. **Economia & Pesquisa**. Araçatuba, n. 6, mar. 2004, p. 25.

[6] Cf. IANNI, Otávio. **Era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civ. Brasileira, 1996, p. 50.

[7] Cf. HÖFFE, Otfried. Visão republicana mundial: democracia na era da globalização. **Revista Trimestral de Filosofia da PUCRS (Veritas)**. Porto Alegre, v. 47, n. 04, dez., 2002, p. 555.

[8] Cf. HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX (1914-1991). Trad. Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das letras, 1995, p. 393-420.

[9] Cf. SILVA JÚNIOR, Ary Ramos. Globalização, Estado Nacional e Democracia: as transformações do capitalismo e seus impactos econômicos, sociais, políticos e espaciais. **Economia & Pesquisa**. Araçatuba, n. 6, mar. 2004, p. 35.

[10] Cf. HELD, David. McGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 37-47.

[11] Cf. Dados do Conselho Federal de Economia. Disponível em: < http://www.cofecon.org.br>. Acesso em: 26 abr. 2009.

[12] Cf. ARCHIBUGI, Daniele; HELD, David. Cosmopolitan Democracy. In: **Agenda for a new world order**. Cambridge: Poly Press, 1995.

[13] BANCO MUNDIAL. **Globalização, crescimento e pobreza**. São Paulo: Futura, 2003, p. 21-22.

[14] Cf. PRZEWORSKI, Adam. MESEGUER, Covadonga. Globalização e Democracia. **Novos estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 67, nov. 2003, p.109.

A ORDEM ECONÔMICA NA MODERNIDADE E O DIREITO PENAL ECONÔMICO*

THE ECONOMIC ORDER IN MODERNITY AND THE ECONOMIC CRIMINAL LAW

Tito Livio Barichello

RESUMO

No bojo da presente pesquisa, busca-se analisar a importância da ordem econômica para a vida em sociedade, sua evolução na história e, como consectário a necessidade, ou não, de uma proteção penal diferenciada. Tal investigação tem, como ponto de partida, a expressa inserção constitucional da ordem econômica no Título VII, capítulo I de nossa Lei Maior, que erige, como primado, a proteção a diversos bens jurídicos, como a livre iniciativa, a valorização do trabalho humano, a livre concorrência e o meio ambiente.
Exsurge, como corolário a corrente indagação acerca da necessidade, ou não, de um direito penal distinto daquele denominado tradicional ou clássico, com principiologia própria para fazer frente a essa nova criminalidade, visto que a atual conjuntura social e econômica demonstra, cada vez mais, a constante mácula a bens jurídicos supra-individuais de natureza econômica.
A ocorrência de crimes contra a ordem econômica, não é exclusividade da sociedade atual, tendo estrito liame com o modelo econômico e a própria evolução da economia, que ocorre através dos tempos. Regramentos econômicos se perdem nas brumas do tempo, como no Código de Hamurabi de 1700 a.C e no antigo Egito, encontrando seu ápice nos dois grandes embates mundiais.
Vivencia-se um novo momento econômico, de praxis incomum, com uma criminalidade econômica distinta, demandando reflexão dogmática, que deve encontrar meios de obstar a impunidade sem, para isso, descurar-se da principiologia constitucional que salvaguarda o jus libertatis do cidadão.

PALAVRAS-CHAVES: ORDEM ECONOMICA – MODERNIDADE – DIREITO PENAL ECONOMICO – LIMITES CONSTITUCIONAIS.

ABSTRACT

In the bulge of the present research, one searchs to analyze the importance of the economic order for the life in society, its evolution in history and, as consequences the necessity, or not, of a differentiated criminal protection. Such inquiry has, as constitutional insertion, starting point express of the economic order in Heading VII, chapter I of our Bigger Law, that it erects, as primate, protection the diverse legal good, as the free initiative, the valuation of the human work, the free competition and the environment. Exsurge, as corollary the current investigation concerning the necessity, or not, of a distinct criminal law of that traditional or classic calling, with proper principles to make front to this new crime, since the current social and economic conjuncture

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

demonstrates, each time more, the constant stains the supply-individual legal good of economic nature. The occurrence of crimes against the economic order, is not exclusiveness of the current society, having strict liame with the economic model and the proper evolution of the economy, that occurs through the times. Rules economic if loses in the mist of the time, as in the Code of Hamurabi of 1700 a.C and in old Egypt, finding its apex in the two great ones you strike world-wide. A new economic moment, of praxis is lived deeply uncommon, with distinct economic crime, demanding dogmática reflection, that must find ways to hinder impunity without, for this, to relinquish itself of the constitutional principles that safeguards jus libertatis of the citizen.

KEYWORDS: ECONOMIC ORDER - MODERNITY - ECONOMIC CRIMINAL LAW – CONSTITUTION LIMITS

1. A ORDEM ECONÔMICA E A CONSTITUIÇÃO

Considerando a "repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes" que "impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas, assim como impede a criminalização de outras"[1], apesar de opiniões doutrinárias divergentes sobre esta assertiva[2], faz-se necessário analisar a Carta Constitucional brasileira, quando trata da ordem econômica em sentido amplo, para, a partir desta premissa maior, realizar o exercício hermenêutico objetivado nesta pesquisa.

A ordem econômica encontra-se expressamente inserida no Título VII da Constituição da República Federativa do Brasil, tendo por princípios, entre outros, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente[3]. A Constituição do México foi pioneira em tratar da ordem econômica em seu texto, sendo que no Brasil a Carta de 1934, sob a influência da Constituição de Weimer, inseriu principiologia acerca da ordem econômica[4].

A existência de um regramento econômico inserto em textos constitucionais é fato recente, que advém da modificação do modelo de Estado Liberal para o Estado Social, pós Primeira Guerra Mundial, sendo que, no direito pátrio, efetivou-se através do título "Da Ordem Econômica e Social"[5].

A Constituição portuguesa em seu art. 80 e seguintes, contempla a "organização económica", com a "subordinação do poder económico ao poder democrático", restando como conseqüência a importância primeira do interesse estatal ao da "riqueza", ou seja, da democracia sobre o capital[6].

Luis Roberto Barroso, quando trata da ordem econômica e financeira, postada no Título VII, Capítulo I, art. 170 da Constituição Federal, insere ampla legislação penal e extra-penal pertinente ao título, como a Lei nº. 4131/62 (aplicação de capital estrangeiro), Lei nº. 4.595/64 (política monetária), lei nº. 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro),

Lei nº. 8.078/90 (Código do Consumidor), Lei nº. 8.137/90 (crimes tributários), Lei nº. 8.884/90 (infrações à ordem econômica), Lei nº. 8.887/95 e Lei nº 9.074/95 (concessão e outorga de serviços públicos) e Lei nº 9.069/95 (plano Real e o sistema monetário)[7].

Compreende-se por ordem econômica, no dizer de Manoel Jorge Silva Neto[8]:

[...] tanto o plexo normativo, de natureza constitucional, quanto a forma como estão se sucedendo, de fato, as relações econômicas. Temos, assim, o reconhecimento quanto à existência de uma ordem econômica no plano do dever-ser e uma outra atada ao mundo do ser.

Bens jurídicos de caracteres individuais perderam espaço para bens jurídicos supraindividuais, principalmente aqueles de natureza econômica, considerados "fundamentais para a realização do indivíduo na sociedade"[9]. Objetiva-se com tal inserção regrar a atividade econômica, através da "intervenção direta ou indireta na economia, conduzir a sinergia da iniciativa individual para a efetivação do interesse coletivo[10]".

Para Sylvio Motta, a ordem econômica abarca a intervenção estatal, através do monopólio de certas atividades relacionadas à segurança nacional, à repressão ao abuso econômico, com medidas que permitam coibir condutas abusivas por parte da iniciativa privada; o controle do abastecimento evitando "a sonegação primária por parte de especuladores"; o tabelamento de preços, com intuito de "garantir preços mais justos"[11].

A nossa Carta Constitucional pode ser considerada uma Constituição econômica, havendo clara contradição em separar a ordem econômica da social, posto que "reproduz equívoco semântico que supõe econômica a produção e social a repartição"[12].

Compreende-se então, por expressa disposição constitucional, a ordem econômica como premissa maior a garantir a atividade econômica, através da valorização do trabalho calcada na liberdade de mercado. No entanto, a parte final do mesmo dispositivo constitucional que consigna a liberdade, informa o corolário da justiça social e a existência digna, devendo, para tanto, assegurar a defesa do consumidor, do meio ambiente, objetivando interesses coletivos e respaldando a intervenção do direito penal na economia.

Para José Afonso da Silva[13]:

A atuação do Estado, assim, não é nada mais, nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo.

Isto tem efeitos especiais, porque importa em impor condicionamentos à atividade econômica [...].

Quando a nossa Carta Magna insere a livre concorrência como princípio, está a impor limites àqueles que atuam no mercado, com a "proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência", motivo pelo qual a lei 8.884/94, repassou competência ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), como autarquia federal, poderes para prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica que prejudicassem a livre concorrência[14].

Segundo entendimento de nossa Corte Constitucional, "a intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica", de acordo com a livre iniciativa que é princípio constitucional estampado no art. 1°, IV e art. 170 da Constituição Federal[15].

A ordem econômica constitucional (art. 170, V) ampara o consumidor como "a parte mais vulnerável da relação" e, como direito fundamental (art. 5º), cabendo ao Estado interceder em virtude do princípio da vulnerabilidade[16].

No entender de Gilmar Ferreira Mendes[17]:

[...] no bojo da constitucionalização da economia, a figura do consumidor mereceu tratamento específico e diferenciado, conferindo-lhe indiscutível superioridade jurídica para compensar a sua evidente inferioridade de fato, enquanto agente econômico mais vulnerável nas relações de consumo.

Proteção constitucional similar existe ao meio ambiente, (art. 170, VI), como "espaço da vida humana", alcançando a sustentabilidade, requer a atuação estatal para sua proteção, por força constitucional[18]. O extremo vínculo entre o meio ambiente e a qualidade de vida da população é fato inegável que se refletiu na "constitucionalização e na legalização da economia[19].

O meio ambiente perfaz-se em um direito de terceira geração, perpassando os de primeira (vida, segurança, etc.), de segunda, como o "direito de propriedade, obrigação de dar, fazer [...]", ocorrendo a responsabilidade do Estado em protegê-lo como patrimônio público, conforme entendimento de nossa Corte Constitucional[20].

Para o Supremo Tribunal Federal, o crime de lavagem de dinheiro, tipificado na Lei 9.613/98, afronta a ordem econômica e prejudica a administração da justiça, posto "introduzir na economia formal, valores, bens ou direitos, que provenham direta ou indiretamente, de crimes antecedentes"[21].

A lavagem de dinheiro prejudica a ordem econômica, prática comum de organizações criminosas que “negam ao Estado seu legítimo monopólio da violência”, tratando-se de um problema social e econômico que não permite um embate desvinculado da realidade fática vivenciada, devendo ocorrer uma busca incessante de modelos que por ventura atinjam seu escopo de combater esta criminalidade[22].

Com a ordem econômica imposta como ditame constitucional, discute-se a necessidade ou não de "um novo direito penal", a atuar na proteção de bens jurídicos supra-individuais, com vítimas nem sempre delimitadas, maximizando a intervenção penal na área econômica de forma diversa daquela prevista no direito penal nuclear[23].

Para Jorge de Figueiredo Dias a criminalização de condutas que maculem a ordem econômica é premente e a impunidade que advém da ausência de tipificações tem gerado sentimento de “injustiça estrutural”, ferindo o princípio da “igualdade material entre os cidadãos” [24].

Devemos estar atentos ao fato de que os tipos inseridos na Lei 7.492/86, de forma diversa daqueles convencionais (vida, liberdade, patrimônio, etc.) que são “facilmente perceptíveis”, encontram maiores dificuldades de enquadramento na persecução penal. Na proteção de bens jurídicos envolvendo a ordem econômica, que comumente ofende bens jurídicos supraindividuais, torna-se por demais difícil sua percepção[25].

O Estado tem o dever de intervir na Economia para coibir condutas lesivas à sociedade, pois a proteção destes bens jurídicos coletivos tem liame com toda a comunidade, necessitando delimitarem-se condutas nocivas através do “tipo de perigo e as normas penais em branco”, o que não encontra óbices na visão de que o direito penal é a última *ratio*, ou na busca de uma concepção funcionalista[26]. A inoperância estatal, quando deixa de intervir na proteção de bens jurídicos de importância extrema para a comunidade, “quando por demais liberal”, ao contrário de proteger o *jus libertatis*, reforça o sentimento de impunidade[27].

A difícil dicotomia entre o livre mercado e a atuação estatal na economia resolve-se no necessário equilíbrio, tendo o direito penal econômico, através do “exercício do *ius puniendi*” esta tarefa, considerado em sentido amplo como “um conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”. Apesar de opiniões doutrinárias diversas, que vêem em medidas administrativas o correto meio a coibir crimes contra a ordem econômica, vislumbra-se a necessária atuação do direito penal, a proteger bens jurídicos de tamanha magnitude[28].

2. BREVE HISTÓRICO DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA

A sociedade hodierna materializou profunda mutação de paradigmas em diversas áreas de conhecimento humano. Bens jurídicos considerados de somenos importância ou, até, de denodo algum, passaram a importar sobremaneira, com a ofensa a valores trans-individuais de caráter econômico.

Perquire-se acerca da possibilidade do direito penal nuclear fazer frente a esta nova criminalidade diversa, perpassando o debate por filosofias claramente abolicionistas, e, também, "considerações da Frankfurrterschule até o Direito Penal do Inimigo, Direito Penal de duas, ou de três velocidades [...][29]".

No entanto, é entendimento unânime que as relações econômicas passaram a ter importância essencial para a estabilidade social e sendo a economia uma área extremamente volátil, ataques efetivados, contra ela, passaram a exigir ação imediata e proporcional ao bem jurídico afetado.

A ocorrência de crimes contra a ordem econômica não é exclusividade da sociedade atual, tendo estrito liame com o modelo econômico e a própria evolução da economia que ocorre através dos tempos[30].

A história nos traz exemplos de legislação interventora na ordem econômica, "sendo que precedentes de um direito penal econômico já apareciam registrados desde o Código de Hamurábi" por volta de 1700 a.C, havendo resquícios dos denominados crimes de colarinho branco no Egito em torno de 1100 a.C. no reinado de Ramsés IX[31].

Regramentos econômicos estavam presentes em Roma com a "*Lex Julia de Annona*[32]" que teve origem em César, impondo "ao açambarcador a multa de 20 escudos de ouro[33]" e, também, punindo a especulação de mercadorias, alcançando a pena capital[34]. Nas Ordenações Filipinas, cuja primeira edição remonta ao ano de 1603, convalidada por Dom João VI, através da Lei de 29 de janeiro de 1643[35], previa-se a "fraude sobre mercadorias", o "uso de peso e medida falso". A exportação ilícita era considerada crime nos seguintes termos: "Títulos CXII ('Das cousas, que se não pode levar fora do Reino sem licença de El-Rey), CXIII ('que não se retire ouro, nem dinheiro para fóra do reino')[36]".

O meio ambiente obtinha proteção expressa nas Ordenações Filipinas, quando no Livro V, Título LXXV, tratava da preservação das árvores frutíferas e cerceava seu corte, no Título LXXVIII incriminava-se a conduta de retirar a cera da colméia matando as abelhas e no Título LXXXVIII "das caças e pescarias defezas", com penas que consideravam o "status do agente, a natureza do objeto material do crime, a extensão do dano [...] ou o alcance da danosidade social", com apenamento que poderia alcançar até morte[37].

Na Alemanha no século XVIII com o regramento para a produção de cerveja, e na própria França, pós Revolução Francesa, com a punição para a "especulação de mercadorias e títulos a partir do Código Francês de 1810[38]"

Pelo descrito depreende-se necessário retroagirmos à baixa idade média, para verificar o modelo econômico vigente à época, quando o poder econômico centrava-se nas mãos do possuidor das terras, detentor de títulos nobiliárquicos, em uma economia agrária oriunda do feudalismo.

O poder político concentrava-se no rei, que o dividia com o clero[39]. Não se pode olvidar Michel Foucault[40], que bem define a realidade vivenciada à época, na

expressão que sintetiza a força do soberano, que possuía a faculdade discricionária de "deixar viver ou fazer morrer".

Com a abertura das estradas e, principalmente, das navegações ultramarinas, exsurge uma nova classe social que reside em aglomerações humanas denominadas de burgos. A partir da Revolução Industrial, a mudança do poderio econômico se acentua, com o entendimento fixo em Descartes, de o homem exercendo pleno domínio sobre a natureza[41].

Com o poder econômico transferido para a burguesia, eclode a Revolução Francesa de 1789, sob os ideários *Liberté, Egalité e Fraternité,* calcada na Filosofia da Ilustração, bem definida por Fábio Guaragni[42]:

a) a origem do poder estatal como popular, e não divina; b) o endosso do jusnaturalismo como limite ao poder estatal, evidenciando que [...] a tríade, vida, liberdade e patrimônio [...] não lhe são dados pelo monarca, [...] sendo, sim, inerentes à própria condição humana; c) a justificativa contratualista [...] na versão mais liberal de Locke.

Verifica-se em momento imediatamente seguinte à Revolução Francesa, a imposição de gravoso regramento econômico com claro intuito de reestabelecer a ordem na economia[43]:

Com o advento da Revolução e os levantes populares contra a crise de alimentos de primeira necessidade foi editado o Decreto da Convenção de 26-28 de julho de 1793, cominando aos especuladores e açambarcadores a pena de morte, aplicável também a todos quantos subtraíam à circulação mercadorias e gêneros de primeira necessidade.

Posteriormente ao difícil momento, que redundou a mudança de paradigma econômico advindo da revolução francesa, o modelo liberal clássico estabelece seus ditames de não intervenção estatal, sendo que o mercado se autoregularia de acordo com as leis naturais de economia[44]. Passou, então, a vigorar o brocardo: *laissez faire, laissez aller, laissez passer**[45]***, que pugnava pela inércia estatal no trato das relações econômicas.

Vital Moreira resume a mudança de paradigmas advindos da Revolução Francesa[46]:

A revolução burguesa, ao extinguir os direitos feudais, ao estourar a arquitetura corporativa medieval e a estrutura protecionista do mercantilismo, pretende substituir a ordem jurídica, artificial, da economia por uma ordem natural, automática, ajurídica.

O capitalismo com o seu regramento próprio, estabelecido em leis naturais, visualizava a economia e o mercado de forma distinta e autônoma do sistema jurídico. Qualquer normatização era considerada desnecessária, posto haver a auto-regulação pelo próprio mercado[47].

Após a revolução francesa, os textos constitucionais não possuíam qualquer intento de regrar questões econômicas, tratando, quase que exclusivamente, da organização política, estabelecendo, taxativamente, limites ao poder do Estado, pugnando pelo olvide do modelo anterior calcado na figura do soberano[48].

Implantou-se a denominada supremacia do contrato, com a liberdade erigida a primeiro plano, levando ao extremo o brocardo latino *pacta sunt servanda*, pugnando-se pela não intervenção estatal.

Com a Primeira Guerra Mundial, de 1914 a 1918, ocorre o surgimento do direito penal econômico, em virtude do momento bélico e todo seu consectário, levando o Estado a intervir nas relações econômicas, utilizando-se o direito penal até para situações menos gravosas, sendo que, na Alemanha, mais de 40 mil normas penais regraram as relações econômicas no momento conflituoso[49].

Por esse motivo "a história do direito penal económico" tem origem nessa necessária mudança de postura pela arregimentação de forças estatais e privadas, impondo normatizações econômicas, pelo momento bélico vivenciado. A ideologia liberal, até então vigente, sucumbe à intervenção estatal na economia, quando buscou-se defender o modelo econômico pretendido pelo Estado, na grave situação enfrentada, recorrendo-se ao direito penal econômico[50].

Mantendo os "dogmas e concepções liberais" a ordem econômica pós-guerra vivifica-se em soberba crise, com desabastecimento generalizado, especulação exasperada, açambarcamento de alimentos de primeira necessidade, falências irregulares, entre outras máculas à ordem econômica, coadunadas pela inoperância estatal[51].

Em momento subseqüente, o colapso econômico de 1929 foi corolário da matriz liberal, quando grandes empresas, que detinham o monopólio de produtos, provocaram um abismo entre o valor de produção e o de mercado, com uma especulação desenfreada que levou à quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque[52].

Vigorava o liberalismo econômico, sem a intromissão estatal, o que "se revelou danoso para os, economicamente, mais fracos. A orla de miseráveis aumentava e percebeu-se que somente o Estado poderia assumir o papel de agente capaz de promover o bem comum"[53].

O Código Penal italiano de 1930 inseria título próprio a regular a ordem econômica sob a denominação "Contra a Economia Pública, a Indústria e o Comércio", que foi paulatinamente modificado "em face dos excessos em sua formulação depois de finda a guerra e derrotado o fascismo"[54].

Com a Segunda Grande Guerra, de 1939 a 1945, ocorre nova e profunda intervenção estatal, posto haver o conflito abarcado muitas dezenas de nações e interferido em todas as relações econômicas mundiais[55]. Na Alemanha nazista tipificou-se como ilícito "a conduta do cidadão alemão que retirasse bens da Alemanha, ou os mantivesse fora do seu território" [56].

A intervenção estatal, em qualquer situação de seu interesse, inclusive econômica, respaldava-se na supressão do princípio da legalidade, através da seguinte descrição delituosa[57]:

É punível aquele que comete um ato que a lei declara punível ou que, conforme a idéia fundamental de uma lei penal e ao sentimento do povo, merece ser punido. Se nenhuma lei penal é diretamente aplicável ao ato, este será sancionado conforme a lei em que mais adequadamente se aplique a idéia fundamental.

Exaurido o Segundo Embate mundial, começa a formar-se um novo modelo econômico, baseado na "internacionalização e na financeirização" cujo intento é propiciar a manutenção do *status quo* econômico dos países vencedores[58].

Momento contínuo ao transcurso da Segunda Guerra, paralelamente às sequelas do conflito, ocorre a denominada "corrida armamentista", com acirrada disputa entre matrizes de visão econômica oposta[59].

Para Tigre Maia[60]:

Consta-se em conseqüência que as novas ordens constitucionais, surgidas após seu término, passam a refletir a enorme importância adquirida pela organização da economia e pelo estabelecimento dos princípios reguladores da crescente intervenção do Estado em seu funcionamento.

No Brasil, a Constituição de 1934 inseriu expressa proteção à economia popular, havendo, em seguida, o alargamento das atribuições penais com o Decreto-Lei 869/38, a Lei nº 1521/51 e a Lei nº 4.137/62[61]. O que sucedeu para os ordenamentos seguintes[62], seguindo-se a Lei nº 4.729/65 que definia os crimes de sonegação fiscal, Lei nº. 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, a Carta Constitucional de 1988, que inseriu expressamente no art. 170, os princípios gerais da atividade econômica com valorização do trabalho humano, livre iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, entre outros ditames.

Seguiu-se a promulgação de ampla legislação ordinária, como a Lei nº 8137/90 (crimes tributários, contra ordem econômica e contra as relações de consumo), lei nº. 8.078/90 (relações de consumo), lei nº. 8.884/94 (prevenção e repressão às infrações contra a

ordem econômica, com apenamento administrativo), lei nº. 9.605/98 (meio ambiente), lei nº. 9.613/98 (lavagem de dinheiro), entre outras.

No entanto, apesar da ampla legislação pátria, vivifica-se um novo momento econômico, de *praxis* incomum, com novas condutas delituosas, diversas das anteriores, "até então inimagináveis, como são exemplos os casos Enron, WorldCom ou Parmalat", denotando-se condutas de extensão "cerebriana: uma criminalidade econômica", de classe média e alta e não mais aquela inserida nos extratos sociais menos privilegiados, que tem no furto o delito base[63].

Em menos de uma década de atividade ilegal, o norte-americano Ramón Milan-Rodrigues "reciclou cerca de US$ 11 bilhões de dinheiro oriundo dos cartéis colombianos, um tribunal italiano "confiscou bens avaliados em um trilhão de liras por lavagem de dinheiro[64].

Segundo Luís Fernando Diegues Cardieri[65]:

Com o advento do fenômeno global denominado globalização, muitas coisas surgiram e mudaram. Em relação aos crimes econômicos, por exemplo, objeto deste estudo, podemos citar o surgimento dos "paraísos fiscais", onde ocorrem, principalmente, delitos de lavagem de dinheiro.

Exemplo paradigmático é o do ex-presidente da Nasdaq, Bernard Madoff, que operando, fraudulentamente, instituição financeira causou prejuízo direto de US$ 50 bilhões, utilizando "o famoso esquema da pirâmide" e, indiretamente, desestabilizou toda economia mundial. Valeu-se do respeito adquirido em Wall Street, sendo, à época do golpe financeiro, consultor do Securities and Exchange Commission, que é o órgão que regula e controla o mercado americano[66].

É importante refletir sobre as novas áreas de incidência do direito penal, porquanto encontra-se ultrapassada a idéia da proteção exclusiva de bens individuais, que respaldaram o Estado Moderno. Hodiernamente o liame entre o Estado e o Indivíduo sofreu mutação, vigorando a corresponsabilidade em relação a questões, como a do meio ambiente e a maximização de deveres estatais como no caso da obrigação de propiciar sua "realização pessoal" [67].

A existência de uma economia mundial una, ou seja, globalizada como um todo, é realidade inquestionável, sendo que "o planeta tornou-se um grande mercado", com os países abrindo suas economias[68]. A realidade fática produz com vastidão, a ofensa a bens jurídicos coletivos ou transindividuais, que "transcende o cariz de interesses puramente individuais e corresponde aos interesses da coletividade"[69]. Cientes da importância de que a ação criminalizadora somente obtenha legitimidade em relevantes interesses da sociedade[70], cumpre firmar o papel do direito penal econômico, não autônomo e, como tal, vinculado a todo o cabedal principiológico, inserido em nossa Carta Magna, visto como um "sub-ramo do direito penal" a fazer frente a essa incipiente realidade[71].

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CRIMES ECONÔMICOS

Prima facie consigna-se entendimento que “a intervenção do Estado na economia é inquestionável”, sendo que condutas individuais maculam “a sociedade em geral”, quando atentam contra a ordem econômica[72].

Debates sobre a “criminalidade organizada” são comuns, em virtude de um novo momento vivenciado em nosso cotidiano, com a constante promulgação de leis ordinárias que tipificam condutas correlacionadas ao tema[73]. É corrente a utilização de meios complexos para a lavagem de dinheiro, com profissionais dotados de extrema habilidade, informática de última geração, escamoteando-se o resultado ilícito em atividades aparentemente legais, advindo um poder que, “em alguns casos, ultrapassa o possuído pelos governos”[74].

No entanto, não aceita-se um direito penal econômico desvinculado dos primados do direito penal tradicional, conforme apregoam doutrinadores, que almejam um regramento penal econômico não entabulado “conforme os dogmas tradicionais, pois, do contrário, a sociedade restará à mercê dos grandes grupos econômicos que ditam as regras de sobrevivência: lucro a qualquer custo”[75].

As máculas à sociedade que advêm da prática de um ilícito, de natureza econômica, superam aquelas produzidas pela criminalidade tradicional, mesmo quando violenta, por repercutir em toda a sociedade[76]. Para José Claudio dos Santos[77]:

a) a danosidade destes crimes supera a causada “pelo resto da criminalidade tradicional”, além de também, por via indireta, mas real, a vida, a saúde, a integridade física; b) pelo mimetismo que lhes é peculiar, os agentes – ocultando-se e ambientando-se com incrível facilidade -, dificultam, quando não impossibilitam, as investigações, crescendo, assim, as “conhecidas” cifras negras.

Para Rodrigo Sánchez Ríos[78]:

A importância social do sistema financeiro, da ordem tributária, do sistema previdenciário, do meio ambiente, das relações de consumo, entre outras, são considerados fundamentais para a própria realização do indivíduo em sociedade, perante estas novas modalidades de ilícito que acompanham as transformações, alguns autores tem preferido denominá-la "criminalidade da empresa".

Esta nova criminalidade assume múltiplas facetas, entre as quais, a denominada criminalidade empresarial, que Luiz Antonio Câmara[79] define nos seguintes termos:

Os crimes de empresa constituem uma categoria diferenciada de infrações penais, marcada pela sujeição ativa distinta (agentes com alto poder aquisitivo), sujeição passiva difusa (não especificação das vítimas) e vulneração de bens supra-individuais [...].

Para Renato de Mello Jorge Silveira a criminalidade de empresa possui alta complexidade, em virtude de caracteres próprios, como o "ato delitivo realizado por grupo de pessoas organizadas hierarquicamente e com ideal divisão de funções", ocasionando dificuldades na imputação da conduta típica, como no caso do voto secreto ou não explicitado[80].

No entanto, erigem-se pesadas críticas à nomenclatura “criminalidade da empresa”, para abarcar os delitos econômicos, pois “parece-nos imprecisa, em vista que os sujeitos ativos dos crimes contra a economia não se resumem às empresas”[81].

Em relação ao sistema financeiro nacional, em momento algum de nossa história se registrou tamanha magnitude ofensiva aos bens jurídicos supra-individuais tutelados nesta seara[82]. A lei nº. 7.492/86 adentrou ao sistema jurídico, com intuito de alargar o espectro penal frente a essa nova criminalidade, que o Código Penal com seus tipos correspondentes não alcançava, definindo os denominados *crimes de colarinho branco*[83].

A necessária atuação do direito penal, na contenção da criminalidade econômica, exige a intervenção estatal na área econômica. Destaca-se necessário mencionar a denominada criminalidade de colarinho branco, de Edwin Sutherland, quando em 1935, proferiu palestra à Associação Americana de Sociologia, definido *white-colar crime* como aquele “cometido no âmbito de sua profissão por uma pessoa de respeitabilidade e elevado estatuto social”, desmistificando os estudos criminológicos que cingiam a criminalidade a extratos sociais menos privilegiados ou a caracteres físicos ou mentais do sujeito ativo[84].

Enfatiza-se, desde já, que o direito penal econômico não subsume seu conceito, como aquele advindo como corolário direto ou indireto do “mercado e às instituições em que se exprime a vida econômica[85]”. Apesar de sua matriz comumente embasar-se no conceito do *white-collar*, tal parâmetro não é de todo pertencente ao passado, em virtude da cotidiana conceituação de crimes econômicos, como aqueles ligados a certas atividades profissionais, ou advindos do exercício empresarial[86].

Do estudo de Edwin Sutherland advém a descoberta desta nova criminalidade de “colarinho branco”, obtendo-se mudança de paradigmas que baseavam seus estudos em “um falso padrão de criminalidade”, orientada de forma determinista para um grupo social menos privilegiado economicamente[87].

O fator propulsor do crime não se ampara em fator subjetivo, ou seja, em questão pessoal ou particular do agente, tendo como fonte o vínculo ou contato social com terceiros que possuam predisposição majorada à ilicitude. Tais condutas pelos caracteres do sujeito ativo aproximam-se de uma criminalidade econômica[88].

Para Renato de Mello Jorge Silveira[89]:

Discute-se com extremada paixão, sobre quais as fronteiras de intervenção penal na economia. Indaga-se como isso e com quais elementos se pode proceder a uma busca por maior justiça.

Visto que o direito pátrio não entabula, taxativamente, em diploma unificado, o rol de delitos que estão abarcados pelo direito penal econômico, verifica-se a existência de tipos penais correspondentes à matéria, inseridos esparsamente pelo ordenamento penal, inexistindo conceito unívoco acerca da abrangência do direito penal econômico na doutrina brasileira[90].

No direito alemão buscou-se sem sucesso inserir na parte especial do código penal um título próprio denominado "Delitos Contra a Economia", que adotava "uma concepção ampla de delitos econômicos", desde aqueles que maculam bens jurídicos de natureza supraindividual, até a proteção a instrumentos direcionados à vida econômica como "o abuso do cheque"[91].

O Código Penal português não elenca em seu corpo, título próprio que contenha o rol de delitos econômicos vigentes em seu ordenamento. No entanto, o Decreto-lei 28 de 20-01-1984 trata de forma pormenorizada dos crimes contra a ordem econômica, não apenas catalogando os delitos, mas contemplando princípios próprios advindos da especialização, com conseqüências penais que levam, em conta, a natureza econômica do delito, em especial "no caso do crime ser cometido no seio de uma pessoa jurídica" [92].

Compreende-se que apesar de estar inserida em lei especial e não no Código Penal, admite-se que "uma parte essencial do Direito Penal Econômico português encontra-se agrupada e adequadamente sistematizada num texto único[93]".

Por outro lado, pode-se argumentar, **em analogia ao direito privado, que o enorme conjunto de regras ordinárias, que compõem o sistema jurídico, impedem sua codificação, o que não acarreta transtorno algum para o aplicador do direito, havendo o que Judith Martins-Costa denomina de "quebra da unidade legislativa"** [94]**.**

Buscou-se, no Brasil, sem sucesso, através de ante-projeto de reforma da legislação penal, sob a responsabilidade de Manoel Pedro Pimentel, reunir os delitos de natureza econômica em título único no Código Penal, sob a denominação "Dos crimes contra a ordem econômica e tributária[95]".

Em não havendo um compêndio único que elenque os delitos econômicos, precisa-se recorrer ao clássico recurso do bem juridicamente protegido, para compreender e propiciar ao direito penal econômico o alcance de todas suas áreas de atuação, necessárias a resguardar a vida em sociedade, tutelando a ordem econômica, como é o caso nos crimes contra a propriedade intelectual[96].

Conscientes devemos estar estar da inexistência de um critério uno para definir o delito econômico, no direito pátrio e alienígena, em virtude dos diversos critérios existentes para delimitá-lo que não alcançam unanimidade, como o da sujeição ativa, passiva, "efeitos da conduta" e até o "modus operandi" [97].

Tarefa árdua também ocorre no direito lusitano, o que para Jorge de Figueiredo Dias[98], transita pela necessária demarcação de seu campo, posto que:

um estudo da problemática do direito penal económico tem de começar pela delimitação deste sector do ordenamento jurídico. E logo aqui se levantam as primeiras dificuldades de um caminho em grande parte por fazer a nível de doutrina portuguesa.

A partir do direito econômico, Figueiredo Dias, citando J. Baumann, perfaz conceito como um agrupamento de "normas que regulam a vida e as actividades económicas e dos preceitos que de alguma forma se relacionam com a produção e distribuição dos bens econômicos". No entanto, o próprio autor lusitano insiste em que o conceito supra, peca pela sua amplitude e vagueza[99].

Mais adiante, Jorge de Figueiredo Dias, sem buscar exaurir a questão, citando Rinck, define delitos econômicos como aqueles que "que danificam ou põem em perigo a ordem económica como um todo[100]"

Encontramos em Manuel P. Pimentel[101], entendimento nos seguintes termos:

O conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes.

Para Fábio André Guaragni[102]:

Afinal, pensar-se em direito penal econômico como marco de união do rol de infrações lesivas à Ordem Econômica, neste passo, significa tutelar consumidores enquanto parcelas hipossuficientes das relações de mercado, significa garantir o livre florescimento de uma economia [...].

Para Édson Luis Baldan todo o crime econômico terá, como escopo, a proteção de bens jurídicos concernentes à ordem econômica vivenciada naquele momento, precisando para isso, verificar-se o ordenamento daquele sistema jurídico em concreto, motivo pelo qual, torna-se por demais difícil, conceituar e precisar de forma genérica o bem jurídico nos crimes contra a ordem econômica[103].

Sob a denominação, direito penal econômico, compreende-se uma extensa gama de delitos "de natureza jurídica muito diversa", como a lei dos monopólios, de direito penal administrativo e também de direito penal comum[104].

Nos ensinamentos de Eugênio Raul Zaffaroni[105]:

Em outro sentido, mais sistemático, fala-se em 'direito penal econômico' como uma parte do direito penal, identificada pelo bem jurídico afetado, que seriam as relações reguladas ou controladas pelo Estado.

Carlos Martinez-Bujan Perez, em obra denominada *Derecho Penal Económico*, mostra-se favorável à criminalização de condutas que lesem a ordem econômica, informando que o direito penal econômico perfaz-se em um direito penal comum, com regramento similar aquele que historicamente protegeu bens jurídicos individuais, sendo que[106]:

Em términos generales cabe indicar que cuando la doctrina ha venido utilizando las expressiones 'Derecho penal económico', 'Derecho penal sócio-económico', 'Derecho penal de la economia' u otras similares no ha pretendido referirse a un Derecho penal 'distinto' sino a uma simple calificación fijada sobre la peculiar naturaleza del objeto que se pretende tutelar.

Para Sánchez Rios, citando Klaus Tiedmann, o delito econômico pode ser analisado em sentido estrito, que abarca "as transgressões no âmbito do direito administrativo-econômico, ou seja, aquelas lesivas à atividade interventora e reguladora do Estado" e, em sentido amplo, açambarcando todos os tipos penais que violem bens supraindividuais de natureza econômica. Destarte, em critério externado por Bujan-Perez, excluir-se-ia do âmbito do direito penal econômico, "aquelas condutas lesivas que, mesmo possuindo um indiscutível caráter econômico, se orientam de forma predominante à proteção de outros bens jurídicos"[107].

Não se pode olvidar que bens jurídicos até um dado momento desprotegidos penalmente, ou considerados de menor prestígio, passaram a importar sobremodo, em virtude do surgimento de delitos de natureza diversa da criminalidade tradicional, com

danosidade distinta que maculam a ordem econômica, havendo “controvérsias na doutrina quanto ao uso do direito penal neste setor” [108].

A intervenção do direito penal na ordem econômica encontra censura, como para os adeptos da escola de Frankfurt, que “tem criticado severamente que o Direito Penal estenda seu objeto além dos limites” e transforme-se em um direito penal funcionalista[109].

Para Hassemer, a existência de um direito penal interventor tem custos elevados a toda sociedade, sendo que[110]:

Por último, hay que perguntarse si um derecho penal disponible y políticamente funcionalizado aún puede conservar el lugar que debe tener dentro del sistema total de control social. Si sus princípios son disponibles según el caso, perderá -a largo plazo tanbién ante los ojos de la población- su fuerza de convicción normativa y su distancia moralfrente al quebrantamiento del derecho.

Sanchéz Rios atenta para o fato de que este posicionamento ideológico, defendido por Hassemer, não almeja a descriminalização de condutas que atentem contra bens de caráter supraindividual, mas a regulação por um “Direito de Intervenção” que colocar-se-ia entre as normas penais e contravencionais, “ou de infrações de ordem, entre o direito público e o direito civil”[111].

Este entendimento sofre críticas dentro da própria doutrina alemã, que embasa o legislativo para a produção de normas que protejam valores jurídicos coletivos, ocorrendo a legitimidade na criminalização de condutas que atentem contra bens jurídicos de cunho econômico, desde que comportem importância para a sociedade, de forma similar a qualquer tipificação penal[112].

Compreende-se, assim, a necessidade da intervenção do direito penal na ordem econômica, protegendo bens jurídicos supraindividuais, não somente com “caráter limitativo”, mas, um direito penal que faz ver adiante ou ao longe, ou seja, “prospectivo” [113].

Conceitos individualizados do bem jurídico de cunho penal, como entendidos em determinados momentos históricos, não se adequam mais à realidade corrente, conforme vigia no pretérito próximo de meados do século XX.

Encontra-se em Magalhães Noronha[114], compreensão de que “êle o bem-interêsse protegido pela norma [...] é o que satisfaz a uma necessidade do homem, seja de natureza material ou imaterial: vida, honra, [...]” ou ainda, para Nélson Hungria, no ano de 1955, como: “o interesse jurídico penalmente tutelado [...] vida, integridade corporal, patrimônio, honra, liberdade [...]”[115].

A amplitude, que deve abarcar o bem juridicamente tutelado, alcança “assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos

humanos", perfazendo-se na também obrigação estatal de propiciar a consecução destes valores primordiais à sociedade[116].

Assim, para a proteção destes bens jurídicos de cunho supraindividual, um conjunto de regras de direito material foram postadas pelo legislador, impondo gravame penal àqueles violadores da norma, fomentando o seu não descumprimento[117].

Almeja-se para o direito pátrio, um modelo garantista, que tenha como base o apregoado por Luigi Ferrajoli, consistente em um conjunto principiológico, que insira a legalidade estrita, a materialidade, o princípio da lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório e a presunção de inocência, como limitantes "do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade" do Estado[118].

A importância dos princípios na aplicação da lei ao caso concreto é bem explicada por Vicente Ráo, pois a sua não utilização "quando não induz a erro, leva à criação de *rábulas* em lugar de juristas[119]".

Gilmar Mendes, prefaciando a obra Direito Penal Libertário, de Winfried Hassemer[120], destaca que os direitos fundamentais alcançam o fito de comedir o *jus puniendi* estatal, importando verdadeiro *munus* ao aplicador do direito que deverá efetivar tal desiderato:

O jurista – especialmente aquele especializado nas questões penais – comprometido com a consolidação do Estado Democrático de Direito não pode transigir com a violação dos direitos fundamentais. Pelo contrário, deverão tais direitos funcionar como limite ao poder de punição do Estado.

O *jus libertatis* adquiriu enorme importância no ordenamento jurídico pátrio, como percebe-se pelo amplo rol de direitos e garantias que foram expressamente inseridos em nossa Lei Maior, determinando, em *numerus clausus*, as situações em que a liberdade pode ser cerceada, como nas cautelares pessoais.

O aplicador do direito deve postar-se na condição de intérprete, exegeta do ordenamento jurídico nos moldes de um Estado Democrático de Direito, não subsumindo-se à situação de buscar na legislação ordinária norma que aparentemente melhor adéqüe ao caso concreto. O exercício hermenêutico correto não aceita "passivamente horrendas omissões que impedem a tutela inadiável do aludido núcleo dos direitos em suas múltiplas facetas[121]".

A interpretação sistemática[122] como instrumento hermenêutico a perquirir no sistema jurídico[123] a solução do litígio na busca da tão almejada paz social em caso de antinomias, transita obrigatoriamente pelos princípios constitucionais[124].

Toda e qualquer constrição de liberdade ou direito, deve guardar harmonia como o Estado Democrático de Direito vigente, possuir caráter de exceção, e, ter sua utilização vinculada estritamente aos princípios constitucionais[125].

10. CONCLUSÃO

1. A criminalização de condutas que atentam contra a ordem econômica não é fato recente, fazendo-se presente em toda a história da humanidade, verificando-se precedentes até no Código de Hamurábi por volta de 1700 a.C;

2. A ordem econômica entabulada no Título VII, Capítulo I de nossa Carta Magna elenca um rol de princípios e intentos estatais que devem fazer-se presentes no sistema jurídico pátrio, erigindo a valorização do trabalho, a livre iniciativa, protegendo a livre concorrência, o meio ambiente e a defesa do consumidor entre outros escopos. Como corolário destas premissas, exsurge para o legislador "o dever de criminalizar determinadas condutas[126]";

3. Compreende-se que a "realização do indivíduo em sociedade[127]" perpassa pelo sistema financeiro, ordem tributária, meio ambiente e, também, pelas relações de consumo, concluindo-se que a "a intervenção do Estado na economia é inquestionável[128]";

4. Como consectário perfaz-se necessário "pensar-se em direito penal econômico como marco de união das infrações lesivas à Ordem Econômica", garantido o "livre florescimento da economia"[129];

5. Esse conjunto de tipos penais que protegem a ordem econômica, tem recebido, entre outras, a nomenclatura de "derecho penal económico", não possuindo, entretanto, autonomia principiológica, tratando-se de uma "simples calificación fijada sobre la naturaleza del objeto que se pretende tutelar" [130], podendo-se considerar o direito "penal econômico como uma parte do direito penal, identificada pelo bem jurídico afetado[131]";

6. Cônscios deve-se estar de que a República Federativa do Brasil, por força de mandamento constitucional, configura-se em um Estado Democrático de Direito. Como consectário torna-se imprescindível o respeito aos direitos e garantias individuais, principalmente quando da vivificação de uma persecução penal, posto que "a desproporção de forças, em tal momento, é avassaladora[132]";

7. Atentos deve-se estar à realidade pátria, consoante ensina Raul Eugênio Zaffaroni, para quem "na américa latina todo suspeito é tratado como um inimigo[133]". Sob o discurso do medo embasa-se a "prática da punição ou do extermínio preventivo dos supostos agressores potenciais. Notem: supostos agressores potenciais[134]";

8. O aplicador do direito quando da hermenêutica jurídica, deve postar-se na condição de verdadeiro intérprete constitucional, exegeta do ordenamento jurídico nos moldes de um Estado Democrático de Direito, não resumindo sua atuação em buscar na legislação ordinária a hipótese adequada, jamais prestando "vassalagem a normas[135]".

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do direito penal econômico**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 895-896.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377.

CACHO, Emanuel Messias Oliveira. Considerações sobre o white–collar crime. In: VELLOSO, Ricardo Ribeiro (Coord.) **Crimes tributários e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CÂMARA, Luiz Antônio. Reflexões acerca das medidas cautelares pessoais nos crimes contra o sistema financeiro nacional. In: GEVAERD, JAIR; TONIN, Marta Marília (Coords.). **Direito empresarial & cidadania:** questões contemporâneas. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra-PT: Coimbra Editora, 2007. 1 v.

CARDIERI, Luís Fernando Diegues. Política criminal no direito penal econômico. In: VELOSO, Ricardo Ribeiro (Coord.). **Crimes tributários e econômicos.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

COSTA, Judith Martins. **A boa fé no direito privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COSTA, Luiz de Figueiredo. **Limites constitucionais do direito penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. QUEIJO, Maria Elizabeth. MACHADO, Charles Marcildes. **Crimes do "colarinho branco"**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 60

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DE SANCTIS, Fausto. **Punibilidade no sistema financeiro nacional**. Campinas: Millenium, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. 1 v.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Problemática Geral das Infrações contra a Economia Nacional. PODVAL, Roberto (Coord.). **Temas de direito penal econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Organizador Roberto Podval. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico. In: **Ciclo de estudos de direito penal econômico**. 1. ed. Coimbra: Garcia & Carvalho, 1985.

_____. Problemática Geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 70:

ESTELITA, Heloísa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no collège de France (1975-1976).** Tradução: Maria Ermantina Galvão. Título original: *II faut défendré la société*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2000.

GUARAGNI, Fábio André. O Novo Tratamento dos Crimes contra a Propriedade Intelectual à luz do direito penal econômico (comentários à lei 10.695, de 01.07.2003). In: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília. **Direito empresarial § cidadania:** questões contemporâneas.

_____. Do direito penal do trabalho ao poder penal no trabalho. In: BACARAT, Eduardo Milléo (Coord.). **Controle do empregado pelo empregador.** Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2000.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Tradución: Patricia S. Ziffer. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho, 1998.

_____. **Direito penal libertário**. Tradução: Regina Greve. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime):** anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Tutela penal da ordem econômica:** o crime de formação de cartel. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MAZLOUM, Ali. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional:** comentários à Lei 7.492/86, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Célebre Editora, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Luis Carlos Silva de. **Curso de direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. 1 v.

OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. **Ordem econômica e direito penal antitruste**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

PÉREZ, Carlos Martinez-Bujan. **Derecho penal económico**. Valência: Tirant lo blanch. 1998.

PIMENTEL. Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1973.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIOS, Rodrigo Sanchéz. **O crime fiscal:** reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro (Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990) e no direito estrangeiro. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

_____. **Reflexões sobre o delito econômico e sua delimitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 775 v.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. Organização e Tradução: André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, José Claudio dos. Desvio e fraude na obtenção de subsídios e subvenções – uma abordagem crítico-interpretativa do Decreto-lei N. 28/94. In: VELOSO, Ricardo Ribeiro (Coord.). **Crimes tributários e econômicos.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[1] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377.

[2] COSTA, Luiz de Figueiredo. **Limites constitucionais do direito penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 45-46: "Em realidade, legislador constituinte apenas indica, expressa ou tacitamente, os bens jurídicos que podem ser objeto de tutela do direito penal, e , em alguns casos, já dispõe sobre a alguma das conseqüências da incriminação do comportamento. [...] a Constituição pode ser tida como limite ao direito penal e não fundamento, ante a natureza fragmentária e subsidiária deste último. [...] inexistem instrumentos jurídicos que obriguem o legislador a incriminar qualquer comportamento. [...] a tutela de bens jurídicos pode ser realizada de várias formas pelo legislador e somente este pode aferir, com base nas condições atuais da sociedade, sobre a necessidade de incriminação do comportamento e de que forma fazê-lo".

[3] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Título VII – Da ordem econômica e financeira. Capítulo I – Dos princípios gerais da atividade econômica: "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV- Livre concorrência; V- Defesa do consumidor; VI- Defesa do meio ambiente; [...]".

[4] DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 718.

[5] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1356-1357.

[6] CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra-PT: Coimbra Editora, 2007. 1 v. p. 957.

[7] BARROSO, 2006, p. 895-896.

[8] SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 791.

[9] RÍOS, Rodrigo Sanchéz. **Reflexões sobre o delito econômico e sua delimitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 775 v., p. 433.

[10] SILVA NETO, op. cit., p. 791.

[11] MOTTA FILHO, Sylvio Clemente. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

p. 1025.

[12] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2000. p. 54: "O vocábulo Constituição econômica abarca o "conjunto de

normas fundamentais que estabelecem juridicamente os elementos estruturais de uma forma concreta de um determinado sistema econômico; se é, portanto, uma estrutura de relações sociais de produção traduzida em normas jurídicas, então a constituição econômica, neste sentido jurídico-material, existe em toda e qualquer formação social. Em todos os Estados uma determinada ordem econômica é expressamente fixada ou pressuposta como imanente pela ordem jurídica, seja diretamente pela constituição, seja por institutos fundamentais do direito privado e administrativo".

[13] DA SILVA, 1996, p. 718.

[14] ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 418-419

[15] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário.** Processo: 422941. Relator: Min. Carlos Veloso. Brasília, Distrito Federal. DJ 24 de março de 2006. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/juris/.> . Acesso em: 27 abr. 2009.

[16] ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2003, p. 419.

[17] MENDES; COELHO; BRANCO, 2008. p. 1364.

[18] ARAÚJO; NUNES JUNIOR, op. cit., p. 419.

[19] MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1372.

[20] MORAES, Luis Carlos Silva de. **Curso de direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 16: "Dentro desse contexto, emerge com nitidez, a idéia de que o meio ambiente constitui patrimônio publico a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando-se como cargo que se impõe […]".

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processo: 2248.** UF: Distrito Federal. Relator: Carlos Britto. DJ 20 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/juris>. Acesso em: 27 abr. 2009.

[22] MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **Lavagem de dinheiro** (lavagem de ativos provenientes de crime) Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. Malheiros Editores, 2004. p.11-14: "Sendo a ciência jurídica uma cosmovisão histórico-cultural que dentre outras atividades estuda os comandos axiológicos aptos ao disciplinamento de relações sociais e ao deslinde de conflitos de interesses, deve o operador do direito orientar sua atividade pela leitura da realidade concreta em que se situam esta inter-relações e que serve de cenário para estes embates, bem como deve considerar as soluções utilizadas por outros povos no enfrentamento de questões similares".

[23] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 23.

[24] DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico. In: **Ciclo de estudos de direito**

penal econômico. 1. ed. Coimbra: Garcia & Carvalho, 1985. p. 42: Em todos os Estados se pressente um sentimento generalizado de injustiça estrutural, relativamente ao qual a impunidade dos delinqüentes económicos, ou a sua injustificada punição menor adquire acentuada ressonância simbólica; o que - diga-se de passagem - é particularmente visível nos estados democráticos , atento o papel aí desempenhado pelos meios de (livre) comunicação social. É para inverter este estado de coisas e para obviar a generalização de atitudes de cinismo e evasão que a sociedade deve formular particulares exigências ao seu ordenamento penal económico. Com o que, afinal, em nada se contraria, mas antes substancialmente se realiza um princípio de igualdade material entre os cidadãos.

[25] RIOS, 2000, p. 439: "Por exemplo, se se verificar que o auxílio prestado pelo Banco Central a determinados bancos pequenos mediante informação privilegiada, pelo qual se comprove que houve efetivo benefício patrimonial por meios ilícitos para um número restrito de pessoas. A percepção desta lesão aos cofres público não é imediata, pois não é o Banco Central a única e principal vítima; é a coletividade como um todo que é lesada. Vale dizer, quando o Governo por falta de recurso deixa de investir em saúde, e em educação, por exemplo. Por isso a denominação bem jurídico coletivo ou supraindividual".

[26] Ibid., loc. cit.

[27] GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2000. p.19.

[28] CARDIERI, Luís Fernando Diegues. Política criminal no direito penal econômico. In: VELOSO, Ricardo Ribeiro (Coord.). **Crimes tributários e econômicos.** São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 136.

[29] SILVEIRA, 2006, p. 13.

[30] RÍOS, 2000, p. 432.

[31] CACHO, Emanuel Messias Oliveira. Considerações sobre o white–collar crime. In: VELLOSO, Ricardo Ribeiro (Coord.) **Crimes tributários e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 60.

[32] SILVEIRA, op. cit., p. 20.

[33] BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do direito penal econômico**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 39.

[34] DIAS, Jorge de Figueiredo. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 70: " A punição – por vezes drástica – do açambarcamento, da especulação, da venda de bens essenciais deteriorados, da violação de normas exportadoras de certos bens, é fenómeno que se localiza em todas as épocas da história. No direito romano, a lex julia de annona, editada no tempo de César e cuja vigência se prolongou até Justiniano, punia severamente a alta dos preços e o ilícito em matéria de importação e comércio de cereais. A punição poderia ir até a pena de morte.

Já no séc. XVIII, vemos no reinado de Maria Tereza punir com multa pesada e, até, com a pena de morte, a exportação de cereais e frutas bem como a violação das normas sobre o fabrico de cerveja.

[35] SANTOS, José Claudio dos. Desvio e fraude na obtenção de subsídios e subvenções – uma abordagem crítico-interpretativa do Decreto-lei N. 28/94. In: VELOSO, Ricardo Ribeiro (Coord.). **Crimes tributários e econômicos.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.p. 98.

[36] Ibid., loc. cit.

[37] Ibid., p. 99.

[38] SILVEIRA, 2006. p. 20: " […] é de se ver que a história menciona momentos anteriores, onde podem ser vislumbradas origens do Direito Penal Econômico. Assim, Roma conhecera a Lex Julia de Annona; a Alemanha medieval do século XVIII editou normas para a fabricação de cerveja, enquanto que a França punia a especulação de mercadorias e títulos a partir do Código de 1810. De toda a forma, é com a 1ª Guerra que se dá passo fundamental para a superação do liberalismo clássico, que, até então, regia o mercado".

[39] GUARAGNI, Fábio André. Do direito penal do trabalho ao poder penal no trabalho. In: BACARAT, Eduardo Milléo (Coord.). **Controle do empregado pelo empregador.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 348: "Na baixa Idade Média, o modelo econômico não estava centrado no mercado. A estrutura agrária, herdada do modelo feudal, ainda era predominante, concentrando o poder econômico no possuidor de terras. Ostentando títulos nobiliárquicos, o proprietário de terras acercava-se do poder absoluto do rei, juntamente com o clero".

[40] FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no collège de France (1975-1976).** Tradução: Maria Ermantina Galvão. Título original: *II faut défendré la société*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 286: "Na teoria clássica da soberania, vocês sabem que o direito de vida e de morte era um dos seus atributos fundamentais. Ora, o direito de vida ou de morte é um direito que é estranho, estranho já no nível teórico; com efeito, o que é ter direito de vida ou de morte? Em certo sentido, dizer que o soberano tem direito de vida ou de morte significa, no fundo, que ele pode fazer morrer ou deixar viver, em todo o caso, que a vida e a morte não são desses fenômenos naturais, imediatos, de certo modo originais ou radicais, que se localizariam fora do campo político. [...] o súdito não é, de pleno direito, nem vivo nem morto. Ele é, do ponto de vista da vida e da morte, neutro, e é simplesmente por causa do soberano que o súdito tem o direito de estar vivo (...)".

[41] GUARAGNI, 2008, p. 349-350.

[42] Ibid., loc. cit.

[43] BALDAN, 2008, p. 39.

[44] SILVEIRA, 2006, p. 13.

[45] Esta expressão em língua francesa, *laissez faire, laissez aller, laissez passer*, significa, literalmente, deixai fazer, deixai ir, deixai passar. Disponível em: http://recantodasletras.uol.com.br> . Acesso em: 07 ago. 2009.

[46] MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 413.

[47] ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2003, p. 413.

[48] MAZLOUM, Ali. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional:** comentários à Lei 7.492/86, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Célebre Editora, 2007. p. 15.

[49] SILVEIRA, 2006, p. 20.

[50] DIAS, 2000, p. 16.

[51] MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **Tutela penal da ordem econômica**: o crime de formação de cartel. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 58: "[...] À crise econômica do pós-guerra – com todas as suas diferenciadas e perversas facetas de depressão econômica, de desorganização das força produtivas, de insuficiência da produção nacional para atender as demandas do mercado interno, a falta de abastecimento regular para atender o consumo, da escassez e do açabarcamento de gêneros alimentícios esseciais, da especulação dos mercados financeiros, das falências fraudulentas, da carestia, da hiperinflação, da perda do poder aquisitivo dos salários, do desemprego etc".

[52] SILVEIRA, 2006, p. 21.

[53] MAZLOUM, 2007, p. 16.

[54] BALDAN, 2008, p. 184.

[55] SILVEIRA, loc. cit.

[56] ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 289

[57] ZAFFARONI, 2006, p. 289.

[58] OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. **Ordem econômica e direito penal antitruste**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 33.

[59] MAIA, 2008, p. 58.

[60] Ibid., p. 59.

[61] SILVEIRA, 2006, p. 22.

[62] MAZLOUM, 2007, p. 17: “No Brasil, a primeira Constituição a estabelecer princípios e normas sobre a ordem econômica foi a de 1934”. Daí em diante, em razão de sua relevância, as Cartas que a sucederam, sem exceção, dispensaram especial tratamento à ordem econômica.

[63] SILVEIRA, 2006, p. 21-23.

[64] MAIA, 2004, p. 32-33.

[65] CARDIERI, 2007, p. 141.

[66] Disponível em: <http://www.folha.com.br>. Acesso em: 20 mai. 2009: “Os grandes bancos internacionais, tanto na Ásia como na Europa, avaliam em centenas de milhões de dólares as perdas potenciais ligadas à suposta fraude do gerente dos fundos americano Bernard Madoff, calculados em US$ 50 bilhões. Um atrás dos outros, os grandes nomes das finanças internacionais – como o banco Nomura no Japão, o francês BNP Paribas, e o HSBC e o RBS (Royal Bank of Scotland) do Reino Unido – anunciaram seu nível de exposição aos produtos da sociedade de investimento de Madoff, corretor de Wall Street até então muito respeitado, mas agora acusado de uma gigantesca fraude utilizando o famoso esquema da pirâmide.”

[67] RÍOS, 2000.

[68] MAZLOUM, 2007, p.18.

[69] MAIA, 2008, p. 41.

[70] Ibid., p. 38: “[...] a constrição da liberdade dos indivíduos em decorrência da aplicação da norma jurídico-penal incriminadora somente é justificável em razão de que a função primordial daquela é exatamente a de proteger bens jurídicos relevantes para a vida comunitária [...]”.

[71] Ibid., p. 72. Vide: […] para quem, em conceito “provisório”, define o direito penal econômico como: “um sub-ramo do direito penal que, fundamentado nos princípios gerais deste ramo do direito público interno e utilizando-se de seu instrumental metodológico, tem por objeto específico a sistematização dogmática do conjunto axiológico compreendido pelos crimes econômicos, que são aqueles expressos em normas jurídico-penais incriminadoras cuja objetividade jurídica é a proteção da ordem econômica”.

[72] RÍOS, 2000, p. 439.

[73] ESTELITA, Heloísa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 13.

[74] MAIA, 2007, p. 14.

[75] DE SANCTIS, Fausto. **Punibilidade no sistema financeiro nacional**. Campinas: Millenium, 2003. p. 27.

[76] SANTOS, 2007, p. 107.

[77] Ibid., p. 108.

[78] RÍOS, 2000, p. 433.

[79] CÂMARA, Reflexões acerca das medidas cautelares pessoais nos crimes contra o sistema financeiro nacional. In: GEVAERD, JAIR; TONIN, Marta Marília (Coords.). **Direito empresarial & cidadania:** questões contemporâneas. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 231.

[80] SILVEIRA, 2006, p. 31.

[81] RÍOS, 2000, p. 445.

[82] COSTA JÚNIOR, Paulo José; QUEIJO, Maria Elizabeth. MACHADO, Charles Marcildes. **Crimes do "colarinho branco"**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 60: "Jamais se registrou no Sistema Financeiro Nacional, número tão significativo de escândalos financeiros. Ora por má gestão, ora por gestão fraudulenta, mas sempre com a conivência dos órgãos fiscalizatórios. Só para se ter uma idéia nos últimos 5 anos, cerca de 188 instituições financeiras sofreram liquidação ou intervenção extrajudicial, perfazendo um passivo a descoberto de instituições liquidadas no valor de 75,5 bilhões, o que por si só já nos dá a idéia da inoperância e da defasagem dos instrumentos de controle e punição do mercado financeiro".

[83] DE SANCTIS, 2003, p. 27.

[84] CACHO, 2007, p. 67.

[85] DIAS, 2000, p. 81.

[86] DIAS, 2000, p. 81.

[87] RÍOS, 2000, p. 444.

[88] Ibid., loc. cit.

[89] SILVEIRA, 2006. p. 19.

[90] GUARAGNI, Fábio André. O Novo Tratamento dos Crimes contra a Propriedade Intelectual à luz do direito penal econômico (comentários à lei 10.695, de 01.07.2003). In: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília. **Direito empresarial § cidadania:** questões contemporâneas. p. 99.

[91] BALDAN, 2008, p. 65-66: "Na República Federal Alemã o projeto alternativo do Código Penal incluiu em sua parte especial os "Delitos contra a Economia". As condutas puníveis abrangiam fatos puníveis contra a concorrência e os consumidores. Descrevem-se também crimes contra as empresas, a sabotagem econômica, a revelação de segredos econômicos, o abuso de confiança social, a difamação no tráfico econômico, entre outros. Em diferentes capítulos se penalizaram delitos relacionados

com a fraude mercantil, assim observando-se diferentes figuras contra os meios de pagamento e a economia creditícia (o abuso do cheque e cartão de crédito, o abuso da letra de câmbio, a fraude na tomada de empréstimos etc).

[92] BALDAN, 2008, p. 183-184.

[93] Ibid., loc. cit.

[94] COSTA, Judith Martins. **A boa fé no direito privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 281: **A inflação legislativa, por sua vez, minou pela base a unidade legislativa. Aos códigos civis foram sendo agregadas inúmeras "leis especiais", no início ditas "leis extravagantes" porque (vagare) sobrevagavam o sistema refletido no código. O sentido da quebra da unidade legislativa está em que não sendo possível acomodar, num mesmo e harmônico leito, todos os interesses, porque não há apenas um único sujeito social a ser ouvido, não há mais um sujeito comum, como aquele desenhado na esteira da Revolução Francesa pelo princípio da igualdade abstrata, frente à lei.**

[95] RÍOS, 2000, p. 433.

[96] GUARAGNI, p. 99.

[97] RÍOS, 2000, p. 440.

[98] DIAS, 2000, p. 67.

[99] Ibid., p. 84.

[100] Ibid., p. 86.

[101] PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1973. p. 10.

[102] GUARAGNI, p.102.

[103] BALDAN, 2008, p. 65

[104] ZAFFARONI, 2006, p. 132.

[105] Ibid., loc. cit.

[106] PÉREZ, Carlos Martinez-Bujan. **Derecho penal económico**. Valência: Tirant lo blanch. 1998. p. 19-20. Tradução: "Em termos gerais, cabe indicar que quando a doutrina tem utilizado as expressões 'Direito penal econômico', 'Direito penal sócio-econômico', 'Direito penal da economia' e outras similares não está pretendendo referir-se a um Direito penal 'distinto' e sim a uma simples qualificação fixada sob a peculiar natureza do objeto que se pretende tutelar".

[107] RÍOS, 2000, p. 440-441.

[108] RÍOS, 2000, p. 434-435.

[109] Ibid., loc. cit.

[110] HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Tradución: Patricia S. Ziffer. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho, 1998. p. 61. Tradução: Por último, há que se perguntar se um direito penal disponível e politicamente funcionalizado ainda pode conservar o lugar que deve ter dentro do sistema total de controle social. Se seus princípios são disponíveis segundo o caso, perderá -em longo prazo tanbién ante os olhos da população - sua força de convicção normativa e sua distância moral frente à infração do direito.

[111] RÍOS, op. cit., p. 436-437.

[112] Ibid., loc. cit.

[113] RÍOS, 2000, p. 437.

[114] NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. 1 v. p. 117.

[115] HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. p. 8.

[116] ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. Organização e Tradução: André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.17-18: "De tudo isso resulta: em um Estado democrático de Direito, o modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma co-existência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc) mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.) sempre que isto não se possa alcançar de outra forma melhor".

[117] PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1 v. p. 165. A propósito, v. Luiz Regis Prado, quando bem diferencia a norma da lei penal, porquanto: 'A norma de conduta, sendo imperativa, prescreve, influi no comportamento dos demais para modificá-lo, e não simplesmente descreve uma relação de direitos e deveres. Essa diretriz determinativa, como característica da norma, independe da vontade pessoal da autoridade estatal (legislador), principalmente em um Estado Democrático de Direito, onde o poder estatal, democraticamente constituído, está vinculado ao direito, no sentido de seus valores materiais e princípios gerais'."

[118] Sobre o garantismo, vide Luigi Ferrajoli (2006, p. 36-37): "A epistemologia garantista – o direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto

predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo".

[119] RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 981.

[120] HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução: Regina Greve. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Gilmar Ferreira Mendes prefaciando. p. xiv.

[121] FREITAS, 2004, p. 68.

[122] Ibid., p. 99: "[...] Neste compasso, deve-se, por oportuno lembrar, como premissa associada, que por interpretação sistemática, na ótica preconizada, entende-se a operação que consiste em atribuir, hierarquicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às regras ou normas estritas e aos valores jurídicos, fixando-lhes o alcance e superando antinomias e sentido amplo, tendo em vista solucionar casos de conflito (objetiva ou subjetivamente considerados)".

[123] Ibid., p. 54: "[...] entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição".

[124] SARLET, 2007, p. 63.

[125] FREITAS, op. cit., p. 26.

[126] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377.

[127] RÍOS, 2000, p. 433.

[128] Ibid., p. 439.

[129] GUARAGNI, 2003, p.102.

[130] PÉREZ, 1998, p. 19-20

[131] ZAFFARONI, 2006, p. 132.

[132] CÂMARA, 1997. p. 27.

[133] ZAFFARONI, 2007, p. 13: “As racionalizações da doutrina penal para ocultar a admissão da categoria de inimigo no direito penal, lidas a partir da teoria política, são concessões do Estado liberal ao Estado absolutista, que debilitam o modo orientador do Estado de direito, que é a bussola indispensável para marcar a direção do esforço do poder jurídico em sua tarefa de permanente superação dos defeitos dos Estados de direito reais ou históricos”.

[134] SICA, 2002, p. 77-78

[135] FREITAS, 2004, p. 68.

DOS DESAFIOS IMPOSTOS PELA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: EXCLUSÃO SOCIAL VERSUS CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS*

OF THE CHALLENGES TAXES FOR THE ECONOMIC GLOBALIZATION IN THE DEMOCRATIC STATE OF RIGHT: SOCIAL EXCLUSION VERSUS CONCRETION OF THE SOCIAL RIGHTS

Vanessa Batista Oliveira Lima

RESUMO

Longe de pretender esgotar o tema, o presente artigo caracteriza-se na perspectiva da eficacialidade, das implicações e correlações entre direitos fundamentais sociais, democracia e globalização. Apresenta um dos principais e mais perniciosos efeitos da globalização econômica. Em contrapartida verifica-se a necessidade da concretização dos direitos fundamentais sociais, em países como o Brasil, um Estado Democrático de Direito, que prevê de forma expressa em sua Constituição, direitos fundamentais. É sabido que a superação dos quadros de desigualdade imposto pela globalização não poderá ser atingida facilmente. Ressalte-se que com a globalização, a exclusão social está atingindo maior número de pessoas, que vivem abaixo da linha da pobreza, que sequer tem conhecimento de uma previsão expressa de direitos básicos inerentes à sua condição de pessoa humana. A concretização dos direitos sociais pode ser encarada como instrumento para resgatar a dignidade da população que vive excluída, bem como para fortalecer a democracia do Estado.

PALAVRAS-CHAVES: GLOBALIZAÇÃO.ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.DIREITOS SOCIAIS.

ABSTRACT

Far from exhausting the subject you want to, this Article is characterized in terms of effectiveness, the implications and correlations between fundamental social rights, democracy and globalization. Presents a major and more pernicious effects of economic globalization. In contrast there is a need for the realization of fundamental social rights, in countries like Brazil, a democratic state of law, which expressly provides in its Constitution, individual and social rights. It is known that the overcoming of the management of inequality imposed by globalization can not be achieved easily. Emphasized that with globalization, social exclusion is reaching more people who live below the poverty line, which even has knowledge of an explicit forecast of basic rights inherent in their condition of the human person. The implementation of social rights can be seen as an instrument to redeem the dignity of people living excluded, as a way to achieve equal citizenship of individuals and strengthen democracy in the state.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: GLOBALIZATION. DEMOCRATIC STATE OF LAW. SOCIAL RIGHTS.

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende provocar a reflexão do leitor, especialmente do acadêmico ou operador do direito acerca da função desenvolvida pelo Direito como uma ordem normativa reguladora da vida em sociedade, bem como sobre a maneira como o Estado e o Direito tem se relacionado, fazendo-se referência a evolução e ao significado da expressão *Estado de Direito.* O artigo primeiro da Constituição Federal de 1988 expressamente define o modelo de Estado adotado no Brasil como sendo o Estado Democrático de Direito, a partir desta previsão normativa específica decorrem dois pilares da Ordem Jurídica Brasileira: a Democracia e o Direito. Impende observar que muitos são os desafios impostos pela globalização econômica no estado democrático de direito. Inicialmente constata-se o agravamento e o aumento da exclusão social, daí surge a necessidade premente de efetivação dos direitos sociais. Partindo-se desta premissa, será feita uma sucinta abordagem acerca da teoria da democracia no que tange às definições de Estado democrático de Direito.

O tema globalização vem marcando o debate sobre a economia mundial e efetividade de direitos fundamentais, precipuamente aqueles ligados à prestação do Estado. Num país tão marcado pela desigualdade social como o Brasil, os impactos do processo de globalização econômica e as nuances neoliberais políticas fazem brotar no constitucionalismo contemporâneo a necessidade de elaborar formas de proteger e efetivar os direitos sociais, sob pena de aumentar ainda mais o abismo existente entre os pobres e ricos e conseqüentemente a exclusão social. A globalização econômica faz com que os Estados, em geral, percam o controle de sua economia, imprimindo ações que atinjam de forma direta ou indireta na consecução de programas que efetivem os direitos sociais. O que tem acontecido é uma tendência de retrocesso na proteção e efetividade destes direitos.

A pesquisa realizada para a elaboração do trabalho, descomprometida com corrente filosóficas, escolas jurídicas, tem como objetivo principal expor alguns dos desafios impostos pela globalização econômica no estado democrático de direito, notadamente a exclusão social em contrapartida a urgente e necessária concretização dos direitos sociais. O primeiro tópico Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas através de pesquisa bibliográfica e documental. No que tange à tipologia da pesquisa é, segundo a utilização dos resultados, pura, pois não tem como objetivo mudanças na realidade, almeja-se apenas um acréscimo de conhecimento aos que dela venham a se utilizar. Segundo a abordagem é uma pesquisa qualitativa, pois seu critério não é numérico, visando apenas aprofundar e abranger os conceitos e teorias.

1. BREVES NOTAS SOBRE O MODELO DEMOCRÁTICO DO ESTADO DE DIREITO

A expressão “Estado Democrático de Direito” foi incluída em nosso atual texto constitucional, no seu primeiro artigo, adjetivando a República Federativa do Brasil. Alguns autores entendem que tal expressão “Estado Democrático de Direito” é redundante, porque Estado de Direito seria o mesmo que Estado Democrático. A democracia representativa é uma das decorrências diretas do Estado de Direito.

Para José Afonso da Silva (2009, p.143) “a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de direito.” Para o referido constitucionalista “Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.”

1.1 DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Social começa a ser delineado após a Constituição alemã de Weimar (1919). Como principal conseqüência do surgimento desta nova forma de Estado tem-se uma ampliação no conjunto dos direitos fundamentais, com alteração nas bases de interpretação dos direitos anteriores.

Sobre o conceito de Estado Social adverte Vital Moreira (1987, p. 90) que “Certamente poucos conceitos são objecto de menos concordância do que o conceito de Estado Social, e poucos qualificativos se aplicam a realidades tao díspares como esse.” Prossegue o autor que a polissemia do conceito resulta desde logo do termo “social”, que povoa densamente as páginas da literatura econômica social e política. Para o referido jurista (1987) o “Estado social é fundamentalmente um fornecedor de prestações de assistência”, ao mesmo “é imposta uma actividade de igualização de possibilidades de acesso ao bem-estar social.” Para Bonavides (2003, p. 156-157) o Estado social é o mais indicado para realizar a paz social: “O Estado social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade; é a criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente.”

Segundo STRECK e MORAIS (2000, p. 89), surge um novo conceito, “na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos mas sob um conteúdo próprio”, onde estejam presentes, segundo os autores, “as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social”. Arremata os autores, quanto ao Estado Democrático de Direito, nos seguintes termos (2000, p. 90):

O Estado Democrático de Direito, tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando *o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e pois, também sobre a ordem jurpidica.* (grifos no original)

Para Ingo W. Sarlet (1999, p. 113) o princípio do Estado Social garante as condições existenciais mínimas, há uma interface com “outros valores constitucionais essenciais consagrados pela Lei Fundamental”, tais como: com o princípio da isonomia (art. 3º, inc. I), a garantia das condições existenciais mínimas, bem como com a garantia fundamental da propriedade, impregnada do conteúdo de justiça social inerente ao princípio do Estado Social e Democrático de Direito.

1.2 DEMOCRACIA: GOVERNO DO POVO?

Segundo o professor Friedrich Müller(1998, p.47) “o termo “democracia” não deriva apenas etimologicamente de “povo” , Estados democráticos chamam-se de governos “do povo” [“Volks” herrschaften]; eles se justificam afirmando que em última instância o povo estaria “governando”[“herrscht”].” Para o mesmo "Democracia" é uma expressão bastante indeterminada pois utilizada de vários modos não poucas vezes opostos. “A história do termo oferece os significados de "governo" e "povo"; mas se isso resulta em algo como "governo do povo", é, justamente, a questão.” (MÜLLER, 1998, p.48) Mas não se pode esquecer que a referência ao povo é necessária às diferentes concepções de democracia, pois elas precisam legitimar-se. Prossegue o autor quanto ao tema:

O sistema deve poder representar-se como se funcionasse com base na soberania popular, na autodeterminação do povo, na igualdade de todos e no direito de decidir de acordo com a vontade da maioria. Devem haver, também, chances iguais para os partidos políticos chegaram ao poder e o direito à oposição legal. Só que a teoria tradicional da democracia não deixa claro como o exercício do poder estatal pode ser retroreferido "ao povo", concretamente. (MULLER, 1998, p.48)

Com efeito, as idéias desse ilustre jurista germânico representam o fio condutor e o denominador comum de expressiva parte dos estudos atuais sobre democracia e direitos fundamentais, nomeadamente. Muitos e variados são os conceitos de democracia. Para Paulo Bonavides (1996, p. 17) democracia representa “aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões do governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo poder legítimo”.

Com a simplicidade e percuciência que lhe é peculiar, Bobbio define democracia como sendo uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a oligarquia.

Müller (1998, p. 57) ressalta que a idéia fundamental da democracia é : “determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo”. Veja-se o que ensina Klaus Von Beyme (1975, p. 26) acerca de democracia:

Democracia significa soberania del pueblo. No hay ninguna definición de democracia generalemente aceptada que se pueda formular em uma sola proposición.Pero de las diferentes definiciones de este concepto político, discutido en su interprtación, puden extraerse algunas ideas que , de ordinário, se vinculan com la palabra democracia: a) la igualdad; b) la soberania del pueblo – expresada em el derecho del pueblo a darse a sí mismo uma constitución y a nombrar, em elecciones periódicas, los representantes del

pueblo - ; c) la satisfacción de las exigencias esenciales del constitucionalismo moderno: salvaguardia del Estado de derecho, conservacción del sistema representativo, garantia de los derechos fundamentales; em cierta medida también, de la división de poderes, predomínio de la mayoría.

Sobre o princípio democrático, assim se posiciona Canotilho(1998, p. 77):

O princípio democrático é um princípio jurídico normativo e não um simples modelo ou teoria abstracta. Como impulso global dirigente, ele aponta para a idéia de democracia como forma de vida, como forma de racionalização do processo político e como forma de legitimação dom poder. Como princípio complexo, ele significa que a eficácia jurídica do princípio democrático é também polivalente. Em primeiro lugar, acolhe os mais importantes aspectos da democracia representativa (art. 2º), ele implica esquemas de organização e de procedimento que ofereçam aos cidadaos efectivas possibilidades de particiapar nos processos de decisao e exercer o controle democrático do poder (arts. 2º, 9º, 112º)

Piovesan ensina que "a afirmação dos direitos humanos como tema global vem ainda acenar para a relação existente entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos." (1997, P. 252) Prossegue a autora aduzindo que a Declaração de Viena "é o primeiro documento das Nações Unidas que expressamente endossa a democracia como forma de governo mais favorável ao respeito dos direitos humanos e liberdades fundamentais." (PIOVESAN, 1997, p. 252)

É preciso ter presente, neste ponto, que conforme ressalta Dimoulis alguns direitos fundamentais podem ser obstáculos à democracia, preservando interesses individuais. "Do ponto de vista macrossocial, são utilizados para perpetuar um sistema de dominação política e econômica, permitindo aos grupos dominantes tomar decisões que não podem ser controladas pela maioria." (DIMOULIS, 2007, p. 33)

2. O PAPEL DO DIREITO COMO REGULADOR DA REALIDADE SOCIAL NUM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Muitos dos atos que são praticados pelas pessoas em seu dia-a-dia estão totalmente normatizados, guiados pelo Direito. Pelo fato de viver-se em sociedade é necessário a criação de normas que garantam ou possibilitem uma convivência harmoniosa e pacífica. O simples fato de comprar um pão, abastecer o veículo com combustível, ir ao cinema são exemplos triviais da interferência do Direito na Sociedade. Conforme entendimento de Angel Latorre em situações como essas existe um ponto relevante em comum:" em todos esos casos podemos exigir de otros uma conducta determinada u otros nos la pueden exigir a nosostros."(1988, p.13) O mesmo autor adverte que para que isto seja possível é necessário "que exista un conjunto de normas establecidas por virtud de cuales, dados unos hechos, surjan esas posibilidades de reclamar o de quedar sujetos a uma reclamación." (1988, p. 13). Manuel García-Pelayo adverte que os homens desenvolvem sua existência dentro de um âmbito composto por um repertório de situações de bens e serviços materiais e imateriais, em uma palavra, por possibilidades de existência às quais Forssthoff designa como espaço vital. (Tradução livre, 1977, p. 27)

Conforme Bobbio (1992), a nossa vida se desenvolve em um mundo de normas, a maioria destas já estão tão incorporadas à nossa rotina que nem nos apercebemos de sua presença. Ensina Miguel Reale (1974) que a regra ou a norma é o resultado da tomada de posição de uma lei cultural, perante a realidade, "implicando o reconhecimento da obrigatoriedade de um comportamento". Conforme leciona o professor Marcelo Lima Guerra a norma jurídica, na sua expressão mais básica, consiste na qualificação deôntica de uma conduta como devida.

Para Rudolf Von Jering, citado por Tércio Ferraz Jr.(2006, p.36), norma é regra, já que o seu conteúdo é apenas a orientação do que ela contém. O Professor Marcelo Lima Guerra(2008) ensina que o fenômeno mais básico que constitui aquilo que se denomina direito é o fenômeno denominado norma jurídica. Igualmente "o conceito fundamental de um saber sobre o direito, não poderia deixar de ser o conceito de norma jurídica. Por isso é que o tema inicial, e também principal, da teoria do direito é a compreensão da norma jurídica."(GUERRA, 2008)

Ensina Miguel Reale (1974, p.34) que a regra ou a norma é o resultado da tomada de posição de uma lei cultural, perante a realidade, "implicando o reconhecimento da obrigatoriedade de um comportamento".

Segundo o professor Adrian Sgarbi (2007, p. 119) "a conseqüência normativa estabelecida pelas normas jurídicas varia consideravelmente." Prossegue o autor nos seguintes termos:

Pode ser a qualificação normativa de uma conduta como "obrigatória", ou "proibida", ou "permitida", como também, pode ser a atribuição de uma propriedade "institucional" a pessoas (competências)), estados de coisas ("caso, "viúvo", "proprietário"), objetos ("móvel", "imóvel", "inalienável"), ação humana ("assassinato"), e assim por diante. Apesar dessa multiplicidade de atribuições as normas jurídicas podem ser agrupadas em duas categorias básicas: as normas "prescrtivas" cuja finalidade é a de governar os comportamentos humanos estabelecendo as condutas devidas; e as normas "constitutivas", cuja tarefa é a de compor a malha institucional necessária para o funcionamento das "peças do direito" Ambos esses sentidos mantêm conexão com o que parte considerável dos teóricos do direito reconhece como "normas primárias" (ou normas "de conduta") e normas "secundárias (ou "normas de estrutura"). (SGARBI, 2007, p. 120)

Conforme ressalta Miranda Rosa "Se o Direito é condicionado pelas realidades do meio em que se manifesta, entretanto, age também como elemento condicionante." (1974, p. 63) Para o referido professor "A vida política é regulada pelas normas de Direito. Ela se processa segundo princípios e normas fixados na ordem jurídica, e o Estado, mesmo, é a institucionalização maior dessa ordem jurídica estabelecida." (1974, p. 63)

Ricansés Siches acrescenta que "O Direito, que para o jurista aparece como um conjunto de significações normativas e que é estudado assim pela ciência jurídica sensu strictu" no ponto de vista sociológico se apresenta como um fato social como uma forma coletiva real em seus vínculos de causalidade inter-humana. Por um viés sociológico, "o Direito surge como um fato social que é efeito de outros fatos sociais, e que está em interação com outras formas coletivas" – prossegue o autor aduzindo que – "uma vez constituído o Direito aparece como uma força social que atua como fator

configurante da coletividade e que produz efeitos sobre outras manifestações da vida social" (SICHES, 1965, p. 692) Ora, é justamente em por existir o Direito regulando a vida das pessoas em sociedade que é possível que "muitas pessoas podem realizar atos que seriam incapazes de cumprir, se tivessem de contar exclusivamente com suas próprias forças naturais." (SICHES, 1965, P. 693) Referido autor exemplifica atos desta natureza: "remetem dinheiro a países longíquos por meio de cheque ou de transferência bancária;um tenente comanda uma companhia; um fiscal do trânsito detém o tráfego; o proprietário de um terreno o é ainda que não esteja materialmente nele, etc." (p. 693) Conclui o autor argumentando que "Em todos êsses fatos, e na inumerável quantidade de outros semelhantes encontramos atos humanos que produzem determinados efeitos não por si mesmos, mas em virtude de uma organização jurídica." (SICHES,1965, p. 693) Acrescenta Carla Faralli (2006, p.3) que:

Para MacCormick e Weinberger o direito situa-se no plano dos fatos, mas não dos fatos brutos, junto com 'sapatos, navios, lacres de cera ou couve-flor', e sim no plano dos'fatos institucionais'. Estes últimos constituem uma categoria especial de fatos, que têm sua própria dimensão e dignidade ontológica, paralela, por assim dizer, à dimensão dos fatos brutos, na medida em que se originam de regras constitutivas. O que distingue as normas jurídicas no vasto âmbito dos fatos institucionais é o fato de serem funcionais a fins particularmente relevantes para a sociedade, como a proteção da vida e da segurança de seus membros e a alocação dos bens, inevitavelmente insuficientes para satisfazer todas as necessidades de cada membro da sociedade. (FARALLI, 2006, p. 3-4)

A linguagem é composta de regras. Na dicotomia fatos institucionais versus fatos brutos, Searle estabeleceu dentre os fatos institucionais a distinção entre regras regulativas e constitutivas. Enquanto "as regras regulativas regulam formas de condutas existentes independentemente ou antecedentemente; por exemplo, muitas regras de etiqueta regulam relações interpessoais que existem independentemente das regras " (GUERRA, 2008). Já as regras constitutivas "constituem uma atividade cuja existência é logicamente dependente das regras."

Engisch entende que existe uma interface entre realidade e direito, mas adverte que não se deve entender o direito como simples submissão às concretizações da realidade. Importante a transcrição de entendimento da lavra do autor:

Em cualquier época debe entenderse sus metas a tal altura que alcance sus irrenunciables fines, aunque se hayan de cargar em su cuenta infracciones legales. El derecho no puede sin más pactar com la debilidad humana, sino que há de confiar también em el "libre albedrío"(simplemente em el sentido de capacidad de cumplir la norma), em el poder de enfretamiento de los impulsos de la voluntad. No hay que dejar aparte el peligro de que no logre acatamiento general. Aqui nos enfrentamos com los limites de la "concreción", que acompañan siempre al derecho. (ENGISCH, 1968, p.200)

Pelo exposto, ficou evidenciado que o Direito modifica e é modificado pela realidade social para que as situações criadas por uma era tecnológica sejam normatizadas a fim de evitar um colapso nas relações humanas, sejam elas comerciais, industriais,

trabalhistas ou particulares. A Globalização é um exemplo de como a constante mutação e evolução da sociedade necessita do Direito para minimizar os conflitos e possibilitar o constante avanço. Este tema será abordado no capítulo seguinte.

3. **DILEMAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO FRENTE À GLOBALIZAÇÃO**

O processo de democratização da sociedade brasileira, formalmente retomado com a Constituição Federal de 1988 requer das instituições sociais e governamentais a necessidade de se moldarem ao modelo do Estado democrático de Direito estatuído no artigo 2º. Um dos grandes desafios é promover os direitos fundamentais, em especial, os de segunda geração, tendo em vista a notória e constatável pobreza crescente na qual se encontra grande parte da população brasileira.

A partir do fim da 2ª Guerra Mundial, iniciaram-se os processos de globalização econômica, política e social de blocos regionais. A União Européia é um dos mais relevantes exemplos da atualidade. Surge o Mercosul, que foi instituído através do Tratado de Assunção, em 1991, tendo como membros o Brasil, a Argentina, o Uruguai e o Paraguai, com adesões anunciadas da Bolívia e Chile, tendo como objetivo o de formar um Mercado Comum. O que se verifica hoje, no entanto, é uma associação entre o Mercado e o Estado no processo de globalização econômica e financeira, conforme adverte Becker (2001) "são mecanismos e instrumentos a serviço de uma determinada classe".

Como dito, a globalização tem aprofundado as dimensões da desigualdade social, alargando ainda mais o fosso social existente entre os detentores de poder economico, político e social e aqueles que formam a massa, que simplesmente existem, mas que nao gozam de seus direitos humanos básicos, os que estao à margen da sociedade: aos que fazem parte do processo denominado exclusão social. A ordem global, em suas várias perspectivas, trouxe importantes conseqüências para a América Latina. Aliado a este problema encontra-se "o problema da democracia, como liberdade do povo e possibilidade de participação, tornou-se central na história recente da América latina." (ZIMMERMANN, 1987, p. 222) Este autor averte que nos países periféricos, como no Brasil, a situaçao se agrava, pois ocorre a "desapropriaçao da vida humana pela transferencia de plusvalor ao capital central." (ZIMMERMANN, 1987, p. 221)

Paulo Bonavides (1996, p. 17) leciona que "a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração que correspondem à última fase da institucionalização do Estado social". Entre os chamados direitos da quarta geração encontra-se o direito à democracia. A questão colocada pela globalização no campo das relações políticas entre Estados refere-se justamente ao tema da democracia.

No atual contexto de globalização constata-se conflitos entre grupos sociais e Estados. Os direitos sociais que exigem prestação positiva do Estado, não podem ser encarados como uma mera referência formal, mas que sejam efetivados, concretizados, onde todos cumpram efetivamente seu papel de cidadão. Como é de conhecimento público e notório a Globalização econômica distribui seus efeitos negativos, tais como: concentração de rendas, diminuição da oferta de empregos, retirada das garantias trabalhistas etc. E quem é mais atingido de forma negativa é justamente a parcela

excluída de nossa sociedade, exércitos de desempregados e sub-empregados são formados e as pessoas – familiares – que são diretamente atingidos por este contingente de excluídos, multiplicam os efeitos maléficos da globalização, pois desta grande parte da sociedade marginalizada advém mazelas sociais, tais como violência, prostituição, trabalho infantil e muitas outras conseqüências atentatórias á dignidade da pessoa humana. Conforme se constata, o Brasil não estabeleceu mecanismos que filtrassem os efeitos perversos da Globalização, de modo a fazer com que esta implementasse os direitos sociais fundamentais estabelecidos pela Constituição de 1988. Assim, o fenômeno da Globalização atuando no modelo neoliberal sem efetivo controle por parte do Estado gera efeitos negativos, onde o poder político da nação é destruído e comandado pelo Poder Econômico e Financeiro dos grandes grupos internacionais, do capital especulativo.

A globalização econômica gerou novos desafios para o direito, conforme WALD (2001) a grande ruptura do terceiro milênio consiste na criação, reconhecimento e na generalização, no mundo inteiro, da nova economia, baseada no desenvolvimento tecnológico e na competição, mas também na globalização e na desmaterialização parcial da riqueza. Esta nova modalidade de economia gera conseqüências em todos os campos da sociedade e inclusive no direito. A globalização que por um lado representa a maior possibilidade de geração e circulação de riquezas, por outro, agrava mais ainda o fosso existente entre pobres e ricos, independente da posição econômica do país.

Não se pode atribuir ao fenômeno da globalização a responsabilidade de que todas as novidades jurídicas sejam fruto de sua atuação na sociedade. O certo é que globalização reflete no Direito, sendo necessário, portanto, análise axiológica para a formação do conhecimento jurídico.

O fenômeno da globalização desenvolve um processo no qual o espaço público deixa de ser legitimado pelo princípio de Estado e pelo princípio da comunidade, passando a legitimar-se pelo princípio da economia, sintetizada numa relação de custos/benefícios e relativamente incompossível com a natureza de Estado lastreada no contrato social, consoante HOBBES, LOCKE e, especialmente, ROUSSEAU. Os direitos sociais, cuja criação está imbuída no princípio da dignidade da pessoa humana e e ligada ao resgate de uma dívida histórica em relação aos menos favorecidos na sociedade, com linhas gerais comuns a todos os países, estão se enfraquecendo como conseqüência da globalização econômica.

4. EXCLUSÃO SOCIAL E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PERANTE O CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

O primeiro passo para efetivar direitos fundamentais sociais, precipuamente dos excluídos, é o de constatar a situação da população. O que se verifica, como já aventado no texto, é um crescente aumento no fosso entre pobres e ricos, tanto em segmentos da sociedade, como o aumento de famintos em contrapartida a poucos abastados economicamente, fruto da desigualdade de oportunidades, de tratamento; bem como aumento no desnível entre nações e Estados, fruto da globalização e a conseqüente desigualdade que essa mesma globalização acarreta.

Para melhor abordar o tema objeto deste artigo, aqui entendida como possibilidade de exigência judicial deste direito, é necessário um breve estudo dos direitos sociais. O Poder Constituinte Originário resguardou os direitos sociais como direitos fundamentais, dando prevalência a esses direitos em detrimento dos puramente econômicos. Percebe-se que o constituinte dispôs expressamente a possibilidade de existirem direitos fundamentais que, por o serem materialmente, incorporam-se à Constituição em seu conceito material, caracterizando assim um processo permanente de incorporação de novos direitos, que alcança igualmente os direitos sociais, além daqueles previstos nos demais capítulos do já referido Título. Os direitos sociais foram inicialmente reconhecidos como, via de regra, voltados não a uma abstenção do Estado, mas a uma ação o que lhes dá a característica de positivos.

Segundo a definição de CAPPELLETTI (1989, p.22) "Direitos sociais são caracterizados pelo fato de que não têm natureza, por assim dizer, puramente normativa; eles são 'promocionais' e projetados no futuro, exigindo para sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado." Conforme aponta CLÈVE (2006) "Os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais." Para LAFER (1988, p. 127):

"(...) É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo 'welfare state', são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos — como o direito ao trabalho, à saúde, à educação — têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva 'ex parte populi', entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo (...)."

Conforme ABRAMOVICH e COURTIS (2004, p. 22) "La esctructura de los derechos econômicos, sociales y culturales se caracterizaria por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: prover servicios de salud, asegurar la educación (...)"

Segundo NEUNER (2006, p.343) a dignidade humana constitui o fundamento para a legitimação dos direitos humanos sociais. Complementando-a e concretizando-a apresentam-se diversos caminhos de fundamentação. Segundo a doutrina dominante, a dignidade da pessoa humana, *enquanto direito positivo*, funciona como centro e fundamento do ordenamento jurídico, matriz de todos os direitos fundamentais.[1]

4.1 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NUM CENÁRIO DE EXCLUSÃO SOCIAL AGRAVADA PELO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

O modo de efetivação dos direitos sociais, devido a sua natureza diversa não coincide como dos direitos individuais. A eficácia dos direitos sociais pressupõe por um lado a implementação de políticas legislativas e políticas públicas que requerem investimento significativo de finanças por parte do Poder Executivo. O tema "políticas públicas" não é um tema ontologicamente jurídico, mas é originário da ciência política, onde sobressai o caráter eminentemente dinâmico e funcional, que contrasta com a estabilidade e generalidade jurídicas. A noção de políticas públicas emergiu como tema de interesse para o direito com a configuração *prestacional* do Estado. O interesse para o estudo jurídico das políticas públicas justifica-se porque estão ligadas ao resguardo dos direitos sociais e políticos, pois estes demandam do Estado *prestações positivas* e significam o alargamento do leque de direito fundamentais, principalmente quanto à efetivação do direito à saúde, objeto de estudo deste artigo.

Embora estejam expressamente previsto na nossa Lei Maior os direitos sociais, tais como a educação, a saúde, a moradia, o trabalho, direitos estes que compõem o mínimo existencial que por sua vez tem íntima relação com o principio da dignidade da pessoa humana verifica-se que o verdadeiro problema da nossa época consiste em criar mecanismos para garantir a efetividade dos direitos sociais básicos previstos nos textos legislativos.

Os princípios básicos inerentes aos direitos sociais estão sendo desprezados em primazia da economia globalizada. A ameaça sobre os direitos sociais sempre presente em países em desenvolvimento como o Brasil, em tempos como os de hoje, no auge da crise econômica que assola o mundo, inclusive atingindo países desenvolvidos e em desenvolvimento, em que a globalização econômica tem como efeito a exclusão social e a mitigação de recursos orçamentários. A não efetivação dos direitos sociais em relação àqueles que não detém condições econômicas agrava e contribui para a exclusão social latente em nossa sociedade.

A preocupação com a exclusão social não é de hoje. Há mais de trinta anos o professor chileno Aníbal Pinto advertia que: "a extrema desigualdade na divisão dos frutos do processo constitui um problema social e econômico de primeira magnitude." (PINTO, 1976, p. 7) Sabe-se que a exclusão social é conseqüência direta da forte desigualdade social que avança de forma mais voraz em decorrência da globalização.

Fábio Konder Comparato ressalta que a democracia pode ser tida como um instrumento legitimador da exclusão social, tão presente nos países que adotam esta forma de governo. Nas palavras do referido autor (In Müller, p.27): "A minoria, detentora do poder de controle social, pode se utilizar periodicamente do voto majoritário popular, para legitimar todas as exclusões sociais em nome da democracia"

Sobre exclusão social, importante a contribuição de Álvaro Dávila (2007, p. 113):

Entre as muitas apreciações que se fizeram sobre a pobreza, devemos assinalar que, além de sua definição a partir das carências, das necessidades básicas insatisfeitas ou do não-desenvolvimento de capacidades, está a pobreza entendida como exclusão das possibilidades de participação política e afirmação cidadã, do acesso à informação, à educação e à expressão da diversidade cultural. Em um trabalho recente elaborado pela Fundação Social, admite-se o conceito de pobreza construído pela União Européia; a pobreza, afirma-se, não pode continuar sendo considerada um fenômeno residual,

simples herança do passado, fadada a desaparecer com o progresso econômico e o crescimento; tampouco como a ausência ou insuficiência de recursos econômicos que afetam o indivíduo. Ao contrário, é necessário reconhecer tanto o caráter estrutural das situações de pobreza e os mecanismos que a geram quanto o caráter multidimensional dos processos que provocam a exclusão de pessoas, grupos e territórios dos intercâmbios, da participação e dos direitos sociais.

Para Comparato a democracia justa é aquela em que o bem comum predomina sobre todos os interesses particulares. Prossegue o jurista: "Ora, o bem comum hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoas." (In: Muller, p.28). Sobre o tema, acrescenta Joseph E. Stiglitz (2002, p. 32) que:

Se a globalização não logrou êxito em reduzir a pobreza, também não teve sucesso em garantir a estabilidade. As crises na Ásia e na América Latina tem ameaçado as economias e a estabilidade de todos os países em desenvolvimento. Existe o medo de o contágio financeiro se espalhar por todo o mundo, de que a queda da moeda de um mercado emergente signifique que outras também virão a cair.

Peréz Luño (2005, p. 136-137) aduz que a globalização é o termo em que se alude aos atuais processos integradores da economia: financiamento, produção e comercialização. Com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), os direitos sociais passaram a ser reconhecidos juntamente com os direitos civis, políticos e humanos, que engloba: direito ao trabalho, direito ao salário igual por trabalho igual, direito à educação, entre outros. Estes direitos são de tal ordem importantes que fazem parte da Constituição de quase todos os países com vista a um mundo mais justo e igualitário. Entretanto, o que realmente acontece é um enorme defasagem entre os princípios de igualdade que estão contidos na lei em contraste com a verdadeira realidade – desigualdade e exclusão social. O professor Marcelo Lima Guerra esclarece que "No Estado Social, a simbiose entre direitos fundamentais e princípio da dignidade ganha destaque e relevância. A exaltação da dignidade humana e dos direitos fundamentais não pode se circunscrever à esfera teórica, devendo transpor esse âmbito para alcançar efetividade. " (GUERRA, 2008, p.27)

Com a globalização, as classes marginalizadas estão cada vez mais atingidos pela exclusão da riqueza social por ela gerada. A globalização gera também a deterioração das suas condições de vida em termos de alimentação, saúde, habitação, saneamento e educação, entre outros aspectos. A análise do processo de globalização reforça a convicção de que sua lógica implacável, mais do que bem-estar, tem produzido um aumento da exploração da força de trabalho e promovido maior destruição de todas as formas de sobrevivência que não se adaptam aos padrões econômicos da sociedade global. O aumento das desigualdades atinge principalmente as classes marginalizadas que residem nos grandes centros urbanos, os trabalhadores sem terra e os desempregados do meio rural, tornando cada vez mais visíveis as contradições do sistema. No seio da sociedade global, dominada pelo capitalismo, reproduzem-se constantemente as contradições de classe, os antagonismos, as hierarquias e as

diversidades sociais. De fato, o desenvolvimento do capitalismo pode ser caracterizado como desigual, combinado e contraditório. Juan Daniel Videla[2] adverte que o quadro de exclusão social presente nos dias atuais, gerado em grande parte pela desigualdade e pela preocupação dos que detém o poder tão somente com mais lucro, é inédito, sem precedentes.

A globalização econômica procura transformar o globo terrestre em um imenso e único mercado. Todo o aparato legal que se constituiu em torno do Estado social, densificando os princípios e regras constitucionais, tem sido desafiado pela globalização econômica. A substancial redução do Estado social é a conseqüência lógica da globalização econômica, pois esta é naturalmente excludente. Para Peces-Barba (1995) a escassez amplia sua incidência sobre o jurídico, estendendo-a a dimensões não apenas de validade, mas de justificação da existência do Direito[3].

A exclusão social traduz-se em indicadores que estão em patamares pouco compatíveis com o nível de desenvolvimento econômico do País. A proporção de pobres na população brasileira é três vezes maior que a apresentada pelos paises com renda per cafetã similar à do Brasil. A partir da segunda metade dos anos de 1990 o aumento do desemprego e da informalidade, juntamente com a queda dos rendimentos dos trabalhadores, agravaram o quadro social. Tudo isso se expressa na precariedade dos postos de trabalho e no incremento do número de trabalhadores sem nenhum tipo de vínculo com o sistema de previdência social e sem acesso ao seguro-desemprego. Essas vulnerabilidades contribuíram para o aumento do número de candidatos a ingressar no mundo dos pobres e miseráveis. traduz o firme compromisso com a inclusão social mediante a criação de condições que garantam igualdade de oportunidades a todos os cidadãos, independentemente de sua origem social, no contexto de uma sociedade democrática. Conforme Jacques Maritain citado por Ricardo Haro (2007, p. 658-659):

La gran tragédia de las democracias modernas - sostiene – consiste em que ellas mismas no han logrado aún realizar la democracia, ya sea porque sus enemigos crecen em la medida que las debilidades y las faltas de las democracias Le Dan sus pretextos; o porque la realización de la democracia se quedó em lo político, sin trascender a lo social, ante la miséria y la deshumanización del trabajo, circunstancias que no pudieron solucionar ni el capitalismo ni el marxismo. A lo cual podríamos agragar entre otras muchas causas contemporáneas , las gravísimas y variadas formas de violaciones a los derechos humanos, la corrupción tan generalizada; la globalización, em sus proyecciones negativas y em las nuevas formas de imperialismo tecnológicos y financieros que impone. (grifos no original)

Constata-se que após o avanço da globalização econômica, vivencia-se a exclusão de gigantescas parcelas da humanidade das condições elementares de subsistência a acumulação por parte de uma pequena maioria da maior fatia da riqueza mundial. Para Flávia Piovesan (1999, p. 195), ao contrário do que muitos apregoam, a globalização aprofundou ainda mais a exclusão social, “o processo de globalização econômica tem agravado o dualismo econômico e estrutural da realidade latino-americano, com o aumento das desigualdades sociais e do desemprego, aprofundando-se as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social.”

Não há que se dizer que existe uma relação direta entre globalização e aumento da exclusão social, mas utilizando as palavras de Márcio Pochman (2004, p. 45) “num

contexto de expansão desregulada do capital financeiro, de manutenção do protecionismo nos países desenvolvidos e de reforço de políticas discricionárias (...) a exclusão social acaba por se tornar um corolário da globalização." O autor afirma que além da pobreza absoluta, da fome e do analfabetismo, as principais formas de exclusão de que se tem notícia, "novas formas ganham destaque, associadas à crescente desigualdade, precarização do mercado de trabalho (desemprego e informalidade), expansão da violência urbana e novas epidemias." (POCHMAN, 2004, P. 45) Como se vê, a exclusão social afasta ainda mais a possibilidade de concretização de direitos sociais que necessita de ações positivas do Estado, que requer despesas para garantir direitos fundamentais sociais tais como saúde, educação, etc., mas com o aumento de formas de exclusão o argumento da reserva do possível, com o qual o Estado se defende de sua inércia ganha mais força, porquanto o Estado tem que efetuar mais despesas com os problemas gerados pela exclusão.

CONCLUSÃO

À medida que o processo de globalização avança novos fatos, tais como flexibilização empresarial e de emprego, aumenta o desrespeito a direitos sociais duramente conquistados o que revela serias distorções e contradições entre a retórica doutrinária sobre os direitos sociais e o agravamento da exclusão social de grande parte da humanidade, a crescente desigualdade social num mundo em que se tornou prioridade as máximas do mercado em detrimento de milhões de vidas humanas, que não vivem no limite da pobreza, mas muito abaixo da linha de pobreza demarcada pelo países ricos. Percebe-se, não raramente, grande distância e uma inadequação entre globalização e efetividade dos direitos sociais. Não se pode aceitar que, através da globalização econômica, o ser humano seja relegado a plano de objeto descartável, na medida em que a globalização quer eliminar qualquer direito social duramente adquirido pela sociedade ao longo dos tempos. A modernização do sistema produtivo, com a inserção na globalização econômica, por si, não proporcionará melhor distribuição de renda ou redução da desigualdade. Na verdade constata-se exatamente o contrário.

As dimensões deste trabalho impediram, todavia, que tais temas fossem aprofundados como deveriam, mas espera ter cumprido o seu intento, qual seja, trazer à tona e proporcionar aos leitores uma reflexão sobre o contexto atual dos direitos sociais num mundo globalizado, no qual a exclusão social atinge número de pessoas cada vez maior, com todas as suas maléficas conseqüências. A preocupação com este tema é o ponto de partida para a construção de uma consciência popular, pois não existe democracia sem um governo verdadeiramente popular, com cidadãos conscientes de seus direitos para que possam lutar pela efetivação dos mesmos, precipuamente da parcela excluída da sociedade.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor & COURTIS, Christian. **Los *Derechos Sociales* como *Derechos* Exigibles**. Prólogo de Luigi Ferraioli. Madrid: Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estúdios Politicos y Constitucionales, 2002.

BECKER, Dinizar Fermiano. (org.). Desenvolvimento Sustentável: Necessidade e/ou Possibilidade (caps. 4, 5 e 6). Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: *Campus, 1992.*

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 14, n. 54, p. 30, jan./mar. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas. In **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 86, v. 737, mar. 1997, p. 11-22.

DÁVILA, Álvaro. América Latina na economia global: entre as possibilidades e os riscos. IN: CORTINA, Adela. **Construir Confiança**. Ética da empresa na sociedade da informação e das comunicações. Alda da Anunciação Machado (trad.) São Paulo: Loyola, 2007

DINIZ, Eli. Globalização, Estado e Desenvolvimento: dilemas do Brasil no novo milênio. In: DINIZ, Eli (Org.) **O pós-consenso de Washington:** Globalização, Estado e governabilidade reexaminados. Rio de janeiro: FGV Editora, 2007

ENGISCH, Karl. **La idea de concrecion em el derecho y em la ciência jurídica actuales.** Trad. Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Ediciones universidad de Navarra, 1968.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios.** Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006)

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ JR, Tércio. **Teoria da Norma Jurídica.** 4ª Ed. Rio de janeiro: Forense, 2006.

GARCÍA-PELAYO. Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo.** Madrid: Alianza, 1977.

GUERRA, Marcelo Lima. **Juslaboralismo crítico**. Fortaleza: Tear da Memória, 2009.

_____. Ontologia Jurídica, Filosofia Da Linguagem e o Papel do Judiciário. Manuscrito gentilmente cedido pelo autor, 2008.

HARO, Ricardo. Algunas reflexiones sobre el humanismo y la democracia em el pensamiento de Jacques Maritain. In: Revista Latino-americana de estudos consitucionais número 7 janeiro-junho de 2006Belo Horizonte: Del Rey, 2007

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia de Letras, 1988.

LATORRE, Angel. **Introducción al Derecho**. Barcelona: Ariel, 1988.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** Madrid: Tecnos, 2005.

MORILLO Joaquín García, **La protección judicial de los derechos fundamentales.** Madrid: Tirant lo Blanch, 1994.

MÜLLER. Friedrich. **Democracia e Exclusão Social em Face da Globalização**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/Artigos/artigos.htm. Acesso em: 09 de maio de 2.009.

_____ **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais – In: **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 7 – jan/jun de 2.006.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales: teoria general.** Madrid: Universidad Carlos III de Madrid,1995.

PINTO, Aníbal. **Distribuição de renda na America Latina e desenvolvimento**. Rio de janeiro: Zahar editores.1976.

PIOVESAN,Flávia. Justiciabilidade dos direitos sócias e econômico no Brasil: desafios e perspectivas. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio Menezes (Org.). **Democracia, direito e política**: Estudos Internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianopólis: Conceito Editorial, 2006.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à *educação*:** controle social e exigibilidade judicial. Rio de Janeiro - São Paulo - Fortaleza: ABC Editora, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 2' edição, São Paulo: José Bushatsky - editor, 1974.

ROSA, Felippe Augusto de Miranda**. Sociologia do Direito**: O fenômeno jurídico como fato social. Terceira Edição. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito:** Primeiras liçoes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007

SICHES, Luis Ricaséns. T**ratado de sociologia.** Volume II. Tradução de João Baptista Coelho Aguiar. Rio de Janeiro: Globo, 1965.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a constituição. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

VIDELA, Juan Daniel**. Contra Fukuyama: Modernidad, globalización y fin de la historia. Disponível em:** < http://www.oei.org.ar/edumedia/pdfs/T07_Docu6_Lacreaciondeunsistemade_Oiberman .pdf > **Acesso em: 14.05.2009.**

VIEIRA, Oscar Vilhena. Globalização, Direito e Justiça. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional**. Desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

VITAL MOREIRA. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4ª edição. Lisboa: Caminho, 1987.

WALD, Arnoldo. "Um Novo Direito para a Nova Economia: Os Contratos Eletrônicos e o Código Civil". In GRECO, Marco Aurélio & MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenadores). **Direito e Internet - Relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: RT, 2001.

---

[1] Sobre os direitos fundamentais como concretizações da idéia de dignidade da pessoa humana, cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos*

Fundamentais, *passim*, esp. Cap. 4; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 516; Edilsom Pereira Nobre, *Colisão de Direitos Fundamentais – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem* versus *a liberdade de expressão e informação*, pp. 54 e ss;

[2] Porque aquellos que demandan derechos en el siglo XXI no son, como en los casos mencionados de la nobleza, la burguesía o aún el proletariado europeos, grupos ya insertados en procesos económicos. Precisamente, uno de los rasgos mas característicos de la economía global es poder funcionar perfectamente con total independencia, al margen de naciones enteras de indigentes cuyas vidas no obstante afecta. Técnicamente no podría llamárseles desposeídos por cuanto nunca poseyeron nada. Por ello no están en condiciones de decir, como la burguesía o el proletariado europeos, en los panfletos clásicos de Sieyes y Marx, "hasta ahora hemos sido todo, de aquí en mas queremos ser algo". Porque ellos son nada y están totalmente excluidos del orden global. Exterminados por el genocidio, dispersos geográficamente, culturalmente fragmentados, ignorándose los unos a los otros, no constituyen técnicamente una nación o un pueblo que pueda reclamar derecho a constituir un estado, como árabes o israelíes han hecho en el siglo XX. (ON-LINE)

[3] Veja o trecho no original: "Asi y volviendo a nuestro tema concreto, la escasez amplia su incidência sobre lo jurídico, extendiendola a dimensiones no sólo de validez, es decir, de justification de la exitencia misma del Derecho (siempre que hablo de Derecho me refiero al Derecho positivo), sini de justicia y de eficácia"(PECES-BARBA, P. 201)

DIREITO INTERNACIONAL: INTEGRAÇÃO E GLOBALIZAÇÃO

CONTRIBUIÇÕES DOS INATIVOS BRASILEIROS: INSTRUMENTO DE ANÁLISE PARA O JULGAMENTO NA CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS*

CONTRIBUTIONS OF BRAZILIAN RETIREES: AN ANALYSIS FOR THE TRIAL IN INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Arthur Laércio Homci da Costa Silva
Ricardo Araujo Dib Táxi

RESUMO

O presente trabalho almeja discutir a possível violação aos direitos humanos no caso da contribuição dos inativos brasileiros vinculados aos Regimes Próprios de Previdência Social, que foi instituída pela Emenda à Constituição nº. 43/2001, a partir da configuração contemporânea dos direitos humanos e da estruturação do direito à previdência como direito do homem. Objetiva ainda servir de fonte interpretativa para a análise que será realizada pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, no provável julgamento da questão.

PALAVRAS-CHAVES: CONTRIBUIÇÃO DOS INATIVOS; DIREITOS HUMANOS; DIREITO À PREVIDÊNCIA; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

ABSTRACT

This article works towards to discuss the possible violation to the human rights on the legal case of the contribution from the brazilian retirees attached to the Social Security System, established by the Constitutional Amendment 43/2001, derived from the modern concept of human rights and from the structuration of the right to a social security system as a human right. It also pursues to be an font of clarification to the analysis that will be done by the Inter-American Court of Human Rights, on the probable judgement of the issue.

KEYWORDS: RETIREES CONTRIBUTION; HUMAN RIGHTS; RIGHT TO A SOCIAL SECURITY; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS.

INTRODUÇÃO: QUESTÃO SOB ANÁLISE

Em dezembro de 2003, foi aprovada no Congresso Nacional brasileiro a Emenda Constitucional nº. 41, que modificou em diversos aspectos o Regime de

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Previdência Social destinado aos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Dentre as diversas medidas adotadas pelo legislador constituinte derivado – no afã de encontrar saídas para o desnível entre e arrecadação e as despesas com a Seguridade Social do servidor público – destacou-se a implementação da contribuição previdenciária dos servidores públicos aposentados e pensionistas, tanto dos que já estivessem recebendo benefícios, quanto dos que viessem, a partir da promulgação da Emenda, a receber proventos previdenciários. A cabeça do art. 40 foi modificada, incluindo a necessidade de preservação do caráter solidário da Previdência Social, e também lhe foi incluído o §18, com a seguinte redação:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, **é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas**, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. (Destaque posto)

A medida justificou-se por diversas razões, sintetizadas na Exposição de Motivos nº. 29 – MPS/CCIVIL-PR[1] da Proposta de Emenda à Constituição (PEC), encaminhada em 29 de abril de 2003 ao Presidente da República para considerações:

65. Não obstante ser esta questão historicamente polêmica, é irrefutável a necessidade da medida, sendo certo que não seria possível pretender realizar uma verdadeira reforma no sistema previdenciário brasileiro sem abranger esse tópico, corrigindo-se políticas inadequadas adotadas no passado.

66. Inúmeras são as razões que determinam a adoção de tal medida, cabendo destacar o fato de a Previdência Social ter, essencialmente, um caráter solidário, exigindo, em razão desta especificidade, que todos aqueles que fazem parte do sistema sejam chamados a contribuir para a cobertura do vultoso desequilíbrio financeiro hoje existente, principalmente pelo fato de muitos dos atuais inativos não terem contribuído para o recebimento dos seus benefícios ou terem contribuído, durante muito tempo, com alíquotas módicas, incidentes sobre o vencimento e não sobre a totalidade da remuneração, e apenas para as pensões, e, em muitos casos, também para o custeio da assistência médica (que é um benefício da seguridade social e não previdenciário).

(...)

69. Também merece destaque o fato de o Brasil ser um dos poucos países no mundo em que o aposentado recebe proventos superiores à remuneração dos servidores ativos, constituindo, este modelo, um autêntico incentivo para aposentadorias precoces, conforme já mencionamos anteriormente.

70. Essas são as razões que fundamentam a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos dos atuais aposentados e pensionistas ou ainda daqueles que vierem a se aposentar. Além de corrigir distorções históricas, as tentativas de saneamento do elevado e crescente desequilíbrio financeiro dos regimes próprios de previdência serão reforçadas com a contribuição dos inativos, proporcionando igualdade, não só em relação aos direitos dos atuais servidores, mas também em relação às obrigações. (MORHY, 2003, p. 403-404).

Como não poderia ser diferente, a medida já causava polêmica antes mesmo de ser instituída. A Central Única dos Trabalhadores (CUT) foi uma das entidades a se manifestar contra tal contribuição: "Discordamos veementemente da taxação dos inativos. Não consideramos um funcionário que ganha mil e poucos reais um privilegiado. Este já vem tendo seus proventos corroídos ao longo dos anos, porque não são reajustados de acordo com a inflação." (FELÍCIO, *in:* MORHY, 2003, p. 188).

Marcelo Pimentel, ex-ministro do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, também se manifestou contrariamente à aludida contribuição:

A taxação dos inativos é inconstitucional, lesiva ao seu patrimônio, violadora de princípios básicos de cidadania, qual o respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido e precedente perigoso para o equilíbrio democrático, porque agride cláusula pétrea da Constituição, embora os seus defensores argumentem que contra norma constitucional não prevalecem tais situações. (PIMENTEL, *in:* MORHY, 2003, p. 357).

Não obstante os apelos à época da votação da PEC, a contribuição dos inativos e pensionistas do serviço público foi aprovada pelo Congresso Nacional, gerando intensos debates sobre a sua constitucionalidade. A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP provocou o Supremo Tribunal Federal, mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.105, a declarar a inconstitucionalidade do §18 do art. 40 da Constituição, inserido pela EC nº. 41/2003, sob a argumentação de que a contribuição dos servidores que já estavam recebendo benefícios à época da entrada em vigor da Emenda violava os direitos adquiridos e o princípio da irredutibilidade dos vencimentos. Conforme o relatório da Ministra Ellen Gracie na referida ADI,

Alega a autora que os servidores públicos aposentados e os que preenchiam as exigências de aposentação antes da nova norma constitucional estavam submetidos, quando das suas aposentadorias ou do momento em que poderiam se aposentar, a regime previdenciário que não tinha caráter contributivo ou solidário. (STF, ADI 3.105, 2004).

Após um intenso período de votação, o STF decidiu, por maioria, declarar a constitucionalidade da contribuição dos inativos, conforme a ementa da decisão:

Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

(ADI 3105, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2004, DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-02 PP-00123 RTJ VOL-00193-01 PP-00137 RDDT n. 140, 2007, p. 202-203)

Como se pode perceber, o STF levou em consideração dois princípios da Previdência Social para tomar a decisão: a) solidariedade, e; b) equilíbrio financeiro e atuarial do sistema de Previdência Social.

A despeito da irrecorribilidade da decisão tomada pelo STF na questão, a entidade denominada Movimento dos Servidores Aposentados e Pensionistas – MOSAP resolveu provocar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em novembro de 2005, a fim de que o governo brasileiro seja compelido a desconstituir a medida que implementou a contribuição dos aposentados e pensionistas que já estavam nessa condição à época da entrada em vigor da Emenda.

Em síntese, a Denúncia P-644-05/BRASIL possui a seguinte argumentação:

O posicionamento do STF não apenas violou o direito interno, no que se refere, primordialmente, aos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, e, portanto, dos direitos individuais e Direitos Humanos, como também violou o Direito Internacional Público, pois a questão se insere, igualmente, no contexto dos assuntos inscritos no domínio dos Direitos Humanos, objeto de acordos internacionais firmados

pelo Brasil, como a Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos, a Declaração Americana Sobre Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, pelo fato de obrigar os países signatários a cumprirem os tratados firmados.

Após a defesa inicial feita pelo Estado brasileiro, o MOSAP manifestou-se com ênfase sobre os seus anseios com a demanda na CIDH:

Minimamente se busca a restauração dos direitos adquiridos dos servidores aposentados e pensionistas que já haviam atingido essa condição na data em que a EC Nº.41/2003 passou a viger. As regras de aposentadoria dos servidores públicos são direitos personalíssimos incorporados ao seu patrimônio jurídico**.** O direito adquirido deve ser assegurado ao servidor que completou todos os requisitos necessários à aposentadoria antes da vigência da EC Nº.41/2003. Não há ânsia de os servidores aposentados e pensionistas "salvarem a petição da inadmissão", como apregoa a famigerada defesa do Estado brasileiro, já que, conforme a Convenção Americana, está admitida. Há ânsia sim em resgatar os direitos repelidos – em restabelecer-se o *status quo ante*, por justiça. Recuperar a real situação que fora conferida aos aposentadados e pensionsitas por direito adquirido, onde não falte recursos para a subsistência. Recobrar a dignidade que lhes foi subtraída no apagar das luzes de 2003, quando o Congresso Nacional edita a EC Nº 41/2003, optando exatamente por esse período de festas par evitar a articulação dos interessados.

Em síntese, a questão encontra-se no aguardo de pronunciamento da CIDH. É, portanto, necessário o debate acerca da legitimidade de pronunciamento da Corte Internacional, pois há de se determinar estar havendo ou não violação dos direitos humanos.

Assim sendo, o presente trabalho almeja discutir a possível violação aos direitos humanos no caso da contribuição dos inativos brasileiros vinculados aos Regimes Próprios de Previdência Social, a partir da configuração contemporânea dos direitos humanos e da estruturação do direito à previdência como direito do homem. Objetiva ainda servir de fonte interpretativa para a análise que será realizada pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, no provável julgamento da questão.

Entretanto, é imperioso salientar que as linhas a seguir buscam apresentar apenas uma, dentre várias, formas de interpretação da questão, que está vinculada à releitura dos direitos humanos na contemporaneidade, em especial do direito à previdência social.

1. CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS

Muito embora a idéia de direitos humanos tenha seu surgimento atribuído à carta de João sem Terra ainda no Século XIII (1212), seu mais amplo alcance foi sendo construído e ampliado somente na contemporaneidade.

Para um entendimento apropriado, serão aqui apresentados, embora resumidamente, alguns caminhos que, historicamente, confluíram para a concepção contemporânea dos direitos humanos.

Primeiramente, sob o plano filosófico, os grandes desenvolvimentos metafísicos como explicação da humanidade foram sendo paulatinamente questionados, até que em Nietzsche (2005) encontrou-se o termo mais radical dessa crítica. Com efeito, o filósofo alemão desmistificou qualquer possibilidade metafísica de explicação dos fenômenos humanos, pretendendo trazer o homem do transcendental para o humano, do raciocínio metafísico para a vida, buscando em nossa condição histórica humana as respostas para os anseios fundamentais da humanidade.

A essa constatação, aliou-se uma concepção também nova de história, forjada originariamente por meio do romantismo alemão (BERLIN, 2005), segundo a qual a história não se constitui de fatos isolados no tempo e estanques, mas se trata de uma continuidade, pela qual somente se compreende o presente se este for entendido como um fio contínuo que carrega o passado e é o resultado de uma construção longínqua que precisa ser resgatada para que a condição humana possa então ser verdadeiramente dimensionada.

Sem aprofundar a questão, até porque este trabalho possui objetivo eminentemente prático, o fato é que a noção verdadeiramente humana trazida a partir da morte da metafísica, aliada à concepção de história como continuidade, possibilitou a formulação da premissa filosófica contemporânea sob a qual se pensa hoje os direitos humanos, isto é, como um produto histórico da racionalidade humana em busca de condições melhores, incorporando, através de crises e guerras, valores fundamentais que passam a constituir direitos considerados inalienáveis e que precisam ser garantidos em busca de condições dignas de vida (ARENDT, 2002).

Paralelamente a essa questão filosófica, as graves crises e atrocidades as quais muitos seres humanos sofreram ao longo da história contribuíram para uma necessidade coletivamente vislumbrada de proteger a raça humana de seus próprios arbítrios.

Muito embora já tivesse havido grandes atrocidades como a inquisição medieval, os horrores das execuções penais do século XVIII e XIX e muitas outras, foi o holocausto nazista o ponto culminante para a emergência da proteção internacional e incondicional dos direitos humanos.

Com efeito, a imagem de Auschwitz-Birkenau[2] chocou a humanidade de tal maneira que possibilitou que, mesmo em meio às profundas diferenças histórico-culturais e a até então inabdicável soberania interna, os países (sobretudo ocidentais) pensassem na humanidade sob uma perspectiva global e relativizassem suas concepções em prol da busca de um consenso que afastasse a raça humana de qualquer tipo de violação com base em características individuais, culturais, etc., reconhecendo então direitos a todo e qualquer ser humano que possuem legitimidade com base tão-somente

no caráter humano dos titulares, de modo a impossibilitar qualquer meio de exclusão de tais direitos.

Sob esse enfoque, e ainda sob a mancha que recaiu sobre a humanidade com a 2ª Guerra Mundial[3], surgiu em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual estabeleceu os direitos humanos como o paradigma interpretativo de todo regime jurídico democrático, bem como gerou um avanço significativo na questão das chamadas gerações dos direitos humanos, na medida em que considerou impossível falar em direitos sociais e políticos sem os direitos civis, e nesses sem os direitos básicos como vida, liberdade, segurança, conferindo assim um *status* igualitário a todo o direito chamado humano universal.

No continente americano, surgiu em 1969 a Convenção Americana de Direitos Humanos (também chamada de Pacto de San José da Costa Rica – CADH), pela qual os Estados signatários se comprometeram *a* "respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que está sujeita à sua jurisdição, sem qualquer discriminação" (art 1º, item 1).

Se o exercício de tais direitos e liberdades não estiverem ainda assegurados na legislação ou em outras disposições, os Estados membros obrigaram-se a adotar as medidas legais ou de outro caráter para que venham a se tornar efetivas.

Dentre esses direitos, basicamente dentre os direitos sociais, destaca-se o direito à previdência social.

2. BASES DO DIREITO À PREVIDÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Não se pode precisar com exatidão o momento do surgimento da Previdência Social, mesmo nos países ocidentais. Alguns autores (PEREIRA JÚNIOR, 2005) compreendem o *Poor Relief Act* inglês de 1601[4] como o marco inicial da Seguridade Social[5], entretanto, a configuração moderna dos sistemas previdenciários passou a ser forjada de fato a partir do processo de unificação do Estado Alemão, mais precisamente no ano de 1883, com a instituição de algumas leis previdenciárias pelo Chanceler Otto Von Bismarck, concedendo benefícios como seguro-doença (1883), seguro contra acidente de trabalho (1884) e seguro de invalidez e velhice (1889).

Naquele momento, mais importava as aspirações políticas de unificação do Estado, levadas a cabo pelo chanceler prussiano, e a garantia do direito à previdência social funcionava como importante instrumento de controle social diante das crescentes necessidades dos trabalhadores, agravadas pelo processo de industrialização contínuo que afetava não só a Alemanha, mas toda a Europa no final do século XIX.

O fato é que a garantia desses direitos mínimos aos trabalhadores acabou se alastrando por vários países europeus, obviamente incrementados por fortes pressões sociais e políticas que vinham sendo realizadas naquele período. Entretanto, tal como aconteceu genericamente com a proteção dos direitos humanos, ainda não se podia falar em direito à previdência como um direito inerente ao homem, posto que a sua garantia ainda dependia de diversos fatores extrínsecos à condição humana.

Foi a partir da constatação dos desastrosos resultados das duas grandes Guerras Mundiais que se começou a tratar o direito à previdência como direito humano, especificamente após a instituição do Plano de Previdência Social inglês, originado do estudo acurado realizado pelo economista William Beveridge entre os anos de 1941 e 1944, antevendo os efeitos das grandes guerras para a economia e para as relações de trabalho inglesas.

Foi a partir do Plano Beveridge que se estruturaram os sistemas contemporâneos de Previdência Social[6], com destaque para características como a universalidade de cobertura e do atendimento, embasados em alguns preceitos básicos: 1) o homem, por si só, não é capaz de prever e se precaver de todos os infortúnios oriundos das relações de trabalho; 2) o Estado é o responsável por essa precaução; 3) toda a sociedade deve de alguma maneira contribuir para que o homem seja amparado, com dignidade, nos momentos de maior necessidade.

Tratava-se, então, de afirmar a função pública – cujo exercício vinha antes se insinuando timidamente na contramão do minimalismo prevalecente – como inovação capaz de compatibilizar a democracia com a economia de mercado. O impacto real da ruptura efetuada pelo Plano Beveridge foi o de demandar um novo *ethos* para a política social, o qual se propagou rapidamente, influenciando reformas implementadas durante os anos de 40 e 50 em diversos países (BERWANGER, 2008, p. 32).

Lord Beveridge dizia que a segurança nacional [seguridade social] deveria ser prestada do berço ao túmulo (*social security from cradle to the grave).* O Sistema Beveridge tinha por objetivos: (a) unificar os seguros sociais existentes; (b) estabelecer o princípio da universalidade, para todos os cidadãos e não apenas os trabalhadores; (c) igualdade de proteção; (d) tríplice forma de custeio, porém com predominância do custeio estatal. O Plano Beveridge era universal e uniforme (MARTINS, 2004, p. 31).

Daí em diante começaram a ser estruturados os planos de Previdência Social por todo o ocidente, tomando por base os indicativos formulados na década de 40 do século XX. O direito à previdência social, outrora encarado como instrumento de controle social e político, passou a ser observado como direito fundamental de todo cidadão, com algumas características peculiares, e sempre decorrente das relações de trabalho.

É verdade, mais uma vez, que a instituição dos planos de Previdência Social universalistas coincidiram com fortes pressões políticas para a implementação de direitos sociais, que outrora eram de responsabilidade exclusiva do cidadão, e agora (primeira metade do século XX) estavam a cargo do Estado.

Não é sem outra razão que já em 1948, na supracitada Declaração Universal dos Direitos Humanos, há a previsão de garantia dos direitos ligados à previdência social:

Art. 25. I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Como se pode observar, é nos momentos de maior fragilidade, quando os cidadãos têm a sua força de trabalho por alguma razão minorada, ou na falta de acesso ao emprego, que a Previdência Social cumpre o papel de manter o ser humano dentro de um nível existencial adequado, garantindo o exercício do preceito da dignidade humana (SARLET, 1998).

Ademais, é importante salientar que a Previdência Social, além de importante instrumento na garantia da dignidade humana, possui importante função econômica, mediante a redistribuição de renda que lhe é assaz. Com efeito,

La seguridad social desempeña uma función esencial en El desarrollo econômico y social. Por ello, todos los paises deben renovar sus esfuerzos para hacer frente a los dasafios que se presentan a la seguridad social y tomar medidas immediatas para extender la protección social a los marginados y hacer accesible la seguridad sócia a más personas. (BALERA, 2005, p. 11-28)

(...) a importância da Previdência está justamente no fato de que ela é o elemento assecuratório de que a população economicamente ativa não irá demandar outros programas de proteção social que são mais dispendiosos para o Estado e a sociedade, formando e financiando ela própria, dentro da concepção de autosustentabilidade, um colchão mínimo de cobertura. (BORGES, 2008, p. 39)

Não se pode olvidar, por outra, que o exercício do direito à previdência social, na contemporaneidade, é submetido a determinadas exigências, que lhe dão caráter totalmente específico. Uma delas, talvez a principal, é a necessidade de contribuição do trabalhador para a participação no sistema de serviços e benefícios.

Com efeito, no Brasil foi adotado o modelo de repartição simples, pelo qual o cidadão em exercício de suas atividades laborais na atualidade contribui para a manutenção dos benefícios dos trabalhadores inativos. Futuramente, uma nova geração de trabalhadores irá custear os benefícios dos labutadores que hoje estão contribuindo. Esse modelo é calcado no princípio da solidariedade, pelo qual a sociedade e o Estado devem mutuamente colaborar para a manutenção da vida digna dos trabalhadores, nos momentos de infortúnio social decorrentes das relações de trabalho.

É imperioso repisar o significado da solidariedade; ela não é uma instituição originária da Previdência Social, a despeito de aí ter encontrado hábitat natural para o seu desenvolvimento e efetivação. A solidariedade, referida no princípio, quer dizer a união

de pessoas em grupos, globalmente consideradas, contribuindo para a sustentação econômica de indivíduos em sociedade, individualmente apreciadas e, por sua vez, em dado momento, também contribuição para a manutenção de outras pessoas.

No momento da contribuição, é a sociedade quem contribui. No instante da percepção da prestação, é o ser humano a usufruir. Embora no ato da contribuição seja possível individualizar o contribuinte, não é possível vincular cada uma das contribuições a cada um dos percipientes, pois há um fundo anônimo de recursos e um número determinável de beneficiários (MARTINEZ, 2001, p. 75).

Assim sendo, por toda a justificação até aqui realizada, percebe-se que qualquer alteração nos sistemas de Previdência Social precisa passar por uma análise detida, pois está se tratando da modificação do exercício de um direito humano, que não pode ser mitigado sob qualquer pretexto. É sob esse viés que precisa ser vislumbrada a contribuição dos inativos vinculados aos Regimes Próprios de Previdência Social, especialmente daqueles que já estavam na condição de beneficiários no momento da instituição da medida.

É verdade que, no Brasil, a regulamentação da Previdência Social dos servidores públicos foi tardia[7], mas isso não tem o condão de descaracterizar a primazia do seguro social como direito humano. Os servidores públicos merecem a mesma consideração na análise dos institutos do seu Sistema Previdenciário, sem qualquer tipo de discriminação, levando em consideração a primazia da dignidade da pessoa humana.

3. CASO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS INATIVOS

A complexidade do caso em apreço requer cuidado especial na abordagem, tendo em vista o impacto que poderá ser gerado por uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, levando em conta a possível violação dos direitos humanos dos servidores públicos aposentados e pensionistas, e em contrapartida a realidade financeira da Seguridade Social brasileira, que poderá sofrer forte impacto com a extinção da contribuição hoje vigente.

3.1. O pressuposto para a atuação da Corte Interamericana dos Direitos Humanos

Antes de discutir se efetivamente está havendo violação aos direitos humanos dos servidores públicos inativos e pensionistas brasileiros, é necessário debater o pressuposto de atuação da Corte Interamericana dos Direitos Humanos para solucionar a presente demanda. O que dá legitimidade à Corte para decidir tão importante questão, que trará efeitos significativos para o Estado brasileiro, especialmente na seara econômica, vez que a contribuição instituída pela Emenda nº. 41 representa vultosa fonte de custeio para a Previdência Social dos servidores públicos?

Primeiramente, tem-se que a justificação trazida nos tópicos anteriores evidencia que qualquer alteração na configuração do exercício do direito à previdência pode ser considerada uma alteração no exercício de um direito humano. A construção argumentativa da base desse direito no binômio necessidade/dignidade lhe empresta caráter de fundamentabilidade suficiente para que a alteração na sua estruturação seja apreciada por uma Corte de direitos humanos.[8] Essa construção metajurídica parece suficiente para justificar a apreciação do caso pela CIDH.

Ademais, embora a Convenção Americana dos Direitos Humanos não trate textualmente do direito à previdência social – como o fizeram a Declaração Universal de 1948 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[9] – é possível vislumbrar a proteção a esse direito em vários dispositivos do instrumento normativo da CIDH.

Entendendo-se que o exercício do direito à previdência – mediante o recebimento de um benefício de aposentadoria ou pensão – é a materialização da propriedade do trabalhador inativo, percebe-se que qualquer interferência nos proventos daí advindos pode eventualmente macular o direito à propriedade privada, protegido no artigo 21 da Convenção.

Considerando-se ainda a especificidade do caso em discussão, no qual apenas os beneficiários dos Regimes Próprios de Previdência Social estão sendo tributados com a contribuição já referida, pode-se alegar que está havendo discriminação em razão da função pública que fora exercida por esses trabalhadores (para lhes prejudicar), já que os labutadores da iniciativa privada não estão sendo tributados. Isso violaria a disposição genérica contra qualquer tipo de discriminação contida no artigo 1º da Convenção.

Esses são apenas alguns pressupostos normativos para a atuação da Corte, que já teve a oportunidade de se manifestar, no *Caso dos Cinco Pensionistas*, a respeito do exercício do direito à previdência. Em 2003, a Corte declarou que o Estado Peruano estava violando o direito à propriedade privada, pois o direito adquirido à pensão previdenciária de alguns de alguns trabalhadores estava sendo maculado. A sentença do referido caso foi assim disposta:

Como las circunstancias del presente caso de los Cinco Pensionistas versus Perú lo revelan, las obligaciones de protección judicial por parte del Estado no se cumplen con la sola emisión de sentencias judiciales, sino con el efectivo cumplimiento de lãs mismas (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25(2)(c) de la Convención Americana). Del ángulo de los individuos, se puede aquí visualizar un verdadero derecho al Derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico – en los planos tanto nacional como internacional – que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana (entre los cuales se encuentra el derecho a la pensión como derecho adquirido) (VELTEN, 2004).

Paulo Velten (2004), comentando a repercussão do *Caso dos Cinco Pensionistas*, afirma que:

Este caso é importante, pois provavelmente o Brasil será denunciado junto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos exatamente da mesma forma. É que o Governo passou a tributar aos aposentados e pensionistas na Emenda Constitucional 41, sepultando o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, dando um caráter retroativo à lei e afetando situações já sepultadas, aliás, sepultando toda teoria de direitos fundamentais. E pior que isso, após ter resistido por duas vezes à tentação de "Constitucionalizar" tal absurdo, o STF sucumbiu, com o argumento pífio de que não há direito adquirido para questões tributárias, fazendo assim com que a "emenda ficasse pior do que o soneto", passando a tributar em casos pretéritos. Tal fato será mais cedo ou mais tarde objeto de julgamento na Corte Interamericana de Direitos Humanos, e, se se mantiver o entendimento acima exposto no *Caso Cinco Pensionistas versus Peru*, estaremos diante daqueles problemas monstruosos de se ter que devolver o que foi tributado injustamente, fato que será uma loucura, como se verá. Fruto da irresponsabilidade de governantes inescrupulosos.

Nos meandros do caso em análise, o MOSAP já teve a oportunidade de debater a competência da Corte para apreciar a questão:

No que tange à alegada incompetência *ratione materiae* da CIDH, face à invocação pelos peticionários dos artigos 1º, 9º e 17 do Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador, sublinhe-se que, independentemente da competência expressa da CIDH, a legislação pátria contempla os temas materializados na nesses dispositivos e, portanto, poderão ser objeto de análise. Além do que, direito à previdência, à pensão, à proteção especial na velhice integram dos direitos essenciais da pessoa humana, portanto, direitos humanos. E, em seu próprio preâmbulo, a Convenção Americana assegura a proteção internacional dos direitos essenciais, coadjuvante ou complementarmente ao direito interno dos Estados americanos. (MOSAP, 2008)

Diante de tal realidade, é patente a legitimidade da Corte Interamericana dos Direitos Humanos para apreciar a questão da contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos brasileiros, decidindo ou não se está havendo violação ao direito à previdência. A decisão da Corte, por sua vez, tem força vinculativa suficiente para determinar a modificação da estrutura da Previdência Social brasileira, nos termos do artigo 25, item 2, alínea "c" da Convenção Americana.

A par de tudo isso, estabelecida a configuração humanística do direito à previdência, bem como o pressuposto de atuação da CIDH, resta debater se está havendo de fato, no caso concreto, a alegada violação dos direitos humanos.

3.2. Há violação de direitos humanos?

Defender a existência de violação dos direitos humanos no caso em análise não é tarefa das mais tranquilas, diante da decisão tomada pelo STF na ADI nº. 3.105/DF, que galgou aceitabilidade na doutrina previdenciária brasileira:

Não vislumbro agressão aos postulados do direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, tendo em vista que não existe direito subjetivo à não incidência futura de tributo, bem como o ato jurídico de concessão [do benefício] não prevê tal cláusula.

(...)

A radicalização da teoria que rejeita a tributação nesses casos, por exemplo, levaria à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de aumento de alíquota de imposto de renda incidente sobre provento de aposentadoria ou pensão, sob o argumento de agressão ao direito adquirido à alíquota fixada no momento da concessão do benefício. (TAVARES, 2008, p. 393-394).

A argumentação acima exposta parte, tal qual a decisão do STF que a inspirou, de premissas equivocadas, as quais se refletem diretamente no mérito da questão. Sem adentrar à questão política que provavelmente pautou a decisão do Supremo Tribunal, serão levantados aqui argumentos embasados em posições irrenunciáveis por parte do Direito contemporâneo, visto que refletem garantias históricas incorporadas a um pensamento jurídico efetivamente disposto a efetivar os direitos do homem.

Em primeiro lugar, o argumento de que no ordenamento jurídico vigente não há norma expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo pleiteado no caso em tela, pressupõe que a interpretação dos direitos humanos deve ser restritiva. Ou seja, ou há uma norma que declare minuciosamente a impossibilidade da referida tributação ou a mesma estará permitida.

Para contrapor tal argumento, deve-se lembrar que a tradição histórica que forjou o Estado Democrático de Direito brasileiro trata a restrição de direitos como exceção, justamente em razão de a Carta Magna ser uma resposta à ingerência arbitrária do Estado nos direitos dos indivíduos, que imperou ao longo da ditadura que antecedeu a Lei Maior de 1988.

Nesse sentido, a possibilidade de tributação dos inativos é que deveria estar minuciosamente expressa ou sistematicamente dedutível na Constituição, e não o contrário, tal qual decidiu o STF. A interpretação no sentido de que efetivamente tratava-se de direito adquirido emerge do trato ampliativo que devem ter os direitos humanos.

Em segundo lugar, uma interpretação do direito à previdência social que entenda a contribuição como simples questão de ajuste econômico, obviamente está priorizando a questão econômica e encobrindo as inúmeras violações a direitos sociais que a referida medida trouxe. Para o debate sério, efetivamente fundamentado, tanto o STF quanto a doutrina que lhe é caudatária deveriam expor a tradição que seguem

quando assim se manifestam. A emergência, ainda no século passado, dos chamados direitos sociais, somada ao hoje irrenunciável princípio de que se deve buscar a materialidade dos direitos humanos, torna flagrantemente equivocada a visão formal que permitiu a constitucionalidade da Emenda 41.

Em sentido contrário, a decisão ora criticada afastou-se desse histórico e tomou como embasamento argumentos classicamente expostos por uma análise econômica do Direito. Não o fez como deveria, uma vez que não explicitou tal posicionamento e assim valeu-se de fundamentos que enfraquecem a efetividade dos direitos humanos. Se os ministros do STF houvessem efetivamente se reportado a argumentos econômicos, ter-se-ia um debate quiçá mais frutífero, muito embora também intolerável frente à Constituição. Entretanto, decidir essa questão dentro da hermenêutica dos direitos humanos tornou ainda mais flagrante sua violação, posto que essa ocorreu não só faticamente (tornando válida a Emenda) como do ponto de vista teórico, abrindo um leque para diversos posicionamentos de caráter restritivo sobre os direitos do homem.

Em todo modo, defendendo o argumento de que houve efetivamente violação, este trabalho alinha-se à concepção humanista dos direitos fundamentais. Essa roupagem deverá encarar a existência do direito adquirido à previdência social, considerado como direito inerente à personalidade humana. Para isso, deve-se ter em conta que o benefício previdenciário concedido ao servidor público é o responsável pela manutenção do seu padrão econômico, e a redução implementada pela contribuição apresenta reflexos significativos no padrão de vida do indivíduo.

Essa ingerência econômica do Estado nos rendimentos dos servidores públicos inativos, em momento posterior à estabilização econômica do trabalhador (com o recebimento dos proventos da aposentadoria/pensão) modifica substancialmente a rotina do indivíduo, e lhe obriga à reestruturação econômica involuntária, retirando-lhe parte dos vencimentos de forma arbitrária.

O trabalhador, já acostumado a se planejar de acordo com a sua remuneração mensal, está tendo que se reorganizar diante da interferência estatal, para solucionar um problema (o eterno desnível custeio/benefício da Previdência Própria) para o qual não contribuiu, vez que a responsabilidade pela organização do sistema previdenciário é do Estado.

Se é importante a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema de Previdência Social, é quão importante a garantia do exercício individual do servidor público ao direito à previdência, pelo qual se planejou por longo período de sua vida, e do qual já vem participando (como beneficiário) antes mesmo da instituição da referida tributação.

CONCLUSÃO

Ao defender a não aplicabilidade da tributação aos inativos e propor meios com os quais a Corte Interamericana possa valer-se para corroborar tal entendimento, buscou-se sobretudo apelar para a universalidade dos direitos humanos.

Se a tradição humanista na qual os mesmos foram historicamente erigidos caminha para a internacionalização da proteção desses direitos, a constatação de que houve efetivamente violação deve chegar à Corte não só em busca de justiça social com relação a todos os prejudicados pela Emenda, mas também como forma de fazer valer esse instrumento, haja vista que o mesmo depende da participação efetiva dos povos para que seja eficiente.

Ademais, haja vista que hoje o Supremo Tribunal Federal parece deter certa hegemonia interpretativa no que tange à Constituição, este trabalho procurou meios de continuar o diálogo em razão de flagrante equívoco daquele Tribunal. Sem discordar do seu papel de interprete final da Constituição, deve-se destacar que a universalidade dos direitos humanos enseja um diálogo internacional dos mesmos. O contentamento com a decisão do STF representaria uma visão restritiva dos direitos do homem do ponto de vista do diálogo inerente aos mesmos.

Por mais que a proteção aos direitos humanos tenha crescido consideravelmente nos últimos tempos, os posicionamentos restritivos do STF, muitas vezes sumulados, têm tido a conseqüência de estagnar a discussão referente a tais direitos.

Nesse sentido, o recurso à Corte Interamericana pode vir a ter o papel de dinamizador da interpretação dos direitos humanos, bem como a clara conseqüência de uma hermenêutica plural e universalista, haja vista que juízes de diversos países americanos analisarão o caso sob os enfoques condizentes com suas culturas.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Ana Laura Becker. Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Aplicação do Conteúdo Material do Conceito Normativo do *Jus Cogens.* **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.** Fortaleza, Ano 8, Vol. 8, nº. 8, 2008.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia. das Letras , 2004.

BALERA, Wagner. Direito Internacional da Seguridade Social. **Revista de Direito Social.** Porto Alegre, nº. 18, p. 11-28, abr./jun. 2005.

BERLIN, Isaiah. **A força das idéias.** Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo, Companhia das letras, 2005.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Previdência rural: inclusão social.** 2 ed. Curitiba, Juruá, 2008.

BORGES, Mauro Ribeiro. **Previdência Funcional. Teoria geral & critérios de elegibilidade aos benefícios previdenciários à luz das reformas constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.105.** Brasília, DF. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 16 jul. 2009.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos: Sessenta Anos de Conquistas**. **Revista Direitos Humanos.** Brasília, Ano 1, Vol. 1, nº. 1, dez. 2008.

HOMCI, Arthur Laércio. **A evolução histórica da previdência social no Brasil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2104, 5 abr. 2009. Disponível em: www.jus2.uol.com.br. Acesso em 18 jul. 2009.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 12 ed. Niterói: Impetus, 2008.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário.** 4 ed. São Paulo: LTr, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social.** 21 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORHY, Lauro (org.). **Reforma da Previdência em Questão.** Brasília: Editora UNB, 2003.

MOSAP (Movimento dos Servidores Públicos Aposentados e Pensionistas). **Denúncia P-644-05/BRASIL.** Disponível em: www.mosap.org.br. Acesso em 23 jun. 2009.

_____. **Relatório Parcial – Maio de 2008.** Disponível em: www.mosap.org.br. Acesso em 23 jun. 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal.** Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2005.

PEREIRA JÚNIOR, Aécio. **Evolução Histórica da Previdência Social e os Direitos Fundamentais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: www.jus2.uol.com.br/doutrina. Acesso em: 19 jul. 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Revista Internacional de Direitos Humanos.** São Paulo, Ano 1, Vol. 1, nº. 1, 2004.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário.** 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VELTEN, Paulo. **Introdução aos Fundamentos dos Direitos Humanos nas Cortes Internacionais.** Disponível em: www.fdc.br/revista. Acesso em 04 jul. 2009.

[1] Ministério da Previdência Social em Conjunto com a Casa Civil da Presidência da República.

[2] **Auschwitz-Birkenau** é o nome de um grupo de campos de concentração localizados no sul da Polônia símbolos do Holocausto perpetrado pelo regime nazista de Adolph Hitler.

[3] A Declaração de 1948 é sempre ligada à Hitler (como resposta a seus atos), não se podendo, todavia, esquecer outros fatos horrendos ocorridos naquela época como as milhões de mortes oriundas da guerra de um modo geral e as duas bombas nucleares presenteadas ao Japão pelos EUA.

[4] A Lei dos Pobres inglesa regulamentou a instituição de auxílios e socorros públicos aos necessitados, de forma caritativa, através da regulamentação da carestia que era executada na Inglaterra mediante a intervenção da Igreja Católica.

[5] Vale destacar que, no Brasil, a Previdência Social é um ramo específico da Seguridade Social (art. 194 da Constituição Federal), composta ainda pela Saúde e pela Assistência Social. "A Seguridade Social é uma técnica moderna de proteção social, que se busca implementar em prol da dignidade da pessoa humana. As suas diversas facetas, quais sejam, a assistência, a saúde e a Previdência Social, no sistema de Seguridade Social, deveriam atuar de articulada e integradas, mas percebe-se a existência de uma nítida separação no respectivo campo de atuação extraída do próprio texto constitucional." (PEREIRA JUNIOR, 2005)

[6] "O plano teve grande mérito por tratar-se do primeiro estudo amplo e minucioso de todo o universo do seguro social e serviços conexos. É este relatório que questiona a proteção do seguro social restrita aos empregados, pois todo e qualquer trabalhador deve ser objeto de proteção" (IBRAHIM, 2008).

[7] "Considerando a República, se a aposentadoria se originou em 1891, foi somente a partir de 1993, com a Emenda Constitucional 3, que se preocupou com a fonte de custeio de tal benefício, mas o que efetivamente só veio a ser implementado após a Emenda Constitucional 20/98, portanto durante cerca de 107 anos, a aposentadoria foi concedida aos servidores federais sem fonte de custeio específica" (CAMPOS, 2008, p. 50). De fato, o que se percebe é que somente com a Emenda Constitucional 20/1998 é que o servidor passou a integrar um regime de previdência social, e, como tal, de caráter contributivo, com regras que devem preservar o equilíbrio financeiro e atuarial.

[8] Outrossim, é imperioso constatar que a construção do direito à previdência social como direito humano de caráter social não descaracteriza a condição de individualidade que também lhe é inerente. Por isso, não se pode classificar com primazia esse direito como de primeira, segunda ou terceira geração (dimensão), sem cometer lapsos interpretativos que lhe comprometam o exercício.

[9] Adotado pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966: “Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social” (art. 9º).

GOVERNANÇA NO MUNDO GLOBALIZADO: A REORGANIZAÇÃO DA ORDEM MUNDIAL*

GOVERNANCE IN THE GLOBALIZED WORLD: THE WORLD ORDER REORGNIZATION

Carla Liguori
Carolina Gladyer Rabelo

RESUMO

A ordem mundial sofre alterações multifacetárias, as quais acabam modificando a forma como os sujeitos de direito internacional praticam as relações internacionais, tais como o crime organizado transnacional, a corrupção internacional e os problemas de meio ambiente. Se antigamente apenas a influência econômica era tida como fator capaz de incidir nas modificações da comunidade mundial, a interdependência entre a globalização e a governança global, como fenômenos contemporâneos, incutiram a idéia da participação de outros atores na agenda mundial, abrindo caminho às empresas multinacionais, organizações internacionais, organizações não-governamentais, aos movimentos sociais e ao próprio indivíduo, fomentando ainda a falsa premissa da mitigação da soberania dos Estados.
A presença desses atores no âmbito global traz à tona a discussão sobre a transformação na ordem política mundial e, consequentemente, na própria construção da organização político-econômica mundial.

PALAVRAS-CHAVES: RELAÇÕES INTERNACIONAIS – GOVERNANÇA GLOBAL – GLOBALIZAÇÃO – ORDEM MUNDIAL.

ABSTRACT

The world order remains unchanged multifaceted, which end up changing the way the subjects of international law practice international relations, such as transnational organized crime, corruption and international environmental problems. If only once the economic influence was regarded as a factor able to focus on changes in the global community, the interdependence between globalization and global governance, as contemporary phenomena, instilled the idea of participation of other actors on the world agenda, paving the way for multinational companies, international organizations, non-governmental organizations, social movements and the individual itself, encouraging even the false premise of mitigation of state sovereignty.
The presence of these actors at the global level raises the discussion of the transformation in the political world and, consequently, the actual construction of the political-economic world order.

KEYWORDS: INTERNATIONAL RELATIONS - GLOBAL GOVERNANCE - GLOBALIZATION - WORLD ORDER.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

A Ordem Econômica Mundial

A figura do Estado e a atuação do poder sempre sofreram transformações oriundas das evoluções político-econômico-social. O Estado em si, quando analisado sob a ótica de governo, exercendo seu poder e soberania, sobre determinada população e demarcado território, apresenta profundas alterações conceituais de acordo com a época analisada. E, se observado sob o prisma da intervenção, e assim do poder em sentido estrito, vê-se que o principal sujeito de direito internacional partiu de absolutista para social (ou desenvolvimentista) e liberal, adotando agora verdadeiro *status* de legitimador de ações internacionais desenvolvidas por outros atores mundiais.

Não apenas na esfera nacional, mas também na internacional, muito se confunde os conceitos de Estado e Nação. Estes dois institutos possuem realidades distintas e inconfundíveis, que devem ser devidamente compreendidas. A doutrina clássica determina que por Nação, tem-se uma entidade de direito natural e histórico, um conjunto homogêneo de pessoas ligadas entre si por vínculos permanentes de sangue, idioma, religião, cultura e ideais. Sahid Maluf[1] classifica "Nação" como a "substância humana do Estado". É certo que aquela pode existir sem um Estado, porém, a afirmação contrária não se faz verdadeira quando verificados os requisitos práticos para a constituição estatal.

Maquiavel foi o precursor do direito público moderno e quem enfaticamente introduziu a expressão "Estado" na literatura científica. Mesmo com a evolução histórica, a doutrina ainda não se encontra assente no que tange à definição de Estado. Clóvis Beviláqua[2] o define como "um agrupamento humano, estabelecido em determinado território e submetido a um poder soberano que lhe dá unidade orgânica." Nesta linhagem, abstraem-se os três elementos estruturais do Estado: a população, o território e o governo. Apenas com a presença desses três itens, e suas respectivas características essenciais (homogeneidade, certeza, inalienabilidade e independência) é que se pode configurar o Estado perfeito.

Contudo, o Estado quando democraticamente considerado, possui apenas o condão de organização nacional, um meio destinado à realização dos fins da comunidade interna. E é através dele que se executa a tão necessária soberania, compreendida como a autoridade superior, a capacidade de impor a vontade própria, para a realização do que é justo, primordialmente.

Não obstante, numa visão estritamente capitalista, o Estado já foi minimalista, regulatório, do bem-estar social, da Guerra Fria e, por fim, do bem-estar corporativo, este último correspondente à aceleração do mercado e ampliação dos investimentos. A segurança nacional base do Estado-Regulatório, o crescimento econômico base do Estado-Corporativo e a construção de uma sociedade interna desenvolvida socialmente, mesmo com a presença das empresas, base do Estado do Bem-estar, trazem a idéia da evolução das dimensões nacionais para uma esfera superior, além das regulações de suas fronteiras, a chamada esfera internacional, com o envolvimento de outros agentes na ordem mundial.

A relação do Estado com a política externa e, essencialmente, com o comércio - um dos principais atores de alteração social - resultou na impossibilidade deste em combater os problemas que já ultrapassavam suas linhas imaginárias. Assim como o meio ambiente, onde a atmosfera é única, os problemas internacionais clamaram pela devoção dos Estados à busca mundial de soluções, fazendo com que abandonassem o modelo clássico de "poder soberano" e normativo.

Voltados, todavia, ao conhecimento único existente à época, desconheciam tais sujeitos a forma para se adaptarem às necessidades da sociedade pós-industrial, partindo-se daí, e da própria natureza humana, o ideal da troca do poder-fundamento para interesse-fundamento.

A sociedade global adotou o sistema de conversão de interesses e resolução comum dos problemas mundiais, fazendo-o por meio da cooperação jurídica internacional. E é neste ponto que a governança global atinge sua supremacia no cenário da comunidade internacional atual.

DESENVOLVIMENTO

1. A alteração da ordem econômica mundial

Com o advento da Revolução Industrial, a abertura dos mercados à industrialização e à revolução tecnológica se fez inevitável. Os meios de comunicação tornaram-se mais amplos e acessíveis, diminuindo as diferenças e as distâncias entre os países. A intensificação das culturas e costumes, com o aumento das trocas comerciais e dos recursos tecnológicos, gerou a necessidade de formulação de regras de propriedade intelectual e, consequentemente, o desenvolvimento de regras comuns.

Este fomento mercantil, intensificador das trocas comerciais teve por necessidade a adaptação no mundo moderno. Mais do que uma simples questão de "mercancia", o comércio internacional suplicou por uma novidade nas suas modalidades de contratação, advindo daí a chamada *Lex mercatoria*, um sistema jurídico supranacional advindo das relações comerciais da Europa medieval, evoluído através da união de usos e costumes sedimentados ao longo dos anos. Em verdade, tal regulação comercial independe dos sistemas estatais onde está inserida, haja vista serem apenas aplicáveis aos próprios negociadores, em si. A grande novidade desta modalidade de regulação na contratação se dá pela capacidade dos aceitantes em se condicionarem ao cumprimento de regras estabelecidas pelos próprios, a exemplo da escolha de instituições e procedimentos arbitrais, situações não ligadas à prática estatal.

Nas palavras de Irineu Strenger[3], l*ex mercatoria* é

um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz.

Inúmeras são suas fontes citadas pela doutrina. Destacam-se os princípios gerais do direito, os usos e costumes comerciais internacionais, os contratos-tipo ou *Standards*, e a jurisprudência arbitral.

No mesmo sentido, com o intuito de desenvolvimento global, situações como o término da Segunda Guerra Mundial, as disputas pelas regiões emancipadas e as dificuldades financeiras ocasionadas aos países devastados com anos e anos de aniquilação dos direitos civis, políticos e econômicos, o anseio de melhora nos padrões de vida e dos valores humanos resultaram na união das antigas potências para a criação de blocos econômicos regionais. Na busca de recolocação na ordem mundial e reconstrução nacional, os Estados integrantes de tais blocos, como a União Européia e o NAFTA - North American Free Trade Agreement, ansiavam ajuda mútua como ideal de força, revelando o nascimento das primeiras instituições e organizações de cooperação internacional, tal como o GATT, o Banco Mundial e o FMI.

E na América Latina não foi diferente. A intenção de se elevar a economia local originou a criação de certo bloco econômico, conhecido por ALALC - Associação Latino-Americana para o Livre Comércio, formada em 1960, na tentativa de agrupamento econômico não muito bem sucedido. Após vinte anos de existência ainda briga pela consecução de suas funções, tornando-se a ALADI - Associação Latino-Americana de Integração, sediada em Montevidéu, cujo intuito é a promoção da integração de seus doze países-membros, visando não apenas a parte econômica do processo, bem como a proteção do desenvolvimento social.

Dentro dessa linha de crescimento, a governança global já dava indícios de que as eras se transformariam e que o comércio já não seria mais o único elemento responsável pela preocupação mundial. Os temas, que envolviam direitos humanos, passaram a englobar todo e qualquer assunto de necessidade global, denotando nos regimes internacionais já existentes.

A preocupação com a agricultura, que no fim do século XVII e início do século XVIII era inconcebível, nasceu juntamente com a recolocação dos países em desenvolvimento, até então periféricos ao sistema global. A exemplo pode ser salientado o G20, grupo criado em agosto de 2003, cujos objetivos iniciais eram detidos à defesa dos resultados nas negociações agrícolas, principalmente da Rodada Doha, tendo em vista os interesses dos países em desenvolvimento.

O fim da Guerra Fria e a queda do muro de Berlim revelaram que a ordem econômica mundial acompanhava os fatos mundiais e os efeitos causados por estes, uma vez que o capitalismo do ocidente já avançava sobre o oriente e a cultura e miscigenação apontavam para novas alterações sociais. A entrada das empresas nas negociações multifronteiriças e os efeitos dos negócios delas decorrentes demonstraram que a abertura da comunidade internacional às vozes de diversos atores já era uma realidade.

Os blocos regionais perderam espaço para uma só universalidade de problemas e necessidades, fato este que culminou no crescimento e na difusão da governança para o nível internacional, dando lugar de voto (e aqui leia-se poder-interesse nas conversações) a todos os Estados da chamada comunidade global.

Contudo, ainda era pouco. A busca pela convergência e pacificação dos problemas na denominada sociedade da informação[4] urgia especial atenção a atores outros que não os Estados e as Organizações Internacionais (OI)[5]. Enquanto os problemas não mais respeitavam as fronteiras soberanas de um país e as causas e efeitos poderiam ser determinantes em todos os lugares do mundo, a governança global assumiu definitivamente a cadeira que lhe aguardava; a da integração mundial.

Inegável que a governança exercida à época não se coaduna com a realizada no mundo contemporâneo, haja vista a evolução dos meios de comunicação e a celeridade do comércio. Não obstante, a entrada dos atores de direito internacional, assim definidos como *ex vi* as empresas transacionais, a sociedade civil[6], as Organizações Não-Governamentais (ONG) e o próprio ser humano são efetivamente os fatores da alegada integração global, instrumento da própria governança.

2. A transformação na organização política internacional e o desenvolvimento das relações internacionais

A interferência da vida social, política, econômica e cultural dos Estados nacionais tornou-se evidente com a diminuição das fronteiras decorrente da modificação da ordem econômica. A globalização nascida da abertura dos canais de comunicação interestatais, dos relacionamentos comerciais e do avanço da tecnologia, essencialmente no fim do século XX, com a integração do mundo ocidental e oriental, bem como o aumento da atuação de empresas privadas no âmbito internacional, colocou em dúvida não só a soberania[7] dos Estados como o próprio conceito destes.

O que se conhecia como verdades absolutas ou abarcadas pelo realismo da época já não se encaixava àquela realidade. A concepção de política internacional sofria uma mudança profunda e impensável, abrindo azo ao questionamento de um novo modelo de organização política mundial.

Note-se que, como ressaltado, diversos foram, como ainda são, os elementos de transformação da ordem mundial. A incidência geopolítica indicava novos paradigmas, a abertura do mercado ensejava o fomento da economia e a mudança dos agentes comerciais, bem como a troca de culturas e costumes selava a criação de uma comunidade única. Era a globalização agindo na própria globalização.

A Teoria de Kant sobre as "monarquias universais" voltadas à "paz perpétua" e a criação de uma comunidade internacional, desenvolvida no século XVII, não condizia com a dominante força européia de blocos econômicos. Com base na ideologia da hegemonia cristã européia, Kant acreditava que a organização política e social seria adotada por todo o império colonial europeu, numa Federação de Repúblicas dotadas de democracia.

A citada Guerra Fria revelou, entretanto, que a teoria kantiana não poderia responder aos anseios mundiais de revolução global, mas pôde ser vista como a origem da chamada governança global. Mesmo detentores de poderes próprios dentro de seus territórios, cada República democrática européia fazia parte, ao mesmo tempo em que integrava, de uma rede única e maior, a Monarquia Universal.

Voltado ao progresso da humanidade, não observando assim as dificuldades decorrentes da diversificação da cultura, língua, religião, poder econômico, pregava Kant que a paz perpétua poderia ser alcançada por meio de duas vertentes, a união das forças na convergência de uma única vontade ou então na concepção de um direito cosmopolita supranacional.[8]

Elevando o indivíduo à mesma importância do Estado e, através deste equilíbrio de forças, declarava o autor a existência de uma única comunidade universal. A paz

perpétua que serviria de elo desta comunidade única viria do que é conhecido por "espírito do comércio", uma vez que, como na época do escambo, o mercado poderia embalar toda a humanidade numa rede de interesses comuns, desmantelando qualquer indício de guerra.

Por sua vez, com a teoria da "federação das repúblicas", a universalidade ou a comunidade mundial também ganhava dimensão, apontando numa ou noutra forma a participação de mais de um ator nas decisões desta sociedade internacional. Daí, portanto, dizer-se que os ideais kantianos podem ser considerados como os primeiros pilares da governança global.

O ideal de uma comunidade universal advinda do estudo único do desenvolvimento do homem, sem levar em conta as demais circunstâncias do cenário mundial, todavia, implicaria num verdadeiro relativismo cultural universal, se é que assim se pode dizer. Além disso, a instituição de uma organização política de bases culturais únicas não condiz com a idéia de república democrática, já que retira das mãos do povo o poder originário da mudança. Por fim, e não menos importante, os Estados mais pobres ou ainda em desenvolvimento ficariam à mercê do sistema, certamente dominados pos aqueles já desenvolvidos.

A hegemonia mundial na vertente da globalização também não sustentaria uma comunidade internacional universal e de organização política sustentável, pois, além de circunstância temporária, já que as relações internacionais se apóiam também em questões financeiras, a falta de um poder maior ou a não observância deste colocaria em risco a própria hegemoneidade e, assim, não garantiria a esperada igualdade.

A atual ordem mundial, direcionada por uma economia capitalista e transnacional, derruba por terra a teoria liberal de Kant, definitivamente não extingue a figura política do Estado, nem mesmo coloca em xeque a soberania deste, bem como supõe que o retrocesso ao realismo do poder como fundamento anteriormente vivido não seria o caminho.

Uma organização política mundial não existiria sem o reconhecimento das soberanias dos Estados, uma vez que detentores do poder e de personalidade a ponto de transmiti-lo às OIs. Além disso, é a existência do Estado que legitima as participações dos demais atores de direito internacional, dotando de normatividade e criando os regimes institucionais necessários à efetivação da governança exercida por todos.

Apesar das teorias ceticistas e realistas ressaltadas por David Held e Anthony McGrew difundirem o mito da globalização como embasamento para a continuidade da concepção de Estado como governo definido - em território próprio e devidamente demarcado - rebatendo a idéia de relativização da soberania e traduzindo apenas a existência de trocas econômicas e sociais na esfera mundial, se tem por certo que outros sujeitos e atores nasceram do desenvolvimento das relações internacionais.

Mas se o realismo não conseguiu reduzir a comunidade internacional à existência unicamente dos Estados nas relações globais, por outro lado, a Teoria Marxista de organização mundial por meio de zonas ou áreas de capitalismo expansivo também deve ser objeto de discussão.

A análise marxista tradicional considera que o capitalismo, como ordem social, tem uma lógica expansionista patológica, uma vez que, para manter os lucros, o capital precisa estar constantemente explorando novos mercados. (...) é a história das potências capitalistas ocidentais dividindo e redividindo o mundo em zonas econômicas exclusivas. (...), o imperialismo assumiu (...) novos mecanismos de controle e supervisão multilaterais, como o G7 e o Banco Mundial.[9]

Veja-se, por exemplo, que o pensamento marxista não explica o fato de que Estados globalizados ou em globalização, que não inclusos em grupos multilaterais econômicos, sofram, mesmo assim, os efeitos da ordem mundial e, por vezes, tenham poder suficiente para decisões internacionais.

A globalização indica uma grande teia de interação contínua, permanente e de efeito mundial, por meio da qual tudo o que acontece internacionalmente reflete internamente e, por sua vez, aquilo que se altera dentro de um Estado pode ser sentido em tantos outros com ele conectados.

E a governança global, como forma de cooperação mundial, adveio justamente destas redes horizontais e verticais de efeito comum, também denominada de "aldeia global". Culturalmente, a prática da governança não implica qualquer diferenciação entre os Estados, Organizações Internacionais, organismos não políticos e as empresas internacionais ou multinacionais. Por este ponto de vista, certamente a idéia de governança pode ser verificada na legitimação da vontade universal do povo.

Foi a globalização, entretanto, que reorganizou a política internacional. O que se esperava com a abertura dos mercados e a união dos homens alavancou, em verdade, ao

menos no âmbito comercial, uma hierarquia entre os Estados. Aqueles que detinham (e ainda detém) o poder econômico como fundamento de governança e conversão de interesses indubitavelmente exercem controle sobre os demais, em desenvolvimento.

Mesmo estando a organização da política internacional intimamente ligada à força comercial dos sujeitos de direito internacional, na visão globalista contemporânea, o fenômeno não atinge tão somente o mercado desenvolvido pelos Estados na esfera mundial. Em verdade, a globalização é multidimensional, abarcando diversas outras dimensões ligadas aos atores de direito internacional e à comunidade global.

3. A interdependência da governança e da globalização na reorganização da política internacional

O fenômeno da globalização, entendido como um processo não exclusivamente econômico, mas também que envolve aspectos sociais, culturais, políticos e pessoais, recolocou, de maneira dramática, as relações entre sociedade e Estado. Trouxe como conseqüência um mudança no papel do Estado nacional (não sua extinção, mas certamente uma reconfiguração) e suas relações no cenário internacional. Impulsionou, portanto, a discussão sobre os novos meios e padrões de articulação entre indivíduos, organizações, empresas e o próprio Estado, deixando cala a importância da governança em todos os níveis.[10]

A globalização e a governança são fenômenos atuais e interdependentes que levam necessariamente à discussão de alterações na organização governamental dos Estados, na hipotética relativização da soberania destes sujeitos, na criação de uma comunidade global, além da constante reorganização da política internacional.

Não há dúvidas de que a governança decorreu da abertura do mercado internacional com o desenvolvimento da tecnologia, tal como o comércio eletrônico. Contudo, atualmente governança e globalização são vertentes de fluxos comuns, as quais emitem efeitos recíprocos que atingem uma à outra, transformando, inegavelmente, a própria ordem política mundial.

Governança, assim como globalização, são conceitos cada vez mais utilizados na análise e na descrição da presente realidade mundial, apesar de que trazem ainda uma grande carga de indefinição e, na maior parte das vezes, uma forte conotação ideológica. De qualquer maneira, a idéia de governança global traduz a exigência de uma reflexão sobre as relações de autoridade e poder, isto é, sobre as novas formas de organização e

de regulação política nos planos mundial e nacional - o que inclui, necessariamente, uma discussão sobre democracia - assim como reflete a necessidade de se examinar o papel das organizações e de outros atores estatais e não estatais nos mecanismos de regulação política, gerando uma reflexão mais adaptada às transformações do mundo contemporâneo.[11]

Nessa linha, o mercado tido antigamente como instrumento essencial de formação de uma comunidade internacional liberal e integradora das culturas e raças, já não atinge o ideal contemporâneo de organização e poder. O governo, antigamente exercido somente pelo Estado, hoje sofre os clamores da sociedade civil, das organizações não-governamentais, das empresas multinacionais, das Organizações Internacionais e do próprio indivíduo.

Tal assertiva demonstra que, diferentemente das estruturas estatais das décadas de absolutismo ou socialismo, nas quais se analisavam apenas a sociedade interna do país e os anseios desta, o que se vê hoje, é a inter-relação do mundo, demonstrando que todo e qualquer ato vivido internacionalmente pode ser sentido na esfera nacional e vice-versa.

A globalização é benéfica para os países ricos, excelente para os países pobres que procuram se integrar ao comércio internacional, e danosa aos países que ficam à margem do sistema, presos a idéias políticas ultrapassadas ou vítimas da própria incapacidade de gerir seus melhores recursos naturais e intelectuais." (...) "É uma 'janela de oportunidades'.[12]

A reorganização da política internacional caminha aos sete ventos. Como com a globalização na época inter e pós-guerra, a política mundial avança desapercebida e ganha desenho de acordo com os passos da comunidade global, amparados pela forma com que governam os atores mundiais, ou, como se poderia dizer, com o modo que a governança atinge a todos.

Os regimes internacionais até então utilizados como mecanismos de aplicação da prática da governança, com fins de políticas de efetividade e proteção, não são apropriados a todo e qualquer tipo de problemática mundial. Acreditar-se que o institucionalismo é o único processo capaz de regular as necessidades comuns é o mesmo que dizer que a teoria kantiana de "Congresso das Repúblicas" está de volta. As Organizações Internacionais seriam dotadas de poder central e os Estados, divididos cada qual em sua dimensão de poder, representariam todo o império colonial europeu.

Pensar também, todavia, que a manifestação de uma vontade universal por meio da governança, sozinha, teria o condão de regulamentar problemas internacionais, é apostar no idealismo da "união faz a força", na qual a vaidade dos Estados ou mesmo o poder econômico de cada um não é levado em conta como deveria. Seria, aliás, uma bela utopia de igualdade.

O problema da soberania tem também vindo a ser particularmente discutido por um conjunto de autores comprometidos com uma visão normativa sobre a política internacional, no campo do direito in ternacional, da teoria política e das relações internacionais. Autores como o americano Richard Falk, o italiano Antonio Cassese ou o inglês David Held têm recorrido a uma discussão da ordem jurídica in ternacional em função de dois modelos contrastantes: o modelo de Vestefália, onde se encontraria o fundamento histórico da soberania como princípio de legitimidade fundamental da ordem internacional, e o modelo da Carta das Nações Unidas que, impondo restrições à centralidade da soberania na ordem internacionnal, configuraria sobre tudo a promessa de uma ordem internacional renovada com base em princípios e valores humanitários.[13]

A organização da política internacional deve atentar a fusão destas duas vertentes, a fim de que o resultado seja completo, volitivo e eficiente (institucional). O mundo contemporâneo é uma caixa de surpresas e estratégias deixadas unicamente a cargo dos Estados podem ser verdadeiras armas de destruição.

A força mundial que movimenta o mundo e transforma as sociedades em todas as suas estruturas não pode ser ignorada. A globalização é hoje vista por prismas que vão muito além da liberação do comércio, passando por assuntos tecnológicos, sociais, da natureza humana, de análise de poder, dentre todos os outros que compõem o desenvolvimento da sociedade, tudo comparado ao cenário em que ocorre.

A reorganização da ordem econômica e política mundial é, em verdade, o espelho da ligação triangular da globalização, da governança e da mudança da organização social. Os fluxos de interdependência podem ser compreendidos se comparados a ondas magnéticas que vão e vem por dentre os fios de energia de uma grande metrópole. Se um poste de iluminação despenca, toda a rede sentirá o prejuízo do ato, por vezes trabalhando mais e gerando mais potência para suprir aquele hiato, por vezes tornando-se também obsoleta. De outro modo, se todo o sistema elétrico não funcionar satisfatoriamente causará um *blackout* à cidade, que terá que se adaptar à mudança ocorrida, partindo assim a novos modelos de reorganização.

É central nessa interpretação globalista, entretanto, uma concepção da mudança global que implica uma reordenação significativa dos princípios organizadores da vida social e da ordem mundial. Três aspectos dela tendem a ser identificados na literatura globalista, quais sejam, a transformação dos padrões dominantes da organização socioeconômica, a do princípio territorial e a do poder.[14]

A realidade de identificação dos atores internacionais e da alteração do poder indicaria, por exemplo, a existência de um parlamentarismo mundial na comunidade global. O governo, antes exercido somente pelos Estados, hoje sofrem os efeitos da influência política dos demais atores já reconhecidos, como as próprias Organizações Não-Governamentais. Tudo indicaria, neste contexto, que a representação do Estado na esfera internacional estaria nas mãos dos primeiros e verdadeiros sujeitos do direito internacional, os próprios Estados. A chefia de governo, entretanto, é exercida por toda sociedade civil, as organizações não estatais, Organizações Internacionais, empresas multinacionais e transnacionais e o próprio indivíduo, na chamada governança sem governo.[15]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A governança global na reorganização da ordem mundial

O quadro de evolução da governança global pode ser resumidamente definido entre o período pré-globalização e pós-globalização. Certamente que antes mesmo da sociedade industrial apenas os Estados eram detentores de capacidade para relações internacionais, fazendo-o por meio da criação de tratados e resoluções. Após contudo a industrialização, com a abertura do mercado e a expansão dos meios de comunicação e da tecnologia, a governança ganhou escopo na participação de atores não estatais nos assuntos da comunidade global, retirando das mãos dos principais sujeitos de direito internacional[16] a exclusividade para governar.

Porém, assim como o fenômeno da globalização, a governança está intimamente ligada a fatores de ordem social, econômico, político e cultural. As necessidades mercadológicas, os movimentos sociais, os anseios comuns e a integração cultural já não são aqueles do final do século XX.

Passamos hoje por transformações profundas na ordem mundial, decorrentes sim de fatores semelhantes àqueles que fomentaram e abriram espaço à governança global. Entretanto, a resposta que se espera e os efeitos destas transformações são absorvidos de outra maneira. Se antes a globalização era tida como um fenômeno necessariamente comercial, agora a transnacionalidade de assuntos como o meio ambiente, a corrupção

internacional e o crime organizado mundial já fazem parte da pauta da contemporaneidade da abertura dos mercados e da diminuição das fronteiras.

O atual período da globalização não é simplesmente uma continuação da expansão do capitalismo e do ocidente. Se alguém quisesse fixar seu ponto de origem específico, ele seria a primeira transmissão de rádio via satélite. Desse momento em diante, a comunicação eletrônica instantânea por todo o globo não só é possível, mas quase que imediatamente começa a entrar na vida de milhões de pessoas.[17]

A mudança da ordem social, ao passo que interfere na globalização, é também sentida por esta e pela forma com que se aplica a governança global. A presença de outros atores que não somente os Estados nas discussões da agenda mundial e assim na chamada governança sem governo garante a outros entes que não os estatais verdadeira força política, incutindo a falsa idéia de relativização da soberania.

A sociedade global continua e continuará a ser um todo povoado de províncias e nações, povos e etnias, línguas e dialetos, seitas e religiões, comunidade e sociedade, culturas e civilizações. As diversidades que floresceram no âmbito da sociedade nacional, quando esta absorveu feudos, burgos, tribos, etnias, nacionalidades, línguas, culturas, tradições, sabedorias e imaginários podem tanto desaparecer como transformar-se e florescer, no âmbito da sociedade global. Os horizontes abertos pela globalização comportam a homogeneização e a diversificação, a integração e a contradição.[18]

Assim, como no cenário econômico e mercantil, onde o desenvolvimento é contínuo, a governança ganha espaço com as mudanças oriundas da globalização e também gera seus efeitos na ordem mundial. Há que se frisar que os meios de gerência do mundo moderno são determinados pelas necessidades, em constante mutação. Por essa linha, a forma com que os atores internacionais influenciam a comunidade global e a própria ingerência destes interventores estão intimamente ligadas à realidade social, política e econômica da sociedade internacional, bem como geram alterações na própria ordem mundial.

A cooperação internacional e a elaboração de instituições de ajuda mútua se apresentam como os melhores instrumentos de solução aos anseios oriundos da mutação da comunidade internacional

Os movimentos de união a uma vontade universal, com a prática da governança global, é resultado do multilateralismo e da quebra do ideal de força. A imposição de valores

civilistas e políticos, ainda que dependentes da institucionalização do Estado, revela que enquanto o homem evoluir a ordem mundial também o fará.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. *Novos atores. Governança global e o direito internacional ambiental.* Coleção Grandes Eventos. v. I. Brasília: Escola Superior do Ministério Público (ESMPU), 2004.

CAMARGO, Sonia de. *Governança global: utopia, desafio ou armadilha?* In: Fundação Konrad Adenauer (Org.). *Governança global: reorganização da política em todos os níveis de ação.* 1 ed. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999.

CRETELLA NETO, José. *Direito Processual na Organização Mundial do Comércio - OMC: casuística de interesse para o Brasil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GIDDES, Anthony. *Além da Esquerda e da Direita. O Futuro da política radical.* São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996. In: ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *Corrupção na era da globalização.* Curitiba: Juruá, 2008.

GONÇALVES, Alcindo. *O conceito de governança.* Artigo apresentado no XIV Encontro do Conpedi - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Manaus - AM, 2005.

GONÇALVES, Alcindo; RABELO, Carolina Gladyer; GAMBINI, Priscila. *Soberania compartilhada em redes globais.* Artigo apresentado no XVI Encontro do Conpedi - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Campos dos Goytacazes - RJ, 2007.

HELD, David. *Democracy and the Global Order - From the Modern State to Cosmopolitan Governance.*

HELD, David; MC GREW, Anthony. *Prós e contras da globalização.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

IANNI, Octavio. *Nação: provincial da sociedade global? In*: MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global.* São Paulo: Paz e Terra, 2005.

IR.WORLDINSTITUTE. Disponível em: http://www.irwi.org.br/orginternacionais.htm. Acesso em 27 de Junho de 2009.

LIGUORI, Carla; RABELO, Carolina Gladyer. *Contratos Internacionais e a Nova Lex Mercatoria.* Artigo apresentado no VII Congresso Brasileiro de Direito Internacional, em São Paulo. In Estudos de Direito Internacional - volume XV. Juruá: Curitiba, 2009.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado.* 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRALLES, Anna Candice Weiler. *Globalização versus soberania.* Disponível em: <http://www.univates.br/files/files/univates/graduacao/direito/GLOBALIZACAO_VERSUS_SOBERANIA.pdf>. Acesso em 27 de Junho de 2009.

NUNES, Ivan. *Globalização e soberania dos estados.* Sociologia, problemas e práticas,

n.° 37, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/spp/n37a04.pdf> Acesso *27 de Junho de 2009.*

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *Corrupção na era da globalização.* Curitiba: Juruá, 2008.

STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: Ltr, 1996.

YOUNG, Oran R. (ed). *Global governance. Drawing insights from the environmental experience.* Cambrigde/London: The MIT Press, 1997.

---

[1]*Teoria geral do Estado.* 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 16.

[2] MALUF. Op. Cit., p. 21.

[3] *Direito do comércio internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: Ltr, 1996. p. 78.

[4] GONÇALVES, Alcindo; RABELO, Carolina Gladyer; GAMBINI, Priscila. *Soberania compartilhada em redes globais.* In: XVI Encontro do Conpedi - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Anais. Campos dos Goytacazes. Rio de Janeiro: 2007.

[5] Segundo o Instituto Mundial para as Relações Internacionais, organização internacional "são associações voluntárias de Estados que podem ser definidas sociedades entre Estados, constituída através de um Tratado, com a finalidade de buscar interesses comuns através de uma permanente cooperação entre seus membros". IR.WORLDINSTITUTE. Disponível em: <http://www.irwi.org.br/orginternacionais.htm>. Acesso em 27 de Junho de 2009.

[6] Civil society is that domain of associational life situated above the individual and below the state. WAPNER, Paul. *Governance in global civil society.* In: YOUNG, Oran R. (ed). *Global governance. Drawing insights from the environmental experience.* Cambrigde/London: The MIT Press, 1997. p. 65.

[7] "Cabe ressaltar, ainda, neste diapasão, as ponderações de Lupi (2001), que divide a soberania em duas distintas acepções possíveis no uso discursivo corrente do termo em estudo: a primeira visualiza-se sob o prisma da forma, no qual a Soberania é ligada à idéia de independência, e a segunda sob o prisma da substância, ligando-se a Soberania à noção de autonomia." LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Apud* MIRALLES, Anna Candice Weiler. Globalização *versus* soberania.

[8] HELD, David; MC GREW, Anthony. *Prós e contras da globalização.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

[9] HELD, David; MC GREW, Anthony. Op. Cit. p. 17.

[10] GONÇALVES, Alcindo. *O conceito de governança.* In: XIV Encontro do Conpedi - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Anais. Manaus: 2005.

[11] CAMARGO, Sonia de. *Governança global: utopia, desafio ou armadilha?* In: Fundação Konrad Adenauer. (Org.). Governança Global: reorganização da política em todos os níveis de ação. 1ª ed. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, v. 16.

[12] CRETELLA NETO, José. *Direito Processual na Organização Mundial do Comércio - OMC: casuística de interesse para o Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

[13] NUNES, Ivan. *Globalização e soberania dos estados.* Sociologia, problemas e práticas, n.° 37. 2001. p.77. Disponível em: <http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/spp/n37/n37a04.pdf>. *Acesso em 27 de Junho de 2009.*

[14] HELD, David; MC GREW, Anthony. Op. Cit.. p. 21.

[15] Para James Rosenau, a governança demonstra a existência de regras, a todos os níveis da atividade humana, cujas finalidades são controladas para terem um efeito internacional. Essa abordagem defende que os indivíduos são capazes de se organizar para resolver problemas comuns, por meio de mecanismos interativos de decisão, que constituem a "governança sem governo" a partir de uma iniciativa comum tomada sob consenso. BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. *Novos atores. governança global e o direito internacional ambiental.*Meio Ambiente. Coleção Grandes Eventos, vol. I, Brasília, Escola Superior do Ministério Público (ESMPU). p. 06.

[16] "In the same way that domestic civil society is always enacting order within a national polity, under both hegemonic and nonhegemonic settings, global civil society is always influencing the institutions of global life." WAPNER, Paul. *Governance in global civil society.* In: YOUNG, Oran R. (ed). *Global governance. Drawing insights from the environmental experience.* Cambrigde/London: The MIT Press, 1997. p. 79.

[17] GIDDES, Anthony. *Além da Esquerda e da Direita. O Futuro da política radical.* São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996. p. 95. In: ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *Corrupção na era da globalização.* Curitiba: Juruá, 2008. p.18.

[18] IANNI, Octavio. *Nação: provincial da sociedade global?* In: MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global.* São Paulo: Paz e Terra, 2005. p.488.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA NEGATIVA DA CIDADANIA ITALIANA POR VIA MATERNAL: A LEI ITALIANA E AS DECISÕES CONTEMPORANEAS*

THE UNCONSTITUTIONALY OF NEGATING ITALIAN CITIZENSHIP VIA MATERNAL BLOOD-LINE: THE ITALIAN LAW AND ITS CONTEMPORARY DECISIONS

Daniel Patroni
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro

RESUMO

O presente trabalho busca inicialmente resgatar o conceito de nacionalidade e cidadania adotado pelo direito brasileiro e italiano, e ilustrar os sistemas aplicados pela legislação interna dos países: *ius sanguinis* e *ius soli*. Posteriormente imerge na analise das legislações italianas que abordam o tema da cidadania durante seus diversos períodos históricos, culminando na hipótese de negativa da cidadania italiana por via maternal afirmada pela Constituição República Italiana, em vigor a partir 1° de janeiro de 1948. Por fim, analisa as decisões contemporâneas da *Corte Suprema di Cassazione* Italiana, sua relação com a Convenção de Nova Iorque de 18 de dezembro de 1979, que prevê a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher na legislação dos países signatários, bem como a adequação das decisões aos descendentes até então privados da cidadania.

PALAVRAS-CHAVE:NEGATIVA DA CIDADANIA ITALIANA; INCONSTITUCIONALIDADE, DECISÕES CONTEMPORÂNEAS.

ABSTRACT

This paper seeks to rescue the concept of nationality and citizenship, as adopted by Brazilian and Italian law, and illustrate the procedures respectively used in the domestic legislation of both countries: *ius sanguinis* and *ius soli*. Secondly, this paper will analyse a number of Italian laws that address the issue of citizenship in different historical periods culminating in the hypothesis of negating Italian citizenship through maternal blood-line, as stated by the Italian Republic Constitution, effective from 1st January 1948. Finally, this paper analyses the contemporary decisions of the Italian Supreme Court and its relationship with the New York Convention, from 18th December 1979, which upholds the elimination of all forms of discrimination against women in the law of the signatory countries, as well as the appropriateness of decisions to descendants until then deprived of citizenship.

KEY-WORDS: NEGATION OF ITALIAN CITIZENSHIP; UNCONSTITUTIONALITY; CONTEMPORARY DECISIONS.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

Nos anos de 1848, surgiu na Itália, o movimento denominado *Risorgimento*, para unificação da península, até então divididas em Reinos. Com a unificação italiana em 1871, a emigração tornou-se um fenômeno social.

Motivados pela por fatores econômicos e sócio-culturais, e estimuladas pelo governo, às emigrações italianas até final do século XIX eram mais acentuada na região norte, marcada por um significativo processo de industrialização na região, chegando ao sul no início do século XX, com a economia baseada na agricultura onde o cidadão encontrava dificuldade de sobreviver tanto nas pequenas propriedades que possuía ou onde simplesmente trabalhava, como nas cidades, para onde se deslocava em busca de trabalho.

Até 1875, mais de 126.000 italianos imigraram e os números aumentavam a cada ano tendo como principais destinos: os Estados Unidos, a Argentina e o Brasil, e milhões de outros europeus haviam deixado seus países em busca de melhores condições de vida nas Américas.

No Brasil, a maciça imigração italiana ocorreu até 1914, estendendo-se expressivamente, até meados de 1930. Os imigrantes eram em sua maioria famílias de camponeses que foram atraídos pelo governo brasileiro para se tornarem agricultores no sul do país e na região de São Paulo[99].

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a demanda de mão-de-obra interna para reconstrução do país fizeram com que a Itália implementasse políticas públicas de redução da evasão de seus cidadãos. [100] Neste contexto, a luta pelo resgate do orgulho de

---

[99] IBGE. "A imigração subvencionada se estendeu de 1870 a 1930 e visava a estimular a vinda de imigrantes: as passagens eram financiadas, bem como alojamento e o trabalho inicial no campo ou na lavoura. Os imigrantes se comprometiam com contratos que estabeleciam não só o local para onde se dirigiriam, como igualmente as condições de trabalho a que se submeteriam.". Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 04 set. 2009.

[100] A partir da década de 80, as crises econômicas que abateram os países acarretaram um contra fluxo nas correntes migratórias, quando parte da população passou a tentar emigrar para os países desenvolvidos, a fim de buscar novas oportunidades e melhoria na qualidade de vida. "[...] pode-se mencionar que os europeus no período entre 1800 e 1960 participaram de forma desproporcional (com cerca de 80%) dos movimentos migratórios intercontinentais. E tiraram proveito disso: em comparação com outros migrantes e em relação aos compatriotas não emigrados, melhoraram suas condições de vida. Ao mesmo tempo, esse êxodo ocorrido durante o século XIX e início do século XX foi tão decisivo para a melhora da situação econômica nos países de origem dos imigrantes, quanto a imigração em direção inversa, que ocorreu rumo à Europa no tempo da reconstrução, após a Segunda Guerra Mundial. A Europa, tanto de uma forma quanto de outra, foi beneficiária desses fluxos migratórios. Essas e outras razões semelhantes certamente ainda não bastam para justificar a garantia de um direito individual à imigração, que seja

“ser italiano” e da identidade italiana (*italianitá*), aos que se encontravam além das fronteiras territoriais da península, teve importância política do governo de Mussolini, motivando, inclusive, a adesão de muitos imigrantes e descendentes, ao fascismo.

No entanto, ainda que Brasil e Itália tenham consolidado uma história fortemente entrelaçada estabelecendo vínculos culturais, sociais e econômicos[101], os obstáculos enfrentados pelos descendentes de italianos nascidos no exterior, para o reconhecimento da cidadania daquele país são enormes. Os problemas, no entanto, vão desde a burocracia administrativa, passando por legislações inconstitucionais e chegando, até mesmo, às manifestações xenofóbicas.

1 DA NACIONALIDADE E DA CIDADANIA NO DIREITO BRASILEITO E ITALIANO

O campo do direito que se ocupa com o estudo do conjunto de normas e princípios que regulam a nacionalidade ou a cidadania de determinado país, denomina-se *direito de nacionalidade*.

O termo cidadania ou nacionalidade é utilizado para definir o vínculo jurídico que liga um determinado indivíduo a um determinado Estado, conferindo direitos e deveres recíprocos. O Brasil adota a expressão nacionalidade para definir este vínculo, assim como outros países, a exemplo da Espanha (*nacionalidad*) e França (*nationalité*). Porém, na Itália, a expressão adotada tanto no âmbito jurídico quanto doutrinal é cidadania (*cittadinanza*).

Wilba Lúcia Maia Bernardes comenta que a partir de 1930 ocorre uma nítida distinção nos conceitos de cidadania, nacionalidade e naturalidade pela doutrina brasileira. Desde então, nacionalidade refere-se à qualidade de quem é membro do Estado brasileiro, e o termo cidadania tem sido empregado para definir a condição daqueles que, como nacionais, exercem direitos políticos.[102]

Segundo Dalmo Dallari:

---

legítimo e que possa ser cobrado por ação judicial: contudo, elas provavelmente justificam o comprometimento moral com uma política liberal de imigração que abra a própria sociedade para imigrantes e oriente o fluxo imigratório na medida em que existam capacidades disponíveis” HABERMAS, 2002, p. 260-26.

[101] Segundo estimativa da Embaixada Italiana no Brasil, vivem no país cerca de 25 milhões de descendentes de imigrantes italianos. Embaixada da Itália no Brasil. Disponível em: <www.ambbrasilia.esteri.it>. Acesso em: 04 set. 2009.

[102] Vide BERNARDES, 1995, p. 57 e ss.

> A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social.[103]

Nacionalidade é expressão que se liga mais intimamente ao conceito sociológico de *nação*. O termo *nação* adquiriu prestígio durante a Revolução Francesa, constantemente utilizado para expressar tudo que fizesse referência ao povo como unidade homogênea. Embora não tenha acepção unívoca, a *nação* pode definir um conjunto de pessoas ligadas por laços comuns – os quais podem ser a pertinência étnica, linguística, tradicional ou histórica -, consciente de sua identidade e com aspirações comuns.[104]

Segundo Pasquale Stanislao Mancini, a região, a raça, a língua, os costumes, a história, as leis, as religiões são os elementos determinantes da nacionalidade:

> O conjunto desses elementos compõe, para dizer a verdade, a própria natureza de cada povo distinto e introduz nos membros do consórcio tal intimidade peculiar de relação materiais e morais que, como legítimo efeito, decorre ainda entre eles uma comunhão de direito criada de modo mais íntimo, impossível de existir entre indivíduos de nações diferentes.[105]

Assim, a nacionalidade pode ser definida como o vínculo jurídico-político que liga o indivíduo ao Estado, ou, em outras palavras, o elo entre pessoa física e um determinado Estado. Compõem-se de duas dimensões: a) a dimensão vertical ou jurídico-política: que consiste na ligação do indivíduo com o Estado a que pertence. Neste caso há uma relação recíproca de obrigações do Estado para com o indivíduo e vice-versa, e b) a dimensão horizontal ou sociológica: que faz do nacional membro de uma comunidade, da população que constitui o Estado.

A cidadania está ligada aos direitos e deveres em que a sociedade vive. São direitos políticos, que permitem ao indivíduo intervir na direção dos negócios públicos do Estado, participando de modo direto ou indireto na formação do governo e na sua administração, seja ao votar (direto), seja ao concorrer a cargo público (indireto).[106]

---

[103] DALLARI, 1998. p. 14.
[104] Vide verbete *nação* no Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva, 2005, p. 939.
[105] MANCINI, 2003, p. 54.
[106] A título de comparação, no Brasil, os direitos políticos, expressão da cidadania, são regulados pela Constituição Federal no artigo 14, que estabelece a participação na política nacional. Na norma constitucional é o alistamento eleitoral e o voto obrigatório para os maiores de dezoito anos, e facultativos

Utilizando o pensamento doutrinário pátrio, pode-se concluir que a cidadania pressupõe a nacionalidade, ou seja, para ser titular dos direitos políticos, há de ser nacional. Na Itália, porém, o termo cidadania significa que o cidadão italiano reconheça o sistema jurídico e cumpra os direitos políticos e civis. Pode ser visto tanto como um estado do cidadão, como também uma relação jurídica entre cidadão e Estado.

De acordo com o *princípio da competência exclusiva*, somente o Estado tem competência para atribuir uma nacionalidade[107]. Este princípio está firmemente ancorado na prática internacional, tanto jurisdicional como convencional. A suspensão e a "perda" da nacionalidade[108], é igualmente uma competência discricionária dos Estados[109].

A Convenção de Haia de 1930[110], em seus artigos 1º, 2º e 3º, estabelece que: a) cabe a cada Estado determinar através de sua legislação quais são seus nacionais; b) as dúvidas quanto a nacionalidade de um indivíduo será resolvida de acordo com a legislação do Estado, e; c) salvo reserva de disposições contidas na Convenção, caso um indivíduo possua duas ou mais nacionalidades, poderá ser considerado por cada um dos Estados cuja nacionalidade possua, como seu nacional.[111]

Desta forma, tem-se que a nacionalidade é uma questão jurídico-política de direito público interno, que leva em conta os interesses legítimos do Estado e de seus indivíduos, de acordo com os limites traçados pelo direito internacional que regulamenta a questão de forma complementar apenas para evitar situações incertas de apatrídia, binacionalidade ou polinacionalidade.

---

para os analfabetos, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos e os maiores de setenta anos. A Constituição proíbe o alistamento eleitoral dos estrangeiros e dos brasileiros conscritos no serviço militar obrigatório.

[107] Segundo jurisprudência internacional sobre nacionalidade destaca-se o famoso Caso *Nottebohm*, julgado pela Corte Internacional de Justiça de Haia: "O direito internacional deixa a cada Estado o cuidado de determinar a atribuição da sua própria nacionalidade". Vide DOLINGER, 2005, p.199-200.

[108] O princípio da unicidade da cidadania ansiado pelo direito internacional e consagrado em diversos ordenamentos jurídicos, é tracejado, no Brasil, pela Emenda Constitucional de Revisão n. 3/94 que, expressamente dispõe: "o reconhecimento de cidadania estrangeira originária não implica em perda da nacionalidade brasileira, excepcionando a regra contida no art. 12, § 4º, inciso II". Vide, art. 12, § 4º, inciso I, letra "a", da Constituição Federal de 1988. Com o advento da atual lei orgânica da cidadania na Itália, tal princípio deixou de ser aplicado. A legislação em vigor, Lei n. 91, de 05 de fevereiro de 1992, dispõe que a aquisição ou reconhecimento ulterior de cidadania estrangeira, ainda que por naturalização voluntária, não acarreta a perda da cidadania italiana. Esta se dá somente com renúncia expressa do titular.

[109] A Constituição brasileira de 88 dispõe de duas formas de perda da nacionalidade: a) A perda por punição, quando tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional (art. 12, § 4º, inc. I); e b) A perda por mudança, quando adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária (art. 12, § 4º, inc. II).

[110] No Brasil, O Decreto n. 21.798, de 6 de setembro de 1932, promulgou a convenção e três protocolos sobre nacionalidade, firmados em Haya, em 12 de abril de 1930.

[111] O Código Bustamante trata da matéria nos artigos 9º a 15.

Segundo Wilba Lúcia Maia Bernardes:

> Os fundamentos da nacionalidade são de ordem jurídica e política das sociedades, decorrem da organização jurídica das sociedades, daí, logicamente, seu conceito está ligado ao conceito de Estado. Assim como só podemos falar em nacionalidade, pelo menos na forma em que hoje a concebemos, a partir da existência do Estado moderno, que criou a necessidade de definir os seus nacionais.[112]

Nas palavras de Alain Pellet e Patrick Daillier, o problema da nacionalidade das pessoas ilustra bem a antiguidade da sua situação jurídica em direito internacional. E, as soluções que lhe são consagradas traduzem uma dupla preocupação:

> O primeiro objetivo é um dos fundamentos políticos clássicos do princípio da auto-determinação: o princípio das nacionalidades autoriza um grupo de homens a fazer a escolha inicial no quadro de um Estado nascente. [...] O segundo objetivo sustenta os esforços com vista ao reconhecimento do direito à nacionalidade como um dos direitos fundamentais do homem.[113]

Considerando os aspectos levantados por Alain Pellet e Patrick Daillier, tem-se que, a criação do Estado justifica o papel essencial dos poderes públicos na definição dos critérios da nacionalidade, quer se trata de nacionalidade "originária", isto é, aquela que decorre de um ato involuntário que é o nascimento e que se impõe a cada cidadão sem que lhe seja necessário tomar uma iniciativa, quer se trate da nacionalidade "adquirida", no seguimento de uma opção explícita do indivíduo dento do quadro oferecido pelo legislador nacional através de critérios de naturalização.

Para a aquisição de nacionalidade originária, verificam-se três sistemas que podem ser adotados pela legislação interna dos países: o *ius sanguinis*, literalmente traduzido como "direito de sangue", através do qual o descendente adquire a nacionalidade do seu ascendente; o *ius soli*, conhecido como "direito de solo", através do qual o indivíduo adquire a nacionalidade do Estado em cujo território ele nasceu; e o sistema misto, que admite as duas formas anteriores.

O critério do *ius sanguinis* era geralmente adotado por países de grandes correntes emigratórias que buscavam manter o ideal de sua nacionalidade. O *ius soli*, por sua vez, era adotado por países – em geral em via de desenvolvimento – que, buscando formar uma nova comunidade baseada na idéia de povoamento, concediam

---

[112] BERNARDES, 1995, p. 57.
[113] PELLET *et al.*, 2003, p. 505.

sua nacionalidade para todos os nascidos em seu território, ainda que filhos de pais estrangeiros.

A nacionalidade derivada ou secundária é adquirida mediante naturalização, definida como o ato pelo qual alguém adquire a nacionalidade de outro país. Resulta, na grande maioria das vezes, do casamento do indivíduo com um nacional ou da sua residência prolongada no território de um Estado diferente do Estado de origem.

Adota-se as expressões: *dupla nacionalidade*, *polipátria* ou ainda *pluripátria*[114], para conflito de nacionalidade positivo. Tal circunstância deriva da concorrência positiva dos critérios de *ius sanguinis* e *ius soli*. Quando se verifica uma concorrência negativa dos critérios de *ius sanguinis* e *ius soli*, se depara com a condição de *apátrida*[115].

Na visão de Alain Pellet e Patrick Daillier "O objectivo essencial [da concorrência positiva], é reduzir ao máximo os casos de apátridas, por uma consagração mais firme do direito do indivíduo a uma nacionalidade."[116]

Os principais elementos do direito positivo reguladores da nacionalidade são constituídos, além de algumas convenções bilaterais, pela Convenção de Nova Iorque de 1961[117] e pela Declaração Universal de 1948.

Possuir uma nova nacionalidade, seja pela renuncia da nacionalidade de origem, ou pela mudança de nacionalidade adquirida, é direito do indivíduo, proclamado pelo artigo 15, itens 1 e 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos seguintes termos, respectivamente: "Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade" e "Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade". No entanto, um indivíduo pode receber várias nacionalidades ou ver negada qualquer nacionalidade pelo jogo combinado das regras nacionais da matéria, mesmo sem qualquer violação do direito.

Ainda, outros instrumentos jurídicos internacionais como o Pacto de 1966 relativo aos direitos civis e político, reconhece tais direitos às crianças (artigo 24°, §3),

---

[114] É exemplo de *polipátrida* o filho de italianos nascido no Brasil, observadas as condições legais, que serão vistas adiante, que adotando o sistema *ius soli*, o reconhecerá, ainda que os pais sejam estrangeiros e não naturalizados. Ainda, pela Itália adotar o sistema *ius sanguins*, será considerado italiano, por possuir pais italianos, ainda que o nascimento tenha se verificado fora do território italiano.

[115] É exemplo de *apátrida* o filho de pais brasileiros nascido em país que adote o *ius sanguinis*, sem que seus pais estejam a serviço do Brasil, enquanto não vier a residir no Brasil e optar, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira, ou porventura adquirir a cidadania derivada, pela naturalização. Vide art. 12, inciso I, alínea "c", Constituição da República.

[116] PELLET *et al.*, 2003, p. 508.

[117] PELLET *et al.*, 2003, p. 508.

bem como a Convenção do Conselho da Europa de 1997 (artigo 4º) e o projeto de artigos adaptado em primeira leitura pela Comissão de Direito Internacional em 1997 sobre a nacionalidade das pessoas físicas em relação com a sucessão de Estados assentam no princípio do direito a uma nacionalidade (artigo 1°).[118]

No Brasil, a nacionalidade é regulada pelo artigo 12 da Constituição Federal[119] e rege-se pelo princípio básico e predominante o *ius soli*, porém não ignora o *ius sanguinis*. Já a regulamentação da nacionalidade italiana decorre da Lei n. 91 de 15 de fevereiro de 1992, e tem como critério amplo na determinação do seu nacional o *ius sanguinis*. Assim, são considerados cidadãos daquele país os filhos nascidos de pai ou mãe italiana[120], ou seja, todas as pessoas que possuem um ascendente italiano por conservarem os vínculos afetivos com a nação de origem, desde que nenhum dos indivíduos na linha genealógica precedente tenha renunciado expressamente a sua nacionalidade de origem.

No caso de atribuição da nacionalidade italiana pela via derivada ou secundária, as concessões poderão ser concedidas através de: a) outorgada por decreto do Presidente da República, quando ocorre a requerimento da naturalização por parte do interessado; b) Decreto do *Ministero dell'Interno*, quando um dos cônjuges é de nacionalidade diversa e adquire a nacionalidade italiana pelo casamento; c) benefício de

---

[118] Vide PELLET *et al.*, 2003, p. 505.

[119] Art. 12 São brasileiros: I – natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil. c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira; II – naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de 15 anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. §1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos na Constituição. §2º a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos na Constituição. §3º São privativos de brasileiros nato os cargos: I – de Presidente e Vice-Presidente da República; II – de Presidente da Câmara dos Deputados; III – de Presidente do Senado Federal; IV – de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V – da carreira diplomática; VI – de oficial das Forças Armadas; VII – de Ministro de Estado da Defesa. § 4º Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que: I – tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional; II – adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos: a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

[120] No caso específico de adoção, o reconhecimento da nacionalidade italiana por sentença judicial expedida por autoridade competente do lugar de residência dos pais tem eficácia *ex tunc*, ou seja, o reconhecimento do direito retroage até o momento do nascimento da criança, conforme a circular n.° K.60.1, de 11 de novembro de 1992.

lei (*ope legis*), nos casos, por exemplo, do artigo 9 do Tratado de Latrão[121], firmado entre a Santa Sede e a Itália, ou ainda, quando o filho de pais estrangeiros nasce em território italiano, aplicando-se, neste caso a regra do *ius solis* até que o indivíduo complete a maioridade.

2 AS LEGISLAÇÕES ITALIANA SOBRE O RECONHECIMENTO DA CIDADANIA

A legislação italiana sobre o reconhecimento da nacionalidade tem um longo percurso histórico que data desde o primeiro Código Civil do Reino da Itália, (Régio Decreto n.° 2.358, de 25 de junho de 1865) que já reconhecia, como princípio de cidadania, a origem por nascimento, colocando em primeiro plano o vínculo sanguíneo entre pai e filho, qual seja, o *ius sanguinis*.

O princípio do *ius sanguinis* foi confirmado também pela Lei 555, de 13 de junho de 1912[122], a qual, em seu artigo primeiro afirma: "É cidadão italiano, **o filho de pai italiano**." (grifo nosso)

Posteriormente, a Constituição da República italiana de 27 de dezembro de 1947, com vigência a partir de 1° de janeiro de 1948, introduziu o princípio da igualdade jurídica entre homens e mulheres, transformado em Lei ordinária com a reforma introduzida ao Direito de família, pela Lei n.° 151, de 19 de maio de 1975.

A Constituição República Italiana entrou em vigor em 1° de janeiro de 1948. No tocante à nacionalidade, a mudança mais importante trazida pela nova Constituição foi o princípio de igualdade entre homens e mulheres. Sendo assim, a partir da entrada em vigor da Carta Magna, as mulheres não mais perdiam a nacionalidade italiana quando se casavam com estrangeiros.

Com o novo texto constitucional, entretanto, a regulamentação de atribuição a cidadania trouxe outra limitação, ao dispor que somente os filhos de mãe italiana,

---

[121] O Tratado de Latrão (em italiano, *Trattato del Laterano*) é um dos pactos lateranenses de 1929 feito entre o Reino da Itália e a Santa Sé, ratificado em 7 de junho de 1929, dando fim à "Questão Romana", referente à disputa territorial ocorrida entre o governo italiano e o papado entre os anos de 1861 e 1929. Os pactos consistiam em três documentos: um tratado político reconhecendo a total soberania da Santa Sé no estado da Cidade do Vaticano; uma concordata regulando a posição da Igreja Católica e a religião católica no Estado italiano; e, uma convenção financeira acordando a liquidação definitiva das reivindicações da Santa Sé por suas perdas territoriais e de propriedade.

[122] Revogada pela Lei n.° 91, de 05 de fevereiro de 1992.

casada com estrangeiro e nascidos depois de 01 de janeiro de 1948 teriam direito ao reconhecimento. O texto disciplina como cidadão italiano por nascimento:

> a) o filho de pai que seja considerado cidadão italiano à época de seu nascimento;
> b) **o filho de mãe que seja considerada cidadã italiana à época de seu nascimento e, desde que, nascidos após 1 de janeiro de 1948**;
> c) quem nasceu em território italiano, desde que ambos os genitores sejam apátridas ou desconhecidos;
> d) quem nasceu em território italiano e seja filho de genitores cuja nacionalidade não lhes possa ser transmitida;
> e) o filho adotivo de um cidadão italiano (desde que adotado antes de atingir a maioridade). (grifo nosso)

Nos termos da lei italiana, considera-se cidadão italiano, pelo critério do *ius sanguinis*, ainda que nascidos no exterior, os filhos de pai ou mãe cidadãos. Ressalvando que, para a mãe, somente as nascidas depois de 1º de janeiro de 1948. Ou seja, um indivíduo nascido antes desta data (1º de janeiro de 1948), fruto do casamento de uma italiana com um cidadão estrangeiro, não tem o direito de reconhecer a cidadania de origem italiana pelo laço materno.

Embora o texto constitucional tenha instituído formalmente a igualdade entre os sexos, os filhos de mulher italiana e homem estrangeiro continuavam impedidos de ter sua cidadania italiana reconhecida. Isto ocorreu porque o Parlamento italiano não emanou nenhuma outra lei que modificasse o texto de 1912.

Outros instrumentos normativos e jurisprudências que regulam as questões sobre a nacionalidade italiana tiveram destaque durante o século XIX:

- ✓ Sentença da Corte Constitucional italiana n.° 30, de 28 de janeiro de 1983, que reconhece a transmissão da nacionalidade via materna em conformidade com o princípio da igualdade, previsto constitucionalmente.[123]
- ✓ Lei n.° 123, de 21 de abril de 1983 que dispões sobre a aquisição da nacionalidade por parte do cônjuge estrangeiro;
- ✓ Lei n.° 184, de 4 de maio de 1983, relativos a adoção de menores, equiparando destes aos filhos legítimos;
- ✓ Lei n.° 180, de 15 de maio de 1986, que modifica o artigo 5° da lei 123 de abril de 1983;

[123] Segundo Francisco Leita: "É necessário, porém, observar que a eficácia atual do critério *ius sanguinis* se estende a indivíduos que conservaram a cidadania italiana (por não terem a esta renunciado), ainda que se tenham convertido em estrangeiros e estejam residindo no exterior. Respondo positivamente ao interesse de tais indivíduos de manter a cidadania como uma ligação ideal com a comunidade de origem, a lei prevê, ainda, conseqüências posteriores: reconhece a sua idoneidade a transmitir a cidadania *ius sanguinis*, independentemente de qualquer ligação da descendência com c comunidade (territorial) de origem." LEITA, 2003, p. 126.

- ✓ Lei n.° 379, de 14 de dezembro de 2000, sobre o reconhecimento da nacionalidade italiana de descendentes de italianos natos em territórios pertencentes ao extinto Império Austro-Húngaro.

Mas foi a Lei n.° 91, de 05 de fevereiro de 1992, que buscou corrigir a ilegitimidade constitucional[124], e mais recentemente, a Sentença da Corte Suprema de Cassação Italiana n.° 4.466, de 25 de fevereiro de 2009, trouxeram as mudanças mais significativas para o tema.

Cumpre lembrar neste contexto que, a Lei n. 91, de 5 de fevereiro de 1992, rebogou a Lei ordinária n.º 555, de 13 de junho de 1912, e a atribuição da cidadania foi ampliada também para os filhos de mães italianas, onde no seu artigo 1º, enuncia: "É Cidadão Italiano, filho de pai ou mãe italianos".

Uma corrente de pensamento entendia que o artigo 10°[125], da Lei n° 555, de 13 de junho de 1912, que prévia a perda da cidadania italiana para as mulheres que se casassem com cidadãos estrangeiros, já havia declarada a inconstitucionalidade da Lei 151, de 19 de maio de 1975. Para estes pensadores, restava vigente somente o § 3, do referido artigo, que conforme entendimento do acórdão da Corte Constitucional Italiana n.° 87, de 16 de abril de 1975, a perda de cidadania daria, somente se a mulher tivesse formalmente renunciado a cidadania ao casar-se com o cidadão estrangeiro. Assim, em caso de não existir renuncia formal, a mulher italiana casada com estrangeiro não perderia a cidadania, e a transmitiria por *ius sanguinis* também aos filhos e filhas nascidos antes de 1 de janeiro de 1948.

A controvérsia possibilitou novas tentativas de obtenção do reconhecimento da cidadania, para os filhos e filhas de mulheres italianas nascidos antes de 1 janeiro de 1948, através de ações judiciais movidas contra os *Comunes*[126] que recusassem aceitar

---

[124] "[A] reforma de 1992 pode ser considerada como o resultado de um processo de revisão, voltado a reordenar sistematicamente e a melhorar tecnicamente a disciplina. Uma *reductio as unitatem* da matéria. Em outros termos, pode-se afirmar que a reforma é a Lei de 1912 em versão constitucionalmente adequada." BAREL, 2003, 144.

[125] Texto original: "*Art. 10. – La donna maritata non può assumere una cittadinanza diversa da quella del marito, anche se esista separazione personale fra coniugi. [...] La donna cittadina che si marita ad uno straniero perde la cittadinanza italiana, sempre ché il marito possieda una cittadinanza che per il fatto del matrimonio a lei si comunichi.*"

[126] Os *Comunes* na Itália entendem que os nascidos após 1 de janeiro de 1948, possuem a Cidadania. "*Debbono considerarsi cittadini italiani Jure Sanguinis, i nati anche all'estero, i figli di padre o madre cittadini. Per la madre, soltanto i nati dopo il 1.1.1948.*"

em instância administrativa do reconhecimento da cidadania, como regulamentado pela Circular do *Ministero dell'Interno* K.28[127], de 08 de abril de 1991.

Assim, para evitar interpretações equivocadas, legislador limitou os casos de perda da nacionalidade, tonando-se evidente a intenção em perpetuar ao seu possuidor o status de nacional italiano, como bem define o artigo 11 da Lei n.º 91, de 5 de fevereiro de 1992, a saber: "O cidadão que possui, adquire ou readquirir uma cidadania estrangeira conserva a italiana, mas pode à renunciar caso reside ou estabeleça a residência no estrangeiro."[128](tradução livre)

Tem-se atualmente que, no âmbito normativo, o reconhecimento da nacionalidade italiana são disciplinados pela Lei n.º 91, de 5 de fevereiro de 1992 e pelas circulares do *Ministero dell'Interno* Italiano e Decretos do Presidente da República italiana, que prescrevem sobre o assunto no âmbito administrativo.

Restava assim, para os nascidos anterior a 1 de janeiro de 1948 a opção de obtenção da cidadania italiana, como prevê o artigo n° 9, da Lei n° 91, de 05 de fevereiro de 1992:

> Art. 9.
> 1. A cidadania italiana pode ser concedido com decreto de Presidente da República, sentido Conselho do Estado, sob proposta Ministro do Interior: a) ao estrangeiro cujo pai ou mãe ou um dos ascendentes em linha direita de segundo grau tenham sido cidadãos por nascimento, ou que seja nascido no território da República e, em ambos casos, residem legalmente (no território italiano) pelo menos de três anos. [129] (tradução livre)

---

[127] "*Riconoscimento del possesso dello status civitatis italiano ai cittadini stranieri di ceppo italiano [...] a) Condizioni preliminari per il riconoscimento della cittadinanza italiana. Innanzi tutto occorre chiarire che, dovendo l'eventuale possesso dello status civitatis italiano essere certificato dal Sindaco del Comune italiano di residenza, potrà essere avviato il relativo procedimento su istanza degli interessati, solo ove costoro risultino iscritti nell'anagrafe della popolazione residente di un Comune italiano. Peraltro, l'iscrizione anagrafica di queste persone, entrate in Italia con passaporto straniero, deve seguire le modalità disciplinanti l'iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente degli stranieri e presuppone, da parte degli interessati, l'espletamento degli adempimenti di cui alle disposizioni vigenti in materia. [...] b) Procedura per il riconoscimento della cittadinanza italiana. Le istanze di riconoscimento della cittadinanza italiana ex articolo 1 della legge 13 giugno 1912, n.555 dovranno essere indirizzate al Sindaco del Comune italiano di residenza, ovvero al Console italiano nell'ambito della cui circoscrizione consolare risieda l'istante straniero originario italiano.*"

[128] Texto original: "*Art. 11. 1. Il cittadino che possiede, acquista o riacquista una cittadinanza straniera conserva quella italiana, ma può ad essa rinunciare qualora risieda o stabilisca la residenza all'estero.*"

[129] Texto original: "*Art. 9. 1. La cittadinanza italiana puo' essere concessa con decreto del Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'interno: a) allo straniero del quale il padre o la madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado sono stati cittadini per nascita, o che è nato nel territorio della Repubblica e, in entrambi i casi, vi risiede legalmente (nel territorio italiano) da almeno tre anni.*"

Porém, a Sentença da Corte *Corte Suprema di Cassazione* Italiana n.° 4.466, de 25 de fevereiro de 2009, reconhece o direito de transmissão da cidadania pelas mulheres, aos seus filhos nascidos anterior à data da promulgação na Constituição Republicana de 1948.

3 A SENTENÇA N. 4466 DE 25 DE FEVEREIRO DE 2009 E SEUS EFEITOS PARA OS DESCENDENTES ITALIANOS

O caso incide na demanda de Mariam Elia, nascida em 4 de setembro de 1962 no Cairo, filha de Edward Elia, que nunca obteve a cidadania italiana e que por sua vez era filho de Angelina Costanze, que havia perdida a cidadania em razão de seu casamento com um cidadão egípcio e em razão da aplicação da Lei nº 555 de 13 de junho 1912[130].

Depois de alguns anos de tramitação, a decisão da *Corte Suprema di Cassazione*, através da Sentença n. 4466, de 25 de fevereiro de 2009, reconheceu o direito de transmissão da cidadania pelas mulheres, aos seus filhos nascidos anterior à data da promulgação na Constituição Republicana ao 1º de janeiro de 1948.

Dentre os motivos da decisão levantados pela *Corte Suprema di Cassazione*, que sempre julgou a questão à luz unicamente da Legislação italiana, o fundamento mais inovador consiste na Convenção de Nova Iorque de 18 de dezembro de 1979, firmada pela Itália, que prevê a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher na legislação dos países signatários.

Foram grandes os rumores sobre a anunciada decisão da Suprema Corte, e ainda era cedo para se consolidar o entendimento contido na referida sentença. Porém, um fato era certo, os julgadores haviam estreado uma notável e substancial mudança sobre a matéria.

A medida, esperada por milhares de descendentes privados da cidadania, foi confirmada com a nova decisão da *Corte Suprema di Cassazione*, a Sentença n. 17548, de 13 de maio de 2009, depositada em 28 de julho de 2209, que determinou definitivamente que:

[130] A disposição foi considerada inconstitucional pela Sentença n. 87, de 09/04/1975. Porém, pela Sentença n. 30, de 28/01/1983, definiu que a inconstitucionalidade seria devida somente depois da promulgação da Constituição Republicana (01.01.1948), já que anteriormente não existia o conflito constitucional. Considerando, portanto, que a lei era legitima.

> "A cidadania italiana deve ser reconhecida em sede judicial, independentemente das declarações da interessada, à mulher que a tenha perdido por ser casada com estrangeiro, anteriormente a 01/01/1948." [131] (tradução livre)

Analisado o caso dos brasileiros que desejam adquirir a cidadania italiana, tem-se a afirmar, em primeiro lugar que, pela legislação brasileira, a cidadania do marido não se comunica à mulher pelo fato do matrimonio, assim, os antecedentes (avós e mães) nunca haviam perdido a cidadania ao casar com um cidadão brasileiro, como previa o art. 10, da Lei n. 555, de 13 de junho de 1912, na qual prevê que a cidadania se comunique a ela, pelo fato do matrimonio.

E, de outra parte, pela legislação brasileira, a cidadania do marido não se comunica à mulher pelo fato do matrimonio, portanto, mesmo na visão da disposição legal antiga, a cidadã italiana que se casou com um brasileiro em qualquer época, manteve a sua cidadania de origem.

Ainda, cumpre frisar que a Constituição brasileira elege a cidadania través do critério do *ius solis*, diferente do princípio italiano, que atribui a cidadania pelo princípio do *ius sanguinis*. Assim a mulher filha de italiano nascida no Brasil nasce cidadã italiana por ser filha de italiano, e nasce brasileira por ser nascida em território brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tem-se que cada Estado é livre em definir os critérios de concessão da sua nacionalidade, seja a título originário ou por meio de naturalização. As escolhas quanto a sua aplicação estão, discricionária e diretamente, ligadas às suas particularidades demográficas e política. No entanto, reconhecer a cada Estado a competência ampla para concessão deste direito não o isentaria do risco de contradições, cabendo ao direito, seja ele interno ou internacional, contornar ou atenuar os inconvenientes que tais situação podem provocar aos indivíduos.

O critério *ius sanguinis* adotado pelo governo italiano há séculos tem como objetivo perpetuar a idéia nacionalista e manter a identidade italiana, ainda que fora do

[131] La cittadinanza italiana va riconosciuta in sede giudiziaria, independentemente dalle dichiarazioni rese dall'interessata, alla donna che l'há perduta per essere coniugata con cittadino straniero, anteriormente al 01/01/1948.

país. No entanto, a legislação italiana é restritiva, ao dispor que somente os filhos de mãe italiana, casada com estrangeiro e nascidos depois de 01 de janeiro de 1948 teriam direito ao reconhecimento da cidadania.

A controvérsia legislativa despreza, entre outros preceitos, a Convenção de Nova Iorque, de 18 de dezembro de 1979, que prevê a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher na legislação dos países signatários.

Nestes termos, a Sentença n. 4466, de 25 de fevereiro de 2009, proferida pela *Corte Suprema di Cassazione*, reconheceu o direito de transmissão da cidadania pelas mulheres, aos seus filhos nascidos anterior à data da promulgação na Constituição Republicana ao 1º de janeiro de 1948.

Apesar do grande número de posições contrárias à concessão do direito de pleitear à cidadania, a decisão é sem dúvida uma grande conquista e um passo decisivo para os descendentes de imigrantes italianos nascidos no exterior obtenham o reconhecimento da nacionalidade italiana por via originaria.

A solicitação via administrativa - encaminhamento direto nos Consulados e ou nos *Comunes* italianos -, do reconhecimento da cidadania italiana confirmada pelas decisões da *Corte Suprema di Cassazione*, depende de instruções a serem concedidas pelo *Ministero dell'Interno*[132], que ainda não se pronunciou a respeito.

O reconhecimento da cidadania por via judicial, no entanto, apesar de mais custoso, seria o encaminhamento mais eficaz. Neste caso, o Fórum competente para o ajuizamento da ação no caso de italianos residentes no exterior é o Tribunal de Roma, o que demandaria constituir um advogado naquela Capital.

Outra opção seria transferir a residência para a Itália, como faculta a Circular do *Ministero dell'Interno* n. 28 de fevereiro de 2002, combinado com a Lei n. 68, de 28 de maio de 2007, regulamentada pela Circular do *Ministero dell'Interno* n. 52, de 04 de outubro de 2007, possibilitando assim o ajuizamento da Ação no Tribunal da Província de residência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[132] Trecho extraído da Sentença n. 17548, de 13 de maio de 2009 "*La Corte accoglie il ricorso, cassa la Sentenza impugnata e, decidendo nel merito, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., accoglie la domanda di [...] e li dichiara cittadini italiani; ordina al Ministero dell'Interno e, per esso, all'Ufficiale di Stato Civile competente, di procedere alle iscrizioni, trascrizioni e comunicazioni alle autorità consolari competenti; compensa le spese dell'intero giudizio tra le parti.*"

BAREL, Bruno. A aquisição da cidadania italiana após a reforma de 1992. *In*: DAL RI, Arno Junior; OLIVEIRA, Odete Maria de. (Org.). *Cidadania e nacionalidade*: efeitos e perspectivas: nacionais regionais – globais. Ijuí: Ed. Ijuí, 2003.
BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Da nacionalidade*: brasileiros natos e naturalizados. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998. p.14
DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: Parte Geral, 8ª edição, Renovar, 2005.
Embaixada da Itália no Brasil. Disponível em: <www.ambbrasilia.esteri.it>. Acesso em: 04 set. 2009.
HABERMAS, Jürgen. *A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito*. In: A inclusão do outro. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
IBGE. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 04 set. 2009.
LEITA, Francisco. A atribuição *iure sanguinis* da Cidadania e o fenômeno da duplicidade. *In*: DAL RI, Arno Junior; OLIVEIRA, Odete Maria de. (Org.). *Cidadania e nacionalidade*: efeitos e perspectivas: nacionais regionais – globais. Ijuí: Ed. Ijuí, 2003.
MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003.
PELLET, Allan *et al. Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 2003.
SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Sites consultados:
IBGE. Disponível em: <www.ibge.gov.br>
Embaixada da Itália no Brasil. Disponível em: <www.ambbrasilia.esteri.it>
Corte Suprema di Cassazione. Disponível em: <www.cortedicassazione.it>.

POLÍTICA INTERNACIONAL DE OBAMA: REAFIRMAÇÃO DO IMPERIALISMO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS*

OBAMA'S FOREIGN POLICY: REAFFIRMATION OF IMPERIALISM IN INTERNATIONAL RELATIONS

Dimas Pereira Duarte Júnior
Júlio da Silveira Moreira

RESUMO

A teoria do Imperialismo nas Relações Internacionais é uma importante base de análise dos acontecimentos do mundo contemporâneo, especialmente quanto à análise da estratégia militar dos Estados Unidos da América. Esse referencial permite compreender a "Doutrina Bush" com olhar científico, como sendo a colocação em prática, de forma extrema, das políticas e táticas imperialistas. Quando Barack Obama foi eleito presidente dos EUA no final de 2008, muitos analistas internacionais vislumbraram uma mudança efetiva na política externa dos EUA. Associando o referencial teórico com a análise de fatos recentes relativos à política internacional dos EUA, este artigo procura questionar a visão subjetivista construída sobre Obama e demonstrar que a política externa de seu governo representa a reafirmação da chamada Guerra ao Terror de Bush.

PALAVRAS-CHAVES: RELAÇÕES INTERNACIONAIS; IMPERIALISMO; POLÍTICA EXTERNA; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA; GUERRA AO TERROR.

ABSTRACT

The theory of Imperialism in International Relations is an important ground of analysis of the events of contemporary world, especially the analysis of the military strategy of the United States of America. This benchmark allows to understand the "Bush Doctrine" with scientific view, as being the put in practice, in an extreme way, of the imperialist policies and tactics. When Barack Obama was elected USA President in the end of 2008, many international experts envisioned an effective change in USA foreign policy. By associating the theoretical benchmark with the analysis of recent facts related to USA foreign policy, this article seeks to question the subjectivist vision built over Obama and show that the foreign policy of his government represents the reaffirmation of Bush's so-called War on Terror.

KEYWORDS: INTERNATIONAL RELATIONS; IMPERIALISM; FOREIGN POLICY; UNITED STATES OF AMERICA; WAR ON TERROR.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 Introdução

O presente trabalho destina-se a contribuir com o progresso da pesquisa em Direito, mediante apresentação no XVIII Congresso Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito), sob o Grupo de Trabalho n. 12 – Direito Internacional, Comunitário e Relações Internacionais. Além disso, procura colocar questões importantes relativas ao tema geral do congresso: Estado, Globalização e Soberania – o direito no século XXI.

A elaboração do trabalho foi fruto de frutíferas discussões acadêmicas no âmbito da disciplina Teoria das Relações Internacionais, do curso de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Universidade Católica de Goiás. Em razão disso, a problemática envolve debates fundamentais do Direito e das Relações Internacionais, tais como a soberania da ordem jurídica internacional e os direitos e deveres fundamentais dos Estados.

Os mapas de hegemonia dos Estados no cenário mundial são parte importante dos estudos de Relações Internacionais. A discussão começa com a concepção de que o ambiente internacional é anárquico, pois não há um ente soberano (uma instituição dotada de poder coercitivo legitimada pelos outros atores internacionais, equivalente ao Estado para a ordem interna de um país).

Esse ambiente, supostamente anárquico, é o palco das disputas entre Estados, por expandir seu poder e influência, levando seus empreendimentos industriais e financeiros mundo afora. A esse contexto se refere teoria Imperialista, como tendência na Teoria das Relações Internacionais.

Especialmente após os acontecimentos de 11 de setembro de 2001, o imperialismo e outras teorias a ele associadas têm sido uma constante na produção acadêmica em Relações Internacionais. A "Doutrina Bush" foi alvo de todas as críticas, que apontaram seu caráter isolacionista e sua hegemonia insustentável.

A eleição de Barack Obama, em 2008, surgiu como um revés, parecendo, para muitos, sinalizar uma reviravolta na política internacional dos EUA.

O governo Obama representa uma mudança ou uma reafirmação do imperialismo dos EUA nas Relações Internacionais? Na esteira dessa problemática, outra pergunta também surge, instaurando o conteúdo a ser aqui abordado: O governo Obama sinaliza alguma mudança na atividade militar estrangeira dos EUA, claramente sedimentada como violadora do Direito Internacional dos Direitos Humanos e especialmente do Direito Internacional Humanitário?

Neste artigo, buscar-se-á alcançar os seguintes objetivos: a) demonstrar a atualidade da corrente do Imperialismo na Teoria das Relações Internacionais; b) contrapor a visão personalista de Obama construída sob uma estratégia de marketing; c) contrapor a visão idealista, subjetivista, de que Obama representa alguma mudança significativa nas relações internacionais; d) demonstrar que Obama representa uma

continuidade do imperialismo de Bush, representada na "Guerra ao Terror" do Pós 11 de setembro.

2 O Imperialismo como referencial teórico

Nogueira e Messari (2005, p. 8) analisam as várias correntes presentes na disciplina Teoria das Relações Internacionais, destacando uma abordagem crítica, para além da dualidade Realismo/Idealismo que é própria da origem euro-americana dessa disciplina; procuram "destacar a contribuição das correntes críticas que tentam ir além da teoria de RI e refletir sobre a política mundial" (*ibidem*, p. 12), afirmando que "a reformulação da teoria de Relações Internacionais deve começar pela desmistificação de seus mitos fundadores e da tradição inventada pelas teorias dominantes" (*ibidem*, p. 14).

O marxismo logrou demonstrar o alcance global do capitalismo e seu movimento expansionista e universalizante. Em contrapartida, desenvolveu o internacionalismo proletário, que buscava a "articulação da luta pela supremacia política [dos povos oprimidos] com as lutas em outros países" (*ibidem*, p. 109).

O ponto fundamental que diferencia o marxismo das outras teorias está na quebra da pretensa neutralidade do pesquisador e sua exortação para a ligação da teoria com a prática, tal como exposto pela 11ª Tese sobre Feuerbach: "os filósofos têm apenas interpretado o mundo de maneiras diferentes; a questão, porém, é transformá-lo" (MARX, 1845).

Lenin soube aplicar os postulados metodológicos do marxismo (materialismo histórico-dialético) às Relações Internacionais (NOGUEIRA; MESSARI, 2005, p. 111), sem partir para a negação da luta de classes (caminho que tomou grande parte dos teóricos críticos em Relações Internacionais). Estabelecia assim a teoria do Imperialismo[1].

Na sua obra fundamental *"O Imperialismo, fase superior do capitalismo"*, Lenin (1984, p. 362) mostra que o capitalismo financeiro (fusão do capital industrial com o capital bancário) tem como característica os monopólios (cartéis, sindicatos patronais, trustes). Esta fase traz em si a crise do próprio sistema capitalista (capitalismo moribundo), justificando-se então a política colonial (expansionista), como forma de buscar matérias primas e mercados estrangeiros, e exportar capitais.

Imperialismo é um estágio histórico particular do capitalismo. Esta particularidade é tripla: o imperialismo é (1) capitalismo monopolista; (2) capitalismo parasitário ou em decomposição; (3) capitalismo moribundo. A substituição da livre concorrência pelo monopólio é um traço econômico fundamental, é a essência do imperialismo. (LENIN, 1985, p. 57)

Hobson (apud LENIN, 1985, p. 60), mostra em que medida essa definição econômica ganha importância para as Relações Internacionais, definindo o parasitismo econômico: "[...] o Estado dominante utiliza suas províncias, colônias e países dependentes para enriquecer a sua classe dirigente e para subornar as suas classes inferiores, para que elas se mantenham tranqüilas".

O Imperialismo é a política colonial da época do capitalismo financeiro. Com dados estatísticos Lenin (1984, p. 356) aponta que, no início do século XX, todos os territórios do mundo já estavam partilhados sob o domínio de alguma potência colonialista, restando a elas potências a repartilha do mundo, pela qual disputariam entre si. Em 1917, esta situação já estava demonstrada com a 1ª Guerra Mundial (1914-1917), e seria confirmada depois pela 2ª Guerra (1939-1945).

Portanto, a rivalidade entre grandes potências faz parte da essência do Imperialismo, ficando assim colocado o quadro das disputas por hegemonia. Tratava-se não apenas de apoderarem-se de territórios diretamente para si, mas para "enfraquecer o adversário e minar a sua hegemonia" (*ibidem*, p. 370).

O estudo das estratégias de dominação das potências imperialistas ampliou o próprio significado do termo "colônias", para além do sentido formal. Lenin analisava as estratégias de política internacional que as Relações Internacionais passaram a chamar de *Hard Power* e *Soft Power*, pelo que deve ser transcrito o seguinte trecho:

Ao falar da política colonial da época do imperialismo capitalista, é necessário notar que o capital financeiro e a correspondente política internacional, que se traduz na luta das grandes potências pela partilha econômica e política do mundo, originam abundantes formas transitórias de dependência estatal. Para esta época são típicos não só os dois grupos fundamentais de países - os que possuem colônias e as colônias -, mas também as formas variadas de países dependentes que, dum ponto de vista formal, político, gozam de independência, mas que na realidade se encontram envolvidos nas **malhas da dependência financeira e diplomática**. (*ibidem*, p. 364) (grifo nosso)

Os Estados imperialistas subvertem a noção clássica de soberania estatal; governos de países dependentes se tornam instrumentos a serviço dos interesses coloniais, deixando portanto, de serem governos nacionais genuínos, para serem os chamados governos títeres, a exemplo do que acontece no Iraque e no Haiti (OLIVEIRA, 2003).

Ao tratar dessa fase particular do capitalismo, o historiador Huberman (1974, p. 265) reforça o entendimento acima: "Compreenda o leitor – o país não precisa tornar-se colônia para ser "governado e explorado". Quando os países atrasados não eram imperializados diretamente, eram levados para as "esferas de influência".

Eis, portanto, a atualidade e aplicabilidade da teoria do Imperialismo nas Relações Internacionais. Posicionando esse referencial teórico sobre os fatos

contemporâneos, é possível estabelecer análises científicas para os problemas colocados na atualidade.[2]

3 O imperialismo norte-americano e a "Doutrina Bush"

Hobsbawn (2007, p. 79) observa que a História desde a Antiguidade foi marcada por uma sucessão de impérios coloniais: "as metrópoles perderam seu poder, assim como suas dependências"; "o poder militar e a decisão de empregar a coerção e o terror podem permitir breves períodos de ocupação estrangeira, mas não uma dominação duradoura" (*ibidem*, p. 82).

A posição dos EUA como o maior país imperialista do mundo é devida: (1) ao tecido geopolítico instaurado após a 2ª Guerra Mundial (donde se destacam a Doutrina Monroe de "reconstrução" da Europa e Japão[3] e a disputa com a União Soviética em vários aspectos econômicos e militares); e (2) o fim da União Soviética, quando os EUA firmaram sua imagem de potência hegemônica.

O Imperialismo procura legitimidade na imagem que faz de si mesmo, como guardião da paz e da prosperidade econômica, devendo levar sua concepção de mundo e suas estruturas políticas (as quais julga superiores) ao resto do mundo. Assim, diante de uma sociedade internacional anárquica, surge o império como representação do poder mundial para suprir um suposto vácuo de poder. Trata-se da "Paz Perpétua" de Kant[4], do Super-Estado de Carr (apud FIORI, 2007, p. 245), ou do Estado Universal de Aron (idem).

Fiori (*ibidem*, p. 246) desmistifica este debate, demonstrando porque não é possível que uma "potência hegemônica" traga uma estabilidade ao sistema mundial e a idealizada paz mundial, pois: (a) para manter sua posição dominante na competição com outras forças, o "super-poder" precisa continuamente expandir seus domínios; (b) o sistema mundial é formado pela competição entre os Estados, portanto, a promessa do império de acabar com os conflitos seria a própria negação do sistema mundial no qual ele está inserido; (c) é a própria potência hegemônica quem destrói continuamente as instituições do sistema mundial, quando estas representam obstáculos à sua expansão; essa contínua destruição leva à desestruturação da sua própria situação dominante; (d) por fim, o poder dominante cria ou inventa seus adversários à sua própria vontade, para justificar seu pretenso papel de força pacificadora.

Portanto, a potência hegemônica precisa continuamente criar disputas e conflitos, para reafirmar sua posição dominadora a propósito de acabar com os conflitos.

A análise de Fiori se torna clara quando olhamos para processos históricos concretos. Como exemplo dedutivo está o fato de que alguns dos "maiores inimigos" dos EUA na atualidade, os Talebans e seu Osama Bin Laden, foram criados e financiados pelos próprios EUA, para combater as forças soviéticas, nos anos 80.

Chomsky (1992, acesso via *internet*) mostra como se desenvolveu o imperialismo dos EUA desde o Pós 2ª Guerra até o governo de George W. Bush. Os planos de dominação mundial projetados para o século XX já estavam traçados desde o fim da guerra em 1945, conforme revelaram posteriormente uma série de documentos secretos dos órgãos de defesa nacional: "In one high-level document after another, US planners stated their view that the primary threat to the new US-led world order was Third World nationalism". (*ibidem*, p. 8)[5]

Estratégias de contra-insurgência foram minuciosamente esboçadas. Veio então o patrocínio das ditaduras militares pelo mundo e institucionalização do terrorismo de Estado (torturas, desaparecimentos forçados, prisões ilegais, supressão da liberdade de expressão, etc.). Genocídios na América Central. Com a Conferência de Breton Woods, consolidou-se a estratégia de dependência financeira a partir de órgãos como o FMI e o Banco Mundial. Desenvolve-se o Oriente Médio como o principal front da guerra colonial, em que os EUA jogam no tabuleiro de alianças para expandir seu domínio.

Não se pode olvidar que a Organização das Nações Unidas surge no pós-guerra, tendo como núcleo forte um Conselho de Segurança formado por EUA, Grã-Bretanha, França, China e Rússia. A ONU surge assim como um instrumento do pós-guerra a serviço da geopolítica imperial.

Chega-se então ao período que se pretende destacar neste artigo: o pós 11 de setembro de 2001. Conforme pontua Wacquant (2003, p. 254), os desdobramentos do ataque da Al Qaeda aos "três centros nevrálgicos da hiperpotência norte-americana"***[6]***, ao contrário de serem uma viragem histórica, limitaram-se a "revelar estruturas subjacentes mais ou menos discerníveis antes e a acelerar, confirmando-as, as pesadas tendências já em marcha há muito tempo" (*ibidem*, p. 254).

Algumas horas após os ataques de 11 de setembro de 2001, Bush já estava em rede nacional, declarando sua "Guerra ao Terror", com frases como "a liberdade foi atacada", "a democracia foi atacada", "esta é uma guerra do bem contra o mal" (JUNQUEIRA, 2006, p. 164). Assim como em muitos discursos posteriores, invocou a idéia de que a população estadunidense era o *povo eleito*, que levaria os princípios morais da civilização ocidental a povos primitivos e inferiores: "[...] ao utilizar a retórica que compõe o mito norte-americano, Bush procurava mobilizar a população, influenciar a opinião pública para que o apoiasse nas medidas de guerra que iria tomar" (*ibidem*, p. 171).

Bush não inventou um imperialismo da sua cabeça[7], mas, pelo contrário, reafirmou a estratégia e o discurso do imperialismo, levando-os às últimas conseqüências. Invocou para os EUA o título de *guardião da paz universal*, tal como pretendia o *Estado Universal* de Aron (apud FIORI, op.cit.); colocou-se acima das próprias organizações pretensamente supranacionais (leia-se a ONU) negando sua autoridade, e tentou justificar a violação as convenções internacionais de direitos humanos (HOBSBAWN, 2007, p. 47). Confirmando a análise de Fiori (op.cit.), nomeou seu grande inimigo – os *fundamentalistas* do mundo árabe – atribuiu-lhes extrema periculosidade e partiu para as intervenções militares mais sangrentas da História[8].

O imperialismo de Bush aviltou as regras do Direito Internacional clássico e contemporâneo. Ao negar a força normativa dos tratados e convenções internacionais,

sobretudo os que versam sobre os Direitos Humanos, em nome da Guerra ao Terror, o unilateralismo da doutrina Bush promoveu uma verdadeira aviltação aos princípios do *Pacta sunt servanda* e da Boa-fé, os dois pilares de sustentação do Direito Internacional clássico, e ainda vilipendiou os princípios da igualdade soberana entre os Estados; da auto-determinação; do não-uso da força e da busca pela solução pacífica das controvérsias; e da solução compartilhada para problemas comuns; e o respeito aos Direitos Humanos, princípios estes que se fazem presentes no processo de construção da ordem jurídica internacional que emerge no Séc. XX e que marca a reterritorialização do Direito e das Relações Internacionais a partir de então.

Para justificar uma pretensa reinterpretação das regras de Direito Internacional conforme de acordo com seus interesses na geopolítica imperialista, a doutrina Bush inseriu um novo elemento: o "inimigo", com toda carga negativa e demonizadora que se lhe pode atribuir, ao qual se pode negar direitos, por estar despido da qualidade de ser humano. Como um não-humano, pode ser preso, torturado, humilhado e assassinado. Mas isso também não era algo autêntico, tratava-se de uma radicalização do estado de exceção, já conhecida categoria na ciência política como a "razão de Estado", vinda da doutrina francesa (*Raison d'État*), à qual remete aos governos fascistas da primeira metade do Século XX.

Além de criar e recriar seus inimigos (como cobertura para interesses geopolíticos não declarados), a Guerra ao Terror espalha um estado de pânico geral, um sinal permanente de alerta e perplexidade (HOBSBAWN, 2007, p. 46) que busca, além de justificar o aniquilamento do "inimigo", ofuscar as consciências das pessoas, impedindo-lhes de ver a realidade e lutar contra ela.

Como fruto das contradições inerentes ao imperialismo (que, como Lenin lembrava, é o capitalismo parasitário e em decomposição), as intervenções militares levantaram uma ampla oposição em todo o mundo, tanto da própria população estadunidense, como dos povos dos outros países. A grande crise econômica elevou ainda mais a reprovação ao governo Bush. Essa oposição refletiu-se no meio acadêmico, e as Relações Internacionais passaram a se ocupar detidamente das características do mundo após o 11 de setembro.

4 Obama e o imperialismo com requintes de propaganda

No ano de 2008, na maratona de eleições primárias do Partido Democrático, eis que surge uma nova figura em cena: o senador Barack Obama. Sua jovialidade, sua afro-descendência e seu discurso favoreceram a construção da imagem de grande alternativa à Era Bush. Entre as primárias e a vitória na eleição para presidente, um extraordinário trabalho de marketing incluiu variedade de tipos de mídia (inclusive instrumentos como *Facebook*, blogs, etc.), capilarização da propaganda a partir dos seus correligionários, e focalização especial em determinados grupos de eleitores (negros, jovens e latinos).

Essa propaganda levou boa parte da intelectualidade a reproduzir argumentos subjetivistas esperançosos e sem qualquer cientificidade:

Obama voltou a acender em mim uma idéia entre matreira e inocente de que afinal nem tudo está perdido. [...] Gosto dele. Gosto da sua cara limpa, do seu sorriso bom, gosto da sua mulher graúda e enérgica [...] Gosto quando ele se abaixa para beijar uma das crianças, ou quando anda com uma delas pela mão. Gosto do olhar que ele e a mulher trocam. Gosto de pensar que na Casa Branca mora uma família normalzinha e amorosa. (LUFT, 2009, p. 83)

Os especialistas em *marketing*, pelo contrário, foram realistas: "Obama é o primeiro candidato presidencial a ser vendido como um produto de ponta", afirmou Beirut (apud OPPERMANN, 2008), comparando a *marca Obama* com nomes como Target e Apple, empresas estadunidenses com imagem de transparentes, abertas e amigáveis.

As análises feitas até aqui nos colocam numa condição privilegiada de responder à pergunta-problema do presente artigo: o governo Obama representa uma mudança ou uma reafirmação do imperialismo dos EUA nas Relações Internacionais?

Primeiramente é necessário localizar o significado histórico da eleição de Obama, qual sua importância no contexto da teoria: uma tentativa de recuperação – oxigenação – da governabilidade do imperialismo estadunidense, necessária diante das constatações que Hobsbawn fazia em 2003:

Hoje, o governo americano reage contra o fato de que o império americano e seus objetivos já não são genuinamente aceitos. A coalização consensual já não existe. Na verdade, a política atual dos Estados Unidos é mais impopular do que a de qualquer governo americano no passado e provavelmente do que a de qualquer outra grande potência em todos os tempos. (op. cit., p. 157)

A atual política internacional do seu governo [Bush] não é particularmente racional nem para os interesses imperiais americanos, nem para os interesses globais, nem, com certeza, para os interesses do capitalismo americano. (op. cit., p. 163)

Considerando que Bush levou uma política internacional isolacionista, os EUA precisavam recuperar aliados para seu projeto hegemônico. E Obama correspondeu chamando pela cooperação e "compreensão" das demais nações, conforme dito em seu discurso de posse (OBAMA, 2009)[9]:

Lembrem-se que as gerações anteriores encararam o fascismo e o comunismo não apenas com mísseis e tanques, mas com alianças resolutas e convicções duradouras. Elas entenderam que nosso poder, por si só, não pode nos proteger, nem nos autoriza a fazer tudo como queremos.

A retomada do jogo de alianças na geopolítica mundial nada mais é do que a reafirmação de um aspecto do imperialismo supostamente perdido no governo Bush, ou, em outras palavras, um ajuste na busca de hegemonia: é preciso "refazer a América". Reafirma-se o *Estado Universal*: "a América é amiga de toda nação e todo homem, mulher e criança que busca um futuro de paz e dignidade, e **nós estamos prontos para liderar uma vez mais**". (*ibidem*, grifo nosso)

Na esteira prática desse programa, sucederam-se aproximações com a União Européia e com governos árabes, na chamada Iniciativa Árabe de Paz, focando no aprimoramento da repressão aos movimentos de libertação nacional.

E o que mais o discurso de Obama traz de esclarecedor? Uma das frases introdutórias diz que "nossa nação está em guerra contra uma rede de violência e ódio de longo alcance". Para ser mais claro, "não pediremos desculpas por nosso modo de vida, nem fraquejaremos em nossa defesa" e, para aqueles que os EUA nomear como terroristas, ou inimigos: "vocês não sobreviverão a nós, e nós os derrotaremos" (*ibidem*).

A prática do governo Obama, ao longo do primeiro semestre de 2009, de fato confirmou o que já era sinalizado no seu discurso de posse.

Antes de sua posse, na ocasião dos bombardeios de Israel sobre a Faixa de Gaza, Obama optou por silenciar, pois, como ele mesmo disse, existe apenas um presidente – fato que não lhe impediu de se manifestar em muitos outros assuntos, como por exemplo as medidas econômicas. Após tomar posse, não só evitou falar sobre o continuado ataque a Gaza e as usurpações dos territórios palestinos apoiadas pelos EUA, mas reafirmou o compromisso político com Israel e a negativa em reconhecer a conformação do Estado Palestino (CHOMSKY, 2009).

Em termos de recursos humanos, Obama manteve altos quadros da estratégia militar de Bush, a começar pelo seu Secretário de Defesa, Robert Gates. Essa lista se completa com Brent Scowcroft, conselheiro de Segurança Nacional de Gerald Ford e de George Bush (o pai); Zbigniew Brzezinski, conselheiro de Segurança Nacional de Jimmy Carter e velho ideólogo do intervencionismo; Dennis Ross, homem de confiança do Sionismo a quem Obama confiou o cargo de conselheiro especial para o Golfo Pérsico.

Para as ações militares em territórios estrangeiros, Obama solicitou ao Congresso, em abril de 2009, um reforço de US$ 83,4 bilhões ao trilionário orçamento dedicado por Bush às guerras no Iraque e Afeganistão[10], e mais US$ 130 bilhões para o orçamento de 2010[11]. Apesar do discurso de retirada de tropas do Iraque (que não

tem sido confirmado), solicitou o aumento do efetivo militar da OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte) no Afeganistão, em 21 mil soldados, além dos 38 mil que ali já se encontravam[12]. A expansão das tropas do Afeganistão para a fronteira com o Paquistão tem causado sérios distúrbios em ambos os países. No Conselho de Segurança da ONU, a diplomacia estadunidense tem mantido a velha política de negativa de diálogo nas divergências com Coréia do Norte e Irã, optando por transformar essas divergências em terrorismo psicológico sobre a opinião pública internacional.

Os sucessivos acordos militares entre Colômbia e EUA têm demonstrado o estabelecimento de bases militares estratégicas para a ocupação da América Latina, sob os favores de Álvaro Uribe e o alerta da diplomacia de outros países desse sub-continente.

A propósito, Souza e De Paula (2009, p. 22) trazem dados demonstrando que

O USA mantém cerca de 300 mil soldados espalhados por aproximadamente mil bases militares instaladas em mais de 140 países, a maioria na Europa e na Ásia, especialmente na Ásia Central e no Oriente Médio. Este imenso aparato representa 95% de todas as bases militares mantidas por todos os países do mundo em territórios estrangeiros.

Após Obama ter assinado, em 22 de janeiro de 2009, uma ordem executiva para o fechamento da prisão de Guantánamo e das prisões secretas da CIA (Agência Central de Inteligência), bem como a proibição dos métodos coercitivos de interrogatório[13], nenhuma medida concreta parece ter sido tomada desde então.

Sobre todos esses fatos, há que se concluir que a estratégia militar de George W. Bush está tendo continuidade. E, assim como Bush caminhou para o isolamento no cenário internacional, Obama, mesmo afirmando uma política de alianças em seu discurso de posse, parece estar construindo semelhante trajetória.

James Petras, analisando as recentes falhas nas articulações dos EUA na política internacional, entre elas o insucesso em obter o pleno apoio da OTAN para a intervenção no Afeganistão e Paquistão, estão levando o próprio governo Obama a um sintomático isolamento: “The pursuit of long-term large-scale overseas military commitment in a time of economic depression is self-destructive, self-isolating and doomed to failure” (PETRAS, 2009)***[14]***.

Negando as perspectivas do ajuste hegemônico colocadas no discurso de posse, Obama também caminha para o isolamento, reencontrando-se com o antecessor George W. Bush[15]. Resta claro que esta tendência reflete o alto nível de contradições entre os países imperialistas.

5 Conclusão

Todas as medidas adotadas pelo governo Obama no plano da política externa e da estratégia militar, como largamente demonstrado, representam uma continuidade do seu antecessor, desfazendo os cristais de idealismo e esperança que a campanha midiática em torno da *marca Obama* despertou nas mentes da juventude e da intelectualidade, consolidada no *slogan* "*Yes, We Can!*" – "Sim, nós podemos!". Esta compreensão nos é dada pela análise dos fatos a partir da teoria imperialista.

Analisando a perspicácia da campanha de Obama, o especialista em marketing político Beirut (apud OPPERMAN, op.cit.) advertiu que tal estratégia trazia um risco, que só o tempo iria definir: a percepção de que Barack Obama tem "mais estilo do que substância". Assim tem se demonstrado.

O mando político e militar dos EUA segue inalterado. As estratégias e táticas desenhadas pelo Pentágono desde o fim da Segunda Guerra Mundial não mudaram nem mudarão por conta de quaisquer palavras acalentadoras de Obama.

Obama tentou mostrar-se como o "Imperialismo com uma face humana" (ALI; O'KEEFE, 2009); todavia, a estratégia militar aplicada não tem nada de humanista, significando sim a continuidade das sanguinolentas intervenções militares e dos métodos de tortura e humilhação da Guerra ao Terror. É inquestionável que os EUA continuam violando gravemente o Direito Internacional Humanitário.

Nem mesmo o ajuste de hegemonia preconizando no discurso de posse de Obama está sendo aplicado – o governo Obama caminha historicamente para um reencontro com o governo Bush, com sucessivos fracassos e tendência ao isolamento na política internacional.

Aqui está presente a incontornável contradição, colocada pela teoria do imperialismo em Relações Internacionais, de que, em plena depressão econômica e rebaixamento dos níveis de vida da população, o império investe bilhões na estratégia militar, pois, conforme demonstrado, não pode fugir à lógica do expansionismo que movimenta e dá existência (e decadência) ao imperialismo. A única saída para o imperialismo é fazer guerra.

Referências

ALI, Tariq; O'KEEFE Derrick. Tariq Ali on Obama: Imperialism with a human face (entrevista). **Jornal Rabble**, Canadá, 16 fev. 2009. Disponível em: <http://www.rabble.ca/news/interview-tariq>. Acesso em: 06 ago. 2009.

CHOMSKY, Noam. **What Uncle Sam Really Wants**. Berkeley, California: Odonian Press, 1992.

_____. Obama on Israel-Palestine. In: **Chomsky.Info. The Noam Chomsky Website**. Publicado em 24 jan. 2009. Disponível em: <http://www.chomsky.info/articles/20090124.htm>. Acesso em: 28 ago. 2009.

FIORI, José Luís. Estranha forma de governar o mundo. In: **O poder global**. São Paulo: Boitempo, 2007.

HOBSBAWN, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

JUNQUEIRA, Mary A. Os discursos de George W. Bush e o excepcionalismo norte-americano. **Revista Margem**, São Paulo, n. 17, p. 163-171, jun. 2003.

LÉNINE, V. I. O Imperialismo, fase superior do capitalismo. In: _____. **Obras Escolhidas em seis tomos.** Tomo 2. Lisboa: Avante, 1984.

_____. O Imperialismo e a cisão do Socialismo. In: _____. **Obras Escolhidas em seis tomos**. Tomo 3. Lisboa: Avante, 1985.

LUFT, Lya. Eu acredito em Obama. **Revista Veja**, São Paulo, Vol. 2101, p. 83, 25 fev. 2009.

MARX, Karl. **Teses sobre Feuerbach**. Escrito em 1845. Marxists Internet Archive. Disponível em: <http://www.marxists.org/portugues/marx/1845/tesfeuer.htm>. Acesso em: 06 ago. 2009.

NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nilzar. **Teoria das relações internacionais**: correntes e debates. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

OBAMA, Barak H. Discurso de posse. **Revista Época**, Rio de Janeiro, 20 jan. 2009. Disponível em: < http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI21738-15254,00-POSSE+DE+BARACK+OBAMA+LEIA+A+INTEGRA+DO+DISCURSO.html>. Acesso em: 06 ago. 2009.

OLIVEIRA, Erson Martins. A crise na América Latina e o intervencionismo dos Estados Unidos. **Revista PUCVIVA**, São Paulo, n. 20, abr. 2003. Disponível em: <http://www.apropucsp.org.br/revista/r20_r08.htm>. Acesso em: 06 ago. 2009.

OPPERMAN, Álvaro. Marketing nada tradicional de Obama. **Revista Época Negócios**, Rio de Janeiro, Vol. 14, p. 34, 24 abr. 2008.

PETRAS, James. Obama's Foreign Policy Failures: Diplomacy, Militarism and Imagery. **The James Petras Website**, publicado em 11 mai. 2009. Disponível em: <http://www.lahaine.org/petras/b2-img/petras_imagery.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2009.

REIS, Fábio Wanderley. Democracia em Debate (entrevista). **Revista Cult**, São Paulo, Vol. 137, p. 56-57, jul./2009.

SOUZA, Hugo R. C.; DE PAULA, Mário Lúcio. Imperialismo reforça ocupações e ensaia a guerra. **Jornal A Nova Democracia**, Rio de Janeiro, Vol. 54, p. 22, jun. 2009.

WACQUANT, Loïc. Um acontecimento catalizador: postscriptum sobre o 11 de setembro. In: LINS, Daniel; WACQUANT, Loïc (orgs.). **Repensar os Estados Unidos**: por uma sociologia do superpoder. Campinas, SP: Papirus, 2003.

---

[1] "Lênin formulou uma teoria da política internacional [...] uma teoria que quer dar conta do comportamento, das estratégias e das ações de atores (os Estados nacionais) no terreno específico do sistema internacional" (NOGUEIRA; MESSARI, 2005, p. 112).

[2] No decorrer do texto, serão citados vários autores que criticam a política do imperialismo dos EUA. Não se tratam necessariamente de autores seguidores da teoria do imperialismo acima exposta, tampouco de autores marxistas. Suas obras, todavia, trazem informações e análises fundamentais para os objetivos colocados, sobretudo na abordagem dos acontecimentos do século XXI em curso.

[3] FERGUSSON (apud HOBSBAWN, op.cit., p. 59) afirma que a Doutrina Monroe foi, durante várias décadas, pouco mais do que um blefe ianque.

[4] "O desejo de todos os estados, ou de seus governantes, é alcançar uma paz perpétua, através da conquista de todo mundo, se isto fosse possível." (KANT apud FIORI, 2007, p. 245)

[5] Livre tradução: Com um documento de alto nível após outro, os estrategistas dos EUA estabeleceram sua visão de que a principal ameaça à nova ordem mundial liderada pelos EUA era o nacionalismo do Terceiro Mundo.

[6] Refere-se ao World Trade Center – centro financeiro, o Pentágono – centro militar e a Casa Branca – centro político – cujo avião foi desviado antes de alcançar o alvo.

[7] Alguns críticos tentam expor Bush como um louco ambicioso, descolando-lhe do contexto em que seu governo está inserido, especialmente suas ligações empresariais com o complexo industrial bélico e energético.

[8] *A major element is brutal, sadistic torture-beating infants against rocks, hanging women by their feet with their breasts cut off and the skin of their face peeled back so that they'll bleed to death, chopping people's heads off and putting them on stakes. The point is to crush independent nationalism and popular forces that might bring about meaningful democracy.* Livre tradução: Um elemento principal é a tortura brutal e sádica – lançar bebês contra pedras, pendurar mulheres pelos pés com seus pulsos cortados e a pede da face arrancada para que sangrasse até a morte, cortar a cabeça das pessoas e fincá-las em estacas. O objetivo é esmagar o nacionalismo independente e as forças populares que devam trazer alguma democracia significativa. (CHOMSKY, 1992, p. 10)

[9] O discurso de posse pode ser encontrado em inúmeros websites, como o da Revita Época: http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI21738-15254,00-POSSE+DE+BARACK+OBAMA+LEIA+A+INTEGRA+DO+DISCURSO.html

[10] Dados da Agência Reuters de Notícias, 30/04/2009. Disponível em <http://www.reuters.com/article/bondsNews/idUSN3051944920090430>. Acesso em 28/08/2009.

[11] Dados da Agência Reuters de Notícias, 29/04/2009. Disponível em <http://www.reuters.com/article/topNews/idUSTRE53S92220090430>. Acesso em 28/08/2009.

[12] Dados da Agência de Notícias BBC, 03/04/2009. Disponível em <http://www.bbc.co.uk/portugueseafrica/news/story/2009/04/090403_natosummitvg.shtml>. Acesso em 28/08/2009.

[13] Dados do jornal New York Times, 22/01/2009. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2009/01/23/us/politics/23GITMOCND.html?_r=1>. Acesso em 28/08/2009.

[14] Livre tradução: A busca de compromissos militares além-mar, em longo prazo e em larga escala, em um tempo de depressão econômica, é auto-destrutiva, auto-isolacionista e condenada ao fracasso.

[15] Nesse sentido também está inserida a análise de Fábio Wanderley Reis, aqui transcrita: *"Acho muito preocupante que mesmo um líder com a sofisticação e o perfil singularmente positivo de Obama não possa senão acolher prontamente as restrições contidas no papel de 'comandante em chefe' que o militarismo estadunidense impõe ao presidente do país, sendo levado já a tomar posse com uma 'guerra de Obama' a ser vencida e não só a recuar da disposição de garantir os direitos individuais dos alcançados pela 'guerra ao terror' de Bush, mas também a ter seu governo recorrendo a retórica análoga à dos israelenses em Gaza a propósito de ações militares norte-americanas no Afeganistão e tratando como irrelevante, no limite, o fato de que bombardeios norte-americanos matem mulheres e crianças."* (REIS, 2009, p. 57)

ASPECTOS DA SOBERANIA FRENTE À GLOBALIZAÇÃO*

ASPECTOS DA SOBERANIA FRENTE À GLOBALIZAÇÃO

Elve Miguel Cenci
Adriana Regina Marcato Armeni

RESUMO

A Globalização é um fenômeno multifacetado que produz efeitos na sociedade de modo geral, especialmente no campo econômico. Em razão dos avanços tecnológicos e na área de transportes, as distâncias se encurtaram e a integração - que na verdade era histórica - , se firmou, aproximando cada vez mais os países. Outrossim, a globalização trouxe mudanças oriundas do consenso de Washington, no qual foram propostas medidas neoliberais. O Estado já não pode aplicar suas políticas economias de forma independente, eis que a globalização, aliada ao neoliberalismo, desenha o aspecto da política que deve reger o Estado. Além disso, o Estado já não mais controla suas fronteiras externas e internamente, vê seu poder decisório enfraquecido e consequentemente sua soberania abalada. Já não há como visualizar o conceito de soberania clássico, frente aos novos desafios. O presente, fornece opiniões de autores que debatem sobre o conceito de soberania, porém, de forma alguma tem a pretensão de exaurir o tema.

PALAVRAS-CHAVES: GLOBALIZAÇÃO. NEOLIBERALISMO. CRISE. SOBERANIA

ABSTRACT

The Globalization is a multifaceted phenomenon that produces effects in the society on the whole, specially in the economical field. On account of the technological advancements and in the area of transports, the distances were shortened and the integration - that in fact was historical-, one settled, bringing near more and more the countries. Equally, the globalization brought changes originating from the consensus of Washington, in which they were proposed measured neoliberais. The State cannot already apply his political savings of independent form, here that the globalization allied to a neoliberalismo, draws the aspect of the politics that must govern the State. Besides, the State not more already controls his extern frontiers and internally, sees his power decisório weakened and consequently his shaken sovereignity. There is already not as it will visualize the classic concept of sovereignity, in front of the new challenges. The present, supplies authors' opinions what they debate on the concept of sovereignity, however, anyway it has the claim to exhaust the subject.

KEYWORDS: GLOBALIZATION. NEOLIBERALISMO. CRISIS. SOVEREIGNITY

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

Muitos autores discutem o tema da globalização, isso porque é um tema bastante amplo que têm efeitos diversos que refletem em aspectos sociais, econômicos, financeiro, entre outros.

A globalização pode ser entendida como uma maior integração dos países, acelerada pela evolução na área de transporte e de informação. É algo pensado, refletido e desenvolvido a partir de certas tratativas, ou seja, não é ato aleatório. Entretanto, o desenvolvimento, a partir de certa altura, transformou-se tão amplo, que as barreiras físicas já não representavam mais nada. Não se pode afirmar que a globalização seja boa ou ruim, é necessário analisar o fenômeno se forma autônoma e, desta forma, pode se observar os avanços disseminados por todo o globo, por conta dele.

Entretanto, não se pode deixar de observar os efeitos negativos trazidos pela Globalização. Mais uma vez, através de decisões que foram tomadas por um grupo de pensadores, se espalhou pelo mundo o chamado neoliberalismo, que por fim, é um dos fatores que contribuiu para a eclosão da crise do capital de 2009.

Na verdade, a Globalização trouxe avanços para a humanidade que ainda busca se adaptar às novas mudanças, mas, o neoliberalismo, ao contrário, trouxe miséria e pobreza para a população.

Além disso, com a Globalização o Estado se torna mais fraco já que não é mais o centro de decisões políticas. Há uma crise que é mais do Estado do que de sua soberania. É um desafio, neste momento de transição, encontrar parâmetros que possam traduzir o novo conceito de soberania.

1. Da Globalização

Definir, conceituar ou mesmo delimitar o que é “globalização” não constitui uma tarefa fácil, e se mesmo assim optamos por trilhar esse caminho o fizemos para fins didáticos. Existe uma grande diversidade de abordagens quanto se trata do tema globalização, já que as análises dos autores divergem em muitos aspectos, a começar pelo próprio termo globalização. É certo que globalização não é conceito unívoco.

DREIFUSS (1996, p. 135-136) diferencia os vocábulos mundialização, planetarização e globalização. Para o autor, a mundialização lida com “*mentalidades, hábitos e padrões; com estilos de comportamento, usos e costumes e com modos de vida*”. Como exemplo, podemos citar a padronização no consumo de bens e serviços que se materializa no fato

de a maior parte das pessoas ingerir o mesmo refrigerante nos diversos países; vestir calça *jeans;* comer o mesmo *hambúrguer*, etc. Esta forma de padronização chega às sociedades de forma desigual, mas de forma geral, há uma transformação que não está adstrita a barreiras físicas. O fenômeno é antigo, pois a partir do momento que o homem traz para o seu território algo que não era "seu" ou que pertencia a outras culturas, na ótica do autor, poderia se dizer que houve mundialização.

A planetarização, por sua vez, tem relação com a influência política, ou seja, está vinculada ao domínio político de um Estado sobre o outro, por conta também da detenção do controle da tecnologia.

A globalização difere das duas noções anteriores por estar relacionada, sobretudo, às questões econômicas. DREIFUSS *(*1996, p. 156-157) fala que "*são fenômenos do mundo da tecnologia, da produção, das finanças e do comércio que atingem de forma desigual e combinada todos os países da terra, e não somente aqueles que operam em escala mundial*" e que se sustentam com base no sistema bancário, nos fundos de pensões (e mútuos de ações) e pelas seguradoras. Todos são dotados de patrimônios na ordem de bilhões de dólares e investem em diversos setores da economia. Graças aos avanços da tecnologia, o dinheiro circula sem fronteiras e sem que os Bancos Centrais dos diversos países tomem conhecimento. Por esta condição a informação é simultânea em diversos locais do mundo, isso por conta da tecnologia que anda a passos largos inovando a cada instante nos setores de microeletrônica. Aliado a este fato, o desenvolvimento trouxe uma maior mobilidade dos bens de consumo, fez com que houvesse maior acessibilidade ao transporte de materiais e insumos, o que diminuiu as distâncias.

AYLLÓN (1999, p.8/9) vê a globalização como reflexo da modificação das coordenadas de espaço, como segue:

(...) o fenômeno da "globalização" não é senão um reflexo da modificação das coordenadas espaço temporais de ação aos quais obrigam uma reformulação de algumas das funções do Estado, pois as condições de sua operação se modificaram e já não respondem àquelas que existiam no momento em que esta forma de organização política se desenvolveu e se expandiu.

Na ótica de MARQUES NETO (2002, p.105), a globalização é reflexo do que ocorre com o Capitalismo. Segundo o autor, as transformações do Estado ocorreram e tendem a ocorrer sob a batuta do Capitalismo. É um fato ou "*fenômeno irreversível, com efeitos danosos para os mais fracos já há muito denunciados, mas, ao mesmo tempo, com potencialidade positivas capazes de produzir alternativas que nos elevem a um novo patamar civilizatório"*. É especialmente impulsionada pela evolução tecnológica, com contribuição dos avanços no setor dos meios de comunicação, principalmente na área de Informática e Telecomunicações; avanços na área de transportes de bens e mercadorias; avanços no setor de finanças e economia, que reflete na circulação virtual de capitais e alterações profundas nos modos de produção.

Segundo SANTOS (2002, p.26-29), nas últimas três décadas vê-se desde a globalização dos sistemas de produção e das transferências financeiras, à disseminação de informações e imagens, além de deslocamentos de pessoas para fins laborais ou turísticos. Para o autor, a Globalização *"anuncia o fim do sistema nacional enquanto núcleo das actividades e estratégias do sistema nacional"*. Se constituiu, inclusive, em um fenômeno multifacetado de dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas e um campo de conflitos entre grupos sociais, Estados e interesses hegemônicos e subalternos.

NOVAIS E SILVA (2004, p. 333) entende que o termo encontra-se desgastado, eivado de ranço ideológico e teor pejorativo, e por isso acredita que expor o pensamento de Ricupero (ex-ministro da Fazenda e na época, secretário da UNCTAD[1]) é salutar. Diz o ex-ministro que a Globalização não é recente e data da metade do Século XX, entretanto, com outra conotação, pode-se percebê-la no final do Século XV e começo do Século XVI. Isso porque, com o mercantilismo, houve a anexação de novas terras e descobrimento de novos mundos. No Brasil e no México, continua o ex-ministro, a integração se deu pela implantação das "colônias de exploração", enquanto que, para países como E.U.A, Canadá e Austrália, a integração se deu através de "colônias de exploração". Sob esta ótica, pode-se observar a origem entre os países em desenvolvimento e os países em vias de desenvolvimento. Nestes, a tecnologia perpetuou um atraso econômico, exclusão, marginalidade e, naqueles, contribuiu para a democracia, através da educação e da cultura.

FERREIRA NETTO (2007, p. 18) entende a Globalização como:

palavra comumente utilizada para designar o aprofundamento da inter-relação entre indivíduos de nações diferentes, seja no âmbito comercial ou em qualquer atividade humana, intensificado pela escalada sem precedentes da tecnologia nas últimas décadas, especialmente nas áreas de comunicação e do transporte, impossibilitando a identificação de um país somente pela sua hegemonia cultural.

Segundo GIDDENS (2001, p. 38-43), fomentador da corrente mediadora, designada de Terceira Via, a globalização não é só econômica, embora, por conta dela, haja um real aumento das transações financeiras; também não é uma continuação do que vem ocorrendo ao longo dos anos, mas representa uma mudança na perspectiva do espaço e do tempo na vida do ser humano. Há criação de novas regiões econômicas e culturais; fronteiras se tornam mais imprecisas e criam-se novas demandas e novos desafios, principalmente, aos Estados. É promovida por corporações internacionais e não é um fato natural. Para o autor, a Globalização é *"uma complexa variedade de processos, movidos por uma mistura de influências políticas e econômicas"*.

Há mais uma diferenciação interessante que deve ser feita, encontrada entre globalismo e globalização[2] ou globalidade. A primeira, segundo BECK (1999, p. 27), trata da "*ideologia do império do mercado mundial, da ideologia do neoliberalismo"*. Ou seja, é procedimento mono causal que reduz a globalização à dimensão econômica, vista de forma linear, que limita as outras dimensões (cultural, ecológica, política e sociedade civil) a mercê do mercado mundial. Globalidade, por sua vez, transmite a noção de que o fato já está sendo vivido a tempos enquanto a globalização é o "*processo, em cujo*

andamento os Estados nacionais vêem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais. (1999, p. 30). Finalmente, crê o autor, estamos diante de uma internacionalização da economia e não de globalização, isto porque entende que relações transnacionais são fortalecidas entre determinados Estados e dentro destes, não englobando todos os espaços globais.

Como pode ser observado, existe uma multiplicidade de leituras sobre o que significa o termo globalização. Deste emaranhado de significações, há, entretanto, de acordo com (VIEIRA, 2001, p. 98.), um consenso de que à época contemporânea corresponde a uma nova era do capitalismo que resulta de mudanças:

a) tecnológicas – telecomunicações, informática, microeletrônica, etc.

b) políticas – decisões governamentais de ajuste estrutural visando à liberalização e à desregulamentação do mercado;

c) geopolíticas – fim do comunismo;

d) microeconômicas – acirramento da competição em escala mundial;

e) macroeconômicas – aumento no número de novos países industrializados e,

f) ideológicas – hegemonia neoliberal.

VIEIRA (2001, p. 93) destaca ainda que a globalização diferencia-se pelo fato de que as decisões políticas atualmente ocorrem fora do território do Estado. Além disso, hoje o Estado se vê desafiado pela multiplicidade de identidades desenvolvidas no seu território. Neste sentido, a Globalização é um processo único e sem precedentes históricos.

Todas estas considerações foram feitas para evidenciar as diversas opiniões dos autores coletados, a fim de que se observe o grau de dificuldade para delimitar ou conceituar Globalização. Os esclarecimentos dos autores citados são úteis para que seja definido, no presente trabalho, o que se pretende estudar. Não se tem qualquer pretensão de reduzir o termo Globalização somente à dimensão econômica, porém, será utilizado o vocábulo com esta intenção, ou seja, seu aspecto econômico. Igualmente, é de fácil percepção que nem todos os Estados estão sendo atingidos da mesma forma pela Globalização, ou seja, o processo não é *linear* (BECK, 1999, p. 214)

Portanto, como teorizado, a Globalização não é um fenômeno recente e se constitui numa NOVA forma de interação entre os Estados que não é somente econômica mas, indubitavelmente, tem como base a economia e é impulsionada pelos avanços tecnológicos e pela área de transportes. Assim, veja-se que nos primórdios os países mantinham-se nos limites de suas fronteiras desenvolvendo a economia local. Tudo que era produzido era consumido, não havendo troca de produtos entre os países. Porém, com o desenvolvimento da agricultura com técnicas de cultivos de grande escala, aliada à maior expectativa de vida do homem, foi possível o oferecimento de produtos excedentes a outros países, estabelecendo-se rotas marítimas comerciais. A partir daí pode-se falar em globalização (ou processos). Entretanto, não há dúvida, que com a

tecnologia e a modernização dos transportes tudo se tornou mais fácil e os países, tendo em vista a meta de crescimento e desenvolvimento econômicos, empreenderam a busca por novos pontos de comércio.

Mas a Globalização que se conhece contemporaneamente não se esgota no que foi citado, uma vez que é um fenômeno multifacetado que repercute em diversas áreas. Não só houve encurtamento das distâncias, mas também aproximação de pessoas que passaram a se comunicar através de rede de computadores. É importante observar que estamos na era da sociedade da informação onde as informações são acessadas através de qualquer computador em qualquer lugar do mundo. O acesso ao conhecimento foi disseminado, o que proporcionou desenvolvimento e crescimento.

Apesar de todos os benefícios, há um lado sombrio da Globalização que não se pode deixar de mencionar. Com a Globalização se "globalizaram" também os problemas. Dentre esses problemas, apenas para citar alguns, podemos ressaltar o tráfico de drogas e de pessoas que se intensifica cada vez mais e o problema ecológico. Os Estados isoladamente não conseguem fazer frente a tais problemas a não ser que operem mediante políticas conjuntas.

2. Globalização e Neoliberalismo

Historicamente, o Neoliberalismo[3] teve como base a obra de Friedrich August von Hayer[4] denominada "O Caminho da Servidão", lançada, primeiramente, na Inglaterra, em 1944. Sem absolutamente pretender reduzir a importância ou conteúdo da obra e de seu autor, em resumo o que se pretendia era alertar a Inglaterra que suas políticas levariam ao Totalitarismo[5], em face da preocupação que se vivia em torno da 2ª Guerra Mundial. Desde forma, a obra propõe que o sucesso reside na liberdade de ação dos indivíduos, na livre concorrência e especialmente, prega a não ingerência do Estado sobre economia, resgatando alguns ideais do Liberalismo[6]. Conclui o autor:

Para construir um mundo melhor, devemos ter a coragem de começar de novo - mesmo que isso signifique, como dizem os franceses, reculer pour mieux sauter (N. do T.: literalmente, "recuar para melhor avançar"). Não são os que crêem em tendências inevitáveis que mostram essa coragem; nem aqueles que pregam uma "Nova Ordem" (que não é mais do que uma projeção das tendências dos últimos quarenta anos), sem nada melhor a oferecer do que imitar Hitler. Aqueles que clamam mais alto pela Nova Ordem, são, na realidade, os que se acham mais completamente dominados pelas idéias que provocaram esta guerra e quase todos os males de que sofremos. Os jovens têm razão em depositar pouca confiança nos princípios pelos quais se norteia grande parte da geração mais velha. Mas enganam-se ou são enganados quando acreditam que tais princípios ainda são os princípios liberais do século XIX. Estes, a geração jovem mal os conhece. Conquanto não possamos desejar nem efetuar a volta à realidade do século XIX, temos a oportunidade de realizar os seus ideais - e esses ideais não eram desprezíveis. Não temos direito de nos considerarmos superiores a nossos avós neste

ponto; e nunca deveríamos esquecer que fomos nós, os homens do século XX, e não eles, que provocamos esta desordem. Se eles ainda não haviam aprendido de todo o que era necessário para construir o mundo que desejavam, a experiência por nós adquirida desde então deveria ter-nos preparado melhor para a tarefa. Se fracassamos na primeira tentativa de criar um mundo de homens livres, devemos tentar novamente. O princípio orientador - o de que uma política de liberdade para o indivíduo é a única política que de fato conduz ao progresso permanece tão verdadeiro hoje como o foi no século XIX. (HAYER, 1990, p. 214)

Em 1947, em Mont Pèlerin, próximo à Montreaux, na Suíça, Friedrich August von Hayer e outros críticos do Estado-de-Bem Estar, juntamente com Milton Friedman - grande defensor das idéias de Hayer-, Karl Popper, entre outros, fundaram o que denominaram de Sociedade Mont Pèlerin[7]. A proposta do grupo fora de rever valores e destinos no Liberalismo clássico. De início suas propostas não foram realizadas, mesmo na crise de 1970, pois predominava o Keynesianismo. Entretanto, a partir de 1979, iniciou-se o caminho para que as idéias neoliberais fossem implantadas, isso com Thatcher na Inglaterra e Reagan nos E.U.A. No Direito, vê-se a implantação de um Estado-Mínimo (ARRUDA Júnior, 1997, p. 77-78).

Porém, é necessário que se esclareça que, historicamente, sempre se pretendeu uma integração econômica. A Globalização é, na verdade, um processo político conduzido por atores transnacionais (BECK, 1999, p. 212). Em 1944, fora realizado em Bretton Woods (New Hampshire, E.U.A.) reunião na qual estiveram presentes representantes de 44 países. Nesta reunião se consolidaram as bases para que o dólar se efetivasse como moeda de troca internacional, com sua paridade em ouro, bem como se instituiu o Fundo Monetário Internacional (FMI)[8] e o Banco Mundial (BM)[9], tendo a finalidade de desenvolvimento econômico, estendendo o comércio a outros países (DAL RI JÚNIOR, 2004, p.119-120). Posteriormente, em 1945, foi instituída a Organização Internacional do Comércio (ITO), ligada às Nações Unidas, com o objetivo de *promover a gradual abolição das restrições ao comércio internacional*, na tentativa de instituir um sólido sistema de normas jurídicas multilaterais voltadas à liberalização do comércio.

O fato é que se pretendeu a criação de nova ordem econômica internacional, cujo principal objetivo era financiar a reestruturação dos países alquebrados pela guerra. Os países estavam esfacelados e para repará-los instalou-se, principalmente na Europa, o Estado de Bem-Social. Neste sentido, DINH, DAULLER e PELLET (2003, p.1057) escrevem que, dentre as organizações internacionais com vocação econômica, além do FMI e do BM, destaca-se a Organização das Nações Unidas (ONU), cuja origem era de um papel normativo e de coordenação das atividades daqueles órgãos especializados, através do Conselho Econômico Social.

Por ordem econômica, sustentam os autores já citados, se entende o *conjunto de normas e instituições regulamentando os comportamentos e as actividades dos operadores econômicos e correspondendo a alguns princípios dirigentes ou padrões julgados complementares por um 'modelo econômico' (p. 1078).* Esta nova ordem esteve sob a liderança dos Estados Unidos.

Entretanto o marco para estabelecimento das medidas neoliberais foi Consenso de Washington, de 1989, no qual foram editados padrões para o ajustamento econômico dos países em desenvolvimento, seguindo cartilha de economistas norte-americanos, especialmente, pelo economista John Williamson, considerado, o "pai" do Consenso, além de participação do FMI e do BM, cartilha esta, na qual se compilaram uma série de medidas entre elas privatizações e desregulamentações.

Na verdade foram elaborados quatro consensos, porém, a idéia que os norteia reside no desaparecimento de diferenças políticas entre os países centrais e de diferentes padrões de transformação social. Os traços principais desta nova economia são:

(...) economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento em escala global; processos de produção flexíveis e multilocais; baixos custos de transporte; evolução nas tecnologias de informação e de comunicação; desregulação das economias nacionais; preeminência das agências financeiras multilaterais; emergência de três grandes capitalismos transnacionais: o americano, baseado nos EUA e nas relações privilegiadas desde país com o Canadá, o México e a América Latina; o japonês, baseado no Japão e nas suas relações privilegiadas com os quatro pequenos tigres e com o resto da Ásia; e o europeu, baseado na União Européia e nas relações privilegiadas com a Europa de leste e com o Norte de África. (SANTOS, 2002, p. 29)

A Inglaterra foi pioneira deste movimento, com privatizações e a redução da intervenção estatal na economia. O movimento colocou o Estado de Bem-Estar Social, principalmente na Europa, sob "fogo cerrado", pois prega que a intervenção estatal é inoperante para o fortalecimento da economia. Fala-se também em desequilíbrio fiscal agravado pelos empréstimos internacionais. Restringe-se o poder de atuação do Estado visando o bom funcionamento do mercado através da lei da oferta e da procura. Assim as medidas neoliberais tinham a finalidade de debelar a inflação e estabilizar os sistemas econômicos e foram implantadas em todos os países em desenvolvimento ou, nomeados como periféricos ou semiperiféricos. Além disso, se observa uma subordinação ao BM, ao FMI e a OMC[10]. O predomínio de suas ingerências, no entanto, se dá nos países que tentam renegociar sua dívida externa, uma vez que para tal procedimento, tais órgãos impõem as medidas que entendem cabíveis[11]. Ou ainda, a pretexto de uma ajuda pública ao desenvolvimento, ou uma assistência, que podem ser classificadas, de acordo com seu objeto, em assistência financeira ou técnica. A ajuda entretanto é contestada por três aspectos: é dispendiosa, imprevisível e ameaça a soberania do Estado; é condicionada a alguns princípios, entre eles, a sua distribuição sem discriminação; a não intervenção em assuntos internos, o que na prática não ocorre que já ao pretexto da ajuda, há uma pressão para que o Estado beneficiário altere suas estruturas ou políticas econômicas. O principal financiador da política econômica é o FMI.

O problema é que a implantação desse modelo de Capitalismo, alicerçado através da aplicação das medidas neoliberais, resultou no aumento das desigualdades sociais, do desemprego, entre outras mazelas sociais. Para o neoliberal existe uma taxa aceitável de desemprego necessária para que ocorra "valorização da posição", posição esta nascida

na ordem internacional. Todas as medidas eram tomadas em prol da competitividade entre as empresas, para se integrarem no jogo internacional. (HABERMAS, 2001, p.66-67).

Os Estados em sua maioria foram como que obrigados a participar dos novos rumos econômicos em razão da multiplicação das companhias multinacionais e da expansão das relações econômicas internacionais. Aliás, as empresas multinacionais são as principais instituições deste novo modo de capitalismo transnacional (SANTOS, 2002, p.32). O impacto que elas produzem na nova formação de classes e na desigualdade tem sido alvo de debates.. É necessário que se observe que, para o consenso liberal, o crescimento e a estabilidade econômicos seriam oriundos da liberalização do mercado de trabalho, com redução de direitos, proibição da indexação de salário com produtividade ou com ajustamento ao custo de vida, bem como eliminação da legislação do salário mínimo. A pobreza, para o tal consenso, é inevitável e urge ser propostas medidas que minorem seus impactos.

Margareth Thatcher, à época, levou adiante políticas públicas de privatização, minou o poder dos sindicatos e desregulamentou o mercado financeiro, efetuou reformas trabalhistas que restringiram o direito de greve quebrando os sindicatos. A inflação chegava a 18% anuais, valor considerado alto no Reino Unido. Assim, temendo por seu país, implantou radicalmente as políticas neoliberais cortando gastos públicos e elevando a taxa de juros. Não adentrando no mérito da questão por não se tratar do enfoque deste trabalho, o fato é que tal política levou o país à recessão. Criticada pelos seus chegou a dizer: *Se vocês querem dar meia volta, que dêem. A dama não dá voltas*[12] (CARRIELO, 2009, p. A21).

Eram 200 mil empregados em minas de carvão, e ao final da implantação das medidas neoliberais não passavam de 1800 pessoas. Este foi o resultado da greve dos mineiros, que durou 16 meses, entre os anos de 1984 e 1985, bem como a representação da falência do poder sindical no país. O desemprego, considerando homens adultos, passou de 5% em 1979 para 14% em 1993. Isso mais do que nunca contribuiu com o aumento da diferença entre pobres e ricos, que em 1979 era de 4,5 vezes e em 1995, aumentou para 8,0 vezes. Ou seja, há uma unanimidade de que esta política econômica trouxe desemprego, miséria, aumentou o abismo entre pobres e ricos, entre outras mazelas sociais, especialmente nos países em desenvolvimento.

Ora, o então vice presidente do Banco Mundial, José Stiglitz, propôs um pós- Consenso de Washington afirmando que o neoliberalismo causou muito sofrimento humano, além de ser o responsável pelo aumento da desigualdade social (SANTOS, 2002, p.83).

E, atualmente, a política neoliberal é uma das culpadas, dentre outras causas, por mais um crise do capitalismo enfrentada em 2009.

A crise, que para alguns é mais um dos tropeços do Capitalismo, que destrói para construir, que precisa de crises cíclicas para poder crescer, afeta o mundo. Mais do que uma simples crise, a crise de 2009 é estrutural. Ora, de modo simplista, a crise foi gerada pela racionalidade econômica e pelo culto ao consumismo. Desde 1997 os bancos americanos ofereciam crédito a juros muito baixos e isso fez com que mais de 2/3 das residências próprias fossem financiadas, tendo como garantia as próprias residências, mediante hipoteca. Como a concessão de crédito generalizou-se, mesmo

quem não tinha condições adequadas tomou empréstimo. O que aconteceu? Os clientes *subprime*[13] tiveram dificuldades de efetuar o pagamento de seus empréstimos, entretanto, como os preços dos imóveis aumentaram, eles trocaram sua dívida por outra. Estes créditos imobiliários eram securitizados, ou seja, de modo geral eram transformados em papel e negociados na Bolsa. Isso levava os bancos a diluir o risco das hipotecas. Entretanto, as vendas dos imóveis declinaram e os preços também cederam, sendo que o imóvel hipotecado já não era suficiente para garantir o crédito da dívida. Portanto, a partir de fevereiro de 2007 a crise do *subprime* espalhou-se para outros setores da economia norte americana levando à bancarrota bancos tradicionais e seguradoras dos Estados Unidos, como Lehman Brothers, isso em 2009. Não obstante o alerta dos economistas para a possível crise, nenhuma medida foi tomada. Entretanto, embora a crise fosse previsível, nunca se acreditou que ela tomaria proporções mundiais como de fato o fez atingindo os países, mesmo que desigualmente. Os efeitos da crise atingiram primeiro o setor imobiliário e depois, conforme MATLACK (2008, p. 87), foi a vez dos abalos secundários no mercado internacional. Em Londres, por exemplo, com o sistema financeiro global confuso, muitas obras da construção civil foram paradas e em Tóquio as incorporadoras imobiliárias faliram. O que ocorre é que os bancos globalizados foram punidos pela bagunça no mercado.

FLORIO[14] (2009, p.21) enfatiza que a crise tem relação com as reformas neoliberais, especialmente no que tange à quebra dos sindicatos cuja realização diminuiu a renda do trabalho, piorando ainda mais a distribuição de renda, o que fez com que a família se endividasse e recorresse a hipotecas e cartão de crédito, criando uma expectativa irreal de crescimento econômico.

Por conta disso o neoliberalismo foi duramente criticado. Oportunizou-se para que fosse efetuado um balanço das medidas neoliberais, chegando-se à conclusão de que sua implantação não promoveu a distribuição de renda, deixando de oferecer à população serviços básicos de saúde e de educação por conta da caçada ao Welfare State. Falou-se também em democratização do FMI e discussão da ordem econômica mundial.

A crise gerou uma tomada de posição dos Estados Unidos, cujo governo foi obrigado a injetar capital e gerenciar a economia, ou seja, o Estado que parecia que havia se afastado das relações econômicas surgiu para mostrar que tem força e que só ele pode auxiliar saneando as economias.

No Fórum Econômico Mundial, em Davos, de 2009, houve “retratação” dos muitos pareceres emitidos ali mesmo, em anos anteriores, que defendiam a desregulamentação dos mercados financeiros, admitindo-se a intervenção do Estado para sanear as economias como medida extremamente necessária.

Além disso, há um consenso que só um plano de ação global entre os Estados poderia conter o avanço da crise e que o Estado ainda se mantém forte e pode ser o gerenciador da economia. O mercado, por si, não é capaz de controlar as especulações do capital e a busca desenfreada pela maximização dos lucros. Com a crise milhões de pessoas foram alijadas de seus direitos universais e outras tantas ficaram desempregadas agravando ainda mais o problema já existente originado pela Globalização. A crise deixou a lição de que é necessário implantar mudanças, o que implica na tomada de decisões por parte dos Estados, a fim de que o crescimento econômico seja conjugado com o desenvolvimento humano.

3. A Crise da Soberania

O capital sempre teve tendência à internacionalização, porém, em nenhum momento da história teve tantas formas de fazê-lo. O capital é apátrida e busca produzir-se onde lhe oferecem mais lucros e dividendos. Hoje, é mais rentável a especulação financeira do que qualquer outra forma de produção. Não há quem controle os trilhões de dólares que circulam no mundo e que instantaneamente mudam de praça financeira. O "mercado" é personificado e é "ele" que conduz as políticas comerciais, buscando espaços cada vez menos regrados e desregulamentados. Ressalte-se que sua importância é tão grande a ponto de se esquecer que, na verdade, o "mercado" é dirigido, conduzido, regido, etc., por homens, que tomam decisões, que têm opção pelo desenvolvimento que pode significar crescimento ou pela especulação. O Estado queda-se inerte e sua soberania interna - entre outros elementos que o compõem, fica ameaçada, eis que está à mercê do "mercado".

A maior parte dos Estados[15], portanto, na esfera internacional, passaram a ter que conviver com a nova política neoliberal a fim de se tornarem atraentes e competitivos, conduzindo suas economias pela nova cartilha. O Estado é "atropelado" pelas mega-empresas transnacionais que não possuem nacionalidade e buscam espaços de produção flexíveis. Por isso, não importa para estes empresas que o país esteja ou não se desenvolvendo ou se a sua saída do país represente desemprego para milhares de pessoas que dependem dela.

Ora, o conceito de soberania é ao mesmo tempo jurídico e político, pois pretende ser a racionalização do poder (BOBBIO, 1998, p. 1179). Seu nascimento coincide com o nascimento dos Estados Nacionais Europeus diante da necessidade de unificação e concentração de poder. Neste contexto, os tratados de paz de Vestfália[16] documentaram a existência do Estado Moderno, caracterizado por uma unidade territorial dirigida pelo soberano. A *unificação do poder*, cuja concentração nos leva à soberania ou espaço de governo e a *delimitação das esferas do público e do privado*, que agregado ao terceiro – *necessidade de legitimação racional do poder* são pressupostos ou processos básicos indissociáveis do Estado Moderno (MARQUES NETO, 2002 p. 26-30). Neste sentido, a soberania passa a fazer parte da própria conceituação de Estado. Firma-se, portanto, internamente, como poder do Estado em ser o centro de determinações, ou ordem de poder e, externamente, se firma na medida em que os demais Estados respeitem seus limites territoriais (igualdade) e a subordinação de um determinado número de indivíduos.

MARQUES NETO (2002, p. 100-105) ainda faz menção de que as transformações pela quais passou o Estado tiveram como ponto crucial o modo de produção capitalista. O Estado Moderno se desenvolveu motivado pela necessidade de concentração política e, o Estado de Direito lhe deu condições de estabilidade que necessitava, saindo o Estado fortalecido. Nos dias de hoje, entretanto, por conta da tecnologia ou dos novos modos de organização de produção, o Capitalismo não necessita mais do Estado e, principalmente, na área financeira, o Estado está à margem das negociações questionando-se seu papel central como fonte decisória. Pelas transformações ocorridas

no campo econômico (globalização), social e político, o Estado hoje compartilha seu espaço com outros atores na tomada das decisões políticas. Isso se deve, principalmente, ao avanço tecnológico na área de comunicações e transportes, além de mudanças no âmbito financeiro e econômico. A globalização e a fragmentação do poder decisório cedem lugar à rede de interesses e vão abalar os pressupostos do Estado Moderno. O poder decisório do Estado, ao menos formalmente, torna-se refém de grandes grupos que se não têm atendidas suas aspirações, retiram-se do território, ficando o país, à margem do panorama econômico mundial. Isso afeta diretamente a soberania, tanto em sua dimensão doutrinária, quanto na sua dimensão política. Para o mesmo (MARQUES NETO, 2002, p. 132), a noção de soberania – do ponto de vista doutrinário - como absoluta e perpétua é corroída a partir da criação da ONU, já que não é admissível relativação ou mitigação. Do ponto de vista político, fica insustentável a plenitude do conceito de soberania, já que o Estado a divide com os organismos internacionais. Concluiu o autor, *que o conceito de soberania não pode mais ser tomado como elemento edificante das concepções de Estado e Direito.*

Segundo FARIA (2004, p. 25) um dos problemas relacionados com a soberania é *fragilização de sua autoridade (*do Estado*), o exaurimento do equilíbrio dos poderes e a perda de autonomia de seu aparato burocrático.* Estas condições se refletem internamente através da ordem jurídica e externamente através da assinatura de tratados (no Direito Internacional Público).

Para AYLLÓN (1999, p.17-18), os Estados Nacionais sofrem um momento de transição e devem ser repensados marcos internos e externos a fim de oferecerem uma resposta ao novo desafio que emerge da globalização. O problema se apresenta quando os Estados têm que fazer frente a uma série de desafios, conforme o próprio autor os define:

Primeiro, uma distribuição tal que coloca os centros de poder e decisão nos países desenvolvidos e em muitos casos fora do controle de um Estado determinado. Segundo, a existência de fluxos de capital fora de controle de qualquer Estado e terceiro, a existência de organismos intergovernamentais cuja dinâmica de operação as converteram em entidades "semi-autônomas" de decisão.

Para HABERMAS (2001, p 75-112) a globalização afeta a segurança jurídica e a efetividade do Estado, sua soberania, a identidade coletiva e a legitimidade democrática do Estado Nacional. No tocante à soberania, o *enfraquecimento* do Estado leva ao questionamento do Tratado de Paz de Vestfália. Surgem organismos internacionais que governam para além das fronteiras, como FMI, GATT, que preenchem as lacunas pela ausência de legislação ou *vazios de legitimação*. O Estado está incapacitado de fazer frente às novas concepções que extravasam seu território, e sua ausência implica na dominação do mercado, mesmo porque não existe autoridade com poder para regulá-lo ou marco regulatório global para atender a demanda.

Com a globalização, pode se dizer que o Estado não exerce sua soberania como exercia anteriormente. Não só a soberania, mais toda a ordem jurídica nascida do Estado nação (etnia, língua, religião, ou seja, tudo que gerou identidade) é questionada pela

transnacionalização dos mercados. Existe um grande desafio na ruptura da soberania formal.

LEAL (2005, p.11) discorre sobre a soberania como instituição jurídica, não sendo regulada como qualidade intrínseca ou extrínseca do Estado, mas o legitimando. Como instituição jurídica, segundo o autor, a soberania:

pressupõe necessariamente a intervenção processual do povo de uma nação no regramento e fiscalização processual da conduta do Estado (Administração-Governativa) na elaboração e aplicação de suas políticas básicas e de seu comprometimento com os direitos fundamentais.

Para MARTÍNEZ (2005, p. 5-8), deve-se desmistificar o conceito clássico de soberania quando se fala em globalização, defendendo o Estado como titular da soberania e principal núcleo de poder frente à sociedade internacional e diante cooperação internacional. No âmbito interno, por sua vez, vê-se que o Estado tem uma estrutura político-social que garante a segurança de seus indivíduos frente aos demais Estados; que redistribui a riqueza e presta os serviços essenciais; paralisa os fluxos migratórios e ainda continua sendo um ponto de referência cultural. Embora se possa dizer que com a globalização os Estados perdem a capacidade de dirigir suas economias e é o mercado que desenha o modelo de sociedade, especialmente nos fluxos econômicos e financeiros, meio ambiente, controle de informação e nas questões relativas às empresas multinacionais, o Estado é soberano. O autor defende que a idéia de que não há soberania na globalização é falsa. É possível constatá-la na relação de igualdade e independência do Estado junto à sociedade internacional, além de observá-la como *direito dos povos de dispor de si mesmos, tanto desde um ponto de vista político como econômico* (p. 12). Os Estados são soberanos a ponto de delegar o exercício desta soberania a outros organismos internacionais.

Para GOMES (2005, p. 77) o conceito clássico de soberania não é o mesmo do adotado nos anos 90, já que antes queda do Muro de Berlim, em 1989, o mundo vivia a bipolaridade das potências dos Estados Unidos (EUA) e da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Posteriormente, com o incremento do capitalismo e do neoliberalismo, bem como a busca pela formação de blocos econômicos, desenvolveu-se o paradigma da interdependência, ou seja, os Estados não têm como adotar políticas econômicas isoladamente. Deste modo, entende o autor que a soberania foi flexibilizada com a participação dos Estados em organismos internacionais, através conceito de supranacionalidade, pela delegação de competências soberanas. Ressalta o autor que nos Estados componentes da União Européia já se pode falar em Direito de Integração.

Como se observa, os autores têm repensado o conceito de soberania mas não há unanimidade. A doutrina divide os autores denominando-os de internacionalistas, aqueles que aceitam a soberania como compartilhada ou mitigada, e de constitucionalistas, autores que ainda permanecem arraigados ao conceito clássico de soberania (una, indivisível, inalienável e imprescritível). Outros ainda defendem posições divergentes das duas correntes.

As implicações oriundas do conceito de soberania são decorrentes de seu sentido ambivalente, ou seja, por apresentar conteúdo político e conteúdo jurídico. Ao conteúdo político vê-se que as transformações históricas refletem no tema da soberania. A origem

jusnaturalista do conceito de soberania reflete a condição do estado de natureza vivido anteriormente pelos Estados, que a partir de Vestfália firmou-se como absoluta, una e indivisível. Entretanto, a noção da soberania, com tais características, pertence ao passado. Se a interação dos países comercialmente foi pensada e objetivada, com nascimento de organismos internacionais e intensificação de fluxos interestaduais já não se pode mais pensar a soberania da forma anterior. Com a globalização os Estados estão interdependentes, não só economicamente mas também em outros aspectos que afetam principalmente a segurança de sua população. Com o nascimento de legislação internacional os Estados deixaram o estado de natureza. Nesse período de transição os conceitos precisam ser repensados. Não só o conceito de soberania precisa ser repensado mas também o conceito de Estado. Até que ponto o Estado pode se sustentar se a soberania for seu elemento edificante? A globalização desafiou o Estado, pois fragilizou sua autoridade já que o centro de poder está fora de seu controle. Porém não há qualquer outro poder que possa representar o Estado ou ocupar seu espaço e suas competências.

Não há dúvidas de que este é um tema polêmico e que encontra opiniões divergentes, porém admitir-se que exista soberania flexibilizada ou mitigada, entre outros adjetivos, é o mesmo que dizer que não existe soberania. Que há um desafio de entender a soberania de forma que acompanhe os contornos atuais é inegável, mas entendê-la como inexistente é impossível.

Realmente há um momento de transição e é necessária reflexão a fim de que se defina o novo conceito de soberania. Como todo momento de transição, não há um conceito determinado e nem esta é a pretensão do presente trabalho. Porém, se percebe pistas, pois se existe soberania mas esta não se molda nos contornos de outrora, entende-se que poderia se falar em soberania "permeável". Ou seja, impermeável é tecido que não permite a troca entre os meios. A permeabilidade, ao contrário, há esta transição. No caso da soberania, a permeabilidade poderia ser pensada em certos casos, como no tocante aos Direitos Humanos, especialmente tendo em vista a legislação constitucional do país.

Externamente pode-se conceber atualmente a delegação de poderes da soberania sem que o Estado perca sua autonomia, como ocorre na União Européia onde já se pode falar em Direito Comunitário. Todavia não se pode perder de vista que o Estado precisa se fortalecer e o tempo é oportuno tendo em vista os reflexos da crise financeira de 2009, onde se vislumbrou a importância do Estado como regulador da ordem pública. E a ordem atual é a formação de blocos econômicos e com esta integração é possível que o Estado desenvolva suas potencialidades e recupere a força de regulamentação necessária à condução da população.

4. CONCLUSÃO

A crise do capital de 2009 não abateu o Estado que era visto como estorvo pelos neoliberais. Ao contrário, serviu para que o Estado recupere seu papel fundamental na economia de regulador e gerenciados de suas políticas. Um Estado forte poderá resolver a crise que se abate sobre o conceito de soberania, dando permeabilidade àquelas intervenções que entende que são saudáveis ao crescimento e ao desenvolvimento da

Nação. Ao que parece, o neoliberalismo não deve ressurgir, mas hoje o Estado tem uma tarefa mais árdua à frente – ou seja, garantir através de sua intervenção que a economia se desenvolva. Entretanto não se quer aqui entender que deve existir um Estado protecionista, porém, ao contrário, deve haver um Estado que faça a integração das políticas a fim de desfazer as mazelas causadas pelo neoliberalismo à população em geral. A "permeabilidade" serve para que o Estado permita que se vivam os Direitos Humanos em sua total plenitude. Isso porque a Globalização é irreversível e o Estado deve aproveitar, ao máximo, suas benesses, não admitindo intervenções perniciosas em seu território. O conceito de soberania deve mudar, pois deve acompanhar as mudanças que ocorrem no tempo e no espaço.

5. BIBLIOGRAFIA

AYLLÓN. Sérgio Lopes. Globalización, Estado Nacional y Derecho – Los Problemas Normativos de los Espacios Deslocalizados**. Isonomia**. Revista de Teoria y Filosofia del Derecho. México, n. 11, de out. 1999. Disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653113462832088024/isonomia11/isonomia11_01.pdf. Acesso aos 06/08/2009.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do Globalismo Respostas à Globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política** *I* Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev.geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1998.

CARRIELLO, Rafael. Thatcherismo resiste à crise que fomentou. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 03 mai.2009.

CORSI, Francisco Luiz. A Globalização e a Crise dos Estados Nacionais. Dowbor, Ladislau; Ianni, Octávio; Resende, Paulo-Edgar A. (org.) **Desafios da Globalização**. Vozes: Petrópolis, 2003.

COSTA, Octávio. A Nova Moldura da Economia. **Revista Istoé**. São Paulo. Ano 31, n. 2034, de 29 out.2008, p. 36-40.

_____. O FMI precisa se democratizar. **Revista Istoé**. São Paulo, ano 31, n 2036, de 12 nov.2008, p. 06-11.

_____. Quando os homens da crise se reúnem. **Revista Istoé**. São Paulo, ano 32, n. 2047, fev/2009, p. 48-50.

Crise: maior, mais longa e mais complexa do que se imaginou. **Revista Previ**. Rio de Janeiro, n. 136, setemb.2008, p. 6-10.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **História do Direito Internacional: Comércio e Moeda: Cidadania.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo. Malheiros, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA NETTO, Adyr Garcia. **O Direito no mundo globalizado: Reflexos n atividade empresarial.** Londrina, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial). Universidade Estadual de Londrina.

FONSECA. Francisco. O receituário neoliberal em xeque**. Revista Família Cristã,** N. 855, março/2007, p. 5-7.

GAMBARO, Carlos Maria. Globalização das economias – análise do pensamento de Guy Sormon. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo. Ano 8, n. 33, out/dez 2000.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia.** Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges – 4ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GOMES, Eduardo Biacchi. **A Nova Concepção do Estado perante o Direito de Integração**. Brasília a. 42, n. 167, jul/set. 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HAYER, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Morais Ribeiro. — 5. ed. — Rio de Janeiro: Institiuo Liberal, 1990.

MARTINEZ , Luís Miguel Hinojosa**.** Globalización Y Soberania de los Estados. **Revista Electrônica de Estúdios Internacionales** 10/2005, disponível em http://www.reei.org/reei%2010/reei10.htm, acesso aos 03/07/2009.

MATLACK, Carol**.** Efeitos da crise nos EUA atingem o setor em todo o mundo. **Valor Econômico.** São Paulo, 16 set.2008. Caderno B7.

MENDES, Karla Losse. Governados dizem que modelo econômico atual está "acabado". **Folha de Londrina**. Londrina, 12/12/2008, Folha Política.

MIRANDA, Napoleão. **Globalização, Soberania Nacional e Direito Internacional**. R.CEJ. Brasília, n 27, out/dez 2004, p. 88-94.

MILANESE. Daniela. Só ação entre países poderá conter a crise. **Folha de Londrina**. Londrina, 20/01/2009

NOVAIS E SILVA, Leandro. **O Processo de Globalização e a Instabilidade dos Modelos Econômicos do Estado.** Brasília a.41 n. 163 jul/set.2004

QUOC DINH, Nguyen, DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain. **Direito internacional público,** 2 edição, tradução de Vitor Marques Coelho, Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **A Globalização e as ciências sociais** – 3 ed -. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Manoel Joaquim R. dos. Uma abordagem da crise. **Folha de Londrina**. Londrina, de 22/04/2009.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal.** 9ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2002.

---

[1] Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento

[2] O vocábulo "Globalização" encontra-se grafado em minúscula, em respeito ao autor, que faz a diferenciação referida.

[3] O prefixo neo não quer dizer "novo" liberalismo, mas significa que, para formação da corrente ideológica neoliberalista, foram utilizados preceitos liberais consagrados, criados por Locke.

[4] Nascido em 1899, em Viena Áustria-Hungria e falecido em 1992, na Alemanha.

[5] Ditaduras monopartidárias, que englobam fascistas e comunistas.

[6] Segundo BOBBIO (1998, p. 696), não há consenso sobre uma definição do que é ou foi o Liberalismo, ou por entre os historiadores, ou por entre os estudiosos de política. Na Inglaterra, porém, o Liberalismo foi alcançado com a revolução, entre 1688 e 1689. O autor, entretanto, arrisca uma definição "genérica": *o Liberalismo é um fenômeno histórico que se manifesta na Idade Moderna e que tem seu baricentro na Europa (ou na área atlântica), embora tenha exercido notável influência nos países que sentiram mais fortemente esta hegemonia cultural (Austrália, América Latina e, em parte, a Índia e o Japão).* Consubstancia-se no Estado que garante os direitos do indivíduo e no aspecto econômico, a busca da felicidade.

[7] Pode ser acessada pelo portal http://www.montpelerin.org/.

[8] O Fundo Monetário Internacional (FMI) faz parte do Sistema Monetário Internacional. A gestão do Fundo corresponde ao Conselho dos Governadores,

Conselho de Administração e um Diretor Geral eleito pelos administradores. No Conselho dos Governadores, os estados membros estão representados pelo seu ministro de Finanças ou pelo presidente do Banco Central de cada país. No Conselho de Administração estão presentes cinco Estados. A administração do Fundo é realizada de acordo com uma sociedade de quotas, na qual o Estado tem direito ao voto proporcional à sua quota. Ou seja, os países que dispõem de menos quotas, têm seu papel limitado perante o Fundo. Tal característica foge ao princípio da equidade, pois o direito de voto é proporcional à subscrição do capital. Os cinco maiores contribuintes são quem determinam as políticas econômicas. Há uma tendência de reestruturação do FMI a fim de que o organismo estabeleça e faça respeitar as políticas econômicas e monetárias; atuando na política dos Estados, reestruturando-os e fornecendo assistência financeira para equilíbrio da balança comercial dos Estados. Em entrevista a Istoé, de novembro/2008, Paulo Nogueira Batista Júnior, representante do Brasil no FMI afirma que o órgão tem déficit democrático que precisa ser resolvido, a fim de que ele se torne um órgão de representação legítima.

[9] Banco Mundial, composto pelo BIRD - Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento e pela AID - Associação Internacional de Desenvolvimento (criada em 1960); pertencente a grupo das Nações Unidas, cujo principal objetivo fora a reconstrução dos países. Sua sede encontra-se em Whashington, Estados Unidos.

[10] A origem da OMC se deu em 1945, quando o governo dos EUA lançou a idéia de uma conferência que sobre o comércio internacional, tendo como um dos objetivos a propositura de instituir uma organização internacional nas Nações Unidas, com a finalidade de promover a abolição das restrições ao comércio internacional e conjugar regras multilaterais para liberalização do comércio. Na preparação desta conferência foi elaborado um documento chamado Carta de Havana, que além de conter os princípios, instituiria a nova organização. Diante, posteriormente, do claro desinteresse dos E.U.A., os países foram convidados a aplicar antecipadamente algumas regras, do que seria o art. 17 da Carta de Havana, relativo à redução das tarifas alfandegárias. Em outubro de 1947, foi assinado provisoriamente o Acordo Geral sobre as Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), cujo objeto era aduaneiro. O GATT Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (1947) foi firmado provisoriamente representando uma espécie de realização da Carta de Havana; inicialmente, para valer por três anos, mas passou a valer indefinidamente com a finalidade de negociar redução de tarifas multilaterais, tendo suas disposições aplicáveis a bens e mercadorias, excluindo-se a agricultura. No período que se seguem, foram desenvolvidas negociações em quatro ciclos: Genebra (1947), Annecy (1949), Torquay (1950-1951) e novamente em Genebra (1955-1956). Pretendia-se a efetivação das primeiras negociações – que tivessem como base acordos de reciprocidade -, bem como, a criação de regras processuais que pudessem servir de parâmetros para outras negociações. De 1986 a 1993, desenvolveu-se o Uruguay Round. Era um período de crise, devido aos efeitos da segunda crise do petróleo, com inflação e taxas de desemprego em crescimento. Além disso, havia uma crescente intromissão dos E.U.A., com Henry Kissinger (1970), o que levou ao aparecimento de novas formas de protecionismo e subsídio, acordos bilaterais e surgimento de novas zonas de livre comércio e uniões aduaneiras. Tudo isso contribuiu para o enfraquecimento do GAAT. Este quadro, no entanto, começou a ser alterado com a queda do muro de Berlim (1989) e a desintegração da União Soviética, o que serviu para dar origem a Organização Mundial do Comércio (OMC), a mais importante evolução no ciclo do Uruguai, criando novo sistema para solução de controvérsias, com

regras vinculantes para os Estados. Também passou a comportar os aspectos com investimentos, comércio de serviços e propriedade intelectual; foram firmados acordos com produtos agrícolas e têxteis, bem como, introduzidas redução de obstáculos técnicos ao comércio; bem como, se estabeleceu medidas sanitárias; houve a determinação de valor da mercadoria nas aduanas; inspeções antes da expedição, concessão de licenças de exportações; medidas de salvaguardas e antidumping, entre outros. A OMC foi instituída como organização intergovernamental com personalidade jurídica internacional.

[11] *Arrombar todos os portões e desistir de qualquer projeto de política econômica autônoma são as precondições às quais devem se submeter sem quaisquer manifestações de resistências aqueles que desejam considerar-se dignos do recebimento de algum auxílio financeiro do banco Mundial ou de fundos monetários.*(BAUMAN, *apud* BECK, 1999, p. 172).

[12] Fazia menção à alcunha "Dama de Ferro" adquirida através de sua dureza nos embates sindicais e principalmente através da vitória obtida pela Inglaterra na Guerra das Malvinas, ou Falklands, em 1982.

[13] Clientes que oferecem maior risco no caso de empréstimos. (*prime:* clientes preferenciais)

[14] Economista da Universidade de Milão, cuja opinião foi exarada em artigo publicado na Folha de São Paulo, de Rafael Cariello, aos 03/05/2009, caderno A, p. 21.

[15] Na verdade isso ocorre com a maioria dos países, sendo certo que com os Estados Unidos a realidade é bem diferente. Os "inventores" da globalização se recusam a tomar medidas que os integrem na ordem econômica mundial, recusando-se a assinaturas de tratados importantes (por exemplo o Tratado de Kyoto), bem como, insistem em proteger seus produtos, através de subsídios, como ocorreu com o algodão, que na pendência entre Brasil e Estados Unidos, junto a OMC, os Estados Unidos foram condenados, isso em meados de 2008.

[16] Através do Tratado de Vesfália (1648), os Estados foram configurados pela territorialidade, soberania, autonomia e legalidade.

A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL SUBAQUÁTICO NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO BRASILEIRO*

LEGAL PROTECTION OF UNDERWATER CULTURAL HERITAGE ON INTERNATIONAL AND BRAZILIAN LAW

Fernando Fernandes da Silva
Caroline Ribeiro Abreu

RESUMO

O desenvolvimento de novas tecnologias tornou muito mais fácil o acesso ao fundo do mar, gerando maior vulnerabilidade do patrimônio cultural ali assentado a atos destrutivos e de pilhagem. Por essa razão, o objetivo principal deste artigo é analisar a proteção internacional do patrimônio cultural subaquático e a proteção nacional do bens culturais submersos. Somente em 2001 o patrimônio cultural subaquático passou a gozar de um instrumento jurídico internacional que visa a assegurar sua proteção: A Convenção da UNESCO sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático, ainda não ratificada pelo Brasil. Não obstante, a Lei Federal nº 10.166/00 atualmente aplicada aos bens sob águas nacionais, permite a comercialização dos vestígios arqueológicos submersos, estabelecendo a eles valor de mercado e recompensas aos exploradores. A referida Lei vai de encontro ao que reza a Convenção, visto que esta reconhece o patrimônio cultural subaquático como parte integrante do Patrimônio Cultural da Humanidade e condena esse tipo de recompensa. Porém, desde 2006, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 7566, o qual propõe alterações na forma como o Brasil trata seu patrimônio cultural submerso.
Tendo em vista a importância de se proteger o patrimônio cultural, onde quer que ele se localize, faz-se necessária a elaboração de estudos que promovam a proteção do patrimônio cultural subaquático, realçando a sua importância para a população brasileira.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO INTERNACIONAL; PATRIMÔNIO CULTURAL SUBAQUÁTICO; PATRIMÔNIO CULTURAL DA HUMANIDADE.

ABSTRACT

The development of new technologies has facilitated the access to the sea ground, causing greater vulnerability to destructive acts and pillage of the cultural heritage there located.

For this reason, this main goal of this article is to analyze the international protection of underwater cultural heritage and national protection of underwater cultural property.

Only in 2001 the underwater cultural heritage started to possess an international legal instrument, which aims to assure its protection: The UNESCO Convention on the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Protection of the Underwater Cultural Heritage, not ratified by Brazil so far. In addition, the Federal Law n° 10.166/00 nowadays applied to national underwater goods, allows the commercialization of submersed archeological traces, attributing them trade prices and reward to the exploiters. This Law goes against the Conventions rules, since it recognizes the underwater cultural heritage as an integrant part of the Cultural Heritage of Humanity and condemns this kind of reward. Nonetheless, since 2006, it is on process on the National Congress the Project of Law 7566, which proposes changes on the way Brazil treats his underwater cultural heritage. Realizing the importance of protecting the cultural heritage, independently of its location, the elaboration of studies which promote protection to the underwater cultural heritage is a must, emphasizing its importance to the brazilian population.

KEYWORDS: INTERNATIONAL PUBLIC LAW; UNDERWATER CULTURAL HERITAGE; CULTURAL HERITAGE OF HUMANITY.

1. Introdução

Por patrimônio cultural subaquático pode-se entender toda cultura material (testemunhos materiais de atividades humanas passadas), isolada ou estruturalmente associada, que se encontra submersa, soterrada ou na área de interface dos ambientes marítimos, lagunares, fluviais ou em ambientes outrora submersos (Livro Amarelo, 2004, p. 03) Assim, o fato de os vestígios materiais estarem submersos ao invés de localizados em terra, pode ser diferenciado tão somente pelas técnicas arqueológicas utilizadas em um ou em outro ambiente. Contudo, no que diz respeito ao valor cultural e histórico para a humanidade, ambos possuem a mesma importância, devendo, portanto, receber o mesmo tratamento de proteção por meio dos diversos instrumentos jurídicos.

No Direito Internacional, a primeira referência a objetos históricos e arqueológicos situados no mar está nos artigos 149º e 303º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 (doravante Convenção de Montego Bay), que estabelecem aos Estados o dever de proteção a tais objetos. Essa necessidade de proteção é ainda bastante genérica no referido documento; entretanto, o acelerado desenvolvimento de novas técnicas de exploração fez com que a proteção natural que a profundidade garantiu durante séculos ficasse fragilizada, deixando os sítios submersos muito mais acessíveis e, conseqüentemente, trazendo a necessidade de uma convenção que regulasse o patrimônio cultural subaquático de maneira específica. A Convenção da UNESCO sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático (2001), doravante Convenção da UNESCO de 2001, tem reconhecida em seu preâmbulo a necessidade "de codificar e desenvolver progressivamente as regras relativas à proteção e preservação do patrimônio cultural subaquático em conformidade com o direito e a práticas internacionais", possuindo, como princípios gerais, a preservação *in situ* do patrimônio cultural, como primeira opção e a proibição da exploração comercial do mesmo (artigo 2º, §§ 5 e 7), dentre outros.

Grande parte do patrimônio cultural subaquático encontra-se em águas além das jurisdições dos Estados e é resultado do intercâmbio e das comunicações internacionais nas quais os barcos e seus carregamentos se perderam longe de seus lugares de origem e destino (ICOMOS, 1996, introdução). Todavia, não se pode deixar de ressaltar a grande importância que o Brasil tem nesse cenário. Com um litoral que se estende por mais de 8.500 km, palco de milhares de naufrágios em quase 500 anos de história trágico-marítima, além de águas interiores que representam uma das maiores redes fluviais do mundo (Rambelli, 2008, p. 01), pode-se afirmar que existem mais de 3000 embarcações naufragadas em nosso litoral, sem contar embarcações de pequeno porte, como pequenos veleiros. Em contrapartida, como prova do desconhecimento tanto do Estado quanto da população sobre a já comprovada riqueza do Brasil em termos de patrimônio cultural subaquático, temos uma legislação que, segundo o arqueólogo canadense Robert Grenier, presidente do Comitê Internacional sobre o Patrimônio Cultural Subaquático (ICUCH) do ICOMOS, "é a pior do mundo"(TEGA, 2007, p. 01). Essa afirmação se faz porque a Lei nº 10.166/00, que dispõe sobre a pesquisa e a exploração dos bens submersos em águas sob jurisdição nacional, não guarda qualquer compasso com as normas protetivas dos bens culturais, permitindo a exploração econômica dos bens arqueológicos.

Visando alterar a Lei n° 10.166/00, tramita no Congresso Nacional, desde 2006, o Projeto de Lei 7.566 de autoria da deputada Nice Lobão, na busca por uma regulamentação específica do patrimônio cultural subaquático brasileiro que elimine dúvidas e lacunas da lei atual e institua os mecanismos de proteção desse patrimônio.

Com o intuito de abordar o tema de forma global, este trabalho apresenta os principais instrumentos jurídicos de proteção do Patrimônio Cultural Subaquático e de que forma se deu o processo de reconhecimento, pela comunidade internacional, de que tal patrimônio sofre ameaças e necessita de maior proteção.

2. Regulamentação das Atividades com Bens Submersos no Brasil

2.1. Lei 7.542 de 26 de setembro de 1986

Apesar de não tratar especificamente do patrimônio cultural subaquático brasileiro, a Lei Federal nº. 7.542/86 dispõe sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar. Assim sendo, acaba por ser a lei utilizada para as atividades exercidas com tal patrimônio.

O Ministério da Marinha fica responsável por controlar e fiscalizar todas as atividades, como, por exemplo, exploração e pesquisa, ligadas aos bens submersos, podendo delegar tais serviços a órgãos públicos ou, por concessão, a particulares.

O responsável pelas coisas ou bens afundados tem um prazo de 5 (cinco) anos para solicitar a licença à Autoridade Naval para exercer atividades com tais bens. Decorrido esse período, haverá presunção legal de renúncia e as coisas passarão ao domínio da União. Quando houver recuperação dos bens nacionais ou nacionalizados, feita pela Autoridade Naval ou terceiros autorizados, aqueles serão imediatamente vendidos em licitação ou hasta pública.

Se a embarcação contiver carga, o responsável por esta poderá solicitar autorização para sua remoção. Caso este não se manifeste, o responsável pela embarcação obterá direito (se autorizado) de remover a carga.

Aquele que solicitar autorização para executar atividade com os bens submersos deverá indicar os meios de que dispõe para realizar as operações, a data de início e término, o processo a ser empregado e se a recuperação será total ou parcial. A autorização de pesquisa, porém, não dará ao interessado o direito de remover qualquer parte, nem de alterar o local ou as condições em que o bem for encontrado.

A Autoridade Naval poderá cancelar a autorização de remoção ou exploração caso haja riscos à segurança, caso o autorizado não inicie as operações no prazo ou, ainda, se houver riscos de prejuízo aos bens de valor artístico e de interesse histórico-arqueológico. Mas nenhum pagamento será devido por conta do cancelamento.

Caso seja encontrada coisa ou bem em águas sob jurisdição nacional, não estando presente o seu responsável, fica-se obrigado a não alterar a situação das coisas e comunicar imediatamente o achado à Autoridade Naval. Sendo tais bens ou coisas de difícil guarda e conservação, a Autoridade Naval poderá aliená-los em licitação ou hasta pública. Se em 6 (seis) meses o responsável não se manifestar, o produto da alienação será convertido em receita da União.

A redação original da Lei trazia, também, outros dispositivos que foram alterados pela Lei 10.166/00 (abordada no item seguinte). O art. 16, § 5°, por exemplo, impedia que fosse concedida autorização para a realização de operações e atividades de pesquisa, exploração, remoção ou demolição, à pessoa física ou jurídica estrangeira ou à pessoa jurídica sob controle estrangeiro, ainda que subcontratados por pessoas físicas ou jurídicas brasileiras.

Em contrapartida, o art. 20, cuja modificação posterior alterou substancialmente a presente lei 7.542, enfatizava que todos os bens submersos de valor artístico, interesse histórico e arqueológico pertenciam à União, não podendo ser-lhes atribuídos valores de mercado ou para fins de fixação de pagamento a concessionário.

2.2. Lei 10.166 de 27 de dezembro de 2000 – Alterações à Lei 7.542/86

Todas as alterações e ajustes no texto da lei 10.166/00 foram feitos independentemente das recomendações dos arqueólogos e da Sociedade de Arqueologia Brasileira (SAB), que, desde 1995, manifestou-se oficialmente, por diversas vezes, através de cartas às autoridades como o presidente da República, o ministro da Cultura, e os presidentes do Senado e da Câmara, contra o ainda Projeto de Lei nº 4.285/1993.

Em 27 de dezembro de 2000, em meio às festas de Natal e Ano Novo, foi sancionada a referida lei, que alterou procedimentos da Lei n° 7.542, principalmente o artigo 20. Muitos arqueólogos brasileiros, reunidos na Sociedade de Arqueologia Brasileira (SAB) e no Centro de Estudos de Arqueologia Náutica e Subaquática (CEANS), da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), acreditam que tais alterações tiveram como objetivo satisfazer às pressões das empresas de caça ao tesouro envolvidas com a comercialização do patrimônio cultural subaquático, tendo em vista que a lei estabelece regras somente sobre as pesquisas de embarcações naufragadas, ou seja, os únicos sítios que apresentam potenciais lucrativos (CEANS, 2005).

Entretanto, há posição divergente daquela adotada pela maioria dos arqueólogos, que tende a ser contrária à lei 10.166. Para o Coronel Anésio Leite, por exemplo, da Associação Brasileira dos Amigos das Fortificações Militares e Sítios Históricos (Abraf), *"mudar a lei é importante porque traz benefícios para quem investiu na procura do navio"*. Além disso, *"é interessante que os pescadores e mergulhadores que encontrem alguma embarcação tenham algum retorno financeiro com o achado. Isso estimularia a procura, atualmente paralisada"* (JORNADA SUB, 2005, p. 02).

Alguns dos prejuízos alegados terem sido trazidos pela lei nova são:

a) Ela não leva em conta a necessidade de se realizar a pesquisa arqueológica sistemática no local, que é essencial para a produção de conhecimento, visto que toda escavação consiste um processo de destruição irreversível e a impossibilidade de análise *in situ* gera uma destruição que poderia ter sido evitada;

b) Não havendo estudos no local, o objeto só será avaliado após ser retirado de seu contexto (essa avaliação é feita por uma comissão convocada para estabelecer suas qualidades e valores comerciais). No caso de cargas naufragadas, há interpretações de que não necessitariam passar por um julgamento técnico. De acordo com essa idéia, por exemplo, uma carga naufragada de porcelana chinesa do século XVII poderia ser comercializada livremente, sem qualquer análise, pelo simples fato de ser carga de embarcação;

c) Se o material, entretanto, for reconhecido como importante para a União, o Estado deve recompensar o explorador com 40 a 70% do valor do material, segundo o mercado internacional - o que é perfeitamente adequado aos interesses da caça ao tesouro;

d) A lei submete, ainda, as iniciativas científico-culturais sem fins lucrativos a um procedimento legal para explorações com fins lucrativos, criando um obstáculo burocrático que desestimula a pesquisa arqueológica.

2.3. Projeto de Lei n° 7.566/06

O Projeto de Lei 7.566/06, de autoria da Deputada Nice Lobão, que já está no Senado Federal desde outubro de 2008 (PLC - Projeto de Lei da Câmara, Nº 45 de 2008), dispõe sobre o patrimônio cultural subaquático brasileiro e revoga os arts. 20 e 21 da Lei nº 7.542, de 26 de setembro de 1986, com a redação dada pela Lei nº 10.166, de 27 de dezembro de 2000.

Composta por dezesseis artigos, a proposição define o patrimônio cultural subaquático e institui os mecanismos para sua proteção. Conforme defende a autora, o Brasil necessita adequar sua legislação interna à Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático da UNESCO (a ser abordada no item 3.3), e, então, entrar para a lista dos Estados que a ratificaram. Por outro lado, ainda não existe uma regulação para esse setor, nos termos do art. 216, V, da Constituição Federal.

Recentemente, em 2 de setembro de 2009, a Comissão de Educação realizou Audiência Pública para instruir o presente projeto. Dentre os convidados estavam: Senhor Dalmo Vieira Filho, Diretor de Patrimônio Material e Fiscalização do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional do Ministério da Cultura - IPHAN/MINC; Senhora Simone de Sousa Mesquita, Arqueóloga do Museu Nacional; Senhor Gilson Rambelli, Vice-Presidente da Sociedade de Arqueologia Brasileira - SAB; Senhor Estevão Campelo, Engenheiro de Pesca, Consultor e Pesquisador da Universidade Federal Rural de Pernambuco - UFRPE; Senhora Lilian Schaefer, Advogada Especialista em Direito Marítimo e Portuário e Comandante Tomé Albertino de S. Machado, Representante da Marinha.

A iniciativa delimita o patrimônio cultural subaquático afirmando que cabe ao Poder Público guardá-lo e protegê-lo. Atribui ao Ministério da Cultura, ouvida a Autoridade Naval, a responsabilidade sobre a coordenação, o controle e a fiscalização das atividades de pesquisa, exploração e remoção dos bens pertencentes ao patrimônio cultural subaquático, assim como sobre seu depósito, conserva e gestão.

Quanto à retirada de bens culturais submersos, o projeto determina que a preservação *in situ* será a primeira opção antes de se autorizar ou iniciar qualquer atividade a ele dirigida. Estabelece que os bens que venham a ser removidos permanecerão no domínio da União, sob tutela do Ministério da Cultura, sendo expressamente proibidos o aproveitamento econômico, a destruição e a mutilação do patrimônio brasileiro subaquático.

A respeito da possibilidade de realizar atividades de pesquisa e exploração do patrimônio cultural subaquático, a proposição defende o acesso responsável – compatível com sua proteção e gestão – para pessoa física ou jurídica nacional ou estrangeira com comprovada experiência em atividades de pesquisa, localização ou exploração de coisas e bens submersos, a quem caberá responsabilizar-se por seus atos perante o Ministério da Cultura e a Autoridade Naval. Para que sejam autorizadas as referidas atividades de pesquisa e exploração, os interessados devem apresentar plano

de ação nos moldes definidos pelo projeto, salvo em situações de emergência, quando as atividades dirigidas ao patrimônio cultural subaquático tiverem por objetivo protegê-lo.

A iniciativa determina, ainda, que as intervenções sobre os bens culturais submersos só poderão ser realizadas com a presença de um arqueólogo subaquático qualificado, além de terem o dever de evitar a desnecessária perturbação de restos humanos ou de sítios venerados. Em caso de descoberta fortuita de elementos submersos de interesse histórico, artístico ou cultural, o autor do achado deve comunicá-lo ao Ministério da Cultura ou a qualquer órgão oficial para que sejam tomadas as devidas providências. Se retirados pelo autor da descoberta, estarão sob sua responsabilidade até o pronunciamento do Ministério da Cultura.

Fica estabelecido, também, que nenhum objeto que constitua o patrimônio cultural brasileiro subaquático poderá sair do País sem autorização expressa do Ministério da Cultura. Impõe ele ao Poder Público a obrigação de assegurar que o referido patrimônio apreendido em atividade ilegal de remoção, comércio ou transferência permaneça sob a tutela do Ministério da Cultura.

Segundo o disposto no projeto, a comercialização, troca, destruição ou mutilação do patrimônio subaquático constitui crime contra o patrimônio cultural brasileiro e submete o responsável ao disposto nas leis penais.

3. O Patrimônio Cultural Subaquático no Direito Internacional

3.1. A Convenção das Nações Unidas Sobre Direito do Mar (Convenção de Montego-Bay, 1982)

Como apresentado na Introdução deste artigo, a primeira referência a objetos históricos e arqueológicos situados no mar encontra-se nos artigos 149º (Parte XI - A Área) e 303º (Parte XVI - Disposições Gerais) da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, celebrada em Montego Bay, Jamaica, em 1982.

O Brasil assinou esta Convenção junto com 118 países, em 16 de novembro de 1994. Seu Texto Magno traz alguns artigos voltados exclusivamente à proteção do patrimônio cultural subaquático. O decreto brasileiro n°1530, de 22 de junho de 1995, declarou a entrada em vigor da Convenção internamente.

As diferentes zonas marítimas e os direitos de soberania nelas aplicados foram definidos pela Convenção de Montego Bay e, de acordo com seu texto, o *Mar Territorial* refere-se às águas até 12 milhas marítimas a partir das linhas de base, a *Zona Econômica Exclusiva* (ZEE) refere-se à zona situada além do mar territorial e a este adjacente, não superior a 200 milhas marítimas, a *Plataforma Continental* refere-se ao leito e o subsolo

das áreas submarinas que se estendem além do mar territorial até a borda exterior da margem continental ou até o fim da ZEE e, por fim, a *Área* refere-se ao leito do oceano e ao fundo do mar além dos limites da jurisdição nacional.

3.1.1. Aplicação da Parte XI da Convenção de Montego Bay: A Área

A Área, como citado no item anterior, corresponde aos fundos marinhos, que estão além dos limites de jurisdição nacional. Sendo assim, a Área e seus recursos (minerais sólidos, líquidos ou gasosos in situ, no leito do mar ou subsolo) são patrimônio comum da humanidade. Nenhum Estado exerce soberania sobre qualquer parte da Área ou seus recursos, assim como nenhuma pessoa jurídica pode apropriar-se dos mesmos. Isso se dá por pertencerem à humanidade os direitos sobre os recursos da Área e por serem tais recursos inalienáveis, podendo, no entanto, os minerais extraídos da Área ser alienados de conformidade com a convenção.

Os Estados Partes e as organizações internacionais são obrigados a zelar para que atividades na Área sejam realizadas de acordo com a convenção. E os danos causados pelo não cumprimento por um Estado Parte ou organização internacional implicam responsabilidade.

As atividades da Área devem ser realizadas em benefício da humanidade e a Autoridade deve assegurar a distribuição eqüitativa dos benefícios financeiros e econômicos, levando em conta as necessidades dos Estados em desenvolvimento. Caso sejam atividades relativas aos depósitos de recursos que se estendam além dos limites da Área, devem ser resguardados os direitos e interesses legítimos do Estado Costeiro. Tanto a Autoridade quanto os Estados Partes podem realizar investigação científica marinha na Área, devendo também promover a cooperação internacional e difundir os resultados de tais investigações. Além disso, a Autoridade deve adquirir e incentivar a transferência de tecnologia para a empresa e para os Estados em desenvolvimento.

Por fim, o art. 149° dispõe que todos os objetos de caráter arqueológico e histórico achados na Área serão conservados ou deles se disporá em benefício da humanidade, levando-se em conta os direitos preferenciais do Estado de origem, ainda que cultural ou histórico.

3.1.2. O art. 303° da Convenção de Montego Bay

Nas disposições gerais, a Convenção faz referência aos objetos arqueológicos e históricos achados no mar. O art. 303° prescreve que os Estados não só tem o dever de proteger os objetos de caráter arqueológico e histórico achados no mar, como devem também cooperar para esse fim.

A fim de controlar o tráfico de tais objetos, o artigo permite ao Estado costeiro presumir que a sua remoção dos fundos marinhos, sem a sua autorização, constitui uma infração cometida no seu território ou no seu mar territorial das leis e regulamentos da presente Convenção.

3.2. A Carta Internacional do ICOMOS (International Council of Monuments and Sites) sobre Proteção e Gestão do Patrimônio Cultural Subaquático (Sofia, 1996)

O objetivo desta Carta, ratificada pela 11ª Assembléia Geral, a qual foi realizada em Sofia, Bulgária, de 5 a 9 de outubro de 1996, foi estimular a proteção e a gestão do patrimônio cultural subaquático encontrado em águas interiores, costeiras, em mares poucos profundos e em oceanos profundos.

Por sua própria natureza, o patrimônio cultural subaquático é um recurso internacional finito e não renovável. Grande parte do patrimônio cultural subaquático encontra-se em território internacional e é resultado do intercâmbio e das comunicações internacionais nas quais os barcos e seus carregamentos se perderam longe de seus lugares de origem e destino.

A Carta ressalta que a arqueologia é uma atividade pública e qualquer ação que restrinja o conhecimento por ela investigado é uma violação à autonomia pessoal. O patrimônio cultural subaquático contribui à formação da identidade cultural e, se for administrado com sensibilidade, pode assumir um papel importante na promoção da recreação e do turismo.

Os diversos tipos de ameaças sofridas pelo patrimônio cultural subaquático também são apresentados na Carta, tais como, as construções que alterem as costas e os leitos marítimos, ou que alterem o fluxo das correntes, os sedimentos e os agentes contaminadores; a exploração insensível dos recursos naturais; o acesso impróprio e o crescente impacto da remoção de “souvenirs”; e ainda, a exploração comercial para venda ou especulação do patrimônio cultural subaquático. Uma maneira de evitar ou reduzir tais ameaças é consultar antecipadamente um arqueólogo e implementar projetos que atenuem estes efeitos destruidores.

Dentre os princípios fundamentais estão: a preservação *in situ* como primeira opção, o acesso público sempre que possível, o não uso de técnicas destrutivas ou prospecções desnecessárias, e a extração de amostras durante a escavação; As intervenções arqueológicas não devem impactar negativamente o patrimônio cultural subaquático além do necessário, nem remover inutilmente restos humanos ou perturbar lugares sagrados, devendo sempre ser acompanhadas por documentação adequada.

Quanto à divulgação, a Carta encoraja a colaboração com museus e outras instituições e incentiva campanhas de divulgação nos diversos meios de comunicação para informar e sensibilizar o público sobre os resultados das investigações e o significado do patrimônio cultural subaquático, assim como a colaboração com as comunidades e grupos locais. É interessante que as intervenções arqueológicas contem com o consentimento e apoio dessas comunidades e grupos e, quando possível, logo, a equipe de pesquisa deverá dar oportunidade para que o público desenvolva uma experiência arqueológica através de treinamento e educação patrimonial.

3.3. A Convenção da UNESCO sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático.

Finalizada durante a Conferência Geral da UNESCO, reunida em Paris, de 15 de outubro a 3 de novembro de 2001, na sua trigésima primeira sessão, foi o primeiro instrumento jurídico internacional específico e de amplo alcance a tratar do patrimônio cultural subaquático. Adota os princípios desenvolvidos pela Carta do ICOMOS sobre Proteção e Gestão do Patrimônio Cultural Subaquático e complementa a Convenção de 1970 contra o Tráfico Ilícito de Bens Culturais.

Antes disso, em 1997, a Conferência Geral da UNESCO decidiu que a proteção do patrimônio cultural subaquático deveria ser regulada em nível internacional por uma convenção. Com esse propósito, um grupo de peritos governamentais foi convocado e várias reuniões entre 1998 e 2001 foram aprimorando o projeto do que seria a Convenção da UNESCO sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático, aprovada com 88 votos a favor, 4 contra e 15 abstenções.

Dentre as principais razões que motivaram a elaboração de uma convenção internacional sobre este assunto, está a necessidade de toda cultura material que faz parte do patrimônio cultural gozar de proteção, independentemente do local em que este seja encontrado. Isso porque a proteção legal dos sítios arqueológicos submersos é insuficientemente regulada, principalmente quando eles estão em águas internacionais e, uma vez que, de acordo com a Convenção de Montego Bay, apenas os Mares Territoriais estão sob jurisdição nacional exclusiva, surge a possibilidade de caçadores de tesouros alegarem que bens submersos foram encontrados em “águas internacionais”, tornando a prova em contrário muito difícil. Além disso, por ter se tornado acessível recentemente, e por ser a arqueologia subaquática uma disciplina ainda em desenvolvimento, o patrimônio cultural subaquático ainda não tem o mesmo *status* de proteção que aquele localizado em terra.

A entrada em vigor da Convenção de 2001 se deu, para seus Estados Partes, em 2 de janeiro de 2009, três meses após a data de depósito do vigésimo instrumento de ratificação, conforme prescreve o art. 27° da Convenção. Até o momento (a última ratificação fora em 16 de junho de 2009), 26 países ratificaram/aceitaram a Convenção (Panamá, Bulgária, Croácia, Espanha, Líbia, Nigéria, Lituânia, México, Paraguai,

Portugal, Equador, Ucrânia, Líbano, Santa Lúcia, Romênia, Camboja, Cuba, Montenegro, Eslovênia, Barbados, Tunísia, Granada, Eslováquia, Albânia, Bósnia e Herzegovina e Iran).

A Convenção de 2001 apresenta-se em duas partes: o texto principal, que define os princípios básicos para a proteção do patrimônio cultural subaquático e fornece um relatório detalhado e um sistema de coordenação e cooperação internacional a fim de permitir que os Estados empreendam tal proteção, e o anexo, o qual contém regras práticas amplamente reconhecidas e aplicadas para o tratamento e a investigação do patrimônio cultural subaquático.

Embora a Convenção não tenha atingido o consenso esperado, seu texto atende, em princípio, às preocupações da maioria dos Estados envolvidos. Os principais artigos negociados - jurisdição das descobertas ocorridas na plataforma continental e zona econômica exclusiva, por um lado, e o tema específico dos navios de guerra, por outro - foram objeto da maior parte dos debates. No primeiro, alinharam-se de um lado uma maioria de Estados Costeiros, atentos ao controle das atividades em suas plataformas continentais e zona econômica exclusiva, e de outro uma minoria de Estados conhecidos como "potências marítimas", interessadas na liberdade de ação o mais ampla possível, como Estados Unidos e Noruega. O segundo era de interesse especial de alguns países, como a Espanha e Reino Unido, e foi mencionado em diversos artigos sem ter sido destacado em provisão específica.

3.3.1. Aspectos da Convenção da UNESCO de 2001

De acordo com o Artigo 1° da Convenção em questão, “Patrimônio cultural subaquático” *significa todos os traços de existência humana tendo um caráter cultural, histórico ou arqueológico, que tenham estado parcialmente ou totalmente debaixo de água, periódica ou continuamente, durante pelo menos 100 anos*, tais como: objetos de caráter pré-histórico; artefatos e restos humanos, barcos e aeronaves, ou sua carga, sempre em conjunto com o seu contexto arqueológico e natural.

Dentre os princípios essenciais trazidos pela Convenção, estão a obrigação dos Estados Partes preservarem o patrimônio cultural subaquático para beneficio da humanidade – tomando iniciativas nesse sentido, a conservação *in situ* como primeira opção, a prevenção da exploração comercial, e a formação e o compartilhamento de informação. A Convenção da UNESCO de 2001 também exige que seja dado devido respeito a todos os restos mortais humanos localizados em águas marítimas, contudo, encoraja a pesquisa cientifica e o acesso ao público.

A conservação *in situ* do patrimônio cultural subaquático, ou seja, em seu local original, é considerada como a primeira opção antes de se permitir qualquer intervenção neste patrimônio, refletindo a importância do contexto histórico do objeto cultural e seu significado científico. O princípio da conservação *in situ* reconhece que, em condições normais, o patrimônio é melhor preservado sob a água, devido à falta de oxigênio, não representando um perigo em si. Objetos recuperados do mar devem se submeter a um

processo de conservação oneroso, o que inclui um risco de deterioração do objeto. A recuperação de objetos pode, no entanto, ser autorizada quando tiver por objetivo contribuir significativamente para a proteção, ou a difusão do conhecimento, do patrimônio cultural subaquático.

A Convenção da UNESCO de 2001 estipula que o patrimônio cultural subaquático não deve ser explorado para os fins de comércio ou especulação, nem ser irreversivelmente disperso. Tal regulamentação está em conformidade com os princípios morais já aplicados ao patrimônio cultural em terra.

No que diz respeito às leis existentes sobre resgate marítimo e a lei dos achados, a Convenção especifica que elas não se aplicam ao patrimônio cultural subaquático, a menos que estas atividades sejam autorizadas pelas autoridades competentes, estejam em plena conformidade com a Convenção e a maior proteção possível possa ser assegurada para os objetos a serem recuperados.

Como já explicado anteriormente, muitos Estados não possuem treinamento suficiente em arqueologia subaquática por esta ainda ser uma ciência em desenvolvimento. Assim, a Convenção encoraja a formação em arqueologia subaquática, a transferência de tecnologia, a partilha de informação e a sensibilização da opinião pública no que diz respeito à importância do patrimônio cultural subaquático. Devem, além disso, cooperar e prestar assistência mútua na proteção e gestão de tal patrimônio, incluindo a colaboração na investigação, conservação, estudo e apresentação.

De acordo com a divisão das zonas marítimas estabelecida na Convenção de Montego bay, o artigo 7º da Convenção da UNESCO de 2001 garante aos Estados Partes o direito exclusivo de regular atividades em Águas Interiores e Arquipelágicas e no respectivo Mar Territorial, desde que respeitando os princípios básicos da Convenção. E em conformidade com o ponto 2 do Artigo 303º da Convenção de Montego Bay, os Estados Partes podem regulamentar e autorizar atividades dirigidas ao patrimônio cultural subaquático na sua zona contígua, exigindo que as Regras da Convenção de 2001 sejam aplicadas. Os artigos 9° a 11° estabelecem um regime internacional de cooperação específica, englobando elaboração de relatórios, consultas e coordenação na implementação de medidas de proteção do patrimônio encontrado na Zona Econômica Exclusiva, na Plataforma Continental e na Área.

As principais características do sistema de informação e coordenação para os sítios localizados além do Mar Territorial de um Estado Parte são: a adoção pelos Estados Partes de legislação interna que garanta que seus nacionais e embarcações não exerçam qualquer atividade dirigida ao patrimônio cultural subaquático que não esteja em conformidade com a Convenção de 2001 e que estes relatem descobertas e atividades concernentes ao patrimônio cultural subaquático, devendo o Estado repassar tais informações aos outros Estados Partes; Se nenhum Estado tiver jurisdição sobre o local do sítio arqueológico em questão um "Estado Coordenador" assume o controle do local, coordenando a cooperação entre os Estados Partes e a execução de suas decisões, sem adquirir novos direitos de soberania e agindo em nome dos Estados Partes, e não em seus próprios interesses; por fim, os Estados Partes devem tomar medidas para evitar a negociação de patrimônio cultural subaquático ilicitamente exportado ou recuperado, e para apreendê-lo, caso seja encontrado em seu território.

A fim de garantir a aplicação efetiva da Convenção de 2001, os Estados Partes devem estabelecer autoridades competentes ou reforçar as já existentes para que prevejam a criação, manutenção e atualização de um inventário do patrimônio cultural subaquático; possam garantir a efetiva proteção, conservação, valorização e gestão desse patrimônio, e promover a investigação e o ensino neste domínio. As informações compartilhadas entre os Estados Partes ou entre estes e a UNESCO devem ser mantidas confidenciais e reservadas às autoridades competentes se a revelação de tais informações possa pôr em perigo a preservação do patrimônio cultural subaquático.

3.3.2. O Anexo: Regras Relativas a Atividades Dirigidas ao Patrimônio Cultural Subaquático.

O Anexo da Convenção de 2001 contém 36 normas detalhadas sobre a prática de atividades dirigidas ao patrimônio cultural subaquático. Elas são amplamente reconhecidas e aplicadas e incluem a regulamentação quanto à forma de elaboração do projeto, orientações relativas à competência e às qualificações exigidas dos profissionais envolvidos nas atividades, e ainda, metodologias em conservação e gestão dos sítios arqueológicos.

Os artigos do anexo apresentam um regime de operações diretamente aplicável para intervenções subaquáticas. Ao longo dos anos, ele se tornou um documento de referência no domínio da arqueologia subaquática e de escavações, definindo regras para uma gestão responsável do patrimônio cultural.

4. Conclusão

Os resultados obtidos demonstram a confirmação da hipótese inicial, qual seja a de que a legislação brasileira em vigor não atinge o nível de proteção ideal ao patrimônio cultural subaquático, segundo pareceres proferidos por arqueólogos.

Foram constatadas falhas na lei atual - Lei n°. 10.166 - dentre as quais está a permissão de serem, a exploração e o resgate do patrimônio cultural subaquático, feitos sem acompanhamento de um arqueólogo, o que pode acarretar a destruição do sítio arqueológico e a perda das informações histórico-culturais antes asseguradas no fundo do mar.

No que concerne ao projeto de lei n°. 7.566/06, a hipótese apresentada no início do projeto foi a de que este visava alterar a lei em vigor para que o Brasil tivesse um instrumento jurídico de proteção ao patrimônio cultural subaquático mais adequado à Constituição Federal, às normas da arqueologia e ao texto das convenções internacionais que fazem referência ao assunto. Foram constatadas mudanças significativas na proposta de regulamentação das atividades que interferem no

patrimônio cultural. A realização de Audiência Pública com a presença de representantes das diversas áreas que possuem relação com o patrimônio cultural subaquático demonstra o aumento da possibilidade de o Poder Legislativo levar em conta os pareceres desses profissionais para a redação final da do projeto de lei, diferentemente do que ocorreu quando da aprovação da Lei nº 10.166/00. Contudo, por estar o projeto de lei ainda a sofrer alterações, não seria seguro definir uma conclusão a seu respeito que não uma conclusão parcial.

Com a análise da Convenção da UNESCO sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático, conclui-se que a comunidade internacional está se movimentando na busca por ações concretas de proteção ao patrimônio cultural subaquático. Dentre as ações mais significativas, nesse sentido, está o sistema de cooperação internacional trazido pela Convenção da UNESCO, o qual dificulta a ação de caçadores de tesouros em águas além do Mar Territorial dos Estados.

Indubitavelmente, um dos maiores desafios enfrentados é o controle de exploração por caçadores de tesouros, principalmente para o Brasil, que possui um litoral de mais de 8.500 km, com aproximadamente 3.000 embarcações naufragadas, grande parte do período colonial. Demandaria do Estado, portanto, um investimento maciço em infraestrutura para fiscalizar os empreendimentos de caráter lucrativo, um gasto provavelmente superior ao necessário para o desenvolvimento de pesquisas científicas. Diante de tal situação, surge a questão de como garantir que a caça ao tesouro não venha a trazer prejuízos, seja destruindo sítios arqueológicos ou dispersando objetos os quais ficarão impedidos de ser estudados.

Uma alternativa é investir na conscientização tanto da comunidade quanto de mergulhadores leigos em arqueologia, uma vez que as pessoas tendem a proteger aquilo que conhecem a que dão importância. O auxílio de mergulhadores interessados em aprender técnicas de arqueologia é bastante incentivado pela comunidade de arqueólogos.

A conservação dos objetos retirados do ambiente aquático é outro ponto extremamente complexo, pois um objeto imerso por muito tempo em água salgada e então resgatado do fundo do mar enfrenta o risco de rápida deterioração quando em contato com o ar. A conservação dos objetos é normalmente mais cara, trabalhosa e demorada que a escavação e, não havendo recursos necessários e instalações apropriadas, é preferível deixar os artefatos no ambiente subaquático original, como abordado anteriormente. Os conservadores trabalham com os arqueólogos e gestores do patrimônio cultural para verificar as condições de equilíbrio e artefatos deixados *in situ.*

Sendo “a produção do conhecimento cientifico e a sua difusão” fundamentos da arqueologia, os museus subaquáticos são um meio de mostrar à população um patrimônio cultural preservado e dentro de seu contexto. Países como China e Egito já possuem projetos de museus em construção, o que traz uma oportunidade única de descobertas e enriquecimento cultural àqueles que têm interesse pelo assunto.

O estudo sistemático de recursos arqueológicos para fins científicos, turísticos, recreativos e educativos, não só preserva os sítios como também beneficia a economia em longo prazo, por meio do desenvolvimento sustentável.

5. Referências

CEANS / NEE / UNICAMP. *Livro Amarelo:* manifesto pró-patrimônio cultural subaquático brasileiro. Campinas, junho de 2004.

_____. *Arqueologia Subaquática na Legislação Brasileira.* Disponível em: <http://www.arqueologiasubaquatica.org.br/legislacao/index.html>. Acesso em: 20 jul. 2008.

FIORATI, Jete Jane. *A Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de 1982 e os organismos internacionais por ela criados.* Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997.

ICOMOS. *Heritage at Risk*: Special Edition. Paris, 2006.

JORNADA SUB. *Memória Saqueada. 2005.* Disponível em: http://www.jornadasub.com.br/modulos/artigos/descricao.php?cod=1. Acesso em: 13 ago 2008.

MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de. *Reflexões sobre os 60 anos da ONU.* Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. 568 p.

RAMBELLI, Gilson. *Arqueologia até debaixo d'água*. São Paulo: Maranta, 2002.

_____. *O Abandono do Patrimônio Arqueológico Subaquático no Brasil: um Problema para a Arqueologia Brasileira.* Disponível em: http://www.naya.org.ar/articulos/submar03.htm. Acesso em: 31 ago. 2008.

TEGA, Glória. *A Legislação Brasileira é a pior do mundo.* Disponível em: <http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=entrevistas&id=8>. Acesso em: 31 ago. 2008.

UNESCO. *The History of the 2001 Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage*.

_____. *The UNESCO 2001 Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage*: *Frequently Asked Questions.*

DO LIBERALISMO GLOBAL AO NEOSSOCIALISMO NA AMÉRICA LATINA: UM ESTUDO DE CASO DA REPÚBLICA BOLIVARIANA DA VENEZUELA*

FROM GLOBAL LIBERALISM TO NEO-SOCIALISM IN LATIN AMERICA: STUDY OF CASE OF THE VENEZUELAN REPUBLIC

Gina Vidal Marcílio Pompeu

Sarah Araújo Viana

RESUMO

O constante embate entre os sistemas econômicos capitalista e socialista e a análise sobre qual deles é mais eficiente para a concretização de direitos sociais e para a elevação do índice de desenvolvimento humano é tema recorrente hodiernamente. O crescimento advindo do pós-neoliberalismo econômico foi insuficiente para minorar os problemas sociais e econômicos na América Latina que determinaram a persistência de ilhas de prosperidade que convivem lado a lado com a subcidadania. Essa dualidade ocasionou a descrença na democracia e no neoliberalismo econômico, fato que resultou no retorno político do Estado-Nação. Observa-se a hipertrofia do Executivo, por exemplo, na Venezuela, Bolívia e Equador. Estes Estados assumem para si a função de regular o mercado e de efetivar direitos sociais. O artigo verifica a transformação do Estado venezuelano de liberalista para o tipo de governo denominado por Chávez de "Socialismo do Século XXI". Este estudo tem como escopo analisar o neossocialismo venezuelano como instrumento de efetivação dos direitos sociais, sua relação com a economia nacional e seu impacto para a democracia local e da América do Sul.

Palavras-chave: Venezuela. "Socialismo do Século XXI". Direitos sociais. Economia. Democracia.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

The constant conflict between the capitalist and socialist economic systems and the analysis over which is more effective in concretizing social rights and for the elevation of the human development is a theme very debated nowadays. The growth succeeded after neo-liberalism was insufficient to solve social and economic problems in Latin America that notice the existence of prosperity islands that cohabit side by side with the sub-citizenship. This duality determined the unbelief in democracy and the neo-liberalism economic that brought the return of Nation-States. This fact can be demonstrated with the centralization of Executive, as example in countries like Venezuela, Equator and Bolivia. These States take to themselves the functions of market regulator and social rights realizer. This article studies the transformation of the Venezuelan State from liberalist to the type of government entitled by Chávez as the "Socialism of the Twenty First Century". The study has as goal to analyze the Venezuelan's neo-socialism as an instrument to concretize social rights, its relation with the national economy and its impact on this country's democracy and South America.

Key-words: Venezuela. "Socialism of the Twenty First Century". Social rights. Economy. Democracy.

INTRODUÇÃO

A atuação do presidente da República venezuelana, Hugo Chávez, assumiu um novo caminho: a tendência socialista. As mudanças políticas e econômicas ocorridas na Venezuela demonstram a ideia de retornar ao Estado-Nação, apesar de contrariar a geografia mundial da globalização, que se posiciona favoravelmente a um Estado menos intervencionista na economia e na política social.

Com o apoio das classes populares, já que Chávez foi eleito com 62,9%[133] dos votos válidos em 2006 e vitorioso na maioria dos referendos e plebiscitos propostos, o presidente da República detém legitimidade suficiente para tomar medidas centralizadoras que caracterizam a hipertrofia do Poder Executivo. Sendo assim, Chávez mudou a economia da Venezuelana para estatal e monoprodutora[134], voltada exclusivamente para produção e exportação de petróleo. A política chavista visa a

[133] Informação do artigo *Venezuela: em direção do socialismo do século XXI* de Margarita López Maya e Luis E. Lander.

[134] De acordo com Edgardo Lander: "*tanta dependencia tiene el país de alimentos importados, sino igualmente la gran concentración existente en el procesamiento y en la distribuición de estós y otros productos básicos, quedando al desnudo la extrema vulnerabilidade de la economía venezuelana a manipulaciones en el comercio internacional y a la voluntad de los sectores empresariales oligopólicos*". (LANDER, 2008, p. 133).

efetivar direitos sociais, porém implica em supressão de algumas liberdades civis. Almeja alcançar um modelo socialista, por meio de instrumentos da democracia participativa revolucionária[135].

Ao se observar o duelo entre a liberdade e a igualdade, termos por vezes antagônicos, o artigo analisa o dever do Estado de planejar, tributar, preparar suas leis orçamentárias e, por fim, priorizar a efetivação dos direitos sociais. Tem como foco principal a história da Venezuela e do presidente Hugo Rafael Chávez Frias. Em seguida, procura diferenciar o sistema capitalista do socialista, com o fim de permitir a definição do que seria o "Socialismo do Século XXI", prescrito por Chávez, e o retorno ao neossocialismo na América Latina. Por último, serão debatidas as problemáticas da efetivação dos direitos sociais na Venezuela, a elevação do índice de desenvolvimento humano e a relação entre esses vetores com o regime democrático, a economia do país e a participação popular.

1 O escopo do Estado como ente garantidor dos direitos sociais

Os Estados surgiram com o fito de viabilizar a convivência social e o progresso econômico. Nas palavras de Hobbes, que ansiava por segurança e desenvolvimento, "a sociedade só se faz possível com o Estado". (HOBBES, 2002, p. 130). É, então, por intermédio desse instituto defensor da ordem jurídica e da paz social no século XX que, de acordo com Gina Pompeu, "o homem passou a depositar um grande número de reivindicações que o transformaram em essencial à vida em comunidade e ao pleno desenvolvimento dos direitos de personalidade". (POMPEU, 2009, p.131). Deste modo, o Estado tornou-se interventor na economia e instrumento para viabilizar direitos sociais aos seus nacionais.

Os direitos sociais, ao inverso dos direitos individuais que retratam um não fazer do Estado, exigem dele a implementação de prestações positivas que passaram a ser parte das constituições dirigentes. O Estado deve suprir as necessidades mínimas de seus cidadãos, a fim de garantir-lhes um patamar mínimo de igualdade, que lhes possibilite condições dignas de existência. Os direitos sociais somente iniciaram seu processo de positivação e de efetivação após a revolução industrial, especificamente na

[135] A democracia revolucionária de Chávez se daria por meio de conselhos comunais em que a população de cada região verificaria as implementações sociais que deveriam ser efetivadas. Hugo Chávez copiou este modelo do realizado por Fidel Castro em Cuba que apesar de não haver eleições democráticas para presidente, estas ocorrem nos bairros para função similar ao dos líderes comunitários.

época da Primeira Guerra Mundial. São estas as palavras de Luís Roberto Barroso sobre o assunto:

> Os direitos econômicos, sociais e culturais, identificados, abreviadamente, como direitos sociais, são de formação mais recente, remontando à Constituição mexicana, de 1917, e à de Weimar, de 1919. Sua consagração marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal, em que se passa a considerar o homem para além de sua condição individual. Com eles surgem para o Estado certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material. A intervenção estatal destina-se a neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade, assegurando direitos afetos à segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical, à participação no lucro das empresas, à educação, ao acesso à cultura, dentre outros. Enquanto os direitos individuais funcionam como um escudo protetor em face do Estado, os direitos sociais operam como "barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos. (BARROSO, 2001, p.101)

Os direitos sociais consistem em direitos de segunda dimensão. Eles surgiram com o intuito de suprir a falha do Estado Liberal, pois visualizaram que, no modelo capitalista de Estado mínimo, a sociedade, ao se auto-organizar, não consegue implementar condições mínimas de sobrevivência para todos. Desta forma, a adoção do liberalismo econômico, sobremaneira nos países ditos periféricos, resultou na concentração de rendas para uma elite privilegiada, e na opressão as classes proletárias. Assim, a maior parcela da população permanecia sem o exercício dos direitos garantidores de vida digna. A ausência de intervenção do Estado, seja por meio de políticas públicas ou eficaz legislação, ocasionou o divórcio entre o desenvolvimento e o crescimento e permitiu prosperar um vácuo entre as classes sociais.

Os países da América Latina dotaram-se de Estados, sem a formação de uma sociedade nacional. Deixavam de ser colônia da Espanha e de Portugal para serem subjulgados por outros países já em pleno desenvolvimento econômico. Restavam elites ambíguas, que ora se afirmavam como nação, ora cediam à hegemonia ideológica externa. O desenvolvimento permanece impedido pela falta de nação e encontra obstáculo na exacerbada concentração de renda, que além de injusta é campo propício ao populismo, à flexibilização do trabalho e à precarização da força de trabalho, viabilizando por fim a baixa de salários. (POMPEU, 2009)

O novo desenvolvimento deve ser obra coletiva, que conta com instituições políticas e econômicas voltadas para o funcionamento dos mercados, mas que promovam incremento econômico e social. Por meio da presença do Estado e das

instituições, esse desenvolvimento prioriza a distribuição de renda, conciliando por fim, o humano ao nacional.

A globalização iniciada com as navegações, contextualizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, reiterada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, bem como a provocação aos trabalhadores do mundo pela frase de Marx: "Proletários de todos os países, Uni-vos!" (Marx, Engels, 2006, p.80), são situações que refletem no homem a sensação de ser mundial, porém para o exercício dos direitos de personalidade, aí incluídos a concretização dos direitos sociais, deve-se fazer presente o Estado nacional. O enfraquecimento do Estado não é indício de desenvolvimento humano global, é campo apropriado para abuso dos direitos humanos, surgimento de conflitos sociais, promoção de exclusão e violência.

O ideal universalista acima descrito esbarra cotidianamente nos fatores reais do poder (LASSALLE, 2008) e nas abissais diferenças econômicas e políticas entre os Estados. Construir instituições comuns no campo da política, da cultura e da economia torna-se essencial para que se estabeleçam laços entre o plano dos princípios universais abstratos e a concretude das realidades singulares que se pretende regular. (ALBUQUERQUE, 2001, p.128). Repensar o fundamento ético do poder do Estado, originado da vontade nacional, é o meio adequado a se contrapor à autonomização do econômico em esfera mundial e à dilatação do mercado.

Fomentar as instituições, a cultura da nação e da participação popular na política, não significa pregar o retorno ao nacionalismo exacerbado, ao racismo ou ao organicismo, combatidos por Noberto Bobbio. (BOBBIO, 2001, p.98-99). Pelo contrário, visa a superar o conflito entre a omissão do campo da política que não faz preponderar a finalidade ética do Estado de realizar direitos sociais, de garantir direitos adquiridos e segurança jurídica, de representar a população e não uma facção economicamente dominante. (SALGADO, 1998).

Aprender a construir Estados fortes com escopo nas funções necessárias é a questão atual. Estados que não necesitam ser extensos, porém, devem conhecer e recepcionar os anseios da população. Devem concretizar de forma eficiente, transparente e democrática o poder de mando, determinado pelas normas constitucionais e pela legislação ordinária infraconstitucional elaborada pelo necessário processo legislativo, planejado e administrado pelo executivo e julgadas as exceções e disputas entre indivíduos, e entre indivíduos e Estado pelo Judiciário.

A soberania do Estado, resultado da vontade popular e da nacionalidade, efetiva-se dentro do território nacional ao garantir prioridade ao interesse público diante de conflito com o interesse privado; revigora-se ao implementar políticas governamentais que viabilizam um patamar mínimo de igualdade. Fora do seu território, a soberania do Estado se torna aparente quando, por meio de posições explícitas na ordem internacional, opta por preservar a cultura e a defesa do nacional diante da pressão dos mercados e do processo de mundialização.

No processo de globalização econômica, afirma Gina Pompeu, que as autoridades constituídas do Estado nada mais são do que representantes populares no exercício das funções legislativas, executivas e judiciárias, e que têm como objetivo a promoção da justiça e do bem comum. Conclui a autora que, para o pleno exercício dos direitos de personalidade, aí incluída a concretização dos direitos sociais, deve-se fazer presente um Estado nacional, ou seja, enxerga o retorno do Estado-Nação na geografia da mundialização. Entretanto, é por meio da soberania do povo, mediante processos democráticos, que deverá ser determinada a atuação estatal na efetivação de tais direitos por intermédio de planejamento do desenvolvimento econômico e social. (POMPEU, 2009, p.139-145).

2 A República Bolivariana da Venezuela

A República Bolivariana da Venezuela está localizada no continente americano, ao norte da América do Sul, sobre a costa do mar do Caribe. Sua população em 2007 era de vinte e sete milhões, quatrocentos e oitenta e três mil e duzentos habitantes[136]. Possui dimensão geográfica de novecentos e dezesseis mil, quatrocentos e quarenta cinco quilômetros quadrados[137]. O País encontra-se dividido em vinte e três Estados-Membros, um Distrito Federal e trezentas e onze Dependências Federais[138].

Em 1999, por intermédio de seu atual Presidente, Hugo Chávez, a Venezuela iniciou um processo de transformação política e econômica que resultou na promulgação de nova Constituição. A Lei Maior visa a atender aos direitos humanos e a

[136]Informação do Instituto Nacional de Estatística da Venezuela. Disponível em: <http://www.ine.gov.ve/crecimientodemografico/indicadores_demograficos.htm>. Acesso em: 23 mar. 2009.

[137] Informação do documento venezuelano *Cumpliendo las metas del milênio* de 2004. Disponível em: <http://www.gobiernoenlinea.ve/misc-view/sharedfiles/Metas_Milenio.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2009.

[138]Informação retirada do site oficial da Venezuela. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.ve/venezuela_datos_o.html>. Acesso em: 19 ago. 2009.

ampliar instrumentos democráticos inclusivos a todas as classes sociais, com o fito de realizar a "revolução bolivariana".

A Constituição da Venezuela de 1999 possui como meta principal uma política social que almeja a concretização dos direitos sociais – direitos humanos essenciais – a todos; independentemente da condição social ou econômica da pessoa[139]; se posiciona contra o capitalismo e o imperialismo norte-americano. Nas palavras de Marta Harnecker, o governo chavista espelha um *"proyecto de país que se levanta como alternativa al modelo neoliberal voraz y depredador: um modelo de desarrollo endógeno y de economía social*[140]*"*. (HARNECKER, 2007, p.184).

O fato de a Venezuela ser a sexta maior produtora de petróleo do mundo permitiu o desenvolvimento social do país nos últimos anos por intermédio de políticas de governo denominadas "missões".[141] Elas possuem caráter assistencialista e de inclusão social[142], que permitiram aos excluídos sentirem-se parte do projeto governamental e, por consequência, aprovarem o hiperatrofiamento do Executivo e a centralização do poder nas mãos do presidente da República. A ação governamental implementada logrou a reeleição vantajosa de Hugo Chávez em 2006, embora haja existência de denúncias de corrupção e de ineficiência na gestão pública das empresas estatais, como no caso dos cargos da petrolífera venezuelana[143].

2.1 A história de Hugo Chávez

---

[139] Conforme as metas do milênio da Venezuela: *"La política social del gobierno Bolivariano – baseada em valores de igualdad e inclusión social – está orientada principalmente a la promoción del respeto de los derechos de sectores sociales tradicionalmente excluídos, entre los cuales se encuentran la población de extrema pobreza, la población rural y, particularmente, la indígena, las mujeres, los ninõs y ancianos, en especial los más pobres, y estol o hace además incentivando la participación y corresponsabilidad social."* (VENEZUELA, CUMPLIENDO LAS METAS DEL MILENIO, 2004, p. 31, *online*).

[140] Projeto de país que se levanta como alternativa ao modelo neoliberal voraz e depredador: um modelo de desenvolvimento interno e de economia social. (Tradução por Sarah Viana).

[141] As "missões" nas palavras de Edgardo Lander são um conjunto de programas extraordinários criados pelo executivo *"que, haciendo um baípas parcial de la burocracia estatal, busca responder a cada uno de los principales problemas sociales que luegode haberse identificados como críticos, requieren respuestas urgentes."* (LANDER, 2008, p. 134).

[142] Conforme Carlos César Almendra o mercado petrolífero venezuelano "propiciou uma situação em que esse país tem divisas suficientes para continuar pagando juros da dívida externa e ao mesmo tempo investir em escola e hospitais públicos, promover a reforma agrária, comprar armamentos, diminuir impostos e a taxa de juros, aumentar o salário mínimo e desenvolver diversos projetos sociais." (ALMENDRA, 2008, p.60).

[143] Argumenta Enrique Krauze: *"Esta vasta política de estatización ha desalentado la producción industrial y creado una burguesía paralela, beneficiaria múltiple (por intermediaión, operación, corrupción, etcétera) de la transferencia al Estado de todo tipo de empresas: el petróleo del Orinoco, la minería, la eletrecidad, el hierro y el acero, el transporte de carga, algunas fábricas de alimentos, la empresa de lácteos más grande (Los Andes), además de la división de yogurs de Parmalat, empresas de almacenamiento em frio, empresa de ingeniería."* (KRAUZE, 2008, p. 123).

Hugo Chávez iniciou sua vida política em 1992, como tenente coronel das forças armadas do Estado da Venezuela, quando protagonizou golpe de Estado contra o presidente Carlos Andrés Pérez, sob a justificativa da necessidade de ruptura constitucional no País diante da crise econômica vigente. Apesar de o referido golpe não ter tido o sucesso desejado e culminado na prisão de Hugo Chávez, permitiu sua colocação dentro do cenário político venezuelano na luta a favor das classes sociais menos favorecidas.

Nas eleições de 6 de dezembro de 1998, Chávez foi eleito presidente da Venezuela com 56% dos votos, pondo fim ao domínio de quatro décadas dos partidos tradicionais na presidência do País. Já eleito em 1999, convocou Assembleia Nacional Constituinte, que promulgou nova constituição aprovada por meio de referendo pela população venezuelana[144]. De acordo com Carlos Romero, "o Presidente Chávez começou aplicar a sua oferta eleitoral rompendo com o passado e dividindo a fase democrática da Venezuela em duas etapas: de 1958 a 1999, definida como a Quarta República, e a partir de 1999 como a Quinta República". (ROMERO, 2005, p.200). A nova constituição concedeu ao Presidente da República maiores prerrogativas em relação aos demais poderes do Estado, tornou o parlamento unicameral, extinguiu o Senado e ampliou os poderes de intervenção do Estado. Conforme Enrique Krauze, o referendo que autorizou a promulgação da Constituição da Venezuela olvidou-se do princípio da separação dos poderes e possibilitou que o Poder Judiciário, o Poder Eleitoral e a instância fiscal – inserida dentro do Poder Cidadão - ficassem subordinados às vontades do Executivo. (KRAUZE, 2008).

Em 2002, o governo sofreu uma greve na principal estatal venezuelana, a petrolífera PDVSA[145]. A insatisfação diante da intervenção estatal aliada aos políticos de oposição retira Chávez por dois dias do poder mediante golpe, porém a situação logo se reverte com o retorno de Chávez à presidência em face do apoio popular e militar de que gozava. No ano de 2003, a oposição reuniu assinaturas suficientes para realizar um referendo sobre a permanência de Chávez no poder. Essa consulta popular foi realizada em 2004, quando então ficou decidido por opinião popular que Hugo Chávez deveria

[144]Afirma Carlos Romero que a Constituição Venezuela de 1999 sedimentou "um novo relacionamento entre o poder político do Estado e as elites venezuelanas, onde prevalecem, desde então, um claro desacordo, com massas iludidas e divididas, o aprofundamento do clientelismo, uma maioria governista instalada em todos os segmentos do poder político e uma série de vitórias oficiais acompanhadas por abstenção elevada". (ROMERO, 2005, p. 200).
[145] Petróleos da Venezuela S/A – PDVSA.

permanecer na presidência do País[146]. Simultaneamente, a Assembleia Legislativa limitou a liberdade de imprensa, ao proibir a transmissão de notícias consideradas contrárias à segurança nacional, ou seja, ao governo chavista. Dessa forma, o governo negou a renovação da concessão da Rádio Caracas Televisión – RCTV, em 2007, que foi substituída pela Televisão Venezuela Social – TVes que tem por objetivo difundir ideias positivas sobre o governo.

Carlos Romero argumenta que o governo de Chávez é populista e sustenta-se no autoritarismo. Salienta o autor que a Venezuela encontra-se marcada pela estatização e pela interferência do Estado no domínio econômico. Deste modo, individualiza a política chavista por perseguir:

> visão econômica estruturalista e anticapitalista baseada nas idéias do fortalecimento do Estado como instrumento central do desenvolvimento e do protecionismo à industria nacional, formando assim um pacote ideológico 'antiocidental' configurado em uma cosmovisão antiimperialista. (ROMERO, 2005, p. 211).

Ademais, o governo chavista é caracterizado pela nacionalização das empresas, mediante a estatização e a reestatização da indústria venezuelana, que passa a assumir o controle da soberania econômica do país. De acordo com Edgardo Lander, "*desde que Chávez asumió La Presidencia se há producido prácticamente un huelga de inversión por parte de los empresários venezolanos, con un ritmo de fuga de divisas cuyos volúmenes no tienen atendecedente históricos en el país*[147]". (LANDER, 2008, p.133).

Em 2006, ao ser Chávez reeleito pela terceira vez[148], inicia-se o processo de unificação dos partidos socialistas da Venezuela e a criação do Partido Socialista Unido da Venezuela, como forma de acelerar a revolução neossocialista. Tal fato resultou, no dia 10 de janeiro de 2007, no anúncio de Chávez dos cinco motores constituintes para consolidar o "Socialismo do Século XXI" na Venezuela. Descreve-os Marta Harnecker:

---

[146] A Constituição venezuelana prever a figura de um referendo revogatório do mandato presidencial.

[147] Desde que Chávez assumiu a presidência se tem produzido praticamente uma greve invertida por parte dos empresários venezuelanos, com um ritmo de fuga de divisas cujos volumes não têm antecedente histórico no país. (Tradução por Sarah Viana)

[148] De acordo com Margarita Maya e Luis Lander, nas eleições de 2006 foram contabilizados "[...] para Chávez 7.161.637 votos que representavam 62,9% dos votos válidos e para Rosales 4.196.637, ou seja, 36,9%. [...] Em 1998, Chávez venceu com 3.673.665 votos sobre seu oponente Salas Römer, que obteve 2.613.161. Nas eleições de 2000, Chávez subiu para 3.757.773 votos, enquanto seu oponente na ocasião, Arias Cárdenas, alcançou pouco menos, 2.359.459 votos. No referendo do revogatório presidencial, o Não de Chávez obeteve 5.800.629 votos, enquanto o SIM da oposição recebeu 3.989.008. Como podemos observar, desde de 1998 a votação em Chávez sempre cresceu em termos absolutos, enquanto a votação na oposição sofreu ligeira queda [..]". (MAYA e LANDER, 2007, p.18).

> *El primeiro se refiere a la Ley Habilitante, que permitirá al ejecutivo legislar sobre las matérias necesarias para adelantar los cambios hacia el socialismo.*
> *El segundo, está relacionado con la reforma de la Constitución Bolivariana de Venezuela, la cual permitirá, entre otros aspectos, la modificación de artículos que en lo económico o en lo político no estén de acuerdo com el proyecto de sociedad socialiste que se pretende construir. [...].*
> *El tercero, comprende uma campaña de educación moral, econômica, política y social llamada "Moral y Luces" que debe hacerse presente tanto em las organizaciones territoriales (consejos comunales e otras organizaciones) como em los centros de trabajo.*
> *El cuarto, lo que el presidente denominó: "La Geometria del Poder", pretende revisa la distribución político-territorial del país y generar la construcción de sistema de ciudads y de territórios federales com el objetivo de redistribuir más eqüitativamente el poder político, económico, social y militar sobre el espacio nacional.*
> *El quinto, y más importante, se refere a "La Explosión Revolucionaria del Poder Comunal" y pretende potenciar los consejos comunales y todo lo que se refiera al poder popular*[149]. (HARNECKER, 2007, p.192-193).

A permanência de Hugo Chávez no poder se justifica pela sensibilidade dele em relação aos excluídos num país repleto de problemas sociais. Daí, então, a popularidade de Chávez em relação às camadas menos favorecidas formada, por índios e negros, e a rejeição pela burguesia do modelo de governo chavista que se apresenta pela coletivização e estatização das propriedades privadas e dos meios de produção[150].

3 O socialismo e o capitalismo

O sistema capitalista, dentro da acepção econômica, tem por fundamento o livre desenvolvimento da economia com a mínima intervenção do Estado. Explica André Ramos Tavares: "o sistema capitalista aponta para a chamada economia de mercado, na medida em que são as próprias condições deste mercado que determinam o funcionamento e equacionamento da economia (liberdade). Daí a idéia da 'mão invisível' [...]". (TAVARES, 2003, p. 34).

---

[149] A primeira se refere à Lei Habilitante, que permitirá o executivo legislar sobre as matérias necessárias para adentrar na modificação ao socialismo. O segundo está relacionado com a reforma da Constituição Bolivariana da Venezuela em que permitirá a modificação de artigos em que o aspecto econômico ou o político não estejam de acordo com o projeto de sociedade socialista que se pretende construir. O terceiro compreende uma campanha de educação moral, econômica, política e social chama "Moral e Luz" que deve fazer presente tanto em organizações territoriais (conselhos comunais e outras organizações) como o centro de trabalhos. O quarto, que o presidente denominou de "A Geometria do Poder", pretende revisar a distribuição político-territorial do país e gerar a construção de sistema de cidades e de territórios federais com o objetivo de redistribuir mais eqüitativamente o poder político, econômico, social, militar e sobre o espaço nacional. O quinto, mais importante, refere-se "a explosão revolucionária do poder comunal" e pretende potenciar os conselhos comunais e tudo que se refere ao poder popular. (Tradução por Sarah Viana)

[150] Explica Enrique Krauze: *"Aparte, el gobierno ha adquirido 30% de la distribuición de alimentos; el cemento, la arena, los bloques y lãs cabillas para la construcción. Más de dos millones de hectares productivas del agro privado han sido expropriadas y entregadas em cartas agrária que no dan propriedad, tierras que hoy no producen nada"*. (KRAUZE, 2008, p. 123-124).

Em oposição ao sistema capitalista aparece o socialismo, que está caracterizado pela intervenção do Estado no âmbito econômico. No entendimento de Adriana Maurano, o sistema econômico socialista "[...] opõe-se frontalmente ao liberalismo, pois o mercado livre é considerado como a origem da desigualdade. [...] propõe não somente a intervenção do Estado, mas a supressão da liberdade da iniciativa privada e o comando do Estado na esfera econômica", (MAURANO, 2004, *online*) como forma de libertar o homem da condição de ser instrumento da produção social e da mais-valia. Paulo Bonavides coloca o Estado Socialista como aquele que, além de interferir no aspecto social, econômico e político[151], concorre diretamente com o setor privado, por intermédio da nacionalização e da eliminação das indústrias privadas na economia do país. (BONAVIDES, 1996). O sistema socialista fundamenta-se na ideia marxista da apropriação da propriedade privada e dos meios de produção pelo Estado e na sua gerência por meio da "ditadura do proletariado".

Depois da queda do muro de Berlim e a extinção da antiga União Soviética, os países capitalistas divulgaram a ideologia de morte ao socialismo e a preponderância do sistema econômico capitalista como instrumento para se alcançar a dignidade humana. As propostas capitalistas de privatização das empresas estatais e a política do *laissez-faire* seriam as únicas medidas viáveis a permitir o progresso econômico e o *status* de país desenvolvido. Vigorou, nessa época, o triunfo do capitalismo, denominado de neoliberalismo. Concorda com essa ideia Milton Friedman, pois declara que o desenvolvimento econômico e social dos Estados Unidos, por exemplo, decorreu da iniciativa privada e da liberdade do mercado, não tendo o governo ajudado nesse progresso econômico e social. Na visão do autor, a mão visível do Estado traz mais retrocessos do que mão invisível do mercado, que é voltada para a evolução. (FRIEDMAN, 2002). Nesse mesmo sentido, afirma Friedrich Hayek que "o princípio orientador – o de que uma política de liberdade para o indivíduo é a única política que

[151] Define Paulo Bonavides por Estado Social: "Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações [...], confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a modela, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes a mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suam estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social". (BONAVIDES, 1996, p.186).

de fato conduz ao progresso – permanece tão verdadeiro hoje como o foi no século XIX". (HAYEK, 1990, p.214).

Entretanto, na opinião de Celso Furtado e Avelã Nunes, apesar de a América Latina ter adotado o sistema[152] capitalista neoliberal, não houve a democratização econômica esperada e persistiram os problemas sociais. Em virtude de referido evento, iniciou-se em vários países, como Equador, Bolívia e Venezuela, uma marcha revolucionária. A Venezuela, a partir da reeleição de Chávez em 2006, deslanchou o processo de implementação do "Socialismo do Século XXI[153]". A mencionada política socialista foi definida como o único meio capaz de garantir a igualdade e os direitos sociais às massas. Desde então, o governo de Chávez nutre esperanças na esquerda latino-americana como instrumento contra o capitalismo e o imperialismo norte-americano e se apresenta ao mundo, mesmo diante da aversão ao socialismo cubano, como o representante do neossocialismo fundado na democracia.

3.1 O "Socialismo do século XXI"

Hugo Chávez proclamou o "Socialismo do Século XXI" no início de 2005 como a nova política da República Bolivariana da Venezuela que se denominaria de República Socialista da Venezuela. De acordo com entrevista ao Diário de Pernambuco (*online*), para William Izarra[154], o "Socialismo do Século XXI" busca "substituir o modo de produção capitalista e o modo de produção cultural alienante por um modo de produção socialista e um sistema cultural emancipador". Afirma o autor que tal tese sustenta-se na ideia de quatro líderes carismáticos: Jesus Cristo, Simon Bolívar, Che Guevara e Hugo Chávez, e tem como principais fundamentos o bem comum, a produção social e a participação direta do povo na política. Nesse sentido, declara William Izarra:

---

[152] Explica Avelã Nunes: "mas foi contra as teses e as políticas econômicas monetaristas que o estruturalismo latino-americano desenvolveu mais porfiados esforços, com vista a mostra que a teoria neoclássica não poderia compreender e muito menos solucionar nenhum dos problemas econômicos e sociais dos países subdesenvolvidos. Essencialmente por ignorar a estrutura socioeconômica própria de cada sociedade, por não enquadrar o subdesenvolvimento numa perspectiva histórica, [...], por não considerar o quadro histórico-institucional em que o processo económico se desenvolve e por prescindir, na sua análise, dos elementos sociais e políticos, considerados como externalidades, como elementos exógenos à economia". (NUNES, 2003, p.108).

[153] Para Carlos Romero a Venezuela possui uma tradição marxista. (ROMERO, 2005).

[154]Conforme o Diário de Pernambuco, "William Izarra é um dos ideólogos da revolução bolivariana encabeçada por Hugo Chávez. Ele se retirou da Força Aérea Venezuelana como tenente-coronel, foi vice-ministro das Relações Exteriores e diretor da campanha do presidente no referendo que o manteve no cargo, em 2004." (ENTREVISTA IZARRA, *online*).

> O socialismo do século 21 é uma invenção, uma nova tese político-ideológica que está sendo construída, sustentada a princípio em alguns elementos do socialismo ideário, utópico, inclusive marxista, mas em termos concretos distintos. Sustenta-se em quatro poderes inspiradores. Um é Simon Bolívar, uma continuação do que ele iniciou há 200 anos. Cristo e seus ensinamentos baseados no bem comum - há uma grande dose de espiritualidade na interpretação ideológica. O terceiro elemento identifica as posições revolucionárias de Che Guevara, esse pensamento de esquerda contestador, anti-imperialista, contra a injustiça social. E, finalmente, outro elemento em sua etapa incipiente, o próprio Chávez, definindo mudanças nas relações de poder, a transferência da tomada de decisões da sociedade organizada, a translação revolucionária. (ENTREVISTA IZARRA, *online*)

As medidas divulgadas por Chávez para alcançar a revolução socialista do século XXI residem no fim da autonomia do Banco Central; na nacionalização das empresas de telefonia e eletricidade, já ocorrida em 2006; na unificação dos partidos socialistas; na criação da lei habilitante, que permite ao Chefe do Executivo tomar providências singularmente acerca de matéria econômica, política, social e de segurança; na maior participação dos trabalhadores na gestão das empresas; e na ampliação dos direitos sociais.

A principal inovação do "Socialismo do Século XXI", protagonizada por Chávez, seria a redefinição dos direitos econômicos e da liberdade das empresas. De acordo com Dorothy Kronick, a existência de proposta de emenda constitucional determina que "somente o Estado promoverá o modelo econômico produtivo que garanta a satisfação das necessidades sociais" (KRONICK, 2007, p.74) e enumera diversas formas de propriedade, sendo elas: a propriedade pública, a propriedade social, a propriedade comunal, a propriedade cidadã, a propriedade coletiva, a propriedade mista e a propriedade privada. Esta última, argumenta Dorothy Kronick, estaria limitada "às pessoas naturais e jurídicas e se reconhecem sobre bens de uso e consumo, e meios de produção legitimamente adquiridos". (KRONICK, 2007, p.74).

Todavia, para que tal projeto seja concretizado e para que a Venezuela chegue ao "Socialismo do Século XXI", é necessário, como declara Hugo Chávez, que ele permaneça no poder até 2021, por meio de reeleições ilimitadas, como já foi aceito pelo referendo de 15 de fevereiro de 2009.

Na opinião de Margarita Maya e Luis Lander, a ideologia do "Socialismo do Século XXI" determina mudanças constitucionais fortíssimas que incluem "invasões, expropriações e anúncios de confisco, que foram vistos por alguns como indicadores do avanço desse socialismo e, para outros, como ameaças inaceitáveis à propriedade

privada e um avanço a um modelo que copia o cubano". (MAYA e LANDER, 2007, p. 12).

Além de pontos específicos acima mencionados, pouco se conhece sobre em que consiste o modelo socialista do século XXI implementado por Chávez, de modo que ficou como prerrogativa dele definir, esporadicamente, as medidas necessárias para se alcançar esse suposto neossocialismo democrático.

3.2 O neossocialismo

Após a queda do regime absolutista, aparece, em primeiro momento, o Estado Liberal que se resume no Estado mínimo, o qual falhou em garantir o mínimo existencial para o ser humano. Como consequência, surgiram os Estados Sociais, que foram caracterizados por serem superestados, que assumem amplo controle sobre a sociedade, desde a questão econômica à garantia de direitos sociais. Os Estados Sociais entraram recessão diante da associação com regimes totalitários ou ditatoriais, que apesar de efetivarem direitos de prestações positivas impediam o desenvolvimento das liberdades individuais, da democracia e da economia globalizada.

Da imperfeição do Estado Social desenvolve-se o neoliberalismo com os mesmos fundamentos do Estado Liberal, que defende a completa liberdade de mercado e o afastamento do Estado da economia. Explica Valdana Vidal que esse tipo de Estado "passou apenas a preservar a ordem política e econômica, deixando as empresas privadas livres [...]. Além disso, os Estados passaram a desregulamentar e a privatizar inúmeras atividades econômicas antes controladas por eles". (VIDAL, 2009, p. 383).

Com a falência do Estado Neoliberal de conjugar, simultaneamente, o livre mercado e condições mínimas existenciais para toda a população, ensejou o surgimento do Estado Neossocial. O Estado Neossocial visa a retomar para si a condição de Estado-Nação de interventor na ordem econômica e garantidor dos direitos sociais, ou seja, passa para o Estado a função de assegurar a dignidade humana, mesmo que seja necessário intervir e regulamentar a economia. Tais Estados encontram-se atualmente presentes em países da América Latina, como a Venezuela, a Bolívia e o Equador. Entretanto, o que se observa é que o Estado Neossocial encontra-se novamente vinculado a regimes ditatoriais, totalitários e *pseudodemocráticos*, com líderes

carismáticos[155] que permanecem no poder mediante a efetivação de alguns direitos sociais à parte miserável da sociedade, sem que isso promova realmente o desenvolvimento social e econômico no país.

4 Neossocialismo, democracia, direitos sociais e economia

A revolução bolivariana, que se realizou principalmente por meio de democracia direta, mediante plebiscitos e referendos, teve o apoio das camadas humildes da população. Foi a partir da ideia de que o poder pertence ao povo e da luta para a concretização dos direitos sociais às classes excluídas[156] que Hugo Chávez conseguiu a legitimidade necessária para iniciar as transformações desejadas do seu projeto de "Socialismo do Século XXI" na Venezuela.

Em virtude de a economia venezuelana basear-se na produção de petróleo e pela alta cotação deste produto no mercado externo nos anos de 2003 a 2008, o governo chavista implementou diversas melhorias no setor social por intermédio de ações políticas voltadas para os necessitados. Argumenta Alejandro Iturbe:

> Um aspecto que se apresenta como um avanço da socialização da economia e do Estado são as missões, através das quais uma pequena parte da renda proveniente do petróleo reverte-se em alguns benefícios para o movimento de massas. É evidente que, através de sua ação, os setores mais empobrecidos e marginalizados da sociedade venezuelana obtiveram, talvez pela primeira vez em sua vida, acesso à atenção médica e à alfabetização. (ITURBE, 2007, p.198).

É possível comparar as missões realizadas pelo governo venezuelano com as bolsas famílias[157] concedidas pelo governo Lula. Contudo, enquanto as bolsas famílias atingem somente uma parcela da população brasileira, as políticas sociais venezuelanas alcançam grande parte da população. As ações governamentais de Chávez, em favor

---

[155] Entende Franz Neumann que o líder carismático como Adolf Hitler "*combina las funciones de legislador supremo, administrador supremo y juez supremo. Es líder del partido, del ejército e del pueblo. En su persona están unificados el poder del estado, el publo y el movimiento.*" (NEUMANN, 2005, p.108).

[156] Para Luiz Carlos Bresser Pereira: "Não é apenas por uma questão de racionalidade econômica, porque ela promove de forma efetiva o desenvolvimento econômico, que ela se tornou tão importante nos países desenvolvidos. É também porque os políticos democráticos perceberam que a probabilidade de serem reeleitos aumenta consideravelmente quando os serviços do Estado melhoram em quantidade e qualidade sem que isto implique maiores impostos". Talvez seja essa a visão que guie Hugo Chávez em seu governo, manter-se no poder por intermédio de efetivação de direitos sociais. (BRESSER-PEREIRA, 2007, p.4).

[157] [157] Segundo informações do site oficial do Governo Federal brasileiro o Bolsa Família (PBF) é um programa de transferência direta de renda, que beneficia famílias em situação de pobreza (com renda mensal por pessoa de R$ 70 a R$ 140) e extrema pobreza (com renda mensal por pessoa de até R$ 70), está previsto na Lei 10.836, de 09 de janeiro de 2004 e no Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004. Disponível em < http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/>. Acesso em 14 de setembro de 2009.

das classes até então excluídas, garantem a sua aprovação popular, constatada por meio dos referendos.

Conforme a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL[158] (*online*), a Venezuela, no ano de 1990, tinha como porcentagem da linha de pobreza e indigência 15,7% e 5% da população, respectivamente. Já no ano de 1999, constata-se o incremento desses dados, que chegaram a 22,6% para pobreza e 9% para a indigência. No ano 2007, a linha da pobreza reduziu-se para 10,2 % e a linha de indigência resultou em somente 3,2%.

A CEPAL identificou que a porcentagem de população analfabeta com 15 ou mais anos de idade na Venezuela caiu de 11,1%, em 1990, para 7,5%, em 2000, chegou em 2005 a 6,0%, com previsão de redução para 4,8%, em 2010.

Em relação à taxa de desemprego, a CEPAL constatou que no ano de 2000 permanecia em torno de 13,9%; em 2005 reduziu-se para 12,4%, em 2006 ficou em 10%, em 2007 estava por volta de 8,4%. Já em 2008, a taxa de desemprego terminou em 7,4%.

Verificou, ainda, a CEPAL que a taxa de mortalidade infantil no quinquênio de 1995 a 2000 era que de cada mil crianças nascidas vivas, em média, 20,7 morriam. Observou, de 2000 a 2005, a diminuição da taxa para 18,9, e apontou para o período entre 2005 até 2010, a redução em 17/1000[159].

De acordo com Edgardo Lander, o conjunto de programas sociais desenvolvidos por Chávez *"son muy dependientes el ingreso petrolero, por lo que bajas significativas en éste podrían en peligro su continuidad*[160]*"*. (LANDER, 2008, p.135). Como se sabe, até meados de 2008, o barril de petróleo alcançou cifras superiores a cem

[158] *Economic Comission for Latin American and the Carribbean* – ECLAC

27

ANO	Taxa de Pobreza Extrema (%)	Alunos matriculados pré-escolar (por pessoa)	Índice de desenvolvimento Humano	Taxa de Ocupação (%)
2002	25.	863.364	0,7704	83,8
2003	29.8	882.095	0,7648	83,2
2004	22.5	914.920	0,7895	86,1
2005	17.8	974.958	0.8291	88,6
2006	11.1	1.010.946	0,8786	90,7
2007	9.6	1.047.811	-	92,5

Fonte: Instituto Nacional de Estatística da Venezuela

[160] São muito dependentes do ingresso de petróleo, assim baixas significativas no valor deste poderia pôr em perigo a sua continuidade. (Tradução por Sarah Viana)

dólares.[161] Assim, com os cofres recheados de dinheiro[162], Chávez implementou inúmeros direitos sociais. Todavia, com a redução no preço do barril de petróleo para menos de 40 dólares no final de 2008, a tendência é que Chávez não consiga importar alimentos para distribuir à população com preços inferiores aos do mercado. Da mesma forma, será difícil dar continuidade à política das "missões" e honrar o pagamento da dívida externa no prazo previsto, simultaneamente.

Dentre as "missões" desenvolvidas por Chávez, inclui-se a "missão mercal", que consiste, de acordo com Margarita Maya e Luis Lander, em "uma rede de distribuição de alimentos e demais bens básicos de consumo" (MAYA E LANDER, 2007, p. 9) a preços inferiores aos do mercado. Outra política iniciada pelo governo chavista foi o aumento dos gastos públicos com educação mediante as missões Robison I e II, que tinham por fim o desenvolvimento da educação em horário integral e a garantia das refeições necessárias às crianças. A missão "Barrio Adentro," conforme Margarita Maya e Luis Lander, objetiva "oferecer aos bairros urbanos pobres, serviços gratuitos de saúde *in situ*, que incluem atendimento médico primário, fornecimento de remédios, atendimento domiciliar e atendimento de 24 horas". (MAYA e LANDER, 2007, p.10). A última missão realizada por Chávez consiste na criação de vários conselhos comunais no país que têm por escopo verificar as necessidades de cada bairro por intermédio da participação dos moradores da região, no intuito de facilitar a implementação de novas medidas sociais e alcançar uma democracia participativa, nos moldes da democracia direta.

Para Rau Baduel, ex-aliado do Hugo Chávez e atual opositor para o cargo de presidente, as políticas assistencialistas foram necessárias num primeiro momento, já que foram voltadas com prioridade para os excluídos. Entretanto, para Baduel, não reduziram "de maneira objetiva os índices de pobreza em nosso país", já que a Venezuela continuou a ser monoprodutora. "Só produzimos petróleo e consumimos o que não produzimos". (BADUEL apud MENEZES, 2007, p.45).

Em troca da efetivação de medidas sociais, a Venezuela iniciou regime totalitário, com alguns fundamentos democráticos. No entendimento de Edgardo Lander, Chávez reivindica a implementação de democracia diferenciada da proposta

---

[161] Em julho de 2008, o barril de petróleo chegou ao ápice de US$ 145,29.

[162] Explica Enrique Krauze: *"El gobierno de Chávez se há beneficiado del mayor ingreso petrolero de la historia venezolana: 100.000 millones de dólares, 8.000 millones más que el ingreso de los sucesivos gobiernos de Jaime Lusinchi, Carlos Andrés Pérez y Rafael Caldera."* (KRAUZE, 2008, p. 122).

pela democracia liberal clássica, na sua concepção esgotada. Ele propõe a democracia participativa que tem no povo pedra angular deste sistema e garante, assim, a participação das camadas beneficiárias de seu governo nas decisões políticas do Estado por intermédio de referendos populares de caráter consultivo. (LANDER, 2008).

A vanglória do governo de Hugo Chávez nas modificações constitucionais realizadas são elas serem institucionalizadas e legítimas, como o "sistema burguês" preconiza. Entretanto, a atual possibilidade de reeleição ilimitada para presidente da República, apesar de legitimada na vontade popular, é ameaça à permanência da democracia no País. Afinal, a alternância no poder é princípio básico do regime democrático cuja ausência aproxima o governo chavista cada vez mais do sistema ditatorial.

Segundo Margarita Maya e Luis Lander, o movimento socialista do século XXI, defendido por Chávez como modelo econômico e político da Venezuela, "rompeu a independência necessária entre os poderes públicos em um sistema que se qualifica como democrático". (MAYA E LANDER, 2007, p.12). A atuação personalista do presidente impediu que as decisões sobre o rumo do país fossem tomadas dentro do devido processo legislativo, apesar da câmara ser formada majoritariamente por "chavistas", e limitou o rumo do país à vontade própria de Chávez. Nesse momento, relembre-se que é um os princípios defendidos por Hugo Chávez, como formador do "Socialismo do Século XXI", é a real participação do povo nas decisões políticas do Estado, ou seja, a liderança coletiva, o que contradiz com a criação da Lei Habilitante.

No entendimento de Robert Dahl, existe íntima relação entre capitalismo e democracia, *"market-capitalism make it more favorable for democratic institutions"* e *"avoids the needs for a powerfull, even authoritarian central government[163]"*. Assevera o autor que a democracia somente dura em países com predominância de uma economia capitalista e os exemplos demonstram que nunca persiste em países de economia fechada – nonmarket economy -, pois toda a economia estaria voltada para consolidar e manter a autoridade daqueles que estão no poder. *"In any casy, centrally planned*

[163] O livre mercado e o capitalismo são mais favoráveis as instituições democráticas e inibem a necessidade de um governo central autoritário e poderoso. (Tradução por Sarah Viana)

economies have always been closely associated with authoritarian regimes"[164]. (DAHL, 2000, p. 167-169).

Da mesma forma, explica Noberto Bobbio, a importância da defesa da liberdade para a formação do Estado democrático. Declara que "os direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático" e afirma "que não só o liberalismo é compatível com a democracia, mas a democracia pode ser consolidada como natural desenvolvimento do Estado liberal". (BOBBIO, 1990, p. 44).

A democracia venezuelana inicia o processo de transfiguração com legitimidade popular[165] e exemplos disto são: governo comandado por único partido socialista; a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo poder legislar em matéria econômica, social, política e de segurança, por meio de decreto, sem controle do legislativo; os meios de comunicação, portos e aeroportos controlados pelo presidente; o total domínio da economia pelo Estado, com a limitação da propriedade privada, e a manutenção de um Estado falido fundado somente na produção de petróleo.

Em contrapartida, assevera Fábio Konder Comparato, que a classificação de regimes políticos como democráticos não incide na quantidade de pessoas que exercem a soberania, mas "a verdadeira essência da democracia consiste na ação prioritária dos Poderes Públicos em favor das classes pobres e dominadas, ou seja, a realização sistemática da justiça proporcional". (COMPARATO, 2003, p.255).

No pensamento de Paulo Bonavides, a política de Hugo Chávez seria caracterizada pela demagogia e populismo que, por intermédio de pequenas medidas sociais, mantém-se no poder e governa o país de acordo com seus interesses. As "missões" seriam apenas instrumentos de perpetuação do poder do governante. Assim ilustra o autor:

> o demagogo [...] poderá ter o Estado social sob seu controle, de modo que aquilo que ele faz passar nos parlamentos como sendo a vontade social seria, em determinados casos, apenas a legislação dos grandes consórcios

[164] Em qualquer caso, economias fechadas – centrais e planejadas – sempre estão associadas com regimes autoritários. (Tradução por Sarah Viana)

[165] Assegura Giovanni Sartori: "Estamos rodeados por charlatães que pretendem nos impingir em altos sons de trombeta novos mecanismos de consenso e de intervenção direta dos cidadãos nas decisões do governo, mas ficam calados como múmias com relação ao pressuposto de tal discurso, isto é, a respeito daquilo que os cidadãos sabem ou não, de verdade, a respeito dos problemas que deveriam decidir. Aliás, nem mesmo passa pela sua cabeça a suspeita de que seja este verdadeiro problema. Este tipo de 'dirigistas' distribuem carteiras de habilitação sem se perguntar se os seus habilitados sabem dirigir". (SARTORI, 2001, p. 114-115).

> econômicos e financeiros, democraticamente legitimados. (BONAVIDES, 1996, p.201).

Do mesmo modo, na visão de Franz Neumann, Hugo Chávez trata-se de líder carismático que se utiliza da miséria e da pobreza do povo, por meio de temor reverente, para permanecer no poder como o único herói que pode salvá-los das mazelas sociais. São essas suas palavras:

> *En períodos de guerra civil, de pertubación religiosa y profundas conmociones sociales y econômicas que producen miséria y dolor, los hombres son a veces incapaces – o se les hace deliberadamente incapace – de percibir las leyes del proceso que les ha llevado a esa situación. Los estratos menos racionales buscan líderes. [...]*
> *La pretensión carismática de los líderes modernos funciona como um artifício consciente, encaminado a fomentar el sentimiento de desamparo y la desesperanza del pueblo, a abolir la igualdad y a sustituirla por um orden jerárquico em cual el líder y su grupo si dividen la gloria y las ventajas del numen*[166]. (NEUMANN, 2005, p.121)

Para Olivier Dabène, Vincent Geisser e Gilles Massardier, o autoritarismo parecia ter sido varrido pelas ondas da democracia que tocaram a América do Sul, a África e o Mundo Árabe e Muçulmano e o Leste Europeu. Observam, porém, que o liberalismo econômico internacional não transformou as relações das políticas internas; por vezes, reforçou o poder pessoal dos autocratas sobre as riquezas de algumas nações, que terminou por manipular a representação democrática oriunda das urnas. O autoritarismo ressurge enfraquecendo os mecanismos de representação democrática. Os autores asseveram no texto de introdução ao *Autoritarismes démocratiques, democraties autoritaires* que:

> *Tyrannie de l'horizontalité démocratique et spectre de l'autoritarisme rénové ne tracent plus une ligne de démarcation aussi nette entre deux mondes, deux systemes, deux types de regime, deux cultures politiques mais participent bien d'un même processus de globalisation qui traverse aujourd'hui l'ensemble des espaces publics et des cercles du pouvoir, que ces derniers se situent dans lês veilles democraties occidentales, lês ex-régimes socialistes ou encore lês autoritarismes tiers-mondistes*. (DABÉNE, GEISSER, MASSARDIER, 2008, p.19).[167]

---

[166] Em períodos de guerra civil, de perturbação religiosa e de profundas comoções sociais e econômicas que produzem miséria e dor, os homens, às vezes, incapazes de perceber as leis do processo que os levaram a essa situação. As camadas menos racionais buscam líderes. A pretensão carismática dos líderes modernos funciona como um artifício consciente, encaminhado a fomentar o sentimento de desamparo e desesperança do povo, para abolir a igualdade e substituir-la por uma ordem hierárquica em qual o líder e seu grupo dividem a gloria e as vantagens do poder. (Tradução por Sarah Viana).

[167] Não há linha de diferenciação clara entre os dois mundos, os dois sistemas, os dois tipos de regimes e de culturas políticas inerentes à tirania da democracia horizontalizada e àquela do espectro do autoritarismo renovado, haja vista que elas participam do mesmo processo de globalização, que atravessa hodiernamente o total de espaços públicos e das esferas de pode, situados sejam nas velhas democracias ocidentais, nos antigos regimes socialistas ou ainda nos regimes autoritários do terceiro mundo. (Tradução por Gina Pompeu).

Ao contrário deste posicionamento, assevera Carlos César Almendra, a impossibilidade de denominar o governo de Hugo Chávez de ditatorial. Contudo, deve-se reconhecer "que a pobreza extremada pode fazer com que aqueles 'que só têm os grilhões a perder' – para utilizar a expressão do final do Manifesto Comunista – possam optar por caminhos não afáveis ao imperialismo" e ao sistema capitalista vigente. (ALMENDRA, 2007, p.62).

A maioria da população venezuelana, apesar das melhoras sociais, ainda vive em situação de pobreza, mas enxerga na política chavista meio de inclusão social e de reconhecimento como ser humano. Por isto, não se posicionam contra o governo autoritário de Chávez que reconhece as necessidades sociais das camadas populares e as inclui nas decisões políticas do Estado, mesmo que de forma fantasiosa e clientelista. Nesse sentido, se precisa abdicar de alguns direitos civis, como a liberdade de expressão e informação, e desestruturar sua democracia para que tenha direitos sociais efetivados, o povo não hesita. Afinal é preferível ter o que comer a ter o direito de participar de uma sociedade que não lhe dá algo nenhum.

Entretanto, a Venezuela, por ser um país extremamente dependente de produtos provenientes do mercado internacional, sentiu fortemente os efeitos da crise de 2008 que assola o mundo. Em adição, como grande parte da receita da Venezuela provém dos ganhos com a exportação de petróleo, produto que sofreu franca desvalorização em sua cotação, o país tem tido dificuldade de continuar a política de assistência às classes desfavorecidas, evento que deverá ocasionar a perda de popularidade do governo chavista e a interrupção da efetivação do programa "Socialismo do Século XXI".

CONCLUSÃO

A democracia venezuelana, por mais contraditória que seja, fundamenta-se na representação popular. Foi por meio de referendos e plebiscitos, instrumentos democráticos de participação do povo nas decisões políticas do Estado, que o atual presidente da Venezuela, Hugo Chávez, conseguiu constituir a Assembleia Nacional Constituinte, elaborar a nova Constituição Socialista da Venezuela e permanecer no poder durante 10 anos, com direito a reeleição ilimitada. Todavia, a permanência de Chávez como Chefe do Poder Executivo reside no fato de possuir o apoio das camadas populares, em virtude da política constante de efetivação de direitos sociais para as

classes excluídas que se dá ao arrepio do direito de liberdade de expressão, do pluripartidarismo político e de eleições periódicas livres e limpas.

As medidas sociais do governo chavista, apesar de assistencialistas, trouxeram algumas melhorias na vida dos pobres venezuelanos. A política de inclusão social e participação popular nas decisões políticas do Estado, como, por exemplo, os conselhos comunais, faz com que Chávez obtenha o apoio dessas camadas na sua revolução bolivariana e legitime as suas medidas autoritárias.

A política social bolivariana de efetivação de direitos sociais para as camadas pobres foi eficaz diante da fase de crescimento econômico que a Venezuela atravessou, durante 2003 até meados de 2008, como produtora de petróleo, quando aproveitou as altas cotações do produto no mercado internacional, o que permitiu saldar a dívida externa e ainda investir em medidas sociais. Contudo, com a crise econômica iniciada em 2008 e com a cotação do petróleo em baixa, bem indispensável à sustentação da popularidade do governo chavista, porque financia suas "missões", Chávez não mais conseguirá se manter no poder "democraticamente" para alcançar o "Socialismo do Século XXI". Dessa forma, presume-se, será obrigado a assumir posições autoritárias, totalitaristas e ditatoriais para cumprir as metas a que se propôs, que significam, de acordo com as acepções de Chávez, o bem do povo venezuelano.

Deste modo, a história tenderá a demonstrar e transparecer mais uma vez que regimes socialistas, em regra, encontram-se associados a governos centralizadores, personalíssimos e ditatoriais como se caracteriza a atual gestão de Hugo Chávez, que menospreza o sistema de separação de poderes, a liberdade de mercado e o regime democrático, justificando-se na retórica do cumprimento dessas medidas em benefício do povo venezuelano.

Repete-se com Francis Fukuyama que "a arte de construção de Estados será um componente essencial de poder nacional, tão importante quanto a capacidade de utilizar forças militares tradicionais para a manutenção da ordem mundial."(FUKUYAMA, 2005, p.157). Novas regulamentações públicas e sociais mais solidárias e sustentáveis devem ser engendradas, capazes de resolver as questões mundiais relativas aos mercados e aos fatores de produção.

Essencial, porém, é não retroceder às tentações por salvadores da pátria, que em nome do interesse público coletivo finalizam por usurpar os princípios da legalidade, da liberdade de expressão, do contraditório e da ampla defesa, da diversidade, da

propriedade e da livre iniciativa, princípios do liberalismo econômico que fizeram prosperar a humanidade e a universalização dos direitos, os quais se constituem ferramentas para os ideais republicanos por meios democráticos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria política da soberania**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

ALMENDRA, Carlos César. Trajetória bolivariana e engajamento antiimperialista. **PUCVIVA.** São Paulo, v.9, n.32, p. 58-64, jul./set., 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5.ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Instituições, bom estado e reforma da gestão pública. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. São Paulo: Campus, 2007, p. 3-15.

BOBBIO, Noberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. **Entre duas Repúblicas:** às origens da democracia italiana. Tradução de Mabel Malheiros Bellati. Brasília: Ed. Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DABÈNE, Olivier; GEISSER Vincent; MASSARDIER, Gilles. **Autoritarismes démocratiques et democraties autoritaires au XXI siècle.** Convergences Nord/Sud. Paris; La decouverte. 2008.

DAHL, Robert A. **On democracy**. London: Yale University Press, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Obstáculos históricos à vida democrática em Portugal e no Brasil. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 17, n. 47, p. 237-259, jan. /abri. 2003.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. United States of America: The University of Chicago Press, 2002.

FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados** : governo e organização mundial no século XXI. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

HARNECKER, Marta. Venezuela: golpes y contragolpes. **Comunicação & Política**. Rio de Janeiro, v.25, n. 2, p. 183-198, mai. / ago 2007.

HAYEK, Friedrich A. **O caminhão da servidão**. Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Morais Ribeiro. 5 ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. Belo Horizonte: Martin Claret, 2002.

ITURBE, Alejandro. Chávez e o socialismo do século XXI. **Revista Comunicação e Política**. São Paulo, v. 25, n. 3, p. 191-199, set./dez 2007.

KRAUZE, Enrique. **El poder y el delírio**. Espanha: Tiempo de Memória tusquets, 2008.

KRONICK, Dorothy. Estado de sítio: a proposta de reforma constitucional na Venezuela é um ataque mortal ao setor privado do país. **América economia**: revista de negócios na América Latina. [S.l.], n. 347, p. 74, set. 2007.

LANDER, Edgardo. Venezuela. Izquierda y Populismo: alternativas al neoliberalismo. IN: CHÁVEZ, Daniel; GARAVITO, César Rodríguez; BARRETT, Patrick (org.). **La nueva izquierda en América Latina**. Colômbia: Catarata, 2008, p. 111-148.

LASSALLE, Ferdinand. **Essência da Constituição**. 8. ed. Curitiba: Lúmen Júris. 2008.

MAYA, Margarita López; LANDER, Luis E. Venezuela: em direção ao socialismo do século XXI. **Política externa**. São Paulo, v. 15, n. 4, p.7-22, mar/mai 2007.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Anita Garibaldi, 2006.

MENEZES, Cynara. O desafio do comandante. **Carta Capital**. São Paulo, v. 14, n. 473, p. 38-45, dez. 2007.

NEUMANN, Franz. **Behemoth**: pensamiento y acción en el nacional-socialismo. México: Fondo de Cultura Econômica, 2005.

NUNES, Antônio José Avelãs Nunes. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. O retorno do Estado-Nação na Geografia da mundialização. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio (Org.). **Atores do desenvolvimento**

econômico e social do século XXI. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009, p.128-150.

ROMERO, Carlos A. Venezuela: de um sistema político a outro. **Diplomacia, estratégia e política**. Brasília, v. 1, n. 2, p.198-222, jan./mar. 2005.

SALGADO, Joaquim. O Estado ético e o Estado Poiético, p.3-34. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais.** Vol. 27. Abril/Junho, 1998.

SARTORI, Giovanni. **Homo videns**: televisão e pós-pensamento. Tradução Antonio Angonese. São Paulo: EDUSC, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.

TEIXEIRA, Duda. Dez anos que arruinaram a Venezuela. **Veja**. São Paulo, v. 42, n. 7, p. 74-76, fev. 2009.

VIDAL, Valdana Lima. Neoliberalismo e globalização. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio (Org.). **Atores do desenvolvimento econômico e social do século XXI**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009, p. 378-397.

Sítios eletrônicos

BRASIL. **Programa Bolsa Família**. Disponível em < http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/>. Acesso em 14 de setembro de 2009.

Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. **Coeficiente de la brecha de pobreza e indigência**. Disponível em: <http://websie.eclac.cl/anuario_estadistico/anuario_2008/datos/1.6.2.xls>. Acesso em: 16 mar. 2009.

_____. **Población analfabeta de 15 y más años de edad**. Disponível em: < http://websie.eclac.cl/anuario_estadistico/anuario_2008/datos/1.3.1.xls>. Acesso em: 16 mar. 2009.

_____. **Tasa de desempleo**. Disponível em: <http://websie.eclac.cl/anuario_estadistico/anuario_2008/datos/1.2.17.xls>. Visto em 16 mar. 2009.

_____. **Tasa de mortalidad infantil, por quinquenios**. Disponível em < http://websie.eclac.cl/anuario_estadistico/anuario_2008/datos/1.4.2.xls>. Visto em 16 mar. 2009.

ENTREVISTA William Izarra. **Diário de Pernambuco Online**. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/2009/02/15/mundo3_1.asp>: Acesso em: 16 mar. 2009.

MAURANO, Adriana. **Sistema e modelo econômico na Constituição de 1988**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7797>. Acesso em 06 maio 2009.

Venezuela. **República Bolivariana de Venezuela**: cumpliendo las metas del milênio. Disponível em: <http://www.gobiernoenlinea.ve/misc-view/sharedfiles/Metas_Milenio.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2009.

_____. **Datos oficiales**. Disponível em : <http://www.presidencia.gob.ve/venezuela_datos_o.html>. Acesso em: 19 ago. 2009.

_____.**Cuadro crecimiento demográfico**. Disponível em: <http://www.ine.gov.ve/crecimientodemografico/indicadores_demograficos.htm>. Acesso em 6 maio 2009.

_____. **Instituto Nacional de Estatística**. Disponível em: <www.ine.gov.ve>. Acesso em: 23 mar. 2009.

A REGULAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E A TEORIA LIBERAL DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS: O CASO DO CORTE GENITAL FEMININO*

THE INBTERNATIONAL LAW REGULATION AND THE LIBERAL THEORY OF INTERNATIONAL RELATIONS: THE CASE OF FEMALE GENITAL CUTTING

Heloise Guarise Vieira

RESUMO

A Regulamentação internacional do Direito era relacionada, para os Estados Africanos, com uma tentativa de alterar suas tradições milenares, além de ser considerada uma dominação cultural dos Estados Ocidentais. Os países africanos foram construídos a partir de revoltas étnicas contra seus colonizadores, e exaltavam a cultura como meio de se manter os Estados unificados. Com o atual avanço das Organizações Internacionais há mudanças nessa concepção, onde nota-se que essas instituições vêm intervindo nos Estados praticantes de forma positiva, mantendo os rituais para a iniciação da garota à vida adulta, mas sem cometer um crime de Direitos Humanos. Através da teoria liberal é possível avaliar essa mudança de mentalidade.

PALAVRAS-CHAVES: TEORIA LIBERAL, CORTE GENITAL FEMININO, ÁFRICA.

ABSTRACT

The international law regulation was associated, in African States, with an attempt to change their ancient traditions, and is considered a cultural domination of the Western states. African countries have been built in ethnic riots against their colonizers, and extolled the culture as a means of keeping the United unified. With the current progress of the International Organizations for changes this vision, where it is noted that these institutions have intervened in the practitioners in a positive way, keeping the rituals for the girl's initiation into adulthood, but without committing a crime of Human Rights. Through the liberal theory is possible to evaluate this change in mentality.

KEYWORDS: LEBERAL THEORY, FEMALE GENITAL CUTTING, AFRICA.

O Corte Genital Feminino (CGF) é uma prática milenar para os povos do nordeste africano embasado na sociedade patriarcal que enseja garantir a pureza do corpo feminino. Estima-se que atualmente entre 100 a 140 milhões de mulheres (OMS, 2008) passaram pela prática.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

CGF, segundo a OMS (2008), compreende todos os procedimentos que envolvam a parcial ou a total remoção dos órgãos sexuais externos da mulher. É classificada em quatro tipos:

Parcial ou total remoção do clitóris;

Parcial ou total remoção do clitóris e dos pequenos lábios;

Remoção de todos os órgãos sexuais externos da mulher, e posterior costura para a diminuição do orifício vaginal;

Outros procedimentos degradantes que envolvem lesões à genitália feminina por motivos não medicinais.

A pureza da mulher é assegurada, pois se inibe o seu desejo sexual, o que garantirá ao futuro marido a virgindade e a fidelidade da esposa. Há grande medo que uma esposa tenha um comportamento sexual considerado imoral, não apenas com outros homens, mas com os maridos também (SARKIS, 2008). Em uma sociedade fundada no valor da família e das tradições milenares, as mulheres que não são excisadas acabam sendo excluídas.

Existem também razões ligadas diretamente ao órgão sexual feminino, que é considerado sujo e carregado de maldições, entre elas a crença que o bebê morreria no parto, ou que ele seria carregado de maldições ao encostar-se ao órgão.

As mulheres não mutiladas não teriam como dar à luz a um filho homem, o que é um tido como necessário para a manutenção da propriedade, do nome, e para que a família não fique sem um patriarca.

Outro motivo para a prática do CGF seria que o clitóris é considerado um pênis em miniatura, o que tiraria do homem o poder nas relações sexuais, além de criar uma briga por poder entre o casal. O clitóris seria um instrumento de poder, tanto como o pênis é considerado.

Na infibulação, há a importância de manter o orifício vaginal pequeno, o que é uma questão de beleza, além de dar mais prazer ao marido, devido aos pontos que a mulher leva na região vaginal.

Algumas mulheres com certo poder nas sociedades, como curandeiras, anciãs, e outros tipos de poderes tradicionais não terão condições de realizar seus trabalhos caso não sejam circuncisadas. As mulheres que devem passar o poder para as filhas o fazem para garantir a perpetuação do poder da família.

A prática do CGF foi desenvolvida antes do islamismo; alguns pesquisadores acreditam que durante o império egípcio o CGF já era praticado. Existem escritos de Heródoto que já explanavam sobre a prática, no século 5 a.C. . Existem outros autores que acreditam que a prática iniciou na Roma antiga, e que a mulher sofria a mutilação no momento que a família ganhava o dote do marido, para que ela não se envolvesse com outro homem, já estando “prometida”.

No nordeste africano, a prática já era difundida antes da expansão árabe. A princípio os árabes eram contra o CGF, por acreditarem que a obra de Deus era perfeita, e que o homem não deveria intervir nela. Porém, práticas como a de reclusão feminina, o uso do véu para inibir o desejo sexual, acabaram unindo-se para criar uma nova realidade para as mulheres.

Atualmente o CGF é feito por grupos de várias religiões, entre elas grupos cristãos, católicos e protestantes, judeus, muçulmanos e animistas. Nem as novas religiões conseguem impedir a prática; para não perder fiéis, alguns grupos ignoram o costume.

O argumento de que o costume é atrelado à religião é refutado por grandes estudiosos do mundo islâmico(AHMAD, 2008)., pois na Arábia Saudita, berço da civilização muçulmana, a prática não ocorre.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, as potências européias tiveram que criar meios de manutenção de poder, de modo a assegurar sua soberania, dentro de seus territórios. Tal escolha enfraqueceu o poder dos colonizadores sobre os colonizados, que se sentiram à vontade para criar grupos que, posteriormente, seriam motores para revolta contra as metrópoles. A conquista de poder torna-se menos importante, e a manutenção de poder passa a ter mais importância.

Apesar de serem processos bastante diferentes, existem algumas similaridades entre os processos de descolonização, como vários grupos nacionalistas, fortalecidos pelo apoio da população, e a hostilidade contra os colonizadores (CROUZET, 1958).

Os novos governos não buscaram a estruturação de uma sociedade igualitária, e sim um meio de grupos manterem-se no poder, buscando os interesses das etnias que representavam. Os países passaram a viver em regimes autoritários, comandados por grupos detentores de poder que agiam em nome de etnias.

A exceção à regra é a Somália, que apesar de 85% da população ser somali (CIA, 2008), não há estabilidade pela constante luta entre os senhores da guerra, que brigam entre si pelo poder.

Em um cenário onde a manutenção do poder é pautada nos valores de uma etnia e o que esses representam (APRM, 2006), um apelo às questões de gênero, que pode ser considerada uma “agressão” a esses valores, não encontra apoio político para tomar força. Existem mulheres ocupando posições dentro do governo, no parlamento, porém elas não representam uma luta consistente no que concerne ao CGF; as forças para a mudança de padrões vem, na maioria das vezes, de Organizações não-Governamentais (ONG’s) estrangeiras.

Como Aris (2007) destaca, a força que for a colocada em nome da cultura pode ser vista como uma reação à idéia de uma cultura tida como correta e dona de valores que deveriam ser universais, que introduziram aos africanos, de modo geral, a concepção de civilização. Através desse conceito, tentou-se, durante o período de colonização, “civilizar” os habitantes locais.

O discurso a favor das culturas tradicionais africanas adentrou o ocidente, e muitos médicos ocidentais passaram a criticar as investidas contra o CGF. Com discursos como

“deixem os clitóris das mulheres africanas em paz” (KHADY, 2006, p. 132) a comunidade médica européia passa, na década de 1980, a se distanciar do ato, sob o pretexto que não seria justo adentrar em assuntos internos de tais países.

O etnocentrismo que a África acusa o ocidente é devido à sua não participação na construção do mundo atual, pois eram, em sua maioria, colônias quando foram criadas as atuais OI’s. Fora imposto um sistema de valores alheio a essas nações (ARAEEN, 2003, p. 412).

Esse comportamento é comum em sistemas etnocêntricos, onde os que estão fora da cultura “dominante” são representados por dinâmicas de determinados momentos (ROCHA, 1994).

Mesmo com o princípio, no ocidente, de libertação feminina, na África, a cultura fora modificada, tanto pela expansão islâmica quanto pelas leis coloniais, que prendiam mulheres que trabalhassem (STEARS, 2007). A nova mudança, de preservação do corpo e da mente feminina acima dos valores culturais, tanto recentes quanto antigos, pareciam insultos aos povos africanos.

A tentativa de modelar os países africanos conforme o mundo ocidental, primeiro privando-os de práticas como a poligamia e o direito de vida econômica das mulheres, e depois impondo valores que procuram mudar, novamente, as percepções sobre o corpo feminino, colocando-a de volta ao papel que lhes fora tirado e, além disso, pedindo que essa igualdade ocorra com mulheres “impuras”, que trazem em si um elemento masculinizante trouxe diversas reações nos Estados da África. Entre a aceitação e a revolta, não havendo uma alternativa africana aos padrões colocados, a partir da década de 1970, os países passaram a assinar tratados favoráveis à condição feminina.

A sociedade civil, porém, não concordava com a ruptura de valores tidos como a base da sociedade. Muitos países preferiram colocar os tratados como princípios a serem seguidos, e não leis que obrigassem a população, por essa tensão entre valores. A jurisprudência desses países passa a funcionar como dois regimentos, um tradicional e um “avançado”, onde decisões podem ser tomadas como base, ou princípios trazidos de tratados.

Dentro das sociedades africanas praticantes, o CGF é tido como um valor correto que deve ser mantido; homens e mulheres acreditam em tal fato. A prática e a criação do discurso regional, extrapolando as barreiras dos Estados, baseada na castidade e purificação da mulher, é demonstrada pelos Estados praticantes quando esses discursam a favor da identidade cultural acima das normas de Direitos Humanos (STEARNS, 2007, p. 225) (TOLOSSA, 2004, p. 27) (IDE, 2000, p. 1).

A crença de as mulheres terem que passar por tal ritual pode ser considerada boa, pois assim os membros desses Estados, em sua maioria, a vêem. Há, em Estados bastante díspares entre suas etnias, algumas similaridades que os fazem mais coesos. São, além dos rituais de preparação para a vida adulta, estilos de vida, e entendimentos culturais que ultrapassam as crenças religiosas, que criam uma intersubjetividade entre os habitantes desses locais (TOLOSSA, 2004, p. 27) (IDE, 2000, p. 1).

Outro motivo para a aceitação do relativismo entre os países africanos é que esse princípio encoraja diferentes países a conviverem com suas diferenças, sem caráter impositivo (IDE, 2000, p. 1), tentado agir diferente dos colonizadores, e de forma a tentar integrar esses povos em uma futura integração regional, agora embrionária, que é a União Africana. A flexibilidade ocorre pelo fato de todos os países tentarem preservar suas identidades, o que seria um jogo ganha-ganha. "A identificação com o outro depende de quem é o outro, do que está em jogo na interação e da satisfação das próprias necessidades" (TOLOSSA, 2004, p. 29).

O nascimento da ONU traz em si uma nova dimensão de mundo, embasada nos iguais direitos de todos os seres humanos, na tentativa de evitar que crimes como os presenciados durante a Segunda Guerra Mundial voltassem a acontecer. Em sua carta de fundação, A Organização já coloca o respeito pela igualdade dos homens; a ONU, porém, não se caracteriza como um governo mundial, e não possui poderes para obrigá-los. O princípio que norteia a ONU é a auto determinação dos povos, o que dificulta as ações em prol dos Direitos Humanos (LAFER, p. 1, 1995).

A ONU, assim como todas as OI's, surge de uma falha da sociedade internacional, ou seja, da incapacidade da Liga das Nações em lidar com a conjuntura entre Guerras. A ONU contou, primeiramente, com o diferencial de ser acolhida pelos países com maior poder no sistema mundial, o que lhe deu legitimidade diante da maioria dos Estados. A criação de convenções e tratados de Direitos Humanos implica que Estados com maior e menor peso buscam a cooperação para diminuir as assimetrias entre si em vários campos. Isso objetiva a criação de um cenário internacional que possa levá-los à cooperação. O mundo, também, necessitava garantir-se, criar certezas de que as atrocidades vistas não voltariam a acontecer, daí a necessidade dos Direitos Humanos como agenda Internacional (KEOHANE, 1982, p. 326).

Durante a Guerra Fria os princípios da Carta da Onu não foram utilizados em larga escala, sendo utilizados mais problemas ideológicos que problemas de descaracterização de direitos fundamentais, exatamente pelos seus custos serem antagônicos à vontade dos Estados, trazendo menor poder, menos aliados e custos, militares, econômicos e políticos que os Estados não teriam condiç e dos Estados, trazendo menor poder, menos aliados e diminuindo a capacidade de tais Estados de controlar os resultados ões de arcar naquele momento. De fato, apesar dos avanços dos Direitos Humanos durante a Guerra Fria, como as declarações assinadas, os princípios estabelecidos, esses não eram a agenda primordial dos Estados. Na verdade, apesar de a segurança ser o centro das questões, após a crise do petróleo e da fase de distensão, outras agendas passaram a ser vistas, entre elas os Direitos Humanos, mesmo que sem grande efetividade (MANDUCA, p. 11) (KEOHANE, 1982, p. 326).

Nesse período o monitoramento multilateral de Direitos Humanos era mal visto, pois uma potência poderia favorecer os integrantes de seus blocos, ou criar massivas denúncias contra Estados de ideologia diferente. Os pedidos, a partir da década de 1960, pelos países africanos e asiáticos ingressarem na ONU, pediu-se maior atenção às questões de Direitos Humanos, com o intuito de que os países mais favorecidos colaborassem com o fim da fome nos continentes; a questão aqui não era unicamente de financiamento, mas uma relação entre vulnerabilidade e sensibilidade, onde, em um primeiro momento, os países financiados por uma potência aliar-se-iam automaticamente a ela, e em um segundo momento haveriam disputas entre Eua e

URSS para o maior poder na região. Como os países africanos tinham recém passado pelo processo de descolonização, e não pretendiam colaborar cegamente com as potências, decidiu-se não se alinhar, mas não contentar doações feitas próximas à celebração de acordos ou reuniões da ONU (KEOHANE, 1982, p. 334) (WELCH, 2008).

Outro documento importante no Pós-guerra, apesar de não ser um tratado é a Declaração Universal de Direitos Humanos, não vinculativo e não haver igual atenção a todos os direitos pelos diferentes blocos; os soviéticos deram maior expressão aos direitos econômicos, sociais e culturais, e os Ocidentais aos direitos econômicos e políticos, ambos vinculados à questão ideológica. Outro problema é que as potências, que deveriam proteger a população dos seus aliados de crimes contra a humanidade, por vezes caracterizavam ditaduras como "benignas", fechavam os olhos a massacres, e esqueciam direitos, como o da saúde para manterem o poder nesses Estados, desde que esses líderes fossem atrelados aos interesses da potência aliada (SOARES, 2008).

Mesmo com tais limitações, os avanços do Direito Internacional durante a Guerra Fria não podem ser negados. Mesmo com divergências quanto ao seu texto, a escrita do que pertence ao homem como pessoa humana colaborou para várias ações pontuais para defender Direitos Universais.

A década de 1975 a 1985 foi intitulada, pela ONU, como a década internacional para o avanço da mulher. Houve críticas por tal nomeação por países como a Inglaterra e a França, onde mulheres já tinham conquistado direitos, e em países como a União Soviética, onde as mulheres eram tidas como parte importante da política bolchevista. Em países que ainda não tinham boas condições sociais, porém, a década trouxe união a movimentos feministas fragmentados (HOLLANDA, 2004).

A ONU viu, nessa década, as mulheres em sociedades formando organizações de gênero, e assim um grupo de atuação que poderia ser compreendida como um ator nacional, e essa intersubjetividade geraria uma organização transcendente de fronteiras, tornando-se um momento importante para as questões de gênero, pois se tornaram foco de algumas políticas internacionais e sujeitos de Direito Internacional. Tomou-se a consciência que o tratamento dado às mulheres influenciava na economia política, pois através delas vê-se a fertilidade, a capacidade produtiva, a alocação delas, limitadamente, nas guerras, e os crimes de guerra cometidos contra elas e os crimes de guerra contra civis, dos quais se destaca o estupro (HALLIDAY, 1999).

É importante colocar que a questão da mulher emerge não apenas pelo campo político, mas pela sua ascensão econômica, tornando uma importante questão internacional, necessitando ser reconhecida igualmente como mão de obra igualmente capacitada. Durante a crise do petróleo as mulheres passaram a ser mais colocadas no mercado de trabalho, exatamente pela vontade de trabalhar, por terem qualificação muito parecida com os homens e por exigirem salários mais baixos; os custos para as empresas que as contratavam eram menores não apenas financeiramente, mas os Estados que regularizavam a questão feminina deixavam de sofrer represálias desses grupos.

Durante essa década fora aprovada a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, que é um documento que foi assinado por 168 Estados, porém é um dos com maior número de ressalvas, pois os países acreditavam

que a internalização seria lenta, dependendo de mudanças culturais em seus países. O maior número de ressalvas está na questão da igualdade entre homens e mulheres dentro da família, pois ataca questões religiosas e morais muito fortes, como o caso da poligamia, apenas masculina, em países islâmicos (PIOVEZAN, 2002) (SANTO, 2006).

As pressões que os grupos patriarcais exerciam nos Estados Orientais não devem ser minimizadas, pois por milênios foram a base de uma sociedade transfronteiriça oriental, sendo ainda um ator importante nessas sociedades. A questão é que o Ocidente é igualitário, mas diante das transformações que o século XX trouxe, os custos para a manutenção da exclusão total das mulheres seria muito grande, causando uma crise de legitimidade dos Organismos Internacionais. O poder do patriarcado, no Ocidente, encontra-se difuso (MOND, 2003).

Além disso, adeptos à corrente relativista de Direitos Humanos criticavam essa universalização, pois a moral estava acima de ordenamentos jurídicos. Em alguns países, temia-se que a especial proteção fizesse com que as mulheres, tomadas de posição privilegiada na sociedade, pudessem utilizar disso para tomarem o poder (SANTO, 2006).

A convenção procura não apenas erradicar a discriminação à mulher, mas promover estratégias que solicitem a igualdade. Combina a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade. As ações da ONU, porém, não financiaram organizações que promoviam a igualdade das mulheres perante os homens, nem programas para mudar as concepções sobre as mulheres. Mas as mudanças em países de Terceiro Mundo foram visíveis durante a década, levando mais mulheres ao mercado de trabalho; porém a necessidade dessa nova mão de obra surge, também, pelos problemas causados pela crise do petróleo, onde as mulheres sentem-se na obrigação de contribuir para a renda doméstica (HOLLANDA, 2003) (PIOVEZAN, 2002).

A importância da Declaração para a questão do CGF é que, apesar da ausência de ações para o combate da prática, exceto em alguns países durante o período colonial, cria-se uma noção especial de proteção do corpo da mulher, com direitos específicos. Mesmo que incorporar as premissas dessa declaração e faze-las valer leve tempo, começa a haver uma preocupação internacional, de homens e mulheres, para que a dignidade do corpo feminino seja respeitado. A Declaração não fala, porém, da violência contra a mulher especificamente, mas recorda que atos violentos são, também, uma forma de discriminação. De fato, alguns países ocidentais também teriam receio de assinar um acordo que versasse contra a violência naquele momento exatamente pela questão cultural imposta às mulheres naquele momento.

A Década Para o Avanço da Mulher termina com essa Declaração, e a partir desse momento foca-se na liberdade soberana dos Estados em criar meios, dentro de seus sistemas culturais e com os meios econômicos que dispusessem, para reduzir a desigualdade, e com o tempo que fosse necessário, acabar com a discriminação contra a Mulher.

Porém a declaração foi assinada ainda no âmbito da Guerra Fria, e apesar de as novas agendas começarem a tomar força, elas eram, ainda, reduzidas por se tratar, primeiramente, das questões de segurança, sendo as outras agendas levadas em conta,

mas ainda sem ser o foco do Estado. Havia ainda a questão da crise do petróleo, que levou os Estados a voltar-se para a economia, o que atrasou ainda mais o avanço feminino durante a década que a ONU tinha estipulado como focada à mulher.

A ONU fora criada para acomodar Estados em uma diferente organização do que a que é vista hoje. Sua forma visava manter as potências, primeiramente as que se confrontaram na Segunda Guerra Mundial, e depois EUA e URSS na Guerra Fria, além de lançar medidas para "proteger" o terceiro mundo. A Organização das Nações Unidas enfrenta uma mudança na Sociedade Internacional que é a reformulação do papel do Estado e de suas capacidades. A ONU possui dificuldades em lidar com a erosão da soberania pelos novos atores de RI, que os influenciam os Estado em medidas diferentes da Organização. Os limites da ONU, incapaz de influir nos assuntos internos dos países, que foram os motores para a sua criação, são hoje o que a torna pouco capaz de pressionar os Estados em questões de Direitos Humanos (ALBUQUERQUE, 1995) (PAVLOV, 2000).

De fato, a ONU foi criada como meio de as grandes potências influírem em outros países, dando-lhes legitimidade, além de agir apenas em causas que lhes interessassem. O sistema da ONU distancia-se cada vez mais da realidade do Sistema Internacional, por depender de contribuições de seus membros, através da delegação de suas soberanias, para manter-se ativa, o que dificilmente ocorre no campo de Direitos Humanos (PECEQUILO, 2004).

Mesmo a ONU ainda tendo credibilidade internacional, seus atuais moldes são insuficientes para lidar com violações de Direitos Humanos como o CGF. Atreladas a certos pontos que os Estados negam-se a delegar soberania, por considerarem seu direito à autodeterminação maior do que renegar as questões culturais, milenares e que, algumas vezes, são utilizadas para a manutenção da coesão social, as violações continuam a existir, pois estão além do alcance da ONU. Nas palavras de Keohane:

> Sometimes states ignore the norms and procedures embodied in these solutions, sometimes states interests diverge too much to permit agreement on how these institutions might be used to cope and security problems, and sometimes institutional forms themselves hinder effective cooperation (KEOHANE, 1999, p. 325).

O que Keohane mostra é que tais instituições evoluíram em certos aspectos, como a questão de peacekeeping, exatamente por tratar de questões que avançam além da capacidade estatal, e inclusive, agindo internamente. Esse tipo de regime mostra-se efetivo por evoluir, muitas vezes, de uma maneira não esperada pelos Estados que os financiam. Quando o regime é aparentemente capaz de lidar com forças conflitantes, ele evolui para uma forma mais constrangedora aos estados. Tal conceito ainda não é visto em todas as questões de Direitos Humanos, apesar das evoluções em alguns crimes contra a humanidade, como o genocídio.

Essa indefinição dos Estados Africanos sobre temas de Direitos Humanos ocorre, exatamente, pelos fins que os Estados buscam atingir quando ingressam nesses regimes,

o que, como foi exemplificado no caso da Polônia e a Convenção dos direitos da criança, envolve mais o momento político que o país passa do que uma questão meramente ligada ao Direito Internacional. É também importante destacar que as preferências dos Estados não correspondem às suas ações. Um Estado africano pode preferir respeitar os Direitos Humanos, mas suas demandas internas, e sua estratégia para manter o país coeso vão contra esse pressuposto (KEOHANE, 1999, p. 327).

Tentando trazer um sistema de constrangimento mais eficaz do que a que a ONU o submetia, o continente Africano iniciou um sistema específico de proteção à pessoa humana, baseada na igualdade, mas também tendo em vista que algumas questões culturais são mais importantes que a igualdade de Direitos Humanos em si. Responde por diferentes povos, com culturais muito diferentes, e ainda, países que se sentiram injustiçados com a provável ocidentalização das Nações Unidas.

Através da União africana surgiu a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos e seu órgão judiciário, o Sistema Africano de Direitos Humanos. A carta ressalta que é impossível existir qualquer Direito Humano se as tradições milenares de seus povos não forem respeitadas. Como visto anteriormente, o CGF é profundamente conectada às questões culturais e à identidade dos povos do nordeste africano. Sua prática seria, então, colocada à parte pelo sistema de proteção. A idéia da carta africana é que protegendo a coletividade se protege o indivíduo nela inserido, através da intersubjetividade (PIOVEZAN, 2006).

A denúncia de violações de Direitos Humanos ocorre de membro para membro, o que traz as questões de Direito para um plano mais político, visto que o denunciante tem nome aberto. O que pode, por um lado, trazer prestígio ao Estado, como defensor da dignidade humana, pode também dificultar sua relação com o denunciado, o que poderá levar a Corte Africana a uma troca de acusações pouco fundamentadas, baseadas em questões nem sempre relativas à pessoa humana (BICUDO, 2003).

Um dos objetivos da União Africana é defender a soberania dos países (RIBEIRO, 2007, p.41). O que soa diferente quando se refere às Organizações Internacionais, pois essas retiram parcialmente a soberania dos países, colocando certos assuntos em uma ingerência externa. De fato, a União Africana não traz respostas políticas às questões internas de seus membros, mantendo órgãos que são consultivos, além de não ser "possível estabelecer mecanismos capazes ou eficientes na promoção dos direitos básicos que deveriam ser assegurados em âmbito interestatal" (RIBEIRO, 2007, p. 60).

Com países muito jovens, que foram descolonizados muito recentemente, a integração é vista com certo receio, por um lado, pela quebra da unidade que fora custosa para se conseguir. Com nacionalismos ainda fortes, além da questão étnica, que cria uma identidade diferente da nacional, que são empecilhos à integração desde a criação da Organização da Unidade Africana (RIBEIRO, 2007, p. 41).

Os que defendem um único Estado africano colocam que há a necessidade de se combater o neocolonialismo que se colocou na África desde as independências, que vinha influenciando na esfera da política interna desses países. Mias que afirmarem-se soberanos e permitir tal influência, o chamado Grupo de Casablanca acredita que apenas um novo movimento, que englobe as diversidades desses povos, mas os coloque sob

uma tutela comum, poderá ir contra a nova forma de colonialismo (RIBEIRO, 2007, p. 42).

Como a primeira corrente, que busca fortalecer-se internamente, ou o chamado Grupo de Monrovia, prevê passos cautelosos para que se possa chegar a uma integração regional, até o momento é a mais comum na África, exatamente pela proteção à soberania. Porém, para lançarem-se a novos passos rumo a uma efetiva integração regional, e para haver a possibilidade de que a incipiente Corte Africana de Direitos Humanos ser um órgão efetivo de constrangimento internacional, existe a necessidade de se rever a questão da inviolabilidade soberana.

ONG's são "Any international organization which is not established by intergovernmental agreement" (ONU, 1994, Citado por AHMED, p. 8, 2006). Suas exceções são de não estimular a violência, não ter fins lucrativos, não ser uma escola, universidade ou partido, não representar apenas um grupo restrito quanto às questões de Direitos Humanos, mas as pessoas que sofreram violações como parte da universalidade desses direitos (AHMED, p. 8, 2006).

Como os Direitos Humanos são uma agenda internacional relevante, e muitas vezes, como é o caso do CGF, os Estados não cumprem os tratados internacionais em nome da sua soberania, é necessário que esses novos atores tomem o papel da sociedade civil que se sente violada com essa prática, ou que a quer fortalecer em nome da cultura. Através de mecanismos capazes de moldar políticas públicas ao seu favor, as ONG's são fontes de mudanças em nome de Direitos julgados por elas como importantes (JARVIK, 2007).

As Ongs tentam estimular a cooperação embasadas nos princípios da ONU de Direitos Humanos, como trazer aos olhos dos cidadãos comuns as violações que ocorrem em diferentes lugares, através de periódicos, e-mails, sites, jornais, para que haja a mobilização dessa população para pedir posições de seus governos quanto às atitudes de outros. As ONG's se tornaram atores capazes de constranger os atores internacionais tanto "de cima para baixo" (através de mecanismos de OI's que permitem as denúncias das ONG's), ou "de baixo para cima" (através da mobilização da população nacional para pedir que seus governantes criem novas políticas).

O que alguns países africanos vão contra é exatamente pelo fato dessas ONG's levarem conceitos ocidentais para a população, o que levaria a um "imperialismo de ONG's" (HALEBSKY, 1995, p. 295, citado por Mandair, 2008). Segundo HALEBSKY, as ONG's que dirigem-se a países pobres influenciam a população não a lutar pelos seus direitos, mas a votar em partidos liberais que correspondam aos interesses de países ricos, ou visões de mulheres que não corresponderiam às sociedades africanas, causando mais perdas do que danos.

Na realidade os direitos multiplicaram-se, devendo-se ver as ONG's por quais direitos fundamentais representam. Mesmo que o aparato legal e as formas de agir sejam parecidas, as ONG's podem procurar estabelecer questões de igualdade, liberdade, ou também de direito de auto determinação. O fato é que essas organizações não podem ser ignoradas pelos governos, pois constituem instrumentos de pressão a favor de Direitos Humanos, mesmo que ainda não sejam fontes de demandas idênticas, por terem fins diferentes (MANDAIR, 2008).

A Anistia Internacional é uma das ONG's que vai sumariamente contra o CGF, colocando várias questões psicológicas e físicas, que agrediriam a pessoa humana, incluindo que questões culturais atreladas ao costume iriam contra a medicina moderna, e por isso a extinção do CGF se faria necessária (ANISTIA INTERNACIONAL, 1997).

Uma ONG que protege os direitos dos povos é a Maasai association, que busca a preservação da cultura através da autodeterminação do povo Maasai, que vê como uma necessidade o ritual de passagem para a vida adulta. Através desses preceitos, busca-se a integração da população, o que só poderá ser feito se houver um povo unido (MAASAI ASSOCIATION, 2008).

Entendendo que o conceito clássico de soberania não correspondia mais à realidade - como um país que possui supremacia interna e a independência de autoridades externas. KEOHANE (p. 282, 2003) entende que existem graus de soberania e diferentes formas de exercê-la. Quase todos os Estados mantém a soberania interna. Em sua concepção, a soberania interna consiste em uma organização de autoridade dentro de um território de certo Estado, o que é comum a todos os Estados soberanos. Na atualidade não se pode negar a quebra parcial da soberania de Westfália com o advento dos novos regimes internacionais.

Se por um lado o Estado exercita a soberania através de sua vontade de agir, como o princípio internacionalmente aceito de não intervenção, por outro a capacidade de agir de um Estado é limitada pelos novos atores internacionais. Os graus de Soberania mostram qual a capacidade do Estado em lidar com essas duas forças.

O Direito de autodeterminação dos povos ficou mais evidente a partir da

metade do século XX, quando as sociedades civis passou a se organizar e pedir maior voz à cultura local. Os indivíduos passaram a receber e aprenderam a lidar com demandas transnacionais. Porém, é um poder popular que se encontra em um Estado, que muitas vezes lida com valores antagônicos aos da população, até mesmo por causads pluralidade de etnias em seu território. A heterogeneidade etnica faz com que alguns governantes representem não si próprios, mas ao grupo

étnico ao qual pertencem. Isto ocorreu algumas vezes nos países africanos praticantes (APRM, 2006).

Em alguns países já ocorre a proibição, por lei, do CGF, como em Burkina Faso desde 1996. O trabalho daquele governo pauta-se em conscientizar líderes tribais sobre as conseqüências da prática. E, tambem as anciãs em grupos matriarcais. Para isso que essas lideranças repassem à população, ja que eles representam as bases das tradições. Apesar de não ser contrarios ao governo, essas pessoas muitas vezes não mudam de pensamento por acreditarem que os problemas advindos do CGF são causados por punição divina ou são obra de maus espíritos (STOLZ, 1998).

O número de excisadas, em dois anos de proibição, retraiu de setenta para sessenta e seis por cento das mulheres. Os avanços em grandes cidades são mais rápidos pela menor interferência de grupos tradicionais. Em menores vilarejos a mudança cultural é mais lenta e sofre a direta interferência desses líderes. Mesmo com os atuais esforços do governo, sabe-se que a total efetividade da lei ocorrerá apenas dentro de algumas

gerações. Mesmo mulheres adultas que não passaram pela excisão vêem o costume como necessidade; algumas que têm problemas para conceber, ou que perderam bebês, convencem-se que necessitam da operação para ultrapassar esses problemas (STOLZ, 1998).

No Egito, desde 1959 é proibida a infibulação; a retirada parcial do clitóris deveria ser feita por médicos. O objetivo era que se a cirurgia fosse feita em hospitais, pois isso reduziria os efeitos físicos e psicológicos das mulheres. Em 1995, porém, houve a criminalização da prática (ELLIS, FERGUSON, 1995).

No Sudão algumas formas de CGF foram consideradas ilegais. Porém o corte da parte do clitóris que se projeta externamente não é contra a lei. O Ritual continua a ser praticado, porém com menores cortes (ELLIS, FERGUSON, 1995).

No Quênia não existem leis proibindo a prática. Há um plano de ação para a eliminação do CGF, que é coordenado pelo Conselho de Práticas Tradicionais e uma organização de mulheres quenianas chamada MYWO (Maendeleo Ya Wanawake Organization). Também existem conselheiros do PNUD, OMS, e ONG's que aconselham quais passos o plano deve seguir para uma correta eliminação da prática sem rupturas culturais bruscas com a cultura. Alguns grupos religiosos também enviam observadores para as reuniões do plano de ação nacional (KENYAN STATE, 1995).

Como visto, no Quênia ainda há cautela diante do fim da prática. As várias etnias, inclusive as que pedem a criação de novos Estados, como os Maasai, são muito ligadas aos ensinamentos de Kennnyata, que acreditava que o Quênia só poderia constituir um país forte se mantivesse viva a tradição dos povos. Por meio dessas tradições as pessoas veriam o que possuem em comum; o fim do CGF seria a falta de unidade no que tange à identidade sexual dos povos, que até o momento, tirando os Luo e os Luhya, é bastante uniforme (KENYATTA,1965, p. 126).

Desde a independência o Quênia tenta se modernizar para tornar-se um país competitivo buscando olhar para frente economicamente. Ao mesmo tempo, procurava embasar-se na cultura e nos grupos étnicos quenianos, e na sua estrutura, pois as instituições deveriam refletir a realidade africana. As leis tribais tornaram-se uma das quatro alentos do direito queniano, junto com a Common Law, a lei indiana e os estatutos específicos do Quênia enquanto colônia (NGUGI, 2007).

Segundo uma pesquisa realizada em 2007 pelo International Republican Institute, a etnia de candidatos à cargos públicos é o terceiro fator colocado por eleitores que influencia os quenianos a votar. E, a expectativa com as eleições era de que as pessoas tivessem mais voz diante dos governantes. A falta de mulheres no poder e a falta de representação que elas tinham diante do governo foram sentidas; mas a maioria deles não votaria em uma mulher para a presidência ou para a Assembléia Geral (50,5% da população).

A constituição do Quênia, que deveria ser aprovada em 2007, fora desaprovada pela população em referendo por, entre outros motivos, não representar a diversidade étnica do país. Mesmo buscando a modernização, a política queniana ainda enfrenta populações que, acima de se verem como quenianos, vêem-se como membros de tribos com passados diferentes (NGUGI, 2007).

A ocidentalização na África, em geral, iniciou-se com o colonialismo e a imposição de uma cultura alheia às tradicionais. A imposição de valores exógenos, como a família nuclear, o sistema ocidental de vida, mostrado em cinemas e na literatura dos colonizadores, fez com que algumas dessas questões fossem internalizadas, mas sem o abandono das suas culturas locais. Isso o que trouxe, para os habitantes de grandes cidades, um novo tipo de tradicionalismo. Embasado na questão de etnias, mas aceitando um modelo de vida mais ligado ao ocidente, a síntese das duas culturas é uma realidade para muitos africanos que se defrontam com um tradicionalismo muito forte e um mundo ocidental que não comporta algumas dessas tradições (IRELE, 2008).

Os avanços das Organizações Internacionais sobre o CGF se iniciaram durante a década para avanço da mulher das Nações Unidas, quando, após a pressão de várias mulheres africanas para a ONU tratar do tema, a OMS começa a agir. Com extrema cautela por reconhecer toda a questão cultural implícita nessa prática. Em 1979 realizou-se um seminário no qual se explanou sobre os malefícios que o CGF poderia trazer. Apenas em 1982 a OMS enviou cartas aos governos dos praticantes para a adoção de políticas de abolição da prática, por meio da intensificação de programas educacionais sobre o CGF e desenvolvimento de Organizações Femininas comprometidas com a conscientização das mulheres (STEARNS, 2007, p. 231).

O alcance dos impactos dos valores internacionais na África foi considerável. Claro que houve inúmeros empecilhos. Muitas mulheres, para não mencionar os homens, ainda não concordavam com a subversão das práticas tradicionais (STEARNS, 2007, p. 231).

Para teóricos de direitos humanos ligados à ONU, o que é exigido dos países por intermédio dos tratados não é uma afronta a nenhuma cultura, pois se entendeu que é o mínimo ético necessário aos Estados. Visto que não há coerção por parte da Organização para a assinatura de Tratados e que a discussão busca, até certo ponto, um consenso - e que há a possibilidade de haver ressalvas por parte desses países - a ONU crê que a partir do momento que um Estado buscasse ingressar em um pacto internacional, encara-se que não existiriam choques entre o que fosse assinado e as demandas internas (SHENKER, 1995).

Estados fracos são geralmente favoráveis as Organizações e aos Regimes fortes, pois estes diminuem as assimetrias de poder entre Estados. Os casos de ajuda humanitária, nesse ponto, foram benéficos aos países menos desenvolvidos por lidarem com questões que esses países não podiam tratar com a devida atenção. E também favoreceram os países fortes por causa da legitimidade que eles constituíram em lugares antes colonizados por eles (WEITZ, 1993, p. 377).

É importante esclarecer, para os países praticantes, que a negação não vem contra a cultura na qual está inserido o costume, mas apenas contra o costume em si. Não se pretende acabar com as iniciações à vida adulta, mas que essas iniciações respeitem os princípios de Direitos Humanos. A afirmação da importância da virgindade, o respeito pelos idosos, a grande consideração pela família, o respeito à religião devem ser mantidos, assim como a festa para uma garota que entra na puberdade, onde lhes servem

comidas tradicionalmente dadas àquelas que se tornam adultas, que tentam, ainda não com grande sucesso, serem implementadas pelas ONG's que trabalham nesses países (DUNCAN, 2001, p. 245).

Outra alternativa é manter as garotas em um quarto, refletindo sobre a transição à vida adulta, em um acampamento, onde os anciões discursam sobre a postura tradicional da mulher, como mãe fiel, e da importância da educação e disciplina. Pede-se que as garotas não esqueçam as práticas tradicionais, os cânticos e provérbios. Então se coloca todas as garotas em fila e há, simbolicamente, sem violência, leves batidas nos corpos das garotas, para reprimir a desobediência. Há cantos e danças tradicionais, inclusive alguns que as mulheres que outrora circuncisavam ficam ao redor das iniciadas, simbolicamente demonstrando o ritual (DUNCAN, 2001, p. 248).

As ONG's financiadas pela Alemanha estão disponibilizando uma certa quantidade de fundos como uma forma de gratificar comunidades que queiram, por iniciativa própria, acabar com a prática. Também recebem gratificações mensais as ex-excisadoras que não exercem mais a profissão (DUNCAN, 2001, p. 245).

No Quênia, uma ONG também coloca as meninas em reclusão por cerca de uma semana para aprenderem ensinamentos tradicionais sobre seus papéis como mulher, esposa, mães e como adultas dentro da etnia e da sociedade. A semana termina com cantos e danças tradicionais, e afirmações das iniciadas como mulheres. No Quênia, anciãs da comunidade Meru já adotaram o novo ritual e se posicionam contra o CGF (REAVES, 1997).

Se a tese de que há valores contrários à cultura Ocidental que são antagônicos à conformidade de valores, entre eles de Direitos Humanos propostos por ocidentais, poderá levar a um choque que coloque culturas frente a frente sobre a questão de iniciar as mulheres com o corte de seus órgãos sexuais e o valor da dignidade humana acima disso, por haverem concepções diferentes sobre o corpo das mulheres, há os que acreditem que esse choque pode ser evitado, por essa concepção não tratar com igualdade as culturas não Ocidentais.

A globalização vem colocando essas culturas cada vez mais próximas, deixando as pessoas, como já falado, em um novo tradicionalismo. Não crendo na necessidade da extirpação do clitóris e acatando conhecimentos médicos contemporâneos, mas na necessidade da mulher ser iniciada à vida adulta sem passar por um tratamento degradante. Não apenas há uma consciência maior das pessoas, como a tradição cultural em que ela está inserida continua a existir, o que não era previsto pelo choque (BHUTTO, 2007, p. 230).

O retorno às raízes culturais não leva a uma rejeição de todos os valores Ocidentais nos países africanos. Há, por parte dos Estados do nordeste da África, dependência econômica do Ocidente e a necessidade de cooperação em vários aspectos. O que leva a população a compreender que existem ligações positivas com o Ocidente. Mesmo que muitos os considerem imperialistas, não agem de maneira radical para acabar com todas as ligações com países ocidentais (BHUTTO, 2007, p. 230).

Assim, os Estados praticantes conseguem lidar com as duas pressões que enfrentam, tanto interna quanto externamente, vendo que o Ocidente não repudia toda a cultura

tradicional africana, apenas o ato de se cortar as mulheres. As iniciações alternativas vêm surtindo resultados positivos que agradam às duas demandas, podendo, em algum tempo, haver conformidade entre os dois valores.

CONCLUSÃO

Os praticantes do CGF o vêem como necessário para a manutenção de identidade por que o nascimento dos Estados do nordeste africano foi embasado em movimentos nacionalistas embasados na questão étnica. A cultura argumenta com motivos para essa prática, como fertilidade, evitar males à mulher e ao bebê, a castidade e fidelidade da mulher. É uma forma das mulheres se reconhecerem como pertencentes à um grupo.

Com os movimentos feministas tornando-se mais fortes ao longo do século XX, e através do intercâmbio dessas culturas com as européias, houve uma nova percepção sobre a prática, que contrariava os princípios de Direitos Humanos vigentes mundialmente, inclusive nos países que buscavam preservar a prática. Essa nova visão, embasada em regimes internacionais espontâneos que emergiram no pós-guerra, é regulada de várias formas por Estados que legitimam tais ordenamentos.

Diante dessa tensão houve protestos por parte dos praticantes para que fosse respeitado o Direito de autodeterminação, que também é previsto nos tratados de Direitos Humanos. Como haviam pressões para que esses Estados cumprissem esses acordos, através de leis nos países Ocidentais, financiamentos de programas que visassem acabar com o CGF e campanhas de ONG's feministas ou de Direitos Humanos pelo fim da prática, além de iniciar-se uma mudança de mentalidade na população através de campanhas que iniciam as mulheres à idade adulta sem a necessidade de cortes ou qualquer outro tratamento que fira a dignidade, Os Estados começam a aprovar leis que criminalizem a prática.

Mudanças culturais não são fáceis de ocorrer. Sua completa aceitação ocorre ao longo de gerações, mas como existem formas para que se continuem os rituais tradicionais sem os cortes, e como há um sistema de constrangimento forte que pune moralmente os Estados que não cumprem as determinações de um regime que ingressou por livre vontade, os Estados desenvolvem ações e propõem leis que recriminam a prática. Não se trata de uma ocidentalização, pois esses Estados não deveriam mudar as suas culturas para abraçar uma cultura única ocidental, mas apenas tentar fazer com que a passagem à vida adulta ocorresse sem danos à saúde feminina.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFRICAN PEER REVIEW MECANISM. *Country Review report number 3: Kenya.* Disponível em: http://beta.krazyboyz.co.za/aprm.org/index3.php?filename=APRMKenyareport_93772770fb62222339a1a8bb39f32ded.pdf. Acesso em 25 de Fevereiro de 2009.

AHMAD, Imad-ad-Dean. *Female Genital Mutilation: na islamic perspective.* Disponível em: http://www.minaret.org/fgm-pamphlet.htm. Acesso em: 27 de Agosto de 2008.

ARAREEN, Rasheed. *Modernidade, modernismo e o lugar da África na história da arte da nossa época*. In AICA. Senegal: 2005.

ARIS, Giselle. *Pan-Africanism: Competing Interpretations*. Disponível em: http://gainesjunction.tamu.edu/issues/vol3num1/garis/. Acesso em: 1 de Março de 2009.

BAILEY, R. *Trial intervention introducing male circumcision to reduce HIV/STD infections in Nyanza province, Kenya*. Acessado em: 10 de Março de 2009. Disponível em: http://gateway.nlm.nih.gov/MeetingAbstracts/ma?f=102237936.html.

BELL, Kirsten. *Genital cutting and western discourses on sexuality in Medical Anthropology Quarterly*. EUA: Macquaire University, 2005, Volume 19.

BHUTTO, Benazir. *Reconciliação: Islamismo, democacria e Ocidente*. Rio de Janeiro: Agir, 2008.

DIRIE, Waris. MILLER, Cathleen. *Flor do deserto*. SP: HEDRA, 2001.

ELLIS, Pamela FERGUSON, Ian. *Female Genital Mutilation: a review of current literature.* Disponível em: http://www.justice.gc.ca/eng/pi/rs/rep-rap/1995/wd95_15-dt95_15/wd95_15.pdf

. Acesso em 30 de Brasil de 2009.

HOLLANDA, Heloisa Buarque. *Artistas Plásticas do Rio de Janeiro 1975 – 1985*. Disponível em: http://www.tvebrasil.com.br/paranaodizer/txt_art_heloisabu.htm. Acesso em: 30 de Março de 2009.

HUNTINGTON, Samuel. *O choque de civilizações*. RJ: Objetiva: 1997.

IDE, Pascal. *A Arte de pensar*. SP: Marins, 2000.

KENYATTA, Jomo. *Facing Mt. Kenya*. Nova York: 1965. Vintage Books. pg 125-149.

KEOHANE, Robert. *Humanitarian interventions: ethical, legal and political dilemmas.* Nova York: 2003, Cambridge press. Pg 282 – 292.

KEOHANE, Robert. *Imperfect unions*. Nova York: 1999, Oxford Press. Pg 225 – 338.

KEOHANE, Robert. *International Institutions: can interdependence work?*. Disponível em: http://www.columbia.edu/itc/sipa/S6800/courseworks/international_keohane.pdf. Acesso em 8 de Maio de 2009.

KEOHANE, Robert. *The Demand for International Regimes*. Nova York: 1982. Harvard. pg 325 – 335.

KHADY. *Mutilada*. RJ: Rocco, 2006.

LAFER, Celso. *A ONU e os Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141995000300014&script=sci_arttext. Acesso em: 20 de Março de 2009.

MAASAI ASSOCIATION. Maasai Ceremonies and rituals. Disponível em: http://www.maasai-association.org/ceremonies.html. Acesso em: 20 de Abril de 2009.

MARCONI, Elisa. BICUDO, Francisco. *60 anos da ONU*. Disponível em: http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=779. Acesso em: 20 de Março de 2009.

OMS. *Eliminating Female Genital Mutlilation*. 2008.

PAVLOV, Oleg. *A teoria do "mundo multipolar"*. Disponível em: http://diplo.uol.com.br/2000-09,a1837. Acesso em: 4 de Abril de 2009.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. *Introdução às relações internacionais: temas, autores e visões*. RJ: vozes, 2004.

PIOVEZAN, Flávia. *Dicionário de Direitos Humanos: a carta africana e dos povos*. Disponível em: http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Carta%20africana%20dos%20direitos%20humanos%20e%20dos%20povos. Acesso em 11 de Abril de 2009.

PROTOCOLO DE MAPUTO. 2003.

SANTO, Iane Garcia do Espírito. *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1521. Acesso em: 4 de Abril de 2009.

STEARNS, Peter N. *História das relações de gênero*. SP: contexto, 2007.

TOLOSSA, Natalia Valeria. *A política européia de segurança e defesa e a formação da identidade coletiva*. RJ: PUC-Rio, 2004.

Tipo de Mutilação onde são retirados todos os órgãos sexuais externos da mulher, e costura-se a pele, deixando apenas uma pequena abertura.

Constitui na exclusão de autoridades externas na tomada de decisões dos governos internamente em assuntos domésticos (KEOHANE, p. 282, 2003).

PERSPECTIVAS REALISTAS E IDEALISTAS SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL EM PROCESSO DE FRAGMENTAÇÃO*

REALIST AND IDEALIST PERSPECTIVES OF INTERNATIONAL LAW IN THE PROCESS OF FRAGMENTATION

Henrique Weil Afonso

RESUMO

O Direito Internacional teve sua configuração alterada com o aumento da complexidade das relações internacionais advindas com o processo de globalização. Novas formas de conceber o Direito em nível global emergem, propondo uma superação de seu formalismo – da "unidade" para a "fragmentação" do sistema jurídico internacional – e legalismo em prol do reconhecimento de novos sujeitos de direito e novos modos de conceber o Direito Internacional. Novas fontes produtoras de normas atuam em nível transnacional, regulando matérias de elevada complexidade e desafiando as formas tradicionais de análise da ciência do Direito na esfera global. A soberania estatal passa a ser relativizada – intervenção humanitária, organismos monetários internacionais – ou reformulada – empresas de segurança privada atuando como extensão do poder estatal – de modo a se problematizar o status dos Estados no cenário internacional. Por um lado, os Estados não mais podem ser considerados os principais atores no cenário global; por outro lado, a influência de atores não-estatais – e de interesses não-estatais – faz-se cada vez mais presente, enfraquecendo o potencial emancipador do Direito Internacional no tocante à proteção dos Direitos Humanos, do meio ambiente e na construção de uma sociedade internacional menos desigual.É neste contexto que as Teorias das Relações Internacionais contribuem para o desenvolvimento do Direito Internacional: busca-se desconstruir os jogos reais de poder imiscuídos nas relações entre os Estados e demais atores, emergindo desta interação uma concepção de Direito Internacional que é, por um lado, carente de poder normativo e, por outro, por demais fragilizada para fazer frente aos desafios da sociedade internacional. Destarte, o aspecto político do Direito Internacional subjuga sua força normativa, e a sua compreensão exige dos internacionalistas uma abordagem mais abrangente e pluralista.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO INTERNACIONAL; UNIDADE E FRAGMENTAÇÃO; RELAÇÕES INTERNACIONAIS; SOBERANIA ESTATAL.

ABSTRACT

International Law has had its configuration distorted with the growing complexity of international relations originated from the process of globalization. New ways of conceiving law in international degree emerge, putting forth an evolution from its formalism – from the "unity" to the "fragmentation" of the international legal system –

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

and legalism in advantage of the recognition of new subjects of rights and new ways of engaging with International Law.New sources of norms perform in transnational level, regulating subjects of increased complexity and challenging traditional legal analysis methods in the global sphere. State sovereignty goes through dismantling process – what with humanitarian intervention and international monetary institutions – or is being reshaped – what with private security companies acting as extensions of state power – so that one may rethink States' status in the international plane. On the one hand, States can no longer be regarded as the main actors in the global scenario; on the other one, the influence that springs from non-state actors – and of non-state interests – is more than even present, which weakens International Law's emancipator potential concerning Human Rights protection, the environment and the construction of a more equal international society. Within such a context, International Relations' Theories add to the development of International Law: to deconstruct the power games that are immersed in the relations of States and other actors, and from this interaction there emerges a conception of International law that is, on one side, bereft of normative power and, on the other, exceedingly fragile if it is to face the challenges of the international society. Therefore, the political aspect of International Law downplays International Law's normative force, and the understanding of these consequences requires international lawyers a more comprehensive and pluralist approach.

KEYWORDS: INTERNATIONAL LAW; UNITY AND FRAGMENTATION; INTERNATIONAL RELATIONS; STATE SOVEREIGNTY.

1. INTRODUÇÃO

As abordagens tradicionalistas do Direito Internacional colocam os Estados em posição privilegiada na atividade de produção normativa – por serem estes os celebrantes de tratados por excelência. Entes dotados de soberania, os entes estatais emitem *opinio uiris* acerca de variados temas de interesse para o Direito Internacional. Da consolidação de determinadas práticas por uma generalidade de entidades estatais, originam-se as normas de Direito Costumeiro. Destas linhas mestras decorre uma apreensão unitarista do Direito Internacional, portanto concebido como um sistema jurídico unitário.

A crescente complexidade das relações internacionais, os desafios inaugurados com o processo de globalização e o desenvolvimento e interdependência econômica são alguns dos fatores que imprimem novas variantes para a análise do Direito Internacional. Neste novo e intrigante cenário, atores não-estatais – e também interesses não-estatais – disputam os mesmos espaços normativos que os Estados, regulando campos de elevada tecnicidade e instrumentalidade, que exigem abordagens marcadas por racionalidades específicas, muitas vezes isoladas e independentes das normas gerais de Direito Internacional – por assim dizer *fragmentadas*.

A compreensão das peculiaridades do Direito Internacional – em processo de fragmentação – exige uma interação com outras disciplinas que buscam apreender a disciplina internacionalista. Nesse sentido, as contribuições advindas do estudo das teorias das relações internacionais são particularmente importantes, uma vez que consistem em construções teóricas destinadas a compreender as relações e processos político, econômico, cultural e ideológico – e em certo ponto jurídico – que subsistem no plano internacional.

O Realismo Político adota uma posição mais pessimista em relação às tentativas de normativização do ambiente anárquico internacional. Uma visão instrumental, descrente e fragilizada do papel que o Direito Internacional desempenha é enfatizada. Já o Idealismo, por erigir-se em valores ditos universais e centrados na racionalidade econômica liberal, vislumbra um Direito Internacional mais fortalecido e administrado por instituições internacionais. No entanto, a desconstrução do argumento idealista revela a quais interesses e a quais discursos esta abordagem mais favorece.

2. O DIREITO INTERNACIONAL ENTRE A UNIDADE E A FRAGMENTAÇÃO

O fenômeno da globalização imprime novos desafios à ordem jurídica internacional. Novos sujeitos de Direito Internacional lutam por reconhecimento e por um papel mais ativo na consecução dos objetivos da agenda internacionalista. A lógica mercadológica, o liberalismo econômico e o ceticismo acerca da disposição dos Estados em reforçarem a aplicação das normas do Direito Internacional reduzem o potencial transformador do mesmo, que se modifica e se redefine aos moldes das forças atuantes no cenário mundial. O recurso à analogia com os ordenamentos jurídicos domésticos para explicar o funcionamento do Direito Internacional torna-se insuficiente e obsoleto: muitos são os elementos que retiram o caráter unitário do Direito Internacional – que se fragmenta –, devendo este ser analisado sob óticas mais condizentes com as estruturas e discursos presentes nas diversas racionalidades que competem pelo mesmo espaço normativo no plano global.

2.1 A unidade do Direito Internacional

Renomados juristas aceitaram o desafio de descrever a ordem jurídica internacional. Segundo Hart (1961), o Direito Internacional consistiria em um sistema jurídico primitivo, já que estão ausentes as denominadas normas jurídicas secundárias.[1] Entendimento diverso pode ser encontrado no pensamento de Hans Kelsen (2006), que vislumbra um sistema jurídico em estágio de evolução e que guarda estreita relação com o direito interno.[2]

As descrições propostas podem de fato retratar o Direito Internacional quando de sua gênese. Surgido no momento de consolidação do moderno Estado-nação na Europa do século XVII, o sistema jurídico internacional teve como função principal a regulação das relações entre os mais importantes sujeitos de direito em nível global.

A construção do Estado-nação como ente abstrato deu-se de forma desigual ao redor do mundo, tendo sua consolidação ocorrida primeiramente na Europa – Portugal, Espanha, França e Inglaterra em especial – a partir do domínio do poder do Rei sobre os senhores feudais, para em seguida afirmar-se perante o poder do Império e da Igreja do século XVII. A partir do seu estabelecimento no Velho Continente, os movimentos colonialistas levados a cabo pelas principais potências se encarregaram de propagar o Estado em nível internacional. A unificação[3] do exército, da moeda, do Direito, da cultura e a criação de uma nacionalidade única em seu interior foram essenciais à afirmação do Estado como ente abstrato, separado das figuras dos governantes (CREVELD, 2004).

O predomínio do Estado-nação como o legítimo ator em nível global deveu-se a algumas importantes formulações teóricas. Primeiramente, o conceito de soberania estatal inaugurou as noções fundamentais do monopólio do uso da força por parte das instituições estatais e o império do Direito no âmbito doméstico. A doutrina clausewitziana acerca do uso como da guerra com objetivos de fomentar a política externa estatal atinge seu ápice nos séculos XIX e primeira metade do século XX.

A partir da idéia de soberania estatal visualizou-se outro importante marco teórico para o plano jurídico internacional: a idéia de igualdade soberana entre os Estados. Atribui-se a Emmerich de Vattel[4] (século XVIII) a formulação do princípio da igualdade soberana estatal (LEE, 2004). A ampla aceitação desta formulação pelos Estados republicanos do século XVIII foi essencial para o projeto de enfraquecimento do poder monárquico e conseqüente consolidação do Estado-nação moderno. O princípio da não-intervenção em assuntos internos dos Estados seria, nesse diapasão, desdobramento e corolário da igualdade soberana entre os Estados.

Com efeito, o mesmo processo histórico que caracterizou a formação do postulado da soberania estatal marcou também a consolidação de um Estado de Natureza em nível internacional:

“A superação do estado de natureza, internamente, e a sua conservação (ou melhor, instauração), externamente, tornam-se, assim, as duas coordenadas ao longo das quais

se desenrola a história teórica e prática dos Estados soberanos modernos, ambas inscritas no código genético de tais Estados pela filosofia política jusnaturalista. Disso resulta um Estado moderno como sujeito soberano, que é fundado, laica e racionalmente, sobre duas oposições – por negação e por afirmação – ao estado de natureza: sobre a negação, enquanto 'estado civil', do 'estado de natureza' originário das sociedades primitivas e selvagens dos homens de carne e osso e, portanto, sobre a oposição entre 'civilidade' e 'incivilidade', como fonte de legitimação de novas formas de desigualdade e domínio; e, como corolário, sobre a afirmação de um novo estado de natureza paradoxalmente artificial porque produzido pelo mesmo artifício do qual nasce o Estado: *a sociedade selvagem, mas artificial, dos Estados soberanos, virtualmente em estado de guerra entre si, mas também coligados, como 'mundo civil', pelo direito-dever de civilizar o resto do mundo ainda não civilizado.*" Grifo nosso (FERRAJOLI, 2007, p. 25)

Destarte, o século XIX marca a consolidação de uma estrutura conceitual básica de Estado de Direito – influência da Revolução Francesa e da promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América – e sua gradual inserção no modelo de Estado-nação moderno produziu um Direito Internacional de co-ordenação: seu papel era fundamentalmente viabilizar as relações entre Estados independentes e autônomos, tomando a forma de um Direito meramente procedimental e que estaria a serviço dos Estados-nação soberanos. Marcado primariamente pela unidade e sistematização era, por assim dizer, um Direito voltado para a defesa do absolutismo nacional:

"Fundado na soberania suprema do Estado, pela qual qualquer idéia de auto-determinação e interferência externa em seus assuntos internos era uma aberração, suas características centrais eram que o uso da força armada como forma de realização de políticas seria legítimo, e que o estado de guerra entre dois ou mais países, com seu impacto em outros Estados tidos como ´neutros`, era a reconhecida condição das relações internacionais e era regulada pelo Direito". Tradução livre[5] (ROSENNE, 2002, p. 25)

2.2 A fragmentação da ordem jurídica global

A função coordenativa do Direito Internacional em face dos Estados foi objeto de profundas alterações no decorrer da segunda metade do século XX. De forma mais específica, as referências à iniciativa de criação da Liga das Nações[6] – em 1919 – já apontam para as profundas mudanças que marcaram o século por começar.

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) no cenário resultante da Segunda Guerra Mundial representa a emergência de um novo momento para o Direito Internacional. Ao assumir uma configuração mais ampla que um mero "Direito dos Estados", o sistema jurídico internacional passa a reconhecer o importante papel desempenhado pelas organizações internacionais e, em certa medida, pelo ser humano. Novas matérias passam a ser incorporadas em seus domínios, assim como a realização de objetivos comuns a todos os povos – desenvolvimento, promoção de direitos humanos, preservação do meio ambiente, dentre outros. Nesse sentido, a restrição das hipóteses de recurso ao uso da força armada[7], o amplo respaldo estatal à ONU e a codificação de um conjunto de direitos referente a todos os seres humanos são elementos que muito bem ilustram os novos desafios do Direito Internacional.

O Direito Internacional contemporâneo regula uma gama muito ampla de temas – com destaque para os Direitos Humanos, os crimes internacionais, o comércio internacional e o meio ambiente. Para tanto, novas fontes produtoras de normas ganham força, regulando matérias de elevada complexidade e especificidade, dando origem a regimes próprios – *fragmentados* – e que vêm se tornando cada vez mais independentes das normas de Direito Internacional geral. E não apenas no âmbito normativo a ordem jurídica internacional se transforma: as últimas décadas também foram marcadas por uma proliferação de tribunais e cortes internacionais[8] destinados à resolução de uma miríade de conflitos internacionais. Gunther Teubner e Andreas Fischer-Lescano (2004) contabilizam 125 instituições internacionais que se enquadram nos requisitos de tribunais ou cortes, isto é, instituições nas quais autoridades independentes proferem decisões de cunho legal:

"Dentre outros, esta jurisdição internacional compreende a Corte Internacional de Justiça (CIJ), a Corte Internacional para o Direito do Mar, vários tribunais para reparações, cortes e tribunais penais internacionais, instâncias nacionais-internacionais híbridas, órgãos judiciais para comércio e investimento, tribunais regionais de direitos humanos e instituições derivadas de convenções, assim como outras cortes regionais, como a Corte Européia de Justiça [...]" (2004, pp. 1000-1001)

Assim, o processo de fragmentação do Direito internacional desenvolve-se em três níveis:

"No primeiro nível observa-se que a hermenêutica do Direito Internacional passa a ser realizada por diferentes sujeitos, de forma a ampliar as possibilidades interpretativas e contribuindo para o desfazimento de sua unidade. Ao lado dos Estados, podemos vislumbrar as organizações internacionais e indivíduos usufruindo de direitos e incorporando certos deveres para com a ordem jurídica transnacional. Já em um

segundo nível constata-se a criação de novos regimes ‘às margens’ das normas de Direito Internacional geral, isto é, regimes que repudiam a estrita obediência ao texto legal, preconizando a realização dos objetivos mais específicos. Nesta seara, Martti Koskenniemi [...] aponta para os tratados de Direitos Humanos. No terceiro nível há de se identificar a ocorrência de conflitos entre os diferentes regimes: um mesmo acontecimento pode ser visto por óticas diversas – e não raras vezes conflitantes – na medida em que os regimes fragmentados não possuem limites claros e bem definidos.” (AFONSO, 2009, p. 62)

William Burke-White (2004) enfatiza que o crescimento no número de normas criadas desde o fim da Segunda Guerra Mundial – originadas de tratados bilaterais e multilaterais – resulta em um aumento na densidade normativa do Direito Internacional. Conforme enfatizado pelo autor, não apenas eleva-se o número de matérias disciplinadas, como também a intensidade desta regulação é objeto de transformação: “A criação de tantas novas obrigações legais sugere que áreas anteriormente ao alcance da política nacional estão passando por um processo de legalização.” (2004, p. 968) Tradução livre.[9]

Especialistas apontam para diversos problemas práticos resultantes da adoção da ótica da fragmentação. Eventuais conflitos advindos superposição de jurisdições de diferentes tribunais representam um sério obstáculo para a manutenção de uma configuração estável para a ordem jurídica internacional. Como conseqüência, as formas tradicionais de resolução de conflitos de normas parecem ser insuficientes diante da emergência desta ampla variedade de interações e disputas de espaços normativos, devendo os esforços se concentrarem no âmbito do desenvolvimento de novos modos de superação de conflitos (BURKE-WHITE, 2004). Conforme pondera Joost Pauwelyn

“Não é mais possível resolver, por exemplo, questões referentes ao comércio de modo independente do problema da proteção ao meio ambiente ou a busca pelos direitos humanos. [...] O que deve ser evitado, entretanto, é que esta fragmentação leve à [formação de] ilhas de regimes auto-suficientes no direito internacional, desconectadas de outros ramos do direito internacional.” Tradução livre[10] (2004, p. 904)

Os desafios advindos da abordagem fragmentária do Direito Internacional tornam-se mais evidentes quando o foco é direcionado para os conflitos normativos resultantes da lógica da fragmentação. Nesse sentido, pode-se mencionar, a título de ilustração, a disputa envolvendo a quebra de patentes por parte do governo brasileiro na produção de medicamentos para o tratamento da AIDS, ocorrida em 2001.

Em princípio, a questão deveria ser tratada como mais um caso envolvendo uma querela tipicamente comercial, passível de ser submetida à Organização Mundial do Comércio (OMC), conforme fizera os EUA[11] em 2001. No entanto, um exame mais detido da controvérsia traz à tona diferentes modos de se conceber a disputa: (i) um conflito entre a lei brasileira de patentes e os direitos dos donos das patentes (empresas norte-americanas); (ii) um conflito entre a Organização Mundial do Comércio e a Organização Mundial de Saúde (OMS), isto é, um conflito entre diferentes políticas adotadas por estas instituições – uma questão de disputa entre jurisdições diversas; (iii) e um conflito envolvendo diferentes racionalidades que competem pelo mesmo espaço normativo.

O referido embate, que em uma interpretação superficial seria enquadrado como tipicamente comercial, resultou na elaboração de uma Resolução[12] por parte da Comissão de Direito Humanos da ONU no sentido da facilitação de acesso a medicamentos essenciais ao tratamento de pandemias tais quais a AIDS e de assegurar o direito dos Estados em promover melhorias nas condições de vida dos seus cidadãos. A manifestação da OMC deu-se nos seguintes termos: "Nós enfatizamos a importância que conferimos à implementação e interpretação do Acordo de Comércio relativo a aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual (Acordo TRIPS) de forma a apoiar a saúde pública, através de promoção tanto do acesso a medicamentos existentes e pesquisa quanto o desenvolvimento de novos medicamentos [...]". Tradução livre.[13]

Também na esfera comercial o conflito teve repercussões que exorbitam a racionalidade meramente econômica: em novembro de 2001, a Rodada Doha[14] afirmou o compromisso da OMC na facilitação da implementação de medidas de proteção à saúde pública por parte dos Estados membros. A este respeito, ponderam Gunther Teubner e Andreas Fisher-Lescano (2004, p. 1032) que

"Medidas como a do programa brasileiro de AIDS devem portanto ser excetuadas da lógica econômica na medida em que o padrão normal de proteção às patentes não deve ser aplicado nestes casos. Os conflitos críticos seriam uma das colisões identificáveis entre normas de racionalidade econômica e normas formadas no contexto da proteção da saúde." Tradução livre[15]

Algumas importantes conclusões podem ser tiradas do estudo do Direito Internacional em face do processo de fragmentação. De início, vislumbra-se a consolidação de esferas auto-regulativas em nível global (KOSKENNIEMI, 2004). As esferas fragmentadas são dotadas de racionalidade própria, isto é, de uma racionalidade instrumentalizada em função da matéria que é objeto de regulação. Diferentes ramos do conhecimento e da atividade produtiva – a título de exemplo, pode-se citar os ramos tecnológico, econômico, cultura, de Direitos Humanos e de segurança – requerem racionalidades diferentes. De acordo com Gunther Teubner (1997, p. 5), "O novo direito do mundo é

informado não por conjuntos de tradições e sim por uma auto-reprodução contínua de redes globais altamente técnicas, especializadas, por vezes organizadas e vagamente definidas, de natureza econômica, cultural, acadêmica ou tecnológica." Tradução livre[16].

O processo de fragmentação do Direito Internacional representa a quebra de uma visão unitária e ordenada do mesmo. Os Estados, neste contexto, perdem cada vez mais o status de fonte máxima da produção normativa em nível global, e passam a competir com outras instâncias criadoras de normas. As fontes do Direito Internacional, consagradas do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça[17], parecem ter se ampliado, tanto em número quanto em complexidade.

A teoria voluntarista[18] perde força, abrindo espaço para doutrinas que militam por uma conjugação de esforços de entidades não-estatais na governança da sociedade internacional, com impactos diretos na formatação do próprio Estado contemporâneo. Neste particular, importante tendência vem se observando na questão da segurança doméstica. Rita Abrahamsen e Michael C. Williams (2007), em interessante estudo acerca da privatização da segurança pública na África do Sul, apontam para novas evoluções na questão do monopólio do uso da força pelo Estado e a participação de entidades não-estatais no desempenho desta função: "[…] autoridades não-estatais não apenas ajudam a regular e coordenar atividades já existentes no comércio, padrões ambientais e desenvolvimento, como também ajudam de modo ativo a modificar e remodelar preferências e práticas para estas correspondam mais prontamente com os modos econômico, político e social dominantes de organização social." Tradução livre[19] (ABRAHAMSEN & WILLIAMS, 2007, p. 241)

Relativiza-se, portanto, o princípio da soberania estatal em face do papel desempenhado pelas organizações internacionais e entidades supra-estatais no trato de questões globais que irradiam conseqüências no nível do Estado-nação. De outro lado, a força normativa e dissuasiva das variadas racionalidades atuantes no plano internacional mitigam o papel do Estado e reduzem o âmbito da aplicação das doutrinas tradicionais do Direito Internacional. Em um contexto de fragmentação, o Direito Internacional carece de mecanismos de compreensão da sociedade internacional. Cabe aos internacionalistas irem ao encontro de disciplinas e ramos do conhecimento que têm muito a contribuir com o estudo da ordem jurídica global; é, portanto, nesse contexto que as Teorias das Relações Internacionais desempenham um papel cada vez mais relevante e imprescindível na leitura do fenômeno internacional.

3. REALISMO POLÍTICO E IDEALISMO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

A interação construtiva advinda do estudo do Direito Internacional tomado a partir das teorias das Relações Internacionais é de grande valia para a compreensão das transformações e peculiaridades da sociedade internacional. As disciplinas em estudo – Direito Internacional e Relações Internacionais – vêm sendo objeto de valiosas abordagens interdisciplinares por parte dos internacionalistas, conforme enfatiza Anne-Marie Slaughter:

"O Direito Internacional e a política internacional coabitam o mesmo espaço conceitual. Juntos eles compreendem as regras e a realidade do 'sistema internacional', uma construção intelectual da qual juristas, cientistas políticos e governantes fazem uso para descrever o mundo por eles estudado e que procuram manipular. Assim como um distinto grupo de juristas internacionais e um crescente número de cientistas políticos vem reconhecendo, faz pouco sentido estudar um [ramo do conhecimento] sem o outro." Tradução livre[20] (SLAUGHTER, 1995, p. 503)

De fato, a emergência e a crescente relevância de atores não-estatais, a elevada interdependência político-econômica entre os Estados, os questionamentos acerca do princípio da soberania estatal absoluta e a ascendência de problemas genuinamente globais são questões que requerem respostas coordenadas, escapando do alcance de um único ramo do conhecimento (SLAUGHTER et al, 1998).

Com efeito, as perspectivas Realistas acerca da natureza anárquica da sociedade internacional, da disputa entre Estados por poder e segurança e da descrença nas normas e instituições internacionais merecem consideração pelos internacionalistas. Neste diapasão, e igualmente relevante, vislumbra-se uma investigação acerca das contribuições proporcionadas pelas abordagens Idealistas acerca da ordem jurídica internacional.

3.1. Realismo Político e os jogos de poder

O Realismo Político consiste em uma teoria que alça os Estados-nação a principais atores do cenário internacional. A busca por sobrevivência, segurança, estabilidade e

realização – a qualquer custo – dos interesses nacionais[21] são elementos que devem regrar as políticas externas[22] dos Estados, entidades estas influenciadas por uma concepção pessimista acerca da natureza humana: “Qualquer pessoa deveria fazer o que fosse necessário para sua sobrevivência, desencadeando uma ‘guerra de todos contra todos’ onde a vida é ‘terrível, bruta e curta’”. (WALTER, 1998, p. 12) Tradução livre.[23]

A ausência de um autêntico Leviatã em nível internacional confere a este uma natureza eminentemente anárquica. A guerra, neste contexto, é plenamente justificada perante a necessidade natural de garantia da sobrevivência e maximização de poder em face de eventuais ameaças originadas de outros Estados.

Em um ambiente anárquico, não apenas a descrença nas instituições internacionais subsiste, como também – e mais relevante para este trabalho – o papel desempenhado pelo Direito Internacional é alvo de severas conseqüências. De acordo com Anne-Marie Slaughter (1995, p. 507), “As normas internacionais servem apenas ao propósito instrumental, e só poderiam ter sua aplicabilidade reforçada por meio de uma entidade hegemônica.” Tradução livre.[24]

A função normativa do Direito Internacional torna-se fragilizada: em um contexto onde a vontade e o interesse dos Estados devem prevalecer, estes não se submeterão a qualquer lei que não atenda seus anseios ou que possa ameaçá-los. De fato, o discurso que propaga a ênfase na defesa dos interesses nacionais em detrimento das disposições das normas internacionais é amplamente adotado por governantes das grandes potências, e que nos desdobramentos dos eventos de 11 de Setembro de 2001 tornaram-se a linha mestra de suas políticas externas. Posição semelhante é partilhada por Shirley V. Scott (1994): “A perspectiva realista considera que o Direito Internacional não tem nenhuma significância em seu próprio mérito e que por isso procura explicar porque os Estados obedecem ao Direito Internacional.” (1994, p. 314) Tradução livre[25]

Uma percepção realista acerca do Direito Internacional tende a prevalecer em Estados hegemônicos, tal como nos Estados Unidos. Pondera Joost Pauwelyn (2006) que

“Nos Estados Unidos [...] a visão acadêmica é bem diferente. Com limitadas exceções, o debate sobre se o Direito Internacional é realmente Direito permanece vivo como nunca. A maioria considera o Direito Internacional como mero padrão de comportamento que é regulado por interesses individuais, atores racionais e refletidos no Direito, e não compelidos pelo Direito. Para muitos acadêmicos americanos, o Direito Internacional poderia, no máximo, ser explicado como uma base para contratos, análises de custo-benefício destinadas a aumentar o ganho econômico ou apoio político em casa. A partir

desta visão, os Estados escolhem obedecer [ou não ao Direito Internacional] na dependência do interesse nacional do dia e na 'coalizão do vencedor' que se pode achar para apoio. [...] Neste exercício, a cooperação internacional, se possível e necessária em primeiro lugar, deve ser legitimada pela soberania nacional, preferivelmente por meio da interface de políticas domésticas democráticas." (PAUWELYN, 2006, p. 13). Tradução livre[26]

Nesse particular, é de se destacar as diretrizes traçadas na "Estratégia de Defesa Nacional", de setembro de 2002 – conjunto de objetivos e orientações adotados pelos Estados Unidos após os ataques de 11 de Setembro de 2001 no tocante à política externa –, que por sua vez comprova a disposição de Washington de contrair qualquer norma de Direito Internacional que possa representar uma ameaça à segurança nacional.[27]

O discurso realista alcança sua máxima expressão quando a defesa nacional dos Estados é de algum modo ameaçada, ou quando os Estados se consideram no direito de decidir sobre o teor destas ameaças. A proibição ao recurso do uso da força armada, princípio este codificado[28] na Carta da ONU, vem sendo sistematicamente contrariado – principalmente – da parte das grandes potências, que não hesitam em buscar exceções para suas condutas em princípio proibidas. Michael Byers (2007) ressalta que quando os Estados lançam-se em campanhas militares, tais como a denominada 'guerra contra o terrorismo' e os 'ataques preventivos' a possíveis ameaças, fazem-no sempre por meio de justificativas que, quando não legais, remetem a argumentos puramente domésticos e direcionados à defesa de interesses obscuros. Martti Koskenniemi (1990, p. 30) pondera, nesse sentido, que "A formalidade do Direito Internacional possibilita que cada Estado faça uma leitura própria da sociedade mundial e também uma opinião própria da extensão da liberdade soberana em termos de conceitos e categorias legais." Tradução livre.[29]

Shirley V. Scott (1994) vislumbra no Direito Internacional uma ideologia erigida sobre uma concepção realista da sociedade internacional. A ideologia torna-se mais evidente quando se investiga o modo como as estruturas de poder produzem um discurso no qual os membros da sociedade internacional demonstram aceitação implícita desta estrutura. Os Estados que se encontram em situação inferior buscam sua inserção na sociedade internacional pela obediência do discurso reproduzido pelas estruturas de poder:

"Uma ideologia sustenta uma ordem de poder ao bloquear as evidências desta estrutura de poder. Uma relação desigual de poder é escondida ou negada. Uma ideologia sustenta uma estrutura de poder ao reproduzir a matéria em questão não como uma fonte de poder, mas como uma fonte de prestígio. Isso justifica esta fonte de poder por aqueles lotados numa posição favorável advinda do seu uso. Aqueles lotados numa posição menos favorável, por outro lado, não estão propensos a desafiar a validade

daquela fonte de poder, mas a se aventurarem a melhorar sua posição em relação àquela." (SCOTT, 1994, p. 318) Tradução livre.[30]

O Direito Internacional, face à dimensão realista das relações internacionais, torna-se objeto de manipulação de discursos totalitários, forjados em uma racionalidade voltada para a perpetuação do interesses nacionais de determinados Estados. A proibição do uso da força armada como forma de resolução de conflitos parece sucumbir aos argumentos realistas centrados na maximização de poder e realização do interesse nacional. O Direito Internacional, diante da perspectiva da fragmentação, revela seu aspecto político-ideológico que se materializa por meio de uma estrutura de poder virtualmente inquestionável e que se perpetua nos dogmas do Direito Internacional.

3.2. Idealismo

Os fundamentos da Teoria Idealista[31] das relações internacionais compreendem a crença no progresso humano, na razão, nos valores democráticos, na justiça e a ênfase na cooperação para o progresso (JACKSON & SØRENSEN, 2007). Tipicamente idealistas, conforme analisa Tim Dunne (2006), são também a promoção da igualdade de direitos entre os cidadãos, a difusão dos procedimentos políticos democráticos, a confiança nos mecanismos de comprimento das leis e o fortalecimento de um modelo econômico voltado para os interesses do mercado.

No tocante ao Direito Internacional, uma análise idealista do mesmo pode contribuir para a desconstrução de discursos centrados em interesses de variadas estirpes. O Estado – que na concepção realista ocupa o posto de sujeito supremo das relações internacionais – consistiria, na doutrina liberal, em uma forma de representação de indivíduos e grupos de indivíduos. Os ditos "interesses nacionais" seriam, em verdade, a resultante das demandas dos diversos segmentos domésticos com as políticas externas de governo. Conseqüentemente, uma posição mais favorável à participação de atores não-estatais na dinâmica das relações internacionais pode ser apontada, assim como a confiança nas organizações internacionais e setores econômicos, que apontam para o fortalecimento da dita governança global.

Segundo pondera Anne-Marie Slaughter, o idealismo político advoga a classificação dos Estados baseando-se em suas estruturas política e ideológica internas:

“[...] Liberais consideram que a natureza e a intensidade das preferências estatais, por sua vez definidas como a agregação das preferências individuais e de grupos representados em um Estado particular, determinam o resultado das interações estatais. Portanto, enquanto o modelo Realista de padrões de interações estratégicas é baseado em preferências estatais fixas, os Liberais procuram inicialmente estabelecer a natureza e intensidade destas preferências em função dos interesses e propósitos de atores domésticos e transnacionais.” (SLAUGHTER, 1995, p. 508) Tradução livre.[32]

Conforme se depreende do idealismo político, as democracias liberais têm menor tendência de recorrer à força das armas para resolver desavenças, ao passo que os Estados não democráticos são rotulados como entes de maior inclinação para o uso da força. Uma concepção negativa do liberalismo, cuja linha mestra consiste na defesa de direitos e liberdades individuais e no respeito ao princípio da autonomia dos indivíduos – e, portanto, dos povos –, forja a base desta vertente liberal.

De um modo geral, um dos objetivos centrais da concepção idealista é a promoção da paz[33]. A mencionada teoria afirma a superioridade dos valores liberais universalizantes no projeto de perpetuação da paz no cenário mundial. Em conseqüência, os Estados incorporam estas diretrizes em suas políticas externas, chegando ao ponto de alguns se colocarem na condição de povos escolhidos[34] para este propósito. Georg Sørensen (2006) descreve esta tendência como uma variante doutrinária da teoria liberal, denominada *Liberalismo de Imposição*[35], que por sua vez é derivada de uma concepção positiva da doutrina liberal:

“O Liberalismo de Imposição relaciona-se à liberdade positiva, à necessidade de resolver problemas do subdesenvolvimento, da falta de liberdade, da ausência de Direitos Humanos e assim por diante. Construir um mundo seguro para a democracia; conduzir intervenções humanitárias no intuito de levar o desenvolvimento econômico através de e combinado com condicionantes políticas e econômicas: em síntese, uma política liberal ativa de levar os benefícios da democracia e do livre mercado para o mundo.” (SØRENSEN, 2006, p. 263) Tradução livre.[36]

Immanuel Wallerstein (2007), ao analisar as conseqüências dos processos colonialistas para o presente arranjo estrutural da sociedade internacional, desenvolve importante crítica à pretensão universalizante dos valores liberais europeus. Segundo o autor, o apelo do universalismo é construído sobre três pilares essenciais: (i) o argumento de que as potências mundiais conduzem políticas voltadas para a promoção dos valores superiores dos direitos humanos - em especial no tocante à intervenção humanitária – e da democracia; (ii) o argumento de que as potências mundiais seriam superiores às outras nações do mundo por centrarem-se em valores de alcance universais –

propagados pelas nações “civilizadas”; (iii) o argumento da afirmação da verdade científica do mercado, contra a qual não poderia existir nenhum outro modelo alternativo de desenvolvimento econômico.

Os Estados fazem uso de um vasto arsenal de discursos para evitar tratar as graves violações de Direitos Humanos com o comprometimento devido. De um modo geral, as justificativas apresentadas giram em torno da proibição legal e dos demais princípios basilares das relações inter-estatais. No entanto, os argumentos jurídicos são apenas uma fração da complexidade da matéria. Eric Heinze (2007), ao comparar os discursos políticos seguidos por Washington nas crises humanitárias em Ruanda e no Sudão, ressalta que pressões domésticas, por um lado, e a (in)existência de interesses geopolíticos ou econômicos em relação à região em questão, por outro lado, são elementos recorrentes na retórica de negação das graves atrocidades em curso.

Uma ampla agenda de intervenção econômica, política e militar se instaurou na política externa das grandes potências. Estas últimas fazem uso de sua privilegiada condição no cenário global – seja do seu potencial militar, seja do papel de liderança exercido – para fomentar seus interesses, modificando o conteúdo das normas internacionais ou simplesmente projetando justificativas de vários calibres, produzindo discursos que se sacralizam (AGAMBEN, 2007).

4. CONCLUSÃO

Os argumentos apresentados apontam para um engajamento crítico do Direito Internacional. Uma vez comprometida sua unidade, presencia-se o advento de um plano internacional fragmentado, informado por esferas auto-regulativas que se desviam das normas gerais, consolidando racionalidades e discursos instrumentais. O Direito Internacional modifica-se não apenas na seara da produção normativa, onde múltiplos regimes marcham em direção à independência funcional, como também toma um aspecto político-ideológico que compromete seu potencial emancipador.

Tomando-se a perspectiva da fragmentação da ordem jurídica internacional como ponto de partida, os reais jogos de poder e interesses dos mais influentes atores atuantes no plano internacionais tornam-se mais evidentes. Os critérios jurídicos tradicionalmente consagrados para a tomada de decisões e regulação de matérias de repercussão supra-nacional parecem inapropriados para lidar com a crescente complexidade das mais

variadas formas de interação. Cabe, portanto, aos internacionalistas a busca de instrumentos mais adequados para lidar com ela realidade.

Para esta tarefa, as contribuições das teorias das Relações Internacionais merecem destaque. A apreensão das relações de poder estatal no anárquico cenário internacional confere ao Direito Internacional, conforme propagam os defensores do Realismo Político, uma função instrumental e secundária: a maximização do poder, a defesa dos interesses nacionais e a descrença no desenvolvimento solidário dos povos fazem repousar nas mãos dos Estados os destinos da sociedade internacional. Os interesses nacionais variam, freqüentemente refletindo as estruturas de poder, produzindo discursos conservadores e que mascaram a realidade. O Direito Internacional é reduzido a um mero conjunto de normas cuja observância torna-se facultativa, sendo a norma proibitiva do recurso à força bélica na resolução de conflitos a mais clara representação desta vertente.

O Idealismo, por sua vez, atribui ao Direito Internacional uma função promotora de valores liberais universalizantes. Produz-se um discurso com pretenso apelo global, e impõem-se modos de vida e de condução de políticas externas centrados no desenvolvimento de um modelo econômico dito superior, logrando fracasso a alternativas rotuladas "não-liberais". A disciplina jurídica deve perceber estas influências e partir em busca de instrumentos que lhe confiram maiores possibilidades de realização dos reais objetivos do mundo contemporâneo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAMSEN, Rita & WILLIAMS, Michael C. **Securing the City: Private Security Companies and Non-State Authority in Global Governance**. International Relations, vol. 21, pp. 237-253, 2007.

AFONSO, Henrique Weil. **Theories of Internacional Relations**. Revista Ética e Filosofia Política, Volume Jurídico, pp. 1-20, 2008.

_____.**Unidade e Fragmentação do Direito Internacional: o papel dos Direitos Humanos como elemento unificador**. In: Revista Eletrônica de Direito Internacional, v. 4, pp. 53-90, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Editora Boitempo, 2004.

_____. **Profanações**. Tradução de Selvino José Assmann. São Paulo: Editora Boitempo, 2007.

BAYLIS, John; SMITH, Steve (eds). **The Globalization of World Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

BERMAN, Paul Schiff. **Global Legal Pluralism**. Southern California Review, Vol. 80, pp. 1155, 2007.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Direito internacional público: o Estado em direito das gentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BURKE-WHITE, William W. **International Legal Pluralism**. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, pp. 963-979, summer 2004.

BURCHILL, Scott; LINKLATER, Andrew; DEVETAK, Richard; DONNELY, Jack; PATERSON, Matthew; REUS-SMIT, Christian; TRUE, Jacqui. **Theories of International Relations**. 3a. Edição. Palgrave: Macmillan, 2005.

BYES, Michael. **A Lei da Guerra: Direito Internacional e conflito armado**. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2007.

CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DONNELLY, Jack. *Realism*. In BURCHILL, Scott, LINKLATER, Andrew et al. **Theories of International Relations**. Palgrave: Macmillian, pp. 55-83, 2005.

DUNNE, Tim. **Liberalism**. In BAYLIS, John & SMITH, Steve. **The Globalization of World Politics: an introduction to international relations.** 3a. Edição. Oxford: Oxford University Press, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HART, H.L.A. **The concept of law**. Oxford: Clarendon Press, 1961.

HEINZE, Eric A. **The Rhetoric of Genocide in U.S. Foreign Policy: Rwanda and Darfur Compared**. In: Political Science Quarterly, vol. 122, no. 3, pp. 359-383, 2007.

JACKSON, Robert & SØRENSEN, Georg. **Introduction to International Relations**. 2a. Edição. Oxford: Oxford University Press, 2007.

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Politics of International Law**. European Journal of International Law, vol. 4, pp. 4-32, 1990.

_____. **Global governance and public international law**. Frankfurt: Kritische Justiz, 2004. Disponível em:

<http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Talks_Papers_MK.htm> Acesso em 05 maio 2008.

_____. **Global legal pluralism: multiple regimes and multiple modes of thought**. Harvard, 05 de março de 2005 – Palestra. Disponível em <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Talks_Papers_MK.htm>. Acesso em 05 maio 2008.

LEE, Thomas H. **International Law, International Relations Theory and Preemptive War: the Vitality of Sovereign Equality Today**. In: Law and Contemporary Problems, volume 67, número 4, 2004.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Identidades e identificações: da possibilidade de construção de uma ética universal**. In Veredas do Direito, volume 5, número 9/10, Janeiro-Dezembro de 2008, pp. 45-61.

PAUWELYN, Joost. **Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a universe of inter-connected islands**. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, pp. 903-916, summer 2004.

_____. **Europe, America and the Unity of International Law**. Março de 2006. Duke Law School Legal Studies Paper No. 103. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=893611> Acesso em 28 abril 2009.

ROSENNE, Sh. **Recueil des Cours**. Tome 291 de La collection. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2002.

SCOTT, Shirley V. **International Law as Ideology: Theorizing the Relationship between International Law and International Politics**. European Journal of International Law, vol. 5, pp. 313-325, 1994.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **International Law in a World of Liberal States**. European Journal of International Law, vol. 6, pp. 503-538, 1995.

SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO, Andrew S.; WOOD, Stephan. **International Law and International Relations Theory: a new generation of interdisciplinary scholarship**. American Journal of International Law, vol. 92, no. 3, pp. 367-397, 1998.

SØRENSEN, Georg. **Liberalism of Restraint and Liberalism of Imposition: Liberal values and world order in the new Millennium**. In International Relations, vol. 20, no. 3, pp. 251-272, 2006.

TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. Global Law without a State**. Brookfield: Dartmouth, pp. 3-28, 1997.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. **Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law**. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, pp. 999-1045, summer 2004.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O Universalismo Europeu: a retórica do poder**. Tradução Beatriz Medina. São Paulo: Editora Boitempo, 2007.

WALTER, C. Clemens. **Dynamics of International Relations, conflict and mutual gain in an era of global interdependence**. Oxford : Rowman andLittlefield, 1998

WILLIAMS, Howard. **International Relations in Political Theory**. Open University Press, 1992.

---

[1] Herbert L. A. Hart (1961) entendia que o Direito seria composto por normas primárias e secundárias. As regras primárias têm a função de normatizar as ações dos indivíduos, ao passo que as normas secundárias tratam da criação, alteração e eliminação das regras primárias do sistema jurídico. Cumpre destacarmos, dentre as espécies de regras secundárias, a chamada "regra de reconhecimento", que deve ser entendida como a regra basilar do sistema normativo e que lhe confere sustentação.

[2] Kelsen é apontado como um dos formuladores da *tese monista*: "As concepções monistas defendem o princípio da unidade de Direito Internacional e Direito interno, como um bloco único de regras jurídicas, integradas num vasto sistema normativo. Não há duas ordens jurídicas estanques – como afirmam os dualistas –, cada uma válida exclusivamente em sua órbita, mas um só mundo jurídico, coordenado, eficaz, regendo o conjunto das atividades sociais dos indivíduos e das coletividades." (BOSON, 1994, pp. 137-138)

[3] A busca por uma uniformização de modos de vida é a essência do Estado: "Portanto, a tarefa de construção do Estado nacional (do Estado moderno) dependia da construção de uma identidade nacional ou, em outras palavras, da imposição de valores comuns que deveriam ser compartilhados pelos diversos grupos étnicos, pelos diversos grupos sociais para que assim todos reconhecessem o poder do Estado. [...] A formação do Estado moderno está, portanto, intimamente relacionada com a intolerância religiosa, cultural, a negação da diversidade fora de determinados padrões e limites." (MAGALHÃES, 2008, p. 47)

[4] "A dwarf is as much a man as a giant; a small republic is as much a sovereign state as the most powerful kingdom. From a necessary consequence of this equality, what is permitted to one nation is permitted to all [,] and what is not permitted to one is not permitted to any other." Tradução livre: "Um anão é tão homem quanto um gigante; uma pequena república é tão soberana quanto o mais poderoso reino. De uma necessária conseqüência desta igualdade, o que é permitido para uma nação é permitido para todas [,] e o que é proibido para um é também proibido para todas as nações." (VATTEL apud LEE, 2004, p. 150)

[5] "Founded on the supreme sovereignty of the State in which any idea of self-determination and outside interference in its internal affairs was anathema, its central features were that the use of armed force to further national policy was legitimate, and that a state of war between two of more countries, with its impact on other States

designated as “neutral”, was a recognized condition of international relations and was one regulated by the law.” (ROSENNE, 2002, p. 25)

[6] O fato do Senado dos Estados Unidos da América ter declinado de ratificar o Pacto das Ligas das Nações, em 1920, é visto como o principal motivo para o fracasso da Liga, já que a falta de respaldo de um dos mais importantes Estados da época culminou no desmantelamento da organização. O Pacto Kellogg-Briand de 1928, que proibia o recurso à guerra como meio de solução de controvérsias também fracassou, pois dependia dos mecanismos de aplicação previstos no Pacto da Liga das Nações. (BYERS, 2007)

[7] Assim dispõe o Artigo 2 (4) da Carta da ONU: “Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.”

[8] Gunther Teubner e Andreas Fischer-Lescano (2004) contabilizam cerca de 125 instituições internacionais que se enquadram nos requisitos de tribunais ou cortes, isto é, instituições nas quais autoridades independentes proferem decisões de cunho legal: “Dentre outros, esta jurisdição internacional compreende a Corte Internacional de Justiça (CIJ), a Corte Internacional para o Direito do Mar, vários tribunais para reparações, cortes e tribunais penais internacionais, instâncias nacionais-internacionais híbridas, órgãos judiciais para comércio e investimento, tribunais regionais de direitos humanos e instituições derivadas de convenções, assim como outras cortes regionais, como a Corte Européia de Justiça [...]” Tradução livre. “Amongst others, this international jurisdiction comprises the International Court of Justice (ICJ), the International Tribunal for the Law of the Sea, various tribunals for reparations, international criminal courts and tribunals, hybrid internationa-national tribunal instances, trade and investment judicial bodies, regional human rights tribunals and convention-derived institutions, as well as other regional courts, such as the European Court of Justice […]” (2004, pp. 1000-1001)

[9] “The creation of so many new legal obligations suggests that areas previously within the exclusive purview of national politics are becoming legalized.” (BURKE-WHITE, 2004, p. 968)

[10] “It is no longer possible to resolve, for example, trade questions de-linked from the problem of environmental protection of the pursuit of human rights. […] What must be avoided, however, is this fragmentation leading to self-contained islands of international law, de-linked from other branches of international law.” (PAUWELYN, 2004, p. 904)

[11] Conferir: World Trade Organization Dispute Settlement Body, Brazil – *Measure Affecting Patent Protection* – Request for Consultations by the United Stated, WTO Doc. WT/DS199/3, 9 de janeiro de 2001.

[12] Conferir: United Nations Comission on Human Rights (2000). *Specific Groups and Individuals: Other Vulnerable Groups and Individuals*, 57th Session, Agenda Item 14(d), at 169, U.N. Doc. E/CN.4/2001/80.

[13] "We stress the importance we attach to implementation and interpretation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) in a manner supportive of public health, by promoting both access to existing medicines and research and development into new medicines […]". (WTO Ministerial Conference. *Declaration of the TRIPS Agreement and Public Health*, WT/MIN(01)/DEC/2, de 20 de novembro de 2001)

[14] Nesse sentido, conferir: World Trade Organization Ministerial Conference. *Ministerial Declaration*, 4th Session, WT/MIN(01)/Dec/1, para. 17. (20 novembro 2001).

[15] "Measures such as the Brazilian AIDS program must thus be exempted from economic logic to the degree that the normal standard for patent protection is not to be applied in such cases. The critical conflict issue would thus be one of identifying collisions between the norms of economic rationality and norms formed within the context of the protection of health." (TEUNER & FISCHER-LESCANO, 2004, p. 1032)

[16] "The new living law of the world is nourished not from stores of tradition but from the ongoing self-reproduction of highly technical, highly specialized, often formally organized and rather narrowly defined, global networks of an economic, cultural, academic or technological nature." (TEUBNER, 1997, p. 5)

[17] Na íntegra, o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça:

"1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar:

a) as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

b) o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito;

c) os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;

d) as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59.

2. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem."

[18] Gerson de Britto de Mello Boson (1994) explica que a doutrina voluntarista parte da idéia central de que o Estado soberano não se submete a nenhuma autoridade. Seu poder alcança a alcunha de 'poder jurídico' no momento em que esta entidade abstrata se impõe voluntariamente a observância de uma obrigação internacional: "Esta limitação voluntária é uma manifestação de seu poder, pela qual o Estado demonstra ser livre." (p. 85)

[19] “[...] non-state authorities not only help regulate and coordinate already existing activities in trade, environmental standards and development, but also help actively to change and reshape preferences and practices so that they correspond more readily with dominant economic, political and social modes of organization.” (ABRAHAMSEN & WILLIAMS, 2007, p. 241)

[20] “International Law and international politics cohabit the same conceptual space. Together they comprise the rules and the reality of ‘the international system’, an intellectual construct that lawyers, political scientists, and policymakers use to describe the world they study and seek to manipulate. As a distinguished group of international lawyers and a growing number of political scientists have recognized, it makes little sense to study one without the other.” (SLAUGHTER, 1995, p. 503)

[21] Robert Jackson e Georg Sørensen (2007, p. 37) enfatizam: “Devemos considerar que existem profundos conflitos de interesse entre países e entre pessoas. Algumas pessoas e alguns encontram-se em melhor condição que outros. Os primeiros farão de tudo de para preservar e defender suas posições privilegiadas. Os últimos, ‘os que nada têm’, tentarão de tudo para mudar esta situação.” Tradução livre. “We should assume that there are profound conflicts of interest both between countries and between people. Some people and some countries are better off than others. They will attempt to preserve and defend their privileged position. The underdogs, the ‘havenots’, will struggle to change that situation.”

[22] As origens da teoria remontam a autores como o estudioso Tucídides, em especial devido à sua análise ‘realista’ da Guerra do Peloponésio entre Esparta e Atenas. Nicolau Maquiavel, com sua obra O Príncipe, elabora um guia de ação política para governantes dos séculos VXI e XVII: “[...] as principais fundações de cada [...] são as boas leis e boas armas; e porque não se pode ter boas leis sem ter boas armas, e onde as últimas são boas, as boas leis inevitavelmente se seguem, eu não discutirei leis e sim me aterei às armas.” (MAQUIAVEL apud WILLIAMS, 1992, p. 48).

[23] “Every person would do whatever seemed necessary to survive, unleashing a ‘war of all against all’ where life is ‘nasty, brutish, and short’.” (WALTER, 1998, p. 12)

[24] “International norms serve only an instrumental purpose, and are likely to be enforced or enforceable only by an hegemon.” (SLAUGHTER, 1995, p. 507).

[25] “A realist perspective deems international law to have no significance in its own right and so seeks to ascertain why is that States obey international law.”

[26] “In the United States, in contrast, the academic picture is quite different. With limited exceptions, the debate of whether international law is really law remains as hot as ever. Most regard international law as merely a pattern of behavior that is driven by self interested, rational actors and *reflected in* law, not *constrained by* law. For many American scholars, international law can, at best, be *explained* as a patchwork of contract-type, cost-benefit analyses aimed at enhancing economic welfare or political support at home. On this view, countries can pick-and-choose from this patchwork depending on the national interest of the day and the “coalition of the willing” which can be found to support it […]. In this exercise, international cooperation, if feasible and

needed in the first place, must be legitimized by national sovereignty, preferably through the interface of domestic, democratic politics. If not, international law is "unacceptable to a free people". (PAUWELYN, 2006, p. 13)

[27] Interessante observar que o documento vai mais além, contemplando agressivas políticas de imposição de valores liberal-democráticos e fortalecimento do sistema capitalista mundial: "O Propósito da nossa nação sempre foi mais amplo que nossa defesa nacional. Nós lutamos, como sempre lutamos, por uma paz justa – uma paz que favoreça a liberdade. Nós defenderemos a paz contra as ameaças de terroristas e tiranos. Nós preservaremos a paz através da construção de boas relações entre as grandes nações. E nós estenderemos a paz pelo encorajamento de sociedades livres e abertas em todos os continentes." Tradução livre. "Our Nation's cause has always been larger than our Nation's defense. We fight, as we always fight, for a just peace—a peace that favors liberty. We will defend the peace against the threats from terrorists and tyrants. We will preserve the peace by building good relations among the great powers. And we will extend the peace by encouraging free and open societies on every continent." (The National Security Strategy of the United States of America, 2002. Disponível em: <http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/nss/nss_sep2002.pdf> Acesso em 5 de abril de 2007).

[28] Vide nota no. 7, supra.

[29] "The formality of International Law makes it possible for each State to read its substantive conception of world society as well as its view of the extent of sovereign freedom into legal concepts and categories." (KOSKENNIEMI, 1990, p. 30)

[30] "An ideology upholds an order of power through blocking evidence of that power structure. An unequal relationship of power is concealed or denied. An ideology sustains a power structure through its portrayal of the ideology's subject matter as not only a source of power but as one of prestige. This justifies utilization of that power source by those placed in a favourable position by its use. Those in a less favourable position, on the other hand, are unlikely to challenge the validity of that power source, but rather to endeavour to improve their own position in relation to it. The ideology presents all members of the political structure as equally placed in relation to the subject of the ideology." (SCOTT, 1994, p. 318)

[31] Também conhecida por Teoria Liberal, Liberalismo ou Universalismo das Relações Internacionais.

[32] "Liberals assume that the nature and intensity of State preferences, determined as the aggregation of the preferences of individual and group actors represented in a particular State, will determine the outcome of State interactions. Thus where Realists model patterns of strategic interaction based on fixed State preferences. Liberals seek first to establish the nature and strength of those preferences as a function of the interests and purposes of domestic and transnational actors." (SLAUGHTER, 1995, p. 508)

[33] A mais conhecida proposta de uma paz liberal em nível inter-estatal foi formulada por Immanuel Kant em sua obra *À Paz Perpétua*, de 1795. O filósofo prescreve as condições para a instauração de uma paz perpétua para a Europa do século VXIII,

afirmando sua convicção na forma republicana de governo e na promoção da liberdade e autonomia dos indivíduos, sob o império do Direito (KANT, 2008).

[34] A política externa norte-americana situa uma dos seus pilares em sua "condição" de povo escolhido pela história, promotores dos valores democráticos, dos ideais do mercado, que lhes confere uma missão de propagar estes dogmas – O Manifesto do Destino (nesse sentido, ver *Parallels between American Ideologies of Manifest Destiny and Liberal Internationalism*, disponível em <www.dflorig.com/ManifestLiberalism.html> acesso em 27 de julho de 2009). Conferir também o discurso do ex-presidente dos EUA, George W. Bush, *The President's Whitehall speech*, disponível em <www.whitehouse.gov/news/releases/2003/11/20031119–1.html> acesso em 24 junho 2009).

[35] Atribui-se ao ex-presidente dos EUA Woodrow Wilson o desenvolvimento da doutrina positiva liberal nas relações internacionais. Wilson descreve em 1918, por meio de quatorze ítens, as medidas a serem tomadas pelos Estados para se garantir a paz mundial. Ver: Woodrow Wilson Speech on the 14 Points, 08 January 1918. Disponível em: <http://www.fordham.edu/halsall/mod/1918wilson.html> acesso em 15 junho 2009.

[36] "Liberalism of Imposition is about positive liberty, about actively solving problems of underdevelopment, lack of liberty, absence of human rights and so on. Making the world safe for democracy; conducting humanitarian intervention; seeking to bring economic development through aid combined with political and economic conditionalities: in short, an active liberal policy of bringing the benefits of democracy and free markets to the world." (SØRENSEN, 2006, p. 263)

“90 ANOS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT): OS DESAFIOS DA EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL TRABALHISTA FRENTE ÀS QUESTÕES DA GLOBALIZAÇÃO E DA SOBERANIA DOS ESTADOS EM PLENO SÉCULO XXI” *

"90 YEARS OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION (ILO): THE CHALLENGES OF EFFECTIVE SOCIAL JUSTICE ISSUES LABOR FRONT OF GLOBALIZATION AND THE SOVEREIGNTY OF STATES IN THE XXI CENTURY"

José Albenes Bezerra Júnior

RESUMO

O presente artigo apresenta uma abordagem acerca dos noventa anos da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e os desafios da efetivação da justiça social trabalhista frente às questões da globalização e da soberania dos Estados em pleno século XXI. Realça a importância das Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919 para os direitos trabalhistas, uma vez que foram as primeiras Cartas a atribuírem a esses direitos a qualidade de direitos humanos fundamentais. Analisa a o surgimento e a formação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), fundada em 1919 com o objetivo de promover a justiça social, fruto da junção da não regulamentação dos direitos trabalhistas e das profundas injustiças pelas quais passava a classe dos trabalhadores. Questiona as várias correntes de recepção desses tratados e convenções da OIT em nosso ordenamento, sob o ponto de vista que direitos trabalhistas, com respaldo na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, são considerados direitos humanos fundamentais. Analisa o desenvolvimento do estado de direito no interior do ordenamento nacional, a globalização e a integração política entre os estados em pleno o século XXI. Questiona a dissolução do velho princípio da soberania que deixa, agora, de ser uma liberdade absoluta e fica subordinada, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: GLOBALIZAÇÃO; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO; SOBERANIA.

ABSTRACT

This paper presents an overview about the ninety years from the International Labor Organization (ILO) and the challenges of effective social justice issues facing the labor of globalization and state sovereignty in the XXI century. Emphasizes the importance of the Constitutions of Mexico in 1917 and Germany 1919 to workers' rights, since the letters were the first to grant those rights as fundamental human rights. Analyzes the emergence and formation of the International Labor Organization (ILO), founded in 1919 with the objective of promoting social justice, the result of the joint non-regulation

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

of labor rights and the profound injustice by which he passed to the working class. Questioning the various currents of receipt of such treaties and ILO conventions on our land, from the point of view that labor rights, to support the Universal Declaration of Human Rights in 1948, are considered basic human rights. Analyzes the development of the rule of law within the national legal system, globalization and political integration among the states in the middle of the century. Questions the dissolution of the old principle of sovereignty that leaves now to be an absolute freedom and is subject, legally, the two fundamental rules: the imperative of peace and the protection of fundamental human rights.

KEYWORDS: GLOBALIZATION, INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION; SOVEREIGNTY.

1. INTRODUÇÃO

Neste ano de 2009, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) completa noventa anos de existência. Fruto da junção da não regulamentação dos direitos trabalhistas e das profundas injustiças pelas quais passava a classe dos trabalhadores, a OIT foi fundada em 1919 com o objetivo de promover a justiça social. É a única das Agências do Sistema das Nações Unidas que tem estrutura tripartite, na qual os representantes dos empregadores e dos trabalhadores têm os mesmos direitos que os do governo.

Criada pela Conferência de Paz, após a Primeira Guerra Mundial, a sua Constituição converteu-se na Parte XIII do Tratado de Versalhes. Em 1944, à luz dos efeitos da Grande Depressão a da Segunda Guerra Mundial, a OIT adotou a Declaração da Filadélfia como anexo da sua Constituição. A Declaração antecipou e serviu de modelo para a Carta das Nações Unidas e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No entanto, antes mesmo do surgimento da OIT, duas grandes Constituições merecem destaque: a Constituição do México de 1917 e a Constituição Alemanha de 1919. A Carta mexicana foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. Em reação ao sistema capitalista, foi, também, a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, firmando o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criando a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançando, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito.

Já a Constituição Alemã, que nascera após o período de quatro anos do colapso de uma civilização - Primeira Guerra Mundial (1914 – 1918), elevou os direitos trabalhistas ao nível constitucional de direitos fundamentais. Nesse conjunto de preceitos, dois serão analisados. Um chamava a atenção pela sua extraordinária antecipação histórica: a preocupação em estabelecer padrões mínimos de regulação internacional do trabalho assalariado, tendo em vista a criação à época ainda inicial, de um mercado internacional de trabalho. O outro importante preceito estava assentado no direito ao trabalho, que o

sistema liberal-capitalista sempre negou, implicando, claramente, no dever do Estado de desenvolver a política de pleno emprego.

Para alguns juristas, esses atos internacionais, decorrentes da Organização Internacional do Trabalho, constituem verdadeiras leis internacionais, que, para adquirir força legislativa, dependem unicamente de um ato-condição que é a ratificação do respectivo Estado. No Brasil, uma vez ratificados, esses atos adquirem eficácia de norma jurídica. O grande problema é saber, uma vez que direitos trabalhistas têm caráter de normas de direitos humanos fundamentais, qual hierarquia teria tais tratados e convenções em nosso ordenamento jurídico.

O desenvolvimento do estado de direito no interior dos ordenamentos nacionais, o surgimento da OIT, da ONU, a globalização e a integração entre os povos, dissolveram o velho princípio de soberania. É preciso fazer uma análise reflexiva dentro do campo do direito internacional a fim de solucionar problemas que dizem respeito ao futuro da humanidade, além de valores a serem realizados, entre eles a justiça social trabalhista.

2. CONSTITUIÇÃO DO MÉXICO DE 1917 E OS DIREITOS TRABALHISTAS

A doutrina anarcossindicalista, difundido no final do século XIX em toda Europa, mas principalmente na Rússia e Itália, foi a grande fonte de ideologia da "Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos", promulgada em 05 de fevereiro de 1917. O pensamento de Mikhail Bakunin influenciou Ricardo Flores Magón, líder do grupo *Regeneración*, que reunia jovens intelectuais contrários à ditadura de Porfirio Diaz. Esse grupo lançou de forma clandestina, em 1906, um manifesto de repercussão geral, no qual se apresentaram propostas que viriam a ser linhas-mestras do texto constitucional de 1917. Eram elas: a proibição da reeleição do Presidente da República, as garantias para liberdades individuais e políticas, a quebra do poderio da igreja católica, a expansão do sistema de educação pública e a proteção do trabalho assalariado.

A Constituição mexicana de 1917 foi, de fato, a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. A relevância desse argumento deve ser salientada, uma vez que na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o longo século XIX. A Constituição Weimar, em 1919, trilhou o mesmo caminho da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho (OIT) na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constatavam na Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão de empregados nas fábricas e o trabalho noturno dos menores na indústria[1].

Entre a Constituição mexicana e a Constituição Alemã, eclode a Revolução Russa, um acontecimento decisivo na evolução da humanidade no século XX. O III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, Deputados Operários, Soldados e Camponeses, reunidos em Moscou, adotou em janeiro de 1918, portanto, antes do término da Primeira Guerra Mundial, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. Nesse

documento, são afirmadas e levadas às suas últimas conseqüências, agora com apoio na doutrina marxista, várias medidas constantes da Constituição mexicana, tanto no campo socioeconômico quanto no político.

Sem dúvida, na Constituição mexicana de 1917 não se fazem as exclusões sociais próprias do marxismo; o povo mexicano não é reduzido unicamente à classe trabalhadora. Mas não se pode deixar de reconhecer que nem todos os direitos trabalhistas, lá declarados, podem ser considerados, objetivamente, como direitos humanos. A doutrina jurídica alemã contemporânea distingue, nitidamente, os direitos humanos dos direitos fundamentais. Estes últimos são os direitos que, consagrados na Constituição, representam as bases éticas do sistema jurídico nacional, ainda que não possam ser reconhecidos, pela consciência jurídica universal, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana. Daí por que os direitos humanos autênticos existem, independentemente de seu reconhecimento na ordem jurídica estatal, e mesmo contra ela, ao passo que alguns direitos, qualificados como fundamentais na Constituição de um país, podem não ter vigência universal, própria dos direitos humanos[2].

O que é relevante, na verdade, é o fato de que a Constituição mexicana, em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho. Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil de trabalho, e, portanto, da pessoa humana, cuja justificativa se procurava fazer, abusivamente sob a liberdade de contratar.

3. CONSTITUIÇÃO ALEMÃ DE 1919 E OS DIREITOS TRABALHISTAS

A Constituição alemã surgiu como fruto da Primeira Guerra Mundial (1914 – 1918). Ao sair de uma guerra perdida que lhe custara, durante o período de quatro anos, o colapso de uma civilização, foi promulgada a Constituição, em 1919.

Mesmo com suas fraquezas e dualidades, e malgrado sua vigência, a Constituição Alemã exerceu uma importante influência sobre a evolução das instituições políticas de todo o Ocidente. De uma democracia social, cujas linhas fundamentais já haviam sido tratadas pela Constituição mexicana de 1917, ela adquiriu na Alemanha em 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico intervalo do nazi-facismo e da Segunda Guerra Mundial.

No que se referia aos direitos sociais, a Constituição Alemã tinha como objeto um *status positivus* do Estado, uma vez que o direito à educação, ao trabalho, à moradia, à saúde, apenas se efetivavam por meio das políticas públicas. Com isso, passava-se a exigir dos poderes públicos um determinado foco na política de investimentos e na distribuição de bens.

Na Constituição alemã de 1919, tal como a Constituição mexicana de 1917, os direitos trabalhistas são elevados ao nível constitucional de direitos fundamentais. Nesse

conjunto de preceitos, dois devem merecem destaque. Uma chamava a atenção pela sua extraordinária antecipação histórica: a preocupação em estabelecer padrões mínimos de regulação internacional do trabalho assalariado, tendo em vista a criação à época ainda inicial, de um mercado internacional de trabalho. Aqui, os operários eram convocados para colaborar, em igualdade de direitos com os empresários, na regulação das condições de trabalho e remuneração, bem como no crescimento econômico geral das forças produtivas. Aqui, são reconhecidas tanto as organizações de ambas as categorias como as convenções que celebrarem entre si.

Outro importante preceito estava assentado no direito ao trabalho, que o sistema liberal-capitalista sempre negou. Implicava, claramente, no dever do estatal de desenvolver a política de pleno emprego. Era dada, a todo alemão, a possibilidade de prover a sua subsistência pelo trabalho. Enquanto isso, caso não pudesse proporcionar uma oportunidade de trabalho, cuidaria, o Estado, de suas necessidades de subsistência.

4. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT (1919 – 2009)

A Organização Internacional do Trabalho é um organismo internacional criado pelo Tratado de Versalhes (1919), com sede em Genebra, ao qual podem filiar-se todos os países membros da Organização das Nações Unidas (ONU).

As razões que determinaram a criação da OIT são fruto da junção da não regulamentação dos direitos trabalhistas e das profundas injustiças pelas quais passavam a classe dos trabalhadores, conforme Nicolas Valticos[3], que afirmava, também, que a Primeira Guerra Mundial produziu profundas modificações na posição e no peso da classe trabalhadora das potências aliadas.

Fundada em 1919 com o objetivo de promover a justiça social, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) é a única das Agências do Sistema das Nações Unidas que tem estrutura tripartite, na qual os representantes dos empregadores e dos trabalhadores têm os mesmos direitos que os do governo. No Brasil, a OIT tem mantido representação desde 1950, com programas e atividades que têm refletido os objetivos da Organização ao longo de sua história.

A OIT foi criada pela Conferência de Paz após a Primeira Guerra Mundial. A sua Constituição converteu-se na Parte XIII do Tratado de Versalhes. Em 1944, à luz dos efeitos da Grande Depressão a da Segunda Guerra Mundial, a OIT adotou a Declaração da Filadélfia como anexo da sua Constituição. A Declaração antecipou e serviu de modelo para a Carta das Nações Unidas e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em 1969, quando completara cinqüenta anos de existência, a Organização foi agraciada com o Prêmio Nobel da Paz. Em seu discurso, o presidente do Comitê do Prêmio Nobel afirmou que a OIT era "uma das raras criações institucionais das quais a raça humana podia orgulhar-se". Em 1998, foi adotada a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento. O documento é uma reafirmação universal da obrigação de respeitar, promover e tornar realidade os princípios refletidos

nas Convenções fundamentais da OIT, ainda que não tenham sido ratificados pelos Estados Membros.

Desde meados de 1999, a OIT trabalha pela manutenção de seus valores e objetivos em prol de uma agenda social que viabilize a continuidade do processo de globalização através de um equilíbrio entre objetivos de eficiência econômica e de equidade social.

A OIT funda-se no princípio de que a paz universal e permanente só pode basear-se na justiça social. Fonte de importantes conquistas sociais que caracterizam a sociedade industrial, a OIT é a estrutura internacional que torna possível abordar estas questões e buscar soluções que permitam a melhoria das condições de trabalho no mundo.Destina-se a realização da justiça social entre os povos, condição básica para a manutenção da paz social.

São órgãos da OIT: A Conferência Geral, constituída de representantes dos Estados membros, realizando sessões, pelo menos uma vez por ano, às quais comparecem as delegações de cada Estado, compostas pelo princípio do tripartismo, isto é, integradas tanto por membros do Governo como por trabalhadores e empregadores. O Conselho de Administração, órgão colegiado que exerce a administração da OIT, composto, também, por membros do Governo, dos trabalhadores e dos empregadores representantes dos países de maior importância industrial. A Repartição Internacional do Trabalho, sob a direção do Conselho de Administração, tendo um Diretor-Geral.

Dentre os tratados em que o Brasil é signatário em matéria trabalhista, podemos destacar o Tratado de Itaipu com o Paraguai (1973) e o Tratado de Assunção (1991), que criou o MERCOSUL. Podemos, também, falar na Convenção que é um acordo internacional votado pela Conferência da OIT. Dispõe a Constituição da OIT, no art.19, que, “se a Conferência pronunciar-se pela aceitação de propostas relativas a um assunto na sua ordem do dia, deverá decidir se essas propostas tomarão a forma: a) de uma convenção internacional; b) de uma recomendação, quando o assunto tratado, ou um de seus aspectos, não permitir a adoção imediata de uma convenção”. Uma vez aprovada uma Convenção, a OIT dá conhecimento dela aos Estados-membros para fim de ratificação.

Contudo, é válido ressaltar que a obrigatoriedade, de modo geral, do acordo internacional é disciplinada por dois princípios: Princípio da soberania dos Estados, segundo o qual a OIT deve respeitar cada uma das ordens jurídicas internas; Princípio do *Pacta sunt servanda*, que fundamenta a força obrigatória dos pactos.

Para alguns juristas, esses atos internacionais constituem verdadeiras leis internacionais, que, para adquirir força legislativa, dependem unicamente de um ato-condição que é a ratificação do respectivo Estado. No Brasil, uma vez ratificados, esses atos adquirem eficácia de norma jurídica. A grande celeuma é saber, uma vez que direitos trabalhistas têm caráter de norma de direito humano fundamental, qual hierarquia teria tais tratados e convenções em nosso ordenamento jurídico.

5. CORRENTES ACERCA DA HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS DE NATUREZA TRABALHISTA

Usando a linha de raciocínio, com base nos argumentos de direitos humanos e com fulcro no art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que reza que: I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego; II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho; III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social; IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses; poderemos concluir que os direitos trabalhistas têm cunho de direitos humanos fundamentais.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em função do dispositivo previsto no §2º do art.5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República.

A primeira corrente defende o sentido de que os tratados de internacionais de direitos humanos possuem *status* supraconstitucional. Afirma aqueles que defendem essa corrente que uma vez incorporados no sistema jurídico brasileiro, esses tratados são dotados de hierarquia supraconstitucional.

Entre nossos doutrinadores, podemos encontrar em Celso Albuquerque de Melo[4] a defesa da preponderância dos tratados internacionais de direitos humanos em relação às normas constitucionais, que não teriam, no seu entender, poderes revogatórios em relação às normas internacionais. Em outras palavras, nem mesmo uma emenda constitucional teria o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos.

Uma segunda vertente, posicionamento é defendido, dentre outros, por Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan o qual sustenta que os tratados de direitos humanos possuiriam um *status* constitucional. Eles entendem que o dispositivo previsto no §2º, art.5º, da nossa atual Constituição, é uma cláusula aberta de recepção de outros de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Ao possibilitar a incorporação de novos direitos por meio de tratados, a Constituição estaria a atribuir a esses diplomas internacionais a hierarquia de norma constitucional. Para essa tese, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela aplicação da norma mais favorável à vítima, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito. Dessa forma, o Direito interno e o Direito internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano[5].

Já numa terceira corrente, percebe-se a atribuição da característica de supralegalidade aos tratados internacionais de direitos humanos. Essa tese foi aventada

no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando a referida Corte defendeu que tais tratados poderiam revogar a legislação geral anterior, mas não poderiam ser revogados por lei posterior incompatível. Os tratados seriam, portanto, infra-constitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais tratados internacionais, também seriam dotados de um atributo que os tornariam superiores à legislação ordinária.

A justificativa para este posicionamento reside no fato de que os tratados de direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas como os tratados que versam sobre direitos humanos deveriam ocupar um local especial no ordenamento jurídico brasileiro era plausível se dizer que os referidos tratados estariam abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias, pois assim seria melhor conceder, perante a jurisprudência brasileira um caráter especial aos tratados internacionais de direitos humanos em razão da crescente necessidade de proteção da pessoa humana, tanto no plano internacional como no plano interno, contemplando uma nova postura da jurisprudência dos tribunais, voltadas para a proteção do ser humano com prevalência dos referidos tratados em relação à normativa infra-constitucional conferindo caráter supralegal às normas internacionais.

Uma quarta vertente, também, na esfera do Supremo Tribunal Federal é aquela que defende que os tratados internacionais, por ingressarem na ordem jurídica interna por meio de decreto legislativo é aprovado por um *quorum* de maioria simples e as emendas constitucionais são aprovadas apenas com a votação em cada Casa do Congresso em dois turnos com 3/5 (três quintos) dos votos dos respectivos membros, conferindo rigidez a nossa Constituição.

Com esse entendimento, a nossa Corte Maior se contrapõe à interpretação jurídica pretendida por Cançado Trindade e Flávia Piovesan, já mencionados, pois passou a exigir regulamentação para a produção dos efeitos dos tratados. Percebe-se, portanto, uma interpretação equivocada que limita não somente os efeitos da aplicação imediata prevista no §1º como também os efeitos pretendidos para o §2º do art.5º da Constituição Federal de 1988.

Para os que se conformam com esse entendimento, os possíveis conflitos entre norma interna e norma internacional deveriam ser resolvidos de acordo com o princípio da lei posterior revoga lei anterior, ou seja, pela simples aplicação do critério cronológico da *lex posteriori derrogat priori*. Isso submeteria o Estado a uma situação de vulnerabilidade em face do sistema internacional.

A outra vertente ou corrente decorre da polêmica concernente à hierarquia desses tratados à luz da Emenda Constitucional Nº.45/ 2004, que introduziu um §3º no art. 5º, que reza o seguinte: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes à emendas à Constituição."

Nas palavras de Celso Lafer[6], "o novo parágrafo 3º do art.5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do artigo 5º. De acordo com

a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente.

Já Cançado Trindade[7]nega a necessidade, em especial porque depois de ano para a construção de um posicionamento, dar um passo impensado não seria prudente, pois mais importante do que a reforma é a capacitação de juízes a aplicar a normativa internacional sobre direitos humanos até porque acredita o autor que o debate sobre constitucionalização de tratados internacionais é, primeiro, hermético, e, segundo, anacrônico. Não deveria existir.

Observa-se, após toda essa análise, é que a realidade que temos, até então, é de deveríamos ter um §3º, art.5º, da CF, que teria a função de eliminar as controvérsias existentes sobre o conflito entre as normas internas e os tratados internacionais de direitos humanos no nosso país, no entanto, o que observamos, na verdade, foi o surgimento de novos problemas, suscitando mais questionamentos e incongruências.

6. A SOBERANIA DOS ESTADOS FRENTE ÀS QUESTÕES DA GLOBALIZAÇÃO EM PLENO SÉCULO XXI

Hans Kelsen afirmava que o conceito de soberania deve ser radicalmente mudado. É esta a revolução da consciência cultural da qual necessitamos em primeiro lugar[8]. O paradigma da soberania externa atinge seu ápice e, conseqüentemente, sua desastrosa falência na primeira metade do século XX com as duas grandes guerras mundiais (1914 – 1945).

O nascimento da Carta da ONU, em 1945, e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, transformaram a ordem jurídica no mundo, retirando-o de um estado de natureza e levando-o ao estado civil. Desse modo, a soberania externa do Estado deixa de ser uma liberdade absoluta e subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos fundamentais.

Caem todos os pressupostos e todas as características de soberania, seja interna, seja externa. A soberania, que já se havia esvaziado até o ponto de dissolver-se na sua dimensão interna com o desenvolvimento do estado constitucional de direito, se esvanece, também, em sua dimensão externa na presença de um sistema de normas internacionais caracterizáveis como *ius cogens*, ou seja, como direito imediatamente vinculador para os Estados-membros. No novo ordenamento, são de fato sujeitos do direito internacional não somente os Estados, mas também os indivíduos e os povos[9].

No plano da teoria do direito, a soberania revelou-se um falso conceito. Sua crise inicia, justamente, tanto no plano interno como externo, no momento em que a soberania entra em contato com o direito, uma vez que ela é a negação deste, assim como o direito é a sua negação. Percebe-se que a soberania é a ausência de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que o direito consiste. É a contradição entre direito e soberania, logicamente incompatíveis e historicamente em luta entre si.

No estado de direito, portanto, não existe nenhum soberano, a menos que não se entenda como “soberana”, com puro artifício retórico, a própria constituição, ou melhor, o sistema de limites e de vínculos jurídicos por ela impostos aos poderes públicos já não mais soberanos[10].

Afirmar sobre a existência de Estados soberanos, se já não é mais aceito no plano da teoria do direito, também não o é no plano da teoria política. De fato, o que entrou irreversivelmente em crise, bem antes do atributo da soberania, é precisamente seu sujeito: o Estado nacional unitário e independente, cuja identidade, colocação e função precisam ser repensadas à luz da atual mudança, de fato e de direito, das relações internacionais.

Fora do campo do direito internacional, de fato, nenhum dos problemas que dizem respeito ao futuro da humanidade pode ser resolvido, e nenhum dos nossos valores pode ser realizado, entre eles a justiça social trabalhista. E isso depende não apenas do caráter global do tamanho desses problemas, pois uma integração do mundo já se realizou em todos os planos e em todas as esferas da vida em relação às quais tais problemas sociais trabalhistas se colocam e se adéquam.

O modelo garantista do Estado constitucional de direito, como sistema hierarquizado de normas que condiciona a validade das normas inferiores à coerência com as normas superiores e com os princípios axiológicos nelas estabelecidos, pelo contrário, tem validade seja qual for o ordenamento. A crise dos Estados pode ser, portanto, superada em sentido progressivo, mas somente se for aceita sua crescente despotencialização e deslocamento para o plano internacional das sedes do constitucionalismo tradicionalmente ligadas aos Estados: não apenas as sedes da enunciação dos princípios, como já aconteceu com a Carta da Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal de Direitos Humanos, mas também as de suas garantias concretas.

7. CONCLUSÃO

No início do século XX, foi promulgada a Constituição mexicana, 1917, em reação ao sistema capitalista. Tratava-se da primeira Carta a estabelecer a desmercantilização do trabalho. Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho, deslegitimando, com isso, as práticas de exploração mercantil de trabalho.

Na Europa, após o período da Primeira Guerra Mundial, surgia a Constituição alemã de 1919 que, tal como a Constituição mexicana de 1917, elevava os direitos trabalhistas ao nível constitucional de direitos fundamentais, merecendo destaque: a preocupação em estabelecer padrões mínimos de regulação internacional do trabalho assalariado e a política de pleno emprego.

A não regulamentação dos direitos trabalhistas e as profundas injustiças pelas quais passavam a classe dos trabalhadores, foram motivos determinantes para a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, cujo objetivo era o de promover a

justiça social. Trata-se da única das Agências do Sistema das Nações Unidas que tem estrutura tripartite, na qual os representantes dos empregadores e dos trabalhadores têm os mesmos direitos que os do governo.

Usando a linha de raciocínio, com base nos argumentos de direitos humanos e com fulcro no art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que reza que: I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego; II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho; III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social; IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses; poderemos concluir que os direitos trabalhistas têm cunho de direitos humanos fundamentais.

O desenvolvimento do estado de direito no interior dos ordenamentos pátrios, o surgimento da Organização das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos Humanos, a globalização e a integração social geral acabaram por dissolver aquele velho conceito de soberania. A única solução para o futuro de desigualdades na justiça social trabalhista é a aderência dos estados a um possível constitucionalismo mundial, já esboçado em importantes cartas internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Organização Internacional do Trabalho.

8. BIBLIOGRAFIA

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos**. In: Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 46, nº12, jul/dez. 1993.

_____. Entrevista: *Um breve debate sobre o Sistema Interamenricano dos Direitos Humanos*. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, Departamento de Direito da PUC-Rio, n.28, jan/jun. 2006. P.117.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. VI Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais.

KELSEN, Hans. **O Direito internacional e Estado soberano**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MELLO, Celso Albuquerque. *O §2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobos (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.25.

VALTICOS, Nicolas. **Derecho Internacional del Trabajo**: Madri: Tecnos, 1977.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. Madri: Trotta, 1995.

---

[1] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. VI Ed. São Paulo: Saraiva, p. 177

[2] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. VI Ed. São Paulo: Saraiva, p. 178

[3] VALTICOS, Nicolas. **Derecho Internacional del Trabajo**. Madri: Tecnos, 1977, p.52.

[4] MELLO, Celso Albuquerque. *O §2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobos (org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.25.

[5] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos. In: Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 46, nº12, jul/dez. 1993.

[6] LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais, p.16

[7] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Entrevista: *Um breve debate sobre o Sistema Interamenricano dos Direitos Humanos*. Revista Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, Departamento de Direito da PUC-Rio, n.28, jan/jun. 2006. P.117.

[8] KELSEN, Hans. **O Direito internacional e Estado soberano**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.55.

[9] FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 41.

[10] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. Madri: Trotta, 1995. p. 8-11.

OS EMBATES DA RODADA DE DOHA E DO NEOLIBERALISMO: NOVO COLAPSO E VELHOS MOTIVOS*

THE STRIKES OF DOHA ROUND AND NEOLIBERALISM: NEW COLLAPSE AND OLD REASONS

Larissa Ramina

RESUMO

O presente estudo elegeu como escopo a análise da extensa e complexa trajetória das negociações que envolveram a Rodada de Doha, nona negociação comercial multilateral da história, lançada oficialmente na capital do Catar em novembro de 2001, por ocasião da IV Conferência Ministerial da OMC. A perspectiva da análise é a crítica, partindo-se da premissa de que a OMC constitui a vertente comercial de um sistema capitalista consagrador dos interesses comerciais dos países desenvolvidos em detrimento dos interesses comerciais dos países em desenvolvimento. Busca-se identificar os embates que opuseram os países negociadores durante todas as tentativas de negociação, e que impediram o sucesso do empreendimento, inserido na agenda internacional há quase sete anos.

PALAVRAS-CHAVES: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC) – COMÉRCIO INTERNACIONAL – RODADA DE DOHA – NEOLIBERALISMO – PROTECIONISMO

ABSTRACT

This paper analyses the complex path in which Doha Round negotiations took place. The Doha Round constituted the ninth multilateral commercial negotiation, and it has been launched on the occasion of the WTO IV Ministerial Conference in Doha, Qatar. This analysis follows a critical standpoint, assuming that the WTO evaluates the capitalist system based on the interest of the developed countries despite the demands of the developing countries. This paper seeks to give an overview on the opposing negotiations that involved contracting parties which have postponed the efficacy of such trading round for more than seven years.

KEYWORDS: WORLD TRADE ORGANISATION (WTO) – INTERNATIONAL TRADE – DOHA ROUND – NEOLIBERALISM – PROTECTIONISM

1. Introdução

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O término da Guerra Fria possibilitou a expansão do sistema capitalista e de suas relações de produção em escala nunca antes obtida. Tornando-se hegemônico, o capitalismo disseminou-se por todas as regiões do globo, gerando teses acerca do fim da história, baseadas em idéias de um mundo acabado e unificado, e na construção de um consenso neoliberal segundo o qual não haveria alternativa para a nova ordem internacional capitalista.

Todavia, a vertente comercial do capitalismo, consubstanciada na Organização Mundial do Comércio (OMC), não demonstrou sua vocação para patrocinar um processo de desenvolvimento equitativo. Ao contrário, o sistema comercial multilateral deu causa às profundas transformações que aceleraram os desequilíbrios intrínsecos ao sistema capitalista, centrado no espírito individualista. Não sem razão, muitas das medidas neoliberais não vigoram nos países propagadores do modelo. Estados Unidos e União Européia, principais defensores da desarticulação do estado e da liberdade total de comércio, constituem países interventores adeptos de medidas protecionistas, as mesmas que vão de encontro à imposição dos receituários da OMC aos países em desenvolvimento, cuja soberania econômica fica cada vez mais restrita. Os preceitos neoliberais impostos a estes países confirmam a velha lógica do capitalismo, que consiste em restringir e limitar aos países desenvolvidos os benefícios e socializar os prejuízos com os demais países que compõe a comunidade internacional.

A trajetória das negociações que levaram a Rodada de Doha a mais um colapso, em 2008, é reflexo dessa dinâmica neoliberal que opõe interesses divergentes e inconciliáveis, e envolve um embate entre a manutenção dos benefícios para os países desenvolvidos e a socialização desses mesmos benefícios às demais categorias de países. A Rodada de Doha, nona negociação comercial multilateral da história, foi lançada oficialmente na capital do Catar em novembro de 2001, por ocasião da IV Conferência Ministerial da OMC, dois meses após os atentados terroristas nos Estados Unidos, com o objetivo de reativar a economia mundial em plena crise. As negociações foram retomadas de onde haviam parado na reunião de Marraqueche de 1994, no Marrocos, que encerrou a Rodada Uruguai, e veiculou o primeiro acordo multilateral agrícola da história. Nessa ocasião foi sacramentada a criação da OMC.

A própria escolha da sede da IV Conferência Ministerial, Doha, suscita reflexões. Provavelmente a capital do Catar foi eleita devido ao temor dos protestos antiglobalização, e realizou-se sob o signo de um medo diferente e difuso, o medo de atentados terroristas. Os Estados Unidos chegaram à cúpula numa encruzilhada geopolítica sem precedentes, criada pelos ataques terroristas de 11 de setembro. A prioridade norte-americana consistia na manutenção, por um período o mais longo possível, de uma ampla aliança internacional contra o terror. Não é segredo que uma das mais poderosas armas de persuasão consiste no poder econômico. Fazer concessões, ou pelo menos acenar com a possibilidade de fazê-las, integrava a estratégia que os Estados Unidos utilizaram para a composição de uma nova aliança, que tomaria o lugar da ofensiva unilateral norte-americana que marcou o período pós- Guerra Fria.

No entanto, um dos paradoxos daquela escolha de um país situado no golfo pérsico, residia justamente na sua participação no comércio internacional, que era e ainda é, sete anos depois, das menos importantes. Dependentes quase exclusivos do petróleo, os

países do Golfo Pérsico, em sua maioria, incluindo Arábia Saudita e Irã, não eram na época e não são até hoje membros da OMC.

Outro dos paradoxos reside no caráter quase secreto da IV Conferência Ministerial, realizada sob portas fechadas, em país de difícil acesso, quase sem a presença da sociedade civil, supostamente sua principal beneficiária. Essa evidência vai de encontro às tantas vantagens atribuídas às negociações da OMC, e principalmente quando se tratava do lançamento de uma "rodada do desenvolvimento". Afinal, uma nova rodada só mereceria o apelo do desenvolvimento se atingisse dois objetivos, o de não aumentar o medo dos países em desenvolvimento, ao impor-lhes novas e pesadas obrigações, bem como o de corrigir os desequilíbrios do sistema vigente, liberalizando áreas do interesse destes mesmos países, até então excluídas do sistema.

Nesse estudo, elegemos como escopo dissertar acerca da extensa e complexa trajetória das negociações que envolveram a Rodada de Doha, desde a sua concepção até o seu mais recente colapso, passando pelos embates que opuseram os países em desenvolvimento aos países desenvolvidos, e que impediram o sucesso do empreendimento.

2. As Rodadas de Negociações Tarifárias Multilaterais e as Conferências Ministeriais

Os princípios e as negociações tarifárias multilaterais do antigo GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio) e da atual OMC são discutidos nas chamadas rodadas de negociações tarifárias, diretamente entre representantes ou grupos de representantes dos membros da Organização. Até hoje, aconteceram oito rodadas sob os auspícios do antigo GATT, e uma rodada sob os auspícios da nova OMC.

As quatro primeiras rodadas foram negociações tarifárias iniciais que ocorreram respectivamente em Genebra (1947), Annecy (1949), Torquay (1950-1951) e novamente em Genebra (1955-1956). Em todas elas as discussões sobre tarifas, direitos aduaneiros e eliminação de restrições quantitativas estiveram presentes. Igualmente, cada rodada acabava gerando novas discussões sobre os acordos, conforme o contexto político e econômico internacionais.

A Rodada de Dillon (1960-1961) tratou das negociações sobre a compatibilização do Tratado de Roma de 1957, que instituiu a Comunidade Econômica Européia (CEE), com o GATT. Os Estados Membros começaram a alinhar suas tarifas nacionais para se chegar a uma tarifa aduaneira comum. A Rodada de Kennedy (1964-1967) ficou marcada pelas análises feitas sobre as necessidades dos países em desenvolvimento. Nessa ocasião, surgiu a aspiração de incorporar ao Acordo Geral o princípio de tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento.

A Rodada de Tóquio (1973-1979), por sua vez, foi uma das mais longas da história do GATT, em virtude da crise do petróleo de 1973 que, na verdade, ocasionou uma alta da inflação, um período de forte recessão e desemprego em todas as regiões do planeta. Até

então, as negociações do GATT haviam se realizado em um contexto de crescimento histórico regular do comércio internacional. Com a crise, o comércio internacional havia sofrido reduções a cada ano, até que em 1975, pela primeira vez desde a criação do GATT, havia baixado 5% em volume. Por outro lado, a Rodada de Tóquio viabilizou a renovação do quadro jurídico em favor dos países em desenvolvimento, por meio da cláusula de habilitação. Esta funcionou como veículo de benefícios, preferências e vantagens para aqueles países.

No contexto político internacional, o começo da década de oitenta foi marcado pelo crescimento econômico mundial. Nessa mesma época, começou-se a falar cada vez mais no fenômeno da globalização. A Rodada Uruguai (1986-1993), que aconteceu nesse contexto, foi a oitava e última rodada de negociações organizada pelo GATT. Foram negociações longas e complexas que marcaram o fim da era GATT e resultaram na criação da OMC.

No seu aspecto estrutural, a OMC conta com vários órgãos, sendo que o principal deles é a Conferência Ministerial, órgão supremo de decisão da Organização. A Conferência Ministerial integra todos os membros da OMC (Estados ou uniões aduaneiras), e segundo seus Estatutos deverá se reunir pelo menos uma vez a cada dois anos. A primeira Conferência Ministerial aconteceu em Cingapura (9-13 de dezembro de 1996); a segunda em Genebra (18-20 de maio de 1998); a terceira em Seattle (30 de novembro a 3 de dezembro de 1999); a quarta em Doha (9-13 de novembro de 2001); a quinta em Cancún (10-14 de setembro de 2003), e a sexta em Hong Kong (13-18 de dezembro de 2005).

É importante observar que, como a última Conferência Ministerial aconteceu em Hong Kong, em dezembro de 2005, a próxima estava prevista para 2007, em local ainda não determinado. A Declaração de Doha, porém, estabeleceu que uma Conferência Ministerial aconteceria assim que se chegasse a um resultado concreto em todas as áreas de negociação. Como após seis anos de negociações houve avanços e retrocessos, mas nenhum resultado satisfatório, os membros do Conselho Geral decidiram, em 9 de outubro de 2007, não convocá-la. Posteriormente, soube-se que outros fatores contribuíram para essa decisão, como a impossibilidade de encontrar um país que aceitasse servir de sede para a reunião, bem como a dificuldade de convocá-la em breve espaço de tempo, já que até aquela data esperava-se que a Rodada de Doha alcançasse algum avanço concreto.

3. A IV Conferência Ministerial e o "Mandato de Doha"

Realizou-se em Doha, Catar, no período de 9 a 14 de novembro de 2001, a IV Conferência Ministerial da OMC, onde os Estados decidiram, após seis dias de intensas negociações, pelo lançamento de uma nova rodada de negociações multilaterais. O objetivo era a adesão à "Agenda de Desenvolvimento de Doha", que abrangia a abertura dos mercados agrícolas e industriais. A intenção declarada da rodada era tornar as regras de comércio mais livres para os países em desenvolvimento. A nova rodada teria a supervisão do Comitê de Negociações Comerciais subordinado ao Conselho Geral da

OMC. A agenda negociadora era ambiciosa, superando inclusive a cobertura de temas da Rodada Uruguai, tida como a mais complexa negociação da história do GATT.

A IV Conferência Ministerial foi definida pelo então diretor geral da OMC, o neozelandês Mike Moore, como vital, no momento em que o mundo entrava em um processo recessivo que travava simultaneamente as principais economias do planeta, fenômeno pouco comum. Também foi considerada vital para o sistema comercial multilateral, visto que o fracasso de Seattle, em 1999, havia impedido as negociações multilaterais, deixando um forte consenso no sentido de que a OMC não resistiria a uma segunda derrota. A Conferência de Seattle terminou em frustrações, e viu nascer o movimento de protesto contra uma globalização vista como favorável às empresas transnacionais. O objetivo da OMC, tanto em Seattle como em Doha, consistia em lançar uma nova e abrangente rodada de negociações comerciais, que seria a nona rodada. O objetivo centrava na adesão à Agenda de Desenvolvimento de Doha, e a partir daí a negociação da abertura dos mercados agrícolas e industriais, tornando as regras de comércio mais livres para os países em desenvolvimento. A reunião de Seattle foi concluída sem que os 135 países presentes cumprissem o projeto de lançar uma nova etapa de negociações.

A nova rodada, em princípio, duraria 3 anos, com término previsto para 2005. Essas negociações seriam realizadas seguindo o princípio do compromisso único ("single undertaking"), evitando o fenômeno que ficou conhecido como "GATT à la carte" e deveriam levar em conta o princípio de tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento e países menos desenvolvidos incorporados na Parte IV do GATT 1994, na Decisão de 28 de novembro de 1979 sobre Tratamento Mais Favorável e Diferenciado, Reciprocidade e Plena Participação de Países em Desenvolvimento, na Decisão da Rodada Uruguai sobre Medidas em Favor de Países Menos Desenvolvidos e em outras disposições relevantes da OMC (Anexo 1).

Foram adotadas em Doha uma Declaração Ministerial, lançando uma nova rodada multilateral e estabelecendo um programa de trabalho; uma Declaração de Trips e acesso a medicamentos e saúde pública; e uma Decisão sobre Questões de Implementação[1]. Esta última resultou de uma exigência dos países em desenvolvimento, e aborda pontos nos Acordos de Agricultura, de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, de Têxteis e Vestuário, de Barreiras Técnicas ao Comércio, de Medidas Relacionadas a Investimentos, sobre Medidas Antidumping, Valoração Aduaneira, Regras de Origem, Subsídios, Propriedade Intelectual, além de Questões Horizontais.

Com relação aos Mandatos de Doha, os temas de negociações foram divididos em dez. Em primeiro lugar, incluiu-se o "**Acesso a Mercado em Bens Não Agrícolas", que segundo** o mandato de Doha deveria se concentrar no tratamento dos **picos tarifários, altas tarifas, escalada tarifária e barreiras não tarifárias.** Em segundo lugar, figurou o tema espinhoso da "Agricultura". Por se tratar de negociações muito complexas, o mandato fez uso de termos genéricos e ambíguos para conciliar os diversos interesses antagônicos. Todas as questões de interesse do Brasil, como **subsídios agrícolas, apoio interno, redução de tarifas e crédito à exportação** estavam contidas no documento, garantindo ao menos que seriam objeto de discussões.

Em terceiro lugar, figuraram os "Serviços", cujas negociações deveriam ser conduzidas com base na **liberalização progressiva**, com especial ênfase nos setores de

interesse dos países em desenvolvimento, aos quais seria conferida a **flexibilidade para liberalizar menos setores e tipos de transações.**

Em quarto lugar, figurou o tema "Comércio e Investimento", cujas negociações foram postergadas para depois da V Conferência Ministerial da OMC, com a condição de que houvesse consenso explícito nesse sentido. Em quinto lugar, o mandato incluiu "**Política da Concorrência", tema postergado nas mesmas condições do tema anterior**. Em sexto lugar, o mandato de Doha estabeleceu negociações sobre "Transparência em Compras Governamentais" e em sétimo lugar, referendou o "Programa de Trabalho sobre Comércio Eletrônico" desenvolvido nos dois anos anteriores. O tema relativo à "**Facilitação de Comércio" figurou em oitavo lugar, cujas negociações visando** aumentar a transparência e eficiência no movimento de bens nas fronteiras dos países aconteceriam somente após a V Conferência Ministerial, mediante consenso explícito.

No tocante à "**Solução de Controvérsias",** acordou-se melhorar e clarificar as disposições do Acordo de Solução de Controvérsias, levando-se em consideração os interesses e necessidades especiais dos países em desenvolvimento.

Finalmente, com relação às "Regras", acordou-se a condução de negociações visando clarificar e melhorar as disciplinas dos Acordos sobre antidumping, subsídios e medidas compensatórias, preservando os conceitos básicos destes Acordos e levando em consideração os interesses dos países em desenvolvimento.

Em 1° de fevereiro de 2002, os membros da OMC entraram em acordo sobre a estrutura que deveria conduzir as negociações dos mandatos de Doha. Conforme previa a Declaração Ministerial, foi estabelecido um **Comitê de Negociações Comerciais**, subordinado ao Conselho Geral da OMC, com a função de supervisionar o andamento das negociações e que seria presidido pelo diretor geral da OMC até o final da rodada. No desenho das negociações, houve uma preocupação em não reproduzir os grupos permanentes da OMC, como Agricultura e Serviços, por isso, foram criados apenas dois novos Grupos de Negociação: o **Grupo de Negociações de Acesso a Mercado** (Bens não agrícolas) e o **Grupo de Negociação de Regras** (antidumping, subsídios e acordos regionais). Os demais temas seriam discutidos nos seus respectivos órgãos em Sessões especiais.

Com relação ao cronograma, ficou prevista a elaboração de um calendário de negociações em fevereiro de 2002. A primeira fase se desenvolveria nos 18 meses seguintes, por ocasião da V Conferência Ministerial da OMC, em Cancún. O término previsto para as negociações, na Declaração Ministerial, foi janeiro de 2005.

A IV Conferência Ministerial foi concluída nesses termos, e com a admissão simultânea de China e Taiwan na OMC. A "Rodada de Doha" teve início nessa ocasião, sendo que negociações subseqüentes aconteceram nas Conferências Ministeriais de Cancún (México) e Hong Kong (China), em diversas reuniões "mini-ministeriais", e em outros variados encontros de ministros de comércio dos países membros da Organização.

4. Os Embates da IV Conferência Ministerial

A nova “Rodada de Doha” pretendeu ser uma “rodada do desenvolvimento”. Para tanto, seria pressuposto que não impusesse novas e pesadas obrigações aos países em desenvolvimento, por um lado, e por outro que corrigisse os desequilíbrios do sistema vigente, liberalizando áreas do interesse destes mesmos países, até então excluídas, como agricultura, têxteis, produtos sensíveis e mão-de-obra.

Já naquela ocasião, porém, restava evidente que não se realizaria uma “rodada do desenvolvimento”. As grandes preocupações eram de outra ordem, certamente legítimas, como a solução dos conflitos comerciais entre Estados Unidos e Europa ou desses dois com o Japão. O máximo almejado seria que os interesses dos países em desenvolvimento ocupassem pelo menos lugar equivalente às propostas dos países desenvolvidos.

A utilidade das negociações deveria manifestar-se, sobretudo como meio de combater o protecionismo. Para isso seria necessário enfoque prioritário nos setores como o aço e a proteção agrícola. No caso do aço, o secretário do Tesouro dos Estados Unidos estava promovendo, na época, entre os trinta e nove maiores países produtores, negociações com o objetivo de reduzir a capacidade instalada e a oferta, a fim de permitir a sobrevivência da indústria siderúrgica americana. Em relação à agricultura, a Câmara dos Representantes havia recém aprovado, por esmagadora maioria, o projeto de nova lei agrícola americana, para vigorar até 2011. A lei poderia elevar a US$409 bilhões as despesas com o apoio do governo aos 2 milhões de produtores rurais americanos. Ora, nesses dois setores não havia quaisquer indícios de que a reunião de Doha pretendesse realizar algo de significativo.

As reivindicações dos países em desenvolvimento eram variadas. Os países menos desenvolvidos (“LDC - least developed countries”) exigiam que a nova rodada tivesse como eixo o desenvolvimento e a correção dos desequilíbrios no comércio multilateral. Por sua vez, o grupo ACP (África, Caribe e Pacífico) exigia mais atenção ao desenvolvimento e se opunha à introdução dos “novos temas” na agenda da OMC. A Índia e o Paquistão reclamavam a melhora da oferta dos Estados Unidos e da União Européia na área de têxteis, pois na Rodada Uruguai havia sido estabelecido um sistema de cotas de importação de têxteis, acima das quais as tarifas seriam elevadas.

A União Européia insistiu em linguagem mais clara sobre introdução de regras na OMC para investimentos. A formulação européia reconhecia a necessidade de “uma moldura multilateral para assegurar condições transparentes, estáveis e previsíveis para o investimento transfronteiriço de longo prazo, particularmente o investimento externo direto”, que consiste naquele que vai para a produção, não para a especulação. A proposta da União Européia, todavia, adiou para a V Conferência Ministerial o início efetivo de negociação para um tratado de investimentos. A maioria dos países em desenvolvimento ainda assim rejeitou a proposta. África e Caribe alegaram não ter quadros e capacitação técnica para tratar, ao mesmo tempo, dos velhos temas do comércio e da nova agenda. A Índia, mais resistente, não aceitou que um acordo nessa área limitasse a capacidade do Estado de impor normas para o investimento. A verdade, todavia, é que regras nesse campo seriam interessantes por deslocar a discussão do âmbito da OCDE, embora não fosse evidente o papel da OMC como a melhor instância para acolhê-la. Sem dúvidas, a ONU seria foro bem mais adequado ao debate.

Em outra frente, a União Européia pretendia compatibilizar as regras da OMC com os acordos multilaterais de ambiente, a adoção do “princípio da precaução”, que permitiria suspender importações quando houvesse suspeita de problemas sanitários, e a chamada “ecorrotulação”, que consistia em um selo de qualidade para produtos cuja produção não danificasse o meio-ambiente. O princípio da precaução poderia propiciar a repetição de episódios como o embargo canadense à carne brasileira, sob a alegação de suspeita do mal da vaca louca, o que depois se comprovou falso. Este princípio permite sustar o comércio de produtos quando os mesmos apresentam riscos ainda não confirmados pela ciência à saúde da população. Por outro lado, as contrapartidas ecológicas (identificação de alimentos transgênicos), que centravam a exigência dos europeus, afetariam basicamente a agricultura norte-americana, ao passo que da perspectiva brasileira, constituiriam uma excelente arma para entrar na Europa com alimentos naturais.

Na Rodada de Doha, os interesses do Brasil consistiam em obter concessões da Europa e dos Estados Unidos em duas questões principais, a liberalização do comércio agrícola e a revisão do sistema antidumping (processo pelo qual um país pode acrescentar tarifas sobre mercadorias que considera que estejam sendo vendidas abaixo do preço de custo, caracterizando o dumping), visto que o Brasil acusava os Estados Unidos de usarem sua legislação antidumping como protecionismo disfarçado.

A expectativa do Brasil na época, portanto, não era o acesso imediato aos mercados, objetivo que poderia ser negociado com os países e os blocos bilateralmente. Na verdade, o país esperava a mudança das regras que o impediam de vender mais produtos, mesmo mediante a conclusão de acordos regionais. De fato, não adiantaria celebrar acordos com a União Européia para que fossem reduzidas as tarifas de comércio se os europeus não deixassem de subsidiar suas exportações agrícolas ou continuassem a impor barreiras sanitárias. Também não serviria uma Área de Livre Comércio das Américas (Alca) em que os Estados Unidos continuassem a utilizar mecanismos de defesa comercial, dificultando as exportações do aço brasileiro. O então Ministro das Relações Exteriores, Celso Lafer, declarou que na ausência de uma nova rodada que atendesse às reivindicações brasileiras, o Brasil não concluiria acordos comerciais como a Alca, ou acordos de livre-comércio entre Mercosul e União Européia[2]. O Brasil tinha interesses de que a reunião de Catar iniciasse negociações capazes de completar e equilibrar as da Alca. Evidentemente, os Estados Unidos dificilmente negociariam no âmbito hemisférico assuntos que considerassem globais, e nos quais se concentravam muitas das barreiras enfrentadas pelas exportações brasileiras: aço, antidumping, direitos compensatórios, salvaguardas, açúcar, etanol, tabaco, suco de laranja, proteção doméstica ao algodão. Na época, o Brasil corria o risco de ter uma zona de livre comércio que incluísse os setores menos competitivos para o Brasil e deixasse de fora as áreas mais competitivas. Havia um consenso de que os dois processos, o multilateral e o hemisférico (Alca), deveriam ser simultâneos e sintonizados para permitir o equilíbrio das concessões, pois só no âmbito da OMC o Brasil poderia arrancar concessões dos Estados Unidos e da Europa, os dois maiores mercados do globo, em temas de seu maior interesse.

A pretensão dos países desenvolvidos, em Doha, era ampliar a agenda, ou seja, incluir na pauta da liberalização comercial novos temas, garantindo mais direitos ou reduzindo a discricionariedade das políticas comerciais adotadas na economia global, em especial nos países em desenvolvimento. Para estes, porém, a prioridade continuava sendo a

correção dos desequilíbrios acumulados ao longo das últimas rodadas de liberalização comercial.

No Brasil, os efeitos da abertura comercial das últimas décadas foram dramáticos, pois jamais houvera reciprocidade. Os produtos agrícolas brasileiros continuavam sendo discriminados nos mercados sob controle dos países desenvolvidos. O protecionismo disfarçado de combate ao dumping ganhou peso e alcance nos últimos anos. Em poucos casos, os países em desenvolvimento haviam forçado algum avanço contra as empresas transnacionais. É o caso das patentes de medicamentos que, sobretudo depois da Aids, passaram a ser alvo de políticas públicas. Já naquela época, a prioridade de Doha deveria ser a resistência, colocando em primeiro plano a correção dos desajustes criados por décadas de comércio desigual. Ao contrário do Brasil, a Índia, por exemplo, soube nos últimos anos resistir à liberalização unilateral do comércio.

No tocante às patentes, a proposta apresentada por Brasil e Índia, com apoio de cinqüenta países em desenvolvimento, antepunha as políticas públicas de saúde ao acordo Trips (Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), que protegia as patentes de remédios. Os Estados Unidos se opunham veementemente à proposta, com o apoio da Suíça, outro país que abriga empresas transnacionais de medicamentos As organizações não-governamentais sustentavam que se travava um "combate entre os lucros e a vida". O então negociador americano Robert Zoellick, classificou de perigosa a proposta brasileira, que poderia minar todo o sistema de patentes. Ao contrário, defendia uma declaração específica sobre o Trips, no sentido de recomendar que se usasse "o máximo de flexibilidade do regime do Trips para lidar com doenças como Aids ou endemias".

Por sua vez, Paulo Roberto Teixeira, diretor do programa brasileiro contra a Aids, preferia não ter declaração nenhuma sobre Trips e saúde pública se o texto não saísse da forma preconizada por Brasil e Índia[3]. Advogava ainda contra os eventuais perigos da proposta brasileira, porque o Brasil não almejava romper patentes, mas apenas tornar acessível o custo dos medicamentos. Para reforçar sua tese, usou inclusive um exemplo dos próprios Estados Unidos, o caso da ameaça do governo norte-americano de romper a patente que a alemã Bayer detinha do antibiótico Cipro, contra o antraz. O laboratório cedeu e baixou o preço de US$ 4 por cápsula para US$ 0,95, demonstrando que o licenciamento compulsório consistia em um instrumento inteiramente legítimo no caso de problema de acesso a um remédio crucial.

Por outro lado, os interesses da Índia e de um grupo de países em desenvolvimento se concentravam em evitar que se iniciassem negociações sobre temas novos, como investimentos, políticas de concorrência e compras governamentais antes que fossem corrigidos os desequilíbrios nos acordos comerciais então vigentes, como os têxteis, que a Rodada Uruguai havia mantido relativamente protegidos por meio de cotas, que só terminariam em 2004. Na época, os Estados Unidos e a Europa acenaram com a aceleração do processo de redução das cotas, para seduzir os países em desenvolvimento.

O interesse europeu na nova rodada e na introdução de novos temas era fácil de explicar, pois somente obtendo concessões em áreas como a relação entre comércio e preservação do ambiente seria possível vender ao público interno a redução do protecionismo agrícola, que os europeus sabiam ser inevitável.

Nas águas de Doha, o “Rainbow Warrior” do Greenpeace atracou pedindo o casamento entre acordos comerciais e regras de proteção aos trabalhadores[4]. A entrada da China na OMC, que seria sacramentada nessa ocasião, tornava ainda mais urgente a necessidade de impor a defesa do trabalhador em acordos comerciais, devido às condições trabalhistas inadequadas naquele país, e das quais resultavam exportações de produtos baratíssimos. Comparando com a China, a oferta brasileira de produtos de grande demanda e alto valor era e continua sendo pequena. Há 25 anos, Brasil e China exportavam mais ou menos o mesmo montante (algo em torno de US$ 20 bilhões). Em 2000, o Brasil elevou suas exportações para US$ 55 bilhões, um salto de 175%. Esses números não estariam insatisfatórios se os chineses não tivessem alcançado os US$ 250 bilhões, um crescimento de 1250%. O curioso é que só no momento de sua entrada na OMC é que a China comprometeu-se a fazer as concessões que o Brasil fez muito antes, chegando até a abrir unilateralmente a sua economia.

A entrada da China e de Taiwan, após quinze anos de negociações sobre as regulamentações comerciais e trabalhistas, foi oficializada em Doha, quando aqueles países tornaram-se respectivamente os membros de número 143 e 144 da OMC. A entrada de Taiwan, admitida um dia após a China, significou para esta importante vitória diplomática, pois o ingresso simultâneo de Taiwan faz-se como território chinês, não como Estado independente. Ainda que funcione como Estado independente, a ilha de Taiwan é considerada como “Província rebelde” pelo governo chinês. Em 1949, membros do Kuomintang, derrotados na guerra civil contra os comunistas, fugiram para a ilha e a declararam independente, sob o nome oficial de República da China. Na época, tiveram apoio dos Estados Unidos. Não obstante, Taiwan não é reconhecida como Estado soberano pela ONU[5] e, até entrar para a OMC, não fazia parte de nenhuma das principais organizações internacionais.

De tudo o que aconteceu em Doha, a entrada da China na OMC talvez tenha sido o acontecimento mais importante. A China é o país mais populoso do mundo, o que significa que 1,3 bilhão de consumidores foram integrados ao comércio internacional e que, em duas ou três décadas a economia chinesa deve ser a segunda maior do mundo. Alguns países demonstraram dúvidas de que o país honraria os termos do acordo. O governo chinês, comunista, mantém o país politicamente fechado, mas adotou um plano de abertura econômica que impulsionou o crescimento industrial e comercial.

Para ser aprovada pelos membros da OMC, a China teve que fazer várias concessões, como permitir que as empresas estrangeiras possam ter participação acionária em companhias chinesas de setores considerados estratégicos, como telecomunicações. Para os chineses, a entrada da China na OMC trouxe desafios, pois suas indústrias obsoletas, com a redução de barreiras tarifárias, enfrentariam a concorrência de produtos dos países desenvolvidos. Fora da OMC, a China era um dos países mais protecionistas, com níveis tarifários que praticamente impediam as exportações para aquele mercado. A escassez de água tornava a agricultura chinesa muito difícil, constituindo uma ótima oportunidade para o Brasil exportar grãos, carnes, suco de laranja e outras commodities. Suas alíquotas de importação de produtos industriais teriam que baixar de 25% para menos de 10% em 2005. No caso da carne bovina, o recuo teria que ser de 45% para 15%, e na carne de frango, de 20% para 10%. O país que sempre copiou teria que começar a investir em criação. Os que ignoram leis de propriedade intelectual poderão ser chamados a se explicar na OMC. Por outro lado, era fácil restringir os produtos da China porque ela não tinha a quem se queixar. Agora, em contrapartida, para impedir

que uma mercadoria chinesa entre no Brasil é preciso provar que ela causa dano à economia doméstica.

Foi muito difícil chegar a um consenso para o lançamento da nova rodada, pois se discutia o núcleo duro do protecionismo dos países desenvolvidos (agricultura para a Europa e uso abusivo dos mecanismos antidumping para os EUA). Como declarou na ocasião o Professor Ricardo Seitenfus, "devendo contemplar as expectativas de todos, inclusive as dos mais fracos, o consenso carrega consigo a ambigüidade e a contradição. Não deve surpreender a ninguém que o texto aceitável deva ser o mais dúbio, não o melhor[6]".

A Índia resistiu até o último minuto em aceitar a rodada, ou mais exatamente a inclusão de temas novos - comércio e investimentos, comércio e política de concorrência, transparência em compras governamentais e facilitação de negócios. Só aceitou depois que o ministro catariano fez uma declaração reafirmando a interpretação de que a negociação sobre os temas vetados pela Índia dependeria de aprovação, "por consenso explícito", na Conferência Ministerial subseqüente.

Como o jogo das negociações é complexo e volátil, não existem blocos fixos de países, mas alianças que se formam em torno de cada um dos temas tratados. Embora o Brasil liderasse dois grupos – os exportadores de alimentos e os países emergentes com potencial tecnológico, mesmo entre eles havia discordâncias.

A Declaração Ministerial emitida ao término da IV Conferência da OMC em Doha declarou a abertura de negociações, mas não impôs a determinação de resultados. A formulação adotada foi aquela preconizada pelo governo brasileiro: "Nós nos comprometemos a negociações abrangentes visando a substanciais melhorias em acesso a mercado; reduções, com vistas à eliminação progressiva, de todas as formas de subsídios à exportação; e substanciais reduções em apoio doméstico que distorça o comércio[7]". Em síntese, foram abrangidos os três pilares em que se assenta o protecionismo agrícola.

Na época, todavia, os especialistas alertavam para que a concessão européia ou norte-americana de aceitar discutir o protecionismo fosse vista com cautela. Nas palavras do Professor Ricardo Seitenfus, "os negociadores de uma conferência desse tipo voltam para casa com uma tripla preocupação: fazer com que a opinião pública aceite as concessões que fizeram em nome do Estado; identificar mecanismos que possibilitem cobrar o cumprimento das concessões feitas pelos demais Estados; e buscar fórmulas que permitam o não-cumprimento de suas concessões[8]".

Ao lado da Declaração abrindo negociações, também foi emitida Declaração à parte que representou uma vitória do Brasil em torno das patentes de medicamentos, situando a saúde pública à frente das patentes dos remédios, e que serviria no mínimo para interpretar o Trips de forma menos restritiva. A referida Declaração estabelecia que "o acordo Trips não impede e não deveria impedir os membros de tomar medidas para proteger a saúde pública. Em conseqüência, enquanto reiteramos nosso compromisso com o acordo Trips, nós afirmamos que o acordo deveria ser interpretado e implementado de maneira consentânea com o direito dos membros da OMC de proteger a saúde pública e, em particular, de assegurar remédios para todos[9]".

Essa Declaração adotada foi de encontro à proposta das delegações dos Estados Unidos e da Suíça, que reafirmava a vigência do Trips e sustentava sua suficiente flexibilidade para enfrentar problemas de saúde pública. A indústria farmacêutica norte-americana recebia na época, e recebe até hoje, uma soma exorbitante como pagamentos por direitos de propriedade intelectual, ao passo que o Brasil não exporta medicamentos e os importa em grande quantidade. Antepor saúde pública ao Trips significou uma grande economia, pois se tornou possível ameaçar as empresas transnacionais com o licenciamento compulsório de medicamentos protegidos por patentes. Entretanto, há que se ressaltar que embora os governos possam interpretar com flexibilidade o Trips, os mesmos ficam sempre sujeitos a ações jurídicas no âmbito da OMC, como já ocorreu na guerra de patentes entre Brasil e Estados Unidos.

Parece que os Estados Unidos cederam diante das críticas do movimento de protesto contra uma globalização que funciona a favor das empresas transnacionais, e não a favor do público em geral, e cujo principal alvo tornou-se a OMC. Para o então ministro da saúde José Serra, a declaração afastou o risco de que a OMC fosse considerada um Fundo Monetário Internacional (FMI) comercial, em alusão à suposta preocupação excludente do Fundo com a saúde financeira de um país, não com a saúde de sua população[10]. Por outro lado, a ameaça dos Estados Unidos de quebrar a patente do Cipro, contra o antraz, também pesou, agora, na decisão de recuar, pois ficou claro que mesmo os países desenvolvidos podem necessitar dessa arma. Com a linha estratégica bem definida, a articulação com os demais negociadores do governo brasileiro foi extremamente eficaz. Na frente da saúde, o ministro José Serra e o coordenador do programa da Aids exploraram com eficácia o sucesso do programa brasileiro, a tentativa dos Estados Unidos de ameaçar a quebra da patente do Cipro e a necessidade de legitimar a OMC perante as organizações não-governamentais e a globalização.

A Declaração não atribuiu aos países o direito de quebrar patentes a seu bel prazer, mas atribuiu poderes para conceder licenças compulsórias, ou seja, autorizar um laboratório local a produzir determinado remédio, ainda que a patente seja de outro. De mais a mais, caberia a cada país estabelecer os fundamentos para conceder o licenciamento compulsório, ou seja, cada país contaria com o direito de determinar o que constitui uma emergência nacional no campo da saúde pública e, por extensão, que reações adotar.

O Brasil festejou os resultados da IV Conferência Ministerial, pois a presença diplomática brasileira no jogo da globalização, com a Rodada de Doha, marcou um expressivo feito da diplomacia brasileira. A reação do Canadá contra o Proex (programa de estímulo às exportações brasileiras), tomando por base o acordo firmado, teve o condão de acordar o país para a questão comercial. Os diplomatas brasileiros articularam-se rapidamente, e deram contribuição essencial para a Declaração Ministerial de Doha, em que o papel do Brasil foi indiscutível. Os subsídios foram a causa de um longo conflito entre Brasil e Canadá, no âmbito da OMC[11].

Pela primeira vez desde a criação do sistema multilateral de comércio após a Segunda Guerra Mundial os países em desenvolvimento atuaram de forma mais organizada nas negociações comerciais multilaterais, sob a liderança de países como Brasil e Índia. Na Rodada Uruguai, que precedeu a criação da OMC, com os países em desenvolvimento ainda não articulados, os países desenvolvidos impuseram sem contestação uma série de cláusulas que, na prática, engessavam qualquer possibilidade

de crescimento dos produtos tradicionais e de entrada de produtos de tecnologia dos países emergentes. A IV Conferência Ministerial de Doha parece ter refletido o despertar dos países em desenvolvimento para a importância das questões comerciais.

5. A Trajetória de Sucessivos Impasses

A V Conferência Ministerial da OMC, realizada em 2003 na cidade mexicana de Cancún, e que objetivava "planejar um acordo concreto sobre os objetivos da Rodada de Doha", fracassou após quatro dias de discussão entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento sobre subsídios agrícolas e acesso aos mercados. Os quatro temas de negociação centraram-se em agricultura, produtos industrializados, comércio de serviços e atualização de normas alfandegárias.

As divergências entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento foram mais evidentes em assuntos ligados à agricultura. Os subsídios agrícolas dos primeiros (tanto a Política Agrícola Comum da União Européia quanto os subsídios agrícolas norte-americanos) se tornaram o foco do debate. Os últimos rejeitaram um acordo visto como desfavorável.

Nessa ocasião foi criado o G-20, que consiste num grupo de países emergentes criado em 20 de agosto de 2003, sob o comando do Brasil, e cuja atuação se concentrou na agricultura. Na V Conferência Ministerial, os objetivos principais foram a defesa de resultados nas negociações agrícolas que refletissem o nível de ambição do mandato das negociações da Rodada de Doha e os interesses dos países em desenvolvimento. Os membros do G-20, que podem variar, somavam na ocasião um número de 24[12]. Seus países membros respondiam por 60 % da população mundial, 70 % da população rural do mundo e 26% das exportações agrícolas mundiais. Desde a sua criação, o G-20 conta com membros flutuantes, mas seus representantes formam o G-4 (China, Índia, Brasil e África do Sul), que respondem juntos por 60% da população mundial e 26% das exportações agrícolas mundiais[13].

A Conferência Ministerial de Cancún terminou sem acordo e os membros da OMC iniciaram um período de reflexão. Além do G-20, formado por países em desenvolvimento com rendimento médio, surgiu também o G-90, constituído por países em desenvolvimento mais pobres. Diante do fracasso, a referida Conferência Ministerial não conseguiu abordar os obstáculos às exportações de algodão dos países do G-90.

Em maio de 2004, numa carta a todos os membros da OMC, a União Européia comprometeu-se a proceder a uma grande redução de todos os subsídios susceptíveis de distorcer o comércio e propôs medidas rápidas relativas ao algodão através da eliminação de todas as formas de apoio às exportações, criando-se um acesso livre e vital para muitos países em desenvolvimento com interesses na exportação. Em acréscimo, propôs ainda uma rodada sem compromissos para os países menos desenvolvidos, permitindo a estes últimos decidirem por si mesmos as oportunidades de abrirem seus mercados. Em julho de 2004, a carta da União Européia desencadeou intensas conversações em Genebra. O resultado foi a revitalização da rodada e um

acordo subseqüente. A reunião de Genebra avançou no processo negociador, e as deliberações deram lugar a um acordo-marco para prosseguir as conversas e fixar as ambições da Rodada de Doha. Os Estados Unidos e a União Européia se propuseram a reduzir seus subsídios agrícolas, e a aumentarem os esforços no sentido de abrirem os mercados aos bens e serviços.

O encontro de agosto de 2004, em Genebra, chegou a um esboço de acordo sobre a abertura do comércio global. Os Estados Unidos, União Européia, Japão e Brasil concordaram em abolir subsídios às exportações, reduzir os subsídios agrícolas e diminuir as barreiras tarifárias. Os países em desenvolvimento, por sua vez, concordaram em reduzir tarifas sobre produtos manufaturados, mas obtiveram o direito de proteger suas indústrias chave. O acordo também garantiu alfândegas simplificadas, e regras mais rígidas para ajuda ao desenvolvimento rural. O prazo inicial para concluir a Rodada de Doha foi adiado para o final de 2005.

Em janeiro de 2005, na cidade de Davos, na Suíça, os ministros do comércio, reunidos à margem do Fórum Econômico Mundial, acordaram a redinamização do processo da Agenda de Desenvolvimento de Doha. Em março do mesmo ano, a mini-reunião ministerial de Mombaça, no Quênia, testemunhou a apresentação, pela União Européia, de um pacote concreto de propostas sobre as metas de desenvolvimento da rodada, incluindo a flexibilidade no tocante à abertura dos mercados para os produtos não agrícolas, a redução dos direitos aduaneiros para as importações dos países menos desenvolvidos e a necessidade de maior flexibilidade nos sistemas relativos às regras de origem. Em maio seguinte, em outra mini-reunião ministerial realizada em Paris, os negociadores agrícolas avançaram nas negociações.

Em julho de 2005, em Dalian, na China, os ministros concordaram em iniciar novas negociações com base em uma proposta do G-20 para reduções dos subsídios agrícolas e o alargamento do acesso aos mercados na agricultura. Em outubro de 2005, em Zurique, na Suíça, os Estados Unidos prometeram aplicar grandes cortes em seus subsídios agrícolas se outros parceiros comerciais, particularmente a União Européia, fizessem o mesmo. Os europeus apresentaram sua oferta, embora a França tivesse se recusado a fazer mais concessões.

Os Estados Unidos propuseram-se a cortar os subsídios agrícolas internos em 60% e reduzir gradualmente alguns dos seus subsídios à exportação. Apresentaram também propostas para o acesso aos mercados agrícolas, prevendo cortes de 90% nos direitos aduaneiros mais elevados sobre os produtos agrícolas. Na mesma ocasião, a União Européia propôs que a VI Conferência Ministerial, prevista para acontecer em Hong Kong, adotasse um pacote sobre o desenvolvimento. Este pacote deveria, entre outras coisas, incluir o compromisso por parte de todos os países desenvolvidos no sentido de concederem um acesso isento de direitos e contingentes a todos os produtos dos países menos desenvolvidos e um máximo de flexibilidade nas reduções dos direitos aduaneiros para os países menos desenvolvidos. Entretanto, a União Européia fez esta proposta depender de passos ambiciosos por parte de outros no tocante ao Acesso aos Mercados para Produtos Não-Agrícolas (uma das áreas mais contenciosas das negociações, conhecida pela sigla em inglês “NAMA”) e aos serviços, assim como de um acordo sobre um registro e alargamento das designações de origem geográfica. A União Européia reiterou que o desmantelamento dos subsídios agrícolas teria de levar a condições equitativas também entre os países desenvolvidos e pediu por compromissos

dos Estados Unidos em relação aos subsídios agrícolas, os créditos à exportação e alterações aos critérios da “caixa azul” e por parte do Canadá, da Austrália e da Nova Zelândia sobre as empresas de comércio estatais.

Os negociadores do comércio pretendiam conseguir progressos tangíveis antes do encontro da OMC em Hong Kong em dezembro de 2005, e esperavam a adesão ao acordo antes de 2007, quando expirava a legislação por decreto (“fast-track”) dos Estados Unidos. Sem decretos, seria muito mais difícil obter a ratificação do senado norte-americano. As negociações de Paris em setembro de 2005 centraram em alguns temas: a França afirmou que cortaria os subsídios aos agricultores, enquanto que os Estados Unidos, a Austrália, a União Européia, o Brasil e a Índia não conseguiram chegar a acordos sobre frango, carne bovina e arroz. A maioria dos pontos críticos consistia em assuntos técnicos, levando os negociadores ao temor de que o acordo sobre temas de grande risco político fosse bem mais difícil. Era necessário um acordo para finalizar as negociações em Hong Kong. A organização não-governamental Oxfam acusou a União Européia de atrasar propositadamente as discussões, o que ameaçava arruinar a rodada.

Em novembro de 2005, o diretor geral da OMC, Pascal Lamy, reduziu publicamente o nível de ambições para a Conferência Ministerial de Hong Kong, tornando claro que nessa reunião já não se poderia almejar um acordo sobre todas as modalidades. A União Européia exortou a reunião de Hong Kong a garantir os progressos feitos desde o acordo de 2004 e a viabilizar outros avanços em 2006.

A VI Conferência Ministerial, em Hong Kong, aconteceu entre 13 e 18 de dezembro de 2005, e foi salva pela promessa dos países desenvolvidos de eliminar todos os subsídios às exportações e de adotar medidas de apoio aos países em desenvolvimento até 2013, ajudando na recondução do processo.

Nessa ocasião, os negociadores tentaram chegar a um amplo acordo sobre reduções dos direitos aduaneiros e dos subsídios para a agricultura e reduções dos direitos aduaneiros para os produtos industriais até a metade de 2006, permitindo aos negociadores utilizar o resto do ano de 2006 para chegarem a acordo sobre outras questões importantes, como o comércio dos serviços. Os países também não puderam cumprir o segundo prazo que tinham fixado para concluir a rodada, mas decidiram que em meados de 2006 deveria haver resultados concretos e que o processo deveria ser encerrado naquele ano.

As negociações prosseguiram em 2006. Na seqüência de uma mini-reunião ministerial em Davos, na Suíça, em janeiro, as negociações assumiram, sobretudo, a forma de uma série de encontros bilaterais e multilaterais entre os principais negociadores. Os negociares da União Européia, dos Estados Unidos, do Brasil, da Índia, do Japão e da Austrália encontraram-se em Londres, em março de 2006, para dois dias de conversações. Embora essas reuniões tenham sido construtivas, a proposta da União Européia de outubro de 2005 continuou sendo a única proposta completa na mesa de negociações, ausentes propostas de avanços equivalentes no comércio de produtos industriais ou serviços para compensar os cortes propostos pela União Européia na agricultura. Para a União Européia, esses passos compensatórios eram essenciais para concluir a rodada com êxito. Em abril de 2006, o comissário europeu do Comércio, Peter Mandelson, assinalou a limites do seu mandato de negociação, caso outras partes fizessem concessões semelhantes. Em maio de 2006 as negociações intensificaram-se

nos grupos de trabalho em Genebra, com ênfase para a agricultura e o "NAMA" (Acesso aos Mercados para Produtos Não-Agrícolas). Em junho de 2006, o comissário europeu do comércio, Peter Mandelson, esboçou um possível acordo, refletindo a posição do diretor geral da OMC, Pascal Lamy, e de muitos outros, no sentido de que o G20 pretendia cortes mais drásticos nos subsídios agrícolas dos Estados Unidos antes de estar disposto a apresentar os cortes exigidos para os produtos industriais, e que os Estados Unidos poderiam desbloquear a questão avançando com uma proposta melhor e que, nesse caso, a União Européia apresentaria a ambos simultaneamente uma proposta mais forte. Nessa ocasião, os ministros de comércio de mais de sessenta países se reuniram em Genebra para salvar a rodada, que se encontrava em um momento crítico, mas não obtiveram êxito.

Em São Petersburgo, no início de julho de 2006, os líderes do G8 comprometeram-se a enviar os seus negociadores a Genebra com um mandato para maior flexibilidade. No final do mesmo mês, os ministros das principais potências comerciais das quais se esperava acordos de princípios reuniram-se em Genebra, mas não conseguiram tirar o processo da crise. O diretor geral da OMC, Pascal Lamy, suspendeu as negociações. Os principais motivos do impasse residiram nos subsídios estatais para a exportação de produtos agrícolas da Europa e dos Estados Unidos.

O comissário europeu do comércio, Peter Mandelson, declarou que a referida suspensão poderia ter sido facilmente evitada, e que os Estados Unidos não estavam dispostos a aceitar, nem sequer a reconhecer, a flexibilidade demonstrada pelos demais, e que não deram sinais de qualquer flexibilidade sobre a questão dos subsídios agrícolas.

Em de novembro de 2006, a Suíça convocou para janeiro de 2007 uma reunião entre os principais negociadores da Rodada de Doha para impulsionar a negociação, suspensa por falta de acordos. Em janeiro de 2007, durante o Fórum Econômico Mundial, em Davos, Suíça, algumas das autoridades presentes concordaram em retomar o diálogo sobre a Rodada de Doha. Pascal Lamy disse à época que os ministros concluíram que o momento era adequado para retomar o "modo de negociação total", depois que os Estados Unidos, a União Européia e outros membros-chave reportaram algum progresso em conversações bilaterais.

A reunião de Potsdam, que ocorreu em junho de 2007, na Alemanha, e reuniu Brasil, União Européia, Estados Unidos e Índia, acabou dois dias antes do previsto, quando Brasil e Índia decidiram se retirar das negociações. Os cinco dias de reunião foram considerados pelo comissário europeu do comércio, Peter Mandelson, decisivos para o sucesso da Rodada de Doha. Segundo ele, o encontro não pretendia concluir a rodada de negociações, mas tão-somente determinar se a mesma poderia ser concluída. Uma aproximação entre o chamado G4 serviria de base para as negociações entre os demais membros da OMC. Entretanto, mais uma vez, o impasse na questão dos cortes de subsídios e na redução de tarifas levou ao colapso das negociações.

6. O Mais Recente Colapso da Rodada de Doha: Genebra, 2008

Em janeiro de 2008, apesar da norma da OMC de realizar a cada dois anos uma Conferência Ministerial, os mesmo vinte ministros que haviam se reunido um ano antes em Davos, reuniram-se novamente e anunciaram um encontro informal para perto da Páscoa. Em 21 de julho de 2008, ministros de trinta países se reuniram em Genebra convocados pelo diretor geral da OMC, Pascal Lamy, com o objetivo de salvar a Rodada de Doha. Em 29 de julho do mesmo ano, as negociações para salvar a Rodada de Doha fracassam após nove dias de reunião porque os países não conciliaram suas posições em relação à agricultura.

Os países em desenvolvimento queixam-se de que seus produtos não têm chance de competir com os produtos subvencionados no mercado internacional. Outrossim, nem os Estados Unidos, nem a União Européia até agora conseguiram chegar a um consenso sobre uma redução mútua dos subsídios e taxas sobre produtos agrícolas.

Diante dos fatos, as expectativas para a reunião de Genebra foram reduzidas a ambições modestas e poucos avanços. Os problemas encontrados foram sempre os mesmos: as imposições dos países desenvolvidos de aberturas comerciais dos países em desenvolvimento, ao mesmo tempo em que protegem seu próprio mercado agrícola. As negociações comerciais da Rodada de Doha fracassaram em razão das mesmas discrepâncias entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento que a caracterizaram durante seus quase sete anos de vida. O fracasso de Doha constitui uma perda para todos, porque ocorreu em meio a uma crise econômica muito forte, onde há protecionismo e falta credibilidade no sistema multilateral de comércio.

Desde que a Rodada de Doha foi lançada, há quase sete anos, o principal obstáculo ao avanço das negociações tem sido a resistência acirrada dos Estados Unidos e da União Européia a medidas de liberalização na área da agricultura. Nesses países, os lobbies agrícolas são extremamente poderosos e organizados. Em conseqüência, os governos relutam enormemente em diminuir subsídios e aumentar o acesso a mercados agrícolas. Isso não os impede, entretanto, de pressionar por concessões dos países em desenvolvimento em termos de acesso a mercados industriais, agrícolas e de serviços.

O Brasil, desde o início das negociações, estabeleceu como objetivo a redução dos subsídios agrícolas na Europa e nos Estados Unidos, enquanto estes demandavam a redução das tarifas industriais e maior abertura ao comércio de serviços dos países em desenvolvimento. Quando os países desenvolvidos desistiram da abertura dos serviços e da inclusão de temas não-comerciais nas negociações, aceitando uma proposta intermediária do diretor geral da OMC, o Brasil também aceitou o acordo e imaginou que os demais países em desenvolvimento fariam o mesmo. No entanto, a resistência da Argentina e principalmente da Índia, acompanhada pela China, foi decisiva. A primeira conta com barreiras alfandegárias para se industrializar, ao passo que a Índia exigiu maior liberdade para salvaguardar sua agricultura familiar mediante ameaça de commodities produzidas no exterior a custo menor. Contando com a agricultura familiar para garantir emprego e segurança alimentar, a Índia não aceitou um acordo que deixasse esse setor econômico e social vulnerável às forças imprevisíveis do mercado. O acordo proposto foi, de forma geral, criticado por conter concessões insuficientes dos países desenvolvidos e excessivas dos países em desenvolvimento.

O G-20 articulou as posições de vinte economias em desenvolvimento. Nas negociações de 2008, todavia, o grupo não conseguiu adotar uma posição comum, devido às suas

agendas muito diferentes. O Brasil teve papel de destaque, embora no momento o foco da diplomacia não estivesse no G-20, mas na América do Sul[14].

Nas entrelinhas das discussões, uma guerra de números tomou conta da rodada. A representante de comércio dos Estados Unidos, Suzan Schwab, declarou que o país estava disposto a fixar em U$15 bilhões o teto de subsídios, valor que representa o dobro de volume dos subsídios pagos em 2007. A proposta, que ainda exigia contrapartida nos cortes das tarifas industriais dos países em desenvolvimento e a aceitação de uma "cláusula de paz" – compromisso de não contestar os subsídios norte-americanos nos tribunais da OMC – não agradou a estes últimos. Evidentemente, se os Estados Unidos pretenderam resguardar o direito de conceder o dobro de subsídios daquele que é concedido no momento, não se tratava de uma "rodada do desenvolvimento". Ao Brasil, mais do que o teto dos subsídios interessava o máximo permitido aos quatro produtos mais importantes, sendo arroz, milho, soja e algodão.

Vale ressaltar que, ainda diante de uma eventual aprovação da Rodada de Doha, as concessões oferecidas pelos Estados Unidos esbarrariam em sérias dificuldades antes de serem referendadas pelo Congresso norte-americano, conforme exige sua legislação interna. Afinal, seria um acordo proposto por um presidente virtualmente sem poder, para um Poder Legislativo controlado pela oposição democrata, em ano de eleições presidenciais. Seria pouco provável que um acordo tão complexo sequer fosse levado a votação antes das eleições, e menos provável ainda que fosse aprovado[15].

Por outro lado, não interessava ao Brasil negociar acordos setoriais conjuntamente, com áreas de interesse dos Estados Unidos e da União Européia (setores automobilístico, químico, de brinquedos e informática). Ao contrário, seria muito mais vantajoso negociar setor a setor, sem partir de uma lista fechada.

Embora a lista de divergências fosse considerável, teve grande peso a insistência da Índia em aumentar a proteção de seus agricultores em casos de surtos de importação, a chamada "salvaguarda especial", que aumentaria os direitos aduaneiros quando as importações de produtos agrícolas superassem certo nível e causassem prejuízo aos camponeses das nações pobres. Para desobstruir o processo, as discussões foram reduzidas entre a Índia e os Estados Unidos, protagonistas do embate, enquanto Brasil e Austrália tentavam mediar uma solução para o impasse da rodada. A discordância irreparável, todavia, precipitou o final da conferência. Que ninguém duvide, entretanto, que desde o lançamento da Rodada de Doha, há quase sete anos, o principal obstáculo ao avanço das negociações tem sido a resistência acirrada dos Estados Unidos e da União Européia a liberalizar a área agrícola.

O Brasil fez o possível para viabilizar um acordo. Houve um empenho inegável do governo brasileiro em chegar a um resultado, ainda que modesto. Outros países em desenvolvimento foram mais resistentes, notadamente a China, a Índia e a Argentina. A gota d'água para mais esse colapso das negociações parece ter sido o desentendimento entre os Estados Unidos, a China e a Índia a respeito da questão agrícola. Nesse ponto específico, os interesses comerciais dos Estados Unidos e do Brasil, que são exportadores agrícolas, eram convergentes, pois ambos se beneficiariam de uma maior abertura dos mercados indiano e chinês. A diferença residiu na disposição do Brasil de ser flexível e de acomodar as pretensões da China e da Índia, ao contrário dos Estados Unidos. O Brasil, na opinião do governo, perdeu, porque a rodada lhe era favorável. A

flexibilidade da diplomacia brasileira visava o sucesso das negociações, ao contrário da China e da Índia.

Na opinião de outros, para o Brasil havia o risco de que uma abertura nas áreas industrial e de serviços não fosse efetivamente compensada por ganhos modestos na área agrícola, deixando os mercados industriais e de serviços demasiado expostos à competição estrangeira[16].

Após o colapso das negociações da Rodada de Doha e do congelamento da agenda de liberalização global de tarifas, as divergências entre o Brasil e a Argentina relativamente à proteção da indústria da segunda perderam importância. A Argentina justificava a necessidade de recuperar sua indústria, devastada pela crise do final da década de noventa e começo do século. Após o Brasil ter aceitado proposta que contrariava interesses da vizinha, os parceiros abandonaram o embaraço causado e concordaram que o fracasso deveu-se ao impasse entre Estados Unidos e Índia. Felizmente, ambos concordaram em investir nas negociações entre o Mercosul e a União Européia.

7. Conclusão

O principal entrave ao sucesso da Rodada de Doha, que coincide com o principal entrave do próprio sistema multilateral de comércio, está no espírito individualista e egocêntrico da lógica capitalista, que impede que os países desenvolvidos – e nesse caso, sobretudo os Estados Unidos e os países europeus unificados na União Européia – façam as mesmas concessões que exigem dos países em desenvolvimento. Está claro que, desde o lançamento da Rodada de Doha, há quase sete anos, o principal obstáculo ao sucesso das negociações tem sido a resistência inabalável dos Estados Unidos e da União Européia em adotar medidas de liberalização na área agrícola.

Sem dúvida, é legítima a preocupação de cada país nos efeitos de uma política liberalizante, que supostamente ocasionaria desemprego e outros transtornos internos, fragilizando setores da economia que não estão aptos a concorrer internacionalmente de forma igualitária. Todavia, é ilegítima a concentração das vantagens para poucos e a imposição das desvantagens para muitos. À abertura dos mercados dos países em desenvolvimento aos produtos manufaturados, aos investimentos e aos serviços europeus e norte-americanos, deveria necessariamente corresponder a redução dos subsídios europeus e norte-americanos. Essas questões cruciais e muitas outras foram discutidas exaustivamente na quinta e na sexta Conferência Ministerial da OMC, bem como nas inúmeras reuniões e encontros formais e informais que envolveram a Rodada de Doha, restando óbvio que até hoje não há um consenso mundial a respeito da abertura comercial, e deixando a sensação de descrença na liberalização do comércio mundial.

Outrossim, a novidade que deu o tom da Rodada de Doha foi a resistência dos países em desenvolvimento em aceitar condições que contrariam seus interesses econômicos. É fato que até a Rodada Uruguai, Estados Unidos e União Européia impunham

praticamente todos os seus interesses, ao passo que atualmente o G-20 mudou a correlação de forças políticas. A OMC, criada na Rodada Uruguai, bem como as rodadas de liberalização que a sucederam, sempre sustentou a idéia de que há forte relação entre comércio e crescimento econômico, ou seja, de que o comércio internacional deve gerar crescimento. Por conseguinte, restou evidente que o comércio desigual produz crescimento desigual, aumentando os desequilíbrios econômicos. Parece que esse desdobramento ficou claro quando os países em desenvolvimento começaram a sentir os efeitos da abertura comercial desproporcional que resultou da Rodada Uruguai.

Por outro lado, há que se salientar que o colapso da Rodada de Doha também se deve ao declínio da hegemonia ideológica norte-americana, cuja bandeira neoliberal justificou a submissão dos países em desenvolvimento a um regime jurídico que restringiu seu espaço para adotar políticas de desenvolvimento industrial equivalentes àquelas adotadas pelos países desenvolvidos em seu processo de desenvolvimento econômico. Na primeira década do século XXI, ficou evidente a dificuldade dos países desenvolvidos de impor condições desfavoráveis aos países em desenvolvimento. As reformas neoliberais mostraram-se concentradoras de renda e incapazes de promover o desenvolvimento econômico, enquanto alguns países em desenvolvimento, liderados pela Índia e pela China, alcançaram taxas extraordinárias de crescimento e causaram impacto na balança internacional de poder. O rumo das negociações comerciais parece seguir no contexto do que já foi chamado de "pós-neoliberalismo". O espaço para novas liberalizações dos mercados, em nível global, pode estar no limite, e o fracasso da Rodada de Doha pode ser um sintoma importante.

As turbulências que abalaram a economia norte-americana recentemente, em setembro de 2008, resultantes das falências anunciadas ou eminentes de importantes bancos de investimento, das duas maiores sociedades hipotecárias dos Estados Unidos e da maior seguradora do mundo, implicaram na intervenção direta do governo na economia, praticamente nacionalizando as empresas envolvidas, muito embora o termo não tenha sido utilizado em nenhuma ocasião. A intervenção em curso teve lugar após trinta anos de imposição neoliberal patrocinada em escala universal pelos Estados Unidos e pelas instituições multilaterais por eles controladas. Não é precipitado constatar que as falências supracitadas estão acompanhadas pela falência da própria doutrina neoliberal, atestada também pelas ações militares dos Estados Unidos com vistas a salvar grandes investimentos da indústria petrolífera em países do mundo árabe. Conforme constatação de Boaventura de Souza Santos, "o país acaba de ser vítima das armas de destruição financeira maciça com que agrediu tantos países nas últimas décadas e a decisão "soberana" de se defender foi afinal induzida pela pressão dos seus credores estrangeiros (sobretudo chineses) que ameaçaram com uma fuga que seria devastadora para o atual "american way of life"... Não estamos ante uma desglobalização, mas estamos certamente ante uma nova globalização pós-neoliberal internamente muito mais diversificada"[17].

Certamente, é possível prever que as mudanças na globalização hegemônica e o abandono do Consenso de Washington abalarão também as organizações internacionais multilaterais de caráter econômico, como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial, e a própria OMC. Esta, para que não mais precise esconder-se nos confins do Oriente Médio, deverá patrocinar um desenvolvimento econômico equilibrado e

equânime entre os parceiros comerciais, socializando as vantagens e as eventuais desvantagens de um sistema multilateral de comércio justo.

8. Referências

Livros e artigos

BARRAL, Welber. O Comércio Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARREAU, Dominique, JUILLARD, Patrick. Droit International Économique. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2007.

NASSER, Rabih Ali. A OMC e os Países em Desenvolvimento. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

NOGUEIRA BATISTA JUNIOR, Paulo. Entrevista. www.pt.org.br.

PAULO PEREIRA, Ana Cristina (Org.). Direito Internacional do Comércio. Mecanismo de Solução de Controvérsias e Casos Concretos na OMC. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

RAMONET, Ignacio. Géopolitique du chãos. Paris: Gallimard,1997.

SANTOS, Boaventura de Souza. "O impensável aconteceu". Folha de São Paulo, 26/09/2008, p. A3.

SEITENFUS, Ricardo. "Doha a quem doer?". *www.seitenfus.com.br/arquivos/FSPDoha-quem-doer.pdf*

Les droits fondamentaux à l'épreuve de la mondialisation. Actes du colloque international organisé par le Centre de Recherches Hannah Arendt les 16 & 17 mars 2006. Paris : Cujas, 2006.

Endereços eletrônicos

ec.europa.eu

sistemas.aids.gov.br

trade.ec.europa.eu

www.ftaa-alca.org

www.cebri.org.br

www.g-20.mre.gov.br

www.g20.org

www.greeneconomyinitiative.com

www.greenpeace.org.br

www.mofa.go.jp

www.ocde.org

www.scribd.com

www.wto.org

www.ustr.gov

---

[1] Todos esses documentos estão disponíveis em www.wto.org

[2] *www.scribd.com/doc/7255472/Hpeb-Texto-27, acesso em 29 de novembro de 2008.*

[3] http://sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=45091

[4] *www.greenpeace.org.br/catar/omcencalha.pdf*

[5] Taiwan, com o nome oficial de República da China, perdeu o seu lugar na ONU em 1971, que foi atribuído à China popular, da qual se separou após a guerra civil de 1949. O governo de Taiwan tenta há 14 anos integrar as Nações Unidas com o nome de República da China, mas tem encontrado sempre a oposição sistemática de Pequim, que considera a ilha como parte integrante do seu território.

[6] *www.seitenfus.com.br/arquivos/FSPDoha-quem-doer.pdf,* acesso *em 1º de agosto de 2008.*

[7] www.wto.org, tradução livre, acesso em 15 de setembro de 2008.

[8] *www.seitenfus.com.br/arquivos/FSPDoha-quem-doer.pdf,* acesso *em 1º de agosto de 2008.*

[9] www.wto.org, tradução livre, acesso em 15 de setembro de 2008.

[10] http://sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=45029, acesso em 13 de dezembro de 2008.

[11] A razão principal do conflito estava no fato de que as regras para subsidiar exportações aceitas pela OMC haviam sido fixadas pela OCDE, que reúne os vinte e nove países supostamente mais industrializados do mundo, e da qual o Brasil não faz parte. Logo, não participa da elaboração das regras que, no entanto, deve cumprir depois.

[12] Do continente africano, estão incluídos África do Sul, Egito; Nigéria; Tanzânia e Zimbábue. Da Ásia, participam China; Filipinas; Índia; Indonésia; Paquistão e Tailândia. Da Europa, estão Turquia; República Checa e Hungria. Por fim, da América Latina participam Argentina; Bolívia, Brasil; Chile; Cuba; Guatemala; Méxio; Paraguai; Uruguai e Venezuela. www.g20.org, acesso em 20 de agosto de 2008.

[13] www.g-20.mre.gov.br, acesso em 22 de agosto de 2008.

[14] Destaque-se a criação da Unasul – União das Nações Sul-Americanas, em 23 de maio de 2008 em Brasília.

[15] O presidente republicano George W. Bush não conseguiu aprovar nem mesmo um tratado muito mais simples como o de livre-comércio com a Colômbia, estagnado desde abril de 2007. Aliás, o atual presidente não teve êxito em renovar sua autoridade especial para aprovar tratados ("fast track"), vencida desde 2007.

[16] Paulo Nogueira Batista Junior, Entrevista, *www.pt.org.br*, acesso *em 31 de julho de 2008.*

[17] "O impensável aconteceu", Folha de São Paulo, 26 de setembro de 2008, A3.

A POLÍTICA PANIS ET CIRCENSES DO SISTEMA MULTILATERAL DO COMÉRCIO*

POLICY PANIS ET CIRCUS OF THE MULTILATERAL TRADE

Luciana Gualda e Oliveira

RESUMO

O presente artigo versa sobre as entrelinhas dos discursos liberal, político, jurídico e econômico que legitimam o Sistema Multilateral do Comércio, desde a sua origem, trazendo as conseqüências práticas destas para o comércio internacional, e especificamente para os países excluídos da tríade: EUA/Canadá, União Européia e Japão, demonstrando que o Sistema Multilateral do Comércio, projeto iniciado após a 2ª Guerra Mundial (GATT, BIRD e FMI), sustentado pela doutrina liberal, garantiu a hegemonia americana e a expansão econômica dos países desenvolvidos, cuja ideologia forjada na "liberalização para o desenvolvimento do mundo" serviu como pano de fundo para o aumento das disparidades entre países desenvolvidos e os demais, sem que houvesse o desenvolvimento esperado, ferindo os objetivos do GATT (repetidos, posteriormente, no preâmbulo do acordo constitutivo da OMC), quais sejam: que as relações comerciais entre os países deveriam elevar o nível de vida; o pleno emprego; o aumento da produção e do comércio de bens e serviços, de maneira compatível com suas respectivas necessidades e interesses, segundo os diferentes níveis de desenvolvimento econômico. Assim, de forma sucinta, traz os problemas que os países em desenvolvimento encontram atualmente, pois de um lado, necessitam seguir regras impostas pelos investidores para que se mantenham inseridos no mercado internacional, e do outro a inserção limita-se não pelas necessidades internas dos países, mas são determinadas para garantir a manutenção do poder econômico dos países desenvolvidos, principalmente dos EUA, baseados em ideologia construída, para que os demais países se mantenham no sistema e, ainda de forma mais perversa, para que se sintam como parte integrante do mesmo.

PALAVRAS-CHAVES: DISCURSOS ECONÔMICO; JURÍDICO; POLÍTICO E LIBERAL; SISTEMA MULTILATERAL DO COMÉRCIO; COMÉRCIO INTERNACIONAL.

ABSTRACT

The present article turns on the space between lineses of the liberal, political, legal and economic speeches that legitimize the Multilateral System of Commerce, since its origin, bringing the practical consequences of these for the international trade, and specifically for the excluded countries of the triad: EUA/Canada, European Union and Japan, demonstrating that the Multilateral Trade System, a project started after the 2nd World War (GATT, IBRD and IMF), supported by the liberal doctrine, assured the American hegemony and economic expansion in developed countries, whose ideology

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

forged in the "liberalization for the development of the world" served as backdrop to the increasing disparities between developed countries and the others, without which the development was expected, hurting the goals of the GATT (repeated at the preamble of the Agreement Establishing the WTO): pointed that relations trade between the countries should raise the standard of living, full employment, the increase in production and trade of goods and services in ways compatible with their needs and interests, according to the different levels of economic development. So, in summary form, brings the problems that developing countries are today because of a hand, they follow rules imposed by investors to remain embedded in the international market, and the inclusion of other limited-if not by internal needs of countries, but are determined to ensure the continuation of the economic power of developed countries, mainly the U.S., based on ideology built, so that other countries remain in the system and, even more so perverse, to feel like part of the same.

KEYWORDS: ECONOMIC; LEGAL; POLITICIAN AND LIBERAL SPEECHES; MULTILATERAL SYSTEM OF COMMERCE; INTERNATIONAL TRADE.

INTRODUÇÃO

Apresentar as diretivas e princípios que norteiam o Sistema Multilateral do Comércio traz o conhecimento teórico do dever-ser, cria no imaginário coletivo um espetáculo majestoso de que a proposta de liberalização dos mercados remeterá a um desenvolvimento vultuoso, necessário à manutenção da paz mundial, capaz de reduzir as desigualdades entre países desenvolvidos e periféricos. De fato, após a 2ª guerra mundial vê-se surgir a mais brilhante doutrina até então já confeccionada, os aliados, encabeçados pelos Estados Unidos da América, arquitetam novo sistema de regras para o desenvolvimento do comércio internacional. Surge o embrião de todo o conjunto normativo e estrutural do sistema de investimentos externos, via Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD), que posteriormente divide-se em Banco Mundial e Banco para Investimentos Internacionais e o Fundo Monetário Internacional (FMI), contudo, ainda seria necessário mais um tentáculo que resultaria no arcabouço legal da liberalização do comércio internacional, o que seria feito de 1947 à 1995 pelo Acordo Geral de Tarifas e Comércio, cujas rodadas de negociações levariam em 1995 à Constituição da Organização Mundial do Comércio.

Em um cenário de destruição e incertezas, o apego à possibilidade de se viver em permanente paz seria, sem dúvida, sonho de grande parte da Europa, tão esfacelada por duas grandes guerras e pelos horrores do nazi-facismo. Aliado ao grande fator emocional, segue-se a possibilidade de reconstrução do antigo continente por parte dos aliados. Seguindo a fábula, o indumentário liberal logo resurge com nova roupagem, a mão invisível de Adam Smith garantiria a eficiência e o equilíbrio de economias descentralizadas. A ficção do Estado mínimo abriu a possibilidade para que o processo de liberalização dos mercados não fosse emperrado pelos países, principalmente por aqueles mais reticentes à nova ordem mundial.

Animados com a promessa de acesso livre aos mercados, os países periféricos enxergavam a possibilidade de que uma estruturação e normatização da liberalização dos entraves comerciais seria a tão esperada oportunidade de expandirem suas economias, por meio de exportação de produtos, principalmente agrícolas, os quais conseguiam produzir à um custo mais baixo do que os produzidos nos países desenvolvidos. Contudo, mal sabiam, ainda, que a liberalização seria via de mão-única, atendo-se nas rodadas de negociações aos produtos manufaturados, de interesse dos países desenvolvidos. A política do pão e do circo desmistificaria, pouco a pouco aqueles que acreditava, ainda, que a estruturação da nova ordem econômica internacional traria benefícios à todos os países. As rodadas de negociações no âmbito do GATT e posteriormente na OMC viriam a corroborar que uma nova forma de colonialismo que surgia, mais bem elaborada e estruturada, legalizada e legitimada por colonizados e colonizadores.

A questão agrícola passaria a ser ao mesmo tempo a faceta que revelou o grande engodo da proposta de liberalização comercial, e ainda objeto das mais diversificadas teorias que conduziam à excetuar os produtos agrículas dos entraves a sua liberalização no cenário mundial. È nesse contexto que o presente trabalho se desenvolve, apontando os rumos do comércio internacional já traçados desde o século passado. Para tal, o artigo foi divido em três partes, a primeira aborda o surgimento e os objetivos do Sistema Multilateral do Comércio. Posteriormente, informa os princípios que norteam esse Sistema, para finalmente constatar que o entrave à liberalização da agricultura reflete claramente as entrelinhas da nova ordem mundial, que hoje está cada vez menos camuflada de boas intenções.

1 SURGIMENTO E OBJETIVOS DO SISTEMA MULTILATERAL DO COMÉRCIO

A preocupação com a liberalização do comércio não é recente, contudo, somente passa a ser ventilada como "intenção mundial" após o Acordo de *Bretton Woods* em 1944 no final da 2ª Guerra Mundial, onde as nações aliadas, sob a égide dos Estados Unidos da América definiram as regras do novo sistema de "desenvolvimento" econômico internacional, estabelecendo o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD), que posteriormente divide-se em Banco Mundial e Banco para Investimentos Internacionais e o Fundo Monetário Internacional (FMI). Sendo que a terceira vertente, a Organização Internacional do Comércio (OIC), prevista na Carta de Havana de 1947, somente muito mais tarde, em 1995, seria finalmente colocada em prática quando da criação da Organização Mundial do Comércio (OMC). Ressalte-se, como aponta AMARAL, que a não instituição de organismo internacional à época foi motivado pelo "desinteresse norte-americano na década de 1950 e das visíveis assimetrias entre os signatários do GATT"[1].

Esse desinteresse americano pela criação da OIC, também se verificou na Inglaterra. Com efeito, ambos não estavam propensos a abrir mão de subsídios e vantagens concedidos a determinados setores de suas economias ou países considerados parceiros. Portanto, verifica-se que a liberalização pretendida seria de mão-única, sem

resvalar nos interesses das grandes potências, como AMARAL relata: "(...) Embora muito se tenha avançado em termos de liberalização, muitas vezes o argumento do *laissez faire* foi mais um recurso retórico para incentivar a abertura de mercados dos demais países do que, paradoxalmente, os de seus principais defensores."[2]

No mesmo sentido, PAULANI mostra o discurso por trás da ideologia liberal, apontando as diferenças existentes para os países centrais e periféricos, onde aduz: "se é idêntica a prevenção contra tudo que tenha qualquer parentesco com o Estado e a louvação de tudo que o favoreça o mercado e a "livre iniciativa", a regra de abertura comercial irrestrita, por exemplo, vale mais para a periferia do que para o centro."[3]

Assim, a vertente comercial do Acordo de *Bretton Woods* dá lugar ao GATT, ainda sem feição completamente definida, legitimada sob o argumento de que a Europa, palco das duas grandes guerras mundiais deveria ser reerguida, e de que o livre-comércio seria a única maneira de promover o desenvolvimento econômico e garantir a paz duradoura. Entra, pois o GATT, em vigor em 1948, como fomento a liberalização do mercado internacional, pautadas nos princípios da livre-iniciativa e livre concorrência, porém, revela-se um pouco mais tarde em uma via de mão-única.

NASSER explica o interesse na convergência de todos os países aos princípios e a doutrina que se pretende "apolítica" das regras que norteiam o Sistema Multilateral de Comércio[4] informando objetivos de ordem humanitária e econômica para que Europa e Japão apóiem a institucionalização de um sistema único de comércio que promova a paz, enquanto os países em desenvolvimento e outros excluídos também o legitimam, induzidos pela promessa de desenvolvimento para todos e a possibilidade do crescimento econômico que lhes cure as mazelas. Ainda, cabe lembrar de que doutrina de fundamental importância será retomada para que o Sistema Multilateral do Comércio seja uma realidade, a doutrina liberal.

Que país, em sã consciência, ousaria opor-se à ideologia liberal, após a derrocada dos Estados Totalitários, do Nazi-Facismo, da destruição e dos horrores da 2ª Guerra Mundial?

Utilizando-se do jogo de marketing tão eficiente quanto àquele visto nos regimes totalitários, as nações aliadas trataram rapidamente de dar publicidade aos crimes contra a paz, aos crimes de guerra e contra a humanidade cometidos à época. Vê-se que o famoso Tribunal de Nuremberg[5], ocorrido de 1945 a 1949, que entrou para os anais da história do Direito Penal Internacional, longe de seu valor histórico, moral e jurídico, deve ser percebido, também, como respaldo aos interesses dos EUA, Grã-Bretanha e França, para legitimarem toda a base doutrinária que seguiria o Sistema Multilateral do Comércio.

HOBSBAWM criticando o que chama de "disseminação da democracia" no século XX, por parte dos Estados Unidos, aponta:

[...] as grandes potências que buscam implementar seus pontos de vista na política internacional podem fazer coisas que convêm aos defensores dos direitos humanos e têm consciência do valor publicitário de fazê-lo, mas isso não faz propriamente parte

dos seus propósitos, os quais, quando elas julgam necessário, são perseguidos com a crueza e a barbárie que constituem a herança do século XX.[6]

Interessante ressaltar outra afirmação de HOBSBAWM sobre a ineficácia das instituições internacionais sobre crimes de guerra, a fim de compor paralelismo com a Organização Mundial do Comércio:

[...] Mesmo quando se estabelecem tribunais por acordo geral (como, por exemplo, o Tribunal Penal Internacional, estabelecido pelas Nações Unidas no Estatuto de Roma de 17 de julho de 1998), suas decisões não serão necessariamente aceitas como legítimas e obrigatórias, ao menos enquanto países poderosos tiverem condições de ignorá-las.[7]

Ora, não é justamente o que ocorre no âmbito da Organização Mundial do Comércio?

Legitimada a base moral e social da doutrina que iria sustentar o Sistema Multilateral do Comércio, a imediata conseqüência seria a convergência de países desenvolvidos e dos demais, sendo que estes últimos somente mais tarde, com o início da participação mais ativa nas Rodadas de negociações do GATT, começam, de fato a perceber as entrelinhas do discurso das potências econômicas. Contudo, ainda tímidos, mas engajados em encontrar mais espaço no âmbito das negociações, os países em desenvolvimento procuram unir-se em torno de interesses comuns, de forma a fazer frente à hegemonia dos países desenvolvidos.

De fato, após a disseminação dos slogans de “desenvolvimento para todos e manutenção da paz” ou como bem aponta HOBSBAWN “disseminação da democracia”, seria preciso, ainda, mais um passo: a institucionalização das condutas que levariam a abertura dos mercados dos países aos produtos industrializados, ao progressivo desmonte das indústrias nacionais dos países em desenvolvimento, de forma a garantir que não houvesse qualquer empecilho de ordem interna aos países à liberalização dos mercados. Nesse ínterim, são formados os acordos do GATT, incluindo o acordo sobre o comércio de mercadorias, que a partir de 1995 dá lugar a Organização Mundial do Comércio, atingindo grau muito maior da institucionalização pretendida.

2 OS PRINCÍPIOS GERAIS DO SISTEMA MULTILATERAL DO COMÉRCIO

Toda e qualquer institucionalização parte de princípios que irão nortear as regras criadas, assim, no âmbito do GATT e posteriormente na OMC, verifica-se uma série de princípios, dentre eles o da não-discriminação, da nação-mais-favorecida e do

tratamento nacional. A fim de não promover qualquer entrave ao mercado internacional, os países-membros da OMC devem pautar suas políticas de forma a não discriminar qualquer outro país-membro.

2.1 A CLÁUSULA DA NAÇÃO-MAIS-FAVORECIDA

A Cláusula da Nação-mais-favorecida não tem suas origens no GATT ou na OMC, encontra-se presente no cenário comercial internacional desde há muito, conforme digressão histórica que faz AMARAL "A cláusula da nação mais favorecida apareceu em um tratado firmado entre a Grã-Bretanha e Portugal nos idos de 1642, significando a adoção de um princípio voltado à uniformização e à liberalização do comércio(...)".[8] Além disso, é importante observar que o princípio da não discriminação, presente em duas cláusulas da OMC, também está disposto na Convenção Modelo Destinada a Evitar a Dupla Tributação da Renda e na Evasão Fiscal, elaborada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico; nos Tratados de Roma, de Assunção, bem como nos *a*rtigos 1º do GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), 2º do General Agreement on Trade in Services (GATS) e 4º do Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) informando que as vantagens, favores, privilégios ou imunidades concedidos por uma parte contratante a um produto originário ou com destino a qualquer outro país serão, imediatamente e incondicionalmente, estendidos a qualquer produto similar originário ou com destinação ao território de quaisquer outras partes contratantes.[9]

Observa-se que a referida Cláusula é imperativa à todos os Membros, independe de reciprocidade.

Partindo do exposto na Cláusula da Nação mais favorecida poder-se-ia supor que todos os Membros da OMC passam a ter igualdade de condições, no sentido de mesmas vantagens, benefícios, ou seja, que não há concorrência desleal. Porém, a referida cláusula encontra alguns problemas de ordem prática. Primeiro na definição de produto similar, o que faz surgir interpretações diversas, depois o GATT não trata da origem dos produtos, abrindo brechas no caso de produtos que sofreram algum tipo de transformação antes da importação, e finalmente observa-se as exceções gerais, visando à proteção dos mercados nacionais, das balanças de pagamento e outras específicas, expostas, respectivamente, nos artigos XX e XXIV do GATT 1947.[10]

Em outra vertente, além de problemas práticos, LAFER[11] ressalta que diferentemente do exposto no artigo 1º do GATT, as vantagens econômicas advindas da liberalização do comércio internacional não são observadas da mesma forma entre os países desenvolvidos e os demais, dada a inexpressividade destes últimos nas negociações que ocorrem no âmbito da OMC.

2.2 A CLÁUSULA DO TRATAMENTO NACIONAL

Outra Cláusula que trata do princípio da não—discriminação está disposta no parágrafo 1º do artigo II do GATT, no Artigo 17 do GATS e no Artigo 3 do TRIPS, é a chamada Cláusula do Tratamento Nacional que informa a impossibilidade dos Estados de onerarem produtos importados de modo que estes se tornem menos competitivos do que os produtos nacionais.

Na prática comercial a redução das barreiras tarifárias no decorrer das Rodadas de Negociação do GATT levou ao incremento do uso das barreiras não-tarifárias, produzindo discriminação entre os produtos nacionais e os importados de forma não-transparente, como, por exemplo, o uso de barreiras técnicas ao comércio, que se verifica no uso de normas que exigisse "que em embalagens de produtos importados constasse tão-somente a língua do país importador, ao invés de duplicidade de línguas, o que é comum na prática do comércio por razões de economia", ou quaisquer exigências que afetassem o custo do produto final para o importador e, com isso, provocasse aumento no produto objeto da importação em relação a similar nacional, de forma a proteger a produção interna. Ainda, a aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias são utilizadas pelos Estados, algumas das vezes, como forma de proteção à produção nacional, legitimados, grande parte das vezes, pelas exceções gerais previstas no artigo XX do GATT, além das exceções específicas.

2.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO TRANSPARENTE

A OMC entende que medidas de proteção podem existir, inclusive estão presentes como forma de exceções nos Acordos do GATT, porém, as formas de proteção à produção interna, devem ser feitas por meio de barreiras tarifárias, pelo fato de que o emprego destas confere maior transparência sobre o grau de proteção que é aplicado aos produtos objeto de proteção. Portanto, veda a aplicação das barreiras não-tarifárias.

Um contra-senso a postura de liberalizar o comércio, mitigando as barreiras tarifárias e, em outro sentido entender que em havendo proteção dos mercados nacionais que seja realizada pelas mesmas em detrimento do uso de barreiras não-tarifárias. Tal incoerência é explicada pela facilidade de quantificar a proteção utilizada, vez que as barreiras não-tarifárias se apresentam das formas mais diversas possíveis, dificultando o acompanhamento e a coibição das medidas.

2.4 O PRINCÍPIO DA BASE ESTÁVEL PARA O COMÉRCIO

No âmbito das negociações os países assumem compromissos de redução das tarifas aduaneiras, Porém, os países podem lançar mão de tarifas máximas para

determinados produtos, que serão consolidadas em listas e anexadas ao Acordo Geral, permitindo, além da transparência sobre o que foi estipulado, segurança nas relações comerciais sobre os produtos que se encontram nas listas, vez que apresentam os limites máximos que não poderão ser ultrapassados.

2.5 O PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA LEAL

Como os Estados não apresentam os mesmos custos para a produção dos produtos por questões diversas, como valor da mão-de-obra, subsídios aplicados a produção, bem como se verifica ainda a possibilidade de formação de cartéis, provocando, qualquer destas práticas, distorções no mercado internacional, alguns Acordos foram firmados de modo a restringir tais medidas, como por exemplo os Acordos sobre Subsídios e Medidas Compensatórias e as regras *antidumping*. Dessa forma, persegue-se a prática da Concorrência Leal no comércio internacional.

2.6 O PRINCÍPIO DAS RESTRIÇÕES QUANTITATIVAS ÀS IMPORTAÇÕES

A práticas de restrições quantitativas ainda são aplicadas à produtos agrícolas, o que é chamado de restrição de cotas na importação de determinados produtos. Porém essas medidas vêm sendo combatidas, pois impedem a realização da liberalização do comércio pretendida, contudo, o Acordo do GATT prevê exceções a esse princípio, como por exemplo, de serem utilizados por países em desenvolvimento para equilibrar a balança de pagamentos. Porém, qualquer restrição quantitativa a importação de determinado produto deve ser aplicada de forma indiscriminada a qualquer país.

2.7 O PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO DOS ACORDOS REGIONAIS

Trata, tal princípio, de exceção ao princípio da cláusula da nação mais favorecida nos Acordos Regionais de Integração, desde que estes não sejam utilizados com finalidade de imposição de barreiras comerciais aos demais países.

2.8 O PRINCÍPIO DA ADOÇÃO DE MEDIDAS DE URGÊNCIA

O referido princípio permite a utilização de medidas de Salvaguardas, utilizadas quando a importação de um produto resulte em prejuízos graves a comercialização do produto similar nacional no mercado interno, assim, possibilita o uso de restrições quantitativas (quotas) na importação do produto, sendo permitido ainda, em caráter de urgência, pedir isenção de compromisso ou obrigação de corrente do GATT (*Waiver*).

2.9 O PRINCÍPIO DAS CONDIÇÕES ESPECIAIS PARA OS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Informa que os países em processo de desenvolvimento devem receber assistência dos países desenvolvidos para a garantia de acesso ao comércio internacional, sendo inclusive isentos da aplicação da reciprocidade nas negociações comerciais.

Esse princípio atende à idéia de direito ao desenvolvimento onde se observam dispositivos dispostos no art. XVIII do GATT já em 1947, prevendo tratamento especial e diferenciado aos países menos desenvolvidos, quais sejam: auxílio do Estado em favor do desenvolvimento econômico, além de medidas de proteção à indústria nacional e de restrições às importações.[12]

Em 1958 estabelece-se, no âmbito do GATT, uma Comissão criada para estudar tema sobre aspectos do comércio internacional entre países desenvolvidos e os demais. Esse estudo levou a elaboração de Relatório final, conhecido como *Harbeler Report*, o qual apontava as assimetrias existentes no comércio internacional entre os países desenvolvidos e os demais.

No final da década de 60, início dos anos 70, verifica-se a "tentativa dos países menos desenvolvidos de instituir uma NOEI (Nova Ordem Econômica e Internacional) no âmbito da ONU"[13], onde as normas de direito internacional refletissem seus interesses. Assim, a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento é criado no seio da ONU, com a finalidade de promover a discussão sobre comércio e desenvolvimento, estimulando o auxílio aos países menos desenvolvidos.

A pressão dos países menos desenvolvidos levou a inclusão de normas possibilitando maior participação destes países no comércio internacional, a partir de 1964, como o Sistema Geral de Preferências (SGP) exposta na Parte IV do GATT. Segundo essas normas os países desenvolvidos fariam concessões no tratamento dispensado às relações comerciais para com os países menos desenvolvidos, prevendo, inicialmente a possibilidade de flexibilização do princípio da reciprocidade e ainda a acordos para o setor primário, beneficiando, assim, os países não desenvolvidos.

No período entre 1966 à 1976 os países desenvolvidos implantam o Sistema Geral de Preferências em favor dos demais. Atenta-se para o fato de que no âmbito da Unctad a Resolução 3281 de 12 de dezembro de 1974 ou Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, trazia em seu bojo, além de princípios que deviam reger as

relações econômicas, vantagens aos países em desenvolvimento, onde não se contestava que deveria haver equilíbrio entre o desenvolvimento econômico decorrente do comércio internacional, conforme ressalta NASSER "a vinculação entre liberalização comercial e melhor partilha dos seus benefícios, de forma a possibilitar um maior equilíbrio nos níveis de desenvolvimento, não era contestada".[14]

Em que pese os esforços envidados pelos países em desenvolvimento para a inclusão de normas que possibilitassem menor distorção no comércio internacional, bem como maior equidade no desenvolvimento percebido, tais normas careciam de eficácia, vez que grande parte delas não eram compulsórias. Com relação ao Sistema Geral de Preferências (SGP), o mesmo também não surtiu o efeito pretendido ou esperado, pois os países desenvolvidos detinham a liberdade de escolher quais seriam os países beneficiários das vantagens que concediam, o que levou a todos os tipos de forma de obtenção de vantagens e distorções no mercado internacional.

Ainda, nota-se que os países desenvolvidos encontraram outras formas de protegerem seus mercados, quais sejam a adoção de barreiras não-tarifárias, técnicas, preocupações não-comerciais, bem como concentraram os temas a serem negociados sobre as reduções tarifárias afetas aos produtos industrializados, excluindo o setor agrícola, têxtil e outros que não tinham interesse em liberalizar. Na prática, sem poderio para fazer frente às negociações, os países não desenvolvidos acatavam as imposições impostas com relação as reduções tarifárias e não conseguiam aplicabilidade das normas contidas no GATT que possibilitariam desenvolvimento mais equânime para todos os Estados- Membros.

Legitimados pelos princípios acima expostos, pela doutrina liberal pregando o livre comércio como forma de favorecimento ao desenvolvimento de todos os povos e a manutenção da paz, a tríade do comércio internacional (EUA/Canadá, União Européia e Japão) detinha todo o aparato legal, político e social presentes no Sistema Multilateral do Comércio para "ampliação do âmbito de incidência de suas normas e aumento do controle multilateral sobre as políticas comerciais nacionais".[15]

5 A QUESTÃO AGRÍCOLA NO ÂMBITO DO SISTEMA MULTILATERAL DO COMÉRCIO

Verifica-se que as normas que tratam da agricultura, no Sistema Multilateral do Comércio, apresentam-se como exceções à redução de subsídios à exportação e da aplicação de cotas na importação. E isso porque a norma exposta no Art. XI do GATT "feita sob medida para atender os requisitos da legislação agrícola norte-americana"[16] proporcionava à produção de produtos básicos, subsídios à exportação e controles à importação, desde 1947. Assim, a exceção à liberalização do setor agrícola no âmbito do Sistema Multilateral do Comércio foi iniciada pelos Estados Unidos, conforme aponta LUPI e CARVALHO:

Foram os estadunidenses os primeiros responsáveis pela violação das regras do GATT em relação ao comércio agrícola, logo em 1951, o que lhes rendeu o caso das cotas para laticínios. A este caso seguiu um pedido de dispensa (waiver) de suas obrigações, perante o Acordo Geral para esta área (...), sob a ameaça estadunidense de que, se não o obtivessem o Congresso do país se tornaria mais hostil ao GATT (...).[17]

O primeiro passo para excluir a agricultura do Sistema Multilateral do Comércio já havia sido fomentada pelos EUA e seguida, posteriormente, pelas Comunidades Européias, sob forma de proteção aos mercados agrícolas internos, o que mais tarde originou a Política Agrícola Comum (PAC).

Posteriormente, ainda no âmbito do GATT, foi instituído o Comitê da Agricultura com a finalidade de analisar a questão agrícola, cujo Relatório final (Harbeler Report) "recomendou que os países da América do Norte e da Europa Ocidental reduzissem o grau de proteção concedida a seus produtos agrícolas".[18] Um segundo Comitê também instituído para analisar a mesma questão discutiu a Política Agrícola Comum das Comunidades Européias e os problemas causados à liberalização do mercado agrícola.

Outra tentativa de liberalização do mercado agrícola foi frustrada na Rodada Kennedy, quando os Estados Unidos ofereceram acesso ao seu mercado de manufaturados às Comunidades Européias, e, em contrapartida, pretendiam o acesso ao mercado agrícola destas, o que foi totalmente rechaçado pela França, não havendo qualquer avanço sobre a questão agrícola, conforme MESQUITA:

(...) ao final da Rodada Kennedy, a PAC tinha sido instituída de acordo com os mais protecionistas desígnios franceses, os demais países desenvolvidos – da América do Norte inclusive – não havia, aberto seus mercados para produtos agrícolas e nenhuma disciplina havia sido imposta às políticas agrícolas nacionais.[19]

Na década de setenta, as crises de alimentos e de energia legitimaram ainda mais, o protecionismo do setor agrícola dos países desenvolvidos. Em 1977 os "EUA cederam, aceitando que as NCMs (Negociações Comerciais Multilaterais) não afetariam nenhuma das políticas agrícolas fundamentais da CEE (Comunidades Européias) e que, porque a agricultura era diferente (sic), ela podia ser negociada de forma paralela".[20]

Contrariando a política protecionista destinada à agricultura, no início dos anos oitenta, mais um relatório pericial (Relatório Leutwiler) informava que não se justificava tratamento desigual para o setor agrícola.

Na Rodada do Uruguai, a proposta para o Acordo sobre Agricultura, que se seguiu ao projeto final, atendia os interesses dos países em desenvolvimento (Grupo de Cairns), prevendo aumento do acesso aos mercados, reduções nos subsídios às exportações e à produção interna. Porém, o referido projeto final foi "sensivelmente modificado nos acordos de *Blair House*, firmados quando CE e EUA tentaram, em

1992, pôr fim bilateralmente aos pontos que estavam entravando a solução da Rodada”.[21]

Tal fato ocasionou manifestações contrárias por parte dos países em desenvolvimento, contudo, sem maiores conseqüências práticas para a redação final do que seria o Acordo sobre a Agricultura, o qual disciplinou a utilização de políticas para apoio interno e subsídios à exportação, bem como a imposição de barreiras adicionais quanto ao acesso a mercado (p. ex. o sistema de quotas tarifárias), para produtos agropecuários e seus derivados.

Ainda, previu a Cláusula de Paz, vigendo pelo período compreendido entre 1994 e 2003, disposta no artigo 13 do referido Acordo, a qual “oferecia proteção contra ações formadas sobre o Acordo sobre subsídios, sempre quando as medidas de apoio nacional e subsídios à exportação estiverem de conformidade com o Acordo sobre a Agricultura”.[22] Verifica-se, que a Cláusula de Paz legitimava os subsídios aplicados pelas Comunidades Européias, uma vez que alguns dos subsídios acionáveis (caixa verde a caixa azul) junto ao Sistema de Solução de Controvérsias passavam a não-acionáveis durante o período supracitado. Possibilitando, assim, a implementação da Política Agrícola Comum das Comunidades Européias.

Dessa forma, observa-se que o Acordo sobre a Agricultura, firmado na Rodada do Uruguai, não teve o alcance esperado sobre a liberalização do setor, agora sob o pretexto de preocupações não-comerciais apontadas pelos EUA e, principalmente pelas Comunidades Européias.

Posteriormente, em 1998, de quando da reforma da Política Agrícola Comum (PAC), desenvolveu-se o conceito de multifuncionalidade, sendo parte da estratégia da União Européia, a qual pretendia a inclusão deste conceito como princípio da OMC, sob a justificativa de que a agricultura não deveria ter o mesmo tratamento dos produtos manufaturados. Assim, encontra no discurso multifuncional do setor agrícola a legitimação do tratamento diferenciado ao mesmo, não o sujeitando às regras de redução de subsídios, cotas, etc.

A União Européia entende a multifuncionalidade como característica inerente à atividade agrícola e a relaciona com o suprimento de externalidades e bens públicos, ou seja, a possibilidade de manter o PAC e o sistema de subsídios, entendendo como perversos os efeitos colaterais de não aplicação de tais medidas restritivas à liberalização do setor. [23]

O Acordo sobre Agricultura em seu artigo 20 previu revisões a partir do ano 2000, pretendendo promover reforma nas práticas comerciais do setor agrícola à longo prazo, visando, assim, estabelecer um sistema de comércio agrícola justo e orientado para o mercado, compreendendo compromissos específicos para redução e posterior eliminação da proteção em áreas de subsídios domésticos, subsídios à exportação e acesso a mercado, em conformidade com as regras e disciplinas do GATT/OMC. Ainda, foram abordadas as questões não-comerciais (*non-trade concerns*), incluindo segurança alimentar, saúde animal e vegetal e a necessidade de proteção ao meio-ambiente, além de proposta de tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento, incluindo maior acesso para produtos agrícolas desses países em mercados desenvolvidos.

Na revisão do Acordo sobre a Agricultura ficaram claros os posicionamentos sobre a questão agrícola, permitindo a partição de praticamente três grupos de interesses distintos: os liberais, os Estados Unidos, e os protecionistas:

Os países reconhecidos como liberais pretendem uma abertura comercial ampla ou uma sensível redução na concessão de medidas de apoio interno e de subsídios para exportação, além da significativa ampliação do acesso aos mercados. Este conjunto é formado em sua base pelo Grupo de Cairns. O grupo conhecido como ASEAN (Brunei, Filipinas, Indonésia, Malásia, Myanmar, Singapura, Tailândia) e a Índia, pretendem a extinção de todos os subsídios às exportações dos países desenvolvidos. Contudo, pleiteiam uma permissão para que os países em desenvolvimento possam conceder subsídios com fins específicos.

Dentro do grupo dos liberais, há uma posição que pode ser conhecida como a dos `liberais retóricos´. Os EUA representam essa postura, com um discurso eminentemente liberal contraditando uma prática protecionista".

(...) O Grupo dos Membros protecionistas pretende de forma explícita ou implícita manter políticas atuais baseadas num controle doméstico das leis comerciais agrícolas (...) EU, (...), Noruega, suíça, Islândia e Liechtenstein (...) (Polônia, Hungria, República Tcheca, Eslováquia, Bulgária, Romênia, Lituânia, Letônia, Estônia, Eslovênia) (...) (Japão, Coréia e outros) apoiados por (Barbados, Cuba, Dominica, Jamaica, Maurício, Saint Kitts e Nevis, San Vicente e Granadinos, Trinidad e Tobago)". [24]

De fato, as posições verificadas apontam os interesses conflitantes presentes no Sistema Multilateral do Comércio.

Considerando que o comércio de produtos agrícolas representa 11% do comércio mundial de bens, e ainda que a participação dos países em desenvolvimento é de 29%, sendo que a média de participação da agricultura no Produto Nacional Bruto para esses países está em torno de 30%, enquanto que para os países desenvolvidos esse percentual não ultrapassa 1,5%[25], verifica-se que a liberalização do setor agrícola é fator primordial para os países em desenvolvimento.

Observa-se, que a intenção a liberalização do setor agrícola pelos países em desenvolvimento é contraditada pelas políticas de proteção sob a forma de subsídios implementados pelos países desenvolvidos.

Corroborando a afirmação acima, LUPI e CARVALHO ao tratarem sobre os subsídios ás exportações, apontam que "A CE lidera no montante concedido sob esta rubrica, com o valor de US$ 13,274 bilhões na medição feita durante o período de implementação, enquanto o Brasil concedia na mesma época US$ 96 milhões".[26] No que se refere aos subsídios aplicados à produção agrícola interna, comentam: "a CE concedia, no período-base (sic), subsídios no valor de US$ 92,39 bilhões e o Japão,

segundo da lista, US$ 35,472 bilhões de dólares. O Brasil concedia um pouco mais de um bilhão de dólares".[27]

Pascal Lamy, Diretor Geral da Organização Mundial do Comércio, nas palavras de MESQUITA, afirmou em 2003 que "a negociação agrícola repousa sobre quatro, e não apenas três, pilares: acesso a mercados, apoio doméstico, subsídios à exportação e preocupações não-comerciais".[28]

As preocupações não-comerciais transvestem-se na imposição de medidas sanitárias, ou fitossanitárias, nas barreiras técnicas e operacionais e ainda, nos subsídios à exportação de produção internas legitimadas por preocupações que vão além da prática do comércio internacional, como a segurança à vida, aos animais, ao meio-ambiente, às políticas trabalhistas, ao conceito multifuncional da agricultura, enfim, legitimados por qualquer discurso contraditório aos interesses do país que o reclama, sendo certo que razão nenhuma assiste a proteção a um setor e não aos demais.

Assim, verifica-se que em todas as negociações ocorridas no âmbito do GATT/OMC, as tentativas de redução dos subsídios agrícolas pleiteadas pelos países em desenvolvimento, exportadores desses produtos, foi impedida pelos países desenvolvidos, especialmente pela União Européia, que sempre contou com subsídios descomunais para o setor agrícola, impedindo que os produtos de outros países fossem competitivos em relação aos internos.

Até o momento, a agricultura não recebeu o tratamento adequado no sentido de liberalização do mercado, e certamente a diferença de tratamento desta para os demais bens manufaturados está longe de residir em qualquer conceito de multifuncionalidade, ou qualquer outro motivo que se invente para legitimar o tratamento diferenciado dado a agricultura, a não ser a negativa dos países desenvolvidos de liberalizar setores nos quais não conseguem ser competitivos no mercado internacional.

Como bem aponta LUPI e CARVALHO: "Os países em desenvolvimento já promoveram aberturas e fizeram concessões em vários setores em troca de uma liberalização efetiva do comércio agrícola que ainda não se promoveu".[29] De certo, a liberalização do setor agrícola, primordial para os países que têm na agricultura sua fonte de recursos, vai depender de um melhor arranjo desses países nas negociações no âmbito da OMC, onde provavelmente, atuando em grupos possam estender a liberalização pretendida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de toda a retórica, cuidadosamente elaborada no final da segunda guerra mundial, que legitimaram os discursos liberal, político, jurídico e econômico que sustentam a estrutura do Sistema Mundial do Comércio, pouco se garantiu, na prática, dos objetivos propostos, quais sejam: que as relações comerciais entre os países deveriam elevar o nível de vida; o pleno emprego; o aumento da produção e do

comércio de bens e serviços, de maneira compatível com suas respectivas necessidades e interesses, segundo os diferentes níveis de desenvolvimento econômico.

Efetivamente, nas entrelinhas do discurso teórico, basicamente aprofundou-se, mais uma vez, sob o manto da paz mundial, as desigualdades econômicas e sociais entre os países desenvolvidos e os demais. O tão esperado desenvolvimento para todos os povos, o pleno emprego, o incremento do comércio na produção de bens e serviços esvaziou-se durantes as negociações que se seguiram, dando lugar a uma nova roupagem de escravidão ou de colonialismo entre os países desenvolvidos e o resto do mundo.

Se é certo que a colonização ou escravidão nas relações econômicas sempre existiram, também é correto afirmar que nunca foram tão democráticas, legitimadas por todos, agora sob os auspícios da Organização Mundial do Comércio.

Também é fato que durante as negociações ficaram evidentes os reais interesses dos países desenvolvidos e a contradição existente entre a postura protecionista que adotam internamente, e o liberalismo que pregam para atingirem mais mercados consumidores.

Restou evidente, que a política do pão e do circo já não encontra platéia para seus espetáculos, portanto o discurso da multifuncionalidade que emperra a liberalização do setor agrícola, bem como as preocupações não comerciais já não podem mais prosperar.

Excluíndo a tríade do comércio mundial: EUA/Canadá, União Européia e Japão, os demais estados-membros devem se organizar, assim como os vários grupos que se formaram no decorrer das negociações (Cairns, ASEAN), somando forças em torno de interesses comuns para que possam enfrentar às imposições dos países desenvolvidos e os prejuízos de decorrem das medidas que são tomadas considerando apenas os interesses dos grandes.

Porém, ainda que as entrelinhas sejam perversas para se utilizar da expressão comumente utilizada por FARIA[30], percebe-se que os países em desenvolvimento têm conseguido, ainda que de forma precária, estabelecer algumas regras que lhe sejam benéficas. Contudo, com relação a redução das desigualdades nos níveis de desenvolvimento aponta NASSER que os "instrumentos que foram concebidos (tratamento especial e diferenciado, sistema geral de preferência, parte IV do GATT) demonstram claramente a insuficiência dessas ações e a contribuição pífia que deram para a mudança do quadro de desigualdade existente no SMC".[31]

Pelo sim, pelo não, traz-se a lume uma das conclusões exaradas por NASSER sobre o Sistema Multilateral do Comércio: "(...) Apesar dos desequilíbrios existentes, ainda é preferível ter um sistema regido pelo direito do que permitir que o comércio internacional volte a estar à mercê apenas das relações de força".[32]

No entanto, para uma série de indagações ainda não se têm respostas: de que valem as normas se apenas perpetuam as relações de força existentes, sem, contudo, garantir àquilo a que se propõem? Como permitir que normas legitimem e aprofundem, a cada dia, as desigualdades econômicas e sociais sob o manto da paz duradoura?

REFERÊNCIAS

Agreement Establishing the World Trade Organization. IN http://www.wto.org/english/docs_s/legal_s/04-wto.doc, acesso em 25 de setembro de 2007.

AMARAL, Antônio Carlos R. do. **A Organização Mundial do Comércio – OMC e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços**. IN TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). Comércio Internacional e Tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ELSNER, Alan. **Após 60 anos, legado do Tribunal de Nuremberg permanece.** IN http://noticias.uol.com.br/ultnot/reuters/2005/11/16/ult729u52025.jhtm, acesso em 18/12/2007.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

HOBSBAWM, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. Tradução José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LAFER, Celso. **Comércio e Relações Internacionais**. São Paulo: Perspectiva, 1997.

LUPI, André Lipp B.; CARVALHO, Leonardo A. Agricultura . IN BARRAL, Welber (org.). **O Brasil e a OMC.** 2. Ed. Curitiba:Juruá Editora, 2002.

MESQUITA, Paulo Estivallet de. **Multifuncionalidade e Preocupações Não-Comerciais – Implicações para as Negociações Agrícolas na OMC**. Brasília: Funag, 2005.

NASSER, Rabib Ali. **A OMC e os países em desenvolvimento. São Paulo**: Aduaneiras, 2002.

PAULANI, Leda Maria. **Modernidade e Discurso Econômico**. Editora Boitempo: São Paulo, 2005.

SOUZA, Cláudio Luiz G. **As Relações Internacionais do Comércio: aspectos atuais do overseas trade**. Belo Horizonte: Ed. Líder. 2005.

---

* Mestranda em Direito Internacional Econômico e Tributário pela Universidade Católica de Brasília. Pós-Graduado em Direito Tributário pelo ICAT. Bacharela em Direito. Advogada e Sócia do escritório Basílio, Gualda & Ribeiro Advogados Associados. Professora de Direito Tributário. E-mail: bgradvogados@terra.com.br

[1] AMARAL, Antônio Carlos R. do. **A Organização Mundial do Comércio – OMC e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços**. IN TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). Comércio Internacional e Tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 121.

[2] Cf. AMARAL, Antônio Carlos R. do. op. cit.,p. 121.

[3] PAULANI, Leda Maria. **Modernidade e Discurso Econômico**. Editora Boitempo: São Paulo, 2005, p. 176.

[4] NASSER, Rabib Ali. **A OMC e os países em desenvolvimento. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 78-79.**

[5]ELSNER, Alan. **Após 60 anos, legado do Tribunal de Nuremberg permanece**. IN http://noticias.uol.com.br/ultnot/reuters/2005/11/16/ult729u52025.jhtm, acesso em 18/12/2007.

[6] HOBSBAWM, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. Tradução José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 15.

[7] Idem.

[8] Cf. AMARAL, Antônio Carlos R. do. Op. cit., p. 121.

[9] Texto extraído do site da OMC. **Agreement Establishing the World Trade Organization**. IN http://www.wto.org/english/docs_s/legal_s/04-wto.doc, acesso em 25 de setembro de 2007. Tradução livre.

[10] Texto extraído do site da OMC. **Agreement Establishing the World Trade Organization**. IN http://www.wto.org/english/docs_s/legal_s/04-wto.doc, acesso em 25 de setembro de 2007. Tradução livre.

[11] LAFER, Celso. **Comércio e Relações Internacionais**. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 15-16.

[12] Cf. NASSER, Rabin Ali. Op. cit., p. 248.

[13] Idem, p. 236.

[14] Cf. NASSER, Rabin Ali. Op. cit., p. 244.

[15] Idem, p. 48.

[16] MESQUITA, Paulo Estivallet de. **Multifuncionalidade e Preocupações Não-Comerciais – Implicações para as Negociações Agrícolas na OMC.** Brasília: Funag, 2005, p. 27.

[17] LUPI, André Lipp B.; CARVALHO, Leonardo A. Agricultura . IN BARRAL, Welber (org.). **O Brasil e a OMC.** 2ª edição. Curitiba:Juruá Editora, 2002, p. 93.

[18] Cf. MESQUITA, Paulo Estivallet de. Op. cit., p. 31.

[19] Idem, p. 38/39.

[20] Cf. MESQUITA, Paulo Estivallet de. Op. cit., p.43.

[21] Cf. LUPI, André Lipp B; CARVALHO, Leonardo A. Op. cit., p. 95.

[22] SOUZA, Cláudio Luiz G. **As Relações Internacionais do Comércio: aspectos atuais do overseas trade**. Belo Horizonte: Ed. Líder. 2005, p. 104.

[23] Cf. LUPI, André Lipp B; CARVALHO, Leonardo A. Op. cit., p. 91.

[24] Cf. LUPI, André Lipp B.; CARVALHO, Leonardo A. Op. cit., p. 102-104.

[25] Idem, p. 90.

[26] Idem, p. 97.

[27] Idem, p. 98.

[28] Cf. MESQUITA, Paulo Estivallet de. Op. cit, p. 74.

[29] Cf. LUPI, André Lipp B.; CARVALHO, Leonardo A. Op. cit., p. 113.

[30] FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

[31] Cf. NASSER, Rabin Ali. Op. cit., p. 275-276.

[32] Cf. NASSER, Rabin Ali. Op. cit., p. 277.

OS EUA E O COMBATE INTERNACIONAL ÀS DROGAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA BASEADA NO DIREITO COMO INTEGRIDADE*

GLOBALISATION AND LOCALISATION: A CRITIQUE OF US INTERNACIONAL ANTI-DRUG POLICY BASED ON LAW AS INTEGRITY

Maíra Fajardo Linhares Pereira

RESUMO

À luz de uma perspectiva jus-internacionalista, o objetivo deste trabalho consiste em analisar a política internacional estadunidense para o combate às drogas. A pergunta central que orienta o trabalho é: a política estadunidense de combate às drogas na América Latina pode ser legitimamente fundamentada por uma substancial teoria do direito?Como marco teórico, optou-se pela teoria do direito como integridade, tal como concebida por Dworkin. Após a análise do objeto feita de acordo com o referencial teórico mencionado, conclui-se que: (1) a política estadunidense – cujos principais instrumentos são o Narcotics Certification Process e os acordos bilaterais e multilaterais com os Estados Latino-americanos – podem ser considerados legítimos, uma vez que se expressam em concordância com normas e justificativas apresentadas nos tratados realizados no âmbito da ONU. Mas (2) as normas previstas por tais tratados não podem ser consideradas legítimas fontes de direito global, uma vez que (i) não são construídas com base em uma prática realmente interpretativa e (ii) não são construídas com a efetiva participação livre e igual de representantes das várias comunidades particulares espalhadas pelo mundo. Conclui-se, também, que: (3) os instrumentos usados pelos EUA no combate ao tráfico ilícito de drogas não podem ser considerados legítimos, quando examinados à luz da teoria do direito como integridade.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO COMO INTEGRIDADE; DIREITO INTERNACIONAL; POLÍTICA INTERNACIONAL ESTADUNIDENSE DE COMBATE ÀS DROGAS

ABSTRACT

In the light of International Law, the purpose of this study is to analyse American international policy regarding the war on drugs. The key question that orients this study is: is the American anti-drug policy regarding Latin America judicially founded? As a theoretical point of departure, the theory of law as integrity, as conceived by Dworkin was selected. After the analysis of the content according to the theoretical reference applied, it can be concluded that: (1) the current instruments developed by the USA in the war against illicit drug trafficking – Narcotics Certification Process and bilateral and multi-lateral treaties with Latin American countries – can be considered, on initial analysis, legitimate, as they are in accordance with norms and justifications established by the United Nations. However (2), the aforementioned norms cannot be seen as legitimate sources of global law, as (i) they have not been constructed based on a

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

genuinely interpretive practice and (ii) have not been forged with the effective, equal and free participation of representatives from all the various communities around the world. Therefore, the final conclusion is that (3) the instruments used by the United States in the war against illicit drug trafficking may not be considered legitimate, when examined in the light of the theory of law as integrity in its purest form.

KEYWORDS: LAW AS INTEGRITY; INTERNATIONAL LAW; AMERICAN INTERNATIONAL ANTI-DRUG POLICY

Introdução

A temática das drogas é apresentada como uma temática de interesse global. Contudo, o uso e a compreensão desta afirmação será, muito provavelmente, diferente, dependendo do local e dos sujeitos envolvidos. Em outras palavras, a afirmação de que "a temática das drogas é de interesse global" pode ser global, usada por diferentes pessoas em diferentes locais, mas o seu (da afirmação) uso e compreensão, ao contrário, são particulares e não globais. Talvez, possa ser afirmado que a temática das drogas seja universal, se aquilo que estiver em foco for o uso de substâncias alteradoras do estado normal de consciência (entendendo, aqui, consciência em uma acepção amplamente geral, capaz de abarcar a expressão sensorial e cognitiva da experiência subjetiva) em um momento histórico das diferentes comunidades particulares espalhadas pelo mundo. Por outro lado, nenhuma afirmação acerca de quais substâncias são (ou foram) usadas e sobre as características, rituais e finalidades do uso pode ser feita de modo a satisfazer as peculiaridades de cada uma das comunidades. Se uma comunidade faz uso de coca, outra faz uso de ópio e outra faz uso de álcool. Se, em algumas comunidades, o consumo destas substâncias tem cunho religioso, em outras pode ser uma prática recreativa e/ou, até mesmo, um comportamento socialmente condenável.

Atualmente, contudo, a afirmação de que as drogas constituem, por assim dizer, assunto de interesse global não se limita à simples constatação do uso de substâncias alteradoras do estado normal de consciência como uma prática presente em todas (ou quase todas) as comunidades particulares espalhadas pelo mundo. Implica também, e sobretudo, a criminalização do uso de algumas destas substâncias e das práticas a elas associadas, como produção e comercialização, por exemplo.

A condenação do uso de algumas substâncias apresenta-se como universal, uma vez que tal condenação é formalmente reconhecida em políticas e tratados elaborados no interior de organizações internacionais democraticamente instituídas, isto é, políticas e tratados que presumivelmente deveriam ter sido construídos pelo total coletivo dos envolvidos. Entretanto, algumas das características apresentadas por estas políticas e por estes tratados suscitam questionamentos sobre o seu suposto caráter global. Por que o consumo de algumas substâncias psicoativas deve ser proibido, de outras deve ser restringido e de outras deve ser indistintamente permitido? Há algum critério bem estabelecido capaz de orientar os diferentes tratamentos aplicados a cada substância? Qual seria ele? A condenação do consumo visa à proteção de qual bem? A criminalização seria uma opção adequada à proteção deste bem e/ou princípio?

Se, por um lado, a proibição internacional do uso de certas substâncias psicoativas parece desrespeitar as peculiaridades das comunidades presentes no cenário internacional, a condenação da produção e da comercialização destas mesmas substâncias, por outro lado, parece justificar-se com base na existência do tráfico internacional. Contudo, apesar de o comércio internacional constituir um problema que afeta às comunidades particulares – o que, por sua vez, parece justificar o interesse em regular do direito internacional –, isto em nada altera o fato de a dinâmica de interação das comunidades com as drogas ser diferente.

Afinal, haveria algum comando geral capaz de subsumir e fazer justiça a todas as comunidades particulares igualmente? É possível uma regulação internacional que respeite e atenda às peculiaridades de cada uma destas comunidades?

Outro questionamento a ser feito é se a constatação de que determinada questão é de interesse global permite que um Estado atue no cenário internacional sob a proteção do argumento de defesa de interesses universais, e com o objetivo de promover alterações nas políticas e/ou práticas locais de outras comunidades? Este é o caso, por exemplo, dos EUA, que possuem uma política de combate às drogas, especialmente destinada a outras comunidades.

O principal objetivo deste artigo é exatamente analisar a legitimidade da política internacional estadunidense de combate às drogas na América Latina. A questão que deverá ser respondida é se esta política pode ser legitimamente justificada por uma substancial teoria do direito.

A teoria do direito como integridade foi escolhida para fornecer a estrutura analítica que dará suporte a este estudo. Tal opção é justificada por, tal teoria: (i) ser ao mesmo tempo, descritiva e prescritiva, partindo, pois, da descrição do próprio sistema jurídico para, ao final, sugerir a sua aplicação mais adequada; (ii) conceber o direito como sendo um conceito interpretativo, que requer, por conseguinte (como condição ontológica de possibilidade), uma prática argumentativa. Quer isso dizer, em outras palavras, que o conceito de direito (assim como o direito) seria dinamicamente construído no desdobrar de sua prática.

Por conseguinte, tal concepção de direito permite solucionar aquilo que Dworkin chama de aguilhão semântico: o apego persistente à equivocada crença de que apenas é possível uma genuína discussão acerca daquilo que constitui “o direito” na circunstância de haver participantes que de antemão disponham de critérios objetivos sobre os fundamentos do próprio direito. O acesso a critérios objetivos sobre os fundamentos do direito nem sempre se dá nos debates que transcorrem no âmbito do direito interno e, menos ainda, no âmbito do direito internacional.

Neste contexto, argumenta-se que a extensão da teoria do direito como integridade do âmbito do direito interno (seu *locus* jurídico original) para o âmbito do direito internacional parece preservar o seguinte resultado – ainda que Dworkin não tenha colocado as coisas nesses termos – a solução daquilo que pode ser chamado de aguilhão do direito internacional, a “possibilidade real” da construção de um direito global entre comunidades particulares política, social e culturalmente distintas entre si.

Isto posto, passa-se à exposição da estrutura do artigo. Na primeira parte (I) O Direito como Integridade – serão apresentados os conceitos da teoria do direito como integridade que irão fundamentar a segunda parte (II) - Análise da Política Internacional Estadunidense de Combate às Drogas na América Latina. Tal análise será feita por intermédio de um acompanhamento histórico da participação dos EUA na construção da política internacional de controle das drogas: da conferência internacional de 1909 à Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, expressão maior da universalização da tese proibicionista e criminalizadora do uso indevido de drogas defendida pelos EUA.

I O Direito como Integridade

De acordo com Dworkin, o direito é, por excelência, um conceito interpretativo, desdobrado na dinâmica de sua prática, que não necessariamente depende de os participantes do discurso jurídico compartilharem previamente critérios objetivos sobre os fundamentos do direito. Suficiente é que os participantes, para efetivamente participarem de um debate jurídico, sejam membros de uma comunidade verdadeira.

Por sua vez, para que uma comunidade possa ser considerada como verdadeira para o direito como integridade é preciso que as obrigações existentes entre os membros do grupo (1) sejam consideradas como especiais, isto é, devidas exclusivamente aos seus membros, e não como obrigações gerais, devidas, inclusive, a pessoas que não pertençam a ele; (2) sejam pessoais, isto é, reconhecidas como obrigações entre os membros e não entre membro e comunidade; (3) sejam consideradas decorrentes de uma responsabilidade mais geral, a manutenção recíproca do bem-estar coletivo; (4) pressuponham a expressão de igual interesse por todos os membros.

Das práticas dos membros de uma comunidade verdadeira fluem obrigações recíprocas e, por conseguinte, é possível daquelas extrair – via interpretação – uma concepção dos princípios de justiça, eqüidade e devido processo legal adjetivo. Tal concepção, por sua vez, servirá para regular estas mesmas práticas. Considera-se que hoje exista – co-existindo com as comunidades particulares espalhadas pelo mundo – uma comunidade global verdadeira, formada pelo total coletivo dos seres humanos.

Cada comunidade particular possui suas próprias práticas, suas próprias concepções dos princípios de justiça, eqüidade e devido processo legal adjetivo. Assim, o direito internacional deve ser construído com base na concepção destes princípios subjacente à dinâmica auto-organizada de interação e interpretação das práticas comuns e compartilhadas pelos membros das comunidades particulares, práticas que, desse modo, podem ser concebidas como legitimamente globais. Se as normas destinadas a regular as relações entre as comunidades particulares ou destinadas a regular uma questão compartilhada pelo total coletivo das comunidades puderem ser consideradas como expressão de tal dinâmica auto-organizada de interação e interpretação, então tais normas deverão ser consideradas normas juridicamente fundamentadas.

Durante as interações construtivas do direito, os membros das comunidades podem apresentar, de acordo com Dworkin, argumentos de naturezas distintas: (1) argumentos de princípio político (argumentos de princípio) e (2) argumentos de procedimento

político (argumentos de política). Os primeiros (argumento de princípio) constituem argumentos baseados na concepção dos princípios de justiça, eqüidade e devido processo legal adjetivo adotada pela comunidade, buscam e zelam pela integridade do sistema jurídico. Os segundos (argumentos de política), por sua vez, constituem argumentos baseados em objetivos e resultados, sem um compromisso necessário com a integridade. Os participantes do discurso devem sempre buscar fundamentar suas opiniões com argumentos de princípio. Tais argumentos fixam o contorno no interior do qual há uma margem de manobra política negociável. O que está, por sua vez, fora de tal margem de manobra política negociável não mais pode ser usado como argumento a favor (ou contra) certo ponto de vista, uma vez que se encontra barrado pelo princípio fundamentador, tratando-se, assim, de uma questão de princípio. Uma vez fixados os limites impostos pela concepção dos princípios adotada pela comunidade, os seus membros podem partir, então, para um debate sobre a forma mais adequada para atender aos objetivos da questão. Os argumentos utilizados nesta etapa do debate constituem argumentos de política.

II Análise da Política Internacional Estadunidense de Combate às Drogas na América Latina

2.1 As primeiras convenções

Os dados históricos citados a seguir foram, em grande medida, retirados das pesquisas realizadas por Poiares (1998) e Boiteux (2006).

Parece ser inquestionável que a primeira vez que o comércio intercomunitário de drogas gerou problemas, resultando em negociações entre os Estados sobre o seu controle, foi em meados do séc. XIX, durante o episódio conhecido como Guerra do Ópio, ocorrido entre Inglaterra e China.

Em 1839, o uso – apesar de ter sido uma prática por muito tempo tolerada na comunidade chinesa, para fins medicinais e recreativos – a produção, a venda e a importação do ópio já se encontravam proibidos pelo governo Chinês. Entretanto, tal proibição não era suficiente para impedir o consumo e a venda direta do ópio realizada por ingleses, o que, por sua vez, levou o Imperador a tomar medidas específicas contra tal comércio. Contudo, tais medidas foram condenadas pela Inglaterra que continuou com o comércio. Um motivo que talvez possa ser apontado para tal condenação por parte da Inglaterra faz referência aos lucros obtidos com o ópio, uma vez que o seu comércio era monopólio exercido pelas Companhias das Índias. Boiteux (2006) destaca a ajuda de estadunidenses recebida pelos ingleses. Os chineses reagiram. Foram, contudo, combatidos pela Marinha Inglesa, o que resultou na Guerra do Ópio, perdida pela China, e na negociação forçada de um tratado entre China e a Inglaterra.

Desta forma, em 1842, ocorre a assinatura do que pode ser considerado o primeiro tratado sobre drogas, o Tratado de Nanquim, segundo o qual a China foi obrigada, entre outras coisas, a abrir os portos do país aos produtos comercializados pelo ocidente, incluindo o ópio, e a ceder Hong Kong, que se transformou em possesão inglesa. Os privilégios garantidos a Inglaterra por tal tratado foram posteriormente estendidos aos EUA e a França pela cláusula da nação mais favorecida.

Em 1856, houve outro conflito armado entre China e Inglaterra, apoiada desta vez pela França. Mais uma vez, o resultado final do conflito foi um tratado (Tratado de Tien-Tsin) entre os Estados envolvidos. Tal tratado ampliou os benefícios comerciais da França e da Inglaterra no interior do mercado chinês. O Tratado de Pequim foi assinado em 1860. Abordava a regulação do comércio legal do ópio de acordo com os interesses dos países europeus, em oposição aos interesses chineses.

Foi na transição do séc. XIX para o séc. XX que os argumentos favoráveis ao controle/proibição do comércio de drogas ganharam força nos debates entre os Estados. Isto se deveu aos EUA, que assumiram a defesa da proibição e tornaram-se aliados da China. O marco inicial da política internacional estadunidense contra as drogas pode ser considerado a Conferência de Xangai, realizada em 1909 e patrocinada pelos EUA, então sob a presidência de Roosevelt. Nesta conferência, os países participantes se dividiram em dois grupos: de um lado, os EUA e a China, defensores do proibicionismo (exceto para fins medicinais e científicos) e, de outro, Inglaterra, França, Alemanha, Países Baixos, Itália, Áustria, Hungria, Rússia, Japão, Sião, Pérsia e Portugal.

Os Estados europeus aceitaram formalmente a proposta estadunidense de restringir o comércio do ópio para fins medicinais. Não tomaram, contudo, nenhuma medida concreta para atender às exigências do acordo. Apesar disto, a Conferência de Xangai foi importante, porque deu origem a um sistema de cooperação internacional para o controle das drogas sob forte influência estadunidense, cuja próxima manifestação foi a Primeira Convenção da Haia, em 1912.

2.2 As convenções da Haia

A Primeira Convenção da Haia reuniu 13 Estados, com a finalidade de debater o comércio de todas as drogas conhecidas. Novamente, os países dividiram-se em dois grupos: proibicionista, liderado pelos EUA e pela China, e outro mais moderado, liderado pela Inglaterra, França e Portugal com amplo apoio alemão. O resultado da conferência foi o dever de criação pelos Estados de uma legislação regulamentadora da produção e da comercialização de todas as substâncias consideradas nocivas, com o intuito de restringir o uso a finalidades médicas e científicas. Apesar disto, pode-se considerar que o grupo não proibicionista venceu, uma vez que, na convenção havia uma cláusula que condicionava a sua eficácia à adesão de, no mínimo, 45 Estados.

A observação dos dados apresentados enseja questionamentos. O que teria motivado a mudança dos EUA (**de** eventual parceiro da Inglaterra no comércio de ópio realizado com a China e beneficiário dos tratados resultantes das Guerras do Ópio **para** principal defensor do proibicionismo internacional)? Por que os Estados europeus defendiam posição contrária? Por que a primeira substância alvo de restrições ao uso foi o ópio?Alguns fatores podem ser considerados como os responsáveis não só pela mudança no papel desempenhado pelos EUA no cenário internacional, mas, também, pela posição dos Estados europeus e pelo interesse inicial específico pelo ópio.

A comunidade estadunidense foi fundada em fortes bases protestantes, sendo a abstinência considerada uma grande virtude. Das práticas dos membros fundadores da comunidade podia ser extraída uma concepção que considerava como modelo de

comportamento o homem religioso, dedicado ao trabalho, à família e desprovido de vícios. O ópio era conhecido e não havia restrições para sua venda, mas o seu principal uso era medicinal. A participação dos EUA como parceiro da Inglaterra no comércio de ópio com a China pode ser talvez (e em parte) explicada pelo fato de o território no qual se estabeleceu e desenvolveu a comunidade estadunidense ter sido colonizado pela Inglaterra. Além disso, naquele momento, existiam ainda interesses comuns entre ingleses e estadunidenses, mesmo que interesses econômicos, como parece ser o caso do comércio de ópio.

O consumo de ópio pelos chineses, por sua vez, parecia não incomodar os estadunidenses, uma vez que não os afetava diretamente. Além disso, obrigações comunitárias são apenas exigíveis entre os membros da comunidade, e os chineses não faziam parte quer seja da comunidade estadunidense, quer seja da comunidade protestante. Esta situação sofre, contudo, alterações significativas na transição do século XIX para o século XX, quando juntaram-se, aos imigrantes irlandeses nos EUA, os imigrantes asiáticos, responsáveis por trazerem, para o território estadunidense, respectivamente, os hábitos de consumir álcool e fumar ópio. A imigração modifica a relação dos estadunidenses com a prática chinesa de usar ópio, uma vez que o consumo não medicinal do ópio é trazido para o interior da comunidade estadunidense, podendo despertar o interesse dos seus membros e, por conseguinte, desvirtuá-los.

Além disso, os membros da comunidade estadunidense parecem ter sido ameaçados pela concorrência dos trabalhadores orientais, que se distinguiam pela elevada capacidade de sacrifício e abnegação, o que poderia talvez estar relacionado ao uso do ópio. Os hábitos dos imigrantes despertaram o interesse do governo para a necessidade de tomar medidas de controle, o que incluía uma proposta de convocação de uma conferência internacional sobre drogas, que resultou na Conferência de Xangai.

Por sua vez, o comportamento dos Estados europeus de continuarem com o comércio irrestrito do ópio parece estar vinculado à preservação de seus interesses como países colonizadores e exploradores de tal comércio.

O intuito controlador inicialmente dirigido ao ópio parece apoiar-se sobre a sua importância como mercadoria e em sua associação com os povos não europeus. Apesar de os EUA condenarem o uso do álcool, tal substância não foi incluída nos debates internacionais, uma vez que dificilmente os argumentos estadunidenses seriam bem recepcionados nesse sentido pelos Estados europeus, onde o uso do álcool constituía uma prática compartilhada, seja para fins medicinais, religiosos ou recreativos.

A Convenção da Haia foi muito além da Conferência de Xangai no que diz respeito à delimitação de seu objeto, ao expandi-lo a todas as drogas conhecidas, não se limitando apenas ao ópio. A divisão dos grupos não sofreu modificações, visto que os países europeus colonizadores ainda defendiam o comércio sem restrições das substâncias em discussão, visando à preservação de seus ganhos.

Na defesa de seus interesses, a Alemanha teria questionado a legitimidade de somente 13 Estados decidirem a imposição de regras para o restante do mundo e o objeto da Convenção, todas as drogas conhecidas. A inclusão da cláusula que exigia a adesão de 45 Estados ao texto final para conferir a ele eficácia internacional foi à resposta dada aos apelos alemães. Ainda que a motivação alemã tenha sido outra, o argumento

apresentado pode ser considerado como pertinente às considerações do direito internacional à luz do direito como integridade: para serem globais, as normas devem ser construídas com a participação do total das comunidades destinatárias.

Em 1913, foi realizada a Segunda Convenção da Haia e, em 1914, a Terceira, que, do ponto de vista do conteúdo, não apresentaram alterações significativas em relação à Primeira Convenção.

Destaca-se que os argumentos estadunidenses pareciam expressar a concepção dos princípios extraídos das próprias práticas de sua comunidade. Mas esses mesmos argumentos eram apresentados como argumentos universais, aplicáveis a (e de acordo com) os interesses e práticas do total coletivo das comunidades espalhadas pelo mundo. A alegada universalidade do discurso estadunidense parecia convencer aos demais representantes das comunidades participantes dos debates, com exceção da Alemanha.

O discurso universalista estadunidense não encontrou oposição nas Convenções porque a grande maioria dos Estados representados – os Estados mais fortes, do ponto de vista político e econômico – compartilhavam com os EUA as concepções e práticas capazes de sustentar tal discurso. A defesa da necessidade do controle do ópio utilizava premissas médicas e científicas para comprovar o perigo de seu uso aos usuários e, por conseguinte, dificilmente viria a ser contestada, uma vez que as comunidades européias compartilhavam o ideal de infalibilidade da ciência e, em maior ou menor grau, os pressupostos políticos estruturadores dos EUA.

Enquanto os EUA defendiam suas concepções proibicionistas no cenário internacional, conquistando pouco a pouco seus objetivos, o que incluía poder internacional, principalmente sobre o restante do continente americano, internamente as colocavam (as concepções proibicionistas) em prática. O controle federal no que se refere às drogas foi imposto aos estados em 1914, por intermédio do *Harrison Act*. O documento era mais severo que os acordos internacionais até então assinados, expressamente proibia qualquer uso não médico de psicoativos e impunha severo controle sobre a circulação de ópio, cocaína e seus derivados, desde a entrada no país até a prescrição para os pacientes.

Segundo Boiteux (2006, p. 51), o texto inaugurou ainda a utilização das figuras do traficante-delinqüente – que deveria ser perseguido e encarcerado – e do consumidor-doente, usuário sem permissão médica, que deveria ser tratado compulsoriamente. Em sua versão interna, o proibicionismo estadunidense foi dirigido também ao álcool, com a aprovação da Lei Seca de 1919.

O poder de influência dos EUA sobre os países andinos já podia ser observado naqueles anos, com a aprovação das primeiras leis de drogas, na Bolívia e no Equador em 1920, e no Peru em 1921, sob a justificativa de adequar suas legislações nacionais aos compromissos internacionais. Carvalho (2007, p. 11) e Boiteux (2006, p. 136) destacam que a proibição do uso, porte e comércio de drogas para fins não médicos no Brasil data das Ordenações Filipinas, prevendo, inclusive, pena de degradação.

Por sua vez, o Código Penal do Império de 1830 nada mencionava sobre a proibição do consumo ou comércio de entorpecentes. O Código Penal Republicano de 1890 retomou a proibição, criminalizando vender ou ministrar substâncias venenosas sem autorização

e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários, sob pena de multa. A Primeira Convenção da Haia de 1912 foi promulgada no Brasil em 1915. De acordo com Boiteux (2006, p. 137), foi sob a influência de tal convenção que o Decreto 4294 de 1921 foi editado. Este decreto previa que aquele que vendesse ou ministrasse cocaína, ópio e seus derivados sem autorização e sem as formalidades devidas estaria sujeito à pena de prisão, de um a quatro anos. Ainda segundo a autora, o Decreto editado durante a vigência da Lei Seca estadunidense impunha também maior controle sobre o uso do álcool.

2.3 As convenções de Genebra

Alguns Estados voltaram a se reunir em Genebra em 1925, para debater o problema das drogas. Mais uma vez, duas teses se contrapuseram, a proibicionista e a regulamentadora. Segundo Poiares (1998, p. 166), os defensores da tese regulamentadora não se opunham diretamente ao argumento que condenava o uso das substâncias consideradas nocivas. Opunham-se, antes, a sua proibição, por considerar que ela (a proibição) poderia gerar o contrabando, visto que seria impossível acabar com um costume secular inscrito em algumas comunidades particulares. Não por outra razão, pode-se considerar que o debate entre as duas teses não consistia em um embate de argumentos de princípio, mas, sim, de argumentos de política, uma vez que não parecia estar em questão a legitimidade e/ou a justiça da condenação das práticas associadas às drogas, mas, antes, o que é bem diferente, a eficácia da proibição/criminalização no combate ao uso indevido das substâncias consideradas nocivas à saúde humana.

Na Conferência de Genebra, foram aprovadas duas convenções, uma sobre produção, comércio interno e consumo de ópio preparado (que sujeitou tal substância ao regime de monopólio de Estado) e outra aplicável ao ópio, à cocaína e à *cannabis* e seus derivados, que instituiu um esquema de autorização e certificação para operações de distribuição e comercialização. O resultado final da Conferência, apesar dos documentos elaborados e assinados, parece ter sido favorável ao argumento apresentado pela tese regulamentadora. Isto porque o modelo instituído era composto – em sua maioria – por regras fiscais e comerciais, não por regras penais e sanitárias.

Seis anos depois, em 1931, houve outra conferência em Genebra, na qual foi elaborada mais uma convenção com o objetivo de (i) limitar a produção de drogas a finalidades médicas e científicas e (ii) regulamentar a sua distribuição. Para Poiares (1998), a elaboração da convenção foi motivada pelo intuito de impedir o desvio de drogas do mercado legal para o mercado clandestino.

Em 1936, foi assinada mais uma convenção em Genebra, desta vez com o objetivo de exigir dos Estados a tomada de medidas para prevenir a impunidade de traficantes e facilitar a extradição por crimes de tráfico. Tal convenção, por sua vez, assumiu um caráter mais penal. Em 1946, o Protocolo de *Lake-Success* transferiu as competências em matéria de controle e fiscalização de drogas da extinta Sociedade das Nações para a Organização das Nações Unidas, de modo a reafirmar a determinação da humanidade em prosseguir o combate ao consumo e ao tráfico de drogas. Pode se afirmar que o discurso universalista do combate às drogas estadunidense foi, então, absorvido e incorporado pela ONU.

O documento internacional seguinte foi o Protocolo de Paris de 1948, que ampliou a aplicação da convenção de 1931 às drogas sintéticas. O Protocolo de *Nova York*, de 1953, restringiu a permissão para produzir ópio para exportação a somente sete países. Tal Protocolo merece ser destacado porque, na concepção de Poiares (1998), foi o responsável por fazer, pela primeira vez, uma clara distinção entre Estados produtores e Estados consumidores. Pode-se dizer que, nesse sentido, a associação entre traficante-como-delinqüente e consumidor-como-doente, aplicada às pessoas, começava também a ser dirigida aos Estados. O mundo ao qual eram destinadas as normas internacionais para o controle das drogas já não era mais, geopoliticamente falando, o mesmo, uma vez que nele se incluíam, agora, como Estados independentes, muitas das ex-colônias européias. Os interesses e práticas dos colonizadores e das colônias não mais, por sua vez, se confundiam nos debates internacionais.

Durante o período acima contemplado, a maconha (*cannabis*) foi incluída nos debates internacionais como mais uma droga, ao lado da cocaína e do ópio. Qual teria sido o motivo para tal inclusão? Considerando o papel cada vez mais crescente exercido pelos EUA no cenário internacional, acredita-se que a inclusão da maconha no repertório de substâncias nocivas deve-se, ao menos em parte, à entrada de imigrantes mexicanos, habituais fumantes de maconha, nos EUA, a partir da década de 20, e a conseqüente rejeição a eles dirigida durante a Depressão de 30, quando passaram a disputar os poucos empregos disponíveis com os estadunidenses.

Em 1937, foi promulgado, nos EUA, o *Marihuana Tax Act*, que além de estabelecer o controle sobre a transferência e a venda, também, criminalizou a posse ilícita de maconha. O governo americano iniciou, ainda, a vinculação de campanhas publicitárias sobre os efeitos perigosos do consumo da maconha. Tais campanhas procuravam causalmente correlacionar “mexicanos-maconha-e-atos-violentos”.

A influência dos EUA era cada vez mais forte, especialmente no continente americano. Seguindo os demais países andinos, a Venezuela elaborou sua primeira lei de drogas em 1930, nos moldes determinados pelas convenções internacionais e, por conseguinte, em concordância com a política antidrogas estadunidense.

A legislação brasileira, por sua vez, também sofreu alterações, de modo a intensificar o controle às drogas de acordo com a política internacional encabeçada pelos EUA. Em 1932, foi editado o Decreto 20930, que previa dois tipos penais diferentes, um que incluía as diversas ações relacionadas à venda e à indução ao uso, e outro destinado à posse ilícita de entorpecentes, assim considerada quando o agente não tivesse receita médica ou portasse quantidade superior à recomendada pelo médico.

A lei previa ainda a internação facultativa ou obrigatória, a pedido do interessado ou da família, para o usuário, que, desse modo, parecia ser visto como doente, seguindo a associação criada pela legislação estadunidense entre traficante como delinqüente e consumidor como doente. A Consolidação das Leis Penais foi o próximo instrumento normativo a disciplinar o controle das drogas, ainda não criminalizava diretamente o seu uso, mas, da mesma maneira que o decreto anterior, considerava como crime a posse de substância entorpecente, em casa ou sob guarda do agente, sem prescrição médica. O infrator toxicômano deveria ter sua pena substituída pela internação em estabelecimento hospitalar para fins de tratamento. A Convenção de 1925 foi ratificada em 1933, e a Convenção de 1931 em 1934. Em 1938, foi editado o Decreto 891, que expressamente

previu o crime do consumo de entorpecentes. O Código Penal, editado por decreto em 1940, recodificou a matéria, prevendo o crime de comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecente.

2.4 As convenções da ONU

O ano de 1961 trouxe mudanças significativas à política internacional de controle às drogas, com a vitória da tese proibicionista e universalista estadunidense na Conferência das Nações Unidas sobre Entorpecentes. A Convenção Única sobre Entorpecentes (CUE), que foi aprovada por 77 Estados e entrou em vigor em dezembro de 1964, expressamente revogou a maioria das fontes do direito internacional destinado ao controle de drogas. A adesão à tese estadunidense é nítida desde o preâmbulo.

Com isto, a partir desta conferência, os Estados europeus passaram a atuar ao lado dos EUA, e parece ter sido reforçada a diferença entre Estados consumidores e Estados produtores, sendo o primeiro grupo integrado pelos Estados desenvolvidos e, o segundo, pelos Estados em desenvolvimento, em geral, ex-colônias européias. Esta classificação dos Estados aparece indiretamente no texto do tratado que, ao tratar da composição do Órgão Internacional para Controle de Entorpecentes menciona que estudará a conveniência de tomarem parte no órgão pessoas que conheçam a situação das drogas nos Estados produtores, fabricantes e consumidores.

A CUE destinava-se ao controle de 108 plantas e outras substâncias naturais ou sintéticas classificadas por grupos e estendeu à coca e à *canabis* o mesmo sistema de controle destinado, até então, exclusivamente à papoula.

Destaca-se, ainda, o tratamento exclusivamente destinado ao controle da coca, que prevê que as partes deverão proceder à erradicação de todos os arbustos de coca que cresçam no estado silvestre e destruir aqueles que se cultivam ilicitamente.

O objetivo da CUE era a supressão do consumo não médico das drogas em todo mundo, o que, por sua vez, abrangia a simples mastigação da folha de coca. Contudo, a Convenção reconhecia que o consumo – em modos específicos e para fins não médicos – de algumas das substâncias proibidas poderia ser considerado tradicional em comunidades particulares, prevendo a possibilidade da instituição de reservas transitórias por parte dos Estados nos quais existissem tais práticas.

O texto da CUE é extremamente detalhado, prevendo e impondo, como única forma de controle das drogas, o controle total e penal sobre todas as práticas a elas (às drogas) associadas, sem possibilidade de real instituição de políticas específicas para cada um dos diferentes Estados signatários. Deve-se ressaltar aqui, mais uma vez, a diferença entre **argumentos de princípio** e **argumentos de política**. No caso, a Convenção adotou, em sua redação, uma tese universalista, que considera o total coletivo dos Estados existentes (e não somente os Estados signatários). Condena o uso das substâncias contempladas em seu texto, com exceção do uso destinado a finalidades médicas e científicas. Reforça, por conseguinte, a sua argumentação universalista baseada em premissas científicas supostamente infalíveis e capazes de determinar e distinguir o mau do bom uso das substâncias contempladas.

Pergunta-se, contudo, se tais premissas científicas e universalistas eram realmente compartilhadas por todas as comunidades afetadas pela CUE. Como acreditar que o total coletivo das comunidades particulares tenha sido representado e, mais do que isto, participado dos debates que resultaram na redação final da Convenção? Será mesmo que as comunidades andinas livremente participaram de um debate que condena a mastigação da folha de coca e, mais ainda, condena a existência do próprio arbusto da coca em estado silvestre? Por que a proibição do consumo do álcool e a proibição do consumo do tabaco não estavam previstas na Convenção? O consumo do álcool é, por exemplo, condenável pela comunidade islâmica, presente em muitos Estados espalhados pelo mundo. Será que estes Estados não desejavam a sua proibição? Será que esta hipótese pôde ser defendida por eles?

É, pois, difícil dizer que a CUE tenha cumprido a condição de estabelecer regras que correspondam à concepção da comunidade global – ou, ao menos, das comunidades particulares representadas pelos Estados signatários – dos princípios de justiça, eqüidade e devido processo legal adjetivo extraída das práticas de seus membros. Considerando que a necessidade do controle do uso das substâncias contempladas pela CUE e, mais do que isto, que a proibição do uso não médico estivesse em acordo com a concepção dos princípios das comunidades participantes, a criminalização e as demais medidas previstas seriam as mais adequadas para atingir tal objetivo?

Os argumentos de política dirigem-se à descoberta do meio mais eficiente para se atingir objetivos que tenham sido fixados após um debate desenvolvido com base em argumentos de princípio. Será, nesse sentido, que a criminalização e as outras medidas previstas na Convenção foram acordadas pelos representantes das comunidades particulares? Será que tais medidas eram exatamente as consideradas mais adequadas por e para o total coletivo das comunidades? Mais uma vez, ainda que fosse possível acreditar que o controle via proibição tivesse sido acordado por intermédio da prática argumentativa dos representantes das comunidades particulares, fica difícil acreditar que a criminalização fosse a política mais eficiente no sentido de garantir o controle global do uso não médico das substâncias consideradas como drogas pela Convenção.

A CUE até prevê certa margem de manobra para que os Estados desenvolvam políticas próprias mais adequadas às necessidades de suas comunidades, desde que as medidas – assim consideradas – sejam mais rígidas que as previstas.

A CUE cria também obrigações entre os Estados, prescrevendo que as Partes adotarão todas as medidas legislativas e administrativas que possam ser necessárias à cooperação com os outros Estados na execução das disposições da Convenção. O texto parece ser aberto o suficiente para permitir que um Estado crie políticas próprias para o combate ao uso indevido das drogas que – direta ou indiretamente – envolvam outros Estados, desde que construa sua política sobre os mesmos fundamentos, considerados universais, e justifique-a como necessária ou como importante contribuição para o alcance dos objetivos previstos na Convenção. Assim, a resposta da Convenção à pergunta feita acima, se a constatação de que determinada questão seja de interesse global permite que um Estado atue no cenário internacional com o objetivo de promover alterações nas políticas e/ou práticas locais de outros Estados, parece ser positiva.

Em 1971, foi assinada, em Viena, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (CSP), que entrou em vigor em agosto de 1976 e parece se sustentar sobre o mesmo fundamento universalista da CUE. É o que transparece desde o preâmbulo.

Assim como na CUE, o bem que a CSP procura proteger é a saúde pública da humanidade, entendida em termos de saúde física e saúde mental. Utilizou, além disso, à semelhança da CUE, premissas científicas para fundamentar seu argumento universalista e justificar o emprego de uma política padronizada de controle das substâncias psicotrópicas. O apelo ao discurso médico-científico fica claro desde o preâmbulo, ao considerar que o uso dos psicotrópicos somente tem fins legítimos quando destinado a fins médicos e científicos. Além disso, a responsabilidade para analisar a inclusão (ou não) de novas drogas nas listas das substâncias sob controle, assim como na CUE, é da Organização Mundial de Saúde.

Contudo, a CSP propõe de certa forma um controle menos rígido – ainda que rigoroso e detalhado – sobre os psicotrópicos do que o proposto pela CUE. Para Poiares (1998) isto se deve à influência das indústrias químicas e farmacêuticas na elaboração da política dos Estados de suas sedes.

Já o Protocolo de 1972 promoveu alterações no sistema de controle instituído pela CUE. O caráter clínico-psicossocial adotado em relação aos usuários de psicotrópicos foi, assim, estendido aos usuários de entorpecentes. De acordo com tal Protocolo, o tratamento deveria substituir a aplicação de pena, no caso de delitos cometidos por dependentes. Outra novidade foi à previsão do oferecimento de auxílio financeiro e técnico aos países em desenvolvimento, de modo a possibilitar a implementação das disposições convencionais. Esta, ao lado dos deveres de cooperação estreita e assistência mútua, parece ser mais uma justificativa para que os Estados possam desenvolver suas próprias políticas internacionais de combate às drogas. Tais políticas podem ser desenvolvidas em conjunto com outras políticas. Políticas que visem o crescimento econômico, social e/ou democrático de países em desenvolvimento, políticas essas consideradas necessárias à instanciação de um controle eficaz sobre o comércio ilícito de drogas.

Em 1988, foi concluída, em Viena, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (CT), convenção que entrou em vigor em novembro de 1990. A CT não revogou as anteriores, ao contrário, as complementou, e representa, assim, a consagração da tese proibicionista estadunidense e a legitimação da atuação direta dos EUA no combate às drogas, principalmente na América Latina, através de programas especificamente desenvolvidos para o combate às drogas em certos Estados. Tais conclusões podem ser mesmo diretamente extraídas já do preâmbulo da Convenção.

A primeira observação faz referência aos motivos apresentados como justificadores do combate às drogas, especificamente ao combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e de psicotrópicos. Ao lado da proteção da saúde física e mental humanas, tal convenção reforçou a argumentação em prol da necessidade de proteção das economias lícitas, da estabilidade, da segurança e da soberania, das bases políticas, econômicas e sociais dos Estados, ameaçadas pelos “efeitos nefastos” das drogas. O preâmbulo da CUE já mencionara o “perigo social e econômico para a humanidade” representado pela toxicomania. Contudo, o texto da CT foi bem mais explícito no que diz respeito à

inclusão de outros bens e princípios supostamente ameaçados pelas drogas e, por conseguinte, foi também responsável por definitivamente associar narcotráfico-terrorismo-e-movimentos-de-oposição-aos-governos-apoiados-pelos-EUA.

Como segunda observação, destaca-se a ampliação das práticas relacionadas às drogas que passam a ser criminalizadas. Contudo, a interpretação do artigo sobre a criminalização (ou não) do consumo é controversa. Na concepção de Boiteux (2006, p. 42-43), a Convenção criminalizou, além do tráfico, o uso dos entorpecentes. Já segundo Poiares (1998, p. 171-172), a Convenção não contemplou diretamente a criminalização do consumo, a ele referindo-se apenas de modo lateral, devendo ser, pois, o uso pessoal regulado pelas convenções anteriores.

O presente artigo propõe uma interpretação um pouco diferente, destacando que no parágrafo 2, a CT deixa os Estados livres para escolher criminalizar (ou não) – de acordo com os princípios constitucionais e conceitos fundamentais dos seus direitos internos – a posse, aquisição e o cultivo intencionais de drogas para consumo pessoal.

Seguindo a posição adotada pela CSP e do Protocolo Adicional à CUE, a CT defende uma punição severa para o traficante, com penas de prisão (ou outra forma de privação de liberdade), além de prever penas pecuniárias e de confisco, adequadas às novas modalidades criminosas relacionadas com a lavagem de dinheiro. No que diz respeito às práticas relacionadas ao consumo, contudo, aqueles Estados que adotaram a criminalização poderão escolher por utilizar – em substituição/complemento à pena – medidas de tratamento, educação, acompanhamento posterior, reabilitação ou reintegração social do delinqüente.

Desse modo, a CT prossegue com – e fortalece – o duplo discurso das convenções anteriores, médico-jurídico-para-o-consumidor-dependente e jurídico-político-para-o-traficante-delinqüente. Tratamento esse que se estende aos Estados, divididos em Estados-produtores (aí incluídos os Estados que participam da rota do tráfico internacional) e Estados-consumidores. O Brasil, na condição de Estado localizado na rota do tráfico, está no primeiro grupo e, não por outra razão, a política internacional aqui vigente contra as drogas é, por assim dizer, “formatada” pelos EUA, que do Brasil exige a implantação de medidas radicais para o combate ao tráfico, o que, parece incluir a criminalização do uso pessoal e a previsão de punições severas.

Isto pode ser causa de no Brasil as interpretações da CT apontarem, por algum tempo, para a criminalização do consumo. A criminalização do uso pessoal com previsão de penas severas foi o modelo adotado pela Lei de 1976, revogada em 2006 pela nova lei de drogas (Lei 11343/06), que não descriminalizou o uso pessoal, mas, sim, propôs a aplicação de penas alternativas para as ações a ele (ao uso) relacionadas. No que diz respeito aos países europeus, a situação é bem outra: eles estão incluídos no grupo dos Estados-consumidores, desfrutam, ademais, de maior poder político, o que, por sua vez, lhes confere maior margem de manobra para argumentar – com base em seus princípios constitucionais e conceitos fundamentais – em defesa, por exemplo, da descriminalização do uso pessoal de drogas (ou a substituição de penas).

Uma terceira observação faz referência ao tratamento destinado – por assim dizer – ao outro lado do tráfico ilícito de drogas: a demanda. Apesar de o preâmbulo anunciar (i) a preocupação com a crescente tendência de demanda e (ii) o interesse em suprimir as

causas mais profundas do problema do uso indevido de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, a CT trouxe poucas orientações nesse mesmo sentido. Limita-se: (i) a afirmar que qualquer medida adotada pelos Estados – por ocasião da aplicação desta Convenção – não será menos rigorosa que as normas aplicáveis à eliminação da demanda ilícita conforme as convenções anteriores; (ii) a determinar que os Estados deverão adotar medidas adequadas para suprimir ou reduzir a demanda ilícita de drogas, visando à diminuição do sofrimento humano e a eliminação dos incentivos financeiros do tráfico ilícito, podendo, para isto, negociar acordos bilaterais ou multilaterais.

Não por outra razão, parece ser o caso que nos debates que originaram o texto da CT, os Estados-produtores não participaram livremente ao lado dos Estados-consumidores, uma vez que se, por um lado, a CT apresenta medidas bem detalhadas para o combate ao tráfico (medidas que, por sua vez, deverão ser –principalmente – seguidas e implantadas pelos Estados-produtores), não determina, por outro, a adoção de nenhuma medida específica no que diz respeito ao controle da demanda. Os Estados-consumidores parecem estar, por conseguinte, livres para adotar as medidas que julgarem ser mais adequadas ao controle e a repressão das demandas próprias aos membros de suas comunidades particulares.

Uma quarta observação faz referência à previsão detalhada e em grande quantidade de medidas de cooperação internacional. A necessidade de cooperação internacional e a responsabilidade coletiva dos Estados na erradicação do tráfico ilícito são – desde o preâmbulo – amplamente destacadas. A Convenção ressalta, contudo, os princípios da igualdade soberana e da integridade territorial dos Estados; o da não-ingerência em assuntos internos de outros Estados; a reserva de jurisdição; o respeito aos direitos humanos fundamentais e a consideração pelos usos tradicionais lícitos (no caso de haver evidência histórica) e pela proteção ao meio ambiente.

A CT constitui a expressão mais vigorosa da tese proibicionista, legitimando a política estadunidense de combate às drogas, universalizando a condenação do uso indevido (não-médico) de substâncias entorpecentes ou psicotrópicas e a necessidade do controle internacional de tais substâncias, sobretudo – via criminalização e cooperação intensa entre os Estados –das ações relacionadas ao comércio.

Se, em uma frente, os EUA procuravam construir e articular um direito internacional da droga (reconhecido por – e obrigatório para – o total coletivo dos Estados), propondo conferências e apresentando argumentos que, pouco a pouco, foram incorporados nos textos das Convenções sobre drogas, em outra, pesadamente investiam em relações bilaterais e multilaterais com outros Estados, relações que apontavam para outros objetivos que não o controle das drogas, embora por tal controle justificado.

2.5 O Narcotics Certification Process e os tratados de assistência

Em 1961, os EUA promulgaram o *Foreign Assistance Act* (USA, 2003), com o objetivo de regular toda a assistência governamental estadunidense a outros Estados, o que inclui assistência ao desenvolvimento agrícola, econômico, de instituições democráticas, aos refugiados e deslocados, ao combate ao terrorismo e à violência contra a mulher.

O seu capítulo 8 é dedicado ao controle internacional de drogas, tendo sido incluído em 1971, o que talvez possa ser explicado pelo frescor dos debates internacionais sobre o controle das drogas. Em 1961, foi aprovada a CUE, que só entrou em vigor em 1964. Em 1971, foi aprovada a CSP. Os EUA pareciam estar esperando pelo respaldo internacional de sua tese proibicionista para poderem implantar sua política internacional particular de combate às drogas via realização de acordos bilaterais e multilaterais de assistência a outros Estados. Neste contexto, o FAA prescreve que (i) certas atividades relacionadas às drogas devem ser criminalizadas; (ii) defende a aplicação de penas severas e (iii) a cooperação na extradição de acusados. Seus objetivos prioritários são (1) a erradicação da produção e do tráfico ilícitos de entorpecentes e psicotrópicos e (2) da lavagem de dinheiro e (3) a progressiva eliminação dos cultivos ilícitos de plantas das quais algumas drogas são derivadas.

O FAA considera, além disso, que as atividades criminosas supracitadas colocam em risco não só a estabilidade política e econômica, mas, também, o desenvolvimento democrático dos Estados-produtores e dos "Estados-rotas". O objetivo era oferecer ajuda aos governos destes Estados (produtores e/ou rotas) no sentido de os tornarem parceiros auto-sustentáveis na promoção dos desígnios das convenções de controle de drogas das Nações Unidas. O governo dos EUA está, nesse sentido, autorizado a celebrar acordos com outros Estados e usar sua voz e voto em bancos internacionais de desenvolvimento para promover a implantação – nos Estados-produtores – de programas de redução e erradicação de produção de drogas e de cultivo de plantas das quais drogas são derivadas.

Uma vez mais, os EUA manifestam a crença de que o combate ao uso indevido de drogas depende da erradicação da oferta e não, por conseguinte, da erradicação/diminuição da demanda. Cabe, pois, aos "Estados-produtores" e aos "Estados-rotas" combater às atividades conectadas ao comércio de drogas e não aos países consumidores – como é o caso do próprio EUA – adotar medidas eficazes de combate à demanda e controle de fronteiras.

Em 1986, no contexto da intensificação dos programas de combate às drogas, foi instituído o *Narcotics Certification Process* (NCP), um dos principais instrumentos da política estadunidense de combate às drogas. O NCP constitui um procedimento de certificação dos Estados identificados como maiores produtores ou como pertencentes às rotas do tráfico ilícito internacional de drogas (*the Majors list*). Apesar de ter passado por modificações, tal procedimento continua a seguir relativamente às mesmas regras e a prever as mesmas sanções para os países que não receberem a certificação. Tal lista (*the Majors list*) deverá ser feita pelo Presidente dos EUA, que indicará, ainda, quais foram os países que falharam, nos últimos doze meses, em demonstrar esforços substanciais no cumprimento das obrigações no combate às drogas. Se um país não receber a certificação, perderá a maior parte das doações assistenciais oferecidas pelos EUA e necessariamente receberá voto contrário dos EUA aos pedidos de empréstimo feito aos bancos internacionais de desenvolvimento.

A instituição do NCP coincide com a declaração do Presidente Reagan na *National Security Decision Directive* nº 221 também de 1986, ocasião em que o Presidente explicitamente defende que a produção e o tráfico de drogas constituem uma ameaça à segurança das Américas. Walker III (1994, p. 2-3) aponta que a militarização da guerra às drogas era amplamente desejada, desde 1981, pelo Congresso dos EUA. Contudo, o

Presidente Reagan, apesar de – em seus discursos – fortemente atacar o uso indevido de drogas, parecia relutante em colocar à guerra às drogas como prioridade política, uma vez que concebia a luta contra o comunismo e a esquerda na América Central como algo mais fundamental. A compreensão desta mudança de posição requer, por sua vez, a menção a alguns acontecimentos anteriores.

Walker III (1994, p. 5) considera que, embora a compreensão da estratégia estadunidense de combate às drogas nos países andinos requeira conhecimento acerca dos papéis desempenhados (no âmbito da história do controle das drogas na América) pela Bolívia, Peru e Colômbia, isto não parece ser suficiente. A transformação – por parte dos estadunidenses – do controle das drogas em prioridade política parece ter sido motivada também por outros interesses. Não podemos deixar de considerar, neste contexto, que o NCP constitui, como se destacou, um dos instrumentos centrais da política estadunidense de combate às drogas e principal fonte de justificação para as relações entre Estados Unidos e países andinos.

Desde as primeiras conferências internacionais de 1909 e 1912, os EUA esforçam-se para instanciar a sua política proibicionista e criminalizadora das drogas. Tal política, nesta época, era principalmente direcionada ao ópio, substância que atraiu, até a Segunda Guerra Mundial, a atenção do movimento internacional contra as drogas. Neste mesmo período, Bolívia e Peru – o então principal exportador de folhas de coca – estavam relutantes em apoiar acordos internacionais contrários às drogas, em virtude dos efeitos negativos que isto poderia mais tarde trazer para suas economias e para o comércio lícito de coca em seus territórios. Opinião que não se modificou durante as décadas que se seguiram, mas que parece não ter preocupado muito o governo dos EUA. Esta situação foi, contudo, alterada na década de 1970 (WALKER III, 1994).

Mesmo a CUE, de 1961, responsável por estender à coca e à canabis o mesmo sistema de controle destinado ao ópio, teria sido, por um bom tempo, ignorada pelo Peru, pela Bolívia e pela Colômbia. Tais Estados apenas tornaram-se partes da Convenção – respectivamente – em 1977, 1976 e 1975.

Walker III (1994, p. 09) afirma que, de 45 até 70, os objetivos das políticas estadunidenses direcionadas à America Latina eram basicamente os seguintes: (i) oposição à expansão do comunismo e (ii) suporte para o desenvolvimento de economias de mercado livre. O autor defende ainda que a situação possivelmente não teria mudado se os mentores da política estadunidense não tivessem percebido que o desenvolvimento de programas para o controle do tráfico ilícito de drogas poderia ajudar na manutenção da hegemonia estadunidense na América Latina. Isto parece indicar que não houve, a rigor, alterações nas prioridades estadunidenses na América Latina: a transformação do controle das drogas em prioridade parece somente ter ocorrido por servir de instrumento para o alcance das antigas prioridades. Nesse sentido, a associação – feita pelos EUA e presente no texto da Convenção de 1988 – do narcotráfico com movimentos revolucionários (mais recentemente, com o terrorismo) parece reforçar o argumento defendido pelo autor.

A mudança – a partir da década de 70, e principalmente intensificada em 80 – na dinâmica de expressão da política estadunidense de combate às drogas na América Latina, pode ser constatada através de inúmeros fatos relatados e denunciados por alguns autores. Walker III (1994, p. 03-04) cita, por exemplo, (i) a operação

Tranquilandia, realizada em 1984 na Colômbia, com o objetivo de atacar pontos de processamento de cocaína; (ii) a operação *Blast Furnace*, realizada em 1986 na Bolívia, que consistiu em uma operação militar conjunta dos EUA e da Bolívia com o objetivo de igualmente destruir locais de processamento de cocaína. Castro (2005, p. 171-197), por sua vez, destaca as campanhas contra as drogas ocorridas nas Venezuela, a primeira entre 1970 e 1972 e a segunda em 1984 que foram caracterizadas por grande participação dos meios de comunicação, que deram especial ênfase ao problema das drogas e promoveram a associação entre movimentos políticos e tráfico e resultaram em aumento das relações de cooperação.

Tudo serve para explicitar a complexidade da questão das drogas. Tal questão – ainda que relevante em si mesma – é manipulada como instrumento para a satisfação de outros objetivos. Não se pretende, com tal afirmação, negar a possibilidade de conexões do tráfico ilícito de drogas com outras atividades ilegais e com outros interesses. Contudo, parece ser o caso que os EUA também universalizaram as conexões do tráfico (o que parece não se seguir). As atividades do tráfico, neste contexto, estariam sempre sendo utilizadas como fonte de financiamento para outras atividades contrárias aos interesses e princípios estadunidenses, como (i) atividades de grupos de oposição política a governos apoiados pelos EUA, (ii) de oposição ao sistema de mercado praticado e defendido pelos EUA e (iii) de grupos terroristas.

Tal associação, intensificada em 70 e 80, parece mesmo ter sido levada para as políticas e os programas de combate às drogas e de assistência internacional estadunidenses. Nestas mesmas décadas, o NCP e as intervenções estadunidenses em alguns Estados da América Latina fizeram referência à – e foram, em parte, justificadas por – tal associação. Desse modo, toda a assistência estadunidense destinada a outros Estados passou a adotar o seguinte padrão geral: para receber assistência para desenvolvimento econômico, o Estado assistido precisa cumprir medidas de combate às drogas fixadas pelos EUA; para receber assistência para o combate às drogas, o Estado assistido precisa concordar com alterações em seu sistema governamental.

Os EUA parecem garantir, assim, a expansão das concepções e das práticas de sua comunidade, já que não parecem deixar outra opção aos Estados que necessitam de assistência. Ressalvas aos princípios de soberania, não-ingerência e outros feitas nos acordos e na CT servem para legitimar a política estadunidense, mas pouco servem para garantir a autonomia dos Estados assistidos. Os tratados bilaterais e multilaterais realizados entre EUA e outro Estados pressupõem a livre adesão de todos os Estados envolvidos, eventuais alterações legislativas ou mesmo ações militares conjuntas, o que pressupõe a presença do exército estadunidense no território de outros Estados, pressupõem-se, assim, livremente acordadas. Contudo, a relação direta entre instituições democráticas, livre comércio e combate às drogas faz com que os Estados ou concordem com todas as medidas sugeridas pelos EUA ou não receberão nenhum tipo de ajuda. Isto é, para que recebam ajuda para o desenvolvimento agrícola é necessário que cumpram as medidas de combate às drogas, para que obtenham ajuda no combate às drogas é necessário que aceitem o livre comércio e assim sucessivamente. Esta associação entre todos os temas que interessam aos EUA impede que os Estados que precisam de assistência internacional possam escolher suas próprias políticas, que em alguns casos podem corresponder aos interesses estadunidenses e em outros não, uma vez que a escolha feita para um caso condiciona todas as outras.

Um exemplo desta política internacional estadunidense é a Iniciativa Andina (PERL, 1994, p. 23-42), desenvolvida pelo Presidente George Bush em 1989, que tinha, como um de seus instrumentos centrais, o *Andean Trade Preference Act* de 1989, que oferecia redução do imposto de importação sobre alguns produtos andinos, com o objetivo de incentivar a substituição de lavouras, exemplo de associação entre combate às drogas e desenvolvimento econômico.

Uma das críticas destinadas a tal tratado era a que se segue: os principais produtos andinos – atum, açúcar, sapatos, têxteis (incluindo lã) e petróleo – foram excluídos do benefício. Tal política, à luz dos seus efeitos na redução do tráfico entre Estados andinos e EUA, pode ser, não obstante, considerada fracassada. A iniciativa andina parece mesmo ter se desdobrado em fator responsável pelo aumento das plantações clandestinas de coca na Colômbia, antes principal processador da cocaína, aumento esse provocado pela erradicação das plantações no Peru e na Bolívia, até então principais fornecedores da folha de coca para a Colômbia. O que, por sua vez, pode ter motivado o Plano Colômbia, proposto em 1999 pelo Presidente da Colômbia, Andrés Pastrana, e apoiado pelos EUA. O apoio dos EUA ao Plano Colômbia consistiu em ajuda financeira à Colômbia e outros Estados, inclusive o Brasil. É importante destacar que o emprego do recurso financeiro recebido pelos Estados era previamente dividido e destinado a fins específicos pelos EUA, e a maior parte de tal recurso parece ter sido destinada à assistência ao exército e à polícia (PINTO, 2002).

De acordo com Pinto (2002, p. 205), o governo estadunidense insiste em afirmar que a ajuda oferecida pelo Plano Colômbia não inclui à luta contra as guerrilhas, principalmente as Forças Revolucionárias da Colômbia. Contudo, tal afirmação parece não se seguir, já que a conexão "narcotráfico-e-guerrilha" há muito se dá, o que, por sua vez, significa que o combate ao narcotráfico logicamente implica o combate à guerrilha.

De um lado, o NCP constitui um dos principais instrumentos da política estadunidense de combate às drogas. Isto porque o Presidente, ao apresentar a lista dos Estados identificados como maiores produtores de droga, "países-rota" ou lugar de lavagem de dinheiro – efetivamente parece condicionar tais Estados a aceitarem a realização de acordos bilaterais ou multilaterais com os EUA. Caso contrário, eles (os Estados) não receberão a certificação oferecida pelo governo estadunidense e, por conseguinte, sofrerão às penalidades previstas.

De outro lado, o NCP constitui também um dos principais instrumentos da política internacional estadunidense. Recentemente, observa-se a não-certificação da Venezuela nos últimos três anos (2006, 2007 e 2008), justamente quando os conflitos, relativos a outras questões, vêm aumentando entre os governos dos Estados, opositores declarados, George W. Bush e Hugo Chávez. Contudo, o Presidente Bush determinou que o suporte a programas de ajudas às instituições democráticas da Venezuela não deve ser suspenso, em virtude de ser isso vital para o interesse nacional dos EUA. A justificativa apresentada para a não-certificação da Venezuela foi a de que as ações do governo contra o tráfico de drogas dentro e ao longo de suas fronteiras foram insuficientes. O governo da Venezuela também teria falhado em responder a solicitações específicas do governo dos Estados Unidos para cooperação contra narcóticos. Embora o governo da Venezuela tenha indicado o desenvolvimento de novos programas para combater o crescente tráfico de drogas, as ações eficazes continuam sendo muito limitadas, e permaneceria a falta de inspeção significativa em portos de entrada e de saída, incluindo

isso ao longo da fronteira com a Colômbia. O governo da Venezuela não significativamente teria procurado processar traficantes ou oficiais corruptos. A importância da Venezuela como rota de passagem para os carregamentos de drogas destinados aos EUA e Europa seria crescente, uma situação não só permitida, mas, também, explorada por supostos oficiais Venezuelanos corruptos e um sistema judicial incipiente. Neste contexto, o crime organizado estaria florescendo. Além disso, o governo da Venezuela não teria renovado os acordos formais de cooperação contra narcóticos com o governo dos EUA, incluindo a assinatura de um acordo que disponibilizaria fundos a programas cooperativos destinados a combater o fluxo de drogas para os EUA (USA, 2008).

Esta situação indica que o processo de certificação pode não ser simplesmente um mecanismo de controle das medidas de combate às drogas em países estrangeiros, mas, antes, e sobretudo, um importante instrumento de política internacional, capaz de servir a uma ampla variedade de propósitos.

Conclusão

Do início de sua participação no debate internacional sobre as drogas – como idealizador da Conferência de Xangai, em 1909 – aos dias de hoje, parece ser o caso que os EUA tenham efetivamente perseguido dois objetivos centrais: (1) universalizar as concepções dos princípios de justiça, eqüidade e devido processo legal adjetivo e as práticas dos membros de sua comunidade; (2) demonstrar e fortalecer o seu poder político-econômico-militar perante os outros Estados, sendo importante, para isto, o domínio sobre os Estados do continente americano.

No que diz respeito às drogas, não se pode condenar os argumentos defendidos pelos EUA, uma vez que não parece poder ser possível identificar contradições nos argumentos por eles apresentados nos debates internacionais e nos debates internos. As medidas para o controle das drogas defendidas internacionalmente não se opõem às medidas implantadas internamente. Por sua vez, os argumentos usados para fundamentar tais medidas apóiam-se em premissas científicas, premissas consideradas e apresentadas como sendo universais (neutras) e, por conseguinte, inquestionáveis. Com base neste argumento universalista os EUA defendem que as concepções e práticas (a criminalização do uso não-médico de entorpecentes e psicotrópicos por exemplo) dos membros de suas comunidades sejam estendidas às outras comunidades particulares espalhadas pelo mundo. Será que eles realmente acreditam que estejam defendendo – em bases científicas – práticas genuinamente universais?

Não se pode negar que a tese estadunidense de criminalização do uso não-médico de entorpecentes e psicotrópicos, por exemplo, seja coerente com as práticas dos membros de sua comunidade. Mas pode ser o caso que tal tese esteja também a serviço de outros interesses. Pode ser o caso – em outras palavras – que o apelo ao argumento científico do mal causado à saúde física e à saúde mental pelo uso de drogas sirva para justificar ações – juntamente (ou não) com o objetivo de combater o uso indevido das drogas – ligadas à satisfação de objetivos econômicos, políticos e/ou militares. Assim, a motivação do combate às drogas serve, às vezes, para conferir legitimidade e obter apoio para ações do governo americano que – sem contar com tal justificação –

dificilmente poderiam ser consideradas legítimas e, *ipso facto*, contar com adesão popular e/ou de outros Estados.

A política internacional estadunidense de combate às drogas busca seu fundamento em normas provenientes dos tratados internacionais. Assim sendo, a política estadunidense poderá ser, inicialmente, considerada juridicamente fundamentada, se encontrar respaldo nestes tratados. A justificativa estadunidense para sua política de combate às drogas não provém de outras fontes senão destes tratados.

Os principais tratados que atualmente regulam o controle das drogas defendem a tese proibicionista e criminalizadora do seu (das drogas) uso indevido (uso não médico). Tal defesa parece estar principalmente apoiada nas seguintes premissas: (i) as drogas devem ser proibidas porque comprometem a saúde física e mental dos seres humanos, (ii) ameaçam a economia, a soberania e a estabilidade dos Estados nos quais o tráfico está presente. Tais tratados detalhadamente explicitam quais medidas devem ser tomadas pelos Estados, medidas quase que exclusivamente direcionadas ao controle da oferta, não da demanda, o que inclui, por sua vez, o dever de cooperação entre os Estados. Não por outra razão, concluiu-se que a política estadunidense pode ser considerada juridicamente fundamentada porque compartilha da mesma tese e dos mesmos fundamentos dos tratados e lança mão das medidas neles previstas, incluindo a realização de tratados bilaterais e multilaterais com outros Estados, com a finalidade e a justificativa de ajudar os governos destes Estados a tornarem-se parceiros auto-sustentáveis no combate às drogas.

A leitura dos tratados que regulam o controle das drogas, contudo, conduz a conclusão de que tais tratados é que não podem ser considerados juridicamente fundamentados à luz dos pressupostos subjacentes à teoria do direito como integridade. Por serem documentos internacionais que pretendem a regulação universal das drogas, sujeitando todas as comunidades particulares às normas por eles instituídas, supõe-se que deveriam ser, portanto, documentos construídos com a participação de representantes de todas as comunidades particulares. Suposição que não pode ser confirmada.

Apesar de o número de Estados participantes das conferências das quais se originaram os atuais tratados ser maior que o número de participantes das primeiras conferências do século XIX, acredita-se que eles (os atuais tratados) não possam ser considerados a expressão das práticas e das concepções dos princípios subjacentes a todas as comunidades, mas somente a expressão das práticas e das concepções de algumas delas.

Os tratados sugerem que o consumo não-médico das drogas listadas constitui uma prática condenada em todas as comunidades particulares, o que não se sustenta. O primeiro questionamento que se faz é por que não foram incluídas outras substâncias: a nicotina, o álcool, o chá, o café, por exemplo. Algumas delas com relação comprovada com algumas doenças, como é o caso da nicotina e do álcool por exemplo. A proibição de algumas substâncias e não de outras parece indicar a maior influência de algumas comunidades particulares.

As medidas previstas pelos tratados para o controle das drogas são outro problema. Mesmo que houvesse consenso sobre o uso indevido e sobre as substâncias nocivas, dificilmente todas as comunidades seriam capazes de controlar os problemas oriundos das drogas com a adoção de medidas iguais. As práticas de cada comunidade são

diferentes, as finalidades e as motivações para o uso de drogas também diferem em cada uma delas, por que, então adotar como medida universal a criminalização? A opção pelo controle penal parece ser uma opção de política e não de princípio. Uma vez concluído que um bem ou um princípio deve ser protegido frente a algumas práticas da comunidade, a criminalização deve ser considerada como uma, entre várias, opção para a concretização desta proteção. Uma vez comprovado que a criminalização não seja capaz de atingir o objetivo fixado de proteção a determinados bens ou princípios, no caso das drogas, o principal bem apontado é a saúde física e mental dos seres humanos, não seria melhor considerar outras opções de controle?

Tais diferenças entre as comunidades indica que não é possível ainda a elaboração de uma política única para o tratamento das drogas. Sendo assim, o abolicionismo (à semelhança da proibição e a criminalização) do uso e comércio das drogas não pode ser defendido como concepção que se expressaria via normas globais.

Desta forma, cada Estado deve então buscar a compreensão das práticas e das concepções de sua comunidade para controlar o uso e comércio de drogas no interior de sua própria comunidade. Deve identificar quais são as substâncias nocivas ou que oferecem riscos para seus membros de acordo com as práticas e princípios de sua comunidade. Uma vez feito isto, fixados os limites do debate por argumentos de princípio, deve, então, recorrer aos argumentos de política para encontrar a melhor forma de atingir os fins desejados.

A complexidade das relações atuais exige, por outro lado, em alguns casos algum tipo de regulação destinada às relações entre dois ou mais Estados. Nestes casos cabe aos Estados envolvidos construírem, juntos, as normas que deverão ser aplicadas.

Se a conclusão a que o trabalho chegou é a de que os atuais tratados para controle de drogas não podem ser considerados juridicamente fundamentados à luz dos pressupostos subjacentes à teoria do direito como integridade, então, a política estadunidense de controle às drogas também não pode.

A concepção expressa nos tratados não corresponde a uma concepção global, mas, sim, à concepção da comunidade estadunidense. A política estadunidense corresponde à concepção particular de sua comunidade. Mas tal concepção encontra justificativa nos tratados internacionais. Se no direito interno estadunidense o controle das drogas pode ser, talvez, considerado uma questão de princípio, no cenário internacional é uma questão de política.

Em resumo, o trabalho conclui que: (1) a política internacional estadunidense de combate às drogas – cujos principais instrumentos são Narcotics Certification Process e acordos bilaterais e multilaterais com os Estados Latino-americanos – podem ser considerados legítimos, uma vez que se expressam em concordância com normas e justificativas apresentadas nos tratados realizados no âmbito da ONU. Mas (2) as normas previstas por tais tratados não podem ser consideradas legítimas fontes de direito internacional, uma vez que (i) não são construídas com base em uma prática realmente interpretativa e (ii) não são construídas com a efetiva participação livre e igual de representantes das várias comunidades particulares espalhadas pelo mundo. Sendo assim: (3) os instrumentos usados pelos EUA no combate ao tráfico ilícito de

drogas não podem ser considerados legítimos, quando examinados à luz da teoria do direito como integridade.

Referências bibliográficas

BOITEUX, Luciana. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. 4 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Oxford: Hart Publishing Press, 1986.

_____. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

HENMAN, Anthony Richard. A guerra às drogas é uma guerra etnocida: um estudo do uso da maconha entre os índios Tenetehra do Maranhão. In: ZALUAR, Alba. **Drogas e cidadania**: repressão ou redução de riscos. Brasília: Brasiliense, cap. 4, 1994, p. 47-81.

HOLDEN, Robert; ZOLOV, Eric. **Latin America and The United States**: a documentary history. New York: Oxford University Press, 2000.

JOYCE, Elizabeth. Packaging drugs: certification and the acquisition of leverage. In: BULMER-THOMAS, Victor; DUNKERLEY, James. **The United States and Latin America**: The New Agenda. Harvard University Press, 1999, chapter 10, p. 205-225.

MEZA, Ricardo Vargas. Cultivos ilícitos na Colômbia: da crise da colonização à guerra das drogas. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, n. 12, ano 7, p. 95-108, 2º semestre de 2002.

PERL, Raphael F. U.S.-Andean Drug Policy. In: WALKER III, William O.; BAGLEY, Bruce M.; **Drug trafficking in the Americas**. New Brunswick: Transaction Publishers, 1994, chapter two, p. 23-41.

PINTO, Vitor Gomes. **Guerra nos Andes**. Brasília: Plano, 2002.

POIARES, Carlos Alberto. **Análise psicocriminal das drogas** – O discurso do legislador. Porto: Almeida e Leitão, 2007.

RODRIGUES, Thiago. Narcoterrorismo e o warfare state. In: PASSETI, Edson; OLIVEIRA, Salete. **Terrorismos**. São Paulo: PucSP Educ, 2006, p. 149-161.

SÁ, Domingos Bernardo Silva Sá. Projeto para uma nova política de drogas no país. In: In: ZALUAR, Alba. **Drogas e cidadania**: repressão ou redução de riscos. Brasília: Brasiliense, cap. 8, 1994, p. 147-171.

SORMAN, Guy. **À espera dos bárbaros**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1993.

STEINER, Roberto. Hooked on drugs: Colombian-US relations. In: BULMER-THOMAS, Victor; DUNKERLEY, James. **The United States and Latin America**: The New Agenda. Harvard University Press, 1999, chapter 8, p. 159-175.

UN. **The United Nations Single Convention on Narcotic Drugs**. 1961.

__. **The United Nations Convention on Psychotropic Substances**. 1971.

__. **The United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances**. 1988.

USA. Committee on International Relations Committee on Foreign Relations. Foreign Assistance Act of 1961. **Legislation on Foreign Relations Through 2002**.

_____. United States Department of State. Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs. **International Narcotics Control Strategy Report**. Volume I: Drug and Chemical Control, March 2004; March 2005; March 2006; March 2007; March 2008.

VELHO, Gilberto. A dimensão cultural e política dos mundos das drogas. In: In: ZALUAR, Alba. **Drogas e cidadania**: repressão ou redução de riscos. Brasília: Brasiliense, cap. 2, 1994, p. 23-29.

WALKER III, William O. The Bush Administration's Andean Drug Strategy in Historical Perspective. In: WALKER III, William O.; BAGLEY, Bruce M.; **Drug trafficking in the Americas**. New Brunswick: Transaction Publishers, 1994, chapter one, p. 1-22.

ACORDOS BILATERAIS DE COOPERAÇÃO SANITÁRIA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A COOPERAÇÃO BRASILEIRA COM ANGOLA E COM CABO VERDE*

BILATERAL AGREEMENTS ON HEALTH COOPERATION AND THE ENFORCEMENT OF THE RIGHT TO HEALTH: THE BRAZILIAN COOPERATION WITH ANGOLA AND CAPE VERDE

Marco Aurelio Antas Torronteguy

RESUMO

O presente artigo procura traçar alguns contornos para um modelo de cooperação Sul-Sul a ser assumido pelo Brasil. Para tanto, é necessário confrontar a prática atual com os modelos teóricos existentes. Foram escolhidos os casos da cooperação Brasil-Angola e da cooperação Brasil-Cabo Verde em matéria sanitária. O conjunto de atos bilaterais celebrados por esses países compõe um mosaico que sugere tendências da cooperação e indica sua função como instrumento para efetivação de direitos humanos. Por outro lado, essa análise revela incoerências com o discurso de uma cooperação horizontal. Então, a partir de três paradigmas existentes na teoria das relações internacionais, é possível situar a baliza para a definição de alguns elementos para um modelo de cooperação Sul-Sul que garanta direitos.

PALAVRAS-CHAVES: COOPERAÇÃO SUL-SUL, DIREITO À SAÚDE, COOPERAÇÃO SANITÁRIA

ABSTRACT

The present paper tries to outline some framework for a South-to-South cooperation model to be undertaken by Brazil. It is therefore necessary to compare the current practice with the existing theoretical models. Concerning sanitary matters the cooperation cases Brazil-Angola and Brazil-Cape Verde were chosen. The set of bilateral acts made by these countries form a mosaic that suggests the trends of cooperation and shows its role as the instrument to achieve human rights. On the other hand, this analysis reveals incoherence with the speech of a horizontal cooperation. Thus, from three paradigms existing in the theory of international affairs, it is possible to situate the beacon to define some elements for a model of South-South cooperation which guarantees rights.

KEYWORDS: SOUTH-SOUTH COOPERATION, RIGHT TO HEALTH, HEALTH COOPERATION

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Introdução

A partir da análise de acordos bilaterais, o presente trabalho visa a propor elementos para o aperfeiçoamento da cooperação Sul-Sul desenvolvida pelo Brasil, tendo em vista um modelo de cooperação coerente com o discurso da horizontalidade e apto a efetivar direitos. Nesse sentido, delimita-se o escopo da pesquisa ao tema da cooperação sanitária e, logicamente, ao direito à saúde.

Para tanto, na primeira parte apresenta-se o estudo de dois casos: a cooperação bilateral Brasil-Angola e a cooperação bilateral Brasil-Cabo Verde. Neste sentido, os atos internacionais bilaterais celebrados entre o Brasil e esses países africanos compõem as fontes primárias da investigação. A leitura crítica desses acordos permite verificar importantes contribuições para o fortalecimento do direito à saúde, mas também indica que o discurso da horizontalidade da cooperação brasileira não escapa de contradições.

Uma vez feita a análise dos dados produzidos pela pesquisa, é necessário, na segunda parte do trabalho, confrontar o estudo dos atos bilaterais com três paradigmas da teoria das relações internacionais. O confronto da realidade que emerge dos textos dos acordos com o instrumental teórico adotado permite perguntar pelo modelo de cooperação Sul-Sul que se desenha no Brasil atualmente. Ao final da segunda parte do texto são apresentadas as conclusões dessa pesquisa com um balanço das ideias apresentadas.

Um direito, dois casos e a mesma contradição

O reconhecimento da saúde como direito humano no direito internacional formalizou-se com a adoção, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), durante a XXI Sessão daquele órgão, em 19 de dezembro de 1966. A principal contribuição do art. 12 do Pacto é abrir um capítulo específico sobre *saúde* no rol dos direitos sociais. Até então, muitas eram as referências indiretas a este direito humano, como na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. Com efeito, art. 12 do PIDESC positivou o direito à saúde, nos seguintes termos:

Artigo 12. 1. Os Estados Signatários do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais alto nível possível de saúde física e mental.

2. Entre as medidas que deverão ser adotadas pelos Estados Signatários do Pacto a fim de assegurar a plena efetividade deste direito, figurarão as necessárias para:

a) A redução da mortalidade infantil e do índice de natimortos, bem como o desenvolvimento sadio das crianças;

b) O aprimoramento em todos os seus aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente;

c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e de outro tipo, e a luta contra elas.

d) A criação de condições que garantam a todos assistência médica e serviços médicos em caso de doença.

Note-se que esse dispositivo poderia sugerir uma *reserva do possível*, por se tratar de direito de dimensão social, prestacional, ou seja, que exige uma postura ativa do Estado. A expressão *possível* por um lado reconhece que muitos Estados possuem limitações de ordem econômica e tecnológica, as quais impedem a efetivação plena do direito à saúde. Por outro lado, contudo, pode-se interpretar o uso do termo "possível" no sentido de que os Estados têm o *dever de possibilitar* a saúde aos seus cidadãos. Quando, por si mesmos, não forem capazes de fazê-lo, os Estados estarão diante da necessidade de cooperar. Desta forma, a cooperação internacional sanitária é corolário do dever estatal de tornar possível a efetivação do direito humano à saúde.

Essa interpretação se ampara no que dispõe o próprio Pacto, quando no art. 2°, § 1°, impõe o dever de "adotar medidas, tanto isoladamente quanto mediante a assistência e a *cooperação internacional*, especialmente econômicas e técnicas, até o máximo dos recursos de que disponha, para progressivamente obter (...) a plena efetividade dos direitos". Com isso, o PIDESC confirma a regra do art. 55 da Carta das Nações Unidas. Trata-se do reconhecimento da cooperação internacional como instrumento para a efetivação de direitos.

O PIDESC está em vigor para os três Estados analisados neste trabalho. Portanto, parte-se da premissa de que esses países reconhecem o dever de cooperar, bem como o dever de garantir o direito à saúde. Cumpre verificar, então, de que maneira isso se realiza no âmbito bilateral que envolve, de um lado, o Brasil e, de outro, Angola e Cabo Verde. No tratamento das fontes documentais foram analisados, especialmente, os seguintes elementos: informação sobre vigência, objetivos da cooperação, horizontalidade da relação bilateral, forma de avaliação das atividades, possibilidade de triangulação ou obtenção de financiamento junto a outros atores.

A cooperação Brasil-Angola em matéria sanitária

Brasil e Angola já firmaram trinta e sete atos bilaterais, dois quais trinta e cinco estão em vigor. Para o presente estudo são relevantes aqueles que tratam do tema da cooperação com espaço para iniciativas no âmbito da saúde pública, bem como aqueles que expressamente se referem à cooperação sanitária. Após a análise dos textos dos trinta e sete acordos, concluiu-se que dezoito deles podem implicar cooperação sanitária e, destes, seis expressamente dizem respeito à cooperação em saúde. Inicialmente serão analisados os atos internacionais do primeiro grupo, cujo marco inicial foi dado pelos Acordos de 1980.

O Acordo de Cooperação Cultural e Científica, de 1980, inaugura o grupo de pactos que não dizem respeito especificamente à cooperação sanitária, mas que podem abarcar programas neste sentido. Com efeito, esse Acordo prevê apoio ao ensino e à pesquisa de maneira ampla, que pode direcionar-se a áreas da saúde pública.

Celebrado na mesma ocasião, o Acordo de Cooperação Econômica, Científica e Técnica fixou o marco jurídico da cooperação técnica Brasil-Angola, a qual tem sido densificada, inclusive na área da saúde, por ajustes complementares que se acomodam sob seu guarda-chuva. Este Acordo, como de costume, prevê a celebração de protocolos, convênios ou ajustes complementares que definam programas ou projetos de cooperação específicos (art. 3°). Em matéria de financiamento, ele prevê que sejam solicitados recursos a organismos internacionais, ou seja, a triangulação (art. 4°, *b*).

Ainda no conjunto dos acordos sobre cooperação em geral que permitem a cooperação sanitária, há que se referir o Ajuste na área de comércio complementar ao Acordo de Cooperação Econômica, Científica e Técnica, com o qual Brasil e Angola comprometem-se a "cooperar para a regularização do abastecimento da República Popular de Angola em bens de alimentação e de consumo corrente, matérias-primas e outros, mediante exportações brasileiras desses produtos, (...)" (art. 1°). Este acordo estabeleceu o abastecimento do mercado angolano com gêneros alimentícios exportados pelos Brasil, compensados com petróleo adquirido pelo país além de pagamentos em dinheiro (Anexo do Ajuste). O abastecimento de alimentos, como sabido, é fator condicionante da saúde.

Outro documento internacional desse tipo é o Protocolo de Cooperação Técnica na área do Meio Ambiente, de 2003, celebrado no bojo do Acordo de Cooperação Econômica, Científica e Técnica (art. 3°). O Protocolo estipula a cooperação em "educação ambiental; legislação ambiental; caracterização de recursos naturais e gestão de áreas protegidas; crimes ambientais e avaliação de impactos ambientais urbanos e industriais" (art. 1°). Além disso, prevê parceria triangular com organismos internacionais governamentais e não-governamentais (art. 6°). A razão de mencioná-lo aqui é que o meio ambiente é um dos fatores condicionantes da saúde mais elementares. No mesmo sentido, pode-se citar o Ajuste Complementar ao Acordo de Cooperação Econômica, Científica e Técnica para implementação do Projeto "Fortalecimento da Educação Ambiental em Angola", também de 2003, o qual prevê a capacitação de pessoal angolano para multiplicar conhecimentos sobre educação ambiental no país africano. Sem que se constitua um formal instrumento de avaliação, o Ajuste prevê que ao final do Projeto sejam elaborados "relatórios finais informativos" (art. 3°) por cada parte, de publicidade não obrigatória. Esse programa foi renovado com a assinatura, em 2006, de um novo Ajuste para realização do mesmo Projeto. Neste momento, os acordos bilaterais de cooperação brasileiros já contam com cláusula de avaliação mais bem elaborada, que prevê a elaboração de "relatórios sobre os resultados", sem, contudo, estabelecer critérios precisos de avaliação, tampouco sua publicidade (art. 9°). Além disso, o Ajuste de 2006 prevê triangulação, para obtenção de recursos inclusive de organizações não-governamentais e fundos internacionais (art. 5°).

Do mesmo modo, o Protocolo de Cooperação Técnica para Apoio ao Instituto de Formação da Administração Local (IFAL), também de 2003, prevê a celebração de Ajustes Complementares ao Acordo de Cooperação Econômica, Científica e Técnica (art. 3°), bem como a implementação de projetos de cooperação com apoio triangular

em parcerias institucionais com organismos internacionais e organizações não-governamentais (art. 5°). Aparentemente alheio à temática da saúde, esse tipo de cooperação em verdade pode contribuir muito para ela, mormente no que se refere à administração de sistemas de saúde e gestão de instituições prestadoras de serviços de saúde.

O mesmo se pode dizer sobre o Protocolo de Intenções sobre Cooperação Técnica na Área de Administração Pública, de 2005, que também propicia Ajustes Complementares (art. 2°) e parcerias triangulares com organismos internacionais (art. 3°). Igualmente, o Memorando de Entendimento para Cooperação com Vistas ao Fortalecimento da Administração Pública de Angola, de 2007, pode repercutir no fortalecimento da administração da saúde pública. É importante notar que o Memorando de 2007 incorpora uma cláusula que prevê reuniões entre as partes para "avaliar o andamento do projeto", sendo extremamente recente – e ainda incipiente – a preocupação do Brasil com a avaliação da sua cooperação internacional. Em suma, o IFAL pode se tornar um importante espaço de qualificação da administração pública em Angola, inclusive para a área da saúde coletiva. Um aspecto interessante desse tipo de iniciativa, que cria a escola *in loco*, no país recebedor da ajuda, ao invés de intercambiar estudantes, é a sustentabilidade da cooperação.

Há que se referir, ainda, três atos bilaterais de outubro de 2007. O Memorando de Entendimento para o Incentivo à Formação Científica de Estudantes Angolanos, ao prever a concessão de bolsas para estudantes angolanos cumprirem estágio no Brasil, contribui para o desenvolvimento de capacidades em Angola em diversas áreas do conhecimento. O Ajuste Complementar ao Acordo de Cooperação Econômica, Científica e Técnica para Implementação do projeto "Escola de Todos", quando se ocupa da educação inclusiva para deficientes, toca uma questão central da saúde pública, em sua interface com a educação. Este Ajuste contempla cláusula de triangulação (art. 4°) e de elaboração de relatórios sobre resultados (Art. 6°). Finalmente, o Memorando de Entendimento para o Estabelecimento de Mecanismos de Consultas Políticas celebrado entre os dois países indica a densidade da relação bilateral, podendo ser um importante instrumento para o planejamento e a avaliação das iniciativas de cooperação internacional entre as partes.

Passa-se agora à análise dos acordos Brasil-Angola que expressamente incorporam a cooperação sanitária à agenda bilateral. Os dois primeiros atos neste sentido foram celebrados em novembro de 2003.

O Ajuste Complementar ao Acordo de Cooperação Econômica, Científica e Técnica para as Áreas do Trabalho, Emprego e Formação Profissional prevê cooperação em matéria de "promoção social e educação para a saúde" (art. 1°, inciso I, alínea *e*). Se bem que o tema central do Ajuste seja a qualificação laboral, a educação para a saúde é elemento chave para a promoção da saúde, um dos pilares da saúde pública. Simultaneamente, o Programa de Trabalho em Matéria de Cooperação Científica e Tecnológica estabeleceu a cooperação temática em pesquisa e em formação de nível de pós-graduação em diversas áreas, entre as quais está a "saúde, em especial o estudo de doenças tropicais" (art. 1°, *e*). Ademais, ele prevê que angolanos participem de cursos de pós-graduação no Brasil, em diversas áreas, inclusive a saúde (art. 2°, *c*). Portanto, o Programa inclui a saúde na agenda da cooperação Brasil-Angola para desenvolvimento de capacidades.

Além dos atos de 2003, em 2005 os dois países firmaram, no âmbito do Acordo de Cooperação Econômica, Científica e Técnica de 1980, o Ajuste Complementar sobre Cooperação Técnica e Procedimentos nas Áreas Sanitária e Fitossanitária. Este Ajuste, quando entrar em vigor, favorecerá a troca de informações e o comércio internacional de bens de origem animal e vegetal, tendo em vista a prevenção de doenças de animais e de pragas de plantas (arts. 2° e 4°).

Os dois acordos de 2003 formalizam a inclusão da saúde na agenda da cooperação bilateral, o ajuste de 2005 procura incrementá-la, mas é em julho de 2007 que esse movimento se consolida, com a celebração de dois Ajustes Complementares aos Acordos de 1980 especialmente dedicados ao desenvolvimento de capacidades em saúde pública na Angola.

Com efeito, com o Ajuste Complementar ao Acordo de Cooperação Econômica, Científica e Técnica para Implementação do Projeto "Capacitação do Sistema de Saúde da República de Angola" o Brasil se compromete a apoiar o Estado angolano no que se refere à criação de um curso de mestrado em saúde pública, ao fortalecimento da Escola de Saúde Pública de Angola, à estruturação da rede de bibliotecas em saúde, às Escolas Técnicas de Saúde e ao Instituto Nacional de Saúde Pública de Angola (art. 1°). Do lado brasileiro, a cooperação é coordenada pela ABC/MRE e pela AISA/MS e executada pela FIOCRUZ; do lado angolano, a coordenação incumbe ao Ministério da Saúde e a execução toca à Direção Nacional de Recursos Humanos (art. 2°). Ambos os Estados têm a tarefa de acompanhar e avaliar o desenvolvimento do projeto (art. 3°), o qual pode contar com parcerias triangulares. Com cláusula de praxe nos ajustes complementares dos últimos anos, o acordo em tela estipula que "as Partes Contratantes poderão dispor de recursos de instituições públicas e privadas, de organizações não-governamentais, de organismos internacionais, de agências de cooperação técnica, de fundos e de programas regionais e internacionais" (art. 5°). Igualmente, há previsão de elaboração de "relatórios sobre os resultados" (art. 9°), cuja publicidade não é obrigatória e cujos critérios não são definidos.

Além disso, o Ajuste Complementar ao Acordo de Cooperação Cultural e Científica na área de "Formação de Docentes em Saúde Pública na Angola" tem como objetivos a abertura de uma primeira turma de mestrado em Angola e a estruturação da Escola Nacional de Saúde Pública de Angola (art. 1°). A execução deste projeto cabe, no Brasil, a ENSP/FIOCRUZ e a CAPES, com assessoramento da Divisão de Temas Educacionais do MRE, da AISA/MS e da Assessoria Internacional do Ministério da Educação. Em Angola, a Direção Nacional de Recursos Humanos do Ministério da Saúde será quem vai executar o projeto, assessorada pelo Gabinete de Intercâmbio Internacional do Ministério da Saúde. Este projeto também prevê triangulação, pois as Partes podem "contar com a participação de terceiros países e de organismos multilaterais de cooperação e organizações não-governamentais" (art. 4°, inc. 2). De modo inovador, este Ajuste prevê não apenas a elaboração de relatórios ao final das atividades, mas determina sua periodicidade trimestral (art. 5°, § 1°), o que sugere que o Brasil começa a se preocupar com o *monitoramento* da sua cooperação internacional.

Ainda em 2007, a cooperação sanitária Brasil-Angola ganhou novo ingrediente. Até então uma cooperação realizada estritamente no campo do desenvolvimento de capacidades, ela passa a ocorrer, também, na seara do controle e prevenção de enfermidades, especificamente a malária. Com efeito, o Ajuste Complementar para

Implementação do Projeto “Apoio ao Programa de Prevenção e Controle da Malária” possui as seguintes finalidades, descritas no seu art. 1°:

a) contribuir para o aperfeiçoamento das diretrizes técnicas do Programa de Controle da Malária em Angola e para o fortalecimento do Sistema de Vigilância Epidemiológica de Angola;

b) instruir formadores em diagnóstico parasitológico da malária com controle de qualidade e em tratamento efetivo da malária e capacitá-los como agentes multiplicadores de conhecimento, e

c) capacitar técnicos para o controle integrado de vetores com base entomo-epidemiológica.

Do lado brasileiro, esse projeto é coordenado pela ABC/MRE e pela AISA/MS, contando com a SVS/MS (Secretaria de Vigilância em Saúde) para a sua execução. Do lado Angolano, as atividades ficam sob responsabilidade do Ministério da Saúde (art. 2°). O Ajuste é claro ao determinar que ele “não implica qualquer compromisso de transferência de recursos financeiros do Estado brasileiro ou qualquer outra atividade gravosa ao patrimônio nacional” (art. 3°, inc. 3). Essa ressalva resguarda o Ajuste da necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional, diante do que dispõe o art. 49, inc. I, da Constituição Federal. Por outro lado, isso reflete a realidade da cooperação sanitária brasileira, que se limita a cooperação técnica custeada pelo orçamento do Ministério das Relações Exteriores, não por verba do Ministério da Saúde. Ainda quanto ao custeio o Ajuste, no art. 4°, prevê que atividades poderão ser financiadas com recursos oriundos de “instituições públicas e privadas, de organizações não-governamentais, de organismos internacionais, de agências de cooperação técnica, de fundos e de programas regionais e internacionais”, a depender da assinatura de outros instrumentos legais. Portanto, a triangulação da cooperação exige ainda maior densificação jurídica. Finalmente, o art. 6° determina a elaboração de “relatórios sobre os resultados”, o que confirma o instrumento de avaliação, muito embora não se confirme o monitoramento do programa, pois a periodicidade dos relatórios não é definida. Novamente, a publicidade dos relatórios fica sob resguardo de consulta prévia e formal de parte a parte.

Em suma, os Ajustes de 2007 consolidam a agenda sanitária da cooperação bilateral entre Brasil e Angola, conferem maior densidade jurídica a essa cooperação e refletem as cores da cooperação brasileira dos anos 2000 com os países em desenvolvimento, especialmente os países africanos de língua portuguesa. Neste sentido, verifica-se o cuidado diplomático com a formal igualdade entre as partes contratantes, muito embora o conteúdo das iniciativas deixe claro que o Brasil *ajuda* mais do que *coopera* com essas nações, como é o caso de Angola. Com efeito, no conjunto dos atos bilaterais analisados, fica claro que é a *expertise* brasileira que se pretende transferir para Angola. Na linguagem dos documentos, são correntes as referências à *transferência de conhecimento e experiência* brasileiros e à *capacitação* de angolanos.

Outro elemento marcante desses acordos é a previsão de parcerias que significam a possibilidade de cooperação triangular, seja com terceiros países, seja com organismos

internacionais, seja ainda com organizações não-governamentais ou fundos internacionais. Dos dezoito atos bilaterais Brasil-Angola que podem abarcar ações de saúde pública, nove deles trazem esse tipo de cláusula de parceria. O primeiro – o Acordo de 1980 de estabelece o marco jurídico da cooperação técnica bilateral – prevê apenas o recurso a *organismos internacionais*. Nos anos mais recentes, essa cláusula se transforma, de modo que as organizações não governamentais passam a ser reconhecidas nos atos bilaterais como possíveis financiadoras de atividades de cooperação desenvolvidas no âmbito do direito internacional pactuado. Neste sentido, registram-se, no caso da cooperação Brasil-Angola, dois acordos de 2003, um de 2005, um em 2006 e quatro de 2007.

Um terceiro aspecto relevante dos acordos analisados é o enfoque interministerial que a cooperação recebe pelo lado brasileiro. Com efeito, os Ajustes Complementares seguidamente responsabilizam pela coordenação dos programas tanto a Agência Brasileira de Cooperação do Ministério das Relações Exteriores (ABC/MRE) como a Assessoria Internacional do Ministério da Saúde (AISA/MS). Portanto, a política externa de saúde brasileira é um exemplo de política intersetorial, que envolve saúde e relações exteriores.

Por fim, nota-se que ainda são incipientes os mecanismos de monitoramento e avaliação da cooperação Sul-Sul praticada pelo Brasil. Dos dezoito atos bilaterais pertinentes à matéria da cooperação sanitária, apenas cinco deles prevêem a elaboração de relatórios, dos quais quatro deixam claro que esses relatórios devem apresentar os *resultados obtidos* (portanto configuram-se como instrumento de *avaliação*) e apenas um determina que sejam periódicos (sugerindo algum tipo de *monitoramento* da cooperação). É positivo que haja essa tendência, verificada desde 2007, de relatar os *resultados* dos projetos de cooperação. Porém, pelo menos em três aspectos os acordos podem ser aperfeiçoados: deve haver clareza quanto ao monitoramento das atividades durante o projeto, devem ser estabelecidos critérios para a avaliação/monitoramento e deve ser dada ampla publicidade a esses documentos.

A cooperação Brasil-Cabo Verde em matéria sanitária

Brasil e Cabo Verde celebraram trinta e sete atos bilaterais, todos em vigor. Após a análise dos textos desses instrumentos, chegou-se à conclusão de que vinte deles podem implicar cooperação sanitária, muito embora apenas seis sejam expressamente relacionados ao tema. Inicia-se pela análise daqueles que indiretamente tocam a cooperação sanitária.

A cooperação bilateral com o Cabo Verde se formalizou com a celebração do Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica, em 1977. Por ser o acordo-marco da cooperação entre os países, este acordo, geral, prevê que ajustes complementares especifiquem programas e projetos de cooperação (art. 3°). A cada ajuste deve ser estabelecido o modo de financiamento *in casu* (art. 5°, *a*), com possibilidade de triangulação com organismos internacionais (art. 5°, *b*). Juntamente com o acordo foi assinado um primeiro Memorandum de Entendimento, documento político que

estabeleceu a pauta inicial do diálogo sobre cooperação entre os dois países, nas áreas de Educação, Agricultura, Pecuária, Transporte, Comunicações, Previdência Social, Urbanização e Saúde.

Em 1979, os dois países celebraram o Acordo sobre Cooperação Cultural, que prevê "intercâmbio de professores, profissionais, técnicos e pesquisadores" (art. 2°, *a*), bem como a concessão de bolsas, tanto para estudantes de pós-graduação (art. 2°, *b*) como para treinamentos técnicos (art. 2°, *c*). De escopo abrangente, este acordo pode contribuir para o desenvolvimento de capacidades em quaisquer áreas do conhecimento, o que inclui implicitamente a área da saúde.

Na mesma data, em fevereiro de 1979, foi celebrado o Tratado de Amizade e Cooperação, entre Brasil e Cabo Verde, estabelecendo, de modo genérico, as bases da cooperação bilateral econômica, comercial, financeira, judicial, bem como técnica, científica e cultural. Este ato criou a Comissão Mista de Cooperação Brasileira-Caboverdiana, com as funções de analisar temas de interesse e propor aos governos iniciativas concretas (art. 3°).

Após longo interregno, o próximo acordo bilateral que, embora não trate especialmente da cooperação sanitária, teve a possibilidade de repercutir nesta seara, foi o Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Científica e Tecnológica para Implementação do Projeto Piloto de Dessalinização em Ribeira da Barca, de 2003. Trata-se de projeto, executado pelo Brasil, que tem o objetivo de dessalinizar as águas subterrâneas da Ribeira da Barca, em Cabo Verde, para com isso melhorar a qualidade de vida da população local (art. 1°). Portanto, ao contribuir para o abastecimento de água, os resultados desse projeto guardam estreita relação com a saúde pública.

Refira-se, ainda, o Protocolo de Intenções sobre Cooperação Técnica na Área de Tecnologia Eletrônica, de 2004. Sem esclarecer pontualmente o alcance e as ações de cooperação em tecnologia da informação, o Protocolo entabulou a doação de computadores do Brasil ao Cabo Verde (art. 4°), previu que futuros projetos e programas de cooperação, a serem desenvolvidos a partir de Ajustes Complementares (art. 2°), possam contar com "parcerias com instituições dos setores público e privado, organismos e entidades internacionais, bem como com organizações não governamentais" (art. 3°). Muito embora não se trate de um acordo específico sobre saúde, o campo da tecnologia da informação pode desenvolver programas de cooperação sanitária, seja no que toca aos seus aspectos científicos, seja no que diz respeito à organização do sistema de saúde nacional.

O desenvolvimento de cooperação em ensino superior também é um campo conexo à cooperação sanitária. Assim, o Programa de Trabalho em Matéria de Educação Superior e Ciência, de 2005, estabelece ajuda brasileira para fortalecimento do ensino e da pesquisa de nível superior em Cabo Verde, em diversas áreas e a nível de mestrado e doutorado. Prevê-se que as atividades contem com participação de terceiros países e organismos multilaterais de cooperação internacional (art. 2°).

Em 2006, a cooperação universitária entre os dois países é fortalecida pelo Ajuste Complementar ao Acordo de Cooperação Técnica para Implementação do Projeto "Apoio à Implantação da Universidade de Cabo Verde e ao Desenvolvimento do Ensino Superior". A universidade no país africano, ao desenvolver o ensino e a pesquisa em

diversas áreas do conhecimento, contribuirá para o desenvolvimento de capacidades também na área da saúde.

Juntamente com o Ajuste para implementação da Universidade de Cabo Verde, também no campo da cooperação educacional, foi assinado o Ajuste Complementar ao Acordo de Cooperação Técnica para Implementação do Projeto "Escola de Todos". Este Ajuste prevê ajuda brasileira para desenvolver em Cabo Verde o ensino para alunos deficientes auditivos e visuais, com capacitação para trabalhar em sistema Braille, entre outras atividades (art. 3°). Aqui, novamente, embora não seja um acordo sobre cooperação sanitária, sua aplicação pode repercutir no campo da saúde dos deficientes, especialmente no que toca a promoção e a prevenção em saúde pública.

Ambos os Ajustes de março de 2006 têm cláusula, idêntica, que prevê que as partes "poderão dispor de recursos de instituições públicas e privadas, de organizações não-governamentais, de organismos internacionais, de agências de cooperação técnica, de fundos e de programas regionais e internacionais" (art. 5° de ambos). Além disso, é importante referir que estes acordos determinam a elaboração de "relatórios sobre os resultados obtidos no projeto" (art. 9° de ambos), muito embora não seja prevista ampla publicidade a esses relatórios e tampouco estejam claros os critérios de avaliação das atividades.

Ainda no conjunto dos atos bilaterais que não tratam especificamente da cooperação sanitária, mas que podem trazer repercussões no campo da saúde, há que se referir o Protocolo de Intenções no Domínio da Proteção e Promoção dos Direitos Humanos e da Inclusão Social, de julho de 2006. Sem reconhecer ou especificar direitos, esse ato prevê "mútua cooperação técnica no domínio da proteção e promoção dos direitos humanos e da inclusão social" (art. 1°). Como tem sido de praxe nos acordos bilaterais desta década, o Protocolo estabelece a possibilidade de as partes buscarem "parcerias com instituições dos setores público e privado, organismos e entidades internacionais, bem como com organizações não-governamentais" (art. 5°). Uma vez que a cooperação bilateral é vinculada ao fortalecimento dos direitos humanos, isso fortalece tanto a internacionalização dos direitos como a própria cooperação. Sendo instrumento de política externa que pode atender aos mais diversos interesses, a cooperação internacional fica mais protegida das suas contradições quando a baliza dos direitos humanos está consigo.

Em 2008, no conjunto dos acordos de Brasília, foi assinado o Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para Implementação do Projeto "Escola de Todos – Fase II". Dando continuidade ao Projeto e renovando acordo firmado em 2006, com este Ajuste o Brasil visa a "apoiar a formulação de políticas públicas para a educação especial em Cabo Verde" (art. 1°, inc. I, *a*) e propõe o oferecimento, pelo Brasil, de formação continuada para educadores do Cabo Verde, especialmente no que se refere à educação de deficientes visuais e auditivos (art. 1°, inc. I, *b*). O acordo prevê triangulação, inclusive com organizações não governamentais (art. 4°). Estabelece, ainda, a elaboração de "relatórios sobre os resultados obtidos no Projeto" (art. 6°) sem, contudo, estabelecer critérios precisos de monitoramento/avaliação e sem previsão de ampla publicidade desses relatórios.

Outro dos acordos de Brasília é o Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para implementação do Projeto "Apoio ao Programa

Nacional de Cantinas Escolares de Cabo Verde – Fase I – Fortalecimento do ICASE". O cerne do acordo é a capacitação, pelo Brasil, de técnicos caboverdianos em controle social e segurança alimentar e nutricional, bem como o apoio brasileiro à elaboração e validação do Planejamento Estratégico e do Plano Diretor do programa caboverdiano de alimentação escolar (art. 3°). De acordo com o art. 4° deste Ajuste, é possível que atividades sejam financiadas ou custeadas por organizações não governamentais ou fundos internacionais. Além disso, na esteira do que vem ocorrendo nos últimos anos, este Ajuste de 2008 também prevê a elaboração de "relatórios sobre os resultados obtidos (...), os quais serão apresentados às instituições coordenadoras" (art. 6°, inc. I), porém, aqui novamente o Ajuste é omisso quanto aos critérios de avaliação, não havendo expressa previsão de monitoramento, tampouco previsão de publicidade dos relatórios de resultados. Embora trate do tema da educação, o seu objeto – alimentação e segurança alimentar – torna este Ajuste bilateral um importante instrumento de promoção de política de saúde pública, que toca não apenas ao direito humano à saúde, mas também ao direito humano à alimentação adequada.

O incremento da cooperação bilateral nesta primeira década do milênio fomentou a assinatura do Memorando de Entendimento para o Estabelecimento de Mecanismos de Consultas Políticas e de Cooperação. Este ato faz parte dos acordos firmados em Praia, em junho de 2008. Ele estabelece um mecanismo de consultas bilaterais que pode ser útil para o acompanhamento dos projetos de cooperação entre os dois países, inclusive aqueles referentes à cooperação sanitária.

Também em Praia, na mesma ocasião, foi assinado o Programa Executivo relativo ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para Implementação do Projeto "Fortalecimento e Capacitação Técnica de Recursos Humanos para o Sistema de Formação Profissional de Cabo Verde – Fase II". Trata-se de programa de capacitação técnica de caboverdianos, realizado pelo Brasil, por meio do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), "cuja finalidade é consolidar o funcionamento do Centro de Formação Profissional da Praia (...) nas áreas e informática, preparação de alimentos, serralheria, eletricidade predial e industrial, canalização e engenharia civil" (art. 1°). Embora não trate diretamente de temas da saúde, poderá ter repercussão na saúde pública, uma vez que os técnicos qualificados possam contribuir para obras de saneamento no país africano, bem como melhorem a qualidade da produção de alimentos no país. No que concerne aos demais dispositivos deste Programa Executivo, registre-se que há as cláusulas usuais sobre triangulação (art. 4°) e avaliação (art. 6°), já comentadas. Há, ainda, cláusula de afirma que o Programa Executivo "não gera direitos e obrigações no plano do direito internacional" (art. 5°, inc. II), a qual será comentada a seguir, quando forem analisados os Programas Executivos de junho de 2008 referentes à atenção primária em saúde e aos bancos de leite humano.

Finalmente, o Memorando de Entendimento para Incentivo à Formação Científica de Estudantes Caboverdianos, de abril de 2009, prevê a concessão de bolsas, pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), para estudantes de graduação caboverdianos realizarem estágio em universidades brasileiras durante seu período de férias escolares. De aspecto amplo, o Memorando não especifica as áreas de conhecimento que serão contempladas pelo programa. De modo geral, ele poderá favorecer a capacitação de pessoal de Cabo Verde na área da saúde.

Vistos os acordos bilaterais que tratam da cooperação em geral com perspectiva de aplicação na cooperação sanitária, passa-se a analisar os acordos Brasil-Cabo Verde que expressamente versam sobre saúde. O primeiro deles foi o já referido Memorandum de Entendimento que acompanhou o acordo de 1977, que inseriu a saúde na pauta geral da cooperação bilateral que estava sendo iniciada entre os dois países.

No bojo do acordo marco de 1977, em janeiro de 2005 foi assinado o Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para implementação do "Programa de Cooperação Internacional em HIV/AIDS – Fase II". Com o objetivo de fortalecer o enfrentamento caboverdiano à epidemia de HIV/AIDS (art. 1°), o Ajuste estabelece ajuda brasileira, por meio da ABC e do Ministério da Saúde (art. 2°, inc. I), no que concerne às atividades de envio de especialistas, de assessoria em assistência, vigilância e prevenção, de fornecimento de medicamentos anti-retrovirais, de envio de publicações e de fornecimento de treinamento no Brasil para técnicos do país africano (art. 3°, inc. I). Por outro lado, Cabo Verde compromete-se a fornecer tratamento anti-retroviral gratuito para os seus pacientes e tratamento para infecções oportunistas relacionadas à enfermidade (art. 3°, inc. II). Do mesmo modo, são suas contrapartidas a disponibilização de infra-estrutura para o desenvolvimento das atividades em seu território, bem como designar pessoal técnico para treinamento no Brasil e para acompanhamento dos especialistas brasileiros. Para o desenvolvimento das atividades do projeto, prevê-se a possibilidade de "participação de terceiros países e de organismos multilaterais de cooperação e organizações não governamentais" (art. 4°, inc. II).

Além disso, esse acordo traz dois elementos novos ao texto dos compromissos bilaterais entre os dois países. Primeiro, as partes reconhecem formalmente que a cooperação sanitária para responder à epidemia de HIV/AIDS inclui o fortalecimento dos direitos humanos (art. 4°, inc. III). Isso é importante, à medida que contextualiza a saúde como direito humano e confirma a hipótese de que a cooperação sanitária faz parte do esforço de efetivação dos direitos correlatos à proteção da dignidade dos seres humanos.

O segundo elemento inovador do Ajuste Complementar de 2005 é o estabelecimento de uma cláusula sobre a monitoramento e avaliação do projeto de cooperação, no art. 5°:

1. As instituições executoras mencionadas no Artigo II elaborarão relatórios trimestrais sobre os resultados obtidos no projeto desenvolvido no âmbito deste Ajuste Complementar, os quais serão apresentados aos órgãos coordenadores e às Assessorias Internacionais dos respectivos países.

2. Os documentos elaborados e resultantes das atividades desenvolvidas no contexto do projeto a que se refere o presente Ajuste Complementar serão de propriedade conjunta das Partes. A versão oficial dos documentos de trabalho será elaborada no idioma do país de origem do trabalho. Em caso de publicação dos referidos documentos, deverão as Partes ser expressamente consultadas, cientificadas e mencionadas no corpo do documento objeto de publicação.

Solenemente ausente da maioria dos acordos bilaterais da cooperação internacional brasileira, a preocupação com o monitoramento e a avaliação dos projetos de

cooperação é elemento fundamental para que o discurso diplomático se traduza em desenvolvimento e em fortalecimento dos direitos humanos nos países envolvidos. Assim, o citado art. 5° representa um importante avanço, ao menos sob o aspecto formal do direito, para que o Brasil torne corrente a prática de monitorar e avaliar os programas e projetos de cooperação que estabelece com países em desenvolvimento. Isso serve não apenas para garantir o cumprimento das atividades e objetivos propostos, como para fortalecer o modelo de cooperação Sul-Sul do Brasil. Ou seja, trata-se de mecanismo indispensável para que o país possa, periodicamente, avaliar globalmente sua política externa de cooperação e, com isso, planejar estrategicamente ações que sejam eficientes e que sejam adequadas ao discurso da horizontalidade e do desenvolvimento. Não obstante isso, em que pese a importância deste art. 5° do Ajuste de 2005, ele ainda significa muito pouco. Note-se que os relatórios trimestrais serão apresentados às autoridades de cada país, sem previsão para sua ampla publicidade. O ideal é aperfeiçoar esse sistema, para deixar claro o procedimento e os critérios de monitoramento das atividades, bem como o modo de avaliação final do projeto, tudo isso com ampla publicidade.

Além disso, há que se referir os acordos firmados em Brasília, em março de 2008, dentre os quais dois se referem expressamente à cooperação sanitária entre Brasil e Cabo Verde. Um destes instrumentos contempla a farmacovigilância. O outro, a vigilância epidemiológica e, especialmente, o combate à malária.

Assim, o Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para implementação do Projeto "Consolidação da ARFA como agente regulador dos setores farmacêutico e alimentar visando ao fortalecimento de sua capacidade institucional" formalizou a cooperação sanitária no tema de medicamentos. Seu objetivo é capacitar pessoal técnico da Agência de Regulação e Supervisão dos Produtos Farmacêuticos e Alimentares (ARFA), o que fica a cargo de técnicos brasileiros da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Recursos para a execução das atividades do Projeto poderão vir "de instituições públicas e privadas, de organizações não-governamentais, de organismos internacionais, de agências de cooperação técnica, de fundos e de programas regionais e internacionais" (art. 4°). Há a previsão de relatórios de resultados, não havendo critérios de avaliação, tampouco previsão de ampla publicidade (art. 6°). A ARFA publicou a Descrição Sucinta dos Objetivos e Resultados Esperados do Projeto de Cooperação ANVISA-ARFA, documento que reitera o compromisso com o monitoramento e com a avaliação das atividades, incluindo entre os resultados esperados o fortalecimento da farmacovigilância com enfoque no uso racional de medicamentos, o fortalecimento da ARFA em matéria de registro de medicamentos sintéticos com ênfase em genéricos, bem como o fortalecimento da regulação econômica de medicamentos em Cabo Verde.

O outro dos acordos de Brasília sobre cooperação sanitária de 2008 é o Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para Implementação do Projeto "Apoio ao Programa de Prevenção e Controle da Malária em Cabo Verde". Ele tem como metas o controle do número de casos de malária e a identificação das áreas de sua ocorrência, bem como a capacitação de técnicos especializados em diagnóstico e tratamento dessa enfermidade e em controle de vetores (art. 1°, inc. I). O Ajuste possui cláusula de triangulação (art. 4°) idêntica àquela do art. 4° do Ajuste sobre a cooperação com a ARFA. O mesmo ocorre com a previsão de relatórios de avaliação (art. 6° de ambos os Ajustes).

O ano de 2008 foi profícuo em atos bilaterais. Além dos mencionados arranjos de Brasília, de março, houve os acordos de Praia, assinados em junho. Dentre estes cinco acordos, dois dizem respeito à cooperação sanitária expressamente, nas áreas da atenção primária e do aleitamento materno.

O Programa Executivo Relativo ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para Implementação do Projeto "Fortalecimento da Atenção Primária à Saúde em Cabo Verde" tem como objetivo "melhorar a gestão dos cuidados e a organização dos serviços de saúde elaborados e disponibilizados à população caboverdiana" (art. 1°, inc. I). Como em outros projetos, as atividades envolvem a capacitação de técnicos caboverdianos por pessoal especializado brasileiro (art. 3°). Novamente se repetem as cláusulas padrão sobre financiamento das atividades (art. 4°) e sobre a elaboração de relatórios (art. 6°).

Outro dos ajustes de Praia é o Programa Executivo Relativo ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para Implementação do Projeto "Apoio Técnico para Implantação de Banco de Leite Humano em Cabo Verde". Com o objetivo de criar um BLH em Cabo Verde e de capacitar pessoal deste país para atuar no BLH, o Programa prevê a atuação da Fiocruz, que também realiza intensa cooperação nessa área com países iberoamericanos. Mais uma vez, repetem-se os dispositivos sobre triangulação (art. 4°) e sobre avaliação (art. 6°).

Um elemento curioso destes atos bilaterais de junho de 2008 é o art. 5°, inc. II, de ambos, que diz o seguinte: "O presente Programa Executivo não gera direitos e obrigações no plano do direito internacional". Ora, o nome dado ao ato não é capaz de tirar-lhe a natureza de acordo bilateral. Assinado por ministros de Estado de relações exteriores, o Programa Executivo, como foi chamado, tem cláusula de vigência (art. 7°), de denúncia (art. 9°), de emenda por troca de notas (art. 10), bem como mecanismo de solução de controvérsias, por via diplomática (art. 8°). Ele é bem claro ao determinar quais as obrigações de parte a parte. Além disso, evoca a aplicação subsidiária do Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica (art. 11), de 1977, o qual é incontestavelmente um tratado bilateral, marco jurídico de toda a cooperação Brasil-Cabo Verde. É, pois, um acordo bilateral. Qual, então, a interpretação a ser dada ao indigitado inc. II do art. 5°?

É comum que os Ajustes celebrados para estabelecer programas específicos de cooperação, no marco do Acordo Básico de 1977, tragam cláusula que diga que o Ajuste não traz compromissos gravosos ao patrimônio nacional, tampouco implica transferência de recursos entre as partes. O objetivo de tal regra é evitar, considerando dispositivo constitucional brasileiro, que o Ajuste haja de ser submetido à aprovação pelo Congresso Nacional. Aliás, os Programas Executivos ora analisados trazem essa regra (art. 3°, inc. III). Então, fosse essa a intenção – evitar que o Programa tramitasse pelo legislativo – o inc. II do art. 5° seria de todo dispensável, diante do inc. III do art. 3°.

Outra hipótese é que se tenha pretendido definir as obrigações do Programa Executivo como obrigações de meio, não de resultado. Ora, mas se fosse essa a intenção, bastaria redigir o acordo de maneira a deixar claro que as partes se *esforçarão para* conseguir os objetivos propostos, ou que *envidarão seus melhores esforços com o objetivo de*... De todo modo, não seria o caso de não gerar quaisquer direitos e obrigações no plano do

direito internacional, mas tão somente seria o caso de estabelecerem-se direitos e obrigações mais suaves. O mesmo se diga com relação ao entendimento de que Programas Executivos representem apenas um início de compromisso entre as partes. Da análise do conteúdo desses documentos, fica claro se tratar de um acordo bilateral que implica direitos e deveres. Enfim, o mencionado inc. II do art. 5° dos Programas Executivos de junho de 2008 é indefensável do ponto de vista do direito internacional.

O balanço da análise dos acordos Brasil-Cabo Verde é semelhante da cooperação Brasil-Angola. É evidente a aproximação com os países africanos na presente década, o que se demonstra com o aumento no número de atos assinados e no alargamento das temáticas abrangidas pela cooperação bilateral. Em que pese o discurso da horizontalidade, novamente se percebe que o Brasil oferece conhecimento técnico e, nesse sentido, *ajuda* Cabo Verde a capacitar seus quadros para atuação em saúde pública.

Também se verifica o reconhecimento do papel ativo das organizações internacionais, de agências internacionais de cooperação e de fundos internacionais para a concessão de recursos para as atividades de cooperação. Com efeito, nos anos mais recentes se transforma a cláusula referente à obtenção de recursos. Dos vinte atos bilaterais Brasil-Cabo Verde que podem trazer implicações para a cooperação sanitária, quatorze contém cláusula que permite triangulação para obtenção de recursos. O Acordo marco de 1977 faz referência somente a organizações internacionais. O Programa de Trabalho, de 2005, refere terceiros países e organismos multilaterais de cooperação. Os outros doze atos com cláusula de triangulação – um de 2004, um de 2005, três de 2006 e sete de 2008 – reconhecem também os novos atores.

Finalmente, no tocante ao monitoramento/avaliação dos programas de cooperação, novamente fica claro que se trata de aspecto ainda negligenciado pela cooperação brasileira. Dos vinte acordos referidos, apenas a metade estabelece a elaboração de relatórios sobre *resultados* – um acordo de 2005, dois de 2006 e sete de 2008. Destes dez, apenas o Ajuste Complementar do programa HIV/AIDS, de 2005, impõe claramente o monitoramento das atividades, ao determinar que os relatórios sejam periódicos. Em que pese ser esta uma tendência positiva, pode-se repetir os aspectos a serem aperfeiçoados: maior clareza quanto ao monitoramento das atividades, critérios de avaliação/monitoramento definidos e ampla publicidade a tais documentos.

Após analisar os acordos da cooperação brasileira com Angola e com Cabo Verde, percebe-se a mesma contradição – embora chamada de *horizontal*, a cooperação Sul-Sul é quase sempre um via de mão única, do Brasil para os países africanos. Essa contradição será explorada na segunda parte deste trabalho, após a apresentação do referencial teórico.

Três paradigmas e um desafio

Uma vez apresentados os dados da pesquisa, é importante apresentar o seu referencial teórico e a análise crítica dos documentos estudados. Isso permitirá delinear alguns

elementos que podem ser aperfeiçoados na cooperação Sul-Sul realizada pelo Brasil, tendo em vista a construção de um modelo coerente com a proposta de horizontalidade e apto a efetivar direitos – neste caso, o direito à saúde.

Os instrumentos teóricos oferecidos pelas relações internacionais

Segundo leciona Celso Lafer, são três os paradigmas de convivência internacional. Eles repercutem na tutela internacional dos direitos humanos e permitem visualizar diferentes concepções acerca da cooperação. O primeiro paradigma é o *hobbesiano-maquiavélico*, o qual traduz o estado de natureza nas relações inter-estatais. Aqui podem existir alianças, mas é difícil falar em cooperação. Deste primeiro paradigma decorre "a plenitude sem limites da soberania dos Estados e a convicção de que a única lei do sistema internacional é a da sobrevivência". Ademais, há uma marcante distinção entre a política interna ao Estado, baseada na *ordem*, e a *anárquica* política internacional. Este paradigma engendra concepções realistas das relações internacionais.

Ocorre que a soberania absoluta é a própria negação do direito internacional. Assim, à visão hobbesiana opõe-se o paradigma *grociano* das relações internacionais. Aqui a soberania de cada país já não é total, mas limitada pela soberania dos demais, em uma igualdade formal. Isso permite algum consenso entre os Estados, retratando uma perspectiva idealista, a partir da "convicção de que instituições jurídicas e preceitos morais são caminhos para a paz e para a ordem internacional". Nas palavras do próprio Grócio:

não há nação tão forte que, às vezes, não possa ter necessidade de auxílio das outras, seja com relação ao comércio, seja até para rechaçar os esforços de várias nações estrangeiras unidas contra ela.

Sob este enfoque grociano desenvolve-se um modelo de *cooperação* importante para a manutenção da paz, mas ainda bastante limitado pela vontade estatal e pelos interesses nacionais. Este modelo Lafer designa como "cooperação interessada".

Finalmente, o terceiro paradigma filosófico referido por este autor é o *kantiano*, cuja característica central é a imposição racional da solidariedade no agir estatal. Aqui é possível pensar em cooperação *desinteressada*, tal como se desenha, atualmente, a teoria da diplomacia solidária. Não obstante, uma leitura contemporânea do paradigma kantiano sugere afirmar antes o *interesse comum* do que a atuação *desinteressada* dos Estados. Com efeito, no magistério de Lafer, a visão kantiana desenvolve-se no campo dos "temas globais" como a paz e os direitos humanos. Igualmente, a cooperação internacional nos dias de hoje via de regra visa ao cumprimento dos *objetivos de desenvolvimento do milênio*, os quais traduzem uma comunidade de interesses de toda a humanidade, reforçando a atualidade do paradigma kantiano. Portanto, ainda que seja possível afirmar que este paradigma sugere uma cooperação *desinteressada*, parece

mais apropriado dizer que ele implica uma cooperação calcada em *interesses comuns* a toda a humanidade. De todo modo, este enfoque supera a visão grociana, pois agrega ao direito internacional um conteúdo humanista indeclinável. A matriz kantiana revela-se, portanto, atual e apta a contribuir para a humanização do direito internacional. Em suma:

Kant analisa o sistema internacional a partir de uma perspectiva universalista, mediante a idéia da paz que leva às últimas conseqüências o valor estóico cristão da unidade da humanidade.

Com efeito, para Kant, a hospitalidade universal é um direito, não um ato de filantropia. Trata-se de ter direito à face da terra, ou seja, ter direito, mesmo sendo estrangeiro, a não ser tratado como inimigo. Ainda para Kant:

Esta idéia racional de uma comunidade pacífica perpétua de todos os povos da Terra (mesmo quando não sejam amigos), entre os quais podem ser estabelecidas relações, não é um princípio filantrópico (moral), mas um princípio de *direito*. A natureza encerrou todos os homens juntos, por meio da forma redonda que deu ao seu domicílio comum (*globus terraqueus*), num espaço determinado.

Portanto, o paradigma kantiano permite levantar a hipótese de um dever, em certas circunstâncias, de cooperação internacional entre os Estados. No que se refere aos países em desenvolvimento, é importante construir um modelo de cooperação Sul-Sul apto a contribuir para o desenvolvimento e superar a dependência frente aos países ricos. Neste sentido, o paradigma kantiano contribui para a humanização das relações jurídicas entre os Estados, convencendo-os de que a promoção da dignidade humana, para suas populações, promove a paz e contribui para o desenvolvimento integral e socialmente justo. Ocorre que a apropriação deste quadro teórico é dialética.

A cooperação horizontal, dialeticamente, produz interdependência entre os países periféricos com vista a diminuir a dependência destes países frente a países desenvolvidos. O modelo de cooperação vertical pode, por exemplo, destinar-se de fato a setores da iniciativa privada do próprio país cooperante que atuem no país recebedor da ajuda. Isso gera dependência econômica e, ademais, se trata de um modelo *interessado* de cooperação. Diferentemente, o enfoque kantiano impõe uma consciência moral de solidariedade entre os Estados periféricos, cuja comunidade de destino os têm colocado, no correr da História, à margem dos países desenvolvidos.

Esse tipo de cooperação (a cooperação horizontal) entre países não desenvolvidos tem suas peculiaridades. Em primeiro lugar, trata-se *prima facie* de uma relação entre iguais. Nestes casos, os envolvidos cooperam para solucionar problemas que, muitas vezes, lhes são comuns, o que favorece a troca e experiência e *know-how*, bem como o desenvolvimento de técnicas e de tecnologia próprias. Portanto, esse modelo de cooperação tende a diminuir a dependência frente a países desenvolvidos e contribuir com o desenvolvimento integral dos povos. Assim, o tema da cooperação horizontal envolve políticas públicas dimensionadas internacionalmente, seja porque

são implementadas conjuntamente pelos países, seja porque se trata de programas bem sucedidos que são exportados para outros países periféricos.

Os três paradigmas referidos correspondem ou ao realismo, ou ao idealismo. Tanto o paradigma grociano com o kantiano tendem ao idealismo, sendo que no kantiano há um idealismo de cunho universalista. O princípio da solidariedade encontra campo fértil no idealismo das relações internacionais. Não é assim com o realismo hobbesiano-maquiavélico:

Para a sabedoria clássica, a *pólis* ou *urbs* formava uma comunidade (*koinonia*), na qual todos os cidadãos achavam-se ligados por laços de solidariedade. Maquiavel, ao contrário, sustentou que a esfera da política constituía um mundo a parte, eticamente separado da vida ordinária, e que o destino excepcional do príncipe nada tinha a ver com a triste condição do vulgo vil sem nome.

Enfim, a cooperação abre o direito internacional para o idealismo, ao iniciar o século XXI. Diante de problemas globais, diante da desigualdade, da degradação do ambiente, do subdesenvolvimento e dos conflitos armados, a cooperação – especialmente na modalidade de cooperação horizontal, Sul-Sul – traduz o princípio da solidariedade. Essa, aliás, é a tônica do direito internacional contemporâneo, pois segundo Guido Soares o direito internacional "transformou-se de um direito de autolimitação em um direito de solidariedade".

O desafio de conceber um modelo de cooperação Sul-Sul para o Brasil

Considerando o direito internacional pelo enfoque kantiano da solidariedade, é importante perguntar quais elementos a cooperação brasileira deve aperfeiçoar para compor um modelo de cooperação Sul-Sul coerente. O ponto de partida para essa análise é o discurso internacional do Brasil, que defende a realização da cooperação horizontal interessada apenas no desenvolvimento econômico e social dos países parceiros. A partir desse elemento político, reúnem-se os dados coletados e, com isso, é possível compor um quadro da cooperação brasileira tendo em vista o modelo a ser adotado pelo país.

Ao todo, foram analisados setenta e quatro atos bilaterais celebrados pelo Brasil com Angola e com Cabo Verde. Note-se que apenas dois não estão ainda em vigor. É importante referir que neste conjunto de atos internacionais estão compreendidos tanto os acordos bilaterais que estabeleceram o marco jurídico da cooperação bilateral e que foram promulgados após aprovação pelo Congresso Nacional, como aqueles acordos que entraram em vigor simultaneamente a sua assinatura. Isso ocorre tanto por se tratar de um ajuste complementar ao acordo bilateral o qual, este sim, passou pelo rito de aprovação legislativa, como por ser o caso de um ato bilateral que indica um início de compromisso entre as partes, que ainda será densificado por atos jurídicos posteriores. Em qualquer caso, só é possível a dispensa da aprovação legislativa quando o ato não

trouxer compromissos gravosos ao patrimônio nacional, o que costuma ser explicitado em cláusula própria do acordo.

Após a leitura dos setenta e quatro acordos, concluiu-se que, pelo seu conteúdo, trinta e oito deles podem repercutir, de algum modo, na cooperação sanitária – são estes os atos descritos no presente trabalho. Destes trinta e oito, verificou-se que doze dizem respeito, direta e expressamente, à cooperação em matéria de saúde. Portanto, pode-se concluir que a saúde é um tema relevante na pauta da cooperação Sul-Sul oferecida pelo Brasil.

Ainda tomando por base os trinta e oito atos descritos neste trabalho, verificou-se que vinte e três contemplam cláusula que permite triangulação para obtenção de recursos junto a outros atores internacionais. Destes, vinte atos, assinados desde 2003, reconhecem a possibilidade de que atividades da cooperação sejam realizadas com recursos oriundos não apenas de terceiros Estados ou organizações internacionais, mas também de organizações não governamentais, agências internacionais de cooperação e fundos internacionais. Portanto, ao se pensar um modelo de cooperação horizontal, é necessário incluir a sociedade civil internacionalmente organizada, o que significa incorporar elementos da paradiplomacia nas tradicionais relações jurídicas bilaterais.

Outro aspecto de extrema relevância para uma crítica da cooperação Sul-Sul desenvolvida pelo Brasil diz respeito aos mecanismos de monitoramento e avaliação dos programas e projetos desenvolvidos. No conjunto dos trinta e oito acordos que podem repercutir na cooperação sanitária, verificou-se que quinze prevêem a elaboração de relatórios. Destes, um refere , de modo muito genérico, a elaboração de relatório *informativo*; os outros quatorze, mais específicos, determinam que os relatórios apresentem os *resultados obtidos*. Trata-se de uma importante tendência – de *avaliação* dos programas – que se apresenta nos atos bilaterais celebrados desde 2005. Dois destes acordos vão mais além, pois estabelecem *periodicidade* trimestral para os relatórios de resultados. Com isso, verifica-se o início de um mecanismo de *monitoramento* da cooperação oferecida pelo Brasil. Ainda que seja uma tendência louvável, há que se reconhecer que se trata de um processo incipiente, que precisa ser consolidado, especialmente no que se refere ao monitoramento.

Neste sentido, note-se que a teoria da cooperação internacional percebe o desenvolvimento de capacidades como um processo endógeno e voluntário, porque baseado na vontade de trabalhar melhor no seio da comunidade. Esse processo deve levar em conta a realidade cultural e econômica de cada local, sendo, por isso, casuístico. A cada passo dado, fortalecem-se certas capacidades no país que recebe a cooperação, de maneira que o próximo passo parte do anterior. Com isso, a cooperação técnica tem um objeto dinâmico e, portanto, se efetiva no longo prazo.

O olhar de longo prazo exige o monitoramento e a avaliação dos programas de cooperação, não apenas para que cada projeto chegue a bom termo, mas também porque isso sedimenta uma *expertise* de importância estratégica para o Estado que oferece cooperação. É precisamente esse o caso do Brasil.

O monitoramento implica a prestação de contas das atividades desenvolvidas e dos recursos utilizados. Para que seja coerente com a finalidade de desenvolver capacidades, é evidente que “as informações sobre as experiências e casos de sucesso podem ser tão importantes quanto os relatórios sobre fracassos e erros de administração”. Isso exige

transparência, pois ao cabo é a população que, num ato de cidadania, monitora as atividades da cooperação internacional. Portanto, isso se dá no espaço democrático.

Diante disso, outro aspecto a ser aperfeiçoado na cooperação Sul-Sul brasileira diz respeito à publicidade dos relatórios de avaliação/monitoramento. Nos acordos estudados a publicação desses relatórios por uma das partes fica condicionada à apresentação prévia desses relatórios para a outra parte no acordo. O ideal é que esse processo ocorra conjuntamente, com ampla participação das pessoas afetadas *in casu* e imediata publicidade dos relatórios. Não se trata de proposta alheia à realidade, sobretudo considerando o princípio da publicidade, que rege o direito administrativo, bem como o contexto democrático dos países envolvidos.

Em que pese a sua importância, a publicidade dos mecanismos de avaliação não basta para a construção de um modelo de cooperação internacional que efetive o desenvolvimento nos países beneficiados e dê liderança internacional para o Brasil. Antes de dar publicidade aos relatórios é preciso ter *bons* relatórios. Vale dizer, devem ser claros os critérios de avaliação e monitoramento utilizados. Trata-se de algo a ser aperfeiçoado pelo Brasil.

Segundo Lopes e Theisohn, a consolidação desses sistemas avaliativos há que se dar em conjunto pelos países envolvidos na cooperação – tanto pelo Estado que oferece o conhecimento técnico compartilhado, como pelo que recebe a capacitação. Inclusive, isso implica *horizontalidade* no processo de cooperação. É precisamente na horizontalidade que reside, dialeticamente, a maior contradição e o grande trunfo da cooperação oferecida pelo Brasil.

Com efeito, em que pese o cuidado diplomático com a redação dos atos bilaterais analisados, fica evidente, quando se lê as cláusulas que apresentam os objetivos e atividades da cooperação entabulada, que o Brasil *oferece* o conhecimento técnico para desenvolver capacidades no país estrangeiro. Por outro lado, o outro país se compromete em favorecer o sucesso da capacitação dos seus cidadãos, numa posição claramente *receptiva*. Isso implica um grande desafio para o modelo de cooperação Sul-Sul a ser assumido pelo Brasil – o de favorecer a *sustentabilidade* da cooperação. Sustentabilidade, no contexto da cooperação internacional, pode ser lida como temporariedade, a fim de que o Estado recebedor da ajuda, com o tempo, prescinda da ajuda estrangeira e tenha, nas suas próprias instituições, condições de desenvolver suas capacidades nacionais.

Não obstante esse imenso desafio, o discurso da horizontalidade se justifica na medida em que os acordos analisados não contemplam disposições sobre a *condicionalidade* da ajuda. E aqui está o outro lado da dialética referida – o discurso da horizontalidade, aliado ao fato de o Brasil ser um país em desenvolvimento, sem o passado de uma metrópole colonial, constitui um importante trunfo para o sucesso da cooperação que se propõe a realizar. Isto porque o sucesso da cooperação depende, em boa medida, da receptividade do país na sociedade estrangeira na qual ele interfere.

Finalmente, percebe-se que o conteúdo da cooperação horizontal sanitária empreendida pelo Brasil contempla amplamente o direito à saúde. Os atos bilaterais analisados referem-se à capacitação de profissionais da saúde e de pessoal técnico que atua em fatores condicionantes da saúde (como alimentação, saneamento e meio-ambiente), à

vigilância sanitária (especialmente em matéria de medicamentos), à vigilância epidemiológica, ao combate de enfermidades específicas (como HIV/AIDS e malária), ao desenvolvimento da tecnologia da informação etc. Todos esses elementos convergem para o desenvolvimento dos Estados africanos, especialmente no sentido de tornarem-se aptos a efetivar o direito à saúde eles reconheceram quando celebraram o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. No que concerne ao Brasil, isso cumpre não apenas com o disposto no compromisso internacional, mas também realiza o desígnio constitucional de pautar as relações exteriores pelo princípio da "cooperação entre os povos para o progresso da humanidade", afirmado no inciso IX do art. 4° da Constituição Federal.

Referências bibliográficas

Fontes documentais

ANGOLA; BRASIL. *Acordo de Cooperação Cultural e Científica*. 1980. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_02_501.htm. Acesso em 4 jul. 2009.

_____. *Acordo de Cooperação Econômica, Científica e Técnica*. 1980. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_03_502.htm. Acesso em 4 jul. 2009.

_____. *Ajuste Complementar ao Acordo de Cooperação Cultural e Científica na área de "Formação de Docentes em Saúde Pública na Angola"*. 2007. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_52_6069.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Ajuste complementar ao Acordo de Cooperação Econômica, Científica e Técnica na área de comércio*. 1983. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_06_504.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Ajuste Complementar ao Acordo de Cooperação Econômica, Científica e Técnica para as Áreas do Trabalho, Emprego e Formação Profissional*. 2003. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_30_5182.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Ajuste Complementar ao Acordo de Cooperação Econômica, Científica e Técnica para Implementação do Projeto "Capacitação do Sistema de Saúde da República de Angola"*. 2007. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_51_6068.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Ajuste Complementar ao Acordo de Cooperação Econômica, Científica e Técnica para Implementação do projeto "Escola de Todos"*. 2007. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ang_55_4545.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Ajuste Complementar ao Acordo de Cooperação Econômica, Científica e Técnica para implementação do Projeto "Fortalecimento da Educação Ambiental em Angola"*. 2003. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_31_5183.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Ajuste Complementar ao Acordo de Cooperação Econômica, Científica e Técnica para implementação do Projeto "Fortalecimento da Educação Ambiental em Angola"*. 2006. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_50_5775.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Ajuste Complementar para Implementação do Projeto "Apoio ao Programa de Prevenção e Controle da Malária"*. 2007. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_53_4543.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Ajuste Complementar sobre Cooperação Técnica e Procedimentos nas Áreas Sanitária e Fitossanitária*. 2005. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_45_3995.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Memorando de Entendimento para Cooperação com Vistas ao Fortalecimento da Administração Pública de Angola*. 2007. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_58_4551.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Memorando de Entendimento para o Estabelecimento de Mecanismos de Consultas Políticas*. 2007. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_57_6114.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Memorando de Entendimento para o Incentivo à Formação Científica de Estudantes Angolanos*. 2007. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_56_4546.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Programa de Trabalho em Matéria de Cooperação Científica e Tecnológica*. 2003. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_35_5187.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Protocolo de Intenções sobre Cooperação Técnica na Área de Administração Pública*. 2005. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_44_5500.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Protocolo de Cooperação Técnica na área do Meio Ambiente*. 2003. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_39_5191.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Protocolo de Cooperação Técnica para Apoio ao Instituto de Formação da Administração Local (IFAL).* 2003. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_37_5189.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

ARFA. *Descrição Sucinta dos Objetivos e Resultados Esperados do Projeto de Cooperação ANVISA-ARFA.* Disponível em: http://www.arfa.cv/images/stories/acordoParceriaANVISA.pdf. Acesso em 6 set. 2009.

ARFA. *Parcerias*. 2008. Disponível em: http://www.arfa.cv/index.php?option=com_content&task=view&id=111&Itemid=138. Acesso em 6 set. 2009.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *South-South Cooperation Activities carried out by Brazil*. Brasília: 2007.

BRASIL; CABO VERDE. *Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica*. 1977. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_02_1126.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Acordo sobre Cooperação Cultural*. 1979. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_04_1128.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

_____. *Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para implementação do "Programa de Cooperação Internacional em HIV/AIDS – Fase II"*. 2005. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_31_5431.htm. Acesso em 11 jul. 2009.

_____. *Ajuste Complementar ao Acordo de Cooperação Técnica para Implementação do Projeto "Apoio à Implantação da Universidade de Cabo Verde e ao Desenvolvimento do Ensino Superior"*. 2006. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_35_5743.htm. Acesso em: 11 jul. 2009.

_____. *Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para Implementação do Projeto "Apoio ao Programa de Prevenção e Controle da Malária em Cabo Verde"*. 2008. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_41.htm. Acesso em 6 set. 2009.

_____. *Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para implementação do Projeto "Apoio ao Programa Nacional de Cantinas Escolares de Cabo Verde – Fase I – Fortalecimento do ICASE"*. 2008. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_44.htm. Acesso em 6 set. 2009.

_____. *Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para implementação do Projeto "Consolidação da ARFA como agente regulador dos setores farmacêutico e alimentar visando ao fortalecimento de sua capacidade institucional"*. 2008. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_42.htm. Acesso em 6 set. 2009.

_____. *Ajuste Complementar ao Acordo de Cooperação Técnica para Implementação do Projeto "Escola de Todos"*. 2006. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_34_5745.htm. Acesso em: 11 jul. 2009.

_____. *Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para Implementação do Projeto "Escola de Todos – Fase II"*. 2008. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_43.htm. Acesso em 7 set. 2009.

_____. *Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Científica e Tecnológica para Implementação do Projeto Piloto de Dessalinização em Ribeira da Barca*. 2003. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_26_5278.htm. Acesso em: 11 jul. 2009.

_____. *Memorando de Entendimento para Incentivo à Formação Científica de Estudantes Caboverdianos*. 2009. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_50.htm. Acesso em 7 set. 2009.

_____. *Memorando de Entendimento para o Estabelecimento de Mecanismos de Consultas Políticas e de Cooperação*. 2008. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_45.htm. Acesso em 7 set. 2009.

_____. *Programa Executivo Relativo ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para Implementação do Projeto "Apoio Técnico para Implantação de Banco de Leite Humano em Cabo Verde"*. 2008. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_47.htm. Acesso em 7 set. 2009.

_____. *Programa Executivo Relativo ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para Implementação do Projeto "Fortalecimento da Atenção Primária à Saúde em Cabo Verde"*. 2008. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_48.htm. Acesso em 7 set. 2009.

_____. *Programa Executivo relativo ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para Implementação do Projeto "Fortalecimento e Capacitação Técnica de Recursos Humanos para o Sistema de Formação Profissional de Cabo Verde – Fase II"*. 2008, Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_49.htm. Acesso em 7 set. 2009.

_____. *Programa de Trabalho em Matéria de Educação Superior e Ciência*. 2005. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_33_5433.htm. Acesso em: 11 jul. 2009.

_____. *Protocolo de Intenções no Domínio da Proteção e Promoção dos Direitos Humanos e da Inclusão Social*. 2006. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_36_5808.htm. Acesso em 11 jul. 2009.

_____. *Protocolo de Intenções sobre Cooperação Técnica na Área de Tecnologia Eletrônica*. 2004. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_28_5335.htm. Acesso em:11 jul. 2009.

_____. *Tratado de Amizade e Cooperação*. 1979. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_05_1129.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

ONU. *Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1966. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_591_1992.htm. Acesso em: 15 ago. 2008.

Fontes bibliográficas

COMPARATO, F. K. *Ética*: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

GROTIUS, H. *O direito da guerra e da paz*. Vol. I. Ijuí: Unijuí, 2004.

KANT, E. *Projet de Paix Perpétuelle*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1999.

_____. *Doutrina do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

LAFER, C. *Comércio, desarmamento, direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

_____. O problema da guerra e os caminhos da paz na reflexão de Norberto Bobbio. In: CARDIM, Carlos Henrique. *Bobbio no Brasil*: um retrato intelectual. Brasília: Ed. UnB, 2001, p. 53-73.

LOPES, C.; THEISOHN, T. *Desenvolvimento para céticos*: como melhorar o desenvolvimento de capacidades. São Paulo: Unesp, 2006.

NOUR, S. *À paz perpétua de Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SEITENFUS, R. *Manual das organizações internacionais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SOARES, G. *Direito internacional do meio ambiente*: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

ONU. *Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1966. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_591_1992.htm. Acesso em: 15 ago. 2008.

O instrumento de adesão angolano foi recebido pelas Nações Unidas em 10 de janeiro de 1992 e o Pacto entrou em vigor para Angola em 10 de abril do mesmo ano. Poucos dias após Angola, foi a vez de o Brasil depositar a carta de adesão junto a ONU, o que ocorreu em 24 de janeiro de 1992, de maneira que em 24 de abril iniciou a vigência do ato para o Brasil. No ano seguinte, em 6 de agosto, a organização recebeu o instrumento de Cabo Verde, de modo que o Pacto ganhou vigência para este país em 6 de novembro de 1993. Informação oficial sobre o *status* de vigência do PIDESC disponível em: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Statusfrset?OpenFrameSet. Acesso em 11 set. 2009.

Aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n° 64/81 e promulgado pelo Decreto n° 99.558/90. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_02_501.htm. Acesso em 4 jul. 2009.

Aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n° 48/81 e promulgado pelo Decreto n° 99.559/90. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_03_502.htm. Acesso em 4 jul. 2009.

Assinado em abril de 1983 e em vigor desde então, por se tratar de Ajuste Complementar a um Acordo, este sim aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado por Decreto do Poder Executivo Federal. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_06_504.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em três de novembro de 2003 e em vigor desde então, por se tratar de Protocolo a um Acordo, este sim aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado por

Decreto do Poder Executivo Federal. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_39_5191.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em três de novembro de 2003 e em vigor desde a mesma data. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_31_5183.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em 26 de maio de 2006 e em vigor desde a mesma data. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_50_5775.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em novembro de 2003 e em vigor desde então, por se tratar de Protocolo a um Acordo, este sim aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado por Decreto do Poder Executivo Federal. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_37_5189.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em maio de 2005 e em vigor desde então, por se tratar de Protocolo a um Acordo, este sim aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado por Decreto do Poder Executivo Federal. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_44_5500.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em 9 de novembro de 2007. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_58_4551.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em 18 de outubro de 2007 e em vigor desde então. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_56_4546.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em 18 de outubro de 2007 e em vigor desde então. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ang_55_4545.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em 18 de outubro de 2007 e em vigor desde então. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_57_6114.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em novembro de 2003 e em vigor desde então, por se tratar de Ajuste Complementar a um Acordo, este sim aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado por Decreto do Poder Executivo Federal. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_30_5182.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em novembro de 2003 e em vigor desde então, por se tratar de Programa de Trabalho de um Acordo, este sim aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado por Decreto do Poder Executivo Federal. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_35_5187.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em 3 de maio de 2005, ainda não está em vigor. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_45_3995.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em 9 de julho de 2007 e em vigor desde a mesma data. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_51_6068.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em 9 de julho de 2007 e em vigor desde a mesma data. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_52_6069.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em 18 de outubro de 2007 e em vigor desde a mesma data, por ser complementar ao Acordo de Cooperação Econômica Científica e Técnica, de 1980.

ANGOLA; BRASIL. *Ajuste Complementar para Implementação do Projeto "Apoio ao Programa de Prevenção e Controle da Malária"*. 2007. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ango_53_4543.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em Brasília, em 28 de abril de 1977, este Acordo foi aprovado pelo Congresso pelo Decreto Legislativo n° 102/77 e promulgado pelo Executivo por meio do Decreto n° 85.545/80. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_02_1126.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Cfr. http://www2.mre.gov.br/dai/bicabo.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em 7 de fevereiro de 1979, aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n° 27/80 e promulgado pelo Decreto n° 85.621/81. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_04_1128.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado em 7 de fevereiro de 1979, aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n° 37/80 e promulgado pelo Decreto n° 87.236/82. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_05_1129.htm. Acesso em 5 jul. 2009.

Assinado e em vigor desde 30 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_26_5278.htm. Acesso em: 11 jul. 2009.

Assinado em Praia, em 29 de julho de 2004, entrou em vigor na mesma data. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_28_5335.htm. Acesso em:11 jul. 2009.

Assinado em 14 de janeiro de 2005, em vigor desde a assinatura. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_33_5433.htm. Acesso em: 11 jul. 2009.

Assinado em 15 de março de 2006, em vigor desde sua assinatura. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_35_5743.htm. Acesso em: 11 jul. 2009.

Assinado em 15 de março de 2006, em vigor desde sua assinatura. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_34_5745.htm. Acesso em: 11 jul. 2009.

Assinado em 28 de julho de 2006 e em vigor desde a sua assinatura. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_36_5808.htm. Acesso em 11 jul. 2009.

Em março de 2008, em Brasília, a cooperação bilateral Brasil-Cabo Verde foi incrementada com quatro acordos nas áreas de educação especial, alimentação escolar, farmacovigilância e vigilância epidemiológica.

Assinado em 12 de março de 2008 e em vigor desde a mesma data. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_43.htm. Acesso em 7 set. 2009.

Assinado em 12 de março de 2008 e em vigor desde a mesma data. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_44.htm. Acesso em 6 set. 2009.

Assinado em 27 de junho de 2008 e em vigor desde o mesmo momento. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_45.htm. Acesso em 7 set. 2009.

Assinado em 27 de junho de 2008 e em vigor desde o mesmo momento. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_49.htm. Acesso em 7 set. 2009.

Assinado em Brasília, em 14 de abril de 2009 e em vigor desde a mesma data. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_50.htm. Acesso em 7 set. 2009.

Assinado em 14 de janeiro de 2005 e em vigor desde a sua assinatura. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_31_5431.htm. Acesso em 11 jul. 2009.

BRASIL; CABO VERDE. *Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Cabo Verde para Implementação do "Programa de Cooperação Internacional em HIV/AIDS Fase II"*. 2005. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_31_5431.htm. Acesso em 11 jul. 2009.

Assinado em 12 de março de 2008 e em vigor desde a mesma data. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_42.htm. Acesso em 6 set. 2009.

A cooperação brasileira com Cabo Verde em matéria de vigilância sanitária teve início em julho de 2007, quando uma missão da ANVISA e do Ministério da Saúde do Brasil, em Praia, buscou, juntamente com pessoal da ARFA, identificar áreas de cooperação possível. Então, setembro e outubro deste mesmo ano, técnicos da ARFA realizaram estágio junto a ANVISA. Elaborada uma proposta de cooperação para os dois anos seguintes, só então foi firmado o Ajuste de março de 2008. Finalmente, em julho de 2008, foi assinado o texto do projeto – Cfr. ARFA. Parcerias. 2008. Disponível em: http://www.arfa.cv/index.php?option=com_content&task=view&id=111&Itemid=138. Acesso em 6 set. 2009.

Ver: http://www.arfa.cv. Acesso em 6 set. 2009.

ARFA. Descrição Sucinta dos Objetivos e Resultados Esperados do Projeto de Cooperação ANVISA-ARFA. Disponível em: http://www.arfa.cv/images/stories/acordoParceriaANVISA.pdf. Acesso em 6 set. 2009.

Assinado em 12 de março de 2008 e em vigor desde a mesma data. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_41.htm. Acesso em 6 set. 2009.

Assinado em 27 de julho de 2008 e em vigor desde a mesma ocasião. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_48.htm. Acesso em 7 set. 2009.

Assinado em 27 de julho de 2008 e em vigor desde a mesma ocasião. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_cabo_47.htm. Acesso em 7 set. 2009.

Art. 3°: 1. Ao Governo da República Federativa do Brasil cabe: a) designar e enviar técnicos para desenvolver, em Cabo Verde, as atividades de cooperação técnica previstas no Projeto; b) receber técnicos cabo-verdianos no Brasil para serem capacitados; c) prestar o apoio operacional necessário aos técnicos cabo-verdianos na

execução do Projeto; d) disponibilizar a infra-estrutura para a realização dos treinamentos no Brasil; e e) acompanhar e avaliar o desenvolvimento do Projeto. 2. Ao Governo da República de Cabo Verde cabe: a) designar técnicos cabo-verdianos para receber treinamento no Brasil; b) disponibilizar instalações e infra-estrutura adequadas à execução das atividades de cooperação técnica previstas no Projeto; c) prestar o apoio operacional necessário aos técnicos brasileiros na execução do Projeto; e d) acompanhar e avaliar o desenvolvimento do Projeto. 3. O presente Programa Executivo não implica compromisso de transferência de recursos financeiros das Partes ou qualquer outra atividade gravosa a seus patrimônios nacionais.

Segundo o inc. I do art. 49 da Constituição Federal, compete exclusivamente ao Congresso Nacional "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 147.

LAFER, Celso. O problema da guerra e os caminhos da paz na reflexão de Norberto Bobbio. In: CARDIM, Carlos Henrique. *Bobbio no Brasil*: um retrato intelectual. Brasília: Ed. UnB, 2001, p. 58.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Vol. I. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 46.

LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 147-148.

"A diplomacia solidária pode ser definida como sendo a concepção e a aplicação de uma ação coletiva internacional, sob os auspícios do Conselho de Segurança das Nações Unidas, feita por terceiros Estados intervenientes num conflito interno ou internacional, desprovidos de motivações decorrentes de seu interesse nacional e movidos unicamente por um dever de consciência. O desinteresse material e/ou estratégico constitui a marca registrada deste modelo de ação externa do Estado-sujeito". SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 174. Este autor sustenta a juridicidade da diplomacia solidária na moral kantiana, referindo o *direito cosmopolítico* e o imperativo moral sustentados por Kant. Ibidem, p. 175-176.

LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 148-149.

Para um estudo da concepção kantiana do direito internacional e das possibilidades de realizá-la, ver a obra de Soraya Nour. Segundo esta autora, alguns temas internacionais contemporâneos são essencialmente kantianos: o caráter pacífico da república (democracia), as instituições jurídicas internacionais (organizações internacionais), o cosmopolitismo (direitos humanos) e o princípio da publicidade (opinião pública). NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LAFER, Celso. O problema da guerra e os caminhos da paz na reflexão de Norberto Bobbio. In: CARDIM, Carlos Henrique. *Bobbio no Brasil*: um retrato intelectual. Brasília: Ed. UnB, 2001, p. 58.

KANT, Emmanuel. *Projet de Paix Perpétuelle*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1999.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993, p. 201.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 626, p. 587.

SOARES, Guido. *Direito internacional do meio ambiente*: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001, p. 894.

O Brasil expressamente repele a ideia de que sua cooperação com os países em desenvolvimento tenha em vista futuros investimentos nesses países, afirmando o discurso solidarista do desenvolvimento – BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *South-South Cooperation Activities carried out by Brazil*. Brasília: 2007, p. 5-6.

LOPES, Carlos; THEISOHN, Thomas. *Desenvolvimento para céticos*: como melhorar o desenvolvimento de capacidades. São Paulo: Unesp, 2006, p. 22-23.

LOPES, Carlos; THEISOHN, Thomas. *Desenvolvimento para céticos*: como melhorar o desenvolvimento de capacidades. São Paulo: Unesp, 2006, p. 87.

LOPES, Carlos; THEISOHN, Thomas. *Desenvolvimento para céticos*: como melhorar o desenvolvimento de capacidades. São Paulo: Unesp, 2006, p. 88.

SOBRE O JULGAMENTO DA EXTRADIÇÃO DE PINOCHET PELA CASA DOS LORDES: TRADIÇÕES FILOSÓFICAS E CONTRADIÇÕES*

ABOUT THE TRIAL OF PINOCHET'S EXTRADITION IN THE HOUSE OF LORDS: PHILOSOPHICAL TRADITIONS AND CONTRADICTIONS

Natália Medina Araújo

RESUMO

Este artigo pretende investigar que tradições filosóficas estão presentes na decisão e nos fundamentos da Casa dos Lordes no julgamento do processo de extradição do ex-ditador chileno Augusto Pinochet Ugarte. Dois aspectos fundamentais da decisão são analisados separadamente, apontando-se suas incongruências internas. O primeiro aspecto é a afirmação da tortura como crime universal, ligada à tradição filosófica do liberalismo. O segundo é a análise da imunidade de Pinochet na condição de ex-chefe de Estado, onde estão presentes fundamentos ligados a concepções republicanistas. Ao final, tentaremos demonstrar que as tensões entre as concepções presentes na decisão são um reflexo das aporias insuperáveis da idéia de soberania e o porquê do 'caso Pinochet' ser considerado paradigmático na discussão do momento histórico do direito internacional em que vivemos.

PALAVRAS-CHAVES: TORTURA, IMUNIDADE, SOBERANIA, LIBERALISMO, REPUBLICANISMO.

ABSTRACT

This article investigates which philosophical traditions are present in the decision and the grounds of the House of Lords in the trial of the case for the extradition of former Chilean dictator Augusto Pinochet Ugarte. Key elements of the decision are analyzed separately, pointing to its internal inconsistencies. The first aspect is the claim of torture as a universal crime, linked to the philosophical tradition of liberalism. The second is the analysis of the immunity of Pinochet's status as former head of state, where there are grounds connected to republican conceptions. Finally, we try to show that the tensions between the ideas contained in the decision are a reflection of the recurrent insurmountable idea of sovereignty and why the Pinochet case must be considered paradigmatic in the discussion of the historical moment of international law in which we live.

KEYWORDS: TORTURE, IMMUNITY, SOVEREIGNTY, LIBERALISM, REPUBLICANISM.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Introdução

Este artigo tem a finalidade de discutir as decisões da Casa dos Lordes, na Inglaterra, sob a perspectiva da análise das tradições filosóficas que informam os fundamentos da Corte no caso. Não tem pretensão de esgotar o tema, o que transcenderia muito as possibilidades de um trabalho desse tipo, mas de iluminar, através desta decisão, contradições e tensões com as quais, inevitavelmente, nos deparamos em qualquer incursão pelo direito internacional, especialmente a partir do aprofundamento das relações globalizadas e da busca de maior efetividade dos direitos humanos. A decisão escolhida para proceder à análise foi proferida pela Casa dos Lordes, na Inglaterra, onde Pinochet esteve preso entre 1998 e 1999, a propósito do pedido de extradição feito pela Espanha, que alegou possuir jurisdição universal para processar Pinochet por crimes contra a humanidade, destacando-se o crime de tortura, no qual a análise será focalizada.

Trata-se de um acórdão paradigmático por se referir à extradição de um ex-Chefe de Estado para um país não envolvido diretamente na prática dos crimes (embora houvesse alguns nacionais espanhóis na condição de vítimas, o pedido não se funda na nacionalidade) e por envolver questões de direito internacional e referentes a imunidade. Pinochet ficou preso por um período de mais de um ano na Inglaterra, Estado de tradição fortemente dualista (que exige a incorporação expressa de tratados internacionais para sua implementação).

No caso, há dois problemas centrais enfrentados: o primeiro é o cumprimento da exigência de dupla incriminação para o crime de tortura, o segundo é se existe imunidade do ex-chefe de Estado e, caso exista, quais são os seus limites. Ao fundo, o reconhecimento da jurisdição espanhola, que perpassa todo o acórdão na discussão dos outros dois pontos. São essas as questões que pretendemos analisar, buscando compreender que tradições filosóficas estão por trás do entendimento e dos fundamentos da Casa dos Lordes acerca desses problemas.

A decisão recorrida foi prolatada pela *Divisional Court of The Queen's Bench*, e versava que Pinochet estava protegido pela prerrogativa da imunidade diplomática, ou seja, não poderia ser extraditado, mesmo considerando-se que os crimes eram efetivamente crimes extraditáveis. A decisão baseia-se na doutrina de que não há como distinguir entre crimes que podem ser cometidos no desempenho de funções oficiais e crimes que não podem.

A Espanha recorreu dessa decisão para a Casa dos Lordes, que proferiu dois julgamentos sobre o caso, sendo o segundo em substituição do primeiro, que fora anulado com base na suspeição de um dos *Lords* participantes do julgamento. Devido à estrutura própria do poder judiciário inglês e da sua corte superior, cada *Lord* profere um voto em separado completamente autônomo em fundamentos, não havendo a figura do juiz-relator. Tal mecanismo é extremamente rico para a colheita de argumentos jurídicos, pois por vezes há uma decisão no mesmo sentido com fundamentos diversos ou mesmo duas decisões aparentemente conflitantes com fundamentos semelhantes.

No primeiro acórdão, que veio a ser anulado, foi decidido, por maioria, que: 1- tortura, conspiração para tortura, tomada de reféns e conspiração para tomada de reféns eram crimes que justificavam a extradição, pois satisfaziam o critério da reciprocidade; 2- os

atos imputados somente precisavam ser crimes na Inglaterra no momento do pedido de extradição, e não no momento em que ocorreram; 3- não havia imunidade, prescrição ou exceções que fossem obstáculos à extradição; 4- embora não reconhecesse outra jurisdição para o caso, o Chile não havia pedido a extradição de Pinochet.

Já o resultado final da segunda decisão, por seis votos contra um, foi que Pinochet havia cometido crimes extraditáveis (tortura, após 1988) e a imunidade não se estendia a esses crimes. Assim sendo, de acordo com a Convenção sobre a Tortura, a Inglaterra tinha o dever, não a opção, de extraditar. Apenas *Lord Goff* entendeu que Pinochet era imune e apenas *Lord Millett* entendeu que mesmo antes de 1988 não havia nenhuma imunidade.

O que há de convergente entre a existência de crimes universais, a inadmissibilidade de imunidade para a prática desses crimes e o reconhecimento da jurisdição universal é, sem dúvida, que todas essas discussões esbarram na idéia de soberania. Apesar dos fundamentos aparentemente incongruentes da decisão, baseados em tradições filosóficas conflitantes, em comum há uma mitigação da idéia de soberania enquanto poder insubmisso, que não reconhece outro acima de si, afirmada firmemente a partir do Pacto de Vestfália. E os direitos humanos parecem desempenhar papel de destaque na limitação do poder dos Estados.

1- O crime de tortura como crime universal

A decisão final da casa dos Lordes quanto ao critério da extraterritorialidade deu-se no sentido de que a tortura era um crime extraterritorial e, portanto, extraditável, após o ano de 1988, data em que a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Desumanos, Cruéis ou Degradantes de 1984 foi formalmente incorporada ao ordenamento jurídico da Inglaterra através do *Criminal Justice Act*. Entendeu-se que era preciso que o crime fosse tipificado pela lei britânica à época da conduta criminosa, e não à época do pedido de extradição. Antes de 1988 a tortura cometida fora da Inglaterra não era um crime no país.

A maioria dos alegados crimes de tortura e conluio para tortura, contudo, foram praticados logo antes ou logo após o golpe de 1973 e durante o primeiro ano de governo. Pinochet apenas poderia ser extraditado com base no único ato de tortura que teria ocorrido após 1988. Apesar da limitação, podemos visualizar uma tendência universalizadora de certos direitos humanos mínimos, um núcleo de liberdades negativas (direito de não ser torturado, liberdade de expressão para contestar um regime político) que são amplamente reconhecidas pelo direito internacional. Isso porque a tortura foi considerada, nos estreitos termos colocados pela Casa dos Lordes, um crime extraterritorial. Em outras palavras, é um crime que, aos olhos da mais alta corte do Reino Unido, justifica a jurisdição universal espanhola. Ressaltamos que os atos imputados criminosos foram praticados no território chileno, e que as nacionalidades dos agentes e das vítimas não são fundamento para a decisão.

Os direitos humanos, em especial a criminalização de certos atos de graves violações aos direitos humanos, o entendimento de que esses direitos integram as normas *jus*

cogens de direito internacional, com força imperativa e sem que se admita qualquer tipo de exceção e a absolutização desses direitos (BOBBIO, 1996), demonstram a adoção de uma visão liberal no sentido apontado por Gisele Cittadino (2000). Isso por que: a) refletem uma concepção garantista sobre os direitos; b) tem a função de preservar o conjunto das liberdades negativas; c) pretendem assegurar, a partir dessas liberdades, a autonomia moral dos indivíduos; d) são normas cujo sentido de validade é deontológico, pois o direito tem prioridade sobre qualquer concepção de bem.

Todas as características refletem a concepção liberal sobre o mundo e os direitos. A proteção universal contra a tortura, com sua feição rígida, revela uma leitura específica sobre o que significam os termos como pluralismo, diversidade, igualdade e liberdade. Para os liberais, o pluralismo descreve a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna. Logo, os autores liberais vêem as democracias modernas como sociedades onde coexistem distintas concepções do bem. Por outro lado, a própria idéia de 'universal' se distancia do comunitarismo, pois este vê a estrutura normativa como estrutura que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta.

No que diz respeito aos liberais, na medida em que o pluralismo está associado à compreensão das democracias contemporâneas como sociedades onde há uma multiplicidade de concepções individuais a respeito do bem, o ideal de justiça delineado busca assegurar a cada indivíduo a realização do seu projeto pessoal de vida. Ao mesmo tempo, é possível conformar, segundo os liberais, uma concepção de justiça que, a despeito do "fato do pluralismo", de que fala Rawls – ou do desacordo razoável para usar a expressão de Charles Lamore – possa não apenas garantir a autodeterminação moral dos indivíduos, mas também ser compartilhada por todos. (CITTADINO, 2000, p. 6)

Ao falar dos autores comunitários, Gisele Cittadino esclarece que por estarem livres de qualquer dogmatismo jusnaturalista, podem utilizar o conceito de "abertura constitucional", a ser preenchido pela vontade: "Para estes autores [comunitaristas], se o constitucionalismo liberal tomava a lei como razão, o constitucionalismo "comunitário" a toma como vontade: vontade política de uma comunidade histórica". (Cittadino, 2000, p. 24)

A postura da imposição externa dos direitos humanos, portanto, é claramente liberal porque despreza a vontade da comunidade histórica. Veja-se o caso em análise: o Chile em nenhum momento pediu a extradição de Pinochet para que fosse julgado pelos seus tribunais, mas invocou a soberania antes de tudo como uma forma de proteger o ex-ditador, e não seria exagero afirmar que ele tinha apoio em boa parte da vontade popular. Até a sua morte, Pinochet manteve o título de Senador Vitalício e membro das Forças Armadas chilenas. (ROHT-ARRIAZA, 2006) O fundamento filosófico de uma imposição externa (como é o caso da jurisdição universal) só pode ser a racionalidade dessa intervenção em oposição à irracionalidade da vontade manifestada.

Kant e o jusracionalismo

Não é possível falar em liberalismo sem recorrer a Kant, autor que, do ponto de vista teórico, chegou à formulação mais madura e completa do jusnaturalismo e, ao mesmo tempo, abriu espaço e lançou as bases para o juspositivismo que se seguiria. Kant ainda é atual: expoente filosófico máximo do liberalismo, na medida em que coloca o indivíduo em posição inteiramente insubordinada do ponto de vista moral. O sujeito, em Kant, para agir moralmente, deve ser livre de toda e qualquer inclinação vinda do mundo sensível. Dessa autodeterminação moral decorre que cada um é livre para construir a sua concepção de bem. O paradigma liberal e jusnaturalista em Kant, transportado para a ciência jurídica, implica um Direito cujo papel é garantir a autodeterminação moral a partir da proteção das liberdades negativas. A Constituição (e também os direitos humanos internacionalmente positivados) deve ser interpretada axiomaticamente, como conjunto de normas de caráter deontológico.

A relação entre o pensamento de Kant e os direitos humanos, portanto, está no cerne da sua teoria, na medida em que os direitos humanos fundamentais visam à proteção da autodeterminação do indivíduo, ou seja, na medida em que significam a não interferência do Estado na esfera individual de escolhas morais sobre o que é o bem. Daí porque os direitos humanos em Kant devem ser entendidos como proteção de liberdades negativas. A explicação do filósofo Otfried Höffe e merece ser brevemente transcrita:

O conceito racional de Direito não implica só a faculdade coercitiva, mas também - de modo complementar - a idéia dos direitos humanos. Os direitos humanos são aqueles direitos que competem a todo ser humano como tal, independentemente de circunstâncias pessoais, de constelações políticas e de condições históricas. Como é juridicamente lícita toda ação que seja compatível com a liberdade de todos os outros, compete "a todo ser humano, em virtude da sua humanidade, aquele grau de liberdade que "possa coexistir com a liberdade de qualquer outro, conforme a uma lei universal". (HÖFFE, 2005, p. 241/242. grifamos)

O que o filósofo está afirmando, em outras palavras, é a possibilidade de um direito não histórico, atemporal, livre de determinantes culturais, econômicas, regionais ou de qualquer outra natureza. A principal preocupação de Kant é descobrir como é possível a mente se distanciar do mundo sensível para alcançar a liberdade de guiar-se apenas pela razão. E a proibição absoluta e universal da tortura, em certa medida afirmado pelo julgamento que estamos analisando, destaca-se por ser uma garantia de liberdade, como, aliás, a proibição de toda coerção.

O conceito de “perfectibilidade”, em Kant, traduz a compatibilidade com a liberdade humana. Essa liberdade, por não ser fenômeno, mas algo de essencial que está por detrás, não pode ser conhecida, mas pode ser pensada. As formulações racionais de

Kant sobre a liberdade dão origem às várias formulações do imperativo categórico. Consideramos uma dessas formulações extremamente interessante, pois se extrai dela certo conteúdo normativo (difere de outras formulações que são demasiado formais): "aja de maneira a tratar a humanidade, tanto na sua própria pessoa como a cada oportunidade e simultaneamente na de qualquer outro, como fim e nunca como meio". Na sua filosofia moral, portanto, reconhecemos a insustentabilidade da utilização de outro ser humano como meio. Isso inviabilizaria práticas como a tortura, entre outras também consideradas graves violações aos direitos humanos, como a escravidão. (KANT, 2005)

Por fim, vale ressaltar que as contribuições de Kant para o liberalismo contemporâneo advêm mais da sua filosofia moral que da sua filosofia do direito. É justamente por não conseguir fazer uma ponte que vincule o direito à moral que Kant lança as bases das doutrinas *juspositivistas*. Ele propõe a separação entre o mundo das instituições coercitivas e o mundo da liberdade moral. Contrariamente à liberdade humana pregada na filosofia moral como algo a ser buscado a partir da razão, na sua filosofia jurídica, Kant rejeita o direito de resistência e acaba por sucumbir à possibilidade de um direito que limita a liberdade e é, por isso, irracional.

2 – A questão da imunidade: crimes contra a humanidade podem ser atos oficiais?

Ultrapassado o problema do enquadramento da tortura como um crime extraterritorial e extraditável, passamos à imunidade. O fundamento do acórdão da *House of Lords* baseou-se em interpretações do *Immunity Act* de 1978 e da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas de 1961. O *Immunity Act*, seção 20 (1) estende para o chefe de Estado os privilégios diplomáticos. A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, por sua vez, estabelece que a imunidade cesse com o fim da missão (aqui, cabe uma adaptação: para chefes de Estado, considera-se que a imunidade cessa quando se deixa de ser chefe de Estado), porém permanece existindo quanto aos atos praticados no exercício das funções. A Seção 39 (2) estabelece os momentos em que se inicia e cessa o gozo dos privilégios e imunidades. Em todo caso, "a imunidade subsiste no que diz respeito aos atos praticados por tal pessoa no exercício de suas funções, como membro da Missão".

A análise demanda, pois, a definição de quais seriam os atos oficiais de um chefe de Estado. Isso exige o exame dos crimes específicos: um crime pode ser uma função oficial? Se sim, existem exceções?

Todos os *Lords* concordaram que se Pinochet ainda fosse chefe de Estado, a imunidade seria irrestrita. Mas a imunidade do ex-chefe de Estado não é absoluta. Além do requisito pessoal de ser um ex-chefe de Estado (*ratione personae*), há o requisito material de tratar-se de atos oficiais praticados no exercício de suas funções (*ratione materiae*).

Os fundamentos apresentados nos votos pela imunidade de Pinochet concentram-se na afirmação de que um ato ou função oficial é definido pela exteriorização da autoridade.

Para ser oficial, a conduta deve ser realizada no *exercício ostensivo da autoridade.* Assim sendo, seria possível que o chefe de Estado cometesse crimes a partir de uma capacidade por vezes pessoal e por vezes oficial, mas não é a gravidade ou reprovabilidade moral ou jurídica da conduta que implica a responsabilização pessoal, e sim o fato da prática do crime ocorrer a partir de um ato de autoridade. Não há dúvidas de que Pinochet, tendo praticado os atos a ele imputados na condição de Comandante das Forças Armadas chilenas e Chefe do Estado chileno, agiu em função oficial e, portanto, estaria coberto pela imunidade.

Contra o reconhecimento da imunidade de Pinochet, os *Lords* conferem ao Direito internacional uma importância grande no preenchimento de conceitos de Direito interno. Nesse enfoque, funções oficiais só podem ser entendidas como funções *que o direito internacional reconhece como funções de um chefe de Estado*, independentemente da respectiva Constituição. Disso decorre que tortura não pode ser uma função oficial. Ainda que o Direito internacional admita que o chefe de Estado possa cometer certos atos reprováveis no exercício da função, algumas condutas estão necessariamente fora da seara oficial. Trata-se de um *limite material* à função de Estado.

[...] O Direito internacional reconhece, evidentemente, que as funções de um chefe de Estado podem incluir atividades reprováveis, mesmo ilegais, pela lei do seu próprio país ou de outros países. Mas o direito internacional deixa claro que certos tipos de condutas, incluindo tortura e tomada de reféns, não são condutas aceitáveis da parte de ninguém. Isto se aplica ao chefe de Estado tanto, ou até mais, quanto a qualquer outra pessoa; a conclusão contrária faria do Direito internacional uma piada [...]. (tradução livre)

Na conclusão de que nem todos os atos podem ser reconhecidos como atos oficiais, havendo um limite material imposto ao Chefe de Estado, está visível a doutrina do Republicanismo, elevada ao nível do direito internacional: o chefe de Estado não pode praticar quaisquer atos, não é soberano, mas sim responsável pelos seus atos não apenas perante o seu povo, mas perante toda a comunidade internacional.

Não é qualquer ato que pode ser entendido como um ato oficial e coberto pela imunidade. Isso dá um caráter de, digamos, um constitucionalismo universal, ou seja, o poder "soberano" está subordinado à Constituição, ou, no caso, às normas *jus cogens* de direito internacional. Ainda que essa concessão não seja plena (a Casa dos Lordes entendeu que se Pinochet ainda fosse chefe de Estado, ele estaria plenamente protegido pela imunidade), há uma grande abertura no sentido de que os seus atos oficiais estão submetidos a um controle, à prestação de contas.

Já nas origens mais remotas do pensamento político moderno e do republicanismo é possível visualizar o princípio da responsabilidade do governante perante o corpo de cidadãos. O ideal de liberdade republicano devia ser realizado pelo autogoverno, e o "chefe de governo" que desempenhava esse papel não passava de um

“funcionário público”: a *potestá.* Nas palavras de Skinner, “todos os membros de tais conselhos [que conduziam a administração da cidade junto com a *potestá*] incluindo a própria *potestá,* gozavam de *status* de serviçais públicos da comunidade que os elegeu”. (SKINNER, 1993, p. 121). A *potestá* era contratada por um curto período de tempo, vinda de outras localidades, e prestava seus serviços por um curto período de tempo, às vezes não mais que seis meses. Era obrigado a prestar contas para que fosse liberado para voltar a sua cidade de origem.

Essa exigência de “prestação de contas”, a idéia de responsabilidade perante o corpo de cidadãos, no julgamento em análise, foi aqui transportada do âmbito nacional para o internacional, ou seja, a prestação de contas do ex-chefe de Estado é oposta à defesa da imunidade, em especial se tomarmos por base a comunidade internacional em seu conjunto. Podemos traçar até mesmo um interessante paralelo com a *potestá* (sem pretender com isso remeter diretamente o fenômeno atual ao remoto passado, mas apenas demonstrando o mesmo princípio fundamental em vigor em ambos os momentos): O *Immunity Act* estende aos chefes de Estado as imunidades diplomáticas, que cessam com o fim da missão. A Casa dos Lordes, com base nisso, entendeu que, caso Pinochet ainda fosse Chefe de Estado, sua imunidade estaria intocada, mas, havendo cessado a sua missão, ele poderia responder por certos atos que a comunidade internacional não aceita. Ou seja: com o fim do mandato, é chegado o momento da prestação de contas, da mesma forma que ocorria com a *potestá.* Daí o republicanismo *sui generis* da Casa dos Lordes, que, ao considerar que a responsabilidade ocorre perante todos os Estados, ao mesmo tempo nega as idéias de liberdade das antigas repúblicas italianas frente ao Imperador.

De fato, enquanto se organizavam internamente na forma de Repúblicas, externamente pregavam a tese de que tinham o direito a preservar a sua liberdade contra qualquer interferência externa. Nas palavras de Skinner, observa-se a existência de

duas idéias bastante claras e distintas quando defendiam sua ‘liberdade’ contra o Império: uma era a idéia do direito a não sofrerem qualquer controle externo de sua própria vida política – ou seja, a afirmação de sua soberania; outra era a idéia do direito, conseqüente do primeiro, a se governarem conforme entendesse melhor – ou seja, a defesa de suas constituições republicanas. (SKINNER, 1996, p. 29)

Entendemos que a fratura entre as duas idéias de liberdade (ou entre as idéias de *libertas* e *libertá*) traduz-se na divisão entre soberania externa e soberania interna. Hoje, já distanciados muitos séculos das antigas repúblicas italianas, seria descabido fazer uma ligação direta entre os fenômenos, tendo em vista que a idéia de soberania não poderia existir, então, como ligada ao Estado-nação. Contudo, devemos estar atentos ao fato de que, como nos aponta Ferrajoli (2007), o conceito de soberania contém em si uma aporia sem solução, que fica clara justamente nessa bipartição do conceito de liberdade política, dividida em soberania externa e interna.

A idéia de uma soberania ilimitada nos remete a uma imunidade ilimitada, enquanto a idéia de uma soberania com limites na responsabilidade e nos deveres (e, portanto, uma soberania republicana) implica uma imunidade limitada. Excluem-se do manto da imunidade os atos não reconhecidos pelo direito internacional como oficiais justamente

porque os chefes de Estado estão adstritos ao cumprimento de deveres (deveres estes restritos a poucas limitações no âmbito internacional, mas a muitas limitações no âmbito interno).

Por fim, não podemos falar de republicanismo sem fazer alusão, ainda que breve, a Montesquieu, que foi responsável por colocar os termos nos quais o republicanismo deveria ser discutido modernamente (SHKLAR, 1993). Mais além de questões jurídicas ligadas à imunidade ou à prática de crimes internacionais, não podemos perder de vista que a personagem central do processo foi considerada pelo mundo como um governante tirânico, que não se submetia aos limites impostos pela Constituição (direitos fundamentais). As repúblicas de hoje são as democracias modernas, espelhadas no modelo da Europa ocidental, que não toleram bem outras formas de governo e tentam por isso exportar para todo o mundo sua visão anti-despótica, a sua visão eminentemente republicana, com equilibrados entre os poderes (freios e contrapesos), tal como apresentado por Montesquieu. A extradição de Pinochet foi, também, a afirmação de um republicanismo mundial, uma demonstração de que a comunidade européia não aceita mais governos anti-republicanos e que pretende estender o seu modelo para todo o mundo, como o único modelo jurídico aceitável.

3 - A Soberania no mundo moderno

É evidente que as decisões e fundamentos da Casa dos Lordes na extradição de Pinochet são repletos de incongruências. Mas não poderia ser diferente, pois tocam questões delicadas que se encontram entre o jurídico e o político, tocam a própria soberania. Todo o esforço argumentativo está centrado num conceito repleto de aporias. Luigi Ferrajoli, no livro “A soberania no mundo moderno”, nos leva a refletir sobre as incongruências e, ao final, parece apontar para um novo paradigma: o de uma soberania que se sabe limitada, ou melhor, o paradigma da não-soberania (já que soberania é poder que não reconhece outro acima de si e, portanto, essencialmente ilimitado). O mundo moderno está baseado num resquício pré-moderno e é por isso é contraditório.

A primeira aporia diz respeito ao significado filosófico da idéia de soberania. Como categoria filosofico-juridica, a soberania é uma construção de matriz jusnaturalista, que tem servido de base à concepção juspositivista do Estado e ao paradigma do direito internacional moderno; logo, um resquício pré-moderno que está na origem da modernidade jurídica e, simultaneamente, em virtual contraste com esta. (FERRAJOLI, 2007, p. 2)

Essa hipótese lançada por Ferrajoli é uma das explicações possíveis para as contradições que apontamos na decisão sob análise. Sob esse ponto de vista, a Casa dos Lordes não poderia ter fundamentado sua decisão de outra forma, mais coerentemente, pois as incongruências entre jusnaturalismo e juspositivismo, universalismo e

particularismo, liberalismo e republicanismo, enfim, entre todos os grandes conceitos do constitucionalismo moderno estariam, na verdade, presentes nas próprias bases da modernidade e no conceito problemático de soberania. Assim, mesmo que decidissem de modo diverso ou contrário, possivelmente as mesmas incongruências estariam presentes. Contudo, mais que nunca elas estão evidentes, sobretudo quando falamos de direitos humanos a partir do final da segunda guerra mundial. Agora, vivemos na *communitas orbis* de Francisco de Vitoria. (FERRAJOLI, 2007)

Para evidenciar ainda mais essa contradição, basta observar a segunda aporia de Ferrajoli, qual seja, o distanciamento entre a soberania interna e a soberania externa (já aludida brevemente na segunda parte). À medida que a soberania externa crescia e se afirmava enquanto insubordinação absoluta do Estado, fundada até mesmo no direito à guerra (*jus ad belum*), a soberania interna se apequenou até chegar ao ponto de desaparecer, e hoje transformamos o seu significado para dizer termos como 'soberania popular' ou 'autodeterminação'. Ora, o que ocorreu foi o desaparecimento da soberania interna, pois a relação que antes era de soberano e súditos passou a ser a relação entre sujeitos, ambos com soberania limitada, ou seja, sem soberania. Nos termos de Ferrajoli, "[a] divisão dos poderes, principio de legalidade e direitos fundamentais correspondem a outras tantas limitações e, em última análise, a negações da soberania interna". Dito de outra forma, o republicanismo moderno matou a soberania interna. E nem mesmo o povo é soberano, pois até mesmo ele, assim como o legislador, está adstrito aos limites constitucionais dos direitos fundamentais. (FERRAJOLI, 2007, p. 28)

A grande transformação no plano da soberania externa (e, portanto, do direito internacional) é identificada por Ferrajoli com o fim da segunda grande guerra, onde "[o] paradigma da soberania externa atinge seu máximo fulgor e, simultaneamente, sua trágica falência." Os documentos que se seguiram (a Carta da ONU de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948) inauguram um novo período na ordem jurídica do mundo. Nesse novo período, as aporias apontadas ficam mais evidentes e, por isso, o próprio conceito de soberania externa perde sustentação.

Na verdade, o processo de extradição de Pinochet é paradigmático porque os tratados de direitos humanos perdem o seu caráter meramente declaratórios e passam a ter uma efetividade no plano internacional. Contudo, é contraditório porque o paradigma do Estado soberano ainda não foi substituído por outro. Conseqüentemente, as categorias com que se trabalha para construir os argumentos ainda carregam as aporias apontadas, e este é o momento histórico que estamos vivendo.

A proposta de Ferrajoli (2007, p. 46), com a qual estamos de acordo, é "[que se assuma os princípios do direito internacional] como vinculantes e seu projeto normativo como perspectiva alternativa àquilo que de fato acontece", inaugurando assim um "constitucionalismo de direito internacional". De fato, o que ele faz é identificar um momento de crise e um movimento que caminha na direção por ele apontada, inclusive com a instituição do Tribunal Penal Internacional que, a partir de 2002, pode responsabilizar internacionalmente os chefes de Estado que violem as normas inafastáveis de direito internacional. O "caso Pinochet" exemplifica, portanto, esse momento de crise e o nascimento de um novo paradigma.

Conclusão

Procuramos analisar a decisão da Casa dos Lordes sobre a extradição de Augusto Pinochet para a Espanha. Foi decidido que Pinochet havia cometido crimes extraditáveis e a imunidade não se estendia a esses crimes. Assim sendo, de acordo com a Convenção sobre a Tortura, a Inglaterra tinha o dever, não a opção, de extraditar.

Buscamos ainda encontrar alguns dos fundamentos filosóficos por detrás da argumentação trazida. Dois momentos da decisão foram estudados separadamente: 1) a afirmação do crime de tortura como crime extraterritorial que autoriza a extradição e a afirmação da universalidade deste crime; 2) a afirmação da não-imunidade de Pinochet, na condição de ex-chefe de Estado, para os crimes de tortura.

Por fim, tentamos demonstrar como as duas questões, embora imbricadas, recebem fundamentos contraditórios por parte da Corte. A universalização da condenação à tortura tem raízes no liberalismo filosófico e no direito natural, teorizados por autores jusnaturalistas e, especialmente, por Kant. Por sua vez, a imunidade de Pinochet é negada com base em argumentos eminentemente republicanos e que indicam o surgimento de um republicanismo mundial.

Para tentar explicar as contradições apontadas, recorremos ao autor Luigi Ferrajoli e ao seu estudo sobre soberania como um conceito intrinsecamente problemático e contraditório com o próprio direito. De fato, as questões de direito internacional dos direitos humanos sempre tocam a idéia de soberania. O uso das aporias de Ferrajoli visa apenas à indicação de um momento complicado em que há indicativos de um novo paradigma de direito internacional e, ao mesmo tempo, o uso de antigas categorias jurídicas e filosóficas cujas contradições internas se tornam cada vez mais evidentes. E isso é perfeitamente exemplificado na decisão escolhida para este ensaio.

Finalmente, o processo de extradição de Pinochet é apenas um exemplo das contradições internas do paradigma moderno, e, ao mesmo tempo, é paradigmático, justamente por envolver cortes nacionais na solução de questões de direito internacional. Contudo, não pretendemos esgotar aqui as riquíssimas implicações do problema. Apenas foram pinceladas duas questões de maior relevância para o estudo das influências da filosofia política no constitucionalismo contemporâneo e no direito internacional.

Referências

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

CITTADINO, Gisele Guimarães. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

ESPANHA. ***Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.*** **Disponível em em:** http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.l1t4.html. Acesso em: 02 maio. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MONTESQUIEU. *The Spirit of Laws*. Kitchener: Batoche Books, 2001.

REINO UNIDO. House of Lords. Judgment Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet - On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division). 25.11.1998. Disponível em: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd9811 25/pino01.htm>. Acesso em: 02 maio. 2008.

REINO UNIDO. House of Lords. Judgment In Re Pinochet. 17.12.1998. Disponível em: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.htm> Acesso em: 02 maio. 2008.

REINO UNIDO. House of Lords.. Judgment Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet - On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division). 24.03.1999. Disponível em: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/ pino1.htm> Acesso em: 02 maio. 2008.

REINO UNIDO. *Extradiction Act (1989).* Disponível em <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1989/Ukpga_19890033_en_1>. Acesso em: 02 maio. 2008.

REINO UNIDO**.** *State Immunity Act (1978).* Disponível em <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1978/pdf/ukpga_19780033_en.pdf>

REINO UNIDO. *Criminal Justice Act (1988).* Disponível em: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/ukpga_19880033_en_1>. Acesso em: 02 maio. 2008.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. *The Pinochet Effect***:** transnational justice in the age of human rights. Philadelphia: Penn, 2006.

SHKLAR, Judith. Montesquieu and the new republicanism. In: BOCK, Gisela. SKINNER, Quentin. VIROLI, Maurizio (orgs). *Maquiavelli and Republicanism.* Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

_____. Maquiavelli's *Discorsi* and the pre-humanist origins of republican ideas. In: BOCK, Gisela. SKINNER, Quentin. VIROLI, Maurizio (orgs). *Maquiavelli and Republicanism.* Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

O juiz espanhol Baltasar Garzón emitiu uma ordem de prisão**,** em 18 de outubro de 1998, com fundamento nos seguintes crimes: tortura e conluio para tortura entre janeiro de 1988 e dezembro de 1992; tomada de reféns e conluio para tomada de reféns entre janeiro de 1982 e janeiro de 1992; e conluio para assassinatos entre janeiro de 1976 e dezembro de 1992. Garzón tomou por base as datas em que os respectivos tratados passaram a integrar o ordenamento britânico.

O *Extradition Act*, lei britânica de 1989, define duas hipóteses de extradição. A primeira aplica-se aos crimes cometidos no território do Estado requerente; a segunda, aos crimes cometidos fora dele. No primeiro caso, a extradição pode ser concedida se o fato for considerado crime segundo a lei britânica (punido com pelo menos 12 meses de prisão)

e conforme a lei do Estado requerente. Já no segundo caso, a extradição será concedida se o crime for extraterritorial (*extraterritorial offense*) segundo a lei do Estado requerente e segundo a lei britânica, ou, ainda que não seja um crime perante a lei britânica, quando a jurisdição se basear na nacionalidade do agente

Para isso, alegou-se a importância pública do caso, já que a essa Corte pode não admitir o recurso, por ato discricionário. O pressuposto de admissão implica o deferimento de uma espécie de *argüição de relevância* dirigida ao caso concreto. A argüição foi, todavia, deferida e obteve-se, ainda, efeito suspensivo para a decisão da *Divisional Court*, o que manteve Pinochet preso até a decisão final.

Note-se que na conclusão do seu voto, *Lord Browne* fala que em 1988 Pinochet perdeu sua imunidade ("lost his immunity"). Trata-se de uma confusão entre as duas questões analisadas, posto que na verdade nesta data passou a ser satisfeito o critério da dupla criminalidade, questão prévia em relação à imunidade, que este mesmo Lorde entendeu não haver para os crimes de tortura após 1988, únicos em que a imunidade foi analisada.

O crime extraterritorial é aquele que, não tendo sido praticado quer no território britânico, quer no território do país que requer a extradição, a justifica.

Bobbio chama de direitos absolutos aqueles aos quais não se pode contrapor qualquer outro direito. Dá como exemplo o direito de não ser torturado, por entender que não há nenhum outro direito que se contraponha a ele. Os direitos relativos, ao contrário, podem ser contrapostos, como o direito à liberdade de imprensa e o direito de não ser enganado ou escandalizado.

Immunity Act Seção 20 (1): "Subject to the provisions of this section and to any necessary modifications, the Diplomatic Privileges Act 1964 shall apply to - (a) a sovereign or other head of State; […]" (REINO UNIDO. Immunity Act, de 1989.

Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, inserida no ordenamento britânico através do *State Immunity* Act de 1978.

Nesse caso, estaríamos diante de uma imunidade puramente em razão da pessoa (*ratione personae)*

Lord Slynn enfatiza as diversas transformações no Direito internacional, evidencia a existência de uma tendência ao reconhecimento de que certos crimes não deveriam ser cobertos por prerrogativas de imunidades quando levados a tribunais internacionais, mas não concorda que essa tendência justifique a jurisdição universal da Espanha, ou, em outras palavras, não acredita que haja uma regra universal que exclua a imunidade dos crimes contra a humanidade ratione materiae.

Voto de *Lord Nicholls of Birkenhead* "[…] International law recognises, of course, that the functions of a head of state may include activities which are wrongful, even illegal, by the law of his own state or by the laws of other states. But international law has made plain that certain types of conduct, including torture and hostage-taking, are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of state, or even more so, as it does to everyone else; the contrary conclusion would make a mockery of international law[…]".

Skinner localiza as fundações das idéias republicanas ainda em meados do sec. XII, na organização política e social das cidades do norte da Itália

Vale ressaltar que Montesquieu tratou não apenas das repúblicas, embora seja esta a parte mais conhecida da sua doutrina. Na teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*) devemos atentar essencialmente para o controle que um poder exerce sobre o outro, e não para idéias como tripartição de poderes, tendo em vista que a teoria continua válida mesmo se não há três, mas apenas dois poderes, por exemplo. E este controle nos interessa porque se opõe à insubordinação e à tirania.

CONSTRUÇÃO CONTEMPORÂNEA DO PODER ESTATAL: O CASO DA NORUEGA*

CONTEMPORARY BUILDING OF STATE POWER: THE NORWAY'S CASE

Orides Mezzaroba
Danielle Jacon Ayres Pinto

RESUMO

O texto vai debater as questões da paz e da segurança internacional, trazendo como foco principal a atuação do Estado da Noruega como mediador de conflitos. O intuito é introduzir um novo papel político do Estado no cenário da resolução de conflitos e salientar os moldes como essa mediação é praticada pela Noruega. Todavia, também serão abordados os ganhos que essa participação proporcionará ao Estado norueguês e, como esses são utilizados para promover os interesses nacionais da Noruega ao sistema internacional.

PALAVRAS-CHAVES: MEDIAÇÃO, RESOLUÇÃO DE CONFLITOS, PROCESSOS DE PAZ, SOFT POWER.

ABSTRACT

The text wil discuss matters of peace and international security, bringing as the main focus the Norway's performace like peace-makers. The order is introduce a new political way of the State in conflict resolution and show the Norwegian model of peace-making. Nevertheless, it also intends to show the benefits, for Norway, in that process and show how this benefits are used for promote the Norway'snational interest in international system.

KEYWORDS: MEDIATION, CONFLICT RESOLUTION, PEACE PROCESS, SOFT POWER.

1. Introdução

A construção do poder do Estado na contemporâneidade está passando por um processo de desenvolvimento, onde os recursos de poder estruturais do Estado (i.e. forças armadas, território, povo) são fatores relavantes, mas já não são suficientes para assegurar uma posição diferenciada deste ator no cenário internacional. Juntamente com esses recursos estruturais de poder, reconhecidos como poder duro, é preciso aliar recurso do dito poder brando, ou seja, de ações que irão difundir as ideias, valores e

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

cultura de um Estado, com o objetivo de que estes sirvam para cooptar novos aliados no sistema mundial. Como afirma Joseph Nye (2004: 5)

Poder brando (*Soft power)* é conseguir que os outros atores queiram a mesma coisa que você quer - cooptando-os ao invés de coagí-los.[...] Um país pode obter o que quer na política mundial devido aos outros Estados admirarem seus valores, copiando seus exemplos, e aspirando seu nível de prosperidade e abertura.

Com a problemática atual da segurança e da paz internacional se colocado como umas das questões mais importantes na agenda dos atores políticos internacionais, a Noruega vai utilizar-se de sua participação em mediação de conflitos para evidenciar esse caráter brando do seu poder, e dessa maneira conseguir uma inserção internacional entre as potências mundiais. Todavia, o desafio nessa inserção está em como encontrar a melhor forma de se buscar a paz e a construção do poder do Estado diante de intervenções políticas ou humanitárias em determinados conflitos sem que isto resulte na geração de novos embates armados.

Mediante tal cenário, o presente texto tem por objetivo analisar a forma de atuação da Noruega, como importante ator político, no cenário internacional da resolução de conflitos, e, fundamentalmente, como esta participação está proporcionando a este Estado um papel diferenciado nas relações internacionais.

Para analisar esta inserção a questão chave a ser observada é como a Noruega molda, a nível político, a sua participação em processos de resolução de conflitos. Através da construção de parâmetros de política externa aquele Estado vem traçando bases sólidas para legitimar tanto interna como externamente sua participação.

Com objectivos de fortalecer os paradigmas da paz e segurança internacionais, a política da Noruega busca uma maior cooperação não só a nível estatal e institucional, mas também com os novos atores não estatais que se inserem no contexto internacional, por exemplo ONG's e institutos de pesquisa universitários e independentes

A política norueguesa não tem o intuito de ser uma ação isolada, sua especificidade parte do pressuposto do interesse de trabalhar em conjunto com algumas instituições, por exemplo ONU e OTAN. Por outro, lado a Noruega tem conseguido ao longo dos anos, no pós Guerra-Fria, se colocar como ator individual credível para participar em processos de paz e resolução de conflitos.

O comportamento norueguês será abordado por duas problemáticas distintas, uma primeira que se alicerça em pilares do liberalismo, onde as concepções do "modelo norueguês" são edificadas. Em um segundo momento, se abordará a teoria construtivista, baseada na teoria de Alexander Wendt[1], analisando a construção da participação norueguesa mediante o cenário que se apresenta, e que esta é feita levando em conta as interações sociais entre os agentes e a estrutura em que se inserem.

O que se verifica, no entanto é que o interesse da Noruega não é de todo altruísta e que sua participação na resolução de conflitos visa aumentar a sua influência no sistema

internacional, buscando desta forma garantir um canal de diálogo para a defesa dos seus interesses nacionais.

O interesse de instituir um canal de diálogo foi um dos factores que tornou a Noruega um ator político imprescindível no cenário de resolução de conflitos na década de 90, fazendo com que seus propositos mesmo não sendo puramente altruísta, se tornassem importantes para a construção de uma paz sólida e duradoura em locais conflituosos.

Para abordar os temas citados acima, o texto contém uma primeira parte que elucidará os parâmetros da política externa norueguesa para a resolução de conflitos, o chamado "modelo norueguês" e a sua importância para a atuação da Noruega em conflitos pelo mundo. Na segunda parte serão identificados alguns exemplos nos quais a Noruega foi convidada à atuar. Por fim, na terceira parte será abordado os ganhos políticos diretos e indiretos, tanto para o processo de resolução do conflito em si, bem como para os interesses da própria Noruega.

2. RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: O "MODELO NORUEGUÊS"

Com o término da guerra-fria a Noruega surgiu como importante ator político para o cenário de processos de paz a nível internacional. Sua participação neste panorama foi sentida não só pelo evidente aumento dos conflitos armados, na sua grande maioria internos que surgiram na década de 90, mas também pela importância e eficácia que esta ajuda trouxe para resolução desses embates.

A participação da Noruega é construída com o intuito de promover a paz, a reconciliação e o desenvolvimento reflectidos nos pressupostos da solidariedade humana e no respeito aos valores indivíduais (JOHANSON, 2006). A proposta da Noruega é trabalhar com o intuito de garantir a paz e a segurança internacionais, assumindo assim ser esse uma responsabilidade de toda a comunidade internacional e não só de instituições como a Organização das Nações Unidas - ONU (MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS DA NORUEGA, 2007).

Buscando atingir seus propósitos a Noruega desenvolveu o conceito de uma política de engajamento, no qual procura justificar a importância da intervenção como forma de prevenir e resolver conflitos armados.

De acordo com o atual Ministro dos Negócios Estrangeiros da Noruega, a política de engajamento daquele pais está centranda nos pressupostos de que (a) os conflitos não são isolados e tendem a se espalharem se não houver envolvimento da comunidade internacional; (b) que auxiliando os Estados conflituosos estar-se-á auto-ajudando, considerando que conflitos locais tendem a criar reflexos globais; (c) se os recursos miilitares forem necessários, eles devem ser utilizados porém acompanhados de um planejamento político e econômico que vise a restauração sistêmica do Estado em questão; (d) a prevalência do *soft power*[2] sobre o *hard power*; e (e) que todo Estado tem direito de se proteger diante de possíveis ameaças terroristas, porém levando em consideração as consequências que a sua proteção poderá gerar no sistema internacional. (STORE, 2007).

Frente aos pressupostos da polítca de engajamento, se estrutura a política norueguesa pela paz, que passa a se sustentar em torno de 3 premissas báscias:

1. Fortalecimento do Direito Internacional;

2. Desenvolvimento de parcerias com outros atores do sistema político internacional; e

3. Promoção da paz e do desenvolvimento em locais em que a Noruega atuar como parte interveniente. (STORE, 2007)

Na proposta política norueguesa para paz fica evidenciado a presença da vertente liberal, que após Segunda Guerra Mundial passa a defender a idéia de construção de uma ordem cooperativa e harmoniosa entre os Estados, como forma de promover o desenvolvimento e um ambiente de paz e segurança no cenário internacional (NOGUEIRA; MESSARI, 2005).

Na busca desta cooperação e desenvolvimento Johanson (2006, p.1) argumenta que a política para paz da Noruega tem traduzido parte da sua política de segurança, "onde a ajuda provida aos outros pode ser uma ajuda a nós mesmos, como membros de um mundo globalizado"

Esta política de paz, entretanto, necessita de fundamentos sólidos de sustentação para que não se torne apenas linha de ação externa, sem produzir resultados efectivos no cenário político internacional.

Neste sentido, o governo norueguês fundamenta sua ação para promover a política de paz em seis pontos:

(a) consistência, ou seja esforços prolongados ao longo de diferentes governos;

(b) vasta abordagem dos esforços de paz, através de amplos acordos políticos entre as partes conflitantes;

(c) interacção entre assistência humanitária, cooperação para o desenvolvimento e esforços de paz;

(d) cooperação com ONG´s e institutos de pesquisa noruegueses, cabendo a estes o papel de instigadores e promotores do envolvimento da Noruega em processos de paz;

(e) Reproduzir os valores noruegueses em processos de paz, enfatizando suas caracteristicas de imparcialidade, porem sem neutralidade em questões violações de direitos humanos e do direito humanitário consagrados internacionalmente; e

(f) por fim, a relevância da cooperação internacional entre os mais diversos atores políticos. (STORES, 2007)

Após serem delineados os fundamentos da política norueguesa para paz cabe exemplificar, na prática, a ação da Noruega exercida em caso de conflito armado. A A forma da Noruega agir neste cenário, divide-se em 3 momentos:

(a) Apoio no processo de negociação entre as partes conflituosas;

(b) Apoio aos mecanismos de monitorização para garantir o cumprimento dos compromissos negociados;

(c) Apoio as medidas urgentes na reconstrução das zonas devastadas pelo conflito. (MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS DA NORUEGA, 2007)

A partir da estrutura teórica da política para a paz exposta, pode-se falar, então, sobre o "modelo norueguês" de resolução de conflitos. O qual corresponde às características que levam a Noruega a ser chamada como um *peace broker*[3] nas situações de conflitos armados, que a estão tornando numa referência mundial na resolução de conflitos.

De acordo Hanssen-Bauer (2005), "as regras da Noruega como facilitador da paz seguem uma longa tradição de suporte dos mandatos para paz e segurança da ONU". Pórem, nos conflitos em que o papel da ONU é ineficaz, a Noruega se apresenta como ator político diferenciado. (STORE, 2007).

Diante do exposto pode-se apresentar o "modelo norueguês" com as seguintes características básicas:

(a) **ser um facilitador paciente:** por promover a consistência do trabalho para promoção da paz e evitando que, por ação da própria Noruega, os processos se tornem inconclusos;

(b) **disponibilidade de recursos:** por proporcionar grande flexibilidade em dispor de recursos financeiros e humanos a curto espaço de tempo, o que torna seu engajamento rápido e eficaz;

(c) **cooperação com ONG's nacionais e internacionais:** o que facilita o processo de reconhecimento dos problemas locais, e a eficácia das ações a serem executadas;

(d) **Interacção entre a diplomacia e a assistência humanitária, bem como governo e actores não-governamentais:** o que possibilita a criação de parcerias mais eficazes na construção do processo de paz;

(e) **Carácter imparcial:** reconhecimento como um facilitador da paz sem interesses políticos ou economicos direitos nas zonas em conflito;

(f) **Relações de proximidades com importantes e reconhecidos atores internacionais:** pelo fato da Noruega possuir uma ampla rede de contatos e acesso a atores internacionais o que pode falcilitar, sobremaneira, a restauração do diálogo entre as partes conflituosas. (HANSSEN-BAUER, 2005)

É, portanto sobre tais parâmetros que a Noruega alicerça sua participação política em processos de promoção da paz e segurança internacionias, como também pela

compreensão de que a sua própria segurança passa pela inexistência de conflitos armados e pelo fortalecimento da segurança internacional.

Dentro da proposta norueguesa pode ser inserida ainda, a idéia de se evitar novos conflitos através da formação de instituições viáveis de governação e instrumentos de boa governança, com legitimidade para promover a distribuição igualitária do poder político e económico. Essas seriam as condições imprescindíveis para se evitar, deficit de governação e o (re)aparecimento de conflito em proporções ingerenciáveis. (STORE, 2007)

A leitura norueguesa é de que os conflitos locais também são problemas globais (JOHANSEN, 2006). Diante disso, uma política de não envolvimento e a inexistência de diálogo não se constitui opção para a resolução do problema, sendo por fim necessário um maior comprometimento e acção conjunta de todos os atores políticos em prol da paz no sistema internacional. (STORE, 2007)

3. A atuação da Noruega em processos de paz

A década de 1990 é marcada pela ampliação de conflitos armados em várias partes do mundo, os quais passam a ter outra especificidade, ou seja, a de conflitos intraestatais, nos quais os governos institucionalizados e grupos rebeldes nacionais lutam entre si pelo controle do poder político.

Será esse cenário que favorecerá a Noruega a desenvolver e executar a sua proposta de resolução de conflitos. A qual em poucas palavras, pode ser definida como uma forma de fortalecimento da cooperação entre governo e entidades não governamentais (EGELAND, 1994).

A participação da Noruega tem seu marco inicial nos Acordos de Oslo de 1993, envolvendo Israel e Palestina, a partir de então sua atuação se ampliou para outras regiões, como: Guatemala, Afeganistão, Haiti, Colômbia, Chipre, Sudão, Sri Lanka, álem de outros.

Para que se tenha melhor compreensão da atuação norueguesa, serão analisados dois momentos de sua participação: o caso do conflito Israel-Palestina e do Sri Lanka, a idéia é trazer para o texto algumas caracteristicas já vista da forma de atuação da Noruega na tentativa de resolução dos dois conflitos.

No processo Israelo-Palestianiano a Noruega foi responsável pela chamado *Oslo-Channel* (HANSSEN-BAUER, 2005), que teve por objectivo servir de suporte e canal secreto para as já então iniciadas conversações de paz lideradas pelos Estados Unidos da América (EUA) (EGELAND, 1994).

A ação do governo noruegues não ocorreu de forma isolada, sua entrada no conflito contou com a participação direta do instituto de pesquisa e estudo noruegues chamado FAFO[4], o qual desde da decada de 1980 vinham trabalhando no mapeamento das

condições de vida do povo palestino que vive em territórios de ocupação israelense. A pesquisa forneceu conhecimento mais aprofundado das necessidades locais e do processo de interação entre os atores conflituosos. Este foi um dos fatores determinantes para a concretização da Declaração de Principios de Oslo, assinada na Casa Branca, em Washington, na data de 13 de setembro de 1993. (HANSSEN-BAUER, 2005)

Na prática a FAFO estruturou sua participação de modo eficiente e discreto, trabalhando desde do apoio logístico, como da reserva de hotéis, manutenção de redes de contato através dos meios de comunicações até a organização de reuniões para o planejamento das conversações de paz que eclodirá na elaboração na Declaração de Oslo de 1993. Por sua vez, coube ao governo noruegues fornecer todo o aparato político e de recursos para que a FAFO usufruisse de maior prestigio e credibilidade. (EGELAND, 1994)

No caso do Sri Lanka a atuação da Noruega será ainda mais participativa, visto que actuou como um hábil facilitador para o recomeço da negociação política entre o governo daquele país e os Tigres da Libertação da Pátria Tamil - LTTE[5], o que resultou no Memorando de Entendimento firmado em 2002, o qual serviu de base para as negociações de paz que perduram até o presente momento. (CRAVO, 2005)

O Memorando tinha por objetivo estabelecer cessar-fogo, fazendo com que houvesse diminuição imediata da violência que afetava toda a população do Sri Lanka. Com isso se buscava criar ambiente de maior estabilidade para as negociações de um acordo de paz.

Para alcançar esse objetivo foi criada uma missão de monitoramento no Sri Lanka, que tinha a intenção de verificar *in loco* o cumprimento do Memorando. A missão foi composta por representantes da Noruega, membros do governo do Sri Lanka e representantes do LTTE. O resultado desta medida foi altamente positivo com o decréscimo, entre junho e setembro de 2002, de 40% do número denúncias de violência que afetavam a população devido o embate entre as partes. (HÖGLUND; SVENSSON, 2003).

A atuação da Noruega nesses dois contextos conflituosos materializa o "modelo norueguês" de resolução de conflitos. Com este modelo a Noruega propícia a inserção de outros atores políticos que não aqueles convencionais, no caso as ONG's e os institutos de pesquisa e, como também, a interação entre o poder institucionalizado e os grupos marginais.

A proposta norueguesa está muito próxima da visão construtivista de Wendt (1992), quando afirma que um sistema de segurança cooperativo, onde um Estado se identifica positivamente com outro, reafirma que a segurança de cada um é percebida como a segurança do todo. Como também que a idéia de um mundo socialmente construído, deve ser produto de concepções e valores dos agentes envolvidos. (NOGUEIRA; MESSARI, 2005).

Pode-se, por fim, concluir que será com o envolvimento de vários atores políticos no processo de construção da paz, que poderá haver efetiva contribuição para o alcance de soluções mais eficazes, realistas e duradouras em situações de conflitos armados.

4. Os ganhos da participação norueguesa em processos de resolução de conflitos

A participação da Noruega nos processos de resolução de conflito traz ganhos em várias dimensões: o principal será para os atores em conflito, como também para a comunidade internacional e, por fim, para o próprio Estado norueguês.

A combinação desses ganhos é que proporcionará que a Noruega se torne importante referência como ator político internacional para resolução de conflitos, fazendo com que seus meios de intervenção sejam cada vez mais solicitados em situações onde as partes em conflito decidiram caminhar na construção da paz.

Para os atores em conflito a atuação da Noruega proporciona a garantia de uma intervenção imparcial, confiável e consistente para o processo de negociação de paz.

A Noruega goza de uma imagem de país pacífico e generoso a nível mundial. O país contribui com quase 1% do seu produto interno bruto para investimentos em projetos de ajuda ao desenvolvimento em Estados periféricos. Também participa, de forma presencial e econômica, em várias etapas do processo de paz, desde da negociação de acordos até a reconstrução pós-bélica; goza de apoio consistente junto à comunidade internacional, o que a credência como importante canal de conversação com as principais potências mundiais. (CRAVO, 2005)

Essas qualidades conferem a Noruega relevante e viável função como ator político em processos que exigem a construção de paz consistente e duradoura, com isso é crescente a procura de outros Estados para que a mesma intervenha como facilitador na resolução de seus conflitos internos.

Enfim, para a comunidade internacional essa concepção de intervenção do "modelo norueguês", sustentado pela cooperação entre governo e entidades não governamentais, acabou por trazer novo paradigma aos então existentes processos de resolução de conflito e de busca pela paz.

A adaptação da diplomacia a novos formatos menos convencionais, incluindo institutos académicos e ONG's fez com que a realidade do terreno conflituoso fossem conhecidas mais concretamente, proporcionando com isso a busca de soluções realistas para a construção de sociedades mais estavéis nas zonas em conflito. (MOITA; MOITA, 2004)

Neste sentido, conforme Moita; Moita (2004) a *multitrack diplomacy* vem substituir o modelo tradicional de diplomacia, no qual todos os esforços internacionais do Estado se concentram nas mãos do ministro das relações exteriores e do seu corpo diplomático. O novo modelo de ação implementado pela Noruega, que se enquadra no conceito de *multitrack diplomacy*, apresenta nova estratégia na qual os recursos logísticos governamentais, acabam por servir de apoio a outros atores políticos que não os estatais.

O que se destaca neste processo é a falta de interesse direto do governo norueguês no conflito, sendo que essa realidade apresenta nova alternativa à comunidade internacional para edificação da paz.

A contribuição para a construção da paz em regiões conflituosas por parte da Noruega não se apresenta como algo meramente altruísta. Para àquele Estado cada participação em zonas de conflito se apresenta como uma janela de oportunidade, lhe dando a possibilidade de inserção na comunidade internacional como uma "potência moral". (CRAVO, 2005) Assim mesmo sendo um país de dimensão territorial não muito representativas, consegue influenciar o sistema político internacional, devido a sua atuação política por meio do *soft power* e do seu sólido poder financeiro interno.

Na prática a política norueguesa se destaca por adotar duas estratégias complementares: uma delas apresentada por Matlary (*apud* GREER, 2003) quando busca o caminho para chegar ao centro das decisões políticas mundias, assumindo o papel de facilitador na resolução de conflitos em regiões periféricas, o que lhe dá destaque junto aqueles espaços decisórios pela singularidade e originalidade de suas ações; a outra mencionada por Tonnesson (*apud* GREER, 2003) decorre diretamente dos resultados obtidos pela atuação na primeira, quando diplomatas noruegueses aproveitam para falar de assuntos de interesse nacional com outras potências mundiais, a partir dos canais de diálogo abertos pela atuação singular da Noruega em zonas de conflito.

Assim o envolvimento da Noruega em processos de paz trabalha em mão dupla, pois, se por um lado, sua participação ao mesmo tempo é uma forma diferenciada de se inserir como Estado influente no sistema internacional, por outro, também abre caminho para que os interesses nacionais da Noruega sejam alcançados de maneira mais eficaz.

Em síntese, a presença do "modelo norueguês" em processos de resolução de conflitos cria a perspectiva de um Estado referência e com credenciais de "potência moral", em condições de atender e atuar significativamente na crescente demanda pela intervenção internacional em conflitos armados.

5. Considerações finais

Retomando a idéia inicial do texto em salientar a Noruega como um novo ator político na resolução de conflitos internacionais, se pode chegar a algumas conclusões.

A primeira delas é que a atuação da Noruega vêm trazer mais que um novo ator político na resolução de conflitos, ela vem em si, trazer uma renovação do modelo de atuação de uma terceira parte em cenários conflituosos. Propondo uma interação maior entre Estado e organizações não estatais, a Noruega maximiza a possibilidade de sucesso dos processos de paz e cria um precedente importante para a atuação dos Estados em zonas conflituosas. Levar em consideração a percepção que os atores que estão no terreno têm da realidade do conflito, mostra uma Noruega mais voltada para produção de uma solução duradoura para região e não de medidas somente superficiais de apaziguamento do conflito.

Ao mesmo tempo a Noruega não despreza a importância do papel da ONU na resolução de conflito, e é nesse ponto que o papel deste Estado pode ser considerado inovador.

Trabalhar com a idéia de que os Estados tem que agir em parceria com a ONU, mas que isso não impede uma ação direita de um Estado quando se fizer necessário.

Perante a idéia anterior é que surge uma segunda conclusão, a da importância que tem a definição de parametros de política externa para a atuação de um Estado em zonas de conflito. Considerar que conflitos em regiões fora da área de influência do Estado também são ameaças a sua segurança internacional é uma maneira de chamar a responsabilidades para os Estados da manutenção de um sistema internacional seguro e pacífico, e não exortar essa responsabilidade somente a uma organização.

Entretanto não se pode ver ingenuamente este posicionamento da Noruega no cenário da resolução de conflitos, sua participação não é altruísta e visa, como toda as ações de um Estado, produzir efeitos positivos para os interesses nacionais. Sendo assim se conclui que participação da Noruega em resolução de conflitos serve, de certa maneira, para a criação de canais de conversação entre este Estado e as potências mundiais. Estes canais levam a diplomacia norueguesa a defender assutos de interesse nacional junto aos grandes decisores políticos das potências mundiais, maximizando assim os ganhos absolutos da Noruega.

Outro ponto importante a citar é como esta participação em resolução de conflitos cria a percepção da Noruega como um Estado potência mundial e o faz ter uma participação no seleto grupo de potências mundiais e no seus foros de decisões. A Noruega construiu uma nova maneira de inserção como potência mundial, fugindo dos parametros puramente económicos e criando para si uma áurea, até então única, de ator eficiente, que possui métodos de ação imprescindíveis para a resolução de conflitos e para os processos de paz.

Assim se conclui que a Noruega vem constituir um novo ator político no que toca a participação de um Estado em cenários de resolução de conflitos e processos de paz, entretanto, na questão da defesa dos interesses nacionais o que se vê é uma Noruega realista, que calcula suas ações de maneira a maximizar seus benefícios políticos. Cabe aqui a reflexão se este comportamento da Noruega é, ou não, bom para o desenvolvimento da área de resolução de conflitos, levando em conta para esta análise o questionamento sobre se um Estado consegue separar seus interesses nacionais e sua participação internacional.

6. Referências

CRAVO, Teresa (2005) "A Noruega e o Processo de Paz no Sri Lanka" *Janus 2005 - A guerra e a paz*. Retirada da Internet www.ces.uc.pt/nucleos/nep/documentos/janusTeresaCravo.pdf [15 de Outubro de 2007].

EGELAND, Jan. Norway's Middle East Peace Channel. *Security Dialogue*. n. 25 (3), p. 349-351, 1994.

GREER, Mark (2003) "Norway's Peace Role" Medill News Service http://www.medillnewsdc.com/cg-bin/ultimatebb.cgi?ubb=get_topic&f=35&t=000020 [26 de Outubro de 2007].

HANSSEN-BAUER, Jon (2005), "The Norwegian "model" for conflict resolution" *Conferência sobre o Prémio Nobel da Paz e o trabalho para paz da Noruega*, http://www.noruega.org.pt/NR/rdonlyres/EA311075-92A7-483B-B905-AF9C0337A2B7/35583/TheNorwegianmodelJHBALisboaoct2005.doc [11 de Novembro de 2007].

HÖGLUND, Kristine; SVENSSON, Isak. The Peace Process in Sri Lanka. *Civil War*. n. 5 (4), p. 103-118, 2003.

JOHANSEN, Raymond (2006), "Norway's Role in Peace and Conflict Resolution" *2nd Annual Somali Peace Conference: Good Governance and Rule of Law*, http://www.regjeringen.no/en/dep/ud/About-the-Ministry/Other-political-staff/State-Secretary-Raymond-Johansen/Speeches-and-articles/2006/Norways-Role-in-Peace-and-Conflict-Resolution.html?id=420842 [26 de Outubro de 2007].

MNE - Noruega: Ministério dos Negócios Estrangeiros da Noruega (SD) "Os esforços da Noruega em favor da paz e reconciliação em diferentes partes do mundo." http://www.noruega.org.pt/policy/peace/peace/peace.htm [26 de Outubro de 2007].

MOITA, Luís; MOITA, Madalena. Novos intervenientes na guerra e na paz. Painel 19: Novíssimas Guerras, Novíssimas Pazes *VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais*. 1-5, 2004.

NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. *Teoria das Relações Internacionais*: Correntes e Debates. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

NYE, Joseph S. (2004) *Soft Power: The means to success in World Politics*. New York: Public affairs.

STORE, Jonas Gahr (2007), "A policy of engagement. Norwegian peace policy" Norman Paterson School of International Affairs, http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/dep/Utenriksminister_Jonas_Gahr_Store/taler_artikler/2007/A-policy-of-engagement-Norwegian-peace-policy.html?id=456828 [15 de Novembro de 2007].

WENDT, Alexander. Anarchy is what State Make of it: The Social Construction of Power Politics. *International Organization.* n. 46, p. 391-425, 1992.

---

[1] Anarchy is what State Make of it: The Social Construction of Power Politics. *International Organization.* n. 46, p. 391-425, 1992.

[2] *Soft Power* é um termo utilizados nas relações internacionais e define um modo de interação entre os Estados que não passa por parametros militares ou da força conhecidos como *hard power*. No *soft power* são priveligiados meios pacíficos e cooperativos, através do apelo a cultura, valores e instituições de um Estado para influenciar os outros atores no sistema internacional. O conceito de *soft power* foi desenvolvido pelo teórico norte-americano Joseph Nye, onde tinha o intuito de analisar a construção da política externa norte-americana e como essa era deficitária na utilização do *soft power*. Para saber mais conferir Joseph Nye (2004) *Soft Power: The Means to Success in World Politics;* _____(2005) *The paradox of American Power*.

[3] Expressão que se pode traduzir como facilitador da paz.

[4] Instituto norueguês de pesquisa e estudo internacionais. Outras informações conferir www.fafo.no.

[5] LTTE significa em inglês Libertation Tiger of Tamil Eelam.

AS TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NO CONCEITO DE SOBERANIA: DO ESTADO MODERNO AO ESTADO PÓS-NACIONAL*

CHANGES OCCURRED IN THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY: FROM THE MODERN STATE TO STATE POST-NATIONAL

Stefania Dib Crippa

RESUMO

Este artigo foi realizado como parte das atividades desenvolvidas na disciplina de Filosofia do Direito e Constituição, ministrada pelo Professor Dr. Marco Aurélio Marrafon. Visa abranger as transformações no conceito de Soberania, considerando aspectos históricos da teoria geral do Estado principalmente da passagem do Estado Moderno para o Pós-moderno supranacional.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO, SOBERANIA, ESTADO MODERNO, ESTADO PÓS-MODERNO, SUPRANACIONALIDADE.

ABSTRACT

This article was conducted as part of activities in the discipline of philosophy of law and Constitution, conducted by Professor Dr. Marco Aurélio Marrafon. Intent to approach the changes in the concept of sovereignty, considering the historical aspects, mainly the passage of the Modern State to Post-modern supranational.

KEYWORDS: STATE, SOVEREIGNTY, THE MODERN STATE, STATE POST-MODERN, SUPRANATIONAL.

Introdução

Este artigo propõe-se a definir a soberania, seus objetivos, funções e variações, para entender a relativização que este conceito sofreu, bem como explicar o seu caminho histórico, como caracterizador do Estado Moderno. Aborda-se também o posicionamento de Hans Kelsen, que entende a soberania como qualidade de uma ordem normativa. A análise continuará no que se refere as organizações internacionais, supranacionais globalização e o conceito no Estado pós-moderno e globalizado.

A questão da soberania possui considerável relevância para o debate da Teoria de Estado, das relações internacionais e do direito internacional público, visto que, nestes

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

estudos, o Estado é o objeto central. Contudo, conforme KAPLAN e KATZENBACH não há no Direito Internacional um termo mais embaraçoso e indisciplinado talvez se deva ao fato de haver se tornado 'símbolo altamente emocional', amplamente utilizado para conquistar simpatias em face de tendências nacionalistas que vêm marcando nossa época[1].

1. Definição e historicidade

Inicialmente, deve-se esclarecer que em cada forma de organização de poder ao longo da história, existiram diferentes maneiras de caracterização da Soberania. Todavia, percebe-se que em todas elas sempre esteve presente a figura de uma autoridade suprema, ainda que, na prática, esta autoridade tenha sido exercida de maneiras distintas.

Consoante Matteucci, em sentido lato, soberania indica o poder de mando, em última instância, numa sociedade político-organizada, seria um poder exclusivo e não derivado. Assim, este conceito está intimamente ligado ao conceito de poder político[2], isso porque, "a soberania visa ser a racionalização jurídica do poder, no sentido da transformação da força em poder legítimo, do poder de fato, em poder de direito"[3].

No que se refere ao histórico do conceito, a palavra soberano, na Idade Média representava somente uma questão de superioridade num sistema hierárquico, uma proeminência. Matteucci[4] afirma que até os barões eram soberanos de suas baronias.

Na sua significação moderna e sistemática, o termo aparece no final do século XVI, em conjunto com o surgimento do Estado. O surgimento de tal conceito, possibilita ao Estado Moderno, impor-se à organização medieval do poder (baseada nas categorias e nos Estados e por outro lado pelo papado e pelo império), em decorrência a uma necessidade de unificação e concentração de poder, para juntar em uma instância o monopólio da força de determinado território, sob determinada população[5].

Ressalta-se que na idade moderna, permaneceram algumas heranças medievais. Desapareceu a organização social medieval e a sociedade corporativista, mas o que se manteve foi a necessidade dessas mediações, que servem para frear o poder soberano. Assim, a lei se torna o principal instrumento de organização da sociedade, continuam presentes as concepções medievais de exigência de justiça e de proteção dos direitos individuais[6].

Nessa época, Thomas Hobbes iniciou sua teoria partindo do Estado de Natureza, isto é, dos homens convivendo sem Estado, para depois explicar a necessidade dele. Conforme o pensador, este estado natural representa uma ameaça da manutenção da humanidade, que impulsiona os homens a pactuarem entre si, transferindo o direito de autodefesa existente no estado natural para o Estado, que garante a efetividade do contrato[7].

Hobbes, defensor do absolutismo estatal do Rei, elabora uma teoria que fundamenta a necessidade de um Estado Soberano como forma de manter a paz civil. O estado soberano é a única forma de permitir aos homens a vida em sociedade e a superação de seus egoísmos, é por meio de um Estado absoluto, pleno que possa resolver todas as pendências e arbitrar qualquer decisão.[8]

Como conseqüência das revoluções burguesas surge as teorias democráticas e com elas a expressão “soberania popular”, notoriamente após a publicação do Contrato Social de Rousseau.

Para Rousseau, representante intelectual da burguesia do século XVIII que identificou o conceito de soberania com o poder legislativo, todo o discurso em torno da origem convencional do contrato encontra seu ápice nesse conceito. A soberania é o exercício da vontade geral, sendo esta a vontade do corpo do povo e tendendo sempre ao bem comum. Do contrário, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura, quando muito de um decreto. Interessante destacar que este filósofo afirma que a soberania não pode ser alienada e, tampouco, dividida. [9]

Durante o século XVII e todo o século XVIII importantes filósofos como John Locke, Montesquieu e Rousseau, criticaram o Absolutismo, e influenciaram diretamente os burgueses mentores da Revolução.

Após a revolução francesa de 1789, surge o conceito de “soberania nacional”, que exerceu grande influência no combate da burguesia contra a monarquia absoluta, concebendo-se a nação como o próprio povo numa ordem. Na primeira metade do século XIX a noção de soberania se fortalece, no sentido de expressão do poder político, devido ao fato das grandes potencias preocupadas nas conquistas territoriais, poderem defender sua imunidade a qualquer limitação jurídica[10].

Foi apenas a partir da metade do século XIX que o Estado se afirmou como o verdadeiro titular da soberania. Conforme Dallari[11], neste século, desenvolveu-se uma teoria jurídica da soberania, a qual teve um desenvolvimento gradativo, sendo necessária a junção de vários aspectos para que se compreendesse o seu conjunto.

Para o referido autor, primeiramente considera-se o conceito de soberania, variável de autor para autor, pois alguns se referem a ela como um poder do Estado, outros apontam o conceito como qualidade do poder do Estado[12].

Impõe citar aqui os entendimentos de Kelsen e de Heller. Para o austríaco, “o Estado não é um grupo de indivíduos submetidos a um poder organizado; o Estado é uma ordem, uma ordem à autoridade da qual estão submetidos os indivíduos”[13], ou seja, o Estado é uma ordem, que contém normas e estas regulam a conduta humana. E ainda, para tal autor, a ordem será soberana quando a norma fundamental não pertencer a nenhum outro grupo de regras positivas[14].

Já para Heller, a soberania é um fenômeno jurídico que decorre do poder do Estado tecer a última palavra dentro de seu território, desta maneira, o Estado, quando determina o que é de sua competência e aquilo que não lhe cabe decidir, estará em verdade manifestando sua soberania. Para o autor, o caráter absoluto da soberania não é mitigado pela interdependência entre os Estados soberanos, isso porque, as obrigações resultantes de tratados entre os Estados reafirmariam a soberania, visto que, os Estados detêm o direito de manter ou guerrear pela sua conservação[15].

Na realidade, todas as teorias se referem a uma concepção de poder, o qual pode estar implícito ou explícito. O que Dallari[16] aponta como elemento diferenciador é o sentido político e o sentido jurídico da soberania. O primeiro preocupa-se com o sentido

absoluto do conceito, o que importa é que sejam impostas suas determinações, isso gerava a supremacia do mais forte, um egoísmo entre Estados. No segundo verifica-se que todos os atos do Estado devem ser enquadrados no ordenamento, quem escolheria em qual das normas seria o soberano, podendo inclusive dispensar a juridicidade de alguma norma se assim entendesse. Neste entendimento não existe preponderância do mais forte.

Insta consignar que com a evolução do pensamento, o conceito foi, aos poucos, deixando de ser apenas político para alcançar uma compreensão jurídica, como poder jurídico utilizado para fins jurídicos.

Uma concepção culturalista define a soberania tendo em vista não apenas o direito, mas também as finalidades éticas de convivência. [17]

Então, pode-se afirmar que a soberania foi se caracterizando, ao longo da história, "como um poder juridicamente incontrastável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas"[18]. Desta maneira, na visão tradicionalista, ela é tida como indivisível, inalienável e imprescritível, características que serão abordadas no item que segue.

E ainda, destaca-se que se deve atentar para as novas realidades que surgiram transformando o conceito, o que será especificado no item 3 do presente artigo.

2. Características e Justificativas e objeto da Soberania

No que se refere as características da soberania, uma porção significativa dos autores tradicionais elenca como, una, indivisível, inalienável e imprescritível[19].

A unicidade da soberania é explicada devido a impossibilidade de coexistirem num Estado, duas soberanias. Ele deve ter posição de superioridade a todos os demais poderes presentes dentro do Estado, seja ela poder incontrastável ou poder de decisão em última instância.

A indivisibilidade decorre de sua aplicação, que deve ser a todos os fatos ocorridos dentro do seu território (Estado). Isso não significa a impossibilidade de divisão de poderes (teoria da divisão do poder), pois esta tem atribuição de dividir funções.

A inalienabilidade também deve ser vista como característica, pois aquele que detém soberania, caso fique sem, deixa de existir, podendo ser o povo, a nação ou o Estado. Para Rousseau, a soberania, sendo apenas o exercício da vontade geral, nunca pode alienar-se, e o soberano, não passando de um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo; pode transmitir-se o poder – não, porém, a vontade [20]. Vale citar que no Brasil a inalienabilidade da soberania popular é assegurada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, uma vez que os governantes do Estado brasileiro são representantes do povo, não detêm a titularidade do poder soberano.

Por fim, tem-se ainda como característica da soberania a imprescritibilidade, no sentido de que para ser superior não pode ter prazo de duração. Essa característica como todas as outras, ainda esta presente no período atual.

Outra questão pontual acerca do assunto refere-se à justificação e titularidade da soberania. São consideradas duas teorias que justificam o poder soberano, as teocráticas e as democráticas.

Leon Duguit[21] explica que as Teorias Teocráticas, que legitimam o poder político de um indivíduo fundado num poder divino, pressupõem a intervenção de forças sobrenaturais. Devem ser estudadas pelo simples fato de serem elemento da evolução do pensamento político. Essas teorias tiveram grande repercussão no fim da idade Média e no período absolutista do Estado Moderno.

Visando melhor compreensão do tema, o autor sugere a divisão dessa teoria em duas outras, as doutrinas do direito divino sobrenatural e as do direito divino providencial. As primeiras consideram que Deus, o poder superior, teria instituído o poder político e também as pessoas designadas a assumirem tal poder. As segundas defendiam que é pela vontade providencial dos acontecimentos e das vontades humanas, indiretamente vindos de Deus, que se determina o sujeito no poder. Nos dois desdobramentos, o titular da soberania é monarca.

As teorias democráticas, também são explicadas por Duguit, essas teorias foram influentes no século XIX , sobre duas linhas políticas a de que todo poder emana do povo e a criação de um parlamento diretamente eleito pelo povo.

Duguit destaca na mesma obra que em todos os tempos, os mais fortes sempre se impuseram sobre os demais. Os governantes sempre foram uma força reconhecida. Pelo poder sobrenatural, a idéia teocrática representou papel fundamental em épocas de desdobramentos religiosos, até que preponderando o positivismo, este passou a prescindir de religiosidade, sendo adotada então, a ficção da vontade social, coletiva. Dentre todas as doutrinas citas, o que o autor acentua “é a distinção positiva entre governantes e governados, é a relação que se estabelece mediante ordens que são sancionadas por um constrangimento material, e o monopólio que um certo grupo faz desse poder coercitivo”[22].

A partir do século XX, conforme os ensinamentos de Mortati[23], o titular da soberania passa a ser o Estado, e como ela é um direito, seu titular só poderia ser uma pessoa jurídica. Assim, como o povo participa do Estado, sendo elemento que forma a vontade estatal “a atribuição da titularidade da soberania ao Estado atende às exigências jurídicas, ao mesmo tempo em que preserva o fundamento democrático”. Desta forma, o poder soberano surge, a partir do momento em que um ordenamento, positivado, adquire reverência dos destinatários, estabilidade e caráter permanente.

O objeto e a significação da soberania, para Dallari[24], é verificado sobre o poder que exerce sobre os indivíduos e todo o limite territorial do Estado. O autor enfatiza que os cidadãos de um determinado Estado, estão sempre sujeitos ao seu poder soberano, em determinadas situações este poder é exercido fora dos limites territoriais daquele Estado. Em regra, esse poder atinge também todos que estejam presentes do território soberano. Por isso tratasse de um poder superior aos demais, tendo a significação de

independência, admitindo, porém que coexistam outros poderes iguais, mas nenhum superior.

3. A soberania como qualidade de uma ordem normativa, a visão de Hans Kelsen

Consoante ensinamentos de Hans Kelsen[25], o Estado como ponto final da imputação jurídica, criação lógico-normativa, identifica o conceito de soberania ao Direito. A soberania "é a propriedade de ser de uma ordem suprema, uma ordem que já não deve a sua validade a uma ordem superior". Desta forma, o titular da soberania é o próprio Direito.

Partindo deste entendimento, o autor explica que para a teoria pluralista, que defende o Estado ordem suprema, acima da qual não existe nenhuma ordem jurídica. Essa teoria portanto, não considera o direito internacional como ordem superior aos Estados e seus ordenamentos jurídicos.

Outra teoria, incorporada pela teoria pluralista, é a teoria do reconhecimento, a partir desta o dualismo entre direito nacional e internacional é deixado de lado, assim consequentemente também o pluralismo. Isso ocorre com o intuito de afirmar a soberania do Estado[26].

O autor austríaco aponta a soberania como qualidade essencial do Estado, quer dizer que este tem caráter supremo, de autoridade[27]. Tal caráter só pode ser conferido por uma ordem normativa. Essa capacidade de autoridade jurídica do Estado, deve ser idêntica a ordem jurídica nacional. Assim, o Estado soberano seria uma ordem jurídica, que totalmente prepondera sobre todas as demais, mas, a ordem que se poderia supor como sendo superior é a ordem internacional. Por isso, o autor enfatiza que “a questão de saber se o Estado é soberano ou não coincide com a questão de saber se o Direito internacional é ou não ordem superior ao Direito nacional”[28].

Kelsen destaca que afirmar que uma ordem jurídica é superior a outra, é simplesmente uma expressão figurada, pois, “uma ordem inferior, deriva seu fundamento de validade, a sua norma fundamental relativa, de uma ordem superior”[29]. Diz que o direito internacional, determina a esfera e o fundamento de validade da ordem jurídica nacional, por isso, a superioridade do direito internacional sobre o nacional é imposta pelo direito.

Mais adiante, cita novamente a teoria do reconhecimento, no sentido de que para esta, o direito internacional dita a esfera e o fundamento de validade do direito nacional somente se o direito internacional possuir validade para tanto, dentro do ordenamento daquele Estado, portanto determina num sentido relativo. Conclui que o direito nacional é supremo, e o direito internacional tem seu fundamento de validade no direito nacional, assim, a fonte de validade absoluta do direito é a norma fundamental da ordem interna, por isso, o Estado pode ser concebido como soberano.

O que se conclui do entendimento de Kelsen é que não se pode afirmar que um Estão é ou não soberano, pode-se apenas pressupor, e isso depende da teoria utilizada para delinear a esfera dos fenômenos jurídicos.

E ainda, outro aspecto imprescindível para tal estudo, é teoria do autor que afirma, a ordem estatal como ordem parcial, e o soberano (detentor da capacidade jurídica total e global), só pode ser o todo que representava o Direito Internacional Público, sendo a norma hipotética fundamental o direito consuetudinário.

4. A relativização do conceito de soberania no mundo globalizado e pós-moderno

Uma abordagem sobre soberania, considerando-a como um poder irrestrito, mesmo ponderando seus limites jurídicos, parece basicamente que estaríamos valorizando demasiadamente o passado. Dos vínculos que a circunscrevem, foi assunto bem tratado no que se refere aos parâmetros democráticos que implicam um efetivo controle conteudístico de sua atuação[30].

Consoante Lênio Streck e José L. B. de Morais, juntamente com a crise do Estado Moderno e o aprofundamento democrático das sociedades, ocorre uma dissipação nos centros de poder. "Pode-se vislumbrar como uma atitude centrífuga, de dispersão dos loci de atuação política na sociedade, seja no âmbito interior, seja no exterior"[31].

No plano internacional a interdependência que visualizada contemporaneamente entre os Estados, demonstra um entrelaçamento entre os conceitos de soberania e de cooperação jurídica[32], econômica e social, que afeta de maneira considerável a pretensão à autonomia[33].

Diversos autores sustentam que a cooperação só é possível em razão da soberania, por esta permitir que Estados se vinculem em assuntos que lhes interessem, o que se confere na pratica é uma mudança radical nos postulados de tal conceito.

Convém reproduzir a compreensão do Professor M. Maliska, quando afirma que a Teoria do Estado não consegue dar resposta a essa nova realidade. Os elementos tradicionais que formam o Estado (povo, território e soberania), sofrem mudanças radicais. Direitos de soberania são transferidos dos Estados para as instituiçoes supranacionais, o território não é mais meio de limitação espacial da aplicação da lei, a união não é mais uma união de cidadãos, mas uma união de Estados[34].

Com as comunidades supranacionais como a União Européia, NAFTA e o Mercosul, surgiu nova lógica às relações internacionais, o que refletiu consideravelmente as pretensões de uma soberania desprendida de qualquer vínculo de limitação.

E ainda, como agente responsável por esse processo, segundo Streck e Morais[35] são também as Organizações Não-Governamentais, pois ocupam um espaço intermediário entre o público, através dos organismos internacionais, e o privado, representado pelas empresas transnacionais. Os vínculos dessas organizações com os Estados, parace sem lógica com a idéia de poder soberano. Os relatórios dessas entidades podem ter força de repudiar ou de reconhecer algo em nível internacional, o que pode refletir diretamente os Estados envolvidos.[36]

Os autores ainda apontam algumas passagens que foram transformando esse conceito, assim, o caminho do modelo de Estado mínimo, de veia liberal clássica para o Estado de bem-estar social é um desses momentos. O modelo liberal pregava uma idéia de

soberania como poder supremo, único, o que importava pra tal sociedade era o caráter de garantidor da paz que era atriobuido ao Estado. No Estado de bem-estar, cabe ao poder público a função de produzir a incorporação dos grupos sociais, nesta tarefa, o Estado recebe a uma atribuição da solidariedade, que contrasta com o caráter odenador de antes[37].

Enfim, os apontamentos apresentados nos guiam a refletir sobre o caráter soberano nos dias atuais. Indubitavelmente não se trata mais da constituição de uma ordem suprema e absoluta. Parece que o elemento transformação se torna parte do poderio estatal. Considerando as relações internacionais e supranacionais, o que se visualiza é uma ordem de compromissos e não soberanias.

Nesse novo contexto, o que vários autores sustentam é que o conceito de soberania surgiu e serviu para caracterizar o Estado Moderno, já não tendo mais efetividade a partir da Estado Supranacional, pós-nacional. Ela teve fundamento naquele período histórico já explicado nos itens anteriores, de superação da idade média e surgimento da idade moderna, junto com as constituições.

Conforme ensinamentos de Pagliarini, a globalização e a soberania não podem coexistir, isso porque uma anula a outra. A globalização pressupõe a quebra ou a inexistência e barreiras, e a soberania defende a força dessas barreiras, dessa forma "a soberania só tem sido aventada nesses tempos de globalização em virtude de favores axiológicos que tentam justificar, desde cessões parciais de soberania, até a formação de verdadeiros conglomerados macroeconômicos desprovidos de fronteiras"[38]. Por isso, conforme o autor, o conceito clássico de soberania, não é aplicável na pós-modernidade supranacional.

Outro apontamento importante trazido pelo Professor se refere aos conceitos de poder constituinte, Contituição, Estado e soberania, e a aplicação deles no mundo atual. Para a moderninade, o poder constituinte elabora a Constituição, que forma o Estado, e a soberania reside no povo desse Estado. Contudo, para a realidade pós-moderna, isso não se aplica, porque percebe-se a possibilidade de um poder constituinte fora dos padrões tradicionais, que estruture uma comunidade política constituida por vários Estados e diversos povos[39].

Não se pode olvidar das teorias universalistas, que reconhecem o alargamento dos horizontes da experiência jurídica para além das fronteiras do Estado, e afirmando o direito como fenômeno social que tem como critério fundamental a organizaçao[40].

Nesse sentido pode-se citar Habermas, que sofisticando o universalismo jurídico, implementa a formatação do cosmopolitanismo solidário[41], composto pela comunicação aberta, em que estejam presentes os pólos da situação e da oposição, juntamente com a inclusão do outro e a democracia participativa supranacional. Assim, conforme o autor, a supranacionalização política do Estado nacional, é o que pode repetir as liberdades dadas pelo Estado liberal, assim como as grantias propiciadas pelo Estado social. Por isso unindo os entendimentos do universalismo jurídico e cosmopolitanismo solidário, pode-se reconstruir o conceito de soberania.

Falar em novo conceito de soberania, é falar em União Européia, então, cabe citar aqui alguns pontos relevantes dessa supranacionalidade que se tornou referência no assunto.

A Europa é dotada de um substrato comum, formado por raízes religiosas, culturais, políticas e jurídicas, e tendo em conta que as populações européias, todos sabem, convivem pacificamente com o Euro, e com as mesmas normas de Direito Comunitário.

Pagliarini abrange o questionamento da existência de uma soberania para a União Européia, para isso baseia-se na possibilidade Kelseniana e no que ele chama de "a soberania como ela é e a sua inaplicabilidade para a União Européia"[42].

O autor cita a possibilidade de Kelsen, mas sem muita aplicabilidade no contexto de soberania nacional, porque conforme o austríaco soberania só é um conceito aplicável no Direito Internacional público, onde a norma hipotética fundamental seria o costume internacional, o que garantiria coerência ao objeto do próprio sistema estatal, o Direito. De qualquer forma o que se conclui de tal análise é que não podemos utilizar Kelsen para afirmar que a União Européia é soberana.

O que se deve considerar também, para tais análises, é que o conceito tradicional não se aplica para a União Eurpéia pelo simples fato de que a integração supranacional gerou certas abdicações por parte dos Estados. Basicamente os limites impostos pelo conceito clássico foram derrubados, não mais fazendo o parte do Direito Comunitário Europeu.

Conclusão

Após análise dos pontos objetivados, percebe-se a nítida relativização do significado da palavra soberania. Como afirmação de existência do Estado Moderno a soberania significava poder exclusivo, incontrastável que indicava o poder de mando, em última instância, numa sociedade política organizada, a soberania visava ser a racionalização jurídica do poder, no sentido da transformação da força em poder legítimo, do poder de fato, em poder de direito.

Esse conceito surgido no século XIX, perdurou até o século passado quando com o fenômeno chamado globalização gerou a interdependência entre os Estados, interdependência esta que se tornou basicamente uma condição de existência para sobrevivência desses Estados. Surgindo e se fortalecendo as organizações supranacionais, foram remoldando o conceito de soberania antes incontrastável.

Nesse novo contexto, o que vários autores sustentam é que o conceito de soberania surgiu e serviu para caracterizar o Estado Moderno, já não tendo mais efetividade a partir da Estado Supranacional, pós-nacional.

Referências

BOBBIO, N. **Teoria da norma jurídica**. Trad. F. Favan Batista e Ariani B. Sudatti. São Paulo: Edipro.

DALLARI, D, de A. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 21 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

DUGUIT, L. **Fundamentos do Direito**. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.

HABERMAS, J. **A inclusão do outro: Estudos de teoria política.** São Paulo: Loyola. 2000.

HELLER, H. **Teoria del Estado**. México: Fondo de Cultura Econômica. 1942.

KAPLAN, Morton A.;KATZENBACH, Nicholas de B. **Fundamentos políticos do direito internacional**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964

KELSEN, H. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva & C. 1938.

_____ **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3º. Ed. São Paulo: Martin Fontes. 2000. p. 545

MALISKA, M, A. **Estado e Século XXI, a integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MATTEUCCI, N. "soberania**".** In BOBBIO**,** N**.;** MATTEUCCI**,** N**. &** PASQUINO**,** G**. Dicionário de Política.** Brasília: UnB, 12.ed. 2002.

PAGLIARINI, A, C. **A Constituição Européia como signo: da superação dos dogmas do Estado nacional.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

RIBEIRO, R. J. **Hobbes: o medo e a esperança.** In: Welffort, Francisco. Os clássicos da política. 8. ed. São Paulo: Ática, 1998.

ROUSSEAU, J.-J. 1978b**. Do contrato social**. 2ª ed., São Paulo, Abril Cultural. (Col. "Os Pensadores").

STRECK, L. L; MORAIS, J, L, B de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

[1] KAPLAN, Morton A.;KATZENBACH, Nicholas de B. **Fundamentos políticos do direito internacional**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964.p. 149

[2] O poder político é o campo de atuação e efetivação em que o poder acarreta maiores conseqüências, sua pesquisa gerou consideráveis métodos e resultados, neste enfoque, são encontradas as mais diversas interpretações ao longo da história. Bobbio expõe que o poder polariza o Estado e a política, devido ao caráter de interação que existe entre eles. Inexiste teoria política ou conformação do Estado que não partam, de algum modo, de uma definição ou análise do fenômeno do poder. (BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade; por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. P. 76). Weber, citado por Bobbio, observa que "as relações de mando e obediência mais ou menos confirmadas no tempo, que se encontram tipicamente na política, tendem a se basear não só em fundamentos materiais, (...) mas também num específico fundamento de legitimidade". Ressaltando que deste poder legítimo surge a palavra "autoridade". Weber divide o poder legítimo em três tipos puros: i) o legal; ii) o tradicional; iii) e o carismático. (BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Editora Universidade de Brasília, 13 ª, 2000, Vol. 2.p. 940).

[3] MATTEUCCI, N. "soberania". In **BOBBIO**, **N**.; **MATTEUCCI**, **N**. & **PASQUINO**, **G**.. Dicionário de Política. Brasília: UnB, 12.ed. 2002. p. 1179

[4] MATTEUCCI. Op. cit., p. 1181

[5] MATTEUCCI. Idem, p. 1179

[6] MATTEUCCI. Ibidem, p. 1182-1183

[7] MATTEUCCI. Op. Cit., p. 1180.

[8] RIBEIRO, R. J. Hobbes: o medo e a esperança. In: Welffort, Francisco. Os clássicos da política. 8. ed. São Paulo: Ática, 1998. p.73-79.

[9] ROUSSEAU, J.-J. 1978b. *Do contrato social*. 2ª ed., São Paulo, Abril Cultural. (Col. "Os Pensadores"). p. 15-45

[10] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 21 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 78-79

[11] DALLARI. Op. Cit., p. 79.

[12] DALLARI, Idem, p. 79.

[13] KELSEN, H[13] ROUSSEAU, J.-J. 1978b. *Do contrato social*. 2ª ed., São Paulo, Abril Cultural. (Col. "Os Pensadores"). p. 15-45

[14]KELSEN, H. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva & C. 1938. p. 43.

[15] HELLER, H. Teoria del Estado. México: Fondo de Cultura Econômica. 1942. p. 271, 273

[16] DALLARI. Op.cit. p. 79.

[17] DALLARI. Idem, p. 79-80.

[18] STRECK, L. L; MORAIS, J, L, B de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. p. 124.

[19] As características são baseadas nas obras de DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 21 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. e STRECK, L. L; MORAIS, J, L, B de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

[20] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 33

[21] DUGUIT, L. Fundamentos do Direito. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996. p. 35-41.

[22] DUGUIT. Op. Cit., p. 49.

[23] MORTATI, C. citado por DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 21 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 83.

[24] DALLARI. Op. Cit., p. 84.

[25] KELSEN. Op. Cit., p. 545-549.

[26] E não apenas declarer a independencia do direito nacional e do direito internacional.

[27] O autor define autoridade como o direito ou o poder de emitir comandos obrigatorios.

[28] KELSEN. Op. Cit., p. 545.

[29] KELSEN. Idem, p. 545.

[30] STRECK, L. L; MORAIS, J, L, B de. Op. Cit., p. 124.

[31] STRECK, L. L; MORAIS, J, L, B de. Idem, p. 125.

[32] O conceito de cooperação se modificou, a nova cooperação, assentada na premissa de que o Direito dos Estados é o melhor meio para se resolver os problemas. Em vez de guerras, há o diálogo e uma estrutura jurídica internacional mais ativa, capaz de impor sanções aos Estados que desrespeitarem normas de Direito Internacional, ou de Direitos Humanos. Os Estados cooperam nesse ambiente abertamente. A Democracia passa ser objeto de identificação e pressão da comunidade internacional. Portanto, o monopólio

do Estado de dizer o Direito dá lugar a cooperação, na criação da lei. (MALISKA, Marcos Augusto. Estado e Século XXI, a integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional. . Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Capítulo V).

[33] STRECK, L. L; MORAIS, J, L, B de. Op. Cit., p. 125.

[34] MALISKA, Marcos Augusto. Estado e Século XXI, a integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional. . Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Capítulo V.

[35] STRECK, L. L; MORAIS, J, L, B de. Idem, p. 126.

[36] STRECK, L. L; MORAIS, J, L, B de. Op. Cit., p. 126

[37] STRECK, L. L; MORAIS, J, L, B de. Idem, p. 127

[38] PAGLIARINI, A, C. A Constituição Européia como signo: da superação dos dogmas do Estado nacional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 137

[39] PAGLIARINI, A, C.Op. cit., p. 137

[40] BOBBIO, N. Teoria da norma jurídica. Trad. F. Favan Batista e Ariani B. Sudatti. São Paulo: Edipro. 2001. p. 31

[41] HABERMAS, J. A inclusão do outro: Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola. 2000.

[42] PAGLIARINI, A, C. Op. Cit.. p. 146.

DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL: O CASO MOX PLANT*

DROIT INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL: CAS MOX PLANT

Vitor Eduardo Tavares de Oliveira

RESUMO

O presente artigo estudou e trabalhou com a problemática da fragmentação do Direito Internacional, visando demonstrar que esse novo cenário pode reduzir a efetividade do Direito Internacional Ambiental. Buscou-se, também, fazer uma análise do assunto sob a ótica da internacionalização do Direito e analisou-se o caso MOX Plant que bem ilustra essa nova fase do direito internacional ambiental na confluência de várias jurisdições internacionais especializadas. Outrossim, o estudo aborda a problemática teórica de saber se o Direito Internacional detém uma unidade ou se trata de um ramo do Direito fragmentado.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO INTERNACIONAL. FRAGMENTAÇÃO. INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO. JURISDIÇÕES INTERNACIONAIS.

RESUME

Cet article a étudié et travaillé avec le problème de la fragmentation du droit international, pour montrer que ce nouveau scénario mai réduire l'efficacité du droit environnemental international. Il est prévu aussi d'analyser la question sous l'angle de l'internationalisation du droit et analysé de cas - l'usine MOX - qui illustre bien cette nouvelle phase du droit international de l'environnement à la confluence de plusieurs juridictions internationales spécialisées. En outre, l'étude aborde la question théorique de savoir si le droit international dispose d'une unité ou il est une branche du droit fragmenté.

MOT-CLES: DROIT INTERNATIONAL. FRAGMENTATION. INTERNATIONALISATION DU DROIT. JURIDICTIONS INTERNATIONALES.

A preservação do meio ambiente constitui, atualmente, tema da mais absoluta proeminência, não só para a sociedade brasileira, como para a comunidade internacional. Nesse sentido, tanto o direito nacional como o direito internacional visam à proteção da biosfera mundial que é o objetivo primordial do direito ambiental.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Além disso, o homem tem modificado seu trato com o meio ambiente, principalmente a partir do século XX, visto que tal mudança repercutiu no ordenamento jurídico de vários países e na criação de normativas internacionais para proteção ambiental. Outrossim, verificou-se a criação de vários órgãos internacionais e nacionais, para a efetividade desse direito.

O mundo atual é determinado pela ação do homem sobre a natureza, criando processos naturais e dirigindo-os para as obras humanas e para a esfera dos negócios humanos, do que pela construção e preservação como uma entidade relativamente permanente. Portanto, a maneira como a humanidade relaciona-se com a natureza foi e continua sendo modificada pelo incremento da tecnologia, globalização econômica e social, assim, a preservação da natureza é algo fundamental para a existência da humanidade.

Sem sombra de dúvida a capacidade para agir é a mais perigosa de todas as aptidões e possibilidades humanas, e é também indubitavelmente que todos os riscos auto-gerados com que se depara hoje a humanidade jamais foram deparados anteriormente. Considerações como essas, na melhor das hipóteses, poderiam encorajar uma reflexão detida e aprofundada acerca da natureza e das potencialidades intrínsecas da ação (humana), que jamais revelou tão abertamente sua grandeza e seus perigos.

Verifica-se, desse modo, a modificação da interação entre homem e natureza, pois anteriormente o homem na busca de sua preservação utilizava de meios naturais para sua proteção. Contudo, atualmente, a humanidade em grande medida controla e deteriora os meios naturais na construção de cidades, edificações, tecnologias, ou seja, na construção e manutenção do mundo contemporâneo. Não resta dúvida que a ação humana é decisiva para que haja um desequilíbrio e uma deterioração do meio ambiente.

A degeneração ambiental causada pela ação humana pode ser amenizada, controlada e racionalizada. É o que vem se tentando fazer na esfera internacional (tratados), regional (acordos) e nacional (leis e decretos) com mecanismos jurídicos, econômicos e sociais em face da necessidade de proteção ambiental, desenvolvimento social sustentável e resguardo de condições ambientais mínimas para as gerações futuras.

Diante desse cenário de necessária preservação ambiental, o Direito, em especial o Direito Internacional Ambiental, torna-se ferramenta de fundamental importância para a proteção do meio ambiente, visto que o Direito Internacional é um conjunto de regras que ligam Estados e os outros agentes da política mundial em suas relações recíprocas. Além disso, o Direito Internacional associado aos regimes ambientais geram uma harmonização de desígnios na busca de normas mínimas e essenciais para um desenvolvimento sustentável e um meio ambiente condizente às necessidades em nível global.

Outrossim, vivencia-se um momento de internacionalização do Direito e no campo do Direito Internacional Ambiental observa-se o fenômeno da fragmentação, ou seja, as inúmeras interpretações pelos órgãos jurisdicionais internacionais de princípios basilares, bem como a aplicação de forma desconexa sem uma regra comum entre as várias jurisdições que aplicam à norma internacional.

Desse modo, a presente monografia visa demonstrar, por meio do estudo de caso, o processo de internacionalização e fragmentação do Direito Internacional Ambiental. O processo de fragmentação será estudado a partir do relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) que detectou tal problemática, bem como da doutrina sobre o assunto e de um estudo de caso que visa dar maior visibilidade e didática ao processo ora estudado.

Para melhor explanar o processo de fragmentação utilizar-se-á a análise o Caso *Mox Plant*, pois verificar-se que no âmbito internacional os órgãos jurisdicionais podem ter posicionamentos diversos num mesmo caso, portanto, tema de relevância para o debate na construção e aplicação do Direito Internacional Ambiental.

O assunto a ser analisado no presente estudo coaduna-se na análise do direito internacional (ambiental) e de saber se ele é um direito uno ou fragmentado, colocando-se como hipótese contestável a teoria tradicional do direito internacional como uma ordem una de Hans Kelsen e Pierre-Marie Dupuy. Outrossim, ao final da análise do caso lançar-se-á duas problemáticas que serão respondidas nas conclusões desse estudo.

Em suma, o presente *paper* visa contestar a idéia de que o direito internacional é uno, pois em face ao cenário da internacionalização do Direito que visa a unificação, a uniformização e a harmonização das normas, constata-se a fragmentação que é um obstáculo a ser vencido, entendido e estudado para aperfeiçoamento do "sistema internacional de proteção ambiental". A partir desta explanação, as discussões do tema não se esgotam nesse estudo ora proposto, mas iniciam-se.

1 – Uma usina nuclear e o problema ambiental entre Reino Unido e Irlanda: O Caso *MOX PLANT*

O caso *MOX Plant* é um importante exemplo da fragmentação do direito internacional do meio ambiente e da crise dos regimes jurídicos internacionais, uma vez que se trata de um caso de conflito de diferentes sistemas jurisdicionais internacionais.

Esse caso inicia-se com a firma British Nuclear Fuels Ltd. (BNFL), que explorava usinas nucleares na região situada em Sellafield (Reino Unido), a 180 km da costa da Irlanda. A empresa já detinha uma usina chamada THORP e tratava os combustíveis nucleares irradiantes afim de produzir o *MOX*, mas a idéia era aumentar a produção e abrir uma nova usina que produsisse 120 toneladas por ano de *MOX*.

O plutônio produzido pelas centrais nucleares pode ser considerado com um decheto ou uma matéria reciclável. Assim, o *MOX*, combustivel nuclear mixto a base de óxido de uranio com óxido de plutonio, pode ser queimado novamente em alguns reatores nucleares. Essa reciclágem que talvez permita um controle do crescimento dos estoques de material radioativo é, contudo, muito contestável. A rentabilidade economica dessa utilização civil não é segura. Sobre o aspecto técnico, a reciclagem não abre perspectivas cativantes, complicando a gestão do parque eletronuclear e o ciclo de combustão, rendendo um notável, delicado e custoso fim para os dechetos finais. Seu

desenvolvimento induz as trocas internacionais e como corolário o transporte de longas distâncias. Isso cria riscos de acidentes ou, ainda, de uma possibilidade de roubo por organizações terroristas.

MOX é um resíduo radioativo que pode contaminar o solo, o ar e a água, podendo acarretar um desastre natural permanente para os seres humanos. Um acidente envolvendo os navios que transportem o *MOX*, ou um ataque terrorista, poderiam dispersar o plutônio – uma das substâncias mais perigosas existentes, com uma meia-vida de 24.000 anos – nos oceanos e costas, envenenando as pessoas e o meio ambiente. Além disso, o risco de proliferação – descontrole da propagação e apropriação indébita para finalidades militares e terroristas, tecnologia e materiais nucleares – é verificável.

Em 2 de agosto de 1996, em conformidade com as suas obrigações nos termos do artigo 37 do Tratado Euratom,o Reino Unido transmitiu à Comissão Européia dados relativos à eliminação dos resíduos radioativos de Sellafield, central de combustível *MOX*. Em 25 de fevereiro de 1997, a Comissão apresentou o seu parecer, que incluía o seguinte: "*a distância entre a central e o ponto mais próximo do território de outro Estado-membro,a Irlanda, é de 184 km; em caso de descargas não previstas de resíduos radioactivos,na seqüência de um acidente da magnitude descrita nos dados gerais,as doses susceptíveis de atingirem a população de outros Estados-membros não seriam significativas do ponto de vista da saúde*."

De acordo com as normas européias, em especial, o art. 37 do Tratado da Euratom, o Reino Unido ouviu a Comissão Européia e deveria consultar os Estados afetados antes de iniciar o seu projeto nuclear. Nesse sentido, entre 1997 e 2001 realizou dois relatórios de avaliação, e com base neles, promoveu cinco consultas públicas. Com o resultado das consultas públicas, decidiu, em 03 de outubro de 2001, que a usina era "economicamente justificavél", autorizando a produção do serviço (manufatura de *MOX*). Essa decisão foi contestada judicialmene, no plano nacional, por organizações não-governamentais ambientais, que alegaram que a autorização estava fundamentada em justificativa insuficiente, mas o processo não obteve êxito para as ONGs.

Assim, o Reino Unido autorizou os estudos para a construção da nova usina nuclear, em função de analizar a viabilidade economica, verificando que aprovada a fábrica de *MOX* de Sellafield o Reino Unido tinha previsto um lucro de 200 milhões de libras durante o seu tempo de vida, mas a Irlanda se opôs ao projeto, considerando o estudo de impacto ambiental incompleto, principalmente, no que dizia respeito ao transporte marítimo do produto. A empresa ficou pronta em agosto de 1995, assim, a BNFL demandou em 1996 uma autorização para exploração de *MOX* às autoridades britânicas.

A Irlanda participou ativamente nas consultas públicas, criticando a forma de atuação do governo britânico, a falta de acesso às informações mais relevantes do processo e a fraca fundamentação da decisão britânica em permitir a produção e transporte do *MOX* naquela região. Desse modo, em 15 de julho de 2001, antes que o Reino Unido decidisse que a usina era "economicamente justificável", a Irlanda invocou pela primeira vez a claúsula compormissória da convenção sobre a Proteção do Ambiente Marinho do Atlântico Noroeste (OSPAR, art. 32) exigindo a constituição de um tribunal arbitral. Nesse pedido a Irlanda solicitou ao tribunal arbitral, em sede de medida cautelar, que o Reino Unido não confirmasse a autorização do serviço para a produção de *Mox* até a conclusão e decisão do procedimento arbitral (OSPAR).

Todavia, na iminência do Reino Unido autorizar a produção e transporte do material radioativo, prevista para 20 de dezembro de 2001, a Irlanda pesquisou um novo procedimento para obter medidas cautelares e depois a suspensão do serviço da usina nuclear e sua produção de *MOX*. Assim, em 25 de outubro de 2001, ela acionou um segundo procedimento de arbitragem contra o Reino Unido, em virtude do artigo 287 da Convenção de Montego Bay sobre direito do mar (doravante CMB). Afim de justificar a constituição do tribunal arbitral (TADM) previsto no anexo VII da Convenção de Montego Bay, a Irlanda "maritimisou" a querela. Nesse sentido, ela afirmou nessa demanda que as operações da usina *MOX* e o transporte internacional de material radioativo afetariam alguns de seus direitos (direito a informação e proteção ao meio ambiente), pedindo, ainda, que o Reino Unido cooperasse para a realização de um estudo apropriado de impacto ambiental das operações da usina e do transporte do material radioativo, evitando e tomando medidas no sentido de impedir a poluição no mar da Irlanda.

Como o Reino Unido não suspendeu a autorização da usina *MOX*, mesmo com a abertura de dois procedimetos abitrais, a Irlanda acionou o Tribunal Internacional do Direito do Mar (doravante TIDM) em face do § 5º, do artigo 290 da Convenção de Montego Bay para atender sua solicitação de constituição do Tribunal arbitral. Nessa nova solicitação a Irlanda pediu, em 09 de novembro 2001, medidas (cautelares) de consevação e a supsensão imediata da autorização concedida a BNFL pelo Reino Unido. Assim, em 03 de dezembro de 2001, o TIDM decidiu certas medidas para ambos Estados, mais no sentido de cooperação na troca de informações, e rejeitou o pedido principal da Irlanda.

Na decisão do Tribunal Internacional do Direito do Mar observou-se, de forma unanime, que a Irlanda e o Reino Unido deveriam cooperar e, como corolário, proceder sem atraso os seguintes fins;

a) trocar informações suplementares concernentes as possiveis consequências, para o mar da Irlanda, dos serviçoes provenientes da usina *MOX*;

b) supervisionar os riscos e efeitos que poderam resultar, para o mar da Irlanda, das operações da usina *MOX*;

c) adotar, adequadamente, medidas para prevenir uma poluição do meio marítimo que poderão surgir das operações da usina *MOX*.

O TIDM decidiu, ainda, que a Irlanda e o Reino Unido apresentasse um relatório inicial, com base no art. 95, § 1 do regimento interno, e prestasse as informações que a Corte, porventura, achasse importante.

Além desse quadro complexo de jurisdições internacionais concorrentes, foi apresentado um recurso contra a Irlanda no âmbito comunitário. Assim, o TIDM se declarou *prima face* competente e rejeitou a exeção de incompetência levantada pelo Reino Unido com base no artigo 282 da CMB.

O TADM considerou, na decisão de 24 de junho de 2003, que a Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE) poderia decidir de maneira diferente, assim, o tribunal afirmou sua competência exclusiva em relação ao art. 282 da CMB, destacando que a

questão de competências pertencia a uma ordem jurídica distinta – comunitária – e deveria ser tradada no âmbito da TJCE. Mesmo assim, o TADM decidiu suspender o processo em 01 de dezembro de 2003, uma vez que a Irlanda interpôs um pedido nesse sentido em face de uma decisão da TJCE.

Outrossim, em 02 de julho de 2003, o Tribunal arbitral OSPAR julga o caso, reconhecendo sua competência, conforme art. 9º de sua Convenção de OSPAR sobre direito à informação, mas denega o pedido da Irlanda.

Além disso, a Comissão Européia decidiu em 30 de outubro de 2003, apresentar um recurso contra a Irlanda para reconhecimento exclusivo da competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias para decidir o dever de cooperar face ao art. 10 do Tratado de Roma. Desse modo, o TJCE em 30 de maio de 2006, decidiu ser exclusiva a sua competência e condenou a Irlanda.

Nos termos da Decisão da TJCE, percebe-se que a Comissão acusou e condenou a Irlanda de ter violado o dever de cooperação que decorre do artigo 10.° CE, uma vez que, ao desencadear um processo arbitral ao abrigo da convenção, o referido Estado?Membro exerceu uma competência que pertence à Comunidade. Essa obrigação dos Estados?Membros, prevista no artigo 292.° CE, de recorrerem ao sistema jurisdicional comunitário e de respeitarem a competência exclusiva do Tribunal de Justiça que dele constitui um elemento fundamental deve ser entendida como uma manifestação específica do seu dever mais geral de lealdade que decorre do artigo 10.° CE.

Em segundo lugar, a Comissão determinou que a Irlanda infringiu os artigos 10.° CE e 192.° EA, em virtude de este Estado?Membro ter instaurado o processo no tribunal arbitral sem ter informado nem consultado previamente as instituições comunitárias competentes. Assim, o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias recordou que, em todos os domínios que correspondem aos objetivos do Tratado CE, o artigo 10.° CE impõe aos Estados?Membros que facilitem à Comunidade o cumprimento da sua missão e que se abstenham de tomar qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objetivos do mesmo Tratado (v., designadamente, parecer 1/03, de 7 de Fevereiro de 2006, Colect., p. I?1145, n.° 119). Os Estados?Membros assumiram obrigações da mesma natureza no quadro do Tratado CEEA, nos termos do artigo 192.° EA.

Em suma, o TJCE entendeu que esse fato de submeter um diferendo desta natureza a um órgão jurisdicional como o tribunal arbitral implicaria no risco de que um tribunal diferente - do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, TJCE - se pronunciasse sobre o alcance de obrigações decorrentes, para os Estados?Membros, do direito comunitário.

Assim temos:

15 de julho de 2001	Irlanda pede painel arbitral frente a Convenção OSPAR
09 de novembro de 2001	Irlanda aciona o Tribunal Internacional do Direito do Mar, que se declara competente
02 de julho de	Painel arbitral OSPAR reconhece sua competência, mas nega o pedido

2003	da Irlanda
30 de outubro de 2003	Comissão Européia ingressa contra a Irlanda na Corte de Justiça das Comunidades Européias, que também se declara competente, de forma exclusiva
01 de dezembro de 2006	Irlanda pede a suspensão do processo junto a TIDM

Ressalta-se que além desses procedimentos jurisdicionais a Irlanda poderia ter provocado o TJCE, antes de ser acionada pela Comissão Européia, com base no direito comunitário de informação ambiental e de estudo do impacto ambiental. E a Convenção relativa à Avaliação do Impacto Ambiental num Contexto Transfronteiriço (Espoo, 1991), que é uma Convenção que estabelece as obrigações das partes a fim de avaliar o impacto ambiental de determinadas atividades numa fase inicial de planejamento. Portanto, a controvérsia poderia ter envolvido outras jurisdições internacionais.

A Irlanda foi vencida em todos os processos: no primeiro (Tribunal OSPAR), porque o tribunal acolheu a invocação do princípio de confidencialidade da informação por parte do Reino Unido, mesmo reconhecendo sua competência para julgar o caso; no segundo (TIDM), em virtude de o Tribunal Internacional do Direito para o Mar não se ter revelado sensível ao argumento da precaução, remetendo as partes para o cumprimento dos deveres de cooperação leal no fornecimento da informação; no terceiro (TADM), a retirada das acusações a pedido da Irlanda, uma vez que, objetivamente, a cláusula de exclusividade da jurisdição do TJCE fora violada.

Em suma, o pedido da Irlanda fundou-se no argumento que o funcionamento da usina iria contribuir para a poluição do mar irlandês, mas foi ao final negado. Todavia, sem discutir questões de mérito, o importante a ser salientado no contexto deste estudo, é o fato de que três regimes jurídicos internacionais se apresentavam *prima facie* como aplicáveis, um Tribunal Arbitral – TADM - estabelecido pela Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (UNCLOS), outro Tribunal estabelecido pela Convenção sobre Proteção do Ambiente Marítimo do Nordeste do Atlântico (OSPAR Convention) e ainda o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE) estabelecido pelas Comunidades Européias.

Frise-se, ainda, que o Reino Unido foi pressionado pela Comissão Européia no sentido de fornecer informações solicitadas e de promover o acesso às instalações da *Mox Plant* por inspetores do serviço da Euratom em face da repercussão do presente litígio na União Européia.

Nesse caso, a escolha poderia ser diferente, na hipótese de que um dos outros dois regimes (TADM e OSPAR) tivessem um poder de influência maior e fossem reconhecidos como a “voz de autoridade” no caso. Mostra-se assim, uma prevalência de critérios mais políticos e menos técnicos ou jurídicos para a escolha de um regime aplicável ao caso. Fica clara também a tendência de setorização do direito internacional e consequentemente a complexidade para encontrar formas de alcançar qualquer consenso para a solução dos problemas que surgem em casos como esse.

O que nos interessa nesse estudo é a multiplicação de foros para solução de conflitos internacionais, sem hierarquia, sem coordenação e com um importante potencial de conflitos sem solução prevista pelo direito internacional, uma característica do processo atual de complexificação do direito internacional em que vivemos. De um lado tem-se a norma material de fundo, qual seja, o direito ambiental invocado pela Irlanda e do outro lado tem-se a norma formal de competência, visto que o Reino Unido contestou a competência do Tribunal de OSPAR, do TADM e do TIDM. Além disso, a Comissão Européia se posicionou em desfavor à Irlanda para preservar a competência do TJCE, portanto, verifica-se uma pluralidade de atores envolvidos. Verificou-se, ainda, nesse caso, um conflito de direito comunitário (regional) e internacional (mundial) e um conflito de interpretação de uma Convenção (CMB) por distintos órgãos jurisdicionais.

A reconfiguração do campo jurídico internacional, que se insere na conjuntura descrita acima, dá margem a diferentes interpretações e perspectivas sobre como administrar os novos desafios do direito internacional, demonstrando que o direito internacional ambiental sofre o fenômeno da internacionalização e, por conseguinte, da fragmentação.

Diante o exposto, abrem-se duas questões: 1) A internacionalização do Direito deu causa à existência da fragmentação (concorrência de jurisdições sem uma solução clara)? 2) o Direito Internacional Ambiental é uno ou fragmentado em diversos regimes jurídicos?

Assim, far-se-á um estudo sobre a internacionalização para entender o surgimento da fragmentação do direito, bem como focar-se-á no problema da fragmentação e com isso na contestação da hipótese do direito ser uno ou fragmentado, conforme o posicionamento de diferentes teorias do direito internacional. Tudo isso com o intuito de responder às problemáticas lançadas, pelo caso ora estudado.

2 – A contextualização da multiplicação de foros de solução de conflitos à luz do processo de internacionalização do Direito

A internacionalização do Direito, em especial no direito ambiental, é uma das consequências da expansão e mundialização do Direito. Entender a internacionalização do Direito, significa entender outros fatores extra-jurídicos (históricos, econômicos e sociais), além dos atores (nacionais, regionais e internacionais) e processo de interação normativa (Unificação, Uniformização e Harmonização). Compreender isso é um primeiro passo para compreender a nova fase da ciência do Direito que não se condiciona apenas aos limites territoriais do Estado.

O processo de internacionalização do Direito coaduna-se, em termos gerais, na influência do direito internacional no direito interno e vice-versa. Nota-se um pluralismo jurídico que é oriundo da *fragmentação das soberanias*, tanto pelos modos de regulação do direito, como das fontes desta regulação, absorvendo mecanismos de regulação alternativa não estatal, ensejando um pluralismo de racionalidades, e que resulta, no campo do direito, de *lógicas estilhaçadas*, pela inflação, flexibilização e diversificação de produção normativa que se multiplica a todo o tempo .

Ademais, a internacionalização caracteriza-se pela descentralização das fontes do direito internacional, no aumento também nas formas de normas internacionais com a existência de verdadeiros regimes autônomos, multiplicando também os mecanismos de se consolidar tais normas, além dos assuntos por elas tratados. Compreende a expansão do direito internacional, que abrange temas que eram peculiares ao direito interno e à criação de instrumentos de controle desse novo direito, em tempos de globalização.

Assim, em contraposição à idéia da existência de uma prevalência de fonte do Direito, que seria o Estado, evidencia-se hoje uma "relatividade espacial, temporal e conceptual que embaralha todos os pontos de referência habituais, deixando ver um espaço normativo "desestatizado", um tempo "desestabilizado" e uma ordem "deslegalizada". De acordo com Luhmann:

"Os direitos internos vão sendo produzidos de acordo com a adequação de regras produzidas no plano internacional e isso, sem dúvida, leva a uma internacionalização dos direitos, não só como regra material, mas também porque influência o próprio sistema central e ideológico do Direito do Estado."

A globalização, com sua velocidade para a constituição de relações jurídicas, desconsiderando tempo e espaço, juridicamente, leva a essa internacionalização. Nesse fenômeno, refletem a descentralização das fontes e a pluralidade de atores, que se explicam pela atribuição progressiva de competências e de capacidades dos Estados às organizações internacionais e supranacionais, na elaboração e controle das normas internacionais, junto com a expansão do direito internacional, aumenta-se o rol de produção de normas internacionais e, por oportuno, surgem os organismos internacionais e tribunais internacionais e arbitrais que irão aplicar e resguardar esse direito.

Os regimes internacionais são os princípios, normas, regras e decisões reflexos da convergência de interesses de seus atores. Os princípios são o conjunto coerente de estabelecimentos teóricos, as normas especificam formas gerais de comportamento, e as regras e decisões se referem a prescrições específicas de comportamento em áreas definidas. Representam a própria dinâmica do Direito Internacional, na medida em que comportam o próprio resultado da interação entre os seus diversos atores, ressaltando aqui o papel do juiz internacional que irá dar coerência, concreção e efetividade (mesmo que ainda limitada) às normas e aos princípios de direito internacional em suas decisões.

A internacionalização dos direitos comporta as técnicas de unificação, uniformização e harmonização, conforme lições de Delmas-Marty. A unificação é um processo que busca convergir as normas para objetivos comuns, raramente espontânea, e é pelo direito internacional que normalmente se realiza, pelas convenções que substituem as regras nacionais diferentes. A uniformização é um processo diferente que consiste em adaptar os direitos nacionais às regras definidas pelos tratados, sendo que cada ordenamento mantém sua identidade, suas técnicas, que então veiculam a aplicação de uma regra internacional comum.

A unificação, como a uniformização, repousa sob um princípio de identidade e conduz a uma decisão, seja de conformidade, se a identidade é respeitada, seja de não

conformidade, se as práticas são diferentes, por mais fracas que sejam as diferenças. Reduto da segurança jurídica, a unificação é, contudo, difícil de ser aceita nas searas nas quais as divergências são fortes demais para que uma síntese seja possível.

A harmonização, entretanto, é ordenada diante da impossibilidade de identidade ou de proximidade entre os sistemas, diante de diferenças que são julgadas incompatíveis, como, por exemplo, entre vários conceitos de dignidade que resultam em consequências totalmente diversas. Nesse sentido, ela favorece uma concepção tolerante do direito, mas esse pluralismo é "ordenado" pela exigência, à míngua da impossível identidade.

Na ausência de um ente superior habilitado para a coordenação da ordem internacional, cada Estado está em uma posição em que a prioridade é a proteção de seus interesses e o juiz internacional tem uma árdua tarefa na aplicação, sistematização e concretização das normas e princípios internacionais. Os juízes internacionais, mais libertos em suas ilhas jurisdicionais, têm um desafio na formação de uma coerência sistêmica na aplicação das normas internacionais, podendo cada juiz nos inúmeros tribunais internacionais aplicar de maneira destoante ou inovadora determinado princípio ou norma.

O juiz ou árbitro internacional participam do controle do direito ambiental, como de outros ramos do direito, orientando de maneira crescente a aplicação desse direito e contribuindo sem dúvida na harmonização para uma unificação das regras nacionais. Eles têm um papel importante na definição dos referenciais internacionais (princípio do desenvolvimento durável, princípio da precaução, princípio da prevenção, princípio do poluidor pagador, direito ao ambiente saudável etc.) e na participação da mundialização de certos conceitos e princípios jurídicos.

Assim, a contribuição do juiz e árbitro internacional e da jurisdição internacional na internacionalização do direito ambiental foi verificada no estudo do caso acima exposto. Entretanto, verificou-se que pela multiplicidade (atores) de jurisdições concorrentes e a falta de um órgão superior para dirimir o conflito de competência o direito saiu de cena para que a política fizesse o elo entre os regimes jurídicos envolvidos na querela. Não se pode esquecer que a Política é a possibilidade de fazer com que os "diferentes" possam conviver, mas foge da tecnicidade e da segurança jurídica.

Diante disso, Pierre-Marie Dupuy afirma que o primeiro passo é o de harmonizar ou unificar o direito nacional e o internacional, para num segundo passo se pensar e definir como será coordenada a competência das jurisdições internacionais.

Assim, a internacionalização dos direitos é uma resposta à necessidade de ordem nas relações internacionais, diante da influência cada vez maior do direito internacional nos direitos internos, pela multiplicidade de atores, de assuntos regidos por regimes autônomos e com a velocidade com que as relações se concretizam diante da globalização. Outrossim, outros ramos do Direito vislumbram a internacionalização, como os Direitos Humanos, Direito Penal, Direito Constitucional, ou seja, em certo sentido trata-se de uma nova fase histórica de transformação do Direito.

Em suma, buscou-se nesse capítulo traçar um panorama do Direito em face ao fenômeno da internacionalização, ou seja, mostrar que um novo desenho se faz nas lógicas antes territoriais e agora transnacionais. Assim, nesse processo de confluência do direito interno e internacional tem-se a ocorrência de muitos outros fenômenos,

como, por exemplo, a fragmentação do direito internacional ambiental e a multiplicação de jurisdições internacionais. Desse modo, é possível afirmar que a expansão do direito internacional, conforme o exposto nesse capítulo, ensejou a criação e concorrência de diversas jurisdições, sem, contudo, dar uma solução simples e clara ao problema de uma possível concorrência entre tais jurisdições. Portanto, pode-se inferir que a fragmentação é uma das facetas da internacionalização do direito.

3 – O problema da multiplicação dos foros de solução de conflitos em um contexto de fragmentação do direito internacional

De acordo com Hans Kelsen, toda ordem jurídica constitui uma comunidade jurídica, mas não necessariamente um Estado, essa idéia remete a um conjunto de normas que por uma razão ou outra forma uma unidade que constitui uma ordem normativa. De mais a mais, o direito internacional é uma ordem normativa primitiva em face da sua descentralização.

A ciência do Direito atribui um caráter jurídico tanto a ordem internacional quanto as ordens nacionais que se ligam à categoria de norma jurídica válida, ela encontra nas ciências naturais, na obrigação de apresentar seu objeto, composto de direito nacional e internacional, uma unidade. O critério negativo de tal unidade é a ausência de contradição e esse critério é valido, também, no domínio das ciências normativas. A ciência do Direito apresenta as normas contraditórias (lei ou tratado) e se esforça a demonstrar que essa contradição é apenas aparente.

Na teoria kelsenina, a unidade do Direito não é prejudicada pela falta de contradições lógicas, pois dois tratados com conteúdos distintos não ferem a unidade do direito, uma vez que não afetam sua ordem lógica, mas lembra que a Carta da ONU, no art. 103, impõe a não execução pelos Estados membros de tratados contrários ao disposto na Carta. Outrossim, a unidade do sistema jurídico universal é de caráter puramente teórico, todavia, Hans Kelsen afirma que a soberania pode ser relativizada e essa relativização da noção de Estado, juntamente, com o fundamento da unidade teórica de tudo que é jurídico dá a sua teoria do direito internacional uma condição essencial para alcançar uma unidade política do mundo, dotado de uma organização jurídica centralizada.

Alguns autores contemporâneos, revendo a teoria clássica de Kelsen, trabalham com a idéia de unidade do direito internacional, afirmando que a unidade material da ordem jurídica internacional, sendo a afirmação de uma unidade do direito internacional em razão da existência de um tipo de legalidade superior, caracteriza-se pela sua inderrogabilidade universal, é mais que uma hipótese de trabalho, é uma aposta política traduzida em direito positivo.

Neste caso, mesmo com a existência fática de diferentes foros de solução de conflitos, existiria uma unidade formal do direito internacional assegurada pela "equivalência normativa", uma vez que não existe hierarquia entre os tratados e o costume. O conteúdo e o crescimento das normas materiais vêm, na contemporaneidade, regular setores da atividade humana antes não regulados pelo direto internacional, desse modo, a unidade formal do direito internacional é suficiente para demonstrar a conclusão de que a soberania estatal é relativa, pois ela depende do desenvolvimento correlacionado a ordem jurídica determinante das condições do exercício dessa mesma soberania. A unidade material (e formal) do direito internacional será garantida pela interpretação e aplicação desse direito pelos juízes, que são "*les gardiens de l'unité*".

Em suma, as teorias apresentadas trabalham com a idéia de unidade do Direito Internacional, visando uma relativização da idéia de soberania e buscando uma unidade política e jurídica entre o nacional e o internacional. Desse modo, como bem lembrado por Hans Kelsen, a unicidade do Direito Internacional é apenas teórica, mas na prática verifica-se um Direito segmentado ou fragmentado.

Outrossim, a internacionalização conduz a uma aproximação dos direitos internos (nacionais) e internacionais (regionais e mundiais) e a uma complexidade sistêmica, incidindo na fragmentação em alguns momentos.

Cabe ressaltar, que a fragmentação tem tomado uma importância tão grande, que a Comissão de Direito Internacional (da ONU), que possui a função de preparar projetos de tratados (como foi o caso da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados), pela primeira vez, mudou a metodologia de trabalho para este estudo, sendo produzido um Relatório e não um tratado.

A fragmentação, nesse sentido, parece-nos como traço característico do direito internacional atual e, portanto, outra face do processo de internacionalização do Direito. Se for verdade que a "mundialização conduz a uma redução progressiva da competência exclusiva dos Estados em prol das competências compartilhadas, o papel do direito seria de edificar princípios de organização dos povos para organizar o compartilhamento de competências de modo compatível com a soberania". Entretanto, a fragmentação do direito demonstra que isso está ocorrendo de maneira insuficiente.

Hoje em dia, o fenômeno da fragmentação do direito internacional é denominando como processo de "diferenciação funcional". Esta consistiria na "crescente especialização de partes da sociedade e a relativa autonomização destas partes". Ou seja, a especialização de certos ramos do direito, em destaque o ambiental, e a criação de sistemas autônomos para sua aplicação, como os tribunais internacionais e arbitrais, ensejariam uma segmentação e uma maior complexidade do direito internacional do meio ambiente.

Andreas Fischer-Lescano e Gunther Teubner afirmam que a fragmentação do direito não é simples colisão e conflito de normas e políticas, mas tem sua origem nas contradições entre as racionalidades institucionalizadas da sociedade, uma vez que o direito não as pode resolver, todavia demanda uma nova abordagem legal para evitar as colisões. Outrossim, eles afirmam que a fragmentação do direito é um reflexo da internacionalização da economia/. Sintetizando o pensamento desses autores, pode-se dizer que a fragmentação do direito é um fenômeno do mundo dos conflitos inerentes –

mediada de regimes jurídicos autônomos – a uma reprodução das colisões entre as diversas racionalidades da sociedade global.

No Direito o fenômeno da diferenciação funcional ou fragmentação resume-se no aparecimento de normas, complexos de normas, instituições jurídicas ou esferas de prática jurídicas igualmente especializadas e relativamente autônomas, conforme o demonstrado no processo de internacionalização. No entanto, crê-se que a produção destas normativas e instituições tende a ocorrer de forma não paralela com os conhecimentos e práticas gerais do direito internacional, gerando conflitos entre normas ou sistemas de normas, bem como a perda de uma perspectiva geral do direito, resultando também, indubitavelmente, em uma diminuição da almejada segurança jurídica, haja vista que não é mais possível prever a reação de instituições oficiais e planejar atuações de acordo com elas .

A fragmentação do direito internacional é fruto da expansão da atividade normativa e jurisdicional internacional em diversos novos campos, bem como a diversificação de seus objetos e técnicas. Por outro lado, corre-se o risco de o cenário criado a partir desta expansão vislumbrar um conflito de regras, princípios, sistemas de regras e práticas institucionais.

“Direito Econômico” e “Direito Ambiental”, por exemplo, têm objetivos bem específicos e confiam em princípios que apontam para diferentes direções. Com o corolário de um recente direito eficiente, têm criado e instituído novos tipos de cláusulas de tratados e práticas que são incompatíveis com o direito convencional ou com outros ramos do direito especializado. Novas regras ou regimes desenvolvem precisamente no sentido de afastar-se do que foi previamente estabelecido pelo direito convencional. Quando estes desvios se tornam comuns e freqüentes, a unidade do direito sofre.

Mais quais seriam os elementos que ensejaram a fragmentação do Direito Internacional - que podem ser aplicados à fragmentação do Direito Internacional Ambiental - ? O direito internacional se tronou fragmentado, particularmente, após o fim da Guerra Fria. Outros fatores são responsáveis por tal fragmentação, entre eles: a) A proliferação de normas internacionais; b) O crescimento da fragmentação política (juntamente com o crescimento regional e global e a interdependência das áreas econômicas, ambientais, energéticas, recursos naturais, saúde e a proliferação de armas de destruição em massa);c) A regionalização do direito internacional em conseqüência de um aumento do número de encontros regionais de pessoas interessadas na formulação de parâmetros para o direito internacional; d) A emancipação do individuo face aos Estados; e f) A especialização do direito internacional.

Atualmente, não existe um sistema homogêneo no direito internacional. Pode-se observar que o Direito Internacional (e o Ambiental) está dividido em blocos (mundial, regional, nacional) e possui diferentes formas de interação, denotando um cenário desorganizado e algumas vezes um espaço normativo sem uma coerência sistêmica.

Na fragmentação do direito podem-se observar efeitos positivos e negativos, pois a fragmentação pode ter um efeito positivo ao induzir os Estados a cumprir o Direito Internacional ou os mesmos podem estar mais inclinados a seguir as normas de caráter regional, pois refletem uma situação política mais próxima do Estado naquela

determinada região. Entretanto, a fragmentação pode causar efeitos negativos, expondo as fricções e contradições entre as várias normas e princípios e impondo ao Estado várias obrigações entre eles."

Outro ponto importante da fragmentação é que ela, devido à especialização do direito, atende melhor as complexidades sociais, todavia, possui um lado negativo, visto que gera uma multiplicidade de regimes e isso potencializa os conflitos, entre eles, a falta de comunicação entre os vários regimes e a colisão de interesses contrapostos de vários atores no cenário internacional. Além disso, a complexidade social demanda cada vez mais normativas e regimes jurídicos específicos e, nesse sentido, Lescano e Teubner afirmam que:

"Transnational communities," or autonomous fragments of society, such as, the globalized economy, science, technology, the mass media, medicine, education and transportation, are developing an enormous demand for regulating norms which cannot, however, be satisfied by national or international institutions. Instead, such autonomous societal fragments satisfy their own demands through a direct recourse to law."

No contexto do Direito Internacional Ambiental a fragmentação já se pode constatar, tratando-se de tema de crucial relevância para o debate e reflexão dos princípios e normas internacionais do meio ambiente. Em suma, pode-se vislumbrar no presente capítulo o fenômeno da internacionalização do Direito que tem duas facetas, quais sejam; o movimento de unificação, uniformização e harmonização (desenvolvimento coerente do direito internacional); e a fragmentação (momento necessário e de crise).

A internacionalização das relações econômicas e a superação de conflitos ideológicos deu espaço ao pragmatismo econômico e ao acirramento da competição internacional no final da década de 80 do século passado, produzindo interessantes epifenômenos, tais como a subjugação de diferenças nacionais ou regionais, em favor de relações harmônicas, ou ao menos, nas quais, em suas grandes linhas os pólos de conflitos fiquem resolvidos, como, por exemplo, através de unificação, uniformização e harmonização do direito. Ressalta-se, assim, a importância destas tendências - harmonização, uniformização e unificação - nos processos de integração em um sistema internacional pautado pela existência de conflitos de interesse, com intuito de uma integração não somente jurídica, mas, sobretudo, econômica, política e, em menor escala, social e cultural.

Em suma, a fragmentação do Direito é fruto da especialização e complexidade do direito internacional, sua expansão normativa e jurisdicional em face da internacionalização da economia, da sociedade e do direito. Desse modo, sua existência já pode ser constatada, mas a simples constatação não é suficiente para se evitar os conflitos que possam surgir.

Nesse ponto, cabe frisar que no caso *Mox plant* observou-se essa falta de ligação e troca de informações de maneira pré-ordenada entre os sistemas jurisdicionais

envolvidos. Outrossim, a questão da fragmentação, mais especificamente o conflito de competência, enseja por si só uma insegurança na medida que a matéria de fundo pode não ser apreciada, portanto, pondo em cheque a própria viabilidade do direito internacional ambiental que visa resguardar o meio ambiente. Além do mais, a matéria ambiental em discussão pode ser analisada por múltiplos atores tendo suas decisões falta de efetividade o que remete ao primitivismo e a descentralização do Direito Internacional.

Verificou-se, ainda, que a concorrência e a possibilidade de *forum shopping* - a faculdade de escolha do foro para se discutir as demandas - podem ter consequências positivas e negativas e realça a questão da fragmentação, vislumbrada pelo relatório da ONU e a doutrina citada. Ademais, o caso exemplifica bem a concorrência de jurisdições e a fragmentação do direito internacional do meio ambiente em diversos regimes jurídicos. Talvez a forma como o direito internacional foi teorizado e erigido, até a presente data, produza um choque de racionalidades que trará inconvenientes e convenientes, como, por exemplo, a maior especialização e complexidade do direito para atender a demanda de uma sociedade que exige cada vez mais esse tipo de norma especializada (para os vários ramos do saber humano) ou uma insegurança jurídica e inefetividade das decisões judiciais (ambientais) internacionais.

A fragmentação do direito internacional não tem cunho territorial, ela vai mais além. Hoje, o direito internacional se multiplica em diferentes regimes que lidam com matérias específicas e com funções específicas. Onde isto leva? Os regimes vão se especializando tanto que começam a desenvolver normas, instituições e racionalidades próprias. A comunidade de juristas também está se dividindo, se fragmentando. Existem inclusive regimes que contam com tribunais ou mecanismos de solução de conflitos, como o da OMC. Cada um age de forma segmentada.

Fica, assim, respondida a segunda problemática lançada após explanação do caso *mox plant*, ou seja, o direito internacional ambiental encontra-se fragmentado em diversos regimes, graça a uma racionalidade de uma prática e teorização do direito internacional que não condiz mais com a realidade transnacional do direito, da economia e da sociedade. Portanto, a idéia de unicidade do direito internacional lançada na teorização do direito internacional por Hans Kelsen e Pierre-Marie Dupuy não pode mais prosperar com o atual cenário.

A unidade do direito internacional, como afirma Hans Kelsen, é apenas teórica - uma vez que ficou demonstrada na prática a fragmentação - e serviu como forma de relativizar a idéia de Estado que em face do princípio da soberania não queria se submeter ao direito internacional. Entretanto, com o transcorrer dos anos e com a mudança da sociedade – e sua globalização - verificou-se que outros elementos – econômico, social e até cultural - relativizaram a idéia clássica de soberania. Desse modo, a idéia que é apenas teórica de unidade do direito internacional é a mais correta em face dos elementos apresentados pelo caso *Mox Plant*.

Portanto, pela análise do caso, do relatório da ONU e da doutrina referenciada, constatou-se que o direito internacional ambiental sofre de uma especialização cada vez maior, com aparecimento de princípios próprios (precaução), e necessita, cada vez mais, de uma coerência na sua aplicação e efetividade que se dará, em boa parte, pelas jurisdições internacionais. Desse modo, a idéia de fragmentação e inefetividade dos

regimes jurídicos ambientais pode acarretar sérios problemas no fortalecimento do direito internacional e na proteção do meio ambiente que não deve se dar somente em nível nacional, mas, também, em nível global.

4 – Conclusão

Ao final do estudo de caso – *Mox Plant* – pode-se responder a duas problemáticas, quais sejam: A internacionalização do Direito deu causa à existência da fragmentação (concorrência de jurisdições sem uma solução clara)? e; o Direito Internacional Ambiental é fragmentado em diversos regimes jurídicos ou é uno?

O cenário da internacionalização do Direito que visa a unificação, a uniformização e a harmonização das normas, vislumbra a fragmentação que é um obstáculo a ser estudado para aperfeiçoamento do "sistema internacional de proteção ambiental". A expansão do direito internacional ambiental ensejou a criação e concorrência de diversas jurisdições, sem, contudo, dar uma solução simples e clara ao problema de uma possível concorrência entre tais jurisdições, ou seja, a fragmentação é uma das facetas da internacionalização do direito.

Sobre a segunda problemática lançada, após explanação do caso *mox plant*, observou-se que o direito internacional ambiental encontra-se fragmentado em diversos regimes. Portanto, a idéia de unicidade do direito internacional lançada na teorização do direito internacional por Hans Kelsen e Pierre-Marie Dupuy não pode mais prosperar com o atual cenário.

Além dessas conclusões exaradas, verifica-se que o direito internacional tem caminhado gradualmente da territorialidade à funcionalidade, pois ele, tradicionalmente, se ocupou da composição territorial do mundo, mas nos últimos anos a funcionalidade tem sido objeto de estudo – pois muito mais do que se preocupar com territórios, há um aumento do foco, visto que deve se preocupar como funcionam novos direitos – como o direito da internet – sem base territorial.

Assim, se existem vários regimes e jurisdições internacionais, podem existir decisões com interpretações divergentes. Como não existe uma estrutura hierarquizada, não há uma resposta certa, o que pode comprometer a segurança jurídica do "sistema" internacional. Pode-se apontar algumas soluções para que se evite a concorrência de jurisdições e, desse modo, a inefetividade do direito internacional, como, por exemplo, uma constitucionalização do direito internacional na promoção de um tratado para regular de maneira harmônica a pluralidade de regimes jurídicos ou utilizar órgãos como a Corte Internacional de Justiça para dirimir eventuais conflitos de competência.

Todavia, a racionalidade e a sistematização do direito internacional, em especial o ambiental, precisa ser revista e repensada, pois a idéia de um direito para proteção do meio ambiente está atrelada a efetividade de seus dispositivos e não pode se emaranhar num direito fragmentado e confuso que pode ser incapaz de aplicar a norma e proteger a biosfera.

A fragmentação do Direito Internacional Ambiental foi importante na medida em que estimulou a especialização de novos princípios e normas para proteção do meio ambiente, contudo pode acarretar sua inefetividade pela concorrência de jurisdições sem uma resposta certa e centralizada do Direito nesse sentido.

A mudança de metodologia da Comissão de Direito Internacional da ONU, bem demonstra que a problemática da fragmentação vai além do que se imagina, tanto que a metodologia utilizada pela comissão foi modificada, pois a simples elaboração de um tratado talvez não solucione tal problemática.

A forma de edificação do direito internacional como um direito primitivo e costumeiro, sem a devida centralização, não pode mais se manter e servir, adequadamente, aos desígnios de uma sociedade transnacional, com objetivos e princípios que vão além das fronteiras estatais. Desse modo, o direito internacional ambiental deve ser elaborado de forma que sua efetividade não esbarre na fragmentação da ação das instituições internacionais para que sua funcionalidade seja respeitada e concretizada.

Portanto, pela análise do caso, o relatório da ONU e a doutrina referenciada constatou-se que o direito internacional ambiental sofre de uma especialização cada vez maior, com aparecimento de princípios próprios (precaução), e necessita, cada vez mais, de uma coerência na sua aplicação e efetividade que se dará, em boa parte, pelas jurisdições internacionais. Desse modo, a idéia de fragmentação e inefetividade dos regimes jurídicos ambientais pode acarretar sérios problemas no fortalecimento do direito internacional e na proteção do meio ambiente que não deve se dar somente em nível nacional, mas, também, em nível global.

Em suma o Direito Internacional de hoje, na prática, é fragmentado em diversos regimes, mas isso não inviabiliza a teoria da unidade do direito interno, uma vez que no âmbito interno (nacional) essa premissa é correta, visto que o direito e as suas instituições regulam essas assimetrias (contradições aparentes). No plano internacional essa idéia de unidade pode até prevalecer, mas, somente, se o direito internacional prever formas de resolução das contradições e conflitos o que não ocorre no presente momento. Assim, pode-se concluir que na prática o direito internacional é fragmentado. Diante disso, o primeiro passo é o de harmonizar ou unificar o direito nacional e o internacional (o que já está ocorrendo), para num segundo passo se pensar e definir como será coordenada a competência das jurisdições internacionais.

5 - Referências

ARAÚJO, Nadia e CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Integração Jurídica Interamericana**: **as convenções interamericanas de direito internacional privado (CIDIPs) e o direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1998.

ARENDT, Hannah, **Entre o Passado e o Futuro**, Perspectiva, São Paulo, 2007.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre a modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado**. Rio de Janeiro. Renovar. 1999.

BROWNLIE, Ian. **Problems Concerning the Unity of International Law**, in Le droit international à l'heure de sa codification: Etudes en l'honneur de Roberto Ago 153, 156 (Dott. A. Giuffrè ed., 1987).

BULL, Hedley. **A sociedade anárquica.** 1ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Martins Fontes. São Paulo, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Trois défis pour un droit mondial**. Tradução Livre. Paris, Éditions du Seuil, novembre 1998.

DORNELLES, João Ricardo W.. **Internacionalização Dos Direitos Humanos**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.

DUPUY, Pierre-Marie. **The Unity of Application of International Law at the Global Level and the Responsibility of Judges.** European Journal of Legal Studies. Disponível em: *www.ejls.eu/2/21UK.htm. Acessado em: 02/04/2009.*

FISCHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther. **Regimes-Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law**. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, No. 4, 2004.

GALINDO, George. **Palestra: A Fragmentação do Direito Internacional**. OAB-DF. Brasília. 25/03/20009.

GÜNDLING, L.. **International Environmental Law: Marine Environment, Polar Regions, Outer Space**. UNITAR. Geneva. Switzerland. 2006.

HAFNER, Gerhard. **Pros And Cons Ensuing From Fragmentation Of International Law**. Disponível em: *students.**law**.umich.edu/mjil/article-pdfs/v25n4-hafner.pdf Acessado em: 18/02/2009.*

HUISMANS, W., HALPAAP, A. e Peterson P. (2004, 2nd Revised Edition), **International environmental law: Hazardous Materials and Waste**, UNITAR, Geneva, Switzerland, 1998.

KELSEN, Hans. **Théorie du Droit International Public**. Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye, v. 84, 1953. p. 71.

KEMPF. H. **L'Irlande exige de la Grande-Bretagne la fermeture d'une usine de retraitement**, *Le Monde,* 2.12.01.

KISS, A. (2005, 2° Revised Edition), **Introduction to International Environmental Law**, UNITAR, Geneva, Switzerland, p.1-39.

KISS, Alexandre e SHELTON. Dinah, L.. **Developments and Trends in International Environmental Law**. UNITAR. Geneva. Switzerland. 2006.

KRASNER, Stephen D. **Structural Conflict: The Third World Against Global Liberalism**. University of California Press/ Berkeley, Los Angeles, London.

LAMBA, Aline. **Fragmentação do Direito Internacional? Uma leitura sobre o Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU**. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/site/pg.asp?pagina=detalhe_artigo&titulo=Artigos&codigo=1636>. Acessado em: 12/02/2009.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

LIMA, Gabriela Garcia B.. **A internacionalização dos Direitos e a Incomensurabilidade de Valores: Sua proposta como reflexo de uma tradição**. In: XVII Congresso Nacional CONPEDI, 2008, 2008, Brasília. XVII Congresso Nacional CONPEDI - XX anos de Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios. Brasília - (em novembro 2008).

LUHMANN, Nickolas. **La differenziazione del diritto**. Bologna. Società Editrice Il Mulino, 1995.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine e MARTIN, Jean-Christophe. **L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux**. Journal du Droit International ("Clunet"). vol. 134, no. 2, Abril/Maio/Junho de 2007.

MACHADO, Maíra Rocha, **Internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena**, Ed.34, Edesp, São Paulo, 2004.

MENEZES, Wagner. **O Direito Internacional e a Teoria da Transnormatividade**. Pensar. Fortaleza. V. 12, março de 2007.

MELLO, Celso Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. Ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2000.

MEYER-PFLUG, SAMANTHA RIBEIRO. A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL. COLETÂNEA DE ESTUDOS JURÍDICOS. 1 ED. BRASÍLIA: SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, 2008, V. 1, P. 436-447.

MICHELOT, Agnès.. **Environment and Trade**. UNITAR. Geneva. Switzerland. 2007.

NUNES, LÍLIAN ROSE LEMOS SOARES NUNES, INSTRUMENTOS ECONÔMICOS APLICADOS À REGULAÇÃO AMBIENTAL: O EXEMPLO DA TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL, UNB, BRASÍLIA, P. 18.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 7ºed., 2006.

SAND, P.H.. **The Role of International Organizations in the Evolution of Environmental Law.** UNITAR. Geneva. Switzerland. 1997.

SHELTON, Dinah.. **Techniques and Procedures in International Environmental Law**. UNITAR. Geneva. Switzerland. 2004.

TAYLOR, N. e TAYLOR, W. **The Metallography of Mixed Oxide Fuel (M.O.X. Fuel) and Canning Materials for Thermal Reactors.** Struers Journal of Materialography. 11/2006.

VARELLA, Marcelo Dias. **A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

ONU. Relatório: "**Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**", Chapter IX, ILC Report, Fifty-fourth session (29 April – 7 June and 22 July – 16 August 2002) Disponível on-line em: http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/77/PDF/G0661077.pdf?OpenElement [07.07.07]. Acessado 10/02/2009.

TIDM. 2001**.** 3 décembre 2001**.** Caso No. 10. **AFFAIRE DE L'USINE MOX.** (IRLANDE c. ROYAUME-UNI)**.** Demanda que solicita medidas conservatórias. Disponível em: http://www.itlos.org/start2_en.html. Acessado 09/03/2009.

TJCE. **Processo C?459/03**. Comissão das Comunidades Européias contra Irlanda. Disponível em: *https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=3281. Acessado em 12/03/2009.*

Cf. ARENDT, Hannah, **Entre o Passado e o Futuro**, Perspectiva, São Paulo, 2007, p. 91.

Cf. ARENDT, Hannah, **Entre o Passado e o Futuro**, Perspectiva, São Paulo, 2007, p. 95.

Nesse sentido a Teoria dos Riscos - BECK, Ulrich, LUHMANN, Niklas.

Nesse sentido, ver: Shelton, Dinah.. **Techniques and Procedures in International Environmental Law**. UNITAR. Geneva. Switzerland. 2004. 143 pp.

KISS, A. (2005, 2° Revised Edition), **Introduction to International Environmental Law**, UNITAR, Geneva, Switzerland, p.1-39.

BULL, Hedley. **A sociedade anárquica.** 1ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p. 147.

Alexandre Kiss define como: "*development seeking to satisfy the needs of de present generations while respecting the environment for the needs of future generations*". in. KISS, A., **Introduction to International Environmental Law**, UNITAR, Geneva, Switzerland, 2005, p.31.

SAND, P.H.. **The Role of International Organizations in the Evolution of Environmental Law.** UNITAR. Geneva. Switzerland. 1997. p. 1-110.

Pois se constata que a globalização das relações humanas fomentou uma internacionalização da ciência do Direito

Outros casos em: ILC Reports, U.N. GAOR, U.N. Doc. No. A/Cn.4/L.644 (2003); Study on the Function and Scope of the lex specialis Rule and the Question of "Self-Contained Regimes," Preliminary Report by Martti Koskenniemi, Chairman of the Study Group of the ILC, at ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1 (May 4, 2004) [hereinafter Koskenniemi Preliminary Report]; see further Martti Koskenniemi, Outline of the Chairman of the ILC Study Group on Fragmentation of International law: The Function and Scope of the lex specialis Rule and the Question of "Self-Contained Regimes," at http://www.un.org/law/ilc/sessions/55/fragmentation_outline.pdf, at 2–10 (2003) [hereinafter Koskenniemi Outline].

Vale ressaltar que os conflitos em face ao fenômeno da fragmentação podem ser pela incerteza quanto a norma a ser utilizada, devido a inflação legislativa que se vivencia, bem como pelo conflito de jurisdições (ou competência), vez que existem inúmeros órgãos jurisdicionais no âmbito internacional, conforme nota nº 61. Assim, o caso a ser estudado se refere ao segundo tipo de conflito, ou seja, o conflito de competência internacional.

Um grave acidente ocorreu em 18.04.05 na usina THORP de Sellafield. Cf. P. Brown, »Huge radioactive leak closes Thorp nuclear plant», The Guardian, 9.05.05.

Mais informações: "**Mixed oxide**, or **MOX fuel**, is a blend of oxides of plutonium and natural uranium, reprocessed uranium, or depleted uranium which behaves similarly (though not identically) to the low enriched uranium feed for which most nuclear reactors were designed. MOX fuel is an alternative to low enriched uranium (LEU) fuel used in the light water reactors that predominate nuclear power generation." TAYLOR, N. e TAYLOR, W. **The Metallography of Mixed Oxide Fuel (M.O.X. Fuel) and Canning Materials for Thermal Reactors.** Struers Journal of Materialography. 11/2006.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine e MARTIN, Jean-Christophe. **L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux**. Journal du Droit International ("Clunet"). vol. 134, no. 2, Abril/Maio/Junho de 2007. p.1.

Transporte De Plutônio: Na Minha Praia Não!!. www.greenpeace.org.br. Acessado em 01/05/2009.

Jornal Oficial das Comunidades Européias, Pergunta Escrita E-3378/01, 18.7.2002

§37 de la sentence du 2.07.03, Différend concernant l'accès à l'information en vertu de l'article 9 de la Convention OSPAR (Irlande c. Royaume-Uni), ILM, 2003, p. 1118.

No dia 7 de Abril de 2009, o jornal britânico The Independent revelou que a fábrica de óxido misto de urânio e plutónio (MOX), em Sellafield, apenas conseguiu produzir 6,3 toneladas de combustível nos sete anos desde a sua inauguração, em instalações com

uma capacidade nominal concebida para produzir anualmente 120 toneladas de combustível MOX. Quando foi aprovada pelo governo trabalhista britânico, em Outubro de 2001, três semanas apenas depois dos incidentes terroristas de 11 de Setembro, nos Estados Unidos, a fábrica de MOX de Sellafield tinha previsto um lucro de 200 milhões de libras durante o seu tempo de vida, tendo custado 637 milhões de libras em despesas de construção e entrada em funcionamento.

Todavia, os números fornecidos ao Parlamento do Reino Unido pelo Governo, no dia 2 de Abril, revelam que a fábrica de MOX de Sellafield perdeu pelo menos 626 milhões de libras (Relatório Oficial de 2 de Abril de 2009: Coluna 1368W). Parlamento Europeu, Pergunta Escrita apresentada por Rebecca Harms (Verts/ALE) à Comissão, em 7 de Maio de 2009. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2009-3408&format=XML&language=PT. Acessado em:27/05/2009.

"A Convenção OSPAR de 1992 é o instrumento que guia a cooperação internacional na protecção do ambiente marinho do Atlântico Nordeste. Combinou e actualizou a Convenção de Oslo de 1972 sobre a imersão de resíduos no mar e a Convenção de Paris de 1974 sobre fontes de poluição marinha de origem telúrica". Disponível em: http://www.apambiente.pt/INSTRUMENTOS/CONVENCOESACORDOSMULTILATERAIS/OSPAR/Paginas/default.aspx. Acessado 05/04/2009.

Sobre o tema ver: HUISMANS, W., HALPAAP, A. e Peterson P. (2004, 2nd Revised Edition), **International environmental law: Hazardous Materials and Waste**, UNITAR, Geneva, Switzerland, 1998. 151 pp.

KEMPF. H. **L'Irlande exige de la Grande-Bretagne la fermeture d'une usine de retraitement**, *Le Monde*, 2.12.01.

Mais informações sobre direito ambiental marítimo e as respectivas convenções em: GÜNDLING, L.. **International Environmental Law: Marine Environment, Polar Regions, Outer Space**. UNITAR. Geneva. Switzerland. 2006. p. 5-118.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine e MARTIN, Jean-Christophe. **L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux**. Journal du Droit International ("Clunet"). vol. 134, no. 2, Abril/Maio/Junho de 2007. p.2.

O Tribunal arbitral do direito do mar (TADM), foi criado em fevereiro de 2002, pela Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar.

"1.a) d'échanger des informations supplémentaires concernant les conséquences possibles, pour la mer d'Irlande, de la mise en service de l'usine MOX; b) de surveiller les risques ou les effets qui pourraient découler ou résulter, pour la mer d'Irlande, des opérations de l'usine MOX; c) d'adopter, le cas échéant, des mesures pour prévenir une pollution du milieu marin pouvant résulter des opérations de l'usine MOX.

2. à l'unanimité,

Décide que l'Irlande et le Royaume-Uni doivent, chacun en ce qui le concerne, présenter le rapport initial visé à l'article 95, paragraphe 1, du Règlement au plus tard le

17 décembre 2001, et autorise le Président du Tribunal à demander tout autre rapport et tout autre élément d'information qu'il jugera nécessaires après cette date."TIDM. 2001**.** 3 décembre 2001**.** Caso No. 10. **AFFAIRE DE L'USINE MOX.** (IRLANDE c. ROYAUME-UNI**).** Demanda que solicita medidas conservatórias. Disponível em: http://www.itlos.org/start2_en.html. Acessado 09/03/2009.

Mais informações em: **Permanent Court of Arbitration.** Disponível em: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1148. Acessado em: 21/03/2009.

"On 6 June 2008, the Tribunal established under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea to hear arguments in the MOX Plant arbitration between Ireland and the United Kingdom issued *Order No. 6 – Termination of Proceedings*. Ireland formally notified the Tribunal of the withdrawal of its claim against the United Kingdom on 15 February 2007. Having considered the Parties' submissions on the apportionment of costs, the Tribunal determined that there was no reason to depart from the practice of inter-state litigation regarding the apportionment of costs. *Order No. 6* formalises the withdrawal of Ireland's claim against the United Kingdom, the Tribunal's decision on costs, and the termination of these proceedings." Em: **Permanent Court of Arbitration.** Disponível em: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1148. Acessado em: 21/03/2009.

Mais informações em: **Permanent Court of Arbitration.** Disponível em: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1148. Acessado em: 21/03/2009.

TJCE. **Processo C?459/03**. Comissão das Comunidades Européias contra Irlanda. Disponível em: *https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=3281. Acessado em 12/03/2009.*

TJCE. **Processo C?459/03**. Comissão das Comunidades Européias contra Irlanda. Disponível em: *https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=3281. Acessado em 12/03/2009.*

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine e MARTIN, Jean-Christophe. **L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux**. Journal du Droit International ("Clunet"). vol. 134, no. 2, Abril/Maio/Junho de 2007. p.25.

Mais informações em: SHELTON, Dinah.. **Techniques and Procedures in International Environmental Law**. UNITAR. Geneva. Switzerland. 2004 e UNECE, Disponível em: http://www.unece.org/env/eia/, Acessado em: 01/06/2008.

"La Commission a exigé à plusieurs reprises plus de transparence sur le site de Sellafield, sur lequel les inspections normalement menées dans le cadre du traité EA sont bloquées depuis 1991, notamment à cause d'un niveau de radiation élevé146. Le 3 septembre 2004, elle a décidé d'attaquer le Royaume-Uni devant la CJCE pour non-respect des obligations du traité EA, demandant notamment aux autorités britanniques de permettre l'accès physique aux installations oncernées147. Pour des raisons qui nous échappent, le recours n'a pas été introduit en septembre 2004 par la Commission contre le Royaume-Uni, mais… en avril 2006 par… British Nuclear Group Sellafield Limited contre la Commission148 !" MALJEAN-DUBOIS, Sandrine e MARTIN, Jean-

Christophe. **L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux**. Journal du Droit International ("Clunet"). vol. 134, no. 2, Abril/Maio/Junho de 2007. p. 25.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine e MARTIN, Jean-Christophe. **L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux**. Journal du Droit International ("Clunet"). vol. 134, no. 2, Abril/Maio/Junho de 2007. p. 4.

Cf. MALJEAN-DUBOIS, Sandrine e MARTIN, Jean-Christophe. **L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux**. Journal du Droit International ("Clunet"). vol. 134, no. 2, Abril/Maio/Junho de 2007. p. 5.

Nesse sentido, Hans Kelsen assevera: *"à internationaliser le droit, à déterminer le contenu du droit national par des normes du droit international ou remplacer le droit national par un droit international conventionnel"*. KELSEN, Hans. **Théorie du Droit International Public.** Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye, v. 84, 1953. p. 118.

Cf. MELLO, Celso Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. Ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2000, p.114.

ARNAUD, André-Jean. O direito entre a modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado. Rio de Janeiro. Renovar. 1999, p. 214-15, apud MENEZES, Wagner. **O Direito Internacional e a Teoria da Transnormatividade**. Pensar. Fortaleza. V. 12, março de 2007, p.142.

Sobre os regimes ver*:* Andreas Hasenclever et al., **Theories of International Regimes** (1997); Andreas Hasenclever et al., **Integrating Theories of International Regimes**, 26 Rev. Int'l Stud. 3 (2000); Friedrich Kratochwil & Gerard Ruggie, **International Organization: A State of the Art on an Art of the State**, 40 Int'l Org. 753, 759 (1986); Ronald B. Mitchell, **Sources of Transparency: Information Systems in International Regimes**, 42 Int'l Stud. Q. 109 (1998); Ethan Nadelman, **Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society**, 44 Int'l Org. 479 (1990); Oran Young, **International Regimes: Toward a New Theory of Institutions**, 39 World Pol. 104 (1986).

LIMA, Gabriela Garcia B. . **A internacionalização dos Direitos e a Incomensurabilidade de Valores: Sua proposta como reflexo de uma tradição**. In: XVII Congresso Nacional CONPEDI, 2008, 2008, Brasília. XVII Congresso Nacional CONPEDI - XX anos de Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios. Brasília - (em novembro 2008), p. 2.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Martins Fontes. São Paulo, 2004, p.46.

LUHMANN, Nickolas. ***La differenziazione del diritto***. Bologna. Società Editrice Il Mulino, 1995, p.34.

VARELLA, Marcelo Dias. **A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

KRASNER, Stephen D. **Structural Conflict: The Third World Against Global Liberalism**. University of California Press/ Berkeley, Los Angeles, London, p. 04.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Trois défis pour un droit mondial**. Tradução Livre. Paris, Éditions du Seuil, novembre 1998, p. 118.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Trois défis pour un droit mondial**. Tradução Livre. Paris, Éditions du Seuil, novembre 1998, p. 117.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Trois défis pour un droit mondial**. Tradução Livre. Paris, Éditions du Seuil, novembre 1998, p. 197.

Pourtant, ces dernières années, le juge international est sollicité de manière croissante s'agissant des questions environnementales. MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. **Le droit de l'environnement comme exemple de la mondialisation des concepts juridiques: place et rôle des juristictions internationales et constitutionnelles**. Relatório final da pesquisa do GIP, Missão de pesquisa do Direito e Justiça (convenção nº 06.16), CERIC, França, 2008.p.9.

Le juge ou l'arbitre participent au contrôle du respect du droit de l'environnement. Ils en orientent l'application de manière croissante, contribuant sans aucun doute à l'harmonisation, voire à l'unification des réglementations nationales. Ils jouent ainsi un rôle important dans la définition de « référentiels » internationaux (principe du développement durable, principe de précaution, principe de prévention, principe du pollueur-payeur, droit à un environnement sain etc.) et participent, par là, à la mondialisation de certains concepts et principes juridiques. MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. **Le droit de l'environnement comme exemple de la mondialisation des concepts juridiques: place et rôle des juristictions internationales et constitutionnelles**. Relatório final da pesquisa do GIP, Missão de pesquisa do Direito e Justiça (convenção nº 06.16), CERIC, França, 2008. p.10.

Como última palavra, o DIP não pode esquecer a política como um fator essencial ao funcionamento dos sistemas jurídicos. A política é a possibilidade de fazer com que os "diferentes" possam conviver. Se pudesse se transportar para o DIP, somente ela pode trazer canais de comunicação entre os diferentes regimes. Cf. GALINDO, George. **Palestra: A Fragmentação do Direito Internacional**. OAB-DF. Brasília. 25/03/20009.

DUPUY, Pierre-Marie. **The Unity of Application of International Law at the Global Level and the Responsibility of Judges.** European Journal of Legal Studies. Disponível em: *www.ejls.eu/2/21UK.htm. Acessado em: 02/04/2009.*

"Vale ressaltar a importância da democracia para a viabilização da internacionalização dos direitos, por permitir a participação política. As instituições estatais são indispensáveis para conter alguma possível injustiça, assim também enfatiza a democracia como elemento integrador desta proteção, e este é o fundamento liberal da equidade e do progresso em que o sistema da internacionalização visa operar, buscando uma harmonização em um contexto essencialmente pluralista." LIMA, Gabriela Garcia B. . **A internacionalização dos Direitos e a Incomensurabilidade de Valores: Sua proposta como reflexo de uma tradição**. In: XVII Congresso Nacional CONPEDI,

2008, 2008, Brasília. XVII Congresso Nacional CONPEDI - XX anos de Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios. Brasília - (em novembro 2008), p.18.

DORNELLES, João Ricardo W.. **Internacionalização Dos Direitos Humanos**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.

MACHADO, Maíra Rocha, **Internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena**, Ed.34, Edesp, São Paulo, 2004

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 7ºed., 2006 e MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **A Internacionalização do Direito Constitucional**. Coletânea de Estudos Jurídicos. 1 ed. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, v. 1, p. 436-447.

Professor Wagner Menezes fala em uma Teoria da Trasnormatividade em: MENEZES, Wagner. **O Direito Internacional e a Teoria da Transnormatividade**. Pensar. Fortaleza. V. 12, março de 2007, p.134-144.

No mesmo sentido, DUPUY na nota 51.

KELSEN, Hans. **Théorie du Droit International Public.** Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye, v. 84, 1953. p. 71.

"Uma ordem jurídica é centralizada quando suas normas jurídicas são criadas e aplicadas por órgãos especiais em face do princípio da divisão do trabalho e, em particular, quando as sanções previstas por essas normas são aplicadas por tais órgãos." KELSEN, Hans. **Théorie du Droit International Public.** Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye, v. 84, 1953. p. 71.

KELSEN, Hans. **Théorie du Droit International Public.** Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye, v. 84, 1953. p. 85.

KELSEN, Hans. **Théorie du Droit International Public.** Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye, v. 84, 1953. p. 199.

KELSEN, Hans. **Théorie du Droit International Public.** Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye, v. 84, 1953. p. 200.

DUPUY, Pierre-Marie. **L'unité de l'ordre juridique international** : cours général de droit international public (2000). Recueil des Cours - Académie de Droit International de la Haye, v. 297, 2002. p. 213.

DUPUY, Pierre-Marie. **L'unité de l'ordre juridique international** : cours général de droit international public (2000). Recueil des Cours - Académie de Droit International de la Haye, v. 297, 2002. p. 114.

DUPUY, Pierre-Marie. **L'unité de l'ordre juridique international** : cours général de droit international public (2000). Recueil des Cours - Académie de Droit International de la Haye, v. 297, 2002. p. 102.

Cf. VARELLA, Marcelo Dias. **A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005. p. 135-170.

ONU. Relatório: "**Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**", Chapter IX, ILC Report, Fifty-fourth session (29 April – 7 June and 22 July – 16 August 2002) Disponível on-line em:

http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/77/PDF/G0661077.pdf?OpenElement [07.07.07]. Acessado 10/02/2009.

Cf. GALINDO, George. **Palestra: A Fragmentação do Direito Internacional**. OAB-DF. Brasília. 25/03/20009.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Trois défis pour un droit mondial**. Tradução Livre. Paris, Éditions du Seuil, novembre 1998, p. 171.

LAMBA, Aline. **Fragmentação do Direito Internacional? Uma leitura sobre o Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU**. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/site/pg.asp?pagina=detalhe_artigo&titulo=Artigos&codigo=1636>. Acessado em: 12/02/2009. p.2.

Cf. ONU. Relatório: "**Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**", Chapter IX, ILC Report, Fifty-fourth session (29 April – 7 June and 22 July – 16 August 2002) Disponível on-line em:

http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/77/PDF/G0661077.pdf?OpenElement [07.07.07]. Acessado 10/02/2009. p. 11, tradução livre.

Nesse sentido, assevera Lescano e Teubner: The project on "International Courts and Tribunals" has identified the astonishing figure of around 125 international institutions, in which independent authorities reach final legal decisions. Amongst others, this international jurisdiction comprises the International Court of Justice (ICJ), the International Tribunal for the Law of the Sea, various tribunals for reparations, international criminal courts and tribunals, hybrid international-national tribunal instances, trade and investment judicial bodies, regional human rights tribunals and convention derived institutions, as well as other regional courts, such as the European Court of Justice, the EFTA Court, and the Benelux Court.5 Most recently, the inauguration of the WTO Appellate Body, the ICTY, the ICTR and the ICC unveiled this long-standing trend and immediately provoked a lively discussion on the risks posed by a proliferation of international courts and the fragmentation of international law. FISCHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther. **Regimes-Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law**. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, No. 4, 2004. p. 1001-2.

FISCHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther. **Regimes-Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law**. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, No. 4, 2004. p.1004-5.

Vale ressaltar que algumas questões ambientais se relacionam com as questões de economia e comércio internacional, nesse sentido, ver: MICHELOT, Agnès.. **Environment and Trade**. UNITAR. Geneva. Switzerland. 2007. 164 p.p.

"Summarizing within a single formula: the fragmentation of law is the epiphenomenon of real-world constitutional conflicts, as legal fragmentation is—mediated via autonomous legal regimes— a legal reproduction of collisions between the diverse rationalities within global society." FISCHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther. **Regimes-Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law**. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, No. 4, 2004. p.1017.

LAMBA, Aline. **Fragmentação do Direito Internacional? Uma leitura sobre o Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU**. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/site/pg.asp?pagina=detalhe_artigo&titulo=Artigos&codigo=1636>. Acessado em: 12/02/2009. p.2.

Nesse sentido vide a nota nº 39, sobre os vários tratados em matéria ambiental.

Os trablahlhos nesse sentido são: Jonathan Charney, *The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals*, 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 697 (1999); Pierre-Marie Dupuy, *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice*, 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 791 (1999); Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutionalism and International Adjudication: How to Constitutionalize the U.N. Dispute Settlement System?*, 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 753 (1999); Cesare P.R Romano, *The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle*, 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 709 (1999); Tullio Treves, *Conflicts between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice*, 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.1 809 (1999); *see also* Jonathan I. Charney, *Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*, 1998 Hague Recueil Des Cours 101; Martti Koskenniemi and Päivi Leino, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, 15 Leiden J. Int'l L. (2002); Mohamed Shahabuddeen, *Consistency in Holdings by International Tribunals, in* Liber Amicorum Judge Shigeru Oda 633 (Nisuke Ando et al. eds., 2002).

ONU. Relatório: "**Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**", Chapter IX, ILC Report, Fifty-fourth session (29 April – 7 June and 22 July – 16 August 2002) Disponível on-line em:

http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/77/PDF/G0661077.pdf?OpenElement [07.07.07]. Acessado 10/02/2009.

HAFNER, Gerhard. **Pros And Cons Ensuing From Fragmentation Of International Law**. Disponível em: *students.**law**.umich.edu/mjil/article-pdfs/v25n4-hafner.pdf Acessado em: 18/02/2009.p. 850.*

BROWNLIE, Ian. **Problems Concerning the Unity of International Law**, in Le droit international à l'heure de sa codification: Etudes en l'honneur de Roberto Ago 153, 156 (Dott. A. Giuffrè ed., 1987).

Nesse sentido Teubner e Lescano dissertam que: "Various social theories on legal globalization allow us to draw a clearer picture of how legal fragmentation depends upon more fundamental processes of fragmentation within global society. The Stanford School's institutionalist theory of "global culture," post-modern concepts of global legal pluralism, discourse analysis of the global nature of law and politics, various models of a "global civil society," and, in particular, systemic concepts of a differentiated global society, have all propagated an understanding of a polycentric form of globalization, which places legal fragmentation in a different light." FISCHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther. **Regimes-Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law**. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, No. 4, 2004. p.1005.

HAFNER, Gerhard. **Pros And Cons Ensuing From Fragmentation Of International Law**. Disponível em: *students.**law**.umich.edu/mjil/article-pdfs/v25n4-hafner.pdf Acessado em: 18/02/2009. p. 850/51.*

Cf. GALINDO, George. **Palestra: A Fragmentação do Direito Internacional**. OAB-DF. Brasília. 25/03/20009.

FISCHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther. **Regimes-Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law**. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, No. 4, 2004. p.1010.

Another example of potential conflict between different rules of international law is the relationship between international regulations dealing with international trade and international regulations intended to promote the protection of the environment and sustainable development. Clearly certain tensions between various norms of international law may arise in this relationship. Similar situations can occur in the relations between international trade regulations, in particular within the framework of the World Trade Organization, and human rights. HAFNER, Gerhard. **Pros And Cons Ensuing From Fragmentation Of International Law**. Disponível em: *students.**law**.umich.edu/mjil/article-pdfs/v25n4-hafner.pdf Acessado em: 18/02/2009.p. 852/53.*

CASELLA, Paulo Borba. "Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito – o Brasil e as convenções intereamericanas de direito internacional privado". In ARAÚJO, Nadia e CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Integração Jurídica Interamericana**: as convenções interamericanas de direito internacional privado (CIDIPs) e o direito brasileiro. São Paulo: LTr, 1998, p. 102.

Cf. LAMBA, Aline. **Fragmentação do Direito Internacional? Uma leitura sobre o Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU**. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/site/pg.asp?pagina=detalhe_artigo&titulo=Artigos&codigo=1636>. Acessado em: 12/02/2009. p.13.

O princípio da soberania nacional se traduz na exclusividade de jurisdição que cada Estado tem sobre o seu território. Ou seja, dentro de seus limites territoriais, somente o Estado tem autoridade ou competência para legislar, julgar e executar (administrar). KISS, *A.* ***Introduction to international environmental law. Course I in the UNITAR programme of Training for the Application of Environmental Law.*** *United Nations Institute for Training and Research (UNITAR).* Geneva, Switzerland, 2005, p. 70.

Sobre a solução da CIJ, ver em: DUPUY, Pierre-Marie. **The Unity of Application of International Law at the Global Level and the Responsibility of Judges.** European Journal of Legal Studies. Disponível em: www.ejls.eu/2/21UK.htm. *Acessado em: 02/04/2009.*

DUPUY, Pierre-Marie. **The Unity of Application of International Law at the Global Level and the Responsibility of Judges.** European Journal of Legal Studies. Disponível em: www.ejls.eu/2/21UK.htm. *Acessado em: 02/04/2009.*

DIREITO TRIBUTARIO E CIDADANIA

O EXERCÍCIO DAS COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO ESTATAL VOLTADA À DEFESA DO MEIO AMBIENTE E À PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL*

THE COMPETENCE TO IMPOSE TAXES AS AN INSTRUMENT OF STATE ACTION DIRECTED TO THE ENVIRONMENT PROTECTION AND PROMOTION OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Ana Paula Duarte Ferreira Maidana
Maria de Fátima Ribeiro

RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste em demonstrar que as competências tributárias podem e devem ser exercidas pelos entes políticos constitucionais com vistas à defesa do meio ambiente e à promoção do desenvolvimento sustentável. A Constituição Federal consagra o princípio do desenvolvimento sustentável quando, estabelecendo o desenvolvimento nacional como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, determina sua compatibilização com a defesa do meio ambiente, que é princípio norteador da ordem econômica. O direito ao meio ambiente sadio e equilibrado é posto na Constituição como direito fundamental de terceira dimensão, cabendo sua proteção ao Estado, aos agentes econômicos e à coletividade. Cumpre ao Estado, assim, intervir na ordem econômica como agente normativo e regulador, planejando, fiscalizando e orientando as políticas públicas ambientais. Neste contexto, os tributos são de grande relevância para a atuação do Estado em matéria ambiental, tanto como fonte de financiamento da atividade estatal voltada à defesa do meio ambiente quanto como instrumento de orientação das políticas públicas ambientais. Embora todas as espécies tributárias possam ser ambientalmente dirigidas, destacam-se como fonte de custeio da atuação estatal em matéria ambiental as taxas de serviço e de polícia, assim como as contribuições de intervenção no domínio econômico. Ainda de maior interesse para a atuação do Estado em matéria ambiental é o exercício extrafiscal das competências tributárias. A utilização de normas tributárias indutoras é eficiente instrumento para a gestão das políticas públicas ambientais, uma vez que a concessão de incentivos tributários ou o desestímulo a certas práticas por meio do agravamento da tributação pode orientar a atividade econômica, a fim de conformá-la com as diretrizes constitucionais atinentes ao desenvolvimento sustentável.

PALAVRAS-CHAVES: TRIBUTAÇÃO. MEIO AMBIENTE. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.

ABSTRACT

The present works aims at demonstrating that the competence to impose taxes can and must be exercised by the political entities with a view to environment protection and promotion of sustainable development. The Constitution enshrines the principle of

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

sustainable development when, establishing national development as one of the objectives of the Federative Republic of Brazil, it determines its compliance with environmental protection, which is a guiding principle of the economic order. The right to healthy and balanced environment is put in the Constitution as a fundamental right of third dimension, whose protection is the responsibility of the State, the economic agents and the community. Therefore, the State must intervene in the economic order as a normative and regulating agent, by planning, supervising and guiding the public policies related to the environment. Although all tax species may be environmentally driven, two of them stand out as resources to funding state action on the environment: service and inspection taxes and the contributions of intervention in the economy. Also of interest for state action on environmental issues is the competence to impose extrafiscal taxes. The use of inducing tax rules is an efficient tool for the management of public environmental policies, since the granting of tax incentives or disincentives can guide economic activity in order to conform it with the constitutional guidelines of sustainable development.

KEYWORDS: TAXATION. ENVIRONMENT. SUSTAINABLE DEVELOPMENT.

INTRODUÇÃO

Busca-se através do presente trabalho demonstrar a relevância dos tributos para a atuação do Estado em matéria ambiental, tanto para o financiamento da atividade estatal voltada à defesa do meio ambiente quanto como instrumento de orientação das políticas públicas voltadas à promoção do desenvolvimento sustentável.

Inicialmente, serão estudados os dispositivos constitucionais que tratam do meio ambiente como direito fundamental de terceira geração (Art. 225, CF/88) e como princípio informador da ordem econômica (Art. 170, VI, CF/88). Analisando esses dispositivos em conjunto com o disposto no Artigo 3º, II, da Constituição Federal, demonstrar-se-á que a Constituição instituiu o princípio do desenvolvimento sustentável como fator de equilíbrio entre o desenvolvimento da economia e a defesa do meio ambiente.

A seguir, será abordada a determinação constitucional de intervenção do Estado na ordem econômica como agente normativo e regulador e a importância das funções de planejamento, fiscalização e incentivo na orientação das políticas públicas ambientais.

Será analisado, então, de que modo as competências tributárias podem ser exercidas no intuito de instrumentalizar a defesa do meio ambi e a promoção do desenvolvimento sustentável. Com este mister, serão estudados alguns tributos comumente utilizados para o financiamento da atuação estatal em matéria ambiental e a utilização de normas tributárias indutoras como forma de estimular a preservação do meio ambiente ou de coibir a degradação ambiental.

Finalmente, será demonstrado que a tributação ambientalmente dirigida é imperativo constitucional, tanto no que tange ao custeio das atividades estatais voltadas à defesa do meio ambiente, quanto no que se refere ao exercício da extrafiscalidade ambiental.

O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A degradação ambiental tem sido uma das grandes preocupações deste início de século, na medida em que a destruição dos recursos naturais ameaça o mais fundamental dos direitos humanos, quer seja, a própria existência.

Tomando consciência da importância da questão ambiental, desde a segunda metade do século passado representantes de diversos países do mundo vêm se envolvendo em discussões acerca do que deve ser feito para reverter os danos ambientais já verificados e no desenvolvimento de ações que assegurem a preservação do planeta para as futuras gerações.

Dando início a este movimento mundial de conscientização, foi realizada, em 1972, a Conferência de Estocolmo, à qual se seguiram outras importantes iniciativas, que culminaram em tratados firmados pelos Estados Nacionais, nos quais se comprometem a adotar ações concretas de recuperação ambiental e proteção do meio ambiente contra práticas predatórias. Destaca-se: a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, a ECO 92, a Agenda 21 e o Protocolo de Kyoto.

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a primeira a dispor expressamente sobre o meio ambiente, já que as Cartas anteriores se limitavam a tratar das competências legislativas em matéria ambiental. Embora relativamente nova, a disciplina do meio ambiente na ordem constitucional tem merecido aplausos da doutrina especializada, pois, como afirma José Afonso da Silva, a Constituição brasileira “assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos.”[1]

A constitucionalização do Direito Ambiental, por si só, não é garantia de que o meio ambiente será recuperado e conservado, uma vez que “fatores psicossociais e econômicos irão ter um peso considerável na implementação das normas constitucionais.”[2] Mesmo assim, o tratamento constitucional da matéria pode ser considerado um grande avanço, pois representa “mais do que um abstrato impacto político e moral [...] e traz consigo benefícios variados e de diversas ordens, bem palpáveis, pelo impacto real que podem ter na (re)organização do relacionamento do ser humano com a natureza.”[3]

O Artigo 225 da Constituição Federal estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos e essencial à sadia qualidade de vida, cabendo sua defesa ao Poder Público e à coletividade, a quem incumbe conservá-lo para as presentes e futuras gerações. É tratado, pois, o meio ambiente, como um bem jurídico a ser preservado e, relacionado que está ao direito à sadia qualidade de vida, tem reconhecido o *status* de direito fundamental.

Na medida em que a Constituição estabelece a relação entre o meio ambiente e o direito à vida das presentes e futuras gerações, de titularidade, portanto, da coletividade como um todo e de cada pessoa individualmente, tem-se o meio ambiente como bem transindividual, caracterizando-se como direito fundamental de terceira dimensão.

Também o Artigo 170, VI, da Constituição Federal reporta-se ao meio ambiente, incluindo sua defesa entre os princípios que regem a atividade econômica e condicionando o desenvolvimento de qualquer atividade econômica à preservação ambiental. Este condicionamento, segundo Lafayete Josué Petter, é natural, uma vez que "estando a ordem econômica voltada para a concretização da existência digna e da justiça social, não pode a atividade produtiva trilhar caminhos que impliquem a diminuição da qualidade de vida da população atingida."[4]

Ao lado da preocupação com o meio ambiente, a Constituição Federal ocupa-se também do desenvolvimento, quando, em seu Artigo 3º, II, estabelece que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é o desenvolvimento nacional. E nem poderia ser diferente, uma vez que é através da movimentação da economia que se viabilizam investimentos, avanços tecnológicos e a geração de empregos. No dizer de Gilberto Bercovici, "o desenvolvimento é condição necessária para a realização do bem estar social."[5] Assim, se a defesa do meio ambiente é imperativa à preservação do direito à vida, o desenvolvimento econômico é essencial à vida com dignidade.

Historicamente, no entanto, é possível constatar que o crescimento econômico tem se dado à custa da destruição dos recursos naturais. Na tentativa de viabilizar a economia, o homem produziu um crescimento econômico predatório, sem consideração ao fato de que os recursos naturais utilizados como matéria-prima ou fonte energética eram finitos e sem se preocupar com os resíduos gerados pelas indústrias ou com o descarte dos bens de consumo fabricados. Em poucos anos de economia industrializada o homem conseguiu poluir o ar das regiões mais povoadas, tornou imprópria para o consumo grande parte da água potável existente e provocou mudanças climáticas que podem inviabilizar a vida no planeta, caso atitudes drásticas não sejam tomadas imediatamente.

Surge então um impasse: não há estabilidade – e nem justiça social – sem que haja desenvolvimento econômico. Sem a movimentação da economia não há trabalho para todos e o trabalho é pressuposto essencial para a existência digna. O crescimento econômico, no entanto, seria fator de degradação ambiental o que, em última análise, atenta contra o direito à vida. Estar-se-ia, então, diante de um conflito entre o direito fundamental à vida e o direito fundamental à vida com dignidade?

A contradição acima esboçada é falsa e a dicotomia entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental apenas aparente. Nem a atividade produtiva é necessariamente nociva ao meio ambiente e nem a proteção a este deve ser vista como óbice ao crescimento da economia. Se ambos os fatores desta equação são imprescindíveis à vida digna, há que se compatibilizar o direito ao desenvolvimento com o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado.

Para Eros Grau, a implicação jurídica de ter o princípio da defesa do meio ambiente sido inserido na ordem econômica é que ele passa a informar substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego, sendo instrumento que assegura a existência digna e a justiça social.[6]

Conclui-se, pois, que a Constituição não só permite como deseja o desenvolvimento. Determina, no entanto, que este desenvolvimento se faça com responsabilidade ambiental. Em outras palavras, a Constituição determina que o desenvolvimento econômico seja sustentável. Assim, "sai de cena a idéia de desenvolvimento a qualquer preço e assume destaque a idéia do desenvolvimento sustentável." [7]

Cristiane Derani sintetiza a idéia do desenvolvimento sustentável:

[...] a aceitação de que a qualidade de vida corresponde tanto a um objetivo do processo econômico como a uma preocupação da política ambiental afasta a visão parcial de que as normas de proteção do meio ambiente seriam servas da obstrução de procesos econômicos e tecnológicos.[8]

Não é outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, compatibilizando o disposto no Artigo 3º, II, com a norma contida no Artigo 225, ambos da Constituição Federal, reconheceu o desenvolvimento sustentável como princípio informador da ordem constitucional, por constituir fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e os da ecologia.[9]

Pode-se afirmar, portanto, que é papel de todos, Estado, sociedade e agentes econômicos, buscar alternativas aos modelos de exploração da atividade econômica até então empregados, de modo a conciliar preservação ambiental e desenvolvimento.

O PAPEL REGULADOR E FISCALIZADOR DO ESTADO

Antes de adentrar especificamente o papel do Estado no que tange às políticas públicas ambientais, necessário compreender as implicações da inserção, na Constituição Federal, de dispositivos relacionados à proteção do meio ambiente.

Para Canotilho e Leite, "uma das missões das normas constitucionais é estabelecer o substrato normativo que circunda e orienta o funcionamento do Estado."[10] Este entendimento se relaciona ao conceito de constituição dirigente, inicialmente idealizado pelo próprio Canotilho, que tem hoje muitos adeptos no Brasil.

É dirigente a Constituição que traça metas, determinando os rumos que os governos que sob sua égide se constituam devem empenhar-se em tomar. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "as definições gerais e os princípios gerais têm nessa Constituição uma importância maior do que em uma Constituição-garantia, porque são toda a predeterminação da orientação que os governos devem seguir."[11]

Bercovici afirma ainda a existência, na Constituição de 1988, de uma Constituição Econômica, cujo traço característico é justamente o seu caráter diretivo ou

dirigente.[12] É, portanto, uma Constituição eminentemente promocional, de conteúdo aberto, cujo grande desafio consiste na concretização dos valores sociais, econômicos e culturais por ela veiculados.

A Constituição dirigente, no entanto, não pode ser tida como um mero protocolo de intenções, portadora de normas que jamais ganharão eficácia ou aplicabilidade prática. Ao contrário, é a Constituição Federal de 1988 definidora de fins e objetivos claros, quer para o Estado quer para a sociedade, e determina a elaboração e implementação de políticas públicas.[13]

Deste modo, ganha relevo a inclusão, no texto constitucional, de normas de proteção ao meio ambiente, uma vez que "a inserção da proteção ambiental na Constituição legitima e facilita – e, por isso, obriga – a intervenção estatal, legislativa ou não, em favor da manutenção e recuperação dos processos ecológicos essenciais."[14]

Insta investigar, pois, de que maneira está o Estado autorizado (e obrigado) a atuar, a fim de que possa cumprir com o mandamento constitucional.

Como já salientado, o desenvolvimento nacional foi incluído, pelo Artigo 3º da Constituição Federal, entre os objetivos fundamentais da República. Considerando ainda o disposto no Artigo 225 da Constituição, em conjugação com a determinação contida no Artigo 170, VI da Carta Maior, entende-se que este desenvolvimento há que ser sustentável, o que significa dizer que alia desenvolvimento econômico com proteção ambiental e com justiça social.

A partir da análise dos citados elementos, conclui-se que cabe ao Estado o dever de promover aquele desenvolvimento e, portanto, a preservação do meio ambiente e do bem estar social. Na contemporaneidade, no entanto, este dever não incumbe apenas ao Estado, mas também aos agentes econômicos e à coletividade. Por esta razão, a atuação estatal não deverá ocorrer de forma exclusiva; ao contrário, deverá o Estado intervir de modo a orientar a atividade econômica, permitindo a participação da sociedade.

Os Artigos 173 e 174 da Constituição Federal dispõem sobre a intervenção do Estado na economia e determinam que ela pode ser feita de forma direta (quando o Estado assume para si a atividade econômica, quer em regime de monopólio, quer em regime de competição com a iniciativa privada) ou de forma indireta, caso em que o Estado agirá como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Interessa a este estudo, em especial, a intervenção indireta do Estado na atividade econômica, que compreende as funções de normatização, fiscalização, incentivo e planejamento, posto que o poder de tributar detido pelo Estado é de grande utilidade para o desempenho daquelas funções.

A relevância do instrumental tributário pode ser vislumbrada já a partir dos mecanismos de que dispõe o Estado para intervir indiretamente na economia, e que podem ser facilmente compreendidos nas lições de Thiago Vinha, para quem, nesta modalidade de intervenção, o Estado se limita a condicionar a atividade econômica privada sem assumir a posição de sujeito econômico ativo. Segundo o autor, isto pode se dar a partir da função fiscalizadora do Estado (no exercício da chamada polícia econômica),

mediante o planejamento (e criação de infra-estruturas) ou mediante a concessão de incentivos (fomento).[15]

Para bem cumprir o papel que lhe foi atribuído pela Constituição Federal no que tange ao meio ambiente, deverá o Estado elaborar e implementar políticas públicas, que, segundo ensina Thiago Lima Breus, são "o principal mecanismo de ação estatal com vistas à realização dos direitos sociais, econômicos e culturais [...] um veículo privilegiado de realização desses direitos, tendo em vista serem eles os fins do Estado Constitucional."[16]

A ação estatal por meio das políticas públicas se compatibiliza perfeitamente com o ideário de democracia, descentralização e participação social a todo tempo exaltados na Constituição Federal, uma vez que "essa forma de atuação estatal, que relaciona o aspecto político e exige a participação popular, propicia o exercício efetivo da cidadania."[17]

Em regra, as políticas públicas são planejadas pelo Poder Executivo, que se desincumbe de sua implementação. Em matéria de direitos sociais – e ambiental – no entanto, a Constituição Federal prevê a gestão compartilhada, que já começa a se tornar realidade por meio da participação dos Conselhos de Gestão ou mesmo de Organizações Não Governamentais, que podem e devem opinar em relação às políticas públicas nas diversas áreas.

Nesta fase de elaboração das políticas públicas ambientais já é fácil reconhecer a forte relação entre a tributação e o planejamento, uma vez que não há como planejar algo sem que se saiba quanto irá custar ou de onde virão os recursos para custear a implementação dos projetos. Considerando que dentre todas as modalidades de receita pública a tributária é a mais significativa, fica patente a relevância dos tributos para o planejamento das políticas públicas que o Estado pretende adotar.

Não é demais lembrar que a questão do planejamento foi extremamente prestigiada pelo legislador constituinte de 1988, que determinou, no capítulo atinente às Finanças Públicas, Artigo 165 da Constituição Federal, a obrigatoriedade de o Poder Executivo estabelecer, por leis, o Plano Plurianual (PPA), as Diretrizes Orçamentárias (LDO) e o Orçamento Anual, instrumentos a serem utilizados pela Administração para promover o planejamento, a programação, a orçamentação e a execução orçamentária. Estes instrumentos devem guardar compatibilidade entre si, de forma a integrar os planejamentos de longo e de curto prazos.

Também inconteste a relevância dos tributos no que tange à função fiscalizadora do Estado. A implementação das políticas públicas planejadas terá sua eficácia subordinada à constante verificação, pelos órgãos competentes, do cumprimento das metas traçadas e da observância da legislação ambiental infraconstitucional. Dignas de menção, neste ponto, as taxas de polícia ambiental, que se prestam ao custeio desta atividade de polícia, uma vez que a atuação estatal pressupõe a existência de recursos orçamentários e financeiros disponíveis.

Em matéria ambiental, os tributos podem ainda ser utilizados como instrumento de direcionamento da atividade econômica, quer no fomento de certos setores ou atividades, quer como forma de coibir determinadas práticas que não se compatibilizam

com os valores prestigiados pela ordem constitucional. À guisa de exemplo, menciona-se a aplicação de alíquotas mais baixas de IPI (imposto sobre produtos industrializados) a veículos movidos a álcool, em relação àqueles movidos a gasolina ou óleo diesel.

Como se vê, os tributos possuem uma dupla função em matéria ambiental: além de financiarem a atuação estatal, são também instrumento de financiamento estatal da atividade econômica, quando utilizados como incentivo. Essas questões, no entanto, serão melhor tratadas a seguir.

A INSTRUMENTALIDADE DOS TRIBUTOS: FINANCIAMENTO DA ATUAÇÃO ESTATAL E UTILIZAÇÃO DE NORMAS TRIBUTÁRIAS PARA A INDUÇÃO DE COMPORTAMENTOS

Existe uma profunda relação entre a atuação do Estado em matéria ambiental e a tributação, como, aliás, entre qualquer atuação estatal com a competência para instituir tributos.

Ainda na vigência da ordem constitucional anterior, que muito menos preocupação demonstrava para com os direitos fundamentais de segunda e terceira geração, Alfredo Augusto Becker já afirmava que nenhuma das reivindicações pleiteadas sob o título de Direitos Sociais poderia alcançar seu objetivo a não ser por meio de uma intervenção do Estado na economia, e arrematava dizendo que o "Direito Tributário é justamente o instrumento fundamental para poder realizar sua intervenção".[18]

A autorização constitucional para tributar revela, pois, a preocupação do legislador constituinte em viabilizar o Estado, dotando-lhe dos meios e recursos indispensáveis para bem cumprir suas funções.

Assim, a Constituição Federal outorgou aos entes federados a competência para instituir os seguintes tributos: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições (sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais), que ora são apenas mencionados, por fugir ao âmbito do presente estudo uma análise aprofundada da distribuição constitucional de competências em relação a cada uma das espécies.

Quando o Estado exerce sua competência tributária, ou seja, institui um tributo por meio de lei, a finalidade última almejada, no dizer de Geraldo Ataliba, "é a transferência de dinheiro das pessoas privadas – submetidas ao poder do estado – para os cofres públicos."[19]

Este tipo de utilização do instrumental jurídico-tributário é conhecido como "fiscalidade, [que ocorre] sempre que a organização jurídica do tributo denuncie que os objetivos que presidiram sua instituição, ou que governam certos aspectos da sua estrutura, estejam voltados ao fim exclusivo de abastecer os cofres públicos."[20]

Para a gestão pública ambiental interessa a imposição de tributos com objetivos arrecadatórios, uma vez que o Estado necessita de recursos financeiros para implementar as políticas públicas voltadas ao meio ambiente e para exercer o poder de polícia ambiental. Neste contexto, é possível citar as taxas ambientais e as contribuições de intervenção no domínio econômico com receita vinculada à atuação em projetos de preservação ambiental, recuperação do meio ambiente ou educação ambiental.

Roque Carrazza, no entanto, afirma que "da concepção do tributo como meio de obtenção de recursos avançou-se para a idéia de que ele pode e deve ser utilizado para favorecer a realização dos mais elevados objetivos sociais, econômicos e políticos."[21] Pode-se concluir, assim, que muitas vezes o fim visado pelo legislador tributário não é a mera arrecadação de recursos financeiros, mas o direcionamento da atividade econômica.

À utilização dos tributos com finalidade regulatória, extremamente útil em matéria ambiental, dá-se o nome de extrafiscalidade, cujo objetivo é "conduzir o comportamento dos contribuintes, incentivando-os a adotar condutas que estejam em sintonia com a idéia de preservação ambiental."[22]

Luís Eduardo Schoueri destaca a importância da extrafiscalidade como instrumento de intervenção estatal na economia. Ensina o doutrinador que a intervenção do Estado na ordem econômica pode ocorrer mediante a utilização de normas jurídicas de direção ou de indução. Na primeira hipótese, a norma estabelece comportamentos impositivos, que devem ser necessariamente cumpridos pelos agentes econômicos. Já na intervenção por indução, as normas não deixam o agente econômico sem alternativas, mas, dispondo sobre a concessão de estímulos e desestímulos, levam-no a se decidir pelo caminho proposto pelo legislador.[23]

É justamente no âmbito das normas de indução que se encaixa a tributação extrafiscal, que, ainda segundo Shoeuri, deve ser preferida à intervenção estatal por direção nos casos em que se objetiva conciliar a intervenção estatal com a liberdade de iniciativa.[24]

De qualquer modo, é importante frisar que modernamente não se fala mais em tributo exclusivamente fiscal ou extrafiscal, já que cada vez mais as finalidades da imposição tributária se fundem, restando impossível sua distinção. Um tributo instituído a princípio com objetivos meramente arrecadatórios pode repercutir de tal maneira nos preços, por exemplo, que termina por desestimular a prática que constitui o fato gerador da exação. Assim, pode-se no máximo dizer que o tributo tem função prevalentemente fiscal ou extrafiscal.

Eurico Marcos Diniz de Santi vai além e afirma que a extrafiscalidade encontra-se hoje acoplada à fiscalidade. Para o autor:

A expansão do Estado Social ou Estado de Bem-Estar Social, até a década de 70 do século XX, levou ao incremento da extrafiscalidade acoplada à fiscalidade. Os tributos, ao lado de sua função de fornecer os recursos para as despesas essenciais do Estado, exercem o papel de agentes do intervencionismo estatal na economia [...] Os tributos já

não se apresentam apenas como fruto do poder de tributar, mas simultaneamente como emanação do poder de polícia, ou melhor, o poder de tributar absorve o poder de polícia na tarefa de regular a economia.[25]

Ainda no que tange à competência tributária, é preciso salientar que a Constituição Federal não estabeleceu qualquer tributo ambiental específico. Possibilita, entretanto, condições para que as espécies tributárias existentes sejam utilizadas, pelos entes políticos constitucionais detentores da competência tributária, com enfoque no meio ambiente, visando sua preservação.[26]

As taxas, por exemplo, por se vincularem a uma atuação estatal específica, quer consistente na disponibilização de serviço público efetivo e divisível, quer consistente no exercício regular do poder de polícia, se prestam muito bem à utilização em matéria ambiental, como fonte de custeio da atividade estatal voltada à recuperação e defesa do meio ambiente.

As taxas de serviço mais comuns em matéria ambiental são: a taxa de limpeza urbana, a taxa de coleta de lixo urbano, a taxa de esgoto. Ninguém questiona a utilidade ambiental desses serviços e nem a responsabilidade do Estado por sua prestação. Resta controvertida, no entanto, a possibilidade de os referidos serviços públicos serem remunerados por meio de taxa.

A cobrança da taxa pressupõe que o serviço público disponibilizado seja específico e divisível, ou seja: a Constituição exige que seja possível identificar quem é o beneficiário direto do serviço (especificidade) e qual é o custo da prestação estatal para aquele beneficiário (divisibilidade). Caso não se verifique a divisibilidade e a referibilidade da atividade estatal a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos, o serviço prestado se situará entre as atividades gerais do Estado que, no dizer de Luciano Amaro, “devem ser financiadas com os impostos, arrecadados de toda a coletividade”.[27]

Outra grande questão que permeia as taxas de serviço – sejam eles ambientalmente relevantes ou não – é a base de cálculo. Segundo Geraldo Ataliba, a base de cálculo da taxa é o custo do serviço repartido entre todos os usuários, de modo que cada um pague a sua parte, na proporção da intensidade do uso.***[28]***

Na prática, dificilmente o Estado prestador do serviço consegue mensurar com exatidão o que gasta para prestar o serviço público; ou gasta mais do que seria necessário; ou não consegue fazer refletir, na base de cálculo do tributo a ser instituído, o custo a ser suportado por cada contribuinte. É comum, então, a eleição de bases de cálculo que não guardam relação com a hipótese de incidência tributária (a prestação do serviço). Existe, no entanto, vedação constitucional expressa à instituição de taxa com base de cálculo de imposto.

Por conta disto, diversas taxas de serviços ambientalmente relevantes já tiveram sua inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário e, dentre aquelas que estão em vigor, muitas podem a qualquer momento ter o mesmo destino. A inabilidade legislativa verificada na criação de grande parte das taxas existentes no país e a ineficiência do

Estado na gestão de seus serviços não devem, porém, ser vistas como fatores que invalidam a taxa de serviço ambiental. Obedecidos os requisitos constitucionais atinentes a esta espécie tributária, é juridicamente possível a remuneração de serviço ambientalmente dirigido por meio de taxa.

De grande relevância para o financiamento da atuação estatal voltada à preservação do meio ambiente são, também, as taxas devidas em razão do poder de polícia, a exemplo das taxas cobradas pela expedição de licenças ambientais e as taxas de fiscalização ambiental.

Referindo-se às taxas de polícia, Eduardo Marcial Ferreira Jardim ensina que têm por fato gerador a expedição, pela Administração Pública, de atos concretos e específicos, no exercício de prerrogativas atribuídas à Administração para disciplinar o exercício da liberdade e da propriedade em harmonia com o interesse coletivo.[29]

Considerando que a defesa do meio ambiente demanda, por parte do Estado, a adoção de diversas medidas tendentes a controlar a exploração da atividade econômica e da propriedade pelo particular, e tendo em conta que este controle só se efetiva por meio de fiscalização estatal, que implica custos para o Estado, tem-se a possibilidade de custear esta atuação em defesa do meio ambiente por meio de taxa.

A legitimidade do tributo cobrado, entretanto, vai depender de sua instituição em conformidade com os pressupostos constitucionais atinentes à espécie, que se traduzem na efetividade da contraprestação estatal (poder de polícia exercido) e na referibilidade entre o custo da atividade estatal e aquilo que é cobrado de todos aqueles que exercem a atividade sujeita a fiscalização, contribuintes da taxa de polícia.

Neste sentido a lição de Geraldo Ataliba:

A referibilidade entre a atuação – posta como aspecto material da h.i. da taxa – e o obrigado é essencial à configuração da taxa [...] Não pode a lei exigir taxa de conservação de rua de um proprietário não lindeiro à via pública que recebeu o serviço. Ou taxa por serviço de correio que ele não utilizou; nem taxa por fiscalização que não houve.[30]

Assim, embora não se conteste a relevância de um alvará ou licença ambiental, nem se argumente contra a incumbência constitucionalmente atribuída ao Estado de ser vigilante quanto a atividades potencialmente danosas ao meio ambiente, a cobrança da taxa somente se legitima com a contraprestação estatal efetiva. Infelizmente, o que se constata é que nem sempre o poder público tem demonstrado, no exercício da vigilância, a mesma eficiência verificada na arrecadação do tributo relacionado àquele exercício do poder de polícia que o justifica.

Também merecem destaque como fonte de custeio de atividade estatal voltada às questões ambientais e de desenvolvimento sustentável as contribuições, em especial a

de intervenção no domínio econômico, de competência da União, cuja instituição é autorizada pelo Artigo 149 da Constituição Federal.

Embora não exista consenso doutrinário quanto à natureza jurídica específica das contribuições, o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento no sentido de que constituem espécie autônoma de tributo, por possuírem uma característica que as distingue das demais espécies tributárias: a afetação do produto de sua arrecadação a fins determinados. Assim, a legitimação constitucional das contribuições especiais é a sua finalidade, ou a destinação do produto arrecadado.

Como o próprio nome está a indicar, uma contribuição é dita de intervenção no domínio econômico quando o produto de sua arrecadação se destina a custear uma atuação estatal interventiva. Considerando então que a intervenção do Estado em matéria ambiental se justifica em razão de ser a defesa do meio ambiente princípio informador da ordem econômica constitucional, fica patente a possibilidade de custeio por meio da contribuição de intervenção no domínio econômico.

Dentre as contribuições de intervenção no domínio econômico existentes, destaca-se a CIDE-combustíveis, que tem parte de sua destinação afetada a projetos de preservação ambiental. Segundo o Artigo 177, parágrafo 4º da Constituição Federal, os recursos arrecadados com esta contribuição serão destinados ao subsídio a transporte de álcool combustível, gás e derivados do petróleo; financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; infraestrutura de transportes.

Presta-se o tributo em comento, portanto, a custear investimentos públicos em recuperação ambiental; o fomento à pesquisa de novas tecnologias no campo de combustíveis, que aliem preservação do meio ambiente e desenvolvimento econômico; e o desenvolvimento projetos de educação ambiental, entre outros explicitados pela Lei n. 10.636, de 30 de dezembro de 2002, que estabelece as diretrizes para aplicação dos recursos arrecadados pela CIDE-combustíveis (já instituída anteriormente, pela Lei n. 10.336/2001).

Ganha relevo, aqui, a questão da efetiva aplicação dos recursos arrecadados nos fins determinados por lei e das consequências jurídicas no caso de desvio. Debruçando-se sobre a questão, Eurico Marcos Diniz de Santi conclui que se a Constituição elegeu a destinação como elemento legitimador das contribuições, este elemento há que ser de algum modo controlado, ou seja: não haveria razão jurídica para a previsão constitucional da destinação do produto arrecadado em relação a certos tributos, se não fosse possível o controle efetivo da aplicação dos recursos conforme a previsão legal.[31]

Embora não seja este o objeto deste estudo, à guisa de conclusão do ponto levantado menciona-se que parte da doutrina entende que, havendo desvio, a exigência tributária não se legitima, o que autoriza o contribuinte a se opor à cobrança de contribuição que não esteja afetada aos seus fins.[32] Para outros, entretanto, o suporte constitucional do exercício da competência tributária continua intacto, eis que havia a previsão legal da destinação, sendo, portanto, válida a exigência. O desvio de recursos deve ser combatido, é claro, mas mediante a adoção das medidas administrativas e criminais cabíveis.[33]

Ainda no que tange aos tributos como fonte de custeio da atuação estatal em matéria ambiental, não se pode deixar de mencionar os impostos, que ainda hoje são a maior fonte de receita estatal, dentre todas as espécies tributárias. Por serem tributos não vinculados a uma atuação estatal especificamente voltada ao contribuinte, e por não ser o produto de sua arrecadação previamente afetado, Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira afirmam que não podem ser destinados ao custeio da proteção ambiental em nenhuma de suas formas.[34]

Em direção oposta ao entendimento acima mencionado, acredita-se que dentre as atividades gerais do Estado custeadas pela receita arrecadada por meio dos impostos incluem-se ações governamentais de cunho ambiental, de modo especial aqueles serviços públicos inespecíficos e indivisíveis que, por vedação constitucional expressa, não podem ser remunerados por meio de taxa.

A maior qualidade dos impostos, no entanto, reside na larga possibilidade de sua utilização extrafiscal com vistas à indução de comportamentos, objetivando a defesa do meio ambiente. Não se afirma aqui que sejam os impostos a única espécie tributária a possibilitar o exercício da extrafiscalidade, uma vez que, como já afirmado anteriormente, a tendência atual é de que todo tributo traga em seu bojo uma carga de extrafiscalidade, ainda que não tenha sido inicialmente desenhado com o intuito de incentivar ou desestimular comportamentos. Os impostos, entretanto, cumprem esta função com mais frequencia e maior desenvoltura.

A este respeito ensinam Celso Fiorillo e Renata Marques:

Na maioria dos casos apresentados no Texto Maior verificamos que a alternativa encontrada pelo legislador ordinário no sentido de adequar a chamada tributação ambiental na modalidade dos impostos segue no sentido da concessão de isenções, incentivos fiscais, benefícios e assim por diante.[35]

Os impostos que incidem sobre a propriedade imóvel, por exemplo, são constitucionalmente vocacionados à defesa do meio ambiente. Tanto o Imposto Territorial Rural (ITR) quanto o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) têm sua incidência orientada ao cumprimento da função social da propriedade que, por sua vez, só se realiza plenamente quando se compatibiliza com os desígnios constitucionais de defesa do meio ambiente, sendo possível falar em uma função ambiental da propriedade.

No que diz respeito ao ITR, é nítido o seu caráter extrafiscal, uma vez que a medida de sua incidência se relaciona à forma como o direito de propriedade é exercido. Instituído com vistas ao desestímulo de latifúndios improdutivos, também possui mecanismos de incentivo à preservação do meio ambiente. Neste sentido, é digna de nota a determinação do Artigo 104, parágrafo único da Lei n. 8.171/91, que prevê a isenção do ITR relativamente às áreas de preservação permanente, de reserva legal e de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas.

Quanto à utilização do IPTU para o atendimento da função ambiental da propriedade, ressalta-se a permissão constitucional para que sejam suas alíquotas progressivas. Esta progressividade do imposto pode ser de caráter extrafiscal, como ensina Maria de Fátima Ribeiro, desde que obedecido o disposto no parágrafo 1º do Artigo 156 e o disposto no Artigo 182, ambos da Constituição Federal.[36]

A progressividade extrafiscal do IPTU permite que o imposto municipal incida de forma menos onerosa sobre aquelas propriedades de especial interesse ambiental cuja preservação seja perpetrada pelo proprietário do imóvel, ou de forma mais gravosa (inclusive progressivamente no tempo), quando o imóvel descumprir a função ambiental que lhe tenha sido traçada no plano diretor do município.

Verifica-se, no exemplo acima, um caso típico de intervenção tributária por indução, cuja técnica consiste em estimular o contribuinte a assumir um comportamento voltado à preservação do meio ambiente, mediante a concessão de incentivos na forma de isenções, reduções de base de cálculo ou aplicação de alíquotas menores, ou em inibir a adoção de condutas indesejáveis, mediante a instituição de desestímulos fiscais, tornando-lhe a tributação mais onerosa.

Como se vê, as normas tributárias indutoras são extremamente úteis no campo das políticas públicas ambientais e seu emprego poderá se extender a quase todos os tributos, como aqueles incidentes sobre a produção e circulação de bens e serviços, sobre a renda e sobre as transmissões de bens e direitos.

Para Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas:

Com a agravação do tributo, a política fiscal se associa à política ambiental, estabelecendo a possibilidade de se afastar, modificar ou até inviabilizar atividades degradadoras do ambiente e, por isso, contrárias ao interesse público, assim como o abrandamento da tributação estimula atividades convenientes à comunidade.[37]

Deixando de lado a discussão acerca da melhor forma de levar o agente econômico a seguir o caminho desejado pelo legislador – se por meio da concessão de incentivos ou se por meio do agravamento de tributos quando as práticas não forem ambientalmente corretas –, salienta-se a relevância da utilização de mecanismos extrafiscais como meio de intervir na ordem econômica para estimular a adoção de comportamentos que se compatibilizam com as diretrizes constitucionais relativas à defesa do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável.

A TRIBUTAÇÃO AMBIENTALMENTE DIRIGIDA COMO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL

Como visto, é possível constatar a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de diversos tributos voltados ao financiamento da atuação estatal dirigida à defesa do meio ambiente, a exemplo das citadas taxas ambientais e das contribuições de intervenção no domínio econômico.

A compostura jurídica de grande parte das taxas de serviço existentes, no entanto, revela-se desconforme à Constituição, como demonstrado no tópico anterior. Quanto às taxas de polícia, embora juridicamente viáveis, nem sempre o produto de sua arrecadação tem sido utilizado para a efetiva realização da atuação estatal que legitimaria a exação.

Já as contribuições de intervenção no domínio econômico, embora importantes para financiar investimentos em diversas áreas de interesse ambiental, têm se revelado mera fonte de arrecadação de recursos, uma vez que a ausência de uma política pública ambiental consistente faz com que se perca, na ineficiência administrativa e na falta de planejamento, o grande volume de recursos arrecadado.

Todos estes fatores agravam a já existente rejeição social do tributo que, no dizer de Durval Aires Filho, ocorre devido à elevada carga tributária a que os contribuintes estão sujeitos, aos vultosos desvios de dinheiro público e à péssima aplicação de parcelas significativas dos recursos arrecadados.[38]

Faz-se necessário, por certo, que mecanismos rígidos de controle dos gastos públicos e das políticas públicas sejam adotados. Mais que isto, é necessário que estes mecanismos se mostrem eficientes, suficientes, portanto, a alterar profundamente a situação existente.

A ineficiência e por vezes a imoralidade administrativa não invalidam, entretanto, a tributação ambiental. O meio ambiente sadio e equilibrado é direito fundamental, oponível, portanto, contra o Estado, a quem incumbe assegurá-lo, intervindo na ordem econômica. Para tanto, a Constituição Federal garante ao Estado que disporá dos recursos financeiros necessários à consecução de seus fins, mediante a atribuição das competências tributárias.

Não é lícito ao Estado, portanto, deixar de cumprir uma atribuição constitucionalmente estabelecida, invocando ausência de recursos financeiros, se não esgotou todas as possibilidades de angariar os meios que lhe foram disponibilizados pela Carta Maior. Isto significa que o Estado não pode deixar de exercer uma competência tributária se isto implicar inércia estatal em relação a alguma atribuição que lhe foi dada. Deste modo, não poderia o Estado deixar de exercer a fiscalização ambiental invocando falta de recursos, se não tiver instituído a taxa de polícia que lhe era facultada.

Não se pretende aqui argumentar contra a facultatividade do exercício da competência tributária. A doutrina pátria reconhece a facultatividade como regra geral, definindo a competência como a "aptidão [ou] possibilidade para criar, *in abstracto*, tributos, descrevendo legislativamente suas hipóteses de incidência, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas."[39]

Com a edição da Lei Complementar nº 101/2000, no entanto, surge controvérsia acerca da facultatividade, uma vez que, para alguns, o Artigo 11 da referida lei, ao colocar

como requisito essencial da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente federado, estaria tornando obrigatório o exercício da competência tributária.

Levantou-se, então, a tese da inconstitucionalidade do referido Artigo 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal, por contrariar a regra geral da facultatividade da competência tributária, esta extraída diretamente do texto constitucional, que estabelece apenas uma exceção à facultatividade: a obrigatoriedade de instituição do ICMS.[40]

Não parece mesmo possível admitir que norma contida em lei complementar pudesse ter o condão de afastar comando contido na Constituição, até porque, a não ser em relação aos impostos, para cuja instituição a Constituição Federal discrimina exaustivamente a distribuição das competências, as demais competências tributárias são abertas e não haveria como controlar eventuais renúncias de receita.

Tampouco se defende a criação indiscriminada de novos tributos a fim de financiar toda e qualquer atuação estatal em matéria ambiental, se o Estado já dispõe de recursos financeiros, que deve administrar de acordo com os princípios da eficiência e da moralidade administrativa. A interpretação conjunta dos subsistemas constitucionais tributário e econômico deixa claro que a tributação há que ser suportável, o que significa que não pode inviabilizar a atividade econômica, sob pena de ofensa mortal ao princípio da livre iniciativa e do desenvolvimento (sustentável).

O que se acredita é que, tendo a Constituição afirmado certos valores que cumpre ao Estado assegurar, e dispondo o Estado dos meios para cumprir sua atribuição – inclusive de instrumentos que lhe assegurem recursos financeiros para o desempenho desta função (competências tributárias) – não poderá deixar de atuar sob o pretexto da falta de dinheiro.

Resta analisar, então, se a utilização de normas tributárias indutoras como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável e da defesa do meio ambiente constitui uma mera possibilidade ou se existe impositivo constitucional para o emprego da extrafiscalidade em matéria ambiental.

O exame do ordenamento vigente permite afirmar que já se verifica, em alguma medida, o emprego da extrafiscalidade voltada à preservação ambiental e do desenvolvimento sustentável, o que ocorre, por exemplo, com a concessão de um ou outro incentivo à utilização da propriedade imóvel que cumpre sua função ambiental, a concessão de tratamento tributário ligeiramente mais benéfico a veículos que utilizam biocombustível no lugar de combustíveis fósseis e outras tantas isenções isoladas relativamente a diferentes tributos.

Não se pode concluir, entretanto, que exista uma política tributária ambiental consistente. Falta planejamento, assim como integração entre as diversas esferas do poder e entre estas e a sociedade e os agentes econômicos. Os incentivos ambientais concedidos são poucos e desarticulados, o que resulta, na maioria dos casos, no não-atingimento dos objetivos a que se propõem.

Inúmeros outros seriam talvez muito mais eficazes, como a desoneração de serviços focados em saneamento ambiental, a redução de alíquotas do IPI e do ICMS quando, na

produção dos bens e mercadorias, fossem empregadas tecnologias antipoluentes, o tratamento tributário privilegiado à reciclagem e a incidência do IPVA conforme a observância da eficiência energética dos veículos.

A concessão de estímulos fiscais, porém, esbarra no receio dos governos de terem a arrecadação diminuída. Com certa razão, argumentam as Administrações Públicas que a Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal) dificulta a concessão de incentivos fiscais, que na maioria das vezes implicam renúncia de receita.

É certo que o Artigo 14 da referida lei prevê que, se o incentivo de natureza tributária resultar em renúncia de receita, deverá a concessão do benefício ser acompanhada de estimativa do impacto orçamentário financeiro da renúncia, assim como da demonstração de medidas de compensação, ou, se for o caso, da demonstração de que as metas de resultados fiscais não serão afetadas pela renúncia.

Uma política tributária ambiental adequada, no entanto, deveria prever, ao lado do incentivo a práticas ambientalmente corretas, o agravamento da tributação incidente sobre produtos e serviços danosos ao meio ambiente. Assim, poder-se-ia, por exemplo, tributar de maneira mais gravosa a industrialização de plástico com o emprego de matéria-prima bruta e de maneira favorecida a industrialização de utensílios plásticos com emprego de material reciclado. A receita "renunciada" seria compensada pela elevação da carga tributária no processo de industrialização que se pretende desencorajar.

Parece indubitável que, cabendo ao Estado intervir na ordem econômica a fim de garantir o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, deverá ele se valer de todos os instrumentos que lhe foram conferidos pela Constituição para cumprir o seu papel.

Não há dúvidas, também, que a extrafiscalidade representa um valioso instrumento para que se atinjam os fins objetivados pelo legislador constituinte. Neste sentido, afirma Luís Eduardo Schoueri, que "[...] as normas tributárias indutoras, longe de serem uma exceção, surgem em obediência ao preceito constitucional da atuação positiva do Estado."[41]

Merecem ser lembradas aqui as palavras de Alfredo Augusto Becker:

Toda a reforma social é efetuada mediante duas tarefas fundamentais: destruição da antiga ordem econômica social e reconstrução da nova.

O homem elevado à dignidade de artífice de um novo mundo, encontra-se ante esta alternativa: ou a rebelião da força bruta, ou a revolução humanista cristã.

Para a segunda, utilizará o instrumental de todo o Direito Positivo radicalmente renovado e nesta hipótese a tarefa da destruição (da ordem econômica social vigorante) será simultânea com a da reconstrução.

Nesta segunda hipótese, um dos principais agentes revolucionários será o Direito Tributário rejuvenescido, que pelo impacto de seus tributos destruirá a antiga ordem social e, simultaneamente, financiará a reconstrução, esta última disciplinada pelos demais ramos do Direito Positivo.[42]

Transpondo o raciocínio do autor para o contexto do presente trabalho – tributação e meio ambiente – é possível afirmar que a degradação do meio ambiente hoje constatada representa a ordem das coisas que precisa ser mudada. A Constituição Federal já oferece instrumentos jurídicos – aí incluídos os tributários – suficientes para que uma revolução ambiental e de desenvolvimento se faça pelo Direito. Cumpre aos governos, sociedade e agentes econômicos serem sujeitos desta revolução. Afinal, caso não haja uma reversão imediata das agressões a que o meio ambiente vem sendo submetido, a rebelião virá pela força bruta: a força da natureza destruída, que pode inviabilizar a vida no planeta.

CONCLUSÕES

O tratamento dado pela Constituição Federal ao meio ambiente permite concluir que o meio ambiente sadio e equilibrado é direito fundamental de terceira dimensão, assim como sua defesa é princípio informador da ordem econômica, cabendo sua proteção ao Estado, aos agentes econômicos e à coletividade.

Analisando os dispositivos constitucionais atinentes à defesa do meio ambiente em conjunto com o comando contido no Artigo 3º, II da Constituição, que elenca o desenvolvimento econômico entre os objetivos da República Federativa do Brasil, conclui-se que a Constituição determina a compatibilização entre desenvolvimento e proteção ambiental, instituindo, portanto, o princípio do desenvolvimento sustentável.

Cabe ao Estado intervir na ordem econômica a fim de garantir o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado e promover o desenvolvimento sustentável. Via de regra, a intervenção do Estado será indireta, como agente normatizador e regulador, cumprindo as funções de fiscalização, planejamento e incentivo.

Uma das principais formas de atuação estatal em defesa do meio ambiente consiste na elaboração e implementação de políticas públicas ambientais e de desenvolvimento, nas quais o Estado pode se valer de sua competência tributária para o financiamento de sua própria atuação ou como instrumento de direção da atividade econômica.

Embora a Constituição Federal não estabeleça qualquer tributo ambiental específico, confere aos entes políticos constitucionais, detentores das competências tributárias, os mecanismos necessários para a utilização dos tributos existentes com finalidade ambiental.

Assim, a princípio todas as espécies tributárias podem ser utilizadas para o financiamento da atuação estatal relacionada à defesa do meio ambiente. Destaca-se, no

entanto, a relevância das taxas de serviço, aptas a remunerar a prestação de serviços ambientais específicos e divisíveis e as taxas de polícia, que podem custear a fiscalização que compete ao Estado em matéria ambiental.

Destaca-se ainda as contribuições de intervenção no domínio econômico, tributos de receita previamente afetada, que podem ser destinadas a investimento público em projetos de recuperação ambiental, fomento à pesquisa de novas tecnologias, projetos de educação ambiental, entre outros que se relacionem à defesa do meio ambiente.

Também os impostos se prestam ao custeio da atuação estatal em defesa do meio ambiente. Embora sua compostura jurídica não permita que tenham como hipótese de incidência a atuação do Estado nem que o produto de sua arrecadação seja previamente afetado a qualquer despesa, são eles destinados a custear as atividades gerais do Estado, o que inclui também os serviços inespecíficos e indivisíveis relacionados ao meio ambiente.

De maior interesse para a gestão das políticas públicas ambientais, no entanto, é a utilização de normas tributárias indutoras, que visam coibir comportamentos prejudiciais ao meio ambiente e estimular a adoção de práticas que contribuem para a preservação ambiental.

Este expediente, conhecido como extrafiscalidade, possui ampla aplicabilidade em matéria ambiental e consiste no agravamento da imposição tributária com a finalidade de desestimular aquelas condutas que, embora lícitas, não sejam compatíveis com a política pública ambiental e na concessão de incentivos tributários como modo de se obter, do particular, a adoção do comportamento desejado.

Conclui-se que a tributação ambientalmente dirigida é mandatória na ordem constitucional vigente, uma vez que deve o Estado se valer de todos os instrumentos de que dispõe – inclusive o instrumental tributário – para a defesa daqueles valores supremos estabelecidos na Constituição.

Deste modo, não pode o Estado se eximir de atuar em defesa do meio ambiente – atribuição que lhe foi conferida pela Constituição – invocando ausência de recursos financeiros, se não esgotou todas as possibilidades de angariar estes recursos por meio do exercício de sua competência tributária.

Ressalta-se, no entanto, que o exercício da competência tributária pressupõe o devido acato aos princípios constitucionais. Neste sentido, impõe-se que a tributação não inviabilize a livre iniciativa, que a contraprestação estatal a que se vincula a imposição tributária se realize e que seja obedecida a destinação legal, naqueles tributos cuja receita é previamente afetada.

Finalmente, reafirma-se que o emprego da extrafiscalidade voltada à preservação do meio ambiente e à promoção do desenvolvimento sustentável é também imperativo constitucional, em razão do princípio constitucional da atuação positiva do Estado.

REFERÊNCIAS

AIRES FILHO, Durval. *Contribuições Sociais, Parafiscalidade e Intervenção no Domínio Econômico – Caso de Desvio.* In MACHADO, Hugo de Brito, coord. As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro. São Paulo: Dialética/Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2003, p. 176-205

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* 14. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2007

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária.* 5. ed., 7. tir., São Paulo: Malheiros Editores, 1998

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro.* 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2000

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva, 1972

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.* São Paulo: Malheiros Editores, 2005

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 01 nov. 2005. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(3540.NUME.%20OU%203540.ACMS.)("CELSO%20DE%20MELLO".NORL.%20OU%20"CELSO%20DE%20MELLO".NORV.%20OU%20"CELSO%20DE%20MELLO".NORA.%20OU%20"CELSO%20DE%20MELLO".ACMS.)(PLENO.SESS.)&base=baseAcordaos. Acesso em 05 jul 2009.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 21 ed. rev. ampl. e atual. até a EC n. 48/2005. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico.* 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direito Constitucional Econômico.* São Paulo: Saraiva, 1990

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito Ambiental Tributário.* São Paulo: Saraiva, 2005

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de Direito Financeiro e Tributário.* 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental.* São Paulo: Malheiros Editores, 1994

PAULSEN, Leandro. *Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro.* In MACHADO, Hugo de Brito, coord. As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro. São Paulo: Dialética/Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2003

PETTER, Lafayete Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Defesa ambiental: utilização de instrumentos tributários. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 675-723.

RIBEIRO, Maria de Fátima. A progressividade temporal do IPTU no Estatuto da Cidade: reflexos no desenvolvimento econômico. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima. (Orgs.). *Direito empresarial contemporâneo*. Marília: UNIMAR; São Paulo: Arte & Ciência, 2007, p. 173-208.

_____ *As concessões de incentivos fiscais ambientais e o princípio da igualdade tributária.* Disponível em http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/desenv_econom_maria_de_fatima_ribeiro.pdf. Acesso em 08 jul. 2009

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2008.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A conflituosidade ambiental do desenvolvimento econômico. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima. (Orgs.). *Direito empresarial contemporâneo*. Marília: UNIMAR; São Paulo: Arte & Ciência, 2007. p. 249-305.

VINHA, Thiago Degelo. *Estado e economia*: o intervencionismo estatal no atual cenário jurídicoeconômico brasileiro. Hórus – Revista de Humanidades e Ciências Sociais Aplicadas, Ourinhos/SP, Nº 03, 2005. Disponível em: http://www.faeso.edu.br/horus/artigos%20anteriores/2005.pdf Acesso em: 6 jul. 2009

---

[1] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46.

[2] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental.* São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 29.

[3] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69

[4] PETTER, Lafayete Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 247.

[5] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.* São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 51

[6] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.251.

[7] SOUZA in: FERREIRA; RIBEIRO (Orgs.), 2007, p. 252.

[8] DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico.* 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 78.

[9] STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 3540/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006, p. 14.

[10] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74.

[11] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direito Constitucional Econômico.* São Paulo: Saraiva, 1990, p. 75

[12] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.* São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 37.

[13] *Idem, ibidem,* p. 58.

[14] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, p. 74.

[15] VINHA, Thiago Degelo. *Estado e economia*: o intervencionismo estatal no atual cenário jurídicoeconômico brasileiro. Hórus – Revista de Humanidades e Ciências

Sociais Aplicadas, Ourinhos/SP, Nº 03, 2005. Disponível em <http://www.faeso.edu.br/horus/artigos%20anteriores/2005.pdf> Acesso em: 6 jul. 2009.

[16] BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 204.

[17] *Idem, ibidem*, p. 206.

[18] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva, 1972, p. 541.

[19] ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária.* 5. ed., 7. tir., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 28.

[20] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 244.

[21] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 21 ed. rev. ampl. e atual. até a EC n. 48/2005. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 659.

[22] RIBEIRO, Maria de Fátima. *As concessões de incentivos fiscais ambientais e o princípio da igualdade tributária.* Disponível em

<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/desenv_econom_maria_de_fatima_ribeiro.pdf> Acesso em 08 jul. 2009.

[23] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 43.

[24] *Idem, ibidem*, p. 49.

[25] SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 257.

[26] RIBEIRO, Maria de Fátima. *As concessões de incentivos fiscais ambientais e o princípio da igualdade tributária.* Disponível em

<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/desenv_econom_maria_de_fatima_ribeiro.pdf> Acesso em 08 jul. 2009.

[27] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* 14. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 31.

[28] ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária.* 5. ed., 7. tir., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 134.

[29] JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de Direito Financeiro e Tributário.* 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 111.

[30] ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária.* 5. ed., 7. tir., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 138.

[31] SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2008, p. 621.

[32] DERZI (atualizadora), in BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro.* 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 182.

[33] PAULSEN, Leandro. *Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro.* In MACHADO, Hugo de Brito, coord. As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro. São Paulo: Dialética/Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2003, p. 388.

[34] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito Ambiental Tributário.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57.

[35] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito Ambiental Tributário.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 58.

[36] RIBEIRO, Maria de Fátima. A progressividade temporal do IPTU no Estatuto da Cidade: reflexos no desenvolvimento econômico. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima. (Orgs.). *Direito empresarial contemporâneo*. Marília: UNIMAR; São Paulo: Arte & Ciência, 2007, p. 195.

[37] RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Defesa ambiental: utilização de instrumentos tributários. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 686.

[38] AIRES FILHO, Durval. *Contribuições Sociais, Parafiscalidade e Intervenção no Domínio Econômico – Caso de Desvio.* In MACHADO, Hugo de Brito, coord. As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro. São Paulo: Dialética/Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2003, p. 182

[39] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 21 ed. rev. ampl. e atual. até a EC n. 48/2005. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 467.

[40] *Idem, ibidem*, p. 637.

[41] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 87.

[42] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva, 1972, p. 544.

O CONTROLE DAS PRÁTICAS DE ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL*

THE CONTROL OF PRACTICES OF CROSS BORDER TAX ARBITRAGE

Antônio de Moura Borges
Luciana Gualda e Oliveira

RESUMO

O presente estudo versa sobre uma das formas de planejamento tributário conhecida como arbitragem tributária internacional (cross-border tax arbitrage), mostrando medidas que podem ser adotadas pelos Estados de forma a coibir esse comportamento indesejável por parte dos contribuintes, que podem levar à levar à concorrência fiscal prejudicial. O combate a essa prática possibilita o equilíbrio das receitas estatais de forma que não afetem, sobremaneira, a economia dos Estados envolvidos, e não produzam o efeito perverso de sobretaxação de contribuintes nacionais que não detêm a possibilidade de estruturarem planejamentos tributários. A abordagem implica em verificar as medidas existentes, unilaterais, bilaterais ou multilaterais referenciadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE são eficazes no combate a arbitragem, ressaltando a importância da cooperação internacional, consubstanciada na proposta de Thuronyi e dos esforços do Joint International Tax Shelter Information Centre – JITSC.

PALAVRAS-CHAVES: PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL. MEDIDAS UNILATERAIS, BILATERAIS E PLURILATERAIS.

ABSTRACT

This study deals with one form of tax planning known as cross-border tax arbitrage, showing possible measures that can be adopted by States in order to curb this undesirable behavior by taxpayers, which leads to harmful tax competition. Combating this practice allows the balance of state revenues so that they do not affect greatly the economy of the states involved, and do not have the perverse effect of surtaxing national taxpayers that do not have the possibility of structuring tax plannings. The approach involves checking the existing measures, unilateral, bilateral or multilateral referenced by the Organization for Economic Cooperation and Development - OECD as if they are effective against cross border tax arbitrage, highlighting the importance of

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

international cooperation embodied in the Thuronyi's proposal and the efforts of the Joint International Tax Shelter Information Center - JITSC.

KEYWORDS: TAX PLANNING. CROSS-BORDER TAX ARBITRAGE. UNILATERAL, BILATERAL AND MULTILATERAL ACTIONS.

Introdução

A *cross-border tax arbitrage*, que Borges traduz como arbitragem tributária internacional[168], consiste em prática de planejamento tributário na qual o contribuinte estrutura suas operações de forma a evitar ou minimizar o ônus tributário aproveitando-se das diferenças existentes nas legislações tributárias de dois ou mais países. Essa escolha por uma ou outra legislação pode ser percebida quando os sistemas tributários afastam-se do princípio da neutralidade fiscal, segundo o qual a tributação não deve provocar distorções nos preços e nas decisões dos contribuintes.

Esse movimento centrífugo à neutralidade pode ser compreendido sob três prismas. O primeiro sendo conseqüência das decisões dos contribuintes, baseadas na liberdade de escolha que têm entre a adoção de uma ou outra legislação visando menor ônus tributário. Outra possibilidade é a utilização institucional de mecanismos que geram distorções, como é o caso dos países com tributação favorecida, os regimes preferenciais e os paraísos fiscais. Nesse contexto, o mecanismo de planejamento tributário, longe de ser coibido, será esperado. Verifica-se, ainda, uma terceira vertente possibilitando a *cross border tax arbitrage*, que ainda que seja institucional, não é empregada intencionalmente pelos países, sendo que as distorções são, via de regra, causadas pela tradição jurídica dos países, ou ainda pela ausência de estudo do direito comparado, a fim de se evitar que o mesmo instituto jurídico seja utilizado de formas diferenciadas pelos países, gerando distorções involuntárias nos sistemas tributários.

Notadamente, é importante a delimitação ou abrangência das operações que são compreendidas como *cross border tax arbitrage* daquelas que são denominadas como *tax shelters* (ou abrigos fiscais). Embora ambas possibilitem a elisão fiscal, os abrigos fiscais são sistemas intencionalmente montados, ou seja, a diferença que apresentam nas

[168] O termo Arbitragem Tributária Internacional foi traduzido da expressão *cross-border tax arbitrage*, por Antônio de Moura Borges, no artigo "Formas de minimização do encargo tributário nas operações internacionais e planejamento tributário internacional". Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional. Ano 6/7 – Editora Fortium – Brasília: 2004/2005.

legislações, comparada à de outros Estados, são produzidas pelo próprio país, com o intuito de promoverem a atração de capital. De outro lado, a diferença existente nas legislações e conceitos de direito entre países de tributação normal podem concorrer para a prática da *cross border tax arbitrage.*

No mesmo sentido, segue entendimento de Boyle:

> Diferentemente do anterior, a arbitragem tributária internacional pode ocorrer mesmo quando dois países operam sistemas rigorosos e abrangentes de tributação. São as diferenças ou inconsistências entre os dois sistemas que dão margem à arbitragem, independentemente de qualquer compreensão mais tradicional da concorrência entre os regimes tributários fortes e fracos, ou estritos e permissivos.[169]

Dessa forma, delimita-se a arbitragem tributária internacional aos países com tributação normal, sendo certo que as operações realizadas com paraísos fiscais já são amplamente discutidas e medidas vêm sendo tomadas pelos países para minimizar os efeitos que esses sistemas preferenciais produzem no cenário internacional.

1 O quadro conceitual da arbitragem tributária internacional

O interesse em solucionar o problema da dupla ou pluritributação internacional da renda é mais antigo do que o da arbitragem tributária internacional. Ring[170] explica o porquê desse interesse, apontando que os tratados sobre tributos dirigem-se explicitamente à eliminação da dupla tributação da renda, e a maioria dos beneficiários destes tratados têm a legislação doméstica projetada, a fim de reduzir ou eliminar a dupla tributação. Além disso, aponta que o interesse é mútuo em resolver o problema da dupla tributação da renda, caso contrário, perdem os contribuintes que são duplamente onerados e os Estados, cujos investimentos tendem a migrar para outros Estados gerando um fluxo de capitais, revertendo em sérias implicações de ordem econômica. Portanto, o interesse maior pela mitigação da dupla tributação da renda por parte dos

---

[169] Conforme BOYLE "Unlike the former, international tax arbitrage can occur even where two countries operate rigorous and comprehensive systems of taxation. It is the differences or inconsistencies between the two systems that give scope for arbitrage, independent of any more traditional understanding of competition between strong and weak, or strict and permissive, tax regimes." Tradução livre. BOYLE. Mark. **Cross-Border Tax Arbitrage—Policy Choices and Political Motivations.** http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2007/boyle.pdf, Acesso em 01 de setembro de 2009, p. 528.

[170] RING, Diane M. **One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage**. Boston College Law School, Boston: 2002.

Estados é óbvia, e conta com a pressão exercida pelos contribuintes que realizam as operações em âmbito internacional.

A arbitragem tributária internacional, a seu turno, preocupa os Estados pela possibilidade do fenômeno inverso à dupla tributação renda, ou seja, a não-tributação da renda em nenhum dos Estados presentes na operação do contribuinte. Vê-se que, de um lado, existe o interesse dos Estados em que ocorra a tributação, porém inexiste a mesma condição por parte do contribuinte.

A dupla tributação e a não-tributação, conforme Ring[171], distorcem os princípios da eficiência e da eqüidade em matéria tributária, porém, de formas distintas. Enquanto a dupla tributação da renda afeta o comércio internacional, a não-tributação da renda gera graves distorções no mercado internacional, levando à concorrência fiscal prejudicial.

Cabe ressaltar que, apesar da dificuldade dos países em coibir a prática da arbitragem tributária internacional, tal conduta gera a concorrência fiscal desleal entre os sistemas tributários, afetando a persecução da justiça fiscal. Contudo, convém ressaltar que apenas o conflito de normas tributárias, ante o caso concreto, entre dois ou mais países, não é suficiente para caracterizar a arbitragem tributária internacional, pois o mesmo conflito pode levar a duas situações antagônicas extremadas:

a) dupla tributação, que pode ser resolvida por meio de tratados internacionais entre esses Estados ou;

b) não-tributação pelos Estados, cuja forma de resolução é objeto do presente artigo.

De fato, essas situações acima expostas são as situações extremas, sendo claro que existem situações em que haverá a redução da carga tributária conseguida por meio da arbitragem tributária internacional e não a eliminação total desta. Mas, de uma ou de outra forma, torna-se nociva aos Estados, que deixam de tributar parte das rendas, gerando distorções nos seus sistemas tributários.

A razão pela qual existem diferenças entre as legislações tributárias dos Estados parece ser de fácil compreensão, variando de país para país, de acordo com a orientação política adotada por estes, ainda que a maior parte dos Estados se orientem pautados por princípios e objetivos semelhantes.

---

[171] Cf. RING, Diane M. op. cit., p 1-66.

É interessante a observação de Leblang[172] no sentido de que os próprios países, como por exemplo os Estados Unidos, a fim de evitarem a dupla tributação dos investimentos internacionais, criam regras tributárias e tecem rede de acordos internacionais, contando que os investidores internos serão tributados. Ocorre que nem sempre isso é observado, pois, por meio de planejamentos tributários, utilizam-se da arbitragem tributária internacional, aproveitando das diferenças existentes entre as legislações de dois ou mais países e acabam reduzindo ou eliminando o ônus tributário.

Kane[173] traz perspectiva inovadora sobre a arbitragem tributária internacional analisando-a sob outro prisma. O referido autor aduz que o discurso sobre a arbitragem tributária internacional considera que esta oferece ao contribuinte a oportunidade de não ser tributado. De fato, Kane[174] mostra que essa é apenas umas das vertentes à análise tendo como sujeito o contribuinte.

Porém, vai mais adiante, no sentido de enfatizar que a arbitragem tributária internacional interessa aos governos, porque, por meio dessas transações, interesses nacionais são "permitidos" sem a transparência perante os demais Estados e, portanto, dificilmente sujeitas a retaliações.

Não obstante o entendimento de Kane de que a arbitragem tributária internacional interessa aos governos, na realidade representa perda de receitas aos cofres públicos, afetando a neutralidade dos sistemas tributários, afastando-se da justiça social.

O conhecimento de duas modalidades clássicas da arbitragem tributária internacional proporciona melhor compreensão do instituto, possibilitando que os países encontrem mecanismos de combate à elisão tributária decorrente dessas práticas.

2 Modalidades clássicas de arbitragem tributária internacional

Seguem exemplos das modalidades mais comuns de arbitragem tributária internacional, quais sejam: arrendamento mercantil internacional (*double-dip leasing*), e empresas com dupla residência (*dual resident companies*), sem, contudo, esgotar o

---

[172] LEBLANG, Stuart E. **International Double nontaxation**. Tax Notes International Magazine. July 20,1998.

[173] KANE, Mitchell A. **Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage**. Emory University School of Law University of Virginia Faculty Workshop, 2004.

[174] Idem, p. 11.

estudo das modalidades, haja vista a diversidade da produção legislativa entre os países e a conseqüente heterogeneidade das normas e conceitos utilizados em Direito.

2.1 Arrendamento mercantil internacional

Ring[175] explica que o *double dip leasing* ocorre quando, diante de um contrato de arrendamento mercantil internacional, duas jurisdições distintas especificam de forma diferente quem é considerado proprietário do bem arrendado. Por exemplo, em um determinado Estado, entende-se que o arrendatário é o proprietário do bem, enquanto no outro Estado a propriedade pertence ao arrendador. Dessa forma, dependendo da legislação interna de cada um desses Estados, ambos, o arrendador e o arrendatário, poderão ter direito a deduções pela depreciação acelerada do bem arrendado, além de outros benefícios que podem ser concedidos, como créditos pelo investimento.

O que irá determinar ou não a ocorrência da arbitragem tributária internacional, nesse caso, será a possibilidade de haver, nesses dois Estados, legislação que permita a dedução ou creditamento em relação àquele que é tido como proprietário do bem.

Segue quadro esquemático:

Empresa Plane Co. →→→→→→→→→ Empresa Flight Co.
França arrenda aeronave USA
↓ ↓

Arrendatário é Arrendador é
o proprietário do Bem o proprietário do Bem

↓ →→→→→→→→→→→→→→→→→→→→→→→→→ ↓
Existe legislação em A e B para: depreciação acelerada e/ou créditos

[175] Cf. RING, Diane M. op. cit., p. 1-66.

Figura 1 - quadro esquemático

Vê-se que, no exemplo utilizado no esquema, ambos os Estados permitem deduções em relação à depreciação acelerada do bem e também a créditos, logo os contribuintes serão beneficiados com a depreciação acelerada do bem, em que será deduzido o montante do imposto de renda devido, bem como de créditos relativos ao investimento, que também reduzirá o montante do imposto de renda a ser pago.

Caso a transação ocorresse no mesmo Estado, somente seria permitida a dedução da depreciação acelerada ao proprietário, enquanto o arrendatário teria direito a deduções das parcelas pagas anualmente pelo bem, sendo que essas deduções são sempre menores do que as deduções decorrentes da depreciação acelerada. Também, o crédito de imposto somente seria concedido ao considerado proprietário do bem, geralmente ao arrendador e não ao arrendatário.

2.2 Empresas com dupla residência

O fenômeno da *dual resident companies* ocorre quando uma empresa é considerada residente em mais de um Estado, sendo membro de um grupo empresarial. Assim, pela fixação do critério de residência em um dado Estado, será considerada residente, pois este país segue como critério de fixação da residência o do local de incorporação da empresa, enquanto que em outro Estado o critério baseia-se no se controle efetivo, logo, observa-se que poderá ser residente em ambos os Estados.

Essa empresa considerada residente em ambos os Estados deverá apresentar perdas substanciais, que serão utilizadas pelas demais empresas do grupo, de forma a reduzir ou eliminar o montante do imposto de Renda devido por estas.

De forma a exemplificar a prática, tem-se o seguinte exemplo hipotético:

A fim de que uma empresa do Reino Unido adquira uma empresa americana ela deve, primeiramente, criar uma subsidiária com dupla residência (EUA e Reino Unido) nos EUA que financie a aquisição da empresa alvo nos EUA. De tal forma que o débito dessa subsidiária gerado pela aquisição da empresa nos EUA deve produzir, por sua vez, grandes deduções.

Como tanto os EUA quanto o Reino Unido têm normas que permitem a consolidação ou o agrupamento de impostos e perdas com as empresas filiais residentes

nestes Estados, o gasto na aquisição por parte da subsidiária poderá ser usado para compensar os impostos, tanto da filial dos Estados Unidos como da operação da filial do Reino Unido.

O resultado é converter uma simples despesa em uma dupla dedução (*double-dip*). Para elucidar, segue esquema simplificado:

Empresa Reino Unido (UK) →→→→→ Empresa EUA
cria uma subsidiária →→→→ DRC (EUA e UK)
↓
Financiar a aquisição da empresa EUA
↓
DRC apura perdas
↓
UK e EUA: normas que permitem o agrupamento de impostos e perdas de empresas do mesmo grupo desde que residentes nesses Estados
↓
Perdas da DRC utilizada para compensar lucros das empresas do grupo do UK e EUA (dupla dedução)

Figura 2 – Exemplo de uso de empresas com dupla residência.

Embora os exemplos citados representem operações clássicas de arbitragem tributária internacional, nem sempre é fácil verificar se a estrutura arquitetada pelo contribuinte configura tal instituto, mesmo porque, a *cross border tax arbitrage* pode ser apenas parte de um esquema de montagem em que se verificam outras espécies de planejamento tributário, como o *treaty shopping*, manipulação dos preços de transferência, entre outros. Esse é o primeiro problema a ser enfrentado pelas administrações tributárias, ou seja, diante de vários negócios ou atos jurídicos utilizados pelo contribuinte, verificar quais são os mecanismos que devem ser afastados.

Ring[176] entende que, antes de definir critérios para eliminar a arbitragem tributária internacional, é essencial verificar se a operação afronta a eqüidade e a eficiência econômica global e nacional, e ainda verificar o interesse político e o impacto causado em relação à perda de receitas pelos Estados.

A maior parte das discussões sobre a política tributária internacional em relação às operações considera que é desejável considerar a eficiência global, a qual é mensurada considerando a neutralidade do tributo, sendo certo que este não será neutro quando modificar os modos de consumo, de investimento e de produção, definindo,

[176] Cf. RING, Diane M. op. cit., p. 59.

assim, o comportamento dos agentes. Dessa forma, os sistemas tributários, ao se afastarem da neutralidade, provocam distorções na economia financeira interna e global, podendo levar à concorrência fiscal prejudicial.

Nesse sentido, Ring e Boyle apontam dois caminhos de como as normas tributárias afetam comportamento do contribuinte e distorcem a economia financeira global. A primeira é favorecendo investimentos tanto internamente como no exterior, violando a neutralidade das exportações (CEN); a outra forma é favorecendo investidores internos em uma área específica, afetando a competitividade do negócio, violando a neutralidade da importação (CIN). O presente trabalho não tem como escopo analisar o CIN (*Capital Import Neutrality*) ou o CEN (*Capital Export Neutrality*), importando apenas a compreensão de que tratam de técnicas utilizadas para mensurar a eficiência econômica das operações internacionais.[177]

Outros fatores também irão afetar a eficiência e a eqüidade, como as políticas adotadas pelos Estados em relação à concessão de benefícios fiscais e em relação às despesas públicas.

Com relação aos benefícios fiscais concedidos, nota-se que a ausência de transparência das legislações ou a complexidade destas revela a política fiscal adotada pelo país, que não necessariamente resulta em renúncia de receitas, uma vez que a desoneração da tributação incidente sobre determinados grupos acaba sendo compensada pela imposição tributária incidente sobre os demais grupos.

A possibilidade de transparência da legislação tributária no que concerne aos benefícios fiscais concedidos, indubitavelmente, acarretaria em questionamentos quanto aos benefícios se restringirem a apenas parcela dos contribuintes, demonstrando, claramente, o interesse do Estado em privilegiar uns em detrimentos de grande parte dos contribuintes.

Em relação aos efeitos sobre a receita, sabe-se que um dos propósitos do sistemas tributários é o de gerar recursos com a finalidade de suportar os gastos dos Estados. Considerando que os mecanismos de arbitragem tributária internacional impactam na receita, isso tende a gerar dois efeitos: cortes nos gastos governamentais e deslocamento de ônus tributário para produzir uma receita suplementar.

Porém, cortes nos gastos governamentais nem sempre são possíveis, em decorrência dos serviços essenciais que devem ser prestados. De outro lado, verifica-se

[177] Cf. RING, Diane M., op. cit., p. 59. E ainda, no mesmo sentido aponta BOYLE. Mark. op. cit., p. 530.

que a habilidade de um seleto grupo de contribuintes de reduzirem seus tributos não é estendida a todos os contribuintes, sendo certo que haverá imputação de ônus tributário maior sobre os contribuintes não-globalizados, ou seja, aqueles que não possuem estruturas e possibilidades de realizar planejamentos tributários. Agindo nesse sentido, verifica-se clara afronta aos princípios da eqüidade, da isonomia, da capacidade contributiva, da solidariedade.

O que deve ser observado é que o favorecimento de alguns contribuintes atinge o fluxo de capitais, afetando a economia global. Obviamente, não há que se afastar todo e qualquer favorecimento para investimento, mesmo porque os benefícios fiscais são formas legais de inserção internacional. Contudo, essas vantagens fiscais levam a distorções para as economias dos Estados envolvidos.

Dessa forma, faz-se necessário restringir as operações de arbitragem tributária internacional que gerem grandes distorções, afetando os princípios da eqüidade e da eficiência. O que confirma a tendência atual da administração tributária dos Estados, qual seja, a de mitigar as operações internacionais com a finalidade apenas de obter vantagens tributárias.[178]

Essas distorções levam à concorrência desleal entre os sistemas tributários, afetando o equilíbrio desses sistemas, que, por sua vez afastam-se dos princípios que devem norteá-los a fim de que atentem para os princípios basilares que os norteiam, como os da capacidade contributiva, isonomia, solidariedade.

Dessa forma, à medida em que os sistemas tributários se afastam da justiça fiscal, produzem distorções nos sistemas econômicos, ao permitirem que os contribuintes, por meio de planejamentos tributários, escolham em que país ira operar seu negócio, de forma a reduzir ou eliminar o encargo fiscal.

Assim, a possibilidade do nomadismo fiscal, indubitavelmente, traz conseqüências danosas aos países, afetando a concorrência entre estes na seara internacional. Com vistas a minimizar o problema da concorrência fiscal desleal, organismos internacionais, a exemplo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), da União Européia e esforços do *Joint*

---

[178] Conforme TORRES: As vantagens verificadas não são tão-somente de cunho tributário, mas podem obter vantagens também em países com regime penal favorecido, onde não se encontram tipificadas condutas de evasão, crimes do colarinho branco, lavagem de dinheiro, etc. Outros benefícios podem ser encontrados em países que adotam o sigilo bancário. TORRÊS, Heleno. **Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

International Tax Shelter Information Centre – JITSC, buscam, além de medidas internas a cada país, maior coordenação internacional entre os Estados, como forma de combate a planejamento tributários abusivos.

3 Mecanismos de solução da concorrência desleal entre sistemas tributários e sua aplicabilidade no combate à arbitragem tributária internacional

O uso da *cross border tax arbitrage* gera distorções nos sistemas tributários, sendo que uma das conseqüências que podem advir desse comportamento do contribuinte é a concorrência internacional desleal ou prejudicial entre os países. Assim, de forma e combater a concorrência desleal, tanto a União Européia quanto a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) têm envidado esforços, dirigindo recomendações que devem ser observadas pelos Estados-membros e que, via de regra, têm sido observadas pelos demais países, ainda que não-membros.

3.1 As Recomendações da OCDE

Conforme ressaltado, tem sentido notável a ação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, cujas Recomendações dispostas no Relatório do Comitê de Assuntos Fiscais apresentam sugestões aos países-membros à adoção de medidas visando, especificamente, combater práticas que fomentem a concorrência fiscal prejudicial. Essas medidas são acatadas, também, por países não-membros.

Nesse sentido, os países-membros da OCDE, preocupados em restringir a competição perniciosa por meio de regimes tributários favorecidos, apontou, na Recomendação do Conselho da OCDE de 21 de setembro de 1987, três importantes medidas a serem tomadas.

A primeira seria a recomendação para que os Estados, por meio de medidas unilaterais, reforçassem sua legislação a fim de coibirem as práticas perniciosas, bem como implementassem métodos que lhes permitissem detectar e reprimir as condutas elisivas. A segunda recomendação (medidas bilaterais) seria a de que os países promovam entre si maior cooperação por meio do intercâmbio de informações, e ainda pela inserção de cláusulas específicas trazidas no bojo de acordos internacionais firmados para evitar a dupla tributação. Por último, recomenda que os países

confrontem seus métodos e práticas para inibir as práticas não desejáveis por parte dos contribuintes.

Mais de dez anos após as referidas Recomendações, a OCDE divulgou, em 28 de abril de 1998, o Relatório do Comitê de Assuntos Fiscais, reconhecendo que existiam diferenças legítimas entre os ordenamentos jurídicos, e que essas diferenças não representam a causa da competição fiscal prejudicial, sendo tal competição conseqüência da complexidade da economia atual.

Esse Relatório deixa claro que existe limitação internacional à mitigação dos favorecimentos tributários, em face da liberdade de cada Estado de gerir seus sistemas tributários (soberania), apontando, ainda, que os benefícios devem ser conferidos dentro de limites considerados toleráveis e que não devem ser utilizados de forma a atrair investimentos. Contudo, apresenta critérios a serem aplicados a fim de verificar se um determinado Estado enquadra-se dentro de um regime tributário aceitável ou não. Dessa forma, conforme Tôrres[179]:

> a) ausência de uma efetiva troca de informações[...]; absoluta ausência de transparência; ausência de disposições internas que exijam uma demonstração de efetividade das operações e dos beneficiários.
> [...]
> não possuem um regime sobre preços de transferência; mantêm isenções para rendimentos de fonte estrangeira; negociam a alíquota ou a determinação da base de cálculo dos impostos (rulings); mantêm regimes severos de segredo bancário; permitem acesso a um elevado número de acordos internacionais; divulgam regimes fiscais como método para reduzir a carga tributária; permitem regimes de operações ou acordos com fim puramente fiscal e contêm determinação artificial da base de cálculo.

Uma vez identificados os Estados com tributação favorecida, mister se faz combatê-los, aplicando medidas defensivas, utilizando-se de medidas unilaterais e bilaterais.

Ainda, no mesmo documento, Recomendações importantes se seguiram a fim de munir os países de medidas a serem tomadas contra as operações dos contribuintes que ensejem a concorrência desleal. Essas Recomendações são similares às emanadas do primeiro relatório de 1987, porém mais completas, conforme Heleno Tôrres[180]:

---

[179] Cf. TORRES, Heleno T. op. cit., p.151.
[180] Cf. TORRES, Heleno T. op. cit., p. 152.

> I. Recomendações concernentes às legislações e práticas internas, destinadas a ampliar a transparência do sistema e a eficácia das medidas fiscais já existentes, dirigidas a restringir o uso das chamadas "CFC", de fundos de investimento estrangeiro, dos benefícios de filiação, dos preços de transferência e de rulings, além de medidas que envolvam a necessidade de intensificação das trocas de informações e mútuas assistências, como acesso inclusive aos dados bancários, para efeitos fiscais, como parte da luta coordenada dos países-membro contra a evasão e fraude fiscais.
> II. Recomendações quanto às convenções internacionais, voltadas para incluir disposições que visem a afastar a concessão de benefícios para situações ou sujeitos envolvidos com qualquer forma de prática fiscal internacional, limitando as vantagens do acordo aos beneficiários efetivos (beneficial owners) e coibindo o uso indevido das convenções (treaty shopping, rule shopping); remover todas as dúvidas sobre compatibilidade de aplicação de normas antielusivas internas e regras de convenção internacional. Ainda neste ponto, recomenda a denúncia dos tratados internacionais com tributação favorecida (tax havens). E, o que nos salta aos olhos, recomenda regimes coordenados de lançamento tributários, inspeções conjuntas, sobre os rendimentos decorrentes de benefícios oriundos de regimes fiscais prejudiciais, bem como examina a possibilidade de assistência aos atos de arrecadação de créditos tributários.
> III. Recomendações para intensificar a cooperação internacional, se possível por meio de convenções multilaterais que envolvam o maior número possível de países, como forma de combater a concorrência fiscal prejudicial.

Dessa forma, as Recomendações da OCDE aos países-membros propõem medidas conjuntas, unilaterais, bilaterais, e também, multilaterais, ao combate às operações dos contribuintes que gerem concorrência fiscal prejudicial.

Entende-se por medida unilateral, conforme o próprio nome indica, a inserção de normas internas com a finalidade de coibir as práticas utilizadas pelo contribuinte. Ressalte-se a existência de dois tipos as medidas unilaterais, utilizadas pelos países, com vistas a inibir os atos elisivos: as normas específicas e as normas gerais. É de se observar, que uma não exclui a outra, sendo certo que, em alguns países, observa-se a coexistência de ambas.

A seu turno, as medidas bilaterais são aquelas realizadas entre dois Estados com a finalidade de reduzir a elisão fiscal decorrente das operações realizadas. Com efeito, verifica-se uma série de tratados firmados entre os países cuja finalidade é evitar a dupla tributação da renda nas operações existentes entre estes. Tais acordos internacionais são firmados, geralmente, conforme o Modelo da OCDE, que vem sendo adotado pelos seus Estados-membros e também por não membros.

Os Estados contratantes devem, no acordo internacional, estabelecer cláusulas específicas com a finalidade de evitar a elisão fiscal. A aplicação dessas cláusulas deve resultar na observância do que foi contratado, evitando que os Estados recorram aos princípios gerais do Direito Internacional, bem como às normas de direito interno.

Em relação aos dispositivos de contenção da elisão fiscal, a OCDE publicou, em 1987, as seguintes medidas que deveriam constar das cláusulas dos tratados firmados entre Estados: consideração da qualidade dos sócios, exclusão de benefícios, mínimo de tributação, canalização de recursos, cláusula de salvaguarda e troca de informações.

Ainda, como mecanismo de combate à concorrência fiscal prejudicial, verificam-se as medidas plurilaterais, sendo adotadas por mais de dois Estados, que pactuam no sentido de reduzirem as possibilidades de elisão fiscal decorrentes das operações transnacionais existentes.

A tendência da economia mundial é operar por vários Estados, a produção passa por estágios em locais distintos, de forma que seguramente já se foi o tempo em que se restringia a um determinado espaço territorial. Hoje, encontra-se a cadeia de produção, espalhada por vários Estados propiciando a competitividade do produto, passando, por exemplo, pela China, cuja mão de obra barata torna-se interessante para a instalação de fábricas a custo reduzido de mão-de-obra.

Essa desconcentração e deslocamento de atividades para países com tributação mais favorecida, ou com incentivos fiscais e/ou bancários, entre outros, é vivenciada atualmente, sendo que a capacidade de permanência no mercado está intimamente ligada à possibilidade de a empresa se organizar de forma com que reduza ao máximo seus custos operacionais e os tributos incidentes. Dessa forma, conseguirá preços mais competitivos no mercado internacional, aumentando sua margem de lucro obtida nas operações.

Ressalte-se, ainda, a existência do investimento especulativo de capitais, que oscila de acordo com os benefícios apresentados em determinado país, especificamente em relação à política cambial e financeira.

Assim, as medidas pluri ou multilaterais parecem as mais apropriadas diante do escopo ditado pela globalização, como forma de prevenir que as práticas utilizadas pelo contribuinte que gerem distorções nos sistemas tributárias possam ser afastadas.

Nesse sentido, verifica-se que a construção da idéia de uma política fiscal internacional, emanada de um órgão supranacional, dotado de força imperativa, é, indubitavelmente, questão que ainda encontra óbices no mundo atual, em razão das

diferenças existentes entre os povos, seus interesses econômicos, políticos, religiosos. Problemas os quais, inexoravelmente, apontam no sentido de que a harmonização de conceitos tributários, de critérios de tributação de rendas produzidas por meio de operações transnacionais, passam a ser medidas consideradas utópicas.

O fato é que, ainda longe de medidas eficazes que inibam a elisão fiscal decorrente de várias práticas de planejamento tributário internacional, como a arbitragem tributária internacional, os Estados têm tido a necessidade de implementar mecanismos mais eficazes, que não somente aqueles produzidos de forma unilateral ou bilateral.

A necessidade de uma solução mais ampla, que abarque número maior de soluções, é condição de existência dos próprios países em suas relações econômicas com os demais, e como medida de urgência que freie as conseqüências danosas que a concorrência prejudicial gera, como a não-tributação.

É de se reconhecer que alguns Estados se beneficiam com a ausência de transparência causada por transações decorrentes de planejamento tributário internacional, conseguindo abarcar maior fatia do mercado mundial sem as retaliações dos demais Estados.

De certo, a busca pelo mercado de bens e capitais é selvagem, porém a admissibilidade de práticas que geram concorrência fiscal prejudicial afeta a todos os países. Ou se distribuem de forma mais equilibrada os ganhos ou a economia global estará fadada ao colapso. Nesse ínterim, a justiça fiscal, longe de ser apregoada como ideal humanístico, funciona como alavanca da própria estrutura do capital. Ou se equilibra a concorrência entre os países, alavancando o desenvolvimento daqueles menos favorecidos, ou afunda-se cada vez mais o gap existente entre a pobreza e a riqueza, e os efeitos indesejáveis e perigosos que toda a estrutura de apartação produz.

Observa-se que, longe de qualquer ideologia marcadamente liberal ou social, deve se construir a percepção de que ou se admite que as riquezas devam ser redistribuídas de forma mais equânime, para que o próprio modo de produção subsista por mais tempo, ou se aguarda a ruptura desse modo com a exaustão de mercado consumidor e todas as conseqüências advindas do empobrecimento dos países periféricos.

De certo, não se pode falar que medidas efetivas não vêm sendo tomadas. Desse modo cabe a análise dos estudos do Comitê de Assuntos Fiscais da Organização para

Cooperação e Desenvolvimento Econômico, dispostos em Relatórios, e pelo Código de Conduta da União Européia sobre Concorrência Fiscal Prejudicial.

3.2 Disposições do Código de Conduta da União Européia sobre a concorrência fiscal prejudicial

Desde o início do processo de integração econômica da União Européia, busca-se a harmonização fiscal entre os Estados-membros, sendo certo que a harmonização pretendida é objeto de inúmeros estudos e obstáculos, pois as diferenças entre as legislações tributárias existentes entre os países-membros geram distorções na alocação dos recursos para o grupo como um todo.

Apesar de todos os esforços, ainda existem incentivos fiscais e financeiros concedidos por alguns países membros da União Européia, causando transtornos em relação à competitividade das empresas e distorções no mercado de trabalho.

Para reduzir esses problemas, visando a uma política de harmonização, a União Européia publicou um Código de Condutas, englobando medidas legislativas e administrativas, considerando prejudiciais Estados que tenham medidas de favorecimento tributário com tributação nula ou muito baixa em relação ao Estado-membro prejudicado. Dessa forma, o Código de Conduta pretende controlar as distorções existentes, promovendo a harmonização tributária, baseando-se no método da comparação que, de modo simplificado, consiste em comparar a tributação aplicada e verificar se ela é muito inferior ou nula em relação ao Estado-membro que se diz prejudicado.

A União Européia aponta as seguintes características tomadas por parte de um Estado-membro como sendo potencialmente prejudiciais, conforme leciona Tôrres[181]:

> a) se as vantagens são concedidas exclusivamente a não residentes ou para transações realizadas com não-residentes; ou
> b) se as vantagens são totalmente isoladas da economia interna, sem incidência na base fiscal nacional; ou
> c) se as vantagens são concedidas mesmo que não exista qualquer atividade econômica real nem qualquer presença econômica substancial no Estado-membro que proporciona essas vantagens fiscais; ou
> d) se o método de determinação dos lucros resultantes das atividades internas de um grupo multinacional afasta-se dos princípios aceitos internacionalmente, em particular, as regras aprovadas pela

[181] Cf. TORRÊS, Heleno. op. cit., p.144.

> Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); ou
> e) se as medidas fiscais carecem de transparência, principalmente quando as disposições legais forem aplicadas de forma menos rigorosa e não transparente em nível administrativo.

Uma vez observada uma dessas práticas, a União Européia aplica medidas de congelamento ou desmantelamento ao Estado-membro em questão. A medida de congelamento consiste no comprometimento dos Estados-membros de não introduzirem novas medidas prejudiciais, enquanto que o desmantelamento é a modificação da prática em vigor que não esteja de acordo com as regras de Conduta, eliminando-a o mais rápidamente possível.

Essas medidas do Código de Conduta aplicam-se aos membros da União Européia, porém deveriam ser ampliadas a outros Estados, conforme Tôrres[182]:

> [...] mas o Conselho considera que seria benéfico que os princípios destinados a eliminar as medidas fiscais prejudiciais fossem adotados num quadro geográfico tão amplo quanto possível.

Outra medida plurilateral possível é a confecção de tratado multilateral firmado entre os países objetivando a troca de informações, com vistas à harmonização de conceitos e normas de direito tributário utilizados entre os Estados.

Vê-se que a harmonização de conceitos e até de tributos é fato entre os Estados que compõem a União Européia, apesar das várias dificuldades presentes em qualquer processo de integração econômica. Ressalte-se que, no âmbito do Mercosul, um dos problemas a serem tratados é justamente o da harmonização tributária, pelo menos em relação aos conceitos tributários e aos tributos incidentes sobre o consumo, que encontra difícil aplicação, uma vez que o imposto incidente diretamente sobre o consumo no Brasil é de competência estadual (ICMS).

A par das análises sobre as dificuldades encontradas no plano da integração econômica do Mercosul, que não fazem parte do objeto do presente estudo, é certo que a harmonização de conceitos e institutos de direito tributário é imprescindível, inclusive como forma mais eficaz de se evitar a arbitragem tributária internacional.

Em relação ao uso de acordos multilaterais, é importante compreender a proposta lançada por Thuronyi[183], pela simplicidade e praticidade demonstrada, conforme se vê a seguir.

---

[182] Cf. TORRÊS, Heleno. op. cit., p.144.
[183] THURONYI, Victor. **Internacional Tax Cooperation and a Multilateral Treaty**.

3.3 A Cooperação Tributária Internacional segundo Thuronyi

Thuronyi aponta que o Direito Público Internacional conta com mais de 1.500 tratados bilaterais para prevenir a dupla tributação da renda, sendo que esses tratados, em sua maioria, são baseados no modelo proposto pela OCDE, e que a experiência com negociações de tratados para a solução da elisão fiscal tem-se mostrado ineficaz, pela ausência de uniformidade nas legislações existentes entre os Estados e dos próprios tratados, além da falta de uma política clara de harmonização dos sistemas tributários. Entende, ainda, que a harmonização dos sistemas tributários seria o ideal, cuja possibilidade, porém, ainda se encontra distante de ser conseguida. Nesse sentido, aponta a adoção de acordos multilaterais como solução para os problemas de elisão fiscal.[184]

A proposta de Thuronyi consiste na substituição dos tratados bilaterais existentes por tratado multilateral firmado pelos Estados, observando que a substituição seja feita de forma gradativa.

Em relação ao tratado multilateral, afirma que o primeiro passo seria a elaboração de um texto uniforme, como o proposto pela OCDE para os tratados bilaterais, sendo que esse texto serviria como modelo para todos os demais existentes.

Aponta que, em um segundo momento, passariam a existir apenas um ou dois tratados multilaterais, pois a idéia é restringir para harmonizar. Mesmo porque, somente alguns países teriam a capacidade para firmar acordos multilaterais, sendo que os demais elaborariam acordos adicionais nos mesmos moldes do multilateral, atendendo às especificidades de acordo com as necessidades do país. Além disso, indica que o tratado multilateral seria um veículo apropriado para a renovação em relação aos problemas comuns da tributação internacional, permitindo emendas ou interpretações das cláusulas dos tratados multilaterais que afetassem todos os países ao mesmo tempo.

Ressalta, ainda, a necessidade de instituição supranacional com poderes jurisdicionais abertos a membros de todos os países para gerenciar esses tratados.

Symposium on Internacional Tax Policy in the New Millennium Brooklyn Journal of Internacional Law, 2001, Brooklyn - New York, p. 1-24.

[184] Idem.

É interessante a proposta de Thuronyi em relação à possibilidade do uso de tratados multilaterais na solução de problemas relacionados a elisão fiscal e mais ainda, como um passo para o processo de harmonização, que é necessária. Entretanto, parece que a solução proposta está longe de ser a adotada pelos países, onde se verifique que os interesses não convergem para uma mesma direção, o que dificulta em muito a possibilidade de interesse em produzir acordo geral multilateral cujo objetivo seja a harmonização de conceitos e institutos de direito. Maior óbice ainda, na adoção de uma estrutura supranacional com vistas a fiscalizar o cumprimento desse acordo.

Todavia, alguns países têm se organizado no sentido de criarem esforços conjuntos para a solução de problemas decorrentes de práticas de planejamento tributário utilizadas pelos contribuintes.

3.4 *Os esforços do Joint International Tax Shelter Information Centre – JITSC*

No mesmo sentido da proposta da OCDE para uma coordenação internacional entre os Estados, como forma de combate a planejamento tributários abusivos, verifica-se, conforme Boyle, o estabelecimento do Joint International Tax Shelter Information Centre – JITSC, de que participam os EUA, o Reino Unido, o Canadá e a Austrália.

O objetivo do JITSC é o de maximizar a coordenação das legislações e políticas fiscais dos países integrantes com os demais no combate a bitributação e a não imposição tributária, oferecendo meios para que as administrações identifiquem e combatam os planejamentos tributários abusivos.

Entretanto, apesar das ações dos países no combate de planejamentos tributários abusivos, existem inúmeras objeções presentes em relação às medidas *anti cross border tax arbitrage*, calcadas na soberania dos países em manejar seus sistemas tributários de acordo com seus interesses internos, o que, indubitavelmente, acarreta diferenças entre as legislações tributárias dos diferentes Estados, concorrendo para a prática da arbitragem tributária internacional.

Conclusões

O que se pretende é a solução da arbitragem tributária internacional pela adoção de medidas unilaterais - produção de normas internas específicas ou gerais -, bem como de medidas bilaterais e multilaterais. Mais precisamente, com a adoção de políticas

internas e externas que restrinjam a elisão fiscal, proporcionando uma efetiva eqüidade tributária e concorrência digna entre os Estados.

Verifica-se que a inserção de cláusulas específicas nos ordenamentos jurídicos com vistas à eliminação da elisão fiscal vem sendo realizada pelos países, a exemplo dos Estados Unidos da América, que estabeleceu, em 1986, regras para combater a arbitragem tributária internacional no que concerne às empresas com dupla residência. Ainda, em 1998, verifica-se a inserção de regra contra as entidades híbridas no Regulamento de Imposto de Renda (*subpart F provisions of the Internal Revenue Code*).

Com relação à norma geral antielisão, verifica-se que é uma das medidas possíveis de forma a mitigar a elisão fiscal em alguns países. Contudo, encontra restrições, principalmente no Brasil, cuja tentativa de regulamentar o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional gerou incontornáveis celeumas sobre como operacionalizar a desconsideração dos negócios jurídicos realizados pelo contribuinte, apenas com o objetivo de reduzir o ônus tributário, sem ferir direitos e garantias dos contribuintes.

No mesmo sentido, é certo que o uso de normas específicas internas não possibilita prever, quiça inibir o uso, por parte do contribuinte, das diferenças existentes entre as diversas legislações tributárias dos Estados, não sendo forma adequada a inibir a arbitragem tributária internacional.

Em relação às medidas bilaterais apontadas, mostram-se eficazes quando se trata de combater a elisão entre dois países, uma vez que os tratados são bilaterais, portanto atendem especificamente aos Estados contratantes e não têm o condão de coibir as transações de arbitragem tributária internacional, quando essas ocorrerem entre mais de dois Estados.

Nesse sentido, resta caracterizado que somente por meio da harmonização dos conceitos utilizados pelo Direito Tributário, bem como pelos critérios de tributação observados pelos Estados é que a arbitragem tributária internacional poderia ser eliminada. Contudo, ainda que presentes alguns esforços tendentes a implementar a referida harmonização, como apresentados por Thuronyi, ou ainda, aqueles presentes entre os membros do Joint International Tax Shelter Information Centre – JITSC, é certo que os problemas são muitos, desde a natural e esperada diversificação de institutos, resultantes marcadamente das diferenças culturais e regionais, que muito

embora tendam a se convergirem em face do processo de globalização, ainda assim guardam as suas particularidades.

A harmonização é medida vista com receio pelos países, sendo certo que não pretendem deixar de operar da forma corriqueira sob o risco de reduzir as receitas a níveis menores do que os atuais. No mesmo sentido, os países também deixam de eliminar gradativamente benefícios fiscais concedidos, que, indubitavelmente, concorrem para práticas de planejamento tributário, sob o risco de gerarem evasão de capitais e de investimentos do seu país para outro que não adote as mesmas medidas.

É certo que favorecimentos fiscais por parte dos países devem existir. Porém, a necessidade de harmonização ou de políticas fiscais em âmbito internacional não têm como finalidade esvaziar os benefícios, mas sim trazê-los de forma transparente aos países, propondo soluções coordenadas que indiquem o caminho de uma conduta lícita e desejável, evitando a concorrência prejudicial e, notadamente, o desequilíbrio dos sistemas tributários que passam a onerar contribuintes que não possuem a possibilidade de estruturarem planejamentos tributários, sacrificando-os pesadamente, afastando da percepção de justiça fiscal.

O modelo de tratado multilateral proposto por Thuronyi apresenta possibilidade para a solução dos problemas de elisão fiscal internacional, sendo um primeiro, mas crucial passo, para o processo de harmonização das normas de direito tributário, apontando ainda para a concepção de uma organização internacional gestora desses tratados, inclusive com a possibilidade de aplicar penalidades ante o descumprimento do tratado ou como órgão consultivo em relação às políticas fiscais internacionais.

Entretanto, verifica-se a plausibilidade da proposta de Thuronyi quando já existe um processo de integração anterior, como é o caso da União Européia, onde os interesses convergem em todas as direções, inclusive na adoção de moeda única. Nesse sentido, quando o que se espera não é apenas a convergência e harmonização dos sistemas tributários, mas a própria unidade e centralização da política econômica, verifica-se que os interesses econômicos reforçam a equalização dos sistemas.

De forma contrária, é pouco provável que países com interesses tão diferentes, e por vezes conflitantes, consigam um denominador comum de forma a unirem-se para a harmonização de institutos e conceitos de direito.

Nesse sentido, medidas paliativas podem ser utilizadas pelos países, como as unilaterais já mencionadas. Outra possibilidade é a adequação da proposta de Thuronyi a iniciativas como a do Joint International Tax Shelter Information Centre – JITSC, ou

seja, o combate à arbitragem tributária internacional dar-se-ia por meio de tratado multilateral versando sobre troca de informações entre as administrações tributárias, e ainda um organismo supranacional elaboraria estudo comparado catalogando as operações suspeitas realizadas pelos contribuintes, bem como elaborando estudos sobre a diferença entre as legislações que caracterizassem a arbitragem tributária internacional.

Sem dúvida, antes de se criarem mecanismos de controle para as condutas, as administrações seriam informadas sobre quais seriam essas práticas, facilitando sobremaneira a tomada de decisão do Estado em coibi-las ou não, de acordo com seus interesses.

Haveria, nesse sentido, maior transparência, não apenas em relação às operações praticadas pelo contribuinte, mas também pelos países, o que de fato pode apresentar como o maior empecilho à viabilização do mecanismo proposto.

Á guisa da conclusão, vê-se que existem soluções para eliminar o problema da elisão fiscal, cabendo aos Estados a organização necessária e o interesse no sentido de colocarem medidas já existentes em prática e encontrarem outras que se adeqüem à satisfação de suas necessidades, sem perderem de vista a persecução de justiça fiscal. Figura que, atualmente, é mero instrumento de retórica.

Referências

BORGES, Antônio de Moura. **Formas de minimização do encargo tributário nas operações internacionais e planejamento tributário internacional**. Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional. Ano 6/7 Brasília: Fortium, 2004/2005.

BOYLE. Mark. **Cross-Border Tax Arbitrage—Policy Choices and Political Motivations.** http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2007/boyle.pdf, Acesso em 01 de setembro de 2009.

KANE, Mitchell A. **Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage**. Emory University School of Law University of Virginia Faculty Workshop, 2004.

LEBLANG, Stuart E. **International Double nontaxation**. Tax Notes International Magazine. July 20,1998.

RING, Diane M. **One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage**. Boston College Law School, Boston: 2002.

THURONYI, Victor. **Internacional Tax Cooperation and a Multilateral Treaty**. Symposium on Internacional Tax Policy in the New Millennium Brooklyn Journal of Internacional Law, Brooklyn - New York, 2001.

TORRÊS, Heleno. **Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

APLICAÇÃO DE POLITICAS FISCAIS PARA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO PARA EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA*

APPLICATION FOR TAX POLICY FOR PROMOTION OF DEVELOPMENT FOR EFFECTIVE CITIZENSHIP

Antonio Roberto Winter de Carvalho

RESUMO

É dever do Estado, principalmente após a promulgação da Constituição da Republica Federativa do Brasil em 1988, atuar através de políticas públicas para assegurar o desenvolvimento econômico comprometido com a promoção e a garantia dos direitos fundamentais, como forma de reduzir as desigualdades sociais existentes no Brasil. A verdadeira cidadania somente é exercida quando é garantido ao individuo igualdade de condições para que o indivíduo desenvolva suas racionalidades e potencialidades. Para o efetivo exercício desta atividade pelo Estado, se faz necessário o financiamento por meio dos impostos. Neste sentido, pretende-se utilizar destes impostos, como ferramenta de promoção do desenvolvimento econômico, gerando prosperidade social, transformadora da realidade social, de modo garantir e assegurar o desenvolvimento pleno do individuo, para que este tenha lhe assegurado sua plena cidadania.

PALAVRAS-CHAVES: POLÍTICAS FISCAIS, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, EXTRAFISCALIDADE E INCLUSÃO SOCIAL, CIDADANIA.

ABSTRACT

It is the duty of the state, especially after the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, acting through government policies to ensure economic development committed to promoting and safeguarding fundamental rights, as a way to reduce social inequalities in Brazil. True citizenship is only exercised when the individual is guaranteed equal conditions for individuals to develop their rationales and potential. For the effective exercise of this activity by the state, it is necessary to finance through taxes. The intention to use these taxes as a tool for promoting economic development by generating social prosperity, transforming the social reality in order to safeguard and ensure the full development of the individual, so it has assured his full citizenship.

KEYWORDS: FISCAL POLICY, ECONOMIC DEVELOPMENT, AND SOCIAL INCLUSION EXTRAFISCALIDADE, CITIZENSHIP.

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A Constituição de 1988 representou uma verdadeira evolução no modo de concepção da atuação do Estado na sociedade, como um promotor de desenvolvimento e um garantidor de condições básicas ao desenvolvimento do individuo.

A atuação estatal passou a ser consubstanciada no dever e da necessidade do Estado de atuar na economia com o objetivo de assegurar e fomentar o desenvolvimento em um ambiente harmônico com os direitos fundamentais, respeitando os parâmetros basilares contidos no Estado Social de Direito tipicamente capitalista.

A Constituição Econômica[1] institui ao Estado a prerrogativa de atuar por meio da regulação no domínio econômico, como forma de criar condições economicamente viáveis e ao mesmo tempo recuperar a dignidade do cidadão, muitas vezes oprimido pelos efeitos do capitalismo desenfreado, sem, contudo, intervir em demasia na economia e gerar insegurança jurídica.

A dignidade do cidadão é pré-requisito para a garantia do desenvolvimento pleno do individuo, por sua vez a verdadeira cidadania só é possível, quando se garante direitos fundamentais e a igualdade de oportunidades aos indivíduos de uma nação.

A pretendida recuperação da dignidade do cidadão decorre da necessidade de se instituir políticas sociais com vistas à geração de novos postos de trabalho, do aumento do poder aquisitivo do trabalhador empregado, do estímulo a pequena agricultura, da melhoria das condições de saúde e de escola pública, dentre várias outras necessidades que para serem colocadas em prática, demandam investimento público, que por sua vez, demandam recursos que são gerados pelo pagamento dos mais diversos tributos, já considerados demasiadamente elevados e tidos como um dos maiores entraves ao crescimento.

O ente público não possui condições econômicas de arcar com uma “bolsa estatal” em prol de todos os seus cidadãos, ademais não haveria a garantia de que este auxilio seria investido pelos seus beneficiários em aplicações elementares, como na saúde, educação, habitação dentre outros.

A criação de uma política paternalista e de dependência social é tão nefasta quando a omissão do Estado para com seus concidadãos. Por isto, não se pretende que o Estado atue desta maneira, pelo contrário, cabe ao ente público a adoção de políticas de intervenção indireta para assegurar a perpetuação de sua ação e o estimulo à produção e ao trabalho.

A adoção de “bolsas estatais” duradoura acabaria por obrigar o ente público a criar novos tributos, retirando da sociedade sua riqueza, ademais criaria um verdadeiro mecanismo de escravização e dependência de seus beneficiários, retirando todo estimulo ao trabalho.

Por sua vez, não a inércia estatal defronta com o ordenamento constitucional, uma vez que este apregoa a garantia de direitos fundamentais, sobrelevando a garantia a saúde, educação, ao estimulo ao desenvolvimento econômico, a preservação da propriedade, a manutenção do emprego e ao desenvolvimento sócio cultural.

Significativo quinhão dos recursos públicos hoje existentes se encontra comprometidos com o financiamento da pesada máquina administrativa, com o custeio de projetos de infra-estrutura dentre outros, com isto, aceitar o Estado paternalista implicaria simploriamente a conclusão de que a arrecadação atual não é suficiente e, portanto haveria de se promover a inaceitável a elevação da carga tributária.

A contemporaneidade revela que a atividade estatal muitas vezes é desenvolvida sem o planejamento econômico e administrativo necessário a correta aplicação dos recursos públicos, que são oriundos de elevada carga tributária, esta por sua vez responsável pela criação de diversos entraves ao desenvolvimento econômico.

O planejamento econômico e administrativo da atividade estatal perfaz o caminho trilhado pelo texto constitucional, onde se assevera a necessidade de promoção do desenvolvimento econômico como forma de efetivar a garantia de direitos fundamentais, garantindo a melhoria de vida de seus concidadãos, por conseguinte reduzindo as desigualdades sociais e o exercício da cidadania plena.

Assim, a solução deste complexo quebra-cabeça, passa pela implantação de políticas públicas estacadas profundamente na integração dos três vértices do problema, de modo a solucionar a questão da *carga tributária* como entrave ao *crescimento econômico*, instituído sob um paradigma comprometido com a solução dos *problemas sociais e a garantia de direitos fundamentais,* como forma de promover a diminuição das desigualdades sociais, tratando os desiguais de forma diferente para se obter a igualdade[2] e se efetivar a cidadania plena do indivíduo.

O dueto formado pelo *desenvolvimento econômico* aliado as *políticas sociais*, ambos constitucionalmente previstos, devem servir de norte para delimitação das obrigações do Estado.

Este maestro das políticas públicas deve atuar balizado na preponderante função de instituir mecanismos para a promoção do desenvolvimento econômico sustentável e compromissado com a garantia de direitos fundamentais, como forma de se efetivar a cidadania plena do individuo.

O tributo nos moldes constitucionalmente previstos revela como o instrumento mais eficaz de atuação indireta do Estado no domínio econômico, que pode ser utilizado sob diversos enfoques, para estimular ou desestimular a ação privada, objetivando determinadas práticas, fomentando determinados setores deficitários, ou mesmo atuando de modo adverso, ou seja, desestimulando determinadas ações.

Repousa sob o tributo a função de servir de elo para a solução do problema em deslinde, uma vez que atua como mecanismo de arrecadação para financiar a atividade estatal e ao mesmo tempo pode ser usado como instrumento fomentador da ação privada.

1 - BREVE HISTORICO DA AÇÃO ESTATAL OBJETIVA NA ECONOMIA

Rememorando aspectos históricos, observa-se o impacto causado pela queda do Absolutismo concentrador e ingerente em todas as áreas, em virtude das Revoluções Burguesas, Gloriosa (1.525) e Francesa (1.789), alicerçadas em ideais iluministas, cujas repercussões consagraram o Estado Liberal ou abstencionista, como o chama Odete Medauar[3], caracterizado pelo distanciamento estatal em relação à vida social, religiosa e econômica do indivíduo.

À época buscava-se garantir ao indivíduo o exercício de seus direitos, preservando-o das injunções estatais e consolidava-se uma concepção econômica própria, cujo princípio básico residia na completa abstenção do Estado sobre as relações sócio-econômicas, sociais e políticas.

A transição do capitalismo industrial para o capitalismo financeiro, a partir da segunda metade do século XIX, atrelado à segunda fase da Revolução Industrial, aumentou de tal maneira à produção de bens na Inglaterra, França e Estados Unidos, que desde 1.870 configuraram-se crises do sistema, das quais a "Grande Depressão de 29" foi o ápice.

Na crise de 1929, diante do descompasso entre a Lei da Oferta e da Procura, foi aplicada a política do "New Deal" por Roosevelt na economia americana, representando assim uma inequívoca intervenção estatal na econômica, cujo objetivo era o socorro da economia privada interna, de modo que foram restringidas as importações e foram fomentados os retornos dos investimentos americanos no exterior.

Neste mesmo período, enquanto a economia americana se recuperava, como conseqüência da política de Roosevelt, grave crise político-econômico instalou em países europeus como Itália, Alemanha, Portugal e Espanha, que não possuíam economias tão fortes quanto à da França e Inglaterra, que garantiram uma economia independente das importações e do capital norte-americano.

A Constituição de Weimar (1934) representou importante marco político, quando em seu texto legal, preconizou a preocupação inequívoca do legislador pátrio com este contexto da crise mundial, inserindo capitulo referente à Ordem Econômica e Social, no qual restou declarado a importante a proteção da concorrência entre as empresas como forma de fomentar a economia popular.

A Ordem Econômica e Social, introduzida no ordenamento constitucional de 1934, se perpetuou por todas as demais Cartas Constitucionais posteriores, passando a garantir a intervenção do Estado na Economia e dos direitos trabalhistas, com a exceção da Carta de 1988, que enfatizando ambos temas os colocou em campos separados.

Em 1937, o fomento do desenvolvimento ganhou ressalte ainda maior com a criação de mecanismos de repressão aos "Crimes contra Economia Popular" equiparando no art. 141 aos crimes contra o Estado, demonstrando forte preocupação em combater os chamados "cartéis de combinação de preços". Paralelamente a esta regulamentação, a intervenção estatal iniciou um processo de consolidação da legislação trabalhista iniciado na Constituição anterior.

No Estado Novo, por meio da Carta Constitucional de 1946, a legislação pátria ressaltou o direito do trabalho, em paralelo foram inseridas normas de defesa do consumidor e normas que possibilitaram ao administrador público a implementação de políticas

econômicas para redução dos desequilíbrios regionais, assegurando a intervenção estatal como forma de atenuar os desequilíbrios gerados pelos mercados iniciando a era do "Estado Empresário" que passa gerir segmentos desprezados pela iniciativa privada.

No governo militar, por meio das Cartas de 1967 e 1969, o legislador pátrio, clarificou o assunto acerca de uma maior intervenção estatal na economia, da entrada de grupos transacionais no Brasil e da elaboração dos chamados Planos Nacionais de Desenvolvimento.

As mudanças na economia passam a ser compreendidas e estudadas por diversos autores, nos quais, Keynes[4] e Musgrave[5], que se coadunam na visão de uma crescente intervenção estatal e de mudança de pressupostos econômicos[6], que ensejam distintas atuações do Estado por meio de funções econômicas, que passam a ser classificadas sob três formas: a) a alocativa, tendo como objetivo principal promover ajustes na alocação de recursos; b) a estabilizadora, destinada à manutenção da estabilidade por meio de planejamento de políticas públicas; c) a distributiva, encarregada de buscar a adoção de instrumentos de distribuição de renda dentro de uma política de respeito aos direitos adquiridos e a propriedade.

Houve então a valorização da atuação interventiva do Estado, imbuído da responsabilidade de insurgir com políticas para a promoção do desenvolvimento econômico comprometido com a garantia de direitos fundamentais, para a efetivação da plena cidadania.

Com o advento e efetivação da globalização dos mercados econômicos, resultados contraditórios foram gerados, uma vez que houve significativo desenvolvimento das economias capitalistas, foram criados também novos potenciais mercados popularmente chamados de BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China), por outro lado outros países acentuaram a pobreza e a exclusão social.

Países como o Brasil, potenciais mercados em desenvolvimento, devem se ater ao fato de que medidas imediatas devem ser tomadas, uma vez que o crescimento econômico se mostra como uma oportunidade de melhoria de condições efetivas.

O cenário mundial aponta para um crescimento da participação nacional no intercambio de mercadorias, contracenando com a possibilidade do aproveitamento destas oportunidades para a instituição de políticas fiscais que permitam conciliar desenvolvimento econômico com a melhoria de condições básicas para todos os indivíduos.

O Estado inserido no paradigma de participante ativo deste gigantesco mercado internacional engendrar-se tanto na economia preocupando-se apenas com consumo, especulação e rentabilidade financeira do capital, lucro em detrimento do bem estar social e da efetivação da cidadania plena de seus membros nacionais.

A reflexão sobre a dimensão dos problemas sociais brasileiros nos remete à exclusão social, quando falta ao cidadão acesso aos canais oficiais de representação e aos (poucos) serviços prestados pelo Estado, com constante desrespeito ao próprio pluralismo social, "pseudo-assegurado" no plano constitucional. Se as diversidades sociais, econômicas, políticas e religiosas deveriam ser respeitadas, no Brasil, elas

ensejam dificuldades no convívio e resultam na segregação social, transparecendo a distância entre os incluídos e excluídos desta sociedade.

O pleno exercício da democrática, só será possível quando os cidadãos de todo território nacional, cônscios de suas responsabilidades políticas, ao exercerem suas racionalidades e potencialidades reflexivas, que seja garantido o respeito aos direitos fundamentais à vida, à igualdade, lídimas expressões da individualidade e o acesso aos serviços básicos sejam asseverados a todos.

A cidadania transcende a simples questão do sufrágio, perfaz o caminho onde seja assegurado a todos o acesso a condições adequadas ao desenvolvimento em todos os aspectos do individuo, para que este usando de sua racionalidade plena possa então contribuir para a sociedade por meio do trabalho e por meio do sufrágio consciente.

2 – A GARANTIA DA VERDADEIRA CIDADANIA PASSA PELA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A análise da conjectura atual da Constituição 'Dirigente'[7] de 1988 sobreleva o dever do Estado de garantir a efetividade da cidadania dos indivíduos, por meio da promoção do desenvolvimento econômico, como meio de promover a diminuição das desigualdades sociais, prevendo em seu preâmbulo "o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar e o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos".

O Estado sob a égide da Constituição de 1988 possui como objetivos precípuos garantir o desenvolvimento nacional e ao mesmo tempo buscar a redução das desigualdades sociais[8], da erradicação da pobreza e a da marginalização social, dentro de um contexto focado na redução das desigualdades sociais e regionais.

A Constituição de 1998, em seu artigo 170, assegurou o desenvolvimento econômico, fundado na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, sem qualquer dissociação teórica com a redução das desigualdades sociais, pelo contrário, são regidos pelos princípios constitucionais e deverão constituir em objetivos da Administração Pública como fundamentos do Estado Democrático Brasileiro.

O desenvolvimento tanto quanto a dignidade da pessoa humana é direitos fundamentais, e que o direito ao desenvolvimento ora tratado não é apenas o econômico, mas o desenvolvimento intelectual, político, social do cidadão, ou seja, garante a efetividade da cidadania plena.

Portanto dentro de um posicionamento dirigente na seara econômica, a Constituição Brasileira de 1988, assume o modelo econômico de bem-estar, atribuindo ao Estado[9] o papel de agente responsável pelo planejamento e implementação de políticas públicas de desenvolvimento econômico, comprometidas com as questões sociais.

A ordem econômica constitucional, no entendimento de EROS ROBERTO GRAU (2003) [10], possui uma configuração peculiar, uma vez que adotou como modelo econômico o sistema capitalista, e postula um modelo de bem-estar social, que deverá ser alcançado através das políticas públicas implementadas pelo Estado.

Destarte, foi positivado pelo Direito Brasileiro o dever do Estado, e consequentemente do Administrador Público, de buscar o desenvolvimento econômico, ao mesmo tempo em que se visa diminuir as desigualdades sociais existentes.

É notória a dificuldade prática em compatibilizar estes dois objetivos do Estado Democrático: a uma porque os interesses econômicos, na maioria das vezes, caminham frente a uma maior desigualdade social, e a duas em razão de seu poder e força excessiva.

A necessidade de que o desenvolvimento econômico ocorra sem que as desigualdades sociais aumentem, pelo contrário, diminuam, é evidente em um país como o Brasil, no qual existe um elevado desnível social, tanto entre os estados federados industrializados e os subdesenvolvidos, quanto entre a própria população interna destes estados.

Assim, qualquer projeto de desenvolvimento econômico elaborado para o país, não pode ignorar a desigualdade existente, sob pena de infligir os objetivos do próprio Estado, distanciando da realidade nacional.

A desigualdade observada no Brasil, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), posiciona o país entre os mais desiguais do planeta ao atribuir a “1% dos mais ricos da população a mesma riqueza que os outros 50% mais pobres, aos quais os 10% mais ricos ganham 18 vezes que os 40% mais pobres” [11].

Neste cenário de verdadeira exclusão social, torna difícil acreditar que o individuo desprovido recursos exerçam a plenitude de sua cidadania, vez que inexistem condições mínimas para que se efetive toda sua racionalidade e potencialidade.

Não existe cidadania, onde não se permite ao individuo o desenvolvimento pleno de todas as suas potencialidades intelectuais, que lhe permita fazer o discernimento e a analise critica do mundo real.

Aquele que tem fome, que sofre sem condições básicas de saúde, que não recebe educação adequada, é conduzido perversamente ao estágio pré-desenvolvido, o que impede de exercer efetivamente seus direitos legalmente assegurados de cidadão!

3- POLITICAS FISCAIS COMPREMETIDAS COM O DENVOLVIMENTO E EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA

A ação planejada do Estado surge da demanda criada quando fatores externos e internos impedem a efetivação do desenvolvimento nacional, impedindo a propagação de seus

reflexos nas políticas de redução da desigualdade e, por conseguinte causam entrave ao pleno exercício da cidadania.

A verdadeira cidadania só será alcançada quando as diferenças econômicas originarem das diferenças de vontades, não quando estas decorrerem de escolhas alheias as vontades do individuo ou decorrem de imposições sociais não quistas por estes.

Neste paradigma as políticas públicas devem se comprometer com a integração do problema, de modo a solucionar a questão da *carga tributária* como entrave ao *crescimento econômico*, instituído sob o paradigma da promoção do desenvolvimento como forma de garantir a efetivação dos direitos fundamentais individuais, consequentemente resultando na garantia para os cidadãos de igualdade de oportunidades e condições para racionalmente manifestarem suas escolhas.

Na perspectiva consubstanciada na Constituição de 1988, o desenvolvimento econômico se encontra comprometido com a questão social surge não só como uma necessidade, mas também como um poder-dever do Estado, imbuído de larga autonomia para a definição de suas políticas públicas, de onde sobreleva o manejo do tributo como importante instrumento de transformação sócio-econômica.

Prioritariamente, o tributo deve ser considerado com dever patriótico, como uma contribuição para garantia da propriedade privada manifestado sob a forma de encargo indispensável ao financiamento das atividades do Estado comprometido com a implementação de políticas publica comprometidas com a segurança da sociedade e com a insurreição de políticas desenvolvimentistas comprometidas com a redução das desigualdades sociais e com o desenvolvimento do indivíduo, para assegurar a plena cidadania.

As políticas fiscais se posicionam como elo de função inversamente proporcional entre o *desenvolvimento econômico*, onde assume a postura de encargo necessário, e as *políticas sociais*, onde assumem a função de financiador das atividades basilares do Estado.

3.1 – A carga tributária elevada é um entrave ao crescimento

A carga tributária brasileira compromete atualmente mais de 1/3 da participação do produto interno bruto nacional e insere o Brasil na lista dos paises com as mais elevadas cargas fiscais do mundo, ao lado de paises como França, Alemanha e Suécia.

Os indicadores relacionados com a participação dos impostos dentro do Produto Interno Bruto Nacional atingem números alarmantes[12]: durante o Plano Sarney (1996) a participação no Produto Interno Bruto (PIB) era 22,39%, atingindo nos dias atuais algo próximo de 35,21% (Governo Lula - 2006), alcançando um faturamento de R$ 817.936.000,00 e sinalizando com forte tendência de crescimento para 2007, vez que, somente no primeiro semestre deste ano representou participação de cerca de 37,30% do PIB do mesmo período[13].

Merece destaque nestes números a importância dos tributos indiretos, incidentes sobre todos os contribuintes de modo disfarçado, encontrando-se escondidos nos preços, onerando inclusive os mais miseráveis e exercendo significativo impacto na atribuição da carga tributária do Brasil.

Diante destes números, é possível inferir que no Brasil os impostos possuem elevada participação dos tributos no PIB, números estes compatíveis com os níveis dos paises desenvolvidos e incompatíveis com a baixa qualidade da contraprestação estatal oferecida em especial no âmbito social. Esta explícita dicotomia, obtida pela análise do produto da arrecadação em relação à contraprestação estatal, conduz a inequívoca conclusão de que a elevada arrecadação tributária nacional se perde antes de atingir a sua finalidade.

A arrecadação tributária atinge anualmente recorde, em contraponto, os investimentos na contraprestação estatal dos serviços e projetos sociais, experimentam uma estagnação dos valores investidos, percorrendo o caminho inversamente proporcional ao crescimento se comparado ao que arrecada e ao aumento populacional.

A utilização do tributo sem a imposição de limites e como simples meio de arrecadação é perigosa, causa efeitos nefastos e opostos ao ideal de desenvolvimento, vez que retira de circulação recursos, desestimulando o exercício da atividade produtiva, tornando o produto nacional menos competitivo e interferindo negativamente no viés de crescimento da economia e na abertura de novos postos de trabalho.

A eficiência tributária percorre os caminhos traçados na Constituição de 1988, atribuindo ao administrador público o dever de implantar políticas fiscais concebidas para promover o crescimento econômico sustentável, comprometido com a redução das desigualdades sociais e assumindo a nova postura de extra-fiscalidade[14].

O tributo revestido da função extrafiscal passa a desempenhar um importante papel na política de estabilização econômica, vez que gera desenvolvimento comprometido com o social, fomentando investimentos diretos em habitação, saúde, previdência, na geração de empregos, dentre outros.

Ao Estado incube o preponderante papel de instituir políticas fiscais voltadas para o desenvolvimento econômico através da intervenção direta, seja ela manifestada pelos incentivos fiscais, financiamentos, entre outros.

O papel desenvolvimentista da política fiscal deve representar um aliado para a solução dos problemas sociais, atuando diretamente na diminuição da desigualdade social, na geração de renda e no aumento de postos de trabalho, dentre outras.

A criação de políticas fiscais de desenvolvimento econômico, de viés social, deve iniciar-se pela instituição da justiça tributária, focada no patrimônio e na renda, e balizada pelos princípios[15] constitucionais tributários da igualdade, capacidade contributiva, progressividade, seletividade, essencialidade, equidade, dentre outros.

As ações de políticas fiscais sociais encontram no princípio da igualdade um dos seus principais alicerce tributário, inseridas dentro do ordenamento por meio de uma política mais justa e igualitária, materializada no entendimento de que *todos são iguais perante*

*a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade**[16]***, concomitante com os preceitos constantes no principio da capacidade contributiva.

O desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades encontram confortável assento no contexto de que o tributo deva ser graduado segundo a capacidade contributiva[17] do administrado, prescrevendo o tratamento desigual para os desiguais, como forma de minimizar as diferenças, tributando mais de quem ganha mais, conduzindo o Estado para a criação de um ambiente de justiça fiscal e de uma sociedade livre e solidária.

Nesta ótica, os princípios constitucionais da proporcionalidade[18] devem estar aliados às questões relacionadas à progressividade da alíquota, como forma de inserir verdadeiramente uma política de justiça fiscal comprometida com o desenvolvimento e com a sustentabilidade da erradicação de problemas sociais, vez que o imposto progressivo é aquele que exige uma alíquota maior à medida que o valor tributável é mais considerado[19]·.

Dentro da característica social, o tributo deve graduar determinadas situações em função de sua seletividade[20], vez que assim procedendo, discrimina de modo diverso produtos diferentes em função de determinados critérios, considerando a essencialidade dos produtos.

3.2 – Do tributo como um encargo financeiro solidário e necessário

O tributo deve ser visto como um encargo social, uma contribuição solidária de natureza econômica e patrimonial, realizada pelo contribuinte em prol de toda sociedade, como forma de permitir ao Estado o desenvolvimento de suas potencialidades, implantando mecanismos de contraprestação de serviços eleitos como fundamentais e essenciais pela Constituição, tais como a segurança, a educação, a saúde, o estímulo à liberdade de iniciativa e o trabalho, para assegurar a verdadeira cidadania.

Aos contribuintes resta o entendimento que pagar tributos é um dever fundamental, por outro lado, para o ente público deve prevalecer o entendimento que este instrumento deve ser constituído sob a diretiva dos princípios da Constituição, de onde sobreleva o comprometimento de sua aplicação em prol da sociedade de maneira direta ou indireta, buscando efetivar a verdadeira cidadania dos indivíduos, isto é, oferecer a segurança e a garantia de direitos fundamentais e a respectiva redução da desigualdade social.

O desenvolvimento econômico não pode ser encarado como apenas crescimento da economia, sua amplitude objetiva a expansão e a estabilização macroeconômica, fomentadora da distribuição da riqueza em prol do bem estar social, valorizador do trabalho humano empenhado em prol da produção do desenvolvimento econômico, comprometido com a erradicação das desigualdades e assegurando o mínimo existencial[21] a todos.

3.3 – A solidariedade da União dentro de um conceito de federalismo e eficiência

É a União *que faz* a força! Esse lema reflete o federalismo hoje praticado e consubstanciado sobre a forma de cooperativa, resultado de um entrelaçamento de todos os entes públicos, sob o manto da solidariedade, objetivado na compensação das disparidades regionais.

Entretanto, a forte tendência centralizadora nas mãos do administrador federal gera extrema dependência dos outros entes para com este primeiro, que por sua vez, devido à natural distância dos problemas regionais, possui dificuldade de identificar e atuar com a mesma eficiência dos entes públicos mais próximos.

O modelo consagrado pela República, idealizada pela figura do Estado formado pelos três entes federativos, merece ser refeita diante da necessidade de maior eficiência na aplicação de políticas fiscais comprometidas com o desenvolvimento econômico e com a diminuição das diferenças sociais regionais.

O formato sugerido não abandona o cooperativismo entre os entes públicos, pelo contrário, prescreve uma menor concentração de poder nas mãos do administrador federal, permitindo uma maior descentralização e autonomia financeira para os demais entes, no intuito de possibilitar à implantação de políticas fiscais regionais dirigidas a solução dos problemas que impedem o desenvolvimento e produzem desigualdades.

A distribuição do bolo gerado pela renda tributária no pacto federativo merece ser revista, ensejando a implantação de uma sistemática de compensações nacionais, instituída sob um ideal solidário e humanitário, para a promoção das correções das disparidades regionais, favorecendo os entes menos favorecidos.

Neste entendimento, a União, na condição de matriarca da família Brasil transfere para os seus filhos e netos a prerrogativa de gerir os seus recursos conforme suas convicções e dentro dos preceitos constitucionais.

A aplicação da gestão de políticas públicas, geridas localmente, com uma visão mais próxima das soluções e dos problemas regionais, sem sombra de dúvida aumenta a eficiência e reduz o custo da ‘empreitada’.

A prática eficiente de uma política fiscal desenvolvimentista não é privilégio do administrador, pelo contrário, suas condutas devem estar pautadas na prática de ações gerenciais eficazes para a execução de seu plano de desenvolvimento comprometido com as questões sociais.

A política fiscal geradora de desenvolvimento parte da idéia que uma eficiente aplicação do dinheiro público leva a uma menor carga tributária, e, por conseguinte leva a uma maior disponibilidade de recursos para investimentos estruturais.

3.4 – A Lei de Responsabilidade Fiscal e as ações de natureza sociais

Ao Estado compete o poder-dever de implantar políticas fiscais voltadas para o desenvolvimento econômico atrelado a solução dos problemas sociais, utilizando do tributo para fomentar este crescimento e em outros para desestimular as atividades reputadas como convenientes para a condução da atuação pública, sem, contudo, esquecer o compromisso e respeito aos vetores da discricionariedade prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal[22].

Insurge no ordenamento pátrio a figura da responsabilidade fiscal (LC 101/2000), destinada ao controle institucional do orçamento público com transparência dos gastos públicos, sobretudo como forma de restringir ou exercer, equilibrando as receitas e despesas, influenciando a aplicação das políticas de caráter fiscal e social.

Os mecanismos de controle inseridos pela Lei de Responsabilidade aparentemente podem significar a criação de uma maior dificuldade na implantação de política fiscal pautada na redução da carga tributária e pela geração de investimentos sociais. Entretanto, estes entraves legais são comuns a todos os processos de controle interno, que se caracterizam por uma rigidez típica do combate a renúncia de receitas e aumento de despesas realizadas de forma irresponsável, contribuindo sob este aspecto como importante aliada para políticas fiscais, vez que preceitua a aplicação eficiente dos recursos públicos.

Portanto, a Lei de Responsabilidade Fiscal não impede a atuação dos mecanismos de desenvolvimento econômico com viés social, pelo contrário, atua fiscalizando e exigindo maior eficiência na aplicação dos recursos públicos, de modo a evitar o desperdício e de garantir o cumprimento das metas de crescimento, de erradicação das desigualdades e de solução dos problemas sociais.

As ações do administrador público na aplicação de políticas fiscais de desenvolvimento econômico e social, dentro do conceito da Responsabilidade Fiscal, devem ser claras e comprometidas com metas e resultados demonstrados publicamente, em especial aqueles contidos no texto da Constituição, o que acaba por legitimar sua instituição.

3.5 – Da política fiscal como fomentadora do desenvolvimento econômico e social

A política fiscal de desenvolvimento econômico de viés social é representada por um conjunto de medidas centradas na questão tributária, no qual se atribui preponderante importância, fazendo uso desta ferramenta de desenvolvimento econômico por diversas vias, de modo a reverter e direcionar direta e indiretamente os benefícios, no intuito de minimizar as desigualdades sociais, por conseqüência atua fortalecendo as ações de inclusão e cidadania.

O resultado da política fiscal social de sucesso se manifesta diretamente por meio da geração de empregos, pela melhoria da qualidade de vida da comunidade, pela redução do custo de aquisição de produtos considerados como essenciais, pela inclusão social dos trabalhadores, dentre outros vários benefícios.

A instituição de uma política tributária, comprometida com o desenvolvimento econômico e social, se materializa através da aplicação da justiça fiscal com a edição de

mecanismos legais, com o objetivo de redistribuir as imposições em observância do principio da capacidade contributiva, *onerando mais pesadamente aqueles que têm mais aptidão para contribuir e desobrigando do pagamento aqueles que muito embora possuam capacidade econômica, não possuem capacidade para pagar tributos*[23], vez que sua renda é absorvida com a sua manutenção familiar.

Além dos benefícios diretos da aplicação da política fiscal, comprometida com o desenvolvimento econômico e social, merece destaque os benefícios indiretos, proporcionados pelo crescimento do setor produtivo, gerando proporcionalmente o aumento da arrecadação tributária para o Estado, que por seguinte reinveste estes recursos na melhoria dos serviços públicos essenciais como a saúde, segurança, educação, a previdência, entre outros.

Considerações Finais

O tributo nos moldes concebidos no texto da Constituição de 1988 se mostra como ponto de intersecção para solução dicotômica apresentada para uma melhor destinação do produto da arrecadação tributária, compromissada com o fomento e desenvolvimento da economia conjuntamente com a implementação de uma política social compromissada com a garantia de direitos fundamentais como forma de se obter a verdadeira cidadania plena.

Nesta ótica, existe o reforço da idéia do tributo como contribuição patriótica do administrado para com o Estado, vez que seus resultados concretos se mostram de fácil identificação.

As políticas fiscais instituídas nesta ótica permeiam a implantação de mecanismos visando o aumento da produção e a instituição de facilidades para o desenvolvimento econômico, empregados sob a perspectiva de instituir objetivamente significativas contribuições para a solução dos problemas sociais, de onde sobressai a criação de novos postos de trabalho, da melhoria do poder aquisitivo do trabalhador e a garantia de igualdade de oportunidades, o que por sua vez contribui de modo decisivo para a efetivação da cidadania do individuo.

O crescimento proporcionado nesta ótica, indiretamente também contribui para a solução dos problemas sociais, vez que o produto da arrecadação serve de financiamento para a manutenção de políticas sociais, com vistas a assegurar a melhor igualdade de oportunidades de escolha do individuo, que passa racionalmente e potencialmente desenvolver suas aptidões.

Ao governante é atribuído o importante dever de planejar e instituir políticas fiscais necessárias ao desenvolvimento e a estabilidade econômica, asseverando, contudo, a finalidade social destas ações e o comprometimento com a instituição da justiça fiscal construída sob os pilares principiológicos da capacidade contributiva.

No desempenho desta difícil tarefa, a Lei de Responsabilidade Fiscal se mostra como importante aliada, vez que institui mecanismos de maior eficiência e comprometimento dos recursos públicos, ao contrário senso, não é um entrave a aplicação deste tipo de política, é um mecanismo que exige resultados concretos e comprometidos com o texto constitucional.

As práticas de incentivos fiscais, quando desenvolvidas sem a correta avaliação do retorno do investimento público, devem ser abolidas, vez que estas acabam não retornando em benefícios sociais e representam em muitos casos dispêndio do dinheiro público, como ocorre usualmente na guerra fiscal entre estados.

A crise mundial de 2008/2009 comprovou que a instituição de mecanismos tributários empregados como incentivos a produção foram fundamentais para a preservação de postos de trabalho, como ocorreu no caso das montadoras de automóveis, fabricantes de geladeira (incentivo para linha branca), incentivos para a construção de casas populares (Projeto Minha Casa Minha Vida).

Igualmente aos incentivos concedidos nestes casos excepcionais, intervenções como a concessão do aumento do numero de parcelas do seguro desemprego podem ser reverter de conteúdo positivo para a sociedade em crise, contudo neste caso, devemos observar que tal medida deve ser transitória, sob o risco de assim não sendo, transformar em um mecanismo de paternalismo do Estado, que passa a desestimular a produção e o trabalho.

Finalmente, cabe destacar mais uma vez o importante momento em que a nação está atravessando, sendo o Brasil apontado como um dos mercados de maior potencial de crescimento da atualidade, situação reforçada com as novas descobertas de petróleo.

O momento merece especial atenção, vez que o desenvolvimento econômico dever ser apropriado e transformado meio instrumento propulsor para gerar a políticas comprometidas com a efetivação de direitos sociais, com conseguinte efetivação da cidadania.

A Concessão de benefícios de cunho fiscal, comprometidos com o crescimento econômico e com a geração permanente de postos de trabalho, no combate a desigualdade social, se concretiza com valores e direitos fundamentais.

O tributo, se bem utilizado, pode se tornar importante ferramenta para garantir o crescimento sustentável de uma economia comprometida com a erradicação da pobreza, da marginalidade, do aumento do poder aquisitivo e enfim com a questão social, desde que exista vontade política para tal.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Introdução à Ciência das Finanças.** Forense:Rio de Janeiro, 1969.

BARBOSA, Rui. **Correspondência do Conselheiro Manuel Pinto de Souza Dantas**. Arquivo da Casa Rui Barbosa (1962). Rio de Janeiro, Fundação Rui Barbosa.

BECKER,Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário.** Saraiva:São Paulo 1963.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma leitura a partir da Constituição de 1988**, Editora Malheiros: São Paulo, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 3º. edição, Editora Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1991.

DENARI, Zelmo. Curso de Direito Tributário. 6º. Edição. Forense. Rio de Janeiro, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 8ª edição, Editora Malheiros: São Paulo, 2003.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Justiça fiscal e mínimo existencial. *In* **Princípios de Direito Tributário.** Heleno Taveira Tôrres (coord). Ed.Renovar: São Paulo 2006.

GUEDES, Marco Peri. **Estado e Ordem Econômica e Social: A Experiência Constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934**,

IBPT, Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. A carga tributária nacional, 13 de junho de 2007, disponível no site http://www.ibpt.com.br. Acesso em: 20 de Set. 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. **Função Social do Tributo. Curso de Direito Tributário**. 21º. Edição, Editora Malheiros, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Econômico e Tributário – Comentários e Pareceres.** Editora Resenha Tributária: São Paulo, 1992.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 10º edição, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006.

MUSGRAVE, Richard A. **Teoria das finanças públicas**. Atlas, São Paulo: 1974. SANTOS, Manuel Lourenço dos. **Direito Tributário**. 3º.ed.FGV: Rio de Janeiro, 1970.

SOUZA, Washington Peluso Albino. **Teoria da Constituição Econômica**. Editora Del Rey: Belo Horizonte, 2003.

WAGNER, **José Carlos Graça. Tributação Social do Trabalho e do Capital**. Resenha Tributária: São Paulo, 1982

---

[1] "(...) as Constituições não pretendem mais receber a estrutura política existente, mas querem alterá-la. Elas positivam tarefas publicas a serem realizadas no domínio

econômico e social para atingir certos objetivos. A ordem econômica destas Constituições é ‘pragmática’- hoje diríamos ‘dirigente´.”(Bercovici, 2005, p.33).

[2] Baseado no texto Oração dos Moços escrito por Ruy Barbosa, de onde sobressai: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.” (Casa Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1953, p.32)

[3] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 2006, Revista dos Tribunais, 10ª. ed., pág. 24

[4] KEYNES, John Mayanard. O Fim do ‘Laissez-Faire’, pp. 111-124.

[5] MUSGRAVE, Richard A. Teoria das finanças públicas : um estudo de economia governamental. São Paulo: Atlas, 1974. v.2. Il.; tabs, pp.

[6]Bercovici, 2005, pp.45.

[7] “Para a Teoria da Constituição Dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, as linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a independência entre o Estado e a sociedade: a Constituição Dirigente é uma Constituição estatal e social” (Bercovici, 2005, p.35).

[8] “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I) construir uma sociedade livre e solidária; II) garantir o desenvolvimento nacional; III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discrinação.” (Constituição Federal, 1988).

[9] Este novo papel atribuído ao Estado pelo artigo 174 da Constituição de 1988, contempla suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica, tanto para o setor público quanto para o privado.

[10] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 8ª ed., Malheiros: São Paulo, 2003.

[11] http:///www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/12062003indic2002.stm

[12] Indicadores fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) por meio de mala direta aos associados, também disponível no site http://www.ibpt.com.br.

[13] Estes percentuais não levam em conta os dados relativos à sonegação, considerada alta no Brasil. O que leva a acreditar que o impacto da carga tributária sobre o setor econômico formal é muito maior do que o divulgado, vez que os pagantes acabam ao final por arcarem com um custo daqueles que não pagam.

[14] "Extrafiscal ou extrafiscalidade é quando seu objeto principal é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros." (MACHADO, 2002, p.68)

[15] Entendemos tributo como uma espécie de mandamento abstrato, vinculado a concepções de valores comprometidos com os ideais de justiça, ética, cidadania e democracia.

[16] Artigo 5º da **Constituição Federal** da República Federativa do Brasil de 1988.

[17] Manoel Lourenço Santos lembra que "o principio da capacidade contributiva, universalmente consagrado pela Ciência das Finanças, facilmente impressiona o nosso espírito, como regra comum de justiça: O Estado deve repartir a carga tributária de acordo com as possibilidades econômicas de seus habitantes, de modo geral, e, de modo específico, conforme a capacidade econômica de cada indivíduo, poupando, tanto quanto possível, o necessário físico de cada um" (SANTOS, 1970, p.96).

[18] Uma clara manifestação do principio da progressividade se encontra materializada no Imposto de renda, instituindo a progressão das alíquotas conforme cresce a base de calculo. A idéia desta progressão de alíquotas se baseia que a propensão para consumir uma parcela maior da renda tende a ser inversamente proporcional à renda.

[19] Deodato, Alberto. **Manual de Ciência das Finanças**. 19º ed. Editora Saraiva, São Paulo, 1983, p.71.

[20] Leciona Zelmo Denari (1998, p.280) ao esclarecer sobre a seletividade "(...) suas alíquotas são fixadas em função da essencialidade dos produtos (art.48 do CTN), de tal sorte que os produtos essenciais (alimentos, medicamentos etc.) recebem menor carga tributária e os produtos supérfluos (cigarro, bebidas) são onerados pela tributação".

[21] Entende por mínimo existencial todos os serviços considerados como essenciais para a manutenção básica da sociedade, garantidos por investimentos públicos mantidos por meio do desenvolvimento. Um bom exemplo de mínimo existencial se encontra esculpido no texto constitucional, no seu artigo 7º, inciso IV, ao reconhecer o salário mínimo como "Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com morada, alimentação, educação, saúde, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com ajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim."

[22] Em 4 de maio de 2000 entrou em vigor a Lei Complementar nº 101, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, voltada para regular as finanças públicas, especialmente limitando o endividamento da máquina estatal.

[23] GRUPENMACHER, Betina Treiger. Justiça fiscal e mínimo existencial. *In* **Princípios de Direito Tributário e Financeiro**. Heleno Taveira Tôrres (coord]. Editora Renovar: São Paulo 2006, pp. 1003.

NOVAS TENDENCIAS NA TRIBUTAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRONICO*

NEW TRENDS ON E-COMMERCE TAXATION

Carlos Araujo Leonetti

RESUMO

Este artigo objetiva mostrar a situação atual da tributação do assim chamado comércio eletrônico no Brasil, enfatizando alguns aspectos. Basicamente, o e-commerce pode ser, e é, ainda que com algumas dificuldades, no Brasil, por meio de dois impostos: o ICMS, estadual; e o ISS, municipal. A imposição de ambos apresenta, ainda dificuldades, principalmente, por falta de legislação específica, em especial, no que tange à tributação da circulação, pela internet, dos chamados bens intangíveis, com os softwares.

PALAVRAS-CHAVES: TRIBUTAÇÃO; COMÉRCIO ELETRÔNICO; INTERNET.

ABSTRACT

This paper aims to show the present situation of the e-commerce taxation in Brazil, focusing on major aspects. In a few words, in Brazil e-commerce can be, an it is, imposed by two taxes: one state tax, the ICMS (a kind of VAT tax), and one city tax, the ISS (a tax on services) The collection of both taxes on e-commerce transactions, mostly when involve intangible goods, as software, implies legal difficulties because there are no specific regulations on this matter, so far.

KEYWORDS: TAXATION; E-COMMERCE; INTERNET.

Introdução

A tributação do assim chamado "comércio eletrônico" tem desafiado as administrações tributárias, os legisladores, o Poder Judiciário e todos aqueles que se dedicam ao estudo do direito tributário, nos últimos anos.

O primeiro desafio que se apresenta consiste, exatamente, no conceito de que seja "comércio eletrônico" (ou e-commerce). A idéia geral, básica, é mais ou menos comum e não suscita maiores polêmicas: a de que se trata de comércio legado ao uso de rede de computadores ou, mais precisamente, da rede internacional de computadores conhecida

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

por *internet* (do inglês: *international net*, correspondente, em português, a rede internacional).

Para Luiz Alberto Albertin, por comércio eletrônico pode-se entender a realização de toda a cadeia de valor dos processos de negócio num ambiente eletrônico, por meio da aplicação intensa das tecnologias de comunicação e de informação, atendendo aos objetivos de negócio. Os processos podem ser realizados de forma completa ou parcial, incluindo as transações negócio-a-negócio, negócio-a-consumidor e intraorganizacional, numa infra-estrutura predominantemente pública de fácil e livre acesso e baixo custo.

Já no entendimento de Marco Aurélio Greco, o uso termo "comércio", na expressão "comércio eletrônico" revela-se equivocado, uma vez que o vocábulo vem sendo empregado para designar dois tipos distintos de atividades. O primeiro, segundo Greco, tipicamente de intermediação comercial, compreende negócios que têm por objeto bens corpóreos e que implicam no impulsionamento de mercadorias em direção ao consumo. Já o segundo tipo, ainda na visão de Greco, não corresponderia exatamente a uma atividade mercantil ou comercial, porquanto compreenderia também prestações de serviço realizadas num ambiente eletrônico.

Para fins deste estudo, utilizar-se-á a expressão "comércio eletrônico" ou seu equivalente e-commerce, em seu sentido mais amplo, compreendendo a transação de bens materiais e imateriais.1 Nesta perspectiva, tem-se que, em princípio, incidiria sobre o e-commerce, no caso do Brasil, basicamente, dois tributos, na verdade, dois impostos: o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes e de comunicação – ICMS, de competência estadual; e o imposto sobre prestação de serviços, de competência dos Municípios, o ISS.

Obviamente, o primeiro incidirá se e quando houver a circulação de mercadorias, cujo conceito a seguir se analisará; e o segundo, se e quando se deparar com a prestação de serviços sujeitos à tributação pelo ISS. Em ambos os casos, o respectivo fato gerador da obrigação tributária deverá ocorrer no ambiente virtual, isto é, da *internet*. Essa circunstância, conforme se verá, traz sucinta diversas questões, ainda não devidamente dirimidas, até porque inexiste, até o momento, legislação específica, seja sobre o comércio eletrônico em si, seja versando a sua tributação.

Quando as atividades em ambiente eletrônico envolvem mais de um estado soberano, tema que será também abordado neste estudo, a situação, se complica ainda mais, devido às dúvidas sobre qual país com competência para tributar, o que dependerá do elemento de conexão escolhido.

1 Sobre este tema e, especialmente, sobre a incidência de ICMS no e-commerce, recomenda-se a leitura de interessante artigo de Eliana Mara Soares Barasuol, intitulado: **Incidência do ICMS no comércio eletrônico**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3992>, acesso em 15 de ago. 2006.

1 A tributação pelo ICMS

Conforme está implícito na própria Constituição, no art. 155, inciso II, e na Lei Complementar no 87/96, art. 2o, inciso I, que veicula as normas gerais relativas ao ICMS, um dos fatos geradores do imposto (e que, na verdade, é o único que interessa ao presente estudo) é a realização de operação relativa à circulação de mercadoria.

Desta definição de fato gerador pode-se extrair duas palavras-chave: "circulação" e "mercadoria". Na sempre preciosa lição de Geraldo Ataliba: "Circular significa para o Direito, mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria muda de titular, circula, para efeitos jurídicos."

Nesta mesma linha, Horácio Vilhen Neto lembra que circulação, juridicamente falando, significa a passagem de bens de uma pessoa para outra.

Já mercadoria tem sido tradicionalmente conceituada como o bem que é objeto de comércio. Em outras palavras: bem é o gênero, do qual mercadoria é uma das espécies. Marco Aurélio Greco lembra, com pertinência, o conceito clássico que há mais de três décadas vem sendo adotado pelo direito brasileiro, segundo o qual mercadoria é coisa móvel (portanto, corpórea) objeto de mercancia.

Esta questão atinente ao conceito de mercadoria revela-se absolutamente relevante para o objeto do presente estudo. Isso porque tem a ver, diretamente, com a possibilidade, ou não, de se tributar transações realizadas na internet cujo objeto tenha sido bens imateriais.

Se entender-se que por mercadoria somente se pode compreender bens corpóreos, materiais, conforme a doutrina clássica pregava, a resposta será pela impossibilidade da tributação. Por outro lado, se o conceito for elastizado a ponto de abarcar os chamados bens incorpóreos ou imateriais, mas suscetíveis de valoração econômica, a resposta será outra.

Gabriel Pinos Sturts entende que o conceito secular de mercadoria deve ser flexibilizado, em face da nova realidade tecnológica que permite transformar-se uma mercadoria em dados digitalizados e transmiti-los entre dois computadores. No entender de Surts, para que um bem seja considerado mercadoria, basta que tenha valor econômico e caráter circulatório. O requisito da materialidade seria completamente dispensável.

Para Marco Aurélio Greco, **mercadoria** pode ser identificada a partir de três diferentes critérios, a saber:

a) *Em função da natureza de determinados objetos*: de acordo com esse critério, os bens dividem-se em *corpóreo*s e *incorpóreos*,(ou materiais e imateriais), sendo que onde os primeiros seriam aqueles que podem ser tocados, tangíveis, captados pelos sentidos humanos e os imateriais, seriam os criados pelo direito. Segundo Eliana Mara Soares Barasuol, este critério se revela insatisfatório para satisfazer a necessidade de um conceito abrangente de mercadoria, a fim de compreender os bens informáticos. De acordo com Barasuol, o *software*, isto é, os programas de computador, que certamente não são bens materiais, não poderiam se enquadrar como bem incorpóreo, pois não é mera criação do direito.

Para nós, o equívoco aqui está em considerar como bem incorpóreo apenas os que resultam de "mera criação do direito" e não qualquer bem intangível, isto é, qualquer bem assim considerado, que não possa ser captado pelos sentidos humanos, mas que seja passível de posse e de valoração econômica. Esse é, salvo engano, justamente o caso do software: é intangível, é passível de posse e é objeto de valoração econômica.

b) *Tipo de atividade exercida ou da qualificação subjetiva de alguém*: por esse critério, mercadoria é tudo aquilo passível de ser negociado por um empresário ou que seja objeto de atividade empresarial. Para Eliana Mara Soares Barasuol, esse critério também não satisfaz, porque desloca a análise para o subjetivo (a pessoa a quem o bem está relacionado), além de não ter a mesma amplitude que o significado anterior.

Aqui também nos permitimos discordar da ilustre autora. A nós parece que o fato que o fato de o critério dar ênfase ao aspecto subjetivo em nada o deslustra, pelo o contrário, o qualifica. Com efeito, Se o bem está sendo negociado por um empresário (antigamente chamado comerciante) nada mais lógico do que concluir-se que tal bem é uma mercadoria. Esse raciocínio se aplica tanto a bens tangíveis, como a intangíveis, de sorte que, a nosso sentir, esse critério acaba produzindo conceito de mercadoria tão abrangente quanto o anterior.

c) *Tudo aquilo que seja objeto de um determinado mercado*: esse é um critério puramente econômico, uma vez que apoiado no conceito de mercado, por seu turno, eminentemente econômico. Eliana Mara Soares Barasuol cita como exemplo os títulos negociados em mercados de futuros. Vê-se que esse critério tem o condão de abranger os bens intangíveis ou incorpóreos, isto é, justamente que também são negociados no ambiente virtual. Greco conclui que a adoção, para fins de ICMS, do conceito clássico de mercadoria, segundo o qual esta consiste em "coisa móvel objeto de mercancia", se revela absolutamente insatisfatório, em face da atual realidade do comércio eletrônico.

É preciso, pois, concluímos, buscar outro conceito, mais abrangente, mas, aos mesmo tempo, compatível com o espírito da Constituição, sem perder-se de vista o disposto no art. 110 do Código Tributário Nacional.2 Tal conceito deve abarcar os bens tangíveis e os intangíveis, aí compreendidos os softwares.

Veja-se que esse conceito, salvo engano, é perfeitamente compatível com o adotado pela Constituição, no art. 155, inciso II. Com efeito, a antiga idéia de mercadoria como algo necessariamente material deve, forçosamente, se elastilizar para abarcar as novas realidades, não existentes nos tempos de outrora.

Situação semelhante foi enfrentada em relação aos autos dos processos judiciais: muito embora a legislação não previsse o processo virtual, alguns tribunais adotaram tal procedimento que, após algumas resistências, foi plenamente recepcionado.

Outro exemplo é o livro eletrônico. Antigamente, livro era sinônimo de uma conjunto de folhas de papel impressas. Hoje em dia, não é mais. Discute-se, inclusive, nos tribunais, se a imunidade dos livros prevista no art. 150, VI, *d*, da Constituição não alcançaria o livro sob a forma de CD-ROM3 e mesmo o livro eletrônico.

O conceito de mercadoria que nós propomos, então, para fins deste trabalho, é o seguinte: mercadoria é todo bem, tangível, ou intangível, passível de pose e de

valoração econômica. Por bem intangível, conforme expusemos anteriormente, entendemos aquele insuscetível de ser captado pelos sentidos humanos independentemente ou não de ser mera criação do direito. Assim, entendo incluído entre os bens intangíveis o software.

No que concerne às operações com bens tangíveis, ou corpóreos, não há nenhuma dificuldade em reconhecer-se a incidência do ICMS. É o que ocorre, v.g., quando alguém compra um CD ou um eletrodoméstico pela internet. Quando a mercadoria, o CD ou o eletrodoméstico deixar o local onde estava armazenado para 2 Art. 110 – A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

3 Leandro Paulsen traz decisão unânime da 2a Turma do Tribunal Regional Federal da 4a. Região que reconheceu a imunidade para o chamado *quicktionary*, uma espécie de livro eletrônico. PAULSEN, 2005, p. 272. ser transportado até a residência do comprador, será emitida a competente Nota Fiscal e se considerará como efetivamente ocorrido o fato gerador do imposto. Assim, o local da operação, e seus consectários como legislação aplicável, alíquota, sujeito ativo etc., serão determinados pelo local de saída da mercadoria, conforme determina a LC 87/96. Neste caso, a internet terá servido apenas como meio para se fazer o pedido e concretizarem-se aspectos jurídico-financeiros do negócio, inclusive, em alguns casos, o pagamento (quando é feito, por exemplo, por cartão de credito). No entanto, a operação que constituiu o fato gerador do tributo em si, ou seja, a saída física da mercadoria em decorrência de uma transação mercantil, transcorreu integralmente fora do ambiente virtual. Nesse aspecto, tal venda em nada se distinguiu de outra feita por meio de telefone ou diretamente na loja da empresa vendedora.

Mesmo assim, alguns problemas já ocorreram. Empresas automobilísticas implementaram, no Brasil, a venda direta ao consumidor via internet. Com isso, quando de vendas interestaduais, o fato gerador do ICMS estava ocorrendo somente na origem, levando a prejuízos aos estados consumidores e vantagens aos estados produtores de veículos. Diante dessa situação, os governos estaduais reuniram-se no CONFAZ4 e acordaram repartir a base de cálculo do ICMS em 55% para o Estado de origem e 45% para o Estado de destino, quando da realização de vendas interestaduais diretas ao consumidor via internet.

A grande dificuldade surge em relação aos bens intangíveis, uma vez que sua

circulação pode se dar, e normalmente assim o é, pela própria internet.

As dificuldades, neste caso, são várias e começam pela definição do

estabelecimento, noção nuclear para fins de ICMS, uma vez que, em principio, a

saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte é que configura o fato gerador

do imposto, a teor do disposto no art. 12, inciso I, da LC 87/96.

Por seu turno, o art. 11, par. 3o, caput, da LC 87/96, conceitua estabelecimento

como:

o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas

físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente,

bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias.

O inciso I deste mesmo parágrafo arremata, *verbis*:

4 Conselho Nacional de Política Fazendária, integrado pelos Secretários de Fazenda ou Finanças de

todos os Estados e do Distrito Federal, e instituído pela Lei Complementar 24/75, cujo objetivo

principal é autorizar previamente, e por unanimidade, mediante convênio, a concessão de isenção e

benefícios relativos ao ICMS.

I – na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal

o local em que tenha sido efetuada a operação ou prestação, encontrada a

mercadoria ou constatada a prestação;

A questão que se coloca é: pode o site ser considerado como estabelecimento,

para fins de ICMS?

Marco Aurélio Greco entende que o site pode ser visto de três maneiras diversas:

a) Como uma mera vitrine, forma de publicidade, sem qualquer autonomia;

b) Como uma extensão do estabelecimento físico;

c) Como um novo estabelecimento, separado do estabelecimento físico

do contribuinte.

Nas duas primeiras hipóteses, para fins de tributação, considerar-se-á o

estabelecimento físico do contribuinte; na terceira hipótese, onde se encontrar o

provedor.

Mas, e aí começam as dificuldades, e se o provedor estiver localizado em país

diverso daquele em que está sediada a pessoa jurídica que opera o site, situação não rara nos dia de hoje?

Essa questão ainda não resta satisfatoriamente resolvida. O Comitê para Assuntos Fiscais da OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – está se dedicando arduamente à análise desta matéria. Maria De Fátima Ribeiro informa que o Comitê discutiu as diretrizes de tributação (*Taxation Framework Conditions*) durante a Conferência Ministerial sobre o Comércio Eletrônico, em Ottawa, Canadá, em 1998, e mantém vários grupos de trabalho estudando o tema.

Ribeiro noticia, ainda, a existência, nos Estados Unidos da América, da Comissão de Infra-estrutura de Informação Global (*Global Information Infrastructure Comission*), mais conhecida como GIIC, que vem publicando análises do impacto da tecnologia da informação na sociedade.

Entre outras recomendações, segundo Ribeiro, o GIIC entende que o princípio geral da territorialidade seja adotado na tributação da circulação de mercadorias e da prestação de serviços pela internet, por ser eficaz, seguro, simples e neutro. Todavia, o GIIC reconhece que a tributação no destino, ou no local de consumo das mercadorias e/ou dos serviços, se revela mais difícil de ser aplicada do que na origem dos seus fornecimentos.

Na União Européia, relata Ribeiro, todas as transmissões de bens incorpóreos realizadas via internet são consideradas serviços, pare efeitos de imposto sobre valor agregado – IVA.

Voltando ao caso brasileiro, embora em tese possa se reconhecer que ocorre o fato gerador do ICMS em algumas transações realizadas via internet, cremos que, enquanto não houver legislação específica regulamentando aspectos relevantes dessa

tributação, tais como: local e momento em que se considera ocorrido o fato gerador, estabelecimento responsável pela operação, obrigações acessórias a serem cumpridas etc., fica difícil exigir-se o pagamento do imposto.

2 A tributação pelo ISS

Outra possibilidade, no direito brasileiro, seria a de tributar-se as atividades realizadas no âmbito do comércio eletrônico pelo ISS municipal. Conforme já visto, esse imposto incide sobre a prestação de serviços definidos em lei complementar federal, atualmente a LC 116/03.

Ora, alguns dos serviços previstos na lista anexa à LC 116/03 podem, perfeitamente, ser prestados pela internet. É o caso, por exemplo, dos serviços de análise e desenvolvimento de sistemas de informática, de programação (criação de software), de elaboração de projetos de engenharia, agenciamento e/ou corretagem de câmbio e/ou de seguro, de consultoria financeira etc.

Nesta hipótese, enfrentaremos as mesmas dificuldades elencadas em relação ao ICMS, isto é, como identificar o estabelecimento prestador dos serviços e/ou o local da prestação dos serviços. Como se sabe, a regra geral no ISS é a de que o imposto é devido ao Município em que sediado o estabelecimento prestador dos serviços (LC 116/03, art. 3o), embora o Superior Tribunal de Justiça tenha consagrado o entendimento segundo o qual a receita do tributo cabe ao Município onde o serviço foi prestado.5

Ou seja, aqui precisaremos de legislação, *in casu*, lei complementar federal, que discipline todos os aspectos necessários à instituição, cobrança e fiscalização do tributo.

Considerações finais

A tributação do e-commerce no Brasil ainda se revela extremamente

problemática. Basicamente, as dificuldades residem na falta de legislação tanto no campo do comércio eletrônico em si, como no da tributação das operações com mercadorias e prestações de serviços realizadas pela internet.

5 Neste sentido, veja-se comentário de Leandro Paulsen à posição tomada pela 1a Seção do STJ

anteriormente à LC 116/03, em PAULSEN, 2005, p. 430.

Enquanto essa lacuna não for adequadamente preenchida, não se pode pensar em se tributar o comércio eletrônico, no Brasil, de modo responsável e consistente.

Referências

ALBERTIN, Luiz Alberto. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Atlas. 1999.

ATALIBA, Geraldo. **Núcleo de definição constitucional do ICM**. RDT 25/111.

BARASUOL, Eliana Mara Soares. **Incidência do ICMS no comércio eletrônico**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3992>, acesso em 15 de ago. de 2006.

GRECO, Marco Aurélio. **Internet e direito**. São Paulo: Dialética, 2000.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**: Constituição e Código Ttributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Repercussões jurídicas da tributação internacional do comércio eletrônico.

STURTS, Gabriel Pinos. **Tributação do comércio eletrônico**: análise da incidência do ICMS. RET 34/5, fev/2004.

A FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO MECANISMOS DE CONSOLIDAÇÃO DA CIDADANIA E DA JUSTIÇA SOCIAL*

THE CONTEMPORARY STATE SOCIAL FUNCTION AND THE GUARANTEE OF THE MINIMUM EXISTENTIAL AS CONSOLIDATION MECHANISMS OF CITIZENSHIP AND SOCIAL JUSTICE

Charlise Paula Colet
Marli Marlene Moraes da Costa

RESUMO

A sociedade contemporânea é fortemente marcada pela concentração de renda pela minoria versus a pobreza do restante da população. Tal disparidade entre os indivíduos de um mesmo grupo social desencadeia o processo de exclusão social dos menos privilegiados, oportunidade em que lhes são negados o acesso a garantias mínimas de existência digna. Desta forma, é possível compreender que a pobreza decorre de uma sociedade capitalista, sendo gerada por um processo histórico em que determinados povos ou grupos sociais não foram os atores diretos da consolidação da ordem global e, por conseguinte, tornaram-se agentes passivos do tecido social. Portanto, afirma-se que a exclusão social acarreta em privação de recursos materiais e sociais, colocando à margem da sociedade todos que não participam dos valores e das representações sociais dominantes. Ou seja, os excluídos não constituem uma classe, mas indicam uma falha no tecido social. Assim, diante da ineficácia do Estado em assegurar o acesso igualitário e digno aos direitos fundamentais origina o processo de exclusão social, eis que tributa de forma desigual as camadas desfavorecidas da sociedade. Nesta senda, o presente trabalho, após a análise da função social do Estado Contemporâneo, analisa o princípio da capacidade contributiva no direito tributário como política pública de inclusão social e garante do mínimo existencial de forma equânime entre os indivíduos.

PALAVRAS-CHAVES: FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO. PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. MÍNIMO EXISTENCIAL. CIDADANIA. INCLUSÃO SOCIAL.

ABSTRACT

The contemporary society is strongly marked by the concentration of wealth by the minority versus the poverty of the rest of the population. This disparity among individuals of the same social group begins the process of social exclusion of the underprivileged, at which they are denied access to the minimum of decent existence. Thus, it is possible to understand that poverty stems from a capitalist society, coming from a historical process in which certain people or social groups were not the direct

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

actors of the consolidation of the global order, the reason why they become passive agents of society. Therefore, it is argued that social exclusion leads to material deprivation and social, placing the margins of society who do not participate in all of the values and dominant social representations. That is, the excluded people are not in a class, but they indicate a flaw in the social fabric. Thus, due to the ineffectiveness of the State to ensure equal access to rights, it causes the process of social exclusion, here is taxed unequally disadvantaged groups of society. In this vein, the present study, after examining the social function of the contemporary State, analyzes the principle of ability to pay in tax as a public policy of social inclusion and ensures the minimum existential among individuals.

KEYWORDS: SOCIAL FUNCTION OF THE CONTEMPORARY STATE. PRINCIPLE OF ABILITY TO PAY. MINIMUM EXISTENTIAL. CITIZENSHIP. SOCIAL INCLUSION.

1 Aspectos Introdutórios

O estudo das relações sociais entre os indivíduos revela dois processos assimétricos e diferentes: exclusão e inclusão social. A inclusão se origina de políticas públicas projetadas para o resgate e incorporação da população pertencente às margens do tecido social, vindo a oferecer condições e acesso à organização social com a concretude de plenos direitos. Ao seu turno, a exclusão resulta da perversidade do sistema de acumulação e reprodução do capital, cada vez mais veloz em face da necessidade de concentração de capitais, revelando uma face universal e inevitável, desumana e estigmatizadora.

O processo de exclusão social, o qual expulsa e marginaliza os indivíduos do corpo social, restringe o acesso social, político e econômico dos membros da sociedade, resultando em uma negação da sua própria cidadania isto é, nega-se a participação plena na sociedade, aos diferentes níveis em que esta se organiza e se exprime.

Diante de tal panorama, bem como pela incapacidade do Estado em garantir a equidade entre os indivíduos e o mínimo necessário a sua existência digna, a fim de atingir o Bem Comum – sua Função Social, importa apresentar alternativas viáveis ao processo excludente que se apresenta na sociedade moderna brasileira a partir da aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva no Direito Tributário.

Neste contexto, o princípio da capacidade contributiva, consagrado no artigo 145, § 1º da Constituição Federal de 1988, apresenta-se como uma limitação ao poder de tributar do Estado, o qual deverá respeitar a capacidade contributiva do indivíduo, não o onerando em seu mínimo vital para sua sobrevivência e de sua família. Assim, a capacidade contributiva mostra-se um pressuposto da justiça social, pois orienta o Estado de Direito à concretização da justiça tributária a todos seus cidadãos.

Assim, estaria sendo excluído do sistema, colocado à margem, aquele que tem tributado o seu mínimo existencial, pois o Estado não lhe garante as condições de

existência digna, enquanto aquele que manipula e onera o sistema diante da prática de delitos contra todo o grupo social, permanece imune, impune e operante do sistema perverso.

O exercício da cidadania a partir do ideal transformador do Estado Democrático de Direito representa a defesa dos valores fundamentais de uma sociedade, como expressão máxima de uma justiça social, a qual se fundamenta na igualdade, bem como permite a existência digna do ser humano, respeitando o poder pessoal de cada indivíduo em sua relação com o outro, de forma a focalizá-lo em todas as suas dimensões.

2 A Função Social do Estado Contemporâneo como Realização da Justiça Social

A análise da realidade societária brasileira revela dois vieses: uma economia moderna, porém, do outro lado, milhões de pessoas excluídas de seus direitos, bem como dos serviços proporcionados pelo Estado aos seus "cidadãos". Tal disparidade é consequência dos processos de exclusão operados pelo sistema, pelos quais setores antes incluídos foram expulsos e marginalizados por processos de mudança social, econômica ou política, ou, ainda, de processos de inclusão limitada, em que o acesso ao emprego, renda e benefícios de desenvolvimento econômico ficam restritos a determinados segmentos da sociedade.[1]

Embora o conceito de exclusão social não possua uma definição específica, pode-se compreender que revela uma situação de falta de acesso às oportunidades oferecidas pela sociedade aos seus integrantes, vindo a implicar em privação, falta de recursos e, principalmente, ausência de cidadania – participação plena na sociedade nos diferentes níveis em que se organizar e se expressar.[2]

A literatura costuma interligar o conceito de exclusão social com a ideia de pobreza, já que a primeira tende a agravar a segunda, pois da conexão de ambas pode-se entender a problemática da desigualdade, visto que os excluídos só o são devido ao fato de serem privados de algo que outros (os incluídos) têm acesso e, por conseguinte, usufruem.[3]

Para Subirats[4], a exclusão refere-se à impossibilidade ou dificuldade intensa no acesso aos mecanismos de desenvolvimento pessoal, inserção sócio-comunitária e a sistemas pré-estabelecidos de proteção. Compreende-se, assim, que a capacidade dos grupos sociais de usufruto de recursos e acesso às políticas públicas está condicionada às condições socioeconômicas com que se defrontam.[5]

A não efetivação da cidadania está intrinsecamente ligada à exclusão e à pobreza ao passo que apesar da legislação social e do esforço das políticas públicas, uma grande parte dos indivíduos não pertence à comunidade política e social, pois embora vivam em um espaço de uma sociedade nacional, não logram acesso ao consumo de bens e serviços de cidadania. Ou seja, "embora a lei lhes garanta direitos civis, políticos e sociais, tal garantia legal não se traduz em usufruto efetivo de tais direitos".[6]

Assim, enquanto compreendermos a cidadania como direito de participação na sociedade e uso de benefícios essenciais, ela estará atrelada à exclusão no momento em que estes benefícios, chamados de direitos, não forem cumpridos.

Nesta senda, por direito, Marshall[7] compreendo-o a partir de três categorias: civis, políticos e sociais. Os direitos civis são aqueles que protegem o cidadão contra as arbitrariedades do Estado e de outras pessoas. A seu turno, os direitos políticos facultam e delimitam o papel do cidadão na organização política de sua sociedade. Já os direitos sociais garantem o acesso a um conjunto de bens e serviços considerados indispensáveis para a dignidade humana e convivência social.

Existe hoje um amplo consenso de que os direitos políticos e civis são insuficientes, quando existem grandes desigualdades sociais que impedem, na prática, que estes direitos sejam exercidos. Existe menos consenso quanto ao alcance dos direitos civis – se eles deveriam se limitar à garantia de igualdade de oportunidades, a partir da qual caberia a cada cidadão cuidar do próprio destino, ou se eles deveriam incluir a garantia de renda mínima, habitação, serviços de saúde, e outros recursos considerados essenciais. [8]

Defende-se, neste contexto, a participação popular de forma a influenciar a formulação, execução, fiscalização e avaliação das políticas públicas e/ou serviços básicos sociais. [9]

A proposta da integração dos grupos 'marginalizados' parte do princípio de que a maioria da população, em razão da sua pobreza, encontra-se 'fora' da sociedade. É como se a dificuldade de acesso aos produtos e serviços básicos fosse uma decorrência da ignorância e passividade dessas populações 'marginais', ou para utilizar um termo mais atualizado, os excluídos, isto é, aqueles que estão 'fora', por sua própria culpa, precisando ser animados, incentivados, esclarecidos, para poderem participar dos benefícios do progresso econômico e cultural.[10]

Destarte, a participação na gestão dos interesses coletivos é participar do governo da sociedade, disputar espaço no Estado e definir as políticas públicas. Isto é, revela-se a participação ao questionar-se o monopólio do Estado como gestor da coisa pública, construir espaços públicos não estatais, defendendo-se o controle social sobre o Estado, a gestão participativa e os espaços de interface entre Estado e sociedade.[11]

O alargamento da cidadania para além do exercício dos direitos instituídos, o exercício da cidadania ativa, para além do exercício do voto e da delegação de poder que ele significa, a radicalização da democracia, abrindo a possibilidade de participação à toda a sociedade, através de novos canais institucionais de participação, são significados colocados pela vigorosa experiência dos movimentos sociais.[12]

A participação social é um mecanismo de garantia da efetiva proteção social contra riscos e vulnerabilidades, tendo um papel relevante na democratização da gestão e da execução de políticas sociais, visto que assegura a presença de múltiplos atores sociais, seja na formulação, na gestão e implementação, bem como no controle de políticas sociais.[13]

Neste sentido, podem ser verificados três sentidos da participação no que tange aos direitos sociais, à proteção social e à democratização das instituições que fazem parte:

a) a participação social promove transparência na deliberação e visibilidade das ações, democratizando o sistema decisório;

b) a participação social permite maior expressão e visibilidade das demandas sociais, provocando um avanço na promoção da igualdade e da eqüidade nas políticas públicas; e

c) a sociedade, por meio de inúmeros movimentos e formas de associativismo, permeia as ações estatais na defesa e alargamento na promoção de direitos, demanda ações e é capaz de executá-las no interesse público.[14]

A efetivação das políticas públicas de forma a garantir o exercício pleno da cidadania quebra a cultura excludente, ao mesmo tempo em que permite o aprendizado da negociação democrática e da construção conjunta da lei quando atribui a sujeitos diferentes e opostos uma igualdade/equivalência em suas habilidade e competência e capacidades de agir, decidir e julgar.[15]

Conforme se verifica na história da humanidade, percebe-se que na passagem para o século XX, quando grupos poderosos possuíam maior influência na vida social do que o Estado em si, este último dedicava-se a melhorar as condições de vida humana mediante criação e manutenção de serviços que os grupos do poder não manifestavam interesse em realizar.[16]

Por isso, a maior participação do Estado na sociedade evoluiu da tolerância até a exigência da participação, por isso poucos admitem “um comportamento omissivo do Estado frente ao encaminhamento e à solução dos grandes problemas sociais”.[17] Assim, o Estado deve servir de instrumento a ser utilizado à sua mantenedora, qual seja, a sociedade.

Tal criatura (o Estado) se submete a um ordenamento jurídico e a uma estruturação de procedimento, os quais crescem e ampliam sua abrangência, na medida em que as Sociedades vão aumentando em suas múltiplas complexidades, tais como as demográficas, sanitárias, educacionais, habitacionais, econômicas, culturais, ambientais. [18]

A condição instrumental do Estado deriva da própria sociedade e deve existir para atender as demandas que a mesma deseja sejam atendidas, pois

se a condição instrumental do Estado advém do fato dele ser criação da Sociedade, ela se consolidará somente na serventia aos anseios sociais e justificar-se-á por uma conformação jurídica, dinâmica e conveniente na sua origem, e coerente com a sua utilidade para a Sociedade. [19]

Assim, afirma-se que a Função Essencial do Estado Contemporâneo deriva da relação íntima entre criadora (a Sociedade) e a criatura (o Estado). A atual realidade requer um Estado que além de administrativamente eficaz, tenha uma atuação legítima e dinâmica direcionada à participação consciente do Homem na busca pelo seu objetivo. [20]

Isto será feito através da dinâmica social que implica a utilização do instrumento estatal em favor da criação e da realização de condições de sensibilidade, racionalidade e acessibilidade – com igualdade de possibilidades – para o Homem, frente a alternativas efetivamente existentes nos planos político, social, cultural e econômico. [21]

"É uma função que se deve irradiar por toda a estrutura e desempenho do Estado, determinando o exercício dos seus poderes, a composição e o acionamento de seus órgãos no cumprimento das respectivas funções".[22] Por isso, o autor afirmar que a Função Social deve atender a AÇÃO e o DEVER DE AGIR, entendendo-se por dever de agir os compromissos dinâmicos que o Estado Contemporâneo deve ter para com a Sociedade, mantidos por seus sacrifícios, enquanto ação é um conjunto de compromissos claros mantidos em consonância com o dever de agir, porém ativados no plano concreto. [23]

O Dever de Agir compromete-se com políticas públicas que uma dada Sociedade, num certo momento histórico, decide devam ser consagradas em normas e ações, unindo-se vencidos e vencedores de um saudável conflito de idéias que, de maneira natural e evidente antecede o estabelecimento das políticas e o Dever de Agir. [24]

Por isso, a Função Social do Estado Contemporâneo requer ações que devido ao dever que tem com a Sociedade, o Estado tem a obrigação de executar, "respeitando, valorizando e envolvendo o seu SUJEITO, atendendo o seu OBJETO e realizando os seus OBJETIVOS, sempre com a prevalência do social e privilegiando os Valores fundamentais do Ser Humano". [25]

Neste rumo, o autor refere que a Função Social deva ter e exercer o Estado, buscando atingir uma destinação evidente: realizar a Justiça, e sobretudo a Justiça Social, a qual, por sua vez, somente apresentará condições de realização eficiente, eficaz e efetiva se a sociedade contribuir de forma que cada pessoa receba o que lhe é inerente à sua condição humana. [26]

Nesta perspectiva, o Estado deve ser um conjunto de atividades legítimas efetivamente comprometidas com uma Função Social, esta entendida na sua conexão com ações que – por dever para com a Sociedade – o Estado executa, respeitando, valorizando e envolvendo o seu Sujeito (que é o Homem individualmente considerado e inserido na Sociedade), em correspondência ao seu Objeto (conjunto de áreas de atuação que dão causa às ações estatais) e cumprindo o seu Objetivo (o Bem Comum ou Interesse Coletivo, fixado de forma dinâmica pelo Todo Social). [27]

Destarte, a função do Estado será verificada quanto este atender com prioridade a realização de valores fundamentais do Homem a partir da prática permanente das medidas clássicas de Legitimidade dos detentores do Poder governamental e das ações estatais. Ou seja, é este o Estado Contemporâneo proposto a fim de a humanidade tenha uma "Paz segura e viva em Democracia", apresentando um desenvolvimento social e econômico que contempla as sociedades todas e todas as sociedades, considerando, assim, o ser humano na sua mais elevada qualidade de vida.[28]

3 Cidadania e Estado Democrático de Direito: óbices e alternativas ao pleno exercício de direitos

A ideia central de cidadania, a qual é comumente utilizada na sociedade moderna, restringe-se ao pertencimento a um Estado nacional, o que permite a um indivíduo o direito ao voto, isto é, que o mesmo participe da vida política do Estado – da soberania.

Entretanto, a cidadania deve ser pensada a partir da diferenciação qualitativa entre o indivíduo chamado "cavalheiro" e aquele que não o é, pois a reivindicação de todos para gozar das condições de civilidade (cavalheirismo) é um requisito atrelado à participação na herança social, permitindo, assim, que sejam admitidos como membros completos da sociedade, ou seja, como cidadãos, como também pelo modo de viver que brota de dentro da cada indivíduo e não que lhe é imposto de fora para dentro.[29]

Conforme Carvalho destaca, tornou-se costume moderno atrelar a cidadania aos direitos civis, políticos e sociais, sendo a soma destes três o pleno exercício daquela. "Cidadãos incompletos seriam os que possuíssem apenas alguns dos direitos. Os que não se beneficiassem de nenhum dos direitos seriam não-cidadãos".[30]

O sociólogo T. H. Marshall do século XX traçou o conceito de cidadania a partir de três partes, chamadas de civil, política e social, considerando a realidade da Inglaterra nos

séculos anteriores. O elemento civil compõe-se de direitos necessários à liberdade individual – "liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça".[31] Por sua vez, o elemento político deve ser entendido como o direito de participar no exercício do poder político, seja como autoridade, seja como eleitor. A seu turno, o social "se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, da herança social e levar a vida de um ser civilizado" [32] conforme os padrões estabelecidos na sociedade.

Neste sentido, pode-se afirmar que os direitos civis são aqueles que protegem o cidadão contra as arbitrariedades do Estado e de outras pessoas. A seu turno, os direitos políticos facultam e delimitam o papel do cidadão na organização política de sua sociedade. Já os direitos sociais garantem o acesso a um conjunto de bens e serviços considerados indispensáveis para a dignidade humana e convivência social.

Embora vistos como elementos formadores da cidadania ampla, antigamente estas três partes formavam um direito apenas. Por isso, Marshall refere que

quando os três elementos da cidadania se distanciaram uns dos outros, logo passaram a parecer elementos estranhos entre si. O divórcio entre êles (sic) era tão completo que é possível, sem destorcer os fatos históricos, atribuir o período de formação da vida de cada um a um século diferente – os direitos civis ao século XVIII, os políticos ao XIX e os sociais ao XX. Êstes (sic) períodos, é evidente, devem ser tratados com elasticidade razoável, e há algum entrelaçamento, especialmente entre os dois últimos.[33]

A cidadania civil, voltada aos direitos civis, chamados de primeira geração de direitos, os quais têm como marco a Declaração da Vírginia (1776) e a Declaração da França (1789), abrange os direitos negativos, aqueles estabelecidos contra o Estado, ou seja, "todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado".[34]

Contudo, Marshall manifesta que este conceito de cidadania

era dominado pelos direitos civis que conferem a capacidade legal de lutar pelos objetos que o indivíduo gostaria de possuir, mas não garantem a posse de nenhum dêles. Um direito de propriedade não é um direito de possuir propriedade, mas um direito de adquiri-la, caso possível, e de protegê-la, se se puder obtê-la.[35]

Neste sentido, conforme refere Bedin, os direitos em estudo estabelecem um marco divisório entre a esfera pública – Estado, e a esfera privada – a sociedade civil, sendo

uma das características mais importantes da sociedade moderna, eis que a partir desta se organizam o pensamento liberal e o pensamento democrático.[36]

A segunda geração de direitos, por sua vez, é conhecida pelos direitos políticos, os quais surgiram durante o século XIX como desdobramento da primeira geração, embora se distingam por representarem direitos positivos, quais sejam, direitos de participação no Estado.

A existência de direitos "contra o Estado" e de direitos de "participação no Estado" indicam o surgimento de uma nova perspectiva da liberdade, pois deixa de ser somente negativa, passando a ser vista como autônoma, ou seja, de participação na formação do poder político, na soberania nacional.[37]

Influenciada pela Revolução Russa, pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar, a terceira geração de direitos, igualmente chamada de direitos sociais, surgiu compreendendo os direitos de créditos, "aqueles que tornam o Estado devedor dos indivíduos, particularmente dos indivíduos trabalhadores e dos indivíduos marginalizados, no que se refere à obrigação de realizar ações concretas, visando a garantir-lhes um mínimo de igualdade e de bem-estar social", permitindo, assim, a compreensão do conceito de cidadania ampla.[38]

Conforme se verificou, os direitos civis surgiram em primeiro lugar, apresentando-se de maneira semelhante à forma moderna. Os direitos políticos vieram posteriormente, sendo sua ampliação um grande marco do século XIX. Por fim, emergiram os direitos sociais a partir do desenvolvimento da educação primária publica, sendo no século XX o momento em que "atingiram um plano de igualdade com os outros dois elementos da cidadania".[39]

Existe hoje um amplo consenso de que os direitos políticos e civis são insuficientes, quando existem grandes desigualdades sociais que impedem, na prática, que estes direitos sejam exercidos. Existe menos consenso quanto ao alcance dos direitos civis – se eles deveriam se limitar à garantia de igualdade de oportunidades, a partir da qual caberia a cada cidadão cuidar do próprio destino, ou se eles deveriam incluir a garantia de renda mínima, habitação, serviços de saúde, e outros recursos considerados essenciais. [40]

De acordo com o estudo, a cidadania, analisada em seu sentido amplo, revela a relação democrática de uma sociedade, a qual garante a todos os seus integrantes (cidadãos) o acesso ao espaço público e dá condições de existência com dignidade – a partir da organização política e da inexistência de qualquer forma de exclusão e distinção.

O conceito amplo de cidadania adquire os contornos hoje conhecidos a partir da idéia de que há um elemento social inserido nesse conceito, que se origina da transição do Estado liberal ao social. "Esse elemento inclui desde o bem-estar econômico mínimo até a participação na herança social, e especialmente a ter a vida de um ser civilizado, em acordo com os padrões da sociedade atual".[41]

No entanto, o modelo inglês difere do modelo brasileiro, o qual nos serve apenas para contrastar, já que no Brasil podem ser verificadas duas diferenças importantes: a) houve maior ênfase nos direitos sociais em relação aos demais; b) alteração da seqüência do surgimento dos direitos, pois para o Brasil, o social precedeu. Por isso, "quando falamos de um cidadão inglês, ou norte-americano, e de um cidadão brasileiro, não estamos falando exatamente da mesma coisa".[42]

A concretização da cidadania, em seu sentido amplo, nos termos de Marshall, é um tema ainda utópico ao Brasil, já que a figura do cidadão pleno jamais existiu neste país, em especial devido à herança do patrimonialismo, do clientelismo e da corrupção na política, período em que se viveu em um modelo de administração privada em detrimento do "interesse público".[43] Conforme manifesta Vieira, a cidadania pode ser compreendida como

direito de estado civil, de residência, de sufrágio, de matrimônio, de herança, de acesso à justiça, enfim, todos os direitos individuais que permitem acesso ao direito civil. Ser cidadão é, portanto, ser membro de pleno direito da cidade, seus direitos civis são plenamente direitos individuais.

Nesta ótica, importa referir o autor alemão Max Weber, em sua obra *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva* (2004), cujo estudo do desenvolvimento histórico-social refere que cada época social corresponde a um determinado sistema político. Assim, para que o Estado exista, requer-se que um conjunto de pessoas (população) obedeça a autoridade dos detentores do poder – elite dominante – de forma que seja legítimo, motivo pelo qual desenvolveu modelos de dominação de suporte ao exercício da autoridade.

Neste contexto, o autor considera dominação "a probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoas".[44] Desta forma, compreende-se que a mínima vontade de obedecer relaciona-se à dominação autêntica.

Em adição, ao falar-se em dominação de uma pluralidade de pessoas, entende-se necessário um quadro de pessoas, ou seja, "a probabilidade (normalmente) confiável de que haja uma ação dirigida especialmente à execução de disposições gerais e ordens concretas, por parte de pessoas identificáveis com cuja obediência se pode contar".[45]

O tipo de motivo que vincula o invivíduo à obrigação revela o grau de dominação que sofre. Entretanto, compreende-se que nem o costume, situação de interesses, motivos afetivos ou racionais referentes a valores de vinculação são elementos confiáveis de dominação, devendo-se acrescentar a estes a crença na legitimidade, eis que dependendo da natureza da legitimidade, tem-se o tipo de obediência e do quadro administrativo que a garante, bem como o caráter da dominação exercida.

Segundo Weber, a submissão e a obediência a um determinado chefe político é assegurada por um "sistema de dominação" que pode apresentar três formas: a "dominação carismática", a "dominação racional-legal" e a "dominação tradicional".

O patrimonialismo, por sua vez, constitui-se no exercício de poder político sob o uso da dominação tradicional, cuja legitimidade decorre da tradição, do costume, de uma autoridade que sempre existiu, bem como salienta Holanda, "a nostalgia dessa organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas as nossas atividades".[46]

O clientelismo revela-se a partir do comportamento do Estado na perpetuação dos "favores pessoais", enquanto o povo brasileiro assume a condição de cliente do Estado, ou seja, o Estado estabelece a "troca de favores" como política entre aqueles que representam a soberania e os que ficam à sua margem.[47]

A corrupção política permite a criação de um "Estado de Privilégio", já que se concentra nas mãos de uma minoria em detrimento da massa da população, fazendo com que o Estado funcione, de regra, calcado na corrupção.[48] Por isso, verifica-se que o maior óbice ao exercício de uma cidadania plena verifica-se a partir das práticas de favorecimento pessoal ou de uma minoria, impedindo a perpetuação dos princípios de soberania popular e igualdade de direitos.[49]

Como resultado da política "contra" o desenvolvimento dos direitos dos indivíduos brasileiros, bem como da conquista da cidadania em seu sentido amplo, o processo de reconhecimento de direitos deu-se de forma inversa aos países desenvolvidos, pois enquanto naqueles a "conquista" dos direitos ocorreu a partir de "curto-circuitos históricos", isto é, "pela consagração no mesmo acto constitucional [ou, no caso brasileiro, em "consolidações" e, contemporaneamente, em "estatutos"] de direitos que nos países centrais foram conquistados num longo processo histórico (daí, falar-se de várias gerações de direitos)"[50], no Brasil os direitos foram outorgados pelo Estado, e não conquistados pelos indivíduos, motivo pelo qual se afirma que a tríade de direitos desenhada por Marshall foi invertida, já que os direitos sociais antecederam a consolidação dos civis e políticos. De acordo com Carvalho, (2003, p. 219),

primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da seqüência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população.[51]

Diante do panorama histórica brasileiro, bem como pela ineficiência estatal, é fundamental que sejam elaborados novos diagnósticos e novas propostas alternativas de políticas públicas capazes de "enfrentar, superar e interromper"[52] as formas de

violação aos direitos enraizadas na história do povo brasileiro e que refletem na sociedade moderna. “O Estado, com o auxílio da sociedade civil, deve promover e tutelar a liberdade, a harmonia e a democracia como forma de exercício pleno da cidadania e da garantia dos direitos fundamentais do cidadão”.[53] Por isso, propõe-se um Estado de Direito, em que os interesses primários de seus cidadãos são priorizados na busca de seu bem-estar social, sendo a legitimidade do poder do Estado e do direito derivados de uma autoridade comum.

No início do século XIX, no direito constitucional alemão, encontram-se os primeiros registros referentes ao Estado de Direito (em alemão, *rechtsstaat).* Nos termos de Canotilho[54],

o Estado de Direito começou por ser caracterizado, em termos muito abstratos, como ‘Estado da Razão’, ‘estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa’. No final do século, estabilizaram-se os traços jurídicos essenciais deste Estado: o Estado de Direito é um Estado Liberal de Direito. Contra a idéia de um Estado de Polícia que tudo regula e que assume como tarefa própria a prossecução da ‘felicidade dos súditos’, o Estado de Direito é um Estado Liberal no seu verdadeiro sentido.

Percebe-se, assim, que o Estado de Direito surge a partir do Estado liberal, vindo a reproduzir as Constituições sociais a partir do inicio do século XX.

O conceito de Estado de Direito “implica na constituição de Estados limitados pelas regras jurídicas que marcam seu fundamento”, sendo reconhecido pela doutrina o “Estado de Direito como aquele no qual a legalidade é critério observado pelo exercício do poder”.[55]

Em adição, afirma Canotilho que

o Estado Democrático é ‘mais’ do que Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimação do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legitimação do sistema jurídico; (2) outra é a da legitimação de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado ‘impolítico’ do Estado de Direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual ‘todo poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de Direito’ e o ‘Estado Democrático’ possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de Direito Democrático.[56]

Inobstante ao exposto, revela Leal que “o Estado Democrático de Direito brasileiro deve ser pensado e constituído a partir de suas particularidades sociais, culturais e econômicas, evidenciadoras de profundos défices de inclusão social e participação política”.[57]

Um Estado democrático é aquele que considera o conflito legítimo. Não só trabalha politicamente os diversos interesses e necessidades particulares existentes na sociedade, como procura instituí-los em direitos universais reconhecidos formalmente. Os indivíduos e grupos organizam-se em associações, movimentos sociais, sindicatos e partidos, constituindo um contrapoder social que limita o poder do Estado. Uma sociedade democrática não cessa de trabalhar suas divisões e diferenças internas, e está sempre aberta à ampliação dos direitos existentes e à criação de novos direitos.[58]

Assim, considerando-se que a sociedade funda-se em um contrato com o escopo de proteger e garantir a liberdade controlada, pautada no respaldo da vontade geral, cuja base pressupõe o poder estatal legitimado pela sociedade como base do direito, pode-se afirmar que o Estado é um poder necessário de organização, sanção e execução dos atos sociais, visto que a sociedade requer uma jurisdição organizada e garantidora de direitos iguais, sendo o poder político organizado pressuposto de um Estado de Direito. [59]

A idéia do Estado de Direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político e sim a ligação com o direito *legitimamente estatuído*. E, no nível pós-tradicional, de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade. [60]

Neste sentido, cumpre destacar o ensinamento de Leal ao referir que

Revela-se imprescindível compreender o Estado Democrático de Direito proclamado pelo texto constitucional brasileiro, principalmente em seu Título Primeiro, como resultado e condicionado à Soberania Popular, observados, dentre outros, os seguintes princípios reitores: (a) o do direito subjetivo à participação, com igualdade de condições e chances, na formação democrática da vontade política de autodeterminação dos cidadãos, através de instrumentos e procedimentos eficazes e transparentes; (b) o da garantia de uma tutela jurisdicional independente; (c) o do controle social, judicial e parlamentar da administração; (d) o da separação política entre Estado e Sociedade que visa a impedir que o poder social se transforme, tão-somente, em poder administrativo, sem passar pelo *filtro comunicativo do poder*, viabilizado pelas múltiplas instâncias de

mobilização de indivíduos e grupos sociais específicos (consumidores, aposentados, ambientalistas, grupos de gênero, étnicos, etc.). [61]

Verifica-se, desta forma, no estado democrático, que o poder do Estado e o direito se tornam legítimos à medida que derivam de uma autoridade comum, sendo tal autoridade manifestada a partir da soberania popular, a qual, por sua vez, pressupõe uma ação comunicativa e discursiva, permitindo, portanto, a conciliação de interesses e vontades de cidadãos.

[...] chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validez. No caso de processos de entendimento mútuo lingüísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados das coisas existentes), algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado). Enquanto que no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é motivado racionalmente pelo outro para uma ação de adesão – e isso em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita. [62]

A democracia, conforme estudada, apresenta e requer uma sociedade aberta e baseada na discursividade do direito [63]. Ou seja, representa a superação de um Estado numa posição hierarquicamente elevada ao cidadão, o qual, em verdade é o titular do poder e o legitima a partir de uma constituição construída sobre uma soberania.[64] Contudo, as diferenças sociais e desigualdades ideológicas são inevitáveis, cabendo ao Estado equilibrar os desníveis e aparar as arestas do poder, incidindo neste ponto a justiça isonômica do Estado Democrático, no sentido da busca do consenso. [65]

Num Estado democrático, cabe ao Direito o papel normativo de regular as relações interindividuais, as relações entre o indivíduo e o Estado, entre os direitos civis e os deveres cívicos, entre os direitos e deveres da cidadania, definindo as regras do jogo da vida democrática. A cidadania poderá, dessa forma, cumprir um papel libertador e contribuir para a emancipação humana, abrindo “novos espaços de liberdade”, por onde ecoarão as vozes de todos aqueles que, em nome da liberdade e da igualdade, sempre foram silenciados.[66]

Assim, vislumbra-se que a idéia de Estado Democrático de Direito encontra-se necessariamente associada à existência de uma Sociedade Democrática de Direito, a qual, por sua vez, resgate o conceito de democracia fundamentado na soberania popular (poder emanado do povo) e na participação popular, de forma direta ou indireta, configurando o princípio participativo.[67]

Nesta ótica, Miguel Reale refere que

“(...) o adjetivo ‘democrático’ pode também indicar o propósito de passar-se de um estado de direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. (...) [68]

Não obstante ao exposto, Correa discorre que a “formulação teórica do Estado e do direito não poder prescindir dos valores presentes nas relações sociais, uma vez que tanto Estado como direito são construções histórico-culturais, de que fazem parte os direitos humanos e a cidadania”.[69]

Neste sentido, destaca-se que o conceito de cidadania surge exatamente a partir do pacto social e do nascimento do Estado de Direito, oportunidade em que passaram a ser reconhecidos como cidadãos todos os indivíduos que integram uma comunidade, de forma a possuir direitos e deveres dentro da ordem social.

No que se refere à cidadania, perceber o Estado como a materialização institucionalizada da representação do espaço público signifca dizer que a construção da esfera pública, através da qual se estende a todos os cidadãos a condição da igualdade básica, é função precípua da cidadania. Como tal espaço público – condição de igualdade e sobrevivência da humanidade – se concretiza através da forma de dever-ser jurídico, a própria cidadania, ou seja, a condição de sujeito de direitos e obrigações, se conquista através do vínculo jurídico da nacionalidade. Poderemos assim dizer que todos são sujeitos de direito. [70]

Em adição, a partir da concepção de Habermas,

os atos de fala são basicamente formas de comunicação dinâmica e contextuais, para cujo sucesso não é suficiente a obediência a regras gramaticais preestabelecidas, mister é que, além de seguir essas regras, um falante competente (neste caso o Estado Administrador) deve ser capaz de fazer o ouvinte interlocutor (cidadania) entender o *contudo proposicional de uma sentença* (proposta preliminar de governo) e sua *força ilocuonária,* a qual indica *como* uma proposição deve ser considerada (como afirmação, questão, promessa, ameaça, pedido), a partir do que se constitui uma oportunidade de construção de entendimento sobre o que se pretende como discurso proposto (atendimento dos interesses efetivamente público da comunidade).[71]

Por conseguinte, ao ser proposta a autonomia do cidadão, o qual construirá um espaço público de debates para tratar da efetivação dos direitos fundamentais e humanos

de todos, deve ser considerada a autonomia a partir da busca pelo consenso e pela emancipação dos sujeitos que fazem parte da comunidade. [72]

[...] ser cidadão, no âmbito principal da Constituição brasileira de 1988, não tem a ver fundamentalmente com os direitos reconhecidos pelos aparelhos estatais, pelo fato de que esta cidadania localiza-se em um território determinado, mas, notadamente, com as práticas sociais e culturais que dão sentido de pertencimento desta cidadania com o seu espaço e tempo, e fazem com que se sintam diferentes, os que possuem uma mesma língua, formas semelhantes de organização e de satisfação das necessidades. [73]

Neste rumo, a idéia de poder e de governo atrela-se à figura do indivíduo/cidadão e às condições de possibilidades do seu desenvolvimento econômico social, eis que o papel do cidadão é o mais elevado a que um indivíduo pode aspirar. Portanto, o exercício do poder pelos cidadãos configura-se na única forma legítima em que a liberdade pode ser sustentada e efetivada.[74]

Em adição, verifica-se que a concepção de Estado Democrático de Direito encontra-se necessariamente associada à existência de uma Sociedade Democrática de Direito, a qual, por sua vez, resgate o conceito de democracia fundamentado na soberania popular e na participação popular, de forma direta ou indireta, configurando o princípio participativo.

Portanto, somente estará se cumprindo os fins maiores do Estado e os interesses do cidadão na medida em que se garantir o exercício do poder de cidadania plena; construir uma sociedade livre, justa e solidária; e promover o bem de todos, sem distinção.

Segundo John Rawls[75], para que haja esta maximização das expectativas dos menos favorecidos, não é necessário um crescimento econômico contínuo, mas é necessária a reciprocidade, ou seja, "[...] independentemente do nível geral de riqueza, as desigualdades devem beneficiar os menos favorecidos tanto quanto aos demais [...]",[76] para que se consiga "[...] um equilíbrio sustentável em uma estrutura básica justa, na qual, estando presentes as desigualdades, estas devem beneficiar os menos favorecidos, ou as desigualdades não seriam permitidas [...]".[77] Portanto, uma estrutura básica justa é pautada em políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável, de tal maneira que se consiga diminuir a distância existente entre os pólos ricos e pobres, quiçá eliminando-os, para que se chegue a um nível intermediário satisfatório.

O exercício da cidadania requer a construção de uma sociedade justa, igualitária e pacífica, a qual permita a participação de todos, no exercício e respeito ao poder pessoal de cada indivíduo em sua relação com o outro, motivo pelo qual a prática de um modelo restaurativo privilegia os valores humanos comuns a todos, de forma a focalizar o ser humano em todas as suas dimensões.

4 A Garantia do Direito ao Mínimo Existencial como Pressuposto de Existência Digna a partir da Aplicabilidade do Princípio da Capacidade Contributiva

O problema verificado pelo mínimo existencial se confunde com a pobreza, possuindo grande importância na história da fiscalidade moderna. No Estado Patrimonial, os pobres não eram imunes aos tributos, motivo pelo qual resultava em uma estrutura injusta, prejudicial à liberdade e à dignidade do homem.[78] A incidência fiscal era então justificada pela teoria da *proporcionalidade* dos impostos, subordinada à ideia de *justiça comutativa*, tornando justo inclusive o tributo indireto, o qual recaía com mais vigor sobre os ricos que sobre os pobres.

Na fase final do patrimonialismo, no Estado de Polícia, modifica-se o enfoque da pobreza quando se alivia a tributação dos pobres e transfere-se ao Estado a sua proteção. A proporcionalidade é criticada e inicia-se a defesa da *progressividade* da tributação, sofrendo limitação pela *imunidade do mínimo existencial*, retirando-se do campo da incidência fiscal as pessoas sem condições mínimas de prover seu sustento.[79]

Assim, verifica-se que no Estado Fiscal de Direito estrutura-se a imunidade do mínimo existencial e assistência aos pobres, considerando-se, nesta ótica, o princípio da capacidade contributiva como fundamento da tributação, o que, por conseguinte, resulta na "proibição da incidência sobre a parcela *mínima necessária à existência humana digna*, que, estando aquém da capacidade econômica e constituindo reserva da liberdade, limita o poder fiscal do Estado".[80]

Por isso, Ricardo Lobo Torres afirma que "há um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas".[81] Destaca-se, neste contexto, que o direito ao mínimo existencial não se encontra expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, a qual, a seu turno, limita-se, em seu artigo 3º, ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentro outros, "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais". Verifica-se, no entanto, sua previsão em declarações internacionais de direitos humanos.[82]

Neste contexto, vislumbra-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu artigo 25, referência ao mínimo existencial: "toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários".

Desta forma, embora o mínimo existencial não possua dicção constitucional própria, "deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, nos direitos humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão".[83]

Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os

aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estremá-lo, em sua região periférica, do *máximo de utilidade (maximum welfare, Nutzenmaximierung),* que é princípio ligado à idéia de justiça e redistribuição da riqueza social.[84]

Pode-se afirmar, portanto, que a proteção ao mínimo existencial no direito constitucional está fundamentada na ética e na liberdade, isto é, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na felicidade, nos direitos humanos e no princípio da igualdade.

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as *condições iniciais da liberdade*. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.[85]

Compreende-se, assim, que o mínimo existencial e a pobreza absoluta não são tributáveis, pois requerem proteção positiva por parte do Estado, independentemente do pagamento de tributos. A discriminação de qualquer pessoa que ofenda o direito ao mínimo necessário à satisfação das necessidades fundamentais é inconstitucional.[86]

A autora defende que existem dois marcos limitadores obrigatórios, os quais constrangem o legislador a considerar as diferenças oriundas dos fatos.

O primeiro deles delimita o ponto a partir do qual se inicia o poder tributário e que deve estar sempre acima da renda mínima, indispensável a subsistência. Delimita, pois, onde se inicia a capacidade contributiva. O segundo circunscreve a esfera da capacidade contributiva do sujeito passivo.[87]

Como forma de garantia do mínimo existencial, revela-se o princípio da capacidade contributiva, o qual, por sua vez, decorre da isonomia preconizada na Carta Magna de 1988. A Constituição Federal, em seus artigos 4º e 5º, prevê a igualdade dos homens, bem como possui como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, bem como inclui a erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

Por sua vez, a igualdade tributária, conforme manifesta Victor Uckmar, deve ser compreendida a partir de dois sentidos: a) em sentido jurídico: como igualdade de posição, excluindo-se qualquer exclusão de privilégio de classe, religião e raça, fazendo com que os contribuintes estejam em situações idênticas e submetidos ao mesmo regime fiscal; b) em sentido econômico: como dever de contribuir aos encargos públicos de forma igual, isto é, distribuir os impostos conforme a proporção das possibilidades econômicas de cada um.[88]

Assim, verifica-se a promoção da igualdade tributária, a qual reside na graduação dos impostos de acordo a capacidade contributiva, pois os tributos são

classificados de forma a atender as exigências do princípio da isonomia. A partir disso, afirma-se que a igualdade tributária é adquirida a partir do respeito à capacidade contributiva.[89]

No pensamento de Adam Smith, a noção tributação justa sob a ótica da capacidade contributiva manifesta-se na ideia de que "os súditos de cada estado deveriam contribuir para a manutenção do governo tanto quanto possível em proporção às suas capacidades, ou seja, em proporção à renda a qual respectivamente usufruem sobre a proteção do Estado".[90]

Conforme refere José Afonso da Silva, a capacidade contributiva implica em uma base impositiva capaz de mensurar a capacidade de suportar o encargo, bem como alíquotas que equiparem de forma justa o ônus suportado. Embora seja difícil limitar o quantum justo para cada contribuinte, o princípio em estudo consolida a igualdade de posições dos cidadãos face ao dever de participar do sustento das necessidades da coletividade, razão pela qual requer distribuição equânime dos encargos tributários.[91]

A esse propósito, argumenta Carrazza:

O princípio da capacidade contributiva - que informa a tributação por meio de imposto - hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito, pague, proporcionalmente, mais imposto que aquele que tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza [...] se for da índole do imposto, ele deverá obrigatoriamente ser graduado de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. [92]

Nesta seara, refere-se que o princípio da capacidade contributiva existe como instrumento de proteção do cidadão em face dos abusos do poder do Estado, de forma a alcançar a igualdade entre os contribuintes, buscando, assim, uma sociedade mais igualitária, menos injusta, a qual tributa conforme a riqueza do contribuinte. Por isso, o princípio da capacidade contributiva é um conceito econômico e de justiça social, verdadeiro pressuposto da lei tributária.[93]

Do ponto de vista subjetivo, a capacidade econômica somente se inicia após a dedução das despesas necessárias para a manutenção de uma existência digna para o contribuinte e sua família. Tais gastos pessoais obrigatórios (com alimentação, vestuário, moradia, saúde, dependentes, tendo em vista as relações familiares e pessoais do contribuinte, etc.) devem ser cobertos com rendimentos em sentido econômico – mesmo no caso dos tributos incidentes sobre o patrimônio e heranças e doações – que não estão disponíveis para o pagamento de impostos. A capacidade econômica subjetiva corresponde a um conceito de renda ou patrimônio líquido pessoal, livremente disponível para o consumo, e assim, também para o pagamento de tributo. Desta forma, se realizam os princípios constitucionalmente exigidos da pessoalidade do imposto, proibição do confisco e igualdade, conforme dispõem os arts. 145, §1º, 150, II e IV, da Constituição.[94]

Conforme a capacidade contributiva, cada pessoa deve contribuir para as despesas da coletividade conforma sua aptidão econômica. Assim, a aplicação do princípio em estudo clama por justiça, permitindo que o legislador considere as diferenças dos cidadãos, recolhendo o tributo a partir da capacidade em separada de

cada um. Ou seja, o tributo é justo desde que adequado á capacidade daquele que deve suportá-lo.[95]

Desta forma, pode-se afirmar que o sistema tributário torna-se justo à medida que fundamenta sua taxação na proporcionalidade da renda, impondo, então, um limite, qual seja, o mínimo existencial. Compreende-se, por conseguinte, que os bens necessários à satisfação das necessidades elementares devem ser excluídos da tributação, eis que se respeitando o mínimo vital para uma existência pessoal e familiar digna e livre.[96]

O princípio da capacidade contributiva, portanto, protege aquele que tem o dever de pagar tributo, porém não o pode fazê-lo sem comprometer sua própria sobrevivência. Por isso, garante-se o mínimo existencial, verificado a partir da proteção da distribuição da riqueza e da justiça social, quando se aplica a capacidade contributiva, pois se respeitam os direitos mínimos de existência do indivíduo.

[...] o cidadão-carente é protegido neste liame pela intributabilidade do mínimo existencial, isto é, o cidadão-carente na cidadania fiscal unilateral tem unicamente a posição de sujeito credor da solidariedade do Estado e o Estado tem unicamente a posição de sujeito devedor desta solidariedade.[97]

Neste rumo, conclui-se que apenas a reflexão sobre a liberdade e os direitos humanos conduz à efetiva garantia do mínimo existencial, ao combate à pobreza e à extinção dos privilégios, "superando as ambiguidades de um Estado que é simultaneamente Fiscal e Patrimonial, moderno e arcaico, pai dos pobres e dos ricos, ou, em uma palavra, um 'ogro filantrópico'".[98]

5 Notas Conclusivas

A sociedade contemporânea e o Estado moderno reproduzem um processo de exclusão dos indivíduos ao perpetuar a concentração de renda e ao intensificar as desigualdades entre os homens, podendo-se verificar tal escopo na tributação dos desfavorecidos.

Neste rumo, destaca-se o pensamento de Rousseau, eis que afirmou que as desigualdades entre as pessoas têm origem no primeiro homem que colocou cercas em torno de sua propriedade, referindo que aquilo o pertencia. Por isso, manifesta o referido autor que o homem sempre foi bom, porém foi corrompido à medida que surgiu a civilização, com a conseqüente destruição de seus valores.[99]

Assim, como forma alternativa de inclusão social dos marginalizados pelo tecido social, pode-se referir a aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva no direito tributário. A capacidade contributiva avalia se o tributo é adequado à capacidade econômica da pessoa que deve suportá-lo, considerando as diferenças dos cidadãos, pois

impõe o recolhimento de impostos conforme a capacidade contributiva de cada contribuinte em separado. Portanto, a aplicabilidade deste princípio é uma alternativa de quebra da cultura excludente, bem como de reconstrução das relações sociais pervertidas por um sistema capitalista, desumano e incapaz de prover seu próprio contingente social.

Nesta ótica, a isenção do mínimo existencial, pois se destina à sobrevivência do indivíduo e de sua família, corrobora com a maior a igualdade entre as pessoas e permeia a justiça social, proporcionando uma melhor distribuição de renda entre a população, combatendo as desigualdades.

6 Referências

AMARO, Rogério Roque. *A Exclusão Social hoje*. Disponível em: <http://www.triplov.com/ista/cadernos/cad_09/amaro.html> Acesso em: 28 jul. 2008.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed. 2ª tir. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder Tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Maria do Carmo Albuquerque. *Participação Social no Brasil hoje*. Disponível em: < http://www.participacaopopular.org.br/FPPP/docs/participacao_social_no_brasil_hoje.doc> Acesso em: 28 jul. 2008.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 - Sistema tributário*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz; CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. *Sugestões para uma Política Estadual de Combate à Pobreza Persistente*. Minas Gerais do século XXI. Volume VIII. Investindo em Políticas Sociais. BDMG, 2002.

COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz; CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. *Exclusão Social e Políticas Públicas:* algumas reflexões a partir das experiências descritas no programa gestão pública e cidadania. Disponível em: < http://inovando.fgvsp.br/conteudo/documentos/cadernos_gestaopublica/CAD%2028.pdf > Acesso em: 28 jul. 2008.

GENRO, Tarso. *Utopia Possível*. Porto Alegre: Artes e Ofícios Editora, 1995.

MARSHALL, T. H. *Citizenship and social class and other essays*. Cambridge Eng.: University Press, 1950.

MEIRELLES, José Ricardo. O princípio da capacidade contributiva. *In: Revista de Informação Legislativa Brasília a. 34 n. 136 out./dez. 1997.*

MORAES. Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. O dever fundamental de pagar o justo tributo. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 129, 12 nov. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4466>. Acesso em: 02 jun. 2009.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

REIS, Elisa Pereira; SCHWARTZMAN, Simon. *Pobreza e Exclusão Social*: aspectos sócio políticos. Disponível em: <http://www.schwartzman.org.br/simon/pdf/exclusion.pdf> Acesso em: 28 jul. 2008.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. *Fascículo de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan-mar. 1990.

SILVA, Frederico Barbosa da.; JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. *Políticas Sociais no Brasil:* participação social, conselhos e parcerias. *In:* Jaccoud, Luciana (organizadora) *Questão Social e Políticas Sociais no Brasil Contemporâneo*. IPEA, Brasília, 2005a.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005b.

SMITH, Adam. *Pesquisa sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1950.

SUBIRATS, J. *Las politicas contra la exclusion social como palanca de transformacion del estado*. VII congresso internacional del CLAD sobre la reforma del estado y de la administracion publicas. Portugal, outubro de 2002.

TELLES, Vera da Silva. Espaço público e espaço privado na constituição do social*:* notas sobre o pensamento de Hannah Arendt. *Tempo Social* - revista de Sociologia da USP. São Paulo, vol. 2, n.º 1, 1º semestre, 1990.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal.* São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

TORRES, Ricado Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

VALLA, V. V.; ASSIS, M.; CARVALHO, M. *Participação Popular e os Serviços de Saúde:* o controle social como exercício da cidadania. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública/Fiocruz, 1993.

VALLA, Victor Vincent. *Sobre participação popular*: uma questão de perspectiva. Cad. Saúde Pública vol.14. Rio de Janeiro, 1998.

---

[1] REIS, Elisa Pereira; SCHWARTZMAN, Simon. *Pobreza e Exclusão Social*: aspectos sócio políticos. Disponível em: <http://www.schwartzman.org.br/simon/pdf/exclusion.pdf> Acesso em: 28 jul. 2008.

[2] AMARO, Rogério Roque. *A Exclusão Social hoje*. Disponível em: <http://www.triplov.com/ista/cadernos/cad_09/amaro.html> Acesso em: 28 jul. 2008.

[3] COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz; CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. *Sugestões para uma Política Estadual de Combate à Pobreza Persistente*. Minas Gerais do século XXI. Volume VIII. Investindo em Políticas Sociais. BDMG, 2002.

[4] SUBIRATS, J. *Las politicas contra la exclusion social como palanca de transformacion del estado*. VII congresso internacional del CLAD sobre la reforma del estado y de la administracion publicas. Portugal, outubro de 2002.

[5] COSTA. 2002.

[6] *Idem.*

[7] MARSHALL, T. H. *Citizenship and social class and other essays*. Cambridge Eng.: University Press, 1950.

[8] COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz; CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. *Exclusão Social e Políticas Públicas:* algumas reflexões a partir das experiências descritas no programa gestão pública e cidadania. Disponível em: < http://inovando.fgvsp.br/conteudo/documentos/cadernos_gestaopublica/CAD%2028.pdf > Acesso em: 28 jul. 2008.

[9] VALLA, V. V.; ASSIS, M.; CARVALHO, M. *Participação Popular e os Serviços de Saúde:* o controle social como exercício da cidadania. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública/Fiocruz, 1993.

[10] VALLA, Victor Vincent. *Sobre participação popular*: uma questão de perspectiva. Cad. Saúde Pública vol.14. Rio de Janeiro, 1998.

[11] GENRO, Tarso. *Utopia Possível*. Porto Alegre: Artes e Ofícios Editora, 1995.

[12] CARVALHO, Maria do Carmo Albuquerque. *Participação Social no Brasil hoje*. Disponível em: < http://www.participacaopopular.org.br/FPPP/docs/participacao_social_no_brasil_hoje.doc> Acesso em: 28 jul. 2008.

[13] SILVA, Frederico Barbosa da.; JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. *Políticas Sociais no Brasil:* participação social, conselhos e parcerias. *In:* Jaccoud, Luciana (organizadora) *Questão Social e Políticas Sociais no Brasil Contemporâneo*. IPEA, Brasília, 2005.

[14] *Ibidem*.

[15] TELLES, Vera da Silva. Espaço público e espaço privado na constituição do social*:* notas sobre o pensamento de Hannah Arendt. *Tempo Social* - revista de Sociologia da USP. São Paulo, vol. 2, n.º 1, 1º semestre, 1990.

[16] PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. Florianópolis: OAB/SC, 2003, p. 43.

[17] *Idem*, p. 43-44.

[18] *Idem*, p. 45.

[19] *Idem*, p. 46.

[20] *Idem*, p. 85-86.

[21] *Idem*, p. 86.

[22] *Idem*, p. 87.

[23] *Idem*, p. 92-107.

[24] *Idem*, p. 105.

[25] *Idem*, p. 92-93.

[26] *Idem*, p. 94-97.

[27] *Idem*, p. 111.

[28] *Idem*, p. 111-112.

[29] MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967, p. 61-62.

[30] CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

[31] MARSHALL, 1967, p. 63.

[32] *Idem*, p. 63-64.

[33] *Idem*, p. 66.

[34] BOBBIO, 1992, p. 32.

[35] MARSHALL, 1967, p. 80.

[36] BEDIN, 1998, p. 43.

[37] BEDIN, 1998, p. 57.

[38] *Idem*, p. 62.

[39] MARSHALL, 1967, p. 75.

[40] COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz; CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. *Exclusão Social e Políticas Públicas:* algumas reflexões a partir das experiências descritas no programa gestão pública e cidadania. Disponível em: < http://inovando.fgvsp.br/conteudo/documentos/cadernos_gestaopublica/CAD%2028.pdf > Acesso em: 28 jul. 2008.

[41] ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Judiciário: cidadania e reforma. In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. São Leopoldo: Livraria do advogado, 2006, p. 32.

[42] CARVALHO, 2003, p. 12.

[43] VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro, Record, 2005, p. 27.

[44] WEBER, MAX. *Economia e Sociedade:* fundamentos da sociologia compreensiva. São Paulo: editora UNB, 2004, p. 139.

[45] *Idem*, p. 139.

[46] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. 28. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 82.

[47] CARVALHO, 2003.

[48] DEMO, Pedro. *Pobreza política*. 5. ed. Campinas: Autores Associados, 1996. (Col. polêmicas do nosso tempo, v. 27).

[49] ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo, Martin Claret, 2007.

[50] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 20.

[51] CARVALHO, 2003, p. 219.

[52] COSTA, 2008.

[53] *Idem*, p. 1273.

[54] CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. São Paulo: Almedina, 2003.

[55] LOPES, J. A. Vianna. *Lições de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense, 2002.

[56] CANOTILHO, 2003.

[57] LEAL, 2006, p. 34.

[58] VIEIRA, 2005, p. 40.

[59] JORDÃO, Julia B. F. *Estado e Democracia*: pressupostos à formação do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/alunos/11_07.doc>. Acesso em: 03 jun. 2008.

[60] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol I, p. 172.

[61] LEAL, 2006, p. 35.

[62] HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 79.

[63] DEL NEGRI, André L. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo*: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

[64] JORDÃO, 2008.

[65] *Ibidem.*

[66] VIEIRA, 2005, p. 41.

[67] LEAL, op. cit., 2008, p. 196-197.

[68] REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias***.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 02.

[69] CORREA, Darcísio. *A Construção da Cidadania*: reflexões histórico-políticas. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2002, p. 222.

[70] *Idem*, p. 225.

[71] LEAL, 2008, p. 207.

[72] LEAL, 2006, p. 50.

[73] *Idem*, p. 50.

[74] *Idem*, p. 21.

[75] RAWLS, John. *Justiça como eqüidade*: uma reformulação. Organização de Erin Kelly e Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 90-91.

[76] MELCHIOR, Gladis Denise. *A extrafiscalidade do ICMS e a instrumentalização de políticas públicas voltadas à consecução da justiça social: uma abordagem dos limites constitucionais e infraconstitucionais em face do princípio federativo*. 2006. 265f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006, p. 144.

[77] MELCHIOR, 2006, p. 144.

[78] TORRES, Ricado Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 168.

[79] *Idem.*

[80] *Idem*, p. 169-170.

[81] *Idem*, p. 171.

[82] *Ibidem.*

[83] *Idem*, p. 174.

[84] *Ibidem.*

[85] *Idem*, p. 176.

[86] COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 - Sistema tributário*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 327.

[87] *Idem*.

[88] UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 54.

[89] ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed. 2ª tir. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 161.

[90] SMITH, Adam. *Pesquisa sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1950.

[91] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 713-714.

[92] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 61-63.

[93] NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.12.

[94] BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder Tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 693.

[95] MORAES. Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.118.

[96] MEIRELLES, José Ricardo. O princípio da capacidade contributiva. *In: Revista de Informação Legislativa Brasília a. 34 n. 136 out./dez. 1997.*

[97] NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. O dever fundamental de pagar o justo tributo. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 129, 12 nov. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4466>. Acesso em: 02 jun. 2009.

[98] TORRES, 2000, p. 215.

[99] MEZZAROBA, Ourides. *O Humanismo político*: presença humanista no transverso do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boitex, 2007.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA FISCAL DIANTE DA TEORIA DA UTILIDADE NEGOCIAL[*] [**]

TAX PLANNING AS THE EXERCISE OF TAX CITZENSHIT BEFORE THE THEORY OF BUSINESS UTILITY

Elisberg Francisco Bessa Lima
Uinie Caminha

RESUMO

O valor dos princípios da legalidade e da segurança jurídica demarca momentos históricos quando passa a ser incorporado à ordem jurídica de sociedades regidas, até então, por ditames monárquicos e absolutistas. Com o alcance do Estado Democrático de Direito, a relação entre governantes e governados passa a ter natureza jurídica e não mais de poder. Neste contexto, dá-se a evolução da ordem tributária, especialmente com a definição de direitos e garantias do Cidadão-contribuinte diante do Estado-fisco, que passa a se submeter aos princípios da legalidade e da segurança jurídica. Para a análise dessa nova realidade, citam-se algumas indagações orientadoras: A transformação histórica dos anseios sociais gerados pela gradativa evolução do Estado Monárquico-Absolutista ao Estado Democrático de Direito influenciou as concepções dos princípios da legalidade e da segurança jurídica? Como a contemporânea interpretação dos referidos princípios reflete na relação entre Estado-fisco e Cidadão-contribuinte? O planejamento tributário sofre intervenções estatais geradas pela hodierna concepção da legalidade tributária e da certeza jurídica? A partir desses questionamentos, desenvolveu-se o presente trabalho, cujo escopo é demonstrar o valor dos princípios da legalidade e da segurança jurídica para o planejamento tributário, em detrimento da atual tendência de aplicação de conceitos indeterminados calcados em subjetivos parâmetros da Teoria da Utilidade Negocial na ordem tributária brasileira.

PALAVRAS-CHAVES: LEGALIDADE. SEGURANÇA JURÍDICA. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

ABSTRACT

The value of the principles of juridical security and legality situates historical moments when it becomes incorporated to a legal order of systems which were once ruled by absolute governments. The democratic state of law brought a different relation between government and subjects, which turns to legal relations, rather than power based approches. In this context, the tax order development begins, specially with the definition of laws and guarantees for the citizen before the State, which becomes subject to the principles of juridical security and legality. In order to analyse this new reality, some oriented enquiries are quoted: Did the historical transformation of social willing

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.
[**] Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza.

generated by the growing evolution of the absolute and Monarch State to the Democratic State of Law influence the conceptions of the principles of juridical security and legality? How do the contemporary interpretation of the principles mentioned previously reflect into the relation between the tax payers and the State? Tax palnning suffers internetion arisen from the conception of taz legality and juridical certainty? This paper was developed based on these inquiries. It aims to demonstrate the value of the principles of juridical security and legality to tax planning, related to the application of unforeseeably concepts based on subjective levels of Corporate Purpose Theory in the Brazil

KEYWORDS: LEGALITY, JURIDICAL SECURITY, TAX PLANNING

INTRODUÇÃO

A evolução das normas tributárias, por serem vertentes de uma ciência eminentemente cultural, que é a jurídica, acompanha, ou muitas vezes é impelida a acompanhar, os anseios sociais, fazendo destes a razão para constantes transformações normativas e interpretativas da legislação tributária.

Os ordenamentos jurídicos espelham realidades da sociedade sobre a qual eles regem, obrigando-se a alterações em nome do cumprimento de sua real função, qual seja: concretizar o ideal de justiça nas relações intersubjetivas. Logo, a característica cultural do Direito torna este e suas ramificações essencialmente mutantes, sempre em busca de responder normativamente às necessidades sociais.

Tal evolução normativa, característica da natureza cultural do Direito, muitas vezes ocorre mediante crises e revoluções, em que o Poder Estatal perde a sua capacidade de gerir os direitos e deveres dos seus cidadãos, que não mais o legitimam como provedor da ordem. Por não espelhar as mudanças culturais nas quais estão envoltos os seus governados, os governantes perdem a credibilidade e se defrontam com embates sociais, gerando, assim, superação de parâmetros e novas regras de convivência.

Historicamente, percebe-se, de forma especial, esse dinamismo normativo na Ordem Tributária, gerado especialmente por insatisfações sociais acerca da forma como Estado exerce o seu poder de tributar. A interação entre o Estado-Fisco e Cidadão-contribuinte sempre foi propulsora de fatos sociais marcados por revoluções e resistências que, ao longo dos anos, transformaram a interação entre os sujeitos tributários. A relação que, em períodos monocráticos e arbitrários, era de poder passa a ser de direito, amparada por direitos e deveres legalmente estabelecidos.

Nessa transformação sócio-jurídica, os princípios da legalidade e da segurança jurídica passam a fundamentar o Estado de Direto, que, após revoluções sociais em busca da representatividade popular do poder, evolui de Estado Monocrático Absolutista para Estado Democrático de Direito. A legalidade passa a ser fruto da manifestação de vontade do povo.

Na ordem tributária, nasce para o Cidadão-contribuinte o direito de exercer a sua individualidade diante do Estado-Fisco, planejando o seu particular, para cumprir as suas obrigações para como o Estado-fisco, porém no estrito limite determinado por lei. Promove-se, com essa transformação social, o planejamento tributário que, amparado pelo Estado Democrático de Direito, passa a ser fundamento da liberdade do Cidadão-contribuinte, nos termos dos princípios constitucionais da legalidade tributária estrita e da segurança jurídica.

No entanto, os anseios sociais seguem se transformando, gerando novos fundamentos e valores que, atualmente, vão além do aferimento da legalidade, incorporando princípios norteadores da propalada legitimidade. Na esfera tributária, a contemporânea interpretação das normas tributárias enaltece a legitimidade, até mesmo em detrimento de cerrados ditames legais.

Tal realidade ameaça a legalidade tributária estrita e a própria segurança jurídica nas relações entre os sujeitos tributários, pois valores subjetivos e abstratos são aplicados na subsunção das normas tributárias a fatos, gerando-se, por conjecturas do Estado-fisco, obrigações tributárias ao Cidadão-contribuinte. Fragiliza-se, com isso, a defesa destes, diante de abusos cometidos no exercício do poder de tributar daquele.

Destarte, no decorrer deste trabalho, analisam-se a segurança jurídica e o princípio da legalidade como fundamentos do Planejamento Tributário, partindo de uma análise histórica, culminando com a percepção da forma contemporânea de interpretação das normas tributárias. Citam-se algumas indagações orientadoras: A transformação histórica dos anseios sociais gerados pela gradativa evolução do Estado Monárquico-Absolutista ao Estado Democrático de Direito influenciou nas concepções dos princípios da legalidade e da segurança jurídica? Como a contemporânea interpretação dos referidos princípios reflete na relação entre Estado-fisco e Cidadão-contribuinte? O planejamento tributário sofre intervenções estatais geradas pela hodierna concepção da legalidade tributária e da certeza jurídica?

Pode-se determinar, então, como objetivo geral, a análise dos princípios da segurança jurídica e da legalidade estrita como fundamentos do planejamento tributário, tendo como cenário as contemporâneas interpretações da legislação tributária brasileira. Focaliza-se, especificadamente, na evolução histórica da relação tributária entre o Estado-fisco e o Cidadão contribuinte, evidenciando o planejamento tributário lícito como reflexo dos princípios fundamentais da legalidade e da segurança jurídica.

Inicialmente, busca-se evidenciar a contemporânea interpretação do Direito Tributário, partindo-se de uma evolução histórica da relação entre os sujeitos tributários até se aferir os malefícios da aplicação de valores subjetivos e indeterminados à segurança jurídica dessa interação.

Segue-se, explanando-se acerca da evolução histórica do princípio da legalidade tributária estrita, ratificando este como um direito fundamental do Cidadão-contribuinte, especialmente diante da temerosa tendência contemporânea à aplicação de conceitos e valores indeterminados e subjetivos na relação jurídica entre os sujeitos tributários.

Evidencia-se, ainda, o princípio da segurança jurídica como fundamento da relação tributária entre o Estado-fisco e o Cidadão-contribuinte, ressaltando os negativos

reflexos da aplicação de valores e conceitos abstratos à previsibilidade e determinação dos direitos e dos deveres dos sujeitos tributários.

Ultima-se o presente trabalho com a análise dos princípios da legalidade e da segurança jurídica como diretrizes basilares do planejamento tributário, ressaltando este como direito fundamental do Cidadão-contribuinte, frente à aplicação, por parte do Estado-fisco, dos conceitos subjetivos e indeterminados da Teoria Negocial dos Contratos.

Por conseguinte, este trabalho visa ressaltar, mediante uma análise histórica, o valor dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, para a relação entre o Estado-fisco e o Cidadão-contribuinte, evidenciando o planejamento tributário como instrumento de concreção dos ideais de limitação ao poder de tributar, amparados pelos ditames do Estado Democrático de Direito.

1 INTERPRETAÇÃO CONTEMPORÂNEA DO DIREITO TRIBUTÁRIO

As instituições jurídicas, como valores culturais, espelham os anseios da sociedade sobre a qual ela rege. O direito como norma aplicada ao fato, incorpora a mutabilidade social e transforma-se, a fim de exercer a sua primordial função, qual seja: concretizar o valor de justiça nas relações sociais.

Como uma vertente da ciência jurídica; sendo, portanto, valor cultural, o Direito Tributário acompanha, ou é impelido a acompanhar, a evolução dos fatos sociais, albergando-lhes pela legalidade ou renegando-lhes pela ilegalidade. Acerca dessas transformações sociais, que torna o Direito uma ciência cultural, Miguel Reale (1974, p.36) expressa:

A sociedade, em que vivemos, é, em suma, também realidade cultural e não mero fato natural. A sociedade das abelhas e dos castores pode ser vista como simples dado da natureza, porquanto esses animais vivem hoje, como viveram no passado e hão de viver no futuro. A convivência dos homens, ao contrário, é algo que se modifica através do tempo, sofrendo influências várias, alterando-se de lugar para lugar e de época para época. É a razão pela qual Sociologia é entendida, pela grande maioria de seus cultores, como uma ciência cultural. É evidente que o Direito, sendo uma ciência social, é também uma ciência cultural, como será objeto de estudos especiais.

A tributação é um campo fértil para se compreender esse dinamismo em que fato gera norma e esta, necessariamente, evolui em razão daquele, ciclo este característico do Estado de Direito. Regras são criadas e continuamente alteradas quando se encontram inseridas em contexto social não mais condizente com a realidade na qual se originaram.

Fatos sociais do Brasil que marcaram épocas e contribuíram para evolução de seus valores culturais, dentre estes especialmente se destacam os institutos jurídicos, tiveram vínculos notórios com a tributação, por torná-la razão de revoluções e resistências sociais.

No Direito Tributário Brasileiro, a interação Estado-Fisco e Cidadão-contribuinte é historicamente analisada como propulsora de embates e superação de regimes

autocráticos e opressivos. A forma e intensidade com que os tributos são exigidos, desde o Brasil-Colônia até hoje, motivam crises sociais contra abusos e atos estatais confiscatórios.

Como embate histórico marcante do País, que teve a tributação como elemento propulsor, a Inconfidência Mineira ainda é lembrada como ato de revolta aos abusos tributários cometidos por Portugal contra o povo brasileiro[1].

Em época recente, a tributação serviu, também, de cenário a fortes discussões sociais, quando se discutiu sobre a prorrogação ou não da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira. Lógico que em outro contexto, desta vez, baseado na representatividade do Estado Democrático Brasileiro, em que os parlamentares, incorporando anseios populares, resolveram, por maioria, não prorrogar a referida contribuição.

A variação de intensidade ou formato agressivo das contendas depende do grau de respeitabilidade entre os sujeitos da tributação. Para Abraham[2], tais embates gerados pela interação entre Estado-Fisco e Cidadão-contribuinte fazem parte da evolução social de uma coletividade.

A historicidade do Direito Tributário impõe, por ser um valor cultural, uma cambiante interpretação dos seus institutos. Há épocas em que os ideais sociais geram escolas jusfilosóficas voltadas para a legalidade estrita; outras, para a preponderância da legitimidade; porém deve existir em todas interpretação normativa condizente com as suas razões culturais.

Por conseguinte, a interpretação dos institutos tributários passa também por um processo evolutivo, acompanhando o contexto fático da realidade sobre a qual ela disciplinará. Vislumbra-se, assim, nas últimas décadas, o ressurgimento de valores relacionados à legitimidade de conduta que, com o positivismo jurídico, havia perdido espaço, em nome da denominada legalidade estrita.

Abraham (2007, p.125) expressa a evolução de valores jurídico-tributários que, atualmente, transfiguram a estrita legalidade positivista, acrescentando-lhe a legitimidade principiológica:

Assiste-se hoje, com a superação dos positivismos conceptualista e economista (da defesa de legalidade estrita, do primado do direito civil sobre o direito tributário e da liberdade de planejamento fiscal fundada no dogma da autonomia da vontade ou, ainda, da exacerbação da visão causalista da capacidade contributiva, com a consideração econômica do fato gerador e com a tese de ilicitude da elisão), a consolidação da jurisprudência dos valores e dos princípios, que procura, com base em princípios formais de legitimação (igualdade, ponderação, razoabilidade e transparência) nortear a interpretação do direito tributário pelo equilíbrio entre a segurança jurídica e a justiça, a legalidade e a capacidade contributiva, os poderes legislativo, executivo e judiciário, o sistema e a finalidade, a liberdade de planejamento e o combate à elisão abusiva. Essa evolução se fez a partir das posições firmadas no campo da teoria geral da interpretação: a jurisprudência dos conceitos, a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência dos valores.

Portanto, a contemporânea interpretação dos valores jurídico-tributários deve corresponder aos anseios da coletividade sobre a qual ela se manifesta. Se hoje, no cenário econômico, social e político brasileiro, a jurisdicidade tende ao que determinou o supracitado autor de pós-positivismos jurídico, deve-se então utilizar, com devida razoabilidade, a legalidade e complementarmente a legitimidade na interpretação contemporânea do Direito Tributário.

2 LEGALIDADE TRIBUTÁRIA ESTRITA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO-CONTRIBUINTE

A atual interpretação das normas tributárias e os valores denominados pós-positivistas, fundamentados em conceitos indeterminados de legitimidade, só podem ser possíveis, em virtude da concepção de legalidade criada em favor dos direitos individuais, diante dos abusos de comandos estatais monárquico-absolutistas.

A legalidade assumiu a sua imprescindibilidade social a partir do momento em que o Estado Monárquico-absolutista, notadamente nos séculos XVI e XVII, caracterizado pela restrição à liberdade e aos direitos individuais, passou a ser questionado pelo povo, principalmente representado, naquele momento histórico, pela burguesia.

A partir século XVIII, os abusos das determinações régias, que geravam insegurança e insatisfação popular, foram combatidos por meio de revoluções, dentre as quais se têm como emblemáticas a Revolução Industrial, aproximadamente, do ano de 1740 e a Revolução Francesa de 1789. Novos paradigmas foram instituídos e arcaicas concepções foram transformadas, em razão de um ideal liberal-burguês. Saldanha (2000, p. 74) ressalta essas transformações revolucionárias:

As revoluções liberal-burguesas situaram um modelo de esquema revolucionário, do qual se alimentaram os conceitos posteriores, e neste ponto a experiência francesa foi de fato o modelo principal. Não mais apenas a “resistência” como nos tempos de Manegold ou nos de Hotman: não mais apenas, também, a idéia platônico-polibiana de um rodízio de formas de governo ou a concepção aristotélica de mutações nas instituições. Doravante se entenderia como revolução a mudança de estrutura e de perspectiva no todo da sociedade, estando a mudança política em compromisso com a mudança no domínio de classe, ou nos valores, ou em algo bastante essencial, e mais: sendo as mudanças algo definitivo, algo a que o entendimento hegeliano oportunamente aplicaria o conceito de *Aufhebung*: superação-incorporação.

Em meio a crises e revoluções, seguir-se-iam os passos da evolução do Poder de Tributar, porém doravante marcados por novos valores liberais, cujo anseio norteador era a consagração da existência do indivíduo, diante do Estado. As ordenações arbitrárias dos soberanos são superadas e direito individuais são paulatinamente incorporados.

Não mais se admitia a insegurança de um Estado submetido à vontade de um ou de um grupo isolado. O Estado deveria se submeter exclusivamente à vontade popular e esta estaria legitimada em uma legalidade criada pelo povo, mesmo que por meio de seus representantes, ou seja, de forma representativa.

A lei como vontade popular, portanto, tornar-se-ia o instrumento gerador do Estado Democrático de Direito. A Legalidade se impõe para coibir abusos e opressões de governantes, prevalecendo, assim, os valores individuais e a liberdade democrática em detrimento dos arbítrios do Estado Monárquico-absolutista. O princípio da legalidade surge como um instrumento de garantia dos direito individuais[3].

O princípio da legalidade que fundamentou o Estado Democrático de Direito impunha, portanto, uma ordem submetida à lei, mas não qualquer lei, deveria ser a capaz de conjugar dois fatores: a legitimação dos governantes e a limitação do poder pelo próprio poder. Para tanto, a representatividade da vontade popular seria condição basilar da legalidade instituidora do Estado Democrático de Direito.

No entanto, a invocação da legalidade, mesmo não fundada na vontade popular, já fora considerada um avanço, diante dos abusos cometidos pelos Estados monocráticos, pois instaurou o senso, mesmo que relativo, de segurança na relação entre o governante e o governado. A relação entre tais pessoas que antes, no Estado Monárquico-absolutista, era considerada de poder; com a legalidade, passa a ser uma relação jurídica.

Nesse passo, evidenciando a diferença entre a relação de poder e a relação jurídica, fundamental para a evolução da ordem tributária, leciona Machado (2004, p.22):

É oportuno lembrar a diferença entre uma relação simplesmente de poder e uma relação jurídica. A relação simplesmente de poder nasce, desenvolve-se e se extingue sem qualquer ligação com normas, enquanto a relação jurídica nasce, desenvolve-se e se extingue nos termos das provisões normativas. Quem atua numa relação simplesmente de poder não se submete a nenhuma norma. Submete-se somente às limitações não normativas, tais como as de ordem física, psicológica, moral, religiosa, mas não se submete a nenhum limite decorrente de norma jurídica. Quem atua numa relação jurídica, diversamente, está submetido a normas. Submete-se a todas as limitações normativas.

Percebe-se que a evolução da relação de poder para a relação jurídica promove, por si só, um maior grau de segurança às interações entre os sujeitos tributários, pois estas passam a ser realizadas sob a égide de regras pré-existentes. Porém, tal transformação não é suficiente para elidir o arbítrio; pois, para isto, a representatividade da vontade popular deve estar inserida na lei, legitimando-a como instrumento de manifestação social.

A legalidade foi primordial para a tributação, pois transferiu a esta o valor da segurança jurídica e da legitimação social. Isso significa que, com a legalidade, o Poder de Tributar passa a estar vinculado a dois fatores, quais sejam: o necessário consentimento daqueles que pagam o tributo e o fundamento em normas pré-estabelecidas e objetivamente postas.

O consentimento dos sujeitos obrigados à tributação está diretamente relacionado com a representatividade popular no ato de se instituir e cobrar tributo. Isso implica que, para a aceitabilidade social da tributação, necessário se faz a legalidade representada pela vontade popular, ou seja, a legalidade instituída em um Estado Democrático de Direito.

A relação entre os sujeitos tributários foi historicamente marcada por embates, porém é por intermédio do Estado Democrático de Direito que o equilíbrio tributário pode se aproximar de sua plenitude, ou seja, da famigerada concreção da justiça fiscal.

A falta de representação dos sujeitos passivos da tributação entre os responsáveis pela instituição e criação de tributos foi motivo para revoltas e transformações da concepção de legalidade tributária. Um fato histórico que retrata tal afirmação foi a independência norte-americana.[4]

Evidencia-se, portanto, que a legalidade tributária, para ser reconhecida e incorporada pela sociedade, deve ser por esta criada. A legalidade por si só não é capaz de garantir a harmonia entre os entes da tributação, deve ter legitimidade diante dos conceitos sociais em que ela está inserida.

A superação de imposições de vontades monocráticas e a incorporação dos valores democráticos, mediante instituição de leis pela representatividade popular, remetem a legalidade à condição de princípio jurídico, como expressa Baleeiro (2007, p.90):

O poder de tributar, na constituição, é regulado segundo rígidos princípios que deitam raízes nas próprias origens históricas e políticas do regime democrático por ela adotado. Vários desses princípios abrigam limitações ao exercício daquele poder e não apenas à competência tributária.

O mais universal desses princípios, o da legalidade dos tributos, prende-se à própria razão de ser dos Parlamentos, desde a penosa e longa luta das Câmaras inglesas para efetividade da aspiração contida na fórmula *'no taxation without representation'*, enfim o direito de os contribuintes consentirem – e só eles – pelo voto de seus representantes eleitos, na decretação ou majoração de tributos. As Constituições, desde a independência americana e a Revolução Francesa, o trazem expresso, firmando a regra secular de que o tributo só se pode decretar em lei, como ato de competência privativa dos Parlamentos.

O princípio da legalidade além de possibilitar uma maior harmonização entre os sujeitos tributários, notadamente em um Estado Democrático de Direito, promove a segurança jurídica na relação entre Estado-Fisco e Cidadão-contribuinte. As regras expressas e postas mediante lei, sendo esta representativa da vontade popular, inibiram a relação de poder na ordem tributária. Nesse passo, o Princípio da Legalidade Tributária esteve sempre presente nas Constituições brasileiras, variando em seu grau de representatividade popular, conforme expressa Machado (2004, p.25):

Em todas as Constituições brasileiras o princípio da legalidade está de algum modo presente. Já a Constituição do Império, em seu artigo 171, e o Ato Adicional de 1834, o estendeu às áreas provinciais, atribuindo às Assembléias Legislativas das Províncias competência para estabelecer os impostos locais. Na Constituição de 1891, estava o princípio assim enunciado: 'nenhum imposto de qualquer natureza poderá ser cobrado senão em virtude de uma lei que o autorize' (art. 72, § 30). Na constituição de 1934 estava também o princípio, embora não consagrado como garantia individual, mas claramente configurado na regra que vedava à União, aos Estados e aos Municípios

‘cobrar quaisquer tributos sem lei especial que os autorize’ (art.17, inciso VII). A constituição de 1937 foi a única que não enunciou explícita e diretamente; entretanto, mesmo assim, pode ser nela encontrado na regra que trata da competência legislativa para dispor sobre impostos.

Expressava a Constituição de 1946 que nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que lei o estabeleça. Com a Emenda Constitucional de 1965, tal dispositivo sofrera ressalvas, autorizando alteração na base de cálculo e nas alíquotas nas condições estabelecidas na lei, por ato do Poder Executivo, dos impostos sobre comércio exterior, e impostos sobre operações financeiras.

Em 1967, o Sistema Tributário Nacional fora instituído pela Constituição que naquele ano passava a vigorar, incorporando as normas da Emenda Constitucional de 1965, assim como o dispositivo de 1946 que expressava; nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça. Este dispositivo também foi mantido na emenda Constitucional nº. 1 de 1969.

Na Constituição Federal de 1988, fortalecido foi o Princípio da Legalidade Tributária; pois, além de seu artigo 150, inciso I, vedar a União, aos Estados e aos Municípios, a exigência ou aumento do tributo sem que lei o estabeleça; os seus artigos 49, inciso V e 68, parágrafo único, limitam a atuação do Poder Executivo em atos que promovam a instituição de tributos.[5]

Percebe-se, pois que a vigente ordem constitucional tributária fortaleceu o princípio da legalidade tributária, recepcionando o artigo 97 do Código Tributário Nacional que expressa:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

Além de recepcionar tal dispositivo, por estar em perfeita consonância com os seus ditames tributários, a Constituição Federal de 1988 impõe uma interpretação de legalidade estrita ao ato de instituir todos os elementos formadores de um tributo, quais sejam: hipótese de incidência, sujeito passivo, sujeito ativo, alíquotas e base de cálculo. Assim entende Machado (2004, p. 31):

Parece-nos que o alcance do princípio da legalidade se define, assim, pela interpretação do texto constitucional, fundamentalmente no que pertine ao significado do verbo criar, ou instituir. O que foi criado, ou instituído, existe, e como tal pode ser conhecido. Admitir que a lei apenas se reporte ao tributo, deixando a definição de qualquer elemento essencial de sua hipótese de incidência, ou de seu mandamento, a norma infralegal, é admitir que a lei apenas comece o processo de criação ou instituição do tributo, desmentindo o afirmado pela Constituição. A explicitação feita pelo art. 97 do Código Tributário Nacional é muito importante, mas não é suficiente, como adiante demonstraremos.

O verdadeiro sentido do princípio da legalidade exige que todos os elementos necessários à determinação da relação jurídica tributária principal residam na lei.

Por conseguinte, a legalidade na ordem tributária é de natureza estrita, fazendo-se impor a todos os elementos formadores da tributação, ressalvadas as matérias que a própria lei, sob as condições por ela impostas, oportuniza discricionariedades ao Estado-fisco.

Tal fundamento da ordem constitucional tributária brasileira constitui-se como um direito individual do Cidadão-contribuinte diante do Estado-fisco, pois enseja a necessária representatividade democrática à tributação.

Consequentemente, flexibilizar o referido princípio, mediante interpretações abstratas e extensivas aplicadas à tributação, em nome dos denominados valores pós-positivistas, tais como: jurisprudência dos valores, princípios formais de legitimação, boa-fé contratual, função social dos negócios jurídicos, isonomia, capacidade contributiva etc, pode ameaçar o direito individual à estrita legalidade tributária.

Necessário, pois, a preservação do ora analisado princípio, por ser substancial à segurança do Cidadão-contribuinte diante do Estado-Fisco. Nesse passo, a aplicação de valores abstratos à tributação capazes de mitigar a legalidade estrita deve ser evitada, cabendo ao Poder Judiciário vergastá-la nos termos do fundamento do Estado Democrático de Direito.

3 SEGURANÇA JURÍDICA DIANTE DA ATUAL HERMENÊUTICA JURÍDICO-TRIBUTÁRIA

O princípio da segurança jurídica está intrinsecamente relacionado com as limitações constitucionais do Poder de Tributar. A certeza jurídica assume, conforme anteriormente explicitado, valores legalistas que, com a evolução do Estado Liberal de Direito para Estado Social de Direito, foram temperados com valores principiológicos relacionados à legitimidade.

A harmonia na relação entre Estado Fisco e o Cidadão-contribuinte está à mercê de valores inerentes à segurança jurídica, em que a certeza normativa e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão estejam protegidos contra imprevisíveis intervenções estatais. Tais valores se fundamentam no Estado de Direito, na medida em que há sujeição do próprio poder estatal a normas representativas dos ideais de cada sociedade.

Nesse passo, ressaltando a evolução histórica do valor da segurança jurídica para o Estado de Direito, diante de cada concepção político-econômica, Torres (2005, p. 2) ressalta:

O tema segurança é co-extensivo ao Estado de Direito e o acompanha em suas diversas configurações, guardando as características próprias de cada época: Estado Liberal de Direito (ou Estado Guarda-Noturno), Estado Social de Direito (ou Estado de Bem-estar Social, ou Estado Providência) e Estado Democrático de Direito (ou Estado Pós-Socialista, ou Estado da Sociedade de Risco). Na primeira fase, do Estado Liberal de Direito, com permanência nas anteriores, aparece como segurança dos direitos fundamentais; na segunda, como segurança social também; na última, agregar-se-lhe a segurança preventiva.

Percebe-se, pois, que a instituição de normas pré-estabelecidas que regem as relações intersubjetivas, nessas incluídas as de ordem pública e privada, forma o nascedouro do valor inerente à segurança jurídica.

Para ordem tributária, a segurança jurídica assume a função de proteger integridade legal da relação entre o Estado-Fisco e o Cidadão-contribuinte. A preservação dos direitos e das garantias fundamentais deste, especialmente os relacionados à sua liberdade, torna-se a essência deste princípio.

Tal concepção torna a segurança jurídica valor fundamental na relação tributária entre o Estado-Fisco e o Cidadão-contribuinte. Para Carvalho (2006, p. 86), a segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio, pois seus ditames se refletem em princípios jurídicos, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais.

Principalmente para o ordenamento tributário, tal essência de sobreprincípio da segurança jurídica ratifica a necessária restrição à subjetividade e à imprevisibilidade das regras regentes das relações entre os sujeitos tributários, ressalvadas as hipóteses expressas em lei, que mesmo assim não podem gerar incertezas, sob pena de serem inconstitucionais.

Sendo assim, pode-se determinar que o princípio da legalidade está diretamente relacionado à segurança jurídica, pois é instrumento de concreção desta. A certeza jurídica é efetivada mediante a expressão em normas pré-existentes de direitos e garantias fundamentais do cidadão-contribuinte, especialmente diante de abusos do

Estado-Fisco. Abraham (2007, p. 303) ressalta o valor de tais princípios para a segurança jurídica na esfera tributária, nos seguintes termos:

Diz-se, comumente, que uma, dentre várias outras formas de se garantir a realização de uma atividade fiscal justa e segura, seria aquela através da aplicação dos clássicos princípios da legalidade (artigos 5º - II e 150 – I da Constituição Federal) e da tipicidade, responsáveis por refletirem os ditames da segurança jurídica, ao permitirem que os contribuintes conheçam prévia e precisamente todos os seus direitos e obrigações, excluindo-se, assim, eventual utilização de critérios ou parâmetros meramente subjetivos e a prática de atos de conteúdo genérico, garantindo-se finalmente, a almejada estabilidade nas relações jurídica.

No entanto, ao contrário do valor que expressa à certeza jurídica, segue explicitando Abraham (2007, p. 304) que a tipicidade não deve ser apenas a fechada, defendendo a aplicação de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados na ordem tributária, como abaixo se observa:

Entretanto, esta posição excessivamente formalista derivou do positivismo conceptualista, que reputamos já superada pela atual interpretação pluralista, em que valores da sociedade têm uma relevância maior que a literalidade normativa. Assim, aquela certeza jurídica, proveniente da imposição do Princípio da Tipicidade, hodiernamente deve ser analisada sob a ótica de todo o ordenamento jurídico do Estado de Direito Contemporâneo, especialmente à luz da teoria pós-positivista. Em razão da existência de outros princípios que devem ser igualmente considerados, ponderados e aplicados, que trazem ao operador do direito certas diretrizes no exercício de sua tarefa permitir-se-á propor a utilização, do que a doutrina clássica considera com tipicidade aberta, ainda com a mesma certeza e segurança, admitindo-se, do mesmo modo, o emprego de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados (porém determináveis), rompendo-se com a idéia tradicionalmente concebida de que o tipo tributário no Brasil seria necessariamente fechado.

Impende-se afirmar que tal concepção, amparada por valores que enaltecem a legitimidade diante da legalidade, deve ser incorporada à ordem tributária com ressalvas e limitações, sob pena de se comprometer com a segurança jurídica nas relações tributárias. A legalidade só poderá ser flexibilizada nos limites impostos por ela própria, evitando-se subjetivismos na aplicação das normas tributárias.

Corroborando com a concepção de sobreprincípio da segurança jurídica, do qual se irradia diretrizes a outros princípios jurídico-tributários, pode-se evidenciar o princípio da anterioridade tributária como meio de sua efetivação, coma expressa Paulsen (2004, p. 229):

No contexto deste trabalho, a etimologia do sentido fundamental da palavra segurança é assaz sugestiva (se, no prefixo privativo, síncope de *sine* + *cura* = cuidado, resguardo, cautela, precaução, preocupação) à proporção que aponta para tranqüilidade de ânimo, indica isenção de preocupação, cuidados. É vocábulo que expressa tranqüilidade, quietação. É nesse sentido que o sobreprincípio da segurança jurídica emerge como sendo certamente um esteio do Estado Democrático de Direito com uma básica formulação de exigência: previsibilidade da ação estatal. O Estado deve atuar sempre com lealdade em face das pessoas (física ou jurídica), pautar-se invariavelmente de

modo a não surpreendê-las (não surpresa) com as medidas tomadas. [...] O princípio da anterioridade da lei tributária é inequívoca forma de dar-se efetivação ao princípio da segurança jurídica, na medida em que faz com que o cidadão saiba, num dado exercício financeiro, que no exercício seguinte ele terá uma carga tributária (inteiramente) nova ou majorada. Com essa exigência, o cidadão fica sabendo, com antecedência, que no próximo exercício financeiro terá um incremento em seus encargos tributários. É, pois, previsibilidade objetiva, concedida ao contribuinte, no que diz respeito à tributação.

Para tanto, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 150, inciso III, alíneas "b" e "c" expressa a vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou e antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada essa. Tais dispositivos preservam a segurança jurídica das condutas do cidadão-contribuinte, em relação a imposições do Estado- Fisco, inibindo a imprevisibilidade na ordem tributária.

Nesse passo, podem-se citar, também, os princípios da isonomia e da irretroatividade, pois se destacam como instrumentos da efetivação do sobreprincípio da segurança jurídica. A irretroatividade da lei tributária assegura ao cidadão-contribuinte que os fatos anteriores à vigência da lei não serão por esta alcançados. Já isonomia garante o direito ou o dever a tratamento tributário diferenciado, se, e somente se, houver o preenchimento de critérios legais pré-estabelecidos.

Conclui-se que o reflexo normativo irradiado aos supracitados princípios jurídicos pelo valor da segurança jurídica, faz desta imprescindível para todo o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente à seara tributária, em que a invasão do Poder Público na esfera particular se situa em uma divisão tênue entre o expropriatório e o contributivo.

A ordem econômica capitalista adotada pelo País, com a qual o ordenamento jurídico brasileiro deve se harmonizar, determina o esforço individual como o principal meio de obtenção de riqueza, logo o respeito à propriedade privada deve ser assegurado, cedendo ao Estado apenas o que legalmente for determinado. Xavier (2001, p. 55) estabelece a relação entre a economia capitalista e a segurança jurídico-tributária:

A lógica de uma economia de mercado conduz assim a uma reserva absoluta da lei no terreno tributário, posto que uma livre apreciação administrativa das situações tributáveis e do grau de sua tributação não se revela compatível com as instituições fundamentais daquele tipo de economia: a propriedade privada, que importa delimitar rigorosamente, frente às pretensões fiscais do estado; a iniciativa privada, que supõe uma rígida fixação legal dos elementos essenciais do tributo, em ordem a uma simples e objetiva dos encargos tributários da empresa; e ainda a concorrência, que pressupõe uma igualdade que só a lei pode facultar.

Não há que se descuidar, portanto, de uma tributação pautada na estrita legalidade e no respeito à segurança jurídica, sob pena de se ameaçar direitos e garantias fundamentais do cidadão-contribuinte, em razão de sacrifícios humanos que foram despendidos em revoluções e crises sociais que os fatos históricos vinculam à tributação.

Como a legalidade e a segurança jurídica são fundamentos da ordem jurídica do País, o cidadão-contribuinte está constitucionalmente amparado na defesa de seus direitos,

sobretudo quando o exercício legal de sua liberdade individual está ameaçado pelo poder do Estado-Fisco. Com efeito, pode-se inferir que, fundado nos supracitados valores principiológicos, está consagrado direito do indivíduo de planejar a sua ordem privada, com o objetivo de pagar menos tributo, exercendo, assim, o planejamento tributário lícito.

4 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E A TEORIA DA UTILIDADE NEGOCIAL COMO INSTRUMENTO DE DESQUALIFICAÇÃO DE CONTRATO PARA FINS FISCAIS

A interpretação contemporânea da legislação tributária incorpora valores que vão além da estrita legalidade, expandindo-se para aferição da legitimidade das condutas dos sujeitos tributários. No entanto, tal tendência não poderá desvirtuar os fundamentos jurídicos do Direito Tributário, amparados essencialmente nos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Entende-se, pois, que, no ordenamento tributário brasileiro, a tipicidade fechada deve ser prevalente, em detrimento de subjetivismos e abstrações nas relações jurídico-tributárias. Resguardam-se, assim, os direitos fundamentais do cidadão-contribuinte, especialmente os relacionados à sua liberdade individual, que o torna livre para planejar as suas ações, desde que haja o intuito de cumprir com as suas obrigações tributárias, porém na estrita medida determinada por lei.

Nesse passo, pode-se afirmar que o cidadão-contribuinte está amparado, ao exercer a sua liberdade de optar pela economia lícita de tributos, na estrita legalidade tributária e na certeza jurídica de seus direitos e deveres, orientando-se, pois, pelos direitos e garantias fundamentais alcançados pelo Estado Democrático de Direito.

A legalidade estrita e a previsibilidade de obrigações tributárias ratificam a especificidade do Direito Tributário, notadamente quando se pondera a jurisdicidade do planejamento tributário no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Para tanto, defende Fabretti (2005, p. 152) a legalidade do planejamento tributário, que é, para autor, instrumento de efetivação do direito fundamental do indivíduo à liberdade contratual, diante da ânsia arrecadatória do Estado-fisco.

Entende-se, assim, que o planejamento tributário tem por objeto o estrito cumprimento das obrigações tributárias acessórias, bem como a eficiência no adimplemento das obrigações tributárias principais, valendo-se do princípio da estrita legalidade para economizar licitamente custos com a tributação. Cumprir rigorosamente a lei ou fazer o que esta abarca, seja proibindo ou permitindo, são parâmetros basilares da licitude do planejamento tributário.

Tal é o valor da economia lícita de tributos, em tempos modernos, que se deve ampliar a aplicabilidade do planejamento tributário para pessoas físicas, não o limitando às jurídicas. Assim leciona Gubert (2003, p. 33): “O planejamento tributário é o conjunto de condutas, comissivas ou omissivas, da pessoa física ou jurídica, realizadas antes ou

depois da ocorrência do fato gerador, destinadas a reduzir, mitigar, transferir ou postergar legal e licitamente os ônus dos tributos".

Ademais, percebe-se, com a supracitada definição, que o planejamento tributário pode ser dividido em duas etapas: na primeira, são analisados os meios de se reduzir a carga tributária antes da realização do fato gerador; já na segunda, a possibilidade de se reduzir a tributação, mediante compensação e procedimentos administrativos e judiciais, porém após a ocorrência do fato gerador.

Deve-se, destacar que, seja o planejamento tributário realizado antes ou depois do fato gerador do tributo, ele se difere da evasão fiscal, pois não prega a sonegação de tributos, mas sim o estrito cumprimento daquilo, e somente daquilo, que a norma tributária exige. Exerce, portanto, a elisão fiscal, como expressa Huck (1997, p. 326):

A evasão é sempre ilegal. A fuga do imposto devido, manifestada sob a forma de fraude, simulação ou embuste de qualquer natureza, sofre condenação em todos os sistemas jurídicos nacionais. Elisão, elusão ou evasão lícita é a subtração ao tributo de manifestação de capacidade contributiva originalmente sujeita a ele, mediante a utilização de atos lícitos, ainda que não congruente como objetivo da lei. Em essência, surge como uma forma jurídica alternativa, não prevista na lei tributária, de alcançar o mesmo resultado negocial originalmente previsto, sem o ônus do tributo.

A complexidade de mercado e o alto grau de concorrência que os agentes econômicos brasileiros enfrentam, assim como a elevada carga tributária País, tornam o planejamento tributário, seja antes ou após o fato gerador, ferramenta imprescindível para o desenvolvimento de atividade empresarial. Evidencia Becker (2004, p.15) acerca do emaranhado de normas que compõe o ordenamento jurídico-tributário brasileiro, ao expressar:

A tributação irracional dos últimos anos conduziu os contribuintes [em especial os assalariados] a tal estado que, hoje, só lhes resta a tanga. E além da tanga, restam-lhe apenas a fé e a esperança na mudança desse estado de coisas simultaneamente a mudança dos Ministros da Fazenda e do Planejamento. Porém, se a estes contribuintes tributarem até mesmo a tanga, então, perdidas estarão a fé e a esperança. Infelizmente existem fundadas razões para que tal aconteça.

O expressar do referido autor evidencia a sujeição dos cidadãos-contribuintes a insegurança jurídica gerada por um ordenamento tributário ininteligível para a maioria daqueles que a ele se sujeitam. Deve-se, no entanto, acatar o planejamento tributário como ferramenta do cidadão-contribuinte contra os abusos cometidos pelo Estado-fisco. Exigir do Poder Público o respeito às opções tributárias lícitas é imprescindível para o equilíbrio da relação jurídico-tributária.

Por conseguinte, evitar a incidência do fato gerador do tributo, aproveitar-se de benefícios e de compensações fiscais, assim como postergar licitamente obrigações tributárias principais, bases que formam um planejamento tributário lícito, são instrumentos oriundos da limitação do Poder de Tributar do Estado-fisco. Visam, sobretudo, garantir a proteção do cidadão-contribuinte, em face da irracional complexidade normativa do legislação tributária nacional.

Sendo assim, novamente se invoca os princípios legalidade estrita e da segurança jurídica como valores que fundamentam o direto do cidadão-contribuinte de exercer o planejamento tributário lícito e de exigir do Estado-fisco respeito à sua liberdade de optar licitamente por uma conduta que a ele seja menos onerosa.

A legalidade estrita na ordem tributária brasileira qualifica como jurídica a relação entre o Cidadão-contribuinte e o Estado-fisco, determinando, por conseqüência, a aplicação da interpretação jurídica dos fatos sob os quais incidirão as normas tributárias. Logo, os elementos geradores da tributação de determinado fato devem ser analisados sob o prisma da legalidade estrita, ou seja, da tipicidade fechada e objetiva.

O exercício do planejamento tributário por parte Cidadão-contribuinte pode e, até mesmo, deve ser analisado pelo Estado-fisco, porém somente pelo juízo da legalidade, ou seja, pela interpretação jurídica dos fatos realizados que, de acordo com a elisão fiscal ou evasão, podem ser ou não lícitos. A tipicidade legal que atribui a um fato um resultado tributário exige análise estritamente jurídica dos elementos fáticos, sob pena de ser desconsiderado o valor jurídico do tributo. Assim, leciona Fossati (2006, p.125):

O Direito opera pela jurisdicização do fático, isto é, uma vez que um determinado fato encontra sua correspondente previsão posta na lei, esta passa a colorir o fato, até então preto e branco, tornando-o relevante para o Direito. O fato, agora jurisdicizado [colorido], precisa ser interpretado, obedecidos seus critérios de validade, para surtir os respectivos efeitos. Ocorre que uma vez que interessa ao Direito o referido fato, ele passa a receber sua guarida, que inclui necessariamente uma interpretação jurídica. A interpretação jurídica é um dos pilares do Princípio da Segurança Jurídica, segundo o qual o cidadão não pode ser surpreendido com inovações legislativas, interpretações e aplicações tendenciosas, políticas ou arbitrárias da lei, fora dos moldes previstos nas garantias fundamentais constitucionalizadas e nos limites materiais de tributar.

Infere-se, portanto, que o Estado-fisco está adstrito à interpretação jurídica dos atos comissivos ou omissivos exercidos pelo cidadão-contribuinte ao realizar o planejamento tributário, sob pena de macular os princípios da legalidade tributária estrita e da segurança jurídica. A concepção jurídica da relação entre os sujeitos tributários determina a obediência a leis certas e pré-estabelecidas, nos termos do Estado Democrático de Direito.

Pacificado, doutrinária e jurisprudencialmente, está o entendimento acerca do instituto da elisão fiscal como planejamento tributário lícito, e da evasão fiscal como ofensa à legislação tributária. Não há, portanto, divergências substanciais quanto à concepção da legalidade que diferencia tais institutos; há, sim, discussões acadêmica e forense em relação à conceituação de elisão fiscal ilegítima. Quanto à análise da legitimidade de planejamentos tributários, Abraham (2007, p. 229) assim determina:

De fato, o planejamento tributário pode se dar através da adoção de variadas formas, maneiras configurações, utilizando-se do sistema tributário nacional ou internacional, segundo as necessidades, os interesses e as condições do contribuinte, seja ele uma pessoa física ou uma pessoa jurídica. Conforme o seu desenho e posterior resultado, ganhará uma denominação: evasão fiscal; elisão fiscal ilícita ou; elisão fiscal lícita. Nos extremos, temos, de um lado, os atos ilegais e do outro os plenamente lícitos, enquanto

que no meio termo uma área controvertida e que ora será analisada, debatida e testada, a fim de efetivamente configurá-la de maneira correta.

No entanto, é por esse "meio termo" expresso pelo citado autor, que o Estado-fisco invoca a Teoria da Utilidade Negocial, para desqualificar contratos lícitos, decorrente de planejamentos tributários; sob a justificativa de serem socialmente ilegítimos. Tudo em nome da arrecadação, mesmo que haja ofensa a direitos fundamentais do cidadão-contribuinte, como o da liberdade contratual, legalidade tributária estrita e segurança jurídica.

Teoria da Utilidade Negocial teve origem no Direito norte-americano e no Direito suíço e prever, fundamentalmente, que, ao realizar um contrato que proporcione uma redução da carga tributária deve o cidadão-contribuinte demonstrar que o propósito do negócio jurídico realizado não era, exclusivamente, a economia fiscal, mas sim a concreção de um intento mercantil. Necessário, portanto, seria provar a finalidade comercial do contrato realizado, sob pena de ser considerado ilegítimo para efeitos fiscais. Fossati (2006, p. 91) assim expressa acerca desse instrumento anti-elisivo:

Também conhecida como *Business or Corporate Purpose Theory*, esta doutrina foi desenvolvida no Direito suíço e no Direito norte-americano. Postulava que, como justificativa da prática elisiva, o contribuinte deveria demonstrar necessariamente a existência de intenção, propósito ou utilidade do negócio de natureza material ou mercantil, ou seja, o simples objetivo de evitar ou de reduzir o tributo – buscando a economia fiscal – incidente na operação, não seria suficiente para legitimar a conduta elisiva.

Percebe-se que o elemento subjetivo e intencional da realização do contrato é aferido pelo Estado-fisco, que passa a exigir não apenas a legalidade ou licitude do contrato realizado, mas a legitimidade da sua motivação. Somente se fossem preenchidos os critérios objetivos de licitude e os subjetivos de legimitidade é que o planejamento tributário teria o caráter de elisão fiscal para as autoridades fazendárias.

A autoridade fiscal, por essa doutrina, teria o poder de intervir na autonomia privada do cidadão-contribuinte, não apenas verificando a legalidade de suas ações, mas também a sua vontade substancial. Agrega-se, com essa teoria, um forte instrumento anti-elisivo ao Estado-fisco, qual seja: poder de desqualificar contratos, mediante o aferimento da real vontade do cidadão-contribuinte na realização de um instrumento contratual.

Para Dória (1977, p. 90), a teoria poderia ser aplicada se: "a) A forma de Direito Civil eleita pelas partes é insólita e não corresponde à situação econômica. b) A tal fato se acresce uma apreciável economia de impostos. c) Ficar patente que tal estado de coisas não tem outra explicação senão a redução da carga fiscal". Por conseguinte, contratos poderiam ser desqualificados, caso o Estado-fisco entendesse haver incoerência entre a finalidade do negócio jurídico realizado e a realidade econômica por este alcançada.

A aplicação dos referidos critérios da Teoria da Utilidade Negocial podem ser evidenciados em reorganizações empresariais atacadas pelo Estado-fisco, sob o fundamento de não serem duradouras, de não proporcionarem vantagens comerciais e de terem finalidade substancial exclusiva a de reduzir tributos.

Nesse passo, observa-se que a aplicação dessa Teoria no Ordenamento Tributário Brasileiro autorizaria ao Estado-Fisco a interpretar as normas tributárias, mediante critérios econômicos, em detrimento de sua natureza estritamente legalista. A relação tributária está amparada pelo princípio constitucional da estrita legalidade tributária e por sua vertente tipicidade fechada, em razão das quais todos elementos que constituem um tributo devem ser expressos em lei.

Consoante aos supracitados preceitos constitucional e infraconstitucional da tributação brasileira, Fossati (2006, p. 93) expressa o seu repúdio à aplicação da referida Teoria pela administração tributária do Brasil, como abaixo se evidencia:

Consideramos que a doutrina em apreço não tem guarida no Direito brasileiro, porquanto não encontra amparo nos princípios constitucionais e nas garantias fundamentais dos contribuintes. Toda e qualquer tentativa de cercear a livre necessidade de transação e reorganização negocial - desde que sempre nos moldes da legislação permissiva ou não-proibitiva - é inconstitucional e nitidamente prejudicial à economia e ao desenvolvimento do Estado. Atrelar a viabilidade de operações societárias à formação unicamente de benefícios trazidos à sociedade diversos dos benefícios fiscais é totalmente incoerente ao cerne da sobrevivência e da minimização dos custos operacionais das empresas, bem como representa entrave a qualquer nível de expansão empresarial, seja a título de novas contratações ou a título de intensificação da produção.

Invoca o supracitado autor que além do prejuízo à ordem jurídica, a aplicação da Teoria da Utilidade Negocial implica em sérias conseqüências econômicas, pois potencializa os custos de transação no ambiente empresarial brasileiro. A insegurança jurídica gerada aos agentes econômicos, em razão de uma intervenção estatal embasada em critérios subjetivos, desvirtua uma das funções precípuas do direito, qual seja: promover a eficiência econômica.

No entanto, a Teoria da Utilidade Negocial tem sido não só doutrinariamente aceita por alguns juristas, especialmente os vinculados às fazendas públicas, mas também aplicada no Brasil, seja pelo Poder Judiciário ou por órgãos fazendários, mesmo sem respaldo legal, já que tentativas de expressá-la no texto da lei foram infrutífera, como exemplifica a não conversão em lei do artigo 14 da Medida Provisória 66 de 29 de agosto de 2002, que expressava:

Art. 14. São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II- abuso de forma.

§ 2º Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º Para o efeito do disposto no inciso II do § 1, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

Na esfera judicial, pode-se destacar o conflito ainda gerado pela desqualificação do contrato de *leasing* exercida por alguns julgadores que teimam em transfigurá-lo em contrato de compra e venda, para efeitos fiscais.

Embora atualmente a Súmula 293 do Superior Tribunal de Justiça expresse que: "A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil", determinados magistrados ainda interpretam o contrato de *leasing* sob ótica da falta de propósito negocial, em que a real intenção dos cidadãos-contribuintes contratantes seria de vender e comprar determinado bem, não de arrendá-lo.

Ademais, para os defensores da desqualificação do contrato de *leasing*, com cobrança antecipada do Valor Residual Garantido, em contrato de compra e venda, estar-se-ia utilizando o contrato de *leasing* apenas para diminuir a carga tributária, não sendo substancial para a realização da operação comercial.

Nesse passo, a descaracterização do contrato de *leasing* em nome do contrato de compra e venda é expressa no recente julgado da Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Dorval Bráulio Marques, Apelação Cível nº. 70024930844:

Ementa: Ação Revisional. Arrendamento Mercantil. Aplicação do CDC. Descaracterização do contrato. Juros remuneratórios. Capitalização. Comissão de permanência. Índice de atualização monetária. Encargos moratórios. Compensação e/ou repetição do indébito. Título de crédito. Tarifa de emissão de boleto bancário. Taxa de abertura de crédito. Cadastro de restrição ao crédito. Manutenção na posse do bem. Autorização para depósito. IOF. Prequestionamento. Honorários advocatícios. I - Agravo retido. Recurso desprovido, as liminares foram mantidas na sentença e é o entendimento da Colenda Câmara que: [...] 2. Descaracterização do contrato. O pagamento antecipado do VRG descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil para compra e venda parcelada. Disposição de ofício [...] 12. Imposto sobre Operações Financeiras - IOF. A cobrança do IOF não é considerada prática abusiva, a vantagem excessiva ostentada pela instituição financeira se dá através da sua forma de cobrança sobre as parcelas do financiamento, pois ao valor cobrado a esse título vêm agregados os demais encargos contratuais, contrariando assim o art. 51, IV, do CDC. Não é de ser conhecido o apelo do banco nesta parte, pela falta de interesse recursal. [...] Agravo retido desprovido, apelo do banco conhecido em parte, e nesta desprovido, apelo do autor parcialmente provido, com disposições de ofício.

Já no ambiente do contencioso administrativo tributário, a aplicação da Teoria da Utilidade Negocial é evidenciada, especialmente quando a administração fazendária

autua determinado contribuinte, fundamentada no aferimento da real intenção dos contratantes em um determinado contrato. Pode-se citar como exemplo, a decisão do Conselho dos Contribuintes do Rio Grande do Sul, em 22 de junho de 2006.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES QUARTA CÂMARA. Processo nº. : 11080.008017/2004-11.Recurso nº. : 145.963 Matéria : IRPF - Ex(s): 2000 Recorrente : LUIZ FLAVIANO GIRARDI FEIJÓ Recorrida: 4ª TURMA/DRJ-PORTO ALEGRE/RS. Acórdão nº.: 104-21.675. SIMULAÇÃO - CONJUNTO PROBATÓRIO - Se o conjunto probatório evidencia que os atos formais praticados (reorganização societária) divergiam da real intenção subjacente (compra e venda), caracteriza-se a simulação, cujo elemento principal não é a ocultação do objetivo real, mas sim a existência de objetivo diverso daquele configurado pelos atos praticados, seja ele claro ou oculto. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA - O princípio da liberdade de auto-organização, mitigado que foi pelos princípios constitucionais da isonomia tributária e da capacidade contributiva, não mais endossa a prática de atos sem motivação negocial, sob o argumento de exercício de planejamento tributário. OMISSÃO DE GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA - SIMULAÇÃO - MULTA QUALIFICADA - Constatada a prática de simulação, perpetrada mediante a articulação de operações com o intuito de evitar a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, é cabível a exigência do tributo, acrescido de multa qualificada.

Percebe-se que, mesmo não sendo expressa a terminologia Teoria da Utilidade Negocial nas supracitadas decisões, visualiza-se a utilização dos seus fundamentos pelo Poder Judiciário e pela Administração Tributária nacional, para intervir diretamente nas relações privadas, desconsiderando-as, em nome de valores subjetivos e abstratos, afastando-se da objetividade normativa que a relação tributária requer.

Os critérios que embasam a aplicação da Teoria da Utilidade Negocial, especialmente a falta de razão comercial no contrato realizado e o seu exclusivo interesse fiscal, passam a ser incorporados por determinados julgadores, mesmo diante de patentes desrespeitos aos direitos fundamentais dos cidadãos-contribuintes e inexistência de respaldo legal dessa teoria no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Atribuir competência a autoridades fazendárias para aferir, além da legalidade, determinada condição de um negócio jurídico praticado pelo cidadão-contribuinte, é oferecer-lhe a oportunidade de readaptar, mediante valores abstratos e subjetivos, fatos para que se tornarem geradores de tributos.

A amplitude de competência da administração tributária para inserir-se, mediante interpretações exclusivamente econômicas, na livre iniciativa do cidadão-contribuinte, desconsiderando-a sem fundamento legal, afronta os princípios da legalidade e da certeza jurídica. Com isso, ameaçada está a natureza jurídica da relação entre os sujeitos tributários, podendo haver o retrocesso à arbitrariedade fiscal.

O risco de se outorgar à autoridade fazendária a possibilidade de exercer a sua função por critérios abstratos, embasados na doutrina da interpretação econômica do Direito Tributário, não é condizente com o Ordenamento Jurídico Brasileiro, conforme expressa Cassone (1999, p.148):

Com efeito, se a lei, ao descrever determinada hipótese de incidência tributária, é obrigada a mencionar expressamente todos os elementos objetos da compulsoriedade [pessoal, espacial, temporal, material e quantificativo – a que se dá o nome de 'tipo tributário fechado'], a análise desses elementos é que se ocorreu ou não determinado fato gerador, e não o resultado econômico de um ato, fato ou situação. Não se pode, portanto, por meio de uma interpretação simplesmente econômica, afirmar que ocorreu esse ou aquele fato gerador.

Repulsando a interpretação econômica da norma tributária para fins de desconsideração de atos embasados em planejamento tributário, leciona Becker (2002, p. 143):

A doutrina da interpretação do Direito Tributário segundo a realidade econômica do fenômeno da vida (sustentada por K. Ball, J. Hein, W. Merk, Amílcar Araújo Falcão, E. Vanoni, B. Griziotti, L. Trobatas), também chamada construtiva, o que na verdadeira realidade faz é a demolição do que há de jurídico no Direito Tributário. Em nome da defesa do Direito Tributário, eles matam o 'direito' e ficam apenas com o 'tributário'.

A utilização da referida doutrina conduz aos seguintes e funestos resultados:

a) Incorre no maior equívoco do Direito Tributário.

b) Destrói a certeza e a praticabilidade do Direito Tributário.

c) Importa na inversão da própria fenomenologia jurídica.

d) Nega utilidade precisamente àquilo que é jurídico.

Observa-se que o receio dos supracitados autores à doutrina da interpretação econômica do Direito Tributário, é a possibilidade do Estado-fisco se afastar das determinações jurídicas na análise de ocorrência ou não do fato gerador de tributos. No afã de arrecadar, a autoridade fiscal afere a intenção econômica da conduta do cidadão-contribuinte, fazendo desta um fato gerador de tributos, afastando-se da tipicidade fechada.

Por conseguinte, espera-se que os tribunais superiores do Poder Judiciário Brasileiro refutem tais arbitrárias decisões, pois o Ordenamento Tributário Nacional está amparado na legalidade estrita e na observância da tipicidade fechada, ou seja, em leis específicas e determinantes de todos os elementos formadores do tributo. Em assim agindo, garante e protege o direito fundamental do Cidadão-contribuinte à certeza jurídica em sua relação com o Estado-fisco, especialmente, quando da sua opção de exercer a economia lícita de tributos.

CONCLUSÃO

Como evidenciado, as transformações sociais ocorridas na gradativa passagem do Estado Monocrático Absolutista para o Estado Democrático de Direito exigem

adequação do ordenamento jurídico aos novos parâmetros culturais em cada época surgidos. Tal ajuste normativo gerou, hodiernamente, a valorização da legitimidade, mesmo que em detrimento da legalidade.

Na seara tributária, tais passos culturais podem provocar retrocessos na relação entre o Estado-fisco e o Cidadão-contribuinte, deixando de ser esta de direito, para retornar às arbitrárias características nas monarquias absolutistas. A re-incorporação de valores subjetivos ao ordenamento tributário ameaça a fundamentação jurídica da relação entre os sujeitos tributários, ao enfraquecer direitos individuais conquistados mediante sacrifícios e embates sociais.

Para tanto, invoca-se a preservação dos princípios da legalidade e da segurança jurídica para vergastar qualquer tendência interpretativa à valorização de conceitos e critérios subjetivos na ordem tributária brasileira. Por conseguinte, conclui-se que a aplicação de valores abstratos capazes de mitigar a legalidade tributária estrita deve ser evitada, cabendo ao Poder Judiciário refutá-la nos termos dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Evidencia, assim, o planejamento tributário como reflexo dos princípios da legalidade estrita e da segurança jurídica, pois expressa direitos fundamentais do cidadão-contribuinte, diante do Estado-fisco, tais como: a liberdade individual, a autonomia privada lícita, a certeza jurídica de direitos e deveres, o direito de optar pelo exercício da economia lícita de tributos e etc.

Neste contexto, ficou demonstrado, por meio do estudo do valor dos princípios da legalidade e da segurança jurídica para a fundamentação legal de planejamentos tributários lícitos, que a ordem tributária brasileira não comporta a valoração subjetiva na relação entre os sujeitos tributários.

Quanto aos pressupostos norteadores deste estudo, pode-se afirmar que o fortalecimento dos princípios da legalidade e da segurança jurídica é reflexo da evolução social dos poderes estatais monárquicos absolutistas para a ordem democrática de direito. Ademais, entende-se que a hodierna tendência ao subjetivismo na aplicação da ordem tributária brasileira enfraquece os princípios da legalidade e da segurança jurídica, pois promove a imprevisibilidade na relação entre os sujeitos tributários.

Exemplo dos riscos jurídicos provocados por um disciplina legal abstrata e indeterminada da relação jurídica entre os sujeitos tributários, é a aplicação da Teoria da Utilidade Negocial por parte do Poder Público para desqualificar contratos lícitos, porém ilegítimos na visão do fisco. A insegurança jurídica gerada é por direito individuais enfraquecidos, diante da sobrevalorização função arrecadatória do Poder Público.

Nesse passo, expressa-se também que o planejamento tributário sofre intervenções estatais, em virtude da mitigação dos princípios da estrita legalidade tributária e da certeza jurídica, gerada pelo subjetivismo na interpretação da legislação tributária. Sendo assim, conclui-se que o Poder Judiciário deve refutar a aplicação de conceitos e valores subjetivos e indeterminados por parte do Estado-fisco, em nome dos direitos e garantias individuais gerados pelo Estado Democrático de Direito.

Ao ensejo da conclusão deste trabalho, cumpre-se afirmar que o valor dos princípios da legalidade estrita e da segurança jurídica para planejamento tributário, diante da hodierna interpretação da ordem tributária brasileira, não deve ser mitigado, sob pena de haver um retrocesso na relação entre o Estado-fisco e o Cidadão-contribuinte.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, M. **Planejamento tributário e o direito privado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002.

_____, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Código Tributário Nacional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Ministério da Fazenda. Processo administrativo n. 11080.008017/2004-11, Primeiro Conselho de Contribuintes. Porto Alegre, RS, 22 de junho de 2006. Disponível em:<http:www.conjur.com.br>. Acesso em 11 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula** nº 293: A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70024930844, 10ª Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 10 de setembro de 2008. Disponível em:<http:www.jus.com.br> Acesso em: 24 out. 2008.

CAMPOS, H. S. Ourém. O BRASIL: uma breve visão histórica do Estado, das constituições e dos tributos. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual**, Belo Horizonte, n. 44, p. 9-47,out./dez.2001.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CUNHA, A. S. Os Impostos e a História. Brasília, nov., 2002. Textos para Discussão do Departamento de Economia-UnB. Disponível em:<http://www.unb.br/ih/eco> Acesso em: 05 out. 2008.

DÓRIA**,** Roberto Sampaio. **Elisão e evasão fiscal**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 90.

FOSSATI, Gustavo. Planejamento tributário e interpretação econômica. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006

FRABETTI, Láudio C. **Código Tributário Nacional Comentado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GUBERT, P. A. Pinheiro. **Planejamento Tributário**: Análise jurídica e ética. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

HUCK, Hermes M. **Evasão e elisão:** rotas nacionais e internacionais. São Paulo: Saraiva, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988.** São Paulo: Dialética, 2004.

MENDONÇA, F. André de Souza. Democracia e legalidade da tributação na Constituição Federal de 1988. **Revista de informação Legislativa**, Brasilia, n. 133, p. 199, jan. 1997.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: **Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência.** Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 16. ed. São Paulo: Bushatsky. 1974.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000.

TORRES, R.L. A Segurança Jurídica e as limitações constitucionais ao poder de tributar. **Revista Eletrônica de Direito do Estado,** Bahia, **out, 2005. Disponível em:** <http://www.direitodoestado.com.br> **Acesso em: 16 out. 2008.**

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, Simulação e Norma Antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001.

---

[1] - Assim expressa Campos (2004, p.103):A Inconfidência Mineira é havida como um dos principais movimentos de emancipação política Brasil colônia, embora haja sido coordenada pela elite de Minas Gerais sob a influência de ideais iluministas. Em 1789, propunha a Independência em relação a Portugal. Parece que a política pombalina para o Brasil, com a organização das Companhias de Comércio monopolistas, trouxe um peso que se fazia bem sentir na mais importante região aurífera e diamantífera brasileira, que era Minas Gerais. De fato, a '*derrama*' não implicava em um novo tributo, mas a cobrança da diferença em relação ao que deveria ter sido pago e não o foi. Porém, a forma de execução promovida pelas autoridades portuguesas era extremamente violenta, gerando uma revolta contra a situação de dominação.

[2] - “Houve épocas em que se adotava, ostensiva ou veladamente, a máxima *in dubio pro fiscum*; noutras, *indubio contra fiscum*. Também se viu o tempo da vedação à interpretação em caso de dúvida a respeito da norma, quando o chefe-supremo (imperador, monarca etc.) deveria então ser consultado. O fato é que, de tempos em tempos, manifestações sociais romperam a linha temporal da história da humanidade, tendo muitas vezes, como pano de fundo, choques entre os cidadãos e o fisco, frutos da opressão pelas pesadas obrigações fiscais instituídas para sustentar a estrutura governante” (2007, p. 124).

[3] Nesse contexto, expressa Mendonça (1997, p. 199):Assim, pelo prisma histórico, a legalidade veio a consagrar a existência do indivíduo perante o Estado. O cidadão passa a ser visto como detentor de direitos e liberdades oriundos de um pacto social. Portanto, como se observa, o princípio da legalidade é de indefectível origem democrática. Encerra em si a vontade popular contra a vontade de um ou de um grupo isolado.

[4] - Cunha (2002, p.08) descreve esse fato nos seguintes termos: Este foi o dia da ‘Festa do chá, de Boston’. Colonos da Nova Inglaterra, disfarçados de índios, destruíram um valioso carregamento de chá da *British East Índia Co.*, em protesto contra um Ato do Parlamento (de abril de 1773) que havia criado um imposto sobre o chá exportado para as colônias americanas. Em retaliação, o Parlamento impôs uma série de medidas punitivas, a que os colonos denominaram de ‘Leis Intoleráveis’. Uma dessas medidas foi o fechamento do porto de Boston até que fosse paga indenização pelo chá destruído. Este foi o mais importante de uma série de eventos pré-revolucionários que culminaram na declaração de independência, em 4 de julho de 1776. Em sua revolta, os colonos invocaram um princípio criado pelos próprios ingleses em sua longa história de disputas entre o rei e o parlamento. Trata-se do princípio do “*no taxation without representation’*. Ou seja, como os colonos não tinham representação no parlamento, em Londres, não estariam dispostos a aceitar impostos por ele criados.

[5] - Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...]
V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; [...]
Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

REPÚBLICA E TRIBUTAÇÃO SOLIDÁRIA: CAMINHO EM DIREÇÃO DE UMA CIDADANIA POLITICAMENTE ATIVA PARA O SÉCULO XXI*

REPUBLIC AND TAXATION: THE WAY TOWARDS A POLICALLY ACTIVE CITIZENSHIP FOR THE 21ST CENTURY

Eloi Cesar Daneli Filho
Hugo Thamir Rodrigues

RESUMO

Os postulados neoliberais estão em franca revisão pelos governos de países que antes o divulgaram como a salvação da democracia capitalista ocidental. Especialmente aqueles relacionados com o Estado alienado às questões sociais e à política tributária. Eis que novamente se percebeu que o Estado tem uma função muito importante, consubstanciada na condução de políticas públicas de inclusão social e de políticas públicas que visem a obtenção de recursos que lhes dêem aporte da forma mais justa possível. A cidadania, como conceito de inclusão social, tem implicações com as políticas públicas tributárias e é limitada por figuras como o clientelismo e, por outro lado, fomentada pelo civismo. As políticas públicas tributárias fiscais, isto é, com finalidade de carrear recursos financeiros para que o Estado possa efetivar direitos sociais, estão imbricadas com o conceito de cidadania, que um dos limites constitucionais ao poder de tributar é a proibição de que os tributos incidam sobre o mínimo vital.

PALAVRAS-CHAVES: CIDADANIA, ESTADO, NEOLIBERALISMO, POLÍTICA FISCAL.

ABSTRACT

The neoliberal postulates are honest review by governments of countries that previously disclosed as the salvation of Western capitalist democracy. Especially those related to the state sold to social issues and tax policy. Here again it is noticed that the state has a very important role, reflected in the conduct of public policies for social inclusion and public policies to raise the resources to give them support in the most equitable possible. Citizenship as a concept of social inclusion has implications to public policies and tax is limited by figures such as political patronage and, moreover, encouraged by the civility. Public policies tax revenue, that is, with the purpose of financial resources to carry the State can carry out social rights, are interlinked with the concept of citizenship, the limits that the constitutional power to tax is the ban on the taxes imposed on the minimum vital.

KEYWORDS: CITIZENSHIP, NEOLIBERALISM, STATE, TAX POLICIES.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno político mais marcante dos últimos dias é sem dúvida a eleição de um afro-descendente para o cargo de maior importância para o Planeta Terra, o de Presidente dos Estados Unidos da América. Tal evento pode até significar um novo marco para o século XXI. O fenômeno não tem importância apenas no sentido de ruptura de uma tradição racial em que apenas caucasianos exerceram o cargo presidencial norte-americano, mas sim uma importância política sem precedentes. Isto se diz motivado pelas promessas de um governante já eleito dos Estados Unidos da América, consistentes em que o Estado volte intervir em favor das pessoas com justiça. Nas palavras de Gordon Brown, que ao felicitar Barack Obama diz:

Barack Obama fez uma campanha inspiradora, energizando a política com seus valores progressistas e sua visão de futuro. Eu conheço Barack Obama e nós dividimos inúmeros valores. Nós temos determinação para mostrar que o governo pode agir ajudando pessoas com justiça em meio a esses tempos difíceis na economia global.[1]

Essas são palavras de um dos maiores líderes, em termos de potência econômica, política, bélica e cultural, do mundo ocidental e talvez de todo o planeta, retratam com nitidez o momento que o mundo passa, no sentido de um enfraquecimento do modelo (neo)liberal e de um repensar do Estado em direção a um modo de intervenção em favor dos cidadãos.

A mudança de pensamento político de governantes de países como os Estados Unidos da América e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, não pode, de modo algum, passar despercebido. Esses países estiveram na vanguarda do movimento de desarticulação do Estado de Bem-estar Social com os governantes Ronald Reagan e Margareth Thatcher.

Diante desse fato pode-se concluir que está em andamento uma mudança, uma revisão dos postulados neoliberais que se dão exatamente em reforço de uma cidadania multicultural, plural e global.

No presente estudo, item 2, apresenta-se, com apoio no pensamento de Liszt Vieira, um contraponto entre o neoliberalismo e a cidadania. Em que pontos estão em harmonia e em que ponto se repelem. Nesse sentido, são trazidas a lume as críticas ao modelo liberal e suas manifestações políticas como a comunitarista e seu meio termo ou, terceira via, a social democracia. Tudo isso para chegar ao entendimento de que para formular uma teoria da cidadania faz-se necessário proporcionar oportunidade de análise dos sistemas econômicos e políticos dos diferentes países em sede comparativa, com o objetivo de ajudar a desenvolver direitos de participação, bem como possibilitar elucidação da sociedade civil em seus diversos aspectos e de sua organização social, eis que essa teoria objetiva organizar a pauta das reivindicações sociais e antever as conseqüências dos conflitos ideológicos presentes na sociedade. Além, de demarcar a compreensão do nexo de solidariedade que mantém o conjunto social.

Em vista do delineado no item 2, o item 3 é escrito com vistas a sublinhar na CF/88 os princípios republicano e federativo que apontam de forma indubitável para

superação do modelo liberal, haja vista que existe uma previsão expressa, segundo a qual, o modelo é de um Estado Democrático de Direito.

Na seqüência são demonstrados os contrafortes do princípio republicano que são as virtudes cívicas preconizadas pelo Republicanismo. Nesse tópico são trazidos os elementos históricos fundamentais da República, bem como a releitura pela qual passou, para que seja considerada hoje uma teoria de fundamental importância para a cidadania e a participação cívica.

No quinto momento são trazidos em contraponto, dois elementos fundamentais para o presente texto: o clientelismo e o civismo. O clientelismo é figura marcante e considerado um obstáculo para a democracia e a República uma vez que, o que vem em primeiro lugar são as vantagens materiais que as pessoas auferem por comportar-se dessa ou daquela forma, de acordo com a vontade daquele que detém maior poder e uma maior rede clientelística. Por outro lado o civismo é de fundamental importância na superação de problemas com a pobreza e as desigualdades sociais.

No penúltimo tópico a solidariedade e colocada sob cotejo com a noção de República sob o ponto de vista da tributação, que é a forma como o Estado arrecada recursos para poder distribuí-los entre os cidadãos de forma direta ou indireta.

O último capítulo trata especificamente de como os recursos auferidos na forma de tributos arrecadados solidariamente podem ser divididos entre os cidadãos de uma forma justa, de modo a erradicar a pobreza e reduzir a desigualdade social.

2 (NEO)LIBERALISMO E CIDADANIA

A modernidade trouxe um novo paradigma: o liberalismo. Um dos seus esteios, além da idéia de contrato social, divisão de poderes e liberdades individuais, foi o resgate da idéia de cidadão da antiguidade clássica.

As vantagens que advieram dessa mudança de visão de mundo, consubstanciadas na adoção do liberalismo político num contexto de Estados-Nação e de modo de produção capitalista, foram muitas. O poder não ficou concentrado exclusivamente nas mãos de um déspota absolutista e as pessoas deixaram de ser súditas de um rei e servas para, então, serem entendidas e situadas no mundo como cidadãs.

Contudo, historicamente o liberalismo político foi sendo desacreditado em razão de algumas falhas, principalmente aquelas que dizem respeito à igualdade e à justiça. Num primeiro momento sofre críticas quanto as relações entre capital e trabalho, depois entre consumidor e produtor. Também advieram crises em relação a quem poderia eleger os representantes e sobre a diversidade de pessoas que seriam consideradas cidadãs.

É nesse contexto caótico da crítica ao liberalismo democrático que o termo cidadania é discutido e revisitado pela doutrina. A fim de conceituar “cidadania”, Liszt Vieira faz um paralelo entre os significados de cidadania e sociedade civil. Aponta, esteiado e Janoski, como marcos teóricos da conceituação de cidadania na atualidade a teria de Marshall, a teoria de Tocqueville/Durkheim e a teoria marxista/gramsciana. Cada uma

dessas teorias tem o seu enfoque principal, quais sejam, respectivamente, a primeira faz constatações acerca da cidadania sob o ponto de vista exclusivamente dos direitos e está mais associada ao ideário liberal. A segunda concentra seu foco na cultura cívica e entende que a cidadania não está restrita ao campo de reconhecimento estatal podendo ser estendida a organizações civis e voluntárias. Procurando, assim, abrir campo para a sociedade civil organizada. A terceira teoria defende que a cidadania deve ser protegida pela sociedade civil de eventuais abusos estatais.[2]

O texto aponta como definição de cidadania, que esta pode ser descrita como "status" ou como "processo". No sentido de "status" destaca a posição de Janoski, que sustenta ser a cidadania uma forma de sentimento de pertencimento ao Estado-nação que os indivíduos têm acompanhado de direitos e deveres imanentes a condição de cidadão. Na linha de um sentido dinâmico, isto é, da cidadania como um processo, assinala o pensamento de Somers que entende cidadania como uma rede de relacionamentos que se verificam no idioma, na política dentro de uma comunidade nacional. Já Turner, segundo o autor, ensina que a cidadania compõe um agrupamento de condutas sociais consubstanciadas nas práticas políticas, econômicas, jurídicas e culturais que inserem o sujeito como membro da sociedade.[3]

Contudo, conclui que direitos e obrigações de cidadão resultam do reconhecimento do Estado que lhes dá validade e age politicamente no sentido de uma implementação. Assim, cidadania é um processo de construção não se podendo falar de direito de cidadania e sim da existência de inúmeras variáveis que torna complexa a sua definição.[4]

Portanto, sociedade civil e cidadania são noções diferentes, uma vez que a cidadania é reforçada pelo Estado e a sociedade civil engloba os segmentos sociais afins ou em conflito. Conclui o autor que tanto sociedade civil como a cidadania são "empiricamente contingentes".[5] O significado de tal expressão remete à diversidade de regimes e teorias nas quais tanto sociedade civil como a cidadania estão contextualizados. Daí que, a cidadania pode ser encarada diferentemente em uma sociedade de regime liberal ou comunitarista.

O autor, a fim de estabelecer uma relação entre cidadania e sociedade civil, indica uma necessária imbricação entre política e o empirismo na contraposição de uma crítica liberal, uma comunitarista, social-democrata, nacionalista, multiculturalista, feminista.

O liberalismo é o regime dos países desenvolvidos, nesse regime, sustenta o autor, a teoria comunitarista e social-democrática não é popular, priorizando o indivíduo e seus direitos imanentes, reflexos das liberdades. Nessa seara os direitos sociais são evitados uma vez que representam uma deturpação das liberdades individuais. Cita como teórico do liberalismo o filósofo americano John Rawls cujo pensamento liberal está marcado por um viés social bem acentuado, uma vez que propõe uma idéia de cooperação cívica para superar os problemas do individualismo que obstaculiza a unidade social.[6]

No outro pólo, o comunitarismo prioriza a comunidade em detrimento do indivíduo, invoca como elemento chave para a coesão social a solidariedade. Nessa teoria, os direitos são conferidos na medida que as obrigações são cumpridas. Para o

autor, Rawls representa o equilíbrio entre a idéia liberal pura e a preocupação com o social da atualidade, eis que "o declínio da solidariedade entre os cidadãos e a ausência do senso de destino único estariam na raiz dos grandes males da modernidade".[7]

Na concepção comunitarista, ao contrário da concepção liberal, a cidadania deve ser encarada com dinamicidade, eis que é, efetivamente, uma atividade, uma prática.

O texto aponta Habermas como maior crítico das visões polarizadas de cidadania consubstanciadas nas teorias liberal e comunitarista. Aponta um "modelo analítico próprio" o modelo de espaço público.[8]

Nesse contexto bipolarizado (liberalismo x comunitarismo), dá-se a crítica social-democrata, consistindo, segundo Janoski, na chamada terceira via. A teoria social-democrata busca um "equilíbrio entre os direitos individuais, direitos do grupo e obrigações", o que culmina em um processo complexo de construção a partir de uma noção de indivíduo participante ativo dos processos políticos da comunidade, denominando-a de democracia expansiva.[9]

No contexto do Estado-nação dá-se a crítica nacionalista que diz a cidadania está diretamente relacionada à formação de uma consciência nacional, que marca nos indivíduos um sentimento de pertencimento à comunidade nacional com uma herança comum.[10]

Contudo, a crítica multiculturalista é contundente no que diz respeito ao nacionalismo, pois esse busca padronizar comportamentos e ideologias desrespeitando as diferenças culturais existentes. Por outro lado, o Estado-nação ainda é fundamental para garantir a cidadania nacional ou pós-nacional.[11]

De outro lado, o feminismo como movimento social, também critica o liberalismo porque o liberalismo relega as mulheres funções de segunda classe as encarando como cidadãs diferenciadas. Destaque importante para o feminismo da diferença que representa a mais contundente corrente de oposição ao liberalismo. Aqui o expoente teórico maior é Iris Young, que coloca um argumento irrefutável por parte dos liberais, segundo o qual, o liberalismo prega liberdades iguais, no entanto nega diferenças entre homem e mulher discriminando a última.[12]

Diante do quadro empírico e teórico explanado, o autor constata que existem múltiplas cidadanias eis que se vive em sociedades de culturas diferentes e a justiça como equidade deve levar em conta a grande heterogeneidade dos seres humanos e de suas condições. Além disso, o centro dessas heterogeneidades está na política como ferramenta de construção da cidadania. Com base na idéia de Walzer o autor sustenta que "a cidadania política é a arena onde se estabelece um mínimo de unidade nacional".[13]

Conclui que o momento enseja uma revitalização do conceito de cidadania, o que implica em formular uma teoria da cidadania que envolva os seguinte objetivos: a) proporcionar oportunidade de análise dos sistemas econômicos e políticos dos diferentes países em sede comparativa, com o objetivo de ajudar a desenvolver direitos de participação; b) possibilitar elucidação da sociedade civil em seus diversos aspectos e de sua organização social, eis que essa teoria objetiva organizar a pauta das

reivindicações sociais e antever as conseqüências dos conflitos ideológicos presentes na sociedade; c) demarcar a compreensão do nexo de solidariedade que mantém o conjunto social.

Também nesse contexto, o ideal republicano, que serviu de mote para o giro político consubstanciado na mudança do paradigma feudal e estamental de Estado, deve ser revisitado. Eis que o cidadão moderno de forma alguma pode ser entendido como o pertencente à República da Antiguidade ou do Renascimento. Dessa forma, República e Cidadania são assuntos que se relacionam intimamente, pois, não se pode falar em República em seus membros não tenham interesse nos assuntos de Estado, ou, por outro modo, em Cidadania que não tenha acesso aos processos de tomada de decisão política dentro de seu Estado.

Por esses motivos é que se sustenta, corroborado pelo pensamento de Liszt Vieira, que, conquanto o liberalismo auxiliou na formulação de idéia de uma cidadania universal, fundada na idéia de que todos nascem livres e iguais, por outro modo, relegou a cidadania a condição de *status* legal, deixando mais salientes apenas os direitos que os indivíduos possuem contra o Estado. Sustentando não ser relevante a forma como são exercitados esses direitos, contanto que as pessoas não quebrem os preceitos legais ou violem direito pertencente a outros. Dessa forma, para o liberalismo, o cooperar em sociedade tem o único objetivo de tornar fácil o alcance da felicidade dos indivíduos isoladamente. "Idéias como consciência pública, atividade cívica e participação política numa comunidade de iguais são estranhas ao pensamento liberal."[14]

Continua Vieira, contrapondo à idéia do liberalismo a concepção republicana, dizendo:

A visão republicana cívica, por outro lado, enfatiza o valor da participação política e atribui papel central à inserção do indivíduo numa comunidade política. O problema é como conceber comunidade política de forma compatível com a democracia moderna e com o pluralismo. Ou seja, como 'conciliar a liberdade dos antigos com a liberdade dos modernos'.[15]

Conciliar as liberdades com o interesse público, para os liberais, é um exercício impossível, pois o interesse público, o bem comum só é alcançado em havendo um poder totalizante, além de sustentarem que as virtudes cívicas imanentes à República são conceitos obsoletos e a liberdade deve ser entendida apenas como uma abstenção coercitiva estatal.[16]

Outro é o entendimento adotado para o fim desse artigo, que se dá no sentido de serem plenamente compatíveis os ideais liberais de liberdade e uma atitude pró-interesse público e politicamente ativa e atuante. Todavia uma pró-ativa capaz de romper com um paradigma liberal consolidado requer exercício das habilidades políticas e cívica por parte das pessoas que compõem a sociedade.

Vieira argúi nesse sentido que:

A liberdade individual somente pode ser garantida numa comunidade cujos membros participam ativamente do governo, como cidadãos de um estado 'livre'. Para assegurar a

liberdade e evitar a servidão, devemos cultivar as virtudes cívicas e nos dedicar ao bem comum.[17]

Há, portanto, como se depreende da idéia de Vieira, uma via de mão dupla entre liberdades individuais e bem comum. As liberdades devem ser exercitadas sob o aguilhão das virtudes cívicas e pelos parâmetros do bem comum. Isto porque há um equilíbrio necessário entre o que pode ser feito e o que deve ser feito. Muitas vezes os interesses privados conflitam com os interesses públicos.

Desse conflito entre interesses privados e interesses públicos, em não havendo o equilíbrio fomentado pelas virtudes cívicas, resulta que o (neo)liberalismo pode ser daninho à sociedade, uma vez que, como visto, incumbe apenas ao indivíduo impor seus próprios limites em relação ao interesse privado do outro. Dessa forma é que surgem desigualdades sociais e pobreza, porque o individualismo liberal não se preocupou em limitar a liberdade pelo viés daquilo que é bom para todos.[18]

Por outro lado o Republicanismo e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), a segunda um documento jurídico inspirado inteiramente a partir dos postulados do primeiro, procuram incutir a idéia de participação de todos na redução das desigualdades sociais e erradicação da pobreza, como se verá adiante.

3 PRINCÍPIO REPUBLICANO E SEUS DESDOBRAMENTOS

No mundo hodierno vê-se um esboroamento dos esteios que outrora estruturaram a política da sociedade por vários séculos[19], consubstanciados no Estado moderno. A República, longe de ser a quimera da humanidade, surgiu como uma alternativa real, primeiro, em Roma, à Tirania, depois, nas cidades do norte da Itália, durante o Renascimento, em contraposição ao regime absolutistas papal e a dominação de alguma potência estrangeira; além desses, destacam-se, a experiência inglesa, com Cromwell, bem como, a francesa no período posterior a Revolução de 1789 e a formação dos Estados Unidos da América. Tais eventos políticos históricos constituem os marcos do Republicanismo para a humanidade.[20]

A República chega até os dias de hoje, renovada (relida), como alternativa às “múltiplas crises que afligem a sociedade”[21], uma vez que seus princípios republicanos resgatam o civismo e as virtudes cívicas.[22] Nesse sentido, os ideais republicanos são capazes de trazer novas perspectivas e esperança “à estrutura política da sociedade”, aprimorando a democracia, fomentando a cidadania ativa, “considerado como forma de governo pautada por um núcleo axiológico, configura-se como teoria política que pode realmente assegurar a liberdade dos cidadãos, impedindo que interesses privados ou a vontade de um déspota possam privá-los de seus direitos”.[23]

Na acepção apresentada por Agra, e que importa para o presente ensaio, o Republicanismo “[...] representa um profundo significado social. Sua dimensão moral, as virtudes civis, remodela as relações sociais, firmando-se sob o parâmetro da liberdade, da igualdade, do autogoverno e do respeito à *res publica*”[24].

Agra delineia os contornos do conceito de Republicanismo a partir do que ele chama de "radical comum", ou seja, suas principais características, que são: a) negação de dominação em qualquer de suas acepções (escravidão, feudal, assalariada, etc.); b) propagação e proteção ao civismo e as virtudes cívicas; c) edificação de um Estado de direito; d) implementação da democracia participativa; e) fomento do governo pela cidadania; f) a adoção e execução de políticas públicas diminuidoras das desigualdades sociais, isto é, busca de igualdade substancial.[25]

Talvez aí, como quer Sérgio Cardoso, possa se identificar o porquê da escolha dos princípios republicanos. O autor explica que:

[...] a importância que adquire no pensamento republicano a questão da participação política, da implicação efetiva de todos na expressão e realização do bem comum (a exigência que mais aproxima as repúblicas das democracias, os regimes fundados na convicção de que o interesse de todos melhor realiza pelo igual concurso de todos, na formação das decisões políticas, do que pela inteligência ou virtudes de um ou de alguns). O regime republicano não propõe apenas que o poder seja contido por leis e se exerça para o povo, em vista do bem comum, mas exige ainda que seja exercido, de algum modo, por todo o povo, ou ao menos em seu nome – nos casos em que admite a representação política. [26]

Como contraposição histórica dos regimes tirânicos, absolutistas, baseados em regimes teocráticos, a República repousa seus alicerces na soberania popular. Retira o poder de papas, sacerdotes, reis e ditadores para entregá-lo ao povo. Aí, por via de conseqüência é possível que o povo escolha um gestor público dentre aqueles pertencentes às classes mais pobres, uma vez que o que vale mesmo para o regime democrático são as virtudes cívicas. Em virtude dessa qualidade do regime republicano, ele é a forma de governo legitimada de forma patente pelo apoio popular. O mesmo não ocorre com os regimes monárquicos, ainda que constitucionais.[27]

O entendimento de Agra, descrito no parágrafo anterior, é corroborado por Ataliba que afirma que se for perguntado ao povo acerca da preferência em estar distante do governo e impedido de realizar algum controle ou fiscalização, ou, ainda, se gostaria que se retirasse o acesso às informações das funções do governo, e, mais, se desejaria ter governantes desconhecidos por ele não escolhidos, a resposta certamente seria não. O povo, segundo Ataliba, responderia que não quer um governo monárquico ou outras formas não democráticas ou não representativas.

A atualidade do Republicanismo se deve ao fato que sua releitura e a aplicação de seus corolários valorativos implicam na manutenção da estabilidade social, aperfeiçoam os processo democráticos, e, conseqüentemente permitem que o Estado consiga prestar de forma mais eficaz suas finalidades constitucionalmente previstas.[28]

Os valores implicados com o Republicanismo têm uma relação patente entre o interesse público como patrimônio coletivo, e, serve, além disso, como antídoto de práticas tradicionais não condizentes com o civismo. Esse ideário republicano, na esteira do argumento apresentado por Godoi[29], encaixa-se na idéia de mudança de um paradigma liberal-individualista para um modelo solidário. Em Estados republicanos sob a orientação dos princípios de republicanismo vislumbra-se, também uma identificação com a coexistência com as diferenças sociais em seus mais diferentes

matizes, no sentido de que a liberdade preconizada pelo ideário republicano, “definido como ausência de domínio”, coloca sob seu pálio protetivo as minorias, uma vez que respeita seus direitos obstando atos por parte das maiorias ou outros grupos minoritárias mais poderosos.[30]

Por isso, as virtudes cívicas próprias do ideário republicano fomentam o crescimento dos espaços públicos em quantidade e qualidade. Quanto a quantidade, ocorre uma democratização no que diz respeito às decisões acerca das diretrizes políticas do governo com a participação da cidadania ativa. Sob o prisma da qualidade, essa democratização, já ampliada pela participação de grande número de atores sociais, faz com que melhore a fiscalização dos negócios públicos. Tudo isso acarreta uma melhora no processo de elaboração e de escolha de políticas públicas. É nesse sentido que se pode sustentar que o “Republicanismo democratiza o poder ao torná-lo acessível à população de forma indistinta”.[31]

Contudo, o Brasil, com os já 20 anos de tradição democrática, contados a partir da CF/88, ainda enfrenta problemas e desafios do século XXI quanto a efetivação do princípio republicano e federativo. Tais problemas residem, principalmente, na falta de civismo e na existência de uma figura denominada pela doutrina de “clientelismo”. O clientelismo viceja em espaços onde existe uma grande desigualdade de renda, as pessoas com menos poder aquisitivo buscam proteção (econômica) com aquelas que detêm um maior. Tais problemas serão abordados no próximo tópico.

4 O SÉCULO XXI E A PRÁTICA CLIENTELISTA

O Clientelismo, para ser compreendido em termos atuais, dentro dos parâmetros da ciência e da sociologia política, deve ser resgatado em sua origem quando de seu início, nos tempos antigos da clientela romana. Nesse contexto, era entendida como clientela a relação entre sujeitos de *status* diferentes, entabulada na órbita da comunidade familiar. Havia uma relação de dependência econômica e política, reconhecida pela autoridade religiosa, entre o *patronus*, indivíduo de classe social mais elevada, e seus *clientes*, conhecidos como *libertos*. Tal relação implicava no dever de proteção tocante ao *patronus* para com o cliente, consubstanciada na defesa em juízo, destinação de terras para criar e plantar, entre outros. Ao cliente a relação de Clientelismo implicava em submissão e deferência, além de obedecer e auxiliar de inúmeras maneiras quanto fosse possível ao *patronus*, inclusive defendendo-o com armas e pelo uso da força. Não é de se admirar que nessa sociedade a comunidade doméstica viesse em primeiro lugar e a comunidade política estatal depois.[32]

Em ciência política o uso do termo se dá em pesquisas acerca da modernização política, bem como no cotejo entre realidades sociais em processo de mudança do tradicional para o moderno. Num contexto em que o modo de produção capitalista e a organização política moderna se orientam em um aparato estatal centralizado, compenetrando-se, sem, contudo, lograrem êxito na erradicação de relações tradicionais do sistema político preexistente.[33]

A democracia liberal-republicana, bem como as novas instituições públicas, causa alguma ruptura na organização clientelística. Isso porque as relações de

dependência pessoal são formalmente excluídas. Contudo, as relações de clientelismo tendem a adaptar-se e conformar-se dentro das estruturas legais e das instituições. A única diferença existente entre as relações de clientela pré-modernas e as atuais, é a de que no primeiro caso os sistemas clientelísticos estavam organizados como verdadeiros microssistemas autônomos apresentados como alternativa à ordem estatal. A exemplo das organizações mafiosas. No segundo caso, como se disse, as relações de clientela unem-se numa posição subordinada ao sistema político. Como exemplo pode ser dado o caso de alguns partidos políticos.[34]

No Brasil, as relações clientelísticas se sobressaem de modo mais pontual em políticas públicas constitutivas e na possibilidade de emenda ao orçamento público sem a participação dos cidadãos.[35] Advirta-se, porém, que as aparições da figura conhecida como clientelismo não para por aí. Outros modos de sua manifestação "legal" podem ser constatados no cenário político e no ordenamento jurídico brasileiro.

A figura do intermediário entre o poder público e os clientes geralmente está a figura do notável, que recebe um tratamento privilegiado por parte do poder político em vista de que tem em sua mão muitos votos. A outra face da moeda lhe rende apoio eleitoral por que consegue favores e obras públicas junto às autoridades em nome de seus representantes. Tal situação é patente quando se verifica um distanciamento entre o Poder do Estado e as necessidades dos cidadãos.[36]

O clientelismo relaciona-se também com a burocracia moderna. Nessa situação, a oferta de favores em troca de consenso eleitoral se dá também na obtenção de cargos públicos, financiamentos, empregos, etc. Nessa modalidade o clientelismo assume a forma de uma "rede de fidelidades pessoais", que vai do uso pessoal pela classe política dos recursos estatais até a apropriação de recursos da sociedade civil.[37]

Em suma, o clientelismo "envolve formas de aquisição do consenso por meio de permuta"[38]. Tal processo se faz evidente nas negociatas políticas que por ocasião da nomeação dos ministérios em termos de União e de secretarias nos âmbitos Estadual e Municipal.

O fato apontado consistente em que os cidadãos do norte são mais ativos civicamente, e também de manterem relações horizontais, em contrapartida ao fato de que os cidadãos do sul estarão mais adstritos aos vínculos hierárquicos e clientelistas, demonstra claramente o contraponto entre clientelismo e civismo. Onde está um o outro não viceja, porém o clientelismo não é facilmente eliminável. Pode, contudo, haver um equilíbrio em que o clientelismo não atrapalhará as relações sociais duradouras e a democracia de desempenho efetivo.

É nesse sentido que se reconhece que o desempenho de governos está relacionado de forma estreita com o civismo e a política da comunidade. Em comunidades onde vicejam associações cívicas, cidadãos se informam sobre os acontecimentos comunitários e se politizam o resultado é que a comunidade fecha as portas ao famigerado clientelismo e seus governos passam a ser mais eficientes.[39]

Os vínculos clientelistas desfazem/impedem a organização comunitária voltada para cooperação e a solidariedade, pois em relações desse jaez, o que existe é dependência, oportunismo, exploração e omissão. Aqui as relações são sempre verticais. Já nas

relações marcadas pelo civismo a ordem é a reciprocidade, autonomia, colaboração mútua, lealdade; dão-se em rede e horizontalmente.[40]

O clientelismo, dentre outras, consiste em uma das alternativas racionais de solução do problema de coexistência em uma comunidade de convivência hobbesiana, ou seja, de guerra de todos contra todos.[41] Os membros da comunidade vêem-se diante de um "dilema da ação coletiva", nestas circunstâncias todos temem o comportamento violador das regras por parte do outro, e racionalmente optam por também descumpri-la, para não serem os únicos a respeitá-la e sofrerem sozinhos os prejuízos.[42] Em muito o legado ibérico deixado aos países da América Latina se assemelha isso.

Como se afirmou acima é sabido que o clientelismo está, de certa forma, ajustado e adaptado às instituições políticas e legais do Estado. Dentro mesmo das políticas públicas, como já foi destacado, existem as políticas constitutivas ou estruturadoras, que, no Brasil, assumem um caráter marcadamente clientelístico pelo fato de que, na legislação brasileira, há a possibilidade de se fazerem emendas individuais em caráter puramente permutativo em retribuição de resultados eleitorais obtidos ou, em busca dos quais está indo o parlamentar que apresentou a emenda.[43]

Com rigor científico e metodológico, assevera Wanderley Guilherme dos Santos que, essa espécie de clientelismo chama-se "clientelismo concentrado".[44]

Wanderley Guilherme dos Santos, para explicar o clientelismo, coloca de um lado a produção coletiva e privada, e de outro o consumo coletivo e privado. Da interseção de produção e consumo e seus desdobramentos extrai quatro conceitos diferentes de bens. Quando ocorre um consumo privado de bens resultantes de uma produção privada o que resulta é o "mercado". Já, quando se tem um consumo privado de bens produzidos de forma coletiva o resultado será o conceito de "clientelismo concentrado". Um terceiro conceito, o de "clientelismo difuso" é resultante de uma produção privada com um consumo coletivo. Por último, quando tanto a produção como o consumo forem coletivos o conceito resultante é o de "bem coletivo".[45]

Para o presente estudo, os conceitos que chamam a atenção são os de clientelismo concentrado e bem coletivo. Clientelismo concentrado, como se frisou acima, se dá pelo consumo privado de uma produção coletiva. É evidente a relação entre o conceito trazido e os subsídios fiscais dados nos três níveis da federação brasileira a pretexto de gerarem emprego e renda. Contudo, tais políticas redistributivas têm efeitos pouco benéficos sem uma política pública orientada pela solidariedade social. Como exemplo tem-se bem presente a guerra fiscal existente entre Estados-membros e até mesmo Municípios. Além, é claro, das hipóteses em que há um enriquecimento de indivíduos isolados com dinheiro oriundo de tributos.

Ocorre aqui um "dilema da ação coletiva"[46] que leva o administrador de Municípios e Estados a raciocinarem da seguinte forma: a empresa X, fabricante do produto "y" sinalizou interesse em instalar-se no território do ente federado administrado por ele; sua vinda proporcionará a geração de muitos empregos diretos e tantos outros indiretos; condicionou sua instalação a inúmeros benefícios como subsídios e isenções fiscais por 30 anos. Os empregos são muito importantes para a região e para população e, ademais, caso sua administração não preencher as condições

de instalação, ou melhor, os benefícios fiscais não forem concedidos, outro ente federado certamente dará, e a empresa irá se instalar em outro lugar.

Portanto, fica estabelecido um liame bem nítido entre o que se falará a seguir, República, Tributação, Solidariedade e políticas públicas fiscais de inclusão social. Além desse elo apontado, que une as figuras mencionadas, é mister se enuncie que também a Renda de Cidadania está àquelas jungida, pois a forma como se arrecadam os tributos (justa ou injustamente), e, a forma como são distribuídos (justa ou injustamente) determina, a longo prazo, o civismo e a participação das pessoas no processo político.

5 REPÚBLICA E SOLIDARIEDADE NA TRIBUTAÇÃO

Tanto a idéia de solidariedade como a de Republicanismo, remete a de união e de cooperação no enfrentamento de problemas comuns das pessoas na vida em sociedade. A idéia de solidariedade também está associada à idéia de fraternidade.

Em linha de princípio, o valor "solidariedade" está registrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Em seu preâmbulo diz serem todas as pessoas são "membros da família humana". No artigo primeiro encontra-se dispositivo onde se vê que toda a ação humana deve estar marcada pelo "espírito de fraternidade".

A fraternidade, a liberdade e a igualdade constituem os princípios históricos do liberalismo em suas lutas contra o absolutismo e o obscurantismo do período medieval.[47] No entanto, na modernidade o valor solidariedade sempre esteve associado à caridade.[48]

A República Federativa do Brasil adota na CF/88, como matrizes políticas princípios fundamentais que, dentre outros, destacam-se, para o fim deste artigo, os da cidadania, da livre iniciativa e do trabalho e do pluralismo político; autodenominando-se Estado Democrático de Direito, erige como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

No âmbito internacional o Estado brasileiro orienta-se, dentre outras, por uma política pacífica de solução de conflitos. O que não significa que internamente a solução de conflitos se dê de forma não-pacífica.

No artigo 5°, inciso XXII, a Constituição Federal elege como direito fundamental o direito de propriedade, condicionando-o, contudo, a sua função social.

Adiante, no texto da Carta Magna, estão previstos os direitos sociais da saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados.

Além desses, ainda, de fundamental importância a menção do artigo 170 e seus incisos. Dispositivos que apontam os princípios da ordem econômica voltados para a valorização do trabalho e da livre iniciativa tendo como fim a garantia de uma

existência humana digna conforme os ditames da justiça social. Nos artigos, novamente, dentre outros, estão arrolados a propriedade privada e sua respectiva função social e a livre concorrência.

Desse sobrevôo panorâmico sobre a alguns pontos específicos da Constituição Federal, pode-se concluir que o Estado Democrático de Direito brasileiro está orientado politicamente segundo valores de uma democracia republicana solidária.

Tal orientação, repise-se, a de uma democracia solidária, indubitavelmente se projeta para as normas constitucionais tributárias. Pois, em sendo o Estado Democrático de Direito, o resultado de uma evolução histórica do Estado moderno,[49] e deixando-se de lado a peculiaridade do caso brasileiro que difere do modelo clássico europeu[50], e que, além disso, este Estado brasileiro está em constante construção pelos seus cidadãos, há que se assinalar para o fato de que no Brasil hodierno há uma forte orientação republicana[51].

No Brasil a efetiva redemocratização ocorreu somente em 1988, com o advento da nova ordem constitucional. Nessa perspectiva, pode-se dizer que o Brasil entrou para o rol dos Estados em que o movimento social-democrático encontra-se em andamento em algum grau. Esta afirmação se sustenta com base na acolhida pela Constituição dos Princípios contidos na Declaração Universal de Direitos.

A teoria da justiça de Rawls data do início da década de 1970, concebida com a influência das idéias de Rousseau, Kant e Locke, sustenta que a vida em comunidade funda-se num conjunto de motivos individuais ensejadores de uma associação política, a Sociedade e o Estado. Nessa conjuntura, é que as pessoas buscariam os princípios de uma sociedade justa.[52]

O neocontratualismo apresentado por Rawls, traz uma versão liberal da sociedade por considerar a distribuição de bens existente como “fato consumado” em que:

[...] a maximização das expectativas a longo prazo dos menos favorecidos justifica a “sorte” dos mais favorecidos e, sobretudo, porque define a injustiça não como desigualdade, mas como “desigualdade excessiva”, na qual o princípio da mútua vantagem foi violado.[53]

O que se vê na atualidade, ao contrário do que pregava Kelsen[54] em sua teoria pura do direito, é que o Direito está impregnado de moral, política, ética etc. A própria teoria da justiça de Rawls leva muito em consideração essas circunstâncias, uma vez que a escolha das pessoas por princípios que permitam uma diferenciação entre a distribuição de bens é em si uma escolha política que leva em conta a moral na escolha do direito, das regras e dos princípios.

Nesse sentido, a opção feita pela sociedade brasileira no final da década de 1980 foi a de não romper com o modo de produção capitalista e ao mesmo tempo buscar uma pacificação social por meio de um tratamento com igualdade de ânimo as candentes questões da distribuição de riqueza, de terras, redução de desigualdades, erradicação da pobreza.

Conclui-se então que a sociedade pela representatividade dos congressistas que compunham a assembléia nacional constituinte, optou pela adoção de princípios de justiça contemplativos do princípio da solidariedade.

Também, é de se ressaltar, que a solidariedade brota da Constituição da República Federativa do Brasil em vários momentos na questão relativa aos tributos e o princípio da capacidade contributiva. Isso se diz em caráter meramente teórico uma vez que o Supremo Tribunal Federal (STF) decide ainda de forma incipiente nessa seara.[55]

É nesse sentido que se concorda com Godoi, ao explicar que a solidariedade, no sentido de uma postura mais exigente, vai além de um sentido apenas de fraternidade caritativa, chega a uma efetiva implantação de um sistema de justiça social, pois:

Uma das premissas da teoria de Rawls é de que a justiça é uma virtude que se predica não de uma norma isolada (como supunha Kelsen em suas investigações sobre o problema da justiça) mas de um conjunto de normas e instituições que governam determinada sociedade.[56]

É nítida a opção por um sistema político-jurídico-econômico que não rompesse de forma abrupta com os interesses econômicos e políticos das elites hegemônicas que até hoje determinam os rumos do país. Contudo, as mudanças de um quadro social de profunda desigualdade, lentamente vão se efetivando. Não sem discussão. É por isso que é possível sustentar que o Brasil de forma deliberada adotou Social-democracia[57] e República como forma de sustentar o capitalismo e os interesses dominantes, tendo como viés o objetivo de reformar a sociedade pacificamente.

Tudo isso se disse para chegar ao ponto de que o Estado brasileiro, sem nunca ter sido um Estado de Bem-estar Social[58], é hoje um Estado Democrático de Direito (em construção) e tem inúmeras atribuições constitucionais em termos de prestações ativas a fim de viabilizar os direitos fundamentais de seus cidadãos.

Contudo, existem os pouco falados deveres fundamentais, dentre eles está o de pagar impostos (assim como existe o de respeito à propriedade). Dessa forma, como ensina Nabais:

[...] há que se ter em conta a concepção de homem que subjaz às actuais constituições, segundo a qual ele não é um mero indivíduo isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais, constituindo precisamente esta referência e vinculação sociais do indivíduo – isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais, constituindo precisamente esta referência e vinculação sociais do indivíduo – que faz deste um ser ao mesmo tempo livre e responsável – a base do entendimento da ordem constitucional assente no princípio da repartição ou da liberdade e de responsabilidade, ou seja, um ordem de liberdade limitada pela responsabilidade. Enfim, um sistema que confere primazia, mas não exclusividade, aos direitos face aos deveres fundamentais [...][59].

No sentido do pregado pelo autor mencionado acima, a solidariedade tem de forma efetiva um elemento que constrói o discurso jurídico hegemônico, enquanto o processo de pluralismo jurídico toma forma, já que “o direito não se resume aos atos do legislador”, e, também, a efetividade social é um elemento fundamental para a

interpretação da norma.[60] Vive-se um momento de "substituição do paradigma liberal-burguês (proteção do indivíduo contra o poder do Estado) pelo paradigma da solidariedade"[61].

A solidariedade social, então, deve estar presente na escolha também das políticas públicas de inclusão social também na área da tributação no Estado Democrático de Direito em construção pelos seus cidadãos. Tudo isso se conclui de um raciocínio jurídico e interpretativo do texto constitucional, mantendo-se intocada a Constituição dirigente e, conseqüentemente, o sistema de direito positivo.

A regra de imunidade tributária que não permite a incidência de tributos sobre o patrimônio ou renda de templos de qualquer culto, estará em acordo com os princípios da República e do Estado Democrático de Direito em incidindo o benefício, em termos de patrimônio urbano, apenas sobre o espaço ocupado pelo templo e pelas instalações religiosas. Uma extensão da aplicação do privilégio da imunidade a todos os imóveis que uma instituição religiosa use para manter financeiramente a instituição não está em conformidade com a República. Assim o é uma vez que tal instituto abrangente teve lugar em um contexto medieval de Estado Patrimonial Estamental, anterior até mesmo ao Estado absolutista. Tal instituto obstaculiza a plenitude da democracia.

Então, diante dos argumentos jurídicos expostos, entende-se que o Sistema Constitucional Tributário deve estar perfeitamente integrado aos princípios republicano e federativo. Por um lado, para que se levem em conta seus desdobramentos como a solidariedade social tributária, a justiça social, a capacidade contributiva, e, por outro, para que se minimize a existência de guerra fiscal como estratégia de sobrevivência em um ambiente de pouco civismo e marcado pelo clientelismo.

6 REDUÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIAIS E ERRADICAÇÃO DA POBREZA: RENDA DE CIDADANIA COMO SOLUÇÃO

A CF/88 é o documento jurídico que media os interesses entre as diferentes classes sociais brasileira. Estabelece uma série de princípios orientadores do projeto de construção do Estado Democrático de Direito e de Cidadania brasileiros. Dentre outros estão o princípio republicano e federativo, e em especial destaque o objetivo de "reduzir" as desigualdades sociais bem como erradicar a pobreza.

Importante se frise, que quanto às desigualdades sociais o que se busca é diminuir o abismo criado por uma tradição autoritária, liberal e patrimonialista de Estado. Já quanto a pobreza o objetivo é claramente erradicá-la.

No texto "Desigualdades sociais e pobreza: buscando novos enquadramentos", os autores, João Vicente e Rosana Campos apontam um contraste perceptível na América Latina e no Brasil, qual seja, o de uma estrutura social e econômica injusta com uma má distribuição de renda e apatia social, coexistindo com uma construção democrática. No contexto latino americano, vislumbram os autores, há uma marca indelével de uma tradição patrimonialista e clientelista que também existe no tradicionalismo político do Brasil.[62]

O patrimonialismo e o clientelismo, então, constituem óbices para a perfectibilização democrática do Brasil, pois de tais obstáculos decorre a apatia da cidadania em relação ao agir político social.[63]

Contudo, asseveram os autores, que estudos demonstram que existem alternativas para o agir político da cidadania, originada esta de movimentos sociais e espaços públicos diversos do campo político convencional.[64]

Os autores imbricam os assuntos "pobreza", "desigualdade social" e "agir democrático", para tentar abordá-lo numa perspectiva da "teoria do desenvolvimento" e com subsídios da "teoria da ação racional".[65]

Trazem como indicadores de pobreza e desigualdade social critérios como o de "pobreza relativa" e "pobreza absoluta". Em estado de pobreza absoluta pode ser entendida a pessoa que se encontra em condições de vida abaixo de um mínimo aceitável de padrão de vida material. Em pobreza relativa encontram-se pessoas que tem um nível de vida baixo em relação as condições matérias médicas que vivem as demais pessoas da sociedade.[66] Aqui, a renda é vista como critério determinante da pobreza, pois é ela que dita o quanto uma pessoa pode consumir e suprir suas necessidades e como ponto de partida para o estabelecimento de uma linha de pobreza ou de indigência.[67]

Para países em desenvolvimento o critério recomendado no texto é o de pobreza absoluta porque a necessidade primeira é a de alimentação. O Banco Mundial estabelece como linha de pobreza internacional a de US$2, e US$1 para constatar a indigência. Outro critério para o delineamento da pobreza, é o critério das "basic needs", isto é, necessidades básicas. Por esse critério pobre são as pessoas que não tem a sua disposição educação, saneamento, habitação, etc. Tal critério é recomendado para países com desenvolvimento social e produtivo baixo. Distingue-se do critério renda no sentido de que não a utiliza para determinar a linha de pobreza com contraponto na adoção de parâmetros que tenham resultados positivos no que diz com a qualidade de vida, coloca metas e exige resultados e destaca a complexidade da pobreza.[68]

O Brasil aborda a pobreza por ambos os critérios, ou seja, pelas necessidade básicas e pela renda. Para a fixação do valor da linha de pobreza utiliza-se a categoria arbitrária, estabelecidas sem constatação empírica se esse valor supre realmente, as necessidades alimentares do pobre. O exemplo de categoria arbitrária é o fixado para determinar pobreza e indigência pelo Banco Mundial, respectivamente 2 dólares e 1 dólar. A categoria observada é obtida por constatação empírica do consumo por exemplo, como é o caso do Brasil. Daí exsurge, para a fixação do valor da linha de pobreza pelo consumo observado, o termo "ingestão energética mínima" de alimento para garantir as funções vitais básicas do sujeito pobre ou indigente.[69]

No Brasil há dificuldades na fixação do valor para a linha de pobreza por meio do consumo observado, porque as pessoas de baixa renda não tem, a rigor, uma constante, na aquisição de alimentos devido a variação de preços ao consumidor e à instabilidade dos hábitos de consumo.[70]

Expostas as noções quantitativas e qualitativas para delineamento preciso de pobreza, os autores constatam que:

O quadro geral com indicadores e suas medições possíveis apontam para uma dimensão quase estritamente econômica, tornando pouco visível as conexões prováveis entre pobreza econômica e fenômenos e realidades no campo político e da vida comunitária mais ampla.[71]

Lima e Campos apontam o modelo proposto por Amartya Sen, contextualizado na teoria do desenvolvimento, diz que "a pobreza precisa ser vista como um fenômeno dinâmico relacionado aos processos sociopolíticos". Tal questão, para o autor indiano, se resume no dilema: "A pobreza econômica rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, e as pessoas famintas vêem-se afetadas em uma condição básica para participar plenamente da vida de sua comunidade". No cerne da teoria está o chamado "agir autônomo e criativo".[72]

Tal "agir autônomo e criativo" deve conduzir ao "aumento da liberdade das pessoas" por esse motivo é que se deve perquirir acerca da "qualidade de vida" e de "como as pessoas vivem" com que "renda disponível".[73]

Pois, constatam os autores esteiados em Amartya Sen:

Pessoas com mesmo nível de renda e formação educacional podem apresentar níveis de desempenho diferentes no cuidado e atenção as suas vidas e de ação cooperativa à comunidade, de forma a denotar margens maiores e menores de liberdade e realização de um projeto de vida desejado.[74]

A pobreza como fenômeno deve ser compreendida como "privação de capacidades básicas para o agir mais amplo", uma vez que o ponto de contato entre baixa renda e baixa capacidade varia de uma comunidade para outra, de uma família para outra e de um indivíduo para outro.

Para Sen, conforme João Vicente e Rosana Campos, as privações do homem não devem ficar restritas a renda, devem abranger uma discussão acerca das "conexões entre os fins últimos" planejados pelas pessoas e sua respectivas liberdades aplicadas no sentido de alcançar tais fins. Sen distingue, assim, pobreza como "inadequação de capacidade" de pobreza como "baixa renda".[75]

Dessa forma, defendem que a:

Institucionalização de uma base social mais ampla implica em que as políticas de combate à pobreza não podem estar circunscritas unicamente à redução da pobreza de renda, mas supõe que a ampliação das capacidades redunde na redução e/ou fim da pobreza de renda. O que se trata aqui de entender é que a expansão das capacidades humanas tem um alcance mais amplo no que diz respeito à realização de um projeto de vida desejado e onde a renda é um meio para este fim, e não a única para dirimir todas as demais privações.[76]

Quanto à qualidade de vida e seus funcionamentos, os autores asseveram que Sen sustenta que o parâmetro "qualidade de vida" é plausível de uma utilização no sentido de "avaliar a prosperidade" de uma nação e de seus habitantes.

O termo “capacidade” é utilizado no sentido de representação de combinações diferentes e alternativas que alguém pode fazer ou ser e os distintos funcionamentos que poderá obter. No entanto, o discurso acerca da “capacidade” de forma alguma pode ser confundido com uma avaliação untilitarista, uma vez que toda a gama de atos e estados do homem são relevantes em si mesmos. Por isso, sustentam em nota de rodapé que, “ser feliz e obter o que se deseja pode ser valorado no enfoque sobre a *capacidade*, porém, à diferença da tradição utilitarista, não se lhes considera a medida de todos os valores”.[77]

As capacidades básicas e a pobreza relacionam-se no que diz respeito a compreensão de capacidades mínimas no sentido de favorecer o entendimento e medição da pobreza. Eis que, baseando-se na renda exclusivamente, a pobreza limitada à moldura da renda deficitária, pode não indicar quem é realmente pobre, sem que se avaliem quem tem capacidade de sair de um estado de miséria e quem não tem.

Desigualdade e pobreza imbricam-se pelo fato de que o auferimento de vantagens são suscetíveis de avaliações por meio de diversas variáveis acerca da desigualdade entre as pessoas. O que dificulta muito a escolha de quais são as variáveis relevantes no estabelecimento de critério auscultar o nível de pobreza e em que medida reduzir a desigualdade social.[78]

A teoria do agir no contexto das desigualdades sociais, tem aplicação no Brasil, uma vez que “a pobreza brasileira apresenta o traço destacável da renda insuficiente”, impedindo a obtenção de uma alimentação digna e que a pessoa tenha uma boa saúde, porém, o mais importante é que o sujeito que sente fome é privado de realizar seu projeto de vida e de participar ativamente da vida em comunidade.[79]

Ademais, a pobreza no Brasil como fato social implica num enfrentamento das raízes das desigualdade e das injustiças sociais. Assim, é importante destacar que as concepções igualitaristas ganham força no sentido de um “nivelamento das condições humanas vividas”, isto é, um nivelamento de renda.[80]

O autor faz o reconhecimento que uma vida política mais ampliada ocorre no cotidiano e nos encontros pessoais entre os indivíduos, em que se perceba o outro como estando mais próximo ou mais distante, numa conjuntura e ambiente de formulações de políticas e suas estratégias.

Nessa busca pela erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, em caráter de substituição aos programas sociais existentes, discute-se a implementação de um programa de distribuição direta de renda, desvinculado de qualquer critério permissivo para sua concessão, que por isso, alcançaria todos os cidadãos. Tal programa se coaduna com o ideal do republicanismo e de certa forma pode ser um primeiro passo no combate contra as práticas clientelísticas arraigadas.

Por meio do programa social Renda de Cidadania (RC) é reconhecido um direito ao cidadão, independentemente de sua condição econômica receber de tempos em tempos definidos, um valor pago pelo Estado que simboliza a fruição direta por todos os cidadãos de uma parte da riqueza produzida no território do Estado ao qual faz parte.[81]

A renda de cidadania entrou para o ordenamento jurídico brasileiro com a publicação da lei 10.835 em 8 de janeiro de 2004, ainda pendente de regulamentação pelo Poder Executivo Federal. Por meio desse instrumento jurídico talvez seja possível ao homem político reformular o sistema capitalista de modo a torná-lo mais paritário e com uma distribuição de recursos menos díspar. E com isso tornando possível uma vida mais digna para a população cidadã.

A RC adveio num momento em que o postulado neoliberal segundo o qual basta haver um crescimento econômico que o desenvolvimento social virá como conseqüência, ainda é sustentado por alguns políticos. O crescimento econômico sozinho não garante níveis desejáveis de desenvolvimento social a curto prazo, isto é, não é capaz de diminuir a pobreza devido a inconstância e a incerteza que a marcam o mercado econômico. Quando a redução da pobreza é deixada sob a responsabilidade exclusiva do crescimento econômico, ela ocorre lentamente desde que a conjuntura econômica seja estável e contínua.[82]

Numa ordem Republicana-Liberal-Democrática crescimento econômico constitui responsabilidade do mercada, enquanto, por outro lado, a responsabilidade pela distribuição eqüitativa dos bens é incumbência do Estado. Nessa quadra, tanto crescimento quanto distribuição "precisam estar unidos para assegurar a queda da desigualdade".[83]

A RC garantiria a todas as pessoas um mínimo de dignidade capaz de incluí-los no processo político gradativamente, uma vez que permitiria uma maior liberdade na escolha de empregos e até uma melhora na remuneração do trabalho por via indireta.

Pelo motivo apontado acima, a RC parte de uma construção doutrinária dita de modelo progressista e distributivista. Sendo universal e perene seu objetivo é distribuir uma parcela da riqueza produzida pela sociedade. Justamente o inverso dos programas sociais temporários paras as pessoas pobres apenas, a RC destina-se a todos.[84]

O programa renda de cidadania se coaduna melhor com o princípio republicano e com o princípio da solidariedade social. Adiante serão abordados os pontos República e Solidariedade bem como alguns obstáculos a efetivação democrática. A Renda de Cidadania constitui assim uma ferramenta de construção da democracia.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, a conclusão que se impõe é de que a cidadania é um dos importantes fatores para se operar um processo de ruptura de um panorama de desigualdade social e de injustiça na distribuição dos bens que vigorou em toda a tradição do passado. Para prospectar um futuro para o século XXI em que muitos mais esteja incluídos na sociedade com dignidade.

Nessa mesma linha, diante de problemas globais como a pobreza e a desigualdade social, o Estado Liberal, em sua forma arcaica não mais está apto a tratar de conflitos. Isto é comprovado pelas inúmeras críticas levantadas ao liberalismo, talvez a melhor forma existente de combate ainda seja a "terceira via", ou seja, a Social-

democracia. Esta, por sua vez, coloca em equilíbrio as liberdades e o interesse público pautador da ação política.

Sob outro enfoque, o Republicanismo relido, aliado à Social-democracia, resgata a concepção de vida pública e do civismo da antiguidade, readequando-o para o Estado contemporâneo que possui um território mais vasto, um aparelho estatal mais complexo, e, principalmente orienta-se sob a égide dos Direitos Humanos.

A República Federativa do Brasil tem gravado em sua Constituição (CF/88), o princípio republicano e federativo. Os desdobramentos desses princípios culminam na existência do princípio da Solidariedade Social que, dentre outras passagens, pode ser vislumbrado nos objetivos da República brasileira. Quanto aos objetivos republicanos brasileiros, destaca-se o de reduzir as desigualdades sociais e erradicar a pobreza. Todavia, tais objetivos, cuja finalidade exclusiva é de alcançar uma democracia efetiva, são obstaculizados pela falta de civismo e pelo clientelismo.

Em se tratando de clientelismo, o Brasil ainda não realizou uma ruptura profunda com tal engrenagem social, pois ainda é possível constatá-lo nos mais altos círculos de poder, bem como em situações corriqueiras como sonegação fiscal. Por isso, é possível sustentar que falta as pessoas as noções mais básicas de civismo, uma vez que adotam uma estratégia de sobrevivência individualista, com desprezo ao bem comum, num ambiente de guerra de todos contra todos.

O rompimento do obstáculo apontado acima é uma tarefa árdua para os políticos e para a sociedade brasileira. E nesse contexto o Republicanismo e o Civismo, o desenvolvimento de redes de confiança, implicam em uma melhor distribuição da carga tributária por um lado e em uma distribuição de bens primários como liberdade, em seu sentido amplo, o que implica em educação, saúde e alimentação dignas, da forma mais eqüitativa possível.

Nesse sentido é surge a idéia de que é possível implementar uma política pública de distribuição de parte das riquezas produzidas no país a todos os cidadãos. Uma política desse porte e com essa qualidade deixaria de lado um modelo que tenta estabelecer quem é pobre, uma vez que nesse processe existe uma discriminação inevitável que fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

A essa política pública que alcança a todos com uma renda propiciada pelo Estado, dá-se o nome de renda de cidadania e é capaz de conciliar de forma muito eficaz a liberdade e a solidariedade. Isso tudo porque há um caráter multifacetado e reconduzidor no direito de Renda de Cidadania, pois por um lado é um direito fundamental esteiado na liberdade e por outra dimensão se faz presente em momento histórico em que a profusão é dos direitos de solidariedade. Isto é, ao se garantir o direito de Renda de Cidadania efetiva-se um direito eqüitativo e ao mesmo garante-se a liberdade de forma indubitável.

A Renda de Cidadania mostra-se como um eficaz mecanismo de combate ao clientelismo e a falta de civismo, sendo, por isso, um direito fomentador do Republicanismo. No contexto a Renda de Cidadania constitui uma apropriação pública de bens produzidos privada e publicamente e por isso pode-se dizer que é um bem coletivo.

A Renda de Cidadania se mostra, juntamente com política públicas fiscais de inclusão social, um caminho norteado para a existência de uma cidadania politicamente ativa. Ser cidadão implica também em deveres como o de pagar os impostos de forma justa, implica também o direito de poder agir no sentido de conhecer e decidir como pagá-los, como melhor distribuir essa carga tributária.

Essa capacidade de decisão nunca será alcançada sem uma intervenção do Estado mediante uma política pública que garanta a existência dos mais pobres. Nesse ponto se mostra que o Estado (neo)liberal e seus postulados egoísticos estão sendo deixados de lado.

8 REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Estado e Constituição: Republicanismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BROWN, Gorndon. Primeiro Ministro Britânico. Disponível em : http://oglobo.globo.com/mundo/mat/2008/11/05/lideres_mundiais_comentam_eleicao_de_obama_nos_eua-586263145.asp Acesso em: 05/11/2008.

CARDOSO, Sérgio. Por que República: notas sobre o ideário democrático republicano. *In*: CARDOSO, Sérgio (Organizador). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

DULCE, Maria José Farinas. *Mercado sin ciudadanía – Las falacias de la globalizacion neoliberal*. Madrid, Editorial Biblioteca Nueva. S.L., 2005.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder:* formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas públicas e a realização dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

LIMA, João Vicente R. C. B.; CAMPOS, Rosana. Desigualdades sociais e pobreza: buscando novos enquadramentos. *In*: BAQUERO, Marcelo (Org.). *Capital social, desenvolvimento sustentável e democracia na América Latina*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1976.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001.

MASTROPAOLO, Alfio. Clientelismo. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola (Coords). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 1.

MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola (Coords). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 2. p. 686-705.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

PUTNAM, Robert D. *Comunidade e democracia:* a experiência da Itália moderna. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1996.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SCHMIDT, João Pedro. Políticas Públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerecialista. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 1988-2032.

SETTEMBRINI, Domenico. Social-Democracia. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 2.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania*: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz; NURIA, Cunil Grau (Org.). *O Público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999.

---

[1] BROWN, Gorndon. Primeiro Ministro Britânico. Disponível em : http://oglobo.globo.com/mundo/mat/2008/11/05/lideres_mundiais_comentam_eleicao_de_obama_nos_eua-586263145.asp Acesso em: 05/11/2008.

[2] VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania*: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 33-34.

[3] Ibid., p. 34-35.

[4] Ibid., p. 36.

[5] Ibid., p. 37.

[6] Ibid., p. 37-39, passim.

[7] Ibid., p. 40.

[8] Ibid., p. 41.

[9] Ibid., p. 42.

[10] Ibid., p. 45.

[11] Ibid., p. 47.

[12] Ibid., p. 48.

[13] Ibid., p. 49.

[14] VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz; NURIA, Cunil Grau (Org.). *O Público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 219-220.

[15] Ibid., p. 220.

[16] Ibid., p. 220.

[17] Ibid., p. 220.

[18] DULCE, Maria José Farinas. *Mercado sin ciudadanía – Las falacias de la globalizacion neoliberal*. Madrid, Editorial Biblioteca Nueva. S.L., 2005. p. 199.

[19] AGRA, Walber de Moura. *Estado e Constituição: Republicanismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11-13, *passim*.

[20] *Ibid*., p. 24-27, *passim*.

[21] AGRA, *Estado e Constituição: Republicanismo*, 2005. p. 109.

[22] *Ibid*., p. 111.

[23] *Ibid*., p. 12-13, *passim*.

[24] *Ibid*., p. 17.

[25] *Ibid*., p. 16.

[26] CARDOSO, Sérgio. Por que República: notas sobre o ideário democrático republicano. *In*: CARDOSO, Sérgio (Organizador). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. p. 46-47.

[27] AGRA, *Estado e Constituição: Republicanismo*, p. 58-59.

[28] *Ibid*., p. 109.

[29] GODOI, Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 145.

[30] *Ibid*., p. 110.

[31] *Ibid*., p. 111-112.

[32] MASTROPAOLO, Alfio. Clientelismo. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola (Coords). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 1. p. 177.

[33] *Ibid*., p. 177.

[34] MASTROPAOLO, In: BOBBIO, *et. ali*. *Dicionário de Política*, 1994, p. 177-178.

[35] SCHMIDT, João Pedro. Para entender políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 2315.

[36] MASTROPAOLO, In: BOBBIO, *et. ali*. *Dicionário de Política*, 1994, p. 177-178.

[37] *Ibid*., p. 178.

[38] *Ibid*., p. 178.

[39] *Ibid*., p. 112-113.

[40] *Ibid*., p. 184.

[41] PUTNAM, *Comunidade e democracia*: a experiência da Itália moderna, 1996, p. 187.

[42] *Ibid*., p. 173.

[43] SCHMIDT, Para entender políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *In*: LEAL, *et. al*., *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, 2008, p. 2314.

[44] SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *O ex-Leviatã brasileiro:* do voto disperso ao clientelismo concentrado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. 275 p.

[45] SANTOS, *O ex-Leviatã brasileiro:* do voto disperso ao clientelismo concentrado, 2006. p. 247.

[46] PUTNAM, *Comunidade e democracia:* a experiência da Itália moderna, 1996. p. 173-174.

[47] MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola (Coords). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 2. p. 686-705.

[48] GODOI, Tributo e Solidariedade Social. *In*: GODOI, *et. al.*, *Solidariedade social e tributação*, 2005. p. 143.

[49] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28.

[50] SCHMIDT, João Pedro. Políticas Públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerecialista. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 1988-2032; FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p. 819.

[51] CARDOSO, Sérgio (Organizador). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. p. 24.

[52] LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001. p. 27; e, RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 13.

[53] LOPES, *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*, 2001, p. 29.

[54] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1976. p. 68.

[55] GODOI, Tributo e Solidariedade Social. *In*: Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. pp. 141-167.

[56] GODOI, Tributo e Solidariedade Social. *In*: GODOI, *et. al.*, *Solidariedade social e tributação*, 2005, p. 149.

[57] SETTEMBRINI, Domenico. Social-Democracia. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 2. p. 1.188. p. 1188.

[58] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 24.

[59] NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p. 31.

[60] GODOI, Tributo e Solidariedade Social. *In*: GODOI, *et. al.*, *Solidariedade social e tributação*, 2005. p. 144.

[61] GODOI, Tributo e Solidariedade Social. *In*: GODOI, *et. al.*, *Solidariedade social e tributação*, 2005, p. 145.

[62] LIMA, João Vicente R. C. B.; CAMPOS, Rosana. Desigualdades sociais e pobreza: buscando novos enquadramentos. *In*: BAQUERO, Marcelo (Org.). *Capital social, desenvolvimento sustentável e democracia na América Latina*. Porto Alegre: UFRGS, 2007. p. 57.

[63] Ibid., p. 57. No que diz respeito a relação entre clientelismo e suas implicações com as virtudes cívicas, será dedicado um item específico que abordará a sua origem, causas e conseqüências no ambiente da República Federativa do Brasil.

[64] Ibid., p. 57.

[65] Ibid., p. 58.

[66] Ibid., p. 59.

[67] Ibid., p. 59.

[68] Ibid., p. 60-61.

[69] Ibid., p. 63.

[70] Ibid., p. 63.

[71] Ibid., p. 65.

[72] Ibid., p. 65.

[73] Ibid., p. 66.

[74] Ibid., p. 66.

[75] Ibid., p. 67.

[76] Ibid., p. 68.

[77] Ibid., p. 69-70.

[78] Ibid., p. 78.

[79] Ibid., p. 78-79.

[80] Ibid., p. 81.

[81] FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas públicas e a realização dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006. p. 25.

[82] Ibid., p. 25.

[83] Ibid., p. 28.

[84] Ibid., p. 34-35.

A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS INATIVOS EM FACE DO PRINCIPIO ESTRUTURAL DA SOLIDARIEDADE DO GRUPO*

THE CONTRIBUTION OF SOCIAL SECURITY INACTIVE PUBLIC SERVANTS FACE OF STRUCTURAL PRINCIPLE OF SOLIDARITY GROUP

Fabiana Eliza Mattos
André Ricardo Guimarães Reckzigel

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo, demonstrar a necessidade e a verdadeira função social do principio da Solidariedade do Grupo, a fim de, validar as contribuições exóticas, bem como as contribuições previdenciárias, garantindo o equilíbrio do sistema financeiro e atuarial. Desta forma, diante dos direitos e deveres do cidadão e do estado, garante as condições de subsistência, independência e da dignidade pessoal dos servidores inativos, através de proventos durante a velhice, tal contribuição será custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta redistribuindo os bens sociais, em face de estar preservando a dignidade da pessoal em razão dos infortúnios que acometem o grupo com a chegada da velhice ou até mesmo em casos de incapacidade para o trabalho em face de acidente e ou doença.

PALAVRAS-CHAVES: CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, SOLIDARIEDADE DO GRUPO, CONSTITUIÇÃO, SEGURANÇA JURÍDICA

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the need and the real social function of the principle of solidarity of the Group in order to validate the exotic contributions and the contributions, ensuring the balance of the financial and actuarial. Thus, before the rights and duties of citizens and state guarantees livelihoods, independence and dignity of retired employees through earnings in old age, such a contribution is payable by all of society, directly and indirectly redistributing social goods, due to be preserving the dignity of staff because of the misfortunes that affect the group with the onset of old age or even in cases of incapacity for work in the face of accident, or illness.

KEYWORDS: CONTRIBUTION PREVIDENCIÁRIA, SOLIDARITY OF THE GROUP, CONSTITUTION, JURIDICAL SAFETY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Um dos temas mais importantes da atualidade, são as políticas públicas do governo, em face as contribuições previdenciárias dos servidores públicos inativos, o que gera desta forma conflitos, em face da diminuição da qualidade de vida dos aposentados e ou pensionista.

Nota-se que a emenda n°20 de 1998, expor em seu artigo 40, parágrafo único, que a clientela do regime previdenciário nada mais é do que os servidores titulares de cargos efetivos, ou seja, excluindo desta forma os servidores públicos inativos. Em que pese o STF ter julgado a incidência da contribuição previdenciária sobre os inativos do serviço público Inconstitucional diante do desrespeito ao principio do custo beneficio, a Emenda 41/2003, autorizou tal contribuição em face do principio estrutural da solidariedade fundamentando desta forma o fato gerador do tributo na capacidade contributiva dos servidores aposentados.

Sendo assim é necessário preservar tal contribuição de fins social para que os grupos beneficiários, no caso em tela, os servidores inativos, de uma redistribuição de bens sociais e aumente a qualidade de vida tão almejada.

1 Princípio da Solidariedade do Grupo e contribuições previdenciárias dos inativos

Uma das principais finalidades da Previdência Social é a proteção a dignidade da pessoa, sendo assim, o principio da solidariedade do grupo, vem neste viés, ter uma importância maior, em face de estar preservando a dignidade da pessoa em razão dos infortúnios que acometem o grupo com a chegada da velhice ou até mesmo em casos de incapacidade para o trabalho em face de acidente e ou doença.

Diante disso o informativo do STF n°357, de 25.08.2004, diz o seguinte:

d) a contribuição instituída ou discriminação sob o fundamento de que não atende aos princípios da generalidade e da universalidade (art.155, parágrafo 2°,I), já que recai só sobre uma categoria de pessoas que de solidário e distributivo, passou a ser meramente contributivo e depois solidário e contributivo, por meio da previsão explicita de tributação dos inativos, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial', em face da necessidade de se resolver um colapso havido no sistema em

decorrência dentre outros fatores da queda da natalidade, do acesso aos quadros funcionais públicos, do aumento da expectativa de vida do brasileiro e, por conseguinte, do período de percepção do benefício; d.2) o sistema previdenciário, objeto do art. 40 da CF nunca foi de natureza jurídico-contratual, regido por normas de direito privado. O valor pago pelo servidor a titulo de contribuição previdenciária nunca foi nem é prestação sinalagmática, mas tributo destinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social ; d.3) o regime previdenciário público visa garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso por meio do pagamento de proventos da aposentadoria durante a velhice e, nos termos do art. 195 da CF, deve ser custeado por toda a sociedade de forma direta e indireta o que se poderia denominar principio estrutural da solidariedade[1]

Nota-se que a "solidariedade surge como conceito relevante para fins de determinar o fundamento de uma exigência tributária", é o que se pode verificar das contribuições que hoje representam a maior parte da arrecadação federal. No caso em tela, comporta ampla exposição da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 3.105,41 em que se decidiu o caso dos inativos. Como se vê pelo "voto do Ministro Cezar Peluso, aparece com nitidez a afirmação de que os aposentados são submetidos a uma contribuição de caráter tributário e que esta se justifica, posto que eles pertencem a um grupo específico que demanda recursos para atender à finalidade da sua previdência".[2]

Diante da exposição acima "Ou seja, a idéia de grupo de "pertencer a", de "fazer parte de", é que justifica, em última análise, a figura das contribuições como, aliás, tive oportunidade de expor em outra oportunidade. E por se tratar de um "pertencer a" um grupo, o elemento solidariedade aos demais integrantes é imanente".Ou seja, a tributação não precisa ser a melhor possível da perspectiva solidária, mas não pode conter preceitos que contrariem o valor solidariedade. Por si só, isto é suficiente para aparelhar um critério de avaliação da constitucionalidade das leis tributárias sempre que disserem respeito a figuras ou temas que envolvam a solidariedade social".[3]

Diante disso, as contribuições previdenciárias de forma rateada entre a sociedade e o Estado faz " raciocinar sobre direitos fundamentais sem examinar os equivalentes deveres, dentre os quais, o dever de ratear o custo do Estado querido pela sociedade. Com efeito, na medida em que a sociedade quer um Estado que não seja proprietário de todos os bens (de cuja exploração resultariam recursos suficientes para seu funcionamento) e, mais, se ela pretende que esse Estado faça algo (p. ex., proveja à seguridade social), o dinheiro de que necessita deverá vir de alguma outra origem que não seja a mera exploração de seu patrimônio"[4]

“Mas a idéia de dever fundamental não se esgota em si; ao revés, dela emana a responsabilidade que o próprio Estado tem perante a sociedade na busca dos objetivos e fins por ela consagrados. Argumentar pela existência de um dever fundamental de pagar impostos não é livrar o Estado de seus compromissos junto à sociedade, nem minimizar o poder de controle que esta possui perante os modos e meios de aplicação dos recursos assim arrecadados”.[5]

Nos ensinamentos de Ricardo Lobo Torres a “jurisprudência, por conseguinte alterou os fundamentos principais da contribuição previdenciárias, passando do custo/benefício para capacidade contributiva, e da solidariedade do grupo para o principio estrutural da solidariedade”. Portanto diante de tal conceituação o STF, na tese da correção da injustiça passada ou da discriminação reversa, tentando igualar as situações dos inativos dos serviços públicos e da iniciativa privada, mesmo que não haja vinculo entre a solidariedade. “Alias o vinculo de solidariedade dentro do grupo jamais ocorreu no relacionamento entre o Estado e os seus servidores, pois o Poder Público não contribuiu para a previdência dos funcionários, preferindo bancar a sua aposentadoria, o que, antes do desequilíbrio de gerações representado pela diminuição da população jovem e pelo aumento do número de idosos lhe foi financeiramente favorável”. [6]

Para Alexy[7] “os Direitos Sociais Fundamentais como direitos do individuo em face do Estado, afirmando que em função da preservação da autodeterminação do ser humano - que se obtém não apenas a partida da liberdade de agir mas sim de uma liberdade de fato – há que se ter um contudo mínimo a ser provido, para assegurar as condições mínimas de vida digna”

2 **Solidariedade Social e Tributação**

A Solidariedade Social tem como substância jurídica a tributação tendo em vista o principal motivo sendo a distribuição de rendas, em face de autorizar a oneração maior daqueles que o sistema tenha um ônus de participação custeante muito maior.

Diante disso fora estabelecidos alguns valores da solidariedade para justificar a exigência de tal tributação como veremos a seguir:

[...] o valor solidariedade social já tem surgido com clareza em, pelo menos três momentos distintos do debate tributário: a) O primeiro corresponde ao da justificação da exigência, vale dizer, das razões que tornam cabível o tributo. Neste plano, o tema pode aparecer em duas dimensões distintas conforme se tratar de uma justificação condicional ou finalística da exigência. O que mostra sua importância em relação ao gênero tributo e mais especificamente à figura das contribuições. Algumas vezes

aparece como fundamento da tributação, como se lê, por exemplo, em José Casalta Nabais e Ricardo Lobo Torres ao tratarem do dever fundamental de contribuir para o custeio do Estado que queremos. Relativamente aos impostos, neste ponto assume importância o debate sobre o princípio da capacidade contributiva. Outras vezes, a solidariedade social surge como objetivo a ser alcançado através da instituição de contribuições, tema ao qual a doutrina tem se dedicado intensamente nos últimos anos, embora episodicamente ainda o faça apegada ao modelo do fato gerador ou dos impostos com destinação específica, manifestamente insuficiente para explicar a figura *sui generis*, que no Brasil, é a contribuição. Este aspecto põe em pauta um debate não apenas sobre meios, mas principalmente sobre fins e dá ensejo a um debate sobre a "justiça dos fins", como expõe Daniel Gutmann. (p. 168- 169);b) A solidariedade social surge também no plano dos critérios de congruência da legislação tributária e serve para identificar eventuais distorções internas ao ordenamento jurídico ao versar determinada hipótese específica ou atua como instrumento para detectar desvios na produção da lei tributária. c) Por fim, o tema apresenta-se diluído nos embates perante o Poder Judiciário, como critério de interpretação utilizado para buscar o sentido integral das normas positivas, ao apontar uma direção iluminada por esse valor (como, por exemplo, o debate sobre a eficácia positiva do princípio da capacidade contributiva) e, deste modo, serve também para definir limites à tributação. [8]

Portanto, ao construirmos um Estado Democrático, fixado nos princípios constitucionais garantindo a dignidade humana a "fórmula a ser atendida é aquela singelamente retratada no artigo 3º, I da CF/88 no sentido de ser objetivo da República construir uma sociedade livre, justa e solidária; vale dizer, em que os dois valores máximos dos modelos puros do Estado (de Direito = liberdade e Social = solidariedade) devem necessariamente ser compostos, pois a justiça (que está entre eles) resultará do seu balanceamento.[9]

Conforme Wladimir Novaes Martinez[10] explicita com maestria as origens desse princípio previdenciário.

"A solidariedade social é projeção de amor individual, exercitado entre parentes e estendido ao grupo social. O instinto animal de preservação da espécie, sofisticado e desenvolvido no seio da família, encontra na organização social ambas possibilidades de manifestação. Pequeno o grupo social, a solidariedade é quase instintiva. Vencendo o natural egoísmo, quem ajuda o próximo um dia poderá ser ajudado. Suplantado o individualismo, a pessoa integra-se na sociedade. Essa ajuda, sem perspectiva de reciprocidade, é moral; com certeza de reciprocidade, é seguro social."

Diante do previsto na Emenda Constitucional nº 20/98, a mudança adquire condições de consolidar-se de forma efetiva, na medida que conta com regramentos claros e

específicos quanto ao caráter contributivo do sistema, exigindo observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

...enquanto a aposentadoria voluntária é direito do funcionário e obrigação do Estado, a aposentadoria compulsória, ao revés, é direito do Estado e obrigação do funcionário." Min. Luiz Gallotti, STF.[11]

Antes do advento da Emenda Constitucional nº 20/98, os regimes próprios de previdência social não possuíam o caráter contributivo, pois o entendimento até então predominante era de que os proventos de aposentadoria eram "vencimentos diferidos". Tal entendimento se justificava pelo fato de que os servidores recebiam durante a atividade valores abaixo dos de mercado, tendo na aposentadoria a vantagem de receber sua última remuneração na integralidade, o que seria uma espécie de compensação pela defasagem salarial existente entre os vencimentos pagos na esfera pública e os salários pagos no âmbito privado. [12]

Mister em cumprir o papel social pois a solidariedade dessa forma se aproxima do conceito de justiça visando e promovendo a resdistribuição igualitária dos direitos e deveres dos membros da sociedade. Portanto dessa forma o principio da solidariedade vem assegurar no campo da previdência social a distribuição dos encargos ao custeio do sistema e via de conseqüência ocasionando o equilíbrio atuarial e financeiro.

Com essa visão sobre previdência social, pode-se ter um melhor acompanhamento de sua evolução quanto ao servidor público.

3 A Proteção aos Previdentes e Redistribuição de Renda

Diante da igualdade política estabelecida pelo principio “todos são iguais perante a lei”, como forma de manutenção da Previdência Social cabe a ela reduzir as desigualdades sociais e econômicas nas quais a redistribuição de renda é uma forma de privilegiar os mais desprotegidos.

Baseando-se nas mesmas premissas das quais se utiliza o legislador previdenciário, para estabelecer a obrigatoriedade de filiação, sustenta-se que a Previdência Social cria para todos os indivíduos economicamente ativos uma proteção a sua renda, uma vez que, sendo o sistema caçado no ideal de solidariedade, se apenas os mais previdentes resolvessem fazer a contribuição para o seguro social, os demais ao necessitarem da

tutela estatal por incapacidade laborativa, causariam um ônus ainda maior a estes trabalhadores previdentes.[13]

Nos ensinamentos de Torres distingue os princípios da distribuição e da redistribuição de rendas. Este último teria natureza orçamentária: “Leva em conta simultaneamente as vertentes da receita e da despesa, ao fito de transferir renda dos mais ricos para os pobres e miseráveis. Opera sob a consideração da justiça por transferência, particular subprincípio da justiça distributiva.” Já o princípio da distribuição de rendas não se ocupa com as transferências, mas com a tributação de acordo com a capacidade do contribuinte e sua justiça: “John Rawls observa que o princípio da distribuição de rendas, subordinado ao ramo das finanças públicas que Musgrave chama de distributivo (distribution branch), atua mediante a tributação e os ajustes na propriedade; ao dispor sobre o imposto de heranças e ao estabelecer restrições ao direito de doar, não tem por objetivo coletar tributos para o governo, mas corrigir a distribuição de riquezas e prevenir as concentrações de poder que prejudiquem o 'justo valor da liberdade política e a igualdade de oportunidade'.[14]

Para Bobbio[15], a redistribuição de rendas, “resulta imperativo que o próprio Estado faça descriminações, no sentido de privilegiar os menos favorecidos com o que, “desse modo, um desigualdade torna-se instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades”.

Portanto dessa forma a o direito adquirido das pessoas previdentes as quais, possuem capacidade contributiva maior para sanar os infortúnios futuros, diante disso cabe aqui salientar que o principio da solidariedade do grupo preserva não só o equilíbrio financeiro e atuarial como preserva a dignidade da pessoa participante do grupo, tendo em vista o desequilibrio social existente e custeado pela previdência social, diante da finalidade da mesma em diminuir as desigualdades sociais.

Segundo Evaristo de Moraes Filho,[16]

Ao lado da justiça comutativa eu regula os contratos, da justiça social que vela pelo bem comum e da qual a autoridade é gerente e a que todo o individuo membro do corpo social é obrigado a servir e corroborar. Beneficiário do bem comum, o individuo tem-no, de certo modo, a seu cargo, muito embora os governantes sejam primeiros responsáveis por ele. A justiça social deve penetrar as instituições e deve a vida toda dos povos. A sua eficácia deve manifestar-se sobretudo pela criação de uma ordem jurídica e social que informe toda a vida econômica.

Nas palavras de Daniel Machado da Rocha, “tal desideratoé viabilizado pela redistribbuição dos riscos sociais horizontalmente (entre grupos profissionais distintos) e verticalmente (entre gerações) pelo equacionamento da economia coletiva”.[17]

4 DO EQUILIBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL

Como se vê no Brasil é público e notório que o sistema previdenciário existente não era sustentável, até mesmo porque sempre financiava a renda de populações que não contribuíram para o fundo comum ao longo dos tempos.

Sendo assim, o principio do Equilíbrio financeiro e atuarial fora expresso a partir da Emenda Constitucional n°20/98, impõem que, a fim de manter o sistema em condições superavitárias e observar as oscilações da média etária da população, bem como sua expectativa de vida para a adequação dos benefícios a estas variáveis, será necessário a execução da política previdenciária com relação entre custeio e aos pagamentos dos benefícios

Segundo Stephanes[18], comentando a necessidade de adotar-se tal principio ainda quando a Emenda n°20/98 tramitava, “no que diz respeito à Previdência Social os impactos da dinâmica demográfica refletem-se tanto nas despesas quanto do lado das receitas. Em um sistema de repartição simples como o brasileiro o elemento fundamental para manter seu equilíbrio, considerando-se somente as variáveis demográficas e a estrutura etária da população em cada momento, pois é ela que define a relação entre beneficiários (população idosa) e contribuinte (população em idade ativa)”.

Com base nesse principio, o RGPS foi recentemente modificado para incluir no cálculo de benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e idade o chamado “fator previdenciário”, resultante de variáveis demográficas e atuariais relativas á expectativa de vida, comparativamente á idade de jubilação – Lei n°9.876/99.[19]

Sendo assim, para Hugo Thamir Rodrigues[20], a idéia de arrecadação junto ao contribuinte demonstra a solidariedade do grupo para a preservação da maquina estatal, senão vejamos a seguir:

Quanto à fiscal, resta latente a idéia de arrecadação, buscando-se junto ao contribuinte os recursos necessários para o sustento da máquina estatal. Aqui, qualquer que seja a espécie tributária, a idéia é amealhar junto ao bolso privado as somas que permitam às diversas esferas federativas (caso do Brasil) a manutenção de suas engrenagens executivas, legislativas e judiciárias. (p. 902)

Portanto a idéia de arrecadação traz um equilíbrio financeiro entre as receitas e despesas do sistema. Já o equilíbrio atuarial está ligado ao controle, prevenção de variações extremas entre os segurados

Na lição de L. Souza Franco[21], o equilíbrio pode ser o da precisão orçamentária, ou da execução orçamentária; pode ser formal, da igualdade contábil entre receita e despesas, ou substancial, pelo qual são definidas as receitas que cobrirão despesas especificadas.

No critério clássico, desejava-se que as receitas normais, originárias e derivadas, cobrissem todas as despesas, não se considerando o credito com uma receita. A busca de recursos no mercado financeiro e ou a emissão de moeda perturbaria o fluxo normal da economia. O déficit orçamentário só seria admitido em casos de sobrevivência nacional, como guerra e calamidade pública. As demais dificuldades deveriam ensejar o agravamento dos tributos.

Neste mesmo contexto, Ricardo Lobo Torres[22], traz que " para substituir o regime financeiro vigente no império, baseado no desequilíbrio orçamentário e permanente recurso aos empréstimos, procurou a 1° Republica aumentar os tributos, que passariam a constituir o principal item da receita pública, como ocorria nos países liberais; pregava Rui Barbosa que "o lema do novo regime deve ser, pois, fugir dos empréstimos e organizar a amortização, não contrair novas dívidas e reservar ainda que com sacrifício nos seus orçamentos, quinhão sério ao resgate", pois o "desequilíbrio entre a receita e a despesa é a enfermidade crônica da nossa existência nacional".

O histórico numérico da previdência pública no Brasil demonstra que as maiores dificuldades de custeio dentre os modelos existentes encontram-se nos regimes próprios dos servidores públicos (considerando-se além desse, o regime público voltado para os empregados celetistas e os de previdência complementar, que se dividem em abertos e fechados). Esses regimes, que em sua maioria são de repartição simples [23]e vinculados ao tesouro da União, dos Estados e dos Municípios, já se apresentavam deficientes muito antes do advento da atual Constituição da República, pois funcionavam sem a observância do equilíbrio atuarial, ficando periclitante a situação dos regimes próprios após a promulgação da Carta de 1988. [24]

Diante disso o art. 194, § único, inciso V da Constituição Federal antevê que o poder público á organizar a seguridade com base na eqüidade na forma de participação no custeio.

Para o regime previdenciário ter equilíbrio financeiro, basta ter no exercício atual um fluxo de caixa de entrada superior ao fluxo de caixa de saída, gerado basicamente quando as receitas previdenciárias superam as despesas com pagamento de benefícios[25].

Já para se ter equilibro atuarial, deve estar assegurado que o plano de custeio gera receitas não só atuais, como também futuras e contínuas por tempo indeterminado, em um montante suficiente para cobrir as respectivas despesas previdenciárias. Para se manter o equilíbrio financeiro e atuarial é imprescindível que o regime próprio mantenha um fundo previdenciário que capitalize as sobras de caixa atuais que garantirão o pagamento de benefícios futuros.Nesta diapasão, o que se pretende é a segurança de uma previdência consistente como garantia de uma vida digna para o servidor público, observado a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário municipal.[26]

Sendo assim que a eqüidade é a aplicação da justiça ao caso particular. Portanto dessa forma permite a distribuição dos encargos necessários para a mantença do sistema previdenciário, uma vez que a seguridade social consiste num conjunto de ações integradas do poder público e da sociedade objetivando assegurar a previdência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que responsabilidade da Previdência Social com relação a garantir os direitos fundamentais trazem inúmeros problemas sociais em face das dificuldades existente para amenizar os problemas sociais no mundo em que vivemos.

Diante disso convém mencionar que nossa sociedade está dividia em classes as quais são necessárias políticas públicas para preservar e manter o equilíbrio financeiro e atuarial dos grupos que possuem capacidade de contribuir.

O Servidor público em que pese as imensas contrariedades existentes com relação na continuidade do pagamento da contribuição previdenciária, como forma tributária exótica, sob a justificativa do principio da solidariedade do grupo para fins de garantir infortúnios futuros.

Existe inúmeros fatores para que a o principio da solidariedade de grupo, seja preservado principalmente em razão da expectativa de vida a qual necessita de adequações dos benefícios entre custeio e aos pagamentos dos benefícios justamente para manter o equilíbrio financeiro e atuariais e a dignidade pessoal de todos os servidores públicos inativos.

Frisa-se portanto que a finalidade da Previdência Social é a proteção da dignidade humana, portanto a solidariedade social e ou de grupo é principio fundamentado do direito previdenciário em face de que em prol daqueles que num futuro incerto ou mesmo presente necessitem de prestações retiradas desse fundo comum.

REFERÊNCIAS

Informativo do STF n°357, de 25.08.2004

GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade Social e Tributação. In: _____; GODOI, M. S. Coord. *Solidariedade Social e Tributação*. Dialética, São Paulo: 2005, p. 168-189.

Informativo do STF n°357, de 25.08.2004

GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade Social e Tributação. In: _____; GODOI, M. S. Coord. *Solidariedade Social e Tributação*. Dialética, São Paulo: 2005, p. 168-189.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. V.3. Direitos Humanos e Tributação: Imunidade e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.418

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políiticos y Institucionales, 2002, PP 65-71. Mencionando também o art. 3°da

Constituição da República Federativa do Brasil, sendo o mínimo mencionado fixado em objetivos fundamentais.

GRECO, 2005, p. 168-189.

MARTINEZ, Wladimir Novaes - *"Princípios de Direito Previdenciário"*, 3ª edição, São Paulo, LTR, 1995, pág. 78.

Ministro Luiz Gallotti, do Supremo Tribunal Federal, votando no julgamento do Mand. Seg. nº 5.422, AC. de 25.7.76, in R.D.A. nº 54, pág. 290.

MARTINS, Sérgio Pinto. op. cit., p. 23/25.

Cfe. JORGE, Társis Nametala Sarlo. *Manual dos benefícios previdenciários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. V.3. Direitos Humanos e Tributação: Imunidade e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.348

BOBBIO, Norberto, Igualdade e Liberdade, Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p.32

MORAES FILHO, Evaristo de. O Direito e a Ordem Democrática. São PAULO: LTr,1984, p.31

ROCHA, Daniel Machado da. Op.cit, p.144.

STEPHANES, Reinhold. Reforma..., cit,p.135

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, Manual de Direito Previdenciário, LAZZARI, João Batista, Manual de Direito Previdenciário, 9° edição, Conceito Editorial, Florianópolis: 2008, pag106,107.

RODRIGUES.H.T. Políticas Tributárias e Federalismo: uma leitura possível do caso brasileiro. In Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 902

TORRES, Ricardo Lobo, Tratado, já citado, PP 284-285

RODRIGUES, Flávio Martins. Previdência dos servidores públicos: anotações sobre o equilíbrio financeiro e atuarial e a contributividade. *Fundos de Pensão em Debate*. Brasília Jurídica, p. 195. 2002.

Regimes de repartição simples são aqueles em que as contribuições dos ativos financiam as aposentadorias da geração precedente. Em contrapartida, nos regimes de capitalização as contribuições de cada contribuinte financiam parcial ou integralmente suas próprias aposentadorias.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Curso Modular de Direito Previdenciário.* 9. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

Informativo do STF n°357, de 25.08.2004

GRECO, Marco Aurélio; GODOI, M. S. Coord. *Solidariedade Social e Tributação*. Dialética, São Paulo: 2005, p. 168-189.

JORGE, Társis Nametala Sarlo. *Manual dos benefícios previdenciários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

MARTINEZ, Wladimir Novaes - *"Princípios de Direito Previdenciário"*, 3ª edição, São Paulo, LTR, 1995, pág. 78.

MORAES FILHO, Evaristo de. O Direito e a Ordem Democrática. São PAULO: lTr,1984, p.31

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. V.3. Direitos Humanos e Tributação: Imunidade e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.418

;;;;;; Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, P.902.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Planejamento e responsabilidade fiscal. In. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. VIII; p. 69 et. seq. Rio de Janeiro: Lumen Juris, [S.d.]

---

[1] Informativo do STF n°357, de 25.08.2004

[2] GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade Social e Tributação. In: _____; GODOI, M. S. Coord. *Solidariedade Social e Tributação*. Dialética, São Paulo: 2005, p. 168-189.

[3] GRECO, 2005,P.168

[4] Ibidem.

[5] GRECO, 2005, p. 169.

[6] TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. V.3. Direitos Humanos e Tributação: Imunidade e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.418

[7] ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políiticos y Institucionales, 2002, PP 65-71. Mencionando também o art. 3°da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo o mínimo mencionado fixado em objetivos fundamentais.

[8] GRECO, 2005, p. 168-189.

[9] idem, p.170

[10] MARTINEZ, Wladimir Novaes - *"Princípios de Direito Previdenciário"*, 3ª edição, São Paulo, LTR, 1995, pág. 78.

[11] Ministro Luiz Gallotti, do Supremo Tribunal Federal, votando no julgamento do Mand. Seg. nº 5.422, AC. de 25.7.76, in R.D.A. nº 54, pág. 290.

[12] MARTINS, Sérgio Pinto. op. cit., p. 23/25.

[13] Cfe. JORGE, Társis Nametala Sarlo. *Manual dos benefícios previdenciários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[14] TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. V.3. Direitos Humanos e Tributação: Imunidade e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.348

[15] BOBBIO, Norberto, Igualdade e Liberdade, Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p.32

[16] MORAES FILHO, Evaristo de. O Direito e a Ordem Democrática. São PAULO: lTr,1984, p.31

[17] ROCHA, Daniel Machado da. Op.cit, p.144.

[18] STEPHANES, Reinhold. Reforma..., cit,p.135

[19] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, Manual de Direito Previdenciário, LAZZARI, João Batista, Manual de Direito Previdenciário, 9° edição, Conceito Editorial, Florianópolis: 2008, pag106,107.

[20] RODRIGUES.H.T. Políticas Tributárias e Federalismo: uma leitura possível do caso brasileiro. In Direitos sociais e políticas públicas:desafios contemporâneos.Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 902

[21] Marcos Juruena Villela Souto; PLANEJAMENTO E RESPONSABILIDADE FISCAL; artigo inserido na Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Volume VIII;PP.69 e SS. Editora Lumen Juris.

[22] TORRES, Ricardo Lobo, Tratado, já citado, PP 284-285

[23] RODRIGUES, Flávio Martins. Previdência dos servidores públicos: anotações sobre o equilíbrio financeiro e atuarial e a contributividade. *Fundos de Pensão em Debate*. Brasília Jurídica, p. 195. 2002

[24] Regimes de repartição simples são aqueles em que as contribuições dos ativos financiam as aposentadorias da geração precedente. Em contrapartida, nos regimes de capitalização as contribuições de cada contribuinte financiam parcial ou integralmente suas próprias aposentadorias.

[25] Site:www.santarosa.rs.gov.br/previrosa

[26] Site: www.santarosa.rs.gov.br/previrosa

A EFETIVAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS BRASILEIRO COMO MECANISMO DE DESONERAÇÃO DA RENDA DOS CIDADÃOS: INSTRUMENTAL TEÓRICO E PRÁGMÁTICO*

THE EFFECTIVENESS OF THE TAX ON LARGE FORTUNES BRAZIL AS A MECHANISM TARIFF REDUCTION INCOME CITIZENS: INSTRUMENTAL THEORETICAL AND PRAGMATIC

Fábio Periandro de Almeida Hirsch

RESUMO

O presente artigo sustenta o cabimento de regulamentação do IGF – Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil por meio do instrumento ou garantia constitucional do Mandado de Injunção, entendido como um dos mais relevantes meios de concretização da força normativa da Constituição Federal de 1988, mas que ainda caminha a passos lentos para sua máxima utilização. O trabalho versa sobre as condições para que se trabalhe, no campo do Direito Tributário, com todos os valores constitucionais direcionados para o atendimento do cidadão, sempre visando desonerar a receita e permitir maior desenvolvimento social. A proposta vem acompanhada de referencial teórico na doutrina nacional e com referências à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no particular.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO; MANDADO DE INJUNÇÃO; IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS; DESENVOLVIMENTO SOCIAL; DIREITO TRIBUTÁRIO.

ABSTRACT

This paper argues the pertinence of regulation of the IGF - Tax on Large Fortunes in Brazil through the instrument or constitutional guarantee of the writ of injunction, seen as one of the most important means of achieving the normative force of the Constitution of 1988, but still walking at a slow pace for its biggest use. The work deals with the conditions for the work in the field of Tax Law, with all the constitutional values directed to the attention of citizens, always seeking to reduce taxes on income and to provide better social development. The proposal is accompanied by theoretical doctrine national and references to case law of the Supreme Court in particular.

KEYWORDS: CONSTITUTION, WRIT OF INJUNCTION; TAX ON LARGE FORTUNES, SOCIAL DEVELOPMENT, TAX LAW.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO

O Estado tem de respeitar a Constituição como única forma de implementar a justiça social e econômica, sem custo adicional aos cidadãos.

A efetivação de mecanismos tributários já previstos, como o IGF - Imposto sobre Grandes Fortunas - é uma forma viável de enfrentamento da recessão em nosso país e, sobretudo, de desoneração dos cidadãos com renda intermediária, ou seja, aqueles que recebem pouco mais que a faixa de isenção e que são colhidos por alta alíquota de Imposto de Renda.

Os desafios e a forma de tal efetivação possível são objeto deste trabalho, o qual se molda ao grupo de pesquisa nº 13, Direito Tributário e Cidadania do XVIII CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em São Paulo/SP no período de 04 a 07 de setembro de 2009.

2. O ESTADO DO BEM ESTAR E INTERESSE PÚBLICO

Ricardo Lobo Torres (2003) afirma que o Estado do Bem Estar Social, "Estado Providência" ou *"Welfare State*" vive "de 1919, data da Constituição de Weimar, a 1989, ano da queda do Muro de Berlim, aproximadamente", coincidindo com seu tropeço o final da década de 1970, motivado pelo "endividamento exagerado dos países, na impossibilidade de atendimento das demandas sociais, no excessivo paternalismo e na crença ingênua na inesgotabilidade dos recursos públicos" (TORRES, 2003, p. 23/24).

Ao contrário de negar a importância do Estado Social, o professor lhe consagra, entendendo que "O que caracteriza o Estado Democrático de Direito é que concilia o Estado social, podado em seus aspectos de insensibilidade para a questão financeira, com as novas exigências para a garantia dos direitos fundamentais e sociais", sendo certo que sua maior crítica ao Estado Social nos moldes como definido por ele foi que, naquela época, os direitos sociais de prestação tentaram suplantar os direitos da liberdade, o que ocasionou a derrocada daquele modelo. (TORRES, 2003, p. 02; 25/26).

O que mais chama a atenção na crítica elaborada pelo professor carioca é a denúncia que o Estado Social isoladamente acabou por formular uma retórica de justiça social vazia de significado, mais como modelo de idéias do que como plano de ação efetiva, o que gerou expectativas várias, mas poucas conquistas.

Não se pode descurar, contudo, que este processo continua no Estado Democrático e Social de Direito, o qual vivenciamos ainda hoje, salvo engano. É que, se ao Estado foi necessário se adaptar à realidade de ter em face de si exigida uma postura mais vigorosa na efetivação das normas constitucionais fundamentais de direito econômico, não espanta que hoje seja necessária uma correção de rumos, em busca da tão almejada *eficácia social máxima da Constituição*.

Para que reste clara a relação quase umbilical do Estado Democrático Social de Direito com os desafios da realidade, as lições de Goffredo Telles Júnior (1998) versam sobre a *obrigatoriedade do planejamento do futuro* como forma de viabilizar os governos presentes e do porvir, concretizando paulatinamente as conquistas em nível social, visando sua disseminação. Daí sua afirmação:

No processo do desenvolvimento, a necessidade e a importância do planejamento do *futuro* estão nisso: desse planejamento é que depende a direção do desenvolvimento no *presente*. Sem ele, a política de todos os dias tende a ser um jogo de oportunismos, sujeito a desnorteamentos constantes e perigosos desvairios. (TELLES JÚNIOR, 1998, p. 190)

É preciso ter em conta, portanto, que o problema do bem estar social está umbilicalmente ligado ao desenvolvimento, quase numa condição de retroalimentação: não haverá um sem o outro, ou ocorrerá um simulacro de bem estar quando o desenvolvimento for apenas nominal; ou ocorrerá uma fraude de desenvolvimento (na prática, mero crescimento de estatísticas) quando a doutrina do bem estar em direito econômico não for respeitada.

O que precisa ficar claro é que o estudo dos temas de direito constitucional econômico não é mero exercício de retórica, ou uma forma de fazer proselitismo de utopias, que esquecem da realidade dura das limitações e da escassez. Ao contrário: *parte-se do pressuposto da inexorabilidade da escassez e da limitação*, servindo os estudos empreendidos para formular soluções viáveis, ainda que de incidência paulatina.

Justamente por isso, em outro trabalho monográfico, já sustentamos a necessidade de uma primeira *mudança de orientação do espírito dos profissionais do Direito*, para que, com seu exemplo, orientem a mudança social mais profunda: o acordar do povo precisa de um despertador eficiente.

Escrevemos, então (HIRSCH, 2005), sustentando que as posturas do Judiciário diante das escolhas trágicas estavam e estão equivocadas por levar em conta uma lógica matemática que não se compadece com a realidade dos fatos. E, quanto aos reflexos práticos disso, sustentamos:

Não se perca de vista: uma interpretação que simplesmente encare de forma niilista as normas programáticas presta um desserviço à comunidade brasileira, carente *in totum* da concretização destas promessas constitucionais. Qualquer laivo de efetividade nesta seara já representa vultosa contribuição para o exercício da cidadania e da dignidade.

Prestar concretamente a alguns, sem dúvida, é melhor do que negar a vários direitos consagrados na Norma Fundamental pela potencial violação de uma isonomia estéril e deslegitimadora da constituição vigente, o que apenas colabora para aumentar os níveis de violência, criminalidade e revolta popular.

Daí que o estudo do desenvolvimento é imprescindível para que se entenda que o objetivo não é exigir o que o Estado, de fato, não pode fazer, mas sim reorganizar as possibilidades de caixa maus geridas ou impregnadas de ineficiência na gestão dos recursos públicos, com fundamento nos princípios e regras da Constituição Econômica.

Comecemos, portanto, revisitando a idéia de *interesse público*. E neste ponto ficamos com a advertência de Luís Roberto Barroso (2005, p. 13) de que, com base na doutrina italiana, é mesmo necessário fazer a distinção entre o *interesse público primário* e o *secundário*, sendo este último coincidente com os objetivos estritos do Fisco, ou seja, a preservação do erário.

A noção de interesse público primário, diz ele, "é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade" (BARROSO, 2005, p. 13). Orlando Gomes (1961) já afirmava:

A análise do desenvolvimento econômico não deve se satisfazer com a de suas condições técnicas. É necessário investigar as *condições sócio-culturais*, para abarcar o fenômeno em toda a sua complexidade. Cumpre verificar se as instituições estão acicatando ou refreando o comportamento tendente ao desenvolvimento. Inovações institucionais fazem-se necessárias nas sociedades subdesenvolvidas para que mude a própria mentalidade do povo. Há, por outras palavras, ´obstáculos institucionais subjacentes' que precisam ser eliminados para que o caminho do desenvolvimento seja destocado (GOMES, 1961, p. 32/33).

Qual a relação entre as lições de Orlando Gomes e de Luís Roberto Barroso?

A verdadeira trilha do implemento das normas de direito econômico, caracterizadas pela cogência, será obstaculizada sempre que se tentar implementá-la a força, sem que se demonstre a quem de direito que o pleito não é baseado em criações cerebrinas, teses mirabolantes advindas das academias ou mesmo alucinações dos pobres querendo uma revolução: o objetivo é convencer pelo argumento.

Em outros termos, não basta que tenhamos bons fundamentos embasando nossas teses: imprescindível, antes, que se possa intermediar com as forças reais de poder que o movimento proposto nada mais é do que o cumprimento de normas constitucionais assentadas e pendentes da plena efetivação.

O comando já existia: o trabalho, agora, é cumprir seus desígnios, principalmente perante aqueles que não foram educados nas faculdades para respeitar a Constituição, e sim a instrução normativa do conselho profissional; ou, pior, dos que passaram pelos bancos das faculdades de Direito e, concursados, parecem ter esquecido que o Direito é um sistema de normas, aplicável com a prevalência da Constituição sobre as demais leis, e não o inverso.

Devemos entender que o desenvolvimento econômico somente se concretizará na medida em que ficar fora de dúvidas que o respeito à Constituição é a forma mais fácil de segurança social e jurídica, o que propicia ambiente favorável para que sejam formuladas políticas públicas de interesse do empresariado nacional e estrangeiro, já que a existência de marcos regulatórios e de estabilidade política/econômica responsáveis é ponto de partida para que os proprietários da riqueza (e não as famigeradas agências particulares de riscos) possam optar, consciente e livremente, pelo investimento no Brasil.

Ainda sob a perspectiva de que somente haverá desenvolvimento quando houver, previamente, mudança dos paradigmas atuais da Administração Pública (na gestão) e do povo (na capacidade crítica eleitoral e fiscalizatória), Fábio Nusdeo (2002, p. 19) leciona:

Assim, investimentos em setores *sociais* como educação, saúde, habitação, se, num primeiro momento, parecem desviar recursos das aplicações diretamente *produtivas ou econômicas*, como estradas, usinas e poços de petróleo, na realidade irão poupar um conjunto muito severo de custos a se manifestarem logo adiante pela queda de produtividade de mão de obra, pelo aumento da criminalidade pelo solapamento da coesão social e tantos outros.

Tratando do desenvolvimento especificadamente na perspectiva constitucional, o professor Calixto Salomão Filho (2002) afirma que, com fundamento em especial nos arts. 114, § 2º e 170, pode-se sustentar três princípios reitores da atividade orientada ao desenvolvimento econômico, sendo eles "o redistributivo", "a diluição dos centros de poder econômico e político e a conseqüente difusão de informações e conhecimento por toda a sociedade", culminando com "o estímulo à cooperação", utilizando-os para forjar a indicação de como se deve alcançar o desenvolvimento tão almejado, por meio do *planejamento como meio de intervenção do Estado na regulação do mercado econômico*: "A ação planejadora do Estado deve buscar uma ação interventiva que, antes de tudo, permita ao Estado adquirir conhecimento do setor, suas utilidades e requisitos para o desenvolvimento" (FILHO, 2002, p. 60).

3. DESENVOLVIMENTO COMO CONQUISTA DA CIDADANIA

A crise é pressuposto das oportunidades de desenvolvimento.

Deve-se evitar, a todo custo, o modelo irresponsável de certos governos que, frustrados na missão de promover o desenvolvimento, no que atenderiam as previsões constitucionais, acabaram - muitas vezes sem deter nem mesmo competência - lançando mão de diversas leis paliativas, objetivando desviar o foco dos reais problemas a se

enfrentar. Orlando Gomes e Antunes Varela (1977, p. 183) já advertiam, de longa data, que "Esse panjurismo pretende atribuir ao Direito uma ubiqüidade que o desacredita".

Antes de jogar sobre os ombros do Direito - e, logo após, nos do Poder Judiciário, que o aplica - a responsabilidade pelos insucessos de governos descomprometidos com a força normativa da Constituição, é necessário que haja o conhecimento mínimo do que a Carta impõe aos gestores. Assim:

A idéia de desenvolvimento, na consideração de *Eros Grau*, supõe dinâmicas mutações e importa em que esteja a se realizar, na sociedade por ele abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. Implica a idéia de desenvolvimento, acrescenta, um salto de uma estrutura social para outra, acompanhado de elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Observa ainda com muita propriedade que, importando na consumação de mudança de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a mera idéia de crescimento. E conclui o seu ponto de vista, salientando que o crescimento - conceito quantitativo - deve ser entendido apenas como uma parcela daquela noção. (SOUZA, N., 1984, p. 81)

E prossegue, afirmando da relevância do planejamento como meio de intervenção eficaz do Estado na economia:

O intervencionismo estatal, na concretização do desenvolvimento e do bem-estar, em face da progressiva evolução da economia, a exigir um tratamento sistemático e ordenado, não poderá prescindir da adoção do planejamento, como um veículo idôneo no alcance daquela meta e ainda para acelerar metodicamente os processos de transformação social.

A planificação, como destaca oportunamente *Fiorini*, não é a realização de uma ideologia política, mas é a realização jurídica no Estado do bem-estar de um processo criado com objetivos sociais. (SOUZA, N., 1984, p. 84)

E, reforçando ainda mais a relação intrínseca do desenvolvimento com o planejamento, Gilberto Bercovici (2005), com propriedade, argumenta que

O desenvolvimento é condição necessária para a realização do bem estar social. O Estado é, através do planejamento, o principal promotor do desenvolvimento. Para desempenhar a função de condutor do desenvolvimento, o Estado deve ter autonomia frente aos grupos sociais, ampliar suas funções e readequar seus órgãos e estrutura. O papel estatal de coordenação dá a consciência da dimensão política da superação do

subdesenvolvimento, dimensão esta explicitada pelos objetivos nacionais e prioridades sociais enfatizados pelo próprio Estado. (BERCOVICI, 2005, p. 51)

Todos os elementos coligidos demonstram, à saciedade, que há uma necessária interligação do desenvolvimento econômico propiciado pelo Estado com o auxílio dos cidadãos e o *planejamento*, considerada como uma quarta função estatal, viabilizadora de uma visão prospectiva dos problemas e das formas de solução (GRAU, 2003, p.301/302).

Ademais, "O planejamento econômico passou a ser adotado justamente com o objetivo de enfeixar as diversas medidas de política econômica dentro de um contexto que lhes conferisse unidade dentro da multiplicidade" (FONSECA, 2004, p. 343)[1], e, talvez por isso se possa fazer, com Washington Peluso Albino de Souza (1999, p. 378), a distinção entre *planejamento* (enquanto o ato de racionalizar o emprego de bens disponíveis para obter os resultados mais eficientes possíveis) e *plano* ("o documento, a 'peça técnica' decorrente da 'ação de planejar, da planificação', quando se adota a orientação político-econômica de intervenção pelo planejamento").

É perfeitamente possível falarmos de um *sistema constitucional de planos*, composto no Brasil em sua essência pelos arts. 21, IX; 48, II e IV; 49, IX; 58, § 2º, VI; 74, I; 84, XI e XXIII e, em especial, com base na diretriz central do art. 174, § 1º e por meio das normas orçamentárias (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual - arts. 165, 166 e 167) da Constituição Federal de 1988, além de outros espalhados no Texto e aqui não retratados, mas ainda assim interligados ao sistema.

O que mais avulta no planejamento, portanto, é a possível discussão sobre a eficácia do plano, já que o mesmo é uma lei (melhor seria conjunto de normas) e, portanto, depende de interesses políticos variados, *lobbies* setoriais bastantes fortes e, em especial, servindo talvez para desnaturar os estudos prévios de ordem técnica econômica-financeira por força, justamente, da realidade das concessões de numerários para as mais diversas atividades de nosso governo, caso em que o plano (lei) estaria subjugando ou infirmando o planejamento (enquanto conjunto de atos de organização da forma como o Estado interferirá na economia). A crítica de Gilberto Bercovici (2005, p. 81) é válida e esclarecedora, merecendo nossa concordância:

O planejamento não pode ser reduzido ao orçamento. E por um motivo muito simples: porque perde sua principal característica, a de fixar diretrizes para a atuação do Estado. Diretrizes estas que servem também de orientação para os investimentos do setor privado. O plano plurianual é uma simples previsão de gastos, que pode ocorrer ou não, sem qualquer órgão de controle da sua execução e garantia nenhuma de coordenar mais racionalmente os gastos públicos, não um verdadeiro planejamento, voltado ao desenvolvimento, ou seja, à transformação das estruturas socioeconômicas.

[...] A Constituição não contempla o princípio do equilíbrio orçamentário. E não contempla para não inviabilizar a promoção do desenvolvimento, objetivo da República

fixado no seu art. 3º, II. A implementação de políticas públicas exige, às vezes, a contenção de despesas, outras, gera déficit orçamentários. Não se pode restringir a atuação do Estado exclusivamente para a obtenção de um orçamento equilibrado nos moldes liberais, inclusive em detrimento de investimentos na área social, que é o que faz a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Convivemos hoje com uma verdadeira *crise de inteligência constitucional*: não só quem se subordina à Carta Magna - os cidadãos em geral - desconhecem seu conteúdo e, portanto, desrespeitam seus desígnios contumazmente, como também aqueles que possuem conhecimento jurídico específico e, ao menos em tese deveria guardar-lhe respeito, preferem desprezar seus comandos e continuar aplicando as leis, decretos, portarias e instruções normativas sem qualquer reflexão crítica.

Ora, não são relevantes no sistema constitucional brasileiro de planos, enquanto parte integrante da Constituição Econômica, as metas eminentemente financeiras que os doutos em Economia prezam, mas que só se mantém porque estes mesmos *desprezam* os ditames constitucionais claros.

Na verdade, sendo direito público subjetivo dos cidadãos o bem estar social e o desenvolvimento econômico, os quais somente podem ser realizados de forma plena por meio de intervenção estatal ativa no mais das vezes (ou seja, por investimentos, fomento específico e, certamente, sem previsão imediata ou mediata de retorno dos montantes empregados), é perfeitamente possível concluir que *um sistema constitucional de planos é elemento integrante do direito público subjetivo dos cidadãos brasileiros em conceito*.

Explicando: na teoria, o plano há de ser, sempre, a materialização das decisões políticas, econômicas e financeiras de condução do Estado no caminho trilhado pela conjunção da realidade do mercado internacional com as necessidades próprias e inadiáveis do povo brasileiro.

Na prática, portanto, o que se pode esperar do plano nada mais é do que sua *constitucionalidade material*, ou seja, as diversas normas orçamentárias previstas no art. 165 da Constituição Federal somente poderão servir para a concretização do planejamento estatal se e somente se estiver em consonância com as diretrizes dos arts. 1º, 3º e 170 da Constituição, no mínimo, já que estes dispositivos são condicionamentos necessários para que o plano seja válido.

Ora, o que se percebe hoje, quando recebemos notícia que mesmo com a definição de metas de *superávit*[2] na ordem de mais de 4% (quatro por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) do país, é que não há mais cabimento para que, mesmo com todas as exigências de juros em níveis estratosféricos, recessão provocada e inflação apenas oficialmente controlada - mas presente no nosso cotidiano -, o Brasil consiga *ultrapassar as metas previstas* e, ainda assim, o excedente não seja imediatamente reaplicado nas necessidades sociais inadiáveis.

Esta realidade foi bem evidenciada em recente programa de debate de idéias, onde o Prof. Dr. em Economia da PUC/SP, Antônio Corrêa de Lacerda, afirmou que "Se o *superávit* primário é de 4,25% do PIB e devemos chegar a 5% no final de 2005, e

considerando que a diferença de 0,75% é, aproximadamente, o que se investe hoje pelo Governo, poderíamos *dobrar* potencialmente o nível de investimentos"[3], o que bem reflete não só um total alheamento do povo quanto às diretrizes econômicas - apenas sofrendo seus nefastos efeitos - mas, sobretudo, a ausência de expectativa de que, em curto prazo, o nível de exigência de sacrifício seja minorado a níveis toleráveis.

A "lei do plano" (na verdade, o conjunto de leis, já que envolve a lei orçamentária anual, a lei de diretrizes e o plano plurianual), por mais especial em seu conteúdo em nível estratégico e político, não deixa de ter natureza jurídica de ato normativo. E, sendo lei no sentido formal e material, *está plenamente sujeita ao controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*, por qualquer dos meios hábeis para tanto.

O maior dos vários fundamentos possíveis para esta ação seria, precisamente, *a violação da soberania nacional*, quando o Governo Federal condiciona um sacrifício desmedido aos cidadãos em nome do cumprimento de metas impostas não por critérios internos de adequação e necessidade aos ditames sociais, mas sim para atender a indicativos de agências privadas estrangeiras de nivelamento de riscos ou ainda às investidas do FMI, Banco Mundial e outros credores internacionais.

Alertamos, para que não seja esquecido: não há hierarquia entre as formas de inconstitucionalidade. Fugindo dos cânones constitucionais, o plano é nulo, devendo ser revisto. E, atente-se, que na regra o que se está pregando não é o controle específico do orçamento pelo Poder Judiciário, mas sim sua participação efetiva na minoração de abusos como os constantemente presenciados em nosso país.

A solução, mais drástica, seria a moratória, tal qual a Argentina; a solução mais diplomática seria acordar com os credores internacionais que, dos doze meses do ano, em metade ocorreria pagamento (*rolagem*) dos juros da dívida externa brasileira[4] e, na outra metade, *o valor principal da dívida seria efetivamente amortizado*.

Apenas para enfatizar - já que o óbvio precisa ser dito e repetido para ser fixado: *quem paga apenas juros de uma dívida nunca irá quitar o débito*, já que o termo amortização possui conteúdo semântico próprio (reduzir o montante *principal* de uma dívida de valor). Nesse sentido, afirma Orlando Gomes (2004, p. 67): "*amortizações*, que são prestações destinadas a extinguir a dívida parceladamente, pela diminuição progressiva do capital. O pagamento de juros deixa o capital intacto"!

Logo, a globalização que impõe metas de *superávit* primário ao Brasil em níveis intoleráveis para o desenvolvimento econômico mínimo; que gera todos os indicadores sociais apresentarem *déficit* elevado por força da violenta recessão da economia; que não se preocupa com o aumento dos índices de violência e desesperança e que, em especial, impõe patamares que não respeitam minimamente os princípios constitucionais, é *indevida invasão externa sobre a economia nacional*, ensejando a inconstitucionalidade material de todo e qualquer ato estatal que não equacione uma aplicação racional e crescente para o retorno de políticas públicas urgentes e emergenciais (investimento em nome do bem estar social, ainda que programaticamente obtido).

Qualquer ato estatal que desrespeite os princípios do direito constitucional econômico e frustrem ou fraudem os objetivos do desenvolvimento econômico e do bem estar social, dum Estado dualista como o Brasil, padece *a priori* de vício de inconstitucionalidade e, por extensão, também de vício de *ilegitimidade*.

4. JURO E CONTROLE CONSTITUCIONAL: A QUESTÃO SUBJACENTE DO IGF COMO FORMA DE DESONERAR OS CIDADÃOS DA "CIRANDA FINANCEIRA"

A fim de que possamos bem compreender o fenômeno que debateremos, é imprescindível definir *juro*, com o que nos valeremos da lição de Orlando Gomes (2004, p. 65), para quem ele é uma remuneração pelo uso de capital alheio, regido pela proporcionalidade e fixado de forma oscilante em face do tempo e da pactuação desenvolvida, constituindo *obrigação acessória* que pode, contudo, ser exigível independentemente da dívida principal. Ele traduz, ainda, "o preço do risco da solvabilidade do devedor". (BARRETTO, 1975, p. 483)

Sua natureza jurídica, portanto, é de *fruto civil* (SCAVONE JÚNIOR, 2003, p. 49).

Os juros devem ser distinguidos de institutos similares, como os dividendos ("forma de participação nos lucros atribuída aos acionistas de uma sociedade anônima") e rendas ("Distinguem-se dos juros porque não constituem remuneração pela privação temporária de capital a ser devolvido") (GOMES, 2004, p. 67).

Após formular detalhada resenha do pensamento econômico sobre os juros, desde suas raízes históricas, o professor Geraldo Vidigal (1977, p. 209) afirma que "O ordenamento jurídico do crédito pode influir decisivamente nos comportamentos do consumo, da poupança e do investimento", bem como "instrumentar a promoção do pleno emprego, servir aos ideais do Desenvolvimento e do Bem-Estar", sem adentrar na polêmica sobre a razão ética-religiosa dos juros serem proscritos, permitidos ou incentivados.

No início da história brasileira, ainda sob as Ordenações Filipinas (Título 67, Livro IV), registra-se a fase da *proscrição dos juros*, sendo que sua cobrança era, por si só, tachada de *usura*, sendo que tal se aplicava "não somente por via de empréstimo como de qualquer outro contrato". E mais: "A pena ao infrator era a perda de todo o principal além da de degredo por dois anos para a África, dobrada na reincidência" (PEREIRA, 1959, p. 108).

Ultrapassada esta fase, e diante dos interesses do mercado, os juros foram acatados, mas seu abuso foi contido: vedou-se a prática do "anatocismo [que] consiste na prática de somar os juros ao capital para contagem de novos juros", sendo que o art. 4º do Decreto nº 22.626/33 - conhecido como Lei da Usura veda sua aplicação, o que foi reiteradamente confirmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,

ensejando a edição da Súmula 121: "É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada".

A vedação à usura tem apoio, mesmo à época de sua consagração no Decreto 22.626/33, em princípios do Direito Econômico. Tratando do art. 1º da Lei da Usura, Luiz Antônio Scavone Júnior (2003), após afirmar que ela se aplica a todos os contratos, justifica a razão de ser da previsão:

A intenção foi a de privilegiar a produção e impedir o ganho exagerado só em função do capital, impedindo, por exemplo, juros excessivos em contratos de financiamento de bens, o que poderia fazer com que a atividade de financeira sobrepujasse a atividade produtiva. (SCAVONE JÚNIOR, 2003, p. 154)

A mais relevante previsão normativa sobre juros veio a ser a inclusão, no § 3º do art. 192 da Constituição de 1988, de cláusula que, mediante lei complementar, limitava os juros a 12% (doze por cento) ao ano no máximo.

Em 2003, contudo, por meio da edição da Emenda Constitucional nº 40, o referido § 3º foi revogado expressamente, juntamente com todos os incisos e demais parágrafos do art. 192, havendo alteração no *caput* da norma[5] para, segundo os comentadores desta alteração, dar melhor consistência ao dispositivo em foco[6].

A pergunta que precisa ser respondida é: após essa mudança radical, *ainda existe espaço para afirmar que os juros são matéria constitucional*?

Note-se que desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4/DF, o Supremo Tribunal Federal já tinha se pronunciado pela necessidade de lei complementar para que se conferisse aplicabilidade ampla à limitação dos juros inserta no art. 192, § 3º da Constituição Federal, como originariamente redigida.

O entendimento, mesmo após sucessivas mudanças de integrantes do Supremo, não se alterou, sendo que, pela primeira vez na história, acreditamos estar diante de uma *súmula póstuma*, já que o STF editou, em 2003, *a Súmula 648*, com a seguinte redação:

A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar.

Mais recentemente, com idêntico teor, foi consolidada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por meio da edição da Súmula Vinculante nº 09.

Perceba-se que, aparentemente, pela literalidade do novo Texto Magno e, em especial, pela demonstração nítida do legislador constituinte e do órgão supremo de controle final da constitucionalidade, a questão está pacificada contra todas as opiniões divergentes que lutavam pela aplicabilidade plena e imediata do teto constitucional de juros. Dentre tantos, referidos por Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 445, nota nº 03), salta aos olhos o magistério de José Afonso da Silva (2002, p. 803):

Se o texto, em causa, fosse um inciso do artigo, embora com normatividade formal autônoma, ficaria na dependência do que viesse a estabelecer a lei complementar. Mas, tendo sido organizado num parágrafo, com normatividade autônoma, sem referir-se a qualquer previsão legal ulterior, detém eficácia plena e aplicabilidade imediata. O dispositivo, aliás, tem autonomia de artigo, mas a preocupação, muitas e muitas vezes revelada ao longo da elaboração constitucional, no sentido de que a Carta Magna de 1988 não aparecesse com demasiado número de artigos, levou a Relatoria do texto a reduzir artigos a parágrafos e uns e outros, não raro, a incisos. Isso, no caso em exame, não prejudica a eficácia do texto.

Com todo o respeito, pensamos que, ainda hoje, existe assento constitucional na discussão sobre limites de juros. E nossa linha de argumentação se baseia nos seguintes fundamentos:

- a) *a EC nº 40/2003 é inconstitucional*, na medida em que, sendo tal regra dotada de fundamentalidade tal que se lhe pode denotar a natureza jurídica de verdadeiro direito fundamental, o art. 192, § 3º era cláusula pétrea, não podendo sofrer deterioração por parte de emenda constitucional, já que núcleo intangível pelo poder constituído de reforma;
- b) *a EC nº 40/2003 é, ainda, inconstitucional porque viola o princípio da vedação do retrocesso em matéria de direitos econômicos*, teoria a qual já se filiam nomes de peso no cenário doutrinário nacional e internacional, dentre tantos Ingo Wolfgang Sarlet[7], na medida que imaginar que uma conquista do cidadão e da coletividade em face dos lucros exorbitantes obtidos pelas instituições financeiras á custa de taxas de juros sem qualquer limitação possa ser solapada desta maneira pelo poder constituído é, ao nosso entender, extrair uma das raízes do própria existência e relevância teórica e prática da Constituição Econômica, enquanto promotora do desenvolvimento e do bem estar social;
- c) por fim, a sistemática constitucional da valorização social do trabalho (arts. 1º e 170), bem como da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º) nunca será implementada na medida em que o mercado bancário, sem qualquer limitação, possa impor que um serviço tornado essencial - como a intermediação bancária - por circunstâncias da própria realidade possa convencionar taxas de juros vultosas, em sistema de *quase cartelização*. A livre iniciativa, por fim, há de ser ponderada, para que se faça valer, também, o incentivo ao crédito como corolário deste princípio constitucional.

Em suma, ainda que tenha desaparecido o regramento específico, no sistema constitucional da atividade econômica a previsão de juros limitados é ainda força vigorante, a ser efetivada em decisões judiciais que consagrem a previsão contida no art. 170 como argumento central: *só haverá verdadeira justiça social quando, ao mesmo tempo, não se entenda o empresário como inimigo, mas que a atuação da empresa atenda a uma função social, no sentido de viabilizar aos cidadãos o atingimento de desenvolvimento pessoal e profissional*.

Dessa fundamentação ainda se pode extrair outra: se a limitação é, ainda, válida, tomando por base o limite de 12% de juros ao ano, *ofende o princípio geral da isonomia material permitir que o cidadão comum ou as microempresas somente cobrem até este teto, mas que as instituições financeiras possam exorbitá-lo sem maiores conseqüências práticas.*

Por fim, numa última digressão, é sustentável a tese de que, já que as instituições financeiras podem cobrar juros altíssimos, ensejando lucros exorbitantes às custas do declínio da qualidade de vida dos cidadãos, *impõe-se a adoção de medida inovadora, consistente na deliberação, em sede de Mandado de Injunção ou de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, da suspensão desta cláusula de liberação de juros da Lei nº 4.545/64 até que seja posto em prática o IGF - Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto no art. 153, VII da Constituição Federal de 1988.*

Justifica-se tal postura? Pensamos que sim, especialmente porque:

- (i) é dado ao Poder Judiciário conferir eficácia possível a preceitos tais como o art. 153, VII, por meio de tais ações[8];
- (ii) não basta a incidência de IR, já que, por lição clássica, a lei - e muito menos a Constituição - não possui previsão inútil, o que indica certamente o conteúdo normativo da expressão "grande fortuna" como uma representação de riqueza suprema dentro do nosso sistema, apenas aferível, hoje, por certos grupos empresariais e pela elite bancária;
- (iii) é, sem dúvida, um mecanismo de implementação prática do princípio da justiça social contido no art. 170 da Constituição Federal, na medida em que por meio desta relevante arrecadação, até mesmo com o prosseguimento da metas fiscais para pagamento de juros externos haverá redução do arrocho dos cidadãos.

Temos certeza que a pressão do setor bancário para que fosse regulamentado o IGF seria proveitosa não só para o debate, mas para a exposição pública da falência da máquina que, sem conhecer ou, conhecendo, desprezando, aniquila qualquer tentativa de imprimir concretude aos princípios da ordem econômica e social no Brasil de maneira responsável.

5. CONCLUSÃO

Não se perca de vista que não há livre concorrência dentro do mercado financeiro e, em especial, no setor bancário, o qual trabalha com a fidelização de clientes, contando com o tradicionalismo dos investidores e com a permanência que os clientes, muitas vezes insatisfeitos, promovem[9].

Pedimos vênia para todos os que entendem de forma contrária, mas as críticas soam ou como provindas de desconhecedores do caráter sistêmico e orientado para os direitos públicos subjetivos de cunho econômico (o que nem se cogita frente aos doutrinadores citados), ou como defesa de interesses da classe que, hoje, se beneficia com o *status quo* da disparidade entre o possível, o provável, o cabível e o praticado em matéria de juros no Brasil, sempre em prejuízo do cidadão e da coletividade.

O direito constitucional econômico, pois, perece impotente. E nossa tarefa é impedir seu assassínio cotidiano.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **NBR 6034**: preparação de índice de publicações. Rio de Janeiro, 1989.

_____. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 6028**: informação e documentação: resumo: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

ÁVILA. Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo : Malheiros, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Legitimidade do poder". *In*: **Revista de direito público**. ano XVII, n. 70, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, abril-junho de 1984, p. 59/71.

BARRETTO, Lauro Muniz. **Direito bancário**. São Paulo : Edição Universitária de Direito, 1975.

BARROSO, Luís Roberto. "Aspectos constitucionais: constituição, ordem econômica e agências reguladoras". Introdução. *In*: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro : Renovar, 2003a, p. 27/30.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 7. ed. atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2003b.

_____. "O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público". Prefácio. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005, p. 07/18.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. vol. 7. São Paulo : Saraiva, 1990.

_____. "A regulamentação do art. 192: os juros bancários". *In*: **A constituição de 1988 e seus problemas**. São Paulo : LTr, 1997.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da constituição de 1988. São Paulo : Malheiros, 2005.

BEVILACQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira, Rio de Janeiro : Editora Rio, 1980.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Editora Campus, 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10 ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação de Alaôr Caffé Alves. 2. ed. rev. Bauru : EDIPRO, 2003.

BRANCO, Elcir Castello. **Teoria geral do estado**. São Paulo : Saraiva, 1988.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico:** desenvolvimento econômico. bem-estar social. São Paulo : Saraiva, 1982.

_____. "Ato de concentração". *In*: COSTA, Marco da *et alli*. **Direito concorrencial**: aspectos jurídicos e econômicos. Comentários à lei n. 8.884/94 e estudos doutrinários. Rio de Janeiro : América Jurídica, 2002, p. 29/42.

_____. "Tributação no Império". *In*: **Revista dos mestrandos em direito econômico da Universidade Federal da Bahia (UFBA)**, n. 4. Jul. 1993/Dez. 1995, Salvador : Centro Editorial e Didático da UFBA, 1995, p. 55/96.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3. ed. rev. Coimbra : Coimbra Editora, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. 2. tir. São Paulo : Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 23. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 1995.

DUGUIT, León. **As transformações do direito (público e privado)**. Buenos Aires : Heliansa, [19--?]

FILHO, Calixto Salomão. **Direito concorrencial**: as estruturas. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2002.

_____. "Regulação e desenvolvimento" *In*: FILHO, Calixto Salomão (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo : Malheiros, 2002.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direito constitucional econômico**. São Paulo : Saraiva, 1990.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo : Forense, 2004.

FURTADO, Márcio Medeiros. "Em face da Constituição em vigor, pode ocorrer tabelamento de preços?". *In*: **Ensaios de direito político**. São Paulo : LTr, 1999.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizador: Edvaldo Brito. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

_____. **Introdução ao direito civil**. 18 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2001.

_____. VARELA, Antunes. **Direito econômico**. São Paulo : Saraiva, 1977.

_____. **Direito e desenvolvimento**. Salvador : EDUFBA, 1961.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. **Ensaio sobre a legitimidade:** o que se espera das decisões do Supremo Tribunal Federal. Monografia elaborada para avaliação na disciplina Direito Processual Civil do Curso de Mestrado em Direito Público da UFBA, ministrada pelo professor José Joaquim Calmon de Passos. Salvador, 2005, 52 p.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2001.

JÚNIOR, Goffredo Telles. "O planejamento do futuro: uma sugestão de emenda à constituição". *In*: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. Edição especial em comemoração dos 10 anos da Constituição Federal. São Paulo : Imprensa Oficial/SP, 1998, p. 187/198.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1989.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1988.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Introdução ao estudo do direito**: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro : Forense, 1990.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

_____. **Manual de direito constitucional**. T. II, 2 ed. Coimbra : Coimbra editora, 1988.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2005.

MUYLAERT, Sérgio Ribeiro. **Estado, empresa pública, mercado** (Um estudo aproximativo para a efetivação da política econômica comum de integração no Cone Sul). Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999

NOGUEIRA, Ataliba. "O Estado é meio, não fim". Tese apresentada perante a Universidade de São Paulo (USP) *apud* MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 25 ed. rev. São Paulo : Saraiva, 1999.

NOVAES, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra : Coimbra Editora, 2003.

NUSDEO, Fábio. "Desenvolvimento econômico - Um retrospecto e algumas perspectivas". *In*: FILHO, Calixto Salomão (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo : Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. "Regime constitucional do direito financeiro". *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Tratado de direito constitucional tributário**: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 467/496.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1959.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. V. 02. Tomo I - Os direitos. 2. ed. São Paulo : Editora Resenha Universitária, 1978.

REALE, Miguel. "Abuso do poder econômico e garantias individuais". Parecer. *In*: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo (coord.). **Poder econômico:** exercício e abuso. Direito antitruste brasileiro. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 520/525.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução: Edson Bini. 1ª reimpressão. Bauru : EDIPRO, 2003.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução da 6ª edição italiana pelo professor português Dr. Ary dos Santos. v. 1 - Introdução e Parte Geral. Direito das Pessoas. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1971.

SANTOS, Rita de Cássia Simões Moreira. "Direito subjetivo e a função social da propriedade". *In*: **Revista dos mestrandos em direito econômico da Universidade Federal da Bahia (UFBA)**, n. 4. Jul. 1993/Dez. 1995, Salvador : Centro Editorial e Didático da UFBA, 1995, p. 177/185.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. "A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição" *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, p. 333/394.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Juros no direito brasileiro**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SCHOUERI, Luís Eduardo. "Direito tributário e ordem econômica". *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Tratado de direito constitucional tributário**: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 535/558..

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso básico de direito constitucional**. Tomo I - Teoria da constituição. Controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.

_____. **Curso básico de direito constitucional**. Tomo II. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria geral do direito civil**. V. 1. Coimbra : Coimbra Editora, 2003.

SOUZA, Neomésio José de. **Intervencionismo e direito**: uma abordagem das repercussões. Rio de Janeiro : AIDE, 1984.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo : LTr, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4 ed. 4 tir. São Paulo : Malheiros, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direitos sociais na constituinte**. Rio de Janeiro : Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1986.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo : Editora Método, 2003.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil e outros escritos**. Tradução: Alex Marins. São Paulo : Editora Martin Claret, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. "A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial". *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, p. 01/46.

TOURINHO, Arx da Costa. **As normas constitucionais da ordem econômico-social e seus efeitos jurídicos**. Dissertação de Mestrado em Direito Econômico. Salvador, Universidade Federal da Bahia (UFBA), 1979, 102 p.

TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Bancos centrais no direito comparado**: o sistema financeiro nacional e o banco central do Brasil. São Paulo : Malheiros, 2005.

VIDIGAL, Geraldo. **Teoria geral do direito econômico**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1977.

---

[1] Na sua obra, "Direito Econômico", João Bosco Leopoldino da Fonseca (2004) elenca, comentando-os, os pensamentos das maiores autoridades mundiais em matéria de planejamento econômico, dentro e fora do Direito, bem como traz uma resenha histórica deste instituto.

[2] Conceito econômico-contábil que designa uma relação aritmética de proveito, ou seja, quando o volume de receita é maior do que o de despesas, gerando resultado positivo numa análise orçamentária pública ou privada.

[3] Entrevista concedida no programa Globo News Painel, veiculado pelo canal GNT (TV a cabo), com o tema "Política econômica", no dia 19/11/2005, 23:15 horas (horário de verão - Brasília/DF).

[4] Para uma interessante e fundamentada análise sobre as origens da dívida externa brasileira, conferir Brito, Edvaldo. "Tributação no Império". *In*: **Revista dos mestrandos em direito econômico da Universidade Federal da Bahia (UFBA)**, n. 4. Jul. 1993/Dez. 1995, Salvador : Centro Editorial e Didático da UFBA, 1995, p. 55/96.

[5] "Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram." (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)

[6] "A redação do capítulo sobre o sistema financeiro nacional (Capítulo IV da Constituição Federal), dada pela EC nº 40, de 29-5-2003, concedeu ao Congresso Nacional maior liberdade para sua regulamentação, pois retirou a exigência de observância, por parte da lei complementar, de diversos preceitos previstos pela redação original do art. 192. Dessa forma, a principal alteração trazida pela EC nº 40/2003 foi a *verdadeira desconstitucionalização do conteúdo básico da matéria* referente ao sistema financeiro nacional. Outra importante previsão foi a expressa previsão de

desnecessidade de lei complementar única para disciplinar todo o sistema financeiro nacional." (MORAES, 2005, p. 2021)

[7] Conferir "A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição" *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, p. 333/394.

[8] Nesse sentido comungamos do pensamento do professor Luís Roberto Barroso, expresso no seu **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, São Paulo : Saraiva, 2004, o qual indicamos para aprofundamento.

[9] Fato é que até mesmo pelos contratempos, como a negativa de recebimento de um cheque por ausência de tempo mínimo de conta aberta comungam para que não haja êxodos de clientela, o que estagna o mercado de tarefas bancárias.

OS LIMITES DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO EM FACE DO DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTOS*

LIMITS OF TAX PLANNING IN RELATIONSHIP TO THE FUNDAMENTAL DUTY TO PAY TAXES

Flávio Couto Bernardes
Luiz Gustavo Faria de Azevedo Branco

RESUMO

No atual estágio do paradigma do Estado Democrático de Direito reconhece-se que os direitos (inclusive aqueles denominados direitos fundamentais negativos), possuem um custo, em virtude de necessitarem de alguma atividade do Estado para implementá-los e/ou garanti-los. Surge, então, um dever fundamental de pagar impostos, entendido como o contributo indispensável para a vida em sociedade e como forma de fazer frente aos gastos que os Estados têm com o reconhecimento e manutenção dos direitos dos indivíduos, enquanto membros de uma coletividade. Todavia, considerando a relação entre autonomia pública e privada, pelo menos à primeira vista, há uma tensão entre o planejamento tributário e o dever fundamental de pagar impostos. O presente artigo faz uma análise crítica dos limites do planejamento tributário em face do aludido dever fundamental de pagar impostos, utilizando uma interpretação sistemática dos princípios constitucionais tributários.

PALAVRAS-CHAVES: DEVER FUNDAMENTAL PAGAR IMPOSTOS – PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO – LIMITES

ABSTRACT

In the actual stage of the Democratic State Paradigm, it is recognized that rights (including those called negative fundamental rights) have a cost due to the necessity of activity of the State in order to enforce and/or support the said rights. Therefore, a fundamental duty to pay taxes arises considered, not only, as the indispensable contribution to life in society but also as a way to the State make funds for its budget expenses concerning the enforcement and support of the individual rights aforementioned. Nonetheless, considering the relation between the public autonomy and the private one comes into to being a tension between the fundamental duty to pay taxes and tax planning. This paper aims a critical analysis of the tax planning limits in light of the fundamental duty to pay taxes by a systematic interpretation of the constitutional tax principles.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL DUTY TO PAY TAXES – TAX PLANNING – LIMITS

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 - Introdução

É fato que para vivermos numa sociedade organizada tal como conhecemos (com segurança, políticas econômicas, regulamentação de mercados, normas fiscalizadoras, os três Poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário) há um custo a ser pago. Custo este que, conforme opção de cada país, poderá ou não ser suprido através da arrecadação tributária.

Porém, durante os últimos anos, muito se falou de direitos e garantias fundamentais e pouca atenção foi direcionada para o custo (oculto ou não) destes direitos. Em certa medida, tal fato se deu em virtude da oposição aos regimes totalitários que caíram nas últimas décadas, os quais somente previam deveres aos cidadãos, deixando de lado, por sua vez, os direitos de liberdade e as garantias fundamentais[1].

Neste diapasão, a necessidade de receita pública para fazer face às inevitáveis despesas estatais tornou-se premente, sendo que é exatamente através de um eficiente sistema tributário que se consegue atingir o objetivo esperado. Logo, a discussão relativa à estrutura deste sistema (complexidade, solidariedade e justiça fiscal) e a eficiência da arrecadação são pontos determinantes para o êxito do almejado equilíbrio entre a contraposição da implementação dos direitos fundamentais do cidadão e do dever de se submeter à tributação.

O sistema de arrecadação tributária é concebido de acordo com a modelagem de Estado formatado nos diversos ordenamentos jurídicos, motivo pelo qual se encontra estruturado de acordo com os princípios que norteiam a tributação. Neste escopo, a arrecadação pressupõe a incidência da norma jurídica tributária, com o instantâneo surgimento da obrigação tributária e o desenvolvimento do procedimento administrativo que exterioriza, em parte, esta relação jurídica de direito público.

No intuito de assegurar a eficácia normativa desta relação obrigacional, o sistema jurídico disponibiliza à Administração Fazendária, credora do crédito tributário, a possibilidade de formalizar unilateralmente este crédito, independentemente da vontade do devedor, demonstrando a singularidade de sua natureza jurídica obrigacional. Há o reconhecimento explícito na legislação quanto à compatibilização entre os interesses público e privado, pois ao último resta assegurado os limites da atuação estatal disciplinados no ordenamento jurídico, com especial atenção e relevo normativo, além do que deveria ser o irrestrito acesso à jurisdição para possibilitar o efetivo exercício do direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal.

Justamente entre as referidas atividades públicas, administrativa e jurisdicional, gravita e, ao mesmo tempo, se alicerça o sistema de arrecadação tributária, sendo que as duas etapas são absolutamente indissociáveis. O êxito na arrecadação judicial depende diretamente do rigoroso cumprimento das diversas etapas que compõem o procedimento administrativo tributário, ou seja, da realização válida dos atos administrativos tributários.

Tratando-se de atividades vinculadas ao Poder Público, através de suas diferentes competências, sua realização depende da observância das normas jurídicas, em especial das regras principiológicas, donde se destaca a estrita observância do postulado da segurança jurídica e seus corolários, aliado à eficiência da Administração Pública na consecução de seus objetivos.

Fator relevante no contexto da arrecadação tributária consiste na especialidade desta relação jurídica, em que vincula o Estado e o cidadão em interesses antagônicos, uma vez que o primeiro busca a expropriação consentida, no plano legislativo, do patrimônio do sujeito passivo. Dessa forma, quanto mais eficaz o ordenamento jurídico num país democrático, maiores as garantias também asseguradas ao cidadão neste específico relacionamento com a Administração Pública.

Confrontam-se, portanto, não numa visão de colisão, mas de aperfeiçoamento do sistema de arrecadação tributária, as garantias e privilégios estabelecidos à Fazenda Pública e os direitos fundamentais atribuídos ao chamado cidadão-contribuinte. Assim, ao Estado moderno (e também no caso do Brasil), cabe garantir a dignidade da pessoa humana, oferecendo, ainda que de forma mínima, certos bens públicos necessários para a convivência em sociedade, mas igualmente assegurando a justa, solidária e necessária arrecadação para fazer face às despesas públicas exigidas para permear os direitos individuais e sociais.

Diante desse contexto, partimos então do pensamento de jurista português Casalta Nabais sobre a existência de um dever fundamental de pagar impostos para fazermos uma relação (ou contraponto) com os limites do planejamento tributário, sobretudo os direitos fundamentais do cidadão envolvidos no contexto dos princípios norteadores da matéria, observando a singularidade da relação jurídica tributária de natureza obrigacional.

2 - O Dever de Pagar Impostos

Atividades fiscalizadoras, poder de polícia, agência reguladoras, segurança pública, servidores públicos, poder Judiciário, Legislativo e Executivo, esses e outros aspectos do Estado moderno, em conjunto, são elementos essenciais para o desenvolvimento da vida numa sociedade moderna. Todo o aparato da administração pública, existente para buscar implementar os interesses do cidadão, possui um custo significativo, que logicamente será suportado pela própria sociedade.

Então ao Estado restam duas formas de captar recursos para seu financiamento: ou atuando diretamente na atividade econômica - o que no ordenamento brasileiro constitui uma exceção, autorizado somente nos casos de imperativos da segurança nacional ou do relevante interesse coletivo, conforme dispõe o artigo 173 da Constituição; ou interferindo na autonomia privada de seus cidadãos através da exigência de tributos, retirando parcela da riqueza de cada cidadão, de acordo com sua situação econômica, na medida em que praticam atos previstos no ordenamento jurídico como hipóteses de incidência tributária.

Nesta segunda atuação encontra-se o Estado Brasileiro e grande parte dos Estados modernos. A maior fonte de subsistência desses países está na competência tributária, instituída em suas cartas políticas, autorizando a cobrança dos tributos, em especial de impostos, tendo como principal base econômica a renda, o patrimônio, o consumo, o comércio exterior, além de outras figuras tributárias, que adotam base de tributação específica.

O professor, jurista e advogado português Casalta Nabais, fazendo uma digressão sobre a evolução histórica de como os Estados financiavam seus gastos, apresenta-nos três modelos[2] de Estado: o Patrimonial, o Fiscal e o Tributário.[3]

O Estado Patrimonial, atribuído pelo referido professor como a primeira forma de estado moderno, era um estado predominantemente não fiscal, ou seja, seu suporte financeiro não advinha da tributação. As receitas para sua realização provinham do seu patrimônio ou propriedade, e dos rendimentos da atividade comercial e industrial por ele assumida em homenagem ao ideário iluminista. Da mesma forma, existiam Estados que tinham seu suporte financeiro no monopólio, categoria essa representada pelos Estados Socialistas, uma vez que enquanto *productive states*, seu financiamento era realizado essencialmente através dos rendimentos das atividades econômicas produtivas por eles monopolizadas ou hegemonizadas. Por fim, há ainda países que, em virtude do grande montante de receitas oriundas da exploração de matéria prima (petróleo, gás natural, ouro) e através da concessão do jogo (como Macau e Mônaco), podem dispensar seus respectivos cidadãos de serem seu principal suporte financeiro.

Por Estado Fiscal, o estado contemporâneo - pelo menos no caso do Brasil - tem-se como um Estado que assenta seu principal suporte financeiro nos impostos, aqui incluída as principais contribuições especiais previstas no texto constitucional[4]. Através desta arrecadação é possível ao Estado fazer frente aos seus gastos e ao mesmo tempo realizar suas políticas sociais e a defesa da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III da Constituição Brasileira).

De outra forma, o Estado Tributário está predominantemente alicerçado em tributos bilaterais (taxas), o que apresentaria um foco no indivíduo, e não na coletividade, como acontece no Estado Fiscal. E neste ponto o autor português refuta a possibilidade de um Estado Tributário (com o que concordamos), porque existem políticas e tarefas do Estado que têm natureza de bens públicos (como as tarefas relativas à polícia, segurança pública, políticas externas, economia, defesa, saúde), por se destinarem à coletividade, sendo insuscetíveis de serem financiadas de forma individualizada, através de taxas.

A partir deste ponto, adotando a classificação apresentada pelo professor Casalta Nabais, designaremos por Estado Fiscal aquele que tem sua principal fonte de receitas nos impostos, como o Brasil, que na sua particularidade tem como grande característica a elevada arrecadação das contribuições especiais, principalmente as de seguridade social.

2.1 - A idéia de Estado Fiscal, o custo dos direitos e a contrapartida dos deveres.

A partir da idéia de que o Brasil é um país que arrecada tributos (e dentre estes, os impostos) como forma de fazer frente ao custeio de sua máquina administrativa e, sobretudo, à realização das despesas oriundas da efetivação das políticas sociais, necessário destacar algumas considerações sobre nosso sistema tributário.

É interessante observamos que ao longo dos anos de evolução da civilização humana, desde a história antiga, o tributo (mais precisamente, o imposto) esteve presente nas grandes questões sociais, humanas e políticas (com exemplos, podemos citar a derrama e a inconfidência mineira, a queda da Bastilha na França, dentre tantos outros movimentos e revoluções).

Chegando aos dias atuais, percebe-se também que aquela visão odiosa do tributo não deixou de existir, porém outra perspectiva surgiu, vendo o tributo (ou simplesmente

admitindo sua existência) como algo necessário para manter a sociedade tal como conhecemos.

Fazendo interessante contraponto entre a inevitabilidade dos impostos e a garantia que os mesmos representam para as liberdades que usufruímos, o professor português cita[5], respectivamente, duas ilustres figuras da história: de um lado Benjamin Franklin e sua conhecida frase de que "*neste mundo nada está garantido senão a morte e os impostos*"; de outro, Abraham Lincoln, ao dizer que "*acabem com os impostos e apóiem o livre comércio e os nossos trabalhadores em todas as áreas da economia passarão a servos e pobres como na Europa".*

Os pensamentos acima colacionados permanecem extremamente atuais, sendo que a frase de Lincoln seria perfeitamente aplicável hodiernamente. Nos últimos anos os Estados Unidos adotaram uma política liberal, não intervencionista, e atualmente (talvez pela falta de intervenção estatal ou regulação mais severa) o país atravessa uma terrível crise econômico-financeira, com sinais de recessão, tendo em vista a também crise (e inadimplência) no sistema de alto risco de créditos (hipotecas) de habitação (*Subprime*).

Por isso que no Estado Fiscal, temos que a vida em sociedade somente é possível se existir um ente (Estado), que através de seus instrumentos (poder Judiciário, polícia, segurança pública, leis, regulação de mercados, saúde, etc...) possa garantir a coexistência de seus cidadãos através de uma aplicação igualitária de recursos. Caso contrário estaríamos diante da luta de todos contra todos, já descrita por Hobbes[6].

Assim, através do contrato social de Hobbes, aqui adotando como paralelo ou equivalente nossa Constituição da República, estabelecemos direitos e garantias dos cidadãos, de toda sorte, os quais devem ser protegidos, tutelados e assegurados pela administração pública, através da integralidade de seus Poderes e de sua estrutura. É lógico concluirmos que existe um custo para garantir todos essas condições e esses direitos, como o direito de propriedade, além do direito de ir e vir.

Dessa forma, Casalta Nabais expõe seu pensamento de maneira clara afirmando que todos os direitos, por não serem uma dádiva divina, por não serem auto-realizáveis (dependem do Estado), por não conseguirem ser realmente protegidos num estado falido ou incapacitado[7], implicam cooperação social e responsabilidade dos indivíduos da sociedade em contribuir para garantia dos mesmos. Daí poderem ser considerados como "*liberdades privadas com custos públicos**[8]***".

A idéia que temos de propriedade, liberdade de ir e vir, um mínimo de segurança pública, saúde e educação para os menos afortunados somente é possível devido à intervenção e atuação estatal para que possam ocorrer. Não existe segurança sem policiamento, nem saúde sem políticas governamentais nesse sentido. Não existe respeito aos direitos e garantias fundamentais sem um Estado zeloso e atuante, que despenda recursos suficientes para tornar efetiva esta realidade.

Com esse foco é possível dizer que nem mesmos os chamados direitos negativos, consubstanciados no direito de propriedade (garantido no artigo 5º, inciso XXI da CF/88) e na autonomia privada contratual, a título de exemplo, teriam custos meramente privados, excluindo-se, pois, dos custos comunitários. Aqui se caracteriza como um próprio custo oculto do direito. De fato existem direitos sociais que, assumindo a forma de direito positivo-diretos, são facilmente perceptíveis (como saúde, educação, segurança pública, políticas monetárias). Por outro lado, os clássicos direitos e liberdade são garantidos, basicamente, por recursos financeiros indiretos cuja visibilidade é reduzida. Ora, não haveria direito de propriedade se o Estado não garantisse a ordem e segurança pública, utilizando vultosa soma de recursos para contratação de militares e policiais.

Assim, não há como afirmar que estes últimos se realizam simplesmente pela proibição de uma atitude (obrigação de não fazer - de não invadir a propriedade privada, de não intervir na autonomia da vontade), pois seria admitir uma separação entre tais direitos negativos e positivos, como se somente os positivos - caracterizados como direitos sociais - fossem afetos ao custo comunitário.

Sobre outro enfoque, mas de forma complementar ou aproximada, os autores norte-americanos Murphy e Nagel apresentam a idéia de que propriedade privada é uma convenção jurídica definida em parte pelo sistema tributário; não há que se falar em propriedade privada antes de incidir a tributação, pois é através de tal tributação que o Estado cria e garante os mecanismos e sistemas que proporcionam a geração e existência de tal renda pré-tributária[9]. Nas palavras dos autores, "*os impostos têm de ser avaliados como elemento do sistema geral de direitos de propriedade que eles mesmos ajudam a criar"**[10]***.

Como síntese dos custos dos direitos, podemos utilizar do pensamento do professor Casalta Nabais ao afirmar que os impostos são "*um preço: o preço que todos, enquanto integrantes de uma dada comunidade organizada, em estado (moderno), pagamos por termos a sociedade que temos. Ou seja, por dispormos de uma sociedade assente na liberdade, de um lado, e num mínimo de solidariedade, de outro.*"[11]

Afirma então o professor português que tendo em vista a previsão dos direitos fundamentais na Constituição e, por conseguinte, subjacente a tais direitos existem seus custos como contrapartida, denota-se desta realidade que há o dever fundamental de pagar impostos, por vezes esquecido ou deixado de lado pela doutrina. Uma vez que se trata de Estados Fiscais (não há dúvidas disso, tanto no caso de Portugal, quanto Brasil) e se concretizando o Estado Fiscal no dever de pagar impostos, estes são o "*contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada**[12]***" na forma de Estado Fiscal.

De acordo com o pensamento de Casalta Nabais, somente seria dever fundamental se tal preceito estiver inserto na Constituição do país. Dever fundamental é criação do legislador constituinte[13], porém dirigido ao legislador ordinário, ao qual cabe dar efetividade e possibilidade de realização àquele preceito. Como afirma o autor, "*o fundamento jurídico dos deveres fundamentais reside na sua consagração constitucional*"[14].

Esta proposição fica mais clara nas Constituições Portuguesa e Espanhola, que possuem previsões específicas acerca de tributação redistributiva de riqueza e para fazer frente aos gastos públicos. Assim dispõem os artigos 103º e 104º da Constituição de Portugal de 1976:

"Artigo 103.º

(Sistema fiscal)

1. O sistema fiscal visa à satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza.

[...]"

"Artigo 104.º

(Impostos)

1. O imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar.

[...]

3. A tributação do patrimônio deve contribuir para a igualdade entre os cidadãos".

De forma um pouco diferente, mas inspirada nos mesmos objetivos, a Constituição Espanhola de 1978 estabelece preceito semelhante no seu artigo 31, *in verbis*:

"**Artículo 31**

1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad econômica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economia."

Como vimos nos dois exemplos acima citados, não há dúvidas de que os sistemas tributários destes países possuem dois objetivos específicos: redistribuir a riqueza e fazer frente aos gastos administrativos públicos aprovados.

No que se refere aos gastos públicos, tendo em vista o preceito contido no artigo 173 do texto constitucional pátrio, que estabelece que a União só pode explorar atividades econômicas de forma excepcional, não haveria necessidade de haver na Carta Magna Brasileira dispositivo similar àqueles transcritos das Constituições Espanhola e Portuguesa, que estabelecesse que a arrecadação tributária teria como objetivo cobrir referidos gastos.

Pode-se afirmar que a Constituição Brasileira não possui, pelo menos nos mesmos moldes das Constituições Espanhola e Portuguesa, disposição que contenha de forma expressa o dever de pagar impostos para redistribuir riqueza e cobrir gastos públicos. No entanto, podemos enumerar artigos que evidenciam esta mesma idéia, talvez de forma não muito direta, mas que justificam a correta exegese sistemática do texto constitucional para vislumbrar idêntico objetivo. Destacam-se, inclusive, mudanças político-tributárias ocorridas nas últimas décadas, desde o advento da Constituição de 1988 (como, por exemplo, o artigo 3º, inciso I, que estabelece como um dos objetivos da República construir uma sociedade livre, justa e solidária; artigo 40, ao tratar do regime de previdência dos servidores públicos, de caráter contributivo e solidário; o artigo 145, §1º, ao estabelecer que os impostos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte; artigo 195, estabelecendo que seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, através de contribuições sociais previstas naquele artigo; artigo 200, que prevê que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, etc.).

Não restam dúvidas, portanto, de que na Constituição Brasileira está previsto o dever fundamental de pagar impostos, pois a própria Carta Política regula de forma pormenorizada o Sistema Tributário (artigos 145 a 156), autorizando expressamente a cobrança dos principais impostos elencados nos sistemas tributários modernos, configurando como a principal fonte de recursos do país. Isto se vislumbra no seu orçamento e na regulamentação das regras constitucionais de Direito Financeiro conferidas sobre a matéria. A ordem econômica, como já mencionado, afasta a própria atuação direta do Estado, demonstrando a opção realizada pela sociedade brasileira.

Logo, verifica-se o consentimento expresso do povo brasileiro quanto à exigência dos tributos, em especial dos impostos, como forma de contraprestação para o Estado, ou seja, assegurando a receita tributária como a principal fonte de recursos para a administração pública. Esta constatação caracteriza, indubitavelmente, a autorização expressa do cidadão como um dever fundamental de contribuir mediante sua subsunção às obrigações de natureza tributária.

Resta-nos agora fazer a seguinte pergunta: se existe realmente um dever fundamental de pagar impostos (haja vista que estes são contributos essenciais para manter a sociedade tal como vivemos e garantir a produção da própria riqueza tributada), poderia haver alguma relação de tal dever com o direito do contribuinte de economizar impostos, no âmbito de sua autonomia privada de tomar decisões de acordo com seus imperativos, através da realização de planejamentos tributários? E mais: havendo alguma relação, poderíamos afirmar que tal relação traria conseqüências aos limites do planejamento tributário? Seria então a norma prevista no artigo 116, parágrafo único do CTN (introduzida pela Lei Complementar n. 104/2001), o próprio reflexo desse dever fundamental de pagar impostos?

3 - A questão da norma do artigo 116 do CTN: evasão, elisão, elusão e o planejamento tributário.

Designou-se por planejamento tributário a organização das atividades econômicas das pessoas físicas e jurídicas com o objetivo de eliminar, reduzir ou diferir a carga tributária incidente sobre um determinado ato jurídico, um conjunto de operações ou no desenvolvimento do objeto empresarial como um todo. A realização dos planejamentos, dessa forma, está sempre ligado à formatação do negócio jurídico empreendido pelas partes que o realizam, tanto no que se refere ao seu conteúdo, como no tocante à sua forma.

Há, assim, uma manifesta contraposição entre o interesse da administração tributária em tributar a atividade negocial exteriorizadora da capacidade econômica das partes, na medida das respectivas capacidades contributivas (justiça fiscal) e o interesse destas de otimizar um planejamento empresarial menos oneroso no que se refere ao custo tributário que naturalmente integra toda a atividade econômica (liberdade ou autonomia privada negocial).

Neste contexto que surge a divisão clássica entre a evasão fiscal e a elisão fiscal, como vertentes do planejamento tributário realizado pelos contribuintes, bem como a idéia subjacente da aplicação de uma norma geral antielisiva como mecanismo de assegurar uma eficaz arrecadação tributária para a administração, decorrente da repartição das competências tributárias fixadas constitucionalmente.

Pode-se afirmar que existe certo consenso sobre a dicotomia Evasão/Elisão[15]. Assim, evasão seria uma prática em que se busca omitir ou encobrir a ocorrência do fato ensejador da tributação. Dentro desse conceito, estaríamos diante da própria simulação em si, ou seja, haveria uma vontade dolosa em se ocultar os elementos (ou os próprios indícios) de fatos geradores de obrigações tributárias. Trata-se, portanto, de prática ilegal, de origem fraudulenta e que jamais poderá ser considerada um planejamento tributário, que pelo seu próprio conceito pressupõe a organização econômica na esfera da legalidade.

De outra sorte, elisão seria a economia lícita de tributos pelo contribuinte. Seria um planejamento tributário de forma simples. Havendo possibilidade de se praticar um negócio jurídico por duas formas distintas e legais, sem quaisquer artifícios, o contribuinte apenas opta pelo menos oneroso. Ou de outra forma, pretendendo não ser tributado pelos ganhos de capitais na compra e venda de ações, o contribuinte redireciona seus investimentos para imóveis para, posteriormente, por exemplo, se valer do incentivo fiscal na aquisição de outro imóvel, autorizado pela famosa MP do Bem (convertida na Lei n. 11.196/2005).

Nota-se que a grande dificuldade na dicotomia proposta está justamente na definição dos limites entre o que seria uma elisão e uma evasão fiscal. Quando o planejamento tributário seria lícito e quando a interpretação proposta pelo contribuinte extrapolaria o campo da licitude, mesmo que a intenção não seja fraudulenta, mas ingressa na esfera do ilícito. Registre-se que nesta situação há a exposição real do fato jurídico à administração fazendária, sem qualquer tentativa de simular (distorcer a realidade para auferir vantagem tributária) ou de encobrir o fato (fraude). O eventual ilícito, nesta situação, está adstrito exclusivamente na divergência da aplicação da interpretação da legislação tributária vigente ao caso concreto em exame, sobretudo pautado nos pressupostos finalísticos do negócio jurídico empreendido.

Neste campo minado, do limítrofe entre o lícito e o ilícito, pretende-se adotar a terminologia da elusão tributária, que seria um planejamento cujo enquadramento realizado pelo fisco e pelo contribuinte é divergente, tendo em vista que o negócio jurídico utiliza-se meios não usuais para sua efetivação. Heleno Taveira Tôrres[16] prefere esta terminologia, como se vislumbra da explanação do autor:

"No caso da elusão, o contribuinte assume o risco pelo resultado, visando a uma tributação menos onerosa, mediante o uso de meios atípicos, seja para evitar a ocorrência do fato gerador, seja para pô-lo em subsunção com uma norma menos onerosa. Aqui já não se trata de economia de tributos; outrossim, sem que sua atitude se constitua numa modalidade de simulação, num agir impulsionado por escapatória, ardil, escamoteação, estratagema, subterfúgio, visando prejudicar a aplicação da legislação tributária".

A grande divergência que se instaurou e que restou evidenciada com a discussão da norma geral antielisiva foi quanto à validade jurídica dos atos jurídicos acima designados de elusivos. Sua realização deve ser considerada lícita ou um mecanismo de fraude à lei tributária, desrespeitando o dever fundamental de pagar tributos e direitos fundamentais do contribuinte como a isonomia?

3.1 - Norma geral antielisiva brasileira.

Desde 2001, quando foi promulgada a Lei Complementar n. 104, que alterou o artigo 116 do Código Tributário Nacional, grande polêmica e caloroso debate têm envolvido os doutrinadores. Isso porque foi inserido o parágrafo único no artigo 116 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

"Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária".

Iniciou-se então à discussão se tal previsão seria uma norma geral antielisiva ou se seria somente nova roupagem para norma já existente, que consiste em desconsiderar atos simulados e fraudulentos, com claro intuito de evasão de divisas, já combatido nas leis civis e estabelecido no art. 149, inciso VII, do CTN. A designação deste tópico adotou sua titulação pelo fato de que a própria exposição de motivos da lei complementar destacar que a intenção do texto legislativo seria exatamente a sua instituição no ordenamento jurídico brasileiro.

De forma sintética, pode-se afirmar que a doutrina dividiu-se em duas posições consideradas principais: a) aqueles que viam em tal dispositivo apenas uma norma mais específica para casos de fraude e/ou simulação (tendo em vista adotarem um conceito de tipicidade fechada[17]), pautados no princípio da legalidade e da segurança jurídica, considerando até mesmo inconstitucional eventual disposição geral antielisiva; b) os que consideravam como verdadeira norma geral antielisiva, válida no ordenamento jurídico e pressuposto de aplicação do princípio da capacidade contributiva e da isonomia[18], especialmente no formato de uma norma contra fraude à lei tributária em razão do abuso das formas do direito privado.[19]

Por não ser objetivo deste artigo, não vamos aprofundar em toda discussão doutrinária e histórica acerca da evolução e conceituação dos institutos da elisão, evasão e elusão (ou fraude à lei). Exporemos a seguir, apenas em síntese, a justificativa de cada posição doutrinária[20], procurando destacar que mesmo se tratando de posições antagônicas, todos alicerçam sua argumentação na existência de determinados direitos fundamentais do cidadão que deveriam ser resguardados.

3.1.1 - Nulidade da norma geral antielisiva

Com relação à elusão (ou fraude à lei, na modalidade do abuso de formas), para aqueles que adotam o princípio da tipicidade de forma estrita (como se existisse apenas uma operação de subsunção do fato à norma, norma essa que previsse de forma exaustiva todos os elementos e critérios do fato jurígeno; um normativismo conceitualista[21]), não há possibilidade de existir uma norma geral antielisão (ou fraude à lei) no ordenamento brasileiro. O princípio da tipicidade, como desdobramento da legalidade e da segurança jurídica, determinaria que a lei estabelecesse de forma completa e exaustiva toda e qualquer hipótese de incidência, com todos seus elementos e caracteres. Qualquer elemento ou fato que não estivesse previsto na lei, não seria passível de ser subsumido à norma tributária. Corroboram tal idéia ainda com a disposição do artigo 104 do CTN, que proíbe o uso de analogia para tributação.

Esta corrente doutrinária não concebe a possibilidade de se afastar o negócio jurídico celebrado validamente, já que não há qualquer contrariedade com o ordenamento jurídico vigente, apenas para fins tributários, permitindo ao fisco que desconsidere atos firmados licitamente.

Nesta linha consideram que o dispositivo introduzido pela lei complementar em comento somente se admite como válido se interpretada a idéia da dissimulação como

forma de simulação relativa, isto é, objetivo é tão somente explicitar um mecanismo específico de fraude à legislação tributária, embora já estivesse contemplado no art. 149 do CTN. Ricardo Mariz de Oliveira[22] afirma:

"Com efeito, prestigiando o sentido técnico da palavra "dissimular", este dispositivo não se aplicaria aos casos de simulação absoluta, a qual, não obstante, continuaria a ser motivo de evasão fiscal, embora não possível de desconsideração segundo o rito previsto por este dispositivo. Assim sendo, o rito da lei promulgada sob o parágrafo único do art. 116 somente seria aplicável às situações de simulação relativa".

Neste diapasão, as relações jurídicas de natureza tributária devem seguir rigorosamente a legalidade, pela observância do procedimento administrativo, tanto no que tange à regular seqüência dos atos praticados, como à validade de cada um deles mediante o atendimento de sua finalidade e motivação, restando fundamentado de forma clara, inteligível para o cidadão comum. O lançamento tributário não pode deixar de registrar todos os elementos necessários, quer na exigência do tributo, quer na cobrança das penalidades pecuniárias, assim como as obrigações instrumentais e as de natureza sancionatória.[23]

3.1.2 - Norma geral antielisiva como fraude à lei tributária

Sob outro ângulo, para aqueles que não compartilham da referida visão, adotando uma posição mais aberta, haveria a vertente da elusão tributária (ou fraude à lei), que consiste na utilização desvirtuada dos institutos de direito privado, com ofensa ao próprio espírito dos mesmos, para se alcançar a economia de tributos.

Nesta vertente interpretativa, os contribuintes fazem usos de meios não usuais para escaparem da incidência da norma tributária (ou para serem alcançados por norma mais benéfica), utilizando procedimentos artificiosos, embora lícitos. Neste caso, ao contrário da evasão, não há ocultação dolosa do fato gerador, com intuito de se fraudar, omitir ou evadir divisas (como prática criminosa). Não há simulação. Ao contrário, o negócio jurídico praticado não é ocultado. Ocorre uma dissimulação do fato gerador, ou seja, pretende-se atribuir uma roupagem diferente ao negócio jurídico, de modo que o mesmo escape à incidência da lei tributária, ou seja, alcançado por norma mais benéfica.[24]

Podemos citar, como exemplo, os conhecidos casos de *incorporação às avessas*, conforme interpretação Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF. Através de tais procedimentos, uma empresa A (deficitária, com prejuízo contábil, praticamente inoperante) tinha seu controle acionário adquirido pelos mesmos controladores da uma empresa B (superavitária, com margens de lucro e em plena atividade). Ato contínuo, a

empresa A (deficitária) incorporava a empresa B (superavitária), assumindo a mesma denominação social de B e mesma atividade, sendo os mesmos controladores para, posteriormente, poder compensar seu prejuízo fiscal (de A) com os lucros de B, alcançando assim uma redução da base de cálculo do imposto de renda e CSLL e, conseqüentemente, uma redução do imposto a recolher. Os referidos expedientes ocorrem porque a legislação de IRPJ proíbe que a empresa incorporadora compense seus lucros com os prejuízos fiscais da incorporada, mas não diz nada à respeito da incorporadora (no caso acima a empresa A, deficitária, com prejuízo fiscal) compensar seu próprio prejuízo com lucros da incorporada.

O entendimento consolidado neste tópico, da validade geral da norma geral antielisiva, contempla a modalidade mais extensa, baseada nos critérios do abuso de direito e abuso de forma, tal como preconizada pelo professor Marco Aurélio Greco, que assim analisa a matéria:

"No entanto, creio que há um outro aspecto a ser ponderado, quando se examina o tema do planejamento tributário (ou da elisão fiscal), e que não se prende, propriamente, à existência do direito, mas sim ao seu uso, ao modo de seu exercício. A pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de organizar sua vida, este direito pode ser utilizado pelo contribuinte sem quaisquer restrições? Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer 'planejamento' é admissível?

Minas resposta é negativa. E assim entendo por várias razões. (...)

Ou seja, cumpre analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que gera à luz dos valores básicos da igualdade, da solidariedade social e justiça.

Partindo desta abordagem, embora reconheça que o contribuinte tem o direito de organizar sua vida (desde que o faça atendendo aos requisitos da licitude dos meios, previedade em relação ao fato gerador e inexistência de simulação) sou imediatamente conduzido à conclusão (aliás, aceita de forma praticamente unânime nos países ocidentais) de que um direito absoluto é incontrastável no seu exercício é figura que repugna à experiência moderna de convívio em sociedade, fundamentalmente informada pelo princípio da solidariedade social e não pelo individualismo exacerbado."[25]

Este critério aproxima-se da idéia da interpretação econômica do direito tributário, preconizada na Alemanha, por Enno Becker, no início do século passado e precursora da norma geral antielisiva. Consoante leciona Misabel Abreu Machado Derzi,[26]

"o que é importante observar é que a interpretação 'impropriamente chamada de econômica', que tem prestígio na jurisprudência dos tribunais germânicos, objetiva a apreensão teleológica da norma tributária, norteando-se por meio do princípio da

igualdade. Pretende que situações economicamente idênticas submetam-se a idêntico tratamento tributário, repelindo as simulações e fraudes jurídicas. Objetiva apenas evitar que, por meio de um excessivo apego à forma civilística, se permita a violação do princípio da igualdade. Mesmo assim, não pode perder seus limites, porque perdê-los seria o arbítrio e a insegurança. A rigor, quando assentada nestas premissas, não se afasta, de modo algum da interpretação jurídica existente nos demais ramos jurídicos."

Também contempla uma vertente que aqui se intitula moderada, que apenas admite a idéia de validade da norma geral antielisiva no contexto da fraude à lei tributária, já mencionada anteriormente. Apesar da divergência relativa de seus resultados, os fundamentos principiológicos que as sustentam, focados na igualdade, na capacidade contributiva e na solidariedade social, são os mesmos. Justamente em razão desta relevante circunstância que se agrupou ambas as correntes, já que o intuito deste trabalho é examinar o confronto destes direitos fundamentais e as respectivas compatibilidades com o dever fundamental de pagar impostos.

4 - O planejamento tributário em face do dever fundamental de pagar impostos

Somos da posição de que não há como se negar que existem expedientes por demais artificiosos para se alcançar a economia de tributos. Percebemos claramente os contornos da figura de fraude à lei (ou elusão), principalmente em legislações estrangeiras[27], nas quais há previsão expressa de aplicabilidade de tal instituto e suas conseqüências.

Como já afirmamos anteriormente, não pretende este estudo discorrer pelas teorias acerca dos conceitos e da evolução dos institutos da elisão, evasão e elusão. O objetivo é apenas suscitar algumas ponderações acerca de possível relação existente entre o dever fundamental de pagar impostos e os limites do planejamento tributário.

A questão no Brasil gravita em torno da norma do art. 116 do CTN, que em seu parágrafo único prevê a possibilidade de a autoridade administrativa desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo. Porém, na parte final da referida redação, está previsto que deverão ser observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária, lei esta que até a presente data não fora editada e promulgada na esfera federal.

Então, seria possível dizer que o dever fundamental de pagar impostos, como a responsabilidade dos cidadãos de determinado país para com a sociedade como um

todo, seria um limite para o planejamento tributário? Principalmente o planejamento tributário que fosse artificioso, com intuito de dissimular à ocorrência do fato gerador?

A resposta a este questionamento passa por duas diretrizes importantes: a compatibilidade entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica com os princípios da isonomia e da capacidade contributiva, a que se faz breve alusão.

4.1 - Princípios da legalidade e da segurança jurídica

A previsibilidade determinada pelo princípio da segurança jurídica e direcionada pelo devido procedimento legal constitui alicerce fundamental do sistema de arrecadação tributária, tanto para assegurar o direito da Administração Fazendária ao recebimento do crédito tributário, quanto para resguardar o direito do cidadão-contribuinte da não realização de arbitrariedades por parte do fisco no desenvolvimento da relação jurídica que se instaura entre ambos.

A legalidade é a expressão maior da segurança jurídica e do devido procedimento legal, pois é através desta regra principiológica que se desenvolve a relação jurídica tributária e suas co-relatas, a instrumental e a sancionante. A atividade administrativa deve ser exercida, obrigatoriamente, na forma e nos limites da lei, sendo que o procedimento decorrente da prática ordenada destes atos tem que atingir a finalidade prevista no diploma legislativo.

Exatamente neste contexto que o princípio da legalidade foi inserido como decorrência lógica do Estado Democrático de Direito, permeando toda a matéria de direito público e, com especial relevo, o direito tributário, em virtude da denominada estrita legalidade ou tipicidade cerrada. Assegurou-se ao cidadão a ampla liberdade, própria da democracia, limitando suas ações somente nas hipóteses estabelecidas em lei, ou seja, nos casos em que ele anuiu com a restrição imposta para possibilitar o harmônico convívio social. No tocante à Administração Fazendária não há liberdade de atuação, já que somente pode praticar os atos previstos na lei: trata-se aqui de poder e, concomitantemente, de dever estipulado nas prerrogativas que lhe são fixadas. Na realidade não são regras diametralmente opostas, mas complementares, pois jamais seria possível garantir a liberdade do cidadão se a administração, com seus poderes, tivesse liberdade similar: os choques e conflitos seriam imanentes, tornando-se impossível a convivência destas pessoas.[28]

Identifica-se nesta breve digressão dos princípios que a pretensão colocada não é a de uma análise arraigada do formalismo exacerbado, do engessamento da administração fazendária. É a necessidade de se interpretar esta regra principiológica na sua correta extensão, pois é fundamental tanto para alicerçar a arrecadação tributária como para resguardar o cidadão quanto aos limites de sua atuação. Não se trata de sustentar que os direitos fundamentais são amplos e irrestritos, mas efetivamente de reconhecer que sua delimitação foi construída no texto constitucional e permeada no ordenamento jurídico juntamente com os respectivos deveres, dentre eles o de pagar impostos. Igualmente a administração fazendária está vinculada ao seu direito fundamental de exigir impostos, que é considerado pela Constituição como irrenunciável, inerente ao seu dever de cumprir com as delimitações de poder que lhe foi estabelecida.

Dessa forma, torna-se imprescindível que a exegese destes princípios se realize no sentido de conjugar todas as vertentes que decorrem de sua aplicação, que não se encontra limitada apenas e tão somente a assegurar um direito fundamental do cidadão. Também não se pode desprezar que sua correta interpretação perpassa pelo atendimento amplo e irrestrito dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, que se passa a destacar.

4.2 - Princípios da isonomia e da capacidade contributiva

A isonomia tributária tem sua origem no princípio geral da igualdade, que, por sua vez, decorreria do regime político republicano. A República funda-se na assertiva de que o poder emana do povo e em seu nome será exercido, acarretando a igualdade de todos perante a lei. Os governantes são gestores da coisa pública, devendo zelar por todos os setores da sociedade, evitando favorecimento ou privilégios incompatíveis com o interesse público. No entanto, deve-se salientar que o princípio da igualdade é aplicado em outros regimes políticos, não se podendo afirmar que é exclusivo dos Estados Republicanos, ainda que sua origem remonte à República, como exposto por Platão e Aristóteles, que abordaram a questão do direito e da justiça, através da igualdade, em seu aspecto formal.

Esta igualdade de tratamento dos cidadãos integrantes de qualquer Estado que adote o regime republicano deve estender-se para todas as matérias que envolvam o interesse público. Sob esta ótica está inserido no direito tributário, em razão da importância da relação jurídica instaurada entre o contribuinte e o poder público, tendo sido tratado de forma específica a partir do texto constitucional de 1988, com a rubrica de princípio da isonomia.[29]

Nos dizeres de Roque Carrazza, "*diante do princípio republicano, é proibida a concessão de vantagens tributárias fundadas em privilégios de pessoas ou categorias de pessoas.*"[30] Exige-se, em relação ao princípio da isonomia, que a legislação seja idêntica para contribuintes em situações semelhantes. Esta igualdade inadmite que o legislador estabeleça diferenciações, sem qualquer justificação plausível, notadamente impondo tratamento fiscal mais oneroso, baseado numa capacidade contributiva meramente potencial ou ideal de determinados contribuintes, completamente distanciados da realidade objetiva.

Note-se que, durante longo período, discutiu-se a igualdade no seu aspecto meramente formal, culminando no enunciado de que todos são iguais perante a lei, não podendo se distinguir entre aqueles que estejam nas mesmas condições. Todavia, modernamente, atribui-se ao princípio da igualdade e da isonomia um enfoque imprescindível à instauração do Estado Democrático de Direito, que consiste em estabeler conteúdo mais abrangente e efetivo ao princípio, procurando-se extrair e aplicar sua essência material.

Uma das formas de se efetivar o princípio da igualdade, como já salientado, é tratar de maneira desigual quem se encontre em situações também distintas. Esta concepção pode ser aplicada através do princípio da capacidade contributiva que será analisado a seguir. O professor Marciano Seabra de Godói, em obra sobre os parâmetros da justiça e da igualdade no Direito Tributário, salienta que "a relação entre igualdade e capacidade contributiva é para nós a relação entre um princípio maior (que engendra um direito individual fundamental e se aplica a todo e qualquer ramo do direito) e um subprincípio que se consubstancia na eleição (por vezes expressa na constituição) de um critério fundamental - mas não o exclusivo - para operar, na seara tributária, aquele princípio maior."[31]

Tem-se, portanto, que a capacidade contributiva nada mais é do que a condição econômica do contribuinte para pagar tributo, para transferir parcela de sua renda ou patrimônio em benefício do Estado. Será subjetiva quando leva em consideração a real possibilidade econômica do sujeito passivo da obrigação tributária, na exata medida de sua disponibilidade financeira (econômica / patrimonial). Torna-se objetiva quando a incidência da norma jurídica tributária toma como parâmetro elementos que manifestem sinais exteriores de riqueza - normalmente bens patrimoniais.[32]

Destaca-se que são balizas constitucionais intransponíveis, que devem ser necessariamente conjugadas com os princípios da legalidade e da segurança jurídica. Não há qualquer passagem do texto constitucional que estabeleça grau de hierarquia entre os mesmos ou que admita a aplicação de um em detrimento do outro. Logo, os direitos fundamentais do cidadão devem ser pautados em consonância com seu respectivo dever fundamental de pagar impostos, sempre em sintonia com os princípios constitucionais em comento. Da mesma forma exsurge da aplicação deste grupo

principiológico o dever fundamental de pagar impostos, uma vez que a igualdade redistributiva e a solidariedade social, no âmbito da legalidade, determinam a justa distribuição da carga tributária, tanto na repartição do sistema como na eficiência da gestão tributária.

4.3 - Considerações finais: Conclusões

Pode-se afirmar que esse planejamento artificioso, através do qual o contribuinte cria a lacuna no sistema e dela faz uso, ofende o dever fundamental de se pagar imposto, por se tratar da principal fonte de financiamento para que se garanta a vida em sociedade e, conseqüentemente, a produção dessa própria renda. Não só por isso. O meio artificioso deve ser equiparado com um modelo de simulação ou fraude à lei, como vício do negócio jurídico, tal como concebido no Código Civil brasileiro.

Em outras palavras, o contribuinte que possuísse mais recursos econômicos, poderia se valer de meios não convencionais para escapar da incidência de determinada norma tributante, reduzindo, portanto, sua contribuição para a própria manutenção do Estado, que garante o exercício de sua atividade e de todos os seus direitos, juntamente com os direitos para a sociedade como um todo.

Mas ainda assim, onde acaba autonomia privada no planejamento tributário e começa o dever de se pagar imposto? A questão que se estabelece está exatamente na conjugação dos princípios constitucionais destacados pelas duas correntes antagônicas sobre a aplicação da norma geral antielisiva.

Até agora o enfoque no sistema tributário brasileiro acabou restrito ao seu sistema, à discussão sobre sua legislação (leis e normas) e a conceituação de figuras jurídicas, avançando sobre o campo do planejamento fiscal (e de forma indireta, sobre a carga tributária).

Todavia, sob outro ponto de vista, importante enxergar o sistema tributário através de uma justiça redistributiva, como ferramenta para que o Governo consiga redistribuir a riqueza e colocar em prática suas políticas sociais, oferecendo um mínimo de recursos àqueles que se encontram em situação menos favorecida, como decorrência da própria aplicação do princípio da isonomia tributária.

Como uma questão de justiça fiscal, podemos utilizar o pensamento dos norte-americanos Nagel e Murphy, que declaram sua objeção à idéia de que a justa tributação cobraria de cada qual o mesmo sacrifício tributário, este medido pela base da renda pré-tributária. Criticam tal teoria afirmando que ela trata a justiça das cargas tributárias como se ela pudesse ser separada da justiça dos padrões dos gastos do Governo. Assim, não seria possível tratar os impostos como uma calamidade pública, como se uma vez coletados, os impostos fossem lançados ao mar. Para os autores, o que importa em termos de justiça não é somente se os impostos são cobrados entre as pessoas de forma justa, mas se é justa a maneira global pela qual o Governo trata seus cidadãos, através do impostos cobrados e dos gastos efetuados (tributos vs. gastos)[33].

O problema é que no Brasil arrecada-se cada vez mais e, no entanto, o Estado permanece não conseguindo executar suas políticas sociais; não consegue prover igualdade de recursos para todos os indivíduos; da mesma forma como não consegue fornecer os bens e serviços públicos de primeira necessidade (como saúde e educação gratuita) a toda população que necessita. Não atinge, pois, os fundamentos e objetivos da República (promover a dignidade da pessoa humana, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais).

Nesse contexto, se do que se arrecada no Brasil, grande parte vai para o mar (que não é de água, mas está na má gestão dos recursos públicos), não seria lícito evitar que tal dinheiro fosse desperdiçado, através de um planejamento tributário? Se não há justiça fiscal, não seria então justo economizar tributos? Não seria o planejamento tributário (ainda que artificioso) uma forma de reação à injustiça fiscal que ocorre no Brasil?

Se pensarmos pela perspectiva de que somente através do pagamento de impostos (dever fundamental) o Estado pode manter um sistema capitalista que permita a geração de riqueza, certamente qualquer tentativa de se reduzir o pagamento de tributo devido (ou seja, não estamos falando de elisão fiscal), acarretaria também uma redução das receitas para manutenção dos direitos que garantem a produção desta riqueza.

Por outro aspecto, atribuindo menor importância ao custo dos direitos e ao dever fundamental de pagar impostos (como suporte financeiro desses direitos), aplicando maior ênfase na autonomia privada de cada indivíduo e partindo de doutrina baseada na tipicidade exacerbada, somente o sentimento de revolta causado pelo "desperdício" daquilo que foi arrecadado já seria suficiente para autorizar uma economia fiscal, ainda que artificiosa.

Nota-se que há argumentos metajurídicos sustentáveis para ambas as vertentes, sempre conjugando o dever fundamental de pagar impostos com as diretrizes constitucionais previstas no nosso ordenamento. No entanto, essencial definir a interpretação sistemática do texto normativo que compreenda a exata dimensão de todos os princípios aqui mencionados e do ideário do dever atribuído ao cidadão de cumprir com suas responsabilidades tributárias, expressamente determinadas na Carta Magna.

No tocante ao princípio da capacidade contributiva, segundo Ricardo Lobo Torres[34], ao se tributar igualmente todos os contribuintes, ainda que o resultado seja desigual, face às desigualdades das capacidades individuais, pratica-se a justiça distributiva. A capacidade contributiva compreende a idéia da participação dos contribuintes na constituição da receita tributária, de acordo com as suas possibilidades, para que o Estado cumpra a sua função maior, que é permitir e assegurar a sobrevivência da organização social.

Hugo de Brito[35] afirma, entretanto, que o princípio da capacidade contributiva, aliado ao princípio da isonomia, no nosso ordenamento jurídico, pressupõe a harmonia com outros princípios, em especial, o princípio da legalidade, não servindo como suporte para alargamento dos poderes da administração.

Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la.[36]

Nesta vertente, concordamos que o dever fundamental de pagar impostos consiste num direcionamento interpretativo limitador do planejamento tributário. Todavia, importante estabelecer os contornos deste limite em observância aos princípios constitucionais supra mencionados.

Isto porque, este limite não se confunde com a restrição do exercício de direitos e outras liberdades individuais que não foram determinadas pela lei. Não se pode admitir, como enfatizado pelo professor Sacha Calmon Navarro Coêlho[37], que sob o pretexto de simplesmente atingir a capacidade contributiva se crie obrigações não previstas na legislação. O aplicador da norma, sobretudo a administração fazendária, não possui competência legislativa.

Também não se pode admitir que o cidadão-contribuinte está autorizado a deturpar os negócios jurídicos consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, numa interpretação distorcida da sua causa e de sua finalidade, para atingir o resultado pretendido: reduzir a incidência de sua carga tributária.

Constata-se, portanto, que jamais se pode desprezar tanto a aplicação da segurança jurídica e da legalidade, como a aplicação da isonomia e da capacidade contributiva, mas sempre construir uma interpretação que observe estes princípios na diretriz do dever fundamental atribuído a todo cidadão de assumir a carga tributária que lhe é inerente.

Esta equação interpretativa somente pode ser formatada no âmbito do direito privado, exatamente na análise dos elementos inerentes a todos os negócios jurídicos e a existência de sua observância no caso concreto de cada planejamento tributário. A Teoria Geral do Direito Privado explicita categoricamente os vícios do negócio jurídico, sempre destacados pelo não enquadramento do fato aos seus elementos (especialmente a causa, a finalidade e a forma).

Logo, não se pode simplesmente considerar fraude à lei tributária o planejamento realizado sem que exista qualquer vício do negócio jurídico, apenas pelo fato de que eventualmente não se atendeu, na concepção subjetiva do aplicador da norma, o princípio da isonomia. O dever fundamental de pagar impostos, como bem ressaltado pelo professor Casalta Nabais, não admite a instituição de obrigações não previstas em lei.

Este dever fundamental também não se compactua com uma interpretação literal das normas quanto ao enquadramento dos diversos planejamentos. Não existindo expressa disposição descritiva das circunstâncias fáticas, não se reconhece a incidência tributária! Este formalismo exacerbado sequer é próprio do positivismo jurídico.

A solução está exatamente em construir, repita-se, a interpretação normativa no caso concreto, no planejamento submetido à análise, no intuito de assegurar que as regras ali interpretadas respeitam os princípios constitucionais tributários, orientados pelo dever fundamental do cidadão de pagar impostos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 7. Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

2. ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Os Limites do Planejamento Tributário em face da Lei Complementar nº 104/2001. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 72. P. 23 a 41.

3. BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11.ed. atual. por Misabeu Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

4. _____. *Limites constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 7ª edição, p. 528-529

5. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O planejamento fiscal e a interpretação no direito tributário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 243.

6. _____. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 347

7. CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 18 ed., rev., ampl., atual. até a Emenda Constitucional 38/2002. São Paulo: Malheiros, 2002.

8. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Controle de Constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, 472 p.

9. _____.*Curso de direito tributário brasileiro*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

10. _____. *Evasão e Elisão Fiscal*: o Parágrafo Único do Art. 116, CTN e o Direito Comparado. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2006.

11. FALCÃO, Amílcar de Araújo. O fato gerador da obrigação tributária. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

12. FANTOZZI, Augusto. *Diritto tributario*. 2. ed. Torino: UTET, 1998, p. 288

13. GODOI, Marciano Seabra de, A Figura da Fraude à Lei Tributária Prevista no Art. 116, Parágrafo Único do CTN, *Revista Dialética de Direito Tributário,* Nº 68, São Paulo, 2001, P. 101 a 123.

14. _____. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Ed. Dialética, 1999.

15. _____. A figura da fraude à lei tributária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Dialética de Direito Tributário,* São Paulo, v. 79, p. 75-85, 2002.

16. _____. Uma proposta de compreensão e controle dos limites da elisão fiscal no direito brasileiro - estudo de casos. In: Douglas Yamashita. (Org.). *Planejamento tributário à luz da jurisprudência*. São Paulo: LEX, 2007, p. 237-288.

17. _____. O quê e o porquê da tipicidade tributária. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi e ROCHA, Sérgio André. (Org.). *Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier latin, 2008, p. 72-99

18. GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 76-78.

19. HOBBES, Thomas. O Leviatã. Tradução Cláudia Berliner. 1ª. edição. São Paulo: Martins Editora, 2003

20. MACHADO, Hugo de Brito. A Norma Antielisão e o Princípio da Legalidade - Análise Crítica do Parágrafo Único do Art. 116, do CTN. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira. *O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: dialética, 2001, P. 105 a 116.

21. MARINS, James (Coord.). *Tributação & antielisão.* Curitiba: Juruá, 2002, p. 36-37

22. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 77.

23. MURPHY, Liam. NAGEL, Thomas. *O mito da Propriedade* - os impostos e a justiça. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005

24. NABAIS, José Casalta. *O Dever fundamental de pagar impostos.* p. 192-195. Coimbra: Almedina, 1998

25. _____. *A Face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Estudos de Direito Fiscal**.** p. 9-39, Coimbra: Almedina, 2005

26. OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Planejamento e Exigências Tributárias - Cisão, Fusão e Incororação como instrumentos de Planejamento Tributário*. Revista de Estudo Tributários, n. 5, jan e fev./1999, p. 120.

27. RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Elisão Fiscal e a LC nº 104/2001. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 83, P. 141 a 149.

28. ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2002.

29. TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado - autonomia privada, simulação e elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

30. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9ª Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

31. XAVIER, Alberto. *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva.* São Paulo: Dialética, 2001.

---

[1] Referimo-nos à Ditadura Militar no caso do Brasil, ao regime ditatorial de Salazar em Portugal e de Franco na Espanha, afora outros.

[2]NABAIS, José Casalta. *O Dever fundamental de pagar impostos.* p. 192-195. Coimbra: Almedina, 1998. Ver também NABAIS, José Casalta. *A Face oculta dos direitos fundamentais:*os deveres e os custos dos direitos. Estudos de Direito Fiscal**.** p. 9-39, Coimbra: Almedina, 2005.

[3] Sugere-se também a leitura da obra do professor Ricardo Lobo Torres adiante indicada, em que apresenta sua classificação sobre a evolução dos Estados no tocante à forma de seu financiamento (TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 9ª Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002).

[4] Destaca-se aqui o posicionamento pela corrente tripartite na classificação das espécies tributárias, sendo que o tema em questão não será desenvolvido por não fazer parte do escopo do presente trabalho.

[5] NABAIS, J. C., *A Face oculta...* p. 24.

[6] HOBBES, Thomas. O Leviatã. Tradução Cláudia Berliner. 1ª. edição. São Paulo: Martins Editora, 2003.

[7] NABAIS, J. C., *A Face oculta...,* p. 21.

[8] *Idem,* p. 24.

[9] MURPHY, Liam. NAGEL, Thomas. *O mito da Propriedade* - os impostos e a justiça. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[10] *Idem,* p. 11.

[11] NABAIS, J. C. *A face oculta...* p. 26.

[12] NABAIS, J. C. *O Dever Fundamental...* p. 679.

[13] NABAIS, J. C. *O Dever Fundamental*, p. 674.

[14] *Idem, p. 675.*

[15] As referências bibliográficas sobre a matéria estão indicadas ao final do trabalho e especificamente sobre cada temário no decorrer deste tópico.

[16] *in* MARINS, James (Coord.). *Tributação & antielisão.* Curitiba: Juruá, 2002, p. 36-37.

[17] Ver XAVIER, Alberto . *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva.* São Paulo: Dialética,

2001.

[18] GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária*. São Paulo: Dialética, 1998. Posição também destacada no artigo publicado na obra coletiva coordenada pelo professor Valdir de Oliveira Rocha sobre a matéria (ROCHA, Valdir de Oliveira. *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001).

[19] GODOI, Marciano Seabra de. *A figura da fraude à lei tributária prevista no parágrafo único do art.116 do Código Tributário Nacional*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, vol. 68, p. 101-123, 2001.

[20] Para uma análise completa e histórica, ver, por todos: TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado - autonomia privada, simulação e elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. GODOI, Marciano Seabra de. *A figura da fraude à lei tributária prevista no parágrafo único do art.116 do Código Tributário Nacional*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, vol. 68, p. 101-123, 2001. GODOI, Marciano Seabra de. *A figura da fraude à lei tributária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.* Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, v. 79, p. 75-85, 2002. GODOI, Marciano Seabra de. Uma proposta de compreensão e controle dos limites da elisão fiscal no direito brasileiro - estudo de casos. In: Douglas Yamashita. (Org.). *Planejamento tributário à luz da jurisprudência*. São Paulo: LEX, 2007, p. 237-288. GODOI, Marciano Seabra de. O quê e o porquê da tipicidade tributária. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi e ROCHA, Sérgio André. (Org.). *Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier latin, 2008, p. 72-99

[21] Sobre essa classificação ver GODOI, Marciano Seabra de. O quê e o porquê da tipicidade tributária. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi e ROCHA, Sérgio André. (Org.). *Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier latin, 2008, p. 72-99

[22] ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.), Op. Cit., p. 269.

[23] "La legge realizza quindi la funzione impositiva attribuendo all'ente impositore ed ai soggetti passivi situazioni giuridiche soggettive attive e passive, combinate in sequenze procedimentali a composizione variabile, nel senso che l'amministrazione è titolare da un lato di un potere-dovere di determinazione della capacità contributiva manifestata dal presupposto e quindi della base imponibile da esercitare sia controllando gli obblighi formali, strumentali alla corretta attuazione del prelievo, sia rettificando la determinazione del presupposto effettuata dal contribuente." (FANTOZZI, Augusto. *Diritto tributario*. 2. ed. Torino: UTET, 1998, p. 288).

[24] Nesta linha de pensamento, o professor Onofre Alves Batista: "É necessário e premente um combate eficaz à evasão e elisão fiscal, e para tanto torna-se necessário afastar o preconceito acerca do emprego da analogia no Direito Tributário. Não existe, no Brasil, qualquer atribuição constitucional de 'direito à destreza fiscal', mas o traçado claro de uma função social da empresa, que impõe o dever constitucional de 'solidariedade social'." (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O planejamento fiscal e a interpretação no direito tributário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 190).

[25] GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 123-128.

[26] BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11.ed.atual. por Misabeu Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: 1999, p. 689.

[27] Assim ocorre na Espanha, onde vige a Lei Geral Tributária Espanhola. Vide GODOI, M. S. *A figura da "fraude à lei tributária" prevista no art. 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional*, na qual o autor explica que "*a fraude à lei tributária tal como regulada na Lei Tributária Geral da Espanha (art. 24) ocorre quando atos ou negócios jurídicos tenham sido realizados com o propósito de eludir o pagamento do tributo através da utilização do texto de normas (geralmente de direito mercantil, civil ou societário) ditadas com distinta finalidade, sempre que produzam um resultado equivalente ao derivado da hipótese de incidência mencionada na lei impositiva*"

[28] "*Se, em seus primórdios, o Princípio da Legalidade vem do consentimento para a criação de impostos, nos Estados modernos, a sua expressa menção aos textos constitucionais, para toda a matéria administrativa, não seria sequer necessária, uma vez que o Princípio da Legalidade decorre, em via lógica, da substância mesma do Estado de Direito, constituindo seu fundamental pilar*." (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 347).

[29] Misabel Abreu Machado Derzi elaborou substancioso estudo sobre o princípio da igualdade, onde ressalta:

"Com a formação do Estado moderno e a superação do feudalismo, a nova ordem econômica capitalista que se inicia tem seu ponto alto no século XVIII. Locke, Rousseau e Montesquieu ofereceram postulados teóricos e doutrinários convenientes ao momento histórico da nova ordem, aproveitados pelos revolucionários franceses e norte-americanos. O princípio da igualdade vem expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e surge como reação a um sistema de privilégios e discriminações.

Lembra Lejeune Varcárcel que a cristalização do princípio da igualdade em perspectiva constitucional vem então de forma revolucionária como ruptura ao sistema anterior. Marcado, por tal razão, de rigidez (cf. op. cit., p. 37), serviu ao Estado policial e neutro do liberalismo econômico com que a burguesia se firmou como classe política dominante. Nesse enfoque do liberalismo, o princípio da igualdade se desdobra em paridade de tratamento perante a lei, sem quaisquer privilégios, como reforço da segurança jurídica. Realçam-se apenas os aspectos negativos do princípio, vedando-se

as discriminações no teor da lei e, finalmente, compreende-se como justa a tributação proporcional à capacidade contributiva de cada um. No Direito Tributário, generalidade e capacidade contributiva são os correspondentes dessas noções de justiça como norma de tratamento, perfeitamente compatíveis com o capitalismo liberal.

Mas o constitucionalismo moderno trabalha com exigências jurídicas concretas. Abandona a igualdade formal própria do liberalismo clássico e, ao impulso das idéias socializantes, impõe a busca da igualdade na ordem dos fatos, de caráter econômico-material. O Estado intervencionista põe-se a serviço de uma nova ordem social e econômica mais justa, menos desigual, em que seja possível a cada homem desenvolver digna e plenamente sua personalidade."(atualização da obra de Aliomar Baleeiro. *Limites constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 7ª edição, p. 528-529)

[30] CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São 18 ed., rev., ampl., atual. até a Emenda Constitucional 38/2002. São Paulo: Malheiros, 2002, p.51 e p.471

[31] GODOI, Marciano Seabra. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Ed. Dialética, 1999, p. 192.

[32] "Griziotti, há quase meio século, dizia que a capacidade contributiva indicava a potencialidade das pessoas de contribuir para os gastos públicos. Moschetti a conceituou como 'aquela força econômica que deva julgar-se idônea a concorrer às despesas públicas', e não 'qualquer manifestação de riqueza', acentuando assim a capacidade econômica real do contribuinte e, pois, personalizando o conceito Aliomar Baleeiro avançou um pouco mais, fazendo surgir a capacidade contributiva como o elemento excedentário, sobrante, da capacidade econômica real do contribuinte; seria a 'sua idoneidade econômica para suportar, sem sacrifício do indispensável à vida compatível com a dignidade humana, uma fração qualquer do custo total dos serviços públicos; Perez de Ayala e Eusébio Gonzalez, desde a Espanha, predicam que o princípio da capacidade contributiva estende-se às pessoas jurídicas, as quais têm que satisfazer necessidades operacionais mínimas sob pena de extinção. Somente após este limite teriam capacidade contributiva. Alberto P. Xavier aduz que capacidade contributiva, igualdade, legalidade e generalidade da tributação assumiram uma profunda unidade sistemática, como 'emanação do Estado de Direito no domínio dos impostos.' Ao dizer o que disse, considerou o princípio da capacidade contributiva como o princípio operacional da igualdade de todos perante a lei na medida de suas desigualdades." (CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, p. 81).

[33] MURPHY, Liam. NAGEL, Thomas. Op. cit., p. 35-36.

[34] TORRES, Ricardo Lobo, *Curso de Direito Financeiro e Tributário.* 9ª Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002, p. 82 e 83.

[35] ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.), Op. Cit., p. 112.

[36] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 77.

[37] CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. *Evasão e Elisão Fiscal*: o Parágrafo Único do Art. 116, CTN e o Direito Comparado. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2006.

TRIBUTAÇÃO DOS SITES E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO*

TAXATION OF THE SITES AND THE SOCIETY OF THE INFORMATION

Gabriela Coutinho Frassinelli

RESUMO

O presente artigo terá como escopo o estudo do avanço da Internet, sobre as inúmeras novas relações jurídicas que estão ocorrendo e suscitando reflexões em torno dos institutos e conceitos jurídicos tradicionais (v.g., os contratos, conceito de mercadoria, bens móveis etc.). Uma das temáticas mais polêmicas, decorrentes da utilização da internet, é exatamente a tributária. Ainda são muito frágeis as relações entre tributação e a internet, de sorte que não há um forte desenvolvimento doutrinário na matéria e nem tão pouco firme entendimento jurisprudencial consolidado. Para efeitos tributários, esse acesso, viabilizado pelos provedores, tem suscitado crescente controvérsia na doutrina e na jurisprudência, porque faz parte de uma lacuna legislativa que, por enquanto, está sendo preenchida por interpretações divergentes quando não conflitantes, que parecem estar longe de qualquer consenso. Por isso, novas formas de proteção tecnológica e jurídica precisam ser criadas, e outras legislações e princípios em vigor ser ajustados para a aplicação aos casos concretos.
Neste sentido, o artigo, além da pesquisa bibliográfica, analisará as normas civis, constitucionais e tributárias e, conseqüentemente, verificará as suas evoluções, notadamente, nos casos da tributação dos sites.

PALAVRAS-CHAVES: TRIBUTAÇÃO SITES. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. INTERNET

ABSTRACT

The present article will have as target the study of the advance of the Internet, on innumerable the new legal relationships that are occurring and exciting reflections around the traditional justinian codes and legal concepts (v.g., the contracts, concept of merchandise, goods and chattel etc.). One of thematic the more controversies, decurrent of the use of the Internet, is accurately the tax. Still the relations between taxation and the Internet are very fragile, of luck that does not have a strong doctrinal development in the substance and nor so little firm consolidated jurisprudencial agreement. For effect tributaries, this access, made possible for the suppliers, it has excited increasing controversy in the doctrine and the jurisprudence, because it is part of a legislative gap that, for the time being, is being filled for when not conflicting divergent interpretations, that seem to be far from any consensus. Therefore, new forms of technological and legal protection need to be servants, and other legislações and principles in vigor to be adjusted for the application to the concrete cases. In this direction, the article, beyond the bibliographical research, will analyze the civil norms, constitutional and taxes and,

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

consequently, will verify its evolutions, notadamente, in the cases of the taxation of the sites.

KEYWORDS: TAXATION SITES. SOCIETY OF THE INFORMATION. INTERNET

INTRODUÇÃO

O Direito é construído a partir do paradigma da existência e das relações entre realidades concretas. Logo a crescente presença econômica e social das denominadas "realidades virtuais" impõe a adequação do universo jurídico, para que sejam reguladas essas novas situações tecnológicas.

Nesse novo cenário aparece como grande inovação no mundo econômico, o comércio eletrônico, possibilitando a realização de operações comerciais sem a definição exata do local de origem e de destino.

Como a evolução da ciência jurídica nem sempre acompanha a evolução social, cabe aos operadores jurídicos raciocinar a solução dos casos concretos. A grande mudança no mundo jurídico, sobretudo no que tange à área tributária, vem trazendo mudanças radicais em conceitos fundamentais como domicílio fiscal e estabelecimento permanente; competência e jurisdição tributária; hipóteses da não tributação; e outros, sobre os quais se alicerçam os sistemas tributários de todo o mundo, que se vêem abalados.

Diante disto, é possível verificar que a tributação do comércio eletrônico pressupõe a elaboração de outros conceitos e nova legislação, que, no momento em que forem concluídos, provavelmente não servirão para tutelar os avanços tecnológicos que até lá acontecerão.

O tratamento jurídico dos fatos econômicos digitais apresenta dificuldades. Especificamente na tributação surgem problemas tais como: a) fixar a idéia de "estabelecimento virtual" e os possíveis conflitos de competências entre os entes tributantes, como pôr exemplo, o Município ou o Estado tem o poder de tributação sobre os provedores de acesso à Internet ? ; b) qual o tipo de imposto deve ser recolhido, o ISS- Imposto sobre serviços de qualquer natureza ou o ICMS- Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação ? ; e c) validar a noção de comércio eletrônico, mercadoria, mercadoria virtual, estabelecimento, estabelecimento tributário, estabelecimento virtual.

Três correntes procuram definir a questão, defendendo (i) a incidência do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, enquadrando a atividade realizada pelos provedores de acesso como serviço de comunicação de valor agregado, (ii) a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência municipal e, por

último, (iii) a não incidência de qualquer tributo sobre a atividade, pois inexistente legislação legitimadora de qualquer imposição tributária.

Neste artigo deixaremos de lado outros aspectos relacionados com o comércio eletrônico, como questões sobre a propriedade intelectual e direitos autorais, ou sobre proteção ao consumidor e privacidade nas transações, e enfatizaremos os aspectos tributários da questão, como a à incidência ou não do ICMS e do ISSQN na comercialização de bens digitais, hipóteses da não tributação, conceituando-se sociedade da informação, comércio eletrônico, mercadoria, mercadoria virtual ou bens digitais e seu regime jurídico, estabelecimento comercial, estabelecimento tributário, estabelecimento virtual, para tanto passaremos também pelos aspectos formais das fontes do direito tributário.

Daí a importância de discutimos, no presente artigo, sem a pretensão de esgotá-la, tal temática. Enquanto se afigura como nova e complexa situação, seja no âmbito econômico, seja na social ou tecnológico, a tributação das atividades ocorridas na internet nos demanda uma avaliação ponderada, desde a análise das hipóteses da não tributação até a delimitação de novos conceitos jurídicos.

Tributação dos sites

A existência de um mercado eletrônico, o crescimento do comércio virtual e, principalmente, a brutal produção de rendimentos através deles são desafios aos Estados interessados em não perder seu poder tributário, sendo, ao mesmo tempo, os maiores atrativos aos comerciantes e consumidores, à medida tal realidade diminui despesas e preços, pois tal modalidade de comércio elimina várias etapas dos canais de distribuição (distribuidor regional, atacadista, varejista, etc.).

Embora sejam os meios eletrônicos instrumentos de comunicação, vale dizer, meio de concretização das tradicionais transações, reproduzindo os modelos jurídicos do comércio já praticados, suscitam indagações universais acerca da incidência de tributos e dos quais, assim como da competência legislativa num ambiente sem fronteiras.

Assim, os aspectos jurídicos relativos à rede de internet alteraram os conceitos clássicos do Direito Tributário, no que se refere ao fato gerador, definição do objeto, momento de incidência, bens corpóreos e incorpóreos, estabelecimento comercial, como já indicado, adquirem contornos diferentes quando os negócios são realizados *on-line.*

Por tal razão, necessário se faz conhecer as peculiaridades técnicas do funcionamento deste novo sistema de informação e consequentemente dos “sites” da internet, a fim de se definir o seu enquadramento jurídico tributário.

Devem-se buscar os conceitos adequados a esta nova realidade, sem passar por cima dos conceitos tradicionais construídos no âmbito do Direito, como se eles fossem absolutamente inadequados, ou até mesmo de uma forma singela transportá-los automaticamente para o âmbito da internet, pois é certo que alguns deles apresentam

características absolutamente diferentes e novas que não são captadas pelas normas existentes.

Prevê o ordenamento jurídico brasileiro que a possibilidade de arrecadação de parte da riqueza gerada pelos contribuintes depende de prévia lei que, além de autorizar a cobrança de tributos, deve definir todos os aspectos pertinentes ao fato gerador, cuja identificação permitirá a quantificação do tributo devido em cada situação concreta que espelhe a hipótese de incidência descrita na norma legal.

Portanto, a legalidade tributária requer que a própria lei defina os comportamentos e as características que autorizem a cobrança de determinado tributo, que passa a ser exigível pelo Estado caso não ocorra o adimplemento da obrigação.

Porém, para formalizar essa exigibilidade, ou seja, para que ocorra o lançamento do crédito tributário, exige-se a verificação dos pressupostos que comprovam a ocorrência do fato gerador.

A tributação deve assegurar a neutralidade fiscal e a eqüidade entre as diferentes formas de comércio eletrônico, propiciando maior segurança jurídica. Desde o início da história da tributação, as regras aplicáveis em matéria jurisdicional tributária têm fundamentado nos conceitos que implicam uma presença física em um lugar geográfico determinado. Em sede de tributação de eletrônicos, não é imprescindível a existência de um lugar físico, fato que tentaremos provar ao decorrer deste artigo.

Ainda, deverá ser abarcado pelo presente artigo, ou pelo menos é que se tentará, a resposta as muitas dúvidas existentes quanto à tributação na internet: Quais operações são passíveis de tributação? Qual o tributo incidente? ICMS (Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação) ou ISS (Imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no ICMS)? Ou não há qualquer tributação?

Recentemente o Conselho Nacional de Política Fazendária - (CONFAZ) entendeu que o serviço de acesso à internet se caracteriza como serviço de telecomunicações e que, portanto, estaria sujeito à incidência do ICMS e não do ISS.[1] No caso do ISS, o art. 156, I da Constituição Federal, é explicito ao afirmar que a instituição do ISS só ocorre se os fatos geradores estiverem definidos em lei complementar. Tal norma é o Decreto - Lei 406, de 31 de dezembro de 1968[2]. Não há nele qualquer menção ao serviço de provedor de acesso à rede mundial de computadores. Por isso, entendem alguns juristas que os municípios não tem legitimidade para cobrar o ISS, e, ao tributar estariam violando o princípio constitucional da legalidade.

Já no que diz respeito ao ICMS, dispõe o texto constitucional em seu art. 155, II, que compete aos Estados a instituição do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços. Por uma visão inicial, assim, os provedores deveriam ter sua atividade atingida por tal tributo. Ocorre, no entanto, que conforme a Lei de Telecomunicações (Lei 9.472 de 16 de 1997), o provedor de internet não possui natureza de serviço de comunicação, mas de serviço adicionado.

A natureza jurídica específica dos impostos no Brasil está determinada pelo fato gerador do correspondente imposto. Não importa para tanto o nome, as características adotadas

pela lei e nem o destino legal da arrecadação dos impostos que são pertinentes para a questão. O comércio eletrônico não modifica o caráter de compra e venda de bens e serviços.

Estados e municípios disputam entre si a competência para tributar os provedores de acesso à internet. Os Estados entendem que os provedores desenvolvem um serviço de comunicação, devendo, portanto, recolher o imposto sobre circulação de mercadorias (ICMS). Para os Municípios, estes (provedores) prestam atividade de prestação de serviço, sujeitando-se à incidência do ISS.

Outra questão que se apresenta é a de se considerar ou não os serviços de uso do usuário à internet como sujeito à incidência do ISS, de competência dos municípios. Tal tributo tem como pressuposto legal a prestação de serviço por empresa ou profissional autônomo, de serviço definido em lei complementar, não compreendido na competência tributária dos Estados (artigo 156, inciso II da Constituição Federal).

No entanto, a Lei Complementar nº 57, de 15 de dezembro de 1987, ao listar os serviços sujeitos ao ISS, não incluiu item específico a respeito da atividade exercida pelos provedores de acesso a internet. A lista de serviço é taxativa e o serviço prestado pelos provedores de acesso não se encontra expressamente previsto na mesma.

Outra dificuldade do atual sistema tributário brasileiro é a vedação constitucional atribuída à União em instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (art. 151, inciso III - Constituição Federal) . Assim, a proposta de reforma constitucional tributária deverá contemplar maior flexibilidade do Sistema Tributário Nacional, face às novas realidades comerciais e tecnológicas.

O Superior Tribunal de Justiça, através do voto da Ministra Denise Arruda já se posicionou pela NÃO incidência do ISS sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso, assim decidindo o Recurso Especial 658626/MG, 2004/0069532-8, pág 13, :

“ Efetivamente, a incidência de ISS pressupõe o enquadramento do serviço em alguma das hipóteses previstas na lista anexa ao Decreto-Lei 406/68, com as alterações promovidas pela Lei Complementar 56/87, considerando, entretanto, sua taxatividade e a possibilidade de interpretação extensiva dos itens nela contidos. Desse modo, tendo em vista que os provedores de acesso à internet executam serviço de valor adicionado, isto é, serviços de monitoramento do acesso de usuários e de provedores de serviços de informações à rede mundial de computadores, colocando à sua disposição os dados ali existentes, não há previsão legal em que se possam incluir esses serviços entre aqueles sujeitos à incidência de ISS.

A par disto, o STJ anteriormente também já havia se posicionado com relação a NÃO incidência do ICMS aos serviços prestados pelos provedores de acesso, como lembrou a Ministra Denise Arruda, no julgamento do recurso especial acima mencionado:

“Esta Corte de Justiça, em algumas oportunidades, quando estava discutindo o cabimento de ICMS sobre os serviços de acesso à internet, delineou que os referidos serviços prestados pelos provedores não se enquadravam na competência tributária estadual, e sim na municipal.

A propósito:

'TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. SERVIÇOS PRESTADOS PELOS PROVEDORES DE ACESSO A INTERNET. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO. ART. 61, § 1º, DA LEI N. 9.472/97. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

(...)

9. O serviço de provedor de acesso à internet não enseja a tributação pelo ICMS, considerando a sua distinção em relação aos serviços de telecomunicações, subsumindo-se à hipótese de incidência do ISS, por tratar-se de serviços de qualquer natureza.

(...)

14. Recurso especial provido.' (REsp 511.390/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 19.12.2005) 'Desta feita, não há como tal tipo de serviço ser fato gerador do ICMS, não havendo como tributá-lo por este imposto estadual.

No entanto, remanesce na esfera tributária do ente municipal o poder de tributar, fazendo incidir o ISS - Imposto Sobre Serviços, quando a prestação deste serviço estiver especificada na lista de serviços que estabelece os serviços que serão fato gerador deste imposto municipal, especificação atualmente inexistente, haja vista que o serviço de provimento de acesso à internet não se encontra inserido na lista de serviços a fim de incidir o ISS.

Logo, os provedores de acesso exercem atividade não sujeita ao ICMS mas ao ISS, dependendo, para que seja tributada, de lei complementar que a coloque em lista de serviços. '(Trecho do voto do Ministro Francisco Falcão, Relator do REsp 736.607/PR, 1ª Turma, DJ de 19.12.2005, grifou-se.

Infere-se daí que o serviço prestado pelo provedor de acesso à internet pode ser tributado pelos Municípios, por meio do imposto incidente sobre serviços de qualquer natureza - ISS. Todavia, para tanto, é necessário que o referido serviço conste da lista prevista no Decreto-Lei 406/68 ou na atual LC 116/2003

Portanto, se faz necessário estabelecer a distinção da natureza jurídica do serviço prestado no âmbito da internet, para certificar o campo de incidência tributária. Da mesma forma é saber qual a definição de estabelecimento e mercadoria virtual.

Apesar das discussões sobre o enquadramento das operações via internet nos tributos existentes, deve ser observado, que está tramitando no Congresso Nacional, proposta de Reforma do Sistema Constitucional Tributário. Referida proposta dispõe sobre a alteração do ISS, ICMS e IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), possibilitando a criação do IVA (Imposto sobre o Valor Agregado). Desta forma a tributação incidirá no destino da venda e não mais no local de origem. Referida reforma não contempla as inovações tecnológicas.

O atual sistema tributário brasileiro não foi concebido para uma economia que não fosse centrada na produção e propriedade de bens materiais

Do comércio eletrônico

O comércio eletrônico envolve a venda de bens tangíveis (comércio eletrônico impróprio ou indireto), destacando a venda de livros, brinquedos entre outros e de bens intangíveis (comércio eletrônico próprio ou direto), onde a operação começa se desenvolve e termina nos meios eletrônicos, normalmente a internet.

Fábio Ulhoa Coelho[3] apresenta os caracteres do comércio eletrônico:

[...] é a venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços realizados em estabelecimento virtual. A oferta e o contrato são feitos por transmissão e recepção eletrônica de dados. O comércio eletrônico pode realizar-se através da rede mundial de computadores (comércio internetenáutico) ou fora dele.

Saliente-se que para ocorrer à transação não é necessário que o comprador se desloque até o espaço físico do vendedor, podendo realizá-la de forma eletrônica.

A verdade é que o comércio eletrônico, ou digital como preferem alguns, é uma realidade sem volta e a prova disto reside no acréscimo galopante das atividades econômicas travadas na Internet.

Vê-se, que o comércio eletrônico-digital poderá ser classificado como direto ou indireto. Será direto quando houver a compra e venda de bens intangíveis, e utilizáveis em meio digital, como, verbi gratia, softwares, músicas, e-books, jogos virtuais, vídeos, etc; caracterizar-se-á como indireto quando for instrumento para a compra de bens tangíveis e não associados ao mundo virtual, como livros, carros, brinquedos, etc.

Do estabelecimento – estabelecimento tributário – estabelecimento virtual

Ante a definifição de comércio eletrônico, necessário se faz passar pelas definições de estabelecimento, estabelecimento tributário, estabelecimento virtual e após o de mercadoria e de mercadoria virtual, até se chegar as respostas as perguntas que tanto afligem os operadores do direito.

O estabelecimento empresarial é definido no Código Civil, em seu artigo 1.142, in verbis: "Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária". Tal definição sofreu influência do Código Italiano, que em seu livro V, Título VIII, Capítulo I, art. 2555 diz: "Art. 2555 Nozione: L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore (2082) per l'esercizio dell'impresa."

Fábio Ulhoa Coelho[4] conceitua o estabelecimento da seguinte forma: "Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens reunidos pelo empresário para a exploração de sua atividade econômica."

Do estudo destes três conceitos, apreende-se que para que haja um estabelecimento empresarial, é necessária a reunião de bens corpóreos ou incorpóreos, colocados a disposição do empreendimento pelo empresário, que podem ser agrupados e reagrupados e que normalmente são retirados de seus próprios bens, mas que com estes não se confundirão, formando parte de um outro patrimônio, o patrimônio próprio da empresa, com a finalidade de exercer uma atividade econômica.

Fábio Ulhoa Coelho[5] apresenta os seguintes pontos-chave para a natureza jurídica do estabelecimento: "1) O estabelecimento empresarial não é sujeito de direito; 2) o estabelecimento empresarial é uma coisa; 3) o estabelecimento empresarial integra o patrimônio da sociedade empresária."

Entende-se ser mais facilmente encontrada tal natureza, espelhando-se na conclusão do autor acima citado, ao se diferenciar o empresário, a empresa e o estabelecimento empresarial, pois ao se apreender que o empresário, segundo o Código Civil em seu art. 966, é "quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços.", pode-se concluir que o estabelecimento empresarial não pode ser o sujeito de direito nesta relação, sendo uma coisa, composta de elementos corpóreos ou incorpóreos, unidas pelo empresário, que é o sujeito de direito na relação, para que possa exercer sua atividade, podendo ser agrupadas ou reagrupadas conforme a vontade deste e que integram o patrimônio da empresa que necessita de outros institutos para sua existência, além do próprio estabelecimento empresarial, como se apreende da

noção de empresa dada por José Edwaldo Tavares Borba[6], que a define "como sendo a estrutura fundada na organização dos fatores de produção (natureza, capital e trabalho) para criação ou circulação de bens e serviços".

Pode-se assim concluir que o empresário é quem exerce a atividade econômica, ou seja, é o sujeito de direito, enquanto a empresa é esta atividade econômica organizada, que é formada dentre outros institutos, pelo estabelecimento empresarial, que é o complexo de bens organizado para o exercício da atividade, ou seja, uma coisa, sendo esta sua natureza jurídica.

Desta feita, apreende-se que para que haja um estabelecimento empresarial, é necessária a reunião de bens corpóreos ou incorpóreos, colocados a disposição do empreendimento pelo empresário, que podem ser agrupados e reagrupados e que normalmente são retirados de seus próprios bens, mas que com estes não se confundirão, formando parte de um outro patrimônio, o patrimônio próprio da empresa, com a finalidade de exercer uma atividade econômica.

Como dito, o estabelecimento possui elementos corpóreos e incorpóreos. Neste primeiro, podem-se apontar as mercadorias do estoque, os mobiliários, utensílios, veículos, maquinarias e todos os outros utilizados na exploração econômica.

Já como elementos imateriais pode-se explicitar os bens industriais como as patentes de invenção, de modelo de utilidade, de registro de desenho industrial, marca registrada, nome empresarial e título de estabelecimento, além do ponto, que é o local onde se dá a exploração da atividade econômica.

Após estas breves considerações sobre o estabelecimento empresarial, passa-se agora ao estudo do estabelecimento virtual.

O site comercial é comparado por Fabio Pugliese[7] a um cartaz que possibilita ao usuário do comércio eletrônico conhecer a estrutura organizacional, a situação financeira, o negócio da empresa e os diversos produtos oferecidos, destacando que pode ter função exclusiva de promover determinado negócio, permitirem a venda de produtos com outras empresas (inter company) ou efetuar a venda a consumidor.

Já estabelecimento virtual, pela definição de Fábio Ulhoa Coelho[8] é “uma nova espécie de estabelecimento, fisicamente inacessível: o consumidor ou adquirente devem manifestar a aceitação por meio da transmissão eletrônica de dados.”

Segundo Marco Aurélio Greco,[9] através das características técnicas dos sites, *“podem ser identificados na Internet três grandes tipos de sites:*

a) Meramente passivos no sentido de que se limita a mostrar uma determinada imagem, mensagem sobre alguém, sobre um produto, um local ou um serviço. ... Sublinhe-se que o adjetivo passivo refere-se ao funcionamento do site enquanto tal, e não à atitude do seu titular;

b) Canalizadores de mensagens em que não se limitam a apresentar mensagens, como os anteriores, mas admitem receber pedidos pelos interessados na compra de determinados bens ou na fruição de determinados serviços neles, ou através deles,

oferecidos. Esta hipótese assemelha-se a uma caixa de correspondência que recebe pedidos, solicitações, etc

c) Inteligentes, assim entendidos aqueles que, além de receber pedidos ou correspondência dos interessados, têm condição de realizar operações mais complexas que instauram uma relação de interação com o internauta, chegando a responder ao interessado confirmando o recebimento do pedido, verificar a disponibilidade do fornecimento da mercadoria, emitir ordem de entrega, informar o prazo previsto para a entrega,… etc. Ou então se tratando de bens virtuais (como os softwares, banco de dados, informações etc) o site já contém facilidades que permitem o seu respectivo download ou acesso pelo usuário."

Acrescenta-se ainda que de acordo com o festejado autor, o site, há de ser analisado sob a ótica da multiplicidade de dimensões, que no seu entender são três: primeiro plano encontra-se o site em si mesmo considerado, no segundo plano, de ser considerado o equipamento (o computador) em que o site esta gravado ou hospedado e num terceiro plano, está o conteúdo disponibilizado no site.

É importante a análise acima, vez que "cada um desses três planos enseja tipos distintos de relações jurídicas e podem ser objetos de disciplinas distintas com conseqüências e regimes completamente diferentes.

Ainda deve-se ser considerada a análise do sob a perspectiva da multiplicidade de pessoas, ou seja, em cada um dos planos acima mencionados pode ser encontradas pessoas diferentes, assim o titular od site pode ser uma pessoa; o titular do equipamento onde esta hospedado ser outra e o fornecedor do respectivo conteúdo ser outra.

Mas será a web site uma extensão deste estabelecimento, ou o próprio estabelecimento comercial? Fica meio difícil se afirmar isto quando na verdade estamos tratando de um ambiente virtual, onde a mutabilidade e a mobilidade são incríveis, a ponto de não poder aceitar nada como imóvel, estável, e, principalmente, durável.

Diante disto, percebe-se que para a conceituação de estabelecimento virtual e das operações realizadas na internet, é essencial o exame preliminar de algumas normas tributárias que se referem ao estabelecimento para fins de tributação.

Será interessante estudar o conceito de estabelecimento contido no artigo 110 do CTN, e após se fazer as reflexões acerca de ser ou não o site um estabelecimento, de ser ou não destinatário de serviços, de bem ou de mercadoria. Ainda, não pode passar despercebidas as normas do inciso II do artigo 127 do mesmo codex, bem como a do artigo 133, sem contar a do artigo 392, III do Regulamento do IPI, o parágrafo 3o. do artigo 11 da LC 87/96, artigo 4o. da LC 116/2003.

Após tem-se que perquirir, em caso afirmativo para as indagações acima, se seria, o site um estabelecimento comercial para fins do ICMS? Para fins de ISSQN? E o IPI? Em verdade, a palavra estabelecimento se origina do latim stabilis, dando uma característica de estabilidade, durabilidade ao decorrer do tempo, logo se aplica ao aspecto físico de uma empresa, sua parte corpórea, as instalações, enfim o que for sensível pelo homem.

Não se pode deixa de ser lembrar que a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) define estabelecimento permanente, corpóreo, como um local fixo de negócios, onde as negociações são tratadas total ou parcialmente. Tal excerto é extraído de estudos e discussões jurídicas desta Organização, que procura viabilizar e organizar o comércio eletrônico, global, e descontrolado, muitas vezes, por questões que envolvem soberania e aceitação aos tratados internacionais Alerto, mas não adentrarei neste campo, ante a impossibilidade metodológica.

A lei complementar 87/96 considera estabelecimento o local, privado ou público, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, ou onde encontram armazenadas mercadorias.

O inciso II do artigo 127 do CTN, ao tratar do domicílio tributário se utilize do conceito de estabelecimento como ponto de apoio do conceito de domicílio tributário.

O artigo 133 do mesmo codex acima pode estar disciplinando ser o site um fundo de comércio.

Já o artigo 392, II do Regulamento do IPI, preceitua ser estabelecimento o prédio em que são exercidas as atividades geradoras de obrigações, neste caso evidente esta a não aplicação aos sites da internet.

O artigo 4o. da LC 116/03 define estabelecimento como o local onde o contribuinte desenvolve a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário e, que configure unidade econômica profissional.

A Convenção Modelo para a Bitributação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE define estabelecimento como "a fixed place of business through wich the business of a enterprise is wholly or partly carried on.", noção adotada pela U.S. Model Tax Convention.

O Supremo Tribunal Federal entende que "a expressão estabelecimento tem o mesmo sentido do que lhe confere o Código Comercial (artigo 1.º, III, 2.ª parte), de tal modo a designar o próprio local ou o edifício em que a profissão é exercida, compreendendo todo o conjunto de instalações e aparelhamentos necessários ao desempenho do negócio ou da profissão de comerciante, componentes do fundo de comércio."

Ainda, tem-se que passar pela assertiva de ser a web site *um software armazenado em um computador*, e se assim o for, poderá ou não ser considerado o estabelecimento permanente da empresa?

Interessante destacar a peculiaridade dos softwares, inconfundíveis com seus suportes físicos, não são considerados mercadorias, porque ocorre apenas locação, cessão ou licença de uso, conforme a Lei Federal N.º 9.609/98, e não transferência da propriedade de seu criador intelectual ou titular.

Da mercadoria e mercadoria virtual

Feitas as considerações a cerca do conceito de estabelecimento e estabelecimento virtual, farei uma breve análise sobre o conceito de mercadoria e mercadoria virtual, conceitos estes que deverão ser melhor abordados e aprofundados em pesquisas cientificas.

Existe, atualmente, um razoável consenso científico em torno da ocupação, pela informação (ou conhecimento), do posto de mais importante fator de produção. A idéia de "Sociedade da Informação" [10] aparece, de certa forma, como decorrência lógica da premissa anterior.

Um dos aspectos mais relevantes da nova "Sociedade da Informação", particularmente em relação ao universo jurídico, consiste no fenômeno identificado como "**desmaterialização de conceitos**". Vejamos do que se trata.

Verificamos, em linhas gerais, uma evolução (ou mutação) dos bens mais significativos dos formatos tangíveis para os intangíveis[11]. Com efeito, durante séculos as atenções do legislador estiveram voltadas majoritariamente para disciplinar juridicamente relações sociais envolvendo bens, coisas ou objetos palpáveis ou tangíveis. Por conseguinte, as preocupações doutrinárias e as decisões judiciais ocupavam-se de realidades com tais características.

Atualmente, boa parte dos bens mais relevantes nas várias relações sociais assumem o formato eletrônico. Nesta linha, um conceito "materializado" no passado passa por um processo de verdadeira "desmaterialização". Assim, surge um nítido descompasso entre as normas jurídicas, as considerações doutrinárias e as decisões judiciais e a realidade econômico-social subjacente.

Na origem dos principais problemas mencionados aparece um conceito tradicional onde figura, normalmente como elemento central, um traço de materialidade. O exemplo mais importante, pelas conseqüências econômicas e sociais, reside na noção de mercadoria. Como antes referido, a idéia de mercadoria assimilou, ao longo do tempo, a marca da materialidade como elemento conceitual fundamental[12]. Numa afirmação, segundo o entendimento tradicional: mercadoria deve ser entendida como o bem móvel destinado ao comércio.

Ocorre que a modernidade tecnológica conseguiu suprimir a materialidade da idéia de mercadoria, colocando no centro das atenções a mercadoria virtual.

O conceito de mercadoria (e de produto) está impregnado pelo traço da materialidade ou tangibilidade por razões históricas e tecnológicas. Com efeito, praticamente todos os objetos das relações econômicas no mercado possuíam, até passado recente, a marca da palpabilidade. Este traço decorria dos padrões tecnológicos utilizados até então.

Todavia, há de ser observado que atualmente, com o comércio eletrônico duas ordens de considerações "retiram" de mercadorias (e produtos) os traços de tangibilidade: a) mercadorias (e produtos) são espécies de um gênero que não exige materialidade como elemento essencial e b) o avanço tecnológico, as novas formas de produção de riqueza,

viabilizou a existência de mercadorias (e produtos) desprovidos da marca da tangibilidade.

Ademais, as dificuldades de acatar a mercadoria intangível ou virtual também residem nas disposições do art. 110 do Código Tributário Nacional. Se o termo "mercadoria" foi utilizado pelo constituinte para delimitar competência tributária ou impositiva não poderia ser entendido ou manuseado pelo legislador tributário além do sentido que tradicionalmente possui.

Paulo de Barros Carvalho[13] entende que a natureza mercantil de um produto está na destinação que pode conferir-lhe atributos de mercadoria.

No entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence[14], da Corte Suprema Brasileira, "o conceito de mercadoria efetivamente não inclui os bens incorpóreos, como os direitos em geral: mercadoria é bem corpóreo objeto de atos de comércio ou destinados a sê-lo."

Em se tratando de comércio eletrônico direto, quando ocorre a entrega física da mercadoria após a celebração de um contrato através da Internet, é facilmente detectável a circulação das mercadorias e mudança de titularidade, com a emissão de nota fiscal, portanto, hipótese de incidência do ICMS.

Porém, o raciocínio não é tão óbvio quando há ausência de sinais exteriores indicando a concretização dos negócios jurídicos que ensejam imposição tributária.

Isso ocorre, por exemplo, quando uma das etapas de circulação das mercadorias é suprimida, ou quando a contratação de serviços é apenas intermediada através do meio eletrônico, no qual a fiscalidade não pode atuar.

Os chamados produtos virtuais ou digitais representam uma revolução à parte. Músicas, livros, softwares circulam através de cabos eletrônicos para chegar ao adquirente. Definir quantos e quais tributos deixa de incidir é tema controvertido. A incidência de ICMS em tais situações é defendida pelo uso da analogia ao tratamento da energia elétrica, de natureza incorpórea. Porém, o uso da analogia não pode criar tributo inexistente na legislação.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela incidência de ICMS apenas sobre os softwares vendidos em escala, em prateleiras, quando devem ser considerados mercadorias, emitindo pronunciamento do qual é possível deduzir a não incidência sobre os produtos digitais enviados pela Internet., assim decidindo o Recurso Extraordinário 199.464, DJU 18.02.2000, p. 101:

"No julgamento do RE 176.626, Min. Sepúlveda Pertence, assentou a Primeira Turma do STF à distinção, para efeitos tributários, entre um exemplar standard de programa de computador, também chamado 'de prateleira', e o licenciamento ou cessão do direito de uso do software.

A produção em massa para comercialização e a revenda de exemplares do corpus mechanicum da obra intelectual que nele se materializa não caracterizam licenciamento ou cessão de direitos de uso da obra, mas genuínas operações de circulação de mercadorias, sujeitas ao ICMS."

Do fato gerador

Vencida a etapa de conceituação de mercadoria e mercadoria virtual, há de ser analisado o fato gerador, que embora não seja a única, é a mais importante das bases existenciais da obrigação tributária, para tanto deverá estar adstrito, rigorosamente, aos ditames legais constantes na hipótese de incidência, em obediência à estrita legalidade tributária, caso contrário não haverá como obrigar, passivamente, o sujeito passivo tributário.

O Código Tributário Nacional conceitua e define o fato gerador nos seus artigos 114 a 118, e alguns dos citados artigos merecem atenção especial; entre eles o artigo 114, pois há a expressa e contumaz certeza, e segurança jurídica de só haver subsunção quando o fato ocorrido preencher, sem mais nem menos, todos os elementos constantes na hipótese legal de incidência, como preceitua Ruy B. Nogueira[15]: "Fato gerador do tributo é o conjunto dos pressupostos abstratos descritos na forma de direito material, de cuja concreta realização decorre os efeitos jurídicos previstos".

É esta proteção e segurança jurídica que edificam no contribuinte a certeza de saber quanto e sobre quais das suas atividades serão tributadas. É a possibilidade legal e inarredável de conhecer o quinhão com o qual contribuirá para a Sociedade, através dos tributos.

Assim, apenas quando ocorrer o fenômeno da subsunção do fato gerador, fruto da conduta do contribuinte, com a hipótese de incidência haverá o surgimento da obrigação tributária, que poderá ser afastada por qualquer das formas de exclusão previstas; quer pela Magna Carta (imunidade), ou pela legislação infraconstitucional (isenção, anistia, entre outras).

Vencida esta etapa preambular, lembro como elemento do aspecto subjetivo do fato gerador, a existência de dois pólos na relação obrigacional tributária, onde o contribuinte e o responsável são sujeitos passivos e o Estado (repartido em União, estados-membros, Distrito-Federal e municípios) é o único sujeito ativo da obrigação tributária, por ser titular exclusivo de tal competência, por força do princípio da indelegabilidade da competência tributária prescrito no artigo 7º do CTN de forma expressa e implicitamente na junção de vários artigos do Texto Constitucional.

De acordo com o artigo 119 do CTN e dos artigos 153 a 156 da Magna Carta de 1988, ficam delimitados os tributos sob a competência de cada um dos entes federativos (e administrativamente independente citados), onde a autonomia é conferida, principalmente, pelas receitas tributárias, como preceituam os Artigos 3º, o 150, inciso IV, Da Constituição Federal de 1988, entre outros da mesma Carta Magna.

Importante salientar tais aspectos normativos, pois a tributação impelida aos meios eletrônico-digitais, conforme será tratado oportunamente funda-se em uma analogia, já que a situação não teve, até então, adequado tratamento legal; permitindo ao operador do direito afirmar a inconformidade da postura do fisco ao tributar atividades digitais e

eletrônicas, entre elas o serviço de conexão prestado pelos provedores de acesso, os e-books, entre outros, casos muitas vezes reparados pelo judiciário.

Ressalte-se que quanto mais genérico e abrangente for o sentido e alcance da norma, com o fito de onerar o contribuinte, maiores e mais sérias serão as exigências para interpretar o comando normativo, por seu turno, quanto mais específica e fechada for a descrição do fato gerador, maior será a segurança jurídica para o contribuinte.[16]

Entrando mais no cerne do presente trabalho, vê-se que o fato gerador, para o ICMS, deverá observar, entre outros aspectos, o espacial, o local onde se deu a subsunção, com o fito de determinar, ex vi do artigo 155 da Lex Mater e no bojo da lei complementar de nº: 87/1996, em especial no artigo 12, qual será o sujeito ativo da obrigação tributária; ou seja, qual o estado membro, ou, quando for o caso, o Distrito-Federal, apto para arrecadar o tributo e o reter, sem precisar repassar o todo, ou parte, do quinhão arrecadado para outro estado membro, ou o Distrito-Federal. Respeitando os princípios constitucionais da terriorialidade e o da indelegabilidade da competência tributária.

Contudo, o poder tributante não se preocupou em implementar tais eventos novos à ordem jurídica vigente, apenas, de forma inapta, aumentou a interpretação e o alcance das antigas normas, consubstanciando-se num vilipêndio tremendo: o uso de analogia sobre as hipóteses de incidência já existentes e fatos novos, imprevistos em sede legal, para não esperar os sinuosos tramites legislativos, em uma ânsia arrecadatória injustificada e ilídima.

Ives Gandra da Silva Martins[17] é categórico ao tecer os seguintes comentários:

(...) Admite-se, portanto, que quaisquer das atividades e transações, que hoje ocorrem no âmbito da Internet, não são tributáveis, no Brasil, pelos impostos ora conhecidos relativos à produção e à circulação, pela falta de expressa previsão legal, importando assim em hipótese de não-incidência tributária.

Por fim, recorde-se que, como se constatou, em precedência, a Internet, na sua atual configuração, surgiu a partir de 1989, sendo o desenvolvimento do comércio eletrônico mais recente, a partir de 1994, aproximadamente. O Constituinte de 1988, portanto, não conhecia a Internet, e nem o legislador ordinário poderia dispor sobre incidência de tributos desconhecida ou hipóteses de incidência inexistentes à época da instituição do tribute.

Esta previsão legal necessária e, ainda, inexistente serviria para definir onde acontece o fenômeno factual, denominado fato gerador, pois a legislação existente, não permite aos sujeitos da relação obrigacional tributária, qualquer certeza ou segurança jurídica a este respeito.

Além do que: como, e com qual certeza, poder-se-á expressar, em uma realidade virtual, onde aconteceu o fato econômico, a prática negocial ou a prestação do serviço?

Primeiro, por não haver como determinar o local da operação, segundo pela inviabilidade técnica, atual, em fiscalizar tais operações comerciais eletrônico-digitais; e por fim pela expressa proibição constitucional de invadir a privacidade e a intimidade do conteúdo de tais conversações; pois não se admite tal incursão pelo Estado, destarte,

para saber quais das trocas de informações são mercantis, implicaria em se dizer que o poder público haveria de conhecer todas elas, inclusive as privativas, sigilosas, pessoais, etc. Um sério e inquebrantável entrave jurídico, com base na defesa constitucional destinada aos direitos e garantias fundamentais.

Sendo assim, a principal problemática que envolve o ICMS e o ISS sobre as operações eletrônico-digitais é a busca pela correta determinação do local onde houve a transação, para que se configure o fato gerador, apropriadamente.

Destarte, outro não deverá ser o entendimento do operador do direito, senão a plena defesa de tal interpretação, ante a mais moderna hermenêutica constitucional, inclusive sendo esta inarredável; quando se reconhece, para o Estado, o dever de viabilizar e propagar o conhecimento.

Considerações finais.

A sociedade evolui constantemente e o comércio tem empregado meios inovadores e variados recursos tecnológicos. Inegavelmente a "Revolução Digital" que vivemos está modificando os hábitos dos consumidores, criando situações jurídicas novas e esse processo acelerou-se após o advento e expansão da Internet.

É indispensável a edição de um conjunto de normas voltadas para especificações desse novo campo de atividades econômicas. O problema é que conceitos tributários fundamentais como competência tributária, sujeito passivo, local de ocorrência do fato gerador, estão vinculados à existência física do contribuinte e ao local de ocorrência da operação tributável, não identificáveis numa transação virtual. Deve-se definir, pelo menos, o aspecto material, espacial e pessoal da regra- matriz de incidência.

Para que os "sites" devem ser considerados extensões dos estabelecimentos físicos, pôr ausência de legislação específica, ou seja, para ser qualificado como estabelecimento virtual é necessária a edição de uma legislação regulando todos os aspectos relacionados.

As tentativas de se regulamentar as transações comerciais surgidas com a "Revolução Digital", não têm logrado êxito, ou seja, o enquadramento desses novos conceitos nas figuras previstas na legislação atual têm se mostrado infrutíferas, devendo-se criar novas regras que regulem tais fenômenos.

Vale ressaltar, que independentemente da elaboração legislativa acerca da matéria supramencionada, parece-nos premente a necessidade de que tais questões sofram o crivo do Poder Judiciário, que de fato, não pode se manter afastado desta nova realidade comercial, que tem transformado acentuadamente os costumes da sociedade em geral. É tarefa difícil para os magistrados solucionar tais pendências porque, a novidade torna indispensável a adaptação às informações e conceitos básicos para que estejam aptos a decidir os conflitos surgidos.

REFERÊNCIAS BIBLIGRÁFICAS

ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio Eletrônico: Modelo, Aspectos e Contribuições de sua aplicação**, 2ª edição, SP, Atlas, 2000.

BACELAR, Selma Reiche. **A Internet e seus Reflexos nos Institutos Jurídicos**. Revista Jurídica da Universidade Federal da Bahia, 1998, vol. 6, Salvador.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Comércio Eletrônico: Uma visão do Direito Brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, SP, 1999.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Temas de Direito Comercial.** Ed. Renovar. 2007

BORGES, José Souto Maior. **Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo**. in: Revista dialética de Direito Tributário. Vol. 22. São Paulo: Oliveira Rocha Comércio e Serviços. 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Pualo: Ed. Saraiva, 11ª. Ed., 1999

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000

CASTRO, Aldemário Araujo. **Revolução da Informação - Os meios eletrônicos e a tributação na nova realidade**. Consultor Jurídico, 14 de fevereiro de 2001.

CASTRO JUNIOR, Marco Aurélio. **A Uniformização de Tratamento das Relações Jurídicas Travadas na Internet.** Revista Jurídica da Universidade Federal da Bahia, n.6., 1998, Salvador.

CASSONE, Vitório. **Direito Tributário: fundamentos constitucionais, análise dos impostos, incentivos à exportação, doutrina, prática e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2002.

CERQUEIRA, Tarcisio Queiroz. A **Regulamentação da Internet no Brasil.** Revista Electrónica de Derecho Informático. N. 36, julho, 2001.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. Saraiva, SP, 2000.

CEZAROTI, Guilherme. **Breves considerações a respeito da incidência do ICMS nas operações realizadas via internet**; in: SCOUERI, Luís Eduardo (Org.) Internet o direito na era virtual, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2004, v.1.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. Editora Saraiva. São Paulo:2000.
DE LUCCA, Newton. SIMÃO FILHO, Adalberto (Coordenadores). **Direito & Internet. Aspectos Jurídicos Relevantes**. Quartier Latin : 2005, São Paulo.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Lançamento Tributário.** São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999

GRECO, Marco Aurélio. **Reforma tributária**; in: Revista de estudos tributários, nº 4. Novembro-dezembro de 1998. São Paulo.

_____. **Transações Eletrônicas**: Aspectos Jurídicos. In Internet e Direito, 2ª ed., Dialética, SP, 2000.

_____. **Internet e Direito**. Dialética: 2000, São Paulo.

LIMA, Mário Jorge P. de. **Direito e Tecnologia**. Revista Jurídica da Universidade da Bahia, Salvador, n. 6, jan. a dez.1998, p. 229/240.

LOBO, C. A da Silveira. **Tributação do software de prateleira**. Revista Consulex, 14, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de Los Contratos**. Tomo III, Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 2000.

MARTINS, Ives Gandra Da Silva. **Tributação na Internet. São Paulo:** Revista dos Tribunais, 2001

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1995.

PIMENTEL, Alexandre Freire. **O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo**. Rio de Janeiro: Renovar: 2000.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, Júlio Maria de. **A Internet e Competência Tributária**. Dialética, SP.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Internet: **o Direito na Era Virtual**. Editora Forense: 2001, 2.ª edição, Rio de Janeiro

Sítios visitados:

AMARAL, Gilberto Luiz do. **Internet e Tributação.** http://www/tributarista.com.br/content/estudos/internet.html, 28/06/01.

BRASIL, Angela Bittencourt. **O Comércio Eletrônico: E-commerce**. Consultado na internet em 22 de maio de 2001. http://www.apriori.com.br/artigos/informatica/330/htm

CASTRO, Aldemario Araújo em. **A PGFN e a Internet**. In: Jus Navigandi, 34.[Internet], texto coletado na página: ; Acesso em: 10 out. 2008

_____. **Os meios eletrônicos e a tributação**. In: Jus Navigandi, 34.[Internet], texto coletado na página: , Acesso em: 10 out. 2008.

DAUD, Pedro Victorio. **Incidência tributária nas operações realizadas pela Internet**. In: Jus Navigandi, 34.[Internet], texto coletado na página:

; Acesso em: 10 out. 2008.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Perfil Tributário do Provedor da Internet.** Consultado na internet em 12 de abril de 2001. http://www.teiajuridica.com/mz/provedor.htm

FERREIRA, Ana Amelia de Castro. **Tributação"ponto com"**. - www.escritorioonline.adv.br/edicao14/tributacao-com.htm. Acesso em 02 de março de 2009

LUNA FILHO, Eury Pereira. **Internet no Brasil e o Direito Ciberespaço**. http://www.apriori.com.br/artigos/informatica/258.htm. Acesso em 11 out 2008.

_____. **Limites Constitucionais à tributação na internet.** http://neofito.direito.com.br/artigos/art02/inform28.htm. Acesso em 11 out 2008

MACHADO, Hugo de Brito, MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Imunidade tributária do livro eletrônico**. In: Jus Navigandi, n. 38. [Internet], coletado na página: ; Acesso em: 10 out. 2008

MARQUES, Rui Nuno e CARDOSO, Alberico. Internet e Fisco. **Os Impostos na Rede.** http://www.tributarista.com.br/content/estudos/internet-fisco.html Acesso em: 10 out. 2008.

MARQUES, Renata Ribeiro. **Aspectos do comércio eletrônico aplicados ao Direito Brasileiro**. In: Jus Navigandi, n. 52. [Internet]; coletado na página: ; Acesso em: 10 out. 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Tributação na Internet. In: Jus Navigandi**, n. 57. [Internet], texto coletado na página: ; Acesso em: 10 out. 2008.

NICHOLAS, Paulo. **Comércio Eletrônico e ICMS**. http://www.direito.com.br/doutrina-informatica. Acesso em: 10 out. 2008

WOLF, Karen Emilia Antoniazzi. **A possibilidade de incidência do ICMS nas operações da Internet.** In: Jus Navigandi, n. 45. [Internet]; texto coletado na página: ; Acesso em: 10 out. 2008

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Cibertributos: **Aspectos do Direito Tributário no Espaço Cibernético**. http://buscalegis.ccj.ufsc.br/arquivos/artigos/cibertributos.htm Acesso em: 10 out. 2008

PICININI, Joel. Internet: **Paraíso Fiscal?** http://www.apriori.com/br/artigos/tributario/467.htm. Acesso em: 10 out. 2008

PUGLIESI, Fabio. **Reflexões sobre o Comercio Eletrônico na Reforma Tributária.** http://www.pro-es.com.br/portaldodireito/asp-cfm/col12000229.asp. Acesso em: 10 out. 2008

_____. **O Site e a Lei**. http://www.ciberlex.adv.br/artigos. Acesso em: 10 out. 2008
RÜCKER, Bernardo. **Aspectos Jurídicos do Domínio na Internet**. http://www.advocacianainternet.com.br/artigos. Acesso em: 10 out. 2008
VIDAL, Heverton Hessel. **Por que se preocupar com a segurança da informação?** Disponível:<http://www.artigos.com/index2.php?option=com_mtree&task=print&link_id=591&Item. Acesso em: 10 out. 2008.

---

[1] - A alíquota do ICMS para serviços de telecomunicações é de 25%, enquanto a alíquota do ISS varia de 0 a 5%, conforme a legislação do Município que o serviço é prestado.

[2] - Este Decreto foi alterado pela Lei Complementar n. 56/87, referente ao ISS de competência municipal.

[3] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2004, v.1; p.32

[4] Obra citada na nota anterior

[5] Obra citada na nota anterior

[6] BORBA, José Edwaldo Tavares. **Temas de Direito Comercial.** Ed. Renovar. 2007

[7] PUGLIESI, Fabio. **Reflexões sobre o Comercio Eletrônico na Reforma Tributária.** http://www.pro-es.com.br/portaldodireito/asp-cfm/col12000229.asp. Acesso em: 10 out. 2008

[8] Obra já citada na nota de rodapé n.4

[9] GRECO, Marco Aurélio, **in Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes**, 2a. ed. Pág 341

[10] Sociedade da Informação é um estágio de desenvolvimento social caracterizado pela capacidade de seus membros (cidadãos, empresas e administração pública) de obter e compartilhar qualquer informação, instantaneamente, de qualquer lugar e da maneira mais adequada. Este novo estágio de desenvolvimento social é melhor compreendido quando se faz referência às etapas anteriores na evolução da sociedade moderna. A história da Sociedade da Informação confunde-se com a história da sociedade pós-moderna, ora com a história da revolução da tecnologia da informação, ora com a

história da sociedade do conhecimento. A Sociedade da Informação se contempla com o efeito de uma mudança ou deslocamento de paradigma nas estruturas industriais e nas relações sociais, tal como a chamada "revolução industrial" modificou, no último quarto do século XIX, as sociedades de fundamento essencialmente agrário. A expressão "Sociedade da Informação" designa uma forma nova de organização da economia e da sociedade.

[11] "Historicamente os bens que as pessoas consumiam eram físicos, motivo pelo qual a produção, distribuição e consumo desses bens era facilmente tributável. (...) Bens intangíveis vendidos via Internet são típicos bens de informação: o custo relativo para se providenciar uma nova unidade é próximo de zero. (...) Considerando, ademais, a desnecessidade de entrada de novas unidades de bens, os agentes do fisco acabam não tendo como proceder ao confronto entre entradas e saídas. (...) A Internet também reduz o papel dos intermediários porque o consumidor pode contatar diretamente o fabricante da mercadoria que deseja adquirir. (...) O problema da tributação dos serviços de informática advém do fato de que as normas tributárias foram desenvolvidas vinte anos atrás". SOETE, Luc e WEEL, Bas Ter. Globalização, erosão fiscal e Internet. In: Revista AFRESP de Tributação. Ano II. N. 4. Outubro/Dezembro de 1998. pp. 54 e 55.

[13]Afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence, como relator, no julgamento do RE n. 176.626: "*Estou, de logo, em que o conceito de mercadoria efetivamente não inclui os bens incorpóreos, como os direitos em geral: mercadoria é bem corpóreo objeto de atos de comércio ou destinado a sê-lo*". Reafirmou em passagem posterior: "*... bem incorpóreo sobre o qual, não se cuidando de mercadoria, efetivamente não pode incidir o ICMS; ...*"

[13] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tribut**ário. Ed. Saraiva, 11ª. Ed., 1999

[14] RE n. 176.626

[15] NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1995.

[16] Obra citada na nota anterior

[17] MARTINS, Ives Gandra Da Silva. **Tributação na Internet. São Paulo:** Revista dos Tribunais, 2001

A INCLUSÃO DO DIRETOR OU GERENTE NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO*

THE INCLSION OF THE DIRECTOR OR MANAGER IN THE LAWSUIT AND THE TAX ADMINISTRATIVE PROCESS

Leonel Cesarino Pessôa

RESUMO

O artigo 135 do CTN dispõe que, caso os diretores ou gerentes tenham agido com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, eles respondem pela dívida da pessoa jurídica. De acordo com posicionamento recente do Superior Tribunal de Justiça, se uma execução fiscal é ajuizada contra pessoa jurídica e seus diretores e/ou gerentes com fundamento nesse artigo, caso o nome do diretor ou gerente constem da certidão da dívida ativa, há uma inversão do ônus da prova: cabe a eles provar não terem agido com excesso de poder ou infração de lei. O objetivo deste trabalho é apontar o erro dessas decisões. Para tanto, será analisada a especificidade do processo de execução e comparados os títulos executivos no âmbito do direito privado e do direito tributário. Será mostrado como o que habilita determinados atos à condição de título executivo é o fato de se originarem do Estado ou de ato do próprio devedor. Será visto que se, no âmbito do direito privado, quando se emite uma promissória ou uma cambial, credor e devedor concordam sobre o conteúdo material envolvido, também é fundamental que exista alguma comunicação ao devedor no caso de ele ter seu nome inscrito da dívida ativa, e que isso ocorre com sua participação no processo administrativo tributário. Conclui-se, portanto que essa participação no processo administrativo tributário é fundamental para que certidão da dívida ativa goze de presunção de certeza e liquidez em relação ao diretor ou gerente, e que, somente nesse caso, justifica-se a inversão do ônus da prova.

PALAVRAS-CHAVES: ÔNUS DA PROVA – CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA – INFRAÇÃO DE LEI - CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

ABSTRACT

Article 135 of the Brazilian Tax Code states that, in the case of directors or managers having acted with an abuse of power or infraction of law, social contract or statute, they should be held accountable for the debt of the enterprise. According to the recent position of the Brazilian 'Superior Tribunal de Justiça', if a fiscal execution is proposed against a firm and its directors and/or managers founded on this article and the name of the director or manager appears on the certificate of active debt, there is an inversion of the burden of proof: it is up to them to prove that they have not acted with an abuse of power or infraction of law. The aim of the present paper is to point out the error in these

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

decisions. For such, the specificity of the execution process will be analyzed and the executive titles will be compared in the realm of civil law and tax law. It will be shown that what enables particular acts for the condition of executive title is the fact that they originated from the State or the act of the debtor himself. It will be shown that, if in the realm of civil law, when one emits a promissory note or bill of exchange, the creditor and debtor agree on the material content involved, it is also fundamental that there is some communication with the debtor in cases in which his name is inscribed on the certificate of active debt and this occurs with his participation in the tax administrative process. Therefore, this participation in the tax administrative process is fundamental for the certificate of active debt to enjoy the presumption of certainty and liquidity in relation to the director or manager and only in this case is the inversion of the burden of proof justified.

KEYWORDS: BURDEN OF PROOF – CERTIFICATE OF ACTIVE DEBT – INFRACTION OF LAW – ABILITY TO PAY.

1. Introdução.

O artigo 135, do Código Tributário Nacional estabelece que "são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado".

Há alguns anos havia, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, controvérsia sobre se o mero inadimplemento da obrigação tributária configurava infração de lei, nos termos do art. 135 do CTN. Se a empresa deixasse de pagar tributo, o diretor ou gerente deveriam responder pessoalmente pela dívida da pessoa jurídica?

Após um período em que muitos julgados daquela corte estabeleciam que, bastava o não pagamento do tributo para houvesse responsabilização do diretor ou gerente, a jurisprudência daquele tribunal pacificou-se no sentido contrário. Consolidou-se o entendimento de que o não pagamento do tributo não caracterizava infração de lei, pois, para a incidência do artigo 135 do CTN, além da lei tributária que determinava o pagamento do tributo, outra lei – seja ela cível, comercial - deveria ser violada. [1]

Ocorre que, recentemente, alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça têm entendido que, caso o nome do diretor ou gerente constem da certidão da dívida ativa, o ônus da prova deve ser invertido: são eles que devem provar que não agiram com excesso de poder ou infração de lei. E que, como essa prova não pode ser realizada no âmbito restrito da exceção de pré-executividade, os diretores ou gerentes apenas podem ser excluídos do pólo passivo da execução fiscal, por meio de embargos. Nesse sentido, vários acórdãos recentes do STJ entre os quais se destacam o Resp 750.581/RJ e os Embargos de Divergência no Resp 702.232/RS de 2005, o Resp 900.371/SP, o AgRg no Resp 1.049.954/MG, o AgRg no Resp 778.467/SP, o AgRg no Agravo de Instrumento 1.060.318/SC de 2008 e o AgRg no Resp 987.231/SP e o Resp 1.104.900/ES de 2009.

O AgRg no Recurso Especial nº 1.049.954/MG, em que foi relator o Ministro Francisco Falcão, por exemplo, foi ementado da seguinte maneira:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO CONTRA SÓCIO GERENTE CUJO NOME FIGURA NA CDA. POSSIBILIDADE. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

I - Este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a aferição da legitimidade passiva, para a execução, do sócio cujo nome consta da CDA, depende de dilação probatória, o que desautoriza o uso da exceção de pré-executividade, devendo a matéria ser apreciada por meio de embargos do devedor. Precedentes: AgRg no Ag 801.392/MG, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJ de 07.02.2008; AgRg no REsp nº 751.333/RJ, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ de 27.02.2007 e AgRg no Ag nº 748.254/RS, Relator Ministro LUIZ FUX, DJ de 14.12.2006.

II - Restou firmado no âmbito da Primeira Seção desta Corte o entendimento de que, sendo a execução proposta somente contra a sociedade, a Fazenda Pública deve comprovar a infração a lei, contrato social ou estatuto ou a dissolução irregular da sociedade para fins de redirecionar a execução contra o sócio, pois o mero inadimplemento da obrigação tributária principal ou a ausência de bens penhoráveis da empresa não ensejam o redirecionamento. De modo diverso, se o executivo é proposto contra a pessoa jurídica e o sócio, cujo nome consta da CDA, não se trata de típico redirecionamento, e o ônus da prova de inexistência de infração a lei, contrato social ou estatuto compete ao sócio, uma vez que a CDA goza de presunção relativa de liqüidez e certeza. A terceira situação consiste no fato de que, embora o nome do sócio conste da CDA, a execução foi proposta somente contra a pessoa jurídica, recaindo o ônus da prova, também neste caso, ao sócio, tendo em vista a presunção de liqüidez e certeza que milita a favor da CDA. Precedentes: EREsp. n.º 702.232/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 26.09.2005 e AgRg no REsp nº 720.043/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 14.11.2005.

III - No caso dos autos, na CDA consta o nome dos co-responsáveis da empresa-executada, do que se conclui que cabe a eles provar inexistir uma das situações do art. 135 do CTN, com vistas a impossibilitar.

O objetivo deste trabalho é mostrar o erro desse posicionamento. Para tanto, a primeira parte analisará a formação do título executivo extrajudicial no âmbito do direito privado. A segunda parte tratará da especificidade da certidão da dívida ativa como título extrajudicial. A terceira parte, por sua vez, mostrará como a inclusão do nome do diretor ou gerente na certidão da dívida ativa depende da sua participação no processo administrativo tributário e, por fim, a conclusão mostrará como, sem isso, fica

comprometida a presunção de liquidez e certeza que de que deve gozar o título executivo extrajudicial.

2. A formação do título executivo extrajudicial.

Em conflitos que envolvem discussão sobre o apossamento de um bem pretendido por um sujeito e resistido por outro, a função pacificadora do Estado só estará plenamente cumprida quando o primeiro obtiver o bem pretendido ou quando ficar declarado que não tem direito a tanto: somente após a ação de execução.

O processo de execução exige, no entanto, alguma cautela. Como a expropriação do bem é medida extrema, em primeiro lugar, o executado não pode ficar sujeito a atos arbitrários. Mas, mais que isso, o início da execução exige uma certeza muito grande de que o autor é o titular do direito material. Como escreve Cândido Dinamarco:

"a esfera jurídica do indivíduo não deve ser invadida, senão quando existir uma situação de tão elevado grau de probabilidade de existência de um preceito jurídico material descumprido, ou de tamanha preponderância de outro interesse sobre o seu, que o risco de um sacrifício injusto seja, para a sociedade, largamente compensado pelos benefícios trazidos na maioria dos casos". [2]

De acordo com Dinamarco, a exigência de um **título executivo**, para que se inicie a execução, é conseqüência desse reconhecimento. Daí a frase *nulla executio sine titulo.* Nas suas palavras, "o arbítrio seria inevitável, se a invasão da esfera jurídica não estivesse na dependência de uma razão muito forte, exigida pela lei como requisito necessário – e o que é título executivo". [3]

Portanto, em razão da injustiça e dos danos que uma execução, contra a qual os embargos sejam julgados procedentes, pode ocasionar para o executado, exige-se um grau de certeza muito alto sobre o direito a ser executado, uma razão muito forte para que se invada a esfera jurídica do outro sujeito.

O título executivo consiste exatamente nessa razão.

Seabra Fagundes descreve de maneira semelhante o privilégio do título executivo e as conseqüências que decorrem desse privilégio. Descrevendo seu caráter excepcional, ele escreve:

“Algumas obrigações, diante da certeza dos títulos que as exprimem e da exata determinação de seu valor pecuniário, se presumem provadas suficientemente para o fim de, uma vez ajuizadas, vincularem de modo imediato o patrimônio do sujeito passivo a sua satisfação. Essa vinculação sumária do patrimônio do devedor ao cumprimento dos seus compromissos pecuniários, até prova capaz de destruir a presunção de certeza e liquidez do crédito, se exerce mediante ação executiva na qual se inverte e simplifica a forma usual das ações começando pela penhora dos bens do réu que, citado para pagamento imediato, não o efetua”. [4]

No caso dos títulos executivos, a presunção de certeza e liquidez traz conseqüências para o processo: as obrigações que estão na sua base presumem-se provadas e isso acarreta a vinculação do patrimônio do devedor à própria obrigação, de forma que a penhora dos bens do devedor antecede a própria apresentação da defesa, via embargos de execução.

Dessa forma, tem-se uma inversão do modelo convencional de uma ação judicial. Se, em princípio, quem alega deve provar o que está alegando, no caso da ação de execução, os fatos presumem-se provados e o ônus da prova é invertido: cabe ao executado, nos embargos à execução, demonstrar sua razão.

Dado, portanto, que a invasão da esfera de outro sujeito - via ação de execução - é medida da maior gravidade, pois uma das conseqüências disso é a penhora, exige-se sempre o título executivo.

Mas, por que o título executivo? O que distingue o título executivo dos outros atos e lhe dá esse estatuto? Por que o título executivo é o instrumento apto a representar esse grau de certeza necessário ao início do processo de execução?

Nas palavras de Cândido Dinamarco: “O que qualifica certos atos e os habilita à dignidade do título executivo em razão da forte probabilidade de existência do crédito é o fato de se originarem do Estado ou de ato do próprio devedor”. [5]

De acordo com ele, o título executivo surge a partir de duas situações distintas: uma delas envolve o próprio devedor e a outra envolve o Estado. Quando se emite uma promissória ou uma cambial, credor e devedor concordam sobre o conteúdo material envolvido. Eles realizam um *acertamento*, escreverão alguns autores, “que afasta a incerteza, e possibilita a atuação estatal, através do Poder Judiciário”. [6] [7] Como o próprio devedor participou da elaboração da promissória, da cambial ou mesmo do contrato de locação, é altamente improvável que ele posteriormente aponte, com razão, algum vício que venha afastar o provável direito do credor.

Na segunda situação, a forte probabilidade de que o crédito efetivamente exista decorre do fato de que essa conclusão resulta de um processo que envolveu o Estado. Seus atos não se equiparam aos atos dos particulares. Ao contrário, eles presumem-se legais e os

procedimentos que estão que estão na sua base presumem-se idôneos. Nas palavras de Dinamarco:

“a chamada presunção de legalidade dos atos administrativos e a idoneidade dos procedimentos estatais faz crer que ao menos boa probabilidade exista de haver a relação jurídico-material que o título vem espelhar (dívida inscrita)”. [8]

Dinamarco havia justificado o privilégio do título executivo, no caso do Estado, escrevendo que seus atos presumem-se legais e que os procedimentos que estão que estão na sua base presumem-se idôneos.

Seabra Fagundes, por sua vez, destaca que o Estado não pode ser equiparado a qualquer outro credor. Ele exerce atividades essenciais para toda a comunidade e o seu próprio funcionamento depende do dinheiro por ele arrecadado. Com efeito, a respeito das razões do privilégio dos atos do Estado, ele escreve:

“Razões de ordem política indicam a necessidade dessa situação excepcional concedida às dívidas ativas da Administração Pública. Com efeito. Dos meios pecuniários depende, prática e primariamente, a realização dos fins do Estado, que, sem eles não poderia subsistir. Daí a conveniência e mesmo o imperativo de ordem política, de reconhecer às dívidas ativas do Erário a presunção de liquidez e certeza, armando-as, a seguir com o privilégio da execução imediata, capaz de sujeitar o contribuinte as suas obrigações sem delongas prejudiciais à economia estatal”. [9]

Mas, o que garante que os atos da administração tenham sido idôneos e que o título executivo efetivamente represente uma relação jurídica material, que justifique esse tratamento privilegiado dado à Administração?

3. A certidão da dívida ativa como título executivo extrajudicial

Em seu livro *Ação de Execução Fiscal* (Rio de Janeiro, Aide, 1989), Ronaldo Cunha Campos mostra como, com o objetivo de tornar possível para a Fazenda cobrar seu crédito pela via executiva, foi necessário substituir o acordo sobre o conteúdo, que estaria na base da formação do título executivo extrajudicial privado, por instrumentos capazes de produzir semelhante certeza de *forma unilateral*. Ele escreve: "No sentido de aparelhá-la [a Fazenda] para tanto, criou o direito positivo instrumentos destinados à produção unilateral de um título executivo". [10]

Se o acordo não é a base desse título executivo, pois ele é produzido unilateralmente pelo Estado, devem existir mecanismos que controlem seu conteúdo e que garantam que a Fazenda, ao produzi-lo, não seja arbitrária. Para isso, alguma participação da pessoa que terá seu nome inscrito na dívida ativa é fundamental. Sobre isso, escreve Cunha Campos:

"Neste instrumental se prevê uma técnica de substituição do consenso, ou seja, da aceitação do titular do interesse subordinado (e.g., sujeito passivo da obrigação tributária). Um dos componentes desta técnica reside no procedimento de impugnação, uma das espécies do chamado processo tributário administrativo". [11]

O mecanismo utilizado pela legislação para assegurar a participação da pessoa que terá seu nome inscrito na certidão da dívida ativa é o processo administrativo tributário. O artigo 202 do CTN aponta, em seus incisos, os elementos essenciais ao termo de inscrição na dívida ativa - que devem ser obrigatoriamente indicados, sob pena da nulidade prevista no art. 203 do mesmo código. Seu inciso V dispõe: "sendo o caso, o número do processo administrativo tributário de que se originar o crédito". Portanto, a referência ao processo administrativo tributário é essencial.

Esse processo garante à pessoa que terá seu nome inscrito na dívida participação. Ela terá oportunidade de impugnar o ato, de forma a evitar uma série de equívocos que possam vir a ocorrer. Ocorre que o contribuinte pode não impugnar o lançamento. Nesse caso, não haverá processo administrativo. Mas, tendo havido impugnação, haverá necessariamente processo administrativo e seu número deve constar da certidão da dívida ativa. Sobre isso, escreve Ronaldo Cunha Campos:

"A presunção de liquidez e certeza da dívida ativa regularmente inscrita não resulta – como pode parecer – de haver o art. 204 do Código Tributário Nacional adotado a tese

segundo a qual os atos administrativos gozam de presunção de validade. Ela decorre da circunstância de ser a inscrição em Dívida Ativa precedida de apuração em regular processo administrativo, no qual é assegurada ampla defesa ao sujeito passivo da obrigação tributária. Por isto mesmo, para superar tal presunção basta a demonstração de que no processo administrativo ocorreu cerceamento desse direito fundamental. A prova inequívoca a que se refere o parágrafo único do art. 204 do Código Tributário Nacional não há de ser necessariamente quanto à existência ou ao valor da dívida. Pode ser apenas quanto a falhas no procedimento de sua apuração". [12]

A tese de que a presunção de certeza e liquidez da inscrição na dívida ativa remonta à garantia de um processo administrativo tributário no qual ampla defesa é assegurada ao contribuinte é confirmada à medida que, tanto nos termos do inciso I do art. 145, o lançamento torna-se definitivo apenas no caso de não ter havido impugnação por parte do contribuinte, como pelo fato de o art. 151, III, conceder efeito suspensivo a essas impugnações. Por isso, escreve Cunha Campos:

"A presunção da certeza e liquidez, em matéria tributária, repousaria assim em sistemática onde a obrigatória oferta da oportunidade de impugnar a pretensão fiscal (CTN, art. 145, I) assume o papel de viga mestra". [13]

Sintetizando o que foi escrito até aqui, sobre a importância do processo administrativo tributário, em função da especificidade da formação do título executivo extrajudicial, escreve Misabel Derzi:

"A inscrição em Dívida Ativa, documentada em certidão, constitui título executivo extrajudicial, razão pela qual é imprescindível prévio procedimento administrativo contencioso, no qual o sujeito passivo tenha oportunidade de impugnar e questionar a pretensão fazendária. Por tal fundamento, o CTN concede, em seu art. 151, independentemente de depósito, efeito suspensivo às impugnações e estabelece limitada faculdade ao ente estatal para regular prazo e condições em que ele se dá. As leis federais, estaduais ou municipais não podem negar efeito suspensivo às impugnações e recursos administrativos". [14]

Sobre o mesmo tema e, no mesmo sentido, escreve Humberto Theodoro Junior:

"Para definir-se a legitimação passiva do executivo, portanto, não basta pesquisar quem, em tese, pode responder pela dívida. É indispensável identificar quem, concretamente, se acha vinculado ao título, já que *nulla executio sine titulo.* Assim, o espólio, a massa, o sucessor etc. poderão figurar como sujeitos passivos da execução fiscal apenas na medida em que existir Certidão da Dívida Ativa que lhes possa opor, sem que haja questões controvertidas a apurar em torno da própria identidade do devedor originário e de sua substituição posterior. Enfim é o procedimento administrativo que precede à inscrição que enseja a oportunidade para definir quem vem a ser o devedor principal, subsidiário ou co-responsável". [15]

Existe uma enorme diferença entre pesquisar quem, em tese, pode responder pela dívida e apontar quem, em determinado caso concreto, deve responder pela mesma dívida. Incluir uma outra pessoa como responsável, seja ele, um sucessor, um terceiro como o diretor ou gerente, é medida de extrema gravidade.

Como foi apontado no início do trabalho, a pessoa que tiver seu nome inscrito na dívida ativa sofrerá conseqüências que poderão trazer-lhe grandes prejuízos. Daí a necessidade do título executivo, em razão das regras específicas que devem estar na base de sua formação: o título é precedido de um processo administrativo, no qual todas as questões controvertidas são sanadas e se determina, com certeza, – asseguradas às partes que eventualmente terão o seu nome inscrito, o direito de se manifestar – quem deve constar do título executivo.

Não se argumente que o artigo 135 determina que o terceiro é responsável tributário, de forma que não seria necessário o processo administrativo, pois é justamente a efetividade dessa condição de responsável que o processo administrativo tem por objetivo elucidar. Nesse sentido, escreve Humberto Theodoro Junior:

"Com relação à co-responsabilidade de terceiro pelo crédito tributário inscrito em nome de outrem, o que não se sabe, antes do regular processo administrativo de lançamento e inscrição do crédito também contra o possível co-responsável, é justamente se o terceiro apontado é, ou não é, um legítimo responsável tributário. É precisamente sua qualidade de responsável tributário que está a reclamar acertamento antes do ingresso da Fazenda no juízo executivo, pois do contrário estar-se-ia admitindo execução forçada sem título

executivo e, consequentemente, sem a certeza jurídica da obrigação que se intenta realizar, sob coação estatal de medidas executivas, imediatas e definitivas". [16]

4. A participação do diretor no processo administrativo tributário.

Como foi visto no acórdão, cuja ementa se reproduziu no início do trabalho, a primeira seção do Superior Tribunal de Justiça não tem adotado a cautela necessária nas decisões sobre a inclusão do diretor ou gerente no pólo passivo da execução fiscal. A jurisprudência do referido tribunal distinguiu dois tipos de situação. Nos termos do AgRg no REsp nº 1.049.954/MG já referido:

Quanto ao redirecionamento da execução, no julgamento dos EREsp nº 702.232/RS, restou firmado que, sendo a execução proposta somente contra a sociedade, a Fazenda Pública deve comprovar a infração à lei, contrato social ou estatuto ou a dissolução irregular da sociedade para fins de redirecionar a execução contra o sócio, pois o mero inadimplemento da obrigação tributária principal ou a ausência de bens penhoráveis da empresa não ensejam o redirecionamento. De modo diverso, se o executivo é proposto contra a pessoa jurídica e o sócio, cujo nome consta da CDA, não se trata de típico redirecionamento e o ônus da prova de inexistência de infração à lei, contrato social ou estatuto compete ao sócio, uma vez que a CDA goza de presunção relativa de liqüidez e certeza. Como foi visto no acórdão, cuja ementa se reproduziu no início do trabalho, a primeira seção do Superior Tribunal de Justiça definiu posicionamento de acordo com o qual, se a execução fiscal é proposta "contra a pessoa jurídica e o sócio [no caso sócio-gerente, como destaca a própria ementa], cujo nome consta da CDA, não se trata de típico redirecionamento, e o ônus da prova de inexistência de infração a lei, contrato social ou estatuto compete ao sócio, uma vez que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza". [17]

Portanto, a primeira seção do Superior Tribunal de Justiça definiu duas situações distintas. Na primeira, o nome do sócio-gerente não constava da certidão da dívida ativa inicialmente, e tentou-se incluí-lo posteriormente. Nesse caso, a jurisprudência daquela seção definiu que, o ônus da prova de ter sido praticado ato com excesso de poder ou infração de lei compete à Fazenda.

No entanto, no caso de o nome do sócio-gerente já constar da certidão da dívida ativa desde o início, é seu (do gerente ou administrador) o ônus da prova de mostrar não ter

ele agido com excesso de poderes ou infração de lei. Isso porque a certidão da dívida ativa gozaria de presunção de liquidez e certeza e a situação seria de típico redirecionamento.

Esse trabalho procurou mostrar o fundamento dessa presunção de liquidez e certeza no caso dos títulos executivos extrajudiciais e mais especificamente no caso da certidão da dívida ativa.

Foi visto que, se no caso dos títulos executivos extrajudiciais do direito privado como a promissória ou a cambial, essa presunção remonta a uma suposta concordância sobre o conteúdo do título entre as duas partes envolvidas na sua elaboração.

Em seguida, foi examinado como, no caso da certidão da dívida ativa, que é constituída unilateralmente pelo Estado, essa presunção se fundamenta na possibilidade de participação do sujeito passivo, via processo administrativo tributário.

Ora, temos então duas situações distintas. A inscrição na dívida pode ser resultado de um processo administrativo tributário do qual participou apenas a empresa ou de um processo administrativo tributário no qual foram chamados a participar tanto a defesa como o sócio-gerente.

Como a presunção de certeza e liquidez surge apenas se é assegurada a participação no processo administrativo tributário, no qual se tem oportunidade de impugnar a inscrição e mostrar uma eventual arbitrariedade, apenas nos casos em que o sócio-gerente foi notificado do auto de infração e convidado a participar desse processo a certidão da dívida ativa goza de presunção de liquidez e certeza em relação a ele.

5. Conclusão

Conclui-se que, nos casos em que o sócio-gerente não foi notificado para participar do processo administrativo tributário, a certidão de inscrição na dívida ativa não goza, em relação a ele, de presunção de liquidez e certeza. Nesses casos, portanto, o ônus da prova de ter o sócio-gerente agido com excesso de poder ou infração de lei deve ser da Fazenda, sendo absolutamente censurável o atual posicionamento da primeira seção do STJ em sentido contrário.

6. Bibliografia.

1) ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução.* 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

2) BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro.* 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

3) CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

4) CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

5) COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

6) DINAMARCO. Cândido Rangel. *Execução Civil.* 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

7) FAGUNDES, M. Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

8) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Bestbook, 2001.

9) MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

10) PACHECO, José da Silva. Comentários à Lei de Execução Fiscal. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

11) SILVA, José Afonso. Execução Fiscal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

12) SZKLAROWSKY, Leon. Execução Fiscal. Brasília: ESAF – Ministério da Fazenda, 1984.

13) THEODORO JUNIOR, Humberto. Lei de Execução Fiscal. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

---

[1] Nesse sentido, BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro.* 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 755 e seguintes.

[2] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil.* 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 457.

[3] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil.* 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 457.

[4] FAGUNDES, M. Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 351.

[5] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil.* 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 460.

[6] DERZI, Misabel. Nota ao art. 202 do CTN. In: Baleeiro, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1010.

[7] Não é unânime a corrente que considera que o conteúdo do título executivo reside em um ato de acertamento. Cf a esse respeito, por exemplo, Carnelutti. Ver. *Rivista di Diritto Procesuale Civile*, 1940, vol. XVII, parte I, nº 9, p. 11 e Dinamarco, Cândido Rangel. *Execução Civil.* 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 469.

[8] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil.* 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 460.

[9] FAGUNDES, M. Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 352.

[10] CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989, p. 61.

[11] CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989, p.61.

[12] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 280.

[13] CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989, p. 66.

[14] DERZI, Misabel. Nota ao art. 202 do CTN. In: Baleeiro, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1010.

[15] THEODORO JUNIOR, Humberto. Lei de Execução Fiscal. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 22.

[16] THEODORO JUNIOR, Humberto. Lei de Execução Fiscal. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 25.

[17] AgRg no Recurso Especial nº 1.049.954/MG.

A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SÓCIOS-GERENTES E ADMINISTRADORES À LUZ DO NOVO ENTENDIMENTO DA 1ª SEÇÃO DO STJ*

THE PERSONAL ACCOUNTABILITY OF COMPANY DIRECTORS AND MANAGMENT FACE THE NEW POSITIONIG OF THE 1ª SECTION OF STJ

Marina Grimaldi de Castro
Carolina de Melo Rezende Miana

RESUMO

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça alterou recentemente o posicionamento daquele tribunal sobre matéria de extrema relevância jurídica. A responsabilização pessoal dos sócios-gerentes e administradores somente era admitida se provados pelo Fisco a prática de atos com excesso de poder, violação à lei, contrato social ou estatuto, nos exatos termos do artigo 135 do Código Tributário Nacional. Essas pessoas, por sua vez, poderiam se eximir do pagamento e responsabilização pela dívida tributária por meio de exceção de pré-executividade. Com a mudança de entendimento do STJ, os representantes legais das sociedades passarão a ter que fazer prova negativa de que não agiram de forma irregular que justifique a sua responsabilização direta. Somente poderão argüir sua ilegitimidade para figurar o pólo passivo da execução fiscal, cobrando dívida tributária contraída pela pessoa jurídica em sede de embargos à execução. Finalmente, correrão um sério risco da matéria não ser sequer apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, posto que o recurso especial que consolidou o posicionamento do Tribunal foi julgado em sede de recursos repetitivos.

PALAVRAS-CHAVES: RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. REDIRECIONAMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO-GERENTE. ADMINISTRADOR. ÔNUS DA PROVA.

ABSTRACT

The First Section of the Superior Court of Justice recently changed it´s positioning on matter of great legal significance. The personal accountability of company directors and managment with respect to tax liability would be accepted only if proven by the tax authorities that acts of abuse of power or violation of law, social contract or statute took place, exactly in accordance with terms of Article 135 of the tax code. Management, in turn, would be allowed to evade the payment and accountability for tax debt by exercising pre-flight. With the shift in the positioning of the STJ, legal representatives of companies will now have the responsibility to negate any accusations of improper acts by management that may justify their direct accountability. They will only be able to argue the illegitimacy of any accusations to determine the passive nature of tax

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

enforcement, charging tax debt accrued by the legal office in the enforcement of embargos. Finally, they run a serious risk that the Superior Court will not consider any such appeals, since the specific resources that have leg to the position of the Court were dismissed on repetitive appeals.

KEYWORDS: TAX LIABILITY. REDIRECTION. FISCAL PERFORMANCE. MANAGING PARTNER. ADMINISTRATOR. BURDEN OF PROOF.

1 INTRODUÇÃO

A análise cronológica da jurisprudência do STJ demonstra que a aplicação do disposto no artigo 135 do CTN há muito vem causando polêmica.

Inicialmente discutiu-se naquela Corte de Justiça a natureza da responsabilidade dos sócios-gerentes e administradores – se objetiva ou subjetiva -, restando a questão pacificada no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 174.532/PR, em 18.06.2001. Eis a ementa da decisão:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135,III, DO CTN. PRECEDENTES.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

2. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76).

3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes as obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há

falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.

5. Precedentes desta Corte Superior.

6. Embargos de Divergência rejeitados. (STJ, 1ª Seção, EREsp nº 174.532/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20.8.2001) (grifou-se)

Definida a natureza subjetiva da responsabilidade tributária dos sócios-gerentes e administradores, o STJ se deparou com nova discussão acerca da aplicação do disposto no art. 135 do CTN, qual seja, a quem caberia o ônus da prova da prática de ilícitos que legitimem a responsabilidade por substituição, uma vez que as duas Turmas de Direito Público tinham posicionamentos antagônicos sobre a matéria.

Enquanto a Primeira Turma entendia que competia ao Fisco comprovar que os sócios-gerentes e/ou administradores teriam praticado atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto, para a Segunda Turma o ônus da prova competia aos últimos haja vista que a Certidão de Dívida Ativa goza de presunção *juris tantum* de liquidez e certeza.

A questão foi decidida pela Primeira Seção em 14.09.2005 no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 702.232/RS, de relatoria do Ministro Castro Meira.

Naquela ocasião o STJ assim se posicionou: (i) se a execução fiscal foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica e posteriormente redirecionada contra o sócio-gerente e/ou administrador cujo nome não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN; (ii) se a execução fiscal foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente e/ou administrador, o ônus da prova é deles, já que a CDA goza da presunção de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/80) e; (iii) se a execução fiscal foi proposta somente contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio-gerente e/ou administrador foi indicado na CDA como co-responsável tributário, não se trata de típico redirecionamento e neste caso cabe aos mesmos provar que não praticaram atos com excesso de poderes ou que não infringiram a lei, o contrato social ou estatuto da sociedade. Ressalte-se a ementa da decisão:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. **ART. 135 DO CTN. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. EXECUÇÃO FUNDADA EM CDA**

QUE INDICA O NOME DO SÓCIO. REDIRECIONAMENTO. DISTINÇÃO.

1. **Iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se a Fazenda Pública, ao**

propor a ação, não visualizava qualquer fato capaz de estender a responsabilidade ao sócio-gerente e, posteriormente, pretende voltar-se também contra o seu patrimônio, deverá demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade.

2. **Se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, a este compete o ônus da prova, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei n.º 6.830/80. 3. Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio-gerente na CDA como co-responsável tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete igualmente ao sócio, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa.**

4. Na hipótese, a execução foi proposta com base em CDA da qual constava o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário, do que se conclui caber a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN.

5. Embargos de divergência providos." (STJ, 1ª Seção, ERESP nº 702.232/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 26.09.2005) (original sem destaques)

Em que pese a fragilidade da regra criada pelo STJ no julgamento do citado *leading case*, certo é que esse entendimento foi recentemente ratificado pela Primeira Seção daquela Corte de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.104.900/ES, em 25.03.2009, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, que trata dos recursos repetitivos, impedindo que recursos que tramitam nas 1ª e 2ª instâncias que versem sobre a mesma matéria sejam admitidos e, por conseguinte, julgados pelo STJ.

Cumpre ainda salientar que nesse mesmo julgamento a Primeira Seção também se posicionou sobre outra relevante questão, qual seja, a de não admitir a exceção de pré-executividade como meio processual hábil para que o sócio-gerente e/ou administrador prove a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, sob o argumento de que o exame da responsabilidade dos representantes da empresa requer dilação probatória, devendo a matéria de defesa ser demonstrada por meio de embargos à execução. Ressalte-se a ementa da decisão:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA

PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS

REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA, CUJOS NOMES CONSTAM DA CDA, NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. **A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos *"com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos"* .**

2. Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.

3. Contudo, no caso concreto, como bem observado pelas instâncias ordinárias, o exame da responsabilidade dos representantes da empresa executada requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria (embargos à execução), e não por meio do incidente em comento.

4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ. (STJ, 1ª Seção, RESP nº 1.104.900/ES, Rel. Min. Denise Arruda, DJU de 01.04.2009) (destacamos)

Contudo, o atual posicionamento do STJ sobre essas questões de extrema importância, ainda mais que adotado em sede de julgamento de recursos repetitivos, deve ser visto com muita cautela ou até mesmo revisto, uma vez que poderá causar danos irreparáveis aos administradores e sócios-gerentes das sociedades.

Assim, diante do impacto que o novo posicionamento do STJ pode acarretar aos representantes legais das pessoas jurídicas, especialmente das sociedades limitadas e das sociedades anônimas, apresenta-se pertinente uma análise mais detida acerca da correta aplicação do disposto no art. 135 do CTN.

2 O PROPÓSITO DA CRIAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Antes de se adentrar na análise da correta aplicação dos preceitos trazidos pelo inciso III, do art. 135 do CTN, é importante ser relembrado o propósito pelo qual foram criadas as pessoas jurídicas, com personalidade e autonomia patrimonial, distinta da pessoa de seus sócios.

Os homens muitas vezes, imbuídos de sonhos, na tentativa de empreenderem grandes projetos, se viam incapacitados de realizar seus feitos de maneira individualizada. Para concretizar suas idealizações perceberam que a união de esforços com demais seres humanos lhes possibilitaria alcançar seus objetivos com mais facilidade.

A concepção da pessoa jurídica surgiu a partir da percepção acima, tendo, inicialmente sido criada sem que houvesse distinção entre a sociedade e a pessoa de seus sócios, sem haver autonomia patrimonial entre a pessoa jurídica e a pessoa física (princípio da universalidade) e, sem que a primeira fosse sujeito de direitos e obrigações.

Posteriormente, após a evolução do conceito da pessoa jurídica, passou-se a reconhecer a autonomia patrimonial desta em relação à pessoa de seus sócios. Atribuiu-se a algumas espécies de sociedades personalidade jurídica. E, em virtude de tais fatos, a pessoa jurídica se tornou sujeito de direito e capaz de contrair obrigações em seu nome.

As pessoas jurídicas passaram, então, a ser consideradas como a chave de sucesso para o desempenho da atividade empresarial, tendo tornado-se imprescindíveis para o desenvolvimento da economia mundial.

As sociedades limitadas e as sociedades anônimas surgiram com o propósito de permitir que esforços fossem reunidos com um intuito comum - desenvolvimento de determinada atividade e aferimento de lucros -, oferecendo como grande diferencial às demais sociedades existentes, a limitação da responsabilidade dos seus sócios.

A responsabilidade dos sócios das sociedades limitadas é restrita ao valor de suas quotas, respondendo todos, solidariamente, pela integralização do capital social (art. 1.052, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Já os sócios das sociedades anônimas têm sua responsabilidade limitada ao preço de emissão das ações por eles subscritas ou adquiridas (art. 1º, Lei n. 6.0404, de 15 de dezembro de 1976).

Em decorrência da limitação de sua responsabilidade, não mais respondendo com o seu patrimônio pessoal, as pessoas com intuito empreendedor se viram ainda mais estimuladas e seguras a formar essas espécies de sociedades para explorar novas atividades até então inexploradas ou subdesenvolvidas. Tanto é verdade que cerca de 90% (noventa por cento) das sociedades em atividade no país foram constituídas sob a forma de sociedade limitada (MARTINS, 2009) e boa parte das grandes corporações sob a forma de sociedade anônima.

3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconsideração da personalidade jurídica é um instituto criado para dosar a utilização da pessoa jurídica, ou seja, trata-se de instituto criado para coibir o uso abusivo da pessoa jurídica pelas pessoas que a administram.

Não se trata, todavia, de uma das formas de extinção da pessoa jurídica. Ela permanece conservada, sendo desconsiderada apenas em determinado caso concreto para atingir aquele que agiu com abuso da personalidade jurídica.

Desvirtuada a utilização da pessoa jurídica, nada mais eficaz do que retirar os privilégios que a lei assegura, isto é, descartar a autonomia patrimonial no caso concreto, esquecer a separação entre a sociedade e sócio, o que leva a estender os efeitos das obrigações da sociedade a estes. Assim, os sócios ficam inibidos de praticar atos que desvirtuem a função da pessoa jurídica, pois caso o façam não estarão sob o amparo da autonomia patrimonial. (TOMAZETTE, Direito societário. p. 68)

Luciano Amaro também define bem o instituto como

uma técnica casuística (e, portanto, de construção pretoriana) de solução de desvios da função da pessoa jurídica, quando o juiz se vê diante de situações em que prestigiar a autonomia e a limitação de responsabilidade da pessoa jurídica implicaria sacrificar um interesse que ele reputa legítimo. (*Apud*. FARIA, p. 11)

Para se desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade, então, é necessário que ela seja dotada de personalidade jurídica, legalmente adquirida, que possua patrimônio próprio, que tenha havido prática de ato abusivo dessa personalidade relacionado à autonomia patrimonial – abuso de poder ou fraude - e, que este ato não trate de responsabilização direta do sócio ou administrador por ato próprio.

3.1 Requisitos

A desconsideração deve ocorrer apenas quando for constatada na análise de determinado caso a prática de fraude ou de abuso de poder pelos sócios e/ou administradores da sociedade em detrimento de interesse de terceiros.

O reconhecimento da personalidade jurídica é regra e só deve ser desconsiderada excepcionalmente, diante de situações específicas de fraude ou abuso de poder.

O Código Civil de 2002 recepcionou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em seu artigo 50 que dispõe:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Conforme se verifica pela leitura do dispositivo legal acima transcrito, a desconsideração da personalidade jurídica somente é admitida quando ocorre o abuso da personalidade jurídica. Abuso esse comprovado pelo desvio de finalidade da sociedade ou pela confusão patrimonial da pessoa jurídica com o patrimônio da pessoa física (sócio ou administrador).

3.2 Da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nas relações tributárias

Para haver a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica é preciso que haja o cometimento de ato ilícito, violador à lei civil e/ou comercial, prévio ou concomitantemente ao surgimento da obrigação tributária, com intuito de lesar os interesses do contribuinte.

O artigo 135 do CTN não trata de hipótese da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de responsabilidade tributária por substituição, por cometimento de atos praticados com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto.

A comparação (analogia) que se faz entre o art. 135 do CTN e a *disregard doctrine* é que em ambos os casos a pessoa jurídica, através de seus controlador, é utilizada com dolo ou má-fé, para fins diversos dos estabelecidos no estatuto social, ou nas leis vigentes. E, nestas mesmas situações, o responsável pela utilização “fraudulenta” da empresa responderá pelos danos causados. A diferença existente é que em um caso há

incidência de norma de responsabilidade tributária por substituição e em outro caso há a desconsideração da personalidade jurídica para atingir os bens dos sócios. (HOFFMANN, 2002. p. 4)

O art. 135 do CTN trata de responsabilidade direta dos sócios-gerentes e administradores da sociedade que agem com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto e não de hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, tratada pelo art. 50 do Código Civil, aplicada, a requerimento da parte interessada, pelo juiz, se considerar presentes os requisitos para tanto.

Os sócios-gerentes e administradores da sociedade serão responsabilizados pessoalmente porque descumpriram obrigações e deveres assumidos perante a sociedade no momento em que aceitaram desempenhar a função de sócio-gerente ou administrador. Responsabilidade essa também prevista nos artigos 1.016 do Código Civil e 158 da Lei n. 6.404/76.

4 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADMINISTRADORES E SÓCIOS-GERENTES DAS SOCIEDADES

O art. 158 da LSA diz não serem os administradores pessoalmente responsáveis pelas dívidas contraídas em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão. Responderá civilmente perante a sociedade quando causar-lhe prejuízos somente se agirem, dentro de suas atribuições, com culpa ou dolo ou com violação à lei ou ao estatuto social.

No mesmo sentido dispõe o art. 1.016 do Código Civil vigente, ao determinar ser o administrador da sociedade simples – regra aplicável às limitadas – por culpa no desempenho de suas funções.

Os mesmos requisitos – atos praticados com dolo ou culpa em prejuízo à sociedade ou por infração à lei, contrato social ou estatuto – devem estar presentes para que os sócios-gerentes e administradores sejam pessoalmente responsabilizados por dividas de natureza tributária contraídas em nome da pessoa jurídica e inadimplidas por terem sido cometidos atos de administração irregular, nos termos do art. 135 do CTN.

5 O SIMPLES INADIMPLEMENTO NÃO CARACTERIZA INFRAÇÃO LEGAL

Para que sejam os sócios-gerentes ou administradores da sociedade responsabilizados por débitos de natureza tributária é necessária a prática de ato ilícito que gere a obrigação tributária.

O simples inadimplemento de obrigação tributária pela pessoa jurídica, surgida pela prática de atos regulares, não configura a prática de ato ilícito. O não recolhimento do tributo implica apenas na mora da sociedade e não em configuração de ato ilícito capaz de responsabilizar pessoalmente a pessoa dos sócios-gerentes ou administradores da mesma.

Nesse sentido, decidiu Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP n. 1.101.728/SP, em 11.03.2009, sob o regime do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos). Veja a ementa da decisão:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE.

1. A jurisprudência desta Corte, reafirmada pela Seção inclusive em julgamento pelo regime do art. 543-C do CPC, é no sentido de que "a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência

por parte do Fisco" (REsp 962.379, 1ª Seção, DJ de 28.10.08).

2. **É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa** (EREsp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (STJ, 1ª Seção, RESP nº 1.101.728/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 23.03.09) (original sem destaques)

O ato ilícito que permite a responsabilização pessoal dos sócios-gerentes e administradores da sociedade deve ser praticado antes do nascimento da obrigação

tributária. O inadimplemento do tributo ocorre posteriormente à geração do crédito tributário. Portanto, não pode ser considerado como ato ilícito ensejador de responsabilidade das pessoas relacionadas no art. 135 do CTN.

6 A FALTA DE CRITÉRIOS PARA A INCLUSÃO DO NOME DOS SÓCIOS-GERENTES, COMO CO-RESPONSAVÉIS PELA DÍVIDA TRIBUTÁRIA NAS CDA'S

A inclusão, nas Certidões de Dívida Ativa - CDA's -, do nome dos sócios-gerentes e administradores como co-responsáveis pela dívida tributária deveria ser realizada apenas se presentes os requisitos que legitimam a responsabilização pessoal dos mesmos, já tratada anteriormente.

No entanto, não é o que se verifica na prática. A Administração Fazendária, no anseio de ver a dívida tributária adimplida, ao lavrar a Certidão de Dívida Ativa, simplesmente averigua quem são as pessoas que exercem ou exerceram a administração da sociedade à época do fato gerador da obrigação, incluindo-os como co-responsáveis no título executivo emitido.

Essas pessoas, na maior parte dos casos, não são intimadas da lavratura do auto de infração ou do lançamento de ofício. E por essa razão, não lhes são assegurados os direitos de ampla defesa e contraditório na esfera administrativa.

Findo o procedimento administrativo iniciado com a lavratura do auto de infração ou realizado o lançamento de ofício, se a obrigação tributária não é cumprida pela pessoa jurídica, lavra-se a CDA e inclui-se como co-responsáveis pelo débito ali representado, os sócios-gerentes e administradores da sociedade. Esses somente terão oportunidade de se defender quando citados no processo de execução fiscal. Oportunidade em que seu patrimônio pessoal estará em risco, posto que sujeito a penhora.

Os magistrados de primeira instância, infelizmente, já vinham deferindo a citação dos sócios-gerentes e administradores das sociedades nesses casos, sem verificar a presença dos requisitos legais que legitimam o redirecionamento da execução fiscal contra a pessoa dos mesmos.

No entanto, o entendimento até então pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça e ora alterado pela 1ª Seção daquela Corte de Justiça, atribuía alguma segurança a essas pessoas, posto que considerava ser ilegítimo o redirecionamento da execução fiscal contra a pessoas dos sócios-gerentes e administradores sem que fosse constatada e provada pelo Fisco a prática de atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto.

A presunção de certeza, liquidez e exigibilidade da CDA persiste, mas a inclusão de co-responsáveis naquele documento deve ser vista com cautela por se tratar de ato unilateral, praticado pela Administração Fazendária e, principalmente, levando-se em consideração a falta de critérios comumente averiguada na prática da realização dessa inclusão. Essa falta de critérios torna a CDA nula em relação às pessoas ali incluídas como co-responsáveis pela obrigação tributária, tornando inadmissível a cobrança da dívida tributária em relação as suas pessoas.

7 A DIFICULDADE DE SE FAZER PROVA NEGATIVA. DECISÕES CONFLITANTES NO STJ

O entendimento da 1ª Seção do STJ acerca da inversão do ônus da prova quando o Fisco indica na CDA (na condição de devedores ou coobrigados) o nome dos sócios-gerentes e administradores é temerário e causa extrema insegurança jurídica a essas pessoas, devido à dificuldade dos mesmos fazerem prova de que agiram regularmente no exercício de suas funções.

A inversão do ônus da prova somente pode ser admitida nos casos permitidos por lei, o que não ocorre na legislação que regulamenta o Direito Tributário. Ademais, mesmo que houvesse permissivo legal autorizando a inversão do ônus da prova no âmbito do Direito Tributário, ainda assim, essa não seria possível para demonstrar inexistentes os requisitos necessários à substituição do sujeito passivo e, a conseqüente responsabilização direta dos sócios-gerentes e administradores da sociedade, de acordo com os preceitos do art. 135 do CTN. Isso porque implicaria na realização de prova negativa.

Como irão os sócios-gerentes e administradores das sociedades conseguir provar que exerceram durante todo o prazo de seu mandato atos sem excesso de poder ou em descumprimento de lei, contrato social ou estatuto?

Pela prova procura-se demonstrar a veracidade de um fato controverso entre as partes processuais. Para tanto é necessário que as partes conheçam os fatos ensejadores de responsabilidades e/ou direitos.

Costuma-se, desde a antiguidade, afirmar-se a inexigibilidade da prova puramente negativa – *negativa non sunt probanda* – por versar não sobre fato, mas sobre não-fato. (...)

... para que se admita esse tipo de prova negativa é indispensável que o fato a ser negado seja especificado convenientemente, pois se vier a ser enunciado em termos genéricos, a

exigência de sua comprovação de veracidade tornar-se-á quase sempre em tarefa inexeqüível ou impossível (THEODORO, 2008. p. 138)

A simples inclusão dos sócios-gerentes ou administradores na CDA, sem que se tenha provado ou esclarecido o fato motivador de sua responsabilidade, nos termos do art. 135 do CTN, a torna desprovida de fundamento e genérica, impossibilitando a realização de prova do não preenchimento dos requisitos legais pelas pessoas ali incluídas.

Se não há argumento algum que possa justificar a responsabilização direta dos sócios-gerentes e administradores das sociedades pelo débito tributário, deve a Administração Fazendária sucumbir em sua pretensão, "pois, caso contrário seria muito fácil ganhar a causa alegando fatos que não podem ser provados, além do que as pretensões mais insustentáveis seriam as mais seguras de se obter." (THEODORO, 2008. p. 138)

Mesmo nos casos em que a inversão do ônus da prova é permitida por lei, não é lícita a transferência para o réu do encargo da prova de fato alegado pelo autor, que se revela insuscetível de prova.

A prova da inexistência da prática de atos ensejadores de responsabilidade pessoal dos sócios-gerentes e administradores, tornando ilegal a propositura da ação de execução fiscal ou o seu redirecionamento em face dos mesmos, deverá ser realizada através da juntada do processo tributário administrativo aos autos do processo judicial. Será por meio do PTA que os sócios-gerentes e administradores conseguirão provar não ter sido demonstrado pelo Fisco o cometimento dos atos previstos no art. 135 do CTN.

Mesmo nos casos de tributos lançados de ofício ou por homologação, cuja a instauração de processo tributário administrativo é dispensada, se o Fisco pretender responsabilizar pessoalmente os sócios-gerentes ou administradores da sociedade, o processo deverá existir, garantindo-lhes o exercício do direito de ampla defesa e contraditório. Caso contrário, a inclusão dos mesmos como co-responsáveis pela dívida tributária na CDA será nula, assim como todos os efeitos decorrentes dessa inclusão.

É inadmissível, portanto, o entendimento da 1ª Seção do STJ, ao incumbir aos sócios-gerentes e administradores a responsabilidade de fazer prova negativa, demonstrando não terem agido com excesso de poder ou violação à lei, contrato social ou estatuto nos autos do processo judicial, simplesmente porque seus nomes foram incluídos na CDA (como coobrigados ou devedores) no momento de sua lavratura, por ato unilateral do Fisco.

Por outro lado, causa estranheza o novo posicionamento do STJ acerca da inversão do ônus da prova (REsp n. 1.104.900/ES), uma vez que o próprio Tribunal já havia se posicionado acerca da impossibilidade de se produzir prova negativa para comprovar a responsabilidade tributária do sócio-gerente ou administradores. Veja a ementa de uma das decisões proferidas nesse sentido:

Processual civil. Execução fiscal. **Ônus da prova. Fato negativo**. Ausência de notificação do devedor no procedimento administrativo embasador da extração dos títulos executivos. Nulidade. **Presunção de liquidez e certeza da CDA afastada**. Ausência de intimação pessoal da fazenda.

1. A Certidão de Dívida Ativa é título que contém os requisitos da certeza e liquidez, conforme presunção estabelecida no art. 204 do CTN, mas admite prova em contrário, sendo afastada tal presunção se comprovado que o processo fiscal que lhe deu origem padece de algum vício.

2. Na espécie, o vício verificou-se anteriormente à própria inscrição, porquanto não realizada a notificação do lançamento, ato de importância fundamental na configuração da obrigação tributária. A sua ausência contaminou, por inteiro, o surgimento do crédito tributário executado.

3. **A tese do exeqüente de que competiria ao contribuinte o ônus de comprovar as suas alegações não merece êxito por tratar-se de prova de fato negativo, não devendo ser exigido do contribuinte que demonstre em juízo que não foi devidamente notificado para se defender no processo administrativo, que se encontra em poder do exeqüente. No caso, caberia à Fazenda diligenciar e provar a efetiva notificação do contribuinte para se defender.**

4. O aresto recorrido entendeu não procedente a argüição de nulidade invocada pela ausência de intimação pessoal do representante da Fazenda considerando diversas particularidades ocorridas no trâmite do processo. A Fazenda, atendendo a comunicação veiculada no diário oficial, compareceu inúmeras vezes nos autos, inclusive para dispensar a produção de provas e requerer o julgamento antecipado da lide, sem haver suscitado a nulidade.

5. Agravo regimental não-provido. (STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1.022.208/GO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJU de **21/11/2008**) (original sem grifos).

A posição adotada pela Primeira Seção do STJ no julgamento do recurso especial supra transcrito (DJU de 25.03.2009), em sede de recurso repetitivo, é totalmente contrária àquela adotada no julgamento do AgRg no Ag n. 1.022.208/GO (DJU de 21.11.2008), em relação à quem incumbe o ônus da prova da responsabilidade tributária de sócio-gerente e administradores.

Mais uma vez, se está diante de um impasse em relação à correta aplicação do art. 135 do CTN: ora o STJ afirma que não é possível produzir prova negativa para comprovar a responsabilidade tributária dos sócios-gerentes ou administradores; ora afirma aquele Tribunal que a simples inclusão do nome do sócio ou administrador na CDA enseja a eles a incumbência de demonstrar que não incorreram em nenhuma das hipóteses previstas no art. 135 do CTN - prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Diante desse cenário de total incerteza, posto que o STJ alterou seu entendimento acerca da mesma matéria em tão curto espaço de tempo - intervalo de três meses - cabe aos

juristas brasileiros buscar a reforma desse posicionamento, de modo a restabelecer a segurança jurídica e fazer valer os direitos fundamentais dos contribuintes.

8 OS LIMITES IMPOSTOS PELO STJ AO MANEJO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, consiste na possibilidade de, sem embargos ou penhora, argüir-se nos autos da execução fiscal, por simples petição, matérias de ordem pública ou nulidades absolutas, não havendo prazo preclusivo para tanto.

Por ser a legitimidade das partes uma das condições da ação e, por isso, matéria de ordem pública, o STJ sempre admitiu o manejo da exceção de pré-executividade para comprovar a ausência de responsabilidade tributária dos sócios-gerentes ou administradores, a saber:

(...) No caso concreto, o acórdão recorrido decidiu em conformidade com a orientação desta Corte, entendendo ser **cabível a exceção de pré-executividade, como via adequada para opor a matéria relacionada com a responsabilização dos sócios e/ou gerentes e o conseqüente redirecionamento da ação de execução fiscal, na medida em que, não sendo a responsabilidade de natureza solidária, mas subsidiária, há que haver, desde logo prova, por parte do exeqüente para pugnar pelo redirecionamento**. (...) (STJ, 1ª Turma, RESP nº 822.766/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJU de 18.05.2006) (grifamos)

Contudo, mais uma vez surpreende a todos o STJ ao adotar, em sede de julgamento de recurso especial (REsp n. 1.101.728/SP) submetido ao regime do artigo 543-C do CPC - recursos repetitivos -, posicionamento diametralmente oposto àquele que vinha sendo adotado para decidir que a questão da responsabilidade tributária dos sócios-gerentes ou administradores. De uma ora para outra, simplesmente passou a entender o Tribunal não ser cabível a discussão de ilegitimidade passiva dos sócios-gerentes e administradores por meio de exceção de pré-executividade.

Dessa forma, os sócios-gerentes e administradores serão duplamente penalizados antes mesmo de estar provado que cometeram alguma das hipóteses previstas no art. 135 do CTN. Primeiro porque vai terão que fazer prova negativa. Segundo, porque para se defender terão que ter seu patrimônio constrito para viabilizar a apresentação de sua defesa!

9 LEI DE RECURSOS REPETITIVOS E VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Conforme ressaltado, o posicionamento consolidado pela Primeira Seção do STJ acerca da questão do ônus da prova da prática de ilícitos que ensejam a aplicação do artigo 135 do CTN, bem como em relação à questão de não se admitir a exceção de pré-executividade como meio processual hábil para que os sócios-gerentes e administradores provem não terem agido com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuo, de forma a eximir-se da responsabilidade tributária por obrigação contraída pela pessoa jurídica, se deu em sede de julgamentos de recursos submetidos ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C, do CPC).

A Lei n. 11.672, de 08 de maio de 2008, introduziu o art. 543-C ao Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Essa matéria foi regulamentada no STJ por meio da Resolução n. 8, de 07 de agosto de 2008.

Assim, publicado o acórdão do STJ que tenha julgado recurso considerado repetitivo, os recursos especiais sobrestados na origem poderão seguir dois caminhos: ou terão seguimento denegado, na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do STJ ou serão novamente examinados pelo Tribunal de origem (através do mesmo órgão julgador – que poderá se retratar) na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. A parte que se sentir prejudicada com o sobrestamento do seu recurso especial deverá impetrar Mandado de Segurança ou Medida Cautelar para fazer subir o referido recurso.

Isto significa que os milhares de recursos que ainda tramitam nas 1ª e 2ª instâncias que tratam das matérias julgadas em sede de recursos repetitivos não serão admitidos no STJ. Tal medida viola, sobremaneira, o princípio constitucional do devido processo legal e seus corolários da ampla defesa e do contraditório, na medida em que os recursos interpostos não mais serão analisados por aquela Corte de Justiça.

10 A CORRETA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 135 DO CTN

O art. 135 do CTN dispõe que:

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. (destacamos)

O artigo é claro. Para que o administrador possa ser pessoal e ilimitadamente responsabilizado pelo descumprimento de uma obrigação tributária da sociedade, deverá ele praticar atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto no período em que exerceu suas atividades:

Apenas esse ato é que poderá ser atribuído ao administrador, não qualquer outro. Isso porque quando o administrador pratica ato dentro dos marcos delimitadores dos atos societários pratica ato da pessoa jurídica e não ato seu. Ato seu pode ser considerado apenas aqueles atos que extrapolem os limites dos marcos definidores desses atos ou, melhor dizendo, que não estejam autorizados em lei ou nos estatutos sociais da empresa. (STRAPASSON. p. 4)

Ao elaborar a redação do art. 135 do CTN a intenção do legislador não foi outra senão a de impor uma sanção àqueles administradores que agirem de forma abusiva. Para que ocorra a responsabilização dos sócios e administradores, além de existir um ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, deve existir a intenção de agir dessa forma contra a sociedade, ou seja, deve existir o dolo.

A Professora Mizabel Derzi ensina com propriedade que:

O terceiro que age com dolo, contrariando a lei, o mandato, o contrato social ou o estatuo, dos quais decorrem seus deveres, em relação ao contribuinte, de representação e administração, torna-se, no lugar do próprio contribuinte, o único responsável pelos tributos decorrentes daquela infração. É que o representante, o mandatário e o administrador com poderes de decisão – inclusive aqueles arrolados no art. 134 do CTN

– podem abusar dos poderes que têm, em detrimento dos interesses do contribuinte. (Apud. BALEEIRO, 2001. p.755)

O próprio STJ por diversas vezes consignou que

o sócio somente pode ser pessoalmente responsabilizado pelo inadimplemento da obrigação tributária da sociedade nas hipóteses do art. 135 do CTN e se agiu dolosamente, com fraude ou excesso de poderes ou, ainda, se houve dissolução irregular da sociedade. No mesmo sentido, RESP nº 174.532/PR, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU de 21.08.2000. (STJ, 2ª Turma, RESP nº 436.802, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 25.11.2002)

Não restam dúvidas, portanto, que para que seja aplicado o disposto no art. 135 do CTN - responsabilização pessoal do sócio-gerente ou administrador da pessoa jurídica - é necessária a existência de um fato doloso, que esteja direta e pessoalmente imputado a essas pessoas, praticado com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto.

Ademais, a responsabilidade tributária dos sócios-gerentes e dos administradores não pode ser presumida. É necessário que fique comprovado exclusivamente pelo Fisco nos autos do processo administrativo que precede e fundamenta a inscrição do crédito tributário na dívida ativa que o administrador tenha agido com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Caso não tenha existido processo administrativo ou não tenha o mesmo sido instaurado em face aos sócios-gerentes e administradores, permitindo aos mesmos exercer os direitos constitucionais de ampla defesa e contraditório, a inclusão de seu nome na CDA torna-se nula e, consequentemente, impossibilita o redirecionamento da execução fiscal ou a sua propositura contra os mesmos.

10 CONCLUSÃO

Como demonstrado no presente estudo, a questão da responsabilidade tributária dos sócios-gerentes e administradores, prevista no art. 135 do CTN, há muito vem causando polêmica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Prova disso, são as sucessivas mudanças de entendimento daquela Corte em relação à aplicação do referido artigo.

Contudo, a posição recentemente consolidada pela Primeira Seção do STJ no julgamento do REsp n. 1.104.900/ES, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, viola sobremaneira o disposto no art. 135 do CTN, uma vez que atribui responsabilidade

tributária aos sócios-gerentes e administradores cujos nomes estejam consignados na Certidão de Dívida Ativa - na condição de devedores ou coobrigados -, sem que tenha sido provado pelo Fisco, quando do ajuizamento da execução fiscal, que eles tenham praticado atos com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto. Assim, caberá aos sócios-gerentes e administradores provar, nos autos da ação judicial, que não incorreram em nenhuma das hipóteses previstas no art. 135 do CTN no período em que administraram a sociedade.

Tal prova não mais poderá ser feita por meio de exceção de pré-executividade, uma vez que naquele mesmo julgamento a Primeira Seção se firmou no sentido de que o exame da responsabilidade dos representantes da empresa requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser demonstrada por meio de embargos à execução. Essa posição vai de encontro ao propósito da exceção de pré-executividade - discutir nos autos da execução fiscal questões de ordem pública ou nulidades absolutas, sem necessidade de penhora -, bem como ao entendimento até então pacificado no próprio Tribunal.

Além disso, uma vez que essa mudança de entendimento do STJ se deu em sede de julgamento submetido à sistemática dos recursos repetitivos, milhares de contribuintes não poderão ter seus recursos apreciados, haja vista que se estes forem contrários ao entendimento do STJ, não serão admitidos na origem. Tal medida afronta o princípio constitucional do devido processo legal e seus corolários da ampla defesa e do contraditório.

A ordem constitucional assegura aos contribuintes uma série de garantais aos seus direitos enquanto cidadãos, visando a resguardá-los frente ao poder de tributar do Estado, o qual deve ser exercido num ordenamento de cunho democrático, com certas limitações, a fim de não violar os direitos subjetivos dos administrados.

O entendimento consolidado pela Primeira Seção acerca de questões tão relevantes causa preocupação. A postura adotada pelo Superior Tribunal de Justiça na aplicação do disposto no art. 135 do CTN, bem como em restringir o uso da exceção de pré-executividade, é manifestamente ilegal, devendo ser revista, sob pena de gerar um desequilíbrio nas relações jurídicas tributárias.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro.** 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 6.404/1976, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. **Vade Mecum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Vade Mecum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CASSIANO, Luiz Fernando Ruck. **Responsabilidade dos sócios no inadimplemtno tributário**. Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6592>. Acesso em: 5 ago. 2009.

CASTRO, Aldemario Araújo. **Aplicação no Direito Tributário da desconsideração da personalidade jurídica prevista no Código Civil.** Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10234&p=1>. Acesso em: 5 ago. 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial.** v 2. São Paulo: Saraiva, 2000. 3 ed.

ELIAS, Eduardo Arrieiro. **Decisões do STJ sobre a responsabilidade tributária dos sócios:** cautela necessária na sua análise. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/main_index.php?home=home_artigos&m=_&nx_=&viewid=214281> Acesso em: 5 ago. 2009.

FARIA, Juliano Junqueira. **A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4768 >. Acesso em: 28 maio. 2007.

GUIMARÃES, Márcio Souza. **Apesctos modernos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.** Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3996 >. Acesso em: 28 maio. 2007.

GUSMÃO, Mônica. **Direito empresarial.** Neterói: Impetus, 2005. 4 ed.

HARADA, Kiyoshi. **Responsabilização de terceiros pelo pagamento do crédito tributário**. Disponível em: < http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/artigos/601.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2009.

HARADA, Kiyoshi. **Responsabilidade tributária objetiva**. Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9161>. Acesso em: 5 ago. 2009.

HOFFMANN, Daniel Augusto. **Responsabilidade tributária:** o art. 135 do Código Tributário Nacional e sua real hipótese de incidência. Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3288>. Acesso em: 5 ago. 2009.

KRAFT, Leo Peres. **A responsabilidade tributária dos administradores e o ônus da prova.** Disponível em: >. Acesso em: 5 ago. 2009.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial.** Rio de Janeiro: Forense, 1999. 23 ed.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial:** empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 32 ed.

MATOS, Eneas de Oliveira. **Direitos da personalidade e pessoa jurídica.** Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7247 >. Acesso em: 28 maio. 2007.

PAIVA, Roncalli de Freitas. **A aplicação do art. 135, II e III do CTN como regra de exceção desde que assegurado aos sócios, diretores e gerentes das empresas o direito ao "due process of law".** Disponível em: < http://www.geocities.com/imagice/doc0510.htm>. Acesso em: 5 ago. 2009.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil.** 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v 1.

REALI, Ronaldo Roberto. **A desconsideração da personalidade jurídica no direito positivo brasileiro.** Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5008 >. Acesso em: 28 maio. 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial.** v 1 São Paulo: Saraiva, 1998. 23 ed.

SARAI, Leandro. **A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica e alguns de seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro:** lei n° 8.078/90, lei n° 8.884/94, lei n° 9.605/98 e lei n° 10.406/02. < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6440 >. Acesso em: 28 maio. 2007.

STRAPASSON, Thiago. **O artigo 135 do CTN e a responsabilidade tributária dos administradores**. Disponível em: < http://www.fiscosoft.com.br/main_index.php?home=home_artigos&m=_&nx_=&viewid=120127>. Acesso em: 5 ago. 2009.

TEIXEIRA FILHO, Miguel. **Os limites para a responsabilidade solidária dos sócios e administradores por débitos tributários da pessoa jurídica.** Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11654>. Acesso em: 5 ago. 2009

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOMAZETTE, Marlon. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica:** desnecessidade de uma ação de conhecimento. Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8840 >. Acesso em: 24 ago. 2006.

TOMAZETTE, Marlon. **Direito societário.** 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO ESTADO E SUA ATIVIDADE FINANCEIRA*

LOS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DEL ESTADO Y SU ACTIVIDAD FINANCIERA

Nelson Souza Neto

RESUMO

O exercício do poder estatal não pode prescindir da consciência dos pressupostos teóricos que legitimam a formação do Estado e sua atividade financeira. Dessa compreensão depende também o Direito, o qual tem a função de equilibrar as forças conflitantes entre cidadão e Estado, atribuindo a ambos personalidade jurídica própria, bem como direitos e deveres também próprios. O fenômeno tributário, como elemento principal da atividade financeira do Estado, destaca-se. Não pode ele ser compreendido independentemente desses pressupostos ou fora desse equilíbrio. A tributação é um instrumento – um meio, e não um fim em si mesma – para a persecução das finalidades do Estado.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO – PODER SOCIAL – DIREITO – ATIVIDADE FINANCEIRA – TRIBUTAÇÃO – PRESSUPOSTOS TEÓRICOS – FINALIDADES ESTATAIS

RESUMEN

El ejercicio del poder estatal no puede prescindir de la conciencia de los pressupostos teóricos que legitimam la formación del Estado y su actividad financiera. De esa comprensión depende también el Derecho, el cual tiene la función de equilibrar las fuerzas conflitantes entre ciudadano y Estado, atribuyendo a ambos personalidad jurídica propia, así como derechos y debas también propios. El fenómeno tributario, como elemento principal de la actividad financiera del Estado, se destaca. No puede él ser comprendido independientemente de esos pressupostos o fuera de ese equilibrio. La tributación es un instrumento – un medio, y no un fin en sí misma – para alcanzar las finalidades del Estado.

PALAVRAS-CLAVE: ESTADO – PODER SOCIAL – DERECHO – ACTIVIDAD FINANCIERA – TRIBUTACIÓN – PRESSUPOSTOS TEÓRICOS – FINALIDADES ESTATALES

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO.

O presente ensaio revisita os pressupostos teóricos do Estado e sua atividade financeira. São elementos filosóficos, históricos e doutrinários que têm sido, por vezes, desprezados tanto no meio acadêmico, nas universidades e nos livros, quando no seio dos poderes legislativo e judiciário. Todavia, saber quais são os pressupostos do Estado e da sua atividade financeira é imprescindível para a boa compreensão e regulação do poder estatal, notadamente o aquele que se ocupa da tributação.

Parte-se da análise da sociedade como substrato da realidade política do Estado. Os pressupostos para a formação do Estado (população, território, organização social, poder social, Direito etc.) indicam quais são as suas finalidades e como serão elas legitimadas pelo Direito. Pela impossibilidade de se dissociar o Estado do exercício da sua atividade financeira, o que se quer demonstrar é que tal exercício não pode olvidar aqueles pressupostos teóricos de formação do Estado, que em última instância lhe legitima. Há, portanto, uma identidade de finalidades.

A relevância do tema se justifica diante da contínua transgressão destes pressupostos no exercício da atividade financeira dos Estados. São deixadas de lado as finalidades e tomada a atividade financeira não como *meio*, mas como *fim* em si mesma.

Já se tentou justificar a tributação, instrumento principal da atividade financeira do Estado, por meio de diversas teorias. Mas o que se percebe é que a justificação do tributo é a justificação da própria existência do Estado. Disto também decorre que a legitimidade para o exercício da atividade financeira estará sempre vinculada às finalidades próprias do Estado, insculpidas pelo seu Direito.

2. A ORGANIZAÇÃO DO HOMEM EM SOCIEDADE.

Sabe-se que o homem é o resultado de um processo evolutivo longo e complexo. A partir da teoria evolucionista fundada no princípio da seleção natural, a maioria dos historiadores e biólogos na atualidade reconhece que as transformações humanas, sejam elas fisiológicas, anatômicas ou comportamentais, apareceram em razão de mudanças significativas no meio natural. A necessidade de adequação ao meio ambiente e às hostilidades climáticas, levou a alterações significativas no corpo e na composição genética do homem primitivo, mas, ao mesmo tempo, levou à adoção de novos comportamentos e novas formas de sobrevivência.

A liberdade do ser humano naquele período primitivo só conhecia um limitador: a força da natureza; e, com ela, o desafio de promover a própria subsistência. Mas com o aumento do volume cerebral dos primeiros hominídeos e, conseqüentemente, da sua capacidade de raciocínio, desenvolveram-se as primeiras ferramentas e utensílios domésticos, que, como verdadeiras extensões do seu corpo, facilitavam suas tarefas. A utilização dessas ferramentas e o seu aperfeiçoamento, com o advento da técnica de

fundição de metais, proporcionou ao homem um maior domínio das forças da natureza e, conseqüentemente, melhores condições de se estabelecer em determinadas regiões.

A história, então, ensina que a evolução dessas técnicas levou o homem a se organizar socialmente ([1]). Passou-se, então, a uma nova conjuntura na história da evolução humana.

Ainda que a natureza e o meio ambiente oferecessem certa resistência ao homem, outra preocupação, ainda maior, passou a lhe perturbar: a ameaça externa de outros seres humanos, que começavam a se organizar em grupos. Assim, por mais desenvolvidas que fossem suas habilidades e por mais robusto que fosse o seu físico, o homem se vê obrigado a se associar a outros semelhantes a fim de manter a sua sobrevivência, somando forças e diminuindo as chances de perecimento. A sobrevivência estava, então, ameaçada não apenas pelas forças da natureza, mas também pela força de outros seres humanos que, pelo mesmo motivo, passaram a se agrupar ([2]).

Impossibilitados, pois, no *estado de natureza* (para resgatar a expressão utilizada por Hobbes) de proverem a sua própria sobrevivência, os homens ajustam entre si uma forma de associação capaz de defender sua vida, sua produção e os seus bens. E desta associação surgem as primeiras sociedades.

E o convívio em sociedade garantiu ao homem o desenvolvimento de seu intelecto e da sua capacidade de compreender o mundo que o cerca - como, por exemplo, com o surgimento da linguagem, das artes, da espiritualidade, da política, da filosofia, etc. Entretanto, no mesmo compasso, esse convívio gerou uma série de limitações *sociais* ao homem, de modo que a liberdade *individual* da qual gozava em seu estado de natureza passa, simultaneamente, a se extinguir.

Há muito tempo, filósofos e pensadores se ocuparam do estudo da origem das sociedades e, principalmente, sobre a indagação dos motivos que realmente levaram o homem a se aproximar de seus semelhantes e com eles criar um modo de vida coletivo. A essência das duas correntes principais que se dedicaram ao estudo deste fenômeno revela-se no seguinte questionamento de Dalmo Dallari: "*Haverá, por acaso, uma coação irresistível, que impede a liberdade dos indivíduos e os obriga a viver em sociedade, mesmo contra sua vontade? Ou, diferentemente, será que se pode admitir que é a própria natureza do homem que o leva a aceitar, voluntariamente e como uma necessidade, as limitações impostas pela vida social?*" ([3]).

Ou seja, o homem possui um instinto natural de viver em sociedade e, junto a seus semelhantes, criar um sistema político apto a aperfeiçoar seu conhecimento e garantir a sua prosperidade; ou, de outra sorte, tal processo seria o resultado da vontade humana, através da qual o homem, escolhendo viver em sociedade, firmaria um contrato de cooperação e sobrevivência.

Talvez quem por primeiro tratou abertamente do assunto foi Aristóteles. E passou a assumir muito claramente sua posição, favorável à primeira das correntes, quando disse que "*Fica evidente, portanto, que a cidade participa das coisas da natureza, que o homem é um animal político, por natureza, que deve viver em sociedade, e que aquele que, por instinto e não por inibição de qualquer circunstância, deixa de participar de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem*" ([4]). Seus pensamentos, datados do

século IV a.C., foram corroborados ainda no período pré-cristão (século I a.C.), por Cícero, mas foi no período medieval com São Tomás de Aquino que a filosofia aristotélica sobre a organização natural dos homens em sociedade retomou o brilho. A vida solitária fora da sociedade - exceção ao instinto natural - seria explicável apenas quando se tratasse de um homem excepcionalmente virtuoso em comunhão com a divindade (*excellentia naturae*), ou, então, por problemas de sanidade mental (*corruptio naturae*), ou por razões meramente acidentais (*mala fortuna*) ([5]).

O homem, pois, diferentemente do instinto débil dos seres irracionais, sente necessidade de, em contato direto com seus semelhantes, buscar as finalidades de sua existência. Ainda que fosse capaz de promover o seu próprio sustento, indiferentemente das condições naturais que lhe fossem impostas, ele, ainda assim, continuaria a necessitar do convívio com seus semelhantes ([6]). Essa teoria influenciou inúmeras gerações de autores e, ainda hoje, mostra-se predominante.

Contrapondo-se a ela estão aqueles que vêem a sociedade como uma formação decorrente de um acordo de vontades, isto é, de um contrato. Motivo pelo qual estes autores foram chamados de *contratualistas*.

Os primeiros contornos da teoria contratualista foram traçados pelo inglês Thomas Hobbes. Antes mesmo da sua publicação mais famosa o "Leviathan", em 1651, o autor já advogava em seu "Do Cidadão" (1642) a teoria de que "*No estado de natureza, todos os homens têm desejo e vontade de ferir...*" e, portanto, "*a origem de todas as grandes e duradouras sociedades não provém da boa vontade recíproca que os homens tivessem uns para com os outros, mas do medo recíproco que uns tinham dos outros*" ([7]). Trata-se, pois, a formação da sociedade, de uma escolha feita pelo indivíduo com o escopo de cessar o "estado de guerra" que existe entre os homens fora da sociedade civil. E assim, conclui Hobbes: "*Portanto sucede que, devido ao medo que sentimos uns dos outros, entendemos que convém nos livrarmos dessa condição, e conseguirmos alguns associados (fellows) - para que, se tivermos de travar guerra, ela não seja contra todos, nem nos falte algum auxílio*" ([8]).

Um dos maiores opositores dessa idéia de perversão natural do homem foi Montesquieu. Para ele a primeira lei natural entre os homens é a da paz, o que o levou a expressamente dizer que: "*O desejo que Hobbes atribui aos homens, de subjugarem-se mutuamente, não é razoável. A idéia de prevalência e de dominação é tão complexa, e depende de tantas outras idéias, que jamais poderia ser a primeira idéia que o homem teria*"([9]). Assim, em franca oposição à teoria de Hobbes, Montesquieu conclui que o estado de guerra surge precisamente quando o homem se reúne em sociedade, deixando de existir então a igualdade existente entre os seus semelhantes e, conseqüentemente, o sentimento da própria fraqueza ([10]).

A teoria contratualista recebeu outra importante contribuição com Locke. Em suas lições, mais próximas das de Montesquieu, sustenta que: "*O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela*" ([11]).

Contudo, a mais sistematizada obra sobre o contratualismo foi elaborada pelo suíço Jean-Jacques Rousseau em seu famigerado "Do contrato social", em 1762. Resgatando a idéia de Hobbes sobre o "estado de natureza" do homem - porém de forma distinta no que tange as suas paixões, ou seja, não reconhece a maldade e o egoísmo como característicos do homem fora da sociedade -, Rousseau vai fundamentar a formação de um *pacto social* para a conservação do próprio gênero humano, na segurança das pessoas e dos seus bens e, principalmente, na manutenção da liberdade. Porém não mais uma *liberdade natural*, mas uma *liberdade convencional* ([12]).

Portanto, a formação da sociedade advém essencialmente do estabelecimento de uma convenção entre os homens, onde todos sofrem uma limitação de igual intensidade em sua liberdade individual, mas com isso garantem a manutenção de uma liberdade coletiva e igualdade de direitos. É por isso que Rousseau assevera que "*cada um dando-se a todos não se dá a ninguém e, não existindo um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo que se perde, e maior força para conservar o que se tem*" ([13]). Não obstante as diferenças e as desigualdades existentes entre os homens no estado de natureza, todos se tornam na sociedade civil iguais "*por convenção e direito*" ([14]).

Seja pelos autores contratualistas, seja pelos que seguiram a orientação aristotélica, são inequívocos os benefícios que o estudo da origem e da formação das sociedades trouxe para o pensamento moderno. Os ideais democráticos, as noções de liberdade e justiça social, necessariamente recaem ou buscam seu fundamento nas lições aqui perpassadas. Esta é uma das razões pela qual se optou por remontar este estudo.

Com efeito, tamanha foi a relevância destas constatações - especialmente em face do contexto histórico da época, no qual se afloravam os movimentos antiabsolutistas - que pode-se dizer que o próprio "constitucionalismo" possui nelas a sua gênese. Mas também hoje estas idéias são de copiosa importância, seja para a afirmação histórica dos direitos humanos, seja para a afirmação e o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

Como se disse no início, o homem é o produto de um processo evolutivo complexo e muito demorado. O ser humano, diferentemente dos outros seres vivos, desenvolveu habilidades e capacidade de raciocínio extraordinárias - mesmo nos períodos mais primitivos. Certo é que a linguagem, as artes, a consciência espiritual, a razão, fazem parte da essência humana. Não fosse assim, em nada os homens teriam de diferente em relação aos outros animais. Todavia, estas são habilidades que somente se verificam quando do convívio do homem perante seus semelhantes. No homem solitário não há linguagem. Portanto, entendemos que o homem, sendo-lhe inerente tais características, possui naturalmente uma necessidade de reunir-se a seus semelhantes.

Não há, portanto, como discordar de Aristóteles quando defende que o homem é um *animal político*. Se não o fosse, o relacionamento para com nossos semelhantes seria puramente artificial. Vale dizer, estaríamos nos relacionando não por uma razão natural, intrínseca, mas em razão de algum interesse puramente egoísta. Entendemos, sim, que o instinto natural de associação do homem não cessa quando este dispõe de todos os meios necessários a sua sobrevivência. Ainda que deles dispusesse, naturalmente buscaria com seus semelhantes relacionar-se e em conjunto conviver.

Não obstante o homem possuir esse instinto associativo, isto não implica dizer que para a existência das sociedades não concorra a vontade humana. O que leva os homens a se reunirem em sociedade é decorrente de um instinto natural; agora, o que irá garantir a harmonia e a estabilidade desta sociedade é o acordo de vontades elaborado por entre seus membros. O simples instinto associativo é insuficiente para a existência de uma sociedade permanente. A esse propósito é precisa a afirmação de Dallari: "*Consciente de que necessita da vida social, o homem a deseja e procura favorecê-la, o que não ocorre com os irracionais, que se agrupam por mero instinto e, em conseqüência, de maneira sempre uniforme, não havendo aperfeiçoamento*" ([15]).

Em sua famosa obra sobre a Teoria Geral do Estado (*Allgemeine Staatslehre*), em tradução feita para o espanhol ([16]), o autor alemão Georg Jellinek, também principia sua exposição lembrando que:

Entre los fenómenos sociales que carecen de una dirección intencionalmente ordenada se encuentran el lenguaje, la costumbre, la actividad científica y artística y la vida económica; y entre las relaciones sociales nacidas por un acto de voluntario de concordancia están la mayor parte de las agrupaciones económicas, espirituales, éticas, religiosas; así, por ejemplo, la familia, empresas financieras, asociaciones de toda índole, Iglesia. El más importante de los fenómenos sociales que descansan en una organización determinada por la voluntad humana es el Estado (...).

Vale registrar também o pensamento de Alfredo Augusto Becker para quem, remontando a doutrina de J. Dabin ([17]), o Estado nasce por relação natural e sobrevive por relação jurídica. Em suas palavras:

O Estado, em sua origem, é sempre uma sociedade natural. A causa originária da sociedade política está na natureza humana racional dos indivíduos que a constituem. Esta causa natural é uma tendência ou inclinação instintiva, porém ainda insuficiente para, por si mesma, coagir os homens a constituírem uma sociedade. É necessário que esta inclinação instintiva atue pela ação e esta - embora instintiva - depende da vontade dos homens, pois estes são animais sociais racionais. A natureza leva os homens a criarem a sociedade política, mas é a vontade dos homens que realiza esta criação ([18]).

Vê-se, então, a vontade humana não na determinação da formação da sociedade, mas na sua conservação, aperfeiçoamento e evolução.

Contudo, como se verá a seguir, este acordo, necessário que é para a união dos homens em sociedade, deverá ser garantido por um poder social e estar inserido em uma ordem jurídica estabelecida. Este é precisamente o ponto de partida para se chegar a uma *sociedade política* - ou *Estado*.

3. PODER SOCIAL E ESTADO.

Muitas são as formas de sociedades que o homem pode criar e fazer parte; existem as sociedades familiares, as sociedades de natureza religiosa, a sociedade escolar e universitária, etc. A complexidade das relações entre os seres humanos e os movimentos de diferenciação dos indivíduos - e, conseqüentemente, de seus interesses - fazem nascer outras formas de associação menores e com outros interesses próprios menores ([19]). Todavia, por mais legítimos que sejam esses interesses, é inevitável o surgimento de conflitos ([20]).

É, diante da necessidade de se conciliar esses interesses e dirimir os conflitos - garantindo, assim, a ordem social - que decorre a necessidade de um poder social. Ou seja, o convívio entre os homens em sociedade, bem como o convívio entre essas sociedades menores, somente firmará um equilíbrio quando da formação de um *sistema político* ([21]).

Vale dizer, nas palavras de Darcy Azambuja: "*A autoridade é um elemento essencial da sociedade, que sem ela não poderia subsistir. Porque, poder e autoridade são, em última análise, expressões da ordem, que reina no mundo físico e no mundo moral (...) O objetivo, a causa final do poder é manter a ordem, assegurar a defesa e promover o bem-estar da sociedade; é realizar enfim o bem público*" ([22]). Com assento em Hobbes, poderíamos lembrar que "*As leis de natureza não bastam para preservar a paz*" ([23]).

É essa organização política, fundada num poder social, que confere à sociedade o caráter de *sociedade política*, ou em uma única palavra, *Estado*. Entretanto, o poder não exsurge da geração espontânea, de forma inexplicável e inconteste. Como bem nos relata o já citado autor Darcy Azambuja, o poder, assim como todas as relações humanas e fenômenos do universo, advêm de Deus, isto é:

Deriva, portanto, da própria natureza das coisas, e não poderia ter sua causa primária senão na inteligência e na vontade supremas, que é Deus.

Como bem pondera Duguit, colocar em Deus a origem última do poder é a única explicação racional de sua existência, pois nunca será possível demonstrar que um homem ou alguns homens tenham de per si direito de governar os outros homens, que uma vontade humana é superior a outra vontade humana ([24]).

Entretanto, diante da impossibilidade prática de se retroceder à origem de um poder legítimo original, chega-se à conclusão de que o poder decorre tão naturalmente quanto a própria formação das sociedades. Não há como se elaborar uma fórmula exata para a origem do poder, a não ser se utilizar elementos históricos e sociológicos suficientes

para a elaboração de algumas hipóteses. Negar essa condição é negar a cientificidade da investigação. Pode-se, pois, conjecturar que o poder surgiu com os guerreiros mais audazes que comandavam suas tribos contra ataques externos, perpetuando-se no poder após os tempos de guerra; ou, então, com os anciões feiticeiros nas tribos mais primitivas; ou, da mesma forma, nas sociedades familiares, através da figura do patriarca, estendendo-se a toda a família e, posteriormente, a todo o clã da região ([25]).

Com efeito, pode-se afirmar que a origem do poder - abstraindo-se as questões de ordem religiosa - é decorrente de causas naturais e sociais, assim como a própria origem das sociedades.

O poder social para os contratualistas - que vêem a origem da sociedade ser formada pela vontade de seus membros - deriva, pois, do consentimento destes, ou, simplesmente, deriva do *contrato*. Para Hobbes, assim como as leis naturais são insuficientes para garantir a paz, o simples consentimento entre os homens também o é. Deve haver uma união, de modo que a vontade de todos os homens seja uma única, a ser dita por um homem ou por um conselho ([26]). Assim, "*aquele que submete sua vontade à vontade de outrem transfere a este último o direito sobre sua força e suas faculdades - de tal modo que, quando todos os outros tiverem feito o mesmo, aquele a quem se submeteram terá tanto poder que, pelo terror que suscita, poderá conformar as vontades dos particulares à unidade e à concórdia*" ([27]).

Para Rousseau, em combate declarado ao absolutismo, ao se submeterem ao pacto social os homens formam um corpo moral e coletivo, que chamou de *corpo político* ou de *soberano*. O poder, por conseguinte, não poderia advir senão da vontade geral - o que não significa, contudo, a soma das vontades individuais. Assevera:

"*A fim de que o pacto social não represente, pois, um formulário vão, compreende ele tacitamente este compromisso, o único que poderá dar força aos outros: aquele que recusar obedecer a vontade geral a tanto será constrangido por todo um corpo, o que não significa que o forçarão a ser livre, pois é essa a condição que, entregando cada cidadão à pátria, o garante contra qualquer dependência pessoal. Essa condição constitui o artifício e o jogo de toda a máquina política, e é a única a legitimar os compromissos civis, os quais, sem isso, se tornariam absurdos, tirânicos e sujeitos aos maiores abusos*" ([28]).

Pode-se concluir, então, que a origem das sociedades e a origem do poder social não se confundem, porém são fenômenos simultâneos e conseqüências naturais do convívio humano.

Além disso, vistos o processo de formação das sociedades e do poder social, é preciso acrescentar o elemento *território* para se aproximar de uma definição completa de Estado. Isto é, reunida uma população em uma *sociedade*, devidamente constituída sobre um determinado *território* e organizada sob a autoridade de um *poder social*, estar-se-á diante de uma sociedade política, o que se pode traduzir pelo nome *Estado*.

A gênese da terminologia Estado vem das *cidades* gregas da antiguidade, razão pela qual ainda hoje falamos em cidades-Estado ao referir as comunidades políticas da Grécia. Nas *cidades* gregas, entretanto, não se levava em conta o elemento territorial da comunidade; o Estado se identificava com os cidadãos e suas relações perante a comunidade. Sobre isso afirma Jellinek: *"...por esto precisamente la situación del individuo dentro del derecho público no está condicionada jamás por la pertenencia a un territorio, sino por el hecho de formar parte de una comunidad de ciudadanos o por una relación de protección a éstos*" ([29]).

Esta é a mesma estrutura de Estado adotada pelos romanos, porém o termo que referia a comunidade dos cidadãos era *civitas* ou *res publica*. Já na Idade Média foram utilizados os termos *land* e *terrae*.

Contudo, foi somente no século XVI que foi satisfeita a necessidade de um termo geral que compreendesse a definição completa de sociedade política. Foi na Itália que Maquiavel, em sua famosa obra "O Príncipe", introduziu o termo *lo stato* na literatura mundial. Em sua passagem original: "*Tutti li stati, tutti e' domini che hanno avuto ed hanno império sopra li uomini, sono stati e sono o reppubliche o principati*" ([30]). O termo era utilizado para expressar as grandes comunidades de Florença, Veneza, Pisa, e outras.

Ainda que durante a história inúmeras expressões tenham sido utilizadas, como bem nos lembra Dalmo Dallari, "*A maioria dos autores, no entanto, admitindo que a sociedade ora denominada Estado é, na sua essência, igual à que existiu anteriormente, embora com nomes diversos, dá essa designação a todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram regras de convivência de seus membros*" ([31]).

4. ESTADO E DIREITO.

Como vimos, a doutrina do Estado é uma das mais antigas e foram os gregos os primeiros a se debruçarem com maior profundidade sobre o tema. Entretanto, sua percepção do Estado era por mais das vezes influenciada por questões religiosas, éticas e morais; e é por isso que o viam não só como uma comunidade política, mas também religiosa. Disso resultou que as grandes primeiras indagações sobre o tema não convergiam no sentido de investigar a origem social do Estado, mas sim em refletir sobre como o Estado deve ser e, assim, elaborar um modelo ideal.

Platão e Aristóteles foram os mais eminentes pensadores da corrente que dominou aquele período e que ainda hoje subsiste. O primeiro buscou descrever o Estado que para ele seria ideal; já o segundo procurou investigar qual a melhor forma de Estado, ou seja, qual Estado melhor realiza o seu próprio fim.

Assim, considerava-se o Estado na Antiguidade como um ideal a ser realizado. Faltava, porém, aos gregos uma visão *jurídica* do Estado. A ciência antiga não tratava o Direito como uma disciplina independente e autônoma, isto é, tratava Estado e Direito como fatos decorrentes da vida humana em comum, sem qualquer relação entre eles.

Mas a Teoria Geral do Estado deve investigar o seu objeto em sua plenitude, envolvendo todos os aspectos e fenômenos que o compõe. E assim como a convivência do homem em sociedade, o Direito é um fenômeno inerente ao Estado. Portanto, a teoria geral estuda o Estado tanto em sua visão sociológica - como uma construção social - quanto em sua visão jurídica - como instituição jurídica. Sobre essa visão, Jellinek ensina-nos que:

"*Toda la ciencia del derecho cae bajo el dominio de las ciencias del Estado en el sentido que hemos dado a esta expresión; es decir, en cuanto el derecho sólo puede ser el producto de una asociación humana organizada. La antigua ciencia del Estado no diferenció suficientemente la doctrina del derecho de la del Estado, por que para ella toda la vida humana en común era un modo de la vida del Estado. La especialización y perfeccionamiento del derecho por los romanos, a quienes se debe la ciencia del derecho, hicieron de éste una disciplina independiente. (...) Por consiguiente, las ciencias del Estado y las del derecho se encuentran en una íntima conexión y hay disciplinas que necesitan ocuparse de ambas. Son éstas, singularmente, aquellas que se ocupan de los caracteres o notas jurídicas del Estado y de las relaciones del mismo; en este caso se hallan dentro del circulo de las doctrinas del derecho público, las del derecho constitucional, administrativo e internacional. Son tanto ciencias del Estado cuanto del derecho*" ([32]).

Assim, é seguro afirmar que o Direito é um dos aspectos mais importantes do Estado. Não há, pois, como conceber um Estado sem Direito. A sociedade, o povo e o poder social são elementos que devem estar inseridos em uma ordem jurídica estabelecida e organizada, sem a qual não haverá Estado. Não basta investigarmos o Estado unicamente a partir de uma visão *objetiva*, vista através de fatos reais e exteriores, devemos atentar também para aquela que considera o Estado como uma realidade psíquica, determinada e condicionada pela vontade humana e por sua atuação ([33]).

Precisamente pela sua essencialidade, não podemos deixar de incluir o Direito no conceito de Estado. É parte integrante e imprescindível, pelo que se pode afirmar que um conceito de Estado somente se fará completo quando presentes seus elementos sociais e jurídicos.

É essa a razão da afirmação de Jellinek para quem: "*puesto que el derecho es esencial al Estado, no es posible un conocimiento pleno del mismo sin tener a la vez un conocimiento de su naturaleza jurídica. Ordenado el Estado mediante el derecho y siendo a su vez conservador y transformador de éste, necesita tener un lugar dentro del mismo. En una palabra, es preciso un concepto jurídico del Estado*" ([34]).

Várias foram as formas através das quais se estudou o Estado. Algumas doutrinas já o consideraram simplesmente como um *fato*. Outras viam o Estado enquanto um *estado de dominação*.

As mais antigas teorias identificavam o Estado com um de seus elementos: o povo. Era visto o povo e seus indivíduos como a fonte da organização do direito público do

Estado. O equívoco destas teorias verifica-se na medida em que a vontade geral do povo não pode ser confundida com a soma das vontades individuais dos cidadãos. Traz estas teorias uma explicação da vontade geral baseada no conceito de maioria e minoria.

Ainda na antiguidade, teorias se desenvolveram a partir de uma consideração *subjetiva* do Estado, isto é, tomavam o Estado como um organismo ético-espiritual, como, por exemplo, Platão, o qual concebia o Estado como um homem grande, mas com as mesmas características psicológicas dos cidadãos. Mas esse organismo social somente se pode conceber abstratamente; não é possível estudá-lo na prática.

Dentre os autores contratualistas, Hobbes, pioneiro desta corrente, identificava o Estado com a figura do dominador, da autoridade. Para ele, o Estado nasce com a união do povo por meio de um contrato, submetendo-se, então, o Estado à autoridade do príncipe. Mas esta teoria se mostra frágil ao identificar o soberano com uma pessoa física e real, e não uma abstração jurídica ou uma instituição independente. Tal afirmação leva a questionar sobre a real unidade do povo, uma vez que o poder do Estado recai sobre o soberano. Leva a constatar, ademais, que a vida do Estado está condicionada à vida do soberano.

Verifica-se que os autores encontravam uma dificuldade em determinar como o poder social, ou, pode-se dizer, a vontade do Estado, iria refletir a vontade geral do povo. A solução veio com a evolução da teoria subjetiva do Estado, porém através de uma visão eminentemente jurídica.

O Estado, então, deve ser visto não só como um fenômeno social, exterior e empírico, mas também como um fenômeno jurídico decorrente da vontade humana. Assim, para que se faça cientificamente um conceito completo de Estado, é mister a elaboração de um conceito jurídico.

Muitos foram os autores que procuraram propor um conceito jurídico de Estado. As principais correntes separavam-se entre aquelas que viam o Estado como um objeto do Direito, aquelas que entendiam o Estado como uma relação jurídica e, por fim, aquelas que tomavam o Estado como um sujeito de direito.

O Estado visto como um objeto do Direito remonta as teorias patrimonialistas e absolutistas do Estado, pois se funda numa concepção superior do Direito. Não se pode atribuir ao povo, segundo essa teoria, o caráter de sujeito de direito, pois o povo é um elemento do Estado e este, por sua vez, é visto como objeto do Direito. Por conseguinte, o Direito se apresenta como uma ordem superior, supra-estadista, assim como aquela que afirmava o direito divino dos reis ([35]). Um conceito jurídico de Estado visto sob tal ótica não nos parece ser o mais adequado. Seria capaz de legitimar abusos como já o fez outrora nos Estados absolutistas.

O conceito de Estado como relação jurídica se apresenta com maior simpatia que o primeiro, porém deve sofrer a mesma objeção anterior. Além de não explicar a procedência da vontade diretiva do Estado também não explica a procedência da própria relação jurídica do Estado ([36]). Além disso, a existência desta relação jurídica pressupõe normas que a regulem, mas cuja origem somente pode ser presumida, o que leva, conseqüentemente, a uma ordem jurídica maior, ou como se disse, supra-estadista.

Chega-se, enfim, à concepção de Estado como *sujeito de direito*.

Como se viu, o Estado é uma realidade social que se origina a partir da vontade humana; não se trata de um evento natural independente. O Estado, antes de tudo, é uma forma de associação que decorre da vontade dos homens com o fim de conservar e aperfeiçoar o convívio em sociedade; isto se pode verificar empiricamente através dos fenômenos sociais. É justamente esse princípio de unificação das relações de vontade que representa o Estado ([37]). O Estado é, assim, uma unidade de causas, de formas e, principalmente, de finalidades.

Essa unidade teleológica é, assim, elemento determinante do Estado. Ele não pode ser desvirtuado pelos órgãos e instituições públicas integrantes do poder, sob pena de enfraquecer o próprio Estado. Pode-se propor à seguinte relação: quanto maior a unidade teleológica, isto é, o comprometimento daqueles que detém o poder, maior a unidade do Estado. As finalidades perseguidas pelos dirigentes deverão, pois, obrigatoriamente, refletir a unidade teleológica dessa associação humana e jurídica que é o Estado. Essa relação é feita por Jellinek da seguinte forma: "*El Estado en su forma concreta, en la variedad de sus manifestaciones históricas, sólo aparece justificado mediante los fines que ejecuta. De aquí que la doctrina de la justificación del Estado tenga necesidad para completarse de la doctrina de los fines*" ([38])

No entanto, as ações estatais na busca das suas finalidades deverão ser fixadas e organizadas de modo firme e estável. É precisamente a partir daqui que se insere o conceito jurídico de Estado como *sujeito de direito*.

É o Direito quem vai prever quais as finalidades que deverão ser perseguidas por aquele Estado e como isso se dará. O Direito vai definir como se formará a vontade dominante e, ainda, vai traçar os limites da vontade individual dos cidadãos.

Ser sujeito de direito é uma abstração jurídica, como a atribuída aos cidadãos. Toda pessoa é uma *pessoa física*, ou seja, o Direito a investe de personalidade jurídica. Tão real e palpável quanto uma pessoa é, por exemplo, uma sociedade comercial, à qual o Direito igualmente atribui personalidade jurídica (*pessoa jurídica*).

Inexiste razão, portanto, para que o Direito não possa também criar uma abstração jurídica a essa coletividade humana organizada que forma o Estado e atribuir a ela, uma personalidade jurídica.

Essa visão do Estado como sujeito de direito é capaz de explicar a relação que existe entre a unidade do todo e a independência de seus membros. Assim, tanto o Estado quanto os seus membros, individualmente considerados, são sujeitos de direito e deveres. Como foi dito por Jellinek, essa abstração jurídica "sujeito de direito" significa a relação de uma individualidade particular ou coletiva com o ordenamento jurídico ([39]). Conclui o autor traçando a semelhança do Estado com uma corporação, isto é, "*una forma de síntesis jurídica para expresar las relaciones jurídicas de la unidad de la asociación y su enlace con el orden jurídico*" ([40]).

Por fim, cumpre elaborar um conceito próprio de Estado, que deve reunir um elemento social - que se liga ao próprio surgimento das sociedades e do poder social - e o elemento jurídico - como soberania e ordem jurídica. Propõe-se, então, que Estado é *um*

instrumento, formado por uma sociedade política organizada, com o objetivo proporcionar as condições necessárias à persecução das finalidades de uma população, fixada em um território soberano, e constituído por um poder social estável e limitado por uma ordem jurídica, como sujeito de direito e deveres.

5. A FINALIDADE DO ESTADO

Pode-se dizer assim, seguramente, que as sociedades possuem como elemento característico uma *finalidade*. Uma vez que, através da sua mútua cooperação, os homens buscam na sociedade uma forma de conservação e de proteção de seus bens, seria, portanto, ilógico pensar que a finalidade social fosse a de prejudicar seus associados ([41]). Com efeito, o propósito da sociedade não pode ser outro que não a busca pelo *bem comum*.

Nesse jaez assenta o seu entendimento Dalmo Dallari, pois "*essa finalidade deverá ser algo, um valor, um bem, que todos considerem como tal, daí a primeira conclusão de que a finalidade social é o bem comum*" ([42]). E, oportunamente, coleciona uma definição do que seja bem comum segundo a Encíclica n. II, 58, *Pacem in Terris*, do Papa João XXIII, segundo a qual: "*O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana*" ([43]). Essa é a finalidade da sociedade, e, conforme se verá a seguir, a função do Estado é garantir essas condições.

Por essa definição, mostra-se evidente a relevância da questão da *finalidade* na constituição do Estado, "*sendo impossível chegar-se a uma idéia completa de Estado sem ter consciência de seus fins. Há mesmo quem entenda, como o faz Marcel de la Bigne de Villeneuve, que a legitimação de todos os atos do Estado depende de sua adequação às finalidades*" ([44]).

Mas esse raciocínio deve ser encarado com cautela para não se chegar à falsa conclusão de que o Estado é um fim em si mesmo, ou seja, para não se afirmar que o Estado é o fim do homem, e este apenas o meio através do qual aquele se realizará. Contudo, como já foi visto, diferentemente do que ocorre com o surgimento das sociedades, para o surgimento do Estado há o concurso da vontade humana voltada para a criação de uma organização política, fundada em um poder social organizado e limitado por uma ordem jurídica, precisamente para garantir a preservação da sociedade e realizar o seu *bem comum*. Portanto, não há que se confundir as finalidades do Estado com a sua própria identidade ([45]). Na precisa frase de Azambuja "*o Estado tem fins, não é um fim*" ([46]).

Com efeito, o Estado é um meio - um *instrumento*, como se definiu acima - através do qual se realizarão as necessidades sociais de conservação, segurança e de aperfeiçoamento intelectual, físico, moral e espiritual.

Sobre isso discorreu amplamente José Carlos Ataliba Nogueira em seu "*O Estado é meio e não fim*" ([47]) e, nesse particular, é oportuna a diferenciação que o autor faz entre os fins do Estado e a competência do Estado:

Ora, o que varia sem cessar não são os fins do Estado, e sim a espécie de atividade, os meios empregados, os objetivos da ação do Estado para atingir os seus fins. A atividade do Estado no que diz respeito aos assuntos e às pessoas sobre os quais ele exerce o seu poder, é a competência do Estado. O fim do Estado é o objetivo que ele visa atingir quando exerce o poder. Esse objetivo, podemos antecipar, é invariável, é o bem público. A competência do Estado é variável, conforme a época e o lugar ([48]).

Deixar de adotar esta distinção pode levar a outras conclusões equivocadas e a arbitrariedades, como a que considera a finalidade do Estado algo indeterminável em razão da sua mutabilidade no tempo e no espaço ([49]).

Por conseguinte, não obstante várias possam ser as formas de governo ([50]), a finalidade do Estado é sempre a promoção do *bem comum* através das atividades estatais a serem adotadas de acordo com as circunstâncias ao longo do tempo.

Todavia, assim como foi exposto quando se tratou do contratualismo de Rousseau, segundo o qual a vontade geral não se identifica com a vontade de todos, o bem comum não pode se confundir com o bem individual ou a soma de cada um deles. Para Azambuja, "*os homens têm aspirações e necessidades diferentes, e o Estado não poderia realizar a felicidade de cada um, ainda que dispusesse de poderes e recursos infinitos. O bem público, de outro lado, não é a simples soma do bem de todos que formam a sociedade estatal...*"([51]). Disso decorre que cada Estado, de acordo com a sua população, seu território, sua cultura e suas peculiaridades, terá a sua própria definição de bem comum. Escolherão, portanto, cada um desses Estados, as melhores atividades e os melhores meios de realizá-lo.

Às teorias que enxergam no bem comum a grande finalidade do Estado, convencionou-se chamar de *eudemonistas*. Todavia, tais teorias, por si só, são insuficientes para delinear as finalidades de um Estado, visto que a determinação do conceito de bem comum se faz muito difícil e, além disso, falta a essas teorias o elemento jurídico de autolimitação. Chegaram tais teorias, por vezes, a legitimar verdadeiras atrocidades sociais ([52]).

Como se disse, a formação das sociedades, o surgimento da linguagem, das artes e das ciências são conseqüências naturais, independentes de uma atividade estatal. O Estado é incapaz de oferecer ao homem saúde, religiosidade, conhecimento etc; pois são ações humanas inerentes que não podem ser por ele produzidas.

A atividade estatal é, assim, formada por ações humanas extrínsecas que poderão proporcionar as condições mais propícias para o desenvolvimento daquelas intrínsecas.

Os princípios que conduzem a uma vida humana solidária são determinados pelo ordenamento jurídico do qual o Estado é sujeito. Desse modo, somente podem ser considerados como fins do Estado aqueles que são previstos pelo ordenamento jurídico e se expressam em suas instituições e funções. O Direito é a medida e o limite para a busca e a realização destes fins.

Além disso, o Direito não se destina unicamente a manter a ordem social na qual a sociedade convive, mas também fornecer os meios para a evolução de uma ordem futura ([53]). O Direito possui essa dinâmica, atua no presente com os olhos no futuro.

Além das funções de proteção e conservação da sua comunidade e defesa do seu território, o Estado tem por finalidade também a sua própria conservação. A manutenção do ordenamento jurídico e da sua atividade econômica são inequivocamente finalidades fundamentais. Entretanto não são elas as finalidades mais essenciais, isto porque, um Estado cujas finalidades sejam apenas, externamente, a defesa e a proteção do povo e, internamente, a manutenção do seu poder e do seu ordenamento jurídico, poderia levar às mesmas arbitrariedades daqueles que tudo justificam em defesa do bem comum.

Essas finalidades são intermediárias, pois criam as condições para o atendimento das finalidades mais elevadas do Estado. Deve o Estado criar condições econômicas estáveis, investir na evolução tecnológica, apoiar o desenvolvimento industrial e empresarial, proteger as classes trabalhadoras, incentivar a educação em todos os seus níveis, investir em saúde e higiene, garantir os direitos e deveres dos cidadãos, etc.

Agora o fim último destas ações é *propiciar o desenvolvimento solidário progressivo de uma sociedade*, seja em relação aos seus membros particulares, à comunidade como um todo, ou seja em relação à própria espécie humana. Esta é uma concepção necessária e que completa àquela das teorias eudemonistas.

6. A ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO.

Não obstante qual a forma de governo adotada pelo Estado ou quais características reveste a sua população e a sua cultura, a todo o Estado é exigido exercer uma atividade financeira capaz de gerar os recursos suficientes ao atendimento das necessidades sociais, ou ditas públicas. Essas necessidades públicas são como diz Héctor Villegas "*aquellas que nacem de la vida colectiva y se satisfacen madiante la actuación del Estado*"([54]).

Vale dizer, seja o Estado intervencionista, liberal ou socialista, deve ele dispor das rendas necessárias à promoção das finalidades que lhe deram origem. E estas rendas, como não poderia ser diferente, o Estado vai buscar na própria sociedade - para, após, favorecê-la.

Há muito já definia Montesquieu que "*As rendas do Estado são uma porção que cada cidadão dá de seu bem para fazer jus à segurança da outra porção, ou para que dela*

possa desfrutar agradavelmente" ([55]). Isto porque, a partir do momento em que o homem deixa o seu estado primitivo de isolamento ("estado de natureza") e passa a conviver em sociedade, surgem novas necessidades. Agora não mais necessidades individuais, mas necessidades coletivas, que só pela coletividade podem ser providas ([56]). O Estado deve garantir a defesa da soberania perante os demais Estados, a ordem social interna, a educação e a saúde de sua população, a manutenção da justiça, a previdência, e todas as demais necessidades a uma existência digna.

E, como bem coloca Alberto Deodato, "*Tudo isso custa dinheiro. E é a aquisição de dinheiro que constitui, precípuamente, a atividade financeira do Estado, que é, em síntese, um ente que arrecada e que paga. É o maior criador e consumidor de riquezas*" ([57]).

Portanto, além da função de órgão político, centralizador do poder social, o Estado assume o caráter de um *sistema orgânico de serviços públicos para satisfazer às necessidades gerais da população* ([58]). O Estado, como juiz das necessidades coletivas, vai prestar os serviços públicos pertinentes (competência do Estado) com o escopo último de promover o bem comum (finalidade do Estado).

Tais serviços são impostos à coletividade, independente da vontade individual dos cidadãos, vez que, como já se referiu anteriormente, a vontade individual (ou as necessidades individuais) não se confunde com a vontade geral (ou necessidades coletivas). E para o custeio desses serviços públicos, o Estado vai precisar ou exigir uma receita.

Várias podem ser as fontes de receitas do Estado. Em última instância, o Estado possui cinco meios universais de obtenção de receita, quais sejam: a) a extorsão de rendas de outros povos ou o recebimento de doações; b) a aquisição das renda decorrentes do patrimônio estatal e de suas empresas públicas; c) a exigência compulsória de tributos e penalidades; d) os empréstimos; e, por fim, e) a fabricação de dinheiro-moeda ([59]). Como se sabe, nos Estados modernos a tributação é a principal fonte de recursos.

O recolhimento de tributos é, pois, um elemento essencial da atividade financeira do Estado, a qual consiste, na lição de Héctor B. Villegas, em "*a) la previsión de gastos e ingresos futuros materializada generalmente en el presupuesto financiero; b) la obtención de los ingresos públicos necessarios para hacer frente a las erogaciones presupuestariamente calculadas; c) la aplicación de esos ingresos a los destinos prefijados, o sea, los gastos públicos*" ([60]).

Defendendo o caráter instrumental da atividade financeira do Estado, Achile Donatto Giannini, festejado autor italiano e muito conhecido pela doutrina nacional, em referência feito por Villegas, assevera que "tal actividad se distingue de todas las otras que ejecuta el Estado *en que no constituye un fin en sí misma*, o sea que no atiende directamente a la satisfacción de una necessidad de la coletividad, sino que cumple una función instrumental de gran importancia, siendo su normal desenvolvimiento condición indispensable para el desarrollo de las otras actividades" ([61]).

Este entendimento, entretanto, não é pacífico na doutrina. Autores como Dino Jarach negam a instrumentalidade da atividade financeira, sob o argumento de que tal característica não se aplica às medidas financeiras extrafiscais, pois, estas, pela simples

instituição, realizam uma função pública direta; o que não ocorre nas medidas meramente fiscais, onde o Estado arrecada para então direcionar o gasto público ([62]).

Com muita propriedade, de outra sorte, Becker ensina que "*O Estado é uma realidade, porém não uma realidade que, uma vez criada, passaria a ter sua existência independente da existência de seus criadores; na verdade o Estado existe nos atos e pelos atos do indivíduos que o estão, continuamente, criando*". E completa com simplicidade única: "*Por isto o Estado existe no dinamismo da Receita conjugado com o dinamismo da Despesa; o Estado é a realização contínua da Receita e Despesa*" ([63]).

Melhor sorte, segundo se entende, cabe àqueles autores que defendem a instrumentalidade da atividade financeira do Estado, cuja principal função é a aquisição de receita, mesmo porque, sem isso, as demais funções de administração e aplicação quedariam iníquas. Ainda que se considerem as medidas financeiras extrafiscais, permanece o seu caráter instrumental, por exemplo na regulação, proteção ou indução em um determinado setor econômico.

Assim, a necessidade do Estado em promover as suas finalidades e manter a ordem jurídica constitui, por si só, o fundamento do *direito* do Estado ao tributo. Conseqüentemente, a este direito corresponde um *dever* do cidadão em pagar o tributo. Dever este que José Casalta Nabais chamou de *fundamental*, em sua famigerada obra "O dever fundamental de pagar impostos" ([64]). Porém, este *direito do Estado* ou este *dever do cidadão* somente serão legítimos na medida em que o tributo em si obedecer ao motivo e à finalidade para o qual foi criado. E tal legitimidade poderá ser invocada pelo Estado quando reivindicar o pagamento do tributo, assim como a sua falta de legitimidade poderá ser levantada pelo cidadão ao se negar a recolhê-lo.

Inúmeras foram as teorias que tentaram explicar o fenômeno da atividade financeira do Estado. Hoje, porém, os autores não mais se valem das teorias que consideram o tributo como uma exação arbitrária e odiosa, limitador, portanto, da liberdade e dos direitos individuais. Tais opiniões, segundo o autor italiano Ezio Vanoni, "*quando não se ligam a formas concretas de Estado historicamente superadas, decorrem de concepções inexatas do direito do Estado ao tributo*" ([65]). A discussão entre liberdade e tributo é das mais relevantes no tocante aos direitos e garantias fundamentais, especialmente em nosso contexto atual. Da liberdade do cidadão em contraste com a atividade financeira do Estado, pode-se sugerir uma *liberdade fiscal*, como o faz Ricardo Lobo Torres. Para ele:

(...) *o tributo nasce no espaço aberto pela autolimitação da liberdade, constitui o preço da liberdade, pois é o instrumento que distancia o homem do Estado, e pode implicar na opressão da liberdade, se o não contiver a legalidade. O relacionamento entre liberdade e tributo é dramático, pois vive sob o signo da bipolaridade: o tributo é garantia da liberdade e, ao mesmo tempo, possui a extraordinária aptidão para destruí-la* (...) ([66]).

Entretanto, esta não é a conclusão a que se pretende chegar, haja vista que a tributação dos cidadãos, através da atividade financeira do Estado, é conseqüência direta da organização do homem em sociedade política. Esse um ponto nodal do presente trabalho. O Estado têm, efetivamente, direito ao tributo, uma vez que se trata de um dos instrumentos essenciais pelo qual irá promover as medidas necessárias à persecução do bem comum. Há muito já defendia Hobbes que "*não apenas é legal eles empregarem espias, manterem soldados, construírem fortes e exigirem dinheiro para essas finalidades; mas também que deixar de fazê-lo é contra a lei*" ([67]). Com efeito, não há como conceber esse signo de bipolaridade. Na insigne lição de Vanoni, tem-se que:

A atividade financeira, longe de ser uma atividade que limite os direitos e a personalidade do indivíduo, é pressuposto necessário daqueles e desta, porquanto na ausência de tal atividade não haveria Estado, e sem Estado não existiria direito. Por outras palavras, dizer que o tributo limita a personalidade individual equivale a dizer que a própria existência do Estado constitui uma limitação dos direitos do indivíduo. Somente fora do convívio social é possível imaginar o homem liberto da obrigação abstrata de corresponder ao tributo (...) ([68]).

Assiste razão ao professor Ricardo Lobo Torres quando afirma que o *Estado Financeiro*, ou seja, o Estado Moderno dotado de uma atividade financeira, desenvolveu-se apenas após o desaparecimento do feudalismo. "*É inútil procurar o tributo antes do Estado Moderno, eis que surge ele com a paulatina substituição da relação de vassalagem do feudalismo pelos vínculos do Estado Patrimonial, com as suas incipientes formas de receita fiscal protegidas pelas primeiras declarações de direito*" ([69]).

Já os autores que reconhecem a essencialidade fenômeno da atividade financeira para Estado - e não a vêem como uma arbitrariedade odiosa - filiaram-se cada qual a uma das diversas teorias e escolas doutrinárias que se desenvolveram a partir do século XVIII. Aliomar Baleeiro ([70]), ilustrativamente, elenca 9 teorias que estudaram o fenômeno financeiro. São elas: a) teoria do consumo; b) teoria da troca; c) teoria da produção; d) teoria da utilidade relativa; e) teoria da produtividade marginal; f) teoria do sistema de preços; g) teoria cooperativista; h) teoria da luta de classes; e i) teoria da repartição dos encargos públicos. A essas teorias é possível somar, ainda, outras duas: a primeira, defendida pelos alemães Stahl, Rau e Helferich, e pelos italianos Santi Romano e Vanni, segundo a qual o tributo atine a uma relação de soberania do Estado; e a segunda, defendida principalmente por Otto Mayer ([71]), vê o tributo como uma decorrência da supremacia de fato do Estado perante seus cidadãos.

Todavia, essas teorias, ambas fundadas na doutrina alemã, reconhecem na atividade financeira do Estado apenas uma relação de poder. Não há, segundo elas, qualquer relação de finalidade entre o tributo recolhido e as finalidades do Estado. Entretanto, foram pela doutrina moderna esquecidas, quando se reconheceu que a imposição tributária é uma relação jurídica e não unicamente de poder.

Dentre aquelas citadas por Baleeiro, apenas uma manteve-se cediça ao longo do tempo. A *teoria da troca* (ou teoria do preço) foi a base conceitual de quase todos os autores que versaram sobre tributação desde o fim do século XVIII até meados do século XIX, ainda que com inúmeras variantes ([72]).

Todavia, já entre os gregos se reconhecia na tributação um fenômeno de troca, idêntico à compra e venda, onde o cidadão paga o tributo ao qual corresponderá uma prestação de serviço público pelo Estado ([73]). Tal desiderato foi reclamado, posteriormente, por Hobbes e Montesquieu. Este último considerava que: "*As rendas do Estado são uma porção que cada cidadão dá de seu bem para fazer jus à segurança da outra porção, ou para que dela possa desfrutar agradavelmente*", e ainda, "*Não é pelo que o povo pode dar que se deve calcular as rendas públicas, mas sim pelo que ele deve dar*" ([74]). Já Hobbes referiu mais especificamente que:

"*Em todo governo devemos supor que a mão que segura a espada é o rei ou conselho supremo, que deve ser sustentado e nutrido pelo cuidado e diligência dos súditos com o mesmo empenho que cada um dedica à sua fortuna privada; e que os impostos e tributos nada mais são do que a paga daqueles que velam armados por nós, para que os trabalhos e esforços dos indivíduos não sejam prejudicados pela agressão de inimigos (...). Ademais, como que os súditos dão para uso público nada mais é que o preço que eles pagam pela paz que compraram, há uma boa razão para que os que têm um igual quinhão de paz tenham, também, partes iguais a pagar, quer contribuam com seu dinheiro, que com seu trabalho, para a república*" ([75]).

O tributo seria reduzido, pois, ao preço ou à contraprestação dos serviços públicos prestados pelo Estado. Portanto, somente quando o cidadão goza dos serviços estatais e se favorece com eles é que se justificaria a imposição tributária. A medida do tributo é a medida da utilidade do serviço público para o cidadão.

Tal entendimento, no entanto, não merece guarida diante do que fora exposto até o momento. Há de se lembrar, primeiramente, que a vontade geral das sociedades, e também as necessidades públicas, não se confundem com a vontade individual ou com as necessidades individuais dos cidadãos. Isto porque, a vontade geral e a necessidades públicas não correspondem à soma das vontades e necessidades individuais. Por conseguinte, a imposição tributária centrada na *teoria da troca*, onde o cidadão paga um tributo (preço) e em contraprestação o Estado lhe presta um serviço, além de ser teoricamente incongruente, seria de impossível aplicação prática.

As finalidades do Estado não se esgotam na manutenção ordem, da soberania, no incentivo à produção, etc., mas visa também o desenvolvimento da cultura, da educação e, inclusive, do desenvolvimento espiritual dos cidadãos. E essa multiplicidade deve, obrigatoriamente, refletir na atividade financeira do Estado ([76]). O ensino público, por exemplo, deve ser igualmente custeado por aqueles indivíduos que estudam em escola particular, pois o que se está promovendo é o *bem comum* e não os seus interesses individuais ou de seu grupo. Este indivíduo não está pagando um preço por um serviço prestado a ele, mas está colaborando com a finalidade própria pela qual o fez viver em

sociedade, que é o bem comum. E aqui cabe a advertência de Vanoni, segundo a qual "*A ação do particular, no sentido de obter do Estado uma determinada utilidade, somente é admissível quando êsse particular se encontre nas condições previstas em lei para obter do Estado uma prestação concreta em seu favor (...)*" ([77]). E vai adiante:

A cargo de todos quantos pertençam ao grupo estatal, e que portanto tenham interêsse na atividade dêste, surge um dever moral, antes mesmo que jurídico, de concorrer para fazer frente aos encargos públicos. O legislador, com base nos princípios políticos, econômicos, éticos, que prevalecem ao tempo, disciplinará de maneira concreta a repartição do montante necessário entre os obrigados, mas o dever do indivíduo de suportar o tributo, e o direito do Estado de exigi-lo, já se terão afirmado em abstrato no próprio momento em que o Estado, organizando-se, tenha começado a exercer uma atividade orientada para finalidades de natureza pública ([78]).

Essa uma das conclusões que se quer apresentar no presente estudo. O direito do Estado ao tributo nasce no momento da sua própria constituição. Se há Estado, há o dever moral - antes mesmo que jurídico, como asseverou Vanoni - de os cidadãos colaborarem com a sua mantença; e, portanto, há tributo ([79]). Como bem lembrou Becker o Estado não é uma realidade que depois de criada passa a ter existência própria e independente dos seus criadores. Por isso, tão natural quanto o instinto associativo do homem, é o seu dever de pagar tributo ao Estado. Isto porque, o homem passa a viver em sociedade por um instinto associativo natural, não sendo concebível uma vida em completo isolamento, mas, ao transformá-la em sociedade política (Estado) através da sua vontade, visando com isso o bem comum, passa a ser responsável por toda a coletividade. E isto se faz, dentre outras formas, através do cumprimento de suas obrigações tributárias.

Disto tudo decorre, emprestando a expressão utilizada por Nabais, um *dever fundamental de pagar tributo*.

7. BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. "A Política", São Paulo: Martin Claret, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. **"Uma introdução à ciência das finanças"**, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____ . "**Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**", 7a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BECKER, Alfredo Augusto. "Teoria Geral do Direito Tributário", 3ª ed., São Paulo: Lejus, 1998.

COSTA, Alcides Jorge. "A história da tributação no Brasil", em obra coletiva coord. por Roberto Ferraz, "Princípios e limites da tributação", São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DABIN, Jean. "L' Etat ou le politique", Paris, 1957.

DALLARI, Dalmo de Abreu. "Elementos de Teoria Geral do Estado", 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

DEODATO, Alberto. "Manual de Ciência das Finanças", 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1961.

HOBBES, Thomas. "Do Cidadão", São Paulo: Martins Fontes, 1992.

JARACH, DINO. "El Hecho Imponible", Buenos Aires: Depalma, 1943.

JELLINEK, GEORG. "Teoría general del Estado", tradução do original *Allgemeine Staatslehre* por Fernando de los Rios, México, D. F.:Fondo de Cultura Económica, 2000.

LOCKE, John. **"Segundo tratado sobre o governo"**, São Paulo: Martin Claret, 2003.

MONTESQUIEU. "Do espírito das leis", São Paulo: Martin Claret, 2002.

NABAIS. José Casalta. "O dever fundamental de pagar impostos", Lisboa: Almedina, 1999.

Nogueira , José Carlos Ataliba. "*O Estado é meio e não fim*", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.

RIBEIRO, Darcy. "Processo Civilizatório", São Paulo: Círculo do Livro, 1978.

Rousseau, Jean-Jacques "Do Contrato Social", coleção Os Pensadores, 2ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1978.

TORRES, Ricardo Lobo. "A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal", Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

VANONI, Ezio. "*Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*", versão traduzida por Rubens Gomes de Souza "Natureza e interpretação das leis tributárias", Rio de Janeiro: Financeiras, 1932.

VICENTINO, Cláudio. "História Geral", 5a ed., São Paulo: Scipione, 1994.

VILLEGAS, Héctor B. "Curso de finanzas, derecho financiero y tributario", 2ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1977.

[1] VICENTINO, Cláudio. "História Geral", 5a ed., São Paulo: Scipione, 1994, p. 11-12, onde ainda se destaca que: "Com a sedentarização humana, multiplicaram-se as aldeias, as quais garantiam a seus habitantes maior segurança contra as ameaças externas. Com o progresso das técnicas agrícolas, as colheitas tornaram-se mais abundantes, o que favoreceu o aumento populacional. Assim, formaram-se grupos familiares maiores - ou tribos - que constituíram o primeiro passo para a organização do Estado, já no final do período [*neolítico*]".

[2] Oportuna a lição de Darcy Ribeiro sobre o processo civilizatório, na qual: "A história das sociedades humanas nos últimos dez milênios pode ser explicada em termos de uma sucessão de revoluções tecnológicas e de processos civilizatórios através dos quais a maioria dos homens passa de uma condição generalizada de caçadores e coletores para diversos modos, mais uniformes do que diferenciados, de prover a subsistência, de organizar a vida social e de explicar suas próprias experiências" ("Processo Civilizatório", São Paulo: Círculo do Livro, 1978, p. 34).

[3] "Elementos de Teoria Geral do Estado", 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 7.

[4] "A Política", São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 14-15, onde ainda se lê "Ora, o que não consegue viver em sociedade, ou que não necessita de nada porque se basta a si mesmo, não participa do Estado; é um bruto ou uma divindade. A natureza faz assim com que todos os homens se associem".

[5] "Summa Theológica, I, XCVI, 4 apud DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 8.

[6] DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 9.

[7] "Do Cidadão", São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 32-33.

[8] Op. cit., p. 39.

[9] "Do espírito das leis", São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 20.

[10] Op. cit., p. 20-21. Onde ainda se lê: "Os indivíduos, em cada sociedade, começam também a sentir sua força; procuram trazer para si as principais vantagens dessa sociedade; e esse fato cria entre eles um estado de guerra".

[11] "Segundo tratado sobre o governo", São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 76. Mais adiante lemos que: "Quando certo número de homens constitui uma comunidade através do consentimento individual de todos, fez com isso, dessa comunidade, um corpo com o poder de agir como um corpo, o que apenas ocorre pela vontade e resolução da maioria" (...) "E assim o indivíduo, concordando com outros em formar um corpo político sob um governo, assume a obrigação para com os demais membros dessa sociedade de submeter-se à resolução que a maioria decidir. Se assim não fosse, o pacto inicial que o liga aos outros e o incorpora a uma sociedade nada significaria, e nem mesmo seria pacto se aquele indivíduo ficasse livre e sem nenhum outro vínculo, diferente do estado de natureza" (p. 76-77).

[12] "Do Contrato Social", coleção Os Pensadores, 2ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 32 (Livro I, Capítulo VI).

[13] Op. cit., p. 33.

[14] Op. cit., p. 39.

[15] DALLARI. Op. cit., p. 9.

[16] "Teoría general del Estado", tradução do original *Allgemeine Staatslehre* por Fernando de los Rios, México, D. F.:Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 54-55. As citações que se farão desta obra serão mantidas em espanhol, a fim de se evitar possíveis imprecisões que por vezes se verificam ao traduzir uma obra já traduzida.

[17] "L' Etat ou le politique", Paris, 1957, ns. 102-108.

[18] "Teoria Geral do Direito Tributário", 3ª ed., São Paulo: Lejus, 1998, p. 155.

[19] "Sabemos que uma cidade é como uma associação, e que qualquer associação é formada tendo em vista algum bem. As sociedades, todas elas, portanto, propõem-se algum lucro - especialmente a mais importante de todas, visto que pretende um bem mais elevado, que envolve as demais: a cidade ou a sociedade política" (Aristóteles, op. cit., p. 11).

[20] Nas precisas lições de Darcy Azambuja, "De fato, os indivíduos entregues aos próprios sentimentos e instintos, subtraídos a qualquer autoridade, não poderiam jamais perseverar na ordem, nem se defender de agressões exteriores, nem viver felizes, pois os seus próprios instintos e sentimentos os atirariam uns contra os outros. Suposto mesmo uma sociedade tão civilizada como ainda não existe, onde a Moral e a razão guiassem sem atrito as multiformes atividades da maioria, sempre existiria uma fração maior ou menos de inadaptados, criminosos, loucos ou perversos, que seria preciso submeter pela força ou pela ameaça da força, e para isto teria de haver uma autoridade.

"Mesmo no exercício de atividades lícitas e de direitos inegáveis, os homens, pelo fato de viverem em comum, tem de obedecer normas legais, que devem ser defendidas e aplicadas por um poder permanente. Construir uma habitação, andar de automóvel são atos perfeitamente lícitos; mas, se o poder público não fiscalizasse uns e outros, as casas e os automóveis seria antes coisas nocivas do que úteis. Longe de diminuir, o progresso da civilização aumenta a necessidade do poder organizado, porque as atividades dos indivíduos e das associações se multiplicam, multiplicando os pontos de atrito e os motivos de choque" (op. cit., p. 95).

[21] Insta-nos aqui a anotação a respeito das teorias que negam a necessidade do poder social: os chamados *anarquistas*. Baseados em diferentes fundamentos e premissas, advogam que o homem deveria ser comandado apenas pelas leis naturais, vivendo de acordo com a natureza, sem a necessidade de obedecer a um falso poder. Todas as formas de organização social, fundadas na autoridade de um homem, ou de um determinado grupo, sobre os outros, são ilegítimas. Sobre a evolução histórica do anarquismo, vide DALLARRI, op. cit., pp. 29-35.

[22] AZAMBUJA. Op. cit., p. 88 e 95. Em passagem posterior, ao tratar das finalidades e das competências do Estado, este autor assevera que "*O Estado não cria a Arte, a Ciência, a Moral, o Direito, que são criações da alma humana, e ele não tem poder direto sobre ela. Seu domínio é temporal, o equilíbrio e a harmonização da atividade do homem, para que a liberdade de um não prejudique a igual liberdade dos outros*" (p. 127).

[23] Op. cit., p. 103 (título do item 1, capítulo 5).

[24] Op. cit., p. 88.

[25] "Todas as sociedades humanas, as civilizadas, as bárbaras e as selvagens, as mais adiantadas e as mais atrasadas, apresentam-se já organizadas, com um poder político permanente, ainda que rudimentar. Por muito que se recue na história, até onde alcançam os mais antigos documentos e monumentos, encontra-se sempre o homem vivendo em sociedade e com uma autoridade dirigindo a atividade do grupo" (AZAMBUJA, op. cit., p. 91).

[26] "Essa submissão das vontades de todos à de um homem ou conselho se produz quando cada um deles se obriga, por contrato, ante cada um dos demais, a não resistir à vontade do indivíduo (ou conselho) a quem se submeteu; isto é, a não lhe recusar o uso de sua riqueza e força contra quaisquer outros (pois supõe-se que ainda conserve um direito a defender-se contra a violência); e isso se chama união" (op. cit., p. 108).

[27] Op. cit., p. 109.

[28] Op. cit., p. 36.

[29] Op. cit., p. 153.

[30] Mais detalhes sobre a origem do termo Estado vide JELLINEK, op. cit., p. 155-158.

[31] Op. cit., p. 43 (grifos no original).

[32] Op. cit., p. 57.

[33] Sobre essa ótica, temos em Jellinek que: "Pero un modo tal de considerar al Estado, exclusivamente desde su aspecto exterior, esto es, objetivo, como le habremos de llamar, ofrece solamente una imagen pobre, e insuficiente científicamente, del mismo. Los hechos sociales pueden comprenderse tan sólo con la condición de conocer los actos psíquicos que los determinan y acompañan; porque todos los hechos exteriores de la sociedad, del mismo modo que todos los cambios que tienen lugar en la vida de los hombres, van condicionados por la voluntad, cuya dirección y contenido están dados por la plenitud del ser psicológico y por la actuación del hombre. Esta consideración subjetiva del Estado no se opone en modo alguno a la objetiva, sino que sirve para completarla y aclararla". (op. cit., p. 159).

[34] Op. cit., p. 179.

[35] Georg Jellinek. Op. cit., p. 183.

[36] Georg Jellinek. Op. cit., p. 184.

[37] Georg Jellinek. Op. cit., pp. 190-191.

[38] Op. cit., p. 233.

[39] Op. cit., p. 196.

[40] Op. cit., p. 196.

[41] Esse mesmo argumento foi utilizado por Rousseau para afirmar o poder do "soberano", ou "corpo político", e para, posteriormente, sustentar que "a vontade geral é sempre certa e tende sempre à utilidade pública". É o que se extrai da seguinte passagem: "Desde o momento em que essa multidão se encontra assim reunida em um corpo, não se pode ofender um dos membros sem atacar o corpo, nem, ainda menos, ofender o corpo sem que os membros se ressintam. Eis como o dever e o interesse obrigam igualmente as suas partes contratantes a se auxiliarem mutuamente, e os mesmos homens devem procurar reunir, nessa dupla relação, todas as vantagens que dela provêm. Ora, o soberano, sendo formado tão-só pelos particulares que o compõe, não visa nem pode visar a interesse contrário ao deles, e, conseqüentemente, o poder soberano não necessita de qualquer garantia em face de seus súditos, por ser impossível ao corpo desejar prejudicar a todos os seus membros, e veremos, logo a seguir, não pode também prejudicar a nenhum deles em particular. O soberano, somente por sê-lo, é sempre aquilo que deve ser" (op. cit., p. 35).

[42] Op. cit., p. 19. Mais do que a garantia do bem comum, Locke defende também a proteção à propriedade privada de cada membro da sociedade. *Verbis*: "Todavia, quando os homens constituem sociedade abandonando a igualdade, a liberdade e o poder executivo do estado de natureza aos cuidados da comunidade para que disponha deles por meio do poder legislativo de acordo com a necessidade do bem dela mesma, fazem-no cada um com a intenção de melhor preservar a si próprio, à sua liberdade e propriedade. E como não podemos supor que um ser racional troque a sua condição para pior, o poder da sociedade ou o legislativo constituído não é tampouco de se supor que estenda para além do bem comum, ficando na obrigação de garantir a propriedade de cada membro..." (op. cit., p. 94).

[43] Op. cit., p. 19.

[44] DALLARI, Dalmo. Op cit., p. 87.

[45] Até mesmo porque segundo Dalllari "*é preciso reconhecer que há circunstâncias em que o Estado é compelido a ceder a outros fins que não os seus*", porém "*é facilmente verificável que há, de fato, uma estreita relação entre os fins do Estado e as funções que ele desempenha*" (op. cit., p. 87). A propósito da classificação das finalidades estatais, cuja contribuição maior tenha sido dada por Jellinek, Dallari as divide em *fins objetivos* e *fins subjetivos*, em *fins expansivos*, *limitados* e *relativos*, e, ainda, em *fins exclusivos* e *concorrentes* (op. cit., p. 88-91).

[46] AZAMBUJA, Darcy. Op. cit., p. 121-122.

[47] São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.

[48] AZAMBUJA, Darcy. Op. cit., p. 122-123.

[49] Para Kelsen a figura da finalidade do Estado não se insere na Teoria Geral do Estado, pois não se trata de uma figura jurídica propriamente dita. Existem outros autores ainda, como Mortati, que asseveram que a finalidade do Estado é algo profundamente genérico e, portanto, não há interesse em seu estudo.

[50] Quanto às formas de governo que um Estado pode assumir, deixarão elas de ser analisadas vez que não guardam pertinência imediata com o estudo.

[51] Op. cit., p. 124. Análogamente, Aliomar Baleeiro ao tratar das necessidades públicas nos ensina que: "*Distinguem-se, entretanto, das necessidades, em geral, para constituir o grupo das chamadas 'necessidades públicas', necessidades que, por sua natureza, só encontram satisfação eficaz pela ação coordenada do grupo, quer seja voluntária, quer seja coativa a participação dos indivíduos que o formam*" (op. cit., p. 2).

[52] Nesse ponto, Jellinek faz a seguinte crítica: "*Pero no sólo se ha inspirado en las teorías eudemonistas el absolutismo monárquico, sino también el absolutismo democrático, pues los jacobinos han declarado oficialmente el bien común como el fin supremo del Estado, lo cual significa, prácticamente, sancionar el poderío ilimitado de las mayorías. (...) Todo progreso, toda mejora de lo existente, todo sacrificio de lo actual en aras de un futuro lejano, puede ser rechazado desde el punto de vista del bien. Este bien común está determinado por las concepciones especiales de partido y por apreciaciones subjetivas de los que circunstancialmente detentan el poder*" (Op. cit., pp. 244-245)

[53] Georg Jellinek. Op. cit., p. 254.

[54] VILLEGAS, Héctor B. "Curso de finanzas, derecho financiero y tributario", 2ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 3.

[55] Op. cit., p. 221.

[56] Sobre a essência política do fenômeno financeiro Baleeiro ilustra que "*O indivíduo nas sociedades primitivas, isolado, pode caçar, pescar ou colher frutos e raízes alimentícias, mas a repulsa ao ataque de outra tribo, a luta contra animais ferozes de grande porte, a abertura das primeiras sendas na floresta deveriam ter exigido a conjunção de esforços na ação coletiva. Para esta, os recalcitrantes provavelmente foram convencidos à força, como até hoje certo grau de coação física e moral é empregado para a conscrição militar ou para outros sacrifícios de caráter coletivo*" (op. cit., p. 3).

[57] "Manual de Ciência das Finanças", 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1961, p. 9.

[58] BALEEIRO, Aliomar. Op. cit., p. 1.

[59] Cfr. BALEEIRO, Aliomar, op. cit., p. 125.

[60] Op. cit., p. 11.

[61] Op. cit., p. 10 (grifos no original).

[62] "El Hecho Imponible", Buenos Aires: Depalma, 1943, p. 27.

[63] Op. cit., p. 246.

[64] Lisboa: Almedina, 1999.

[65] "*Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*", consultada em sua versão traduzida por Rubens Gomes de Souza "Natureza e interpretação das leis tributárias", Rio de Janeiro: Financeiras, 1932, p. 51.

[66] "A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal", Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 2-3.

[67] Op. cit., p. 225-26.

[68] Op. cit., p. 141.

[69] Op. cit., p. 1-2. Sobre a história geral da tributação vide capítulo I da obra de Ezio Vanoni, op. cti., bem como sobre a história da tributação no Brasil o estudo do professor Alcides Jorge Costa "A história da tributação no Brasil", em obra coletiva coord. por Roberto Ferraz, "Princípios e limites da tributação", São Paulo: Quartier Latin, 2005.

[70] Op. cit., p. 19-20.

[71] Segungo Vanoni "*Mayer interpreta portanto o poder financeiro do Estado como um poder paralelo ao poder de polícia, que utiliza os mesmo meios que este, e do qual se diferencia unicamente em razão de seus fins: o poder de polícia visa a boa ordem da comunidade, e o poder financeiro visa obter para o Estado os meios econômicos que lhe são necessários*" (op. cit., p. 93-94).

[72] VANONI, Ezio. Op. cit., p. 54.

[73] VANONI, Ezio. Op. cit., p. 52.

[74] Op. cit., p. 221.

[75] Op. cit., p. 213 e 228.

[76] Em crítica às teorias que não vêem na atividade financeira do Estado um fenômeno complexo, Aliomar Baleeiro anota que: "*aqueles pensadores do século passado raciocinavam como economistas, perdendo de vista a natureza compósita do fenômenos financeiro, que não está limitado ao quadro da Economia, mas é*

condicionado visceralmente às estruturas institucionais (jurídica, política, etc.). Há, até, que lhe atribua elementos morais e religiosos" (op. cit., p. 20).

[77] Op. cit., p. 118.

[78] Op. cit., p. 125.

[79] Ainda que não seja exigido sob a forma de prestação pecuniária compulsória como se conhece hoje.

A TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO E A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA – UMA ANÁLISE TARDIA, MAS NECESSÁRIA*

TAXATION ON CONSUMPTION AND PARTICIPATORY DEMOCRACY - AN ANALYSIS OF LATE, BUT NECESSARY

Rafaela Braga Ribeiro
Alessandra Machado Brandão Teixeira

RESUMO

Este artigo tem por objetivo avaliar a tributação sobre o consumo no Estado brasileiro e, verificar se ela atende ao princípio da pessoalidade, que é um dos pilares de adequação da arrecadação às exigências do Estado Democrático de Direito. No seu desenvolvimento analisam-se os princípios constitucionais que regem a tributação sobre o consumo. Conclui-se que a forma como estes tributos estão estruturados no ordenamento jurídico brasileiro, desconsiderando os atributos pessoais do contribuinte, não há consonância com os princípios constitucionais orientadores do sistema tributário. A opção do Estado brasileiro em concentrar a arrecadação na tributação sobre o consumo ofende aos fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito instituído pela Carta de 1988, em especial no que tange a cidadania e a constituição de uma sociedade justa e solidária, porque essa forma de incidência não é dimensionada considerando a manifestação de riqueza do consumidor final.

PALAVRAS-CHAVES: TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. PESSOALIDADE. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. SELETIVIDADE. NÃO-CUMULATIVIDADE.

ABSTRACT

This article has for objective to evaluate the taxation on the consumption in the Brazilian State and, to verify if it assists to the beginning of the individuality, which is one of the adaptation pillars of the collection to the demands of the Democratic State of Right. In it is development the taxation on the consumption is analyzed under constitutional principles.

We conclude that the form as these tributes are structured in the Brazilian legal system, disrespecting the taxpayer's personal attributes, has no consonance with the constitutional principles that advisors of the tax system. The option of the Brazilian State in concentrating the collection in the taxation on the consumption offends to the foundations and objectives of the Democratic Rule of Law instituted by the Constitution of 1988, especially with respect to citizenship and the constitution of a fair and solidary

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

society, because that incidence form is not measured considering the manifestation of the final consumer's wealth.

KEYWORDS: TAXATION ON THE CONSUMPTION. DEMOCRATIC RULE OF LAW. INDIVIDUALITY. CONTRIBUTIVE CAPACITY.

1 Introdução

Com o advento do Plano Real, o Brasil se integrou a um momento econômico marcado pelo equilíbrio fiscal, que foi considerado um dos pilares da estabilidade econômica, que consistiu em um aumento da receita e redução das despesas públicas, com vistas ao *superavit* das contas públicas.

A necessidade de aumentar a receita pública fez com que o Poder Executivo optasse por concentrar grande parte da arrecadação na tributação sobre o consumo, tendo em vista o potencial arrecadador dessa modalidade de incidência.

De acordo com dados do IPEA[1], a tributação sobre o consumo contribuiu com 40,5% da carga tributária, no ano de 2007, contra 29% relativo aos impostos sobre a renda, propriedade e patrimônio.

A renda, o patrimônio e o consumo se destacam como fatos econômicos que denotam capacidade contributiva do cidadão, ou seja, são sinais exteriores de riqueza, que legitimam a incidência tributária. Todavia, mostra-se de suma importância que exista uma distribuição equânime da tributação entre esses três sinais de capacidade contributiva, sob pena de se promover efeitos indesejáveis ao regime democrático.

A concentração da tributação sobre o consumo revela-se contrária ao regime democrático, porque essa modalidade de incidência mostra-se regressiva. Nesse caso, os mais pobres terminam por arcar com um peso maior do tributo, se comparados aos mais ricos.

Essa situação pode ser exemplificada. Suponhamos que duas pessoas, uma com renda líquida mensal de R$500,00 (quinhentos reais) e outra com renda líquida de R$5.000,00 (cinco mil reais) sejam hipertensas e necessitem adquirir um aparelho medidor da pressão arterial. O aparelho equivale hipoteticamente R$200,00, ao qual deva ser aplicada uma alíquota de ICMS de 10%. Nesse caso, ambos ao comprarem o aparelho, contribuirão com o valor de R$ 20,00 (duzentos reais) relativos à incidência tributária. Ocorre que os R$20,00(vinte reais) equivalem a 4% (quatro por cento) da renda total disponível de quem aufere R$500,00 (quinhentos reais) mensais; e a 0,4% (zero, quatro por cento) de quem aufere R$5000,00 (cinco mil reais). Ou seja, a mesma incidência representa um ônus muito maior para quem recebe uma renda menor.

Ora, não é esse o princípio basilar da tributação, que se funda na idéia de capacidade contributiva. Esse pilar determina que todos devem contribuir com o custeio das despesas públicas na medida de sua capacidade econômica.

Não é isso que ocorre no caso da tributação sobre o consumo. Aqueles que apresentam menor capacidade econômica terminam por arcar com um ônus maior, quando são tributados em suas aquisições.

Considerando esse efeito indesejável da tributação sobre o consumo a Constituição da República adotou como princípio geral de tributação o princípio da capacidade contributiva[2].

O princípio da capacidade contributiva deve ser considerado o preceito fundamental da tributação, sem o qual a mesma não se estruturaria de forma válida. As determinações que formam esse princípio estão presentes na tributação sobre o consumo desde a escolha desse fato econômico como hipótese de incidência dos impostos, até o dimensionamento das alíquotas e concessões de isenções e benefícios fiscais.

Analisando o dispositivo constitucional, que abriga o princípio da capacidade contributiva, constata-se que o preceito se concretiza por meio da pessoalidade. O art. 145, 1º, da CR/88 é categórico ao afirmar que sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal.

Mostra-se oportuno refletir a razão de uma determinação tão enfática pela adoção da pessoalidade. Porque é importante para a concretização do princípio da capacidade contributiva, que o valor a ser pago pelo contribuinte varie de acordo conforme suas características pessoais?

A primeira resposta refere-se à própria concretização do princípio da capacidade contributiva, que teria por objetivo final que quem apresente maior riqueza pague efetivamente mais tributos.

Além dessa visão, outra interpretação se faz possível e necessária. A pessoalidade decorre da democracia participativa. Ora, se o valor do imposto que o cidadão paga varia de acordo com as suas características pessoais, esse tem plena consciência da dimensão do que está pagando.

Essa consciência de contribuinte (aquele que custeia o Estado) insere o cidadão em um processo de participação na dimensão pública. O fato de ser contribuinte retira o cidadão da esfera privada inserindo-o na pública, conforme o objetivo da república de constituir uma sociedade justa e solidaria.

A partir do momento em que toma consciência do seu papel de financiador das despesas públicas, o cidadão passa a exigir determinados comportamentos do Poder Público e, principalmente, que os seus direitos civis sejam devidamente respeitados.

Então, a pessoalidade não é só uma exigência formal do princípio da capacidade contributiva. Ao contrário, ela se apresenta como o requisito essencial da democracia no âmbito do custeio das despesas públicas.

A democracia funda-se na idéia de participação do cidadão nas decisões públicas. A pessoalidade da tributação é um dos instrumentos do Estado Democrático de Direito que insere o cidadão nesse processo de participação.

Entretanto, se a tributação não se estrutura de forma pessoal, esse objetivo não se concretiza, porque o cidadão não adquire a consciência do seu papel de contribuinte. Tal característica ocorre no caso da tributação do consumo.

A tributação sobre o consumo possui uma característica própria que é o fenômeno denominado "anestesia fiscal". Por se tratar de uma forma de tributação indireta, onde existe um contribuinte de fato e outro de direito, o ônus da incidência é repassado para o consumidor sem que ele tenha consciência do seu papel de contribuinte.

Assim sendo, merece reflexão a opção do Poder Público brasileiro em concentrar a arrecadação na tributação sobre o consumo.

O fato dessa modalidade de incidência ser a maior fonte de receita pode vir a afrontar os preceitos da democracia participativa na medida em que aquele que não tem ciência da proporção de sua contribuição não concebe integralmente a amplitude da possibilidade de sua participação nas instituições democráticas.

Em virtude desse cenário e da importância da reflexão sobre o tema, esse trabalho tem por objetivo responder a seguinte indagação: a tributação sobre o consumo passa pelo crivo dos princípios de tributação no contexto do Estado Democrático de Direito?

Para tanto, serão analisados os princípios que regem a tributação sobre o consumo, dando especial enfoque à pessoalidade e ao ainda não implementado parágrafo 5º do artigo 150.

2 Princípios constitucionais que regem a tributação sobre o consumo

2.1 O princípio da capacidade contributiva e sua dimensão democrática

O princípio da capacidade contributiva pode ser analisado sob vários prismas, tais como a sua correlação com a idéia de justiça, a forma de distribuição do encargo financeiro dentro de um contexto de solidariedade social, dentre outros. Todavia, faz-se necessário analisar o princípio como instrumento que confere legitimidade à tributação, dentro de um contexto democrático.

Ricardo Lobo Torres avalia com precisão a evolução da justificação da tributação e da própria idéia de capacidade contributiva. Citando Torres, o grande problema ético da capacidade contributiva é o da sua fundamentação ou justificativa. As explicações positivistas fundavam-se em idéias economicistas como a da igualdade de sacrifício. O causalismo sociológico das décadas de 30 e 40 também abandonou a fundamentação ética, pois, ao indicar a capacidade contributiva como causa última ou imediata dos impostos, recusava a possibilidade de se pretender descobrir as razões político-filosóficas dessa eleição por parte do legislador. Com a reaproximação entre ética e direito procura-se hoje justificar a capacidade contributiva pelas idéias de solidariedade

e ou fraternidade. A solidariedade entre os cidadãos deve fazer com que a carga tributária recaia sobre os mais ricos, aliviando-se a incidência sobre os mais pobres e dela dispensando os que estão abaixo do nível mínimo de sobrevivência. É um valor moral juridicizável que fundamenta a capacidade contributiva e sinaliza para a necessidade de correlação entre direitos e deveres fiscais. Não é a causa jurídica da incidência dos impostos, mas a sua justificativa ético-jurídica.[3]

O pensamento acima descrito, mostra-se relevante para o tema objeto do presente estudo. Deve-se questionar a sua incidência dentro do contexto de solidariedade entre os cidadãos, devendo a carga tributária recair sobre os mais ricos, aliviando-se os mais pobres e dela dispensando os que estão abaixo do nível de sobrevivência.

Ora, a concentração da tributação no consumo, como ocorre no Brasil atualmente afronta esse preceito, porque o ônus está recaindo sobre os mais pobres, que não têm recebido nenhuma proteção relativa à sua sobrevivência.

Conforme relatado acima, a justificativa ético-jurídica da capacidade contributiva pode variar de acordo com o contexto. Essa variação depende da forma de relação do Estado com a sociedade, podendo se inserir e se justificar tanto num contexto de proteção da liberdade, própria do liberalismo (Estado Liberal), como em um contexto democrático, de proteção dos direitos sociais, caros ao Estado Social.

O liberalismo individualista inspirava-se no princípio cardeal de erigir obstáculos à tendência monopolizadora do poder, tendência que caracterizaria a ação estatal. Sendo assim, mostrava-se necessária a criação de uma série de freios destinados a garantir a liberdade e a propriedade individuais contra ingerências injustificáveis. Fazia-se mister contrapor à onipotência do rei um sistema infalível de garantias.[4]

Ricardo Lobo Torres afirma que os valores do liberalismo e do Estado de Direito, em sua versão originária, apresentavam-se em um sistema fechado, criado pela idéia da liberdade. Este era o valor básico, que representava a própria essência do ser humano e que servia de fundamento da Constituição e da ordem tributária e orçamentária, constituindo a expressão última e tardia do Direito Natural.[5]

Todavia, o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise.[6] Essa crise possibilitou o nascimento do Estado social que significa intervencionismo, patronagem e paternalismo.

Conforme a lição de Paulo Bonavides esse Estado Social se converteu a uma forma democrática de concretização, que concilia a garantia dos direitos da personalidade com a dos direitos sociais, estando todos previstos nas Constituições modernas, o que assume uma feição jurídico-constitucional.[7]

Essa evolução entre o Estado liberal e o social provocou efeitos na seara tributária. Na vigência do Estado liberal o tributo era compreendido como algo odioso, como uma agressão do Estado invasor na liberdade individual do cidadão. Com o advento do Estado social, a tributação passou a ser compreendida como um dever de solidariedade, onde aqueles que possuíam mais riquezas pagavam mais tributos com o objetivo de

proporcionar o maior volume de ingressos e financiar, assim, as necessidades essenciais daqueles que não manifestavam riqueza.

Contudo, atualmente, observa-se o contrário. Os mais pobres estão financiando as despesas em proveito dos mais ricos. Como a maior parte da receita advém da tributação do consumo, sendo essa regressiva, o fenômeno mostra-se contrário ao que impõe o Estado Democrático de Direito.

Diante desse contexto histórico e político, faz-se necessário compreender o princípio da capacidade contributiva com fundamento no ordenamento constitucional brasileiro, que protege tanto as garantias individuais, como os direitos sociais, uma vez que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, que tem por objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse sentido pertinente a ponderação de Marco Aurélio Greco, "Não se trata de predomínio de nenhum dos dois. Não se trata de a liberdade valer mais que a solidariedade ou a solidariedade mais do que a liberdade. Não há predomínio de um sobre o outro. Há, isto sim, necessidade de compor liberdade com solidariedade e solidariedade com liberdade. Vale dizer: um não pode aniquilar o outro, não é por levantar a bandeira da capacidade contributiva que se pode agredir a liberdade individual de agir e de escolher os seus caminhos; também não é a bandeira da liberdade que pode atropelar a capacidade contributiva pura e simplesmente escapando da tributação que deveria haver se e na medida em que ocorrer manifestação de capacidade contributiva".[8]

José Casalta Nabais legitima os impostos na necessidade de financiamento do Estado, enquanto entidade que tem por objetivo concretizar os direitos e garantias fundamentais. Ele também adota um entendimento que pondera liberdade com solidariedade, essencial à compreensão da tributação nos dias atuais.

Citando Casalta Nabais, os atuais impostos são um preço que todos, enquanto integrantes de uma dada sociedade organizada em estado (moderno), pagamos por termos a sociedade que temos. Ou seja, por dispormos de uma sociedade assente na liberdade, de um lado, e num mínimo de solidariedade, de outro. Por isso, não pode ser um preço qualquer, mormente um preço de montante muito elevado, pois, a ser assim, não vemos como possa ser preservada a liberdade que um tal preço é suposto servir. Nem pode ser um preço que se pretenda equivalente ao preço dos serviços públicos de que cada contribuinte usufrui. Pois, numa tal hipótese, ficaria arredada a idéia de solidariedade que está na base de um tal estado. Ou, numa formulação negativa, a idéia de estado fiscal exclui tanto o estado patrimonial como rejeita a falsa alternativa de um puro estado tributário. Na verdade apenas perante um estado fiscal, cujo preço seja aceitável, podemos conceber impostos como um indeclinável dever de cidadania.[9]

Cláudio Sacchetto analisando os valores que informam a imposição fiscal elabora a seguinte consideração: "Quando é possível identificar o momento genético do conceito de solidariedade da perspectiva fiscal? Em qual momento se encontra um interesse de uma coletividade à arrecadação dos tributos com o fim de garantir o próprio desenvolvimento e buscar a maximização dos objetivos gerais, que pode ser denominado interesse fiscal? Segundo um jovem talentoso estudioso, esta noção surge no momento em que a soberania, até então ligada à pessoa física do soberano, torna-se

autônoma para assumir um valor autoreferencial, objetivo, de autoridade máxima, que fundamenta todos os outros poderes. Na versão moderna, a soberania pertence ao povo, o que acentua ainda mais a idéia de Estado-coletividade e não de Estado Soberano. A imposição torna-se, então, um dever solidário, no sentido de contribuir para objetivos comuns. [10]

Moschetti é categórico ao afirmar que a participação de todos os cidadãos no financiamento das despesas públicas através dos impostos pessoais é uma forma de aplicação do princípio democrático. Um cidadão participa politicamente do poder não somente através do voto, mas também através do financiamento das políticas públicas, que são conseqüências do voto. Isso porque quando o cidadão vota em um determinado candidato, ele pretende que aquelas medidas prometidas sejam concretizadas; por isso, ele financia, através do tributo, a concretização dessas medidas. [11]

A utilização desse critério de repartição das despesas públicas se insere num contexto democrático, porque confere, ao cidadão que paga os tributos, uma possibilidade de participar das decisões políticas do Estado, podendo exigir que as medidas prometidas sejam concretizadas, em virtude do fato de que eles contribuem financeiramente para esses objetivos. Nesse sentido, podemos afirmar que o tributo é um instrumento de exercício da cidadania.

No Brasil, segundo Torres, que analisa a tributação sob uma perspectiva democrática, a cidadania em sua expressão moderna compreende, entre os seus desdobramentos, a cidadania fiscal. O dever/direito de pagar impostos se coloca no vértice da multiplicidade de enfoques que a idéia de cidadania exibe. Cidadão e contribuinte são conceitos coextensivos desde o início do liberalismo.[12]

Mas, o fato de a tributação estar focada na incidência sobre o consumo, impede que o contribuinte adquira essa consciência de cidadão. A tributação sobre o consumo tem a característica de gerar a “anestesia fiscal”, impedindo que o contribuinte se compreenda enquanto financiador das despesas. A “anestesia” faz com que o contribuinte não saiba que está pagando. E, essa inconsciência retira do tributo esse passaporte para o exercício da cidadania.

Nesse contexto, a pessoalidade da tributação assume especial relevância. Os tributos pessoais garantem a consciência de contribuintes e fazem como que o cidadão se torne um agente público.

Klaus Tipke e Douglas Yamashita afirmam que “o princípio da capacidade contributiva não pergunta pela vantagem que o contribuinte tem dos serviços públicos, ou quais custos ele causa ao Estado, mas apenas com quanto o contribuinte pode contribuir para o financiamento das tarefas do Estado em razão de sua renda disponível”.[13]

Os entendimentos acima transcritos apontam no sentido de que o princípio da capacidade contributiva, que legitima a tributação pela via dos impostos, deve ser compreendido de acordo com os valores constitucionais, previstos na Constituição da República.

Modernamente, a relação tributária não pode ser interpretada como uma relação de poder, na qual o Estado exige um imposto em virtude do seu poder de império, devendo

o cidadão efetuar o pagamento, única e exclusivamente porque a lei assim determina. Faz-se necessário compreender a tributação dentro de uma perspectiva de justiça.

Klaus Tipke e Douglas Yamashita entendem que o princípio da capacidade contributiva confere justiça ao Direito Tributário. Segundo os mencionados autores, leis fiscais sem relação alguma com a justiça não fundamentam Direito Tributário algum, mas criam apenas uma coisa tributária – ou melhor, um tumulto tributário. É, contudo, possível que o princípio da capacidade contributiva concorra ou colida com outros princípios. Então deve ser decidido como solucionar as concorrências ou colisões.[14]

Diante dos apontamentos colacionados, constata-se que o princípio da capacidade contributiva, em sua concepção democrática, compreende a tributação como instrumento do exercício da cidadania. Todavia, essa compreensão do cidadão de que o valor por ele pago o credencia como sujeito de direitos dentro de um Estado Democrático de Direito, depende da consciência de que ele é um financiador do Estado, por meio do pagamento de tributos.

Ocorre que esse processo de tomada de consciência resta prejudicado no ordenamento brasileiro, porque a tributação está concentrada no consumo, que tem como característica essencial a "anestesia fiscal". Então, o cidadão brasileiro não tem consciência de que ele financia as despesas públicas, não exigindo, pois, os direitos que essa condição lhe outorga.

Sendo assim, faz-se necessário um movimento de redução da tributação sobre o consumo, com o conseqüente aumento da tributação sobre a renda e o patrimônio. Além disso, é preciso que os consumidores sejam devidamente informados sobre os tributos que incidem sobre as aquisições de mercadorias e serviços.

2.2 Princípio da pessoalidade

Analisando-se o art. 145, §1º, da CR/88, percebe-se que a primeira finalidade que se extrai do princípio da capacidade contributiva é que os impostos tenham caráter pessoal. Segundo Baleeiro, "os impostos pessoais ou subjetivos são regulados por critérios que contemplam a individualidade do contribuinte. As condições personalíssimas deste são elementos que se integram na formação do fato gerador e determinam as variações para mais, ou menos, na fixação do quanto a ser reclamado pelo fisco".[15]

O Ministro Moreira Alves, valendo-se da lição de Gianini, afirma que os impostos pessoais são aqueles que alcançam o conjunto de rendimentos ou de bens do contribuinte, ou também uma parte destes, mas enquanto dizem respeito a uma dada pessoa, levando-se em conta, em medida mais ou menos ampla, as suas condições. Enquanto os impostos de caráter real são os que alcançam bens singulares ou rendimentos ou também grupos de bens ou rendimentos, considerados na sua objetividade, sem se levar em conta a condição pessoal do sujeito passivo do imposto. [16]

Para Luciano Amaro o princípio da personalização do imposto traduz-se na adequação do gravame fiscal às condições pessoais de cada contribuinte.[17]

Outro não é o entendimento de Sacha Calmon, ao afirmar que o caráter pessoal a que alude o constituinte significa o desejo de que a pessoa tributada venha a sê-lo por suas características pessoais (capacidade contributiva), sem possibilidade de repassar o encargo a terceiros. Esta impossibilidade de repassar, transferir, repercutir o encargo tributário é que fecunda a classificação dos impostos em diretos e indiretos.[18]

Analisando o pensamento de Sacha Calmon pode-se constar que há certa aproximação entre os impostos pessoais e os diretos. Tanto que o autor mencionado é categórico ao afirmar que "em suma, imposto pessoal e direito é o que incide sobre o contribuinte sem transferência".[19]

Tendo em vista o entendimento acima transcrito, mister esclarecer que em alguns casos a repercussão é jurídica, determinada pela adoção da não cumulatividade. Em se tratando de repercussão jurídica, é o próprio ordenamento que exige que o contribuinte de direito, transfira o encargo tributário para o contribuinte de fato. Todavia, em alguns casos, a repercussão é meramente econômica, sendo feita ao arrepio da lei tributária, que não a disciplina, tampouco a considerada na determinação do fato gerador da obrigação tributária.

Sendo assim, nos casos de repercussão meramente econômica não se pode afirmar que o imposto seja indireto, porque o ordenamento jurídico não reconhece o fenômeno da translação econômica da tributação.

Deve-se mencionar que do ponto de vista da repercussão econômica, a maioria dos impostos devidos pelas pessoas jurídicas podem ser transferidos economicamente a terceiros, uma vez que esses valores compõem o custo de produção, sendo transferidos ao adquirente da mercadoria ou do serviço, via preço. Sob esse enfoque econômico até o imposto de renda, considerado um imposto pessoal, por excelência, pode ser classificado como indireto.

Diante desse contexto, importante considerar o entendimento de Misabel Derzi no sentido de que a repercussão jurídica não se confunde com a econômica. Segundo a autora "se a repercussão jurídica corresponde à econômica, essa é uma coincidência desejável ou desejada pelo legislador, mas apenas uma coincidência que muitas vezes não ocorre. Trata-se de simples presunção que fundamentou a norma" e conclui "bem se vê que os institutos econômicos são inspiradores das normas jurídicas, mas são por ela transformados em fatos jurídicos próprios (diferentes)".[20]

Portanto, devem ser classificados como impostos indiretos somente aqueles em que a repercussão é jurídica, desvinculando essa característica da pessoalidade do imposto.

A pessoalidade deve ser compreendida como um recurso que permite o dimensionamento pelo legislador, do dever de pagar um imposto, considerando as características pessoais do contribuinte.

Mister esclarecer que a pessoalidade não está relacionada ao fato de que alguém terá que pagar o tributo. A legislação de todos os tributos determina que uma pessoa será a

responsável pelo pagamento do crédito tributário. Essa circunstância não autoriza que se afirme que o tributo seja pessoal.

A pessoalidade não está ligada ao dever de pagar, mas ao dimensionamento desse dever por parte do legislador, que ao executar essa prerrogativa poderá considerar ou não as características pessoais do contribuinte, quando da determinação da base de cálculo do imposto. Se o legislador assim proceder, esse imposto será pessoal e, a capacidade contributiva foi apreendida em sua forma subjetiva.

A pessoalidade deve ser compreendida diante dos valores que permeiam o Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, constata-se que a pessoalidade da tributação outorga ao cidadão a consciência que ele é responsável pelo financiamento do Estado.

O fato do valor a ser pago variar de acordo com as características do contribuinte, assim como, o fato de o imposto incidir diretamente sobre a manifestação de riqueza do cidadão, faz com que a tributação se aproxime dele, fazendo-o se compreender enquanto contribuinte.

Quando o cidadão adquire consciência dessa dimensão do pagamento, ele passa a participar efetivamente das decisões públicas, exigindo que os seus direitos civis sejam concretizados.

Desta forma, pode-se afirmar que é a pessoalidade que outorga ao cidadão a consciência de ser contribuinte e, portanto, sujeito de direito e obrigações.

Partindo da premissa acima, que imposto pessoal é aquele que considera as características pessoais do contribuinte na determinação do valor a pagar, pode-se afirmar que a tributação sobre o consumo não é pessoal.

Os tributos sobre o consumo incidem sobre as vendas de mercadorias e serviços. Nesse contexto, não se mostra plausível calibrar a tributação considerando as características pessoais (econômicas) do consumidor final. A incidência deve ser única para cada tipo de produto ou serviço, não se afigurando possível que a base de cálculo ou alíquota varie de acordo com as condições econômicas dos consumidores.

2.3 Princípio da seletividade

A regra da seletividade tem status constitucional estando prevista expressamente no art. 153, IV, § 3º, da CR/88, no que se refere ao IPI[21]. Com relação ao ICMS[22] a Constituição estabelece que o imposto poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

Importante ressaltar que a seletividade é um instrumento da pessoalidade no que tange à tributação sobre o consumo. Em verdade, a seletividade consiste em uma tributação mais onerosa dos produtos supérfluos ou suntuosos, em contrapartida de uma taxação

mais benéfica dos produtos considerados de primeira necessidade ou básicos, vitais à existência humana.

Por meio dessa sistemática, visa-se a atingir o tipo de consumo, partindo de uma presunção que os mais ricos consomem mais produtos supérfluos, devendo arcar com uma carga tributária majorada dentro dessa perspectiva.

Sendo assim, garante-se que o consumo que denota maior manifestação de capacidade contributiva seja sobretaxado, visto que os bens e serviços suntuosos estarão submetidos à aplicação de uma alíquota mais elevada.

Aplicando-se o princípio da capacidade contributiva aos impostos indiretos, surgem questões com relação à capacidade contributiva verdadeiramente atingida, quando se trata de tributação sobre o consumo.

Como os encargos tributários são repassados pelo contribuinte de direito, via preço, o ônus tributário para os agentes econômicos é nulo, o que conduz ao entendimento de que a capacidade contributiva visada não é a deles, uma vez que o tributo não gerará nenhum efeito sobre o seu patrimônio, mas sobre o patrimônio do consumidor final, contribuinte de fato.

Adotando-se o entendimento de que o princípio da capacidade contributiva aplica-se aos impostos indiretos, que se realiza por meio da seletividade, estar-se-á por afirmar que a capacidade contributiva atingida é a do consumidor final, contribuinte de fato, e não a dos sujeitos passivos (contribuintes de direito) dos impostos. Esta afirmação se justifica na circunstância de que, sendo por meio da seletividade que o princípio da capacidade contributiva se manifesta, esta somente tem sentido se considerarmos o consumidor final. Para fins de seletividade, as características do contribuinte de direito mostram-se indiferentes.

Desta forma, em se tratando de tributação sobre o consumo, deve-se ter em consideração que o que se procura tributar são os valores disponibilizados pelos cidadãos para o consumo de bens e serviços. Quando esses consomem determinadas mercadorias ou serviços, eles manifestam uma capacidade contributiva passível de tributação

Então, em se tratando de tributos incidentes sobre o consumo, o imposto deverá ser seletivo, não sendo esta uma mera faculdade do legislador ordinário, mesmo porque a Constituição não contém dispositivos vazios, desprovidos de eficácia e vigência, ainda que dependentes da legislação infraconstitucional.

Ainda que a Constituição não determinasse de forma expressa que o ICMS e o IPI seriam informados pela regra da seletividade, esta deveria estar presente na sistemática desses tributos, uma vez que se trata de um efeito do princípio da igualdade dentro do direito tributário. O princípio da igualdade permeia todo o subconjunto das normas infraconstitucionais sobre matéria tributária, condicionando-lhes sua exegese.

No entender de Misabel Derzi e Igor Santiago, a seletividade de alíquotas reduz a regressividade do sistema, ou pelo menos, se dá acesso aos bens mais essenciais aos

consumidores mais pobres, sendo a seletividade o meio de se medir a capacidade contributiva do consumidor. [23]

Portanto, este é considerado um verdadeiro princípio constitucional tributário. Assim, a seletividade deve ser interpretada como instrumento desse princípio, devendo estar presente como forma de se garantir uma justiça tributária.

2.4 Princípio da não-cumulatividade

O princípio da não-cumulatividade determina que o imposto sobre produtos industrializados, de competência da União, e o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, de competência dos Estados, estam sujeitos à regra, que consiste no abatimento do imposto pago, em cada operação, do montante cobrado nas anteriores.

A não-cumulatividade foi adotada no Brasil como uma forma de se instrumentalizar a neutralidade dos impostos incidentes sobre a produção, distribuição e comercialização de mercadorias. A neutralidade é inerente a essas espécies impositivas. Sem ela não há como se garantir um desenvolvimento econômico, combinado com uma tributação justa.

A neutralidade está relacionada com o fato de que os operadores econômicos envolvidos no processo de produção e circulação de bens e serviços não devem assumir o ônus da incidência relativa aos impostos que recaem sobre as vendas de mercadorias e serviços. Ou seja, os impostos incidentes sobre as vendas de mercadorias e serviços não devem alterar as escolhas e decisões dos operadores econômicos.

Do ponto de vista da indústria e do comércio esses impostos devem ser neutros, não alterando o processo de tomada de decisões desses agentes. As indústrias e o comércio devem ser tributados pela via do imposto de renda, na medida em que auferem lucro e, não, pelos tributos incidentes sobre o processo de produção e circulação. Quem deve arcar com esse ônus é o consumidor final, os operadores deveriam ser meros repassadores, do valor dos impostos, ao Poder Público.

Desta forma, pode-se afirmar que o princípio da não-cumulatividade garante que o contribuinte do imposto seja o consumidor final, e que os efeitos econômicos da tributação na produção e circulação sejam nulos. Assim, todo imposto denominado de não cumulativo tem por objetivo incidir sobre o consumidor final.

Diante desse contexto, a não-cumulatividade tem como objetivo proteger os consumidores finais, impedindo que os impostos incidentes sobre a circulação de mercadorias e serviços não componham o custo dos mesmos, evitando a cumulação, ou seja, a tributação em cascata.

Através dela, o Estado garante a arrecadação tributária advinda da incidência dos impostos em todas as etapas do processo produtivo, mas o verdadeiro ônus relativo à incidência tributária será assumido pelo consumidor final.

Portanto, o princípio da não-cumulatividade garante a neutralidade fiscal tão importante em se tratando de impostos desta natureza, uma vez que através deste princípio tributa-se somente a manifestação de capacidade contributiva do consumidor final. E, garante-se, também, a neutralidade na concorrência e na competição, visto que todas as operações que impliquem circulação de mercadoria e prestação de serviços serão tributadas indistintamente, através de alíquotas uniformes.

Ocorre que essa técnica de tributação, positiva em certo aspecto, apresenta um efeito nocivo de outra parte. Os operadores econômicos não sofrem a incidência tributária e a transferem ao consumidor final. Mas, esses últimos, por não serem obrigados a efetuar o recolhimento direto aos cofres públicos, não se sentem contribuintes do imposto.

O ônus da tributação está embutido no preço das mercadorias e serviços. Com isso, os consumidores efetuam o pagamento, sem se darem conta, de que juntamente com o valor do bem, está sendo recolhido o tributo.

Agrega-se a isso, contribuindo para esse fenômeno de falta de consciência do pagamento, o fato de que no Brasil não existe uma prática de informar o contribuinte sobre o valor do imposto que está sendo pago ao se adquirir uma mercadoria ou serviço.

Sendo assim, pode-se afirmar que a não-cumulatividade é uma forma eficiente de tributação do consumo, porque garante a neutralidade. Mas, apresenta-se, também, como um instrumento de alienação. Por meio dela, perde-se a consciência de ser um contribuinte de impostos, uma vez que o cidadão não tem o dever de recolher o imposto aos cofres públicos, além de o valor pago estar embutido no preço, sem que se faça uma discriminação entre o valor do imposto e o custo do bem e serviço.

3 Conclusão

Analisados os princípios que devem orientar a tributação sobre o consumo no Brasil, volta-se à indagação inicial no sentido de se determinar se essa modalidade de incidência satisfatoriamente à construção do Estado Democrático de Direito.

De acordo com o exposto, pode-se afirmar que da forma como os tributos sobre o consumo estão estruturados não há uma observância aos requisitos da pessoalidade. Os tributos sobre o consumo, assim classificados por razões jurídicas ou econômicas, não são dimensionados considerando a manifestação de riqueza do consumidor final.

Esse fenômeno poderia ser minimizado caso a seletividade fosse concretizada como um requisito essencial dessas incidências, o que não ocorre na grande maioria dos casos.

Além disso, é preciso instituir instrumentos jurídicos que permitam que o contribuinte assuma consciência da sua condição de contribuinte, o que fortalecerá as bases da participação popular na construção do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Não existem determinações precisas, cuja inobservância sujeite o infrator a sanções, no sentido de que o contribuinte deva ser devidamente informado sobre os tributos que incidem no preço das mercadorias e serviços adquiridos. Os valores relativos aos tributos sobre o consumo são embutidos no preço, sem que o consumidor tenha clareza sobre os valores realmente recolhidos.

O princípio da capacidade contributiva, em sua concepção democrática, compreende a tributação como instrumento do exercício da cidadania. Todavia, essa compreensão do cidadão de que o valor por ele pago o credencia como sujeito de direitos dentro de um Estado Democrático de Direito, depende da consciência de que ele é um financiador do Estado, por meio do pagamento de tributos.

É a pessoalidade que outorga ao cidadão a consciência de ser contribuinte e, portanto, sujeito de direito e obrigações.

Ocorre que esse processo de tomada de consciência resta prejudicado no ordenamento brasileiro, porque a tributação está concentrada no consumo, que tem como característica essencial a "anestesia fiscal". Então, o cidadão brasileiro não tem consciência dessa dimensão da sua personalidade contemporânea, relativa à circunstância de que ele financia as despesas públicas, não exigindo, pois, os direitos que essa condição lhe outorga.

Sendo assim, faz-se necessário o esclarecimento aos cidadãos sobre os tributos que incidem sobre as suas aquisições de mercadorias e serviços, bem como um movimento de redução da tributação sobre o consumo, com o conseqüente aumento da tributação sobre a renda e o patrimônio, caso seja necessário, uma vez que estes tributos atendem melhor aos ditames de um sistema tributário democrático

Referências

AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro.* 11ª ed., revista e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 140.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. ver. e comp. à luz da Constituição de 1988 até a EC n. 10/96. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 6ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 153.771.

CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mônica Horta Neves Leite de. *Direito Tributário*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*, 5ª ed., revista e ampliada, de acordo com a Lei Complementar 87/96, São Paulo: Malheiros. 1999.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Aspectos essenciais do ICMS, como imposto de mercado. *Direito Tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado.* Coord. Luis Eduardo Schoueri e Fernando Aurélio Zilveti. São Paulo: Dialética, 1998.

DERZI, M. A. M.; SANTIAGO, I. M. Valor adicionado nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular. *Interesse Público*, v. 43, p. 11-21, 2007.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário.* São Paulo: Dialética, 2004.

MOSCHETTI, Francesco. *La razionalità del prelievo ed il concorso alle spese pubbliche.* Palestra proferida no CONGRESSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, promovido pela Universidade de Bologna, em 26/27 de setembro de 2003, cujo tema central foi “As razões do direito tributário na Europa”, realizado em homenagem ao Prof. Furio Bosello.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais*: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAface ocultadireitos_01.pdf. ?. Acessado aos 20 de abril de 2009

SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no Direito Tributário: o ordenamento italiano. *Solidariedade e tributação.* Coordenadores: Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi. São Paulo: Dialética, 2005.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e o princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Existe um princípio estrutural da solidariedade? *Solidariedade e tributação.* Coordenadores: Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi. São Paulo: Dialética, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol V: o orçamento na Constituição, 2ª ed. rev. e atual. Até a publicação da Emenda Constitucional n. 27, de 21/03/2000, e da Lei de Responsabilidade Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

---

[1]*www.ipea.gov.br*. Acessado aos 15 de abril de 2009.

[2] Art. 145, §1º: Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (BRASIL, 1988).

[3]TORRES, Ricardo Lobo. Existe um princípio estrutural da solidariedade? *Solidariedade e tributação.* Coordenadores: Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi. São Paulo: Dialética, 2005, p. 200.

[4]BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 6ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 45.

[5]TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol V: o orçamento na Constituição, 2ª ed. rev. e atual. Até a publicação da Emenda Constitucional n. 27, de 21/03/2000, e da Lei de Responsabilidade Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2000,p. 110.

[6]BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p. 188.

[7]Op. cit., p. 204.

[8]GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário.* São Paulo: Dialética, 2004, p. 46

[9]NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf. Outro não é o entendimento de Diogo Leite de Campos e Mônica Horta Neves Leite de Campos, que se valendo da lição de J. Lang afirmam que: Lang parte do princípio de que a justa distribuição da carga tributária é um imperativo ético, de caracter Kantiano: o Estado deve distribuir as cargas tributárias de modo ético. Só assim se justificará o ordenamento jurídico-tributário concreto, transformando-se as normas tributárias em Direito. Este princípio está inserido no Estado de Direito e nos valores fundamentais que o integram. A teoria da justificação tributária assenta no princípio da igualdade, na proibição de prejudicar o matrimônio e a família e no princípio do Estado-social. O direito à liberdade determina a fronteira constitucional da tributação, assim como proíbe o excesso material. CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mônica Horta Neves Leite de. *Direito Tributário*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 130.

[10]SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no Direito Tributário: o ordenamento italiano. *Solidariedade e tributação.* Coordenadores: Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi. São Paulo: Dialética, 2005, p. 15.

[11]MOSCHETTI, Francesco. *La razionalità del prelievo ed il concorso alle spese pubbliche.* Palestra proferida no CONGRESSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, promovido pela Universidade de Bologna, em 26/27 de setembro de 2003, cujo tema central foi "As razões do direito tributário na Europa", realizado em homenagem ao Prof. Furio Bosello. Nessa manifestação, Moschetti afirma que o dever de concorrer para o financiamento das despesas públicas se equipara ao dever de participar de um "jogo de time": as despesas públicas não são assim consideradas somente do ponto de vista formal, como despesas dos entes públicos, mas devem ser compreendidas no sentido substancial, no sentido de que elas ostentam esse título, tendo em vista que interessam à coletividade, que é o público (que é o time), que são os sujeitos, aos quais é imposto o dever de concorrer. As despesas só são públicas porque elas são incorridas em prol da coletividade, é isso que torna o gasto público. Está implícito nessa relação um caráter de "dever ético", através do qual, "no estado democrático a coisa pública é a coisa de todos e todos têm a obrigação de concorrer para a realização da coisa comum com o próprio sacrifício pessoal", conforme consta do Relatório da Comissão Econômica apresentado em 1946 ao Ministério pela Constituinte (que foi redigido por Vanoni).

[12]TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume V: o orçamento na Constituição, 2ª ed. rev. e atual. Até a publicação da Emenda

Constitucional n. 27, de 21.3.2000 e da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 148. Ricardo Lobo Torres sustenta a afirmação transcrita no texto acima nas idéias de Nelson Saldanha e Jürgen Habermas, que merecem ser transcritos. Nelson Saldanha afirma que: "No ocidente iluminista e burguês, o conceito de cidadão foi construído não só como participação na vontade comum, através do voto, mas também como vinculação ao orçamento estatal: só paga imposto quem está representado, ou seja, no *taxation without representation*". Habermas afirma que: "no Estado Democrático Nacional a cidadania ganha o significado adicional político e cultural de um pertencer a uma comunidade de cidadãos que ativamente contribuem para a sua manutenção".

[13]TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e o princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 32.

[14]Op. cit., p. 28.

[15]BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. ver. e comp. à luz da Constituição de 1988 até a EC n. 10/96. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 745.

[16]Voto proferido quando do julgamento do RE 153.771. O entendimento do Min. Moreira Alves foi confirmado em outra oportunidade, pelo Ministro Ilmar Galvão, quando do julgamento do RE 204.827-5/SP, que fazendo referência do julgamento do RE 153.771, afirma que "a progressividade de natureza fiscal, prevista no §1º do art. 145 da Constituição, porque fundada na capacidade econômica do contribuinte, aquilatada mediante identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte, não tem sentido quando se está diante de imposto com caráter real, como o IPTU, que no sistema tributário nacional é inequivocamente um imposto real, porquanto tem ele como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel localizado na zona urbana do Município, sem levar em consideração a pessoa do proprietário, do titular do domínio útil ou do possuidor."

[17]AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro.* 11ª ed., revista e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 140.

[18]COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 79.

[19]Op. Cit., p. 79.

[20]DERZI, Misabel de Abreu Machado. Aspectos essenciais do ICMS, como imposto de mercado. *Direito Tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado.* Coord. Luis Eduardo Schoueri e Fernando Aurélio Zilveti. São Paulo: Dialética, 1998, p. 126**.**

[21] Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

IV- produtos industrializados;

§3º O imposto previsto no inciso IV:

I- será seletivo, em função da essencialidade do produto;

[22] Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[23] DERZI, M. A. M.; SANTIAGO, I. M. Valor adicionado nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular. **Interesse Público**, v. 43, p. 11-21, 2007.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NA CONSTRUÇÃO DE PRESUNÇÕES TRIBUTÁRIAS RELACIONADAS AO CRITÉRIO QUANTITATIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA: O CASO DOS REGIMES DE ESTIMATIVA NO ISSQN*

GOVERNMENT AND TAXPAYER PARTICIPATION WHILE A TAX LEGAL FICTION RELATED TO THE AMOUNT OF THE DUE IS MADE. THE ESTIMATE USED IN ISSQN TAX.

Rafhael Frattari Bonito

RESUMO

O presente trabalho aborda a legalidade da instituição de presunções ou ficções legais para se determinar o montante a ser recolhido do imposto sobre prestação de serviços de qualquer natureza, através de regimes de estimativa. Aceita-se a imperatividade do princípio da praticidade no estabelecimento de regimes simplificados, mas se condiciona a sua utilização ao aceite do contribuinte em se submeter à tributação especial, uma vez que ela deixa de lado a capacidade econômica real, o que só pode ser feito com o assentimento do cidadão. Por isso mesmo, é que além do aceite do administrado, a adoção do regime de estimativa é condicionada também à participação prévia do contribuinte no momento de estabelecimento da presunção. É exatamente o consentimento e a participação do contribuinte que legitimam o regime de estimativa, contribuindo para que a Administração tributária incline-se cada vez mais para uma atuação consensual e democrática, própria do Estado Democrático de Direito e do sistema construído pela Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVES: PRESUNÇÃO; REGIME DE ESTIMATIVA; PARTICIPAÇÃO E CONSENTIMENTO DO CONTRIBUINTE/ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL.

ABSTRACT

This paper deals with the legitimacy of the legal fictions to determinate the due to be paid as ISSQN tax, using an estimate. It’s true that the advancement of justice is enabled using a legal fiction, but It’s using is conditioned to the agreement of the taxpayer to submit himself to a different tax system, as the legal fiction is not graded in accordance to the economic capacity of the taxpayer. Hence the using of a legal fiction is conditioned to the agreement of the taxpayer and his self-assessment, as the assumption is made. It’s exactly the agreement of the taxpayer and his participation while the assumption is made that legitimize the assumption, collaborating to the government to assume a democratic stand, as the Federal Constitution of 1988 defends.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: LEGAL FICTION; TAX PAYER AGREEMENT; CONSENSUS GOVERNMENT.

1 Eficiência na administração tributária através do princípio da praticabilidade tributária: a crescente utilização de presunções no direito tributário e o regime de estimativa no recolhimento do imposto sobre prestação de serviços de qualquer natureza.

A crescente complexidade das relações sociais e econômicas na sociedade de massa tem exigido que o legislador tributário utilize-se cada vez mais do princípio da praticabilidade, de modo a buscar eficiência na atividade administrativa através da qual o poder tributário é exercido. Porém, a busca da eficiência escorada na praticabilidade deve obedecer rigidamente os demais princípios que regem a ação do Poder Público.

Em nome da eficiência não podem o legislador e o administrador público desviarem-se das balizas colocadas pelas limitações à atividade tributária, especialmente aquelas que estabelecem garantias fundamentais aos contribuintes, como a capacidade contributiva, a legalidade, a vedação da utilização do tributo com efeito de confisco, etc..

É que o "princípio" da eficiência é vazio de conteúdo[1], não tem substância material, uma vez que se dirige ao modo como serão aplicadas outras regras e princípios, o que levou Humberto Ávila a denominá-lo de postulado aplicativo, cuja função "é estruturar a aplicação do dever de promover um fim"[2]. Assim, o postulado da eficiência dirige-se à forma de aplicação das normas jurídicas que definem conteúdos materiais a serem perseguidos.

Seja como for, uma das manifestações do postulado pode ser relacionada com a forma de aplicação das normas sobre procedimentos de arrecadação ou de apuração de tributos, ou seja, a eficiência administrativa há de estruturar tais normas a ponto de que haja a maior arrecadação possível (nos limites constitucionais, sempre) com o menor gasto público correspondente.[3] A tarefa exige que o legislador confira meios eficazes e simples para que a legislação tributária seja aplicada em massa pela Administração Pública, muitas vezes com o auxílio dos próprios administrados[4], ante a crescente complexidade das relações sociais, o número de contribuintes cada vez mais elevado e os avanços nos meios de comunicação e de circulação de informações.

Por isso, o princípio da praticabilidade tem sido alvo de inúmeros debates nos últimos anos. Pioneira entre nós nessa discussão, Misabel Derzi define a praticidade, com apoio na doutrina tedesca, como princípio[5] implícito da ordem jurídica que tem por função permitir a aplicação eficiente das normas "especialmente naqueles casos em que se deve executar a lei em massa"[6].

O princípio pode ser concretizado de várias formas, dentre as quais se destacam a utilização de ficções jurídicas, de presunções ou de quantificações, a atribuição de deveres de colaboração aos administrados (lançamento por homologação, retenções na fonte, etc.). Tudo para que seja mais eficiente o trabalho da Administração Tributária.

Pretende-se, pois, discutir a concretização do princípio da praticabilidade por meio do estabelecimento de presunções que determinem critérios quantitativos para a obrigação tributária, liberando o Fisco e os contribuintes de auferirem o valor real de operações econômicas, sobretudo quando a tarefa exigir esforço incompatível com o resultado econômico previsto.

Especificamente, analisar-se-á o caso dos regimes de estimativa para o recolhimento do imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência dos Municípios, mas as conclusões aqui obtidas podem ser estendidas à substituição tributária progressiva no ICMS, ou a qualquer outro caso em que o critério quantitativo da obrigação tributária seja determinado por ato administrativo, sempre com permissão legislativa prévia, e não pela busca da realidade. Antes de analisar a legalidade do regime de estimativa, esclareça-se um pouco mais sobre a utilização das presunções e ficções no direito tributário, sobretudo aquelas que agem em nome da praticabilidade.

2. As presunções e ficções tributárias

A utilização de ficções ou presunções jurídicas[7] é comum em todas as áreas jurídicas, e em certa medida também necessária para a própria dinâmica do direito[8]. Em maior ou menor grau, as normas jurídicas recortam fatos da realidade criando outros tantos para permitir a aplicação do direito. Na tributação, também as ficções e presunções simplificam a realidade para permitir a concretização do fenômeno jurídico[9]. Segundo Misabel Derzi, é o que ocorre quando é determinado o exercício financeiro para a apuração do imposto de renda das pessoas jurídicas, pois, a rigor, apenas ao final de certa atividade é que se tornaria possível auferir-se se foi ou não lucrativa[10]. Obviamente, o legislador não poderia aguardar este momento para só então saber de haverá tributo a ser pago ou não, daí porque criou a ficção do exercício fiscal.

O combate à sonegação é uma das justificativas mais usuais para a utilização de presunções ou ficções, como, por exemplo, no estabelecimento de regras que evitem preços de transferência distorcidos entre pessoas jurídicas coligadas[11], pelo que se criam critérios para a presunção de certos valores mínimos de compra e venda.

Contudo, as presunções e ficções que importam ao presente trabalho são aquelas que permitem maior eficácia administrativa, que facilitam a atividade da Administração, de maneira que a legislação tributária possa ser aplicada a uma multiplicidade incrível de cidadãos, e em certas situações de indiscutível complexidade. Exemplo disso é a determinação da despesa efetiva e real de cada contribuinte a ser deduzida para a apuração do imposto de renda da pessoa física, no decorrer do exercício fiscal. Para que o valor exato pudesse ser encontrado, seria necessário que o fiscal acompanhasse o contribuinte praticamente por todo o tempo. Para contornar a dificuldade o legislador afasta a busca real pelo fato individual, permitindo que a Administração se valha de

determinada dedução média de despesas, presumida e aplicável genericamente a todos os cidadãos, independente de seus gastos efetivos.

Também é o que se dá com o estabelecimento de médias quantitativas que facilitam a apuração e a exigência do tributo, conforme alerta Leonardo Sperb de Paola, em rica obra sobre o tema:

Pois bem, quase todos, senão todos, os instrumentais técnicos utilizados pelo Fisco para facilitar a descoberta e mensuração da riqueza tributável estão infiltrados por presunções ou ficções. Poderíamos citar os seguintes exemplos: os chamados métodos objetivos de estimação da base de cálculo (que são baseados em médias, em tipos de freqüência), por oposição aos métodos diretos ou individuais; o estabelecimento de pautas fiscais; e a antecipação tributária, via substituição do contribuinte, dentre outros.[12]

Para evitar que a Administração e o contribuinte tenham que investigar a dimensão quantitativa das operações econômicas que constituem o fato gerador dos tributos, muitas vezes o legislador se utiliza de presunções, permitindo a eles que abandonem a busca real da riqueza manifestada tomando em seu lugar determinado montante presumido. Os dois exemplos mais comuns são: a) a substituição tributária progressiva, na qual se torna necessária a presunção da base de cálculo futura para o recolhimento antecipado do ICMS e b) o regime de estimativa no ISSQN, em que se abandona o real valor da prestação de serviço em homenagem a valor presumido em ato administrativo. Em ambos os casos, o recolhimento do imposto é feito a partir de valores presumidos e não sobre aqueles efetivamente obtidos pelas operações de venda de mercadorias ou de prestações de serviços, daí porque significam sempre o desprezo da capacidade contributiva, eis que há o afastamento da "matéria coletável real".[13]

Exatamente porque se olvidam do princípio da capacidade contributiva é que, em regra, tais procedimentos devem ser repelidos no direito tributário, especialmente porque nosso sistema consagrou o princípio de modo expresso (art. 145, parágrafo 1º). No entanto, isso poderia causar mais problemas do que soluções aos contribuintes. Por isso, defende-se que em casos específicos tais procedimentos podem ser usados, desde que condicionados à oportunidade de que o contribuinte participe efetivamente da estipulação dos valores presumidos, e, se for o caso, do consentimento do administrado. Este trabalho analisará como isso ocorre nos regimes de estimativa no ISSQN, já que em relação ao outro tema, muito já se escreveu a respeito[14].

3. O regime de estimativa como presunção tributária

Relembrando Misabel Derzi, a praticabilidade pode manifestar-se através da tipificação, cujo objetivo sob esse ângulo é:

? evitar a investigação exaustiva do caso isolado, com o que se reduzem os custos na aplicação da lei;

? dispensar a colheita de provas difíceis ou mesmo impossíveis em cada caso concreto ou aqueles que representem ingerência indevida na esfera privada do cidadão e, com isso, assegurar a satisfação do mandamento normativo.[15]

O legislador previu o regime de estimativa no ISSQN exatamente para se evitar os custos da investigação de cada caso e pela dificuldade em se escriturar a prestação de serviços em determinadas atividades, tais como a de estacionamentos, salões de beleza, casas de espetáculos, e outras, que tornam complexa a escrituração de cada uma das prestações de serviços havidos em certo período de apuração, gerando custo de acertamento injustificável, diante do montante do tributo a ser recolhido. Geralmente, o procedimento auxilia o próprio contribuinte, já que no caso do ISSQN tais custos são arcados pelos administrados, pois o imposto é sujeito ao "lançamento por homologação".

Através da estimativa "não são levadas em conta as operações efetivamente realizadas, mas estabelece-se, administrativamente, a média presumível dessas operações, como base para a cobrança do tributo"[16]. Portanto, o regime de estimativa pressupõe que seja analisada a atividade econômica do contribuinte, através das médias de mercado elaboradas com base na comparação com outros contribuintes e estabelecida presunção por ato administrativo formal, o qual orientará o recolhimento do tributo por determinado período, com base no valor pré-determinado. O regime de estimativa ainda poderá ser definitivo ou provisório, caso o recolhimento feito pelo contribuinte seja confrontado com os valores reais das prestações de serviço ao final do período estipulado para a estimativa, ou caso seja imutável o recolhimento feito pelo administrado.

Havendo previsão de comparação entre o valor recolhido pela estimativa e aquele que deveria ser recolhido pelo sistema normal, pode-se dizer que o regime guarda a feição de presunção relativa. Nesta hipótese, se o valor pago for superior ao montante que deveria ser recolhido com base nas operações reais, há de se garantir a devolução do "excedente" ao contribuinte. Em caso inverso, exige-se a complementação do imposto.

O Município de São Paulo há muito tempo utiliza o regime de estimativa do ISSQN como presunção relativa para as atividades nas quais se mostre contraprodutiva a identificação dos valores efetivos das prestações de serviço:

Art. 55. Quando o volume ou a modalidade da prestação de serviços aconselhar, a critério da Prefeitura, tratamento fiscal mais adequado, o imposto poderá ser calculado por estimativa, para efeito de pagamento por verba, observadas as seguintes condições:

I - com base em informações do sujeito passivo e em outros elementos informativos, parcelando-se mensalmente o respectivo montante, para recolhimento em local, prazo e forma previstos em regulamento;

II - findo o exercício, ou suspensa, por qualquer motivo, a aplicação do sistema de que trata este artigo, serão apurados o preço real dos serviços e o montante do tributo efetivamente devido pelo sujeito passivo, respondendo este pela diferença acaso verificada ou tendo direito à restituição do excesso pago, conforme o caso;

III - independentemente de qualquer procedimento fiscal, e sempre que verificar que o preço total dos serviços excedeu a estimativa, o contribuinte recolherá, no prazo regulamentar, o imposto devido sobre a diferença.

§ 1º O enquadramento do sujeito passivo no regime de estimativa poderá, a critério da autoridade competente, ser feito individualmente, por categorias de estabelecimentos ou grupos de atividades.

§ 2º A autoridade competente poderá, a seu critério, suspender a qualquer tempo, a apuração do sistema previsto neste artigo de modo geral individualmente ou quanto a qualquer categoria de estabelecimento ou grupo de atividades.[17]

Pelos dispositivos transcritos, percebe-se que a adoção do regime é prerrogativa da Administração Tributária, ou seja, independe da concordância do contribuinte. A legislação ainda prevê que a estimativa não é definitiva, pois prescreve o recolhimento complementar do imposto quando os valores das operações reais superarem aqueles estimados e, também, a restituição ao contribuinte dos valores recolhidos quando a estimativa for superior ao valor dos serviços prestados no exercício fiscal.

O contribuinte ainda tem a possibilidade de impugnar a própria estimativa estabelecida pela Administração, conforme Portaria n. 1.331/83. No entanto, não há previsão de participação prévia do administrado no momento de fixação da estimativa, que pode ser feita por ato administrativo unilateral.

O mesmo procedimento foi adotado pela Lei Municipal n. 12.392/2005, do Município de Campinas:

Art. 33 - O valor do imposto a recolher pelo sujeito passivo enquadrado no regime de estimativa será determinado pela Administração Tributária em Unidades Fiscais de Campinas - UFIC, por período certo, e prevalecerá enquanto não revisto, sem prejuízo da apuração de eventuais diferenças.
§ 1º O sujeito passivo será enquadrado e mantido no regime de estimativa a critério da Administração Tributária.

§ 2º Os valores das prestações de serviços e o do imposto a ser recolhido serão estimados em função dos dados declarados pelo sujeito passivo ou apurados de ofício.
§ 3º O sujeito passivo enquadrado no regime de estimativa deverá proceder à apuração do imposto devido nos termos das normas regulamentadoras.

Art. 34 - O estabelecimento enquadrado no regime de estimativa deverá proceder, ao fim de cada período, a apuração do valor do imposto devido confrontando com a estimativa recolhida.
Parágrafo único - A diferença de imposto verificada entre o recolhido e o apurado deve ser:
I - se favorável à Fazenda, paga independentemente de qualquer iniciativa fiscal, até 30 (trinta) dias após o período estimado, sem acréscimos;
II - se favorável ao sujeito passivo, convertida em Unidades Fiscais de Campinas - UFIC pelo seu valor no primeiro dia do mês imediatamente posterior ao do período estimado, e restituída ou aproveitada nos recolhimentos subseqüentes do imposto, na forma a ser determinada em Regulamento.

Art. 35 - Na data em que, por qualquer motivo, cessar ou for interrompida a aplicação do regime de estimativa, o sujeito passivo fará a apuração de que trata o artigo anterior, quando a diferença entre o imposto recolhido e o apurado será:
I - se favorável à Fazenda, paga dentro de 30 (trinta) dias da data da interrupção ou cessação da aplicação do regime;
II - se favorável ao sujeito passivo, convertida em Unidades Fiscais do Município de Campinas - UFIC, pelo seu valor no primeiro dia do mês subsequente ao da interrupção, e restituída ou aproveitada nos recolhimentos subsequentes do imposto, na forma a ser determinada em Regulamento.

Art. 36 As reclamações e recursos relacionados com o enquadramento ou fixação da estimativa poderão ser apresentados nos termos definidos em normas regulamentadoras e não suspenderão a exigibilidade do valor das parcelas estimadas.[18]

Os dispositivos prevêem também a complementação pelo contribuinte e o seu direito de restituição, a serem exercidos ao final do período para o qual se estabeleceu a estimativa, por meio de comparação entre a estimativa fixada e os valores efetivamente praticados nas prestações de serviços. Igualmente, há previsão para que os contribuintes possam impugnar a estimativa estabelecida, mas não se oferta oportunidade de que se manifestem previamente à sua determinação. O regime de estimativa como presunção relativa tem sido questionado por inúmeros contribuintes, mas a maior parte das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo admite o procedimento, sob o argumento de que ele não traz qualquer prejuízo ao contribuinte, uma vez que é garantida a restituição em caso de recolhimento estimado excessivo[19].

Há muito anos, o Supremo Tribunal Federal chancelou a exigência do ICM por estimativa, com base em argumento idêntico:

Portanto a legislação fiscal pertinente não desvirtuou o conceito de estimativa, pois permite ao contribuinte desfazer a presunção do lançamento de ofício através do instrumento da revisão, sempre que for observada a discordância entre o valor estimado e o valor real das saídas de mercadorias, assegurando restituição do imposto porventura pago em excesso.[20]

Já o Município de Belo Horizonte optou por instituir presunção absoluta por meio do regime de estimativa, pois não há previsão de posterior acertamento entre o montante recolhido e aquele apurado com base nas operações efetivas:

Art. 29 - A base de cálculo do ISSQN poderá ser fixada por estimativa, mediante iniciativa do Fisco ou a requerimento do sujeito passivo, quando:
I - a atividade for exercida em caráter provisório;
II - a espécie, a modalidade ou o volume de negócios e de atividades do contribuinte aconselharem tratamento fiscal específico;
III - o sujeito passivo não puder emitir documento fiscal;
IV - o sujeito passivo incorrer, reiteradamente, em descumprimento de obrigação acessória.

Art. 30 - Para fins de fixação, por estimativa, da base de cálculo do ISSQN, serão considerados, entre outros, os seguintes elementos:
I - o preço corrente do serviço, na praça;
II - o tempo de duração e a natureza específica da atividade;
III - o valor da despesa geral do contribuinte durante o período considerado para o cálculo da estimativa;
IV - o volume de receita auferida em períodos anteriores e sua projeção para o futuro;
V - outros contribuintes de mesma atividade e porte econômico;
VI - a capacidade potencial de prestação de serviço.
Art. 31 - O regime de estimativa será deferido para um período de até 12 (doze) meses, e sua base de cálculo será atualizada anualmente, podendo a autoridade fiscal, a qualquer tempo, proceder à suspensão de sua aplicação ou à revisão do valor estimado.
Art. 32 - O contribuinte que não concordar com o valor estimado poderá apresentar reclamação no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de publicação do despacho.[21]

Embora prescreva critérios para a fixação da estimativa, o procedimento estabelecido pelo Município de Belo Horizonte também permite que a Fazenda Pública imponha o regime de estimativa sem a necessidade do consentimento do administrado. Da mesma forma que as demais legislações, foi prevista na lei mineira a impugnação para o contribuinte que discordar dos valores previstos na estimativa, mas também está ausente a participação prévia do contribuinte no momento de se definir qual será o valor presumido. No caso do Município de Belo Horizonte, informalmente, sabe-se que a Administração Tributária fixa a estimativa em conjunto com o administrado, permitindo que ele exponha as suas ponderações antes de ser definido o critério quantitativo que orientará o recolhimento. Sem dúvida, essa é uma das razões pelas quais o

procedimento é pouco questionado[22]. Porém, não há previsão legislativa para a consulta, o que coloca o contribuinte ao bel-querer do agente fiscal, medida inconcebível no regime democrático.

A análise da viabilidade jurídica da utilização dos procedimentos descritos deve passar necessariamente pela ponderação entre os seus princípios informadores, sobretudo a praticabilidade e os demais princípios constitucionais, especialmente o princípio da capacidade contributiva.

3.1 O regime de estimativa e o princípio da capacidade contributiva

Os regimes de estimativa exemplificados são utilizados pelo legislador em virtude do que Misabel Derzi denomina de "estado de necessidade administrativo", decorrente da desproporção entre o encargo administrativo da atividade de arrecadação e de sua capacidade real, bem como do custo da arrecadação normal do tributo ser inviável diante do produto de sua arrecadação[23].

Porém, a doutrina tributária é praticamente unânime ao apregoar que qualquer presunção tributária seja submetida ao crivo dos demais princípios constitucionais, sobretudo ao princípio da capacidade contributiva[24]. A capacidade contributiva impõe que a manifestação de riqueza tributável seja real e não ideal, e muito menos ficta. Parte do pressuposto fundamental ao sistema tributário de que todos devem contribuir exatamente na medida de sua capacidade, captada através dos signos presuntivos de capacidade contributiva[25] escolhidos pelo Constituinte para conformar o sistema tributário.

Regina Helena Costa recenseou diversas concepções de capacidade contributiva, na doutrina nacional e alienígena, em trabalho que pode ser assim resumido:

Potencialidade que possuem os submetidos à soberania fiscal para contribuir para os gastos públicos. (Griziotti)

Soma de riqueza disponível depois de satisfeitas as necessidades elementares de existência, riqueza essa que pode ser absorvida pelo Estado sem reduzir o padrão de vida do contribuinte e sem prejudicar as suas atividades econômicas. (Rubens Gomes de Souza)

Possibilidade econômica de pagar tributo. (Emilio Giardina)

Força econômica do contribuinte. (Moschetti)

Capacidade econômica. (Berlini)

Traduz-se na exigência de que a tributação seja modulada, de modo a adaptar-se à riqueza dos contribuintes. - (Geraldo Ataliba e Cléber Giardino)[26]

As definições elencadas têm em comum o fato de que partem do pressuposto de que o tributo deve ser compatível com a manifestação de riqueza do contribuinte. Tal manifestação é obtida genericamente pela escolha de fatos que denotem capacidade econômica para que possam atrair a incidência de tributos. Sob o ponto de vista objetivo, a capacidade contributiva impõe ao legislador que os fatos geradores dos tributos, especialmente dos tributos não-vinculados, sejam aptos a demonstrar manifestação econômica tributável[27]. No caso do imposto sobre a prestação de serviços a manifestação fica evidente quando o contribuinte coloca utilidade material ou imaterial, sob forma onerosa, e sem vínculo de subordinação à disposição de terceiro[28]. Como medida dimensível do fato gerador do imposto, infere-se do próprio Texto Constitucional, tem-se o preço exigido pelo serviço prestado, pois ele dá a medida da manifestação econômica envolvida[29]. Portanto, o imposto a ser pago há de ser relacionado umbilicalmente com o valor do serviço prestado, sob pena de tributar o patrimônio do contribuinte, desvirtuando o âmbito constitucional do tributo.

Desta forma, quando o legislador ordena a tributação de preço presumido do serviço efetivamente realizado pelo contribuinte afasta-se da manifestação de riqueza que pode ser tributada, em afronta ao princípio da capacidade econômica.

No entanto, existem outros postulados que podem ensejar a relativização do princípio da capacidade contributiva, desde que garantidos outros princípios constitucionais dos administrados, sopesando-os com a necessidade administrativa e, neste caso, com o próprio interesse do contribuinte.

Não se nega que a adoção do regime de estimativa tal como previsto nas legislações faz pouco do princípio da capacidade contributiva, conforme reconhece a maioria da doutrina e mesmo algumas decisões judiciais. Porém, isso torna obrigatório o abandono da técnica? Há algo que a possa tornar compatível com a ordem jurídica? A praticabilidade pode legitimar o expediente ou ele está condenado à inconstitucionalidade, em virtude do princípio da capacidade contributiva? O objetivo do presente trabalho é exatamente definir contornos em que a técnica especial de apuração e arrecadação denominada de estimativa pode ser utilizada, na tentativa de se garantir que nenhum dos princípios e postulados envolvidos - a capacidade contributiva e a praticabilidade - tenham seu conteúdo desprezado. Os instrumentos que podem fiar essa difícil tarefa são o consentimento e a participação do contribuinte nos atos administrativos.

4 Os pressupostos que viabilizam o regime de estimativa

Os regimes de estimativa noticiados podem passar pelo teste da compatibilidade constitucional, mas isso depende de sua adequação aos pressupostos constitucionais que balizam a relação entre a Administração Pública e os administrados, é dizer, o desacato inicial ao princípio da capacidade contributiva pode ser compensado pela adoção de procedimentos que garantam a participação do contribuinte na fixação da estimativa, somada, no caso da estimativa presumida de forma absoluta, ao seu consentimento em sujeitar-se ao regime especial.

4.1 O consentimento do contribuinte nos casos de estimativa definitiva

No regime de estimativa definitivo (presunção absoluta) não há confronto posterior entre o montante estimado recolhido e aquele decorrente da realidade fática, como previsto na legislação de Belo Horizonte. Portanto, há critério quantitativo alternativo à definição constitucional, bem como abandono da verificação da capacidade econômica real. Nesse caso, a única forma de que a capacidade contributiva possa abrir caminho à praticabilidade é exigir que haja o consentimento do contribuinte com o regime especial. Exatamente por transfigurar o princípio da capacidade contributiva é que o regime de estimativa definitiva depende do consentimento para que se torne juridicamente válido. Só assim, o respeito à capacidade contributiva pode ceder lugar à praticidade, já que a manifestação de vontade do contribuinte pela adoção do regime, em regra, baseia-se em critérios de economicidade, conforme explica Leonardo Sperb:

Sendo definitiva a utilização do regime simplificado, caracteriza-se uma base alternativa, nos moldes explicitados no tópico anterior. Nesse caso, cabe ao contribuinte optar pela sua utilização, opção esta que só é legítima como forma de desonerar empresas de pequeno porte do cumprimento de obrigações acessórias.[30]

Registre-se que a adoção do modelo sugerido é compatível com um dos pressupostos do direito tributário, que corretamente desqualifica a vontade do contribuinte como elemento que dá origem à obrigação tributária[31].

O consentimento do contribuinte não é requisito para a exigência do tributo, desde que cobrado sob os moldes constitucionalmente definidos e em respeito à capacidade contributiva. A exigência do imposto sobre serviços de qualquer natureza prescinde da concordância do prestador de serviços, uma vez ocorrido o substrato fático previsto no Texto Constitucional. Havido o fato gerador do tributo, os elementos da obrigação

tributária hão de ser perquiridos para que o contribuinte satisfaça a obrigação, nos termos previstos na lei.

No entanto, caso o legislador ordinário pugne pela exigência do tributo sem que os critérios normais de determinação do critério quantitativo sejam observados, o consentimento do contribuinte em sujeitar-se a qualquer regime especial de apuração se torna indispensável.

Desta maneira, regimes de estimativa que impliquem em presunções absolutas apenas podem ser utilizados com a aquiescência expressa do contribuinte, pois só a ele cabe abrir mão do direito que lhe é constitucionalmente outorgado de ser tributado de acordo com a capacidade contributiva efetiva, obviamente, quando isso lhe for economicamente mais proveitoso. Por isso, o expediente colocado pela Legislação de Belo Horizonte - ou qualquer outro que preveja presunção absoluta[32] - depende do consentimento do administrado.

Porém, esse não é o único requisito para que o regime perquirido seja utilizado, pois deve ser garantida ainda a participação do contribuinte em procedimento prévio de fixação da estimativa.

4.2 A participação na fixação dos valores estimados como fundamento de validade de qualquer regime de estimativa

Viu-se que o regime de estimativa definitivo depende sempre da adesão do contribuinte, do seu consentimento. Essa exigência não há de ser feita quando a estimativa é colocada como presunção relativa, permitindo que ao final de determinado período haja a restituição do contribuinte ou a complementação do imposto, diante da comparação entre o valor presumido e o valor efetivo das operações. Em suma: a estimativa provisória pode ser colocada pelo legislador de modo obrigatório, sem que o contribuinte tenha que com ela assentir. Nesse caso, ainda que *a posteriori*, os elementos constitucionais do dever tributário são observados, como a definição do critério quantitativo do tributo (base de cálculo como preço do serviço).

No entanto, para que o princípio da capacidade contributiva não seja momentaneamente descartado, é imprescindível que se permita a participação do contribuinte em procedimento prévio de fixação da estimativa, com as garantias constitucionais determinadas para o processo administrativo-tributário, sobretudo o contraditório. Esse requisito de validade deve ser contemplado nos dois tipos de regimes de estimativa: tanto a definitiva quanto a provisória.

A adoção, portanto, da presunção legal (estimativa) só pode ser feita quando o contribuinte participa de sua construção, pois isso garante que ela não seja arbitrária ou irreal.

Feita a acomodação entre a praticabilidade e a capacidade contributiva, com o auxílio da garantia de participação do contribuinte na fixação da estimativa, resta analisar a possibilidade de que os cidadãos contribuam na formação dos atos administrativos, voltados a operacionalizar a exigência de tributos.

5 Administração cidadã e participação do contribuinte

As exigências que se sugerem para a validade do regime de estimativa são as de que o contribuinte participe para a fixação e manifeste seu consentimento com a estimativa determinada, de acordo com o seguinte modelo proposto:

? consentimento com o regime (estimativa definitiva);

? participação do contribuinte na fixação do montante presumido (estimativa definitiva e provisória).

O procedimento é compatível com o modelo de Administração Pública consagrado pela Constituição Federal de 1988, que remodelou a relação entre o Poder Público e os cidadãos.

A idéia de que os atos administrativos sempre prescindem da participação ou do aceite dos administrados foi compatível com o direito administrativo vigente em momento histórico no qual se pressupunha o apartamento entre a sociedade civil e o Estado[33]. Para entender melhor a questão, visite-se o direito administrativo.

É ampla a literatura no direito administrativo[34] que demonstra a relação entre a sua dogmática e o modelo de Estado vigente, utilizando em geral os quadros modelares do *Estado Liberal*, do *Estado Social* e do *Estado Democrático de Direito*[35].

Na era liberal, o papel da Administração Pública concentrava-se na defesa da liberdade e da propriedade, definindo o próprio Estado os limites das ações particulares e garantindo a possibilidade de seu desenvolvimento nas balizas legais, na síntese feita por Menelick de Carvalho Netto[36]. No entanto, engana-se quem imagina que se estava diante de um Estado fraco, ou algo que o valha. Para compensar a rigidez a que

foi submetida a ação administrativa em vista do princípio da legalidade, alargou-se a utilização de regulamentos autônomos[37], e o direito administrativo nasceu como direito derrogatório, próprio da Administração Pública, consagrando inúmeros privilégios, muitas vezes justificados pela indeterminada noção de *interesse público*.[38] Também o princípio da separação de poderes foi relativizado pelas necessidades de uma Administração forte, que sequer podia ser julgada pelo Poder Judiciário, como no exemplo Francês, em virtude da criação do Conselho de Estado.[39] A submissão da Administração Pública à legalidade não se deu romanticamente com a peia aos arbítrios do antigo regime colocada pelo Estado de Direito, foi antes um processo de progressos e refluxos[40] fruto de uma tensão "dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade".[41]

Embora restrita a proteger os direitos patrimoniais, a autonomia contratual e a liberdade dos administrados, a atuação Administrativa sob a égide do liberalismo mostrava-se agressiva, marcada por privilégios como o monopólio da (in) definição do interesse público, que se sobrepunha ao privado pela ampla discricionariedade, pelo uso de regulamentos autônomos etc. Ao liberalismo político contrapunha-se o autoritarismo de um regime jurídico exclusivo da Administração Pública, utilizado para a implementação do Estado Polícia, por meio de "meios unilaterais, agressivos, coercitivos, auto-executórios para o seu desempenho".[42]

Os déficits sociais criados pelo capitalismo no Século XIX, as guerras e as crises políticas, exigiram que o Estado assumisse novas funções, especialmente relacionadas com o incremento das condições econômico-sociais, ora com o dirigismo econômico, à moda de Keynes, ora pela construção de sistema de prevenção e compensação de riscos sociais. O Estado toma para si o papel de garantir materialmente uma gama ampliada de direitos. Obviamente, o direito administrativo teve que dotá-lo de instrumentos fortes e capazes de garantir o sucesso de sua empreitada, que resultou no crescimento da Administração Pública e na formação de uma estrutura administrativa altamente complexa.[43] A execução de tarefas positivas múltiplas requereu a ampliação da discricionariedade administrativa e a gestão de planos de longo prazo, pelo que passou a Administração a conformar aspectos cada vez mais amplos da vida social, valendo-se, frequentemente, de intervenções mais drásticas na esfera privada do que as típicas do modelo anterior.

Posto em suspeita pela segunda guerra mundial, o Estado Social começou a sofrer pressões vindas da sociedade civil, tomada por novas formas de manifestação e de demandas que fugiam à tradicional posição de classe, tendo como epicentro o gênero, a raça, a opção religiosa ou sexual, a defesa de interesses coletivos como o consumo, o meio ambiente.[44]

Como adverte o jurista e cientista político Jacques Chevallier, "o fim do protetorado exercido pelo estado sobre a vida social, especialmente pela pressão da globalização, não significa o fim do Estado ou o retorno ao estado mínimo"[45], mas um redimensionamento de suas funções. Para além do simples remanejamento de funções, houve uma alteração no paradigma da concepção de Estado, com o desenvolvimento de um novo conceito de esfera pública, que não toma como atores isolados o Estado e a sociedade civil, nem se confunde com esfera estatal, a requisitar uma Administração diferente, nos termos descritos por Maria Teresa Fonseca Dias, na obra *Direito Administrativo Pós-Moderno*.[46] Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Netto, uma

nova Administração começou a ser gestada pelo "surgimento da sociedade como protagonista de um novo e expandido diálogo democrático" e pela afirmação do constitucionalismo.[47]

No caso brasileiro, o constitucionalismo renovado pela Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeros princípios jurídicos relacionados com a atividade administrativa, constitucionalizando o direito administrativo. A partir de então, uma leitura adequada do Texto Constitucional deixa evidente que o Estado Democrático de Direito nele prescrito exige uma Administração Pública concertada, na acepção que lhe empresta Luísa Cristina Pinto e Netto[48], com apoio em Fabiana Menezes Soares[49].

A mudança de paradigma na concepção de Administração Pública afetou fortemente o direito administrativo, não só brasileiro, como demonstram os trabalhos de Jacques Chevallier[50], em França, e de Paulo Otero[51], em Portugal. No Brasil, a disciplina vive pujante reformulação teórica, como provam as investigações de Gustavo Binenbojm[52] e Diogo Moreira Neto[53], sem falar nas contribuições de novos autores.[54]

Para Gustavo Binenbojm[55] a Administração Pública erigida pela Constituição Federal de 1988 exige seja redefinida a relação entre a Administração e os administrados, sob os auspícios de novas formas de identificação da vontade geral e pelos mecanismos de participação popular. Diogo Moreira Netto[56] é outro que pugna a construção de uma Administração Pública consensual, informada por novos mecanismos de participação social, que coordene e defina em conjunto com os administrados o interesse comum da sociedade.

Já para Luísa Cristina Pinto e Netto[57] a renovação da Administração Pública passa pela adoção de novos instrumentos e conceitos basilares para o agir administrativo, salientando, ainda, que a procedimentalização de sua atividade foi a solução utilizada na Itália para o enfrentamento dos novos desafios postos pelo constitucionalismo atual.

É por isso, que sempre que possível as ações estatais devem advir de atos que foram acompanhados pelos cidadãos, de preferência ofertando-se a eles a oportunidade de participar de sua construção.

Nesta senda, embora o surgimento da obrigação tributária independa da manifestação de vontade do contribuinte, a imposição de regime jurídico que implique em adoção de presunção jurídica só pode ser admitida caso haja a participação efetiva do contribuinte na construção da presunção, garantida legalmente e não de maneira informal. A busca da consensualidade noticiada deve ser feita por instrumentos adequados a permitir a participação dos cidadãos, dando lugar ao estabelecimento de espaços decisórios que se regem pela lógica da "processualidade"[58] e não pelo dogma da decisão administrativa unilateral.

Na trilha seguida em outros países, como a Itália[59] e Portugal[60], o fenômeno vem se tornando intenso no ordenamento brasileiro, que busca na processualização da atividade administrativa a legitimidade do agir estatal, como forma de garantir a sua democratização:

Um dos traços mais marcantes dessa tendência à democratização é o fenômeno que se convencionou chamar de processualização da atividade administrativa. Tal termo é designativo da preocupação crescente com a disciplina e democratização dos procedimentos formativos da vontade administrativa, e não apenas do ato administrativo final. Busca-se, assim, (i) respeitar o direito dos interessados ao contraditório e à ampla defesa; (ii) incrementar o nível de informação da Administração acerca das repercussões fáticas e jurídicas de uma medida que se alvitra implementar, sob a ótica dos administrados, antes de sua implementação; (iii) alcançar um grau mais elevado de consensualidade e legitimação das decisões da Administração Pública.[61]

Nem se alegue que a dita participação do cidadão não teria lugar nas hipóteses de atos produzidos unilateralmente pela Administração. Nesse caso, a participação do cidadão na produção do ato deve ser garantida exatamente para prevenir que a unilateralidade se transforme em arbitrariedade, conforme demonstra Luísa Cristina Pinto e Netto:

A tendência da Administração esboçada no bojo das exigências trazidas pelo Estado Social, e cada vez mais acentuada pela situação acima descrita, é por vez chamada de *Administração concertada*, pois o que se busca é o consenso, a participação dos particulares envolvidos e interessados nas decisões administrativas, objetivando mais aceitação que imposição.

Agustín Gordillo, ao tratar das mudanças nos condicionantes econômico-financeiros do direito administrativo vividas nesta virada de século, escreve que, neste quadro, alguns princípios deste ramo do direito tornam-se mais necessários, e, entre eles, enumera, justamente, o da participação decisória dos particulares. Nesta esteira, a atividade administrativa afirma-se como composição de interesses, manifestados no procedimento que prepara a decisão. De fato, a atividade administrativa não se esgota nas formas unilaterais impositivas; pode também ser desempenhada por meios de coordenção, substituindo-se a imperatividade pela consensualidade. Mesmo quando se utilizam formas unilaterais, antes de serem adotadas, busca-se, frequentemente, o consenso por meio do procedimento administrativo que conduz ao ato unilateral.[62]

Portanto, a lógica da necessidade pública e dos interesses de Estado deve ser reconstruída tendo como elementos centrais os direitos fundamentais e o processo democrático[63], pois o quadro teórico e normativo atual define que o *interesse público* não se confunde com interesse do Estado, sujeito que é a pressões de grupos e às manifestações da sociedade civil. No constitucionalismo moderno, o interesse público primordial sempre deve ser a concretização da Constituição Federal[64], especialmente na realização dos direitos fundamentais, aptos a promoverem a dignidade da pessoa humana pela via democrática.

Por isso, a Administração Pública não pode simplesmente fiar-se no *topos* do *interesse público* para submeter o contribuinte à presunção jurídica que despreza a busca dos elementos reais que configuram a sua capacidade contributiva.

A escusa do interesse público já não socorre as arbitrariedades do Estado na atividade tributária, porque as demandas sociais não podem ser utilizadas contra direitos dos próprios demandantes. Ademais, a primazia dos direitos fundamentais e as exigências democráticas exigem que em lugar da imperatividade na relação entre o Estado e os administrados busque-se a consensualidade[65].

6 Conclusões

O postulado da praticabilidade exige que a lei tributária seja aplicada de forma eficiente, simples e econômica, o que sugere a utilização de presunções jurídicas dentre as quais o regime de estimativa no recolhimento do imposto sobre serviços de qualquer natureza. No entanto, tais presunções dependem de requisitos para a sua utilização, pois quase sempre representam afronta ao princípio da capacidade contributiva. Para compatibilizar os interesses envolvidos torna-se necessário buscar elementos que legitimem a utilização das referidas presunções.

No caso da estimativa colocada de forma definitiva (presunção absoluta) é imprescindível que haja o consentimento do contribuinte para sujeitar-se ao regime de arrecadação, uma vez que apenas ele pode sopesar as vantagens de abrir mão de que o imposto seja apurado e recolhido de acordo com a real capacidade contributiva manifestada. Mas não é só, deve ser-lhe garantido o direito de participar previamente da fixação da estimativa, com toda a amplitude que o princípio do contraditório no processo administrativo lhe confere.

Embora as estimativas provisórias possam ser impostas pelo legislador, independente da aquiescência do administrado, também nelas deve ser observada a oportunidade de que o contribuinte participe da formação do ato administrativo que lhe coloque.

Tais requisitos são compatíveis com a atuação da nova Administração Pública que surge com o regime democrático erigido pela Constituição Federal de 1988, que deve ser consertada, consensual, permitindo a abertura de espaços decisórios informados pela lógica da processualidade, da efetividade dos direitos fundamentais, da democracia, em uma palavra: da cidadania.

Referências Bibliográficas

ALLEGRETTI, *Amministrazione Pubblica e Costituzione*. Padova: CEDAM, 1996.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARRETO, Aires. *Curso de Direito Tributário Municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BELO HORIZONTE. *Lei n. 8.725*, de 30 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza e dá outras providências. In: http://bhz5.pbh.gov.br/legislacao.nsf/42d34f6e3014477e0325679f0041f8fa/cbef886e7d8f1db803256e140069ae1b?OpenDocument. Acesso em: 10 set. 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 337 p.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2007.

BRASIL. STF. Representação n. 897/RJ, Pleno, Min. Rel. RODRIGO ALCKMIN, julgado em 27.11.1975. In: http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/707222/representacao-rp-897-rj-stf. Acesso em 10 set. 2009.

CAMPINAS. *Lei n. 12.392*, de 20 de outubro de 2005. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza e dá outras providências. In: http://www.campinas.sp.gov.br/bibjuri/lei12392.htm. Acesso em: 10 set. 2009.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Horta Neves de. *Direito Tributário*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 126-128.

CARVALHO, Paulo de Barros. Processo Administrativo Tributário. São Paulo, ano 3, n. 9/10, p. 225, jul./dez., 1979.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, maio, 1999.

CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, 288 p.

CHEVALLIER, Jacques. Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique. *Revue du Droit Public*, Paris, n. 3, p. 659-690, 1998.

CHEVALLIER, Jacques. L´evolution du droit administrative. *Revue du Droit Public*, Paris, n. 5/6, p. 1794-1809, 1998.

CHEVALLIER, Jacques. *L´État post-moderne*. 2. ed. Droit et Société, série politique, v. 35. Paris: LGDJ, 2004. 226 p.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COSTA, Regina Helena. *Princípio da Capacidade Contributiva*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRETTON, Ricardo Aziz. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação do direito tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Os conceitos de renda e de patrimônio*: (efeitos da correção monetária insuficiente no imposto de renda. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Legalidade material, modo de pensar tipificante e praticidade no direito tributário. *In*: *Justiça Tributária*: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. I Congresso Internacional de Estudos Tributários - IBET. Max Limonad: São Paulo, 1998.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Atualização. *In* BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 1063 p.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *DireitoTributário, Direito Penal e Tipo*. 2. Ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 270 p.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas, 2006. 781 p.

FISCHER, Otávio Campos. Princípio da eficiência e a tributação no Brasil. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Princípio de Eficiência em matéria tributária*: Pesquisas Tributárias - Nova Série 12. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, 2006, p. 268.

FRATTARI, Rafhael. *A decadência e a prescrição no procedimento de exigência de tributos sujeitos ao" lançamento por homologação":* por uma compreensão constitucionalmente adequada da norma geral no direito tributário brasileiro. 2008. 320 fls. Tese (Doutorado em direito tributário) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, inédito.

GIARDINO, Cléber. ICM: regime de estimativa. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, ano 3, n. 9/10, p. 216, jul./dez., 1979.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HUCK, Hermes Marcelo; LEITE, Fernanda Pereira. A elisão tributária internacional e a recente legislação brasileira. *In*: *Justiça Tributária*: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. I Congresso Internacional de Estudos Tributários - IBET. Max Limonad: São Paulo, 1998, p. 259-270.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 287 p.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PAOLA, Leonardo Sperb de. *Presunções e ficções no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 254.

PERELMAN, Chäim. *Logique juridique*: nouvelle rhétorique. 2. ed. Paris: Dalloz, 1979, 193 p.

PÉREZ DE AYALA, José Luiz. *Las ficciones en e derecho tributário.* Madrid: Editorial De Derecho Financiero, 1970.

PINTO e NETTO, Luísa Cristina. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 323 p.

SÃO PAULO. Lei n. 6.989/66, de 29 de dezembro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário do Município de São Paulo e dá outras providências. *In*: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/financas/servicos/iss/index.php?p=2492. Acesso em: 10 set 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 622.720.5/0-00. 14ª Turma de Direito Público, Des. Rel.Gonçalves Rostey, julgado em 28.05.2008. In: http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3166061. Acesso em: 10 set. 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica da razão indolente*. Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000, p. 415 . vol. I.

SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira da. *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*: esboço de uma teoria subjetivista do recurso contencioso de anulação. Coimbra: Almedina, 1989.

SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira da. *Em busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. Princípio da eficiência em matéria tributária. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Princípio de Eficiência em matéria tributária*: Pesquisas Tributárias - Nova Série 12. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, 2006, p. 69.

---

[1] TORRES, Ricardo Lobo. Princípio da eficiência em matéria tributária. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Princípio de Eficiência em matéria tributária*: Pesquisas Tributárias - Nova Série 12. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, 2006, p. 69.

[2] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, p. 136.

[3] FISCHER, Otávio Campos. Princípio da eficiência e a tributação no Brasil. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Princípio de Eficiência em matéria tributária*: Pesquisas Tributárias - Nova Série 12. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, 2006, p. 268.

[4] O que se percebe com o crescente número de "obrigações acessórias" imputadas aos contribuintes para que facilitem o trabalho da fiscalização ou na atribuição do dever de apurar e pagar os tributos, sem que haja prévia atividade administrativa, como no "lançamento por homologação". Em relação ao primeiro tema, confiram-se todos os trabalhos da coletânea: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Princípio de Eficiência em matéria tributária*: Pesquisas Tributárias - Nova Série 12. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, 2006. Em relação ao lançamento por homologação: FRATTARI, Rafhael. *A decadência e a prescrição no procedimento de exigência de tributos sujeitos ao" lançamento por homologação":* por uma

compreensão constitucionalmente adequada da norma geral no direito tributário brasileiro. 2008. 320 f. Tese (Doutorado em direito tributário) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

[5] De acordo com os aportes teóricos de Humberto Ávila o princípio da praticidade aparece também como postulado aplicativo e não como princípio. Continuaremos a usar a terminologia princípio da praticidade, pois não é o intento do presente trabalho discutir a questão, que não interfere nas conclusões ora obtidas. Cf: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, p. 121-179.

[6] DERZI, Misabel Abreu Machado. Legalidade material, modo de pensar tipificante e praticidade no direito tributário. *In*: *Justiça Tributária*: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. I Congresso Internacional de Estudos Tributários - IBET. Max Limonad: São Paulo, 1998, p. 638. Confira-se também: DERZI, Misabel Abreu Machado. *DireitoTributário, Direito Penal e Tipo*. 2. Ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 138-139.

[7] Para o presente trabalho não se torna necessário o enfrentamento da discussão acerca das semelhanças e distinções sobre a presunção absoluta e a ficção jurídica, mesmo porque ambos os institutos encobrem normas remissivas que transladam determinado regime jurídico para outras situações e podem ter os efeitos alcançados por meio de outros procedimentos. Sobre o tema, sugere-se o excelente trabalho de Leonardo Sperb. Cf: *Presunções e ficções no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

[8] PAOLA, Leonardo Sperb de. *Presunções e ficções no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 47-93.

[9] PÉREZ DE AYALA, José Luiz. *Las ficciones en el derecho tributário.* Madrid: Editorial De Derecho Financiero, 1970.

[10] DERZI, Misabel Abreu Machado. *Os conceitos de renda e de patrimônio*: (efeitos da correção monetária insuficiente no imposto de renda. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

[11] HUCK, Hermes Marcelo; LEITE, Fernanda Pereira. A elisão tributária internacional e a recente legislação brasileira. *In*: *Justiça Tributária*: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. I Congresso Internacional de Estudos Tributários - IBET. Max Limonad: São Paulo, 1998, p. 259-270.

[12] PAOLA, Leonardo Sperb de. *Presunções e ficções no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 102.

[13] CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Horta Neves de. *Direito Tributário*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 126-128.

[14] Sobre a substituição tributária progressiva no ICMS, cf: FRATTARI, Rafhael. Sopesamento de princípios para uma compreensão constitucionalmente adequada da substituição tributária progressiva. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 70, São Paulo, julho, 2001, p. 117-133; GODOI, Marciano Seabra de; MOREIRA, Gilberto

Ayres. Exigência do ICMS sob o regime de substituição tributária - análise de recente decisão da 2ª Turma do STF. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 65, São Paulo, fevereiro, 2000, p. 80-87; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. A substituição tributária "para frente", seu problema e seus problemas - Emenda nº 3 e Lei Complementar nº 87/96, *Repertório IOB de Jurisprudência, Tributário*, n. 01/97, São Paulo, 1997, p. 25; GRECO, Marco Aurélio. *Substituição Tributária. ICMS - IPI - PIS - COFINS.* São Paulo: Informações Objetivas, 1997, p. 38-45.

[15] DERZI, Misabel Abreu Machado. *DireitoTributário, Direito Penal e Tipo*. 2. Ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 139.

[16] DERZI, Misabel Abreu Machado. Legalidade material, modo de pensar tipificante e praticidade no direito tributário. *In*: *Justiça Tributária*: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. I Congresso Internacional de Estudos Tributários - IBET. Max Limonad: São Paulo, 1998, p. 64.

[17] SÃO PAULO. Lei n. 6.989/66, de 29 de dezembro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário do Município de São Paulo e dá outras providências. *In*: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/financas/servicos/iss/index.php?p=2492. Acesso em: 10 set 2009.

[18] CAMPINAS. *Lei n. 12.392*, de 20 de outubro de 2005. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza e dá outras providências. In: http://www.campinas.sp.gov.br/bibjuri/lei12392.htm. Acesso em: 10 set. 2009.

[19] Confira-se, por todos: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 622.720.5/0-00. 14ª Turma de Direito Público, Des. Rel.Gonçalves Rostey, julgado em 28.05.2008. In: http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3166061. Acesso em: 10 set. 2008.

[20] BRASIL. STF. Representação n. 897/RJ, Pleno, Min. Rel. RODRIGO ALCKMIN, julgado em 27.11.1975. In: http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/707222/representacao-rp-897-rj-stf. Acesso em 10 set. 2009.

[21] BELO HORIZONTE. *Lei n. 8.725*, de 30 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza e dá outras providências. In: http://bhz5.pbh.gov.br/legislacao.nsf/42d34f6e3014477e0325679f0041f8fa/cbef886e7d8f1db803256e140069ae1b?OpenDocument. Acesso em: 10 set. 2009.

[22] Pesquisa realizada no sistema informatizado do site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais aponta pouco mais de cinqüenta casos envolvendo a questão, relacionados com o Município de Belo Horizonte. Cf: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=recolhimento+por+estimativa+e+issqn+e+belo+horizonte&tipoFiltro=and&orderBy Data=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=15%2F09%2F2009&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisar

[23] DERZI, Misabel Abreu Machado. *DireitoTributário, Direito Penal e Tipo*. 2. Ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 338-339.

[24] COSTA, Regina Helena. *Princípio da Capacidade Contributiva*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 76-85; CRETTON, Ricardo Aziz. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação do direito tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 103-109; PAOLA, Leonardo Sperb de. *Presunções e ficções no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 138-159.

[25] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 505.

[26] COSTA, Regina Helena. *Princípio da Capacidade Contributiva*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22-31.

[27] DERZI, Misabel Abreu Machado. Atualizações. In: BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucional ao Poder de Tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 693.

[28] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 521.

[29] Aires Barreto ainda pondera que valores que não pertencem definitivamente ao prestador não podem ser computados na base de cálculo do tributo. Cf: BARRETO, Aires. *Curso de Direito Tributário Municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 345-348.

[30] PAOLA, Leonardo Sperb de. *Presunções e ficções no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 254.

[31] Tradicionalmente, no Estado de Direito o consentimento do contribuinte com a tributação manifestava-se apenas no momento de escolha dos seus representantes, que deveriam optar pelo sistema tributário através da construção das leis que dispusessem sobre a tributação. Em outros termos: o consentimento com a tributação manifestava-se apenas através do princípio da legalidade. Com as teorias que enxergavam na relação tributária uma relação de poder, pela qual se manifestava o império do Estado aprofundou-se a idéia de que o consentimento do contribuinte sempre fora desimportante para o desenvolvimento da atividade tributária, visão essa reforçada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. Nem mesmo o abandono da relação tributária como fruto do poder de império para a configuração de uma relação jurídica entre Estado e cidadãos foi capaz de permitir que novos espaços se abrissem para o consentimento do cidadão com a tributação. Isso se deu em virtude do dogma de que a manifestação de vontade, ou a aquiescência do cidadão, sempre fora dispensável para permitir o nascimento da obrigação tributária, resultante da imposição do legislador, cuja legitimidade para determinar a tributação é obtida pelo regime democrático. De fato, o nascimento da obrigação tributária independe da concordância do administrado, mas tão só da realização de fatos escolhidos pelo legislador como aptos a desencadearem o nascimento do dever jurídico tributário. Isso não quer dizer que inexistem no direito tributário situações em que é relevante a investigação da manifestação de vontade do contribuinte, como por exemplo, na imposição de sanções que consideram o elemento volitivo do infrator.

[32] É o que deve ser exigido também em relação à substituição tributária progressiva no ICMS, caso o Supremo Tribunal Federal continue entendendo que o valor antecipado com fundamento na base de cálculo presumida não se sujeite à posterior confrontação com o montante real das operações. Neste caso, o regime de substituição nunca poderia ser obrigatório ao contribuinte, dependeria do seu consentimento. Alternativa para permitir a sua imposição aos contribuintes seria permitir a sua restituição, nos casos de antecipação a maior do imposto.

[33] DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 270 p. 53-162.

[34] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 337 p.; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 287 p.; PINTO e NETTO, Luísa Cristina. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 323 p.

[35] Em verdade, não apenas o direito administrativo ou o Estado alteraram-se nos últimos dois séculos, mas o próprio modelo societal no qual estão inseridos sofreu - e ainda sofre - processo ininterrupto de mudanças. Obviamente, esta não é a sede própria para a sua análise, de resto, ao largo do fôlego e das condições deste pesquisador. Por isso, remete-se o leitor interessado ao instigante e conciso trabalho de Jacques Chevellier, intitulado *Vers um droit post-moderne? Les transformation de la régulation juridique*, que resume com extrema felicidade a transição da modernidade para a pós-modernidade, com base em autores de matizes diversas, mas deixa clara a interconexão entre o Direito e a sociedade, seus valores, modelos econômicos e societais. Cf: CHEVALLIER, Jacques. Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique. *Revue du Droit Public*, Paris, n. 3, p. 659-690, 1998.

[36] CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, maio, 1999.

[37] PINTO e NETTO, Luísa Cristina. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 38-39.

[38] DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 270 p. 133-144.

[39] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11-14; OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 271.

[40] PINTO e NETTO, Luísa Cristina. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 38.

[41] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 18.

[42] PINTO e NETTO, Luísa Cristina. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 44.

[43] PINTO e NETTO, Luísa Cristina. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 51.

[44] CHEVALLIER, Jacques. Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique. *Revue du Droit Public*, Paris, n. 3, p. 659-690, 1998; CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, maio, 1999; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica da razão indolente*. Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000, p. 415 . vol. I.

[45] CHEVALLIER, Jacques. *L´État post-moderne*. 2. ed. Droit et Société, série politique, v. 35. Paris: LGDJ, 2004, p. 45.

[46] DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 151.

[47] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 12.

[48] PINTO e NETTO, Luísa Cristina. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 66-67.

[49] SOARES, Fabiana Menezes. *Direito administrativo de participação*: cidadania, direito, Estado e Município. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 261 p.

[50] CHEVALLIER, Jacques. L´evolution du droit administrative. *Revue du Droit Public*, Paris, n. 5/6, p. 1794-1809, 1998.

[51] OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

[52] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 337 p.

[53] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 287 p.

[54] PINTO e NETTO, Luísa Cristina. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

[55] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 337 p.

[56] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 287 p.

[57] PINTO e NETTO, Luísa Cristina. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 78-80.

[58] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 199-201.

[59] PINTO e NETTO, Luísa Cristina. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 75-80.

[60] SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira da. *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*: esboço de uma teoria subjetivista do recurso contencioso de anulação. Coimbra: Almedina, 1989.

[61] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 77.

[62] PINTO e NETTO, Luísa Cristina. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 66-67.

[63] Não se pretende adentrar no debate existente no constitucionalismo atual sobre procedimentalismo e substancialismo, ou seja, perquirir se a legitimidade do direito advém da consagração de direitos fundamentais ou da observância de processos democráticos de manifestação de vontade. Para o debate, cf: STRECK, Lenio Luis. *Verdade e consenso*. São Paulo: Lúmen Júris, 2006; CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, 288 p.

[64] MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Interrese público e direitos do contribuinte*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 100.

[65] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 40-43.

TRIBUTAÇÃO APÓS A CRISE ECONÔMICA DE 2008: LIMITES LIGADOS À LEGITIMAÇÃO E À FINALIDADE DA INTERVENÇÃO ESTATAL*

TAXATION AFTER THE ECONOMICAL CRISIS OF 2008: LIMITS RELATED TO THE LEGITIMACY AND THE PURPOSE OF GOVERNMENT INTERVENTION

Raquel Cavalcanti Ramos Machado

RESUMO

O presente trabalho tem por fim analisar os limites de intervenção do Estado na economia através da tributação. Para tanto, considera-se a nova organização da sociedade, pós-crise econômica, evidenciada em setembro de 2008. A análise dos limites requer num primeiro exame o estudo do próprio papel do Estado na chamada sociedade de risco, atual forma de organização da sociedade globalizada e pós-moderna. Após, já considerando os aspectos tributários, tais limites são examinados não só tendo em vista a forma como as regras de tributação devem ser reveladas no diálogo democrático com a sociedade, através dos chamados princípios de legitimação, mas também tendo em vista o uso da tributação, não apenas como fonte de custeio do Estado, mas na realização de valores caros à ordem econômica e social.

PALAVRAS-CHAVES: CRISE ECONÔMICA. INTERVENÇÃO NA ECONOMIA. LIMITES DA TRIBUTAÇÃO. PRINCÍPIOS DE LEGITIMAÇÃO. VALORES SOCIAIS.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the boundaries of Government intervention through tax policy. The analysis is done considering the actual social organization, after the economy crises revealed at September of 2008. The analysis of these boundaries requires, at first moment, the study of the state´s role at contemporary society, globalized and postmodern. After, considering the tax issue, the limits are analyzed considering the way tax rules must be revealed at the democratic dialogue with society, through the legitimacy principles, as well as yet aiming the use of taxation, not only as a source to the Government, but as way to reach important values to economic and social order.

KEYWORDS: ECONOMIC CRISIS. GOVERNMENT INTERVENTION. TAX POLICY BOUNDARIES. LEGITIMACY PRINCIPLES. SOCIAL VALUES.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO

A crise econômica demonstra que o Estado não pode se manter mínimo quanto à intervenção na vida econômica e privada. O Estado é mesmo indispensável, enquanto indutor de condutas.

É certo que essa constatação decorre da própria criação do Estado e se fez mais evidente após a quebra da bolsa de Nova York, em 1929. A questão, porém, é: quanto de Estado e de que forma deve estar ele presente na vida da sociedade?

Os fatos atuais parecem contestar os modelos de Estado anunciados e demandam uma análise sobre sua atual classificação, a fim de que se tenha uma justificação teórica para o modelo concreto, com relevantes repercussões práticas: até que ponto deve subsidiar atividades e adquirir direitos de empresas? Pode intervir sem exigir em contrapartida o atendimento de certas condutas sociais pelos agentes econômicos privados? Como tributar de forma a estimular a economia e qual a liberdade para o uso do dinheiro arrecadado? Como deve ser organizado e imposto o conjunto de normas jurídicas que impõe a tributação nesse cenário em que o tributo cresce de importância?

Trata-se de questionamentos que, apesar de variados, têm como base, em verdade, o papel e os limites da tributação no atual modelo de Estado.

É com o intuito de trilhar reflexões geradas por esses questionamentos que se desenvolve o presente estudo.

2. UTILIDADE DO TEMA

Antes de examinar os limites da tributação no atual modelo de Estado, importa considerar a crítica que se faz à própria tentativa de enquadramento do Estado a um modelo específico em uma dada sociedade.

Dois são os pontos principais apontados por quem discorda da tentativa de classificação, quais sejam:

a) Na história, sobretudo na brasileira, não existe um modelo puro de Estado, em um dado momento, podendo, por exemplo, a um só tempo o Estado adotar condutas condizentes com o modelo liberal e do bem-estar social.

b) Não há utilidade prática na classificação já que se trata de uma mera descrição de modelo de Estado que não se realiza de modo uniforme.

Essas duas observações, porém, não retiram a utilidade da classificação do modelo de Estado.

Quanto à primeira, deve-se considerar que ainda que não exista na história uma atuação pura do Estado, existe uma prevalente, e essa que deve ser analisada pelo estudioso do Direito, na busca de compreensão dos comportamentos a serem disciplinados.

Vivemos em uma sociedade intitulada pós-moderna. E esta tem como característica principal exatamente a multiplicidade de condutas e valores adotados a um só tempo. Mas viver em uma sociedade pós-moderna não significa a inexistência de uma identidade do Estado. Quem é plural é a sociedade, com suas inúmeras facetas, mas o Estado é um só, tendo que lidar com a multiplicidade, através de condutas identificáveis.

É certo também que vivemos ainda em uma época de transição, em que o papel preponderante do Estado e sua forma de se relacionar com a sociedade inegavelmente se alteram, ainda que exista uma concomitância de papéis. Isso não quer dizer, porém, que não haja prevalência de uma forma sobre outra, em alteração paradigmática. Será que se pode afirmar que o Estado do começo do século XX é o mesmo de agora? E que o do meio do século XX é o mesmo de agora? Resposta positiva parece configurar artificialismo destinado apenas a manter a afirmação dogmática de que em todas as épocas um mesmo Estado comporta uma multiplicidade de condutas.

Realmente, como observa Eduardo Bittar,

[o]bviamente, nenhum processo histórico instaura uma nova ordem, ou uma nova fonte de inspiração de valores sociais, do dia para a noite, e o viver transitivo é exatamente um viver intertemporal, ou seja, entre dois tempos, entre dois universos de valores, enfim entre passado erodido e presente multifário.

A transição paradigmática envolve, necessariamente, um processo de resistência contínua e conjugada contra os fortes, complexos, arraigados e enraizados valores da modernidade que se insculpiram com ares de eternidade no horizonte da sociedade ocidental.[1]

Tendo em conta essa alteração no papel do Estado, é que Ulrich Beck atesta:

Podem-se dizer coisas contraditórias sobre o Estado moderno, por um lado, ele está definhando, mas, por outro, está mais importante do que nunca, e as duas coisas têm suas razões. Talvez isso não seja tão absurdo quanto parece à primeira vista. Reduzindo a uma fórmula: definhar mais inventar igual a metamorfose do Estado. É assim que se pode esboçar e completar a imagem de um Estado que, como uma cobra, está perdendo a pele de suas tarefas clássicas e desenvolvendo uma nova pela de tarefas globais.[2]

Importa justamente compreender quais as novas tarefas globais que estão a cargo do Estado.

Ultrapassada, portanto, a análise da primeira objeção, passemos ao exame da segunda, relativa à suposta inutilidade da classificação, já que se trataria apenas de uma descrição da realidade, sem capacidade para alterá-la.

Nesse ponto, o que se deve levar em consideração é que as classificações jurídicas não são apenas descritivas, mas também prescritivas. Para compreender melhor a afirmação basta considerar o seguinte: quando se afirma que determinado Estado tem como modelo o Estado do bem-estar social não se está simplesmente a descrever uma situação fática existente e atual, mas um conjunto de normas ao qual esse mesmo Estado se sujeita. E tais normas, como é da própria natureza das normas jurídicas, são prescrições que impõem inúmeras obrigações. Assim, um Estado do bem-estar social não é apenas aquele que entrega direitos sociais, mas aquele que deve entregar tais direitos ainda que não o faça, e se já o faz, deve assim permanecer, porque esta é uma obrigação que o ordenamento lhe impõe.

Descobrir, portanto, o modelo de Estado atual é descobrir seus deveres para com a sociedade.

3. MODELO DE ESTADO – ESTUDO HISTÓRICO PARA SE COMPREENDER A ATUALIDADE

Apenas para tornar mais sistematizado o estudo, antes de simplesmente analisar o modelo de Estado prevalente na atualidade, importa fazer breve análise histórica, a fim de compreender melhor sua alteração ao longo do tempo, acompanhando a própria alteração da organização da sociedade.

O Estado é uma realidade político-jurídica que pode ser percebida na História desde a antiguidade, ainda com o Estado Egípcio, o Grego, o Romano. Trata-se de uma organização político-jurídica mais complexa que enfeixa poderes ou competências e deveres para com uma dada sociedade. Como observa Paulo Bonavides, porém, “o Estado na Antiguidade é a Cidade, condensação de todos os poderes.”[3]

Após a Antiguidade, durante a Idade Média, as invasões bárbaras levaram ao declínio desse poder concentrado, que se manteve, então, em parte, pulverizado entre os senhores feudais, sendo na outra parte detido pela Igreja Católica. Com o passar do tempo, esse domínio foi gradativamente assumido pelos reis, dentro dos recém-surgidos Estados nacionais. Desse modo, como o concebemos atualmente, em sua estrutura organizacional, o Estado é fruto, sobretudo, de movimentos havidos no século XVI[4], quando surgiu a necessidade de se encontrar um feixe de poderes que ofertasse segurança para o desenvolvimento de atividades comerciais.

Inicialmente, como o que importava era a concentração de poder para permitir uma unidade nacional e segurança, a figura do governante reuniu em si todo o feixe de competência. Assim, a princípio, configurou-se sob o regime absolutista. Depois, porém, por conta da própria lógica do poder, detido na mão de um só governante ou grupo, a prática de abusos tornou-se mais evidente. Ao mesmo tempo, já tendo o Estado consolidado suas fronteiras e trazido certa segurança para o comércio, a sociedade passa a clamar por respeito a liberdades individuais. Assim é que ao impor limites ao poder do

Estado, este se transforma em Estado Constitucional[5], que, por sua vez, já passa também por considerável evolução.

Como se percebe, o que se tem alterado ao longo História, gerando uma classificação distinta do modelo de Estado, é exatamente o conjunto de poderes ou competências e deveres que este possui.

Em relação ao Estado Constitucional, considerando sua interferência na Ordem Econômica e seu papel na concretização de direitos assegurados pelo Ordenamento Jurídico, pode-se afirmar que, na sociedade ocidental, três são os modelos marcantes de Estado: a) o Estado Liberal, b) o Estado do Bem-estar social e o Estado Subsidiário.

O Estado liberal, fruto da aversão ao poder absoluto, tinha por papel principal intervir o mínimo possível na vida dos particulares, a fim de garantir a liberdade individual. Preponderou por longa data até que sua hegemonia passou a contestada diante da percepção de que as desigualdades naturais e sociais fazem com o que alguns homens sejam reféns de outros homens e de sua própria sorte. A própria História faz com que algumas pessoas nasçam já em condições de desigualdade que lhes impossibilita sequer desenvolver liberdades concretamente. No caso do modelo capitalista de economia que levou criação do Estado liberal, a desigualdade decorria sobretudo do acumulo de riqueza por parte dos que detinham os meios de produção, retirando de trabalhadores não só excessivas horas de vida, em trabalho mal remunerado, mas a própria liberdade para escolher negociar condições de emprego, e ainda a dignidade e o acesso a serviços de saúde e de educação que possibilitasse o desenvolvimento de suas potencialidades. A não intervenção do Estado,[6] portanto, levou a que liberdade excessiva do homem gerasse um cenário de dominação por parte de poucos em relação a uma grande classe de assalariados. Com o tempo, as deficiências do modelo capitalista e a não regulamentação do mercado pelo Estado levaram a que os próprios agentes de mercado passassem a atuar de forma desleal, prejudicando o desenvolvido da economia com base em talentos reais. Assim foi que as revoltas das classes trabalhadoras e a quebra da bolsa de Nova York em 1929 ensejaram um repensar do Estado liberal nas sociedades capitalistas, tendo ensejado a criação do modelo de Bem-estar social, tendo por base a doutrina econômica de John Keynes.

O Estado do Bem-estar social se caracteriza, por sua vez, pela interferência do Estado na economia, seja para regular, de alguma forma os agentes de mercado, seja para prestar diretamente à sociedade serviços considerados essenciais. Com essa atuação, possibilitaria o desenvolvimento de uma liberdade de vida real, e, portanto, a igualdade. Seu problema, porém, reside na geração de muitas despesas ao Estado, e, em muitos casos, ao colapso da própria máquina administrativa, que passa a se tornar um aparelho ineficiente, com a prestação de serviços de má qualidade e a geração excessiva de burocracia vazia, apesar do custo excessivo gerado para mantê-la.

Na busca de um reequilíbrio entre o campo de liberdade dos indivíduos e a interferência estatal na vida privada, surge o modelo de Estado subsidiário, que seria o então vigente e teria por característica o fato de que o conjunto de atribuições de que está incumbindo convive com o espaço de liberdade e responsabilidade da sociedade, que deve em alguns campos da vida, atuar de forma autônoma. Como observa Thomas Fleiner Gester, no Estado subsidiário, conduz-se “a uma interdependência entre o Estado e sociedade, na qual cada comunidade deve cumprir parte das tarefas.”[7]Frederik

Reinfeldt, primeiro-ministro da Suécia em 2006, por sua vez, pretendendo implementar políticas mais liberais de redução de impostos e livre comércio, mesmo depois da crise econômica de 2008, afirmou: “Na Europa fazem uma ideia falsa sobre o modelo sueco. Ele não se baseia na onipresença do Estado, mas sim em uma sólida responsabilidade individual.”[8]

Ricardo Lobo Torres, por sua vez, assim teoriza, de forma bastante clara o Estado subsidiário:

O Estado subsidiário é o Estado da Sociedade de Risco, assim como o Estado do Bem-estar Social foi o Estado da Sociedade Industrial, que entrou em crise pela voracidade na extração de recursos financeiros da sociedade para financiar as políticas desenvolvimentistas e o pleno emprego. Não se cuida de um Estado pós-moderno, que passe a se conduzir pelos mecanismos da desregulamentação ou da autoregulação, mas de um Estado pós-positivista, ainda no âmbito da modernidade, que procura pautar as suas ações com base no princípio da transparência, para superar os riscos sociais.[9]

Não se confunde com o Estado liberal, porque à época deste não havia organizações sociais e instituições estatais para o controle da atuação do mercado. Além disso, a idéia é desenvolver na sociedade a consciência de que ela tem um papel a desempenhar. Os agentes da sociedade devem comportar-se como seres mais evoluídos, conscientes de que a par de um conjunto de direitos, têm responsabilidades, decorrentes do laço de solidariedade. Por outro lado, o Estado também tem o dever de solidariedade, e, mesmo interferindo menos na sociedade, sua política não deve ser desregrada, mas realizada com o propósito de atender aos anseios mais caros da sociedade. Como observa Thomas Fleiner-Gester,

[r]esponsabilidade e solidariedade significam, além disso, que as autoridades públicas devem exercer suas atribuições de uma forma plenamente responsável e solidária. Nesse contexto, os funcionários públicos não podem abusar do seu poder, nem passar a sua preocupação de fazer carreira à frente das suas responsabilidades em relação aos interesses dos cidadãos. (...) Se os funcionários públicos não estão dispostos a aprender, se não desejam se informar e informar a população, a relação de parceria, indispensável entre o Estado e sociedade, não poderá jamais se concretizar.[10]

O Estado subsidiário, portanto, seria parcialmente liberal, com uma teórica carga ética mais elevada, na medida em que não aceita qualquer conduta dos particulares, mas espera deles uma colaboração na consecução dos fins almejados pela sociedade.

No Brasil, afirma-se que o Estado social é o modelo, de certa forma, previsto na Constituição.

Em verdade, porém, no Brasil nunca preponderou uma forma definida de Estado. Antes de se passar para um modelo mais definido, por insuficiências administrativas e de desenvolvimento, ou mesmo por falha no diálogo com a sociedade, o Brasil não chegou a concretizar todas as características do modelo anterior. Realmente, ao contrário do que

ocorreu em países como Suécia, Noruega, Dinamarca, a assistência prestada pelo Estado através de serviços públicos essenciais não teve a qualidade e a eficiência suficiente para afastar a grande desigualdade social, existindo muitas pessoas em faixa de pobreza tal que as impossibilita de exercer sua liberdade com dignidade. Por outro lado, não se pode afirmar que no Brasil não haja a realização de prestações sociais por parte do Estado. O sistema público de saúde e educação, apesar de não ser eficiente, existe. Mais precisamente no caso da saúde, inclusive, através de demandas judiciais, o Estado tem entregado serviços variados e com maior qualidade. E foi nesse cenário de Estado do Bem-Estar não implementado que o Brasil iniciou seu processo de entrada no modelo subsidiário, através de alterações constitucionais que trouxeram a reforma da Administração (Emenda Constitucional nº 19 e 32), a reforma da Previdência (Emendas Constitucionais nº 20, 41 e 47).

Como observa Ricardo Lobo Torres[11]:

O Estado Democrático de Direito vai se afirmando, cada vez mais, como Estado Subsidiário. No Brasil, essa característica fica muito clara a partir das reformas constitucionais da década de 90. O Estado Subsidiário reflete um novo relacionamento entre Estado e Sociedade, no qual a Sociedade tem a primazia na solução de seus problemas, só devendo recorrer ao Estado de forma subsidiária.[12]

Essa era mesmo uma tendência mundial, até que em 2008, sobreveio uma nova crise econômica global, que teve como carro-chefe o abalo do crédito, com a negociação de *subprimes*, empréstimos de alto risco a pessoas que não ofereciam tanta garantia de adimplemento aos bancos. A constante elevação da taxa de juros, e a recessão no mercado como um todo, levaram ao não pagamento de inúmeros empréstimos dessa natureza. É certo que a crise é complexa, mas sobretudo dois são os fatores que a ocasionaram: a) a falta de um disciplinamento mais severo quanto a negociação do crédito por instituições financeiras, b) uma política fiscal irresponsável por parte do governo americano, em período de elevados custos com guerras desencadeadas a partir de 11 de setembro.

Depois dessa crise, o que se viu em vários países foi a interferência do Governo na economia, com a injeção de dinheiro e concessão de benefícios fiscais, na tentativa de restabelecer o crédito. O cenário, apesar de semelhante ao pós-quebra da bolsa de 1929, é diferente, pois o perfil do Estado e da sociedade agora são outros.

Importa, a essa altura, observar, de toda forma, que a nova intervenção não tem diretamente natureza social, mas econômica. Assim, não se está a vivenciar um retorno pleno do Estado do Bem-estar social e uma desconsideração pelos deveres e competências do Estado subsidiário. Tanto é assim que parte das discussões travadas quanto ao alcance da interferência estatal partia do reconhecimento de que os agentes de mercado devem suportar as conseqüências de uma má-gestão. A interferência deveria ocorrer apenas para a preservação global do equilíbrio econômico.

O Estado, portanto, mantém-se subsidiário, apenas, diante de determinada conjuntura, teve exatamente de interferir mais na vida em sociedade. Essa afirmação decorre da constatação de que, mesmo diante da crise, expressivos grupos sociais, como

associações de consumidores, de pessoas preocupadas com o meio ambiente continuarão a agir no seio social de forma independente, para tentar proteger os valores que lhes são caros. A intervenção por conta da crise econômica não alterou a relação do Estado por completo com os demais agentes sociais, alem dos econômicos.

Seja como for, a questão crucial está em saber até que ponto o Estado pode ofertar essa ajuda econômica a determinados setores econômicos, sem fazer condicionamentos à implementação de direitos sociais, ou até mesmo em prejuízo destes. Por exemplo, pode o Estado fomentar, através de incentivos fiscais, alguns setores da economia, sem exigir, em contrapartida a manutenção de empregos? Pode o Estado deixar de prestar diretamente direitos sociais para ofertar auxílio a esses mesmos seguimentos? Pode tributar para aumentar a arrecadação a fim de repor os elevados custos com a ajuda prestada, sem se ater a princípios de justiça fiscal.

Afinal, o surgimento do Estado subsidiário não decorre da superação dos valores consagrados pelo Estado do bem-estar social, mas da idéia de que talvez seja mais interessante para a própria sociedade ter certa margem de liberdade, para promover por si certos valores. Assim, o Estado subsidiário além de ser caracterizado por esse campo em que a sociedade deve atuar, quando, por uma ventura qualquer, tenha que intervir, deve fazê-lo comprometido com os direitos sociais. A questão, portanto, do Estado, sobretudo se considerado quanto a sua legitimidade e legitimação, é e sempre será a melhor forma de operacionalizar os direitos caros a uma dada sociedade, em um tempo da Historia. Direitos sociais, marcadamente os relacionados à manutenção de empregos e a uma política tributária justa são, com evidência, valores caros no presente momento da sociedade.

4. REPERCUSSÕES PRÁTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Seria inocência ignorar a importância do Direito Tributário no atual momento, em que o papel do Estado perante a sociedade capitalista se redefine. Não se trata apenas de prestar auxílio a algumas empresas, diretamente através de compra de ações ou outros tipos de subvenções. A tributação adequada é essencial para a manutenção de um mercado econômico equilibrado, seja para manter a sustentabilidade da realização de atividades econômicas, seja para não sobrecarregar sobremaneira contribuintes pessoas físicas, com tributação regressiva. Até porque é este mesmo mercado que sustenta a própria atuação estatal, com a entrega das chamadas receitas derivadas.

Como observa Luis Eduardo Schoueri ao tratar do duplo dividendo do tributo:

Ora, se o tributo depende da prosperidade econômica, então se chegará ao chamado ‘duplo dividendo’ da tributação: esta não apenas produzirá efeito arrecadatório (primeiro ‘dividendo’ do tributo), como poderá servir de alavanca para a prosperidade econômica (segundo ‘dividendo’ da tributação).[13]

Logo após, complementa:

O “bom tributo” não é mais aquele que melhor arrecada, se o enxugamento de recursos da sociedade pode impedi-la de exercer seu papel na construção da liberdade coletiva.[14]

Da mesma forma, seria inocência pretender que o Direito Tributário não evolua, mantendo-se a tradicional visão de que se compõe de um conjunto de normas limitadoras do poder de tributar do Estado, em cujo topo estão os princípios da legalidade, anterioridade, capacidade contributiva, isonomia, não-confisco, etc., sem se atentar para a utilidade prática de tais princípios ante o novo quadro social. Os princípios são os mesmos, mas seu significado é ampliado, para, agora, ter-se maior utilidade direta da tributação e ainda clareza mais efetiva no diálogo entre Estado-sociedade-contribuinte.

Assim, na nova sociedade, a adequação da finalidade da tributação tanto ao correto gasto público, como à boa indução econômica, e ainda a clareza no diálogo são novos critérios para se avaliar a justiça tributária. O exame de alguns exemplos facilitará a compreensão desse ponto.

No auge da crise econômica, o Governo tanto ofertou auxílio direto a algumas empresas, como reduziu a alíquota de alguns tributos, sobretudo dos chamados impostos flexíveis, para tentar baratear custos e garantir alguma lucratividade a setores importantes da economia. Evidentemente, o fim maior dessa ajuda era manter o equilíbrio econômico, ante a esperança de prosperidade.

O que ocorreu, porém, em relação a algumas dessas empresas? Apesar do auxílio recebido do Governo, mantiveram cortes significativos de mão de obra.

Ou seja, o motivo que teria justificado o incentivo tributário estava sendo esquecido. E as reduções estavam a se transformar em um fim em si mesmo, como se os agentes econômicos não fossem eles também meios de realizar a justiça econômica e social do pleno emprego. A prosperidade econômica não deve privilegiar um grupo específico, mas atingir o máximo de pessoas possível. Para evitar a frustração de condutas extra-fiscais dessa natureza, o Governo deveria condicionar a concessão de algumas reduções e isenções a manutenção de empregos. Nesse caso, não se trata da aplicação de uma teoria do bem-estar social, mas subsidiário contemporâneo, pois o Estado não presta diretamente direitos sociais, mas intervém na economia, reduzindo a carga tributária, possibilitando o desenvolvimento econômico, mas com preocupações sociais.

Outro exemplo que demonstra a possibilidade de uso da tributação para intervir na economia e realizar princípios sociais, ao mesmo tempo em que simplifica o diálogo, legitimando a tributação é o correto uso da progressividade de tributos e o combate à regressividade.

Sabe-se que uma tributação progressiva é aquela na qual há aumento da alíquota na proporção em que aumenta a base de cálculo. A questão, porém, não está apenas na existência de tributos progressivos (*v.g.*, IPTU, IR, ITR), mas em fazer com que essa progressividade seja acentuada, e não tênue. E mais, em evitar que seus efeitos sejam

neutralizados por uma pesada tributação sobre o consumo, a qual, como se sabe, é regressiva.

Essa regressividade da tributação incidente sobre o consumo decorre do fato de que quando menor o rendimento do cidadão, maior é a parcela dele comprometida com o consumo e, portanto, maior é a parcela atingida pela tributação incidente sobre os bens consumidos. Dessa forma, proporcionalmente, os impostos indiretos, que oneram o consumo, pesam muito mais sobre pobres do que sobre ricos. Aliomar Baleeiro, a esse respeito, observa que

impostos proporcionais, quando incidem sobre o consumo em geral – gêneros de primeira necessidade e coisas que não são de luxo - , operam regressivamente, porque a maior parte da população, em todos os países, é composta de proletários e classes submédias, que aplicam a quase totalidade de seus rendimentos na aquisição do estritamente indispensável. Uma tributação sobre alimentos, roupas de uso comum, aluguéis de casa, objetos de uso doméstico, remédios, artigos de higiene e coisas imprescindíveis à vida tem como efeito retirar das classes menos remuneradas fração maior do que a exigida das classes abastadas, que despendem naqueles bens apenas uma parte reduzida de seus proventos. Christian L. E. Engel, há cerca de um século, já provara estatisticamente que quanto menor for a renda de uma família tanto maior será a proporção gasta com alimentos.[15]

Evidentemente, não se pode dizer, por isso, que a tributação sobre o consumo seja inconstitucional. Aliás, a própria Constituição a determina, ao tratar da competência da União para instituir o imposto sobre produtos industrializados e as contribuições conhecidas como PIS e COFINS, e dos Estados-membros para instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS). Mas pode-se dizer que a tributação sobre o consumo não deve ocorrer por alíquotas elevadas, como atualmente acontece, devendo haver tributação mais intensa sobre o patrimônio e a renda, por meio de tributos com alíquotas progressivas.

Além disso, a tributação indireta deve ser *transparente*, sendo imperioso abolir o discurso contraditório em torno dela utilizado pelo Poder Público no País. Exemplificando, o tributo indireto, quando ao poder público interessa (*v.g.*, quando há inadimplência do consumidor final), é considerado como uma dívida do vendedor, pouco importando se há ou não transferência do encargo ao consumidor final. Mas, quando se trata da restituição do indébito, o discurso é modificado para dizer-se que o pagamento é “na verdade” feito pelo consumidor final, servindo isso de justificativa para a denegação da restituição ao vendedor que eventualmente efetuou um recolhimento indevido.

Transparência também pode ser obtida com a regulamentação do disposto no art. 150, § 5.º, da CF/88, segundo o qual “[a] lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”. Com essa regulamentação, poderia ser afastada certa anestesia que há em torno da tributação indireta, que, não obstante excessiva, não é objeto de contestação mais intensa nem por empresários, que acreditam sempre repassá-la aos consumidores, e nem

por estes, consumidores, que não têm idéia do que está embutido no preço dos produtos que adquirem.

Essa transparência é indispensável não só para que se possa aferir a validade ou a invalidade de normas atualmente em vigor, mas especialmente para que possa haver um debate sincero entre o poder público e a sociedade em torno da elaboração de leis tributárias, ou seja, no plano do traçado das políticas públicas. O acompanhamento da votação de normas, cuja adequação o povo se sente apto a avaliar, gera inibição nos representantes políticos, como é prova o caso da não aprovação da CPMF. Além disso, a merca conscientização sobre a utilidade de uma dada forma específica de tributação oferta aos cidadãos conhecimento para exercer melhor a liberdade.

Quanto ao gasto com a arrecadação, durantes anos da história da Teoria do Estado, do Direito Administrativo, Tributário e Financeiro, foi consagrada a idéia de que somente os Poderes Executivos e Legislativo poderiam controlar política orçamentária, como se se tratasse realmente de assunto meramente político e livre de controle, não sujeito à realização políticas públicas já traçadas na Constituição e à observância de gradação de valores caros para a sociedade e possível de ser delineada por normas jurídicas.

A questão é relevante para o Direito Tributário em sua interseção com a Teoria do Estado na contemporaneidade, na medida em que, é provável que uma maior racionalidade no uso do dinheiro público leve a uma carga tributária ao mesmo tempo menos severa e mais justa. Menos severa, porque se sabe que grande problema enfrentado pela máquina administrativa no Brasil não se relaciona à falta do dinheiro para realizar os fins do Estado, mas, sobretudo, ao mal uso do dinheiro, à ineficiência e descaminhos. Garantir que os recursos sejam redirecionados para fins adequados certamente pode trazer uma redução da carga, ou, no mínimo, um aumento de legitimidade, portanto. E leva a uma carga mais justa porque não se pode ignorar que o peso do tributo será tanto menor, quanto maior for a utilidade do montante arrecadado em prol de serviços públicos efetivamente prestados.

Por fim, na sociedade contemporânea, como já se afirmou ao longo do texto, importa que o diálogo seja o mais claro possível. Assim, a legislação tributária deve ser simplificada, tanto para permitir uma aplicação mais fácil, como para possibilitar sua maior compreensão e aceitação.

Só entendendo o que efetivamente paga e como deve pagar é que o contribuinte poderá compreender a dimensão do preço da cidadania. Assim, nesse ponto, importa, que a Administração Tributária cumpra a norma do art. Do CTN. Em sua ausência, em caso de dúvida, não poderá o contribuinte ser punido pelo pagamento inadequado de um tributo.

Além disso, norma incongruente, seja por falta de clareza, seja por trato irrazoável a contribuintes em idêntica situação, pode ser considerada inconstitucional.

Examinando a legislação tributária que implementou a não-cumulatividade do PIS e da COFINS, e trouxe inúmeras incongruências ao sistema tributário, Luis Eduardo Schoueri conclui:

... merece a pecha de inconstitucional legislação que – a exemplo daquela afeita às contribuições ao PIS/COFINS – gere tamanha insegurança quanto aos parâmetros de sua aplicação, carecendo de qualquer lógica que implique o mínimo de racionalidade, oferecendo brechas para interpretações dispares em situações análogas.[16]

Aceitar que a legislação tributária permaneça como está, com defeitos como os apontados por Schoueri, é jogar no vazio a idéia de um efetivo Estado democrático. Ou, por outras palavras, implica contribuir para a construção de uma Constituição simbólica, por meio da qual se consagram princípios, metas ou valores que apenas servem de álibi destinados a conformar aqueles que, de outra forma, se insurgiriam contra as estruturas que exercem o poder, mas que, por ações concretas, não só não efetivam essas metas, mas caminham no sentido oposto a isso.[17]

5. CONCLUSÃO

No Estado contemporâneo, diante das novas demandas sociais, sobretudo quanto à sua forma de organização e controle, a tributação exerce papel ainda mais relevante do que em outras épocas.

Mesmo mantendo o modelo de Estado subsidiário, em que a sociedade tem espaço para realizar por si parte dos interesses que considera relevantes, não se pode evitar a intervenção na economia, através da tributação.

Se por um lado, a tributação cresce de importância, por outro, também cresce a possibilidade de controle da finalidade pela qual a tributação foi realizada, assim como a possibilidade de controle dos gastos com o valor arrecadado.

Da mesma forma, a cidadania se redimensiona pela conscientização do valor que por ela se paga, e assim, aumenta-se a necessidade de clareza no diálogo entre Estado e sociedade.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16.ed. Atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FLEINER-GERSTER. Thomas. **Teoria Geral do Estado.** Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LE MONDE**. Novo presidente da União Europeia é um liberal na terra dos social-democratas**. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/lemonde/2009/07/06/ult580u3798.jhtm>. Acesso em: 17 jul. 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

QUEIROZ, Eça de. **A cidade e as serras**. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e Indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério de sua constitucionalidade. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho. **Princípios e Limites da Tributação 2**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 139-164.

TORRES, Ricardo Lobo. Liberdade, consentimento e princípios de legitimação do Direito Tributário. **Revista Internacional de Direito Tributário**, Belo Horizonte: Del Rey, v. 5, pp. 223-244, jan/jun 2006.

_____. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

---

[1] BITTAR, Eduardo. **O Direito na pós-modernidade**: reflexões frankfurtianas. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 108.

[2] BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS; BECK; LASH. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna, 1997, p. 52 *apud* **O Direito na pós-modernidade**: reflexões frankfurtianas. 2 ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2009, p. 137.

[3] BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19. A palavra Estado, nesse contexto, é usada em sentido evidentemente amplo, e não em seu sentido estrito, tal como hoje delineado, sendo certo que este último originou-se sobretudo ao final da Idade Média. Sobre o uso da expressão no sentido lato, confira-se: MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 19. Para o exame de sua origem no sentido mais estrito, a partir de elementos surgidos nos séculos XII e XIII: BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 50.

[4] Paulo Bonavides anota que "a expressão 'Estado' foi, segundo a versão mais aceita, criada por Maquiavel, que a introduziu nas primeiras linhas de sua célebre obra intitulada *O Príncipe.* Mas seu uso só ficou consagrado muito tempo depois, porquanto faltava o dado estabilizados e legitimidade do conceito que unicamente a face jurídica lhe havia de ministrar para associá-lo, em definitivo, à instituição nascente, ou seja, o Estado, definido já em seus elementos constitutivos e positivado num sistema de

organização permanente e duradoura." BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23.

[5] "Verifica-se, portanto, que a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis. São leis, e não personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máximo de valor supremo e traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições." **Teoria do Estado**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29.

[6] Ou até, quem sabe, a existência de intervenções destinadas apenas a assegurar a manutenção da propriedade e da liberdade a quem já as possuía. Com agudeza, Eça de Queirós observa, em **A cidade e as serras**, que "Só uma estreita e reluzente casta goza na cidade os gozos especiais que ela cria. O resto, a escura, imensa plebe, só nela sofre, e com sofrimentos especiais que só nela existem! Deste terraço, junto a esta rica basílica consagrada ao coração que amou o pobre e por ele sangrou, bem avistamos nós o lôbrego casario onde a plebe se curva sob esse antigo opróbrio de que nem religiões, nem filosofias, nem morais, nem a sua própria força brutal a poderão jamais libertar! Aí jaz, espalhada pela cidade, como esterco vil que fecunda a cidade. Os séculos rolam; e sempre imutáveis farrapos lhe cobrem o corpo, e sempre debaixo deles, através do longo dia, os homens labutarão e as mulheres chorarão. E com este labor e este pranto dos pobres, meu príncipe, se edifica a abundância da cidade! Ei-la agora coberta de moradas em que eles se não abrigam; armazenada de estofos, com que eles se não agasalham; abarrotada de alimentos, com que eles se não saciam! Para eles só a neve, quando a neve cai, e entorpece e sepulta as criancinhas aninhadas pelos bancos das praças ou sob os arcos das pontes de Paris... A neve cai, muda e branca na treva; as criancinhas gelam nos seus trapos; e a polícia, em torno, ronda atenta para que não seja perturbado o tépido sono daqueles que amam a neve, para patinar nos lagos do Bosque de Bolonha com peliças de três mil francos." QUEIROZ, Eça de. **A cidade e as serras**. São Paulo: Nova Cultural, 2002, p. 73.

[7] FLEINER-GERSTER. Thomas. **Teoria geral do Estado**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 648.

[8] LE MONDE. NOVO PRESIDENTE DA UNIÃO EUROPEIA É UM LIBERAL NA TERRA DOS SOCIAL-DEMOCRATAS. DISPONÍVEL EM: <HTTP://NOTICIAS.UOL.COM.BR/MIDIAGLOBAL/LEMONDE/2009/07/06/ULT580U3798.JHTM>. ACESSO EM: 17 JUL. 2009.

[9] "Liberdade, consentimento e princípios de legitimação do Direito Tributário" na Revista Internacional de Direito Tribuário. Belo Horizonte: Del Rey. Vol 5. jan/jun. 2006. p. 227.

[10] FLEINER-GERSTER. Thomas. **Teoria Geral do Estado.** Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 645

[11] Usando ainda outra terminologia, Ricardo Lobo Torres refere-se a Estado de Segurança, "que supera o Estado Liberal e o Estado Social, pelo novo ajuste entre poderes do Estado, pela nova relação entre saber e dinheiro e pelos princípios do discurso e da democracia." TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 59.

[12] TORRES, Ricardo Lobo. Liberdade, consentimento e princípios de legitimação do Direito Tributário. **Revista Internacional de Direito Tributário**, Belo Horizonte: Del Rey, v. 5, pp. 223-244, jan/jun 2006, p. 227.

[13] SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e Indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério de sua constitucionalidade. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho. **Princípios e Limites da Tributação 2**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 145.

[14] *Op. cit*., 2009, p. 148.

[15] BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16.ed. atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 269.

[16] SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e Indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério de sua constitucionalidade. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho. **Princípios e Limites da Tributação 2**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 162-163.

[17] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, *passim.*

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS TRIBUTÁRIAS*

MODULATION OF THE EFFECTS OF THE DECISION OF THE TAX LAWS UNCONSTITUTIONAL

Ricardo Nussrala Haddad

RESUMO

Aborda a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que impede a restituição de valores indevidamente recolhidos, salvo se até a data do julgamento (11.06.2008) o contribuinte já houvesse ajuizado a respectiva ação.

Examina os requisitos impostos pela Lei 9.868 de 1999, art. 27, da Lei 9.882 de 1999, artigo 11, e ainda da Lei 11.417 de 2006, artigo 4º - segurança jurídica e relevante interesse social – para a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade e analisa seus reflexos para a sociedade e cidadania.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CONSTITUCIONAL; DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE; MODULAÇÃO DE EFEITOS; EFEITOS PROSPECTIVOS; DIREITO TRIBUTÁRIO; REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

ABSTRACT

It deals with the modulation of the effects of the declaration of the unconstitutionality of the articles 45 and 46 of the Law 8,212/91, which forbids the restitution of the values improperly collected, except until the date of judgment (06.11.2008) if the contributor has already filed a suit of the respective action.

It examines the requisite imposed by the Law 9,868 of 1999, art. 27, of the Law 9,882 of 1999, article 11, and also of the Law 11,417 of 2006, article 4º - legal security and excellent social interest - for the modulation of the effects of unconstitutionality and analyzes its consequences for the society and citizenship.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL LAW; DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY; MODULATION OF EFFECTS; PROSPECTIVE EFFECTS; LAW TAX; REPETITION OF UNDUE

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Deve-se relembrar a indagação do corsário que roubava simples pescadores do Mar Eritreu após ser capturado e repreendido pelo Imperador Alexandre, consoante o relato do Padre Antônio Vieira no "Sermão do Bom Ladrão", ministrado à Corte Portuguesa em 1655[1]: "porque roubo em uma barca, sou ladrão, e vós, porque roubais em uma esquadra, sois Imperador".

De qualquer forma, a passagem relata um conflito entre aquele que pilhava sob o consentimento e proteção das leis (de suas leis), e outro que, apesar de menor escala, o fazia contra a lei (do imperador). Mas muito do que representa o conflito entre o anônimo pirata e o famoso conquistador permanece até os dias de hoje aqui mesmo no Brasil, notadamente se observarmos o Estado arrecadador e o contribuinte.

Se não há mais corsários que pilhavam como antigamente (nem mesmo aqueles da África), muito menos imperadores que de posse de sua armada invadiam, conquistavam e expandiam seus territórios segundo seus desejos, tem-se a pilhagem do Estado (apoiado por suas leis), e a reação do contribuinte (por vezes contra as leis do Estado).

Esta postura é que torna a comparação possível.

Deve ser observado ainda que o Estado, em si, não é inimigo. Não cabe mais configurá-lo como Maquiavel o fez. Ao contrario, são muitas as nobres funções a ele confiadas pela Constituição da República que permitem qualificá-lo como "bom" e "digno".

O que dizer de seus fundamentos: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa? Ou mesmo de seus objetivos fundamentais: construir uma sociedade livre, justa e solidária, desenvolvimento nacional, com erradicação da pobreza? Não há como negar seu peculiar desígnio na busca do bem comum.

Estas atividades exigem um custo financeiro, sem as quais seria inimaginável pensar em dignidade da pessoa humana, ou mesmo em erradicação da pobreza. E a principal receita do Estado para fazer frente a estas e outras despesas é aquela proveniente da arrecadação dos tributos: a receita pública derivada.

Daí a necessidade de intervir na propriedade privada através da tributação.

Considerando ainda que a cidadania pode ser entendida como o "*atributo político do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política*"[2], não é possível falar em "cidadão" ou "cidadania" sem o cumprimento da obrigação compulsória de "dar" dinheiro ao Estado através da tributação.

Entretanto, a necessidade de tributar se tornou um prazer, insistentemente repetido. Daí se falar que também não é possível falar em cidadania sem o direito de resistir as investidas financeiras indevidas do Estado. Aliás, esta resistência já ocorria muito antes do próprio conceito de cidadania.

E como mediador entre os interesses, por vezes antagônicos, do Estado arrecadador e do cidadão contribuinte, tem-se o Poder Judiciário, cuja cúpula maior, Plenário do Supremo Tribunal Federal, por folgada maioria, deliberou modular os efeitos da inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91[3], para impedir a restituição

dos valores indevidamente recolhidos, salvo se até a data do julgamento (11.06.2008) tal pleito já houvesse sido ajuizado pelo contribuinte.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do acórdão do Recurso Extraordinário n° 560.626\RS, revela o fundamento da modulação dos efeitos:

Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão geral e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.

Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição pervistos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento.

Após tais considerações, o atual presidente do Supremo Tribunal Federal conclui:

Portanto, reitero o voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei n° 1.569 e dos arts. 45 e 46 da Lei n° 8.212, porém com a modulação dos efeitos, ex nunc, apenas em relação às eventuais repetições de indébito ajuizadas após a presente data, a data do julgamento. (grifos presentes no original).

Deste julgamento resultou na edição da Súmula Vinculante n° 8:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

O efeito prospectivo desta decisão é que se constitui o objeto deste estudo, cujo objetivo não é esgotar o assunto, mas tão somente expor alguns de seus reflexos, os quais se fossem percebidos em sua real extensão teriam provocado uma reação maior dos cidadãos, de entidades e instituições.

Em verdade, este estudo tem por pretensão – ainda que utópica – de servir como um alerta para a sociedade do risco de que este julgado se torne um precedente.

SEÇÃO I - A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O instituto que permite a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade necessita ser examinado.

A regra geral dos efeitos da inconstitucionalidade é a nulidade *ex tunc*, a qual tem por fundamento axiológico a supremacia da Constituição. A lei inconstitucional é nula,

alguns entendem que é inexistente, sem possibilidade de produzir qualquer efeito válido, incapazes de gerar direitos e obrigações.

No caso específico em exame, a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212 de 1991 teria por conseqüência natural a restituição do indébito, observados os prazos de prescrição.

Circunstâncias de ordem pragmática determinaram uma alteração neste entendimento. É que o lapso entre a vigência da lei inconstitucional e a decisão de inconstitucionalidade é longo (no mais das vezes extremamente longo) não permite desconsiderar ou mesmo simplesmente desconstituir as relações jurídicas já estabelecidas na vigência da lei.

Em outro giro verbal, estas relações não desaparecem ou são automaticamente desfeitas com a declaração de inconstitucionalidade da lei.

Seria desejável um critério mais rigoroso no controle de constitucionalidade na elaboração das normas, e mais desejável ainda a pronúncia imediata de inconstitucionalidade, com a pronúncia de nulidade (*ex tunc*), ainda mais considerando a força normativa, a máxima efetividade e o respeito da Constituição da República[4].

Não sendo possível o desejável, a aplicação *ex tunc* deixou de ser razoável em todas as situações. Tornou-se necessário um juízo de ponderação[5] entre o valor (ou interesse) de supremacia da Constituição e o valor (ou interesse) da segurança jurídica das relações estabelecidas pela lei inconstitucional.

Não sendo possível o desejável, adotou-se a solução da modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, nos termos da Lei 9.868 de 1999[6], art. 27, da Lei 9.882 de 1999[7], artigo 11, e ainda da Lei 11.417 de 2006[8], artigo 4º. Eis os dispositivos:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 4o A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

A constitucionalidade dos artigos 27 e 11 das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99 foi questionada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil nas ADIns. 2.154, 2.231, e 2.258, não tendo sido nenhuma delas julgada até o momento.

Assim, "*razões de segurança jurídica e excepcional interesse público*" permitem a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, a partir de oito (8) votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – STF, para outro momento que não o do início da vigência da respectiva lei declarada inconstitucional.

É preciso notar que a regra geral ainda é a nulidade *ex tunc*, a qual "*somente há de ser afastada se puder demonstrar, com base em uma ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social*" (Gilmar Mendes, RE 197.917).

E sendo exceção, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade haveria de ser sopesada nos caos de taxativamente previstos (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental e súmula vinculante), sob pena de violação do devido processo legal, o qual "*assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas*"[9].

Se a exceção não for taxativa, não será exceção e sim regra.

Mas não é o que o Supremo Tribunal Federal, que tem alargado o uso da modulação dos efeitos da inconstitucionalidade até mesmo em hipóteses não previstas pelas regras procedimentais previamente estabelecidas, notadamente a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n° 197.917.

A peculiaridade do julgamento praticamente obrigou a Corte Suprema a assim proceder. O caso envolvia o exame do artigo 6º da Lei Orgânica 222 de 31/03/1990 do Município de Mira-Estrela, que fixou o número de vereadores à revelia do artigo 29, IV, da Constituição da República, de sorte que "*a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo sistema legislativo vigente*", o que foi suficiente para a "*prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade*" (RE 197.917).

Note-se que a Corte acolheu a proposta do Ministro Gilmar Mendes, que defendeu a declaração de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos notadamente a partir do exame do direito americano e alemão, para quem "*a Constituição nem proíbe nem exige o efeito retroativo*", sendo apenas "*assunto puramente de política (política judiciária)*".

O Voto do Ministro Gilmar Mendes, transferido praticamente na íntegra para o "Curso de Direito Constitucional" (p. 1043/1047), assegura ainda que "*o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos*" e que "*razões de segurança jurídica podem revelar-se aptas a justificar a não aplicação do princípio da nulidade de lei inconstitucional*", com base em "*um juízo rigoroso de proporcionalidade*".

Mas o fato é que a partir deste precedente, a doutrina da limitação dos efeitos ganhou corpo no STF, aplicável independentemente de previsão legal específica, e tanto é que o segundo caso onde o efeito prospectivo da decisão de inconstitucionalidade foi debatido

ocorreu no julgamento da Reclamação 2.391. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet explicam melhor o caso:

O segundo caso diz respeito à exigência de recolhimento à prisão para que o acusado pudesse apelar, discutida na Reclamação n. 3.391. Embora a referida reclamação tenha sido declarada prejudicada, por perda de objeto, o debate demonstrou que tais casos de revisão da jurisprudência amplamente consolidada no âmbito do Tribunal tornam relevante a discussão dos efeitos da decisão. No caso, o Tribunal encaminhava-se para reconhecer que eventual declaração de inconstitucionalidade haveria de ser declarada com efeitos *ex nunc*.[10]

Entretanto, não é possível calar a autoridade das vozes contrárias a modulação dos efeitos, as quais pregam, em geral, o respeito absoluto a Constituição e o poder conferido ao Supremo Tribunal Federal com o advento da Lei n° 9.868/99. A este respeito, veja-se Lenio Streck citado por Carlos Wagner Dias Ferreira[11]:

Nem a Constituição está disponível ao Supremo Tribunal Federal e tampouco este pode dispor do prazo para início da eficácia de sua decisão (ressalvado o caso do efeito ex nunc, *estricto sensu*, já praticado desde há muito em Tribunais Europeus, na tradição da doutrina kelseniana). Tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Tal previsão absolutamente estranha ao Direito Constitucional brasileiro. Se há razões de ordem pragmática que aponta para a necessidade da mitigação da previsão do efeito *ex nunc*, não parece razoável admitir que a decisão de inconstitucionalidade venha a contemplar eficácia pro-futuro, para além do mero efeito *ex nunc*, ou em parte para o passado, com o que o efeito nem seria *ex tunc* e nem *ex nunc*. Estar-se-ia atribuindo um espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal que, a toda evidência, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Com todas as vênias, é preciso discordar das opiniões contrárias, sem que isto represente um menor amor a Constituição e sua eficácia. De fato, não é possível esquecer os efeitos concretos de uma lei inconstitucional, muito menos quem nela creu e agiu segundo seus ditames.

É de se recordar ainda as palavras de José Augusto Delgado, para quem "*há uma realidade vivenciada pelo Direito de hoje. Ele libertou-se do positivismo jurídico para cultuar uma valorosa e útil convivência ética concreta em benefício do ser humano*"[12], fato este que se aproxima mais da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Assim, as vozes contrárias não devem ir de encontro a doutrina da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mas ao seu uso fora dos critérios e de sua peculiar excepcionalidade. O instituto em si é um avanço, já adotado pelo STF quiçá de forma irretratável, mas que não tem poder de ofuscar a nulidade *ex tunc* da lei inconstitucional.

Impõe-se, assim, perseguir o correto entendimento das hipóteses que admitem a doutrina da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, até mesmo em

respeito a cláusula do devido processo legal e da segurança jurídica, o que se pretende fazer não de forma exaustiva.

Em um primeiro momento, a compreensão destes institutos encontra empecilho na sua natureza de conceito jurídico indeterminado ou de cláusula geral. Mas perseguir a definição de segurança jurídica e excepcional interesse social é necessário a fim de se superar a subjetividade dos conceitos e, principalmente, a subjetividade dos julgamentos.

Cumpre lembrar que os conceitos jurídicos indeterminados não conferem ao intérprete a discricionariedade no preenchimento de seu significado. Aliás, após a Teoria da Adequabilidade Normativa de Klaus Günther, com o juízo de aplicação e juízo de justificação da norma[13], já não é possível atribuir a qualidade de discricionária a tarefa de aplicar uma cláusula geral ou um conceito jurídico indeterminado.

Também não é possível, segundo o que afirma Luiz Carlos de Castro Lugon, utilizar o senso comum ou o bom senso no preenchimento dos conceitos abertos, em homenagem a segurança jurídica[14]:

Tolerar a utilização de conceitos abertos com preenchimento com base no "senso comum" ou no "bom senso", termos de irrecusável dubiedade, é retirar a tranqüilidade jurídica, armando os déspotas para o exercício infantilmente cruel do poder.

Uma vez abandonadas a subjetividade e a discricionariedade na fixação dos conceitos de segurança e excepcional interesse social, impõe-se verificar o entendimento do próprio STF a respeito.

Salvo melhor juízo, a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade só teria ocorrido em doze (12) casos[15] até o presente momento e "*embora descreva abstratamente o processo decisório como uma ponderação, em nenhum caso o STF demonstra de forma detalhada o processo concreto de avaliação dos princípios em conflito para chegar a uma decisão de prevalência*"[16].

Especificamente no caso do precedente sob exame, em nenhum momento o STF emitiu qualquer juízo sobre os requisitos da modulação efeitos da decisão de inconstitucionalidade. E isto significa que além de não se observar as regras procedimentais previamente estabelecidas (por questões pragmáticas, como se viu), a doutrina da modulação dos efeitos distancia-se das razões ontológicas de sua criação.

De um louvável avanço, o instituto tende a torna-se um retrocesso, algo digno de um autêntico arrependimento.

Daí ser o precedente em exame de extrema gravidade, como dantes se avisou, que em tese permite ao STF, na qualidade de *leading case*, modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade de leis tributárias quando quiser e nos casos que achar conveniente, procedimento este que se mostraria contrário a segurança jurídica e ao interesse social.

Sobre segurança jurídica, adota-se o conceito de Canotilho[17]:

O princípio da segurança jurídica não é apenas um elemento essencial do princípio do Estado de Direito relativamente a actos normativos. As idéias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimentos legalmente exigidos, não deve poder ser arbitrariamente modificados, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz a exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.

E há uma contradição invencível. A doutrina da modulação dos efeitos da inconstitucionalidade adotada pelo STF busca preservar a segurança jurídica, porém não permite a estabilidade e a previsibilidade, os quais são os ditames da segurança jurídica. Em outro giro verbal, seria a segurança jurídica a partir da insegurança jurídica.

Com todas as vênias, a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, a despeito de perseguir a segurança jurídica, trouxe a insegurança jurídica.

No que diz respeito ao segundo requisito – excepcional interesse social – decorre claramente da atenção do legislador para com a realidade social e com os efeitos do julgamento para a sociedade. Como afirma Konrad Hesse, é possível preservar a força normativa da Constituição sem esquecer a realidade fática[18].

E não é qualquer interesse, mas um excepcional, que possa permitir o afastamento da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade.

Além disto, o interesse a ser preservado é o da sociedade, assim entendido como a coletividade, ou de seus membros pelo simples fato de pertencerem a coletividade, a ser afetada com a modulação dos efeitos. Note-se que este conceito em muito se aproxima daquele outro conhecido do Direito Administrativo como interesse público primário.

Portanto, deve-se distingui-lo do interesse público secundário, ou interesse do Estado enquanto pessoa jurídica, que se manifesta no Direito Tributário pelo anseio de arrecadação.

Assim, se for possível falar que a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade segue os requisitos legais, o julgador do caso em exame haveria de decidir pela restituição do indébito, já que esta solução atenderia o interesse público primário (interesse social).

Neste momento, já é possível observar que o STF não prezou pela segurança jurídica, muito menos pela prevalência do interesse social, na decisão que dá efeitos prospectivos a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91.

SEÇÃO II – *"OLET?"*

Ives Gandra da Silva Martins relembra o episódio ocorrido na Roma antiga, que teria dado origem ao princípio do "*non olet*". Ele nos conta que o imperador Vespasiano,

diante da reclamação de seu filho Tito por haver tributado as latrinas de Roma, deu-lhe uma moeda e questionou "*olet*?" (cheira?) e recebeu como resposta "*non olet*" (não cheira)[19].

O artigo 118[20] do Código Tributário Nacional abre caminho para quem admite que o princípio do "*non olet*" foi introduzido em nossa legislação.

O julgamento citado reconheceu que determinadas parcelas foram percebidas pelo Estado sem causa, além (muito além) dos parâmetros constitucionais, e que, a despeito disto, ainda foi desobrigado da restituição.

E neste contexto pergunta-se: "*olet*"?

Convém expor que o contribuinte não possui somente "direitos", mas já é possível falar em "*direitos fundamentais do cidadão-contribuinte*", segundo expressão de Andrei Pitten Velloso[21], notadamente após a "*Declaration of Taxpayer Rights*" do Canadá de 1985, com a "*Taxpayer Bill of Rights*" de 30 de julho de 1996 dos Estados Unidos, e ainda com a "*Ley de Decrechos y Garantias de los Contribuintes – LDGC n° 1/1998*", de 26 de fevereiro de 1998 da Espanha.

E o mais óbvio destes direitos fundamentais é o de não pagar o tributo exigido fora das fronteiras constitucionais, até por reflexo óbvio do direito a propriedade. Juntamente com este direito de natureza negativa (de abstenção) há outro de índole positiva, que é o de receber de volta o que indevidamente foi pago[22].

A decisão do STF nega tais direitos fundamentais.

E este não é um fato isolado. Há de ser visto como um fato dentre tantos outros que denotam a investida arrecadatória desenfreada do Estado (interesse público secundário), que já ultrapassa o patamar de 40% (quarenta por cento) da riqueza produzida.

Sabe-se que o mundo não mais comporta o capitalismo do Estado, que detinha o monopólio dos meios de produção a título de "ditadura do proletariado", também não seria possível admitir uma quase estatização dos meios de produção, com a participação do Estado apenas do resultado, ainda mais sem incorrer nos riscos das atividades.

É uma espécie de estatização oculta, ou ainda de uma sociedade de economia mista invertida, já que o Estado, sem se interessar pelo controle societário, apropria-se de praticamente metade do que é produzido.

Por tudo isto, a reação inicial da sociedade diante do julgamento do STF seria "*olet*"!

E o primeiro "*olet*" diz respeito a função pedagógica dos tribunais superiores. É que os juízes e tribunais, no exercício de sua função primordial, além de aplicar a lei e direito ao caso, emitem uma mensagem, uma norma de valor. Se, por exemplo, o caso é de natureza criminal e o réu é condenado, a mensagem ou o valor exposto, grosso modo, é aquele determinado fato será apurado e punido.

Neste sentido é o magistério de Antônio Carlos Wolkmer[23]:

A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de aceder aos caprichos e à vontade do legislador (ou dos mandatários do poder), pois, como poder criador, o juiz não se constitui em um simples técnico que mecanicamente aplica o Direito em face dos litígios reais, mas, buscando solucionar os conflitos de interesses entre sujeitos individuais e coletivos de Direito, o operador jurídico aparece como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar as fissuras, as antinomias, e as contradições da ordem jurídica burguesa.

Esta mensagem é a própria função pedagógica, a qual é reconhecida pelo próprio STF, a exemplo do que manifestou o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto no HC 85.948, assegura que "*os tribunais têm uma função pedagógica também; é preciso contribuir para que essas peças processuais sejam tecnicamente as mais bem feitas possíveis*".

No mesmo sentido foi a manifestação do Ministro Carlos Britto:

Impressionou-me, sobremodo, a intervenção do Ministro Ricardo Lewandowski quando chama a nossa atenção para o fato do papel, também pedagógico, dos tribunais, no sentido de alertar o Ministério Público para a necessidade que ele tem de formular suas peças acusatórias, suas peças de denúncia com mais cuidado, com mais atenção, sobretudo aos requisitos mínimos de que trata o artigo 41 do Código de Processo Penal.

Não se trata aqui de defender a tese da transcendência dos motivos determinantes que reconhece o caráter normativo e efeito vinculante das razões de decidir das decisões de controle concentrado de constitucionalidade, mas tão somente de constatar o óbvio fato de que as decisões do STF possuem elevado caráter pedagógico.

E lamentavelmente, a mensagem do Supremo Tribunal Federal quando atribuiu efeitos prospectivos ao julgamento em exame – o primeiro "*olet*" sentido – aproxima-se da exortação do Padre Antônio Vieira avisa no "Sermão do Bom Ladrão" no início citado: "*em vez de o ladrão restituir o que furtou no ofício, restitui-se o ladrão ao ofício, para que furte ainda mais?*"[24]

De fato, o posicionamento do STF de todo é incompatível com os primados constitucionais da legalidade e da moralidade (art. 37), bem como aos princípios da atuação conforme a lei e o Direito e atuação segundo padrões éticos, de probidade, decoro e boa fé, estabelecidos pela Lei 9.784/99 (art. 2º, I e IV).

Um segundo "*olet*" percebido é a institucionalização da "doutrina do não", bem ressaltada por Luiz Carlos de Castro Lugon[25], que inclusive evidencia os impactos para a cidadania:

No relacionamento entre a parte (ser individualmente considerado) e o todo (coletividade) há reciprocidade de direitos e deveres. Há, sim, uma ética também do coletivo. As instituições devem sujeitar-se a um julgamento sob o prisma da moralidade. É fácil perceber a incidência de princípios superiores regendo a atividade administrativa. Há países em que são devolvidas *ex officio* quaisquer quantias que a administração surpreenda como pagas indevidamente; existem outros, entretanto, como este nosso, em que se cultua o "não" nos templos administrativos, numa irracional

crença de que o direito do cidadão é contrário ao interesse do órgão público, como se este não houvesse como finalidade o atendimento ao cidadão.

(...).

A solidariedade é um imperativo ético. A sociedade consumista perde-se entre as vitrinas dos *shoppings*, na busca das roupas de *griffes*, enquanto ao menor do morro outro destino não se lhe oferece senão aceitar o "emprego" oferecido pelo traficante. Antes que promover a inclusão, cultivam-se políticas marginalizantes, concentradoras de riquezas, intolerantes com diferenças, geradoras de violência. Os entrechoques da competição cotidiana cria uma animosidade que esconde o temor de descer a degraus mais baixos da escala social. E os menos afortunados são vistos com acirrado desdém preconceituoso. Essa atitude de soberba alia-se ao medo de assumir responsabilidades. E surge a *"doutrina do não"*, fundada na constatação de que a recusa a um pedido do administrado não traz em si quaisquer ônus; enquanto o *sim* exige fundamentação e traz consigo responsabilidade.

A partir deste julgamento, ainda mais se for tratado como precedente, impossível será exigir atuação da Administração segundo padrões éticos, de probidade, decoro e boa fé (presumindo-se que devolver o alheio seria a conduta que atenda a estes princípios). E como conseqüência, o tipo penal de excesso de exação[26] restará "obsoleto" e de impossível materialidade, afinal de contas, quem exige o indevido e sequer é obrigado a restituir jamais incorrerá em excesso.

O terceiro "*olet*" emanado da decisão prospectiva do STF pode ser observado sob a ótica da boa-fé. Em verdade, a decisão somente prejudicou aqueles que de boa-fé resolveram pagar o tributo. Os inadimplentes e os fraudadores foram salvos.

Aliás, a decisão prospectiva negou o acesso a jurisdição, garantia estabelecida pela CR/88, art. 5º, XXXV, aqueles que de boa-fé pagaram o tributo e agora encontram as portas do Poder Judiciário cerradas às suas pretensões.

Ainda, considerando que o Poder Judiciário fora vencido pelo número de processos e ainda o esforço legislativo de imprimir celeridade e efetividade ao ofício jurisdicional, vê-se que a decisão do STF motiva a multiplicação das demandas individuais, eis que somente com o exercício do direito de ação, individual e repetido, é que se pode assegurar o direito material.

CONCLUSÃO

Não se reconhece poderes ilimitados ao Supremo Tribunal Federal.

Não é possível outorgar legitimidade aos efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, ou a qualquer outra decisão, que a um só tempo, que violam princípios e normas da Constituição da República, ou ainda a posicionamentos que impliquem em retrocesso ético e moral do Estado.

O intérprete da Constituição não é maior que a própria Constituição e esta não é necessariamente o que aquele entende. Há de se ter em mente que argumentos da autoridade e autoridade dos argumentos nem sempre comungam do mesmo caminho.

É papel do cidadão, das entidades e das instituições, exercer um juízo crítico sobre os posicionamentos e reclamar do Supremo Tribunal Federal uma postura mais adequada ao interesse público, a Democracia, e a defesa da Constituição.

Não há uma maneira certa de fazer a coisa errada, muito menos uma maneira errada de fazer a coisa certa.

Cabe a sociedade, em especial à Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, na qualidade de legitimado ativo para interpor Ação Direta de Inconstitucionalidade (CR/88, art. 103, VII), e ainda na titularidade do direito e ônus de provocar a revisão e cancelamento de súmula (CR/88, art. 103-A, §2º), e da propositura da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei 9.882/99, art. 2º, I), liderar a reação da sociedade contra tão grave julgamento, notadamente para que não se torne precedente.

A propósito, no "Sermão do Bom Ladrão", o Padre Antônio Vieira comparou dois ladrões: Dimas, o ladrão crucificado ao lado de Jesus que nos seus momentos finais de vida suplica e alcança a redenção em função de seu arrependimento desacompanhado de qualquer outra atitude, e Zaqueu – coincidentemente cobrador de impostos – que somente a obteve após garantir a devolução do que fora roubado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARBOSA, Daniel Marchionatti. **Quando o STF opta peal eficácia prospectiva das decisões de inconstitucionalidade?** Revista CEJ, Brasília, n° 43, out/dez 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BRASIL, **Código Penal**. 14ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL, **Código Tributário Nacional.** 14ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª Edição, Coimbra: Editora Almedina, 2003.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso**. Revista ESMAFE Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n° 12, 2007.

FUX, Luiz. **Repercussão Geral e o Recurso Extraordinário (Lei 11.418/2006 com entrada em vigor em 21.02.2007)**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.

LUGON, Luiz Carlos de Castro. **A discricionariedade da Administração e o papel da Advocacia Pública**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2007.

LUGON, Luiz Carlos De Castro. **Ética da administração pública em juízo**. Porto Alegre, 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2006. (Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas).

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Tributos e jogos de azar**. Revista Justiça e Cidadania, n° 82, maio de 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. 1ª edição, Bahia: Editora Jus Podivm, 2008.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da teoria da adequabilidade normativa**. Revista CEJ, Brasília, n° 36, jan/mar 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

VELLOSO, Andrei Pitten. **A temerária modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, Revista Dialética de Direito Tributário, n° 157, 2008.

VIEIRA. Antônio. **Sermão do bom ladrão**. 1655. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=16404>. Acesso em 10/06/2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 3ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

---

[1] VIEIRA. Antônio. **Sermão do bom ladrão**. 1655. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=16404>. Acesso em 10/06/2009, p. 4.

[2] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 15ª ed., Malheiros, 1998, p. 346/347.

[3] Estes dispositivos ampliavam o prazo de prescrição e decadência das contribuições sociais para 10 (dez) anos.

[4] Algo que deve ser notado neste momento sobre o respeito à Constituição da República é a contradição de muitas autoridades públicas, políticas e judiciárias. Ao iniciarem seu cargo ou função, prestam juramento de obediência e respeito à Constituição da República, mas no dia seguinte, esta mesma Constituição passa a ser vilã, um autêntico empecilho à governabilidade, que, segundo o que afirma Luiz Roberto Barroso (2005.p.4), passa a ser um critério atual de interpretação da Lei Maior.

[5] Sobre a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, o Professor Luiz Roberto Barroso (assegura "tratar-se, como se percebe claramente, da formalização de um mecanismo de ponderação de valores" (**O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 199).

[6] Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

[7] Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal.

[8] Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

[9] AI 529.733, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-10-06, *DJ* de 1º-12-06.

[10] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **"Curso de Direito Constitucional"**, Saraiva, São Paulo, 2007, p. 1046.

[11] FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso**. Revista ESMAFE Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n° 12, 2007, p. 165.

[12] DELGADO, José Augusto. **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo, Dialética, 2004, p. 152.

[13] "O fato de o legislador – discurso de justificação – ter utilizado um conceito jurídico indeterminado não implica discricionariedade, pois o discurso de aplicação, sob o senso de adequabilidade, resultará na decisão adequada para o caso concreto e não em opções para o administrador público." (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos Jurídicos Indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da teoria da adequabilidade normativa. Revista CEJ, Brasília, n° 36, jan/mar 2007, p. 35/36).

[14] LUGON, Luiz Carlos De Castro. **Ética da administração pública em juízo**. Porto Alegre, 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2006. Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas), p. 136.

[15] São eles: i) Proporcionalidade do número de vereadores (RE 197.917 e 266.994); ii) atuação da defensoria em prol dos servidores públicos (ADI 3.022); iii) progressão

de regime em crimes hediondos (HC 82.959); iv) limites territoriais dos municípios (ADI 3.615); v) criação de municípios (ADIs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689); vi) partilha de ICMS (RE 401.953); vii) constitucionalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal (ED na ADI 3.756); viii) provimento irregular do cargo de Defensor Público (ADI 3.819); ix) administração dos depósitos judiciais pelo Poder Executivo (ADI 3.458); x) destinação das custas (ADI 3.660); xi) horário de foro estabelecido por portaria (ADI 2.907); e xii) decadência e prescrição das contribuições sociais (RE 556.664, 559.882 e 560.626).

[16] BARBOSA, Daniel Marchionatti. **Quando o STF opta peal eficácia prospectiva das decisões de inconstitucionalidade?** Revista CEJ, Brasília, n° 43, out/dez 2008, p. 7

[17] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 264.

[18] HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 15.

[19] MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Tributos e jogos de azar**. Revista Justiça e Cidadania, n° 82, maio de 2007, p. 4.

[20] Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se: I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos; II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

[21] VELLOSO, Andrei Pitten. **A temerária modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, Revista Dialética de Direito Tributário, n° 157, 2008, p. 9.

[22] O que não o torna incompatível com a fixação de prazos de prescrição e decadência, uma vez que pelo princípio da segurança jurídica se reconhece a necessidade de pacificação social fictícia ao se estabelecer um limite temporal para a inércia do titular, em contraposição a uma perpetuação de uma relação jurídica.

[23] WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 188.

[24] VIEIRA, op. cit. p. 9.

[25] LUGON, Luiz Carlos de Castro. **A discricionariedade da Administração e o papel da Advocacia Pública**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2007 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Administrativo: módulo 2), p. 9/10

[26] Código Penal, art. 316, § 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza.

CONSELHOS E ORDENS PROFISSIONAIS – TEORIA GERAL DAS ANUIDADES E A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA*

CONCILS AND ORDERS PROFESSIONALS – ANNUITIES'S TEORY GENERAL AND THE CONSTRUCTION OF THE CITIZEN

Wander Henrique de Almeida Costa

RESUMO

Em Conselhos e Ordens profissionais – teoria geral tributária das anuidades e a construção da cidadania é traçado um perfil do que são as anuidades que fomentam as atividades dos conselhos e ordens de fiscalização do exercício profissional apresentando também um retrato inteiro destas entidades, desde suas origens até a moderna Constituição Cidadã de 1988. O estudo retrata na parte das contribuições que são pagas pelos profissionais as correntes doutrinárias que ora classificam-nas como impostos, ora como taxas, ora como contribuições parafiscais e outras vezes como contribuições sociais. Ao buscar as origens dos entes de fiscalização profissional, ainda na Roma antiga se vislumbra notadamente os equívocos na classificação dos conselhos e ordens profissionais de forma que é possível mostrar ao leitor uma visão real e atual da natureza jurídica. A idéia principal deste artigo é fincar no espírito daqueles profissionais e demais pessoas formadoras de opinião um quadro mais claro e transparente sobre as origens, a natureza jurídica e as finalidades das ordens e conselhos de classe, as contribuições e as receitas que lhes são próprias, desnudando o encoberto e trazendo numa linguagem compreensível e menos erudita a melhor doutrina sobre o tema, no verdadeiro papel da teoria geral de direito

PALAVRAS-CHAVES: ORDENS, CONSELHOS, FISCALIZAÇÃO, PROFISSIONAIS, CATEGORIA, TRIBUTO, CONTRIBUIÇÕES

ABSTRACT

This article Contributions of interest of professional groups and legal nature of the supervisory board gives a profile of the annuities that promote the activities of these entities that check the professional practice and also a portrait of these entities, from their origins to the modern Citizen Constitution of 1988. The study reflects in part that the contributions are paid by the professionals that the current doctrinal sometimes classify them as taxes, fees, as well as fiscal contributions and sometimes as social contributions. In search of the origins of professional entities, even in ancient Rome is especially evident in the primary classification of misunderstandings and professional advice bringing the reader a real overview of the legal current. The idea of this paper is therefore plant the spirit of those professionals and other people a clear and transparent scenario about origins, nature and purposes of legal orders and the Class Councils,

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

contributions and income of their own, bringing the hidden language and making it understandable and less erudite, the best teaching on the subject in the true role of the general theory of law.

KEYWORDS: ORDERS, CONCILS, FISCALIZATION, PROFESSIONALS, CATEGORYS, TRIBUTES, CONTRIBUTIONS

INTRODUÇÃO

As anuidades que são pagas pelos profissionais aos conselhos de fiscalização são tidas, pela grande maioria dos jusdoutrinadores, como tributos. A controvérsia se instala no momento da classificação destas receitas devido às diversas correntes doutrinárias que ora classificam-nas como impostos, ora como taxas, ora como contribuições parafiscais e outras vezes como contribuições sociais. Estabelecer o caminho para solucionar tais dúvidas é o grande desafio. Do mesmo modo faremos quanto a colocar a natureza jurídica dos Conselhos e Ordens de fiscalização profissional, fixando um referencial teórico de modo a enfatizar os conceitos, características e justificativas sobre os dois assuntos.

Neste diapasão, estudam-se as anuidades e os conselhos de fiscalização profissional fazendo um giro através das origens e instituições verificando e capturando a natureza jurídica dos temas.

O passeio literário nas raízes históricas das entidades de fiscalização contribui sobremaneira para o esclarecimento de muitas questões, podendo-se neste sentido, ser colocado um contraponto na vacilante jurisprudência de alguns Tribunais que atribuem, sem nenhum critério jurídico plausível, aos entes de fiscalização do exercício profissional, uma natureza jurídica nova e esdrúxula, muito comumente chamam-nas de autarquias especiais, retirando-lhes à partir do adjetivo, poder, desqualificando-as, impondo-lhes empecilhos e dificultando a execução desembaraçada do serviço público que têm que fazer, diga-se de importância fundamental para a sociedade e especificamente para os usuários e consumidores dos serviços profissionais submetidos e fiscalizados por estes conselhos.

Nossa intenção é proporcionar um referencial teórico para que se possa refletir e extrair conclusões a partir do que for vislumbrado, não se furtando o autor de incluir também ao termo, suas considerações finais.

O interessante é que a partir da reflexão trazida pelo artigo, diversas e importantes questões diuturnamente eriçadas no seio da comunidade jurídica poderão ser entendidas com maior clareza, posto que no mais das vezes, a importância de se estabelecer a natureza jurídica de determinado fenômeno é desvendá-lo e decifrá-lo.

São poucos os profissionais vinculados às profissões regulamentadas que sabem os reais motivos da obrigatoriedade de se manterem registrados nos conselhos de fiscalização, para que servem e porque pagam as anuidades. Este desconhecimento é bastante natural

uma vez que uma parcela considerável daqueles que formam opinião – legisladores, advogados, promotores e juízes, também não têm muita clareza sobre tais aspectos destas instituições públicas denominadas conselhos de fiscalização profissional.

A idéia, portanto principal deste artigo é transferir para o espírito daqueles profissionais ou não, mas que pouco sabem sobre estes entes um quadro mais claro e transparente sobre as origens, a natureza jurídica e as finalidades das ordens e conselhos de classe, as contribuições e as receitas que lhes são próprias, desnudando o encoberto, traduzindo para uma linguagem compreensível e menos erudita a doutrina sobre o tema, no verdadeiro papel da teoria geral de direito.

1. A NATUREZA JURIDICA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DE INTERESSE DAS CATEGORIAS PROFISSIONAIS.

1.1 Classificação

Como veremos mais adiante ao tratarmos da natureza jurídica dos conselhos de fiscalização, o Estado nasceu juntamente com o capitalismo, sendo criado para possibilitar o incremento das atividades comerciais e econômicas então nascentes.

A respeito de sua subsistência, Jarach (1989:41) acentua:

"O tributo é um dos recursos que se oferecem ao Estado para obter os meios pecuniários necessários ao desenvolvimento de suas atividades. Objetivamente o tributo pertence, pois, aos fenômenos das finanças públicas... Ademais o tributo como prestação coativa por parte dos particulares ao Estado é o resultado de uma relação entre dois sujeitos, disciplinada de alguma maneira pelo direito."

Em suas origens o Estado foi criado para dar segurança à burguesia incipiente nas comunas. Com o passar do tempo foi incrementando suas atividades em diversos setores, como na saúde, na infra-estrutura das cidades e no fomento ao comércio internacional. Para financiar toda essa faina e atribulação o Estado sempre cobrou tributo. O direito tributário que estuda e organiza socialmente este fenômeno do comportamento humano se preocupa, sobretudo com a instituição, arrecadação e cobrança de tributos por parte do Estado.

No estudo do direito tributário sempre vemos os tributos divididos em espécies, nascendo daí as diversas escolas doutrinárias, assim denominadas de escola dicotômica, tricotômica e mais modernamente a escola quinquipartite, induvidosamente adotada na Constituição de 1988.

Na escola dicotômica, são considerados somente duas espécies – os impostos e as taxas enquanto que na escola clássica ou tricotômica às duas espécies já mencionadas junta-se as contribuições de melhoria. A Constituição de 1988 consagra a escola quinquipartite, considerando como tributos os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios e as contribuições sociais de interesse das categorias profissionais e econômicas.

As escolas que classificam os tributos justificam a quantidade de espécies que admitem através do fato gerador do tributo, também denominado de fato jurígeno, uma vez que é o fato que aciona o gatilho e que gera para o Estado o direito de receber o tributo.

Tributo é conceituado no art. 3º do Código Tributário Nacional – CTN da seguinte maneira:

"Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda, ou valor em que nela possa exprimir que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada por ato administrativo plenamente vinculado".

A doutrina também classifica o tributo de acordo com sua ligação à atividade estatal, uma vez que pode estar vinculado ou não a uma atividade do Estado. Assim se o legislador decidir que ter recebido uma herança em dinheiro ou a propriedade de um bem é o fato gerador de um tributo podemos constatar que este tributo é gerado independente de qualquer atividade estatal, posto que o fato jurígeno ocorreu sem sua interferência ou sua vontade, ou seja, não houve qualquer ação estatal incidente sobre o fato do contribuinte receber a herança, mas mesmo assim é devido ao Estado uma parcela desta herança como forma de tributo, por mera vontade do legislador.

Mas numa outra abordagem, o legislador institui também tributos que são gerados em virtude da atuação estatal, como ocorre no caso das taxas, assim definidas no Código Tributário Nacional, *verbis:*

"Art. 77 – As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização efetiva ou potencial, de serviço publico específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição."

Para os puristas, defensores da classificação dicotômica estão ai os tributos possíveis – os impostos e as taxas. Contudo para os que defendem a escola clássica, ocorrem ainda as contribuições de melhoria que são também dependentes de uma atuação estatal, no caso, para indenizar o Estado da valorização imobiliária que tiveram os contribuintes em suas propriedades imobiliárias decorrentes de obras realizadas pelo Estado.

COELHO (2004:471) ressalta que:

"Ao redor dos tributos vinculados às atuações do Estado em prol de pessoas, atuações específicas, pessoais, que divergem e divagam as escolas: para a dicotômica, pouco importa que a atuação do Estado seja serviço, obra, ato do poder de polícia ou de intervenção econômica. Para isso o Estado cobra taxas. Os tricotomistas apenas acrescentam que os serviços do poder de polícia e de utilidade pública são remunerados por taxas, e as obras públicas, por contribuições de melhoria. As contribuições parafiscais e os empréstimos compulsórios, dizem eles, são impostos ou são taxas."

Em face desta colocação podemos perceber que a análise da natureza jurídica do tributo vincula-se à atuação estatal ou não. Para vislumbrarmos se estamos diante de uma atuação estatal temos que verificar principalmente o fato gerador da exação, se houve no nascimento do tributo uma desvinculação da atuação estatal – como ter renda, ou se houve uma atuação estatal - como pagar custas processuais.

Num giro, se tem que a discussão entre as diferentes escolas será decidida no direito positivo, ou na forma como dispuser a Constituição do Estado em estudo, podendo a mesma abrigar tanto a tese da escola dicotômica, como a tricotômica ou ainda a quinquipartite, sem maiores problemas. Pode-se por isso, se fazer a seguinte divisão entre as espécies, dependente apenas da vinculação à atuação estatal ou não, como a posse de uma limusine ou ter salário, ou a expedição de um alvará ou a construção de uma ponte.

Noutro giro, por opção legislativa, criaram-se também as contribuições sociais, assim denominadas em razão dos tributos arrecadados retornarem como benefícios ao contribuinte. Nessa opção se enquadra as escolas quatripartites ou quinquepartidas se incluída nesta última o empréstimo compulsório.

Quem bem resume toda espécie tributária a imposto ou taxa é Alfredo Augusto Becker, citado por Coelho (2004: 483):

"A doutrina tem demonstrado que as contribuições parafiscais não constituem uma natureza jurídica de tributo *sui generis*, nem tributo de natureza mista, porém, em determinados casos, são simples impostos com destinação determinada e, noutros, verdadeiras taxas. E a contribuição parafiscal possui a referida natureza jurídica porque a destinação do tributo, a sua maior ou menor proporção (em relação à base de cálculo) e a posição do sujeito passivo em relação à hipótese de incidência do tributo não exercem qualquer influência sobre a natureza jurídica do tributo".

As anuidades prestadas aos conselhos de fiscalização do exercício profissional tem natureza jurídica tributária, segundo a doutrina e a jurisprudência firmadas à partir da Constituição de 1988.

GAMBA (2001:119/120) ressalta que:

"Tais anuidades são prestações pecuniárias compulsórias, instituídas especificamente por algumas leis de criação de conselho ou, de maneira geral, pela Lei 6.994, de 1982. Não constituem sansão por ato ilícito, mas são devidas em razão da simples sujeição à inscrição nos conselhos de fiscalização do exercício profissional. Por outro lado, sua cobrança, considerada a natureza jurídica autárquica dos conselhos, é realizada por pessoa jurídica de direito público mediante atividade administrativa vinculada."

Na jurisprudência a matéria já restou consolidada no sentido de que as anuidades cobradas pelos conselhos de fiscalização são tributos:

EMENTA - ADMINISTRATIVO – CONSELHO DE MEDICINA VETERINARIA – INSCRIÇAO – COBRANÇA DE ANUIDADES – PEDIDOS DE SUSPENSAO – PROVA – A anuidade que se paga aos conselhos profissionais identifica-se como taxa, devida pelo exercício do poder de polícia. Como taxa, independentemente da atividade, esta é sempre devida, porque posto o serviço à disposição dos seus profissionais. Não há nos autos prova de que se desvinculou o profissional do conselho, sendo devido o pagamento das anuidades cobradas. Apelo improvido."(TRF 2ª Região, 4ª. Turma. Ap. Civ. 96.01.02827-7/BA, relatora Juíza Eliana Calmon, DJU 09.05.1996, p.29.513).

Portanto não resta qualquer dúvida de que se tratam de tributos as anuidades instituídas e cobradas pelos conselhos de fiscalização. Resta averiguar em qual espécie se deve encaixá-las, como impostos, como taxas, na conformidade da jurisprudência acima transcrita ou afinal como contribuições.

Do ponto de vista da Constituição Federal atual, dúvida não há que as anuidades são consideradas contribuições sociais de interesse das categorias profissionais, eis que a Constituição notadamente assume a postura quinquipartite da classificação de tributos, estando estipulado na mesma a existência de impostos, taxas, contribuição de melhoria, imposto compulsório, contribuições sociais de interesse das categorias profissionais e econômicas.

Sabemos ainda que o imposto é tributo não vinculado à atuação estatal, enquanto que as taxas são vinculadas a prestação de serviço publico ou pelo exercício do poder de polícia, a contribuição de melhoria vinculada a realização de obra pública, enquanto que as contribuições sociais e os empréstimos compulsórios são distintos dos demais em razão de sua finalidade constitucional específica.

A exemplo das demais espécies de contribuição, as contribuições corporativas não estão imunes à discussões doutrinárias quanto à sua adequada configuração jurídica. Com efeito, a par daqueles juristas que a consideram autênticas contribuições, existem aqueles que enxergam nessa exação verdadeiras taxas de polícia.

Alguns autores destacam que os Conselhos e Ordens fiscalizadoras do exercício das diversas profissões, nada mais são do que autarquias criadas pela União, com a finalidade precípua de exercer poder de polícia mediante a fiscalização das diversas profissões, concluindo-se, daí, que os valores das anuidades exigidas pelas mencionadas autarquias nada mais são do que taxas de polícia.

Observam que os Conselhos profissionais praticam atos de polícia, já que deliberam sobre inscrições em seus quadros, decidem sobre assuntos relacionados à ética profissional, aplicam penalidades, aferem a habilitação profissional, todas estas atividades caracterizadoras de autêntico poder estatal de polícia, razão pela qual teriam ditas contribuições a natureza de taxa de polícia.

De se ver que antes da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência e a doutrina oscilavam em atribuir às anuidades ora a classificação de taxa, ora de contribuição parafiscal, e neste último caso, ora atribuíam à contribuição parafiscal a natureza jurídica de tributo ora não atribuíam esta natureza.

Nada obstante, pouco importa para a configuração de tributo o nome que ostenta, segundo o art. 4º do CTN, o que interessa para a natureza jurídica do tributo é o fato gerador da respectiva obrigação.

Como frisado, a partir da Constituição de 1988, o art. 149 atribuiu competência para a União estabelecer contribuições sociais de interesse das categorias econômicas e profissionais fazendo remissão expressa aos arts. 146, III, 150, I e III e subordinando tais contribuições ao regime tributário.

De acordo com Ataliba (1992:171),

“Pode-se dizer que – da noção financeira de contribuição – é universal o asserto no sentido de que se trata de tributo diferente do imposto e da taxa e que, por outro lado, de seus princípios informadores, fica sendo mais importante o que afasta, de um lado, a capacidade contributiva (salvo a adoção da h.i. típica e exclusiva de imposto) e doutro, a estrita remunerabilidade ou comutatividade, relativamente à atuação estatal (traço típico de taxa)...Em outras palavras se o imposto é informado pelo princípio da capacidade contributiva e a taxa informada pelo princípio da remuneração, as contribuições serão informadas por princípio diverso. Melhor se compreende isto, quando se considera que é da própria noção de contribuição – tal como universalmente entendida, que os sujeitos passivos serão pessoas cuja situação jurídica tenha relação, direta ou indireta, com uma despesa especial, a elas respeitante, ou alguém que receba da atuação estatal.”

Já há quem considera que as anuidades não podem ser taxas nem para aqueles que defendem a tricotomia das espécies tributárias porque não se identifica como fato gerador das anuidades a utilização efetiva ou potencial de serviço público colocado à disposição do contribuinte ou posto à sua disposição, afirmando ainda que são elas devidas em virtude do poder de polícia (CF, art. 145, II), é que de acordo com CARRAZA (1991:244):

“Não é qualquer ato de polícia que autoriza a tributação por meio desta modalidade de taxa (taxa de polícia), mas tão somente, o que se consubstancia num agir concreto e específico da Administração, praticado com base na lei, que levanta uma abstenção ou que mantém ou fiscaliza uma exceção já existente. A respeito, Régis Fernandes de Oliveira teceu estas oportunas considerações: ‘Quando, no entanto (o Estado) vai levantar um obstáculo erigido ao administrado e vai possibilitar ou não o desempenho de uma liberdade ou o uso de sua propriedade, tal solicitação implica o desempenho de uma atividade específica do Estado, em relação a determinado administrado, o que importa na movimentação da máquina estatal, para analisar se o obstáculo criado pode ou não ser superado. Para o exercício de tal atividade, que implica a emanação do poder de polícia, é que poderá o Estado exigir a cobrança de taxa. ’ A hipótese de incidência da taxa de polícia é o ‘exercício do poder de polícia’(art. 145, II, 1ª parte, da CF), que se consubstancia num ‘documento, denominado alvará, que implica uma exceção, manutenção ou fiscalização desta exceção aberta’. Não é o simples ato do Poder Público que enseja a cobrança da taxa de polícia, mas o desempenho efetivo da atividade dirigido ao administrado. Esta exação só poderá ser exigida quando a pessoa política competente, atuando, ‘remover obstáculo criado pela norma geral, mantê-lo ou fiscalizar a autorização ou a licença expedida’. “

Para aqueles que defendem as três espécies tributárias, as anuidades mais se assemelham a impostos, porque independem da atuação do Estado, bastando para fazê-las incidir o exercício profissional que se presume ante o registro profissional realizado pelo agente passivo do tributo.

Lado outro, aceita a classificação quinquipartite dos tributos outra não pode ser a classificação das anuidades senão como contribuição social de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

Essa classificação predomina na doutrina. De acordo com COÊLHO (1990:37-39),

“Entendemos que são mesmo contribuições corporativas, no interesse do órgão e do corpo social das categorias econômicas e profissionais. Em nosso socorro vem o prof. Edvaldo Brito ao dizer que as taxas são sempre *imediatamente sinalagmáticas*, o que não ocorre com esse tipo de contribuição. Por oportuno cabe ressaltar aqui que a frase ‘como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas’, exibida no corpo do art. 147 (*sic*, o correto é art. 149 da CF) é ligada por vários autores tributaristas aos três tipos de contribuição social previstos na Constituição de 1988. Assim sendo, as contribuições (a) sociais/previdenciárias, (b) corporativas e (c) interventivas só se legitimam como *instrumento de atuação da União nessas áreas*, quais sejam: a área da seguridade, a área dos direitos profissionais, econômicos e associativos e a área reservada à ordem econômica e social. E se pergunta se este *instrumento é para custear a atuação da União nestas áreas*. Não enxergamos relevância jurídica nessas indagações. Pensamos que a atuação da União abarca as três áreas mencionadas nos dois aspectos da questão proposta. A opção é legislativa, vez que a Constituição definiu os *meios e os fins*. Devemos enfatizar que entre nós as contribuições revestem, quase sempre, pela análise dos seus fatos jurígenos, as características de impostos. São tributos cujos fatos geradores são constituídos de uma realidade (um ser, fazer, estar) própria do contribuinte, independentemente de qualquer atuação estatal. Queremos dizer que a *retribuição do Estado* em favor do contribuinte, intervindo na economia, promovendo seguridade social e disciplinando as atividades profissionais, garantindo os seus órgãos, não constitui o fato jurígeno dessas exações especiais, as quais Dino Jarach denominou de *impostos especiais* (*O fato imponível, 1989*, R, trad. Dejalma de Campos, p.94)”

Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal (RTJ 143/313, RE 198.092-3 e RE 191022-4) expressamente classificou como contribuições corporativas, de interesse das categorias profissionais ou econômicas, as anuidades cobradas pelos conselhos de fiscalização de profissões liberais e a contribuição sindical, entendimento seguido pelos Tribunais Superiores, *verbis*:

“TRIBUTÁRIO – EXECUÇAO FISCAL – CONSELHOS REGIONAIS – ANUIDADE – LEI 6.830/80, art. 1º e art. 2º. As anuidades de conselhos regionais têm natureza tributária de contribuição social de interesse das categorias profissionais. Podem ser cobradas, portanto, na forma da Lei 6.830/80”(TRF 4ª Região, 1ª Turma, Ap. Civ. 96.04.28431-2/RS , relator Juiz Vladimir Passos de Freitas, *DJU* 28.08.1996, p. 62.444).

2. OS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL.

2.1. Origens históricas

Sabe-se que o Estado nasceu das necessidades dos homens. Essa constatação é antiga e remonta às origens do Estado.

Segundo CLARK (2008)“o Estado e o capitalismo sempre foram interdependentes sendo aquele criado para possibilitar o incremento das atividades comerciais nascentes”.

Com o amoedamento do comércio em substituição às trocas, abriu-se o caminho através da moeda circulante para o capitalismo comercial uma vez que a moeda

circulante atravessava países e economias até então fechadas, acontecem com freqüência os roubos e surge concomitantemente a necessidade de segurança por parte da burguesia incipiente.

Huberman (1986) ressalta que:

"O mais rico é quem mais se preocupa com o número de guardas que há em seu quarteirão. Os que se utilizam das estradas para enviar suas mercadorias ou dinheiro a outros lugares são os que mais reclamam proteção contra assaltos e isenção de taxas de pedágios. A confusão e a insegurança não são boas para os negócios. A classe média queria ordem e segurança."

E como observa PEREIRA (2001:20),

"Havia na pré-história, um homem sem fixação ao solo, exercendo apenas atividades básicas, ligadas à caça e pesca, ao extrativismo e mesmo ao saque contra seus semelhantes. Com o passar dos anos, a evolução das civilizações implicou maior aderência ao solo, com a prática da agricultura e da criação dos animais. A descoberta dessas atividades implicou, pouco a pouco, o surgimento de outras. Para caçar era preciso armas; para praticar a agricultura, ferramentas; para que alguns pudessem caçar e cultivar a terra, outros deveriam cuidar das aldeias, confeccionar roupas, construir moradias, cuidar da saúde dos demais. Em suma: foi inevitável, o que ocorreu de forma bastante clara já na idade antiga."

Entende-se nesta cronologia que o homem antes nômade ao desvendar as técnicas da agricultura, caça, pesca, criação de animais passou a se fixar ao solo, surgindo as comunas e a separação de atividades desenvolvidas para o bem estar e proveito das sociedades.

Estas atividades que hoje chamamos de profissões agrupavam homens, de acordo com a arte e ofício que praticavam. A expressão mais antiga destes agrupamentos ou como denominamos hoje – conselhos, surgiu em Roma no século anterior à Era Cristã, com os collegia romanos, instituídos pelo poder estatal para dirimir conflitos que se estabeleciam na sociedade acerca do exercício de alguma atividade.

Como observa SEGADAS (1991),

"Verificamos que a atividade cria os laços mais profundos entre os homens do que os decorrentes da localidade e até mesmo do parentesco, porque o exercício de uma atividade, e especialmente de uma profissão, cria características das quais o indivíduo jamais se liberta e que até transmite a seus descendentes. E isso aconteceu nas épocas mais primitivas, nos povos ainda nas suas fases de formação social, unindo, em grupos ou castas, guerreiros, sacerdotes, pastores."

Na idade média, por volta do século XI, em que as atividades eram artesanais destinadas basicamente à produção de alimentos e objetos destinados à proteção e ao trabalho, os vassalos começaram a se organizar de acordo com as atividades estabelecidas visando assegurar a reserva de mercado com relação aos concorrentes e a qualidade dos produtos confeccionados.

Nasceram assim as corporações. No sistema das corporações medievais os trabalhadores somente podiam exercer seu ofício se estivessem ligados à alguma corporação, tal como ora ocorre com os conselhos profissionais, todavia naquela época as razões não eram de estado, senão na manutenção da qualidade do ofício e da reserva de mercado para aqueles que se iniciavam nas atividades artesanais.

As corporações eram divididas em classes, hierarquicamente, havendo pela ordem os mestres, companheiros e aprendizes, sendo os primeiros os detentores de todo o poder e privilégio, de forma que controlavam seus subordinados mantendo-os cativos a exemplo do que passaram nas mãos de seus antigos senhores feudais, com extremo rigor de forma ainda a impedi-los de virarem mestres.

Os companheiros exerciam os mesmos trabalhos dos mestres todavia eram impedidos de gerirem os próprios negócios, porque eram obrigados pelas corporações a permanecerem ligados aos mestres. Tais corporações assumiam na Idade Média o mesmo papel dos atuais conselhos e ordens profissionais, com extremo rigor e opressão. Com o passar do tempo os companheiros culminaram por fundarem suas próprias corporações, denominadas companhias buscando fugir da opressão dos mestres.

Com a chegada do humanismo no século XVIII as corporações e as próprias companhias iniciaram um processo de declínio ante a valorização do homem, considerado então o centro do universo. A Revolução Francesa em 1789, bateu forte no corporativismo e o início do mercantilismo iniciado pelo descobrimento de novos mundos, pôs fim às corporações.

O mundo vivenciou então outra revolução, de acordo com FAORO (1958): “a produção da economia natural com trocas apenas do supérfluo cedeu lugar às manufaturas, iniciando o irreversível movimento de acumulação de capital – o capitalismo das manufaturas, fase primeira do capitalismo industrial.”

Com o surgimento da atividade empresarial, do capitalismo industrial surgiu também o conflito entre o capital e o trabalho, uma vez que divergem em seus objetivos principais e diferentes. Um de acumular riquezas e o outro de receber parcela destas riquezas, o que propiciou o aparecimento dos sindicatos na busca da defesa dos hipossuficientes.

Durante todo este movimento econômico de transformação entre o que chamamos de capitalismo das manufaturas e capitalismo industrial foram exterminados também os regimes totalitários, todavia com o surgimento do poder econômico do capital passou este por seu turno, a ser danoso em relação à coletividade. A busca da justiça social passou a ser um dos objetivos do poder estatal.

O Estado que se pautava pelo absenteísmo social passou a marcar sua presença intervencionista no plano social após o liberalismo, contudo na prática, foi-se constatando que era mais conveniente deixar para outras pessoas exercerem tais atividades, surgindo assim a partir do Século XVIII os consórcios de capital estatal e privado - as empresas de economia mista, as empresas públicas e por fim as autarquias.

No Brasil, a formação das antigas corporações foi expressamente vedada pelas constituições de 1824 e de 1891 deixando os trabalhadores em desvantagem com os donos do capital uma vez que a prática de qualquer ofício ou profissão era livre.

Com o movimento mundial em prol da intervenção estatal na busca da justiça social, o direito constitucional pátrio foi evoluindo também deixando de considerar livre o exercício de atividades e ofícios. Na prática se vê no texto do inciso XIII do art. 5º que trata dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, o seguinte:

"XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. "

O afastamento do absenteísmo estatal objetivava minorar as desigualdades sociais que acrescentava um verdadeiro abismo entre os capitalistas e os trabalhadores, de modo que foi-se construindo os alicerces para o desenvolvimento de entes responsáveis pelo controle do exercício profissional.

A evolução da sociedade, do Estado e o implemento da educação formaram as bases para os novos tempos. Assim afirma PEREIRA (2001:28) que:

"A criação dos cursos jurídicos no Brasil, em 1827 (Olinda e São Paulo), por exemplo, e posteriormente de outros cursos superiores, despertou nos profissionais que começaram a colar grau e a entrar no mercado de trabalho a aspiração de disciplinar o exercício das profissões. Tais aspirações foram ao encontro das reivindicações da população, que, a partir de um determinado momento, passou a pretender resguardar-se contra os maus profissionais."

Os conselhos de fiscalização profissional, começaram a serem positivados no direito brasileiro, a partir da década de 30, em 18 de novembro de 1930 se tem notícia da criação da Ordem dos Advogados do Brasil, no pós revolução, por força do art. 17 do Decreto nº 19.408 que tratava da reorganização da Corte de Apelação do Distrito Federal. Esta foi na prática a primeira entidade formalmente organizada para controlar o exercício de uma atividade profissional.

A criação da OAB para disciplinar o exercício das atividades dos advogados correspondia às aspirações populares e a uma tendência mundial no sentido de resguardar a sociedade dos maus profissionais efetivando-se assim a primeira corporação nacional de controle do exercício profissional.

A partir da criação da Ordem dos Advogados do Brasil que surgiu em virtude de uma tendência mundial em prol de uma maior intervenção estatal sobre as profissões, máxime sobre as de cunho científico, outras instituições de fiscalização, sob a forma de autarquias foram aparecendo no cenário jurídico, sendo as primeiras: os conselhos de contabilidade, de engenharia e arquitetura, de medicina, de odontologia e de economia.

Após a criação da OAB prevaleceu no país o princípio de que o exercício das profissões regulamentadas não era incompatível com o princípio que persegue a garantia da segurança de todos e o interesse da coletividade contra a incompetência e a impostura, conservando-se presente o objetivo de resguardar a sociedade e o interesse público.

2.2 A natureza jurídica

A natureza jurídica de um ente indica a essência e a conformação do que é esta coisa, seja uma pessoa, um bem, um direito, um fenômeno ou mesmo uma pessoa natural ou jurídica. Apesar de não ser tarefa única da ciência do direito definir o que seja uma coisa, neste campo, estipular a natureza jurídica de um ente significa plota-la num ramo do direito para daí extrair as conclusões necessárias, dando ao objeto do estudo o tratamento adequado.

Conclui-se então que possamos definir a natureza jurídica de uma pessoa, para que possamos inseri-la num contexto faz-se necessária situá-la no mundo do direito.

Conforme aponta PEREIRA (2001:33),

"A importância da definição da natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional é inquestionável. Estabelecida a natureza jurídica destes entes, saberemos o que são juridicamente qual sua estrutura, se estão sujeitos a regras do direito publico ou de direito privado, o que sem dúvida alguma gera conseqüências importantíssimas para seus dirigentes, para seu pessoal, para as pessoas que com eles mantém relações jurídicas e, evidentemente, para os próprios conselhos, no que toca às suas relações com as entidades políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)."

A partir da criação da OAB outras entidades de fiscalização do exercício profissional surgiram observando a tendência de intervencionismo estatal sobre as atividades profissionais. Esta tendência é vislumbrada no direito positivo brasileiro através de textos constitucionais. Assim se vislumbra no §24 do art. 72 da Constituição de 1824:

§24 - "É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial."

A Constituição de 1891, não alterou esta perspectiva. Todavia em 1934 o §13 do art. 113, apresentou alguma mudança:

§13 - "É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público."

A Constituição de 1967, a Emenda Constitucional de 1969 e a Carta Política de 1988, não alteraram a situação da intervenção estatal apresentadas na Constituição de 34, caracterizando-se a tendência mundial.

Concomitante a isso ganhava relevo a autarquização nacional, movimento iniciado a partir da segunda metade do Século XIX, com a criação da Caixa Econômica Federal em 1861 (Decreto 2.721), a qual já se revestia das características atuais das autarquias ganhando relevo após a I Grande Guerra quando foram criadas dezenas de autarquias.

Certo é que por volta de 1960 as 64 autarquias federais existentes no Brasil empregavam em torno de 143 mil pessoas, em contrapartida aos 230 mil funcionários públicos.

Assevera CONTRIM NETO (1966: 239/240), ao se referir às entidades de fiscalização do exercício profissional:

“Autarquias é o que elas efetivamente são, como já o teriam sido as corporações que ajudaram a recompor o Estado, na Idade Média, quando o mesmo buscava encontrar-se, num período difícil de atomização das instituições sociais. E são até autarquias espontâneas, que, além de exercerem uma função pública, correspondem a um agregado social cimentado pela comunhão espiritual dos homens do mesmo ofício.”

Afirma PEREIRA em face disso (2001: 36),

“Pode-se, portanto, opor, de um lado, entidades como a Ordem dos Advogados, Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura, Instituto Nacional do Mate etc.. e, de outro, todas as autarquias não corporativas, que se designam fundações, institutos, fundos personalizados, etc..”

A Constituição de 1988, não trouxe nenhuma novidade em relação à posição da doutrina e a jurisprudência adotada até então; no capitulo destinado à Administração Pública manteve as autarquias como entes de direito público (Cap. VII, Titulo III, arts. 37 a 43) e não excluiu de tal categoria os entes de fiscalização do exercício profissional.

A Medida Provisória 1.549-35, de 9/7/1997, em sua trigésima quinta edição, convertida na Lei 9.649, de 27/5/1998 conferiu no art. 58 aos entes de fiscalização do exercício profissional personalidade jurídica de direito privado, excluindo-os da Administração indireta, confirmando, portanto que mantinham até esta norma personalidade jurídica de direito publico e pertencentes à Administração indireta.

Contudo pouco se importa o nome que se dê a determinada categoria de pessoas jurídicas, porque não assume esta ou aquela natureza jurídica em razão do *nomen júris* que a lei lhe coloca, tanto é que o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 1717-6/DF onde se questionou a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional manifestou-se pela inconstitucionalidade do art. 58, restabelecendo a personalidade de direito público destes entes, mantendo-os onde sempre estiveram.

Como vimos, durante séculos as atividades das corporações profissionais estavam voltadas para a defesa da qualidade do ofício e da reserva de mercado para aqueles que se iniciavam nas atividades artesanais.

Posteriormente, no Brasil, à partir da Constituição de 1934, a liberdade profissional foi sendo limitada com vistas à eliminação das desigualdades sociais, impondo-se uma melhor qualificação profissional, ressurgindo para os conselhos e ordens profissionais um papel de relevo na defesa das sociedade e de construção da cidadania em nosso país.

Os direitos fundamentais evoluíram bastante no Brasil desde o início do século passado e conquistou-se em 1988 uma Constituição avançada principalmente no aspecto dos direitos fundamentais, impondo-se como modelo e denominada de Constituição Cidadã.

Os conselhos e ordens profissionais acompanharam esta evolução e como tribunais de ética impõem aos profissionais uma conduta moral ilibada sem abstenção de qualidade,

contribuindo neste aspecto para a defesa da cidadania e construção de uma sociedade mais justa e humana.

Dessa forma, os conselhos de fiscalização do exercício profissional são pessoas jurídicas de direito público pertencentes à Administração Indireta, prestando serviços públicos voltados dentre outros à consumação dos direitos fundamentais e sociais dos cidadãos com fundamento no inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal.

3. CONSIDERAÇOES FINAIS.

Ao vislumbrar o que restou tratado neste artigo pode-se considerar que observamos a natureza jurídica das anuidades cobradas pelos conselhos de fiscalização, verificamos ainda as origens históricas e a natureza jurídica destes entes.

Ao estudarmos as origens históricas pudemos constatar que as entidades de fiscalização atual tiveram suas raízes fincadas em Roma no século anterior à Era Cristã onde os *collegia romanos* – eram instituídos pelo poder estatal para dirimir conflitos que se estabeleciam acerca do exercício de alguma atividade.

Posteriormente o movimento adentrou à Idade Média com as antigas corporações introduzidas para garantir a qualidade das atividades e a reserva de mercado, tendo seu declínio iniciado com a Revolução Francesa em 1789 que bateu forte no corporativismo e o início do mercantilismo iniciado pelo descobrimento de novos mundos, pelo Século das Luzes e os movimentos liberais que puseram fim às corporações.

A partir da segunda metade XIX, quando se iniciou o movimento por maior intervenção estatal para equilibrar as desigualdades sociais, o mundo vivenciou o redescobrimento das antigas corporações, dessa sorte, como entidades estatais implementadas à partir do movimento por maior intervenção para por fim às desigualdades sociais, decorrente do embate entre capital e trabalho.

No Brasil foi criada a Ordem dos Advogados do Brasil em 1930, e já em 1934 foi pavimentado o caminho para implementação de regras no direito positivado para o exercício de artes, ofícios e profissões. A par disso, crescia no país, o movimento de autarquização, iniciado em 1861 com a criação da Caixa Econômica Federal, tal movimento veio abrigar os conselhos de fiscalização profissional criados à partir de 1930, como instituições de direito público criadas para garantir à sociedade, na esteira do intervencionismo estatal, o equilíbrio entre o poder econômico e a sociedade, especialmente das classes menos favorecidas.

Plotadas, portanto como entidades com natureza de autarquia, fenômeno confirmado em 2001 pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN 1717-6/DF, as anuidades recebidas por estes entes, tem a natureza jurídica de tributo, no que não divergem as escolas dicotômicas, tricotômicas, quatripartite e quinquipartite.

No entretanto, existem divergências sobre a classificação tributária das anuidades, tendo a escola clássica dado tratamento ora de imposto ora de taxa às anuidades e a escola quinquipartite chamado as anuidades de contribuições sociais.

A Constituição de 1988 consagra a escola quinquipartite, considerando como tributos os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios e as contribuições sociais de interesse das categorias profissionais e econômicas, inserindo nesta última categoria as anuidades cobradas pelos conselhos de fiscalização profissional.

De qualquer forma, consagradas como tributo, as anuidades tem tratamento próprio na Constituição Federal que determina como requisito de validade para instituição de tributos a rigorosa observância dos princípios da legalidade, anualidade e publicidade, dentre outros.

Vislumbrou-se ainda que os conselhos e ordens profissionais acompanharam a evolução constitucional brasileira no que tange à defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos e como tribunais de ética impõem aos profissionais uma conduta moral ilibada sem abstenção de qualidade, contribuindo neste aspecto para a defesa da cidadania e construção de uma sociedade mais justa e humana.

Estas portanto, são as notas e considerações de nosso estudo que fixaram através dos conceitos e características históricas um referencial teórico da natureza jurídica dos entes de fiscalização profissional e suas anuidades de modo a proporcionar ao leitor a possibilidade de extrair suas próprias conclusões a partir do que foi vislumbrado, desnudando o encoberto, com um tratamento de teoria geral de direito sobre o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HUBERMAN. Leo. *História da riqueza do homem*. Trad. Waltensir Dutra. 21. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986. 313 p.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, 5a. ed., Malheiros Editores, 1992, p. 171.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário,* São Paulo, Saraiva, p.330.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 7ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

JARAH, Dino. *O fato imponível*.1ª. ed., Ed Revista dos Tribunais, 1989.

FAORO, Raymundo. *Os donos do Poder*. São Paulo: Ed. Globo. 1958.

COTRIM NETO, A. B. *Direito Administrativo da autarquia.* São Paulo: Freitas Bastos, 1966

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional positivo.* 2. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 244.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários ã Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p.37-39

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. *Questões polêmicas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2008.

PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle; GAMBA, Luisa Hickel; MAURIQUE, Jorge Antonio; PAMPLONA, Otávio Roberto. Coord.: FREITAS, Vladimir Passos de. *Conselhos de Fiscalização Profissional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

SUSSEKIND. Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991. v.2., p. 959.

DIREITOS DA PERSONALIDADE E AUTONOMIA PRIVADA

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO AUTOR NO DIREITO BRASILEIRO*

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL AUTOR EN EL DERECHO BRASILEÑO

Adriana Barbosa da Silva
Thomaz Jefferson Carvalho

RESUMO
O presente estudo visa abordar os direitos da personalidade do autor, contudo para melhor aclarar a temática faz-se necessário uma prévia análise dos direitos autorais de forma genérica, sua evolução histórica para compreender a importância alcançada hodiernamente. Neste contexto os direitos da personalidade do autor surge como importante avanço na história, pois se antes a própria natureza era controvertida e entendia-se apenas como um direito de propriedade, nesse atual momento, o ordenamento jurídico reconhece os direitos morais do autor como insuscetíveis de alienação e transmissão. E a violação do direito autoral enseja medidas nas três esferas: administrativa, cível e penal. Conclui-se que o direito autoral prestigia as obras do intelecto por seus dois prismas, patrimonial e pessoal e assim o faz, pois o próprio regramento específico traz rol específico para este ramo.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS AUTORAIS, DIREITOS DA PERSONALIDADE, VIOLAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

RESUMEN
Este estudio tiene como objetivo abordar los derechos de la personalidad del autor, pero para aclarar mejor el problema, es necesario un análisis previo del derecho del autor de una manera general, su evolución histórica para comprender la importancia alcanzada a los días de hoy. En este contexto, los derechos de la personalidad del autor surge como un avance importante en la historia, pues si antes era controvertida y entendida solamente como un derecho de propiedad, en este momento la ley reconoce los derechos del autor y no susceptibles a la alienación y la transmisión a terceros. Y la violación del derecho del autor en la acción da lugar a tres posibles medidas: administrativas, civiles y penales. Concluye que el derecho de autor protege las obras del intelecto de sus dos prismas, los bienes y los que refieren a la personalidad del autor, y lo hace pues el propio reglamento especifico tiene un rol distinto para este derecho.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHOS DEL AUTOR, DERECHOS DE LA PERSONALIDAD, VIOLACIONES A LOS DERECHOS DE LOS AUTORES

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. Noções de Direitos autorais

É cediço que o Direito é uno, sendo tão somente divisível por questões didáticas e práticas, porém antes de analisar o Direito autoral, necessário ser conceituado, abordado sua evolução frente aos demais ramos do direito.

Desta forma, o Direito Autoral está inserido nos Direitos Intelectuais, ramo do Direito Civil, ou seja, pertencente a uma gama ainda mais abrangente que é o Direito Privado.

Direito intelectual é definido por Carlos Alberto Bittar como sendo "aqueles referentes às relações entre a pessoa e as coisas (bens) imateriais que cria e traz a lume", portanto os direitos intelectuais são obras do engenho que visam disseminar as idéias que foram externadas.

Francisco de Assis Cardoso Luçardo em processo que figurava no pólo ativo a empresa estados unidense "*The Walt Disney Company*" preleciona que

A propriedade intelectual compreende, assim, tudo quanto se origina do pensamento humano, seja com finalidade artística quanto literária, científica, educativa, lúdica, programas de computadores, ainda que com aplicação comercial ou industrial.

Didaticamente o direito intelectual subdivide-se em propriedade industrial e os direitos autorais. Comunga deste entendimento Carlos Alberto Bittar, José de Oliveira Ascensão, José Carlos Costa Neto e Eduardo Pimenta.

Ao reverso desta divisão, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda afirma que a expressão direitos autorais é sinônima de direitos intelectuais e em que pese provenha ambas do intelecto a destinação seria o fator determinante na nomenclatura. Assim, haveria a propriedade intelectual representada exclusivamente pelos direitos autorais e de outro lado à propriedade industrial.

Carlos Alberto Bittar distingue direitos :

esses direitos incidem sobre as criações do gênio humano, manifestadas em formas sensíveis, estéticas ou utilitárias, ou seja, voltadas de um lado, à sensibilização e à transmissão de conhecimentos e, de outro, a satisfação de interesses materiais do homem na vida diária.

Por fim, cumpre salientar em linhas distintivas que a propriedade industrial se refere:

às obras de cunho utilitário, consubstanciadas em bens materiais de uso empresarial, por meio de patentes (invenção, modelo de utilidade, modelo industrial e desenho industrial) e marcas (de industria de comércio, ou de serviço e de expressão, ou sinal de propaganda).

Enquanto, que os direitos autorais são obras destinadas à contemplação, ao prazer, à aquisição de conhecimento. O que distingue e distancia os direitos/ propriedade

industrial é que esta possui de imediato um certo *status* de utilidade e seu principal foco é o empresarial.

Direito autoral, recorrendo ao conceito encartado na obra clássica de José de Oliveira Ascensão: "é o ramo da ordem jurídica que disciplina a atribuição de direitos relativos a obras literárias e artísticas". Ainda esclarece em linhas conclusivas que Direitos autorais é o:

conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou cientificas, de alguma originalidade: de ordem extrapecuniária, em principio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado.

O Direito Autoral ocupa relevante importância, tanto que já conquistou o *status* de ramo autônomo dentro do direito privado. Possui autonomia didática, visto que em muitos centros de ensino superior já existe a disciplina apartada e cursos específicos, princípios próprios e legislação específica.

Porém, por óbvio nem sempre foi tal qual se apresenta, sua evolução histórica é marcada inicialmente pela invenção da imprensa. Por certo que não somente as obras escritas que são tuteladas pelo direito autoral, porém foram nestas que surgiu o interesse de salvaguardas direitos. Assim, a partir da invenção da imprensa, e, principalmente a partir da publicação de livros que se fez necessária tal tutela.

Em que pese se reconheça como marco importante a invenção da imprensa, o fato histórico preponderante foi em 1710, com a criação da primeira lei específica de proteção do *copyright* na Inglaterra, sendo seguida da Dinamarca a qual coube ser a primeira a legislar sobre o direito de autor em 1741.

Insta traçar neste passo, a salutar distinção entre as regras do *copyright* do direito anglo-saxão para o direito do autor europeu, este último adotado no Brasil. Traduzindo a expressão do modelo anglo-saxão já evidencia sua diferença, enquanto que a primeira prevê direitos da obra em si, ou seja, a coloca em posição de destaque na tutela, o modelo europeu centraliza no autor a proteção.

Posteriormente demais legislações eclodiram por toda Europa, o que ensejou uma proteção em nível internacional, que somente foi possível em 1886 com a Convenção de Berna, que foi o primeiro acordo internacional a disciplinar a matéria.

Na Convenção de Berna já existia previsão "São protegidas como obras originais, sem prejuízo dos direitos do autor da obra original, as traduções, adaptações, arranjos de musicais e outras transformações de uma obra literária ou artística." Destacando a originalidade como característica essencial para proteção.

Após com o Acordo de Berlim de 1908, passou a existir proteção não somente aos direitos patrimoniais, como também os direitos morais, o que via de consequência significa tutela dos direitos da personalidade. Como se observa no art. 6 *bis*:

Independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo depois da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra, ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação.

Com relação ao Brasil, impossível não citar a norma que instituiu o cursos superiores de 1827, fixou também os Direitos Autorais aos lentes, que era constituído da exclusividade e titularidade sobre a obra pelo prazo de 10 anos. *A posteriori*, o direito nacional passou a prever legislativamente no Código Criminal do Império de 1930 e na Constituição de 1891.

Superado as breves notas com relação ao conceito de direitos autorais e sua evolução histórica, outro conceito necessita ser analisado, qual seja: o de autor.

Por autor o artigo 11º da Lei 9.610/98 preceitua "é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica". Vale ser evidenciado em rápida análise, que apenas a pessoa física poderá criar.

Contudo, poderá a pessoa jurídica ser detentora do direito autoral, com fundamento no parágrafo único do artigo 11 e artigo 5º, inciso VIII, alínea *h* da Lei de direitos autorais.

E as obras intelectuais que possuem proteção estão dispostas no artigo 7º da Lei n.º 9.610/98, que são as "criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro".

Para melhor ilustrar a legislação específica traz um rol exemplificativo de quais obras poderão ser tuteladas pelos Direitos Autorais nos incisos seguintes, que em síntese denotam as possíveis formas de ser externadas as obras do intelecto.

Em linhas gerais, o direito autoral é o conjunto de normas, princípios atinentes da relação autor e obra, está última sendo considerada a emanação/ exteriorização de uma idéia. Nota-se que a simples idéia não é tutelada até que exista a exteriorização, ou como prefere Pontes de Miranda seja especificada.

2. Direitos da Personalidade do autor

Se os Direitos Intelectuais cinge-se em Direito Autoral e propriedade industrial, os Direitos Autorais não se mantém estanques a novas divisões para melhor compreensão.

Neste norte, tem-se que os Direitos Autorais se bifurcam em Direitos Patrimoniais e Direitos Morais, sendo que os Direitos Morais são essencialmente Direitos da Personalidade que possui o autor, além de outros que possa surgir estão descritos no artigo 24 da Lei n.º 9.610/98.

Como já alhures vislumbrado o conceito legal de autor, surge a necessidade de conceituar direitos da personalidade, para que juntos possa haver um melhor entendimento do que são e como se consubstanciam os direitos da personalidade do autor.

Adriano de Cupis assevera que os direitos da personalidade são os "direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo".

Tais direitos atrelados a personalidade do ser humano, constituem o mínimo necessário, o que sugere o caráter essencial ao ser humano.

Carlos Alberto Bittar, seguindo a teoria jusnaturalista, averba:

direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta –, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária –, e dotando-os de proteção própria.

Os direitos da personalidade, portanto, independente da existência do Estado já são pré-concebíveis, pois este só regulará *a posteriori*, tais direitos não dependem do Estado para existirem, são inatos ao ser humano.

Em que pese os direitos autorais somente passarão a existir no mundo do Direito a partir do nascimento da obra, ou seja, da exteriorização das idéias, a categoria a qual pertence os direitos da personalidade não perde seu *status* de inato ao ser humano.

Aporta Carlos Alberto Bittar que "os direitos morais são reconhecidos em função do esforço e do resultado criativo, a saber, da operação psicológica, com a qual se materializa, a partir do nascimento da obra, verdadeira externação da personalidade do autor."

Silvio Romero Beltrão acerca do conceito e adotando os ensinamentos de José Enrique Bustos Pueche preleciona que os direitos da personalidade é "categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas".

Em relação aos direitos da personalidade do autor, vale rememorar que começaram a ser reconhecidos primeiramente pela jurisprudência francesa que foi pioneira neste assunto, como aponta Carlos Alberto Bittar, quando da existência de um contrato com um pintor este se recusou a realizar uma determinada obra, entre a obrigação de fazer e os direitos da personalidade este último teve a preferência.

Importante destacar que o direito autoral é dúplice em relação a natureza jurídica, visto que,

representa uma relação jurídica de natureza pessoal-patrimonial, sem cair em qualquer contradição lógica, porque traduz numa fórmula sintetica aquilo que resulta da natureza especial da obra da inteligência e do regulamento determinado por esta natureza especial.

A esse respeito, Carlos Alberto Bittar leciona que os direitos autorais são

de natureza incorpórea, ou imaterial, ou intelectual, destinando-se a proteção jurídica a preservar a integridade da obra resultante e os liames que de sua relação com o autor

advém na defesa da personalidade do titular. A *ratio legis* e, assim, em ultima análise, a do resguardo à personalidade do homem-criador de obras estéticas ou utilitárias.

Pois a obra é considerada uma emanação de sua personalidade no momento em que provém de seu intelecto, de seu íntimo.

De outro vértice, não descaracteriza a existência de uma dupla função os direitos e consequentemente uma natureza jurídica diferenciada, Francisco de Assis Cardoso Luçardo adverte que

O produto da criação intelectual, embora secundariamente possa vir a ser objeto de lucro, originalmente consiste em uma necessidade vital de exprimir através de qualquer sinal externo as concepções, pensamentos, idéias e ambições de seu autor, independentemente de sua aceitação ao meio ao qual se dirige.

Portanto, considerado também direito pessoal, também denominado personalíssimo ou de personalidade.

E a legitimidade para exercer tais direitos será do autor, conforme estatui o artigo 22, com exceção das obras audiovisuais que caberão ao diretor e das obras que estão em domínio público que serão da união, nos demais casos podendo suceder por herança alguns deste direitos conforme expressa previsão legal no parágrafo 1º do artigo 24.

O artigo 24 da Lei dos Direitos Autorais traz o rol exemplificativo dos direitos morais do autor, que em síntese são: o direito de reivindicar a paternidade da obra do intelecto e de dar nome a esta, que poderá ser reclamado a qualquer tempo, o de conservação do ineditismo, de assegurar a integridade da obra, de modificação da obra, de retirar de circulação em certos casos e de ter acesso a exemplar único e raro.

Características destes direitos estatuídas pela norma é que são inalienáveis e irrenunciáveis, segundo o artigo 27 da Lei n.º 9.610/98. O autor poderá até mesmo ceder o direito de uso com exclusividade, mas resguardará para si certos direitos, a exemplo: o de reclamar pela integridade desta.

O Direito Moral do autor há que ser preservado, pois o “elemento moral é a expressão do espírito criador da pessoa, com reflexo da personalidade do homem na condição de autor de obra intelectual” Quando existe uma violação de um direito moral, via de consequência estará violando também a personalidade do detentor.

Neste mesmo sentido, Dannielle Annoni e Marcos Wachowicz, prelecionam que é “preciso ter-se claro que os direitos morais do autor representam o vínculo que une o criador à sua obra, o artista à sua arte, tornando-se uma amalgama em que a obra é emanação da personalidade do seu criador”

Para ter proteção como Direito Autoral, necessário ter alguns requisitos alcançados. Neste ponto, vale citar os itens apresentados por Henry Jessen: “a) pertencer ao domínio das letras, das artes ou das ciências; b)ter originalidade; c) achar-se no período de proteção fixado pela lei”

O primeiro tópico excetua-se das obras de intelecto como já mencionado anteriormente apenas a propriedade industrial, pois como o item demonstra serão protegidas as obras literárias, artísticas ou científicas, conceito já apresentado neste.

Em relação à originalidade é notório que não precisa necessariamente ser obra inovadora, porém deve ser original, deve ser nova para o mundo, pois se não o for, estará ao invés de ser protegida pelo Direito Autoral, constituirá uma infração a este.

E por fim, estar no período legal compreendido, que no caso do Brasil será de até setenta anos do falecimento do autor, no caso de direitos patrimoniais advindos da obra.

Malgrado o autor supracitado apresente como requisito da tutela dos Direitos Autorais o prazo, podendo ensejar erroneamente entendimento em relação aos Direitos da Personalidade, estes vale esclarecer são imprescritíveis.

3. Consequências da violação dos direitos da personalidade do autor

Primeiramente cabe aduzir que os Direitos Autorais estão previstos de forma expressa na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXVII, no artigo 184 do Código Penal e na Lei n.º 9.610/98, e que tais institutos serão acionados sempre que se encontre diante de uma violação.

Frente ao descumprimento de algum direito elencado na Lei 9.610/98, surgirá violação aos Direitos Autorais. Com a violação a tais direitos surgirá a necessidade premente de reparação ante a tal ofensa.

Como é comumente conhecida a reparação poderá ser realizada nas três esferas: administrativa, cível e penal.

Contudo antes de analisar qual esfera será apurada a infração cometida, torna-se mister se a apuração violou direito patrimonial ou pessoal, visto a dupla natureza deste.

Caso tenha ocorrido dano, ou seja, tenha atingido o direito patrimonial ou moral do autor, este deverá ter a respectiva reparação. A prática forense tem demonstrado que as violações mais recorrentes são: a contrafação e o plágio e a utilização indevida, visto que o ofensor poderá violar direito autoral sem propriamente reproduzir a obra, mas utiliza-la de forma indevida, porém em casos de plágio, principalmente acadêmico poucas são as vezes que o caso é levado ao Judiciário.

Contrafação é segundo o inciso VII do artigo 5º reprodução não autorizada, enquanto que plágio é quando uma obra “não acusa originalidade bastante para a diferenciar inteiramente da obra lesada, o plágio existe e deve ser punível, embora o plagiário imprima aos seus atos um caráter pessoal de certa forma, original.” Conforme se denota na maioria dos casos é a intenção de disfarçar a obra plagiada o que não descaracteriza a violação.

No âmbito cível, Elimar Szaniawski destaca que ao lesado ou propenso lesado pode ter seu Direito da Personalidade resguardado com as tutelas inibitórias e reparatórias. Desta forma, focando em Direitos Autorais, a violação ou futura e possível violação do Direito Moral do autor poderá ensejar ou tutela inibitória, cessando os atos que ofende direito

autoral e/ou tutela reparatória com fundamento nos já conhecidos artigos 12, 156, 927 do Código Civil com aplicação combinada do artigo 107 da Lei 9.610/1998.

Roberto Correa de Melo apresenta um rol diferenciado, constando de ação indenizatória, declaratória, interdito proibitório; busca e apreensão civil.

Contudo a este respeito, frise-se que o interdito proibitório apesar de poder constituir face à também característica patrimonial deste direito não poderá ser manejado, visto que o próprio Superior Tribunal de Justiça já pacificou a questão editando a Súmula 228, que afirma: "É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral.".

No caso das outras medidas estão previstas e são consideradas admissíveis de acordo com os artigos 102 e seguintes da Lei de direitos autorais, a citar: apreensão de obra fraudulenta e de valores advindos desta, pagamento de multas, perdas e danos.

Por derradeiro, existe ainda a tutela penal a ser exposta, está presente na figura típica do artigo 184, sendo que o tipo penal é "Violar direitos de autor e os que lhe são conexos", portanto, norma penal em branco, portanto, prescinde para aplicação o conceito de direitos de autor que a legislação específica empresta.

Existindo infração, o ofendido poderá insurgir contra o ofensor, através de uma "*notitia criminis"*, nos casos previstos nos parágrafos 1º e 2º do artigo 184 e no caso da forma simples do crime previsto no "*caput*", através de Ação Penal Privada, conforme estabelece o artigo 186 do Código Penal.

4. Considerações finais

Os direitos da personalidade do autor, entendidos como os direitos morais devem ser tutelados com esteio na dupla natureza que os mantém, sendo considerado por muitos um direito "*sui generis"* por ter ao mesmo tempo em sua natureza, um direito da propriedade e um direito pessoal ou personalíssimo.

Quando da violação de um direito elencado na Lei n.º 9.610/98 restará ao lesado medidas administrativas e judiciais a serem utilizadas.

No que tange aos direitos da personalidade do autor, estes geralmente se reveste-se de sanção cível pelo maior interesse da vítima, ter reparado o dano material e imaterial, na administrativa muitas vezes solicitar que a utilização indevida dos direitos seja adequada ou retirada, e no direito penal caberá a Ação Penal Privada, erigida no artigo 184 do Código Penal.

Cabendo como legitimado a vítima, o autor da obra ou no caso de ser um bem objeto de uma sucessão aos herdeiros que sucederam, com vistas a resguardar a personalidade do autor que se manifestou em sua obra de intelecto externando suas idéias.

5. Referências

ANNONI, Danielle; WACHOWICZ, Marcos. *Estudo sobre o direito da personalidade e a tutela dos direitos autorais. In*: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF p. 6380 – 6397.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade:* de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CHAVES, Antônio. *Direito do autor:* princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COSTA NETO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil.* São Paulo: FTD, 1998.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado.* v. 12, São Paulo: Brookseller, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 2.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 19.866-0 - RS - (92.0005784-5) - Relator: Exmo. Sr. Ministro Costa Lima. 5. Turma. Publicado no DJ em 18 de maio de 1992.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 3.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 20.

COSTA NETO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil.* Coord. Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1998. p. 20.

PIMENTA, Eduardo. *Princípios de direitos autorais:* um século de proteção autoral no Brasil – 1898-1998. Rio de Janeirio: Lúmen Júris, 2004. p. 16.

MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. v. 12, São Paulo: Brookseller, 2002. p. 143.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 2-3.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 3.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 15.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 17.

Vide as pós-graduações *lato sensu* existentes neste ramo do conhecimento.

Neste sentido: Carlos Alberto Bittar e José de Oliveira Ascensão.

CHAVES, Antônio. *Direito de autor:* princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 26.

BRASIL. *Ministério da Justiça.* Convenção de Berna. Disponível em: . Acesso em 15 de ago. 2009.

BRASIL. *Ministério da Justiça.* Convenção de Berna. Disponível em: . Acesso em 15 de ago. 2009.

CHAVES, Antônio. *Direito de autor:* princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 28.

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

Com relação o rol do artigo 24 da Lei n.º 9.610/98 este é apenas exemplificativo, assim como também o presente nos artigos 11 a 21 do Código Civil, pois desta forma garante-se com maior eficácia do Direito frente a evolução da sociedade.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade.* Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. p. 23-24.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 7.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 46.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade:* de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005. p. 25.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 45.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 6.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 146-147.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 19.866-0 - RS - (92.0005784-5) - Relator: Exmo. Sr. Ministro Costa Lima. 5. Turma. Publicado no DJ em 18 de maio de 1992.

Com relação ao ineditismo, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial em que Cassiano Gabus Mendes ingressou em juízo pleiteando danos morais por ter a revista "Tititi" infringido o ineditismo anunciando os acontecimentos do capítulo final de uma obra televisa (novela). EMENTA: - DIREITOS AUTORAIS. Novela. Desfecho antecipado por publicação em revista. Reprodução "ipsis litteris" de boa parte do "script" do último capítulo, inédito. Ausência de autorização do autor. Conduta que não encontra abrigo ou respaldo nos direitos de citação ou informação. Enriquecimento sem causa. Configuração. Indenização devida nos moldes do art. 122 da lei nº 5.988/73. Recurso provido. *In:* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.

23.746-8 - SP - (92.0015293-7) - Relator: Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. 4. Turma. Publicado no DJ 02 de out. 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 144.
ANNONI, Danielle; WACHOWICZ, Marcos. *Estudo sobre o direito da personalidade e a tutela dos Direitos autorais. In:* Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.?

Apud COSTA NETO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil.* Coord. Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1998. p. 56.

COSTA NETO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil.* Coord. Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1998. p. 188.

COSTA NETO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil.* Coord. Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1998. p. 189.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 247-251.

Apud COSTA NETO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil.* Coord. Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1998. p. 195.

AUTONOMIA E REPRODUÇÃO ASSISTIDA: UM CAMPO EM CONSTRUÇÃO*

AUTONOMY AND ASSISTED REPRODUCTION: A FIELD UNDER CONSTRUCTION

Alan Rocha de Souza
Raul Murad Ribeiro de Castro

RESUMO

O caráter absoluto e completo do Direito Privado oitocentista, representado pelos grandes códigos não foi capaz de resistir às alterações sócio-econômicas que se seguiram no pós-guerra. A disparidade de poderes entre os agentes sociais em detrimento da parte mais fraca denunciou o declínio do totalitarismo dos valores patrimonial e individualista e a, inevitável, perda de centralidade do Código Civil no ordenamento. Consequentemente, tem-se na Constituição de 1988 um novo diploma unificador, em patamar hierárquico mais elevado e consolidador dos valores tão ansiados pelo substrato social. A aposição da pessoa humana dotada de dignidade como centro do ordenamento abre espaço para o exercício da autonomia privada em uma série de interesses existenciais. Diante deste cenário, o fenômeno da reprodução assistida, em virtude da inexistência de regulamentação pertinente, se inscreve como um domínio notável para o adensamento crítico acerca da forma de gestão de riscos e distribuição de responsabilidades. Apresenta-se o termo de consentimento informado como representante da nova lógica - distanciada da sistemática contratual - a possibilitar o auto-regramento entre os atores envolvidos e, assim, a primazia do dever de informação.

PALAVRAS-CHAVES: AUTONOMIA PRIVADA; REPRODUÇÃO ASSISTIDA; CONSENTIMENTO INFORMADO; RESPONSABILIDADE CIVIL.

ABSTRACT

The absolute and complete character of XVIII century private law, represented by large codes has not been able to resist the socio-economic changes that followed in the postwar period. The disparity of power between social agents to the detriment of the weaker party denounced the decline in asset values of totalitarianism and individualism and the inevitable loss of centrality of the Civil Code in the legal order. Consequently, the 1988 Constitution is the new unifying law, hierarchically higher and consolidating the values demanded by society. The inclusion of the human person endowed with dignity as the center of the legal order makes room for the exercise of autonomy in a series of existential situations. In this scenario, assisted reproduction, due to lack of directly applicable relevant legislation, qualifies as a special area of study for a dense and critical on risk management and allocation of responsibilities. It presents the informed consent form as representing the new logic - far removed from the contractual

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

scheme - to permit the self-regulation among the parties involved and so, the primacy of due information.

KEYWORDS: PRIVATE AUTONOMY; ASSISTED REPRODUCTION; INFORMED CONSENT; CIVIL RESPONSIBILITY.

Introdução

A autonomia privada, assim como a maioria dos valores e institutos civilistas, tornou-se foco de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais após a mudança do paradigma estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo após a promulgação da Constituição da República de 1988. A vigente orientação constitucional de proteção integral à dignidade da pessoa humana, tornando-a valor cardeal na construção unitária da ordem nacional, impôs uma (re)compreensão da autonomia erguida a partir dos princípios esculpidos naquele diploma.

Se antes restrito ao domínio meramente patrimonial, o atual entendimento da autonomia privada como instrumento de expressão e concretização da dignidade da pessoa humana estende sua compreensão e efeitos sobre as situações existenciais, nas quais surgem casos de uma maior necessidade de proteção desta, de forma a melhor atender às exigências do desenvolvimento humano.

A compreensão contemporânea da autonomia privada desvincula-se do mero conteúdo patrimonial, integrando tanto as relações de caráter negocial e existencial, com conteúdo patrimonial ou extrapatrimonial, exercidos de modo concorrente ou não, encontrando, contudo, seu fundamento e limitação na "realização de um valor constitucional"[1].

Diante deste cenário, o fenômeno da reprodução assistida se inscreve como um domínio notável para o adensamento crítico acerca das confluências entre o exercício da autonomia nas situações patrimoniais e existências - em virtude da inexistência de regulamentação pertinente, do contexto de obscuridade dos dados, do predomínio de usuários no setor privado de medicina e da crescente mercantilização no qual se insere o campo da tecnologias reprodutivas no Brasil. Sem desconsiderar ainda a fragilidade emocional dos pretendentes a genitores, que além do desejo individual cerceado por dificuldades de gerar naturalmente, seja por motivos de ordem clínica ou não, são também pressionados pelo ideal de reprodução e filiação socialmente estabelecidos.

Em respeito, desse modo, à dignidade e autonomia dos envolvidos surge como método apropriado para minimizar os possíveis problemas decorrentes da utilização das técnicas de reprodução assistida os termos de consentimento informado, que influenciado por uma nova tábua de valores passa a constituir como um processo que resguarda tanto os interesses dos genitores - informação e conhecimento sobre os riscos, benefícios e alternativas -, como da equipe médica, que com a observância do dever de informação,

atende aos princípios da confiança e boa-fé, ínsitos à nova caracterização da relação entre médicos e pacientes. Isto sem considerar os efeitos sobre a pessoa em potencial.

A superação do paternalismo impõe, com efeito, novas responsabilidades à classe médica, a partir do momento em que o paciente se tornou autônomo e consciente para a tomada de decisões terapêuticas, somente possível a partir das informações e esclarecimentos fornecidos pelo médico. Desse modo, supera-se, inclusive, o debate em torno da teoria objetiva e subjetiva na responsabilidade civil da equipe médica envolvida no ciclo da reprodução assistida, posto que as tentativas de parte da doutrina em aplicar a responsabilização objetiva nestas hipóteses, descaracterizaria a intrínseca natureza de obrigação de meio, já que estas técnicas representam um tratamento paliativo.

Assim, dirige-se esse estudo à análise dos contornos da autonomia privada frente aos desafios da regulamentação e validade dos termos de consentimento informado na área da reprodução assistida, questionando seus efeitos sobre a responsabilização civil médica a partir da nova lógica cooperativa e solidarista a influenciar a díade médico-paciente.

1. O descortinar de um novo paradigma

O Direito Privado do século XIX era marcado, como um todo, por ser de forma completa e absoluta o estatuto dos particulares. Representado pelas grandes codificações oitocentistas – e até mesmo confundindo-se em natureza com elas – ele caracterizava-se por, preliminarmente, regrar, através de sua sistemática privada, os limites do Estado frente à atividade privada,[2] dispondo sobre direitos civis e cidadania. Além disso, tal forma de organização jurídica preocupava-se em consolidar e regrar única e exclusivamente a conjuntura histórica preponderante, com a filiação à concepção patrimonial da vida.

Em conseqüência, a seara privada assumiu uma conotação de exaltação do indivíduo sob a ótica econômica, de modo que a tutela dele era realizada por meio da proteção de sua atuação naquela atividade. Figuravam como pilares fundamentais a propriedade e o contrato, como instrumento de dinamização do mercado e, assim, à consecução dos valores mais elevados do ordenamento.[3] Desse modo, embora houvesse o senhorio da vontade, derivado do direito subjetivo, este era enaltecido apenas na atribuição de o sujeito livremente realizar avenças de cunho patrimonial.

No entanto, transformações na estrutura econômico-social iniciaram a deterioração do panorama jurídico vigente. O nascimento progressivo da sociedade de massas e a contínua e crescente desigualdade entre os agentes sociais ao indivíduo passaram a demandar do Estado uma nova conduta, não mais baseada na não intervenção nas relações interprivadas, e sim que visasse garantir o ideal, já tão desvirtuado, de justiça, balanceando as liberdades individuais e necessidades sociais.[4]

Nesta toada de conclamação social por melhores condições de participação nos atos da vida privada, seguindo uma tendência marcadamente conhecida nos ordenamentos ocidentais, surgem no brasileiro normas alheias ao Código Civil, posto que, em virtude de seu pretenso caráter de estabilidade, este não se coadunava com a idéia de alteração constante. De início foram editadas leis extraordinárias, as quais apenas visavam regrar pontualmente certas temáticas, não comprometendo o caráter central do Código. Ocorre que, com o aumento exponencial de distinção entre a conjuntura social e os valores prescritos naquela sistemática codificada, posteriormente surgiram leis especiais cada vez mais vigorosas e consistentes, regulando de forma completa matérias antes exclusivas do Código. Não obstante isso, como ato final da encenação unificadora da codificação, emergiram estatutos jurídicos de regulamentação exaustiva de certos temas específicos, compostos por uma linguagem mais setorial, normas de promoção de novos valores – e não apenas sancionatória –, e cláusulas gerais em detrimento da taxatividade, ou seja, uma técnica legislativa completamente diferenciada da então prevalecente.[5]

O Código Civil deixa por absoluto de afigurar-se como instrumento unificador do sistema jurídico das atividades privadas. A proliferação destes diplomas legislativos com valores e formas de regulação inteiramente diferentes do paradigma vigente à época, e ainda dominante no Código Civil de 1916, apesar de procurar atender aos anseios sociais, gera uma crise aparente na Ciência do Direito, assim entendida como um sistema. Viola-se com um só ato os dois fundamentos desta idéia do Direito: adequação e unidade.

O primeiro, consectário do postulado de justiça e do princípio da igualdade, deriva basicamente da idéia de ordem inerente à ciência sistemática geral, expressando-se no Direito como um dever de o jurista, na produção de norma abstrata (legislador) ou concreta (juiz), sempre retomar os valores primários do ordenamento, adequando-a a eles[6]; de modo que atua como flagrante infringência a ele a existência de valores diametralmente opostos à suposta posição de base do sistema, como o individualismo patrimonialista do Código Civil e a proteção aos consumidores hipossuficientes do Código de Defesa do Consumidor.

Enquanto o segundo, também intimamente conectado à igualdade e à justiça, porém em sua tendência generalizadora, complementa o anterior para impedir a presença de contradições no sistema, pela via do afastamento do foco das variadas minúcias do caso concreto, para um grupo seleto de princípios gerais[7]; sendo contrária a ele a existência de microssistemas principiologicamente autônomos e sem conexão unificadora alguma.

Em meio à situação que se formava, outra solução não havia que não a transposição do núcleo central do ordenamento para outro diploma com força jurígena suficiente para abarcá-lo. Apresenta-se, então, ao intérprete, a Constituição de 1988. Documento capaz de reunificar o sistema, direcionando o paradigma para a tábua axiológica nela democraticamente estabelecida[8]. A própria consciência da necessidade de unidade do ordenamento, aliada à posição privilegiada da *lex matter* no sistema de fontes normativas foi capaz de pouco a pouco fundamentar o reconhecimento dos princípios daquela como hábeis para solver as antinomias – decorrentes das inúmeras legislações especiais –, e anomias, oriundas da impossibilidade de o legislador conseguir acompanhar a força criativa inovadora do substrato social.

Ainda, a preeminência da normativa constitucional ultrapassa o mero fundamento assentado na pura reivindicação de um ordenamento uno e hierarquicamente coerente, para denunciar também o declínio do Estado de Direito meramente formal[9], de modo a compreender elementos normativos substanciais e atuar como justificativa dos institutos da legislação ordinária, os quais devem se harmonizar com os valores nela previstos – se funcionalizado aos mesmos[10] – sendo superada, assim, a tradicional *summa divisio* entre público e privado.

O diploma constitucional passa a apresentar uma tríplice dimensão[11]: formal, caracterizada pelas regras e princípios previstos na Carta; material, referente aos que derivem implicitamente daqueles; e, prospectiva, representativa da sua penetração no ordenamento, imputando novo sentido ao discurso jurídico.

Sob essa nova via unificante e funcionalizadora, verifica-se que não podem subsistir como supremos os valores liberais patrimoniais e individualistas decorrentes do antigo centro do ordenamento. A inspiração claramente social e humanitária da Constituição de 1988 resultou na previsão em seu artigo 1º, III do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, e no artigo 3º, I, da solidariedade como objetivo fundamental da República.

A consagração desses dois valores/princípios como alicerce e fim maiores do ordenamento, respectivamente, impulsionou o intérprete a uma nova hermenêutica, em vistas da busca pela superação da concepção antropológica liberal pela social da pessoa humana[12]. Tal opção do legislador constituinte pôs a pessoa como centro das atenções do ordenamento jurídico, o qual, informado direta ou indiretamente pela Constituição, volta-se para a garantia de seu desenvolvimento. Os próprios princípios constitucionais de livre iniciativa (art. 1º, IV, CRFB) e outros referentes à ordem econômica privada (art. 170, CRFB) passaram a retirar sua legitimidade daquela tábua axiológica[13].

Diante disso, vislumbra-se que as situações subjetivas juridicamente relevantes – a eficácia de um fato relativa a um centro de interesses – não mais podem ser apreendidas apenas sob as óticas individualista e do interesse patrimonial, típicas do direito subjetivo, o qual, apesar da atribuição de preponderância equivocadamente pela doutrina clássica, apresenta-se somente como uma das formas de expressão daquelas.

A uma porque o ordenamento pátrio, polarizado pela Constituição, molda as situações subjetivas à função social e de respeito à pessoa humana, limites internos – e não externos – que participam da própria constituição das situações, tendo perdido espaço o arbítrio da vontade; e, a duas, pelo fato de que na legislação superior vigente encontram fundamento tanto interesses patrimoniais, quanto existenciais, sendo estes, ainda, paradigma para a funcionalização daqueles.[14]

Assim, com esta apreensão de situações subjetivas e o direcionamento da tutela a elas destinada pelo ordenamento, vê-se que dependendo do interesse legítimo expresso em uma relação jurídica, o elemento volitivo, ou melhor, a autonomia privada, voltar-se-á para a consecução de fins patrimoniais ou existenciais, ambos com assento Constitucional, seja na liberdade de contratar, seja na dignidade da pessoa humana. O poder geral de disposição – utilizado na acepção da possibilidade de o indivíduo regular seus próprios interesses, estabelecendo efeitos constitutivos, modificativos e extintivos –, em que pese a associação pretérita da doutrina com as questões puramente

econômicas, apresenta-se como meio para a plena concretização das potencialidades do ser[15], sendo necessário um espaço de atuação em uma "perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada"[16], podendo "realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor lhe convier".[17]

Nesta perspectiva, tendo ainda em conta a concepção cultural do Direito, vê-se que a mudança dos valores ético-sociais e, por conseguinte, do paradigma jurídico direcionou a tutela do ordenamento também para valores não patrimoniais, inerente à pessoa humana, não fazendo mais sentido a vinculação exclusiva entre patrimonialidade e autonomia, cujo respaldo jurídico estava na conjuntura codicista de prevalência do ideal liberal dos séculos XVIII e XIX. A autonomia continua a expressar-se como forma de auto-regulação individual fundada na negociabilidade – avença entre as partes –, voltando-se, porém, a outros interesses dantes não previstos pela legislação de outrora.[18]

Outrossim, a compreensão da autonomia sob essa ótica ampliativa, cujo conteúdo atrela-se à possibilidade de regulamentação de interesses patrimoniais ou existenciais e não nestes especificamente[19], acarreta uma alteração não meramente quantitativa de sua percepção, mas qualitativa[20], visto que a modificação do seu objeto, com o início da proteção jurídica dos bens existenciais e a funcionalização daqueles economicamente avaliáveis em conta destes, da coisa para a pessoa, demanda a reconstrução das categorias de direito privado, o estabelecimento de novos parâmetros e limites de tutela.

No entanto, embora haja certo consenso doutrinário a respeito da inserção das situações subjetivas existenciais como interesses legítimos suscetíveis de serem abarcados pela autonomia, ainda é insuficiente, e em muitos casos conflitante, a reflexão doutrinária acerca da mudança desse paradigma relativamente ao exercício da auto-regulamentação, à assunção de riscos e, conseqüentemente, dos modos de responsabilização. Certo é que naquelas situações há um volume maior de normas cogentes do que em relação às patrimoniais[21], porém, mesmo assim é dada difusamente ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente, podendo exprimir sua vontade em situações de alta complexidade, como no acesso às técnicas de reprodução assistida.

2. Os obstáculos ao consentimento informado

A mudança relativamente consolidada do parâmetro central do ordenamento brasileiro – com a transposição da propriedade (ter) para a personalidade (ser), e a aceitação da possibilidade de atuação autônoma do indivíduo nesta nova seara que se descortina – só fez alimentar um dos tópicos do discurso Bioético há muito em pauta: a necessidade do fornecimento do que se denomina de consentimento informado ou livre e esclarecido por todos aqueles indivíduos participantes da relação médico-paciente.

Tais questões a respeito da preocupação com a promoção da participação ativa do paciente na relação com o profissional da área de saúde tornam-se sobremaneira relevantes quando têm como referência situações em que são empregadas tecnologias avançadas, capazes não só de trazer inúmeros benefícios, mas também preocupações e

malefícios. A reprodução humana assistida, representada pela prática em maior destaque atualmente da fertilização *in vitro*, compõe um desses casos, visto que este procedimento é composto por uma série de fases – hiperestimulação hormonal, coleta de óvulos, fertilização, transferência do embrião para o útero, implantação, gravidez clínica e nascimento – cujas perdas e falhas incapazes de serem controladas, submetem à mulher e o futuro bebê a verdadeiros riscos à saúde.[22]

O Consentimento informado foi inicialmente pensado como uma forma de humanizar as pesquisas que se realizavam no meio científico com seres humanos. O primeiro documento a se referir a ele foi o Código de Nuremberg de 1947[23], motivado pelas violações à dignidade cometidas na 2ª Guerra Mundial. Anos depois, o mesmo foi adotado pela Associação Médica Mundial por meio da Declaração de Helsinque[24] e também pela Organização Mundial da Saúde, através das Diretrizes Internacionais para a Pesquisa Biomédica em seres Humanos[25], referindo-se ainda apenas à pesquisa. Contudo, com o foco dos debates éticos cada vez mais na pessoa, aliado à crescente minimização da confiança[26] entre médico e paciente, aquele passou a ser largamente adotado na medicina clínica.

Não demorou a se verificar, tanto em âmbito internacional como nacional, a importância do consentimento informado para o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, como se observa pelas propostas da Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (ICPD) de 1994 e da Conferência Mundial sobre a Mulher de 1995[27], bem como pela edição da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina[28], que prescreve ser esse formato de consentimento o instrumento capaz de garantir a eticidade na prática clínica de reprodução humana assistida, a qual, apesar do caráter meramente deontológico de auto-regulamentação da área médica, é o único diploma no ordenamento pátrio regulador da temática de tomada de consentimento nessas situações.

Apesar da literalidade do termo em questão, sua significância interior extrapola o sentido gramatical. Fundado no novo paradigma, isto é, no dever moral (e legal) de respeito à liberdade individual para questões também existenciais, este altera qualitativamente os caracteres para a validade de uma decisão da parte submetida a um tratamento/pesquisa médico. Somente o seria assim caso o indivíduo houvesse recebido todas as informações necessárias, entendido-as, para, com base nelas, deliberar sem a existência de qualquer espécie de coerção, influência, indução ou intimidação.[29]

Diante de tal definição, vê-se que na composição do consentimento informado devem estar presentes os seguintes elementos: informação, compreensão, voluntariedade, competência e consentimento[30]. Há que se informar minuciosamente à pessoa – de forma clara, objetiva e em linguagem compatível – os riscos, benefícios e tratamentos alternativos, os quais deverão ser submetidos a um questionamento crítico com fins ao pleno entendimento. Por fim, aquele sujeito não somente capaz de direito, mas também de fato, ou seja, com a devida competência para assimilar os dados que lhe são expostos, irá, completamente livre de pressões externas, decidir como melhor lhe convier. O quinto caractere é omitido por parte da doutrina, por ser considerado uma conseqüência lógica desta situação, a decisão que ao final será tomada.

Disso, deflui ainda que a tomada do consentimento informado afigura-se como um processo em contínua e dinâmica formação[31]. O termo escrito, composto das cláusulas e assinaturas do médico e paciente, é apenas um meio de formalização e obediência à

legislação em vigor, não se resumindo todo processo a ele, de modo que o surgimento de outros fatores após a aposição dos nomes no termo não obstará, em momento algum, a obrigação do médico de informá-los ao paciente. Em verdade, mais importa a interação entre médico e paciente, o estabelecimento de uma relação de confiança, mediante a participação ativa de ambos – facilitada pela comunicação oral –, à elaboração fria e impessoal de um documento escrito, afastando-se da lógica contratual do *pacta sunt servanda*.

Ocorre que, em que pese os esforços para uma definição segura dos critérios de validade do consentimento informado, a realidade fático-social flagrantemente destoa do campo teórico, seja quanto à forma de informar e averiguar a compreensão dos sujeitos, seja relativamente ao mutualismo entre os atores envolvidos, tornando premente um repensar acerca das formas de efetividade do instituto.

Comumente o termo de consentimento informado é utilizado como uma prática defensiva do prestador de serviço médicos, redigindo-se um documento padrão, com texto genérico e linguagem técnica inacessível[32]. O processo relacional de construção da confiança e disposição das informações necessárias para que o paciente construa seu correto julgamento sobre a aceitação ou não de determinado tratamento é substituído por um simples formulário contendo inúmeras cláusulas as quais ele poderá nunca vir a entender[33]. Assim, o que deveria vir como um novo procedimento de gestão cooperativa dos interesses da pessoa humana é reduzido aos princípios informadores da antiga sistemática contratual individualista e não solidária.[34]

Ainda, as peculiaridades intrínsecas à situação subjetiva existencial decorrente das práticas de reprodução assistida fazem com que alguns elementos caracterizadores do consentimento informado apresentem-se de forma relativamente própria, de modo que a utilização do termo de consentimento informado deve ser adaptado a essas especificidades. Porém, encontra-se ainda indefinido na doutrina, e sem apreciação precisa na jurisprudência, o debate alusivo à expressão singular que os requisitos do consentimento podem possuir.

A ausência de normas cogentes na legislação brasileira relativas à formulação dos termos de consentimento informado, tanto especificamente ao tema da reprodução assistida, quanto em aspecto geral, deixa ao arbítrio das clínicas o formato de redação destes, bem como a escolha dos dados relevantes e o modo de seu fornecimento[35], afetando-se, sensivelmente, a configuração dos requisitos: informação e compreensão.

Mesmo que de forma irrefletida, ganha cada vez mais aceitação social não só a utilização da linguagem probabilística para a verificação da ocorrência de riscos e benefícios, como também da transferência da responsabilidade, em casos de insucesso, para fatores biológicos – material genético, condições da mulher – e outros inerentes à própria imprevisibilidade da técnica. Nesse contexto, faz-se presente uma certa naturalização das incertezas[36] como pretenso limite intrínseco – e supostamente inevitável – à ciência das circunstâncias relativas às práticas e à formação do entendimento do paciente.

Em paralelo, outro elemento do consentimento informado a demandar especial atenção é a voluntariedade. Em que pesem os ensinamentos de que a decisão individual deveria ser ausente de qualquer influência, traduzindo-se na expressão do próprio querer da

pessoa; na reprodução assistida são inúmeros os fatores externos intervenientes nesta deliberação. Não pode ser desconsiderado, por exemplo, o apelo propagandista das clínicas. A fragilidade emocional em que se encontram os casais a procura dos serviços daquelas é constantemente explorada por meio de palestras ministradas ao público gratuitamente, mídia impressa e eletrônica. A infertilidade é tratada como uma "dor insuportável", tendo na biotecnologia a possibilidade de "cura"[37], em que pese constitua um tratamento paliativo. As ressalvas relativas à limitação dos procedimentos feitas nos meios de acesso à informação, a exemplo de portais da Internet, perdem espaço diante das inúmeras fotografias de bebês saudáveis que são colocadas ao lado e do surgimento a todo momento de frases como "dividindo sonho...multiplicando alegrias..."[38], "Ser mãe. Nós realizamos o que você mais deseja"[39], "Nossa missão: realizar o sonho de ter filhos com o compromisso de oferecer um tratamento eficaz, diferenciado, individualizado e humanizado"[40].

Sob essa via, vê-se que na reprodução assistida a configuração do termo de consentimento informado assume um caráter próprio, no sentido de que a disposição particular de seus elementos irá inevitavelmente influenciar a apreciação da responsabilidade médica relativa ao dever de informação ao paciente.

3. A nova ótica da responsabilidade

A recente problemática do direito civil atual relativa ao tratamento das novas tecnologias e do impacto das mesmas sobre a pessoa humana está a influenciar de forma intensiva o âmbito da teoria da responsabilidade. Surgem no ordenamento, paralelamente a novos danos hábeis de serem ressarcidos, institutos processuais direcionados a tornar a busca pelo bem jurídico tutelado mais célere e efetiva[41]. A prevalência da cultura de valorização do desenvolvimento da personalidade concretamente considerado sobre o antigo individualismo abstrato patrimonial, com a conseqüente consolidação dos princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e justiça distributiva; faz com que se desloque o foco de responsabilização da aferição irrestrita de culpa do agente, para o ressarcimento do dano ocorrido à vítima.[42]

No entanto, quanto à responsabilidade civil por danos conseqüentes da prática profissional médica, incluindo as técnicas de reprodução assistida, há a permanência do apego à teoria subjetiva, mesmo que essa envolva a aplicação de métodos científicos relativamente novos. Embora se verifique, até mesmo pelo crivo do senso comum, que as inúmeras intervenções terapêuticas são capazes de gerar riscos ao paciente, a configuração da obrigação da atividade exercida pelo médico como apenas de meio faz com que se impeça que a este seja imputado o dever de garantir o ressarcimento pela ocorrência da álea, negando-se a aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Assim, a possibilidade de responsabilização deste profissional liberal tem fundamento nas normas dos artigos 951 do Código Civil e 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor em que deve ser perquirido o elemento anímico, representado pela negligência, imprudência ou imperícia, o que, a rigor, o põe a salvo de prejuízos provenientes de fatos imprevisíveis e alheios à má técnica.[43]

Em meio a isto, buscou-se, no ímpeto protecionista da pessoa humana, direcionar a responsabilização pelos riscos – não relacionados a erros em sentido estrito – das práticas médicas aos hospitais em que seja prestado o serviço.

Independente da justificativa da causa deste entendimento como ausência de uma reflexão aprofundada ou tentativa de promover maiores garantias ao indivíduo-paciente, os nosocômios passaram a, em um primeiro momento, ser inseridos no conceito geral de fornecedores e, assim, abarcados pela responsabilização objetiva, fundada na teoria do risco presente nas normas do art. 14 de parágrafos do Código de Defesa do Consumidor. Argumenta-se na doutrina que a exceção à regra geral da sistemática protetiva consumerista prevista para os profissionais liberais não pode ser estendida às pessoas jurídicas que eles integram[44], as quais exploram a saúde de forma tipicamente mercadológica através trinômio risco/custo/benefício.[45]

Ocorre que desde o ano de 2005, com julgamento do recurso especial nº 258.389 – SP, já se delineia na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a concretização da corrente contrária à imputação dos riscos da prática médica ao hospital. Apesar de ainda haver divergência entre os Ministros, estabeleceu-se recentemente um precedente na Segunda Seção, especializada em Direito Privado, nos autos do processo nº 908.359 – SC[46]. Tais estabelecimentos somente poderiam ter seu serviço caracterizado objetivamente como defeituoso caso esse esteja relacionado exclusivamente à atividade empresarial do hospital propriamente dita – assim considerada como estadia do paciente (internação), instalações físicas, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia) –, excluindo-se as conseqüências de atribuição técnico-profissional restrita ao médico[47], posto que o contrário culminaria na transmutação, *contra legem*, da obrigação de meio para uma de resultado.

Desse modo, nesse contexto de manutenção da mitigada responsabilidade do profissional médico, das clínicas e nosocômios, mesmo diante da promoção do indivíduo como fim do ordenamento e, em conseqüência, da relativa conservação da situação de desamparo jurídico dos sujeitos submetidos às mais variadas terapias frente aos riscos, cada vez mais presentes, que fogem ao controle da técnica; sobreleva-se a importância do consentimento informado, o qual ultrapassa sua primitiva apresentação de auto-regulamentação e respeito à autonomia do paciente, para expressar-se como uma forma eficaz de possibilitar à pessoa a assunção e gestão consciente dos riscos dantes tidos como infortúnios aceitados cegamente.[48]

Em contrapartida, a responsabilização passa a ser preconizada com fundamento na violação da obrigação de informar – dever anexo da boa-fé, considerado, assim, de forma não vinculada à qualquer elemento anímico –, de modo que o profissional não fornece certos dados relevantes para a tomada de decisão do paciente, os quais, se considerados, poderiam influenciar terminantemente para a não submissão à intervenção[49], ou seja, não se exige que o médico garanta o resultado – o que em geral realmente é inviável, mas que disponha à pessoa o direito, ou melhor, o poder de efetivamente saber a que lhe poderá acontecer, assumindo os riscos. No entanto, na doutrina, jurisprudência e legislação pátria o caminho a se trilhar afigura-se longo, posto que, diferentemente do direito comparado, não há ainda critérios estabelecidos que possam indicar quais riscos deveriam ser informados – se de acordo com a freqüência, gravidade, situação concreta do paciente, entre outros – bem como auxiliar na aferição dos efeitos ante a ausência de certos dados.

Por fim, acrescenta-se que, em que pese a formulação de critérios gerais, tal teorização apresenta-se eminentemente casuística, somente podendo ser compreendida se vinculada aos fatores sociais inerentes à prática terapêutica. Desse modo, não se poderá descurar na reprodução assistida o questionamento sobre a compreensão da linguagem probabilística e técnica voltada a alusão dos riscos, mesmo que esta prática seja socialmente aceita; assim como, se as estratégias de propaganda consubstanciadas em frases positivas e exposição de fotografias de bebês saudáveis são capazes de influenciar os futuros genitores a ponto de eles desconsiderarem os riscos ao embrião, como a chance em dobro de ter complicações cardíacas, neuromusculares e cerebrais.[50]

Considerações finais

Na presente conjuntura jurídica civilística encena-se um momento de redefinição de paradigmas. A gradativa modificação dos anseios do substrato social, acompanhada pela proliferação de legislações em descompasso com o parâmetro estabelecido pelo Direito Privado oitocentista acarretou a inevitável perda aparente de unidade do ordenamento. O Código Civil, imbuído principiologicamente pelo patrimonialismo e individualismo, não mais era capaz de figurar como centro normativo do direito privado.

Nesse contexto, sobreleva-se a importância da Constituição como fonte capaz de promover a reunificação axiológica do regramento pátrio. Não só o posicionamento hierarquicamente superior, mas também a consagração de valores tão almejados pela sociedade possibilitaram a aceitação deste diploma como novo marco interpretativo. A partir de então se substituiu a apreensão meramente formal do indivíduo, como sujeito em igualdade virtual com os outros de seu meio, pela configuração concretamente considerada do mesmo, com a atenção cada vez maior para suas peculiaridades.

Aquele sujeito de direitos passa a ser vislumbrado como pessoa humana dotada de dignidade tutelada pela legislação. A análise dos institutos passa a focar nas situações reguladas e não mais partindo do sujeito de direito abstrato A proteção desloca-se da via economicista para a preocupação com o pleno desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. Inclui-se, desse modo, as questões existenciais como interesses juridicamente relevantes, relativas a relações cujo conteúdo distingue-se da mera patrimonialidade.

Surgem, então, para a ciência jurídica situações subjetivas ausentes de regulamentação, como as interações entre os atores envolvidos nas práticas de reprodução assistida, posto que, diante do bem jurídico nelas envolvido, não se pode pretender aplicar a sistemática destinada àquelas carregadas com um cunho econômico. O próprio fato do estabelecimento da pessoa como objeto faz com que se verifique uma alteração qualitativa do conteúdo da autonomia, como exercício da negociabilidade e disposição de interesses custodiados pela estrutura jurídica.

A lógica contratual dá lugar ao termo de consentimento informado como via alternativa de auto-gestão e redistribuição de responsabilidades. Aos clássicos requisitos de validade, capacidade, objeto lícito e forma não prescrita ou defesa em lei, acrescenta-se

a competência, informação, compreensão e voluntariedade. A imprevisibilidade dos efeitos, tanto positivos quanto negativos, dessas técnicas gera a necessidade da ocorrência permanente de um processo informacional, que não se resuma à assinatura de um documento.

Ademais, a vigência no ordenamento da responsabilização apenas subjetiva na seara médica, torna premente que os progenitores tenham consciência dos riscos assumidos, visto que não seria, a rigor, possível a imputação dos mesmos à equipe e à clínica. Desse modo, a informação completa que se consubstancie num mínimo necessário torna-se o pilar para a autenticidade do consentimento fornecido e, assim, do legítimo exercício da autonomia e dos elementos de responsabilização médica.

No entanto, muitos são os obstáculos que circundam esse panorama, os quais se iniciam na indeterminação acerca dos critérios para a consideração da relevância dos dados, e deságuam em outros de ordem prática, relativos à aferição da legitimidade da compreensão da linguagem probabilística, bem como à incidência da pressão social na voluntariedade dos futuros genitores.

Portanto, em que pese o mérito dos juristas pela alteração do paradigma jurídico, a sua efetivação apresenta-se ainda em principiante construção, como se revela na análise das práticas de reprodução assistida.

Referências

ALMEIDA, José Luiz Telles. *Respeito à Autonomia do Paciente e Consentimento Livre e Esclarecido: Uma Abordagem Principialista da Relação Médico-Paciente.* 1999. 139 f. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde). Escola Nacional de Saúde Pública / Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1999.

ANDANDA, Pamela. Consentimento livre e esclarecido. In: DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce; SUGAI, Andréa; SCHÜKLENK, Udo (Orgs.). *Ética em pesquisa: experiência de treinamentos em países sul-africanos*. Tradução de Ana Terra Mejia Munhoz, Débora Diniz e Lara de Paula. 2. ed., rev. e ampli., Brasília: LetrasLivres e Editora UnB, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade Civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. In COSTA-MARTINS, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. (Org). *Bioética e Responsabilidade*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

_____, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial, In *O Direito e o Tempo.* Coord. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2.tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 2ª ed..

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2008.

CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andréa. Reprodução e bioética. A regulação da reprodução assistida no Brasil. In: *Caderno CRH*, Salvador, v. 18, n. 43, jan./abr. 2005.

FACHIN, Luiz Edson. Questões do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: 2008.

FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Lívia Haygert. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. In: *Revista Hospital das Clínicas de Porto Alegre*, v. 27, n. 2, 2007.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *In Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 747, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan., 1998.

GOLDIM, José Roberto. *O processo de consentimento informado numa perspectiva além da autonomia*. In: II Seminário sobre Ética em Pesquisa [recurso eletrônico]: 29/06 – 01/07. Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação, Extensão e Cultura, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí: UNIVALI, 2004.

GRAU, Eros. Técnica legislativa hermenêutica contemporânea. In: *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Ed Atlas, 2008.

HARDY, Ellen; BENTO, Silvana Ferreira; OSIS, Maria José Duarte. Consentimento Livre e esclarecido: experiência de pesquisadores brasileiros na área da regulação da fecundidade. In: *Cad. Saúde Pública*, Rio de janeiro, jan./fev. 2004.

_____. Consentimento informado normatizado pela resolução 196/96: conhecimento e opinião de pesquisadores brasileiros. In: *RBGO*, v. 24, nº 1, 2002.

HESSE, Konrad. Derecho Constitucional e Derecho Privado. Madrid: Ed. Civitas, 1995.

Instituto Paulo Montenegro. 5º. Indicador nacional de alfabetismo funcional – um diagnóstico para a inclusão social pela educação. [Avaliação de Letramento e Numeramento]. Setembro, 2007.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações existenciais. In: *Revista trimestral de direito civil*, v. 25, Rio de Janeiro, jan./mar. 2006

_____. O Poder de disposição nas relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

MENEGON, Vera Mincoff. Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. In: *Cadernos de Saúde Pública*, v. 20, n. 3, Rio de Janeiro, 2004.

MONTEIRO FILHO**,** Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós – 1988 e do constitucionalismo de hoje. In: *Direito Civil Contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEIVA, Paula Beatriz. *O tubo não é tudo*. Veja on-line. ed. 1 752 - 22 de maio de 2002.

NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O consentimento informado na relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana. In: *Revista trimestral de direito civil*, v. 29, Rio de Janeiro, jan./mar. 2007.

NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

Ramírez-Gálvez, Martha Célia. *Novas tecnologias reprodutivas conceptivas : fabricando a vida, fabricando o futuro.* 259 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Campinas. 2003.

SILVA, Susana Manuela Ribeiro Dias da. Consentir incertezas: o consentimento informado e a (des)regulação das tecnologias de reprodução assistida. In: *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, mar. 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *In Stvdia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 48, Coimbra Editora, 2001.

_____. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento, In*: A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas* / Cláudio Pereira Souza Neto, Daniel Sarmento, coordenadores. Rio de Janeiro: ED. Lúmen Júris, 2007.

_____. Introdução. A Técnica da Representação e os Novos Princípios Contratuais. In: *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. X. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

_____. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: *Direito Civil Contemporâneo*: *novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

VAZ, Wanderson Lago; REIS, Clayton. Responsabilidade Civil & Consentimento Informado. In: *Revista jurídica CESUMAR Mestrado*. v. 8, n. 2, jul/ dez 2008. Maringá: Centro Universitário Maringá, 2008.

PEREIRA, André Gonçalves Dias. *O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica.* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano, 94, v. 839, set. 2005.

Worthington R. *Clinical issues on consent: some philosophical concerns*. J Med Ethics 2002.

<http://www.ipgo.com.br/>

<http://www.crh.com.br/crh.asp?pasta=33&texto=37>

<http://www.chedidgrieco.com.br/>

<http://www.ufrgs.br/bioetica/helsin1.htm>

<http://www.ufrgs.br/bioetica/cioms.htm>

1 TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A*

constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 311.

2 GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. In: *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 747, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan., 1998, p. 41.

3 Segundo GIORGIANI, Michele "Falou-se, sobre essa concepção, de desconsolada solidão do homem, e foi evidenciado o significado que ela assume pela palavra de um jusnaturalista, que assim se exprimia: 'o direito de ser homem contém o direito que ninguém me impeça de ser homem, mas não o direito a que alguém me ajude a conservar a minha humanidade" (*Id. Ibid*., p. 41).

4 Ensina HESSE, Konrad que "La autonomia privada y su manifestación más importante, la liberdad contractual, encuentran su fundamento y sus límites em lah idea de la configuración bajo própria responsabilidad de la vida y de la idea de personalidad. Presuponen uma situación jurídica y fática aproximadamente igual de los interesados. Donde falta tal presupuesto, y la autonomia privada de uno conduce a la falta de liberdad Del outro, desaparece todo fundamento y se traspasa todo limite; el indispensable equilibrio debe entonces ser frecuentemente requiere uma conexión de preceptos de Derecho Público y Privado. Aqui radica la diferencia esencial entre el significado actual de la autonomia privada y el Del siglo XIX: aquél oferecia uma liberdad solo formal, que solo parcialmente se correspondia com la realidad social; em consecuencia, podia conducir a la falta de liberdad efectiva. Uma liberdad real gerenal nunca puede ser produciada por la sola autonomía privada. Dado el presupuesto de uma situación jurídica y fática aproximadamente igual de los interesados, ésta es, sin embargo, elemento asencial de la liberdad real, y como tal no puede ser sustituida por planificación o regulación estatal alguna por cuidada que sea" (*Derecho Constitucional e Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 78-79).

5 TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In: *Stvdia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 48, Coimbra Editora, 2001, p. 329-331.

6 CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 2ª ed., p. 18-19.

7 *Id. Ibid.*, p. 20-22.

8 MONTEIRO FILHO**,** Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós – 1988 e do constitucionalismo de hoje. In: *Direito Civil Contemporâneo*: *novos problemas à luz da legalidade constitucional.* São Paulo: Atlas, 2008, p. 264-265.

9 PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, Cap. XI, p. 577.

10 Enumera exemplificativamente NETO, Eugênio Facchini a funcionalização de alguns institutos como a "função social da propriedade (do que se encontram traços já na Constituição de 34, e, de forma clara, a partir da Constituição de 46, embora a expressão 'função social da propriedade' somente apareça na Carta de 1967), função social do contrato (incorporado expressamente ao novo código civil – arts. 421 e 2.035,

parágrafo único), na função social da empresa (Lei nº 6.404/76 – Lei das S.A. –, arts. 116, parágrafo único, e art. 154), na função social da família (que passa a ser disciplinada não mais como simples instituição – a 'menor célula da sociedade' – mas como espaço em que cada um de seus componentes, vistos como sujeitos de direitos, deve ter condições para desenvolver livremente sua personalidade e todas as suas potencialidades; a família vista como 'ninho', e não como simples 'nó', na evocativa imagem de Micelle Perrot), na percepção da existência de uma função social até da responsabilidade civil (quanto mais débeis e pouco protetoras forem as instituições previdenciárias do Estado, mais importantes tendem a ser os mecanismos da responsabilidade civil para a proteção dos interesses do indivíduos atingidos por danos pessoais)" (Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 26).

11 Expressão cunhada por FACHIN, Luiz Edson. ao caracterizar o *modus vivendi* de índole constitucional (*Questões do Direito Civil Contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7).

12 GRAU, Eros. Técnica legislativa hermenêutica contemporânea. In: *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.* São Paulo: Atlas, 2008, p. 282-283.

13 TEPEDINO, Gustavo. Introdução. A Técnica da Representação e os Novos Princípios Contratuais. In: *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. X. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 12-13.

14 Segundo PERLINGIERI, Pietro as situações subjetivas deveriam ser consideradas sob diversos perfis (do efeito, do interesse, dinâmico, do exercício, e funcional), os quais, unitariamente entendidos, dariam a correta dimensão das mesmas (*Op. cit.*, p. 667-672 e 680-682.).

15 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. O Poder de disposição nas relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 520-523.

16 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 43.

17 *Id. Ibid.*, p. 43.

18 PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 458.

19 BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial, In: *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas.* Coord. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 410-414.

20 TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento, In*: A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e*

aplicações específicas / SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 316-319.

21 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações existenciais. In: *Revista trimestral de direito civil*, v. 25, Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2006, p. 235-236.

22 CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andréa. Reprodução e bioética. A regulação da reprodução assistida no Brasil. In: *Caderno CRH*, Salvador, v. 18, n. 43, jan./abr. 2005, p. 104 -105.

23 HARDY, Ellen; BENTO, Silvana Ferreira; OSIS, Maria José Duarte. Consentimento Livre e esclarecido: experiência de pesquisadores brasileiros na área da regulação da fecundidade. In: *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, jan./fev. 2004, p. 216-217.

24 Disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/helsin1.htm>. Acesso em 13 set. 2009.

25 Disponível em < http://www.ufrgs.br/bioetica/cioms.htm>. Acesso em 13 set. 2009.

26 ALMEIDA, José Luiz Telles. *Respeito à Autonomia do Paciente e Consentimento Livre e Esclarecido: Uma Abordagem Principialista da Relação Médico-Paciente.* 1999. 139 f. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde). Escola Nacional de Saúde Pública / Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1999, p. 80.

27 HARDY, Ellen; BENTO, Silvana Ferreira; OSIS, Maria José Duarte. Consentimento informado normatizado pela resolução 196/96: conhecimento e opinião de pesquisadores brasileiros. In: *RBGO*, v. 24, n. 1, 2002, p. 59-60.

28 *Id. Ibid.*, p. 60.

29 ANDANDA, Pamela. Consentimento livre e esclarecido. DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce; SUGAI, Andréa; SCHÜKLENK, Udo (Orgs.). In: *Ética em pesquisa: experiência de treinamentos em países sul-africanos*. Tradução de Ana Terra Mejia Munhoz, Débora Diniz e Lara de Paula. 2. ed., rev. e ampli., Brasília: LetrasLivres e Editora UnB, 2008, p. 50.

30 ALMEIDA, José Luiz Telles. *Op. cit.*, p. 81-83.

31 Worthington R. *Clinical issues on consent: some philosophical concerns*. J Med Ethics 2002; 28: 377-80.

32 Segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE) em 2007 com a entrevista de uma amostra representativa da população brasileira, com 2002 pessoas de 15 a 64 anos de idade, verificou-se que apenas 28% da população apresenta o grau de alfabetização pleno, corresponde à capacidade de ler textos longos, orientando-se por subtítulos, localizando mais de uma informação, de acordo com condições estabelecidas, relacionando partes de um texto, comparando dois textos, realizando inferências e sínteses (Instituto Paulo Montenegro. 5º. Indicador nacional de alfabetismo funcional – um diagnóstico para a inclusão social pela educação. [Avaliação de Letramento e Numeramento]. Setembro, 2007).

33 GOLDIM, José Roberto. *O processo de consentimento informado numa perspectiva além da autonomia*. In: II Seminário sobre Ética em Pesquisa [recurso eletrônico]: 29/06 – 01/07. Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação, Extensão e Cultura, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí: UNIVALI, 2004, p. 33.

34 FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Lívia Haygert. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. In: *Revista Hospital das Clínicas de Porto Alegre*, v. 27, n. 2, 2007, p. 79-81.

35 MENEGON, Vera Mincoff. Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. In: *Cadernos de Saúde Pública*, v. 20, n. 3, Rio de Janeiro, 2004, p. 847-848.

36 SILVA, Susana Manuela Ribeiro Dias da. Consentir incertezas: o consentimento informado e a (des)regulação das tecnologias de reprodução assistida. In: *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, mar. 2008, p. 526.

37 Ramírez-Gálvez, Martha Célia. *Novas tecnologias reprodutivas conceptiva: fabricando a vida, fabricando o futuro.* 259 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Campinas. 2003, p. 138-149.

38 Disponível em <http://www.ipgo.com.br/>. Acesso em 28 de agosto de 2009.

39 Disponível em <http://www.crh.com.br/crh.asp?pasta=33&texto=37>. Acesso em 28 de agosto de 2009.

40 Disponível em <http://www.chedidgrieco.com.br/>. Acesso em 28 de agosto de 2009.

41 TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: *Direito Civil Contemporâneo*: *novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 356-359.

42 *Id. Ibid.*, p. 357.

43 BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade Civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. COSTA-MARTINS, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. (Org). In: *Bioética e Responsabilidade*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, v.1, p. 214-215.

44 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2.tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 137

45 NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. ver. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 357-359.

46 "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. 4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido" (STJ, Resp. nº 908.359 – SC, Segunda Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ. 17/12/2008).

47 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2008, p. 383-384.

48 VAZ, Wanderson Lago; REIS, Clayton. Responsabilidade Civil & Consentimento Informado. In: *Revista jurídica CESUMAR Mestrado*. v. 8, n. 2, jul/ dez 2008. Maringá: Centro Universitário Maringá, 2008, p. 558-559.

49 PEREIRA, André Gonçalves Dias. *O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica.* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano, 94, v. 839, set. 2005, p. 72-74.

50 NEIVA, Paula Beatriz. *O tubo não é tudo*. Veja on-line. ed. 1 752 - 22 de maio de 2002.

O DIREITO À ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO DECORRÊNCIA DO DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE*

THE RIGHT TO SEXUAL ORIENTATION AS A RESULT OF THE RIGHT TO FREE DEVELOPMENT OF PERSONALITY

Cecilia Barroso de Oliveira

RESUMO

Trata-se de investigação a cerca da possibilidade de incluir o direito à orientação sexual como parte da proteção conferida pelos direitos de personalidade. Encarada como manifestação da singularidade e subjetividade, a personalidade assume uma feição dinâmica, na medida em que permite o exercício da autodeterminação ético-existencial do indivíduo. Assegurada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a tutela da personalidade é associada às noções de individualidade e de autonomia, donde decorrerá a possibilidade do indivíduo exercitar livremente sua sexualidade. Sob tal perspectiva o direito ao exercício da orientação sexual pode ser considerado parte do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

PALAVRAS-CHAVES: DIGNIDADE DA PESSOA. DIREITO À LIBERDADE SEXUAL, AUTONOMIA E DIREITOS DE PERSONALIDADE

ABSTRACT

This is research about the possibility of including the right to sexual orientation as part of the protection provided by the personality. Seen as a manifestation of uniqueness and subjectivity, personality takes a dynamic feature, in that it allows the exercise of ethical and existential self-determination of the individual. Assured by the principle of human dignity, protection of personality is closely linked to notions of individuality and autonomy, which entails the possibility of the individual to exercise freely their sexuality. From this perspective the right to exercise their sexual orientation may be considered a right of free development of personality.

KEYWORDS: DIGNITY. RIGHT TO SEXUAL FREEDOM, AUTONOMY AND PERSONAL RIGHTS

1. Introdução

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A cada três dias o Brasil registra um homicídio por razões homofóbicas. Em 2007, segundo o Relatório Anual realizado pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), entidade de utilidade pública municipal e estadual, 122 homossexuais e travestis foram assassinados no país, em razão de sua orientação sexual. A estatística dá ao país o lugar de campeão mundial neste tipo de crime, seguido pelo México, com 35 homicídios por ano, e Estados Unidos com 25.

Por outro lado, o Brasil sedia anualmente a maior manifestação de orgulho gay do mundo- a parada gay - segundo maior evento de atração de turistas à cidade de São Paulo, ficando atrás apenas do grande premio de formula 1.

Esta realidade sociológica paradoxal também se reflete na jurisprudência e no ordenamento jurídico, pois ao mesmo tempo em que o Estado brasileiro possui uma das Constituições mais democráticas e igualitárias do mundo, recusa-se a garantir direitos aos homossexuais.

É certo que o Estado não impede explicitamente que as pessoas exercitem sua orientação sexual, no entanto o faz implicitamente ao deixar de reconhecer em lei, direitos decorrentes das relações homossexuais, tais como: alimentos, sucessão, adoção conjunta, partilha de bens, direitos previdenciários, concessão de visto permanente a companheiro estrangeiro, concessão de benefícios decorrentes do reconhecimento de dependência em plano de saúde ou no Imposto de Renda, entre outros.

A omissão estatal dificulta a autonomia do indivíduo no âmbito da manifestação de sua sexualidade, na medida em que desfavorece uma de suas expressões.

Ocorre que a consideração do direito à liberdade de orientação sexual como direito de personalidade implicaria na possibilidade da pessoa homossexual exigir do Estado uma postura negativa no que diz respeito ao não embaraço desse direito pelo próprio Estado e por particulares e uma postura positiva inclusão dos homossexuais como parte da coletividade.

Sendo assim, importa considerar a seguinte indagação: a inexistência de regra expressa, prevendo o direito à liberdade de orientação sexual como direito de personalidade, impede que ele seja assim caracterizado?

2. Personalidade e sua proteção jurídica

Nos primórdios, a compreensão de personalidade se aliava à ideia das máscaras mortuárias dos ancestrais. Tinha personalidade, "os depositários dessas imagens e do sobrenome dos antepassados: *o pater famílias"*. (SUPIOT, 2007, p.26-27). Nem todos tinham, no Direito Romano, a plena personalidade; alguns homens poderiam, inclusive, ser tratados como coisa. Não havia, ainda, um conceito genérico de pessoa.

Na antiguidade grega, "a igualdade essencial de todos os que participam da condição humana foi expressa mediante a oposição entre a individualidade própria de cada um e as funções ou atividades exercidas na vida social". (COMPARATO, 2006, p.454). A essa função ou atividade vivida pelo homem no cenário da polis, designava-se *prósopon*, que os romanos traduziram por *persona*, com o sentido de máscara de teatro, individualizadora de cada personagem. Em Roma, Cícero declarara, "depende de nós

que função social desejamos exercer" e em outra parte disse: "devemos compreender que fomos adotados pela natureza de duas personalidades: uma delas é universal, oriunda do fato de sermos todos igualmente dotados de razão e com a superioridade que nos eleva acima dos seres irracionais. Dela deriva tudo o que é honesto e decente, e dela depende o método racional de reconhecimento dos nossos deveres. A outra personalidade é aquela atribuída aos indivíduos em particular". (COMPARATO, 2006, p.456).

Somente com a ascensão do cristianismo, a personalidade é reconhecida como atributo de todo ser humano. A dupla natureza de Jesus Cristo - humana, biológica e divina, espiritual, somada a concepção de que o homem foi feito à imagem de Deus, fundamentará o argumento de que esse último assume também uma dimensão dupla: material, decorrente do seu corpo mortal e imaterial ou espiritual[1].

Com o período das Luzes, onde a Ciência pretende o lugar da religião e o racionalismo cartesiano evoca o desaparecimento de Deus, o homem torna-se um fim em si mesmo. A narrativa de suas origens é reescrita e se ensaia a "fundação de uma nova religião da Humanidade, ligada ao positivismo cientifico e dotada de seu decálogo: a Declaração Universal dos Direitos Humanos". (SUPIOT, 2006, p.15).

Assim, usando a síntese de Supiot (2007, p.29), a personalidade seria o conceito genérico que permite a junção de corpo e espírito, que enxerga e transcende a natureza mortal de cada homem para fazê-lo *participar da imortalidade do espírito humano.*

A concepção de homem, adotada pela sociedade ocidental, o qualifica como sujeito dotado de razão e titular de direitos inalienáveis. A peculiaridade da razão é o cerne da personalidade – o atributo que lhe permite combinar a finitude da sua existência física com a infinitude de sua dimensão mental, espiritual.

Com os atuais debates sobre a bioética, destacam-se os três atributos da humanidade: a individualidade, a subjetividade e a personalidade (SUPIOT, 2007, p.15). É indivíduo em razão de sua exclusividade – um ser único e irrepetível ao tempo em que é semelhante aos demais. É sujeito por ser soberano, muito embora sujeito à Lei comum. É pessoa, no sentido de que é corpo e espírito.

O Estado seria o garantidor dessa montagem antropológica, caracterizada pela unidade e pela contradição. Enquanto indivíduo,é único e semelhante; enquanto sujeito é soberano e sujeitado e, enquanto pessoa, é carne e espírito.

A estrutura antropológica tridimensional acima, a personalidade é observada de modo peculiar por outras ciências, sem um completo distanciamento da conclusão final apresentada por Supiot (2007).

Na psicanálise de Freud, a personalidade é composta de três grandes sistemas: o *id*, o *ego* e o *super ego.* O *id* é o sistema original, nele encontram-se os instintos e tudo o que foi herdado psicologicamente; o *ego* busca o equilíbrio, decide quais os instintos que devem ser satisfeito, quais ações devem ser realizadas e quais direções devem ser tomadas; por fim, o *super ego* é o representante interno dos valores sociais, que age segundo um sistema de recompensas e castigos, estabelecido por parâmetros morais da sociedade. (SOUSA, 1995, p. 110).

Examinada a personalidade através de critérios bio-pscicológicos, Capelo de Sousa (1995, p.111) reitera o seu caráter "unitário, dinâmico, ilimitável em si mesmo e individualizado". Tais características também são reafirmadas por Giselle Groeninga (2006, p. 446), numa análise psicanalítica, definindo a personalidade como "a condição ou maneira de ser da pessoa", "a organização mais ou menos estável, que a pessoa imprime à multiplicidade de relações que a constituem". Para a autora, a personalidade é construída pela combinação de fatores hereditários, constitucionais e pelas experiências passadas e presentes que, por estarem em continuidade, conferem a ela um sentido dinâmico de constante desenvolvimento do ser e do vir a ser.

Sob o prisma ético-filosófico, Capelo de Sousa (1995, p.112) ressalta que a fusão do *homo noumenon* e do *homo phoenomenon* traduz a noção de que os caracteres comuns que tornam iguais todos os homens, não lhes retiram os caracteres individuais que os tornam únicos e irrepetíveis e confirmando a intersecção entre a personalidade do homem e sua realidade circundante, ressalta que este, "embora individualizado, não é um ser isolado, mas em permanente relação, com o mundo e consigo mesmo, assumindo aí especial relevo o mundo de valores a que ele aderiu, a ponto de lhe reestruturar, moldar e significantizar a personalidade".

Todas as noções acima colacionadas contribuem para a concepção jurídica da personalidade, e não se afastam da montagem antropológica apresentada por Supiot (2007). Trata-se da irremediável ligação entre o direito que reconhece e garante as potencialidades do homem, misto de finitude e infinitude, cuja articulação provoca a capacidade de ação representada na sua autonomia.

3. A personalidade jurídica como categoria dogmática.

Sob o aspecto jurídico, a personalidade não pode ser enquadrada em modelos previamente fixados, do contrário ignoraria a irremediável ligação entre o direito e a vida, feita de sentimentos, fatos, circunstâncias e realidades outras que vão sempre existir à revelia da lei. E mais que isso, desconheceria à individualidade e à autonomia do homem; à sua capacidade de criar e viver situações que fogem aos desígnios estanques da legalidade.

A possibilidade de autodeterminação da pessoa torna-se fundamental no desenvolvimento de sua personalidade, na medida em que possibilita a construção criativa de sua própria singularidade. Nesse sentido, oportunas as palavras de Capelo de Sousa (1995, p.18):

Depois porque cada homem tem sua específica individualidade e autonomia, auto-propõe-se objetivos pessoais, valora as situações em função de critérios próprios, adapta-se a si próprio e ao mundo e age e estrutura a sua personalidade com bases em complexas, diversificadas e muitas vezes antinômicas estruturas de ser e dever ser, como a sua herança biogenética, a educação recebida, as circunstancias sócio econômicas, os seus instintos, a sua afectividade, o seu temperamento, a sua racionalidade, a sua ética, o sue caráter as suas aspirações , os seus interesses. Finalmente, porque sociedade moderna, embora se revele indispensável na formação e realização da personalidade humana em domínios particularmente sensíveis, introduz-lhe também limitações, inibições, modelos modas e mitos, num óbvio processo de normalização ... Todavia, o homem, real e concreto embora tenha em maior ou menor

medida de assumir a sua máscara social, mantém pela sua liberdade e pelo seu espírito, a capacidade de abrir válvulas de escape no tecido social e aí expandir clareiras de autonomia e criatividade individuais correspondentes a um território próprio e a uma personalidade humana singular.

A personalidade jurídica traduz-se como o meio pelo qual a lei garante, a cada um, a possibilidade de realizar a sua personalidade própria, aquela que o identificará entre os seus contemporâneos e as gerações seguintes. (SUPIOT, 2007, p.29). Seria então, a garantia de sua autodeterminação. Mas, conforme ensina o mesmo autor (2006, p.33), essa perspectiva da personalidade não é um dado biológico, mas uma construção dogmática.

Em curta expressão, Pedro Vasconcelos (2006, p. 47) define a personalidade como "a qualidade de ser pessoa", ressaltando que é a pessoa, em sua singularidade, o "fundamento ontológico do direito".

A partir de tais compreensões e da vinculação entre a autonomia do sujeito e o desenvolvimento da sua personalidade, torna-se intuitiva a conclusão de que não é possível considerar a tutela da personalidade como a proteção a alguns bens previamente determinados. Só existirá espaço para a construção livre da personalidade se a pessoa for protegida em todas as suas dimensões.

De acordo com Ascensão (2000, p.72), a personalidade jurídica é definida formalmente a partir da suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações. Mas, a par dessa dimensão meramente formal, a personalidade também apresenta uma dimensão ontológica firmada na dignidade da pessoa humana que defere a cada homem os direitos essenciais ao desenvolvimento da sua personalidade. Ressaltando a dimensão relacional e histórica da vida do homem, Ascensão (2000, p.74) adverte acerca do caráter histórico dos direitos de personalidade a partir do qual se admite uma variabilidade no tempo e no espaço.

Paulo Mota Pinto, citado por Sarmento (2004, p. 125), aduz a respeito do *direito geral de personalidade* do qual decorreria uma tutela condizente com a complexidade da personalidade humana, que seria protegida em todas as suas manifestações presentes e futuras, previsíveis e imprevisíveis.

A concepção de um *direito geral de personalidade* parece importar em uma proteção mais ampla à personalidade, vez que a posiciona como um valor, que agrega diversas e mutáveis situações existenciais. Como diz Perlingieri (2007, p.156), "tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados em seu interesse e naqueles de outras pessoas."

Como aspectos inerentes à pessoa humana, os direitos de personalidade suplantam a noção de direitos subjetivos. Isto porque, além de permitirem ao seu titular a exigência de um dever de abstenção por parte do Estado ou de particulares em relação a tais direitos, desde que condizentes com a configuração solidarista do ordenamento jurídico atual, pretendem ainda reconhecer obrigações positivas do próprio Estado ou de particulares, que estejam contidas na cláusula geral de tutela da personalidade.

Os direitos de personalidade protegem o devir humano, a constante construção em que se encontra o homem, sua determinação mais íntima e segura de identidade pessoal, a possibilidade de se constituir pessoa dentro de um ambiente saudável

Na dicção de Sarmento (2004, p.128), os direitos de personalidade não são cabíveis no enquadramento dos direitos subjetivos pelo fato de, muitas vezes, determinarem prestações positivas aos particulares, como no caso do dever dos pais de educarem os filhos ou até de dispensar-lhes afeto; no dever dos planos de saúde em oferecer atendimento a certas doenças, etc. Conforme salientado pelo autor, a Constituição se preocupou em obrigar não apenas o dever geral de não violação da personalidade humana por parte dos entes privados, mas também de impor-lhes "obrigações positivas ligadas à promoção e realização dos valores da personalidade".

Nas palavras de Capelo de Sousa (1995, p.117), o bem da personalidade a ser resguardado pelo Estado é "o real e o potencial, físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autônomo, unificador, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes de sua materialidade física e do seu espírito reflexivo sócio-ambientalmente integrados."

Compreendido como valor, impõe-se um direito geral de personalidade, capaz de resguardar a pessoa de forma mais aberta, além de qualquer previsão legal exaustiva. Tal entendimento é salutar diante da dinâmica das relações e dos avanços tecnológicos que fazem surgir sempre novos direitos, tornando inócuo qualquer esforço legislativo de acompanhar os fatos sociais.

4. Da cláusula geral de tutela da pessoa

A Lei Fundamental da Alemanha e a Constituição Portuguesa, expressamente preveem cláusula geral de proteção aos direitos de personalidade. O Código Civil Brasileiro de 2002, ao contrário, previu a tutela da personalidade em dez artigos (arts.11 ao 21), entre os quais não houve menção expressa a um direito geral de personalidade, nem inserção de qualquer cláusula geral que permitisse a proteção, pelo Estado, de direitos vinculados à pessoa que porventura não estejam expressos nos referidos dispositivos. Exceto pelo direito geral de reparação que se extrai dos artigos 186, 187 e 927, *caput* e parágrafo único, do citado Código. Pergunta-se então: no caso do Brasil, há direitos de personalidade para além dos expressamente enumerados pelo Código Civil?

Entende-se que o amparo legal ao desenvolvimento da pessoa só se efetivará a partir de uma cláusula geral de promoção e tutela, capaz de ultrapassar a proteção dada aos direitos subjetivos enumerados e englobar toda a riqueza das manifestações da personalidade do homem em sua singularidade. No entanto, a falta de uma cláusula específica, expressamente enunciada, como ocorre na legislação brasileira, não significa que proteção conferida à personalidade se restrinja às hipóteses disciplinadas pelo Código Civil. Afinal, há que se lembrar que princípio norteador de toda interpretação e de todo o ordenamento jurídico brasileiro é o princípio da dignidade da pessoa humana.

E é exatamente o princípio da dignidade da pessoa humana que se configura em uma "imposição ontológica" (ASCENSÃO, 2000, p.72) à tutela da personalidade e é ele que constitui o fundamento ético da concepção de uma cláusula geral de tutela.

É certo que a expressa previsão de uma cláusula geral de proteção aos direitos de personalidade seria mais oportuna na defesa da pessoa, pois a amplitude do princípio da dignidade da pessoa humana pode acarretar seu uso indiscriminado ou inadequado, haja vista que necessita da atuação do hermeneuta.

No entanto, não é esse o melhor raciocínio. Ao ser estabelecido como fundamento da ordem constitucional vigente, o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado à categoria de princípio estruturante[2] do ordenamento, com o qual todas as demais normas deverão se conformar e para o qual todas as ações do Estado deverão convergir, não sendo plausível negar-lhe efetividade em razão de sua amplitude.

A extensão do princípio da dignidade da pessoa humana está indissociavelmente ligada à exigência de um tratamento individual conferido pelo Estado a cada pessoa, pois para que o homem seja contemplado pela lei com o respeito à sua singularidade, faz-se necessário que o enunciado normativo alcance todas as situações reais e particulares vividas por ele.

Entender a personalidade como individualizante é definir-lhe como essência da pessoa, qualidade que a distingue das demais, atribuindo-lhe um caráter de irrepetibilidade sem, no entanto, isolá-la do todo; ao contrário, conferindo à coletividade e ao Estado o escopo primordial de promover o seu livre desenvolvimento.

O equilíbrio entre as exigências coletivas e a dignidade individual de cada um dos membros da coletividade passa a ser tarefa dos direitos de personalidade. Apesar das inúmeras diferenças entre as pessoas, há algo que as iguala; um núcleo mínimo de dignidade a ser resguardado pelos direitos de personalidade, o qual *"no admite exceptio, distinciones, olvidos ni diferencias según el orden total y particular: los derechos personalílissimos, base que parifica a todos por el hecho de ser personas*". (CIFUENTES, 1995, p.114).[3]

Nesse sentido, os direitos de personalidade possuem o papel fundamental de garantir o núcleo de individualidade do sujeito que não pode ser atingido por uma decisão/opinião da maioria e que, ainda quando não estiverem expressos na legislação, poderão ser invocados, com base na tutela ao livre desenvolvimento da personalidade, contida no princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana assume feição mais ampla que a tutela da personalidade, mas os bens da personalidade sempre se podem deduzir do conteúdo da dignidade da pessoa, de onde é razoável concluir pela existência de uma cláusula geral dos direitos de personalidade, sempre voltada ao seu livre desenvolvimento. Não haverá, pois, respeito à dignidade da pessoa humana se não se resguardar sua possibilidade de autodeterminação, seu livre desenvolvimento.

Estabelecida uma cláusula geral de tutela da personalidade caberá ao intérprete delimitar o seu conteúdo, em atenção ao contexto sócio-cultural, ao tempo e ao lugar onde o direito será aplicado. De acordo com Capelo de Sousa (1995, p.121), nos sistemas jurídicos igualitários[4], essa tutela deverá observar o princípio da universalidade da personalidade jurídica humana, reconhecendo a todos a mesma dignidade e liberdade, desde que seja respeitada a liberdade dos demais.

A partir do pressuposto de que o princípio da dignidade da pessoa humana serve como *cláusula geral de promoção e tutela da pessoa*, resta saber se é possível entender o direito à identidade sexual como direito de personalidade dela decorrente.

O princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe a autonomia do sujeito[5], o que implica no seu poder de autodeterminação para moldar sua personalidade segundo parâmetros por ele mesmo estabelecidos, portanto, não faz sentido que a personalidade esteja adstrita a modelos. "A pluralidade do homem e seu projeto inacabado de construção de sua personalidade, depende da autonomia como elemento determinante da dignidade do ser humano". (SÁ; NAVES, 2006, p.225).

5. O exercício da homossexualidade como manifestação da autonomia da pessoa

Para Anthony Giddens (1993, p.25), a sexualidade "é algo que cada um de nós 'tem' ou cultiva, não mais uma condição natural que o indivíduo aceita como um estado de coisas preestabelecido [...] um aspecto maleável do 'eu', um ponto de conexão entre o corpo, a autoidentidade e as normas sociais".

Semelhante concepção é defendida por Alain Tourraine (1998, p.89), ao vincular a sexualidade à felicidade na busca do sujeito pela realização de si mesmo: "a sexualidade não se reduz nem a uma forma de consumo, nem a um erotismo que seja seu oposto, é um chamamento do indivíduo a si mesmo, à sua livre criação, ao seu prazer, à sua felicidade."

Na mesma linha, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Naves (2006, p.226) reconhecem a identificação sexual como direito de personalidade decorrente do status sexual:

A sexualidade é antes de tudo cultural. Formação histórica que constitui importantes aspectos do ser humano, abrangendo relações de cunho biológico psíquico e comportamental que se integram entre si. A integração destes aspectos é denominada status sexual. A partir do status sexual, surge para o indivíduo, o direito à identificação sexual, que por sua vez, se insere no campo dos direitos da personalidade.

Vecchiatti (2008, p.78) define a identidade sexual como "o conjunto de características atribuídas à pessoa em decorrência de sua sexualidade específica. Ou seja, compõe a variedade de pensamentos e atitudes que se espera da pessoa que se define como hetero, homo ou bissexual em função de sua sexualidade".

A noção de singularidade inclui a consideração particular da sexualidade de cada um, seja a pessoa heterossexual, homossexual, bissexual, transexual ou travesti.[6]

Os estudos sobre as possíveis causas da homossexualidade não apresentaram resultados suficientemente conclusivos; o que é indiscutível, e sobre isto há consenso, é que é a homossexualidade é um fato social, tão antigo quanto a heterossexualidade e, na análise de condutas morais, importa observar a cultura e o horizonte histórico em que elas se inserem.

Não há um trauma, um desejo, uma neurose, um gene ou qualquer essência imutável que distinga homossexuais de heterossexuais, porque a classificação segundo o gosto

sexual é tão subjetiva quanto seria uma classificação segundo as preferências de cor. Parece irreal buscar uma essência comum entre todos aqueles que preferem loiras a morenas, mas a existência de uma norma sexual, faz possível a crença na existência de uma homossexualidade comum a todos os homossexuais. (COSTA, 1995, p.19-23). Sob essa perspectiva o mesmo autor assevera que:

O homem homoeroticamente inclinado não é como facilmente acreditamos, alguém que possui um traço ou um conjunto de traços psíquicos que determinariam a inevitável e necessária expressão da sexualidade homoerótica em quem quer que os possuísse. A particularidade do homoerotismo em nossa cultura não se deve a pretensa uniformidade psíquica da estrutura do desejo comum a todos os homossexuais; deve-se, sugiro, ao fato de ser uma experiência subjetiva moralmente desaprovada pelo ideal sexual da maioria. (COSTA, 2002, p. 22).

Encarada como manifestação da subjetividade, não é possível falar da sexualidade humana sem admitir seu caráter multidimensional. A formação da identidade sexual pressupõe não apenas elementos biológicos, mas também a manifestação da autonomia do sujeito em um dado contexto sócio-cultural. A influência cultural e histórica, a maneira como cada um sente e percebe as pessoas, o mundo e a si mesmo é tão própria, que não há como compreender a vivência da sexualidade de outra forma que não seja sob a concepção do indivíduo como ser autônomo e dotado de originalidade.

Construída a partir de uma realidade histórico-cultural-ambiental, a manifestação da sexualidade e conseqüentemente a orientação sexual da pessoa assumem, portanto, um caráter multifacetado, que por dizer respeito a uma dimensão fundamental da construção da personalidade, merecem proteção específica dos direitos de personalidade.

Como objeto de tutela dos direitos de personalidade a o direito à orientação sexual, decorrente da livre manifestação da sexualidade do homem, deverá ser respeitado por parte de terceiros e do Estado e, por não se reduzir à antiga noção abstencionista de direito subjetivo, obrigará ao Estado a comprometer-se com políticas de promoção que assegurem a inclusão e propiciem autodeterminação da pessoa no que diz respeito à sua sexualidade.

Importante salientar que não há como separar o respeito à singularidade da pessoa da garantia de sua autodeterminação, pois é o uso racional da liberdade que lhe confere o *status* de senhor de seu destino e lhe permite construir-se, tornando-se aquele que decidiu ser. Não se concebe, pois, o direito ao auto-desenvolvimento da personalidade sem que esteja assentado em um pilar básico: o direito à liberdade.

6. O direito à liberdade *prima facie* e a autonomia ético-existencial do indivíduo

A liberdade sempre foi um dos grandes e constantes ideais da humanidade. O desejo de liberdade é intrínseco ao homem e está no âmago de seus sentimentos mais profundos, como dito por Cecília Meireles (1953, p. 48): “liberdade, essa palavra, que o sonho humano alimenta, que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda"

O Art. 4º, 1, das Declarações do Direito do Homem e do Cidadão de 1789 dispõe que: “ a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não encontra outros limites além

daqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos".

Os direitos da liberdade, especialmente as liberdades civis e políticas, foram os primeiros a constar nas constituições ocidentais. Traduziram-se inicialmente como direitos de oposição perante o Estado e significavam, basicamente, a garantia da não interferência estatal na autonomia contratual exercida entre particulares.

Hoje, o conceito de liberdade não se atém ao significado liberal de autonomia da vontade, está muito mais relacionado à autodeterminação da pessoa, à possibilidade do sujeito de realizar "suas escolhas existenciais básicas e perseguir seu próprio projeto de vida, desde que isso não implique violação de direitos de terceiros" (SARMENTO, 2008, p.646).

Uma pessoa autônoma é aquela capaz de traçar seu próprio trajeto, que assume as posições de protagonista e diretora de sua biografia em face das várias possibilidades que se lhe apresentam. A vida será, portanto, o resultado de suas escolhas em face das diversas opções. Quem jamais realizou uma escolha efetiva, de forma genuína e verdadeira, não pode ser considerada uma pessoa autônoma.

O homem, senhor de sua razão, é responsável por seu destino a partir das escolhas que realiza, e é, exatamente, na infinitude de grandes e pequenas escolhas diárias que o homem pode construir-se e reconstruir-se, se tornando aquele que decidiu ser.

Para José Afonso (2006, p.233) a liberdade consiste num "poder de atuação do homem em busca da sua realização pessoal e de sua felicidade". O conceito ressalta a imprescindibilidade da autonomia individual para que o homem dê sentido a sua existência. É na possibilidade de escolhas livres que a pessoa poderá direcionar sua trajetória de vida e ser responsável pelo resultado das opções que realizou.

Há que se ressaltar ainda que a idéia kantiana do "homem como fim em si mesmo" permite a estreita ligação entre autonomia e dignidade da pessoa, pois só será um fim em si mesmo aquele capaz de desenvolver livremente sua personalidade pela possibilidade de autonomamente escolher seus próprios fins. Nesse sentido,

la dignidade humana constuye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva Del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de um lado, el reconocimiento da la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos , de las posibilidades de actuación propias de cada hombre, de outro, la autodeterminación (*Selbsbestimmung des Menschen*) que surge de La libre proyección histórica de la razión humana, antes que de una prederterminación dada por la naturaleza. (LUÑO, 2005, p. 324)

Trata-se aqui, de uma acepção de liberdade condizente com a tutela da dignidade humana, na medida em que conduz um caráter mais concreto e individualizante, do exercício da vida privada, da intimidade e do livre desenvolvimento da personalidade.

Importa salientar que a possibilidade de realização de escolhas está sujeita a determinadas condições e situações, não fosse assim apenas os mais fortes teriam

liberdade e comprimiriam a liberdade dos fracos. É óbvio que a escolha subjetiva está condicionada pelas circunstâncias naturais, econômicas, psíquicas, culturais e históricas do sujeito. Nenhum desses fatores deve ser negligenciado no estabelecimento do conteúdo do direito à liberdade, mas, é preciso que não restem dúvidas a respeito da existência de um "conteúdo nuclear que se situa no poder de decisão, de escolha entre diversas possibilidades", na capacidade objetiva de decidir. (BARROSO, 2008, p.678)

A par de tais considerações é possível que se analise a extensão do direito à liberdade com seus parâmetros e confrontações. Neste sentido, Kant defendeu que o limite da autonomia do homem estava contido na liberdade do outro, segundo o estabelecido em uma lei universal.

Ocorre que, a filosofia kantiana, não inclui em seu bojo nenhum elemento normativo que obrigue o homem a respeitar a autonomia do outro, faz-se necessária uma dimensão normativa pressuposta que estabeleça balizas para liberdade de cada um. (MALUSCHKE, 2007, P. 102).

Ao legislador e ao aplicador do direito caberá conciliar a liberdade de todos com as liberdades individuais, tarefa que só será possível se o substrato e a extensão da referida liberdade forem clarificados.

Referindo-se à Constituição alemã (art. 2º alínea1)[7], Alexy (2008, p. 341-343) identifica o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como direito geral de liberdade que estabelece uma permissão *prima facie* para que o indivíduo faça ou deixe de fazer o que quiser, permissão esta que acarreta em face do Estado o direito de não embaraço às suas ações ou abstenções.

Na tentativa de delimitar os contornos desse direito geral de liberdade, o autor (2008, p.219-225) estabelece a classificação de liberdade jurídica, conceituando-a como aquela que confere ao seu titular a possibilidade de agir de uma maneira ou de outra, sem imposição de obstáculos. É a partir da não existência de obstáculos que se garante o objeto da liberdade.

As liberdades jurídicas classificam-se, por sua vez, como *liberdades protegidas* e *liberdades não protegidas*. A liberdade protegida é a permissão expressa para fazer ou se abster de fazer algo. As liberdades não protegidas são permissões no sentido de negação de deveres e obrigações. Ambas pressupõem o direito de não ter embaraçado ou impedido o gozo de seu exercício. A proteção dessas ações consiste, pois, na obrigação negativa por parte do Estado de não impedir ou embaraçar ações do titular de um direito.

Haverá impedimento sempre que a realização do direito se tornar inviável e embaraço sempre que o exercício do direito for dificultado. Por isso se fala em "direitos de defesa", os quais estão ligados à competência para questionar judicialmente sua eventual violação. (Ibid, p. 229-232)

Importante ressaltar que ao se falar em liberdade não protegida não se está negando ao titular dessa liberdade o direito subjetivo de reivindicá-la contra o Estado, pois como explicado pelo próprio Alexy (2008, p.234),

toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado. Toda liberdade que existe em relação ao Estado é protegida, no mínimo, por um direito, garantido direta e subjetivamente a que o Estado não embarace o titular da liberdade no fazer aquilo para o qual ele é constitucionalmente livre.

Embora a liberdade não protegida, não esteja expressamente positivada, pode ser considerada protegida ainda que seja no âmbito de proteção das liberdades negativas, pois a existência de um direito de liberdade *prima facie* estabelece limites à atuação do Estado, evitando que se constituam situações de embaraço ou impedimento sem autorização legal expressa.

Entendida, portanto, no sentido de permissão jurídica, essa dimensão da liberdade ganha uma conotação negativa. Uma pessoa é livre quando a ela "não são vedadas alternativas de ações", há a possibilidade real de fazer ou deixar de fazer algo que lhe é permitido sem qualquer imposição de dever ou proibição.(ALEXY,2008, p. 226)

Utilizando-se os critérios de Alexy (2008), a liberdade de orientação sexual constitui-se em liberdade não protegida, ou seja, em permissão para que o indivíduo exercite livremente sua sexualidade e impõe o dever ao Estado de abster-se de ações que embaracem o exercício desta mesma liberdade.

A vinculação entre o direito a liberdade *prima facie* e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é considerada por Martin Koppernock, citado por Oliveira (2002, p.87). Segundo o autor, o direito geral de personalidade é decorrente do direito geral de liberdade, aqui identificado como direito de autodeterminação ético-existencial por ser protegido por razões ético-existenciais.

As questões éticas compreendem as questões ético-existenciais e as questões ético-políticas. As primeiras tratam da "apropriação consciente e autocrítica da história de vida individual", da obrigação da pessoa de tornar-se responsável por sua vida, por suas escolhas, dentro de suas circunstâncias e perspectivas. As questões ético-políticas, por sua vez, importam na "apropriação consciente e autocrítica da história de vida colectiva". Segundo Koppernock, o legislador não poderá usar o argumento de questões ético-politícas para restringir o direito de autodeterminação ético-existencial, a menos que a limitação seja estabelecida no interesse das próprias questões ético-existenciais do individuo ou dos outros. (OLIVEIRA, 2002, p.8-90)

Criticando Koppernock, Nuno Manuel Pinto Oliveira (2002, p. 96) defende que, no caso de conflito, não se deve entender pela prevalência *a priori* dos direitos individuais sobre os coletivos, pois só existirá esta superioridade quando forem iguais as razões em favor de uns e de outro.

Observe-se que a liberdade *prima facie*, não é insuscetível de limitações, muito embora para sofrer restrições exija uma razão coletiva ou individual grave o bastante e compatível com os valores constitucionais que elida o prévio direito individual ao seu exercício.

Entendida desta forma, a tutela da liberdade assegura que, diante de várias possibilidades permitidas ou não proibidas por uma lei que se coadune com a Constituição, o homem poderá escolher objetivamente entre qualquer delas, sem que

uma influência ou um ônus exterior o impeça de realizar o objeto de sua opção subjetiva.

No caso do Brasil, a Constituição Federal previu várias liberdades especificas em alguns incisos do artigo quinto, como, por exemplo, a liberdade de expressão, a liberdade de atividade intelectual, artística, cientifica e de comunicação, a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de crença, a liberdade do exercício profissional, a liberdade de locomoção, a liberdade de reunião dentre outras. Além destas liberdades expressas, o inciso II do artigo 5º estabeleceu verdadeira cláusula geral de liberdade, identificando na lei o seu objeto de restrição ao determinar que: "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*".

Infere-se, portanto que, a liberdade só poderá sofrer restrições diante da existência de leis proibitivas ou mandatórias de determinado comportamento, que sejam regularmente elaboradas segundo o processo formal previsto na Constituição e que sejam compatíveis com as regras e princípios por ela preceituados, o que por conseqüência, justifica a contestação a cerca de qualquer lei restritiva de liberdade que não se enquadre nesses critérios de constitucionalidade.

O princípio da liberdade tem prevalência sempre que o legislador não seja capaz de indicar razões fundadas no bem comum suficientes para justificar a limitação da liberdade. O legislador[...] fica vinculado a um ônus de argumentação, nos termos do qual lhe caberá demonstrar a existência de direitos de terceiros ou de interesses coletivos que ilidam a presunção de principio em favor da liberdade (OLIVEIRA, 2002, p. 93).

Pressupõe-se, pois, um direito à liberdade de orientação sexual implícito ao direito de liberdade *prima facie*, o qual é ao mesmo tempo, parte primordial do principio da dignidade humana e condição para desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Conforme enfatizado antes, o direito ao desenvolvimento da personalidade da pessoa inclui o direito à orientação sexual. Embora a Constituição Federal não tenha estabelecido expressamente uma cláusula geral de tutela ao livre desenvolvimento da personalidade é possível deduzi-la da clausula de garantia à dignidade da pessoa humana.

Ocorre que não se pode falar em dignidade sem pressupor a autodeterminação do sujeito, visto que, como demonstrado, é graças a ela que o homem pode desenvolver sua singularidade.

Não parece haver maiores controvérsias em se admitir que, no campo das escolhas básicas do indivíduo, esteja opção pela pessoa com quem pretende relacionar-se afetiva e sexualmente, seja ela de sexo oposto ou não. Tal prerrogativa faz parte do desenvolvimento livre da personalidade do homem, da possibilidade de construção de sua existência dentro do poder criativo que sobreleva a sua natureza mortal e o permite imprimir sua indelével marca de individualidade na história coletiva.

Desta forma, sob a acepção de direito à autodeterminação, o direito à liberdade envolve a decisão a respeito da própria orientação sexual, fundamental na construção da personalidade e identidade individual e coletiva do sujeito.

Conclusões

Se os melhores legisladores fizessem as mais justas leis e os mais competentes administradores e juízes as executassem, se essas leis fossem estanques se tornariam obsoletas e injustas.

É esse o propósito de uma cláusula geral: garantir que a lei englobe e proteja novas situações que não necessariamente tenham sido previstas quando de sua elaboração. Densificar os direitos contidos na cláusula geral, mais do que uma tarefa é uma missão do aplicador do direito, pois assim é possível que o direito evolua independentemente de novas leis.

O Código Civil brasileiro previu proteção específica a alguns bens da personalidade, entretanto, a Constituição Federal ao instituir a dignidade humana como principio conformador da ordem constitucional estabeleceu assistência integral à pessoa, razão pelo qual se faz possível conferir ao referido principio a função de cláusula geral de tutela da personalidade.

Entendendo a personalidade como o modo da pessoa ser e manifestar-se em sua singularidade, serão bens da personalidade tudo o que a ela diga respeito, inclusive sua sexualidade.

Vista sob um prisma dinâmico a personalidade engloba as características que confiram singularidade ao homem, donde não se pode excluir a identidade sexual. Esta mesma singularidade impõe a noção de autonomia, pois é o uso racional de sua liberdade que permite ao homem ser exatamente aquele que escolheu ser.

Construída socialmente e historicamente a sexualidade do individuo é parte de sua subjetividade e seu exercício parte de sua autonomia, por isso, qualquer concepção legal ou interpretativa, que intente enquadrá-la em modelos pré-estabelecidos importará em afronta ao seu direito de liberdade *prima facie,* do qual decorre o direito à liberdade de orientação sexual.

Mesmo constituindo-se em modalidade de liberdade não protegida, segundo a classificação de Alexy, a liberdade de orientação sexual encontra guarida constitucional no campo da cláusula geral de liberdade, só podendo ser restringida por meio de acurado exame de adequação e necessidade da medida, que deve ser tanto mais fundamentada quanto maior for a intensidade de afetação da liberdade.

Sendo assim, embora não previstos textualmente, os direitos à identidade e à liberdade de orientação sexual devem ser inseridos no conteúdo de tutela da dignidade da pessoa, pois não se cogita falar em autonomia ético-existencial, se não for dado ao individuo sequer, o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

A proteção confere à pessoa o direito de exigir de terceiros e do Estado prestação negativa de respeito à sua orientação sexual e deste último prestação positiva de

promoção à liberdade compatível com a pluralidade de uma sociedade democrática.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil teoria geral.** Introdução, as pessoas e os bens. Vol.1, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Direito Constitucional***. Coimbra: Almedina, 1993.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de identidade e a redesignação sexual**. Rio de Janeiro: renovar, 2004

CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalisímos**. 2ª Ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

COSTA, Jurandir Freire. **A inocência e o vício**. 4ª ed.Rio de Janeiro: Relume- Dumará, 1992

_____. **A face e o verso**. São Paulo: Editora Escuta, 1995

FOCAULT, Michel. **História da sexualidade** I : A vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque, J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988

LUÑO, Antonio E. Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** Madrid: Tecnos, 1995.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O Direito Geral de Personalidade e a "Solução do Dissentimento"** Coimbra: Almedina, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. ***Perfis do Direito Civil:*** Uma Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro:Renovar, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**.Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2004

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo**. O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra editora, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004**.**

_____ . Casamento e união estável entre pessoas do memso sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO Daniel, IKAVA, Daniela, PIOVESAN, Flávia. (Orgs).*Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

.

---

[1] Importante contribuição tem-se a de Boécio, no início do século VI, discutindo o dogma proclamado em Nicéia por ocasião do Primeiro Concílio Ecumênico, em 325. Enquanto nesse primeiro concilio, a pessoa de Jesus era a aparência de uma dupla natureza: divina e humana. A rediscussão boeciana leva a compreensão de que a pessoa já não é a aparência, a máscara de teatro, uma exterioridade, mas a própria substância do ser – a substância individual da natureza racional. (COMPARATO, 2006, p.457).

[2] Princípios estruturantes são aqueles que indicam o "núcleo essencial da Constituição, garantindo a esta uma determinada identidade e estrutura". (CANOTILHO, 1993, p.349). Como a promoção da dignidade humana é objetivo e fundamento da República Federativa Brasileira (art. 1º, inciso III), fim da ordem econômica, substrato teleológico dos direitos fundamentais, pode-se afirmar a sua condição de princípio estruturante. É um princípio concreto, de dimensão jurídico-constitucional que, por si e pelos subprincípios que o densifica e concretiza, constitui princípio ordenador positivamente vinculante. (CANOTILHO, 1993, p.352).

[3] Não admite exceção, distinções, dúvidas, nem diferenças segundo a ordem total e particular: os direitos personalíssimos, base que é comum a todos pelo fato de serem pessoas. (tradução nossa).

[4] A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um sistema jurídico em que prevalece a igualdade como pressuposto da democracia. A tutela da personalidade deve, portanto, atender as exigências da igualdade.

[5] A noção de autonomia como pressuposto da dignidade da pessoa será posteriormente melhor desenvolvida.

[6] Ressalte-se que o presente trabalho, por uma questão de recorte epistemológico, cinge-se a tratar das questões relativas à homossexualidade, não se referindo, propositadamente, aos demais tipos sexuais. Convém, entretanto, que sejam feitas algumas distinções, ainda que de forma bastante sucinta, apenas para que fique claro o grupo específico enfocado no estudo ora desenvolvido. Segundo Mauricio Luis Mizrahi (2006, p. 55-56), o homossexual admira os atributos de seu próprio corpo e sente atração por pessoas do mesmo sexo que o seu, já o transexual sente uma fascinação pelo sexo oposto e identifica-se completamente com ele a ponto de sentir horror pela sua aparência física e por seus órgão genitais, o que faz com que deseje modificá-los. O transexualismo é considerado um transtorno pela Organização Mundial de Saúde e possui CID F64. O travestismo é característica daquele que sente excitação sexual em vestir-se conforme o sexo oposto em regra, o travesti não possui aversão ao seu próprio sexo e é reconhecido apenas em homens. As mulheres que se vestem como homens são normalmente lésbicas ou transexuais. (MIZRAHI, 2006, p. 58).

Lei Fundamental da Alemanha - Artigo 2

1. Toda pessoa terá direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, na medida em que não violar os direitos de outrem e não infringir a ordem constitucional ou a lei moral.

2. Toda pessoa terá direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa será inviolável. Ninguém poderá interferir nesses direitos, senão em virtude de lei. (Disponivel em : http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao/art__02.html)

O DIREITO CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO DO EXERCÍCIO DO NOME E DA SEXUALIDADE CORRELATA À PSIQUE DO TRANSEXUAL: A ADEQUAÇÃO INTEGRAL*

CONSTITUTIONAL LAW TUTORIAL FOR THE YEAR OF THE NAME AND SEXUALITY RELATED TO THE PSYCHE TRANSEXUALS: A FULL FITNESS

Claudio José Amaral Bahia
Gisseli Giovana Pereira de Moraes Bueno

RESUMO

Diante de uma realidade jurídica que se apresenta sob o modelo constitucional, a interpretação conforme a materialidade da Constituição Federal mostra-se indispensável para um resultado coerente. Materialidade esta composta por direitos fundamentais individuais e coletivos que modificam a realidade até então posta e que refletem princípios que prestigiam a dignidade humana como centro de todo o sistema instaurado. Sob este novo prisma se analisa, no presente trabalho, os direitos da personalidade no âmbito do direito civil, ao enfocar especificamente a questão dos transexuais, o exercício dos direitos inerentes a sua personalidade, tais quais a permissibilidade da realização da cirurgia de adequação sexual física à psíquica, como já devidamente prestigiada pelo direito, a fim de uma integração no âmbito intimo e a modificação do prenome e sexo civil, visando a adequação de elementos caracterizadores fundamentais da pessoa no âmbito coletivo compreendendo as realidades necessárias para uma adequação integral do transexual e conseqüente inclusão social.

PALAVRAS-CHAVES: REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL; TRANSEXUAL; DIREITOS DA PERSONALIDADE; ADEQUAÇÃO INTEGRAL;

ABSTRACT

Before a legal reality that shows up under the constitutional model, the interpretation according to the materiality of the Federal Constitution appears essential for a coherent result. This materiality composed by basic individual and collective rights that modify the reality up to that time arranged and that reflect beginnings that give prestige to the dignity humanizes like centre of the whole set up system. Through this new prism the rights of the personality are analysed, in the present work, in the context of the civil law, when his personality tackled specifically the question of the transexuais, the exercise of the inherent rights, just like the permissibilidade of the realization of the surgery of sexual physical adaptation to the psychological one, I eat already properly given prestige by the right, in order to an integration in the intimate extent and the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

modification of the first name and civil sex, aiming at the adaptation of elements caracterizadores basic of the person in the collective extent understanding the necessary reality for an integral adaptation of the transexual and consequent social inclusion.

KEYWORDS: REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL; TRANSEXUAL; RIGHTS OF THE PERSONALITY; INTEGRAL ADAPTATION;

1. INTROITO

A ordem constitucional inaugurada em 05 de outubro de 1988 implantou uma nova visão no que se refere à atuação estatal, principalmente no que pertine à concretização e à efetivação de direitos fundamentais afetos aos seus cidadãos, ou seja, o Brasil é regido por uma Constituição, responsável por sua organização e que visa garantir direitos consagrados pelo e para o povo[1].

Entrementes, e, embora a assertiva de que o referido texto constitucional seja considerado como um dos mais importantes corpos jurídico-políticos existente no mundo, no que se refere ao asseguramento de direitos aos cidadãos e sua coletividade, a verdade é que, do ponto de vista prático, como dito alhures, vislumbra-se uma grave crise de ineficácia social no que se refere à aplicação e a concretização de seus preceitos, na exata medida em que as garantias nela previstas estão longe de serem amplamente vivificadas no quotidiano brasileiro.

Todavia, tal afirmação deve ser levada a efeito com ponderações e temperamentos, pois, tanto a tomada radical de posicionamento quanto a crítica destrutiva, o criticar por criticar, em nada contribuem para o avanço democrático da importância da CF/88 no seio social brasileiro.

De fato, nunca o termo “constituição” esteve tão na moda, tão em discussão, vez que, desde as mais singelas contendas jurídicas aos mais elevados embates, tudo, hoje, passa pela CF/88, de modo que, nesse particular e em plena concordância com o termo adotado pelo jurista espanhol Pablo Verdu, denota-se a existência de um legítimo e verdadeiro sentimento constitucional: como dizia o mestre Tobias Barreto, “[...] *o direito não é só uma coisa que se conhece, é também uma coisa que se sente*”.

Em verdade, e é preciso que se reconheça, com seus acertos e erros, que, por intermédio da atual Constituição, o Brasil experimenta um período de estabilidade institucional jamais dantes visto em sua história republicana, sendo de relevo mencionar que não foram poucos os fatos graves que poderiam ter solapado o caminho democrático (*impeachment*, orçamento, eleição de um candidato de oposição à Presidência, mensalão, dentre outros); entrementes, em momento algum se cogitou em adotar-se solução que não o integral respeito à legalidade constitucional inaugurada em 05 de outubro de 1988.

Mas, obviamente, nem tudo são louros ou aplausos. Há, entrementes, que se percorrer um longo e tortuoso caminho até a definitiva e inconteste implementação (sem volta) do ideário constitucional em nossa sociedade, sendo de relevo tecer, inicialmente, sendo de relevo pontuarem-se, com apoio em Lenio Luiz Streck[2], alguns dos elementos que contribuíram (contribuem) para uma maior demora ao atingimento da tão sonhada efetividade basilar.

Por ter sido evocada e criada num momento de crise institucional, bem como diante da necessidade do imediato resgate democrático no País, a Constituição de Outubro acabou, como bem remarcado por Eduardo Ribeiro Moreira, ela se tornando, quiçá, demasiadamente multifacetária e não isenta, abarcando, pois paradoxal que seja, ideologias e conceitos antagônicos, tais como: democracia, socialismo, dirigismo, capitalismo, intervencionismo moderado.

Noutro giro verbal, e parafraseando-se a renomada filósofa Marilena Chauí, a CF/88 se tornou a nova "morada de Deus"[3], isto é, responsável por todas as ilusões e desilusões de seus cidadãos, uma vez que chamou para si a responsabilidade de abranger todos os problemas da nação, de modo que, em face dessa magnitude de objetivos e anseios, sempre haverá um foco de descontentamento ou de ausência estatal.

Ademais, não se pode negar que a história constitucional brasileira antes de 1988, com raríssimas exceções, foi, por muito tempo, de fachada, o que, sem sombra de dúvidas, contribuiu para que, até hoje, exista, como bem menciona Streck, um fascínio dos juristas e julgadores pelas normas de natureza infraconstitucional, adaptando-se, em muitos casos, o texto constitucional às leis ordinárias do que o contrário, o que vem a explicar a ineficácia de tantos instrumentos de cidadania constantes em seu bojo (argüição de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção, dentre tantos outros).

Desta feita, e não obstante a dificuldade apontada linhas atrás, é imprescindível que exista o redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário, mais precisamente no que se refere a sua participação na busca das premissas da modernidade (isonomia, justiça social, direitos fundamentais, etc.), ou seja, é preciso que se entenda, de uma vez por todas, que as normas constitucionais se aplicam diretamente nas situações da vida, do quotidiano, não se traduzindo em vãs promessas ou retóricas vazias, despedidas da mais ínfima funcionalidade: a Constituição não convida ao bem-estar social, ela, antes de tudo, o determina.

Os cursos jurídicos, também, têm sua chancela de culpa pela inefetividade da Carta de Outubro, na exata medida em que, mesmo depois de 20 (vinte) anos da derrocada do regime ditatorial, a grade de direito constitucional continua amesquinhada e a completa sombra de disciplinas outras, invertendo-se, a todas as luzes, a decantada parêmia de que o acessório segue a sorte do principal, isso sem se falar que, hodiernamente, a prioridade das universidades e faculdades é lapidar o aluno aos sabores e dissabores de cursos e concursos, deixando, no ostracismo, a variante mais importante a ser garimpada num acadêmico: o seu raciocínio.

Não há como se descurar que o exacerbado número de emendas constitucionais (56, até o presente momento) é outro fator que vem a desprestigiar a efetividade constitucional, seja por que acaba por banalizar, desnecessariamente, tão importante instrumento de

atualização das promessas da modernidade, seja pela impossibilidade de maturação da exegese basilar, seja pela insegurança jurídica que é passada a sociedade, como bem exemplifica a questão alusiva a CPMF.

Por fim, existe a necessidade de implementação e concretização de uma Justiça verdadeiramente constitucional, isto é, de uma Justiça que ostente, efetivamente, uma função ativamente implementadora da Constituição e, também, defensivamente corretora da normatização em face da mesma.

A efetividade em questão, bem como a qualificação de um Estado como sendo Constitucional e de Direito, está a conclamar uma teoria, um modo de pensar o Direito que, de fato, venha a representar, satisfatoriamente, um constitucionalismo garantidor do denso conteúdo material das normas da Carta de Outubro, principalmente, no que diz respeito aos direitos fundamentais (individuais e sociais) ali contidos, ou, nos precisos dizeres de Luis Prieto Sanchís:

"[...] El Estado constitucional de Derecho que acaba de ser descrito parece reclamar una nueva teoría del Derecho, una nueva explicatión que en buena medida se aleja de los esquemas del llamado positivismo teórico (...). Por eso, hoy lo decisivo no es la mera existencia de una Constitución,, sino sus cualidades materiales ou substanciales, es decir, la tipología de sus normas, que hace de ella un texto casi omnipresente en toda operación de creación y aplicación del Derecho, pues, como ya se dicho, al ofrecer un denso contenido material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos, etc., es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación próxima o remota en el texto constitucional [...]"[4].

A nova teoria conclamada por Sanchís, e que tem como idealizadores e defensores, Dworkin e Alexy, vem sendo nominada, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, de neoconstitucionalismo (já chamada de pós-positivismo), buscando uma mudança no paradigma de como se pensar o Direito (leitura moral do mesmo), e, caracterizando-se pela invasão da Constituição via positivação de um denso catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença normativa de princípios e regras, dentre outras situações, o que importará, muitas das vezes, no deslocamento do centro de decisões das funções afetas ao Legislativo e Executivo, para o plano da Jurisdição Constitucional (ativismo judicial).

A influência da Constituição sobre as relações políticas é uma das condições do neoconstitucionalismo, materializada por intermédio do processo de judicialização da política, bem como a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, que passam a apresentar um caráter constitucionalmente vinculante, mormente no que diz respeito à vedação ao retrocesso social, de modo que sua interpretação e direção se encontram indissociavelmente ligadas à realidade do momento histórico e das necessidades demonstradas pelo grupo de pessoas sobre a qual sua normatividade se impõe[5].

O que nos remete a entender nos dias de hoje, que

“constitucionalismo y neoconstitucionalismo designan um modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados em um sistema juridico-politico históricamente determinado, que limitam los poderes Del Estado y/ o protegen los derechos fundamentales”[6].

Atualmente, o fenômeno de observância constitucional se entremostra tão intenso e indissociável da atuação do intérprete do direito, que o respeito que se deve ser devotado aos direitos fundamentais, *ad exemplum*, deixou de ser encarado apenas e tão-somente no aspecto vertical (Estado x particular), adentrando a seara horizontal, ou seja, a relação existente também no âmbito entre particulares, o que, salvo equívoco, demonstra uma imperiosa necessidade de mudança de mentalidade daqueles que se propuseram a seguir a nobre e dificultosa trilha jurídica.

O que se buscou evidenciar com esta breve explanação é que notavelmente, seja quanto às concepções sobre a origem do constitucionalismo, ou seja, de seu desenvolvimento, o constitucionalismo carrega com si uma série de valores preexistentes e intrínsecos que fundamentam esta ideologia desvendada em seu conteúdo e que inclusive deriva das conseqüências das experiências vividas até então por uma sociedade.

2. A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Fala-se muito, nos dias de hoje, sobre a ocorrência de um processo jurídico denominado *constitucionalização do direito civil* ou *civilização do direito constitucional*.[7]

Esse fenômeno teve maior incidência, em nosso País, com a promulgação da Constituição de 1988, tendo em vista ter ela alterado bruscamente todo o modo de interpretação e aplicação do corpo normativo de nosso ordenamento jurídico, mormente no que diz respeito ao Direito Civil, uma vez que trouxe ao plano positivo-constitucional a exigência de observância da função social da propriedade, do contrato e dos negócios jurídicos em geral; a igualdade entre homens e mulheres, o alargamento das hipóteses de reconhecimento de entidades familiares além daquela de índole matrimonial, o rechaço da distinção existente entre filhos de origens diferentes, dentre outros inúmeros casos.

Em verdade, depois da eclosão da Magna Carta de 1988, todo o ordenamento jurídico e toda atividade legislativa ficaram, de maneira irrefragável, condicionados à observação e ao cumprimento dos princípios fundamentais (Art. 1º, CF) e dos objetivos fundamentais (Art. 3º, CF) por ela traçados, não se perdendo de vista, nesse particular, a escorreita advertência traçada por Ana Maria D’Ávila Lopes:

[...] a importância dos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais perante o poder legislar é inquestionável, na medida em que permite a conservação do princípio da dignidade humana contido em cada direito fundamental, reafirmando-se, assim, que o centro e fim de toda atividade deve ser o ser humano.[8]

Não se pode olvidar, entretanto, que, depois de passados mais de vinte anos da promulgação da Lei de Outubro, não obstante as vozes intensas e candentes que continuam a soçobrar a supremacia de tal corpo de lei em relação a todos os demais existentes, a verdade é que, no dia-a-dia, se percebe claramente a dificuldade que o *operador do direito* possui em emprestar *efetiva* eficácia aos dogmas basilares de natureza principiológica, em detrimento da suposta segurança jurídica externada pela existência de uma positivação infraconstitucional expressa e específica sobre um determinado tema.[9]

Entrementes, inegável se apresenta a assertiva de que, paulatinamente, como se fosse uma mudança no melhor estilo aluviônico, os caracteres que antes informavam o ordenamento jurídico pátrio, em razão da citada Constituição, foram consubstancial e profundamente alterados, não se vislumbrando mais uma exata e perceptível linha divisória conceitual entre aquilo que se convencionou chamar de *direitos privados ou particulares* e de *direitos públicos ou coletivos*, sendo ela sobrevivente apenas para fins e efeitos didáticos em nossos cursos de Bacharelado.

Essa alteração se deu, como já mencionado alhures, em razão de o centro do sentido jurídico ter passado a ser, efetivamente, o ser humano e sua devida proteção, até porque não se pode negar a assertiva de que toda relação jurídica se estabelece entre pessoas, os chamados *sujeitos de direito* (ativo e passivo).[10]

Atualmente, o significado utilizado para o vocábulo pessoa aponta para assentar o ser humano como o valor-fonte do qual emanam todos os outros valores objetivos, daí porque, sendo ele o destinatário final de toda e qualquer norma, juridicamente a expressão *pessoa* há de ser entendida como a entidade dotada de personalidade à qual o ordenamento jurídico confere direitos e obrigações.[11]

Conforme asseveram os juristas Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] volta-se o ordenamento não mais para o 'indivíduo', abstratamente considerado, mas para a tutela da pessoa humana nas concretas e diferenciadas relações jurídicas em que se insere, como forma de assegurar os princípios constitucionais da solidariedade social (Art. 3º, inc. III) e da igualdade substancial (Art. 3º, inc. IV). Nessa perspectiva merece proteção especial do ordenamento a criança e o adolescente (Lei nº 8.069/90), o consumidor (Lei nº 8.078/90) e assim por diante.[12]

E isso é tão verdadeiro e real que, hodiernamente, um Estado só pode ser reconhecido, de maneira efetiva, Constitucional e Democrático, se a pessoa – enquanto indivíduo e coletividade – for considerada o fim último de sua atuação, ou seja, o alfa e ômega da proteção e da regulamentação conferida pelo respectivo ordenamento jurídico em questão.[13]

Para Ana Luiza Maia Navares, com apoio nos ensinamentos do mestre italiano Vicenzo Sacalisi:

[...] a pessoa, que a Constituição eleva a valor de vértice do ordenamento, não é mais o sujeito de direito codificado, formalista e abstrato, apreciável somente em termos patrimoniais e mais propriamente econômico-produtivos, mas sim o sujeito histórico-real, considerado na multiplicidade de suas explicações e manifestações ativas, como também em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas, posições sociais e, como tal, devendo ser considerado como portador de valores essenciais (dignidade, segurança, igualdade, liberdade) e fundamentais instâncias de promoção e desenvolvimento da pessoa (saúde, trabalho, educação).[14]

Assim, irrefragável a assertiva de que a Constituição de 1988, ao erigir a proteção da dignidade da pessoa humana como vetor fundamental da República Federativa do Brasil, acabou por extirpar do complexo jurídico que lhe é inferior hierarquicamente, toda e qualquer norma que disponha em sentido contrário ou se mostre apta a produzir efeitos em sentido oposto ao do referido mandamento basilar.[15]

Nesse ponto, tem-se que o antigo Código Civil sofreu bruscas mudanças na forma de apreensão e de aplicação de seus dispositivos, não há como se esquivar de importante mecanismo hermenêutico, denominado de *interpretação conforme a Constituição*, o qual acaba se constituindo num instrumento de fundamental relevância para a constitucionalização dos textos normativos infraconstitucionais.[16]

De acordo com o referido princípio, percebe-se que o intérprete, ao deparar-se com normas de caráter polissêmico, deverá priorizar interpretação que outorgue sentido à norma, em conformidade com os princípios e as regras emanadas de uma determinada Constituição.

Valendo-se do quanto exposto nos parágrafos antecedentes e transportando a temática para o objeto de estudo deste trabalho, não se pode afastar a assertiva de que é preciso repensar o Direito Civil à luz inexorável e indelével dos ditames basilares impostos pelo constituinte de 1988, sob pena de, em assim não agindo, estar-se, injustamente, divorciando-se dos novos valores sociais e relegando o ser humano, a pessoa, a um segundo e desprezível plano, o que se cumpre a todo custo evitar.[17]

Nesse sentido, como conclusão exposta em palestra realizada no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional realizado em Curitiba no ano de 2004, Fachin salienta com o brilhantismo de sempre:

[...] da morte por asfixia se salvou o Direito Civil contemporâneo ao abrir-se para além do neo-exegese. Do Direito formal chegou-se à legalidade constitucional. Nada obstante, de modo diferente dos civilistas tradicionais, o Direito Civil brasileiro contemporâneo tomou como norma vinculante os princípios constitucionais. Foi à fonte do novo constitucionalismo. O inverso também impende ser verdadeiro, para evitar que o Código Civil seja citado como sinônimo de Direito Civil, ou para os menos avisados que tomam o pretérito como presente, e ao fazerem caricatura do passado estão se projetando no objeto do que perdeu sentido. É preciso ir mais longe. Navegar outros mares e captar o 'direito vivente', evitando construir o futuro com a sombra do que passou.[19]

Não se pode deslembrar que a existência de um sistema jurídico uno e não-completo está a demandar, necessariamente, sua complementação e construção no dia-a-dia, com especial respeito e integração principiológica da Constituição Federal, eis seu inegável e inquestionável valor supremo-hierárquico, o qual conforma e ordena todas as normas positivas que são emanadas abaixo de si, como é o caso do Direito Privado e, em especial para o presente estudo, do Direito Civil.[20]

3. O TRANSEXUAL COMO SUJEITO DE DIREITOS NO PLANO CONSTITUCIONAL: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O NATURAL

Para viabilizar a demonstração das implicações jurídicas, derivadas da situação do transexual na atualidade, compete-nos buscar primeiramente conceituar esta categoria de pessoas, nominadas como minorias.

Ainda, recorremos à definição de Aracy Augusta Leme Klabin:

"O transexual como um indivíduo, anatomicamente de um sexo, que acredita firmemente pertencer a outro sexo. Essa crença é tão forte que o transexual é obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado a fim de ajustar-se ao 'verdadeiro' sexo, isto é, ao seu sexo psicológico".[21]

Quando "o natural" é colocado em questão, buscamos evidenciar aquela ordem de relação que se diversifica de uma realidade construída pelo homem. Como bem diferencia Miguel Reale[22], ao especificar a realidade do "*dado*" e do "*construído*" respectivamente, quando a primeira consiste na existência dos fatos e relações alheias a vontade e escolha humana e a segunda se apresenta naquelas em que há a inteligência

humana manifestada para a sua realização. Nesta mesma esfera desenvolvem-se questões que envolvem a preferência sexual da pessoa ou a própria diversidade sexual.

O que se deve diferenciar de modo claro são estes dois estados que não se confundem, o *"dado"* do *"construído"*, o *natural* do *estabelecido como modelo*- no sentido majoritário quantitativo- quando na verdade, natural se trata de característica inerente ao ser humano, impregnada em sua essência e anterior ao estabelecimento destes modelos dispostos seja pela sociedade como a moral ou como o sistema jurídico, na forma das normas. Neste sentido, a qualidade transexual de uma pessoa trata-se de característica a ela inerente e a ela natural, preexistente e independente da vontade humana e em última análise, independente dos valores da moral e das normas pensadas e institucionalizadas pelo homem.

O homem, no entanto, diante de uma democracia posta mostra-se obrigado a observância de elementos intrínsecos aos indivíduos e de toda a coletividade sem distinção, em obediência destas regras individuais, que lhes fogem do controle, por não serem titulares de sua criação e sobre elas não podendo exercer controle.

Assim, naquele segundo plano de existência das coisas, o conhecimento científico se desenvolve e parte de objetos construídos com certo grau de abstração que sempre se direcionam para o real[23], para a busca de soluções de problemas apresentados no plano fático das coisas, dos seres humanos, e como o direito, considerado ciência, consiste no estabelecimento de regras que visam solucionar situações e relações, improvável seria adotarmos uma postura que o faça autônomo e fechado em si, mas de modo contrário, interligado a outras ciências e elementos externos a ele por terem como objeto um mesmo ser: o ser humano.

O direito como uma ciência que tem como base os fatos jurídicos gerados pelo ser humano ou não, torna-se também verdadeiro "fenômeno social", que necessariamente deve se mostrar aberto as demais ciências que possam atuar auxiliando-o, pois esta interdisciplinariedade[24] faz com que o cientista possa articular a questão posta com mais aspectos comuns da mesma realidade, tornando-se algo mais coerente, mais provável e com maior eficácia, e da mesma forma podemos considerar a Constituição, como uma "conexão de sentido"[25] por se servir de valores axiológicos e por visar a realização de soluções pacíficas de conflitos imersa nesta realidade em se manifesta.

Assim, a utilização de outras áreas do conhecimento se mostram instrumento poderoso e riquíssimo para a aplicação da melhor solução adotada pelo direito frente a questão do transexual, que em decorrência de sua especificidade reclama apoio em outras disciplinas como a medicina e a psicologia.

O fato é que o direito deve abster-se da posição conservadora e dogmática em que o trata de ciência autônoma e que se resume ao conjunto de normas postas dentro do sistema jurídico institucionalizado, mas que isto, pode ser utilizado como ferramenta valiosa e eficaz para a transformação social e conseqüente inclusão de grupos desprestigiados, visando a integração e a realização do ser humano, prestigiando em preliminar, direitos fundamentais, para que possa haver, num segundo momento, um melhor desenvolvimento social em todos os aspectos imagináveis.

Compete-nos a compreensão do transexual como um status *"a quo"* do indivíduo, no sentido de que esta realidade pertence ao plano do *"dado"* e não do *"construído"*, fugindo da possibilidade de realização ou transformação, com sentido de capacidade de construção pelo homem.

Este estado natural, portanto imutável, deriva a existência de um grupo excluído em decorrência da condição classificada como *disforia de gênero*[26] ou *"neurodiscordância de gênero"*[27]. A *transexualidade é* diagnosticada como um transtorno permanente em que a única possibilidade de diminuição das conseqüências negativas decorrentes desta situação é a intervenção cirúrgica que visa a adequação do sexo físico ao sexo psicológico[28], o que nos remete a consciência de que afirmações como estas não podem ser descartadas e desconsideradas quando da atuação do direito, o que demonstra novamente a necessidade de abertura e apoio da ciência do direito as demais áreas de conhecimento do ser humano[29].

Algumas lições podem ser retiradas da doutrina quando da intenção da conceituação do Transexual, entre elas, de Aracy Augusta Leme Klabin, quando define "o transexual como um indivíduo, anatomicamente de um sexo, que acredita firmemente pertencer a outro sexo. Essa crença é tão forte que o transexual é obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado a fim de ajustar-se ao 'verdadeiro' sexo, isto é, ao seu sexo psicológico"[30]. Luiz Alberto David Araujo dispõe que "não resta dúvida de que o sentido da palavra 'transexual' deve ser o da não identidade entre o sexo psicológico e o sexo biológico de determinado individuo."[31]

O transexual como uma pessoa que não aceita o seu sexo biológico, ou seja, que psicologicamente acredita ser do sexo oposto do seu físico, por não aceitar os seus aspectos primários e secundários sexuais, desencadeia uma não aceitação individual que acaba por gerar a exclusão social oriunda tanto do individuo- sociedade como sociedade-indivíduo.

Conclui-se, portanto, que uma vez determinada a necessidade de "correção" do sexo físico a fim que o compatibilize ao sexo psicológico, somadas ao reconhecimento de tratamento único e provável de sucesso seja a cirurgia de re designação sexual, compreendemos que o sexo natural da pessoa humana não se resume meramente ao físico, mas sim do psicológico, sendo que neste caso especificamente é altamente relevante na determinação do mesmo, tão relevante que demonstra ser o principal quanto ao transexual.

Considerações como estas nos leva a crer que não se trata de uma cirurgia para se "re designar", mas sim para "adequar" o errôneo, o doloroso ao correto e natural, o que melhor se compreenderia como uma cirurgia de adequação sexual, ou seja, uma cirurgia que adéqua o externo-físico (incompatível) para o interno-psicológico (compatível com a realidade da pessoa e, portanto, mais adequada).

Deste modo, uma vez superada a verdadeira noção da necessidade da adequação, compreende-se a possibilidade de alteração de todas as conseqüências provenientes desta modificação promovida pela adequação sexual e dentre elas temos uma que seja talvez a central, que funciona como palavra chave da transformação do entendimento da questão e da vida deste ser humano para um início de uma vida que busca a realização

pessoal e a felicidade e que para o direito, é a causa dos motivos para exclusão social, já que está na esfera da publicidade: o prenome e sexo civil.

Este direito mostra-se constitucionalmente tutelado seja quanto ao direito geral da personalidade, seja com relação aos direitos especiais que completam o rol componente daquele primeiro, uma vez que o direito geral da personalidade "é o fundamento de todos os direitos especiais da personalidade, que podem considerar-se como desdobramentos daquele e tem, sob o ponto de vista ideológico-jurídico, preferência sobre os mesmos."[32]Esta tutela constitucional se da uma vez que muitos dos direitos especiais compõe-se da soma dos direitos fundamentais individuais que preenchem o rol dos direitos da personalidade juntamente com os objetivos do estado constitucionalmente previstos que dão ensejo a esta compreensão, ou seja, o bem de todos os cidadãos, que em última análise podemos expressar pela felicidade do ser humano[33].

A realização da cirurgia de redesignação sexual, tanto do masculino para o feminino, como vice versa, com a devida 'preparação', ou seja, com o devido segmento disposto pela Resolução do Conselho Federal de Medicina 1652/2002[34] é reconhecida e possível no estado brasileiro, o que demonstra o conhecimento desta realidade pelo direito que visa a realização pessoal, o exercício de diversos direitos da personalidade, alem da conseqüente inclusão social deste grupo de minorias, uma vez que a realização da cirurgia, adéqua a pessoa em sua essência, já que se torna fisicamente 'compatível' ao sexo psicológico, o que será um início de uma caminhada pela busca da aceitação e da felicidade dessa pessoa.

Certo que a intenção da cirurgia é a de diminuir o sofrimento, mas que este não é o único ponto a ser mudado. Uma cirurgia desse porte, que tem o condão de modificar o sexo 'físico' da pessoa atinge muitos outros pontos, por trazer conseqüências e questões enormes a serem desvendadas e reconhecidas pela lei do homem, como a possibilidade de mudança do sexo no assento civil e conseqüente mudança do prenome, para uma maior integração e menor discriminação.

E será desta variável que retiraremos o elemento que possibilitará a realização do casamento ou do reconhecimento de uma possível união estável, influenciando na filiação, adoção, ou seja, a formação da família, podendo ainda afirmar a existência de mais um modelo diferenciado de família contemplado pelo plano fático.

A questão do transexual, por referir-se a uma diversidade tamanha, não comporta a analogia, pois não há nenhuma hipótese parecida, que possa ser aplicada como análoga, necessita mesmo de um tratamento diferenciado, que esteja a sua altura e que seja ligado à realidade, o que gerará uma efetividade.

Sobreleva notar que a menção ao tratamento diferenciado faz alusão à discriminação positiva, enfim, o direito à igualdade visto às avessas, de maneira a consagrar-lhes o tratamento mais próximo ao realização da justiça social[35].

Sendo assim, para tornar viável o atendimento às necessidades de salvaguarda à dignidade dos transexuais, deve-se imiscuir os prejulgamentos que se escondem por detrás de discursos fundados em princípios, como o da segurança jurídica, sendo certo que grande parcela da sociedade justifica a sua resistência na aceitação da alteração do

nome dos transexuais, pelo anseio de manter intacto o sistema jurídico, que não pode ficar à mercê de vontades.

Entretanto, tal posição, que não raras vezes é também adotada no campo jurídico, incorre em estigmatização, rechaçada pela Constituição Federal.

A escusa da inaceitação do direito à alteração do nome, pelos transexuais, corresponde ao desrespeito ao direito de personalidade desta categoria de pessoas, classificadas como *minorias**[36]***, sendo assim, aqueles prejulgamentos moralistas geram injustiça.

Situação esta incoerente já que diante de um sistema em que coloca-se como valor central a dignidade da pessoa humana, questões que envolvem direitos básicos e ressalta a igualdade entre as pessoas não podem deixar de ser observadas, como dispõe Eduardo Appio[37],

"o direito a um tratamento com igual consideração e repeito pressupõe a própria divindade da vida humana, ou seja, o fato de que todos os seres humanos são dotados de determinadas características que os distinguem dos demais seres e que, portanto, são destinatários naturais da mesma atenção."

Desta maneira, afronta-se o direito à isonomia das minorias, ao negar-lhes o direito de exercer direitos básicos, como o de estar, a sua identidade, compatível à sua realidade natural e sua realidade civil. Tal ocorrência retrata inobservância aos pressupostos da ansiada inclusão social.

A classe dominante, tida como *maiorias*, embasa-se na "intenção" de proteção da segurança jurídica, dispensando uma interpretação distorcida (a respeito deste princípio constitucional implícito), com o fito de atender interesses e direitos desprovidos de relevância jurídica, ao revés, com isso assentam justificativas para a discriminação prevalecer, olvidando-se da necessária aplicação do princípio da razoabilidade para a solução destas questões, que comportam verdadeira colisão de direitos fundamentais.

Esta escusa em aceitar e respeitar os direitos inerentes à personalidade do transexual outro significado não comporta, senão o de verdadeira atuação discriminatória, marginalizadora, que põe tal categoria de pessoas em situação de exclusão social.

Ora, o que se visa é a aplicação de uma interpretação conforme a Constituição Federal, que se projeta na dignidade da pessoa humana.

A existência não é suficiente, o exercício desta deve ser circundado pelo núcleo material, ou seja, os elementos caracterizadores da personalidade do indivíduo devem estar presentes no decorrer da vida, é o que se clama para os transexuais, igualmente.

Para a consagração do respeito aos direitos dos transexuais, devem ser consideradas as necessidades sociais (ainda que de um grupo individualizado, minoritário), vislumbrando algo muito mais abrangente, que é a atuação do direito na promoção da

função social e desenvolvimento, destruindo dogmas e concedendo oportunidades de inclusão social, para o irrestrito exercício da cidadania.

4. (RE) VISITANDO OS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM BUSCA DA ALTERIDADE E DA PERMISSÃO DE TODOS SER COMO QUISEREM E A NÓS COMO DEVEMOS SER: O NOME E SUA NATUREZA JUSFUNDANTE

Conforme ensina Elimar Szaniawski, os direito s da personalidade representam o *conjunto de caracteres do próprio indivíduo*; *consiste na parte intrínseca da pessoa humana*,[38] tornando-se, assim, o conteúdo mínimo imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa.

Consagrando as determinações contidas na Constituição Federal, tem-se que o novel Código Civil, inovando em relação à codificação civil pretérita, trouxe capítulo específico consagrado aos direitos da personalidade, deixando, de lado, a característica predominantemente patrimonial de outrora, dando fiel cumprimento ao postulado fundamental de dignificação do homem.

Assim, em no Capítulo II, do Livro I, de sua Parte Geral (artigos 11 a 21), a novel legislação material civil estabeleceu acerca dos Direitos da Personalidade, definindo-os como sendo direitos irrenunciáveis e intransmissíveis, sendo direito de todo indivíduo gozar do uso de seu corpo, nome, imagem, aparência e todos os demais aspectos constitutivos de sua identidade.

A personalidade, com estes predicados, assenta-se como direito fundamental, vinculando-se, indissociavelmente, ao reconhecimento da dignidade humana, emergindo daí que sua negativa de exercício ao cidadão transexual atinge, ilicitamente, "o direito da identidade pessoal, familiar e social"[39], não se olvidando que a qualquer pessoa é garantido o direito identidade apta e idônea, que o qualifique perante a sociedade, como, aliás, dispõe o art. 16 do Código Civil, *in verbis*: "Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome".

Quando se nasce, é através do nome que se estabelece a primeira forma de identificação de uma pessoa e esta identificação faz parte da personalidade e da formação da visão que esta pessoa terá, perante terceiros na sociedade, considerado o homem um ser social.

A infundada posição que coloca a segurança como fundamento especial para a não concessão desses direitos aos transexuais, não encontra proteção na teoria dos direitos fundamentais, pois, não obstante inexista expressa disposição normativa, ao se recorrer à interpretação sistemática, pode-se encontrar guarida constitucional a este tema, no art. 5º, inciso X, que preconiza:

Art. 5º. – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Nesse contexto, o direito a mudança nome pelo cidadão transexual, é agasalhado por meio de interpretação conjugada dos artigos 5º, *caput*, e, inciso X, do Pacto Social de 1988, não se perdendo o alerta feito por Vidal Serrano, no sentido de que "a colisão entre dois direitos fundamentais deve ser equacionada de uma maneira distinta daquela que antepõe um direito fundamental a outro valor constitucional. (...) Os direitos fundamentais, por sua apontada natureza devem ser maximizados. Em outras palavras, o operador do direito deve sempre buscar a máxima efetividade dos direitos fundamentais."[40]

No caso presente, e uma vez já comprovado, cientificamente, que os transexuais sentem-se pessoas integralmente inerentes ao sexo psicológico que lhes é inerente, nada mais coerente que a permissão à alteração de seu nome, a fim de se permitir a correta correlação entre referido estado psíquico e suas características físicas, com o objetivo de respeitar sua dignidade enquanto ser humano que é, mesmo porque sequer existe impedimento legal para tanto, sendo de relevo destacar-se que

"todo individuo tem o direito à proteção psicossomática da sua identidade sexual, adequado a identidade física a identidade psíquica. O sexo psíquico é imutável, ou seja, aquele sexo em que a pessoa sente verdadeiramente pertencer. Assim deve o Registro Civil expressar esta adequação, pois a sexualidade e a identidade residem principalmente no cérebro. Fortes correntes doutrinarias asseveram que não nascemos com uma identidade definida, visto que esta é construída, portanto é um processo."[41]

As pessoas transexuais têm, então, direito de usufruir à correta identidade, sobretudo porque o *direito*, em sendo a ciência que tem como finalidade regular o convívio social, pacificando as controvérsias, não pode admitir que tais pessoas continuem usando um nome que não corresponda ao seu estado psicológico e que, por vezes, as submetem a situações vexatórias, a tratamento jocoso, como, por exemplo, quando do preenchimento de uma ficha, de um cadastro, dentre outras inúmeras e reais situações.

O que se extrai da correta compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana, incluindo-se aí, por óbvio, a questão atinente à orientação sexual, é o direito constitucional à felicidade, como bem verbera Luiz Alberto David Araujo:

Ao arrolar e assegurar princípios como o do Estado Democrático, o da dignidade da pessoa humana e o da necessidade de promoção de bem de todos, sem qualquer

preconceito, o constituinte garantiu o direito à felicidade. Não o escreveu de forma expressa, mas deixou claro que o Estado, dentro do sistema nacional, tem a função de promover a felicidade, pois a dignidade, o bem de todos, pressupõe o direito de ser feliz. Ninguém pode conceber que um Estado que tenha como objetivo a promoção do bem de todos possa colaborar para a infelicidade do indivíduo. Portanto, a interpretação constitucional leva à busca da felicidade do indivíduo, não de sua infelicidade. E, como veremos adiante, felicidade pressupõe atenção aos valores da minoria[42].

Noutro giro verbal, ou a Constituição Federal reflete seus efeitos para todas as pessoas que compõem a sociedade em que promulgada, ou estar-se-ia diante de um mero e ineficaz 'calhamaço de papel' sem qualquer valor efetivo que possa tutelar seus jurisdicionados.

Em verdade, a discussão ao derredor dos direitos e deveres relativos aos transexuais quase sempre vem revestida de um colorido preconceituoso e pelo medo do diferente e do desconhecido, não sendo apresentadas, muitas das vezes, razões jurídicas plausíveis para a sua parcial exclusão do meio social em que vive, estuda, trabalha e produz.

Assim, e sempre se pautando pela observância do princípio da dignidade da pessoa humana, mostra-se oportuna a aplicação do sistema de adequação integral do transexual, composto esse por atos que visam à sua completa inclusão social, emergindo daí que não há como desvincular sua qualidade de cidadão brasileiro, bem como seu direito a alteração do nome em casos tais, como ainda hoje, infelizmente, se observa.

CONCLUSÃO

1) O direito se mostra como o resultado de experiências da sociedade bem como de suas necessidades, neste ponto comprovado o papel transformador que este exerce sobre o social.

2) Os direitos fundamentais, fortalecidos pelo art. 60, parágrafo 4º da Constituição Federal somados aos princípios constitucionais revelam-se o caminho a ser seguido pelo aplicador do direito a fim de revelar e concretizar as vontades do poder constituinte originário representante do povo, uma vez que trata-se de uma realidade democrática de direito.

3) Este conteúdo revela, por sua vez, a importância conferida ao ser pessoa bem como todos os direitos a ele correlatos, fator este que da ensejo ao fenômeno da constitucionalização do direito civil, tratando no trabalho especificamente sobre aqueles primeiros, inerentes e indivisíveis ao ser humano: os direitos da personalidade.

4) Ao tratar em especial da questão dos transexuais, estes direitos que compõe o direito da personalidade se mostram de modo diversificado e único, que requer um tratamento também especial já que estes caracteres visam a exclusão destas pessoas no círculo social, observados todas as limitações que desprestigiam os direitos de terceiros.

5) O direito ao nome, bem como o direito ao sexo adequado é tido como direito fundamental do transexual, e direito componente do rol dos direitos gerais da personalidade, uma vez que este deve ser perfeitamente adequado a sua realidade, conferindo-lhe todos os direitos que esta adequação lhe destina, já que trata-se de direito constitucionalmente tutelado.

6) As pessoas transexuais têm direito à usufruir do direito à identidade, que inserido está no da personalidade, sobretudo porque, o *direito*, em sendo a ciência, que tem como finalidade regular o convívio social, pacificando as controvérsias, não pode admitir que estas pessoas continuem usando um nome que não corresponda ao seu estado psicológico e que por vezes as submetem a situações vexatórias, por serem submetidas a tratamento jocoso, quando do preenchimento de uma ficha, por exemplo.

7) Acatar esta interpretação extensiva tem como significado respeitar o princípio da dignidade humana, sob a sua mais sublime abrangência conceitual, respeito esse conclamada pelos juristas de escol, hodiernamente.

BIBLIOGRAFIA

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo*:* Saraiva, 2000.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª edição/ 1ª reimpressão. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito, teorias da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino, Método editora.

BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. **Código civil interpretado conforme a Constituição da república**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. vol. I.

BARION PERES, Ana Paula Ariston. **Transexualismo, o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira**.7ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional, fundamentos teóricos**. Vol. I. São Paulo: Manole, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?. In: **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides, RT nº 254:13, 2006.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo(s): uma análise metateórico. In: CARBONEL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s).** Ed. Trotta.

DOMINGUEZ, Andrés Gil. **Neoconstitucionalismo y derechos colectivos**. 1ª edição, Buenos Aires: Editar, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. **Curso de direito civil.** Renovar.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed. rev. São Paulo*:* Saraiva, 2000.

FILOMENO, Britto José Geraldo. **Manual de teoria geral do estado e ciência política**.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas**.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas.**

LARENZ, Karl. **Derecho civil- parte general**.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

KOSOVSKI, Ester. Minorias e discriminação. In: SÉGUIN, Elida (coord.). **Direito das Minorias**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. atual. 11ª tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. atual. 11ª tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NUNES JUNIOR, Vidal serrano. **A cidadania social e a constituição de 1988. Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: editora Verbatim, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil, Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Editora Renovar.

RABINDRANATH 'V.A.A CAPELO DE SOUSA. **O direito geral de personalidade**. Coimbra editora, 1995.

REALLE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª edição ajustada ao novo código civil, 7ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual. A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: revista dos tribunais, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *In*: **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 250:85-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 86.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. A perda de competência como sanção a inconstitucionalidade por omissão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Princípios Constitucionais. Segunda Tiragem (com acréscimos). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do Direito e direito constitucional. Tradução de Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, De plácido e. **Vocabulário jurídico**. 18ª edição revista e atualizada por:

Nagib Slaibi filho e Geraldo Magela Alves. Revisão técnica por Ricardo Issa Martins. Rio de janeiro: forense, 2001.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª edição, 3ª tiragem revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual.** Revista dos Tribunais, 1999.

_____**. Direitos de personalidade e sua tutela.** São Paulo: Ed. RT, 1993.

TAVARES, Andre Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Diálogos sobre direito civil.** Volume II. Rio de janeiro: renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, tomo II

VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra, (orgs.). identidade sexual e transexualidade. São Paulo: Rooca, 2009.

_____. Nome e sexo. Mudanças no registro civil. São Paulo: revista dos tribunais, 2009.

---

[1]*"pelo povo"* subentende-se como este devidamente representado pelo poder constituinte originário, no ato da promulgação da Constituição Federal, que demonstrará

a vontade da maioria. Neste sentido a mesma somente se dá diante de um estado democrático, onde a Constituição revela a vontade do povo, diferente do que ocorre nos casos dos estados que detém regime autoritário e Constituições impostas pelo poder dominante.

[2] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

[3] Marilena Chaui. **Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas**. São Paulo, Cortez,1990 (ed.5); p.19: "Deus baixou do céu à terra, abandonou conventos e púlpitos e foi alojar-se numa imagem nova, isto é, no Estado. Não quero com isso me referir ao direito divino dos reis. Refiro-me à representação moderna do Estado como poder uno, separado, homogêneo e dotado de força para unificar, pelo menos de direito, uma sociedade cuja natureza própria é a divisão de classes. É esta figura do Estado que designo como a nova morada de Deus. [Houve] uma transferência das qualidades que eram atribuídas à Divina Providência à imagem moderna da racionalidade [Divina Pr*e*vidência!]. A nova *ratio* é teológica na medida em que conserva, tanto em política quanto em ideologia, dois traços fundamentais do poder teológico: de um lado, a admissão da transcendência do poder face àquilo sobre o que este se exerce (Deus face ao mundo criado, o Estado face à sociedade, a objetividade das idéias face àquilo que é conhecido); por outro lado, a admissão de que somente um poder separado e externo tem força para unificar aquilo sobre o que se exerce (Deus unifica o mundo criado, o Estado unifica a sociedade, a objetividade unifica o mundo inteligível)".

[4] SANCHÍS, Luis Prieto. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 117-119.

[5] REALLE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª edição ajustada ao novo código civil, 7ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 02

[6] COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo(s): uma análise metateórico. In: CARBONEL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s).** Ed. Trotta.

[7] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?. In: **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides, RT nº 254:13, 2006, p. 108-115.

[8] LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 198.

[9] TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, tomo II, p. 25: "Mostra-se de evidência intuitiva o equívoco de tal concepção, ainda hoje difusamente adotada no Brasil, que acaba por relegar a norma constitucional, situada no vértice do sistema, a elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso da analogia e de regra consuetudinária. O entendimento mostra-se, no entanto, bastante coerente com a lógica do individualismo oitocentista, sendo

indiscutível o papel predominante que o Código Civil desempenhava como referência normativa exclusiva no âmbito das relações de direito privado".

[10] Ibidem, p. 27: "[...] o Direito das Coisas é ramo do Direito Civil que regula as relações jurídicas reais, entendidas estas como as que se estabelecem entre o titular de uma coisa e a sociedade em geral".

[11] Ibidem, mesma página.

[12] BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. **Código civil interpretado conforme a Constituição da república**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. vol. I, p. 03.

[13] LÓBO, 1999, p. 152: "O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda a sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo medida da propriedade, que passa a ter função complementar".

[14] NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 189.

[15] LÔBO, 1999, p. 25-26: "Enquanto perduraram as condições de sobrevivência do Estado Liberal, principalmente no século XIX (no Brasil, até à Constituição social de 1934), os códigos civis desempenharam funções relevantes que os mantiveram como o núcleo do direito positivo. Para Francisco Amaral, que perfilha a tese da descodificação, o conjunto de valores e idéias que formaram o caldo de cultura dos grandes códigos encontra-se superado, nomeadamente suas funções políticas, filosóficas e técnicas. Desaparecendo essas funções prestantes, os códigos tornaram-se obsoletos e constituem óbices ao desenvolvimento do direito civil. Com efeito, a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não recomenda sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente".

[16] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 573.

[17] Ibidem, p. 46: "Dada a supremacia da Constituição, deve-se dizer, desde logo, que o novo Código Civil há de ser aplicado à luz das regras e princípios da lei maior, rejeitando-se o que nele se mostrar incompatível com as normas constitucionais ou não comportar leituras de adequação, no amplo espectro do que, modernamente, tem sido entendido como interpretação conformadora. Noutras palavras, atentos às velhas regras de bom aviso – preceitos que traduzem o senso comum dos juristas no âmbito do controle de constitucionalidade – devem os nossos operadores jurídicos partir da idéia de que esse Código, no todo, como em suas partes, não agride nem pretendeu agredir a Constituição; em caso de dúvida, decidir pela constitucionalidade de seus preceitos; e, afinal, tendo de escolher entre distintas interpretações, optar por aquela que além de se

mostrar compatível com a Constituição, realize melhor ou mais intensamente as decisões do legislador constitucional".

[18] Ibidem, p. 54: "[...] não se pode, pois, entender o Direito Civil – em suas vigas fundamentais: o contrato, a propriedade e a família – sem o necessário suporte lógico do Direito Constitucional. Um se prende ao outro como corpo e alma [...]".

[19] Palestra de Luiz Edson Fachin no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional. O texto reproduz em síntese as idéias expostas no 9ª Conferência do VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, promovido pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 04 à 07/10/2004. Foi mantida a estrutura da exposição oral, sem adaptação às fontes e a outros recursos mais afetos à sistematização escrita, conforme explica nota de rodapé inserta no *site* <http://200.160.20.172/revista_on_line/artigo%2022.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2007.

[20] VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 38: "[...] a noção de ordenamento como sistema é fundamental para o entendimento da chamada constitucionalização do Direito Civil. Não de qualquer sistema, mas daquele sistema unitário, não completo, porém, completável e aberto. Ter o ordenamento brasileiro como um sistema assim, significa que o Direito Civil pode e deve manter-se atual".

[21] ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**, p. 29, ao citar Aracy Augusta Leme Klabin. "aspectos jurídicos do transexualismo", dissertação de mestrado apresentada na faculdade de direito da Universidade de São Paulo, não publicada, 1977, p.5.

[22] REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. . 27ª edição ajustada ao novo código civil, 7ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.P. 23, SS.

[23] MARQUES NETO, Augustinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto e método**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 47.

[24] *Idem*. p. 96.

[25] SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª edição, 3ª tiragem revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21.

[26] Nomenclatura adotada na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº1652/2002, que trata sobre o tratamento adequado aos transexuais.

[27] VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo**. **Mudanças no Registro Civil**. Editora Revista dos Tribunais, p. 225.

[28] Questão tratada na Resolução CFM nº1652/2002, que revoga a anterior Resolução CFM nº 1482/1997, dispondo sobre a conceituação, o diagnóstico, procedimento do tratamento, condições para a realização da cirurgia, bem como diversas outras regulamentações sobre o tema.

[29] Trata-se da interdisciplinariedade necessária para que haja maior alcance e compreensão da realidade produzindo conseqüentemente melhores resultados.

[30] ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual,** p. 29, ao citar Aracy Augusta Leme Klabin. "aspectos jurídicos do transexualismo", dissertação de mestrado apresentada na faculdade de direito da Universidade de São Paulo, não publicada, 1977, p.5.

[31] *Idem*, p.29.

[32] LARENZ, Karl. Derecho civil- parte general, p. 1964.

[33][33] Este estado de felicidade não se confunde no entanto, com a alegria que se da em momentos de bem estar. Aquela primeira pode se dar perfeitamente assim mesmo nesta questão, pois trata-se de um estado de realização, mesmo que este individuo seja detentor de uma vida passada diferenciada daquelas rotuladas como morais pelo grupo. O questão impede este encontro com o bem visado.

[34] Que inclusive revoga a Resolução de 1997.

[35] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. atual. 11ª tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, *passim*.

[36] Terminologia questionada por SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 09, vez que conceituar minorias é complexo, já que não condiz com um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em quantidade menor, em relação à população deste, devendo ser sopesada a realidade jurídica ante as conquistas modernas.

[37] APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 2008. P 195

[38] Szaniawski, Elimar**. Direitos de personalidade e sua tutela.** São Paulo: Ed. RT, 1993, p. 35.

[39] VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo. Mudanças no Registro Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2009. P. 226

[40] NUNES JUNIOR, Vidal serrano. **A cidadania social e a constituição de 1988. Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: editora Verbantim, 2009. P. 40.

[41] VIEIRA, Tereza Rodrigues. In: identidade sexual: aspectos éticos e jurídicos da adequação de prenome e sexo no registro civil. VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de. (orgs.). **Identidade Sexual e Transexualidade**. São Paulo: Rooca, 2009. P. 187

[42] ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**, São Paulo: Saraiva, 2000. p. 74.

DIREITO DA PERSONALIDADE E INTEGRIDADE PSICOFÍSICA*

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD E INTEGRIDAD PSICOFÍSICA

Dennis Otte Lacerda

RESUMO

O artigo objetiva contribuir com o desenvolvimento dos direitos da personalidade, fornecendo elementos que apontam para a formação de uma nova dogmática do Direito Civil, que se liga diretamente aos valores constitucionais, formando a base para um Direito Civil-Constitucional. O artigo inicia com uma breve análise da evolução dos direitos da personalidade do século XIX ao XXI. Nesta travessia, procura-se demonstrar que os direitos da personalidade possuem um fundamento material, proveniente de sua relação com a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal prevê uma cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade ao dispor como fundamento da República a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, o que permite a adequada mobilidade aos constantes avanços da sociedade. A integridade psicofísica é um dos pilares da dignidade da pessoa humana e representa um forte exemplo de direito de personalidade. Apesar dos avanços constitucionais a realidade que se apresenta à pessoa humana, notadamente a desprovida de recursos, é diversa. A sociedade ainda não se libertou totalmente das amarras que a prende ao passado centrado no patrimônio. Por isso, ainda se percebe que algumas políticas públicas não se coadunam com um ordenamento jurídico que se propõe em colocar a pessoa humana como o centro de preocupação da sociedade. Em conclusão, argumenta-se que com a implementação do efetivo acesso à Justiça, o Poder Judiciário vem reconhecendo e tutelando questões atinentes aos direitos da personalidade, que não possuem conteúdo econômico, o que vem contribuindo para a alocação da pessoa humana no centro do sistema jurídico.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS DA PERSONALIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INTEGRIDADE PSICOFÍSICA.

RESUMEN

El artículo tiene como finalidad la contribuición con el desarrollo de los derechos de la personalidad, dando los elementos que apontan para la formación de una nueva dogmática del Derecho Civil, que se junta a los valores constitucionales formando la base para un Derecho Civil Constitucional. El artículo empieza con una breve análise de la evolución de los derechos de la personalidad del siglo XIX al XXI. En esta travesía se busca demostrar que estos derechos tienen un fundamento material, proveniente de su relación con la dignidad de la persona humana. La Constituición Federal prevé una

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

cláusula general de protección de los derechos de la personalidad al disponer como fundamento de la República, la dignidad de la persona humana como derecho fundamental, lo que permite la adecuada mobilidad a los constantes avanzos de la sociedad. La integridad psicofísica es uno de los pilares de la dignidad de la persona humana y representa un fuerte ejemplo de derecho de personalidad. A pesar de los avanzos constitucionales, la realidad que se presenta a la persona humana, notadamente aquella desproveída de recursos, es diversa. La sociedad todavía no se libertó totalmente de las amarras que la arresta al pasado centrado en el patrimonio. Por esto, aún se percibe que algunas políticas públicas no se coadunan con un ordenamiento jurídico que se proponga a colocar la persona humana como el centro de preocupación de la sociedad. Por fin, se argumenta que con la implementación del efectivo acceso a la Justicia, el Poder Judiciario viene reconociendo y tutelando cuestiones atinentes a los derechos de la personalidad, que non tienen contenido económico, lo que viene contribuyendo para el alocación de la persona humana en el centro del sistema jurídico.

PALABRAS –LLAVES: DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA. INTEGRIDAD PSICOFÍSICA.

1. Introdução: Direitos da Personalidade - travessia do século XIX ao XXI.

A construção dos direitos da personalidade humana vem sendo influenciada através dos séculos por vários pensamentos doutrinários e filosóficos. Ora com maior ênfase, ora com mais vagar. Dentre todos, pode-se destacar o Cristianismo, pelo fato de ter estabelecido a idéia de dignidade humana; a Escola de Direito Natural, que propagou a concepção da existência de direitos inatos à natureza humana e anteriores à formação de um Estado político organizado e a um ordenamento jurídico positivo; e, na modernidade, os filósofos do Iluminismo, que valorizavam o indivíduo em face do Estado. [1]

Ao fazer uma breve análise da historicidade dos direitos da personalidade, depara-se com a recente deferência que é dada a pessoa humana, pelos ordenamentos jurídicos, como um valor universal, cuja recognição foi diretamente impulsionada pela doutrina cristã – que vislumbrava o ser humano como um sujeito favorecido com o dote do livre-arbítrio e proeminente em relação à coletividade social – bem como pelas declarações de direitos do final do século XVIII. Estas, aliás, compreendiam prerrogativas jurídicas atribuídas ao indivíduo que, em princípio, tinham por incumbência tutelá-lo face ao ente estatal e, posteriormente, fundamentar um Estado

burguês, garantindo-se a todos, por exemplo, a liberdade e o direito à propriedade privada. [2]

O reconhecimento dos direitos da pessoa humana, no âmbito legislativo, deu-se, primeiramente, na esfera pública, em que se buscava a proteção do indivíduo por meio do estabelecimento de garantias frente ao Estado. Dos diplomas textuais que marcaram a evolução desses direitos, merecem destaque o Bill of Rights dos Estados americanos em 1689; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, aprovada com a Revolução Francesa; e a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948.

Esses textos evidenciaram a preocupação do legislador em reconhecer direitos aos homens em uma esfera pública e política, agasalhando-os contra o absolutismo e o totalitarismo estatal. Efetivamente, a atenção dessas declarações, em princípio, não estava direcionada para a proteção dos atributos da pessoa na seara do direito privado, inexistindo, mesmo, um sistema protetivo dos bens mais elevados do pessoa humana, em face dos particulares, além daqueles cunhados pelo direito penal. [3]

Estas circunstâncias formaram um ordenamento jurídico compartimentado pela incomunicabilidade dos direitos público e privado – conferindo destaque à renomada *summa divisio* entre esses "ramos da juridicidade" – e indicaram um sistema jurídico dicotomizado por distintos espectros de proteção da pessoa humana: de um lado a tutela consagrada pelas liberdades públicas (exercidas contra o Estado) e pela admissão de uma igualdade formal, ambas conferidas por meio das declarações de direitos e pelas constituições da época; e, do outro lado, a sede das relações privadas, domínio em que reinava a autonomia privada e o patrimonialismo e que subtraía da pessoa humana qualquer proteção particularizada do ordenamento em suas relações existenciais. Nesta fase da cultura jurídica, não se cogitava, ainda, a proteção da personalidade no âmbito do direito privado. [4]

A oposição tradicional à existência dos Direitos da Personalidade, fundada numa concepção patrimonialística do Direito Civil, se dá na medida em que ao se identificar a personalidade com a titularidade de direitos, ela (a personalidade) não poderia ser considerada como objeto deles. A pessoa humana identificada ora como sujeito, ora como bem da personalidade, levaria à legitimação do suicídio aos se admitir a existência

dos Direitos da Personalidade (SAVIGNY). Outra crítica para se negar a existência dos Direitos da Personalidade como disciplina jurídica, se dava com o argumento de que a vida, a saúde e a honra não se enquadram na categoria do ter, mas do ser, o que os tornariam incompatíveis com a noção de direitos subjetivos, predispostos à tutela das relações patrimoniais, em particular do domínio (JELLINEK).

Após a superação das controvérsias históricas sobre a conceituação dos diretos tidos como da personalidade, restou amplamente aceito que o homem, como pessoa, manifesta dois interesses fundamentais: (i) como indivíduo, o interesse a uma existência livre; (ii) como integrante de uma sociedade, o interesse ao livre desenvolvimento da vida em relações. Sob essa perspectiva é que se desenvolveram os substratos teóricos que alicerçaram, na contemporaneidade, os direitos tidos como da personalidade.

Muito embora alusões a essa categoria de direitos tenham sido feitas no século XIX, o desenvolvimento dos direitos da personalidade, verdadeiramente, teve lugar em meio às transformações ocorridas na sociedade humana a partir de 1919 com a Constituição de Weimar, documento de inovadora metodologia – consistente na veraz aplicabilidade dos direitos pessoais às reais circunstâncias em que se colocava em questão a personalidade humana – além de receptáculo dos institutos clássicos do direito civil, tais como o contrato, a propriedade e a família. A começar deste momento, os direitos da personalidade iniciaram o caminho rumo à conformação teleológico-estrutural de que hodiernamente dispõem, objetivando a salvaguarda da dignidade humana. [5]

Foi, então, a partir da segunda metade do século XX, especialmente com o pós-guerra, que os direitos da personalidade lograram obter um maior desenvolvimento. Sobretudo por causa da célere evolução tecnológica e da consequente evolução do consumismo desenfreado, o ser humano passou a entabular relações privadas por meio das quais se tornou titular de inúmeras situações subjetivas que colocavam em risco seus atributos essenciais. Esse contexto fez repercutir uma grande preocupação com a tutela da pessoa na esfera do direito privado. [6]

O estabelecimento e a previsão legal dos direitos tidos como da personalidade se deu nas constituições do pós-guerra, que passaram a adotar uma perspectiva de proteção

integral da pessoa humana que, por consequência, abrange a personalidade. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da república [7]e os direitos que materialmente emergem da dignidade e da sua afirmação e proteção foram tomados como fundamentais.

Assim, a conformação teórico-dogmática dos direitos da personalidade se desenvolveu à medida que o ser humano – devido à necessidade de tutela de seus bens essenciais – se tornou objeto de proteção não apenas por parte do direito público, face às ameaças perpetradas por um Estado totalitário ou absolutista aos seus direitos políticos e à sua integridade física, mas também no âmbito das relações privadas, face à ameaça de um mercado voraz, por meio da técnica dos direitos subjetivos. [8]

Na contemporaneidade não é possível se fazer uma análise mais ampla dos direitos da personalidade desvinculada de um exame da proteção da dignidade humana e dos direitos a ela correlatos [9].

2. Dignidade da Pessoa Humana como sustentáculo dos direitos da personalidade.

Tomar esse caminho ora explicitado dos Direitos da Personalidade significa sustentar a impossibilidade de uma visão puramente privatística de direitos da personalidade, desvinculada dos direitos do homem, e pressupõe um exame acurado da fundamentação da dignidade da pessoa humana que subjaz aos direitos da personalidade [10].

Em Portugal, GOMES DA SILVA em sua obra Esboço de uma Concepção Personalista do Direito, de 1965, constrói com riqueza o tema personalidade e sua tutela. Para o autor “na base de toda a ordem jurídica encontra-se, portanto, a pessoa, como ente individual dotado de razão e de liberdade e destinado a um fim transcendente, fixo e necessário, cuja realização ao direito compete assegurar, ... tudo que existe no direito se destina ao homem concreto e vivo e de (que) tudo quanto negar esta verdade não será direito, mas torto” [11]. O autor capta o sentido de que todas e cada uma das pessoas têm uma dignidade que é sagrada e igual, e que o direito está ao seu serviço. O direito da personalidade é o núcleo central do direito ao serviço da dignidade de cada uma das pessoas concretas [12] e vivas [13].

Essa concepção toma a dignidade como atributo que se refere ao ser humano concretamente considerado. Infere-se, ainda, outro elementos de extrema relevância, que não pode deixar de ser observado quando se trata do princípio em exame: a dignidade da pessoa humana é imperativo que decorre de uma ética de alteridade que paira sobre o direito e deve, necessariamente, informá-lo [14].

OLIVEIRA ASCENSÃO funda a categoria dos direitos de personalidade na dignidade humana, que afirma como o ponto de partida do ordenamento jurídico e como uma imposição ontológica: a pessoa, com sua dignidade, não é criatura do sistema jurídico. A dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ele justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social e que devem representar um mínimo que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade, mas devem representar também o máximo pela intensidade da tutela que recebem [15].

Na contemporaneidade, o direito marca-se pelo reconhecimento da necessidade de tutela dos valores essenciais para o ser humano, que outrora foram relegados a uma proteção indireta [16].

Sobre a dignidade da pessoa humana pode-se afirmar que, no sentido em que é compreendida contemporaneamente como princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas, não foi constituída como valor fundamental desde os primórdios da história. Ao contrário, a sua validade e eficácia, como norma que foi elevada acima das demais regras e princípios, derivam da necessidade própria da sua integração e sua proteção nos sistemas normativos. É de se salientar que a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, é um valor que foi edificado ao longo da evolução histórica da humanidade [17].

Essa perspectiva principiológica da dignidade humana serve de substrato normativo e axiológico de todos os demais direitos não patrimoniais, como os direitos da personalidade. Afasta-se, assim, as fontes jusnaturalistas dos direitos da personalidade, que entendem dignidade como um valor superior fundado num modelo abstrato, com validade independentemente de questões espaciais ou temporais.

É nessa linha que a vida deixa de ser apenas o primeiro e mais fundamental direto tutelado pelo ordenamento jurídico para se tornar condição essencial de outros direitos. Desenvolve-se aí a concepção da supremacia da vida humana e que, para ser entendida como vida, necessariamente deve ser digna.

Este modelo impõe pensar a vida (existência) sob um aspecto material, ou seja, o ponto de partida deste modelo é a vida como um conteúdo material, pois, a princípio, a vida é também biológica. Assim, pode-se afirmar que a vida nunca irá reduzir-se a uma mera abstração, haja visto seu substrato concreto, físico e biológico [18]. Com isso, não procede as críticas quanto a feição abstrata e intangíveis do direito da personalidade, pois o seu modelo filosófico demonstra o fundamento material da dignidade da pessoa humana [19].

O conceito de dignidade da pessoa humana é plural e aberto, havendo dificuldades em reduzi-lo a uma fórmula abstrata. Não obstante a dificuldade de delimitação, SARLET identifica a integridade física (psico-física), a isonomia, a proteção da vida e o resguardo da intimidade como elementos essenciais ao conceito de dignidade da pessoa humana [20].

Esses pilares que delimitam a dignidade da pessoa humana se aproxima dos direitos da personalidade, os quais, quando integrados, compõem uma noção que pode ser dita como conformadora da dignidade humana. Nesse diapasão, a proteção à vida, tida como um dos pilares pela doutrina que integram a noção da dignidade da pessoa humana, representa forte exemplo como direito da personalidade [21].

3. Características essenciais dos direitos da personalidade

A natureza não patrimonial dos direitos da personalidade e a circunstância de serem inatos e essenciais à realização da pessoa resultam em características que os singularizam, a saber: intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, inexpropriabilidade, imprescritibilidade e vitaliciedade.

A titularidade dos direitos da personalidade é única e exclusiva, não podendo ser transferida para terceiros, herdeiros ou sucessores. Por não serem objetos externos à pessoa, não podem ser disponíveis, inclusive quanto ao exercício deles, ainda que gratuito. O Poder Público não pode desapropriar qualquer direito da personalidade, porque ele não pode ser domínio público ou coletivo. A pretensão ou exigência para o cumprimento do dever e da obrigação de abstenção ou de fazer, como na hipótese do direito de resposta, ou da indenização compensatória por dano moral, jamais prescreve. Os direitos da personalidade extinguem-se com a pessoa; pode haver a transeficácia deles, post mortem, de modo a que a defesa seja atribuída a familiares, como no caso da lesão à honra do morto [22].

4. Dimensões constitucionais e civis dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade são pluridisciplinares. Não se pode dizer, no estágio atual, que eles situam-se exclusivamente no direito civil ou no direito constitucional. Sua inserção na Constituição deu-lhes mais visibilidade, mas não os subsumiu inteiramente nos direitos fundamentais [23]. Do mesmo modo, a destinação de capítulo próprio do novo Código Civil brasileiro, intitulado "Dos Direitos da Personalidade", não os fazem apenas matéria de direito civil. O estudo unitário da matéria, em suas dimensões constitucionais e civis, tem sido melhor sistematizado no direito civil constitucional, apto a harmonizá-las de modo integrado.

A pluridisciplinaridade permite rica abordagem da matéria, a depender do ângulo da análise. Na perspetiva do direito constitucional são espécies do gênero direitos fundamentais e assim são tratados pelos publicistas. Na perspectiva do direito civil, constituem o conjunto de direitos inatos da pessoa, notadamente da pessoa humana, que prevalecem sobre todos os demais direitos subjetivos privados.

Os direitos fundamentais são atualmente concebidos como os direitos humanos positivados nas Constituições, explícita ou implicitamente. Não apenas os direitos de liberdade mas os direitos a igualdade foram agregados como imprescindíveis à realização da dignidade humana.

Na perspectiva do direito civil constitucional, as normas constitucionais, sejam elas princípios ou regras, são hierarquicamente superiores, é dizer: a) as normas de direito civil não podem ser com elas incompatíveis, sob pena de inconstitucionalidade; b) as normas constitucionais determinam o conteúdo das normas de direito civil, no plano da interpretação. Assim, devem ser extraídos da Constituição os fundamentos de qualquer análise [24].

5. A cláusula geral e tipicidade dos direitos da personalidade.

Na doutrina, discute-se a existência de um direito geral da personalidade a que se remeteriam todos os tipos previstos ou não no sistema jurídico. Argumenta-se com a impossibilidade de previsão de todas as hipóteses de direitos inatos, o que poderia levar à recusa de tutela jurídica a situações atípicas. Essa questão tem a ver com a natureza aberta ou fechada da tipicidade dos direitos da personalidade.

Foi no direito alemão que se institui um sistema em que coexiste um direito geral de personalidade com vários direitos especiais de personalidade. O relacionamento entre ambos é ilustrado por LARENZ: o direito geral de personalidade serviu para colmatar as lacunas que se sentiam já na tutela da personalidade e também para as prevenir no futuro, evitando que fiquem sem proteção em relação a novas lesões da personalidade que o avanço da técnica potencia. Na aplicação, deve começar-se por aferir se uma certa lesão corresponde a um direito especial de personalidade. Se não corresponde a qualquer deles, será então o direito geral de personalidade a intervir [25].

Adotam uma postura de defesa da cláusula geral dos direitos da personalidade Orlando de Carvalho, Capelo de Sousa, Mota Pinto, Paulo Lobo, para ficar nestes nomes.

Pietro Perlingieri entende que o artigo 2.º da Constituição da Itália, o qual trata dos "direitos invioláveis do homem", seria a cláusula geral de tutela da personalidade, de forma que nenhum juiz poderia negá-la a qualquer pessoa que deduzisse pretensão dirigida a assegurar o respeito a qualquer aspecto de sua existência, embora não tenha previsão específica [26].

A Constituição brasileira, do mesmo modo que a italiana, prevê a cláusula geral de tutela da personalidade que pode ser encontrada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) [27].

A aceitação de uma cláusula geral possibilita maior segurança na medida que novos direitos vão surgindo. A orientação restritiva aos tipos fechados ainda decorre em razão da concepção patrimonialista hegemônica das relações civis, preocupada com o crescimento de pretensões de tutela à pessoa, sem fundamento econômico [28].

A condição humana é formada pelos direitos à vida, à intimidade, à integridade psicofísica e à igualdade, sem os quais não há como se concretizar a dignidade humana.

Neste compasso é que a integridade psicofísica é um dos pilares da dignidade da pessoa humana, e representa um forte exemplo de direito da personalidade. Ao tutelar a integridade psicofísica o ordenamento jurídico dá um exemplo de mutação no tempo, pois desloca-se de um lugar em que atuava como mero protetor de interesses patrimoniais para agora proteger a pessoa humana.

6. O Direito à Integridade Psicofísica

O direito à integridade física e psíquica constitui um paradigma de defesa da personalidade contra ameaças e agressões que se traduzam em lesões da integridade física e psíquica das pessoas.

Por integridade psicofísica podemos entender o direito a não sofrer violações em seu corpo ou em aspectos de sua personalidade. Incluídos estariam também os aspectos da vida moderna, ligados especialmente a temas como saúde e biodireito. Proteção de dados genéticos, reprodução assistida, atos de disposição do próprio corpo, entre outros, são situações novas, merecedoras de tutela e que, entretanto, ainda não encontraram solução satisfatória em nosso direito.

Não há razão para separar a defesa da integridade física da defesa contra ameaças e agressões à sua integridade psíquica. Não existe uma fronteira nítida entre a integridade física e a integridade psíquica, como bens da personalidade a defender, e

mesmo muitas vezes as ameaças e agressões atingem necessariamente quer o físico quer o psíquico, ou atingem um através do outro. Embora possa também haver lesões da integridade física que não tenham seqüelas ou conseqüências na integridade psíquica e vice-versa, parece ser de englobar num único tipo de tutela da personalidade a integridade psicofísica [29].

A integridade física e mental é indissociável [30]. O avanço do conhecimento humano pode levar a práticas invasivas da integridade psíquica, como ocorre com a internação não consentida para tratamento de insanidade mental ou a introdução de medicamentos que afetam o comportamento da pessoa. Os tribunais têm enfrentado situações desse jaez, como no RHC nº 64.387-6-SP, julgado pelo STF, relativo à internação de paciente em hospital psiquiátrico, contra sua vontade, mediante consenso da família e orientação médica, de onde somente veio a sair após a concessão do habeas corpus. O novo Código Civil brasileiro prevê que ninguém pode ser constrangido, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Apenas motivos comprovados de periculosidade justificam a internação coativa de pacientes com deficiências mentais.

A integridade física e psíquica são postas em causa sempre que algo existe que as põe em perigo ou as ofende. A integridade física e psíquica são de uma vasta amplitude e abrangem a saúde em geral, quer a saúde física, quer a psíquica. Sempre que a saúde [31] de alguma pessoa esteja ameaçada ou agredida, quer por condições ambientais concretas, como por exemplo, esgotos a céu aberto ou emissões industriais venenosas, pode essa pessoa requerer ao Judiciário que adote as providências adequadas à prevenção ou cessação da ofensa ou à atenuação dos seus efeitos.

O direito à integridade psicofísica tem por objeto a preservação da intocabilidade do corpo físico e mental da pessoa humana [32]. Não se admite a agressão física e psicológica, nem se permite a mutilação do próprio corpo, salvo o que é renovável, como se dá com o corte dos cabelos e das unhas e a doação de sangue, ou de transplante de órgãos duplos ou de partes de órgãos, sem prejuízo das funções vitais. A proteção estende-se ao corpo morto, pois o transplante, ainda que para fins altruísticos, haverá de ser consentido.

Decorrente do direito da personalidade à integridade física é a legislação sobre transplantes de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, que procura regulamentar a intervenção externa no corpo da pessoa e sua disposição post mortem (Lei nº 9.434, de 1997).

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a submissão compulsória da pessoa a exame de DNA, com utilização de seu material genético, inclusive os renováveis, para fins de atribuição de paternidade biológica, viola o direito da personalidade à integridade física e à intimidade (HC nº 71.373-RS). Tratava-se de ação de investigação de paternidade, tendo o juiz determinado que o réu fosse conduzido ao laboratório "debaixo de varas", para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA.

Os direitos da personalidade prescindem de expressão puramente econômica para ver afirmada sua existência, por esta razão a tutela a esses direitos não deve se limitar a conferir mera reparação econômica aos danos a eles causados. A tutela da integridade psíquica é atuável também onde a norma se limitou a tutelar a integridade física.

O princípio da dignidade da pessoa humana impôs, num primeiro momento, limites à atividade estatal, uma vez que impede a violação, por qualquer dos poderes à atividade estatal, da integridade psicofísica de qualquer particular. Há que se lembrar, entretanto, que o direito à integridade psicofísica dispõe, também, de um caráter positivo, que consiste em uma série de situações que têm que ser garantidas pelo Estado a todos os seus membros, indistintamente. Tome-se, como exemplo o direito à saúde. Além de garantir a pessoa contra qualquer violação, por parte dele Estado ou de particulares, há o Estado que tomar uma série de medidas positivas no sentido da efetivação de tais direitos.

Assim, o Estado há de implantar uma rede pública de saúde eficiente, que não condene aqueles impossibilitados de pagar planos de saúde a morrerem em filas de hospitais; implantar uma rede eficiente de distribuição de medicamentos, enfim, garantir a todos seu direito constitucionalmente assegurado. Não há como falar-se em integridade psicofísica de pessoas sem direito à saúde.

7. Questões controvertidas

A ordem constitucional brasileiro adotou como seu fundamento básico a dignidade da pessoa humana. A aplicação concreta desta norma constitucional traz questões que acarretam alguma complexidade nos direitos relacionados à integridade psicofísica.

Uma delas é a questão da eutanásia. A discussão em torno da eutanásia transita em torno da opção pessoal pela morte aliviadora de um sofrimento. A dignidade da pessoa humana é o conceito chave na discussão do direito à vida e do direito à morte digna. Sendo a vida e a morte indissociáveis até onde o direito pode interferir para garantir o direito à vida? O direito à integridade psicofísica protege a pessoa humana do sofrimento físico e mental. Na hipótese de um doente terminal, onde há um sofrimento físico e mental do paciente e de seus familiares, pode se falar numa flexibilização do direito à vida em prol do direito à integridade psicofísica? É necessária uma reflexão sobre o grau de autonomia que a pessoa humana possui para decidir sobre o seu processo de morte, em especial quando este lhe causa sofrimento involuntário, e se o direito à vida, nesta hipótese, continua a ter um caráter absoluto. Importante pontuar que o tema deve ser analisado em cada caso concreto, haja vista a sua complexidade.

Outra questão é o fornecimento de medicamentos e de tratamento médico e hospitalar pelo Poder Público às pessoas que não possuem condições de arcar com os seus custos. Hodiernamente é crescente o fenômeno da "judicialização" da saúde, principalmente pelas pessoas carentes. Os entes públicos muito criticam as tutelas deferidas pelo Judiciário, sob o argumento de que a interferência nas políticas públicas planejadas pelo Estado levará a inoperância total do sistema público de saúde. Este fenômeno está começando a encontrar, também, forte resistência na cúpula do Judiciário. Ao negar, em alguns casos, o fornecimento de medicamentos para o tratamento de enfermidades ou o internamento em hospitais, o Estado viola o direito à integridade psicofísica da pessoa humana.

8. CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou demonstrar que os direitos da personalidade possuem um fundamento material, proveniente de sua relação com a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal prevê uma cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade ao dispor como fundamento da República a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, o que permite a adequada mobilidade aos constantes avanços de uma sociedade cada vez mais complexa.

Neste compasso é que a integridade psicofísica é um dos pilares da dignidade da pessoa humana, e representa um forte exemplo de direito da personalidade. Ao tutelar a integridade psicofísica o ordenamento jurídico dá um exemplo de mutação no tempo, pois desloca-se de um lugar em que atuava como mero protetor de interesses patrimoniais para agora proteger a pessoa humana

Apesar dos avanços constitucionais a realidade que se apresenta à pessoa humana, notadamente a desprovida de recursos, é diversa. A sociedade ainda não se libertou totalmente das amarras que a prende ao passado centrado no patrimônio. Percebe-se, assim, que algumas políticas públicas não se coadunam com um ordenamento jurídico que se propõe em colocar a pessoa humana como o centro de preocupação da sociedade.

Com a crescente implementação do acesso à Justiça, o Poder Judiciário vem reconhecendo e tutelando questões atinentes aos direitos da personalidade, que não possuem conteúdo econômico, o que vem contribuindo para a alocação da pessoa humana no centro do sistema jurídico.

Assim, cabe ao intérprete, e não mais o legislador, integrar o sistema em consonância com a legalidade constitucional. A tutela da personalidade há de ser perseguida em perspectiva integral e unitária, como manifestação dos fundamentos objetivos da República, esculpidos nos artigos 1.º e 3.º da Constituição Federal, como forma de emancipação existencial e social, atinente a toda e qualquer pessoa humana, segundo os ditames da solidariedade social. [33]

9. BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil - Teoria Geral I, Introdução, Pessoas, Bens**. 2.ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 7.ª edição revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade.** In FACHIN, Luiz Edson et alii (coord). Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DONEDA, Danilo, **Os direitos da personalidade no novo Código Civil (arts11 a 21)**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). A parte geral do novo Código Civil. 3.ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade**. Texto cedido pelo Autor.

FACHIN, Luiz Edson. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol.35, Rio de Janeiro: Editora Padma, 2008.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.119, 31/10/2008.

MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento:as bases biológicas da compreensão humana.** São Paulo: Palas Athena, 2001.

MEIRELLES, Jussara. **O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial**. In FACHIN, Luiz Edson (coord.) Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional** (trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Cidadania e os Direitos de Personalidade**. XVIII Conferência Nacional dos Advogados, em 13/11/2002.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Editora RT, 2005.

COIMBRA, Clarice Helena de Miranda. QUAGIOZ, Flaviano Ribeiro. **Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, v.3, 2007, p.13.

---

[1] - BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7.ª edição revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

[2] DONEDA, Danilo, **Os direitos da personalidade no novo Código Civil** (arts11 a 21). In: TEPEDINO, Gustavo (coord). A parte geral do novo Código Civil. 3.ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.71.

[3] TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

[4] DONEDA, Danilo. Op.Cit.,p.72-73.

[5] COIMBRA, Clarice Helena de Miranda. QUAGIOZ, Flaviano Ribeiro. **Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, v.3, 2007, p.13.

[6] COIMBRA, Clarice Helena de Miranda. QUAGIOZ, Flaviano Ribeiro. **Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade,** p.13.

[7] "art.1 A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana". in Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

[8] COIMBRA, Clarice Helena de Miranda. QUAGIOZ, Flaviano Ribeiro. **Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade,** p.13.

[9] FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro**: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. Texto cedido pelo Autor.

[10] Idem.

[11] *Apud* VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p.30.

[12] Acerca da pessoa concreta, Jussara MEIRELLES leciona que "tem-se de um lado o que se pode denominar pessoa codificada ou sujeito virtual; e, do lado oposto, há o sujeito que corresponde à pessoa verdadeiramente humana, vista sob o prisma de sua própria natureza e dignidade, a pessoa gente." **O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial**. In FACHIN, Luiz Edson (coord.) Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

[13] VASCONCELOS, Pedro Pais de. Op. Cit. p.31-2.

[14] FACHIN, Luiz Edson. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol.35, Rio de Janeiro: Editora Padma, 2008, p.102.

[15] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil - Teoria Geral I, Introdução, Pessoas, Bens**. 2.ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

[16] CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade.** In FACHIN, Luiz Edson et alii (coord). Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

[17] FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro:** elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade.

[18] MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento:as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001.

[19] FACHIN, Luiz Edson. Idem.

[20] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.122.

[21] FACHIN, Luiz Edson. Idem.

[22] LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.119, 31/10/2008.

[23] Neste sentido: "É lugar-comum cogitar da distinção entre Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: estes incidiriam sobre as relações entre indivíduos e Estado, ao passo que os Direitos de Personalidade diriam respeito à relação entre indivíduos. Contemporaneamente, entretanto, essa distinção perde muito de sua razão de ser. A eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações de Direito Privado conduz à conclusão de que a proteção civil aos Direitos de Personalidade nada mais é do que uma faceta dessa incidência dos Direitos Fundamentais sobre as relações interindividuais. Seja esta eficácia horizontal ou vertical - como admite Ingo Sarlet, ao tratar dos denominados "poderes privados" -, o fato é que se pode verificar com clareza, espaço em que se apresenta identidade de fundamento entre os Direitos Fundamentais e os Direitos de Personalidade: ambos decorrem do princípio maior da tutela da dignidade da pessoa humana. Essa reflexão permite um passo adiante: não apenas os fundamentos são comuns, mas o próprio conteúdo dos Direitos de Personalidade se insere naquilo a que se pode denominar Direitos Fundamentais. A distinção nesse passo, que se fundava

na clivagem entre público e privado, e que aprisionava os Direitos Fundamentais ao âmbito público perde sentido. Pode-se afirmar, diante da concepção contemporânea a respeito da dignidade da pessoa humana e da relação entre Constituição e Direito Civil que os Direitos de Personalidade nada mais são que Direitos Fundamentais, não havendo sentido na distinção outrora proclamada. Nem todos os direitos fundamentais, é certo, são direitos de personalidade. Estes, conforme Capelo de Souza, decorrem do complexo psíquico-somático e relacional que constitui a personalidade humana. O direito ao devido processo legal, por exemplo, é direito fundamental, mas não é direito de personalidade. Pode-se dizer, nessa esteira, que a construção jurídica dos Direitos de Personalidade constitui subconjunto do universo mais amplo de Direitos Fundamentais e que, como tais, aplicam-se tanto às relações que envolvem o Estado como naquelas que envolvem apenas os indivíduos. Isso Não significa, todavia, que a construção jurídica dos Direitos de Personalidade tenha se tornado desnecessária. Não se pode deixar de ter em conta que, mesmo antes do Direito Público, o Direito Civil já debatia a proteção da pessoa por meio dos Direitos de Personalidade - ainda que fulcrado na perspectiva de abstração que fundou o pensamento jurídico do século XIX." (FACHIN, Luiz Edson. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol.35, Rio de Janeiro: Editora Padma, 2008, p.110).

[24] LOBO, Paulo Luiz Netto. Idem.

[25] *Apud* VASCONCELOS, Pedro Pais. Op.cit. p.62.

[26] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional** (trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.153-7.

[27] "Perfilho a orientação, que me parece majoritária, da tipicidade aberta, ou seja, os tipos previstos na Constituição e na legislação civil são apenas enunciativos, não esgotando as situações suscetíveis de tutela jurídica à personalidade. O tipo, conquanto menos abstrato que o conceito, é dotado de certa abstração, pois se encontra em plano menos concreto que os fatos da vida. Os fatos concretos, que ocorrem na vida, para serem enquadrados em determinado tipo, necessitam de reconhecimento social, de uma certa tipicidade social. Desse modo, são apreensíveis pelo intérprete, reduzindo-se o juízo de valor subjetivo. A tipicidade aberta não é incompatível com uma cláusula geral de tutela, que, ao lado da tipicidade social reconhecida, estabelece os limites mais amplos da consideração dos tipos. Significa dizer que são tipos de direitos da personalidade: a)os tipos previstos na Constituição e na legislação civil; b)os tipos reconhecidos socialmente e conformes com a cláusula geral." (LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.119, 31/10/2008).

[28] "A polêmica doutrinária oitocentista em que se apresentava a oposição entre os que sustentavam uma tutela geral da personalidade e os que preconizavam uma tutela tipificada apresenta-se superada à luz das noções contemporâneas acerca do próprio fundamento dos direitos de personalidade. Se for pertinente uma tutela específica a certos direitos, dúvida não há de que essa proteção não é incompatível com uma tutela geral. (...) Isso porque essa pertinência se revela na identificação do fundamento contemporâneo da tutela geral, que reside, precisamente, no princípio da dignidade da pessoa humana. (...) Isso conduz à conclusão de que, não sendo os direitos de personalidade uma concessão do direito positivo, desnecessário é tipificar cada direito

de modo a inseri-lo no mundo do direito. A visão contemporânea a respeito da idéia de sistema no direito e dos métodos de construção normativa demonstra que não se sustenta a noção de que a aplicação do direito se daria por meio da subsunção a modelos rígidos de relações jurídicas, dependendo de respostas prontas que prescindam da problematização do caso concreto." (FACHIN, Luiz Edson. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol.35, Rio de Janeiro: Editora Padma, 2008, p.112)

[29] Neste sentido: "A doutrina brasileira predominante ainda não adota a concepção unitária do direito à integridade do homem, possuidor de um direito à integridade psicofísica, preferindo dar tratamento separado por intermédio de duas tipificações, tutelando um direito à integridade física e um direito à integridade psíquica, possuindo, ambos os direitos, a natureza de um direito de personalidade. Parece-nos que essa dicotomia tradicional não consegue alcançar a ampla e verdadeira tutela que se deve outorgar à pessoa humana, pois nenhum dos dois, isoladamente, protege o direito à integridade do corpo humano, o direito à saúde, de um modo geral, e um direito ao pudor, estando nesses inseridos o direito à integridade psíquica e o direito à integridade física. Já o direito à integridade psicofísica, visto de um modo unitário, abrange todos esses tipos e subtipos sob a mesma denominação, tutelando esses direito de uma vez só, já que a psique pertence à estrutura do indivíduo, compõe a pessoa, integrando-se à própria personalidade e a tutela do indivíduo deve-se fazer por inteiro como um todo. A própria jurisprudência tende a efetuar a tutela da integridade do homem dentro da noção de um direito à saúde, conforme ocorre na Alemanha com o direito geral de personalidade, na Itália e na França, de acordo com a teoria tipificadora dos direitos de personalidade." SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Editora RT, 2005, p.556-7.

[30] "A saúde, perfil essencial da pessoa, interessa ao operador do direito sob vários pontos de vista, os quais confluem na ampla problemática que, em geral, se encerra na expressão 'direito à saúde'. Nesse contexto, seria limitativo individuar o conteúdo do chamado direito à saúde no respeito à integridade física; e, isso, por duas razões. A saúde refere-se também àquela psíquica, já que a pessoa é uma indissolúvel unidade psicofísica; a saúde não é apenas aspecto estático e individual, mas pode ser relacionada ao são e livre desenvolvimento da pessoa e, como tal, constitui um todo com esta última." PERLINGIERI, Pietro. Op.cit. p.158.

[31] "Não se pode individuar, em termos de interesse protegido ou de bem, uma autonomia conceptual da saúde, como é possível em sede de interesses patrimoniais; ela apresenta-se mais como aspecto inseparável da pessoa, vista como valor unitário. (...) A diversidade dos interesses fundamentais do homem não se traduz em uma pluralidade de direitos fundamentais diversificados por conteúdo ou disciplina. O mesmo interesse à saúde, indissolúvel daquele do livre desenvolvimento da pessoa, pode apresentar-se de formas diversas, assumindo relevância e configurações diversas, segundo seja visto como direito ao serviço sanitário, À salubridade do ambiente, à integridade física ou àquela mental; dependendo do fato que seja realizado mediante o esquema do interesse diretamente protegido ou daquele do poder jurídico e, portanto, do interesse legítimo. O que releva é o valor da pessoa unitariamente entendida." PERLINGIERI, Pietro. Op.cit. p.159.

[32] "Ao contrário do direito à vida, que e um direito indisponível, o direito à integridade do homem pode, dentro de certos limites, ser disponível, apesar de ser um

direito absoluto. O indivíduo pode consentir em dispor de sua integridade física desde que desta disponibilidade não resulte em uma diminuição permanente da integridade física ou que não seja contrária à lei e aos bons costumes." SZANIAWSKI, Elimar. Op.cit. p.476

[33] TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os Direitos de Personalidade. XVIII Conferência Nacional dos Advogados, em 13/11/2002.

O CONTRATO E O NOVO PERFIL PRINCIPIOLÓGICO: A DIGNIDADE HUMANA COMO LIMITE À AUTONOMIA PRIVADA E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE*

EL CONTRATO Y EL NUEVO PERFIL PRINCIPIOLOGICO: LA DIGNIDAD HUMAMA COMO LIMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Edilaine Aparecida Pelincer
Lysian Carolina Valdes

RESUMO

O trabalho trata do novo perfil principiológico referente ao direito contratual, sob o enfoque dos direitos da personalidade. Objetiva-se mostrar que na pós-modernidade, os direitos fundamentais do homem ganharam assento constitucional e a dignidade da pessoa humana passou a ser o valor central do sistema jurídico. Seguindo estas transformações, o contrato vai além de meio apto à geração e circulação de riquezas, ocupa lugar de destaque como instrumento de justiça social, no sentido de tornar possível a todos a satisfação de suas necessidades essenciais, de modo equânime e justo. Assim, modernamente, nas relações jurídicas contratuais a autonomia privada sofre forte limitação pela função social do contrato, bem como pela boa-fé objetiva. Com isso, busca-se o devido respeito à dignidade humana e proteção dos direitos da personalidade. Constata-se que, a par disso, a legislação atual dedica à personalidade uma proteção toda especial, reforçando a posição constitucional, a qual tem como função a proteção da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CONTRATUAL. AUTONOMIA PRIVADA. DIGNIDADE HUMANA. DIREITOS DA PERSONALIDADE.

RESUMEN

El trabajo se ocupa del nuevo perfil del principiologico que se refiere a la derecha contractual, bajo acercamiento de los derechos de la personalidad. Objetivo para demostrar que en después-modernidad, los derechos fundamentales del hombre habían ganado el asiento constitucional y la dignidad humana que comenzó a ser el valor central del sistema legislativo. Después de estas transformaciones, el contrato va más allá de la manera conveniente a la generación y la circulación de la abundancia, ocupa el lugar de la prominencia como instrumento de la justicia social, en la dirección para llegar a ser posible toda la satisfacción de sus necesidades esenciales, equanime de la manera y apenas. Así, modernamente, em lãs relaciones legales la autonomía privada sufren a la limitación de la fortaleza para la función social del contrato, así como para la buena fe ojetiva. Con esto, se busca el debido respecto al humano y de su dignidad y la

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

protección de los derechos de la personalidad. Se evidencia que, junto con esto, la legislación actual dedica a la personalidad una protección toda especial, consolidando la posición constitucional, que tiene como funcion la protección de la dignidad de la persona humana como fundamiento del Estado Democrático de Derecho.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO CONTRATUAL. AUTONOMÍA PRIVADA. DIGNIDAD HUMANA. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Tratando-se da relação humana, que impulsiona a celebração dos contratos, temos que homem traz consigo uma característica que lhe é indeclinável, qual seja, a da sociabilidade, e, por se tratar de um ser sociável necessita constantemente estar mantendo relações com os demais homens. Para oferecer uma melhor garantia aos acordos encetados nesse processo de socialização, surgem os contratos, representando a materialização das vontades ali lançadas.

Porém, referidos contratos devem ser regrados por princípios, os quais podem ser entendidos como verdadeiros comandos normativos, dentre eles, cite-se a dignidade humana, a boa-fé objetiva e a função social, trazidos recentemente pelo atual Código Civil em claro atendimento aos fundamentos do constituinte de 1988.

É sabido que a Constituição Federal de 1988 considera a dignidade humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, recebendo o encargo de efetivar os direitos fundamentais. Com sua positivação no artigo 1º, III, da Carta Política, deixou de ser apenas uma manifestação da doutrina jusnaturalista, passando a ser reconhecida no ordenamento jurídico como norma jurídico-positiva com *status* constitucional, dotada de eficácia normativa.

Com o tratamento especial trazido pelo direito privado no tocante aos direitos da personalidade, buscar-se-á realizar uma abordagem da proteção a tais direitos no campo contratual à luz do princípio norteador do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade humana, bem como por meio dos princípios da função social e da boa-fé objetiva.

Inicialmente, serão tecidas considerações a respeito da historicidade dos contratos que mostrarão o reconhecimento da dignidade humana na seara contratual.

A seguir, será abordado o novo perfil principiológico trazido pelo Código Civil de 2002. Diante desse contexto, será demonstrado que a autonomia privada dos contratantes encontra novos limites representados pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva.

Cabe destacar, ainda, que dentre as recentes transformações do direito contratual, merece destaque a mudança de paradigma por meio da qual o foco patrimonialista das relações contratuais, que conferia extrema importância à vontade das partes e valorizava fortemente o capital, vem cedendo lugar à função social. De acordo com o mencionado princípio, o ser humano ocupa lugar de relevo no campo contratual e o suprimento de suas necessidades básicas, de forma justa e equânime, deve ser buscado pelo contrato muito mais que a circulação de riquezas.

O segundo princípio acima citado, está ligado especificamente ao campo dos contratos, o qual se traduz em um modelo de lealdade e confiança a ser seguido pelas partes no sentido de se evitar condutas nocivas ao outro contratante.

Com a junção destes princípios, entende-se que os mesmos são fundamentais nas relações negociais, devendo ser utilizados como critérios norteadores dos contratos.

Buscar-se-á demonstrar, ainda, que a nova interpretação do direito contratual ganhou espaço com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 em claro atendimento aos ditames da Constituição Federal, a qual tem como objetivo a preservação da pessoa e seus direitos fundamentais.

Dessa forma, os contratos devem ser celebrados sempre levando em consideração os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, notadamente o da dignidade humana, a qual serve como limite ao princípio da autonomia privada na medida em que não se pode exigir o cumprimento das cláusulas em detrimento da pessoa.

Quanto aos direitos da personalidade, tem-se que estes possuem estreita relação com a dignidade humana, vez que se trata de uma característica inerente à pessoa humana, a qual é adquirida com o seu nascimento podendo se perpetuar até após sua morte. Cumpre salientar que legislação civil atual dedica à personalidade uma proteção toda especial, reforçando a posição constitucional.

Na atualidade, notadamente com o advento do Código Civil em vigor, constata-se a importância do ser humano para o direito, recebendo por parte do legislador uma proteção especial, mormente em se tratando de resguardar os seus direitos da personalidade sistematizados em capítulo próprio como adiante se verificará.

A propósito, a própria Constituição Federal inseriu em várias passagens de seu texto, valores, princípios e institutos básicos, dentre eles cite-se a liberdade, a dignidade humana, os quais integram os direitos da personalidade, fazendo com que estes ocupem uma posição de destaque no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, mister se faz trazer à tona as lições do mestre Francisco Amaral[1]

O Código Civil em razão das transformações políticas, jurídicas e sociais que vêem marcando a sociedade contemporânea perdeu a posição central que ocupava no sistema

de fontes do direito moderno, em favor da Constituição Federal, que passou a ser a fonte suprema do processo de criação e de cognição jurídica.

Dessa forma, diante da influência do texto constitucional e do tratamento da norma infraconstitucional no que tange aos direitos da personalidade, afirma-se que os contratos possuem uma finalidade muito relevante que não seja apenas a atrelada ao aspecto patrimonial, mas sobremaneira, com relação ao respeito e valorização da pessoa e seus direitos fundamentais que devem ser salvaguardados em todas as hipóteses.

1 HISTORICIDADE DOS CONTRATOS

Os contratos surgiram no curso da humanidade como um instrumento de garantia dos acordos encetados entre as partes. Em razão do desenvolvimento da civilização, novas necessidades foram surgindo e o homem se via obrigado a celebrar pactos com os demais integrantes da sociedade. Dessa forma, o contrato funcionava como uma verdadeira garantia de cumprimento da parcela do participante.

Na Idade Média, predominava o sistema de produção feudal, e este era caracterizado por ser um sistema produtivo muito limitado, restrito e agropastoril. Inexistia o comércio, eram feitas apenas trocas com produtos e não com dinheiro, sendo que a produção era voltada praticamente para a subsistência.

Pode-se citar como exemplo dessas relações contratuais a estabelecida entre o vassalo e o senhor feudal, as quais eram encetadas por meio de promessas de vassalagem e de fidelidade.

Nesse mesmo período, as relações entre o vassalo e o senhor feudal sofreram grande influência do Direito Canônico, diante da obrigatoriedade de cumprimento das cláusulas contratuais, ganhando destaque o princípio do *pacta sunt servanda*.

Segundo Marcos Jorge Catalan[2], em razão do consentimento demonstrado na celebração contratual surgia a obrigatoriedade de cumprimento das cláusulas e essa obrigatoriedade era imposta com ameaças ligadas à Inquisição e caça às bruxas, vez que para a doutrina cristã aquele que mentia (descumpria a obrigação assumida) pecava, pois, “o faltante queimaria eternamente no fogo alimentado por Lúcifer”.

Referido princípio pressupunha a igualdade entre as partes, devendo os contratantes cumprir fielmente o pactuado, sem nenhuma exceção. Manifesta-se, portanto, pela coercitividade do contrato para com as partes, criando um verdadeiro mecanismo obrigacional.

Na Idade Moderna, face ao crescimento do comércio o sistema feudal tornou-se ultrapassado, restando a necessidade da substituição desse sistema pelo capitalista. O Estado era regido pelo absolutismo monárquico e diante do descontentamento do povo

com os desmandos do rei, no ano de 1789, eclodiu a Revolução Francesa, a qual culminou com o nascimento de uma nova classe social dominante, a burguesia. Passa-se do absolutismo para o liberalismo, e, por meio da influência de diversos filósofos do Iluminismo, cite-se, em especial, Immanuel Kant, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida e respeitada, vez que a pessoa tinha o direito de agir conforme sua própria razão (racionalismo).

A dignidade humana passou a ser um princípio reconhecido, no entanto, ocupava posição de valor natural, não codificado, sendo que os direitos fundamentais serviam apenas para preservar a autonomia dos homens face ao Estado, o qual deveria ser o menos interventor possível. Ou seja, cada um deveria cuidar de seus próprios interesses sem a necessidade do amparo estatal.

Diante da queda da Monarquia, surge o constitucionalismo e as grandes codificações, notadamente o Código Civil. Já a Constituição, surge como guardiã dos direitos fundamentais e mecanismo limitador do poderio estatal. Ao mesmo tempo, assegurava a autonomia aos indivíduos, sobretudo, a econômica. Esses códigos civis tinham como paradigma o homem com patrimônio adquirido e mantido sem a interferência do Estado burguês, o qual deixou de lado a grande maioria dos cidadãos[3].

E mais, o princípio do *pacta sunt servanda* tinha como embasamento a idéia de igualdade entre os contraentes, razão pela qual o Estado se viu obrigado a intervir nas relações contratuais. Com isso, uma nova cláusula, *rebus sic standibus*, passou a ser utilizada. Através dessa cláusula era possível a quebra contratual toda vez que ocorresse uma onerosidade excessiva, advinda de um fato imprevisível e superveniente para um dos contratantes. É o que se denomina de Teoria da Imprevisão, cuja tradução significa "permanecendo as coisas como estavam antes" ou "estando as coisas assim"[4], desse modo, o contrato poderia ser quebrado buscando-se a recomposição do equilíbrio entre as partes.

A II Guerra Mundial trouxe influências no sentido de uma maior valorização do ser humano, devendo este ser conhecido como o fim do Estado e não um meio para que este atinja os seus fins. Seguindo a doutrina de Kant, o homem é um fim em si mesmo não podendo ser tratado como coisa ou meio de se obter uma finalidade, vez que este não tem preço, e, sim, tem dignidade.

As grandes mudanças trazidas em razão das duas grandes guerras, em especial, na primeira metade do século XX, estão ligadas ao desequilíbrio na economia global, o que certamente trouxe grandes impactos nos contratos celebrados a longo prazo e antes do grande conflito[5]. Assim, os contratos poderiam ser revistos diante da onerosidade excessiva no cumprimento do encargo assumido, tudo em razão dos desequilíbrios que a guerra provocou na economia mundial. Diante disso, segundo Sílvio de Salvo Venosa[6], houve, um renascimento histórico da teoria da imprevisão pela cláusula *rebus sic stantibus*.

2 O NOVO DIREITO CONTRATUAL À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Conforme mencionado no item anterior, com a evolução das relações humanas verificou-se que a igualdade não poderia ser aplicada de forma generalizada, sendo que, em determinadas situações, existia um desequilíbrio e desigualdade de condições.

Com isso, o Estado se viu obrigado a intervir nessas relações privadas de forma a garantir os direitos daqueles considerados hipossuficientes, ou seja, passou a atuar de forma mais concreta nos contratos, o que foi materializado por meio do reconhecimento dessa desigualdade pela da legislação.

Desta feita, a lei civil passou a ser intervencionista, proibindo o abuso do poder econômico e interpretando o princípio do *pacta sunt servanda* de forma relativizada. Nesse aspecto, pode-se afirmar que a legislação civil de 1916 não levava em consideração o princípio da dignidade humana.

Tal não ocorreu com o Código Civil de 2002, o qual embasado pela Constituição de 1988, que erigiu o princípio da dignidade humana a nível de dogma constitucional e fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º , III da CF), passou a realizar uma interpretação de conformidade com a hermenêutica constitucional, sobremaneira com base no citado princípio.

Com a entrada em vigor do Código Civil brasileiro, passou a ser predominante tanto na jurisprudência quanto na doutrina a nova concepção adotada pelo código, cujos parâmetros e diretrizes são trazidos pela Constituição com a finalidade de se atender aos novos acontecimentos sociais.

Deste modo, o Código Civil passou a focar a seara social e a seara individual, considerando a função social do contrato e boa-fé objetiva. Dessa forma, a teoria dos contratos deve ser embasada nos princípios que traduzem a realidade social de determinado momento histórico. Nesse diapasão, o princípio da dignidade humana, como princípio dos princípios, deve ser o norte a ser seguido.

3 AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA

O direito contratual é regido por princípios, e, dentre eles, estão a vinculação das partes, o equilíbrio dos contratantes, a relatividade, a boa-fé e a autonomia da vontade, sendo este último o qual se destaca para a abordagem pretendida sobre o tema.

Pode-se destacar que o princípio da autonomia da vontade surge como um dos primeiros a se manifestarem, na medida em que sem a vontade humana os contratos não seriam celebrados. No entanto, a adoção generalizada desse princípio causou muitos prejuízos, sendo que sua aplicação irrestrita passou a ser limitada através da interpretação social advinda do Código Civil de 2002 que tem como princípios, entre outros, a função social e a boa fé objetiva, conforme ressaltado alhures.

Referidos princípios traduzem a nova tendência do direito contratual. A par disso, o Código Civil de 2002 adotou três princípios norteadores que são a Socialidade, a Eticidade e a Operabilidade.

O primeiro deles, o da Socialidade, representa a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem deixar de considerar o valor maior que é o da dignidade da pessoa humana. O segundo princípio, o da Eticidade, igualmente, tem como norte o valor da pessoa humana considerada como fonte de todos os demais valores. Por derradeiro, o da Operabilidade, que se traduz da efetivação do Direito, ou seja, o Direito é feito para ser efetivado, para ser exercido, operado.

A doutrina brasileira apresenta diferenciações entre autonomia privada e autonomia da vontade, o que será objeto de breves apontamentos.

Andreza Cristina Baggio Torres[7] entende que autonomia privada representa "o poder dos particulares de normatizar as relações jurídicas das quais participam", ao passo que autonomia da vontade conduz a uma significação subjetiva, não podendo, então, serem confundidas.

Para Fernando Noronha[8], a autonomia privada "consiste na liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo, negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial quanto à produção de bens e serviços."

Segundo Francisco Piedade Amaral[9], a autonomia privada é uma "esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica", sendo os particulares "legisladores sobre seus próprios interesses". A respeito do fundamento ou pressuposto da autonomia da vontade o autor pondera que o mesmo configura "em termos imediatos, a liberdade como valor jurídico, e, mediatamente, a concepção de que a pessoa é causa do sistema social e jurídico e de que a sua vontade, livremente manifestada, pode ser instrumento de realização de justiça."

Andreza Cristina Baggio Torres[10] esclarece que a expressão autonomia da vontade tem inspiração filosófica, inclusive kantiana, fundamentando-se na "idéia de capacidade de autodeterminação do indivíduo."

Rogério Zuel Gomes[11] explica que, nos tempos atuais, há a substituição da autonomia da vontade pela autonomia privada, posto que a primeira tem caráter filosófico e psicológico, e a segunda, pode ser verificada de forma prática no campo do direito obrigacional.

Lembra bem Andreza Cristina Baggio Torres[12] que, na concepção atual, a autonomia privada "deve estar conjugada com a realização da justiça contratual, sem prejuízo da liberdade da pessoa humana e de sua dignidade."

Na seara contratual, merece destaque o fato de que a liberdade conferida às partes pela autonomia privada vem cedendo lugar à função social, há uma preocupação com os efeitos do contrato na sociedade, e não somente entre as partes, o que demonstra a importância conferida ao ser humano em contraposição ao patrimonialismo até então vigente.

3.1 OS ATUAIS LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO CONTRATUAL: A FUNÇÃO SOCIAL E A BOA-FÉ OBJETIVA

Na pós-modernidade, os direitos fundamentais do homem ganharam assento constitucional e a dignidade da pessoa humana passou a ser o valor central do sistema jurídico. Seguindo estas transformações, o contrato vai além de meio apto à geração e circulação de riquezas, ocupa lugar de destaque como instrumento de justiça social, no sentido de tornar possível a todos a satisfação de suas necessidades essenciais, de modo equânime e justo. Ao lado disso, a sociedade de massa e a complexidade das relações sociais com reflexos no campo obrigacional chamam atenção para o novo perfil principiológico do contrato, especialmente no tocante à orientação axiológica conferida a conhecidos princípios como a boa-fé.

Assim, modernamente, nas relações jurídicas contratuais a autonomia privada sofre forte limitação pela função social do contrato, bem como pela boa-fé objetiva.

3.2 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O art. 421 do Código Civil brasileiro estabelece que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Os interesses sociais são protegidos pelo Estado, inclusive com interferência nas relações privadas pois, na sociedade atual, um acordo firmado entre duas partes pode gerar reflexos na sociedade.

Nas palavras de Andreza Cristina Baggio Torres[13], "o contrato, na realidade pós-moderna, tem reconhecida a sua função social, ou seja, a função de possibilitar a todos, de forma justa e equitativa, o acesso aos bens necessários à sobrevivência digna", o que encontra fundamento na Constituição Federal.

O texto constitucional elencou como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e o valor social da livre iniciativa, no art. 1º, III e IV, respectivamente. O art.

170, *caput* e inciso III, preconiza uma ordem econômica fundada na livre iniciativa para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado o princípio da função social da propriedade.

Maria Helena Diniz[14] bem assinala que "o contrato deve ter alguma utilidade social, de modo que os interesses dos contratantes venham a amoldar-se ao interesse da coletividade." E acrescenta que "a autonomia provada como auto-regulamentação de interesses só se justificaria se o contrato corresponder a uma função considerada socialmente útil pelo ordenamento."

Cabe lembrar, ainda, que a diminuição de desigualdade entre as partes contratantes é um dos escopos a serem alcançados, principalmente, considerando-se o elevado número de contratos de massa pactuados em sede de direito do consumidor, que ocupa boa parte das relações contratuais do mundo moderno.

Humberto Theodoro Júnior, citado por Maria Helena Diniz[15], apresenta exemplos de contratos que se afastam de sua função social, são desprovidos de interesse social e não fazem jus à proteção jurídica. Entre eles são mencionados venda de produto ou serviço mediante propaganda enganosa; alienação de bens, fraudando credores; ato negocial conducente à concorrência desleal; negócio simulado para prejudicar terceiro e turismo sexual por agência de viagens.

3.3 A BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé objetiva é outro balizador da autonomia privada e, nos tempos atuais, ganha destaque pela importância que vem exercendo nas contratações. Tal princípio está firmado no art. 422 do Código Civil brasileiro, o qual estabelece que os contratantes são obrigados a guardar na contratação e na execução probidade e boa-fé.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[16], de acordo com esse princípio, na relação contratual, as partes possuem outros deveres, além do dever principal (de dar, fazer ou não fazer) que a doutrina classifica como: função interpretativa e de colmatação, a função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção e a função delimitadora de exercício de direitos subjetivos.

O princípio em apreço possui dois aspectos, a boa-fé subjetiva e a objetiva. A primeira envolve conteúdo psicológico, ligado à lealdade e consciência das pessoas acerca do que se entende por certo ou errado.

Quanto à boa-fé objetiva, tem-se que esta somente passou a constar no ordenamento jurídico a partir da década de noventa, precisamente no final do século XX, com a edição do Código de Defesa do Consumidor e acertadamente mantida pelo Código Civil de 2002.

A boa-fé objetiva abarca um rol de valores morais, constituindo-se em um modelo de conduta esperado pelos contraentes. Ou seja, traz consigo ditames de comportamentos adequados por parte das pessoas, as quais devem adotar condutas que efetivem a boa-fé nas relações contratuais, vinculando-as e evitando a adoção de condutas nocivas e que venham a prejudicar a outra parte.

Resumidamente, pode-se afirmar que a boa-fé objetiva é um princípio que pode ser consubstanciado na imposição de uma conduta aos contratantes no sentido de agirem com lealdade e confiança mútuas, tratando-se, em verdade, de uma regra de conduta a ser observada nas relações contratuais, de modo que as legítimas expectativas de qualquer das partes não sejam malogradas. Assinale-se que o comportamento das partes deve observar regras gerais de conduta, pois têm um compromisso ético com a sociedade.

Como bem pontua Andreza Cristina Baggio Torres[17], a boa-fé objetiva "surge como corolário da proteção à dignidade da pessoa humana, como base de parâmetro para avaliação dos resultados do contrato, ou seja, se o pacto firmado é apto a atender às legítimas expectativas daqueles que contratam", assim um pacto justo e equilibrado respeita a desigualdade advinda da contratação em massa, protegendo o contratante mais fraco, bem como "a satisfação de suas expectativas legítimas quando da contratação", o que impõe limites a ajustes abusivos.

Na lição de Cláudia Lima Marques[18],

À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.

Teresa Negreiros[19] destaca, no contexto de transformação do direito dos contratos, a atuação judicial "que, com base na boa-fé objetiva, impõe deveres às partes contratantes em franca desconsideração pela vontade manifestada por uma ou, até mesmo, por ambas as partes."

Sendo regra de conduta, a boa-fé objetiva trás consigo deveres traduzidos na proteção, na informação, e na cooperação que demonstrem a confiança e a lealdade de um contratante para com o outro.

4 DIREITOS DA PERSONALIDADE

O novo perfil principiológico na seara contratual é analisado, neste trabalho, sob o enfoque dos direitos da personalidade; portanto, mister se faz uma abordagem acerca de referidos direitos.

No que tange aos direitos da personalidade, cabe lembrar que

O homem como ser social, vivendo na sociedade contemporânea, é regido em suas relações, por uma série de normas e princípios que visam protegê-lo e garantir-lhe um determinado número de direitos e, por outro lado, impor-lhe um igual número de deveres[20].

Entre os direitos estão os direitos fundamentais que objetivam tutelar a pessoa humana, de maneira individual, de todos os ataques que se podem contra ela desencadear.

Adriano de Cupis[21] declara que não é possível ser sujeito de direitos e obrigações sem estar revestido da qualidade de pessoa e esclarece que "a personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto."

Elimar Szaniawski [22] afirma que:

A maioria da doutrina e jurisprudência reconhece que existe determinada categoria de direitos consistentes no reconhecimento, ao ser humano, de um conjunto de prerrogativas que toda pessoa possui pela sua própria existência, decorrente da evolução da teoria dos direitos fundamentais como direitos inatos, produto da afirmação do pensamento do Direito Natural expressado através da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789, os quais possuem, predominantemente, a denominação de direitos de personalidade.

Para Adriano de Cupis[23], direitos da personalidade são sinônimos de direitos essenciais, fundamentando que sem eles "todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo" e a própria pessoa não existiria como tal. Assinala ainda, que com relação ao objeto dos direitos da personalidade, entre os bens aptos a satisfazer as necessidades humanas, "os bens da vida, da integridade física, da liberdade, apresentam-se, à primeira vista, como os bens máximos, sem os quais os outros perdem todo o valor." E complementa, ensinando que "os bens objeto dos direitos da personalidade satisfazem necessidades de ordem física ou moral."

Para Godofredo Telles Junior, citado por Maria Helena Diniz[24], os direitos da personalidade "são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação ou honra, a imagem, a privacidade, a autoria, etc."

Por derradeiro, os direitos da personalidade encontram-se dentre os “direitos primeiros” e consistem na proteção dos atributos da personalidade humana.

4.1 CONCEITO DE PERSONALIDADE

Como já ressaltado alhures, conceituar exatamente o que seja personalidade é uma tarefa um pouco complexa, haja vista que esta possui diversas conotações e conceituações.

O vocábulo significa “caráter ou qualidade do que é pessoal; personalidade; o que determina a individualidade de uma pessoa moral; o elemento estável da conduta de uma pessoa; sua maneira habitual de ser; aquilo que a distingue de outra” [25].

Sob o prisma jurídico, no entender de Francisco Cavalcante Pontes de Miranda,[26]

“a personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito. A personalidade, como possibilidade, fica diante dos bens da vida, contemplando-os e querendo-os, ou afastando-se de si; o ser sujeito de direito é entrar no suporte fáctico e viver nas relações jurídicas, como um dos termos delas”.

Tem-se que a personalidade é uma característica do homem. Trata-se de um conjunto de caracteres que o individualizam em sociedade, atribuindo-lhe peculiaridade e subjetividade.

De Plácido e Silva[27] assinala que:

“Do latim *personalitas, de persona* (pessoa), quer, propriamente, significar o conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa, formando ou constituindo um indivíduo que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente se diferencia de qualquer outro. Assim, opondo-se à acepção de generalidade, traz consigo o sentido de individualismo, particularidade e singularidade, exprimindo o conceito de uma relação abstrata de existência, ou seja, do próprio ego concreto da pessoa natural. É a qualidade de pessoa. Nesta razão, a personalidade, tomada neste sentido, não pode ser mais que uma, porque somente uma é a individualidade, que dela se deriva”.

É justamente a personalidade que irá diferenciar uma pessoa dos demais componentes da coletividade, vez que cada qual possui uma característica própria diferente dos demais.

Trata-se de um componente natural da pessoa, o qual existe antes mesmo do direito e sua codificação, pois cada ser humano nasce com uma característica que lhe é peculiar e que o seguirá até mesmo após sua morte.

Elimar Szaniawski[28] resume o conceito de personalidade em um "conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consistente na parte intrínseca da pessoa humana."

Dada a sua importância, ela recebe um tratamento todo especial, inserido-se até mesmo dentro dos direitos e garantias fundamentais sistematizados no artigo 5º da nossa Constituição Federal.

No entendimento do mestre Caio Mário da Silva Pereira[29]:

A idéia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Esta aptidão é hoje reconhecida a todo ser humano, o que exprime uma conquista da civilização jurídica.

Certo é que a doutrina faz um elo entre a pessoa humana e a sua personalidade, considerando-a como apta a contrair direitos e obrigações, situação que recebeu uma maior importância a partir do surgimento da Teoria dos Direitos da Personalidade.

Posteriormente, nosso Código Civil, dedicou um capítulo próprio vindo a atender ao mandamento constitucional que previa um tratamento mais robusto visando à proteção da personalidade bem como à cessação de eventuais violações.

4.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E CONTRATOS

Na seara contratual, respeitadas as determinações legais cabíveis, a autonomia privada confere algumas possibilidades no que tange à liberdade de contratar, com possibilidade de escolha sobre a celebração ou não do contrato, do outro contratante, da liberdade de estipulação e de forma e da seleção do tipo contratual.[30]

Os contratos denominados típicos são regulamentados em lei, possuem regras específicas de tratamento e *nomem juris*. Um exemplo de contrato típico é o contrato de compra e venda, regulamentado nos arts. 481 a 532 do Código Civil.

Os contratos atípicos, por sua vez, não estão devidamente regulamentados em lei, porém são lícitos conforme dispõe o art. 425 do Código Civil. Embora não estejam contemplados por um regime legal específico, esses contratos encontram limites na ordem pública, nos usos, na boa-fé e na função social dos contratos. Como ensina Fábio Ulhoa Coelho[31], nenhum contrato de objeto ilícito, por exemplo, pode ser judicialmente executado. O postulado da autonomia privada não tem o alcance de validar acordos criminosos, contravencionais ou mesmo imorais.

Apesar da regulamentação dos contratos típicos, o que proporciona certa segurança jurídica devido à previsibilidade de suas regras, não raramente, diversas afrontas aos direitos da personalidade são cometidas em contratos assim classificados.

No tocante aos contratos atípicos, as possibilidades de ofensas aos direitos da personalidade tornam-se maiores, visto que a autonomia conferida às partes para celebrarem ajustes que melhor atendam aos seus interesses, pode configurar um instrumento de lesão a direitos.

Destaca-se que os direitos da personalidade, por representarem os direitos mais íntimos e fundamentais do ser humano, são intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios, conforme o art. 11 do Código Civil, comuns da própria existência da pessoa.

Nesse aspecto, dispõe o mencionado artigo que "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária". Não cabe cessão desses direitos, seja de forma gratuita ou onerosa. Não podem eles serem objeto de alienação, de cessão de crédito ou débito, de transação ou compromisso de arbitragem.

De outro lado, a doutrina, bem como a jurisprudência, reconhecem a disponibilidade relativa dos direitos da personalidade, posto que, o direito da personalidade não é disponível no sentindo estrito, sendo transmissíveis apenas as expressões do uso do direito da personalidade.

Ou seja, existem aspectos patrimoniais dos direitos da personalidade que podem ser destacados ou transmitidos, desde que de forma limitada. Cite-se, por exemplo, que um artista tem a possibilidade de celebrar um contrato com uma empresa de cosméticos, visando à exploração patrimonial de sua imagem. É perfeitamente possível, desde que tal contrato não seja vitalício.

Outros exemplos podem ser trazidos à tona como o caso dos contratos assinados pelos participantes de "reality shows". A princípio, esses programas não trazem nenhuma lesão a direito da personalidade. No entanto, a forma pela qual as imagens dos participantes são expostas na mídia, pode levar à sua violação e fazer com que o "contratante" tenha sua honra maculada pelo programa.

Ilustram, ainda, situações de disponibilidade de tais direitos o direito autoral regulado pela Lei nº 9.610/98, no qual o autor comercializa uma criação intelectual; a cessão gratuita de órgão ou tecido, contemplada na Lei nº 9.434/97 (Lei de Transplantes de órgãos) e a disposição gratuita do próprio para fins científicos ou de transplante, autorizada pelo art. 14 do Código Civil.

Igualmente, a posição doutrinária destaca que a autonomia privada, manifestada em um contrato encontra limitações nas normas de ordem pública e no princípio da dignidade da pessoa humana, melhor expressão do princípio da função social do contrato, (artigo 421, CC).

E mais, os direitos da personalidade, inadmitem qualquer apreciação pecuniária, não podendo, seu titular transmiti-los a outrem, e em regra, serem objeto de comércio, não se constituindo em patrimônio econômico, embora alguns possam ser objeto de negócio jurídico patrimonial, sendo que "as indenizações que ataques a eles podem motivar, de índole moral, são substitutivos de um desconforto, mas não se equiparam à remuneração. Apenas, no sentido metafórico e poético podemos afirmar que pertencem ao patrimônio moral de uma pessoa."[32]

5 DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO CONTRATUAL

A dignidade humana, com toda a importância que lhe é outorgada pelo ordenamento jurídico vem em salvaguarda dos direitos da personalidade, na medida em que, com seu caráter fundante, norteia disposições legais, assim como a interpretação dos contratos.

A expressão dignidade advém do latim, *dignitas*, que significa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima. Antes de sua positivação era considerada como um valor metafísico diante da afirmação de que se tratava de um direito natural, pertencente ao ser humano pelo simples fato de existir.

A doutrina cristã em muito contribuiu para o reconhecimento da dignidade humana vez que tinha como filosofia a idéia de que o homem era a imagem e semelhança do criador, portanto, detentor de dignidade. A concepção jusnaturalista da dignidade perdurou por mais de quatro séculos, até surgir o movimento constitucionalista no século XVIII, cuja idéia principal era o reconhecimento do homem como pessoa e detentor de dignidade humana, por essa razão que são indissociáveis a dignidade da pessoa e constitucionalismo.

O princípio da dignidade humana, como o passar do tempo, abandonou a face naturalista, inserindo-se principalmente nos textos constitucionais e agregando-se a conceituação dos direitos fundamentais.

Inobstante a dificuldade da exata conceituação do que seja a dignidade humana, inegável é o seu reconhecimento enquanto valor da humanidade, emanando do texto constitucional como uma verdadeira cláusula geral cujo objetivo é o de efetivar os direitos fundamentais.

Nossa Carta Política de 1988 alavancou a dignidade da pessoa humana à condição de princípio estruturante de todo o ordenamento jurídico e sua inserção no

texto constitucional tem tamanha significância na medida em que a divorciou do conceito apenas jusnaturalista.

No tocante à realidade jurídica brasileira, Maria de Fátima Freire de Sá[33] elogia o fato de o legislador constituinte de 1988 ter acrescentado na Constituição a dignidade da pessoa como fundamento da República, entendendo que "é este o verdadeiro substrato em que se apóia o amplo catálogo de direitos e garantias fundamentais do homem", embora a proteção da dignidade humana não acabe neste ponto.

Reconhecida no artigo 1º, III, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade passa ser considerada como um atributo intrínseco do ser humano, adquirindo ainda as qualidades da irrenunciabilidade e da inalienabilidade.

Tais características vêm reforçar a conceituação dos direitos da personalidade, vez que estes também acompanham o ser humano e possuem as mesmas características acima citadas. Assim sendo, todos os direitos relativos à personalidade e compatíveis com a condição do homem devem ser garantidos.

Consoante já ressaltado, o princípio da dignidade humana se apresenta no ordenamento jurídico como uma norma que abarca conceitos valorativos, possuindo extrema relevância para a construção de uma convivência pacífica dos seres humanos, apresentando-se como um norte a ser seguido na elaboração e realização dos contratos.

Com o advento do Código Civil de 2002, reconheceu-se em texto legal que a liberdade de contratar deve ser exercida nos limites da função social dos contratos. Assim pode-se afirmar que se tem como objeto imediato a ordem normativa da dignidade humana.

Em razão de o princípio da dignidade humana ser considerado como direito fundamental e informador dos demais princípios, notadamente no que tange aos contratos, estes sofreram grandes influências de modo que as normas de direito privado passaram a proteger a pessoa em primeiro lugar.

Nas exatas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[34] as normas de direito privado passaram a proteger a pessoa sem que, com isso, precisassem prejudicar o patrimônio, o que no âmbito infraconstitucional reflete a efetiva aplicabilidade dos direitos da personalidade, ou seja, ("aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si em suas projeções sociais" e que estão dispostos nos arts. 11 a 21 do Código Civil).

Dessa forma, os contratos sofrem influências advindas do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade no sentido de serem inadmissíveis contratos que violem a vida, a imagem, a privacidade, a integridade física de uma das partes, a pretexto de se exigir determinada prestação, eis que, acima de tudo, está a pessoa humana.

Como bem destaca Ana Claudia Marassi Spineli[35] "o reconhecimento do princípio da dignidade humana pressupõe a salvaguarda dos direitos da personalidade" e isto é concretizado no campo contratual por meio dos princípios da boa-fé objetiva e da

função social, que configuram balizas à autonomia privada, na medida em que as partes são livres para encetarem as cláusulas contratuais, desde que não atentem contra a própria dignidade, bem como à do outro contraente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o levantado no presente texto, antes do Código Civil de 2002, as normas constitucionais não recebiam a devida atenção por parte dos intérpretes da lei, inobstante o reconhecimento da supremacia da Constituição face às normas infraconstitucionais.

Um outro ponto merecedor de destaque se refere à dificuldade criada pelo Código Civil de 1916 na medida em que se tratava de um sistema fechado, composto por normas rígidas e nas relações contratuais o que prevalecia era a autonomia da vontade e o dever de adimplir o contrato na sua integralidade, ainda que sobreviesse um encargo oneroso para a parte. Aos contratos eram aplicados os princípios da autonomia da vontade e do o *pacta sunt servanda.*

Diante da evolução social e econômica ocorrida no século XX, o Código Civil de 1916 passou a ser considerado um mecanismo eficaz de sistematização e tutelas das relações contratuais, mormente porque as mudanças ocorridas fizeram com que o legislador se preocupasse mais com a pessoa e a preservação da sua dignidade. Tanto o é que a própria Constituição de 1988 tem como princípio maior a dignidade humana, devendo a norma infraconstitucional se inclinar a esse comando constitucional.

Constata-se que o direito contratual vem passando por importantes transformações para adequar-se às novas realidades e necessidades da sociedade pós-moderna. A constitucionalização de direitos fundamentais colaborou para que o foco patrimonialista do direito civil, com ênfase na autonomia da vontade, fosse cedendo lugar à importância conferida ao ser humano, em especial no tocante à sua dignidade, valor fundante do arcabouço jurídico e que deve orientar qualquer relação jurídica, inclusive a contratual.

O Código Civil de 2002, ao contrário de seu antecessor, possui um sistema aberto, dinâmico e orientado pelos princípios constitucionais. E, com relação ao direito contratual, inaugurou novos princípios como o a boa-fé objetiva e a função social, além de estabelecer uma nova interpretação daqueles já considerados anteriormente como o da autonomia da vontade, da relatividade dos efeitos do contrato e de sua força obrigatória. Com isso, reconheceu a necessidade de serem submetidos ao crivo dos fundamentos constitucionais, sobretudo ao princípio maior que é o da dignidade da pessoa humana.

A nova feição principiológica do direito dos contratos confere destaque aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, que, juntos, permitem, inclusive, a criação de contratos atípicos para atender a novas necessidades das partes contratantes, bem como exercem o papel de baliza à autonomia privada nas múltiplas

possibilidades que delas se originam. Com isso, busca-se o devido respeito à dignidade humana e proteção dos direitos da personalidade.

No tocante aos direitos da personalidade, tem-se que diante das características trazidas pela legislação civil e pelo princípio da dignidade humana, a autonomia privada encontra limites.

O que se almeja é a proteção daquilo que é mais íntimo do ser humano, sua qualidade pessoal, sua forma de ser e de agir, ou seja, tudo aquilo que compõe a sua personalidade, dessa forma, os contratos que violem a personalidade do ser humano são considerados nulos de pleno direito.

Assim, o que se observa é a mudança do paradigma contratual, na medida em que a autonomia privada não é mais absoluta, encontrando limites de modo que a dignidade da pessoa humana deve ser o ponto norteador. Além disso, o que se busca com a nova releitura dos contratos é o cumprimento dos anseios da Constituição e o alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, notadamente, com relação à proteção dos direitos fundamentais, não só pelo Estado, mas também pelos entes privados.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil introdução**. 3 ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000.

_____. **Direito civil: introdução**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização dos textos por Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual**. Curitiba: Juruá, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa**. Curso de direito civil.** v. 3, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 13 ed. rev. aum. e atual. De acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 3. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25 ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea – função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. Livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar. *In*: **Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual**. v. II. Paulo Roberto Ribero Nalin (coord.) Curitiba: Juruá, 2006, p. 251-279.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil,** v. 4. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org). **Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto. Bahia: Jus Podivm, 2007**

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Miranda, P. de. **Tratado de direito privado**, **parte geral**, tomo I, Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Rodrigo. **Dicionário jurídico RG-Fenix**. 3 ed. São Paulo: RG Editores Associados Ltda, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro**. Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 1, n. 1, p. 6, dez. 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. A dignidade do ser humano e os direitos da personalidade: uma perspectiva civil-constitucional. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.) **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, De Plácido e**. Vocabulário jurídico**, v. III, 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

SPINELI, Ana Claudia Marassi. Dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade humana**. Revista Jurídica do Cesumar Mestrado**. v. 8 n. 2 (jul/dez 2008). Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2008, p. 369-382.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TORRES, Andreza Cristina Baggio. Direito civil-costitucional: a função social do contrato e a boa-fé objetivas como limites à autonomia privada. *In*: **Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual**. v. II. Paulo Roberto Ribeiro Nalin (coord.) Curitiba: Juruá, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

[1] AMARAL. Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 3 ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000, p. 78.

[2] CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 49.

[3] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org). **Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto. Bahia: Jus Podivm, 2007, p. 24- 36.**

[4] NUNES, Rodrigo. **Dicionário jurídico RG-Fenix**. 3 ed. São Paulo: RG Editores Associados Ltda, 1995, p. 469.

[5] GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil,** v. 4. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 295.

[6] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4. ed, São Paulo: Atlas, 2004, p. 481.

[7] TORRES, Andreza Cristina Baggio. Direito civil-costitucional: a função social do contrato e a boa-fé objetivas como limites à autonomia privada. *In*: **Contrato & Sociedade: princípios de direito contratua**l. v. II. Paulo Roberto Ribero Nalin (coord.) Curitiba: Juruá, 2006, p. 49.

[8] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 115.

[9] AMARAL, Francisco Piedade. **Direito civil**: introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 335.

[10] *Op. cit.*, p. 50.

[11] GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea – função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

[12] *Op. cit.*, p. 51.

[13] *Op. cit.*, p. 60.

[14] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 3: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25 ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23-24.

[15] *Op. cit.*, p. 23.

[16] *Op. cit.*, p. 75-79.

[17] *Op. cit.*, p. 63-64.

[18] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 175.

[19] NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 179.

[20] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 1.

[21] CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 21.

[22] *Op. cit.*, p. 29.

[23] *Op. cit.*, p. 24-29.

[24] DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 13 ed. rev. aum. e atual. De acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 56.

[25] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *apud* REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 1, n. 1, p. 6, dez. 2001.

[26] MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, **Parte Geral**, tomo I, Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p. 154.

[27] SILVA, De Plácido e**. Vocabulário Jurídico**, v. III, 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 360.

[28]*Op. cit.*, p. 35.

[29] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 198.

[30] GÓMEZ, J. Miguel Lobato. Livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar. *In*: **Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual**. v. II. Paulo Roberto Ribero Nalin (coord.) Curitiba: Juruá, 2006, p. 251-279.

[31] COELHO, Fábio Ulhoa**. Curso de direito civil.** v. 3, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 24.

[32] *Op. cit.*, p. 151.

[33] SÁ, Maria de Fátima Freire de. A dignidade do ser humano e os direitos da personalidade: uma perspectiva civil-constitucional. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coordenadora) **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 86.

[34] *Op. cit.* p. 32-35.

[35] SPINELI, Ana Claudia Marassi. Dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade humana**. Revista Jurídica do Cesumar Mestrado**. v. 8 n. 2 (jul/dez 2008). Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2008, p. 369.

A DESTITULARIZAÇÃO DE DIREITO DA PERSONALIDADE: DA VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO ENVOLVENDO A CESSÃO DE PSEUDÔNIMO*

LA PERTE DE DROIT DE LA PERSONNALITÉ: LA VALIDITÉ DU NÉGOCE JURIDIQUE CONCERNANT LE TRANSFERT DU PSEUDONYME

Fernando Gaburri

RESUMO

Este artigo tem o propósito de analisar a possibilidade jurídica de transmissão do pseudônimo, de maneira gratuita ou onerosa. Para tanto serão analisadas as principais diferenças e semelhanças entre ambos os institutos.
Antes de enfrentarmos propriamente o tema proposto, começaremos por fazer um breve apanhado histórico sobre os direitos da personalidade, demonstrando seu regime de tratamento no atual estado do direito brasileiro e comparado.
Após apontarmos as regras sobre a aquisição da personalidade, abordaremos as principais características dos direitos da personalidade e, logo em seguida, deteremos o foco desta pesquisa ao nosso tema central.
Para concluir nosso ponto de vista sobre a matéria, utilizaremos do importante recurso à analogia, tendo como regramento paradigma o tratamento do nome do estabelecimento empresarial.
Se o regime de um e de outro são demasiadamente semelhantes, seria então possível afirmar que tanto a cessão do título do estabelecimento quanto a do pseudônimo seriam juridicamente possíveis.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS DA PERSONALIDADE – INTRANSMISSIBILIDADE – IRRENUNCIABILIDADE – CESSÃO – DESTITULARIZAÇÃO – NEGÓCIO JURÍDICO – LICITUDE DO OBJETO

RESUME
Cet article vise à analyser la possibilité juridique de la transmission du pseudonyme, gratuitement ou à prix. À cette fin, nous analysons les similitudes et les différences entre les deux instituts. Avant d'aborder précisément le thème, commencez par faire un bref aperçu historique sur les droits de la personnalité, montrant leur traitement dans l'état actuel du droit brésilien et comparés. Sur rappeler les règles relatives à l'acquisition de la personnalité, nous discutons les principales caractéristiques des droits personnels et, peu après, demeurent l'objet de cette recherche pour notre thème central. Pour compléter notre avis sur la question, nous allons utiliser l'utilisation importante de l'analogie, en prenant comme le paradigme de traitement Il réglement du nom de l'établissement d'entreprise. Si le régime d'une autre et sont trop similaires, il serait possible de dire que tant le transfert de titre de propriété tel que le stylo serait juridiquement possible.

MOT-CLES: DROITS DE LA PERSONNALITÉ – TRANSFÉRABLES – NON-RENONCIATION – AFFECTATION – CESSION – DROIT COMMERCIAL – LÉGALITÉ DE L'OBJET.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

“Por Você!
Eu deixaria de beber
Por Você
Eu ficaria rico num mês
Eu dormiria de meia prá virar burguês
Eu mudaria até o meu nome
Eu viveria em greve de fome
Desejaria todo o dia
A mesma mulher” (Roberto Frejat, Guto Goffi e Mauro Santa Cecília)

1. Disciplina legal dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade foram inseridos pela primeira vez em uma codificação com o advento do CC alemão de 1900 – BGB e, em que pese publicado 16 anos após, o CC brasileiro de 1916, não se dedicou à regulação, ainda que mínima, desses direitos.

Por sua vez, o CC português, de 25.11.1966, cuidou da sistematização da matéria. Tratou dos direitos da personalidade em seus arts. 70º a 81º, sendo que no art. 70º conferiu-se tutela em caso de violação ou ameaça de violação desses direitos; no art. 71º cuidou-se da regulamentação de ofensa à memória de pessoas falecidas; no art. 72º a 74º, que nos interessam de perto, protegeu-se o direito ao nome e ao pseudônimo; nos arts. 75º a 78º preocupou-se com a questão da divulgação de cartas missivas; no art. 79º foi disciplinado o direito à imagem; no art. 80º tutelou-se a intimidade; e, finalmente, no art. 81º, o CC português enfrentou a problemática da limitação voluntária aos direitos da personalidade.

No Brasil esses direitos foram acolhidos, ampliados e tutelados pela CF/88, que erigiu a dignidade da pessoa humana a fundamento do ordenamento jurídico brasileiro, além de prevê-la como finalidade da ordem econômica (art. 170), como princípio do planejamento familiar (art. 226, § 7º) e como direito da criança e do adolescente (art. 227).[1]

O CC/02, na esteira do direito português, ofereceu sistematicidade à matéria. Trata dos direitos da personalidade no Capítulo II - Dos Direitos da Personalidade, no Título I Das Pessoas Naturais, do Livro I -Das Pessoas, de sua Parte Geral, nos arts. 11 a 21, sendo que nos arts. 11 e 12 cuidou-se da natureza e características gerais de tais direitos, nos arts. 13 a 15 disciplinou-se a integridade física e psíquica da pessoa, nos arts. 16 a 19 regulou-se o direito ao nome e ao pseudónimo, no art. 20 contemplou-se o direito à imagem e, finalmente, no art. 21 tratou-se do direito à privacidade.[2]

Inobstante o avanço legislativo, salienta Paulo Nader[3] que, embora a temática apresente riqueza de conteúdo, o legislador do CC de 2002 optou por disciplinar a matéria em apenas 11 artigos, deixando que a isso se somasse a colaboração oferecida pela doutrina e pela jurisprudência.

Observamos que, dentre esses 11 dispositivos que cuidam da regulamentação dos direitos da personalidade, 4 deles dizem respeito ao direito ao nome. São os arts. 16 a 19, que serão objeto de nossa análise de maneira mais pormenorizada.

2. Titularização dos direitos da personalidade

Todo o ser humano, independentemente de qualquer qualidade ou qualificação, é dotado de personalidade jurídica, o que, conseqüentemente, lhe erige a sujeito de direitos e obrigações na ordem jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro a titularização dos direitos da personalidade se dá com o nascimento com vida da pessoa humana, daí afirmar-se tratarem de direitos inatos. É o que dispõe o art. 2º do CC, assim redigido:

> "Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."

O referido dispositivo é alvo de grandes divergências no mundo jurídico, pois se de um lado preconiza que a personalidade do indivíduo inicia-se com o nascimento

com vida, trazendo um limitador temporal, por outro lado, dispõe estarem protegidos os direitos do nascituro, desde a concepção.

Três são as teorias que procuram explicar o momento em que o indivíduo adquire a personalidade civil.

Pela teoria natalista, a personalidade somente é adquirida a partir do o nascimento com vida. Pela teoria condicionalista, assegura-se o direito do nascituro, desde a comcepção, ficando porém tais direitos condicionados – condição suspensiva[4] – ao nascimento com vida. E, finalmente, pela teoria concepcionista, a personalidade inicia-se, incondicionalmente, a partir do momento da concepção.

Mediante exegese do mencionado dispositivo do CC, o ordenamento brasileiro adota a teoria natalista, consoante a qual a personalidade é adquirida tão-somente a partir do nascimento com vida, assegurando-se ao nascituro apenas expectativa de direito.[5]

No entanto, segundo o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 678, de 06.11.1992, o direito à vida deverá ser protegido por lei e, em geral, a partir da concepção.[6]

Outros ordenamentos, todavia, trazem regras diversas a respeito do momento da aquisição da personalidade jurídica.

No tocante ao direito francês, afirmam Malaurie e Aynês[7] que em primeira análise, pareceria evidente que o nascimento é a primeira condição de existência da personalidade, mas às vezes esse fato – o nascimento – não é uma condição suficiente. E arrematam conclusiva e contundentemente: *"Pour exister, il ne suffit pas d'être né,il faut être né viable."* Essa barbaridade traduz-se assim: "para existir não basta nascer, é necessário que se nasça viável". E essa viabilidade supõe maturidade e conformação *atestadas por dados biológicos e médicos.*

Em outro trabalho de nossa autoria, quando abordamos as diferentes sistemáticas de aquisição da personalidade em ordenamentos estrangeiros, tivemos oportunidade de lecionar que o direito francês exige, além do nascimento com vida, a viabilidade humana.[8]

Já o direito espanhol exige, para o reconhecimento da personalidade que o recém-nascido apresente forma humana e que sobreviva por pelo menos 24 horas. Não significa que ao final desse tempo adquire-se a personalidade, mas que esta aquisição se tenha suspendido temporariamente. Mas, uma vez cumpridos esses requisitos, a personalidade se tem por adquirida, desde o momento do nascimento, que é o da inteira ruptura do cordão umbilical. Portanto, o CC espanhol não enumera, entre os requisitos, o da viabilidade, entendida esta como ausência de todo vício ou lesão orgânica que possa estimar-se incompatível com a presunção de vida (viabilidade imprópria), ou como maturidade do feto para viver por haver obtido a gestação mínima de 180 dias, assinalada pela lei (viabilidade própria). À guisa de conclusão, pode-se afirmar que o sistema espanhol segue o critério da chamada viabilidade legal, bastando que o feto viva pelo período de 24 horas, indicado no art. 30 de seu CC, e que exista a função nervosa, circulatória e respiratória.

Feitas essas considerações sobre as diferentes formas legislativas de fixação do momento da aquisição da personalidade, cabe-nos, por hora, dizer que esta, uma vez adquirida, faz com que a pessoa humana seja sujeito de direitos e obrigações na ordem jurídica. Isto importa afirmar, dentre outras coisas, que toda pessoa é titular dos chamados direitos da personalidade, cujas características oportunamente passaremos em análise.

3. O direito ao nome

Dentre os direitos da personalidade expressamente previstos pela quase totalidade dos modernos códigos, encontra-se o direito ao nome.

Definiríamos o nome como o conjunto de sinais alfabéticos que identifica e singulariza uma pessoa na sociedade.

Luis Diez-Picazo e Antonio Gullon[9] alertam que o nome não é um mero signo distintivo, pois evoca à mesma pessoa em suas qualidades morais e sociais. Por ele sua proteção é proteção de sua personalidade tanto do ponto de vista físico quanto do moral e social.

O ordenamento pátrio confere a toda pessoa o direito ao nome, nele compreendido o prenome e o sobrenome.

O prenome é a designação que uma pessoa recebe, excluídos os demais nomes que lhes são passados em razão de sua família – sobrenome.

Feitas essas breves considerações, já é hora de desvendarmos as características dos direitos da personalidade, com ênfase no direito ao nome.

4. Características do direito ao nome

De princípio, é mister consignarmos que são inúmeras as características dos direitos da personalidade, variando sua enumeração de acordo com a concepção de cada autor. Aqui cabe-nos apenas apontá-las e determo-nos tão-somente naquelas que de perto interessam para o deslinde do tema proposto.

Segundo o art. 11 do CC, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, senão nos casos legalmente previstos.

No entanto, a maciça doutrina reconhece aos direitos da personalidade várias outras características, sendo as mais invocadas, afora a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, a imprescritibilidade, além de serem direitos inatos e absolutos.

Alberto Trabucchi[10] reconhece que os direitos da personalidade carecem de natureza patrimonial, e são absolutos, *erga omnis*, inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

A partir desses atributos ou caracteres é que se restringe o raio de ação da autonomia privada. Em alguns casos, o próprio ordenamento jurídico estatui a nulidade de atos ou negócios jurídicos que vulnerem os atributos personalíssimos.[11]

Para fins deste estudo, nas linhas que se seguem, limitar-nos-emos a analisar apenas a irrenunciabilidade e a inalienabilidade dos direitos da personalidade, com foco no direito ao nome.

Segundo Alberto Trabucchi[12], a tutela do nome basea-se na proteção de um interesse individual, mas também se estabelece no interesse da sociedade.[13] Ter um nome é um direito essencial à pessoa, ao que se contrapõe um dever.

A renúncia do direito ao nome está diretamente ligada à sua inalterabilidade, em que pese tais noções não se confundirem. É que havendo renúncia ao nome, ou a parte dele, logicamente haverá alteração em sua estrutura gráfica. Já a alteração, como no caso da adoção por um dos cônjuges do patronímico do outro, importa em alteração, contudo sem renúncia.

Segundo a sistemática do direito brasileiro, o sobrenome, também conhecido como apelido de família ou patronímico, pode sofrer alterações. Já o prenome, em princípio, não pode ser alterado. Trata-se da regra da imutabilidade relativa.

Contudo, a Lei dos Registros Públicos – Lei n. 6.015, de 31.12.1973 – prevê algumas hipóteses de alteração do prenome, dentre as quais citamos a alteração quando expuser seu titular ao ridículo (LRP, art. 55, parágrafo único), e no caso de erro de grafia (LRP, art. 110).

Quanto à sua inalienabilidade, discorrem Luis Diez Picazo e Antonio Gullon[14] que o nome está fora do comércio humano, e sobre ele não se estende a autonomia da vontade da pessoa.

Nesta mesma linha, acrescentam Malaurie e Aynês[15] que o nome, em princípio, está fora e acima do comércio, assim como a pessoa o está. Mas alertam-nos que em uma sociedade dominada pelo dinheiro, há uma tendência à comercialização do nome.

4.1. A proteção do nome

Assim como todo direito da personalidade, o nome goza de proteção legal, podendo seu titular fazer com que cesse toda lesão ou ameaça de lesão a ele perpetrada.

Recorrendo novamente ao auxílio do direito comparado, ensina-nos Pedro Pais de Vasconcelos[16] que nos arts. 72º, 73º e 74º, o CC português prevê o direito a ter nome, a usá-lo, completo ou abreviado, e a protegê-lo contra o uso ilícito que dele seja feito. Assim pontua aquele autor que a pessoa pode impedir que, em uma obra de ficção seja usado um nome idêntico ou outro que possa ser confundido com o seu, em moldes que ofendam a sua dignidade. E arremata dizendo que, "No caso, relativamente frequente, de haver mais de uma pessoa com o mesmo nome, incumbe ao tribunal decretar as providências que, segundo juízos de equidade, melhor conciliem os interesses em conflito."

Ensina Alberto Trabucchi[17] que a natureza do direito ao nome afasta-se do direito de propriedade. Isso porque não tem por objeto um bem que se encontra fora de nós mesmos, tampouco se trata de um direito que se ache tutelado tão-somente em seus efeitos patrimoniais, por meio do ressarcimento de danos do art. 2043 do CC italiano.[18] O nome é entendido por Trabucchi como um direito personalíssimo, essencial à pessoa humana, inalienável e imprescritível, dotado de natureza privada, mas com certos caracteres e com uma tutela, em parte, de direito público.

4.2. O pseudônimo

Pseudônimo, do grego *pseudônimos* (nome falso), vem a ser um nome fictício adotado por uma pessoa natural, para o exercício da mais variada gama de atividades, quer artística, quer religiosa, quer profissional.

Na linha de Luis Diez-Picazo e Antonio Gullon[19], entendemos o pseudônimo como um nome voluntariamente eleito pela pessoa, para individualizar-se em um certo ambiente, como no artístico e literário.

Para gozar de proteção legal, é necessário haver um uso que, por sua continuidade, leve à identificação da pessoa pelo pseudônimo.

Como toda identificação pessoal, o pseudônimo desperta interesse tanto público quanto privado. O titular de um pseudônimo que o já tem usado prolongada e notoriamente, pode protegê-lo contra usurpações, pois ele é, ao mesmo tempo, propriedade (imaterial) de seu titular e sinal de sua personalidade.[20]

Segundo o art. 19 do CC brasileiro, a mesma proteção jurídica oferecida ao nome também se aplica ao pseudônimo.[21]

O CC português, neste particular, foi mais preciso ao prever, na linha da mais moderna doutrina, em seu art. 72º, que para gozar da mesma proteção conferida ao nome, o pseudônimo deve ser notório.[22]

Já o CC italiano reza, em seu art. 9º, que se o pseudônimo, usado pela pessoa, ganhar a importância do nome, pode ser tutelado da mesma forma que este.[23]

Deste modo, leciona Alberto Trabucchi[24] que o pseudônimo e o nome artístico ou profissional, podem ser objeto de um direito análogo ao do nome, e encontrarem-se tutelados de igual forma.

Desde que empregado em atividades lícitas, o pseudônimo goza da mesma proteção dada ao nome.

Por conseguinte, aplicam-se quanto ao pseudônimo as regras dos arts. 17 e 18 do CC, que conferem ao titular do pseudônimo o direito subjetivo de impedir a utilização do nome alheio em publicações ou representações que o exponham ao desprezo público, ou seu emprego, sem autorização, em propagandas comerciais.[25]

O que o CC faz, em verdade, é conferir ao pseudônimo uma equiparação ao nome, para os efeitos de proteção legal.

Salientamos, no entanto, que quando se equiparam dois ou mais institutos, para fins de aplicação das mesmas regras jurídicas, não importa, necessariamente, em considerá-los a todos como uma mesma coisa. Isto porque nome e pseudônimo possuem caracteres que os distinguem significativamente na ordem jurídica, sobre os quais nos propomos a enfrentar.

Em primeiro lugar, o pseudônimo pode ser modificado por mera deliberação de seu titular, sem que se faça necessária qualquer formalidade neste sentido.[26] Exemplificamos com os casos da cantora Sandra Sá, que passou a ser conhecida como Sandra de Sá, e do cantor Jorge Ben Jor, que passou a ser conhecido como Jorge Ben. Outra relevante distinção, muito bem apontada por Roxana Borges[27], é que o pseudônimo, para ser protegido, não necessita constar de registro. Assim observa haver muito mais liberdade no tratamento dado ao pseudônimo, se comparado àquele dado ao nome.

5. Negócio jurídico envolvendo a destitularização do pseudônimo

De princípio, devemos lembrar que os direitos da personalidade possuem duplo aspecto, um objetivo e outro subjetivo.

Pelo aspecto objetivo, aos próprios titulares dos direitos da personalidade é tolhida a faculdade de prescindir, alienar e de renunciar ao direito à vida e à dignidade, porque estes direitos estariam fora da esfera de disponibilidade, quer de seu titular, quer do legislador.[28]

Daí dizer a doutrina que é nulo de pleno direito, por vício em sua causa, o negócio jurídico, seja ele gratuito ou oneroso, que tenha por objeto a transferência do nome de uma pessoa para outra.

Como vimos linhas atrás, o nome segue a regra da imutabilidade relativa, no concernente ao prenome. Mas, a renúncia a um prenome que exponha seu titular ao ridículo, apesar de implicar em destitularização do nome, não tem o condão de transferi-lo a outrem.

Após invocar vasta doutrina nacional e italiana, conclui a ilustre professora Roxana Borges[29] que "a ratio que fundamenta a regra da imutabilidade do nome não está, historicamente, ligada à proteção dos direitos de personalidade, mas à proteção de interesses (legítimos) de terceiros, o que, estranhamente, não se coaduna com os fundamentos nem com as finalidades dos direitos de personalidade." Prossegue aquela autora advogando que a pessoa tem a faculdade – autonomia jurídica – em situações específicas, de alterar e negociar o uso de seu nome.

Nesta mesma linha preleciona Paulo Nader[30], ao analisar as características dos direitos da personalidade, que "'A' não pode transferir para 'B' os direitos de personalidade dos quais é detentor da titularidade. A pessoa pode autorizar que alguém utilize o seu nome em propaganda comercial, mas não pode transmitir os direitos inerentes ao próprio nome. São direitos irrenunciáveis por natureza e por definição legal. O titular não pode despojar-se de seu direito, desintegrando-o de sua personalidade."

Com base nas lições do conterrâneo mestre, podemos constatar que a cessão do uso do nome ou do pseudônimo alheio, a título gratuito ou oneroso, configura negócio jurídico cujo objeto é plenamente possível.

Neste caso, devemos salientar, não houve renúncia ou alienação do nome, mas apenas cessão temporária de seu uso para que seja empregado em novelas, peças teatrais, eventos culturais etc.[31]

Voltando a atenção para o objeto principal deste ensaio, pretendemos agora enfocar a destitularização do pseudônimo, por meio de negócio jurídico que o transfira a outrem.

Vimos que o pseudônimo goza da mesma proteção dada ao nome. Também dissemos que tal identidade de tratamento ocorre, pois o pseudônimo é, para alguns efeitos legais, equiparado ao nome. Salientamos também que essa equiparação não faz com que ambos os institutos sejam considerados como uma unidade, mas para o fim mesmo de aplicação de idêntico regramento, quando cabível. Por fim, apontamos algumas diferenças que reputamos importantes, entre nome e pseudônimo.

Dissemos, inclusive, que o pseudônimo, ao contrário do nome, pode ser renunciado por seu titular. Tentaremos defender, nas linhas que se seguem, a licitude do negócio jurídico cujo objeto é a transmissão negocial do pseudônimo, de uma pessoa para outra. É o que passaremos a chamar, a partir de então, de destitularização por transferência voluntária do pseudônimo.

Não sabemos sobre sua veracidade, mas o episódio que passaremos a narrar, ainda que por isto considerado fictício, poderá demonstrar a viabilidade do ponto de vista que pretendemos aqui defender.

Com a morte do saudoso cantor e compositor Luís José Costa, conhecido como Leandro, da dupla sertaneja Leandro e Leonardo, este último, Emival Eterno Costa, sob o pseudônimo de Leonardo, seguiu sua carreira solo, como é de conhecimento de todos nós.

Fora ventilado um fato (não comprovado) segundo o qual o pseudônimo Leonardo já pertenceria a um artista, talvez do sul do país, com projeção meramente local, ao contrário do internacionalmente conhecido Leonardo. Especula-se que o conhecido cantor, Emival Eterno Costa, teria praticado negócio jurídico com aquele menos famoso cantor, no sentido de passar a utilizar, sem embaraços, o pseudônimo Leonardo.

Não sabemos – caso tal fato seja verdadeiro – qual teria sido o negócio por ambos praticado: se uma cessão em definitivo, ou se meramente temporária; se o negócio fora gratuito ou oneroso; se o menos famoso cantor fora ou não obrigado a recolher discos e demais materiais de divulgação em que constavam o pseudônimo Leonardo; etc.

5.1. Licitude do objeto do negócio jurídico envolvendo a destitularização do pseudônimo

Sem pretensão de esgotarmos o tema relativo aos elementos das obrigações, dizemos, resumidamente, que esses elementos são três, quais sejam, subjetivo, objetivo e ideológico.

O elemento subjetivo da obrigação é constituído pelos sujeitos que a integram. São eles o credor e o devedor que, por sua vez, podem ser singulares ou coletivos.

Já o elemento ideológico, imaterial ou abstrato da obrigação, é o vínculo que liga credor e devedor, permitindo que um exija do outro o adimplemento da prestação a que se obrigou.

Por fim, o elemento objetivo é a prestação a que se obrigou uma ou ambas as partes. Essa prestação pode ser de dar, fazer ou de não fazer. Objeto da obrigação – prestação – e objeto da prestação não se confundem.

No caso ora em estudo, o objeto da obrigação – prestação – consiste em um "dar" do devedor ao credor. Já o objeto da prestação de dar consiste na alienação do pseudônimo do cantor menos famoso ao mais famoso.

Segundo o art. 104, II, do CC, a licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto são um dos requisitos de validade do negócio jurídico.

Dizemos lícito o objeto de uma obrigação quando ele não for contrário ao direito. Já a possibilidade deve ser analisada nos planos físico e jurídico. Fisicamente impossível é a prestação que não pode ser realizada por um ser humano, como chegar à lua caminhando. Todavia, existem prestações, como a de vender substância tóxica que, em que pese fisicamente possível, a depender do caso mostra-se juridicamente impossível.

O objeto, quando não for determinado – conhecido e singularizado desde logo – deve ser ao menos determinável – passível de singularização quando da exigibilidade da prestação. No caso em análise, percebemos que o objeto da obrigação – prestação – é determinada – obrigação de dar – e o objeto da prestação também o é – alienação do pseudônimo.

O que entendemos certo é que, se tal negócio existiu, não estaria prejudicado no plano da validade, uma vez que seu objeto não é ilícito, proibido ou impossível juridicamente.[32]

A essa conclusão chegamos ao retomarmos nosso foco para os aspectos objetivo e subjetivo dos direitos da personalidade.

Nas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos[33] "O direito objectivo e o direito subjectivo de personalidade têm naturezas e regimes distintos. O direito objectivo de personalidade é indisponível e situa-se no campo da heteronomia; o direito subjectivo de personalidade, diferentemente, é disponível e situa-se no âmbito da autonomia privada. Naquilo que o direito de personalidade é objectivo, o titular não tem autonomia no seu exercício, não pode dele prescindir, não dispor dele; no que é apenas subjectivo, já o titular pode livremente tolerar as ofensas, prescindir da sua defesa, ou mesmo dispor dele gratuita ou onerosamente."

Quer nos parecer ser este o teor do art. 81º do CC português, que conjuga os aspectos objetivo e subjetivo dos direitos da personalidade, ao admitir a disposição negocial de interesses relativos a direitos da personalidade, quando não contrariar os princípios de ordem pública e, analisado em consonância com o art. 280º[34] do mesmo Código, se não colidir também com a lei e com os bons costumes.

5.2. Uma analogia ao nome empresarial

Para reforçar tudo quanto afirmamos neste ensaio acerca da possibilidade jurídica de destitularização do direito ao pseudônimo, façamos aqui uma analogia à alienação do nome empresarial.

Ora, de acordo com o art. 51 do CC, aplicam-se às pessoas jurídicas, no que lhes forem cabíveis, as regras sobre direitos da personalidade.

A alienação do estabelecimento empresarial, que recebe o nome doutrinário de trespasse, pode ou não importar na alienação do nome empresarial ao adquirente.

Neste caso, o que o ordenamento visa proteger, como nos quer parecer óbvio, são os princípios da novidade e da veracidade, quando o estabelecimento leva o nome do empresário ou dos sócios.[35]

Ensina Fábio Ulhoa Coelho[36] que o princípio da veracidade proíbe a adoção de nome que veicule informação falsa sobre o empresário a que se refere, enquanto que o da novidade impede a adoção de nome igual ou semelhante ao de outro empresário anteriormente registrado. Ambos os parâmetros se justificam, em última análise, na coibição da concorrência desleal e na preservação da reputação dos empresários, junto aos seus fornecedores e financiadores.

Assim, em caso de retirada, falecimento ou expulsão de um sócio cujo nome civil intitula o estabelecimento empresarial, faz-se necessária uma alteração no nome do estabelecimento, em homenagem ao princípio da veracidade. Em outras palavras, se o estabelecimento empresarial tem o nome de Joaquim da Silva LTDA, no caso de sua alienação a Pedro, este não poderá utilizar-se daquele nome, porque isso feriria o princípio da veracidade. De outro modo, se o nome do estabelecimento empresarial fosse Delícia de Pães LTDA, Joaquim poderia aliená-lo a Pedro quem, por sua vez, poderia estar a frente do estabelecimento, continuando com o nome Delícia de Pães LTDA.

Já o princípio da novidade, como levantamos acima, visa impedir que outro empresário utilize o mesmo nome anteriormente registrado no registro competente. O titular do nome, em caso de desrespeito a esse princípio, tem mecanismos administrativos e judiciais para impedir que outrem utilize o mesmo nome empresarial.

Além do nome empresarial, sujeito a registro e aos princípios da novidade e da veracidade, existe a designação ou nome do estabelecimento empresarial, que são institutos diversos. Segundo Fábio Ulhoa Coelho[37], o nome do estabelecimento não precisa coincidir com o nome da sociedade empresária.

Assim, afirmamos nós que o título do estabelecimento, quando diverso do nome empresarial, poderia ser equiparado ao pseudônimo da pessoa natural e gozaria da mesma proteção dada ao nome. Ou seja, o nome de fantasia, pseudônimo, ou nome do estabelecimento também encontrar-se-ia protegido pelo princípio da novidade, em que pese não estar sujeito a registro, assim como o pseudônimo da pessoa natural também o não está.

Feitas essas considerações, indagamos se no pseudônimo Leonardo haveria alguma relação com o princípio da Veracidade. Sabidamente o nome Emival Eterno Costa nada tem a ver com o pseudônimo Leonardo. Poucas pessoas, inclusive, sabem dos verdadeiros nomes dos cantores solos ou de duplas sertanejas. É o caso do cantor conhecido sob o pseudônimo de Zezé di Camargo, da dupla Zezé di Camargo e Luciano, cujo nome é José Mirosmar de Camargo.

5.3. Revogabilidade dos negócios de personalidade

Como último passo para a resolução do problema a que nos propusemos analisar, nesta altura devemos abordar a problemática da resilibilidade unilateral – revogabilidade – dos negócios jurídicos envolvendo direitos da personalidade.

Os negócios de personalidade, assim entendidos pelos portugueses como aqueles que tenham por objeto direitos ou bens de personalidade, ou ainda seu uso e tutela, têm como nota identificadora a revogabilidade.[38]

Neste sentido, é expresso o art. 81º, 2, do CC português, que preconiza que "A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte."

A revogação de um negócio jurídico importa em seu desfazimento por ato unilateral do interessado. Em outras palavras, importa dizer que o titular de um desses direitos, quando negociar a seu respeito, tem o direito de resilir unilateralmente a avença.

Certamente que, em assim agindo, deverá indenizar a contraparte pelas perdas e danos que esta provar ter sofrido, consideradas suas legítimas expectativas, ali incluídos o dano emergente e lucro cessante.[39]

Como se percebe, a parte contratante, que não a titular do direito da personalidade, não tem direito subjetivo ao adimplemento contratual, mas apenas proteção às suas legítimas expectativas. Deste modo, a resilição unilateral do contrato converter-se-á em perdas e danos, mas nunca em cumprimento forçado da obrigação.

Ainda devemos observar que a indenização não pode ser fixada em patamares excessivos, porque isto poderia inibir ou mesmo aniquilar a unilateral resibilidade contratual.

6. Conclusão

Como buscamos demonstrar neste ensaio, os direitos da personalidade recebem especial atenção da moderna doutrina por, dentre outros fatores, refletirem na esfera privada a carta de direitos fundamentais insculpida nas constituições dos mais diversos Estados Democráticos de Direito.

Deixamos consignado que o rol dos direitos da personalidade é meramente exemplificativo, constando da lei codificada apenas aqueles que o legislador entendeu serem os mais relevantes, pelo menos no atual patamar da história. Dentre os vários direitos da personalidade legal e exemplificadamente enumerados, selecionamos, para este estudo, o nome e o pseudônimo.

Como pudemos constatar, o direito brasileiro, sem aprofundar o tema, apregoa que o pseudônimo utilizado para atividades lícitas, goza da mesma proteção oferecida ao nome. Isto não é o bastante, porque uma previsão assim tão genérica não pode levar em conta as dessemelhanças que existem entre ambos ou, vista por outro lado, essa previsão apenas aponta aquilo que os institutos têm de semelhantes.

Para apontarmos um especial caráter do pseudônimo que, ao nosso ver, muito o distancia do nome, abordamos um caso hipotético, que ouvimos dizer ter existido, e procuramos analisá-lo sob os aspectos jurídicos que nosso ordenamento oferece. Frente à insuficiência do direito brasileiro, em algumas passagens foi necessário recorrermos ao auxílio do direito comparado que, se de um lado nos ajudou a formar nossa opinião prévia sobre o caso, igualmente nos apontou que essa insuficiência legislativa também assola os demais países de destaque no cenário jurídico.

7. Referências bibliográficas

AYNÊS, Laurent; MALAURIE, Philippe. *Droit civil: les personnes, la protection des mineurs ET des majeurs. 4. Ed. Paris: Defrénois, 2009.*

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito* comercial. V. 1. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho* civil. V. 1. Madrid: Tecnos, 1976.

GABURRI, Fernando ET Ali. *Direito civil*. Vaneska Donato de Araújo coord. V. 5. São Paulo: RT, 2008.

GABURRI, Fernando. *Direitos da personalidade e sua proteção* legal. In Novos direitos após seis anos de vigência do Código Civil de 2002. Inácio de Carvalho Neto coord. Curitiba: Juruá, 2009.

Nader, Paulo. *Curso de direito civil*, v. 1. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil.* Trad. Luís Martinez-Calcerrada. Madrid: Revista Derecho Privado, 1967.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2007.

---

[1] Fernando Gaburri, *Direitos da personalidade e sua proteção legal*, in Novos direitos após seis anos de vigência do Código Civil de 2002, Inácio de Carvalho Neto coord., Curitiba: Juruá, 2009, p. 42.

[2] Fernando Gaburri, *Direitos da personalidade*, cit., p. 43.

[3] Paulo Nader, *curso de direito civil*, v.1, 6 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 166.

[4] Se pela teoria condicionalista os direitos da personalidade ficam condicionados ao nascimento com vida, somos forçados a concluir que essa condição só pode ser a suspensiva, pois se se tratasse da resolutiva, falaríamos em extinção desses direitos.

[5] Fernando Gaburri, *Direitos da personalidade,* cit., p. 45.

[6] Sem querer polemizar, esclarecemos que a prisão civil do depositário infiel, apesar de prevista pelo CC/02 (lei posterior), não fora contemplada pelo referido Pacto (lei anterior). O STF, na oportunidade, para resolver o conflito aparente de normas no tempo, deu ao Pacto de São José *status* supralegal, cuja hierarquia situar-se-ia acima das leis ordinárias (como o é o CC) e abaixo da CF. Se adotarmos o mesmo raciocínio, o mínimo de coerência mandar-nos-ia afirmar que a teoria a ser observada no Brasil quanto à aquisição da personalidade não seria a natalista (prevista pelo CC), mas sim a concepcionalista (prevista pelo Pacto).

[7] Philippe Malaurie e Laurent Aynês, *Droit civil: les personnes, la protection des mineurs et des majeurs, 4 ed, Paris: Defrénois, 2009,* p. 10-11.

[8] Fernando Gaburri, *Direitos da personalidade*, cit., p. 46.

[9] Luis Diez-Picazo e Antonio Gullon, *Sistema de Derecho Civil*, v. 1, Madrid: Tecnos, 1976, *p. 326.*

[10] Alberto Trabucchi, *Instituciones de derecho civil, v. 1, trad. Luis* Martinez-Calcerrada, Madrid: Revista Direito Privado, 1967, p. 106.

[11] Luis Diez-Picazo e Antonio Gullon, *Sitema,* cit., p. 313.

[12] Alberto Trabucchi, *Instituciones*, cit., p. 111.

[13] Hodiernamente, os especialistas estudam os direitos da personalidade sob dois aspectos: o subjetivo e o objetivo. Em razão de seu aspecto subjetivo, ao titular de direitos da personalidade é assegurada sua proteção individual, por meio de mecanismos aptos a impedir ou fazer cessar lesões a esses direitos, quer

sejam levadas a cabo pelo Estado ou por outras pessoas. Pelo aspecto objetivo entende-se a proteção que o próprio Estado oferece a esses direitos, mediante sua disciplina jurídico-normativa.

[14] Luis Diez-Picazo e Antonio Gullon, *Sistema,* cit., p. 327.

[15] Philippe Malaurie e Laurent Aynês, *Droit civil,* cit., p. 29.

[16] Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria geral do direito civil,* 4 ed, Coimbra: Almedina, 2007, p. 70.

[17] Alberto Trabucchi, *Instituciones,* cit., p. 113.

[18] "[19] Luis Diez-Picazo e Antonio Gullon, *Sistema,* cit., p. 335.

[20] Philippe Malaurie e Laurent Aynês, *Droit civil,* cit., p. 35-36.

[21] "Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome."

[22] "ARTIGO 74º (Pseudónimo)

O pseudónimo, quando tenha notoriedade, goza da protecção conferida ao próprio nome."

[23] "Art. 9 Tutela dello pseudonimo

Lo pseudonimo, usato da una persona in modo che abbia acquistato l'importanza del nome, può essere tutelato ai sensi dell'art. 7." "Tutela do pseudônimo –O pseudônimo, usado por uma pessoa de modo a adquirir a importância do nome,pode ser tutelado nos termos do art. 7º." (tradução livre). O art. 7º a que se reporta o art. 9º transcrito trata do direito do titular do nome de fazer cessar seu uso indevido, sem prejuízo de eventual indenização.

[24] Alberto Trabucchi, *Instituciones,* cit., p. 113.

[25] “Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção

difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.”

[26] Conforme vimos no tópico anterior, as hipóteses de alteração do nome são taxativas – *numerus clausus* – e dependem de prévia autorização judicial.

[27] Roxana Cardoso Brasileiro Borges, *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 224.

[28] Neste sentido, cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria geral*, cit., p. 41.

[29] Roxana Cardoso Brasileiro Borges, *Disponibilidade*, cit., p. 222-223.

[30] Paulo Nader, *Curso*, cit., p. 167.

[31] Em Salvador, a conhecida cantora Maria Betânia, havia autorizado que seu nome fosse utilizado para intitular uma casa de espetáculos culturais localizada no bairro Rio Vermelho, até então denominada Teatro Vila Velha. Com o fechamento daquela casa, o prédio passou abrigar uma casa de bingo, quando então a cantora exigiu que a placa com seu nome dali fosse retirada. Ao que nos quer parecer, essa cessão de uso teria sido gratuita.

[32] O objeto de uma relação obrigacional, é a prestação do devedor ao credor, bem como a deste àquele. Essa prestação – alienação do pseudônimo – reveste-se das características da licitude, possibilidade (física e jurídica), ou seja, seu elemento objetivo, determinabilidade e apreciabilidade econômica. Ainda que essa alienação tenha sido feita a título gratuito, o que define a patrimonialidade da obrigação é o seu objeto – prestação – e não necessariamente, o interesse do credor. Apesar de o ordenamento jurídico nada prevê a esse específico respeito, o auxílio ao direito comparado poderá nos ajudar a entender melhor esse caráter de economicidade das obrigações. Vejamos o que dispõem, respectivamente, os CC português e italiano:

“ARTIGO 398º (Conteúdo da prestação)

1. As partes podem fixar livremente, dentro dos limites da lei, o conteúdo positivo ou negativo da prestação.

2. A prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal.”

“Art. 1.174. Carattere patrimoniale della prestazione

La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore.” “a prestação, objeto da obrigação, deve ser suscetível de valoração econômica e deve corresponder a um interesse, ainda que não patrimonial, do credor.”. (tradução livre)

[33] Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria geral*, cit., p. 41-42.

[34] “ARTIGO 280º (Requisitos do objecto negocial)

1. É nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legamente impossível, contrário à lei ou indeterminável.

2. É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes.” O termo “legamente” consta desta maneira grafado da fonte de onde obtido o CC português.

[35] Assim dispõe a Lei n. 8.934, de 1994, em seu art. 34.

[36] Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, v. 1, 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 179.

[37]Fábio Ulhoa Coelho, *curso*, cit., p. 183.

[38] Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria geral*, cit., p. 54.

[39] Fernando Gaburri, *Direito civil*, v. 5, Vaneska Donato de Araújo coord., São Paulo: RT, 2008, p. 80.

A EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE NAS RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS*

THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HEALTH IN THE PRIVATE LEGAL RELATIONS

Francisco Pizzette Nunes

RESUMO

O presente artigo trata-se de pesquisa bibliográfica cujo objetivo consiste na análise da problemática da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, ou seja, sua vinculação para com os direitos fundamentais, no caso em tela, a vinculação das operadoras de saúde suplementar para com a eficácia do direito à saúde dos titulares de seus planos e seguros, utilizando-se para tanto o método dedutivo de investigação científica. Em suma, trata-se de verificar a existência ou não de uma vinculação das operadoras de saúde suplementar, enquanto entidades privadas dotadas de um relevante poder social, ao direito fundamental à saúde, diante do que preconiza a Constituição da República Federativa do Brasil e legislação pertinente.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO À SAÚDE, SAÚDE SUPLEMENTAR, SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS), DIRIGISMO CONTRATUAL, EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

The present article is a literature review aimed at discussing the problems of the effectiveness of fundamental rights in private relations, in this case, the link between additional health operators and the effectiveness of the health rights of the holders of its plans and insurance, using for that the deductive method of scientific research. In short, it aims to verify the existence of a binding between additional health operators, while private entities endowed with a relevant social power, and the fundamental right to health, before the Constitution of the Federative Republic of Brazil and the relevant legislation.

KEYWORDS: RIGHT TO HEALTH, ADDITIONAL HEALTH, UNIQUE HEALTH SYSTEM (SUS), LEADING CONTRACTS, IMMEDIATE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Introdução:

A Constituição brasileira de 1988 foi elaborada dentro de um contexto democrático-social, sob a ótica de um Estado intervencionista, tendo elencado um rol de garantias fundamentais de cunho material, cuja prestação sempre fora objeto de debates acerca de seus limites e efetividade. Dentro de tais direitos sociais prestacionais, a saúde muitas vezes adquire uma dimensão trágica, tendo em vista que a imposição de limites à satisfação de serviços essenciais para a manutenção e recuperação da saúde, acaba por violar a dignidade de vários cidadãos titulares de tal garantia social.

Nesse sentido, partindo de uma pesquisa pesquisa bibliográfica de método dedutivo, o presente estudo tem como objetivo a análise da problemática da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, ou seja, sua vinculação para com os direitos fundamentais, no caso em tela, a vinculação das operadoras de saúde suplementar para com a eficácia do direito à saúde de seus titulares. Em suma, trata-se de verificar a existência, ou não, de uma vinculação das operadoras de saúde suplementar, enquanto entidades privadas, ao direito fundamental à saúde, diante do que preconiza sistema constitucional brasileiro.

A eficácia e efetividade do direito à saúde no sistema constitucional brasileiro:

O sistema constitucional abrange primariamente a Constituição propriamente dita, para então, em segundo plano, contemplar as leis complementares previstas em seu texto, e por último, todas as leis ordinárias consideradas constitucionais, mas que não estão previstas na Constituição em seu aspecto formal (BONAVIDES, 2006, p. 99).

Segundo CANOTILHO (1999, p. 48), uma Constituição moderna é aquela que ordena de forma sistemática e racional a comunidade política através de um documento escrito no qual constam as liberdades e direitos, e onde se fixam os limites do poder político. Nesse diapasão, a Carta Magna brasileira de 1988 pode ser considerada uma constituição moderna, uma vez que instituiu um Estado Democrático e Social de Direito que consagrou direitos e garantias individuais e sociais, através de um sistema federativo de organização estatal (SIQUEIRA JR; OLIVEIRA, 2007, p. 134).

Dessa forma, a concepção brasileira de saúde e o próprio sistema público de saúde se inserem no contexto de um Estado de perfil social, que não apenas garante direitos e liberdades individuais, mas que realiza prestações positivas, implementadas através de políticas e ações estatais, com objetivos e metas previstos na Constituição, que visam assegurar o respeito a dignidade da pessoa humana, com o fim de viabilizar a igualdade material na sociedade, algo fático e concreto, não apenas uma disposição abstrata e formal (WEICHERT, 2004, p. 113-114).

Nas palavras de Paulo Bonavides (2006, p. 378):

O Estado Social é enfim um Estado produtor da igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer a equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia [...] a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo.

Trata-se, portanto, de um modelo estatal que busca a igualdade social, igualdade esta que não se oferece, cria-se, e que não se propõem, mas efetiva-se através de uma série de prestações fáticas, cuja implementação está atrelada à consagração de direitos conhecidos como direitos sociais, atribuídos aos indivíduos e a coletividade (MIRANDA, 2006, p. 48-49).

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 elenca em seu artigo 6º um rol de direitos sociais, entendidos estes como uma dimensão dos direitos fundamentais que, através de prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, possibilitam a melhoria das condições de vida dos mais carentes, de modo a amenizar as desigualdades sociais, criando condições mais propícias para o auferimento de uma igualdade material e para o gozo dos direitos individuais, sendo a saúde consagrada como um dos direitos sociais declinados no rol do artigo 6º (SILVA, 2007, p. 286-287).

Assim, a Lei Fundamental ao dispor sobre a ordem social, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social, discorre em seu Capítulo II sobre a Seguridade Social, sendo esta um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, subdividida em normas que visam tutelar determinados interesses, dentre estes a saúde (MORAES, 2004, p. 686). A saúde foi preconizada dentro do âmbito da Seguridade Social, através do artigo 196 da Carta Política, nos seguintes termos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Nestes termos, admite-se que a idéia de recuperação da saúde estaria ligada à medicina curativa, enquanto que as ações de proteção estariam vinculadas à medicina preventiva, e por último, a promoção da saúde contempla a busca pela qualidade de vida (SCHWARTZ, 2004, p. 101-102), o que faz da saúde um direito de cidadania, que projeta não apenas uma pretensão de curar e evitar doenças e outros gravames, mas de uma vida saudável, em seu aspecto individual e coletivo, onde esteja garantida a fruição de toda uma gama de facilidades, bens, serviços e condições necessárias para o alcance e manutenção do mais alto nível de saúde, podendo se equiparar a vida saudável à vida

digna, consubstanciando assim o respeito à dignidade da pessoa humana (FIGUEIREDO, 2007, p. 81-84).

Por sua vez, a Carta Magna, em seu artigo 197, roga que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, devendo o poder público, nos termos da lei, dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, instituindo para tanto, a partir de seu artigo 198, o Sistema Único de Saúde (SUS), definindo um novo paradigma para a ação do Estado na área da saúde (MERCADANTE, 2002, p. 249), constituído por um conjunto de ações e serviços públicos organizados por meio de redes regionalizadas e hierarquizadas, com direção única em cada esfera do governo, norteadas pelos princípios da descentralização, integralidade e participação social, através de um sistema federativo de distribuição de competências e financiamento, estando suas atribuições dispostas primariamente no artigo 200 da Constituição Federal (BRASIL, 2007, p. 33).

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (BRASIL, 1988).

Assim, o direito à saúde pode ser analisado sob a perspectiva de diferentes dimensões. A dimensão defensiva objetiva proteger o titular contra violações cometidas pelo Estado ou particulares, que venham a interferir ou ameaçar o exercício do direito à saúde, enquanto que a dimensão prestacional compreende a consecução de medidas que garantam o gozo do direito à saúde, bem como a organização de instituições, serviços e ações, sem os quais não seria possível a fruição de tal direito, o que conduz, portanto, a existência de um nexo entre a dimensão defensiva e prestacional do direito à saúde para com o aspecto individual e coletivo desta, qual seja, a preservação da liberdade individual e promoção da igualdade material (FIGUEIREDO, 2007, p. 87-88).

Nesse diapasão, por ser um direito social prestacional, o direito à saúde reclama uma crescente atividade estatal na esfera econômica e social, uma vez que as prestações que constituem seu objeto devem estar ao alcance de seus titulares, demandando assim uma atuação positiva dos poderes Legislativo e Executivo, que muitas vezes resta prejudicada em face do limite de recursos disponíveis e da inércia política, afetando a própria eficácia e efetividade do direito à saúde (SARLET, 1998, p. 257-259).

Destarte, CANOTILHO (2001, p. 367) situa os direitos sociais em dois planos, um subjetivo, onde os direitos sociais estariam inseridos no âmbito existencial de cada cidadão, independentemente da possibilidade de sua prestação imediata; e um plano objetivo, onde o legislador deve atuar positivamente, criando condições materiais e institucionais para a fruição de tais direitos. Porém, o renomado doutrinador salienta que não é admissível uma redução do conteúdo subjetivo dos direitos sociais pelo fato de não serem criadas condições materiais e institucionais para o seu auferimento, pois direitos como a saúde não perdem seu caráter subjetivo devido a omissão estatal.

[...] a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência social não deixam de ser subjetivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos (CANOTILHO, 2001, p. 368).

Além disso, todas as normas que compõem a Constituição de um Estado são dotadas de suprema imperatividade e, concomitantemente, de força coativa, o que faz com que um dever jurídico constitucionalmente previsto de realizar uma ação ou omissão, possa ser exigido inclusive coativamente (FERRARI, 2001, p. 80). Ademais, Alexandre de Moraes (2004, p. 204) aponta como duas conseqüências imediatas da consagração dos direitos sociais no título destinado as garantias fundamentais como sendo sua auto-aplicabilidade, prevista no § 1º do artigo 5º da Constituição, e a possibilidade de ajuizamento de mandado de injunção no caso de omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que prevê um direito social.

Por sua vez, CANOTILHO (1999, p. 384) classifica os direitos sociais em dois núcleos distintos:

a) Direitos sociais originários: cujas pretensões prestacionais derivam diretamente da norma constitucional;

b) Direitos sociais derivados: dão ao seu titular o direito de exigir uma atuação legislativa positiva, no sentido de concretizar o conteúdo das normas constitucionais sociais, e no direito de usufruir das prestações criadas pelo legislador.

No que diz respeito ao direito à saúde, este pode ser observado tanto na perspectiva de um direito social originário, quanto na de direito social derivado.

Sob a ótica de direito social originário, o direito subjetivo individual a prestações materiais na seara da saúde se constitui uma "exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça" (SARLET, 1998, p. 299), uma vez que se está em jogo a preservação da vida e dignidade humana, pois a manutenção de um alto nível de saúde se trata de uma pré-condição para o desfrute e respeito a tais valores fundamentais, vindo a eficácia plena do direito à saúde a derivar, primordialmente, de sua própria natureza, não obstantemente de ter sido positivado ou não como norma de eficácia limitada, tendo em vista que se "está em jogo a preservação do bem maior da vida humana" (SARLET, 1998, p. 298).

Destarte, a própria eficácia vinculante dos direitos fundamentais, prevista no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, atribui aos direitos sociais o mesmo regime jurídico-constitucional dos demais direitos fundamentais (FIGUEIREDO, 2007, p. 73), sendo que, além disso:

A norma do artigo 196 é perfeita, porque estabelece explicitamente uma relação jurídica constitucional em que, de um lado, se acham o *direito* que ela confere, pela cláusula "a saúde é *direito de todo*s", assim como os sujeitos desse direito, expresso pelo signo "todos", que é signo de universalização, mas com destinação precisa aos brasileiros e estrangeiros residentes - aliás, a norma reforça esse sentido ao prever o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde -, e, de outro lado, a *obrigação* correspondente , na cláusula "a saúde é *dever do Estado*", compreendendo aqui a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que podem cumprir o dever diretamente ou por via da Administração indireta. (SILVA, 2007, p. 768)

De tal forma, os titulares do direito à saúde se acham revestidos pela garantia de um direito social originário, cuja eficácia plena deriva do próprio texto constitucional e da natureza de seu objeto, qual seja, a proteção, recuperação e

promoção do direito basilar à vida, não apenas em seu aspecto de subsistência, mas de qualidade de vida, manifestação direta do respeito à dignidade da pessoa humana. Não obstante, o direito à saúde não deve ser reconhecido como norma de conteúdo programático, sendo que sua denegação em face do não estabelecimento de políticas públicas que venham a garanti-lo configura omissão inconstitucional, considerando-se inclusive que os meios financeiros necessários para que o Estado cumpra seu dever no âmbito da saúde são arrecadados da própria sociedade, conforme discorre o texto do artigo 195 da Lei Suprema (SILVA, 2007, p. 768).

Por outro lado, caso não reconhecido como direito social originário, a eficácia plena do direito à saúde também decorre do fato de este também ser um direito social derivado. Nesse sentido, a Lei Federal 8.080 de 19 de setembro de 1990, regulamenta o SUS em todo o território nacional, dispondo sobre sua organização, direção, princípios e diretrizes, e reafirmando em seu artigo 2º ser a saúde um direito fundamental do ser humano e dever do Estado, estipulando ainda em seu artigo 3º uma série de fatores determinantes e condicionantes para a saúde, entre estes, o acesso aos bens e serviços públicos essenciais, que deve se dar de forma universal e igualitária (BRASIL, 1990).

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Nesse contexto, estamos igualmente diante de um direito social derivado e incondicionado a prestações, aja em conta a existência de criação legislativa, materializada através da Lei 8.080/90, que visa concretizar os desígnios objetivados pela constituinte referentes à saúde contidos nos artigos 196 a 200 da Carta Política de 1988, vindo assim qualquer exclusão ao acesso às prestações de saúde a gerar um direito subjetivo de natureza defensiva, com o fim de impedir um tratamento discriminatório que viole as diretrizes de acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde (SARLET, 1998, p. 274-275).

Assim, o direito à saúde se trata de um preceito operativo, dotado de eficácia imediata (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 28), sendo inaceitável qualquer classificação que o considere como uma norma de conteúdo programático, de eficácia limitada e subordinada ao limite da reserva do possível, pois é um direito que emerge da Constituição e se impõem ao legislador, devendo ser concedido a todos os cidadãos, uma vez que os direitos sociais são fins da ação estatal e não limites para esta (ROSA, 2008, p. 194-204). Ademais, a acepção de normas constitucionais sem vigência imediata, cuja aplicabilidade esteja condicionada a existência de uma norma infraconstitucional, acaba inclusive por ferir a hierarquia das normas constitucionais, concedendo ao Poder Legislativo uma parcela do poder constituinte (TAVARES, 2007, p. 97).

Mesmo que em último caso o direito à saúde venha a ser reconhecido como norma de caráter programático, este não pode tornar-se mera promessa constitucional sem efeito, devendo o Poder Público desde logo dar efetividade a este, sob pena de fraude á Carta Magna. Nesta mesma linha se posiciona o Supremo Tribunal Federal, através do voto do Ministro Celso de Mello durante a apreciação do Recurso Extraordinário nº. 271.286:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196) [...] O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (BRASIL, STF, 2000)

Destarte, com base no princípio da proteção do núcleo essencial, o direito à saúde deve ser protegido e garantido de modo que este não perca sua essência, tornando-se um dispositivo inócuo e vazio (LEAL, 2000, p. 187). Para tanto, o direito à saúde deve ser atribuído do sentido que mais lhe dê eficácia, em face do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, assim devendo ser considerado como norma de eficácia plena e imediata (MORAIS, 2000, p. 19), cuja responsabilidade pelo atendimento às pretensões cabe ao Estado, onde mais do que uma omissão em sentido estrito, a omissão do Poder Público e a denegação do atendimento as pretensões de

saúde configuram uma omissão violadora de direitos fundamentais, quais sejam, a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana (CANOTILHO, 2001, p. 379-380).

Da autonomia das vontades ao dirigismo contratual

A palavra "contrato" deriva de *contractus*, que por sua vez significa unir, contrair, mas que não fora o único termo utilizado pelo Direito Romano para esta acepção, tendo feito uso também dos termos "Convenção" e "Pacto" para finalidades semelhantes (VENOSA, 2004, p. 378). Entretanto, tais termos, em que pese serem sinônimos, possuem diferenças, utilizando-se do termo "Convenção" para toda e qualquer espécie de ato ou negócio bilateral mais genérico, e o termo "Pacto" para acordos de vontades não dotados de força cogente, reservado-se à cláusulas acessórias de convenções e contratos, sendo estes últimos, portanto, documentos dotados de força cogente e rigidez, onde duas pessoas, ou mais, tratam de um objeto a ser contratado, discutem todas as suas cláusulas, incluindo o preço, prazo, condições e formas de pagamento (VENOSA, 2004, p. 378-380).

Nesse diapasão, GREGORI (2007, p. 121) disserta sobre a origem e definição dos contratos:

Oriundos da natural necessidade de regular as relações entre indivíduos, no intuito de se conferir confiabilidade e certeza nos atos negociais, contrato representa o instrumento pelo qual se constituem, resguardam, modificam ou extinguem direitos e obrigações reciprocamente pactuadas, cuja função é conciliar interesses antagônicos, possibilitando sua coexistência equilibrada e permitindo aos contratantes a convivência pacifica de suas vontades.

É no ápice do individualismo, durante o liberalismo do século XIX, que a concepção clássica de contrato cria seus primeiros contornos, observando a vontade das partes como única fonte criadora de direitos e obrigações, e resguardando a proteção da propriedade, a autonomia da vontade e a imutabilidade dos contratos como valores quase que absolutos, impedindo o Estado de interferir nos negócios firmados, cabendo a este apenas lhe dar estabilidade e segurança, uma vez que o contrato fazia lei entre as partes, partindo-se da premissa de que estas se encontravam em pé de igualdade, mesmo que apenas jurídica, abstrata e formal (GREGORI, 2007, p. 122-123).

Dessa forma, a liberdade contratual fundou-se, num primeiro momento, na concepção liberal do princípio da autonomia da vontade, consubstanciado no poder e possibilidade que os particulares possuem de celebrar contratos para resolver seus conflitos e interesses, obrigando-se conforme suas vontades, na forma e nos termos que lhes convierem, uma vez que tal princípio pressupõe que ambas as partes contratantes estejam no mesmo plano de igualdade (ELESBÃO, 2000, p. 94-102).

Porém, ao assegurar uma ampla liberdade contratual, o Estado Liberal acabou por permitir grandes injustiças, tendo em vista que o ideal de um contrato absolutamente paritário mostrou-se notoriamente falso ante a grande desigualdade econômica existente, limitando assim a liberdade contratual daqueles que não possuíam condições suficientes para discutir os termos contratuais frente às determinações impostas pelos detentores do poder econômico (GREGORI, 2007, p. 124).

Entretanto, ao decorrer do século XX, a concepção liberal das relações contratuais, pautada numa visão individualista cujo pressuposto fundamental era a autonomia da vontade, passou a ser superada por um novo paradigma contratual, influenciado pelo Estado Democrático e Social de Direito, objetivando assim, a redução das desigualdades, a proteção do hipossuficiente e a harmonização dos interesses privados com o da coletividade, deixando o contrato de ser considerado um mero instrumento jurídico com fins econômicos, para então se reconhecer sua finalidade social (GREGORI, 2007, p. 125-126). Assim, de acordo PETTER (2008, p. 244), "a liberdade de contratar se insere na autonomia da vontade, mas a função instrumentalizadora derivada da função social do contrato matiza o negócio jurídico", portanto, são os fins econômicos e sociais do contrato que lhe conferem validade e eficácia, pressupostos de sua existência.

A função social do contrato não se restringe apenas aos efeitos que este pode causar na relação *inter partes*, mas consiste numa abordagem dos reflexos da liberdade contratual sobre a sociedade, de modo a não permitir que, em nome da liberdade contratual, sejam cometidos abusos incompatíveis com o bem estar social e a própria dignidade da pessoa humana, impedindo com que o ser humano seja tratado como "coisa" diante da relação contratual (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 31-35).

THEODORO JÚNIOR (2004, p. 53-54) discorre acerca da função social do contrato:

A função social do contrato corresponde à necessidade sentida pelo Estado moderno de limitar a *autonomia contratual*, em face da exigência social de *"garantirre interessi generali o colettivi"* que não se satisfaziam dentro da sistemática do Estado Liberal. A liberdade de contratar, nessa ordem de idéias, não pode contrastar com a utilidade social em temas como segurança, liberdade, dignidade humana, devendo se sobrepor à autonomia contratual interesses coletivos como os ligados à educação, à saúde, os transportes, a utilização adequada das fontes de energia, à tutela do meio ambiente, à proteção de certos setores produtivos, etc. [...] Incluem-se, ainda, no âmbito das limitações da liberdade de contratar (função social) a *tutela da livre concorrência* no mercado (combate aos *trusts* e às praxes de dominação do mercado) e à *tutela das partes débeis* (os *consumidores*, no que diz respeito à propaganda enganosa, aos contratos *standard*, à contratação à distância, etc.).

Destarte, diante do reconhecimento do valor social do contrato, durante a transição do Estado Liberal para o Estado Social, houve uma mudança na postura estatal para com as relações entre particulares, deixando o Estado de atuar como entidade

garantidora de uma total e absoluta liberdade contratual, para então adotar uma postura intervencionista, em favor do sujeito economicamente mais fraco na relação contratual, como os trabalhadores e consumidores (MARANHÃO, 2003, p. 205). Ressalta-se que tal postura intervencionista do Estado não acabou por suprimir a autonomia da vontade, mas resultou numa migração desta para o que se entende por autonomia privada, ou seja, a liberdade de contratar nos limites da lei (MARANHÃO, 2003, p. 204).

Dentre os limites da autonomia privada citados por ELESBÃO (2000, p. 113-129), convém para o presente estudo ressaltar a menção às normas de ordem pública, que são aquelas relacionadas aos interesses essenciais do Estado e da coletividade, sendo consideradas cogentes, não podendo a autonomia da vontade agir de forma contrária ao que a legislação tratar como matéria de ordem pública, pois nestes casos há o reconhecimento de um interesse público superior ao do privado.

Nesse sentido, o intervencionismo estatal nas relações contratuais conduziu ao chamado "dirigismo contratual", justificando-se pela necessidade de priorizar o interesse geral frente ao dos particulares, para que assim se efetue a função social dos contratos, uma vez que aquilo que é pactuado pelos indivíduos pode refletir em toda a sociedade e em seus valores fundamentais preconizados pelo ordenamento jurídico (GREGORI, 2007, p. 126). Assim, a regulação estatal se faz necessária devendo o Estado restringir a capacidade autônoma dos particulares, estabelecendo cláusulas obrigatórias em determinados contratos e proibindo outras, além de que, a limitação da autonomia da vontade pode ocorrer inclusive com o fim de garantir a prestação dos serviços públicos constitucionalmente reconhecidos (CRUZ, 2003, p. 199-203).

A regulamentação das operadoras e contratos de saúde suplementar

No que diz respeito ao mercado de saúde suplementar, com o fim da Segunda Guerra Mundial e avanço do processo de industrialização das nações, o Estado deixou de ser o único provedor dos serviços de saúde, abrindo margem para que a iniciativa privada se instalasse no setor, o que levou à necessária regulação das empresas e contratos de suplementação dos serviços de saúde pelo Poder Público (FIGUEIREDO, 2006, p. 122-123). Dessa forma, surgiram modelos de heteroregulação e de auto-regulação dos serviços de saúde suplementar, ambos baseados na teoria da competição administrada, que prega que a competição de mercado entre os agentes econômicos viabilizaria a produção de resultados e a eficiência na prestação de serviços (FIGUEIREDO, 2006, p. 124).

Enquanto o modelo de heteroregulação (típico de alguns países europeus como a Alemanha e Inglaterra) é caracterizado pela administração estatal das formas de competição de mercado, através de um conjunto de políticas públicas de direção e indução que limitam a margem de atuação da iniciativa privada, o modelo de auto-regulação (adotado pelos EUA) confere aos agentes econômicos total liberdade de atuação, utilizando-se de mecanismos de mercado, em detrimento da regulação estatal, para alcançar uma concorrência perfeita ao ponto de garantir um equilíbrio entre oferta

e procura, bem como a qualidade dos serviços prestados (FIGUEIREDO, 2006, p. 123-127).

É plausível, portanto, se atribuir o sistema de heteroregulação aos Estados sociais e intervencionistas, onde o ente estatal busca através do estabelecimento de parâmetros legais, impedir abusos por parte da iniciativa privada, de modo a coibir políticas de exclusão de beneficiários considerados de alto custo (seleção adversa), não permitindo com que os agentes econômicos sacrifiquem a equidade em nome da maximização de resultados financeiros (FIGUEIREDO, 2006, p. 125-127). Por outro viés, o sistema de auto-regulação, típico de Estados liberais, demonstra ser insatisfatório, uma vez que, ao afastar o Poder Público da regulamentação das atividades do setor privado, acaba rendendo-se aos interesses dos agentes econômicos, criando uma grande iniqüidade no acesso e prestação dos serviços de saúde em face de fatores relacionados à renda e poder aquisitivo (FIGUEIREDO, 2006, p. 127-128).

Diante disso, observa-se que a atuação reguladora do Estado se faz necessária no âmbito dos serviços de suplementação de saúde a fim de coibir políticas de exclusão de beneficiários, bem como evitar a formação de monopólios e o desequilíbrio entre os agentes econômicos e os consumidores, assim, o Estado deve estabelecer parâmetros legais que disciplinem e normatizem a prestação dos serviços de saúde pela iniciativa privada (FIGUEIREDO, 2006, p. 124-125). Ressalta-se que antes da criação da Lei 9.656/98 e da ANS, cresciam cada vez mais o número de denúncias de consumidores e entidades representantes destes, ante a negativa das operadoras de saúde suplementar na prestação dos serviços contratados por seus beneficiários, bem como devido à elevação exorbitante dos preços dos prêmios pagos às operadoras de planos e seguros de saúde (NITÃO, 2004, p. 49).

Além disso, o pressuposto da "concorrência perfeita" mostrou-se falho, tendo em vista que todos os agentes do setor necessitariam estar perfeitamente informados sobre tudo o que se passa neste, o que não ocorre, uma vez que o consumidor carece de certas informações fundamentais para seu discernimento quanto à sistemática dos contratos e "produtos" do mercado de saúde suplementar, sendo que, dessa forma, ante a ausência de mecanismos de mercado que possibilitem o equilíbrio entre seus agentes, incluindo-se nestes os consumidores, o Estado deve intervir como entidade mediadora de interesses e propiciadora do equilíbrio do mercado (ARAÚJO, 2004, p. 45-46).

Assim, para evitar tais abusos e iniqüidades no âmbito da saúde suplementar, o Estado brasileiro adota o modelo de heteroregulação, sendo as operadoras e contratos de planos e seguros de saúde suplementar regulados pela Lei nº. 9.656/98 e pelo Código de Defesa do Consumidor, criado pela Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que também disciplina, subsidiariamente, os contratos entre usuários e operadoras de planos e seguros de assistência médica suplementar à saúde, conforme disposição presente no art. 35-G da Lei nº. 9.656/98 (BOTTESINI, MACHADO, 2005, p. 56-57).

Por outro lado, "a adoção de um modelo regulatório de Estado conduz à fragmentação das competências normativas e decisórias estatais" (JUSTEN FILHO, 2005, p. 464), tornando necessária a criação de entidades administrativas encarregadas da gestão setorial, sendo estas denominadas como agências reguladoras, autarquias

especiais integrantes da Administração indireta, dotadas de personalidade jurídica de direito público e sujeitas ao regime jurídico de sua categoria, possuindo independência quanto à regulação setorial de sua competência, não se sujeitando à revisão de seus atos pela Administração direta, apenas pelo Poder Judiciário (JUSTEN FILHO, 2005, p. 466-467). Nesse sentido, a Medida Provisória nº. 1.928, reeditada pelas Medidas Provisórias nº. 2.003-1 e 2.012, posteriormente convertida na Lei nº. 9.961/00, criou a ANS, agência reguladora, cujo objetivo se consubstancia na promoção da "defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País" (BRASIL, 2008).

A ANS é uma autarquia constituída sob um regime de natureza especial, estando vinculada ao Ministério da Saúde e subordinada às diretrizes estabelecidas pelo CONSU, órgão governamental cuja atribuição é fixar as políticas públicas a serem executadas pela ANS, sendo formado pelo Ministro da Fazenda, do Planejamento, do Orçamento e Gestão, presidida pelo Ministro da Justiça e secretariada pelo Diretor-Presidente da ANS (GREGORI, 2007, p. 66-67). Os parâmetros para a administração interna da ANS e os indicadores de avaliação de seu desempenho são estabelecidos por um Contrato de Gestão realizado entre o Diretor-Presidente da ANS e o Ministro da Saúde, devendo ser aprovado pelo CONSU, sendo que seu descumprimento injustificado resulta na dispensa do Diretor-Presidente pelo Presidente da República, mediante solicitação do Ministro da Saúde (NITÃO, 2004, p. 51).

Ademais, salienta-se que a ANS se difere das demais agências reguladoras, no sentido de que não fora criada para romper o monopólio estatal da atividade econômica, tendo surgido para regular um segmento econômico já explorado pela iniciativa privada, buscando equilibrar as relações estabelecidas entre as operadoras e os consumidores de seus serviços de suplementação da saúde, que careceu de uma intervenção estatal específica até o ano de 1998, com a promulgação da Lei nº. 9.656/98 (NITÃO, 2004, p. 52). GREGORI (2007, p. 68) discorre sobre tal contexto:

É importante salientar que quando a ANS foi criada o setor a ser regulado não era um mercado a ser aberto à iniciativa privada. Tratava-se de um mercado já instalado, em plena atividade, extremamente complexo, em um setor essencial, que é a saúde e que nunca havia sido objeto de regulação por parte do Estado, exceto em relação às seguradoras que tinham seu aspecto econômico-financeiro regulado pela SUSEP.

Para alcançar seus objetivos institucionais, o Regimento Interno estabelecido pela Resolução Normativa nº. 81/04, alterada pela Resolução Normativa nº. 166/07, divide as competências da ANS entre os seguintes órgãos especializados (GREGORI, 2007, p. 67-68):

-
  -
    -

- Diretoria Colegiada: órgão superior, deliberativo e decisório da ANS, composta por cinco diretores, atuando como última instância recursal administrativa, bem como desenvolvendo o planejamento estratégico do mercado de saúde suplementar, podendo inclusive editar normas para tal;
- Diretoria de Desenvolvimento Social (DIDES): representa os interesses do Estado na regulação do setor, com o fim de modernizar e melhorar o desempenho e qualidade das operadoras, bem como estimular e viabilizar a competição no mercado de saúde suplementar;
- Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras: responsável pela regulamentação, registro e acompanhamento do funcionamento das operadoras de saúde suplementar;
- Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos: órgão responsável pela regulamentação, registro e monitoramento dos planos e seguros de saúde, incluindo as autorizações e reajustes de contratos;
- Diretoria de Fiscalização: representa os interesses dos beneficiários das operadoras de saúde suplementar enquanto consumidores finais dos "produtos" contratados, cuidando tanto de aspectos econômico-financeiros como médico-assistenciais, articulando-se conjuntamente com órgãos de defesa do consumidor;
- Diretoria de Gestão: cuida da logística e infra-estrutura da ANS, garantindo sua autonomia através do gerenciamento de recursos financeiros, recursos humanos, rede de informação e demais aspectos gerenciais da entidade.

Por sua vez, o artigo 4º da Lei nº. 9.961/00 fixa as competências da ANS que visam equilibrar as relações entre operadoras e beneficiários, instituindo dispositivos contratuais peculiares a este mercado que trata de um setor de relevante interesse social, qual seja, a saúde (BRASIL, 2008).

Dessa forma, os contratos de prestação de serviços de saúde suplementar estão submetidos a uma série de obrigações, proibições e limitações determinadas pela lei 9.656/98 e pela ANS, sendo que, com o intuito de velar pela observância de tais disposições, a ANS utiliza de instrumentos de fiscalização direta e indireta (GREGORI, 2007, p. 70). A fiscalização direta está materializada através de programas que visão inserir o cidadão na defesa de seus direitos (Programa Cidadania Ativa) e alterar a conduta das operadoras ante uma maior amplitude e clareza de suas responsabilidades (Programa Olho Vivo), enquanto que a fiscalização indireta se da através do acompanhamento e monitoramento das operadoras, mediante planos de recuperação, regimes especiais de direção fiscal, técnica e liquidação extrajudicial, bem como por meio da alienação compulsória de carteira e leilão (GREGORI, 2007, p. 71-72).

Para a garantia do cumprimento da legislação, a ANS faz uso de importantes instrumentos, como o Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta, pelo qual as operadoras se incumbem a cessar as irregularidades que forem constatadas, e o Termo de Compromisso, que tem como objetivo implementar práticas vantajosas para os consumidores enquanto parte mais fraca da relação contratual, podendo a autarquia também aplicar multas para inibir a repetição de infrações, no entanto, a ANS não possuí competência para garantir a conciliação ou reparação de dano individual causado à um consumidor em específico, devendo este buscar os Procons ou o Poder Judiciário para salvaguardar seu direito fundamental à saúde frente às violações e abusos cometidos pelas operadoras de saúde (GREGORI, 2007, p. 70-71).

Ante o exposto, observa-se que a relação contratual existente entre as operadoras e beneficiários de planos e seguros de saúde suplementar não ocorre sob a égide de uma total liberdade contratual, tendo o mercado de saúde suplementar migrado da autonomia da vontade para a autonomia privada, devendo os contratos de suplementação dos serviços de saúde se submeterem às disposições fixadas pela Lei 9.656/98 e pela ANS enquanto agência reguladora do setor, bem como devem observância à Constituição Federal e a Lei 8.080/90 e seus princípios, uma vez que seu "produto" está vinculado a um setor de relevante interesse social, a saúde, estando concomitantemente atrelado diretamente aos princípios fundamentais e estruturantes do Estado brasileiro, quais sejam, a vida e a dignidade da pessoa humana.

A eficácia e vinculação do direito à saúde e de seus princípios basilares no setor privado de assistência à saúde brasileira

O Estado Social de Direito, contrariando a lógica do Estado Liberal, onde as garantias fundamentais, contempladas apenas em sua dimensão defensiva, somente possuíam relevância nas relações entre os particulares e o Poder Público; verificou que os particulares não careciam apenas de proteção contra ameaças originárias dos poderes públicos, mas também contra abusos cometidos na esfera privada (SARLET, 2000, p. 117-118). Assim, com o advento do Estado Social de Direito, há uma superação da concepção liberal-burguesa de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas contra o Estado (KRETZ, 2005, p. 107), não bastando limitar apenas o poder político, mostrando-se necessário também assegurar o respeito aos direitos de cada pessoa pelas demais pessoas (MIRANDA, 2000, p. 325). Nas palavras de CANOTILHO e MOREIRA (2007, p. 384):

A eficácia dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares pressupõe uma concepção dos direitos fundamentais incompatível com a tese liberal, que via nestes direitos, exclusivamente, direitos subjetivos de *defesa perante o Estado* e, consequentemente, os considerava relevantes apenas nas relações entre os particulares e o Estado.

Entretanto, a problemática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais fora pouco debatida pelos teóricos do direito, tendo seu maior desenvolvimento na Alemanha, especialmente a partir da Constituição de 1949, gerando grandes controvérsias na doutrina e jurisprudência, sendo atribuída de diversos títulos, em especial, o de "eficácia horizontal" (SARLET, 2000, p. 113).

Dessa forma, convém distinguir a eficácia horizontal da denominada eficácia vertical dos direitos fundamentais. Por eficácia vertical entende-se a vinculação dos órgãos públicos ou entidades estatais aos direitos fundamentais na esfera privada, enquanto que a eficácia horizontal tratar-se-ia da "problemática dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, bem como a vinculatividade do sujeito privado, seja ele pessoa física ou jurídica, aos direitos fundamentais" (KRETZ, 2005, p. 84).

Todavia, a expressão, "eficácia horizontal", acabou sendo rejeitada por parte da doutrina, que considerou que em se tratando de uma relação entre um particular e um detentor de poder social, ou seja, de uma relação marcada pela desigualdade entre as partes, estar-se-ia diante de uma situação semelhante a que existe entre os particulares e o Estado, ou seja, de natureza vertical, pois uma relação horizontal deveria pressupor a igualdade entre as partes (SARLET, 2000, p. 114). Nessa esteira, para uma melhor compreensão da temática abordada deve se empregar à eficácia horizontal um sentido sinônimo ao de eficácia ou vinculação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (KRETZ, 2000, p. 85).

ALEXY (2007, p. 465) deixa claro sua opção pela eficácia horizontal, ao mencionar que "o efeito horizontal é particularmente adequado para esclarecer o efeito dos direitos fundamentais e as normas jusfundamentais no sistema jurídico" [1]. No que tange ao presente estudo, trata-se da análise da eficácia e vinculação do direito à saúde, em sua perspectiva universal, integral e igualitária, nas relações jurídicas entre as operadoras e consumidores de planos e seguros de saúde suplementar.

Ressalta-se que, ao se versar sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, se está tratando da problemática da eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais no âmbito das relações entre particulares, sendo que, "qualquer aspecto que diga com os direitos fundamentais e o Direito Privado, em última análise, envolve o problema da Constituição na qual aqueles são assegurados e as suas relações com a ordem jurídica privada" (SARLET, 2000, p. 108-115).

Dentre os poucos ordenamentos jurídicos que possuem previsão constitucional expressa destinada à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, destaca-se o português, que em seu art. 18/1, ao tratar da força jurídica, dispõe que "os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis às entidades públicas e privadas" (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 379).

Nesse sentido, o ordenamento jurídico português faz aplicar expressamente os direitos fundamentais às relações entre entidades privadas e demais particulares, sem qualquer restrição ou limitação, sendo que tal vinculação possui eficácia imediata, o que implica numa eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de modo que "todas as

entidades privadas estão sujeitas a um dever de não perturbar ou impedir o exercício dos direitos fundamentais" (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 385-386).

Destaca-se que em ordenamentos jurídicos onde a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não está expressa no texto constitucional (quando decorrente apenas da construção doutrinal e jurisprudencial), há uma tendência na elaboração de concepções restritivas fundadas no argumento de que uma eficácia geral limitaria a autonomia privada e o próprio direito privado em si (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 386). Todavia, mesmo a Constituição portuguesa não resolve de forma definitiva a problemática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, deixando de tratar da amplitude, forma e intensidade de tal vinculação (SARLET, 2000, p. 120).

São duas as teses acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: a da eficácia mediata e a da eficácia imediata (MIRANDA, 2000, p. 324). Para a corrente da eficácia mediata:

[...] somente através de sua modelação ou transformação em normas de Direito civil podem os preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias obrigar as pessoas nas suas vidas jurídico privadas e só através da sua irradiação sobre os conceitos indeterminados ou sobre as cláusulas gerais privatísticas podem os correspondentes conceitos tornar-se operativos (MIRANDA, 2000, p. 324).

De acordo com tal corrente, seria tarefa do legislador, enquanto destinatário das normas de direitos fundamentais, a sua aplicação às relações privadas, o que significaria que os direitos fundamentais não seriam diretamente oponíveis, enquanto direitos subjetivos, dependendo de uma intermediação legislativa, ou judicial, por meio de uma interpretação pautada pelos direitos fundamentais, e, no caso de lacunas, através de uma integração jurisprudencial que recepcione estes no âmbito privado (SARLET, 2000, p. 123-124).

CANARIS (2006, p. 30-32) rejeita a tese da eficácia mediata, alegando que esta atentaria contra a lógica normativa e conduziria a uma liberdade do direito privado em face dos direitos fundamentais:

Nomeadamente, parece-me até uma impossibilidade intelectual querer controlar a conformidade de uma norma de direito privado com os direitos fundamentais aferindo-a segundo uma outra norma de direito privado. Pois necessariamente estas duas normas estarão, em termos de lógica normativa, situadas no mesmo nível, pelo que uma não pode constituir a *bitola* da conformidade constitucional da outra, a qual haverá, também necessariamente, de ter o estatuto de uma *lex superior*, e haverá, portanto, de estar situada, na hierarquia das normas, num nível *superior* [...] Na verdade, neste processo, ou ela permanece uma norma do direito ordinário - e então falta-lhe, ainda e sempre, a superioridade de nível de que necessita como padrão de controlo; ou ela é elevada ao

nível do direito constitucional - e então chegasse à conseqüência, contraditória, de o seu conteúdo, justamente na medida em que pertence realmente ao direito ordinário, adquirir agora, de repente, nível constitucional.

Por outro lado, a corrente que defende a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, fundamenta-se no princípio da unidade da ordem jurídica e da força normativa da Constituição, de modo que, em decorrência de tais pressupostos, os direitos fundamentais são aplicáveis em todo o ordenamento jurídico, não podendo se admitir que o direito privado opere à margem da Constituição, nem devendo se admitir uma vinculação exclusiva do Poder Público aos direitos fundamentais, devendo esta se estender a todos os particulares (SARLET, 2000, p. 121-122). Assim, de acordo com esta corrente, os direitos fundamentais não necessitam de uma intermediação legislativa, consubstanciando-se em direitos oponíveis contra quaisquer particulares que imporem limitações a estes (SARLET, 2000, p. 122-123).

CANARIS (2006, p. 27-36) compartilha da corrente imediatista, uma vez que o direito privado, por se tratar apenas de direito ordinário, estaria dentro da estrutura hierárquica da ordem jurídica num plano inferior à Constituição, tratando-se de um imperativo constitucional da lógica normativa a vinculação imediata da legislação privada aos direitos fundamentais, em respeito ao princípio da primazia da *lex superior*.

Contudo, tanto os adeptos da teoria da eficácia mediata, quanto os defensores de uma eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares, reconhecem uma vinculação direta (imediata) aos direitos fundamentais no caso de entidades privadas dotadas de "poder social", ou seja, quando um dos pólos da relação jurídico-privada é dotado de um poder significativo capaz de afetar a paridade entre as partes, resultando numa posição semelhante à existente entre os particulares e o Estado, importando assim na vinculação imediata dos sujeitos privados detentores do poder social (SARLET, 2000, p. 140-141).

Salienta-se que a acepção de uma eficácia imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas reflete uma "decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito" (SARLET, 2000, p. 147), enquanto que a corrente que defende uma eficácia mediata representa uma matiz do constitucionalismo liberal-burguês (SARLET, 2000, p. 147).

No caso do Brasil, apesar de a CRFB/88 não fazer menção expressa sobre uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ainda assim há que se observar a vinculação e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais no âmbito privado (KRETZ, 2005, p. 107). Conforme já fora exposto, a dignidade da pessoa humana, preconizada pelo art. 1º, inciso III, da CRFB/88, trata-se de um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, assim vinculando diretamente o Estado e os particulares aos direitos fundamentais, sendo que, mesmo que a livre iniciativa também constitua um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, e, apesar de não existir uma hierarquia fixa entre estes, ainda assim a livre iniciativa deve encontrar na dignidade da pessoa humana o seu valor fundamental (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 36).

Ademais, o art. 3º, inciso I, da CRFB/88, prevê como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, vindo a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais a ser um pressuposto imprescindível para a pratica da solidariedade (KRETZ, 2005, p. 108). KRETZ (2005, p. 108-109) elucida a questão:

[...] para um Estado Democrático de Direito que reconhece como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e que possui como um de seus objetivos fundamentais a constituição de sociedade livre, justa e solidária, resta claro que, além do dever de respeito e proteção do Estado na promoção de condições de uma vivência com dignidade, existe um compromisso da sociedade, ou seja, dos particulares em relação à dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se ainda que, de acordo com o art. 5º, § 1º, da CRFB/88, os direitos e garantias fundamentais, dentre eles a saúde, possuem eficácia imediata, o que, nos dizeres de SARLET (2000, p. 108), "já bastaria para demonstrar o tratamento diferenciado (e privilegiado) que os direitos fundamentais reclamam no âmbito das relações entre Constituição e Direito Privado". Contudo, SARLET (SARLET, 2000, p. 156) também explana que as normas fundamentais que se destinam apenas aos órgãos estatais não vinculariam os particulares em suas relações jurídico-privadas.

No que tange a saúde, trata-se de um direito fundamental destinado primordialmente ao Estado (art. 196, CRFB/88). Contudo, a CRFB/88, em seu 199, "caput", tornou a assistência à saúde livre à iniciativa privada, o que faz desta um direito fundamental cuja destinação não se restringe ao Estado, mas se estende às entidades particulares que atuam de forma complementar ou suplementar na prestação dos serviços de saúde, estando as operadoras de suplementação dos serviços de saúde vinculadas à efetivação do direito fundamental à saúde de seus consumidores.

Dessa forma, há de se admitir uma vinculação imediata do direito à saúde nas relações jurídico-privadas entre as operadoras de planos e seguros de saúde suplementar e seus consumidores, sendo que, por ser um direito social previsto no título constitucional reservado às garantias fundamentais, sua eficácia deverá ser da mesma forma que para com os Poderes Públicos, imediata no âmbito das relações privadas, nos termos do art. 5º, § 1º, da CRFB/88.

Ressalta-se que, tendo em vista que se trata de uma relação privada manifestamente marcada por uma grande desigualdade entre as partes, que em muito se assemelha a existente entre o Estado e particulares (vertical), deve-se reforçar a disposição do art. 5º, § 1º, da CRFB/88, no sentido de atribuir às operadoras de saúde suplementar uma vinculação imediata ao direito à saúde de seus consumidores, uma vez que, de um lado encontra-se o consumidor, dotado de vulnerabilidade técnica, jurídica e sócio-econômica, conforme preconiza o art. 4º, inciso I, do CDC, sujeito à cláusulas predeterminadas em um típico contrato de adesão; enquanto que do outro encontra-se a operadora de saúde suplementar, dotada de significante poder social. Nos dizeres de SARLET (2000, p. 128-129):

[...] em se tratando de uma relação jurídico-privada entre um particular e outro particular caracterizada por um inequívoco e relevante grau de desigualdade onde num dos extremos encontra-se atuando uma entidade privada ou mesmo uma pessoa física dotada de expressivo poder social, estaríamos, em verdade, diante de uma relação similar (ou pelo menos muito próxima) a que se estabelece entre indivíduo e Estado, razão pela qual - em se tratando de um particular "poderoso" e configurando o desequilíbrio de poder social na relação jurídico-privada em causa, ter-se-á sempre - ao menos de acordo com expressiva parte da doutrina - uma vinculação direta, aqui também presente uma eficácia do tipo vertical e não propriamente "horizontal", como já foi ressaltado [...] os direitos fundamentais dos indivíduos carecem de proteção também em relação aos agentes privados (especialmente grupos empresariais, corporações, etc.) dotados de significativo poder social e/ ou econômico.

Dessa feita, a existência de um detentor de um significante poder social entre os pólos da relação jurídico-privada a ser tutelada, além de justificar o dever de proteção do Estado, através de sua intervenção e controle sobre a atividade, reforça e amplia a vinculação das operadoras de saúde suplementar para com o direito à saúde de seus consumidores, assim como representa uma maior necessidade de proteção destes últimos em face de sua vulnerabilidade (SARLET, 2000, p. 155).

Deve se atentar ainda que durante a 8ª CNS, cujo relatório final norteou os princípios e diretrizes das disposições constitucionais referentes à saúde, fora atribuído à saúde suplementar o caráter de serviço público, cujo contrato deveria ser regido por normas de direito público, o que reforçaria ainda mais a vinculação das operadoras de saúde suplementar para com o direito fundamental à saúde sob uma perspectiva universal, integral e igualitária, conforme indica o item 2 do relatório final da 8ª CNS:

A questão que talvez mais tenha mobilizado os participantes e delegados foi a natureza do novo Sistema Nacional de Saúde: se estatizado ou não, de forma imediata ou progressiva. A proposta de estatização imediata foi recusada, havendo consenso sobre a necessidade de fortalecimento e expansão do setor público. Em qualquer situação, porém, ficou claro que a participação do setor privado deve-se dar sob o caráter de serviço público "concedido" e o contrato regido por normas de Direito Público (BRASIL, 2008).

Todavia, a Constituinte de 1987, ao elaborar o texto da CRFB/88, não recepcionou expressamente o teor do relatório da 8ª CNS no que diz respeito aos serviços privados de assistência à saúde, vindo o art. 197 da CRFB/88 a configurá-los apenas como de Relevância Pública:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 2008).

Embora a CRFB/88, contrariando as disposições da 8ª CNS, não tenha atribuído de natureza pública o setor privado de assistência à saúde, o fato de os serviços de saúde prestados pela iniciativa privada também estarem imbuídos de relevância pública, reforça ainda mais a vinculação do setor de saúde suplementar à efetivação de um direito fundamental à saúde que observe os mais altos padrões de dignidade sob uma perspectiva de atendimento universal, integral e igualitário, pois, tendo em vista que se está diante de um serviço de relevância pública, o interesse social deve prevalecer sobre o privado.

COMPARATO (1999, p. 323) chega ao ponto de vincular as empresas privadas de assistência à saúde à efetivação da saúde dos pacientes da rede pública, discorrendo que o Estado deve se valer do aparato particular para satisfazer as necessidades sanitárias de seus usuários quando não tiver condições adequadas para atender a população carente, se tratando de uma imposição implícita no princípio da solidariedade que permeia na seara dos direitos sociais:

Não tendo o sistema público de saúde condições de atender adequadamente o conjunto da população carente, ele deveria poder requisitar os serviços das organizações privadas de saúde. É esta uma imposição irrecusável do princípio da solidariedade, que domina todo o campo dos direitos sociais.

Além disso, a Lei nº. 8.080/90, ao dispor sobre o SUS, enquanto política nacional para as ações e serviços de saúde, abrangeu em sua égide àqueles prestados por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, tendo reforçado ainda mais a vinculação das operadoras de saúde suplementar a efetivação do direito fundamental à saúde de seus consumidores ao explicitar que a prestação de serviços privados de assistência à saúde deverá observar os princípios e diretrizes do SUS, assim devendo o direito à saúde ser observado sob uma perspectiva universal, integral e igualitária no âmbito das relações privadas decorrentes de contratos de saúde suplementar.

Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

Art. 20. Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde

Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 22. Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento (BRASIL, 2008).

Porém, deve se atentar na relação jurídico-privada existente entre as operadoras de saúde suplementar e os consumidores de seus planos e seguros se opõem titulares de direitos fundamentais em ambos os pólos (CANARIS, 2006, p. 33).

Dessa forma, diante da impossibilidade de uma eficácia imediata "absoluta" (SARLET, 2000, p. 157) do direito à saúde nas relações entre operadoras e consumidores do setor suplementar, ALEXY (2007, p. 468-472), ao discutir sobre em que medida os direitos fundamentais influem nas relações entre particulares titulares de direitos fundamentais, contempla tal dinâmica como um problema de colisão que demanda uma necessária ponderação entre os interesses em questão, de modo que alguns deles devem ser colocados, total ou parcialmente, em segundo plano[2].

Segundo KRETZ, (2005, p. 110-112), a autonomia da vontade é um princípio constitucional que deriva da própria dignidade da pessoa humana, assim como do princípio fundamental da livre iniciativa e do direito fundamental de liberdade, de modo que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas deve se dar sem suprimir ou eliminar a autonomia da vontade, devendo se analisar o caso em concreto através da ponderação dos bens e direitos em questão. Assim, de acordo com a autora supracitada:

[...] se numa relação contratual, a vontade das partes operacionalizada através do princípio da autonomia da vontade, vier a lesar um direito fundamental de uma das partes contratantes, não se estará simplesmente perante uma colisão entre um princípio do Direito Privado e um Direito Fundamental, mas sim, diante de uma colisão de direitos fundamentais ou de um conflito de direitos fundamentais [...] somente com a análise do caso concreto e mediante a ponderação dos bens e direitos em causa, poder-se-á efetivamente proteger a dignidade da pessoa humana e, dessa forma, tornar a expressão da vontade individual em uma prática da cidadania, e não mera forma egoística de manifestação do interesse isolado, com o intuito de se alcançar uma sociedade mais juspolítica, a qual tenha um mínimo de padrão objetivo do justo, e assim, livre, justa e solidária. (KRETZ, 2005, p. 112-114)

Com o reconhecimento do valor social do contrato e o advento do intervencionismo estatal, a autonomia da vontade migrou para a autonomia privada, vindo as normas de interesse público, dotadas de força cogente, a limitarem a liberdade contratual das partes contratantes, uma vez que se esta diante da supremacia do interesse público sobre o privado (MARANHÃO, 2003, p. 204-205). As relações jurídico-privadas na seara da saúde suplementar, portanto, devem respeitar a proteção imposta

pela Constituição e pela Lei nº. 8.080/90 ao direito à saúde, sendo que, à medida que uma operadora de saúde suplementar recusa a efetivação do direito à saúde de seu consumidor, ou lhe possibilidade de forma aquém daquela prevista pela Lei Fundamental, se verifica a violação de um direito fundamental que, segundo CANARIS (2006, p. 74), violaria a proibição de insuficiência.

Nesse sentido, os princípios basilares do SUS, preconizados pela Constituição Federal e pela Lei nº. 8.080/90, consubstanciados na universalidade, igualdade e integralidade de atendimento em saúde, devem servir como parâmetros de ponderação e razoabilidade no âmbito da atividade de suplementação dos serviços de saúde, para que assim, com base no princípio da proteção do núcleo essencial (LEAL, 2000, p. 187), seja resguardada a essência do direito à saúde e sua eficácia, a fim de que este não se torne mera mercadoria a ser negociada de acordo com a vontade das partes.

Por sua vez, não se trata de uma medida que nega a vigência da autonomia das vontades nas relações jurídico-privadas em matéria de saúde, mas que, em face das circunstâncias do caso concreto, da essencialidade da garantia em questão e de sua relevância social, demanda o afastamento de um princípio em favor da aplicação de outros que possuem maior peso devido ao seu caráter *prima facie* e valoração pelo ordenamento jurídico (ALEXY, 2002, p. 99-101).

Além disso, a própria Lei nº. 9.656/98 e a RN 167/07 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) recepcionam em seu conteúdo os princípios da universalidade, igualdade e integralidade no atendimento.

Com relação à universalidade e igualdade, a Lei nº. 9.656/98 recepciona tais princípios basilares na medida em que seu artigo 11 veda a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação do plano privado de assistência à saúde e que seu artigo 14 proíbe que as operadoras de saúde suplementar impeçam a participação de pessoas em seus planos assistenciais em função de sua idade ou deficiência (BRASIL, 2008).

Quanto à integralidade no atendimento em saúde, o artigo 10 da Lei nº. 9.656/98, ao instituir o plano-referência de assistência à saúde, prevê que este deverá oferecer a cobertura médico-ambulatorial e hospitalar, com padrão de enfermaria, centro de terapia ou similar, e, quando necessária, a internação hospitalar, de todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde (BRASIL, 2008d), bem como a RN nº. 167/07, em seu artigo 4º, inciso II, dispõe que a atenção à saúde na saúde suplementar deverá observar o princípio da integralidade dentro da segmentação contratada (BRASIL, 2008).

Entretanto, a mesma lei que recepciona, em certa medida, tais princípios basilares do SUS e instrumentalizadores da eficácia do direito à saúde, estipula cláusulas de exceção que contrariam tais prerrogativas fundamentais, e, concomitantemente, violam o direito à saúde e uma série de outros direitos atrelados a este em face de sua característica transdimensional. Ressalta-se que tais cláusulas de exceção representam um enorme gravame ao direito à saúde, sobretudo no que diz respeito aos períodos de exclusão e carência nos atendimentos de alta complexidade, urgência e emergência, em face de sua natureza crítica que demanda soluções imediatas.

Para a resolução de tais antinomias presentes na Lei nº. 9.656/98, CHAVES (2005, p. 189) defende a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) de forma complementar e não subsidiaria, conforme preconiza o art. 35-G da Lei nº. 9.656/98, de modo que a interpretação das normas relativas à saúde sejam norteadas pela legislação consumerista:

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei geral e principiológica, pois criou um microssistema de relações de consumo, de modo que subordina qualquer legislação extravagante que tratar da matéria de consumo. Isto posto, afirma-se que na presença de antinomias na Lei 9.656/98 deve se aplicar o Código de Defesa do Consumidor de forma complementar e não subsidiária, no sentido de nortear a interpretação das normas relativas à saúde (CHAVES, 2005, p. 189).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem decidido no mesmo sentido, interpretando a relação jurídico-privada sob o viés do Código de Defesa do Consumidor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. DOENÇA DO CORAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O CUSTEIO DO TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR DE ASSOCIADO DE COOPERATIVA DE SAÚDE - UNIMED. INVOCAÇÃO DE PRAZO DE CARÊNCIA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. RECURSO PROVIDO. É incumbência do plano de saúde arcar com as despesas médico-hospitalares de associada que apresenta angina instável e que necessitou de procedimento de revascularização miocárdia, de urgência, ante a verificação de gravíssimas lesões coronarianas. A falta de carência para a cobertura hospitalar não deve prevalecer, porquanto se trata de caso de emergência, previsto no contrato firmado entre as partes. Qualquer cláusula presente no contrato de adesão expressando o contrário é nula de pleno direito, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada, nos termos do inciso IV do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (SANTA CATARINA, 2008).

Porém, tal interpretação das relações jurídico-privadas decorrentes do setor de saúde suplementar, com base no direito do consumidor, acaba reforçando a concepção mercadológica dada à saúde pela Lei nº. 9.656/98 ao utilizar-se do termo "produto" para designar os planos e seguros de saúde.

Considerações finais:

Ante o exposto, pode-se concluir que a imposição de limites à eficácia e efetividade do direito à saúde acaba por contrariar a própria lógica de um ordenamento constitucional que tem como fundamentos o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana, princípios estes cujo a saúde se demonstra pressuposto para sua existência, em face de sua nítida vinculação para com tais valores.

Dessa forma, a eficácia e efetividade do direito à saúde decorre de sua previsão constitucional dentro do título reservado aos direitos e garantias fundamentais, bem como de sua própria natureza, uma vez que é fonte e pressuposto de vários outros direitos fundamentais, portanto, sua eficácia é plena e imediata, tratando-se de um direito originário, não podendo ser tratado como norma programática, pois, conforme fora salientado, os direitos sociais constituem os fins da atuação do Estado, e não os limites desta, assim sendo inviável qualquer pretensão que venha a limitar e tornar inócua uma garantia fundamental.

Observa-se que a relação contratual existente entre as operadoras e beneficiários de planos e seguros de saúde suplementar não ocorre sob a égide de uma total liberdade contratual, tendo o mercado de saúde suplementar migrado da autonomia da vontade para a autonomia privada, devendo os contratos de suplementação dos serviços de saúde se submeterem às disposições fixadas pela Lei 9.656/98 e pela ANS enquanto agência reguladora do setor, bem como devem observância à Constituição Federal e a Lei 8.080/90 e seus princípios, uma vez que seu "produto" está vinculado a um setor de relevante interesse social, a saúde, estando concomitantemente atrelado diretamente aos princípios fundamentais e estruturantes do Estado brasileiro, quais sejam, a vida e a dignidade da pessoa humana.

As relações jurídico-privadas decorrentes do setor de suplementação dos serviços de saúde não devem ser observadas sob um viés mercadológico e de consumo, mas sim sob a perspectiva do direito fundamental à saúde preconizado pela CRFB e pela Lei nº. 8.080/90, assim devendo se contemplar os titulares de planos e seguros de saúde não apenas como consumidores, mas, sobretudo, como titulares de uma garantia fundamental que se materializa através do atendimento integral, universal e igualitário, por parte das operadoras de saúde suplementar, dos serviços necessários para a manutenção, promoção e recuperação da saúde em seu aspecto físico, social e mental.

Dessa forma, mais do que a Lei nº. 9.656/98 e do que o CDC, devem ser aplicados às relações jurídico-privadas os dispositivos da CRFB e da Lei 8.080/90 relativos ao direito fundamental à saúde, devendo os princípios da universalidade, igualdade e integralidade nortearem e instrumentalizarem a atividade e os contratos das operadoras de saúde suplementar, em face do imperativo constitucional de eficácia imediata das garantias fundamentais e da relevância pública dos serviços de assistência à saúde, presentes nos arts. 5º, § 1º e 197 da CRFB, bem como, nos termos dos arts. 1º e 22 da Lei nº. 8.080/90, devido à vinculação expressa da iniciativa privada aos princípios e diretrizes do SUS, e aos princípios da unidade da ordem jurídica, da força normativa da Constituição, da primazia da *lex superior* e dos deveres fundamentais de justiça, solidariedade e respeito à dignidade da pessoa humana, norte de todas as regras e princípios do sistema constitucional.

Além disso, a própria Lei nº. 9.656/98 e as resoluções da ANS prevêem, implícita ou explicitamente, mesmo que de forma limitada, a incidência dos princípios

basilares do SUS no âmbito das relações jurídico-privadas de saúde suplementar. Destaca-se também que as operadoras de saúde suplementar são detentoras de um grande poder social frente à vulnerabilidade do titular de seus serviços, o que, conforme consenso doutrinário, implica numa vinculação imediata das operadoras ao direito fundamental à saúde e aos pressupostos que lhe dão eficácia.

Portanto, a incidência dos princípios basilares do SUS, mais do que princípios de um sistema público de atenção em saúde, constituem os pressupostos, o cerne e a essência de um direito fundamental preconizado pela CRFB e pela Lei Orgânica de Saúde com base nos ideais de completo bem-estar físico, social e mental, da Organização Mundial da Saúde, bem como delimitam a autonomia privada no setor de suplementação dos serviços de saúde, sendo sua aplicabilidade imediata nas relações jurídico-privadas decorrentes dos contratos de saúde suplementar, imprescindível para a implementação de um Estado Democrático e Social de Direito que tenha como fundamentos o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002;

ARAÚJO, Ângela Maria. **A Regulação do Mercado de Saúde Suplementar no Brasil:** barreiras à entrada e à saída de operadoras de planos privados de assistência à saúde (Dissertação de Mestrado). Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2004;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006;

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos planos e seguros de saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 11 de junho de 2008;

_____. **Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Brasília: 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8080.htm. Acesso em: 01 de maio de 2008;

_____. **Supremo Tribunal Federal**. RE 271.286. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 24.11.2000. Brasília: 2000. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 10.06.2008;

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Sistema Único de Saúde.** Brasília: CONASS, 2007;

_____. **Lei nº. 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e dá outras providências. Brasília: 2000. Disponível em: www.ans.gov.br. Acesso em: 18 de julho de 2008;

_____. **Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde.** Brasília: 1986. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_rel.pdf. Acesso em: 17 de outubro de 2008;

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 11 de junho de 2008;

_____. **Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8080.htm. Acesso em: 01 de maio de 2008;

_____. **Lei nº. 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília: 1998. Disponível em; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm. Acesso em: 17 de julho de 2008;

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. **Resolução Normativa - Rn nº. 167, de 9 De Janeiro de 2007. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial nos planos**

privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, fixa as diretrizes de Atenção à Saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.ans.gov.br/portal/site/legislacao/legislacao_integra.asp?id=1084&id_original=0. Acesso em: 01 de maio de 2008;

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Coimbra: Almedina, 2006;

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1999;

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra, PO: Coimbra, 2001;

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital**. CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada.** vol 1. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007;

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999;

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2003;

ELESBÃO, Elsita Collor. **Princípios Informativos das Obrigações Contratuais Civis.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000;

FERRARI, **Regina Maria Macedo** Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: Fiocruz, 2006;

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**: a ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005;

KRETZ, Andrietta. **Autonomia da Vontade e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005;

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000;

MARANHÃO, Clayton. **Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008;

MERCADANTE, Otavio Azevedo. Evolução das políticas e do sistema de saúde no Brasil. In: FINKELMAN, Jacobo (Org.). **Caminhos da saúde pública no Brasil**. 20.ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002;

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2000;

_____. **Escritos Vários Sobre Direitos Fundamentais**. Portugal: Principia, 2006;

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Constituição ou Barbárie: perspectivas constitucionais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000;

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004;

NITÃO, Sâmara Rachel Vieira. **Saúde Suplementar no Brasil**: um estudo da dinâmica industrial pós-regulamentação (Dissertação de Mestrado). Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2004;

NUNES, Francisco Pizzette; VIEIRA, Reginaldo de Souza; VIEIRA, Ioná.Bez Birollo; TRICHÊS, Janete; ROCHE, Carla Niero de; VIEIRA, Roseli Schmmidt; GHEDIN, Edilene da Silva. **Direito à Saúde**: o acesso aos medicamentos como questão de dignidade humana. In: Anais da II Jornada de Pesquisa e Extensão. Criciúma, 2007;

NUNES, Francisco Pizzette; VILAÇA, Gabriela Rejane. **O Direito da Criança e do Adolescente a uma Alimentação e Nutrição Adequada**. Anais da I Jornada de Produção Científica em Direitos Fundamentais e Estado. Criciúma, 2007;

NUNES, Francisco Pizzette; VIEIRA, Reginaldo de Souza. **Direito à Saúde e Ministério Público**. In: Anais da I Jornada de Produção Científica em Direitos Fundamentais e Estado. Criciúma, 2007;

_____. **Saúde Pública e Controle Social:** um direito a ser efetivado. Anais da II Jornada de Pesquisa e Extensão. Criciúma, 2007;

_____. **A Participação Social na Construção Histórica do Direito à Saúde**. In: Anais do V Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul, 2008;

_____. **Direito de Saúde Suplementar**: desenvolvimento, características e reflexos no SUS. In: Anais do V Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul, 2008;

_____. **Saúde**: direito humano, fundamental e transdimensional. In: Anais da III Jornada de Pesquisa e Extensão. Criciúma, 2008;

_____. **O Direito à Saúde e Sua Eficácia no Sistema Constitucional**. In: Anais da III Jornada de Pesquisa e Extensão. Criciúma, 2008;

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;

ROSA, Marizélia Peglow da. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais. In: GORCZEVSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos (org.). **Direitos Fundamentais Sociais Como Paradigmas de Uma Sociedade Fraterna**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2008;

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina.** Agravo de Instrumento n. 2002.020164-8, de Blumenau . Des. Relator: Carlos Prudência. DJ: 12/11/2002. Florianópolis: 2002. Disponível em:www.tj.sc.gov.br. Acesso em: 10 de novembro de 2008;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998;

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000;

SCHWARTZ, Germano. **O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004;

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007;

_____. José Afonso da Silva. **Comentário Contextual à Constituição**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007;

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos** e **cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e Sua Função Social**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. Vol. 2. 4ª.ed. São Paulo: Atlas, 2004;

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

1 [...] o efecto horizontal es especialmente adecuado para aclarar el efecto de los derechos fundamentales y de las normas jusfundamentales en el sistema jurídico.

2 [...] la medida del efecto iusfundamental em la relación ciudadano/ciudadano es, em última instancia, um asunto relativo a la ponderación [...] la ponderación puede conducir a reglas reletivamente generales de acuerdo con las cuales, en determinados campos del derecho privado, determinados derechos fundamentales son desplazados total o parcialmente a segundo plano

GÊNERO E DIREITOS DE PERSONALIDADE: OS CAMINHOS DA JURISPRUDÊNCIA NOS CASOS DE IDENTIFICAÇÃO CIVIL DE TRANSEXUAIS*

GENDER AND PERSONALITY RIGHTS: JUDICIAL DECISIONS IN CASES OF TRANSSEXUALS CIVIL IDENTIFICATION

Gretha Leite Maia
Zaneir Gonçalves Teixeira

RESUMO

O trabalho que se apresenta busca refazer os caminhos da jurisprudência brasileira quanto aos direitos de personalidade nos processos que tem como pedido a mudança de nome e de sexo no registro público de nascimento (retificação de registro público). Há abundante produção teórica sobre o tema da sexualidade junto a saberes como a psicologia e a sociologia, e a pesquisa investiga qual a extensão do diálogo havido entre os sujeitos produtores das decisões judiciais (juízes de direito, desembargadores e ministros de tribunais superiores) nos procedimento de retificação de registro, na sua condição de defensores dos interesses sociais, com estes saberes. Pelo exame de decisões judiciais podemos verificar por onde andou o discurso jurídico, que teorias foram desposadas na construção das decisões, argumentos de que ordem foram usados na fundamentação das sentenças. A perspectiva que orienta esta análise é a do discurso jurídico como prática ou acontecimento imerso nas relações de saber e poder que envolvem o indivíduo, lugar privilegiado da articulação de saberes teóricos, práticas sociais emancipatórias e escolhas políticas.

PALAVRAS-CHAVES: GÊNERO. IDENTIFICAÇÃO CIVIL. TRANSEXUAIS. DIREITOS DE PERSONALIDADE. JURISPRUDÊNCIA.

ABSTRACT

The work intends to analyze the judicial decisions in Brazilian courts regarding the rights of personality, in the processes that request the change of name and sex in the public registration of birth (rectification of public registration). There are plenty of theoretical discussion on the topic of sexuality in psychology and sociology, and this research investigates the extent of dialogue occurred between the producers of judicial decisions (judges and members of high courts), in their role as defenders of the social interests, with these theories. By examining the decisions we can have an overview of the judicial discourse, which theories have been espoused in the construction of the decisions, arguments of which order were used in sentences. The perspective that guides this analysis is that of judicial discourse as a practice or event immersed in the relations

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

of knowledge and power involving the individual, an ideal place for a combination of theoretical knowledge, social emancipatory practices and political choices.

KEYWORDS: GENDER. CIVIL IDENTIFICATION. TRANSSEXUALS. PERSONALITY RIGHTS. JUDICIAL DECISIONS.

INTRODUÇÃO

O trabalho que se segue investiga a possibilidade de uso do termo *gênero* como categoria de análise das relações interpessoais afetivas, dimensionadas na perspectiva dos seus efeitos jurídicos. O conceito de *gênero* tem origem nos estudos feministas que desafiaram o modelo binarista do sexo como adequado à leitura dos comportamentos sexuais do masculino e do feminino, e sugeriram como alternativa um termo estabelecido em função das teorias de construção social do sujeito. Explorar estudos que buscam a incorporação do conceito de *gênero* ao seu discurso, como a antropologia, a história e a sociologia, desvelou um campo de estudos específico para os juristas: o uso e as possibilidades do conceito de gênero na construção do discurso jurídico. Incluímos como lugares do discurso jurídico tanto os dispositivos legais, ou seja, a definição legal dos sujeitos de direitos e a identificação dos destinatários das normas prescritivas de conduta, como, e em especial, o uso do termo na construção do raciocínio jurídico decisional.

A pesquisa tem como objetivo também verificar a adequação do *olhar de gênero* sobre os conflitos juridicamente qualificados, dialogando com a identificação civil dos sujeitos e a identificação dos papéis sociais atribuídos aos indivíduos. Considerando a chamada *jurisdicização* dos fenômenos políticos e sociais, pelo ingresso de uma ordem constitucional democrática, que objetiva legitimar-se pelo diálogo com os mais diversos segmentos sociais, verificaremos que trânsito pode se estabelecer na leitura jurídica dos fenômenos sociais relativos à sexualidade, em especial à identificação civil dos sujeitos. A pesquisa objetiva finalmente estabelecer um diálogo com outros saberes para verificar as possibilidades do *olhar de gênero* como instrumental para o desafio que se lança aos juristas no lidar com as questões contemporâneas dos marcadores da identidade, em especial a sexualidade, quando o movimento social demanda uma resposta do Poder Judiciário. Ao refazer os caminhos da jurisprudência nos últimos anos, veremos como cada fundamentação buscou sustentar a decisão final em argumentos de diversas ordens.

A perspectiva que anima este trabalho é a de tomar a construção das decisões judiciais como *prática discursiva* ou *acontecimento discursivo*[1]. Trata-se de renunciar à compreensão do discurso jurídico como estrutura única e contínua, ordenada segundo certas regras de formação e fundada em uma racionalidade imanente, com a função de

decifrar a verdade jurídica sobre o indivíduo e as coisas. Compreensão voltada, portanto, para as condições exclusivamente jurídicas, internas, de possibilidade. A proposta é justamente tratar os discursos jurídicos como práticas ou acontecimentos plurais e descontínuos, transformáveis e marcados por condições extrajurídicas de possibilidade. Assim, o método aqui adotado não conduz tanto a uma análise do conjunto de categorias jurídicas que informam as decisões envolvendo transexuais, mas tenta investigar quais discursos e condições externas ao direito aparecem articuladas nas decisões judiciais. Acima de tudo busca compreender o tema dos direitos de personalidade e o campo correlato da autonomia privada segundo o espectro mais amplo dos próprios mecanismos de saber e poder formadores da subjetividade contemporânea.

1 O *OLHAR DE GÊNERO*

Definida como sociologia do gênero e da sexualidade, esta área das ciências sociais comporta estudos que discutem desde em que grau as características biológica inatas têm impacto duradouro sobre nossas identidades de gênero e nossas atividades sexuais até a natureza do comportamento sexual humano e as diferenças sexuais. A vida sexual nas sociedades contemporâneas, assim como outras atividades humanas, passa por acomodações de padrões, expressando-se por manifestações simbólicas que estão intimamente ligadas às questões de desigualdade e poder. Por isso a questão principal é: existe uma diferença entre homens e mulheres que legitime a existência de lugares próprios nas estruturas sociais para cada um dos gêneros? Em caso afirmativo, de que ordem são estas diferenças, naturais (biológicas) ou culturais?

O termo *gênero* foi adotado para distinguir-se de sexo, para designar a gama de diferenças psicológicas, sociais e culturais entre homens e mulheres (enquanto sexo refere-se às diferenças anatômicas e fisiológicas que definem, pelo corpo, o homem e a mulher). Assim, gênero é masculino e feminino, enquanto sexo define fisiologicamente homem e mulher. Esta distinção é essencial para afirmar a idéia de que muitas diferenças que tem aparência de naturais são na verdade socialmente construídas, e, portanto, estão sujeitas à *desconstrução*.

Por que investigar a possibilidade do uso da categoria gênero pelo discurso jurídico? Porque o discurso jurídico se expressa por meio de categorias legais, ficções, atribuições de valores e de significados. Para cada fato social valorado há uma correspondente expressão linguística que o designará como juridicamente relevante. Na sua estruturação semiótica, o direito cria conceitos, estabelece conteúdos, descreve fenômenos. Assim, quando descrevemos o parricídio, estabelecemos a categoria pai e filho; quando falamos de crimes cometidos por servidores públicos, quando estabelecemos regimes de aposentadorias especiais, enfim, o discurso jurídico é um edifício linguístico em permanente construção, definindo destinatários da norma jurídica, bem como agentes titulares específicos de atos jurídicos determinados.

Por tais razões, quem se propõe a investigar o discurso jurídico necessariamente investigará as teorias da subjetividade, da construção social da realidade, dos sujeitos, das identidades, teorias ancoradas na psicologia, na psicanálise e nas teorias sociais. Seguindo tais abordagens, temos os chamados marcadores de identidades, as escoras do sujeito para direcionar-se no labirinto da convivência social. Os marcadores de identidade podem ser de várias ordens e variam com o tempo e o lugar. A profissão, a cor, a classe social, o estado civil, são os marcadores de identidade com os quais o direito mais dialoga. Mas torna-se cada vez mais evidente a necessidade de expandir este diálogo para as fronteiras da sexualidade como um dos principais marcadores da identidade de cada um.

As fronteiras da sexualidade nos posicionam como homens e mulheres, definindo o padrão da heterossexualidade como o modelo sob o qual se estabelece toda uma série de mecanismos e estruturas sociais. O ingresso da tecnologia como instrumento de construção do corpo ajudou a embaralhar essas fronteiras. A cada avanço tecnológico, o corpo (biológico/*natural*) se sujeita ao agenciamento humano e às escolhas pessoais, sem desconsiderar o contexto social. Paralelamente, teóricos sociais desenvolvem teorias de que o gênero **e** o sexo/corpo são ambos objetos de construção social. O corpo e o conjunto gestual específico que o acompanha são uma resultante de uma construção social. Com base em argumentos desta ordem, algumas questões têm sido levadas ao Judiciário, tendo por mérito o desacordo entre o registro civil de nascimento, que tem como base de identificação o corpo biológico (o aparelho reprodutor), e o corpo/gênero apreendido pelo sujeito no seu processo de construção social.

2 O CAMINHO DAS DINÂMICAS SOCIAIS RUMO AO DISCURSO JURÍDICO

O movimento feminista e as lutas pelos direitos civis dos homossexuais caracterizaram-se por produzir uma reflexão teórica em permanente diálogo com a atuação política. As dinâmicas sociais têm provocado uma crise em instituições que suportavam um determinado discurso jurídico até um período recente em nossa história. Tomemos como exemplo conquistas do movimento feminista, como a lei do divórcio, a nova família na ordem constitucional de 1988, políticas públicas e um aparelhamento do Estado contra a violência doméstica praticada contra as mulheres. O direito sustentava e legitimava a dominação dos homens sobre as mulheres, mas tem adquirido plasticidade para moldar-se aos novos movimentos sociais.

A investigação mais atenta sobre estas lutas e movimentos é ainda posto privilegiado para observar e compreender as relações de poder que estão em jogo na formação do sujeito contemporâneo. Também para, em nossa análise do discurso jurídico, posicionar

o direito como prática de emancipação e autonomia ou de normalização e sujeição[2] dos indivíduos. Ao tomarmos a série mais ampla de oposições sociais que se desenvolveram nas últimas décadas, na qual estão inseridos os movimentos feministas e homossexuais (oposição ao poder dos homens sobre as mulheres, dos pais sobre os filhos, da administração psiquiátrica sobre os doentes mentais, da norma sobre o modo de vida das pessoas), é possível encontrar algo mais:

São lutas que questionam o estatuto do indivíduo: por um lado afirmam o direito de ser diferente e enfatizam tudo aquilo que os torna indivíduos verdadeiramente individuais. Por outro lado, atacam tudo aquilo que separa o indivíduo, que quebra sua relação com os outros, fragmenta a vida comunitária, força o indivíduo a se voltar para si mesmo e o liga à sua própria identidade de um modo coercitivo. Estas lutas não são exatamente nem a favor nem contra o "indivíduo"; mais que isso, são batalhas contra o "governo da individualidade".[3]

Assim, os direitos de personalidade, como expressão jurídica da individualidade, e todo o campo da autonomia individual (entendida no conceito mais amplo do poder de fazer as escolhas que recaem sobre si mesmo) tornam-se o ponto privilegiado de convergência destas lutas sociais. E justamente no campo das intervenções sobre o corpo e a sexualidade é que o direito como forma de "governo da individualidade" tem sido mais questionado[4].

Os direitos à sexualidade ingressam na arena das disputas por políticas públicas e direitos sob diversos argumentos justificativos: a sexualidade é importante na medida em que existem doenças sexualmente transmissíveis que merecem atenção da saúde pública; porque é necessário o controle de natalidade e crescimento populacional; porque existem crianças exploradas sexualmente. Sérgio Carrara nos chama atenção para a ausência do argumento pela felicidade:

Tal conhecimento justifica-se pelo simples fato de ser a sexualidade, de um lado, uma poderosa fonte de prazer e de bem estar e, de outro, um plano fundamental para a construção de nossas identidades pessoais e sociais (para estabelecer nossos lugares no mundo, nossas redes de sociabilidade, o modo como nos vemos e como os outros no vêem). [5]

No tocante à homossexualidade, temos uma história que vai desde a sua definição como atividade criminosa, até a consideração da homossexualidade como uma patologia biológica. De várias maneiras e após muitas lutas e conquistas, a homossexualidade tornou-se mais aceita. Na dimensão das lutas por direitos, a mais emblemática tem sido o reconhecimento das prerrogativas legais do casamento, haja vista as grandes

implicações para os direitos de herança, pensões e benefícios e a definição do *status* parental. O casamento na maioria das sociedades contemporâneas tem implicações legais definidas, que garantem, por exemplo, ao parceiro o direito de tomar decisões de caráter médico, envolvendo vida ou morte do seu companheiro. Envolve desde o direito à visitação íntima aos encarcerados até o acompanhamento de parceiros em tratamentos médicos que exijam internação e a iniciativa assegurada ao *cônjuge* supérstite de preservação da integridade do corpo morto.

Outra discussão diz respeito ao registro civil dos transexuais. As primeiras intervenções cirúrgicas para mudança de sexo ocorreram ainda na década de 60, não sem envolver um debate intenso nos meios médicos. Os limites do individualismo liberal avançariam para que o indivíduo pudesse escolher o próprio sexo? O que se incluem em nosso livre arbítrio? Numa fase de compreensão de que a mudança significa um ajuste biológico do sexo ao gênero, numa superação do determinismo biológico, tornaram-se mais comuns as cirurgias retificadoras de sexo. Em que pese toda a discussão havida no meio acadêmico médico, psicológico, sociológico, o foco deste trabalho são as consequencias jurídicas de tal ajuste, uma vez que o registro civil é um documento que declara o sexo do indivíduo no nascimento, declaração, portanto, sujeita também a uma retificação.

Juridicamente, tratam-se de questões referentes à retificação de registro público e aos chamados direitos de personalidade, definidos *como poderes que o ser exerce sobre si mesmo*[6]. A ordem constitucional instalada sob o princípio da democracia importou na necessária redefinição do tratamento jurídico dado à vida das pessoas, reestruturando o sistema de direito civil, da interpretação à aplicação das normas, aplicando-lhe a lógica de sistema aberto, poroso aos chamados novos direitos. Uma das consequencias mais imediatas é a atribuição que recai sobre a decisão judicial de moldar, em sua fundamentação, as novas fronteiras definidoras do discurso jurídico. Assim, sob o aspecto jurídico, examinaremos três aspectos: o exercício dos direitos de personalidade, a retificação de um registro público e o lugar da decisão judicial no sistema normativo.

3 A IDENTIFICAÇÃO CIVIL DE TRANSEXUAIS: DIREITOS DE PERSONALIDADE, RETIFICAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO E DECISÃO JUDICIAL.

Os direitos de personalidade têm recebido tratamento doutrinário e jurisprudencial que contribui sobremaneira para sua afirmação. Estão dispostos de forma não taxativa dos arts. 11 a 21 do Código Civil Brasileiro. Categorizado como direitos físicos (à vida, à integridade física, ao corpo, as partes do corpo, ao cadáver e as partes, à imagem e à voz), direitos psíquicos (à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica e ao segredo) e direitos morais (à identidade, à honra, ao respeito e às criações intelectuais), os direitos

de personalidade são os incidentes sobre o modo de ser físico, intelectual e moral da pessoa, compreendendo prerrogativas ínsitas em sua personalidade e em suas projeções para a sociedade. São direitos essenciais da pessoa, que constituem componentes indissociáveis de sua personalidade.

No caso dos transexuais, o direito ao corpo foi exercido sob o fundamento de que os direitos físicos compreendem o direito de decisão individual sobre tratamento médico e cirúrgico. A opção pela intervenção cirúrgica transgenital não ultrapassa os limites impostos ao poder de decisão sobre o próprio corpo, limites estes estabelecidos quando as disposições importarem em diminuição permanente da integridade física ou em atos atentatórios da dignidade da pessoa humana. Num segundo momento, o direito à identidade estende-se a identidade sexual. Uma vez obtido o ajuste da anatomia do corpo à identidade pessoal/moral de gênero, os transexuais passaram a procurar o ajuste civil de sua identificação, retificando nome e sexo no registro público de nascimento.

O atributo jurídico que confere status de pessoa (sujeito titular de direitos e obrigações) é a personalidade, que se expressa por meio de três elementos: a capacidade, o nome e o estado. O nome é o meio pelo qual o sujeito se identifica e se reconhece diante dos outros. É, portanto, expressão maior da personalidade que constitui a individualidade da pessoa. Maria Helena Diniz já expressava a possibilidade de alteração do prenome em decorrência de cirurgia transexual, quando afirma que "embora o princípio da inalterabilidade do nome seja de ordem pública, sofre exceções quando (...) houver mudança de sexo[7]. Sobre estado, podemos dizer que é um modo particular de existir, a posição jurídica da pessoa no meio coletivo em que está inserida. Para se constituir o estado da pessoa são abordados o vínculo conjugal, o parentesco, a condição de nacional ou estrangeiro, a idade e o sexo. Neste caso, sexo refere-se à anatomia do corpo. Portanto, quando ocorre mudança de sexo por procedimento cirúrgico, alterando-se a anatomia do corpo, juridicamente alterou-se o estado da pessoa, um atributo de sua personalidade, que se encontra formalmente declarado no registro público de nascimento.

O registro público é documento que reúne e formaliza acertamentos para expressar a condição de pessoa (nome, filiação, idade, sexo, nacionalidade), contribuindo para o sistema jurídico na medida em que carrega segurança aos atos praticados pelos indivíduos na sua vida formal. Essa segurança completa-se pela sua condição de publicidade, fazendo gerar para os outros o conhecimento da existência e situação jurídica de alguém. Após sua constituição, qualquer alteração demanda um processo judicial. Comumente, os processos de retificação de registro públicos existiam para mudança de prenome em razão de constrangimento pessoal.

Quando, entretanto, processos judiciais traziam no pedido mudança de nome e sexo, houve uma produção de decisões judiciais que refletem, em seu curso, o diálogo (ou a

ausência dele) que os Tribunais brasileiros podem travar com as dinâmicas sociais. Outrossim, nota-se a importante participação no Ministério Público como instituição permanente a quem se incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e que tem manifestação necessária dentro do procedimento de retificação de registro público. Temos, portanto, no processo judicial de retificação de registro público as figuras do autor ou da autora do pedido, do juiz e do membro do Ministério Público.

Em 1992, por decisão da 7ª vara de Família e Sucessões de São Paulo, pela primeira vez um Cartório de Registro civil averbou retificação do nome João para Joana, consignando no campo destinado ao sexo "transexual", não admitindo o registro como mulher, apesar de ter sido feita cirurgia plástica, com extração do órgão sexual masculino e inserção de vagina, cirurgia realizada na Suíça. Não tendo sido permitido o registro no sexo feminino, exigiu-se que na carteira de identidade aparecesse o termo transexual como sendo o sexo de sua portadora. A fundamentação foi a possibilidade dada para habilitação ao casamento, induzindo 3º em erro, pois no organismo do transexual não estão presentes todos os caracteres do sexo feminino[8]. Rosa Mª Nery se posiciona: "constatada a mudança de sexo, o registro deve fazer a acomodação, pois os documentos têm de ser fiéis aos fatos da vida, logo fazer a ressalva é uma ofensa à dignidade da pessoa humana. Realmente, diante do direito à identidade sexual, como ficaria a pessoa se se colocasse no lugar do sexo "transexual"?"[9]Sugere a autora então que se faça uma averbação sigilosa no registro do nascimento, assim, o interessado, no momento do casamento pode pedir na Justiça uma certidão de "inteiro teor", onde consta o sigilo. Antônio Chaves[10] defende não se deva fazer qualquer menção nos documentos, ainda que sigilosa, mesmo porque a legislação só admite a existência de dois sexos: o feminino e o masculino, vedando qualquer discriminação.

Seguindo uma tradição do judiciário brasileiro, as primeiras decisões judiciais que deferiam o pedido de mudança de prenome, oriundas de juízos de 1º grau, foram, em sede de recurso promovido pelo Ministério Público, reformadas pelos Tribunais. Arrimados em fortes argumentos biologicistas, afirmavam os acórdãos que o sexo natural deveria prevalecer ao psicológico, sendo um absurdo, por contradição às leis naturais, querer afirmar pertencer ao sexo feminino quem geneticamente integra o masculino. Sexo não é opção, mas determinismo biológico estabelecido na fase da gestação. Como consta em um dos acórdãos examinados: *inviável a pretendida alteração do sexo natural, certo ser inadmissível pretender priorizar, sobre o mesmo, o chamado sexo psicológico, que representa uma pretensa e inusitada explicação para desvios de conduta, em razão de alteração anormal de psiquismo**[11]***. Essa decisão data do ano de 1994, no Estado do Rio de Janeiro.

Outra sentença, da mesma época, no Rio Grande do Sul, indefere pedido de mudança de nome e sexo no registro de nascimento. Julgado improcedente o pedido, o autor recorre e na condição de apelante tem seu pedido deferido sob o fundamento de que o registro civil, mantido, não refletiria uma realidade: a realidade, inclusive sob a condição

anatômica, de ser o apelante do gênero feminino. Outro fundamento aparece no voto do desembargador relator: não há *réu* no processo de retificação de registro público. O pedido se dirige ao Estado e é o Estado quem resiste à pretensão do autor. E, finalmente, o argumento da felicidade: "o que quer o apelante em última razão? Quer ser feliz. No Direito há a possibilidade de ser feliz. (...) O direito à identidade pessoal é um dos direitos fundamentais da pessoa humana". E, ao final do voto: "a identidade pessoal é a maneira de ser, como a pessoa se realiza na sociedade, com seus atributos e defeitos, com suas características e aspirações, com sua bagagem cultural e ideológica; é o direito que tem todo sujeito de ser ele mesmo" [12].

Verificando a tendência no sentido de deferimento do pedido, importa agora a análise da seguinte questão: o registro é retificado ou averbado? O registro e os dados relativos a nome e sexo por ocasião do nascimento podem ser desconstituídos em nome da *nova realidade* do sujeito? É neste ponto que o Ministério Público torna sua participação justificada, na medida em que, como dito acima, o registro público existe para gerar informações para terceiros, e neste caso o *terceiro* está identificado na expressão *interesse social*, que se inscreve nas funções do Ministério Público: a defesa dos interesses sociais. O art. 57 da lei nº. 6015/73 adverte que qualquer alteração posterior do nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do MP, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração na imprensa. A Lei nº. 9708/98 adverte que o prenome será definitivo, a admitindo-se, todavia a sua substituição por apelidos públicos notórios. Como dito também, o processo não têm réu. Assim, pela lógica dos recursos, somente se o Ministério Público recorre, no caso de deferimento do pedido, é que o processo será objeto de manifestação pelos Tribunais. Assim, vejamos o próximo caso[13].

Sentença de 1º grau acolhe pedido de alteração do nome e do sexo no registro civil, determinado também, como pedido, o segredo de justiça e vedando a extração de certidões referente à situação anterior. Há, portanto, uma nova certidão, emitida por força de sentença judicial, onde se registra nome e sexo escolhido por ato voluntário e agora expresso para fins de relações jurídicas do sujeito. A sentença determinou a não publicidade da condição de transexual do autor. O Ministério Público entende abusiva a não publicidade do registro e recorre, por vislumbrar a possibilidade de prejuízo aos terceiros de boa-fé que venham a se envolver com o autor. A oitava câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou desprovido o recurso, sob um argumento bastante interessante.

O argumento do prejuízo a terceiros refere-se à possibilidade de um homem envolver-se emocionalmente com o apelado e descobrir em determinado momento que não poderá ter filhos, posto não ser mulher de nascimento. Voltamos à argumentação inicial de gênero: o que é ser uma mulher? Desde Simone de Beauvoir, não nascemos mulheres, nós nos *tornamos* mulheres... Ser mulher, então, é poder gerar filhos? E o que dizer daquelas mulheres de nascimento que não podem gerar filhos uterinos? Será que em nome da possibilidade de prejuízo à terceiros de boa-fé deveriam elas ter em seus

documentos ou no registro civil contida a sua condição de estéril? A resposta é evidentemente não. Expor condições íntimas perante a sociedade é estabelecer critérios de discriminação. Ademais, continua o voto, trata-se de hipótese futura e incerta, que não impossibilita de, no futuro, terceiro prejudicado buscar a Justiça para obter remédio jurídico cabível. Ao final, assevera o relator que o Direito não pode ficar atrelado ao que dispõem as normas vigentes no país; o Direito é a realidade, é o fato social. É o excepcional.

O órgão ministerial recorreu, agora em sede de recurso especial, ao Superior Tribunal de Justiça. Argumentava que os Tribunais brasileiros, predominantemente, entendiam que a alteração pleiteada de nome e sexo deveria ser objeto de uma averbação à margem do registro, deixando claro que a mudança de nome e sexo era decorrente de decisão judicial, fundamentada na ocorrência de cirurgia de transgenitalização. Os dados de nascimento deveriam ser preservados e expressamente ficava consignado que a alteração do registro era decorrente da condição de transexual submetido à cirurgia de modificação do sexo. O recurso especial foi conhecido e provido.

A fundamentação da decisão amparou-se em Santo Agostinho. Esclarece o Ministro que julgamento como o dessa natureza precisam ser postos sempre debaixo do *amor pela humanidade*, no sentido agostiniano de *natureza criada*, considerando o Ministro relator particularmente infeliz a comparação do desembargador entre o transexual e a mulher que por qualquer patologia não pode gerar filhos. Colocando de lado a questão do direito de escolha do sujeito ao sexo, o recurso foi provido sob o argumento de que não se pode esconder no registro, *sob pena de agressão à verdade que ele deve preservar*, que a mudança decorreu de ato judicial, nascida da vontade do autor e que tornou necessário ato cirúrgico complexo. Considerou tratar-se de registro imperativo, e por esta qualidade não se poderia impedir que a modificação da natureza sexual ficasse assentada para o reconhecimento do direito do autor. Assim, foi determinado em última instância que fosse averbada no registro civil que a modificação do nome e do sexo do recorrido/autor decorreu de decisão judicial.

Venosa[14] trata do tema utilizando os conceitos de resignação de *estado sexual* e mudança de prenome. Propõe o autor que são razões psicológicas e sociais que suportam o deferimento do pedido. Cumpre-se um princípio da justiça social: impor a manutenção do nome do sexo à pessoa é cruel. Também acresce à discussão o argumento de que alteração do prenome para o *sexo biológico* (reconhecido pela medicina, fundamento da retificação cirúrgica anatômica) e psíquico implica numa harmonização do ordenamento a outras instâncias definidoras da identidade do indivíduo.

Em sede de apelação cível, Maria Berenice Dias[15] acrescentou mais um passo ao caminhar da jurisprudência: o fato de o apelante não ter se submetido à cirurgia para

alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração de nome[16]. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a esta conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, e o nome atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da CF, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome.

4 O DIREITO COMO PRÁTICA SOCIAL DISCURSIVA

As discussões acerca da sexualidade e suas implicações nos chamados direitos de personalidade, que tem sido objeto de processos judiciais nas últimas duas décadas, apontam para implicações mais amplas acerca do exercício do direito nas sociedades contemporâneas. As transformações ocorridas no campo dos direitos de personalidade implicados com a sexualidade não afetam apenas a interpretação das normas jurídicas acerca dos registros públicos, mas podem atingir todo o sistema jurídico decisório, seus argumentos, suas técnicas, seus limites, sua racionalidade, enfim a própria composição do discurso jurídico.

Para tanto é preciso partir da compreensão do direito como uma prática social, dotada de plasticidade suficiente para abrigar grandes blocos de mudanças em seus conceitos e categorias. Na verdade é preciso assumir uma posição não essencialista do direito, o que significa dizer que o campo do jurídico não designa nenhuma essência, nenhum conteúdo natural e dado aprioristicamente, mas que simplesmente designa um universo definido de práticas: práticas normativas, práticas de coação e sanção, práticas políticas e práticas de racionalidade também, que podem ser bem diferentes umas das outras, mas que abrigam sem mais e em cada uma delas este fenômeno, o direito. Somente assim é possível justificar profundas transformações na ordem jurídica, não só no conteúdo das leis, mas mudanças mesmo de racionalidade e de processos de legitimação normativa e decisória sem deixar de referir-se a uma mesma prática, o direito[17].

Como prática social o direito não existe isoladamente, ele articula-se com outras práticas sociais, políticas, econômicas, científicas constituindo formas de saber e de poder sobre os sujeitos. As práticas jurídicas podem assim ser colonizadas e agenciadas por relações de poder socialmente constituídas, colocando-se a serviço da normalização e da sujeição dos indivíduos, separando-os e diferenciando-os de acordo com os marcadores de identidade que apresentam. Assim, as relações de poder que envolvem a

dominação do homem sobre a mulher não são "jurídicas", mas colonizam as formas jurídicas e instalam-se no interior do saber jurídico, sendo por elas fortalecidas e alimentadas. Também nas questões que envolvem os direitos dos homossexuais é possível visualizar esta dinâmica: a recusa em permitir o casamento e adoção de crianças não é "jurídica", mas expressa uma relação social de poder que limita e controla as possibilidades de ação dos indivíduos homossexuais, fortalecida e reforçada por um conjunto de categorias do saber jurídico (conceito legal de casamento)..

Mas também as práticas jurídicas, se não abrigam uma essência, podem ser espaço de emancipação e recusa do poder normalizador sobre os sujeitos. Podem ser uma prática de resistência às relações de poder que objetivam ao mesmo tempo a produção de sujeitos "normais" (conforme um padrão socialmente imposto) e de "anormais" (fora da norma), que por isso mesmo devem assumir um lugar de exclusão no campo dos direitos. Se o direito é estrategicamente assumido pelos indivíduos, que se posicionam na trincheira desta prática social para resistir e combater os mecanismos e técnicas do poder que, seja com objetivos políticos ou econômicos, busca produzir e governar as individualidades, desenha-se a imagem de um "direito novo", que "não é encontrado originariamente no discurso da norma (norma jurídica) e também não "pré-existe" como uma evidência antropológica ou natural irrefutável. Ele não é nada além da expressão de uma prática constituinte".[18]

Nos casos que envolvem a pretensão dos transexuais à modificação do nome e do sexo é possível localizar uma recusa a ter sua individualidade governada a partir de normas cuja racionalidade e legitimidade são postas diretamente em discussão. Os processos judiciais estudados expressam assim uma forma de resistência a certas leis e códigos que veiculam um poder assujeitador que liga o indivíduo a um marcador de identidade incompatível com aspectos de sua individualidade. É o exercício das práticas jurídicas como estratégia de resistência contra a sujeição e também de participação no jogo mais amplo da regulamentação social.

Neste contexto, as decisões judiciais estudadas, independente de seus resultados, representam acontecimentos jurídico-discursivos, amálgama de elementos extrajurídicos que se cruzam com as categorias jurídicas. Só existem como resultado de condições externas ao próprio direito, como a emergência das tecnologias cirúrgicas de mudança de sexo, os debates médicos, psicológicos e sociológicos sobre a sexualidade e a identidade e a movimentação social dos grupos ligados aos direitos dos homossexuais, transgêneros e transexuais. Múltiplos discursos, olhares e perspectivas são privilegiados nos fundamentos decisórios. Por enquanto se trata apenas de conhecê-los e percorrer seus caminhos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por onde andou o pensamento jurídico brasileiro no caso do direito ao nome e ao sexo, quando ambos deixaram de ser uma determinação para tornar-se contingência? Que caminhos foram percorridos pela jurisprudência pátria, o da legalidade, o do discurso biologicista, o das lutas sociais, o das teorias psicossociais, os argumentos de ordem moral/religiosa? A proposta deste trabalho é acima de tudo examinar os caminhos do Direito. De onde nasce uma decisão judicial? O que a fundamenta? Dessa discussão podemos tirar algumas conclusões que nos ajudarão a melhor compreender o Direito na sua condição de prática decisória desenvolvida para solucionar questões complexas dessa aventura humana chamada convivência social.

Como pudemos verificar, as primeiras decisões que listamos são fundamentalmente biologicistas. Trata-se de uma argumentação baseada na lógica da genética, dos hormônios, do aparelho reprodutor. Na concepção de que somos parte de um reino animal, programados para assegurar a perpetuação da espécie. É uma perspectiva. É um *olhar*. É o diálogo do Direito com a teoria evolucionista darwiniana. Uma articulação de saberes que traduz uma sujeição, mas não às condições genéticas e naturais, e sim às condições sociais que elegem a genética como um poder sobre o indivíduo. Assim nascemos, frutos de uma combinação genética imutável, e seremos sempre o que fomos gerados. Nenhuma outra possibilidade além de ser um indivíduo normal (conforme a genética) a quem a ordem jurídica "naturalmente" assegura direitos; ou anormal (desconforme a genética) a quem, também "naturalmente", não se pode garantir os mesmos direitos dos indivíduos normais.

As decisões mais recentes abandonam o determinismo biológico para adotar um discurso mais psicossocial. Somos o resultado de um processo socializador que nos dotou de ferramentas sociais para operar as nossas mais diversas relações interpessoais e, como somos uma resultante, estamos sempre sujeitos a adaptações, modificações, a cada possibilidade de escolha podemos fazer diferente. Nascemos com um corpo que adotará um conjunto gestual para se expressar, um código de uso do corpo (um jeito de falar, de andar...) ao qual submeteremos (adestraremos) nossa estrutura fisiológica, que será categorizado como masculino ou feminino para efeitos de identificação do que somos, de quem somos, que papel de gênero desempenhamos.

A decisão mais citada na doutrina civilista é a do STJ, arrimada na moral cristã, cuja única citação transcrita é de Santo Agostinho. Amor pela humanidade é um dos fundamentos do Cristianismo, a grande pedra angular da moral ocidental. Argumentos que derivam do conjunto de preceitos morais que fundam a moderna civilização ocidental são capazes de contribuir para um alinhamento da decisão judicial à expectativa social. Projeção de um poder sobre o indivíduo a partir do discurso religioso. É um *olhar*. Uma perspectiva.

Argumentos de diversas ordens podem socorrer o julgador na difícil tarefa de julgar quando a lei nada diz expressamente, ou mesmo quando o julgador entenda que o que a lei diz não mais se aplica ao caso em exame. Ao fundamentar uma decisão, o julgador nos diz quem ele é e que usos faz do direito. O estudo de casos é uma ferramenta poderosíssima para não só conhecermos nosso Judiciário e o que pensam os nossos juízes, mas também para divisarmos as condições de emergência de um "direito novo" que tem na prática seu fundamento e na ação dos indivíduos sua referência. O *olhar de gênero* é uma das muitas possibilidades. Para além do Direito.

Referências

BARSTED, Leila Linhares. Novas legalidades e novos sujeitos de direitos, in ÁVILA, Mª Betânia; PORTELA, Ana Paula; FERREIRA, Verônica (orgs). **Novas legalidades e democratização da vida social: família, sexualidade e aborto**. Rio de Janeiro: CLAM/Garamond, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto, BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**, 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CÂMARA, Cristina. Os sujeitos da luta, in ÁVILA, Mª Betânia; PORTELA, Ana Paula; FERREIRA, Verônica (orgs). **Novas legalidades e democratização da vida social: família, sexualidade e aborto**. Rio de Janeiro: CLAM/Garamond, 2005.

CARRARA, Sérgio. O Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos humanos e o "lugar" da Homossexualidade, em GROSSI, Mirian et al. **Movimentos Sociais, Educação e Sexualidades**. Rio de Janeiro: CLAM/Garamond, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** teoria geral do Direito Civil, 19 ed, rev, São Paulo: Saraiva. 2002, v.01.

FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**, 2 ed. São Paulo: Loyola, 1996.

FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o Poder, in RABINOW, Paul e DREYFUS, Hubert. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**, 4 ed. São Paulo: Artmed Editora, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: teoria geral do Direito Civil, 3 ed, rev, atual, ampl, São Paulo: Editora RT, 2003, v. 01.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero, **Sexualidade e Educação**: uma perspectiva pós-estruturalista. Petrópolis: Vozes, 2003.

NOGUEIRA, Christiane Vieira. Direito e Gênero: transexuais e retificação do registro civil. **Revista Diálogo Jurídico,** Fortaleza: Faculdade Farias Brito, ano 1, n. 01, 37-57, jan./jul.2002.

PAIVA, Antônio Cristian Saraiva. A conjugalidade homossexual no sistema de gênero e para além: micropolíticas homoeróticas. **Revista de Ciências Sociais**, v.37, n.1, p.63-76, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade vista pelos Tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PEREIRA, Verbena Laranjeira. Gênero: dilemas de um conceito, em STREY, Marlene e al.(org). **Gênero e Cultura**: questões contemporâneas. Coleção Gênero e Contemporaneidade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

PISCITELLI, Adriana. Ambivalência sobre o conceito de sexo e gênero na produção de algumas teóricas feministas, em AGUIAR, Neuma (org). **Gênero e Ciências Humanas**: desafio às ciências desde a perspectiva das mulheres. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 1997.

RAMOS, Silvia. Violência e homossexualidade no Brasil: as políticas públicas e o movimento homossexual, in GROSSI, Mirian et al. **Movimentos Sociais, Educação e Sexualidades**. Rio de Janeiro: CLAM/Garamond, 2005.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil**: parte geral, 9 ed, São Paulo: Atlas, 2009. Coleção Direito Civil, v.01.

---

[1] FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**, 2 ed. São Paulo: Loyola, 1996. p. 51-60.

[2] Normalização e sujeição podem ser entendidas como técnicas e efeitos do exercício do poder que alguns (indivíduos ou grupos) exercem sobre outros (indivíduos ou grupos) com o objetivo de definir, limitar e estruturar o seu campo possível de condutas (FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o Poder, em RABINOW, Paul e DREYFUS, Hubert. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 19951995, p. 245).

[3] Ibidem, p. 234-235.

[4] Cabe aqui retomar as relações entre o direito e os marcadores de identidade que sinalizam o trânsito do sujeito na convivência social: busca-se a possibilidade jurídica de afirmar a própria identidade, por diferente que seja, sem que esta seja tomada pelo direito como um marcador que isola e exclui o indivíduo, fixando coercitivamente um

lugar social limitador de direitos. Um exemplo seria o homossexual que ao afirmar sua identidade sexual é, por essa mesma razão, legalmente impedido de casar-se.

[5] CARRARA, Sérgio. O Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos humanos e o "lugar" da Homossexualidade, in GROSSI, Mirian, et al. **Movimentos Sociais, Educação e Sexualidades**. Rio de Janeiro: CLAM/Garamond, 2005, p.19.

[6] BITTAR, Carlos Alberto, BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**, 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 p. 47

[7] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 01: teoria geral do Direito Civil, 19 ed, rev, São Paulo: Saraiva. 2002.

[8] Processo nº 621/89 citado em DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 01: teoria geral do Direito Civil, 19 ed, rev, São Paulo: Saraiva. 2002.

[9] Apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 01: teoria geral do Direito Civil, 19 ed, rev, São Paulo: Saraiva. 2002

[10] Apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 01: teoria geral do Direito Civil, 19 ed, rev, São Paulo: Saraiva. 2002

[11] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade vista pelos Tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey: 2000.

[12] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade vista pelos Tribunais. Belo Horizonte**: Del Rey: 2000

[13] STJ, RE nº 678.933 - RS (2004/0098083-5), Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 22/03/2007, DJ de 21/05/2007, p. 571.

[14] VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: parte geral**, 9 ed, São Paulo: Atlas, 2009. Coleção Direito Civil v.01.

[15]TJSP, Ac. 700139098745-4-2006, Rel. Des. Maria Berenice Dias, 7 CC. , apud VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: parte geral**, 9 ed, São Paulo: Atlas, 2009. Coleção Direito Civil v.01. Também estão disponíveis os julgados TJSP, Ap cível 430.069-4/0-00, de 23-5-2007 - 8ª Câmara de Direito Privado; TJRS. Ap cível 70018911594, de 25-4-2007 - 7ª Câmara Cível, TJRS, AP cível 70017037078, de 28-2-2007, 7ª Câmara Cível e TJRS. Ap Cível 70013580055, de 17-8-2006, 8ª Câmara Cível, todos no sentido da modificação do registro e do resguardo da intimidade do requerente).

[16] É importante destacar a inovação trazida pela decisão da desembargadora, pois aponta para a extensão do direito de modificação do nome não só para a categoria dos transexuais (indivíduos cujo sexo anatômico é cirurgicamente modificado), mas também para os chamados transgêneros (indivíduos que transitam entre os gêneros masculino e feminino sem que se submetam à cirurgia para mudança de sexo).

[17] EWALD, François *apud* FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o Direito. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 33-34

[18] FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o Direito. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 293.

O DIREITO À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA NOS DIREITOS BRASILEIRO E COMPARADO*

THE RIGHT TO PSYCHOPHYSICS INTEGRITY IN BRAZIL'S RIGHTS AND COMPARED

José Aparecido Camargo

RESUMO

A dignidade da pessoa humana, princípio magno e vetor constitucional, redoma que envolve todo o ordenamento jurídico, se expressa de no respeito e na garantia dos direitos da personalidade, que se destacam por dar ao ser humano o fundamento da sua essência, o arcabouço físico, emocional e espiritual que conformam a sua existência enquanto criatura digna, fruto da vontade do Criador. A garantia e eficácia dos direitos da personalidade, condições inexoráveis à sua tutela solicitam uma proteção jurisdicional pronta e efetiva, e é o objeto deste estudo em comparação com o direito europeu verificar esses pressupostos na dinâmica sócio-jurídica.

PALAVRAS-CHAVES: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS DA PERSONALIDADE, DIREITO À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA, DIREITO COMPARADO.

ABSTRACT

The dignity of the human person, and vector constitutional principle magnum, bell jar that involves the entire legal system, is expressed on respect and guarantee the rights of personality, which are distinguished by giving the man the foundation of its essence, framework physical, emotional and spiritual that make its existence as a creature worthy because of the will of the Creator. The security and effectiveness of rights of personality, the conditions of their supervision inexorable call for prompt and effective judicial protection, and is the object of this study in comparison with European law verifies these assumptions in the dynamic socio-legal.

KEYWORDS: HUMAN DIGNITY, FUNDAMENTAL RIGHTS, RIGHTS OF PERSONALITY, RIGHT TO INTEGRITY PSYCHOPHYSICS, COMPARATIVE LAW.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos de personalidade são aqueles direitos cujas manifestações derivam do princípio magno e vetor constitucional da dignidade da pessoa humana, e se ligam de

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

modo indissolúvel, aos direitos do homem ou aos direitos humanos fundamentais, destacando-se o direito à vida. Ressaltam-se entre aqueles direitos os que dão ao ser humano o fundamento da sua essência, o arcabouço físico, mental, emocional e espiritual que conformam a sua existência enquanto criatura digna, fruto do Criador. Nesse sentido, o ser humano, se alijado da satisfação de suas necessidades – estruturantes dos direitos de personalidade – tais como o direito de cidadania, à vida, à integridade psicossomática, à privacidade, à identidade pessoal, liberdade de expressão, é fulminado na sua própria existência e dignidade como ser humano. Isto porque referidos direitos contribuem e até mesmo constituem a justificativa da própria vida digna, uma dignidade sem a qual o homem não encontra razão para a sua existência desenvolvendo-se na sua personalidade ímpar conectado ao ambiente sócio-ecológico no qual está inserido. Daí decorre a sua auto-estima, o seu amor próprio, característicos da realização dos direitos da personalidade que determinam a sua satisfação e concretude.

A personalidade ou o modo de ser do indivíduo, aquilo que o caracteriza como único e distinto de outros no meio no qual vive, requer uma proteção jurídica fundada na sua dignidade, à sua relevância como membro de uma sociedade ou de um grupo social que não pode prescindir de sua presença e influência. Isto porque os membros de um grupo são intercambiáveis nas suas experiências, vivências, se sustentando mutuamente, numa simbiose inerente ao ser humano. Ignorada, o crescimento e o desenvolvimento do homem na sua individualidade, nos aspectos físicos, mentais, emocionais e até espirituais se frustram, transformando-o num ser sem identidade, seja, cultural, familiar, social, desintegrando-o como pessoa e afastando-o, gradativamente, do seu meio social de sustentação.

Estes comentários exordiais procuram traduzir, em poucas linhas, a relação entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, ambos adidos, inexoravelmente, ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, vetor estrutural do Texto Maior, redoma sob a qual se abriga todo o ordenamento jurídico e cujo reconhecimento é imprescindível à sua condição natural. O estudo da integridade psicofísica, aspecto essencial do direito de personalidade, é um dos objetivos desse *paper* dirigido à sua conformação no direito comparado, principalmente europeu, uma abordagem que permita constatar até que ponto universalidade e o reconhecimento desses direitos são discerníveis. Pergunta-se: o reconhecimento e a garantia desses direitos, principalmente os psicofísicos, é unânime na Comunidade Européia? Obedecem a uma conformação jurídica uniforme ou pelo menos guardam semelhança no seu conteúdo? O ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional, é suficiente à sua fundamentação? A reparação dos danos decorrentes, materiais, morais, psíquicos, tem recebido do judiciário a devida consideração? Estas são questões que este *paper* procura responder.

2 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Direitos humanos fundamentais são aqueles inerentes ao próprio homem, à natureza humana; são necessidades básicas, um direito que cada ser humano tem de esperar certos padrões e liberdades pela sua existência. Esses direitos são tão importantes quanto às necessidades orgânicas, à observação das leis da física, à adoção e ao respeito de valores morais, à provisão de sua necessidade espiritual.[1] A própria

expressão direitos humanos fundamentais apresenta uma diversidade terminológica tal como direitos humanos, humanos fundamentais, do homem, individuais, liberdades fundamentais e[2] necessidades básicas, entre outras expressões. Uma das descrições mais amplas do que são considerados direitos humanos encontra-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos – ou do Homem – adotada pelas Nações Unidas em 1948. Depois de mencionar que todos os homens têm direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, especifica direitos como à liberdade da escravidão, da tortura e do castigo degradante, proteção contra a interferência na privacidade duma pessoa, a liberdade de pensamento, consciência e religião e o direito a um padrão de vida adequado à saúde e ao bem-estar dum homem e de sua família, manifestações da personalidade.

Tem sido longa a discussão sobre a origem desses direitos, concluindo alguns que se fundamentam nas tradições, outros nos direitos naturais, outros nos princípios e leis divinos.[3] "Em todo o mundo, nas nações livres e mesmo nos países totalitários, existe uma preocupação com o assunto da liberdade humana, dos direitos humanos", afirmou *Patrícia Dering*, autoridade do Departamento de Direitos Humanos e Assuntos Humanitários, do governo dos Estados Unidos.[4] De modo que mais importante que uma longa lista de direitos humanos fundamentais é a sua materialização, uma vez que os estatutos de direitos, as constituições ou as leis são, com maior freqüência, declarações de aspirações e de expectativas não realizadas, ao invés de descrições de uma realidade observável. Em outras palavras, tais documentos, mui amiúde, declaram de forma simples o ideal esperado pela classe política e pela sociedade em geral, ao passo que a realidade é diferente, principalmente nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, não se excluindo dessa realidade até mesmo os países desenvolvidos. Outro fator preponderante na materialização dos direitos fundamentais relaciona-se com a ideologia dos governos predominantes e as suas condições econômicas. Condições que podem ou não produzir um ambiente propício, jurídica e socialmente, que permita ou facilite o usufruto de alguns dos direitos descritos na Declaração Universal e recepcionados ou não pelas diversas constituições nacionais. A situação, infelizmente, tem sido como disse, certa vez, o filósofo holandês, Spinoza: "Todo o mundo tem tantos direitos quantos seus poderes."[5] No entanto se admite que

el respeto que se da a la persona humana tiene amparo constitucional. La Constitución protege la dignidad de las personas y reconoce que hay valores que están sobre el Estado y que deber es tutelar, amparar estos bienes jurídicos que son superiores. Con respecto a estos valores, la libertad, la objeción de conciencia, la dignidad, la realización espiritual de los ciudadanos son las cosas por las cuales el Estado debe velar. [6]

2.1 Origens, Formação Histórica, Conceito e Características

A origem dos direitos humanos fundamentais se confunde com a própria origem do homem, mais especialmente com o surgimento da organização da vida em sociedade, pois sem os quais não é possível a convivência entre pessoas. Isso conduz ao reconhecimento de que

a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado

constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Nesse contexto, há que se dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma, também a a história da limitação do poder.[7]

Embora haja muitas controvérsias e discussões sobre a gênese dos direitos fundamentais, fazendo-se referências ao código de Hamurabi, à filosofia de Mêncio[8], na China, e à civilização heleno-romana, se entende que na Idade Média se encontra a gênese das declarações de direitos. Nesse aspecto a teoria do direito natural contribuiu "condicionando [o aparecimento do] princípio das leis fundamentais do Reino limitadoras do poder do monarca, assim como o conjunto de princípios que se chamou humanismo".*[9]*

Nesse contexto emerge a *Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannen at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae [Grande Carta das liberdades, ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês]*, que remonta ao "Os Artigos dos Barões", quando então foi selada pelo Rei João Sem Terra (1119-1126). O preâmbulo destaca: 'Cláusulas reivindicadas pelos barões e concedidas pelo rei.' Dentre os artigos destaca-se o 39, a base histórica para as liberdades civis garantidas pela lei inglesa, traduzidas pelo *due process of law*, que diz: "nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos, ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordos com a lei da terra." William Pitt, estadista britânico, destacou a *Magna Charta*[10] como parte da 'bíblia da Constituição Inglesa",[11] que se tornou um símbolo das liberdades públicas servindo de base a que juristas, extraíssem dela os fundamentos da ordem jurídica democrática do povo inglês.[12] Desse modo, os ideais de liberdade inspirados na *Magna Charta* foram disseminados, no decorrer do tempo, por todo o mundo da língua inglesa e daí para o mundo ocidental. "Aliás, a Inglaterra foi terreno fértil para que fossem gerados estatutos assecuratórios de liberdades públicas",[13] traço distintivo dos direitos fundamentais. De a *Magna Charta*, em 1215, do *Bill of Rights* inglês, de 1689, à Declaração da Independência dos EEUU, em 1776, à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na França, se construiu uma escala de direitos individuais progressivos, para fazer frente ao poder político. Um marco ou referência, como "instrumento assecuratório das liberdades públicas" na história dos direitos e garantias fundamentais é a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia [12-1-1776] antes que a Declaração dos Estados Unidos da América, "fortemente influenciada pelas idéias de Rousseau, Montesquieu, Locke, Jefferson, Adams, James Madison, George Mason *et alii*. [14]

Finalmente, em 1948, após um longo percurso, a estadista americana Eleanor Roosevelt presidiu a elaboração da *Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas*, na esperança de que se tornasse uma "Magna Carta Internacional para todos os homens". A Declaração da ONU, "constitui a mais importante conquista dos

direitos humanos fundamentais em nível internacional".[15] O fato é que, uma análise histórica evidencia que, paulatinamente,

> o processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais[16]

Desde então, a questão dos direitos humanos fundamentais adquiriu uma dimensão até então inexistente. De modo que à medida que a história humana tem se desenrolado o século XXI apresenta-se como aquele no qual as garantias e as liberdades individuais serão objeto primário da preocupação internacional. Nesse respeito, os Estados cada vez mais, aqueles que ainda não o fizeram, serão estimulados a adotar e a respeitar os direitos e garantias individuais, moldando sua própria Constituição ao valor supremo da dignidade humana. Isso porque tais direitos e garantias, se não positivados, não passam de meras expectativas não realizadas. Só são fundamentais quando reconhecidos pelo ordenamento jurídico desde a Constituição e sua inobservância produza "conseqüência jurídicas"[17], pois a expressão 'direitos fundamentais do homem' traduz uma condição jurídica essencial à sua realização, , ou seja, manifesta "direitos formalmente reconhecidos e concreta e materialmente efetivados".[18]

Exsurge da concepção a ligação umbilical entre os direitos fundamentais e os princípios da igualdade e da liberdade, destacando-se os direitos fundamentais como atributo inexorável da dignidade humana, sem a qual o homem não é livre, igual, satisfeito, não existe na sua própria dignidade. Nesse respeito o Texto Maior recepciona 'o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade.[19] Nesse contexto emerge a lição que esses são direitos inatos, absolutos, irrenunciáveis porque decorrem da história, da demanda da pessoa humana pela igualdade, fraternidade e liberdade.[20] [21]

Sedimentado assim que os direitos humanos fundamentais são atributos inerentes à dignidade humana, alicerçados nos princípios da liberdade e da gualdade,[22] tem-se que do direito à vida do qual deriva o consectário da dignidade humana, nascem os direitos da personalidade cujo [objeto] "é tudo aquilo que disser respeito à natureza do ser humano, como por exemplo, a vida, a liberdade [*v.g.* de pensamento, religiosa, política, sexual, de expressão], a proteção de dados pessoais, da integridade física e moral [e psíquica], da imagem, da vida privada, [23] da intangibilidade da família".[24]

2.2 Na Constituição Federal de 1988: Garantia e Eficácia

"Como marco jurídico da transição ao regime democrático, [ampliou] o campo dos direitos e garantias fundamentais, estando entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria",[25] o Texto Constitucional destaca-se como um exemplo às nações democráticas em todo o mundo. De fato a Constituição se qualifica pela garantia dos direitos fundamentais, como a própria essência da sua natureza, ou

seja, seria gravemente destituída de seu escopo se não traduzisse à sociedade a realização desses que são valores perenes. Tanto que se pode afirmar que

> os direitos fundamentais integram, [...], ao lado da definição da Forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, nesse sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.[...] os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder [que, ademais, não é comum a todos os direitos], critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem institucional, [...].[26]

Destarte, a Lei Constitucional no seu artigo 3º, ao fixar os objetivos fundamentais da República, enumera aqueles que estão ligados à garantia e efetividade dos direitos fundamentais. E é a primeira vez que a Constituição assinala os objetivos fundamentais do Estado brasileiro e alguns "valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana".[27] A consagração da liberdade, os ideários da justiça e da solidariedade e a enunciação do princípio constitucional da isonomia, em função disso, se sobressaem no Documento constitucional.[28] E o princípio da prevalência dos direitos humanos nas suas relações externas não tolera ou admite ligações e/ou associações, no campo dos negócios ou dos assuntos diplomáticos, com países que violem ou admitam suas violações,[29] "como um princípio norteador [e que] espraia sua influência na nossa ordem jurídica interna," [30] pelo que "está-se admitindo a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional".[31] Não é por outro motivo que a Constituição no artigo 5º, parágrafo 2º, assegure que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais [nos quais a] República Federativa do Brasil seja parte"[32]

O reconhecimento dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados passa por sua garantia, efetividade e eficácia. Isto porque, da distinção entre direitos e garantias fundamentais, "a sistemática adotada pelo constituinte de 1988 [...] não separa, com exatidão, os direitos das garantias fundamentais", e classifica as garantias relacionadas aos direitos fundamentais em duas espécies: garantias fundamentais gerais, que se realizam por meio de princípios e preceitos constitucionais – princípio da legalidade, princípio da liberdade, princípio do devido processo legal – e garantias fundamentais específicas que tornam efetivos os direitos.

> São as garantias propriamente ditas [...] que instrumentam, os direitos, fazendo valer o conteúdo e a materialidade das garantias fundamentais gerais. Através das garantias fundamentais específicas, os titulares dos direitos encontram a forma, procedimento, a técnica, o meio de exigir a proteção incondicional, de suas prerrogativas. [...] logram o caráter instrumental, propiciando a obtenção de vantagens e benefícios que defluem dos direitos que visa tutelar.[33]

Não se mostra suficiente a constitucionalização desses direitos naturais do homem, pois "[precisam] ser garantidos contra o abuso do [Estado], se completando, a declaração de direitos, com a sua proteção formalizada na Constituição".[34] As garantias constitucionais correspondem a recursos jurídicos destinados à efetivação dos direitos que asseguram como aquelas garantias contidas nos incisos XXXV a LXXVII, do citado artigo 5º.[35] Essas garantias são também direitos, instrumentos de proteção através dos quais os cidadãos demandam seu reconhecimento dos poderes públicos e os meios processuais adequados a essa finalidade [ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos]. [36] A eficácia dos direitos humanos fundamentais parece estar assim vinculada à aplicabilidade das normas jurídicas. E é nesse sentido que se distingue a noções de eficácia jurídica e social, estando esta submissa ao conceito de efetividade.[37] Desdobra-se entre a eficácia social da norma ou sua aplicação no plano dos fatos e a sua eficácia jurídica, a sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade como possibilidade de sua aplicação *in casu*.[38] Assim a eficácia social da norma se confunde com a sua efetividade, sua materialização no mundo dos fatos, "entre o dever ser normativo e o ser da realidade social" e a sua eficácia jurídica é a "possibilidade de sua aplicação aos casos concretos, com a conseqüente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes [quando não reconhecidos ou respeitados espontaneamente]."[39] Vem à tona o ensinamento de que "as garantias fundamentais consignam recursos jurídicos [...] e a instrumentalização das garantias são as ferramentas de trabalho para a concreção dos direitos.[40]

Assim, "as normas constitucionais não são dirigidas, como se poderia concluir, aos cidadãos, mas sim ao Poder Público, a quem cabe executar, legislar, e decidir acerca da matéria estabelecida na Constituição" [41], essencialmente no sentido de assegurar a dignidade é inerente à pessoa humana. Os direitos da personalidade, que buscam "evitar a prática da crueldade e da selvageria [e amparar] o homem contra agressões físicas e [...] morais," [42] seriam inúteis se não assegurados à sua efetividade social e jurídica, uma vez que "a dignidade humana continuaria sendo violada sem que nenhuma providência [fosse] tomada para eliminar possíveis fraudes constitucionais cometidas a esses que são dispositivos supremos do Estado".[43] Finalmente, da limitação inserida na Constituição pátria no art. 60, § 4º, inciso IV, de que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais", uma cláusula férrea que impede a sua supressão, releva-se o valor preponderante da dignidade da pessoa humana. Essa questão levanta duas diretrizes:

a) não apenas as alterações da Constituição que objetivam a supressão dos princípios guindados à condição de "cláusula pétrea", mas também as que revelam uma tendência à sua supressão se encontram vedadas; e b) os projetos de emenda que atentam contra estes mandamentos sequer poderão ser apreciados e votados pelo Congresso, de tal sorte que mesmo antes de sua promulgação se viabiliza o controle jurisdicional de sua constitucionalidade. [44]

Junte-se aqui o princípio da aplicabilidade imediata – art. 5º, § 1º, da Carta Maior –, que dá a dimensão de sua garantia e a amplitude de sua eficácia nos níveis administrativo, legislativo e judiciário, vinculando o poder público, o legislador, juízes e tribunais, ou seja, vinculam a todos quanto se ligam à sua eficácia ou efetividade.[45]

Da análise da garantia e da eficácia dos direitos fundamentais reproduz-se as palavras através das quais se reafirma que "não apenas a existência da lei, mas a sua falta pode revelar-se afrontosa aos direitos fundamentais. [A sua concretização] exige a edição de normas legislativas e a inércia do legislador pode caracterizar uma afronta constitucional"..[46]

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Dignidade é a qualidade ou o estado de quem é digno, honrado ou estimado; é o amor próprio [o ingrediente que dá dignidade à existência humana], a auto-estima, o brio, a honra; é um senso de realização e felicidade; é a garantia dos direitos fundamentais do homem.[47] Violar ou atropelar a dignidade do homem é um golpe doloroso, pior do que infligir a morte física, o que nos faz lembrar as palavras da Dra. Inge Genefke, membro do Conselho Internacional de Reabilitação para Vítima de Tortura (*Cirvit*), Copenhague, Dinamarca: "É mais fácil curar ossos quebrados, no que almas despedaçadas."

"Para o direito constitucional brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo",[48] ao qual se vinculam os direitos da personalidade que

> pelo simples fato de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem; são condições essenciais ao seu ser e dever; revelam o conteúdo necessário da personalidade; são emanações da personalidade humana em si; são direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade; têm por objeto, não algo de exterior ao sujeito, mas os modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da personalidade física, moral e jurídica ou manifestações parcelares da personalidade humana.[49]

Esses "representam os direitos mais íntimos e fundamentais do homem",[50] e são aqueles que mais estreitamente se ligam à dignidade humana, a ponto de se confundirem, de certo modo, com ela.[51] Acrescenta-se ainda que são "direitos subjetivos particulares, que consistem nas prerrogativas concedidas a uma pessoa pelo sistema jurídico e assegurada pelos meios de direito, para fruir e dispor" que se destinam à "preservação e ao resguardo da integridade física, psíquica e moral do ser humano, no seu desenvolvimento.[52] Esta concepção revela a transcendência da dignidade humana e a necessidade de se considerar o homem como um todo indissociável, resultado um conjunto de peculiaridades físicas, fisiológicas, psíquicas e culturais que se abrigam sob a égide dos direitos da personalidade. É a qualidade do que

é pessoal aquilo que determina a individualidade de uma pessoa moral; o elemento estável da conduta da pessoa; e sua maneira habitual de ser; aquilo que a distingue de outra. Sob o aspecto jurídico é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica, para exercer direitos e contrair obrigações e sob o aspecto psicológico, é a organização constituída por todas as características cognitivas, afetivas, volitivas e físicas de um indivíduo.[53] Os direitos á vida, á integridade física e psíquica, á honra, a liberdade, são de personalidade como qualidades que se agregam ao homem em consonância com o que dispõe o artigo do Código Civil, no artigo 11, que estatui: "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária." Foi em função disso que, provendo contornos de maior eficácia, o Texto Maior adotou duas providências nucleares: uma consagrando a autonomia da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa e outra garantindo a indenização por danos material ou moral decorrentes de sua violação [art. 5º, inciso X].[54]

Dessa condição jurídica a violação desses direitos enseja indenização por danos materiais, morais e materiais e morais, cumulativamente, o que só a partir da lei fundamental de 1988 passou a receber maior atenção dos tribunais pátrios em "reconhecimento do dano moral e sua compensação financeira, principalmente à luz dos direitos da personalidade".[55]

3.1 O Direito à Vida, à Integridade Física e à Integridade Moral

Feitas estas observações conceituais importa qualificar e caracterizar a vida, que pode ter os seguintes significados: [56] é a própria existência; vida humana; o que representa para alguém motivo de prazer, de estímulo, de amor à vida; aquilo representa força, ânimo, entusiasmo e vitalidade. São significados cruciais para uma maior compreensão do que significa ou representa o direito fundamental e inalienável e intransferível à vida, um dos preceitos constitucionais básicos. Isto porque a vida, além da saúde física, emocional e mental – o que é mais do que a simples ausência de doenças ou patologias –, exige para a concretude da dignidade a auto-estima, o senso de amor-próprio, de realização e de satisfação, o reconhecimento dos valores de sua individualidade. Por certo o viver não está alienado do pensar, transitando de um processo interior [o que o ser humano é no seu mais profundo íntimo] a um processo exterior [aquilo que ele manifesta ou externa nas mais diversas formas] e que resulta daquilo que realmente é,[57] de modo que sejam reconhecidos, garantidos e respeitados "todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana", os seu contorno individual nas suas diversas expressões, "acrescentando-lhe, inclusive, valores como o sentimento, a inteligência, vontade, a igualdade, a segurança e o desenvolvimento da personalidade".[58] Estes direitos de personalidade estão protegidos sob a redoma constitucional que se baliza pelo princípio da dignidade da pessoa, o que significa que até mesmo a ausência de uma legislação infraconstitucional aplicável não poderia desculpar a sua lesão ou a violação. Ao Estado incumbe reconhecê-los e positivá-los desde a Constituição à legislação infração constitucional, protegendo-os "contra o arbítrio do poder público e às incursões de particulares".[59] São absolutos, extra-patrimoniais ou extra-pecuniários, intransmissíveis ou indisponíveis, impenhoráveis e imprescritíveis, irrenunciáveis, vitalícios, necessários e ilimitados,[60] mas possuem limitações, "não servindo de substrato para alegações contrárias ao ordenamento jurídico",[61] cuja relatividade que só pode ser apurada no caso concreto, sob os auspícios do Poder Judiciário. Estão dotados de eficácia *erga omnes* pela sua oponibilidade perante terceiros e pelo aspecto de sua

inviolabilidade,[62] que decorre do fato de que não pode ser ultrajado por quem quer que seja. Essa oponibilidade "[representa] a eficácia dos poderes e faculdades do titular do direito [...] em relação a todos os outros sujeitos [...]". [63]

Outra peculiaridade revela-se por não existir hierarquia entre as várias manifestações dos direitos de personalidade, assim como não há uma escala entre os direitos humanos fundamentais. Devem ser considerados na sua necessidade de coexistirem, "pautados na lógica do conhecimento, do proveito, e da busca da felicidade, [o que não permite] justificar, inescrupulosamente, ofensas a esses mesmos direitos",[64] sobressaindo nesse contexto à integridade física, o direito à integridade moral e o direito à integridade intelectual ou psíquica.[65] Podem ser qualificados também como sendo múltiplos e inesgotáveis, classificando-se consoante a sua natureza[66] como físicos os dotes que são naturais, "extrínsecos à personalidade", incluindo a integridade física, os corpo e suas partes, a imagem e a voz. No aspecto psíquico incluem-se a inteligência, as emoções, os sentimentos, a intimidade, o segredo, a integridade psíquica, "elementos intrínsecos à personalidade". Os morais incluem a identidade, a honra, as criações do intelecto, "como atributos que se projetam na sociedade".

Revela-se assim que o direito à integridade psicossomática, uma das obrigações constitucionais do Estado, "é a faculdade conferida pelo sistema jurídico de conservar-se [a pessoa] íntegro e perfeito, desenvolvendo-se normalmente sem sofrer qualquer diminuição".[67] Por conseguinte, está protegido nos artigos 944, 948 *a* 951, do Código Civil[68] e no artigo129 do Código Penal[69], como "uma condição de convivência normal, de segurança, de eficaz desenvolvimento da atividade individual profícua" que se manifesta como "a faculdade de conservar a substância corpórea íntegra, completa, perfeita e acabada, sem qualquer lesão que possa comprometer sua manifestação interna e externa". É mister compreender que o direito à vida envolve a integridade psicofísica, punindo a lei os ilícitos que danifique o corpo, a mente, a consistência emocional, "tipificando o delito de lesões corporais de um modo tão amplo que compreende o sofrimento físico, o prejuízo à saúde e as perturbações às faculdades intelectuais". [70] Na integridade moral, que inclui também aspectos da integridade psíquica, destacam-se a liberdade religiosa, a segurança moral, a honra, a intimidade, a imagem, a estética e os segredos pessoal, doméstico e profissional. Relaciona-se com o ser humano como um todo: corpo, intelecto, emoções, sentimentos, formação cultural, religiosa, enfim, tudo quanto diga respeito à sua própria intimidade, honra e imagem, à sua personalidade.[71] De modo que a integridade moral guarda estreita relação com o artigo 5º, inciso VI, da Constituição e a integridade intelectual inclui o direito à liberdade ou a livre manifestação do pensamento, de acordo com o disposto no Texto Magno, artigo 5º inciso IV. Isto significa que ao ser humano cabe o respeito às suas convicções morais, culturais, filosóficas, religiosas e científicas, obviamente respeitados os direitos de outros indivíduos, da coletividade e os preceitos de ordem pública. Compreende-se então que a vida, no contexto dos direitos da personalidade, é mais do que apenas uma estrutura funcional, biológica, dinâmica, um processo. Abrange a história biográfica da pessoa dizendo respeito à sua dignidade, intimidade, privacidade e integridade [psicossomática].[72]

A integridade física ou corporal admite violação em casos extraordinários que representem a preservação da vida, no caso de amputação de uma perna atingida por gangrena, por exemplo. A integridade moral e psíquica destaca os aspectos imateriais

ou espirituais sem os quais a pessoa se reduz a um estado "vegetativo", o que pode ser também produto de doenças, transtornos ou perturbações mentais, resultantes de violações exógenas.[73] Nesse contexto, caso violados sua integridade física, moral, intelectual ou psíquica, sepulta-se a sua perspectiva de realização juntamente com a sua dignidade.

3.2 O Direito à Integridade Psicofísica nos Direito Brasileiro e Comparado

Não se pode descuidar que, como fundamento da individualidade da pessoa natural, a personalidade é o conjunto de caracteres próprios da pessoa, caracterizados pela vida, pela honra, pela integridade psicofísica, moral, estética, uma plêiade de "atributos que constituem o seu conteúdo natural e que merecem proteção jurídica. [...] é a capacidade que tem um indivíduo de adquirir direitos e contrair obrigações".[74] Entretanto, tutelar a personalidade psicofísica da pessoa é mais do que protegê-la contra ataque de terceiros. Objetiva também protegê-la – corpo e psique – em relação a ela própria, obstando-a em dispor de seu corpo ou de partes dele que possam lhe causar perene diminuição da integridade física e, por extensão, da psíquica.[75] Isso porque a dimensão positiva da dignidade humana pressupõe o desenvolvimento integral de cada pessoa e o reconhecimento de sua auto-disponibilidade, sem ingerências ou óbices externos, das suas possibilidades de agir como individuo ímpar e a sua "autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes de uma predeterminação dada pela natureza".[76]

Da dignidade da pessoa humana pode ser destacada a "afirmação da integridade física e espiritual da pessoa humana como dimensão irrenunciável de sua individualidade autonomamente responsável".[77] Essa individualidade autonomamente responsável o coloca, nos limites da legislação infraconstitucional, como senhor de sua vida, de seu corpo, numa dimensão relacionada com a sua integridade física, seus valores morais e sua integridade espiritual, do que se conclui que a integridade física, moral, psíquica, intelectual e os valores da pessoa devem nortear a consecução de sua dignidade. Ao Estado cabe proporcionar todos os meios para que as pessoas possam ser dignas, ter amor-próprio, auto-estima, aspectos complexos de a dignidade de todo ser humano. Nesse aspecto, quanto à sua integridade psicofísica[78], o direito pátrio fornece garantias constitucionais e infraconstitucionais para que essa tutela se realize em qualquer subsistema componente do sistema jurídico. Trata-se dum arcabouço de proteções que nasce no núcleo constitucional da dignidade porque "a pessoa humana – toda e qualquer pessoa humana – é o bem supremo de nossa ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim".[79]

A proteção aos direitos da personalidade ou a tutela do direito à integridade psicofísica do homem encontra seu arcabouço jurídico desde o Texto Maior, explícita no seu artigo 5º, inciso III, que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante", no inciso V, que "assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" e no inciso X estatui a inviolabilidade da "intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". O inciso XLIX assegura ainda "aos presos o respeito à integridade física e moral". A legislação infraconstitucional, com valor nitidamente constitucional, em especial no Código Civil, artigos 11 a 21, e cuida especialmente dos direitos da personalidade. Destaca-se pela relevância o conteúdo do artigo 12[80] que

em perfeita consonância com o artigo 186[81], ambos do Código Civil, qualificam a responsabilidade civil subjetiva que é o sistema geral do Código." Responsabilidade esta que se funda na teoria da culpa: para que haja o dever de indenizar é necessária a existência do dano, do nexo de causalidade, entre o fato e o dano e a culpa *lato sensu* (culpa, imprudência, negligência, imperícia; ou dolo), do agente".[82] Apresenta também o Código Civil o sistema subsidiário da responsabilidade civil objetiva[83] fundada na teoria do risco, bastando a existência do dano e da causalidade entre o fato e o dano, sendo irrelevante a conduta [dolo ou culpa] do agente.. "Haverá responsabilidade civil quando a lei assim o determinar[84] ou quando a atividade do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem, *v.g.*, atividades perigosas.[85]

Os danos advindos à existência da pessoa, como os materiais, morais, psíquicos e estéticos sujeitam-se à devida reparação, o que tem encontrado ressonância favorável nos Tribunais pátrios, principalmente no Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, a indenização por dano material [é cabível] toda vez que houver diminuição do patrimônio do lesado, causando-lhe prejuízo econômico que podem apresentar-se sob a forma de emergentes [*damnum emergens*] e de lucros cessantes [*lucrum cessans*].[86]

A reparação do dano causado à integridade psicossomática do indivíduo revela-se por uma indenização pecuniária que inclui o dano material na sua totalidade, incluindo as perdas futuras e o dano moral, "que corresponde à dor física e psíquica experimentada pela vítima e que [pode incluir] o dano estético".[87] A fixação do valor da indenização considera a intensidade do sofrimento da vítima, o grau de culpa do ofensor e a capacidade financeira das partes, o que pode não ser adequadamente representado pecuniariamente. A responsabilidade civil cinge-se, portanto, à reparação dos danos causados à vítima e deve ser capaz de ressarcir-lhe o pleno montante do prejuízo em consonância com o *statu quo ante*. A plena restauração da vítima ao estado anterior à lesão corresponde ao princípio da *restitutio in integrum*, o que inclui uma reconstituição natural a uma situação material correspondente – sanção direta e a indenização correspondente ao valor do prejuízo na data do seu ressarcimento – sanção indireta.[88] O dano moral[89] manifesta-se por suas conseqüências, pela mágoa profunda, constrangimento, que atinge seus valores íntimos e influencia o seu estado de espírito.[90] Relevante nesse sentido a Súmula 37 do STJ que pacificou o entendimento de que "são cumuláveis as indenizações por dano moral e material oriundo do mesmo fato". Esta é também a posição da Corte Excelsa que decidiu que "a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais".[91] No que concerne ao dano moral destaca-se também a indenização à pessoa jurídica, tese que tem prevalecido nos tribunais. Superior Tribunal de Justiça na Súmula 227 pacificou o entendimento de que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral".[92]

O dano psíquico, especificamente, é aquele relacionado "com um evento traumático – acidente, doença, delito –, que tenham resultado prejuízos às aptidões psíquicas prévias e que tenha caráter irreversível ou ao menos durante longo tempo".[93] Há uma relação entre o dano moral e o psíquico, podendo se afirmar que o psíquico pode resultar da evolução do dano moral, mas nem todo dano moral resulta em dano psíquico. Isto porque o psíquico pode resultar de transtornos ou doenças mentais oriundas de causas naturais e biológicas, podendo ser agravado por um dano físico e emocional cumulativos. O moral se desdobra em dano estético, à intimidade, biológico e os relacionados com a honra, a dignidade, a honestidade, a imagem, nome e

liberdade.[94] O estético, como sofrimento moral oriundo de ofensas que atingem a integridade física da pessoa e que danificam a sua beleza natural, [compromete] "a harmonia de suas formas externas, [torna-a feia aos seus olhos e aos de outros e causa--lhe] humilhação, vergonha, mal-estar, tristeza, equiparando-se ao dano moral para fins de indenização".[95] Não há óbice no entendimento de que o estético como desdobramento do moral, possa também, eventualmente, convergir para o psíquico. Consentâneo ao dano psicofísico o artigo 5º, inciso III, da Carta Maior, garante que "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante", através do qual foi banida, pelo "menos do ponto de vista prescritivo, a prática da crueldade e da selvageria, amparando o homem contra possíveis agressões físicas, morais e [psíquicas]".[96] A tortura, decorre do constrangimento, revela-se pela prática da grave ameaça, da violência que causam dor, sofrimento físico e/ou mental, sendo "inadmissível qualquer tratamento maligno ao homem." [97] O Superior Tribunal de Justiça, em decisão lapidar[98], reconheceu que "a tortura e [a] morte são os mais expressivos atentados à dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil". O Superior Tribunal Federal assentou que "o delito de tortura – por comportar formas múltiplas de execução – caracteriza-se pela inflição de tormentos e suplícios que exasperam na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. [...] A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete – enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento jurídico".[99] O Acórdão do STF afirma ainda que o direito de exigir de outrem uma reparação pelo dano resultante de tortura, não se submete à prescrição da ação "que visa implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade. A Lei 9.140/95[100], que criou as ações correspondentes às violações da dignidade humana, perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória do art. 14, sem estipular-lhe prazo prescricional. Por isso que a *lex speciallis* convive com a *lex generallis*, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade humana".

Quanto ao crime de tortura definido pela Lei 9.455, de 07 de abril de 1997, assim como os danos morais resultantes de agressão à integridade psicofísica, o prazo prescricional para a propositura da ação segue aquele previsto para pleitear a reparação dos danos materiais. No caso de ato lesivo praticado pelo Estado, através dos seus agentes, o prazo é qüinqüenal. O prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização contra ato de particular, conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo cuja certeza surge depois de avaliadas as conseqüências da ofensa à integridade física, e é aquele estabelecido no § 3º, inciso V, do artigo 206 do Código Civil. Neste contexto insere-se a obtenção de provas, cujos limites constitucionais foram estabelecidos no artigo 5º, inciso LVI da Carta Maior. O constrangimento [ameaças, violências ou qualquer meio destinado à supressão da vontade da pessoa] físico, psíquico ou moral para se obter confissão do acusado ou depoimento de testemunhas, procedimentos que podem violar seus direitos e garantias fundamentais, caracteriza-se como ilícito e constitucionalmente reprovável.[101]

Destaca-se ainda no direito pátrio a Lei Maria da Penha nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 que "Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal". O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a aplicabilidade desta Lei "às relações íntimas de afeto como o namoro [que] devem ser analisadas em face do caso concreto [independentemente de coabitação]. *In casu*, verifica-se o nexo de causalidade entre a conduta criminosa e a relação de intimidade existente entre o agressor e a vítima, que estaria sendo ameaçada de morte após romper namoro de quase dois anos, situação apta a atrair a incidência da Lei nº 11.340/2006".[102] Anote-se que a Lei de Violência Sexista, espanhola, "correspondente" à Lei Maria da Penha, tem gerado intenso debate entre os operadores do direito daquele país que questionam, junto ao Tribunal Constitucional espanhol, sua constitucionalidade. Pelo menos sete artigos da Constituição seriam violados entre eles, a igualdade dos cidadãos perante a lei e o direito, o princípio da legalidade e da segurança jurídica e a tutela judicial efetiva.[103]

Outro diploma legal é aquele representado pela Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que "Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências" [104], que no seu artigo **2º-A, estatui que "Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório." Visualiza-se neste caso uma relativização da integridade psicossomática, uma vez que o réu, escusando-se de fornecer material genético para o exame de DNA, permite ao magistrado concluir pela sua paternidade, isso em conjunto com o contexto probatório.**

A tutela do direito à integridade psicofísica no direito comparado, especificamente na Comunidade Européia, colimados na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem[105], destaca na Carta dos Direitos Fundamentais no seu artigo 1º estatui que "a dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida". Os artigos 2º e 3º asseguram "o direito à vida, ressalvada a pena de morte e caso de guerra e o direito à integridade do ser humano", respectivamente. Nesse sentido, no Acórdão de 9 de outubro de 2001, no processo C-377/98, Países Baixos contra o Parlamento Europeu e Conselho, Colect. 2001 p. 1-7079, nos pontos 70 a 77, o Tribunal de Justiça confirmou que o direito fundamental à dignidade da pessoa humana faz parte do direito da União, "não podendo [esta] ser lesada mesmo nos casos em que um determinado direito seja objeto de restrição". E, nos pontos 70 e 78 a 80, que "o direito fundamental à integridade da pessoa humana faz parte do direito da União e compreende, no domínio da medicina e da biologia, o consentimento livre e esclarecido do doador e do receptor".[106]

Para o Parlamento Europeu a lei aplicável às obrigações extracontratuais resultantes de uma violação do direito à vida privada ou dos direitos da personalidade "é a lei do foro", isto é, a lei do país onde ocorrer o ato delituoso. A Comissão Européia, que mantém a "Rede Judiciária em Matéria civil e comercial" através da qual orienta as vítimas de danos pessoais de natureza psicossomática e prejuízos materiais a obter, em cada país-membro, uma indenização correspondente, revela o seu elevado grau de consciência com relação à preservação dos direitos da personalidade de cada indivíduo. Reconhece que a vítima de uma lesão ou de afronta à sua personalidade vivencia uma

experiência inimaginável, podendo sofrer graves danos corporais, emocionais e problemas psicológicos que podem abranger danos morais e psíquicos e prejuízos elevados. Prejuízos esses resultantes dos custos de tratamento médico e de hospitalização, muitas vezes por longo período e da perda da capacidade laboral, cabendo a reparação pelos danos sofridos ao autor do ato ilícito. Essa obrigação ou responsabilidade civil encontra amparo "no direito civil de todos de todos os Estados-Membros e impõe que o autor da infração pague à vítima uma indenização que cubra o prejuízo sofrido. A responsabilidade civil diz respeito à relação entre o autor da infração e a sua vítima e, em princípio, é à vítima que cabe solicitar a indenização junto aos tribunais civis. A penal diz respeito à relação entre o agressor e o Estado. É às autoridades competentes [polícia, ministério público, juiz de instrução] que compete reunir as provas da culpabilidade do agressor, devendo a decisão ser adotada no âmbito de uma ação penal". Sobressai nesse sentido possibilidade de o Estado-Membro auxiliar a obter a reparação ou indenização junto ao agressor, desde que reunidas as condições cabíveis, no âmbito de uma ação penal. O mesmo se dá no caso a execução de uma sentença que condene o agressor ao pagamento de uma indenização. Nos casos em que a vítima não consiga o ressarcimento ou a reparação, alguns Estados-Membros abrem a possibilidade à indenização por parte do Estado, desde que, previamente, a vítima esgote as possibilidades de se ressarcida pelo infrator.[107] Alguns Estados-Membros restringem a indenização a alguns tipos de infração e tipos e montantes dos prejuízos indenizáveis. As vítimas inocentes de ataques terroristas podem obter uma indenização mais generosa.

Recorrer aos meios alternativos de resolução de litígios decorre ou da vontade das partes, de obrigatoriedade leal i ou imposição eventual na seqüência de uma decisão judicial. A resolução dos litígios, nesses casos, se dá graças à intervenção de um terceiro qualificado neutro. A resolução de litígios por meios alternativos assumem diversas formas, distinguindo-se pelo papel desempenhado pelo terceiro. São designados pelo acrônimo ADR, da expressão inglesa "*Alternative Dispute Resolution*".

Especificamente, a Lei Fundamental alemã (Grundgesetz, GG), por exemplo, no seu artigo 1º, traduz o mesmo raciocínio da Carta Européia, fixando que "a dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todas as autoridades do Estado." A Lei de Introdução ao Código Civil (EGBGB) no artigo 40º estabelece que as reclamações resultantes de danos causados por condutas ilícitas são reguladas, em princípio, pela lei do país no qual tiver sido praticado o ato ilícito. Pode, no entanto, a vítima optar pela aplicação da lei do país no qual ocorreu a lesão do bem jurídico cuja reparação se pleiteia. Residindo as partes, habitualmente, no momento da prática do ato ilícito, por força de um fator de conexão especial, aplica-se a lei deste país. Nos termos do artigo 42.º, as partes podem, após a prática do ato gerador da responsabilidade, escolher a lei aplicável, permitindo, o artigo 41.º substituí-la por outra que, "devido a circunstâncias especiais, apresente laços substancialmente mais estreitos com os fatos". Limita, enquanto reserva especial de ordem pública, o alcance da reclamação de indenizações por condutas ilícitas, o artigo 40.º, n.º 3.

A tutela do direito à integridade psicofísica colimados na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem[108], "não admite meios de prova oriundos de tortura, usurpação corporal, fraude, cansaço, maus tratos, por hipnose, de detector de mentiras [polígrafo] – uma das espécies de exame corporal – e narcoanálise [do francês *narcoanalyse]"*. [109] [110] Uma discussão polêmica tem sido travada no

seio da União Européia no que tange à castração química de pedófilos. Reino Unido, Dinamarca, Suíça, Suécia oferecem essa opção mediante desejo expresso do criminoso. França e Polônia estudam sua normatização. Na Alemanha, cuja Corte Maior se posicionou contrária à castração química, mesmo que o "paciente" a desejasse, os criminosos sexuais têm direito à psicoterapia. No Brasil, o Senado discute o assunto através do Projeto de Lei nº 552/2007.

O ordenamento jurídico alemão através do direito geral de personalidade tutela a integridade física e psíquica do homem, como proteção e reconhecimento a um direito de saúde, e não permite "os meios de prova em juízo que venham a atentar contra a personalidade do homem como ser humano".[111] Prevalece, no entanto a prova médica-biológica sobre o direito à integridade psicofísica a fim de se obter a verdade biológica da paternidade, não possuindo a mãe do investigante qualquer legitimação para requerer a pretensão judicial de investigação da paternidade, nem mesmo como representante legal. Entretanto, "a jurisprudência dos tribunais superiores da Alemanha tem provocado perplexidade à sociedade e à doutrina [exigindo a combinação do exame de DNA com uma característica sangüínea específica da criança e do possível pai cujo] laudo apontará a probabilidade de o réu ser o pai da criança".[112]

A Constituição da República Portuguesa no seu artigo 1º, como princípios fundamentais, estatui que "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana [...] empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária". Nos artigos 12º e ss., destacam-se os direitos, as liberdades e as garantias fundamentais, sobressaindo-se o direito à vida, à integridade pessoal, a inviolabilidade moral e física, a abolição da tortura, tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos, a inviolabilidade psicofísica da pessoa e o desenvolvimento da personalidade. E garantias legais efetivas contra a obtenção e utilização abusiva ou contrárias à dignidade humana de informações relativas às pessoas e famílias, à dignidade pessoal e à identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. A lei do Estado no qual ocorreu a atividade principal geradora do prejuízo, de acordo com o Código Civil Português, regra geral, no que concerne a responsabilidade extracontratual – decorrente da violação, ilícita e culposa, de direitos ou de normas protetora de interesses alheios – é a que se aplica nos casos alistados. À omissão delituosa da prática de uma conduta exigida por lei, aplica-se a lei do lugar onde deveria ter ocorrido a ação. Por fim, "a lei designada pelas regras de conflitos regula os pressupostos e as conseqüências da obrigação de indenizar". Destaca-se no Código Civil Português o artigo 70º que trata da "Tutela geral da personalidade" estatuindo que "A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral". E o artigo 81º que normatiza a "Limitação voluntária dos direitos de personalidade", estabelece que "toda limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios de ordem pública e toda ação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte." Os exames biológicos para determinação da paternidade são possíveis consoantes o artigo 519,3 do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 1801 do Código Civil, sendo sua recusa punida com multa.

A análise do arcabouço jurídico, alemão e português, no nível constitucional e infraconstitucional, permite, de modo didático, observar um comportamento semelhante no trato da integridade psicofísica da pessoa na comunidade européia com uma

diferença importante ao ordenamento pátrio no que tange ao ressarcimento do indivíduo lesado e ao tratamento jurídico dos criminosos sexuais ou pedófilos.

4 CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana, em todo o mundo, tem adquirido um reconhecimento que se espraia pelo ordenamento jurídico, manifestado através de direitos fundamentais pela garantia e pela proteção de direitos da personalidade. Foi esse reconhecimento, que se mostrou com mais evidência através da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (ou do Homem), adotada pelas Nações Unidas em 1948, da qual derivou documentos como *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*. Documento que permitiu a abolição da tortura praticada por regimes de exceção, da pena de morte em grande parte das nações signatárias e reconhecer a proteção à integridade física, moral e psíquica e as indenizações decorrentes das afrontas a esses danos cometidos contra a vida.

A ciência jurídica tem laborado num processo de construção progressiva da tutela jurídica às emanações da personalidade que resultam numa proteção à integridade existencial da pessoa humana, para proteger o homem na sua plenitude a partir do vetor estrutural, inarredável, da dignidade. Uma dignidade que se expressa de modo indelével no respeito e na garantia dos direitos da personalidade, que se destacam por dar ao ser humano o fundamento da sua essência, o arcabouço físico, emocional e espiritual que conformam a sua existência enquanto criatura digna, fruto da vontade do Criador. Nesse respeito, a integridade psicofísica adquire uma dimensão extraordinária, pois permite proteger o homem na sua integridade psicossomática, contra atos que possam atingi-lo na sua plenitude, através de sofrimento, humilhação, crueldade injustificáveis sob qualquer ponto de vista e que merecem a repulsa de toda a sociedade e do ordenamento jurídico desde o seu Documento Maior.

Como observação final deste *paper*, resultado da comparação entre o direito pátrio e o da comunidade européia, poderia ser aqui adotada, como de resto nos países do Mercosul, a possibilidade de o Estado ressarcir aquele que teve a sua integridade psicossomática violada quando da impossibilidade do ofensor fazê-lo. Basta vontade política para fazê-lo em homenagem à dignidade humana. Afinal, já avançou de maneira formidável nesse sentido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALLONE, G J - *Dano Psíquico* - in. PsiqWeb, Internet, disponível em www.psiqweb.med.br, revisto em 2005. Acesso em 24/06/09.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. HC 70389/SP – São Paulo. Ementa: TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE PREVISÃO TÍPICA CONSTANTE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90, ART. 233) PREVISÃO LEGAL DO CRIME DE TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE - OBSERVÂNCIA DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA TIPICIDADE. Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Relator p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO. Pacientes: HERBERT FERNANDO DE CARVALO E OU. Impetrante: TANIA LIS TIZZONI NOGUEIRA. Coator: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Julgamento: 23/06/1994. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 845.228-RJ. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO, INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. DISIDENTE POLÍTICO PRESO NA ÉPOCA DO REGIME MILITAR. TORTURA. DANO MORAL. FATO NOTÓRIO. NEXO CAUSAL. NÃO INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QÜINQUENAL. ART. 1º DECRETO 20.910/1932. IMPRESCRITIBILIDADE. Relator: MINISTRO LUIZ FUX. Recorrente: DANILO CARNEIRO. Advogado: PAULO SÉRGIO DA COSTA MARTINS E OUTRO (S). Recorrido: União. Julgamento: 23/10/2007. Órgão Julgador: T1 – PRIMEIRA TURMA. DJ: 18/02/2008, p. 25.

_____CC 100654/MG Matéria Criminal. Relatora: Ministra LAURITA VAZ. Autor: JUSTIÇA PÚBLICA. Réu: ANDERSON JOSÉ GERALDO. Suscitante: JUÍZO DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE CONSELHEIRO LAFAIETE – MG. Suscitado: JUIZO DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE CONSELHEIRO LAFAIETE – MG.

BULOS, Uadi Lâmmego. *Constituição Federal Anotada*. 5 ed., ver. e atual. até a EC n. 39/2002. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

_____*Curso de Direito Constitucional*. 2 ed., de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. Livraria Almedina: Coimbra, Portugal, 1993.

CHAVES, Antonio. *Direito à Vida e ao Próprio Corpo*. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*. 1ª ed., 12ª impressão. Editora Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1975.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Volume 1 – Arts. 1º a 103, 3ª ed. atualizado até a EC n. 30, de 13-9-2000. São Paulo: Saraiva, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19ª Ed. São Paulo: Forense, 1993.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Direitos Reais e Autonomia da Vontade* (). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de Órgãos e Tecidos e os Direitos da Personalidade.* 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

_____ *Os direitos da personalidade*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org.). *Biodireito Ciência da Vida, Os Novos Desafios*. São Paulo: RT, 2001.

FACHIN, Zulmar Antonio. *A proteção jurídica da imagem.* São Paulo: Celso Bastos: IBDC, 1999

____ *Teoria Geral do Direito Constitucional*. 2 ed. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.

LUÑO, Antonio Henrique Peres. *Los Derechos Fundamentales*. Madri: Tecnos, 1993.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso Completo de Direito Civil.* ? ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, tomo IV – Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 3ª ed., rev. e amp. São Paulo: Editora RT, 2001.

NERY JR. Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante,* 2 ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil Comparado.* 2. 1ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3ª ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Anotado e Legislação Complementar*. 2ª ed., atual. Editora RT: São Paulo, 1999.

REIS, Márcio Monteiro. *Moral e Direito: A fundamentação dos direito humanos nas visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin*. *In*: Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar.

RETAMALES, Avelino P. *Respeto a la autonomía que tienen los pacientes que rechazan tratamientos médicos por convicciones religiosas*. Revista Chilena de Cirurgia, Puente Alto-Chile, v. 52, nº 1, p. 1903, febrero 2000.

RIANI, Frederico Augusto d'Avila. *O direito à vida e a negativa de transfusão de sangue baseada na liberdade de crença*. Revista IMES: Direito. São Caetano do Sul: Centro Universitário Municipal, p. 8-14, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre : Editoria Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. rev. São Paulo : Malheiro Editores, 1996

SZANIAWESKI, Eliamar. *Direitos de Personalidade e Sua Tutela*. 2. Ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza. *O Direito Geral de Personalidade.* Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

WATCHTOWER LIBRARY 2008 – Edição em Português. *O que são Direitos Humanos?* e *A Magna carta e a busca da liberdade*. CD-ROM.

VILELA, Orlando. *Ações Violentas sobre o Psiquismo Humano.* Disponível em http://eumat.vilabol.uol.com.br/tortura.htm Acesso em: 24/06/09.

VISÃO GERAL DE TESTES PSICOLÓGICOS. Disponível em http://www.estacio.br/site/psiconsult/cursos/2003_1/visaogeral_testepsicologicos.pdf Acesso em: 24/06/09.

[1] BULOS, Uadi Lâmmego. *Constituição Federal Anotada*, p. 104: ”Ao se utilizar a locução ‘direitos fundamentais do homem’, quer aduzir-se, com o seu emprego, ao complexo das prerrogativas e institutos inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência digna, livre e igualitária de qualquer indivíduo, independentemente de credo, raça, origem ou cor. Os direitos são *fundamentais* porque sem eles os serem humanos não têm a base normativa para ver realizado, no plano concreto, suas aspirações e desejos viáveis de tutela constitucional. Como ficaria [...] a tutela do patrimônio [personalístico] sem a constitucionalização, em bases legislativas sólidas, desses direitos impostergáveis da pessoa humana?”

[2] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 29.

[3] REIS, Márcio Monteiro. *Moral e Direito: A fundamentação dos direito humanos nas visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin*. In: TORRES, Ricardo Lopes (Coord). Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 154: “[...] os direitos fundamentais ocupam seu espaço no mundo jurídico independentemente de haver normas que o prevejam. Sua existência [...] dispensa o reconhecimento do legislador. Tal reconhecimento só serve como uma garantia.”

[4] *O que são Direitos Humanos?* Watchtower Library 2008 – Edição em Português, p. 3. CD-ROM.

[5] Ibid.

[6] RETAMALES, Avelino P. *Respeto a la autonomía que tienen los pacientes que rechazan tratamientos médicos por convicciones religiosas*. Revista Chilena de Cirurgia , Puente Alto-Chile, v. 52, nº 1, p. 1903, febrero 2000: “A Constituição protege a dignidade das pessoas e reconhece que existem valores que estão acima do Estado e cujo dever é tutelar, amparar estes bens jurídicos que são superiores. Com respeito a estes valores, a liberdade, a objeção de consciência, a dignidade, a realização espiritual dos cidadãos são as coisas pelas quais o Estado deve velar.”

[7] SARLET, I. W. Op. cit. p. 36.

[8] Filósofo chinês, o mais eminente seguidor do confucionismo. *Mengzi* é a sua obra mais conhecida.. Disponível em: http://pt.librarything.com/author/mencius Acesso em: 20/06/2009.

[9] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 151.

[10] Em 1957 a Ordem dos Advogados dos EEUU erigiu em Runnymede, Inglaterra, um monumento com a inscrição*: “Magna Carta* – Símbolo da Liberdade Garantida por Lei.”

[11] *A Magna carta e a busca da liberdade*. Watchtower Library 2008 – Edição em Português. CD-ROM.

[12] SILVA, J. A. da. Op. cit., p. 152.

[13] BULOS, U. L. Op. cit. p. 103.

[14] Ibid. p. 103 e 104.

[15] MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral, Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência*, p. 36.

[16] LUÑO, Antonio Enrique Peres; *Los Derechos Fundamentales*, p. 33

[17] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional, p.* 497.

[18] SILVA, J. A. Op. cit., p. 178 e 179.

[19] PIOVESAN, F. Op. cit., p. 61 e 62.

[20] BULOS, U. L. Op. cit., p. 104 e 105.

[21] "Os direitos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais. A previsão desses direitos coloca-se em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico [...] (cf. *Alexandre Moraes, in Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral*, p. 41).

[22] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. 1, arts. 1º a 103, p. 26: "A igualdade, porém, que as Declarações do século XVIII e as subseqüentes reconheceram, é a igualdade perante a lei, a igualdade de direitos, mais precisamente, a igualdade dos direitos fundamentais. Na verdade, o reconhecimento da igualdade jurídica postula que as desigualdades de fato decorram, exclusivamente, da diferença das aptidões pessoais, e não do sexo, da raça, do credo religioso ou das convicções políticas."

[23] "O direito à privacidade é tão vital que a revista O *Correio da Unesco* chamou-a de "fundamento dos direitos civis". *O paradoxo da privacidade*. Watchtower Libray 2008. Edição em Português. CD-ROM.

[24] Ibid.

[25] PIOVESAN, F. Op. cit., p. 57.

[26] SARLET, I. W. Op. cit., p. 60 e 61.

[27] SILVA, J. A. da. Op. cit., p. 96 e 107.

[28] BULOS, U. L. Op. cit., p. 90.

[29] “Há de ser considerado, [...] que, atualmente, nas relações internacionais, prevalecem [o que pode até ser produto do fenômeno da globalização], os interesses econômicos que se sobrepõem aos valores fundamentais do homem. Essa é uma constatação unânime, [...] Uadi Lâmmego Bulos, *in* op. cit. p. 59, afirma que “a grande discussão quanto à prevalência dos direitos humanos na ordem mundial relaciona-se ao problema da efetividade das normas que integram os sistemas internacionais. Assim, indaga-se, por exemplo, como fica a proteção de tais direitos em face da ordem jurídica interna. [...] Isso se deve ao fato de que os Estados, ao participarem dos organismos internacionais, não perdem a sua soberania, [conservando] o direito de secessão. [...] nota-se nas constituições dos referidos organismos, figura, implícita e expressamente [*como no caso do artigo 15, § 8º, do Pacto da Liga das Nações, ou do artigo 2º, § 7º, da Carta da ON*U], a chamada cláusula da jurisdição doméstica, na qual se consagra o princípio da não intervenção nos assuntos internos dos Estados” (LEWANDOWSKI, E. R. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*, p. 141).”

[30] BULOS, U. L. Op. cit., p. 93.

[31] PIOVESAN, F. Op. cit., p. 70.

[32] “O dispositivo em exame significa [...] que a Constituição brasileira ao enumerar os direitos fundamentais não pretende ser exaustiva. Por isso, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, incluindo também aqueles que derivam de tratados internacionais. [...] “Pode-se, todavia sugerir como exemplo de tais direitos os que Limongi França arrola sob a expressiva denominação de “direitos à integridade moral”, a saber: direito ao recato, ao segredo, à identidade etc.” In: FERREIRA FILHO, M. G. Op. cit.,, p. 84 e 85.

[33] BULOS, U. L. Op. cit., p. 107.

[34] FERREIRA FILHO, M. G. Op. cit., p. 24.

[35] BULOS, U. L. Op. cit., p. 107.

[36] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, , p. 520.

[37] SARLET, I. W. Op. cit., p. 209.

[38] Ibid., p. 209 e 210.

[39] SARLET, I. W. Op. cit., p.210 e 211.

[40] BULOS, U. L. Op. cit., p. 107.

[41] BULOS, U. L. Op. cit., p.108.

[42] Ibid. p.128.

[43] BULOS, U. L. Op. cit p. 108.

[44] SARLET, I. W. Op. cit., p. 356.

[45] PIOVESAN, F. Op. cit., p. 63 e 74: "[...] A Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas Normas, nos termos do art. 5º, § 1º. Este princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a estes direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental."

[46] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 44 e 45.

[47] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 475.

[48] FERREIRA FILHO, M. G. Op. cit., p.19.

[49] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, tomo IV – Direitos Fundamentais*, p. 58 e 59.

[50] LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de Órgãos e Tecidos e os Direitos da Personalidade*, p. 15.

[51] Cf. citação feita pelo Prof. L. Bulos, op. cit., p. 81, *Francisco Fernandez Salgado* proclamou: "Es por ello mismo por lo que puede afirmarse que todos los derechos que de la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona exigido por la propia dignidad de la misma".

[52] LEITE, R. de C. C. Op. cit., p. 15 e 16.

[53] FERREIRA, A. B. de H., p. 1075.

[54] FACHIN, Zulmar Antonio. *A proteção jurídica da imagem*, p. 13.

[55] Ibid. p. 14.

[56] FERREIRA, A. B. de. Op. cit., p. 1459.

[57] CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*, p. 13.

[58] LEITE, R. de C. C.. *Os direitos da personalidade*. In: SANTOS, M. C. C. (Org.). Op. cit., p. 150 e 151.

[59] Ibid., p. 155.

[60] LEITE, R. de C. C.. *Os direitos da personalidade*. In: SANTOS, M. C. C. (Org.). Op. cit., p. 157.

[61] BULOS, U. L. Op. cit., p. 109.

[62] LEITE, R. de C. C. L. Op. cit., p. 50 e 51.

[63] GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Direitos Reais e Autonomia da Vontade* (O Princípio da Tipicidade dos Direitos Reais), p. 41 e 42.

[64] LEITE, R. de C. C. Op. cit.. In: SANTOS, M. C. C. (Org.). Op. cit., p. 167.

[65] LEITE, R. de C. C. Op. cit., p. 43 e 44.

[66] BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*, p. VIII (prefácio: Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos).

[67] LEITE, R. de C. C. L. Op. cit., p. 67.

[68] OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil Comparado*, p. 242 e 243.

[69] PRADO, Luis Regis e BITENCOURT, Cézar Roberto. *Código Penal Anotado e legislação complementar*, p. 473, 474 e 475.

[70] *Apud*, LEITE, R. de C. C. L. *Transplantes de Órgãos e Tecidos e os Direitos da Personalidade*, p. 74.

[71] "[...] cumpre ao jurista precisar a distinção entre o *elemento jurídico* e o *elemento ético*, de forma a reduzir a autoridade estatal a formas jurídicas objetivamente definíveis. "Essa tarefa poderá contribuir para a nitidez da linha de limites posta ao exercício da autoridade e representará fundamental garantia da autonomia individual." (In: NALINI, J. R. *Ética Geral e Profissional*, 3ª ed., rev. e amp. p. 76 e 77. Editora RT : São Paulo, 2001.)

[72] NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*, p. 9.

[73] NALINI, J. R. Op. cit. p. 10.

[74] LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso Completo de Direito Civil*, p. 83.

[75] SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 517.

[76] RIANI, Frederico Augusto d'Avila. *O direito à vida e a negativa de transfusão de sangue baseada na liberdade crença*, p. 10.

[77] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 363.

[78] Melhor, talvez, seria denominá-las psicossomáticas "devido à interação do físico e do psíquico no homem [questão pacífica, como se sabe, em psicologia]". In: VILELA, Orlando. *Ações Violentas sobre o Psiquismo Humano.* Disponível em http://eumat.vilabol.uol.com.br/tortura.htm Acesso em: 24/06/09.

[79] SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de Souza. *O Direito Geral de Personalidade*, p. 97.

[80] "Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei."

[81] "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito",

[82] NERY JUNIOR, N. e NERY, R. M. de A. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*, p. 239.

[83] CC art. 927, Par. Ún.: "Aquele que, por ato ilícito [arts. 186 e 187], causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Par. Ún. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

[84] CC art. 933: "As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos."

[85] NERY JUNIOR, N. e NERY, R. M. de A. Op. cit. p. 239.

[86] BULOS, U. L. *Constituição Federal Anotada*, p. 135.

[87] LOUREIRO, L. G. *Curso Completo de Direito Civil*, p. 88.

[88] DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. IV, pág. 469.

[89] "[...] Na Alemanha, sob a expressão *der nicht Vermögenschaden ist* [danos à propriedade não são, diferenciando os danos não patrimoniais], procurar-se rotular os danos não patrimoniais [BGB, §§ 253, 847 e 1300]. Na França ficou consagrada a terminologia *dommage moral* [danos morais], seguida no Brasil sob o rótulo *dano moral*. [...] Adriano de Cupis chega a dizer que a melhor expressão seria dano não patrimonial, porque serviria para designar qualquer bem não patrimonial, como os sofrimentos morais, as sensações dolorosas, a diminuição de prestígio, logrando o dano, nesses casos, a natureza extra-patrimonial, independentemente da dor ou do queixume do sujeito que a sofre (Adriano de Cupis, *Danno*.,In: *Enciclopedia del diritto*, Varese, 1962, t. 11, p. 628). *In*: BULOS, U. L. *Constituição Federal Anotada*, p. 135.

[90] BULOS, U. L. *Curso de Direito Constitucional*, p. 434.

[91] Ibid.

[92] BULOS, U. L. *Constituição Federal Anotada*, p. 137 e 138.

[93] Ballone GJ - *Dano Psíquico* - in. PsiqWeb, Internet, disponível em www.psiqweb.med.br, revisto em 2005.Acesso em 24/06/09.

[94] Ibid.

[95] BULOS, U. L. *Curso de Direito Constitucional*, p. 435.

[96] BULOS, U. L. *Constituição Federal Anotada*, p. 128.

[97] Ibid.

[98] BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 845.228-RJ. DJ: 18/02/2008.

[99] BRASIL. *Superior Tribunal Federal.* HC 70389/SP – SÃO PAULO.

[100] "*Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências*." "Art. 14. Nas ações judiciais indenizatórias fundadas em fatos decorrentes da situação política mencionada no art. 1º, os recursos das sentenças condenatórias serão recebidos somente no efeito devolutivo."

[101] BULOS, U. L. Op. cit., p. 295 e 298. STF, RE/GO, rel. Min. Celso de Mello, Brasília, j. 21-6-2000, DJU, de 3-8-2000, p. 68

[102] BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça.* Documento: CC 100.654/MG – Matéria Criminal. Documento 869.626 – Inteiro Teor do Acórdão. DJ: 13/05/2009.

[103] CONSULTOR JURÍDICO. *Tribunal Constitucional Julga Lei Maria da Penha Espanhola*. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-mar13/tribunal_constitucional_julga Acesso em: 13/08/2009.

[104] Alterada pela Lei nº 12.204, de 28 de julho de 2009.

[105] A Carta dos Direitos Fundamentais da UE [...] expressa de modo indelével o respeito e a garantia dos direitos da personalidade, que se destacam por dar ao ser humano o fundamento da sua essência, o arcabouço físico, emocional e espiritual que conformam a sua existência enquanto criatura digna, fruto da vontade do Criador nas tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros e nas diferentes declarações do Parlamento Europeu. Disponível em http://europa.eu/scadplus/glossary/charter_fundamental_rights_pt.htm Acesso em: 24/06/09.

[106] ANOTAÇÕES relativas à Carta dos Direitos Fundamentais. *Jornal Oficial da União Européia*. 14.12.2007, C 303/17. Disponível em http://eur-lex.europa.eu/pt/ Acersso em: 20/07/2009.

[107] Diretiva 2004/80/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa à indenização das vítimas da criminalidade. no processo serão devolvidos à vítima o mais depressa possível." Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/comp_crime_victim/comp_crime_victim_ec_pt.htm Acesso em: 13/08/2009.

[108] “A Carta dos Direitos Fundamentais da UE [...] expressa o respeito e a garantia dos direitos da personalidade, que se destacam por dar ao ser humano o fundamento da sua essência, o arcabouço físico, emocional e espiritual que conformam a sua existência enquanto criatura digna, fruto da vontade do Criador, nas tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros e nas diferentes declarações do Parlamento Europeu.” Disponível em http://europa.eu/scadplus/glossary/charter_fundamental_rights_pt.htm Acesso em: 24/06/09.

[109] “A hipnose não constitui o único processo com que se conta hoje para alterar profundamente a consciência humana e desvirtuar o sentido de sua liberdade. Semelhante resultado obtém-se também com a administração de narcóticos. Daí a chamada narcoanálise, de que tanto têm abusado, os regimes totalitários modernos.” Disponível em http://pt.shvoong.com/exact-sciences/1634312-hipnotismo-verdade-ou-mentira Acesso em 13/08/2009.

[110] SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e Tutela*, p. 507.

[111] SZANIAWSKI, E. p. 509.

[112] Ibid. p. 515 e 516.

TRANSEXUAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE SOB O PRISMA DA REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO*

TRANSSEXUALS AND PERSONALITY RIGHTS UNDER THE PRISM OF REPERSONALIZATION OF PRIVATE LAW

José Carlos Moreira da Silva Filho
Elisa Scheibe

RESUMO

A situação dos transexuais ainda padece, por parte da sociedade, de um acentuado desconhecimento científico sobre a sua condição e de uma grande resistência na sua aceitação social, movidos pelo preconceito e pela dificuldade em se aceitar as diferenças. Além disso, não são poucos os discriminados, estigmatizados e excluídos que representam o "ser diferente", especialmente se considerarmos a sociedade plural e dinâmica na qual se vive. A sociedade contemporânea tem apresentado inúmeros desafios aos sujeitos sociais nos mais diversos âmbitos e uma das discussões mais polêmicas é a da diversidade sexual. O artigo pretende afastar alguns mitos e estigmas relativos aos transexuais, enfatizando a necessidade de reconhecimento e efetivação dos seus direitos ao caracterizá-los como direitos de personalidade e ao associá-los à idéia de repersonalização do direito privado.

PALAVRAS-CHAVES: TRANSEXUAIS – DIREITOS DE PERSONALIDADE – REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

ABSTRACT

There is a marked lack, on the part of society, of scientific knowledge about the situation of transsexuals and a great resistance in its social acceptance, moved by prejudice and by the difficulty to accept the differences. Besides that, the number of "different" persons who are discriminated, stigmatized and excluded is expressively high, specially if one considers the plural and dynamic society from nowadays. Society has been presented uncountable challenges to social subjects, and one of the more polemic issue is sexual diversity. The article aims ostracize some myths and stigmas relating to transsexuals, emphasizing the need for the recognition and enforcement of their rights to characterize-them as rights of personality and associating-them to the idea of repersonalization of private law.

KEYWORDS: TRANSSEXUALS – PERSONALITY RIGHTS – REPERSONALIZATION OF PRIVATE LAW – DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. Introdução

Na sociedade contemporânea, a multiplicidade, a variedade e a pluralidade social dão conta da existência de inúmeros grupos que desafiam as noções de normalidade e homogeneidade.

O diferente, mesmo já passados 20 anos da promulgação da Constituição Federal brasileira, ainda permanece relegado à margem da sociedade. Essa impressionante dificuldade de aceitar a diferença se expressa de modo particularmente intenso no campo da sexualidade. Ao longo do século XX tanto homens como mulheres têm adquirido maior liberdade e amplitude sobre os modos de exercer e afirmar a sua sexualidade. Percebe-se, porém, ainda uma grande resistência diante da homossexualidade e dos transexuais.

Este artigo procura caracterizar o caso dos transexuais, ou seja, de pessoas que nasceram com um sexo biológico com o qual não se identificam psiquicamente. O grupo dos transexuais está mais envolvido pelo véu da opacidade e da incompreensão do que o grupo dos homossexuais. Como se verá, a questão transexual propicia a emergência de importantes questionamentos e reflexões que atingem não só a discussão sobre o próprio conceito de sexo, mas também a configuração e a efetivação dos direitos de personalidade.

É necessário entender que o que se relaciona ao sexo e à sexualidade não pode ser reduzido a uma simplificada visão biológica. Entretanto, socialmente, quem não se enquadra no binômio masculino/feminino está fadado à rejeição, à discriminação e à exclusão, o que é paradoxalmente contrário à diversidade sexual existente.

Em uma sociedade que insiste em apostas duais, reconhecer a pluralidade e a diversidade é condição indispensável para a promoção da dignidade. A cirurgia de transgenitalização e a possibilidade de retificação de registro de um transexual são, assim, caminhos na busca pelo reconhecimento da sua dignidade.

O resgate, pois, desse grupo social, em um Estado Democrático e Social de Direito, que se mostra como espaço preservador da convivência social, garantindo, em última análise, o direito de se expressar e apontando a dignidade concreta como núcleo fundamental, é imprescindível e impositivo.

Para tanto, o sexo não pode ser reduzido a aspectos morfológicos e funcionais, pois fatores psíquicos também interferem na identificação sexual da pessoa. Assim, também é necessário compreender que a redesignação e a conseqüente retificação de sexo do transexual, assim como a “opção” de pertencer a um ou a outro sexo, também pode não retratar verdadeiramente sua real condição, conforme será debatido ao final deste artigo.

O evidente, contudo, é a necessidade de se (re)discutir legados que não mais se prestam às demandas de uma sociedade complexa. Assegurar a dignidade e o livre

desenvolvimento da personalidade de um transexual depende da superação de certas verdades pré-estabelecidas.

2. AS TRANSFORMAÇÕES NOS CONCEITOS DE SEXO E SEXUALIDADE

A compreensão do sexo, atualmente, não está limitada ao conjunto de diferenças físicas entre um homem e uma mulher[1], pois se relaciona, também, com a reprodução dos seres humanos e com a manifestação da libido e do prazer[2]. Transcende, assim, os limites estreitos da biologia, trazendo implicações psíquicas, notadamente no que respeita às atitudes dos indivíduos[3].

Pode-se dizer, inicialmente, que o sexo (e o que está relacionado à sexualidade) é algo que sempre acompanhou a realidade humana e social, especialmente quando se tem em vista a reprodução humana. Porém, com o passar do tempo, restou cada vez mais evidente a relação do sexo não somente com o aspecto reprodutivo, mas também os seus fortes reflexos nos campos da moral, da religião, da ciência, das artes e dos estados de ânimo associados ao prazer e ao amor[4].

Independentemente dos diversos significados atribuídos ao sexo no decorrer da história, ele invariavelmente faz parte da dimensão da pessoa, ou seja, o que está relacionado ao sexo também está vinculado à explicação do que a pessoa é[5]. Dessa forma, o que envolve o sexo, a sexualidade e o corpo acaba por se refletir no desenvolvimento da personalidade e na vida da pessoa.

Desde a segunda metade do século XX, tudo que está relacionado à sexualidade vem adquirindo espaço crescente em diversos âmbitos de estudo[6]. Essa crescente atenção conferida ao tema reflete a ultrapassagem da rígida concepção homem/mulher como balizadores sociais estanques, erigindo o homem/mulher como pessoa, considerada em si e nas relações que estabelece em sociedade, e não a partir de uma suposta "ordem natural das coisas".

Por tudo isso, o sexo não está adstrito a uma única referência, mas a vários "estados de coisas e eventos que concordamos em chamar de sexo",[7] tais como o aparelho genital e as características femininas/masculinas desenvolvidas no decorrer da vida, mas, além disso, as sensações, sentimentos e condutas sentidas e experimentadas[8] e que, sem dúvida, ultrapassam a fronteira da biologia[9].

Pode-se afirmar, portanto, que a sexualidade não é definida pelos órgãos sexuais, mas por um conjunto de fatores e elementos que acabam por identificar uma pessoa como homem ou mulher.

Todavia, essa enfática polaridade que insiste em habitar o senso comum precisa, também, ser compreendida. Domina nas sociedades ocidentais, mas não somente nelas[10], a concepção da separação entre feminino e masculino. Convencionou-se, a partir dessa divisão e, ao longo da história ocidental, que as mulheres estão mais aptas à

submissão e a determinadas tarefas, e o homem, ao comando. Eventuais variações desse comportamento seriam “desvios da natureza”[11].

Assim, pode-se afirmar que tal categoria binária não reconhece quem está fora do contexto dual. A diversidade sexual, portanto, ainda sofre com a falta de perspectivas em uma sociedade dominada pela heterossexualidade patriarcalmente estabelecida. A falta de políticas públicas que vão além do âmbito da saúde dificultam ainda mais a superação dessa “compreensão negativista” da diversidade[12].

Ora, o espaço democrático promovido pelo Estado Democrático e Social de Direito permite, ao menos em tese, que se reconheça, também, a assunção de novas maneiras de viver e de se relacionar, deixando de lado a rigidez das formas fixas de comportamento anteriormente designadas a homens e mulheres, separadamente.

Apesar disso, para se conviver nessa mesma sociedade, há determinados casos em que o desejo da pessoa é enquadrar-se em um ou outro sexo, mesmo que não seja de forma integral. Isso porque também se passou a compreender que o sexo se constrói relacionalmente, e que, nas práticas cotidianas, o transexual quer ser “homem” ou “mulher”.

Por tudo isso, entende-se que não são somente aspectos biológicos[13], tampouco psíquicos[14], ou civis[15], isoladamente, que poderão determinar o sexo de uma pessoa.

2. A pluralidade do sexo e os Transexuais: entre a aceitação e o estigma

Os transexuais são, por um lado, indivíduos biologicamente definidos em um sexo, mas que se identificam com o gênero do sexo contrário. O ponto pacífico entre as mais variadas afirmações sobre a questão da transexualidade é a certeza da incompatibilidade entre o sexo biológico e a identificação sexual do indivíduo[16]. O transexual possui genitália externa masculina e personalidade efetivamente feminina, ou vice-versa, e sofre de um “incontrolável anseio de total reversão sexual”[17]. Rejeita seu sexo biológico, considerando-se um “erro da natureza”[18].

Portanto, o transexual é um indivíduo que recusa totalmente o sexo que lhe foi atribuído desde o nascimento e que não é portador de anomalia. É, por exemplo, uma mulher, do ponto de vista psicológico, e homem, organicamente falando. Diante disso, mesmo sabendo que é biologicamente de um determinado sexo, com ele não se conforma e deseja veementemente modificá-lo[19].

Assim, oportuna é a ponderação de Araujo, ao indicar que toda a busca pela integração do corpo, da mente e do espírito é no sentido de que a pessoa, que sofre com essas dificuldades, também possa integrar-se socialmente. O caminho, no entanto, é longo e árduo, e resultado de todo um processo de adequação, diverso de um “capricho passageiro”[20].

O desenvolvimento de estudos científicos e o conseqüente aprimoramento de conceitos que permitiram a caracterização do transexual foram fundamentais para diferenciá-lo do

homossexual e do travesti. Este foi um grande avanço para a compreensão do tema, já que existem diferenças marcantes entre os mencionados comportamentos, principalmente no que diz respeito à necessidade de interferência médica e cirúrgica, bem como nas correlatas conseqüências que advirão nos diversos âmbitos[21].

Ainda, é importante destacar que qualquer tentativa no sentido de reverter psicologicamente o transexual adulto é inócua, especialmente em vista da falta de colaboração do paciente, que rejeita qualquer tratamento psicoterápico, já que está seguro de sua opção sexual[22].

Frente a tais dificuldades, especialmente no que diz respeito à aceitação de tratamento psicoterápico, buscam-se alternativas, no afã de adequar seu corpo ao seu sexo psíquico, o único que realmente importa[23]. Essas alternativas envolvem, além da cirurgia de reversão sexual, um acompanhamento rigoroso e contínuo em relação aos cuidados como dosagem de hormônios, aumento ou ablação de mamas, entre outros, a fim de que os caracteres secundários igualmente se manifestem[24].

Entretanto, em muitos casos, a falta de recursos financeiros e de conhecimento técnico traz graves conseqüências, principalmente para indivíduos aflitos e ansiosos, que buscam, através de recursos não autorizados e, dessa forma, não recomendáveis, a solução para o seu drama. A automutilação irreversível e até mesmo o suicídio são exemplos concretos que devem ser considerados no momento em que um transexual busca auxílio terapêutico.

É certo, portanto, que o progresso da medicina já permite a adequação da genitália do indivíduo caracterizado como transexual ao seu sexo psíquico[25], desde que observados determinados requisitos, dependendo, obviamente, da situação de cada pessoa, e seguindo-se uma análise sobre o procedimento cirúrgico e as particularidades da cirurgia[26].

Segundo Farina, os transexuais sentem-se melhor, sexual e psicologicamente, após a realização da cirurgia de conversão sexual, desaparecendo a ansiedade e a depressão eventualmente presentes antes do procedimento cirúrgico[27].

Daí porque, presentemente, a cirurgia de transgenitalização tem sido muito utilizada, buscando, ao final, com a adequação do sexo biológico ao sexo psíquico, a harmonia sexual do indivíduo operado e, com isso, a elevação de sua auto-estima.

Todavia, as dificuldades que sofrem os transexuais não terminam com a realização da cirurgia, restando, ainda, o enfrentamento do preconceito e do estigma, ou seja, os problemas éticos, jurídicos, religiosos e sociais que advém de sua nova condição[28].

O indivíduo operado quer viver e se relacionar socialmente como qualquer outro, ou seja, estudar, trabalhar, poder viajar pelo país e pelo mundo, assinar contratos, enfim, realizar-se dignamente como ser humano. Não é justo, portanto, que em nome de um sexo que não se enxerga, o transexual seja marginalizado como antes da cirurgia, mantendo seu sofrimento[29].

Essa questão, atualmente, envolve um considerável número de cidadãos. São pessoas fadadas à rejeição e que, como bem asseverou Araujo, não se enquadram nos papéis

“claros e estabelecidos” de uma sociedade que insiste em buscar respostas através de apostas duais, nas quais prevalece o preconceito, ou seja, “os indivíduos não heterossexuais passam a representar o ‘ser diferente’”.[30]

Nesse contexto de pluralidade e diversidade sexual, associado às transformações sociais e à interferência da técnica no campo das ciências biomédicas, as pessoas que se identificam como transexuais assumem seu espaço pelo menos no que diz respeito à possibilidade de adequarem a sua aparência ao seu sexo psíquico.

Contudo, se na maioria dos casos a adequação do sexo do transexual se dá com a já mencionada cirurgia e até com a redesignação no assento de nascimento, não é tão solúvel o processo de integração social, especialmente em função da visão estigmatizada que habita o senso comum.

Os exemplos colacionados pelo Grupo Gay da Bahia, que por anos arquivou recortes de jornal, artigos acadêmicos, cartas e mensagens[31], demonstram que, por mais necessária que seja a adequação de sexo, no sentido de alcançar o que Vieira considerou como “saúde global” [32], até o momento em que consegue adequar sua documentação, ou mesmo após, nas mais variadas instâncias onde ainda precisará identificar-se (já que o procedimento para alteração de toda sua vida pregressa não é automático, e nem poderia ser), a vida de um transexual é marcada por “atitudes de evitação”[33].

Dentre essas atitudes, se destaca especialmente a que é praticada contra a pessoa que, na visão dos outros, não está habilitada para a aceitação social plena, e que Goffman qualificou de “estigmatizada”[34].

Nas relações sociais, costuma-se, mesmo inconscientemente, categorizar a pessoa com quem está se relacionando, e esta categorização pode fazer surgir a evidência de que determinada pessoa tem um atributo que a torna diferente, inclusive num sentido negativo. Neste processo, deixa-se de considerá-la uma pessoa comum e total para reduzi-la a uma pessoa “estragada” e “diminuída”, estigmatizando-a[35].

Goffman sinaliza, aliás, que as atitudes com uma pessoa estigmatizada são tão discriminatórias que, mesmo sem querer, podem agir como potenciais redutores das chances de vida do indivíduo a quem se estigmatiza.

Assim, em que pese parecer possível o estigmatizado permanecer relativamente indiferente ao “carregar um estigma”, o indivíduo estigmatizado tende a acreditar nos mesmos padrões de quem o discrimina, confundindo, com isso, a própria percepção de si mesmo[36].

Dessa forma, não se trata de um transexual que não queira se ver de modo que o seu corpo não esteja identificado com o sexo psíquico, mas sim da existência de um sentimento de vergonha em relação aos outros, e de como isso pode interferir no seu comportamento perante a sociedade.

Pode-se dizer, portanto, que o sujeito que tenciona construir sua identidade como transexual também se coloca, em diversas oportunidades, na mesma posição de quem o está discriminando, não percebendo os dispositivos sociais, os insultos, os protocolos e os dogmas, que agem na produção dessa verdade estabelecida[37].

Contudo, é certo que o preconceito não é somente fruto da vontade de quem o pratica, mas resultado de (pré)concepções que, por sua vez, resultam de séculos de entendimento dual e hierárquico, impregnado pela dominação masculina. As histórias de Eva e de Maria, por exemplo, traduzem esses símbolos expressos nas mais variadas doutrinas, catalizadoras dessa oposição binária, fixa e redutora que se convencionou utilizar categoricamente na sociedade ocidental[38].

Aquelas crenças, contudo, acabam por justificar e estimular práticas preconceituosas e até perversas[39] direcionadas a estes indivíduos que não se submetem às clássicas desigualdades entre homens e mulheres, supostamente baseadas em diferenças físicas e biológicas[40]. Tal contexto, obviamente, dificulta sobremaneira a sua inserção nos grupos sociais[41].

Nesse passo, o estigma e o preconceito inevitavelmente deságuam na exclusão. O transexual conhece e entende muito bem o que significa se esconder. Há os que omitem a vida inteira sua condição, submetendo-se a subempregos e fugindo de constrangimentos diversos.

Não se pode deixar de enxergar que um significativo grupo de pessoas, em razão de uma inadequação sexual (entre o sexo biológico e o sexo psíquico), são estigmatizadas, discriminadas e excluídas, sendo-lhes relegado, por conta disso, a periferia social. Para estes, muitos direitos não são sentidos concretamente. Não passam de meros dispositivos formais, completamente desconectados e distantes de sua realidade.

A cirurgia para alteração de sexo parece, assim, ser o início de um longo caminho de retorno, até o reconhecimento como ser humano dotado de dignidade. Entretanto, mesmo depois da realização da intervenção cirúrgica, e a conseqüente mudança do sexo morfológico, continua existindo o estigma e a discriminação, especialmente quando da identificação do transexual. O registro civil, cujo mote é identificar e incluir socialmente serve aos transexuais, muitas vezes, como instrumento de exclusão.

A cirurgia não abarca a resolução de todos seus dilemas. Neste processo de busca pela integração em sua nova condição física, espera-se que haja, também, uma coerência entre os sistemas, ou nada adiantaria a medicina, a psiquiatria, a psicologia, a bioética e outros setores colaborarem efetivamente no sentido de minimizar os problemas sentidos pelo transexual, e o Estado e o judiciário ignorarem essa realidade[42].

Nessa busca, enxerga-se que uma sensível, porém, pontual colaboração se dará através do registro civil do operado. Não são estéreis as campanhas que incentivam o registro, pois é através dele que, oficialmente, a pessoa passa a existir perante o Estado. Além disso, o nome aposto no registro civil de nascimento é um aspecto indispensável ao processo de individualização da pessoa, e está relacionado ao direito de identidade. O registro, portanto, é considerado o primeiro instrumento de cidadania e, no caso dos transexuais, que buscam recomeçar a vida com oportunidades e, fundamentalmente, dignidade, deve ser visto como instrumento de inclusão social[43].

Percebe-se, com isso, a dificuldade de uma pessoa que se identifica como transexual em se integrar em uma sociedade fundada em valores morais que separam o feminino e o masculino, e que condena quem “escolhe” se situar no espaço entre eles.

No momento em que os avanços científicos trazem diversas conseqüências e no qual impera a dinamicidade das relações sociais, mais do que necessário é o resgate do tema da dignidade da pessoa humana, entendida como vetor de uma sociedade democrática.

Respeito, autonomia, alteridade, e tudo que compreende a dignidade devem ser considerados no momento em que se pretende lutar pela inserção dos transexuais. Os direitos que emanam da dignidade da pessoa humana também serão indispensáveis nesse processo, especialmente caso se considere que "a sexualidade é um componente inerente à vida, e como tal, pertence aos direitos da personalidade"[44].

O tema da transexualidade e da identidade pessoal estão, pois, estreitamente vinculados aos direitos da personalidade, que, por sua vez, são direitos subjetivos cujo objeto são bens e valores essenciais da pessoa. Os valores que a pessoa traz encerrados em si, e que na sua existencialidade também se relacionam ao outro, são, portanto, indispensáveis para o reconhecimento da dignidade e para o seu pleno desenvolvimento em sociedade.

É possível afirmar que a emergência do Estado Democrático de Direito fortaleceu a proteção de direitos tidos como fundamentais. Essa proteção, por sua vez, também ocorreu em função dos fenômenos da "constitucionalização" dos direitos tidos como privados e da repersonalização do direito privado, oriundos, principalmente, da consagração dos princípios constitucionais destinados à defesa e à realocação da pessoa humana como centro do sistema jurídico, passando o patrimônio, antes centralizado, a mero coadjuvante, nem sempre necessário[45].

Esses fenômenos são resultado de um crescente processo de emancipação humana, e vetores de uma paradigmática mudança que ensejou novas perspectivas no modo de enxergar o Direito e, especialmente, na forma de proteger e promover o desenvolvimento da pessoa[46].

3. Imaginário Social e Direitos de Personalidade dos Transexuais

A repersonalização do direito privado suscita, em primeiro plano, a necessidade da reflexão conceitual sobre a pessoa humana e sobre o modo pelo qual a subjetividade jurídica a integra, a contempla e a protege em sua dignidade [47]. Quando se invoca o tema dos direitos de personalidade, como ora se faz em relação aos transexuais, o mote da repersonalização adquire incontornável destaque.

Os direitos de personalidade são, em suma, aqueles que decorrem diretamente da personalidade de cada pessoa, compreendendo direitos que são inerentes à sua individualidade e à sua condição de ser humano, tais como: o direito à vida, à integridade física e psíquica, ao próprio corpo, à privacidade e intimidade, ao nome, à imagem, à honra, à voz, à propriedade intelectual, entre outros. Tais direitos, em verdade, colocam-se acima da clássica dicotomia entre direito público e privado, e dizem respeito tanto aos direitos fundamentais diante do Estado e da sociedade civil quanto aos direitos personalíssimos descritos nos artigos iniciais do Código Civil brasileiro.

Diante do caráter existencial e histórico da condição humana não se pode definir de maneira casuística e completa quais os direitos que integram a personalidade, dependendo tal tarefa sempre das circunstâncias concretas e particulares que envolvem a realidade humana em sua complexidade e diversidade.

É preciso, portanto, construir uma noção ampla dos direitos de personalidade. Amplitude, porém, não significa abstração. Tais direitos nos remetem diretamente às construções concretas das identidades dos indivíduos, envolvidas sempre em valores, conceitos e significados construídos historicamente e de modo coletivo.

As ações das pessoas e o modo como elas orientam a sua conduta estão profundamente embebidos em valores e significações que estruturam a compreensão de si e do mundo e a constituição da própria identidade. Tanto as pessoas individualmente quanto os coletivos nos quais se inserem, bem como as instituições que os expressam, amparam-se em concepções de bem que são formadas historicamente e que fecundam a linguagem como condição da constituição do próprio sujeito.

A ação moral por excelência é aquela orientada a partir do contato e do reconhecimento das fontes morais que estruturam a identidade do sujeito. A *avaliação forte* é aquela que se conduz a partir do reconhecimento dos valores identitários. Tais valores podem ser reacomodados e alterados em sua conformação hierárquica, mas apresentam sempre o necessário ponto de partida para uma ação qualitativamente superior. Na *avaliação fraca* o que conduz a ação do sujeito são desejos superficiais e contingentes, que podem recomendar, muitas vezes, um resultado contraditório em relação às configurações morais que jazem na sua arquitetura identitária[48].

Nesse enfoque, a dignidade da pessoa humana está diretamente associada à capacidade dos sujeitos de reconhecerem suas configurações morais, rearticulá-las quando necessário e guiarem suas ações com referência a elas. Importa perceber neste quadro que o aspecto coletivo e formativo dos valores e significados sociais apresenta-se de modo indissociado da perspectiva individual e relativamente autônoma dos sujeitos, sempre marcada por suas escolhas, por seus contextos particulares e por suas avaliações internas.

Quando se traz à baila a realidade dos transexuais, esse duplo aspecto, social e individual, fica patente. De um lado, está a realidade individual do transexual, pautada por elementos biológicos e culturais que vai assimilando na constituição da sua subjetividade e que determinam, no âmago do seu ser, a valorização dos significados de gênero associados ao sexo biológico diferente do seu. De outro, estão os significados, valores e representações que vão sendo sedimentados no *imaginário social* e que estão associados à esfera da sexualidade.

A expressão *imaginário social* é utilizada por Charles Taylor para se referir à dimensão prática e pré-reflexiva a partir da qual as idéias, as ações e os sentidos são construídos e modificados. Taylor esclarece que não se trata de uma teoria social, mas que pode comportar nas suas metamorfoses a incidência de teorias que acabem por modificar o imaginário social e influenciar as ações das pessoas, mesmo que disso não se tenha consciência[49]. O *imaginário social* comporta uma grande complexidade e não pode ser exaurido em uma descrição completa, detalhada e objetiva, trazendo sempre em seu

interior tendências e noções conflitantes, ainda que muitas acabem por assumir um lugar predominante.

Eis como Taylor define a noção de *imaginário social*:

(...) os modos pelos quais as pessoas imaginam sua existência social, como elas se integram com os outros, como as coisas prosseguem entre elas e seus amigos, as expectativas que normalmente são satisfeitas, e as noções e representações normativas profundas que subjazem a estas expectativas[50].

Conforme argumentado no início deste artigo, o imaginário social relacionado à sexualidade traz de modo arraigado a noção dualista de sexo e o apego a concepções morais e religiosas que fecham suas portas a manifestações que destoem do esquema tradicional masculino/feminino. Por outro lado, as pesquisas e estudos sobre a sexualidade humana também trouxeram fortes modificações neste imaginário tradicional, contribuindo para sustentar manifestações culturais, políticas, sociais e até jurídicas que refletem uma maior aceitação da diversidade sexual.

A afirmação dos direitos de personalidade dos transexuais encontra-se, portanto, no fogo cruzado entre esses aspectos conflitantes, relativos ao tema da sexualidade, que estão alojados no imaginário social. A dignidade dos transexuais está na proporção direta do seu reconhecimento por si e pelos outros, sustentado na articulação moral que valoriza a sua identidade e o modo pelo qual manifesta a sua sexualidade.

5. O RECONHECIMENTO DA PLURALIDADE DO SEXO: UM CONVITE À REFLEXÃO

No cenário contemporâneo são muitas as situações e aspectos reais que ficam de fora dos recortes funcionais e abstratos da teoria jurídica, e que só serão percebidos na dimensão concreta da existencialidade. Nesse contexto, tomando-se como exemplo a situação dos transexuais, é constrangedor ter a aparência característica de um sexo e ser identificado, através da análise de seus documentos, como pertencente ao sexo contrário. Tal constatação, no entender de Szaniawski, “é a mais tormentosa das situações”[51].

Para tanto, tem-se que a cirurgia consistiria no primeiro passo para o processo de inclusão do transexual. Em seguimento, viria a alteração do nome.

Entretanto, devido à lacuna legal, que não prevê tais alterações, associada às divergências doutrinárias existentes sobre o tema, não raro em um debate centrado no mero legalismo, deve-se ir além. Afinal, com a Constituição Federal, instituiu-se uma nova concepção de Estado, de sociedade e, também, uma redefinição do papel da

jurisdição. Conseqüentemente, os direitos decorrentes da personalidade passaram a ser imprescindíveis à própria convivência social, não podendo passar à ilharga do poder judiciário pela simples ausência de texto legal infraconstitucional[52].

Mais do que nunca, então, no caso dos transexuais, não se pode, com base em (pré)conceitos, negá-los o direito de terem seu nome e sexo alterados no Registro Civil, tendo em vista o que isto representa para suas vidas, ou seja, uma imprescindível etapa no processo de inclusão social.

Importante lembrar que todos os dias, em alguma atividade do cotidiano, faz-se necessária a apresentação de documentos para comprovação de nome, profissão, endereço, etc. Negar a uma pessoa a possibilidade de que consiga apresentar-se de forma que seu documento esteja de acordo com sua aparência é negar-lhe qualquer tipo de participação, de envolvimento, de socialização e de todas as demais garantias inseridas no que se entende por cidadania.

Sem entrar no mérito da questão, fica claro que tais alterações trarão, ainda, inúmeras conseqüências, como, por exemplo, quando o transexual já foi casado, já teve filhos, ou quando pretende comprovar tempo de serviço, o que denota cada vez mais a necessidade de se fazer uma análise da real situação do interessado[53]. O desafio, portanto, é compreender o Direito para estar próximo dos fatos e das circunstâncias, pensando o sistema jurídico como um sistema que se reconstrói cotidianamente, que não é pronto e acabado e mais, que está à disposição dos indivíduos e da sociedade[54].

Somente dessa forma se reconhecerá concretamente a diferença como valor jurídico e, conseqüentemente, o direito de ser diferente[55]. Até porque a concepção de um direito geral de personalidade, fundado na dignidade da pessoa humana, corresponde à verdadeira condição humana, com suas “ilimitadas e ilimitáveis dimensões”[56]. As inúmeras inovações da biotecnologia corroboram essa transformação que recai, a cada “descoberta”, sobre um incontável número de institutos jurídicos, inclusive sobre os direitos de personalidade. Mas, muito além disso, recai, para o bem e para o mal, sobre a própria vida da pessoa e sua dignidade, razão pela qual se clama pelo resgate das dimensões concreta, relacional e existencial da pessoa, noções decorrentes de um novo constitucionalismo pautado na democracia.

Nesse mesmo contexto, surge um novo debate, notadamente porque algumas (pré)concepções, além da operacionalidade do direito, precisam ser ponderadas. Trata-se de analisar a questão da possível criação de um “terceiro sexo civil”. Algumas decisões exaradas em processos que versam sobre a questão da transexualidade determinaram a inscrição no registro das palavras “transexual masculino” e “transexual feminino” ou apenas, “transexual”.

Tais decisões representariam, sob a ótica de Silveira, uma posição contrária ao Direito, pois se estaria *etiquetando* os transexuais, quando, na verdade, a eles só interessa levar uma “vida normal”[57]. Araujo também entende que autorizar a operação, mas manter a inscrição “transexual” não define sua situação, resolvendo apenas a questão da aparência ao seu sexo psicológico, mas não colaborando para o processo de integração social. Aduz, então, que “o grilhão amarrado ao pé do transexual será sempre exibido, como pena perpétua, impedindo sua integração social”[58].

Assim, não se pretende ir à contramão do que, atualmente, satisfaria, pelo menos inicialmente, as demandas dos transexuais, rejeitando o que até agora se expôs. Trata-se, na realidade, de não aceitar pacificamente que a discriminação tome proporções que atinja a própria realidade da pessoa, assim como sua identidade, que é direito personalíssimo.

É que não se pode negar que o transexual operado tem, por exemplo, o sexo psíquico e o sexo morfológico correspondente ao feminino, mas os demais componentes do sexo biológico, como o sexo genético e o sexo endócrino, correspondentes ao sexo masculino. Assim, se a concepção de sexo-procriação cedeu espaço para as mais diversas concepções em torno do sexo e da sexualidade, culminando na compreensão de que faz parte da dimensão da pessoa, e se o que está relacionado ao sexo e a sexualidade ultrapassou a rígida compreensão da concepção homem/mulher como balizadores sociais estanques, erigindo o homem/mulher como pessoa, quem sabe a aceitação de um terceiro sexo não minimizaria, mais ainda, as angústias de um transexual (isso sem falar nos andróginos ou nos assexuais, a partir dos quais se poderia falar em quarto sexo)[59].

Parece, pois, que se por um lado o Estado reconhece a necessidade da cirurgia, amparada em fundamentos da medicina, da psicologia e da psiquiatria, assim como reconhece, *a priori*, a retificação de nome e sexo no registro civil, por outro não aceita suas conseqüências lógicas, na medida em que não se dissocia de uma dualidade biológica, formada por homem/mulher.

É inegável a superação do enfoque estritamente biologicista atribuído ao sexo e a sexualidade. O que hoje se denomina de sexo, por muito tempo esteve adstrito somente aos órgãos reprodutores. A mulher, não se pode olvidar, já foi considerada uma variação da forma masculina, apta a reproduzir[60].

No entanto, algumas situações permitiram a insurgência e a caracterização de determinados comportamentos que vão além do binômio homem/mulher, e muito além da heterossexualidade a eles relacionada/imposta. É o caso dos homossexuais, dos bissexuais, dos travestis, dos transexuais. As características que distinguem e/ou aproximam tais comportamentos são suficientes para se chegar a um conceito de transexual, ou seja, um indivíduo cujo sexo psíquico não se identifica com o biológico.

Essa condição da pessoa, definida por inúmeros fatores (como o ambiente social, a educação, a família, a afetividade recebida) ou, ainda, por teorias que buscam as causas em excessos ou falta de determinadas substâncias orgânicas suscitam questões éticas e jurídicas, não podendo ser simplesmente ignoradas. Embora já venha sendo discutida e estudada há algum tempo e em diversos âmbitos, é impossível analisá-la de forma categórica a partir de formulações abstratamente consideradas.

Assim, cabe ao Direito, ao Estado e à sociedade reconhecerem a existência dessas pessoas como efetivamente são, o que, de certa forma, vem acontecendo, especialmente diante do reconhecimento da necessidade de intervenção cirúrgica, e da possibilidade de alteração de nome e sexo no Registro Civil, condições indispensáveis ao processo de inclusão social do transexual.

Entretanto, mesmo após a cirurgia, ou até mesmo após a alteração do registro, os transexuais seguem sendo tratados como se fossem estranhos, verdadeiros alienígenas

sociais. Enfrentam, dessa forma, toda a sorte de preconceitos e discriminações, sendo estigmatizados e, conseqüentemente, excluídos, razão pela qual abandonam os estudos e, comumente, são “destinados” aos empregos informais. Não raro mentem ou inventam anomalias ao invés de admitirem sua condição. A automutilação e o suicídio, para alguns, é um caminho real.

Assim, os próprios transexuais se colocam em uma posição marginalizada, pois acreditam nos mesmos padrões de quem os discrimina[61].

Essa constatação, assim como todos os exemplos que revelam discriminação e preconceito, enfatiza o paradoxo evidenciado no início deste artigo: de um lado a barreira que separava categoricamente as categorias sexuais (homem/mulher), e, de outro, os transexuais ansiosos por se enquadrarem em uma dessas duas categorias.

6. Considerações finais

Percebe-se, portanto, que a questão dos transexuais não está sendo encarada com a necessária profundidade. A dicotomia homem/mulher não retrata a preocupação com o reforço da identidade, mas sim o apego a noções ultrapassadas e impostas por um sistema pré-determinado, no qual o ser humano precisa aderir a uma ou outra categoria, redundando no fato de que as próprias demandas dos transexuais são contraproducentes no resgate de sua identidade real.

O paradoxo evidenciado precisa ser enfrentado. É um assunto novo que, pela via dos direitos da personalidade lidos à luz da repersonalização, pode e deve ser (re)questionado. O transexual, portanto, pode encontrar as condições para se desenvolver como pessoa concreta e real, podendo se expressar e ser reconhecido a partir de si mesmo. Tais direitos se destinam a proteger, desta forma, não só os transexuais, mas outras minorias que devem ser encaradas sem preconceitos.

O tema, então, é exemplar para se refletir sobre os direitos de personalidade, na medida em que esses direitos se prestam à própria concretização da dignidade. Nunca é demais lembrar que todos os fatores indispensáveis e decisivos ao bem-estar humanos (e que, portanto, fazem parte da condição da pessoa) exigem, também, a atenção incisiva do Direito[62]. Assim, essa variedade de aspectos e dimensões, que compreende um intercâmbio parte externo, parte interno, pode permitir a abertura para considerar o tema da identidade do transexual.

É essencial não estacionar na idéia da dignidade como palavra de ordem, tão-somente, e sim compreendê-la de uma forma profunda, que abarque não só a condição de si, mas também a do outro, reconhecendo sua existência, e reconhecendo as configurações morais que se alojam na estruturação da sua identidade e do imaginário social no qual se insere. Reconhecer a condição de transexual, portanto, pode representar um resgate dessa autenticidade. Essa compreensão demanda que se visualize a situação de um modo mais amplo, além dos aspectos funcionais que uma alteração de registro pode representar.

Não se trata de defender situações contraditórias, mas sim de provocar a reflexão contra dicotomias simplistas que opõe tradições e impedem o diálogo.

O pleno desenvolvimento da pessoa e a integral realização da dignidade estão condicionados, ainda, à compreensão de que as situações jurídicas existenciais requerem um tratamento diferenciado. Há, pois, que se reconhecer o diferente e aceitar o (não tão) novo.

Além disso, o fato das minorias sexuais, atualmente, se deixarem enxergar através de movimentos que projetam sua existência, pode não refletir sua verdadeira e total realidade. É necessário, assim, que sempre se esteja disposto a provocar o debate e rever as verdades naturalizadas, compreendendo, ainda, que, por trás de tudo isso, sempre deve ser considerado o fato inquestionável de que o ser humano se realiza no contexto social e relacional da vida dinâmica vivida.

---

[1] SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual:** estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 34.

[2] Adverte Araujo, que há muito o sexo deixou de estar relacionado somente à reprodução. É certo que o assunto remete às origens da humanidade, mas, com o passar do tempo, temas como o amor, desejo, prazer, proteção ao patrimônio, acúmulo de bens, descendência sadia, controle populacional, sacralidade, culto à arte, entre outros, se destacaram, alterando e superando, ao longo da história, a idéia inicial de que o sexo está estritamente ligado à procriação. ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual.** São Paulo: Saraiva, 2000. p. 35.

[3] SZANIAWSKI, op.cit., p. 34.

[4] ARAUJO, op.cit., p. 35-45.

[5] HELBORN. Maria Luiza. Corpo, sexualidade e gênero. In: DORA, Denise Dourado (Org.). **Feminino, Masculino:** igualdade e diferença na justiça. Porto Alegre: Sulina, 1997. p. 54.

[6] Um dos mais conhecidos e impactantes estudos já realizados sobre a sexualidade humana foi o famoso *Relatório Kinsey*. Alfred Kinsey, entomologista e zoólogo estadunidense, após desenvolver estudo estatístico que se apoiou na entrevista de expressivo número de pessoas do seu país, publicou em 1948 o livro *Sexual Behavior in the Human Male* e, em 1953, o livro *Sexual Behavior in the Human Female*. Ambos os livros chocaram a puritana sociedade estadunidense da época com conclusões sobre o tema da masturbação, do homossexualismo, da fidelidade conjugal e, especialmente, da diversidade sexual e da complexidade do conceito de sexo. Em 2004 foi lançado nos EUA o filme *Kinsey: let´s talk about sex* (traduzido no Brasil como *Kinsey: vamos falar de sexo*), dirigido pelo cienasta Bill Condon e estrelado por Liam Neeson no papel do famoso cientista.

Importante referir, igualmente, o crucial papel dos movimentos feministas e de toda a produção acadêmica sobre a questão de gênero que, a partir dos anos 60, começou a ganhar impulso (PARKER, Richard. BARBOSA, Regina Maria (Orgs). **Sexualidades brasileiras.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996. p. 8).

[7] COSTA, Jurandir Freire. O referente da identidade homossexual. In: PARKER; BARBOSA, op. cit., p. 63.

[8] Ibid., p. 64.

[9] Nesse sentido, destacam Kuramoto e outras que a "sexualidade da pessoa humana não está reduzida apenas à genitália. É mais ampla do que a materialidade do ato sexual em si. Podemos dizer que todos os fenômenos genitais são sexuais, mas nem todos os fenômenos da sexualidade humana se restringem aos genitais. Ela abrange toda a dimensão da pessoa, seus relacionamentos, suas crenças e a posição que ocupa no mundo" (KURAMOTO, Jaqueline Bergara; ZOLA, Regina Célia; MIRANDA, Juranda Maia. Pessoa Humana e sexualidade. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues [Coord.]. **Bioética e sexualidade.** São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004. p. 155).

[10] Com a intenção de manter uma linha condutora, optou-se por uma análise que remete às sociedades ocidentais. Algumas informações específicas também colaboraram para esse entendimento. Em algumas tribos do oriente, é mais comum o sexo ser entendido de forma diferente. Para os "Sâmbia" da Nova Guiné, por exemplo, o elemento cujo valor determina a ordenação moral das práticas sexuais é o esperma. Considerado escasso pelos integrantes da tribo, o sêmen é distribuído de acordo com regras rígidas. Para eles, mais importante do que o sexo de homens e mulheres é a posição de quem possui esperma, quem dá esperma, quem consegue estocá-lo. Entretanto, é certo que essa dualidade não está adstrita às sociedades ocidentais, em que a diferença entre homens e mulheres nem sempre foi categoricamente dividida. COSTA, op.cit., p. 65-67.

[11]LEAL, Ondina Fachel; BOFF, Adriane de Mello. Insultos, queixas, sedução e sexualidade: fragmentos de identidade masculina em uma perspectiva relacional. In: PARKER; BARBOSA, op. cit., p. 122.

[12] SOARES, Alessandro; BARBOSA, Renato. "Negar Direitos ao coletivo LGBT não é um ato de poder de traços patriarcais?" **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**. São Leopoldo, ano 6, n 199, out., 2006, p. 8. Entrevista concedida ao IHU On-line. Não se pode deixar de mencionar, contudo, a importante iniciativa da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República que, entre os dias 5 e 8 de junho de 2008, no ano de aniversário dos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promoveu a I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, com o tema: "Direitos Humanos e Políticas Públicas: o caminho para garantir a cidadania de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transgêneros".

[13] O sexo biológico é aquele que compreende as características corporais do indivíduo. Divide-se em: sexo genético, endócrino e morfológico. SZANIAWSKI, op.cit., p. 36. Araujo, por sua vez, traz na classificação dos sexos a seguinte divisão: genético, gonádico, fenotípico, psicológico e jurídico. Alerta, entretanto, que a identificação entre os vários aspectos da sexualidade é que vai determinar sobre a

normalidade da situação, ressaltando, ainda, a importância e a predominância do aspecto psicológico. ARAUJO, op.cit., p. 35.

[14] Segundo Farina, o sexo psíquico compreende o sexo educacional, ou de formação sexual, o papel do gênero e a identidade de gênero. O sexo educacional ou de formação pode ser entendido como aquele resultante das pressões impostas ao indivíduo em seu estágio infantil. O papel do gênero pode ser percebido pelas coisas que uma pessoa faz, fala ou sente e que, por conseguinte, revela seu estado sexual. A identidade de gênero é revelada desde quando uma criança afirma ser menino ou menina. FARINA, Roberto. **Transexualismo:** do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias. São Paulo: Novolunar, 1982. p. 22.

[15] Também chamado de sexo jurídico ou sexo legal, o sexo civil consiste na determinação do sexo de uma pessoa em razão de sua vida civil, ou seja, nas suas relações com a sociedade. É determinado no momento da lavratura do assento de nascimento, quando aposto o designativo masculino ou feminino, tendo como base o sexo morfológico externo. O sexo civil é determinante para a vida da pessoa, na medida em que acarreta inúmeras conseqüências jurídicas. Vale lembrar, ainda, que há interesse da pessoa em comprovar o seu sexo através da análise de seus documentos, especialmente do documento emitido pelo Registro Civil, pois através dele se poderão praticar inúmeros atos da vida civil. SZANIAWSKI, op.cit., p. 39.

[16] SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo:** aspectos médico-legais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 105.

[17] SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. **O transexualismo na Justiça.** Porto Alegre: Síntese, 1995. p. 107.

[18] SZNICK, Valdir. Aspectos jurídicos da operação de mudança de sexo. **Revista Forense,** Rio de Janeiro, v. 312, ano 86, 1990. p. 336.

[19] SILVEIRA, op.cit., p. 10.

[20] ARAUJO, op.cit., p. 31.

[21] Os transexuais podem ser confundidos com outros portadores de condutas sexuais diferentes dos heterossexuais, como os homossexuais, os fetichistas, os hermafroditas, os intersexuais e até os travestis, sendo mais comumente confundidos com travestis ou homossexuais. Todavia, na homossexualidade não se discute o sexo anatômico, pois o homossexual se realiza através da relação com pessoas do mesmo sexo, ou seja, sua identidade sexual não é questionada. Para Roberto Farina, o homossexual não possui conflitos decorrentes dessa condição, pois seu sexo é, para ele, fonte de prazer. FARINA, op.cit., p. 56-57. A partir disso, tem-se a primeira distinção entre os homossexuais, que rejeitam a idéia que lhes parece absurda, de remover seus órgãos genitais, enquanto os transexuais não se identificam de forma nenhuma com seu sexo anatômico, rejeitando-o. Já os travestis são pessoas cuja conduta sexual vai no sentido de ligar o prazer à idéia de usar roupas típicas do sexo oposto. Em muitas situações são caracterizados equivocadamente, uma vez que são confundidos com bailarinas ou prostitutas, quando, na verdade, os travestis abusam da "roupagem cruzada" (advinda da expressão *cross dressing).* Os travestis, por fetichismo ou por defesa, possuem certa

dificuldade sexual ao se portarem de acordo com seu sexo originário. SUTTER, op.cit., p. 157. Assim, percebe-se que os travestis e homossexuais podem adaptar-se, enquanto que os transexuais não escondem que se sentem como se pertencessem ao sexo oposto. SZANIAWSKI, op.cit., p. 57.

[22] SUTTER, op.cit., p. 115.

[23] Ibid., p. 116.

[24] Ibidem.

[25] O sucesso dessas novas técnicas cirúrgicas pode ser atribuído aos constantes estudos biomédicos, ao controle intensivo do paciente traumatizado e da microcirurgia. Além disso, os traumáticos ferimentos de guerra, acidentes automobilísticos, exérese por tumores malignos, entre outros, contribuíram significativamente para o desenvolvimento de novas técnicas e aceleraram os estudos para os procedimentos de reconstrução de genitália. Atualmente, a perda total peniana, do ponto de vista estrutural, é completamente resgatável, ensejando o sucesso, também, nas cirurgias de mudança de genitália. SILVEIRA, op.cit., p. 137.

[26] O Rio Grande do Sul é um estado pioneiro na seleção de pacientes para a cirurgia de transgenitalização. Esclarece Tereza Rodrigues Vieira que existem, no mundo, mais de 50 centros dedicados a esse tratamento, 10 no Brasil, sendo os mais importantes o Hospital das Clínicas de São Paulo e Rio Grande do Sul e o Hospital de Base, de São José do Rio Preto. VIEIRA, Tereza Rodrigues. A Bioética e o direito à adequação de sexo do transexual. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) **Bioética e sexualidade.** São Paulo: Jurídico Brasileira, 2004. p. 114. Oportuno ressaltar, ainda que a Resolução nº 1.482/97, do Conselho Federal de Medicina, previa os critérios para a realização da cirurgia, que, inicialmente, tinha caráter experimental. A nova resolução, de número 1.652, promulgada em 2002, estabeleceu novos critérios e determinações, além de retirar o caráter experimental da cirurgia de readequação das características masculinas para as femininas. A cirurgia de readequação das características femininas para masculinas, no entanto, continua sendo em caráter experimental. Ressalta-se, contudo, que as cirurgias somente são realizadas em hospitais universitários ou públicos adequados à pesquisa. GOLDIM, José Raymundo; BORDAS, Francis C.; RAYMUNDO, Márcia M. Aspectos bioéticos e jurídicos do transexualismo. In: VIEIRA, op.cit., p. 101.

[27] FARINA, op.cit., p. 250.

[28] VIEIRA, op.cit., p. 108.

[29] Ibid., p. 117.

[30] ARAUJO, op.cit., p. 55.

[31] COUTO, Edvaldo Souza. **Transexualidade:** o corpo em mutação. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 1999.

[32] A autora também entende que o conceito e o entendimento de sexo não estão relacionados somente ao conjunto de caracteres físicos e genéticos, mas também psicológicos, que se agregam aos primeiros. VIEIRA, op.cit., p. 109.

[33] SILVA, Hélio R. **Certas Cariocas:** travestis e vida de rua no rio de janeiro. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996. p. 10.

[34] De acordo com o autor, o termo estigma foi criado pelos gregos e está relacionado aos sinais corporais através dos quais se procurava encontrar algo de diferente ou mau no status moral da pessoa que os apresentava. Sua concepção foi alterada com o advento da era cristã, e, atualmente, a palavra remete ao sentido original, porém, não no que diz respeito aos sinais corporais, mas mais especialmente à desgraça, àquela atribuída à sociedade que tende a categorizar as pessoas. GOFFMAN, Erving. **Estigma:** notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: LTC, 1988. p. 7.

[35] Ibid., p. 12.

[36] Para o autor, há diversos tipos de estigma, e em todos podemos, de alguma forma, identificar a situação do transexual, como por exemplo a estigmatização decorrente das deformidades do corpo. Exsurgem, também, as denominadas culpas de ordem individual, tais como, por exemplo, "os distúrbios mentais, prisão, vício, alcoolismo, homossexualismo, desemprego, tentativas de suicídio e comportamento político radical". Há, ainda, os estigmas referentes à raça, religião e nação, mas em todos, se encontra a mesma característica, qual seja, "um indivíduo que poderia ter sido facilmente recebido na relação social quotidiana possui um traço que pode se impor à atenção e afastar aqueles que encontra, destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus". (Ibid., p. 14).

[37] BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo:** sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006. p. 14.

[38] Vianna utilizou diversas citações em artigo que visa alertar para as visões dogmáticas ainda utilizadas na orientação sexual dada nas escolas, atualmente. A preocupação é justamente tentar evitar a exclusão ensinando que o padrão de gênero pré-estabelecido pela sociedade ocidental (da heterossexualidade) para o exercício da sexualidade não é único. Cita, neste sentido, Maria Luiza Heilborn, Joan Scott, Linda Nicholson, entre outros. VIANNA, Cláudia. Sexualidade, gênero e educação: um panorama temático. **Revista Educação:** Cultura e poder na educação. São Paulo: Segmento, 2008, n. 02, mar., p. 16-23.

[39]AQUINO, Julio Groppa, REGO, Teresa Cristina. **Revista Educação:** Cultura e poder na educação. São Paulo: Segmento, 2008, n. 02, mar., p. 4.

[40] RAMIRES, Lula. A viagem como metáfora da busca de identidade. **Revista Educação:** Cultura e poder na educação. São Paulo: Segmento, 2008, n. 02, mar.,p. 69.

[41] ARAUJO, op.cit., p. 53.

[42] ARAUJO, op.cit., p. 134.

[43] Através do registro civil o cidadão encontra meios de comprovar seu estado, sua situação jurídica. Além disso, o registro civil inscreve, de maneira inapagável, os fatos relevantes da vida de uma pessoa, cuja documentação interessa ao estado, à pessoa, e a terceiros. Seu interesse reside na importância de tais fatos e, ainda, pela sua repercussão na vida da pessoa e nas suas relações familiares e sociais. CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 65.

[44] ARAUJO, op.cit., p. 15.

[45] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999. p. 103.

[46] NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 51.

[47]Em trabalhos anteriores, procurou-se explicitar este ponto e realizar algumas importantes conexões interdisciplinares, com destaque especial para o contorno de uma dimensão existencial da pessoa desenvolvida em autores como Heidegger (ver: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A Repersonalização do Direito Civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: XVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, 2007, Belo Horizonte-MG. **Anais do XVI Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis-SC : Fundação Boiteux, 2007. v. 1. p. p. 2769-2789), Paul Ricoeur (ver: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser [orgs.]. **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.291-323) e Charles Taylor (ver: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do Direito Civil a partir do pensamento de Charles Taylor: algumas projeções para os direitos de personalidade. In: STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luiz Bolzan de [orgs.]. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado: Anuário 2008. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.277-294) . Tal contorno, em síntese, identifica a pessoa como ente que se compreende sempre a partir de um horizonte dialógico, temporal e histórico que se constitui concretamente, e do qual nenhuma faculdade ou atributo racional, pretensamente neutro, pode se constituir de modo independente. A subjetividade, assim, se estrutura sempre a partir de uma pré-compreensão que estabelece valores e signficados indispensáveis à construção da própria identidade e do próprio sentido do mundo.

[48] Sobre os conceitos de *avaliação forte* e *avaliação fraca*, ver o seguinte artigo, que os detalha mais esmiuçadamente e os insere dentro do referencial teórico construído por Charles Taylor: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do Direito Civil a partir do pensamento de Charles Taylor: algumas projeções para os direitos de personalidade. In: STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luiz Bolzan de [orgs.]. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado: Anuário 2008. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.277-294.

[49] Em seu livro dedicado ao tema, Charles Taylor argumenta que as teorias construídas por Hugo Grócio e John Locke, o direito natural do século dezoito, eram, no início, apenas idéias desenvolvidas em um círculo intelectual restrito, mas que vieram a fazer parte de um novo imaginário social que caracteriza em grande parte as sociedades ocidentais modernas, e que compreende, entre outros, aspectos políticos, morais e econômicos (TAYLOR, Charles. **Modern social imaginaries**. Durham; London: Duke University Press, 2004. p.62).

[50] Tradução nossa. No original: "(...) the ways people imagine their social existence, how they fit together with others, how things go on between them and their fellows, the expectations that are normally met, and the deeper normative notions and images that underlie these expectations" (Ibid,. p.23).

[51] SZANIAWSKI, op.cit., p. 116.

[52] GOLDIM, José Raymundo; BORDAS, Francis C.; RAYMUNDO, Márcia M. Aspectos bioéticos e jurídicos do transexualismo. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídico Brasileira, 2004. p. 103.

[53] ARAUJO, op.cit., p. 142. Choeri, por sua vez, apresenta um rol de questões sobre os aspectos jurídicos imediatos à cirurgia de transgenitalização: "(...) poderiam os transexuais operados serem sujeitos passivos ou ativos de um crime de estupro? Uma vez operado, teria o transexual legitimidade de ocultar a informação de seu sexo originário, se incorrer em dano moral, quando se relaciona sexualmente? Estaria, nesse último caso nas mesmas condições das mulheres que implantam silicones e sofreram a cirurgia de histerectomia, não podendo procriar?(...) As leis trabalhistas e de seguridade deverão sofrer adaptações?(...) Até que ponto essa relação incidirá sobre a relação matrimonial e de pátrio poder?(...) Deverá haver autorização do cônjuge na hipótese de haver prole?A redesignação deverá aparecer no registro civil do filho?(...) Permitir-se-ia o direito à procriação para o redesignado, permitindo-se a fertilização in vitro, utilizando-se os gametas retirados antes da cirurgia? Em se tratando de uma patologia psíquica irreversível, porque não permitir também em menores, assistidos por seus tutores ou genitores?" Essas e outras questões são apenas exemplos de todas as situações nas quais o direito, inevitavelmente, deverá intervir. O respeito à pessoa, contudo, deverá estar presente em qualquer decisão que for tomada, possibilitando o acompanhamento da dinâmica dos fatos. CHOERI, Raul. Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenitalização. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Temas de biodireito e bioética.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 250-252.

[54] FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000 p. 107.

[55] FARIÑAS DULCE, Maria José. Ciudadanía universal versus ciudadanía fragmentada. In: DE LUCAS, Javier et al. **El vínculo social*:*** ciudadanía y cosmopolitismo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

[56] MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos Direitos da Personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 86.

[57] SILVEIRA, op.cit., p. 35.

[58] ARAUJO, op.cit., p. 135.

[59] Tais conceitos compreendem uma variedade de entendimentos que, sumariamente, podem ser divididos em dois: o vértice que compreende ser uma orientação sexual (opção), e o que entende ser uma disfunção psíquica.

[60] COSTA, op.cit., p. 71.

[61] GOFFMAN, op.cit., p. 16.

[62] MELLO, op.cit., p. 71.

CONFLITOS PRINCIPIOLÓGICOS EM TORNO DA PRÁTICA DA EUTANÁSIA NO BRASIL: EM DEFESA DA AUTODETERMINAÇÃO*

CONFLICT PRINCIPIOLÓGICOS IN THE PRACTICE OF EUTHANASIA IN BRAZIL: DEFENSE OF SELF-DETERMINATION

Joyceane Bezerra de Menezes
Vitor Ramos Eduardo

RESUMO

Aborda o tema polêmico da eutanásia, considerando os princípios constitucionais em conflito, dentre os quais, a vida, a dignidade da pessoa humana e o direito geral de liberdade. Apresenta uma defesa do direito geral de personalidade tipificado na autodeterminação para justificar a preponderância do direito geral de liberdade e do princípio da dignidade humana ante a vida marcada pelos efeitos do estado vegetativo permanente e/ou estado terminal irreversível, analisando as vicissitudes salientadas pela teoria dos princípios. Analisa a classificação das liberdades, considerando a liberdade protegida e não protegida, apontando para a possibilidade da autonomia da vontade expressa em documento autêntico autorizando a antecipação da morte nas condições citadas como uma modalidade de liberdade não protegida, embaraçada pelas normas penais tipificadoras da conduta de terceiro.

PALAVRAS-CHAVES: EUTANÁSIA. CONFLITO PRINCIPIOLÓGICO. AUTODETERMINAÇÃO.

ABSTRACT

This text analyzes the controversial issue of euthanasia, considering some constitutional principles in conflict: life, dignity and the general right of liberty. It presents a defense of the general personality's rights and the self-determination to justify the preponderance of the general right of freedom and the principle of human dignity in the face of a life marked by the effects of permanent vegetative state and irreversible terminal state, examining the alternatives raised by the theory of principles. Analysis the classification of liberties, considering the liberty protected and unprotected, pointing to the possibility of express the autonomy's will in an authenticated document authorizing the anticipation of death in the manner described above as a form of no protected liberty, embarrassed by the criminal law, typifying the third conduct.

KEYWORDS: EUTHANASIA. CONFLICT OF PRINCIPLES. SELF-DETERMINATION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 Introdução

O termo eutanásia, do grego morte doce, morte calma, foi empregado pela primeira vez por Frank Bacon, no século XVII. A ancianidade crescente no país e o número de pacientes suscitando o direito de morrer na era em que as tecnologias favorecem a obstinação terapêutica acirram a discussão sobre o direito de morrer[1], ampliando o debate acerca da eutanásia.

A par das opiniões divergentes que direcionam o debate às conclusões mais diversas, pretende-se, com este trabalho, apresentar o embate dos princípios constitucionais que se vislumbram quando da análise jurídica da eutanásia no Brasil. Indaga-se: a vida humana é resguardada pela Constituição Brasileira de modo absoluto? Deve ser mantida à revelia da vontade do titular, mesmo nas situações de extremo sofrimento ou quando imerso no estado terminal e/ou vegetativo permanente, ocasião em que o sofrimento maior pode ser da família? De outro modo, seria reconhecido um valor intrínseco à vida ou esse bem corresponde apenas a um atributo do sujeito, passível de disposição? O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito geral de liberdade teriam o condão de ampliar a autonomia do sujeito, concedendo-lhe a prerrogativa de abdicar do direito de viver, quando a sua vida já não se conforma nos limites da dignidade humana? Sob esse enfoque, o que seria vida compatível com a idéia de dignidade da pessoa humana?

Os embates principiológicos que essas indagações apresentam não podem ser resolvidos pela superação absoluta de um princípio em detrimento de outro, vez que inexiste princípio dotado de valor absoluto no ordenamento jurídico. Embora a Constituição brasileira disponha sobre a inviolabilidade do direito à vida no art.5º. *caput*, traz, ela própria, a permissão de pena de morte nos tempos de guerra.

No direito ocidental, a disciplina jurídica da vida tem uma forte influência da religião, cuja tendência é atribuir um valor intrínseco à vida, bem de origem e domínio divino. No Brasil, parece haver o reconhecimento de um valor intrínseco à vida haja vista a previsão de inviolabilidade e a limitação de disposição até sobre o próprio corpo prevista em diversos dispositivos (art.13 do Código Civil, por exemplo). Porém, com o avanço dos direitos humanos e ascensão dos direitos de personalidade, a autodeterminação, fruto da liberdade da pessoa, tem suscitado a legitimidade da eutanásia em questões extremadas. Sem descuidar que o direito de morrer pode ser materializado no próprio suicídio, cuja prática, por razões óbvias não pode ser sancionada.

Uma análise preliminar talvez informe a possibilidade eventual do princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade se sobreporem ao direito à vida nos casos em que o titular, além de estar com a saúde gravemente comprometida, haja manifestado a vontade de morrer por ato autêntico ou por declaração pessoal ao membro da família. Mas, é problemático pensar na sucumbência do direito à vida do particular em face da simples manifestação da família pela prática da eutanásia.

Sem a pretensão de oferecer uma resposta peremptória às questões antes suscitadas ou empreender uma análise filosófica ou religiosa, constrói-se o presente texto, sob a análise dos contornos e limites do direito geral de liberdade, no Brasil, buscando

identificar eventual liberdade protegida ou liberdade não protegida para autorizar o sujeito a abdicar do direito de viver por meio da eutanásia. É certo que essa análise não prescindirá do cotejo do direito à vida e dos efeitos de sua adjetivação pelo princípio *dignidade da pessoa humana*. Por fim, ainda se fará uma análise perfunctória das tipificações do Código Penal e do Código de Ética Médica, haja vista que a prática da eutanásia demanda a atuação de um terceiro – o agente apto a ultimar a vida do paciente.

2 Aspectos principiológicos na discussão sobre eutanásia no Brasil

Nenhum direito fundamental é assegurado de maneira absoluta, repita-se, haverá sempre a possibilidade de confronto com outro direito fundamental ou com outro princípio constitucional, na situação concreta, de modo a permitir a exaltação de um sobre o outro. O *sopesamento de princípios* é uma técnica que pode ser utilizada para solucionar colisões, a partir da análise do caso concreto.

Robert Alexy em sua tese sobre conflitos principiológicos, nominada *lei de colisão*, classifica os princípios como *mandatos de otimização*, os quais podem gozar de "precedência em face do outro sob determinadas condições. Sobre outras condições, a questão de precedência pode ser decidida de forma oposta" (2008, p. 93). Dependendo da situação concreta em exame, um princípio pode prevalecer sobre o outro, mas nem por isso será considerado inválido (*ungültig*). Sequer é necessária a introdução de uma cláusula de exceção. Pois bem, a *lei de colisão* reconhece que os princípios, incluindo-se os direitos fundamentais, têm pesos diferentes em determinadas circunstâncias, preponderando o de maior peso na análise de um dado caso concreto[2].

Em vista disso, há uma unidade de princípios na Constituição, mesmo sendo construída a partir de um sistema aberto de normas sujeitas aos fenômenos de tensão (CANOTILHO, 1993, p.195) entre os vários princípios gerais e especiais. Isso é próprio de um sistema constitucional plasmado a partir da pluralidade e do antagonismo das idéias sociais subjacentes. Mas, pelo princípio da unidade da constituição não há, em tese, princípios dotados de validade absoluta em face de outros. Nas hipóteses em que o caso concreto apresenta o conflito entre vários princípios, a questão não se resolve sob a lógica do tudo ou nada, sendo factível e recomendável, a ponderação e concordância prática, capaz de sopesar a importância de cada principio na situação específica sob exame.

Ter-se-á, portanto, uma espécie de *convivência concorrente* de princípios. Na expressão de Humberto Ávila (2006, p.51), "a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles". Assim é que, a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana são princípios constitucionalmente valorosos, mas de mesmo patamar hierárquico; somente, no cotejo do caso concreto, pode um ceder em importância ao outro.

2.1 Vida e dignidade da pessoa humana

No que diz respeito à eutanásia, observa-se um conflito entre o direito à vida e o princípio da dignidade[3] da pessoa humana, e a discussão sobre incidência e limites da

liberdade. O primeiro, inclusive, já teve seu caráter absoluto refutado pela própria Constituição Federal, que permite a pena de morte em tempos de guerra, como mencionado.

Mesmo assim, a Constituição assegura a inviolabilidade da vida. O único limite a essa inviolabilidade seria a pena de morte em tempo de guerra? Parece certo que o Estado não pode embaraçar ou impedir o direito à vida em outra hipótese. O direito à vida é um direito fundamental individual protegido, inclusive, pelo manto das cláusulas pétreas. Em vista dessa fundamentalidade, o Estado é chamado a uma conduta abstencionista e a uma postura prestacional. Na primeira, não pode impedir ou dificultar o direito à vida. Na segunda, deve implementar medidas efetivas de garantia da vida, inclusive, quanto às condições mínimas à sua existência e preservação. Em absoluto caberia, no ordenamento constitucional brasileiro, decidir para além da autonomia do sujeito titular da vida, como se evidenciou no programa de aplicação de eutanásia levado a cabo pela Alemanha social-nazista, entre os anos de 1939 e 1941, extensivo aos deficientes físicos e mentais. Nem o Estado tampouco o particular poderia decidir sobre a vida de outrem.

Cabe indagar, porém, se o próprio titular poderia dispor desse direito com fulcro nada autodeterminação derivada do direito geral de liberdade. Haveria um direito a programação da própria morte ou um direito de morrer, quando a vida já não é compatível com a idéia de dignidade para o sujeito? Ou a inviolabilidade do direito à vida restringiria o direito geral de liberdade?

Exclui-se a discussão em torno do suicídio, pois o tema cinge-se à análise da prática da eutanásia que aponta para a antecipação da morte em casos específicos, mediante ação de terceiro, consoante se verá.

A palavra eutanásia pode ter compreensão mais ou menos dilargada, mas, segundo Albert Calsamiglia somente existirá se se tratar de: “(a) antecipação da morte; (b) de paciente terminal; (c) que deseja; (d) com o objetivo de evitar um dano maior (indignidade); e, (e) a ação ou omissão é realizada por uma terceira pessoa” (Leite, 2009, p.144).

Haveria dificuldade na determinação dos contornos do estado terminal? Nos termos da Declaração do Instituto Borja de Bioética da Universitat Ramon Llull, oriunda dos estudos do Grupo de Trabalho sobre Eutanásia[4], considera-se paciente terminal aquele que padece de enfermidade incurável, progressiva e avançada, em situação de impossibilidade razoável de resposta do mesmo a um tratamento específico, apresentando diversos problemas ou sintomas intensos, múltiplos, multifatoriais e cambiantes, com severo impacto emocional por parte dele, da família e da equipe terapêutica, e com um prognóstico vital inferior a seis meses[5]. Möller (2007, p.34) utiliza a compreensão de paciente em estado terminal como aquele “cuja condição é irreversível, independentemente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo”.

No passado, a ética médica se firmava em um autoritarismo em prol do paciente que não permitia o questionamento da legitimidade da obstinação terapêutica. Era dever inexorável do médico prolongar a vida. Inobstante, o avanço dos direitos humanos e o respeito à pessoa, tem levado a um diálogo mais intenso entre os interesses do paciente e os deveres do médico, na tentativa de fazer valer a autonomia daquele. E daqui,

exsurgem conflitos que escapam a deontologia médica e se espraiam por variados campos, dentre eles, o Direito.

Nos Estados Unidos já há a prática do diálogo entre médico e paciente, preservando-se a autonomia deste, quanto à efetivação das intervenções médicas. No Brasil, ainda é forte a idéia de preservação absoluta da vida, muito embora já haja possibilidade de recusa do paciente em autorizar o tratamento nos termos do art.15 do Código Civil. Relativamente à prática da eutanásia, há o dispositivo penal que a capitula como *homicídio*, embora sem a utilização da expressão.

O embate entre os princípios ligados ao tema se faz presente, por exemplo, nas situações em que o paciente sofre de uma doença em estágio terminal ou nos casos que está vivendo mecanicamente, sob a dependência de aparelhos, e houver manifestado a opção pela abreviação da vida naquelas circunstâncias. Tem-se aqui o fato de uma vida absolutamente limitada, na iminência do desfecho final, em meio a elevados sofrimentos pessoais e/ou familiares. Bem ainda a manifestação livre e consentida do sujeito, por sua supressão. No caso concreto, caberia maior peso à vida ou à liberdade? Considerando-se ainda a adjetivação da vida, constitucionalmente garantida, pela dignidade, poder-se-ia argumentar em favor da liberdade de decisão do paciente?

A prática da eutanásia seria por um fim a uma vida ainda existente sob a justificativa de primar pela dignidade da pessoa humana, especialmente nas hipóteses de imersão em estado vegetativo permanente ou da ocorrência de doença de grave proporção e ausência de cura, que traz sofrimentos elevados ao sujeito. A questão é se a vida humana pode configurar objeto de disposição pelo titular, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana e por força do direito geral de liberdade.

Caberia delinear o que se entende por vida compatível com a idéia de dignidade da pessoa humana? É bom lembrar que não se deve utilizar a locução vida digna. Pois qual sentido se empregaria ao adjetivo *digno?* Haveria um standard qualificador da vida digna e isso também seria incompatível com as vicissitudes de cada situação e da subjetividade humana. É importante respeitar o exercício da subjetividade de cada um.

Os inconscientes e amentais que não exercem o sentido em face das idéias e da linguagem, não apreenderam um significado para *vida digna*, poderiam ter esse direito em xeque por decisão da família? Na hipótese à família caberia decidir, considerando o liame entre vida digna e vida indigna? Aplica-se a compreensão de Dworkin, em defesa da dignidade daqueles que jamais tiveram condições de compreender a dimensão do princípio ou mesmo que perderam completamente a capacidade de reconhecer ou avaliar o que seria uma “indignidade” (2003, p. 334). Porém, Dworkin é aquele que oferece a pista do *interesse fundamental* da pessoa, em vida ativa demonstrado, como balizador da decisão sobre a preservação ou supressão da vida. Teria o amental demonstrado efetivo interesse fundamental, em sua situação de privação de sentido racional? Crê-se que não.

Ademais, indaga-se: e se o enfermo manifestar o desejo de não morrer, caberia o cerceamento da sua vida em face da ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana dos familiares que sofrem os dissabores do infortúnio?

Para essas indagações existem respostas positivas e negativas, todas com embasamentos plausíveis.

De início, deve-se alertar que o termo *dignidade da pessoa humana* é bastante polissêmico, sendo importante delimitar a abordagem que se utilizará na construção desse artigo. Na verdade, trata-se de um princípio com um sentido cambiante no tempo, determinado pelo quadro sócio-cultural do lugar. Para Dworkin (2003, p. 334), a dignidade seria o direito da pessoa em não sofrer "indignidades, de não ser tratada de modo que, em sua cultura ou comunidade seria demonstração de desrespeito" (grifos nossos). Essa compreensão de Dworkin deduz que sociedade tem padrões definidores de uma indignidade, mutáveis de acordo com o lugar e a época em que se manifestam.

Mas não se pode desconsiderar a importância da contribuição kantiana para o conceito de dignidade humana. O filósofo alemão ressalta a liberdade como característica essencial da dignidade da pessoa humana, desde que essa liberdade encontre limite na liberdade de outra pessoa (KANT, 2007). Nessa perspectiva, o homem seria capaz de encontrar um fim em si mesmo, não podendo ser tratado como meio nem por si próprio. O pensamento kantiano seria incompatível com a eutanásia, vez que a vida não seria instrumentalizada nem para limitar ou extirpar sofrimento.

Na explicação de Dworkin (2003, p.339), porém, do pensamento kantiano não se deduz que "as pessoas nunca sejam colocadas em desvantagem com o objetivo de oferecer vantagens a outras, mas sim que nunca sejam tratadas de maneira que se negue a evidente importância de suas próprias vidas". Ora, um trabalhador que vende a sua força de trabalho não perde a dignidade por esse fato, mesmo que seu labor seja instrumental para o interesse de outrem, o empregador, se houver contraprestação salarial adequada e uma relação respeitosa.

Canotilho apresenta a dignidade da pessoa humana como um princípio fundante da República Portuguesa, capaz de acolher a idéia "do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et fictor*)". Afirma, ainda, que "a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República" (1999, p. 283). Trata-se da positivação da doutrina kantiana[6] na Constituição Portuguesa.

Jorge Miranda também apresenta as diretrizes básicas para a compreensão do princípio, afirmando que: "a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas" (MIRANDA, 1998, p. 169). Diante disso, permitir que alguém trace sua vida segundo seu próprio "projeto espiritual" ou sua "autonomia vital" seria conceder ao indivíduo o poder de decisão sobre o momento em que deseja morrer?

Seguindo o destaque de Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da dignidade da pessoa humana representaria o "elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se, de acordo com a significativa fórmula de Haverkate, no 'ponto de Arquimedes do estado constitucional' (...) ainda que a dignidade preexista ao direito, certo é que seus reconhecimento e proteção por parte da ordem jurídica constituem requisito indispensável para que esta possa ser tida como legítima" (2006, p. 77).

Divergindo de Sarlet, Maluschke entende que a dignidade da pessoa humana corresponde a um conceito jurídico, embora também se expresse como um "elemento descritivo, a saber, o fato de o homem, conforme a sua natureza, é equipado com a capacidade da livre autodeterminação" (2007, p. 96).

A despeito de se compreender tal princípio na dimensão ontológica ou na perspectiva histórica, se reconhece como conteúdo da dignidade da pessoa humana o conjunto de condições subjetivas e materiais voltadas para a persecução da liberdade e igualdade. Daí por que o respeito ao princípio demanda prestações e abstenções por parte do Estado. De todo modo, importa no reconhecimento e promoção do potencial criador e racional da pessoa, permitindo-lhe ainda uma vida compatível com as conquistas históricas e sociais já alcançadas, ainda que por medidas assistenciais da autoridade estatal e dos segmentos sociais.

Assim, aqueles que defendem a autonomia do sujeito na opção pela morte, se opõem à valia da mera existência biológica, sem *inteligência, sensibilidade ou sensação*, consequentemente sem autodeterminação, liberdade e perspectiva, em face da dor e da dureza e gravidade do diagnóstico de irreversibilidade. Por isso defendem a prevalência da liberdade do titular para decidir, na hipótese de vida incompatível com essa dignidade. Lembra-se porém do zelo de Sarlet (2006, p.47) quanto às "diversas dimensões da dignidade da pessoa humana, nas quais inclui a complexidade da própria pessoa humana e do meio na qual desenvolve a sua personalidade". É nesse mesmo sentido que Dworkin (2003) defende a força do interesse fundamental do próprio titular da vida, demonstrado em documento autêntico ou não, mas, nessa última hipótese, provado pelo modo como a pessoa encarava a vida ao tempo de sua consciência ou sanidade.

Observe-se que o conflito aqui discutido envolve não só a dignidade da pessoa humana, mas também o direito à vida. Esse último, da mesma forma que aquele, possui uma natureza controversa. Alguns autores[7] entendem a vida como um direito subjetivo, do que resultaria a possibilidade do indivíduo dela dispor. Outros doutrinadores[8] entendem a vida como um bem jurídico indisponível, reconhecendo-lhe, *ipso facto*, um valor intrínseco. O ordenamento jurídico brasileiro resguarda a indisponibilidade dos direitos da personalidade, dentre os quais está o direito à vida. Basta observar o que diz o texto expresso do art. 11 do Código Civil Brasileiro: "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos à personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária".

José Afonso da Silva[9] assevera que "a vida constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais (...) se não erigisse a vida humana num desses direitos (SILVA, 1998, p.201).

Para Adriano de Cupis (2004, p. 52) "o direito à vida é reconhecido como o direito mais essencial entre os essenciais, uma vez que sem a vida não há existência da pessoa e do próprio direito da personalidade. O caráter essencial da vida faz com que nenhum outro bem exista separadamente deste". Carlos Alberto Bittar também qualifica a vida como um bem indisponível. Para ele, "o direito à vida não significa direito sobre a vida, pois este se reveste de um caráter de indisponibilidade que impede a realização de negócios jurídicos que tenham por objeto a vida humana. Não há, assim, qualquer validade à

declaração de vontade do titular que importe no cerceamento do direito à vida" (2000, p. 23).

Seria oportuno lembrar que para alguns pacientes, a manutenção da vida em certas condições seria uma espécie de submissão a tortura, tratamento degradante, especialmente quando aquela circunstância já lhe é insuportável e vã, em razão da ausência de expectativa de cura. É certo que, para a defesa religiosa da santidade da vida, o argumento em favor da eutanásia não prosperaria, pois, na maioria das religiões, e na totalidade das religiões cristãs, a vida é dom de Deus e somente a Ele compete a sua supressão. A doutrina da Igreja Católica Apostólica Romana, antevista especialmente na 11ª. Encíclica *Evangelium Vitae* (Evangelho da Vida) condena toda forma de supressão da vida humana – do aborto à eutanásia, proclamando que nenhuma lei humana as poderia legitimar. Porém, o Estado laico não poderia fazer uso apenas da afirmação religiosa sem permitir sequer a análise do conjunto de princípios constitucionais. É certo que na construção das normas e na sua aplicação, há um debate social permeado de influências culturais e religiosas etc. Porém, a religião é apenas uma influência na construção do debate.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, pretendendo aplicar o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana no caso concreto, não se eximem, como assevera Maluschke (2007, p. 112), de efetuar "avaliações pessoais ou condicionadas pelo espírito do tempo (Zeitgest), a saber, particulares, que geralmente têm sua origem em crenças, especulações metafísicas ou ideológicas" (grifos nossos). Embora não haja decisão específica sobre a matéria, a discussão que o Supremo Tribunal Federal travou sobre a vida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510-0/DF deixou entrever forte argumentação religiosa na abordagem do direito à vida. Nesta lide, discutiu a legalidade da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 – Lei de Biossegurança – quanto à manipulação de embriões excedentários para fins de pesquisa.

2.2 Casos paradigmáticos e o conflito dos princípios

Considerando a inexistência de *cases* nacionais, é útil o olhar para a experiência de outros países. Cite-se um caso emblemático sobre a matéria que ocorreu nos Estados Unidos, com a americana Nancy Cruzan. Embora o episódio haja ocorrido em outro país, os argumentos que cercaram o caso têm raízes históricas semelhantes àqueles que se utilizaram no Brasil. Os pais da enferma conseguiram, na *Supreme Court of United States*, a permissão para desligar os aparelhos que mantinham a vida de Nancy, em vários anos de estado vegetativo, alegando a ausência de vida efetiva, capaz de dignidade. Nesse caso, o direito à vida cedeu aos imperativos da dignidade da pessoa humana**.**

No entanto, relevantes foram os argumentos contrapostos ao desligamento dos aparelhos. Um dos votos vencidos, proferido pelo juiz Rehnquist, expôs um posicionamento contrário à morte planejada. Ronald Dworkin analisou o voto e expôs que:

Rehnquist admitiu que a regra do Missouri poderia levar, com freqüência, ao resultado equivocado de se manter vivo um paciente que decidira ser preferível morrer a ficar em estado de inconsciência permanente. Contudo, disse o juiz, a regra também impede os erros na direção oposta: assegura que as pessoas que não optaram pela morte possam

continuar vivas, ainda que eventualmente tenham feito afirmações em contrário. O segundo tipo de erro é muito mais sério que o primeiro, pensava o juiz, uma vez que a morte é irreversível (DWORKIN, 2003, p. 277).

Cite-se passagens fiéis do julgado que demonstram a posição do juiz acerca do caso:

Not all incompetent patients will have loved ones available to serve as surrogate decisionmakers. And even where family members are present, "there will, of course, be some unfortunate situations in which family members will not act to protect a patient." A State is entitled to guard against potential abuses in such situations. Similarly, a State is entitled to consider that a judicial proceeding to make a determination regarding an incompetent's wishes may very well not be an adversarial one, with the added guarantee of accurate factfinding that the adversary process brings with it. Finally, we think a State may properly decline to make judgments about the "quality" of life that a particular individual may enjoy, and simply assert an unqualified interest in the preservation of human life to be weighed against the constitutionally protected interests of the individual.

(…)

An erroneous decision not to terminate results in a maintenance of the status quo; the possibility of subsequent developments such as advancements in medical science, the discovery of new evidence regarding the patient's intent, changes in the law, or simply the unexpected death of the patient despite the administration of life-sustaining treatment at least create the potential that a wrong decision will eventually be corrected or its impact mitigated. An erroneous decision to withdraw life-sustaining treatment, however, is not susceptible of correction.

O temor do juiz Rehnquist estava em se desatender o interesse fundamental da paciente de viver sob quaisquer circunstâncias, ainda que não haja expressamente previsto isto em documento autêntico. O entendimento do juiz vencido sobre a possibilidade de mudança de idéia do paciente é relevante. Mas, é difícil imaginar que alguém imerso em estado vegetativo possa voltar à consciência para contraditar a vontade de morrer se incurso naquele infortúnio. Não se sabe nem se tais indivíduos podem manifestar uma concepção sobre algo. O mais correto seria perquirir os interesses fundamentais do paciente com o objetivo de tomar a posição adequada. No caso acima, a paciente não manifestou a opção pela eutanásia, em documento autêntico, coube à família, perseguir a autorização para o desligamento dos aparelhos que mantinham uma vida artificial. O paradigma para a decisão foi o interesse fundamental de Nancy, demonstrado nos autos pelos familiares. A problemática ainda é mais severa, vez que não cogita-se da autonomia do sujeito. Veja-se que, na hipótese, a luta pela supressão da vida se iniciou pelo pleito da família e não da titular do direito ao tempo de sua consciência.

E o que seriam esses interesses fundamentais? Na perspectiva de Ronald Dworkin (2003), são aqueles interesses que dizem respeito à personalidade do paciente. Inquiri-los seria um perseguir aquilo que o paciente teria decidido por si próprio antes de entrar em estado demencial, utilizando por paradigma, o estilo de vida, os traços de sua personalidade etc. Trata-se de uma maneira de proteger sua autonomia. Defender os interesses fundamentais seria apelar:

à idéia de que para uma pessoa é melhor viver a vida **estruturada por um tema** e, inclusive, levá-la às últimas conseqüências. Esses apelos, por exemplo, contêm o argumento de que, tendo em vista que o paciente passou **toda a vida lutando**, inclusive nas situações que pareciam irremediáveis, é melhor que enfrente a morte até o derradeiro instante, mesmo que esteja inconsciente. Ou que, como Nancy Cruzan, **orgulhava-se de sua auto-suficiência**, o melhor é que sua vida termine quando não houver qualquer possibilidade de seguir em frente (DWORKIN. 2003, p. 271). (grifos nossos)

Vê-se que, na hipótese acima não se perscrutou o tema *autonomia da vontade.* A adjetivação da vida por digna foi entabulada a partir dos pressupostos e leituras da família da paciente.

Outro caso, o de Helga Wanglie, também exposto por Dworkin (2003), viu-se a prevalência do direito à vida. Tratava-se de uma senhora bastante ativa, malgrado a idade avançada. Vítima de um acidente em 1989, a Sra. Wanglie sofreu várias paradas cardiopulmonares e, após ser atingida por uma grave anoxia em 1990, entrou em estado vegetativo permanente. O marido da enferma recusou-se a autorizar o desligamento dos aparelhos, apesar da orientação do hospital, favorável à medida. Afirmou que havia falado com a esposa previamente sobre o tema e que ela possuía o mesmo pensamento, qual fosse, de levar a vida às últimas instâncias. O conflito entre o interesse do hospital e o posicionamento do marido de Wanglie foi aos tribunais e a justiça americana negou o pedido do hospital, mas, quatro dias depois do julgamento, Helga Wanglie morreu, ainda ligada por aparelhos. Nesse caso, os interesses fundamentais da enferma, apresentados por seu marido, foram considerados e não se deferiu a eutanásia. Na hipótese, foi o hospital pleiteou a medida da eutanásia. Mas seria completamente descabida, quiçá motivada por interesses meramente econômicos, a intervenção do hospital nessa questão. Não há como um ente alheio ao convívio com a paciente, informar qual o seu interesse fundamental pela eutanásia ou pela vida em qualquer termo.

Ora, se à família já é perigoso atribuir-se a possibilidade de pleitear a eutanásia, pior ainda atribuir-se a ente estranho ao convívio do paciente. Mais adequado é partir da autonomia da vontade, do direito geral de liberdade, apurar-se o consentimento do paciente, previamente informado e autenticamente expresso em documento dotado de fé. O inconteste interesse fundamental sinalizado pelo paciente ao tempo de sua vida ativa, no seu modo de agir e pensar, nos traços de personalidade, poderia ser apresentado pela família ao Judiciário, na tentativa de pleitear a eutanásia. Mas, repita-se, esta última hipótese ainda revelaria maiores dificuldades de solução.

Impende analisar que, no plano do direito civil, a vida, enquanto um direito personalíssimo, é intransmissível e irrenunciável, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (Art. 11, Código Civil). Assim, o negócio jurídico em que o agente abdica do direito a vida não teria amparo nesse artigo. Caberia a influência incisiva da argumentação constitucional acima mencionada, sem desconsiderar o que se passa a analisar adiante, sobre as restrições infra-constitucionais ao direito geral de liberdade.

Vê-se que a eutanásia não é temática de fácil solução, é mais apropriada a sua apreciação ante ao caso concreto, sopesando-se os princípios mencionados e perquirindo-se os interesses fundamentais de cada enfermo, em certas situações. Não cabe a superação absoluta de um sobre o outro, uma vez que não há princípio absoluto no ordenamento jurídico. Há que se considerar o interesse do sujeito pela vida, a concepção que cativa sobre vida digna e ainda a sua autonomia. Não cabe mais ao Estado, impor a vida nas situações extremas de estado vegetativo permanente ou iminência de morte por doença incurável e dolorosa, se o paciente tem o interesse pela eutanásia e demonstra isso por ato autêntico. Do mesmo modo que não é correto ao Estado, impor-se a prática da eutanásia quando o paciente quer viver sob quaisquer condições.

3 Sobre a questão da autonomia da vontade: os limites da liberdade?

Além dos princípios supracitados, há a questão da autonomia da vontade e seus limites constitucionais. A autonomia da vontade tem sede imediata no direito geral de liberdade. Este consiste, segundo a corrente kantiana, no fundamento precípuo da dignidade da pessoa humana.

No entanto, a ordem constitucional brasileira parece depositar um valor intrínseco à vida quando dispõe que garante a todos a *inviolabilidade do direito à vida*, no caput do art.5º. e tipifica a eutanásia no tipo de homicídio. Assim, como pensar na eficácia de um documento autêntico em que o titular expressa uma limitação ao direito à vida, autorizando o desligamento de aparelhos ou injeção de substância para abreviar-lhe a vida, se existe a necessidade de uma ação omissiva ou comissiva por parte do médico? Esta ação seria incompatível com o Código Penal e os dispositivos do Código de Ética Médica.

Os opositores da eutanásia defendem a vida como forma de tutela do interesse público. Temem a possibilidade de pessoas serem mortas à revelia de suas vontades, ulteriormente alterada, mas não manifestada após a assinatura do consentimento. Do mesmo modo, defendem a manutenção da vida humana, mesmo que em estado vegetativo ou câncer terminal, na expectativa da descoberta ulterior de cura[10].

Nos Estados Unidos, ao contrário, todos os Estados reconhecem alguma forma de "diretriz antecipada"[11]: seja na assinatura de documento autêntico pelo paciente – testamento de vida – manifestando o seu interesse fundamental em ter a sua vida abreviada, em face de uma doença incurável ou geradora de grande sofrimento; seja na outorga de poder, por procuração, a terceiro a fim de que venha a tratar de decisões de vida e de morte quando já não tiver consciência para fazê-lo (DWORKIN, 2003, p. 252). Na mesma direção, Guersi (2005, p.100) sustenta que a morte digna seria um direito personalíssimo para toda pessoa que pode prever, antes da perda da lucidez, da consciência, por documento autêntico, o direito de dispor da vida antes de procrastiná-la somente por meios mecânicos, técnicos ou tecnológicos.

No Brasil, seria complicada a tentativa de atribuir validade a um negócio jurídico pelo qual o paciente manifesta a opção pelo desligamento dos aparelhos ou por medida mais enérgica, como injeção de substância letal, para abreviação de sua vida nas hipóteses de estado terminal irreversível, de cura improvável. Por testamento ter-se-ia a limitação ontológica do instituto, criado apenas para produzir efeito após a morte. Outro

documento autêntico poderia conduzir essa disposição para aplicação ao tempo do estado inconsciente – seria plausível a defesa de sua validade em face dos princípios acima mencionados. Contudo, não poderia prosperar em seu intento final, visto que demandaria a ação de terceiro, impedido de cumprir os dispositivos por efeito de normas criminais.

3.1 Do direito geral de liberdade – as liberdades protegidas e as liberdades não-protegidas

Um dos grandes marcos do direito à liberdade foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que assim dispunha em seu art. 4º: **"A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo**. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei". (grifos nossos).

É importante ressaltar que se tratará aqui da liberdade juridicamente tutelada. O poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade, desde que não prejudique o direito dos outros de fazer o mesmo (SILVA, 1998, p. 236). Nesta conceituação se acha a compreensão de autodeterminação.

Ora, se esta afirmação é plausível, também é igualmente aceitável que um enfermo imerso em estado vegetativo irreversível, logre por válida a opção pela morte anteriormente realizada. Do mesmo modo o portador de grave doença degenerativa, que haja planejado ou venha, existindo condições de juízo crítico, a requisitar a prerrogativa de planejar sua morte. Desde que isso vá ao encontro de seus interesses individuais e, inexistindo prejuízo ao gozo de direito de terceiro, porque se haveria de impedir?

Apesar disso, o Estado Brasileiro, responsável por tutelar e garantir a liberdade [12], editou leis que pressupõem a indisponibilidade do direito à vida. Utilizou-se de instrumentos rígidos para impedir/embaraçar a prática da eutanásia, muito embora a farta argumentação principiológica já exposta possa justificar argumento diverso. Além do mais, o Estado não tipifica a tentativa de suicídio, nem tampouco restringe o direito do paciente em recusar o tratamento que seja essencial e indispensável à preservação de sua vida.

Pensando o direito à vida a partir do cotejo com o direito geral de liberdade, haveria um argumento razoável apto a justificar a eutanásia em hipóteses extremas? O direito geral de liberdade pode ser entendido como a prerrogativa de fazer tudo o que não está expressamente proibido, vez que o art. 5º, II, da Constituição Federal permite ao indivíduo a possibilidade de agir no campo da licitude ao dispor: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei". O paciente sofre proibição expressa de dar fim à própria vida? Ressalte-se que não há o tipo penal *tentativa de suicídio*, mas ninguém pode instigar ou orientar alguém a suicidar-se. Mas não há permissão legal para que o médico abrevie a vida do paciente, ainda que sofrida. O Código de Ética Médica é textualmente contrário à eutanásia. Veja o que dispõem os arts 57 e 66:

É vedado ao médico:

Art. 57 – Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnósticos e tratamento a seu alcance em favor do paciente.

(...)

Art. 66 – Utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal.

3.1.1 Das liberdades jurídicas protegidas

Menciona Alexy: "apesar das semelhanças, as posições que podem ser determinadas como 'liberdade jurídica' são de tipos bastante diversos. Para compreendê-las, é necessário distinguir entre liberdade jurídica *protegida* e *não-protegida*" (ALEXY, 2008, p. 226).

Para o autor, as liberdades não-protegidas resumem-se em permissões para "fazer" ou "não-fazer". A liberdade jurídica não-protegida surge, pois, da junção entre permissão jurídica de fazer algo e a permissão jurídica de não o fazer. Nos termos de Alexy, uma "liberdade jurídica não-protegida", se expressa pela ausência de impedimento à ação ou omissão dela decorrente. O teórico supracitado afirma que a "qualificação de uma ação como permitida pode basear-se em duas razões: ela pode basear-se em uma norma permissiva expressa ou ela pode ser fundamentada por meio da inexistência, no sistema jurídico, de normas mandatórias ou proibitivas no âmbito das quais se enquadrasse a ação ou a abstenção em questão" (ALEXY, 2008, p. 230). grifo intencional.

Pelo cotejo dos princípios constitucionais, nos termos acima apresentados haveria uma liberdade deferida para proclamar a vontade de antecipação da morte em face da vida pelo infortúnio do estado vegetativo ou irreversibilidade do estado terminal. Porém há uma regra infra-constitucional deflagrando o impedimento/embaraço da viabilidade prática daquela vontade, pela proibição do Código Penal Brasileiro ao terceiro em executar a morte planejada em qualquer das suas modalidades[13], além da qualificação do direito de personalidade como indisponível.

O direito de morrer seria apenas exercitável na hipótese de suicídio ou recusa de tratamento nos termos do art.15 do Código Civil. Não há, contudo, proibição legal a que a pessoa disponha sobre o seu interesse pela morte na hipótese de estado vegetativo permanente ou estágio terminal. Voltar-se-ia ao problema do executor da medida, cuja ação ainda seria criminosa conforme a lei penal.

Robert Alexy (2008) também assevera que uma norma de direito fundamental poderia ser uma *norma* permissiva explícita, desde que permita algo expressamente. Partindo desse pressuposto, indaga-se: O direito a liberdade permite que um indivíduo, mediante a assinatura de documento autêntico, manifeste o desejo de morrer nos casos de doença terminal ou estado vegetativo irreversível? Esta seria considerada uma medida permitida por norma de direito fundamental?

A proposição formulada ganha força com a concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos. Essa vertente busca reforçar a idéia da existência de direitos individuais oponíveis a todos, inclusive ao próprio Estado.

Alexy (2008, p. 185) divide os direitos subjetivos em três níveis: razões para direitos subjetivos, direitos subjetivos como posições jurídicas e relações jurídicas e exigibilidade dos direitos subjetivos. Ademais, afirma a precedência dos direitos subjetivos ou direitos individuais frente aos direitos coletivos e argumenta que os direitos individuais só deveriam ser restringidos se os coletivos apresentassem razões mais fortes e claras, na ponderação feita pelo legislador ou pelo aplicador.

Sobre a perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 117) listou dois argumentos de Alexy para a sua sustentação:

A finalidade precípua dos direitos fundamentais (mesmo os de cunho coletivo) reside na proteção do indivíduo, e não da coletividade

(...)

O segundo argumento (que Alexy designa de argumento da otimização) diz com o caráter principiológico dos direitos fundamentais, destacando-se o fato de que o reconhecimento de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de cunho meramente subjetivo.

Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007), a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais enseja a possibilidade de o indivíduo, protegido de uma norma de direito fundamental, vir a exercer uma liberdade negativa, resistindo à intervenção estatal em sua esfera individual. No mesmo sentido, afirma que "o Estado possui a obrigação negativa de *não fazer* alguma coisa, não intervindo na esfera individual, salvo se houver **legitimação ou justificação constitucional** para tanto" (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 117-118). Observe-se que não há, na Constituição Federal, justificativa para a intervenção estatal na esfera do indivíduo que deseja assinar um documento autêntico ou uma procuração para tomada de decisões médicas, programando a sua morte em casos de câncer terminal, por exemplo.

Jorge Miranda (1998, p. 169), ao referir-se a doutrina alemã que desenvolveu a teoria dos direitos subjetivos públicos, assim dispôs: "Os direitos do povo não são senão direitos exclusivamente negativos, direitos ao reconhecimento do lado livre, isto é, não estatal de sua personalidade". Canotilho (1999) acolhe o entendimento formulado por Alexy e ratifica a perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais. Afirma que os direitos fundamentais são direitos individuais, protegidos sobre a forma de direito subjetivo. Ademais, o doutrinador português assevera que os direitos fundamentais ensejam o poder "de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)" (1999, p. 183).

3.1.2 Das liberdades jurídicas protegidas

As liberdades jurídicas protegidas, a seu turno, estão associadas a uma norma que as resguarda. A eutanásia não foi assegurada em lei na maioria dos Estados – em muito por

imperativo de ordem religiosa. No Brasil não há norma expressa sobre o tema, tampouco decisões judiciais firmando precedentes.

Nos Estados Unidos, nenhum projeto de lei dispondo sobre eutanásia foi aprovado, apesar de diversas tentativas. No entanto, **a disposição da vida** pode ser considerada como liberdade protegida, pois todos os estados americanos (DWORKIN, 2003) permitem a assinatura de "testamentos de vida" e "procurações para tomada de decisões médicas", bem como seus Tribunais já concederam o direito de morrer a pacientes que requereram, em juízo, o direito a planejar a morte.

Poucos países – como Holanda e Bélgica, *v.g.* – dispuseram sobre a morte planejada. Vale ressaltar: A informação de que os Países Baixos foram os primeiros a legalizar a eutanásia gera controvérsias. Roberto Chacon de Albuquerque (2006) afirma que a eutanásia continua sendo crime na Holanda, no entanto há uma exclusão de ilicitude para os médicos em face da "lei relativa ao término da vida sob solicitação e suicídio assistido". A impressão de que os Países Baixos já admitiam a eutanásia há algum tempo não é correta do ponto de vista jurídico. Segundo o autor: "Talvez se possa falar de uma tolerância da parte de segmentos da sociedade holandesa há bastante tempo com relação à prática da eutanásia. Os Países Baixos, a propósito, são conhecidos por seu espírito de tolerância. Esse espírito de tolerância tem raízes históricas. Os Países Baixos foram o primeiro país do mundo a fazer uma revolução liberal, muito antes da França e dos Estados Unidos" (ALBUQUERQUE, 2006, p. 298).

3.2 Vida, dignidade e liberdade: algumas conclusões

O cerne da presente discussão consiste em descobrir se o direito à vida pode ser um direito disponível em certa circunstância. Negando-se a indisponibilidade, nada impediria que o indivíduo, albergado pelo direito à liberdade e pelo princípio da dignidade da pessoa humana, viesse a dispor sobre sua vida nas situações de estado vegetativo irreversível, câncer terminal, doenças degenerativas, dentre outras. Poderia se utilizar de qualquer documento autêntico, ainda que fosse por procuração para tomada de decisões médicas consignaria sua vontade.

É bom ressaltar: não há regra expressa que impeça alguém de dispor sobre a própria vida[14]. No entanto, apesar de não ter vedado expressamente tal disposição, o Estado embaraçou[15] (ALEXY, 2008) o direito de fazê-la, conforme já exposto.

Basta observar que o direito de ter a vida ultimada em um dos casos precitados pressupõe a atividade do médico. Pois bem, vedou-se indiretamente a manifestação da liberdade do indivíduo que deseja ter os aparelhos desligados, ou sua vida abreviada por qualquer outro meio, ao proibir que o médico pratique a eutanásia, sob pena de este sofrer as sanções do Código Penal Brasileiro.

Na construção de Virgílio Afonso da Silva (2009), a solução poderia ser apurada no caso concreto, analisando conflito aparente[16] entre a regra infraconstitucional e os princípios que ancoram a autodeterminação do paciente, sem tocar na sua validade *in abstracto.* Inicialmente, admite-se a limitação de direito fundamental por regra, quando essa resulta do processo de sopesamento de princípios realizado pelo próprio legislador. No entanto, ante ao caso concreto, é possível vislumbrar-se eventual conflito entre regra e princípio, tratando-se aqui de uma restrição válida ou uma invalidade constitucional.

Todo direito fundamental é passível de restrição, pelo próprio legislador, a fim de minimizar as situações freqüentes de colisões. No entanto, ante ao caso concreto é também adequado observar se a regra que impõe a restrição se ancora em princípio constitucional que, na hipótese seja realmente prevalente sobre o outro princípio que se intenta defender por entender que é mais caro para a situação específica. (SILVA, 2009, p.52). A complicação se intensifica se a aplicação da regra resultar em incompatibilidade com "princípio constitucional decisivo para o caso concreto", sem que tal incompatibilidade seja aferível no plano abstrato a ponto de derivar a inconstitucionalidade da regra. Caberia aqui, ao Juiz escusar o cumprimento da regra por entendê-la inconstitucional naquele caso.

A situação da eutanásia envolve esse problema, se apreciada no caso concreto. O direito geral de liberdade associado à dignidade da pessoa humana poderia sustentar a autodeterminação do titular em autorizar a abreviação da vida em situação de extremo sofrimento, marcado pelo estado terminal e/ou estado vegetativo permanente. O ato autorizativo encontraria limite na indisponibilidade do direito personalíssimo, prevista no art.11, do Código Civil e a sua efetivação prática esbarraria no embaraço da tipificação penal constante no art.121, parágrafo primeiro do Código Penal.

Afetar o direito à vida com a indisponibilidade absoluta seria reconhecer-lhe valor intrínseco, independente da percepção do titular e da adjetivação dessa vida pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Ter-se-ia a tutela da vida e o ônus da vida. De modo semelhante, a restrição à eutanásia pela tipificação do comportamento do executor visa evitar a violação da vida. Em parte compatível com o art. 5º da Constituição que assegura a inviolabilidade do direito. Porém, por que não seria adequado permitir essa violação quando autorizada pelo titular em face do superior sofrimento inóquo dada a irreversibilidade do estágio grave ou mesmo na hipótese de estado vegetativo permanente. Aqui seria a hipótese de o intento do titular em abdicar da vida quando esta não tem correspondência com os seus interesses fundamentais. Acrescentando-se a ausência de malferimento de direito de terceiro. Por que não se lhe reconhecer a prevalência do direito geral de liberdade e da dignidade da pessoa humana? A vida teria prevalência em qualquer circunstância?

Nuno Manoel entende que, em uma situação específica (caso concreto) quando há conflitos entre princípios que tocam à autodeterminação ético-existencial [17]e princípios que tratam da autodeterminação ético-política, atribuindo-se valor igual para as razões em favor dos primeiros e em favor dos segundos, ou mesmo na hipótese de dúvida, deve-se fazer prevalecer os direitos individuais (2002, p.98). Reitere-se, o avanço dos direitos fundamentais apagaria a intervenção do Estado nessas causas particulares, tocantes apenas ao projeto individual de cada um.

4 Os embaraços estatais: eutanásia no Código Penal Brasileiro e no Código de Ética Médica Brasileiro – breve exame.

4.1 Código Penal

O Código Penal Brasileiro qualifica a prática da eutanásia como crime. Embora não utilize a palavra *eutanásia*, dispõe sobre o cometimento do crime influenciado por relevante valor moral – homicídio privilegiado. Prevê-se, para a hipótese, apenas uma diminuição de pena (art.121, §1º). Esse tipo penal engloba tanto a eutanásia na sua

modalidade omissiva (deixar o paciente morrer naturalmente)[18], como na sua modalidade comissiva (injetar substância que venha abreviar o sofrimento do individuo, por exemplo). Na primeira hipótese, o médico também pode responder por crime omissivo impróprio, em virtude de quebra do dever legal (art. 13, §2º do CPB)

Sobre o relevante valor moral e a prática da eutanásia, observe-se a lição de Cezar Roberto Bitencourt: "Será motivo de relevante valor moral aquele que, em si mesmo, é aprovado pela ordem moral, pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ou piedade ante o irremediável sofrimento da vítima. Admite-se, por exemplo, como impelido por motivo de relevante valor moral o denominado homicídio piedoso, ou, tecnicamente falando, a eutanásia. Aliás, por ora, é essa forma que nosso Código penal disciplina para a famigerada eutanásia, embora sem utilizar essa terminologia" (BITENCOURT, 2006, p. 58).

Os tribunais pátrios pouco se manifestaram sobre o assunto e, quando o fizeram, não trouxeram nenhuma inovação. Apenas confirmou-se o posicionamento do Código Penal Brasileiro. Consigne-se um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

PRESTAÇÃO SERVIÇOS MÉDICOS. AÇÃO DECLARATÓRIA. COMA. FALECIMENTO. EUTANÁSIA VEDADA. INTERNAÇÃO NA UTI. DESPESAS MANTIDAS RECURSO IMPROVIDO. Conforme os artigos 29 e 57, do Código de Ética Disciplinar, **os profissionais médicos juram fidelidade e uso de todos os meios para salvar um paciente** e, à luz da situação fática retratada nos autos, não poderia o requerido agir de outra forma, vez que há casos na literatura médica de pacientes que voltam á normalidade depois de anos de coma, e ainda, a nossa legislação reprime a prática de Eutanásia[19].

(grifos nossos)

Caso se considerasse a prática da eutanásia um crime culposo (art. 18, II, do CP), o médico que usasse de qualquer meio para abreviar a vida do paciente realizaria conduta imperita, vez que teria desobedecido às normas técnicas dispostas no art. 29, 57 e 66, do Código de Ética Médica (*vide* item 5). Neste caso, poderia incidir nas causas de aumento de pena do §4º, 1ª parte, do art. 121 do Código Penal, qual seja: inobservância de regra técnica da profissão.

No entanto, a prática da eutanásia não pode ser considerada um crime culposo. O médico deseja a concretização de um fim ilícito quando injeta substância para abreviar a vida do enfermo ou desliga aparelhos que mantém alguém vivo em estado vegetativo. Age dolosamente porque pratica uma ação ou omissão dirigida a uma finalidade ilícita.

O médico sabe que o seu procedimento matará o paciente, mas mesmo assim deseja a produção do evento criminoso por relevante valor moral. Na culpa, ao contrário, o resultado desejado é lícito. O crime não é almejado, nem sequer se assume o risco de sua produção. O erro médico seria um exemplo de crime culposo. Busca-se salvar a vida de uma paciente (fim lícito), mas não se obtém o resultado almejado em virtude de realização de conduta imperita.

O Projeto de Lei nº 125/96 do Senado Federal – arquivado em função do disposto no art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal – é o único que traz a possibilidade de

legalização da Eutanásia no Brasil. Sob a iniciativa senador amapaense Gilvam Borges, o projeto jamais foi posto em votação. Visava modificar a redação dos §3º e §4º, do art. 121, do Código Penal Brasileiro, para as seguintes:

Art. 121 (...)

§3º Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima imputável e maior, para abreviar-lhe o sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave. Pena – Reclusão de três a seis anos.

§4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

Pretendia-se criar uma pena a parte para o homicídio piedoso, separando-o dos demais homicídios cometidos por relevante valor moral e imputando-o uma penalidade mais branda, bem como criar um caso de exclusão de ilicitude para o desligamento dos mecanismos artificiais que mantém o enfermo vivo em situações, por exemplo, de estado vegetativo irreversível.

Em relação à alteração do §3º, asseverou Maria de Fátima Freire de Sá: "O texto é claro ao referir-se, somente, a sofrimento físico, não estando incluído, portanto, qualquer sofrimento psíquico. A manifestação da vontade da vítima, assim como sua capacidade pela, são imprescindíveis à caracterização da eutanásia. Por fim, fala-se em sofrimento insuportável. Mas como defini-lo? A princípio, crê-se que quem tem competência para tal verificação é o próprio médico do paciente que, presume-se, detém capacidade processual para o diagnóstico da doença" (2005, p.130).

Sobre a modificação do §4º, Pablo Stolze, o legislador "Partiu do pressuposto de que a supressão dos mecanismos artificiais que retardam o falecimento do enfermo, além de por fim ao seu martírio, possibilitará a conclusão natural do processo patológico iniciado. Não se caracteriza omissão de socorro, tipificada no art. 135 do CP, uma vez que, no caso, deixa-se de utilizar aparelho que prolonga a vida de um paciente sem possibilidade de reversão ou cura" (2008, p. 70).

Caso essa lei viesse a ser editada, o ordenamento jurídico pátrio estaria resguardando a autonomia da vontade do indivíduo. Seria uma maneira de regular um documento autêntico apto a conduzir o consentimento do paciente diante da possibilidade de prática da eutanásia, da mesma forma que ocorre nos Estados Unidos atualmente. O "consentimento do paciente" produziria o mesmo efeito dos testamentos de vida e das autorizações para tomada de decisões médicas, que já vigoram em todos os estados americanos (DWORKIN, 2003).

Os opositores da morte planejada afirmam que o dispositivo legalizaria a *ortotanásia*, e não a eutanásia. Asseveram que se interrompe, na hipótese descrita, o prolongamento artificial da vida, dentro de um processo de lenta morte natural. **Não seria a legalização da eutanásia.** Nesta, o processo de falecimento ainda não se iniciou, mesmo que não haja perspectivas de cura e a manutenção da vida implique em intenso sofrimento.

Tal concepção oposicionista entende que a eutanásia produz a causa imediata da morte. A *ortotanásia*, ao revés, seria apenas o desligamento da manutenção artificial da vida, finda desde a imersão no estado vegetativo. Um dos defensores da legalização da *ortotanásia* é José de Oliveira Ascensão (1997), que ressalta a necessidade de separar a eutanásia, qualificada por ele como "grave lesão do personalismo", do prolongamento artificial da vida.

4.2. Eutanásia no Código de Ética Médica

O Código de Ética Médica, no Brasil, dispõe sobre a atitude do médico diante de uma situação de risco de vida para o paciente em seus arts. 29[20] , 57 e 66[21]

Sobre os atos de negligência, imprudência ou imperícia, elementos de caracterização de um crime culposo, já foi discutido que o profissional praticante de eutanásia age dolosamente e deseja a realização do resultado ilícito produzido. Não há a configuração de nenhuma das características precitadas.

O art. 66 corrobora a posição do Código Penal Brasileiro ao condenar a modalidade comissiva, dispondo que é "proibido ao Médico a utilização de qualquer meio destinado a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste, de seu curador ou de seus familiares". No entanto, tal dispositivo não faz referências à eutanásia na modalidade omissiva. Mesmo assim, a conduta é vedada pelo artigo 57. Este dispositivo veda ao médico deixar de socorrer o paciente quando preciso, ainda que o enfermo esteja sofrendo muito com os efeitos de uma doença em estado terminal ou de uma grave doença degenerativa.

6 Conclusão

O cotejo principiológico discutido se encerra na análise do caso concreto. A vida não pode ser concebida como direito absoluto, e sim como um atributo da pessoa, direito subjetivo que pode ser cerceado voluntariamente. Deve-se atentar para a liberdade e para a dignidade da pessoa humana como valores aptos a relativizar o direito precitado. É imprescindível perquirir os interesses fundamentais do paciente e verificar qual princípio deve prevalecer, sem descuidar também para evitar o risco da banalização da prática. A vida não deve ser mantida a revelia da vontade do titular, em hipóteses especiais de estado vegetativo permanente e estado terminal. Do mesmo modo, não se pode, a despeito de consagrar a dignidade da pessoa humana, matar alguém que tenha manifestado previamente a vontade de permanecer vivo, mesmo nas circunstâncias mais adversas.

No Brasil, não há, efetivamente, liberdade protegida, ou seja, norma expressa deferindo a prática da eutanásia. Mas pode-se dizer que há liberdade não protegida para o paciente, dotado de juízo crítico, em dispor sobre a opção pela antecipação da morte nas hipóteses em que se delinearia a eutanásia. Nessa hipótese específica, salientada no caso concreto, poder-se-ia argumentar, em juízo, a validade do ato autêntico e a invalidade constitucional *in* concreto do dispositivo penal que tipifica a prática da eutanásia, haja vista que configuraria em embaraço à liberdade não protegida, derivada do direito geral de liberdade, constitucionalmente assinalado e impactante no caso proposto. No exemplo, o Estado estaria cerceando a autonomia do indivíduo em dispor sobre a própria vida por documento autêntico, quando tipifica penalmente a atuação do

terceiro na execução daquela vontade (desligando aparelhos, injetando de substâncias letais, por exemplo).

O mesmo não ocorre nos Estados Unidos, onde há uma diretriz antecipada – "testamento de vida" ou "procuração para tomada de decisões médicas" – que permitem ao indivíduo o direito de planejar a própria morte. Da mesma forma, existem países que já dispuseram legalmente sobre a eutanásia em seus ordenamentos. A Holanda, por exemplo, criou uma exclusão de ilicitude para os médicos que praticam a eutanásia nos moldes da "lei relativa ao término da vida sob solicitação e suicídio assistido".

Diante do exposto, conclui-se da leitura dos princípios cotejados, que seria razoável ao paciente em estado terminal ou vegetativo permanente, quando, ao tempo da sua consciência, houvesse manifestado a opção pela eutanásia, defender-se a primazia *in concreto* do direito geral de liberdade. Porém, a eficácia de tal medida esbarraria no embaraço constante na lei criminal que tipificaria a ação do terceiro como homicídio. Não há, consenso mínimo na sociedade brasileira sobre a temática, sendo ainda bem recomendável a ampliação do discurso para a apuração de diretrizes mais legítimas socialmente. Porém, poder-se-ia argumentar a declaração de inconstitucionalidade da norma no controle difuso, se da apreciação dos elementos acostados pudesse se pudesse inferir que, os princípios que fundamentam a regra da restrição ou embaraço são menos relevante para a situação em exame e prevalentes o direito geral de liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Repita-se o argumento de que, deve prevalecer o direito geral de liberdade, a autodeterminação, o direito geral de personalidade se, no caso concreto, a ponderação informa mais peso a esses elementos do que as questões de natureza ético-coletiva. E, na hipótese de dúvida ou igualdade de importância entre as razões que informam os princípios relativos à autonomia ético-existencial e os princípios pertinentes à autonomia ético-coletiva, concorda-se com Nuno Manoel (2009), deve se fazer priorizar os interesses individuais.

Referências

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. A lei relativa ao término da vida sob solicitação e suicídio assistido e a Constituição Holandesa. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 8, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria geral do Direito Civil**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**: de acordo com o Novo Código Civil.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Panal**: Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição e o direito ao corpo humano. **Nos limites da vida.** Aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. PIOVESAN, Flávia e SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.279-294.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Romana, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida***:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

GUERSI, Carlos A. **Análise socioeconomic de los derechos personalísimos.** Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2005.

HOBBES, Thomas. **Leviathan**. Oxford: Oxford University Press, 1960.

KANT, Immanuel. **Fundamentação metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

LEITE, George Salomão. Direito fundamental a uma morte digna. **Direitos fundamentais e estado constitucional.** Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). São Paulo: RT, 2009, p.136-175.

MALUSCHKE, Günther. A dignidade da pessoa humana como princípio ético-jurídico**.** In: **Revista Nomos**. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, v. 27, 2007**.**

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra editora, 1998.

OLIVEIRA, Nuno Manoel Pinto. **O direito geral de personalidade e a solução do dissentimento.** Ensaio sobre um caso de constitucionalização do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade da pessoa humana**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer:** eutanásia, suicídio assistido**.** Belo Horizonte: Del Rey.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais.** Conteúdo essencial, restrições e Cáciacia. São Paulo: RT, 2009.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral da Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva.

---

[1] Ressalte-se a exposição do problema por Ronald Dworkin: "Os médicos dispõem de um aparato tecnológico capaz de manter vivas – as vezes por semanas, em outros casos por anos – pessoas que já estão à beira da morte ou terrivelmente incapacitadas, entubadas, desfiguradas por operações experimentais, com dores ou no limiar da inconsciência de tão sedadas, ligadas a dúzias de aparelhos sem os quais perderiam a maior parte de suas funções vitais, exploradas por dezenas de médicos que não são capazes de reconhecer e para os quais já deixaram de ser pacientes para se tornar verdadeiros campos de batalha" (DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003).

[2] Sobre a teoria de colisão principiológica do precitado doutrinador alemão, manifestou-se Paulo Bonavides: "Da posição de Alexy se infere uma suposta contigüidade de teoria dos princípios com a teoria dos valores. Aquela se acha subjacente a esta. Se as regras têm que ver com validade, os princípios têm muito a ver com os valores" (BONAVIDES, 2008, p. 280).

[3] O termo dignidade, do latim, dignitas, atis, designa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima. Apesar de a língua portuguesa permitir o uso tanto do substantivo dignidade como do adjetivo digno para falar das coisas (quando

dizemos, por exemplo, que uma moradia é digna), a dignidade é, acima de tudo, uma categoria moral que se relaciona com a própria representação que fazemos na condição humana, ou seja, ela é a qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres (RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade da pessoa humana*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p.14).

[4] "Així doncs, entenem que ***eutanàsia és tota conducta d'un metge o un altre professional sanitari sota la seva direcció que causa de forma directa La mort d'una persona que pateix una malaltia o lesió no guarible amb els coneixements mèdics actuals i que, per la seva naturalesa, li provoca un patiment insuportable i li causarà la mort en un temps breu, responent a La seva petició expressada de forma lliure i reiterada, amb la intenció d'alliberar-la d'aquest patiment, fent-li un bé i respectant la seva voluntat.*** Així, es consideren requisits indispensables la demanda expressa del malalt, l'existència d'un patiment físic o psíquic insuportable pel pacient i una situació clínica irreversible que conduirà properament a la mort". *IN* Declaração do Instituto Borja de Bioética da Universitat Ramon LLull. Disponível em http://www.ibbioetica.org/cat/contenidos/PDF/Document_eutanasia_CAT.pdf

[5] "**Malaltia terminal:** presència d'una malaltia incurable, progressiva i avançada, en situació d'impossibilitat raonable de resposta del pacient a un tractament específic, amb presència de nombrosos problemes o símptomes intensos, múltiples, multifactorials i canviants, amb gran impacte emocional per part del pacient, la família i l'equip terapèutic, i amb un pronòstic vital inferior a sis mesos". ". *IN* Declaração do Instituto Borja de Bioética da Universitat Ramon LLull. Disponível em http://www.ibbioetica.org/cat/contenidos/PDF/Document_eutanasia_CAT.pdf

[6] Immanuel Kant ressalta que o homem somente obedece às leis que ele mesmo se dá e considera a autonomia o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional (*homo noumenon* significa homem racional). Cite-se o texto expresso da obra "fundamentação metafísica dos costumes": "A razão refere assim toda máxima da vontade, concebida como legisladora universal, a toda outra vontade, e também a toda ação que o homem ponha para consigo: procede assim, não tendo em vista qualquer outro motivo prático ou vantagem futura, mas levada pela idéia da dignidade de um ser racional que não obedece a nenhuma outra lei que não seja, ao mesmo tempo, instituída por ele próprio". (KANT, Immanuel. *Fundamentação metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 33).

[7] A exemplo de Robert Alexy (2005) e Canotilho (1999).

[8] São exemplos: Carlos Alberto Bittar (2000), Rabindranath V. A. Capelo de Souza (1995) e Adriano de Cupis (1999).

[9] Observe-se o que diz José Afonso da Silva sobre dignidade da pessoa humana em outra obra: "A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do

Brasil constituída em Estado Democrátivo de Direitos. (SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000).

[10] Nesse sentido, a ADIn nº 3510/DF, no Supremo Tribunal Federal, declarou a legalidade dos dispositivos que tratam da pesquisa com células-tronco embrionárias. Não se sabe, ao certo, quais serão os resultados oriundos dessas pesquisas. Quem sabe os cientistas não descobrem a cura para o estado vegetativo irreversível ou para o Mal de *Alzheimer?* Diante de tantas expectativas, caberia autorizar o desligamento dos aparelhos de uma pessoa que se encontra em estado vegetativo, uma vez que não é sabida a sua real vontade: se que morrer em virtude do sofrimento extremo, ou se quer esperar o resultado das pesquisas na esperança de uma eventual cura?

[11] Termo usado por Ronald Dworkin para designar qualquer documento autêntico que implique na disposição do direito à vida.

[12] Thomas Hobbes, em sua obra Leviathan (1960), menciona que o homem, ao possuir a liberdade absoluta vigente no Estado Natural, torna-se o mais selvagem dos animais, daí a expressão: "o homem é o lobo do homem". Para Hobbes, o homem não é movido pela razão no Estado Natural, mas pelas paixões. O pensador assevera que o homem livre é ambicioso, pois almeja um poder ilimitado e busca sempre mais, não se satisfazendo com o que tem. Sendo assim, é imperiosa a necessidade de restringir e limitar a liberdade absoluta do Estado Natural. Esta limitação viria com o surgimento do Estado Artificial que tem o condão de garantir o uso e a preservação da liberdade, não de forma absoluta, mas de forma racional, condicional e harmoniosa, sob o viés de que se possa preservar a vida, que no Estado de Natureza está sob constante ameaça.

[13] Seja na modalidade omissiva – deixar alguém morrer naturalmente sem usar de todos os meios para reanimá-lo, comissiva – injetar substância que venha a abreviar a vida do enfermo ou até nos casos de ortotanásia – desligar os aparelhos de quem vive mecanicamente.

[14] Basta observar a inexistência de restrição ao direito do paciente em recusar o tratamento indispensável à preservação de sua vida – art. 15, do Código Civil Brasileiro.

[15] Robert Alexy aduz que as ações de um titular de direito fundamental podem ser impedidas ou dificultadas pela ação estatal. A diferença, *a priori*, consiste no fato de que o impedimento cria circunstâncias que tornam impossível a realização da ação e a dificultação visa apenas detê-la. No entanto "**se se busca um supraconceito para as diferentes espécies de impedimentos e dificultações, seria possível recorrer ao conceito de *embaraço*.** Esse conceito deve ser utilizado sempre que não forem necessárias diferenciações adicionais" (ALEXY, 2008, p.197) (grifos nossos).

[16] Não há propriamente colisão entre princípio e regra, pois o conflito seria apenas aparente, já que haveria de se resolver com base no plano da validade (SILVA, 2009, 51). Em suas palavras, "o que há é simplesmente o produto de um sopesamento, feito pelo legislador, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário" (2009, p.52). O problema se complica quando exsurge dúvida sobre a constitucionalidade dessa regra. Ainda pela leitura de Silva (2009, p.52), seguindo a teoria de princípios de Alexy, a análise partiria do

sopesamento não seria entre o principio em colisão e a regra, mas entre aquele e o principio no qual essa regra de baseia.

[17] A autodeterminação ético-existencial se coaduna com o direito geral de personalidade, pertinem aquelas decisões movidas predominantemente por questões éticas (OLIVEIRA, 2002, p.94).

[18] A eutanásia na modalidade omissiva não se confunde com ortotanásia. Nesta última, o paciente vive "mecanicamente". Sua vida é sustentada por aparelhos e o desligamento implicaria no seu falecimento. A modalidade omissiva também admite outras possibilidades de morte planejada. Se um médico pode reanimar um paciente com parada cardíaca e não o faz, estará praticando eutanásia na modalidade omissiva.

[19] Apelação com revisão n° 994.867-0/1, Rel. Des. Armando Toledo, 31ª Câmara, julgado em 18/03/2008, DJe 19/03/2008.

[20] **É vedado ao médico:** art. 29 – Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.

[21] Os arts. 57 e 66 já foram transcritos no item acima.

DIREITO AO CADÁVER*

RIGHT TO CORPSE

Juliana Aprygio Bertoncelo
Marcela Berlinck Pereira

RESUMO

Nosso ordenamento jurídico visando a proteção dos direitos inerentes as pessoas e buscando a pacificação social determina regras de comportamentos que devem ser seguidas. Dentre essas normas há uma proteção especial em relação ao cadáver, onde, através da interpretação do artigo 12 do Código Civil Brasileiro chega-se a conclusão de que os direitos da personalidade se estendem ao falecido. A partir dessa disposição legal um leque de discussões se abre acerca do assunto. O primeiro deles reside no fato de se saber o que se entende por cadáver e qual é a sua natureza jurídica. Delimitada a definição de cadáver e verificada sua natureza jurídica, passa-se a analisar se realmente o falecido possui direitos inerentes a personalidade, haja vista que a existência da pessoa natural se dá com a morte. Verificada a extensão dos direitos da personalidade ao cadáver após a morte, há o estudo sobre quais os direitos que ainda remanescem com a morte. Outro ponto que se aborda é sobre a possibilidade do falecido deixar determinado qual a sua vontade para após a morte, ou seja, o que ele pretende que aconteça consigo após seu falecimento. Assim, desde que seja uma destinação digna, essa vontade é que deve prevalecer. Caso nada disponha sobre sua destinação, caberá a família determinar qual será o destino dado ao cadáver, respeitadas as limitações legais. Trabalha-se também a possibilidade do cadáver sofrer alguma afronta que não será considerada ilícita, tal como o exame de necropsia. Desta forma, caso os direitos inerentes ao cadáver não sejam respeitados existe respaldo legal do direito civil, direito penal e legislações especiais que o protegerá.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS DA PERSONALIDADE, CADÁVER E INTEGRIDADE FÍSICA.

ABSTRACT

Our legal planning in order to protect the inherent people rights and seeking social pacification establish rules of conduct witch must be followed. Among this rules there is one special protection over the corpse, where, through the analysis of the 12 article of the Brazilian Civil Code provides the conclusion that the personality rights extend to the deceased.

From that legal provision it opens a huge fan of discussions around the subject. The first of them lies in the fact of knowing about the definitions of corpse and what has been understood from witch is its legal nature. Bounded its legal definition and verified its

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

legal nature, begins the examination if indeed the deceased has rights above personality, considering that the natural individual existence is closely related to death. Verified the extension of the corpse personality rights after death, there is the study about what are the rights that still remains with death. Other point discussed is about the possibility of the lifeless leave with is his own will to post death, in other words, what he wants to happen with himself after death. So, inasmuch is a worthy destination, this will shall prevail.

In case of the dead do not ordain its own destination, will be responsibility of the family to determinate what corpse destination will be adopted, respecting all legal borders. It also woks with the possibility of the corpse suffer some insult witch has not been considered a legal practice, such as the autopsy examination. Thus, in case violation of corpse legal rights there is a support provided by the Civil Code, Criminal Laws and Special Laws that will protect them.

KEYWORDS: PERSONAL RIGHTS, CORPSE AND INTEGRITY.

Introdução

Hodiernamente o Código Civil Brasileiro dedica todo um capítulo aos direitos da personalidade. Isto porque esses direitos desempenham um papel essencial na sociedade, pois estão diretamente relacionados à pessoa e seus atributos.

Além dos direitos da personalidade proteger a pessoa em vida, também o faz após a morte.

Obstante isso pretende o presente trabalho abordar as questões atinentes a esses direitos, ou seja, aos direitos relacionados ao cadáver.

Mas para que haja uma concatenação lógica do conteúdo a ser trabalhado, inicialmente se conceituará cadáver e se definirá qual sua natureza jurídica, para assim avaliar qual é a fundamentação de sua proteção jurídica.

Outrossim, se analisará se mesmo após a morte o falecido possui algum direito relacionado a personalidade, já que al assunto é um pouco controvertido na doutrina. Mas, chegando-se a conclusão de que esses direitos realmente se estendem ao cadáver, mister se faz saber exatamente quais seriam eles e quem os protegeria, caso ocorresse algum atentado.

Por isso, de grande importância o estudo quanto a legitimidade das pessoas que poderiam atuar em nome do falecido. Ademais, essa legitimidade não está relacionada apenas à possibilidade de defesa em uma futura ação contra os agressores dos direitos dos mortos, mas também existe para determinar, quem terá preferência na escolha do destino do cadáver.

Outra discussão apresentada é quanto a disposição de última vontade e a obrigatoriedade de se respeita-la. Claro que é imprescindível que esta destinação seja digna. Desta forma, tanto o falecido, caso tenha deixado disposição de última vontade, quanto a sua família, devem se pautar na lei, na moral e nos bons costumes, para decidir qual direção será dada ao cadáver, pois, caso contrário, essa vontade não prevalecerá.

Portanto, quanto a legitimação, será delimitado quem são os responsáveis aptos à defenderem os direitos do cadáver em juízo, bem como quem decidirá sobre seu rumo para após a morte, ressaltando que, necessário se faz que seja de forma digna.

Existem também algumas atitudes que poderiam ser consideradas lesivas ao princípio da dignidade da pessoa humana ou da integridade física do cadáver, mas que por sua finalidade são legitimadas, como no caso do exame de necropsia, quando necessário.

E finalizando o estudo aborda-se sobre as proteções jurídicas inerentes ao cadáver, pois existem normas dentro do direito civil, dento do direito penal em legislações especiais que estabelecem sobre eles. Assim, dependendo do caso em concreto é uma área do direito que será utilizada.

2. Conceito de Cadáver

Consoante dispõe a parte inicial do art. 6° do Código Civil Brasileiro, “a existência da pessoa natural termina com a morte”.

Então, pode-se dizer que a morte é fim dos direitos da pessoa humana?

Sobre esse questionamento muitas discussões nascem, tais como: o *de cujus* não possui direito algum? Ou o falecido continua sendo um sujeito de direito? Existem direitos da personalidade após a morte? Quais as proteções legais que o *de cujus* possui?

Esses questionamentos serão respondidos ao longo deste trabalho, que envolve os direitos inerentes ao morto.

Entretanto, antes de adentrar especificamente ao assunto, mister se faz conceituar cadáver, pois partindo desse conhecimento inicial, fundamental para o entendimento do tema proposta, é que se desenrolarão os demais tópicos.

Para Bittar, cadáver significa “o corpo sem vida”[1].

Malgrado apresente uma forma simples a definição de cadáver, há que se destacar as controvérsias que o circundam, pois mencionado conceito não aduz se o cadáver ainda é considerado uma pessoa com direitos e obrigações, ou se na verdade aquele corpo sem vida deve ser tratado como uma coisa[2].

Numa versão mais elaborada Cifuentes ensina que o homem quando morre se transforma em um ser opaco, insensível e sem movimento e vida. Entende que com a

morte o cadáver deixa de ser considerado pessoa, perdendo assim, todos os atributos inerentes a esta[3].

Isto porque quando se fala em pessoa, sujeito de direitos e obrigações, existe uma junção entre o corpo e o espírito, Quando este espírito desaparece, não se pode mais afirmar que aquele corpo é um sujeito de direitos e obrigações, pois transforma-se em um cadáver[4].

Para Silva a definição de "cadáver é os despojos inanimados do ser humano, ainda que não tenha sido pessoa em sentido jurídico, pois como tal deve ser considerado o natimorto. O mesmo já não se pode dizer em relação ao feto"[5].

Destaca ainda que o cadáver não precisa estar com todas as suas partes intactas para assim ser considerado, todavia, também não pode ser considerado cadáver apenas as partes isoladas do corpo, como órgãos, ossos. Continuando, Silva afirma que os corpos mumificados não devem ser considerados como um cadáver, haja vista que eles são vistos como relíquias históricas[6].

Resumidamente, todos afirmam que com a morte existe a extinção da pessoa natural, e aquele corpo denomina-se cadáver.

Entretanto, o que se pode adiantar, é que com o fim da vida não existe o fim dos direitos, pois o cadáver possui proteção jurídica, e isso se pode comprovar pelas leis existentes, tais como: lei n.º 8.501/92, que dispõe sobre a destinação de cadáveres não reclamados junto às autoridades públicas, lei n.º Lei 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências, bem como art. 12 do Código Civil Brasileiro, arts. 209 à 212 do Código Penal Brasileiro, art, 1º inciso III da Constituição Federal, dentre outras.

Essa proteção existe pois a morte não retira a dignidade da pessoa falecida. Portanto, existe amparo legal, pois a dignidade sendo um dos princípios fundamentais, que rege a vida dos cidadãos, bem como os resguardam após a morte, vem a disciplinar determinadas medidas que devem ser respeitadas.

Referido princípio no entendimento de Bastos e Martins, "engloba em si todos os direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social"[7].

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, abarca todos os direitos fundamentais. Como direitos fundamentais, Canotilho reza que "são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente"[8].

Devido a isso, tem o Estado o dever de proteger todos esses direitos, impondo as devidas sanções para aqueles que os afrontam. Isso porque, pode o cadáver ser vítima de alguma ofensa à sua memória, ou até mesmo ter uma destinação diversa do que estabelece a lei ou o ato de disposição de última vontade, fazendo com que a família sofra as conseqüências disso tudo.

Outrossim, o direito ao cadáver está diretamente relacionado ao direito a integridade física, pois, os primeiros estudos jurídicos acerca do assunto se iniciaram com a possibilidade de retirada das partes do corpo enquanto vivo.

Há que se destacar, que o *de cujus* pode sofrer afronta a sua integridade física quando lhe é retirado partes do corpo sem a devida autorização da família ou do próprio falecido, que tenha deixado alguma manifestação em vida.

Szaniawiski, em relação ao direito de integridade física, fundamenta que "trata-se de um direito essencial a pessoa, por ser este um direito de personalidade que consiste no direito que cada um tem de não ter seu corpo atingido por atos ou fatos alheios"[9].

Complementando o raciocínio acima, Pontes de Miranda ensina que:

O direito à integridade física supõe que o objeto seja essa integridade, o ser inatingido, e não a propriedade do corpo. Se o dano ao como se há de ressarcir em valor patrimonial é porque ocorre a irreparabilidade integral no corpo mesmo, o devedor não pode pagar em unidades no bem que foi violado[10].

Destarte, o direito de integridade física, é o princípio que está diretamente relacionado à proteção ao cadáver.

2.1 Natureza Jurídica do Cadáver

Tecidas essas considerações preliminares em relação ao conceito de cadáver, passa-se neste instante a análise da natureza jurídica que ele possui.

Importante discorrer sobre esse aspecto haja vista as controvérsias que possui a doutrina, pois ora se aborda que o cadáver se trata de uma coisa, ora que seria uma semi pessoa, e há quem diga que se trata de um resíduo de personalidade. Mas na verdade qual a natureza jurídica do cadáver?

Por muito tempo, a doutrina entendia que a natureza jurídica do cadáver era de coisa nula, conforme aborda Gabba. Com o passar dos anos, verificou-se que tal atribuição não estava de acordo com a prática social, haja vista que o cadáver, através de seus herdeiros, tinha o direito de defender sua memória, havendo, inclusive, dispositivos legais para sua proteção. Servia também, como meio de prova, nos casos de comprovação de paternidade através da exumação. Enfim, existia toda uma preocupação com o indivíduo após sua morte, o que não correspondia com a natureza até então dada.

Por conta disso, os doutrinadores passaram a questionar qual seria realmente a natureza jurídica do cadáver.

Szaniawski citando Borrel-Maciá, aduz que após a morte há "ao corpo do morto, uma conotação de direito de propriedade sobre o mesmo pelos herdeiros, apesar de reconhecer a estes, pela *"transferência da personalidade"*, o direito de defender a memória do *de cujus* contra injúrias praticadas por outros"[11].

Neste diapasão, referido autor, acredita que com a morte ocorre a extinção dos direitos da personalidade para o morto, mas entende que os herdeiros possuem legitimidade para ingressarem com as medidas necessárias para proteger os direitos que remanescem do falecido, tendo em vista que, existe um direito de propriedade destes sobre o cadáver.

Portanto, pode-se concluir que Szaniawski, sem muitas digressões, entende que a natureza jurídica estabelecida para o cadáver é de direito de propriedade.

Em contrapartida, De Cupis, diverge de Szaniawski, no sentido de que a morte não coloca um fim nos direitos da personalidade, e quanto a natureza jurídica do cadáver, afirma que:

(...) o corpo humano, depois da morte, torna-se uma coisa submetida à disciplina jurídica, coisa, no entanto, que não podendo ser objeto de direitos privados patrimoniais, deve classificar-se entre as coisas *extra commercium* (fora do comércio). Não sendo a pessoa, enquanto viva, objeto de direitos patrimoniais, não pode sê-lo também o cadáver, o qual, apesar da mudança de substância e de função, conserva o cunho e o resíduo de pessoa viva[12].

Obstante isso, De Cupis assevera que o corpo do morto deve ser tratado como uma coisa, mas uma coisa fora do comércio, uma vez que, se em vida não se pode comercializar partes do corpo, quiçá morto. Comunga desse mesmo posicionamento Beviláqua.

Esta afirmativa está relacionada ao princípio da dignidade humana, pois caso se entendesse possível a comercialização do cadáver, para utilização dos órgãos destes, ou qualquer outra prática, estaríamos atentando sobremaneira contra referido princípio.

Desta maneira, o cadáver deve ser tratado como uma coisa *extra commercium.*

Rechaçando os posicionamentos adrede transcritos, Gonçalves, doutrinador português, citado por Silva, entende que a natureza jurídica do cadáver não se trata

(...) de coisa, nem em comércio e nem fora do comércio. Não sendo cousa, em comércio ou fora do comércio, o cadáver não é *propriedade* dos herdeiros do falecido, os quais só podem e devem nele exercer um *direito dever de custódia*, piedade e proteção; é um *direito familiar*, puramente *pessoal*, e não *patrimonial*, e que, por isso, não está sujeito às regras da sucessão[13].

Portanto, o cadáver não pode ser considerado coisa, pois não há direitos patrimoniais inerentes a ele, mas há sim um direito pessoal, que será transmitido aos herdeiros que devem atender a vontade do falecido, e caso não haja disposição de última vontade, devem dar a ele uma destinação digna. Esta é também a posição de Espínola.

Cifuentes afirma que por algum momento se questiona a possibilidade de se comercializar um cadáver pois, os sentimentos de religião que se tinha arraigado há alguns anos nos indivíduos estão sendo transpostos pelo espírito industrial e mercantilista dos dias atuais[14].

Acredita mencionado autor que também não se deveria dar a designação de coisa ao defunto, pois essa palavra traz uma conotação de bem material suscetível de comércio. Assim, deve o cadáver ser visto como um objeto, que dentro de certos limites pode se dispor, sendo capaz de ter proteção jurídica e sem a possibilidade de ser comercializado[15].

Há que se destacar que o fato de parte da doutrina, entender que o cadáver é uma coisa fora do comércio, isso apenas significa que não se pode vender um cadáver, ou partes de seu corpo, mas nada impede que estes sejam doados gratuitamente, com a anuência do falecido ou de seus herdeiros, nos moldes da lei n.º 9.434/97.

A posição que tem maior predominância nos dias atuais é a que determina que a natureza jurídica do cadáver é um direito pessoal, conforme reza Silva, acima citado.

E para concluir, transcreve-se os ensinamentos de Barreto, que aborda sobre o assunto:

Modernamente, apazigou-se a disputa, constituindo consenso a opinião de que o corpo, considerado em sua dimensão plena de integridade vital (direito a vida), física e fisiológica, psíquica e intelectual, é um bem jurídico essencial sobre o qual reconhece a ordem legal um direito subjetivo pessoal inconfundível com os direitos subjetivos de expressão patrimonial, razão pela qual fundamentos éticos e a tradição consuetudinária lhe sonegam circulabilidade negocial, não se opondo, todavia, o sentimento da sociedade à disposição gratuita do corpo vivo ou morto[16].

Neste contexto, o cadáver possui como natureza jurídica um direito pessoal.

3. Fim da Personalidade Jurídica

Sabe-se que um indivíduo adquire personalidade quando do seu nascimento com vida, momento em que se torna um sujeito de direitos e obrigações. Mas quando cessa essa personalidade?

Na avaliação de Beltrão "(...) a existência da pessoa natural termina com a morte, e consequentemente cessa a sua personalidade, deixando a pessoa de ser sujeito de direitos e obrigações"[17].

Assim, para referido autor a morte coloca um fim na personalidade jurídica do sujeito, personalidade esta inerente ao ser humano.

Compartilha do mesmo entendimento Szaniawski, quando afirma que "a personalidade termina com a morte da pessoa natural, segundo expressão do pensamento universal, *mors omnia solvit**[18]***. Conseqüentemente, deixaria de existir sobre o cadáver qualquer direito como emanação da personalidade humana"[19].

Não é outro o entendimento de Gomes, quando assevera que "a personalidade termina com a morte, real ou presumida. Só a *morte natural*, mesmo ficta, põe termo a personalidade. A *morte civil*, outrora admitida, foi banida das legislações"[20].

Antigamente existia a figura da morte civil, ou seja, dependendo da situação em que se encontrasse um indivíduo, este era considerado morto pela sociedade, pois não mais possuía direitos, um exemplo disso eram as pessoas reduzidas a escravidão, àqueles que eram condenados a extensa pena de prisão ou que passavam a fazer parte de determinada ordem religiosa, enfim, que tinham, de certa forma, reduzida sua capacidade.

Este entendimento não existe mais na doutrina brasileira, ou seja, não se admite mais a figura da morte civil.

Assim sendo, como afirma os doutrinadores supra mencionados é a morte que coloca um fim na vida da pessoa humana. Mas o que se entende por morte? Quando ela ocorre?

Como se observou, nosso ordenamento admite apenas a morte natural (real) ou ficta (presumida).

Segundo o escólio de Barreto quanto a morte natural

O critério hodiernamente adotado para a aferição da ocorrência da defunção é o da morte cerebral, por meio de eletroencefalograma, que indique a posição da linha isoelétrica (linha sem alterações) por mais de uma hora, de modo a se certificar que também as atividades respiratória e cardíaca (esta última pode perdurar por algum tempo após a morte cerebral) encontra-se definitivamente paralisadas[21].

Portanto, é a morte cerebral que põe termo a vida da pessoa humana de forma natural.

Há que se destacar que no caso de morte natural é fundamental que seja confeccionada a certidão de óbito, pois sem este documento não existe a possibilidade de ser realizada a inumação ou cremação do falecido.

A morte presumida dar-se-á quando ocorrer a ausência do indivíduo. Por ausente entende-se "(...) a pessoa de quem se desconhece o paradeiro, de quem não se sabe se esta vivo ou morto"[22].

Os pressupostos para ser declarada a ausência são:

a) o paradeiro ignorado da pessoa; b) falta de qualquer notícia dela; c) existência de bens e que estes estejam em estado de abandono; d) inexistência de representante legal ou de procurador com poderes bastantes ou disposições para lhe administrar os bens[23].

Observado tais requisitos, será confeccionada uma declaração de ausência, onde será aberta a sucessão do ausente, considerado, a partir de então, como morto.

Por todo o disposto constata-se que no caso de morte, seja ela presumida ou natural, existe a extinção do direito da personalidade.

Todavia, a questão não é tão simples quanto parece, pois se assim o fosse poder-se-ia dizer que o cadáver não possui mais direitos da personalidade, uma vez que com a morte existe a extinção desses direitos.

Ocorre porém, que a morte não extingue por completo os direitos da personalidade.

3.1 O *de cujus* possui direitos inerentes à personalidade?

Muito embora a maioria dos doutrinadores adrede citados lecionam que com a morte ocorre a extinção da pessoa humana, e por conseqüência os direitos de personalidade, asseveram também que alguns desses direitos se estendem após o falecimento.

Silva é claro quando assevera

Não se pode apenas dizer que com a morte extingue-se a personalidade, isto é, os direitos e deveres daquele que faleceu.

...

É sempre bom lembrar as palavras de Jean Ziegler: "Os mortos continuam a agir para além da morte. Os cadáveres se dissolvem, mas as obras que eles criaram, as instituições que animaram, as idéias que lançaram ao mundo, os afetos que suscitaram

continuam a agir e a fermentar. Quando um corpo volta ao nada, a consciência segue um destino social entre os vivos.[24].

Desta forma, ele encara que os direitos da personalidade subsistem com a morte.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Beltrão quando dispõe

A morte, contudo, não impede que os bens da personalidade física e moral do defunto possam influir no curso social e que perdurem no mundo das relações jurídicas e sejam como tais autonomamente protegidos. É o caso das partes destacadas do corpo, das disposições de última vontade, de sua identidade, da imagem, da honra, do seu bom nome, da sua vida privada, das suas obras e das demais objetivações criadas pelo defunto e nas quais ele tenha, de um modo muito especial, imprimido sua marca[25].

Souza fundamenta seu posicionamento da seguinte forma

Desse modo, e para além de certos direitos especiais da personalidade de pessoas falecidas expressamente regulados, o nosso legislador quis proteger individualmente as pessoas já falecidas contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à respectiva personalidade física e moral que existia em vida e que permaneça após a morte, assim se podendo também falar de uma tutela geral da personalidade do defunto[26].

Portanto, para tais doutrinadores os direitos da personalidade, como não poderia ser diferente, se estendem após a morte, pois a família do falecido tem legitimidade para defender todos os direitos inerentes a personalidade que eles possuem.

Na contramão Szaniawski entende que

(...) o Direito tem se ocupado em proteger o corpo humano após a morte no sentido de lhe dar um destino onde se mantenha sua dignidade. Este direito respeita aos parentes do morto, tratando-se de um direito familiar, diferente do tratamento que se dá às partes separadas do próprio corpo, e **possui conotações e natureza de um direito de propriedade**. O direito ao cadáver diz respeito ao próprio defunto, à sua memória, pois em certas ocasiões podem ocorrer atentados à memória do morto[27]. Grifo nosso.

Destaca-se que, de forma acertada, entende referido autor que os direitos inerentes ao cadáver subsistem após sua morte, entretanto, afirma que a natureza que esses direitos possuem são de direitos da propriedade, e não de personalidade.

Isto porque, ressalta que os familiares, após a morte de um parente, exerce sobre ele direito de propriedade.

Cumpre ressaltar, que malgrado não comente com maiores detalhes como seria esse direito de propriedade sobre o cadáver, de pronto se pode afirmar que tal alegação vai de encontro as normas estabelecidas sobre o mesmo, haja vista que por propriedade entende-se o direito de usar, gozar ou fruir do bem com assim entender o proprietário, e na prática não funciona desta forma. E para isso cita-se o art. 1º da lei n.º 9.434/97 que assevera que "**a disposição gratuita de** tecidos, órgãos e **partes do corpo humano**, em vida ou **post mortem**, para fins de transplante e tratamento, **é permitida na forma desta Lei**". Grifo nosso.

Com base nesses fundamentos, conclui-se que a disposição do cadáver é restrita, ou seja, só pode ser realizada em determinada situação e de forma gratuita, ao contrário do que estabelece o direito de propriedade, onde o bem pode ser comercializado ou até doado conforme o critério e a vontade do proprietário.

Assim, apenas pela análise simplista sobre o direito de propriedade pode-se rechaçar tal posicionamento.

Salienta-se que para o direito brasileiro o cadáver possui direito de personalidade, o que se verifica através da interpretação do art. 12 e parágrafo único do Código Civil Brasileiro. Observa-se.

Art. 12. **Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade**, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. **Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida** prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Grifo nosso.

Obstante isso, conclui-se que o cadáver possui uma extensão dos direitos de personalidade, que serão exercidos pelos familiares.

3.2 Do ataque aos direitos da personalidade após a morte

Constatado que os direitos da personalidade se estendem ao indivíduo mesmo após a morte, insta salientar quais afrontas poderia sofrer o morto em relação a esses direitos.

Destaca-se que uma pessoa mesmo após a morte tem direito de proteção à honra, à imagem, a intimidade, a integridade física, enfim, podem ser protegidos todos os direitos inerentes a dignidade da pessoa, mesmo que essa já tenha falecido.

Assim, não se pode ofender a moral do morto, imputando-lhe condutas desonrosas, não se pode utilizar sua imagem ou retirar qualquer parte de seu corpo, bem como viola-lo sem a devida autorização, pois todos esses direitos são passíveis de proteção pelo nosso ordenamento jurídico.

Silva, em relação a ofensa moral, determina que "a honra, inquestionavelmente, consiste no agrupamento de alguns desses valores (as virtudes do homem). Portanto, o simples desaparecimento do corpo físico, não há faz desaparecer"[28].

Desta forma, verifica-se que esses direitos são resguardados, mas, caso ocorra afronta a eles, quem seriam as pessoas legitimadas para realizar a defesa desses direitos?

Levando-se em consideração que o cadáver não possui mais capacidade física para exercer seus direitos, estes serão transmitidos aos parentes mais próximos do falecido.

Caso a ofensa a esses direitos tenha ocorrido antes do falecimento, sem que o falecido tenha ingressado com alguma ação, pode ser que os sucessores deste assim o façam, substituindo-o em seu direito. Da mesma forma ocorre quando a ofensa é irrogada após a morte, com a diferença de que os sucessores estão legitimados a realizar apenas a defesa da memória do falecido, devido a violação do direito, e não como substituto deste. A ordem de legitimidade está estabelecida no parágrafo único do art. 12, combinado com o artigo 943, ambos do Código Civil Brasileiro[29].

Portanto, as pessoas legitimadas a atuarem em nome do falecido são: o cônjuge, descendentes, ascendentes e os colaterais em linha reta até o 4º grau, sendo atribuído este direito por exclusão, ou seja, primeiramente cabe ao cônjuge, na falta deste, aos descendentes e assim sucessivamente.

Cumpre ressaltar que o enunciado 275 do CEJ, sobre este assunto, complementa que "o rol dos legitimados de que tratam os arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil também compreende o companheiro".

Em observância as pessoas legitimadas a realizarem a defesa do cadáver na ocorrência de afronta a seu direito da personalidade, destaca-se que são elas que terão legitimidade, se não existir disposição de última vontade, de decidirem sobre a destinação a ser dada ao corpo morto, na mesma ordem acima mencionada.

Todavia, se existir conflito entre os herdeiros sobre a destinação a ser dada ao falecido a solução para o impasse é dada por Silva citando Gonçalves, que fundamenta:

A doutrina mais sensata é a que se pronuncia no sentido da solução adotada pelo legislador português, a propósito da cremação, no art. 353 do Cód. Do reg. Civ. De 1911, que dá a preferência ao cônjuge sobrevivo, em seguida aos descendentes, depois aos ascendentes, e na falta de todos os colaterais mais próximos. Mas, deverá, no caso de controvérsia entre parentes do mesmo grau, prevalecer a vontade daquele que estivesse vivendo com o falecido, ou em íntima convivência com este, tendo assim,

melhor conhecimento das suas ideais e sentimentos, ou a vontade daqueles que se opõem à cremação e preconizam a inumação, por ser este o destino geral e normal dos cadáveres no estado actual da nossa civilização, e o único adoptado pelas religiões católica ou cristã, hebraica, mahometana e budhista[30].

Tomaszewski acresce ainda a essa legitimação os amigos e vizinhos, caso o falecido não possua parentes ou que não os tenha próximos a si. Veja-se.

Algumas pessoas poderiam viver sozinhas, sem parentes legitimados – pela limitação do grau ou por viverem em lugares longínquos – para propor a tutela a violações aos Direitos da Personalidade após o seu falecimento e nada deveria impedir que vizinhos e amigos buscassem a atividade jurisdicional para fazer cessar lesão ou ameaça de lesão do *de cujus*. Desta maneira o interesse transporia a barreira da legitimidade processual não prevista expressamente na norma, porém, presente no sistema[31].

Desse modo, complementa o referido autor o direito de proteção àquele que não possua parentes, demonstrando que ninguém deve ficar desamparado após a morte. E como essa extensão do direito da personalidade se trata da proteção da memória do morto, acertadamente ensina que na falta de parentes legitimados não pode tal direito ficar descortinado, devendo ser protegido por terceiros próximos ao falecido.

Neste contexto, constata-se que existe proteção aos direitos da personalidade após, a morte, não podendo estes sofrerem nenhum ataque, pois se assim ocorrer, estão os parentes mais próximos legitimados a realizar a sua defesa.

4. Disposição de última vontade “post mortem”

Inobstante os ataques que o falecido pode sofrer em relação aos direitos da personalidade, com a morte existe a necessidade de se dar uma destinação ao corpo já sem vida.

Mas como saber o que fazer? São os familiares que decidem o rumo a ser dado?

Na verdade quem tem direito de decidir qual a destinação do corpo após a morte é o próprio sujeito, através da manifestação de última vontade. Nela pode constar a vontade do sujeito enquanto vivo sobre o que será feito com seu corpo.

Não existindo uma disposição expressa do próprio morto sobre a sua destinação após a morte, cabe a família, na ordem já estabelecida, decidir o que fazer, ou seja, inumar, cremar, doar os órgãos ou o corpo para estudos.

Todavia, caso exista a declaração de vontade deixada pelo *de cujus* essa deve obrigatoriamente ser respeitada.

Cifuentes afirma que se ao tempo da declaração de vontade, a pessoa estiver em plena capacidade e dispor sobre o futuro de seu corpo, desde que não contrarie a lei deve ela ser respeitada[32].

De Cupis citando Blume determina que "na verdade, aquele que manifesta a sua vontade, a respeito do destino de seu corpo para depois da morte, cria um negócio jurídico que tem por objeto uma coisa futura"[33].

Bittar também entende possível a disposição de última vontade, através de uma declaração que surtirá efeito apenas após a morte, complementando que "a validade da disposição depende de sua vinculação a fins altruísticos ou científicos. Não produz efeito, nesse campo, consequentemente, qualquer convenção a título oneroso"[34].

Assim, a disposição de última vontade pode conter sobre o lugar, o modo e a forma do funeral, ou seja, a sepultura, a cerimônia, o epitáfio, se deve ser inumado ou cremado. Caso essas disposições estejam em consonância com a ordem pública e privada, ela deve prevalecer.

Pode também esta manifestação determinar sobre a doação de órgãos ou partes do corpo para os doentes que necessitam de um transplante.

Estabelecendo a doação de órgãos, importante destacar que após se constatar a morte encefálica deve-se observar quais os órgãos podem ser aproveitados para a doação, retira-los, e restabelecer o corpo morto de forma digna, para que este posteriormente possa ser inumado ou cremado, conforme dispõe o art. 8º da lei 9.434/97:

Art. 8º. Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, se verificada a hipótese do parágrafo único do art. 7º, e, em qualquer caso, condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento.

Sobre a destinação das partes separadas do corpo Bittar leciona que

(...) nessa área, tem assumido vulto o uso de cadáver, exigindo-se: prova inconteste da morte; autorização expressa do disponente ou dos parentes indicados na lei; gratuidade da licença, devendo a operação efetivar-se por médico habilitado e identificado e para fins terapêuticos ou científicos. Aconselha-se que a operação seja concretizada por médico distinto daquele que atestou a morte[35].

Portanto, para que haja a possibilidade de doação de órgãos e tecidos do falecido, mister se faz o cumprimento da lei, bem como que sejam respeitados todos os seus passos, para dar a seriedade que requer o assunto.

Caso a declaração contenha disposição apenas no sentido da doação, sem nada estabelecer sobre o funeral, atendido o desejo do falecido, cabe a família decidir sobre as últimas homenagens que lhe deve ser destinada, e o modo como elas ocorreram.

Outrossim, nada impede que a pessoa no momento em que esta confeccionando a declaração de vontade determine que após a sua morte seu corpo seja doado a uma instituição para estudos e pesquisas. Sendo assim, deve-se observar qual a instituição mencionada e encaminhar o corpo.

Salienta-se que não existe uma formalidade para a realização da disposição de última vontade, basta que ela seja expressa. Desta forma, pode ser verbal ou escrita, desde que esteja devidamente clara a intenção do falecido.

Ressalta-se que decidindo a pessoa pela doação de órgãos e tecidos, ou por deixar seu corpo para estudo, deve faze-lo de forma gratuita, sendo vedado no ordenamento jurídico brasileiro o comércio das partes do corpo e do próprio corpo, pela hermenêutica do art. 1º da lei nº 9.434/97, que estabelece: "**A disposição gratuita** de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, **é permitida na forma desta Lei**". Grifo nosso.

Outro não é o entendimento do art. 14 do Código Civil Brasileiro, que fundamenta: "É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte".

Posição contrária encontra-se na doutrina de Silva, que baseado em escritores portugueses como Gonçalves e Santos, escreve que "(...) o homem, enquanto vivo, pode dispor do seu corpo, e nessa faculdade está incluído necessariamente o poder de dar destino ao seu cadáver, até vendendo-o para estudos, pois ai, não há ato imoral aos bons costumes"[36].

E fundamenta esse posicionamento citando Santos, que aduz

(...) não é contrário a moral nem mesmo o fato do homem vender seu cadáver, v. *g.*, a um anatomista. Assim agindo pratica apenas um ato incluído entre os direitos que pode exercer sobre a sua própria pessoa, com o qual não viola direitos alheios, nem ofende os princípios da conservação e utilidade social, da moral pública ou os interesses de ordem pública. Pratica, em suma, um lícito jurídico[37].

Obstante isso, não existe permissão no direito brasileiro para o comércio de órgãos ou do próprio corpo.

Portanto, o que se pode concluir é que o ato de disposição de última vontade, para o direito brasileiro, é totalmente permitido, o que se deve observar com cuidado é a destinação a ser dada ao cadáver e a forma como a mesma irá ocorrer, pois é necessário o respeito aos limites legais para que tal ato não seja considerado nulo.

5. Direito a uma destinação digna

No decorrer do presente estudo verificou-se a importância de se respeitar o corpo sem vida, pois direitos da personalidade são estendidos a ele, e caso exista algum atentado a esses direitos pode ocorrer sanções para aqueles que assim o fizerem.

Desta feita, outra forma de demonstrar o respeito que se deve ter com o falecido, reside no fato do mesmo não poder ter qualquer destinação, ou seja, não pode o próprio morto, enquanto vivo, ou algum parente, determinar que seja dado um destino que atente contra a lei, a moral ou aos bons costumes.

Tudo isso porque não pode existir afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, atrelado ao sujeito quando vivo ou morto, bem como do direito à integridade física.

Bem lembra Silva quando aborda sobre a indisponibilidade dos cadáveres, como um dos princípios das prerrogativas públicas, aduzindo que

A regra é a indisponibilidade dos cadáveres. Só excepcionalmente, deve-se admitir a disponibilidade dos cadáveres, como nos casos de necessidade para estudos anatômicos, pesquisas científicas, embalsamento para exposição ou mumificação, etc[38].

Portanto, ensina De Cupis, que o

(...) destino normal do cadáver, que consiste em ser dado a paz da sepultura, segundo as formas admitidas pelo ordenamento jurídico; e também não deixa de o ser quando entregue a institutos científicos ou para práticas anatômicas. Nenhum outro destino é possível[39].

Observa-se então, que após a morte resta ao falecido ou a sua família poucas alternativas, pois o mesmo poderá ser inumado ou cremado, ter seu corpo encaminhado para estudos a algum instituto de pesquisa, e por fim determinar pela doação de órgãos ou tecidos. Mesmo que se entenda pela doação de órgãos ou tecidos deve-se indicar qual destinação será dada ao corpo após o transplante (estudo – inumação – cremação).

Corroborando tal afirmação, Szaniawski aduz que aquele que possuir o “destino do corpo do morto, poderá sepulta-lo ou destiná-lo para fins de estudos e pesquisas científicas, ou, ainda, doar partes deste corpo para aproveitamento através do transplante de órgãos para outros corpos de pessoas ainda vivas”[40].

Destaca-se que a lei n.° 8.503/92, que estabelece sobre o cadáver não reclamado para fins de estudo e pesquisas científicas, preceitua no § 3º, do art. 3°, que “é defeso encaminhar o cadáver para fins de estudo, quando houver indício de que a morte tenha resultado de ação criminosa”.

Assim, são essas as possibilidades cabíveis, desde que não vão de encontro a moral, aos bons costumes e a lei.

Sobre este assunto Silva exemplifica afirmando que

Se é admissível que a pessoa possa dispor de seu futuro cadáver para fins humanitários, científicos ou culturais, à toda evidência lhe é assegurado dispor sobre os modos de seu sepultamento, **desde que não contrário à ordem moral ou jurídica. Poderá, por exemplo, determinar que o corpo não seja vestido, mas neste caso, mas neste caso não poderá determinar que o caixão seja de vidro** ou com vidro exibindo o corpo[41]. Grifo nosso.

Assim, mesmo que a pessoa enquanto viva determine como ato de última vontade que seja realizado um funeral com sua inumação, muito embora seja permita legalmente, há que se destacar que se deve respeitar também a moral e aos bons costumes.

De Cupis entende ainda que aos parentes do falecido caberia apenas a realização do funeral com posterior inumação ou cremação, pois a entrega pela família do corpo do falecido pelo estudo destoa aos bons costumes relacionados ao ato. Veja-se.

De fato, a entrega, pelos parentes, do cadáver a um instituto científico, embora não ofenda a dignidade humana que perdura no morto, é contrário ao sentimento de piedade para com o defunto que é o fundamento do direito dos parentes[42].

Gonçalves, baseado no princípio do consenso afirmativo, assevera que somente o falecido é que pode determinar a doação de órgão após o falecimento, ou seu encaminhamento para estudos e pesquisas. Assim observa-se.

(...) o princípio do consenso afirmativo, pelo qual cada um deve manifestar sua vontade de doar seus órgãos e tecidos para depois de sua morte, com objetivo científico ou terapêutico, tendo o direito de, a qualquer tempo, revogar livremente essa doação feita para tornar-se eficaz após a morte do doador”[43].

Neste contexto assevera Barreto

No que concerne à disposição do corpo para fins científicos, isto é, doação para faculdade de medicina para estudos de anatomia humana ou para institutos de pesquisa científica, o instrumento jurídico adequado para formalizar a vontade do doador é o testamento[44].

Ocorre porém, que a legislação brasileira não vê nenhum empecilho nos parentes do falecido determinar a doação do corpo daquele para fins de pesquisas, uma vez que existe a permissão para tal ato no art. 4º da lei n.º 9.434/97, que assim estabelece:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, **dependerá da autorização do cônjuge ou parente**, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. Grifo nosso.

Bittar, muito bem coloca que

Admite-se o uso de cadáver para experimentos científicos, se assim, o declarar, expressamente, em vida, o seu titular. Discute-se se os parentes poderiam, para fins de pesquisa científica, autorizar a medida: em nosso entender, **inexistindo manifestação em contrário**, nada obsta a concessão, restrita, no entanto, àqueles mais próximos, como em leis sobre transplante, como a nossa, tem sido enunciado[45]. Grifo nosso.

Assim, poderá perfeitamente a família decidir pela doação de órgãos do cadáver, ou sua destinação para pesquisa ou estudos científicos, desde que com finalidade altruísta e gratuita.

Em relação aos cadáveres não reclamados, dispõe a lei n.° 8.501/92, em seu art. 2° que “o cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico”.

O que se conclui, portanto, é que ninguém, pode atentar contra a integridade física do cadáver a não ser frente a possibilidade de doação de órgãos, por meio de licença

expressa; e pelo princípio da dignidade da pessoa humana, somente a família ou o próprio morto, mediante autorização é que podem estabelecer a destinação do cadáver para fins de estudo ou pesquisa, pois o que se sabe é que o rumo comum nestes casos é que seja realizado o funeral com posterior enterro, direito este que não pode ser cerceado.

Existem algumas restrições legais referentes a destinação do cadáver que necessitam ser ressaltadas no presente estudo.

Muito embora esteja determinado que o cadáver pode ser cremado quando assim o determinar o próprio falecido ou a família, há certas proibições em relação a este ato, previstas no Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça atualizado até o provimento n.° 174 de 15/01/2009

A seção 25 do Código de Normas supra referido estabelece sobre as limitações da cremação do cadáver.

Dispõe do item 6.25.1

6.25.1 – A cremação de cadáver somente será feita daquele que houver manifestado a vontade ou no interesse da saúde pública e se o atestado de óbito houver sido firmado por dois (02) médicos ou por um (01) médico legista e, no caso de morte violenta, depois de autorizada pela autoridade judiciária.

Portanto, somente o falecido, ao contrário do que dispõe a doutrina, é quem pode determinar se seu corpo será cremado ou não após a morte.

Ilustrando o disposto no presente tópico, não se pode deixar de mencionar sobre uma exposição que percorreu parte do mundo, mas teve sua divulgação proibida na França, mais especificamente em Paris, por entender os franceses que existia uma afronta ao direito do cadáver.

Havia nessa exposição o cadáver de 17 chineses sem pele, conservados com uma técnica que permite colocá-los em posições que simulam ações, como jogar basquete, por exemplo. Ao tomar conhecimento de tal exposição a justiça francesa determinou que as portas fossem fechadas sob pena de uma multa diária de 20 mil euros, por entender que estava se afrontando o direito ao cadáver. Na fundamentação da decisão o juiz La Blétière, defendia o direito do cadáver como cadáver, sem a análise dos princípios fundamentais do direito. Assim transcreveu em sua sentença, “lugar de cadáver é no cemitério” - onde, por sinal, a visita é gratuita, embora só se vejam jazigos. Isto porque mais de 120 mil pessoas já haviam visitado a exposição e pagado 15,5 euros pela entrada[46].

Interessante que referida exposição já havia passado por vários países do mundo, inclusive o Brasil, e ninguém se insurgiu contra ela, até a manifestação dos franceses, na proteção a uma destinação digna àqueles que já faleceram.

5.1 Atentados contra o cadáver que não fere o princípio da dignidade

Como disposto acima o cadáver somente pode ter as seguintes destinações: - inumação, - cremação, - doação de órgãos e posteriormente inumação ou cremação, - doação do corpo para pesquisa ou estudo científico.

Qualquer ato contrário fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a integridade física.

Ocorre porém, que na avaliação de Szaniawski em alguns casos, existe a possibilidade de se dar uma destinação diferente ao cadáver daquelas supra mencionadas, e devido as peculiaridades que apresenta não será considerada ilícita, uma vez que não irá afrontar os princípios adrede mencionados.

Os atentados que referido autor considera legítimo contra o cadáver são divididos em dois grupos: a) atentados ao cadáver legitimados pela necessidade; b) atentados ao cadáver legitimados pelo direito a prova.

Como atentado ao cadáver legitimados pela necessidade, entende-se os casos em que é necessária a extirpação de algum órgão ou tecido do corpo humano para transplanta-lo em outra pessoa, retirando este órgão de um morto para salvar a vida de uma pessoa viva. E continua Szaniawski afirmando que em "outras vezes, torna-se necessário estudar os efeitos que determinada doença produziu no corpo de alguém que já faleceu, a fim de se evitar que essa mesma doença venha a dizimar outras pessoas, sãs"[47].

Tal atitude se fundamenta no fato de o médico, tendo acesso aos efeitos de determinada doença possa efetuar um estudo neste sentido, para assim buscar sua cura e ajudar toda uma população. Mas esses casos, normalmente, ocorrem em situações de emergências, onde não existe a manifestação de última vontade, mas, pela situação não se pode esperar.[48]

A solução apresentada por Szaniawski é

Assim, com o fundamento no estado de necessidade, diante de um iminente perigo de vida do paciente, tem-se admitido aos médicos e aos cirurgiões o direito de realizar ablações de partes do corpo morto, necessárias para salvar a vida ou curar o paciente hospitalizado. A dissecação de cadáveres é considerada um atentado legítimo pelo direito, cujo fundamento está na causa superior, que visa a conservação de vidas humanas[49].

Desta forma, nos casos descritos acima, não haveria forma ilícita na condução dos trabalhos.

Salienta-se que referido posicionamento, encontra-se fundamentado apenas na doutrina do referido autor, entendendo os demais, que no caso supra mencionado, não existe a possibilidade do médico, visando um interesse maior que é o bem estar da humanidade, extirpar parte do corpo do falecido sem a devida autorização dele ou de seus familiares.

Igualmente, não é considerado ato ilícito, o atentado ao cadáver legitimado pelo direito de prova, que nada mais é que os exames realizados no corpo morto cujo objetivo é constituir provas. São as chamadas necropsias[50].

As causas mais freqüentes são os exames de necropsia no caso de homicídio, para se verificar exatamente, qual foi a *causa mortis.*

O direito à prova justifica e admite, até, a realização da exumação do cadáver de alguém, desde que haja prévia autorização por autoridade competente, não vindo a se constituir em atentado ao direito ao cadáver, pois aquele, como os demais exames que têm por objetivo a realização de laudo cadavérico, são legitimados pelo direito à prova[51].

Corroborando tal entendimento, estabelece o § 2° do art. 3°, da lei n.° 8.501/92, que "se a morte resultar de causa não natural, o corpo será, obrigatoriamente, submetido à necropsia no órgão competente".

Assim sendo, referidas finalidades, segundo mencionado autor, geram a excludente de ilicitude, o que transforma, pelos fundamentos, a ação, em uma atitude aceitável pelo ordenamento jurídico.

6. Tutela Civil e Tutela Penal

Devido a importância que se dá ao cadáver, por este possuir uma extensão dos direitos da personalidade, qualquer atentado a esses direitos está protegido pelo ordenamento jurídico, tanto na esfera civil, quanto na esfera penal.

A esfera civil, ao observar que existe uma ameaça de lesão aos direitos inerentes ao cadáver, o protege através das medidas liminares, onde a pessoa legitimada ingressa com uma ação no poder judiciário para que este, liminarmente, cesse a ameaça sofrida.

Mas, em ocorrendo a lesão ao direito do cadáver, tal como uma ofensa a sua honra ou integridade física, a pessoa legitimada, poderá ingressar com uma ação de indenização, requerendo a reparação do dano.

Sobre o assunto ensina Souza

Neste enquadramento, a memória do defunto é tutelada, quer preventiva quer repressivamente, tanto quando o ofensor é condenado a pagar uma soma pecuniária aos representantes do defunto como quando é sentenciado a abster-se de renovar a ofensa ou a eliminar certos efeitos da mesma, tudo dependendo das circunstâncias do caso, podendo inclusivamente acontecer que a única sanção susceptível de aplicação ao caso concreto seja a indenização em dinheiro[52].

Portanto, não há como negar a proteção civil existente aos falecidos. Destaca-se que em diversas situações são tuteladas pelos nossos tribunais[53].

Quando se fala em ação de indenização, são os familiares as pessoas legitimadas para ingressar com o pedido, ou na falta delas qualquer pessoa que tivesse intimidade com o falecido, e que tenha a intenção de preservar seus direitos. Assevera-se que o valor da indenização deve ser partilhado entre todos os herdeiros necessários, haja vista que, muito embora não tenham participado da demanda, possuem direitos sobre o montante pago.

Desta forma, se um descendente ingressa com uma ação de indenização pela morte de seus ascendentes, o ofensor irá ser condenado ao pagamento de uma indenização.

Imaginando que os falecidos possuam dois descendentes, isso significa que aquele que não participou da demanda deve receber sua cota parte na indenização, haja vista que o valor fixado é para todo o dano sofrido, e não será auferido individualmente, por descendente. Assim, não pode aquele ingressar com outra ação, pois o dano já foi ressarcido.

Os casos mais corriqueiros de proteção civil em relação aos mortos são as ações de indenizações por afronta a honra ou a imagem dos mesmos, geralmente praticadas pela imprensa, malgrado exista a lei n.º 5.250/67, que traz as sanções cabíveis.

Nesses casos como coloca Melo, o valor da indenização, quando existe ataque a honra está entre cinco a cem vezes o valor do salário mínimo vigente no país, muito embora seja considerado imensurável; e no caso de atentado a imagem, mister se faz observar que existem duas espécies de dano, o moral e o material, ou seja, aquele em que decorre do enriquecimento ilícito da pessoa que se utilizou indevidamente da imagem, bem como daquele que se aproveitou da imagem que é um direito da personalidade, e não pode ser publicada sem a devida permissão do titular do direito[54].

Basicamente são essas as possibilidades de tutela civil.

Quanto a tutela penal há no Código Penal Brasileiro um capítulo todo destinado aos crimes contra o respeito aos mortos, bem como o delito de calúnia previsto também na lei n.º 5.250/67.

Desta forma, o título V, capítulo II, trata, dos artigos 209 à 212 dos crimes de impedimento ou perturbação de cerimônia funerária, violação de sepultura, destruição, subtração ou ocultação de cadáver e vilipêndio de cadáver, respectivamente.

Em breve análise de cada tipo penal verifica-se que o artigo 209, estabelece que aquele que "impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária", terá aplicada uma pena de detenção de um mês a um ano ou multa.

Como enterro, Silva, citando Noronha, ensina que "é a trasladação do corpo, sua remoção ou transporte para o lugar onde deve ser enterrado, haja ou não acompanhamento ou cotejo"[55]. Por cerimônia funerária define como sendo "o ato pelo qual se assiste ou se presta homenagem ao falecido"[56].

Destaca-se que a cerimônia funerária, por possuir um conceito mais abrangente, engloba também enterro, portanto, Silva, entende desnecessário constar na tipificação legal os dois termos, inobstante exista essas duas nomenclaturas.

Desta feita, aquele que vier impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária, sofrerá as penas da lei, muito embora seja considerado um delito de menor potencial ofensivo[57], passível de transação penal[58].

Além disso, existe a possibilidade de ocorrer aumento de um terço da pena, caso o delito seja praticado com violência ou grave ameaça, sem prejuízo da pena correspondente à violência, conforme determina o parágrafo único do artigo supra mencionado.

O artigo 210 do Código Penal Brasileiro preceitua que "violar ou profanar sepultura ou urna funerária, pena de reclusão de um a três anos e multa".

Segundo o escólio de Mirabete o delito supra mencionado possui duas condutas típicas.

A conduta típica do delito é a de *violar* (abrir, devassar, descobrir, escavar, alterar, romper, destruir) ou *profanar* (ultrajar, vilipendiar, aviltar, macular, tratar com desprezo) a sepultura. Citam-se como exemplos remover pedras, danificar ornamentos, colocar objetos grosseiros, escrever palavras injuriosas etc. Tem-se decidido pela ocorrência do ilícito na alteração chocante, de aviltamento, de grosseira irreverência (*RT 476/339*), no derramamento de bebida alcoólica sobre os símbolos funerários (*RT 238/621*) etc.[59]

Outro ponto importante a destacar é que se faz necessário definir a palavra sepultura e urna funerária para se delimitar o objeto da ação.

Como bem ensina Silva, a palavra sepultura, utilizada no tipo do artigo em comento, está relacionada as sepulturas propriamente ditas, como também os sepulcros, os túmulos, tumbas, mausoléus, carneiros etc[60].

Por urna funerária entende-se que seja qualquer vaso, caixa ou cofre, destinado e guardar as cinzas e os ossos do falecido após sua cremação ou desagregação[61].

Assim sendo, para que o sujeito ativo seja enquadrado nas sanções legais é preciso que sua ação esteja descrita na conduta típica.

Verifica-se que a pena para este delito é de 01 à 03 anos de reclusão e multa, ou seja, não é considerado um delito de menor potencial ofensivo. Portanto, aquele que assim o fizer pode ser denunciado pela prática desta conduta, podendo ser oferecido a ele apenas o benefício a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89, da lei nº 9.099/95[62].

Outra proteção penal ao respeito dos mortos é o delito previsto no art. 211 do Código Penal Brasileiro que dispõe que, "destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele", pena de reclusão de 01 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Nesta conduta típica existem três tipos objetivos capazes de consumar o delito, que são destruir, subtrair ou ocultar.

Conforme orienta Prado,

Destruir é destroçar, demolir, fazer desaparecer; *subtrair* consiste em retirar do local em que se encontra, e *ocultar* pressupõe esconder temporariamente. A ocultação, ao contrário da subtração, somente pode ocorrer antes do sepultamento do cadáver (isto é pressupõe que o cadáver ainda não se encontre no lugar do destino). A subtração pode dar-se antes ou depois do sepultamento[63].

Outrossim, apesar de já ter conceituado cadáver no presente trabalho, importante se faz relembrar sua definição para a análise completa do tipo penal.

Destarte, cadáver, conforme define Silva, "é o corpo humano sem vida, enquanto mantida a aparência humana sem os efeitos desintegrativos da decomposição cadavérica"[64].

Ademais, quando o tipo legal estabelece que essa destruição, subtração ou ocultação deve estar vinculada ao cadáver **ou parte dele**, esta-se protegendo os membros ou órgãos desse corpo sem vida, que caso venha a sofrer alguma afronta seu ofensor será punido.

Portanto, caso um indivíduo subtraía um rim daquele que faleceu sem autorização legal, ou destrua os braços ou as pernas do falecido, será responsabilizado penalmente pelo delito em questão.

Neste sentido o único benefício estabelecido ao sujeito ativo da conduta é a suspensão condicional do processo, tal qual disposto no delito de violação de sepultura.

E por fim, sobre os delitos contra o respeito aos mortos, resta ainda o crime de vilipêndio a cadáver, que estabelece, "vilipendiar cadáver ou suas cinzas, pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa".

Conforme leciona Prado, a ação proibida é vilipendiar , ou seja, aviltar, ultrajar o cadáver ou suas cinzas. E continua,

A conduta de ultrajar cadáveres ou suas cinzas independe da vida pretérita do falecido ou do local onde se encontra depois de morto (MAGGIORE, 1995, p. 436), mas é indispensável que seja praticada sobre ou junto ao cadáver ou às suas cinzas, caso contrário não há delito de vilipêndio[65].

Esse delito pode ser praticado tanto por atos como por palavras, mímicas ou na forma escrita.

Para que o delito seja configurado é necessário que a ofensa seja proferida sobre ou junto ao cadáver ou suas cinzas, pois se assim não o for, não se configura o delito em questão[66].

Note-se bem que este crime, pela *in abstrato*, permite que seja concedida a suspensão condicional do processo ao sujeito ativo da conduta.

Outra forma de proteção penal é o § 2º do art. 138 do Código Penal Brasileiro, que determina: "é punível a calúnia contra os mortos".

Neste delito o bem jurídico protegido não é o respeito aos mortos, mais sim a honra objetiva do falecido, que poderá ser defendida pelos familiares, já que nessa espécie de crime os sujeitos passivos são seus cônjuges, ascendentes, descendentes e irmãos, tal como dispõe o art. 31 do Código de Processo Penal.

Igualmente, quando o delito é praticado através da imprensa, há uma ampliação do rol de delitos que podem ser praticados contra a memória dos mortos. A lei n.º 5.250/67, que em seu art. 24, dispõe: "são puníveis, nos têrmos dos arts. 20 a 22, a calúnia, difamação e injúria contra a memória dos mortos".

Importante ressaltar que o Código Penal pune apenas o delito de calúnia contra os mortos, nada mencionando em relação ao delito de difamação e injúria. Portanto, caso um indivíduo profira alguma difamação de forma verbal, sem se utilizar que qualquer meio de telecomunicação não existe crime, mas caso ele o faça através de uma estação de rádio, ou televisão estará praticando o delito previsto no art. 24 da lei supra mencionada.

Incoerências da lei, mas que devem ser respeitadas.

Salienta-se que os delitos em questão possuem como elemento subjetivo o dolo, ou seja, o sujeito ativo deve ter a intenção, vontade de praticar a conduta típica, pois as condutas adrede mencionadas não possuem a forma culposa. Assim, se alguém por negligência, imprudência ou imperícia praticar as condutas típicas não incidirá em crime algum, devido a falta de disposição legal, conforme fundamenta o parágrafo único do art. 18 do Código Penal Brasileiro[67].

Desta forma, o cadáver possui proteção jurídica em nosso ordenamento, merecendo todo o respeito que lhe cabe.

CONCLUSÃO

Os direitos da personalidade por estar diretamente relacionado aos atributos da pessoa humana, visam sua proteção integral. E isso se verifica nas disposições legais existentes na Constituição Federal, Código Civil, legislações especiais, dentre outras.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o corolário para toda essa proteção.

Devido a isso, os legisladores, objetivando a proteção integral do indivíduo, acertadamente, entenderam por bem proteger os direitos inerentes ao cadáver, entendendo-se que a morte não coloca um fim nas obras e criações do falecido.

Por conta disso diversos questionamentos surgiram sobre a proteção destinada ao cadáver, sendo todas elas respondidas no presente trabalho.

E o primeiro impasse levantado foi quanto a definição de cadáver, ou seja, o que pode ser considerado cadáver para fins de proteção legal. Assim imperioso determinar quando uma pessoa natural se transforma propriamente em um cadáver, pois conforme estabelece o artigo 6º do Código Civil Brasileiro, a existência da pessoa humana termina com a morte.

Ultrapassada essa fase, trabalhou-se a natureza jurídica do cadáver. Determinar a natureza jurídica do cadáver é uma questão muito importante, pois a partir dessa delimitação é que se verifica qual a área do direito que o protege. Após muito estudo, chega-se a conclusão de que o direito ao cadáver é um direito subjetivo pessoal.

Isto porque, ao se observar as normas legais, constata-se que ao cadáver se estendem alguns direitos da personalidade, e por conta disso se enquadra ele nos direitos relativos a pessoa.

Essa extensão de alguns direitos da personalidade ao cadáver está diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito a integridade física, pois não se pode conceber afronta a honra, a imagem, ao corpo do falecido, simplesmente porque o mesmo morreu. Desta feita, nosso ordenamento jurídico vem a protege-los.

Portanto, após a morte necessário se faz dar uma destinação digna ao falecido. E quando se fala em destinação digna, está-se falando apenas na inumação, cremação, doação de órgãos ou tecidos ou doação do corpo para fins de estudo à algum instituto de pesquisa.

Existem certas situações em que a destinação se distancia dessas mencionadas acima, mas inobstante isso podem ser consideradas legítimas. São os casos do exame de

necropsia, quando há morte violenta. Por conta disso não existe afronta ao direito ao cadáver.

Neste diapasão, as pessoas legitimadas para determinar sobre o melhor destino a ser dado ao cadáver são, primeiramente, o próprio falecido, haja vista que este pode deixar uma disposição de última vontade, e caso assim o faça, a sua vontade é que deve prevalecer. Não existindo manifestação do mesmo, ficará a cargo da família decidir o melhor destino, seguindo a seguinte ordem: cônjuge, descendentes, ascendentes e colaterais até 4º grau. Há quem diga que na falta da família os amigos íntimos também teriam legitimidade.

Essa legitimidade não é apenas para se decidir sobre o destino a ser dado cadáver, mas também para defender seus direitos em juízo.

Assim, ocorrendo alguma afronta aos direitos da personalidade relacionados ao cadáver o Poder Judiciário será acionado e o protegerá mediante as ações cíveis e penais que são cabíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ALVIN, Arruda e ALVIN, Thereza, (coord). **Comentário ao Código Civil Brasileiro.** v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade. De Acordo com o Novo Código Civil.** São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade.** 6ª ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1993.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalíssimos**. 2ª ed. atualizada y ampliada. Buenos Aires, 1995.

CUPIS. Adriano de. **Os Direitos da Personalidade.** Campinas: Romana, 2004.

GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 6ª ed. v.1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES. Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19ª ed. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MELO. Nehemias Domingos de. **Dano moral: Problemática do cabimento à fixação do *quantum*.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MIRABETE. Julio Fabbrini Mirabete. Manual de Direito Penal. Parte Especial: arts. 121 a 234 do CP. 17ª ed. v.2. São Paulo: Atlas, 2001.

Pontes de MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado. Parte Especial.** V.07. Direitos das Sucessões: Sucessão em geral. Capinas: Bookseller, 2004.

_____. **Tratado de direito privado. Parte Especial.** Direitos das Sucessões: Sucessão em geral. V.55. São Paulo: Bookseller, 2004.

PRADO. Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito**. 4° ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

_____. **Direito Penal. Parte Especial: arts. 197 a 288**. 2ª ed. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado do direito funerário**. V.1. São Paulo: Método Editora 2000.

_____. **Tratado do direito funerário**. V.2. São Paulo: Método Editora 2000.

_____. **Direito Penal Funerário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral da personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TOMASZEWSKI. Adauto de Almeida (Co-autor e Coord.). **Lições Fundamentais de Direito.** V.1. Direitos da Personalidade: abordagens constitucionais, civis e processuais. Londrina: Midiograf – Gráfica e Editora, 2006.

Código Civil Brasileiro

Código Penal Brasileiro

Constituição da República Federativa do Brasil

http://oglobo.globo.com/blogs/afrancesa/post.asp?t=o-principio-de-direito-docadaver&cod_ post=179545.

---

[1] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade.** 6ª ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 91.

[2] BELTRÃO, Silvio Romero**. Direitos da Personalidade. De Acordo com o Novo Código Civil.** São Paulo: Atlas, 2005, p. 86.

[3] CIFUENTES, Santos. **Derechos personalíssimos**. 2ª ed. atualizada y ampliada. Buenos Aires, 1995, p. 403.

[4] CUPIS. Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004, p. 98.

[5] SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado do direito funerário**. V.1. São Paulo: Método Editora 2000, p. 618.

[6] SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado do direito funerário**. V.1. São Paulo: Método Editora 2000, p. 618.

[7] BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 425.

[8] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1993, p.543.

[9] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 269.

[10] PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado. Parte Especial.** V.07. Direitos das Sucessões: Sucessão em geral. Capinas: Bookseller, 2004, p. 14.

[11] Borrel-Maciá *apud* SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 304.

[12] CUPIS. Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004, p. 98.

[13] SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado do direito funerário**. V.1. São Paulo: Método Editora 2000, p. 626/627.

[14] CIFUENTES, Santos. **Derechos personalíssimos**. 2ª ed. atualizada y ampliada. Buenos Aires, 1995, p. 407.

[15] CIFUENTES, Santos. **Derechos personalíssimos**. 2ª ed. atualizada y ampliada. Buenos Aires, 1995, p. 407.

[16] BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ALVIN, Arruda e ALVIN, Thereza, (coord). **Comentário ao Código Civil Brasileiro.** v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 134.

[17] BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da Personalidade. De Acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 85.

[18] A morte dissolve tudo.

[19] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 303.

[20] GOMES. Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19ª ed. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito – Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 130.

[21] BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ALVIN, Arruda e ALVIN, Thereza, (coord). **Comentário ao Código Civil Brasileiro.** v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 75/76.

[22] GOMES. Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19ª ed. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito – Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 130.

[23] BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ALVIN, Arruda e ALVIN, Thereza, (coord). **Comentário ao Código Civil Brasileiro.** v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 224.

[24] Cunha Gonçalves *apud* SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado do direito funerário**. V.1. São Paulo: Método Editora 2000, p. 21 e 25.

[25] BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade. De Acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 85.

[26] SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral da personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 193.

[27] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 303.

[28] SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado do direito funerário**. V.2. São Paulo: Método Editora 2000, p. 790.

[29] BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade. De Acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 89.

[30] Cunha Gonçalves *apud* SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado do direito funerário**. V.1. São Paulo: Método Editora 2000, p. 627.

[31] TOMASZEWSKI. Adauto de Almeida (Co-autor e Coord.). **Lições Fundamentais de Direito.** v.1. Direitos da Personalidade: abordagens constitucionais, civis e processuais. Londrina: Midiograf – Gráfica e Editora, 2006, p. 72

[32] CIFUENTES, Santos. **Derechos personalíssimos**. 2ª ed. atualizada y ampliada. Buenos Aires, 1995, p. 410.

[33] Blume *apud* CUPIS. Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004, p. 99.

[34] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade.** 6ª ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 91.

[35] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade.** 6ª ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 92.

[36] SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado do direito funerário**. V.1. São Paulo: Método Editora 2000, p. 639/640.

[37] SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado do direito funerário**. V.1. São Paulo: Método Editora 2000, p. 640.

[38] SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado do direito funerário**. V.1. São Paulo: Método Editora 2000, p. 85.

[39] CUPIS. Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004, p. 99.

[40] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 304.

[41] SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado do direito funerário**. V.1. São Paulo: Método Editora 2000, p. 652.

[42] CUPIS. Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004, p. 100.

[43] GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6ª ed. v.1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 164.

[44] BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ALVIN, Arruda e ALVIN, Thereza, (coord). **Comentário ao Código Civil Brasileiro.** v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 137.

[45] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade.** 6ª ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 92.

[46] Disponível em: http://oglobo.globo.com/blogs/afrancesa/post.asp?t=o-principio-de-direito-do-cadaver&cod_post=179545. Acessado em 06/08/2009.

[47] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 304.

[48] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 304.

[49] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 304/305.

[50] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 305.

[51] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 305.

[52] SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral da personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 193.

[53] Dano moral. Desaparecimento de corpo do local de seu sepultamento - Merce da flagrante violação de seu dever contratual de guarda do cadáver, exsurge inequívoco o dever de indenizar o dano moral decorrente da violenta dor causada pela surpresa revelada no momento da exumação com a ausência do corpo do local onde fora sepultado, encontrando-se outro de sexo diverso. Um dos valores inalienáveis do patrimônio moral humano e' a dignidade da vida e da morte. O desprezo pelo ser humano apos a sua morte gera dor profunda nos seus entes queridos que sofrem a perda da pessoa amada. O zelo para com o corpo sepulto equipara-se ao constante velar pela alma da pessoa que se foi. Dor moral que se exacerba pela constatação da presença de outro cadáver na sepultura, mostrando-se improvável a localização do originário cadáver e a consectaria impossibilidade de sua cremação. Prova inequívoca oficial engendrada apos a surpresa gerada pelo fato. Provado o fato inequívoco e' o dever de indenizar. E' principio assente no E. STJ que o dano moral, e' o sofrimento humano, a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem, alcançando os direitos da personalidade protegidos pela gala constitucional. A indenização por dano moral tem natureza extrapatrimonial e origem, em caso de morte, na dor, no sofrimento e no trauma dos familiares próximos das vitimas. Como assentado em precedente da Corte, não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao artigo 334 do Código de Processo Civil. Conseqüente ao fato e' o dever de restituir as despesas de manutenção, que pressupõe a guarda que "in casu" não se operou, conforme constatado, bem como o valor da exumação onde flagrou-se o impiedoso acontecimento. Apelo desprovido. (IRP) (TJRJ – AC 14936/2001 – (2001.001.14936) – 10º c. Cív – Rel. Dês. Luiz Fux – J. 7.11.2001).

[54] MELO. Nehemias Domingos de. **Dano moral: Problemática do cabimento à fixação do *quantum*.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 122/123.

[55] Margalhães Noronha *apud* SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado do direito funerário**. V.2. São Paulo: Método Editora 2000, p. 722.

[56] Margalhães Noronha *apud* SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado do direito funerário**. V.2. São Paulo: Método Editora 2000, p. 722.

[57] **Art. 61.** Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. Da Lei n.º 9.099/95.

[58] **Art. 76.** Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Da Lei n.º 9.099/95.

[59] MIRABETE. Julio Fabbrini Mirabete. **Manual de Direito Penal.** Parte Especial: arts. 121 a 234 do CP. 17ª ed. v.2. São Paulo: Atlas, 2001, p. 403.

[60] SILVA, Justino Adriano Farias da. **Direito Penal Funerário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992, p. 65

[61] SILVA, Justino Adriano Farias da. **Direito Penal Funerário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992, p. 65.

[62] **Art. 89**. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

[63] PRADO. Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito**. 4° ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007, p. 697.

[64] SILVA, Justino Adriano Farias da. **Direito Penal Funerário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992, p. 81.

[65] PRADO. Luiz Regis. **Direito Penal. Parte Especial: arts. 197 a 288**. 2ª ed. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 32/36.

[66] PRADO. Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito**. 4° ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007, p. 697.

[67] Art. 18. ... **Parágrafo único** - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

DIREITOS DE PERSONALIDADE DO EMPREGADO E A TERCEIRIZAÇÃO*

PERSONALITY RIGHTS OF THE EMPLOYEE AND THE OUTSOURCING

Leda Maria Messias da Silva
Lory Kurahashi

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo, analisar os direitos da personalidade no que tange à pessoa do empregado. Primeiramente abordou-se um estudo dos direitos da personalidade, e posteriormente, seu alcance no âmbito das relações de trabalho, e novas formas de trabalho que vem para suprir o desemprego, a crise econômica das empresas, e a globalização. A precarização das condições de trabalho, pode ferir a dignidade humana do trabalhador, e repercutirá em toda a sociedade. Várias são as espécies de flexibilizar, mas o objeto de estudo aqui em questão, é a terceirização. A terceirização consiste na transferência das atividades-meio da empresa a terceiros. Portanto, o processo de terceirização envolve a tomadora de serviços, a prestadora de serviços e o empregado. Este processo produtivo, confere à empresa lucratividade, competitividade, qualidade do produto e menos riscos e encargos, porém traz insegurança jurídica de fato aos direitos trabalhistas, previdenciários e da personalidade aos empregados. Sendo assim, a terceirização é permitida somente nos casos previstos na súmula 331 do TST. Se de um lado há os que entendem a terceirização como algo positivo ao desenvolvimento, de outro, há os que pregam tratar-se de retrocesso. Uns desfavoráveis à terceirização, outros favoráveis, ela é uma realidade na economia de mercado. Assunto polêmico e contemporâneo devido à positivação dos direitos da personalidade vir com Código Civil de 2002, apesar da terceirização ter se expandido nos fins do século passado no Brasil, se mal empregada, afronta os direitos de personalidade, que ainda, carecem de mais estudos e conscientização.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS DE PERSONALIDADE; TERCEIRIZAÇÃO; PRECARIZAÇÃO; EMPREGADO; DIGNIDADE HUMANA.

ABSTRACT

The present paper has as aim to analyze the personality rights concerning to employee. At first it was approached a study of the personality rights, and afterwards, its grasp within the ambit of work ratio, in which new kinds of job rises to supply unemployment, enterprise economic crisis, and globalization. A precariousness, situation's work's, can hurt the worker human dignity, and will have repercussion in the whole society. There are various types of flexibility, but the subject of study here is outsourcing. The outsourcing consists in the company's activities transference to the outsourcing. Thus, the process of outsourcing involves a company, a serviceable company and the employee. This productive process provides profits, competitiveness

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

and product quality to the company, and fewer risks and responsibilities, but it also brings juridical insecurity to the labourist rights, social security and to the employees' personality. So that it is considered legal, the outsourcing is only permitted in cases that were anticipated in abridgment 331 from TST. If there are those who understand the outsourcing as something positive to the development, on the other side, there are those who understand a retrocession. Although some are for and others against, outsourcing is a reality in the market economy. Controversial and contemporary subject, due to positivism of the personality rights in the Civil Code of 2002, and despite the fact that outsourcing has expanded at the end of the last century in Brazil, and the bad works conditions, outrages the personality rights, it needs much more studies and consciousness.

KEYWORDS: PERSONALITY RIGHTS; OUTSOURCING; PRECARIOUSNESS; EMPLOYEE; HUMAN DIGNITY.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho se justifica pela necessidade de proteção aos direitos da personalidade do empregado frente às novas formas de trabalho flexibilizadas, como a terceirização.

O objetivo geral é analisar e compreender a correlação da terceirização com os direitos de personalidade do empregado, tendo como objetivos específicos, servir de alerta para os vários problemas no que tange a este assunto, quando a terceirização se apresenta de forma ilegal.

A nova realidade econômica, caracterizada pela abertura da economia brasileira, a liberação dos preços, a privatização, a formação dos blocos econômicos, a criação dos controles de qualidade, afirmação do capitalismo, desenvolvimento tecnológico e globalização, exigem que as empresas busquem alternativas para viver neste novo momento da economia de mercado e de produção, com baixos custos. No entanto, as grandes questões que se colocam é como fazê-lo sem ferir a dignidade do trabalhador? Como competir, principalmente, as pequenas empresas com as grandes, sem aviltar os direitos personalíssimos dos empregados subordinados e principalmente em momentos de crise mundial?

Em razão da rápida difusão das notícias envolvendo interesses sociais e particulares e também valores culturais, o tema que ora se propõe é proeminente, não só pela complexidade, como também pela violência do desrespeito aos direitos da personalidade do trabalhador empregado, ferindo a dignidade humana, em muitos casos, quando inserido em processos de terceirização precária.

No segundo capítulo, abordam-se os direitos da personalidade, que tecnicamente traz conceitos, os quais valorizam os valores extrapatrimoniais do homem.

Desta feita, a proteção aos direitos da personalidade tornou-se tema de grande importância, alcançando posição de destaque tanto na doutrina quanto nas legislações. E

nos meandros dessa nova tendência, foi no direito público que os direitos da personalidade foram reconhecidos, depois, timidamente, foram ingressando na esfera privada, por intermédio dos Códigos Civis. Além da Constituição Federal de 1988, que tutela, em vários dispositivos, direitos fundamentais do homem, tais como: direito à vida, liberdade, igualdade, inviolabilidade da vida privada, honra, imagem, consagrando, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana, princípio considerado o pináculo dos direitos da personalidade; os direitos essenciais da pessoa também são protegidos por leis infraconstitucionais.

O tema dos direitos da personalidade nas relações privadas é complexo, portanto, há anseio de trazer uma análise acerca desses direitos frente à dignidade humana do empregado, que também é direito fundamental consagrado pelo texto constitucional.

A positivação no Código Civil Brasileiro de 2002, no qual conferiu-lhe tratamento especial, e reservou um Capítulo próprio para os direitos da personalidade, dedicando 11 (onze) artigos, agrupados em um Capítulo, denominado: Dos Direitos da Personalidade, e no qual também traz as características dos direitos de personalidade, sendo estes natos, absolutos, imprescritíveis, essenciais, e irrenunciáveis.

O rol dos direitos de personalidade são o direito à honra, à imagem, à privacidade, à dignidade humana, dentre outros, que no meio ambiente de trabalho, trazem direitos diretamente conexos aos empregados, pois a competição gerada pela globalização, novas tecnologias, e metamorfoses do trabalho, cada vez mais representam ameaças aos atributos personalíssimos do homem, especialmente o subordinado-empregado, os quais possuem necessidades imediatas.

Ressalta-se o meio ambiente de trabalho, pois não se restringe somente ao local da empresa, e sim nos lugares em que o empregado interage para realizar o serviço, e que este seja provido de segurança, higiene, harmonia e equilíbrio, para melhor qualidade de vida.

As formas de flexibilizar não são poucas, sendo: Contratos por prazo determinado; trabalho temporário; trabalho a tempo parcial; empreitadas; cooperativas; redutibilidade salarial por acordo ou convenção coletiva; flexibilização das jornadas de trabalho e a terceirização de serviços está entre essas formas de flexibilizar as relações de trabalho.

Porém, estas modernas formas de flexibilização das normas de direito do trabalho, são entendidas por alguns como negativas, assim, a terceirização, que é um processo de transferência de atividades não essenciais da empresa para serem executadas por terceiros, pode constituir-se em precarização do trabalho, ou seja, colocar o empregado numa situação de risco e indignidade, quando ilegal.

. A terceirização envolve três sujeitos na relação jurídica: empresa tomadora de serviços, empresa prestadora de serviços e empregado, apesar de que as quarteirizações e quinterizações são factuais, e tem como principal finalidade, reduzir os custos. A intenção a princípio, foi trazer maior agilidade e competitividade, calcada na qualidade e produtividade, tornando as empresas mais flexíveis e mais enxutas, mas por outro lado estas empresas interpostas trazem insegurança jurídica.

Abordaremos, portanto, ao longo desse trabalho, a súmula 331 do TST e todas as principais questões que envolvem esta súmula, a qual prevê a existência da terceirização lícita, porém, é vedada pela legislação, que seja utilizada como meio de fraudar a lei ou simular o ato, como, por exemplo, o empregador isentar-se de encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais, agindo com desrespeito aos direitos dos empregados, o que pode trazer responsabilidades para o empregador de forma subsidiária e solidária.

Saliente-se, que diante dos direitos da personalidade do trabalhador, principalmente a integridade física e psíquica, embora hajam opiniões favoráveis e desfavoráveis à terceirização, ela é uma realidade na economia de mercado.

O tema que ora se propõe, é bastante complexo, portanto, não há pretensão em esgotá-lo, e sim, trazer uma reflexão acerca destas questões, ficando apenas a expectativa de que o presente trabalho possa servir como contribuição, ainda que modesta, aos estudiosos e aplicadores do Direito, sobre a aplicação dos direitos de personalidade, a fim de assegurar os direitos dos empregados da prestadora de serviços, quando a mesma apresenta-se inserida num processo de terceirização de forma ilegal.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

A idéia de personalidade está ligada à pessoa, pois estas têm capacidade de obterem direitos e adquirirem deveres. O direito de personalidade, tratado neste estudo, é imposto pelo ordenamento jurídico, e atinge um conjunto de valores intelectual, moral e físico do ser, considerando a pessoa em si, ou ligada a uma sociedade.

2.1 Conceito e previsão legal

Para Amauri Mascaro Nascimento, “Direitos de personalidade são aqueles de natureza extrapatrimonial que se referem aos atributos essenciais definidores da pessoa, e dentre todos os direitos são aqueles que mais de perto procuram valorizar a dignidade do ser humano”.[1]

Os direitos extrapatrimoniais são aqueles além do material, pois toda matéria é provida de um valor econômico, por isso denominado de patrimônio. Não se esta mencionando metafísica em si, mas de um adjetivo, na qual cada pessoa possui em maior ou menor valoração.

Direitos da personalidade e o vocábulo personalidade são diferentes, apesar de próximos por se interligarem no que tange a causa e efeito, Giselle Câmara Groeninga, vem esclarecer sobre a formação da personalidade em vocábulo, “[...] É a condição ou maneira de ser da pessoa”. A autora relata:

Em Psicanálise, o termo *personalidade* tem um sentido dinâmico, do desenvolvimento do ser e do vir-a-ser, e da forma como o indivíduo se mostra e é percebido pelos outros. A personalidade se constrói pela combinação de aspectos herdados e constitucionais, com experiências marcantes da vida infantil e da vida adulta, que darão um sentido de continuidade ao ser.[2]

O meio ambiente social, familiar, e profissional, contribui para a formação da personalidade de um ser humano, no qual será sempre passível de amadurecimento. Porém esse trabalho não pretende abordar questões de cunho psicológico, mas sim jurídicas que têm a finalidade de trazer proteção ao rol dos direitos da personalidade, quando ofendidos. Esta ofensa vem a ser a causa, que tem como efeito um prejuízo pessoal individual, que encontra proteção e restabelecimento nos direitos da personalidade.

Os bens da personalidade se referem à essência do ser humano, e consequentemente, o direito da personalidade vem para proteger estes bens, para dar existência digna à pessoa, e de acordo está Sérgio Iglesias Nunes de Souza:

A personalidade é um complexo de características interiores com o qual o indivíduo pode manifestar-se perante a coletividade e o meio que o cerca, revelando seus atributos materiais e morais. Com efeito, no sentido jurídico, a personalidade é um bem, aliás, o primeiro pertencente à pessoa.[3]

Os direitos da personalidade são valores subjetivos e razão de existência do ser humano. Adriano de Cupis comenta em sua obra:

No entanto, na linguagem jurídica, esta designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo.

Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal [...].[4]

Antonio Bento Betioli, preleciona:

O que se entende, então, por direitos da personalidade? São aqueles direitos que o ser humano tem em face de sua própria condição. Voltam-se para aspectos íntimos da pessoa, ou seja, tomada esta em si, como ente individualizado na sociedade. Através deles, a pessoa é protegida em seus mais íntimos valores e em suas projeções na sociedade; eles compreendem atributos próprios de sua individualidade, e não componentes gerais (como a idade, a saúde mental, o fato do nascimento, etc.) levados em conta nos direitos da pessoa.[5]

Qualidades internas do homem são o que diferencia dos demais, e segundo Ana Cláudia Pirajá Bandeira, personalidade vem a ser:

A personalidade é atributo que se agrega ao homem, conferindo-lhe características próprias e diferentes de todos os demais seres existentes na natureza. De fato, é a personalidade que confere ao indivíduo, de modo geral, uma fisionomia única, e peculiar, derivando daí a característica de irrepetibilidade de cada ser humano, à medida que a configuração biopsíquica nunca se manifesta igualmente em duas pessoas. Em razão desses fatos, evidente a necessidade de proteção da personalidade em face de eventuais lesões contra ela perpetradas.[6]

Goffredo Telles Júnior, traz os ensinamentos de Adriano De Cupis, que ressalta o valor dos bens extrapatrimoniais, ou seja, valores de coisas que não tem preço:

Entendida como bem, a personalidade subdivide-se em categorias imateriais de bens: a vida, a liberdade, a honra, a intimidade, entre outros. Em torno destes gravitam todos os bens materiais, dado o caráter de essencialidade e qualidade jurídica atribuída ao ser.[7]

Carlos Alberto Bittar corrobora sua opinião sobre a dificuldade da teoria dos direitos da personalidade:

Em verdade, o universo desses direitos está eivado de dificuldades, que decorrem principalmente: a) das divergências entre os doutrinadores com respeito à sua própria existência, À sua natureza, à sua extensão e à sua especificação; b) do caráter relativamente novo de sua construção teórica; c) da ausência de uma conceituação global definitiva; d) de seu enfoque, sob ângulos diferentes, pelo direito positivo (público, de um lado, como liberdades públicas; privado, de outro, como direitos da personalidade), que lhe imprime feições e disciplinações distintas.[8]

A projeção de um homem na sociedade, tem importância individual de cada ser, naturalmente, envolve o complexo valorativo intrínseco (intelectual e moral) e extrínseco (físico) do ser, abrangendo a pessoa em si, ou integrado à sociedade. Ademais Silvio Romero Beltrão complementa, que os bens extrapatrimoniais de um indivíduo não têm preço, que se lesados apresenta reflexo patrimonial, porém não devem utilizar o instituto como forma de enriquecimento, apesar de que a reparação de uma ofensa física ou moral é subjetiva de cada ser, o que leva o assunto a uma polêmica:

[...] os bens da personalidade possuem uma correlação imediata com o interesse econômico, em que, diante da evolução social e correspondente disposição constitucional e civil, há um reflexo patrimonial nos direitos da personalidade. É certo que o remédio contra lesões aos direitos da personalidade são de fato as aplicações de medidas próprias que visem à cessação da ofensa e à reintegração específica do bem violado, acrescido do ressarcimento patrimonial. Por sua vez, o valor da indenização vai depender da hipótese em concreto, como resposta ao fato que constitui a lesão. Contudo já apresentava Adriano de Cupis, há uma indiscutível tendência em se atribuir uma maior preocupação pela possibilidade de enriquecimento do que pelo bem físico ou moral da pessoa.[9]

Os direitos da personalidade diferenciam-se dos outros direitos por serem direitos absolutos, já que toda pessoa está obrigada a defender e respeitar seus próprios direitos humanos, de modo que outrem não possa atentar contra sua vida, sua saúde, seu corpo, sua honra, entre outros.

No Código Civil de 2002, o legislador se preocupou em destacar um capítulo somente aos direitos da personalidade, expondo a respeito no Título I – Das Pessoas Naturais, em seu capítulo II, dos artigos 11 ao 21, essa inovação foi um progresso, que resultou na inserção de um novo capítulo no diploma, e esta novidade contemporânea positivada, apesar da proteção do bem imaterial ser antigo, todas têm como centro, o ser humano, como traz em seu primeiro livro Das pessoas.

A fundamentação constitucional, também é bem colocada por Giselle Câmara Groeninga, a qual corrobora que, “[...] se podem observar os movimentos de constitucionalização e de repersonalização do Direito Civil”.[10]

A Constituição permitiu que aparecessem alguns direitos da personalidade em seus primeiros artigos, que são nomeados de fundamentais, como os:

a) Da dignidade humana no artigo 1º, inciso III;

b) Artigo 5º, X, da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, que se feridos encontram proteção;

c) Artigo 60, § 4º, IV, não discutir assuntos tendentes à abolir os direitos e garantias fundamentais;

d) Artigos 194 e 196 - saúde;

e) Artigo 199 §4º - integridade pessoal;

f) Artigo 205 – educação;

g) Artigo 220 – liberdade de pensamento;

h) Artigo 228 – inimputabilidade dos menores de 18 anos;

i) Artigo 229 – alimentos;

j) Artigo 230 – dignidade à vida.

Não se podem confundir direitos fundamentais com os direitos de personalidade. A maioria dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, porém, nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Ou seja, todo direito da personalidade são direitos fundamentais, mas nem todo direito fundamental é direito da personalidade.

Portanto, não há em que se falar em diferenças, mesmo porque os direitos sociais, da personalidade e o princípio da dignidade humana estão dentro dos direitos fundamentais, conforme comenta Zulmar Antonio Fachin, "[...] Ao estabelecer as *cláusula pétreas*, o constituinte vedou a supressão dos direitos fundamentais da pessoa humana, nos quais estão incluídos os direitos da personalidade".[11]

Ademais, os direitos da personalidade têm recebido da doutrina várias denominações. Assim, pode-se discorrer em direitos fundamentais, direitos do homem, direitos personalíssimos, direitos essenciais da pessoa, direitos subjetivos essenciais, direitos humanos, direitos privados da personalidade, direitos subjetivos de caráter privado e não patrimoniais, direitos individuais e direitos inatos, como virão a seguir.

2.2. lesões aos direitos de personalidade dos empregados

Edwin Krautler e Ivan Dias da Motta justificam que mesmo com o poder nas mãos do Estado, em relação aos direitos trabalhistas, e com as intenções de bem comum, se os direitos de personalidade do trabalhador vierem a ser ofendidos, levará a graves consequências:

[...] podem oferecer uma tendência ao esmagamento do ser humano, é na esteira de tais balizamentos que se haverão de entender os direitos da personalidade, mormente no âmbito do direito do trabalho, já que tais direitos, muitas vezes, sucumbem aos interesses econômicos.[12]

Os direitos da personalidade, em especial aqui o do empregado, tem a finalidade de manter a sua dignidade enquanto labora, e Amauri Mascaro Nascimento, a respeito, declara:

Os direitos de personalidade e as relações de trabalho destacam-se pelo seu significado, tendo em vista a defesa da dignidade do trabalhador. Há valores protegidos pela lei, como a personalidade e a atividade criativa, tão importantes como outros direitos trabalhistas, sem os quais ao trabalhador, como pessoa, não estariam sendo prestadas garantias respeitadas quanto a todo ser humano, muitas confundindo-se com os direitos humanos fundamentais, outras com os direitos de personalidade, todas tendo características peculiares em função do pressuposto que as justifica: a relação de emprego.[13]

O cerne deste estudo é o ser humano, e consequentemente sua dignidade, pois há que se ter e manter a dignidade humana mesmo enquanto se trabalha, pois o trabalho além de contribuir para o desenvolvimento do negócio, contribui para a sua vida digna. Os direitos de personalidade são os que asseguram essa dignidade ao trabalhador.

Portanto, são exemplos de lesões aos direitos de personalidade dos empregados: revistas íntimas, discriminação de pessoas deficientes, acidentes de trabalho com perda da capacidade, ou partes do corpo, ou até a morte, escravidão em adultos ou infantil, discriminação por raça, deficiências físicas, idade, exagerado grau de exigência levando ao estresse provocado pelo trabalho, patologias ligadas ao esforço repetitivo, intensificação do trabalho, más condições ambientais, ergonômicas, avaliações de potencial com aumento de pressão em questão de produtividade, higiene e segurança do trabalho, jornadas excessivas, serviços superiores às forças do trabalhador, o desvio funcional, o assédio sexual ou moral, despedida injuriosa, a punição injusta, o não reconhecimento do vínculo empregatício a dificultar a vida do trabalhador no que tange ao seu acesso ao crédito e a bens de consumo essenciais a uma vida digna, roubar-lhes os momentos de lazer, os períodos de férias, o convívio com a família, o exercício da cidadania, discriminação de gênero (se mulher ou homem), comercialização de listas negras ou deixá-la pública virtualmente, exigência de certidões negativas (quem ajuizou ação trabalhista), orientação sexual, aparência física, motivo religioso, opção política, colocar câmeras de vídeo em vestiários, banheiros, refeitórios ou outras áreas da empresa destinadas à socialização dos empregados, exigir que divulgue segredos profissionais, violação de sua correspondência pessoal, correio eletrônico, comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, incomodar o empregado a todo momento após o expediente, em seu momento de descanso, convívio familiar, por telefone, e/ou exigir certa conduta do empregado, dentre outros.

.

Importante ressaltar que pode ocorrer na terceirização o desrespeito à dignidade do trabalhador, quando a terceirização somente objetiva a redução de custos trabalhistas, não respeitando a dignidade do trabalhador, no tocante aos seus direitos de personalidade, através de infra-estrutura precária, salários não dignos, desrespeito à saúde, intimidade, rigor excessivo, dentre outros direitos personalíssimos dos empregados da empresa prestadora de serviços.

O trabalhador não é uma máquina sem sentimentos e dores físicas, é um ser humano. Existem empregadores, que tratam o trabalhador como se o trabalho do mesmo fosse escravidão remunerada, e por outro lado, outros que pensam que o trabalho molda o caráter do ser. Tanto um como o outro moldará o caráter do ser, fixando o direito à dignidade, que se lesadas, encontram proteção no princípio da dignidade humana, e também proteção jurídica, que remete à proteção do dano moral.

Segundo o disposto no artigo "Dano moral: direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador", Leda Maria Messias da Silva, menciona a previsão legal do dano moral para esses casos:

Com o advento da Constituição de 1988, a indenização por danos morais, passou a ter relevo constitucional, especialmente no artigo 5º, incisos V e X, onde ficou exposto que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes: (...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Outrossim, o art. 186 do Código Civil de 2002, reafirma a possibilidade de reparação por danos morais, ao enunciar que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

[...]

E, nesse contexto, a recém promulgada Emenda Constitucional n. 45, que definitivamente fixou a competência da Justiça do Trabalho para "as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho".[14]

Ainda Leda Maria Messias da Silva comenta sobre o dano moral, "[...] a indenização pecuniária jamais seria suficiente para o ressarcimento integral ou jamais restabeleceria o *status quo ante*, mas ao menos serviria como lenitivo ao lesionado".[15]

Afinal, o homem é um ser titular de direitos, e o Código Civil de 2002, têm como princípio, a dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana também encontra positivação importante na Carta Maior, e aplica-se às relações de trabalho o princípio da dignidade humana, constante do art. 1º, inciso III da Constituição Federal.

Assim, será visto no próximo capítulo a terceirização, que quando não atende aos preceitos legais, poderá atingir os direitos da personalidade do trabalhador.

3 TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização foi introduzida no Brasil, buscando baixar custos trabalhistas, ou seja, como uma forma de flexibilizar as normas trabalhistas. No entanto, conforme já comentamos, se utilizada de forma não precária, não ferirá os direitos de personalidade dos empregados. O problema é quando esse limite é ultrapassado e esse consiste o objeto de nosso estudo.

3.1 Histórico

A indústria de armas e de montagens de carro, foram pioneiras na desverticalização da produção. "A origem mais remota encontrada na literatura estabelece que a terceirização surgiu com a indústria automobilística, que comprava peças fabricadas por terceiros e efetuava a montagem"[16], segundo Giuseppe Russo.

Giosa apud Giuseppe Russo, complementa que:

A terceirização originou-se nos Estados Unidos, logo após a eclosão da Segunda Guerra Mundial. As indústrias bélicas tinham como desafio concentrar-se no desenvolvimento da produção de armamentos a serem usados contra as forças do Eixo, e passaram a delegar algumas atividades de suporte a empresas prestadoras de serviços mediante contratação.[17]

No Brasil, com a elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, na década de 1940, não houve menção expressa acerca da terceirização, mas apenas referências que atualmente são interpretadas próximas ao que subtende-se por

terceirização, como, por exemplo, a subcontratação de mão-de-obra[18], mas que no entanto não confundem-se.

O fenômeno da terceirização surge a partir do momento em que há desemprego na sociedade, e, no Brasil, principalmente em face das crises econômicas enfrentadas, foi adotada pela classe empresarial.[19]

Segundo Gabriela Neves Delgado, o implemento da terceirização no Brasil passou por três fases, em momentos distintos: década de 1970, com a implantação do modelo *toyotista* de produção, o qual adota novas tecnologias e controles de qualidade; em 1980, período em que também se adotou programas de qualidade total; e, em 1990, o fenômeno da globalização, o qual revolucionou a economia no País.

O *toyotismo* foi um novo modelo de gestão e organização trabalhista desenvolvido no Japão, implantado, especificamente, pela empresa *Toyota*. Este modelo de produção visou reduzir os custos com salários mais baixos, enxugar o número no quadro de pessoas com jornada de trabalho mais longa e alta rotatividade da mão-de-obra, (pois um trabalhador acumula tarefas de produção e administrativa), aumentar a eficiência, e, ainda, sem estoques, garantir a qualidade, e conquistar um mercado cada vez mais exigente. O modelo toyotista, ou asiático, substitui o antigo modelo fordista de produção, que caracterizava pela produção em série, com uma clara divisão de trabalho entre os operários e um grande estoque de produtos.

Tal modelo produtivo, o toyotismo, adotou controles interno e externo de produção, com técnicas aprimoradas, finalizando inserir a qualidade total em todo o processo produtivo. É o chamado *just in time*, ou seja, o sistema justamente no tempo cronometradamente, filosofia sem estoque, a produção de uma mercadoria é para venda imediata. Por conseguinte, trouxe significativas alterações para o processo de labor industrial.

No Brasil, final da década de 1970, é nítido o implemento deste modelo produtivo frente à adoção, pelas empresas, do controle de qualidade. E a autora Gabriela, assevera:

"O implemento da terceirização no Brasil é resultado do processo periódico, gradual e incisivo de inserção do modelo toyotista de organização e gestão do trabalho, que se estende desde a década de 1970. A primeira fase de caracterização do modelo de produção toyotista no Brasil ocorreu ao final da década de 1970, como resposta ao período recessivo vigorante no país, mediante a inserção dos "círculos de controle de qualidade" nas grandes empresas. [...] A segunda fase ocorreu em meados dos anos 1980, após o período recessivo, pela difusão de inovações gerenciais e organizacionais nas empresas, que passaram a adotar novas tecnologias de automação. Destacaram-se, na época, os programas de qualidade [...]. Nos anos de 1990, em função da maior abertura do mercado econômico internacional, via globalização, fez-se necessário impulsionar novas estratégias produtivas e de competição nas empresas do país. Institui-se a terceira e atual fase, que preconiza, além do implemento dos mecanismos de gestão já adotadas desde a década de 1970, a inserção, quase que absoluta, de programas de qualidade total e práticas de terceirização nas empresas".[20]

Percebe-se, assim, que o fenômeno da terceirização veio como forma de combater o período recessivo, o qual levou as empresas a adotarem técnicas novas e a implementarem programas de controle de qualidade, tudo com vistas a reduzir seus custos, aumentar a qualidade de produção e a competitividade no mercado nacional e internacional, bem como a enxugarem as empresas.

Tendo em vista o crescimento dos casos de terceirização no Brasil, surgiram alguns dispositivos legais que começaram a autorizar a terceirização em situações específicas, como a Lei 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário) e a Lei nº 7.102/83, que regula a terceirização dos serviços de vigilância (Segurança), porém, os citados diplomas legais ficaram aquém da expansão do processo terceirizante.[21]

A falta de legislação, no entanto, obrigou a um posicionamento do Tribunal do Trabalho através da jurisprudência, publicando então, ainda sob antiga denominação de Enunciado, o de nº 256[22], que afora as duas leis citadas no parágrafo anterior, tratava como ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta.

Assim, com vistas à necessidade de uma regulamentação mais consistente, a revisão jurisprudencial deu origem a, agora denominada Súmula, de nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho no final do ano de 1993.[23]

Na esfera da Administração Pública alguns diplomas legais também propiciaram mecanismos jurídicos para a realização da terceirização, como o Decreto Lei nº 200, de 1967 (art. 10) e a Lei n. 5.645, de 1970.[24]

A origem deste fenômeno remonta a preocupações do meio empresarial, concernentes ao controle e evolução tecnológica de atividades de apoio, redução de ativo imobilizado, flexibilidade e competitividade (redução de custos e incremento de qualidade). Nota-se que a preocupação por parte das empresas, com o produto final para os consumidores, na qual na posição de clientes exigentes quanto a preço e qualidade, e sempre tem razão, são primordiais, e nessa energia despendida, colocam em segundo plano outra face do capitalismo, os empregados em relação aos direitos trabalhistas e previdenciários, o Estado com os diretos tributários, e até a sociedade com o direito ambiental, responsabilidade social e desenvolvimento sustentável. Diante destes fatos, aclamam por uma forma de terceirização saudável, e não precária.

A terceirização é um mecanismo que está cada dia mais presente, pois as empresas estão buscando, constantemente, maior eficiência e rentabilidade. Mostra-se, atualmente, como fonte de estratégia na organização e métodos da atividade empresarial. A terceirização é uma técnica administrativa que requer o enxugamento da empresa, transferindo parte dos serviços da empresa para outras empresas. No entanto há que ser empregador e/ou empregado com cautela para não cair no idealismo neo-liberal, obcecado pelos lucros, lesionando os direitos de personalidade do empregado.

3.2 Conceitos de Terceirização

As relações de trabalho tradicional são bilaterais, de um lado o empregador e de outro o empregado, mas a terceirização, quarteirização e quinterização, transforma esta relação para triangular ou na forma de pirâmide.

O termo terceirização advém da palavra terceiro, do latim *tertium*, que expressa intermediário ou interveniente.

A terceirização é tida como forma de estruturar o funcionamento de uma empresa, repassando a terceiros especialistas, prestadores de serviços, a responsabilidade pela execução de atividades não essenciais da tomadora de serviços, que o terceirizador não quer fazer.

Ante a inexistência de um conceito jurídico no ordenamento, apresentam-se abaixo conceitos dados à terceirização por alguns autores.

Segundo Leda Maria Messias da Silva,

Entendemos que é o processo pelo qual se delega a terceiros, denominados parceiros, a produção de serviços ou bens que não façam parte da atividade-fim da tomadora de serviços.

Como "terceiro" há que se entender a pessoa física ou jurídica que não se vincula como empregado da tomadora de serviços, porque é estranho à relação de emprego que envolve os trabalhadores que praticam atividades-fim na empresa tomadora.[25]

Nas palavras de Wilson Alves Polonio, a terceirização pode ser definida como "um processo de gestão empresarial consistente na transferência para terceiros (pessoas físicas e jurídicas) de serviços que originalmente seriam executados dentro da própria empresa".[26]

Valentin Carrion a conceitua como "o ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa (atividades ou serviços não incluídos nos seus fins sociais) para que esta a realize habitualmente com empregados desta".[27]

Sergio Pinto Martins, assim define:

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a prestação de serviços quanto a produção de bens. A terceirização é

vista como uma forma de administração da empresa, que objetiva organiza-la de acordo com os novos métodos da atividade empresarial.[28]

Mister se faz, comentar da figura do gato. Antigamente, chamavam de gato, o intermediário entre o fazendeiro e os trabalhadores, no auge da era da ruralização em meados século passado, o gato era considerado um caçador de bóias-frias temporários em meio a mata, por isso chamado na época, de gato do mato. Ainda, atualmente no setor rural, é uma pessoa, que seleciona os bóias-frias, para fins de trabalho temporário nas fazendas, em diversos serviços seja de lavoura ou de pecuária, ou seja, são aqueles que buscam trabalhadores para uma safra.

Ademais, existem os gatos urbanos, que também escolhem trabalhadores para prestarem serviços no carregamento ou descarregamento de numa carga.

O Escritor e sociólogo Eugênio Giovenardi vai além do gato privado:

O governo vem imitando essa forma de prestação de serviços públicos designada como terceirização sem controle sobre o desenho e a qualidade do serviço. Encontrou-se boa argumentação para oficializar os gatos, bem conhecidos entre os cafeicultores e canavieiros. Desburocratização, rapidez no atendimento, diminuição da presença do Estado e do governo em matéria não política são argumentos que sustentam os gatos oficiais. Essa é uma das formas de democratizar a terceirização e reduzir à expressão mínima os gatos oficiais. Eles operam nos três níveis da administração pública como se fosse um grande canavial onde os trabalhadores de qualquer empresa prestadora desses serviços são pouco mais do que escravos.[29]

Diego Cruz entende que os gatos podem vir além da pessoa física contratante, e sim como pessoa jurídica que contrata internacionalmente:

Com a grande procura por mão-de-obra barata, multiplicam-se as empresas especializadas em oferecer trabalho terceirizado. Tais empresas atuam como verdadeiros “gatos” internacionais do século XXI. A conhecida figura do gato alicia trabalhadores nas grandes cidades para o serviço no campo, em geral degradante.[30]

Portanto, o gato também migrou dos campos para cidade, e além disso, foi mais longe, se modernizou e virou pessoa jurídica, e atualmente é uma empresa formalmente constituída, ou informal, mas que terceiriza e se responsabiliza por determinada obra.

Portanto a empresa-gato funciona como um laranja, ou seja, de fato a empresa é de um tomador de serviços, que coloca a responsabilidade na pessoa de direito que é a prestadora.

A empresa terceirizada, que geralmente são pequenas, fecham negócios, e o serviço fica abaixo do preço de mercado, como por exemplo o produto chinês em relação aos demais do mundo, depois não tem condições de cumprir os direitos mínimos trabalhista e previdenciários, e informaliza através do gato, levando os que trabalham, a um regime quase escravo. É notório que os empresários querem menos riscos e responsabilidades, mas o maior problema estão no altos custo dos tributos que recaem sobre as empresas, que para sobreviverem, diminuem nos direitos trabalhistas, ferindo os direitos de personalidade do trabalhador.

Portanto, é fácil ver a possibilidade da precarização do trabalho via terceirização.

3.3 Fundamentação Legal

3.3.1 Evolução da Normatividade Jurídica

A terceirização vem recebendo estímulos explícitos da legislação pátria desde a década de 1970. A primeira lei (em sentido lato) a prever tal instituto foi o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, em seu Capítulo III, Artigo 10, § 7º,[31] bem como a Lei nº 5.645/70, parágrafo único do artigo 3º,[32] criando meios legais para que a administração pública, direta ou indireta, da União, dos Estados e dos Municípios, pudessem se utilizar do trabalho assalariado sem precisar de empregados próprios para executarem atividades secundárias, descentralizando, assim, a organização administrativa do setor público, concedendo a terceiros sua execução.

A estatal encontra proteção no princípio da legalidade, porém Godinho enfatiza:

A autorização legal à terceirização no âmbito das entidades estatais é, como visto, limitada exclusivamente a atividades-meio, atividades meramente instrumentais. Não há na ordem jurídica até então qualquer permissivo à terceirização de *atividades-fim* dos entes tomadores de serviço.[33]

No setor privado, primeiramente, encontra-se a Lei nº 6.019, de 03.01.1974, que instituiu o trabalho temporário nas empresas urbanas, definindo-o como "aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços" (artigo 2º).

E em seu artigo 4º prevê:

Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por eles remunerados e assistidos.

O trabalho temporário é aquele em que há substituição de empregados permanentes da empresa tomadora de serviços, permitida somente em casos excepcionais, como por exemplo, substituir empregado em férias e licenças.

Portanto, a intermediação de mão-de-obra, coloca o trabalhador vinculado diretamente com a empresa fornecedora e subordina-se juridicamente à empresa tomadora, ficando patentes quase todos os requisitos da relação de emprego, previstos na CLT, à exceção da contraprestação, que é paga pela primeira, somente é admitida, no Brasil, na hipótese de trabalho temporário, conforme previsto na Lei nº 6.019, de 1974.

Na sequência, tem-se a Lei nº 7.102, de 20.06.1983, que disciplina os serviços especializados prestados por vigilantes nas empresas de segurança para estabelecimentos financeiros, empresas de vigilância e transportes de valores, alterada pela Lei nº 8.863/94, Decreto nº 89.056/83 e Súmula 331, III, do Tribunal Superior do Trabalho.

Assevera-se que o artigo 53 do Decreto nº 89.056/83 autoriza a prestação de serviços por empresas especializadas também a estabelecimentos não financeiros. O que se exige é a especialização dos trabalhadores e das prestadoras de serviços, e não, das tomadoras dos serviços de vigilância, segurança e transporte de valores, podendo, assim, ser ou não estabelecimentos financeiros.

O artigo 442 da CLT diferencia a figura do cooperado do empregado, e as condições de empregado são dentre outras a subordinação, pessoalidade, remuneração e não-eventualidade, e o cooperado possue uma relação horizontal e não vertical entre os associados, e Leda Maria Messias da Silva complementa:

Bem, guardadas as devidas ressalvas no tocante à aplicação inadequada desse dispositivo para servir àqueles que, mal-intencionados, querem apenas burlar direitos de verdadeiros empregados, tem-se que de forma alguma confunde-se a figura do "cooperado" com a figura do "empregado".[34]

Atualmente, no país, ainda não há normas para a terceirização, apenas pontuações, como ver-se-á na Súmula 331 do TST.

3.3.2 Súmula 331 do TST

Dá-se continuidade à evolução histórica jurídica da terceirização, porém antes de adentrar na análise da súmula 331 do TST, não se pode deixar de falar do enunciado 256 do TST, pois a diferença consiste em esse enunciado ser ante-posto à Súmula 331 do TST. O enunciado[35] significa argumentos expostos para fundamentar o direito, e a súmula[36] significa várias decisões que possuem mesmas interpretações de um mesmo tribunal. E o Tribunal Superior do Trabalho editou, anteriormente, o Enunciado 256 de 1986. *In verbi da seguinte forma*:

Enunciado nº 256 – Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade: Salvo os casos previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

A súmula nº 331 de 1993, do Tribunal Superior do Trabalho ampliou a possibilidade de utilização da terceirização de serviços temporários ou especializados permanentes, desde que inexista os requisitos da pessoalidade ou da subordinação direta, nas hipóteses legalmente contempladas, sem que implique a formação de vínculo de emprego dos trabalhadores com as empresas tomadoras, como prossegue:

Súmula nº 331: Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade - Revisão do Enunciado nº 256:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial (Res. OE nº 23, de 17.12.1993 - DJU de 21.12.1993).

Apesar do artigo 170 da Constituição Federal prever que a busca do pleno emprego é livre, não empolga aplicação ampla, posto que a terceirização, forma de contratar, restringe-se ao labor temporário e a atividade-meio.

Na contratação de serviços específicos, como nos casos de limpeza, segurança e vigilância, legalmente disciplinados, a subordinação é direta à empresa de prestação de serviços, havendo, apenas, fiscalização por parte do tomador. Da mesma forma, no que diz respeito a serviços ligados à atividade-meio da empresa terceirizante.

A Súmula 331 do TST pontua o instituto da terceirização, porém, ainda há ausência de penalidades para a terceirização não saudável. Pontua, ainda, a existência do labor na atividade meio para que a terceirização seja saudável, pois esta, apesar de essencial, não é aquela para a qual a empresa foi criada, ou seja, seu objeto social, que é a atividade-fim. Na atividade-fim, devem atuar apenas empregados, em conformidade com a Súmula 331 do TST, sob pena de estabelecer-se uma rede de intermediários, onde todos os serviços seriam terceirizados, e, quicás, ou quarteirizado, na qualidade de explorador da mão-de-obra alheia lucraria com o empreendimento, no qual nada produz.

3.3.3 Terceirização lícita e ilícita

No Brasil, o processo de terceirização deve observar os preceitos normativos, a fim de ser considerada lícita ou legal. Esta entendida como aquela que obedece aos preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los. Ao revés, será tida como terceirização ilegal ou ilícita, que consiste na locação permanente de mão-de-obra na atvidade-fim, com pessoalidade e subordinação, podendo dar ensejo a fraudes e prejuízos aos trabalhadores.

As hipóteses de terceirização lícita previstas pela legislação trabalhistas são as seguintes:

a) trabalho temporário – circunstâncias empresariais que autorizam contratação de trabalho temporário (Súmula 331, I), e pela Lei nº 6.019/74, quando possui necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora de serviços;

b) atividade de vigilância – Lei nº 7.102/83 (Súmula 331, III) – expansão dos serviços de vigilância aos demais setores empresariais, e não restrito somente ao setor bancário, no entanto, deve ser respeitada a norma específica que rege a vigilância bancária, pois o vigilante faz parte de uma categoria com normas próprias, estruturação, formação e treinamento específico, considerado mão-de-obra especializada;

c) atividade de conservação e limpeza – Lei nº 5.645/70, artigo 3º, parágrafo único (Súmula 331, III);

d) atividade-meio em serviços especializados– representa a quarta hipótese sujeita à terceirização lícita, e a empresa pode buscar serviços especializados, ou seja, empresas prestadoras de serviços para executarem suas atividades secundárias.

São estas as atividades consideradas lícitas pela Súmula 331 do TST, entretanto, afirma que são lícitas, desde que inexista a pessoalidade e subordinação direta (nº III, *in fine*), ou seja, que a contratação de prestação de serviços seja entre duas empresas e que a empresa prestadora, responda pela direção dos serviços executados. A terceirização, para ser lícita, será sempre firmada entre duas empresas: a prestadora de serviços e a tomadora de serviços, com pessoa jurídica constituída formalmente, caso contrário será uma contratação ilícita. Destaque-se, que numa terceirização ilícita, os direitos de personalidade dos empregados da empresa prestadora de serviços, serão lesionados.

4 A PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR EM FACE AO PROCESSO DE TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização não saudável provém de pessoas sem consciência moral, e obedecer à lei ou não, é uma decisão comercial, e tornar precária a vida de um ser humano que trabalha, é friamente decidido em prol de seus lucros.

A riqueza privada e a desregulamentação levam a uma desordem social, pois toda instituição, seja ela industrial, comercial, religiosa, familiar, dentre outros, propicia um papel social aos seus membros.

Como visto nos direitos da personalidade, pode-se precarizar o ambiente de trabalho, trazer riscos a integridade física e psíquica do empregado, quando a subordinação estrutural se alarga demasiadamente.

Várias são as opiniões, e, consequentemente precarização do trabalho, sobre a terceirização como afronta aos direitos da personalidade do empregado. E Jorge Luiz Souto Maior assevera:

Em concreto, a terceirização, esta "técnica moderna de produção", nos termos em que foi regulada pelo En. 331, do TST, significou uma espécie de "legalização" da redução dos salários e da piora das condições de trabalho dos empregados. [...]

Sob o prisma da realidade judiciária, percebe-se, facilmente, o quanto a terceirização tem contribuído para dificultar, na prática, a identificação do real empregador daquele que procura a Justiça para resgatar um pouco da dignidade perdida ao perceber que prestou serviços e não sabe sequer de quem cobrar seus direitos. A Justiça do Trabalho que tradicionalmente já se podia identificar como a Justiça do ex- empregado, dada a razoável incidência desta situação, passou a ser a Justiça do "ex-empregado de alguém, só não se sabe quem".

Aliás, este alguém, em geral, depois de algum tempo de atuação na realidade social, e quando seus contratos de prestação de serviços não mais se renovam, começa a não mais comparecer às audiências e vai para LINS (lugar incerto e não sabido), provocando, em geral, adiamento das audiências, para que se tente a sua localização e não raras vezes a tentativa acaba se revertendo em citação por edital. Custo e demora processual, 10, efetividade, 0. [...]

Essa foi a realidade criada, ou pelo menos incentivada, pelo Súmula 331 do TST, razão pela qual torna-se urgente repensá-lo.

Aliás, nos países europeus, as intermediações de mão-de-obra são restritas as hipóteses do trabalho temporário. Na França, por exemplo, a intermediação de mão-de-obra, com fim de lucro da empresa prestadora, é considerada como tráfico de mão-de-obra, nos termos das definições dos artigos 125-1 e 125-3, do Code du Travail.[37]

Não se pode olvidar da quarteirização, quinterização etc, pois a terceirização já é considerada como precarização para alguns, ainda mais em tempos de responsabilidade social e ambiental, gerando mais a figura de um intermediário que não produz e apenas lucra com o trabalho dos outros, como ocorre nesses casos.

Várias são as ameaças, aos direitos da personalidade com a terceirização precária, atingindo os direitos da personalidade do trabalhador. A vida psíquica de qualquer ser humano é frágil, e a rotina do trabalho constitui a vida do trabalhador, que pede condições saudáveis ou não.

Ainda, Annie Thébaud-Mony apud Leda Maria Messias, comentam sobre a saúde do trabalhador no ambiente de trabalho, e revelam que a terceirização foi um dos grandes fatores das más condições do ambiente de trabalho, diante da precarização das

mesmas relações, levando muitas vezes o trabalhador a adoecer em decorrência deste.[38]

Giselle Câmara Groeninga," Os direitos da personalidade são essenciais, pois sem eles não se concretiza a dignidade humana".[39]

Todo fato social que diz respeito diretamente à pessoa humana, tem conotação com os direitos humanos, porque o que se busca não é apenas um trabalho, mas que o trabalhador tenha com a venda do seu serviço, condições dignas de desenvolver-se a si e zelar pela sua família. Um trabalho bem remunerado, um meio ambiente saudável para o trabalho, uma carga horária adequada com melhores condições de vida no trabalho.

Pode-se assim deduzir, que a manutenção de boas condições de emprego é uma condição de dignidade do trabalho, portanto, direito social assegurado pela nova ordem constitucional.

Enfim, Bobbio, ao se referir a dignidade do trabalhador, comenta, "Não importa que o indivíduo seja livre em face do Estado se, depois não é livre na sociedade. Não importa que o Estado seja liberal se a sociedade subjacente a ele é despótica. Não importa que o indivíduo seja politicamente livre se depois não é socialmente livre".[40]

Portanto, se a terceirização é usada de forma ilegal, com o fito de reduzir por demais os custos do trabalho, de forma a precarizar às relações de trabalho, tornam, pois, o ambiente precário, indigno ao trabalhador.

Sobre a terceirização precária vir como consequência ou causa da lesão à personalidade do empregado, fica evidente, que a terceirização selvagem, é o que causa lesão aos direitos personalíssimos do empregado, devido a trazer danos a sua integridade física e psíquica, ou em outras palavras, que os danos aos empregados é uma consequência da terceirização precarizada.

A terceirização ilegítima traz idéia de exclusão, de forma a querer reduzir o trabalhador a uma máquina, já que uma máquina é desprovida de necessidades vitais e psíquicas e morais, portanto sendo a igualdade passível de inclusão, a desigualdade traz exclusão. Assim, tratar sem valor aquele que gera produtos de valores, é ferir o princípio da isonomia, assunto na qual se tratará adiante.

A terceirização legítima não atinge os direitos da personalidade do empregado, mas se a terceirização for precária ou ilegítima, ela atingirá diretamente os direitos da personalidade do empregado, pois na falta de remuneração, isso atinge diretamente a natureza alimentar do salário, que vai afetar a necessidades vitais, ofendendo a integridade física do empregado, e de toda a sua família, e isto está previsto na Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho. Apesar dos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002, que tratam dos direitos da personalidade, não trazerem de forma clara a questão ora comentada, no caso de negação de remuneração ao empregado, redução de direitos, e vem ferir seus direitos trabalhistas e fundamentais, previstos na Constituição, isso atingirá a sua

É notório que há muitas tomadoras que de um dia para outro desaparecem, e isso tem levado os tribunais, a imputarem as responsabilidades dos créditos trabalhistas destas empresas prestadoras desaparecidas para o tomador de serviços, assim vem sendo imposto o princípio da isonomia, para empresas prestadoras particulares e estatais, para não ofender os direitos da personalidade do empregado, pois do contrário lesionaria tais direitos, ou seja, se os tribunais não imputassem ao Estado tal responsabilidade sobre os créditos trabalhistas dos empregados, estaria diante de uma situação de não igualdade de tratamento para com as empresas públicas e com as empresas particulares.

O Estado e a imprensa, devem conscientizar a sociedade sobre a precarização do trabalho através da terceirização, e a sociedade se mobilizar deixando de comprar e consumir produtos que são frutos de empresas sem responsabilidade social, inclusive no meio ambiente de trabalho, e/ou desenvolvimento sustentável. Deve-se aclamar, que a produção sem responsabilidade social, cujos produtos tenham procedência precária de trabalho, que desrespeita os direitos de personalidade devem ser abolidos com a terceirização ilegal, também como aprovar projetos de lei específicos para melhor esclarecimentos do Instituto, no qual haja proteção dos trabalhadores envolvidos em processo de terceirização ilegal.

5 CONCLUSÕES

Concluí-se ao longo do trabalho, que na sociedade pós-moderna, o Código Civil de 2002, veio tratar dos direitos da personalidade, nos artigos 11 ao 21, que a fim de proteger o valor subjetivo de cada ser, e que os bens inerentes à pessoa não podem ser tabelados com preço, tal qual fosse um patrimônio.

Os direitos de personalidade, também são aplicáveis à terceirização quando serve-se à precarização das relações de trabalho.

Esse ordenamento, aplicado às relações de emprego, não visa acarretar insegurança jurídica, nem tão pouco acabar com a autonomia da vontade, e sim apresentar a equidade, a igualdade, para o alcance da dignidade humana nestas novas formas de trabalho.

O novo quadro econômico e social refletiu nas relações de trabalho, mas os danos aos bens extrapatrimoniais aos empregados não são fatos contemporâneos, já existem há muito tempo, e várias são as lesões aos direitos de personalidade dos empregados, que, inclusive, podem ser até fatais quando envolvem a integridade física e psíquica deste. .

O meio ambiente de trabalho, local em que se realiza o serviço, compreendendo todas as espécies onde este interage, para tanto, deve estar provido de estrutura para atender as

necessidades dos empregados, para a manutenção do princípio da dignidade humana, na qual repousa a existência do direito no homem.

O rol dos direitos da personalidade, se lesados, atingem a relação de trabalho na pessoa do empregado subordinado, e são inúmeros, não se tratando de rol taxativo.

A terceirização é uma das formas de flexibilizar as relações de trabalho, a qual se constitui numa relação triangular e, no contexto da súmula 331 do TST, relatou-se todas as pontuações que abarcaram a atividade meio e atividade fim, terceirização lícita e ilícita, e as responsabilidades solidárias e subsidiárias, que podem atingir os direitos da personalidade do trabalhador, principalmente na integridade física e psíquica.

Conclui-se que não são atuais os problemas que envolvem a precarização do empregado na terceirização, a qual pode lesar os direitos da personalidade dos empregados, e, é necessário que os mesmos sejam aplicados para assegurar a dignidade do trabalhador, a coibir práticas de terceirização ilícita, que não atendem aos ditames da Súmula 331 do TST.

Porém, ainda são poucos os trabalhadores, que tem conhecimento e procuram proteção aos seus direitos da personalidade quando ofendidos, portanto, que num futuro próximo, este assunto seja cada vez mais debatido no Brasil, a fim de serem respeitados rigorosamente os direitos da personalidade do empregado frente à terceirização, para solucionar tantos problemas advindos do desrespeito a tais direitos e, através das devidas compensações e ressarcimentos aos empregados lesados, proporcionar a dignidade do mesmo, que dedica e passa a maior parte do tempo de sua vida.

E ao final chegou-se à conclusão que o Estado e a imprensa, devem conscientizar a sociedade sobre a precarização do trabalho através da terceirização, e a sociedade se mobilizar deixando de comprar e consumir produtos que são frutos de empresas sem responsabilidade social, inclusive no meio ambiente de trabalho, e/ou desenvolvimento sustentável. Deve-se aclamar, que a produção sem responsabilidade social, cujos produtos tenham procedência precária de trabalho, que desrespeita os direitos de personalidade devem ser abolidos com a terceirização ilegal, também como aprovar projetos de lei específicos para o instituto da , no qual haja proteção dos trabalhadores envolvidos em processo de terceirização ilegal, aplicando-se de forma mais eficaz os direitos de personalidade para proteger os empregados envolvidos em processos de terceirização precária.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá.; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação genética e direitos da personalidade: problemas e soluções. **Revista Jurídica CESUMAR Mestrado.** v. 6. n. 1. dez. 2006. Maringá, PR: Centro Universitário de Maringá, 2006.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade:** de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito:** lições de propedêutica jurídica tridimensional. 9. ed. atual. São Paulo: Letras & Letras, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho:** legislação complementar – jurisprudência. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CRUZ, Diego. **Multinacionais aprofundam terceirização e precarização da mão-de-obra.** Disponível em: <www.piniweb.com.br/construção/noticias/a-metamorfose-dos-gatos-86284-1.asp>. *25 abr. 2009.*

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade.** Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas, SP: Romana, 2004.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização:** paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003.

FACHIN, Zulmar Antonio. **A proteção jurídica da imagem.** São Paulo: Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

GIOVENARDI, Eugênio. **Terceirização democratizada:** gatos oficiais. Disponível em: <http://eugeobservador.blogspot.com/2009/terceirização-democratizada.html>. *Acesso em: 25 abr. 2009.*

GROENINGA, Giselle Câmara. Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. **In:** COLTRO, Antônio Carlos Mathias.; ZIMERMAN, David. **Aspectos psicológicos na prática jurídica.** 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2007.

KRAUTLER, Edwin.; MOTTA, Ivan Dias. Os direitos da personalidade, nas relações de trabalho. **In: Revista Jurídica Cesumar Mestrado.** v. 6 n. 1. (dez. 2006). Maringá, PR: Centro Universitário de Maringá, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.** São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Curso de direito do trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Terceirização e responsabilidade patrimonial da administração pública.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2036>. Acesso em: 24 ago. 2008.

POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização:** aspectos legais, trabalhistas e tributários. São Paulo: Atlas, 2000.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização a administração pública.** São Paulo: Ltr, 2001.

RUSSO, Giuseppe. **Guia prático de terceirização:** como elaborar um projeto de terceirização eficaz. Rio de Janeiro: Elsevier; Brasília, DF, 2007.

SILVA, Leda Maria Messias da. **Cooperativas de trabalho:** terceirização sem intermediação: as cooperativas de mão-de-obra e a terceirização sem fraudes. São Paulo: LTr, 2005.

_____. Dano moral: direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador. Legislação do trabalho. **In Revista LTr.** Publicação mensal de legislação doutrina e jurisprudência. v. 69, n. 04, abr. 2005. São Paulo, 2005.

SILVA, Plácido de. **Vocabulário jurídico.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Trabalho descentralizado: Terceirização não pode ser usada para burlar direitos.** Disponível em: < http://www.macielneto.adv.br/index.php?id=mnnews/097>. Acesso em: 25 abr. 2009.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade.** Barueri, SP: Manole, 2002.

---

[1] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 458.

[2] GROENINGA, Giselle Câmara. Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. **In:** COLTRO, Antônio Carlos Mathias.; ZIMERMAN, David. **Aspectos psicológicos na prática jurídica.** 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2007. p. 109.

[3] SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade.** Barueri, SP: Manole, 2002. p. 01.

[4] CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade.** Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas, SP: Romana, 2004. p. 23-24.

[5] BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito:** lições de propedêutica jurídica tridimensional. 9. ed. atual. São Paulo: Letras & Letras, 2004. p. 357.

[6] BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá.; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação genética e direitos da personalidade: problemas e soluções. **Revista Jurídica CESUMAR Mestrado.** v. 6. n. 1. dez. 2006. Maringá, PR: Centro Universitário de Maringá, 2006. p. 49-50.

[7] TELLES JUNIOR, Godofredo apud SOUZA, loc. cit.

[8] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 01-02.

[9] BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade:** de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005. p. 28.

[10] GROENINGA, op. cit., p. 100.

[11] FACHIN, Zulmar Antonio. **A proteção jurídica da imagem.** São Paulo: Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 42.

[12] KRAUTLER, Edwin.; MOTTA, Ivan Dias. Os direitos da personalidade, nas relações de trabalho. **In: Revista Jurídica Cesumar Mestrado.** v. 6 n. 1. (dez. 2006). Maringá, PR: Centro Universitário de Maringá, 2006. p. 500.

[13] NASCIMENTO, loc. cit.

[14] SILVA, Leda Maria Messias. Dano moral: direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador. Legislação do trabalho. **In Revista LTr.** Publicação mensal de legislação doutrina e jurisprudência. v. 69, n. 04, abr. 2005. São Paulo, 2005, p.42.

[15] SILVA, loc. cit.

[16] RUSSO, Giuseppe. **Guia prático de terceirização:** como elaborar um projeto de terceirização eficaz. Rio de Janeiro: Elsevier; Brasília, DF, 2007. p. 10.

[17] GIOSA, L. A. apud RUSSO, loc. cit.

[18] "Na subempreitada, quem se comprometeu a efetuar certa obra a repassa a alguém para que este a execute parcial ou totalmente; assim se procede a empresa construtora de todo um edifício, quando subcontrata a carpintaria ou a eletricidade; na autêntica subempreitada, existe do lado subcontratado um empreendedor, uma empresa (mesmo informal e sem personalidade jurídica) que desenvolve a atividade pactuada com ordens próprias, iniciativa e autonomia. Na locação de mãe-de-obra e na falsa subempreitada, quem angaria trabalhadores os coloca simplesmente (ou quase) à disposição de um empresário, de quem recebem as ordens, com quem se relacionam constante e diretamente, inserindo-se no meio empresarial do tomador de serviço, muito mais do que no de quem os contratou e os remunera; o locador é apenas um intermediário que se intromete entre ambos, comprometendo o relacionamento direto entre o empregado e seu patrão natural." CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho.** 32. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 306.

[19] RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização a administração pública.** São Paulo: Ltr, 2001. p. 15.

[20] DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização:** paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003. p. 118-119.

[21] DELGADO, 2008, op. cit., p. 435.

[22] Enunciado 256 – TST - Contrato de prestação de serviços. Legalidade (Res. 4/1986, DJ 30.09.1986. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

[23] PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Terceirização e responsabilidade patrimonial da administração pública.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2036>. Acesso em: 24 ago. 2008.

[24] DELGADO, 2008, op. cit., p. 434.

[25] SILVA, Leda Maria Messias. **Cooperativas de trabalho:** terceirização sem intermediação: as cooperativas de mão-de-obra e a terceirização sem fraudes. São Paulo: LTr, 2005. p. 83.

[26] POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização:** aspectos legais, trabalhistas e tributários. São Paulo: Atlas, 2000. p. 97.

[27] CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho:** legislação complementar – jurisprudência. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 290.

[28] MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.** São Paulo: Atlas, 2001. p. 23.

[29] GIOVENARDI, Eugênio. **Terceirização democratizada:** gatos oficiais. Disponível em: <http://eugeobservador.blogspot.com/2009/terceirização-democratizada.html>. *Acesso em: 25 abr. 2009.*

[30] CRUZ, Diego. **Multinacionais aprofundam terceirização e precarização da mão-de-obra.** Disponível em: <www.piniweb.com.br/construção/noticias/a-metamorfose-dos-gatos-86284-1.asp>. *25 abr. 2009.*

[31] Art 10, § 7º do Decreto-lei nº 200/67 - Para melhor desimcumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle com o objetivo de impedir o crescimento desmensurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

[32] Art 3º, § Ú da Lei nº 5.645/70 - As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7, do Decreto-Lei nº 200/67 [...].

[33] DELGADO, 2008, loc. cit.

[34] SILVA. 2005. op.cit., p. 85.

[35] **ENUNCIADO.** Assim se diz da série de argumentos ou exposição de razões manifestadas, por escrito ou verbalmente, com o fim de mostrar a procedência de uma afirmativa ou de demonstrar o fundaemnto de um direito. Por extensão, dá-se a designação ao próprio escrito, em que se faz fazem ou se escrevem os argumentos. SILVA, Plácido de. **Vocabulário jurídico.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 310.

[36] **SÚMULA.** Do latim *summula* (resumo, epítome breve), tem o sentido de sumário, ou de *índice* de alguma coisa. É o que de modo abreviadíssimo explica o teor, ou o conteúdo integral de alguma coisa. Assim, a súmula de uma sentença, de um acórdão, é o resumo, ou a própria ementa da sentença ou do acórdão. No âmbito da uniformização da jurisprudência, indica a condensação de série de acórdãos, do mesmo tribunal, que adotem idêntica interpretação de preceito jurídico em tese, sem caráter obrigatório, mas persuasivo, e que, devidamente numerados, se estampem em repertórios. SILVA, 2002, op. cit., p. 784.

[37] SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Trabalho descentralizado: Terceirização não pode ser usada para burlar direitos.** Disponível em: < http://www.macielneto.adv.br/index.php?id=mnnews/097>. Acesso em: 25 abr. 2009.

[38] Annie Thébaud-Mony apud SILVA, op cit. p. 02.

[39] GROENINGA, op. cit. p. 104.

[40] BOBBIO apud ZENNI, op. cit., p. 111.

O PARTO ANÔNIMO E A NOVA LEI DE ADOÇÃO: UM ESTUDO DA FILIAÇÃO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA*

CHILDBIRTH ANONYMOUS AND THE NEW LAW ON ADOPTION: A STUDY OF MEMBERSHIP IN THE LIGHT OF HUMAN DIGNITY

Lícia Maria Teixeira Osório
Nathalie Carvalho Candido

RESUMO

Motivado pela polêmica causada pela apresentação de Projetos de Lei com vistas à institucionalização do parto anônimo no Brasil, bem como pela recente publicação da Lei nº. 12.010, de 3 de Agosto de 2009, que dispõe sobre adoção, o presente trabalho se inicia com uma breve análise histórica do abandono infantil e do instituto da adoção, aborda as críticas apresentadas ao parto anônimo e busca apresentar, através do sopesamento dos princípios constitucionais envolvidos, possíveis soluções dos interesses em conflito.

PALAVRAS-CHAVES: ABANDONO – ADOÇÃO – PARTO ANÔNIMO – PLANEJAMENTO FAMILIAR – DIREITOS FUNDAMENTAIS

ABSTRACT

Motivated by the controversy caused by the presentation of the Bills with a view to institutionalizing the anonymous birth in Brazil, as well as by the recent publication of Law no. 12,010, 3 August 2009, which provides for adoption, this paper begins with a brief historical analysis of child abandonment and adoption of the Institute, addressed the criticisms of anonymous childbirth and seeks to present, through the foothills of the constitutional principles involved, possible solutions to conflicting interests.

KEYWORDS: ABANDONMENT - ADOPTION - BIRTH ANONYMOUS - FAMILY PLANNING - FUNDAMENTAL RIGHTS

INTRODUÇÃO

O abandono de crianças recém nascidas em situações degradantes tem, infelizmente, sido notícia em diversas partes do mundo. Tamanho desrespeito à dignidade da pessoa humana logo em suas primeiras horas de vida desperta há tempos a preocupação da sociedade: já na idade média encontram-se registros na Itália da "roda dos expostos", também conhecida como "roda dos enjeitados", em que crianças eram depositadas aos cuidados de religiosos, para evitar o abandono por parte de suas genitoras e a conseqüente morte.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A idéia da “roda dos expostos” ressurgiu adaptada e institucionalizada em 1993 na França com o parto anônimo. O parto anônimo permite que a gestante realize o pré-natal e o parto sem se identificar, sendo a criança encaminhada para adoção após um período em que é dada à genitora a possibilidade de arrependimento. O instituto exime a mulher de qualquer responsabilidade civil ou criminal.

A institucionalização do parto anônimo tem muitos adeptos que o vêem como forma de garantir à criança um tratamento digno, evitando seu abandono em condições subumanas, encaminhando-as a um lar em que receberá o afeto necessário ao bom desenvolvimento de todo indivíduo. Porém também recebe diversas e duras críticas, tanto nos países em que já é adotado, como na Áustria, em alguns Estados dos Estados Unidos, na França, na Itália e em Luxemburgo, quanto nos que ainda é uma proposta, como o caso do Brasil, onde tramitam três Projetos de Lei visando à instituição do parto anônimo no país: o Projeto de Lei nº. 2747/08, protocolado pelo Deputado Eduardo Valverde em 11/02/08; o Projeto de Lei nº.2834/08, protocolado pelo Deputado Carlos Bezerra em 19/02/08 e o Projeto de Lei nº. 3220/08 de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, este último protocolado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM no dia 09/04/08.

Apesar das críticas, não se pode simplesmente rechaçar a idéia do parto anônimo e ignorar a quantidade não só de abandono de recém-nascidos em situações as piores possíveis, mas também de abortos clandestinos que se sabe existir em todo território nacional, realizados a maioria das vezes, em locais sem nenhuma higiene, que levam ao óbito cada vez mais mulheres. A realidade que se apresenta incita à releitura do Direito de Família, apesar da dificuldade imposta pelas colisões entre os diversos princípios constitucionais consagrados. Muito se fala em dar dignidade às crianças recém-nascidas, mas como dar a estas vidas dignas, se, primeiro, não for defendido seu direito à própria vida?

Nesse contexto, um estudo dos Projetos de Lei em tramitação se faz necessário, para responder a questionamentos quanto à sua constitucionalidade, principalmente quanto à ponderação a ser realizada entre os diversos princípios constitucionais envolvidos. Também é preciso realizar a análise da Lei nº. 12.010, de 3 de Agosto de 2009, divulgada como a nova Lei de Adoção, afim de verificar o preparo do país para adotar as medidas necessárias para se efetuar com agilidade os procedimentos propostos pela instituição do parto anônimo.

1 ABANDONO

A utilização da expressão “criança abandonada” é relativamente recente na língua portuguesa. O vocábulo abandono tem origem etimológica no francês *bandon* (poder, autoridade), de onde deriva a expressão *laisser à bandon* (deixar em poder de), que posteriormente originou o verbo *abandonner*, adotado em português como abandonar. Antes do vocábulo abandono, utilizavam-se em português frequentemente as expressões “exposto” ou “enjeitado”.

O ato de abandonar crianças é antigo e possuiu, ao longo da história, diversas formas, adjetivações e motivações. Entre as formas, ou tipos, podem-se citar o abandono afetivo, o abandono material e o abandono no sentido estrito, que é o físico. Dentre as adjetivações estão o “abandono infanticídio” e o “abandono piedoso”. Já as motivações

são as mais diversas possíveis, entre elas: falta de amor pelo descendente, fuga de sanções morais impostas pela sociedade, estado puerperal, falta de condições materiais etc.

Passando a análise das formas de abandono, verifica-se que o tipo mais recente e controverso é o abandono afetivo. O abandono afetivo ocorre quando o pai ou a mãe deixa de oferecer aos filhos respeito, atenção, amor. Se nos consultórios de psicologia os efeitos da atitude de afastamento dos pais para com os filhos são relatados e estudados há anos, no ordenamento jurídico as conseqüências deste ato só foram enfrentadas muito recentemente, quando do surgimento de algumas ações danos morais movidas por filhos contra seus pais.

Estes tipos de ação trouxeram posicionamentos controversos, pois apesar da consciência de que o bom desenvolvimento do indivíduo depende também da transmissão de bons sentimentos, inclusive afeto, como o judiciário poderia obrigar aqueles pais provedores das necessidades materiais de seus descendentes a amar seus filhos? E, havendo o abandono, é possível se avaliar monetariamente, para fins indenizatórios, a falta de afeto? São questões sobre o abandono que ainda estão em aberto.

Normalmente o abandono afetivo é acompanhado pelo abandono material. O abandono material é observado quando os pais deixam de oferecer aos filhos condições materiais para uma existência digna, de acordo com suas possibilidades econômicas. Diferentemente da controvérsia relativa às penalidades cabíveis aos genitores pelo abandono unicamente afetivo, pelo fato de o abandono material revelar um descumprimento do dever legal de subsistência dos filhos, sua sanção é prevista pelo art. 244 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 244 - Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Mas forma mais antiga de abandono é o abandono físico. Nesta modalidade do abandono, a criança é renegada pelos pais. Casos de abandono físico são relatados deste a antiguidade: no antigo testamento destaca-se a história de Moisés, príncipe do Egito, cuja mãe biológica era escrava e o deixou em um cesto no rio Nilo, para evitar seu assassinato, pois para limitar o crescimento dos escravos e assim prevenir um levante, o Faraó determinou à época um sangrento controle de natalidade.

Diferentemente da história bíblica, em que Moisés acabou pelo destino chegando a salvo ao palácio do Faraó, pelo qual foi criado como filho, os relatos de histórias de abandono não são tão animadores. Segundo a história, no início do século XIII, o Papa Inocêncio III, chocado com o número de crianças encontradas mortas no rio Tibre por pescadores, determinou a instalação da “roda dos expostos” nos territórios religiosos. As rodas eram instrumentos cilíndricos giratórios instalados nas paredes, onde bebês

indesejados eram abandonados pelos pais. As crianças deixadas na roda eram criadas em mosteiros ou por irmãs de caridade, com o auxílio de recursos da Igreja e, posteriormente, também dos Estados.

Surgiu a partir da roda a diferenciação em abandono infanticídio e abandono piedoso que ocorre apenas na forma de abandono físico, sendo o abandono infanticídio aquele em que o menor é deixado em determinadas circunstâncias cuja sua chance de sobrevivência é mínima (como o abandono em rios, estradas ou latas de lixo), enquanto o abandono piedoso seria aquele no qual o exposto é colocado em local onde será acolhido e terá uma oportunidade de se desenvolver (como o abandono nas rodas e em portas de casas).

Cada uma das formas de abandono analisadas teve sua motivação específica. O abandono afetivo normalmente é relacionado à falta de amor ao descendente, ao descaso sentimental, mas também pode estar relacionado ao estilo de vida predominante hoje, no qual pais e mães passam a maior parte do seu dia afastados dos filhos em conseqüência das exigências profissionais. Nesse último caso, muitas vezes crêem os genitores estarem realizando o melhor para seus filhos, numa associação nem sempre verdadeira, de que fornecer condições materiais é fornecer amor.

O abandono material tem como fundamento mais comum a falta de condições econômicas, enquanto o abandono físico já se fundamentou em questões econômicas, como foi o caso de muitos abandonos na Europa medieval; em questões sociais, como foram os casos de abandonos de crianças negras no período escravista, tendo em conta que crianças expostas eram consideradas livres, independentemente de sua cor; em questões morais, como o caso de abandonos de filhos de mães solteiras ou filhos ilegítimos de pessoas casadas.

As crianças abandonadas fisicamente, independente da razão, sempre foram as que despertaram a maior preocupação do Estado. Na ausência da família, como tratar do futuro dessas crianças e garantir a elas as mesmas oportunidades que uma criança no seio de uma família estruturada possui? Foi através da adaptação do instituto da adoção que se buscou a solução para o abandono.

2 ADOÇÃO

A adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém estabelece um vínculo fictício de filiação. Segundo Maria Helena Diniz (2002, p.424), a adoção “é uma instituição de caráter humanitário, que tem por um lado, por escopo, dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado”. Seus benefícios para os casais estéreis são evidentes, mas como pondera Sílvio de Salvo Venosa (2002, p.305) “o enfoque da adoção moderna terá em vista, contudo, a pessoa e o bem-estar do adotado, antes do interesse dos adotantes”, o que é uma tendência que se verifica na evolução do instituto.

A prática da adoção é muito antiga, tendo registros nas remotas sociedades babilônica e hindu, onde o Código de Hamurabi e as Leis de Manú respectivamente, regulamentavam a prática. Entretanto, a criação de uma criança por adultos que não possuem com esta vínculos biológicos nem sempre ocorreu como um ato de amor. Em

verdade, a adoção teve em seus primórdios um caráter contratual. Numa época em que a descendência tinha como função primordial eternizar o culto doméstico, o instituto da adoção era um direito concedido àqueles que não podiam ter filhos naturalmente, com vistas à continuidade das cerimônias fúnebres (WELTER, 2004, p.65). Segundo Fustel de Coulanges (2000, p.50) o novo vínculo do culto substituía o parentesco, mas o gesto de adotar não estava ligado à afetividade.

Apesar do conhecimento da existência da adoção e da importância do instituto para os povos antigos, não existem muitos relatos quanto às formalidades exigidas no processo. É com o Direito Romano que o desenvolvimento normativo permitiu aos historiadores conhecer melhor o procedimento. Segundo Antônio Chaves (1988), no Direito Romano a adoção podia ser *ad-rogatio* ou propriamente dita, sendo esta última a que mais se aproxima do instituto na atualidade, e que, à época, poderiam ser realizadas por contrato, por testamento ou pela *mancipatio*. Tendo o Direito Romano se modificado no período de Justiniano, a adoção passou a existir em forma de *adoptio plena* ou *minus plena*. Com o tempo, e com a propagação da religião cristã, a adoção entra em desuso, uma vez que tinha o casamento como finalidade única a procriação. Mas com inspiração no Direito Romano, a adoção retorna seu uso na Idade Moderna na França, graças ao Código de Napoleão de 1804.

Apesar do Direito Canônico ter desestimulado a adoção, curiosamente a Igreja Católica indiretamente estimulou o ato por parte de seus fiéis. Devido ao número crescente de abandonos de crianças nas rodas e com a dificuldade de recursos e espaço para acolhimento dos expostos, de acordo com Renato Pinto Venâncio (1999), no Brasil colonial dos séculos XVIII e XIX, passou-se a estimular a criação desses menores por "padrinhos" ou pela "amas", alguns recebendo pagamento simbólico pela criação da criança outros estimulados pela prática do amor cristão. O fato é que os anos de convivência acabavam por gerar uma afetividade dos padrinhos e amas com os menores, de modo que inúmeros foram incorporados como filhos à família do benfeitor.

A adoção de fato no Brasil teve assim seu início sem formalidades, sem garantias aos adotantes e adotados. A adoção formal só foi possível após o Código Civil de 1916, primeira lei a tratar do assunto. Em 1916, apesar do avanço que o Código Civil representou ao regular a adoção, havia um tratamento discriminatório entre filhos legítimos e adotados, além de exigir para a adoção que os adotantes não tivessem prole legítima ou legitimada, donde se percebe que os dispositivos eram no interesse dos adotantes e não do adotado. A eliminação da condição de não se possuir prole legítima para concretizar a adoção só ocorreu muitos anos depois, com o advento da Lei nº. 3133/57, e a igualdade entre as filiações com a Lei nº. 4655/65.

Considerada um marco na legislação sobre adoção no ordenamento pátrio, o Código de Menores de 1979, Lei nº.6697, cria regras com vistas à modificação dos processos de adoção dando ênfase na adoção como forma de proteção do menor sem família. Foi a última lei promulgada antes da Constituição Federal de 1988, que surge com a inspiração de proteção ao menor, vedando discriminações entre as diversas filiações. Após a nova ordem constitucional, seguiram-se a Lei nº.8069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e o Código Civil de 2002, que aboliram a diferenciação entre adoção simples e plena e trazendo novas determinações em acordo com as normas constitucionais vigentes.

Em agosto do corrente ano, foi publicada a Lei nº. 12.010, que dispõe sobre adoção, alterando alguns dispositivos do ECA e do Código Civil. O objetivo das mudanças foi melhorar as condições gerais no procedimento de adoção, para adotantes e adotados, estabelecendo prazos mais curtos com vistas a agilizar o procedimento, que sempre recebeu diversas críticas devido à sua burocracia e demora. A adoção no Brasil, como se vê, esteve em constante evolução neste último século, mas nem mesmo com a recente legislação diminuindo os prazos, deixará de ser mais complexa que a tão comum "adoção à brasileira", que, realizada à margem de qualquer procedimento formal, consiste num reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade em registro público, o que se caracteriza como conduta criminosa, tipificada no art.299 do Código Penal.

Do estudo da evolução da adoção, verifica-se que ela passou de garantia de continuidade de cerimônias fúnebres a um ato humanístico que procura harmonizar a necessidade dos menores abandonados de serem inseridos em uma família com os interesses de indivíduos que têm muito afeto a dar, independentemente de já possuírem outros descendentes. Mas uma das grandes dificuldades do procedimento de adoção para ser realmente eficaz na reparação dos efeitos do abandono infantil é conciliar as expectativas dos diversos atuantes do processo: candidatos a adotantes, genitores e o próprio Estado.

Os prováveis adotantes querem um procedimento rápido e normalmente manifestam interesse por crianças recém-nascidas. Os genitores da criança, em duras palavras, querem se "livrar" da criança, muitas vezes tida como estorvo, motivo de dificuldades econômicas ou de sanções morais. Ao Estado cabe garantir às crianças abandonadas ou àquelas cujos pais foram destituídos do pátrio poder os direitos elencados na Constituição e no ECA, mas ao buscar a inserção dos menores em famílias substitutas como última opção e na intenção de procurar os adotantes mais preparados possíveis, por mais simplificado que os regulamentos tentem ser elaborados, acaba por gerar uma grande espera. Algumas dessas expectativas podem ser resolvidas com a instituição do parto anônimo no Brasil, proposta que está sendo considerada no Congresso pela análise dos Projetos de Lei discutidos a seguir.

3 PARTO ANÔNIMO

O parto anônimo permite que a gestante realize o pré-natal e/ou o parto sem se identificar, podendo desde a gestação manifestar o desejo de encaminhar a criança à adoção, sendo eximida de qualquer responsabilidade civil ou criminal. A definição remete à idéia da "roda dos enjeitados", quando o acolhimento de menores abandonados foi levado a cabo por religiosos, numa tentativa de se evitar o abandono infanticídio. À época, o interesse da Igreja foi de evitar a morte de crianças nunca batizadas, já o interesse atual não se reveste de motivos religiosos, mas sim humanitários, evitando os assassinatos de pequenos inocentes e o desrespeito à dignidade da vida humana. Inserido no ordenamento francês de 1993 e adotado em seguida por outros países, o parto anônimo provoca acaloradas discussões éticas, sociais e jurídicas, possuindo adeptos e críticos cujas idéias se passam a expor neste trabalho.

Dentre as críticas ao parto anônimo, a mais recorrente é relacionada ao anonimato da genitora, em especial devido ao fato de que na França, onde o *accochement sous-X* é legalizado há bastante tempo, existem movimentos organizados pelos pais e

adolescentes que nasceram sob estas circunstâncias, no sentindo destes terem direito ao conhecimento de sua origem genética. O conhecimento da origem genética, em especial nos casos de reprodução heteróloga e adoção, é um tema bastante polêmico atualmente dentro da discussão dos direitos de personalidade e da dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, pondera Belmiro Pedro Welter (2003, p.178):

Indago, pois: Posso apagar o fato da natureza para o filho afetivo? Será que o filho ostenta os princípios da liberdade, da prioridade e da prevalência absoluta de seus interesses, da cidadania e da dignidade da pessoa humana em lhe sendo denegado o direito de saber quem são os pais genéticos? Será que esse direito humano e sagrado pode ser expungido do princípio do direito fundamental à dignidade da pessoa humana, que é intangível e linha mestra de todo o ordenamento pátrio, já que vivemos sob a égide de um Estado Constitucional, que proíbe o retrocesso dos direitos fundamentais? Será que, em se negando o direito de investigar a paternidade biológica, não se estará desapropriando o direito do filho a ser sua própria identidade pessoal, a sua ancestralidade, a sua estirpe, a sua origem, a sua personalidade, a sua procedência, a sua individualidade, a sua primitividade?

Dos projetos de lei em tramitação, o mais antigo, Projeto nº. 2747/08, de autoria do Deputado Eduardo Valverde, prevê a possibilidade de a genitora ter sua identidade revelada nos casos previstos no art. 11, cuja redação indica que “a identidade dos pais biológicos será revelada pelo Hospital, caso possua, somente por ordem judicial ou em caso de doença genética do filho”. O Projeto nº. 2834/08 do Deputado Carlos Bezerra, apenas deseja incluir a possibilidade do parto anônimo como forma de perda do poder familiar, conforme se apreende da leitura de seu art.2º, mas nada esclarece a respeito da possibilidade de revelação da identidade dos genitores. O art.2º deste projeto, *in verbis*:

Art. 2º. O art. 1.638 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, passa a vigorar acrescido do inciso V e do parágrafo único, com a seguinte redação:

"Art.1.638. .....:

V - optar pela realização de parto anônimo.

Parágrafo único. Considera-se parto anônimo aquele em que a mãe, assinando termo de responsabilidade, deixará a criança na maternidade, logo após o parto, a qual será encaminhada à Vara da Infância e da Adolescência para adoção."

O Projeto protocolado pelo Deputado Sérgio Barradas, de nº. 3220/08, delibera com maior clareza o procedimento de parto anônimo e sugere em seu art.6º o que segue:

Art. 6º A mulher deverá fornecer e prestar informações sobre a sua saúde e a do genitor, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, que permanecerão em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto.

Parágrafo único. Os dados somente serão revelados a pedido do nascido de parto anônimo e mediante ordem judicial.

Nota-se que o conhecimento da origem genética é perigosamente tratado como uma exceção, pois existe a intenção de que uma vez inserida em uma família adotiva, a criança forme um vínculo afetivo com seus pais socioafetivos e desenvolva plenamente sua personalidade, independentemente do conhecimento de seus genitores. Essa importância da socioafetividade é ressaltada por José Sebastião de Oliveira (2002, p.235) ao dizer que:

É dentro da família que os laços de afetividade tornam-se mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar contra os males externos; é nela que seus membros recebem estímulo para por em prática suas aptidões pessoais. Daí então ser a característica da afetividade, aliada, por óbvio, à nuclearidade, a responsável pela plena realização pessoal de cada membro familiar.

Claramente verifica-se que, como disciplina Magna Guadalupe dos Santos (2001, p.248), na "nova realidade jurídico-cultural, o biologismo, que centrava os liames entre Paternidade e Filiação, foi perdendo suas características e novas formas de entender e vivenciar a família puderam se assentar em vínculos de afetividade, de responsabilidade e de busca de dignidade", o que não significa, porém, que o reconhecimento de origem biológica não seja fundamental ao desenvolvimento do individuo. Como doutrina Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, *on-line*):

O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida.

O entendimento do autor é corroborado por José Roberto Moreira Filho (2002, *on-line*), que esclarece:

Ao legar ao filho o seu direito de conhecer a sua verdadeira identidade genética, estamos reconhecendo-lhe o exercício pleno de seu direito de personalidade e a possibilidade de buscar nos pais biológicos as explicações para as mais variadas dúvidas e questionamentos que surgem em sua vida, como, por exemplo, as explicações acerca da característica fenotípica, da índole e do comportamento social[...].

Diante dos argumentos apresentados e do conhecimento da experiência francesa, o que se conclui é que grandes discussões sociais podem surgir após aproximadamente duas décadas de instituição de parto anônimo em determinado ordenamento, e que no conflito de interesses entre conhecimento da ascendência genética e anonimato, o direito ao conhecimento das origens deve prevalecer, principalmente pelo fato de estes conhecimento ser cada vez mais útil para a manutenção de uma vida longa e saudável. Lembrando sempre que nem todos os casos este conhecimento será possível, pois a

gestante pode abandonar a criança sem nunca ter realizado o pré-natal e, desse modo, nunca fornecido qualquer tipo de informação.

Outra crítica que o parto anônimo, por vezes tido como a "institucionalização do abandono", sofre, é quanto à desvalorização da figura paterna, pois deixa apenas na pessoa da gestante a decisão quanto à opção pelo parto anônimo. Sabe-se que, evidentemente, por uma questão social e cultural, muitos homens afastam-se de suas companheiras grávidas o que às leva, em ato de desespero, a cometer crimes de aborto ou abandono, vez que, se estas decidem cuidar da criança, podem vir a sofrer sanções morais e sociais, além da própria dificuldade econômica. Não se justifica, entretanto, que se desconsidere que existam companheiros e familiares que têm desejo de cuidar da criança e as próprias gestantes não deseja o filho, pois o mito da maternidade, de que toda mulher almeja um filho e por ele é capaz de qualquer sacrifício se mostra na atualidade o que de fato é: um mito, e não um postulado. Logo, o parto anônimo passa também pela questão da paternidade responsável e do planejamento familiar.

Em outros países esse problema também já se apresentou. Interessante recurso que os franceses possuem de os possíveis pais realizarem uma declaração pré-parto de paternidade. No caso brasileiro não foi prevista em nenhum Projeto de Lei essa possibilidade, o que acaba por dificultar o exercício da paternidade pelos companheiros ou ex-companheiros da gestante que não quer assumir o filho. Seria interessante colocar esta garantia na legislação, garantindo que informações das condições de nascimento de qualquer criança abandonada se fizessem constar num banco de dados, cujas informações fossem cruzadas com as das declarações pré-parto de paternidade, evitando dessa forma o encaminhamento à adoção de crianças cujos genitores manifestam o desejo de assumir.

Encontramos também críticas ao parto anônimo relativas à necessidade de convivência familiar, lazer, educação, entre outros direitos garantidos às crianças pela Lei nº. 8.069 de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que dispõe em seu art.6º, *in verbis*:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Os projetos apresentados são unânimes quanto ao destino da criança: ela será encaminhada à adoção. Entretanto, a realidade dos abrigos brasileiros destinados aos órfãos e crianças abandonadas ou retiradas do seio familiar por ordem judicial, não é a ideal para o acolhimento destes recém-nascidos. O processo de adoção no Brasil, como já abordado neste trabalho, apresenta facetas burocráticas ao ponto que algumas pesquisas já demonstraram que o número de famílias dispostas a adotar é superior que a quantidade de crianças em abrigos, mas mesmo assim, continuam os abrigos lotados e desprovidos de infra-estrutura para tantos menores.

Mas as novas disposições sobre o procedimento vieram com a tentativa de agilizar os processos e em grande parte, a quantidade de crianças excedentes nos abrigos que

acabam sem ser adotadas é conseqüência da discrepância entre as características buscadas pelos adotantes e o tipo de crianças disponibilizadas para adoção. A maior diferença de expectativas é a questão da idade, pois a maioria tem preferência por bebês. Quanto as crianças nascidas de parto anônimo, como seriam encaminhadas muito pequenas, não sofreriam por este tipo de espera, principalmente pelo fato de não haver nenhum pátrio poder a se destituir.

Assim, não se pode desvincular a instituição do parto anônimo a uma reestruturação do procedimento de adoção, para que este se torne mais ágio, evitando que o recém-nascido fique em hospitais, expostos aos perigos da contaminação hospitalar, ou em abrigos deploráveis, onde a convivência familiar e outros direitos, que lhes são garantidos por lei, não estejam sendo observados. Precisamos enfim, ter certeza de que estas crianças tenham, desde seu nascimento dignidade, o que começa na família, como bem coloca Lourival Serejo (2004, p. 20), para o qual "a dignidade é, enfim, o respeito que cada um merece do outro, a começar no seio da própria família, onde a educação deve ser voltada para essa conscientização".

Também é controversa a questão das "mães abandonantes". O abandono nas atuais "rodas" por vezes é um ato de amor da genitora que quer preservar o filho, preferindo dá-lo a realizar um aborto que lhe é estimulado pela família. Como o caso já apresentado das gestantes abandonadas pelos parceiros, essas gestantes que não recebem apoio familiar em momento tão delicado, tendem a encarar a situação como uma "maternidade impossível", mas depois manifestam arrependimento e manifestam intenção de conhecer seu filho. De acordo com Cláudia Fonseca (2009, *on line*):

É interessante que quando as mulheres mais concernidas pela legislação – as próprias "mães abandonantes" – finalmente assumiram politicamente sua voz, foi para combater a radicalidade do procedimento *sous-X*. Em 1998 surgiu a *Association des Méres de L'Ombre* – AMO (Associação das Mães na Sombra) voltada especificamente para as mulheres que tinham parido sous-X. (...) Outra associação fundada pouco tempo depois, *Les X em colère* (algo como "As anônimas no contra-ataque"), acentuava o pleito dos nascidos *sous-X*. As duas associações juntas passaram a bater numa mesma tecla: que a maternidade dita "impossível" podia ser apenas "aparentemente" ou "imediatamente" impossível. Assim, a mulher deveria ter o direito de reverter o anonimato que ela própria houvera solicitado.

Diante deste tipo de movimento é que se vê a necessidade já contemplada pela Lei nº.12.010/09 de acompanhamento psicológico das mães que manifestarem interesse de encaminhar a criança para adoção. É importante que durante este acompanhamento a gestante seja continuamente informada das conseqüências de seu ato, da irreversibilidade de sua decisão, bem como da possibilidade da reversibilidade do anonimato em favor da criança. Um problema a ser considerado também, nos casos em que não houve acompanhamento pré-natal, é a influência do estado puerperal. Assim, a criança deve ser encaminhada para a adoção apenas após um período em que for dada à genitora a possibilidade de arrependimento, bem como também à família desta ou companheiro ou ex-companheiro a possibilidade de reclamar a criança. Algo como um período de seis meses. E diante de tantas problemáticas, ainda resta a indagação de se a

instituição do parto anônimo realmente seria eficaz contra os neonaticídios. De acordo com Laura Affonso Costa Levy (2005, *on line*):

(...) o número de recém-nascidos mortos ou abandonados na Alemanha não diminuiu desde que surgiram a utilização das portinholas de bebês e se passou a oferecer a possibilidade do parto anônimo. Porém, o número de crianças que se tornaram anônimas e impossibilitadas de conhecer suas próprias origens aumentou de forma imensurável.

Muitos críticos do parto anônimo argumentam este mesmo efeito, não só na Alemanha como também nos Estados Unidos. Mas no Brasil, onde o aborto é proibido, a prática pode ser mais utilizada do que nos outros países. As diferenças culturais e socioeconômicas também devem ser levadas em consideração nos estudos comparativos. Mas, não sendo o parto anônimo inconstitucional, a aprovação do instituto é bem vinda e realmente será apenas com a análise do instituto em vigência que se poderá afirmar com correção as vantagens e desvantagens.

4. CONCLUSÃO

Com os recursos facilmente disponíveis à sociedade para um eficaz controle de natalidade, é intrigante pensar nas razões que fazem com que tantas crianças sejam concebidas sem programação por parte de seus genitores. As conseqüências desta falta de planejamento familiar atingem toda a população, inclusive economicamente, visto que o Estado precisa dispor de recursos para acolher em abrigos as inúmeras crianças, frutos da irresponsabilidade.

Lamentáveis são os abandonos afetivo e material. Colocar um ser neste mundo e não provê-lo de educação, amor, respeito e demais ingredientes, sejam estes de cunho material ou imaterial, necessários à sua formação como pessoa é um erro que na medida do possível deve ser impedido ou reparado com a ajuda do judiciário. Mas o abandono físico de recém-nascidos em latas de lixo é um ato mais que lamentável.

Infelizmente, a história já provou que não são leis que poderão impedir as pessoas de realizarem tais atos condenáveis de abandono. Mesmo sendo crime realizar um aborto ou abandonar uma criança, mesmo sendo possível o encaminhamento de seu descendente para a adoção, muitas gestantes preferem arriscar a própria vida para eximir-se da responsabilidade ou, quando não arriscam a si, abandonam sem piedade crianças de dias (às vezes de horas!) em degradantes situações.

Negar a estes inocentes a oportunidade de viver, de ser inserido numa família que o amará desde seus primeiros meses, em troca do anonimato de sua genitora, pelo fato de que futuramente a criança não terá o conhecimento de sua ascendência genética, ou por pensar que este tipo de legislação é incentivadora da irresponsabilidade é colocar um direito de conhecimento de origem acima do direito à vida. Rechaçar a idéia do parto anônimo é arriscar a vida de um inocente pelo desejo de se punir seus genitores.

De todo o exposto, se conclui pela constitucionalidade e viabilidade da instituição do parto anônimo no país, diante dos benefícios que trará à criança e pelas vantagens que

representará ao processo de adoção, tendo em consideração que a destituição do pátrio poder é uma das fases mais demorada do processo de adoção no qual os pais do adotando são conhecidos.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8069.htm>. Acesso em 15 ago. 2006.

_____. Projeto de Lei 2747. Cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências. **Sala das Sessões**, em 11 de fev. 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=382874>. Acesso em: 30 jan. 2009.

_____. Projeto de Lei 2834. Institui o parto anônimo. **Sala das Sessões**, em 19 de fev. 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=383669>. Acesso em: 30 jan. 2009.

_____. Projeto de Lei 3220. Regula o direito ao parto anônimo e dá outras providências. **Sala das Sessões**, em 11 de fev. 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=389933>. Acesso em: 30 de jan. 2009.

CHAVES, Antônio. **Adoção, adoção simples e adoção plena**. São Paulo: Julex Livros, 1988.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol.5. 18 ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

FONSECA, Cláudia. Abandono, adoção e anonimato: questões de moralidade materna suscitadas pelas propostas de "parto anônimo". **Sexualidad, Saludy y Sociedad.- Revista Latino – americana**, nº 1, p.30-62, 2009. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/viewArticle/30/116>. Acesso em 28 ago. 2009.

LEVY, Laura Affonso Costa. Parto anônimo e a real proteção da criança e do adolescente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2197, 7 jul. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13106>. Acesso em: 28 ago. 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>. Acesso em: 15 jun. 2006.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>. Acesso em: 15 jul. 2006.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Magna Guadalupe dos. Por Uma constituição simbólico-jurídica sobre o nome do pai: aspectos dos direitos de filiação e paternidade. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos,** Belo Horizonte, nº 8, p.243-258, 2001.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VENÂNCIO, Renato Pinto. **Famílias abandonadas**: Assistência à criança de camadas populares no Rio de Janeiro e em Salvador – séculos XVIII e XIX. Campinas: Papirus, 1999

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. Vol.6. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. IN. WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004.

O DIREITO AO SEGREDO: A VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE NO ÂMBITO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE*

THE RIGHT OF SECRET: VIOLATION OF PRIVACY RIGHTS IN THE FRAMEWORK OF PERSONALITY.

Marcio Fernando Candéo dos Santos

RESUMO

Há várias gerações vem-se discutindo os limites da vida privada e a pública. A proteção do segredo que vem há séculos, tendo como fonte principal de análise as correspondências, ainda que uma forma primitiva, todavia o objetivo principal era a proteção do seu conteúdo em face de terceiros que de alguma forma buscavam desvendar a mensagem ali posta. Na contemporaneidade não é diferente a incessante busca pelo que é alheio, e constantemente se vê violada a vida intima das pessoas. Diante dessa invasão alheia ao que é privado, inerente somente a algumas pessoas, ou quando muito a apenas uma pessoa, esse direito protegido da esfera privada foi albergado pela Constituição Federal, Código Civil e por outras tantas legislações especiais que proporcionam uma especial proteção ao sigilo.

PALAVRAS-CHAVES: SEGREDO, SIGILO, CORRESPONDÊNCIA, PERSONALIDADE.

ABSTRACT

For many generations the limits of private and public life have been discussed. The protection of the secret that for many centuries, have the mails as the main source of analysis, still in a primitive way, however the main objective was the protection of your content in face of a third person, that in some way trying to unmask the message. In the contemporaneity is not different the incessant search of other people's thing, and constantly the life summons of the people have been violated. Ahead of this invasion of other people for the private, inherent only for some people, or sometimes for only one person, this protect right of the private sphere was lodged for the Federal Constitution, Civil Code and for many others specials legislations that provides a special protection of the secrecy.

KEYWORDS: SECRET, SECRECY, MAILS, PERSONALITY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO

O ser humano sempre teve consigo uma aguçada curiosidade, um espírito investigativo, uma busca por desvendar o desconhecido. Foi a partir desse interesse, por aquilo que ainda não se conhece, que levou as mais diversas descobertas, seja no campo das ciências humanas, biológicas, exatas.

No campo científico houve contribuições importantes para a humanidade, seja através do conhecimento de vacinas para a cura de doenças até equipamentos que auxiliam nas tarefas do dia a dia.

Todavia, a curiosidade inerente a ser humano não é somente utilizada para fins científicos, por vezes, as pessoas buscam o acesso a fatos e atos velados praticados pelo seu semelhante, na condição unicamente de espectador daquela situação posta da vida privada e alheia.

O que é realizado em público não pretende-se que seja guardado sobre sigilo, porém aquilo que advém da intimidade das pessoas, e que seja inerente somente a ela, ou a apenas um grupo restrito, a isto se busca manter de forma velada, sem conhecimento de terceiros.

O direito ao segredo é uma forma de proteção de atos e fatos que se quer manter sem o conhecimento de terceiros, e que dizem respeito somente a certas pessoas, cabendo a estas o direito de revelar ou não.

No mundo contemporâneo a tecnologia é um fator que é diretamente usada como forma de violação do direito ao segredo. Equipamentos de alta precisão são usados por indivíduos, voltados seja com o interesse pessoal, ou movidos por interesse econômico buscam desvendar a intimidade das pessoas, principalmente daquelas personalidades públicas.

Também não é diferente quando transporta-se essa realidade do poder econômico para o meio empresarial, pois segredo industrial é protegido. Sejam fórmulas químicas, técnicas de criação, produtos, ou até mesmo rotinas de trabalho desenvolvidas em empresas. Nesse aspecto tem-se então uma proteção ao segredo, que atinge não mais a pessoa física, mas aos interesses da pessoa jurídica.

O legislador constitucional buscou dar especial proteção à vida privada e a intimidade constando essas garantias principalmente em alguns incisos do artigo quinto.

Não foi diferente também no Código Civil, visto que diversos artigos estabelecem a garantia aos direitos da personalidade, entre as quais se incluem o direito ao segredo. O Código de Propriedade Industrial, Código Comercial amparam o dever de guardar sigilo sobre aspectos em particular envolvidos diretamente com a pessoa jurídica. Segue-se a essas sistemáticas outras leis especiais com esse fito exclusivo de resguardar ao segredo.

Por fim, na esfera penal, a tipificação dos crimes foi estabelecida pelo legislador na violação na inviolabilidade da correspondência, na inviolabilidade dos segredos

contidos nos artigos 152, 153 e 154 do Código Penal, bem como na lei 6538/78. No entanto, essa tipificação não se resume àquela estabelecida no Estatuto Repressivo, cabendo atentar as legislações especiais que também estabelecem figuras típicas inerentes à violação do direito ao segredo.

Seja na esfera constitucional, civil, penal ou administrativa, o que se tem é um conjunto de normas direcionadas a amparar um direito de personalidade, no presente caso o segredo, o sigilo, a intimidade, a vida privada das pessoas.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

2.1. Aspectos Iniciais do Direito ao Segredo

Há uma aparente confusão quanto à distinção entre os termos segredo e sigilo, sendo que para muitos, estar-se-ia falando de palavras sinônimas, o que não é verdade, pois há uma clara distinção nesses vocábulos.

Porém, buscando o significado etimológico tem-se que o sigilo deriva do latim *sigillum*, "marca pequena, sinalzinho, selo". Impera nele "a idéia de algo que está sob selo, ou sinete, o sigilo traduz, com o maior rigor, o segredo que não pode nem deve ser violado".[1]

Por sua vez, segredo provém do latim *secretum* "(secreto, guardado em segredo), particular, sob reserva, ou ocultamente. É o que não se deve, não se quer, ou não se pode revelar, para que não se torne público, ou conhecido" [2]

A fim de esclarecer o assunto basta voltar-se ao tempo e lembrar da cera que se utilizava para vedar as cartas no passado, o segredo é o conteúdo da correspondência, já o sigilo a forma como o emitente garante a sua inviolabilidade.[3]

Essa aparente distinção revela significados diferentes para as palavras sigilo e segredo, todavia o uso empregado revela que as mesmas são utilizadas como sinônimas.

Na versão apresenta por Guilherme de Souza Nucci define segredo como sendo "todo assunto ou fato que não deva ser divulgado, tornado público ou conhecido de pessoas não autorizadas".[4]

O segredo para o direito, na visão apresentado por Walter Ceneviva corresponde também "conhecimento cuja divulgação é vedada a terceiros, com ou sem interesse direto ou indireto em sua revelação ou que dela devam ser excluídos, ainda que juridicamente desinteressados".[5]

É certo que o direito ao segredo visa proteção da divulgação a terceiros sem consentimento dos envolvidos. Porém, determinadas situações permitem essa

divulgação mesmo sem a anuência do emissor, ou destinatário. Essa quebra do direito ao segredo pode decorrer através da norma legal que impede essa formação do "não revelar", possibilitando que terceiro desvende o segredo, ou por situação ilícita que conduza obrigatoriamente a revelação para salvaguardar direitos de graus diferentes.

Retratando o direito a intimidade, Santos Cifuentes aborda o segredo definindo e posicionando-se com sendo decorrente daquele.

Por secreto debe enterdense no lo reservado, La vida interior o em soledad, sino aquellas situaciones, pensamientos y datos em general que pertenecen a la persona y que, por su índole o porque así lo quiere aquélla, están destinados a no expandirse ni ser conocidos por terceros. Es lo que se mantiene oculto, y si bien muchas veces el ocultamiento es diverso de lo puramente personal, no cabe Duda que se refiere a um aspecto Del derecho a la intimidade.[6]

Como se vê a doutrina estrangeira não difere na conceituação da doutrina nacional, ambos entendendo o segredo como aquilo deve-se vedar ao conhecimento de terceiros, estando presente somente na consciência dos indivíduos que detém, veja-se a posição de Carlos Alberto Bittar a esse respeito:

"Outro direito de cunho psíquico, individualizado ante especificidades próprias, é o direito ao segredo (ou sigilo), que abarca a proteção a elementos guardados no recôndito da consciência, na defesa de interesses pessoais, documentais profissionais ou comerciais. Deriva da necessidade de respeito a componentes confidenciais da personalidade, sob os prismas da reserva pessoal negocial, tendo adquirido foros de autonomia no âmbito do direito, destacado que é do complexo jurídico geral da intimidade, frente a peculiaridades inerentes" [7]

A posição desses dois últimos doutrinadores, deixa claro como sendo o segredo decorrente do direito geral da intimidade, o que também não é diferente da posição mencionada por Elimar Szaniawski, aproveitando-se das palavras de Costa Jr., bem como suas definições próprias assenta:

"O segredo, segundo ensinamento de Costa Jr., é o "círculo concêntrico de menor raio em que se desdobra à intimidade; é o que reclama proteção mais veemente contra a indiscrição"". O direito ao segredo, como subtipificação do direito ao respeito à vida privada que ora passaremos a analisar, não deve ser confundido com o direito designado por direito ao segredo da vida privada, pelos franceses (droit ou secret de la vie privée), pois este termo possui conteúdo mais amplo do que o primeiro, servindo para determinar o direito à intimidade de maneira genérica.[8]

O caminho percorrido pela doutrina exposta não difere quanto à conceituação do direito ao segredo, fica claro que o que se busca é o não conhecimento por terceiros e sua divulgação de atos ou fatos inerentes à vida privada das pessoas.

2.2. O Direito à Intimidade e o Direito ao Segredo (Vida Privada)

Quando se fala do direito ao segredo, fala-se na vedação da circulação do conhecimento de determinado ato ou fato da vida, restrito a uma pequena quantidade de pessoas, por vezes a uma só, e que se refere no seu âmbito mais íntimo, pessoal, restrito.

Adentrando no campo do velado, obrigatoriamente se invade o campo da intimidade das pessoas, embora não se pode desprezar o direito ao segredo na área empresarial.

Inicialmente é importante buscar-se a classificação dos direitos da personalidade, tarefa esta não muito fácil diante da ausência de um entendimento unânime na doutrina, todavia alguns pontos tendem a serem comuns.

Ao tratar-se do direito ao segredo se infere na individualidade da pessoa no grau extremo, onde aquelas informações são reservadas somente para si, sem a divulgação a terceiros.

A classificação dos direitos da personalidade dada por Carlos Alberto Bittar, de forma abrangente, e possibilitando a inserção do rol, permite a seguinte distinção:[9]

l A) Direitos Físicos;

l B) Direitos Psíquicos;

l C) Direitos Morais;

Direitos Físicos – São os componentes materiais da estrutura humana (integridade física – compreendendo o corpo como um todo: os órgãos, os membros, a imagem, ou efígie).[10]

Direitos Psíquicos – São elementos intrínsecos à personalidade, integridade psíquica , compreendendo: a liberdade, o a intimidade, o sigilo.[11]

Direitos Morais – Referem-se aos atributos valorativos da pessoa na sociedade, é o patrimônio moral, e neste compreende: a identidade, a honra, as manifestações do intelecto.[12]

Complementando destaca Carlos Alberto Bittar acerca dos direitos da personalidade, nos quais estes referem-se:[13]

1) à pessoa em si (ente individual, patrimônio físico e intelectual);[14]

2) perante outros seres na sociedade (patrimônio moral), representando o modo de ser da pessoa e suas projeções na coletividade (como ente social);[15]

Note-se, portanto, que a intimidade e o sigilo encontram-se nos chamados elementos psíquicos dos direitos da personalidade. Buscando o estreitamento desses elementos e suas diferenciações há um terceiro elemento, o direito à vida privada.

O direito a vida privada nas palavras de Aline França Campos é definido como:

O direito a vida privada consiste no direito de viver a sua vida em isolamento, obstando o conhecimento de terceiros no aspecto amoroso, familiar, religioso, sentimental, além das intervenções do Estado. Ou seja, a proteção da vida privada visa a salvaguardar da curiosidade indevida de terceiros tudo o que se refere à esfera íntima da pessoa, mantendo-se, assim, um resguardo das questões pessoais.[16]

No âmbito mais especifico do direito a vida privada, decorre o direito a intimidade e o direito ao segredo, podendo-se afirmar que estes seriam espécies do gênero vida privada, o que de certa forma não difere da teoria dos círculos concêntricos apresentados por Heirich Hubmann.[17]

O conceito de direito à vida privada depende muito das culturas, das tradições e o costumes dos povos, pois a questão reside na tolerância que se dá a algumas incursões na vida privada do outrem, e que assim tal comportamento considerado normal, não entra no campo do ilícito.[18]

Comentando a subtipificação do direito à vida privada Elimar Szaniawski, menciona direito à vida privada declina:

Os partidários da subtipificação do direito ao respeito à vida privada em direito à *intimidade* e em direito ao *segredo*, conceituam o primeiro como o direito que a pessoa possui de resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos dos outros, enquanto que o direito ao *segredo* consiste na não divulgação de determinados fatos da vida de alguém, cujo conhecimento foi obtido licitamente.[19]

Diversos autores têm sustentado a autonomia do direito à intimidade e do direito ao segredo, utilizam como pretexto a possibilidade violação de um direito sem que seja atingido o outro, ou até mesmo a violação conjunta.[20]

A nossa Constituição Federal fez uma clara distinção entre a intimidade e a vida privada, inclusive com distinção pelo próprio legislador constituinte pátrio, que buscou retratar no artigo 5°, X da Constituição Federal. Discorrendo sobre o assunto Antonio Scarance Fernandes é seguidor da teoria das esferas, na qual a vida privada é mais abrangente dos relacionamentos da pessoa com seus familiares e seus amigos, enquanto a intimidade é o espaço mais reservado do individuo, e neste ele guarda os seus segredos, esperando que nãos sejam descobertos.[21]

Não importa de que forma é posto o direito ao segredo, seja ele decorrente do direito à vida privada, ou até mesmo como espécie do direito da intimidade, ou ainda outras subtipificações colocadas, o fato é que a sua grande importância nos direitos da personalidade, e como tal devem ser albergados pelos mais diversos estatutos.

2.3. A Proteção Constitucional do Direito ao Segredo

O Direito ao Segredo é amplamente protegido pela nossa Constituição Federal, estando insculpido no artigo 5º, incisos V, X, XII, XIV, XXXVIII,[22] também se pode afirmar que implicitamente encontra-se respaldado em outros dispositivos constitucionais.

Não é diferente também o Código Civil em seu artigo 21[23] estabelecendo a inviolabilidade da vida privada da pessoa, inclusive com providências por parte do julgador a fim de impedir ou cessar situação invasão na vida privada da pessoa.

Os institutos mencionados, não são os únicos a darem proteção à inviolabilidade da vida privada, a intimidade e ao sigilo. Existem ainda outras normas especificas, o Código Comercial, Penal, Tributário assegura a proteção. Sem dúvida que de uma forma que se trata de um direito fundamental, e como tal deve ser respeitado por todos.

Antes de fazer uma análise da inviolabilidade dos preceitos constitucionais, cabem alguns apontamentos sobre a correspondência epistolar, a qual é tida como direito absoluto, ainda que não haja confidencialidade, estando em sobrecarta continua a irradiar a personalidade, pois ainda não houve separação da pessoa.[24]

Delineando o assunto Pontes de Miranda aponta os desdobramentos da correspondência epistolar em três pontos:

a) ao direito de autor, que tem o emitente-autor, se a carta tem valor literário, ou científico, ou artístico; b) ao direito de propriedade da coisa móvel, cujo valor pode ser nenhum, ou alto, sendo titular dele o emitente e, após a remessa, o destinatário (a correspondência enviada é propriedade, in trans itu, do destinatário); c) o direito ao sigilo da correspondência epistolar, que compete ao emitente e ao destinatário, - só àquele, até à remessa, e àquele e a esse, desde a remessa.[25]

A correspondência epistolar sempre foi o grande foco de estudo acerca do direito ao segredo, visto que reserva a apreciação de seu conteúdo entre o emissário e o destinatário, excluindo dessa relação os terceiros, que somente poderão ter acesso a esse direito se houver por bem a renúncia e esse direito.

A proteção ao direito ao sigilo teve destaque perante nossa Constituição Federal, dessa forma Antonio Scarance Fernandes falando sobre o assunto diz:

São várias as inviolabilidades postas como garantias na Constituição Federal para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (art. 5º, XII), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (art. 5º, XII). A Carta Magna protege, ainda, o homem contra a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), e ampara o preso em sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX). A violação destas e de outras garantias individuais de natureza constitucional para a produção de prova acarreta a formação de prova ilícita.[26]

É certo que a grande discussão no tocante a inviolabilidade das garantias constitucionais, e nesse ponto é importante ressaltar o sigilo, caminha para o campo da produção da prova ilícita, a qual foi objeto de discussão nos tribunais por vários anos.

Porém, se assentou entre ás varias teorias a possibilidade de utilização da prova obtida por meio ilícito quando houver beneficio para o Réu. Num primeiro momento verifica-se o choque de princípios, porém são de grandezas diferentes, razão pela qual seja pela aplicação do princípio da proporcionalidade é viável a sua utilização.

O segredo da informação é fonte de proteção constitucional, nesse sentido Antonio Scarance Fernandes afirma:

O objeto da proteção constitucional é a informação transmitida de um individuo a outro por carta, telégrafo, pelo telefone, e que deve ser mantida em segredo entre eles. A violação do segredo contido na informação constituirá quebra de sigilo da comunicação. Em suma, o segredo é o que não pode ser revelado, ou seja, o conteúdo da informação; o sigilo é o meio de proteção do segredo a fim de não ser revelado; a violação do sigilo consiste na divulgação do segredo.[27]

Não se pode falar em violação do sigilo, quando a revelação é feita pela própria pessoa protegida. Todavia, ocorrendo à violação por terceiro, ou pelo destinatário da comunicação, estar-se-á diante do campo da ilicitude.

A Constituição Federal traz em seu artigo 5°, inciso XII a inviolabilidade ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. A Constituição Federal possibilita a interceptação telefônica por ordem judicial.

Ocorre, que em julgamento a questão perante a Corte Maior, entendeu-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, e assim atendendo-se critérios pré-estabelecidos é possível a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de práticas ilícitas, note-se o que disse o Ministro Celso de Melo:

Razões de segurança pública, de disciplina penitenciária ou de preservação da ordem jurídica poderão justificar, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. [28]

Diante da decisão proferida pelo STF, não resta dúvida acerca da possibilidade excepcional dessa quebra do sigilo epistolar, ante a prática de crimes.

O constitucionalista Alexandre de Moraes, versando sobre o assunto declara:

Importante destacar que a previsão constitucional, além de estabelecer expressamente a inviolabilidade das correspondências e das comunicações em geral, implicitamente

proíbe o conhecimento ilícito de seus conteúdos por parte de terceiros. O segredo das correspondências e das comunicações é verdadeiro princípio corolário das inviolabilidades previstas na Carta Maior.[29]

Inicialmente o que se tinha era a total vedação da utilização da prova obtida por meio ilícito, tal como disposto no artigo 5°, inciso LVI da CF, porém a ofensa a outros princípios constitucionalmente garantidos, e de maior grandeza levou a aplicação da teoria da proporcionalidade, com isso determinados direitos fundamentais deverão ser visto de forma menos rígida.

Assim, é necessária a aplicação do principio da proporcionalidade sob uma ótica de responsabilidade para com todos os institutos existentes, caso contrário pode banalizar os direitos e garantias fundamentais tornando-os mutáveis, e servindo de instrumentos de sustentação de arbitrariedades para com os outros.

2.4. A Disponibilidade do Direito ao Segredo

Num primeiro momento, analisando sob uma ótica fria, e sem respaldo técnico dá-se a impressão que é possível dispor do direito ao segredo. Para tanto bastaria consentir para a exposição e publicação daquele ato ou fato que tem o conhecimento exclusivo, seja com o consentimento do autor, ou somente pelo do destinatário.

Ocorre que a questão vai além dessa análise simples, e para isso deve-se buscar os alicerces do direito ao segredo. Na concepção de Pontes de Miranda o “sigilo provém de exercício do direito à liberdade”,[30] e a liberdade é direito de personalidade inato, por conseqüência é irrenunciável, somente podendo haver a renúncia ao exercício dessa liberdade.[31]

Nessa concepção, sendo o direito ao segredo decorrente do exercício de liberdade, a partir do momento em que cessa a inércia volitiva que mantém o segredo, deixa de existir o sigilo.[32]Com a cessação do direito de sigilar, este existiu somente até aquele momento especifico em que havia a proibição da divulgação, razão pela qual deixa de existir o direito.

Sendo assim, não há se falar em disponibilidade do direito ao segredo, mas sim em renúncia ao exercício do direito de liberdade.

3. EXTENSÃO DO DIREITO AO SEGREDO

3.1. O Sigilo Pessoal

Já foi mencionado anteriormente que não existe uma posição unificada com relação aos pontos: vida privada, intimidade e segredo. Consoante a teoria alemã dos círculos, o que se vê é uma grande entrelaçamento desses elementos. A vida privada de forma mais abrangente, seguida da intimidade e no centro o direito ao segredo.

Obviamente que essas divergências se estendem quando se trata propriamente do direito ao segredo e sua extensão. Cada um busca dar a sua classificação própria, todavia nota-se a existência de vários pontos comuns, que não ficam de fora da abordagem dos doutrinadores, ainda de divergentes quanto a sua classificação.

No entender de Carlos Alberto Bittar a particularização do direito ao segredo compreende o sigilo pessoal, sigilo documental, o sigilo profissional e sigilo comercial.[33]

Sendo o direito ao segredo um elemento decorrente próprio dos direitos da personalidade, deve ser visto sob a ótica do interesse pessoal ou negocial.

Há fatos que somente dizem respeito a certas pessoas e que se busca manter o sigilo, com o campo limitado estas. Ora, violação desse campo seja através do conhecimento, ou por meio da divulgação sem a necessária autorização, constitui um ilícito, e, portanto fere aos direitos inerentes a pessoa de cunho mais estrito.[34]

Não há dúvida que o direito ao segredo na essência refere-se quanto a fatos pessoais, e que estando ele na esfera da intimidade, por vezes não tem nenhum valor patrimonial. Não se pode todavia, suprir o valor econômico que pode decorrer dessa apropriação indevida dos fatos íntimos, principalmente se falar-se no campo artístico.

Por fim, há o outro lado negocial do direito ao segredo, e não obstante as mais diversas variantes, pode afirmar o como empresarial, cientifico, industrial que evidenciam o fator econômico como preponderância.

Adriano De Cupis considera o direito ao segredo sob o aspecto especial da correspondência epistolar,[35] e tratando do caráter de confidencialidade que deve existir entre o emitente e destinatário exterioriza:

Completamente distinto do direito de propriedade material sobre a carta e do direito de autor sobre o seu conteúdo intelectual, é o direito ao segredo epistolar, o qual, como manifestação particular do direito ao segredo, faz parte dos direitos da personalidade. Tem ele por objeto não um bem exterior à pessoa – como acontece com o direito de propriedade material sobre a carta e com o direito de autor sobre o seu conteúdo intelectual – mas, sim, aquele estado de reserva que acompanha os sentimentos e as opiniões pessoais manifestados na carta, pois a pessoa vive moralmente através das opiniões e sentimentos próprios, e o resguardo sobre estes constitui um bem estritamente pessoal.[36]

As cartas missivas quando não consideradas sobre o aspecto literário, normalmente resultam em confidencias pessoais sem qualquer valor econômico, e, portanto, afora o emitente e destinatário, não devem ser de conhecimento de terceiros.

Comentando sobre a necessidade do recolhimento interior do ser humano, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa diz:

É que, a dignidade da natureza de cada homem, enquanto sujeito pensante dotado de liberdade e capaz de responsabilidade, outorga-lhe autonomia não apenas física mas também moral, particularmente, na condução da sua vida, na auto-atribuição de fins a si mesmo, na eleição, criação e assunção da sua escala de valores, na prática dos seus actos, na reavaliação dos mesmos e na recondução do seu comportamento. Ora, tal autonomia, face à complexidade da vida social, pressupõe nomeadamente que cada homem possua uma esfera privada onde possa recolher-se (right to be alone), pensar-se a si mesmo avaliar a sua conduta, retemperar as suas forças e superar as suas fraquezas, esfera essa que os demais sob pena de ilicitude não devem violar, v.g., intrometendo-se nela e instrumentalizando ou divulgando os elementos que a compõem. [37]

O direito pessoal, portanto, está diretamente relacionado àqueles fatos íntimos realizados pelo individuo, e que não se quer divulgar, mantendo-se o segredo. A não violação desse direito é medida que se impõe, pois se trata de um direito da personalidade que deve ser protegido pelo ordenamento.

3.2. O Sigilo Documental

Por sigilo documental entende Carlos Aberto Bittar "quando se relaciona a teor de documento confidencial (de circulação restrita, como sobre parentesco; sobre situação de saúde; sobre questão estratégica etc.)." [38]

O emérito doutrinador Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, discorrendo sobre o segredo documental diz:

É proibido o conhecimento e a revelação por terceiros do conteúdo que deva conservar-se secreto, de documentos públicos ou particulares relativos à vida privada de outrem, bem como a revelação ou o aproveitamento de tais documentos pela pessoa que tem a cargo a sua guarda.[39]

As correspondências epistolar são os exemplos mais claro do sigilo documental que se dever preservar, e se tornam mais sigilosas na medida em que o Autor proíbe qualquer divulgação do seu conteúdo. Todavia, na esfera dos documentos sigilosos têm-se muitos outros os quais são confiados o segredo absoluto. Não seria por demais exemplificar-se na área dos direito de família laudo de exame de DNA, o qual mantém-se inicialmente o sigilo, também a documentação de exame para constatação de doenças graves (Aids), na qual se busca manter o anonimato.

É importante ressaltar que aqui os segredo protegidos são aqueles da esfera privada, e não os segredos de Estado, o quais constituem outra categoria.[40]A distinção entre os direitos da personalidade, e aqueles decorrentes do Estado são visíveis na medida que os caminhos seguidos são diversos.

Os documentos particulares decorrem da vida privada dos indivíduos, já os documentos públicos atingem toda uma coletividade, e por questões de segurança muitas vezes são mantidos no mais absoluto segredo.

Para resguardar essa proteção, a legislação penal em seu artigo 153 do Código Penal, tipificou a conduta de divulgação sem a devida autorização de documentos particulares. Vale ainda ressaltar que o mesmo artigo em seu parágrafo primeiro busca dar especial proteção também aos escritos sigilosos da administração pública.

Por fim, o sigilo documental são as fontes absolutas de resguardo das informações intimas dos indivíduos, sejam para com outros, ou simplesmente em meio para si mesmo.

3.3. O Sigilo Profissional

Dotado de conteúdo ético, o sigilo profissional tem grande repercussão no mundo jurídico,[41]há assim uma relação de confiança entre o cliente e o profissional, pelo qual se estabelece vedação da delação dos segredos revelados ao individuo em decorrência da sua profissão.

Para definir o sigilo profissional Adriano De Cupis menciona como sendo: “Aquilo que um profissional vem a saber, por razão da sua profissão, não deve sair do seu conhecimento”.[42]

Seguindo a linha da conceituação Walter Ceneviva define: “Consiste na imposição lega, sobre o exercente de determinadas formas de trabalho regulamentado ou não, do direito, do dever – ou de ambos – de não divulgar fato conhecido em conseqüência de seu exercício”.[43]

A tutela do direito ao segredo profissional não se trata de proteger a vida privada, ou até mesmo o segredo do profissional em si, mas ao contrário, tem aqui a proteção do segredo revelado à terceiro em razão da sua profissão.[44]

Nessa sistemática o direito ao segredo profissional pertence a quem revelou a sua intimidade, e não ao profissional, sendo que a revelação sem autorização gera a indenização na esfera cível, e constitui crime na esfera penal, consoante artigo 154 do CP.

Para a respectiva proteção do sigilo profissional há uma limitação no dever de informar, visando o resguarda da esfera íntima da pessoa, sendo que esta somente tem relevância quando se pretende a divulgação das informações do outrem, ou em hipóteses que o próprio Estado solicita informações sobre a pessoa.[45]

Visando ilustrar a importância da esfera intima da pessoa, e por consequência necessidade da proteção do sigilo profissional, reporta-se a um caso citado por Christoph Fabian ocorrido no direito alemão.

Um médico teve vários pacientes que ainda deviam os honorários. Para não gastar tempo com o recolhimento do dinheiro, o médico vendeu os seus direitos aos honorários a uma terceira pessoa e entregou também aquelas partes das documentações que são importantes para um procedimento contra os clientes em débito. Esta terceira pessoa não era médico e acionou contra os clientes. Os clientes consideraram nula a cessão dos honorários, pois a cessão lesaria o sigilo médico e, finalmente, a sua esfera íntima. O BGH deu provimento às considerações dos clientes, considerou a cessão como lesão da esfera íntima e , assim, como ato contra os bons costumes (§ 138 I BGB). Por consequência, o BGH declarou nula a cessão.[46]

O caso exposto revela o quão é importante à mantença do sigilo profissional, não podendo ser revelado, ainda que aja um ferimento inicial no direito do profissional, como no exemplo citado, o não pagamento dos honorários.

Outras situações surgem a respeito da violação do segredo profissional, e há questionamentos acerca de se haveria ou não violação desse segredo no que refere as pessoas que auxiliam o profissional., ou até aquelas mais próximas a este.

Em se tratando de uma atividade profissional, o trabalho pode ser confiado e resolvido por um especialista, ou por uma junta de profissionais sob a responsabilidade deste.

A resposta à questão quanto à guarda do segredo é dada por Elimar Szaniawski em sua obra esclarecendo:

O dever de guarda do segredo da vida de alguém, em razão do exercício de função, ministério, ofício, ou profissão, não restringe apenas a pessoa que tomou conhecimento direto desse segredo, mas se alarga e envolve, nas mesmas condições, as pessoas que tenham ligação direta com o profissional, a exemplo dos auxiliares, funcionários, familiares, e dependentes, que tomem conhecimento ou tenham acesso aos segredos confiados por necessidade.[47]

Aquelas pessoas que tenham contato direto com o profissional participando das confidências realizadas pelo cliente, ou ainda que devam conhecer da intimidade revelada para a eventual resolução da causa, ou ainda que dependam de uma análise por outro profissional que não o primeiro, devem guardar o segredo, sob pena incidirem no delito.

O que não se pode permitir que o segredo seja revelado a terceiros em razão da proximidade com o profissional. Os funcionários de uma clinica podem exercer funções diversas, e por essa razão não precisam conhecer a intimidade do cliente que foi revelada ao médico.

Assim, se o médico revela o segredo que lhe foi confiado pelo cliente aos seus familiares, funcionários estará certamente violando o dever de manter o sigilo, e por conseqüência incidindo em crime.

A confiança é o elemento essencial segundo a qual o cliente revelou o segredo ao profissional que por vezes necessitava dessa informação para o auxilio ao seu cliente, dentro da atividade profissional proposta. Não pode esse individuo usurpar dessas informações confiadas e disseminá-las sem a devida autorização do interessado, o que fere frontalmente o direito da personalidade.

3.4. O Sigilo Empresarial

O Sigilo Empresarial assume uma forma mais ampla da manutenção do direito ao segredo quando se fala de empresas. Não se resume ao sigilo comercial contido nos livros mercantis ou ao industrial,[48] vai além visando até mesmo à limitação do acesso a listas de clientes, técnicas novas, fórmulas etc.

Ao tratar do sigilo empresarial, não se pode esquecer a versão apresentada por Santos Cifuentes, o qual menciona a existência sobre a sigla do *secreto industrial, secreto comercial e secreto científico,**[49]*** todavia afirma que todas essas denominações devem ser excluídas do campo do segredo, pois afirma:La protección que pudeda programar-se para defender a las personas jurídicas Del avasallamiento del secreto industrial, comercial y cientifico, tiene clara ascendência patrimonial y solo se trata de amparar La propiedad, lo que tiene poco que ver con La intimidad de las personas.[50]

Embora o posicionamento deliberado acima por Santos Cifuentes, a questão não é pacifica, e persiste assim o direito ao sigilo empresarial.

Há muitos anos surgiu o sigilo comercial pelo que se vedava o acesso aos livros mercantis das empresas por terceiros, porém ao longo dos anos foi sendo mitigado.

Rubens Requião citando Waldemar Ferreira aduz que no comércio em verdade hoje o que prevalece é a publicidade, e não mais o sigilo pretendido.[51]

O Código Comercial estabelecia regra rígida em seu artigo 17, acerca do sigilo dos livros, veja-se:

Art. 17. Nenhuma autoridade, juízo ou tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício.

A rigidez estabelecida pelo Código Comercial se dava em razão da flexibilidade do empresário em relação aos tributos e taxas arrecadados pelo Estado. Fato que modificou radicalmente após o advento da primeira Guerra Mundial, ante a pressão estatal na arrecadação tributária, levando a quase aniquilação total do sigilo proposto no artigo 17.[52]

Não bastasse essa inversão natural à publicidade quanto aos livros perante o Fisco, com o advento da constante evolução nas relações comerciais, aos poucos os empresários se viram cada vez mais em situação de abrir mão do sigilo dos livros, em razão da obtenção de crédito junto às instituições financeiras, as quais impunham essa exigência.

Assim, não somente a constante evolução tributária com as suas diversas regras impostas, seja por lei ou regulamentos, mas fato é com o advento do Novo Código Civil, houve substancial alteração no Código Comercial, inclusive com a revogação da primeira parte daquele, consoante artigo 2045 do Código Civil.

Ora, em se tratando do resguardo das informações perante terceiros, nessa linha tanto o particular, como empresário tem o direito de ver-se protegidas as informações bancárias, seja no que concerne às operações ativas e passivas, bem como também aos serviços prestados pelos Bancos.[53]

O sigilo bancário tem o alcance constitucional, sendo deduzido do artigo 5°, inciso X da Constituição Federal. A Lei Complementar 105 de 10 de janeiro de 2001, revogando o artigo 38 da Lei 4.595 de 31 de dezembro de 1964, passou a regular o sigilo bancário, que afeta diretamente não só a pessoa física como também a pessoa jurídica.

O sigilo empresarial é um fator limitante do direito a informação,[54]porém é certo que a sua existência se faz necessária, uma vez a existência da pessoa jurídica pressupõe a manutenção de vários atos secretos, sobre os quais terceiros buscam para deles tirarem proveitos.

A constituição do sigilo empresarial por vezes esta focada no interesse econômico, porém este não é o único fator preponderante, e assim a existência de outros fatos extra patrimoniais, são relevantes para uma proteção ao sigilo empresarial como um todo.

4. TUTELA DO DIREITO AO SEGREDO

4.1. Tutela Penal do Direito ao Segredo

O direito ao segredo é plenamente tutelado, seja ele a nível constitucional, seja ele a nível ordinário.[55] O Código Penal estabelece figuras típicas em seus artigos 152, 153, 154, 325 de crimes que determinam uma conduta típica que fere o direito ao segredo, e portanto são passiveis de uma repressão.

No artigo 151 do Código Penal tem-se a violação de correspondência, o qual encontra-se revogado pela Lei 6538/78, em seu artigo 40, já no artigo 152 a violação de correspondência comercial, ambas encontram a proteção constitucional no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal. Diferentemente têm-se nos artigos 153 e 154 do

estatuto repressivo os crimes de divulgação de segredo e violação de segredo profissional, possuindo a guarida no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.

Ao comentar os referidos artigos Guilherme de Souza Nucci diz:

Há uma diferença fundamental entre violar uma correspondência – que é singelamente conhecer o seu conteúdo sem autorização para tanto – e violar um segredo – que é contar a terceiros um fato contido numa correspondência, capaz de gerar dano a outrem: o objeto protegido em um crime é a inviolabilidade da correspondência, enquanto no outro é a inviolabilidade do segredo. Um tipo penal protege diretamente o sigilo da correspondência, enquanto o outro protege a intimidade e a vida privada.[56]

Distintas as figuras típicas presentes nos artigos mencionados do Código Penal, surgem algumas situações peculiares inerentes à inviolabilidade de correspondência quando tratar-se de marido e mulher, e por fim aquelas destinadas aos filhos.

Com relação à condição de casados, seja a correspondência destinada a um deles, somente poderá ocorrer à inviolabilidade diante da ausência de um dos cônjuges , pois a correspondência recebida e presente ambos deve ser entregue ao seu destinatário, diferentemente ofenderia a ética, a moral e a individualidade alheia.[57]

Por sua vez justifica-se a violação da correspondência pelo cônjuge presente, uma vez que o casamento estabelece relações incompatíveis com aquela vida de solteiro. O matrimonio estabelece normas de convivência comum entre duas pessoas, que por certo ainda que se possa respeitar a sua individualidade, em certas ocasiões não há como manter-se ante a ausência de um dos cônjuges. Na atualidade são diversas as correspondências recebidas, sejam a titulo de informações sem qualquer compromisso para o casal, ou até mesmo boletos de pagamentos, contas, convocações, notificações. Ora, diante dessa situação e na ausência prolongada do cônjuge deve o presente tomar ciência da situação para não ver-se também prejudicado.

Com relação ao filhos, deve-se distinguir se trata de menor de idade, ou filho maior, capaz, pois as conseqüências são diversas. No que refere ao filho maior e capaz, deve-se respeitar a sua intimidade, individualidade, e portanto qualquer correspondência para ele deve ser-lhe entregue sem qualquer violação, sob pena de incidir no delito.

Todavia, a questão é diversa no filho menor, podendo os pais violar a correspondência. Guilherme de Souza Nucci justifica:

Trata-se de uma decorrência natural do pátrio poder – exercício regular de direito. Embora defendamos que os pais não devem fazê-lo, sem que exista um motivo muito sério e justo – como o envolvimento dos filhos menores com drogas ou com a criminalidade -, consistindo atitude antiética devassar a correspondência gratuitamente, cremos não existir crime (não se trata de violação indevida).[58]

Embora o posicionamento retro mencionado, a questão não é pacífica na doutrina, havendo posicionamentos divergentes sustentando a inviolabilidade total.

Na linha direito processual penal estão impedidas de depor aquelas pessoas em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Havendo a permissão do titular do segredo, o depoente tem a faculdade de depor, e não o dever, ficando a cargo do interessado em prestar ou não o seu depoimento.[59] Nesse sentido não haveria a violação do dever de guarda da informação.

A grande controvérsia inicialmente estabelecida na tutela penal do direito ao segredo foi com advento da utilização de provas obtidas ilicitamente, a qual se resolveu no Supremo Tribunal Federal, deferindo a sua utilização em favor da segurança da sociedade, nesse sentido Elimar Szaniawiski finaliza:

Desse modo, tutela o direito brasileiro o direito ao segredo das comunicações de qualquer natureza, porém de modo não absoluto, encontrando-se exceções legais ao sigilo absoluto, que se fundam em interesses superiores de combate à criminalidade, quando poderão ser utilizadas as interceptações de comunicações e infiltrações em casos de investigação criminal e de instrução processual penal, que, assegurando um mínimo do direito ao segredo das comunicações do investigado, serão sempre processadas em autos apartados e sob segredo de justiça.[60]

A tutela penal dos direitos da personalidade assim é mais um elemento que vem contribuir para proteção desses direitos pessoais inerentes a pessoa, seja pela criminalização de condutas, seja por medidas administrativas que visam coibir a violação do direito de segredo.

4.2. Tutela Civil do Direito ao Segredo

Ao tratar-se do direito em tela na campo civil é de se notar a vastidão de normas protetora que asseguram a sua inviolabilidade, e se vencida esta, a sua respectiva indenização pela abertura do segredo sem o devido consentimento.

É certo que o destaque esta no campo da responsabilidade civil, todavia não diferente pode ser analisado em outros planos como nos direitos autorais ou industriais. [61]

A lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, que trata do direito autoral, permite em seu artigo 34,[62] a quebra do segredo, ainda que não autorizado pelo remetente (autor), podendo a carta missiva ser juntada para fazer prova em favor do destinatário.

No campo do direito processual civil vale ressaltar o artigo 359, [63] onde há uma ressalva a não apresentação do documento que se infere importante na solução da lide, e que por vezes não foi apresentado, embora alegado pela parte. Tal preceito comina a verdade dos fatos, se não houver a apresentação daquele documento.

No Código Civil a regra mais clara de proteção está estampada no artigo 12, no qual apóia-se o lesado para fazer cessar a ameaça ou lesão ao direito da personalidade, podendo ainda reclamar as perdas e danos decorrente do ato lesivo.

A existência da pessoa e seu desenvolvimento social são fatores essenciais e por isso como bens jurídicos devem ser tutelados enquanto direitos da personalidade. As modalidades apresentadas pela ordem jurídica são diversas, todavia pode-se apontar de forma geral a tutela privada, a tutela indenizatória e a tutela preventiva e atenuante.[64]

O Estado é o detentor do *jus puniendi*, a ele cabe o zelo pela paz social e a justiça em primeiro lugar, todavia é sabido que nos casos de urgência nem sempre o Estado está presente, nessa situação possibilita o particular se utilizar da força para resguardar o seu direito, e a tutela privada.

A legítima defesa é elemento trazido do direito penal para aplicação no direito civil também, pois certas situações onde seja de ordem pessoal ou patrimonial encontram respaldo na lei civil para repelir a injusta agressão com as suas próprias mãos.

Não é diferente quando detectado o dano sofrido, e evidenciado a responsabilidade pelo ato ilícito praticado, deve o mesmo ser reparado pelo ofensor, nesse campo prevalece o artigo 186 do CC. Nesse sentido pode-se afirmar a presença da tutela indenizatória.

Por fim, o artigo 12 do Código Civil, possibilita diante da ofensa a um direito da personalidade que seja requerido junto ao Juiz a cessação daquela violação ocorrida, com isso atenuando os efeitos, ou até mesmo no sentido de proibir qualquer veiculação do fato lesivo, antes mesmo de acontecer.

Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza falando sobre a tutela preventiva e atenuante discorre:

Tal fato jurídico *ilícito* não apenas integra a *ofensa consumada* a que corresponderão providências atenuantes ou restitutivas (*wiederherstellende Unterlassungsanspruche)*, tendentes a atenuar os efeitos da ofensa já cometida, mas também abrange a *mera ameaça* de ofensa que desencadeia providências preventivas (*vorbeugende Ungerlassungsansprüche)*, destinadas a evitar a consumação da ameaça, sem prejuízo de uma ou diversas ofensas consumadas poderem funcionar simultaneamente como ameaça de nova ofensa, caso em que serão cominháveis providências restitutivas e preventivas.[65]

As medidas judiciais e o instrumentos processuais na esfera civil existente são hoje fatores preponderantes e de grande eficácia na proteção dos direitos da personalidade. O respaldo legal em primeiro lugar no sentido de fazer com que o ato lesivo não ocorra, e por fim comina com a sua reparação através de indenização. Todavia, o importe é resguardar a incidência do evento, principalmente quanto se trata de valor íntimo da pessoa, pois esta é tutela fundamental do individuo, a sua intimidade.

4.3. Tutela Administrativa do Direito ao Segredo

A tutela administrativa do direito aos segredo é respaldada nas mais diversas legislações, estando quase sempre presente nos Estatutos e Códigos de Ética dos conselhos de classes, ou em Estatutos das diversas classes de funcionários públicos, municipal, estadual, ou federal. O sigilo é o elemento primordial e a sua violação poderá implicar nas sanções administrativas aos seus violadores, chegando determinados casos a demissão do violador, como nos casos dos servidores públicos.

Os Códigos de Ética e os Estatutos dos conselhos de classes, consoante a gravidade vão de sanções mais simples como a censura, chegando-se a suspensão e podendo até mesmo ocorrer à cassação do exercício profissional.

No caso dos advogados a Lei 8.906/94, Estatuto da Advocacia, regulamenta a profissão, e no inciso VII do artigo 34, [66] constitui infração disciplinar a violação do sigilo profissional. A referida conduta se violada é punida com a pena de censura, na forma do artigo 36[67] do Estatuto.

O Estatuto da Advocacia trouxe para o advogado um direito-dever de manter-se o segredo entre o profissional e o cliente. Direito uma vez que decorre da lei a recusa pelo profissional de revelar fatos de seus constituídos. Já o dever pela relação de confiança estabelecida e que possibilitou a revelação da intimidade, com implicações da eventual revelação na defesa a ser pratica pelo advogado.[68]

As conseqüências trazidas pela tutela administrativa por vezes são maiores que aquelas impostas por meio judicial, por isso, antes mesmo de buscar-se o poder judiciário, a via administrativa é o instrumento para apreciação do caso de violação, e este poderá ser julgado com as aplicações das sanções de imediato ao seu violador.

Todavia, ressalta-se que a esfera administrativa não deve ser vista como único meio de proteção dos direitos da personalidade, pois não se pode afastar do judiciário qualquer lesão ou ameaça. Sendo assim, vencida aquela esfera sem resultados, nada obsta que o ofendido busque o seu respaldo via judicial.

5. CONCLUSÕES

Os vocábulos segredo e sigilo são tidos como sinônimo consoante os dicionários da língua portuguesa. Não o é diferente perante a doutrina quando se trata do direito ao segredo ou sigilo, sendo que representa na sua maioria o fato de não revelar a terceiros atos e fatos da esfera privada que se detém o conhecimento.

No campo teórico surgiram teorias que buscam posicionar o direito ao segredo dentro dos direitos da personalidade, inclusive sob o aspecto da autonomia ou não desse direito.

A teoria das esferas, vindo do direito alemão, está presente em grande parte dos autores que se manifestam sobre o direito ao segredo, enquanto elemento dos direitos da personalidade. Segundo a teoria dos círculos concêntricos o direito ao segredo concentra-se na esfera secreta que tem a sua posição central, seguida pela esfera privada, e por fim, a esfera individual, sendo esta mais ampla que todas.

Há ainda a sustentação teórica que supõe que o direito ao segredo e intimidade são espécies do gênero vida privada. Seja qual for a teoria adotada, existe uma plena compreensão que ao falar em direito ao segredo, a este deve ser aliado o estudo a outros dois elementos essenciais e presentes: a intimidade e vida privada.

O não revelar é o elemento essencial para a manutenção do sigilo, constituindo a revelação conduta criminosa, obviamente quando não autorizada pela pessoa que o detém o segredo, ou aquela a que se refere.

A grande discussão que foi levada ao Supremo Tribunal Federal, referia-se a utilização da prova obtida por meio ilícito, decorrente da quebra do direito ao segredo epistolar, porém vencida qualquer proteção ao direito individual por força de uma proteção maior, o qual seja direito coletividade. Não se pode sob a égide de um direito dar salvaguarda a prática de ilícitos.

O direito ao segredo tem extensões diversas, revelando-se como fator relevante no campo pessoal e no negocial. Embora as mais diversas classificações nesse sentido, pode-se limitar ao sigilo pessoal, sigilo documental, sigilo profissional, e por fim ao sigilo empresarial.

As extensões dão à exata compreensão onde estão presentes o dever do sigilo, e a quem é imposto, razão pela qual a violação implicará nas medidas judiciais no campo civil e penal. Na esfera administrativa também poderão ocorrer sanções àqueles que se encontrem sob a égide de estatutos, códigos de éticas, regimentos etc.

De uma forma geral, todos os direitos da personalidade são tutelados, seja na esfera civil, penal ou administrativa. E como tal o direito ao segredo também, razão pela qual com isso busca-se a preservação da individualidade das pessoas, seja no âmbito privado, ou intimo.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Bancários.** 1.ed., 2.tir. Campinas: Editora Bookseller, 1997.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade: de Acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 6.ed. atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2003.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade: Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995

CAMPOS, Aline França. **Direito ao Resguardo: Imagem e Vida Privada**. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado – v.9, n.1, jan./jun. 2009.

CENEVIVA, Walter. **Segredos Profissionais.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1996.

CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.

DE CUPIS. Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. 1.ed. Campinas: Editora Romana Jurídica, 2004.

DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. 15.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance Fernandes. **Processo Penal Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, Enéas Costa. **Direito Geral da Personalidade no Sistema Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

KEHDI, André Pires de Andrade. **O Sigilo da ação penal – Aspectos gerais**. **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**/coordenação Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça. **Provas Ilícitas Limites à Licitude Probatória**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. v. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MIRABETE, Julio Fabrinni Mirabete. **Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 21. ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 5.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** v. 1: 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(70814.NUME.%20OU%2070814.ACMS.)("CELSO%20DE%20MELLO".NORL.%20OU%20"CELSO%20DE%20MELLO".NORV.%20OU%20"CELSO%20DE%20MELLO".NORA.%20OU%20"CELSO%20DE%20MELLO".ACMS.)(PRIMEIRA.SESS.)&base=baseAcordaos. Acessado em 25/07/2009.

[1] DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. 15.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 758.

[2] Ibidem, p.737.

[3] KEHDI, André Pires de Andrade. **O Sigilo da ação penal – Aspectos gerais**. **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**/coordenação Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 58.

[4] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 5.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 610.

[5] CENEVIVA, Walter. **Segredos Profissionais.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1996, p. 13.

[6] CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 558.

[7] BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 6.ed. atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2003, p. 123.

[8] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 305.

[9] BITTAR, Carlos Alberto. Op.cit. p. 17.

[10] BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. p. 17.

[11] BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. p. 17.

[12] BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. p. 17.

[13] BITTAR, Carlos Alberto. Op.cit.p. 17.

[14] BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. p. 17.

[15] BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. p. 17.

[16] CAMPOS, Aline França. **Direito ao Resguardo: Imagem e Vida Privada**. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado – v.9, n.1, jan./jun. 2009. p. 81-82.

[17] BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade: de Acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 57-70

[18] SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit. p. 289.

[19] SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit. p. 300.

[20] SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit. p. 300.

[21] FERNANDES, Antonio Scarance Fernandes. **Processo Penal Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.106.

[22] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

[23] Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

[24] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. v.VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, §755-5.

[25] Ibidem, § 755-5.

[26] FERNANDES, Antonio Scarance Fernandes. Op. cit. p.85-86.

[27] Ibidem , p.93

[28] Acórdão do Supremo Tribunal Federal. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(70814.NUME.%20OU%2070814.ACMS.)("CELSO%20DE%20MELLO".NORL.%20OU%20"CELSO%20DE%20MELLO".NORV.%20OU%20"CELSO%20DE%20MELLO".NORA.%20OU%20"CELSO%20DE%20MELLO".ACMS.)(PRIMEIRA.SESS.)&base=baseAcordaos. Acessado em 25/07/2009.

[29] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 21. ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 53

[30] MIRANDA, Pontes de. Op.cit. § 755-10.

[31] MIRANDA, Pontes de. Op.cit. § 755-10.

[32] MIRANDA, Pontes de. Op.cit. § 755-10.

[33] BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 6.ed. atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.124.

[34] BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit, p. 124

[35] DE CUPIS. Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. 1.ed. Campinas: Editora Romana Jurídica, 2004, p. 158.

[36] Ibidem, p. 159.

[37] CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade: Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p 316-317.

[38] BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. p. 125

[39] CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. Op. cit. p. 332

[40] DE CUPIS. Adriano. Op. cit. p. 169.

[41] CENEVIVA, Walter. **Segredos Profissionais.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1996, p. 27.

[42] DE CUPIS. Adriano. Op. cit. p. 170.

[43] [43] CENEVIVA, Walter. Op. cit. p. 27.

[44] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 317.

[45] FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 161.

[46] FABIAN, Christoph. Op. cit. p.162

[47] SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit. p. 317

[48] BITTAR, Carlos Alberto. Op.cit p. 125.

[49] CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 558-559.

[50] CIFUENTES, Santos.Op. cit. p. 559.

[51] REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** v. 1: 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 167.

[52] Ibidem, p.168.

[53]ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Bancários.** 1.ed., 2.tir. Campinas: Editora Bookseller, 1997, p. 205.

[54] FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 163.

[55] BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. p. 126.

[56] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 5.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 609.

[57] Ibidem. p 151.

[58]. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 5.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 601.

[59] MIRABETE, Julio Fabrinni Mirabete. **Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 321.

[60] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 313.

[61] BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. p. 126.

[62] Art. 34. As cartas missivas, cuja publicação está condicionada à permissão do autor, poderão ser juntadas como documento de prova em processos administrativos e judiciais.

[63] Código de Processo Civil

Art. 359 - Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar:

I - se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do artigo 357;

II - se a recusa for havida por ilegítima.

[64] BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade: de Acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 57.

[65] CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade: Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 472.

[66] Lei 8.906/94 – Art. 34 [...], VII – violar, sem justa causa , sigilo profissional;

[67] Lei 8.906/94 – Art. 36 A censura é aplicável nos casos de: I – infrações definidas nos incisos I a XVI e XXIX do art. 34;

[68] CENEVIVA, Walter. **Segredos Profissionais.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1996, p. 44.

ANÁLISE COMPARATIVA DO DIREITO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL E EM PORTUGAL*

ANALYSE COMPARATIVE DU DROIT DE LA PERSONNALITÉ DE LA PERSONNE MORALE AU BRÉSIL ET AU PORTUGAL

Natasha Ribeiro Vianna

RESUMO

O objetivo deste trabalho é desenvolver uma breve análise dos direitos da personalidade da pessoa jurídica no Brasil e em Portugal. Para tanto serão abordados, resumida e individualmente, os principais aspectos da matéria em cada um dos países escolhidos a fim de serem apresentadas as informações relevantes para a elaboração de uma síntese comparativa com a finalidade de evidenciar as semelhanças e ressaltar as diferenças do tratamento do tema no Brasil e em Portugal.

A intenção de elaborar uma análise de cunho comparativo se justifica pelo entendimento que os estudos de direito comparado são de grande relevância para o desenvolvimento do direito nacional e compreensão dos sistemas jurídicos estrangeiros.

PALAVRAS-CHAVES: ANÁLISE COMPARATIVA BRASIL E PORTUGAL - DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA

RESUME

L'objectif de ce travail est développer une brève analyse des droits de la personnalité de la personne morale au Brésil et au Portugal. Pour cela, les principaux aspects seront traités en resumé et individuellement dans ces pays choisis, avec le but de présenter les informations pertinentes pour l'élaboration d'une synthèse comparative, pour mettre en évidence les ressemblances et accentuer les différences du traitement du thème au Brésil et au Portugal.

L'intention de élaborer une analyse de caractère comparatif, se justifie pour entendre que, les études de droit comparé donnent beaucoup d'importance au développement du droit national et à compréhension des systèmes juridiques étrangers.

MOT-CLES: ANALYSE COMPARATIVE BRÉSIL ET PORTUGAL - DROITS E LA PERSONNALITÉ DE LA PERSONNE MORALE

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Considerações iniciais

O objetivo deste trabalho é desenvolver uma breve análise dos direitos da personalidade da pessoa jurídica no Brasil e em Portugal. Para tanto serão abordados, resumida e individualmente, os principais aspectos da matéria em cada um dos países escolhidos a fim de serem apresentadas as informações relevantes para a elaboração de uma síntese comparativa com a finalidade de evidenciar as semelhanças e ressaltar as diferenças do tratamento do tema no Brasil e em Portugal.

A intenção de elaborar uma análise de cunho comparativo se justifica pelo entendimento que os estudos de direito comparado são de grande relevância para o desenvolvimento do direito nacional e compreensão dos sistemas jurídicos estrangeiros. [1]

O direito comparado, longe de ser apenas um método/metodologia, é capaz de auxiliar na produção e orientação de conhecimento crítico a respeito do tema em questão, assim como de muitos outros. Isto porque aqui se filia à corrente que enxerga o direito comparado como método e ciência. [2]

Para alcançar o objetivo apresentado, o texto será dividido em três partes, como se verá a seguir.

1. O direito da personalidade da pessoa jurídica no Brasil

É bastante controverso o âmbito de extensão dos direitos da personalidade à pessoa jurídica.

Mais polêmica se torna a questão se lembrarmos que, a pessoa jurídica participou de forma indireta e conseqüente no processo histórico que construiu os direitos da personalidade.

Entretanto, é importante identificar um determinante ponto em comum entre a pessoa jurídica e a pessoa humana: a subjetividade.

E quanto a esse ponto, a doutrina tradicional reconhece que, tanto a pessoa humana quanto a pessoa jurídica são dotadas de subjetividade e assim são sujeitos de direito capazes de serem titulares de situações jurídicas.

É justamente a "ênfase em uma identidade entre duas subjetividades que têm fundamentos diversos tornou logicamente possível estender, por analogia, os direitos da personalidade às pessoas jurídicas."[3]

A dificuldade em definir a aplicabilidade dos direitos da personalidade à pessoa jurídica aumenta quanto maior o grau de semelhança com os aspectos da pessoa

humana, mas obviamente, alguns direitos da personalidade destinam-se apenas a essas como, por exemplo, o direito à integridade psicofísica. [4]

Alexandre F. de Assumpção Alves aponta que coube à doutrina alemã, nas obras dos juristas como Otto von Gierke, Rudolf von Iehring, Köhler, Oertmann, Zietelmann, ao sistematizarem a matéria civil, a formulação da moderna concepção da pessoa jurídica apta a ser aplicada em qualquer ramo do direito, "considerando a existência de sujeitos de direito distintos da pessoa natural e lhes atribuindo a titularidade de direitos subjetivos." [5]

A compreensão da noção moderna da pessoa jurídica é relevante para visualização desta como uma "coletividade humana organizada e estável para fins comuns" dotada de individualidade própria e autônoma diante de seus componentes e apta à prática, em nome próprio, de direitos subjetivos e de deveres. [6]

1.1. Base legal para aplicação dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas

De acordo com a concepção de pessoa jurídica, acima mencionada, resta naturalmente justificável a aplicabilidade dos direitos da personalidade à pessoa jurídica.

As principais bases legais para aplicação dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas são: (**i**) o artigo 5°, incisos X e XII da Constituição Brasileira. [7] O inciso X do artigo 5°, ao se utilizar do substantivo "pessoas", pode ser aplicado às pessoas físicas e jurídicas e; (**ii**) o artigo 52 do Código Civil de 2002. [8]

A recente inovação legislativa para embasar a defesa da aplicabilidade desses direitos às pessoas jurídicas decorre da exegese do mencionado artigo 52 do Código Civil Brasileiro de 2002: **Art. 52**. "Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade."

O artigo supracitado não delimitou especificamente o que "cabe" aplicar às pessoas jurídicas quanto ao direito da personalidade, o que acabou permitindo ao intérprete da lei uma considerável liberdade para tal determinação.

Entretanto, é necessária cautela em tutelar os direitos da personalidade aplicáveis à pessoa jurídica, através da prerrogativa conferida pelo artigo 52 do Código Civil.

É de destaque a posição dos direitos da personalidade na estrutura do direito civil contemporâneo voltado à realização dos valores constitucionais, podendo considerar que tal importância é uma garantia de coerência e democraticidade do sistema de direito civil. [9]

1.2. Espécies de direitos da personalidade aplicáveis às Pessoas Jurídicas

Naturalmente não se pode analisar sobre a mesma ótica, a tutela dos direitos da personalidade das pessoas naturais e a das pessoas jurídicas.

Todavia, aplicam-se às pessoas jurídicas alguns dos institutos dos direitos da personalidade relativos às pessoas naturais, uma vez que aquelas possuem, entre outros, por exemplo, o legítimo interesse em limitar a divulgação de informações relativas à sua produção, assim como relativas às suas negociações empresariais, de maneira a viabilizar a condução de seus negócios conforme a estratégia de atuação de mercado pretendida.

São direitos da personalidade aplicáveis à pessoa jurídica: (i) o direito ao nome, ao título e ao signo figurativo; (ii) o direito à imagem; (iii) direito à honra; (iv) direito à privacidade; (v) o direito moral do inventor; (vi) direito à liberdade de expressão.

Observe-se que a aplicação do direito à privacidade às pessoas jurídicas é um entendimento bastante controverso e pouco desenvolvido na doutrina nacional. É relevante ressaltar que a privacidade, no caso da pessoa jurídica, deve ser entendida restritivamente como a necessidade de ter resguardada a esfera privada de suas atividades comercias, não se confundindo com a *rigth to be alone* (direito de estar só) ou de conotação com vida íntima, típica e de aplicação restrita às pessoas naturais. Aqui se compreende a privacidade como a necessidade de impedir o acesso de terceiros aos domínios da confidencialidade. [10]

1.3. Entendimento jurisprudencial brasileiro

Vale esclarecer, inicialmente, que os exemplos casuísticos selecionados e que serão mencionados a seguir levarão em consideração a estreita relação entre o direito da privacidade e o direito à honra e à imagem pois, no âmbito das pessoas jurídicas, são estes dois últimos que se pretende, comumente, proteger e/ou reparar.

Relevante decisão com relação à questão (apontada no item 1. como uma das maiores dificuldades em relação aos interesses da pessoa jurídica - a semelhança da personalidade dessa com aspectos da personalidade humana), é o Voto do Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar no RESP. 60.033-2 (DJ 27.11.1995, p. 4893) cuja

fundamentação separa a honra subjetiva da objetiva, permitindo às pessoas jurídicas a ofensa apenas relativamente à honra objetiva.

A seguir o principal trecho do Voto do ilustre ministro:

"Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima etc., causadores de dor, humilhação, vexame; a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. Por isso se diz ser a injúria um ataque à honra subjetiva, à dignidade da pessoa, enquanto que a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive. A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, possível de ficar abalada por atos que afetem o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua." [11]

O entendimento do Ministro transcrito acima somado à súmula 227 do STJ, editada em 8 de setembro de 1999, reproduz o do tribunal de que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

Essa compreensão tem função relevante na defesa da livre concorrência e da livre iniciativa "pois a pessoa jurídica corre evidente perigo de sofrer prejuízos dificilmente estimáveis, em relação de abalo no crédito, enfraquecimento da imagem e outros efeitos de ofensas à sua imagem ou honra." [12]

Importante ressaltar que, apesar de reconhecida a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral, relativamente à ofensa à sua imagem ou honra, o prejuízo da mesma é inteiramente diverso do que seria, naturalmente, para pessoa física, por refletir um complexo de relações patrimoniais focadas ao lucro e à eficiência, mas não restrita as mesmas, e é dentro de um ambiente delimitado que deve ser analisado.[13] Por isso, o esclarecimento inicial do presente capítulo quanto à questão do vínculo entre o direito à privacidade e os direitos à honra e à imagem.

Notícia acerca da condenação de indenização à pessoa jurídica por danos morais, relativos à ofensa aos direitos da personalidade, foi veiculada, pelo jornal Gazeta Mercantil, em 25 de março de 2004, e trata do caso de uma empresa de informática que ganhou na Justiça o direito de reparação por nome inserido indevidamente no Serasa, [14] caso relatado a seguir:

Em decisão de 1ª, instância na Justiça estadual do Rio de Janeiro, a empresa de informática MacSys conseguiu o direito de indenização por danos morais. A empresa deverá receber da companhia telefônica a quantia de R$ 7.000,00 (sete mil) em decorrência de um registro indevido nos cadastros de inadimplentes do Serasa. Na sentença prevaleceu o entendimento de que a indenização por danos morais não

necessita da comprovação de conseqüências, "bastando a comprovação do fato causador".

A decisão foi proferida pelo juízo da 13º Vara Cível do Rio de Janeiro, Dra. Ledir Dias de Araújo e confirmada, em julgamento de apelação, pelos desembargadores Rudi Loewenkron e Severiano Aragão, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ).

Para os magistrados, a simples inclusão indevida do nome da empresa em cadastro da restrição ao crédito é suficiente para gerar a obrigação de indenizar. "É hipótese de responsabilidade civil em que não se requer a demonstração do dano moral, que se prova por si mesmo, porque só com a existência do fato ilícito já está demonstrada sua configuração", afirmou a Dra. juíza Ledir Araújo.

O caso é importante porque comprova a possibilidade de uma pessoa jurídica fazer jus a indenizações por danos morais. Na opinião do advogado Eurivaldo Neves Bezerra:

Embora o fim precípuo das pessoas jurídicas seja econômico, elas também possuem interesses considerados extra-patrimoniais e direitos da personalidade, em função da personificação que sofrem em decorrência da lei. Sempre defendemos o reconhecimento do direito do ente personificado ao seu bom nome, à honra, a propriedade industrial, entre outros; pelo fato de que estes não são conferidos única e exclusivamente ao ser humano. O dano moral no caso da pessoa jurídica deriva de fatos como o estresse dos dirigentes, abalos nos créditos da empresa e abalos na imagem. Há ainda mais dolo a uma pessoa jurídica do que a uma pessoa física, porque envolve um número maior de pessoas e um abalo de credibilidade, que pode ter conseqüências irreparáveis.[15]

A empresa autora chegou a receber notificações da Telemar a respeito da possível dívida da companhia referente a contas de telefone não pagas. A linha telefônica a qual remetia-se a cobrança, segundo os advogados da empresa, não apenas jamais tinha sido usada, como não teria, sequer, sido solicitada. Além disso, a linha teria sido liberada sem que a empresa, suposta proprietária, tivesse sido comunicada.

O equívoco, de acordo com os dados do processo, teria sido corrigido, por atuação da empresa em comprovar a inexistência do débito. A defesa da Telemar foi alegar ter agido "em exercício regular de direito ao incluir o nome da autora nos registros do Serasa, afirmando estar a mesma inadimplente em relação a pagamentos referentes a linhas telefônicas por ela utilizadas". Argumentou ainda a inexistência de danos morais, invocando a necessidade de comprovação pela autora da ação de ter sofrido "abalo efetivo em sua esfera comercial ou societária".

Contra a argumentação da ré, a juíza relatou na sentença:

"O cálculo do ressarcimento do dano moral, por sua própria definição, nada tem com os efeitos econômicos dos danos em si. E no mérito, não tem cabimento a alegação, pela ré, de exercício regular de direito, uma vez que não logrou provar nos autos a existência que deu origem ao lançamento do nome da autora no cadastro de inadimplentes do Serasa. Os documentos juntados não expressam claramente serem inverídicas as afirmações da autora. (...) Em sua peça de defesa, a ré admite, ainda, que o débito

relativo à mencionada linha telefônica foi excluído em maio de 2003, sem, no entanto, explicitar o motivo de tal exclusão. Ora, se fosse um débito legítimo não teria sido simplesmente excluído injustificadamente."

No julgamento da apelação foi combatido o argumento da Telemar acerca da necessidade de comprovação de danos econômicos gerados à empresa pela negativação do nome da sociedade, de acordo com o relatório do Des. Rudi Loewenkrau:

"e equivoca a apelante ao afirmar que o cadastro do Serasa é reservado, não divulgado publicamente a terceiros, somente vindo a ser conhecido em caso de indivíduo nele incluso vir a buscar financiamento ou crédito junto às instituições financeiras. O equívoco reside no fato de que tal órgão de proteção ao crédito atende a inúmeras atividades, não se restringindo à bancária (...)

Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado." [16]

Abaixo uma ementa jurisprudencial relativa à indenização por dano moral à pessoa jurídica:

CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - PESSOA JURÍDICA - DANO MORAL.

I - A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial. Cabível a ação de indenização, por dano moral, sofrido por pessoa jurídica, visto que a proteção dos atributos morais da personalidade não está reservada somente às pessoas físicas (Resp nº 60.033-2-MG-DJ de 27.11.95).

II- Recurso conhecido e provido.[17]

Existem ainda situações de mais complexa aferição relativamente às ofensas dos direitos da personalidade, como é o caso da pessoa jurídica que exerce atividade não lucrativa (caso das fundações) ou quando os objetivos da mesma estão relacionados ao interesse comum. Nestes casos deverão ser devidamente ponderados pelo intérprete, a eventualidade de existir afronta aos direitos da personalidade da pessoa física. [18]

2. O direito da personalidade da pessoa jurídica em Portugal

A Constituição da República Portuguesa de 1976, especialmente após as revisões de 1982 e 1989, dá proteção especial e precípua aos direitos da personalidade ao preordenar todo o seu sistema jurídico em função do respeito e do desenvolvimento da dignidade da pessoa humana e, ao explicitar e constitucionalizar diversos direitos da personalidade e, assim, reforçar sua tutela.

Naturalmente é a pessoa humana "o bem supremo" [19] da ordem jurídica portuguesa, assim como, ao menos formalmente, na maioria esmagadora dos sistemas jurídicos existentes. Entretanto, no que concerne expressamente às pessoas jurídicas lhes são garantidos, no artigo 12, n° 2 da Constituição portuguesa - parte I dos "Direitos e deveres fundamentais" - os direitos e deveres compatíveis com a natureza das mesmas. [20]

Tal garantia expressa e de conteúdo indeterminado parece seguir a lógica da estrutura de uma tutela geral do direito da personalidade, como enunciado no n° 1 do artigo 70 do Código Civil Português: "a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral".

Vale apenas esclarecer que a tutela é nomeada "geral" tendo em vista que o artigo do Código Civil, supracitado, não enuncia nem caracteriza os bens essenciais da personalidade humana. [21]

Há divergência na doutrina portuguesa acerca da aplicação de um direito "geral" da personalidade das pessoas coletivas, sobre a questão, vale transcrever as palavras de Capelo de Souza:

"Ou seja, poderá falar-se, "stricto sensu" e como que numa segunda escolha, de direito "geral" de personalidade das pessoas coletivas para significar que a elas não pertencem apenas os direitos especiais de personalidade expressamente previstos na lei mas também de conteúdos devidamente adaptados do direito geral de personalidade das pessoas singulares, não inseparáveis destas e que se mostrem necessários ou convenientes à prossecução dos fins das pessoas coletivas."[22]

Já Pedro Pais de Vasconcelos considera que este alargamento é "um equívoco positivista que nasce da errada equiparação e confusão entre as pessoas singulares e as pessoas coletivas num macro conceitual geral-abstracto de personalidade jurídica." [23]O autor prossegue sua defesa afirmando que a tutela dos direitos da personalidade das pessoas coletivas nunca poderá ser concedida de forma direta, mas apenas por analogia e com consciência de que o sentido jurídico é completamente diferente "nos verdadeiros direitos da personalidade, de que são titulares pessoas humana (singulares) e direitos subjetivos análogos na titularidade de pessoas coletivas."[24]

Há ainda os que se manifestam totalmente contrários à aplicação dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, como António de Menezes Cordeiro que considera uma verdadeira "distorção da figura", por compreender que tais direitos foram histórica e dogmaticamente pensados para tutelar os seres humanos. [25]

2.1. Base legal para aplicação dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas

Diferentemente do mencionado no item anterior com relação à pessoa humana, a tutela do direito da personalidade das pessoas coletivas[26] não é de caráter geral e decorre, especialmente, da contraposição dos artigos 67 [27] e 160, n° 1 e n° 2 do Código Civil, este último artigo de interesse particular.

O artigo 160 n° 1 enuncia que "a capacidade das pessoas coletivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins" com exceção expressa no número seguinte daqueles "direitos e obrigações vedados por lei ou que sejam inseparáveis da personalidade singular."

Assim, resta excluído do rol de proteção das pessoas jurídicas "quaisquer bens integrantes do direito geral de personalidade que sejam inseparáveis da personalidade humana" [28], como, por exemplo, o direito à vida, a integridade corporal entre outros.

Entretanto, por força do artigo 160 n° 1 é necessário reconhecer às pessoas coletivas, uma vez que titulares de direitos e obrigações constitucionalmente protegidos (art. 12, n° 2) alguns dos direitos que se coadunem com a sua natureza particular, suas características específicas, seus interesses merecedores de proteção jurídica.

São, resumidamente, as principais bases legais para aplicação dos direitos da personalidade às pessoas coletivas: os artigos 12, n° 2 e; o artigo 37, n° 4 da Constituição portuguesa [29]; os artigos 70, n° 2, [30] 160 n° 1 e n° 2 e 484 do Código Civil português.

A seguir serão esclarecidas as espécies de direitos que se coaduna com os preceitos legais citados.

2.2. Espécies de direitos da personalidade aplicáveis às Pessoas Jurídicas

O autor Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, em sua tese de doutorado "O Direito Geral da Personalidade" [31] afirma que é garantido às pessoas coletivas: (i) o direito à identidade pessoal que engloba o direito: (i.i) ao nome e a (i.ii) outros sinais jurídicos cognitivos e distintivos; (ii) direito à honra; (iii) ao decoro; (iv) ao bom nome e; (v) ao crédito e, ainda que analogicamente, as pessoas coletivas possuem também: o (v) direito ao sigilo: de correspondências, de particularidades da organização, de funcionamento e de *know - how*. São também direitos das pessoas coletivas: (vi) a liberdade de ação consentânea com os seus fins estatutários; (vii) a liberdade de expressão do seu pensamento coletivo; (viii) a liberdade de imprensa; (ix) de antena e de resposta; (x) de reunião e; (xi) de liberdade de associação.

Nas palavras do mesmo autor:

"Por tudo isso, sempre que estejam em causa bens juscivilisticamente tutelados, as pessoas coletivas ilicitamente ofendidas podem exigir indemnização civil, v.g., por danos não patrimoniais, e requerer as providências constantes do artigo 70.°, n° 2, do Código Civil." [32]

2.3. Entendimento jurisprudencial

Apesar das divergências doutrinárias, especialmente quanto à aplicabilidade de um "direito geral" da personalidade às pessoas jurídicas, a jurisprudência portuguesa tem entendido serem aplicáveis a elas aquelas espécies de direitos elencadas no item anterior.

Alguns exemplos de importante posicionamento jurisprudencial é o assento do Supremo Tribunal de Justiça de 24/2/60 (BMJ 94.°; 107) que estabelecera que "as pessoas coletivas podem ser sujeito passivo nos crimes de difamação e injúria", no mesmo sentido são os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 27/6/84 (CJ 1984, 3, 211) e de 27/3/85 (CJ 1985, 2, 160).

O Tribunal da Relação de Coimbra em acórdão de 10/5/78, se posiciona claramente no sentido de que as pessoas coletivas podem sofrer danos não patrimoniais.

3. Síntese comparativa

As bases legais selecionadas para o estudo comparativo aqui desenvolvido restringiram-se ao âmbito constitucional e civil. Contudo o tema encontra respaldo legal também no âmbito administrativo, penal e processual civil e penal.

Vale esclarecer que, em função do objetivo de desenvolver uma breve análise dos direitos da personalidade da pessoa jurídica, a síntese comparativa que conclui o presente texto é parcial e concernente apenas aos aspectos aqui destacados.

A análise das informações apresentadas nos permite chegar a algumas conclusões, ainda que parciais, uma vez que, no direito comparado essas dificilmente são definitivas, pois por mais apurada que seja a pesquisa, o cotejamento é feito com um sistema estrangeiro, um "terreno" que não se domina na totalidade.

Foram selecionadas como variáveis para a comparação dos dois sistemas: amplitude de proteção; as fontes e as formas de proteção dos direitos da personalidade das pessoas jurídicas.

Diante das variáveis selecionadas, é possível concluir que os dois sistemas guardam semelhanças e diferenças. Serão enfatizadas, nesta síntese, as diferenças por serem mais elucidativas.

Quanto à fonte legal de proteção, podemos ressaltar que o tema possui respaldo constitucional nos dois sistemas. Entretanto, neste ponto, existe uma diferença relevante: a proteção conferida às pessoas jurídicas no Brasil é decorrência da aplicação, por analogia às pessoas naturais, dos incisos X e XII do artigo 5° da Constituição brasileira, enquanto que, em Portugal, o artigo 12 n° 2, se refere expressamente às pessoas coletivas.

Ainda relativa à mesma variável, da análise da redação dos artigos dos respectivos códigos civis, podemos perceber que há uma distinção apenas de redação e as conseqüências interpretativas em muito se assemelham. O artigo 52 do Código Civil brasileiro optou pela adoção de uma cláusula geral mais aberta, que não especifica e não faz nenhuma restrição expressa às espécies de direitos da personalidade que possuem as pessoas jurídicas, se limitando à utilização da expressão "no que couber".

Já o legislador civil português optou por restringir a aplicação às pessoas coletivas dos direitos da personalidade que sejam "compatíveis" [33] com sua natureza.

Com relação à amplitude da proteção parece que, ao menos doutrinariamente, existe uma discussão mais voltada ao tema em Portugal, onde se debate, inclusive, a questão da existência ou não de um direito geral da personalidade da pessoa jurídica, conforme exposto no item 2.

Pelo fato dos dois países selecionados fazerem parte do mesmo sistema romano-germânico, a forma de tutelar os direitos, tema do presente trabalho, encontra respaldo tanto legal como jurisprudencial em ambos. Mas, a maior diferença que se nota da análise dos julgados é que, em Portugal se admite, em grande escala, que a pessoa coletiva possa ser sujeito passivo nos crimes de injúria e difamação.Na jurisprudência brasileira é muito controverso, por predominar o entendimento que distingue na pessoa jurídica a honra subjetiva (inerente apenas às pessoas físicas) da honra objetiva e que,

de acordo com esta compreensão, sendo a pessoa jurídica uma criação da ordem legal, ela não possui, naturalmente, "a capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria". [34]

Observações finais

O exame dos dois sistemas jurídicos revela que, embora eles guardem muitas semelhanças em virtude do passado de colonização, da adoção do mesmo idioma, da grande influência exercida no direito brasileiro pelo direito português e pela nítida recepção de direitos,[35] quanto à matéria analisada, tais sistemas possuem distinções de conseqüências significativas que, uma vez elucidadas, podem despertar maior interesse por parte dos doutrinadores nacionais para fomentar os estudos que, no tocante ao tema em questão, ainda são muito tímidos. Tal objetivo de desenvolvimento do direito pátrio pode ser considerado como uma das grandes contribuições que se viabilizam através do direito comparado.

Bibliografia

AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ANCEL, Marc. *Utilité et methodes du droit compare. Eléments d' introduction générale à l'étude comparative des droits. Neuchatel: Éditions ides et Calendes*, 1971.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da Personalidade*. 7ª ed., revista e atualizada com o novo Código Civil por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CAPELO DE SOUZA, V.A Rabindranath. *O Direito Geral da Personalidade.* Coimbra Editora, 1995.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Direito Comparado: introdução ao direito comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORDEIRO, António Menezes de in *Tratado de Direito Civil Português*, I, III Coimbra: Editora Almedina 2004.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende - Campinas: Romana, 2004.

DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no novo Código Civil, in* Gustavo Tepedino. *A parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva *et.al. O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale.* São Paulo: LTr, 2003.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial* 1° volume, 26 ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina o direito comparado, a Constituição de 1988 e o código civil de 2002, 2ª ed. rev., .atu. e amp..* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. *Considerações sobre o Direito à Intimidade das Pessoas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra, *O Papel do Direito Comparado na Globalização*, in: Revista Direito, Estado e Sociedade, n° 16 - jan/jul 2000, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica - Departamento de Direito

_____. *Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado, in:* Revista Direito Estado e Sociedade, n° 14 - jan/jul 1999. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica - Departamento de Direito.

TEPEDINO, Gustavo (Coordenador) *et al. A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na perspectiva Civil - Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*, Coimbra: Editora Almedina, 2006.

---

[1] Neste sentido vide o artigo da professora Ana Lucia de Lyra Tavares, *Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado, in:* Revista Direito Estado e Sociedade, n° 14 - jan/jul 1999. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica - Departamento de Direito, p.89.

[2] Nas palavras de Leontin-Jean Constantinesco *in Tratado de Direito Comparado: introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p 324: "O Direito comparado é uma ciência na medida em que, com o emprego do método, faz compreender as efetivas relações entre as ordens jurídicas e, através disso, descobre uma parte da sua real natureza".

[3] Danilo Doneda. *Os direitos da personalidade no novo Código Civil, in* Gustavo Tepedino. *A parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002, p.53.

[4] Ibid., p. 54.

[5] Alexandre Ferreira de Assumpção Alves. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998. p. 29.

[6] Ibid., p.29.

[7] Art. 5ª: "**X** - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;" e "**XII** - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução de processual penal;"

[8] Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

[9] Danilo Doneda, Op. cit., p. 57.

[10] Carlos Alberto Bittar *in Os direitos da personalidade.* 7ª ed., revista e atualizada com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 114, também se manifesta em sentido favorável à aplicação do direito à privacidade às pessoas jurídicas.

A opção adotada no presente trabalho é pela aplicação às pessoas jurídica da proteção do direito à privacidade, entendimento este consonante com os doutrinadores pátrios como, Carlos Alberto Bittar, Edson Ferreira, Elimar Szaniawski, Vânia Aieta.

[11] STJ. RESP 60.033-2 (DJ 27.11.1995, p. 40893)

[12] Danilo Doneda, Op. Cit., p. 55.

[13] Ibid., p. 56.

[14] (Apl. Cível. 2003.001.34726/ 17ª Câmara Cível)

[15] Gazeta Mercantil, edição de 25.03.04, seção Legislação e Jurisprudência - Rio, p. 1.

[16] Gazeta Mercantil, Cristiane Crelier, edição do 25 de março de 2004.

[17] (RESP 147702/MA, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 21.11.1997, DJ 05.04.1999 p. 125).

[18] Danilo Doneda, Op. Cit., p. 55. 56.

[19] Rabindranath V. A. Capelo de Sousa i*n O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 94.

[20] O art. 12, n° 2 da Constituição portuguesa: "As pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza."

[21] Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, Op. Cit., p. 115.

[22] Ibid., p. 601.

[23] Pedro Pais de Vasconcelos in *Direito de Personalidade,* Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 123.

[24] Idem.

[25] António Menezes de Cordeiro in *Tratado de Direito Civil Português*, I, III Coimbra: Editora Almedina 2004, p.103-106.

[26] "Pessoas coletivas" é a designação no sistema português para as nossas "pessoas jurídicas".

[27] O artigo 67 do Código Civil português trata da capacidade jurídica das pessoas singulares: Art. 67 "As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário, nisto consiste a sua capacidade jurídica;"

[28] Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, Op. Cit., p.595.

[29] Artigo 37, n° 4 da Constituição portuguesa: "A todas as pessoas, singulares ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de retificação, bem como o direito a indenização pelos danos sofridos."

[30] Art. 70, n° 2 do Código Civil português: "Independentemente da responsabilidade civil que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida."

[31] Vide nota de rodapé 21.

[32] Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, Op. Cit., p.599.

[33] Vocábulo utilizado na redação do art. 160, n° 2 do Código Civil português.

[34] Conforme o voto do Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar no RESP. 60.033-2 (DJ 27.11.1995, p. 4893), p. 7 deste artigo.

[35] Neste sentido vide também o artigo da professora Ana Lucia de Lyra Tavares, *Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado, in:* Revista Direito Estado e Sociedade, n° 14 - jan/jul 1999. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica - Departamento de Direito, p.90.

DIREITO AO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NAS PROPRIEDADES AGRÁRIAS*

RIGHT TO ECOLOGICALLY BALANCED ENVIRONMENT IN AGRICULTURAL PROPERTIES

Paulo Sergio Vianna

RESUMO

As propriedades agrárias, em cumprimento a função socioambiental, requisito da função social da propriedade, devem obedecer aos institutos reserva florestal legal e áreas de preservação permanente, que têm a incumbência de garantir à preservação do ambiente ecologicamente equilibrado.
Preservação essencial à existência dos corredores da biodiversidade, fundamentais à salvaguarda das diversas espécies da fauna e flora, além da conservação da qualidade do solo, água e manutenção paisagens naturais e demais bens ambientais.
Embora essenciais, a adoção dos institutos de forma cumulada, oneram a atividade dos produtores rurais, fazendo com que em alguns casos, os mesmos tenham grande parte da propriedade indisponível, acarretando em resistência ao cumprimento da obrigação.
O ônus da implantação dos mecanismos para conservação do ambiente ecologicamente equilibrado recai excepcionalmente sobre o produtor, colocando-o em dificuldades, apesar de dispor o Magno texto em seu art. 225 ser um direito e obrigação de todos.
Busca-se apresentar o problema que está lesando a coletividade, com o descumprimento da função socioambiental pelos produtores, o que fere o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, como também, encontrar uma medida para conciliar ao binômio "produzir alimentos" e "preservação ao ambiente ecologicamente equilibrado", essenciais à vida com dignidade.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO AMBIENTAL, DIREITOS DA PERSONALIDADE, PROPRIEDADE AGRÁRIA, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

ABSTRACT

The agrarian properties, in compliance with the environmental function, requirement of the social function of property, must comply with the institutes legal forest reserve and permanent preservation areas, which have the task of ensuring the conservation of ecologically balanced environment.
Preservation essential to the existence of biodiversity corridors, the fundamental safeguard of the various species of fauna and flora, as well as preserving the quality of soil, water and maintaining natural landscapes and other environmental assets.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Although essential, the adoption of a cumulative institutions which affect the activity of farmers, causing in some cases, they have much of the property available, resulting in resistance to the obligation.
The burden of implementation mechanisms for the conservation of ecologically balanced environment rests uniquely on the producer, putting him in trouble, despite having the grand text in their art. 225 is a right and obligation of all.
First presents the problem that is harming the community, with the function of environmental compliance by producers, which violates the right to an ecologically balanced environment, but also find a measure to reconcile the concepts "food production" and "preserving the environment ecologically balanced "essential to life with dignity.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL LAW, HUMAN PERSONALITY, PROPERTY AGRARIAN SOCIAL FUNCTION OF THE PROPERTY.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo do desenvolvimento da humanidade, a propriedade agrária manifesta-se como uma forma de expressão de poder, riqueza e fixação do ser humano, uma fonte de riquezas, garantidora da subsistência e da qualidade de vida que, hodiernamente, além de fonte de riquezas e alimentos é incumbida de realizar uma importante tarefa, a função socioambiental.

Mister faz-se acompanhar a evolução do instituto, a exploração inconsciente e desenfreada dos recursos naturais, conseqüência do crescimento do consumo em massa, provocado pelo aumento da população mundial, acarretando em necessidade de desenvolvimento e aumento de produção.

Desenvolvimento este, totalmente insustentável, que culminou em danos, que hoje vemos irrecuperáveis, causados, pela exploração, sem o necessário manejo, principalmente, quanto ao aspecto da sustentabilidade da biodiversidade existente nas propriedades agrárias, que provocou supressão das florestas, poluição das águas, assoreamento de rios, além de outros desequilíbrios ambientais.

No âmbito internacional, inúmeras iniciativas foram e continuam sendo entabuladas, como a Conferência de Estocolmo em 1972, a Rio Eco-92, o Tratado de Kyoto em 1997, entre outros, objetivando a preservação do ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações.

Assim, embora se tenha a sensação de que muito pouco vem sendo feito, ou de que talvez, pelo ritmo das mudanças, algumas cheguem tarde demais, demonstra-se em eventos internacionais grande preocupação, em especial, visando à preservação do ambiente ecologicamente equilibrado, como forma de possibilitar ao ser humano, uma vida com dignidade e o pleno exercício dos seus direitos da personalidade.

Tratar-se-á no presente estudo, uma analise da preservação ao ambiente ecologicamente equilibrado nas propriedades agrárias, incumbida de produzir alimentos, que, também para cumprir sua função social, devem ao mesmo tempo cumprir três requisitos, a função ambiental, econômica e social.

A função sócio-ambiental, requisito da função social da propriedade, nos empreendimentos agrários, tutela os institutos Reserva Florestal Legal e Áreas de Preservação Permanente, sendo o suporte fático à preservação do ambiente ecologicamente equilibrado nas propriedades agrárias.

Os referidos institutos, embora imprescindíveis e referenciais, quando se busca formas de preservação, manutenção, e defesa de recursos e do meio ambiente, onera-se a atividade dos produtores rurais, fazendo com que em alguns casos, grande parte da propriedade fique indisponível à exploração econômica, acarretando em resistência ao cumprimento da obrigação ambiental.

Assim, buscar-se-á demonstrar a necessidade da preservação da biodiversidade nas propriedades agrárias para garantir o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, às presentes e às futuras gerações, com adoção de medidas que incentivem e viabilizem ao sucesso do instituto.

Neste diapasão, como dito alhures, sob o prisma dos direitos da personalidade, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, carece de atenção das autoridades, para que o tema seja discutido e medidas auto-sustentáveis sejam implementadas, em benefício da coletividade.

2. PROPRIEDADE AGRÁRIA

2.1. BREVE HISTÓRICO SOBRE A PROPRIEDADE AGRÁRIA

Instituições como a propriedade, a religião e a família, desde a mais remota antiguidade, encontram-se solidamente estabelecidas, fazendo parte da história das civilizações, assim, abordada por Aroldo Moreira:

[...] na história de todas as civilizações e dos sistemas político-jurídicos de todos os tempos, o papel atribuído à propriedade tem sido relevante, quer quando reflete direito subjetivo, quer como fator de relação dos interesses das sociedades, organizadas ou primitivas, quer sobretudo, como fonte de riqueza para satisfação de necessidades vitais. [1]

Corrobora esta informação a expressão abaixo descrita por Darcy Bessone:

[...] a propriedade é um dos institutos primeiros do homem e dos seres em geral que, num primeiro momento, levados por necessidades biológicas, buscaram apropriar-se de coisas que lhe garantissem a subsistência, de modo natural. [2]

Entretanto, como narra Sílvio de Salvo Venosa, havia a disposição de propriedade sobre coisas móveis, os bens imóveis eram tidos como da coletividade, o que se descreve a seguir:

[...] somente existiam propriedades para as coisas móveis, exclusivamente para objetos de uso pessoal, tais como peças de vestuário, utensílios de caça e pesca. O solo pertencia a toda coletividade, todos os membros da tribo, da família, não havendo o sentido de senhoria, de poder de determinada pessoa.[3]

Nos primórdios da civilização, o uso e a posse da terra era tida apenas como fonte primária de alimentos, ocupada de maneira coletiva apresentando-se nos termos de Antonino Moura Borges, *conditio sine qua non* de sobrevivência e preservação da espécie. [4]

Silvio Rodrigues destaca que a propriedade, raramente deixou de existir e que a sociedade evolui constantemente, assim, a propriedade privada vai seguindo a mesma linha, e destacando ainda, a cautela para participação do Estado neste processo:

A preocupação de ordem prática consiste em que, sustentando ser a propriedade inerente à natureza do homem, retira-se da competência do legislador o poder de abolí-la, já que, admitida tal concepção, será não só inútil como, igualmente, perigoso suprimir a propriedade privada, pois não se contraria impunemente a lei da natureza. [5]

O direito à propriedade historicamente sofreu inúmeras alterações, o que é necessário ser observado, para que se possa compreender hodiernamente, o instituto, seus atributos e os conseqüentes direitos e obrigações que dele se originam.

Deslumbra-se que a noção de propriedade individual, segundo algumas fontes, data da Lei das XII Tábuas, onde o indivíduo recebia uma porção de terra para que cultivasse, todavia, logo após a colheita, essa terra voltava a ser de propriedade coletiva.[6]

O Código de Hamurabi, em aproximadamente, 1792 a.C, previa em suas leis, previsões normativas de altíssima relevância jurídica, como, regras sobre a propriedade, sua manutenção, sucessão, prevendo também, sanções para o caso de desrespeito à mesma.[7]

Na era romana, como relata Maria Helena Diniz:

“[...] preponderava um sentido individualista de propriedade, apesar de ter havido duas formas de propriedade coletiva: a da gens e a da família. Nos primórdios da cultura romana a propriedade era da cidade ou gens, possuindo cada indivíduo uma restrita porção de (1/2 hectare), e só eram alienáveis os bens móveis. Com o desaparecimento dessa propriedade coletiva da cidade, sobreveio a da família, que, paulatinamente, foi sendo aniquilada ante o crescente fortalecimento da autoridade do *parter familias*. A propriedade coletiva foi dando lugar à privada, [...] propriedade individual nos moldes capitalistas.[8]

Na trilhar da evolução à contemporaneidade, Sílvio de Salvo Venosa, esclarece que:

[...] o curso da história encarrega-se de modificar, sem alterar na substância, essa natureza. Da época em que o homem primitivo se apropria de bens e utensílios para a caça e pesca, passando por sua fixação permanente no solo, até a concepção individual e social, cada momento histórico teve sua própria axiologia a respeito da propriedade. [9]

Washington de Barros Monteiro vislumbra a propriedade sob a ótica privada, entretanto, com as restrições, como a seguir declinado:

[...] o modo pelo qual tratam as nações o direito de propriedade constitui a pedra de toque de seu regime político. Nos países do ocidente, nos países de direito latino, germânico e anglo-saxônico, subsiste a propriedade privada, embora sujeita a determinadas restrições, porque se entende que ela estimula o trabalho e as faculdades do indivíduo, fomentando a produção de novas riquezas. [10]

Debruça ainda o mesmo autor, no aspecto de que na era contemporânea, defrontam-se duas ideologias: o individualismo econômico e o fundamento da organização comunista, em que o primeiro, preconiza a conservação do direito de propriedade, admitindo o instituto da reforma social desde que respeitados o direito de propriedade. Já o segundo, rege pela sua supressão, mesmo que para isso, seja necessário o uso da violência. [11]

O exercício de poderes sobre a propriedade privada sempre foi uma constante no processo evolutivo da sociedade, desde as comunidades mais antigas e organizadas, entretanto, para que esta convivência fosse saudável e administrável, mister faz-se a intervenção do Estado.[12]

Diante da necessidade de uma definição sobre propriedade, após o século XVIII, o Código de Napoleão, traça a conhecida concepção: “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos.”, que mais tarde vem a perder forças, diante da busca de um sentido social na propriedade. [13]

Eroulths Cortiano Junior afirma que o Código de Napoleão além da fixação em termos legais, o nascimento da propriedade moderna, vai colocá-la como um modelo extensível a toda sociedade organizada nos limites da atividade “mercantil/capitalista”.[14]

A regulamentação legal, conforme narra Arnoldo Wald, teve grande avanço, posto que o liberalismo do século XIX reconheceu amplamente os poderes do proprietário, só admitindo excepcionalmente a intervenção do estado na propriedade alheia.[15]

Até os dias atuais, tais conceitos prevalecem, conferindo a propriedade, como mensura Priscila Ferreira Blanc, os adjetivos de absoluta, exclusiva e perpétua. [16]

José Carlos de Moraes Salles, além disso, reconhece o direito natural, ao homem, a posse e o gozo de suas energias físicas e intelectuais. O direito de propriedade deve, portanto, estender-se a tudo quanto sua atividade lhe permitia adquirir. [17]

A propriedade agrária faz parte da vida de seu proprietário ou possuidor e em muitas situações representa a trajetória deste, sendo uma emanação de sua psique, uma forma de materialização dos seus sentimentos, um prolongamento de suas idéias e expressão

do seu trabalho, enfim, uma conquista, que lhe compõem a personalidade, protegida, como prevê o caput do artigo 5º da Constituição Federal, um direito fundamental, conseqüentemente, um direito da personalidade.

2.2. CONCEITO DE PROPRIEDADE AGRÁRIA

Primeiramente, para melhor elucidação do tema, o que se trata de uma difícil incumbência, cabe expor o significado da expressão propriedade, aclarada por Priscila Ferreira Blanc do modo a seguir:

Do latim proprietas, de próprias (particular, peculiar, próprio), genericamente designa a qualidade que é inseparável de uma coisa, ou que a ela pertence em caráter permanente. Na linguagem jurídica, em sentido comum, propriedade, sem fugir ao sentido originário, é a condição em que se encontra a coisa, que pertence em caráter próprio e exclusivo a determinada pessoa. É, assim, a pertinência exclusiva da coisa, atribuída a pessoa. [18]

Aos olhos de Washington de Barros Monteiro, a propriedade:

[...] é a parte nuclear ou central dos demais direitos reais, que pressupõem, necessariamente, o direito de propriedade, do qual são modificações ou limitações, ao passo que o direito de propriedade pode existir independentemente de outro direito real em particular. [19]

Aroldo Wald cita ser o direito perpétuo de usar, gozar e dispor de determinado bem, excluindo todos os terceiros de qualquer ingerência deste. [20]

Conforme bem elucida Caio Mário da Silva Pereira:

[...] o nosso Código Civil não dá uma definição de propriedade, preferindo enunciar os poderes do proprietário (art. 1228): “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.[21]

Nas palavras de Washington de Barros Monteiro, os elementos constitutivos da propriedade são:

O direito de usar compreende o de exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterar-lhe a substância. O direito de gozar consiste em fazer frutificar a coisa e auferir-lhe os produtos. O direito de dispor, o mais importante dos três, consiste no poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la ao serviço de outrem.[22]

A propriedade com o advento da Revolução Francesa, na pujança do século XVIII, aboliu os privilégios da nobreza sobre o instituto da propriedade, dando guarida ao “conceito romanista de propriedade exclusiva”, de único titular, garantindo ao instituto tutela no direito civil, ”direito à utilização econômica da coisa, garantindo-se ao seu titular a mais ampla liberdade, dentro dos limites da regulamentação legal.” [23]

É a propriedade um dos mais importantes institutos do direito civil, consagrada[24] na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada na França, em 26 de agosto de 1789.

Assim, sobretudo com o reconhecimento do direito de propriedade como uma forma de manifestação do homem, onde, o exercício dos poderes de usar, gozar e fluir da coisa, é uma forma de existência digna, um direito fundamental, expressão do prolongamento da *psique* humana e, neste diapasão um direito da personalidade.

2.3. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE AGRÁRIA

A propriedade agrária no Brasil tem o cunho de produzir riquezas e alimentos, fomentando o agronegócio, amparado pelo Art. 5º[25], XXII da CF, combinado com o Art. 1228[26] do Código Civil Brasileiro, entretanto, respeitando às limitações à exploração impostas pela lei, como dispõe o §1º[27] do Art. 1228 do CCB, em alguns casos, podem inviabilizar a exploração econômica de um imóvel agrário.

O Estado intervém na relação de propriedade, visando o interesse coletivo, como ensina Luís Carlos da Silva de Moraes:

No Direito Público, atos que, criados e exercidos por meio de coação legal, atingem direito individual. É inerente à atividade estatal a preservação do interesse público em razão do privado, mas nunca utilizar-se daquele para a supressão unilateral deste. A própria estrutura da CF contrapõe a esta idéia, dando-nos a concepção de que o poder estatal, em tese ilimitado, será limitado todas as vezes que atingir direitos e garantias individuais.[28]

No mesmo sentido Maria Helena Diniz:

Em consonância com o comando constitucional, o Código Civil, no art. 1228. §§1º a 5º afasta o individualismo, coibindo o uso abusivo da propriedade, que deve ser utilizada para o bem comum. Condicionada está à convivência ao interesse coletivo, visto que a propriedade passa a ter função social, não mais girando em torno dos interesses individuais do seu titular. [29]

Com o desenvolvimento do direito de propriedade, houve uma diminuição dos poderes do proprietário e um conseqüente aumento às restrições na sua exploração, como forma de tornar a propriedade em sua fração abundante em biodiversidade, como objeto de interesse coletivo, ou seja, primeiramente propicia-se o bem estar geral, deixando de ser concebida por seu poder econômico ou produtivo, passando a ser visto como bem de vocação ecológica, cuja preservação e destinação possui valor inestimável, para esta, e futuras gerações, desta feita, ressalta Silvio Rodrigues:

São tão profundas as transformações que experimentou a propriedade privada que novas concepções surgiram procurando explicar sua natureza. [...] a propriedade não é um direito subjetivo do proprietário, mas a função social do detentor da riqueza. Assim sendo, deve ele gerir a coisa, tendo em vista o seu melhor rendimento e no interesse de todos. No Brasil é inegável a repercussão de tais tendências, pois, entre outras regras, o legislador constitucional determinou que o uso da propriedade fosse condicionado ao bem estar social. [30]

Acrescenta Roberto Wagner Marquesi que:

O exame do direito de propriedade hoje não se pode fazer sob a perspectiva do Direito Privado apenas. Relegado à história jurídica o caráter estritamente individual do domínio, que caracterizou o instituto desde a sua gênese até as teorias de humanização do século XIX, os interesses coletivos não devem ser decurados na pesquisa do instituto, cuja vocação, cada dia mais se compreende, reside no justo equacionamento entre os interesses do proprietário e os anseios da sociedade. [31]

Hodiernamente, com o advento da Constituição Federal de 1988, não se pode falar no exercício do direito de propriedade, sem que se conjugue sua relação com as obrigações no que tange à função social, econômica e ambiental, prezando assegurar e atender os seus requisitos constitucionais.

Entretanto, a função social da propriedade, como aduz o inciso IV, do Art. 186 da Constituição Federal, deve ter a "exploração que favoreça ao bem estar dos proprietários e dos trabalhadores", assim, como problematizado em relação à questão ambiental, não se pode esquecer-se dos trabalhadores e do proprietário do imóvel agrário.

O Estatuto da Terra, disposto na Lei nº. 4.504/64 veio com o propósito de regular os direitos e obrigações concernentes aos imóveis rurais, para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola, assim, a propriedade rural deve obedecer e atender aos requisitos de sua função social[32].

Maria Helena Diniz, concernente às limitações ao direito de propriedade rural advindas com o Estatuto da Terra, comenta que:

Introduziu uma série de inovações que visam melhor aproveitamento às terras, procurando distribuí-las de molde a atender aos princípios da justiça social e ao aumento de sua produtividade. Criando, dessa maneira, limitações ao direito de propriedade, não só ao extinguir, de modo gradativo, as formas de ocupação e exploração da terra contrárias à sua função social. [33]

O Art. 186 da Constituição Federal disciplina como ápice, em termos de norma, as mesmas exigências trazendo às propriedades rurais, o Estatuto da Terra, da mesma forma impõe o cumprimento simultâneo dos critérios legais para que a função social seja cumprida.

O que expõe em sua obra Silvia C. B. Opitz:

A propriedade deve cumprir sua função econômico-social (como dizem os arts. 170, III, e 184 da Constituição de 1988 e art. 2º do ET), sob pena de ser desapropriada, porque é de interesse social o aproveitamento de toda a propriedade rural improdutiva ou explorada sem manter os níveis satisfatórios de produtividade. [34]

Como se pode observar, a propriedade rural deve amoldar-se ao atendimento integral da função social, favorecendo assim, o bem estar coletivo, que engloba proprietário, trabalhadores e suas famílias e, sendo produtiva, conservando também, a biodiversidade, e respeitar as relações de trabalho envolvidas na exploração, enfim, a

par do direito de propriedade há o cumprimento de sua função social, cuja exploração deve atender a toda coletividade.

No tocante ao exposto, Roberto Wagner Marquesi dispõe que:

O princípio da função social como um objeto a ser perseguido pelo proprietário, no sentido do justo equacionamento entre seus interesses pessoais e os anseios da coletividade, cujo equilíbrio é previamente traçado pelo ordenamento jurídico, é correto o entendimento de que o direito de propriedade, hoje, sem deixar o *situs* natural, que é o Direito Civil, reveste-se de contornos de direito público, segundo os postulados de ordem econômica. [35]

Para alimentar às pessoas, necessária se faz a produção de grãos, através da exploração nas propriedades agrárias, porém, deve-se evitar a degradação dos recursos naturais, como também, a ociosidade das terras, deve-se primar pelo equilíbrio nesta relação.

Mister faz-se a fixação de critérios, que dê equilíbrio e sustentação à propriedade como direito fundamental e da personalidade, visando aos anseios sociais, quais sejam, econômico, humano e ambiental, aos direitos da personalidade do produtor agrário, que dependem da exploração da mesma para sobreviver e garantir dignidade à sua família.

Ao atender às exigências cumuladas de manter as áreas de Reserva Florestal Legal[36] e Áreas de Preservação Permanente[37], dispostos no inciso II do Art. 186 da Constituição Federal, combinadas com o inciso III do Artigo 1º do Código Florestal, em muitos casos, a propriedade agrária torna-se inviável.

Sua submissão à legislação ambiental é uma necessidade, porém, o tema merece maior observação posto que se faz imperioso a aplicação de algumas medidas de sustentação, vez que, ao cumprir a função socioambiental, os proprietários incorrem ao mesmo tempo no descumprimento ao disposto no Inciso IV do Art. 186 da Constituição Federal, que vela pela "exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores".

Desta forma, vê-se necessário emprego do bom senso na questão ambiental, pois, imprescindível preservar, mas é importante analisar o impacto socioeconômico e a sustentabilidade ao cumprimento da função social da propriedade. O quesito ambiental pode acarretar desequilíbrio financeiro aos proprietários de imóveis agrários, limitando a área explorada, provocando redução da produção de alimentos, tornando o empreendimento rural inviável, prejudicando de forma direta a coletividade.

2.4. REQUISITOS PARA O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL

É salutar quando Paulo Affonso Leme Machado destaca que, "a função social da propriedade é um princípio que, de forma operante e contínua, emite sua mensagem aos juízes, legisladores e órgãos da Administração, além de ser dirigido aos próprios proprietários", merecendo este princípio, atenção especial dos operadores do direito. [38]

O Art. 186[39] da Constituição Federal estatui mediante Lei nº. 4.504/64 (Estatuto da Terra), os requisitos para o cumprimento da função social da propriedade, tratados por

Roberto Wagner Marquesi, como fator econômico, fator econômico-ambiental, fator social e fator humano-social, a fim de se cumprir a função social da propriedade agrária.

O fator econômico está relacionado ao aproveitamento racional e adequado da propriedade agrária, indicado no inciso I do Art. 186 da Constituição Federal, levando em conta a exploração e a produtividade aferida em determinado período.

O fator econômico-ambiental consiste na utilização equilibrada dos recursos naturais disponíveis na propriedade rural e a preservação do ambiente natural. Este preceito está contido no inciso II do Art. 186 da Constituição Federal, onde é analisada a preservação do patrimônio natural e a manutenção da capacidade produtiva da terra.

O fator social, que, fazendo parte dos requisitos para cumprimento da função social da propriedade encontra-se no Inciso III, do Art. 186 da Constituição Federal, disciplinando o respeito à relação de trabalho, como um dos quesitos que devem ser cumpridos junto aos demais dispostos no referido artigo, segundo critérios e graus estabelecidos em lei.

O fator humano-social inserido no inciso IV, do Art. 186 da Constituição Federal, foi um ponto que buscou conciliar o bem estar de proprietários e trabalhadores.

A inobservância aos requisitos da função social torna a propriedade suscetível às sanções, como à desapropriação e destinação à distribuição de terras, ou seja, para reforma agrária, conforme disciplinado no Art. 184[40] da Constituição Federal.

3. ORDENAMENTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

3.1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com a Constituição Federal de 1988, instituiu-se como fundamental o direito de propriedade (Inciso XXII, do Art. 5º). A propriedade deverá atender a função social (Inciso XXIII, do Art. 5º), assim, estabelecendo os critérios para o atendimento deste último dispositivo em seu Art. 186 e seus incisos.

Disciplinando ainda, o Art. 23[41] e incisos VI, VII e VIII, a competência dos entes federativos no tocante a matéria ambiental, para reger os dispositivos legais que tutelam a relação homem e natureza. Demonstrando uma preocupação com as florestas e demais espécies da flora, sem destituir o direito de propriedade, Paulo de Bessa Antunes ensina que:

Evidentemente que as florestas e demais forma de vegetação que se encontram no interior do território brasileiro podem integrar o patrimônio de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, bem como podem, obviamente integrar o patrimônio jurídico de pessoas naturais. O comando constitucional não teve o condão de proceder desapropriações dos bens que se encontravam no interior do patrimônio de pessoas distintas da União [...] A norma constitucional foi estabelecida com o sentido de realçar a proteção legal dos bens instituídos como patrimônio nacional e reafirmar o dever de todos no sentido de atuar visando à preservação ambiental. [42]

Como dispõem os incisos VI a VIII e seus §§ do Art. 24[43], a União, em face da hierarquia entre os entes da federação, trata de diretrizes gerais, os Estados e o Distrito Federal "competência concorrente" para regular as situações regionais e, os Municípios competência residual para as necessidades locais[44].

Sob este prisma, Paulo de Bessa Antunes comenta que:

No atual quadro jurídico constitucional brasileiro, portanto, o Código Florestal tem a natureza de lei geral, limitando-se estabelecer os princípios genéricos que devem se observados pelos Estados em sua legislação própria. Esta competência estadual está começando a ser exercitada de forma muito intensa. [45]

Em relação ao movimento dos Estados, buscando proteger seu patrimônio ambiental e adequar-se às exigências da União, o autor afirma que:

Está havendo um importante movimento em diversos Estados integrantes da federação, visando ao estabelecimento de políticas florestais próprias, mediante a edição de leis específicas. É importante observar que este movimento vem sendo incentivado pelo Governo Federal, que, através de imposição de determinadas exigências para a concessão de financiamentos a projetos, tem exigido que os Estados possuam leis florestais. [46]

Fazendo uso da competência concorrente de forma suplementar na seara ambiental, os Estados da Federação buscam em suas constituições, protegerem às áreas de preservação permanente, como: matas ciliares, nascentes, margens de cursos de água, encostas, manguezais, dunas, estuários, restingas, cavernas, paisagens notáveis e áreas que abrigam exemplares raros da fauna e da flora bem como aquelas que sirvam como local de pouso ou reprodução de espécies migratórias, como forma de proteção aos corredores ecológicos. [47]

E, em relação aos municípios, afirma que:

A peculiaridade que as leis florestais têm apresentado pode ser expressa em uma maior compreensão das realidades locais e, portanto, em que leis cujas especificidades tornam-nas mais aptas a exercerem um papel realmente eficaz. [48]

É notório o avanço das políticas ambientais, como também da iniciativa privada em buscar a aplicação do direito fundamental e conseqüentemente, direito da personalidade, implícito na norma constitucional, de preservar o ambiente natural, visando garantir para todos, inclusive, às gerações futuras o direito à sadia qualidade de vida.

3.2. CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO - LEI N° 4.771/65

Os legisladores, imbuídos da necessidade de disciplinar a relação entre o homem e o ambiente natural, em proteção aos direitos da coletividade, instituíram o Código Florestal Brasileiro, disposto na Lei n°. 4.771, de 15/09/65, vigente para regulamentar a proteção à biodiversidade.

O que atendeu ao próprio desenvolvimento da humanidade, consubstanciando a evolução do Direito Ambiental brasileiro, que desde o advento do Código Florestal de

1934, busca a criação de um mecanismo eficaz, sob a forma de um texto normativo para proteção das florestas. Assim, o Código Florestal brasileiro veio disciplinar e limitar os poderes exercidos sobre a propriedade agrária.

O próprio artigo 1º[49] estabelece as limitações ao direito de propriedade, em face do interesse difuso de proteção às florestas e demais vegetações que revestem as terras, como forma de preservação da biodiversidade, normatizando que, as ações ou omissões que contrariem suas determinações impliquem em uso nocivo da propriedade.

Em relação à necessidade de proteção à flora, Edson Luiz Peters e Paulo Tarso de Lara Pires afirmam que:

As florestas brasileiras sempre mereceram uma atenção especial do legislador, pois além de gerar divisas para o país através da indústria de madeira, são fundamentais para a proteção dos solos, manutenção do clima e regime hídrico, entre outros inúmeros benefícios que poderiam ser aqui elencados. [50]

Paulo de Bessa Antunes comenta que:

O Código Florestal tem por objetivo a proteção das florestas e das demais formas de vegetação reconhecidas de utilidade para as terras que revestem. Portanto, os bens jurídicos protegidos pelo Código são três: a) as florestas; b) as demais formas de vegetação úteis às terras que revestem; e c) as terras propriamente ditas. [51]

Luis Carlos da Silva de Moraes neste sentido salienta que:

A Lei 4771/65 trata exclusivamente da flora, comparada com as demais limitações da propriedade existentes nas legislações similares. O Código Civil trata das limitações da propriedade de forma genérica [...] O Código Florestal é lei especial, admitem-se outras mais especiais ainda [...] caso a caso serão definidos os efeitos e limites dos mesmos, em razão da natureza da ordem legal emanada pelo Código Florestal: geral ou especial. Com isso, garantir-se-á uma correta subsunção da legislação.[52]

O Código Florestal, em consonância com os preceitos constitucionais e demais dispositivos infraconstitucionais, tutelam limitações à exploração das propriedades agrárias, prezando pela utilização adequada e racional, visando à preservação ambiental e o cumprimento da função social.

4. ÁREAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

4.1. ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

As áreas de preservação permanente têm o papel basilar de proteção ao ecossistema, composto pelos recursos naturais mencionados pelo Art. 2º, Art. 3º e Art. 3º-A do Código Florestal Brasileiro, desempenhando a importante função ambiental de garantir ambiente de preservação e desenvolvimento da biodiversidade.

Os artigos. 2º e 3º da Lei nº. 4.771/65, o Código Florestal Brasileiro, trouxeram ao mundo do direito ambiental, o dispositivo legal, objeto de interesses difusos, denominado de áreas de preservação permanente, que conforme dispõe Paulo Affonso Leme Machado, o primeiro refere-se à localização da área, já, o segundo, a sua destinação, esclarecendo o autor que:

O Código Florestal previu dois tipos de APPS: o primeiro, previsto no art. 2º, cujo conceito tem relação com a situação das áreas e da vegetação; e o segundo tipo, previsto no art. 3º, que tem relação com a finalidade das mesmas. A própria terminologia dos dois artigos leva-nos a essa explicação. O art. 2º, caput, diz: "consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situada [...]"; e o art. 3º preceitua: "Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação naturais destinadas [...]". [53]

Como se pode observar o conteúdo implícito nos artigos 2º e 3º do Código Florestal, as áreas de preservação permanente protegem o cerne do direito ambiental, ou seja, são áreas que formam os "corredores ecológicos"[54], delimitando áreas mínimas destinadas a manutenção do patrimônio ambiental.

Paulo de Bessa Antunes ensina que:

O Brasil é um país que possui vastas áreas de florestas, e tais florestas se constituem em muitos ecossistemas bastante diversos entre si e portadores de grande riqueza genética e de alta complexidade ecológica. A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 225, §4º, estabeleceu que a Floresta Amazônica e a Mata Atlântica constituem patrimônio nacional. Desta forma, a Constituição deu um destaque especial para tais ecossistemas. [55]

Relata ainda o autor que os países que possuem as maiores coberturas florestais do mundo são: Rússia, Brasil, Canadá, Estados Unidos e Zaire, e quanto à importância destas destaca que:

Embora as florestas tropicais sejam o maior repositório de biodiversidade existente na Terra, pois abrigam mais da metade das espécies vegetais e animais da terra, elas não chegam a ocupar mais do que 7% do planeta. Verifica-se, portanto, que o seu valor econômico-ecológico é infinitamente superior às suas extensões territoriais. Este fato tem passado despercebido por muitos. [56]

Paulo Affonso Leme Machado comenta que:

Os estados brasileiros, na sua expressiva maioria, optaram por apontar claramente espaços territoriais e seus componentes que denominam "áreas de preservação permanente". Esses espaços podem estar no domínio público ou no domínio privado. Limitam constitucionalmente o direito de propriedade, recordando-se sempre a função ambiental da propriedade (art. 170, VI, da CF). [57]

As áreas de preservação permanente, com a exceção do Art. 3º-A do Código Florestal, que é realizada em área indígena, pela própria comunidade, não podem ser exploradas, "a supressão somente é admitida quando necessária à execução de obras, planos,

atividades, projetos de utilidade pública ou interesse social, com prévia autorização do órgão competente do Poder Executivo". [58]

Independente da atividade que se mantenha numa propriedade, a preservação ambiental é questão de sobrevivência às espécies ali existentes, como também, manutenção da qualidade e das características do imóvel rural, que, utilizado de forma indevida, se degrada, perdendo seu potencial produtivo, além, de causar perda da qualidade ambiental.

Em relação ao impacto socioeconômico, as áreas de preservação permanente são inquestionáveis, porque tratam das florestas e demais formas de vegetações naturais especificadas no Art. 2º do Código Florestal, que em sua grande maioria, abrigam a biodiversidade, formando o corredor ecológico essencial à preservação de toda a espécie de vida sob o prisma do biocentrismo**[59]**, imprescindível na ótica de ambientalistas e ruralistas.

4.2. RESERVA FLORESTAL LEGAL

Para analisar o instituto, faz-se imprescindível um breve retrospecto às normas pertinentes à seara ambiental, especialmente, pelo antigo Código Florestal, o Decreto Federal nº. 23.793 de 23 de janeiro de 1934, que, em seu Art. 23[60], apesar de não denominar de reserva legal, dispunha de limites à conservação das florestas existentes.

O primeiro passo à instituição da "Reserva Legal", posteriormente assim tratada, foi na verdade uma precaução, objetivando o legislador em manter uma reserva de madeira, como fonte de energia para uso futuro do proprietário, haja vista, não prever o regramento ambiental qualquer reprimenda, em caso de descumprimento.[61]

Hodiernamente, salutar faz-se mencionar a inexistência, de similar instituto na legislação de países desenvolvidos, medida de restrição ao uso das propriedades brasileiras, que conseqüentemente, limita a produção de alimentos, acarretando num ônus, não aplicável aos produtores rurais dos demais países produtores de grãos.

A reserva florestal legal é um dispositivo legal, conforme dispõe o Código Florestal Brasileiro, Lei nº. 4.771/65, no Inciso III do Art. 1º e suas especificidades tratadas no Art. 16, delimitam as dimensões das áreas de reserva florestal legal, por regiões, de acordo com as características e condições ecológicas peculiares de cada Estado.

Como afirma Juraci Perez Magalhães, depois da celebração de vários tratados internacionais, o Brasil iniciou através do Art. 1º[62] do Decreto nº. 8.843/11 uma importante medida, trilhar a matéria ambiental, o que culminou como sendo a primeira reserva florestal legal:

Em 1911, por força do Decreto n. 8.843, de 26 de Junho, demos um significativo passo em matéria ambiental. Foi criada a primeira reserva florestal do Brasil, no antigo território do Acre. Essa reserva impressionava pela sua extensão, pois ocupava praticamente toda a área desse Território. [63]

Em se tratando do instituto, Paulo de Bessa Antunes, comenta que:

É um elemento importante da propriedade florestal, que é constituído por uma área, cujo percentual da propriedade total é definido em lei, variando conforme as peculiares condições ecológicas, em cada uma das regiões geopolíticas do País e que não pode ser utilizada economicamente de forma tradicional. [64]

O autor ressalta ainda que:

A área destinada à RFL depende da região geográfica do País e do bioma nos quais esteja inserida a propriedade florestal em questão [...] não se confunde com as áreas de preservação permanente que possuem outra destinação legal e ecológica. [65]

Paulo Affonso Leme Machado, quanto ao termo reserva legal, define-a como:

"Reserva legal" é a expressão utilizada pela legislação para caracterizar esse regime jurídico florestal. Acredito que se torna mais compreensível agregar o termo "florestal", utilizando-se "Reserva Legal Florestal". [66]

A reserva legal, por ser um instituto que recai sobre a propriedade agrária (domínio privado), apesar de sua importância, é uma das obrigações ambientais mais questionados pelos proprietários de imóveis agrários no tocante ao cumprimento da função sócio-ambiental.

É um ônus que recai sobre a propriedade, pela qual o proprietário do imóvel deve dispensar no mínimo 1/5 (um quinto) do imóvel agrário ao atendimento do instituto, que tutela o direito difuso da reserva florestal legal, entretanto, em face do suporte ser exclusivo deste, torna-se oneroso, em alguns casos até inviabilizando o empreendimento, quanto cumulado com as essenciais áreas de preservação permanente.

4.2.1. Benefício fiscal sobre áreas de preservação

As áreas de preservação permanente e reserva florestal legal não são exploradas por força do instrumental do direito ambiental brasileiro, não sendo suscetíveis de cobrança de ITR (Imposto Territorial Rural), como determina o Art. 104[67] da Lei nº. 8.171/91.

Paulo Affonso Leme Machado, no que concerne à obrigação tributária das áreas de preservação, ressalta que:

A Lei 8.171, de 17.01.1991, que dispôs sobre política agrícola, estatuiu, em seu art. 104, que são isentas de tributação e do pagamento de imposto territorial rural as áreas dos imóveis rurais considerados de Reserva Legal e de Preservação Permanente, previstas na Lei 4.771/1965, com a redação dada pela Lei 7803/1989. [68]

Assim, a área de reserva florestal legal ficou isenta do recolhimento do ITR à União, a partir deste dispositivo, o que foi uma medida totalmente equilibrada, porque, injusto seria contribuir sobre um bem, ou parte de um bem, que tenha sua utilização proibida.

O benefício concedido às áreas de preservação localizada nas propriedades privadas, conseqüência da função sócio-ambiental, não equilibram a relação econômica e ambiental, seria o mesmo que, isentar de IPVA (Imposto Sobre Propriedade de Veículos

Automotores), uma fração da frota de uma transportadora que ficasse sem uso, para cumprimento da função sócio-ambiental.

5. NOÇÕES SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

No Direito Romano, a expressão personalidade, era concedida somente aos cidadãos quem reunissem três *status*, quais sejam, o *status libertatis*, *status civitatis* e o *status familiae*, indicando a posição da pessoa em relação ao Estado. [69]

O *status libertatis* indicava o atributo da liberdade, onde, era classificado como: *ingênuos*, os que nunca foram escravos e, *libertos*, aqueles que obtiveram o benefício da alforria, o *status civitatis* demonstrava a capacidade jurídica plena, gozando de plenos direitos civis, assim, na unidade familiar, somente, o *paterfamilias* a possuía, e, finalmente, o *status familiae*, que indicava a posição elevada da pessoa em relação ao estatuto familiar. [70]

A personalidade é um conjunto de características próprias e peculiares de cada pessoa, um bem jurídico base, para que este sujeito de direito exerça e goze plenamente de suas faculdades perante a coletividade, o que dá suporte aos direitos e obrigações que dela se irradiam, como relata Maria Helena Diniz:

A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens. [71]

Neste sentido, Sérgio Iglesias Nunes de Souza, ilustra a personalidade como:

[...] um complexo de características interiores com o qual o indivíduo pode manifestar-se perante a coletividade e o meio que o cerca, revelando seus atributos materiais e morais [...] a personalidade é um bem, aliás, o primeiro pertencente à pessoa. Entendida como bem, a personalidade subdivide-se em categorias imateriais de bens: a vida, a liberdade, a honra, a intimidade, entre outros. Em torno destes gravitam todos os bens materiais, dado o caráter de essenciabilidade e qualidade jurídica atribuída ao ser. [72]

Os direitos da personalidade estão alicerçados no princípio da dignidade da pessoa humana, e sofrem variações no tempo e no espaço, não necessitando de normas para o seu exercício e tutela jurídica. Ainda, Sérgio Iglesias Nunes de Souza, traz em relação ao tema, a divisão entre os direitos públicos[73] e privados[74] da personalidade. [75]

Neste diapasão, Elimar Szaniawski[76] comenta a divisão, trazendo que:

O positivismo jurídico e a teoria dos direitos inatos contribuíram decisivamente para a bipartição da tutela do homem e de sua personalidade em dois grandes ramos, em direitos públicos de personalidade e em direitos privados de personalidade. Os primeiros seriam os direitos inerentes ao homem, previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e expressos nas constituições dos diversos países como *direitos fundamentais* [...] para a defesa da pessoa contra atentados praticados

contra a mesma pelo próprio estado ou são invocados da sociedade, considerada como um todo, por agressões perpetradas contra a mesma por grupos privados. [...] Estes últimos eram considerados os mesmos direitos de personalidade públicos, todavia observados e aplicados nas relações entre particulares, quando houvesse pratica de atentados por um sujeito privado contra algum atributo da personalidade de outro.

Elimar Szaniawski[77] menciona que, a preocupação com os permanentes atentados à personalidade humana:

[...] conduziu a doutrina e a jurisprudência a admitir a existência de determinada categoria de direitos, que consistem no reconhecimento ao ser humano de um conjunto de prerrogativas que toda pessoa possui pela sua própria existência, decorrente da evolução da teoria dos direitos fundamentais como direitos inatos, produto da afirmação do pensamento do direito natural, expressado através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, os quais possuem, predominantemente, a denominação de direitos de personalidade.

Quanto à tutela da personalidade na Constituição, Elimar Szaniawski[78] demonstra o grande avanço jurídico e social a partir de 05 de Outubro de 1988, revelando grande importância à tutela da personalidade humana, destacando que:

[...] embora não possua inserido em seu texto um dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do princípio da dignidade da pessoa, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Esta afirmação decorre do fato de que o princípio da dignidade, sendo um princípio fundamental diretor, segundo o qual deve ser lido e interpretado todo o ordenamento jurídico brasileiro, constituiu-se na cláusula geral de proteção da personalidade, uma vez ser a pessoa natural o primeiro e o último destinatário da ordem jurídica.

A tutela dos direitos da personalidade restou alicerçada no supra princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como sendo uma cláusula geral, onde, os constituintes buscaram sistematizar, com base neste, o alicerce aos direitos, como os da personalidade e os demais relacionados à pessoa. [79]

Os direitos da personalidade apresentam características como: a intransmissibilidade, não sendo possível sua transmissão a terceiro, a indisponibilidade, determinando que "estão subtraídos à disposição individual", e, a irrenunciabilidade, não havendo como renunciá-los, o que "garante aos direitos da personalidade uma vida paralela à vida do próprio sujeito". [80]

Entretanto, há segundo Adriano de Cupis, duas correntes que defendem a relatividade da "indisponibilidade" dos direitos da personalidade, visto que, a primeira indaga a questão do interesse público "constante na tutela penal" e a segunda, que, o consentimento "só pode resultar do conjunto do ordenamento jurídico". [81]

Os direitos da personalidade se distinguem dos direitos fundamentais, apesar, de grande similaridade, em face de estarem grande parte dos direitos da personalidade abarcados pelos direitos e garantias fundamentais, assim, como afirma Silvio Romero Beltrão

“muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade”. [82]

José Joaquim Gomes Canotilho também orienta que nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade, apesar dos direitos da personalidade englobar os direitos de Estado, como, por exemplo, o direito à cidadania, direito à vida, direito ao próprio corpo, à integridade física, moral e psíquica, e o direito à privacidade. Porém, não são abarcados como direitos da personalidade, direitos fundamentais como os políticos, haja vista, não ser relacionado ao ser como pessoa. [83]

Neste sentido, os direitos da personalidade visam garantir amparo fático à dignidade humana, no que tange à sua personalidade, pelo simples fato de sua existência. Como forma de integração e condições essenciais ao ser e dever ser, como requisito necessário ao respeito da própria personalidade, objetivando os bens que dela se irradiam. [84]

Apesar da complexidade do tema, é certo de que se pode chegar ao superficial desenvolvimento da idéia, de que os mesmos são essenciais, sendo o mínimo necessário a uma existência digna, e o conseqüente exercício das faculdades humanas, lastreados no princípio supra constitucional da dignidade da pessoa humana.

5.1. DIREITO AO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, apesar de estar fora do catálogo, um direito da personalidade, não sendo difícil reconhecê-lo como um direito personalíssimo, necessário a uma vida com dignidade.

Se o direito à vida com dignidade caracteriza-se como direito da personalidade, e partindo do princípio de que só é possível conceber uma existência humana com dignidade, num ambiente saudável, resta claro que cada pessoa tem direito subjetivo a viver em ambiente ecologicamente saudável. Portanto direito de personalidade.

Assim, caracteriza-se o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, como um direito de duas dimensões, uma coletiva ou difusa, e outra individual ou personalíssima[85], sem que exista qualquer conflito ou oposição entre estes aspectos.

Dimensões estas, que podem ser protegidas independentemente, tanto pelo Estado, como pela coletividade, como por cada indivíduo. Porque, todos, têm este direito, porém, atrelado a isto, têm-se imputado a todos, conforme o Art. 225 da Constituição Federal, o dever de defendê-lo e preservá-lo.

O ambiente ecologicamente equilibrado tem relevância na Constituição Federal, irradiando direitos e obrigações a todos sobre o tema, produzindo conseqüências na esfera pública e privada, tanto em aspectos coletivos como individuais, tanto nas relações particular-estado, como nas relações particular-particular.

Como foi visto ao longo do desenvolvimento deste estudo envolvendo o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado nas propriedades agrárias e os direitos da personalidade dos proprietários das mesmas, o direito fundamental ao ambiente

ecologicamente equilibrado é inquestionável, porém, deve-se equilibrar o ônus de sua adoção, para que a matéria tenha êxito.

5.2. DIREITO DE PROPRIEDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

O direito de propriedade dos imóveis agrários como sendo um direito fundamental, amparado pela Constituição Federal, possibilita a seus proprietários o exercício de uma vida digna, sendo essencial à sobrevivência da sua família, à produção de riqueza a humanidade, como uma forma de manifestação de alto valor no que tange aos direitos da personalidade.

A intervenção Estatal no imóvel agrário, para cumprimento da função sócio-ambiental, faz com que sua capacidade produtiva seja tolhida, afetando a renda familiar, a lucratividade, frustrando sonhos e projetos do proprietário e da sua família. Não se deve deixar esta relação desequilibrada, para que em detrimento do "direito de propriedade", seja garantido outro direito fundamental "ambiente ecologicamente equilibrado", acarretando em ônus desproporcional.

A situação relatada afeta a dignidade do produtor e de todos seus dependentes, pois, são diretamente prejudicados, sendo que dignidade é valor fundante, que nas palavras de Elimar Szaniawski[86] se entende dignidade da pessoa humana um valor que:

[...] nasce juntamente com indivíduo, trata-se, outrossim, do primeiro e do mais importante fundamento de todo o sistema brasileiro [...] O princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um verdadeiro supra princípio, a chave de leitura e da interpretação dos demais princípios fundamentais e de todos os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição.

A finalidade do imóvel agrário é produzir alimentos para satisfação das necessidades humanas, e o direito à alimentação[87] é um direito reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o que se pode dizer, que a obrigação imposta ao proprietário de imóvel agrário também, traz reflexos ao direito à alimentação, afetando aos direitos da personalidade do produtor e de toda a humanidade.

Assim, os direitos da personalidade devem abarcar os direitos patrimoniais, em especial, propriedades agrárias, que diretamente refletem em muitos casos, os desmembramentos da personalidade humana, que conforme o exposto, como parte da história familiar, flameja os anseios e a segurança, assim, qualquer desequilíbrio causado no seu exercício fere os direitos da personalidade do seu proprietário.

A relação direito de propriedade e direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, ambos, sob a ótica dos direitos da personalidade traz à baila a discussão entre produzir e preservar, um confronto entre a produção de alimentos, em face da preservação do ambiente para manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A situação torna-se possível de solução, quando se busca o melhor ao ser humano, que é o equilíbrio, assim, e como ambos os institutos, o preservar e o produzir são importantes, mister faz-se a coletividade dar suporte à preservação que se faz nas propriedades agrárias e que estão as expensas do proprietário agrário.

5.3. O ÔNUS DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL AO PRODUTOR RURAL

Há casos em que, apesar de não haver conflito de normas, uma norma se afasta, para que outra, na situação de fato analisada seja aplicada resolvendo uma controvérsia e amoldando-se adequadamente ao caso concreto.

A controvérsia aqui relatada aponta um aparente conflito entre direitos da personalidade, quais sejam, o direito de propriedade agrária, e o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Sendo o mesmo que apontar que existe um conflito entre o "produzir" alimentos para suprir às necessidades humanas e o de "preservar", onde, preserva-se o ambiente natural, para que as presentes e futuras gerações tenham direito à vida saudável.

Os riscos da atividade agropecuária recaem unicamente sobre os produtores agropecuários, sem que o Estado intervenha de forma satisfatória, para dividí-lo, ou que adote ao menos, uma política agrícola, como a contida no art. 187[88] da Constituição Federal.

Desta forma, nada mais equilibrado, que a divisão do ônus incidente pela destinação de no mínimo 1/5 (um quinto) de sua área produtiva à preservação ambiental, que a toda coletividade beneficiará.

Na análise de Silvio Romero Beltrão[89], gera direito à reparação, a ofensa aos direitos da personalidade que refletir em perda de remuneração ou lucros:

[...] as lesões aos direitos da personalidade podem também provocar, mesmo de forma indireta danos patrimoniais, isto quando os prejuízos recaírem sobre interesses de natureza material e econômica da pessoa, refletindo no patrimônio do lesado, podendo ser objeto de avaliação pecuniária.

É importante salientar, a importância de ambos os institutos, propriedade agrária e ambiente ecologicamente equilibrado, entretanto, o ônus da preservação não é prudente recair exclusivamente sobre o proprietário de imóvel agrário, apesar do amparo legal.

O instituto dever ser entendido como algo imprescindível à continuidade de todas as espécies de vida existentes no planeta, porém, sob a ótica do produtor rural é um fator limitante à sua atividade, por não haver contraprestação ao serviço ambiental prestado. Situação esta que deve ser sopesada pela comunidade e autoridades competentes visando um desenvolvimento sustentável a todas as atividades.

6. CONCLUSÕES

O trabalho desenvolvido não teve a pretensão de exaurir o assunto abordado, ao contrário, muitos são os projetos de lei que tramitam e estão sendo discutidos, objetivando solucionar o desequilíbrio apontado, o que se buscou aqui foi ampliar essa discussão.

Com a evolução da sociedade, o instituto propriedade agrária tem sofrido restrições, no que tange a sua função em contraposição aos interesses políticos e sociais, gerando controvérsias, como as suscitadas neste trabalho.

Neste sentido, não há duvida da essenciabilidade de preservação do ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações, haja vista, que o ser humano depende de sua manutenção para sobreviver em condições dignas e com qualidade de vida.

Entretanto, nas propriedades agrárias, a importante preservação ambiental é realizada em benefício de todos os seres, principalmente, do ser humano, em face à visão antropocêntrica da nossa legislação ambiental, onerando apenas ao proprietário.

Desta feita, arca o produtor rural, de forma exclusiva, com o ônus da preservação ambiental, deixando de explorar no mínimo, 1/5 (um quinto) da propriedade, o que é o caso somente da Reserva Florestal Legal, entretanto, se houver na propriedade abundância em recursos hídricos, a preservação pode chegar a alcançar índices que a inviabilizam e prejudicam diretamente o produtor e sua família, colocando-os em dificuldade, ofendendo sua dignidade.

A intervenção do Estado obrigando ao produtor agropecuário à preservação ambiental na propriedade agrária é legítima, colocando o direito coletivo em sobreposição ao direito particular, entretanto, a adoção destas medidas deve ser empregada, de forma a não causar desequilíbrio econômico, social e ambiental à atividade agrária.

Neste sentido, a preservação do ambiente ecologicamente equilibrado deve ser uma ação de satisfação, um ato nobre, e não considerada como uma ação penosa, que limita e até inviabiliza uma atividade agrária; o que ocorre em muitos casos, onde há cumulação da manutenção das essenciais e instrumentais áreas de preservação permanentes “que formam os corredores ecológicos” e, áreas de reserva legal, cerne das discussões e reivindicações da temática ambiental.

Tendo em vista que a propriedade é uma emanação material dos direitos da personalidade, uma extensão da personalidade humana, impregnada de valores subjetivos, a obrigação que lhe é imputada, onera de forma desproporcional ao direito fundamental da propriedade, acarretando em lesão aos direitos da personalidade do produtor agropecuário, sendo prudente buscar o equilíbrio desta relação, com adoção de medidas que atendam ao binômio ambiente ecologicamente equilibrado, e vida com dignidade.

As mudanças estão ocorrendo, através da conscientização e os resultados serão obtidos a médio longo prazo, por certo, o direito já está sendo posto em ação, a fim de desenvolvimento e sustentabilidade caminhem contíguos, deixando de ser mera ideologia, impregnando o crescente sentimento preservacionista dos cidadãos e autoridades constituídas.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade – de Acordo com o Novo Código Civil.** São Paulo: Atlas, 2005.

BESSONE, Darcy. In: Blanc, Priscila Ferreira. **Plano Diretor Urbano e Função Social da Propriedade.** Curitiba: Juruá, 2004.

BLANC, Priscila Ferreira. **Plano Diretor Urbano e Função Social da Propriedade.** Curitiba: Juruá, 2004.

BORGES, Antonino Moura. **Curso Completo de Direito Agrário.** 1°ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, Lisboa, 2008.

CUNHA Sandra Baptista da; GUERRA Antonio José Teixeira. **Avaliação e Perícia Ambiental**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade.** Campinas: Romana, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, v.1, 1993.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

JUNIOR, Eroulths Cortiano. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAGALHÃES, Juraci Perez. **A Evolução do Direito Ambiental no Brasil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MARQUESI, Roberto Wagner. **Direitos Reais Agrários & Função Social**. Curitiba: Juruá, 2001.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Meio ambiente e os direitos da personalidade**. Disponível em <http://www.milare.adv.br/artigos/madp.htm> Acesso em 21/10/2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de Direito Civil.** 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Luis Carlos Silva de. **Código Florestal Comentado**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Curso de direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, Aroldo. **A Propriedade sob Diferentes Conceitos.** Rio de Janeiro: Forense. 1986.

OPITZ, Silvia C.B. **Curso completo de Direito Agrário**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PETERS, Edson Luiz; PIRES, Paulo Tarso de Lara. **Manual de Direito Ambiental**. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. **Legislação Ambiental Federal**. 3ª Ed. rev. atual. Curitiba : Juruá, 2004.

RABINDRANATH, Valentino Aleixo Capelo de Sousa. **O Direito Geral da Personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUES, Silvio. **Direitos Civil, Direito Das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SALLES, Jose Carlos de Moraes. **A Desapropriação a luz da Doutrina e da Jurisprudência.** 4° ed. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch. **O Direito Agrário em Debate. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1998.**

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade Civil por Danos à Personalidade.** Baruerí, SP: Manole, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e Sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed. rev., atual. e ampl. 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Civil: Direitos Reais**. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2005.

WALD, Arnoldo. **Direito das coisas.** 11 ed. rev.,aum. e atual.com a colaboração dos professores Álvaro Vilaça Azevedo e Vera Fradera. São Paulo: Saraiva, 2002.

---

[1] MOREIRA, Aroldo. **A Propriedade sob Diferentes Conceitos.** Rio de Janeiro: Forense. 1986. p.2-5.

[2] BESSONE, Darcy. In: Blanc, Priscila Ferreira. **Plano Diretor Urbano e Função Social da Propriedade.** Curitiba: Juruá, 2004.p.21.

[3] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.p.152.

[4] BORGES, Antonino Moura. **Curso Completo de Direito Agrário.** 1°ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2005. p.72.

[5] RODRIGUES, Silvio. **Direitos Civil, Direito Das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81,82.

[6] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.p.152.

[7] MARQUESI, Roberto Wagner. **Direitos Reais Agrários & Função Social**, 1. ed. Curitiba: Juruá. 2001. p.60.

[8] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p.109-110.

[9] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2005, p.183.

[10] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2000, p.81.

[11] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2000, p.81.

[12] MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 33.

[13] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais.** 3.ed.São Paulo: Atlas, 2003. p.153

[14] JUNIOR, Eroulths Cortiano. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.99.

[15] WALD, Arnoldo. **Direito das Coisas.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.112.

[16] BLANC, Priscila Ferreira. **Plano Diretor Urbano e Função Social da Propriedade.** Curitiba: Juruá, 2004. p.26

[17] SALLES, Jose Carlos de Moraes. **A Desapropriação a luz da Doutrina e da Jurisprudência.** 4° ed. São Paulo: RT, 2000. P.83

[18] BLANC, Priscila Ferreira. **Plano Diretor Urbano e Função Social da Propriedade.** Curitiba: Juruá, 2004.p.20.

[19] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.83.

[20] WALD, Arnoldo. **Direito das coisas.** 11 ed. rev.,aum. e atual.com a colaboração dos professores Álvaro Vilaça Azevedo e Vera Fradera. São Paulo: Saraiva, 2002. p.104.

[21] PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.91.

[22] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.87.

[23] WALD, Arnoldo. **Direito das coisas.** 11 ed. rev.,aum. e atual.com a colaboração dos professores Álvaro Vilaça Azevedo e Vera Fradera. São Paulo: Saraiva, 2002. p.112.

[24] Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão - Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

[25] Art.5º, XXII – é garantido o direito de propriedade.

[26] Art.1228 C.C.B. – O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou tenha.

[27] §1º, Art.1228 – O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

[28] MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 33.

[29] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 112.

[30] RODRIGUES, Silvio. **Direitos Civil, Direito Das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88,89.

[31] MARQUESI, Roberto Wagner. **Direitos Reais Agrários & Função Social**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 89.

[32]§ 1°, do Art. 2° da Lei 4.504/64 - A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;

b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;

c) assegura a conservação dos recursos naturais;

d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

[33] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 261.

[34] OPITZ, Silvia C.B. **Curso completo de Direito Agrário**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.

[35] MARQUESI, Roberto Wagner. **Direitos Reais Agrários & Função Social**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 96.

[36] Código Florestal, Lei nº. 4771 de 15/09/1965, art. 1º, § 2º, Inciso III "Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas".

[37] Código Florestal, Lei nº. 4771 de 15/09/1965, art. 1º, § 2º, Inciso II "área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas".

[38] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 144.

[39] Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

[40] Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

[41] Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

[42] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 475.

[43] Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

[44] Inciso I, Art. 30 da Constituição Federal.

[45] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 475.

[46] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 475.

[47] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.715, 716.

[48] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 475.

[49] Redação do Art. 1º da Lei 4.771/65.

[49]Art. 1° As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

Parágrafo único. As ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas são consideradas uso nocivo da propriedade (Art. 302, XI b, do Código de Processo Civil).

[50] PETERS, Edson Luiz; PIRES, Paulo Tarso de Lara. **Manual de Direito Ambiental**. Curitiba: Juruá, 2001, p.77.

[51] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 476.

[52] MORAES, Luis Carlos Silva de. **Código Florestal Comentado**. São Paulo: Atlas, 2002, p.25-26.

[53] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.720.

[54] Inciso XIX do Art.2º, Lei 9985 de 18/07/2000: porções de ecossistemas naturais ou seminaturais, ligando unidades de conservação, que possibilitam entre elas o fluxo de genes e o movimento da biota, facilitando a dispersão de espécies e a recolonização de áreas degradadas, bem como a manutenção de populações que demandam para sua sobrevivência áreas com extensão maior do que aquela das unidades individuais.

[55] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 466, 467.

[56] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 460.

[57] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.717.

[58] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p.361.

[59] Todos os seres vivos são fundamentais e devem ser respeitados para o equilíbrio do planeta.

[60] Art. 23 - Nenhum proprietário de terras cobertas de matas poderá abater mais de três partes da vegetação existente, salvo o disposto nos artigos 24 e 51 (25% - vinte e cinco por cento).

[61] PETERS, Edson Luiz & TARSO, Paulo de Tarso de Lara. **Legislação Ambiental Federal**. 3ª Ed. rev. atual. Curitiba : Juruá, 2004. p.43.

[62] Art. 1º do Decreto n. 8.843, de 26 de Junho Fica criada no Território do Acre e colocada sob a jurisdição do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, a Reserva Florestal.

[63] MAGALHÃES, Juraci Perez. **A Evolução do Direito Ambiental no Brasil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 41.

[64] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 507.

[65] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 507.

[66] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.738.

[67] Art. 104. São isentas de tributação e do pagamento do Imposto Territorial Rural as áreas dos imóveis rurais consideradas de preservação permanente e de reserva legal, previstas na Lei n° 4.771, de 1965, com a nova redação dada pela Lei n° 7.803, de 1989.

Parágrafo único. A isenção do Imposto Territorial Rural (ITR) estende-se às áreas da propriedade rural de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, assim declarados por ato do órgão competente federal ou estadual e que ampliam as restrições de uso previstas no caput deste artigo.

[68] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.746.

[69] RABINDRANATH, Valentino Aleixo Capelo de Sousa. **O Direito Geral da Personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 19955. p.47.

[70] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e Sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed. rev., atual. e ampl. 2005. p.26-27.

[71] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, v.1, 1993. p.83.

[72]SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade Civil por Danos à Personalidade.** Baruerí, SP: Manole, 2002. p.1.

[73]"[...] são aqueles inerentes à pessoa humana, tutelados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. Os prosélitos dessa tese sustentam que os direitos públicos da personalidade teriam por objetivo a defesa e a proteção do indivíduo contra atos praticados pelo Estado, ou até que tais direitos objetivam a defesa da sociedade como um todo contra as agressões praticadas por particulares."

[74]"[...] abrangem os direitos inerentes à pessoa humana, ou seja, os aspectos privados da personalidade. Na verdade, são os mesmos direitos públicos vistos do ângulo das relações privadas, regulando a proteção do indivíduo diante dos danos praticados por outro particular.

[75]SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade Civil por Danos à Personalidade.** Baruerí, SP: Manole, 2002. p.4.

[76] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e Sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed. rev., atual. e ampl. 2005. p.43-44.

[77] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e Sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed. rev., atual. e ampl. 2005. p.44.

[78] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e Sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed. rev., atual. e ampl. 2005. p.137.

[79] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e Sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed. rev., atual. e ampl. 2005. p.137-139.

[80] DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade.** Campinas: Romana, 2004. p.51-65.

[81] DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade.** Campinas: Romana, 2004. p.62.

[82] BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade – de Acordo com o Novo Código Civil.** São Paulo: Atlas, 2005. p.47.

[83] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, Lisboa, 2008, p. 489.

[84] BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade – de Acordo com o Novo Código Civil.** São Paulo: Atlas, 2005. p.47-48.

[85] MILARÉ, Edis. Meio ambiente e os direitos da personalidade. Disponível em <http://www.milare.adv.br/artigos/madp.htm> Acesso em 01/10/2008.

[86] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e Sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed. rev., atual. e ampl. 2005. p.43-44.

[87] Artigo XXV - 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

[88] A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenagem e de transportes, levando em conta, especialmente:

I – os instrumentos creditícios e fiscais;

II – os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização;

III – o incentivo à pesquisa e à tecnologia;

IV – a assistência técnica e extensão rural;

V – o seguro agrícola;

VI – o cooperativismo;

VII - A eletrificação rural e irrigação;

VIII – a habitação para o trabalhador rural.

§ 1.º Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais.

§ 2.º Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária.

[89] BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade – de Acordo com o Novo Código Civil.** São Paulo: Atlas, 2005. p.63.

DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA*

FAMILY PLANNING AND RESPONSIBLE PARENTHOOD IN ASSISTED REPRODUCTION

Valéria Silva Galdino Cardin

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito ao planejamento familiar no § 7º do seu art. 226, calcado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Em 1996, a Lei nº. 9.263 também regulamentou que, para a realização daquele, poderiam ser utilizados métodos de reprodução assistida. Presume-se que quem se utiliza dessas técnicas esteja imbuído de paternidade responsável, mas isso nem sempre ocorre, daí resultando inúmeros conflitos jurídicos, como a recusa do marido em assumir o filho oriundo de inseminação artificial heteróloga na qual anuiu; o abandono da criança para cuja gestação foi contratada mãe de aluguel; os limites para manipulação de gametas; a identificação do doador de gametas; as consequências da inseminação post mortem; a opção pela monoparentalidade por meio de reprodução assistida, dentre outras situações. Como formas de solução dessas controvérsias, deverão ser observados os princípios do melhor interesse da criança; da dignidade da pessoa humana, que é paradigma da ordem jurídica; da verdade socioafetiva em detrimento da biológica, e a responsabilização por perdas e danos e pela assistência material em relação ao fruto da reprodução assistida, por ter-se utilizado desta de maneira irresponsável.

PALAVRAS-CHAVES: PLANEJAMENTO FAMILIAR. PATERNIDADE RESPONSÁVEL. REPRODUÇÃO ASSISTIDA.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 enshrined the right to family planning in § 7 of his art. 226, founded on the principles of human dignity and responsible parenthood. In 1996, Law nº. 9.263 also ruled that, for the realization of that could be used methods of assisted reproduction. It is assumed that anyone who uses these techniques is imbued with responsible parenthood, but that does not always occur, resulting in numerous legal disputes, as the husband's refusal to take the child come from heterologous artificial insemination in which nodded, leaving the child to whose pregnancy was hired surrogate mother, the limits for manipulation of gametes, the identification of donor gametes, the consequences of post-insemination, the choice of parenthood through assisted reproduction, among other situations. As forms of resolution of these disputes should be subject to the principles of the child's best interest, of human dignity, which is

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

the paradigm of law, socio-affective truth at the expense of farming, and accountability for damages and material assistance in relation to the result of assisted reproduction, for having used in this irresponsible way.

KEYWORDS: FAMILY PLANNING. RESPONSIBLE PARENTHOOD. ASSISTED REPRODUCTION.

1 DA EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA E DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A família brasileira, como hoje se conceitua, sofreu influência das famílias romana, canônica e germânica.

Durante a Antiguidade, a mulher era considerada um ser inferior ao homem e sua função quase única era a procriação.

Era essa a situação, por exemplo, entre o povo hebreu, que era organizado sob o sistema patriarcal. Até na esfera religiosa a mulher era excluída e boa parte das correntes rabínicas considerava indigno ensinar a ela a lei mosaica.[1]

O primeiro grande líder da humanidade que respeitou as mulheres foi Jesus Cristo, que as tratava com respeito.[2] Mesmo após a oficialização do cristianismo como religião do Império Romano, a estrutura patriarcal foi mantida pela Igreja.[3]

Em Roma, a família era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob o *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O conceito de família independia assim da consanguinidade. O *pater familias* exercia sua autoridade sobre todos os descendentes não emancipados, sobre sua esposa e sobre as mulheres casadas com seus descendentes. [4]

A partir da queda do Império Romano, a mulher passou a gozar de certa autonomia, em decorrência do longo período de ausência dos homens devido às guerras. Os trabalhos domésticos passaram a ser desempenhados pelos escravos e a responsabilidade pela educação das crianças foi transferida pelos pais aos tutores. Nessa época aumentou o número de uniões informais, os casamentos diminuíram e muitas vezes ocorreram devido a razões mercenárias ou políticas. Os divórcios ocorriam por capricho de qualquer um dos cônjuges. A imoralidade se espalhou. [5]

A taxa de nascimentos decresceu, o abandono infantil tornou-se comum e a prática do aborto aumentou. [6]

Durante a Idade Média, as relações familiares foram disciplinadas pelo direito canônico, que considerava o matrimônio como um sacramento, apesar de ser tratado pelas famílias como um negócio. A função quase única da mulher era a procriação, não devendo ela demonstrar prazer durante o ato sexual.[7]

Na Renascença, as mulheres casadas das classes mais altas tiveram maior liberdade em suas relações sociais do que na Idade Média, mas, legalmente, eram consideradas inferiores. [8]

Porém, com o Iluminismo, a figura feminina, até então desprezada, passou a ser respeitada e admirada, ganhando *status* na vida religiosa, política e social. [9]

No Brasil as Ordenações portuguesas impuseram o sistema patriarcal, que foi mantido pelo Código Civil de 1916. Durante esse período, embora historiadores considerem o cruzamento de brancos com índios ou negros como "instrumento colonizador" do Brasil e a população da época visse o concubinato adulterino com tolerância, tais filhos eram considerados ilegítimos e rejeitados. [10]

Ressalte-se que a única proteção que houve nesse período em relação à mulher foi a necessidade de outorga uxória para a venda de bens imóveis, qualquer que fosse o regime de bens do casal, sob pena de nulidade.[11]

Entre 1739 e 1817, estima-se que 45 mil crianças brasileiras foram abandonadas na roda dos excluídos do Rio de Janeiro, criada pela Igreja Católica para amparar essas crianças, porém as condições sanitárias dessa instituição eram tão precárias que a taxa de mortalidade alcançou 90% em determinados períodos. [12]

Do Brasil colônia ao início da República as únicas funões da mulher eram a procriação, os afazeres domésticos e o cuidados com a família.

O Código Civil de 1916 preocupou-se mais com a família, contudo manteve o patriarcalismo conservador das Ordenações.

A partir de 1930, inúmeras leis foram criadas para proteger a família. A mais importante foi a Lei nº. 4.121/1962, que emancipou a mulher casada e estabeleceu um tratamento mais equânime entre os cônjuges no que se refere aos efeitos jurídicos do casamento e às relações patrimoniais.

Na década de 1930, foram criados o salário-família e o auxílio-natalidade, e com o desenvolvimentismo pós-guerra o Estado assumiu uma tendência pró-natalista, porém no cenário internacional surgiam as ideias acerca do controle de natalidade, do filósofo Thomas Malthus, alertando sobre os perigos da superpopulação, uma vez que não ocorria o crescimento da produção de alimentos no mesmo patamar. [13]

A Constituição de 1934 dedicou um capítulo inteiro à família, onde esta gozava de proteção especial do Estado.[14] Em 1937, nos arts. 124 a 127, os pais passaram a ter o dever constitucional de prover material, moral e intelectualmente aos filhos. Também facilitou o reconhecimento dos filhos naturais, que, nesse caso, seriam equiparados aos legítimos. Às famílias numerosas atribuiu compensações na proporção de seus encargos, e o Estado passou a tutelar as crianças abandonadas pelos pais.[15]

Já a Constituição Federal de 1946 disciplinou que o Estado ampararia as famílias de prole numerosa, asseguraria assistência à maternidade, à infância e à adolescência, além de, em seu art. 163, estipular que a família teria proteção especial do Estado. [16]

Na Constituição de 1967, o art. 167 também tratou da família, disciplinando que seria indissolúvel e que haveria a proteção e assistência à maternidade, à infância e à adolescência. [17] A Constituição de 1969 emendou a de 1967; revogou o § 1º do art. 167, dispondo que o casamento poderia ser dissolvido após prévia separação judicial. [18]

Nos anos 1970, o Ministério da Saúde implementou o Programa de Saúde Materno-Infantil, em que o planejamento familiar foi denominado "paternidade responsável". Foi elaborado ainda o Programa de Prevenção da Gravidez de Alto Risco (PPGAR), que não chegou a ser implantado e que pretendia colocar à disposição das populações de baixa renda informações e meios referentes à regulação da fecundidade, pois o aumento demográfico preocupava as autoridades quanto ao equilíbrio desse aumento e à taxa de expansão do emprego. [19]

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família quando reconheceu como entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher e a família constituida de um dos pais com seus filhos, além da família oriunda do matrimônio e consagrou o direito ao planejamento familiar em no § 7º do seu art. 226, calcado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. [20]

Nesse panorama, inúmeros princípios foram reconhecidos no texto constitucional de 1988, relacionados ao Direito de Família, como o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); o princípio da proteção ao pluralismo das entidades familiares (art. 226, §§ 3º e 4º); o princípio da igualdade entre os cônjuges (art. 226, § 5º); o princípio da solidariedade nas relações familiares (art. 3º, I); o princípio da paternidade responsável, vinculado ao princípio do melhor interesse da criança (art. 226, §7º); o princípio da liberdade em matéria de planejamento familiar (art. 226, §7º); o princípio da isonomia entre os filhos, independentemente da origem (art. 227, § 6º).

Após a Constituição Federal de 1988, a Lei nº. 9.263/1996 regulamentou o planejamento familiar a qualquer cidadão, independentemente do estado civil, mas voltada à implementação de políticas públicas de controle de natalidade. O planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, e orientado por ações preventivas e educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. [21]

O planejamento familiar foi tratado de maneira superficial pelo § 2º do art. 1.565 do Código Civil.

Conforme os dispositivos que tratam do planejamento familiar, é possível depreender que qualquer cidadão pode recorrer às técnicas de fertilização para concretizar o projeto de parentalidade, desde que o faça de forma responsável, garantindo os direitos fundamentais dos menores.

2 DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

A paternidade responsável é um princípio constitucional assegurado no § 7º do art. 227 da Constituição Federal[22], nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente[23], e no inc. IV do art. 1.566 do Código Civil[24].

Pode-se conceituar a paternidade responsável como a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual e material aos filhos.

O planejamento familiar associado à paternidade responsável compreende não só decidir o número de filhos, mas também aumentar o intervalo entre as gestações[25], utilizar as técnicas de reprodução assistida como último recurso à procriação, não praticando a seleção de embriões com finalidades eugênicas para escolha de atributos físicos, bem como suprimir a filiação por meio da monoparentalidade, dentre outros direitos e obrigações..

Em 1959, a UNICEF, na Declaração Universal dos Direitos das Crianças, elencou os direitos da criança.[26] Entre eles estão o de não ser discriminada e o de ser criada em um ambiente digno, que promova sua saúde física, mental, psicológica e intelectual. Também gozará de proteção contra quaisquer formas de negligência, abandono, crueldade e exploração.

O propósito da lei é que a paternidade seja exercida de forma responsável, porque apenas assim todos os princípios fundamentais, como a vida, a saúde, a dignidade da pessoa humana, a filiação, serão respeitados.

2 DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA AUSÊNCIA DE PATERNIDADE RESPONSÁVEL NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As causas da infertilidade encontram-se fora do controle humano, e muitos casais necessitarão recorrer às tecnicas de reproducão assistida. Segundo estatísticas, 20% da população mundial é infértil, e, conforme o sequenciamento do genoma humano, passará essa infertilidade às futuras gerações.[27]

Os motivos para o alto índice são inúmeros, como idade avançada, mortalidade dos espermatozóides, exposição à poluição, erros médicos, dentre outros.

A reprodução assistida (RA) pode ser conceituada como o “conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”.[28]

A inseminação artificial pode ser homóloga ou heteróloga. Na primeira, o pai será aquele que doou o espermatozóide para fecundar o óvulo de sua esposa ou companheira. Já na segunda, a origem do material genético é estranha aos que requerem seu emprego, podendo ou não ter sido consentida em um casamento ou em uma união estável.

Inúmeros conflitos jurídicos surgem a partir da utilização das técnicas de RA, tais como: É possível que um homem, que anuiu com o emprego da RA heteróloga em sua mulher, se arrependa e se recuse a assumir o filho oriundo dessa concepção? É válida a presunção de paternidade prevista no Código Civil a um casal que vive em união estável e se utiliza das técnicas de RA? Como ficaria a situação da criança abandonada pelo casal que contratou uma mãe de aluguel? É lícita e moral a escolha de sexo ou características físicas através da manipulação de gametas? Existem limites para essas práticas? Poderiam estas serem consideradas eugênicas? A monoparentalidade através de RA fere os direitos da personalidade do nascituro? Como fica a questão da identificação do doador de gametas? Quais são as consequências da inseminação *post mortem*? A preservação de sua identidade feriria os direitos do filho biológico, ou, ainda, decorre dessa doação alguma obrigação jurídica para o doador?

Pode-se afirmar que as soluções para tais conflitos geram muitas controvérsias entre os doutrinadores. Assim, pretende-se nos itens seguintes apresentar respostas.

2.1 DA RECUSA DO PAI EM ASSUMIR O FILHO ORIUNDO DE RA

No sistema do Código Civil, a paternidade se estabelece de duas formas: para os filhos de pessoas casadas entre si, opera-se a presunção *pater is est quem nuptias demonstrant*, independentemente da utilização de reprodução artificial; para os filhos nascidos fora do matrimônio, há o reconhecimento voluntário ou judicial.

Quando um homem consentir de forma livre e consciente na inseminação heteróloga de sua esposa ou companheira, em nenhum momento poderá contestar a paternidade, não mais se cogitando de presunção *iuris tantum*, mas *iure et de iure*, nos termos do inc. V, art. art. 1.597, do Código Civil.

Já se a mulher se utilizar da inseminação com sêmen de terceiro sem que haja o conhecimento de seu marido ou companheiro, infringirá os deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum e podendo o marido contestar a paternidade desse filho, ainda que o haja registrado, tendo em vista que o fez em erro.

Contudo, imaginemos que durante os procedimentos os gametas masculinos são trocados, por engano, e o espermatozóide que fecunda o óvulo da esposa é de um terceiro. Vindo o marido, depois de muitos anos, a saber de tal fato, poderia eximir-se da paternidade?

O art. 1.604 dispõe que ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro, o que ocorreu nesse caso. Apesar disso, acredita-se que o direito de se eximir da paternidade, ainda que imprescritível e mesmo que por erro substancial, deverá encontrar limites na paternidade socioafetiva, quando os vínculos de amor e respeito se sobrepujaram à verdade biológica durante anos.

Com a desbiologização das relações familiares em decorrência das técnicas de reprodução assistida, a verdade genética não é mais fator predominante para a caracterização da filiação, e sim o afeto, sendo que o direito o converteu em princípio jurídico.[29]

Por outro lado, ainda que o filho também tenha o direito imprescritível ao reconhecimento de sua filiação biológica, os deveres oriundos da filiação socioafetiva deverão subsistir.

2.2 DO ABANDONO E DA DESISTÊNCIA DURANTE A GESTAÇÃO DO EMBRIÃO ORIUNDO DE RA

Independentemente de a fecundação ser homóloga ou heteróloga, se o embrião ainda não foi implantado no útero, este poderá ser criopreservado, doado a outro casal com problemas de reprodução, ou utilizado para pesquisa.[30]

Na hipótese de ter sido o embrião implantado em outro útero, sem que haja parentesco, em decorrência da impossibilidade de a mãe solicitante gerá-lo, emergem duas situações: se o material genético não pertencer à mãe gestacional, esta não poderá ser obrigada a dar continuidade a um projeto parental que nunca almejou, razão pela qual a criança deverá ser encaminhada para adoção; contudo, se o material genético também lhe pertencer, ou seja, se o seu óvulo foi doado para a fecundação, o bebê poderá ficar com a mãe de substituição, desde que ela tenha condições de prover a assistência moral, material e intelectual, caso contrário a criança também deverá ser entregue para adoção.

Pode ocorrer ainda outra situação, ou seja, houve a inseminação artificial e a mãe, por motivo de qualquer ordem, como viuvez, desentendimento conjugal, doença terminal, invalidez, dentre outros, se arrepende ou se recusa a ficar com a criança após o parto. Deverá então ser invocado o princípio do melhor interesse da criança e o menor será colocado em família substituta, por meio de guarda ou adoção.

Observe-se que, nas hipóteses acima ventiladas, embora a mãe ou o casal tenham realizado o planejamento familiar, deixaram de exercê-lo com responsabilidade, infringindo o disposto na Constituição Federal de 1988. Logo, devem ser penalizados, respondendo por perdas e danos, e fixada, a título de alimentos, quantia suficiente para a manutenção do menor até a maioridade ou término do curso universitário.

Assim, tudo o que envolva de forma direta ou indireta uma criança deve ser decidido em seu interesse, sempre se observando o seu bem-estar psíquico, físico e emocional, para que haja o pleno desenvolvimento de seus direitos da personalidade.

2.3 DA EUGENIA

Dentre as diversas questões abordadas, destaca-se a possibilidade de seleção de caracteres humanos por meio de manipulações genéticas, o que induz à prática da eugenia, permitindo a possibilidade de melhorar ou de aperfeiçoar a espécie humana.

A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, em seu art. 7º, repele a discriminação genética e essas práticas somente deverão ser permitidas a fim de evitar a transmissão de doenças hereditárias, não se podendo buscar o aperfeiçoamento ou inclusão de um critério de qualidade eugênica sem indicações terapêuticas.[31]

O Código de Ética Médico norte-americano proíbe o uso de técnicas para uma prévia escolha do sexo da criança.[32]

Nesse sentido já dispôs o Conselho Federal de Medicina (CFM), na Resolução nº. 1.358/1992:

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

[...]

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

[...]

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

O diagnóstico genético pré-implantório é um procedimento aceito pelo CFM, constitui um avanço significativo para os casais que corram o risco de transmitir alguma patologia genética aos seus descendentes e evita o dilema da realização de um aborto. Contudo, esse procedimento não deve passar da terapia ao eugenismo.

Acrescente-se que, apesar da proibição do CFM, não se vislumbram prejuízos quanto à escolha do sexo, uma vez que as técnicas de RA não são acessíveis a toda a coletividade, não afetando o equilíbrio entre nascimentos de homens e mulheres.

Ressalte-se que a manipulação de gametas não deve ser utilizada para a prática de eugenia invertida, como, por exemplo, no caso Duchesneau e McCullough, em que um casal de homossexuais surdas de nascimento planejou o nascimento de filhos com surdez. [33]

As técnicas de RA devem ser utilizadas para o bem-estar do ser humano, e não com o intuito de limitar as chances de uma vida saudável ou de aprimoramento de raça.

2.4 MONOPARENTALIDADE

A família monoparental pode ser conceituada como a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.[34] Essa entidade familiar há muito tempo já existe, porém seu reconhecimento, bem como sua regulamentação, somente ocorreram na Constituição Federal de 1988.

É motivo de preocupação a monoparentalidade desejada por uma pessoa que exclui do seu planejamento familiar a possibilidade de a criança ter a filiação materna ou paterna. Assim, quais seriam os limites do art. 226, § 4º, da Constituição Federal? Seria vontade desta regulamentar apenas situações já existentes, ou possibilitar novas formas familiares? O direito à filiação e o direito à procriação são direitos fundamentais, mas qual deve prevalecer?

A Constituição Federal apenas reconheceu as famílias monoparentais e não estimulou a criação delas por meio da RA. Os princípios e garantias nela previstos quanto ao planejamento familiar, à paternidade responsável e à filiação estão vinculados ao princípio do melhor interesse do menor, que assegura, além do direito à vida e à dignidade, o direito ao convívio familiar.

Embora o ordenamento pátrio tenha previsto que o planejamento familiar não deve sofrer nenhuma interferência do Estado, há o direito indisponível da criança de ter assegurada a sua filiação, podendo identificar seus genitores.

A permissão para a adoção unilateral e a situação jurídica daquelas pessoas que foram abandonadas pelos seus parceiros ou que ficaram separadas, divorciadas ou viúvas e acabaram por formar uma família monoparental não servem de argumento para autorizar a RA em pessoas que pretendem, sozinhas, exercer a paternidade. Na adoção unilateral, a criança já nasceu e se encontra abandonada, e nas demais a monoparentalidade foi imposta, situações diversas daquela que as constitui de forma intencional.

Em matéria de reprodução humana assistida, o Conselho Português de Ética para as Ciências da Vida concluiu pela inadmissibilidade da aplicação das técnicas de RA para mulheres e homens sozinhos.[35]

No direito alemão, a Associação Médica, no Relatório Benda – o mais importante documento alemão sobre procriações assistidas – limitou a utilização das técnicas apenas aos casais casados e, excepcionalmente, aos casais não casados. O direito sueco também só permite a adoção de técnicas de RA a um casal. Já na Itália, apesar de inexistir legislação específica, a orientação é no sentido de inadmitir a monoparentalidade, de acordo com as recomendações do Instituto Superiore di Sanitá.[36]

Conclui-se que as técnicas de RA só devem ser utilizadas quando não houver nenhuma outra opção para a realização do projeto parental, e não como forma alternativa de reprodução, porque o direito à filiação está acima do direito à procriação.

2.5 DA IDENTIFICAÇÃO DO DOADOR DE GAMETAS

É conveniente que a identidade dos doadores de sêmen, óvulos ou embriões seja revelada à pessoa fruto dessa concepção?

A Resolução nº 1.358/1992 do CFM, no Capítulo IV, que trata da doação de gametas ou pré-embriões, dispõe que:

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

Assim, há a previsão de que sejam repassadas as informações sobre doadores para médicos, a fim de que se resguarde a identidade do doador.

Para Maria Helena Diniz, o sigilo quanto à identidade do doador é uma das condições jurídicas a que está vinculada essa modalidade de procriação humana, assim como em relação ao receptor, sob pena de responsabilidade civil e criminal. A escolha do doador caberá à clínica, que providenciará os registros alusivos à fertilização assistida.[37]

O anonimato não precisa ser absoluto e a criança ou o adolescente devem estar preparados ou ter maturidade para conhecer a sua origem genética. Poderá ser revelado ao filho que ele é fruto de procriação assistida. Caso este se interesse em conhecer a sua origem, deve ser permitida a revelação de seus antecedentes genéticos, sem que haja a apresentação da identidade do doador. Por fim, há a possibilidade de conhecer o doador sem que haja o reconhecimento da filiação, como um direito da personalidade, não gerando obrigação alimentar e direitos sucessórios.

A legislação sueca permite a quebra do anonimato do doador nas inseminações artificiais, reconhecendo ao fruto da concepção o conhecimento de sua origem genética, ainda que desvinculada de efeitos sucessórios.[38]

O direito espanhol admite também a revelação do doador do material fecundante, mas exclui qualquer tipo de direito alimentar ou sucessório entre o indivíduo concebido e o genitor biológico.[39]

O direito alemão proíbe o anonimato do doador, a chamada “barriga de aluguel”, bem como a inseminação artificial com o esperma de homem já morto. Também é vedada a procriação artificial para uniões informais e mulheres solteiras. Em caso de litígio, prevalecerão, sempre, os interesses do menor.[40]

No Brasil, tramitam no Congresso Nacional alguns projetos de lei que permitem à pessoa nascida por meio de RA saber a identidade de seu pai ou mãe biológicos, sem gerar direitos de ordem sucessória, alimentar ou ainda de filiação.[41]

Gustavo Tepedino entende que, em se admitindo a procriação assistida como uma modalidade autônoma em relação à filiação biológica e à filiação adotiva, uma vez determinadas a paternidade e a maternidade de quem encomendou o material genético, pouco importará a origem genética do esperma doado, não acarretando a doação nenhum vínculo parental para o estabelecimento da filiação.[42]

Já Guilherme Calmon Nogueira da Gama entende que poderiam ser aplicadas analogicamente as disposições pertinentes à adoção, em que há a proibição de repassar

as informações acerca da natureza do vínculo de filiação, mas preservando dados quanto aos pais biológicos e observando o procedimento administrativo ou judicial.[43]

Segundo Eduardo de Oliveira Leite,

[...] fica impossibilitada a propositura de ação de investigação de paternidade do doador em face do filho, quer em decorrência do sigilo dominante nos bancos de esperma, quer porque esta criança não é institucional, nem voluntariamente sua.

Ora, a doadora de óvulo, quando doa a um casal, está abdicando voluntariamente de sua maternidade jurídica, da mesma forma como quem entrega uma criança para a adoção está renunciando a todo e qualquer direito de filiação até aquele momento existente. [44]

Dificilmente um filho gerado mediante o emprego da técnica de RA heteróloga terá interesse em conhecer o seu pai ou sua mãe biológica, se cresceu em um ambiente familiar com afeto e proteção.

Conclui-se que o direito de conhecer os pais biológicos é personalíssimo, imprescritível, indisponível e irrenunciável. Porém, ainda que venha a conhecer sua identidade genética, não poderá pleitear o reconhecimento de sua filiação, bem como requerer alimentos e direitos sucessórios. Da mesma forma, a doação de gametas ou de embriões não deve, em momento algum, gerar direitos aos doadores em relação à pessoa fruto da RA.

2.6 DA DOAÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES E DOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

A probabilidade de a mulher engravidar por meio das técnicas de reprodução assistida na primeira tentativa é pequena[45], razão pela qual se produzem diversos embriões, a fim de que o casal não precise submeter-se a outras sessões de coleta de gametas.

Dentre os embriões obtidos, alguns não são transferidos, porque se desenvolveram de forma anormal, o que os torna inviáveis, ou, embora normais, ultrapassaram o número recomendável para a implantação no útero, e não são implantados, de forma a evitar gestação múltipla, que apresenta risco de aborto, parto precoce e outras complicações.

Em 1992, o Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução nº 1.358, determinou:

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Como se verifica pelo trecho acima transcrito, a resolução não permite a destruição dos embriões, mas autoriza outras destinações, como a doação a outros casais inférteis.

Em tópico anterior, foi abordada a questão da necessidade de identificação do doador de gametas, tendo em vista que o conhecimento da identidade genética está diretamente relacionado com os direitos da personalidade do concebido. Ressalte-se que o conhecimento não está apto a gerar direitos de filiação, alimentares ou sucessórios.

Contudo, a questão dos impedimentos matrimoniais deve ser analisada.

O anonimato dos doadores, além de atentar contra a dignidade da criança, pode permitir o estabelecimento de relações incestuosas. Imagine-se um casal que se apaixona, sendo irmãos mas filhos socioafetivos de casais diferentes.

Em que pese, no Brasil, o incesto não seja punido criminalmente, se as duas pessoas envolvidas forem capazes de consentir, os filhos oriundos desse relacionamento podem nascer com deformidades e problemas congênitos graves.

Assim, reafirma-se a necessidade de conhecimento da origem genética, para que tais situações sejam evitadas, como forma de preservação da prole de possíveis deformidades, com fulcro no art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 1.626 do Código Civil e no princípio da paternidade responsável.

2.7 DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

Com a evolução da biotecnologia, surgiram inúmeras questões controvertidas, como a possibilidade de inseminação artificial *post mortem*.

O art. 1.597 do Código Civil garante a presunção de paternidade ainda que a fecundação homóloga seja realizada após a morte do marido.[46] Aplica-se analogicamente à união estável tal presunção.

A Resolução nº. 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina dispõe:

V- Criopreservação de Gametas ou Pré-Embriões:

3- No momento da criopreservação, o cônjuges ou companheiros **devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões** criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de **falecimento** de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. (grifo nosso)

A inseminação artificial *post mortem*, ainda que autorizada, viola o princípio do melhor interesse da criança, visto que esta não gozará da companhia do genitor falecido, daí resultando transtornos psicológicos e sociais.

Além desse problema, existem as discussões acerca da sucessão oriunda de tal procedimento. No âmbito do direito sucessório, os embriões *in vitro* não são nascituros, porque não foram implantados no útero, tampouco prole eventual, porque já foram concebidos. Portanto, são carecedores de capacidade jurídica passiva, conforme o art. 1.798 do Código Civil.

Parte da doutrina[47] entende que, embora os vínculos de filiação devam ser estabelecidos, a inseminação *post mortem* não poderá gerar direitos de ordem patrimonial, pois isso acarretaria problemas de ordem prática e infringiria os princípios constitucionais da segurança jurídica e da irretroatividade.[48]

Para esses doutrinadores, tal solução jurídica não afetaria o principio da igualdade dos filhos, consagrado na Constituição Federal, porquanto esse princípio preceitua que sejam tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. No caso das inseminações *post mortem*, há uma absoluta disparidade com a concepção ordinária, que ocorre antes da morte de um dos genitores.[49]

Entretanto acredita-se na possibilidade de sucessão testamentária como expressão de última vontade em favor de prole eventual.

Nesse sentido, assevera Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

[...] a parte final do artigo 1.718, do Código de 1916, admite a disposição testamentária em favor de prole eventual própria quando o testador, prevendo a possibilidade de vir a falecer antes da concepção da criança, confecciona seu testamento referindo à prole dele próprio – no Código Civil de 2002, o artigo 1.799, inciso I, admite o chamamento, na sucessão testamentária, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão.[50]

Juliane Fernandes Queiroz acredita que no testamento também deverá ser fixado prazo de espera do nascimento dos embriões criopreservados.[51] A não fixação de prazo levaria ao inconveniente de os demais herdeiros precisarem aguardar a abertura da sucessão, tendo seus direitos violados.

Assim, entende-se que, quando da confecção do testamento, o autor deverá fixar prazo de espera para o nascimento dos filhos, a fim de que estes tenham direito sucessório, o qual deverá ser de no máximo dois anos, a contar da data de abertura da sucessão, por aplicação analógica do § 4º do art. 1.800 do Código Civil.

Giselda Hironaka afirma que deve ser indicada no testamento "a doadora do óvulo, se testador, ou o doador do espermatozóide, se testadora"[52].

Afastar os direitos sucessórios daquele concebido e gerado mediante fecundação artificial *post mortem* viola, ainda mais, os princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança, pois esta, já privada da convivência paterna, será preterida economicamente, o que poderá prejudicar seu desenvolvimento.

Desse modo, conclui-se que o legislador, atento às necessidades sociais, poderia normatizar no sentido de fixar lapso temporal para a concepção *post mortem*, e, enquanto isso não acontecer, os direitos sucessórios do embrião não concebido poderiam ser previstos em testamento.

3 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PARADIGMA DA ORDEM JURÍDICA

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal, é fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais[53] e se inclui como um dos objetivos fundamentais da República, tornando defeso à ciência avançar, sob qualquer pretexto, suas fronteiras limitadoras. Esta deverá se pautar no mais amplo conceito do que seja dignidade da pessoa humana.[54]

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser estendido a toda criança que venha a nascer através da biotecnologia. Ela deve dispor das condições indispensáveis para nascer e viver em um ambiente familiar com afeto necessário para um desenvolvimento físico, psíquico e sentimental adequado.

O bem-estar da criança deve estar acima de qualquer outro interesse, mesmo que esteja em conflito com os interesses de seus pais biológicos ou afetivos.

Portanto, embora os direitos sexuais e reprodutivos sejam assegurados por meio de RA, a elaboração de uma lei que venha a discipliná-la deve ater-se ao princípio da dignidade humana e do melhor interesse da criança, sendo vedada a prática de atos atentatórios à existência, às liberdades individuais e à inviolabilidade da pessoa humana.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tratar da família e de suas formas de constituição, o art. 226, § 7º, da Constituição Federal determinou que o planejamento familiar é de livre decisão do casal e deve ser fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável.

Após a Constituição Federal de 1988, a Lei nº. 9.263/1996 regulamentou o planejamento familiar como acessível a qualquer cidadão, independentemente do estado civil, com o fim de evitar a proliferação de famílias sem condições de dar assistência material, moral e intelectual à prole.

O planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, e orientado por ações preventivas e educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Disso se insere que as técnicas de reprodução humana assistida podem ser utilizadas como recurso para a realização do projeto parental, sendo que a própria Lei nº. 9.263/1996 prevê expressamente essa possibilidade, contudo de forma responsável, garantindo assim os direitos fundamentais dos menores.

Em que pese a proposta da RA seja de inegável relevância - combater a infertilidade e proporcionar o nascimento de uma nova vida humana - dela decorrem inúmeros conflitos jurídicos.

O avanço das técnicas de RA inovou os conceitos de paternidade e filiação. Nesse diapasão, entende-se que, quando um homem consentir de forma livre e consciente na inseminação de sua esposa ou companheira, em nenhum momento poderá contestá-la, ainda que heteróloga; porém, se a mulher se utilizar da inseminação com sêmen de

terceiro sem que haja o conhecimento de seu marido ou companheiro, poderão estes contestá-la a qualquer tempo. Caso a fecundação com sêmem de terceiro tenha ocorrido por erro, e decorrido tempo suficiente para estabelecimento de filiação socioafetiva, esta deverá ser considerada e o pai não poderá se eximir da paternidade. Porém, ainda que o filho queira o reconhecimento de sua filiação biológica, os deveres oriundos da filiação socioafetiva deverão subsistir.

Quando houver desistência da utilização das técnicas de reprodução assistida, independentemente de ser homóloga ou heteróloga, se a criança já tiver nascido, esta deverá ser colocada em família substituta, e o casal deverá pagar uma indenização que seja suficiente para a manutenção da criança até a maioridade ou término do curso superior.

O diagnóstico genético pré-implantório é um procedimento admitido pelo CFM e é importante para casais que apresentem patologias congênitas. Acredita-se que não haja problema ético na escolha do sexo do embrião; entretanto, deve ser limitado, para que não haja práticas eugênicas.

As famílias monoparentais foram reconhecidas pela Constituição Federal de 1988. A *men legis* era institucionalizá-las para que gozassem dos mesmos direitos que as famílias oriundas do matrimônio, e não estimular a criação de situações em que a criança é privada do direito à filiação de um dos genitores.

Embora se reconheça que o ordenamento pátrio tenha dado liberdade quanto ao planejamento familiar, há que ser considerado o direito indisponível da criança de ter uma família e dois genitores, do que se infere que a RA só deve ser utilizada como útimo recurso para realização do projeto parental e não como forma alternativa de reprodução.

No que tange ao sigilo quanto à identidade do doador de gametas, inúmeros projetos de lei tramitam no Brasil, entendendo-se que não deve ser absoluta, assim como já faz a Resolução nº 1.358/1992 do CFM em seu Capítulo IV. Sugere-se a aplicação analógica das disposições pertinentes à adoção, em que há a proibição de repassar as informações acerca da natureza do vínculo de filiação, mas preservando dados quanto aos pais biológicos, observando o procedimento administrativo ou judicial e ressaltando-se que jamais o doador poderá sofrer o ônus oriundo do reconhecimento da paternidade.

Por fim, acredita-se que, em todo e qualquer litígio que envolva RA, a dignidade da pessoa humana deverá funcionar como paradigma, pondo-se o bem-estar da criança acima de qualquer outro interesse, mesmo que este esteja em conflito com os interesses de seus pais biológicos ou afetivos, restando vedada a prática de atos atentatórios à existência, às liberdades individuais e à inviolabilidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BOSCARO, Márcio Antonio. *Direito de filiação*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana*: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. *O planejamento familiar brasileiro, o biodireito e a exclusão social*: uma análise acerca da reprodução independente. In Revista de Direito Privado, ano 9, n. 35, jul.-set./2008.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. *Efeitos da reprodução humana assistida*. São Paulo: SRS Editora, 2008.

DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, n. 188 de 15 de novembro de 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito.* São Paulo: Saraiva, 2001.

FAGUNDES JUNIOR, José Cabral Pereira. Limites da e o respeito à dignidade humana. *In*: *Biodireito*: ciência da vida, os novos desafios (Org. Maria Celeste Cordeiro dos Santos). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 5, abri-mai-jun/2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil – parte especial: do direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 6, n.24, jun/jul. 2004.

OLIVEIRA, Neiva Flávia de. A evolução da pesquisa genética e o novo conceito de família. Limites bioéticos. *Revista dos Tribunais*, ano 89, v. 777, julho de 2000.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade*: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horisonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. *In*: *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Coord: Ana Carolina Brochado Teixeira, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e Biodireito. *In*: *Afeto, ética família e o novo Código Civil*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e "post mortem". *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 41, nº. 48, p. 253-278, jul./dez. 2007.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; FÉO, Christina. Eugenia às avessas: o uso de embriões com mal genético. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, n. 241 de 31 de janeiro de 2007.

_____; MAGRO, Mayara Alyne. Direitos dos filhos gerados por reprodução assistida heteróloga. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, n. 254 de 15 de agosto de 2007.

WALD, Arnoldo. Direito de família. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2002.

---

[1] COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga:* estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[2] Cf. Lucas 10:38.

[3] LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história. São Paulo: Mas Limonad, 2002, p. 71.

[4] WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2002.

[5] THE ROMAN empire: in the first century. Disponível em: < http://www.pbs.org/empires/romans/empire/ women.html>. Acesso em 30 de agosto de 2009.

[6] SCHOR, Neia; ALVARENGA, Augusta T. de. *O aborto*: um resgate histórico e outros dados. Disponível em: < http://www.fsp.usp.br/SCHOR.HTM>. Acesso em 31 de agosto de 2009.

[7] WALD, op.cit.

[8] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento.* Curitiba: Juruá, 1991, v. 1.

[9] Ibid.

[10] TORRES-LODOÑO, Fernando. *A outra família*: concubinato, igreja e escândalo na colônia. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

[11] WALD, op. cit.

[12] FORUM de entidades nacionais de Direitos Humanos. Disponível em: < http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=246&Itemid=2>. Acesso em 31 de agosto de 2009.

[13] COSTA, Ana Maria. Planejamento familiar no Brasil. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v4/planeja.html>. Acesso em 21 de agosto de 2009.

[14] Título V, Capítulo I. Cf. texto integral da Constituição de 1934 no endereço eletrônico < http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 31 de agosto de 2009.

[15] Cf. texto integral da Constituição de 1934 no endereço eletrônico < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em 31 de agosto de 2009.

[16] Título VI, Capítulo I. Cf. texto integral da Constituição de 1946 no endereço eletrônico < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 31 de agosto de 2009.

[17] Título IV, art. 167. Cf. texto integral da Constituição de 1967 no endereço eletrônico < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em 31 de agosto de 2009.

[18] Cf. texto integral da Constituição de 1967 no endereço eletrônico < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 31 de agosto de 2009.

[19] BERQUÓ, Elza; ROCHA, Maria Isabel Baltar da. A Abep no contexto político e no desenvolvimento da demografia nas décadas de 1960 e 1970. Revista Brasileira de Estudos de População. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982005000200003>. Acesso em 31 de agosto de 2009.

[20] SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 75.

[21] Art. 226, § 7º da CF.

[22] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

[23] Lei 8.069/90:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

[24] Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

[..]

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

[25] http://www.dependedenos.org.br

[26] Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em 27 de agosto de 2009.

[27] CRUZ, Ivelise Fonseca da. *Efeitos da reprodução humana assistida*. São Paulo: SRS Editora, 2008.

[28] RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. *In*: *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Coord: Ana Carolina Brochado Teixeira, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008, p. 228.

[29] LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 6, n.24, jun/jul. 2004.

[30] Desde que autorizado pelo casal e congelado há mais de 3 anos, nos termos do art. 5º da Lei de Biossegurança.

[31] BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana*: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20.

[32] BOSCARO, Márcio Antonio. *Direito de filiação*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, p. 101.

[33] VIEIRA, Tereza Rodrigues; FÉO, Christina. Eugenia às avessas: o uso de embriões com mal genético. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, n. 241 de 31 de janeiro de 2007, p. 12.

[34] § 4º do art. 226 da Constituição Federal.

[35] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 5, abri-mai-jun/2000, p. 7 *et seq*.

[36] Ibid.

[37] DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

[38] GAMA, op. cit., p. 902.

[39] Ibid.

[40] BOSCARO, op. cit., p. 101.

[41] Esse sentido cf. PL-4686/2004; PL-2061/2003; PL-1184/2003; PL-1135/2003; PL-120/2003.

[42] TEPEDINO, Gustavo apud GAMA, op. cit., p. 101, *et seq*.

[43] GAMA, op. cit.

[44] SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e "post mortem". *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 41, nº. 48, p. 253-278, jul./dez. 2007, p. 259.

[45] Segundo pesquisa realizada em 2008, 96% das mulheres que se submetem a técnicas de RA só fecundam na 2ª tentativa. MASON, Emma. *Insucesso na reprodução assistida justifica ao menos mais uma tentativa*. Disponível em: <http://www.diariodasaude.com.br/news.php?article=insucesso-na-reproducao-assistida-justifica-ao-menos-mais-uma-tentativa>. Acesso em 03 de setembro de 2009.

[46] Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

[47] Esse sentido ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 90, v. 328 de 1994. BITTAR, Carlos Alberto. Problemas éticos-jurídicos da inseminação artificial. In: *Revista dos Tribunais*.

São Paulo: (277-278), v. 696, ano 82, out./93. MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida*: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009.

[48] DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, n. 188 de 15 de novembro de 2004.

[49] Ibid.

[50] GAMA, op. cit., p. 732.

[51] QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade*: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horisonte: Del Rey, 2001, p. 80

[52]HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil – parte especial: do direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20, p. 96.

[53] FAGUNDES JUNIOR, José Cabral Pereira. Limites da e o respeito à dignidade humana. *In*: *Biodireito*: ciência da vida, os novos desafios (Org. Maria Celeste Cordeiro dos Santos). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 266.

[54] Ibid.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA

CARL SCHMITT VERSUS WEIMAR*

CARL SCHMITT VERSUS WEIMAR

Adamo Dias Alves
Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

RESUMO

O presente artigo visa delinear a contrariedade de Carl Schmitt a Constituição de Weimar, destacando sua crítica a declaração de direitos existente na segunda parte da mencionada constituição, a teoria democrática da época e ao parlamentarismo.

Anti-normativista, defensor de um decisionismo político e acima de tudo um crítico da teoria liberal, Schmitt desenvolverá uma análise crítica não só dos conceitos do "Estado de Direito liberal burguês", mas de toda a estrutura da constituição de Weimar que teria ofuscado o político e confundida a soberania.

Segundo o autor alemão, se numa democracia o poder emana do povo que é o titular do poder constituinte, o que se vê em Weimar é uma ordem contraditória em que pessoas que não tem soberania desempenham atos de soberania, compromissos expressos em "direitos fundamentais" de matrizes ideológicas distintas para não dizer contraditórias que somente afastam a decisão e não permitem uma análise objetiva da resolução do problema.

Carl Schmitt é o autor de destaque da oposição a Constituição de Weimar, que posteriormente irá se filiar ao partido de outros conhecidos opositores da constituição de Weimar, os membros do partido nacional-socialista.

PALAVRAS-CHAVES: DEMOCRACIA, DIREITO, CONSTITUIÇÃO, DECISÃO, REPRESENTAÇÃO.

ABSTRACT

This article aims to outline the opposition of Carl Schmitt to Weimar Constitution, emphasizing his criticism of the declaration of existing rights in the second part of the aforementioned constitution, the democratic theory of the time and parliamentarism.

Anti-normativist, an advocate of political decisionism and above all a critic of liberal theory, Schmitt develop a critical analysis not only of the concepts of "liberal rule of law", but the whole structure of the Weimar constitution that would have overshadowed the confused and political sovereignty.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

According to the German author, in a democracy power emanates from the people who is the owner of the constituent power, which is seen in Weimar is a contradictory order in which people who have no sovereignty perform acts of sovereignty, the commitments expressed in "fundamental rights" ideological frameworks of different if not contradictory that only move the decision and not allow an objective analysis of the resolution of the problem.

Carl Schmitt is the author of senior opposition to the Weimar Constitution, which will later join the other party known opponents of the Weimar constitution, members of the National Socialist Party.

KEYWORDS: DEMOCRACY, LAW, CONSTITUTION, DECISION, REPRESENTATION.

1 - O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL DE WEIMAR: APONTAMENTOS DAS CARACTERISTICAS PRINCIPAIS.

A Constituição de Weimar de 1919 é um marco para o constitucionalismo social, assim como a sua predecessora, a Constituição do México de 1917.

O movimento constitucionalista que abarca estas duas constituições e uma série de outras que surgiram após, determina uma ênfase na defesa dos direitos sociais, como a melhora nas condições de trabalho, de saúde, de educação, de um incremento nas políticas públicas e busca uma diminuição da desigualdade social.

Portanto, estas constituições declaram ao lado dos direitos individuais, os direitos sociais que prescrevem uma prestação positiva por parte do Estado em razão do princípio de igualdade material.

Para esta prestação positiva do Estado entende-se como necessária a intervenção estatal nos domínios sociais e econômicos o que contrariou os adeptos do liberalismo econômico que rechaçam esta ingerência.

A constituição de Weimar era reflexo da Alemanha derrotada na Segunda Guerra Mundial, uma constituição que abarcava visões de mundo dos mais diversos segmentos sociais e políticos, num contexto de crise social e econômica muito grave.

Muitos críticos afirmaram que a instabilidade constitucional do período era atribuída à própria estrutura da Constituição de Weimar fundada em compromissos constitucionais (*verfassungskompromiss)* ou constituição programática, carente,

portanto de definições políticas que permitissem o seu cumprimento em determinadas direções, o que é ressaltado por Schmitt (BERCOVICI, 2004, p.27).

Por outro lado um jurista da época como Richard Thoma entendia que a democracia em Weimar era uma democracia na forma e na substância, pois buscava a incorporação das classes trabalhadoras no Estado com base na emancipação política completa e na igualdade de direitos (THOMA *In* BERCOVICI, 2004, 27).

A primeira parte da constituição de Weimar dispõe sobre as normas de organização do Estado.

A segunda parte da constituição dispõe sobre os direitos fundamentais. Esta foi acrescentada pela Assembléia Constituinte pela proposta de Friedrich Naumann, o que alterou o projeto de constituição de Hugo Preuss, que não tinha um capítulo sobre direitos fundamentais. Preuss, apesar de ser favorável as propostas de uma concepção social de democracia e à proteção dos direitos sociais, tinha receio de que as disputas ideológicas em torno de visões diferentes de direitos fundamentais ameaçassem a unidade nacional e a organização democrática do povo alemão (BERCOVICI, 2004, p.28).

É interessante destacar que a interpretação dos direitos fundamentais era um dos temas principais no governo de Brüning, período marcado pelo recrudescimento da crise social do início dos anos trinta em todo o mundo.

Os defensores da constituição e em especial, os partidários do partido social democrata (SPD), defendiam os direitos fundamentais como seu conteúdo essencial e os opositores da constituição os viam como um obstáculo, um resquício da burguesia liberal do século XIX, que deveria desaparecer.

Um dos mais célebres opositores da constituição e adepto dessa interpretação dos diretos fundamentais como resquício da burguesia liberal foi Carl Schmitt.

2 - A TEORIA DE CARL SCHMITT SOBRE O DIREITO, DITADURA E A DECISÃO.

Schmitt, ao longo de suas obras, elabora sua teoria política combatendo o liberalismo desde sua interpretação contra-revolucionária, passando pelo conceito de constituição, de democracia e da relação entre o direito e a política.

Conservador, radical católico e anti-normativista, Schmitt desenvolverá sua teoria a partir da influência considerável de Donoso Cortés, Maquiavel, Hobbes, Sorel, Paretto.

Se no tocante ao conceito de soberania é claro a referência ao conceito de Cortés. Partindo de Donoso Cortés, Schmitt vai defender a idéia segundo a qual a soberania deve ser entendida como uma questão da decisão sobre um caso de exceção; a ordem e a segurança públicas devem ser decididas pelo Estado soberano tendo por base uma instrumentação jurídica como a lei marcial ou o estado de sítio.

O conceito de decisão também será crucial para o entendimento da lógica do Direito. A ordem jurídica, tal como toda e qualquer ordem, deve necessariamente basear-se numa decisão e não em uma norma consensual.

A soberania como criadora da ordem política e a idéia de que o esvaziamento do sentido do político ocorre como conseqüência da falta de um espaço autônomo de decisão sobre os critérios do agir político são princípios presentes na suas obras.

No livro *A ditadura,* publicado em 1921 Schmitt começa a delinear sua teoria política autoritária. Após afirmar que o termo ditadura é tratado de forma confusa pelos poucos livros existentes até a época e realizar considerações sobre a ditadura do proletariado, Schmitt no prólogo do livro começa a delinear sua concepção jurídico-política.

A relação entre o Estado, o Direito e a Ditadura é pensado por Schmitt de maneira peculiar.

O fato de toda ditadura conter uma exceção a uma norma não quer dizer que seja uma negação causal de uma norma qualquer. A dialética interna do conceito radica em que mediante a ditadura se nega precisamente a norma cuja dominação deve ser assegurada na realidade político-histórica (SCHMITT, 1999, p.26).

Entre a dominação da norma a realizar e o método de sua realização pode existir, portanto, uma oposição. Para Schmitt do ponto de vista filosófico jurídico, a essência da ditadura está nisto, isto é, na possibilidade geral de uma separação das normas de direito e das normas de realização do direito.

Partindo justamente do que a deve justificar, a ditadura se converte numa supressão de uma situação jurídica porque significa a dominação de um procedimento que está comprometido com o sucesso de um resultado concreto, mediante a eliminação do respeito essencial ao direito que tem no sujeito de direito a opor sua vontade, se esta vontade obstaculiza o direito (SCHMITT, 1999, pp.26-27).

Fazendo este raciocínio Schmitt conclui sua teoria anti-normativista do direito da seguinte maneira:

De pronto, quem não vê na medula de todo o direito mais que semelhante fim, não está em situação de encontrar um conceito de ditadura, porque **todo o ordenamento jurídico é simplesmente uma ditadura latente ou intermitente** (Tradução e grifo nossos) (SCHMITT, 1999, p.27)[1].

Schmitt assim afirma a existência concomitante do Direito e da Ditadura, pois com a ditadura de certa forma atinge-se a finalidade do que é buscado pelo ordenamento mesmo que paradoxalmente em contraposição às normas que o constitui.

Para corroborar sua tese Schmitt lembra uma citação de Ihering de *A luta pelo direito* na qual Ihering afirma que o direito é um meio para um fim que é o existir da sociedade, se como tal o direito não se mostrar capaz de numa situação salvar a sociedade, intervirá a força e fará o que é pedido, que é o feito salvador do Estado e o ponto em que o direito desemboca na política e na história.

Schmitt interpreta afirmando que de maneira mais precisa:

(...) seria o ponto em que o direito revela sua verdadeira natureza e onde, por motivos de conveniência, acabam as atenuações admitidas de seu caráter teleológico puro. A guerra contra o inimigo exterior e a repressão de uma sublevação no interior não constituiriam estados de exceção, mas o caso ideal normal nele em que o direito e o Estado desdobram sua natureza finalista intrínseca com uma força imediata(TRADUÇÃO NOSSA) (SCHMITT, 1999, p.27)[2].

Novamente contrapondo-se a teoria normativa da época Schmitt entende que a ditadura se justifica em realizar o direito, por mais que o ignore, é importante por sua substância, não é uma derivação formal, não é uma justificação em sentido jurídico, porque o fim real ou suposto, por melhor que seja, não pode fundamentar nenhuma ruptura com o direito, e a implantação de uma situação que responda aos princípios de justiça normativa não lhe presta nenhuma autoridade jurídica.

A característica formal provém no exercício da autoridade suprema, a qual está juridicamente em condição de suspender o direito e autorizar uma ditadura, em permitir uma exceção concreta, exceção que é o problema da ditadura segundo Schmitt não tratado pela Teoria Geral do Direito.

3 - OS CONCEITOS DE CONSTITUIÇÃO PELA TEORIA LIBERAL BURGUESA E O CONCEITO PODITIVO DE CONSTITUIÇÃO

Se na relação entre Ditadura e Direito Schmitt já ataca alguns preceitos caros a Teoria do Estado de Direito de matriz liberal, em sua análise sobre os conceitos de constituição utilizados para interpretar a constituição de Weimar que é para Schmitt

uma constituição em suma de orientação liberal burguesa[3] a crítica será ainda concentrada.

Com uma análise sobre o conceito de Constituição, Schmitt inicia sua Teoria da Constituição, destacando a "singular dificuldade da Teoria Constitucional do Estado burguês", em voga na época, que consistia em que "o elemento da constituição próprio deste tipo de Estado se encontra confundido na constituição em sua totalidade", noção que segundo Schmitt, não podia bastar a si mesma, pois concorre com o elemento político. Equiparar os princípios do Estado burguês de Direito com a Constituição desatende aos fenômenos essenciais da vida constitucional, em especial, o conceito de soberania (Schmitt, 2006, p.23).

Na prática, a Teoria Constitucional do Estado burguês teria desenvolvido um emprego de "atos apócrifos de soberania". Autoridades ou cargos do Estado, sem ser soberanos, realizam atos de soberania ocasionalmente e sob tolerância tácita.

Schmitt distingue quatro tipos de uso da palavra constituição em seu livro *Teoria da constituição*: conceito absoluto de constituição, conceito relativo, conceito positivo e conceito ideal.

O conceito absoluto de constituição é a compreensão da constituição como um todo unitário. Este conceito pode significar a concreta maneira de ser resultante de qualquer unidade política existente ou pode significar uma regulação legal fundamental, um sistema de regras supremas e últimas que dão validade as demais normas.

Para Schmitt, a Teoria Geral do Estado de Kelsen se encontra neste último sentido, pois apresenta também o Estado como um sistema e uma unidade de normas jurídicas só que sem a menor intenção de esclarecer o princípio objetivo e lógico desta "unidade" e deste "sistema" e sem explicar como ocorre e por qual necessidade sucede que as muitas prescrições legais positivas de um Estado e as distintas normas legal-constitucionais formem um sistema ou uma unidade.

Para Schmitt, o ser e dever político da unidade e da ordenação estatal se transforma em funcionamento, o contraste de ser e dever ser se confunde constantemente com o contraste do ser substancial e o funcionamento legal (SCHMITT, 2006, p.34).

Schmitt entende que a teoria é inteligível se contemplada a luz da teoria burguesa do direito, ou seja, de uma teoria liberal, pautada no Direito racional e natural que constituiu normas válidas em si mesmas de conceitos como propriedade privada e liberdade individual que valeriam antes e sobre qualquer ser político, porque são justas e razoáveis e por isso envolvem um dever ser autêntico, independente da realidade do ser.

Desta forma, ter-se-ia uma normatividade, um sistema, ordem e unidade. Mas Kelsen rechaça isso, dizendo que somente valem as normas positivas, não valem por ser justas ou razoáveis, mas porque são positivas (SCHMITT, 2006, p.34).

Schmitt entende que cessa assim o dever ser e a normatividade, em seu lugar haveria uma tautologia de simples fatos. Ironicamente afirma: "uma coisa vale, quando vale e porque vale. Isto é positivismo"(SCHMITT, 2006, p.34).

Atacando novamente a teoria kelseniana, Schmitt afirma que quem sustente a visão que a constituição deve valer como uma norma fundamental e que toda outra norma retire dela sua validez, não lhe é lícito tomar como fundamento de um puro sistema, normas prescritivas quaisquer só porque tenha sido estabelecido por um dado órgão, sejam reconhecidas e por ele designadas como positivas, e assim, resultem eficazes de fato. Mas, que estes preceitos sistemáticos sejam justos em si mesmos por virtude de sua razoabilidade ou justiça, sem consideração a validez positiva de consequências normativas. Só assim se pode derivar uma unidade ou ordenação normativa.

"dizer que uma constituição não vale por sua justiça normativa, mas somente em razão de sua positividade, e contudo, que funda como norma pura um sistema ou uma ordenação de normas puras, é uma confusão cheia de contradições" (SCHMITT, 2006, p.35)"(TRADUÇÃO NOSSA)[4].

Na realidade uma constituição é válida quando emana de um poder, (i.e, força ou autoridade) constituinte e se estabelece por sua vontade. Vontade significa, em contraste com simples normas, uma magnitude do ser como origem de um dever ser. A unidade e a ordenação residem na existência política do Estado e não em leis, regras ou nem em nenhuma classe de normatividade (SCHMITT, 2006, p.35).

Neste ponto Schmitt chama a atenção para a terminologia usada na Constituição de Weimar de normas fundamentais, leis fundamentais.

Os termos "normas fundamentais", "lei fundamental", trazem obscuridades e imprecisões, acabam subsumindo como, por exemplo, no caso de Weimar, em 181 artigos das mais variadas classes a "unidade" sistemática, normativa e lógica.

Schmitt ressalta que a unidade do Reich não descansa nos 181 artigos e em sua vigência, mas na existência política do povo alemão. A vontade do povo alemão funda a unidade política e jurídica, mas do que "as contradições sistemáticas, incongruências e obscuridades das leis constitucionais concretas. A constituição de Weimar vale porque o povo alemão deu-a para si mesmo e não porque há uma declaração de direitos (SCHMITT, 2006, p.35).

O segundo conceito de constituição que Schmitt analisa é o conceito relativo de constituição. A constituição como uma pluralidade de leis particulares.

Constituição em sentido relativo significa a lei constitucional particular. Esta concepção acaba segundo Schmitt com toda a distinção objetiva e de conteúdo com a conseqüência na dissolução de uma constituição única em uma pluralidade de leis constitucionais distintas, mas que são formalmente iguais.

Com esta concepção, figura com o status de lei das leis, prescrições constitucionais que segundo Schmitt não tem o status de fundamentadoras da ordem jurídica. É o caso do art.149, 3 da Constituição de Weimar que prescreve que se manterão as faculdades de teologia nas Universidades.

Tudo passa a ser lei constitucional se recepcionado na Constituição.

Schmitt afirma que a Constituição de Weimar: "... na parte orgânica é sistemática e completa, mas, em todo caso, envolve uma série de leis particulares e princípios heterogêneos, assim que tampouco cabe falar aqui de uma codificação em sentido material[5]"

Estes princípios heterogêneos dificultam a unidade da ordem, a decisão política concreta para o jurista alemão.

Schmitt afirma que só é possível um conceito de constituição quando se distingue constituição, de lei constitucional e o conceito positivo de Constituição, faz esta distinção.

Constituição em sentido positivo surge mediante um ato do poder constituinte que contém totalidade da unidade política considerada em sua particular forma de existência. Este constitui a forma e o modo da unidade política cuja existência é anterior (SCHMITT, 2006, p.46).

Schmitt lembra que não é que a unidade política surge porque se tenha dado uma constituição. A constituição em sentido positivo contém somente a determinação da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia ou decide a unidade política. Esta forma pode mudar, sem que o estado, a unidade do povo cesse.

Novamente a tese de Jacobson e Schlink na obra *Weimar - jurisprundence in crisis* - que na Alemanha o Estado antecede a constituição resta, por esta afirmação de Schmitt, válida.

A distinção entre o conceito de constituição e de leis constitucionais advém do fato de que as leis constitucionais pressupõem uma constituição e valem com base nela.

Toda lei constitucional e toda regulação normativa necessita para sua validez em último caso de uma decisão política prévia, adotada por um poder ou autoridade politicamente existente, não de uma norma fundamental como quer Kelsen ou de um Direito racional e justo que se funde na defesa da propriedade privada e na liberdade individual, ou no consenso necessário para elaboração válida da norma como quer a teoria liberal.

A lei constitucional pode ser reformada, mas não a constituição em sua totalidade.

Schmitt destaca que além das leis constitucionais encontra-se nas constituições, outro elemento que não deve ser desprezado. Frases como "o poder do Estado emana do povo alemão" não é uma lei constitucional, mas a própria decisão política concreta que denuncia a forma de ser do povo alemão, titular do poder constituinte na Constituição de Weimar, decisão esta que é embasamento para toda norma que for elaborada.

A Constituição de Weimar é uma constituição porque contém as decisões políticas fundamentais sobre a forma de existência política concreta do povo alemão, mas, (Schmitt destaca sempre isso ao falar de Weimar) as particularidades da regulação legal-constitucional assim como certas declarações e programas que fazer parte do texto da

constituição contém certos compromissos e obscuridades que não contém decisão nenhuma e, aliás, visam evitar uma decisão (SCHMITT, 2006, p.52).

Antes de analisar os compromissos existentes em Weimar, cabe lembrar que Schmitt faz referência ao conceito ideal de constituição que é chamada assim em razão de um dado conteúdo. O conceito ideal de constituição do Estado de Direito é aquele que corresponde às demandas de liberdade burguesa e que contém certas garantias de liberdade (SCHMITT, 2006, p.59).

Para os autores liberais, que defendem essa concepção ideal de constituição, só seriam constituições aquelas que contemplassem a separação dos poderes, o reconhecimento de direitos fundamentais, participação do povo no poder legislativo mediante representação popular.

4 - O CARATER COMPROMISSÓRIO DA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR E OS OBSTÁCULOS À DECISÃO.

Schmitt critica que na segunda parte da Constituição tem-se uma reunião de programas e prescrições positivas baseadas nos mais distintos conteúdos e convicções políticas, sociais e religiosas que formam uma série de compromissos.

Garantias individuais burguesas, pontos de programa socialista e direito natural católico são mesclados numa síntese com freqüência confusa.

As determinações dos direitos e deveres fundamentais de Weimar mostram um caráter misto, em certa medida, um meio-termo entre concepções burguesas e sociais que poderia gerar uma confusão em se identificar o conteúdo das decisões concretas que dão a forma e a unidade deste Estado.

Porém, Schmitt ressalta que apesar das reformas sociais introduzidas e da proclamação de programas de reformas sociais, a decisão fundamental foi a de afirmar o Estado burguês de Direito e a democracia constitucional, escolha que é facilmente observada pelo preâmbulo e primeiros artigos da constituição de Weimar.

Mas existem outros problemas no que diz respeito à segunda parte da constituição marcada pela característica compromissória. No texto da Constituição de Weimar podem ser encontrados alguns compromissos e obscuridades que não contém nenhuma decisão, e, que segundo Schmitt era justamente a intenção dos partidos de coalizão, que buscaram evitar qualquer decisão (SCHMITT, 2006, p.52).

Schmitt está falando dos compromissos não autênticos ou compromissos dilatórios.

O risco de uma constituição conter determinações legais deste tipo é que se uma assembléia busca evadir da decisão, a decisão pode recair fora da assembléia por vias violentas ou pacíficas e em ultimo caso poderia ocorrer por uma lei ordinária.

Um exemplo para Schmitt de evasão da decisão é a da relação entre Igreja e Estado em Weimar. Segundo Schmitt diante da impossibilidade de consenso sobre, por exemplo, se o Estado pode ajudar financeiramente a Igreja, o partido socialista defendendo uma posição e o partido católico outra, optou-se por não decidir o que não deixa de ser uma decisão pela manutenção do *status quo.*

Se a Constituição de Weimar não tivesse as decisões políticas concretas, e somente compromissos dilatórios, não se teria uma Constituição, pois carecia da decisão sobre a forma e a unidade política alemã.

5 - O CONCEITO DE DEMOCRACIA E A CRISE DA DEMOCRACIA PARLAMENTAR PARA SCHMITT.

"Democracia é identidade entre dominadores e dominados, entre governantes e governados, entre os que mandam e os que obedecem". Esta definição decorre da igualdade substancial, que é requisito essencial da democracia. Exclui, assim, que a distinção que entre governantes e governados expresse ou produza uma diferenciação qualitativa. Todos devem permanecer na igualdade e homogeneidade democráticas (Schmitt, 2006, p.231).

Para Schmitt, a palavra identidade é utilizável na definição de democracia porque designa uma identidade ampla, compreende governantes e governados, o povo caracterizado pela igualdade e a homogeneidade. Na democracia pura só há identidade do povo consigo mesmo e nenhuma representação. A democracia pressupõe para sua existência a existência de um povo homogêneo em si, que tem vontade de existência política. O poder do Estado, o poder do governo emanam do povo na democracia.

Aquele que governa só o é porque tem a confiança do povo para governar. Afirmar como os liberais que o representante deveria ser dotado de qualidades especiais é ferir a homogeneidade que é essencial a democracia.

Na democracia o povo é o titular do poder constituinte. Toda a constituição se baseia na decisão política concreta do povo dotado de capacidade política.

Mas autores como Richard Thoma e Hans Kelsen iram falar de uma democracia representativa, de uma democracia parlamentar. Schmitt verá inicialmente nesta representação o contraste decisivo frente ao principio democrático da identidade. Schmitt vai dizer que a "democracia representativa" é por isso a típica forma mista e de compromisso. É incorreto tratar democracia representativa como uma sub-espécie da democracia. O representativo é precisamente o não democrático nessa "democracia" (SCHMITT, 2006, pp.216-217).

Segundo Schmitt no período da vigência de Weimar, não só na Alemanha como em toda a Europa desapareceram os supostos ideais do parlamentarismo.

O parlamentarismo segundo Schmitt tem como princípios essenciais a discussão pública e a publicidade. Contudo, o parlamento na maioria dos Estados não era mais o lugar da controvérsia racional em que existe a possibilidade de que uma parte dos deputados convença a outra e o resultado da deliberação final da assembléia seja fruto do debate. Os partidos formam uma representam de certos setores da sociedade. A posição defendida pelo deputado se encontra fixada pelo partido que o coage o tempo todo a decidir como os seus interesses. Não se tem mais discussões, mas negociações entre estas classes representadas nos partidos. A discussão serviria no final a finalidade de um cálculo recíproco da agrupação de forças e interesses (SCHMITT, 2006, p.306).

"Os partidos (que, segundo o texto da Constituição, oficialmente não existem) já não se confrontam com as opiniões que defendem, mas como poderosos grupos de poder social ou de poder econômico, calculando os interesses mútuos e suas possibilidades de alcançar o poder e levando a cabo a execução de uma base factual de compromissos e coligações" (SCHMITT, 1996a, p.9)[6].

Desaparece também a publicidade inerente ao parlamentarismo. As decisões políticas não são tomadas mais na assembléia pública para Schmitt, mas reina nas reuniões confidenciais do partido, combinações entre seus chefes e suas associações de interesse.

Desaparece por esse motivo para Schmitt o caráter representativo do Parlamento e do deputado uma vez que o parlamento não é o lugar em que é realizada a decisão política, nem atende aos interesses do povo, mas de uma fração da sociedade (SCHMITT, 2006, p.307).

Desta maneira a visão de Schmitt se aproxima de uma tese inicialmente defendida por Rousseau da incompatibilidade da democracia com o sistema de representação parlamentar.

"Os deputados do povo não são, nem podem ser seus representantes; não passam de comissários seus, nada podendo concluir definitivamente. É nula toda lei que o povo

não ratificar; em absoluto, não é lei. O povo inglês pensa ser livre e muito se engana, pois só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez estes eleitos, ele é escravo, não é nada" (ROUSSEAU, 2002, pp.91-92).

6 - O PRESIDENTE E O CHANCELER NA CONSTITUIÇÃO DO WEIMAR

Outro problema apontado por Schmitt na Constituição de Weimar é possibilidade de concorrência do poder político entre o presidente e o chanceler.

Segundo a constituição de Weimar, o chanceler e os ministros do Reich necessitam para o exercício de seu cargo da confiança do Reichstag (art.54). Cabe ao chanceler fixar as diretrizes da política (art.56).

Schmitt após analisar a figura do chanceler, passa analisar a posição do presidente na constituição de Weimar.

Na interpretação de Schmitt, o presidente do Reich que é eleito pelo povo, reúne não a confiança do Reichstag, mas de todo o povo, está acima das organizações e burocracias dos partidos. Não é homem do partido, mas homem de confiança do povo. Schmitt pergunta que outro sentido e finalidade poderia ter uma posição tão solida do presidente do Reich que não de um direção política?

A conseqüência é que entram em jogo dois dirigentes políticos, o chanceler determina as diretrizes da política, mas somente porque está apoiado na confiança do Reichstag, uma "mutável e insegura" coalizão, adjetivação decorrente da digressão de Schmitt sobre o parlamento, expressa no capítulo anterior e o presidente que pelo contrário, tem a confiança do povo, não fragmentada por um parlamento dividido em partidos, mas depositada diretamente em sua pessoa (SCHMITT, 2006, p.334).

Se os dois são verdadeiros dirigentes políticos, mas não seguem o mesmo direcionamento político, haveria um dualismo dos mais perigosos. Os conflitos não poderiam ser levados ao povo pelo perigo de uma contínua prática plebiscitária, que é tão antidemocrática como impossível. O povo elege seus dirigentes para que dirijam, não para decidir em último caso no caso de divergência entre eles.

É interessante que este argumento de Schmitt se posiciona contrário a qualquer manifestação de bonapartismo, que é fundamentado num governo por plebiscitos e caminha pra a proposta desenvolvida por Constant de um poder neutro.

Se o presidente do Reich ao invés de ser dirigente fosse uma entidade neutra, sem partido, titular de um poder neutro, mediasse, agisse como um poder moderador, seria então um árbitro, que não decide, mas concilia as partes. Todavia, como presidente

eleito por um povo que é uma entidade política, fica difícil este posicionamento neutro por parte dele. (SCHMITT, 2006, p.334).

Schmitt lembra que só há, com a constituição de Weimar, um governo forte quando as motivações de Presidente e chanceler coincidem. Se isto não ocorre perde-se inclusive as diversas possibilidade de se apelar para o povo.

6 - CONCLUSÃO.

Com o presente artigo buscou-se descrever as críticas realizadas pelo principal opositor da constituição de Weimar o jurista Carl Schmitt.

O estudo da obra de Schmitt foi retomado a partir dos anos oitenta e na atualidade têm sido editadas várias obras que abordam pontos do seu pensamento.

Por mais autoritárias e indefensáveis que sejam suas concepções jurídicas e políticas, Schmitt teve o mérito de apontar com clareza a urgência de se repensar a representação política, a crise na relação entre governantes e governados.

As atuais crises políticas não devem ser estendidas, sob o perigo que pode surgir a qualquer ordem constitucional das formas autocráticas de governo e de seus retrocessos. Deve existir o interesse constante de renovar os compromissos constitucionais fundamentais e implementar democracia o que só é possível com o fortalecimento do parlamento[7], e não com a sua negação como queria Schmitt.

Estas críticas acabaram por dar destaque a sua teoria quando ocorreu a crise social e econômica do final dos anos vinte e inicio dos anos trinta que gera o colapso da Constituição de Weimar.

Com a ascensão do partido nazista, alcançada pela maioria parlamentar, gera-se a situação crítica que Schmitt descrevera na *Teoria da Constituição,* em que você pode ter dois dirigentes com diretrizes políticas diferentes e conflitantes.

A crescente crise política criada pela inoperância do Parlamento originada da prática de obstrução pelo partido nazista fez com que o presidente do Reich decidisse nomear como chanceler alguém do partido nazista, que foi justamente Hitler.

Com a ascensão de Hitler ocorre a transição da crise política para a experiência totalitária.

Agora não existe mais espaço para o representante, para o parlamento, para a democracia, mas para o líder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional*. São Paulo: USP, 2005.

CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and Crisis of German Constitutional Law*. The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism. Durham: Duke University, 1997, pp. 85-119.

JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard (ed.) *Weimar: A Jurisprudence of Crisis.* Berkeley: University of California, 2000, pp. 1-39.

PAVÓN, Dalmacio Negro (org.) *Estudios sobre Carl Schmitt.* Colección Veintiuno. Madrid, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002**.**

SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad.* In: AGUILAR, Héctor Orestes (org.) *Carl Schmitt teólogo de la política.* México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. In: AGUILAR, Héctor Orestes (org.) *Carl Schmitt teólogo de lo político.* México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

SCHMITT, Carl. *El concepto de la política.* In: AGUILAR, Héctor Orestes (org.) *Carl Schmitt teólogo de la política.* México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Trad. de Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.

SCHMITT, Carl. Sobre el parlamentarismo. Trad. Thies Nelsson e Rosa Grueso. Madrid: Tacnos, 1996a.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución.* Trad. Francisco Ayala. Barcelona: Ariel, 1996.

SCHMITT, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberania hasta la lucha de clases proletaria.* Trad. José Díaz García. Alianza Editorial. Madrid, 1999.

---

[1] " Desde luego, quien no ve em la medula de todo derecho más que semejante fin, no está em situación de encontrar um concepto de dictadura, porque para el todo o ordenamiento jurídico es simplesmente uma dictatura, latente o intermitente[1]"

[2] (...) sería el punto donde el derecho revela su verdadera naturaleza y donde , por motivos de conveniencia, acaban las atenuaciones admitidas de su carácter teleológico puro. La guerra contra el enemigo exterior y la represión de uma sublevación em el interior no constituíran estados de excepción, sino el caso ideal normal en el que el derecho y el Estado despliegan su naturaleza finalista intrínseca com uma fuerza inmediata (SCHMITT, 1999, p.27).

[3] Ressalva às correntes conflitantes na segunda parte da mencionada constituição em que Schmitt observa a existência de tendências liberais, socialistas, católicas em um mesmo texto.

[4] "Decir que uma Constitución no vale a causa de su justicia normativa, sino sólo de su positividad, y que sin embargo, funda como pura norma um sistema o una ordenación de puras normas, es una confusión llena de contradicciones".

[5] "... es sistematica y completa em lo que afecta a su parte orgánica. Pero, en todo caso, envuelve una serie de leyes particulares y princípios heterogêneos, así que tampoco cabe hablar aqui de uuna codificación en sentido material".

[6] "Los partidos(que, según el texto de la constitución escrita, oficialmente no existen) ya no se enfrentan entre ellos com opiniones que discuten, sino como poderosos grupos de poder social o econômico, calculando los mutuos interesses y sus posibilidades de alcanzar el poder y llevando a cabo desde esta base factica compromisos y coaliciones"

[7] Sobre esta posição ver Hans Kelsen, Essência e Valor da Democracia (1921), presente no livro *A democracia,* editado pela Martins Fontes em 2000.

A VINCULAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERSUBJETIVAS*

THE VINCULATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE INTERSUBJECTIVE RELATIONS

Alexandre Shimizu Clemente
Riva Sobrado de Freitas

RESUMO

Dentro do fenômeno denominado "constitucionalização do direito", pelo qual passa grande parte dos ordenamentos jurídicos atuais, os direitos fundamentais, que originalmente foram concebidos para tutelar os indivíduos das freqüentes arbitrariedades estatais, assumem hodiernamente funções protetivas ainda maiores. Em face do aumento das violações dos direitos constitucionais perpetrados, também, pelos sujeitos privados – em especial os detentores de poder econômico ou político – elaborou-se, através da doutrina e jurisprudência, teorias que passaram a admitir a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A análise dessa nova conjuntura e os efeitos decorrentes da admissibilidade da vinculação dos direitos fundamentais será o escopo do presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CONSTITUCIONAL; DIREITOS FUNDAMENTAIS; CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.

ABSTRACT

Inside the phenomen denominated "constitutionalization of law", by which passes most of the current law ordainment, the fundamental rights, which were originally conceived to protect the individuals from the usual state arbitrarieties, assume even greater protecting functions. In sight of the increase of violations in the perpetraded constitutional rights, also committed by private subjects – especially the owners of the economic or politically power – theories were developed, through doctrine and jurisprudence, and started to assume the vinculation of the particulars to the fundamental rights. The analyses of the new conjuncture and the effects resulted from the admissibility of the fundamental rights vinculation will be the scope of the present essay.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL LAW; FUNDAMENTAL RIGHTS; CONSTITUTIONALIZATION OF CIVIL LAW.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

O estudo dos Direitos Fundamentais ganha cada vez mais destaque dentro da *Teoria da Justiça*, principalmente após as duas grandes guerras mundiais, que levaram os países a adoção e proclamação de diuturnas Declarações e Tratados de Direitos Humanos, os quais passaram a serem incorporados dentro dos textos constitucionais de quase todos os países ocidentais. É neste cenário, que também presenciamos diversas inovações no âmbito do Direito Constitucional, dentre elas a compreensão deste com o Direito Privado exsurgindo como conteúdo normativo em constante diálogo e intersecção.

Tal fenômeno ficou conhecido como a ***constitucionalização do direito***, ou seja, a irradiação das normas e dos valores (do sentimento[1]) constitucionais a todos os tecidos do Direito. Sob esta nova perspectiva e paralelamente a sua difusão, notamos a *superação* da idéia de que os Direitos Fundamentais só se prestariam à tutela dos cidadãos em face do Estado, pois, eles enquanto valores essenciais do pacto social firmado passam a ser compreendidos como "postulados sociais", os quais exprimem uma ordem de valores, que se presta a ser fonte de inspiração, impulso e diretriz para a vinculação tanto do processo legislativo, como dos atos da administração pública e também de toda a jurisdição.

Nesse sentido, surge na Alemanha, através do trabalho jurisprudencial do *Bundesverfassungsgericth*[2], no célebre caso *Lüth*[3], a possibilidade de se vincular direitos fundamentais em relações horizontais, ou seja, entre particulares. Conquanto o Tribunal germânico tenha reconhecido e admitido tal vinculação, esta foi a primeira questão a ser enfrentada pela doutrina e jurisprudência, pois, já que tais direitos foram criados para regular as relações entre os indivíduos e o Estado, indagava-se de que modo eles deveriam gerar efeitos entre os cidadãos.

Estas questões levaram os estudiosos alemães a se ocuparem por longo tempo na busca de respostas, o que deu origem a esta novel teoria que conseqüentemente recebeu real destaque e posterior adoção por grande parte da doutrina e jurisprudência de outros países da *civil law*.

No caso do direito teuto, duas teses se aventaram: a primeira de que os Direitos Fundamentais devem ser aplicados diretamente nas relações entre particulares, tal como é aplicado na relação entre o Estado e o indivíduo; a segunda e que posteriormente preponderou, é a de que os Direitos Fundamentais devem produzir efeitos nas relações intersubjetivas, mas de maneira indireta, ou seja, produzidos, sobretudo, por meio de uma reinterpretação do direito infraconstitucional.

No Brasil, esta teoria é aceita por grande parte dos especialistas[4], e timidamente pelos magistrados (porém sua aceitação vem sendo paulatinamente incorporada no trato jurisprudencial, inclusive com a sinalização positiva do Supremo Tribunal Federal), isto por que, o problema central que o tema coloca não é, portanto, o problema do "se" os direitos produzem efeitos nessas relações, mas do "como" esses efeitos são produzidos.

A doutrina brasileira ainda não tem uma posição unânime e é neste cenário em construção que o presente trabalho justifica-se. A abordagem do direito comparado e como nossa jurisprudência tem se comportado diante de questões afetas à temática serão objeto da presente investigação.

1. A ERA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Pode-se afirmar que a locução *Constitucionalização do Direito* é um fenômeno recente dentro da dogmática constitucional dos países ocidentais, tanto os da família romano-germânica como os da *common law*. Num rápido olhar, poderia supor que a expressão pudesse caracterizar, *v.g.*, qualquer arcabouço jurídico no qual se vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Todavia, essa idéia carece de especificidade e não contemplaria todos os seus sentidos. Ela até poderia trazer em si, ademais, o fato de uma Lei Maior incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito.

Contudo, em que pese ser esta uma das facetas deste fenômeno, a noção a ser explorada é, de fato, muito mais ampla. Quer-se demonstrar o efeito expansivo que as normas constitucionais adquiriram, em especial, nos últimos cinqüenta anos. Tal difusão centra-se no conteúdo material e axiológico das regras constitucionais, que se reflete com intensa força normativa por ***todo o sistema jurídico.***

Tamanha é a dimensão deste processo expansivo que muitos doutrinadores afirmam que os valores insculpidos na Constituição passaram a condicionar a validade e o sentido de ***todas*** as normas infraconstitucionais. Nessa esteira, preleciona José Adércio Leite SAMPAIO:

A força irradiante da Constituição não se limitou apenas à reconstrução dinâmica de seus próprios enunciados (ou fragmentos) de norma numa espécie previsível de auto-alimentação constitutiva, mas se projetou *para dentro* do sistema jurídico, revisando o seu sistema de fontes e reestruturando continuamente seus pilares concretizante do legislador ordinário, deslizando, em conseqüência, a primazia (ou a palavra última sobre o sentido da palavra constitucional) em direção ao Judiciário contra os prognósticos modernos.[5]

Percebe-se claramente que um dos efeitos principais deste fenômeno é um "ordenamento jurídico impregnado"[6] pelas normas constitucionais, o que faz da Lei Maior um texto invasivo e extremamente expansivo.

A origem desse movimento varia de acordo com a "época constitucional" vivida por cada país. Mas independentemente da Lei Fundamental adotada, certo é que, a ***constitucionalização*** ganhou força no pós-guerra, com a proclamação das declarações de proteção ao homem e a consciência que se manifestava na criação de instrumentos para que os cidadãos pudessem se defender de um eventual golpe totalitarista ou restritivo de liberdades. Nos últimos cinqüenta anos, percebe-se uma clara difusão e aumento do prestígio das Constituições em diversos ordenamentos jurídicos.

Nesse sentido, tomemos como exemplo as Constituições dos Países Ibéricos - Constituição Portuguesa de 1976 e a Espanhola de 1978 - elas representam um perfeito modelo do constitucionalismo contemporâneo, ou seja, a Lei Maior não deve mais ficar adstrita a organização do Estado e o estabelecimento do rol dos direitos fundamentais, suas competências extrapolam esse ideário liberal - ela deve, agora, reger grande parte dos aspectos da vida jurídica dos cidadãos e de toda ordem estatal posta, dando a concreta impressão de que quase tudo pode ser objeto das normas constitucionais[7].

Na península itálica, o processo de constitucionalização do direito iniciou-se apenas na década de 60, tendo se consolidado, nos anos 70 (mesmo sendo sua Constituição de janeiro de 1948). Tal fato se deve, também pela instalação tardia da Corte constitucional - que ocorreu somente no ano de 1956. Todavia, a partir da sua primeira decisão os direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem a necessária intervenção do legislador.

O trabalho realizado pela Corte Constitucional italiana foi tão importante para a sedimentação desse movimento que suas decisões influenciaram até mesmo o poder legislativo, o qual diante dos posicionamentos por ela assumidos, editaram leis procurando adequar a realidade legislativa aos preceitos magnos. Luis Roberto BARROSO, ao abordar a temática em seu *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, narra os fatos ocorridos na Itália:

De 1956 a 2003, a Corte Constitucional proferiu 349 decisões em questões constitucionais envolvendo o Código Civil, das quais 54 declararam a inconstitucionalidade de dispositivos seus, em decisões da seguinte natureza: 8 de invalidação, 12 interpretativas e 34 aditivas. Foram proferidos julgados em temas que incluíram adultério, uso do nome do marido e direitos sucessórios de filhos legítimos, em meio a outros. No plano legislativo, sob influência da Corte Constitucional, foram aprovadas, ao longo dos anos, modificações profundas no direito do trabalho e no direito de família, inclusive em relação ao divórcio e ao regime de adoção. Estas alterações, levadas a efeito por leis especiais, provocaram a denominada "descodificação" do direito civil.[8]

O trabalho da jurisprudência italiana foi corroborado concomitantemente pela doutrina daquele país, que teve em Pietro PERLINGIERI seu principal expoente. Afirma o professor da Università di Camerino: "O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilístico, quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional."[9].

Percebe-se claramente que os estudiosos italianos acompanharam a tendência jurisprudencial, dando-lhe amplo resguardo.

Na Alemanha, sob a égide da Lei Fundamental de 1949, o Tribunal Constitucional Federal corroborou o entendimento doutrinário, que já vinha sendo desenvolvido, reafirmando, dessa forma, que os Direitos Fundamentais possuíam um caráter dúplice, ou seja, uma ***dimensão subjetiva de proteção*** que abrangia os indivíduos e as associações, além de instituir uma ***ordem objetiva de valores***.

Luis Roberto BARROSO chega a afirmar que o sistema germânico foi concebido para proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua fruição. Dessa maneira, as normas constitucionais condicionariam a interpretação de todos os ramos do Direito - seja na esfera privada, seja na pública - assim como as funções estatais. Aduz, por último, que o grande precedente nesta matéria foi o caso *Lüth*, julgado em 1958.[10]

Por fim, mister falar da França, pois seu processo de constitucionalização foi o mais tardio e ainda encontra-se em fase de consolidação. Tal fato se deve, em grande parte, pela adoção particularizada do sistema de controle de constitucionalidade francês, completamente diferente dos mecanismos predominantes (ou seja, o modelo austríaco e o norte-americano), mas que hodiernamente já admite a existência de temas como a chamada ***impregnação*** da ordem jurídica pela Constituição.

Louis FAVOREU[11], doutrinador francês que cuidou de maneira apurada da questão, dividiu, em três estágios o processo de constitucionalização[12]. Para ele em um primeiro momento ocorre a chamada ***constitucionalização-juridicização***, ou seja, a Constituição (lembre-se que o paradigma analisado FAVOREU é o francês) passou a ser lentamente "juridicizada" devido ao trabalho do *Conseil Constitutionnel*, permitindo que os dispositivos constitucionais passassem a produzir efeitos em todos os demais ramos do ordenamento jurídico.

Numa segunda fase, dar-se-ia a ***constitucionalização-elevação***, que no direito francês corresponderia a um alocamento de matérias na repartição de competências entre as espécies normativas daquele ordenamento (ou seja, normas constitucionais, leis e o regulamento). De maneira que, muito do que era matéria regulamentar passou a ser reservada a lei e muito do que era do âmbito legal tornou-se matéria constitucional. Esta elevação tem como fim último, a retirada de poder do legislador ordinário, transmitindo esta competência para o Conselho Constitucional.

Por fim, chega-se a chamada ***constitucionalização-transformação***, a qual, segundo FAVOREU é caracterizada pela "constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito e, ao mesmo tempo, à sua transformação. Mas isso diz respeito também às instituições, especialmente as instituições administrativas e jurisdicionais"[13].

Os três estágios traçados por FAVOREU culminam no que ele denominou de ***efeitos da constitucionalização***, os quais passaremos brevemente a resumir. O primeiro deles é a ***unificação da ordem jurídica*** pela qual as normas constitucionais tornam-se

progressivamente o *fundamento comum* dos diversos ramos do direito, ademais, este efeito gera, ainda, a *relativização* da dicotomia direito público e privado.

O segundo efeito do fenômeno descrito por FAVOREU seria a simplificação da ordem jurídica, pois uma decorrência direta da constitucionalização do direito seria o rearranjo da Constituição como inegável ***norma de referência*** do ordenamento jurídico.

Nota-se, com o pensamento de Louis FAVOREU que a constitucionalização do direito é um fato inegável e um processo constante, pelo qual passa, em grande medida, os atuais ordenamentos jurídicos. A ***constitucionalização-transformação*** sintetiza a problemática deste trabalho, pois ao se admitir a constitucionalização dos direitos e liberdades, bem como, a constitucionalização dos demais ramos do direito, pode-se deduzir que os Direitos Fundamentais passam, inegavelmente, a se vincular também dentro do direito privado, invadindo até mesmo as relações entre os particulares.

Todavia, este processo não pode ser visto sem reservas, sob pena de se perder a autonomia mínima necessária dos demais ramos do direito, pois, cada um deles possui suas idiossincrasias inerentes as suas funções dentro do ordenamento. Nesse sentido, magistral a lição, a seguir transcrita, proferida por Eugênio FACCHINI NETO:

No mesmo diapasão, há muito tempo [...] Ludwig Raiser sustentou a necessidade de o direito privado não perder sua especificidade, ainda que sofrendo o influxo das opções valorativas do legislador constituinte. Isto porque "o direito privado torna possível a múltipla diferenciação da e na sociedade, constituindo um precioso contrapeso ao asssistencialismo e reforçando, com seus instrumentos, o sentido de auto-responsabilidade do indivíduo, oferecendo, com isso, uma preciosa contribuição à democracia. Portanto, é necessário realizar uma sociedade fundada sobre o direito privado que não seja nem separada e nem absorvida pelo Estado, mas que esteja a ele integrada, garantindo-se sua autonomia, em um sistema vinculado à Lei Fundamental".[14]

De maneira que, feita esta ressalva imperiosa - pela qual nos filiamos - devemos encarar o fenômeno como contínuo e irreversível. Entretanto, acreditamos que além dos efeitos, citados por FAVOREAU, a ***constitucionalização do direito*** promove outro (considerado ainda muito mais importante) qual seja, a **vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais**.

Percebe-se, finalmente, a *superação* da visão liberal, pela qual os Direitos Fundamentais só deveriam produzir efeitos na relação entre o Estado e os cidadãos. Esta limitada concepção, acompanhando o fenômeno da constitucionalização, reconheceu que na hodierna sociedade nem sempre é o Estado o maior corruptor dos Direitos fundamentais, pois, este posto muitas vezes é ocupado por particulares, principalmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico.

Contudo, aceitar a vinculação é apenas o passo inicial que a doutrina enfrenta ao desenvolver teorias, as quais se propõem a elaborar um modelo para a aplicação dos

Direitos Fundamentais nas relações entre os particulares. Muitas são as conseqüências e as dificuldades de se transportar uma racionalidade que tinha originalmente como destinatário dos direitos fundamentais o Estado, para uma nova relação, na qual as duas partes envolvidas (ou seja, os particulares) são, também, titulares desses mesmos direitos.

Assim sendo, superada a questão da irradiação dos efeitos dos Direitos Fundamentais (como conseqüência da constitucionalização) para todos os ramos do Direito, promovendo inclusive a vinculação daqueles aos particulares, voltaremos nossa análise para as teorias que se ocuparam a regular a incidência desta vinculação. Abordaremos, ainda que de maneira sucinta, ***duas grandes correntes teóricas***, divididas entre aqueles ordenamentos que não aceitam a vinculação (tal negação é apenas aparente, trata-se na verdade de um artifício usado para não se olvidar da tradição liberal), frente aos que a admitem, sendo certo que esta se subdivide em duas linhas, ou seja, os que propugnam que os Direitos Fundamentais tenham uma ***aplicabilidade indireta*** (ou eficácia mediata) e, por outro lado, aqueles que defendem a ***aplicabilidade direta*** (eficácia imediata) dos *jusfundamentais* nas relações privadas.

2. TEORIAS SOBRE OS EFEITOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERSUBJETIVAS

No tópico anterior, ressaltamos a importância do ***fenômeno da constitucionalização do direito*** e como seus efeitos irradiadores importaram na aceitação do atrelamento dos Direitos Fundamentais entre os particulares. E tal fato é de suma importância em uma sociedade tão desigual quanto a brasileira, em que o Estado, paralelamente a diversos atores, é apenas um dos sujeitos opressores no convívio social.

Porém, como ressaltado alhures, não é tão fácil transferir um mecanismo originalmente criado para disciplinar uma relação entre um cidadão e o Estado, para uma relação em que os dois figurantes sejam titulares de Direitos Fundamentais.

Sendo assim, uma das dificuldades enfrentadas por aqueles que se dedicaram ao assunto (para não dizer a maior delas), foi a conciliação da tutela efetiva dos Direitos Fundamentais - tendo em vista que as situações de desrespeito provem de todos os lados - e a salvaguarda da autonomia privada. Essa problemática, a qual já havíamos tangenciado, é de elevada acuidade e vai definir os parâmetros das teses que enfrentaram a questão dos efeitos da vinculação dos Direitos Fundamentais.

Destarte, passaremos a abordar as correntes que se ocuparam em criar modelos eficientes para o controle dos efeitos dessa incidência constitucional, não obstante, de imediato, versaremos sobre a tese que nega (ainda que de modo aparente e artificial) a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações subjetivas, a chamada Doutrina estadunidense da *State Action*.

2.1. Teoria norte-americana da *State Action*

Conforme afirmamos anteriormente, a *State Action Doctrine* apresenta como característica principal a negação, *prima facie*, da possibilidade de vinculação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. Todavia, trata-se de uma rejeição aparente, pois, como ficará demonstrado, a jurisprudência norte-americana, se vale de subterfúgios para não reconhecer a incidência direta dos Direitos Fundamentais entre os indivíduos - para assim se manter fiéis a tradição liberal daquele país. Este fato nos leva a acreditar que esta teoria só poderia encontrar guarida nos Estados Unidos, pois sua Constituição é, nos dizeres de Wilson STEINMETZ, a mais genuína expressão do paradigma constitucional liberal[15].

O artifício encontrado pelos pensadores norte-americanos consistia em imputar ao Estado a responsabilidade por atos privados ou em equipará-los a atos estatais. Dessa forma, não aceitando expressamente a vinculação dos particulares, pode-se, chegar a um resultado equiparável às teorias que aceitam a produção de efeitos em face da incidência dos Direitos Fundamentais.

Portanto, a *State Action Doctrine* tem uma meta audaciosa e concomitantemente complexa, ou seja, definir em quais situações uma conduta privada estará vinculada as disposições de Direitos Fundamentais. Com este objetivo, ela procura romper com a limitada concepção de que os Direitos Fundamentais só poderiam ser opostos em face do Estado e tenta definir, ainda que de forma assistemática (diante da ausência de um modelo específico) e casuística - o que é natural em um país de *common law*, baseado no sistema de precedentes - quando uma *ação privada* pode ser comparada ou mesmo convertida a uma *ação pública*.

Esta equiparação é exatamente o tal ardil acima referido, e visa transformar um ato privado - transgressor de Direitos Fundamentais, em ato público, para então poder agir e, de maneira indireta reconhecer que as relações interpessoais, também estão submetidas aos Direitos Fundamentais.

Em que pese a teoria da *State Action* querer negar (ainda que aparentemente) a vinculação dos Direitos Fundamentais, o trabalho jurisprudencial da Suprema Corte estadunidense acaba encontrando, de uma forma ou de outra, uma conformação daquela ação privada, transformando-a em pública, garantindo, desse modo, que se preserve um direito constitucional violado. Nesse sentido, a análise do caso *Shelley v. Kramer*[16] revela o uso dos subterfúgios pela jurisprudência norte-americana, com o claro intuito de converter um ato privado em estatal. O caso se passou na cidade de Saint Louis onde em um loteamento local, exigia-se que os proprietários daqueles terrenos não os alienassem a pessoas negras. Todavia, um casal ao vender sua casa, o fez para afro-descendentes, o que incitou os demais moradores a ajuizarem a ação pedindo a anulação do negócio. A demanda foi considera procedente em todas as instâncias inferiores, contudo, a Suprema Corte, contrariamente, decidiu pela *nulidade da cláusula* e, conseqüentemente, a *validade da compra e venda*.

Os magistrados norte-americanos ao fundamentarem sua decisão, não o fizeram tendo em vista a Emenda XIV (garantia dos direitos civis), mas sim com base no julgamento proferido pelas instâncias inferiores (ato estatal), pois seria inadmissível que o Estado coadunasse com uma situação claramente discriminatória, o que ensejou, portanto, na decretação da nulidade da cláusula restritiva.

Nota-se, com esta decisão paradigmática - a primeira de muitas outras proferidas pela Suprema Corte, sempre nesse mesmo sentido - que de certo modo, a jurisprudência caminha em sentido diverso com a doutrina. Este fato é ressaltado por Virgílio Afonso da Silva, em sua obra, quando ele assevera:

Por isso, ainda que se insista [em especial a doutrina] que, nos Estados Unidos, os direitos fundamentais somente vinculem as autoridades estatais, a prática jurisprudencial tem mostrado uma outra realidade, ainda que encoberta: a de que os direitos fundamentais vinculam, de alguma forma, os indivíduos nas suas relações entre si.

Uma análise quantitativa da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana - como a levada a cabo por Thomas Giegerich - pode fornecer ainda mais indícios para a tese aqui sustentada, segundo a qual a Corte, quando pretende coibir um ato privado violador de direitos fundamentais, encontra algum artifício para equipará-lo a um ato público.[17]

A guisa de conclusão, podemos afirmar que mesmo em face da *forte tradição liberal* nos Estados Unidos, a possibilidade da incidência dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares (ainda que seja valendo-se de estratagemas) é uma realidade, e tal fato se deve, em grande medida ao trabalho pioneiro e vanguardista da Suprema Corte daquele país.

2.2. Teoria dos Efeitos Indiretos ou Mediatos

O escopo neste tópico é apresentar a Teoria dos Efeitos Indiretos ou Mediatos, evidenciando seu surgimento, suas principais características, os países que a adotaram bem como tecer algumas críticas em seus pontos mais controvertidos. De início, cumpre ressaltar que esta tese é uma construção intermediária entre aquela que negam a vinculação (*State Action*) e a que sustenta a eficácia direta ou imediata dos efeitos dos direitos fundamentais na esfera privada.

Originalmente desenvolvida na Alemanha, por Günter DÜRIG[18], a chamada *Mittelbare Drittwirkung*, tornou-se a concepção dominante e hodiernamente é adotada por grande parte da doutrina, e em grande medida, também pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Por esta tese, deve-se, prioritariamente reconhecer um direito geral de liberdade - sacramentado por grande parte dos ordenamentos constitucionais do ocidente - pelo qual se vai buscar um equilíbrio entre os Direitos Fundamentais de um lado, e a autonomia do Direito Privado, de outro, impedindo assim, uma total dominação do direito constitucional sobre o privado.

Nesse sentido, DÜRIG elabora uma proposta, pela qual sugere que a incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas se dê por intermédio do material normativo do próprio direito privado, ou seja, através das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados. Seria necessário, segundo o doutrinador alemão, a construção de certas "pontes" entre o Direito Privado e a Constituição, com o intuito de submeter aquele aos valores constitucionais.

Nesse diapasão, os Direitos Fundamentais representariam uma ***ordem objetiva de valores*** ou ainda um ***sistema de valores***, fazendo com que seus efeitos irradiadores sejam sentidos em todos os ramos do ordenamento jurídico. No Direito Privado, esses valores (ou seja, os Diretos Fundamentais) adentram a esfera privada, através das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados[19].

Devemos ressaltar ainda, que para os adeptos dessa teoria, não basta apenas essa construção teórica, na qual os Direitos Fundamentais representam uma ordem objetiva de valores e que vão irradiar seus efeitos através das chamadas "pontes" fundadas no substrato do Direito Material. A aplicação dessa teoria envolve uma conjugação de esforços de todas as funções estatais, pois somente assim ela terá êxito em vincular os particulares aos direitos fundamentais sem, contudo, obrigá-los a abrir mão da autonomia da vontade.

Ulterior a todo o exposto, é necessário a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, função esta que cabe exclusivamente ao legislador ordinário, pois, cumpre a ele estabelecer, uma disciplina que se demonstre compatível com os valores constitucionais. Noutras palavras: compete, portanto, ao legislador, a função de proteger os direitos fundamentais sem permitir que estes ultrapassem a autonomia da vontade.

Ao Judiciário cumpriria preencher as cláusulas gerais com os com o substrato axiológico dos direitos fundamentais, posto que são eles a representação de uma ordem objetiva de valores. Porém, sua tarefa não se encerra por aí. É sua atribuição, ainda, rejeitar peremptoriamente a aplicação de normas de direito privado, caso estejam eivadas de inconstitucionalidade.

Cumpre agora destacar, o papel dessa teoria junto a jurisprudência alemã, pois, o célebre caso *Lüth* foi o ponto de partida para a elaboração das teses sobre a vinculação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas.

Erich Lüth era presidente de uma associação de imprensa e durante uma conferência que reunia diversos produtores de filmes cinematográficos, defendeu abertamente o boicote às películas de Veit Harlan, visto que durante o período nazista, tal diretor havia dirigido filmes propagandísticos do regime. Inconformado com a censura, Harlan ajuizou uma ação indenizatória, e teve seu pedido reconhecido pelas instâncias inferiores. Lüth então recorreu ao Tribunal Constitucional Alemão, que anulou as

decisões favoráveis a Harlan, sustentando que elas feriam a livre manifestação do pensamento de Lüth.

A decisão não teve como fundamento o direito a manifestação do pensamento, mas sim em uma exigência do § 826 [20] do BGB alemão, especialmente a alusão do conceito de *bons costumes*. Acreditamos ser oportuno transcrever um trecho da decisão que reflete a fundamentação ora apresentada:

A influência dos direitos fundamentais, como critérios valorativos, se realiza sobretudo mediante aquelas disposições do direito privado que contêm direito imperativo e portanto formam parte da ordem pública em sentido amplo, isto é, mediante os princípios que por razões de interesse geral, hão de ser vinculantes para a modelação das relações jurídicas entre os particulares e portanto, estão subtraídos à autonomia da vontade. Tais disposições, por sua finalidade, estão casadas com o direito constitucional. Para realização dessa influência, à jurisprudência são oferecidas sobretudo as "cláusulas gerais" que, como a do § 826, BGB, remetem, para o juízo da conduta humana as medidas metacivis e inclusive metajurídicas. No momento de decidir o que esses mandatos sociais exigem no caso concreto há de partir-se, em primeiro lugar, da totalidade das representações de valor que o povo alcançou em um determinado momento do seu desenvolvimento cultural e fixado em sua Constituição. Por isso, se tem qualificado com razão as cláusulas gerais como os "pontos de irrupção" (*Einbruchtstellen*) dos direitos fundamentais no direito civil.[21]

Pela leitura do excerto, fica claro o uso da chamada "cláusula geral" como fundamento da decisão. Valendo-se da teoria da eficácia mediata, o Tribunal Constitucional não utilizou diretamente a Lei Fundamental, mas sim o disposto no § 826, tido pela doutrina como uma *porta de entrada* para os Direitos Fundamentais, e como bem observado por Virgílio Afonso da SILVA, seja para anular decisões que não os tenha levado em conta, seja para extirpar relações jurídicas que o ofendam, a idéia de bons costumes, foi reinterpretada à luz dos valores constitucionais.[22]

Por fim, resta destacar as críticas aventadas a teoria dos efeitos indiretos. As principais delas dizem respeito, em primeiro lugar, a noção de direitos fundamentais enquanto ordem objetiva de valores. O ataque neste argumento assume capital importância, pois ele atinge a base da construção da tese, ou seja, sem a idéia de direitos fundamentais enquanto um sistema de valor, não há como colocá-la em prática. Nesse sentido, os críticos apontam que os valores não impõem deveres incondicionais e inequívocos, ao contrário, eles concorrem por preferências, logo estão sob constante tensão e podem ser configurados de maneira flexível, ameaçando o princípio da segurança jurídica.

Em segundo plano, os ataques se voltam para a insuficiência de cláusulas gerais e nesse sentido, afirmam que seria difícil imaginar que todas as cláusulas previstas na legislação civil, poderiam ser sempre suficientes para servir como ponte entre os direitos fundamentais e o material normativo do direito privado. De maneira que, muitas situações poderiam ficar desprotegidas e entregues a própria sorte.

E como última crítica, ventila-se o caráter supérfluo da construção, pois ela pode ser reconduzida inteiramente a noção de interpretação conforme a constituição.

2.3. Teoria da Aplicabilidade Direta ou Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais

Abordaremos agora a tese que defende a aplicação direta ou, ainda, a eficácia imediata dos Direitos Fundamentais entre os particulares. Quando se usa essa expressão ***aplicabilidade direta*** quer com ela dizer que, que os Direitos Fundamentais serão aplicados nas relações entre particulares, tal qual eles são utilizados nas interconexões com o Estado, isto é, não será necessário nenhum tipo de ação intermediária (mediação legislativa ou artifícios).

De origem germânica, a Teoria da Aplicabilidade Direta foi desenvolvida por Hans Carl NIPPERDEY[23], nos anos 50, o qual defendia, em suma, que os Direitos Fundamentais apresentavam um caráter dúplice, pois, alguns vinculariam apenas o Estado e outros poderiam ser invocados - diretamente - nas relações particulares, independente de mediação legislativa.

Contudo, seu pensamento não encontrou muitos adeptos em seu país. Apenas o Tribunal Federal do Trabalho em decisões pontuais adotou a tese da aplicabilidade direta, como noticia Daniel SARMENTO, em 1957 a Corte trabalhista reconheceu diretamente, com base em preceitos constitucionais - sem a invocação de nenhum dispositivo de direito privado e tão pouco da legislação laboral - a invalidade de cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um determinado hospital, caso estas viessem a contrair matrimônio.[24]

A grande diferença, portanto, dessa teoria para a Tese dos Efeitos Indiretos é possibilidade dos Direitos Fundamentais produzirem seus efeitos sem a necessidade de *pontes* ou *portas de entradas* oriundas do Direito Privado, pois para NIPPERDEY, aqueles se constituem ***verdadeiros direitos subjetivos*** dos particulares em suas relações. Sendo assim, isso leva a imperiosa conclusão que em termos concretos, podem os indivíduos recorrerem aos direitos fundamentais para fazê-los valer contra outros particulares.

Cumpre destacar, ainda, que os adeptos a esta teoria não ignoram a existência de especificidades na sua aplicação e, portanto, diante de um caso concreto, reconhecem a necessidade de ponderação entre o direito fundamental e a autonomia privada dos indivíduos envolvidos na relação.

Contudo, em que pese esta tese não ter sido predominante na Alemanha, ela influenciou de forma decisiva, muitos outros países da Europa e tem sido o entendimento dominante em Espanha, Portugal, Itália, bem como é a posição esposada pela grande parte dos doutrinadores brasileiros. Ousaríamos dizer que o próprio Supremo Tribunal Federal se coaduna a esta corrente. Os reflexos dessas teorias na jurisprudência nacional serão analisados oportunamente, onde teceremos maios reflexões acerca da temática.[25]

Tal qual a tese desenvolvida por Günter DÜRIG, esta também não ficou isenta de árduas críticas. A primeira, aventada pelos defensores da Teoria dos Efeitos Indiretos, diz respeito a perda de identidade do Direito Privado em face da hipertrofia dos Direitos Fundamentais. Nos dizeres de Claus-Wilhelm CANARIS:

Ela [a relação entre os direitos fundamentais e o Direito Privado] radica no fato de os direitos fundamentais, enquanto parte da Constituição, terem um grau mais elevado na *hierarquia das normas* do que o Direito Privado, podendo, por conseguinte, influenciá-lo. Por outro lado, a Constituição, em princípio, não é o lugar correto nem habitual para regulamentar as relações entre cidadãos individuais e entre pessoas jurídicas. Nisso consiste, muito pelo contrário, a tarefa específica do Direito Privado, que desenvolveu nesse empenho uma pronunciada autonomia com relação à Constituição; e isso não vale apenas em perspectiva histórica, mas também no tocante ao conteúdo, pois o Direito Privado, em regra, disponibiliza soluções muito mais diferenciadas para conflitos entre os seus sujeitos do que a Constituição poderia fazer.[26]

Todavia, hodiernamente a corrente da aplicabilidade direta já é vista com maiores temperamentos e os doutrinadores buscam modelos que visam a adequação desta complexa situação, ou seja, busca-se uma melhor modulação dos efeitos dos Direitos Fundamentais frente a autonomia privada - princípio basilar do Direito Privado.

Uma segunda objeção diz respeito a constitucionalização dos conflitos entre os particulares e o suposto caos que essa situação poderia provocar diante da Jurisdição Constitucional. Esta crítica possui certa relevância nos ordenamentos em que o sistema de controle de constitucionalidade é concentrado. Nesses países certamente haverá um maior esforço dos doutrinadores para dar ***soluções processuais*** a esta intrincada questão. Todavia, se analisarmos esta situação no âmbito do controle de constitucionalidade brasileiro, ela perde sentido, pois em face do controle difuso, tais questões poderão ser apreciadas pelo juiz singular, sem a necessidade da questão ser apreciada por uma Corte Constitucional.

Por fim, questiona-se a simples transposição da relação dantes exercida em face do Estado para a relação indivíduo *versus* indivíduo. Argumentam os críticos que essa simples transposição foi pensada de maneira muito simplista e não se observou os pontos críticos e peculiaridades nessa nova configuração relacional. Porém todos os modelos propostos possuem como ponto central a tensão entre a autonomia privada, de um lado e os direitos fundamentais, de outro, ou seja, o traço distintivo nesta novel relação particular - particular. Nesse sentido, a busca por uma sistematização pela qual se observa necessariamente essa questão, certamente é um quesito obrigatório da pauta daqueles que ainda se dedicam ao assunto.

Apresentada esta Teoria que, como afirmado alhures é que certamente encontra mais adeptos na doutrina brasileira, parece oportuno citar as principais teses desenvolvidas entre nós, as quais levam em consideração o ordenamento jurídico nacional (imbuído em um paradigma constitucional social-democrático), o que impõe, de certa maneira, um modelo exclusivo que visa atender as demandas particularizadas de nossa sociedade.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS: O ENFRENTAMENTO PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A dogmática brasileira dos Direitos Fundamentais conta hoje com três excelentes obras que visam, em última análise, delimitar modelos ou *standards* adequados, para orientar a aplicação jurisprudencial nas questões afetas a vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, almejando suprir a subjetividade das decisões, conferindo maior segurança e previsibilidade no trato destas questões.

Nesta etapa do trabalho, analisaremos os modelos propostos por Daniel SARMENTO[27], Wilson STEINMETZ[28] e Virgílio Afonso da SILVA[29], demonstrando criticamente os aspectos principais das teorias desenvolvidas por cada autor. De modo geral, todos eles se filiam a tese dos ***efeitos diretos*** divergindo, entretanto, na maneira de se proceder a vinculação direta. Ao cabo dessa tarefa, apresentaremos o panorama da questão aos olhos da jurisprudência constitucional, destacando alguns julgados do STF que tangenciam e outros que tratam efetivamente sobre questão da vinculação dos Direitos Fundamentais as relações privadas.

Daniel SARMENTO, em sua obra *Direitos fundamentais e relações privadas*, buscou resolver a tensão entre os Direitos Fundamentais e a Autonomia Privada, valendo-se de dois conceitos principais: o primeiro a ***dicotomia simetria-assimetria*** das partes e o segundo, com inspiração em Pietro PERLINGIERI[30], ***questões existenciais/patrimoniais***.

O primeiro critério é tido, por ele, como primordial, pois através dele se entende que essa dicotomia funda-se na ***desigualdade fática*** (material) dos indivíduos. Para SARMENTO, "a assimetria de poder numa determinada relação tende a comprometer o exercício da autonomia privada da parte mais fraca, expondo a um risco maior seus direitos fundamentais"[31]. Quanto ao segundo critério, o enfoque se volta as questões existenciais ou patrimoniais, nesse sentido, assevera o autor que se a controvérsia for acerca de questões existenciais, deve-se prevalecer os direitos fundamentais, por outro lado, se estiver em jogo uma questão patrimonial, deverá ser respeitada a autonomia privada.

O modelo de SARMENTO é de fato muito coerente e se adapta a realidade jurídica e social brasileira. Contudo, quando o autor funda um dos seus conceitos chaves na questão da desigualdade material, abre margens para que o subjetivismo do julgador aflore e favoreça situações injustas, pois, a chamada desigualdade material é um conceito estanque e pressupõe que em situações nas quais ela estiver presente, sempre o hipossuficiente deverá ter, necessariamente, maior proteção. Quanto ao segundo critério, SARMENTO encontra uma brilhante solução para equacionar a tensão entre autonomia privada e a incidência dos direitos fundamentais.

Em *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, Wilson STEINMETZ, constrói uma proposta valendo-se do princípio da proporcionalidade (aos moldes de ALEXY[32]) para superar a tensão existente entre a autonomia da vontade e os Direitos

Fundamentais. Propõe, ainda, um modelo, com o uso das chamadas *precedência prima facie* (novamente sob inspiração de Robert ALEXY), que segundo ele:

Não contêm determinações definitivas em favor de um princípio [...] contudo estabelecem um ônus de argumentação para a precedência do outro princípio no caso concreto. Assim uma precedência *prima facie* constitui uma carga de argumentação a favor de um princípio e, por conseqüência, uma carga de argumentação contra o outro princípio. De um lado, essas precedências não estabelecem determinações definitivas; de outro, exigem o cumprimento ou a satisfação de um ônus de argumentação para serem afastadas.[33]

Transportando essa construção para o embate existente entre autonomia privada *versus* direitos fundamentais, STEINMETZ vai desenvolver quatro precedências *prima facie*, a seguir transcritas:

1. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

2. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

3. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial.

4. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada.[34]

O ponto nevrálgico de sua teoria fica adstrito ao uso do princípio da proporcionalidade para solucionar problemas nos quais a figura estatal não participa, tendo em vista que, a proporcionalidade só poderá ser aplicada em situações nas quais o Estado se faz presente. Exemplifiquemos, para se valer do princípio da proporcionalidade deve-se observar a regra tríade, ou seja, a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*. Como conciliar, por exemplo, a *regra da adequação*, em uma relação contratual entre particulares. Certamente não há como exigir de um particular, em um caso concreto de restrição de direitos fundamentais, que ele adote *as medidas estritamente necessárias*, ou seja, menos gravosas para atingir seu fim perseguido, sem que isso lhe retire, por completo, a autonomia da livre disposição contratual.

Outro ponto passível de questionamentos na teoria de STEINMETZ é o recurso a chamada desigualdade material nos mesmos moldes propostos por SARMENTO. As observações realizadas na tese do professor carioca, também se enquadram para o modelo de STEINMETZ.

Por último, cumpre analisar a proposta de Virgílio Afonso da SILVA. Em seu livro, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, após uma minuciosa e crítica análise, de grande parte dos desenvolvimentos teóricos sobre o assunto, o professor paulista propõe um ***Modelo Diferenciado*** que, em suma, seria capaz de enquadrar mais os diversos tipos de situações em que os direitos fundamentais produziriam efeitos entre os particulares.

SILVA propõe um *standard* baseado em conceitos de Robert ALEXY. Para ele, a idéia de que os Direitos Fundamentais representam uma ordem objetiva de valores não tem sentido diante de uma Carta Constitucional como a nossa, pois ela traz em seu bojo, um rol exaustivo de direitos, o que garante, em grande medida, maior segurança jurídica. Contudo, para que esses direitos se irradiem por todo o ordenamento (inclusive para as relações privadas), se faz mister encará-los como ***princípios*** (ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes[35]) e, por conseguinte como ***mandamentos de otimização***. A partir daí, a tarefa será *como* controlar a incidência dos seus efeitos.

Virgílio, *a priori*, não descarta o uso da Teoria da Eficácia Indireta, afirmando que, sempre que possível os efeitos dos direitos fundamentais serão sentidos nas relações privadas por meio do material normativo do direito privado, conforme ressaltado alhures (cf. 2.2).

Todavia, surgirão casos em que, seja por omissão, seja por insuficiência legislativa, os Direitos Fundamentais (naquela concepção de princípios) deverão ser aplicados de maneira direta nas relações intersubjetivas. Desta feita, a autonomia privada assume um papel de ***princípio formal***, sendo certo que os direitos fundamentais serão tidos como ***princípios materiais***. Nesse diapasão, enquanto estes tendem a limitar a autonomia privada, esta, na condição de princípio formal desempenha uma função oposta, ou seja, visa garantir o respeito a essa autonomia, mesmo nas hipóteses em que há direitos fundamentais envolvidos.

Aparentemente, um eventual conflito entre estes princípios poderia ser solucionado pela *Lei de Colisão* que pode ser assim resumida - em uma linguagem um pouco menos formal: o que se perde de um lado deve ser compensado pelo que se ganha do outro. Contudo, na relação autonomia privada *v.* direitos fundamentais a lei de colisão não poderá ser aplicada, isto porque, explica SILVA, "os critérios para um sopesamento no âmbito das relações entre os particulares sob a égide da autonomia privada não relacionam o grau de restrição ao direito fundamental atingido, com a importância da realização da autonomia privada."[36].

Assim, o caminho então será definir ***situações*** em que a autonomia privada - enquanto um princípio formal - deverá ser mais respeitada, e ocasiões em que, tal respeito poderá ser mitigado em face dos direitos fundamentais. Como se pode perceber, não se está em uma análise bidirecional, própria da lei de colisão (portanto, não há que se falar em

sopesamento), porém, estamos sim, diante de uma ***situação valorativa*** (da autonomia privada).

Surge, então, a necessidade de se elaborar critérios com o escopo de se definir o peso da autonomia privada em cada uma dessas relações que envolvam restrições aos direitos fundamentais. O primeiro deles é a ***assimetria das partes envolvidas***. Contudo, Virgílio Afonso da SILVA, diferentemente de Daniel SARMENTO, fundamenta a assimetria no ***grau de autonomia real das partes envolvidas***, e não desigualdade material. O chamado grau de autonomia real quer indicar fatores que eventualmente possam existir e que impeçam que uma das partes tome decisões no pleno exercício de sua autonomia. Se estivermos diante de um caso assim, a autonomia deve ter seu peso reduzido em relação ao direito fundamental restringido.

O segundo critério proposto por SILVA é o conjunto: ***precedência prima facie*** e ***intensidade da restrição a direitos***. Este mecanismo, de caráter residual, deve ser aplicado na ineficiência da assimetria das partes. Por ele a autonomia privada sempre terá uma precedência *prima facie* frente aos direitos fundamentais envolvidos. Porém essa precedência poderá ser revertida - ainda que haja assimetria das partes e o real exercício da autonomia privada - desde que o peso do princípio formal expressado pela autonomia privada tender a ser menor quanto maior for a ***intensidade da restrição*** aos direitos fundamentais envolvidos.

Dessa forma, em apertadíssima síntese, resumimos as principais teorias desenvolvidas pela doutrina brasileira, que se dedicaram à temática. Insta ressaltar que todos os trabalhos analisados são de altíssima qualidade e demonstram a competência de seus autores em construir modelos dotados de grande rigor científico.

Contudo, a tese de Virgílio Afonso da SILVA é, sem dúvida, a que melhor descreve um padrão ou modelo a ser seguido, principalmente pela jurisprudência, pois, em que pese a complexidade dos mecanismos apresentados (herança de seus estudos na Alemanha), o grau de abstração e o caráter universalizante de sua proposta, certamente será de grande valia para a interpretação dos tribunais quando se depararem com os conflitos envolvendo a temática, pois, como afirma o autor "todo modelo é vazio, apenas forma.[...] é um ferramenta de trabalho que ganha corpo com a prática doutrinária e, especialmente, jurisprudencial."[37].

A seguir, vamos analisar o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal à questão da vinculação dos direitos fundamentais e como a doutrina tem servido de guia para o avanço dos magistrados na consolidação desse hábil instrumento de tutela dos precípuos direitos constitucionais.

3.1. A jurisprudência constitucional da incidência dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares

Como visto no tópico anterior, a doutrina brasileira encontra-se em fase de amadurecimento sobre a temática. Os primeiros trabalhos dedicados integralmente ao

assunto consideram nosso paradigma constitucional extremamente propício para o reconhecimento da possibilidade dos Direitos Fundamentais se vincularem nas relações entre particulares, e ainda, propugnam que a incidência de seus efeitos se dê de maneira direta.

Nesta esteira, a jurisprudência constitucional brasileira também mostra sinais de progresso, pois se observarmos os últimos quinze anos de trabalho do Supremo Tribunal Federal, notaremos, claramente, uma escala evolutiva em seus julgados. Os primeiros *cases* enfrentados pelos STF demonstravam uma aplicação assistemática, precedidos de uma fundamentação teórica muito vaga. Certamente esse cenário refletia a parca produção doutrinária a respeito da temática, não favorecendo maiores lastros para a atuação da Corte.

Nesse sentido, na ponta desta escala evolutiva podemos citar o RE 158.215/RS de relatoria do Ministro Marco AURÉLIO julgado em abril de 1996, cuja ementa transcrevemos:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. **COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL.** Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.

(**STF** - 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 158.215-RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrentes: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrido: Cooperativa Mista São Luiz LTDA. j. 30/04/1996)

O caso em tela versava sobre a expulsão de alguns sócios, realizada sem a observância das regras do estatuto e sem a possibilidade de defesa. A Cooperativa alegou que a atitude foi tomada em face do desafio lançado pelos membros expulsos frente a imprensa local. Diante dessa situação, o Ministro Marco AURÉLIO, sem tangenciar as teorias que tratam da vinculação dos Direitos Fundamentais as relações privadas,

reconheceu que atitude da Cooperativa - em expulsar os sócios como caráter punitivo - feria frontalmente o inc. LV do art. 5º da CF, pois como asseverou em seu voto:

A exaltação de ânimos não é de molde a afastar a incidência do preceito constitucional assegurador da plenitude da defesa nos processos em geral. Mais do que nunca, diante do clima reinante, incumbia à Cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados.[38]

Nesse sentido, o Ministro conheceu do Recurso Extraordinário e lhe deu provimento garantindo assim o direito fundamental daqueles sócios, que havia sido violado.

Outro acórdão, do início desta linha evolutiva, que merece relevo é o RE 161.243/DF, julgado em outubro de 1996, sob relatoria do então Ministro Carlos Mário VELLOSO, no qual um trabalhador brasileiro da companhia aérea francesa *Air France*, com fundamento no art. 5º da CF de 1988, pedia o reconhecimento de direitos trabalhistas assegurados no Estatuto dos Funcionários da empresa, mas que beneficiava somente os empregados de nacionalidade francesa. O STF mais uma vez reconheceu - sem maiores ilações teóricas sobre a vinculação dos direitos fundamentais entre particulares - o direito pleiteado, lavrando-se a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.

(STF - 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 161.243-DF. Relator: Ministro Carlos Mário Velloso. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrida: Compagnie Nationale Air France. j. 29.10.1996.)

Por fim, trazemos a baila um julgado paradigmático, no qual a referência a eficácia dos direitos fundamentais foi explícita e citada por diversos ministros durante o julgamento.

Podemos concluir que, por se tratar de um acórdão atualíssimo, pois data de 2005, os atuais Ministros se sentiram avalizados pelos trabalhos doutrinários e não se intimidaram a fazer referências diretas às várias teses que cuidam da vinculação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. Trata-se do RE 201.819/RJ de relatoria original da Ministra Ellen GRACIE, e que para surpresa de muitos e acalento dos defensores da Teoria dos Efeitos Direitos, consignou em sua ementa a filiação a esta tese:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. ***Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.***

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCR ATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que

não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

(**STF -** 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ. Relatora Originária: Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: União Brasileira de Compositores - UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. j. 11.10.2005) grifo nosso.

O caso em tela é faticamente muito semelhante ao primeiro julgado que trouxemos no início desse tópico. Trata-se da exclusão de um sócio da União Brasileira de Compositores sem a observância do direito fundamental insculpido no inc. LV do art. 5º da Constituição Federal. Todavia, a diferença está na ampla discussão travada no STF e a aprofundada fundamentação realizada pelos ministros na defesa das posições assumidas.

O ministro Gilmar MENDES em seu Voto-Vista teceu longos e profícuos comentários sobre a atual situação do tema em sede do Direito Comparado. Por fim, em sua análise quanto ao caso concreto, definiu que se tratava, na espécie, de se reconhecer de ***maneira direta***, os efeitos dos direitos fundamentais na relação travada entre o sócio expulso sem o *devido processo legal*. Em um voto brilhante e amparado por grande conteúdo doutrinário, o Ministro Gilmar MENDES inaugurou certamente uma nova fase no STF alargando de maneira excepcional a possibilidade de uma efetiva tutela dos Direitos Fundamentais. Sua posição foi acompanhada pelos Ministros Joaquim BARBOSA e Celso de MELLO.

A ministra Ellen GRACIE e o ministro Carlos VELLOSO foram votos vencidos e defendiam a ausência de violação do princípio do devido processo legal, pois foi obedecido o procedimento de exclusão fixado no Estatuto da Recorrente. Ademais, segundo a Ministra, o caso de expulsão de sócios de uma entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, não tendo que se falar em observância do princípio constitucional do inc. LV do art. 5º da CF.

A guisa de conclusão, podemos afirmar que com este passo inicial da jurisprudência associado ao intenso desenvolvimento doutrinário e acadêmico do assunto, em breve estaremos diante de um cenário consolidado de reconhecimento da vinculação dos

Direitos Fundamentais nas relações interpessoais, bem como de um modelo capaz de regular os efeitos dessa incidência constitucional.

CONCLUSÃO

O intróito desse trabalho trouxe a lume o novo fenômeno pelo qual passa grande parte dos ordenamentos jurídicos hodiernamente. Trata-se da chamada ***Constitucionalização do Direito,*** realidade inegável do paradigma constitucional vigente e cujo principal efeito dentro do Direito Privado é a possibilidade de se admitir a vinculação (que pode ser direta ou indireta, conforme se demonstrou) dos Direitos Fundamentais no âmbito das relações pessoais.

Assim, ao longo do nosso trabalho, a vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais mostrou-se como sendo nossa tese principal de nossa argumentação, sendo certo que a regulação dos seus efeitos é o maior ponto de conflito para àqueles que se dedicaram ao estudo desta temática.

Os esforços empreendidos pela dogmática constitucional, visando à construção de modelos que pudessem regular a contento os efeitos dessa incidência, tomaram conta de teóricos da Europa (em especial na Alemanha, nascedouro das primeiras teses) e avançando sobre o Atlântico, chegando a discussão nos Estados Unidos e nos demais países da América do Sul.

O modelo dos Efeitos Indiretos sagrou-se como o mais adequado à realidade jurídica (atendendo os detalhes de sua ordem constitucional) e social da Alemanha, posto que atende perfeitamente as demandas envolvendo a temática da vinculação. Em que pese esse *standard* obrigar o intérprete a se valer de conceitos muito flexíveis e construções teóricas ainda mais complexas, o que daria ensejo a decisões muito subjetivas, o Tribunal Constitucional Alemão tem, desde o caso *Lüth*, desenvolvido uma farta jurisprudência dotada de muita parcimônia e equidade.

Já a tese da Eficácia Direta, predominante em grande parte dos países europeus (Portugal, Espanha, Itália etc), é a que mais desperta adeptos na doutrina brasileira. De fato, concordamos com Daniel SARMENTO, quando ele afirma, peremptoriamente, ser este o modelo que melhor se enquadraria para a nossa realidade social, pois vivemos imersos em uma sociedade desigual que clama a efetivação de direitos fundamentais, muitas vezes mínimos para se atender o princípio constitucional da vida com dignidade. Isto representa, sobremaneira, a situação descrita várias vezes por nós: hodiernamente o Estado perdeu a posição de único violador dos direitos fundamentais, de maneira que, a transgressão de tais direitos parte de todos os lados e de vários atores sociais (na esfera familiar, contratual, etc). Este fenômeno dentro da sociedade brasileira é, certamente, ainda mais acentuado.

Desse modo, a busca por um modelo com o escopo de instrumentalizar uma teoria que tem como fim último, a tutela efetiva dos Direitos Fundamentais é, estreme de dúvidas,

algo muito salutar dentro da nossa ordem jurídica que reverbera os anseios de nossa ordem social.

Nesse sentido, afirmamos, ao longo do trabalho que a tese desenvolvida por Virgílio Afonso da SILVA seria a mais consentânea dentre as elaboradas até o momento, pois a presença de muitos mecanismos generalizantes pode diminuir consideravelmente a margem de subjetivismo do julgador e fazer prevalecer assim uma situação justa, pois a defesa dos direitos fundamentais, muitas vezes deve prevalecer em face da autonomia privada, que como afirmado por SILVA, está muito suscetível a engodos de todos os tipos.

Ressaltamos, ainda, os primeiros passos do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento da aplicabilidade direta dos Direitos Fundamentais em sede das relações privadas. O RE 201.819/RJ é um verdadeiro marco na aceitação expressa dessa tese e abre possibilidades reais de tutela dos Direitos Fundamentais.

Nessa esteira, com a sinalização positiva da mais alta Corte do nosso Judiciário atrelado ao fato do nosso sistema de controle de constitucionalidade ser difuso, projetamos que mais lides possam ser demandas visando a tutela dos direitos fundamentais e, dessa forma, devemos aguardar o trabalho dos Tribunais e esperar que estes, ainda que de forma coercitiva, reduzam as iniqüidades existentes nas relações sociais.

Assim, diante de todas as linhas aqui redigidas a conclusão deste pequeno ensaio se mostra única, ou seja, a vinculação dos direitos fundamentais é uma realidade, admitida até mesmo pelo STF e que a busca pelo aperfeiçoamento da construção dogmática de um modelo tipicamente brasileiro deve ser um esforço de todos aqueles que acreditam que o Direito pode realmente transformar a realidade vigente em uma sociedade livre, justa e solidária, como preconiza os objetivos constitucionais do art. 3º da CF. Acreditamos, que nossa modesta contribuição, ainda que tenha fica em um plano crítico-descritivo, já pode se somar as demais colaborações até hoje realizadas.

BIBLIOGRAFIA

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

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BON, Pierre. Table ronde: le cas de Espagne. In: VERPEAUX, Michel (org.). **Code civil et constitution(s)**. Paris: Economica, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> . Acesso em: 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. São Paulo: RT, 2007.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DÜRIG, Günter. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: MAUNZ, Theodor (org.). **Vom bonner grundgesetz sur gezamtdeustschen verfassung**: festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky. Munique: Isar, 1956.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006,

FAVOREU, Louis. La constitutionnalisation du droit. In: MATHIEU, Bertrend; VERPEAUX, Michel (org.). **La constitutionnalisation des branches du droit**. Paris: Economica, 1998.

_____. La constitutionnalisation du droit. In: AUBY, Jean-Bernard (et al.). **L´unité du droit**: mélange en hommage à Roland Drago. Paris: Economica, 1996.

GARCÍA TORRES, Jesús; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares**. Madrid, Civitas, 1986.

NIPPERDEY, Hans Carl. Grundrechte und privarecht. In. NIPPERDEY, Hans Carl (org.). **Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag**. Munique: C.H. Beck, 1962.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. **Vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

VERDU, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

---

[1] Cf. O insigne doutrinador espanhol Pablo Lucas VERDU, define com maestria a intrincada questão do "sentimento constitucional" e para tanto se valeu de um estudo multidisciplinar, com o intuito de se definir o que seria ***o sentimento*** e após tal desiderato, sua fusão com o direito constitucional e toda cultura política de sua época. Para ele o ***sentimento constitucional*** reflete-se no comprometimento dos cidadãos em face das instituições e valores propugnados pela Constituição. Diz VERDU: "Sentir juridicamente é implicar-se com o Direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio. [...] Desse modo, o sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo e equitativo na convivência. Quando tal afeto versa sobre a ordem fundamental daquela convivência, temos o sentimento constitucional.". VERDU, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 53.

[2] Tribunal Constitucional Federal alemão.

[3] Sobre o caso *Lüth* abordaremos seus detalhes e sua importância histórica e dogmática no tópico 2.2.

[4] Nesse sentido, há um grande rol de doutrinadores que se dedicaram ao estudo deste tema, aventando modelos e fortes argumentos para a admissão das teorias que aceitam a vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais. Dentre eles, citaremos os que abordaram diretamente tal questão: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005; STEINMETZ, Wilson. **Vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

[5] SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 200.

[6] A expressão é de autoria do professor francês Louis Favoreu e foi empregada no artigo *La constitutionnalisation du droit*. Cf. FAVOREU, Louis. La constitutionnalisation du droit. In: MATHIEU, Bertrend; VERPEAUX, Michel (org.). **La constitutionnalisation des branches du droit**. Paris: Economica, 1998.

[7] Nesse sentido, cf. BON, Pierre. Table ronde: le cas de Espagne. In: VERPEAUX, Michel (org.). **Code civil et constitution(s)**. Paris: Economica, 2005.

[8] BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 357-358.

[9] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 6. Cabe aqui ressaltar que Pietro Perlingieri foi o precursor do chamado Direito Civil Constitucional e a obra em relevo influenciou decisivamente o desenvolvimento desta corrente no Brasil. Entre nós, merece destaque pelos aprofundados estudos realizados nessa seara, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Heloísa Helena Barbosa dentre outros eminentes professores da UERJ.

[10] Cf. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 354-355

[11] Cf. FAVOREU, Louis. La constitutionnalisation du droit. In: AUBY, Jean-Bernard (et al.). **L´unité du droit**: mélange en hommage à Roland Drago. Paris: Economica, 1996.

[12] O autor não deixou de modo explícito que tais fases representariam uma ordem progressiva, contudo, parece possível acreditar que cada estágio é requisito *sine qua non* para o próximo

[13] Cf. FAVOREU, Louis. La constitutionnalisation du droit. In: AUBY, Jean-Bernard (et al.). **L´unité du droit**: mélange en homage à Roland Drago. Paris: Economica, 1996, p. 37.

[14] FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 48.

[15] STEINMETZ, Wilson. **Vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 181.

[16] Cf. 334 US 1 (1948), apud SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 192.

[17] SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 102.

[18] Cf. DÜRIG, Günter. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: MAUNZ, Theodor (org.). **Vom bonner grundgesetz sur gezamtdeustschen verfassung**: festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky. Munique: Isar, 1956.

[19] No ordenamento jurídico brasileiro, podemos citar como exemplos de cláusulas gerais, as seguintes disposições do Código Civil: **art. 187**: as locuções *fim econômico e social*, *boa-fé* e *bons costumes*; no **art. 113**: novamente a presença da *boa-fé*, desta vez na seara dos negócios jurídicos e **art. 13**: a disposição do próprio corpo que contrarie os *bons costumes* etc.

[20] Dispõe o § 826 do BGB: "Quem causar danos a outra pessoa de forma contrária aos bons costumes fica obrigado a indenizá-los".

[21] BVerfGE 7, 198 apud. GARCÍA TORRES, Jesús; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares**. Madrid, Civitas, 1986, p. 29-30.

[22] SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80-81.

[23] Cf. NIPPERDEY, Hans Carl. Grundrechte und privarecht. In. NIPPERDEY, Hans Carl (org.). **Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag**. Munique: C.H. Beck, 1962.

[24] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 205.

[25] Cf. 3.1.

[26] CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 227.

[27] Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

[28] Cf. STEINMETZ, Wilson. **Vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004

[29] Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005

[30] Cf. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Em especial os capítulos sétimo e oitavo. No capítulo sétimo qual o professor italiano delimita as chamadas ***questões subjetivas existências***, fundadas no art. 2º da Constituição Italiana (A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, já seja como indivíduo, já seja nas formações sociais onde se desenvolve sua personalidade, e exige o cumprimento

dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social), já no capítulo oitavo descreve as relações provenientes das ***situações subjetivas patrimoniais***.

[31] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 329.

[32]Tanto Wilson STEINMETZ, quanto Virgílio Afonso da SILVA, vão se valer dos conceitos elaborados por Robert Alexy na seguinte obra: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

[33] STEINMETZ, Wilson. **Vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 215.

[34] STEINMETZ, Wilson. **Op. cit.** p. 224.

[35] SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 146.

[36]SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 154-155.

[37] SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 176.

[38] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 158.215-RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrentes: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrido: Cooperativa Mista São Luiz LTDA. j. 30/04/1996

O MERCADO COMO INSTRUMENTO PARA A GARANTIA DA DEMOCRACIA NO MUNDO GLOBALIZADO*

THE MARKET AS A TOOL FOR THE GUARANTEE OF DEMOCRACY IN THE GLOBALIZED WORLD

Ana Isabel Modena
Alexandre Antônio Bruno da Silva

RESUMO

O regime democrático, apesar das críticas e das fragilidades, tem se mostrado mais comprometido com o bem comum e com a dignidade do ser humano. Com a crise do Estado Social, surge a necessidade dos particulares atuarem mais efetivamente para a promoção dos direitos sociais. O mundo globalizado apresenta a existência de diversos grupos sociais com interesses díspares e carece de novos mecanismos para garantir os direitos sociais, principalmente os trabalhistas. As atuais leis de mercado e o livre comércio levaram à práticas nefastas como o dumping social. Através dela, alguns países submetem a classe trabalhadora a condições degradantes, possibilitando sua concorrência no mercado externo. Diante desse cenário, é necessário que seja efetivada a adoção de normas internacionais como a cláusula social e o selo social para impedir tais práticas e permitir que a Democracia suplante seus desafios diante de uma sociedade plural.

PALAVRAS-CHAVES: DEMOCRACIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MERCADO. GLOBALIZAÇÃO. DIREITOS SOCIAIS. DUMPING SOCIAL. CLÁUSULAS SOCIAIS E SELO SOCIAL.

ABSTRACT

The democratic system, despite the criticisms and weaknesses, has been more committed to the common good and human dignity. The crisis of the welfare state requires the action of individuals for the promotion of social rights. The globalized world presents the existence of various social groups with different interests and needs of new mechanisms to guarantee social rights, particularly the labor. The current laws of the market and free trade have led to harmful practices such as social dumping. Through it, some countries subject the working class to degrading conditions, enabling their competition in foreign markets. In this scenario, it is required to effect the adoption of international standards as the social clause and the social stamp to prevent such practices and allow democracy to supplant its challenges facing a plural society.

KEYWORDS: DEMOCRACY. HUMAN DIGNITY. MARKET. GLOBALIZATION. SOCIAL RIGHTS. SOCIAL DUMPING. SOCIAL CLAUSES AND SOCIAL STAMP.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 inaugura uma nova ordem jurídica interna. Privilegiando, expressamente, como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro a dignidade da pessoa humana, objetiva unificar e reforçar o rol de direitos fundamentais que nela vêm expressos. Positivando valores do Estado Liberal e do Estado Social, intenta criar mecanismos que propiciem a democracia e a igualdade numa sociedade plural.

O Estado Social foi uma idéia acalentada no coração de todos aqueles que acreditavam na possibilidade da existência de uma organização política que fosse ao mesmo tempo capaz de preservar a liberdade e garantir as condições necessárias para o desenvolvimento conjunto de toda a sociedade.

A crise do Estado Social surge como um banho de realidade. O Estado intervencionista passa a ser combatido. O liberalismo, com uma nova roupagem, grassa o mundo. Globalização e neoliberalismo surgem como uma onda irresistível. O mercado revida os ataques sofridos pela utopia social. O Neoliberalismo concede a sustentação teórica para o movimento crescente de globalização.

O neoliberalismo pede a desregulamentação de direitos sociais, principalmente no ramo do Direito do Trabalho, pois suas regras poderiam ser "melhor" ditadas pelo mercado. A busca pelos mercados internacionais do mundo globalizado leva a redução dos direitos trabalhistas historicamente instituídos. O dumping social surge como uma saída, senão legítima, tolerada. Os Estados Neoliberais buscam produzir mais, lucrar mais. Na sua pressa, esquecem de olhar o caminho que trilharam. Além de lucro acumularam miséria e pobreza.

Assim, a título de hipóteses, passa-se a questionar sobre a relação entre Estado e democracia, sobre o respeito à dignidade da pessoa humana, sobre a veracidade da afirmativa de que o mercado é capaz de se auto-regular sem proporcionar efeitos sociais nefastos.

A pesquisa foi dirigida com o objetivo de se estudar a teoria da democracia e a crescente internacionalização das relações econômicas, o que exige que sejam repensados os institutos que protegem direitos, trabalhadores e cidadãos, pois os mecanismos disponíveis mostram-se frágeis, insuficientes, para contrapor as investidas daqueles que desejam concorrer numa economia mundializada. O Estado-nação mostra-se impotente.

O presente estudo se justifica pela necessidade de conhecer melhor a formação da teoria democrática e dos mecanismos de proteção aos direitos trabalhistas em um mundo globalizado. Para tanto, fez-se necessário um breve estudo sobre os ataques à Democracia e aos direitos sociais ocasionados pela disputa do mercado internacional e as medidas possíveis para contrapor esse movimento.

No plano metodológico, além de vasta leitura doutrinária específica sobre o tema e uma pesquisa legal, buscou-se a consulta a alguns artigos dispostos em periódicos e na rede mundial (Internet), tudo devidamente citado no corpo do texto e nas Referências Bibliográficas.

Em face dessas considerações, procura-se contribuir, com este estudo, para o entendimento das questões de Estado e das relacionadas à Democracia, à globalização, à defesa dos direitos sociais e dos trabalhadores frente ao dumping social em um mundo globalizado.

1 Estado e Democracia

Durante a idade média houve uma verdadeira fragmentação do poder político. A partir do século XV, é iniciada uma crescente centralização deste poder em torno da figura de um monarca. Essa centralização resultaria no absolutismo, amplamente justificado a partir da vontade divina ou da idéia de um contrato social. O Estado absolutista, na prática, confunde-se com a figura do monarca, não representando, nesse contexto, grave abuso a célebre frase de Luiz XIV, "L´État c´est moi" (o Estado sou eu). Dessa forma, não há como se falar em regime democrático.

Com o absolutismo, o indivíduo comum sente a necessidade de ser protegido do despotismo estatal. A Revolução Francesa, de uma só vez, afasta os privilégios desfrutados pela nobreza e pelo clero e consagra a idéia de igualdade formal, liberdade individual e propriedade privada. Abre-se um novo caminho para a democracia clássica.

Interessante notar que a consagração da igualdade formal, a garantia da liberdade individual e do direito de propriedade, ao lado da contenção do poder estatal, eram medidas vitais para coroar a ascensão da burguesia ao Olimpo social, em substituição à nobreza. Estas medidas criavam o arcabouço institucional indispensavel para o florescimento do regime capitalista, pois asseguravam a segurança e a previsibilidade tão indispensáveis para as relações econômicas. (SARMENTO, 2006. p. 17).

O nascente Liberalismo mostra-se falho ao confiar cegamente nas forças do mercado como único regulador da atividade ecônomica. O Estado ausenta-se da esfera econômica, que segue o seu caminho ao sabor do ventos do mercado. Limitava-se, assim, ao modesto papel de protetor da segurança interna e externa e da propriedade dos seus cidadãos. Tudo o mais caberia à sociedade civil, movida pela força do mercado. (SARMENTO, 2006. p. 13).

A defesa indiscriminada da propriedade privada, sem considerar a situação dos que nada possuem, originou graves e destacadas dissidências. Verifica-se no século XIX o surgimento na Europa de diversos ideais políticos. Florescem em todas as partes, com diferentes nuances, novas ideologias como o nazismo, o fascismo, o comunismo e o socialismo.

(..) sob a influência das idéias marxistas, eclode a Revolução Russa em 1917, e, cerca de 40 anos depois, um terço da humanidade estava vivendo em regime diretamente derivados do modelo soviéitco, de apropriação coletiva dos meios de produção. O medo de que processos revolucionários semelhantes pudessem acontecer nos países do capitalismo evoluído, certamente diminuiu as resistências na transição do Estado Liberal para o Welfare State. (SARMENTO, 2006. p. 17)

Em resposta à insuficiência do Liberalismo, como verdadeira válvula de escape, surge após a Segunda Guerra Mundial, o Estado do Bem-Estar-Social (*Welfare state*). Assim é que, na virada para o século XX, são consagrados uma nova constelação de direitos, que demandam uma série de prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população. O Poder Público, antes caracterizado por seu absenteísmo na esfera econômica, agora se vê responsável para garantir uma série de direitos, necessitando ser, um importante protagonista na esfera econômica. (SARMENTO, 2006. p. 19)

Nesse contexto, há uma crescente intervenção do Estado em prol das partes mais fracas das relações sociais. O Direito do Trabalho, desmembra-se do Direito Civil, fundando-se com premissas inteiramente diversas, visando proteger o lado hiposufiente dentro desta relação de forças. A idéia utópica de igualdade, baseada em postulados merante legais, é afastada pela busca da igualdade material. O Estado Liberal transforma-se em Estado Social, preocupando-se agora não somente com a liberdade, mas com o bem-estar do seu cidadão.

No mesmo diapasão, dá-se a positivação dos direitos sociais e econômicos, fenômeno assente na inquestionável premissa de que, diante da desigualdade de fato existente no meio social, se o Estado não agir para proteger o mais fraco do mais forte, os ideais éticos de liberdade, igualdade e solidariedade em que se lastreia o constitucionalismo seguramente vão se frustrar. (SARMENTO, 2006. p. 19).

Em sua vertente democrática, o Estado Social apresenta-se como uma composição e conciliação entre as liberdades individuais e políticas e os direitos sociais. Assim, durante boa parte do século XX, mesmo recebendo veementes críticas de liberais ortodoxos e marxistas, o Estado Social assumiu, com relativo sucesso, essa nobre tarefa conciliatória de interesses.

Entretando, não demorou muito para que o Estado Social sofresse com a sua carência de recursos para implantar as políticas públicas necessárias. Direitos prestacionais como, à saúde, à vida e à educação carecem de recursos públicos para a sua oferta. Diante disso, afirma-se que os direitos sociais estão sujeitos às possibilidades estatais, existem limites fáticos para a sua garantia.

Parece ser insuficiente que o texto constitucional comprometa-se utopicamente, pois a realidade fática se mostra distoante. O Estado Social entra em crise. Faz-se necessária a participação do particular para garantir os novos direitos que se fundamentam na dignidade da pessoa huamna.

2 Dignidade da Pessoa Humana

A concepção do pensamento ocidental sobre a dignidade da pessoa humana tem seu gérmen nos primórdios da filosofia grega. Os gregos acreditavam que os homens se distinguiam dos demais seres pelo uso da razão, pela capacidade de compreender o mundo e de utilizar a lógica.

Entretanto, para os gregos, a dignidade, não se manifestava da mesma maneira em todos os indivíduos. Mulheres, escravos e estrangeiros eram considerados seres inferiores e não participavam da vida pública. A dignidade (*dignitas*) tinha relação com a posição social ocupada pelo indivíduo, sendo possível sua quantificação, alguns homens eram mais dignos do que outros. (SARLET, 2007, p. 30).

O pensamento estóico surge no período da subjugação dos gregos pelos romanos. Defende que todos os homens são livres e iguais, em todos se manifestando uma idêntica capacidade de pensar (*logikós*). Partindo dessa premissa, concluem aqueles que todos os homens são membros de uma mesma comunidade (*oikeiôsis*) fraternal. Os estóicos repudiavam veementemente a escravidão. Para eles, a única forma legítima de desigualdade entre os homens seria de natureza moral, havendo homens mais sábios ou virtuosos (*sophoi*) que outros, insensatos e escravos das paixões (*phauloi*). (PONTES, Jus Navigandi, 2005, on-line).

Assim, na antiguidade encontram-se duas noções de dignidade, ambas marcadas pela quantificação: a dignidade moral na acepção estóica e a dignidade sociopolítica na acepção de posição social e política ocupada pelo indivíduo.

A doutrina cristã representa um importante marco no conceito de dignidade, ao difundir a idéia de que o homem foi concebido à imagem e semelhança de Deus. Neste aspecto, todos os homens são iguais, portadores de um valor próprio que lhes é intrínseco. O cristianismo apresenta, ainda, a idéia de uma salvação pessoal baseada na liberdade e no livre-arbítrio.

A visão da dignidade perde a dimensão quantitativa que possuía no mundo antigo, deixando de ser uma honraria ou distinção decorrente da situação social do indivíduo, para adquirir uma dimensão qualitativa. Nenhum indivíduo possuiria maior ou menor dignidade, mas todos manifestariam uma idêntica estrutura espiritual. Neste sentido, cada homem, não importando sua origem ou condição social, seria intrinsecamente valioso e indistintamente digno de respeito. (RABENHORST, 2001, p. 25).

Historicamente, a dignidade da pessoa humana encontra-se ligada ao cristianismo. Sua fundamentação está amparada no fato de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. O Cristianismo antigo adotou a idéia de liberdade do ser humano como apanágio da sua condição racional e em virtude de ser dotado de livre arbítrio, mesmo que não chegassem a ser reconhecidos na Antiguidade os direitos fundamentais tal como se incorporaram aos textos legislativos atualmente. (SILVA NETO, 2005, p. 21).

No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção de que todos os homens são iguais em dignidade e liberdade. (SARLET, 2007, p. 32).

Para Immanuel Kant, no reino das finalidades humanas, tudo ou tem preço ou dignidade. No primeiro caso, o que tem preço pode ser comparado ou trocado. Entretanto, ao se tratar de dignidade, não se pode fazer o mesmo, pois o que tem dignidade não é passível de substituição ou comparação. (KANT, consciencia, 2007, on-line).

O homem como um ser racional, dotado de autonomia, é o único capaz de fazer suas escolhas. Ele é considerado, também, como o único a ser portador de dignidade. Não pode o homem, então, em nenhuma circunstância, ser considerado como outra coisa que não um fim em si mesmo. (BRITO FILHO, 2004, p. 45).

Agora digo: o homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si, não apenas como meio, do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talento; mas, em todos os seus atos, tanto nos que se referem a ele próprio, como nos que se referem a outros seres racionais, ele deve sempre ser considerado ao mesmo tempo como fim. Todos os objetos das inclinações têm somente valor condicional, pois que, se as inclinações, e as necessidades que delas derivam, não existissem, o objeto delas seria destituído de valor. Mas as próprias inclinações, como fontes das necessidades, possuem tão reduzido valor absoluto que as torne desejáveis por si mesmas, que o desejo universal de todos os seres racionais deveria consistir, antes, em se poderem libertar completamente delas. Pelo que é sempre condicional o valor dos objetos que podemos conseguir por nossa atividade. Os seres, cuja existência não depende precisamente de nossa vontade, mas da natureza, quando são seres desprovidos de razão, só possuem valor relativo, valor de meios e por isso se chamam coisas. Ao invés, os seres racionais são chamados pessoas, porque a natureza deles os designa já como fins em si mesmos, isto é, como alguma coisa que não pode ser usada unicamente como meio, alguma coisa que, conseqüentemente, põe um limite, em certo sentido, a todo livre arbítrio (e que é objeto de respeito). (KANT, consciencia, 2007, on-line)

A visão cristã e a concepção kantiana da dignidade humana atribuem uma dignidade intrínseca ao homem, entretanto, para a perspectiva cristã, a dignidade se justifica pela representação divina do homem, enquanto, para Kant, a dignidade se alicerça na própria autonomia do sujeito, na capacidade humana de se submeter às leis oriundas de sua potência legisladora e de formular um projeto de vida de forma consciente e deliberada.[1]

Para Hannah Arendt, a dignidade da pessoa humana representa um conjunto de direitos inerentes ao homem que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. A autora, ao analisar o fenômeno totalitário, percebeu que, neste tipo de Estado, criam-se as condições para que se considerem os homens supérfluos, subtraindo sua condição humana. (LAFER, scielo, 2007, on-line).

Segundo Hannah Arendt, governos totalitários tornam os homens mortos-vivos. Nesse horizonte, ganha importância a vinculação entre juízo e dignidade humana. Para a autora, o humanismo abstrato leva à piedade, e não ao respeito, a categoria correta para se pensar em solidariedade. A partir da idéia de juízo político como esfera de legitimidade, ganha sentido a sua proposta de que os direitos humanos sejam tomados como direitos públicos baseados na idéia de "direitos a ter direitos". Os homens devem ser respeitados não apenas como seres biológicos, mas como cidadãos, seres livres, capazes de agir e julgar.

Para Arendt, os direitos humanos não precisam de uma justificação abstrata, pois nela os homens são concebidos como mudos, incapazes de escolher e agir. É a capacidade de julgar, por si mesmo, que dá aos homens um teor de dignidade imanente que não se verifica em nenhum outro ser e dispensa o atrelamento a qualquer outra dimensão ou critério para justificar a dignidade humana. Atrelados à concepção de juízo político, os direitos humanos passam a ser de homens-cidadãos, seres dotados de autonomia, e não de animais humanos, meros seres de necessidade. (AGUIAR, iphi, 2007, on-line).

Após percorrer esse breve caminho através da história, é fácil ver a dificuldade em se conceituar de maneira categórica o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Entretanto, acredita-se que se pode utilizar, com relativa segurança, a formulação de Ingo Sarlet, para quem a dignidade humana é:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2007, p. 62).

Nessa esteira, o que se percebe, é que, onde não há respeito pela vida, pela integridade física e moral do ser humano, quando não existe limitação do poder estatal, liberdade, autonomia, igualdade e os direitos fundamentais não são reconhecidos e minimamente assegurados, não se tem espaço para a dignidade da pessoa humana. No tocante à Democracia, a dignidade da pessoa humana serve como um importante fundamento inscrito na norma constitucional para limitação do uso do poder estatal.

3 Os desafios à Democracia em um mundo globalizado

O regime democrático foi, certamente, alvo de pesadas críticas desde que foi inicialmente utlizado para a tomada de decisões politicamente relevantes. Entretanto, verfica-se que nos últimos anos, talvez até por não se ter conseguido pensar em algo melhor, há uma crescente valorização deste regime. A democracia passou a ser um fim em si mesmo. Em termos políticos, acostumou-se a pensar que se o regime é o democrático todos os problemas estão ou serão resolvidos. Nesses tempos de desmotivada credulidade, parece importante dar força a voz de Joseph Schumpeter.

A filosofia da democracia do século XVIII pode ser expressa da seguinte maneira: o método democrático é o arranjo institucional para se chegar a certas decisões políticas que realizam o bem comum, cabendo ao próprio povo decidir, através da eleição de indivíduos que se reúnem para cumprir-lhe a vontade. (SCHUMPETER,1961, p. 305).

A partir do conceito da democracia clássica o autor aponta uma série de fragilidades no ideal democrático. Inicialmente, para ele, não parece possível determinar um bem ou interesse comum. Entretanto, caso se acredite que um bem comum foi suficientemente definido, ainda assim não se teriam soluções igualmente definidas para os casos individuais, os problemas seriam diferentes, mas, não seriam solucionados. Além disso, trata-se de um verdadeiro engano acreditar que o povo tem uma opinião definida e racional sobre todas as questões que o envolve. Outro erro, seria o de acreditar que o exercício democrático iria levar ao poder representantes que zelassem pela opinião popular.

Não há, para começar, um bem comum inequivocamente determinado que o povo aceite ou que possa aceitar por força de argumentação racional. Não se deve isso primariamente ao fato de que as pessoas podem desejar outras coisas que não o bem comum, mas pela razão muito mais fundamental de que, para diferentes indivíduos e grupos, o bem comum provavelmente significará coisas muito diversas. (SCHUMPETER, 1961, p. 306-307).

O interessante enfoque de Joseph Schumpeter vai além do mero discurso retórico, apresentando uma significativa sequência de raciocínios baseada na experiência democrática através da história. Não resta dúvida, o mundo globalizado mostra a existência de diversos grupos sociais, com interesses diferentes, por vezes, até mesmo, antagônicos. Assim, difícil afirmar que exista um bem comum, efetivamente determinável. O bem comum, certamente, possui valores diferentes para esses diversos indivíduos e grupos e, por isso, está fadado a significar diferentes coisas. Comprova-se tal realidade pela simples existência de variados partidos nos regimes democráticos, fato que atesta a crença na divergência de interesses. (Amantinol, 1998, p. 129).

Além disso, o autor ataca um dos pilares da concepção clássica da democracia, a soberania popular. Para ele, o chamado governo pelo povo não passa de ficção, existindo na verdade o governo aprovado pelo povo. Trata-se de ilusão inútil acreditar que o povo pode realmente governar ou dirigir o corpo político. É possível acreditar teoricamente na soberania do povo, entretanto, é apenas uma minoria que a exerce efetivamente.

Em particular, ficamos ainda obrigados por necessidade prática a atribuir à vontade do indivíduo uma independência e uma qualidade racional que são absolutamente irrealistas. Para argumentar que a vontade do cidadão per se é um fator político digno de respeito, essa vontade deve, em primeiro lugar, existir. Ou melhor, deve ser algo mais do que um conjunto indeterminado de impulsos vagos, circulando frouxamente em torno de slogans e impressões errôneas. O homem teria de saber de maneira definida o que deseja defender. Essa vontade clara teria de ser complementada pela capacidade de observar e interpretar corretamente os fatos que estão ao alcance de todos, e selecionar criticamente as informações sobre os que não estão. Por último, baseada nessa vontade definida e nesses fatos comprovados, uma conclusão clara e imediata quanto a fatos particulares teria de ser alcançada de acordo com as regras da inferência lógica e com grau tão grande de eficiência geral, além disso, que a opinião de um homem poderia ser considerada, sem absurdo evidente, aproximadamente tão boa como a de qualquer outro homem. (SCHUMPETER, 1961, p. 309).

Nesse contexto, a própria vontade do cidadão surge como algo de difícil definição, pois é provável que o cidadão não saiba, ele mesmo, precisamente, o que deseja. Há sempre o perigo de que a vontade, os desejos e as opiniões dos indivíduos sejam na verdade um feixe indeterminado de impulsos vagos, indefiníveis, perenemente relativos. As campanhas políticas e as eleições demonstram a falta de racionalidade do comportamento do eleitor. A conduta do eleitor não espelha uma vontade independente, baseada na observação e na interpretação objetiva dos fatos e na capacidade de tirar, rápida e prontamente, conclusões racionais. Trata-se de completa e perigosa ilusão.

Joseph Shumpeter (1961, p. 312) apoia seu posicionamento nos estudos de Sigmund Freud, para quem a multidão é extraordinariamente influenciável e crédula. Assim, uma parte significativa de nossa conduta é motivada por elementos irracionais. Além disso, uma vez aglomerados, os indivíduos transformam-se em multidão psicológica. Manipulados, movidos, influenciados pelos meios de comunicação, entram num estado de excitação que faz com que a racionalidade praticamente desapareça.

Um grupo é extremamente crédulo e aberto à influência; não possui faculdade crítica e o improvável não existe para ele. Pensa por imagens, que se chamam umas às outras por associação (tal como surgem nos indivíduos em estados de imaginação livre), e cuja concordância com a realidade jamais é conferida por qualquer órgão razoável. Os sentimentos de um grupo são sempre muito simples e muito exagerados, de maneira que não conhece a dúvida nem a incerteza. Ele vai diretamente a extremos; se uma suspeita é expressa, ela instantaneamente se modifica numa certeza incontrovertível; um traço de antipatia se transforma em ódio furioso. Inclinado como é a todos os extremos, um grupo só pode ser excitado por um estímulo excessivo. Quem quer que deseje produzir efeito sobre ele, não necessita de nenhuma ordem lógica em seus argumentos; deve pintar nas cores mais fortes, deve exagerar e repetir a mesma coisa diversas vezes. (FREUD, Sigmund. Obras Completas, vol. XVIII, Além do princípio do prazer, psicologia de grupo e outros trabalhos, p. 44).

Além disso, o senso de realidade do indivíduo diminui da medida que os problemas se distanciam daqueles imediatamente pessoais. Dessa maneira, nas decisões da vida diária, os indivíduos apresentam uma maior identificação com o mundo real. Entretanto, a respeito de temas públicos, interesses políticos, mesmo que locais, diminui sensivelmente o senso da realidade.

Assim, é que o cidadão comum, no campo da política, argumenta e analisa de forma infantil e primitiva, dedicando menos esforço disciplinado num problema político do que num mero jogo de cartas. Dessa forma, o cidadão tem a tendência a ceder a preconceitos e impulsos extraracionais ou irracionais. (SCHUMPETER, 1961, p. 318-319).

A teoria democrática clássica pressupõe atributos raros para um cidadão comum. Inicialmente, espera-se que ele tenha verdadeiro interesse pela coisa pública, que seja atento e participante. Espera-se, ainda, que ele, necessariamente seja bem informado, tome posição e vote de acordo com os seus princípios. Por fim, espera-se que ele seja racional, no sentido de ponderar sobra as alternativas apresentadas e de escolher os meios mais eficientes para atingir os seus fins.

A desconfiança em relação a democracia clássica leva Joseph Schumpeter a enumerar uma série de condições para que haja êxito no regime democrático. A primeira condição é que os que sejam eleitos tenham qualidade suficientemente alta. Isto significa mais do que a existência de um número suficiente de indivíduos com as necessárias qualidades e padrões morais dentro de uma população. O método democrático não seleciona entre os elementos da população, mas dentro de um subconjunto desta, que é aquele formado pelos invíduos que podem e estão dispostos a seguir a carreira política. Acredita-se, assim, afastar a idéia de que "cada povo tem o governo que merece".

Isto significa mais do que a existência de um número suficiente de indivíduos com as necessárias qualidades e padrões morais. (..) o método democrático seleciona não entre a população, mas entre os elementos da população que estão dispostos a encetar uma carreira política ou, mais precisamente, que se candidatam (..) Não é exato que, numa democracia, o povo tenha sempre o tipo e a qualidade do governo que deseja ou merece. (SCHUMPETER, 1961, p. 352)

Para Joseph Shumpeter, a segunda condição para o êxito da democracia é que o campo real de decisões políticas não seja estendido demasiadamente, nem toda decisão deve passar pelo crivo democrático. (SCHUMPETER,1961, p. 353-354). A democracia não necessita que todas as funções do Estado estejam sujeitas ao seu método político. Por exemplo, a prática tem demonstrado um grande benefício na independência do Judiciário em relação aos órgãos políticos. Além disso, uma série de outras decisões técnicas passaram a ser tomadas fora da arena das paixões democráticas. Atualmente, no Brasil e em boa parte do mundo globalizado, as agências reguladoras e o próprio Banco Central são exemplos do afastamento de certas decisões do campo político.

A terceira condição é que o governo democrático na moderna sociedade industrial deve ser capaz de contar, em todos os campos, incluídos na esfera da atividade pública com os serviços de uma bem treinada burocracia. Não basta que a burocracia seja eficiente na administração dos assuntos operacionais e tenha competência para dar conselhos aos detentores do poder político. A burocracia deve ter força suficiente para guiar e instruir os políticos. Deve ser capaz de criar princípios próprios e ser independente para cumpri-los. (SCHUMPETER, 1961, p. 355-356)

A quarta condição é resumida na expressão *autocontrole democrático.* É evidente que o método democrático, para funcionar suavemente necessita da colaboração dos grupos relevantes. Todos devem estar dispostos a aceitar as medidas legislativas, enquanto

estiverem em vigor, e aceitar as ordens do governo, quando emitidas por autoridades competentes.

Os eleitores comuns devem respeitar a divisão de trabalho entre si e os políticos que elegem. Não devem retirar com excessiva facilidade a confiança entre eleições e necessitam compreender que, uma vez tendo eleito determinado cidadão, a ação política passa a ser dele e não sua. Significa isso que ele deve abster-se de instruí-lo sobre o que fazer (..) poucas pessoas compreendem que esse princípio se choca com a doutrina clássica da democracia e significa, realmente, o seu abandono. (..) reconhece-se ainda menos que se o princípio for aceito, não apenas instruções formais (..) mas as tentativas menos formais de restringir a liberdade de ação dos membros do parlamento - o costume de bombardeá-los com cartas e telegramas, por exemplo - devem ser submetidas à mesma proibição. (SCHUMPETER, 1961, p. 357-358).

Os eleitores comuns devem respeitar a divisão de papéis entre eleitos e eleitores. A partir da eleição, o eleitor comum deve, ao máximo, abster-se da utilização de seu poder político. Segundo o autor, as práticas democráticas bem sucedidas foram invariavelmente hostis às manobras por trás do pano, necessitando-se do autocontrole, por parte do cidadão comum, para que este se abstenha de utilizá-las. (SCHUMPETER, 1961, p. 358).

Por último, a concorrência eficiente pela liderança necessita de muita tolerância com as diferenças de opiniões. Deve ser possível a todo líder potencial, que não está legalmente impedido de concorrer, apresentar suas idéias sem causar desordens. Essa prática exige que o povo permaneça calmo quando alguém ataca seus interesses mais vitais ou ofende seus ideais mais queridos. Outra altermativa, é que esse líder potencial se abstenha de tornar públicas às suas opiniões divergentes. “Nenhuma das duas atitudes é possível sem um real respeito pelas opiniões dos outros, um respeito que equivale a controlar as próprias opiniões”. (SCHUMPETER, 1961, p. 358)

Todas as vezes que esses principios forem desafiados e surgirem casos que dividam a nação em dois campos hostis, a democracia funciona deficientemente. E pode deixar de funcionar por completo logo que os interesses e ideais estejam em conflito e a respeito dos quais o povo se recuse a entrar em acordo. (..) o método democrático estará em situação desvantajosa nas épocas de crise. Realmente, democracias de todos os tipos reconhecem quase unanimemente que há situações em que é mais sensato abandonar a liderança competitiva e adotar a monopolista. (SCHUMPETER, p. 358-359)

É possível afirmar que não se pode esperar que a democracia funcione satisfatoriamente a menos que a vasta maioria do povo, em todas as classes, esteja resolvida a observar as regras do jogo democrático. O governo democrático funcionará com o máximo de vantagem apenas se todos os interesses importantes forem praticamente unânimes na lealdade ao país e aos princípios estruturais da sociedade. Todas as vezes que esses princípios forem desafiados e surgirem casos que dividam a nação em dois campos hostis, a democracia funcionará deficientemente.

Em tempos de um mundo globalizado, as regras do mercado, mesmo que invisíveis ou desconhecidas, mostram-se sempre eficazes. Inserir-se no jogo parece ser a melhor solução para àqueles que não desejam ser expurgados pelo sistema. Entender e utilizar-se das regras do mercado é o mais indicado.

Assim, as cláusulas sociais podem ser uma boa forma de conciliar interesses tão díspares. No ramo dos direitos sociais e, em especial, do Direito do Trabalho, no qual o Estado é chamado a regular a relação jurídica na busca da igualdade material entre as partes, a democracia necessita se aliar a outros instrumentos externos para a efetivação de tal igualdade. O regime democrático exige, para sua consecução, a participação dos diversos entes envolvidos no processo.

A falta de garantia dos direitos sociais provoca a exclusão das classes menos favorecidas. Necessita-se, portanto, de ferramentas que proporcionem a igualdade, ou, pelo menos, que reduzam a desigualdade. Se o Estado não se mostra capaz de efetivar os direitos sociais, algo deve ser feito. Se as regras do mercado são as mais eficazes, parece ser uma boa solução, numa economia mundializada, que o mercado, através da sua dinâmica, provoque uma melhor acomodação dos fatores e valores envolvidos na sua estrutura. Atualmente, a inserção de cláusulas sociais e o selo social estão sendo utilizados para cumprir esta importante função contra a prática do dumping social.

4 *O dumping social*

Dentro do contexto apresentado, conquistas trabalhistas históricas sucumbem diante da escassez de oferta de postos de trabalho. Há um quadro crescente de desemprego, capaz de provocar o desespero e a adesão a qualquer oportunidade de trabalho, a qualquer preço e sob quaisquer condições.

Visando oferecer no mercado internacional produtos com preço competitivo, empresas buscam reduzir seus custos de qualquer forma. Para isso, utilizam-se da força de trabalho paga com salários aviltantes, jornadas de labor intermináveis, trabalho informal, trabalho infantil ou, até mesmo, escravo. Denomina-se esta prática de *dumping* social, ou seja, a busca de vantagens comerciais através da adoção de condições desumanas de trabalho.

O *dumping social* faz com que os salários e demais encargos sociais baixem para que o produto seja competitivo no mercado internacional. Trata-se de uma prática prejudicial e condenável, pois além de propiciar o desenvolvimento desleal do comércio, agride a dignidade da pessoa humana, submetendo os trabalhadores a condições de trabalho degradantes.[2] Arion Sayão Romita (2005, p.204), ao tratar do assunto, afirma:

Os salários e os chamados encargos sociais constituem componentes dos preços dos produtos e, sendo eles mais baixos nos países em desenvolvimento do que nos países desenvolvidos, colocam os primeiros em vantagem sobre os últimos. A prática do dumping social representa, portanto, forma de concorrência desleal, além de redundar frequentemente em violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

O reflexo do movimento da economia internacional sobre as forças nacionais promove medidas que levam ao *dumping social*. A competitividade dos produtos num universo

globalizado exige a reformulação dos preços internos, o que leva à redução de salários e custos trabalhistas. O autor Mauro de Azevedo Menezes (2003, p. 244.) assim pondera sobre o assunto:

O abalo provocado pela globalização econômica na estrutura de proteção social alterou sensivelmente o perfil dos empregos, levando, dentre outros efeitos, às seguintes mudanças, enumeradas por José Eduardo Faria: a) emergência de novas profissões e especializações; b) mobilidade do trabalho e flexibilização de sua estrutura ocupacional entre setores, regiões e empresas, provocando o declínio dos salários reais; c) ampliação dos níveis de concentração de renda; d) acentuação do fosso entre os ganhos das várias categorias de trabalhadores; e) aumento do desemprego dos trabalhadores menos qualificados; f) esvaziamento da proteção jurídica contra o uso indiscriminado de horas extras, contra a modulação da jornada de trabalho e contra a dispensa imotivada; e g) redução dos benefícios de seguridade social, prestados pelo Estado e pelas empresas. Essas circunstâncias abriram caminho, segundo o autor, para a deslegalização das normas protetoras dos trabalhadores.

Nesse contexto, o desemprego e o subemprego proliferam. Segundo Arnaldo Süssekind (2000, p. 301-302), a preocupação de reduzir os custos da produção e dos serviços, não apenas pela utilização de nova tecnologia, mas também com a redução das despesas com pessoal, gerou alarmante desemprego, redução dos salários reais, maior exploração do trabalho infantil e supressão de programas empresariais de prevenção dos infortúnios do trabalho.

A relação entre a globalização neoliberal e o Direito é uma das questões mais importantes da contemporaneidade. Existe uma relação entre neoliberalismo e privação de direitos que para o contexto histórico se faz necessária. Faz parte, pois, da lógica interna do neoliberalismo restringir direitos. O neoliberalismo não pode se manter e se desenvolver em cenário no qual esteja aberta a instância da aquisição de direitos, o exercício da cidadania e a busca da ampliação de direitos. O neoliberalismo vai propagar que o aumento de direitos tem uma dimensão antieconômica. Que se o trabalhador incorpora alguns direitos, torna-se pesado, caro para a empresa, o que vai dificultar o poder de competição da empresa no mercado. Ora, como a competição é o valor maior, o que se deve fazer a bem do modelo é tornar a empresa cada vez mais enxuta. Daí que jargões vêm sendo empregados ao longo dos últimos tempos para eufemismar a retirada de direitos de servidores e trabalhadores, como, por exemplo, o "enxugamento da máquina", "cotar gorduras", dentre outras. (FURTADO, 2004, p. 272).

Implanta-se o medo, a ansiedade, a apreensão com o desconhecido. O Direito do Trabalho é levado a uma indeterminação, deixando de ser um instrumento de consolidação da proteção aos hipossuficientes, para se tornar um instrumento de adaptação das normas trabalhistas às conveniências do capital competitivo.

(...) E, diante dos profetas do fim da sociedade do trabalho, as estatísticas oficiais revelam que, ao lado do desemprego industrial em massa, cresce o número de sub-empregados, de trabalhadores precarizados (pela "flexibilização"), de biscateiros, de trabalhadores diretos sem vínculos trabalhistas, da utilização da mão-de-obra infantil, numa nova e global onda de lumpemproletarização. (MELLO, 2001, p. 263).

Assim, os efeitos da globalização, da mundialização do capital e do neoliberalismo em relação ao Direito do Trabalho e do papel do Estado na condução da economia são sentidos com muito mais intensidade nos seus aspectos nefastos. Não se observam movimentos para a construção de uma sociedade justa e solidária, mas de uma sociedade competitiva, que viu ampliar substancialmente o número de excluídos do sistema numa crescente proliferação de práticas como o *dumping social.*

5 O Direito e o Comércio Internacional

O movimento de internacionalização das relações econômicas provocou um reestudo dos institutos que protegem os trabalhadores. Como se pode verificar, os mecanismos utilizados, até então, mostram-se frágeis, insuficientes, para contrapor as investidas de um comércio internacional sem fronteiras e sem bandeiras.

Numa dinâmica de relações econômicas globalizadas, os Estados perderam a capacidade de dirigirem, unilateralmente, os rumos de sua economia. No mundo globalizado agem, concorrentemente, diversos outros atores detentores de um poder que ignora as fronteiras e comandam as atividades econômicas mundiais. A soberania estatal se encontra obrigada a, por vezes, subordinar-se a um poder paralelo, que acaba por fragilizar suas prerrogativas.

Segundo Érika Maeoka (2009, on-line), em razão da expansão mundial das relações comerciais, gradativamente, as fronteiras entre os Estados desaparecem, perdendo-se a soberania para legislar sobre questões econômicas. As normas internacionais em matéria de direito econômico passaram a ser determinadas e administradas por organismos internacionais, sendo discutidas em foros globais. Opera-se um sistema verticalizado, no qual as economias preponderantes comandam as regras do jogo conforme suas prioridades, não poucas vezes afrontando os direitos dos trabalhadores.

Fácil ver que a proteção concedida apenas pelo ente estatal sucumbe diante dessa nova realidade. Para que se tenha êxito nas mudanças do atual cenário, em que as forças econômicas ultrapassam as fronteiras nacionais, exige-se o alargamento da cooperação internacional.

Contrariamente ao que afirma o ultraliberalismo, há fortes razões para supor que pelo menos uma determinada classe de problemas – aqueles relativos a políticas de redistribuição - necessita da intervenção do Estado, tanto hoje, como no passado. Na situação atual, isso parece requerer a ajuda de conjuntos de regras internacionais, na medida em que o Estado-nação não pode mais, sozinho, produzir e impor suas regras. Assim, os processos de mercado, livres do controle estatal, tendem a fazer com que a soberania dos estados constitucionais, e até sua legitimidade democrática, degenerem, paulatinamente, em farsa. (MÜLLER, planalto, 2009, on-line).

O Estado-nação não pode mais, sozinho, produzir e impor suas regras, pois os processos de mercado, livres do controle estatal, tendem a fazer com que a soberania dos estados constitucionais, e até sua legitimidade democrática, degenerem, paulatinamente. A idéia de Estado-nação perde a sua base, apesar de ainda se falar de 'povo' ou 'nação', o fato é que a sociedade individualisticamente diferenciada está em vias de tornar-se uma única sociedade mundial. (MÜLLER, planalto, 2009, on-line).

As dissonâncias entre a imposição do capital transnacional e as conquistas históricas representadas pela proteção nacional dos trabalhadores expõe as mazelas do sistema. Desse modo, ressalta-se que a desestruturação do Estado-nação sinaliza que o ente Estatal, por si só, não tem completa autonomia para proteger a classe trabalhadora do movimento de forças hegemônicas transnacionais.

Encontra-se superada a fase em que as negociações sobre política comercial se concentravam, exclusivamente, no impacto que o comércio exercia no interior das fronteiras nacionais, o que colocava no centro do debate a questão das barreiras alfandegárias e não-alfandegárias. Os problemas comerciais mais relevantes requerem agora a capacidade de lidar com a profunda e complexa integração entre as múltiplas políticas governamentais. Esse fato realça a estreita conexão entre mecanismos de tutela dos direitos humanos, regimes trabalhistas e políticas comerciais. (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 132-134).

Visando atrair o volúvel capital estrangeiro, alguns países optam por reduzir os direitos sociais garantidos aos seus trabalhadores, em uma visível prática antidemocrática. Esse movimento do capital não representa um avanço, pois há sempre a possibilidade da fuga desses investimentos, levando ao desaparecimento de diversos postos de trabalho, criados artificialmente a custa dos direitos dos trabalhadores.

Os Estados não tem o livre poder de onerar o capital que sai de um país, deixando um rastro, atrás de si, de milhares de desempregados. O capital, como fator de produção, está sempre livre para negociar a estruturação de mercados de trabalho propícios à exploração. As regras de proteção, democraticamente estabelecidas pelos Estados nacionais, mostram-se incapazes de assegurar os direitos trabalhistas nessa nova realidade.

A efetivação dos direitos trabalhistas e as políticas de desenvolvimento nos limites nacionais também passaram a sofrer forte influência da economia globalizada. Os Estados, por si só, já não conseguem cumprir as suas políticas públicas a contento, encontrando-se condicionados ao funcionamento da ordem econômica mundial.

O reflexo das disparidades de regimes trabalhistas no comércio internacional passou a merecer atenção em virtude do entrelaçamento dos mercados facilitado pelo fenômeno da globalização econômica, pelas altas taxas de desemprego no mundo desenvolvido e pelo desconforto moral provocado pela obtenção de vantagens comparativas graças a condições de trabalho indignas e até mesmo degradantes. (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 132-134).

Os mais relevantes problemas comerciais necessitam da capacidade para ponderar satisfatoriamente os interesses das mais diversas políticas governamentais. Não se pode olvidar da grande conexão existente entre a proteção dos direitos humanos e o

funcionamento da economia mundial. A busca pela competitividade no comércio internacional provocou, ao longo das últimas décadas, uma verdadeira desestruturação dos direitos trabalhistas.

Tendo em vista contrapor os efeitos provocados pela concorrência no mercado internacional, que solapa a justiça interna de proteção do trabalhador, tornou-se necessária a busca por novos instrumentos. A complexidade dos diversos fatores envolvidos na esfera do comércio mundial impossibilita o sucesso de uma correção das distorções sociais por um único Estado. A exclusão social é uma realidade que atinge a todos.

A atividade comercial ultrapassou, como nunca, as fronteiras estatais. A resolução dos problemas advindos dessa realidade deve seguir o mesmo caminho, quebrar fronteiras. Assim é que o Direito Internacional do Trabalho além de ter sua antiga função de proteger o indivíduo em face das regras internas, deve proteger o trabalhador da crescente relativização da soberania estatal, provocada pelo predomínio dos interesses econômicos internacionais em relação aos interesses internos democraticamente definidos de cada país. Passa-se, em seguida, a verificar os instrumentos de alcance internacional que permitam tratar a questão sob a perspectiva de um problema global.

6 Cláusula Social e Selo Social

Visando proteger alguns direitos sociais dos trabalhadores passaram a ser inseridas nos acordos comerciais as denominadas “cláusulas sociais”, também conhecidas como normas sociais. Esse tipo de norma, além de promover uma padronização mínima dos direitos assegurados aos trabalhadores, por vezes estabelece prêmios ou penalidades segundo o comportamento do pais signatário em relação aos seus trabalhadores.

Assim, considera-se que as cláusulas sociais atuam em duas vertentes. A primeira, de maneira negativa, prevê a aplicação de sanções punitivas ao país que não promove aos seus trabalhadores as condições mínimas de vida. Em sua vertente positiva, premia aqueles países que cumprem as determinações das cláusulas sociais, colocando-os em posição favorável no comercio internacional.

Além das cláusulas sociais, o comércio internacional passou a adotar o “selo social”, que consiste na utilização de etiquetas dos produtos de determinado país que para os produzir respeitou as normas internacionais relativas ao trabalho.

As cláusulas sociais e o selo social são medidas *antidumping* destinadas a proteger os direitos trabalhistas. São expedientes utilizados em negociações comerciais internacionais quem têm como objetivo vetar a compra de produtos produzidos por países que não garantem tais direitos.

No século XVIII, um dos ministros da Rainha Anne, da Inglaterra, levou à Sua Majestade o argumento que o Estado deveria criar barreiras a produtos produzidos na Índia. Ele questionava como os produtos ingleses poderiam competir com mercadorias indianas, de preço notoriamente inferior, se o trabalhador inglês recebia um salário 10 vezes maior que o profissional indiano, que além da baixa remuneração tinha carga horária mais extensa. Isso deixava elevado o preço do produto britânico e o tornava nada competitivo no mercado nacional. A barreira sugerida pelo ministro inglês tornou-se uma manifestação pioneira de medida antidumping no mundo, uma das primeiras decisões de restrição ao dumping, estratégia de mercado que consiste em oferecer um produto de exportação com valor inferior ao praticado no mercado de determinado país. (ANCHISES, anamatra, 2009, on-line).

Como foi visto, a prática do *dumping* tem por objetivo retirar do mercado outros concorrentes, chamando atenção do mercado consumidor através de um preço notoriamente mais baixo, desleal. A medida *antidumping* serve como uma salvaguarda contra esse tipo de situação. Em termos de *antidumping social*, o argumento da cláusula social surgiu com maior força a partir da Rodada Uruguai.

Atualmente, a China é um dos países que mais teve seus produtos vetados em negociações comerciais, devido às cláusulas sociais. Alguns países alegam que os empresários chineses não respeitavam os direitos trabalhistas e que o país se servia de mão-de-obra carcerária para fabricar produtos.

Dados da OMC mostram que, no período entre 1987 e 2000, foram iniciadas 357 medidas antidumping contra a China, 75% provenientes de seis países: Estados Unidos, México, Argentina, Austrália, Índia e União Européia. O número supera amplamente o segundo colocado, os Estados Unidos, que no mesmo período passou por 260 investigações. O uso dessas medidas contra a China exerce uma pressão tão grande sob a sua economia que o assunto foi condição essencial na assinatura do protocolo de admissão do país na OMC, em novembro de 2001. (ANCHISES, anamatra, 2009, on-line).

Países que exploram seus trabalhadores tendem a produzir com valores mais baixos, o que incomoda o mercado internacional. Ao que parece, foi exatamente por isso, que os países desenvolvidos passaram a utilizar o argumento da necessidade da inserção, nos contratos comerciais, de cláusulas que exigem o respeito a padrões trabalhistas mínimos. Conforme o mencionado autor, seria impedida a obtenção de vantagens de produção conseguidas com a superexploração da mão-de-obra.

A estratégia seria um estímulo para a melhoria das condições de trabalho, diminuindo a exploração dos profissionais. Entretanto, embora pareça nobre a causa, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico avaliou como improcedente o uso desse tipo de cláusula.[3]

Embora pareça nobre a causa, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico avaliou como improcedente o uso desse tipo de cláusula. O órgão baseia-se no fato de não haver evidências de que países com baixos índices de cumprimento dos direitos trabalhistas tenham melhores patamares de exportação global do que aqueles que respeitam o trabalhador. Também leva em conta a não comprovação de que a liberação comercial sempre é acompanhada de violações ao direito de livre associação.

Pelo contrário, a Organização diz que existe uma associação positiva entre bem sucedidas reformas comerciais e melhorias nos padrões trabalhistas fundamentais. Além disso, o respeito ou não a esses padrões não tem sido fator importante na decisão de onde instalar empresas multinacionais. (ANCHISES, anamatra, 2009, on-line).

No Brasil, por parte do governo, não há a adoção do expediente das cláusulas sociais nas negociações internacionais. Houve apenas um acompanhamento das discussões sobre o tema ocorridas na Conferência Mundial da OMC, em Cingapura, em dezembro de 1996.[4] Na oportunidade, o então ministro das Relações Exteriores, Luiz Felipe Lampreia, afirmou que o uso das cláusulas sociais como instrumento de garantir que direitos trabalhistas fossem respeitados, não seria uma prática adotada e estimulada pelo Estado brasileiro, uma vez que essa prática poderia estimular que medidas protecionistas e unilaterais fossem utilizadas.

Na prática, invocar padrões trabalhistas para regular o comércio internacional poderia abrir o caminho para um sem-número de medidas e práticas de caráter nitidamente protecionista -- inclusive unilaterais(..). O social se transformaria em justificativa para a proteção abusiva de setores que se sintam prejudicados pela concorrência de produtos oriundos de outros países. Os padrões trabalhistas serviriam não ao propósito de promover melhorias nas práticas dos países afetados, mas simplesmente para disfarçar novas medidas de protecionismo, novos gestos de satisfação aos trabalhadores que enfrentam o fantasma do desemprego estrutural. (LAMPREIA, unb, 2009, on-line).

Segundo o citado autor, o social poderia se transformar em justificativa para proteção abusiva de setores que se sentem prejudicados pela concorrência de produtos de outros países. Os efeitos punitivos dessas medidas poderiam afetar áreas em que não se verificam baixos padrões trabalhistas, mas sobre áreas que competem com vantagens no mercado internacional. Empresas e trabalhadores de setores competitivos poderiam ter que pagar por problemas de outros setores ou regiões específicas.

Luiz Felipe Lampreia (2009, on-line) defende que esses problemas deveriam ser corrigidos e enfrentados com os instrumentos apropriados, como as convenções da OIT, a legislação interna, a aplicação da justiça, as reformas sociais e econômicas. Constituindo-se um erro de graves conseqüências comerciais, econômicas e sobretudo sociais achar que “nossa lição de casa em matéria social pode ser substituída pela cláusula social”.

Na Conferência Mundial de Cingapura foi definido que o foro de discussão dos padrões trabalhistas nas questões comerciais caberia a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Sendo da competência exclusiva da Organização Internacional do Trabalho regular, fiscalizar e monitorar o cumprimento dos padrões trabalhistas. Essa posição foi ratificada cinco anos depois, em outra Conferência Ministerial da OMC. Entretanto, acreditamos que essa discussão está longe de ser considerada irrelevante.

Enquanto a discussão da legitimidade da cláusula social continua, o Brasil busca enquadrar-se nas decisões internacionais de valorização do trabalhador. Em 1998, o Governo brasileiro ratificou sete das oito convenções fundamentais dos direitos trabalhistas, com exceção daquela que trata da liberdade sindical devido a uma incompatibilidade com a Constituição Federal. Além disso, o Brasil se comprometeu no mesmo ano, na Conferência Internacional do Trabalho, a cumprir os termos da

Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, prevenindo seus trabalhadores e o mercado nacional dos efeitos de cláusulas sociais contra o País e participando das discussões sobre o tema na OIT. (ANCHISES, 2008)

Acredita-se que o alargamento da discussão possa trazer bons frutos. A mera inclusão de cláusulas sociais não parece resolver o problema, além de criar um outro. O conceito de Responsabilidade Social, que se segue a via contrária das leis do mercado, vai ao encontro da ética. Através da implementação deste conceito, alia-se o crescimento econômico ao desenvolvimento social de uma empresa e de seus empregados. Uma postura ética impõe que as empresas contribuam com outro tipo de desenvolvimento, de caráter inclusivo, que não tenham como métricas, somente os indicadores econômicos, mas principalmente, os indicadores sociais.

A empresa socialmente responsável não se limita a seguir as normas trabalhistas internas e aquelas veiculadas pela Organização Internacional do Trabalho. Ela investe no desenvolvimento pessoal e profissional de seus trabalhadores, através do incremento das condições de trabalho e no estreitamento de suas relações internas. Afasta-se assim das condições mínimas gerais, veiculadas por essas normas, projetando-se para a realização do trabalhador como indivíduo social. Neste prisma, fomenta-se a cultura local, a ética e a cidadania das minorias e instituições que representam seus interesses.

Conclusão

Constata-se que o Direito, no mundo contemporâneo, encontra-se influenciado pela ideologia neoliberal. A certeza de que reformas são necessárias e de que a realidade social é dinâmica, não se pode afastar, assim como não se pode afastar o fato de que as novas políticas econômicas não implementaram o desenvolvimento social esperado nos países democráticos.

O regime democrático, apesar das críticas, das fragilidades e dos retrocessos que vem sofrendo, valorizou-se ao longo dos últimos anos. Não se pode acalentar a ilusão de que o povo possui uma opinião definida e racional, assim como de que o exercíco democrático leva ao poder representantes indissociavelmente comprometidos com a opinião popular.

Há um governo aprovado pelo povo, que ascende ao poder pela concessão desse povo, mas que o exerce segundo seus próprios princípios e que formula a legislação segundo os interesses da sua plataforma política, sofrendo, é claro, influências diversas dos rumos da economia globalizada.

O governo democrático obtém melhores resultados apenas quando consegue atender com lealdade ao seu país, aos princípios que estruturam sua sociedade. É nesse contexto que a democracia se mostrará eficiente.

Para a adequada solução dos problemas advindos da globalização neoliberal, faz-se necessária uma reestruturação política, social e econômica, pois a redução de vantagens democraticamente conquistadas, principalmente, das trabalhistas não pode ser considerada um mecanismo capaz de aumentar índices econômicos.

Temas como o *dumping* social, as cláusulas sociais e o selo social trazem à tona grandes divergências e discussões, tanto de ordem doutrinária como de ordem organizacional, institucional e democrática. Isso se deve pelo fato de ainda não existir um consenso sobre esse instituto, principalmente porque envolve dois fatores de maior importância para o crescimento de um país, que são os fatores econômicos e os fatores de produção, neste caso os trabalhadores.

Existem vários tipos de *dumping*, no âmbito do direito laboral o *dumping* social merece maior atenção pelo fato de envolver diretamente a violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, os quais são garantidos internacionalmente por países democráticos. É através dessa prática que certos países, desrespeitando as condições mínimas de trabalho e as regras democráticas, concorrem no mercado externo com preços significativamente reduzidos.

Os países centrais estão cada vez mais empenhados no sentido de que seja efetivada a adoção de normas supranacionais que impeçam essas práticas. Já os países periféricos, inclusive o Brasil, temem a adoção de normas universalizadas em razão das gritantes diferenças existentes no mundo globalizado. Entretanto, mesmo estes, defendem a existência de padrões mínimos a serem instituídos por organizações de âmbito mundial e seguidos internacionalmente por economias democraticamente organizadas.

Os países periféricos acreditam que os países desenvolvidos se utilizariam de forma indiscriminada dessas medidas para proporcionar a proteção exagerada de seu mercado interno. A proteção dos trabalhadores seria usada como medida protecionista por países que têm melhores condições econômicas e sociais.

Os Estados, por mais bem intencionados que sejam, mostram-se fragilizados frente a enorme tarefa que devem desempenhar para garantir as condições sociais dignas para a sua população. O mercado, efetivamente, nunca demonstrou ter preocupação com a promoção dos direitos sociais. Entretanto, a luta pelo mercado alinhou interesses, aparentemente, díspares.

Os países centrais pela dificuldade em concorrer dentro do mercado globalizado com os países que não garantem os direitos sociais passaram a defender a inclusão de clásulas sociais nos contratos internacionais. Assim, a luta pela democracia ganhou, mesmo que temporariamente e de pouca confiabilidade, novos aliados. Os Estados inseridos em um mundo globalizado necessitam da força do mercado, agora, utilizado como instrumento, para garantir a democracia.

Referências Bibliográficas

AGUIAR, Odílio Alves. **Juízo, Gosto e Legitimidade em Hannah Arendt**. Philósophos 8 (2) : 251-271, jul./dez. 2003. Disponível em: <http://www.iphi.com.br/pdfs/Juizo%20gosto%20e%20legitimidade%20em%20Hannah%20Arendt.pdf> Acesso em 12 jun 2009.

AMANTINO, Antônio Kutz. **Democracia**: a concepção de Schumpeter. Disponível em: <www.upf.br/cepeac/download/rev_n10_1998_art7.pdf>. Acesso em 13 jun 2009.

AMARAL JÚNIOR, Alberto. **Cláusula social: um tema em debate**. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 36, n. 141, jan./mar.1999, p. 132-134. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_141/r141-11.pdf>. Acesso em 11 jun 2009.

ANCHISES, Nara. **Cláusulas Socias: defesa dos interesses de quem?** Disponível em: <http://ww1.anamatra.org.br/005/00502001.asp?ttCD_CHAVE=19885>. Acesso em 12 jun 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 252-253.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho Decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2004.

CHURCHILL, Winston. Disponível em: <www.pensador.info/frase/MzcyODM5/>. Acesso em: 14 jun 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005.

FREUD, Sigmund. **Além do princípio do prazer, psicologia de grupo e outros trabalhos**. Obras completas, v. XVIII, p. 44.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Preconceito no trabalho e a discriminação por idade**. São Paulo: LTr. 2004.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 12 jun 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Antônio Pinto de Carvalho. Disponível em: <www.consciencia.org/docs/kantfundamentacao.pdf>. Acesso em: 10 jun 2009.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia

das Letras, 2003. Disponível uma sinopse do texto em: <www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf>. Acesso em: 12 jun 2009.

LAMPREIA, Luiz Felipe. **A cláusula social no comércio internacional**. Disponível em: <http://ftp.unb.br/pub/unb/ipr/rel/discmin/1996/3055.pdf>. Acesso em: 12 jun 2009.

MAEOKA, Érika. **Os desafios do Direito do Trabalho no contexto da expansão do comércio internacional.** Disponível em: <http:/www.conpedi.org/manaus>. Acesso em: 11 jun 2009.

MELLO, Alex Fiuza de. **Marx e a globalização**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2001.

MELLO. Maria Chaves de. **Dicionário Jurídico português-inglês**. 7 ed. Rio de Janeiro: Elfos Ed. 1998.

MENENZES, Mauro de Azevedo. **Constituição e reforma trabalhista no Brasil**: interpretação na perspectiva dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2003.

Müller, Friedrich**. Democracia e Exclusão Social em Face da Globalização.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72.htm>. Acesso em: 12 jun 2009.

PONTES, Manuel Sabino. A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>. Acesso em: 12 jun 2009.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direitos Fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3 ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000.

[1] Segundo Ingo Wolfgang Sarlet é com Kant que se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou as vestes sacrais. (SARLET, 2007, p. 31-32).

[2] *Dumping* é a "venda de grande quantidade de um produto por preço muito baixo; venda de um produto no mercado externo por preço menor do que no mercado interno." (MELLO, 1998, p. 176).

[3] Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização internacional e intergovernamental que agrupa os países mais industrializados da economia do mercado. Tem sua sede em Paris, França. Na OCDE, os representantes dos países membros se reúnem para trocar informações e definir políticas com o objetivo de maximizar o crescimento econômico e o desenvolvimento dos países membros . Disponível em: <www.cgu.gov.br/ocde/sobre/index.asp>. Acesso em: 10 jun 2009.

[4] Em 2008, o Escritório no Brasil da OIT noticiou que o BNDES passou a inserir as cláusulas sociais nos seus contratos de financimento com o objetivo de combater o trabalho infantil, o trabalho escravo e a discriminação de gênero e de raça. 'A iniciativa coloca o BNDES em uma posição de destaque no que se refere às questões de responsabilidade social e trabalho decente dentro do mercado financeiro. As cláusulas serão consideradas nas condições prévias para a obtenção de crédito ou capital e também durante a execução do contrato. Ficará estabelecido, por exemplo, que haverá rompimento do contrato caso sejam comprovadas situações de trabalho escravo, infantil ou discriminação. A OIT acredita que as instituições financeiras podem ser um veículo muito eficaz para promover o trabalho decente, justamente porque seus contratos financeiros e clientela abrangem uma série de setores sociais e produtivos da sociedade. Quando os mercados financeiros investem com responsabilidade social, a gama de oportunidades que as empresas têm para crescer, obter mais investimentos e aumentar sua produtividade de maneira sustentável - sem trabalho infantil, escravo e discriminação -, e assim, contribuir para a criação de novos empregos decentes, é automaticamente ampliada. Com suas novas cláusulas sociais, o BNDES acaba de dar uma contribuição importante para que suas cadeias financeiras, e em efeito dominó, todas as empresas interligadas a ela, avancem no sentido do cumprimento efetivo dos direitos e princípios fundamentais do trabalho substanciados em convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, assim como da legislação nacional, criando assim, um ambiente propício ao crescimento econômico seguro, atrativo, sustentável e mais inclusivo'. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/news/nov/ler_nov.php?>. Acesso em 14 jun 2009.

DIREITO À IGUALDADE E TRANSCENDÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES*

DERECHO A LA IGUALDAD Y TRASCENDENCIA DE LOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES

Antonio Moreira Maués
Breno Baía Magalhães

RESUMO

O trabalho analisa o modelo de uniformização da jurisprudência constitucional, adotado no Brasil a partir da atribuição de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal, bem como a controversa Teoria da Transcendência dos Fundamentos Determinantes, como resposta aos problemas causados pela divergência jurisprudencial na interpretação da Constituição. Criticando esse modelo em função das limitações por ele impostas à proteção judicial dos direitos fundamentais e visando adequar as premissas e conseqüências da citada teoria ao modelo de harmonização da jurisprudência constitucional, proposto como alternativa, o trabalho apresenta argumentos pelos quais o juiz pode afastar-se dos precedentes de modo fundamentado, indicando sua inaplicabilidade em uma determinada situação. Esse reconhecimento da importância das circunstâncias do caso para a interpretação da norma permite harmonizar a jurisprudência constitucional com base no direito à igualdade na aplicação judicial do direito e dar maior efetividade às fundamentações esposadas nas decisões do STF dotadas de efeito vinculante acerca da interpretação das normas constitucionais.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO À IGUALDADE; CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RESUMEN

El trabajo analiza el modelo de uniformización de la jurisprudencia constitucional, adoptado en Brasil desde la atribución de efecto vinculante a las decisiones del Supremo Tribunal Federal, bien como la controvertida Teoría de la Trascendencia de los Fundamentos Determinantes, como respuesta a los problemas causados por la divergencia jurisprudencial en la interpretación de la Constitución. Criticando ese modelo en función de los límites por él impuestos a la protección judicial de los derechos fundamentales y objetivando adecuar las premisas y consecuencias de la citada teoría al modelo de armonización de la jurisprudencia constitucional, propuesto como alternativa, el trabajo presenta argumentos por los cuales el juez puede apartarse de los precedentes de manera fundamentada, apuntando su inaplicabilidad en una determinada situación. Ese reconocimiento de la importancia de las circunstancias del caso para la interpretación de la norma, permite armonizar la jurisprudencia constitucional con base

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

en el derecho a la igualdad en la aplicación judicial del derecho y conferir más efectividad a los fundamentos defendidos en las decisiones del STF dotadas de efecto vinculante sobre la interpretación de las normas constitucionales.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHOS A LA IGUALDAD; CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Introdução

A partir de 1993, com a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), um conjunto de mudanças foram implementadas no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, as quais estabeleceram uma nova articulação entre o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, e entre a jurisprudência constitucional do STF e a das demais instâncias do Poder Judiciário.

Tais mudanças tiveram como fio condutor a atribuição de efeito vinculante às decisões do STF. Conferido pela EC nº 3/93 às "decisões definitivas de mérito" em ADC, o efeito vinculante expandiu-se para as medidas cautelares da ADC, tal como decidiu o próprio STF na ADC nº 4, e para a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn – art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99) e a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF – art. 10, § 3º da Lei nº 9.882/99). Apesar dos questionamentos sobre a constitucionalidade dessa expansão legislativa do efeito vinculante[1], o STF decidiu expressa ou implicitamente pela sua constitucionalidade[2], excluindo do efeito vinculante, no campo do controle concentrado, somente a decisão negativa de cautelar em ADIn.[3].

Mais recentemente, o STF tem aplicado a "transcendência de motivos determinantes" para estender o efeito vinculante de uma decisão em ADIn a leis de "idêntico conteúdo", às quais se aplicam os mesmos fundamentos. Em conseqüência, quase a totalidade das decisões do STF no controle concentrado dispõe do meio expedito da reclamação para ser preservada, o que explica o crescimento exponencial do uso desse instituto nos últimos anos: em 1997 foram distribuídas 62 reclamações, número que ascendeu a 1.444 em 2009, considerando apenas os dados até agosto do ano corrente.

Fora do âmbito do controle concentrado, a adoção da súmula vinculante (EC nº 45 e Lei nº 11.417/06) estende essa técnica às decisões do STF no controle difuso de constitucionalidade. Mesmo com o estabelecimento do efeito vinculante no controle concentrado, os juízes ainda não se encontravam vinculados à jurisprudência do STF originada do controle difuso, o que se tornou possível com a criação das súmulas vinculantes, editadas após reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Paralelamente, a regulamentação da repercussão geral do recurso extraordinário (Lei nº 11.418/06) permite que a decisão do STF em um recurso estenda-se a outros "com fundamento em idêntica controvérsia", os quais serão considerados "automaticamente não admitidos" caso a repercussão geral seja negada (art. 543-B). Por fim, encontra-se

em discussão no STF o efeito vinculante de decisões no controle difuso, com base na idéia de que o instituto da resolução suspensiva do Senado Federal sofreu um processo de mutação constitucional[4].

Esse conjunto de institutos levou o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil a operar de uma nova maneira, ainda que sem abandonar seu caráter misto. Nos primeiros anos após a Constituição de 1988, a ausência de mecanismos de articulação entre o controle concentrado e o controle difuso de constitucionalidade permitia julgar diversas vezes no controle difuso uma argüição de inconstitucionalidade, mesmo que o STF já houvesse se manifestado sobre a matéria no controle concentrado. Assim, tornou – se recorrente a divergência entre as decisões tomadas pelo STF e pelas demais instâncias do Judiciário, especialmente nos casos em que o Supremo Tribunal negava, em ADIn, o pedido cautelar de suspensão dos efeitos de uma norma, enquanto os juízes julgavam-na inconstitucional no exercício do controle difuso. De modo semelhante, mesmo uma questão julgada repetidas vezes, no mesmo sentido, em recurso extraordinário, poderia continuar recebendo decisões distintas nas demais instâncias do Judiciário.

Na busca de solucionar os problemas causados por essa divergência jurisprudencial sobre a interpretação da Constituição, a adoção da técnica do efeito vinculante trouxe novas características para o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, que podem ser sintetizadas da seguinte maneira (SCAFF; MAUÉS, 2005):

a) o controle difuso e o controle concentrado passam a se articular na direção do abstrato ao concreto, dado o efeito vinculante das decisões tomadas pelo STF na via direta sobre as decisões tomadas na via incidental;

b) a vinculação dos juízes à jurisprudência do STF deixa de ter um caráter meramente intelectual, baseado na força persuasiva de suas decisões, e passa a ter uma caráter dissuasivo, no qual a não observância da jurisprudência acarreta a cassação de decisões por meio do instituto da reclamação;

c) o efeito vinculante caracteriza-se como um mecanismo de prevenção da divergência sobre a interpretação constitucional, e não como um mecanismo de correção. Ele visa que os juízes se adaptem às orientações jurisprudenciais do STF, evitando que as dúvidas sobre a constitucionalidade da lei cheguem ao Tribunal e dificultando uma nova análise da questão que ensejou a divergência.

Esse conjunto de mudanças parte de um diagnóstico sobre os riscos que a incerteza e a demora dos pronunciamentos judiciais sobre determinada questão trazem para a segurança jurídica, apontando como solução a uniformização da jurisprudência constitucional na matéria, com base na orientação do STF. Apesar da validade dessa preocupação, as limitações que o novo modelo impõe ao exercício do controle difuso, ao vincular o juiz às decisões do STF, exigem uma reflexão sobre suas conseqüências para a proteção judicial dos direitos fundamentais. Como é sabido, nos sistemas concentrados o Tribunal Constitucional possui o monopólio da declaração de

inconstitucionalidade das leis, que é efetivada mediante um processo constitucional distinto dos processos judiciais ordinários. No sistema difuso, a ausência desse monopólio permite que, em qualquer litígio, a constitucionalidade da norma a ele aplicável seja questionada pela parte, cabendo ao juiz da causa decidir sobre a compatibilidade ou incompatibilidade dessa norma com a Constituição.

No segundo caso, os órgãos judiciais dispõem de mais poder para a defesa dos direitos fundamentais, visto que a efetivam contra a lei, sem que seja necessária a manifestação do Tribunal Constitucional. Assim, enquanto no sistema concentrado a identificação da violação de um direito fundamental pela lei possibilita apenas que o juiz suspenda o processo até o julgamento da questão de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, no sistema difuso o juiz tem competência para deixar de aplicar a lei ao caso, decisão essa que valerá para as partes caso não seja reformada em instância superior.

Tendo em vista que o controle de constitucionalidade acionado incidentalmente favorece a identificação da violação de direitos nos casos concretos, o novo modelo pode vir a prejudicar a proteção judicial de outros direitos fundamentais, especialmente o direito à igualdade. Nesse campo, os problemas não decorrem apenas da existência de interpretações diferentes dos direitos fundamentais que desigualam o estatuto jurídico básico que lhes deve corresponder, pois a proteção do direito à igualdade demanda ao juiz dar um tratamento desigual a determinadas situações se as circunstâncias de fato assim o exigirem. Portanto, não se trata somente de garantir a previsibilidade das decisões judiciais, mas de fazê-lo a partir dos parâmetros estabelecidos pelo direito à igualdade.

Essa mudança de enfoque nos permite recolocar o problema da divergência jurisprudencial e propor outras alternativas para sua solução. Nas seções seguintes deste trabalho, buscaremos reconstruir os pressupostos do modelo da uniformização da jurisprudência constitucional para, a partir de sua crítica, propor um modelo alternativo para a solução desses problemas, denominando-o modelo da harmonização da jurisprudência constitucional. Em seguida, serão feitas algumas considerações acerca da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes, assim como serão traçados alguns requisitos de sua aplicação, com base no modelo da harmonização da jurisprudencial constitucional. Ao final, faremos a defesa da adoção desse modelo e a forma de adequação da teoria da transcendência ao ordenamento constitucional com base no direito à igualdade na aplicação judicial do direito.

1 – O modelo da uniformização[5]

O modo de articulação entre o controle concentrado e o difuso acima exposto é regido pela idéia de que a jurisprudência constitucional deve ser uniforme, eliminando divergências sobre a interpretação judicial da Constituição. Esse modelo está baseado em três elementos:

a) limitação da possibilidade do juiz afastar-se dos precedentes estabelecidos pelos tribunais superiores;

b) utilização de mecanismos para dissuadir ou vedar a não aplicação do precedente;

c) crença na possibilidade de limitar a interpretação dos textos normativos.

Como vimos acima, essas características foram sendo desenvolvidas no direito brasileiro com a adoção do efeito e da súmula vinculantes e o conseqüente uso da reclamação constitucional, das decisões monocráticas e da repercussão geral para dificultar a não aplicação do precedente firmado pelo STF.

Do ponto de vista da proteção dos direitos fundamentais, o modelo da uniformização comporta várias críticas:

a) o caráter abstrato das decisões tomadas no controle concentrado dificulta a identificação das violações dos direitos fundamentais que podem ocorrer quando da aplicação da lei a casos concretos. Ao partir do abstrato para o concreto, a decisão pela permanência do texto normativo no ordenamento jurídico pode gerar situações inconstitucionais, prejudicando a proteção dos direitos fundamentais. Isso foi reconhecido pelo próprio STF no caso de proibição de liminares contra o Plano Collor e em várias das reclamações ajuizadas com base na decisão cautelar da ADC nº 4 (SCAFF; MAUÉS, 2005: 53-61). Mesmo que no caso da ADC – assim como na hipótese de ADPF para solução de controvérsia judicial – o STF tome em consideração argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da norma surgidos no controle difuso, esse contraditório pré-existente não elimina todas as possibilidades futuras de divergência;

b) a súmula vinculante desestimula a apreciação das circunstâncias do caso concreto, necessária para uma aplicação do direito coerente com a Constituição. Ao conter a sistematização da parte dispositiva de um conjunto de decisões, o enunciado das súmulas não é suficiente para conhecer as razões que as fundamentaram. Isso vem dificultar o exercício correto da função judicial, tendo em vista que é impossível, sem analisar os critérios que presidiram as discriminações feitas em um caso determinado, decidir se o juiz deve aplicar o precedente a casos semelhantes. Nas súmulas editadas pelo STF após a Constituição de 1988, há enunciados que não são compatíveis com os precedentes,[6] além do próprio Tribunal deixar de aplicar a súmula a casos específicos;[7]

c) não se busca convencer o juiz por meio dos argumentos que fundamentam a decisão, a qual se impõe a partir da publicação somente da parte dispositiva do acórdão (art. 28 da Lei nº 9.868/99 e art. 10, § 2º, da Lei nº 9.882/99);

d) baseia-se em uma visão equivocada da hermenêutica jurídica, desconsiderando que, como qualquer texto normativo, as decisões e súmulas vinculantes devem ser interpretadas, pois, também nesse caso, as normas não estão "dadas" no texto, mas resultam da intervenção do intérprete. Assim, diante das decisões e súmulas vinculantes o juiz deve realizar um juízo reflexivo sobre o conjunto normativo aplicável ao caso, considerando a individualidade da situação posta a seu julgamento.

Essa visão crítica destaca a importância de buscar outros caminhos para solucionar o problema da divergência judicial sobre a Constituição, que não coloquem em risco a proteção dos direitos fundamentais. A legislação e a jurisprudência sobre efeito e súmula vinculantes recorrem constantemente a expressões como "questão idêntica", o que demonstra que é pressuposto da aplicação do precedente que as diferenças entre os casos não autorizem um tratamento desigual. Um exame mais acurado do caso, portanto, pode identificar circunstâncias que demandam excepcionar a decisão ou a súmula vinculantes, para evitar a violação de direitos fundamentais. Isso implica admitir um certo nível de divergência jurisprudencial, desde que essas diferentes decisões se harmonizem com o sistema constitucional.

2 – O modelo da harmonização

Partindo da idéia de que a divergência jurisprudencial na aplicação da Constituição não afeta apenas o direito à segurança, mas também o direito à igualdade, propomos um modelo alternativo que busca garantir a igualdade na aplicação judicial do direito, protegendo de modo adequado outros direitos fundamentais, como o próprio direito à segurança. As características desse modelo são as seguintes:

a) reconhecimento da possibilidade do juiz afastar-se do precedente, desde que o faça de modo fundamentado, apresentando argumentos que indiquem sua inaplicabilidade ao caso;

b) existência de mecanismos que possibilitam rever o precedente;

c) reconhecimento da importância das circunstâncias do caso para a interpretação da norma.

Esse modelo reconhece, em princípio, a autoridade do precedente firmado pelo STF, mas possibilita que o juiz realize a interpretação do conjunto normativo aplicável ao caso e não apenas da decisão ou da súmula que se invoca como vinculante naquela lide. De modo similar à técnica do *distinguishing* adotada no sistema da *common law*, o modelo aqui proposto não implica negar validade ao precedente do STF, mas reconhecer que as circunstâncias do caso impedem sua aplicação em nome da proteção de direitos fundamentais. Portanto, uma fundamentação adequada para deixar de aplicar uma decisão ou súmula vinculante não parte da discordância do juiz com a interpretação realizada pelo STF, mas de sua inaplicabilidade àquele caso.

Sem embargo, é possível que decisões tomadas pelo STF venham demonstrar-se equivocadas em seus próprios fundamentos, o que torna necessária a existência de mecanismos de revisão do precedente. Nessa hipótese, mantém-se aberta a possibilidade de que o próprio Supremo Tribunal modifique sua jurisprudência, a partir do reconhecimento de que sua interpretação gerou violação de direitos em casos concretos.[8]

A valorização das circunstâncias do caso decorre da compreensão de que o intérprete atribui sentido à norma aplicando alguma das concepções do direito presentes na sociedade. No exercício desse papel, o intérprete tanto pode manter quanto reformar as concepções existentes, o que acentua o caráter histórico da interpretação. Onde a prática argumentativa do direito se desenvolve, os intérpretes não apenas reproduzem os sentidos que lhe são tradicionalmente atribuídos, mas também refletem sobre os valores e princípios a que o direito deve servir, propondo novas interpretações dos institutos jurídicos que venham a se ajustar a essas justificativas (DWORKIN, 1991: 66). Isso permite que, mesmo sem alteração do texto, as normas jurídicas sejam modificadas para atender àquelas exigências que, em dado momento histórico, são consideradas como o fim do direito.

Essa evolução é marcada não apenas pelo surgimento de novas interpretações gerais do direito, mas pelo aparecimento de casos cuja originalidade impõe ao intérprete refletir criticamente sobre suas concepções. Tais casos difíceis, portanto, trazem à tona os pressupostos que o intérprete utiliza na aplicação do direito, exigindo-lhe rever sua validade para a decisão do caso. Como os sentidos que o intérprete pode atribuir ao texto são construídos a partir das concepções jurídicas existentes em uma sociedade determinada, tampouco é possível interpretar qualquer texto normativo de modo puramente abstrato (OLLERO, 2005: 45; STRECK, 2006: 206). Mesmo que o intérprete não se encontre diante de um caso concreto, mas busque interpretar as palavras do texto ou elabore uma situação imaginária, as concepções jurídicas que ele assume como válidas serão mobilizadas nessa tarefa.

Por essa razão, o reconhecimento do caráter construtivo da interpretação jurídica é relevante não apenas por fornecer uma compreensão mais adequada dessa atividade, mas também pela orientação prática que oferece à aplicação do direito, particularmente à aplicação judicial. Diante de um caso concreto, o intérprete deve refletir se o sentido tradicionalmente atribuído à lei está de acordo com as circunstâncias do caso, de modo a aplicar de forma correta os princípios constitucionais. Se o intérprete é responsável pela construção do direito, não há como deixar de reconhecer a relevância do contexto em que essa construção se desenvolve

Tal exigência decorre de uma concepção do direito adequada à Constituição democrática, na qual os direitos fundamentais são princípios que possuem aplicabilidade direta e fundamentam as decisões judiciais. Assim, o cumprimento da Constituição demanda do aplicador que desenvolva argumentos plenamente compatíveis com seus princípios, os quais fornecem a justificação última da interpretação da norma. Mesmo um enunciado legal "claro" somente pode ser aplicado corretamente quando confrontado com as normas constitucionais, pois a interpretação literal de um preceito também deve estar de acordo com a Constituição.

Como um paradigma emergente, o modelo de harmonização não pode ser exemplificado de modo sistemático no direito brasileiro, tal como o modelo anterior. No entanto, alguns institutos já presentes no ordenamento oferecem as bases de seu desenvolvimento, como, por exemplo:

a) a regulamentação constitucional da súmula vinculante prevê que a reclamação pode ser utilizada em caso de aplicação indevida da súmula. Isso significa que o juiz deve estar atento para as circunstâncias que presidem o enunciado da súmula, devendo particularizar situações quando isso for exigido. Tal possibilidade do uso da reclamação deve ser estendida a qualquer decisão dotada de efeito vinculante, pois, considerando que o fundamento do uso da reclamação nesses casos é a preservação da autoridade dos julgados do STF, essa autoridade também está sendo desrespeitada quando suas decisões são aplicadas incorretamente;

b) a ampla legitimidade para propor a revisão ou cancelamento de súmula confere agilidade ao processo de revisão do precedente nesse caso **(art. 3º da Lei 11.417/06)**;

c) a possibilidade de que o STF julgue novamente em recurso extraordinário questão decidida no controle concentrado;[9]

d) a inexistência de efeito vinculante da decisão que indefere a cautelar em ADIn.

3- A Teoria da Transcendência dos Fundamentos Determinantes: Os Limites Objetivos do Efeito Vinculante

O efeito vinculante possui destinatários específicos, o que limita sua incidência a determinados sujeitos. Dessa forma, de acordo com a dicção do art. 102, § 2º da CF/88,

apenas o Poder judiciário (excluído o STF) e a Administração pública Federal, Estadual e Municipal estão vinculados às decisões de mérito do STF em ADIn, ADC e ADPF. Todavia, é válido ressaltar que, tanto a CF/88, quanto as leis 9.868/99 e 9.882/99, não tratam, de forma explícita, acerca da parte da decisão que gera efeitos vinculantes. Portanto, para perquirir sobre as premissas desta teoria, é necessário delimitar a natureza do efeito vinculante, assim como sua distinção do efeito *erga omnes* e da coisa julgada, bem como distinguir o que seriam fundamentos determinantes e o que seriam as coisas ditas de passagem.

3.1- Breve Distinção entre Efeito Vinculante, Efeito *Erga Omnes* e Coisa Julgada

Para uma melhor delimitação acerca da natureza do efeito vinculante, é necessário que se tracem algumas distinções entre aquele, o efeito *erga omnes* e a coisa julgada. Com efeito, conforme se depreende da leitura do art. 102, § 2º da CF, o legislador constituinte reformador distinguiu o efeito vinculante do efeito *erga omnes*, uma vez que afirma que as decisões de mérito serão dotadas de sobreditos efeitos. Por conseguinte, e uma vez que o efeito vinculante não se confunde com a coisa julgada, podemos inferir que os três são institutos que possuem definições e funções distintas.

A coisa julgada, de acordo com Dinamarco (2005, p.326-327), é a qualidade da sentença que julgou a demanda. Trata-se de instituto de índole processual que visa gerar a segurança das relações jurídicas e prestigiar as decisões definitivas do poder judiciário em razão de sua imutabilidade. Ocorre após o trânsito em julgado da decisão, ou seja, quando a decisão resta impassível de qualquer impugnação.

A coisa julgada possui limites objetivos, ou seja, um dos elementos da decisão judicial torna-se revestido pelo manto da imutabilidade. A doutrina se inclina em afirmar que apenas a parte dispositiva da decisão faz coisa julgada, aduzindo Dinamarco (2005, p. 313) que "somente o preceito concreto contido na parte dispositiva das sentenças de mérito fica protegido pela autoridade da coisa julgada material".

No processo objetivo de controle de constitucionalidade, as decisões de mérito, ou seja, as que fazem coisa julgada material, não poderão ser objeto de recurso ou de ação rescisória, o que se depreende que, uma vez decidida a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma norma, tal decisão é impassível de reforma. Portanto, faz coisa julgada formal, na medida em que não poderá ser passível de impugnação no mesmo processo, bem como coisa julgada material, impedindo que a decisão seja questionada em qualquer outro processo. O que quer dizer, na linha do exposto acima, que somente a parte dispositiva do acórdão que julgou o mérito em ADIn, ADC[10] ou ADPF se revestirá do manto da imutabilidade, impedindo que uma mesma ação possa versar sobre o mesmo ato impugnado.

Quanto à sujeição à coisa julgada, ou seus limites subjetivos, podemos afirmar que, em regra, limita-se às partes que participaram da demanda (art. 472 do CPC). Contudo, o ordenamento, em leis especiais[11], determina a eficácia subjetiva da coisa julgada a todos, ou seja, até aos que não participaram da demanda. A possibilidade de atribuição a

todos dos efeitos da decisão da coisa julgada, ou seja, da sua parte dispositiva, depende de disposição legislativa. Desta forma, a eficácia *erga omnes* é um dos efeitos da coisa julgada no controle concentrado de constitucionalidade, estendendo seus efeitos a todas as pessoas que não participaram do processo. Luis Roberto Barroso (2006, p.176) lembra que, no controle concentrado, a eficácia *erga omnes* da coisa julgada opera em função da legitimação extraordinária prevista pela lei, que considera os legitimados a propor à ação como substitutos processuais dos autores da demanda, que neste caso específico, seria a sociedade na defesa do ordenamento jurídico e da higidez constitucional.

Ademais, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o Tribunal retira do ordenamento jurídico o ato normativo inconstitucional. Portanto, em se tratando de órgão do poder judiciário, os julgados do STF estão submetidos, igualmente, ao chamado regime da preclusão máxima inerente a todo ordenamento jurídico pátrio, desta forma, as decisões tomadas no controle concentrado de constitucionalidade fazem coisa julgada, seja material ou formal, e os efeitos da coisa julgada incidem para todos. Tal incidência, hodiernamente, possui guarida constitucional (art. 102, § 2º, com a redação dada pela EC nº 45/04).

Na linha do exposto, podemos acrescentar que a coisa julgada material oponível *erga omnes* no controle concentrado impede que qualquer legitimado a propor a ação possa questionar, novamente, o ato em uma nova ação, bem como a impossibilidade de aplicação do ato normativo expulso do ordenamento por quaisquer poderes da República.

Neste diapasão, conforme se pode depreender do disposto no art.28 da lei 9.868/99, art. 11 da lei 9.882/99 e do art. 102 , § 2º da CF/88, o legislador estabeleceu diferenças entre eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, pois, conforme acentua Olavo Ferreira (2003), o efeito vinculante é mais abrangente do que *erga omnes*, na medida em que possibilita, no caso de descumprimento de decisão dotada de vinculatividade, a interposição de reclamação diretamente ao STF, sendo desnecessária a via do Recurso Extraordinário, o que seria impossível somente em face do efeito geral da coisa julgada.

3.2 - *Ratio Decidendi* e *Obiter Dictum*.

O efeito vinculante representa um “plus” em relação ao *erga omnes*, porquanto suas conseqüências são mais drásticas, uma vez que vincula os seus destinatários à observar a interpretação utilizada pelo STF para julgar constitucional ou inconstitucional determinado ato. Porém, questão complicada está em determinar qual seria essa interpretação utilizada, ou seja, em determinada decisão do STF, extrair o que viria a ser o fundamento determinante e o que foi apenas dito de passagem (*obiter dictum*).

Stielfman (2006, p.169), afirma que a delimitação do que seja *ratio decidendi* e *obiter dictum* constitui uma das grandes dificuldades enfrentadas pelos países que adotam o efeito vinculante.

A fundamentação é indispensável na sentença por expressa disposição constitucional (art. 93, IX da CF/88). Nesta parte da sentença ou acórdão é onde são expressos os entendimentos do juiz ou do tribunal a respeito do tema versado no processo. Caracterizando-se, desta forma, na parte do acórdão em que o julgador expressa a tese jurídica a ser adotada para o deslinde da causa, ou seja, "os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão" (DIDIER, 2007, p.233). Por outro lado, as coisas ditas de passagem são prescindíveis à resolução da demanda, mas o magistrado lança delas mão para reforçar ou salientar alguma parte de sua fundamentação.

Neste diapasão, Cruz e Tucci (2004) propõe um exercício mental para diferenciar a fundamentação das coisas ditas à margem: deve-se inverter o teor do núcleo decisório; posteriormente, se indaga se a conclusão da decisão continuaria a mesma, caso o juiz tivesse escolhido a regra invertida. Se a decisão se mantiver, então a tese não era fundamento determinante; caso contrário, a resposta será positiva (CRUZ e TUCCI, 2004, p.177).

Por fim, temos a parte dispositiva da sentença ou do acórdão, que constitui a parte da decisão em que o órgão jurisdicional estabelece um preceito, concluindo acerca de uma demanda que lhe foi dirigida (DIDIER, 2007, p.239). Nesse sentido, seria o posicionamento do STF acerca da manutenção ou expurgação do ato impugnado.

3.3 – A Teoria da Transcendência dos Fundamentos Determinantes e sua Aplicação no Brasil

Consoante o exposto alhures, dentre os inúmeros mecanismos utilizados pelo STF que visam articular os controles concentrado e difuso de constitucionalidade, bem como garantir a aplicação da jurisprudência constitucional, podemos destacar a aplicação da Teoria da Transcendência dos Fundamentos Determinantes como um exemplo das conseqüências da expansão do efeito vinculante às decisões plenárias exaradas pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com a referida teoria, o limite objetivo do efeito vinculante, para o ordenamento jurídico pátrio, não estaria adstrito à parte dispositiva do acórdão, mas transcenderia aos fundamentos determinantes da decisão de mérito no controle concentrado. Nesse sentido, os fundamentos determinantes em uma decisão se caracterizam como a *ratio decidendi*, distinguindo-se, por óbvio, das coisas ditas de passagem (*obiter dicta*) no julgamento de uma causa. Em síntese, a teoria visa atribuir efeito vinculante aos motivos (às razões da decisão) que determinaram o julgamento de mérito no controle concentrado de constitucionalidade (inclusive as decisões cautelares que são dotadas desse efeito).

Expostos os fundamentos da teoria, indaga-se: seria viável sua aplicação em nosso país?

Para responder essa pergunta, devemos passar por algumas questões pontuais. Em primeiro lugar, razões de conformidade processual. As razões de um julgado, via de regra, não fazem coisa julgada, portanto, não vinculam. Todavia, esta disposição

processual deve ser interpretada adequadamente para o controle de constitucionalidade concentrado, uma vez que se trata de processos de natureza objetiva que possuem uma função político-institucional diferenciada daqueles procedimentos regulamentados pelo CPC. Nesse sentido, alguns institutos processuais típicos do processo civil comum são adaptados para as ações constitucionais que desafiam o controle concentrado do STF.

Como exemplo, podemos citar as condições da ação. Nos processos objetivos abstratos não se exige a demonstração do interesse de agir[12], justamente em razão da função de proteção da higidez constitucional inerente a estas ações, ou seja, a exigência da referida condição é mitigada em favor dos objetivos a serem alcançados pela ação. Do mesmo modo, os elementos da ação, segundo sua conformação do processo subjetivo, são redefinidos com o fito de dar concretude à defesa das normas constitucionais, pois as causas de pedir nas ações do controle concentrado não se restringem àquelas apresentadas pelo autor, sendo possível ao STF buscar outras que sejam mais consistentes e suficientes para atacar ou defender o ato impugnado[13].

Como observado, os institutos do processo civil subjetivo não devem ser interpretados de forma a que se consubstanciem em óbices ao efetivo papel a ser cumprido pelas ações constitucionais do controle concentrado, incluindo, portanto, a noção dos limites objetivos do efeito vinculante. Com efeito, as decisões do STF devem ser observadas, uma vez que o modelo da uniformização não implica em um desrespeito ao precedente do STF, bem como à interpretação do Tribunal acerca das normas constitucionais, expostas nos fundamentos aduzidos nos votos dos Ministros, pelo contrário, busca uma uniformização coerente desta interpretação tomando por base as peculiaridades de cada caso e a adoção do posicionamento oriundo das decisões plenárias do STF. Nesse sentido, a interpretação dotada de efeito vinculante pode transcender aos fundamentos, desde que estes sejam aplicáveis ao caso concreto a ser decidido pelo judiciário. O manejo da reclamação constitucional se configura como o meio viável e expedito de se garantir que o poder judiciário se atenha aos fundamentos das decisões dotadas de efeito vinculante, para efeitos de uniformização de jurisprudência e para que o direito se aplique igualitariamente a todos.

Por fim, a transcendência dos fundamentos determinantes permite um alargamento da incidência da interpretação dotada de efeito vinculante que o STF realizou em um precedente anterior. Entretanto, a fim de que esta transcendência seja consentânea ao ordenamento jurídico pátrio, algumas limitações devem ser impostas a sua aplicação, conforme será feito *infra.*

3.4- O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

A primeira vez que o plenário[14] do STF teve a oportunidade de se debruçar a respeito da teoria ocorreu nos autos da Rcl. 1.987-0/DF, da Relatoria do Min. Maurício Corrêa, em 01/10/2003. O caso versava sobre o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas alimentares de natureza trabalhista, em confronto com o exposto no § 2º do art. 100 da CF/88[15]. No caso, a Juíza Presidente do Tribunal Regional do

Trabalho da 10ª Região determinou seqüestro de verbas públicas do estado membro, na medida em que houve falta de pagamento de precatórios vencidos.

Aduziu-se, na reclamação, afronta ao decidido pelo STF na ADI nº 1662-SP. Naquela ADIn, o ato atacado fora instrução normativa do TST (IN nº 11/97), que equiparava à hipóteses de preterição a não inclusão na lei orçamentária e o pagamento inidôneo do precatório devido, como capazes de possibilitar o seqüestro de verbas. O STF decidiu que, mesmo com a superveniência da Emenda Constitucional 30, de 13 de setembro de 2000, não houve a criação de nova modalidade de seqüestro de verbas públicas para a satisfação de precatórios concernentes a débitos alimentares, permanecendo inalterada a regra imposta pelo artigo 100, § 2º, da Carta Federal, que a autoriza somente para o caso de preterição do direito de precedência do credor, declarando, por conseguinte, a inconstitucionalidade da aludida instrução normativa do TST.

O Ministro relator da reclamação considerou que, mesmo que o ato impugnado seja diferente (no caso da ADIn paradigma, a Instrução normativa do TST; na Reclamação, decisão da Presidente do TRT da 10ª Região), a circunstância fática que o embasava era a mesma da decisão reclamada, uma vez que desobediente ao conteúdo essencial do julgado na ADIn, que possuía efeito vinculante, pois julgada no mérito. Aduziu, ainda, o eminente relator, que a regra é a exegese da norma jurídica aplicável segundo a dicção constitucional fixada pela corte, não o texto normativo em sentido estrito, daí transcender o efeito vinculante à fundamentação. Ou seja, para o ministro, a norma jurídica a ser aplicada e dotada de eficácia vinculante, é aquela extraída da interpretação que o STF realizou do texto normativo da Constituição, no sentido de impedir que fossem criadas, por via obliqua, novas possibilidades de seqüestro de verbas diferentes daquelas previstas constitucionalmente.

Com o passar dos anos, várias foram as decisões do STF, sejam em decisões monocráticas, sejam em acórdãos do plenário que, ora aceitaram a teoria[16] e ora a rejeitaram[17], porquanto ainda não houvera manifestação definitiva da corte sobre o tema[18]. Todavia, atualmente, podemos observar que, com vistas a dar fim à divergência anterior, o tribunal chegou a um consenso: afirma que o plenário ainda não se pronunciou sobre a aplicação da teoria. Vale salientar que o STF, através desse novo posicionamento, não rejeitou por inteiro a teoria, assim com não determinou sua aplicação sem que sejam determinados alguns parâmetros de aplicação.

Sem embargo de outras de igual teor[19], recente decisão monocrática, da relatoria da Min. Ellen Gracie condensa, sucintamente, as premissas da teoria, bem como resume o atual entendimento do STF em relação ao tema:

Todavia, ainda que assim não fosse, cumpre-se assinalar que melhor sorte não teria o reclamante no presente caso. É que não é cabível a aplicação da denominada "Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes", como quer o reclamante. Nesse sentido destaco os trechos das seguintes decisões proferidas por eminentes Ministros desta Corte, verbis: "(...) 10. O Plenário deste Tribunal ainda não fixou entendimento no sentido de afirmar a transcendência das razões de decidir nas ações constitucionais. 11. Por ora persiste o entendimento, do Colegiado, segundo o qual a ausência de identidade 'perfeita' entre o ato impugnado e a decisão apontada como violada é circunstância que inviabiliza o conhecimento da reclamação. (...)" (Reclamação

6.495/SP, rel. Min. Eros Grau, DJE 04.12.2008, destaquei) "(...)", "(...) Portanto, seus efeitos vinculantes restringem-se ao objeto de cada ação (as normas impugnadas). Quero dizer, com isso, que a 'transcendência dos motivos determinantes' não autoriza o manejo de reclamação constitucional , mais ainda quando tal teoria não tem pacífico acolhimento neste Supremo Tribunal. (...)" (Reclamação 7.336/SP, rel. Min. Carlos Britto, DJE 03.02.2009). (STF, Rcl 5.241/AL, DJe 07/08/2009, Min. Ellen Gracie).

3.5. O Posicionamento da Doutrina.

Ainda que seja escasso e incipiente o estudo do fenômeno da transcendência no Brasil, alguns poucos doutrinadores se ocuparam do assunto, a fim de atribuir uma justificativa para sua ocorrência em nosso país. O atual presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, foi quem primeiro tratou do assunto, logo após a criação do efeito vinculante com a EC nº 03/93. Segundo Mendes (1995), ancorado em forte doutrina alemã, o efeito vinculante não se limita à parte dispositiva da decisão e transcende aos fundamentos determinantes (*trangende grunde*), não alcançando, todavia, os ditos marginais do acórdão (*obiter dicta*).

Para fundamentar seu posicionamento, o autor utiliza o entendimento da Corte Constitucional Alemã[20], que, ao interpretar o art. 31, § 1º da Lei Orgânica do referido Tribunal, assentou que o efeito vinculante possui uma abrangência maior que a coisa julgada e a decisão não resolveria apenas o caso singular, mas conteria prescrições sobre a Constituição que poderiam ser utilizadas para o futuro. Ressalta, ainda, que esta foi a intenção do legislador ao editar a lei orgânica da Corte alemã, ao dar força vinculante aos seus entendimentos e aplicá-los a casos futuros, através do que chamou de "norma decisória concreta". Conclui que esta deveria ser a orientação adotada no Brasil, em face do que previa a exposição de motivos da Proposta de Emenda Constitucional elaborada por Roberto Campos[21] (MENDES, 1995, p.101-104).

Outro autor que analisou a questão dos limites objetivos do efeito vinculante foi Olavo Alves Ferreira (2003, p.150-153), afirmando que (embora entenda inconstitucional a existência do efeito vinculante) o legislador optou pela transcendência dos fundamentos determinantes nas decisões em controle abstrato de constitucionalidade. Para fundamentar seu posicionamento, o autor argumenta com base no art. 28 da lei 9.868/99, que a interpretação conforme a constituição é dotada de efeito vinculante, portanto, conclui, não haveria motivos para excluir a vinculação das motivações de outras decisões que igualmente interpretem a Constituição.

O autor lembra, para complementar seus argumentos, o art. 10 da lei 9.882/99 que estatui, textualmente, que o STF fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental de maneira geral e com efeito vinculante. Por conseguinte, os fundamentos utilizados para interpretar o preceito fundamental transcenderiam para alcançar outras situações que descumpram preceitos fundamentais.

Alexandre de Moraes (2004) é, também, partidário da adoção da teoria dos fundamentos determinantes no Brasil. Segundo o autor, esta teoria serviria de fundamento para impedir que o legislador edite novas normas com idêntico conteúdo daquelas anteriormente declaradas inconstitucionais, ou ainda, normas que pudessem convalidar

os efeitos da norma anteriormente declarada inconstitucional (MORAES, 2004, p. 2.455). Para fundamentar seu entendimento, o autor relembra a problemática do Conselho Constitucional Francês, pois, como o efeito vinculante em França não se estende aos fundamentos determinantes, a decisão do Conselho é amplamente desrespeitada em sede de controle preventivo (MORAES, 2004, p. 2.459-2460)[22].

4 – O direito à igualdade na aplicação judicial do direito: aplicação do modelo da harmonização á teoria da transcendência dos fundamentos determinantes.

A consagração do direito à igualdade no Estado Liberal compreendia que era suficiente para sua proteção o estabelecimento de comandos legais genéricos e abstratos, que deveriam ser aplicados pelo juiz sem levar em consideração a particularidade das situações. Com o reconhecimento de que a subordinação do juiz à lei não significa sua aplicação automática, mas que ele a interpreta aplicando, nota-se que o texto normativo é insuficiente para garantir a igualdade perante a lei, a qual também passa a depender dos critérios utilizados pelo juiz no julgamento dos casos concretos.

Assim, o direito à igualdade vincula tanto o legislador na feitura da lei quanto o juiz na aplicação da lei, obrigando-lhe a julgar da mesma forma os casos iguais. O cumprimento desse dever impõe ao juiz um duplo papel: não discriminar as situações iguais, aplicando os precedentes, e discriminar as situações desiguais, deixando de aplicar os precedentes. A falha em cumprir com a primeira obrigação viola o *direito a um tratamento igual*, em que não devem ser consideradas as diferenças entre os sujeitos; a falha em cumprir com a segunda viola o *direito a um tratamento desigual*, em que devem ser levadas em consideração determinadas diferenças.[23]

Essa dupla dimensão do direito à igualdade destaca que sua proteção sempre depende de um juízo sobre as circunstâncias factuais e jurídicas (ALEXY, 1993: 387), o

qual não se baseia na separação entre "questões de fato" e "questões de direito", mas antes significa um juízo sobre a qualificação jurídica dos fatos (OLLERO, 2005: 26). Na medida em que mesmo casos semelhantes contêm diferenças, corresponde ao julgador discernir se elas são suficientes para justificar, com o objetivo de garantir o direito à igualdade, um tratamento desigual desses casos. A vinculação do juiz ao direito à igualdade renova a importância da exigência constitucional de fundamentação das suas decisões (art. 93, IX). O *locus* da sentença judicial onde devem ser explicitadas as razões para julgar situações semelhantes de modo igual ou diferente é a motivação. Nela, o juiz deve esforçar-se para apresentar como *ratio decidendi* o juízo de igualdade que conduziu sua decisão no caso, permitindo o controle da correção da sua sentença e o reconhecimento dos critérios que autorizam converter essa decisão em precedente para os casos futuros.

Enquanto no direito norte-americano o princípio do *stare decisis* impõe o conhecimento das *ratio decidendi* que fundam a norma jurídica, conduzindo a um constante exame das circunstâncias que justificam a aplicação do precedente ou demonstram sua inadequação ao caso (*distinguishing*) (MIRANDA, 2006), a adoção do efeito vinculante no Brasil

pode desvalorizar o processo hermenêutico que forjou os precedentes. O conhecimento apenas da parte dispositiva das decisões leva a equívocos na identificação das circunstâncias que demandam sua aplicação, deixando-se de lado as discriminações que o direito à igualdade exige no exercício da função jurisdicional. Tendo em vista que as decisões do STF são interpretadas como qualquer texto normativo, a garantia da igualdade em sua aplicação demanda uma reflexão sobre a fundamentação dos precedentes. Não basta, portanto, conhecer o resultado da interpretação que foi dada a determinado conjunto normativo, mas também os casos que presidiram o desenvolvimento dessa interpretação, buscando as razões que fundamentaram a construção da norma.

É imperioso ressaltar a necessidade de se analisar, cautelosamente, as fundamentações utilizadas nas decisões tidas como paradigmas, para que se evitem aplicações incorretas do precedente estabelecido em relação aos fundamentos determinantes adotados pelo STF. Nesse contexto, Stielfamn (2006, pp.170-171) relembra a dificuldade de se estabelecer qual o fundamento determinante de determinada decisão, pois, em nosso país, onde a divergência apenas é considerada a respeito do resultado concreto da decisão, ou seja, ainda que haja divergência quanto aos fundamentos, porém convergência quanto ao resultado do julgado (constitucionalidade ou inconstitucionalidade), a decisão será considerada unânime. Para corroborar seu posicionamento, o autor cita o julgamento da ADIn nº 51-9/RJ, em que houve decisão unânime quanto a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, porém, nos votos dos ministros, a fundamentação para declaração de inconstitucionalidade foi diversa[24].

Com base nessa premissa, cumpre ao intérprete realizar um minucioso estudo dos fundamentos fáticos e jurídicos que serviram de base para a decisão dotada de efeito vinculante, a fim de aplicar, ou não, o precedente com respeito ao direito à igualdade (na dupla acepção acima mencionada), quando da aplicação da teoria da transcendência.

Aplicações desmedidas da teoria podem dar azo à flagrantes desrespeitos ao direito a ter um tratamento desigual, na medida em que a generalidade em que são postas as interpretações feitas em sede de controle concentrado impedem que o STF conceba, ainda que hipoteticamente, todas a possibilidade de incidências do precedente. Como exemplo dessa situação, salientamos o caso do julgamento da ADI nº 3.460/DF, DJ 15/06/2007, Rel. Carlos Britto, em que ficou assentada a constitucionalidade de ato administrativo que regulamentava a exigência dos 03 (três) anos de atividade jurídica prevista na EC nº 45. Desta forma, podemos extrair dos fundamentos dos votos vencedores, em especial do Min. relator, a norma a ser aplicada como precedente, qual seja: os três anos de atividade jurídica contam-se da data da conclusão do curso de Direito e o fraseado "atividade jurídica" é significante de atividade para cujo desempenho se faz imprescindível a conclusão de curso de bacharelado em Direito. Por fim, o momento da comprovação desses requisitos deve ocorrer na data da inscrição no concurso e não da inscrição definitiva.

Contudo, este entendimento mesmo sendo geral, para ser aplicado, deverá levar em consideração as particularidades do caso concreto trazido perante o juiz. Como ocorreu no caso do MS nº 26.690/DF. Em julgamento que excepcionou o entendimento dotado de efeito vinculante acima descrito, o Tribunal concedeu a segurança à Promotora de Justiça do Estado do Paraná, para que a exigência dos 03 (três) anos de atividade

jurídica não consubstanciasse óbice à habilitação da impetrante ao exercício do cargo de Procurador da República, para que, assim, tomasse posse no mesmo. No caso, o pedido de inscrição definitiva da impetrante fora indeferido por não ter sido comprovado o período de atividade jurídica exigido pela Constituição no momento da inscrição, conforme o assentado no julgamento da ADIn paradigma. O min. Eros Grau, relator, em face do fato de a impetrante ser Promotora de Justiça do Estado do Paraná, empossada desde abril de 2005, exercendo atribuições inerentes a esse cargo, inclusive algumas que também são exercidas pelo Ministério Público Federal (conforme a LC 75/93, artigos 78 e 79), concluiu caracterizar-se uma contradição injustificável a circunstância de a impetrante exercer funções delegadas do Ministério Público Federal e, concomitantemente, ser julgada inapta para habilitar-se em concurso público para o provimento de cargos de Procurador da República[25].

Observa-se no caso descrito que a norma dimanada da decisão da ADIn tida como paradigma não foi apta a abarcar a generalidade de situações que podem ocorrer cotidianamente. Ademais, como repisado, o juízo feito no controle abstrato, obsta que os ministros verifiquem as hipóteses de incidência de determinada norma e suas conseqüências. Portanto, são necessários alguns requisitos para que se aplique a teoria da transcendência, no intuito de:

a) evitar que os fundamentos determinantes utilizados anteriormente para declarar a inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) de determinada norma paradigma sejam utilizados sem a devida interpretação do contexto normativo no qual faça parte a norma impugnada, ainda que carregue conteúdo material semelhante;

b) Possibilitar que o juiz deixe de utilizar as *ratio decidendi* dotadas de eficácia vinculante da decisão paradigma em um caso que não guarde total similitude fática e jurídica com aquela, bem como quando o precedente não tenha previsto a possibilidade de sua ocorrência.

Na esteira do debatido *supra*, bem salientou a questão da similitude fática o Min. Cezar Peluso:

"Só se torna lícito falar em afronta à eficácia vinculante da ratio decidendi *de decisão proferida por esta Corte, no bojo de ADI ou ADC, nos casos em que o provimento jurisdicional ou administrativo impugnado verse a mesma questão jurídica, decidida em sentido contraditório ao teor do aresto invocado como paradigma. É preciso que a matéria de direito debatida no pronunciamento, cuja autoridade se alega ofendida, seja em tudo semelhante, senão idêntica, àquela sobre a qual se funda a decisão que teria desembocado em conclusão oposta. De outra forma, distintas as situações, não se justifica nem legitima a imposição da eficácia vinculante para além dos limites objetivos e subjetivos da ação em que se exerceu controle concentrado de constitucionalidade.**[26]**"*

Desta forma, ainda que alegado pelo reclamante a aplicação da teoria a determinado caso, os ministros analisam se houve o desrespeito de sua decisão analisando o contexto

fático em que foi proferido o ato divergente, sendo insuficiente a existência de precedentes para que se configure a hipótese sujeita ao questionamento pela via da reclamação, uma vez que deve ser necessário comprovar a existência de julgado específico afrontado pelo ato judicial e demonstrar a pertinência com a espécie posta em discussão[27].

Por fim, e lançando mão do que afirma Dinamarco (2002), para a utilização da reclamação no caso de decisão atentatória àquela proferida pelo STF, entendemos que deverão ser observados alguns requisitos, como, por exemplo, que o pedido ou requerimento sobre o qual o juiz inferior se manifestou haja sido formulado pela parte com apoio no mesmo fundamento rejeitado superiormente.

Considerações Finais

A adoção do modelo de harmonização da jurisprudência constitucional permite enquadrar corretamente o problema da divergência em torno da interpretação da Constituição. Enfatizando o direito à igualdade na aplicação judicial do direito, fornece critérios tanto para o afastamento do precedente quanto para sua adoção e manutenção. Nesse último campo, o direito à igualdade justifica a aplicação do efeito vinculante especialmente em duas situações: para garantir a não aplicação de lei declarada inconstitucional, seja no controle concentrado seja no controle difuso;[28] e nos casos em que a variação nas circunstâncias de fato não autoriza um tratamento desigual dentro de uma mesma categoria legal.[29]

Nesse passo, a teoria da transcendência dos motivos determinantes, sem embargo de sua adequação constitucional, deve ser aplicada de acordo com requisitos que possibilitem a vinculação às interpretações do texto constitucional feitas pelo STF, ou seja, apenas seria válido afirmar que os fundamentos de uma decisão paradigma vinculam o judiciário e a administração quando existir identidade jurídica dos fatos, em que seja impossível de se afastar do precedente, a fim de dar concretude à aplicação igualitária do direito.

Esse conjunto de razões justifica a reflexão sobre o direito à igualdade como um antídoto ao risco de diminuição da proteção dos direitos fundamentais no atual sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, possibilitando uma interpretação das decisões e súmulas vinculantes que contribua positivamente para o processo de construção judicial do direito.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reclamação no Processo Civil Brasileiro. In: *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Vol 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIDIER, Fredier *Curso de Direito Processual Civil*: Vol.2. Bahia: Jus Podium ,2007

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 4ª ed,São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Londres: Fontana Press, 1991.

DWORKIN, Ronald. A discriminação compensatória. In: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA. Olavo Alves. *Controle de Constitucionalidade e Seus Efeitos*. São Paulo: Método, 2003.

LEAL, Roger Stiefelman. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LLORENTE, Francisco Rubio. *La Forma Del Poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997

MAUÉS, Antonio Moreira; FONSECA, Mônica Maciel Soares; RÊGO, Lorena de Paula da Silva. Súmula Vinculante e Direito à Igualdade. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, nº 46, 2006.

MAUÉS, Antonio Moreira. Ensaio sobre a Harmonização da Jurisprudência Constitucional. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Orgs.). Constituição e Estado Social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva 2005.

_____; MARTINS, Ives Gandra (org.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva , 1995.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Tássia Baia. *Stare Decisis e a Aplicação do Precedente no Sistema Norte-Americano*. In: Revista da AJURIS, nº 106, 2007.

OLLERO, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. Direitos Fundamentais, Depósito Recursal Administrativo e Controle de Constitucionalidade. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2006.

SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio G. Moreira. *Justiça Constitucional e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

STRECK, Lenio Luis. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.

---

[1] O Conselho Federal da OAB ajuizou ADIns contra os referidos artigos. Vale lembrar que a EC nº 45 consolidou o efeito vinculante somente para as decisões definitivas de mérito em ADIn e ADC (art. 102, 3º), permanecendo silente quanto às cautelares e à ADPF. Quanto a questão da atribuição legislativa do efeito vinculante à ADPF, cf. os debates na ADIn nº 2.231/DF.

[2] Ver, no sentido da constitucionalidade do efeito vinculante determinado por lei infraconstitucional, a decisão plenária na Questão de Ordem no AgR na Rcl. 1.880/SP.

[3] Ver Rcl nº 2.810. Vale lembrar que tal posição não é unânime, havendo Ministros do STF que defendem a possibilidade de conceder efeito vinculante também à decisão que indefere a cautelar em ADIn, tal como transparece nos debates da reclamação acima citada

[4] Cf. os debates da Rcl nº 4.335.

[5] Esta seção e a seguinte se baseiam em Maués (2008).

[6] A Súmula 646, por exemplo, estabelece que "Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área", no entanto, os precedentes referem-se somente a farmácias e drogarias, e o próprio STF reconhece a constitucionalidade dessa limitação quando se trata de postos de gasolina (RE 204.187 e 235.736). Cf. MAUÉS; FONSECA; RÊGO (2006).

[7] Por exemplo, a Súmula 691 ("Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar"), cuja aplicação tem sido afastada pelo STF em casos de flagrante ilegalidade da prisão (HC 86.864); insignificância (HC 89.178); execução de sentença condenatória antes do trânsito em julgado, sem necessidade acauteladora (HC 90.112); ausência de requisitos da prisão preventiva (HC 90.370); ausência de motivação da decisão (HC 89.777).

[8] No caso da súmula vinculante, a exigência de maioria qualificada para sua edição estabelece um mecanismo de controle sobre a constitucionalidade das decisões do STF, tendo em vista que a existência de dúvidas razoáveis sobre a correção da posição do Tribunal dificulta sua edição. No caso das declarações de constitucionalidade com efeito vinculante, deve-se analisar com redobrada atenção os fundamentos da decisão e os votos minoritários, nos quais podem ser antevistas situações em que a aplicação da norma gera uma situação inconstitucional no caso concreto

[9] Tendo em vista o lapso temporal para que uma questão seja apreciada pelo STF na via do recurso extraordinário, é possível que, nesse intervalo, ocorra uma alteração no entendimento do Tribunal firmado no controle concentrado. Tal ocorreu no caso da

exigência de depósito prévio como condição de admissibilidade de recurso na esfera administrativa (SCAFF, 2006). Por essa razão, deve-se admitir a repercussão geral do recurso extraordinário quando, apesar de suas semelhanças com os precedentes, um novo conjunto de casos requeira um tratamento desigual.

[10] Ressalvado os entendimentos que consideram que nos julgamentos em ADC somente opera-se a formação da coisa julgada formal, ou seja, impedimento de discussão sobre o ato impugnado em um mesmo processo e aquele que compreende que a coisa julgada na ADC está submetida à cláusula *Rebus Sic Stantibu*s. Nesse sentido, como partidário da primeira tese Streck (2002, p. 613) e Mendes (2005, pp. 363-364) da segunda.

[11] Com exemplos: a lei da Ação Civil Pública e da Ação Popular

[12] Este entendimento dever ser tomado com ressalvas. Dizer que os legitimados a propor as ações do controle concentrado estão dispensados de demonstrar qualquer interesse, bem como que sua intenção sempre seria a defesa da Constituição, sem visar benefícios próprios, seria uma afirmação vazia e nem sempre correta. Não obstante o caráter objetivo, o STF limita a possibilidade de interposição de ADIn e ADC (consecutivamente à ADPF) para determinados legitimados. O Tribunal exige a chamada "pertinência temática" aos legitimados especiais (os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Nesse sentido, Cf. ADI-MC 305/RN, DJ 06/05/1994. Ademais, alguns legitimados podem, a pretexto de resguardar a constituição, desafiar o controle concentrado para obter benefícios particulares da decisão tomada. Nesse sentido, citam-se as ponderações feitas pela Min. Ellen Gracie no voto da ADPF nº 46 e a Decisão monocrática do Min. Joaquim Barbosa na ADIn-MC nº 3.908/DF.

[13] Cf. debates na ADIn nº 2.591/DF.

[14] Há de se ressalvar a decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes na Rcl 2.126/SP, DJ 18/08/2002 em que aplicou a teoria para conceder a medida cautelar.

[15] Art. 100, § 2º *As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exeqüenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito*

[16] Rcl–MC 2.986/SE, DJ 18/03/2005; Rcl. 2.363/PA, DJ 23/10/2003 e Rcl.-MC 3.880/SE, DJ 18/11/2005.

[17] Rcl-MC 4.614/ RS, DJ 16/10/2006 e Rcl 2.990-AgR/RN, DJE 14/09/2007. Este último acórdão é interessante, pois, ainda que não tenha sido debatida nos autos, mas apenas suscitada de forma indireta, a ementa apresenta que o plenário havia rejeitado a aplicação da teoria, ainda que em decisões posteriores alguns ministros adotarem a mesma: *EMENTA: I. Reclamação. Ausência de pertinência temática entre o caso e o objeto da decisão paradigma. Seguimento negado. II. Agravo regimental. Desprovimento.* ***Em recente julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal***

rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalid*ade (grifos nossos) (RCL 2475-AgR, j. 2.8.07).*

[18] O posicionamento do plenário seria tomado na Rcl. 4.219/SP, contudo, em razão do falecimento da parte interessada, o processo foi extinto.

[19] Nesse sentido, ver: Rcl. 8.470/DF, DJe 26/06/09; Rcl 7.905/RN, 08/05/2009; Rcl 7.280-MC/SP, DJe 12/12/2008; Rcl 7.808/MT, DJe 12/03/09 e Rcl 7.956/RN, DJe 15/04/2009.

[20] A tese da transcendência, como denuncia Stielfman (2006, p.119), não é aceita de forma unânime pela doutrina alemã.

[21] *"Além de conferir eficácia 'erga omnes' às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede decontrole de constitucionalidade, a presente Proposta de Emenda Constitucional introduz no Direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito Processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (tragende Gründe)."A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia erga omnes) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (tragende Gründe) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei do Estado 'A', o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado 'B' ou 'C' (cf. Christian Pestalozza, "Comentário ao § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)", in Direito Processual Constitucional (Verfassungsprozessrecht), 2a ed., Munique, Verlag C.H. Beck, 1982, pp. 170-171, que explica o efeito vinculante, suas conseqüências e a diferença entre ele e a eficácia seja inter partes ou ergaomnes)"* (Proposta de Emenda Constitucional n. 130/92, *DCN*-1, 2.9.92, p. 19.956, col. 1). Vale ressaltar, como lembrado pelo próprio Gilmar Mendes (1995, p.79), que foi inspirado em pesquisa feita por ele e Ives Gandra Martins que o Deputado Roberto Campos apresentou a PEC nº 130/92, bem como sua justificativa e exposição de motivos

[22] Roger Stielfmann (2006, p. 126), com a ressalva da existência de vinculação dos fundamentos determinantes por parte do legislativo ao elaborar as leis, entende, igualmente, que a não extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes gera problemas hermenêuticos e impede a formação de uma uniformização da jurisprudência constitucional francesa.

[23] Adaptam-se, aqui, os conceitos expostos em DWORKIN (2002: 349-350)

[24] Tal situação difere do que ocorre na Espanha, como afirma Llorente (1997, p. 486), uma vez que nesse pais são publicadas no *Boletin Oficial Del Estado* o texto integral das sentenças constitucionais, não apenas a parte dispositiva, afastando, desta forma, o obstáculo material da falta de publicação dos fundamentos para reconhecer-lhes eficácia

vinculante, assim como o desconhecimento da situação fática que deu origem ao precedente.

[25] Por oportuno, transcreve-se trecho da ementa do referido acórdão: 1. *A ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas pelo novo regime jurídico instituído por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade.(...). 5. A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no Ministério Público Federal, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público. Segurança concedida* (STF, Pleno, MS 26.690/DF, DJ 19/12/2008, Min. Eros Grau)

[26] Rcl 3.636/PE, DJ 16/12/2005.

[27] No mesmo sentido, de indeferimento ante a ausência de similitude fática entre as decisões questionadas, conf. Rcl. 4.463/RS, DJ 12/03/2008, Rel. Ricardo Lewandowski; Rcl. 5.131/CE, DJ 22/07/2007, Rel. Eros Grau; Rcl. 5.279/SE, DJ 14/04/2008, Rel. Ricardo Lewandowski; Rcl-MC. 5.448/RS, DJ 12/09/2007, Rel. Cezar Peluso; Rcl.-MC 5.355/CE, DJ 02/08/2007, Min. Ellen Gracie; Rcl-MC. 4.527/CE, DJ 28/08/2006, Rel. Joaquim Barbosa; Rcl – MC 4.587/BA, DJ 31/08/2006, Rel. Sepúlveda Pertence; Rcl 4.300/SP, DJ 01/12/2006, Rel. Cezar Peluso; Rcl 3.291/SP, DJ 31/05/2005, Rel. Cezar Peluso e Rcl-Agr nº 3.293/SP, DJ 13/04/2007, Rel. Marco Aurélio.

[28] Podemos exemplificar essa hipótese com algumas súmulas do STF: Súmula 664: "É inconstitucional o inciso V do art. 1º da Lei 8.033/90, que instituiu a incidência de imposto nas operações de crédito, câmbio e seguros – IOF sobre saques efetuados em caderneta de poupança."; Súmula 670: "O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa."; Súmula 678: "São inconstitucionais os incisos I e III do art. 7º da Lei 8.162/91, que afastam, para efeito de anuênio e de licença-prêmio, a contagem do tempo de serviço regido pela CLT dos servidores que passaram a submeter-se ao Regime Jurídico Único.

[29] Tal ocorre, por exemplo, em algumas súmulas do STF referentes a servidores públicos: Súmula 681: "É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária."; Súmula 682: "Não ofende a Constituição a correção monetária no pagamento com atraso dos vencimentos dos servidores públicos."; e a direito processual: Súmula 629: "A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes."; Súmula 630: "A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria."

LEVANDO O DIREITO AO LAZER A SÉRIO*

TAKING THE RIGHT OF LEISURE SERIOUSLY

Bernardo Augusto Ferreira Duarte

RESUMO

A compreensão e a efetivação do direito ao lazer, ao menos no Brasil, ainda são tratadas com base em perspectivas ultrapassadas e inadequadas à Constituição. Onde está a falha dessas perspectivas? Como interpretar esse direito à luz do paradigma Democrático? E finalmente, como solucionar a escassez e o mero assistencialismo, problemas inerentes a esse direito fundamental? O presente artigo pretende trabalhar essas questões sob o enfoque da teoria procedimentalista desenvolvida por Habermas, a fim de demonstrar o que de fato é necessário fazer para levar a sério o direito ao lazer.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO AO LAZER; PARADIGMA DEMOCRÁTICO; TEORIA DO DISCURSO;

ABSTRACT

The understanding and effect of leisure right are still treated, at least in Brazil, on outdated and unsuitable Constitution perspectives. Where is the fault of these perspectives? How to interpret this right in the light of the Democratic paradigm? And finally, how to solve the problems of the scarce and simple assistencialism inherent to this fundamental right? The present article aims to answer these questions on focus of the procedure theory developed by Habermas to present what is indeed necessary to do in order to take the right of leisure seriously.

KEYWORDS: RIGHT TO LEISURE; DEMOCRATIC PARADIGM; DISCURSIVE THEORY;

INTRODUÇÃO

Descrito no rol dos direitos fundamentais, especificamente nos artigos 6º, 7º, inciso IV, 217, §3º e 227, *caput*, todos da Constituição da República de 1988, o lazer atingiu, contemporaneamente, uma importância nunca antes imaginada.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Apesar de amplamente explorado pelos estudiosos da medicina, da sociologia e da psicologia, ânsia possivelmente provocada pelo elevado grau de abrangência social, econômica e cultural desse direito, poucas são, no âmbito do Direito (ciência), as contribuições capazes de solucionar os problemas inerentes à sua compreensão, eficácia e aplicabilidade. No Brasil, por exemplo, o que existem são explorações rasteiras e pouco refletidas acerca do tema, marcadas seja por um aspecto meramente descritivo, ou, como ocorre na maior parte das vezes, por uma tentativa de enquadramento do lazer em classificações pautadas, ainda, em critérios semânticos das normas. Outra característica marcante é a despreocupação quanto à compreensão, seja no plano filosófico ou pragmático, dos óbices impostos à sua efetividade.

No plano dos discursos de aplicação exercidos pelo Executivo exsurge, ainda, outro problema: a redução das diversas possibilidades de conteúdo que o lazer pode alcançar, fenômeno que decorre da delimitação das políticas desenvolvidas pela Administração Pública em torno de programas de incentivo à prática desportiva e/ou ao turismo. O problema é que tratar o lazer como mero direito à prática desportiva ou, ainda, como simples direito decorrente de atividades vinculadas ao turismo significa, inequivocamente, além da negação de um sem número de dimensões conteudísticas que esse direito pode vir a ter, a negligência em relação à imprescindibilidade da participação intersubjetiva na construção desses conteúdos. Esse problema, aliás, se deve principalmente a uma compreensão "clientelista" do direito ao lazer, cuja implementação é confundida com a mera concessão estatal. Como se não bastasse, as políticas públicas destinadas à efetivação desse direito, além de meramente assistencialistas, estão estritamente vinculados a uma determinada gestão administrativa, o que dificulta a sua implementação continuada, mormente quando da sucessão eleitoral.

Em vista dessa realidade, existe uma necessidade premente de se repensar o direito ao lazer, não apenas no plano filosófico, mas, também, no plano dos discursos de aplicação. É certo que em outro artigo[1] destinado ao tema, algumas questões de suma importância em relação do direito ao lazer já foram extensivamente discutidas, tais como, a título de exemplo, os ganhos trazidos pelo giro lingüístico-pragmático para a sua "correta" compreensão e aplicação à luz do paradigma democrático. Faltam, no entanto, muitas questões que carecem de uma exploração mais cuidadosa.

A bem da verdade, falta um melhor esclarecimento acerca do que se seja, afinal, o direito ao lazer à luz do paradigma democrático. Falta, ainda, uma explicação mais minuciosa acerca de como a Administração Pública deve se portar para decidir corretamente as questões afetas à implementação do direito ao lazer. Finalmente, falta uma exploração mais contundente acerca das reais repercussões que essa mudança de perspectiva (em relação ao estudo e aplicação do lazer) pode trazer para a (re)construção de uma cidadania ativa e efetiva no Brasil, a qual condiga com uma noção de cidadania própria ao paradigma do Estado Democrático de Direito. É o que, adiante, tentar-se-á desenvolver.

1 O DIREITO AO LAZER: PREPARATÓRIO PARA UMA NOVA ABORDAGEM

Se um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a cidadania[2], não há como negar que a construção desta última perpassa, à luz do paradigma[3] do Estado Democrático de Direito, pela implementação e efetivação de todos os direitos fundamentais descritos na Constituição de 1988, entre eles o lazer.

Levar o lazer a sério, nesse contexto, é considerá-lo não apenas como um direito social, tal como descrito no artigo 6º, *caput*, da Constituição da República de 1988, mas encarar a realidade de que, sob o paradigma democrático, esse direito é condição e conseqüência do exercício de uma cidadania ativa e efetiva. É entender que considerar a sua importância enquanto direito, e direito fundamental, não apenas contribui para a intelecção de uma noção de cidadania condigna ao paradigma democrático, mas constitui elemento imprescindível para a construção dessa concepção de cidadania.

É bem verdade que, até hoje, poucas foram as abordagens específicas da doutrina jurídica brasileira acerca do direito ao lazer. Um dos poucos a se aventurar nessa empreitada foi Afonso da Silva, mesmo assim, de maneira superficial, no seu *Curso de Direito Constitucional*. Em síntese, após constatar que o artigo 6º da Constituição da República de 1988 menciona o lazer entre os direitos sociais Afonso da Silva assevera:

Lazer e recreação são funções urbanísticas, daí porque são manifestações do direito urbanístico. Sua natureza social decorre do fato de constituírem prestações estatais que interferem com as condições de trabalho e com a qualidade de vida, donde sua relação com o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Lazer é a entrega à ociosidade repousante. Recreação é entrega ao divertimento, ao esporte, ao brinquedo. Ambos se destinam a refazer as forças depois da labuta diária e semanal. Ambos requerem lugares apropriados, tranqüilos num, repletos de folguedos e alegrias em outro. (2001, 318)

É evidente, conforme descrito no artigo intitulado *O direito ao lazer sob a ótica pós-positivista: uma proposta dialógica de compreensão e implementação*, que a abordagem de Afonso da Silva possui um sem número de problemas. Em primeiro lugar, ela parte de uma cisão que não existe na Constituição da República, a saber, a divisão entre lazer e recreação. Além disso, a abordagem de Afonso da Silva tenta encerrar nela mesma toda a dimensão conteudística[4] do direito ao lazer, passando ao largo de toda uma gama de conhecimentos produzidos pós-reviravolta lingüístico- pragmática[5]. Como se não bastasse, ela ainda parte da premissa de que a *natureza social* do direito ao lazer decorre do fato de ele constituir em uma *prestação estatal*, desconsiderando não apenas a possibilidade de horizontalização desse direito fundamental, mas, o que é mais grave, a realidade de que, após a instauração do paradigma democrático no Brasil[6], direitos não podem mais ser entendidos como simples prestações estatais. Direitos são trunfos, são elementos deontológicos vinculantes[7]. Eles só são legítimos se aqueles a quem se dirigem, ou seja, os seus destinatários, manifestarem o seu assentimento, ainda que de forma indireta, em relação ao seu conteúdo, a tal ponto que possam ser entendidos como co-autores de seus próprios direitos. Eis aí a importância da *teoria discursiva* de Habermas[8] para a correta compreensão do direito fundamental ao lazer à luz do paradigma democrático.

Outra impropriedade da abordagem de Afonso da Silva acerca do lazer está na afirmação de que esse direito consistiria na entrega à ociosidade repousante. Aqui cabe uma explicação mais minuciosa. Se é certo que a palavra lazer, semanticamente, é sinônima da palavra ócio, também é igualmente correto que, pós giro lingüístico-pragmático, a compreensão de uma norma (e o lazer, descrito na Constituição, deve ser entendido enquanto norma[9]) só se opera validamente em vista da linguagem[10], que possibilita a intelecção, e da intersubjetividade (também possibilitada pela linguagem), que representa a condição de validade do conhecimento/compreensão dos objetos, por exemplo, os textos normativos. O processo de intelecção da norma não se opera sem que entre objeto (texto) e intérprete ocorra uma fusão de horizontes[11]. O problema que se desvela aqui, e que, crítica e respeitosamente, busca-se superar, é a tendência (que se espalhou pelo mundo) consistente na tentativa de entender o sentido das normas com base, meramente, em critérios sintáticos (*Teorias Analíticas*) e semânticos (*Teorias Semânticas*)[12]. Esse consiste, até hoje, em um dos maiores entraves para o firmamento de uma compreensão constitucionalmente adequada acerca do direito ao lazer no Brasil.

O fato é que tanto as teorias analíticas quanto as semânticas desenvolvem-se ao largo de uma dimensão pragmática, a qual é tida, pós-giro lingüístico-pragmático, como condição de validade para o conhecimento. Ao "abrirem mão" dessa dimensão, ambas falham no intento de alcançar seja a compreensão da validade da norma, seja o entendimento do sentido desta. A questão, que é de fato complexa num primeiro momento, uma vez compreendida, "salta aos olhos". O direito ao lazer não consiste apenas na entrega à ociosidade repousante. Pelo contrário; existe uma diversidade incontável de dimensões conteudísticas que integram o sentido da(s) norma(s) que pode(m) ser construída a partir do texto que define o direito ao lazer, a(s) qual(is) só se desvela(m) à luz de uma realidade vivenciada[13]. Dizer que o lazer consiste na entrega à ociosidade repousante significa negligenciar, por exemplo, a realidade de que esse direito pode relacionar-se diretamente com os direitos trabalhistas, a ponto não apenas de contribuir para construção da norma que se desvela, numa determinada situação vivenciada, a partir da interpretação do artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República. Da mesma forma, significa negligenciar a realidade de que o lazer está tão relacionado ao direito fundamental à saúde que a compreensão deste último, de certa forma, não prescinde da consideração do primeiro.[14] Isso apenas para citar dois exemplos plenamente plausíveis.

O problema da abordagem de Afonso da Silva decorrente, talvez, dos objetivos generalistas de seu trabalho, é a desconsideração de que o direito ao lazer também poderia ser, seguindo a sua linha de raciocínio que parte de uma compreensão *pré-ordenante**[15]*** da Constituição, o direito ao gozo efetivo da livre vontade, seja para repousar, divertir-se, recrear-se, entreter-se, ou para desenvolver uma formação voltada para a participação social voluntária e para a livre capacidade criadora, tal como o define Joffre Dumazedier.[16] (DUMAZEDIER, 1980 apud OLIVEIRA, 2007). Essa, aliás, é uma característica de vários estudiosos de outras áreas que não a jurídica, os quais pautam seus estudos em dimensões substantivas do direito ao lazer, sem perceber que essas dimensões, ou extensões conteudísticas totais, podem (e necessariamente vão) variar de acordo com as circunstâncias que compõem o mundo da vida do cidadão ou do conjunto de cidadãos. No estudo realizado por Guilherme C. Magnani, por exemplo, desvelam-se características acerca do lazer que passaram despercebidas por Afonso da Silva:

(...) o lazer já não é pensado apenas em sua referência ao mundo do trabalho e, principalmente, não é visto como um apêndice a ele. Uma rápida enumeração das instituições, equipamentos, produtos e atividades em torno do lazer - academias, clubes, rede de hotéis, sistemas de excursões, vestuário, os cadernos de turismo dos grandes jornais - mostra que as formas de ocupar o tempo livre são consideradas *per se* e constituem rentável empreendimento.

Esta desvinculação entre lazer e o universo do trabalho tem a ver, nos países desenvolvidos, com o que um autor contemporâneo (LALIVE D'ÉPINAY, 1992) chama de mudança de *ethos*: a realização pessoal não passa mais necessariamente pelo trabalho - ao menos não pelo trabalho remunerado: "Para muitas pessoas, o trabalho continua sendo uma necessidade, mas não como uma forma de auto-realização (...) os direitos dos seres humanos não são apenas viver e trabalhar, mas viver e desenvolver-se, o que requer segurança não apenas material, mas emocional". (p.439)

O autor, evidentemente, está falando de sociedades onde os problemas de base foram resolvidos em função da política do bem-estar e onde a população economicamente ativa entra cada vez mais tarde no mercado de trabalho e sai cada vez mais cedo. Neste caso, aumenta o tempo livre e o trabalho remunerado é apenas uma das formas de atividade - nem sempre gratificante - ao lado de outras, como o trabalho doméstico, assistencial, comunitário. (MAGNANI, 2007)

O problema da abordagem de Magnani, além da delimitação conteudística do lazer *a priori* de uma prática discursiva, está em que, a despeito de esse direito poder ser pensado para além de sua referência ao mundo do trabalho, e esse não é um aspecto que se pretende negar, hoje, muito mais que antigamente, o lazer integra as relações trabalhistas, constituindo o que Domenico de Masi, em entrevista a Palieri, chamou de *ócio criativo*. Em introdução à mencionada entrevista, que posteriormente virou um livro (*O ócio criativo*), Palieri utilizou as seguintes palavras para apresentar o tema:

Antigamente as famílias aristocráticas escolhiam um lema para os seus brasões. Hoje todos nós, cada um por conta própria, podemos escolher o seu, mas em vez de esculpi-lo em pedra podemos deixá-lo flutuando permanentemente na tela do computador. “O homem que trabalha perde tempo precioso” é exatamente o lema que flutua, em espanhol, no computador do Professor Domenico De Masi.

Isso significa que para ele trabalhar o menos possível é uma filosofia de vida? Ou a frase traduz a aspiração a uma virtude que lhe falta? Digamos – com a força paradoxal do humor – que o lema sintetiza a teoria de De Masi: o futuro pertence a quem souber libertar-se da idéia tradicional do trabalho como obrigação ou dever e for capaz de apostar numa mistura de atividades, onde o trabalho se confundirá com o tempo livre, com o estudo e com o jogo, enfim, com o “ócio criativo” (DE MASI, 2000: 10)

Nas palavras de De Mais, de todas as atividades realizadas pelos seres humanos, as mais valorizadas no mercado de trabalho seriam as de cunho criativo, uma vez que as demais (manuais e repetitivas) poderiam ser delegadas às máquinas. Em sua ótica, a principal característica da atividade criativa centrar-se-ia em sua íntima ligação com o jogo e o aprendizado, pelo que, cada vez mais, ficaria mais difícil separar essas três dimensões. A questão é que a interligação entre trabalho, estudo e jogo, em sua opinião, abriria as portas para o estudo do 'ócio criativo'. Daí porque o foco de sua pesquisa consistir na análise desta tríplice passagem da espécie humana: da atividade física para a intelectual, da intelectual de tipo repetitivo à intelectual criativa, *"do trabalho-labuta nitidamente separado do tempo livre e do estudo ao 'ócio criativo', no qual estudo, trabalho e jogo acabam coincidindo cada vez mais"*. (DE MASI, 2000:16)

É evidente que a preocupação de De Masi não é com o direito ao lazer em si; contudo, sua tese contribui para a criação/consolidação de uma nova visão acerca do direito ao lazer, a qual condiga com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Em primeiro lugar, sua tese de que o jogo cada vez mais integra e se confunde (a ponto de coincidir) com a atividade intelectiva criativa demonstra, ainda que por via transversa, que de fato as dimensões conteudísticas do direito ao lazer variam de acordo com a situação vivenciada, ou melhor, de acordo com o mundo da vida que constitui e no qual se insere o cidadão. Além disso, a tese de De Masi desvela, de forma bastante original, a proximidade muitas vezes negligenciada entre o lazer e a atividade criativa, o que corrobora a alegação de pertinência e relevância de uma nova abordagem jurídico-filosófica acerca desse direito.

O que se pretende, aqui, é construir uma teoria constitucional acerca do direito ao lazer que considere seriamente a sua importância enquanto direito fundamental e a sua imprescindibilidade para a formação de cidadãos ativos e efetivos na sociedade brasileira (os quais sejam capazes de participar de discursos argumentativos em igualdade de condições de fala, na busca pela criação de um direito legítimo, num mundo marcado pela pluralidade de concepções de vida boa). O presente estudo, portanto, não se pauta em um conceito acerca do que seja, substantivamente, o direito ao lazer. Funda-se, ao contrário, na sua importância enquanto direito fundamental, enquanto condição e conseqüência de discursos argumentativos, enquanto direito que possui um caráter deontológico e, finalmente, enquanto direito passível de horizontalização, ou seja, oponível a particulares no âmbito das relações privadas.

Levar o lazer a sério não significa, no entanto, negar a igual importância dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988. Exatamente por isso, este trabalho não desconsidera que a efetivação de direitos fundamentais pode custar dinheiro, pelo que pretende analisar matérias como a reserva do possível e o mínimo existencial, questões diretamente relacionadas à implementação/efetivação do direito ao lazer, seja no pano de fundo brasileiro ou internacional. A tese que se pretende construir busca compatibilizar o lazer com outros direitos fundamentais, na tentativa de construir uma alternativa que, levando em consideração a participação dos cidadãos, legitimamente seja capaz de superar a escassez de recursos econômicos e o "espírito estratégico" de pessoas oportunistas. Essas são as questões que, adiante, serão tratadas em minúcias.

2 AS DIVERSAS FACETAS DO DIREITO AO LAZER À LUZ DO PARADIGMA DEMOCRÁTICO: O QUE DE FATO INTERESSA?

Diante das colocações acima ressaltadas, resta saber: em que consiste o direito ao lazer à luz do paradigma democrático? Sob o pano de fundo do Estado Democrático de Direito, o lazer é um direito fundamental que, concomitantemente, é condição e conseqüência de discursos argumentativo-deliberativos. Como direito fundamental, ele possui um caráter deontológico, sendo, ainda, passível de horizontalização[17], sem que para tanto seja necessária a mediação do legislador privado. Além disso, assim como os demais direitos fundamentais, ele possui duas dimensão, uma positiva (que demanda um agir por parte do Estado e/ou particulares) e outra negativa (que demanda uma abstenção por parte do Estado e/ou particulares), as quais variam de acordo com os casos específicos[18] em que o lazer é invocado. Finalmente, é um direito que só desvela as suas dimensões conteudísticas pós-discurso, sempre no âmbito de uma situação real/vivenciada. Todas essas facetas acerca do direito ao lazer já foram, ainda que superficialmente, trabalhadas no artigo *O direito ao lazer sob a ótica pós-positivista: uma proposta dialógica de compreensão e implementação.* Por isso, o que se pretende aqui não é necessariamente relatar esses aspectos, mas aprofundar-lhes o estudo com foco no direito ao lazer, a fim de firmar o posicionamento defendido outrora.

Pois bem. Já foi dito que o direito ao lazer, sob um viés democrático, não pode ser entendido como uma norma de cunho programático, nem como um valor/comando otimizável em colisão com os demais direitos no âmbito da aplicação[19]. Foi dito, ainda, que esse direito fundamental é, ao mesmo tempo, condição e conseqüência de discursos argumentativo-deliberativos. Contudo, a dúvida perdurou: o que, afinal de contas, significa essa última assertiva? Em primeiro lugar, essa afirmação exprime, entre outras coisas, que à luz do paradigma democrático os cidadãos assumem um papel fundamental na construção dos diversos conteúdos substantivos que lazer pode vir a ter. E mais; significa que o lazer, conquanto despido de uma dimensão substantiva, é condição sem a qual os cidadãos não podem ser entendidos como iguais, elemento contra-fático (igualdade de condições de fala) que viabiliza o discurso. Essa teoria carece de uma explicação mais detalhada.

Foi com Habermas[20], e, portanto, sob o viés da teoria do discurso, que os direitos fundamentais passaram a ser compreendidos como condição e conseqüência de um procedimento discursivo. Sua intenção sempre foi produzir uma teoria procedimental que possibilitasse aos cidadãos a criação legítima de seus próprios direitos. Sua teoria, a despeito de não abrir mão de uma perspectiva conteudística[21] dos direitos fundamentais, não se centrou, num primeiro momento, no viés substancialista desses direitos. Dizer isso não significa defender que, sob o viés procedimentalista, os direitos fundamentais sejam vazios, sem substância e conteúdo. Essa abordagem dicotômica dos direitos fundamentais é meramente explicativa, tendo em vista que ambas as conotações (condição e conseqüência) co-existem, ou seja, são simultâneas. Mesmo porque, é bom que se diga, direitos são (re)construídos a todo momento, seja em procedimentos discursivos por intermédio de um agir comunicativo[22], seja em procedimentos judiciais, seja diuturnamente, nas relações intersubjetivas. Portanto, a distinção acima descrita não desconsidera os ganhos trazidos pelo giro lingüístico-pragmático.[23] O

que Habermas quis, ao "cindir" os direitos fundamentais em condição e conseqüência da prática discursiva foi tão somente enfatizar que, enquanto condições necessárias que possibilitam o exercício da autonomia política, esses direitos não poderiam limitar o discurso[24]. Exatamente por isso não faria sentido, em uma fase pré-discursiva, enfatizar o caráter substantivo, ou conteudístico, dos direitos fundamentais.

Dizer que o lazer é condição da (para a) prática discursiva é entendê-lo como uma das liberdades (cuja dimensão, positiva ou negativa, vai variar pós-discurso) descritas por Habermas como possibilitadoras do discurso. Em outras palavras, é entendê-lo como que incluso entre os *"direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação"* (HABERMAS, 2003: 159) ou, ainda, entre *"os direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances,* [dos demais direitos que possibilitam o discurso]" (HABERMAS, 2003:159). Isso significa que, na fase pré-discursiva, o direito ao lazer é despido de sua dimensão substantiva para "transformar-se" em condição *"para que qualquer comunidade humana possa se fazer compreender e buscar consensos ou acordos sobre quaisquer questões, sejam elas morais, políticas, éticas, científicas, estéticas ou religiosas* (CRUZ, 2006b: 78). Eis o que diz Cruz:

Mas, quais os direitos fundamentais que realizam a configuração do *medium* argumentativo do "princípio da democracia". Em outras palavras, quais são os direitos admissíveis pelo filtro do "princípio da moralidade"? Eles são os direitos fundamentais universais, que Habermas divide em cinco categorias.

Os primeiros seriam derivados da configuração politicamente autônoma do "direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação", que podem ser exemplificados tanto através de uma releitura discursiva dos direitos liberais clássicos ligados à liberdade, à vida, á integridade física, à propriedade, à intimidade, quanto aos direitos sociais como o direito do trabalho e à dignidade humana. (2006a: 169)

A tese que ora se defende é de que também o lazer estaria incluso entre essas liberdades, tendo em vista que, nas palavras do próprio Habermas, nessa fase pré-discursiva haveriam de ser respeitados *"precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo"* (2003:158-159). É certo, no entanto, que ainda que a leitura acerca dos *primeiros direitos*[25] condicionantes do discurso seja no sentido de entendê-los como uma releitura discursiva dos direitos liberais clássicos, entende-se perfeitamente cabível a compreensão do lazer como que incluso entre os *direitos*[26] que, ao propiciarem condições de vida social, técnica e ecológica aos cidadãos, garante-lhes a possibilidade de fruição dos demais direitos descritos por Habermas como condicionantes/possibilitadores da prática deliberativa. O importante, e é isso que se pretende destacar neste momento, é que na fase pré-discursiva o lazer não é tido como direito à prática desportiva, à leitura de um livro, à possibilidade de fazer uma vigem, assistir um filme ou uma peça teatral[27]. Ao contrário; enquanto condição da prática

discursiva esse direito está, necessariamente, despido de uma dimensão substantiva, porquanto essa última, à luz do paradigma democrático, não prescinde da participação ativa dos cidadãos para ser construída.

Poder-se-ia questionar, nesse ponto, se de fato o direito ao lazer é condição sem a qual não poderia ocorrer a prática discursiva. Uma análise pouco refletida dessa questão tende a apontar para uma resposta negativa. A questão, contudo, é mais complexa do que parece. Conforme já se disse em outra oportunidade[28], a interligação entre os direitos fundamentais é tão evidente que a sua negativa significa, metaforicamente, "fechar os olhos para se esconder do sol". Não há como negar, por exemplo, que o usufruto de direitos como a vida, a saúde e o trabalho (entre eles, o direito ao descanso semanal, ao salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas e às da família, às férias etc.), evidentemente subentende o usufruto do direito ao lazer, da mesma forma que a fruição do direito à vida subentende o gozo do direito à saúde, e vice versa. Não há vida sem saúde, assim como não há saúde sem lazer. Da mesma forma, para a construção do sentido da norma que descreve as possibilidades conteudísticas do direito ao trabalho anteriormente destacadas, não há como desconsiderar o lazer. E se relacionados estão em uma fase pós-discursiva, em que os direitos "assumem" substância, evidentemente essa interligação e correlação também está presente na fase pré-discursiva. Mesmo porque, se é certo que não há vida sem saúde, e não há saúde sem lazer, é igualmente verdadeiro que alguém que esteja de fato doente dificilmente disponibilizar-se-á a participar de um discurso tal como proposto por Habermas (mesmo porque não terá condições para tanto). Exatamente em virtude disso é que o lazer assume o papel, juntamente com outros direitos fundamentais, de condição que possibilita a prática discursivo-deliberativa.

Já em um segundo momento (pós-discursivo), esse direito assume "sustância", ou, nas palavras de Cattoni (2002), "conteúdo ou extensão total". A questão é bastante simples; o direito ao lazer, agora produto de um procedimento deliberativo inscrito em um mundo da vida que o possibilita, "*assume densidade de conteúdo, [caracterizando-se] por [obter] substância.*"(SOUZA CRUZ, 2006b: 79) Em outras palavras, "*tão logo os discursos legislativos e jurisdicionais tenham se concluído, aí sim, os direitos fundamentais, [entre os quais está o lazer] assumem uma dimensão substantiva*"(SOUZA CRUZ, 2006a: 168). A diferença, e é nisso que a teoria discursiva contribui para a tese ora defendida, é que à luz do paradigma democrático, são os cidadãos que, discursivamente, definirão as dimensões conteudísticas do direito ao lazer. São eles que definirão as atividades que, individual ou coletivamente, representam o lazer num caso específico e cujo exercício representa o pleno gozo desse direito. Isso significa, em outras palavras, que o lazer só será considerado como o direito à prática desportiva, p. ex., quando os cidadãos afetados pela norma que regulamenta o desporto assim decidirem/entenderem discursivamente. Explique-se melhor essa assertiva. Só faz sentido entender o dever do Estado de fomentar práticas desportivas[29] como uma das formas de contribuir para a efetivação do direito ao lazer se, e apenas se, essa possibilidade conteudística for intersubjetivamente construída, seja em discursos de justificação ou de aplicação, seja diuturnamente, no âmbito das relações interpessoais. No artigo intitulado *Mandado de Injunção e Direito ao lazer: o renascimento de uma garantia constitucional e o alvejar de um direito fundamental* há uma passagem que explica bem a questão acima descrita.

Em sede de Mandado de Injunção, toda e qualquer decisão que venha a regulamentar o caso concreto há de considerar, necessariamente, os argumentos trazidos ao processo pelas partes. Nesse sentido, a solução do caso concreto não se dá de modo solipsista, por um juiz afastado da realidade do caso e imerso nos limites de sua consciência, mas encontra sentido na consideração dos argumentos trazidos ao processo, que contribuem determinantemente para a formação da resposta correta para aquela situação específica. Isso se aplica, por óbvio, tanto em demandas individuais quanto em demandas coletivas.

Por outro lado, qualquer tipo de norma que venha a ser, eventualmente, criada para regulamentação do direito ao lazer há de considerar um processo deliberativo democrático, protagonizado pela participação dos cidadãos, de tal forma que a norma atenda aos anseios da comunidade e seja, dessa forma, legítima. Portanto, também fora do processo judicial haverá de ser respeitado o discurso, na tentativa de construção de normas que viabilizem o exercício do direito ao lazer.

Essa intersubjetividade, aliás, interfere também na tomada "autônoma" de decisões pelos cidadãos, os quais, em uma dada situação, resolvem escolher pelo livro à bola, ou pela bola ao skate. Essa decisão, aparentemente individual, necessariamente é tomada por um indivíduo inserido em um mundo da vida intersubjetivamente compartilhado, o qual, inegavelmente, influencia na sua tomada de decisões. (DUARTE; RIBEIRO, 2008: 24)

O que se defende, portanto, não é a imprescindibilidade de que todas as diversas possibilidades conteudísticas verificáveis a partir da norma que define o direito ao lazer, necessariamente, recebam o assentimento de todos os cidadãos que integram a comunidade jurídica, em todos os momentos em que o lazer venha a ser invocado. Um consenso nesse sentido é impossível em sociedades plurais como a atual. O que se está a propor é que qualquer tipo de norma que venha a ser, eventualmente, criada para regulamentação do direito ao lazer, "impregnando-o" de uma série de dimensões conteudísticas, há de considerar um processo deliberativo democrático, protagonizado pela participação dos cidadãos, de tal forma que a norma atenda aos anseios da comunidade e seja, dessa forma, legítima. Em outra parte do artigo supracitado, chegou-se a defender o seguinte:

(...)as eventuais normas elaboradas pelo Poder Legislativo com o intuito de regulamentar o direito ao lazer, ao contrário do que possa parecer até o momento, não devem estar relacionadas com uma determinada espécie de lazer, cuja infinidade é uma característica marcante, porquanto, nesse caso, estar-se-ia criando uma série de "estatutos" regulamentadores do lazer, tal como o Estatuto do Torcedor, descrito pela lei 10.761/2003. Ao contrário, o que o Poder Legislativo deveria fazer para, eficazmente, regulamentar o direito ao lazer, seria criar leis que, em primeiro lugar, estivessem contextualizadas com os anseios da comunidade em relação ao lazer. Para isso, essas leis deveriam, necessariamente, ser discutidas com a comunidade, a fim de que fosse respeitado um processo democrático de formação da vontade (caracterizado pelo discurso), que garantiria um assentimento intersubjetivo, de forma que os cidadãos (entendidos como co-associados livres e iguais perante o direito) pudessem ser

considerados, ao final, como os seus próprios formadores. Essas normas, intimamente vinculadas a uma generalidade de anseios da comunidade em relação ao direito ao lazer, tenderiam a criar centros de entretenimento (nas escolas, bairros, vilas, guetos, favelas etc.), onde esses anseios viessem a ser efetivamente postos em prática (sua criação seria de competência do Município, uma vez que a regulamentação do exercício do direito ao lazer representaria, *a priori*, uma questão de interesse local - art. 30, I, CR/88); ou, ainda, caracterizar-se-iam pela criação de formas de acesso a áreas eventualmente existentes, embaraçadas, por ex., pelo exercício do direito à propriedade privada (como, por ex., criando servidões de trânsito a fim de possibilitar o acesso de turistas a cachoeiras localizadas em cidades históricas, ou praias, cravadas em propriedades privadas, tendo em vista tratarem-se os rios, mares, praias etc., bens de uso comum do povo (art. 99, I, CC/2002). (DUARTE;RIBEIRO, 2008:440)

O problema é que essa proposta, a despeito de considerar a imprescindibilidade da participação intersubjetiva na construção das diversas formas de implementação do lazer, não levou em conta a possibilidade de horizontalização desse direito. Além disso, ela olvidou a importância de uma articulação entre os três entes da Federação na busca pela concretização de direitos fundamentais.[30] E, aqui, cabe inserir uma advertência: após o giro linguístico-pragmático tornou-se patente que toda e qualquer tentativa de predefinição do conteúdo de um direito fora da análise de um caso específico está fadada ao reducionismo e, conseqüentemente, ao insucesso[31]. Isso porque, como se sabe, toda e qualquer atribuição de significado há de ser procedida *in concerto*, sempre intersubjetivamente, seja dentro de um procedimento realizado em contraditório, respeitadas as garantias constitucionais do processo, seja fora do processo, dentro de um pano de fundo intersubjetivamente compartilhado, que constitui e, ao mesmo tempo, localiza os cidadãos na sociedade. Não que os discursos de fundamentação sejam despidos de conteúdo. A questão é que a sua extensão total só pode ser depreendida a partir da interpretação do texto da norma, ou seja, da construção do sentido da norma, que se opera a partir do texto[32] mas só se desvela a partir de uma fusão de horizontes que se produz entre o intérprete e o texto. Isso torna evidente a deficiência da tentativa de pré-definir o lazer como mero direito "social", seja porque essa concepção encontra-se ainda aferrada a uma classificação meramente histórica desse direito fundamental, seja porque se pauta em uma leitura puramente semântica da Constituição de 1988, ou porque pretende encerrar no texto da norma todas as suas possibilidades de extensão ou conteúdo.

A bem da verdade, a distinção entre direitos individuais, coletivos, sociais e difusos, à luz do paradigma democrático, só é válida se pautada no processo argumentativo de aplicação das normas que lhes consagram (CATTONI, 2002: 110-111). Isso significa um avanço considerável, visto que abre ao direito ao lazer um sem número de possibilidades de extensão e conteúdo, as quais são definidas *a posteriori*, de acordo com os argumentos traçados em vista das especificidades de um determinado caso.

(...) Se partirmos de uma concepção procedimentalista do Direito, em que qualquer proposição jurídica é fruto de interpretação, sobre o pano de fundo de visões paradigmáticas concorrentes, não se pode predefinir o "conteúdo" ou a "extensão total" de um dispositivo normativo, que ganha sentido em cada novo caso concreto, predeterminando-se materialmente a argumentação jurídica. É necessário, mais uma

vez, romper com uma teoria material do Direito e dos direitos que estabelece um modelo padrão, fixo, para sua efetivação, até mesmo porque a dinâmica de uma sociedade democrática e pluralista não coaduna com visões privilegiadas e excessivamente concretas do que seja vida, liberdade, igualdade, segurança, trabalho ou até mesmo dignidade humana. (CATTONI, 2002: 112)

Assim é que, num determinado contexto, o lazer poderá ser considerado como um direito individual de assistir um filme ou uma peça teatral, de praticar esportes, ou, ainda, de ler um livro, caso seja invocado individualmente e assim argumente aquele que pleiteia a adequação da norma ao fato. Por outro lado, poderá ser tido como direito individual homogêneo de fazer uma viagem sem custo na passagem, caso o pedido se funde, em vista das circunstâncias do caso concreto, no artigo 40 da lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).[33] Pode, ainda, ser tido como o direito difuso dos portadores de deficiência visual à instalação/implantação em parques ou em centros de entretenimento de atrativos que lhes atendam o anseio pelo exercício do lazer[34]. Ademais, pode ser compreendido como direito social dos cidadãos que integram a comunidade brasileira, como p. ex., aqueles que trabalham e recebem como contraprestação da relação empregatícia apenas um salário mínimo, o qual, nos termos do artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República, deve ser "*capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social"*(CR/88- grifo acrescido). Isso demonstra, entre outras coisas, que se o lazer fosse predeterminado como o direito social à prática desportiva do futebol, o resultado disso não seria apenas a redução drástica do conteúdo desse direito, mas, sobretudo, a "deslegitimação" de uma possível "escolha individual", por exemplo, do livro ou da guitarra em detrimento da bola, quando se estivesse falando de lazer. Em outras palavras, estar-se-ia impossibilitando que, argumentativamente, e de acordo com as especificidades de um caso, os cidadãos construíssem a sua própria concepção acerca do lazer (respeitadas, evidentemente, as limitações textuais). Daí o porquê de o Direito não poder ser tratado de uma forma gradual pelos tribunais, sob pena de se "proclamar" o que seja "o direito-para-o-juíz". Daí o porquê de as decisões judiciais não prescindirem da participação ativa das partes para sua formação[35]. Daí o porquê de, sob uma perspectiva democrática, ser impossível à Administração Pública criar legitimamente políticas públicas voltadas à implementação do direito ao lazer sem considerar a participação dos cidadãos na sua construção[36].

É, portanto, a argumentação desenvolvida por aquele(s) que pleiteia(m) o exercício do direito ao lazer, necessariamente voltada à adequação da norma às especificidades fáticas que circundam o caso real, que será determinante para a qualificação, *à posteriori*, da "natureza" e extensão total desse direito fundamental. É também no caso específico que serão definidas a dimensão positiva ou negativa do direito ao lazer, bem como a extensão de sua eficácia, se horizontal ou vertical. Expliquem-se melhor essas últimas assertivas.

Ao contrário do que se defendia há pouco tempo, todos os direitos[37] fundamentais[38] possuem uma face positiva[39] e outra negativa[40]. Não há como

defender, portanto, que alguns direitos, por demandarem do Estado um agir muitas vezes dispendioso, possuem aplicação diferida, sendo realizáveis apenas nos limites da reserva do possível. Essa afirmação não pretende negar a realidade, ressaltada por Amaral (2001), de que a escassez é inexorável, repercutindo diretamente, e não de forma meramente aparente[41], na efetivação de direitos fundamentais. O que se pretende ressaltar, e essa é a novidade, é que o argumento utilizado contra os direitos "sociais" também se aplica aos demais direitos fundamentais. Não há como distinguir direitos com base no critério da dimensão positiva e/ou negativa. No caso do lazer, por exemplo, se por um lado o Estado deve abster-se de determinar, principalmente *a priori*, o que seja ou não o lazer para o cidadão (ou conjunto de cidadãos), por outro, deve proporcionar-lhes condições para o exercício efetivo desse direito. É certo que há um controle por parte do Estado, porquanto a construção do sentido da norma que define o direito ao lazer exige o reconhecimento dos limites do texto constitucional, de sua supremacia, bem como de sua coerência sistêmica[42]. No entanto, se um indivíduo entender que descansar aos domingos representa substantivamente, dentro do mundo da vida no qual está inserido, o gozo efetivo do direito ao lazer, desde que, para isso, não viole os direitos de outros cidadãos, é desejável que o Estado apenas permita que ele assim proceda. É o que ocorre também no âmbito das relações privadas. Se, por exemplo, um particular firma um contrato (sem vícios) com uma academia, é certo que o lazer, por figurar inclusive como um dos objetos do negócio jurídico (ainda que não expresso), vincula a parte contratada no âmbito daquilo que foi acordado. Nesse caso, ao menos que a academia, no contexto da prestação dos serviços contratados, viole outros direitos fundamentais, não há que se falar em interferência alguma (a não ser no sentido de fiscalização) por parte do Estado. Portanto, não pode a reserva do possível ser sempre a justificativa automática para a não efetivação do exercício do direito ao lazer, mesmo porque, enquanto condição e conseqüência do exercício de uma cidadania ativa e efetiva, ele contribui diretamente para a construção uma noção de cidadania própria ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Resta, pois, em vista disso, saber como superar a escassez no plano pragmático, e como afinal de contas o lazer pode contribuir para a construção dessa noção tão desenvolvida de cidadania. É o que adiante será discutido.

3 UMA PROPOSTA PARA A SUPERAÇÃO DA ESCASSEZ E DO MERO ASSISTENCIALISMO NO TOCANTE AO LAZER

Feitas as considerações anteriores, falta esclarecer como a Administração Pública deve se portar para decidir corretamente as questões afetas à implementação do direito ao lazer, num contexto de escassez de recursos e *refluxo* [43] participativo. Além disso, falta justificar porque essa releitura do direito ao lazer contribui para a construção de uma noção de cidadania adequada ao paradigma democrático, expresso pela Constituição da República de 1988.

Em primeiro lugar, ainda que se defenda uma concepção dialógica de atuação da Administração Pública[44], sobretudo no que toca à criação e implementação de políticas públicas[45], entre elas as voltadas à efetivação do exercício do direito em estudo, seria implausível defender a obrigatoriedade de abertura de audiências públicas

todas as vezes em que o Estado se propusesse a decidir questões afetas ao lazer. Além de ser inexeqüível e contrária à própria idéia de governabilidade, uma proposta como essa desconsidera uma questão de suma importância, a saber, *"a constatação de que 'nem tudo é política', ou seja, de que a vida humana não se resolve integralmente no espaço político, já que o homem comum, ausentes os grandes períodos de efervescência política, refugia-se na sua vida privada."* (PEREIRA, 2008: 137)

Quando se sustenta ser impossível à Administração Pública, sob uma perspectiva democrática, criar legitimamente políticas públicas voltadas à implementação do direito ao lazer sem levar em conta a participação dos cidadãos, pretende-se enfatizar, em verdade, a importância da existência, no âmbito da esfera pública, de canais de comunicação[46] que permitam a formação de consensos acerca dos melhores meios de efetivar esse direito. A função dessas arenas públicas, que integram e constituem a esfera pública, é possibilitar a formação de opiniões e consensos acerca do lazer e dos melhores meios de efetivar esse direito, e não, necessariamente, vincular a atuação administrativa. Essas opiniões influenciam, e devem obrigatoriamente ser levadas em conta pela Administração Pública, em vista da coerência e da racionalidade dos argumentos que as balizam. No entanto, elas só serão vinculantes se forem institucionalizadas na forma de leis. E isso é mais que desejável, porquanto transforma propostas de políticas públicas (de governo) relativas ao lazer em políticas de Estado[47]. O grande problema, e a maior fonte de críticas à teoria ora proposta, é que se as opiniões formadas dentro das diversas arenas de comunicação, incluindo as institucionalizadas pelo Poder Público (como é o caso dos conselhos gestores), não vinculam o Administrador Público no concernente às políticas públicas relativas ao lazer, elas, em verdade, de nada representariam no plano pragmático. Em outras palavras, elas informariam o Administrador Público, que, no entanto, continuaria a agir de acordo com sua discrisciorieidade e o que é pior, de forma assistencialista/clientelista. Não é bem assim. Se essas opiniões de fato forem levadas em conta, o esforço argumentativo a ser despendido pelo Administrador e pelo seu *staff* para justificar uma política pública outra que não aquela que foi objeto de consenso no interior das arenas públicas institucionalizadas será muito maior. E aqui vale uma ressalva. À luz do paradigma democrático a atuação do Administrador Público é sempre vinculada à Constituição, cujo texto está "recheado" de partes que enaltecem a importância da participação popular. Portanto, ainda que soe como mera retórica, a influência dessas opiniões consensuais acerca do direito ao lazer e dos melhores meios de efetivá-lo sobre o agir do Administrador é muito grande, quase que igual à força exercida pela norma que se produz a partir do texto constitucional. O problema real, portanto, não está em se a participação vincula ou apenas direciona as decisões do Administrador Público. O que é de fato problemático, e que acaba sendo "escancarado" por toda essa discussão é o *refluxo democrático-participativo* que acomete a população brasileira em geral[48]. Como resolver esse problema é o dilema que deve ser respondido.

A bem da verdade, para solucionar o *refluxo democrático-participativo*, e, por conseguinte, o problema do assistencialismo inerente às políticas públicas referentes ao direito ao lazer, seria necessário, e é isso que se propõe aqui, investir na interligação entre o direito ao lazer e os outros direitos fundamentais, de tal forma que as escolhas acerca do primeiro se mostrassem possíveis nas mais diversas áreas e momentos da vida. A primeira possibilidade é aumentar a carga horária nas escolas (ensino fundamental, básico e médio), que passariam a funcionar em período integral, e, num esquema de revezamento, permitiriam o exercício de atividades relacionadas ao lazer,

tudo com base no critério eletivo-argumentativo protagonizado pelos alunos. As escolhas referentes ao lazer começariam, portanto, já na escola, ambiente que contribui para a construção de uma cultura política mais engajada[49]. As propostas de entretenimento, nesse caso, poderiam ser colhidas anualmente de arenas internas, tal como os grêmios estudantis. As reuniões, voltadas para o engajamento de alunos de todas as idades num modelo de gestão educacional participativa, ainda permitiriam a discussão em torno das mais diversas formas substantivas de exercício do lazer. O investimento para ampliação das escolas, com a construção de áreas de entretenimento que possibilitassem uma adequação de tal monta, deveria partir tanto do setor público quanto do privado. Isso significa que também as escolas particulares deveriam participar, obrigatoriamente, da implementação de uma política pública de Estado[50] como essa. A segunda possibilidade também se funda em uma proposta de correlação entre os direitos fundamentais, desta feita, entre o lazer e o trabalho. Trata-se do incentivo a que, no âmbito das relações de emprego, comecem a surgir programas que integrem trabalho e qualidade de vida. Aqui, mediante uma política de incentivo fiscal[51], o Estado buscaria incentivar os mais diversos setores empresariais a investir em "programas" ligados ao exercício do lazer. A diferença dessa proposta é obrigatoriedade (a ela inerente) de participação dos afetados pela aludida política de incentivo. Essa participação se daria por meio dos sindicatos, bem como mediante a adesão dos empregados interessados. É daí que emergiriam as propostas substantivas (o quê) e materiais (como) relativas à implementação do direito ao lazer nessa área[52]. Essa proposta também busca inserir no trabalhador e nos empresários uma cultura democrático-participativa. A terceira proposta é voltada aos cidadãos da terceira idade. Ela se baseia na interligação entre possíveis dimensões substantivas do direito de ir e vir, do direito à cultura e do direito ao lazer. Sua concretude está exatamente na ampliação de políticas públicas que já existem, tais como a gratuidade de passagem em transportes coletivos e a meia entrada em centros de entretenimento (espetáculos desportivos, cinemas, teatros etc.). É evidente que as propostas acima descritas necessariamente devem passar pelo crivo discursivo-deliberativo, protagonizado pelos cidadãos por elas afetados, a fim de que se aperfeiçoem em densidade de conteúdo e ultrapassem o caráter meramente assistencialista, assumindo um viés democrático.

A tese desenvolvida neste trabalho busca solucionar o problema da escassez de recursos econômicos mediante as possibilidades de horizontalização do direito ao lazer e a intensificação de políticas públicas que correlacionem dimensões substantivas dos diversos direitos fundamentais, as quais só são legítimas se construídas através da participação discursiva[53]. Aliás, é exatamente essa participação, voltada para a formação de consensos com base nos melhores argumentos, que possibilita a superação também do "espírito estratégico" de pessoas oportunistas[54].

O mais importante, no entanto, é que se de fato o direito ao lazer afigura-se como condição e conseqüência do exercício de uma cidadania ativa e efetiva, o que já foi devidamente demonstrado, não há como negar a sua relevância para a formação de uma noção de cidadania adequada ao paradigma democrático. Isso porque, sob a ótica democrática, cidadão não é mais aquele que recebe passivamente as benesses de um Estado clientelista, tal como "pautas de vida boa", definidas a partir de um critério de conveniência do Administrador Público. O cidadão, à luz do paradigma democrático, é aquele participa da construção das normas que irão reger o seu convívio social. É por isso que a releitura que se propôs acerca do direito ao lazer contribui para a construção de uma noção de cidadania equivalente àquela expressa como um dos fundamentos da

República Federativa do Brasil. E é exatamente em virtude disso que esse direito há de ser garantido ainda que num patamar que represente o *mínimo existencial*[55], o qual deve ser fixado dentro de uma lógica de reciprocidade, no âmbito dos discursos de fundamentação. Isso é levar o direito ao lazer verdadeiramente a sério.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi delineado, resta devidamente comprovado que o direito ao lazer, à luz do paradigma democrático, afigura-se como direito fundamental imprescindível para a formação de cidadãos ativos e efetivos na sociedade brasileira, devendo, exatamente por isso, ser levado a sério em toda a sua amplitude conteudística.

Para que isso fosse possível, foi necessário explorar algumas abordagens desenvolvidas no Brasil acerca do direito ao lazer, desvelando-lhes suas inadequações ao paradigma do Estado Democrático de Direito, bem como suas falhas decorrentes da desconsideração dos ganhos trazidos pela reviravolta lingüístico-pragmática. Demonstrou-se, nesse sentido, que o principal problema das abordagens analisadas estava na tentativa de delimitação do conteúdo substantivo do lazer *a priori* de uma prática discursivo-deliberativa protagonizada pelos cidadãos destinatários desse direito.

Feito isso, propôs-se uma nova leitura em relação ao direito ao lazer, fundada não em um conceito acerca do que, substantivamente, esse direito representa, mas, ao contrário, na sua importância como direito fundamental que, concomitantemente, é condição e conseqüência de discursos argumentativo-deliberativos. Nessa parte, ressaltou-se, ainda, que enquanto direito fundamental o lazer possui um caráter deontológico, sendo, inclusive, passível de horizontalização. Demonstrou-se, também, que assim como os demais direitos fundamentais, o lazer possui duas dimensão, uma positiva (que demanda um agir por parte do Estado e/ou particulares) e outra negativa (que demanda uma abstenção por parte do Estado e/ou particulares), as quais variam de acordo com os casos específicos em que esse direito é invocado. Em seguida, esclareceu-se que o lazer só desvela as suas dimensões conteudísticas pós-discurso, sempre no âmbito de uma situação real/vivenciada.

Na parte final, esclareceu-se como a Administração Pública deveria se portar para decidir corretamente as questões afetas à implementação do direito ao lazer num contexto de escassez de recursos e *refluxo* participativo para, enfim, justificar o porquê de a releitura proposta contribuir para a construção de uma noção de cidadania adequada ao paradigma democrático, expresso pela Constituição da República de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. **Direito Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. Constituição, 1988: **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso de 01 janeiro/09 a 14 fevereiro/09.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dalari. (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. 1 ed. são paulo: saraiva, 2006.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Prefácio" In Idem. **Constituição Dirigente e a vinculação do legislador.** 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

CATTONI, Marcelo Andrade. **Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CATTONI, Marcelo Andrade. **Direito constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Poder Constituinte e Patriotismo Nacional**. In GALLUPO, Marcelo Campos. **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Pucminas, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 1ª ed. Belo Horizonte: Lúmen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DE MASI, Domênico; PALIERI, Maria Serena. **O ócio criativo:** entrevista a Maria Serena Palieri. 2. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; RIBEIRO, Fernando Armando. Mandado de Injunção e Direito ao Lazer: o Renascimento de uma garantia constitucional e o alvejar de um Direito Fundamental. **Virtuajus**, corpo discente, ano 7, n.1, p.1-33, jul. 2008.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; RIBEIRO, Fernando Armando. Aplicabilidade do Mandado de Injunção como viabilizador do exercício do Direito Social ao Lazer. **DeJure. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.** Belo Horizonte, n.11(jul/dez. 2008), p.415-445.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. O direito ao lazer sob a ótica pós-positivista: uma proposta dialógica de compreensão e implementação. Apresentado no Congresso XVII Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2008, Brasília

(DF). XX Anos da Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectivas e desafios, 2008. p. 3313-3344.

ESPORTE. Lei de Incentivo. **Lei 11.438/2006**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11438.htm. Acesso em 15 janeiro/2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Cultura dos Direitos Fundamentais.** In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002;

HABERMAS, Jürgen. Soberania Popular como procedimento. Tradução: Marcio Suzuki. **Novos estudos Cebrap**, São Paulo, n. 26, p. 100 – 113, mar. 1990.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola , 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução: Flávio Beno Siebeneichker - UGF. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003.

HOLMES, Stephen and SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes.** New York: Norton & Company. 1999.

IDOSO. Estatuto do. **Lei 10.741/2003.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em 19 janeiro/2009.

JORNAL QUINZENÁRIO DE BELO HORIZONTE. Disponível no site - http://www.quinzenario.com.br/modules.php?name=News&new_topic=7). Acesso em: 11 fevereiro/09.

MAGNANI, José Guilherme C. **O lazer na cidade.** Disponível em http://www.n-a-u.org/Magnanilazer.html. Acessado em: 10 fevereiro/09.

OLIVEIRA, Fernando Henrique Soares. A importância do brincar e da educação infantil para o lazer em escolas de educação e infantil. Disponível em www.redcreacion.org/documentos/enarel14/Mt_el01.html. Acessado em: 10 fevereiro/2009.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como Elementos Fundamentes e Garantidores da Constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINTO, Gabriela Baranowski. Lazer e promoção da saúde: um estudo com profissionais da área da saúde humana. Monografia apresentada como pré-requisito para a conclusão de Curso de Licenciatura em Educação Física pela UFMG. Disponível no site http://www.eeffto.ufmg.br/celar/_interface/main/biblioteca/livros/11.pdf. Acesso em 11 janeiro/2009.

PREFEITURA DE PORTO ALEGRE. Disponível no site http://www1.prefpoa.com.br/op/default.php?p_secao=25. Acesso em: 11 fevereiro/09.

PREFEITURA DO RIO DE JANEIRO. Disponível no Site Http://www.rio.rj.gov.br/planoestrategico). Acesso em: 11 fevereiro/09.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas Constitucionais**. 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais,1999.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

---

[1] Acerca do tema, vide (DUARTE, 2008: 3313-3344. Disponível no site http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/03_185.pdf.

[2] Artigo 1º, inciso II, da Constituição da República.

[3] O termo paradigma foi cunhado por Thomas Kuhn para o âmbito das pesquisas científicas, como o conjunto de realizações [científicas], universalmente reconhecidas, que *"fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência."* (KUHN, 1994: 6) Aqui, trabalha-se com a idéia de paradigma jurídico, no sentido de um conjunto de visões (contextualizadas) de uma dada sociedade, ou, ainda, o conjunto de *"imagens implícitas que se tem da própria sociedade, um conhecimento de fundo, um background, que confere às práticas de fazer (e de aplicar o direito) uma perspectiva, orientando o projeto de realização de uma comunidade jurídica"* (CATTONI, 2002: 54)

[4] O tema será tratado no tópico 2 deste artigo. Sugere-se, para a compreensão da problemática de uma antecipação da *extensão total* do conteúdo de um Direito (*in abstrato*), a leitura de (CRUZ, 2007:235- 240) e (CATTONI, 2002: 112).

[5] A reviravolta lingüístico-pragmática (também chamada de giro lingüístico-pragmático), por meio da qual se operou a superação da Filosofia da Consciência pela Hermenêutica Filosófica, representou uma guinada na busca pela compreensão tanto das condições de possibilidade, quanto das condições de validade para o conhecimento (compreensão). Por meio dela, que para alguns, se iniciou com Wittgenstein e se desenvolveu por meio dos estudos de Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer, passou-se a entender que a linguagem seria um *medium* para o conhecimento/compreensão, ou, em outras palavras, condição para o conhecimento, que se daria, ele mesmo, na própria linguagem e por intermédio da linguagem. Já o giro-pragmático, mediante o qual operou-se a superação da Hermenêutica Filosófica pela Filosofia da Linguagem, decorre de uma crítica à primeira, no sentido de que ela não teria conseguido, satisfatoriamente, explicar as condições para a validade do conhecimento, por estar, ainda, muito presa às tradições. Em resumo, o *pragmatic turn* vê na intersubjetividade, isto é, no consentimento possibilitado pelo discurso racional, a condição para a validade do conhecimento, ou seja, o meio pelo qual seria possível chegar ao entendimento correto. Acerca do tema, ver (DUARTE, 2008: 3313-3344. Disponível no site http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/03_185.pdf),

(HABERMAS, 2003: 17-34, SOUZA CRUZ, 2007: 75-110 e GALLUPO, 2002: 105-114). Para uma compreensão dos antecedentes do giro lingüístico, ver (PEREIRA, 2001:8-21). Para uma noção da metódica cartesiano-iluminista ver (CAMARGO: 2003: 65-80).

[6] A instauração do paradigma democrático no Brasil se deu a partir da promulgação da Constituição da República de 1988. Nesse sentido, vide o artigo 1º, caput, da CR/88.

[7] Nesse sentido, vide (HABERMAS, 2003: 317-318). Cumpre ressaltar, aqui, que mesmo os defensores das teorias das normas programáticas, classificação majoritariamente utilizada por essa corrente para a classificação da norma definidora do direito ao lazer, entendem pela juridicidade dessas normas. Confira, nesse sentido (SILVA, 1999: 125-140) e (CANOTILHO, 1999: 1102). Para críticas às teorias das normas programáticas, vide (DUARTE, 2008: 3313-3344. Disponível no site http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/03_185.pdf)

[8] É importante destacar que a leitura discursiva dos Direitos Fundamentais, processada por Habermas, retira dos mesmos, numa fase pré-discursiva, sua dimensão subjetiva clássica. Nesse momento, o sistema de Direitos *"(...) deve conter os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência (...)"*(2003: 158) Nesse sentido, são divididos (1) Direitos à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas, (2) Direitos ligados ao status de membro numa associação voluntária de parceiros, (3) Direitos que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de diretos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual, (4) Direitos à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, e (5) Direitos *"a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento dos direitos elencados de (1) a (4)"* (HABERMAS, 2003:159-160). Acerca da teoria discursiva, vide (HABERMAS, 2002: 280 *et seq.*) e (HABERMAS, 2003: 113 *et seq.*)

[9] Acerca do tema discorrer-se-á com mais detalhes no tópico 2. É necessário que se diga, a fim de evitar críticas quanto a essa assertiva, que a normatividade do lazer não se encerra no texto dos artigos 6º, 7º, inciso IV, 217, §3º e 227, *caput*, todos da CR/88. Isso porque, a normatividade do texto só se completa pela fusão de horizontes que se produz entre o intérprete e o texto. Para mais detalhes, ver (CRUZ, 2006a: 3) e (PEREIRA, 2001: 35-36).

[10] Nas palavras de Pereira, *"o meio pelo qual ocorre a compreensão é a linguagem. Tanto o pensamento como a comunicação só são realizados lingüisticamente, eis que*

ela representa o nosso acesso aos fenômenos, a nossa possibilidade de conhecimento. É a linguagem que nos abre o mundo, é através dela que o vivenciamos e nada existe, para o homem, que a ela seja exterior. (...) além de possibilitar o conhecimento dos fenômenos que nos cercam – eis que sem linguagem não há comunicação -, a ela pertencemos, como se pertence a um grupo ou país; não a possuímos, nela participamos." (2001: 50-51)

[11] A linguagem possibilita que em seu interior se processe o círculo hermenêutico, um espiral na busca pela compreensão, por meio do qual *"o sujeito, através de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto (moldado por tais preconceitos), ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete."* (PEREIRA 2001: 35) Essa espiralidade da compreensão *"ocorre em função de um encontro entre dois mundos/horizontes diversos: o horizonte daquele que compreende e o horizonte de que adveio o objeto."* (PEREIRA, 2001: 36).

[12] Em síntese, as Teorias Analíticas são aquelas que *"elegem como tema central de sua pesquisa a validade das normas jurídicas, entendida como a relação entre* [essas] *normas"* (GALLUPO, 2002:109 – grifo no original). Já as *teorias semânticas* são classificadas por Gallupo (2002: 109) como Hermenêuticas. Contudo, para que não se confunda a interpretação dessa teoria com aquela desenvolvida pela Hermenêutica Filosófica, prefere-se adotar, aqui, a denominação "Semânticas". As Teorias Semânticas são aquelas cuja preocupação está na compreensão do *"sentido das normas jurídicas, entendido como a relação entre a norma e o seu significado."* (GALLUPO, 2002: 109 – grifo no original).

[13] Ou, para usar uma expressão de Habermas, no interior de um *mundo da vida*, que corresponde a um pano de fundo intersubjetivamente compartilhado. Segundo Souza Cruz, *"o conceito habermasiano de mundo da vida é bastante complexo, pois envolve o horizonte de consciência individual e da coletividade na qual esse indivíduo se insere. Com o fundamento no pensamento husserliano, esse horizonte compreende a cultura, as tradições, sua percepção de pertencimento a um determinado grupo ou alguma instituição social, bem como a capacidade do indivíduo de agir e se comunicar. O mundo da vida de alguém incapaz de ler ou de escrever é bastante diferente daquele versado nas letras, o que permite dizer que a linguagem define/circunscreve o mundo da vida individual. A dimensão transcendente de contexto do mundo da vida constitui um pano de fundo no qual a humanidade se insere de forma intersubjetivamente compartilhada, o que transforma aquele que participa de um discurso em alguém que 'está-envolvido-numa-cominucação-linguística-voltada-para-o-consenso'"* (2006a: 94-95)

[14] O que se pretende demonstrar aqui é a correlação entre o direito à saúde e o direito ao lazer. Já existem, inclusive, trabalhos acadêmicos que demonstram ser, o lazer, um meio de promoção da saúde. Apenas a título de exemplo, confira-se monografia intitulada *"Lazer e promoção da saúde: um estudo com profissionais da área da saúde humana"*, apresentada como critério para conclusão da Disciplina Seminário de Monografia II do Curso de Licenciatura em Educação Física da UFMG, de autoria de Gabriela Baranowski Pinto, orientada por Christianne Luce Gomes. Disponível em http://www.eeffto.ufmg.br/celar/_interface/main/biblioteca/livros/11.pdf. Acesso em 11 de setembro/2008.

[15] A expressão Constituição *pré-ordenante* foi criada por Rodolfo Viana Pereira em sua tese de doutoramento, que foi convertida, em parte, no livro *Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundamentes e garantidores da Constitucionalidade.* Em suas palavras, a constituição pré-ordenante é impositiva, *"eis que sustentada sobre uma legitimação substancial, um núcleo ético-moral bem definido acerca dos valores fundamentais da sociedade e dos objetivos prioritários do Estado.*" (PEREIRA, 2008: 83) Esse modelo se contrapõe, em suas palavras ao da constituição *pós-ordenante, "dialógica, eis que sustentada sobre uma legitimidade procedimental, um núcleo ético-discursivo aberto à multiplicidade dos valores sociais e dos objetivos fundamentais."(2008: 83).*

[16] Joffre Dumazedier (Taverny, 30 de dezembro de 1915- 25 de dezembro de 2002) foi um sociólogo francês pioneiro nos estudos do lazer e de formação. Informação disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Joffre_Dumazedier.

[17] Acerca das diversas teorias relativas à horizontalização dos direitos fundamentais, ver Souza Cruz (2007, 342-355). A teoria que se adota no presente artigo é a da eficácia direta, adotada pelo Supremo no RE 201819/RJ, DJ do dia 27/10/2006, que aponta para desnecessidade de mediação do legislador privado para que os direitos fundamentais sejam eficazes no âmbito das relações privadas. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 04/02/2009.

[18] O termo *caso específico* não é utilizado aqui, necessariamente, como sinônimo de caso concreto (levado a juízo). Significa, em verdade, uma série de situações vivenciadas, um mundo da vida, o qual pode, ou não, abranger um caso levado a juízo.

[19] Vide (DUARTE, 2008: 3316-3320. Disponível no site http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/03_185.pdf). Para uma abrangente compreensão da crítica de Habermas à teoria da Jurisprudência dos Valores e ao princípio da proporcionalidade desenvolvido por Alexy, bem como à compreensão deste último acerca dos direitos fundamentais, vide (HABERMAS, 2003: 317-323), (CATTONI, 1998: 139), (CATTONI, 2000: 58-74), (CRUZ, 2004: 232-244), (CRUZ, 2007: 276).

[20] Vide Habermas (2002:280) e (2003:158-159).

[21] A falta de conteudística é uma das críticas de Lenio Streck à teoria do discurso. A resposta de Souza Cruz caminha no sentido de que *"é metafísico pretender encarar um direito fundamental como algo meramente substantivo, buscando ressaltar – como se vê em grande parte de nossos manuais de Direito Constitucional – seus aspectos conteudísticos.(...) Desse modo, cabe a pergunta: o exame dos direitos fundamentais pode ser empreendido desconsiderando uma de suas facetas, ou seja, seu conteúdo ou sua forma? Melhor dizendo: no âmbito do giro lingüístico-pragmático é possível separá-los ou dizer que um é mais relevante do que o outro? Em nossa opinião, não! E, de certo, Habermas deixa isso bem claro!(...) A pergunta é simples: como entabular discursos sobre o que quer que seja sem um conteúdo? Esta é a questão central daqueles que associam o 'procedimentalismo habermasiano' a alguma coisa desligada de substância: não percebem que a linguagem e o discurso são aparatos da espécie humana que lhe permite coesão social, e transmissão de informações e ação. Ora, se o giro lingüístico herdado de Heidegger traduz o mundo como linguagem, de que forma a mesma pode se abster de conteúdo. Dizer que os direitos fundamentais assumem a dupla contingência de serem condição e conseqüência do discurso expõe claramente o fato de que os crítico-deliberativos não dão as costas para o conteúdo do Direito"* (2007: 237-240)

[22] Confira-se (HABERMAS, 2003: 158) onde ele explica a sua idéia de autolegislação de cidadãos.

[23] Confira-se: *"(...) A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do Direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário. O processo de apresentação vai do concreto ao abstrato sendo que a concreção acontece porque a perspectiva da representação, inicialmente trazida de fora, é internalizada pelo sistema de Direitos, representado."*(HABERMAS, 2003:158)

[24] Nas palavras de Habermas, os direitos fundamentais *"são condições necessárias que apenas possibilitam o exercício da autonomia política; como condições possibilitadoras, eles não podem circunscrever a soberania do legislador, mesmo que estejam à sua disposição. Condições possibilitadoras não impõem limitação àquilo que constituem."* (2003: 165)

[25] Confira-se a nota de rodapé nº 11.

[26] Nesse sentido, Habermas (2003: 160).

[27] Apenas para citar alguns exemplos de dimensões subjetivas que esse direito pode eventualmente assumir.

[28] Vide (DUARTE, 2008: 3320-3323. Disponível no site http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/03_185.pdf)

[29] Conforme descrito no artigo 217 da Constituição da República.

[30] Acerca do tema, vide reportagem intitulada *O futuro dos direitos sociais* publicada pela UNB –SiindjusDF, em outubro de 2008, no caderno/jornal *Constituição e Democracia*.

[31] Uma questão relacionada ao direito ao lazer de deficientes físicos, que a princípio parece de interesse local, pode perfeitamente passar a ser de competência comum da União, Estados, Municípios e Distrito Federal em vista da adequação da norma às especificidades de um caso concreto. Como ex., tem-se o caso hipotético em que o lazer dos deficientes é tido como uma forma de combate à marginalização e promoção de integração social (Art. 23, inciso X, da CR/88).

[32] Segundo Ávila, *"a matéria bruta utilizada pelo intérprete – o texto normativo ou dispositivo – constitui uma mera possibilidade de Direito. A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdo de sentido pelo próprio interprete."*(2003: 24) Esse é também o entendimento de Cruz (2006b: 88).

[33] *"Art. 40. No sistema de transporte coletivo interestadual observar-se-á, nos termos da legislação específica: I - a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos; II - desconto de 50% (cinqüenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos."* (LEI 10.741/2003) Para efeito da lei 10.741/2003, considera-se idoso aquele que possui idade igual ou superior a 60 anos. (Art. 1º, caput).

[34] Acerca do tema, vide artigo intitulado *O Direito ao Lazer do Deficiente Visual em Áreas Naturais Públicas e Unidades de Conservação*, disponível em www.ivt-rj.net/sapis/pdf/DanielleJuliao.pdf; acesso em 14 abril.07 e, ainda, as considerações de Duarte e Ribeiro (2008: 24) acerca da possibilidade de impetração de Mandado de Injunção como meio de solução do problema.

[35] Defende-se, aqui, a possibilidade de as partes contribuírem, no curso do processo, para a formação da sentença. Isso porque, sob o paradigma democrático, a solução do caso concreto não se dá de modo solipsista, por um juiz afastado da realidade do caso e imerso nos limites de sua consciência. Ao contrário, encontra sentido na consideração dos argumentos trazidos ao processo, que contribuem para a formação da resposta correta para aquela situação específica, tendo em vista que auxiliam a busca pela norma mais adequada aos fatos.

[36] Essa afirmação será melhor explicada no tópico 3 do presente trabalho.

[37] Em *The cost of rigths: why liberty depends on taxes*, Stephen Holmes e Cass R. Sunstein desenvolvem a tese, bastante convincente por sinal, de que também as liberdades sob a proteção do *Bill of Rigths* (direitos liberais clássicos - individuais e políticos) demandariam, para sua existência, tanto uma abstenção (*refrain*), quanto um agir (an act) do Estado. Esse livro rompeu com a clássica distinção entre os direitos em liberdades negativas e direitos positivos. Para mais detalhes, vide (HOLMES; SUSTEIN, 1999: 35-48 – Chapter one – All rights are positive)

[38] Nas palavras de Bonavides, os direitos "sociais", por sua natureza, demandariam, *"prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos"* (, 2007: 564). Já os direitos "individuais e políticos", segundo Ferreira Filho, *"correspode[riam] a um dever de abstenção, de não interferir por parte do Estado, [não reclamando, pois,] de modo geral, qualquer ação positiva por parte [deste]"*(2003: 246). Apenas para esclarecer, assume-se como verdadeira neste artigo a concepção de Souza Cruz no sentido de que "*a classificação dos Direitos Fundamentais é meramente acadêmica (...)[sua] cisão(...) - fora da argumentação - é metafísica"* (2007: 187).

[39] Que demanda um agir por parte do Estado e/ou particulares, estes últimos no caso de horizontalização do direito fundamental ao lazer.

[40] Demando do Estado e/ou particulares apenas uma abstenção para ser efetivado.

[41] E nesse ponto, concorda-se com Carvalho Netto no sentido de que um dos grandes desafios postos na atualidade "*é sabermos que se, por um lado, os direitos fundamentais promovem a inclusão social, por outro e a um só tempo, produzem exclusões*

fundamentais. A qualquer afirmação de direitos corresponde uma delimitação, ou seja, corresponde ao fechamento do corpo daqueles titulados a esses direitos, à demarcação do campo invisível dos excluídos de tais direitos." (2003: 145).

[42] Nas palavras de Pereira (2001) a Constituição é o *locus* hermenêutico no Direito. Vale ressaltar que a compreensão de razoabilidade, no presente trabalho, está ligada exatamente à garantia de coerência lógica e interna do sistema jurídico. Nesse sentido, vide (CRUZ, 2007: 361)

[43] O termo *refluxo* foi criado por Norberto Bobbio para designar uma *"categoria de eventos que inclui três fenômenos particulares: o afastamento da política, a renúncia à política e a recusa da política."* (PEREIRA, 2008: 137) Segundo Pereira, a face mais concreta desse refluxo é o *abstencionismo,* o qual caracteriza-se por *"uma profunda apatia e desinteresse pela política por parte de largos setores da sociedade"* (2008:139).

[44] Essa é a concepção adotada nesse trabalho. Para mais detalhes, confira-se Vide (DUARTE, 2008: 3323-3328. Disponível no site http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/03_185.pdf).

[45] Nas palavras de Dallari Bucci, *"as políticas são instrumentos de ação dos governos – o government by policies que desenvolve e aprimora o government by Law"*(2006: 252). Em suas palavras, uma política só é pública quando contempla interesses igualmente públicos, isto é, da coletividade. As políticas públicas, a seu ver, devem ser a *"expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para manifestação clara e transparente das posições em jogo"*(DALLARI BUCCI, 2006:269). Essa perspectiva já se afasta da concepção inicialmente cunhada para o termo à luz do paradigma Social. À luz do paradigma Democrático, políticas públicas não são simplesmente planos, nem meramente programas. Elas são, em verdade, formas de agir do Poder Público; os atos e também as omissões "*cuja realização deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito – e a gerar efeitos jurídicos"*(DALLARI BUCCI, 2006: 255). Elas não podem ser entendidas como "pautas públicas de vida boa" impostas aos cidadãos por uma Administração Pública garante de bens e serviços. Sua legitimidade não pode ser extraída simplesmente de um agir intervencionista da Administração Pública, sob pena de resultar em mero assistencialismo, nem tampouco, advir puramente das imposições provenientes dos influxos do mercado. Elas devem sua correição, e possibilidade mesma de, democraticamente, obrigar a conduta humana, ao assentimento intersubjetivo dos cidadãos, obtido através do discurso. Isso significa que, sob a égide do paradigma Democrático, tanto na formulação, quanto na execução de políticas públicas, a Administração Pública há de estar aberta e atenta à participação popular, de forma que,

direta ou indiretamente, a autonomia privada participe na construção do interesse público, atribuindo-lhe legitimidade pelo assentimento.

[46] Como já foi dito, esses canais de comunicação, que constituem a noção de esfera pública desenvolvida por Habermas, não se limitam aos conselhos gestores, mas englobam toda uma gama de conselhos comunicativos, populares, fóruns civis não governamentais, podendo se estender para dentro das faculdades, ou se expressar através da produção acadêmica, ou, ainda, *"em sindicatos e partidos políticos, Igrejas, instituições pias e assistenciais, "public interest groups" formadoras do chamado terceiro setor, tais como as organizações não governamentais, no trabalho da imprensa livre, nas diversas formas de expressão literária, artística ou estética difundidas pelos diversos mecanismos de comunicação de massa e até mesmo na comunicação difusa propiciada pela internet"* (CRUZ, 2006a: 117-118).

[47] Vide Bucci (2006: 18-20) e, mais uma vez, reportagem *O futuro dos direitos sociais* publicada pela UNB –SiindjusDF, em outubro de 2008, no caderno/jornal *Constituição e Democracia*.

[48] Segundo Pereira, *"é razoavelmente difícil traçar o quadro preciso dos motivos que geram o desinteresse crescente pela política, eis que variam conforme referências temáticas, espaciais e temporais, mas a constatação pode ser tomada em seu sentido objetivo, isto é, a abstenção traduz também a incapacidade, segundo distintos graus de intensidade, da configuração atual dos regimes democráticos de estimularem o envolvimento público dos indivíduos, a participação política dos cidadãos."*(2008: 139)

[49] Entende-se, aqui, que uma cultura política que venha em apoio do cidadão, direcionando-o para a participação, é importante para o desenvolvimento de uma política deliberativa. Contudo, essa cultura pode ser desenvolvida por meio da institucionalização de procedimentos como o que ora se propõe, e que, necessariamente, precisa passar pelo crivo discursivo-deliberativo. Para detalhes acerca da evolução do entendimento de Habermas acerca do tema, sugere-se a leitura de (HABERMAS, 1990: 111; 2002: 280) e (CRUZ, 2006b: 91-92)

[50] Repare que, segundo o texto do artigo 205 da Constituição da República, *"A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."* (CR/88)

[51] Algo parecido, mas muito mais participativo, e sem a limitação substancial desvelada pelo texto do texto do artigo 1º, da lei 11.438/2006 (Lei de Incentivo ao Esporte). Nos termos desse artigo, *"a partir do ano-calendário de 2007 e até o ano-calendário de 2015, inclusive, poderão ser deduzidos do imposto de renda devido, apurado na Declaração de Ajuste Anual pelas pessoas físicas ou em cada período de apuração, trimestral ou anual, pela pessoa jurídica tributada com base no lucro real os valores despendidos a título de patrocínio ou doação, no apoio direto a projetos desportivos e paradesportivos previamente aprovados pelo Ministério do Esporte"*(LEI 11.438/2006)

[52] Algo parecido vem sendo protagonizado pela sociedade empresária Sul América Seguros/ING, na cidade de Belo Horizonte/MG. A política é uma forma de benefício aos funcionários da empresa. Só há informações acerca da política internamente.

[53] Confira-se, nesse sentido, o resultado de algumas decisões comunitárias das cidades de Porto Alegre (RS) – 1, Rio de Janeiro (RJ) – 2 e Belo Horizonte (MG) – 3, que, ao mesmo tempo em que demonstram claramente o anseio da população brasileira pelo direito ao lazer, desvelam opiniões claras acerca de como, onde e porque as políticas públicas municipais, destinadas à implementação desse direito, devem ser realizadas. Vide www1.prefpoa.com.br/op/default.php?p_secao=25; www.rio.rj.gov.br/planoestrategico;www.quinzenario.com.br/modules.php?name=News &new_topic=7Último acesso em 04 agosto/09.

[54] Pessoas que, valendo-se do texto da Constituição que define o lazer entre os direitos fundamentais, camuflam meros caprichos em alegações de dever do Estado em proporcionar-lhes acesso ao lazer, fantasiando normas impregnadas de uma dimensão substantiva que, em verdade, extrapolam em muito as possibilidades semânticas do texto e a coerência sistêmica do ordenamento normativo constitucional.

[55] Por mínimo existencial entende-se, com Barcelos, ser "exatamente o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito", "o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana." Aludido conceito deve ser desconectado da lei da colisão e de técnicas de argumentação axiológicas. Deve, portanto, levar em conta uma "conotação de posição eqüitativa de oportunidades partindo-se da garantia de um conjunto básico de atendimento das necessidades do indivíduo". (CRUZ, 2007: 365)

AS DIFICULDADES TEÓRICAS DA CONCEPÇÃO ONTOLÓGICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA*
THE THEORETICAL DIFFICULTIES OF THE ONTOLOGICAL CONCEPTION OF HUMAN DIGNITY

Bruno Cunha Weyne

RESUMO
O trabalho pretende assinalar as principais dificuldades teóricas da concepção ontológica da dignidade da pessoa humana, que é defendida e utilizada pela doutrina jurídica majoritária brasileira e estrangeira, tendo sido inclusive adotada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Procura, com isso, demonstrar a necessidade de uma clarificação do conteúdo desse princípio, sob pena de ele ser reduzido a um perigoso instrumental retórico a serviço dos interesses particulares e arbitrários daqueles que o interpretam e o aplicam. Para realizar essa tarefa, o texto divide-se em duas partes: a primeira explora em que consiste a referida concepção e quais são os seus argumentos; a segunda levanta críticas à concepção ontológica da dignidade da pessoa humana.
PALAVRAS-CHAVES: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONCEPÇÃO ONTOLÓGICA. DIFICULDADES TEÓRICAS.
ABSTRACT
The work aims to point out the main theoretical difficulties of the ontological conception of human dignity, which is largely held and used by Brazilian and foreign legal doctrines, and was also adopted by the Universal Declaration of Human Rights (1948). Thus it intends to demonstrate the need for a content-clarification of that principle and, through that, the need for avoiding its reduction into a dangerous rhetorical tool which covers private and arbitrary interests of those who are in a position to interpret and apply it. In order to accomplish such task, the text is divided in two parts: the first one explores what that conception means and what arguments for it there are; the second one raises critics to the ontological conception of human dignity.
KEYWORDS: HUMAN DIGNITY. ONTOLOGICAL CONCEPTION. THEORETICAL DIFFICULTIES

INTRODUÇÃO

Após o término da Segunda Guerra Mundial, os diplomas normativos passaram a reservar um lugar significativo à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, com o manifesto propósito de evitar o regresso de ideologias e de práticas desumanas. No plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas desde 1948, preconiza que "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo" (Preâmbulo) e, em seguida, declara que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos" (art. 1º).

No âmbito intra-estatal, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 é um exemplo emblemático da necessidade de se fundar a ordem sócio-política na dignidade da pessoa humana. Em seu primeiro artigo, dispõe que "a dignidade humana

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público". O mesmo rumo foi tomado pela maioria dos países que se autodenominam democráticos. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como reação ao período autoritário antecedente, consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III) e dedicou um título próprio aos direitos e garantias fundamentais na parte inaugural de seu texto.

Importa ressaltar que a dignidade não representa uma idéia nova, ao menos não do ponto de vista filosófico. Entretanto, em virtude de sua ampla aceitação e recepção pelas Constituições democráticas no século XX, a dignidade da pessoa humana ostenta hoje um papel fundamental na ordem jurídica, convertendo-se em um princípio normativo do Direito com a complexa e difícil função de assegurar uma vida social civilizada. Tanto assim que Ingo Sarlet sustenta que o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, "contém não apenas mais de uma norma, mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de princípio (e valor) fundamental, é (são) também o fundamento de [...] norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais". Na visão desse autor, por conseguinte, os direitos fundamentais não só encontram – ao menos em regra – o seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, mas também a partir deste "podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos".

O papel fundamental da dignidade da pessoa humana também é reconhecido no pensamento jurídico estrangeiro. Na sua interpretação do art. 18, item 3, da Constituição da República Portuguesa, José Carlos Vieira de Andrade – fazendo menção à posição semelhante de Günther Dürig – afirma que tal princípio atuaria como limite absoluto do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais, uma vez que a dignidade é "a base dos direitos fundamentais e o princípio da sua unidade material". Para chegar a esse entendimento, o autor argumenta o seguinte: "Se a existência de outros princípios ou valores [...] justifica que os direitos possam ser restringidos [...], a ideia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos, liberdade e garantias, tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição".

Ao lado desse princípio fundamental, contudo, pode-se observar que a presente época é dominada por um ceticismo que, no campo da ética, traduz-se na "crença difundida de que não existem métodos racionais para determinar a validade de juízos valorativos ou morais", incluindo-se aí obviamente a dignidade da pessoa humana. Como prova desse ceticismo, Günther Maluschke afirma que "princípios éticos são postulados que, *em termos éticos*, não se justificam. Utilizam-se tais postulados, que, por sua parte, não podem ser justificados, para justificar determinados atos e deslegitimar outros". Numa perspectiva mais ampla, Hans Albert sustenta que toda tentativa de fundamentação lógico-dedutiva – isto é, de sentenças a partir de sentenças – conduz a uma situação com três alternativas inaceitáveis, denominada por ele de *trilema de Münchhausen*. Nessa situação, só se pode escolher entre: um *regresso infinito*, que se reflete na necessidade de sempre, e cada vez mais, voltar atrás na busca de fundamentos; um *círculo lógico* na dedução, que se traduz na retomada de enunciados que já surgiram anteriormente como carentes de fundamentação; e, finalmente, uma *interrupção do procedimento* em um determinado ponto, o que constitui inevitavelmente uma suspensão dogmática e arbitrária do princípio da razão suficiente.

Nesse horizonte, Roberto Andorno identifica o principal paradoxo da noção de dignidade: de um ponto de vista *prático*, em virtude das enormes capacidades que a ciência e a tecnologia fornecem ao homem e das conseqüências que esses poderes podem trazer para a presente e para as futuras gerações, hoje, mais do que nunca, faz-se necessário afirmar o princípio da dignidade da pessoa humana; no entanto, de uma ponto de vista *teórico*, em razão do referido ceticismo radical sobre as capacidades humanas de reconhecer qualquer verdade ou valor objetivos, parece extremamente difícil, se não impossível, justificar racionalmente tal princípio, isto é, sem se recorrer a referências metafísicas.

Esse intrigante paradoxo não parece preocupar os juristas de uma maneira geral, tendo em vista que a doutrina majoritária adere ao entendimento de que a dignidade da pessoa humana é uma noção evidente em si mesma, ou seja, é "algo que não precisa ser *demonstrado*, mas apenas *afirmado*". Nesse sentido, Rizzato Nunes, assim como tantos outros autores, limita-se a afirmar o seguinte sobre o assunto: "O ser humano é digno porque é. […] Então, a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência". Essa concepção (ontológica), que se colhe inclusive da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sustenta que a dignidade é um atributo intrínseco ao ser humano e que, por isso, este é titular de determinados direitos, os quais devem ser respeitados pelos indivíduos e pelo Estado. Essa posição suscita questionamentos que muito raramente os juristas estão dispostos a enfrentar com a necessária profundidade, tais como: o que é o ser humano enquanto tal, isto é, para além das culturas e das tradições? É possível conhecer o ser humano enquanto tal, para, a partir daí, extrair os direitos que lhe são inerentes? Em sendo possível conhecê-lo, quais direitos seriam esses e como seriam eles identificados?

O presente trabalho não tem como objetivo responder a essas difíceis questões de caráter filosófico, mas tão-somente assinalar as principais dificuldades teóricas da concepção ontológica da dignidade da pessoa humana, que é defendida e utilizada pela grande maioria dos juristas no Brasil. Procura-se, com isso, demonstrar a necessidade de uma clarificação do conteúdo desse princípio, sob pena de ele ser reduzido um perigoso instrumental retórico a serviço dos interesses particulares e arbitrários daqueles que o interpretam e o aplicam.

1 A NOÇÃO DE DIGNIDADE ADOTADA PELAS ORDENS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS CONTEMPORÂNEAS

No seu estudo sobre a evolução da noção de dignidade no âmbito do pensamento ocidental, Ingo Sarlet constata que toda ordem constitucional que hoje, direta ou indiretamente, invoca a idéia da dignidade da pessoa humana adere indubitavelmente à concepção jusnaturalista que vivenciava seu apogeu no século XVIII, segundo a qual "o homem, em virtude tão-somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado". Tal autor acrescenta que, da mesma forma, foi recepcionada, sobretudo com base no pensamento cristão humanista, "uma fundamentação metafísica da dignidade da pessoa humana, que, na sua manifestação jurídica, significa uma última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social".

De acordo com essa tese sustentada por Ingo Sarlet, a noção de dignidade da pessoa humana recepcionada pelas ordens jurídico-constitucionais contemporâneas fundamenta-se especialmente em duas concepções: a ontológica e a teológica. Esta é compreendida a partir da idéia contida no seguinte trecho bíblico: "Façamos o homem à nossa imagem e semelhança. Que ele reine sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus, sobre os animais domésticos e sobre toda a terra, e sobre todos os répteis que se arrastam sobre a terra" (Gênesis, 1, 26). Nessa linha de raciocínio, Stephan Kirste explica que, sendo apenas imagem de Deus, o homem não possui as mesmas capacidades divinas, porém, através da razão, "ele tem a capacidade de compreender aquilo que Deus tem poder de fazer. Isso, naturalmente, coloca o homem muito acima dos animais, que estão apenas sujeitos à vontade divina, sem ter a capacidade de compreender a Deus". Tal argumento é desenvolvido por Eduardo Rabenhorst:

Ora, se todos os homens são criaturas de Deus, eles são iguais enquanto criaturas. Esta é a base do universalismo cristão propagado por São Paulo em sua *Epístola aos Romanos*: 'pois sou devedor tanto a gregos como a bárbaros, tanto a sábios como a ignorantes (Romanos, 14). Se há, pois, desigualdade entre os homens, ela é resultante de uma imperfeição aparente, já que o *logos* divino fez de todos os seres humanos livres e iguais. Inspirando-se na idéia estóica de fraternidade entre os homens, a religião cristã introduziu uma nova visão da dignidade humana. Esta, conforme observou Etcheverry S. J., perdeu a dimensão *quantitativa* que possuía no mundo antigo, deixando de ser uma *honraria* ou *distinção* proveniente da própria situação social de cada indivíduo (cidadão livre, filho de uma família ilustre, membro de uma casta privilegiada, etc.), e adquiriu uma dimensão *qualitativa*, no sentido de que nenhum indivíduo possuiria maior ou menor grau de dignidade frente aos demais, mas todos manifestariam uma idêntica estrutura espiritual [...]. Por isso, no humanismo cristão, cada homem, não importando sua origem ou situação social, seria intrinsecamente valioso e indistintamente digno de respeito.

Dessa forma, a perspectiva teológica compreende que os seres humanos possuem um direito individual ao reconhecimento de sua dignidade, da qual eles são dotados graças à sua criação singular, como imagem e semelhança de Deus. Nesse passo, acrescenta Stephan Kirste que "As Constituições só podem reafirmar esse direito, que é preexistente ao Estado e suas leis. De acordo com tal gênese do direito à dignidade, este é absoluto. Ser absoluto significa não poder ser ponderado com qualquer outro direito". Essa fundamentação não será aprofundada aqui, no entanto, pode-se perceber que ela dificilmente conseguiria convencer aos céticos e relativistas. Estes supostamente argumentariam que a comunidade moral cristã não é única, já que existem várias outras comunidades morais pautadas em crenças distintas e incompatíveis com aquelas do cristianismo. De todo modo, conquanto seja verdade que remanesce hoje uma concepção teológica de dignidade da pessoa humana – e isso é particularmente evidente em nosso país, cuja cultura é intensamente influenciada pela religião –, tal concepção, por si só, é insuficiente para uma sociedade pluralista e inadmissível para um Estado secular.

Por outro lado e para o que mais importa a este trabalho, a concepção ontológica da dignidade da pessoa humana compreende esta como atributo intrínseco ao ser humano, isto é, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana e, precisamente por isso, deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo ser criada ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser

humano como algo que lhe é inerente. Como já antecipado, tal concepção está presente não só na doutrina majoritária brasileira e estrangeira, mas também é a mais comumente utilizada em instrumentos jurídicos e éticos internacionais, que freqüentemente aludem a uma perspectiva intrínseca e universal. Para trazer o exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nela se defende que todos os indivíduos, pelo simples fato de serem membros da família humana, são titulares de uma dignidade inerente. Sendo esta um atributo inerente ao ser humano, "ela não pode ser obtida ou perdida, já que depende do *ser* da pessoa, e não do seu *comportamento*; ela não deixa margem para nivelações".

Para Günther Maluschke, essa posição acerca da dignidade da pessoa humana parece pressupor "uma ontologia de feição aristotélica: dignidade como uma característica permanente e, nesse sentido, essencial do ser humano (a essência inerente à substância). Essa misteriosa inerência não é explicitada". A idéia de que o conhecimento humano deve regular-se pelos objetos, que nada mais são do que uma manifestação autêntica do ser ou do real, remonta aos Pré-Socráticos, especialmente a Parmênides (cerca de 540-460 A.C), que influenciou Aristóteles nesse sentido.

A idéia de que é possível ter acesso direto à natureza ou essência das coisas tem raízes que parecem persistir até os correntes dias, em que se continua procurando abrigo na metafísica clássica. Esse abrigo, como se verá mais adiante, é altamente frágil e prejudicial, sobretudo quando se está em jogo um princípio fundamental. Antes de avançar, faz-se necessário, porém, tecer alguns comentários sobre a dignidade da pessoa humana no pensamento de Immanuel Kant. Parece pacífico, tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira, que a "última palavra" sobre a justificação desse princípio refere-se ao pensamento kantiano, que data do século XVIII. Não é um equívoco afirmar que a grande maioria dos autores que se dedicaram a perquirir a noção de dignidade, com um mínimo de profundidade, fazem referência ou partem da formulação teórica do aludido filósofo.

Pois bem, Kant sustenta que somente os seres racionais são dotados de vontade, que "é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir *em conformidade com a representação de certas leis*". Aquilo que serve à vontade de princípio objetivo da sua autodeterminação – isto é, a lei moral – "é o *fim* (*Zweck*), e este, se é dado pela só razão, tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais. O que pelo contrário contém apenas o princípio da possibilidade da acção, cujo efeito é um fim, chama-se *meio*". Partindo dessa premissa, Kant entende que o homem – ou, de maneira mais geral, todo o ser racional – existe não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade, mas, pelo contrário: em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo quanto nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim. E prossegue:

Os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios, e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto do respeito).

Nesse sentido, para Kant, a matéria, isto é, o fim da lei moral revela-se por meio da fórmula da humanidade, segundo a qual o ser racional, como fim segundo a sua razão e, portanto, como fim em si mesmo, tem de servir a toda a máxima de condição restritiva de todos os fins meramente relativos e arbitrários: "Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua, como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio".

Muito embora a lei moral – expressa pela fórmula do imperativo categórico – seja composta pela união de uma forma (*universalidade da razão*) e de uma matéria (*respeito à humanidade*), a sua determinação completa funda-se na *autonomia da vontade*, cujo imperativo específico é o seguinte: "Age só de tal maneira que a vontade pela sua máxima se possa considerar a si mesma ao mesmo tempo como legisladora universal". Dessa fórmula se segue que o ser racional é, ao mesmo tempo, autor da lei a que se submete. Em virtude disso, só deve obedecer às leis que ele próprio legislou, de tal modo que a sua dignidade será ferida se outro lhe impuser uma lei. A autonomia da vontade é, segundo Kant, o princípio supremo da moralidade. O trecho a seguir é bastante elucidativo no que diz respeito à relação entre autonomia e dignidade:

[...] todo ser racional, como fim em si mesmo, terá de poder considerar-se, com respeito a todas as leis a que possa estar submetido, ao mesmo tempo como legislador universal; porque exactamente esta aptidão das suas máximas a constituir a legislação universal é que o distingue como fim em si mesmo. Segue-se igualmente que esta sua dignidade (prerrogativa) em face de todos os simples seres naturais tem como conseqüência o haver de tomar sempre as suas máximas do ponto de vista de si mesmo e, ao mesmo tempo, também do ponto de vista de todos os outros seres racionais como legisladores (os quais, por isso, também se chamam pessoas). Ora, desta maneira é possível um mundo de seres racionais (*mundus intelligibilis*) como reino dos fins, e isto graças à própria legislação de todas as pessoas como membros dele. Por conseguinte, cada ser racional terá de agir como se fosse sempre, pelas suas máximas, um membro legislador no reino universal dos fins.

Em breve síntese, são essas as principais idéias de Kant acerca da dignidade da pessoa humana, que vem servindo, em tese, de instrumental teórico para a interpretação e para a aplicação desse princípio por parte dos juristas. Em tese, porque, como adverte Günther Maluschke, "A repristinação jurídica da concepção kantiana de dignidade humana realiza-se por meio de uma descontextualização pela qual as idéias de Kant, em grande parte, perdem seu significado original". Um exemplo trazido pelo citado autor refere-se ao lugar da dignidade diante da autonomia. Como se pode perceber do que foi explicitado sobre Kant mais acima, a liberdade (autonomia) é o conceito central da sua filosofia moral, de tal modo que, em comparação com essa noção, a dignidade encontra-se em segundo plano. Günther Maluschke, entretanto, constata que, no atual pensamento jurídico, essa ordem se inverte:

A dignidade da pessoa humana apresenta-se como princípio básico e ao mesmo tempo supremo. O interesse de fortalecer a idéia de dignidade da pessoa humana compreende-se como reação à história recente de suas múltiplas violações. Pode-se questionar, porém, se o acento forte que se coloca hoje à idéia de dignidade humana não é uma supervalorização que pode ser contra-produtiva para a grande meta dos defensores dos direitos humanos, a saber, seu universal reconhecimento e proteção.

Além desse exemplo de afastamento do sentido original do pensamento kantiano por parte dos juristas, verifica-se que não é de todo coerente enquadrar a concepção kantiana dentro de uma concepção ontológica de dignidade, como alguns autores têm feito. Isso será demonstrado a seguir, com base em uma análise mais detida das implicações da filosofia teórica de Kant na sua filosofia prática.

2 AS DIFICULDADES TEÓRICAS DA CONCEPÇÃO ONTOLÓGICA DE DIGNIDADE

Em sua *Crítica da Razão Pura*, Kant dedica-se a investigar se o conhecimento pertencente aos domínios próprios da razão segue ou não a via segura da ciência. Ao reconhecer que não só a lógica, mas também a matemática e a física já encontraram essa via segura, considera importante refletir sobre a alteração do método que foi tão proveitosa às duas últimas ciências, "para, pelo menos neste ponto, tentar imitá-las, tanto quanto o permite a sua analogia, como conhecimentos racionais, com a metafísica". Antes da alteração no método da matemática e da física, que as elevou ao estatuto de cientificidade, admitia-se que o conhecimento devia ser regulado pelos objetos; "porém, todas as tentativas para descobrir *a priori*, mediante conceitos, algo que ampliasse o nosso conhecimento, malogravam-se com este pressuposto". Com base nessa constatação, Kant propôs o seguinte:

Tentemos, pois, uma vez, experimentar se não se resolverão melhor as tarefas da metafísica, admitindo que os objectos se deveriam regular pelo nosso conhecimento, o que assim já concorda melhor com o que desejamos, a saber, a possibilidade de um conhecimento *a priori* desses objetos, que estabeleça algo sobre eles antes de nos serem dados. Trata-se aqui de uma semelhança com a primeira ideia de Copérnico; não podendo prosseguir na explicação dos movimentos celestes enquanto admitia que toda a multidão de estrelas se movia em torno do espectador, tentou se não daria melhor resultado fazer antes girar o espectador e deixar os astros imóveis.

Na visão de Kant, pode-se tentar o mesmo na metafísica; ou seja: em vez de os objetos regularem as intuições e conceitos *a priori*, poder-se-ia admitir que os objetos são regulados pelas intuições e conceitos. Assim, Kant percebe o seguinte: se a intuição tivesse de se guiar pela natureza dos objetos, não seria possível deles se conhecer algo *a priori*; se, ao contrário, o objeto (enquanto objeto dos sentidos) se guiar pela natureza da faculdade de intuição humana, poder-se-ia perfeitamente representar essa possibilidade. Nesse passo, Kant infere que a experiência, por meio da qual os objetos são dados ao entendimento, regula-se pelas intuições e pelos conceitos *a priori* deste, porquanto:

a própria experiência é uma forma de conhecimento do entendimento, cuja regra deve pressupor em mim antes de me serem dados os objetos, por conseqüência, *a priori* e essa regra é expressa em conceitos *a priori*, pelos quais têm de se regular todos os objetos da experiência e com os quais deve concordar.

Mais adiante, Kant afirma que a verdade do resultado obtido em sua primeira apreciação do conhecimento racional *a priori* é dada pela contraprova da experimentação, pelo fato de esse conhecimento apenas se referir a fenômenos e não às coisas em si que, embora em si mesmas reais, mantêm-se incognoscíveis ao entendimento humano. Para Kant, aquilo que conduz necessariamente à transposição dos limites da experiência e de todos os fenômenos é o incondicionado que a razão exige nas coisas em si, a fim de acabar

com a série de condições. Nesse sentido, em se admitindo que o conhecimento deve guiar-se pelos objetos, como coisas em si, descobre-se que o incondicionado não pode ser pensado sem cair em contradição. No entanto, tal contradição desaparece

se admitirmos que a nossa representação das coisas, tais como nos são dadas, não se regula por estas, consideradas como coisas em si, mas que são esses objectos, como fenómenos, que se regulam pelo nosso modo de representação, tendo consequentemente que buscar-se o incondicionado não nas coisas, na medida em que as conhecemos (em que nos são dadas), mas na medida em que as não conhecemos, enquanto coisas em si.

Isso significa dizer que só é possível conhecer as coisas enquanto fenômenos, isto é, da forma como se revelam à experiência, de tal modo que é justamente esse o limite que deve respeitar todo saber com pretensões de cientificidade. Querer conhecer a coisa em si – ou seja, a sua essência – é tentar ir além do campo da ciência, como quis a metafísica clássica. Essa interpretação da filosofia kantiana já foi proposta, com maior profundidade, por Regenaldo da Costa em sua investigação intitulada *O Projeto da Crítica da Razão Pura e a Impossibilidade de uma Ontologia Jurídica de Cunho Científico*. Com apoio nesse texto, pretende-se, agora, examinar uma questão fundamental para este trabalho, a saber: as determinações da razão prática estão submetidas ao domínio da razão teórica ou, ao contrário, como pretendia a metafísica clássica, a razão prática pode ultrapassar os limites *a priori* de qualquer experiência possível?

Conforme Regenaldo da Costa, o uso puro (prático) da razão, ao contrário do uso puro (teórico), não está restrito aos limites da sensibilidade, uma vez que "é na medida em que a razão (enquanto razão prática) ultrapassa os limites da sensibilidade, logo, os limites da razão teórica e da ciência, que ela estabelece os fundamentos necessários do agir racional, logo, da moral e do Direito". Tem-se, assim, que a razão prática não se apóia na razão teórica e não necessita da sua ajuda para estabelecer os fundamentos da ação reta. Como já se antecipou, o entendimento humano só pode apreender as coisas enquanto fenômenos, por estar condicionado ao espaço e ao tempo, que são as formas da intuição sensível. Sendo o conhecimento necessariamente mediado pela subjetividade, não é possível conhecer nenhum objeto enquanto coisa em si, mas tão-somente como objeto da intuição sensível, ou seja, como fenômeno, do que decorre que todo o conhecimento especulativo da razão está limitado aos simples objetos da experiência.

O próprio Kant faz questão de ressalvar que, embora não se possa conhecer o objeto como coisa em si, é possível, pelo menos, pensá-lo, porque, em caso contrário, chegar-se-ia à proposição absurda de que haveria fenômeno (aparência), sem haver algo que aparecesse. Nesse passo, segundo Regenaldo da Costa,

A *Crítica da Razão Pura* nos ensina, por conseguinte, a considerar os objetos em dois sentidos diferentes (enquanto fenômeno e enquanto coisa em si) e é o considerar deste modo que nos permite compreender o princípio de causalidade (o determinismo natural de determinação das coisas) e a liberdade, sem cairmos em contradição, e portanto, pensar a moral e o Direito, pois, a vontade humana – enquanto fenômeno – está sujeita à leis determinísticas da natureza e – enquanto nômeno – é livre, isto é, não sujeita às leis determinísticas da natureza.

É com base nessa distinção que se pode pensar, sem cair em contradição, a natureza e a liberdade, a razão teórica e a razão prática. Explica o aludido autor, porém, que, devido aos limites da razão teórica, embora se possa pensar a liberdade, não é possível conhecê-la, pois também ela tem como seu limite o campo dos fenômenos. A liberdade – enquanto propriedade da vontade humana –, portanto, é um pressuposto (transcendental) necessário da moral e do Direito, já que sem ela ambos seriam impossíveis. E, como tal, a liberdade não pode ser provada, mas apenas pensada; "e é o fato de a pensarmos, mesmo não podendo conhecê-la, que torna possível não reduzirmos tudo ao mecanismo da natureza e suas determinações necessárias e, deste modo, pensarmos a moral e o Direito".

Diante disso, pode-se agora responder à questão levantada mais acima sobre os limites da razão prática para Kant. Pois bem, verifica-se que nem mesmo para o uso prático necessário da razão é possível admitir o conhecimento de objetos transcendentes – como, por exemplo, a liberdade, Deus ou a imortalidade –, visto que o entendimento humano não possui intuições correspondentes a tais objetos. Regenaldo da Costa conclui, nesse passo, que:

[...] em uma perspectiva kantiana, não podemos fazer uma ontologia jurídica de cunho científico, pois se não podemos conhecer as coisas em si, menos ainda podemos conhecer o Direito em si, independentemente de nossas mediações subjetivas. Todo o Direito que podemos conhecer é constituído através da mediação da subjetividade, de modo que se há um Direito natural de cunho ontológico, não podemos conhecê-lo, pois a razão teórica ao tentar ultrapassar o campo dos fenômenos jurídicos e querer conhecer a essência do Direito (Direito em si) apenas confunde suas idéias sobre o Direito com a realidade do Direito (essência do Direito), caindo em uma ilusão metafísica, na mesma medida em que não tem consciência de seus limites e, portanto, é ingênua e pré-científica.

Com base nessas considerações, pode-se demonstrar, em primeiro lugar, a tese de que a concepção kantiana de dignidade não se enquadraria em uma concepção ontológica, uma vez que, tanto na sua filosofia teórica quanto na sua filosofia prática, Kant elabora um projeto que caminha justamente em sentido contrário à ontologia. Em segundo lugar, caso Kant tenha razão, comprova-se também que a concepção ontológica da dignidade da pessoa humana é insustentável cientificamente, por ignorar a mediação da subjetividade humana e os seus limites. Tanto no uso teórico quanto no uso prático da razão é impossível conhecer um atributo intrínseco à natureza humana chamado "dignidade". Como Regenaldo da Costa já afirmou para a hipótese do Direito natural, o mesmo aplica-se à concepção ontológica de dignidade: se existe uma dignidade inerente homem, válida por si mesma, em todos os tempos e em todos os lugares, em virtude dos limites impostos pela razão, não se poderá jamais conhecê-la.

Ainda que Kant não tenha razão no que tange à impossibilidade de uma ontologia, as dificuldades teóricas da concepção ontológica da dignidade da pessoa humana não acabam. De acordo com Eduardo Rabenhorst, os céticos e relativistas rejeitariam essa concepção de imediato, porque, para eles, "se existe algo que pode ser chamado *natureza humana*, dela não é possível inferir qualquer juízo moral sobre a dignidade ou a igualdade entre os homens", pois a natureza do homem, assim como a de qualquer organismo vivo, "apenas estabelece as estratégias que visam a assegurar a continuidade da nossa história evolutiva, ou seja, a sobrevivência e a multiplicação dos nossos

genes". Nessa perspectiva, Ulfried Neumann afirma que os modelos metafísicos com alcance para além das características empíricas do homem são problemáticos, pois "desvinculam a dignidade, como qualidade transcendente, dos sofrimentos reais do homem, das suas necessidades e de seus interesses efetivos. A necessidade de relacionar a dignidade humana à 'realidade da criatura' do homem não encontra nenhum amparo nesses modelos".

Acrescente-se que o argumento central da concepção ontológica, segundo o qual a dignidade é um atributo inerente à natureza humana e que, por esse simples fato, certos direitos devem ser respeitados incondicionalmente, dificilmente resistiria a uma análise lógica. O argumento enunciado está fadado a cair naquilo que G. E. Moore chamou de "falácia naturalista", a qual consiste em confundir o plano dos fatos empíricos (dimensão descritiva) com o plano dos valores (dimensão normativa). Nesse sentido, como destaca Hans Kelsen, ninguém pode negar que o enunciado "tal coisa é" – ou seja, o enunciado através do qual se descreve um ser fático – se distingue substancialmente do enunciado "algo deve ser" – com o qual se descreve uma norma – "e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja". Além de levantar essa abordagem lógica, Günther Maluschke considera a concepção ontológica da dignidade da pessoa humana como superada e sem sentido, argumentando que a dignidade seria apenas uma criação humana:

A procura de um fundamento *ontológico* de normatividade e, neste caso, do direito do homem e de sua dignidade não faz sentido. [...] Qual poderia ser a solução? O surgimento da consciência da necessidade de normas pode ser compreendido como manifestação de protesto contra as muitas formas de violência que sempre acompanharam a história da humanidade. Normas morais e jurídicas, e também a idéia de dignidade humana, são postulados e como tais invenções humanas; surgiram na mente humana. O único fator fundador é a facticidade da mente humana como criadora de normas. Normas não têm fundamento no mundo externo; não tem ancoragem ontológica; e, no que concerne à dignidade humana, esta deve ser compreendida como atributo que o homem atribui a si mesmo. A jurisprudência hoje ainda não consegue se livrar de concepções ontológicas superadas.

Outra linha de pensamento que se revela incompatível com a concepção ontológica da dignidade da pessoa humana é a dos defensores do multiculturalismo. Como já afirmou Heiner Bielefeldt, o *pluralismo radical* é um dos aspectos mais importantes que a modernidade trouxe consigo. Indivíduos com diferentes visões de mundo e com diferentes convicções (religiosas ou não) éticas e políticas vivem hoje literalmente lado a lado, quer queiram quer não. A mobilidade e a volatilidade do mundo contemporâneo têm como conseqüência, por exemplo, uma cotidiana confrontação direta entre pessoas de diferentes sistemas de crença ou de diferentes modos de vida, circunstância essa que envolve profundas mudanças nas relações entre os homens. Tratando do mesmo assunto, Regenaldo da Costa constata que o pluralismo cultural também expressa que há "diferentes concepções acerca da idéia dos direitos, de modo que não podemos contar com um reconhecimento universal da idéia e do conteúdo dos direitos humanos" e da dignidade da pessoa humana, que é vista por muitos como o fundamento desses direitos.

Nesse horizonte, a concepção ontológica de dignidade não parece conseguir eliminar, por exemplo, um dos principais argumentos levantados no atual debate sobre os direitos humanos e o pluralismo cultural, a saber: que tais direitos, ao lado da noção de dignidade da pessoa humana, são a grande expressão do individualismo antropocêntrico da cultura ocidental, não podendo ser transferidos para culturas e religiões não-ocidentais caracterizadas por privilegiarem uma postura comunitária, em detrimento da orientação individualista liberal. Como as limitações do entendimento humano não permitem que se conheça a natureza humana, a interpretação acerca desta pode variar conforme a visão de mundo de cada indivíduo, de cada cultura, de cada sociedade ou de cada época, de tal modo que o argumento ontológico da dignidade mantém-se fechado ao diálogo com quem pensa diferentemente, originando inevitavelmente atitudes particularistas, dogmáticas e arbitrárias.

O que se percebe, a partir de todas as considerações feitas até então, é que a concepção ontológica da dignidade da pessoa humana, em virtude de situá-la em um nível tão alto de abstração e de generalidade, acaba fundando um princípio de conteúdo incerto e, por isso mesmo, muito dependente dos contextos argumentativos e dos diversos pressupostos morais e filosóficos daqueles que o invocam. Essa é talvez a mais grave e preocupante ameaça oferecida pelo crescente uso da aludida concepção. Günther Maluschke é um dos autores que identifica esse problema:

A qualificação de um conceito avaliador como princípio supremo e absoluto quase sempre, necessariamente, leva a uma série de argumentações pseudo-objetivas e a pseudo-legitimações. Isto pode ser verificado pela análise das listas de comportamentos caracterizados como violações do princípio da dignidade humana. Como não se pode simplesmente 'deduzir' do princípio da dignidade de textura aberta todos os atos contrários a ele, é inevitável que se recorra, para identificar tais atos, a ideologias ou concepções metafísicas.

Embora se reconheça que a noção dignidade da pessoa humana – assim como os demais valores sociais – já carrega certa carga de ambigüidade, pode-se notar que a concepção ontológica, em razão de suas dificuldades teóricas, torna ainda mais problemática a interpretação e a aplicação jurídicas desse princípio. Isso porque toda decisão judicial que se fundamenta no conteúdo – absoluto, porém insuficientemente claro – de uma dignidade inerente à natureza humana, querendo ou não, poderá utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana como um instrumental meramente retórico para defender ou posições que poderiam ser resolvidas através de outras garantias legais ou, o que é pior ainda, para defender meros caprichos ou juízos pessoais arbitrários e voluntaristas.

Dessa forma, percebendo o uso inflacionário e muitas vezes incoerente da dignidade da pessoa humana, que tem servido inclusive para justificar interesses ou soluções diametralmente opostas, alguns juristas têm tratado esse princípio com muitas reservas. Nesse sentido, Véronique Champeil Desplats, em recente conferência proferida na cidade de Buenos Aires, apoiando-se em exemplos teóricos e jurisprudenciais, demonstrou a profunda complexidade e ambigüidade das relações do conceito de dignidade com os direitos humanos e com as liberdades. Para ela, a dignidade apresenta vários problemas de cunho filosófico, ético e jurídico, dentre os quais destaca a ambigüidade em relação a sua definição; a ambivalência a respeito da autonomia do individuo; a dificuldade de identificação e de nomeação dos seus titulares, a questão sobre ela ser um conceito fundador ou derivado; e, finalmente, o seu caráter absoluto ou

relativo. Em comentário à referida conferência, Ricardo Guibourg chega ao ponto extremo de dizer o seguinte:

[...] a dignidade, longe de servir para garantir o que todos queremos garantir (entre outras coisas, claro, porque não há algo que *realmente* todos queiramos *realmente* garantir *realmente* em todos os casos), cumpre uma função muito distinta: a de arma retórica projetada à disposição de cada pessoa ou grupo para defender suas próprias preferências frente a outras opostas. [...] Estou, pois, de acordo com nossa convidada quando assinala que o conceito de dignidade opera ambiguamente. Porém, creio que é possível ir mais além, para sustentar que o conceito de dignidade opera *sempre* ambiguamente e que, quando não nos damos conta disto, é porque esse conceito está sendo usado em defesa de preferências que nós mesmos compartilhamos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao contrário do posicionamento cético defendido por Ricardo Guibourg, deve-se deixar bem claro, que não se procurou aqui rejeitar o princípio da dignidade da pessoa humana. O que se buscou, na verdade, foi lançar um olhar crítico sobre apenas uma das concepções desse princípio – a ontológica –, que, por ser atualmente a mais utilizada pelos intérpretes e aplicadores do Direito, exige que as suas bases jurídico-filosóficas sejam discutidas e aclaradas.

Aliás, concorda-se com a já mencionada reflexão de Roberto Andorno, segundo a qual, tendo em vista os desafios éticos decorrentes do enorme desenvolvimento científico-tecnológico ocorrido desde a metade do século XX, hoje, mais do que nunca, é necessário afirmar o princípio da dignidade da pessoa humana, de tal modo, que se ele for abandonado, certamente será substituído por outro princípio similar, a fim de manter as relações sociais civilizadas.

Em relação ao objetivo proposto inicialmente, pode-se constatar que a concepção ontológica da dignidade da pessoa humana, ao conferir a esta um *status* privilegiado, porém sob bases teóricas frágeis, imuniza esse princípio de uma análise mais profunda sobre o seu conteúdo, sobre as suas implicações e, principalmente, sobre os seus possíveis usos argumentativos. Isso, de um lado, representa um obstáculo ao reconhecimento e à proteção dos direitos humanos e fundamentais; e, de outro, provoca o aumento da insegurança na práxis e no discurso jurídicos. Dessa maneira, a concepção ontológica de dignidade não deve seguir servindo como critério suficiente para a aplicação e para a interpretação do Direito.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica.** Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Érika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

ANDORNO, Roberto. The paradoxical notion of human dignity. **Revista Persona,** Buenos Aires. n. 9, set. 2002. Disponível em: tp://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm>. Acesso em: 15 nov. 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos:** fundamentos de um ethos de liberdade universal. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 74.

_____. Os direitos humanos num mundo pluralista. Tradução de Bruno Cunha Weyne. **Pensar:** Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 166-174, jul./dez. 2008.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. La dignidad y su ambigua influencia en las libertades. In: **Simposio Franco-Americano de Filosofía del Derecho Público.** Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Departamento de Filosofía del Derecho, 2008.

COSTA, Regenaldo da. Justificação racional, idéia de direitos humanos e multiculturalidade. **Nomos:** Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 28, p. 279-288, jul./dez. 2008.

_____. **Ética e filosofia do direito.** Fortaleza: ABC, 2006.

GUIBOURG, Ricardo Alberto. Comentario a la exposición de la Profesora Véronique Champeil-Desplats. In: **Simposio Franco-Americano de Filosofía del Derecho Público.** Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Departamento de Filosofía del Derecho, 2008.

HAMLYN, David Walter. **Uma história da filosofia ocidental.** Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

HAYDEN, Patrick. **The philosophy of human rights**. St. Paul: Paragon House, 2001.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. Tradução de Luís Marcos Sander. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 175-198.

MALUSCHKE, Günther. A dignidade humana como princípio ético-jurídico. **Nomos:** Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 27, p. 95-117, jul./dez. 2007.

MOORE, G. E. **Principia ethica.** Cambridge: Cambridge University Press, 1903.

NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 225-240.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos:** un ensayo de fundamentación. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Sobre a fundamentação.** 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RACHELS, James. **Introducción a la filosofía moral.** Traducción de Gustavo Ortiz Millán. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. (Org.). **Dimensões da dignidade humana:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15-43.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, José Cavalcante de. (Comp.). **Os pré-socráticos:** fragmentos, doxografia e comentários. Tradução de Remberto F. Kuhnen et al. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

WERTHEIMER, Roger. Philosophy on humanity. In: PERKINS, R. L. (Ed.). **Abortion:** pro and con. Cambridge, Massachusetts: Schenkman, 1974, p. 107-128.

WEYNE, Bruno Cunha. Dignidade da pessoa humana na filosofia moral de Kant. **Themis:** Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), v. 5, n. 1, p. 15-41, jan./jul. 2007.

Apenas a título ilustrativo, fazem expressa referência à dignidade: Constituição do Paraguai (Preâmbulo e arts. 1º e 46); Constituição do México (arts. 3.1 e 25); Constituição de Portugal (art. 1º); Constituição da Espanha (Preâmbulo e art. 10, I); Constituição da Itália (arts. 3º e 41); Constituição da Bélgica (art. 23); Constituição da Suíça (art. 119); Constituição da Irlanda (Preâmbulo); Constituição da República Tcheca (Preâmbulo); Constituição da Suécia (art. 2º); Constituição da Finlândia (art.

1º); Constituição da Grécia (art. 7.2); Constituição da Polônia (Preâmbulo e art. 30); Constituição da Lituânia (art. 21); Constituição da Eslovênia (art. 34); Constituição da Rússia (art. 7º); Constituição da África do Sul (Seções 7ª e 10); Constituição de Israel (art. 1º).

Segundo Günther Maluschke, "a palavra 'dignidade' (sem o atributo 'humana') tem uma história muito longa; a expressão 'dignidade humana' desempenha, por muito tempo, um papel secundário, mas a idéia de que o homem, em virtude de sua natureza e excelência pelas quais se destaca de todos os outros seres vivos, é portador de uma dignidade específica já se encontra nos escritos dos estóicos [...]". MALUSCHKE, Günther. A dignidade humana como princípio ético-jurídico. **Nomos:** Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 27, p. 95-117, jul./dez. 2007, à p. 99.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 71.

SALET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 71.

"Art. 18º [...] 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais".

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 306. Para uma visão crítica da dignidade como limite absoluto dos direitos fundamentais, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 187-202.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 306.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos:** un ensayo de fundamentación. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 50. Sobre o ceticismo ético, cf. idem, ibidem, p. 49-89, cap. II.

MALUSCHKE, Günther. Op. cit., p. 98.

Cf. ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica.** Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Érika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996, p. 26-27.

Cf. ANDORNO, Roberto. The paradoxical notion of human dignity. **Revista Persona**, Buenos Aires. n. 9, set. 2002. Disponível em: . Acesso em: 15 nov. 2008. Este trabalho foi integralmente traduzido do original em Inglês por mim, tendo sido aceito para publicação na Revista Bioética (Conselho Federal de Medicina), Brasília, v. 17, nº 2, 2009.

Roger Wertheimer sustenta que a maioria das pessoas admite apenas um único critério para a dignidade: "Vamos chamar o tipo de *status* que a maioria das pessoas atribui aos seres humanos de *status* (moral) humano. O termo refere-se a um tipo de consideração independente e superior a ser atribuída a uma entidade, e não ao tipo de entidade a ser

atribuída a consideração, por isso não é uma verdade constitutiva que os seres humanos têm *status* humano. No entanto, a maioria das pessoas acredita que o ser humano tem um cachê moral [...], um ser humano tem *status* humano em virtude de ser um ser humano (e, portanto, todo ser humano tem *status* humano). Chamo isso de Opinião Padrão [*Standard Belief*], que a maioria das pessoas aceita como um fato empírico". WERTHEIMER, Roger. Philosophy on humanity. In: PERKINS, R. L. (Ed.). **Abortion:** pro and con. Cambridge, Massachusetts: Schenkman, 1974, p. 107-128, às p. 107-108. Na doutrina brasileira, Ingo Sarlet é um dos autores que revela essa tendência majoritária. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 27 e 46.

ANDORNO, Roberto. Op. cit.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

O autor parece fazer referência ao período compreendido entre os séculos XVII e XVIII, como ele bem expõe algumas páginas mais atrás em seu livro. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 32.

SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 39.

SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 39.

KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. Tradução de Luís Marcos Sander. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 175-198, à p. 182.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 25-26.

KIRSTE, Stephan. Op. cit., p. 182.

Para Eduardo Rabenhorst, "talvez essas crenças não discordem quanto à essência da dignidade humana [...], mas com certeza elas divergem acerca dos contornos dessa noção. A religião islâmica, por exemplo, também reconhece uma dignidade inerente ao homem atribuída por Deus, mas cristãos e muçulmanos discordam radicalmente quanto à proibição do aborto". RABENHORST, Eduardo Ramalho. Op. cit., p. 42. Acerca do debate sobre o desafio do relativismo cultural, cf. RACHELS, James. **Introducción a la filosofía moral.** Traducción de Gustavo Ortiz Millán. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 38-61, cap. II.

Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 42-43.

ANDORNO, Roberto. Op. cit.

MALUSCHKE, Günther. Op. cit., p. 108.

"Parmênides parece estar vinculado à unidade formal (*katà tòn lógon*), enquanto Melisso à unidade material (*katà tèn hùlen*). [...] Parmênides parece, neste ponto,

raciocinar com mais penetração. Julgando que fora do ser o não-ser nada é, forçosamente admite que só uma Isa é, a saber, o ser, e nenhuma outra... Mas, constrangido a seguir o real (*tois phainoménois*), admitindo ao mesmo tempo a unidade formal (*katà tòn lógon*) e a pluralidade sensível (*katà tèn distesin*) estabelece duas causas e dois princípios: quente e frio, vale dizer, Fogo e Terra. Destes (dois princípios) ele ordena um (o quente) ao ser, o outro ao não-ser. [...]. Examinando a verdade nos seres, como seres admitia só as coisas sensíveis". ARISTÓTELES. **Metafísica,** *I, 5. 986 b 18* (DK 28 A 24) apud SOUZA, José Cavalcante de. (Comp.). **Os pré-socráticos:** fragmentos, doxografia e comentários. Tradução de Remberto F. Kuhnen et al. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p.118, doxografia de Parmênides de Eléia.

A respeito da construção teórica kantiana em torno da dignidade da pessoa humana, cf. WEYNE, Bruno Cunha. Dignidade da pessoa humana na filosofia moral de Kant. **Themis:** Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), v. 5, n. 1, p. 15-41, jan./jul. 2007.

Ingo Sarlet possui o mesmo entendimento acerca do lugar de destaque que ocupa a concepção kantiana de dignidade da pessoa humana na doutrina jurídica. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 34, especialmente a nota de rodapé nº 26.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995, p. 64.

KANT, Immanuel. Op. cit., p. 64. Cf. Id., ibid., p. 74.

Cf. KANT, Immanuel. Op. cit., p. 65.

KANT, Immanuel. Op. cit., p. 65.

Cf. KANT, Immanuel. Op. cit., p. 73.

KANT, Immanuel. Op. cit., p. 66.

KANT, Immanuel. Op. cit., p. 71.

Cf. KANT, Immanuel. Op. cit., p. 29. Ver também: WEYNE, Bruno Cunha. Op. cit., p. 18-27.

KANT, Immanuel. Op. cit., p. 75.

MALUSCHKE, Günther. Op. cit., p. 103. "Obviamente, os juristas não podiam nem podem partir daquele princípio que Kant chamava de 'fato da razão'; os juristas são intérpretes das declarações internacionais e das constituições de seus países, e os princípios nelas positivados, concernentes à dignidade humana, são os dados dogmáticos que não podem ultrapassar".
MALUSCHKE, Günther. Op. cit., p. 105.

Ana Paula de Barcellos, por exemplo, afirma que "[...] para Kant, o homem é um fim em si mesmo – e não uma função do Estado, da sociedade ou da nação – dispondo de uma dignidade ontológica". BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos**

princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 124. Ingo Sarlet, apesar da interpretação correta que faz acerca da relação entre autonomia e dignidade em Kant, também enquadra a concepção kantiana dentro de uma dimensão ontológica, e isto fica particularmente claro no trabalho seguinte. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. (Org.). **Dimensões da dignidade humana:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15-43, às p. 21-23.

Diferentemente da física e da matemática, que tiveram maiores dificuldades para se consolidarem como saberes científicos, "a lógica, desde remotos tempos, seguiu a via segura [...]. Também é digno de nota que [a lógica] não tenha até hoje progredido, parecendo, por conseguinte, acabada e perfeita". Como explica Kant logo em seguida, o fato de a lógica ter sido tão bem sucedida "deve-se ao seu carácter limitado, que a autoriza e mesmo a obriga a abstrair de todos os objectos de conhecimento e suas diferenças, tendo nela o entendimento que se ocupar apenas consigo próprio e com a sua forma. Seria naturalmente muito mais difícil para a razão seguir a via segura da ciência, tendo de tratar não somente de si, mas também dos objectos; eis porque, enquanto propedêutica, a lógica é apenas como a antecâmara das ciências e, tratando-se de conhecimentos, pressupõe-se, sem dúvida, uma lógica para os julgar, mas tem que procurar-se a aquisição destes nas ciências, própria e objectivamente designadas por esse nome". KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 15-16.

KANT, Immanuel. Op. cit., p. 19.

KANT, Immanuel. Op. cit., p. 19-20.

KANT, Immanuel. Op. cit., p. 20.

David Hamlyn esclarece essa proposta kantiana. Segundo ele, a posição epistemológica de Kant "implica aceitação da doutrina empirista, de que recebemos informações sob a forma de impressões. Kant denomina essas impressões de representações (*Vorstellungen*), ou intuições sensíveis. O conteúdo de uma representação constitui sua matéria, mas todas as representações têm também uma força espaço-temporal. Isto é um *a priori* no sentido em que a espacialidade e temporalidade da representação não são, por assim dizer, construídas de outras impressões que, conforme Hume deixou claro, teriam que ser não-estendidas ou semelhantes a pontos. Espacialidade e temporalidade são *pressupostas* ao se ter uma representação. Embora essas representações tenham conteúdo, elas não importam em conhecimento, a menos que sejam postas sob conceitos nos juízos. E é este que é epistemologicamente básico. Em uma observação famosa, disse Kant: 'Pensamentos sem conteúdo são vazios e intuições sem conceitos são cegas'. Os empiristas haviam dito muito pouco, se é que alguma coisa, sobre juízo e não deve ser subestimada a importância da ênfase de Kant sobre o mesmo. Não obstante, a aceitação por Kant de grande parte da aparelhagem epistemológica dos empiristas, particularmente da tese sobre representações, afeta o resto de sua filosofia. Isto porque

se a sensibilidade nos fornece apenas representações, temos, na melhor das hipóteses, apenas acesso indireto ao chamado mundo externo. Essa visão implica uma forma de idealismo. A tese de Kant é que temos que supor que as representações são, de alguma maneira, devidas ao que ele chama de coisas-em-si, mas não podemos ter conhecimento delas". HAMLYN, David Walter. **Uma história da filosofia ocidental.** Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, p. 201.

KANT, Immanuel. Op. cit., p. 20.

Cf. KANT, Immanuel. Op. cit., p. 21-22.

KANT, Immanuel. Op. cit., p. 22.

COSTA, Regenaldo da. **Ética e filosofia do direito.** Fortaleza: ABC, 2006, p. 15-26, cap. I.

COSTA, Regenaldo da. Op. cit., p. 22.

Cf. KANT, Immanuel. Op. cit., p. 25; COSTA, Regenaldo da. Op. cit., p. 22-23.

Cf. KANT, Immanuel. Op. cit., p. 25; COSTA, Regenaldo da. Op. cit., p. 23.

COSTA, Regenaldo da. Op. cit., p. 23. Cf. KANT, Immanuel. Op. cit., p. 26-27.

Segundo Manfredo Araújo de Oliveira, Kant concorda com Hume, no sentido de que "a demonstração dos pressupostos do conhecimento científico não pode ocorrer nem empiricamente nem através de procedimentos da lógica formal. No entanto, contra as conclusões céticas de Hume, Kant articula um novo tipo de demonstração por ele denominada *transcendental*". "Trata-se, em última instância, de articular o sistema das sentenças básicas do entendimento puro enquanto condição de possibilidade da experiência. Estas sentenças na realidade são pressupostos inevitáveis e, portanto, já sempre aceitos e reconhecidos enquanto pressupostos de nossos conhecimentos. Portanto, eles são legitimados a partir da função que exercem no processo de conhecimento". OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Sobre a fundamentação.** 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 26 e nota de rodapé nº 33.

COSTA, Regenaldo da. Op. cit., p. 23.

COSTA, Regenaldo da. Op. cit., p. 25.

No que tange especificamente à filosofia prática kantiana, Heiner Bielefeldt explica em que medida há uma superação de Kant sobre a ontologia: "É bem verdade que na ética tradicional a razão não era só considerada *órgão seletor* em relação a conteúdos naturais tidos como objetivos, mas detinha, também, papel ativo na formulação das normas. No entanto, o produto da razão no âmbito da moralidade era, muitas vezes, apresentado em estreita analogia ao conhecimento teórico. Assim, a tarefa primordial da razão seria *reconhecer* conteúdos ontológicos normativos relevantes – seja no âmbito da conceituação cósmica, da conceituação natural teleológica ou, ainda, na conceituação da criação baseada na visão teológica da revelação – e, depois, transformá-los em ação prática. Kant sobrepassa esse axioma da lei natural, ao distinguir de forma precisa a

diferença entre ordem natural e ordem libertária, sem cair em dualismo abstrato, como lhe é, por vezes, atribuído falsamente. Dessa forma, ele liberta a ética da preponderância do pensamento teórico, bem como de todas as formas de *dominação sacerdotal dos intelectuais* e valida a autonomia da razão prática". BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos:** fundamentos de um *ethos* de liberdade universal. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 74.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Op. cit., p. 43.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Op. cit., p. 43.

NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 225-240, à p.239.

"Pode ser verdade que todas as coisas que são boas são também algo mais, assim como é verdadeiro que todas as coisas que são amarelas produzem certo tipo de vibração na luz. Também é fato que a ética pretende descobrir quais são as outras propriedades que pertencem a todas as coisas que são boas. Porém, muitos filósofos pensaram que quando se referiam a essas outras propriedades estavam, realmente, definindo o bem; que essas propriedades, de fato, não são 'outras', mas absolutamente e inteiramente o mesmo que a bondade. Proponho chamar essa visão de 'falácia naturalista'". MOORE, G. E. **Principia ethica.** Cambridge: Cambridge University Press, 1903, § 10¶3.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 6.

MALUSCHKE, Günther. Op. cit., p. 108.

BIELEFELDT, Heiner. Os direitos humanos num mundo pluralista. Tradução de Bruno Cunha Weyne. **Pensar:** Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 166-174, jul./dez. 2008, à p. 169.

COSTA, Regenaldo da. Justificação racional, idéia de direitos humanos e multiculturalidade. **Nomos:** Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 29, p. 279-288, jul./dez. 2008, à p. 279.

Cf. BIELEFELDT, Heiner. Op. cit., p. 171-172. .Ver também: HAYDEN, Patrick. **The philosophy of human rights**. St. Paul: Paragon House, 2001, p. 9.

Nesse sentido, conforme Ulfried Neumann, "À 'ontologização' da dignidade humana corresponde uma correlata 'desnormatização' e, com isso, uma perda de força protetiva". NEUMANN, Ulfried. Op. cit., p. 239.

Após uma breve análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Virgílio Afonso da Silva constatou que a banalização do uso desse princípio já vem ocorrendo no Brasil, servindo como uma espécie de enorme "guarda-chuva". Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 193.

Cf. CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. La dignidad y su ambigua influencia en las libertades. In: **Simposio Franco-Americano de Filosofía del Derecho Público.** Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Departamento de Filosofía del Derecho, 2008.

GUIBOURG, Ricardo Alberto. Comentario a la exposición de la Profesora Véronique Champeil-Desplats. In: **Simposio Franco-Americano de Filosofía del Derecho Público.** Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Departamento de Filosofía del Derecho, 2008.

RECONHECIMENTO SOCIAL E DEFICIT DE CIDADANIA: A SOBERANIA POPULAR QUESTIONADA DIANTE DO ESTADO (DEMOCRÁTICO) MULTICULTURAL*

SOCIAL RECOGNITION AND DEFICIT OF CITIZENSHIP: A POPULAR SOVEREIGNTY QUESTION BEFORE STATE (DEMOCRATIC) MULTICULTURAL

Cassiana Alvina Carvalho

RESUMO

O fato de vivermos em uma sociedade multicultural, faz com que repensemos o papel do cidadão na prática do exercício da soberania popular, dentro desse ambiente paradoxal e desigual; se o Estado Moderno não possibilitou o reconhecimento do ser humano enquanto sujeito complexo, ignorando por completo a diversidade fez com que a práxis cidadã fosse mitigada a uma ação mecanicista e hegemônica, mesmo diante de demandas cada vez mais complexas que compeliam o cidadão a uma maior participação popular. Chegar a essa conclusão faz com que seja posto a debate o tema do reconhecimento social do sujeito (do outro e de si mesmo), enquanto ser multifacetado como forma de possibilitar ao ator social uma participação mais equilibrada, assim, o futuro do Estado e da democracia passa obrigatoriamente pelo reconhecimento da diversidade, só poderemos falar em Estado democrático quando o cidadão possuir meios de participação dentro de suas condições culturais e históricas, ou seja, dentro de sua diversidade; enquanto o tema do reconhecimento social não for tomado como de alta relevância para o futuro do Estado de projeto democrático constituirá sendo considerado um dos fatores de déficit de cidadania.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO, CIDADANIA, RECONHECIMENTO SOCIAL, MULTICULTURALISMO, DEMOCRACIA.

ABSTRACT

The fact that we live in a multicultural society, is that rethinking the role of the citizen in practice the exercise of popular sovereignty within that environment and unequal paradoxical, if not the modern State has to recognize the human being as a complex subject, ignoring entirely diversity has made the practice citizen was mitigated to a mechanistic and hegemonic action, even in the face of increasingly complex demands that compel the individual to greater popular participation. Reaching this conclusion makes it put the issue to discussion of social recognition of the subject (and the other of itself), be as multifaceted as a social actor to allow a more balanced, therefore, the future of the state and democracy is required for the recognition of diversity, we can only talk about democratic State where citizens have the means to participate in its

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

cultural and historical conditions, that is within your diversity, while the theme of social recognition is not taken as of high relevance for the future of the democratic project will be considered one of the factors of lack of citizenship.

KEYWORDS: STATE, CITIZENSHIP, SOCIAL RECOGNITION, MULTICULTURALISM, DEMOCRACY.

1. INTRODUÇÃO

Pensar a sociedade multicultural nos remete diretamente ao cidadão do século XXI e suas particularidades pessoais, bem como as influências que cada um exerce sobre o todo, com sua história, sua cultura, sua identidade que é única em cada indivíduo, é a busca pelo direito a ser singular e conviver numa sociedade que reconheça essas diferenças. Como premissa delineia-se algo que parece recorrente: a sociedade do século XXI apresenta-se paradoxal, complexa e disforme, formada por inúmeros grupos identitários que possuem diferenças únicas e ao mesmo tempo similaridades consistentes, tudo isso dentro de um espaço territorial delimitado na forma de Estados; os que interessam para o presente estudo são os estabelecidos sob uma "democracia de direito".

A identidade do cidadão do Estado (pós)moderno merece especial destaque já que tem enfrentado, na sua formação e reformulação, inúmeras ingerências, que tomam todo dia o ser como "um novo ser", e que por conseqüência direta influencia o todo do Estado democrático através da forma como ele se expressa nas escolhas individuais e coletivas, enfim, através a práxis cidadã. Já não se vislumbra a cidadania como sendo apenas condição de uma comunidade que tenha a mesma origem, no sentido de nacionalidade ou o pertencer a determinada comunidade naquele sentido Aristotélico[1] do termo, mas sim como sendo uma forma de exercício, dentro da sociedade democrática, de direitos e deveres na construção de um ambiente que já ultrapassa os limites do Estado tomando níveis mundiais.

A essa conformação diferenciada podemos denominar sociedade ou quem sabe arriscar e chamá-lo de Estado multicultural, baseado na diversidade das demandas e na multiplicidade cultural dentro de um ambiente que ultrapassa os limites territoriais do Estado Moderno, mas que ainda cabe uma análise interna como forma de melhor organizarmos as ideias referente aos problemas de realização da cidadania dentre desse ambiente diferenciado.

Multiculturalismo não é fenômeno recente, dentro da sociedade e do Estado, vem ocorrendo de forma lenta e gradual, com aceleramento crescente nas últimas décadas, Hall aponta alguns fatores ou mudanças históricas decisivas que fizeram diferença para a formação da sociedade em que hoje vivemos: primeiro, o fim do velho sistema imperial europeu, sendo a questão multicultural uma questão pós-colonial; segundo, o fim da Guerra Fria, o fim do comunismo e a tentativa de instalação de uma "nova

ordem” mundial; terceira a globalização, aqui destacada a globalização contemporânea com a compressão do tempo/espaço, com tendência cultural homogeneizante e que traz consigo uma sistema de con-formação da diferença, como forma de resistência implicando numa concepção de poder mais discursivo do que normalmente vinha sendo encontrado até então[2].

Se as demandas do final do século XX são indissociáveis dos problemas culturais de compreensão e conciliação das diversidades e essa problemática passa obrigatoriamente pelo cidadão e pela prática de exercício de cidadania, isso por sua constituição enquanto tal e com o exercício de seus direitos e deveres dentro desse *lócus*. Se o projeto do Estado Moderno mostrou-se hegemônico, mesmo com traços de heterogenia conciliatória, por trazer em seu projeto constitutivo nítido caráter de sobreposição cultural, muitas vezes a ocidental, como sendo a única forma possível de manutenção do Estado de Direito, que se realiza ao cidadão através da prática cidadã mitigada ao poder de voto.

Os grupos (baseados na multiplicidade cultural) que formaram o conjunto social apresentam necessidades diversas, que diante de um Estado enfraquecido (seja por sua crise econômica, moral, política, finalística...) e insuficiente na respostas por demandas mínimas que garantam a dignidade, o que se tem encontrado em maior quantidade é a exclusão social, a marginalização, o abandono, a discriminação, vê-se o cidadão cada dia mais distante do Estado e vice versa. Em contraposição ao ambiente crítico buscam-se possibilidades não utópicas de um Estado Democrático que privilegie a participação diversificada e igualitária no dia a dia da comunidade, e que garantam o acesso à realização dos direitos humanos e fundamentais, e todas as demais nuanças que envolvem a cidadania ativa e completa.

Certo que somente é possível exercer direitos e deveres de forma ampla, liberta e consciente quando conseguirmos nos enxergar e enxergar o *Outro*, para tanto, enquanto não se agir no sentido de que todas as pessoas merecem igual tratamento e respeito, considerando suas diferenças, suas igualdades e as relações daí decorrentes, não se estará realizando nenhuma forma de cidadania, quiçá de democracia, e, isso direciona diretamente à construção daquela dignidade preconizada na Constituição como um dos princípios do Estado nacional: “It is obvius that this concept os dignity is the only one compatible with a democracy society...”[3].

Como lembra Alain Touraine o reconhecimento do multiculturalismo ou, mais simplesmente, das minorias e da diversidade cultural só pode ser intelectualmente fundado se houver o reconhecimento de que o princípio de igualdade não é separável do princípio de diferenciação[4], para tanto, devemos reconhecer que vivemos numa sociedade multifacetada, que abriga inúmeras culturas, costumes, formas de vida, e, reconhecê-las com igual peso no momento da tomada de decisões, bem como atribuir igual força a todos pode ser o primeiro caminho para superar esse déficit, mas o que percebemos é a tomada de um caminho exatamente inverso, qual seja, a tentativa de massificar a pluralidade, ignorando a diferença.

2. O RECONHECIMENTO SOCIAL E A FILOSOFIA HENGELIANA

A questão do reconhecimento do sujeito na sociedade moderna foi tema que restou adormecido e, por força do racionalismo, subjugando a uma inferioridade que acabou por enterrar a possibilidade de vislumbrar o indivíduo, enquanto ser peculiar, e atomizou o sujeito moderno a uma igualdade massificada, e essa imposição igualitária concretizou-se no fato gerador de déficit de realização do cidadão multicultural e por consequência direta da soberania popular, uma herança do homem moderno que merece ser superada. Nesse diapasão, convivemos com o cidadão dessa sociedade totalmente diferenciada que ainda está em formação debate-se com as tensões de um Estado que paradoxalmente quer multiculturalizar-se, e mostra isso através das promessas das Constituições contra-hegemônicas (e um grande exemplo disso é a Constituição brasileira e o projeto pós-88), e um Estado que não sabe como reconhecer, sabe apenas redistribuir, que foi o que fez até o momento (principalmente nos anos que se seguiram ao fim da II Guerra Mundial) como forma de compensar as deficiências de um mundo (ocidental) destruído econômica, moral e culturalmente.

Reportando-nos a Hengel, por ser ele o percussor dos estudos do reconhecimento como tema condicionante ao convívio social, em sua obra "Fenomenologia do Espírito" o doutrinador discorreu sobre o que entende relativo a "luta pelo reconhecimento", sempre contextualizando sua época histórica e de organização comunitária, merece destaque por estar sendo resgatado na busca por uma teoria da política do reconhecimento que seja aplicável a sociedade pós-moderna e que dê amplitude ao cidadão no exercício de direitos e deveres no dia a dia .

Para Hengel o indivíduo é ser formado por diferenças independentes que passam à unidade, sua unidade passa ao imediato desdobramento, fenômeno que chama de força; sendo a força o "Universal incondicionado" que é para si o que é para um *Outro*, ou que tem nele a diferença, por não ser outra coisa que o "ser-para-um-Outro" [5]. O autor faz um raciocínio dialógico antes de se reportar ao reconhecimento, iniciando pela busca da "consciência de si" que possui três momentos para conceituação: 1) o puro Eu diferenciado é seu primeiro objeto imediato; 2) essa imediatez é absoluta mediação: é somente como o suprassumir do objeto independente, ou seja, ela é o desejo. A satisfação do desejo é a reflexão da consciência-de-si sobre si mesma, ou a certeza que veio-a-ser verdade; 3) a verdade dessa certeza é antes a reflexão redobrada, a duplicação da consciência-de-si, essa por sua vez é um objeto à consciência, objeto que põe em si mesmo seu ser-outro, ou a diferença de-nada, e nisso é independente[6]. Já a consciência-de-si só possui realidade na medida em que se aliena a si mesma, essa igualdade com todos não é aquela igualdade do direito, não é aquele imediato ser-reconhecido e estar-em-vigor da consciência, pelo fato de que ela é; ela vigora, é por se ter tornado conforme ao universal através da mediação alienadora[7].

Para o doutrinador alemão a consciência-de-si é *em si* e *para si* quando e por que é em si e para si para uma *Outra*, em outras palavras só é como algo reconhecido[8]. O pensamento hengeliano leciona que *eles* se reconhecem como reconhecendo-se reciprocamente[9]. O exemplo mais determinante de sua teoria é delimitado na relação

entre o senhor e o escravo e na dependência existente entre eles, numa relação vertical, a relação de dominação, e falta o reconhecimento propriamente dito, por faltar o momento em que o senhor opera sobre o outro o que o outro operaria sobre si mesmo, por sua vez, o escravo faz sobre si mesmo o que também faria sobre o *Outro*, em outras palavras é um reconhecimento unilateral e desigual[10].

Honneth em sua obra "Sofrimento de indeterminação" faz um estudo da teoria de Hengel traduzindo-a para o nosso tempo e espaço. Lembra que para Hengel a liberdade individual está ligada à condição da interação, isso pelos sujeitos somente poderem se experimentar como livres em suas limitações em face de um outro humano, devendo valer para toda esfera da eticidade o fato de ter de residir nas práticas de interação intersubjetiva; as possibilidades de autorealização do indivíduo devem ser compostas pelas formas de comunicação onde se pode ver reciprocamente um no outro uma "condição de sua própria liberdade" [11].

Ainda desvelando a teoria hengeliana, Honneth lembra que reconhecer-se reciprocamente não significa relacionar-se reciprocamente com outro, dentro de uma mera aceitação (tolerância formal), implicando, sobretudo, na forma de comporta-se diante do outro de um modo que se exija moralmente a forma correspondente de reconhecimento. Esse é o lado prático do reconhecimento de Hengel, possuindo o reconhecimento recíproco um a dimensão ligada ao comportamento, mas além da ação autônoma se faz necessário também o relacionamento mútuo, baseado sempre sob "determinações éticas", traduzindo a teoria de ação hengeliana com características de certas normas morais que somente será possível sob a condição de que determinadas normas sejam experienciadas como obrigatórias (lembrando um pouco a teoria do dever de Kant)[12].

Após esse retorno aos primórdios da compreensão filosófica do reconhecimento chegamos à modernidade possuindo referências doutrinárias em Taylor, Habermas e Honneth, suas lições em análise sumária encontram consonância no fato de admitirem que o reconhecimento necessário na contemporaneidade ultrapassa a mera concepção de tolerância em seu sentido formal (absorvido durante muito tempo dentro do Estado Social), passa pelo respeito, um respeito não meramente conquistado, mas a possibilidade de enxergar o outro como *o outro* já que a identidade está intimamente ligada ao reconhecimento por ser aquela a forma como uma pessoa se define e é formada, ao menos em parte pela existência ou inexistência de reconhecimento[13].

Hengel lançou as primeiras premissas para revogar o pensamento minimalista moderno que se reduziu a considerar uns tão iguais que os outros, relegando ao segundo plano o fato de que somos sujeitos com características únicas, necessidades únicas, pensamentos distintos, culturas distintas, e que possivelmente pensar e construir um Estado, um direito e uma sociedade massificada causaria um menor índice de divergência, ledo engano! A realidade mostrou que esse modelo modernista era insuficiente e altamente gerador de conflitos, isso em decorrência da alteridade que constituiu cada *lócus*, conduzir o "diferente" a guetos sociais, fez que explodisse esse mundo oprimido e calado na busca, algumas vezes, não pacifica por um lugar com voz na sociedade pós-moderna.

3. A QUESTÃO DO RECONHECIMENTO SOCIAL NA CONTEMPORANEIDADE

O pensamento moderno não buscou a negociação de espaços com o diferente, tornou-se mais fácil ignorá-la, e isso ocorreu não somente nas relações privadas, a venda nos olhos foi mais eficaz na relação horizontal formada entre sujeito e Estado e isso pode ser facilmente visto na exemplificação da positivação das normas, que por séculos ignorou a diferença, e foi lançada na sociedade como se pudesse alcançar a justiça e a regulação das relações como se todos estivessem em uma situação idêntica o que, ao fim e ao cabo, impede o exercício dos direitos/deveres cidadãos não passando da formalidade estrita. Como lembra Habermas:

A correctly understood theory os rights requires a politics of recognition that protects the integrity of the individual in the life contexts in which his or her identity is formed. This does not require an alternative model that would correct the individualistic design of the system of rights through other normative perspectives. All that is required is the consistent actualizacion of the system of rights[14].

Assim a questão do reconhecimento está ligada (além da questão da identidade) a igualdade e a liberdade, e essa igualdade passa pela diversidade, pelo respeito recíproco da diversidade, que por si só garante a liberdade de ação. Esse é pressuposto de um ambiente democrático Como leciona Habermas a lei moderna é formal, individualista, coercitiva, positiva e aprovada processualmente, mas uma ordem legal somente será legítima quando salvaguardar a autonomia dos cidadãos a um nível igual, onde os cidadãos somente serão autônomos quando os dirigentes da lei também se vislumbrarem como seus autores, por consequência, seus autores são livres apenas enquanto participantes em processos legislativos que são regulados de tal maneira e tomam lugar em formas de comunicação tais que todas as pessoas presumirem que os regulamentos aprovados dessa maneira merecem uma aprovação motivada geral e racionalmente, como também o próprio processo democrático tem de ser legalmente institucionalizado, o princípio da soberania popular exige os direitos fundamentais antes de tudo, o direito à liberdade de escolha e de ação individual iguais[15].

A grande questão geradora do déficit de cidadania ocasionada pelo reconhecimento (ou a falta de) reside no fato de o Estado Multicultural aceitar a existência da diversidade, mas não poder garanti-la, o rigorismo cultural impositivo homogeneizante do Estado

Moderno faz sucumbir a alteridade, nosso resgate deve iniciar por essa premissa, mas deve, antes de tudo, passar pelo debate estabelecido pelas duas grandes escolas que defendem seus pontos de vista sobre o tema.

Poderia ocorrer questionarem-se relativo ao fato de que seria incompatível utilizar-se da concepção de igualdade e distribuição concebida por liberais como Dworkin e de reconhecimento lecionada por comunitaristas como Taylor, a primeira vista poderíamos até dizer que a incompatibilidade entre as visões liberais e comunitaristas afastariam qualquer aproximação filosófica. Habermas faz uma distinção pertinente:

Liberals like Rawls and Dworkin call for na ethically neutral legal order that is supposed to assure everyone equal opportunity to pursue his or her own conception of the good. In contrast, communitarians like Taylor and Walzer dispute the ethical neutrality of the law and thus can expect the constitucional state, if need be, actively to advance specific conceptions of the good life[16].

Na questão do Estado neutro[17] e de bem comum residem alguns dos principais pontos de divergência entre as duas correntes. Enquanto os comunitaristas opõem-se a um Estado neutro defendido pelos liberais e acreditam que ele deva ser abandonado em prol de uma "política do bem comum", se esquecem que na política liberal há um "bem comum" já que as políticas de um Estado Liberal almejam promover os interesses dos membros da comunidade, afirmar a neutralidade do Estado não é rejeitar a idéia de um "bem comum" é antes promover um interpretação dela, onde para os liberais é um processo de combinação de preferências, as quais são consideradas igualmente, já em uma sociedade comunitária o bem comum é concebido como uma concepção substantiva da boa vida que define o modo de vida da comunidade[18].

Idêntica situação vislumbra-se na visão liberal e comunitarista do *eu*, enquanto nos primeiros os indivíduos são considerados livres para questionar sua participação nas práticas sociais existentes e optar por sair delas, os segundos, por sua vez, acreditam que nossos papéis sociais ou, pelo menos, alguns deles, devem ser considerados como dados para fins de deliberação pessoal, acreditam que os liberais ignoram o fato de que o "eu" está inserido nas práticas sociais existentes, que nem sempre podemos recuar e optar por sair delas[19].

Mesmo com essa primeira visão, teoricamente incompatível, é possível verificarmos que uma das possibilidades dos fatores geradores de déficit de exercício da cidadania pode resolver-se exatamente nessa aparente dicotomia que as duas teorias insistem em sustentar, mantendo distante uma aproximação necessária ao ligamento sistêmico da matéria. Ambos não percebem que estão muito próximos uns dos outros em suas próprias teorias, mas sustentam suas divergências como intangíveis.

Entre as discussões mantidas pelos expoentes das escolas que muitas vezes se resumem na crítica ao pensamento de um ou de outro, constatando-se a insuficiência de respostas diante das demandas da pós-modernidade. Essa conclusão também parece ter chegado

Costa e Werle que resume o fato de que tanto liberais como comunitaristas afirmam a necessidade do reconhecimento das diferenças culturais, não indicando, ao certo, quais procedimentos legítimos ou mais adequados – mantendo princípios da universalidade e igualdade – para avaliar as demandas por reconhecimento[20]. Tavares também avalia dessa forma, para ele nem o liberalismo, nem comunitarismo conseguem fornecer uma resposta adequada para a compreensão do indivíduo enquanto sujeito de direitos e deveres marcados por um senso de pertença ao grupo do qual é integrante[21].

A questão política imbricada nas demandas por reconhecimento parece traduzir fortemente a diferenciação entre liberais e comunitaristas, mas também pode representar o ponto de partida para o encontro de uma teoria intermediária que venha enlaçar os interesses de ambas, se liberais defendem uma autonomia do cidadão dentro da sociedade para que possa identificar as suas escolhas e realizar-se, mas com certo nível de interferência que não esbarre na total indiferença estatal na promoção do reconhecimento, e se comunitaristas advogam no sentido de que o Estado é uma comunidade culturalmente construída e que por esse motivo estaria intimamente ligada a promoção de políticas que garantissem o reconhecimento. Ambos possuem em comum o fato de que o Estado exerce especial importância na construção da política de reconhecimento, com maior ou menor espaço de atuação, mas atuando. O grande desafio é produzir dentro do Estado um *lócus* dialógico em que o cidadão possa contar com o poder público para que lhe auxilie na garantia de dignidade igual e de uma política de diferenças, mas que ao mesmo tempo assegure ao indivíduo espaço suficiente para que haja a realização individual pelas escolhas pessoais.

Até mesmo Taylor em determinado momento reconhece que existem formas de liberalismo e de direitos igualitários que permitam, mesmo que restritivamente, as identidades culturais distintas, mas identifica esse fato como um fator de homogeneização[22], já Kymilicka denuncia a visão equivocada que possuem da posição liberal já que não ignoram ou tentam suprimir a diversidade, atribuem uma nova significação como meio de identificar-se, como bem primário para autodeterminação[23]; a última visão é mais facilmente vislumbrada quando Dworkin preleciona que todos merecem ser tratados com igual importância e consideração onde toda forma de vida são igualmente valiosas, numa perspectiva de reconhecimento e dignidade pelas qualidades e importância intrínseca da vida humana, mas sem ofender sua própria dignidade, remetendo-se a Kant quando afirma que o respeito próprio implica no respeito por toda humanidade[24].

Dentre as idéias compartilhadas por liberais e comunitaristas pode-se dizer que ambos aceitam a suposição de que os processos de individualização e de pluralização social acontecem simultaneamente[25] isso por estar o indivíduo/cidadão inserido num contexto do qual não pode privar-se das correlações interdependentes com o *outro*, com si próprio e com o Estado.

Quando Dworkin propõem em sua teoria distributiva de bem-estar (igualdade de bem-estar) afirma que o esquema distributivo trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem-estar, onde o bem-estar individual é uma questão de êxito na satisfação de preferência, na realização de metas e aspirações e, assim, a igualdade de êxito, como conceito de igualdade de bem-estar, recomenda a distribuição e a transferência de recursos até que nenhuma transferência adicional possa reduzir as

diferenças entre os êxitos das pessoas, isso através das preferências políticas (como deve ser feita a distribuição), preferências impessoais (coisas que lhe pertencem, vida ou situações), preferências pessoais (próprias vivências)[26].

A proposta redistributiva do liberal Dworkin pode aproximar-se da proposta de política de reconhecimento do comunitarista Taylor. Para fazer essa ligação nos reportamos às concepções produzidas por Nancy Fraser relativas às políticas de redistribuição e de reconhecimento, que podem ter aparentemente dimensões diversas, mas se analisarmos elas abarcam a redução das fontes de desigualdade em nichos sociais diferenciados, podendo, portanto, conviver lado a lado. Para ela a política de redistribuição não engloba exclusivamente orientações centradas em classes sociais, ela é mais ampla, enfoca as injustiças que define como sócio-econômicas e presumem estarem enraizadas na economia política, propondo como remédio para injustiça uma re-estruturação político-econômicas, onde a concepção de coletividade que sofrem injustiça são classes sociais que possuem relação com o mercado ou com os meios de produção; para a autora, a política de reconhecimento engloba movimentos visando revalorizar identidades injustamente depreciadas, mas também tendências desconstrutivas, dando azo a injustiças culturais, as quais presumem estarem enraizadas nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, possuindo como remédio para as injustiças a transformação cultural ou simbólica, onde as classes não estão definidas pelas relações de produção, mas principalmente pelas relações de reconhecimento, eles são distinguidos pela menor estima, honra ou prestígio que desfrutam em face de outros grupos da sociedade[27].

Como leciona Tavares reconhecer a diferença exige não só o respeito à singularidade de cada um, ao plano de vida de cada um, e tudo isso é uma construção social, inerente e inseparável de si e do grupo no qual está inserido, sempre apoiado no ideal de dignidade humana, identificando duas dimensões: 1) proteção de direitos básicos individuais enquanto seres humanos; 2) reconhecimento das necessidades particularidades dos indivíduos enquanto membros de grupos culturais distintos[28]. E essas considerações são ditas de forma ou outra por ambas as teorias e teóricos.

A aproximação das duas teorias é delimitada pela própria Nancy Fraser quando leciona que as disputas por reconhecimento acontecem em um mundo de desigualdades materiais exacerbadas e é crescente na grande parte dos países do mundo entre coletividades cruzadas, sendo um grande desafio elaborar uma teoria que identifique e defenda versões de política cultural da diferença que possa ser coerentemente combinada com a política social de igualdade[29] já que nem uma ou outra, sozinha se basta por si só são dependentes e correlacionadas, o que demonstra mais uma vez que liberais e comunitaristas estão mais próximos uns dos outros do que podem vislumbrar.

4. RECONHECIMENTO E DEMOCRACIA: O PROBLEMA DA FALTA DE PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO NA SOCIEDADE MULTICULTURAL.

Hannah Arendt leciona que a pluralidade humana é condição básica da ação e do discurso e possui duplo aspecto de igualdade e diferença. Para ela se os homens não fossem iguais seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro, por sua vez, se não fossem diferentes não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Afirma que ser diferente não se resume a possuir a qualidade de "alteridade", que é aspecto importante da pluralidade, a alteridade é a razão pela qual nossas definições são distinções e o motivo pelo qual todas as nossas definições são distinções e o motivo pelo qual não podemos dizer o que uma coisa é sem distingui-la da outra; no homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, torna-se singularidade e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares, parafraseando a autora[30].

Prossegue a filósofa alemã discorrendo que existe intima relação entre ação e discurso, são interdependentes: a ação desacompanhada do discurso perderia além do caráter revelador o próprio sujeito, bem como o discurso sem ação não existe, ação é revelada através da palavra[31]. Ambos, conjugados, discurso e ação, se resumem em participação, que possui como condição elementar de paridade o reconhecimento social, sem o conjunto harmônico de todos os elementos formado está o desequilíbrio da possibilidade de participação.

Inegável que o tema do reconhecimento atua como fator de concretização da democracia, já que somente o cidadão tendo iguais possibilidades de participação poderá fazer escolhas dentro de um sistema democrático: Democracy has ushered in a pilitics of equal recognition, wicth has taken various forms over the years, and has now returned in the form of demands for the equal status of cultures and of genders[32].

Todo indivíduo tem o direito básico e universal a um contexto cultural seguro, que venha dar significado e orientação aos modos de conduzir a vida (pertença a uma comunidade cultural, com a preservação da autonomia individual); um importante exemplo de "campo de reconhecimento" é o respeito, a preservação das diferenças culturais, que se apresenta como ampliação do leque de oportunidades de reconhecimento, isso não se dá automaticamente. Para tanto, faz-se necessária a implementação de certas condições: 1) direito de ter iguais oportunidades e recursos ao exercício da cidadania: direito de ser tratado com igual consideração e respeito; 2) o efetivo reconhecimento e a integração igualitária das particularidades de diversos grupos no ordenamento jurídico do Estado: por vezes exige o tratamento diferenciado a certos grupos, o tratamento diferenciado (por vezes privilegiado) com o fim único de que o exercício da cidadania seja em igual condições para todos. O real problema ultrapassa a questão do reconhecer (se deve ou não haver o reconhecimento), alcança uma problemática mais complexa, de como fazer e quais os procedimentos aceitáveis e os limites morais à demanda legítima das culturas particulares[33].

O problema reside quando não se identifica o fato de que a democracia para que seja realizada, no ambiente multicultural, deve dar-se através da imposição do reconhecimento do pluralismo cultural, não o meramente social, isso se dá pela razão de ser a democracia uma cultura e não exclusivamente um conjunto de garantias institucionais. A democracia deve ajudar os indivíduos a serem sujeitos e conseguirem

em si mesmos a integração, não apenas de sua racionalidade, mas também de sua identidade que se apóia em uma cultura e tradição, reinterpretadas constantemente[34]. Essas lições de Touraine se aglutinam ao fato, também lembrado pelo autor, de que se a democracia está ameaçada e se foi com tamanha freqüência destruída é porque, no mundo contemporâneo, o universo da racionalização e o das identidades, o universo dos mercados e o das comunidades estão cada vez mais separados e porque a democracia não pode sobreviver em nenhum desses dois universos quando estão dissociados uns dos outros[35].

Se a relação é complexa e sistêmica, formada pelos diversos fatores da vida e do viver, ignorar o ponto de partida que essa teia possui traduzida no homem, suas peculiaridades, sua cultura, sua história, significa tornar o *modus operandi* dessa sociedade um sistema antidemocrático; a diversidade, as demandas, os conflitos, são partes integrantes da democracia, e a forma da gerir essa ambiência, quase caótica, da diversidade é que pode garantir que estamos vivendo um sistema democrático legitimamente.

Para tanto devemos reconhecer as diferenças, demandas e conflitos merecem um espaço de diálogo que observe exatamente a situação antes narrada, para que os indivíduos também possam ser chamados de cidadãos. Parafraseando Touraine, um regime democrático se baseia na existência de personalidades democráticas e seu principal objetivo deve ser a criação de indivíduos-sujeitos capazes de resistir à dissociação entre o mundo da ação e o mundo do ser, entre o futuro e o passado[36].

Nancy Fraser propõe tratar o tema do reconhecimento e da democracia como uma questão de *status social* com o objetivo primordial de superar a subordinação ao estabelecer que o grupo não-reconhecido como um membro efetivo da sociedade, capaz de participar no mesmo nível que os outros membros, buscando o que ela chama de *paridade de participação* (ou *paridade participativa*), onde o não reconhecimento significa uma subordinação social no sentido de ser impedido de participar como e com os demais na vida social[37]; para que ocorra uma real paridade participativa, unindo redistribuição e reconhecimento duas condições se fazem necessárias: 1) condição objetiva: onde a distribuição dos recursos materiais deve ser tal que assegure a independência e a voz dos participantes; 2) condição subjetiva: onde os padrões institucionalizados de valor cultural expressem respeito igual para com todos os participantes e assegurem oportunidade para alcançar estima social[38]. Aqui também a doutrinadora encontra a real dificuldade de implementação, que se resume na apuração do que realmente as pessoas não reconhecidas necessitam para serem capazes de participar da vida social como seus pares, advertindo de que ninguém vai iludir-se ao ponto de acreditar que todos necessitam exatamente das mesmas coisas em cada contexto[39].

Desse entendimento parece também compartilhar Tavares, quando discorre que se por democracia se entende as condições pelas quais todos os interesses legítimos podem ser preenchidos por meio da participação e da autodeterminação, e hoje não se compreende assim, a democracia atual não mais tem a meta de racionalizar autoridade através da participação dos cidadãos em processo discursivo de formação de vontades, possui uma nítida intenção de transformar a participação numa mera atuação formal eleitoral, tornando o jogo democrático um “acordo de elites” que consegue substituir a autodeterminação do povo[40]; nesse momento surgem questionamentos: para que

reconhecer diferenças? Qual o interesse das elites políticas em produzir políticas de reconhecimento, efetivas? A democracia representativa necessita de dominantes e dominados para poder sustentar-se.

A democracia representativa nasceu com o desejo do Estado Moderno de assegurar aos seus cidadãos o máximo de liberdade e a afirmação de que o perfeito governo livre é aquele que assegura a participação de todos nos benefícios dessa liberdade[41], e essa premissa já não pode mais ser alcançada. Bolzan ilustra bem essa situação:

Em primeiro lugar, quando referimos a possibilidade de fantochização da democracia, estamos tentando ilustrar a idéia de que para que se constitua efetivamente a democracia representativa, um de seus pressupostos, embora não seja o único e sequer o suficiente, estamos dizendo que, diante dos quadros de enfraquecimento do espaço público da política e da sua economicização, em um contexto de jogo econômico global de um capitalismo financeiro, constata-se, ao menos tendencialmente, o desaparecimento de alternativas reais de escolha posto que se estabelece um esterótipo de desdiferenciação de propostas, de desidentificação de candidaturas, etc., conduzindo o cidadão a um processo de apatia política diante da percepção da total desnecessidade mesmo dos próprios instrumentos de escolha dos representantes – as eleições.[42]

Consequência lógica de todo esse raciocínio é que a democracia representativa não consegue produzir uma política de reconhecimento que valide e reforce a participação de todos os níveis e grupos sociais com igual valor e consideração.

Da mesma forma se faz uma crítica à tão festejada democracia deliberativa que da mesma forma não garante uma participação ampla do cidadão, mas tão simplesmente o vencedor dos melhores e mais fortes argumentos, não passando o consenso de uma falácia, onde o resultado será um julgamento coletivo e não uma agregação de preferências privadas[43], tornando o jogo político/democrático uma competição. Esse exercício abarca a vontade de uma maioria, jogando a um ponto marginal a minoria, não menos importante, vencida, que continua a possuir necessidade e desejos. O exercício da democracia deliberativa na sua forma pura torna-se quase impossível quando nos defrontamos com uma sociedade complexa, disforme e multicultural, chegar a consensos torna-se inviável e objeto de maiores distanciamentos entre os próprios cidadãos, senão das maiores discriminações.

Lembra Marcelo Neves que o mundo contemporâneo é o mundo do dissenso e a proposta habermasiana não está de acordo com a linguagem sistêmica especializada, pela sociedade atual não comportar meros códigos de preferência, “sim/não”, “lícito/ilícito”, etc, e merece uma releitura mediante elementos compositores da teoria dos sistemas; isso se dá pela hipercomplexidade da sociedade com uma diversidade incontrolável e contraditória de interesses e valores, o que torna praticamente

impossível uma reconstrução racional do mundo da vida através da ação comunicativa no sentido estrito, somente o respeito às diferenças e à autonomia de esferas plurais de comunicação são fatores de integração do mundo da vida, o que se impõem de consensual é o respeito às diferenças[44].

Para Young uma teoria da discussão democrática terá utilidade para o mundo contemporâneo quando conseguir de forma efetiva explicar a possibilidade de comunicação por meio das grandes diferenças culturais e posição social, para tanto, requer uma ampla e plural concepção de comunicação, que inclua tanto a expressão e a extensão de entendimentos comuns, onde existem, como o oferecimento e o reconhecimento de significados não compartilhados[45] e nesse sentido o modelo deliberativo fracassa em três pontos que a autora considera indispensáveis, o que retira o caráter de amplitude da proposta deliberativa: 1) saudação: onde a condição lógica e de motivação para o diálogo e avança do ponto que as partes reconheçam umas às outras em suas particularidades, onde a democracia deliberativa parece não dar espaço ao reconhecimento cuidadoso, deferencial e delicado da diferença alheia; 2) retórica: o modelo deliberativo visa a realização do modelo platônico de distinguir o discurso racional da mera retórica, denegrindo a emoção e a linguagem figurativa, nesse contexto se limita em fazer afirmações e apresentar motivos sóbrios para as mesmas, com as conexões lógicas entre elas claramente explicitadas; 3) narração: a democracia deliberativa parte do pressuposto do conflito que deve ser objeto de solução, os grupos partem de desentendimentos ou com um sentimento de não saber quem são os interlocutores e de que seus próprios desejos, necessidades e motivos não serão compreendidos e isso se verifica onde classes e cultura separam os indivíduos envolvidos, diante dessa ambiência deve-se, antes de tudo, reconhecer as particularidades dos indivíduos e dos grupos, tanto quanto a busca do interesse geral[46]
.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se vivemos numa sociedade multicultural, se a participação do povo se faz necessária para que possamos afirmar que vivemos numa democracia (demos: povo e kracia/kratos: governo) e se as respostas trazidas como herança do Estado Moderno não se mostram suficientes frente às demandas do multiculturalismo devemos repensar a participação popular na vida do Estado.

Assim, os dois modelos democráticos mais usuais, mesmo que de forma mista, como ocorre no Brasil, não conseguem harmonizar os três fatores indispensáveis a considerar o indivíduo cidadão ativo, são eles: participação, reconhecimento e igualdade. Todos interdependentes e necessários para a participação paritária de todos os membros da sociedade, um sujeito somente poderá ser considerado cidadão na sua plenitude quando o tripé formado pela sociedade, pelo Estado e pelo próprio sujeito, mesmo impregnado

pelo processo globalizante, reconhecer que somos iguais e desiguais e temos o direito ao lado do dever de participar na construção do ambiente de vida social que integramos seja ele local, ou regional ou mesmo mundial.

É dessa forma, conjugando a complexidade da sociedade pós-moderna, com fragmentos trazidos da sociedade moderna, que devemos ponderar relativo à ação e reação do sujeito na busca por uma participação equilibrada onde todos possam ser ouvidos, onde todos possam expressar-se em suas vontades e onde tenham independência para o exercício de direitos e deveres, para que a partir desse momento possam ser chamados de cidadãos, não por consideração formal, mas por atividade cidadã e somente assim poderemos afirmar que vivemos numa sociedade democrática.

Se pensarmos que uma cidadania plena somente poderá ser exercida quando todos, de forma mais proporcional possível possam exercer suas liberdade e suas escolhas, valendo-se de suas desigualdades, de suas diferenças, sem qualquer forma de opressão ou mesmo de influência de grupos "melhor formados", ou privilegiados da sociedade, vemos que o projeto nacional de distribuição mostra-se um belo acervo de boas intenções, que ainda não encontrou o caminho mais adequado para concretizar-se no dia a dia, como forma de reconhecimento do sujeito, e apesar de encontrarmos resultados positivos nos últimos anos no tocante da redução das desigualdades, ainda vislumbra-se uma exacerbada busca por redistribuição do que por reconhecimento, e, em muitas vezes materializa-se a ampliação das dessemelhanças a ponto de distanciar cada vez mais o cidadão do próprio cidadão.

Parece-nos que o melhor caminho reside na própria Constituição; como lembra Cunha há um espírito constitucional animado pelo cidadão, um verdadeiro espírito de cidadania solidária, que passa pela conscientização da importância de dar as mãos aos seus concidadãos, compreendendo que as metas sociais do Estado não estão apenas no Estado-aparelho, mas também para o Estado-sociedade, a cidadania não se resume exclusivamente no voto, é participação efetiva, voluntária e quantas vezes graciosa e até benemérita nas grandes tarefas constitucionais do Estado democrático e social de Direito e de Cultura[47].

6. BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah, *A condição humana.* Tradução Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARISTÓTELES. *A política.* Tradução Roberto Leal Ferreira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fortes, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia.* Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense. 2005.

COSTA, Sérgio; WERLE, Denílson Luís. Reconhecer as diferenças: liberais, comunitaristas e as relações raciais no Brasil. in. Cidadania e multiculturalismo: a teoria social no Brasil contemporâneo. Florianópolis: Editora UFSC. 2002.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Constituição, crise e cidadania.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

DWORKIN, Ronald. *La democracia possible: princípios para um nuevo debate político.* Tradução Ernest Weikert Garcia. Barcelona: Paidós Ibérica S.A, 2007.

_____. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões, São Paulo, Martins Fontes. 2005.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

_____. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria contemporânea.* Brasília: UNB, 2001.

_____. Reconhecimento sem ética? In SOUZA, Jessé, MATTOS, Patrícia (Orgs.). *Teoria crítica do século XXI.* São Paulo: Annablume, 2007.

HABERMAS, Jurgen. Struggles for recognition in the Democratic Constitucional State. Translated: Shierry Weber Nicholsen (et al) TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: Examining the politics of recongnition*. USA: Princenton. 1994.

HALL, Stuart. A questão multicultural. In HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais.* Tradução Adelaine La Guardia Resende. Belo Horizonte: UFMG, Brasília: representação da UNESCO no Brasil, 2003.

HENGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito.* Tradução: Paulo Meneses, 5ª ed, Petrópolis: Vozes, 2008.

HONNETH, Axel. *Sofrimento de indeterminação: uma atualização da filosofia do direito de Hengel.* Tradução: Rurion Soares Melo, São Paulo: Singular, 2007.

JUSEFOVICZ, Eliseu. Democracia e legitimidade do direito à luz da teoria habermasiana. In LOIS, Cecília Rabelo (org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o culturalismo. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Harbemas para a moderna Teoria da Justiça*. São Paulo: Landy, 2005.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea.* Tradução Luis Carlos Borges Resende. São Paulo: Martins Fortes, 2006.

MORAIS, José Luís Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria contemporânea.* Brasília: UNB, 2001.

SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. A crítica comunitarista ao liberalismo. *in* TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TAYLOR, Charles. The politics of recognition. (et al) TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: Examining the politics of recongnition*. USA: Princenton. 1994.

TAVARES, Quintino Lopes Castro. Multiculturalismo. In LOIS, Cecília Rabelo (org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o culturalismo. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Harbemas para a moderna Teoria da Justiça*. São Paulo: Landy, 2005.

TOURAINE, Alain; KHOSROKHAVAR, Farhad, *A busca de si: diálogo sobre o sujeito.* Tradução Cáio Meira, Rio de Janeiro: Bertrand brasil, 2004.

_____. O que é a democracia? 2ª ed. Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira, Petrópolis: Vozes. 1996.

YOUNG, Íris Marion. Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa. In SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria contemporânea.* Brasília: UNB, 2001.

---

[1] Para Aristóteles o meio mais adequado de definir o cidadão para os regimes democráticos é defini-lo como aquele que pertence a um Estado, considerando membro àquele que participa da vida política e pode ser eleito, in verbis: "...logo que um homem seja considerado apto para participar nas magistraturas deliberativas ou judiciais pode ser considerado um cidadão daquele Estado e sempre que haja um número de tais pessoas, suficientemente grande para assegurar a auto-suficiência política, temos um Estado". Considera, ainda como forma de adquirir a cidadania o nascer sob o solo de determinado Estado, com genitores daquele mesmo *lócus*, trazendo assim o fator sanguíneo, sem excluir outras formas aquisitivas derivadas de cidadania. (ver: ARISTÓTELES. *A política.* Tradução Roberto Leal Ferreira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fortes, 2006.)

[2] HALL, Stuart. A questão multicultural. In HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais.* Tradução Adelaine La Guardia Resende. Belo Horizonte: UFMG, Brasília: representação da UNESCO no Brasil, 2003. p. 55-59.

[3] TAYLOR, Charles. The politics of recognition. (et al) TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: Examining the politics of recongnition*. USA: Princenton. 1994. p. 27. Tradução livre: naturalmente esse conceito de dignidade é o único que é compatível com o conceito sociedade democrática.

[4] TOURAINE, Alain; KHOSROKHAVAR, Farhad, *A busca de si: diálogo sobre o sujeito.* Tradução Cáio Meira, Rio de Janeiro: Bertrand brasil, 2004. p. 177-178.

[5] HENGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito.* Tradução: Paulo Meneses, 5ª ed, Petrópolis: Vozes, 2008. p. 110-111.

[6] HENGEL. *Fenomenologia do espírito.* p. 140-141.

[7] Idem. p. 339.

[8] Ibidem. p. 142-143.

[9] Ibidem. p. 144.

[10] Ibidem. p. 147-148.

[11] HONNETH, Axel. *Sofrimento de indeterminação: uma atualização da filosofia do direito de Hengel.* Tradução: Rurion Soares Melo, São Paulo: Singular, 2007. p. 107.

[12] HONNETH. *Sofrimento de indeterminação: uma atualização da filosofia do direito de Hengel.*. p. 108-111.

[13] TAYLOR. The politics of recognition. p. 25.

[14] HABERMAS, Jurgen. Struggles for recognition in the Democratic Constitucional State. Translated: Shierry Weber Nicholsen (et al) TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: Examining the politics of recongnition*. USA: Princenton. 1994. p. 113. tradução livre: Uma teoria de direitos corretamente entendida exige uma política de reconhecimento que proteja a integridade do indivíduo nos contextos de vida nos quais sua identidade se forma. Isto não exige um modelo alternativo que corrija o projeto individualista do sistema de direitos através de outras perspectivas normativas. Tudo o que é exigido é a atualização consistente do sistema de direitos.

[15] HABERMAS. Struggles for recognition in the Democratic Constitucional State. p. 121-122.

[16] Idem. p. 113. tradução livre: Liberais como Rawls e Dworkin apelam para uma ordem legal eticamente neutral que supostamente iria assegurar a todas as pessoas uma oportunidade igual de adotar a sua própria concepção de bom. Ao contrário, os comunitaristas como Taylor e Walzer discutem a neutralidade ética da lei e deste modo,

esperam que o Estado Constitucional, se necessário, avance ativamente concepções específicas sobre a vida boa.

[17] Para os liberais como Forst, o Estado neutro pode ser direcionado em três perspectivas: 1) das conseqüências: as regras deveriam ter as mesmas conseqüências para os que compartilham o mesmo sistema político; 2) dos objetivos: o Estado liberal não defende qualquer concepção do bem em detrimento de outras concepções; 3) da justificação: princípios de justiça devem ser fundados em conceitos morais universalmente aceitos e imparciais. Não nega a importância de uma estrutura sócio-cultural plural, mas há maior confiança nos processos sociais, nos fóruns não-estatais de reconhecimento. Ver: Sérgio Costa e Denílson Luís Werle. Reconhecer as diferenças: liberais, comunitaristas e as relações raciais no Brasil. Para os comunitaristas o Estado é figura indispensável não apenas às garantias liberais, mas à promoção do bem-estar através de ações afirmativas, como estrutura deliberativa complexa que deve estar permeável às demandas da comunidade. Ver: SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. A crítica comunitarista ao liberalismo. *in* TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 219-220.

[18] KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea.* Tradução Luis Carlos Borges Resende. São Paulo: Martins Fortes, 2006. p. 263-264.

[19] Idem. p. 265-266.

[20] COSTA, Sérgio; WERLE, Denílson Luís. Reconhecer as diferenças: liberais, comunitaristas e as relações raciais no Brasil. in. Cidadania e multiculturalismo: a teoria social no Brasil contemporâneo. Florianópolis : Editora UFSC. 2002. p. 95.

[21] Ver: TAVARES, Quintino Lopes Castro. Multiculturalismo. In LOIS, Cecília Rabelo (org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o culturalismo. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Harbemas para a moderna Teoria da Justiça*. São Paulo: Landy, 2005. p. 89-124.

[22] TAYLOR. The politics of recognition. p. 31.

[23] KYMLICKA. *Filosofia política contemporânea.* p. 151 e segs.

[24] DWORKIN, Ronald. *La democracia possible: princípios para um nuevo debate político.* Tradução Ernest Weikert Garcia. Barcelona: Paidós Ibérica S.A, 2007. p. 32.

[25] COSTA; WERLE. Reconhecer as diferenças: liberais, comunitaristas e as relações raciais no Brasil. ps. 84-95

[26] DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões, São Paulo, Martins Fontes. 2005. pgs 03-12.

[27] FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 169-171.

[28] Ver: TAVARES, Quintino Lopes Castro. Multiculturalismo. p.102-103.

[29] FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria contemporânea.* Brasília: UNB, 2001. p. 245-246.

[30] ARENDT, Hannah, *A condição humana.* Tradução Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 188-189.

[31] Idem. p. 191.

[32] TAYLOR, Charles. The politics of recognition. p. 27. Tradução: A democracia introduziu a política de reconhecimento igualitário, que tem assumido várias formas ao longo dos anos, e que regressou agora sob a forma de exigências de um estatuto igual para as diversas culturas e para os sexos.

[33] Ver: COSTA e WERLE. Reconhecer as diferenças: liberais, comunitaristas e as relações raciais no Brasil. ps. 82-84

[34] TOURAINE, Alain. O que é a democracia? 2ª ed. Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira, Petrópolis: Vozes. 1996. p. 173.

[35] TOURAINE. O que é a democracia? p. 173.

[36] Idem p. 176.

[37] FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? In SOUZA, Jessé, MATTOS, Patrícia (Orgs.). *Teoria crítica do século XXI.* São Paulo: Annablume, 2007. p. 117.

[38] Idem . p. 125-126.

[39] FRASER. Reconhecimento sem ética? p. 128.

[40] JUSEFOVICZ, Eliseu. Democracia e legitimidade do direito à luz da teoria habermasiana. In LOIS, Cecília Rabelo (org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o culturalismo. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Harbemas para a moderna Teoria da Justiça*. São Paulo: Landy, 2005. p. 160

[41] BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia.* Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense. 2005. p. 68-69.

[42] MORAIS, José Luís Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002. p. 55.

[43] YOUNG, Íris Marion. Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa. In SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria contemporânea.* Brasília: UNB, 2001. p. 367-371.

[44] NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria contemporânea.* Brasília: UNB, 2001. p. 126-129.

[45] YOUNG. Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa. p. 386.

[46] Idem. p. 380-383.

[47] CUNHA, Paulo Ferreira da. *Constituição, crise e cidadania.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 57.

UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: DEVER DA COMUNIDADE-CIDADÃO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS[*] [**]

A THEORY OF THE CONSTITUTION: SHOULD THE COMMUNITY-CITIZEN IN THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Ivelise Fonseca da Cruz

RESUMO

A discussão dos direitos fundamentais hoje tem influenciado inclusive a eficácia da Constituição Federal. Alguns questionamentos sobre a crise da Constituição ou do Estado, como solver tais circunstâncias, e ainda no decorrer de qualquer estudo jurídico observa-se a perda da autoridade. Todavia a escolha do tema introduz casos práticos e ideais para demonstrar e comprovar que é preciso a consciência cidadã de cada um, para que a Constituição deste país continue sendo a medida de medir um povo. Por óbvio não se nega a necessidade de readequar Estado à realidade social, mas reitera-se a importância dos deveres dos cidadãos em consonância com seus direitos. Neste contexto o destaque da pesquisa enfoca os direitos humanos, fundamentais a vivência do homem. A larga pesquisa realizada demonstra o comparativo entre doutrinadores e noticias para aprofundar-se nas teorias fundamentais dos direitos humanos, em prol de sua proteção e no alcance de sua efetividade. O estudo e reflexão sobre tais teorias estão interligados aos direitos humanos e reportam à memória que as Constituições possuem dogmas, axiomas, que não podem ser mudados. Desta feita é preciso que o homem, mulher, criança, adolescente, idoso, não importando sua condição, mas dentro de sua especificidade haja permeado pela moral nas condutas ao requerer a eficácia de seus direitos, buscando sempre somar e retratar o interesse social, sem ofender direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS, DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DIREITOS HUMANOS, CASOS PRÁTICOS

ABSTRACT

The crisis of legal positivism today has even influenced the effectiveness of the Federal Constitution Some questions about the crisis of the Constitution or the state, as solver such circumstances, and in the course of any legal study observed the loss of authority.
However the choice of theme introduces case studies and ideas to demonstrate and prove that it takes consciousness of each citizen, that the Constitution of this country remains the measure to measure a nation.

---

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

[**] Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Unianhanguera Educacional – Unidade Unibero Brigadeiro.

For obvious not negate the need to readjust to the social state, but reiterates the importance of the duties of citizens in accordance with their rights. In this context the focus of the research focuses on human rights, fundamental experience of man.
A broad survey shows the comparison between scholars and news to deepen the fundamental theories of human rights, in favor of his protection and the extent of their effectiveness.
The study and reflection on such theories are linked to human rights and report to the memory that the Constitutions have dogmas, axioms, which can not be changed. This time is necessary for man, woman, child, adolescent, elderly, regardless of their condition, but within their specific there permeated by the moral conduct by requiring the effectiveness of their rights, always seeking to add and portray the social interest without offend fundamental rights.

KEYWORDS: LEGAL POSITIVISM, DEMOCRACY, CONSTITUTION FEDERATION, HUMAN RIGHTS, CASE STUDIES.

I- CRISE DO ESTADO OU DA CONSTITUIÇÃO?

Em toda convivência social é preciso o estabelecimento de regras éticas para que as condutas humanas praticadas não excedam e interfiram em objetos, facetas, ou ainda, elementos fundamentais para a existência do individuo.

Nas Escrituras Sagradas, registra-se a história de um povo, que já possuía suas características, sua língua e inclusive sua cultura, todavia sofria com a opressão no Egito.

Aquele povo israelita, escravos dos egípcios, tinha em sua essência a liberdade, necessidade de uma terra pátria, de proteção, segurança, educação e transferência de cultura às gerações presentes e vindouras, tornaram-se seu grito de sobrevivência, sob pena de reivindicarem um líder, Moisés, indicado por Deus e ainda, a libertação para seus membros.

Assim, organizados sob a liderança de um homem inteligente e capacitado, o povo israelita, antes escravo, reúne-se para então batalhar por bens, que representam a imprescindibilidade da existência do ser humano: e como ocorre em todo povo, houve perseguição, por este grito de libertação, como consta no Capitulo 14 do mesmo livro.

O desenrolar destes fatos acentua o interesse por causa da necessidade de leis, como prumos na vida daqueles seres humanos. Então eles recebem: os Dez Mandamentos, Leis acerca dos escravos, também sobre a proteção da propriedade, das responsabilidades sociais, do exercício da justiça. Houve uma Constituição.

Mesmo com tantas leis que pautavam e organizavam a vida em sociedade, houve crise entre este povo, que teve de ser dividido em doze tribos para que houvesse um tratamento igualitário, na medida da desigualdade.

As leis estavam perfeitamente promulgadas, mas faltava a consciência, de que cada membro societário, deveria comprometer-se a cumprir o bem estar social, a garantir a segurança do próximo, a respeitar seus familiares e a propriedade alheia.

A liberdade hoje tem sido muitas vezes, o termômetro evasivo do Estado, leia-se sociedade, para atuar e realizar-se pautada pela arbitrariedade, a busca pelo incessante poder, a inobservância daquilo que é fundamental, a relativização dos direitos.

Todavia a maior arte da vida é lidar com o ser humano, conviver, e para viver com, é preciso um ordenamento que eleja os valores, sem precificar, mas destacando, ressaltando e fixando importantes elementos para a vivência do individuo.

Com esta reflexão é nítida a importância de uma Constituição, sua existência é base, fundamento da sociedade. No seu sentido etimológico, se refere ao modo de ser das coisas, sua essência e qualidades distintivas.

As sociedades politicamente organizadas possuem uma estrutura, mesmo que mínima, constitucional, na qual constam normas referentes aos órgãos superiores e os relacionamentos dos cidadãos, com o poder estatal.

Em qualquer Estado, época ou lugar, encontra-se sempre um conjunto de regras fundamentais a respeito de sua estrutura, organização, atividades, em maior ou menor numero.

Todo Estado carece de uma Constituição como enquadramento de sua existência, base e sinal de sua unidade, esteio de legitimidade e de legalidade. Como surgiu, o que estatuiu, ou quais os seus preceitos, direções que apontem variarão de forma extraordinária, mas sejam quais forem as soluções adotadas, a necessidade de tais regras é incontroversa.

Por isso a Constituição trás em seu bojo, pelo menos um mínimo de eficácia sobre a realidade. E ainda é banhada por determinados componentes que sobre ela atuam com variável eficácia, por exemplo, partidos políticos, grupos de interesses, categorias patronais, empresariais ou trabalhistas, opinião publica. Todos estes refletem a Constituição Real.

Na teoria da Constituição esmiúça-se seu conceito, ora no plano sociológico,asseverando que a realidade tem que refletir o que é disposto na constituição, em escritos no papel. Ora no plano político, como na visão de Carl Schmitt, que entende que tal instrumento é um ato que emana de poder soberano.

Igualmente, Jutta Limabch- Presidente da corte constitucional alemã e juíza afirma ser a *Constituição é a medida de medir de um país*, conforme destaque dado pela doutrinadora Maria Garcia.

Para Cláudio De Cicco, a idéia jurídica de Constituição é o documento que trata sobre os elementos, forma do Estado e o regime de governo, distribuição de atribuições entre poderes, modelos econômicos, direitos, deveres e garantias fundamentais dos cidadãos.

Todavia é inegável a existência de uma crise conceitual de constituição, que se reporte somente ao Estado. Faz-se necessário o reconhecimento da teoria material da Constituição , baseada em duas idéias:

a legitimidade material- destacando a necessidade de a Constituição transpor os princípios materiais informadores do estado e da sociedade;

a abertura constitucional- A própria Constituição tem de possibilitar o confronto e a luta política dos partidos, e das forças políticas portadores de projetos alternativos que viabilizem o atendimento dos fins constitucionais.

Realmente a Constituição tem em sua essência, via de regra, matéria constitucional, mas não reza toda a matéria, sendo impossível tal circunstância e desnecessária. No entanto por ser tratar de uma obra aberta e inacabada, aberta ao tempo, não é possível colocar em risco sua força normativa.

Logo se pondera que o foco não deva ser a crise da Constituição, mas sim nos aluviões legislativos e emendas que tem comprometido a força normativa constitucional.

Por óbvio, a Constituição deve estar atenta à dinâmica social, mas sempre garantindo sua força, e tal ciclo pode ocorrer através da interpretação constitucional, da aplicação da ciência no estudo deste "onthos", e ainda através do envolvimento da comunidade, dos entes de convivência social, comprometendo-se em viabilizar os objetivos constitucionais.

Vale ressaltar a idéia brilhante do doutrinador Jorge Miranda da Constituição como "a auto-organização de um povo (nação), o ato pelo qual um povo se obriga e obriga seus representantes, o ato mais elevado de exercício da soberania"(*grifo nosso).*

A Constituição é de importância tal, pois além de ser um instrumento limitador, também é o fundamento do poder público, importando também lembrar que no seu cerne há direitos fundamentais, mas também deveres, obrigações à sua comunidade que devem ser observados, por seu povo.

A Constituição é passível de modificação, entretanto a mudança contínua afeta sua eficácia, não é nem prudente que o direito reze todas as circunstancias ou fatos sociais.

Porém é de responsabilidade da sociedade deixar de supervalorizar a pessoa jurídica do Estado, para o cumprimento constitucional, reportando-se a tese de que Estado e Sociedade estão a par um do outro.

1.2 No tocante à Constituição Federal Brasileira

Também é sabido que qualquer legislação trás reflexos da falibilidade humana, inclusive se reveste das imperfeições indissociáveis do ser humano, dando espaço assim ao diálogo pela luta política.

Não há muito tempo a Constituição Brasileira comemorou seus 20 anos de existência e vigência, sofrendo criticas e elogios. Às vezes apontada "como a principal responsável

pela consolidação das conquistas democráticas nos 20 últimos anos da história do Brasil.”

A Constituição vigente atenta-se para os direitos fundamentais, também para a dignidade humana e os pilares para a existência da sociedade brasileira.

Em contrapartida, Walter Ceneviva, ao que parece de forma inteligente, logo no I Congresso de Direito Constitucional colocou em xeque o bicameralismo, defendendo a maior eficiência ao Poder Legislativo.

O autor acima fundamentou-se em Hans Kelsen, destacando que a maioria dos parlamentares não tem idéia do que está debatendo, e nem se interessa em saber. Que a representação estadual sofria influência direta dos Estados mais ricos e politicamente dominantes (com São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro à frente).

Na verdade é preciso a presença de parlamentares, homens e mulheres, líderes que imprimam à instituição o pensamento mais nobre e elevado possível.

Um dos debates realizados sobre a Constituição Federal,trouxe os seguintes destaques:

O Ministro Nelson Jobim destacou que a Carta precisa sofrer alterações para se ajustar aos tempos. O constitucionalista Ives Gandra concordou com a necessidade de mudança. "Em 20 anos de Constituição, foram feitas 62 emendas ao texto original", disse, sem considerar um exagero. Para ele, a preocupação são as cerca de 1.600 propostas de emenda à Constituição que estão no Congresso.

Mais radical, Bernardo Cabral, que foi deputado constituinte, disse que as emendas transformaram a Carta num "canteiro de obras". O mais grave, afirmou, é que a maior parte das alterações está atrelada a interesses circunstanciais. "Se refletirmos sobre o número enorme de emendas vamos verificar que alguns autores estão querendo mais uma homenagem a seu arraial eleitoral.” (grifo nosso)

Com a diversidade de opiniões técnicas é certo de que a Constituição Federal vigente pode ser avaliada, criticada, mas inegável que a mesma está sofrendo um processo continuo de construção.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no art. 16 destaca o pressuposto de existência de uma Constituição se a mesma garantir os direitos do homem.

Realmente em decorrência do destaque acima, e as influências sociais, os gritos inclusive da própria sociedade, ensejou na grande observação e inserção destes direitos, até como reação às práticas antidemocráticas do regime anterior, que prejudicou sensivelmente os direitos humanos. Fator positivo esse reconhecimento.

Em contraponto as exageradas emendas ou aluviões legislativos, tem desalinhado a possibilidade do alcance normativo constitucional, muitas vezes, pela omissão da Comunidade, em obrigar-se à efetivar as regras constitucionais.

A indagação é a existência da crise da Constituição ou também se estende esta questão para a sociedade, o Estado, onde estaria localizada a crise? Será que a elaboração de emendas ou a banalização dos direitos fundamentais não refletiriam a omissão do povo na inobservância da própria legislação?

Qual a responsabilidade dos entes sociais, partidos políticos, representantes empresariais, do proletariado, ou ainda do próprio ser humano para desenvolver o diálogo pela luta política entre a Constituição e os fenômenos existentes?

Nem todos os fatos são objetos ocupados pelo direito, mas ocorrem e estão muitas vezes à margem daquela ciência, todavia os fenômenos resultam de fatos, dos quais o direito se ocupa.

Logo conclui-se que um dos fatos que é preciso observar e assumir, para que se trabalhe, no Estado é a questão da corrupção como bem preleciona, J. Patrick Dobel. Avalia-se abaixo;

A corrupção é na verdade a traição da confiança publica para o lucro de indivíduos ou grupos, podendo ser moral, com a perda dessa lealdade, no qual o interesse próprio passa a ser o motivo normal da maioria das ações. E a atitude primordial entre cidadãos torna-se a competitividade, para preservar o que cada um possui ou ganhar mais.

Também há corrupção social ou estatal, tem a ver com a incapacidade moral dos cidadãos de assumir compromissos morais desinteressados com ações, símbolos e instituições que beneficiam a comunidade.

O autor acima citado faz como foco desta teoria a lealdade, por ser o atributo moral e psicológico da virtude cívica mínima necessária, na convivência do Estado.

Esta traição publica existe, e banir a corrupção realmente seria impossível, mas está no alcance de cada individuo honesto conter, exigindo estruturas destinadas a limitar, desencorajar e canalizar essas tendências corruptas, para finalidades positivas.

Assim sendo infere-se no momento da importância a ser dada e executada na obediência do cidadão do Estado à Constituição Federal. Também na modificação do foco de exacerbadas legislações, para a conscientização através da educação.

Um dos direitos fundamentais é o lazer, e ainda o esporte. Qual então a “necessidade” da elaboração de uma nova lei para incriminar a conduta de torcedores violentos?

Ao observar tal quadro o destaque é também como informado na matéria acima, de métodos educacionais, e não irracionais, mas maneiras que não incentivem a corrupção social.

Uma das sugestões, por exemplo, seria o trabalho permanente dos representantes dos times com o Estado e as comunidades vizinhas, no incentivo à educação esportiva, escolas de futebol gratuitas à comunidade.

Ainda ações em face daqueles que destroem o patrimônio público, no meio deste espetáculo, incentivando a comunidade participante a observar ou inclusive fiscalizar voluntariamente, através de pessoas treinadas para tal, as irregularidades causadas.

Através de filmagens de controle, expor nas telas ao vivo dos jogos as violências cometidas, nos estádios, desenvolver panfletos informativos, e inclusive incentivos, não somente financeiros, mas culturais, educacionais, às torcidas mais organizadas.

A maior resistência hoje da própria Constituição é a barreira da burocracia, na qual o Estado tem aparecido como a própria Instância burocrática, porque tratar de elaborar leis sobre a corrupção, se a pauta do art. 37 da Constituição Federal já delimita como principio de atuação dos servidores a Moralidade?Talvez, realmente a crise esteja no filtro da Constituição, bem preleciona no texto abaixo:

"O administrador tem na moral, sob tais parâmetros, as regras básicas de cumprimento de seu dever, em modo eficiente, conhecido ou conhecível pelos cidadãos. Os princípios aplicam-se aos três poderes, em todos os segmentos governamentais, na União, nos Estados e nos municípios. Lembro deles porque não foram observados quando a gangorra da crise econômica era negada antes das recentes eleições. Hoje parece que a situação é mais grave do que a retratada, ainda que por erro de avaliação, na seqüência dos dias de ânimo e desânimo na economia. A Carta é o instituto político-jurídico ao qual o direito se vincula, em cada artigo, como também na predominância de seus princípios, a imporem rigor, na lealdade da informação ao público."

Ora os princípios pautados no art. 37 da Carta Magna, impõe ao administrador obediência à moral, à eficiência no desenvolvimento de suas atividades, todavia as medidas de proteção para terem eficácia, reclamam a participação da sociedade, como um todo, convocando a avaliação daquelas, de forma severa.

Não se nega a existência de uma crise, mas com a vinda da era moderna o ser humano valorizou o individualismo, empobrecendo o sentido da vida, e distanciando-o das preocupações com os outros e com a sociedade.

E desta feita perde-se o padrão ético, nas convivências sociais, o sentido ideal do viver, e também causa a ausência da moralidade, para pautar a conduta do individuo.

Neste diapasão, acompanha a questão da razão instrumental, com o intuito de tirar o máximo das coisas, sem saber o porquê das medidas adotadas, ameaçando a tomada de concessões das vidas humanas.

Assim sendo infere-se que apesar da crise existente, e das mazelas estatais, a presença da corrupção, e a impossibilidade do desaparecimento do Estado o objetivo é a readequação do Estado às normas constitucionais.

E ainda o envolvimento e a inserção da participação de entes que protejam e executem as finalidades das normas, como associações, entidades, veículos condutores de proteção aos direitos do homem, e executores das garantias fundamentais.

A Constituição e o Estado estão sempre em construção e até mesmo redesenhando seu perfil, este redesenho para alcançar o desenvolvimento socioeconômico, abarca aspectos importantes como a responsabilidade e o compromisso dos administradores públicos por elevar a capacidade do governo para fortalecer a soberania nacional e governar a sociedade em liberdade, com justiça e democracia.

Com estas idéias iniciais rascunhadas, vale a pena avaliar este redesenho, ou ainda a construção da Constituição, apesar da crise sempre observando a importância dos direitos fundamentais.

II-A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No processo de construção constitucional é de suma importância relembrar o ponto de vista do governo, e o doutrinador Noberto Bobbio bem preleciona sobre o assunto. No qual o objeto principal da política sempre foi o próprio governo, o bom ou mau governo, como conquistar o poder e como exercê-lo, quais os ofícios dos magistrados, poderes de comando, elaboração das leis, declaração de guerras e firmação de pazes, nomeações de ministros, esta é a arte política.

Já com o ser humano nasce o objeto nato da liberdade, no qual o individuo possui total autonomia sobre sua vida, não decorre de uma autoridade constituída e independe de qualquer coerção imposta pela vontade do próximo. Logo este objeto permeia a concepção de governo democrático.

Além deste objeto inato ao individuo existem tantos outros, ora natos ora dados construídos jurídico historicamente, que merecem atenção especial do governo e da própria polis respeitando tais direitos. Estes seriam os denominados direitos fundamentais, e primordiais para o aprimoramento político da convivência coletiva. Aliás, uma das válidas fundamentações dos direitos humanos se adquiriu com o consenso abrangente da Declaração Universal de 1948 e com a Conferência de Viena da ONU de 1993.

Nestes dois acontecimentos mundiais, consagrou-se a universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relacionamento destes direitos.

Será que o individuo, apesar da crise constitucional factual tem conhecimento de que pode confrontar com o Estado? E que se tornou cidadão do mundo?

A proteção dos direitos fundamentais passou a ter eficácia jurídica e valor universal, e o individuo de sujeito de uma comunidade estatal passou a ser também sujeito da comunidade internacional, potencialmente universal.

Mister se faz propagar a consciência do dever de conhecimento e obediência a estes direitos fundamentais, em cada gentes, para que assim o filtro constitucional alcance sua finalidade.

Todavia vale ponderar que a idéia não é se apoiar na “voz do povo” ou da polis, mas na atuação de cada individuo, posto que aquele possui instrumentos específicos, e eficazes dentro da legislação existente hoje. Se assim não o for, a reação é de uma elefantíase

legal, o excesso de leis, não educa o cidadão brasileiro a conhecê-las, mas causa o desinteresse.

Basta ver o caso da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que vitima da violência doméstica no Brasil, como outras mulheres, denunciou a agressão cometida.

Na inércia da Justiça, Maria da penha, escreveu um livro, uniu-se ao movimento de mulheres, e como ela mesma diz, "**não perdeu nenhuma oportunidade de manifestar sua indignação"(**grifo nosso)

Após 19 anos e seis meses do fato ocorrido o autor da agressão, de Maria da Penha foi preso, cumprindo pena de reclusão. Maria da Penha, como cidadã universal, teve repercussão mundial de seu caso, sendo o Brasil condenado internacionalmente em 2001, e responsabilizado por negligencia e omissão em relação a violência domestica, vindo o Relatório da OEA, recomendando medidas pertinentes, entre elas "simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual".

Ora o caso é conhecido e honrosa foi a conduta da cidadã acima, em não perder a oportunidade de manifestar sua indignação, mas questiona-se, não a bela lei elaborada, n. 11.340/2006, mas não seria possível o Governo tomar providências que sumarizassem o tempo processual das leis?

Realmente tal fato foi o avanço e espelha a responsabilidade do individuo de fazer a sua parte, sendo conhecedor de seus direitos, e ainda mais tendo o dever de, além do cumprimento legal, tomar providências necessárias, inclusive internacionais, para sanar qualquer ofensa ao seu patrimônio existencial.

Esta é a era dos direitos, como bem informa Bobbio "o poder não vem de cima para baixo-do poder irresistível do soberano, ou do poder ainda mais irresistível de Deus. Vem de baixo para cima, *do consenso dos governados e da vontade dos indivíduos que constroem o artefato da convivência coletiva". (grifo nosso)*

Nem todos os direitos fundamentais precisam ser positivados, todavia é imprescindível a especificação destes direitos, no tocante à crianças, idosos, mulheres, deficientes. Mesmo assim a Carta Magna preocupou-se em inserir no seu conteúdo normativo, o reconhecimento desses direitos, reverenciando-os como outras Constituições, de Portugal de 1976, Espanha, de 1978, dentre outras.

Esta positivação demonstra o comprometimento do Poder Constituinte e também dos governados, na promoção e inclusão de suas relações, objetivos bases que são protecionistas aos direitos fundamentais, como por exemplo, a garantia do desenvolvimento nacional, art. 3º, II, Constituição Federal.

2.1 Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático

O autor René Cassin destaca duas qualidades dos direitos do homem, sendo a primeirasua amplitude. Esta é característica das Declarações Universais dos Direitos do Homem- conjunto de direitos e faculdade sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade.

E a outra, ressalta que estes direitos são um ideal universal, aplicável a todas as pessoas de todos os paises, raças, religiões e sexos.

Ainda o grande doutrinador acima afirma que esta Declaração fez com que a comunidade internacional reconhecesse que o individuo é membro direto da sociedade humana, na condição de sujeito do Direito das Gentes.

Entretanto, um dos problemas suscitados pelos estudiosos destes direitos seria no âmbito epistemológico, pois o conhecimento deste objeto de estudo, tem sido questionado, como se, por exemplo, tais direitos não seriam resultado do consenso de opiniões subjetivas, como pondera Robert Alexy.

Em contraponto, a seguinte ótica da doutrinadora Maria Garcia afirmando que "*as Declarações dos Direitos do Homem permanece como "nova tábua da lei", integrada ao patrimônio da Humanidade, herança de todos os indivíduos do mundo",* é uma boa ponderação no tocante ao conhecimento destes direitos".

E se assim o é, então o problema epistemológico estaria resolvido – ao assumir que este Instrumento faz parte do patrimônio da humanidade- tendo necessidade de se tornar conhecido.

Apesar de superada a circunstancia acima, não se ignora a indagação de quais seriam os direitos do homem? Como descobrir estes direitos? Reconhecem-se ou se constituem estes direitos?

Bem pondera o autor Sólon Eduardo Annes Viola, *"que os direitos humanos têm sido, ao longo da historia, uma construção dos múltiplos movimentos sociais, e não o resultado de um ordenamento jurídico ou o efeito de uma declaração. Procuro demonstrar que os direitos humanos são uma construção e uma reconstrução do movimento social que se produz nas lutas contra as diversas formas de poder autoritário através da História."*

Já no pensamento de Noberto Bobbio : "*os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstancias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas." (grifo nosso)*

Neste contexto o autor José Joaquim Gomes Canotilho, doutrina que: "*direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (conforme a dimensão jusnaturalista); Mas os direitos fundamentais são os direitos do homem, juridico-institucionalmente garantidos e limitados espacial-temporalmente, seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta*".

Outrossim, o autor Jorge Miranda conceitua direitos fundamentais*:*

"*Na verdade podem ser entendidos como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana, no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação*

jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstancias de cada época e lugar".

O doutrinador citado não exclui o apelo ao Direito Natural, ao valor e à dignidade humana, mas alega que tal apelo não basta para elucidar a problemática constitucional dos direitos fundamentais, porquanto o âmbito desses direitos ultrapassa a fundamentação própria do Direito Natural.

"O conceito de direitos fundamentais não se trata de direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo legislador constituinte, pura e simplesmente; trata-se também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, do sentimento jurídico coletivo".

Na visão de Luigi Ferrajoli, direitos fundamentais "são todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os direitos humanos, enquanto dotado de status de pessoas, de cidadão ou com capacidade de agir." Para muitos dos doutrinadores acima mencionados, a universalidade seria a característica primordial para o conhecimento destes direitos, mas há de sopesar que em cada gente existem culturas diferentes, sendo praticamente impossível esta universalidade de forma horizontal.

Realmente se acorda que a igualdade jurídica deva ser um dos parâmetros para o reconhecimento dos direitos fundamentais, estendendo estes direitos a todos, despidos de quaisquer culturas.

Igualmente, não se nega a identificação supranacional destes direitos, ou seja, a extensão de sua eficácia, em vários paises, a possibilidade de reclamá-los em Instâncias Internacionais.

Afinal a era que se adentra no momento é de um sistema global de proteção dos direitos humanos, com órgãos atuantes e de extrema importância, como o Tribunal de Justiça Internacional e o Tribunal Penal Internacional, denominados como 5ª Instância.

Há dificuldade em reconhecer quais são estes direitos fundamentais, apesar das conceituações acima, mas a classe de direitos dos homens é heterogênea, existindo pretensões diversas entre si, muitas vezes incompatíveis.

Na tentativa de se adequar, construir e até mesmo identificar os direitos humanos, Bobbio assevera que existem direitos que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente. Direitos estes acerca dos quais há a exigência de não serem limitados, nem diante de casos excepcionais.

O direito de não ser escravizado, seria um exemplo, e de não sofrer tortura outro, direitos estes privilegiados, porque não entram em concorrência com outros direitos.

Dentro desse contexto, o critério de Lassalle (1943), apresentado por Maria Garcia,é de grande valia para identificar os direitos fundamentais sempre ponderando se tal direito é básico, fundamento e necessário.

A vida é um fundamento para outros direitos, se assim não o fosse, não se falaria em direito às presidiárias de permanecer com seus filhos durante o período da amamentação.

Logo na premissa legal acima se percebe a vida sendo fundamento para outros direitos, inclusive como fundamento ao infante, de ao ser amamentado, ter sua vida protegida.

Bem assim, o direito à vida também está adequado ao principio da necessidade, sendo algo sem a qual outra não tem como prosperar. Sem a vida não há que se falar por exemplo, em direito à honra, a integridade física.

Para completar o critério acima German J. Bidart Campos manifesta-se ao afirmar que os homens ao imprimirem positividade aos direitos humanos, estão fazendo simultaneamente duas operações: reconhecendo, no campo do dever-ser, e em seguida da mesma, constituindo, em positivos, os direitos que tem neste momento, realmente ainda não estavam positivados, sejam naturais ou éticos.

Tanto o critério de Lassalle como a ponderação de German J. Bidart são excelentes, auxiliando na inferência de que todos os direitos na Constituição são constitucionais, mas nem todos são fundamentais ou decorrem de direitos humanos.

Há realmente uma “generosidade exagerada”no tocante aos direitos fundamentais, com o risco de produzir a banalização dos direitos. Vale como alerta no tocante a vulgarização dos direitos humanos. Afinal nem tudo é fundamental.

Vide por exemplo o direito a greve, positivado constitucionalmente, mas que pelos critérios acima, não faz parte na verdade de um direito fundamental. Não fundamenta outros direitos, não é básico e nem essencial, necessário ao individuo.

Há quem sustente o contrário, afirmando que a greve é um direito constitucional fundamental da classe trabalhadora, reconhecido tanto no plano internacional quanto no interno. Sua compleição é ampla e dialética, pois ao mesmo tempo em que é norma, consegue ser ainda sanção e garantia.

Todavia o reconhecimento desse direito que também é do homem, mas não fundamental, no plano internacional, não viabiliza sua fundamentabilidade ou ainda sua imprescindibilidade no direito brasileiro.

Basta observar como exemplo que na Alemanha, paralisações e greves só são permitidos como instrumento de pressão em negociações de contratos coletivos de trabalho ou acordos salariais. Ou seja, durante a vigência destes, não pode haver mobilização para alterar uma questão definida em contrato coletivo. Enquanto paralisações de advertência (por uma hora, por exemplo) podem ser convocadas pelos sindicatos, as greves só têm caráter legal se aprovadas através de votação dos sindicalizados em urna. (grifo nosso)

Neste diapasão, vale citar ,o doutrinador Manoel Goncalves Ferreira Filho, que trás Philip Alston mencionando o direito ao turismo, ao sono, de nao ser submetido ao trabalho aborrecido, o direito de nao ser morto na guerra e outros tantos como fundamentais.

Em nenhum momento a tendência seria pela impossibilidade da ampliação dos direitos fundamentais, até porque o rol apresentado na Constituição Brasileira é um rol exemplificativo, vide inclusive, o art. 5º, páragrafo 3º, que possibilita a entrada a qualquer momento de reconhecidos/constituidos direitos humanos, equivalentes na sua eficácia à emendas constitucionais.

O alardeio se refere ao risco de se catalogar direitos fundamentais, que já existiam ou ainda, que não atendem o critério da necessidade, da existência básica para outros direitos ou ainda da fundamentalidade.

Por todo exposto com a crise da comunidade é preciso ressaltar que a liberdade existente hoje, não deva ser instrumento de banalização dos direitos fundamentais.

Ao contrário, ao concretizar-se tal liberdade através da positivação da mesma, mas sem comprometer os direitos fundamentais, há de se exercer individuo por individuo à obediência às leis, o dever de responsabilidade para o cumprimento e eficácia das normativas constitucionais.

O questionamento cerne é obter a eficácia do sistema constitucional vigente, dentro da realidade existente, já que dinamica o é por essência, observando principalmente os preceitos fundamentais, mas pressupondo a responsabilidade da polis para o alcance do fim constitucional.

Logo se conclui que para um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição, vai além de seu conteúdo, mas depende também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional.

Também soma-se à conclusão acima esteiada em Konrad Hesse,a seguinte premissa: "*Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um principio constitucional, fortalece o respeito à Constituição, e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado mormente ao Estado democrático.*"

Logo qual tem sido a responsabilidade da polis, das entidades e do indivíduo em sacrificar certos bens em prol do respeito aos direitos fundamentais? De que maneira tem atuado a polis, obedecendo às leis de tal forma, que a observância e o conhecimento das mesmas, tem alcançado a essência estatal e inclusive apregoado a Dignidade humana?

Nitido é a circunstancia e o fato de que o individuo como elemento da polis na sua consciência demonstrando sua indignação e buscando eficácia das legislações consegue dar execução aos seus direitos inatos, e proteção ao seus interesses.

III- OS DEVERES DO ESTADO, DA POLIS E DA COMUNIDADE COMO GARANTIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por todo o exposto realmente a lealdade o comprometimento dos cidadãos da polis para a realização efetiva de seus direitos exige também a observância dos mandamentos legais e a busca de sua plena e total proteção.

Tamanha a importância de garantizar os direitos fundamentais, que Brasil e Russia assinaram um acordo de cooperação internacional para parametrizar o sistema do Poder Judiciário de um e outro país no tocante aqueles direitos.

Além disso, tornou-se comum os cidadãos russos recorrerem ao Tribunal de última instância Russa, a Corte Européia como afirma o presidente Lebedev, quando todos os graus de jurisdição são esgotados.
Tal acordo entre paises e o movimento social motivado por cada cidadão é uma resposta do comprometimento da polis com os direitos humanos para ratifica-los, promovê-los.

Mister se faz a interação entre sociedade civil e Estado, pois aquela se faz presente em movimentos de massa, em múltiplas, legitimas e valiosas associações, constituídas em função dos mais diversos interesses.

Esta interação é fundamental para legitimar e a interação da polis com a comunidade, e ainda para reconhecer e desestruturar a crise vivida pelas democracias ocidentais.

Bem preleciona o autor Miguel Reale Júnior, ao afirmar que:

"Creio que há imensa responsabilidade em bem fotografar a atual sociedade brasileira, para se conformar a reorganização do Estado à realidade, de modo a que não se superponha, com o título majestoso de uma Constituição legitima, uma estrutura normativa que desconheça formas de participação política da sociedade extensiva a seus mais significativos elementos".

Hoje a sociedade brasileira, com os grupos informais, associações e inclusive cidadãos que como Maria da Penha, não se calam, tem alcançado a "política do amanhã".

Estes grupos que libertam-se do paternalismo estatal e como fruto da consciência da cidadania consideram que é chegado o momento de atuar, mesmo em âmbito restrito a possível parcela de poder.(grifo nosso)

Por isso organizações hoje autogovernadas, procuram tornar de sua competência assuntos que são de âmbito social, como por exemplo, suprindo a ação do Estado no atendimento às necessidades de um bairro, de uma região, de um pronto socorro.

Como exemplo um grupo de empresas tornou-se gestora dos presídios em Belo Horizonte, responsável por manter os presos, garantindo-lhes os direitos fundamentais como a saúde, o que hoje não ocorre no presente local e ainda construindo novas sedes presidiárias com modernidade.

Este é um grupo social que tornou-se capaz de liberar o desenvolvimento social, garantindo os direitos fundamentais pelas vias que lhe são possíveis e instrumentos disponíveis.

Sem entrar no mérito sobre as parcerias público-privadas, vale a pena ponderar sobre a necessidade de tais movimentos, para que estanque, situações absurdas, como a que está ocorrendo no Rio Grande do Sul.

No Estado acima mencionado, a promotora de Justiça Sandra Goldman ingressou com uma ação judicial junto ao Ministério Público do Rio Grande do Sul para obrigar o Estado a garantir atendimento médico a 200 presas grávidas que cumprem pena no presídio Madre Pelletier, em Porto Alegre, mas nunca passaram por acompanhamento pré-natal, nem receberam visitas médicas ou orientações, não possuem inclusive tratamentos específicos para esta situação gestacional.

Se realmente não houver a consciência de cada cidadão em comprometer-se com a Legislação vigente, também na aplicação da mesma torna-se impossível sua execução. É preciso redirecionar a realidade com as obrigações estatais.

Não importa a "voz do povo", pois ao que parece, esta não tem soado nenhum eco, mas a sua voz, para resultar na cidadania. É preciso que cada entidade social, cada individuo se manifeste.

Tanto é que num estudo realizado sobre a manutenção e preservação de praças e meio ambiente em São Paulo o especialista César Bergstrom, diretor de urbanismo, informou: *... a maioria está em péssimo estado de conservação e apresenta problemas graves. "Só não estão abandonadas as que estão com patrocinadores ou que têm uma tradição de uso e a população fica em cima cobrando o serviço público. As demais estão abandonadas, a situação é precária"..*

Mais um resultado prático demonstrativo da participação do cidadão militante no conhecimento do que é imprescindível para proteger a espécie humana e também seus direitos fundamentais.

Mais um caso a ser mencionado trata-se dos direitos fundamentais do idoso, já positivados no artigo 230 da Carta Magna e repetidamente na Lei n. 10.741/2003, destacando a proteção constitucional da dignidade e da preservação da vida.

A convivência familiar é um direito fundamental do cidadão, não importando sua situação se idoso, criança, adolescente. Por isso, um cidadão alcançando êxito, buscou junto ao E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, numa apelação em mandado de segurança, a redução de sua carga horária de trabalho, com conseqüente redução de salário, sob o argumento de cuidar de seu genitor idoso.

A decisão do E. Tribunal fundamentou-se na obrigação do poder público em conferir maior efetividade às normas constitucionais, que têm efeito imediato e comandam todo o ordenamento jurídico.

Assim sendo o sucesso na impetração deste mandado de segurança decorreu da consciência cidadã deste filho, em buscar a efetividade de seus direitos fundamentais, qual seja, o direito a vida digna de seu genitor em sua convivência.

Outro avanço nos direitos humanos foi a disponibilidade de remédios, dentro dos protocolos, como instrumento de efetivação do direito fundamental a saúde.

A promoção da utilização destes medicamentos para a proteção do direito a vida e a saúde, não pode ser irracional, mas controlada como tem ocorrido por Portarias baixadas pelo Ministério da Saúde.

Em referencia ao caso acima, a escritora destas linhas resenhadas, por ter endometriose aguda, e sido submetida a duas cirurgias, necessitou de injeções de valores extraordinários, as quais foram disponibilizadas pelo Estado, através tão somente da apresentação de seus documentos pessoais e também do laudo cirúrgico.

Ora a busca das informações, a consciência da cidadania, a readequação do Estado à realidade também depende de cada individuo, de cada movimento social, da busca pelo dever e também da obediência às legislações.

Em contrapartida no panorama mundial percebe-se o avanço e retrocesso no tocante aos direitos humanos. Especificamente sobre a questão da vida e proteção da mesma, o Chile, por exemplo, e as autoridades conseguiram permissão da Justiça para ceder a "pílula do dia seguinte" a meninas maiores de 14 anos, sem o consentimento dos pais. Já no Peru, o Tribunal Constitucional decidiu que esta pílula deveria ser disponibilizada a todas as mulheres. E na Colômbia o aborto foi descriminalizado em caso de estupro e em certas situações.

Apesar da polêmica no assunto em pauta é preciso o reconhecimento do avanço na instrumentalização dos direitos humanos nas Gentes, e também o treino permanente de desenvolver este pensamento humano fundamental.

IV- CONCLUSÕES PESSOAIS

Já foi exposto que uma das ponderações hoje é a inexistência da consciência, de que cada membro societário, deve comprometer-se a cumprir o bem estar social, a garantir a segurança do próximo, a respeitar seus familiares e a propriedade alheia.

O exagero da liberdade tem sido o termômetro evasivo do Estado, leia-se sociedade, para atuar e realizar-se pautada pela arbitrariedade, a busca pelo incessante poder, a inobservância daquilo que é fundamental, a relativização dos direitos.

Todavia a maior arte da vida é lidar com o ser humano, conviver, e para viver com, é preciso um ordenamento que eleja os valores, sem precificar, mas destacando, ressaltando e fixando importantes elementos para a vivência do individuo.

E assim todo Estado necessita de uma Constituição, que pormenor que seja trás em seu bojo traços de sua realidade, regras para pautarem a convivência em sociedade.

Entretanto a Constituição Federal tem possibilitar a abertura constitucional, qual seja, o confronto e a luta política dos partidos, e das forças políticas portadores de projetos alternativos que viabilizem o atendimento dos fins constitucionais.

Por outro lado é impossível ignorar a existência da corrupção na representação política, os interesses circunstanciais na elaboração excessiva de leis, a impunidade presente e a injustiça latente.

Mas um dos pontos cruciais para o desenvolvimento dos direitos fundamentais é o reconhecimento da incapacidade moral de muitos dos indivíduos, que se dizem cidadãos brasileiros.

Ainda a efetividade da obrigação daqueles em observarem regras, leis, ditames legais para a própria proteção.

É sabido que banir a corrupção, inclusive a corrupção moral não é possível, mas é papel de cada um canalizar-se para finalidades positivas para continuar o cumprimento das regras programáticas da Dignidade Humana neste país.

Fato é que o poder vem de baixo para cima, onde governados constroem os artefatos para sua própria convivência, é preciso que cada cidadão faça de si mesmo o alerta, a contensão das injustiças, o filtro da ilegalidade e o alcance almejado da eficácia constitucional.

Hoje se esquece do critério da necessidade e a sinfonia é tocada pela "catalogação de direitos fundamentais", pela formalidade desnecessária, por elaborações de projetos legislativos que atrasam por demais a capacidade de crescimento do país.

O sistema é dinâmico, volátil e perfeitamente composto por fatos que são espelhados por mudanças a todo instante, mas é parametrizado por direitos nobres, inatos e universais.

Mister se faz a interação da sociedade com o Estado para se alcançar a readequação social à realidade dos fatos e a necessidade dos indivíduos sempre observando as leis, sem que estas firam direitos fundamentais e universais.

Na educação ao que parece está a solução, visto que é fundamental a cada individuo tomar posse desse legado, e responsabilizar-se por sua própria ignorância se não houver a busca incessante da ciência.

Não é caso tão somente da educação escolar, mas na família, cada núcleo é responsável por sua prole, para incutir seus valores básicos e imprescindíveis à sobrevivência em coletividade.

Nos núcleos base de convivência como as comunidades religiosas, há de se oportunizar o aprendizado, o acesso ao conhecimento. Nas associações de bairro, os moradores solidários uns com os outros são responsáveis por informar, proteger seus patrimônios e manter o meio ambiente saudável ao derredor.

E ainda sem desmistificar o Estado como responsável, é preciso que cada voz, uma única voz, busque então a eficácia de seus direitos, não ignorar sua inconformidade com a irregularidade, mas manifestar-se civilmente para o que for preciso.

A ciência, o poder e o direito estão para todos, trabalhe a idéia do conhecimento e terás um povo forte, uma voz não uniforme, mas em unidade para efetivar seus direitos fundamentais.

Neste propósito a Constituição Federal tem valores fundamentais, é produto da mente humana e também instrumento de educação do povo brasileiro.

Assim a desvalorização desta Carta Magna decorre da tentativa de legitimá-la, também do momento que tenta-se fazer da Constituição “porta voz” de matérias que não são de sua competência, como por exemplo, “justiça”, “vida”, dentre outras.

Como bem pondera Kant, a mania do homem é tentar resolver tudo absolutamente, quando que se ignora ou se esquece que a Constituição deve ser o cerne do Direito Público.

Todo caos existente deve ser observado pelo direito, por isso essa ciência não é pura, mas não se ignora quem exerce atribuições e competências são pessoas. Àquelas é cabível então a responsabilidade de efetivar, executar, promover e liderar a proteção aos direitos fundamentais.

Tanto é que uma sociedade não educada para democracia não permite a evolução. Mesmo com tantas mudanças a Constituição Brasileira é uma só, e tais modificações devem ser contestadas por cada cidadão toda vez que não espelhar seu consenso e ainda sua liberdade, ou não se pautar em paradigmas.

A cada cidadão cabe comprometer-se com a lealdade moral, pois a decepção com o Estado envolve o fracasso do cidadão, e inclusive a ausência de comprometimento deste para com aquele.

Para encerrar se pondera na suma importância da comunidade concentrar-se na educação, como na Alemanha, que incentiva a cada estudante quando comprometido, sendo brindado com uma bicicleta.

Ainda como ocorre nos Estados Unidos, que cada filho, no seu período de férias escolares, se compromete com algum trabalho temporário ou cursos de aperfeiçoamento, além de suas obrigações em casa por não ser comum o empregado doméstico.

Cabe a cada um de nós o comprometimento com a educação, com o conhecimento, tornar-se instrumento de publicidade para assegurar os direitos do outro, informar, buscar, incentivar.

Ademais a sociedade de consumo, necessária para a ordem econômica do país, precisa com cada ser que lhe compõe, se rodear de pessoas, e não somente de objetos, obter contato e respeitar o outro como a si mesmo o faz.

O encerramento deste trabalho se dá com o texto abaixo apontado como sendo de João Ubaldo Ribeiro para reflexão:

"Precisa-se de Matéria Prima para construir um País"

A crença geral anterior era que Collor não servia, bem como Itamar e Fernando Henrique. Agora dizemos que Lula não serve. E o que vier depois de Lula também não servirá para nada.

Por isso estou começando a suspeitar que o problema não está no ladrão corrupto que foi Collor, ou na farsa que é o Lula. O problema está em nós. Nós como POVO. Nós como matéria prima de um país.

Porque pertenço a um país onde a ESPERTEZA" é a moeda que sempre é valorizada, tanto ou mais do que o dólar. Um país onde ficar rico da noite para o dia é uma virtude mais apreciada do que formar uma família, baseada em valores respeito aos demais.

Pertenço a um país onde, lamentavelmente, os jornais jamais poderão ser vendidos como em outros países, isto é, pondo umas caixas nas calçadas onde se paga por um só jornal E SE TIRA UM SÓ JORNAL, DEIXANDO OS DEMAIS ONDE ESTÃO. Pertenço ao país onde as "EMPRESAS PRIVADAS" são papelarias particulares de seus empregados desonestos, que levam para casa, como se fosse correto, folhas de papel, lápis, canetas, clipes e tudo o que possa ser útil para o trabalho dos filhos... e para eles mesmos. (grifo nosso)

Pertenço a um país onde a gente se sente o máximo porque conseguiu "puxar" a tevê a cabo do vizinho, onde a gente frauda a declaração de imposto de renda para não pagar ou pagar menos impostos.

Pertenço a um país onde a impontualidade é um hábito. Onde os diretores das empresas não valorizam o capital humano. Onde há pouco interesse pela ecologia, onde as pessoas atiram lixo nas ruas e depois reclamam do governo por não limpar os esgotos.

Onde pessoas fazem "gatos" para roubar luz e água e nos queixamos de como esses serviços estão caros. Onde não existe a cultura pela leitura, exemplo maior, nosso atual Presidente, que recentemente falou que é "muito chato ter que ler" e não há consciência nem memória política, histórica nem econômica.

Onde nossos congressistas trabalham dois dias por semana para aprovar projetos e leis que só servem para afundar ao que não tem, encher o saco ao que tem pouco e beneficiar só a alguns.

Pertenço a um país onde as carteiras de motorista e os certificados médicos podem ser "comprados", sem fazer nenhum exame. Um país onde uma pessoa de idade avançada, ou uma mulher com uma criança nos braços, ou um inválido, fica em pé no ônibus, enquanto a pessoa que está sentada finge que dorme para não dar o lugar.

Um país no qual a prioridade de passagem é para o carro e não para o pedestre. Um país onde fazemos um monte de coisa errada, mas nos esbaldamos em criticar nossos governantes.

Quanto mais analiso os defeitos do Fernando Henrique e do Lula, melhor me sinto como pessoa, apesar de que ainda ontem "molhei" a mão de um guarda de trânsito para não ser multado.

Quanto mais digo o quanto o Dirceu é culpado, melhor sou eu como brasileiro, apesar de ainda hoje de manhã passei para trás um cliente através de uma fraude, o que me ajudou a pagar algumas dívidas. Não. Não. Não. Já basta.

Como "Matéria Prima" de um país, temos muitas coisas boas, mas nos falta muito para sermos os homens e mulheres que nosso país precisa.

Esses defeitos, essa "ESPERTEZA BRASILEIRA" congênita, essa desonestidade em pequena escala, que depois cresce e evolui até converter-se em casos de escândalo, essa falta de qualidade humana, mais do que Collor, Itamar, Fernando Henrique ou Lula, é que é real e honestamente ruim, porque todos eles são brasileiros como nós, ELEITOS POR NÓS. Nascidos aqui, não em outra parte... Me entristeço. Porque, ainda que Lula renunciasse hoje mesmo, o próximo presidente que o suceder terá que continuar trabalhando com a mesma matéria prima defeituosa que, como povo, somos nós mesmos. E não poderá fazer nada...

Não tenho nenhuma garantia de que alguém o possa fazer melhor, mas enquanto alguém não sinalizar um caminho destinado a erradicar primeiro os vícios que temos como povo, ninguém servirá.

Nem serviu Collor, nem serviu Itamar, não serviu Fernando Henrique, e nem serve Lula, nem servirá o que vier. Qual é a alternativa? Precisamos de mais um ditador, para que nos faça cumprir a lei com a força e por meio do terror? Aqui faz falta outra coisa. E enquanto essa "outra coisa" não comece a surgir de baixo para cima, ou de cima para baixo, ou do centro para os lados, ou como queiram, seguiremos igualmente condenados, igualmente estancados... igualmente sacaneados!!!

É muito gostoso ser brasileiro. Mas quando essa brasilinidade autóctone começa a ser um empecilho às nossas possibilidades de desenvolvimento como Nação, aí a coisa muda... Não esperemos acender uma vela a todos os Santos, a ver se nos mandam um Messias.
Nós temos que mudar, um novo governador com os mesmos brasileiros não poderá fazer nada. Está muito claro..... Somos nós os que temos que mudar.

Sim, creio que isto encaixa muito bem em tudo o que anda nos acontecendo: desculpamos a mediocridade mediante programas de televisão nefastos e francamente tolerantes com o fracasso. *É a indústria da desculpa e da estupidez. Agora, depois desta mensagem, francamente decidi procurar o responsável, não para castigá-lo, senão para exigir-lhe (sim, exigir-lhe)que melhore seu comportamento e que não se faça de surdo, de desentendido. Sim, decidi procurar o responsável e ESTOU SEGURO QUE O ENCONTRAREI QUANDO ME OLHAR NO ESPELHO. AÍ ESTÁ. NÃO PRECISO PROCURÁ-LO EM OUTRO LADO. E você, o que pensa?.... MEDITE!!!!!"*

Referência bibliográfica

20 ANOS DA CONSTITUIÇÃO, *Revista do Advogado, n. 99, AASP,* Ano XXVIII, Setembro de 2008.

20 ANOS DE CONSTITUIÇÃO: Texto da Constituição não é imutável, afirma Jobim Folha organiza debate sobre os 20 anos da promulgação, completados no domingo- Folha de São Paulo- Brasil, 08/10/2008; http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0810200826.htm acessado dia 10/06/09

Abbagnano, Nicola, Dicionário de Filosofia, ed. rev. atual. Martins Fontes, 2007.

ABC da saúde, *endometriose,* http://www.abcdasaude.com.br/artigo.php?178 acessado dia 02/07/09

ALEXY, Robert, *direitos fundamentais no estado constitucional democrático, p.56,* Revista de Direito Administrativo, Vol.217, Ed. Renovar- julho-setembro Rio de Janeiro- 1999

Alexy, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais - Malheiros- SP 2008.

Almeida, Eneá De Stutz E – organizadora- Direitos e Garantias Fundamentais – Ed. Fundação Boiteux- Florianópolis –SC 2006

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes, p.43, *Os Direitos fundamentais na Constituição de 1988,* Revista do Advogado, Ano XXVIII, Setembro de 2008 n. 99- São Paulo.

ANISTIA INERNACIONAL INFORME 2007- *O estudo dos direitos no mundo/ Programa de Língua Portuguesa da Anistia Internacional:* Porto Alegre, Algo Mais, 2007.

Aurenche, Guy, A atualidade dos direitos humanos- Ed. Loyola, SP 1984.

Balera, Wagner- coordenador- Comentários à Declaração Universal dos Direitos do Homem- Fortium Ed. – Brasília –DF2008.

BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos,* Ed. Campus- RJ 2004.

BOBBIO, Norberto, *Teoria Gerald da Política,* 8ª Tiragem, Ed. Campus, RJ-RJ, 2000.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional, 17ª edição,* Ed. Malheiros- São Paulo- SP, 2005.

CAMPOS, German J. Bidart, *Teoria general de Los Derechos Humanos*

CANOTILHO, J.J.Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7ª edição, Ed.Almedina- Coimbra- Portugal, 2003.

Canotilho, José Joaquim Gomes, *Estudos sobre direitos fundamentais-* Coimbra Editora 2004,

Cassin, René, *El problema de la realizacion de los derechos humanos en la sociedad universal, In: Viente años de evolución de los derechos humanos,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

CENEVIVA, Walter, *Crise no filtro da Constituição,* Folha de São Paulo - Cotidiano, 20/12/2008.

CESÁRIO, João Humberto. O direito constitucional fundamental de greve e a função social da posse. Um novo olhar sobre os interditos possessórios na Justiça do Trabalho brasileira. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1604, 22 nov. 2007. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10683. Acesso em: 14 jun. 2009.

DE CICCO, Cláudio. *Teoria Geral do Estado e ciência política,* Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo,2008.

DIAS, Maria Berenice, *A lei Maria da Penha na Justiça,* Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo-SP.

DIMENSTEIN, Gilberto. O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil, Editora Ática, 2005.

Direitos Humanos um novo caminho- Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania – Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa Humana- SP- 1994.

Do G1, em São Paulo, 22/08/07 - 10h38 - Atualizado em 23/08/07 - 11h07, *Estudo aponta estado precário das praças de SP, http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL91827-5605,00.html acesso* dia 01/07/09.

DOBEL, J.Patrick, *Como e por que um Estado se corrompe,* Jornal *O Estado de São Paulo, de 24/02/80-* como fonte de estudo de Direito Constitucional I, professora Maria Garcia-2001

DW-World.de Deutsche Welle- DW-World,Do centro da Europa, *Direito de greve e justiça do trabalho,* http://www.dw-world.de/dw/article/0,,1220379,00.html acessado dia 14/06/09

FERRAJOLI, ***Luigi,*** *Los fundamentos de los derechos fundamentales - Ed. Trotta- – Edição 2001.*

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, *Direitos Fundamentais, 8ª ed.* Saraiva, 2006, SP, SP.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e garantias do idoso,* Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2008.

GARCIA, Maria, aula doutorado ministrada dia 23/03/09, avaliando a obra de Charles Taylor- “le malaise de la modernite”.

GARCIA, Maria, aula ministrada doutorado 13.04.09, PUC/SP- 2009

GARCIA, Maria, aula ministrada no doutorado dia 06/04/09, *expressão bem utilizada quando do comentário do excesso de leis,* PUC/SP, 2009.

Marcia, Maria, Limites da ciência, RT- SP-SP, 2004.

Garcia, Maria, Desobediência Civil, Direito Fundamental, 2ªedição, RT- SP-SP,2004.

GOMES, Luis Flávio, *Direito penal/processo penal- dignidade da pessoa humana e as investigações criminais-* XXIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional,04.06.09, São Paulo- 2009

GOTTEMS, Claudinei J., Dirceu Pereira Siqueira, *Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira,* Ed. Boreal, Birigui, SP, 2008.

HESSE, Konrad, A força normativa da Constituição, tradução Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, RS, 1991.

ILHA, Flávio, **Ação judicial tenta obrigar o RS a garantir atendimento médico a 200 presas grávidas,** Especial para o UOL Notícias Em Porto Alegre, 16/06/2009 - 18h11, http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/06/16/ult5772u4351.jhtm , acessado dia 17/06/09

KLIKSBERG, Bernardo, *El rediseño del estado, una perspective internacional,* Ed. Fondo de Cultura Econômica-Mexico 1994.

Lafer, Celso, A reconstrução dos direitos humanos- um dialoga com o pensamento de Hannah Arendt- Ed. Companhia das Letras – SP 2006.

LASSALE, Ferdinand. *O que é a Constituição, Essência da Constituição.* 3ª ed.Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

LIPPMANN,Ernesto, *Os direitos fundamentais na Constituição de 1988,* LTR Editora, São Paulo, 1999.

Miranda, Jorge- Manual de Direito Constitucional , Tomo IV, Direitos fundamentais, 3ª. edição – ed.; Coimbra 2000.

MIRANDA,Jorge.*Manual de Direito Constitucional Tomo II,*Ed. Coimbra, Portugal, 1996,

Moraes. Eduardo Ribeiro, *Marco histórico na vida do país, Constituição Federal completa 20 anos,* artigo, Ultima Instância Revista Jurídica,06/10/2008, http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/56940.shtml acessado dia 10/06/09

O GLOBO, *EMPRESAS VÃO ERGUER E GERIR PRESÍDIOS EM MG,* 16/06/09 <HTTP://PFDC.PGR.MPF.GOV.BR/CLIPPING/JUNHO-2009/EMPRESAS-VAO-ERGUER-E-GERIR-PRESIDIOS-EM-MG-1/> ACESSO DIA 21/06/09

Piovesan , Flávia, coordenadora,Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos anotado- São PAULO, DPJ Editora, 2008

Rawls, John – Uma teoria da justiça, Ed. Universidade de Brasília , 1971

REALE JÚNIOR, Miguel.*Casos de direito constitucional,* Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo- SP, 1992.

ROBERTSON,A.H.,*Direitos Humanos na Europa,* Instituto Piaget,Lisboa –Portugal, 2001.

Sarlet, Ingo Wolfgang - Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988- Livraria do Advogado Editora- Porto Alegre 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERA, *Cortes Supremas de Brasil e Rússia assinam acordo de cooperação internacional,* 12/03/2009.

Viola, Sólon Eduardo Annes ,Direitos Humanos e democracia no Brasil, Ed. UNISINOS- - São Leopoldo RS- Brasil 2008.

Weis, Carlos, Direitos Humanos Contemporâneos-– Malheiros- SP-SP

Bíblia- Êxodo capítulo 1 e seguintes

Êxodo capítulo 20 a 23

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional,* p. 80

MIRANDA, Jorge.*Manual de Direito Constitucional,* Tomo II, 3ª ed. p.13

Ob.cit. p, 99.

LASSALE,Ferdinand.*O que é a Constituição, Essência da Constituição*

Garcia, Maria. Aula ministrada no dia 09/02/09, PUC/SP- Doutorado

CICCO, Cláudio De.*Teoria Geral do Estado e Ciência Política,* p.101.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes.*Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7ªed., p. 1338

Ob.cit., p. 18

Moraes. Eduardo Ribeiro, *Marco histórico na vida do país, Constituição Federal completa 20 anos,* artigo, Ultima Instância Revista Jurídica,06/10/2008, http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/56940.shtml acessado dia 10/06/09

CENEVIVA,Walter.*Bicameralismo em dúvida,*Folha de São Paulo, Cotidiano,13 de Outubro de 2007.

20 ANOS DE CONSTITUIÇÃO: Texto da Constituição não é imutável, afirma Jobim Folha organiza debate sobre os 20 anos da promulgação, completados no domingo- Folha de São Paulo- Brasil, 08/10/2008;

Fonte de consulta: Jornal *O Estado de São Paulo, de 24/02/80-* como fonte de estudo de Direito Constitucional I, professora Maria Garcia-2001

GARCIA, Maria. Aula 23/03/09, análise da Teoria de Dobel- Doutorado PUC/SP

Denise Miras,Em São Paulo, *Especialistas propõem novas leis, câmeras melhores e até reforma de estádio para coibir violência,* UOL ESPORTES, 11/06/09, http://esporte.uol.com.br/futebol/violencia-no-futebol/2009/06/11/ult7499u3.jhtm

CENEVIVA, Walter,*Crise no filtro da Constituição,* Folha de São Paulo- Cotidiano, 20/12/2008

GARCIA, Maria, aula ministrada dia 23/03/09, avaliando a obra de Charles Taylor- "le malaise de la modernite".

KLIKSBERG, Bernardo,*El rediseño del estado, una perspective internaconal,* P.7, Ed. Fondo de Cultura Econômica –México 1994

BOBBIO, Noberto, *Teoria Gerald da Política,* 8ª Tiragem, Ed. Campus, p. 479

BOBBIO, Norberto, Ob. Cit, p. 486

DIAS, Maria Berenice, *A lei Maria da Penha na Justiça,*Ed. Revista dos Tribunais, p.13, São Paulo-SP

Ob.cit., p15

BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos,* p. 11,Ed. Campus- RJ 2004

René Cassin.*El problema de la realizacion de los derechos humanos en la sociedad universal, In: Viente años de evolución de los derechos humanos,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974,p.397.

ALEXY, Robert, *direitos fundamentais no estado constitucional democrático, p.56,*Revista de Direito Administrativo, Vol.217, Ed. Renovar- 1999 julho-setembro Rio de Janeiro

Limites da Ciência p. 148

Direitos humanos e democracia no Brasil, p. 41 e ss.

A era dos direitos, p. 5

Direito Constitucional e Teoria da Constituição , 7ª edição , p. 393

Manual de Direito Constitucional, Tomo IV- Direitos Fundamentais, 3a. edição , p.9-10 e ss.

Luigi Ferrajoli,*"Los fundamentos de los derechos fundamentales"- Ed. Trotta- – Edição 2001*

GOMES, Luis Flávio,*Direito penal/processo penal- dignidade da pessoa humana e as investigações criminais*- XXIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional ,04.06.09, São Paulo

BOBBIO, Norberto,ob.cit, p. 19

GARCIA, Maria, aula ministrada doutorado 13.04.09, PUC/SP

Art. 5, L,CF.

Teoria general de Los Derechos Humanos,p.115

ALMEIDA,Fernanda Dias Menezes, p.43,*Os Direitos fundamentais na Constituição de 1988,*Revista do Advogado, Ano XXVIII, Setembro de 2008 n. 99- São Paulo

CESÁRIO, João Humberto. O direito constitucional fundamental de greve e a função social da posse. Um novo olhar sobre os interditos possessórios na Justiça do Trabalho brasileira. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1604, 22 nov. 2007. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10683. Acesso em: 14 jun. 2009.

DW-WORLD.DE DEUTSCHE WELLE- DW-WORLD,DO CENTRO DA EUROPA, *DIREITO DE GREVE E JUSTIÇA DO TRABALHO,* HTTP://WWW.DW-WORLD.DE/DW/ARTICLE/0,,1220379,00.HTML ACESSADO DIA 14/06/09

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, *Direitos Fundamentais, 8ª ed.* Saraiva, 2006,p.100-101 SP,SP

HESSE, Konrad, *A força normative da Constituição,* Sergio Antonio Fabris Editor, p. 22, Porto Alegre, 1991

Fonte: Supremo Tribunal Federal, notícia dia 12/03/2009 às 17h46

Casos de Direito Constitucional, p. 108, Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

Ob. Cit. p. 110

O GLOBO, *EMPRESAS VÃO ERGUER E GERIR PRESÍDIOS EM MG,* 16/06/09 HTTP://PFDC.PGR.MPF.GOV.BR/CLIPPING/JUNHO-2009/EMPRESAS-VAO-ERGUER-E-GERIR-PRESIDIOS-EM-MG-1/ ACESSO DIA 21/06/09

ILHA, Flávio,**Ação judicial tenta obrigar o RS a garantir atendimento médico a 200 presas grávidas,** Especial para o UOL Notícias Em Porto Alegre, 16/06/2009 -

18h11, http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/06/16/ult5772u4351.jhtm , acessado dia 17/06/09

Do G1, em São Paulo ,22/08/07 - 10h38 - Atualizado em 23/08/07 - 11h07,*Estudo aponta estado precário das praças de SP, http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL91827-5605,00.html acesso* dia 01/07/09

Roberto Mendes de Freitas Júnior, *Direitos e Garantias do Idoso,* p. 13, *Ed. Del Rey,* Belo Horizonte - MG

(AC2005.0110076865- TJDF- 5a.Turma Cível, relator Desembargador João Egmont, 26.04.2007)

Endometriose é uma doença caracterizada pela presença de tecido endometrial (tecido que reveste o útero internamente) fora da cavidade uterina. http://www.abcdasaude.com.br/artigo.php?178 acessado dia 02/07/09

Anistia Internacional, Informe 2007, o estado dos direitos humanos no mundo, P. 33 Edição e tradução para o português: Programa de Língua Portuguesa da Anistia Internacional- 2007.

http://groups.google.com/group/nepmaranhao/web/critrio-6---precisa-se-de-matria-prim-a-para-construir-um-pas acessado dia 10/07/09

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO*

LAW BASES OF THE ALIMENTATION RIGHTS

Jose Carlos Buzanello

RESUMO

Analisa esse artigo os fundamentos jurídicos do direito à alimentação, tendo com pressuposto os dois modelos jurídicos clássicos: jusnaturalismo e positivismo. A construção teórica parte do princípio de que se está diante de uma teoria especial na ordem jurídica, tanto que entre os seus fundamentos surge a questão da ordem justa e da justiça social. Dessa forma, enfatiza-se essa temática não apenas como um problema jurídico, mas também político e ético. Elege-se como estratégia a efetividade jurídico-constitucional, por meio do Sistema Nacional de Segurança Alimentar, que o Estado erigiu para que junto com a sociedade pudesse encontrar meios para a devida efetividade social. Por fim, reforça o discurso democrático, ensejando seu compromisso com a justiça social.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO À ALIMENTAÇÃO; DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA; DIREITO HUMANITÁRIO.

ABSTRACT

This article intends to analyse the Law Bases of the alimentation rights, having with base the Law Classics Models: jusnaturalismo and positivism. The theory construction starts through a special theory of Law order, which between your bases appears the question of the just order and social justice. On this way, make emphasis in this theme not only like a law problem, but also political and ethical. The strategy elected retracts the constitutional law effectiveness through the way of the National System of Alimentation Security, that the State has built to joined with the Society could find ways to the due effectiveness social. In the end, the emphasis is in the democratic speech, providing your commitment with the social justice.

KEYWORDS: ALIMENTATION RIGHTS; HUMAN RIGHT TO ADEQUATE FOOD; HUMANE RIGHT.

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

“Todas as formas de governo caem diante da necessidade por pão. Para o homem com sua família faminta, o pão passa em primeiro lugar – antes de seu sindicato, de sua pátria, de sua religião”.

John L. Lewis, líder trabalhista dos EUA

Analisa esse artigo o direito à alimentação, principalmente quanto à sua dimensão jurídica, tendo como fundamento os dois modelos jurídicos clássicos: jusnaturalismo e positivismo. Dessa forma, enfatiza-se essa temática não apenas como um problema jurídico, mas também político e ético.

A que se propõe esse artigo? Antes de tudo, organizar os fundamentos jurídicos, dar forma aos conceitos e aos métodos de ação política e jurídica desse especial direito. A construção teórica do direito à alimentação alicerçada em argumentos jurídicos, parte do princípio de que se está diante de uma teoria especial na ordem jurídica, tanto que entre os seus fundamentos surge a questão da ordem justa e da justiça social. Desta forma têm-se como objetivos: 1º) fomentar a discussão sobre o direito à alimentação; 2º) assegurar o acesso e a ampliação do catálogo de direitos fundamentais descritos na ordem constitucional brasileira, com a inclusão do direito à alimentação; 3º) reforçar o discurso democrático, ensejando seu compromisso com a justiça social. Desta forma elege-se como estratégia a efetividade político-jurídica do Sistema Nacional de Segurança Alimentar (Lei 11.346/2006), que o Estado erigiu para que junto com a sociedade pudesse encontrar meios para a devida efetividade social.

Não nos interessa determinar, dos tempos imemoriais, como e quando surge o direito à alimentação, mas sim os fundamentos jurídicos que fornecem sua “identidade”, suas traves-mestras que atestem sua existência no tempo. O direito à alimentação retoma uma área complexa do conhecimento jurídico, a qual não se teve a devida atenção por parte dos juristas brasileiros. A verdade é que, entre nós, o direito à alimentação não tem merecido os estudos teóricos necessários à sua compreensão doutrinária, que naturalmente, aprimoraria a ação política e jurídica. Desta forma, não há uma literatura sistematizada, mas autores dispersos no tempo e com variações temáticas conforme as circunstâncias históricas.

A fome e a desnutrição não são novidades do mundo. Afinal, a “fome, a miséria e a desnutrição são assuntos pouco discutidos no cenário macroeconômico, em que a ânsia capitalista de auferir crescentes lucros não se compadece com os graves abismos sociais, presentes em especial nos países menos desenvolvidos, que, de fato, representam nichos de violência e um verdadeiro “genocídio silencioso”, nos palavras de Jean Ziegler, na função de Relator Especial da ONU, sobre o Direito à Alimentação.[1]

De fato, há séculos se encontram presentes em países ricos e pobres, ainda que ignoradas em face da segmentação em pequenos grupos sociais, com menos poder e alijados do processo econômico e político. No Brasil, tem-se uma realidade trágica de fome, principalmente para os pobres, notadamente no Nordeste, nas áreas rurais e nas

periferias das grandes cidades. Em meados do século XX, a situação se agrava com a intensa migração urbana associada à industrialização acelerada e a inserção desordenada no mercado globalizado.

1. CONSTRUÇÃO CONCEITUAL DE DIREITO À ALIMENTAÇÃO

Os temas recorrentes do direito à alimentação dizem respeito ao funcionamento do sistema político e às práticas sociais, tendo como centro de convergência a concepção e a estrutura de Estado, que definirá a natureza da efetiva República (*res publica*) Democrática.

A construção conceitual do direito à alimentação encontra-se inter-relacionado com os diferentes ramos de direito e outros problemas estruturais de ordem econômica, social e política, sem perder de vista a questão ambiental e à diversidade cultural. Permite-se, assim, um enfoque metodológico interdisciplinar do direito à alimentação ao se relacionar com o direito constitucional, a Administração Pública, as relações de consumo, a qualidade dos alimentos, a dignidade humana, além de compreender as análises políticas, sociológica, antropológica, psicológica e sanitária.

Fixa-se como conceito operacional de direito à alimentação: "direito que todas as pessoas possuem de garantir a disponibilidade de alimentos em quantidade suficiente e de qualidade apropriada para satisfazer as suas necessidades alimentares. Acrescente-se, ainda, que o direito à alimentação não significa apenas e tão-somente o acesso do indivíduo a alimentos, mas engloba outras questões de igual relevância, como o controle de qualidade dos produtos. A alimentação e a nutrição são requisitos básicos para a promoção e proteção do direito à saúde (art. 196, CF), que garantem a afirmação plena do potencial de crescimento e desenvolvimento humano, com qualidade de vida e cidadania.

O conceito de direito à alimentação tem quatro aspectos: 1) a segurança alimentar é um direito humano básico à alimentação e nutrição; 2) esse direito deve ser garantido e implementado por políticas públicas, com a atuação de agentes públicos e privados; 3) incumbe ao Estado proteger, respeitar, promover ou facilitar e realizar esse direito; 4) participação ativa e parceria da sociedade civil através de suas organizações próprias, em especial nas áreas em que o Estado tem atuação deficitária.

As primeiras políticas públicas sobre a alimentação no Brasil foram descritas por Josué de Castro nas suas obras, "Geografia da Fome" e "Livro negro da fome"[2], que assegura segurança alimentar e a erradicação da fome.

Nesse sentido, o médico Flávio Luiz Schieck Valente, pioneiro no enfoque jurídico da alimentação no Brasil, sintetiza toda a problemática do direito à alimentação, nesses termos: "Uma política que promova a segurança alimentar e o direito humanos à alimentação não pode se limitar ao combate à fome e à desnutrição. O *direito de estar livre de fome* é o patamar mínimo da dignidade humana, mas não pode ser dissociado do direito a uma alimentação de qualidade, do direito de obter este alimento com dignidade, através do seu próprio sustento. A modernidade exige que o tema da

alimentação seja tratado de uma forma holística e integrada, abrangendo os direitos de todos os cidadãos, excluídos ou não. E impossível tratar a questão dos transgênicos hoje, por exemplo, sem articular os aspectos relacionados à saúde dos consumidores, à saúde dos produtores, à questão dos riscos ambientais e à questão dos riscos sociais e econômicos para os pequenos produtores familiares derivados do controle monopolístico de sementes estéreis.[3]"

Na doutrina, os direitos humanos se associam à condição da pessoa humana, enquanto os direitos fundamentais se associam ao reconhecimento político-jurídico por parte do Estado. Entende-se por direitos humanos o conjunto de prescrições e princípios de valores que assegurem a vida e a dignidade da pessoa humana, consubstanciados nas Declarações de Direitos e nas Constituições. A positivação de direitos, ao mesmo tempo em que negou a concepção jusnaturalista, segundo a qual os direitos humanos seriam inatos e que bastava à sociedade reconhecê-los, combinou esses direitos naturais com um sistema formal de elaboração legislativa, com institutos jurídicos para garantir adequação da *lex naturalis*.

Bobbio aduz, porém, sobre a positivação de direitos três outros elementos: 1º. – a conversão das declarações de princípio em direito positivo; 2º. – sua generalização; 3º. – a internacionalização.[4] Acompanha esses processos a especificação progressiva de direitos, principalmente nas Constituições dos Estados. Todavia, a proclamação está longe de esgotar as possibilidades de surgimento de novos direitos, já que a sociedade se modifica conforme as contingências históricas. Os direitos civis são um produto histórico, nascido de lutas pela implementação da igualdade. O processo lento de sedimentação das distintas gerações de direitos faz a passagem das liberdades negativas (crença religiosa) para as liberdades positivas (direitos políticos e sociais) que requerem a participação do Estado. Ao desenvolvimento doutrinário das gerações de direitos do homem se alinham as próprias promessas modernas – liberdade, igualdade e fraternidade. Como percebe Norberto Bobbio, os direitos não nascem todos de uma vez, mas paulatina e historicamente: os direitos civis surgem da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; os direitos políticos e sociais, dos movimentos populares.[5]

2. FUNDAMENTOS POLÍTICO-JURÍDICOS

Os fundamentos político-jurídicos do direito à alimentação permanecem ligados ao jusnaturalismo e ao positivismo, contudo não há um acordo unívoco quanto à sua fundamentação jurídica. A estrutura do conceito de direito à alimentação na perspectiva jusnaturalista retoma a condição da existência do homem e da auto-conservação. O direito à alimentação, como qualquer outro direito natural, apresenta-se independente do ordenamento jurídico e fundamenta-se em uma ordem superior, universal e imutável. Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para, finalmente, encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais."[6]

A idéia do direito à alimentação vem de longe na história, mas adquire mais presença na formação do Estado Moderno, nos discursos libertários franceses e na Convenção de Genebra de 1864. A modernidade conhece uma nova forma de organizar a sociedade política, o Estado moderno, ente racional com unidade de comandos, ordenado por regras e instituições permanentes, com corpo de funcionários especializados. Nessa perspectiva, o Estado representa uma contingência histórica, sendo o centro de criação e sistematização do direito público, tendo em vista a segurança jurídica, a ordem social e a distribuição da justiça.

Do longo caminho de construção teórica do Estado moderno, podem-se agrupar características gerais que marcam a história do pensamento político: 1) a concepção de direitos naturais e individuais; 2) o Estado como antítese do estado de natureza; 3) a concepção racionalista da teoria contratualista da origem do Estado; 4) a teoria da legitimação através do consenso ou através da força física.

2.1. Fundamentação jus-filosófica da ordem justa

Houve progresso no campo político e social com a melhoria na distribuição da justiça e da riqueza, contudo permanecem ainda não plenamente resolvidos dois fundamentos da formação do Estado Moderno: a questão da ordem justa e a efetivação de direitos (fraternidade).

A construção moderna da ordem justa alicerçava-se nos princípios fundamentais da democracia e da dignidade humana, rechaçando qualquer situação injusta ou que ameace o princípio da justiça. O direito à alimentação inicia com a restauração da ordem justa dos bens fundamentais da vida de cada um ou da coletividade. Assim, se apresenta não somente como um direito, mas também como uma obrigação que remonta suas origens religiosas da fraternidade universal da "distribuição do pão". Nessa direção, há o problema do direito-dever de alimentação de todos, onde quem pode mais ajuda alimenta os necessitados. "Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos."[7]

O direito à alimentação somente pode alcançar sua profundidade teórica e prática dentro de um modelo democrático de Estado e de sociedade, quando as pessoas e as instituições se sintam comprometidas com esse valor positivo. Quanto a prática dos comandos político-jurídicos depende da qualidade das decisões e o funcionamento dos órgãos do Estado, que remete a capacitação e vontade dos seus agentes administrativos. O Estado, ao definir suas políticas públicas, faz ao mesmo tempo dois atos: primeiro, publica suas decisões em Diário Oficial para que todos a conheçam; segundo, nomeia determinados órgãos e pessoas para executar tal ato.

A admissão jurídica do conceito constitucional de direito à alimentação pressupõe a elasticidade constitucional, precisamente, quanto ao seu objeto material. O direito à alimentação deve ser salvaguardada em função da finalidade da ordem justa, que pressupõem a conformidade da lei com o direito constitucional, advindo do processo constituinte de 1987-1988. O direito à alimentação tem de ser juridicamente fundamentado, tem que empregar os princípios políticos e jurídicos constitucionais, os princípios gerais de direito, o princípio da dignidade humana, da proteção da vida, do estado de necessidade e do devido processo legal. Os fundamentos recorrentes invocam-se princípios previstos na ordem jurídica, a preservação da dignidade humana e o estado de necessidade. Quanto ao estado de necessidade, serve de exemplo o caso do crime famélico, praticado por um e cujo ato se transforma num saque a supermercados. Não obstante isso, o uso das diversas fontes de direito, pode-se enumerar uma série de fatores que justificam juridicamente o direito à alimentação, como a unidade do sistema jurídico e o sentido de justiça.

Questiona-se o que é ordem justa para ser justificadora do direito à alimentação? Trata-se de algo difícil de aferir, que nos remete para a teoria da Justiça, que surge para dar nova justificação além do jusnaturalismo e do positivismo, que encontrará sua fundamentação na própria experiência dos direitos humanos, na consciência social extraída da teoria de Perelman,[8] ou na Teoria Crítica.[9] É preciso identificar o direito à alimentação com o problema do justo, de John Rawls.

A questão da justiça é tema clássico nos estudos sobre direito, sobretudo nos paradigmas do direito natural, que examina a norma, prioritariamente a partir da expectativa do justo. Há várias concepções e valores de justiça, por sua própria definição, justiça é justificação e,. portanto racionalidade no sentido normal do termo: por uma razão válida ou "justificada"[10] Para a filosofia do direito, a teoria da justiça configura-se, em primeiro lugar, como a análise do conjunto de valores, bens e interesses positivados pelo direito e cuja proteção, alteração ou incremento os homens buscam através da técnica da convivência social o que o direito enseja. [11]

Com essas ponderações, fica claro que advogamos uma idéia de justiça possível, circunscrita às reconhecidas limitações quanto à conceituação de justiça como valor absoluto. A noção de justiça necessita ser resgatada – como razão última de convivência social – pois, tem perdido com o tempo sua noção substantiva originária – *jus justum* –, pela confusão conceitual de *lex*, onde o positivismo jurídico coloca no mesmo plano *jus e lex*. A lei não é sinônima de justiça, ao contrário, pode ser extremamente injusta, acobertada pelo manto da decisão jurídica, quando avilta os fundamentos da constituição justa, como o direito à alimentação.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS

Na história constitucional brasileira, nunca se positivou expressamente o direito à alimentação, mas nem por isso perde efetividade, pois na experiência constitucional, se insere no capítulo dos direitos fundamentais, implicitamente, no art. 5º, parágrafo 2º, que recepciona os "outros direitos" e os tratados e convenções internacionais.

Outrossim, após a Emenda Constitucional n.º 45/2004, o parágrafo 3º do art. 5º, permite que, caso obedeça a determinado processo legislativo, os acordos internacionais sobre direitos humanos possam se equiparar a emendas constitucionais. Todavia, ressalte-se que o direito à alimentação também pode ser depreendido de outros preceitos da Constituição, além de ter como fonte essencial de inspiração o princípio da dignidade da pessoa humana, prescrito no art. 1º, inciso III. Além desses princípios a Constituição elenca uma série de direitos que se relaciona com o direito à alimentação, tais como: o direito à vida, à educação, à saúde, a moradia, à proteção a maternidade e a infância, à assistência aos desamparados, ao trabalho, ao salário mínimo apto a satisfazer as "necessidades normais" do trabalhador, configurados nos arts. 3º, 5º, inciso XXII, 6º, 7º, inciso IV, 23, incisos VIII e X, 170, 184, 186, 193, 196, 200, inciso VI, 203, 208, inciso VII, 226, parágrafo 8º, e 227. No plano infraconstitucional, o direito à alimentação pode ser extraído do Sistema Nacional de Segurança Alimentar, descrita na Lei 11.346/2006, como também sobre temas diversos, tais como: água, aleitamento materno, controle de qualidade dos alimentos, da produção e do consumo e sistema único de saúde.

A Constituição contempla diversos direitos sociais, ditos de segunda geração de direitos humanos, espalhados em alguns artigos, sendo que a maioria se concentra nos artigos 6º e 7º. Segundo a aplicabilidade das normas constitucionais, as normas programáticas, que podem ser conceituadas como normas de aplicação diferida, que representam comandos-valores, ao conferirem elasticidade ao ordenamento constitucional. O direito à alimentação, como direito social, reflete uma norma programática de aplicação progressiva, segundo o juízo de oportunidade e avaliação da extensão do programa da política pública, como o Fome zero. O direito à alimentação, entendido como garantia individual e coletiva regida pela constituição deve estar a serviço dos fatos determinantes do acesso ao alimento.

Nesse sentido, o direito à alimentação somente é suscetível de ser compreendido juridicamente, com apelo à ordem constitucional, por força das regras e princípios que informam toda a regulação jurídica do Estado. O problema do direito à alimentação enquadra-se, pois, nesse contexto geral da ordem política que opera com um sistema de princípios extensivo a todo o sistema jurídico, como os valores da dignidade humana e o regime democrático.

O programa do direito à alimentação no sistema constitucional brasileiro está descentralizado em dois aspectos: um, suscitado pela referência da competência comum de todos os entes federados (União, Estado e Município) em fomentar a produção, a distribuição e o abastecimento de alimentos (art. 23, VIII, CF); o segundo, define o controle de qualidade nutricional dos alimentos ao sistema único de saúde (art. 200, VI, CF). É a própria constituição que racionaliza o Estado, com distribuição de competências a hierarquia de poder, distribuído numa tensa relação entre Estado e cidadão.

A simples leitura do direito à alimentação na ordem constitucional indica dois enfoques metodológicos: a primeira, de forma propositiva define administrativamente as atribuições constitucionais dos entes federados, como o problema da produção, abastecimento e controle dos alimentos; a segunda, expressa o compromisso político do Estado com a questão dos alimentos, próprias da construção material da sociedade democrática.

O sistema jurídico, corolário da vontade política do Estado, está sempre a demandar o esforço cooperativo da sociedade civil. Não basta à constituição compreender a racionalização da estrutura da organização do Estado, se não atentar para a constituição real, que são as forças políticas que operam no interior da sociedade, definindo a efetividade constitucional. Da mesma forma, não podemos ser prisioneiros da afirmação de que o direito à alimentação é apenas uma questão política, pois além de ser um discurso vazio, demonstra a fragilidade reducionista do argumento que obscurece a sua importância para a realidade constitucional.

O desequilíbrio em favor do político em detrimento do jurídico e do econômico pode ser acentuado, mas não de forma estrutural, pois, as variáveis da produção, distribuição e consumo de alimentos transcende os limites da ação do Estado e insere-se mais na atividade econômica privada. O direito à alimentação, porém, abarca um domínio mais vasto do que o repertório do Estado e da regulação, onde a ação judicial deve ser pontual para atender uma demanda especial de público tomada como um problema "prático". Quanto à efetividade por parte do Estado, num plano rigorosamente lógico, nenhum governo pode garantir a todas as pessoas a alimentação diuturna e permanente, mas somente pode atender demandas especiais e combinadas, com a solução a médio prazo. Muitas propostas defendiam que a questão da fome e da miséria era vista como um problema essencialmente do governante, e o governado era tratado apenas como sujeito passivo. Agora, ao contrário, aumenta a dimensão política do indivíduo e da sociedade para o enfrentamento desses problemas, e as organizações sociais tornam-se interlocutores diretos e efetivos em justaposição com as políticas do estado (democracia participativa).

A liberdade e a igualdade possuem um significado filosófico-jurídico de inversão, que ocorre na relação entre Estado e indivíduos: passou-se da prioridade dos direitos individuais à prioridade dos direitos sociais. Os direitos fundamentais tornam-se cada vez mais universalistas e, aos poucos, incorporam-se aos tratados internacionais na ordem interna como emendas constitucionais, conforme EC 45/04. A representação política e a participação coletiva têm sido a tônica das reivindicações democráticas que ampliaram a questão da cidadania, fazendo-a passar do plano político-institucional ao da sociedade como um todo. Sua dimensão está mais próxima do princípio da igualdade do que da liberdade. O disposto no art. 5º, da Constituição Federal, com a locução "sem distinção de qualquer natureza", visa em substância evitar disparidade de tratamento, quando são iguais as condições subjetivas e objetivas às quais as normas jurídicas referem-se pela sua aplicação. Deve-se tratar os iguais como iguais e os desiguais da mesma forma (desigual). O preceito fundamental de igualdade (art. 5º, I, CF) não exclui que o legislador possa disciplinar, com normas diversas, situações que ele considera diferenciada, contanto que obedeça a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, para não criar nem privilégios nem desigualdades injustas.

3.1. Direitos a Alimentação e cidadania

Os direitos de cidadania, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, desenvolveram-se em dois sentidos: a universalização e a multiplicação. Esse processo

ocorre por meio de maior especificação, tanto dos titulares de direitos (sexo, idade, raça, condições físicas) quanto através do aumento da quantidade de bens tutelados, com número cada vez maior de direitos conquistados, sejam sociais, políticos ou econômicos; e com a extensão da titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem na sua singularidade, como a extensão de garantias à família e às minorias étnicas.[12]

O conceito de cidadania, com que ora operamos, tem natureza pluralista e incorpora as novas gerações de direitos, como os socioeconômicos e outros que também fazem reivindicações positivas ao Estado. Desta forma, o direito à alimentação recupera os aspectos civis da cidadania.

Na classificação de direitos fundamentais de Roberto Alexy[13], o direito à alimentação teria o *status activae civitatis*, modalidade que obriga a participação ativa do Estado na prestação desse direito, ao contrário de outros que exige a competência negativa do Estado, quanto censura às liberdades humanas.

A Constituição brasileira deve ser interpretada como uma unidade e um sistema que privilegia os valores da pessoa humana como valores centrais, como unidade de sentido do projeto constitucional. Desse conjunto de valores sociais, surge a noção de cidadão, como resultado do processo histórico-político – que participa da coisa pública e possui direitos e deveres. O fato social torna-se fato jurídico constitucional. Lafer vê no conceito de cidadania o "direito a ter direitos", uma vez que a igualdade não é um dado, mas uma consciência coletiva construída que requer, por isso, espaço público.[14]

Por sua vez, Marshall traz três elementos embutidos no conceito de cidadania social: civil, político e social. O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual, como a liberdade de ir e vir, a liberdade de expressão, de pensamento, de crença, o direito à propriedade, o direito de contratar e o direito à justiça. Por elemento político, deve-se entender o direito de participar do exercício do Estado como um membro do parlamento, como autoridade política ou como eleitor. O elemento social está relacionado a tudo o que diz respeito ao direito ao bem-estar socioeconômico, de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade.[15] Desde o início, a combinação de liberdade, participação política e bem-estar social se identificava com o direito de cidadania.

Deste modo, comparando-se com o modelo clássico adotado por Marshall, poderíamos dizer que no Brasil o processo histórico de construção da cidadania iniciou-se com os direitos políticos, no século passado, e evoluiu com os direitos civis e sociais, de forma que acreditamos que ainda sofremos grandes dificuldades para a consolidação da cidadania, tendo em vista as seqüelas deste processo histórico peculiar.[16]

O rol de direitos previstos no ordenamento jurídico não é exaustivo, apenas elucidativo do estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana que, desde o final do século XIX, denominam-se direitos fundamentais (art. 5º ao art. 17, CF). A dignidade da pessoa humana é um valor supremo, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais.[17] O que seguramente pode ser dito é que o direito à alimentação inscreve-se no catálogo dos direitos fundamentais enquanto ponto de referência do interesse público.

3.2. Sistema de Segurança Alimentar e Nutricional

A lei 11.346, de 15 de setembro de 2006, consagrou o direito à alimentação no interior do Sistema Nacional de Alimentação e Nutrição, concebido como sistema integrado pelo poder público e pela sociedade civil para implementarem políticas e ações, bem como promover o acompanhamento, o monitoramento e a avaliação da segurança alimentar e nutricional do País.

Fixa o conceito no art. 2°: A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população. § 1º A adoção dessas políticas e ações deverá levar em conta as dimensões ambientais, culturais, econômicas, regionais e sociais. § 2º É dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade.

O direito à alimentação passa a ser considerado como direito fundamental e exigível. Descreve no art. 3º, que a segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.

No art. 8º, apresenta os princípios que regem o sistema: I – universalidade e eqüidade no acesso à alimentação adequada, sem qualquer espécie de discriminação; II – preservação da autonomia e respeito à dignidade das pessoas; III – participação social na formulação, execução, acompanhamento, monitoramento e controle das políticas e dos planos de segurança alimentar e nutricional em todas as esferas de governo; e IV – transparência dos programas, das ações e dos recursos públicos e privados e dos critérios para sua concessão. Esses princípios estão justapostos com o Estado democrático de direito que chamam a todos a participarem com responsabilidade, seja entes público, seja agentes privados.

No art. 9º apresenta as diretrizes do sistema Nacional de Alimentação, articulado com o sistema único de saúde (Portaria nº 710/99 do Ministério da Saúde): I – promoção da intersetorialidade das políticas, programas e ações governamentais e não-governamentais; II – descentralização das ações e articulação, em regime de colaboração, entre as esferas de governo; III – monitoramento da situação alimentar e nutricional, visando a subsidiar o ciclo de gestão das políticas para a área nas diferentes esferas de governo; IV – conjugação de medidas diretas e imediatas de garantia de acesso à alimentação adequada, com ações que ampliem a capacidade de subsistência autônoma da população; V – articulação entre orçamento e gestão; e VI – estímulo ao desenvolvimento de pesquisas e à capacitação de recursos humanos.

Quanto as diretrizes percebe-se uma formatação sistêmica mais aberta do que fechada, pautada na descentralização política e desconcentração administrativa, com a participação de órgãos públicos em diferentes níveis de governo, além da participação da sociedade civil nesta mesma perspectiva tendo sempre a inter-setorialidade como princípio.

4. DIMENSÃO INTERNACIONAL DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO

A concretização dos direitos humanos, e mais particularmente no âmbito da alimentação e nutrição, compreende responsabilidades tanto por parte do Estado, quanto da sociedade e dos indivíduos. Tanto que, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, está inscrita a condição do ser humano de sujeito do desenvolvimento, a qual é explicitada, na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU, em 1986, nos seguintes termos: "Todos os seres humanos são responsáveis pelo desenvolvimento, individualmente e coletivamente, levando em conta a necessidade do respeito integral de seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como suas obrigações para com a comunidade, que podem garantir a livre e completa realização do potencial humano".

O movimento internacional em defesa da segurança alimentar como direito humano básico é historicamente recente, de modo a associar a alimentação e nutrição à cidadania. Entre os documentos que iniciaram a preocupação com a alimentação como direito humano, destaca-se a Convenção de Genebra de 1864, porém, considera-se que o reconhecimento normativo do direito à alimentação deu-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que representa a concepção contemporânea dos direitos fundamentais.

4.1. Declaração de Direitos da ONU

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é considerada como o primeiro documento internacional que reconheceu o direito à alimentação. Trata-se de declaração que introduziu a concepção contemporânea dos direitos fundamentais, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos, que, posteriormente, em 1993, foi reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena. Consta do seu artigo 25, I, que "Toda pessoa tem direito a um nível de vida adequado que lhe assegure, assim como à sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, assistência médica e os serviços sociais necessários; tem igualmente direito aos seguros em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de seus meios de subsistência por circunstâncias independentes de sua vontade."

Nos termos da Declaração de Direitos da ONU, o direito à alimentação é um direito humano básico, pois, sem ele, não é possível discutir os outros. Ou seja, sem uma

alimentação adequada em termos de quantidade e qualidade, não há o direito à vida e também o direito à humanidade, entendido como o direito de acesso à vida e à riqueza material, cultural, científica e espiritual produzida pelo homem.

Outro documento internacional de inegável relevância é o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, desenvolvido pela ONU e ratificado por mais de 150 países do mundo e pelo Brasil, sem reservas, em 1992. O referido Pacto reconhece o direito fundamental de todo ser humano de estar livre da fome e obriga os Estados parte do PIDESC a adotar medidas e programas concretos para atingir esse fim. O Comitê que zela pelo cumprimento do PIDESC, apresentou em seu Comentário Geral N° 12, sobre o Direito à Alimentação Adequada uma interpretação detalhada e autorizativa para o direito internacional das disposições contidas no Pacto, que estabelece, em seu conteúdo normativo art. 11º, a seguinte deliberação: "O direito à alimentação adequada realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção". Para atingir tal propósito, cada Estado fica obrigado a assegurar que todos que estão sob sua jurisdição tenham acesso à quantidade mínima, essencial, de alimento, que seja suficiente, nutricionalmente adequada e segura, para garantir que estejam livres da fome.

Posteriormente, em 1999, o Comitê dos Direitos Econômicos e Sociais da Organização das Nações Unidas (ONU) formulou uma definição mais detalhada dos direitos relacionados à alimentação em seu Comentário Geral n° 12: O direito à alimentação adequada é alcançado quando todos os homens, mulheres e crianças, sozinhos, ou em comunidade com outros, têm acesso físico e econômico, em todos os momentos, à alimentação adequada, ou meios para sua obtenção. O direito à alimentação adequada não deve ser interpretado como um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos. A "adequação" refere-se também as condições sociais, econômicas, culturais, climáticas, ecológicas, entre outras.

O Comentário Geral n° 12 do Comitê dos Direitos Econômicos e Sociais indica que, para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais previstos no PIDESC, é importante contar com instrumentos legislativos e recursos judiciais que permitam invocar esses direitos diante do Estado. O documento destaca a relevância da definição clara de metas, prazos e estratégias para a alocação de recursos por meio de políticas públicas destinadas à garantia destes direitos. As pessoas vítimas de violação ao direito à alimentação devem ter acesso a recursos administrativos e judiciais que lhes garantam a devida reparação, por meio de restituição, indenização, compensação ou garantias de não-repetição. Políticas públicas planejadas de forma transparente e com objetivos claros também são fundamentais para que se possa definir as causas e as responsabilidades em caso de violação.[18]

O Comentário Geral n° 3 do Comitê dos Direitos Econômicos e Sociais da ONU, assevera que as obrigações dos Estados decorrentes do PIDESC são obrigações de conduta e de resultado e progressiva no tempo. Consta do artigo 1º., do PIDESC que: "Os Estados-Partes no presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si e a sua família, inclusive alimentação, vestuário e habitação adequados, e a uma melhoria contínua das condições de existência. Os Estados-Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a efetividade deste direito, reconhecendo

para esse efeito a importância essencial da cooperação internacional fundamentada no livre consentimento. 2. Os Estados-Partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa a estar livre da fome, adotarão, individualmente e mediante a cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, necessárias para: a) melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de alimentos, mediante a plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, a divulgação de princípios sobre nutrição e o aperfeiçoamento ou a reforma dos regimes agrários de forma a assegurar formas mais eficazes de desenvolvimento e utilização dos recursos naturais; b) assegurar uma distribuição eqüitativa do suprimento mundial de alimentos em relação às necessidades, tendo em conta os problemas existentes tantos nos países que importam produtos alimentícios como nos que os exportam."

Preceitua o Pacto que a segurança alimentar e nutricional é requisito básico para a afirmação plena do potencial de desenvolvimento físico, cabendo ao Estado, sempre que possível em parceria com a sociedade civil, garantir o direito à alimentação e prover as condições para que os homens e as comunidades recuperem a capacidade de produzir ou adquirir a sua própria alimentação.

O Estado é, pois, o principal obrigado pelo direito à alimentação, devendo respeitá-lo, protegê-lo e realizá-lo de forma progressiva, através do uso máximo dos recursos disponíveis para sua efetivação. Para tanto, incumbe aos Estados estabelecerem planos e prazos para o cumprimento das obrigações fixadas no PIDESC e no ordenamento nacional. Diante das metas fixadas no Pacto, em novembro de 2002, a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) organizou um grupo de trabalho intergovernamental, encarregado de elaborar um conjunto de diretrizes para auxiliar os Estados, agentes políticos, servidores públicos, organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos na realização do direito à alimentação. Desse trabalho, resultaram Diretrizes Voluntárias, que se baseiam em princípios fundamentais dos direitos humanos, como a não-discriminação, a igualdade, a participação, a inclusão social, a obrigação de prestar contas e de que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e relacionados entre si. Os Estados, as organizações internacionais, a sociedade civil, o setor privado e todas as organizações não-governamentais, e as demais partes interessadas, deveriam promover o fortalecimento da colaboração e a coordenação das medidas, incluindo programas e atividades de capacitação, com vistas a reforçar a realização progressiva do direito à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar nacional.

5. EFETIVIDADE DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO

Surge as indagações: como podemos exigir a efetividade do direito à alimentação pelo ente estatal? Qual o ente federativo é titular ativo (União, Estado e Município) direito à alimentação responsável para formular a política pública, ou estar na condição de ré na relação jurídica? Essas indagações nos possibilitam a reflexão sobre o sistema jurídico

como um todo, principalmente quanto à natureza das normas e política pública específica.

Primeiro, cabe a União Federal formular a política nacional de segurança alimentar, inclusive na condição de representante da República do Brasil que firmou os tratados internacionais, agora com força equivalente a emendas constitucionais (EC 45/04). Segundo, recomenda-se que nas ações judiciais de natureza coletiva (mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ação popular) tenha como ré a União ou o Estado, exceto nas capitais e, nas ações individuais escolha o Município, até que tenhamos uma construção jurisprudencial.

Duas concepções políticas regem esse debate: uma "conservadora" e outra "progressista". As variáveis empregadas pela concepção "conservadora" direito à alimentação, giram em torno dos seguintes argumentos: a) o direito à alimentação é incapaz de desenvolver-se no tempo, é perdulário do Estado e não se concilia com as exigências modernas da economia de mercado; b) acham que esse direito não deve ser tratado na ordem jurídica, pois está ligado a condição básica da existência, tanto quanto, a respiração pulmonar; c) alegam que é inexigível sob o ponto de vista jurídico em função da sua própria natureza interdisciplinar da alimentação humana. Além disso, acham utópico o direito à alimentação como um verdadeiro paradoxo numa economia de mercado, onde cada pessoa deve concorrer legitimamente com seu sustento material e não depender de terceiros e do Estado. Dessa forma, opera-se uma leitura simplista da ordem jurídica de negação da exigibilidade do direito à alimentação.

Do posicionamento "progressista", favorável a efetivação do direito à alimentação, abrem-se duas variáveis: 1) desconsidera-se a questão apenas como problema político, mas como problema político e jurídico, sendo consentâneo com a ordem constitucional e com a ordem democrática, isto é, concebe-se o direito à alimentação num plano equilibrado tanto das relações econômicas quanto nas relações com o Estado; 2) abstrai-se o direito à alimentação exigível juridicamente a todos pelo Estado, mas admite em casos especiais de estado de necessidade.

Quanto a efetividade do direito à alimentação, este alcança duas perspectivas: a) direito à alimentação afirmativa – consiste no exercício que contrasta com o *status quo* de fome e pobreza desejando transformações sociais e individuais, não apenas na condição de consumidor de alimentos, mas com o acesso aos demais direito de cidadania; b) direito à alimentação limitativa – resulta do exercício que visa à manutenção da regularidade do acesso a alimentação aos que já se encontram nessa condição de segurança alimentar. Se, de um lado, o direito à alimentação é perdulária (pobreza negativa) deve se assegurar enquanto persistir esse estado de necessidade social, de outro deve ser formulada a política emancipatória para que essas pessoas alcancem um novo patamar de desenvolvimento social, econômico e político.

Essas posições político-jurídicas se relacionam com a chamada crise do judiciário e as disputas internas quanto ao seu perfil institucional, de sorte a garantir que seus membros assumam serem co-responsáveis pelas mudanças sociais.[19]

Esse conflito interno torna-se saudável por exigir dos seus membros posições jurídicas, inclusive com a adoção de medidas que tradicionalmente não sejam consideradas

jurídicas[20], pois mudar o modelo jurídico implica, necessariamente, a eliminação do abismo que sempre separou os atos políticos dos jurídicos.[21]

No atual governo do Presidente Lula (2002 – 2010), o direito à alimentação vem merecendo especial preocupação, principalmente, no Programa Fome Zero. Trata-se de um conjunto de três políticas articuladas entre si, destinadas à criação de uma Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional: 1) políticas estruturais para enfrentar as causas da fome e da pobreza; 2) políticas específicas para atender diretamente ás famílias no acesso ao alimento; e 3) políticas locais de segurança alimentar para áreas metropolitanas, a cargo de prefeituras e da sociedade civil. Apesar de ser considerado pelos "conservadores" como um programa assistencialista, sem resolver com maior eficácia o problema da fome, inegável é que esse programa viabilizou a melhoria da alimentação das famílias até mesmo incrementou a atividade econômica da agricultura familiar e do pequeno comércio.

Em 2003, foi criado o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e recriado o Conselho de Segurança Alimentar, como órgão de assessoramento imediato do Presidente da República, destinado a propor a formulação de políticas públicas e diretrizes para a política nacional de segurança alimentar e nutricional. Dessa forma, o Brasil conta hoje com um conjunto de programas voltados ao combate da fome, caracterizando uma política pública de segurança alimentar e nutricional.

Outros programas propostos de transferência de renda foram criados, como o da Renda Básica e o de Renda Mínima. A Renda Básica é compreendida como uma renda universal ser paga a todos os cidadãos do país, desde o nascimento até a morte, sem qualquer critério de seleção é relativamente nova no discurso dos direitos humanos e na prática política dos Estados, tendo como experiência apenas o Alasca.

O Programa de Renda Renda Mínima que deverá ser progressivamente implementada no país. Na prática isso significa que os brasileiros terão direito a uma renda mínima, que deverá ser paga independentemente do *status* econômico, social e cultural de cada indivíduo. Nestes termos, o Programa Bolsa Família do Governo Lula é um Programa de Renda Mínima, pois o mesmo possui uma série de condicionalidades. Sob a ótica dos direitos humanos, tanto o Programa Bolsa Família como os demais programas de Renda Mínima apresentam os seguintes problemas: 1. Problemas de seleção: Na grande maioria dos casos, tentativas de identificação dos pobres através de critérios técnicos dificilmente são capazes de diferenciar os pobres do restante da população de baixa renda. O alto grau de atividades econômicas do setor informal, mais presentes nos países subdesenvolvidos, dificulta ainda mais o controre da renda dos cidadãos; 2. Justiciabilidade: A grande maioria dos Programas de Renda Mínima não garante a justiciabilidade e exigibilidade dos direitos ou no pior dos casos, quando existem, não têm tido condições de cumprir essa função. Em função do critério seletivo e condicionalizador existem muitos empecilhos na criação de mecanismos específicos para a justiciabilidade e exigibilidade dos Programas de Renda Mínima; 3. Custos Operacionais: Vários estudos têm demonstrado o alto custo operacional dos programas de Renda Mínima, principalmente devido à burocracia necessária para se realizar o processo de seleção dos beneficiários e controle das condicionalidades dos programas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a análise temática acima, algumas considerações se impõem claramente:

1. Ainda que a história nos prove o fluxo contínuo do progresso humano, ainda permanece intacto o desafio da construção sentido da ordem justa. A questão do direito à alimentação é a luta pelo direito justo. Forçosamente se conclui que o Estado, segundo a razão moderna iluminista, ainda não cumpriu totalmente sua promessa de distribuição equânime da justiça social inscrita na liberdade, na igualdade e na fraternidade.[22]

2. O direito à alimentação é um direito primário, fundamental e existencial, e fundamenta-se na prestação positiva do Estado e da sociedade para alcançar o ordem jurídica justa, a justiça social, a dignidade da pessoa humana, a honradez do governante e o respeito a democracia, por razões fundadas em motivos políticos, éticos e jurídicos. Se o direito à alimentação é tema incontroverso quanto aos aspectos formais, há uma dificuldade na definição da responsabilidade dos atores públicos e privados quanto a sua efetivação social;

3. O conceito moderno de direito à alimentação se impôs, em termos de estrutura político-jurídica, nas Declarações de Direito e nas Constituições. Nesse sentido, cumpre ressaltar que a realização progressiva do direito à alimentação adequada exige a participação ativa dos Estados, sob pena de responsabilidade internacional.

4. Dentro do atual estágio do desenvolvimento da teoria do direito, não se pode invocar apenas os modelos (jusnaturalismo e positivismo) como fundamento para justificar o direito à alimentação, pois são insuficientes e inadequados para dar conta dos problemas jurídicos, como afirma o Prof. José Alcebíades.[23] Dessa forma, adota-se outras teorias teoria do direito contemporâneo, como a teorias modernas da Justiça.

5. O denominador comum do direito à alimentação está assentado na estrutura do Estado e da economia, que a legitimidade depende da efetiva garantia de abastecimento de alimentos, com acesso e qualidade dos mesmos. Examinado os documentos internacionais sobre direitos econômicos e sociais, quando aparece o direito à alimentação, esse está justaposto aos outros direitos econômicos e sociais sem prejuízo dos direitos civis e políticos das pessoas.

6. Não se pode desconhecer as “reservas” dos juristas sobre a admissão do direito à alimentação no campo do direito positivo. De toda sorte, o jurista que tem certa dificuldade no seu trato não pode desprezar a direito à alimentação previsto em lei, tendo em comum os princípios gerais de Direito, o princípio da justiça social, o princípio da dignidade humana, o reconhecimento dos sujeitos de direito, a garantia dos direitos fundamentais e a cláusula pétrea do direito individual. Surge, também, o conceito de estado de necessidade social, ao possibilitar o acesso ao alimento por meios jurídicos e políticos.

7. A Constituição deve ser lida à luz de seu *locus* político, visto que o sistema jurídico deve dialogar com sua realidade social, já dotado de certa abertura axiológica que permite novas fundamentações de justiça material (art. 5º, parágrafo 2º, CF). A Constituição, cujos procedimentos têm por objetivo assegurar o exercício do poder social e político, dessa forma, é preciso que o direito à alimentação esteja previsto e garantido na Constituição, pelos seguintes fundamentos:

a) significar mais solidez, extensão ou efetividade aos grupos vulneráveis e necessitados. Tornar-se mais um "remédio-garantia" contra a "enfermidade" da injustiça social da fome e da miséria;

b) tornar-se um recurso educativo de cidadania que faça lembrar de forma permanente ao governante esse direito, para que formulem políticas públicas próprias;

c) evitar interpretações desmedidas de princípios político-jurídicos que a impugnam decisões pontuais e tópicas, tomando por base a teoria da justiça;

d) clarear com maior nitidez a diferença entre estado de necessidade alimentar e o crime famélico, ou também entre direito à alimentação legítima e direito à alimentação ilegítima. Facilita-se, assim, a administração da justiça quando se atribui a identificação sobre um tipo de ação lícita e ilícita que integram os distintos institutos jurídicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRIPINO DE CASTRO Jr. Osvaldo. *Guia da cidadania: Teoria, prática e legislação*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1998.

ALEXY, Roberto. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BEURLEN, Alexandra. *Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Giusnaturalismo e positivismo giurídico.* 2a edição. Milano: Di Comunitá, 1972.

CASTRO, Josué de. *O livro negro da fome*. São Paulo: Brasilense, 1966.

KOLM, Serge-Christiphe. *Teorias modernas da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos direitos humanos.* São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MALUF, Renato S.; MENEZES, Francisco; VALENTE, Flávio. Contribuição ao Tema da Segurança Alimentar no Brasil. *Cadernos de Debate.* vol IV. Campinas: NEPA/UNICAMP, 1996.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MENEZES, Francisco. *Segurança Alimentar: um conceito em disputa e construção*. (contribuição enviada ao Projeto Fome Zero) Rio de Janeiro: IBASE, 2001.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (*et alii*). (org.) *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

PERELMAN, Chäim. *Ética e direito*. Trad. M.E.G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre; Sergio Fabris, 2002.

ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT, 1989.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Direito Humano à Alimentação, In: Princípios e Diretrizes de uma Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Brasília: CONSEA, julho de 2004.

_____. *Direito humano à alimentação: desafios e conquistas*. São Paulo: Cortez, 2002.

VALENTE, Luiz Schieck. *O direito à alimentação*. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto e ZETTERSTROM, Lena. *Extrema pobreza no Brasil – a situação do direito à alimentação e moradia adequada*. São Paulo: Loyola, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1995.

ZIEGLER, Jean. *Observações introdutórias em relação a seu relatório da missão sobre direito à alimentação no Brasil*. Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. 59ª. Sessão, ponto 10 da ordem do dia. E/CN.4/2003/54/add.1.

[1] ZIEGLER, Jean. *Observações introdutórias em relação a seu relatório da missão sobre direito à alimentação no Brasil*. Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. 59ª. Sessão, ponto 10 da ordem do dia.E/CN.4/2003/54/ add.1.

[2] CASTRO, Josué de. *O livro negro da fome*. São Paulo: Brasilense, 1966, p.63.

[3] VALENTE, Flávio Luiz Schieck. *O direito à alimentação*. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto e ZETTERSTROM, Lena, *Extrema pobreza no Brasil – a situação do direito à alimentação e moradia adequada*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 53.

[4] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 50-68.

[5] BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Ob. cit., pp. 3-6.

[6] BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Ob. cit., p. 30.

[7] BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Ob. cit ., p. 1

[8] Vd. PERELMAN, Chäim. *Ética e direito*. Trad. M.E.G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

[9] Vd. WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento crítico*. 2a ed. São Paulo: Acadêmica, 1995.

[10] KOLM, Serge-Christiphe. *Teorias modernas da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 9.

[11] BOBBIO, Noberto. *Giusnaturalismo e poitivismo giurídico*. 2a edição. Milano: Di Comunitá, 1972. Introd. Nota 11, p. 47.

[12] BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Ob. cit., pp. 67-69.

[13] ALEXY, Roberto. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 247-261. Jellinek tem sido considerado o pioneiro nas classificações de direitos fundamentais, também analisadas por Alexy: *status subiectionis, status libertatis, status civitatis e status activae civitatis.*

[14] LAFER, Celso. *A Reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 308. Nota 34.

[15] MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, pp. 63-64.

[16] AGRIPINO DE CASTRO Jr. Osvaldo. *Guia da cidadania: Teoria, prática e legislação*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1998, p. 13.

[17] SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT, 1989, p. 93.

[18] Cf. VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Direito Humano à Alimentação. In: *Princípios e Diretrizes de uma Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional*. Brasília: CONSEA, julho de 2004, p. 12.

[19] BEURLEN, Alexandra. *Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2000, p. 140.

[20] SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11.

[21] KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre; Sergio Fabris, 2002, p. 74.

[22] Vd. ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

[23] OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (*et alii*). (org.) *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996, p. 16.

O HABEAS CORPUS 82.424-2 E A CONSTRUÇÃO DOS CONCEITOS DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIGNIDADE DA PESSOA*

THE HABEAS CORPUS 82.424-2 AND THE CONSTRUCTION OF CONCEPTS OF FREEDOM OF SPEECH AND HUMAN DIGNITY

Juarez Monteiro de Oliveira Júnior

RESUMO

Esta pesquisa parte do caso mais emblemático sobre "discurso de ódio" julgado pelo Supremo Tribunal Federal: o habeas corpus 82.424-2. Embora o argumento da defesa versasse sobre a abrangência do art. 5º, XLII, da Constituição Federal, o principal tema tratado nesse julgamento foi o possível conflito entre o "direito" à liberdade de expressão e o "direito" à dignidade da pessoa. Assim, a partir dos votos dos ministros do STF desenvolvemos o trabalho, buscando responder a duas questões: quais foram os conceitos de "liberdade de expressão" e "dignidade da pessoa" construídos pelo Tribunal nesse julgamento? E, por fim, esses conceitos são adequados ao Estado democrático de direito?

PALAVRAS-CHAVES: DISCURSO DE ÓDIO – TOLERÂNCIA – LUTA POR RECONHECIMENTO – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ABSTRACT

This research starts from the most emblematic trial about "hate speech " decided for the brazilian Supreme Court: habeas corpus 82.424-2. Although the plea refered about on the field of article 5, XLII, of the Federal Constitution, the main subject discussed in this judgment was the possible conflict between the " right " to the liberty of speech and " right" to the human dignity. Thus, from the votes of the judges of brazilian Supreme Court we develop the work, trying to answer two questions: the first one is, which had been the meaning of " freedom of speech" and " dignity human" developed by the Court in this trial? And, finally, are these concepts appropriate to the Constitutional Democracy?

KEYWORDS: HATE SPEECH - TOLERANCE/TOLERATION - STRUGGLE FOR RECOGNITION - CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

Pilatos [...] mandou trazer água, lavou as mãos diante da multidão e disse: "estou

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

inocente deste homem; a responsabilidade é de vocês." Todo o povo respondeu: "que o sangue dele caia sobre nós e sobre nossos filhos."

(Mateus: 27, 24-25)

1. Introdução

O discurso do ódio (*Hate Speech*), entendido por Rosenfeld (2001) como discurso para promover o ódio baseado na raça, religião, etnia ou nacionalidade – e podemos ainda acrescentar gênero ou opção sexual – se apresenta como um intricado e complexo problema em face do direito constitucional à liberdade de expressão. O discurso do ódio pode aparecer tanto de forma explícita e óbvia – e, portanto, teoricamente fácil de ser combatido – como pode vir mascarado por sutilezas que transmitem sua mensagem de intolerância de forma quase subliminar. Se o ódio é claro numa passeata neonazista, o que dizer de trabalhos "científicos" ou literários?

O julgamento do principal caso de discurso do ódio no Brasil ocorreu no ano de 2003, no qual o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* nº 82.424-2, no qual figurava como paciente o editor Siegfried Ellwanger Castan, acusado de crime de racismo. O crime cometido por Ellwanger está tipificado no *caput* do artigo 20 da Lei 7.716/89, com redação dada pela Lei 8.081/90, por ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa Revisão Editora Ltda., editado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas de sua autoria e de autores nacionais e estrangeiros que, segundo a denúncia, "abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias", pretendendo com isso "incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica". (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 12-13). A defesa, embora reconhecesse o caráter discriminatório das publicações de Ellwanger, foi baseada no argumento de que os judeus constituem um povo, e não uma raça, motivo pelo qual não teria incidido em crime de racismo - inafiançável e imprescritível, de acordo com o inciso XLII do Art. 5º da Constituição Federal - ao propagar teses anti-semitas. Na hipótese de o argumento ser acolhido, a pretensão executória da pena estaria prescrita. A ordem de *Habeas Corpus* foi denegada pela maioria dos Ministros que, por meio de uma ponderação de valores, optaram em dar maior relevância ao direito à dignidade da pessoa, preterindo o direito à liberdade de expressão. É a partir da análise desse caso concreto que o presente trabalho será desenvolvido.

Inicialmente, reconstruiremos esse *leading case* do Supremo Tribunal Federal no que tange à liberdade religiosa, racismo e liberdade de expressão. A reconstrução do HC 82.424-2 é fundamental para este trabalho na medida em que nos possibilita verificar, no caso concreto, quais são os parâmetros do STF no julgamento de um caso no qual o preconceito religioso é utilizado como defesa em face de uma condenação por crime de racismo.

A defesa, procurando fugir da cláusula da imprescritibilidade nos crimes de racismo imposta pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXII, alegou que, uma vez que os judeus não são uma raça como, por exemplo a negra, o crime cometido estaria prescrito. Embora a abrangência da concepção de racismo fosse a matéria suscitada pela defesa, o julgamento se enveredou por outro caminho. Após observar que os debates sobre racismo eram extremamente ricos, o Ministro Sepúlveda Pertence indagou acerca da possibilidade de "colisão" entre os "direitos" de liberdade de expressão e dignidade da pessoa. A partir daí, praticamente todos os Ministros trataram diretamente do tema.

Ao fim de pouco mais de um ano, o julgamento do *Habeas Corpus* 82.424-2 chegou ao fim. O Tribunal, pela maioria, decidiu pelo indeferimento do *Habeas Corpus*. Votaram pelo indeferimento os Ministros Maurício Corrêa (relator do acórdão), Sepúlvida Pertence, Celso de Mello, Carlos Veloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Cezar Peluso. Foram votos vencidos os Ministros Moreira Alves (relator-originário) e Marco Aurélio, que reconheceram a prescrição do crime de racismo, e o Ministro Carlos Ayres Britto, que absolveu o paciente por falta de tipicidade da conduta.

Pelo resultado do *Habeas Corpus*, pode-se perceber que o Supremo Tribunal Federal ficou divido em três grupos: o primeiro, composto pelos Ministros que votaram pelo indeferimento; o segundo, composto pelo voto do Ministro Marco Aurélio e pelo Ministro Moreira Alves, ambos concedendo o *Habeas Corpus*; e, terceiro, o voto *sui generis* do Ministro Carlos Ayres de Britto, que absolveu Siegfried Ellwanger Castan por atipicidade de conduta, ou seja, a conduta do paciente não teria sido criminosa. Nesses votos poderemos responder a primeira pergunta que levantamos na pesquisa: quais as concepções de liberdade de expressão e dignidade da pessoa construídas pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 82.424-2?

Verificamos, analisando cada grupo, que o Supremo Tribunal Federal constrói concepções distintas de liberdade de expressão e dignidade da pessoa. No primeiro grupo percebemos que a liberdade de expressão é um direito fundamental, sendo que, nos casos em que o teor da manifestação não observar os limites impostos pela própria Constituição e atingir os valores da sociedade, ela deverá ser limitada. No caso de um conflito entre direitos – liberdade de expressão e dignidade humana – prevalecerá a segunda, uma vez que, pelo princípio da proporcionalidade, é mais condizente com o fim almejado pela Constituição Federal.

No segundo grupo, composto pelos votos do Ministro Marco Aurélio e Moreira Alves, verificamos que a liberdade de expressão é tida como o valor fundamental da democracia. Marco Aurélio vale-se da teoria da ponderação de valores para decidir o "conflito" de "princípios". A solução, diz o Ministro, encerra-se na medida em que os "valores" são utilizados para se decidir o caso. Assim, Marco Aurélio pergunta: faz parte da essência da sociedade brasileira ser anti-semita? Ou ainda, a discriminação dos judeus está entre os valores da sociedade brasileira?

Uma vez que, para o Ministro, a sociedade brasileira não é anti-semita, o paciente não teria praticado o crime de racismo. Assim, decidiu o Ministro para conceder o *Habeas Corpus*, declarando prescrita a pretensão punitiva. Além disso, Marco Aurélio faz uma calorosa defesa da liberdade de expressão, contrapondo-a, de forma abstrata, com a dignidade da pessoa. Nesses casos, desde que a ofensa não seja contra uma minoria "historicamente" ofendida, não há razão de criminalizar a conduta.

Quanto ao Ministro Carlos Ayres de Britto, este faz uma análise de trechos presentes nos livros publicados pelo editor anti-semita. Trechos com desprezível teor racista, como por exemplo: "como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial" e "O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora". (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 32-33). Mas, para Britto, tais manifestações são fruto da liberdade de criação. Assim, o alcance do "uso" da liberdade de expressão é tão amplo que fica quase impossível imaginarmos o "abuso".

2. Cronologia

14 de novembro de 1991 – Siegfried Ellwanger é denunciado pelo crime de racismo, tipificado pelo artigo 20 da lei 7.716/89 com redação dada pela lei 8.081/90.

14 de julho de 1995 – é absolvido em primeira instância.

31 de outubro de 1996 – o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul dá provimento à apelação dos assistentes de acusação, condenando-o no crime tipificado pelo artigo 20 da lei 7.716/89 com redação dada pela lei 8.081/90.

Novembro de 2000 – os advogados de Ellwanger impetram um *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça com a tese da prescritibilidade do crime praticado pelo paciente.

Dezembro de 2001 – por decisão majoritária da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça o *Habeas Corpus* é denegado.

12 de setembro de 2002 – novo *Habeas Corpus* é impetrado, desta vez no Supremo Tribunal Federal, sustentando a mesma tese utilizada no Superior Tribunal de Justiça.

19 de outubro de 2002 – o Procurador Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, apresenta parecer favorável ao indeferimento do HC 82.424.

12 de dezembro de 2002 – início do julgamento do HC 82.424 pelo Supremo Tribunal Federal.

24 de março de 2003 – o *amicus curiae* Celso Lafer apresente seu parecer, opinando pelo indeferimento do *Habeas Corpus*.

17 de setembro de 2003 – após cinco longas sessões, termina o julgamento do HC 82.424, decidindo o Supremo Tribunal Federal, por oito votos a três, pelo indeferimento do *Habeas Corpus*.

3. O Habeas Corpus 82.424-2

Analisaremos agora o *leading case* do Supremo Tribunal Federal (STF) mais emblemático no que concerne à liberdade religiosa, racismo e liberdade de expressão. A reconstrução do *habeas corpus* (HC) 82.424-2 é fundamental para este trabalho na medida em que nos possibilita verificar, em um caso concreto, quais são os parâmetros do STF no julgamento de um caso no qual o preconceito religioso é utilizado como defesa em face de uma condenação por crime de racismo. Ao encarar a prática de anti-semitismo como "simples" discriminação religiosa, a defesa ansiava evitar a punição do réu Siegfried Ellwanger, paciente do *Habeas Corpus* 82.424-2, uma vez que o crime assumido já estaria prescrito.

O HC 82.424-2 foi indeferido pela maioria dos onze Ministros. Votaram pelo indeferimento os Ministros Maurício Corrêa (relator do acórdão), Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Veloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Cezar Peluso. Foram votos vencidos os Ministros Moreira Alves (relator-originário) e Marco Aurélio, que reconheceram a prescrição do crime de racismo, e o Ministro Carlos Ayres Britto, que absolveu o paciente por falta de tipicidade da conduta.

Tendo encontrado os argumentos centrais dos votos dos Ministros no HC 82.424-2, bem como suas fundamentações, poderemos responder uma indagação essencial ao trabalho: quais foram as concepções de liberdade de expressão e de dignidade da pessoa construídas pelo Supremo Tribunal Federal a partir desse caso? A essa questão, segue-se mais uma indagação: tais concepções são constitucionalmente adequadas ao Estado democrático de Direito ou o STF teria construído uma visão paternalista de liberdade de expressão e de dignidade da pessoa a partir desse caso? Ou ao contrário, a visão construída pelo STF seria complacente com a discriminação?

Neste *Habeas Corpus*, o STF, além de decidir sobre a abrangência da imprescritibilidade do crime de racismo definido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLII, os Ministros se detiveram num inesperado[1] ponto: quando há uma (suposta) colisão de valores – no caso, entre liberdade de expressão e dignidade humana – qual prevalecerá? Assim, torna-se imperiosa a reconstrução, além da discussão acerca da abrangência do termo "racismo", bem como da discussão do conflito (suposto) entre os direitos fundamentais da dignidade humana e da liberdade de expressão.

3. O caso concreto

Segundo o relator-originário do HC 82.424, Ministro Moreira Alves, o paciente Siegfried Ellwanger, absolvido no primeiro em primeira instância, veio a ser condenado como incurso no *caput* do artigo 20 da Lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8.081/90, por ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa "Revisão Editora Ltda.", editado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas de sua autoria e da autoria de

autores nacionais e estrangeiros[2] que, segundo a denúncia, “abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias”, pretendendo com isso “incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 12-13)

Da condenação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Réu impetrou *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que o indeferiu por maioria de votos.[3] Contra essa decisão os advogados do Réu impetraram outro *Habeas Corpus*, substitutivo ao recurso ordinário, no Supremo Tribunal Federal.

4. A tese dos autores do pedido de *Habeas Corpus*

Embora seja obviamente fundamental para o julgamento do *Habeas Corpus*, tendo-se em vista a importância da participação das partes para a legitimação das decisões judiciais, os argumentos apresentados pela defesa do paciente não foram devidamente considerados.[4] Essa falha coloca em risco a legitimidade do processo, na medida em que o transforma em simples procedimento, uma vez que não é dada importância ao contraditório[5].

A tese principal da defesa diz respeito à imprescritibilidade do crime de racismo. Vejamos:

A norma constitucional restringiu a imprescritibilidade aos crimes decorrentes da prática de racismo e não aos decorrentes das outras práticas discriminatórias tipificadas no art. 20 da Lei 7716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Se o constituinte quisesse alargar a imprescritibilidade a todas as práticas discriminatórias, não teria no texto constitucional se referido apenas ao racismo, mas teria dito que são imprescritíveis os crimes decorrentes de qualquer prática discriminatória. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 11)

A tese exposta diz respeito, portanto, à abrangência do artigo 5º, XLII, da CF, que torna o crime de racismo imprescritível.[6]

Com o auxílio de autores judeus os impetrantes fundamentam a tese de que, não constituindo o judaísmo uma raça, mas sim uma religião, no crime pelo qual o paciente fora condenado estaria prescrito.

É importante ressaltar, e bem, que a própria peça de defesa afirma que não deseja discutir sobre a prática de crime, mas tão somente que o crime cometido foi de

discriminação religiosa, e não discriminação racial: "**Não se está discutindo, aqui, o mérito da condenação. Apenas, neste pedido, está se afirmando que o paciente não foi condenado por crime de racismo.**" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 13) (negritamos)

5. O parecer do Subprocurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles

Na primeira parte do seu parecer, o Subprocurador-Geral da República expõe os argumentos dos impetrantes, que entendem que a decisão do Superior Tribunal de Justiça produziu um constrangimento ilícito no paciente, Siegfried Ellwanger. A seguir, passa a enfrentar o mérito do pedido, entendendo que é o caso de indeferimento.

Segundo o parecerista, definiu o legislador constituinte, no artigo 5º da Constituição Federal, que a prática do racismo é: "crime; crime inafiançável e; crime imprescritível." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 12) Essa, segundo Fonteles, é a abrangência do texto constitucional.

Para o Subprocurador-Geral, a própria Constituição transmite, e expressamente[7], para a lei infraconstitucional a definição de prática de racismo. Inicialmente, conforme o artigo 20 da lei 7.716/89, a prática de racismo contemplava a raça e cor. Com a nova redação do art. 20 dada pela lei 8.081/90, a prática de racismo passou a abarcar também "religião, etnia ou procedência nacional, valendo-se dos meios de comunicação social, ou por publicação de qualquer natureza." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 12) De toda sorte, continua o parecerista, todas as condutas tipificadas pela lei 7.716/89 são imprescritíveis. Não há, portanto, nenhum extravasamento na interpretação do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal.

6. O parecer do amicus curiae Celso Lafer

Em seu parecer, Celso Lafer diz respeito à procedência, ou não, da tese formulada pela defesa, qual seja, a de que os judeus, não constituindo-se uma raça, o crime praticado por Ellwanger seria o de discriminação religiosa, não o de racismo. Assim, caso a tese seja acatada pelo Tribunal, seu crime estaria prescrito.

Assim, Lafer responde a seguinte indagação: o crime cometido pelo paciente é o da prática de racismo, nos termos da Constituição e da legislação infraconstitucional que o tipifica ou não? A resposta do parecerista à consulta formulada é a seguinte: "o crime cometido por Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo e, como tal, inprescritível." (LAFER, 2005, p. 81)

A opinião contida no parecer é fundamentada em oito pontos principais, quais sejam: primeiro, o artigo 5º, XLII, está tutelado por cláusula pétrea, o que significa que o

legislador procurou “dar estabilidade e permanência a um sistema integrado de valores de convivência coletiva, que tem como valor-fonte a dignidade da pessoa humana, ao qual a Constituição atribuiu supremacia axiológica.” (LAFER, 2005, p. 81) O art. 5º, XLII, deve ser interpretado de acordo com o princípio da indivisibilidade dos direitos humanos.

Segundo, o art. 5º, XLII exprime o princípio da igualdade e o da não-discriminação e visa, principalmente, proteger a vítima de racismo. Uma vez que a Constituição dá extrema importância à repressão à prática do racismo, o artigo citado estabelece o rigor com o qual o direito penal deve tratar o racista.

Terceiro, conforme decidiu o STF no HC 7.384, do qual foi relator Ministro Celso de Mello, “na interpretação em matéria de direitos humanos, o Direito Interno e o Direito Internacional não são estanques. Interagem com vistas a reforçar a imperatividade do Direito constitucionalmente garantido.” (LAFER, 2005, p. 82) A interpretação do art. 5º, XLII deveria considerar esse critério.

Quarto, o conteúdo jurídico do preceito constitucional discutido, bem como toda a legislação infraconstitucional relativa à discriminação racial, baseia-se nas ultrapassadas teorias que dividem a humanidade em raças.[8] Segundo os impetrantes, uma vez que os judeus não são uma raça, não poderia ocorrer o crime de racismo. Este argumento é falacioso porque, se é verdade que os judeus não constituem uma raça, também não o são os negros, índios, orientais, ciganos, etc. Assim, caso esse argumento fosse levado a sério, por força do argumento *contrario sensu*[9], que cabe em matéria penal, o próprio crime de racismo deixaria de existir. Isso porque, explica Lafer, “por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, [ela converteria a prática de racismo] em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças.” (LAFER, 2005, p. 83)

Quinto, a recusa da tese dos impetrantes confirma-se por dois casos decididos por Cortes Superiores de dois países: o *Shaara Tefila Congregation VS. Cobb*, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1987 e o *Mandla and another VS. Dowell Lee and another*, decidido pela Câmara dos Lordes da Inglaterra em 1983[10]. Ambas interpretaram o termo “raça” a partir de sua dimensão histórico-cultural, das quais se originam as práticas discriminatórias. Ambas rechaçaram a idéia de que as vítimas, por não constituírem-se como raça, não poderiam sofrer de práticas racistas.

Sexto, as teorias racistas buscaram legitimidade na biologia. Não encontraram. Não obstante, o racismo persiste. Assim, é o fenômeno do racismo e não a “raça” que enseja a proteção constitucional. Do mesmo jeito, são as vítimas do racismo e não a “raça” que a lei 7.716/89 e suas atualizações visam proteger. Divulgar, portanto, teorias nas quais se afirma a superioridade racial e o ódio é crime. Foi essa a fundamentação tanto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) como do STJ.

Sétimo, o anti-semitismo nazista foi o motivo principal da Convenção de 1965, que condena a prática de racismo. Igualmente, o crescente aumento do anti-semitismo no mundo ensejou a Resolução 623/98 da Assembléia Geral da ONU, sobre racismo, bem como o item 61 da Declaração da Conferência de Durban sobre Racismo de 2001.[11] Além disso, o item 58 da mesma Declaração afirma que o holocausto jamais deverá ser esquecido. Assim, afirma Lafer, “negar o holocausto e considerá-lo a mentira do século

é parte do crime da prática do racismo pelo qual foi condenado Siegfried Ellwanger." (2005, p. 86)

Por fim, o oitavo e último fundamento do parecerista: diferentemente do que afirmam os impetrantes, as práticas de racismo na história do Brasil, tiveram muitos outros destinatários além do negro. No período colonial, por exemplo, as práticas racistas se davam pela distinção entre sangue puro – dos portugueses, brancos e cristãos-velhos – e os de sangue impuro – os negros, mestiços, índios, judeus e os cristãos-novos. A distinção entre cristãos-velhos e cristãos-novos só foi eliminada em 1773. As teorias racistas em moda no século XIX e XX foram recepcionadas no Brasil, bem como o nazismo alemão. Na década de 1930, Gustavo Barroso, um dos autores publicados pelo paciente, foi um notório anti-semita, divulgador de panfletos carregados de ofensas aos judeus. Nessa época o anti-semitismo foi institucionalizado pelo Estado, que passou a justificar as restrições à imigração de judeus por critérios raciais. Assim, conclui Lafer, desde a lei Afonso Arinos, de 1951, que inaugura a tutela penal que visa proteger as vítimas do racismo, até as leis atuais, os destinatários não são os negros, mas sim todas as vítimas de preconceito.

7. Voto do Ministro relator-originário Moreira Alves

O Ministro Moreira Alves, relator-originário do HC 82.424, reconheceu a prescrição do delito cometido, concedendo o *Habeas Corpus*. A tese levantada pela defesa, a de que os judeus não constituem uma raça, foi acatada, portanto, pelo Ministro.

Além disso, Moreira Alves justifica seu voto alegando que o Constituinte originário não pretendeu estender a abrangência do art. 5º, XLII, da CF, sendo que a imprescritibilidade do crime de racismo alcança somente a "raça" negra.

O elemento histórico - que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele - converge para dar a "racismo" o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 14)

Uma vez que a Constituição somente torna imprescritível o crime de racismo contra a "raça" negra e, como afirma Moreira Alves, os judeus não são uma "raça", não há outra solução para o HC do que seu deferimento. Assim, o Ministro encerra seu voto:

não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p.19)

Na confirmação do voto, Moreira Alves reafirmou os argumentos do seu voto, asseverando que o legislador, ao tornar o crime de racismo inafiançável, o fez somente em relação à "raça" negra, e que, além disso, os judeus não constituem uma raça. Por fim, disse que a imprescritibilidade é uma aberração em matéria penal. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 46)

8. Voto do Ministro relator Maurício Corrêa

O Ministro Maurício Corrêa, relator do HC 82.424, inicia seu voto afirmando a necessidade de se interpretar o significado do termo "racismo" na Constituição Federal de 1988. Sobre esse ponto, entende o relator:

Creio não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, p. 25)

A seguir, Maurício Corrêa demonstra que, do ponto biológico, não possibilidade de se falar, nos dias de hoje, em raças humanas. Se não há raças humanas, se biologicamente todos os seres humanos são iguais, como fica a interpretação da Constituição no que tange ao termo "racismo"? Maurício Corrêa responde que:

Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 30)

Quanto a alegação de que o Constituinte originário pretendeu tornar imprescritível somente o crime de racismo cujas vítimas fossem negras, Maurício Corrêa, com autoridade de membro constituinte, afirma:

A propósito, julgo presente registrar que a distinguida referência aos negros nos debates sobre o tema na Assembléia Constituinte decorreu da natural dívida da sociedade nacional para com a comunidade negra. Essa constatação empolgou à ocasião as discussões, sem contudo perder o sentido de que a abrangência da inovação na Carta não se reservaria tão-só aos negros, mas também, tinha horizontes mais amplos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 42)

Nesses termos o Ministro Maurício Corrêa encerra seu voto, denegando o *Habeas Corpus*.

9. Voto dos outros Ministros que negaram o *habeas corpus*

Como afirmaram tanto o Ministro Moreira Alves (relator-originário) e o Ministro Maurício Corrêa (relator), o *Habeas Corpus* 82.424 tinha por escopo demonstrar que o crime praticado pelo paciente – e a própria defesa afirma isso – estava prescrito. Mas, embora o objeto do *Habeas Corpus* fosse somente a discussão sobre a abrangência do art. 5º, XLII, da CF, a partir da intervenção do Ministro Sepúlvida Pertence, o julgamento enveredou por outro caminho. Questionou o Ministro Pertence:

Creio que a beleza e a seriedade excepcional da discussão sobre o conceito de racismo está deixando um pouco na sobra uma outra discussão relevante: O livro como instrumento de um crime, cujo verbo central é "incitar". Fico muito preocupado com certas denúncias do pós-64 neste País, da condenação de Caio Prado porque escreveu e da condenação de outros porque tinham em suas residências livros de pregação marxista. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 50)

A indagação foi respondida com grande brilhantismo pelo Ministro Moreira Alves – infelizmente, talvez o único momento de brilho na sua participação no julgamento – que assim se pronunciou:

Sucede, porém, Sr. Presidente, que, no presente Habeas Corpus, não se está discutindo se a condenação viola a liberdade de pensamento, mas, sim e apenas, a questão da imprescritibilidade sob a alegação de que, no caso, não houve crime de racismo. Por isso, após a observação do Ministro Pertence, salientei que só por concessão de ofício se poderia chegar à inexistência de crime de discriminação por atos de incitamento em face da referida liberdade. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 51)

Mesmo após a lúcida resposta do Ministro Moreira Alves o tema não abandonou os votos dos outros Ministros. Todos, em menor ou maior intensidade, argumentaram sobre o conflito (suposto) de princípios, o da liberdade de expressão e o da dignidade humana. O que torna a discussão esdrúxula é que esse direito à livre expressão do pensamento e da opinião sequer foi suscitado pelos impetrantes!

Como a discussão acerca deste (aparente) conflito de direitos fundamentais ganhou corpo, passando a ter tanta importância quanto a tese sustentada pela defesa – sobre a imprescritibilidade do crime de racismo praticado pelo paciente – apresentaremos os dois argumentos dos Ministros: sobre o alcance da imprescritibilidade e sobre a liberdade de expressão *versus* dignidade humana. Por opção didática, cada argumento será exposto separadamente.

10. Argumentação sobre o alcance da imprescritibilidade e do termo "racismo"

O argumento esposado pelo Ministro relator Maurício Corrêa, no sentido de que não é a "raça" que o texto constitucional, bem como a lei 7.716/89 com suas atualizações legislativas posteriores, visa proteger, mas sim as vítimas do racismo. Defender a tese de que a espécie humana é subdividida em raças é hoje um disparate, já que com o avanço da genética e, mais precisamente, com as pesquisas sobre o genoma humano, chegou-se a inexorável conclusão de que somos todos iguais. E, mais importante, o fato de não haver distinção de "raças" humanas não afasta o perigo do racismo, que é fruto de noções culturais-históricas-sociológicas, além de possuir um indisfarçável papel de instrumento de controle ideológico, de dominação política **e** de subjugação social.[12] Decidiram nesse sentido os Ministros Celso de Mello[13], Gilmar Mendes[14], Carlos Veloso[15], Nelson Jobim[16], Ellen Gracie[17], Cezar Peluso[18] e Sepúlvida Pertence[19].

Outro ponto importante foi o argumento usado pelo Ministro Maurício Corrêa em resposta ao voto do Ministro Moreira Alves, sobre a *voluntas legislatoris*. Corrêa trouxe à baila sua autoridade de constituinte para contestar o raciocínio de Moreira Alves, que afirmava que a intenção dos constituintes, materializada no deputado carioca Carlos Alberto de Oliveira, Caó, era de tornar imprescritível somente os crimes de cor, em especial a cor negra,

O Ministro Nelson Jobim, também constituinte, valeu-se dessa condição para desmentir Moreira Alves, senão vejamos:

No debate da Constituinte, registrado nos anais, falava-se no negro, mas estavam lá os judeus, estavam lá os homossexuais e tivemos a oportunidade de discutir isso. O Ministro Maurício Corrêa lembra que circularam dentro da Assembléia Constituinte todas aquelas minorias que poderiam ser objeto do racismo. Nunca se pretendeu, com o debate, restringir ao negro. Não há necessidade de trazer esse debate, porque a Assembléia Constituinte não vai restringir, no texto, ao negro, mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano 2000. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 216)

11. Argumentação sobre liberdade de expressão *versus* dignidade humana

A questão sobre a liberdade de expressão discutida por quase todos os Ministros no *Habeas Corpus* 82.424-2 é extremamente relevante para o trabalho, na medida em que ela mostra, como em nenhum outro julgamento do Supremo Tribunal Federal, qual é o conceito do Tribunal sobre esse direito fundamental. Afinal, como o STF trata o direito à liberdade de expressão? Nesse caso específico, seria de fato um direito?

Para expor a construção do conceito de liberdade de expressão de modo mais claro, é necessário dividir os argumentos sobre o tema em três partes: a primeira, mostrando com a maioria, entendem o direito à liberdade de expressão; o segundo, como o Ministro Marco Aurélio argumentou sobre o tema; e, por fim, como o Ministros Ayres de Britto, que absolveu *ex officio* o réu por ausência de atitude caracterizadora de crime, um entendimento único entre os Ministros.

12. "Liberdade de expressão" segundo os ministros que denegaram o *habeas corpus*

Votaram com a maioria no HC 82.424-2 os Ministros Maurício Corrêa (relator do acórdão), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. Destes, somente a ministra Ellen Gracie não

fundamentou seu voto no aparente conflito entre liberdade de opinião e dignidade humana.

O primeiro Ministro a tratar do tema foi o Ministro Maurício Corrêa, que "mesmo não sendo fundamento do *writ*", não há qualquer violação ao princípio de liberdade de expressão. Para o Ministro, "Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, *caput, in fine*)[20]". Afirma o Ministro, então, que quando há uma "aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional". Corrêa afirma, ainda, que "um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra". (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 39-40)

E o Ministro Corrêa vai ainda mais longe. Ele afirma que é

essencial, na espécie, que se proceda a uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal, a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 41)

O Ministro Gilmar Mendes aborda o tema de maneira um pouco diferente. Inicialmente ele trata do problema do "discurso do ódio" ou *hate speech*, não sem antes afirmar que o direito a liberdade de expressão é fundamental para a própria democracia. Gilmar Mendes fundamenta parte do seu voto em Kevin Boyle, que discute o fato do

"discurso de ódio" ser tão complicado. Para ele "a resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática - a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação." (BOYLE *apud* SUPTREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 67)

Como não há ressalvas ao pensamento de Boyle, fica claro que há dois "direitos" que devem ser protegidos: liberdade de expressão e dignidade humana.

Afirma Gilmar Mendes:

"nesse contexto, ganha relevância a discussão da medida de liberdade de expressão permitida sem que isso possa levar à intolerância, ao racismo, em prejuízo da dignidade

humana, do regime democrático, dos valores inerentes a uma sociedade pluralista." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 70)

Decide, ainda que "não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana". (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 70) Utilizando-se da teoria da proporcionalidade de Robert Alexy[21], o Ministro decide que, no caso do *Habeas Corpus*, o direito à dignidade humana deve prevalecer.[22] Da mesma forma que o Ministro Maurício Corrêa, que se vale de uma interpretação teleológica[23] da Constituição, o Ministro Gilmar Mendes entende que a proporção entre o objetivo pretendido pela Constituição, ou seja "a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana" e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente." Termina o Ministro:

Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcedível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p.77)

A realização do fim almejado pela Constituição também aparece como fundamento do Ministro Carlos Velloso, para o qual "se se tem conflito aparente de direitos fundamentais, a questão se resolve pela prevalência do direito que melhor realiza o sistema de proteção dos direitos e garantias inscrito na Lei Maior." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 82) O Ministro opta, assim, pela prevalência de um direito sobre o outro.[24]

De forma muito parecida já havia decido Celso de Mello[25], para o qual

em um contexto de liberdades aparentemente em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, esta Corte, do método - que é apropriado e racional - da ponderação de bens e valores, de tal forma que a existência de interesse público na revelação e no esclarecimento da verdade, em torno de supostas ilicitudes penais praticadas por qualquer pessoa basta, por si só, para atribuir, ao Estado, o dever de atuar na defesa de postulados essenciais, como o são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, com inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância, especialmente quando as condutas desviantes culminem por

fazer instaurar tratamentos discriminatórios fundados em ódios raciais. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 60)

Sobre a liberdade de expressão, o Ministro Nelson Jobim faz três importantes perguntas:

a liberdade de expressão é abstrata ou deve ser contextualizada? Não estará ela vinculada à produção robusta do debate público? Enfim, por que a liberdade de expressão é fundamental no Estado democrático?" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 215)

Para em seguida responder que as respostas se encontram no próprio processo democrático. Decide o Ministro, portanto, que, uma vez que o discurso de ódio ou o discurso racista não visam "contribuir para nenhum debate inerente às deliberações democráticas" ele não está protegido pelo direito à liberdade de expressão. Assim,

"a liberdade de opinião na democracia é instrumental ao debate e à formação da vontade da maioria com respeito à minoria. A Constituição não legitima a tolerância com aqueles que querem a produção de condutas contrárias ao princípio da igualdade." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 216)

O Ministro Cezar Peluso, por sua vez, entende que deve haver "liberdade teórica de qualquer autor ou editor", desde que o mesmo não "abuse" desse direito. Cita, aliás, o livro *Os Protocolos dos Sábios de Sião*, texto anti-semita que, para o Ministro não deve ser proibido. Mas, no caso do editor Ellwanger, que "dedicou-se a editar e, como autor, publicar uma série de livros, com a constância e o evidente propósito de promover e difundir o anti-semitismo", a liberdade de opinião não o alcança. Por ultrapassar os limites da liberdade de expressão, Peluso denegou a ordem.

Sobre o tema em questão o Ministro Sepúlveda Pertence não diz muito e, após anotar sua preocupação com o perigo de qualquer manifestação ser considerado crime, entende, no final do voto, que o livro do paciente é, sim, racista, não protegido, portanto, pela liberdade de expressão.

Fizemos uma importante pergunta no início do capítulo: quais são as concepções de liberdade de expressão para o STF? Para os Ministros analisados, liberdade de expressão é um direito fundamental, sendo que, nos casos em que o teor da manifestação não observar os limites impostos pela própria Constituição e atingir os "valores inerentes a uma sociedade pluralista". No caso de um conflito entre direitos – liberdade de expressão e dignidade humana – prevalecerá a segunda, uma vez que, pelo

princípio da proporcionalidade, pois é mais condizente com o fim almejado pela Constituição Federal.

14. “Liberdade de expressão” segundo o Ministro Carlos de Britto

O voto do Ministro Carlos Britto diferenciou-se de todos os outros votos dos Ministros do STF, já que, ao invés de discutir a prevalência de um direito sobre o outro – ou seja, liberdade de expressão *versus* dignidade humana – ele absolve *ex officio* o paciente.

Cabe salientar que, como foi mostrado, o próprio paciente admite a prática do preconceito contra os judeus. Britto foge da discussão objeto do *Habeas Corpus* – a de que o crime cometido não seria imprescritível, uma vez que não seria racial – para optar por uma absolvição contrária inclusive a pretensão do paciente.

O Ministro Britto examinou o “concreto agir do paciente” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 155), analisando os livros que serviram de fundamento para a ação penal[26], concluindo que, mesmo após a leitura dos mesmos, não houve crime de racismo.[27] Racismo que, afirma Britto, é “perfeitamente possível ser praticado contra judeus, ciganos armênios e escoceses". (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 217) Assim, seu voto alia-se aos da maioria dos ministros que votaram pelo indeferimento do HC e distancia-se do voto dos Ministros Marco Aurélio e Moreira Alves[28], tornando seu voto *sui generis*.

Para Britto, o direito à liberdade de expressão é absoluto.[29] Mas pode ser punível, desde que o agente ultrapasse o “uso” da sua liberdade e cometa algum “abuso”. Este abuso ocorreria após a

constatação processual do transbordamento daquela primitiva autonomia de vontade. Um transbordamento que só é transbordamento por violar uma outra e alheia autonomia de vontade, também juridicamente prezada.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p.145)

Mas como alcançar a concepção de expressão segundo o Ministro Carlos Britto? Para tanto, é imprescindível voltarmos aos livros escritos e editados pelo paciente – que fundamentam a ação penal por crime de racismo – e verificar se há “abuso” da liberdade de expressão.[30]

No livro **Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira,** escrito pelo paciente sob o pseudônimo de S.E. Castan, é dito que “o judeu, em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, nutre injusto ódio contra o povo que o hospeda” e “os únicos gananciosos da Grande Guerra foram de fato os judeus”. p. 32) No livro **Brasil - Colônia de Banqueiros**, Gustavo Barroso e editado pelo paciente possui trechos repulsivos, como por exemplo: “Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial” e “O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 32-33) Já no livro **Judeu Internacional,** Henry Ford, também editado por Ellwanger, é dito:

Na Inglaterra, dizem que o judeu é o verdadeiro amo do mundo, que a raça judaica é uma supranacionalidade, que vive no meio e acima dos povos;

Porque o judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação;

não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que respeite mais do que esta o poder;

Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorar-se (sic) dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p.31-32)

E, por fim, no livro **Conquistadores do mundo - os verdadeiros criminosos de guerra**, Louis Marschalko:

...toda essa divisão, toda essa desordem todo esse caos é dirigido pela mesma vontade férrea, pela mesma força secreta que age segundo os líderes de uma raça de 15 milhões de pessoas(...)[os judeus] pregam contra a soberania dos Estados e contra a discriminação racial, enquanto durante todo esse tempo eles representam um nacionalismo racial de uma veemência até hoje sem paralelo na história”;

O judaísmo mundial precisava de vítimas a fim de estar em condições de fazer chantagem com o mundo com essa história de que houve seis milhões de mártires judeus...

Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais; (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 32)

Carlos Britto não vê discriminação nessas passagens. Não vê racismo. Não vê ódio. Não vê ofensa. Não vê abuso. Tudo é permitido pela liberdade de expressão. Além disso, o alcance do "uso" da liberdade de expressão é tão amplo que fica quase impossível imaginarmos o "abuso".

15. Liberdade de expressão segundo o Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio foi certamente quem mais se preocupou com a questão da (aparente) colisão de valores entre liberdade de expressão e dignidade humana. Ou, segundo o próprio Ministro:

Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 170)

E afirma em seguida que "essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 170)

Seu raciocínio – utilizando a mesma ponderação de valores do Ministro Gilmar Mendes – demonstra que a liberdade de expressão é um dos pilares do sistema constitucional e da democracia.[31]

O principal problema na argumentação do Ministro Marco Aurélio é que, ao discutir liberdade de expressão ele desconsidera completamente o caso concreto, fundamentando seu voto numa discussão abstrata de conflito entre "princípios" constitucionais. O Ministro, ansioso em demonstrar a importância da liberdade de expressão, afirma que a perseguição aos judeus na Alemanha se deu em decorrência justamente de ausência de comunicação.[32]

Uma vez que, para o Ministro, não existem princípios absolutos, ele utiliza da ponderação de valores para solucionar a "colisão" de princípios. Assim,

Esta matéria [colisão de princípios] é de extrema importância no Direito Constitucional e precisa ser analisada com muito cuidado. Contempla os mais variados aspectos, que devem ser estudados caso a caso mas, como afirma Robert Alexy, têm um ponto em

comum: todas as colisões somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostos a um ou aos dois lados. Enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade, com esteio em critérios como "especialidade" - lei especial derroga geral -, "hierarquia" - lei superior revoga inferior - ou "anterioridade" - lei posterior revoga anterior -, o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da "ponderação", que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos. É que, no dizer do professor Paulo Bonavides, "As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica. Não são apenas leis, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 177)

A solução do "conflito" de "princípios" encerra-se, para o Ministro, na medida em que os "valores" são utilizados para se decidir o caso. Assim, Marco Aurélio pergunta: faz parte da essência da sociedade brasileira ser anti-semita? Ou ainda, a discriminação dos judeus está entre os valores da sociedade brasileira?[33]

Uma vez que, para o Ministro, a sociedade brasileira não é anti-semita, o paciente não teria praticado o crime de racismo.[34] Assim, decidiu o Ministro para conceder o *Habeas Corpus*, declarando prescrita a pretensão punitiva.

Assim, a concepção de liberdade de expressão para o Ministro está unida aos valores da sociedade brasileira, uma vez que, no caso dos negros, como há uma história de preconceito, a prática discriminatória é, além de crime, imprescritível. Já a discriminação anti-semita, que para o Ministro não faz parte do nosso passado[35], pela ponderação de valores, está protegida pela liberdade de expressão. Pilar da democracia, para Marco Aurélio qualquer forma de proibição pode ser equiparada à censura, o que não é possível numa democracia.

Por fim, embora os votos dos ministros Marco Aurélio e Carlos de Britto tenham diferenças importantes, ambos acreditam que o direito à livre manifestação deve ser exercida de modo amplo e de forma quase ilimitada. Não há, é importante frisar, diferenciação aos diversos tipos de manifestação. Os discursos dos fundamentalistas são equiparados e recebem a mesma proteção que aqueles que não pensam como a maioria, os dissidentes.

Conclusão

Este trabalho parte do *Habeas Corpus* 82.424-2, no qual figura como paciente o editor e autor de livros Siegfried Ellwanger, conhecido divulgador de teses anti-semitas. Absolvido em primeira instância, Ellwanger foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Contra a decisão foi impetrado um *Habeas Corpus* contra a decisão do Tribunal no Superior Tribunal de Justiça, que manteve a condenação.

Inconformados, os advogados de Ellwanger impetraram outro *Habeas Corpus*, agora no Supremo Tribunal Federal. O argumento utilizado por seus advogados seria que, por ter sido condenado por discriminação contra os judeus e estes não são uma raça, o crime não enquadraria na previsão do art. 5º, XLII, da Constituição Federal que determina: "A prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei." O crime estaria, portanto, prescrito.

Caberia ao Supremo decidir, portanto, se o termo "racismo" conforme o inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal abarcaria as discriminações contra os judeus ou se não, se ela contempla somente a "raça" negra. Ocorre que, ao invés de se aterem aos argumentos construídos no processo, principalmente aos argumentos das partes envolvidas, os Ministros passaram a analisar a "colisão" entre dois direitos: liberdade de expressão e dignidade da pessoa.

É a partir da análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que tecemos as seguintes conclusões:

1. Como afirmaram tanto o Ministro Moreira Alves (relator-originário) quanto o Ministro Maurício Corrêa (relator), o *Habeas Corpus* 82.424 tinha por escopo demonstrar que o crime praticado pelo paciente – e a própria defesa afirma isso – estava prescrito. Mas, embora o objeto do *Habeas Corpus* fosse somente a discussão sobre a abrangência do art. 5º, XLII, da CF, a partir da intervenção do Ministro Sepúlveda Pertence, o julgamento enveredou por outro caminho, qual seja, o do conflito entre liberdade de expressão e dignidade humana.

2. Foram analisados os dois principais pontos discutidos pelos Ministros no acórdão: a abrangência do termo racismo e o aparente conflito entre liberdade de expressão e dignidade humana.

3. Segundo o Ministro relator Maurício Corrêa, não é a "raça" que o texto constitucional, bem como a lei 7.716/89 com suas atualizações legislativas posteriores, visa proteger, mas sim as vítimas do racismo. Defender a tese de que a espécie humana é subdividida em raças é hoje um disparate, já que com o avanço da genética e, mais precisamente, com as pesquisas sobre o genoma humano, chegou-se a inexorável conclusão de que somos todos iguais. E, mais importante, o fato de não haver distinção de "raças" humanas não afasta o perigo do racismo, que é fruto de noções culturais-históricas-sociológicas, além de possuir um indisfarçável papel de instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social.

4. Outro ponto importante foi o argumento usado pelo Ministro Maurício Corrêa em resposta ao voto do Ministro Moreira Alves, sobre a *voluntas legislatoris*. Corrêa trouxe à baila sua autoridade de constituinte para contestar o raciocínio de Moreira Alves, que afirmava que a intenção dos constituintes, materializada no deputado carioca Carlos Alberto de Oliveira, Caó, era de tornar imprescritível somente os crimes de cor, em especial a cor negra. Reforçou o argumento o Ministro Nelson Jobim, também constituinte.

5. A questão sobre a liberdade de expressão discutida por quase todos os Ministros no *Habeas Corpus* 82.424-2 é extremamente relevante para o trabalho, na medida em que ela mostra, como em nenhum outro julgamento do Supremo Tribunal

Federal, qual é o conceito do Tribunal sobre esse direito fundamental. Afinal, como o STF trata o direito à liberdade de expressão? Nesse caso específico, seria de fato um direito? Para expor a construção do conceito de liberdade de expressão de modo mais claro, é necessário dividir os argumentos sobre o tema em três partes: a primeira, mostrando com a maioria entendem o direito à liberdade de expressão; o segundo, como o Ministro Marco Aurélio argumentou sobre o tema; e, por fim, como o Ministros Ayres de Britto, que absolveu *ex officio* o réu por ausência de atitude caracterizadora de crime, um entendimento único entre os Ministros.

6. Segundo a maioria dos Ministros, liberdade de expressão é um direito fundamental, sendo que, nos casos em que o teor da manifestação não observar os limites impostos pela própria Constituição e atingir os "valores inerentes a uma sociedade pluralista". No caso de um conflito entre direitos – liberdade de expressão e dignidade humana – prevalecerá a segunda, uma vez que, pelo princípio da proporcionalidade, pois é mais condizente com o fim almejado pela Constituição Federal.

7. Após citarmos trechos das obras editadas pelo paciente, chegamos à definição de Carlos Britto: praticamente tudo é permitido pela liberdade de expressão, já que o alcance do "uso" da liberdade de expressão é tão amplo que fica quase impossível imaginarmos o "abuso".

8. Segundo o Ministro Marco Aurélio, uma vez que a liberdade de expressão é um dos direitos mais caros do Estado democrático, devendo ser, assim, preservado, pois, caso contrário, a própria democracia poderia perecer. Utilizando a ponderação de valores, Marco Aurélio conclui que é preferível preservamos a liberdade de expressão. Além disso, diz o Ministro, como o Brasil não possui uma história de anti-semitismo, não há sentido em criminalizar a conduta do paciente.

REFERÊNCIAS:

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Organizada por Nuno Miguel Branco de Sá Viana Rebelo e Marcelo José Ferreira. Contagem: Leiditathi, 2007.

CATTONI, Marcelo. **Tutela Jurisdicional e Estado democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HABERMAS, Jürgen. La tolerancia religiosa como precursora de los derechos culturales. In HABERMAS, Jürgen. **Entre Naturalismo y Religión**. Trad. Pere Fabra y otros. Barcelona: Paidós, 2006.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy: 2004.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos**: constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 3. Ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

PENA, Sérgio D. J.; BIRCHAL, Telma S. A inexistência biológica *versus* a existência social de raças humanas: pode a ciência instruir o etos social?. **Revistausp**, São Paulo, v. I, n. 68, p. 10-21, dezembro/fevereiro. 2005-2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Crime de Racismo e Anti-semitismo**: um julgamento histórico do STF (*Habeas Corpus* n. 82.424). Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

---

[1] A questão acerca do embate entre os princípios constitucionais da liberdade de expressão e da dignidade humana são inesperados porque, embora tivessem sido tratados na primeira instância e no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a defesa do réu não estende estes argumentos ao STJ nem ao STF. Nesses Tribunais a discussão

limita-se tão somente à abrangência do termo “racismo”, ou seja, se o crime no qual foi condenado o Réu é imprescritível nos moldes do art. 5º, XLII, da CF, ou não.

[2] Siegfried Ellwanger é autor, sob o pseudônimo de S.E. Castán, dos livros *Holocausto Judeu ou Alemão? - Nos bastidores da Mentira do Século,), SOS Para a Alemanha*, *A Implosão da Mentira do Século*, *O Catolicismo Traído* e *Acabou o Gás... O Fim de um Mito*. Editou ainda *O Judeu Internacional*, de Henry Ford, *A História Secreta do Brasil* e *Brasil Colônia de Banqueiros*, de Gustavo Barroso, além do apócrifo *Os Protocolos dos Sábios de Sião*, *Hitler - Culpado ou Inocente?*, de Sérgio Oliveira, e *Os conquistadores do Mundo - os verdadeiros criminosos de guerra*, de Louis Marschalko.

[3] Este é o teor da ementa do STJ que indeferiu o HC impetrado por Siegfried Ellwanger: CRIMINAL. HABEAS CORPUS. PRÁTICA DE RACISMO. EDIÇÃO E VENDA DE LIVROS FAZENDO APOLOGIA DE IDÉIAS PRECONCEITUOSAS E DISCRIMINATÓRIAS. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SE TRATAR DE PRÁTICA DE RACISMO, OU NÃO. ARGUMENTO DE QUE OS JUDEUS NÃO SERIAM RAÇA. SENTIDO DO TERMO E DAS AFIRMAÇÕES FEITAS NO ACÓRDÃO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. LEGALIDADE DA CONDENAÇÃO POR CRIME CONTRA A COMUNIDADE JUDAICA. RACISMO QUE NÃO PODE SER ABSTRAÍDO. PRÁTICA, INCITAÇÃO E INDUZIMENTO QUE NÃO DEVEM SER DIFERENCIADOS PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE RACISMO. CRIME FORMAL. IMPRESCRITIBILIDADE QUE NÃO PODE SER AFASTADA. ORDEM DENEGADA. I. O Habeas Corpus é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito - se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito do judeus - se os mesmos seriam raça, ou não - tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação do que o Julgador da instância ordinária efetivamente “quis dizer” nesta ou naquela afirmação feita no *decisum*. II. Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas, é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta. III. Tais condutas caracterizam crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para a sua configuração. IV. Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado. V.Ordem denegada. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 10)

[4] Temos, como exemplo, os votos dos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes que partem de premissas que não foram sequer discutidas no processo.

[5] O processo pode ser entendido como “espécie de procedimento **em contraditório, entre as partes**, em simétrica paridade, na preparação do provimento jurisdicional.” (LEAL, 2000, p. 94) (negritamos) Assim, quando o procedimento não se faz em

contraditório, tem-se somente procedimento, não processo. O procedimento, por não possuir a "qualidade constitucional principiológica do contraditório", transforma-se numa simples "manifestação estrutural resultante do complexo normativa da positividade jurídica." (LEAL, 2000, p. 94)

[6] Expressa o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição de 1988: "A prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei." (BRASIL, 2007, p. 10)

[7] Conforme a parte final do art. 5º, XLII, da CF: "...nos termos da lei." (BRASIL, 2007, p. 10)

[8] Segundo Pena e Birchal, "recentemente, [...], os avanços da genética molecular e o seqüenciamento do genoma humano permitiram um exame detalhado da correlação entre a variação genômica humana, a ancestralidade biogeográfica e a aparência física das pessoas, e mostraram que os rótulos previamente usados para distinguir 'raças' não têm significado biológico. Pode parecer fácil distinguir fenotipicamente um europeu de um africano ou asiático, mas tal facilidade desaparece completamente quando procuramos evidências dessas diferenças 'raciais' no genoma das pessoas." (2005-2006, p. 11)

[9] Conforme ensina Ferraz Jr. (2001), o argumento *contrario sensu* consiste em "concluir de uma preposição admissível, pela proposição que lhe é oposta. Por exemplo: se o legislador especificou taxativamente os casos de incidência do tributo, *a contrario sensu* os demais casos não estão abrangidos." (p. 333)

[10] "O caso decidido pela Suprema Corte dos EUA diz respeito à prática do racismo em relação aos judeus. O caso decidido pela Câmara dos Lordes refere-se à prática do racismo em relação aos *sikhs*. Em ambos, essas duas Cortes Superiores decidiram, não obstante as alegações dos réus semelhantes às do impetrante que, apesar dos judeus e dos *sikhs* não serem uma 'raça', foram vítimas de práticas racistas, cabendo, assim, respectivamente, a tutela da legislação norte-americana de 1982 e da legislação inglesa de 1976, que tratam da discriminação racial. (LAFER, 2005, p.83)

[11] Declaração da Conferência de Durban sobre Racismo de 2001, item 61: "Reconhecemos com profunda preocupação o anti-semitismo e islamofobia crescentes em várias partes do mundo, assim como a emergência de movimentos racistas e violentos baseados no racismo e em idéias discriminatórias contra as comunidades judaica, muçulmana e árabes;"

[12] Conforme Arendt (2004).

[13] "Em uma palavra, Senhor Presidente: nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano.

"Eis porque, Senhor Presidente, a noção de racismo - ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração - não se resume a um conceito de

ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica...” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 57)

[14] Assim não vejo como se atribuir ao texto constitucional significado diverso, isto é, que o conceito jurídico de racismo não se divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 67)

[15] “...em termos biológicos e antropológicos, não há falar que os brancos, os negros, os amarelos, os ciganos, os judeus, os árabes, constituem uma raça. Somos todos integrantes da raça humana.

Se é assim, [...] importa registrar, entretanto, que, culturamente, sociologicamente, esses grupos humanos podem ser diferençados. E é justamente o tratamento discriminatório, hostil, preconceituoso, relativamente a eles, que caracteriza o racismo, o racismo que a Constituição não tolera – C.F., art. 5º, XLII – porque representa forma grave de desrespeito aos direitos humanos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 80)

[16] Concluo, na linha doutrinária e filosófica das transcrições e citações aqui lançados, que a discriminação contra o povo judeu caracteriza o crime inafiançável e imprescritível de racismo, mesmo que as Leis Infraconstitucionais não tenham contemplado o princípio da imprescritibilidade (L. 7.716/89 modificada pela 8.081/90).

Nesse aspecto, em plena vigência, a norma constitucional (CF, art. 5º, XLII). (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 122)

[17] Portanto, quando se fala em preconceito de raça e quando a tanto se referem a CF e a lei, não se há de pensar em critérios científicos para defini-la - que já sabemos não os há - mas, na percepção do outro como diferente e inferior, revelada na atuação carregada de menosprezo e no desrespeito a seu direito fundamental à igualdade. Trata-se do preconceito feito ação. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 124)

[18] “Parece-me, com o devido respeito, não ser lícito, nessa moldura, emprestar sentido restrito ao termo ‘*racismo*’, até porque, se doutro modo não se tornasse absolutamente inútil, como asseverou o Ministro NELSON JOBIM, seria, quando menos, extremamente pobre, porque se limitaria a proteger conjuntos muito reduzidos de pessoas. Acho que não foi tão mesquinha a intenção objetiva da norma constitucional, que aparece, antes, extremamente generosa na tutela daqueles grupos humanos, porque, no fundo, o de que se trata é de preservar os fundamentos da República (art. 1º, II e III, da CF), preservando a integridade das pessoas, no que têm de substancial e universal, enquanto dotadas da mesma dignidade como iguais membros da raça, dessa orgulhosa raça humana.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 129)

[19] Não obstante, Sr. Presidente, alinho-me à maioria para entender que o preconceito anti-semita constitui **racismo**, já na dicção do art. 5, XLII, da Constituição Federal, já na Lei 7.716 de 1989 e suas alterações. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 227)

[20] “Artigo 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta constituição.”

[21] Afirma Robert Alexy: “O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: 'quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção'.” (ALEXY *apud* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 70)

[22] O princípio da proporcionalidade é duramente criticado por vários teóricos do direito que apontam a ausência de uma diferenciação entre os discursos de justificação e aplicação como um de seus principais problemas. As críticas mais significativas são as de Habermas (2006) e Günther (2004). No mesmo sentido vale citarmos também Cattoni (1998), Cruz (2004) e Bahia (2004).

[23] “Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcedível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.

“Assim, a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 76-77)

[24] “A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito que adotamos – C.F., art. 1º, III – ainda mais quando essa liberdade de expressão apresenta-se distorcida e desvirtuada.” p.83)

[25] “Cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 60)

[26] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 155 e seguintes)

[27] “Todavia, lendo o livro do paciente, da primeira à última edição, e lendo outros livros mencionados na denúncia, cheguei à conclusão de que não houve racismo, não houve preconceito. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 217)

[28] Os judeus, como os ciganos, como os índios, como os armênios, como os escoceses, têm, sem dúvida, um perfil histórico inconfundível com o de qualquer outro povo. Então, para mim, e à luz da Constituição, os judeus podem, sim, ser vítimas de racismo, aplicando-se, então, ao eventual racista -- criminoso, portanto, pois racismo é

crime --, a cláusula da imprescritibilidade com que a Constituição procurou inibir mais rigorosamente a prática desse crime. Parece-me que, no voto do eminente Ministro Marco Aurélio, o substantivo racismo fica limitado a uma adscrição à realidade dos negros. Parece-me que foi isso. Então, amplio o conceito de racismo para alcançar, também, no caso, a realidade dos judeus. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 217)

[29] "Mas a premissa da Constituição é uma só: **não é pela possibilidade de agravo a terceiros, ou de uso invasor da liberdade alheia, que se vai coibir a primitiva liberdade de expressão** (que se define, assim, como liberdade absoluta, nesse plano da incontrolabilidade da sua apriorística manifestação. Sendo que esse fraseado em si - "liberdade de expressão"- alcança as duas tipologias de liberdade: a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de ação no *quadripartite* domínio intelectual, científico, artístico e de comunicação. "Pontue-se bem a diferença: do ângulo da autonomia de vontade de quem fala, escreve, gesticula, ou ainda de quem produz uma obra de natureza artística, intelectual, científica, ou de comunicação, **o que se tutela de forma até absoluta é o direito mesmo de fazer algo ou passar para outrem u'a mensagem, um recado, uma obra.** Transformar em ação ou coisa objetiva algo até então subjetivo. O que se traduz no exercício do direito de não sofrer impedimento ou censura prévia nesse ato mesmo de agir ou de dirigir-se a terceiros." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 145)

[30] Uma vez que o HC 82.424-2 fornece inúmeros trechos dos livros escritos e editados pelo paciente, entendemos não ser necessário recorrer aos mesmos para, da fonte original, extrair os fragmentos dos livros. O fato do acórdão do STF ser uma fonte séria e extremamente confiável, bem como o fato dos livros não serem vendidos em livrarias, mas por pessoas em sua maior parte ligadas a movimentos nazi-fascistas foram importantes para tomarmos essa decisão.

[31] "É fácil perceber a importância do direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e finalidades substantivas que o caracterizam. A principal delas, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas no mundo, é o valor instrumental, já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular. Em outras palavras, a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da comunidade política. E é bom sempre lembrarmos Hans Kelsen, quando afirma que a democracia se constrói sobretudo quando se respeitam os direitos da minoria, mesmo porque esta poderá um dia influenciar a opinião da maioria. E venho adotando esse princípio diuturnamente, daí a razão pela qual, muitas vezes, deixo de atender ao pensamento da maioria, à inteligência dos colegas, por compreender, mantida a convicção, a importância do voto minoritário.

(...)

"A importância do princípio vai além. A liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle da atividade governamental e do próprio exercício de poder. Esta dimensão foi até mesmo a fonte histórica da conquista e do desenvolvimento de tal liberdade. À proporção que se forma uma comunidade livre de censura, com liberdade

para exprimir os pensamentos, viabiliza-se a crítica desimpedida, mesmo que contundente, aos programas de governo, aos rumos políticos do país, às providências da administração pública. Enfim, torna-se possível criticar, alertar, fiscalizar e controlar o próprio exercício dos mandatos eletivos." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 172-173)

[32] Os piores acontecimentos havidos - entre eles, a perseguição aos judeus - sempre ocorreram em momentos de treva no campo das comunicações, de falta de publicidade de modo a permitir o acompanhamento público. Com isso, foram evitadas as reações próprias aos episódios. Encobertos, ganharam proporções alarmantes, predominando a barbárie. A história mostra que a transparência, a revelação dos fatos serve de freio aos homens, evitando a prevalência de paixões condenáveis, de atos que contrariam a natureza em sua expressão maior. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 173) Marco Aurélio desconsidera completamente o fato de que, muito mais do que a "falta de publicidade", os judeus foram exterminados simplesmente porque eram considerados como uma "raça infecta", não possuindo, obviamente, qualquer direitos.

[33] "Como é possível que um livro, longe de se caracterizar como um manifesto retórico de incitação de violência, mas que expõe a versão de um fato histórico - versão esta, é bom frisar, que pessoalmente considero deturpada, incorreta e ideológica -, transforme-se em um perigo iminente de extermínio do povo judeu, **especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo?**" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 179) (negritamos)

"A questão agora, portanto, surge com novo enfoque. A sociedade brasileira é predisposta a praticar discriminação contra o povo judeu? Temos indícios em nossa história de movimentos sociais discriminatórios contra aquele povo? Não me refiro, obviamente, a iniciativas isoladas deste ou daquele governante em determinado momento. Circunstâncias esporádicas não mudam a natureza da sociedade.

"Com base nesse entendimento, uma simples análise da história revelará que, em nenhum momento de nosso passado, houve qualquer inclinação da sociedade brasileira a aceitar, de forma ostensiva e relevante, idéias preconceituosas contra o povo judeu. Jamais foi transmitida entre as gerações a miséria deste legado discriminatório. Aliás, pelo contrário, as mais diferentes formas de divulgação da cultura judaica sempre gozaram de amplo apoio e interesse popular. As instituições judaicas funcionam no Brasil como importantes centros de referência e são constantemente reconhecidas, como hospitais, sinagogas, centros de cultura, museus, entre outras." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 180)

[34] O final do voto é contraditório: o Ministro concede "a ordem para assentar a inexistência da prática de racismo", ou seja, o Ministro não vê crime em sua conduta, para em seguida concluir "pela incidência da prescrição da pretensão punitiva, tal como o fizeram os Ministros Moreira Alves e Carlos Britto." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 195) Se não houve prática de racismo, não houve crime; se houve prescrição, então houve crime. Além disso, os Ministros Moreira Alves e Carlos Britto votaram de maneira distinta (o primeiro declarando a prescrição da pretensão punitiva, o segundo a inexistência de crime).

[35] O Ministro Marco Aurélio se esquece de que, na época de maior perseguição aos judeus, durante a Segunda Guerra Mundial, o Brasil institucionalizou a discriminação por motivos raciais, já que o Estado dificultou a entrada e não concedeu visto de permanência aos judeus que fugiam da Europa. Desconsidera ainda que o próprio idioma brasileiro, ainda hoje, possui o vocábulo “judiar” significando maltratar. Para outros exemplos, ver Lafer (2005).

AS TEORIAS DEMOCRÁTICAS À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS*

THE DEMOCRATICS THEORIES AN ANALYSIS UNDER THE FOCUS THE HUMAN RIGHTS

Loiane Prado Verbicaro

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma reflexão acerca das principais teorias democráticas da contemporaneidade: a liberal, a republicana e a procedimentalista. Cada um desses modelos normativo de democracia desenvolve premissas e contornos próprios, variando de um núcleo essencial e intangível de direitos humanos a ser protegido e da defesa incondicional da soberania do povo, a uma relação de co-originalidade entre os direitos humanos e a soberania popular, concepções estas manifestadas, respectivamente, nas teorias liberais, republicanas e procedimentalistas de democracia. O trabalho analisará referidas teorias democráticas, à luz dos Direitos Humanos no contexto da (pós?) modernidade.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E MODERNIDADE.

ABSTRACT

The work herein offers a reflection on the main democratic theories of contemporary times: Liberal, Republican and the Proceduralist one. Each one of such normative models of democracy develops its own premisses and contour, ranging from an essential and intangible nucleus of human rights to be protected, and from the uncompromising defense of a people´s sovereignity to a relationship of co-originality between human rights and popular sovereignity, such concepts being manifested in liberal, republican, and proceduralist theories of democracy, respectively. In modern political theory, liberalism and republicanism are presented, under different perspectives, as the main theoretical paradigm of materialization of human rights and of the constitutional, lawfully organized democratic Nation State. The proceduralist model of democracy, as developed by Habermas, is added on to those two alternatives and which, likewise, has been welcome by modern days political theoreticians. This paper is intended to put together an analysis of each one of such democratic models, under the light of human rights and of the influences of the (post) modernity paradigm.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS, DEMOCRACY AND MODERNITY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 INTRODUÇÃO E COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Para se desenvolver uma teoria consistente de embasamento dos direitos humanos, necessária é a compreensão das principais vertentes democráticas da contemporaneidade: a liberal, a republicana e a procedimentalista. Isso porque há uma relação de co-pertença entre democracia e os direitos humanos. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos humanos; assim como não há direitos humanos em seu sentido pleno sem democracia. Dessa maneira, para compreendê-los em suas razões justificativas, necessária é a análise dos diversos modelos teóricos que estabelecem os fundamentos conteudísticos à democracia contemporânea.

Cada modelo normativo de democracia desenvolve premissas e contornos próprios, variando entre um núcleo essencial e intangível de direitos humanos a ser protegido; a defesa incondicional da soberania do povo; e uma relação de co-originalidade entre os direitos humanos e a soberania popular, concepções estas manifestadas, respectivamente, nas teorias liberais, republicanas e procedimentalistas de democracia.

Na teoria política moderna, o liberalismo e o republicanismo são apresentados, sob perspectivas distintas, como os principais paradigmas teóricos de realização do Estado Constitucional Democrático de Direito. Soma-se às estas duas alternativas o modelo procedimental de democracia desenvolvido pelo filósofo alemão Jürgen Habermas que, igualmente, tem recebido a acolhida de teóricos políticos contemporâneos.

O trabalho analisará cada um destes modelos democráticos (liberal, republicano e procedimentalista), à luz da teoria dos direitos humanos. Antes, porém, fará uma breve contextualização do regime democrático na era da (pós?) modernidade, apresentando o ideal de racionalização do poder político nas sociedades ocidentais, através da consolidação de governos assentados em bases racionais e humanas (repúdio a qualquer fundamento transumano ou metafísico de exercício legítimo do poder político), bem como o possível esgotamento das virtualidades do projeto modernista de racionalidade, a fim de harmonizar os direitos humanos a uma teoria democrática que legitime o exercício de uma práxis social crítico-emancipatória.

2 DA MODERNIDADE À PÓS-MODERNIDADE?

Dado o propósito de se analisar as principais teorias democráticas da contemporaneidade em suas interações com a proteção aos direitos humanos, necessário se faz contextualizar o poder político democrático na era da (pós?) modernidade.

A ruptura institucional que possibilitou o autogoverno popular insere-se em um contexto de apropriação por uma determinada classe (elite econômica – burguesia) de um discurso de racionalidade (projeto de razão da ciência moderna[1] e, posteriormente, projeto iluminista) contrário às arbitrariedades de um regime estamental e aristocrático – irracionalmente baseado na servidão e no privilégio do clero e da nobreza.

A tomada de consciência da burguesia, influenciada, em grande medida, pelo método racionalista cartesiano,[2] viabilizou a legitimidade de um discurso de poder igualitário (igualdade, liberdade e fraternidade), racionalista, humano, secular e cientificista, em contraponto às visões metafísicas do mundo pré-moderno (platônico-aristotélica),[3] apto a forjar a ideologia e o projeto revolucionário contrário às irracionalidades do *status quo ante*.

Trata-se do uso da razão como libertadora do dogmatismo, da arbitrariedade, da autoridade medieval, da superstição e do fundamento trans-humano do poder estatal. Note-se que na luta contra o antigo regime, século XVIII e XIX, existem sensíveis diferenças entre movimentos liberais (governo de uma elite) e movimentos democráticos (sufrágio universal, governo do povo). No final do século XX, entretanto, liberal e democrático não estão longe de serem sinônimos (democracia liberal).[4]

A propagação desses ideais foi tal que o espírito filosófico transpôs os limites da classe burguesa e se infiltrou nos meios populares. Para Jean-Paul Sartre, tal infiltração da filosofia iluminista permitiu à burguesia mascarar "as lutas que começaram a lacerar o Terceiro Estado e encontrar, para todas as classes revolucionárias, linguagem e gestos comuns".[5] À luz do discurso de uma razão universal e sob a aparência de uma identidade de perspectivas, linguagens, objetivos e universos simbólicos, a burguesia, conduzindo o Terceiro Estado, promove, assim, a revolução francesa (1789), representando verdadeiro marco paradigmático de luta (da racionalidade) contra a (irracionalidade da) desigualdade de um sistema estamental.

No contexto revolucionário, defendeu a burguesia a existência de direitos intrínseco (inatos) aos seres humanos, é dizer, direitos cuja existência antecede às estruturas de poder vigentes. Esse jusnaturalismo racionalista de fundamento aos direitos humanos foi utilizado como trunfo às pretensões transformadoras e revolucionárias da burguesia ascendente. Posteriormente, a idéia de direito natural (a priori) foi convertida em direito positivo (a posteriori), agora não mais decorrente de um elemento intrínseco à razão humana, mas da imposição de ditames jurídicos pela autoridade competente, exemplo típico da materialização do paradigma científico da modernidade, que "reduziu a complexidade da vida jurídica à secura do dogmatismo."[6]

Thomas Hobbes foi paradigmático nesta transição.[7] No desenvolvimento da sua teoria, traçou como premissa a realização dos microssujeitos antagônicos (ego) a partir da celebração (humana e racional) de um contrato instituidor do Estado (macrossujeito; superego todo-poderoso que representa a sociedade), propiciando, posteriormente, o surgimento de novos paradigmas políticos, igualmente racionais e humanos: a) o modelo democrático liberal individualista; b) o modelo democrático republicano, originalmente sustentados nas idéias de John Locke[8] (Estado como mecanismo garantidor da propriedade, da segurança, da vida, da liberdade pública e individual) e Rousseau[9] (governo popular coletivo pautado na vontade geral), respectivamente.[10]

Com a junção das idéias de Rosseau, relativas à vontade do povo, autogoverno de pessoas livres e iguais, com as idéias de Jean Bodin acerca da soberania popular, eclode a revolução francesa, com a ascensão do terceiro estado, representando, então, a vontade e a soberania do povo francês. Trata-se da concretização de uma democracia popular moderna.[11]

Ao longo dos séculos que se seguiram à concretização dos ideais democráticos, algumas variações ocorreram a respeito do tema democracia popular. Em meados do século XIX, Karl Marx transferiu a vontade geral, de Rousseau, para o proletariado, elegendo-o como a nova identidade coletiva (em oposição ao poder burguês) e como motor determinante da mudança social emancipatória e revolucionária. Em contraste a esta perspectiva, a identidade coletiva esteve também identificada à idéia de nação soberana ou Estado-nação, o que propiciou o desenvolvimento de teorias nacionalistas e chauvinistas.

Estas teorias opostas, o marxismo e o nacionalismo, culminaram, no decorrer do século XX, no surgimento de tipos antagônicos de identidade coletiva: o fascismo e o comunismo, ambos exemplos vivos da crueldade do homem para com o próprio homem em um mundo (supostamente) racional e civilizado,[12] eventos estes (associados a outros fatores) que conduziram o homem a questionar a sua própria racionalidade (perda de confiança no potencial universalista da razão humana) e as premissas fundamentais do paradigma científico e intelectual da era moderna (desilusão dos sonhos idealizados na modernidade).

Jean-François Lyotard, em sua obra *La Condition Posmoderne*, aponta a insurgência de um projeto pós-modernista (pós-pensamento racional iluminista), como símbolo máximo do rompimento com as verdades absolutas e opressoras da modernidade. Sugere a necessidade de uma desmistificação da racionalidade iluminista e de uma demostração da real (e não ideal) condição e função do saber na contemporaneidade.[13]

À luz da teoria pós-moderna,[14] a hipervalorização do conhecimento objetivo e científico da era anterior provocou uma patologia (desastre da modernidade) ao permitir que uma ciência racionalista, tecnicizada e monológica colonizasse a outras esferas do mundo da vida. Nesse sentido, a razão instrumental da modernidade passou a ser concebida como o elo de coisificação do homem e de sua desumanização[15] e como responsável pelo esvaziamento do conceito de democracia ao concebê-la como mera encenação, espetáculo ideológico e aparente e não como materialização efetiva do poder por uma comunidade de sujeitos participativos, livres, iguais e autônomos (distanciamento entre o simbólico e o real).

A sugerida pós-modernidade, sob a influência das descobertas de Einstein, passou, assim, a denunciar a razão como incapaz de revelar verdades objetivas atemporais e a ciência moderna como encobridora de interesses setoriais incompatíveis com a satisfação plena dos ideais democráticos e dos direitos humanos.[16]

Jürgen Habermas, diante deste prognóstico de fim da modernidade e de seus valores e universos simbólicos, defende a incompletude do projeto modernista fundado na racionalidade iluminista, a partir de um aprofundamento da atitude racional baseada em atos de comunicação e em uma razão não instrumental.[17]

O presente trabalho busca o desenvolvimento de uma teoria democrática adequada à realização democracia e dos direitos humanos, compatibilizando-se a um conceito de racionalidade que seja emancipador e libertador (e não explorador ou opressor, tal como verificado com o conceito de racionalidade instrumental do projeto modernista).

3 OS DIREITOS HUMANOS E AS TEORIAS DEMOCRÁTICAS LIBERAIS, REPUBLICANAS E PROCEDIMENTALISTAS

Adotando-se como objeto de reflexão os modelos liberal, republicano e procedimentalista de democracia, pode-se dizer que há uma clara cisão entre eles: dois modelos (republicano e procedimentalista), mesmo partindo de pensamentos distintos, defendem uma perspectiva radical de democracia a partir de uma idéia mais substantiva da formação democrática da vontade conjunta;[18] e um modelo liberal do pensamento político,[19] que defende a maximização da liberdade individual a partir do exercício de direitos humanos individuais, da lei, de um sistema de governo democrático pautado no livre consentimento dos governados mediante eleições episódicas livres e em que seja assegurado o sufrágio universal, a igualdade de todos perante a lei, a livre iniciativa, a liberdade de expressão e a livre concorrência econômica (ênfase em um núcleo fundamental de direitos humanos em detrimento da soberania popular).[20]

Dadas as evidentes diferenças conceituais entre o republicanismo/ procedimentalismo vis-à-vis o liberalismo político, onde quer que seja adotada a tradição radical de democracia, a discussão estabelece o afastamento da teoria liberal, centrando-se na disputa entre o republicanismo e o procedimentalismo, uma vez que ambos representam modelos normativos de democracia cujo ponto central é dar maior ênfase à participação democrática na formação das decisões político-governamentais do Estado.

Trata-se de perspectivas que não limitam a atividade participativa dos cidadãos a momentos eleitorais episódicos, como simples manobra de legitimar periodicamente o exercício do poder estatal, mas que defendem o poder contínuo do povo na formação e na condução da coisa pública.

Apesar da concordância em um núcleo fundamental de idéias, republicanos e procedimentalistas apresentam convicções distintas sobre a teoria democrática, especialmente em relação aos diferentes modos pelos quais o princípio da esfera pública democrática é normativamente justificado.

O republicanismo enfatiza o ideal antigo de negociação intersubjetiva sobre assuntos públicos como parte fundamental da vida dos cidadãos. Dessa maneira, a esfera pública democrática é considerada como um meio para a realização do autogoverno de uma comunidade politicamente participativa.[21]

Para a perspectiva procedimentalista, não são as virtudes cívicas dos cidadãos que motivam o processo de formação democrática da vontade, mas sim, procedimentos

moralmente justificados. Nesse sentido, a esfera pública é entendida como procedimento no qual a sociedade tenta resolver racionalmente os problemas políticos de uma maneira legítima. Trata-se de uma diferença central no conceito político de esfera pública. [22]

Há ainda diferenças substanciais concernentes à compreensão da idéia de direitos. O ideal republicano entende as normas legais como o instrumento social através do qual a comunidade política tenta preservar a sua própria vontade e identidade. Neste sentido, a lei é a manifestação cristalizada da autocompreensão de uma cidadania solidária.

Para os procedimentalistas, os direitos representam um tipo de segurança para a existência continuada da interação da esfera pública democrática com a administração política. Trata-se de um mecanismo institucional de proteção do procedimento democrático em sua complexidade.[23]

Um outro aspecto de divergência entre procedimentalistas e republicanos, incluindo-se nesta discussão também a perspectiva liberal, refere-se ao fato de que os republicanos priorizam a soberania popular em detrimento dos direitos humanos; os liberais, ao contrário, enfatizam a supremacia dos direitos humanos em face à soberania popular.

Os procedimentalistas, aqui representados por Habermas, desfazem esta relação antitética entre direitos humanos x soberania do povo (da mesma forma desfazem, igualmente, a relação oposicionista entre autonomia pública x autonomia privada),[24] e sustentam uma relação de co-originalidade entre eles. De acordo com esta teoria, nas sociedades pós-convencionais, os indivíduos são ao mesmo tempo autores e destinatários do seu próprio direito. Nesse sentido, a instituição do direito legítimo só é possível se, conjuntamente, estão garantidas não apenas as liberdades subjetivas que asseguram a autonomia privada, mas também a ativa participação dos cidadãos através de sua autonomia pública.[25]

Para Jürgen Habermas,[26] referido nexo interno entre soberania do povo e direitos humanos reside no alcance normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade, não apenas através da fórmula geral de leis universais e abstratas. De acordo com Habermas, os procedimentos discursivos de entendimento mútuo, em que seja garantida a inclusão, a liberdade e a igualdade, constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional. A legitimidade democrática do direito apóia-se, em última instância, em um arranjo comunicativo – direito como sistema racionalmente justificável.[27]

Segundo o autor, as tradições políticas liberais e republicanas interpretam, respectivamente, os direitos humanos como expressão de uma autodeterminação moral[28] e a soberania do povo como expressão da auto-realização ética.[29] Nesta perspectiva, os direitos humanos e a soberania do povo não aparecem como elementos complementares, e sim, concorrentes.

Habermas expõe o pensamento de F. Michelman que observou na tradição constitucional uma tensão entre o domínio impessoal das leis, fundadas em direitos humanos naturais (concepção liberal) e a auto-organização espontânea de uma comunidade, a qual outorga suas leis através da vontade soberana do povo, sem a compreensão da existência de direitos pré-políticos ao Estado, uma vez que o direito só

encontra a sua base de legitimidade e de sentido dentro do Estado, a partir de uma prática dialógica e discursiva (concepção republicana).

Entretanto, essa tensão, segundo Habermas, pode ser desfeita. Os liberais evocam o perigo de uma tirania da maioria; postulam o primado de direitos que garantem as liberdades pré-políticas e colocam barreiras à vontade do legislador. Os republicanos, por outro lado, dão destaque ao valor da auto-organização dos cidadãos, de tal forma que, para uma comunidade política, os direitos humanos só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente. Nessa perspectiva, o direito deve ser fruto de procedimentos coletivos de deliberação. Cada geração deve estabelecer a sua própria Constituição. A liberdade e a autonomia individual significam que a todo momento os indivíduos podem deliberar sobre o governo e as regras fundamentais que o instituem e limitam.

Em oposição a essas idéias, Habermas resgata o pensamento de Rousseau e Kant, segundo uma concepção que parte da idéia de que os direitos humanos e o a soberania do povo se interpretam mutuamente. Mesmo assim, segundo Habermas, os dois filósofos não conseguiram entrelaçar simetricamente os dois conceitos e ficaram aquém de suas próprias intuições.

Em uma análise geral, Kant, segundo reflexão feita por Habermas, sugeriu um modo de ler a autonomia política que se aproxima mais do ideal liberal - ênfase no indivíduo; ao passo que Rousseau se aproximou mais do republicano - ênfase na sociedade.

Segundo a interpretação que Habermas faz de Kant, o sistema de direitos privados subjetivos se legitima a partir de princípios morais, não dependendo da autonomia política dos cidadãos, a qual se constitui apenas a partir da vontade geral (contrato social). Os direitos fundamentais, que protegem a autonomia privada dos homens, precedem a vontade do legislador soberano. Kant partiu do princípio de que ninguém, no exercício de sua autonomia como cidadão, poderia dar a sua adesão a leis que contrariam sua autonomia privada garantida pelo direito natural. Por isso, era preciso explicar a autonomia política a partir do nexo interno entre a soberania do povo e os direitos humanos. Entretanto, essa linha Kantiana de fundamentação da doutrina do direito, segundo Habermas, não valoriza o contrato da sociedade, afastando-se da inspiração de Rousseau.

A partir de uma leitura republicana da autonomia política, Rousseau parte da constituição da autonomia do cidadão e tenta introduzir um nexo interno entre a soberania popular e os direitos humanos. Assim, sustenta que o exercício da autonomia política não está mais sob a reserva de direitos naturais. O conteúdo normativo dos direitos humanos dissolve-se no modo de realização da soberania popular. Por intermédio de leis gerais e abstratas, a vontade unificada dos cidadãos está ligada a um processo de legislação democrática que exclui todos os interesses não universalizáveis, permitindo apenas regulamentações que garantem a todos as mesmas liberdades subjetivas. De acordo com esta idéia, o exercício da soberania do povo garante também a substância dos direitos humanos. Entretanto, segundo Habermas, a articulação intentada por Rousseau mostrou-se insuficiente, uma vez que ele não soube demonstrar a possibilidade de mediação, sem repressão, entre a vontade comum, construída normativamente, e o arbítrio dos sujeitos singulares.

Segundo Habermas, para que isso acontecesse seria preciso um ponto de vista moral, a partir do qual poderia ser avaliado se o que é bom para todos é do interesse simétrico de cada um. Na versão ética do conceito de soberania popular, parece perder-se o sentido universalista do princípio de direito. Tudo indica que o conteúdo normativo do direito humano não pode surgir da gramática de leis gerais e abstratas. A pretensão de que uma norma é do interesse simétrico de todos tem o sentido de uma aceitabilidade racional. E isso apenas pode evidenciar-se sob as condições pragmáticas de discursos de inter-compreensão nos quais prevalece somente a coerção do melhor argumento.

O nexo interno entre soberania do povo e direitos humanos reside, assim, segundo Habermas, no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política - formação discursiva da opinião e da vontade. Nem Kant, nem Rousseau, segundo reflexões de Habermas, conseguem descobrir esse nexo. De acordo com ele, os discursos de entendimento mútuo (arranjo comunicativo) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional.

Por conseguinte, o almejado nexo interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá se o sistema de direitos apresentar as condições sob as quais as formas de comunicação podem ser institucionalizadas juridicamente. O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos humanos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica.[30]

Trata-se da solução encontrada por um segmento da teoria democrática contemporânea para, através do uso não instrumental da razão, compatibilizar os conceitos, outrora excludentes, de direitos humanos e soberania do povo, tão importantes à realização da democracia.

Este procedimentalismo Habermasiano, da mesma forma em que nega a relação maniqueísta e antitética entre direitos humanos e soberania do povo, desconstitui o principal modelo jurídico da modernidade: o formalismo positivista. Este modelo desconstituído pelo procedimentalismo centra-se, tão-só, na obediência cega a certas formalidades previamente estabelecidas, sem preocupações relativas ao conteúdo (melhor decisão ou decisão mais correta) ou à busca de consensos racionais. Seu fundamento incide em mera tautologia. Não há uma razão justificativa outra para a sua existência que não seja a sua própria existência. O procedimentalismo nega este formalismo positivista ao revelar a insuficiência de seus critérios formais e ao defender a necessidade de obtenção de consensos racionais a partir de um diálogo pluralista, livre e equânime. Assim, a partir do desenvolvimento contínuo do discurso racional, pode-se chegar a uma resposta que não seja meramente formal, mas que seja procedimentalista, é dizer, obtida através de procedimentos discursivos livres e racionais.[31]

4 CONCLUSÃO

Apresentado o procedimentalismo Habermasiano, conciliador dos divergentes posicionamentos (liberais e republicanos) relativos a ordem de prioridade existente entre os direitos humanos e a soberania popular, desconstituidor do formalismo positivista através do resgate do conceito de racionalidade tão criticado por teóricos pós-modernos, cabe agora traçar as linhas conclusivas obtidas através da articulação das teorias democráticas, dos direitos humanos e da (pós) modernidade, respondendo especialmente a seguinte indagação: a teoria democrática Habermasiana constitui uma solução aos problemas epistemológicos da modernidade e, portanto, trata-se de uma alternativa pós-moderna? Ou, ao contrário, ao continuar usando o conceito de racionalidade para explicar a sua teoria procedimentalista, Habermas demonstra uma adesão irrestrita ao projeto iluminista contemplador de uma razão instrumental e universal?

O procedimentalismo Habermasiano não representa nem é uma solução pós-moderna, nem uma adesão irrestrita à modernidade contempladora de um conceito de razão teleológico-instrumental. Habermas não concebe a razão como o elo de desumanização e coisificação do homem, como responsável por todos os males da humanidade; nem tampouco aceita o conceito de racionalidade a partir da leitura que dela fizeram os marxistas e os teóricos da Escola de Frankfurt, ao restringirem a racionalidade ao uso da razão instrumental.

Habermas, ao conceber a modernidade como um projeto inacabado, propõe reajustes aos seus desacertos, especialmente a partir da reformulação do conceito de racionalidade que não poderia, segundo ele, ficar restrita ao conceito teleológico de razão instrumental. De fato, a razão instrumental oprimiu e colonizou o mundo da vida. Ocorre que a razão compreende uma amplitude muito maior que a simples espécie razão instrumental. Logo, Habermas amplia o conceito de racionalidade (re) elaborado pelos críticos frankurtianos e adotado como ponto de partida para a realização do projeto da modernidade, compreendendo-a em um sentido lato e não estrito (instrumentalista). Racionalidade não é, pois, sinônimo de instrumentalidade. Existem outras dimensões não instrumentais da racionalidade.

O projeto da modernidade sofreu um atropelo ao se interpretar que a razão limita-se a um uso teleológico. Ao constatar este equívoco interpretativo do conceito de racionalidade, Habermas resgata a modernidade. A modernidade está inacabada. O seu projeto ainda floresce.[32] A racionalidade, através das estruturas comunicativas, pode impedir que a razão instrumental (lógica aplicada à política e à economia, que são geridos pelos imperativos de eficácia) colonize o mundo da vida (ou seja, domine as esferas da vida social não instrumentais), através de um processo emancipatório (capaz de garantir a autonomia ao mundo da vida) denominado de emancipação do mundo da vida, realizado por intermédio da democracia e do direito. A democracia, por propiciar a dinâmica comunicativa, e o direito por impor limites à atuação das dimensões instrumentais da racionalidade.

Nessa perspectiva, ao partir da reformulação ao conceito de racionalidade, tornando-o mais abrangente e discursivo, impedindo, por conseqüência, a coisificação da vida social (desumanização), Habermas não segue a alternativa pós-moderna que, ante a crítica ao projeto iluminista de racionalidade, defende a total perda de confiança na objetividade da razão, com fortes tendências ao irracionalismo, ao ceticismo e ao niilismo.

Habermas concebe uma nova modernidade: uma modernidade que não apenas aceita, mas que parte da racionalidade: uma racionalidade dialógica capaz de garantir a realização da democracia; a autonomia das esferas sociais; a emancipação do homem contra qualquer forma de opressão; um fundamento adequado aos direitos humanos, em que os indivíduos, através de arranjos comunicativos, possam ser, ao mesmo tempo, autores e destinatários do seu próprio direito. Eis a democracia; eis o império dos direitos humanos; eis a autonomia; eis a liberdade; eis a igualdade; eis a racionalidade como instrumento de emancipação do homem; eis a permanência do paradigma da modernidade.

5 BIBLIOGRAFIA

ARANTES, Otília B. Fiori; ARANTES, Paulo Eduardo. **Um Ponto Cego no Projeto Moderno de Jürgen Habermas.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHEVALLIER, Jean Jacques. **As Grandes Obras Políticas. De Maquiavel a Nossos Dias.** Rio de Janeiro: Agir, 1995.

DALLMAYR, Fred. **Para além da democracia fugida: algumas reflexões modernas e pós-modernas.** In: Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Jossé Souza (org.), Brasília: UNB, 2001

DESCARTES, René. **Meditações Metafísicas.** In: Coleção Os Pensadores. Tradução Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Brasil Cultural, 1973.

DESCARTES, René. **Discurso sobre o Método.** São Paulo: Hemus, 1975.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESPINOSA, Baruch. **Ética.** São Paulo: Editora Abril, 1983.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho entretanto términos de teoria del discurso**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos.** In: Direito e Legitimidade. Jean-Christophe Merle, Luiz Moreira (org.), São Paulo: Landy, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOBBES, Thomas. **Do Cidadão.** São Paulo: Martin Claret, 2006.

HONNETH, Axel. **Democracia como cooperação reflexiva. John Dewey e a teoria democrática hoje.** In: Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Jossé Souza (org.), Brasília: UNB, 2001.

LOCKE, John. **Ensaio sobre a Verdadeira Origem, Extensão e Fim do Governo Civil.** Lisboa: Edições 70, 1999.

LYOTARD, J. F. **A condição pós-moderna.** Rio de Janeiro: José Olimpio, 2008.

MARTÍNEZ QUINTEIRO, Maria Esther. **Crisis de la Modernidad y Derechos Humanos.** In: Las crisis em la história. Wickham y otros, Salamanca: Universidad, 1995

MORRIS, Clarence (0rg.). **Os Grandes Filósofos do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos Gregos ao Pós-Modernismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RÉMOND, René. **Introdução à História de nosso tempo: do antigo regime aos nossos dias.** Lisboa: Gradativa, 2. ed., 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** São Paulo: Martins Claret, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências.** Porto: Afrontamento, 14. ed., 2003.

SARTRE, Jean-Paul. **Questão de Método.** São Paulo: Abril Cult, 1973.

SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution.** Cambridge: Harvard University Press, 1994.

---

[1] O paradigma de racionalidade da ciência moderna, fruto da revolução científica do século XVI, introduziu um modelo global de racionalidade em que o rigor científico afere-se pelo rigor das medições, tendo como premissa central a redução da complexidade do mundo, o uso indiscriminado da razão e a produção de um conhecimento estritamente descritivo, causal, comprovado e sistematizado, idéias estas desenvolvidas pelos principais cientistas da modernidade: Copérnico, Kepler, Galileu, Newton, Bacon e Descartes. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências.** Porto: Afrontamento, 14. ed., 2003.

[2] Descartes e Espinosa traçaram as diretrizes iniciais do iluminismo, ao sustentarem a idéia de que Deus é imanente e não transcendente. DESCARTES, René. **Meditações Metafísicas.** In: Coleção Os Pensadores. Tradução Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Brasil Cultural, 1973, pp. 85-122; DESCARTES, René. **Discurso sobre o**

Método. São Paulo: Hemus, 1975; ESPINOSA, Baruch. **Ética.** São Paulo: Editora Abril, 1983.

[3] A modernidade superou o cosmos aristotélico-metafísico de poder, pautado em uma idéia teológica de mundo e introduziu um antropocentrismo racionalista (Filosofia do Sujeito-Consciência), baseado na idéia de vontade humana e racional como móvel de todo exercício legítimo de poder.

[4] RÉMOND, René. **Introdução à História de nosso tempo: do antigo regime aos nossos dias.** Lisboa: Gradativa, 2. ed., 2003.

[5] SARTRE, Jean-Paul. **Questão de Método.** São Paulo: Abril Cult, 1973, p. 120.

[6] SANTOS, *op. cit.*, p 46.

[7] HOBBES, Thomas. **Do Cidadão.** São Paulo: Martin Claret, 2006, pp. 83-107.

[8] LOCKE, John. **Ensaio sobre a Verdadeira Origem, Extensão e Fim do Governo Civil.** Lisboa: Edições 70, 1999, pp. 33-62, 105-108.

[9] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** São Paulo: Martins Claret, 2007, pp. 59-63.

[10] DALLMAYR, Fred. **Para além da democracia fugida: algumas reflexões modernas e pós-modernas.** In: Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Jossé Souza (org.), Brasília: UNB, 2001, pp. 11-19.

[11] DALLMAYR, *op. cit.*, pp. 11-19.

[12] DALLMAYR, *op. cit.*, pp. 19, 20.

[13] LYOTARD, J. F. **A condição pós-moderna.** Rio de Janeiro: José Olimpio, 2008.

[14] No paradigma da pós-modernidade, substitui-se a eternidade à história; o determinismo à imprevisibilidade; o mecanicismo à interpretação; a necessidade à criatividade; a ordem à desordem. SANTOS, *op. cit.*, p 28.

[15] "A industrialização da ciência acarretou o compromisso desta com os centros de poder econômico, social e político, os quais passaram a ter um papel decisivo na definição das prioridades científicas." SANTOS, *op. cit.*, p. 34.

[16] Ver: MARTÍNEZ QUINTEIRO, Maria Esther. **Crisis de la Modernidad y Derechos Humanos.** In: Las crisis em la história. Wickham y otros, Salamanca: Universidad, 1995, p. 183.

[17] HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade.** São Paulo: Martins Fontes, 2002; ARANTES, Otília B. Fiori; ARANTES, Paulo Eduardo. **Um Ponto Cego no Projeto Moderno de Jürgen Habermas.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1981, pp. 99-123.

[18] Republicanos e procedimentalistas acreditam que uma dedicação exclusiva dos indivíduos em suas vidas e projetos privados seja uma distorção que compromete a óptima realização da democracia e a própria autonomia dos cidadãos.

[19] HONNETH, Axel. **Democracia como cooperação reflexiva. John Dewey e a teoria democrática hoje.** In: Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Jossé Souza (org.), Brasília: UNB, 2001, p. 63.

[20]DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

[21] Ver: SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution.** Cambridge: Harvard University Press, 1994.

[22] HONNETH, *op. cit.*, pp. 64, 65.

[23] HONNETH, *op. cit.*, p. 66.

[24] "Os cidadãos só podem fazer adequado da sua autonomia pública se forem suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada que esteja uniformemente assegurada; por outro, só podem usufruir uniformemente a autonomia privada se, como cidadãos, fizerem o emprego adequado dessa autonomia política." Daí porque, para Habermas, a autonomia pública pressupõe a privada e vice-versa. HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos.** In: Direito e Legitimidade. Jean-Christophe Merle, Luiz Moreira (org.), São Paulo: Landy, 2003, p. 72.

[25] Ver: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

[26] HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoria del discurso.** Madrid: Editorial Trotta, 1999, pp. 160-169.

[27] Direito legítimo é o que se impõe racionalmente ante uma prática argumentativa. Assim, a substância dos direitos do homem reside no exercício de uma pratica dialógica e racional.

[28] Autodeterminação moral no sentido de impessoalidade; de universalidade; de igual apreciação dos interesses do povo.

[29] Auto-realização ética no sentido de pessoalidade; de particularidade; de participação ativa dos sujeitos para a compreensão e formação da soberania do povo.

[30] Habermas acredita que o liame constitucional seria suficientemente forte para unir os cidadãos de modo a não se estabelecer a oposição, falsa, segundo ele, entre direitos fundamentais pré-políticos, de um lado, e soberania popular, de outro.

[31] Note-se que mais uma vez Habermas utiliza-se da razão não instrumental para construir a sua teoria sobre democracia e direitos humanos.

[32] ARANTES, *op. cit*., pp. 99-123.

A BIOPOLÍTICA NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO: A REPRODUÇÃO DA SUBCIDADANIA SOB A ÉGIDE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA*

BIOPOLITICS AND RULE OF LAW: THE REPRODUCTION OF SUBCITIZENSHIP UNDER SYMBOLIC CONSTITUTIONALIZATION

Lucas de Alvarenga Gontijo
Adalberto Antonio Batista Arcelo

RESUMO

O presente texto, a partir do prisma foucaultiano da biopolítica, procura desvendar os mecanismos de poder e os fatos de discurso nos quais subjazem as tecnologias de subjetivação que constroem a subcidadania na contemporaneidade, em especial nos países denominados em desenvolvimento. Verifica-se que os padrões de normalidade e subjetividade terminam por cindir a sociedade contemporânea em dois blocos heterogêneos: os aptos a exercer direitos de cidadania e os impossibilitados de exercer tais direitos. Busca-se neste contexto uma ressignificação crítica das condições de possibilidade do Estado Democrático de Direito. Percebe-se que o formalismo jurídico refletido na constitucionalização simbólica arrefece as exigências de inclusão e dignidade do extrato vulnerável da sociedade, reproduzindo a assunção da biopolítica na atualidade. Isso porque os invisíveis para a titularidade de direitos fundamentais se tornam, pela resistência aos poderes disciplinar e regulamentador, estigmatizados pela positividade da razão midiática e foco de tensão dos mecanismos de repressão. A modernidade, como fenômeno de escasseamento da individualidade e como complexo mecanismo de assujeitamento, representa a arquitetura de uma sociedade de normalização. Foucault, entretanto, por meio da "hermenêutica de si" – e especificamente da hermenêutica do sujeito moderno – demonstra que a liberdade do sujeito é seu instrumento de emancipação. Neste sentido, cabe ao sujeito moderno – por meio das técnicas de si (aspecto ético), da organização social e da resistência às prescrições institucionais que reproduzem a desigualdade (aspecto político), e da insurreição dos saberes sujeitados contra saberes hegemônicos excludentes (aspecto do saber) – produzir um contrapoder que afirme a complexidade das dimensões da personalidade na contemporaneidade.

PALAVRAS-CHAVES: BIOPOLÍTICA, CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA, TECNOLOGIAS DE SUBJETIVAÇÃO, SUBCIDADANIA, CONTEMPORANEIDADE.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

ABSTRACT

This text, adopting the viewpoint of Foucault's biopolitics, aims at revealing the mechanisms of power and the discursive facts which underly the technologies of subjectivation that construct the contemporary subcitizenship prevailing in the so-called developing countries. It is noticed that the patterns of normalness and subjectivity eventually split contemporary society in two heterogeneous groups: those which are able to exert the rights of citizenship and those unable to do so. In such context, a critical re-signification of the conditions of possibility of the Rule of Law is searched for. It is clear that the legal formalism reflected in symbolic constitutionalization diminishes the demands for inclusion and dignity of the vulnerable layers of society, reproducing the premises of biopolitics nowadays. This happens because those who are invisible to what concerns human rights become, due to their resistance against disciplinary and ruling powers, stigmatized by the positivity of mass-media rationality and high tension focus of repressive mechanisms. Modernity, as a phenomenon of diminished diversity of individuality and as a complex mechanism of subjection, represents the architecture of a normalizing society. Nonetheless, Foucault, by means of the "hermeneutics of the self" – and specifically of the hermeneutics of the modern self – demonstrates that the subject's liberty is his instrument of emancipation. In that sense, by means of techniques of the self (ethic aspect), of social organization and resistance against institutional prescriptions that reproduce inequity (political aspect) and also by means of the insurrection of subjected knowledge against excludent and hegemonic knowledge (aspect of knowledge), it is up to the modern subject to produce a counterpower that affirms the complexity of personality dimensions in contemporariness.

KEYWORDS: BIOPOLITICS, SYMBOLIC CONSTITUTIONALIZATION, SUBJECTIVATION TECHNOLOGIES, SUBCITIZENSHIP, CONTEMPORARINESS.

1. Formulação do problema: A legislação simbólica como técnica de subjetivação que arrefece a força política da sociedade civil.

No início da aula de 25 de janeiro de 1978, pelo curso *Segurança, Território e População*, Foucault pergunta ao auditório se eles tiveram a prudência de reler Kelsen. A questão em pauta é a normatividade. Continua Foucault explicando que Kelsen havia tentado demonstrar que entre lei e norma havia uma relação fundamental: a normatividade, ou seja, a capacidade das leis se fazerem valer. E então Foucault apresenta sua proposta para analisar a normatividade: "o problema que procuro identificar é mostrar como, a partir e abaixo, nas margens e talvez até mesmo na contramão de um sistema da lei se desenvolvem técnicas de normalização". (FOUCAULT, 2008, p. 74). Nossa proposta neste texto começa aí, mas está para além da discussão de como a normatividade se instaura e que mecanismos a subjazem para que exista; estes escritos aproveitam sim a perspectiva foucaultiana do biopoder sob os influxos do capitalismo, mas para buscar desnudar a baixa normatividade dos direitos fundamentais, nos países denominados em desenvolvimento, será necessário estabelecer

alguns processos de auto-observação do fenômeno jurídico, como o que significa legislação simbólica, e então retornar ao próprio Foucault, para pensar o conceito de governamentalidade.

Nossa hipótese é a de que os *mecanismos de subjetivação* que suportam o biopoder explicam porque as normas de direitos fundamentais se tornam simbólicas, isto é, ocupam espaço político na qualidade de dispositivos declaradores de direitos, mas convertem-se, na práxis jurídica, em normas protelatórias, capazes de dissimular e arrefecer os movimentos sociais que as exigem.

Desta forma, não se trata de explicar a ineficácia das normas simbólicas, mas mostrar que por meio de tecnologias de subjetivação, elas servem à violação de direitos fundamentais justamente porque produzem algum efeito: a declaração de que estes direitos existem e devem ser reconhecidos. Contudo, entre a efetividade e a declaração, uma miríade de poderes microfísicos elaboram complexidades discursivas tais que a condição de normas declaradas pelo poder público não faz com que a opressão sobre aqueles que o poder público reconhece direitos seja menos eficaz, ou seja, as normas simbólicas se caracterizam pela baixa normatividade.

Propomos então contextualizar nossa proposta. Façamos breve reconstrução histórica das décadas em que se instauraram os movimentos civis que serviram de base ideológica aos Estados Democráticos de Direito.

No final dos anos 60 do século XX, as sociedades civis de várias nações passavam a dias de ativismo político: reivindicavam, via manifestações públicas e greves, direitos que mais tarde viriam a configurar aquilo que chamamos de direitos difusos ou direitos de terceira geração. De uma forma bem contundente, entre marchas desarmadas, publicidade panfletária e eventuais arremessos de pedras e coquetéis molotofes, sinalizavam que as políticas homogeneizadoras dos Estados Sociais estavam em irrecorrível descrença, mas sobretudo que a sociedade civil estava desperta e politicamente ativa. Foi em conseqüência deste vigor espontâneo de movimentos sociais pára-sistematizados, sem controle central ou hierárquico, que a própria crítica filosófica aprumou-se e deu início a uma série de reformas metodológicas, como a guinada lingüístico-pragmática, a reformulação da teoria da argumentação como prática jurídica e a insurreição de inúmeras escolas críticas, sobretudo nos campos da sociologia, da história e do direito: de uma forma ou de outra, espectros como alteridade, autonomia e dignidade das minorias faziam soar a força da cidadania ativa, por meio do ativismo político civil. Refiro-me às passeatas pacíficas ou de enfrentamento com a polícia, greves ou protestos, mais precisamente, aos calores produzidos pelo ativismo feminista, pelos estudantes e operários de Maio de 68 em Paris, pela euforia da Primavera de Praga, pela insurreição dos movimentos negros, pelas resistências civis às ditaduras na América Latina, pela inventividade dos movimentos de contracultura. Grande parte destes movimentos reconhecidos como rebelião da sociedade civil tinha em comum algumas peculiaridades estruturais: primeiro, estes movimentos eram paraestatais, pois eram genuinamente organizados a partir de uma economia de discursos que circulava dentro da sociedade civil e pregava, exatamente, a insubordinação ao poder regular governamental. Estas ações partiram quase sempre de voluntários difusos, que se animavam sob a bandeira do anti-conservadorismo, ativistas de contracultura. Em segundo lugar, os movimentos eram fragmentados e com baixa disciplina hierárquica, tendo, de fato, enfrentado grande turbulência sobre o conteúdo de suas ideologias,

escolha dos meios e efetividade de suas táticas. Por último, estes grupos eram quase sempre susceptíveis a formas artísticas de manifestação: pessoas que queriam fazer política com a mesma aura com que faziam amor.

Vejamos algumas dinâmicas destes movimentos civis para especulação prática de seus mecanismos de ação e suas construções ideológicas. Propomos analisar, de maneira superficial, algumas típicas formulações destes movimentos: Maio de 68 em Paris, Primavera de Praga, greves e protestos estudantis que estouraram em diversos países ocidentais e a resistência contra a ditadura militar no Brasil.

Maio de 68 não contava com um campo ideológico claro, com objetivos específicos. Havia sim uma inesperada e inédita insurreição popular sem distinções de classe, apenas predominantemente jovem. A repressão policial os levou a uma escalada do conflito que culminou em manifestação aguerrida de estudantes literalmente entrincheirados (suas barricadas) contra a polícia e em greves operárias com ocupações de fábricas em toda a França, às quais aderiram dez milhões de trabalhadores, dois terços do contingente operário da época naquele país.

Havia, por certo, um forte sentimento de descontentamento com o poder estatal e o impulso de que seria possível imaginar o avesso de toda ordem, o avesso da sociedade de consumo, fez incendiar nas madrugadas frases como "quando a Assembléia Nacional se transforma em um teatro burguês, todos os teatros da burguesia devem se transformar em Assembléias Nacionais". Tal frase resumia a crítica tanto ao capitalismo como às práticas biopolíticas de Estado. "O que queremos, de fato, é que as idéias voltem a ser perigosas", diziam os integrantes do grupo de intelectuais de esquerda *Internacionale Situacioniste*. Portanto, estava aberto debate sobre liberdades civis democráticas, direitos das minorias negras e homossexuais, igualdade entre os sexos, direitos radicais estudantis, supressão da censura. Quando da Noite das Barricadas, em 10 de maio, 20 mil estudantes enfrentaram a polícia nas universidades e ruas de Paris, as maiores armas foram as idéias: "Abaixo a sociedade espetacular mercantil"; "Esta noite, o sonho tomou o poder".

O movimento se arrefeceu da mesma forma que se acendeu, a vida francesa já tramitava regularmente nos primeiros dias de junho, mas muita gente pensava diferente.

Todos se lembram de abril de 68 na antiga Tchecoslováquia, quando o governo recém empossado, mesmo que de forma indireta, anunciou seu programa de reformas políticas que dariam início ao processo de reabertura das fronteiras ("cortina de ferro"), ao menos em perímetro tchecoslovaco. A população de Praga tomou as ruas em comemoração, instaurando aquilo que se conheceu por *Primavera de Praga*. A sociedade civil mostrava-se efusiva ao som de acordeons, embevecia-se descontraída como o pólen que se desprendia das flores nas lapelas dos paletós. Foram massacrados nas ruas pelo Exército Vermelho. O florescimento idílico da sociedade praguense havia se transformado num dos mais envergonhadores atos do poder autocrático estatal contra a sua própria população no século XX. Sinalizou-se, de forma irreversível, o início da implosão ideológica dos Estados totalitários de cunho comunista.

Os movimentos políticos estudantis ou operários estavam de fato indomáveis. Na Polônia, em 8 de março de 68, estudantes protestam contra o governo ditatorial, culminando no fechamento da universidade de Varsóvia. Na Itália, cerca de 3 mil

estudantes tomam a sede do jornal *Corriere della Serra* de Milão e em 5 de dezembro cerca de 1 milhão de trabalhadores entram em greve. Nos EUA, em decorrência da morte de Martin Luther King, teve início um dos maiores confrontos de rua jamais vistos na história daquele país, movimento denominado 'Black Power' ou Panteras Negras, que levaram a Suprema Corte Americana a declarar o fim das leis de aparthaid. Os movimentos de contracultura chegaram ao seu auge no iconográfico Festival de Woodstock. Na Inglaterra, se já não bastasse o intenso movimento de rebeldia impulsionado pelo Rock & Roll, 3 milhões de trabalhadores entram em greve em 15 de março de 68. No Uruguai, violentos confrontos levam o governo a decretar estado de sítio. Na Argentina, Colômbia e Venezuela, estudantes ocupam universidades, decretam greves, e se envolvem em intensos confrontos com policiais civis e militares.

Se tomarmos o Brasil como palco, veremos no ABC Paulista greves gerais desafiando a ditadura e o capitalismo com movimentações cada vez mais altivas, como práticas de desobediência civil e greves de fome. Mesma época em que estudantes tiveram o Encontro Nacional da UNE, já na clandestinidade, estourado pelas forças do Exército, com cerca de 1000 estudantes presos. A ditadura já dava sinais de desgaste no Brasil quando do incidente que matou a tiro de fuzil o estudante Edison Luis, no centro do Rio de Janeiro, em 1968. O corpo do jovem foi levado para a Igreja da Candelária, onde o bispo anunciou a missa de Sétimo Dia. Ergueu-se, espontaneamente, sem qualquer meio de comunicação que pudesse insuflar um estrondoso movimento cívico, a Passeata dos 100 mil. A sustentabilidade da ditadura estava definitivamente abalada. Um movimento público, de rua, havia revelado ao mundo a opressão pela qual os brasileiros estavam submetidos. Na mesma noite, o governo militar impôs à nação o Ato Institucional Nº 5, que supria radicalmente direitos políticos dos brasileiros; a partir daquela noite, ninguém mais era cidadão, em termos formais. Mas, talvez, exatamente por isso, a cidadania estava mais forte do que nunca. Nos anos seguintes, apesar da censura, a sociedade civil brasileira inspirava-se na produção musical do movimento Tropicália, nas aporias interpostas pelo Cinema Novo, na produção crítica teatral.

Quando da decretação do AI Nº 5, vários grupos de guerrilha armada se declararam no Brasil e deu-se início ao que chamamos de "anos de chumbo". A resistência armada se fez banhar em sangue grosso das centenas de torturados, mortos, desaparecidos, mulheres violentadas, exonerações arbitrárias de servidores públicos e professores, exílios e todas as formas de repressões cruéis e sutis a que são submetidas as populações que têm o infortúnio de enfrentar seus próprios governos-exércitos. Contudo, a renovação democrática não veio das balas de heroísmo dos guerrilheiros, mas da organização cívica que levou às ruas centenas de milhares de pessoas, exigindo, em várias cidades, eleições diretas a partir de meados dos anos 80, quando se instaurou de maneira generalizada a campanha "Diretas Já".

No entanto, experimentou-se no Brasil da redemocratização a mesma sina que muitas outras populações experimentaram. Uma vez reconhecidos os direitos cravados no asfalto das manifestações de rua, muitas vezes a custo de sangue, instaurou-se os mecanismos da legislação simbólica, que vinha reconhecendo os direitos conquistados e, por este mesmo motivo, arrefecendo as movimentações sociais. No caso específico do Brasil, em 1985, deu-se início à eleição da Assembléia Constituinte que, como *poder derivado* deveria, em nome do *poder originário*, compor a primeira constituição brasileira nos moldes dos Estados Democráticos de Direito. Foi, de fato, promulgada em

1988 mais uma carta simbólica[1] que passava a exercer as práticas dilatórias que manteriam em suspenso a solução dos problemas sociais brasileiros.

Eis o primeiro enfrentamento de nossa hipótese neste texto: o autor pernambucano Marcelo Neves faz a auto-observação do fenômeno jurídico ao examinar os discursos que subjazem à pouca aplicabilidade dos direitos fundamentais declarados nos diplomas legislativos, tornando-os apenas simbólicos, não levando à condição de normas jurídicas propriamente ditas. A teoria das legislações simbólicas não reconhece que os dispositivos constitucionais galgaram, sob a égide dos Estados Democráticos de Direito, a condição de princípios-norma, mesmo de forma programática. As normas simbólicas são em si já o efeito final de suas proposituras, a quase total ausência de eficácia. Neves (2007), ao procurar delimitar as características básicas de legislação simbólica, sugere que elas possam funcionar como confirmação de valores sociais, mas um de seus efeitos é resvalar para legislações-álibi, ou ainda, legislações com efeito dilatório, que arrefecem a exigência dos direitos pela sociedade civil organizada e militante.

As legislações álibis ou protelatórias são pseudo-soluções dadas pelo poder público aos respectivos problemas sociais. Elas contam com a pretensão de convencer a população das "boas intenções" do legislador. Contudo, como observa Neves (2007, p. 39), elas não apenas deixam os problemas sem solução, mas além disso obstruem o caminho para que eles sejam sanados[2]. É, contudo, uma perspicaz estratégia política para angariar a confiança da população para as intenções do Estado. Há aí dissimulação, engodo. A atitude legiferante serve como álibi ao legislador frente à população, que havia dado indícios de que reagiria se o Estado não desse prova de sua intenção pró-mudanças. (NEVES, 2007, p. 37 e seg.)

Nosso segundo enfrentamento é dar continuidade à picada de auto-observação do fenômeno jurídico aberta por Marcelo Neves, porém a partir do conceito de biopolítica de Michel Foucault. Ou ainda: nossa segunda meta seria trazer o entendimento de Foucault à proposta de Neves. Isto porque a efetividade dos direitos da sociedade depende da interferência de variáveis não normativo-jurídicas, mas sócio-políticas. Parece, portanto, mais adequado investigar porque as normas não são cumpridas a partir do estudo das práticas de governo, aquilo que se chama de governamentalidade. Pois afirmar que a legislação simbólica "destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira conseqüente conforme o respectivo texto legal" (NEVES, 2007, p. 39), não apresenta saída se não desvendarmos as causas recônditas da omissão do poder público. Sustentaremos que não se trata exatamente de uma omissão, mas de uma escolha, mesmo que inconsciente. Acreditamos que a prática da governamentalidade, onde há o exercício do biopoder, está alinhavada pela defesa incondicional do mercado, como tentaremos demonstrar.

Enfim, propomos uma nova metodologia estrutural para definir os discursos de verdade que comporiam o que tem sido recepcionado como Estado Democrático de Direito. Propomo-nos a decifrar os meandros da frustração em que as sociedades civis hoje, apáticas, se deparam com a falta de efetividade dos direitos fundamentais.

2. Considerações sobre o mercado e seus efeitos: a governamentalidade, a invenção do homem-espécie e o biopoder

Parece que as políticas púbicas de Estado estão mesmo concentradas em exercer a governamentalidade. Ao menos é isso o que o atual governo brasileiro (governo Lula) usa como argumento para não cumprir suas promessas partidárias[3] e, desta forma, "justificar" a deslealdade ideológica que prometia, na melhor das hipóteses, manter critérios éticos e combater a corrupção. Esta experiência constatada por brasileiros foi também experimentada por vários países, de sorte que o exemplo específico do Brasil não tira o caráter universal deste texto.

O que vem a ser então esta governamentalidade? Ou ainda, em função de quê ela existe? A governamentalidade está diretamente relacionada à população que é governada. A população é o personagem central. Portanto, perguntamos primeiro: que é ou quem é a população? Usemos Foucault para introduzir o assunto. Apresenta ele o nascimento do conceito população como quem apresenta o nascimento de um personagem político absolutamente novo "que nunca havia existido, que não havia sido percebido, reconhecido, de certo modo, recortado até então. Esse novo personagem faz uma entrada notável, e logo notada aliás, no século XVIII – a população". (FOUCAULT, 2008, p. 87-88)

Contudo, Foucault não quer entender a população como algo, digamos assim, vivo. Isto é, a população não é "quem", mas "o que", porque é um construto. Antes de destacar o conceito de população, Foucault (2008) analisa o conceito de '*razão de Estado'*, que teria sido formado nos séculos XVI e XVII. A noção de uma 'razão de Estado' dava ao soberano o direito de matar, mas para fazer viver. A população é que deveria ser preservada, pois dela vinha toda a riqueza do reino, pois constituíam tanto a força produtiva quanto a força de consumo, responsável, então, pela circulação de bens. Já por volta da metade do século XVIII, engendrou-se uma nova política centrada no "corpo-espécie". Isto é, um corpo biológico: capitado demograficamente, com regulações que interferem ou controlam a sua saúde, a sua longevidade, a partir de uma série de intervenções e controles reguladores: uma biopolítica da população. (FOUCAULT, 2005, p. 131). Para os governos:

> a articulação do crescimento dos grupos humanos à expansão das forças produtivas e a repartição diferencial do lucro, foram, em parte, tornados possíveis pelo exercício do biopoder com suas formas e procedimentos múltiplos. O investimento sobre o corpo vivo, sua valorização e a gestão distributiva de suas forças foram indispensáveis naquele momento. (FOUCAULT, 2005, p. 133)

Demonstra-se que a proteção à população está diretamente ligada à idéia de riqueza e às práticas da governamentalidade, que usufruem do saber biopolítico, que tem por missão proteger a circulação dos bens. Governar passa, então, a ser o exercício da arte da economia política. A prosperidade econômica é a meta de qualquer Estado biopolítico

moderno. O saber jurídico passa a se nutrir, também, da missão de proteger o mercado. Por isso, a primeira coisa que precisamos perceber é que os discursos de verdade que deram naturalidade às práticas jurídicas, ou seja, os discursos de verdade que constituíram as noções sobre aquilo que deveria ser protegido através do direito e pelo governo, se deram no espaço político dos próprios mecanismos de mercado.

Por este motivo, o mercado para Foucault (2008a, p.42) era essencialmente um lugar de justiça. Foi no mercado que se firmou o convencimento e, sim, firmou-se a verdade de que a autonomia da vontade é o centro da justiça, porque era o espaço da regulamentação. O preço aceito, a qualidade exigida da mercadoria garantida, as formas de pagamento asseguradas, o aceite dos interessados. Então, "o mercado é que vai fazer o governo"[4]. Esta frase, lançada desta forma impressiva, é minuciosamente explicada e demonstrada por Foucault. Mas o que é preciso para que o mercado possa fazer o governo? Verdade. A arte de governar é regulada pela razão do próprio governar: cuidar para que o mercado funcione.

O tripé verdade, direito e poder, localizado já nas aulas de 1976, no curso *Em Defesa da Sociedade* (FOUCAULT, 1999), reaparece aqui para justificar como a idéia de verdade perpassa todo o edifício do direito e, portanto, perpassa todo o direito que regula o governar. E, com efeito, quase todo direito é fundado na economia[5]. Por isso, no *Nascimento da Biopolítica*, Foucault retoma a questão, no contexto das sociedades liberais, para afirmar: "O mercado deve dizer a verdade, deve dizer a verdade em relação à prática governamental. Seu papel de veridição é que vai, doravante, e de uma forma simplesmente secundária, comandar, ditar, prescrever os mecanismos jurisdicionais ou a ausência de mecanismos jurisdicionais sobre os quais deverá se articular". (FOUCAULT, 2008a, p. 45). Ora, porque não há exercício do poder sem uma certa economia dos discursos de verdade que funcionem nele, a partir e através dele. (FOUCAULT, 1999, p. 28)

Introduzidas as idéias de governamentalidade, população e biopoder, passemos então a pensar sobre o núcleo da proposta que sustentamos neste tópico dedicado a explicar porque o mercado tem como efeito a governamentalidade. Preliminarmente, propomos ainda pensarmos a partir de outros dois conceitos propostos por Foucault, que são: (1) o *critério de utilidade* como prática de governo a partir do século XIX e (2) o *princípio da troca* como verdade da engenharia das práticas de veridição e jurisdição. Isso resulta no utilitarismo como política governamental e no mercado, espaço da troca, como modelo de justiça. O poder de veridição se confunde com o poder de jurisdição. A proteção do mercado supre qualquer outra necessidade de governo, inclusive a justiça. Em concisas palavras, o utilitarismo, para Foucault (2008a, p. 56), é uma tecnologia de governo.

Observa-se que o princípio da troca e o critério da utilidade elaboram os discursos de verdade e de necessidade das sociedades contemporâneas. (FOUCAULT, 2008a, p. 61). O cume das preocupações dos governos utilitários é a economia política. Não há governamentalidade que não seja utilitária porque esta é a sua própria genealogia. Isso se deu dentro do próprio processo de criação da administração pública, por isso os financistas dos Antigos Regimes se tornaram economistas dos Estados após o século XIX. Ainda, a partir da proposta de Foucault, o próprio direito se formou a partir do aprisco da *autonomia da vontade* e se restringiu a apontar erros de veridição. Assim como no mercado observa-se o peso, o troco, a qualidade da mercadoria, as formas de pagamento, o direito, em seus espaços de jurisdição, não fez mais do que isso na esfera

privada e na pública. Não fez mais que tecer critérios de administração que garantissem o bom funcionamento do mercado e as limitações dos atos de governo. Isso porque era preciso saber interferir para proteger, mas era muito mais importante saber também quando não interferir, para não atrapalhar a economia.

O próprio ensino do direito se fez econômico. Como Foucault disse: fizemos faculdades de direito que são faculdades de economia política. O governo é, portanto, mecanismo de administração pública. E é neste contexto, como diz Foucault (2008a, p.64), que devem ser lidas as "as questões fundamentais do liberalismo. Foi aí que o liberalismo se colocou como questão fundamental do governo".

2.1 – Os efeitos da governamentalidade que têm por missão proteger o mercado

Como podemos pensar as novas configurações da biopolítica nos Estados em desenvolvimento contemporâneos? Não mais como a política que se estabelece entre a vida e a morte, mas a política que faz mortos viventes, pela negação de sua cidadania. Mostraremos, a diante, através dos mecanismos de desqualificação da titularidade de direitos pela incapacidade de se praticar atos de direito privado, por estarem fora dos meios de produção e consumo, que não se trata de omissão na proteção de direitos fundamentais por parte do governo, mas sim de uma escolha que pretere os direitos fundamentais em função dos direitos liberais. A população não é o objeto da tutela jurisdicional, o é sua produção econômica.

Contudo, é preciso analisar, antes, como as tecnologias de subjetivação nos países em desenvolvimento se elaboram. Nestas sociedades o biopoder ainda está ligado à idéia de soberania, pela força física exercida pela polícia capaz de segregar pessoas em espaços territoriais que dividem ricos e pobres. As linhas das divisões estão efetivamente marcadas pelas práticas do mercado. A segregação biopolítica determina os "vivos não ativos" nos processos de criação e efetivação de normas jurídicas, ou seja, não lhes concede autonomia. São os "passivos" pelo fato de não exercerem atos de direito privado, pois são os mesmos que ocupam hoje o lugar atribuído, no início do século XIX, às crianças, às mulheres e aos criminosos. Resta que configuram grupos de absoluta inexpressividade política como emissores de interesses, constituindo os sem direitos. Há, pois, a eles, restrições jurídicas. Estas restrições funcionam sem se explicitarem em forma de normas, mas através de *mecanismos de subjetivação* como a guetização, a segregação por ambiente de moradia, estereótipos de vestimentas do não consumidor, o limitado domínio de linguagem, a má qualidade da educação.

Desta forma, a biopolítica continua viva porque redefine o espaço daquilo que está dentro, distinguindo-o daquilo que está fora; aquilo que deve ser protegido daquilo que deve ser entregue à sua própria sorte. A biopolítica nos países denominados em desenvolvimento constitui a política de invisibilidade daqueles que se desqualificaram da condição de cidadãos pelo simples fato de serem potencialmente capazes de pôr em risco a estabilidade da sociedade civil. São invisíveis como titulares de direitos fundamentais, mas são evidentes como infratores ou potenciais infratores e novamente

invisíveis se deixarem de ser ameaça ao patrimônio, uma vez presos. A lei carcerária brasileira é a mais latente expressão de legislação álibi na atualidade.

O narcotraficante, o assaltante e, de maneira generalizada, o morador dos bolsões de pobreza (favelas) são estereotipados como reais "homens sacros". Constituem, pois, o que Agamben chama de 'vida matável'. Cabe, desta sorte, ao poder de polícia estabelecer as técnicas preventivas de segurança, verdadeiras tanato-políticas. Por trás da tanato-política policial encontram-se o que Foucault havia se preocupado em determinar, as *tecnologias de subjetivação* na qualidade de discursos que legitimam tais práticas. São exatamente as economias políticas que sob o manto de ciências produzem normalizações, como, por exemplo, a economia carcerária. A noção de que o preso custa caro à sociedade civil contribuinte de impostos justifica tacitamente o extermínio. Ou seja, o delinqüente é um duplo inimigo público, porque quando não mais é uma ameaça à segurança da sociedade detentora de bens, é uma despesa.

Há, então, uma espécie de limiar em que o direito à vida cessa, pois deixa de ser relevante como valor jurídico e sua eliminação pode ser impunemente cometida. Como dispõe Agamben (2002, p. 146): "Toda sociedade fixa este limite, toda sociedade – mesmo a mais moderna – decide quais sejam os seus 'homens sacros'". O conceito de vida sem valor ou vida indigna de ser vivida está atrelado, nas sociedades de grande desnível econômico, à ameaça à segurança dos cidadãos inclusos, isto é, consumidores.

Foi exatamente no texto da *História da Sexualidade* que Foucault (2005) começou a delimitar o campo da biopolítica: referente à população que justificaria o poder de matar para fazê-la viver. O biopoder nas sociedades capitalistas de grande desigualdade social, seja na América Latina, África ou Ásia, ainda permanece no campo entre a vida e a morte. Para um poder que se baseia na vida, matar seria contradição. Mas, como dispõe Foucault (2005, p. 130), "daí o fato de que não se pôde mantê-la a não ser invocando, nem tanto a enormidade do crime quanto a monstruosidade do criminoso, suas incorrigibilidades e a salvaguarda da sociedade. São mortos legitimamente aqueles que constituem uma espécie de perigo biológico para os outros".

3. Da constitucionalização simbólica à força simbólica dos direitos

Foucault (2005a, p. 350), em sua história dos sistemas de pensamento, forneceu interessantes pistas para uma análise do sujeito moderno por meio das seguintes indagações: Como nos constituímos como sujeitos de nosso saber? Como nos constituímos como sujeitos que exercem ou sofrem as relações de poder? Como nos constituímos como sujeitos morais de nossas ações? A proposta foucaultiana de uma ontologia crítica de nós mesmos leva a métodos alternativos de análise científica, aptos à desconstrução crítica do discurso dos direitos.

Em um mundo em que as ações são claramente determinadas por interesses patrimonialistas difusos entre a razão de Estado e a microfísica do poder, tem-se uma série de articulações entre o poder disciplinar e o poder regulamentador que instauram um biopoder, um poder sobre a vida dos sujeitos, exercido pelos Estados e fundado no

racismo – enquanto um permanente processo de distinção entre iguais (incluídos) e diferentes (excluídos). (FOUCAULT, 1999, p. 304)

Demonstrou-se, até o momento, os efeitos normalizadores de uma constitucionalização simbólica que, sob o discurso dos direitos, forja um aparato de saberes, poderes e subjetividades que reproduzem e são reproduzidos por jogos estratégicos de dominação, que Foucault precisou como biopoder. Trata-se, como já visto, de uma biopolítica da população que teria sido um elemento indispensável para o desenvolvimento do capitalismo, servindo para assegurar a inserção controlada dos corpos no aparato produtivo e para ajustar os fenômenos da população aos processos econômicos. (FOUCAULT, 2005, p. 133)

Os efeitos concretos da normalização culminam na análise das sociedades contemporâneas empreendida por Bauman (1998, p. 27), quando este indica que "cada espécie de sociedade produz sua própria espécie de estranhos", de uma maneira inimitável. As sociedades modernas, ao traçarem suas fronteiras, desenham seus mapas cognitivos, estéticos e morais. Percebe-se, nos estreitos limites de tais mapas, que os estranhos modernos foram "o refugo do zelo de organização do estado", zelo que "legislou a ordem para a existência e definiu a ordem como a clareza de aglutinar divisões, classificações, distribuições e fronteiras." (BAUMAN, 1998, p. 28). Assim, "na ordem harmoniosa e racional prestes a ser construída não havia nenhum espaço [...] para os 'nem uma coisa nem outra', [...] para os cognitivamente ambivalentes". (BAUMAN, 1998, p. 29). No caso específico dos países capitalistas, chamados de "em desenvolvimento", os pobres são exemplos destes seres ambivalentes, pois não são escravos, embora trabalhem apenas para subsistir, não são cidadãos, não são emissores de opinião e nem fim de políticas públicas, eles são os invisíveis. Há, por eles, apenas estranhamento porque eles deveriam deixar de ser pobres; seriam, então, aqueles que deveriam "vir a ser algo diverso". Contudo, os pobres são apenas um exemplo entre as centenas de desclassificados, de inúteis. Mas apenas uma modalidade de estranhos. Continuemos pensando de maneira plural: na sociedade moderna, marcada pelo Estado moderno, "a aniquilação cultural e física dos estranhos e do diferente foi uma destruição criativa, demolindo, mas construindo ao mesmo tempo." (BAUMAN, 1998, p. 29). A aniquilação, nesta perspectiva, teria sido "parte e parcela da constituição da ordem em curso, da constiuição da nação, do esforço de constituição do Estado, sua condição e acompanhamento necessários." Bauman indica que na Modernidade a identidade do indivíduo foi lançada como um projeto – o projeto de vida. Enriquecer, por exemplo.

Na ambivalência da vida moderna, Bauman (1998, p. 37) considera que "os estranhos de hoje são subprodutos, mas também os meios de produção no incessante, porque jamais conclusivo, processo de construção da identidade." Tais diagnósticos revelam, contudo, uma genuína oportunidade emancipadora na atualidade. Trata-se do "direito de escolher a identidade de alguém como a única universalidade do cidadão e ser humano, na suprema e inalienável responsabilidade individual pela escolha." (BAUMAN, 1998, p. 46). O autor sustenta que a unicidade humana depende dos direitos do "estranho". Esse ponto de vista emerge como uma reavaliação, uma tarefa filosófica e uma tarefa política, que deve reagir contra a moderna biopolítica de exclusão, negadora dos recursos de construção da identidade e, conseqüentemente, negadora de todos os instrumentos da cidadania. Ora, não é desta oportunidade emancipadora que os movimentos de contracultura dos anos 60 e 70 do século XX nos falam?

Para Bauman (1998, p. 48), “não é meramente renda e riqueza, expectativa de vida e condições de vida, mas também – e talvez mais fundamentalmente – o direito à individualidade, que está sendo crescentemente polarizado.” Neste panorama as diferenças são permanentemente anuladas pela exclusão dos estranhos. Contra esse poder normalizador, focos de resistência em torno de grupos identitários minoritários reivindicam “o direito à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade, à satisfação das necessidades, o direito [...] de encontrar o que se é e tudo o que se pode ser.” (FOUCAULT, 2005, p. 136). Talvez tenha sido exatamente isso o que os jovens do movimento de 68, os artistas da contracultura, os grevistas, deram início. Mas a regulação constitucional normalizou e, portanto, esterilizou o potencial humano ao classificá-lo, regulá-lo.

A metodologia da história dos sistemas de pensamento, depois do diagnóstico das sociedades de normalização que reproduzem subjetividades e verdades por meio de jogos estratégicos de dominação biopolítica, propõe a superação de tal estado de coisas por uma ressignificação ética da governamentalidade. Foucault (2004, p. 267) passa a tratar da relação entre subjetividade e verdade pelo prisma dos jogos estratégicos entre liberdades, apontando um caminho emancipatório em que as tecnologias de subjetivação são tomadas pelo processo de livre afirmação das identidades individuais e coletivas.

Se a política da vida historicamente tem se afirmado como um processo de normalização que reproduz a construção social da subcidadania por meio da constitucionalização simbólica, essa mesma política da vida mostra-se passível de ser apropriada pelos viventes em sua individualidade. Para além da governamentalidade utilitária da razão de Estado que permeia a constitucionalização simbólica, emerge o governo de si e dos outros com os jogos estratégicos entre liberdades.

Percebe-se que o quadro de normalização, com seus saberes, poderes e subjetividades objetivadas pela síndrome da utilidade econômica, se adequa à narrativa de uma constitucionalização simbólica que reproduz uma razão econômico-utilitária de Estado. Contudo, Neves (2008, p. 421) indica que a força simbólica dos direitos expressa uma ambivalência, no sentido de que os textos (Declarações, Tratados, Constituições, por exemplo) servem à manutenção do *status quo* de carência dos direitos, bem como à superação de situações concretas de negação dos direitos.

Assim a análise do discurso dos direitos por meio da governamentalidade biopolítica aponta para uma interpretação que busca problematizar a superação da força simbólica dos direitos enquanto estratégias de dominação e de exclusão dos cognitivamente ambivalentes, isto é, dos economicamente desengajados, tidos como inúteis, logo inimigos que precisam ser afastados ou até sofrer a vida matável dos anormais.

Para Neves (2008, p. 425) o sentido do discurso dos direitos mais afinado com a complexidade contemporânea tem muito pouco a ver com consenso ou condições discursivas ideais para a busca do consenso. O discurso dos direitos, segundo o autor pernambucano, emerge no contexto do dissenso estrutural que advém da sociedade moderna. Neste panorama os direitos humanos e fundamentais devem promover a convivência nas condições reais de dissenso estrutural. É neste sentido que busca-se afirmar, semântica e pragmaticamente, as condições de possibilidade do discurso dos direitos e dos sujeitos de direito no Estado Democrático de Direito. Os riscos de uma

ordem jurídico-política simbólica não são estranhos aos riscos que permeiam a busca pela livre afirmação das identidades individuais e coletivas.

Se as estratégias de dominação que instauram uma sociedade de normalização indicam a unilateralidade de uma modernização seletiva e periférica (SOUZA, 2000), que estigmatiza o horizonte existencial de expressiva parcela da sociedade à constituição uma "ralé estrutural" (SOUZA, 2003), os jogos estratégicos entre liberdades implicam uma estrutura de racionalidade alternativa para as tecnologias de subjetivação. Assim a pena de morte social que expõe a vida dos 'anormais' em toda a nudez (AGAMBEN, 2002) pode ser ultrapassada por um trabalho ético e crítico que busca afirmar a arte da existência, antes de um biopoder constituinte do "homem unidimensional". (MARCUSE, 2009)

A modernidade, como fenômeno de escasseamento da individualidade e como complexo mecanismo de assujeitamento, representa a arquitetura de uma sociedade de normalização. Foucault, entretanto, por meio da "hermenêutica de si"[6] – e especificamente da hermenêutica do sujeito moderno – demonstra que a liberdade do sujeito é seu instrumento de emancipação. Neste sentido, cabe ao sujeito moderno – por meio das técnicas de si (aspecto ético), da organização social e da resistência às prescrições institucionais que reproduzem a desigualdade (aspecto político), e da insurreição dos saberes sujeitados contra saberes hegemônicos excludentes (aspecto do saber) – produzir um contrapoder que afirme a complexidade das dimensões da personalidade na contemporaneidade.

A filosofia e a ciência do direito contemporâneas respaldam essa proposta. Para tanto, far-se-á uma aproximação da demanda afeta à metodologia da história dos sistemas de pensamento – ou seja, de uma 'atitude de modernidade' que se concretiza na forma do cuidado de si e dos outros, cuidado que implica tecnologias de governo que se exercem por meio de estratégias entre liberdades – com a análise dos direitos enquanto conceito complexo que, para se afirmar, não descarta a possibilidade de resistência e, até, de luta, de combate. Exatamente o que fizeram os insurgentes negros nos EUA (movimento Black Power), os jovens franceses entrincheirados em Maio de 68, os trabalhadores grevistas no Brasil. É neste panorama que inferimos, a partir de Müller (2004, p. 26), que a ciência do direito, estruturada sob o marco do Estado Democrático de Direito, sustenta que "o poder constituinte no pleno sentido do termo, maciço e real, não mais metafísico, seria o poder do povo de constituir-se".

4. À guisa de conclusão: ciência do direito e subjetivação entre o Estado de Exceção e o Estado Democrático de Direito

Como ciência social aplicada, o direito é uma ciência problematizante, vez que, no Estado Democrático de Direito, o direito se funda no compromisso com a efetividade dos direitos subjetivos. Estes, contudo, devem ser concebidos não como simples parâmetros de uma autonomia privada ou individual, que se estrutura em uma dimensão meramente patrimonial da personalidade, onde o sujeito de direito permanece preso a uma ilusória liberdade de consumo. Dimensão esta em que a personalidade se remete,

antes da dignidade do ser, à dignidade do ter. Salienta-se que, neste cenário, o direito civil fomentou jogos estratégicos de dominação que corroboram o "racismo" da razão de Estado. (FOUCAULT, 1999; FOUCAULT, 2008a)

Os paradigmas político-jurídicos do Estado Liberal e do Estado Social, ao se afirmarem, respectivamente, como tecnologias de poder disciplinar e de poder regulamentador, evidenciaram uma pseudo-modernidade, ou seja, um complexo de fatos de discurso que condicionaram a liberdade individual por meio de um escasseamento do exercício da personalidade: emergiu, assim, aquilo que Marcuse (2009) chamou de "homem unidimensional".

A ciência do direito, seja por meio da perspectiva estruturalista ou da funcionalista, que caracterizaram a dogmática jurídica formalista dos séculos XIX e XX, atuou no sentido de desdramatizar (HESPANHA, 1998, P. 21) a natureza ético-política dos discursos de justificação e de aplicação do direito, como se o discurso jurídico fosse uma técnica neutra em termos de relações de saber, de poder e de subjetividade. Em reação a esse estado de coisas, Müller (2004) considera que ciência do direito só pode ser entendida como sinônimo de ação, sustentando que os que atuam por meio da ciência jurídica são política, social e eticamente responsáveis por suas ações.

Müller, em texto datado de 1996, intitulado *Concretização da Constituição*, dizia que há mais de três décadas – naquele momento – as pesquisas afetas à teoria do direito pós-formalista já mostravam que a normatividade não é uma qualidade estática, dada, de textos de normas. Segundo o autor, a normatividade é um processo baseado no trabalho comprometido com o Estado de Direito e a democracia: processo que parte dos textos das normas e dos casos jurídicos, encontrando neles seus limites.[7]

Müller (2005, p. 151) considera que as dificuldades da concretização normativa se devem "ao fato da língua não ser inocente e da fala ser uma forma de ação." Neste cenário a língua sempre apresenta marcas prévias da violência social e dos seus vestígios, fazendo com que a língua do direito seja enrigecida pelo poder-violência (*Gewalt*) do Estado e deformada pela pressão e pelos conflitos dos grupos envolvidos. Assim o processo de concretização normativa se estrutura em um combate semântico. Por isso o texto constitucional, enquanto dado de entrada de um conjunto de princípios a ser concretizado em um ordenamento jurídico específico, remete a um sentido operacional de constituição, "que a ciência fundamenta e elabora e do qual o trabalho jurídico efetivo necessita". (MÜLLER, 2005, p. 151)

Uma dinâmica social pautada em jogos estratégicos entre liberdades, reprodutora dos fatos de discurso estruturantes de um Estado Democrático de Direito, desponta como uma ressemantização pragmática da governamentalidade, para além da governamentalidade biopolítica da razão de Estado. É o próprio Foucault quem aponta para esse caminho de superação por meio da resistência ética, da insurreição dos anormais. Esse processo insurreicional tem permeado a ciência do direito. Neves (2008, p. 429) considera que os direitos humanos – enquanto expectativas normativas de inclusão jurídica generalizada nas condições de dissenso estrutural da sociedade mundial – estão na fronteira do sistema jurídico, conectando-o com uma 'moral do dissenso' relativa à autonomia das esferas discursivas ou sistêmicas e à inclusão social. Assim:

A institucionalização dos direitos humanos no plano internacional ou global exige procedimentos seletivos e abertos às diversas perspectivas, dependendo, porém, de uma base consensual a respeito desses procedimentos intermediadores de dissensos. A pretensão de impor uma única política, seja por meio de *hard* ou *soft power*, contraria, portanto, uma política conseqüente de proteção aos direitos humanos como direitos à inclusão e direitos ao dissenso. (NEVES, 2008, P. 444)

Assim, apesar dos efeitos biopolíticos que têm feito do discurso dos direitos uma ferramenta para a reprodução de um Estado de Exceção, antes de um Estado Democrático de Direito, indica-se que os processos de subjetivação podem romper com os rígidos e unidimensionais parâmetros dos jogos de dominação. A efetivação dos direitos é um desafio para aquém da governamentalidade oficial, instaurando uma microfísica do poder que repercute na busca pela livre afirmação das identidades individuais e coletivas. A superação dos discursos e práticas biopolíticas, que reduzem e limitam as possibilidades dos direitos e dos sujeitos de direitos demanda, em termos cognitivos e operacionais, uma atitude ética e crítica em que o eu e o outro se assumam como um povo livre porque responsável, logo rebelde à normalização biopolítica que produz e reproduz verdades utilitariamente econômicas que determinam a vida como 'guardável' ou 'matável'. A agenda das sociedades contemporâneas – centrais e periféricas – que se pretendem um Estado Democrático de Direito indica a necessidade incontornável de superação dos jogos biopolíticos de dominação e seus processos de constitucionalização simbólica que, antes de buscarem afirmar direitos subjetivos, reproduzem uma normatividade autoritária e protelatória dos direitos, uma normatividade normalizadora.

A história dos movimentos sociais que protagonizaram a emergência dos Estados Democráticos de Direito mostra que as próprias pessoas – o povo, a sociedade – devem ser consideradas como autores de sua própria história. É o que Foucault propõe quando indica a governamentalidade ética e crítica pautada em jogos estratégicos entre liberdades: porque o povo tem o direito de se auto-inventar.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer:* o poder soberano e a vida nua I. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. 207p.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. 272p.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade:* curso no Collège de France (1975-1976). Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 382p.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I:* A vontade de saber. Tradução Maria Thereza Albuquerque e Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2005. 152p.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população:* curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 572p.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica:* curso no Collège de France (1978-1979). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a. 474p.

FOUCAULT, Michel. *Arqueologia das ciências humanas e história dos sistemas de pensamento.* Organização e seleção de textos Manoel Barros da Motta. Tradução Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005a. 376p. (Ditos e escritos; II).

FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política.* Organização e seleção de textos Manoel Barros da Motta. Tradução Elisa Monteiro e Inês Autran Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. 322p. (Ditos e escritos; V).

HESPANHA, António M. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998. 285p.

MARCUSE, Herbert. *El hombre unidimensional*: ensayo sobre la ideologia de la sociedad industrial avanzada. Tradução Antonio Elorza. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel S. A., 2009. 286p.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 139p.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 175p.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007. 263p.

NEVES, Marcelo. *A força simbólica dos direitos humanos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2008. 1139p.

SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva:* uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. 207p.

---

[1] Caracterizamos aqui as legislações simbólicas como *técnicas de subjetivação*, segundo a conceituação foucaultiana.

[2] No caso, Marcelo Neves reconhece algum efeito, embora de pequeno alcance, para a legislação simbólica. Quando escreve a frase citada ele se refere à legislação de efeito protelatório.

[3] Ou mesmo agir de maneira oposta à tradição que havia sido construída na histórica resistência à ditadura, nos anos 70, e oposição às práticas políticas neoliberais, nos anos 90.

[4] Eis o texto original: "O mercado é que vai fazer que o bom governo já não seja somente um governo justo. O mercado é que vai fazer que o governo, agora, para poder ser um bom governo, funcione com base na verdade. Portanto, em toda essa história e na formação de uma nova arte de governar, a economia política não deve seu papel privilegiado ao fato de que ditaria ao governo um bom tipo de conduta. A economia política foi importante, inclusive em sua formulação teórica, na medida em que (somente na medida, mas é uma medida evidentemente considerável) indicou onde o governo deveria ir buscar o princípio de verdade da sua própria prática governamental". (FOUCAULT, 2008a, p. 45)

[5] Para demonstrar esta idéia, basta analisar a grade curricular dos cursos de direito e ver que quase todas as disciplinas têm por objeto a administração da economia pública ou privada.

[6]Utiliza-se aqui a expressão "hermenêutica de si" para designar uma série de pesquisas que se complementam e que caracterizam o eixo da reflexão ético-moral da história dos sistemas de pensamento. Tais pesquisas se encontram, por exemplo, nas obras: O uso dos prazeres [História da sexualidade V. 2]; O cuidado de si [História da sexualidade V. 3]; A hermenêutica do sujeito [Curso no Collège de France, 1981-1982].

[7] Para Müller (2005, p. 125), a norma jurídica não está já contida no código legal, uma vez que este contém apenas formas preliminares, ou seja, textos de normas que se distinguem das normas jurídicas a serem produzidas em cada processo individual de decisão jurídica. Esta atividade concretizante indica um processo de construção da norma jurídica no caso individual a ser decidido a partir de uma ótica e reflexão realistas. Segundo Müller: "Compreendida paradigmaticamente em novos termos, a norma jurídica não é apenas o texto lingüístico primacial, mas um modelo ordenador materialmente definido. E a normatividade não é nenhuma propriedade substancial dos textos no código legal, mas um processo efetivo, temporalmente estendido, cientificamente estruturável: a saber, o efeito dinâmico da norma jurídica, que influi na realidade que lhe deve ser atribuída (normatividade concreta) e que é influenciada por essa mesma realidade (normatividade materialmente determinada)". (MÜLLER, 2005, p. 130). A textualidade radical onipresente no universo jurídico e, por conseguinte, na atuação dos agentes jurídicos, indica que esses textos "passam através" dos agentes jurídicos por meio da estrutura textual da democracia e do Estado de Direito. Para Müller (2005, p. 146-147), esta perspectiva se afigura como a única realista nos quadros da ciência do direito contemporânea.

VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E RESPONSABILIZAÇÃO PENAL: QUESTÕES PRÉVIAS A LA LEI 6.683 DE 1979 (ANISTIA) *

VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS E RESPONSABILIDAD PENAL: CUESTIONES PREVIAS A LA LEY 6.683 DE 1979 (ANISTÍA)

Márcia Elayne Berbich de Moraes

RESUMO

O estudo faz um recorte de um caso concreto a partir da questão que versa sobre os limites e possibilidades de atribuição de responsabilidades, no plano criminal aos agentes que praticaram condutas atentatórias aos direitos humanos, na vigência da ditadura militar no Brasil (1964-1985), com a finalidade de verificar questões prévias a essa discussão. Constrói-se a análise a partir da modificação ocorrida no que se refere à aplicação e interpretação de normas de direitos humanos dentro da consolidação do Estado Constitucional de Direito e da modificação da concepção de soberania estatal a partir do fluxo de ratificação de diretivas internacionais de direitos humanos. Também estuda a natureza do instituto da anistia, seu histórico, as questões que desencadearam a proposição da anistia de 1979 e os efeitos da consolidação democrática na aplicação dessa lei. A partir do estudo dessas questões prévias, propõe-se o debate acerca da quebra de institutos dentro do direito penal para solução da controvérsia estabelecida pela Lei 6.683 de 1979 ou se não seria necessário ampliar a discussão até o estudo da imposição de limites legais mais específicos no que se refere à concessão de anistias de caráter penal.

PALAVRAS-CHAVES: LEI DE ANISTIA – DIREITOS HUMANOS - RESPONSABILIZAÇÃO PENAL.

RESUMEN

El estúdio hace un recorte de un caso concreto a partir de la cuestión que habla sobre los límites y posibilidades de atribuciones de responsabiledad, en el plano criminal los agentes que practicaron conductas atentatorias a los derechos humanos, en la vigencia de la dictadura militar en el Brasil (1964 - 1985), con la finalidad de verificar cuestiones previas a esa discusión. Se construye el análisis a partir de la modificación ocurrida en lo que se refiere a la aplicación e interpretación de normas de derechos humanos dentro de la consolidación del Estado Constitucional de Derecho y de la modificación de la concepción de soberanía estatal a partir del flujo de ratificaciones de directivas internacionales de derechos humanos. También estúdia la naturaleza del instituto de anistía, su histórico, las cuestiones que desencadenaron la propuesta de la anistía de 1979 y los efectos de la consolidación democrática en la aplicación de esa ley. A partir del estudio de esas cuestiones previas, se propone la discusión sobre la quiebra de

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

institutos dentro del derecho penal para la solución de controversia establecida por la Lei 6.683 de 1979, caso contrario sería necesario ampliar la discusión hasta el estudio de la imposición de límites legales mas específicos en lo que se refiere a concesión de anistías de carácter penal.

PALAVRAS-CLAVE: LEY DE ANISTÍA - DERECHOS HUMANOS - RESPONSBILIZACIÓN PENAL

1. INTRODUÇÃO

O tema tratado nesse artigo se apresenta a partir do diálogo estabelecido em 31 de julho de 2008, quando o Ministério da Justiça, através da Comissão de Anistia, realizou audiência pública versando sobre o tema "Limites e Possibilidades para a Responsabilização Jurídica dos Agentes Violadores de Direitos Humanos durante o Estado de Exceção no Brasil"[1].

Tal evento objetivou a análise da atribuição de responsabilidades, no plano cível e criminal dos agentes que praticaram condutas atentatórias aos direitos humanos, na vigência da ditadura militar entre os anos de 1964 e 1985. O evento teve larga repercussão, culminando no final do ano de 2008, com uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 153), interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil junto ao Supremo Tribunal Federal, cujo pleito é a decisão definitiva acerca da punição de agentes representantes do Estado que, durante o regime militar, praticaram atos de tortura[2].

A partir do tema proposto, delimita-se nesse texto o estudo de questões prévias a atribuição de tais responsabilidades aos torturadores. Acredita-se que a simples flexibilização de institutos dentro do direito penal para uma resolução, não enfrenta questões estruturais como: A natureza do instituto da anistia, seu histórico e as questões que desencadearam a proposição da anistia, as quais *levam ao problema central, o das relações entre os afetos e o político, entre os sujeitos individuais em sua afetividade e as práticas sociais e políticas[3]*.

2. EM QUE CONSISTE A ANISTIA?

A anistia é um instituto de caráter eminentemente político, aplicado geralmente aos indivíduos que respondem por crimes políticos. Em sua origem grega, o termo

“anistia” significa “esquecimento”, tendo por efeitos *“fazer considerar retroativamente como não punível um fato previsto e punido pela lei penal e, por conseguinte, se o autor do fato já foi condenado, apagar completamente a condenação.”* Trata-se de medida coletiva de alta clemência, trazendo em sua concepção inicial o entendimento de que todo crime coletivo pode ser anistiado, o que gera efeitos no que concerne a futuras ações e ao direito de execução, apagando, também, eventuais julgamentos e condenações. Assim, a anistia objetiva acontecimentos passados e não os indivíduos, sendo um “*dom coletivo inspirado por motivos sociais*”, não podendo ser recusada e tendo por competência somente o legislativo, através de lei[4]. Em termos penais, a anistia é uma das causas de extinção da punibilidade, constituindo um esquecimento jurídico do ilícito[5].

O instituto da anistia pode ser considerado ainda, como um resquício monárquico dentro do Estado concebido na modernidade. Nesse sentido, BECCARIA[6] descreve que *“O direito de conceder graça é indubitavelmente a mais bela prerrogativa do trono; é o atributo mais precioso do poder soberano; porém, ao mesmo tempo, é uma desaprovação tácita das leis que existem...”*. A afirmação é coerente, quando se verifica a inserção de fatos que ferem a convivência social agraciados através do instituto da anistia. No caso, o *“Estado renuncia ao seu ius puniendi, perdoando a prática de infrações penais que, normalmente, têm cunho político”*, também podendo ser concedida no caso dos crimes comuns[7], tendo atualmente, como única vedação a concessão do instituto aos delitos de caráter hediondo, na forma disposta no artigo 5º, XLIII da Constituição Federal.

Segundo BRITO[8], a anistia é o “véu do eterno esquecimento”, apagando da memória o fato que por ventura a tenha provocado, não podendo ter restrições. O autor assim esclarece:

“As desordens sociais, objeto desse ato de alta sabedoria política, não é uma vulgar metáfora, mas a fórmula de uma instituição soberana. Por ela, não só se destroem todos os efeitos da sentença, e até a sentença desaparece, senão que remontando-se ao delito, se lhe elimina o caráter criminoso, suprimindo-lhe a própria infração. Por ela, ainda mais, além de se extinguir o próprio delito, se repõem as coisas no mesmo estado, em que estariam se a infração nunca tivesse cometido. Esta é a anistia verdadeira, a que cicatriza as feridas abertas pelas revoluções, (...)”

Parte-se então que o denominado “véu do esquecimento” das chamadas leis de anistia que pressupõem da categoria “perdão”, como imprescindível e integrante desse processo de anistia.

Ao longo da história brasileira, é possível citar o artigo 2º do Decreto imperial de 22 de agosto de 1840, o qual abarcou criminosos políticos até a data de sua publicação em todo o território nacional, determinando que "*ficassem em perpétuo silêncio, como se nunca tivessem existido, os processos e sentenças que tiverem tido lugar em virtude de crimes políticos, para mais não produzirem efeito algum contra as pessoas envolvidas nos mesmos crimes, nem por tais crimes se instaurarão novos processos*"[9].

Já no período republicano, existem decretos concedendo anistia a diversas revoltas, todas com caráter pleno e absoluto (revolta das fortalezas da Lage e de Santa Cruz e as de Mato Grosso e Rio Grande do Sul). Mais recentemente, a já citada anistia que advém da Lei de anistia 6.683 de 1979 e ao artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que foram regulamentadas pela Lei 10.559/02 e ainda, a Lei eleitoral nº 9.639 de 1998. Atualmente, os processos que envolvem situações políticas conturbadas durante regimes de exceção, têm sido enfrentados através de processos ou justiça de transição, o que de fato não ocorreu no Brasil em 1979.

Em termos práticos, cabe destacar que o raciocínio quando da elaboração de uma lei de anistia passa pelos fatos concretos ocorridos na questão envolvida. Segundo BRITO[10], diante da participação diferenciada entre cada um daqueles que participa de um movimento ou fato atingido por determinada lei de anistia, caso fossem julgados por seus crimes, teriam a prestação jurisdicional na forma da dosimetria da pena, na medida de sua participação. Nessa linha de raciocínio, o legislador também pode fazer reservas quando da *generalis abolitio.* Surge daí a distinção entre anistias incondicionais e as condicionais. Assim, a *"lei ou decreto que concede a anistia pode excluir, portanto, determinados indivíduos, porque a anistia é medida política, e o bem do Estado pode ainda aconselhar que se excluam dela certos dela certos indivíduos."* Desse modo, entende ser possível excetuar-se da anistia política, aqueles que à margem do movimento político ou social praticaram crimes comuns. Na verdade, a única restrição que não cabe é justamente impor restrições aos direitos dos anistiados, os quais devem ressurgir na sua integridade. Esse era o debate doutrinário em torno da anistia até meados do século XX.

No que concerne à análise efetivada nesse trabalho, utiliza-se o caso específico da Lei 6.683 de 1979, a qual concedeu anistia aos opositores do regime militar instaurado no país a partir de 1964. A controvérsia no caso está no entendimento de alguns setores sociais, no sentido de que essa Lei também consistiu em uma "auto-anistia" do regime militar, inclusive os agentes torturadores que atuaram reprimindo os grupos opositores à ditadura. Esse fenômeno atingiu diversos outros países que viveram situação semelhante e, de certo modo, despertou esse novo foco de discussão em torno do instituto da anistia.

3. A INSUFICIÊNCIA DO INSTITUTO DA ANISTIA POLÍTICA NO FINAL DO SÉCULO XX. QUESTÕES DESENCADEADORAS.

O debate doutrinário que se introduziu após a Lei de Anistia de 1979 no Brasil, mas que encontra paradigmas semelhantes em outros países, pode ser considerado como um resultado na alteração de conceitos como soberania e até mesmo com relação ao papel do Estado, bem como na elaboração de normas de proteção de direitos humanos que ocorreram a partir do pós-guerra de 1945, o que interfere em diversos aspectos do instituto de anistia política, principalmente no que concerne à anistia penal, a qual precisa ser repensada à luz das transformações que refletem o Estado Constitucional de Direito.

Quanto à Lei de Anistia 6.683 de 1979, importa lembrar que até 2008, poucos eram os questionamentos acerca da punição relativa àqueles que cometeram delitos de lesa humanidade. Quando de sua concepção, foi entendia como sendo uma lei que beneficiou tanto aqueles que lutaram contra o regime de exceção, como os agentes do estado que praticaram atos ilícitos,[11] o que vedou e frustrou diversos intentos de acesso à prestação jurisdicional, para ressarcimento de danos e penalização de delitos criminais praticados sob a égide do regime autoritário, como tortura, ocultação de cadáver, homicídios, estupros, entre outros. Desse modo, de acordo com a interpretação até então vigente, a Lei da anistia política de 1979, trouxe em seu teor, a anistia penal geral e irrestrita. Como já dito, trata-se de Lei que foi elaborada em período no qual ainda não estava consolidado o Estado Democrático de Direito, ou seja, sob vigência de regime ditatorial o que deixa transparecer um caso de auto-anistia.

Recentemente, o Ministério Público Federal, questionou o teor dessa Lei, no seguinte sentido:

"(...) como o Brasil, é signatário, entre outros documentos, das convenções de Haia, da Convenção Americana de Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre direitos Civis e Políticos, do Estatuto de Roma e é membro das Nações Unidas, se os seus poderes constituídos alegarem empecilhos de ordem interna – como a anistia e a prescrição – para a não responsabilização de agentes públicos perpetradores de crimes contra a humanidade e a manutenção de arquivos de sigilo? Essa postura é compatível com as obrigações internacionais do País?"[12]

A partir dessa problemática o que se questiona é o motivo de uma Lei (6.683) estar em vigência durante quase 30 anos e não ter sido discutida antes? Quais os fatores que modificaram a aceitação dessa norma, levando ao debate, relevantes segmentos da população e do Estado brasileiro?

Para respondermos esses importantes questionamentos, é preciso investigar os fatores que fizeram com que a anistia vista como apenas o "esquecimento" de fatos que envolvam até mesmo crimes, não seja mais um instituto suficiente para o processamento de situações de transição, após períodos históricos de ilegitimidade no poder.

4. ALTERAÇÕES AO LONGO DA FORMAÇÃO DO ESTADO E DA CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA

O Estudo acerca do Estado Moderno e algumas de suas principais características se faz imprescindível para o entendimento da modificação da interpretação da Lei de Anistia ao longo de seus 30 anos de existência.

Primeiramente, tem-se o significado do termo "soberania" como uma das bases da idéia de Estado Moderno, consistindo no *"poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência*"[13]. Esse conceito reflete, a análise da "soberania" sob o ponto de vista interno, ou seja, dentro do Estado.

Sob o ponto de vista externo, *"a idéia de uma sociedade de Estados igualmente soberanos, porém sujeitos ao direito, a afirmação de uma série de direitos naturais desses Estados e a teoria da guerra justa como sanção – estão na base da soberania estatal externa e, mais em geral, da teoria internacionalista moderna como um todo*". Esse modelo de soberania externa, foi praticamente absoluto, até meados do século XX.

A concepção de direito dentro do Estado também passou por diversas fases. Inicialmente, esteve fortemente vinculada à força da lei, ou seja, o princípio da legalidade, o qual impõe limites às condutas individuais. A atuação dos tribunais nesse período revelava o pouco peso político do poder judiciário[14].

Dentro desse contexto, o princípio da legalidade constituiu-se em critério definidor do direito, confundindo-se o direito com norma jurídica, e ainda, a tarefa do julgador seria apenas a de aplicação da lei, sem interpretações ou produção de novos direitos. Estabeleceu-se o império da lei, refletido no Estado liberal, a serviço da liberdade burguesa. A generalidade e abstração da lei refletiam o ideal de igualdade, garantindo a defesa do cidadão contra os abusos do Estado, além de garantir a segurança jurídica, através da certeza do direito[15]. Desse modo, da metade do século XIX à metade do

século XX, observou-se "uma progressiva limitação interna da soberania, no plano do direito estatal, e a de uma progressiva absolutização externa da soberania, no plano do direito internacional"[16].

No entanto, a história acabou por demonstrar *as arbitrariedades, brutalidades e discriminações procedidas por leis formalmente perfeitas[17]*. O desenvolvimento sem precedentes da economia capitalista, agregado ao disparado crescimento das desigualdades sociais, aliado a soberania externa ilimitada, desemboca no advento das duas guerras mundiais que confirmaram o marco de transição de paradigma, tanto para o Estado, bem como no que concerne soberania. Assim, no período pós-segunda guerra mundial, as condições político-jurídicas se alteram, trazendo uma nova política, a do Estado-Providência, a qual se distingue pelo forte componente da consagração constitucional de direitos sociais e econômicos e a juridificação da justiça distributiva[18].

Ainda nesse contexto, com a Carta da ONU de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, ocorre uma mudança no conceito de soberania externa do Estado, o qual passa a se subordinar "*ao imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos*". Os limites tanto da soberania interna, como a externa, tornam-se esvaziados. "*No novo ordenamento, são de fato sujeitos de direito internacional não somente os Estados, mas também os indivíduos e os povos: os primeiros como titulares, nos confrontos de seus próprios Estados, dos direitos humanos a eles conferidos pela Declaração de 1948 e pelos Pactos de 1966*"[19].

Essa nova concepção de direito e a transformação do princípio da legalidade descreve o resgate da substância da lei e da utilização de instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça, o que se refletiu nas Constituições dos Estados. O instrumento constitucional subordina as leis, uma vez que são o *"resultado da coalizão das forças dos vários grupos sociais, e que por isso, freqüentemente adquirem contornos não só nebulosos, mas também egoísticos (...)"*. Assim, *"... torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça."[20]*

Em resumo, no que tange à concepção jurídica dos poderes públicos, a qual antecipa a doutrina do Estado de Direito, tem-se estágios históricos: Primeiramente, a concepção absoluta de "lei", em que esta obriga os legisladores, súditos e até os próprios reis, na qual existe uma equiparação do direito ao Estado (Estado Liberal). A seguir, o surgimento da concepção do princípio da soberania popular, com leis promulgadas para o bem comum dos cidadãos (Estado Constitucional). Em terceiro plano, o aparecimento do direito que vincula o Estado em suas relações externas, o que acaba por tirar a força das leis internas, pois essas por sua vez, devem coadunar-se a preceitos ou diretivas

mais amplas que são estabelecidas entre os Estados. Assim, em um último estágio, a idéia de humanidade como pessoa moral, representativa de todo gênero humano.[21]

Sob essa ótica, ANCEL[22], ao tratar da unificação dos direitos dos diversos países, refere que à medida que as relações internacionais se intensificam e são criadas matérias de cooperação internacional, também ocorre a formação de textos ou declarações com princípios gerais, os quais valem por si e que trazem diretivas de comportamento em determinada matéria, proporcionando a gradual uniformização desses *standards* gerais de comportamento, através de adesão dos países, como é o caso da matéria que trata dos direitos da pessoa humana.

No caso em análise no presente texto, aplicando-se tais modificações de paradigma do Estado liberal para o Estado constitucional de Direito, compreende-se a problemática no que concerne à anistia penal, mais especificamente no que se refere a sua inserção quando da elaboração de leis de anistias políticas. Os limites políticos para a concessão de uma anistia penal, quando não respeitados, podem gerar conflitos diretos com os vínculos externos de direitos subscritos pelo Estado, ou ainda, verdadeira disfunção no sistema penal interno. Isso ocorre porque a partir do paradigma de proteção aos direitos humanos e das garantias individuais (garantia à jurisdição) e a elaboração de leis de auto-anistia, é possível perceber a necessidade de utilização do modelo material-procedimetal de Constituição, no qual se entende a Constituição como marco externo, que vincula a atuação do legislador. Assim, este modelo, não concebe mais um legislador com plena liberdade para legislar. Nesse sentido, resulta a democracia constitucional, na qual a maioria parlamentar do momento não prevalece para tudo[23].

Esse é o caso da Lei 6.683 de 1979, sobre a qual pairam questões em torno da incompatibilidade da vedação por parte do poder constituído interno do Estado Brasileiro ao acesso à jurisdição no que se referem a determinados ilícitos penais praticados quando do período de exceção, diante da adesão brasileira às convenções de Haia, Convenção Americana de Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre direitos Civis e Políticos, do Estatuto de Roma e como membro das Nações Unidas.[24]. Nesse sentido, existe questionamento do Ministério Público Federal quanto a não responsabilização de agentes públicos perpetradores de crimes contra a humanidade e manutenção de sigilos de arquivos, alegando incompatibilidade dessas ações com as obrigações internacionais do país.[25]

É importante saber que os mecanismos de controle e proteção de direitos humanos, possuem diversas manifestações quanto à incorreta aplicação do instituto da anistia (ou ainda, a não aplicação de processos de transição), nos casos de crimes de lesa humanidade[26]. Como exemplo, tem-se o caso do Chile, em que a Comissão

Interamericana de Direitos Humanos, concluiu em 15/10/1996 que o Decreto-lei 2.191 de 1978 consistia em uma lei de auto-anistia e que a confirmação da vigência daquela lei por parte do poder judiciário daquele país consistia em violação da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 1.1 e 2).[27]

Em tais hipóteses ainda prevalece a aplicação de normas internas dos Estados, muitas vezes colidentes com o conteúdo internacional ratificado pelo país. Assim, é importante a atuação judicial sob uma perspectiva de constante interpretação da lei em perspectiva com a Constituição e demais normas internacionais ratificadas pelo Estado:

"Quando um Estado ratificou um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana."[28]

Porém, é preciso lembrar que no caso concreto da Lei de Anistia de 1979, largo período se passou, por isso, além da dimensão judicial, existe a dimensão histórica e o frágil conceito de memória, em que "*num processo por crime contra a humanidade, estas três dimensões tendem a misturar-se umas com as outras. Elas são assim investidas de uma carga insuportável. Por escorregamentos sucessivos, o objeto do processo torna-se a própria história. Julga-se podê-la tomar por juiz, e é ela que se encontra no banco dos acusados, que é julgada, o que se julga".[29]*

Desse modo, pergunta-se: Como concretizar um processo judicial, ou seja, colocar em julgamento, quando as provas se constituem praticamente em relatos históricos ou ainda, estão seriamente comprometidas pela temporalidade transcorrida?

No entanto, sob outra perspectiva, é importante avaliar que os indivíduos que compõem o Estado também interferem e se engajam nesse processo de alteração na interpretação da Lei. No que se refere ao caso trabalhado, temos a interferência direta desses atores quando da consolidação democrática. Nesse sentido, RODRIGUES[30] refere relatos acadêmicos de que a Lei de Anistia foi a "lei do esquecimento", não tendo nascido de

um pacto nacional, mas de um regime decadente. Desse modo reflete sobre as várias perspectivas de alcance da Lei de 1979, referindo o forte questionamento no sentido da realização da justiça, no que se refere aos fatos tipificados penalmente e que foram abrangidos pela Lei.

A partir dessa perspectiva devem ser analisados alguns pontos essenciais: Porque se está questionando a não realização de "justiça" no caso? Por que atribuir a pecha ao texto de 1979 como sendo a "lei do esquecimento"?

Assim como o conceito de soberania estatal e o núcleo de emanação de força da lei se deslocaram ou se alteraram ao longo do tempo, fazendo com que normas ou diretivas de direitos humanos fossem observadas quando da aplicação legal aos casos práticos, a consolidação de alguns processos democráticos também traz novas necessidades.

Entre essas novas necessidades, está aquela experiência de similitude trazida pela consolidação democrática, a qual desnaturalizou hierarquias das autoridades e dos laços comunitários, introduzindo a experiência nova do outro como semelhante (humanidade). A igualdade democrática significa então, uma comparação contínua (paixão igualitária)[31]. No entanto, deve ficar claro que a democracia não desaparece com a desigualdade, mas, pelo contrário, a desnaturaliza[32].

Numa sociedade democrática (individualista) que visa constantemente a igualdade, pode haver o reforço do ressentimento. Assim, o ressentimento aparece interligado à "*abertura de conflito em torno da legitimidade, característica de todos os períodos de transição*", onde os atores exigem a igualdade[33]. No caso em análise, alega-se a injustiça pela ausência de punição penal a determinados crimes realizados por agentes do Estado quando da vigência da ditadura militar, ou seja, a inobservância da regra igualitária no que se refere à punição penal. Assim, o caso da Lei de Anistia, a partir da visão da dimensão político/ coletiva remete a reflexões que conduzem a regiões incertas em que razões e afetos se tornam indissociáveis devido ao sentimento de injustiça.[34]

Para sanar o sentimento de injustiça, é necessário o reconhecimento do injusto, ou seja, a superação do ressentimento requer o espaço simbólico do terceiro, através do reconhecimento e da ação. Isso propicia o esquecimento do sentimento de injustiça perpetuado (ressentimento)[35]. No caso, o debate enquanto proposto até o momento (questionamentos do Ministério Público, ADPF nº 153 da OAB) pelos poderes públicos, constitui-se em uma mera "revisão"[36].

É sabido que o ato de perdoar um injusto não possui espaço na sociedade moderna, pois o perdão é um conceito que não contém temporalidade expressa. Assim, a punição ao injusto é a única reação conhecida e palpável[37], o que leva concretamente a exigências de responsabilização em âmbito penal, apoiando-se nos argumentos de imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade, devido ao decurso do tempo, no caso, mais de 30 anos. Note-se então, que as mudanças ocorridas ao longo do tempo, interferiram no entendimento e aceitação da Lei, gerando novas necessidades e exigindo do Poder Judiciário um posicionamento acerca do tema.

5. APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

A dificuldade de conciliação dos fatos e institutos (de anistia e responsabilização penal) trazidos a partir do caso da Lei de Anistia de 1979 revela uma possível solução a partir da atuação dos organismos judiciais de controle externos, como por exemplo, a Corte Americana de Direitos Humanos. Mas essa não pode ser a única saída para a solução de abusos quando da fixação de anistia penal, uma vez que abre margem para o excesso de atuação judicial frente ao legislativo, desestabilizando a linha tênue que sustenta a soberania dos Estados dentro do complexo sistema externo de controle de aplicação de normas relativas aos crimes contra a humanidade. É preciso ter em mente, que num modelo ideal, os Estados devem aplicar as normas ratificadas internacionalmente dentro de seus territórios sem a necessária interferência da Corte.

Paralelamente, é necessário ficar atento aos efeitos catastróficos que a flexibilização de institutos como da prescrição penal podem ocasionar ao sistema jurídico interno, pois a constante utilização do direito penal para solução de conflitos sociais pode ter sérias conseqüências também para o processo de consolidação democrática. Pelo fato da sanção penal constituir-se em uma violência, sua utilização deve se dar mediante a observância de certos limites, os quais também garantem a manutenção democrática[38].

Eventuais falhas da Lei de 1979 não podem ser supridas sem um longo debate. A importância e a gravidade dos fatos ocorridos durante o regime ditatorial, merecem uma discussão que fuja de paliativos disfarçados de punições penais, largamente utilizados como instrumentos políticos resposta simbólica a determinados problemas[39] potencializando e exagerando a presença do direito penal nas relações sociais[40].

Desse modo, é necessário definir qual o limite do poder político para fixar anistias penais, de acordo com os atuais limites jurídicos fixados dentro da perspectiva pós

1945, bem como a eventual possibilidade de se delinear esses limites internamente, a partir da perspectiva constitucional preservando garantias individuais e respeitando normas relativas a proteção de direitos humanos.

PRINCIPAIS REFERÊNCIAS CONSULTADAS

ANCEL, Marc. **Utilidade e Métodos do Direito Comparado. Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos.** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1980.

ANSART, Pierre. **História e Memória dos Ressentimentos**. *in* BRESCIANI, Stella & NAXARA, Márcia (orgs.). *Memória e (Res) Sentimento. Indagações sobre uma questão sensível*. São Paulo: FAPESP-CNPq.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

BARBOSA, Ruy. **Anistia Inversa.** p. 27-28. *Apud* BRITO, Lemos. **Do Poder de Agraciar.** Rio de Janerio: Imprensa Nacional, 1942.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BENSAID, Daniel. **Quem é o juiz**. **Para acabar com o Tribunal da História**. Lisboa: Piaget, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1.** São Paulo: Saraiva, 2008.

Ministério da Justiça. Boletim da Comissão de Anistia. a. II. n. 24 – Jul de 2008.

Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. Relatório Anual da Comissão de Anistia 2008. – Brasília: Comissão de Anistia, 2009.

BRITO, Lemos. **Do Poder de Agraciar.** Rio de Janerio: Imprensa Nacional, 1942.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado Nacional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRATER MORA, Jose. **Dicionário de Filosofia abreviado.** Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1972.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** v.1. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

HASSEMER Winfried. **Persona, Mundoy Responsabilidade. Bases para una teoria de la imputación en derecho penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HISTÓRIA E MEMÓRIA DOS RESSENTIMENTOS. Pierre Ansart – Universidade Paris II – Denis Diderot *in* Memória e (Res) Sentimento. Indagações sobre uma questão sensível. BRESCIANI, Stella & NAXARA, Márcia (orgs.). FAPESP. CNPq.

MARINONI, Luiz Gulherme. **Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil.** v.1..

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Acadêmica, 1994.

Parecer Técnico sobre la natureza de los crimenes de lesa humanidad, la imprescritibilidad de algunos delitos y la prohibición de amnistias. Disponible em www.prr3.mpf.gov.br.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado.** São Paulo: Martins, 1960. p. 127

RODRIGUES, Georgete Medleg. **Arquivos, anistia política e justiça de transição no Brasil: Onde os Nexos?**. *In* Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça – N 1 (jan. / jun. 2009) – Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa; Marques, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os Tribunais nas sociedades Contemporâneas.** Porto: Edições Afrontamento, 1996.

ZAWADZKI, Paul. **O Ressentimento e a Igualdade: Contribuição para um Antropologia Filosófica da Democracia.** *in* BRESCIANI, Stella & NAXARA, Márcia (orgs.). *Memória e (Res) Sentimento. Indagações sobre uma questão sensível*. São Paulo: FAPESP-CNPq.

www.prr3.mpf.gov.br.

---

[1] Ministério da Justiça. Boletim da Comissão de Anistia. a. II. n. 24 – Jul de 2008.

[2] Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. Relatório Anual da Comissão de Anistia 2008. – Brasília: Comissão de Anistia, 2009. p. 67

[3] ANSART, Pierre. **História e Memória dos Ressentimentos**. *in* BRESCIANI, Stella & NAXARA, Márcia (orgs.). *Memória e (Res) Sentimento. Indagações sobre uma questão sensível*. São Paulo: FAPESP-CNPq. p. 15.

[4] BRITO, Lemos. **Do Poder de Agraciar.** Rio de Janerio: Imprensa Nacional, 1942.p. 139.

[5] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1.** São Paulo: Saraiva, 2008. p. 722.

[6] BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 64-65.

[7] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** v.1. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 714.

[8] BARBOSA, Ruy. **Anistia Inversa.** p. 27-28. *Apud* BRITO, Lemos. **Do Poder de Agraciar.** Rio de Janerio: Imprensa Nacional, 1942.p. 142.

[9] BRITO, Lemos. **Do Poder de Agraciar.** Rio de Janerio: Imprensa Nacional, 1942.p. 142-143.

[10] BRITO, Lemos. **Do Poder de Agraciar.** Rio de Janerio: Imprensa Nacional, 1942.p. 142-143.

[11] RODRIGUES, Georgete Medleg. **Arquivos, anistia política e justiça de transição no Brasil: Onde os Nexos?**. *In* Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça – N 1 (jan. / jun. 2009) – Brasília: Ministério da Justiça, 2009. p. 142

[12] *In* Parecer Técnico sobre la natureza de los crimenes de lesa humanidad, la imprescritibilidad de algunos delitos y la prohibición de amnistias. Disponible em www.prr3.mpf.gov.br.

[13] REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado.** São Paulo: Martins, 1960. p. 127

[14] SANTOS, Boaventura de Sousa; Marques, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os Tribunais nas sociedades Contemporâneas.** Porto: Edições Afrontamento, 1996. p. 23.

[15] MARINONI, Luiz Gulherme. **Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil.** v.1.

[16] FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado Nacional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 27.

[17] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil.** v.1.São Paulo: RT, 2006. p. 43.

[18] SANTOS, Boaventura de Sousa; Marques, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os Tribunais nas sociedades Contemporâneas.** Porto: Edições Afrontamento, 1996. p. 24-25.

[19] FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado Nacional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 40.

[20] MARINONI, Luiz Gulherme. **Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil.** v.1.

São Paulo: RT, 2006. p. 43-45.

[21] FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado Nacional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 40.

[22] ANCEL, Marc. **Utilidade e Métodos do Direito Comparado. Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos.** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1980. p. 102-103.

[23] FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 122.

[24] *In* Parecer Técnico sobre la natureza de los crimenes de lesa humanidad, la inprescritibilidad de algunos delitos y la prohibición de amnistias. www.prr3.mpf.gov.br. Captura internet em 30 de junho de 2009.

[25] www.prr3.mpf.gov.br. Captura internet em 30 de junho de 2009.

[26] Os crimes de lesa-humanidade estão descritos em tratados e convenções internacionais (Convenção de Haia, Estatuto de Roma, entre outros), alguns ratificados pelo Brasil. Consistem em homicídio, prisão ou privação de liberdade, em violação das normas fundamentais de direito internacional, tortura, ente outros, desde que realizados contra qualquer população civil de maneira generalizada ou sistemática.

[27] FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 123.

[28] Corte IDH, Caso Almocid Arellano v. Chile, §24

[29] BENSAID, Daniel. **Quem é o juiz**. **Para acabar com o Tribunal da História**. Lisboa: Piaget, 1999. p. 20-25. *"Apesar de dependerem do procedimento penal, as condenações por crimes contra a humanidade assemelham-se, em primeiro lugar, a condenações da memória. Estabelecem de uma vez por todas que o que teve lugar não poderia ser ignorado nem apagado. O seu veredicto depende menos da reparação (impossível) que da antiga damnatio memoriae. Neste sentido, o processo constitui de facto 'um acontecimento onde a memória toma forma'. Memória e não história: a oralidade do testemunho está aí para o lembrar"*p. 31.

[30] RODRIGUES, Georgete Medleg. **Arquivos, anistia política e justiça de transição no Brasil: Onde os Nexos?**. *In* Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça – N 1 (jan. / jun. 2009) – Brasília: Ministério da Justiça, 2009. p. 142. Nesse texto, o autor transcreve Sidmore, 1988, p. 425: *"O movimento pró-anistia (...) não estava satisfeito com a nova lei a nova lei. Queria que fossem chamados à responsabilidade os que deram sumiço à 197 brasileiros que se acreditava terem sido assassinados pelas forças de segurança desde 1964*". p. 140.

[31] ZAWADZKI, Paul. **O Ressentimento e a Igualdade: Contribuição para um Antropologia Filosófica da Democracia.** *in* BRESCIANI, Stella & NAXARA, Márcia (orgs.). *Memória e (Res) Sentimento. Indagações sobre uma questão sensível*. São Paulo: FAPESP-CNPq. p. 381.

[32] ANSART, Pierre. **História e Memória dos Ressentimentos**. *in* BRESCIANI, Stella & NAXARA, Márcia (orgs.). *Memória e (Res) Sentimento. Indagações sobre uma questão sensível*. São Paulo: FAPESP-CNPq. p. 17.

[33] ZAWADZKI, Paul. **O Ressentimento e a Igualdade: Contribuição para um Antropologia Filosófica da Democracia.** *in* BRESCIANI, Stella & NAXARA, Márcia (orgs.). *Memória e (Res) Sentimento. Indagações sobre uma questão sensível*. São Paulo: FAPESP-CNPq. p383. A questão do ressentimento é discutida a partir do debate filosófico ocorrido pós século XIX, sendo considerado como ruminante memória que impede a liberdade de agir (faculdade de começar uma coisa nova) devido a sobrecarga de um passado que entrava e submete, trazendo a tona o dever de memória p.383.

[34] ANSART, Pierre. **História e Memória dos Ressentimentos**. *in* BRESCIANI, Stella & NAXARA, Márcia (orgs.). *Memória e (Res) Sentimento. Indagações sobre uma questão sensível*. São Paulo: FAPESP-CNPq. p. 15.

[35] ZAWADZKI, Paul. **O Ressentimento e a Igualdade: Contribuição para um Antropologia Filosófica da Democracia.** *in* BRESCIANI, Stella & NAXARA, Márcia (orgs.). *Memória e (Res) Sentimento. Indagações sobre uma questão sensível*. São Paulo: FAPESP-CNPq. p 377.

[36] ANSART, Pierre. **História e Memória dos Ressentimentos**. *in* BRESCIANI, Stella & NAXARA, Márcia (orgs.). *Memória e (Res) Sentimento. Indagações sobre uma questão sensível*. São Paulo: FAPESP-CNPq**.** p. 32. Revisões**:** Levam às guerras de memórias e também às guerras de ressentimentos com diferentes versões da história. *"A expressão "guerra de memórias" aplica-se mal para evocar os debates, as tomadas de posição, reivindicando a extensão, a importância e o caráter exemplar dos sofrimentos experimentados. Batalhas sem vencedores, pois tanto uns como os outros foram vítimas da mesma ferocidade.* .

[37] ARENDT, Hannah. **A Condição Humana.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983. p. 248-258. A idéia de ARENDT está no entendimento de perdão como ação capaz de interromper as conseqüências de determinado ciclo iniciado.

[38] HASSEMER Winfried. **Persona, Mundoy Responsabilidade. Bases para una teoria de la imputación en derecho penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 50 e 51.

[39] HASSEMER Winfried. **Persona, Mundoy Responsabilidade. Bases para una teoria de la imputación en derecho penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 30 e 35.

[40] NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 39.

DESAFIOS DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO (FUNDAMENTAL) AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: O EXEMPLO DA CONCESSÃO DE FLORESTAS E DO AQUECIMENTO GLOBAL*

CHALLENGES FACED BY THE ESTABLISHMENT OF THE (FUNDAMENTAL) RIGHT TO A HEALTHY AND BALANCED ENVIRONMENT: A STUDY BASED ON THE EXAMPLE OF FOREST CONCESSION AND GLOBAL WARMING

Marco Túlio Reis Magalhães

RESUMO

O presente artigo investiga alguns aspectos jurídicos relevantes de concretização do direito (fundamental) ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a partir do estudo de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e de algumas repercussões que a questão ambiental climática e florestal tem gerado no Brasil. Inicialmente, é destacada a recente política do governo federal para o combate do aquecimento global e para a redução e controle do desmatamento (Lei n.º 11.284/2006, Plano Nacional sobre Mudança do Clima e Projeto de Lei n.º 3.535/2008 – Criação da Política Nacional sobre Mudança do Clima). Em seguida, aprofunda-se a análise das implicações de se considerar o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado como um direito fundamental, apontando-se alguns desafios relacionados à sua inserção no debate da dogmática de direitos fundamentais. Posteriormente, apresenta-se a conexão dessas idéias no estudo da provocação do Supremo Tribunal Federal (STA n.º 235/RO e ADI n.º 3.989/DF) quanto ao debate das concessões de florestas públicas. Por fim, apresentam-se algumas reflexões, a título de conclusão.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. MEIO AMBIENTE. AQUECIMENTO GLOBAL. CONCESSÃO DE FLORESTA. DIREITO AMBIENTAL E CONSTITUCIONAL. JURISPRUDÊNCIA DO STF.

ABSTRACT

This article provides a review (from a law approach) of an important discussion about the establishment of the (fundamental) right to a healthy and balanced environment, starting with the study of some cases ruled by the Brazilian Supreme Court (STF) and the study of some implications related to the Forest and Climate Change Law Enforcement in Brazil. Initially, it is presented the new Brazilian Federal Climate Change and Forest Policies and Actions to improve Global Warming, Climate Change and Deforestation (Lei n.º 11.284/2006, Plano Nacional sobre Mudança do Clima e

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Projeto de Lei n.º 3.535/2008 – Criação da Política Nacional sobre Mudança do Clima). Moreover, the article analyses the implications of the possibility to regard the right to a healthy and balanced environment as a fundamental right in accordance with the general theory of fundamental rights. It is described, then, the linkage between the discussion below and some cases of STF (STA n.º 235/RO e ADI n.º 3.989/DF) related to brazilian forest policy and regulation (forest concession). At last, the article presents some conclusions.

KEYWORDS: RIGHT TO A HEALTHY AND BALANCED ENVIRONMENT. FUNDAMENTAL RIGHTS. BRAZILIAN CONSTITUTION. ENVIRONMENT. GLOBAL WARMING. FOREST CONCESSION. ENVIRONMENTAL AND CONSTITUTIONAL LAW. BRAZILIAN SUPREME COURT CASES.

Introdução

O presente artigo investiga alguns aspectos jurídicos relevantes de concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - enquanto norma constitucional veiculada pelo artigo 225 da Constituição Federal brasileira[1], em cotejo com algumas repercussões que a questão ambiental climática e florestal tem gerado no Brasil.

Investiga-se, inicialmente, a recente política do governo federal para o combate do aquecimento global e para a redução e controle do desmatamento (Lei nº 11.284/2006, *Plano Nacional sobre Mudança do Clima* e Projeto de Lei nº 3.535/2008 - Criação da *Política Nacional sobre Mudança do Clima*)[2]. Em seguida, discutem-se alguns desafios relacionados à inserção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no debate da dogmática de direitos fundamentais. Posteriormente, analisa-se a provocação do Supremo Tribunal Federal (STA nº 235/RO e ADI nº 3.989/DF) no debate das concessões de florestas públicas. Por fim, apresentam-se algumas reflexões, a título de conclusão.

1. A questão climática, o aquecimento global e a atuação do governo federal brasileiro.

O aquecimento global é questão ambiental desafiadora na atualidade, que tem trazido consideráveis mudanças na regularidade dos padrões climáticos globais ao longo dos últimos anos. É curioso notar que na escola se aprende que as estações do ano são subdivisões baseadas em padrões climáticos de razoável regularidade, relacionados à incidência solar e às peculiaridades ambientais de diferentes regiões do planeta. Porém,

tanto o atual e contínuo degelo anormal de calotas polares, quanto a recente alteração climática vivenciada nos Estados de Santa Catarina, de São Paulo e de Minas Gerais, por exemplo, com a incidência de chuvas torrenciais, desmentem a regularidade daqueles padrões, com desastroso impacto na vida de milhões de pessoas em todo o mundo. Em todas as estações do ano, o que se vê regular é o aumento das temperaturas no planeta e suas conseqüências ao meio ambiente, já cientificamente debitadas também à ação humana.

Realizou-se de 1º a 12 de dezembro de 2008 em Poznan (Polônia) o 14ª encontro da Conferência da Organização das Nações Unidas sobre Mudança Climática. Por trás dessa discussão está a formulação de novo acordo climático que dê seguimento ao Protocolo de Quioto (vigente até 2012). Em Poznan, deu-se continuidade à reunião de 2007 (Bali), antecedendo a reunião de 2009 (Copenhage), mas não se avançou na definição de metas concretas de redução de emissão de gases de efeito estufa, limitando-se a discussão aos mecanismos de transferências financeiras e tecnológicas entre países. Contudo, a situação climática é alarmante e já impõe a governos de várias ilhas do Pacífico não mais discutir a ameaça climática, mas as formas de aliviar o sofrimento provocado por inundações, perda de território, prolongadas secas e outras conseqüências sociais e ambientais.

A imprensa internacional imputou à recente crise econômica americana uma menor pressão da União Européia e dos Estados Unidos na redução de emissão de gases de efeito estufa, apesar da esperança internacional de nova postura americana com a eleição de Barack Obama. No governo Bush, passou-se apenas de uma posição de negação do papel do homem no aquecimento global para uma aceitação resignada[3].

Concomitante à realização da reunião de Poznan, em que o Secretário-Geral da ONU destacou o papel brasileiro, entrou em vigor no Brasil o *Plano Nacional sobre Mudança do Clima* (instrumento de uma política nacional que se quer criar), para buscar: equacionar o uso da terra e suas implicações nas emissões de gases de efeito estufa e aumentar continuamente a eficiência da matriz energética brasileira, freando desmatamentos ilegais e incentivando o reflorestamento.

No Projeto de Lei nº 3.535/2008, o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional proposta de criação da *Política Nacional sobre Mudança do Clima*. À semelhança da Lei nº 6.938/81[4], o desafio está em transpor os objetivos legislativos para além do texto legal e inseri-los na prática executiva da Administração. Isto porque a tendência de resolução de questões ambientais através de Planos nacionais de ação, a despeito da boa intenção, esconde o perigo de se acreditar apenas na capacidade virtuosa de especialistas tecnocratas, com a possibilidade de fechar a discussão das questões ambientais a uma autoprogramação da administração[5]. Nesse sentido, enquanto participava da reunião de Poznan e alardeava seu ambicioso projeto de redução de desmatamento, o governo brasileiro paradoxalmente estendia o benefício de suspensão de embargos impostos aos que ocuparam irregularmente e desmataram, até 21/12/2007, áreas de reserva legal não averbadas (inclusive na Amazônia), também a aqueles que realizaram desmatamentos irregulares até 10/12/2008. E isto logo após divulgar o *Plano Nacional sobre Mudança do Clima*, em 1/12/2008. A repercussão negativa dessa alteração fez o governo retroagir, com nova mudança legislativa.

Em meio a todas essas mudanças, ressalte-se que a questão ambiental climática evidencia, em nossa Constituição, a contínua tensão entre os valores econômicos (art. 3, II c/c art. 170, VI, CF/88) e ambientais (art. 225, CF/88), a ser equacionada constantemente pelos cidadãos brasileiros e pelo Poder Público. Tal constatação já foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, inclusive, no julgamento da ADI nº 3.540-MC/DF[6], com destaque ao voto do Ministro relator Celso de Mello[7].

Para viabilizar a concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o art. 225 define, ainda, um dever geral de preventividade objetiva ao Poder Público e à coletividade, para que decidam sobre a regulação jurídica dos riscos ambientais conhecidos (prevenção) e desconhecidos (precaução).

Certo é que um dos maiores desafios brasileiros para a cooperação mundial de redução de emissão de gases de efeito estufa é a diminuição substancial do desmatamento irregular de florestas brasileiras (enquanto risco ambiental conhecido, que deve ser prevenido). Dessa forma, estabelece-se uma importante conexão entre o fomento do governo federal para o combate do aquecimento global (conforme as iniciativas aqui mencionadas) e a regulação jurídica da gestão de florestas públicas brasileiras. Porém, antes de melhor abordar tal conexão, cumpre destacar alguns aspectos essenciais do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também em termos de sua análise pela dogmática dos direitos fundamentais.

2. Desafios hermenêuticos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental?

A doutrina do direito ambiental brasileiro, em geral, classifica o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental. José Afonso da Silva, em semelhança a Luis Sirvinkas[8], identifica no *caput* do art. 225 uma norma-matriz, que evidencia um direito fundamental entre os direitos sociais do Homem[9]. Nicolao Dino[10] assevera que o seu caráter fundamental constitui a expressão de valor inerente à dignidade da pessoa humana. Paulo de Bessa Antunes o qualifica como um direito fundamental da pessoa humana, de eficácia plena[11], como importante marco na construção de uma sociedade democrática e participativa.

Não se olvida a relevância do bem jurídico protegido no art. 225 da Constituição, para garantir tanto a qualidade de vida, quanto o meio ambiente sadio. Daí porque alguns o qualificam até como um bem difuso[12]. Entretanto, tal relevância não parece traduzir de forma imediata, ao menos no âmbito de estudo da dogmática de direitos fundamentais, a consideração do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como típico direito fundamental[13].

Em termos gerais, a classificação multifuncional dos direitos fundamentais, que remonta aos fundamentos da clássica teoria dos quatro *status* de Jellinek, realça as espécies de direitos fundamentais mais frequentemente mencionadas, da seguinte forma: "direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e direitos a prestações (ou direitos cívicos). A essas duas espécies alguns acrescentam a dos direitos de participação."[14]

De forma semelhante, Ingo Sarlet defende que uma proposta classificatória constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais pode ter como ponto de partida o critério das funções por eles exercidas (segundo ele, com base na proposição de Robert Alexy) dividindo tais direitos em dois grandes grupos:

os direitos fundamentais **na condição de direitos de defesa** e os direitos fundamentais **como direitos a prestações** (de natureza fática e jurídica). **O segundo grupo** (dos direitos prestacionais), **dividir-se-ia igualmente em dois subgrupos**, quais sejam, o dos **direitos de prestações em sentido amplo** (englobando, por sua vez, os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento) e **os direitos a prestações em sentido estrito** (direitos a prestações materiais sociais) [...].[15] [grifo nosso]

Em rápido olhar, é possível asseverar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não se configura adequadamente (ou não se reduz) como típico direito de defesa, visto que estes se caracterizam pela imposição de um dever de abstenção do Estado na esfera de liberdade individual do indivíduo, contendo "disposições definidoras de uma *competência negativa do Poder Público* (*negative Kompetenzbestimmung*)"[16].

Da mesma forma se apreende sua inadequada configuração como típico direito à prestação, seja em sentido amplo[17], seja em sentido estrito[18]. Isto porque os direitos a prestações "exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, com isso estabelecendo moldes para o futuro da sociedade"[19]. Nesse sentido, trata-se não de uma liberdade em face do Estado, "mas de desfrutar essa liberdade mediante a atuação do Estado (*Freiheit durch*...)."[20]

Nem mesmo há como considerar sua configuração como típico direito de participação, visto que estes seriam "orientados a garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade do país. Corresponderia ao capítulo da Constituição Federal relativo aos direitos políticos, no Título dos Direitos Fundamentais."[21]

Em verdade, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado agrega elementos que ora o aproximam de uma classificação, ora o aproximam de outra, mas nunca numa conformação típica. Paulo Gustavo Gonet Branco ressalta que o direito à qualidade do meio ambiente, enquanto direito de terceira geração, dirige-se à proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, considerado direito de titularidade difusa ou coletiva. Destaca que "a situação dessas reivindicações[22] como direitos fundamentais tem sido objeto de questionamento doutrinário, quer pelo caráter vago do seu conteúdo, quer porque a titularidade deles recai sobre o Estado ou a nação, causando estranheza."[23]

Por sua vez, Ingo Sarlet indica que a nota distintiva dos direitos de terceira geração está na titularidade coletiva, por vezes indefinida e indeterminável, o que se demonstra, por exemplo, "especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada a sua dimensão individual, reclama novas técnicas de

garantia e proteção."[24] Segue o referido autor a questionar que, entre estes direitos de terceira geração, por vezes, autores[25] colocam "sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais."[26]

Ingo Sarlet complementa, a respeito desse direito, que "em que pese a habitual (embora não-cogente) presença do interesse coletivo ou difuso, não deixa de objetivar a proteção da vida e da qualidade de vida do homem na sua individualidade."[27] Desse modo, deixa claro que há certa pertinência dele com um caráter de direito fundamental como condição de defesa da proteção à vida.

Em verdade, a dificuldade classificatória deste direito no âmbito da dogmática de direitos fundamentais pode estar referida não apenas ao que foi acima mencionado, mas também a razões históricas. Isto porque o desenvolvimento de uma teoria geral dos direitos fundamentais teve grande contribuição do direito alemão, cujos influxos reverberaram também na doutrina brasileira. Dessa forma, ressalte-se que a Lei Constitucional Federal de 1949 não constituía o meio ambiente como preocupação fundamental, nem mesmo pelas emendas da década de 50[28]. Constata-se que sua consideração na prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão não ressaltava o caráter fundamental deste direito, enquadrando-o como decorrência do desenvolvimento da cláusula do Estado Social de Direito.[29]

Como solução teórica dessas dificuldades, costuma-se destacar na doutrina de direitos fundamentais a concepção do meio ambiente ecologicamente equilibrado como valor ou bem constitucionalmente relevante, mas que não se traduz tipicamente em direito fundamental. A razão da discussão de classificação teórica deste direito se direciona à forma de compreensão das tensões constitucionais e de suas soluções jurídicas.

A configuração do direito ao meio ambiente como direito fundamental ou somente como bem (ou valor) constitucionalmente relevante (embora não configurando um direito fundamental) pode ensejar a sua análise sob perspectivas distintas do fenômeno de colisão de direitos, segundo a diferenciação da dogmática de direitos fundamentais, que apresenta duas hipóteses: colisão de direitos em sentido amplo e colisão de direitos em sentido estrito. "As colisões em sentido estrito referem-se apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais"[30], envolvendo direitos idênticos ou diversos. De modo distinto, afirma-se que "as colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade."[31]

Caso se considere o direito ao meio ambiente como direito fundamental, terão que ser desenvolvidos parâmetros que permitam sua acomodação em colisões em sentido estrito. Diferentemente, caso assim não se considere, a discussão acerca de tensões que envolvam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ficará no âmbito das colisões em sentido amplo[32], pois tal direito não consagraria um direito fundamental, mas somente um valor constitucional relevante a ser protegido.

Essa última posição parece ser bem aceita por doutrinadores da dogmática de direitos fundamentais, a exemplo do que leciona Gilmar Mendes acerca das colisões de direitos em sentido amplo, a envolver:

direitos fundamentais e **outros valores constitucionalmente relevantes**. Assim, é comum a colisão entre o direito de propriedade e **interesses coletivos associados, *v. g.*, à utilização da água ou mesmo à defesa de um meio ambiente equilibrado**."[33] [grifo nosso]

O campo de tensão entre o desenvolvimento econômico e a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado é extremamente rico em exemplos para a análise da existência e da forma de resolução de colisões. Não por menos, tem despertado interesse de diversos doutrinadores do direito ambiental[34] e do direito constitucional[35].

Dessa forma, ainda que pelo critério funcional de classificação dos direitos fundamentais não se reconheça, de imediato, um lugar de fácil acomodação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tal análise contribui para a demonstração de que sua sede deve ser reconhecida e desenvolvida com a maior clareza possível, seja como direito fundamental ou não. Certo é que o bem jurídico protegido é constitucionalmente relevante e, ao menos nesse sentido, sua proteção torna-se fundamental.

3. Desafios concretos e o exemplo da concessão de florestas: entre o direito de propriedade e o desenvolvimento econômico há espaço para o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado?

Uma das fórmulas apresentadas pelo governo Lula para a regulação jurídico-ambiental, vinculada ao combate do desmatamento irregular (queimadas e incêndio) e da grilagem de terras, foi a criação do modelo de gestão de florestas públicas para a produção sustentável (Lei nº 11.284/2006). Certamente, o sucesso dessa empreitada tem influência direta nas metas de redução de emissão de gases de efeito estufa no Brasil, em sintonia com o *Plano Nacional sobre Mudança do Clima*. À época da sanção da lei, a imprensa brasileira divulgou de forma ampla a idéia de "aprovação do aluguel de florestas", a evidenciar a supervalorização de um interesse econômico exploratório sobre uma intenção originária de preservação ambiental.

Como antes evidenciado, a questão ambiental relacionada à gestão florestal, que tem impacto direito sobre a questão climática, também representa a contínua tensão constitucional entre a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico. A incapacidade (financeira e operacional) do Estado brasileiro realizar, com eficiência, suas atividades de controle, licenciamento e fiscalização ambiental sobre o bem jurídico ambiental possibilitou, à semelhança do que se vê na Lei de Parcerias Público-Privadas, a gestão compartilhada e sustentável (espera-se) das florestas públicas brasileiras.

A gestão de florestas públicas compreende três espécies legais (art. 4º), a saber: (i) a criação e gestão direta de florestas públicas pelo Poder Público (art. 5º); (ii) a destinação de florestas públicas às comunidades locais (art. 6º) e (iii) a concessão florestal,

incluindo florestas naturais ou plantadas e as unidades de manejo de áreas protegidas por lei (art. 7º a 9º) .

Sem dúvida, a concessão de florestas públicas é a hipótese mais polêmica, pois traduz a possibilidade de delegação onerosa do direito de praticar manejo florestal sustentável[36] para a exploração de produtos e serviços florestais[37] numa unidade de manejo, mediante licitação (sempre por concorrência), por prazos longos e determinados.

Um dos pontos polêmicos foi o veto presidencial do parágrafo 4º do art. 10 da lei (dispositivo incluído em emenda do Senado Federal). O projeto encaminhado ao Presidente previa, em consonância com o art. 49, XVII, da Constituição, que a concessão de floresta com área superior a 2.500 hectares deveria ser submetida, previamente, à aprovação do Congresso Nacional[38]. Contudo, houve veto presidencial do dispositivo mencionado, ao argumento de que tal sistemática condicionaria as concessões florestais a contingências políticas de curto prazo, em contrariedade ao art. 2, inciso VIII[39] da lei.

Essa controvérsia ensejou o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.989/DF em 21/11/2007, pelo Partido Popular Socialista, em que se pugnou uma interpretação conforme a Constituição, para declarar a inconstitucionalidade sem redução de texto do art. 10 da referida lei. A provocação do debate em controle concentrado de constitucionalidade, neste tema, fundamentou-se na garantia da soberania do país, pela utilização de enormes terras públicas por particulares. Assim, o escopo central nem foi a discussão do modelo de concessão de florestas públicas, nem a preocupação com o seu impacto ambiental. O ministro Eros Grau, relator do caso, com base no art. 12 da Lei nº 9.868/99, decidiu deixar de se manifestar sobre o pedido liminar. Assim, remeteu a resolução da questão para futura manifestação meritória e definitiva no Plenário do STF.

Ante a inexistência de provimento liminar do STF suspendendo a execução da lei, a União Federal publicou, em novembro de 2007, a abertura da primeira concorrência pública para concessão de florestas (Floresta Nacional do Jamari/RO[40]), para licitação de três unidades de manejo de, aproximadamente, 17, 32 e 48 mil hectares cada (ou seja, todas acima de 2.500 ha). Em seguida, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública[41] para suspender o Edital de concorrência, com declaração incidental de inconstitucionalidade ou, ainda, para que se condenasse a União Federal, ao final, a submeter a concessão da Floresta do Jamari/RO à aprovação do Congresso Nacional. Assim, imprimiu-se nova tentativa, em sede de controle difuso (incidental) de constitucionalidade, do debate aberto pela ação direta de inconstitucionalidade.

O juízo de primeiro grau indeferiu o pedido liminar, sob duplo fundamento: (i) a impossibilidade de utilização de ação civil pública como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade; (ii) a interpretação do art. 225, §4, CF/ 88 estabeleceria apenas a necessidade de lei para a utilização de recursos naturais das florestas públicas da Região Amazônica, que seria algo distinto da concessão de terra pública do art. 49, XVII, da Constituição.

Por meio de agravo de instrumento (com pedido de tutela antecipada recursal), o Ministério Público Federal reverteu tal decisão perante o Tribunal Regional Federal da

1ª Região, com o acolhimento liminar de suas razões de proteção do patrimônio público, em razão do princípio da unidade da Constituição e da necessidade de sua interpretação sistêmica[42], para suspender a licitação até que o Serviço Florestal Brasileiro obtivesse aprovação do Congresso Nacional, para as unidades licitadas com mais de 2.500ha.

Contra tal decisão, a União Federal ajuizou pedido de suspensão de tutela antecipada (STA nº 235/TO) junto ao STF em abril de 2008, com fundamento em grave lesão à ordem pública. O pedido foi provido para suspender a decisão concessiva de tutela antecipada do TRF da 1ª Região, pois a sua manutenção implicaria a violação à ordem administrativa ambiental, ao suspender, em detrimento da presunção de constitucionalidade da lei, toda a política pública de concessão de florestas, dado o efeito multiplicador da decisão para as futuras concessões florestais. Assim, a questão continua em aberto, apesar da configuração provisória estabelecida por estas decisões.

O exemplo acima ilustra, em concreto, uma das possíveis tensões em que se insere o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ainda que a discussão esteja voltada, quase que exclusivamente, à interpretação constitucional relativa à inserção ou não da concessão florestal no programa normativo do art. 49, XVII, CF/88 (proteção do patrimônio e soberania do país), os reflexos de tal interpretação terão impacto na política florestal e climática brasileira, pois a demora ou não da aprovação legislativa pode trazer tanto conseqüências positivas, quanto negativas.

Para além das minúcias do caso abordado, constata-se que a provocação judicial não coloca em xeque a constitucionalidade do modelo brasileiro de concessão de florestas. Segundo o governo federal, tal política busca legalizar os acessos aos recursos florestais e combater os desmatamentos, grilagem, ocupações irregulares e extração ilegal de madeiras hoje existentes. O art. 2º da lei enuncia os princípios legais de ordem ambiental e de ordem econômica, que deverão ser equacionados em eventuais colisões de direitos fundamentais, em sentido amplo ou estrito, quanto à gestão das florestas.

Assim, o desafio para o Estado Democrático de Direito brasileiro está em concretizar este modelo de gestão de florestas, sem reduzi-lo, conforme outros exemplos da experiência internacional[43], a um interesse predominantemente mercadológico e voltado à exploração comercial de madeiras e da floresta, ao fundamento de realização de um princípio de desenvolvimento sustentável (de conteúdo indeterminado). Nos dizeres de Canotilho, este desafio aponta para a construção de um Estado Constitucional Ecológico e de Democracia Sustentada***[44]***, que descortinam horizontes de (re)leitura e competição de perspectivas individualistas, publicístas, associativas e globalistas de consideração do meio ambiente de forma concorrente, bem como para uma percepção integrativa do ambiente e para um agir integrativo da administração[45].

Conclusão

É certo que o desafio de concretizar um meio ambiente ecologicamente equilibrado envolve múltiplas tarefas. O aquecimento global é hoje uma ameaça concreta e não se dúvida da contribuição negativa do Homem para seu agravamento. As tentativas de

acordos internacionais mais consistentes em controle e regulação eficiente da emissão de gases de efeito estufa esbarram nos imperativos de desenvolvimento econômico e industrial. Posterga-se o direito à preservação ambiental e sadia qualidade de vida, sob as vestes da indeterminação do alegado princípio de desenvolvimento sustentável.

Isto também se evidencia na atuação interna político-jurídica brasileira. O surgimento de um Plano Nacional de ação governamental sobre Mudança do Clima, como impulso de criação de uma Política Nacional sobre Mudança do Clima, aliado ao combate do desmatamento ilegal, com a introdução de um novo modelo de gestão de florestas públicas, indicam, em tese, um aparente compromisso de forte preservação ambiental. Entretanto, a possibilidade de sobreposição de uma "racionalidade" econômica, que releva em segundo plano a preservação ambiental, é um perigo constante e deve ser combatido, sob pena de validar o chamado "aluguel ou hipoteca de florestas brasileiras", com nítido prejuízo para a biodiversidade, para o aquecimento global e para a qualidade de vida do homem no mundo.

O que se indaga, diante de todo um processo tecnológico e econômico circundante, é sobre a capacidade do homem adquirir uma nova postura reflexiva, em que as questões que modificam sua vida e o seu meio ambiente sejam pensadas a partir da própria vida, e não apenas enquanto fato demonstrável, enquanto revelação de uma razão instrumental[46], pela qual o homem domina o mundo e a natureza. É preciso repensar a relação do *homo faber* que encobre o *homo sapiens*[47] e aniquila qualquer princípio de responsabilidade sócio-ambiental para as gerações presentes e futuras.

A qualidade da vida e do meio ambiente no futuro perpassa o nível de riscos ambientais (climáticos e florestais) hoje assumidos, por meio de processos decisórios pautados na Constituição e em bases democráticas, em razão do que se convencionou chamar de Estado Ambiental ou ambientalmente sustentado.

Em termos de um Estado Constitucional Ecológico, cabe ao Poder Público e aos cidadãos, também por meio do controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) e da concretização dos direitos fundamentais, equacionarem, de forma adequada, a contínua tensão entre os valores sociais, econômicos e ambientais.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional:** em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 101-110.

_____. **Protecção do ambiente e direito de propriedade**: crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra, 1995.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. **Proteção jurídica do meio ambiente**: I florestas. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. **Direito ao ambiente e propriedade privada:** aproximação ao estudo da estrutura e das conseqüências das "leis-reserva" portadoras de vínculos ambientais. Coimbra: Coimbra, 2001.

HABERMAS, **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, volume I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JONAS, Hans. **El Principio de Responsabilidad**: Ensayo de uma ética para la civilización tecnológica. Tradução de Javier M.ª Fernãndez Retenaga. Barcelona (Espanha): Herder, 1995.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. *Será o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado um direito fundamental? Em busca da nota de fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. In: **Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização** (Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB), v. 3, n. 2, 2006, p. 235-254.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais**: uma proposta constitucionalmente adequada. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIRVINKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

---

[1] "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...]".

[2] A menção às normas em questão não significa coincidência exata com a abrangência dos normativos relacionados às metas de combate ao aquecimento global e de redução do desmatamento. Esclareça-se apenas que a indicação a tais normativos é fruto da opção de redução temática adotada pelo autor.

[3] Ilustrativamente, consultar a seguinte reportagem, datada de 01/12/2008: **Entenda a reunião sobre clima da ONU na Polônia. BBC Brasil explica do que trata e porque a reunião tem merecido tanto destaque.** Disponível em: <http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid286434,0.htm>. Acesso em: 15/01/2008.

[4] A referida lei dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, que tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. Segundo Marcelo Abelha Rodrigues, "Pode-se dizer que a lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) foi, por assim dizer, o marco inicial, o primeiro diploma legal que cuidou do meio ambiente como um direito próprio e autônomo. Antes disso, a proteção do meio ambiente era feita de modo mediato, indireto e reflexo, na medida em que ocorria apenas quando se prestava tutela a outros direitos, tais como o direito de vizinhança, propriedade, regras urbanas e ocupação do solo, etc." RODRIGUES,

Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 55-56.

[5] HABERMAS, **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, volume I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 169.

[6] Trata-se de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.540-MC/DF) contra artigo de medida provisória, que alterou o Código Florestal, que dispôs que "a supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto." Insurgiu o Procurador Geral da República contra tal prescrição legal, por entender configurada a "**inconstitucionalidade formal** dos referidos dispositivos **por violação** ao art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1 - Distrito Federal (ADI 3.540 - MC/DF). Relator: Ministro Celso de Melo. Julgado em 01 de setembro de 2005. **Diário de Justiça**, Brasília, 03 fev. 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?PROCESSO=3540&CLASSE=ADI%2DMC&cod_classe=555&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M&EMENTA=2219>. Acesso em: 15/12/2008.

[7] "A fundamentação do referido aresto, no voto do Ministro relator Celso de Mello, é clara no sentido de constatar que a preservação da integridade do meio ambiente é expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas e que os preceitos do artigo 225, CF/88, traduzem a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Reforça, pois, o caráter de fundamentalidade de tal direito a partir das características que lhe agregam a perspectiva histórica de gerações dos direitos fundamentais, a materializar poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente e de modo difuso a todos a consagrar o princípio da solidariedade." MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. *Será o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado um direito fundamental? Em busca da nota de fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. In: **Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização** (Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB), v. 3, n. 2, 2006, p. 236-237.

[8] SIRVINKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45.

[9] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 52.

[10] COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. **Proteção jurídica do meio ambiente**: I florestas. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 11.

[11] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 70-71.

[12] Nesse sentido, ressalta Luis Sirvinkas que: "O bem ambiental, por essa razão, não pode ser classificado como bem público nem como bem privado (art. 98 do CC/2002), ficando numa faixa intermediária denominada *bem difuso*. Difuso é o bem que pertence a cada um e, ao mesmo tempo, a todos. Não há como identificar o seu titular e seu objeto é insuscetível de divisão. SIRVINKAS, op. cit., p. 32. Ver também: FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 5 ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

[13] "A constatação da multifuncionalidade dos direitos fundamentais não constitui, por outro lado, nenhuma novidade e pode - a despeito de novos direitos e importantes desdobramentos vinculados às perspectivas subjetiva e objetiva - ser reconduzida à doutrina dos quatro *status* de G. Jellinek, do final do século passado, onde encontra sua vertente, tendo sido, além disso (inclusive entre nós), utilizada recentemente como referencial para a classificação dos direito fundamentais." SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 171.

[14] MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 140.

[15] SARLET, op. cit., p. 185.

[16] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 02

[17] Nesse sentido, "o objeto do direito será a normação pelo Estado do bem jurídico protegido constitucionalmente", para formulação de normas de organização e procedimento, com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições, como de outras, de índole normativa. Cf. MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 143.

[18] Nesse sentido, tais direitos são entendidos "como posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este os proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais." SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais**: uma proposta constitucionalmente adequada. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 99.

[19] MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 142-143.

[20] MENDES, op. cit., p. 6.

[21] MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 150.

[22] Reivindicações de direitos de terceira geração como direitos fundamentais.

[23] MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 111.

[24] SARLET, op. cit., p. 57.

[25] Entretanto, destaca também o seguinte: "Para outros, por sua vez, os direitos fundamentais da terceira dimensão, (...), podem ser considerados uma resposta ao fenômeno denominado de "poluição das liberdades", que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direito e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias. Nesta perspectiva, assumem especial relevância o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida (que já foi considerado como direito de terceira geração pela corrente doutrinária que parte do critério da titularidade transindividual), [...]." SARLET, op. cit., p. 58.

[26] SARLET, op. cit., p. 57.

[27] SARLET, op. cit., p. 62.

[28] Cf. FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. **Direito ao ambiente e propriedade privada:** aproximação ao estudo da estrutura e das conseqüências das "leis-reserva" portadoras de vínculos ambientais. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 19.

[29] Nesse sentido, é esclarecedor e fundamental o magistério de Maria Fernandez, a saber: "Actualmente, a manifestação constitucional do direito ao meio ambiente é, ainda, bastante incipiente, pelo que tem cabido ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, à lei e, em especial, aos regulamentos administrativos a tarefa de explicitar, convenientemente, o âmbito, o objeto, bem como a natureza deste recente ramo do direito. **No que concerne à jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, é curioso notar que este nega ao direito ao ambiente o carácter ou a natureza de direito fundamental, considerando que a obrigação de protecção desta realidade decorre, antes, do desenvolvimento da cláusula do Estado Social de Direito**. O Tribunal Constitucional, na ausência de uma clara manifestação do texto da Constituição, tem tentado concretizar o direito ao meio ambiente através do direito à vida e do direito à integridade física em conjugação constante com a garantia constitucional do direito de propriedade privada." [grifo nosso]. FERNANDEZ, op. cit., p. 20.

[30] MENDES, op. cit., p. 78.

[31] MENDES, op. cit., p. 78.

[32] Vale ressaltar que toda a problemática dos tipos de colisão passa por diversas depurações e opções teóricas, a depender do modelo a que se vincula; isto, contudo, foge ao escopo deste artigo. Porém, para um maior aprofundamento nesse sentido, vide: ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

[33] MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 282.

[34] Nesse sentido é que Maria Fernandez apresenta o escopo de sua pesquisa: "Contudo, a proteção da natureza, a prossecução do equilíbrio ecológico e a conservação do patrimônio artístico e cultural de determinado país, ou seja, a pressecução de uma determinada teleologia político-ambiental, implica, inexpugnavelmente, a *colisão* com outros valores, direitos ou interesses juridicamente tutelados pela nossa Lei Fundamental. O objecto central do presente trabalho debruça-

se, exactamente, sobre uma das relações conflituais que a introdução constitucional da teleologia ambiental é susceptível de provocar. Trata-se da tensão existente entre *ambiente e propriedade privada*." FERNANDEZ, op. cit., p. 09.

[35] Um exemplo extremamente interessante é o caso estudado por Canotilho em obra específica, intitulada "Proteção do ambiente e direito de propriedade". Nesse livro analisa o caso da Quinta do Taipal, que tem a sua relevância por ele destacada: "O caso da <<Quinta do Taipal>> discutido e decidido nestes cinco arestos jurisdicionais pode e deve considerar-se **um *leading case* da jurisprudência ambientalista portuguesa.** Resolvemos anotar conjuntamente todos os Acórdãos em referência, porque, deste modo, podemos fazer um *levantamento topográfico* mais pormenorizado do conflito e, ao mesmo tempo, **registrar o *balanceamento de direitos e interesses* agitados nas várias instâncias jurisdicionais chamadas a fazer o direito na hipótese *sub judice*.**" [grifo nosso]. CANOTILHO, José J. Gomes. **Protecção do ambiente e direito de propriedade**: crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 81.

[36] A lei define como manejo florestal sustentável: a administração da floresta para a obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais, respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo e considerando-se, cumulativa ou alternativamente, a utilização de múltiplas espécies madeireiras, de múltiplos produtos e subprodutos não madeireiros, bem como a utilização de outros bens e serviços de natureza florestal.

[37] A lei define como (art. 3, inciso III) produtos e (art. 3, inciso IV) serviços florestais, respectivamente: (i) produtos madeireiros e não madeireiros gerados pelo manejo florestal sustentável; (ii) turismo e outras ações ou benefícios decorrentes do manejo e conservação da floresta, não caracterizados como produtos florestais.

[38] Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

[39] O referido inciso estipula um dos princípios que a lei estabelece para a gestão de florestas públicas, a saber: VIII - a garantia de condições estáveis e seguras que estimulem investimentos de longo prazo no manejo, na conservação e na recuperação das florestas.

[40] Segundo o Ministério do Meio Ambiente, a floresta do Jamari foi a primeira a ser alvo de concessão, pois é tida como uma localidade de desmatamento clandestino. Já está em andamento, também, a segunda concessão de floresta pública, com aproximadamente 215 mil hectares (floresta nacional de Saracá-Taquera/PA). Para maiores informações, consultar: www.florestal.gov.br.

[41] Ação civil pública nº 2008.41.00.000012-5, distribuída à 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Rondônia.

[42] Consta nas razões do agravo de instrumento do MPF o seguinte: "Assim, se o art. 49, inciso XVII, da CF, tem por finalidade a proteção do patrimônio público, e o art.

225, § 4º, objetiva a proteção do meio ambiente, a interpretação teleológica, instrumento da hermenêutica constitucional, e o princípio da unidade da constituição, exigem que a concessão de terras públicas cujas áreas sejam superiores a 2.500 (dois mil e quinhentos) hectares, e que se encontrem no interior da Floresta Amazônica brasileira, submeta-se à prévia aprovação do Congresso Nacional, além de dever se submeter também às disposições decorrentes da legislação regulamentadora da lei mencionada no § 4º, do artigo 225, da CF. Não se pode conferir à floresta pública, nesse caso específico, a qualidade de bem distinto do solo, sob pena de se recusar incidência a um comando constitucional (art. 49, inciso XVII, da CF), em favor de outro comando constitucional (art. 225, § 4°, da CF) e da lei (Lei n° 11.284/06)."

[43] Segundo consta na decisão do agravo de instrumento julgado no TRF da 1ª Região, seria o caso de experiências no sudeste asiático (Indonésia, Malásia e Tailândia) e na África Central (República do Congo, Gabão, Quênia e Burundi). Ao mesmo tempo, é interessante notar que a Associação dos Servidores do IBAMA - Asibama e organizações da sociedade civil contestaram, à época da tramitação do projeto de lei, o modelo aprovado, em face da razão econômica preponderante da lei. Cf. reportagem de 30/06/2005, intitulada: Ameaça real às florestas brasileiras preocupa servidores do Ibama. Disponível em: http://www.sarneyfilho.com/aplicacoes/Noticia/index.cfm?fuseaction=Noticia.MostrarDetalheNoticia&IdNoticia=2962. Acesso em: 15/12/2008.

[44] Segundo Canotilho: "No fundo, o que se pretende com estes enunciados ou fórmula é isto: 1) o Estado constitucional, além de ser e dever ser um Estado de Direito Democrático e Social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos; 2) o Estado Ecológico aponta para formas novas de participação politica sugestivamente condensadas na expressão "Democracia Sustentada". No entanto, se as duas idéias rectizes - Estado ecologicamente informado e conformado e Democracia adequada às exigências de desenvolvimento ambientalmente justo e duradouro - parecem não oferecer grandes discussões, já o mesmo não se passa quando abandonamos os títulos metafóricos e nos embrenhamos na indispensável tarefa de análise das dimensões juridicamente constitutivas de tal Estado e de tal Democracia." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional:** em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 102.

[45] CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 103-110.

[46] Nesse sentido, consultar: MILOVIC, Miroslav. **Comunidade da diferença**. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Ijuí, RS; Unijuí, 2004, p. 100 et. seq.

[47] "De esto modo el triunfo del *homo faber* sobre su objeto externo representa, al miesmo tiempo, su triunfo dentro de la constitución íntima del *homo sapiens*, del cual solía ser en otros tiempos servidor." JONAS, Hans. **El Principio de Responsabilidad**: Ensayo de uma ética para la civilización tecnológica. Tradução de Javier M.ª Fernãndez Retenaga. Barcelona (Espanha): Herder, 1995, p. 36.

O DIREITO DE SUPERFÍCIE COMO INSTRUMENTO PARA IMPLEMENTAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA PARA IMPLEMETAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA*

THE RIGHT OF SURFACE AS A TOOL FOR IMPLEMENTING THE SOCIAL FUNCTION OF URBAN PROPERTY FOR IMPLEMENTATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING

Maria Lirida Calou Araújo e Mendonça
Marcio Rodrigues Melo

RESUMO

Este trabalho trata do direito de superfície, discutindo a relevância do instituto para a consecução da função social da propriedade urbana. Aborda a história do instituto jurídico propriedade e especificamente, apresentando o desenvolvimento histórico da propriedade no Brasil em razão da colonização portuguesa. Discute a função social da propriedade urbana nos termos da Constituição Federal de 1988, que serviu de parâmetro para elaboração do Estatuto da Cidade (Lei Federal no 10.257, de 10.jul.2001) e do novo Código Civil, que reinseriram no ordenamento jurídico pátrio o direito de superfície. Analisa também o direito de superfície nos termos do Estatuto da Cidade e do Novo Código Civil, apresentando os pontos convergentes e divergentes do instituto nos dois diplomas legais. Constata o presente trabalho que o correto uso do instituto referido pode ser um instrumento eficaz para os gestores municipais aplicarem a função social à propriedade urbana, implementando, então, o direito constitucional a moradia. O enfoque metodológico desta pesquisa é de natureza qualitativa, com fins descritivos e do tipo bibliográfico. Como resultado, constata-se que a função social da propriedade urbana pode ser atingida mediante o uso adequado do direito de superfície.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL. DIREITO DE SUPERFÍCIE. DIREITO A MORADIA.

ABSTRACT

This work addresses the right surface, discussing the relevance of the Office to achieve the social function of urban property. Discusses the history of the institute legal ownership and specifically, the historical development of property in Brazil because of the Portuguese colonization. Discusses the social function of urban property in accordance with the Constitution of 1988, which served as a parameter for development of the City Statute (Federal Law no.10.257 of 10.jul.2001) and the new Civil Code, which re-legal mother the right to surface. Also examines the right of area under the Statute of the City and the New Civil Code, giving the converging and diverging points of the institute in two acts. This study finds that the correct usage of the Office that may

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

be an effective tool for local managers to implement the social property urbana. O methodological focus of this research is a qualitative, with descriptive purposes and the type bibliography. As a result, it appears that the social function of urban property can be achieved through the appropriate use of the right surface

KEYWORDS: PROPERTY. SOCIAL FUNCTION. RIGHT TO SURFACE. RIGHT TO HOUSING.

INTRODUÇÃO

A função social da propriedade, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tornou-se parte integrante do conceito de propriedade, sendo assim, o caráter individualista e absoluto da propriedade, sem atender a função social, foi abolido pelo novo ordenamento jurídico.

Neste contexto, o estudo da função social da propriedade estabelecida na Constituição Federal de 1988 torna-se imprescindível, visto que pelo princípio da função social da propriedade, depreende-se que somente será legítima a propriedade que atender aos fins coletivos.

Considerando o processo de intensa urbanização ocorrido no Brasil, a partir da metade do século XX, na qual o êxodo rural e o desenvolvimento econômico do país são considerados os principais motivos do fenômeno citado, resultando no crescimento desordenado das cidades brasileiras, onde as condições de moradia são precárias.

Verifica-se então, a dificuldade das metrópoles brasileiras em organizar os seus espaços urbanos, tendo em vista o aumento do contingente populacional e de demandas sociais exigidas pela coletividade do poder público.

A regulamentação dos artigos 182 e 183 da Lei Maior, mediante Lei Federal 10.257, de 10.jul.2001, também denominada Estatuto da Cidade, apresenta mecanismos para melhor gestão dos municípios brasileiros.

No que concerne a função da propriedade urbana, a citada lei reintroduziu o direito de superfície como instrumento importante para consecução da função social da propriedade urbana. Ressalta-se que o referido instituto também foi positivado no Código Civil de 2002, razão pela qual se deve analisar os pontos convergentes e divergentes do instituto em ambos os diplomas legais.

Ademais, tratando-se o direito de superfície de uma exceção ao princípio da acessão, a compreensão do instituto torna-se relevante para a aplicação do mesmo com o objetivo de implementação da política urbana definida no plano diretor.

Com a correta utilização do direito de superfície, os gestores municipais poderão inibir o uso de imóveis urbanos ociosos com fins especulativos, adequando assim, o uso da

propriedade urbana ao plano diretor do município, desta forma, atendendo também aos fins sociais da propriedade.

Diante desse quadro, indaga-se em relação a função social da propriedade urbana, existe a possibilidade de aplicação simultânea do Estatuto da Cidade e do Código Civil ou os referidos diplomas legais são excludentes.

Este artigo tem o objetivo geral de analisar a utilização do direito de superfície como instrumento para consecução da função social da propriedade urbana, procurando demonstrar a aplicabilidade do instituto.

A pesquisa é de natureza qualitativa, realizada na legislação e na doutrina, com fins descritivos. Quanto ao resultado, é pura ou destinada ao conhecimento, sem pretender transformar o objeto apreciado. Adota-se, portanto, o método qualitativo.

Primeiramente, é feito um breve registro histórico da propriedade, abordando também o seu desenvolvimento no Brasil, seguindo-se a análise da função social da propriedade urbana na Constituição Federal de 1988. Depois são examinados o direito de superfície, a sua inserção no Estatuto da Cidade e no Código Civil. Prossegue-se com a análise do direito de superfície como instrumento para atingir a função social da propriedade urbana.

1. HISTÓRIA DA PROPRIEDADE

A história do homem confunde-se com a da propriedade, tendo em vista que o referido instituto acompanha o homem desde as épocas mais remotas. Na obra "A origem da família, da propriedade privada e do Estado", Engels estudou a gênese da propriedade.

No oriente antigo, especificamente entre os persas, a propriedade era familiar e tribal. O fenômeno da individualização da propriedade ocorreu entre os romanos e gregos, destacando-se no período romano, três espécies de propriedade: a quiritária, a pretoriana e do *ius gentim*, que apresentavam as seguintes características:

Quiritária: o domínio da propriedade quiritária estava submetida a condições estritas de ordem nacional e de forma, ao fim e ao cabo, restrito.

Pretoriana: desenvolveu-se pela jurisdição do pretor, que protegeria o adquirente de uma *res mancipi* contra a quem não a tinha transferido mediante o ato formal, hábil a operar a transferência reconhecida pela *ius civile*.

Ius Gentium: desenvolve-se a partir das sucessivas reformas agrárias, onde se dividiu as terras do Estado Romano, *ager publicus*, com o objetivo de aplacar os ânimos dos plebeus, classe mais pobre.

Conquanto os juristas elaboradores do código napoleônico tenham atribuído um caráter individual e absolutista a propriedade romana, aquela apresentava uma série de restrições, que visavam o aspecto social do uso da propriedade, conforme opina MALUF (1997, p. 11 apud IMBERT):

Múltiplas restrições foram, com efeito, aduzidas ao exercício da propriedade; elas já existiam nos antigos textos jurídicos romanos, e o seu número foi aumentando até Justiniano [...]: o proprietário não pode construir em sua casa oficinas que libertem fumo ou que deixem correr água para os terrenos de um vizinho em quantidade anormal; a noção de expropriação por motivos de utilidade pública está bem estabelecida nas novelas de Justiniano; e até, por vezes, se as terras permaneciam incultas, os imperadores suprimiam pura e simplesmente o direito de propriedade para as concederem ao primeiro ocupante, com a condição de as cultivar".

Na Idade média, a propriedade caracterizava-se pela inexistência do conceito unitário de propriedade, onde se consagrava uma superposição de direitos sobre o mesmo bem. No sistema medieval, os pequenos proprietários (vassalos) cediam a terra ao senhor, que lhes permitia o gozo e fruição da propriedade.

A ascensão da classe burguesa ao poder, com o advento da Revolução Francesa, proporcionou a individualização e sacralização da propriedade, assim estabelecida na Declaração de 1789: " A propriedade sendo um direito inviolável e sagrado, ninguém pode dela ser privado, a não ser quando o exigir evidentemente a necessidade pública, legalmente acertada e sob a condição de justa e prévia indenização".

Sob influência da codificação napoleônica e da escola pandectística alemã, as codificações, posteriores a Revolução Francesa, cunharam um modelo de propriedade individual e abstrato, tendo em vista os objetivos primordiais de uma sociedade capitalista: um instrumento ágil, conciso, funcional, caracterizado pela simplicidade e abstração.

A partir das diferenças sociais criadas pelo modelo capitalista liberal, o caráter subjetivo da propriedade recebe contestações, sendo as críticas postas pelo francês Leon Duguit uma referência na concepção de uma função social da propriedade, ao considerar que a propriedade deveria ser vista nela, como função social, não havendo direito subjetivo do proprietário, que certamente, deveria ser considerado o detentor da riqueza, gerindo um bem socialmente útil.

Então, o estado capitalista obrigou-se a flexibilizar o direito de propriedade com o objetivo de conter o avanço das idéias socialistas, subordinado assim, o exercício do direito de propriedade a sua função social.

1.1 Direito de propriedade no Brasil

O Código Civil português de 1867 inovou ao consagrar em seu art. 2.167 a função social do direito real. A outorga concedida pelo Rei aos seus súditos mais fiéis de porções de terras comparáveis a países europeus, por meio de concessão de Capitanias Hereditárias, no Brasil do século XVI, representava o domínio das vastas terras, pela colonização portuguesa. Fracassado o sistema inicial, vigorou o sistema de sesmarias, o qual condicionava sua concessão ao aproveitamento útil e econômico que geralmente não era atingido.

O sistema de posses foi introduzido no Brasil em 1850, pela Lei 601, Lei de Terras, cujo conteúdo permitiu concluir que a aplicação do sistema de sesmaria originou a formação da propriedade privada. A Lei de Terras visava à regularização do sistema distributivo

de terras, tornando legal a apropriação originária, a *ocupatio,* condicionada à efetiva atividade exploratória do isolamento físico da demonstração do interesse pela gleba ocupada. Assevera VARELA (2005, p. 139):

[...] Nessa condição de norma de transição, verdadeiro divisor de águas, a Lei 1850 procura, de uma lado, legitimar as apropriações anteriores, que revestem as formas de apossamento, das datas, das sesmarias – sendo o critério legal utilizado, precisamente, o do efetivo cultivo e morada sobre as terras, como adiante examinaremos.

Ainda que o caráter absoluto da propriedade já estivesse sob contestação em diversos páises, o Código Civil Brasileiro de 1916 optou pelo modelo individual da propriedade nos termos do art. 524, que dispõe: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e reavê-los do poder de quem quer que, injustamente, os possua”.

O civilismo tradicional, representado pela ideologia oitocentista, cunhou o instituto jurídico propriedade de forma absoluta, exclusiva, perpétua e ilimitada. Entretanto, o novo padrão de propriedade, instituído a partir da Constituição Federal de 1988, não retira o caráter individual da propriedade, apenas o relativiza em razão da função social.

O novo Código Civil dispõe que "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas" (Código Civil, art. 1.228, § 1º) e que "são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem" (§ 2º). Na opinião de MEZZI (2006, p. 386):

Pelo reconhecimento da função social, fica claro que o absolutismo – como característica da propriedade – recebe tratamento diferenciado do que era previsto na codificação revogada. O absolutismo individual, que representava o arbítrio do proprietário de fazer do bem tudo aquilo que desejava e que já vinha recebendo mitigações, acaba por curvar-se ante a visão da utilização da propriedade sempre em consonância com a finalidade social.

Portanto, o novo diploma legal adequa-se ao disposto no texto da Lei maior ao consagrar a função social da propriedade em seu texto.

2 FUNÇÃO SOCIAL INTERGRADA À ESTRUTURA E AO CONCEITO DE PROPRIEDADE

Em razão das modificações das características da propriedade, muitos autores consideraram a função social da mesma como limitação de maior extensão sobre o referido instituto. Ocorre que o termo limitação advém de um conceito externo a propriedade, desta forma, incidindo sobre o conteúdo da mesma.

Todavia prevalece o entendimento majoritário que a função social consubstancia parte integrante do conteúdo da propriedade, conforme aduz MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES (2008, p. 236): “Deve-se então, desde logo, buscar estabelecer uma premissa fundamental em tema de função social: ser ela parte integrante (essencial) da estrutura do conteúdo do direito de propriedade, influenciando na sua caracterização e no seu conceito”.

Para se compreender a significação da integração da função social ao conteúdo da propriedade, vale a lição de PONTES DE MIRANDA (1970, p. 40) ao expor a teoria dos bens jurídicos da seguinte forma: “Chamam-se partes integrantes as partes concretas que entram na unidade que faz a coisa. Se não podem ser separadas, sem que, com isso, se deteriorem as outras, ou elas mesmas, ou sem que modifiquem em sua natureza aquelas, ou essas, dizem-se essenciais”.

O constituinte da Lei Maior disciplinou que: “a propriedade atenderá a sua função social”, não especificando que cabe ao legislador infraconstitucional impor limites à propriedade. Também o § 2º do art. 182 estabelece: “ A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende...”. O art. 186 dispõe que: “A função social é cumprida quando...”. Os dispositivos mencionados evidenciam que a função social é intrínseca ao próprio instituto.

Sendo intrínseco ao conceito de propriedade, a função social imprime um sentido impositivo ao legislador ordinário, uma vez que qualquer lei que ignore a função social da propriedade resta inconstitucional. Por sua vez, os limites impostos à propriedade apresentam conteúdo negativo, pois se aproximam do poder de polícia administrativa.

Entre os doutrinadores que consideram que a função social integra a estrutura e o conceito de direito de propriedade, pode-se citar: Gustavo Tepedino, Francisco L. Loureiro, Melhim Chalu, Roger Raupp, José Diniz Moraes, Vladimir da R. França, Rosalinda P. C. Rodrigues Pereira, Luciano de Sousa Gody e Luiz Edson Fachin.

3 A PROIPRIEDADE URBANA E A FUNÇÃO SOCIAL NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Na política urbana, a Constituição Federal de 1988 tentou corrigir um equívoco das constituições passadas, que não abordavam o urbanismo em seus textos. Por isso, o constituinte tratou de modo específico da propriedade urbana, tornando-se um marco no direito urbanístico brasileiro.

A propriedade insere-se entre o rol de direitos fundamentais, estando disposta no art. 5º, inciso XXII da Lei Maior. As diretrizes constitucionais da propriedade estão dispostas também nos incisos XXIII (atendimento a função social), XXIV (prévia e justa indenização em caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública).

No título VII “Da ordem econômica e Financeira”, o texto constitucional disciplina os princípios da atividade econômica e dentre eles traz a propriedade (art. 170, II) e a função social (art. 170, III). Desta forma, a propriedade individual, concebida exclusivamente para os interesses individuais e egoísticos do proprietário não é mais

concebida diante da ordem jurídica vigente. Na lição do ministro Eros Roberto Grau (2008, p. 239): “A propriedade dotada de função social é justificada pelos seus fins, seus serviços, suas funções".

Especificamente sobre a propriedade urbana, a Carta Magna dispõe sobre a função social desta no capítulo específico da política urbana nos seguintes termos:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O planejamento, mediante o plano diretor, tornou-se indispensável nas grandes cidades, visto que para o cumprimento da função social da propriedade urbana deverá ser atendido às condições estabelecidas no citado plano. Do caput do artigo transcrito, constata-se que:

I.Necessidade uma política de desenvolvimento urbano;

II.O Poder Público municipal como agente executor desta política;

III. O estabelecimento de diretrizes gerais através de lei;

IV. A atribuição de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e

V. De garantir o bem-estar dos habitantes.

Conquanto muitos municípios tenham promovido a elaboração de seus planos diretores, observado o disposto na nova ordem constitucional, isto é, como instrumento básico de política de desenvolvimento e de expansão urbana, somente com a edição da Lei Federal n.10.257, o Estatuto da Cidade, que entrou em vigor no dia 10 de outubro de 2001, regulamentou as diretrizes gerais de que trata o *caput* do artigo 182 da Carta Magna. Na opinião LILIAN REGINA (2007, p. 49): "A política urbana recebeu tratamento constitucional, e a Lei Federal nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade – estabeleceu suas diretrizes gerais.

Entre os instrumentos postos pela Lei Federal nº 10.257/2001 com o objetivo de cumprimento da função social da propriedade urbana, está o direito de superfície, que será examinado posteriormente.

4. DIREITO DE SUPERFÍCIE

O direito de superfície surgiu com os romanos no período clássico, tendo sido consagrado no período de Justiniano. No Direito moderno, não foi recepcionado pelo Código Napoleônico, porém foi positivado na Alemanha (§§ 1012 e 1017, alterados pela Lei de 04/03/1919), Portugal (arts. 1524 e 1542 do CC. de 1967), Espanha (Dec. Legislativo nº 1/1992 que alterou a Lei do Solo de 1956 estabelecendo o artigo 287 nº 1) e na Suíça.

No Brasil, inicialmente o direito de superfície foi recepcionado em razão do direito português Lei de 20/10/1823, vigorando até 1.864, quando revogado pela Lei 1237, de 24.set.1864. Existem doutrinadores que entendem que o instituto do direito de superfície ressurgiu no ordenamento jurídico pátrio na figura da concessão de uso art. 7º, do Dec. Lei nº 271, de 28.fev.1967 pelo qual: "É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito resolúvel, para fins específicos de urbanização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social."

Pode-se conceituar o direito de superfície como o direito real sobre um terreno, conferido a uma pessoa (superficiário), com o objetivo de construir e/ou plantar, a título gratuito ou oneroso. Nas palavras de VENOSA (2006, p. 424): "Trata-se, como menciona a lei, de uma concessão que o proprietário faz a outrem, para que se utilize de sua propriedade, tanto para construir como plantar".

Verifica-se então, que o direito de superfície é uma exceção à regra de que o acessório segue o principal, conforme opina FIGUEIRA JÚNIOR(2008, p. 1471 apud RICARDO LIRA):

"[...] para chegarmos aos contornos conceptuais do direito de superfície, devemos partir da noção de acessão. (..) Os fenômenos da edificação (*inaedificatio*) e da plantação (*plantatio*) são denominados pelo princípio *superficies solo cedit*, por força do qual tudo que se planta ou constrói em solo alheio é da propriedade do dono do solo. O direito de superfície é substancialmente uma suspensão ou interrupção da eficácia do princípio da acessão.

O acórdão proferido pelo Tribunal do Rio Grande do Sul demonstra que a regra de acessão, do art. 59 do Código Civil não é absoluta nos seguintes termos:

4. TIPO DE PROCESSO: Apelação Cível

NÚMERO: 583010699 - Não Possui Inteiro Teor Decisão: Acórdão

RELATOR: Galeno Vellinho de Lacerda

EMENTA: REGISTRO DE FORMAIS DE PARTILHA COM CONDOMINIO EM AREA DIVISIVEL E PROPRIEDADE EXCLUSIVA DE CONSTRUCOES A ALGUNS CONDOMINOS. POSSIBILIDADE, POIS A REGRA DA ACESSAO, DO ART-59 DO CC, NAO E ABSOLUTA, PERMITINDO CONVENCAO EM CONTRARIO, E O ART-632 DO CC ADMITE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DE BENFEITORIA NO CONDOMINIO. DOUTRINA, TRADICAO E TENDENCIA DE NOSSO DIREITO A PROPOSITO DO TEMA. DIREITO DE SUPERFICIE. DUVIDA IMPROCEDENTE.

Quando se constitui o direito de superfície há um direito de propriedade do solo, que necessariamente continua a pertencer ao proprietário, porém o superficiário terá a possibilidade de exercitar a faculdade de edificar ou plantar sobre o terreno com vistas a adquirir a propriedade superficiária, exercendo o direito de usar, gozar e desfrutar das edificações e plantações objeto da superfície.

Em razão do fenômeno da acessão, tudo aquilo que acede permanentemente ao solo passa a ser da propriedade do dono do solo. Entretanto, existindo a determinação do direito de superfície, duas pessoas podem convencionar que a primeira possa construir sobre o terreno de propriedade da segunda, de tal forma que a edificação seja do domínio ela, permanecendo o lote ao patrimônio do cedente.

Na legislação pátria, o direito de superfície encontra-se normatizado tanto no Estatuto da Cidade como no Código Civil de 2002, razão pelo qual será abordada a existência do instituto em diplomas legais diferentes.

5 O DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE NO NOVO CÓDIGO CIVIL E NO ESTATUTO DA CIDADE

O Código Civil de 2002 positivou o direito de superfície, que se encontrava também inserto no Estatuto da Cidade de 2001. O referido Estatuto tentou configura o direito de superfície como um novo instrumento de política urbana e habitação.

Por sua vez, o artigo 1.225 do Código Civil dispõe expressamente como direito real, o direito de superfície. Com Título próprio no Livro III, do Direito das Coisas, na nova sistemática cível do ordenamento jurídico, a partir dos artigos 1.369 e seguintes daquele Código.

Os dispositivos legais asseguram que o proprietário, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu

terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente inscrita no Registro de Imóveis, podendo esta concessão ser gratuita ou onerosa. O direito de superfície, nas palavras de Maria Helena Diniz (2002, p. 399) é: "um direito real sobre coisa alheia, porque recai diretamente sobre bem pertencente a outrem, impondo restrições ao titular do domínio em benefício do usuário, durante todo o tempo de vigência do título constitutivo".

O direito de superfície poderá ser transferido por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, sem que o proprietário do solo possa estipular o pagamento de qualquer quantia pela transferência, conforme aduz o art. 1372 do Código Civil. Por sua vez, em caso de alienação do imóvel ou da superfície, o superficiário, bem como o proprietário do solo, tem de respeitar o direito de preferência, reciprocamente nos termos do art. 1373 do Código Civil que dispõe: " Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições".

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.jul.2001) não trata o direito de superfície como direito real, existindo controvérsias doutrinárias sobre a aplicação simultânea ou não do Estatuto das Cidades ou do Código Civil em questões relacionadas ao direito de superfície. Em relação à controvérsia, opina SILVIO SAULO VENOSO (2006, p. 427):

Se levarmos em conta a opinião aqui tantas vezes defendida de que o Estatuto da Cidade institui um microssistema, tal como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Inquilinato, portanto, sob essa óptica, o estatuto vigorará sobranceiro no seu alcance de atuação, em princípio, sobre as demais leis, ainda que posteriores.

De qualquer forma, o Estatuto da Cidade direciona-se exclusivamente aos imóveis urbanos com política específica. Sendo assim, o Código Civil regula a exploração do solo mais restrita, somente para construção ou plantação, podendo o imóvel ser urbano ou rural e a cessão por prazo determinado apenas, enquanto que no Estatuto da Cidade a exploração do solo é mais ampla, desde que atendidas às regras de política urbana, caso em que o imóvel pode ser apenas o urbano e a cessão, por outro lado, tanto pode ser por prazo determinado quanto por prazo **indeterminado** (grifos nossos).

Em posições semelhantes, tanto o Código Civil como o Estatuto das Cidades estabelecem que o acordo do direito de superfície seja realizado mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis, visto que esse requisito formal é inderrogável pela vontade das partes.

O direito de superfície foi inserido no ordenamento, possuindo grande relevância, pois atua como uma das formas de se conseguir que a propriedade alcance sua função social. No direito brasileiro existe uma dupla modalidade superficiária, deduzindo que unicamente são de aplicação direta ao direito de superfície urbanística os preceitos do Estatuto da Cidade, e os do Código Civil somente se devem aplicar à superfície comum ou ordinária. Também poder-se-ia admitir certa intercomunicação entre ambas as regulamentações, de modo que a disciplina estabelecida no Código sirva, além de regular a superfície comum ou ordinária, como Direito supletivo do Estatuto da Cidade para completar a disciplina urbanística.

Todavia, o mais adequado é pensar que ambas as regulamentações se integram em um todo orgânico, o ordenamento jurídico brasileiro, e, em conseqüência, deve proceder-se a uma interpretação sistemática, única, conjunta e integrada, de todo o complexo relativo ao tema.

6 DIREITO A MORADIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O poder constituinte derivado reformador que elevou a moradia ao *status* de direito constitucional. A chamada competência reformadora exercida pelo Congresso Nacional ampliou o rol dos conhecidos direitos sociais, com a Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que alterou a redação do art. 6º da Constituição Federal.

O direito à moradia já encontrava previsão constitucional no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, como direito do trabalhador urbano e rural a um "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim".

Constitui, ainda, competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais, nos termos do artigo 23, inciso IX, da Constituição Federal.

Destarte, percebe-se que o direito à moradia é um direto essencial, já há muito tempo fazendo parte do texto constitucional, agora robustecido com sua expressa menção no elenco do artigo 6º; proporcionando, no mínimo, a facilitação da exigência de sua concretização.

7. DIREITO DE SUPERFÍCIE COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO DA PROPRIEDADE

A Lei Federal n.10.257, denominada de Estatuto da Cidade, regulamentou as diretrizes gerais de que trata o *caput* do artigo 182 da Carta Magna, estabelecendo normas gerais de direito urbanístico, nos termos do artigo 24, I.

O Estatuto, em seu capítulo I, apresenta seus princípios e diretrizes, e expressamente salienta, no parágrafo único do artigo primeiro, que as suas disposições são: “normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”.

O direito real de superfície poderá se tornar um importante instrumento de transformação da propriedade. Cabe aos administradores públicos elaborarem e aplicarem planos de política urbana que coadunem na prática os interesses sociais e coletivos dispostos no Estatuto da Cidade, visto que o proprietário da área - cede o direito de construção sobre o seu terreno à determinada associação de moradores, aplicando o instituto do direito de superfície.

Cabe aos governos municipais, de acordo com o art. 47, criarem benefícios e atrativos para as empresas participantes do projeto, (diferimento e isenção de tributos). Investimentos de infra-estrutura – pavimentação de ruas e transporte coletivo – visando o desenvolvimento da região.

O direito de superfície pode apresentar-se como um direito social, que sendo aplicado, será de grande valia para inúmeras pessoas, principalmente a classe dos menos favorecidos. Por possibilitar a concessão temporária de um sujeito sobre propriedade de outro, facilita a construção de moradia em solo alheio, sem que seja abarcada pela acessão.

Dessa forma, considera-se ser possível usar o instituto do direito de superfície como instrumento de transformação, uma vez que os municípios poderiam aplicá-lo para fins de melhor utilização da propriedade urbana, que não exerça a função social, desta forma contribuindo para redução da carência de moradia existente nas metrópoles brasileiras.

CONCLUSÃO

A história do homem confunde-se com a da propriedade, tendo em vista que o referido instituto acompanha o homem desde as épocas mais remotas. No Brasil colonial, as terras pertenciam ao Rei. A Lei 601, Lei de Terras, tornou-se um marco na tentativa de regularização das terras existentes no Brasil.

O civilismo tradicional, representado pela ideologia oitocentista, cunhou o instituto jurídico propriedade de forma absoluta, exclusiva, perpétua e ilimitada. Entretanto, o novo padrão de propriedade, instituído a partir da Constituição Federal de 1988, não retira o caráter individual da propriedade, apenas o relativiza em razão da função social.

Na Lei Maior, a função está disciplinada nos seguintes termos: “a propriedade atenderá a sua função social”, não especificando que cabe ao legislador infraconstitucional impor limites à propriedade. Também o § 2º do art. 182 estabelece: “ A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende...”. O art. 186 dispõe que: “A função social é cumprida quando...”. Os dispositivos mencionados evidenciam que a função social é intrínseca ao próprio instituto.

Sendo intrínseco ao conceito de propriedade, a função social imprime um sentido impositivo ao legislador ordinário, uma vez que qualquer lei que ignore a função social da propriedade resta inconstitucional. Por sua vez, os limites impostos à propriedade apresentam conteúdo negativo, pois se aproximam do poder de polícia administrativa.

Na política urbana, a Constituição Federal de 1988 tentou corrigir um equívoco das constituições passadas, que não abordavam o urbanismo em seus textos. Por isso, o constituinte tratou de modo específico da propriedade urbana, sendo que o planejamento urbano, mediante o plano diretor, tornou-se indispensável nas cidades com população maior que vinte mil habitantes, visto que para o cumprimento da função social da propriedade urbana deverá ser atendido às condições estabelecidas no citado plano.

O processo de intensa urbanização ocorrido no Brasil, a partir da metade do século XX, na qual o êxodo rural e o desenvolvimento econômico do país são considerados os

principais motivos do fenômeno citado, resultando no crescimento desordenado das cidades brasileiras, onde as condições de moradia são precárias.

O instituto do direito de superfície, apresentado como direito real imobiliário, no atual Código Civil, e reinserido no Estatuto da Cidade, trouxe novas perspectivas de reformulação da propriedade imobiliária, uma vez que se pode conceder a propriedade superficiária distintamente da propriedade do solo, específica do concedente, constituindo-se, nestes moldes, incentivo à construção civil, com ensejo à mitigação do grave problema da crise habitacional no país, bem como a oportunidade de criação de novos empregos.

A dinamização do domínio, mediante a constituição do direito de superfície, mostra-se conveniente para um melhor proveito do solo improdutivo ou inculto, e, no plano jurídico, elide constituições de concessões do solo, que não estavam amparadas pela norma jurídica, resolvendo-se os casos por perdas e danos.

O direito de superfície pode apresentar-se como um direito social, que sendo aplicado, será de grande valia para inúmeras pessoas, principalmente a classe menos favorecida. Por possibilitar a concessão temporária de um sujeito sobre propriedade de outro, facilita a construção de moradia em solo alheio, sem que seja abarcada pela acessão.

O direito de superfície torna-se instrumento importante para atender a função social da propriedade, tanto quando disposto no Código Civil quanto no Estatuto da Cidade, com mecanismos em que permitem a utilização, por exemplo, do solo ou de prédios inacabados, a fim de promover o almejado bem estar social.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. Direito civil brasileiro: direito das coisas. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1977.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado: parte geral.. 3. ed. Rio de Janeiro, 1970.

MALUF, carlos Alberto Dabus. Limitações ao direito de propriedade, São Paulo, 1997.

PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. Função social da propriedade urbana,Belo Horizonte:Editora Fórum, 2007.

TORRRES, Marcos Alcino de Azevedo. A propriedade e a posse:um confronto em torno da função social, 2. ed. Lumens Juris, 2008.

VARELA, Laura beck. Das sesmarias à propriedade moderna:um estudo de história do direito brasilerio. Rio de janeiro, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil:direitos reais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível número 583010699 . Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 13 Jun. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da república Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 Jun. 2009.

_____. Lei federal 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Institui o código civil. Rio de Janeiro -RJ, Congresso Nacional.Disponível em:<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 Jun. 2009.

_____. Lei federal 104257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília-DF, Congresso Nacional. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 Jun. 2009.

_____. Lei federal 10.406, de 10 de.pa janeiro de 2002. Institui o código civil. Brasília-DF, Congresso Nacional.Disponível em:<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 Jun. 2009.

A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO CONCEITO DE SAÚDE E DE DIREITO À SAÚDE E A PARTICIPAÇÃO CIDADÃ*

THE SOCIAL CONSTRUCTION OF THE CONCEPT OF HEALTH AND HEALTH RIGHTS AND CITIZENSHIP PARTICIPATION

Osmir Antonio Globekner

RESUMO

Este trabalho busca especificar o conteúdo dos conceitos de saúde e de direito à saúde como função de sua construção social. Nesse escopo, aborda alguns aspectos relevantes a eles relacionados, tais como: as relações entre a inovação tecnológica em saúde e a desigualdade social no acesso à atenção sanitária, a natureza das necessidades humanas no campo sanitário, as circunstâncias político-sociais em torno da constitucionalização do direito à saúde no Brasil. Concluindo-se por um conteúdo que se desdobra entre as distintas dimensões dos direitos humanos, sendo fundamental, à sua apreensão e realização, a compreensão do contexto histórico e cultural, bem como das aspirações da sociedade na qual o direito está sendo considerado.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL, DIREITO À SAÚDE, ATENÇÃO À SAÚDE, CIDADANIA

ABSTRACT

This work aims to specify the content of the health and right to health concepts as a function of their social construction. In such intent, it approaches some aspects related to them, such as: the relationships between technological innovation in health and social inequality in health services accessibility, the nature of human needs in the health field, the political-social circumstances around the constitutionalization of the right to health in Brazil. Being concluded by a content that is unfolded among the different dimensions of the human rights, being fundamental to its apprehension and accomplishment, the understanding of the historical and cultural context, as well as of the aspirations of the society in which such right is considered.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS, HEALTH RIGHTS, HEALTH CARE, CITIZENSHIP

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 INTRODUÇÃO

A busca, neste trabalho, de maior compreensão sobre o conceito de saúde e sua repercussão no conceito de direito à saúde, a par da complexidade ínsita à matéria, deve-se também a uma razão circunstancial.

O atual estágio de avanço tecnológico no campo das ciências da saúde tem colocado nas mãos do homem opções que há pouco não possuía. À medida que as possibilidades de intervenção na saúde humana passam a comportar uma crescente margem de escolha, passam também, por via de consequência, a exigir maior reflexão ética e disciplina jurídica.

O tema das implicações que a evolução das ciências da saúde determina sobre as ciências sociais em geral e sobre as ciências sociais aplicadas em particular é por demais extenso, porém, o que se pretende no restrito escopo deste trabalho é a extração de alguns pressupostos mínimos que possam orientar a discussão jurídica dos problemas do acesso aos cuidados em saúde nesse contexto de acelerada evolução da tecnologia da saúde.

É necessário também compreender as razões que tornam a saúde, um bem a proteger e um direito a ser garantido, peculiares e distintos de outros bens e direitos juridicamente tutelados.

2 A SAÚDE COMO UM BEM

A ideia de saúde associa-se com a ideia de bem. O estado natural do ser humano seria o estado de pleno gozo de suas faculdades físicas e psíquicas, o estado de perfeito bem-estar, denominado saúde. A doença seria uma disfunção desse estado natural. Assim, valora-se a saúde positivamente, atribuindo-lhe a característica de um bem.

A definição desse bem, de sua natureza e características, é, entretanto, profundamente dependente das representações sociais sobre o estado de saúde. Em outras palavras, o conceito de saúde é social e culturalmente construído; depende, entre outros fatores, da percepção de normalidade presente em uma sociedade, de suas crenças, experiências e pré-conceitos sobre o processo saúde-doença.

Evidentemente, alguns consensos não apenas são possíveis, mas, sobretudo, necessários. Apreender o conceito de saúde como um bem e as características desse bem é incontornável para que se possa discutir sua proteção jurídica. Assim, no próximo

subtópico se discutirá alguns conceitos de saúde, tal como normativa e internacionalmente aceitos, e também alguns temas que gravitam em torno desses conceitos.

2.1 O Conceito de Saúde

O conceito de saúde sempre foi e provavelmente continuará sendo uma matéria tormentosa. Não obstante, um marco reconhecidamente importante para uma aproximação do conceito é o que foi oferecido pela Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1948, no contexto do pós-guerra. A Constituição da OMS proclamava que: "A saúde é o estado de completo bem estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade"[1].

Essa definição, por certo, não ficou livre de crítica. Registra Giovanni Berlinguer[2] que um conceito assim abrangente[3] estabelece uma verdadeira utopia, já que dificilmente se encontraria qualquer indivíduo que gozasse de um pleno estado de higidez em todas essas dimensões. Parte da crítica se dirigiu ao que seria o caráter demasiadamente genérico e pouco operacional do conceito oferecido pela OMS.

No entanto, salienta Sueli Gandolfi Dallari que:

[...] curiosamente, os trabalhos de crítica dessa conceituação terminam concluindo que, embora o estado de completo bem-estar não exista, a saúde dever ser entendida como a busca constante de tal estado, uma vez que qualquer redução na definição objeto o deformará irremediavelmente.[4]

O conceito que emerge da Constituição da OMS possuiu, sobretudo, a relevância de tornar definitivo o fato, antes controverso, de que, como fatores determinantes da saúde, devem concorrer não apenas os ligados às características pessoais e individuais, tais como os de ordem genética ou comportamentais, mas também os relacionados ao meio ambiente, à cultura e à organização social e política em que esse indivíduo está imerso.

A definição, ademais, superou a definição negativa de saúde, como ausência de doenças, e o biologicismo que marcou o contexto do desenvolvimento da Revolução Industrial durante o século XIX e começo do XX. Esse contexto determinava no campo sanitário uma visão cartesiana e mecanicista do ser humano, também favorecida pela descoberta da etiologia das doenças infecciosas, com os trabalhos de Pasteur e Koch.[5]

Uma consequência da definição ampliada de saúde, como afirma Sueli Gandolfi Dallari, é que se passa a compreender que "ninguém pode ser individualmente responsável por sua saúde"[6], pelo menos não pode ser inteira e exclusivamente responsável.

Se os fatores individuais são importantes para a determinação do estado de saúde de uma pessoa, há outros fatores que apenas no meio social podem ser resolvidos. Para oferecer um exemplo bastante primário dessa afirmação, pode-se citar o caso da epidemia de dengue, que há vários anos assola distintas regiões do País. Nessa situação, os esforços individuais de prevenção, isoladamente, pouco significam se não acompanhados de uma adesão social massiva à erradicação dos focos de reprodução do mosquito vetor do agravo. Obviamente muitos outros exemplos mais complexos poderiam ser cogitados, fundamentalmente envolvendo estilos e modos de vida, reproduzíveis e alteráveis, dentro de uma sociedade.

Propostas subsequentes à definição da OMS para um conceito de saúde foram enfatizando o seu caráter dinâmico e complexo, envolvendo múltiplas variáveis que se desenvolvem no tempo e no espaço. Hoje, é praticamente uniforme o entendimento de que a saúde é sempre relativa e dependente de uma contextualização. Uma definição apontada por Berlinguer é a da saúde como "uma condição de equilíbrio ativo (que inclui também a capacidade de reagir às inevitáveis doenças) entre o ser humano e seu ambiente natural, familiar e social"[7].

Um conceito especialmente enfatizado no contexto latino-americano é o proposto pela Primeira Conferência Pan-Americana de Educação em Saúde Pública, realizada em 1994, na cidade do Rio de Janeiro. Trata-se do conceito de *saúde integral*, definida como "a capacidade e o direito individual e coletivo de realização do potencial humano (biológico, psíquico e social) que permita a todos participar amplamente dos benefícios do desenvolvimento" [8].

O conceito assim formulado apresenta diversas vantagens do ponto de vista de sua operacionalização. Primeiro, coloca a saúde sob uma perspectiva não apenas estática, mas dinâmica, como uma capacidade e um direito cuja realização deve ser permanentemente buscada no âmbito individual e coletivo. Introduz também uma nova categoria, a *capacidade*[9], mais realista e mais apta a promover a matização em relação às individualidades de cada ser humano e às particularidades socioculturais que o circundam. Também associa o tema saúde à questão distributiva ao considerá-la também um direito, o qual está direcionado ao objetivo de permitir a todos a participação ampla nos benefícios do desenvolvimento.

O reconhecimento da dimensão social no âmbito da saúde, isto é, de que cuidar do indivíduo implica cuidar da sociedade e vice-versa, traz para dentro do próprio conceito de saúde a questão aqui trabalhada, isto é, a da justiça distributiva e da organização da solidariedade social.

É importante verificar como esse conceito aproxima a definição de saúde do conceito de cidadania e de dignidade da pessoa humana, pois, por ele, desfrutar de um adequado estado de saúde, significa para o indivíduo, não só viver uma vida longa e saudável, mas também possuir os conhecimentos que o habilitem a tanto, significando também desfrutar de um nível decente de vida; ou seja, ter condições para desenvolver suas capacidades e exercitar suas opções de vida e de desenvolvimento humano.

A despeito da amplitude, complexidade e de certa abstração nos conceitos de saúde expostos, as ações que se voltam a promover, preservar e recuperar a saúde sempre exigem ações concretas e específicas. Devido à relatividade em relação ao meio,

anteriormente mencionada, essas ações só podem ser entendidas, de um ponto de vista sanitário, junto à comunidade em que são levadas a cabo, reconhecendo-se as peculiaridades do contexto social específico dos destinatários dessas ações.

Outro ponto relevante é que a assunção de uma definição de saúde e um correspondente modelo de atenção sanitária é matéria que obviamente comporta escolhas e, portanto, também do ponto de vista do princípio democrático, deve estar o mais diretamente possível alocada junto aos destinatários dessa ação. Daí a necessidade, tanto sob a perspectiva sanitária quanto sob a perspectiva do funcionamento do Estado Democrático de Direito, de que haja múltiplas instâncias de participação popular e de definição de políticas públicas voltadas à saúde.

É possível supor que existam diferentes esferas de contextualização. Para que se exemplifique um pouco: pode-se fazer referência à saúde do ser humano, mas também à saúde do brasileiro, do mineiro, do paulista ou do baiano; do brasileiro do litoral e do brasileiro do sertão, e assim por diante. Pode-se ainda fazer alusão à saúde do idoso ou da criança, do adolescente, da mulher, do portador de distúrbio mental, e assim sucessivamente. Nesse sentido, de acordo com o grau de abstração ou contextualização, haverá macropolíticas e micropolíticas, macroalocações e microalocações, que deverão ser desenvolvidas sempre coordenadamente, com vistas voltadas à percepção de saúde, e dos anseios em relação a ela, dos respectivos destinatários.

Resulta que o sentido de saúde a ser permanentemente construído e reconstruído só pode ser encontrado pelas próprias comunidades interessadas. Isso traz uma implicação que se afina com o jogo democrático, pois há a inegável necessidade de participação popular em todos os níveis de deliberação definindo as políticas de saúde em quaisquer dos âmbitos de generalização. O destinatário das ações e dos serviços de saúde deve ser também o participante e corresponsável na sua elaboração.

O conceito de saúde que resulte da contextualização social é que haverá de revestir ou preencher o direito à saúde. É a este conceito, comunitariamente construído, que deverá reportar-se o legislador, o administrador, o juiz, ou, em geral, o aplicador do Direito ao buscar dar consequência à previsão constitucional do direito à saúde.

A necessidade de pensar coletiva ou socialmente as questões de saúde não se impõe, entretanto, apenas pelas características peculiares do processo saúde/doença. Trata-se, ademais, de um imperativo de justiça social. Os esforços direcionados à promoção, proteção e recuperação da saúde, como se verá a seguir, são esforços que, por sua complexidade, sempre demandam um alto grau de cooperação social, fazendo ressaltar a importância da distribuição equitativa dos benefícios e dos ônus dela decorrentes.

2.2 A Medicina Tecnológica e sua Relação com as Desigualdades

Boa parte dos provimentos jurisdicionais que versam sobre o direito à saúde refere-se à obtenção de medicamentos ou procedimentos inovadores, muitas vezes altamente específicos e de elevado custo unitário[10]. Uma explicação lógica para o fato, embora não seja a única que deva ser considerada[11], é a de que é sobre esses medicamentos e procedimentos que recairá com maior frequência a controvérsia e o conflito entre administrado e administração a demandar a intervenção do Estado-juiz.

Algumas das críticas dirigidas a tais provimentos estão relacionadas à efetividade do tratamento, à existência de alternativas terapêuticas mais custo efetivas e à razoabilidade de sua exigência perante o sistema público ou privado de saúde. A razoabilidade referindo-se as implicações sobre o custo de oportunidade, em relação às demandas por medicamentos e tratamentos tradicionais, de menor custo unitário, dentro do amplo espectro de necessidades em saúde a serem atendidas e que competem entre si pelos recursos escassos.

No setor público uma distorção no sentido apontado afetaria diretamente as políticas públicas pelo comprometimento do orçamento público. No setor privado, a mesma distorção afetaria o custo do seguro privado de saúde, recaindo ao final, sob ponto de vista dos agregados macroeconômicos, sobre todos os usuários do sistema.

Assim, é interessante, para o escopo deste trabalho, lançar um olhar sobre a questão do desenvolvimento técnico e científico em ciências da saúde e suas peculiaridades, bem como das relações deste desenvolvimento com os problemas da desigualdade e do desenvolvimento econômico e social.

Thomas S. Kuhn[12] alerta que os fundamentos dos paradigmas científicos, usualmente, não costumam encontrar-se no domínio da discussão dos pesquisadores que deles se utilizam. Essa abstração teria a função de permitir a necessária concentração de esforços para produção de resultados. Se o paradigma estivesse constantemente sendo questionado e revisto, isto inviabilizaria o progredir da ciência, inclusive em direção a novos paradigmas[13].

Algo semelhante ocorre no campo tecnológico e é explicado pelo modelo das "trajetórias tecnológicas" proposto por Giovanni Dosi[14]. Os agentes que usam e transformam as tecnologias seguem certos padrões evolutivos. Estes, denominados "trajetórias tecnológicas", condicionam o desenvolvimento e as mudanças experimentadas por tecnologias quando se difundem e são utilizados na produção de bens e serviços. Esses padrões são definidos por maneiras "normais" de solucionar problemas dentro do quadro de determinado paradigma tecnológico.

Albuquerque e Cassiolato[15], analisando as especificidades do sistema de inovação em saúde, apresentam exemplos de trajetórias tecnológicas que implicariam redução de custos, com consequente ampliação do acesso às tecnologias, tais como: técnicas de tratamento e diagnóstico menos invasivas; medicamentos mais eficazes que substituem cirurgias e internação; desenvolvimento de vacinas; educação, resultando em alteração de hábitos e estilos de vida e de trabalho; no campo dos equipamentos médicos, com miniaturização, ampliação de capacidade e barateamento.

Por outro lado, a inovação tecnológica em saúde possui características especialíssimas, como salientam os mesmos Albuquerque e Cassiolato, e muitas inovações operam em

sentido contrário à redução de custos, na inovação em saúde: novas tecnologias não substituem as antigas, mas se somam a elas; há descobertas que "abrem" novos horizontes tecnológicos[16]. A assunção de determinadas trajetórias, como mencionado, entretanto, poderiam acarretar redução de custos e ampliação do acesso se para esse fim fossem orientadas.

Não é o que ocorre, todavia. Os esforços de pesquisa no setor saúde estão majoritariamente orientados à obtenção de maior lucratividade, um resultado especialmente perverso: a alarmante desconexão entre a carga de doenças e o investimento em pesquisa e a relação inversa entre a inovação tecnológica e o acesso à atenção em saúde.

Uma das principais causas, embora não a única, dessa desconexão é a existência de "doenças de primeiro mundo" e "doenças de terceiro mundo". Os recursos disponíveis para a pesquisa, mais abundantes nas economias desenvolvidas, são empregados na pesquisa das enfermidades correspondentes às suas populações, que resultam ser menos prevalentes em termos de população mundial.

Os autores mencionam alguns dados: os recursos invertidos em países de baixa e média renda correspondem a 2,25% dos fundos globais. Utilizando-se o índice AVAI (Ano de Vida Ajustado pela Incapacidade, índice que mede o impacto dos agravos), resulta, por exemplo, que, a despeito da pneumonia e de doenças diarréicas (as duas maiores causas de morte) corresponderem a 15,4% da carga de doenças, estas recebem apenas 0,2% dos recursos mundiais em inovação em saúde. De acordo com o *Global Forum for Health Research*, 2002: 10% dos gastos mundiais em pesquisa correspondem a 90% da carga mundial de doenças[17].

Uma questão relevante levantada é a de saber qual a razão das diferenças regionais e entre países na relação entre crescimento econômico e redução da mortalidade/expansão longevidade. O relatório do Banco Mundial sobre o desenvolvimento publicado em 1993 indicava a relação entre o aumento de renda *per capita* e a expectativa de vida em diferentes países e crescente em distintos períodos do século passado (comparou-se dados em três décadas, 1930, 1960 e 1990)[18].

Amartya Sen[19] conclui que o crescimento econômico é importante na determinação do estado de saúde de uma população, porém, outros fatores concorrem. O desvio ascendente das curvas no século XX sugere outros fatores operando entre crescimento econômico e saúde. A compreensão requer, segundo o autor, além de análises de crescimento e distribuição da renda, a análise das medidas de saúde pública e de acesso à assistência médica. O próprio estudo do Banco Mundial aponta que o aumento da renda *per capita*, os avanços tecnológicos, o desenvolvimento da saúde pública, a disseminação de conhecimentos e a abrangência da cobertura eram os fatores determinantes da ascensão verificada ao longo do século[20].

Algumas conclusões que Albuquerque e Cassiolato extraem do panorama descrito nesse relatório do Banco Mundial é no sentido da existência de uma forte interação entre sistema de inovação em saúde e sistema de bem-estar social, derivando daí a necessidade de medidas de regulação do setor de inovação em vista dessa interação e visando à proteção do segundo sistema. O sistema de inovação tenderia a buscar a eficiência econômica; e o sistema de bem-estar social, a equidade.

A desconexão entre o investimento em pesquisa e a carga de doenças, embora constitua problema especialmente aflitivo em termos de relação Norte e Sul entre países centrais e países periféricos, marca também a realidade interna de cada país, independentemente de seu estágio de desenvolvimento tecnológico, social e econômico e do modelo de Estado adotado, intervencionista ou liberal. A título de exemplo, vejam-se as críticas feitas por Porter e Teisberg[21] ao sistema de atenção em saúde norte-americano, modelo paradigmático de assistência médica privada, mas marcado por profundas desigualdades e baixa eficiência, apesar dos montantes de recursos financeiros invertidos, sobretudo na pesquisa científica e tecnológica.

As distintas possibilidades abertas pelas trajetórias tecnológicas em saúde colocam o homem e a sociedade diante de escolhas. Há necessidade de se compreender as decisões sobre o setor tecnológico sanitário como integrantes das decisões pertinentes à saúde humana. São decisões que competem à comunidade envolvida em suas diferentes etapas de abstração e contextualização.

Como visto, o conteúdo do conceito de saúde só pode ser encontrado pelas pessoas em sua própria comunidade. Assim, o sistema de proteção jurídica à saúde, em amplo senso, abrangendo mecanismos administrativos e judiciais de proteção, deve ter também a função de tutelar, a par de outras, a liberdade nas escolhas relacionadas às trajetórias tecnológicas em saúde. A tutela jurisdicional do direito à saúde, especialmente nas demandas por medicamentos e procedimentos inovadores, há de levar em conta os fatos descritos neste subtópico em relação às características da inovação tecnológica em saúde.

2.3 A Natureza das Necessidades no Campo Sanitário

Norman Daniels[22] aponta a necessidade de desenvolvimento de uma teoria das necessidades de atenção à saúde, com dois propósitos centrais: o primeiro, de responder por que se entende, ou, pelo menos, por que a maioria das sociedades entende, que a atenção à saúde é especial e deve ser tratada diferentemente de outros bens sociais; o segundo, de oferecer uma base para se distinguir a mais e a menos importante entre as múltiplas necessidades de atenção à saúde. Assim, uma teoria das necessidades de atenção em saúde deveria enfrentar dois julgamentos: 1) se há algo especialmente importante sobre cuidados em saúde; e 2) se algumas espécies de cuidados em saúde são mais importantes que outras[23].

Susana Vidal[24] introduz o tema das necessidades no campo sanitário e jurídico como um determinante do desenvolvimento das capacidades humanas, tema já mencionado quando se tratou da definição do conceito de saúde. Ressalta a autora que a forma de definir a necessidade revela o marco conceitual e ideológico que lhe dá fundamento:

Nisto há uma polarização entre aqueles que entendem as necessidades humanas como valor relativo que depende das opções individuais e das possibilidades que cada pessoa e sua família tenham para adquiri-las no mercado (corrente liberal) e que relacionam necessidade com capacidade de consumo e aqueles que entendem as necessidades como um processo determinante da vida e cuja realização (como capacidade) se constitui em um direito humano inalienável, a que se deve ter acesso sob uma distribuição equitativa e segura para todos os membros de uma sociedade que deve ser construída solidariamente (corrente solidaria)[25].

Há uma inquestionável relatividade no conceito de necessidade que se manifesta no fato de que não haver uma linha divisória clara entre o que seja necessidade e o que seja desejo no campo sanitário, uma vez que o aspecto social e psicológico integra o conceito de bem-estar, e sob esta perspectiva a subjetividade na classificação das necessidades e aspirações torna-se inevitável.

Para exemplificar: a fertilidade possui valores distintos em diferentes culturas, é valorada de maneira diversa em cada sociedade. Devido a essa valoração, as técnicas de reprodução assistida podem configurar-se em uma necessidade de saúde, pois sem elas o indivíduo ou o casal infértil não poderia desenvolver-se em suas capacidades para integrar-se plenamente àquela sociedade. Eventualmente, em outra sociedade, que valore a fertilidade de forma diferente, a necessidade de superar a infertilidade poderia ser de todo ignorada ou significar apenas uma preferência que poderia ser exercitada ou não.

Angél Puyol González[26] alerta para as dificuldades em extrair, de uma teoria das necessidades, critérios para decisões alocativas concretas. O critério de necessidade é condicionado à variação e interpretação do que seja uma necessidade, pois na sua definição intervêm valores morais diferentes e não-mensuráveis. O autor reconhece, entretanto, a possibilidade de mínimos éticos universalizadores para a conformação do conceito de necessidade, algo entre a pretensa neutralidade ética absoluta e o também pretenso relativismo ético absoluto e indiferente.

Norman Daniels[27] considera a possibilidade de caracterização de categorias relevantes e objetivamente atribuíveis a qualquer pessoa ou sociedade. Recorre ao conceito formulado por David Braybrooke de "necessidades curso-de-vida" (*course-of-life needs*) e "necessidades casuais" (*adventitious needs*). Necessidades curso-de-vida são aquelas que as pessoas "[...] têm, todas, através de suas vidas ou em certos estágios da vida através dos quais todos devemos passar"[28]. Necessidades casuais ocorrem em face de projetos particulares contingentes, mesmo que duradouras, nos quais nos envolvemos. Necessidades curso-de-vida humanas incluiriam comida, abrigo, vestuário, exercícios, descansos, companhia, um(a) parceiro(a) e assim por diante. Tais necessidades não são elas mesmas deficiências, mas a deficiência com relação a elas "[...] coloca em risco o normal funcionamento do sujeito da necessidade considerado como um membro da espécie natural"[29].

O conceito ajuda a pensar as necessidades em saúde, mas não resolve de modo completo o problema de sua definição. Bastaria remeter-se ao problema de definir o que seria o "normal funcionamento da espécie" para reaparecer dois extremos: um conceito demasiado conservador, restritivo, biomédico dessas necessidades ou um conceito demasiado livre que passaria integrar elementos atados ao relativismo cultural e social.

A solução, como sempre, há de ser buscada em uma posição de equilíbrio intermediário entre um e outro desses extremos, quer se reconheça um mínimo de necessidades objetivamente delimitado, quer se reconheça um conjunto mais ou menos aberto de necessidades universalizáveis[30].

A questão da hierarquização das necessidades em saúde é bastante complexa. A demanda por atenção em saúde e a gama de serviços voltados a atendê-la são muito amplas. Algumas necessidades se relacionam com a recuperação ou compensação de uma diminuição de capacidades ou funções; outras, com o incremento qualidade de vida por outros meios.

Por fim, a hierarquização de necessidades em saúde pode ser feita não apenas por sua importância ou natureza intrínseca, mas também por critérios outros, como o da urgência, da repercussão em termos de saúde pública, da proteção de grupos especialmente vulneráveis, para citar apenas alguns exemplos.

O modelo anteriormente descrito das necessidades em saúde é tributário do conceito de capacidades e desempenhos (*functionings*). O caráter distintivo das necessidades de saúde estaria ligado precisamente à essencialidade desta para o normal funcionamento da espécie.

Voltando ao tema do caráter especial da saúde, em relação a outros bens e interesses, não se trata de conferir um valor absoluto à saúde e, por consequência, uma prioridade absoluta ao atendimento das necessidades à saúde. Basta reconhecer que, sob perspectiva individual, para muitas pessoas alguns de seus objetivos, talvez os mais importantes, não são necessariamente comprometidos pela falta de saúde ou pela incapacidade. Outras pessoas, por outro lado, acederiam à diminuição de capacidades em razão de determinados bens ou perspectivas de vida. Trata-se, entretanto, de reconhecer o caráter normalmente preponderante das necessidades de saúde, comparado com os de outra índole.

Ronald Dworkin, em palestra que se tornou célebre no contexto da discussão em torno das limitações materiais à efetivação do direito à saúde[31], descreve, em três fundamentos, o que denomina “modelo clássico ou do isolamento” (*insulation model of health care distribution*) da justiça sanitária: 1) a saúde seria o bem mais importante do indivíduo; 2) o critério de sua distribuição seria do acesso pela necessidade, independentemente do custo; 3) isso implica para a sociedade a “regra do resgate” (*principle of rescue*), pela qual não se tolera que alguém venha a sofrer ou morrer quando se pode aliviar o sofrimento ou postergar a morte.

Em oposição apresenta um modelo em que: 1) há outros bens que competem com a saúde, como educação, segurança, previdência e assistência social; 2) o critério da necessidade se torna complexo em face da interpretação do que seja, de fato, uma necessidade; e, por último, 3) o critério do resgate choca-se com muitas das intuições sobre prioridades sanitárias (manutenção de enfermos terminais em estado vegetativo, chances de sobrevida, etc.). Dworkin conclui que seria ingênuo, e mesmo imoral, em um contexto inevitável de escassez de recursos, menosprezar os custos reais das decisões.

O caráter relativo das necessidades de saúde não enfraquece a importância do reconhecimento do direito à saúde. Pelo contrário, ao acrescer à ponderação daquele direito, fatores como a responsabilidade pessoal e social nas escolhas e decisões alocativas reconduzem o tema à necessidade de tutela jurídica e jurisdicional.

3 A SAÚDE COMO UM DIREITO

Enquanto a saúde humana esteve envolvida em práticas mágicas ou entendida como estado revelador da graça divina e muito pouco relacionada com atos de vontade ou de decisão humana; ou, ainda, enquanto os cuidados a ela referentes estavam associados com a prática de virtudes pessoais como a caridade e a compaixão, não havia que se falar da saúde ou dos cuidados para com esta como uma virtude secular e racional ou como um objeto de preocupações da justiça[32].

Obviamente tudo muda com o desenvolvimento científico no campo da saúde, a profissionalização da medicina, o aumento da extensão da cobertura da atenção sanitária sobre a população, as conquistas tecnológicas que permitiram um razoável domínio sobre as condições individuais e coletivas da saúde e da qualidade de vida humana. Adquirir e manter um razoável estado de saúde e bem-estar passam a ser objetos de vontade e de escolha. A atenção à saúde humana se torna, por um lado, um bem disponível no mercado e, por outro, um objeto de proteção jurídica, já que está inserido no campo dos bens de escassez moderada, demandando critérios de justiça para sua alocação.

Importa no próximo subtópico percorrer alguns dos antecedentes da constitucionalização do direito à saúde, entre os brasileiros; o conceito de direito à saúde resultante e a forma como se procurou garantir tal direito através da jurisdição.

3.1 Alguns Fatos em Torno da Constitucionalização do Direito à Saúde no Brasil

Com relação às condições do desenvolvimento do “direito” à saúde, Ana Paula Oriola de Raeffray[33] faz um apanhado histórico, que é reproduzido aqui em apertadíssima síntese.

Ao longo da história, amiúde, a doença possuía o significado de um sinal dos deuses, em regra no sentido de que estariam em desacordo com a conduta do indivíduo doente. Assim ocorreu na Antiguidade Oriental. Na Era Clássica a valorização do bem-estar se conectava ao entendimento do homem como integrante da polis; a saúde do cidadão refletindo na saúde da sociedade. Na Idade Média, novamente apareceu o caráter místico, com a religião vinculando saúde à fé. No Renascimento e no Iluminismo, a despeito da revalorização da pessoa humana, os cuidados e a proteção à saúde foram relegados a um segundo plano em face do princípio de maior valor na época, a liberdade, em especial a de crença.

A partir da Revolução Industrial, o valor da saúde foi atrelado à capacidade laboral, importante para movimentar a indústria, o que não impediu, entretanto, inicialmente, a propagação da miséria e insalubridade nos centros urbanos. Contudo o Industrialismo fomentou a ideia do seguro social, que seguiu, entretanto, atrelado à ideia de proteção exclusiva do trabalhador.

Apenas após a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, a ideia do seguro social foi sendo estendida progressivamente como um meio político de minorar os sofrimentos gerados pela guerra. O fundamento do seguro social passou a incorporar o reconhecimento do valor do homem em si mesmo; o seu objetivo principal se voltou ao seu bem-estar, convergindo, nos países capitalistas, para a concepção do Estado do Bem-Estar Social (Welfare State).

No Brasil, como demonstrado por Raeffray, através da análise das sucessivas Constituições, desde 1824: “os modelos jurídicos engendrados para a proteção da saúde seguiram quase o mesmo processo de formação que os modelos adotados pela Europa, sempre, com algum período de atraso”[34]. A autora cita, como exemplo, o fato de que a seguridade social baseada no bem-estar social nasceu na Europa durante os anos 50 do século XX e somente foi instituída no Brasil no final da década de 80, com a promulgação da atual Constituição Federal.

O direito à saúde, ao tornar-se, entre os brasileiros, direito fundamental com a Constituição de 1988 (art. 196), vinha, conforme visto, ganhando veemência no contexto global desde o pós-guerra. O direito à saúde já se encontrava, em gérmen, proclamado no item 1 do artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.[35]

A criação da Organização Mundial de Saúde (OMS), que entrou em funcionamento no dia 7 de abril de 1948, é testemunho do propósito de proteger a saúde, expressando que seu papel é o de possibilitar para todos os povos o melhor nível de saúde possível.

Sugestiva, para compreender a apreensão dos direitos sociais pelas nações, é a adoção de dois distintos pactos voltados a dar eficácia jurídica vinculante à Declaração Universal de 1948: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto

Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Políticos, ambos concluídos em 1996. É que:

As potências ocidentais insistiam no reconhecimento, tão-só, das liberdades individuais clássicas [...]. Já os países do bloco comunista e os países africanos preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos [...]. Decidiu-se por isso, separar essas duas séries de direitos em tratados distintos, limitando-se a atuação fiscalizadora do Comitê de Direitos Humanos unicamente aos direitos civis e políticos e declarando-se que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, "até o máximo dos recursos disponíveis" de cada Estado (Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 2º, alínea 1).[36]

Portanto, especificamente para o direito fundamental social à saúde, foi de grande relevância a realização, em setembro de 1978, na antiga capital do Cazaquistão, a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, organizada pela OMS e pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef).

Dessa conferência resultou a Declaração de Alma-Ata[37], documento que, a par de reafirmar a saúde como um direito do homem[38], asseverou a necessidade da sua promoção, proteção e recuperação para o desenvolvimento econômico e social dos povos e estatuiu ainda a responsabilidade dos governos, perante seus cidadãos, por tais ações, genericamente denominada atenção à saúde. Responsabilidade, ademais, somente realizada mediante adequadas medidas sanitárias e sociais.

No referido documento, afirmou-se, portanto, o direito do indivíduo não meramente à saúde mas também ao acesso aos cuidados em saúde, em correspondência com um dever imposto aos governos do mundo, o de prover os referidos cuidados. Começou-se a vislumbrar aí não apenas um direito abstrato à saúde como também um direito concreto à atenção sanitária[39].

Lamentavelmente a declaração formal não foi seguida, em termos internacionais, por ações adequadamente orientadas à obtenção do objetivo declarado. E isso ocorreu, em grande parte, pela conjuntura histórica que se seguiu à declaração.

Giovanni Berlinguer[40] aponta que os propósitos estabelecidos em Alma-Ata em 1978 voltavam-se, primordialmente, à garantia da atenção primária em saúde. A ênfase nesse nível de atenção sendo importante, quer por sua natureza estratégica em relação aos demais agravos à saúde, quer pela sua universalidade, passível de disseminação uniforme em praticamente todas as populações, independe das suas condições socioeconômicas[41].

Não obstante, ainda de acordo com o sanitarista italiano, no período que se seguiu àquela conferência, subverteram-se os propósitos ali assumidos, em razão do que o autor denomina "a globalização enviesada", a qual significou, em termos de saúde pública, que:

Ao mesmo tempo que o mundo se transformava, começava a era do neoliberalismo: uma corrente de pensamento e de ação propensa a considerar a saúde como uma mercadoria, a criticar os sistemas públicos de saúde como obstáculos à iniciativa privada, [...]. A partir dos anos 80, o objetivo da saúde para todos os seres humanos

afastou-se do horizonte político. À idéia de que pode ser uma finalidade do desenvolvimento, um multiplicador dos recursos humanos e uma prioridade do compromisso público, opôs-se a tese de que os sistemas universais de cuidados de saúde são um peso para as finanças dos Estados e um obstáculo para o crescimento da riqueza.[42]

Mencionam-se aqui estas considerações de um sanitarista não apenas pela relação que possuem com os argumentos opostos à efetivação de uma atenção em saúde universalista mas também para introduzir uma questão de ordem fática, com imensas repercussões na tutela jurisdicional do direito à saúde, que é a assunção da saúde como mercadoria.

No mesmo sentido, Dallari e Ventura[43] indicam que o final do século XX viu surgir uma nova concepção de saúde pública. Nela, alguns fatores, como o relativo fracasso das políticas estatais de prevenção e inclusão, o reconhecimento da importância dos comportamentos individuais na determinação do estado de saúde e o predomínio da ideologia neoliberal, fizeram com que os Estados buscassem diminuir seu próprio papel nas políticas de saúde em favor da participação da sociedade através de grupos e associações e da própria responsabilidade individual. Ainda segundo as autoras, as estruturas estatais de prevenção sanitária passam a estabelecer suas prioridades não mais em virtude dos dados epidemiológicos, mas principalmente em decorrência da análise econômica de custo/benefício.

Esta mercantilização é causa e efeito da já mencionada tecnologização da medicina. Como causa, influi na eleição das trajetórias tecnológicas que serão trilhadas. Ao entregar ao mercado esta seleção, serão negligenciadas as atenções menos rentáveis a curto prazo, embora, muitas vezes, mais impactantes em termos de saúde pública e possivelmente mais resolutivas, inclusive economicamente, no longo prazo.

A proteção jurisdicional do direito à saúde não está imune à pressão exercida pelo mercado, fazendo com se torne extremamente relevante a discussão sobre “qual atenção” se pretende tutelar quando se trata da efetivação do direito à saúde: da atenção primária ou da atenção tecnológica que emerge nesse contexto de mercantilização.

Ainda que no âmbito das declarações formais, se a afirmação internacional do direito à saúde tem imposto aos governos a obrigação de prover cuidados em saúde; por outro lado, a forma de implementação desses cuidados pode diferir grandemente de país para país. Há fundamentalmente dois modelos de prestação da atenção à saúde: o de natureza pública e o de natureza privada. Em tese, em ambos os sistemas, presume-se que haverá condições de acesso garantidas a toda a população pelo Estado. É esta a obrigação que emerge da Conferência de Alma-Ata.

A par do contexto internacional acima descrito, a constitucionalização do direito à saúde no Brasil resultou, também, imediata e fortemente, de um movimento popular bastante significativo que se formou na sociedade civil brasileira a partir da década de 70 do século XX e que passou a ser designado Movimento da Reforma Sanitária. Deve-se, praticamente, a esse movimento o sistema de saúde delineado na Constituição, o qual emergiu como proposta na VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986 em Brasília[44].

A atenção em saúde até então era vista no Brasil em três contextos distintos: o empresarial, florescente a partir das décadas de 60 e 70, com a "privatização da assistência médica promovida pelo Estado"[45] e advento das empresas de medicina de grupo; o da previdência social; e o da caridade. Com a Constituição de 1988, o País aderiu ao modelo de atenção universalista em saúde pública. Isto é, a atenção em saúde passou a ser responsabilidade do Estado, o qual deve prover políticas públicas voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, através de ações e serviços públicos de acesso universal.

O desafio que se pôs de imediato quando da promulgação da "Constituição Cidadã" foi o da efetivação dos dispositivos voltados à garantia dos direitos fundamentais sociais. Isso, no campo da saúde, implicava a estruturação e efetivação do Sistema Único de Saúde, o SUS, constitucionalmente delineado no art. 198 da Constituição Federal[46] e também em uma regulação do setor privado de serviços de assistência à saúde.

Assim, busca da efetivação do direito fundamental social à saúde passou pela necessidade de sua tutela jurisdicional, no controle das omissões do poder público por um lado e, por outro, na disciplina das relações privadas no setor econômico-privado da saúde.

No campo da atenção à saúde, as esferas público e privada sempre compartilharam algumas de suas problemáticas. Por exemplo, a da incorporação tecnológica em saúde, comum aos sistemas público e privado de saúde, ou a da repartição de encargos sociais, que, em um caso, na vertente pública, ocorre por meio dos instrumentos fiscais de tributação e realização de despesa pública e, em outro, na vertente privada, através dos custos do seguro.

Ademais, observa-se uma convergência de temas. Eis que, por exemplo, aspectos assistenciais preventivos, que até há pouco só ocupavam as reflexões no espaço público, passaram a ocupar a pauta do seguro privado de saúde. Por outro lado, a racionalização de custos, que sempre foi matéria ligada ao seguro privado, em vista da competitividade do mercado, passou a ocupar a pauta do sistema público de saúde em razão da necessidade crescente da eficiência administrativa.

Entende-se que, em termos de seus fundamentos, a discussão sobre a realização do acesso à atenção em saúde, bem como a efetivação do direito à saúde, deve prescindir da prévia consideração sobre a natureza do modelo de atenção adotado, público ou privado, permitindo que seja encetada tanto em países de tradição liberal quanto naqueles de tradição social, dicotomia que há de ser ultrapassada.

3.2 O Conteúdo do Direito à Saúde

A saúde humana é objeto de proteção em todos os âmbitos do Direito e também de disciplina em praticamente todos os seus ramos[47]. O direito à saúde, como direito humano e direito fundamental, compartilha da trajetória destes. Sua apreensão se dá através das suas diferentes dimensões.

Como direito de primeira dimensão, liga-se à proteção da vida e da integridade humana. A obrigação correspondente é de natureza negativa; trata-se da abstenção de causar dano. Berlinguer refere-se aos "direitos inerentes e inalienáveis" à "preservação da vida", inserta na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, para afirmar: "Reivindicar o direito à vida, naquela época, objetivava sobretudo protegê-la do abuso pessoal e do arbítrio legal"[48]. A saúde só vai inspirar direitos de natureza positiva característicos dos direitos de segunda dimensão quando as condições históricas assim o permitirem. O autor ainda afirma que "uma necessidade pode transformar-se em direito apenas quando existem condições históricas (compreendidos também os conhecimentos científicos) para dar-lhes resposta em escala ampla ou universal"[49].

Conforme visto no subtópico anterior, as condições históricas propícias ao reconhecimento do direito à saúde como um direito de segunda dimensão ocorrem, principalmente, com o segundo pós-guerra. A partir daí o conteúdo do direito à saúde passou a integrar distintos âmbitos de proteção, desde as garantias típicas da primeira geração, contra a indevida agressão – e neste âmbito se teria desde a tutela penal dos delitos contra a pessoa e contra a saúde pública até a polícia administrativa dos produtos e serviços de saúde, cristalizada na atividade da vigilância sanitária –, passando pelas garantias liberais de acesso aos produtos e serviços de saúde, até as garantias típicas da segunda geração de direitos fundamentais, com todas as ações que se voltam a assegurar, ao indivíduo e às sociedades, condições favoráveis de saúde[50].

Neste campo dos direitos a prestações, o direito à saúde segue sendo um direito bastante vago, como observa Suzana Graciela Cayuso:

A distinção entre direitos econômicos, sociais e culturais e direitos civis e políticos, e apesar de serem consideradas categorias interdependentes, tem conduzido na prática a dar-se menor importância à primeira. Esta tendência se alimenta da falta de clareza conceitual com relação aos direitos que integram essa categoria, questão que impede sua implementação. Dentre esses direitos se encontra o direito à saúde, o qual se caracteriza por sua particular vagueza, resultante da falta de identificação das obrigações que impõem aos Estados.[51]

A autora aponta a necessidade de que o direito à saúde seja compreendido não meramente como direito de proteção mas também como direito de prestação. Analisa o tema sob o ponto de vista da Constituição Argentina, para concluir que:

O objetivo das garantias tradicionais era proteger o indivíduo das ingerências arbitrárias. Os direitos sociais têm por finalidade criar o que deverá proteger. [...] A liberdade exige a possibilidade de optar, portanto, ela não está suficientemente protegida ao assegurar-se a não ingerência estatal, pelo contrário, exige também a criação das condições para a opção. A não criação dessas condições impacta sobre o gozo e a garantia dos direitos fundamentais.[52]

Cayuso, no contexto de seu país, afirma que os direitos tradicionais, isto é, os de primeira geração ou de natureza negativa, habilitam ações do indivíduo perante o Judiciário, ao passo que os direitos à prestação, isto é, os de segunda geração ou de natureza positiva, requerem, em princípio, concreção legislativa. Admite, contudo, que, ante a omissão legislativa, deva-se reconhecer haver um direito *prima facie* a um mínimo, que habilite o controle da omissão mediante a ponderação dos princípios contrapostos[53].

O tema da tutela e do controle judicial será abordado no próximo subtópico, porém o que se quer ressaltar, com base nas palavras da autora, é que a questão do conteúdo do direito à saúde se conecta diretamente com o conteúdo da contrapartida em obrigações a serem impostas ao Estado, à sociedade e ao próprio indivíduo.

Em benefício da efetividade desse direito, faz-se necessário especificar um pouco mais o seu conteúdo. A tarefa não é fácil, pois as dificuldades começam pela própria largueza do conceito de saúde, conforme visto, definido como um campo aberto, uma meta direcionada ao completo bem-estar físico, mental e social, nunca plenamente atingível, porém sempre passível de incremento. Há, evidentemente, limites fático-temporais, como os expressos por Guilherme Cintra:

A saúde trabalha com a idéia do contínuo aumento do bem-estar físico, mental e social dos indivíduos. Esse objetivo constitui uma espécie de ideal regulador, utilizado para nortear o complexo de ações, decisões e procedimentos adotados na área da saúde. Trata-se de um objetivo que possui um sentido ou valor próprio específico para as questões sanitárias, mas que é constantemente submetido a outros condicionantes de natureza política, jurídica e econômica. O aumento do "bem-estar físico, mental e social" das pessoas também depende inevitavelmente da formulação e implementação de políticas públicas, da garantia e defesa de direitos e da administração e aplicação de recursos financeiros em um contexto de escassez.[54]

Na extensão original do conceito de saúde, o direito correspondente confina com os demais direitos de cidadania e com o âmbito da qualidade de vida do cidadão.

[...] é importante reconhecer a amplitude que possui este direito e não defini-lo somente como um direito de acesso à assistência sanitária, mas também às precondições da saúde [...] em determinados aspectos o direito à saúde se superpõe aos direitos civis e políticos e em outros, aos direitos econômicos, sociais e culturais [...] O conteúdo essencial do direito à saúde é o acesso a certos serviços sanitários básicos que os Estados devem garantir imediatamente, com independência de recursos de que disponha, e se diferencia de outros conteúdos sujeitos a serem garantidos em uma forma progressiva.[55]

Na doutrina nacional, a questão do conteúdo do direito à saúde deveria ser mais pacífica, em face inclusive do ordenamento constitucional brasileiro, que o reconhece como direito de segunda dimensão. Nessa extensão, o direito à saúde está identificado com o direito à atenção sanitária, esta entendida como o conjunto de ações e serviços que visem promover, proteger e recuperar a saúde[56].

Germano Schwartz, ao tratar do direito à saúde na legislação brasileira, preocupa-se em extremar, nos termos utilizados pelo constituinte, as ideias que possam ser associadas a uma saúde "curativa", típica do individualismo liberal, a uma visão mais atualizada de

saúde, com seu aspecto social e preventivo e com uma abordagem mais holística do ser humano. Assim, identifica a expressão “risco de doença” do texto constitucional com a ideia de saúde preventiva e “outros agravos” com a impossibilidade de tudo se prever em relação à saúde. Enfatiza a expressão “promoção” como o vínculo entre a qualidade de vida e saúde e “proteção” como a necessidade de atuação sanitária em momento anterior à manifestação da doença. Concede ao termo “recuperação” apenas o reconhecimento de que, na ocorrência de certos infortúnios, a saúde deve ser restabelecida mediante um processo “curativo”[57].

José Luiz Bolzan de Moraes extrapola o entendimento de saúde meramente como direito de segunda dimensão, para inseri-lo também no âmbito dos direitos humanos de terceira dimensão, ou geração, na expressão do autor, referindo-se aos direitos de solidariedade. Assim, poder-se-ia pensar o direito à saúde já não apenas em termos do individualismo liberal ou do igualitarismo social, não somente do ponto de vista de uma saúde “curativa” ou “preventiva” mas também do ponto de vista dos direitos de solidariedade.

Nessa perspectiva, teríamos como núcleo central a idéia de qualidade de vida, [...] que se expande para além de uma possível percepção holística, apropriando-se dos conteúdos próprios à teoria política e jurídica contemporânea. Talvez possamos vê-la como um dos elementos da cidadania, como um direito à promoção da vida das pessoas, um direito de cidadania que projeta a pretensão difusa e legítima a não apenas curar/evitar a doença, mas a ter uma vida saudável, expressando uma pretensão de toda(s) a(s) sociedade(s) a um viver saudável.[58]

Ocorre que a reintrodução do componente social e solidário no próprio conteúdo do direito à saúde faz reintroduzir nele, de uma forma mais profunda, a questão da limitação dos recursos sociais e da necessidade da razoabilidade na sua utilização. Quer dizer, pensar o conteúdo do direito à saúde como integrador do caráter social e solidário do ser humano converte em parte essencial do referido direito a consideração do problema do uso racional dos recursos escassos.

Para contemplar um tema, menos frequente nas discussões doutrinárias, das limitações impostas pela escassez no campo privado, deve-se considerar que a escassez referida não é privilégio do sistema público de saúde ou das finanças públicas. Considere-se ainda que, por vezes, o “bem” pode estar fora do comércio, como ocorre no caso de transplante órgãos e tecidos humanos, e, de toda forma, o fato de recursos, bens, produtos e serviços de atenção à saúde estarem disponíveis à apropriação e exploração privada não elide a necessidade de responsabilidade na sua utilização.

Uma forma de introduzir o tema no campo do consumo privado de produtos e serviços de saúde é oferecido pela ética do consumo proposta por Adela Cortina, com o conceito de consumo justo, o qual é entendido como o consumo passível de ser universalizável:

Será justo [o consumo] se as pessoas estão dispostas a aceitar uma norma mínima, segundo a qual só se consumirão os produtos que todos os seres humanos possam consumir e que não prejudiquem nem ao resto da sociedade, nem ao meio ambiente. O primeiro critério para discernir se uma forma de consumo é justa consiste, pois, em considerar se ela pode ser universalizada. [...] é consumo ético o que proporciona às pessoas uma vida boa. E aqui conviria trocar esse estúpido chip, determinado em

identificar a felicidade com o consumo indefinido de produtos do mercado, quando os mais inteligentes já estão de volta e optam pela qualidade de vida em vez da quantidade dos produtos, por uma cultura das relações humanas, do desfrute da natureza, do sossego e paz, totalmente relutante com a aspiração a um consumo ilimitado.[59]

Presentemente, parece trata-se de um limite, sobretudo, moral, mas que certamente evoluirá para uma disciplina jurídica. No campo da saúde, os produtos e serviços de atenção à saúde podem ser objeto da atividade econômica privada lucrativa. No caso brasileiro com a expressa permissão constitucional do art. 197. A saúde humana, todavia, não é, e não pode ser considerada, uma mercadoria qualquer, devendo recair sobre sua exploração comercial um especial controle e supervisão pelo Estado.

Definir ou delimitar o conteúdo do direito à saúde é, em grande parte, firmar um compromisso e um equilíbrio entre o objetivo ideal expresso no conceito de saúde como completo estado de bem-estar físico, mental e social e as possibilidades de sua realização, em termos igualitários, em face das condicionantes econômicas, sociais e políticas que governam a vida em sociedade.

Assim, à semelhança do que ocorre com o próprio conceito de saúde, o conteúdo do direito à saúde, vedado o retrocesso na proteção social, deve ser permanentemente construído e reconstruído, com base na realidade fática e orientado pela ideia da busca do máximo bem-estar e qualidade de vida individual e social possível, assegurado o acesso equitativo.

O equilíbrio entre o bem-estar e a qualidade de vida individual e social há de ser mediado por princípios que tenham em conta a promoção da equidade no acesso aos bens sociais correspondentes, quer pelo sistema público, quer pelo sistema privado de atenção à saúde.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resulta que a participação popular e cidadã na construção do direito à saúde, mais do que uma exigência do direito fundamental à participação, é também uma necessidade imposta pelo próprio conceito de saúde.

A análise do conceito de saúde revela a necessidade de se considerar não apenas as necessidades, mas também os desejos, anseios e ambições humanas e as capacidades necessárias para a realização de seus projetos de vida. Revela ainda que a permeabilidade do meio social aos agravos e o fato de que a saúde humana não se resume às funcionalidades físico-biológicas, mas também às funcionalidades mentais e sociais relacionadas com os modos e estilos de vida, determinam que as condicionantes da saúde só possam ser entendidas no espaço social e que a assunção de responsabilidades individuais e sociais por parte dos destinatários da atenção à saúde integrem a própria concepção de direito à saúde.

A tutela da saúde pelo Direito perpassa por todas as dimensões dos direitos fundamentais. Como direito de primeira dimensão impõe o dever de respeito à vida e à integridade biopsíquica de toda pessoa humana, protegendo-a de toda indevida agressão. Como direito de segunda dimensão impõe o dever de promoção das condições mínimas que permitam a cada indivíduo o desenvolvimento pleno de suas capacidades para realização de seus projetos de vida. Por fim, como direito de terceira dimensão, projeta-se para além da perspectiva da liberdade e igualdade individual, alcançando, como direito difuso e coletivo, proteger a vida humana digna em sociedade, conectando o tema da saúde à pauta ambiental, ecológica, da preservação da paz e da identidade cultural, entre outras, no campo dos direitos de solidariedade.

A construção de um sistema justo de acesso aos bens sanitários é tarefa que incumbe a toda a sociedade, na permanente construção e reconstrução do conceito de saúde e de direito à saúde.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e; CASSIOLATO, José Eduardo. **As especificidades do sistema de inovação do setor saúde**: uma resenha da literatura como introdução a uma discussão sobre o caso brasileiro. São Paulo: USP, 2000. (Estudos FESBE I).

ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e; SOUZA, Sara Gonçalves Antunes de; BAESSA, Adriano Ricardo. Pesquisa e inovação em saúde uma discussão a partir da literatura sobre economia e tecnologia. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 9 n. 2, p, 277-294, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v9n2/20385.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2009.

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE DE EDUCACIÓN EN SALUD PÚBLICA. I Conferencia Panamericana de Educación en Salud Pública. XVI Conferencia de ALAESP. **Informe final**, Rio de Janeiro, ago. 1994.

BERLINGUER, Giovanni. **Ética da saúde**. Tradução de Shirley Morales Gonçalves. São Paulo: Hucitec, 1996.

CASTRO, Marcus Faro. Dimensões políticas e sociais do Direito Sanitário brasileiro. In: ARANHA, Márcio Iório (Org.). **Direito Sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde; Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; Escola Nacional de Saúde Pública, 2003. v. 1. p. 379-390.

CAYUSO, Suzana Graciela. El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación. In: FARINATI, Alícia (Coord.). **Salud, derecho y equidad**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 29-45.

CINTRA, Guilherme. Saúde: direito ou mercadoria? In: COSTA, Alexandrino Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 435-445.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo M. **Saúde no Brasil**: políticas e organização de serviços. 4. ed. São Paulo: Cortez; Cedec, 2001.

CORTINA, Adela. **Ética del consumo**. Disponível em: <http://webs.uvigo.es/consumoetico/ eticadelconsumo.htm>. Acesso em: 22 jun. 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. In: COSTA, Alexandrino Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 91-100.

DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003.

DANIELS, Norman. **Just health care**. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

DOSI, Giovanni. Sources, procedures and microeconomics effects of innovation. **Journal of economic literature**, v. 26, p. 1120-1171, sept. 1988.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

GONÇALVES. Janaína Barbier. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGERS.pdf >. Acesso em: 30 maio 2009.

GONZÁLEZ, Ángel Puyol. Ética, derechos y racionamiento sanitario. **Doxa**, n. 22, 1999. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/ 12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_25.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2009.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

MORAES, José Luis Bolzan de. O direito da saúde. In: SCHWARZT, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 11-25.

PORTER, Michael E.; TEISBERG, Elizabeth O. **Redefining health care**. Harvard Business School Press, 2006.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola. **Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde**: promessas e limites da Constituição. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN. Amartya. **A desigualdade reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

VIDAL, Susana. Introducción general y antecedentes. In: CURSO DE BIOÉTICA CLÍNICA Y SOCIAL DEL PROGRAMA DE EDUCACIÓN PERMANENTE DE BIOÉTICA DE UNESCO. Redbioética-UNESCO, 2009.

WORLD BANK. World Development Report 1993: investing in health. Oxford: Oxford University. Disponível em: <http://files.dcp2.org/pdf/ WorldDevelopmentReport1993.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2009.

---

[1] "Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity." (WHO Constitution. Disponível em: <http://www.who.int/governance/eb/constitution/en/index.html>. Acesso em: 14 jul. 2008.).

[2] BERLINGUER, Giovanni. **Ética da saúde**. Tradução de Shirley Morales Gonçalves. São Paulo: Hucitec, 1996. p. 21.

[3] Berlinguer registra mesmo que "[...] no final dos anos oitenta os delegados do Estado do Vaticano e das nações muçulmanas propuseram à Assembléia da OMS acrescentar às palavras 'físico, mental e social' uma quarta categoria de saúde: a espiritual", tendo a proposta sido aprovada por 24 votos a favor, 10 contra e uma centena de abstenções. (Ibid., p. 22).

[4] DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. COSTA, Alexandrino Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 94.

[5] Ibid., p. 93.

[6] Ibid., p. 94.

[7] BERLINGUER, op. cit., p. 23.

[8] "la capacidad y el derecho individual y colectivo de realización el potencial humano (biológico, psicológico social) que permita a todos participar ampliamente de los beneficios del desarrollo."(tradução nossa) ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA Y

DEL CARIBE DE EDUCACIÓN EN SALUD PÚBLICA. I Conferencia Panamericana de Educación en Salud Pública. XVI Conferencia de ALAESP. **Informe final**, Rio de Janeiro, 1994.

[9] O enfoque das questões distributivas sob o ponto de vista da promoção das capacidades e funcionalidades, antes que do mero provimento de bens e recursos, deve-se principalmente ao pensamento de Amartya Sen. SEN, Amartya. **A desigualdade reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 79-102.

[10] Em audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal, Janaína Barbier Gonçalves, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, trouxe dados alusivos às demandas judiciais por medicamentos naquela unidade federativa: "[...] apenas 14,31% da demanda é relativa a medicamentos especiais e 9,4% é relativo a medicamentos excepcionais prescritos de acordo com os protocolos do Ministério da Saúde, medicamentos cujo fornecimento compete ao Estado, enquanto 76,23% das demandas judiciais em que o Estado é réu abrangem medicamentos que não são da sua competência, sendo que 18,25% são relativos a medicamentos excepcionais prescritos em desacordo com os protocolos clínicos e 46,84% referentes a medicamentos que não são fornecidos pelo SUS, entre eles medicamentos importados e sem registro na ANVISA." (GONÇALVES. Janaína Barbier. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGERS.pdf >. Acesso em: 30 maio 2009.).

[11] No setor público, por exemplo, ter-se-ia que considerar que prover acriticamente demandas judiciais embasadas na integralidade da atenção pode ter o efeito perverso de favorecer o acesso ao sistema público de saúde, por parte dos já privilegiados no acesso à prestação jurisdicional. E isto ocorreria, provavelmente com maior intensidade, na atenção de alta tecnologia e alto custo, não suportada pelo próprio particular ou pelo seguro privado de saúde.

[12] KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

[13] "Liberada da necessidade de reexaminar constantemente seus fundamentos em vista da aceitação de um paradigma comum, permite a seus membros concentrarem-se exclusivamente nos fenômenos mais esotéricos e sutis que lhes interessam. Inevitavelmente isso aumenta tanto a competência como a eficácia com as quais o grupo como um todo resolve novos problemas." Ibid., p. 207.

[14] DOSI, Giovanni. Sources, procedures and microeconomics effects of innovation**.** **Journal of economic literature**, v. 26, p. 1120-1171, sept. 1988.

[15] ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e; CASSIOLATO, José Eduardo. **As especificidades do sistema de inovação do setor saúde**: uma resenha da literatura como introdução a uma discussão sobre o caso brasileiro. São Paulo: USP, 2000. (Estudos FESBE I).

[16] A descoberta de antibióticos, por exemplo, possibilitou a abertura de novos horizontes de intervenção cirúrgica antes não concebíveis.

[17] ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e.; SOUZA, Sara Gonçalves Antunes de; BAESSA, Adriano Ricardo. Pesquisa e inovação em saúde: uma discussão a partir da literatura sobre economia da tecnologia. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 277-294. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v9n2/20385.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2009, p. 288.

[18] WORLD BANK. **World Development Report 1993**: investing in health. Oxford: Oxford University, 1993. p 34. Disponível em: <http://files.dcp2.org/pdf/WorldDevelopmentReport1993.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2009.

[19] SEN apud ALBUQUERQUE; SOUZA; BAESSA, op. cit., p 288.

[20] Ibid., p. 281.

[21] PORTER, Michael. E.; TEISBERG, Elizabeth O. **Redefining health care**. Harvard Business School Press, 2006.

[22] DANIELS, Norman. **Just health care**. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

[23] Ibid., p. 19.

[24] VIDAL, Susana. Introducción general y antecedentes. In: CURSO DE BIOÉTICA CLÍNICA Y SOCIAL DEL PROGRAMA DE EDUCACIÓN PERMANENTE DE BIOÉTICA DE UNESCO. **Redbioética-UNESCO**, 2009.

[25] "Y en esto hay una polarización entre quienes entienden las necesidades humanas como valor relativo que dependen de opciones individuales y de las posibilidades que cada persona y su familia tienen para adquirirlo en el mercado (corriente liberal) y que relaciona necesidad con capacidad de consumo y, las necesidades como un proceso determinante de la vida cuya realización (como capacidad) se constituye en un derecho humano inalienable, al que debe accederse bajo una distribución equitativa y segura por parte de todos los miembros de una sociedad que debe construirse solidariamente (corriente solidaria)." (Ibid., p. 20-21)

[26] GONZÁLEZ, Ángel Puyol. Ética, derechos y racionamiento sanitario. **Doxa**, n. 22, 1999. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_25.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2009.

[27] DANIELS, op. cit., p. 26.

[28] "[…] have all through their lives or at certain stages o life through which all must pass." (BRAYBROOKE apud DANIELS, 1985, p. 26, tradução nossa)

[29] "[…] endangers the normal functioning of the subject of need considered as a member of a natural species." (BRAYBROOKE, apud DANIELS, 1985, p. 26, tradução nossa)

[30] Norman Daniels indica um elenco: “1) adequada nutrição, abrigo; 2) condições de vida e trabalho limpo, seguro e não-poluído; 3) exercício, descanso e outras características de estilos de vida saudáveis; 4) serviços médicos pessoais preventivos, curativos e de reabilitação; 5) serviços de suporte pessoal (e social) não-médico.” (“1) adequate nutrition, shelter; 2) sanitary, safe, unpolluted living and working conditions; 3) Exercise, rest, and some other features of life-style; 4) Preventive, curative, and rehabilitative personal medical services; 5) Non-medical personal and social support services.”) (DANIELS, 1985, p. 32, tradução nossa)

[31] DWORKIN, Ronald. Justice in the distribution of health care. **McGill Law Journal**, v. 38, n. 4, p. 883-898, 1993.

[32] “A medicina ocidental [...] substituiu a ignorância e superstição por conhecimentos científicos. Mas sobretudo demonstrou que a boa ou má saúde não são fatos imutáveis, mas condição passível de modificação; e substituiu as idéias sacras de destino e culpa sempre associadas às doenças, por idéia laica, fundamentada na experiência: a idéia de que é possível enfrentar e vencer muitas doenças. Apoiados nessas colocações adquiriram consistência: um princípio moral [...] e uma esperança, associada a objetivo jurídico-político: o direito à saúde.” (BERLINGUER, op. cit., p 34).

[33] RAEFFRAY, Ana Paula Oriola. **Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

[34] Ibid., p. 306.

[35] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 236.

[36] Ibid., p. 276.

[37] DECLARATION OF ALMA-ATA. Disponível em: <http://www.who.int/hpr/NPH/docs/declaration_almaata.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2008.

[38] Também no preâmbulo do ato de Constituição da OMS, há uma afirmação de princípios atinentes à saúde humana. Disponível em: <http://www.who.int/governance/eb/constitution/en/index.html>. Acesso em: 14 jul. 2008.

[39] Para uma distinção entre direito à saúde e direito à atenção em saúde, conferir: GONZÁLEZ, Ángel Puyol.

Ética, derechos y racionamiento sanitario. **Doxa**, n. 22, 1999, p. 584. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_25.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2009.

[40] BERLINGUER, Giovanni. **Globalização, equidade e saúde**. Conferência proferida no II Fórum Regional de Saúde do Algarve sob o tema “Globalização e Saúde”, em 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.arsalgarve.minsaude.pt/site/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=258&Itemid=113>. Acesso em: 14 jun. 2009.

[41] A atenção primária normalmente se caracteriza pelo baixo custo por unidade de atenção. É definida na Declaração de Alma-Ata como: "Atenção essencial à saúde baseada em tecnologia e métodos práticos, cientificamente comprovados e socialmente aceitáveis, tornados universalmente acessíveis a indivíduos e famílias na comunidade por meios aceitáveis para eles e a um custo que tanto a comunidade como o país possa arcar em cada estágio de seu desenvolvimento, um espírito de autoconfiança e autodeterminação. É parte integral do sistema de saúde do país, do qual é função central, sendo o enfoque principal do desenvolvimento social e econômico global da comunidade. É o primeiro nível de contato dos indivíduos, da família e da comunidade com o sistema nacional de saúde, levando a atenção à saúde o mais próximo possível do local onde as pessoas vivem e trabalham, constituindo o primeiro elemento de um processo de atenção continuada à saúde". (DECLARATION OF ALMA-ATA, op.cit., tradução nossa).

[42] BERLINGUER, 2009.

[43] DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 35.

[44] Para um histórico do Movimento Sanitário Brasileiro e dos antecedentes à Constituinte na matéria saúde, conferir: RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde**: promessas e limites da Constituição. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

[45] CASTRO, Marcus Faro de. Dimensões políticas e sociais do direito sanitário brasileiro. In: ARANHA, Márcio Iório (Org.). **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde; Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; Escola Nacional de Saúde Pública, 2003. v. 1. p. 82-104.

[46] COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo. **Saúde no Brasil**: políticas e organização de serviços. 4. ed. São Paulo: Cortez; Cedec, 2001.

[47] Conferir: AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 127-140.

[48] BERLINGUER, 1996, p. 34.

[49] Ibid., p. 35.

[50] " O direito à proteção da saúde está intimamente vinculado à qualidade de vida. Se estendendo não apenas à proibição de comportamentos com efeitos deletérios para a pessoa humana que podem provocar sua deterioração ou incapacidade, mas a toda conduta que, com a finalidade que for, configure qualquer forma de tratamento cruel, inumano ou degradante" ("El derecho a la protección de la salud está íntimamente vinculado a la calidad de vida. Se extiende no sólo a la prohibición de comportamientos con efectos disvaliosos para la persona humana que puedan provocar su deterioro o incapacidad, sino a toda conducta que, con la finalidad que fuere, configure cualquier forma de tratamiento cruel, inhumano o degradante")

[51] “La distinción entre derechos económicos, sociales y culturales, y derechos civiles y políticos, y a pesar de ser consideradas categorías interdependientes, ha conducido en la práctica a brindarle a la primera de ellas menor importancia. Esta tendencia se alimenta de la falta de claridad conceptual respecto de los derechos que integran esta categoría, cuestión que impide su implementación. Dentro de ellos se encuentra el derecho de la salud, el cual se caracteriza por su particular vaguedad, resultante de la falta de identificación de las obligaciones que impone a los Estados.” (CAYUSO, Suzana Graciela. El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación. In: FARINATI, Alícia (Coord.). **Salud, derecho y equidad**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 40. (tradução nossa)).

[52] “El objetivo de las garantías tradicionales es proteger al individuo de injerencias arbitrarias. Los derechos sociales tienen por finalidad crear lo que se deberá proteger. […] La libertad conlleva la posibilidad de optar, por lo tanto ya no resulta suficientemente protegida asegurando la no injerencia estatal sino que exige crear las condiciones para la opción. La no creación de las condiciones impacta sobre el goce y garantía de los derechos fundamentales.” Ibid., p. 43-44.

[53] Ibid., p. 44.

[54] CINTRA, Guilherme. Saúde: direito ou mercadoria? In: COSTA, Alexandrino Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 440.

[55] “[...] es importante reconocer la amplitud que tiene este derecho y no definirlo solamente como un derecho de acceso a la asistencia sanitaria sino también a las precondiciones de la salud… en ciertos aspectos el derecho a la salud se superpone con los derechos civiles y políticos y con otros derechos económicos sociales y culturales […]. El contenido esencial del derecho a la salud es el acceso a ciertos servicios sanitarios básicos que los Estados deben garantizar inmediatamente, con independencia de los recursos de los que dispongan, y se diferencia de otros contenidos que deben garantizar en forma progresiva.” (tradução nossa) TOEBES apud CAYUSO, op. cit., p. 44.

[56] A Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, estatui que: ”A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

[57] SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 98-99.

[58] MORAES, José Luis Bolzan de. O direito da saúde. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 24.

[59] “Será justo […] si las personas están dispuestas a aceptar una norma mínima, según la cual, sólo se consumirán los productos que todos los seres humanos puedan consumir y que no dañen ni al resto de la sociedad ni al medio ambiente. El primer criterio para discernir si una forma de consumo es justa consiste, pues, en considerar si puede universalizarse. […] es consumo ético el que proporciona a las personas una vida buena.

Y aquí convendría cambiar ese estúpido chip, empeñado en identificar la felicidad con el consumo indefinido de productos del mercado, cuando los más inteligentes ya están de vuelta y optan por la calidad de vida frente a la cantidad de los productos, por una cultura de las relaciones humanas, del disfrute de la naturaleza, del sosiego y la paz, totalmente reñida con la aspiración a un consumo ilimitado." (tradução nossa) CORTINA, Adela. **Ética del consumo**. Disponível em: <http://webs.uvigo.es/consumoetico/eticadelconsumo.htm>. Acesso em: 22 jun. 2009.

A CONCEPÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO TRUNFOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL[*] [**]

FUNDAMENTAL RIGHTS AS TRUMPS IN THE CONSTITUTIONAL STATE

Osvaldo Ferreira de Carvalho

RESUMO

O artigo examina a passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional, encontrando correspondência na supremacia dos direitos fundamentais ao serem estes detentores de posição privilegiada e hierarquicamente superiores na constituição. Dedica-se responder a ideia dos direitos fundamentais como trunfos ao remeter para a possível tensão ou oposição entre os direitos fundamentais e o poder democrático, entre o Estado de Direito e democracia, pois os poderes constituídos não podem dispor livremente dos direitos fundamentais ao estarem vinculados a estes. A ideia de direitos fundamentais como trunfos é uma exigência do reconhecimento da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a Constituição a sério.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO CONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. TRUNFOS. DEMOCRACIA.

ABSTRACT

The article examines the passage of the State of Law to the Constitutional State, being match the supremacy of fundamental rights in these holders position and hierarchically superior in the constitution. Dedicated to responding to the idea of fundamental rights as trumps to refer to the possible tension or conflict between fundamental rights and democratic power, between the rule of law and democracy, as power can not be made freely fundamental rights to be linked to these. The idea of fundamental rights as trumps is a requirement of recognizing the normative force of the Constitution, the need to take the Constitution seriously.

KEYWORDS: STATE CONSTITUTIONAL. FUNDAMENTAL RIGHTS. TRUMPS. DEMOCRACY.

INTRODUÇÃO

Antes de examinar alguns aspectos do atual estágio de desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais como trunfos, o artigo destacará os elementos que influenciaram a travessia do modelo jurídico do Estado de Direito para o paradigma do Estado

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

[**] Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Goiás.

Constitucional. Após o artigo dedicar-se-á elucidar a designação atribuída aos direitos fundamentais como trunfos no Estado Constitucional qualificado de Social e Democrático.

A concepção de direitos como trunfos significa a proteção de todos os direitos fundamentais da pessoa contra restrições essencial ou determinantemente decorrentes de tentativas de imposição de concepções ou mundividências particulares ou de doutrinas compreensivas sustentadas conjunturalmente no apoio de maiorias políticas, sociais, culturais ou religiosas. É um recurso especialmente adequado à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos ou grupos cuja debilidade, isolamento ou marginalidade não lhes permita, mesmo em quadro de vida democrático, a possibilidade de influenciarem as escolhas governamentais e a capacidade de garantia dos seus direitos fundamentais pelos meios comuns de participação política ou da luta social ou, até mesmo, sindical.

A pesquisa é bibliográfica e explicativa (qualitativa) com manejo de vasta literatura jurídica nacional e internacional a fim de efetuar uma análise teórico–conceitual sobre os direitos fundamentais com trunfos, bem como aclarar o seu sentido e alcance no Estado Constitucional – Social e Democrático.

1. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional de Direito

O Estado Constitucional de Direito apresenta-se, na atualidade, como a base jurídico–normativa das sociedades civilizadas. A evolução do antigo Estado de Direito (liberal ou social) para o Estado Constitucional de Direito retrata um avanço (jurídico e político) extraordinário.[1]

Canotilho leciona que o Estado é uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distinguem de outros poderes e organizações de poder.[2] Quais são essas qualidades? Em primeiro lugar, para o multicitado jurista, a qualidade de poder soberano. A soberania, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional. Ao se articular a dimensão constitucional interna com a dimensão internacional do Estado pode-se recortar os elementos constitutivos deste: (1) poder político de comando; (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais (povo = sujeitos do soberano e destinatários da soberania); (3) reunidos num determinado território.[3] A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia, de acordo com Canotilho, no monopólio de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para a efetividade das suas regulações e dos seus comandos. Nesse contexto se afirma também, segundo o ínclito jurista, o caráter originário da soberania, pois o Estado não necessita obter o fundamento das suas normas noutras normas jurídicas. A soberania internacional (termo que muitos internacionalistas afastam ao preferir o conceito de independência) é, por natureza, relativa (existe sempre o *alter ego* soberano de outro Estado), mas significa, ainda assim, a igualdade soberana dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recognoscem*).[4]

O Estado, tal como foi caracterizado, corresponde, no essencial, ao modelo de Estado emergente da Paz de Vestfália (1648). Este modelo, assente, basicamente na idéia de unidade política soberana do Estado, está hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal. No entanto, ele continua a ser um modelo operacional caso pretenda salientar duas dimensões do Estado como comunidade juridicamente organizada: (1) o Estado é um esquema aceitável de racionalização institucional das sociedades modernas; (2) o ***Estado Constitucional*** é uma tecnologia política de equilíbrio político–social por meio da qual se combateram dois arbítrios ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico–corporativos medievais.[5]

Canotilho sustenta que o Estado de Direito é um Estado Constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico–normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. Para o ínclito jurista, a constituição confere à ordem estatal e aos atos dos poderes públicos medida e forma.[6] Trata-se, segundo ele, de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da constituição – e é nessa supremacia normativa da lei constitucional (como sugeria a teoria tradicional do Estado de Direito) que o primado do direito do Estado de Direito encontra uma primeira e decisiva expressão.[7]

O multicitado jurista assevera, ainda, que o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional. Não deixa, porém, de ser significativo que esta expressão – Estado Constitucional – tenha merecido decisivo acolhimento apenas na juspublicística mais recente. Sabe-se que o constitucionalismo, segundo Canotilho, procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes. Tentou-se, em outras palavras, estruturar um Estado com qualidades, as qualidades que fazem dele um Estado Constitucional. O Estado Constitucional, para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de Direito Democrático. Acham-se aqui as duas grandes qualidades do Estado Constitucional: Estado de Direito e Estado Democrático. Essas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de Direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado Democrático silenciando a dimensão de Estado de Direito. O Estado Constitucional Democrático de Direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito.[8]

Em seguida, Canotilho conclui ao afirmar que o

"[...] Estado Constitucional é **mais** do que Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para 'travar' o poder (to check the power); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (to legitimize State power). Se quisermos um Estado Constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado 'impolítico' do Estado de Direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual 'todo o poder vem do povo' assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo

procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de Direito’ e o ‘Estado Democrático’ possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de Direito Democrático. Alguns autores avançam mesmo a idéia de democracia como valor (e não apenas como processo), irrevisivelmente estruturante de uma constitucional democrática.[9]

Jorge Miranda ao debruçar sobre o conceito de Estado de Direito escreve que não é suficiente enumerar, definir, explicitar, assegurar *de per si* (isoladamente) os direitos fundamentais; requer que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientadas para a sua garantia e a sua promoção. Para o retrorreferido jurista, não basta também afirmar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade popular em qualquer momento; é preciso estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se desenvolva em liberdade e em que cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade do futuro. Segundo o jurista, é necessário que se não verifique incompatibilidade entre o elemento subjetivo e o elemento objetivo da Constituição; que os direitos fundamentais tenham um quadro institucional de crescimento; que a garantia da liberdade se faça mediante a divisão do poder. A síntese desses princípios, o modelo ou a idéia em que se traduzem vem a ser o Estado de Direito.[10]

Para Jorge Miranda, Estado de Direito não equivale a Estado sujeito ao Direito, pois não há Estado sem sujeição ao Direito no duplo sentido de Estado que atua segundo processos jurídicos e que realiza uma idéia de Direito, seja ela qual for. Estado de Direito só existe quando esses processos se encontram diferenciados por diversos órgãos, de harmonia com um princípio de divisão do poder, e quando o Estado aceita a sua subordinação a critérios materiais que o transcendem; só existe quando se dá limitação material do poder político; e esta equivale a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana.[11]

Segundo o eminente jurista supracitado, devem figurar-se como postulados ou requisitos do Estado de Direito (passíveis de graduação e de conformação específica consoante os sistemas jurídicos e políticos) os seguintes:

a) A definição rigorosa e garantia efetiva, no mínimo, dos direitos à vida e à integridade pessoal, da liberdade física e da segurança individual, da liberdade de consciência e religião, bem como da regra da igualdade jurídica entre as pessoas;

b) A pluralidade de órgãos governativos, independentes ou interdependentes quanto à sua subsistência, e com funções distintas, competindo, nomeadamente, ao Parlamento o primado da função legislativa;

c) A reserva da função jurisdicional aos tribunais, independentes e dotados de garantias de independência dos juízes;

d) O princípio da constitucionalidade, com fiscalização, jurisdicional ou jurisdicionalizada, de conformidade das leis com a constituição;

e) O princípio da legalidade da Administração, com meios de impugnação contenciosa dos atos administrativos e dos regulamentos;

f) A responsabilidade civil do Estado pelos danos causados pelos seus órgãos e agentes.[12]

Segundo ensino de Thiago Lima Breus, não se pode sustentar que a travessia do Estado de Direito ao Estado Constitucional seja, unicamente, fruto da presença de uma Constituição rígida que dá fundamento ao Estado Constitucional. Isso porque nos modelos de Estado de Direito havia, por igual, uma Constituição no ápice de seu sistema normativo. Por evidente, a diferença entre esses modelos de Estado não se trata apenas da presença de uma Constituição, mas de uma série de elementos que alteram profundamente a ordem jurídica e as formas de sua interpretação e aplicação fática.[13]

Não se trata, também, de acordo com o conspícuo escólio de Thiago Lima Breus, da substituição acabada de um modelo jurídico estatal por outro, distinto. Ao contrário, o Estado Constitucional é uma versão particular, aperfeiçoada, do Estado de Direito,[14] que pretende aproveitar suas virtudes, como a busca de limitação formal do poder do soberano e superar suas vicissitudes, como a ausência de normatividade[15] do seu texto constitucional, o qual, por ser em geral tomado como um documento de teor exclusivamente político era dotado de nenhuma imperatividade. Por esse motivo, as constituições que conformam juridicamente o Estado de Direito são classificadas como constituições semânticas.[16]

A gradual substituição das constituições semânticas pelas constituições “para valer” suscitou uma série de repercussões por todo o âmbito social, em especial no atinente à dicotomia público–privado.[17]

É por isso que se afirma que uma das mais intensas transformações decorrentes da travessia do Estado de Direito para o Estado Constitucional se refere ao papel e ao âmbito do Estado ante a esfera da sociedade ou dos particulares. O próprio ideário do Estado de Direito tem por precípua finalidade a limitação do poder do Estado perante uma esfera de intangibilidade dos sujeitos privados. Em outras palavras, a submissão do soberano à legalidade dizia respeito, em última análise, à limitação de intervenção do Poder Público sobre a esfera privada, de forma que os dois âmbitos da vida, público e privado, tinham as suas fronteiras bem definidas.

Na esteira do pensamento de Thiago Lima Breus, com a vigência do Estado Constitucional as fronteiras entre o público e o privado se tornam tênues. Freqüentemente, na atualidade, segundo o referido autor, fala-se a respeito dos fenômenos de privatização do público e, de outro lado, da publicização do privado. Excepcionando as distorções – no Brasil sempre presentes, como a patrimonialização excessiva e a apropriação privada do Estado –, os fenômenos descritos, a rigor, representam a aplicação dos princípios constitucionais a todos os âmbitos de normatividade da Constituição, que move determinados institutos de Direito Público a serem aplicados no Direito Privado e, simetricamente, propicia que institutos de Direito Privado sejam utilizados no âmbito do Direito Público.[18]

Pode-se argumentar que o fenômeno em comento, por conseguinte, não se trata nem da publicização de um, nem da privatização de outro, mas da própria ***constitucionalização*** de ambos.[19] De onde pode resultar uma coerente diluição do rigor da dualidade direito público–direito privado ao produzir esferas de confluência e ao fazer com que a distinção, na atualidade, não se apresente como o único e último critério para a solução de conflitos entre o Estado e os particulares.[20]

O que caracteriza efetivamente a Constituição do Estado Constitucional perante o Texto Maior de um Estado de Direito, conforme Thiago Lima Breus, é a inclusão de valores e princípios no âmbito do texto constitucional, essencialmente no que se refere à dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais, assim como o estabelecimento de metas e diretrizes a que o Estado deve, em primeiro plano, buscar, com o escopo de concretizar e de proteger os direitos e valores antes mencionados.[21]

O estabelecimento de metas, diretrizes ou princípios vinculados abertamente a valores e a opções políticas gerais por meio das espécies jurídico–normativas, conforme explicitado por Ronald Dworkin,[22] com vistas na redução das desigualdades sociais e o estabelecimento de políticas específicas,[23] como a prestação de serviços de educação e saúde, por exemplo, com o escopo de que esses elementos conformem um consenso social mínimo a ser seguido pelas maiorias,[24] é característico de um paradigma de constituição não existente no âmbito do Estado de Direito.

Esse consenso mínimo, representado pelos elementos normativos que recebem um *status* hierárquico diferenciado no ordenamento jurídico, como os direitos fundamentais passam a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de modo que qualquer grupo político que assuma o poder deve a eles estar diretamente vinculado.[25]

Esses direitos, representantes desse consenso social mínimo e detentores de posição privilegiada na Constituição, passam a ser o escopo da atividade administrativa estatal ao demonstrar mais uma diferença em relação ao Estado de Direito, o qual tinha por finalidade a busca da realização de finalidades que se subsumiam à estrita noção de interesse público.[26]

Na contemporaneidade, tempo de vigência do Estado Constitucional, há a consagração das mais variadas concepções de *bem comum*, derivadas do pluralismo político, cultural, econômico e social em que se inserem as sociedades, tornando-se cada vez mais inviável, consoante Thiago Lima Breus, a eleição de um único interesse público a ser perseguido pelo Estado – que deve buscar, senão a integral realização dos interesses da sociedade onde está inserido, pelo menos a proteção desses interesses –, como pretendiam os teóricos do Estado de Direito como Rosseau[27] e Montesquieu.

A inserção dos direitos fundamentais em posição de supremacia ou privilegiada na esfera das constituições é fruto, para Thiago Lima Breus, dos vários compromissos sociais do Poder Constituinte que, invariavelmente, apresentam-se de forma antagônica. Essa é uma das razões pelas quais a Carta Magna assegura direitos opostos e conflituosos, como a proteção do meio ambiente e o direito ao desenvolvimento, dentre outros.[28] Esses compromissos divergentes promovem a ocorrência de conflitos, tanto específicos, quanto gerais no âmbito do próprio sistema constitucional.

Thiago Lima Breus sustenta que os conflitos específicos são os decorrentes dos compromissos sociais contraditórios da Constituição e são resolvidos na aplicação concreta da Constituição, tanto pelo Judiciário quanto pela Administração Pública por meio de interpretação, com a utilização de técnicas específicas,[29] pela aplicação do princípio da concordância prática ou da harmonização[30] e por intermédio da priorização de objetivos.[31]

2. Direitos fundamentais como trunfos contra a maioria

Propõe-se fazer aqui uma reflexão sobre as relações complexas entre Estado de Direito, democracia e direitos fundamentais com arrimo nas análises do ínclito jurista lusitano professor Jorge Reis Novais que, por sua vez, recorre à ideia originária de Ronald Dworkin, segundo o qual ter um direito fundamental, em Estado de Direito, equivale a ter um **trunfo** num jogo de cartas.[32] A carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado, pois a força da qualidade de trunfo, que lhe é reconhecida segundo as regras do jogo, supera a força do número, da quantidade etc.[33]

Em conformidade com a lapidar teorização de Jorge Reis Novais aplicada ao sistema jurídico do Estado de Direito, e tendo em conta que o outro "jogador" é o Estado, visto que, primariamente, os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais perante o Estado, pode-se afirmar que

[...] ter um direito fundamental significará, então, ter um **trunfo contra o Estado**, contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, afinal, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos. A imagem dos direitos fundamentais como trunfos remete, nesse sentido, para a hipótese de uma tensão ou, até, uma oposição – dir-se-ia insuperável – entre os direitos fundamentais e o poder democrático, entre o Estado de Direito e democracia.[34]

O Estado de Direito (direitos fundamentais), segundo Jorge Reis Novais, exige a democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas que estrutura o edifício do moderno Estado de Direito.[35] Por sua vez, do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem cooriginariamente exigências de igualdade e liberdade individual que conduzem, de forma direta e necessária, à adoção da regra da maioria como princípio elementar de funcionamento do sistema político, pelo que, à luz dessa construção, se não houver democracia não há verdadeiro Estado de Direito.[36] Isso porque,

a) Sem garantia dos direitos políticos (só plenamente realizáveis em democracia) o sentido atual de dignidade da pessoa humana ficaria amputado de uma dimensão essencial, a da consideração de todas as pessoas como livres e iguais e a da consequente igual possibilidade da sua livre participação na tomada de decisões da comunidade. Por outro lado, num quadro não democrático a separação de poderes tenderia a desaparecer e, com concentração dos poderes do Estado, os direitos individuais sofreriam uma correspondente e inevitável desvalorização. Por último, e no mesmo sentido da íntima atração entre os princípios, sem a legitimação democrática que lhe seria conferida pela eleição livre e universal o poder político ficaria privado da legitimidade que o habilitaria à intervenção social de promoção das condições fáticas da liberdade individual.

b) A referida integração resulta ainda, num movimento de sentido inverso, do fato de a democracia exigir também o Estado de Direito (direitos fundamentais). Sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais não há verdadeira democracia: os direitos fundamentais são condição do regular funcionamento da democracia. Sem a possibilidade de exercício dos direitos, designadamente os políticos, não se pode garantir a participação de todos, com o que a regra da maioria falha a racionalidade que a justifica; caso prive parte da população de direitos, se não lhe reconhecesse igual consideração no processo de deliberação, caso iniba ou não se assegurasse a sua igual presença na governação (ou governança), caso diminua o seu estatuto e não se garantisse a todos uma esfera de igual liberdade de escolha com efetividade e autonomia, a vida democrática não seria livre, nem igualitária e, logo, o poder não seria democrático.[37]

Segundo Jorge Reis Novais, a metáfora dos trunfos tem a sua cunhagem em Ronald Dworkin, para quem **direito como trunfo** significa que as posições jurídicas individuais que assentam no direito natural a igual consideração e respeito que o Estado deve a cada indivíduo funcionam como trunfos contra preferências externas, especificamente contra qualquer pretensão estatal em impor ao indivíduo restrições da sua liberdade em nome de concepções de vida que não são as suas e que, por qualquer razão, o Estado considere como merecedoras de superior consideração.[38] Nesse sentido, fala-se em direitos como **trunfos** que entrincheiram (defendem, protegem) os bens de liberdade e autonomia contra decisões políticas, mesmo que estas pretendessem justificar na necessidade de limitação da liberdade individual em nome da obtenção do bem da comunidade como um todo ou de uma concepção particular da vida boa.[39]

Apesar da novidade da designação, a ideia dos direitos como trunfos acaba por ter uma origem e fundamento que, em termos substanciais, pode ser tratada numa linha de continuidade doutrinária e institucional profundamente enraizada na história do Estado Constitucional.[40]

Doutrinariamente, de acordo Jorge Reis Novais, essa linhagem vem do iluminismo e da sua concepção dos direitos fundamentais individuais como algo de natural, pré e supraestatal; encontra-se posteriormente na reflexão sobre a natureza do Estado de Direito Liberal, designadamente no chamado princípio da repartição ou distribuição de Schmitt para o qual, em Estado de Direito, a liberdade é, em princípio, ilimitada e a possibilidade de o Estado nela intervir é, em princípio, limitada; está na defesa da prioridade das liberdades de base (RAWLS), na concepção dos direitos fundamentais como armaduras (SCHAUER), na definição de direitos fundamentais como algo tão

importante que não pode ser deixado às decisões da maioria parlamentar simples (ALEXY).[41]

Por sua vez, no plano institucional, encontra-se refletida: na própria ideia de constituição e declarações de direitos; na prática norte-americana da *judicial review*; na descoberta *weimariana* das garantias institucionais; na defesa e consagração, pelos novos constitucionalismos, do direito ao desenvolvimento da personalidade entendido como liberdade geral de ação jusfundamentalmente protegida; na revitalização da jurisdição constitucional com o ressurgimento do constitucionalismo do segundo pós-guerra; nos documentos e jurisdições internacionais de defesa e garantia dos direitos contra os Estados nacionais.[42]

Segundo Jorge Reis Novais, essa linhagem tem como princípio unificador a ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais, de vinculação jurídica do poder político à observância dos direitos, mesmo quando esse poder é democraticamente legitimado e orientado à prossecução do bem comum.[43] E essa noção tem na sua base, em suma e numa síntese atualizadora, o reconhecimento a cada titular de direitos fundamentais de uma dignidade como pessoa que fundamenta a delimitação de uma esfera de autonomia e liberdade individuais de que o Poder não dispõe.[44]

Numa concepção compatível com o fato do pluralismo próprio de uma sociedade aberta, a dignidade da pessoa humana, consoante lição de Jorge Reis Novais, significa a insuscetibilidade de tratamento da pessoa como mero objeto do poder estatal, como instrumentalização ou coisificação da pessoa nas mãos do Estado.[45] Dessa concepção kantiana de dignidade – que pode constituir o núcleo indiscutível de um princípio juridicamente operativo e generalizável de dignidade da pessoa humana – resulta, para cada indivíduo, uma margem de autonomia e liberdade pessoal que o poder de Estado tem de respeitar.[46]

Para Jorge Reis Novais, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba, assim, por constituir o fundamento da concepção dos direitos como trunfos, pois é dessa igual dignidade de todos que resulta o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções e planos de vida que têm, à luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, o mesmo valor de quaisquer outras concepções ou planos de vida, independentemente da maior ou menor adesão social que concitem (estimulem).[47] Daí resulta, conforme preleção do citado jurista, a inadmissibilidade de a maioria política, mesmo quando formada democraticamente, impor ao indivíduo concepções ou planos de vida com que ele não concorde, por mais valiosas que essas concepções sejam tidas pela maioria. Essa tentativa seria, não apenas moral e politicamente inaceitável, como, sobretudo, e para o que aqui importa, juridicamente vedada, visto que constituiria uma restrição do livre desenvolvimento da personalidade, inadmissível à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e, como tal, constitucionalmente rejeitada.[48]

Segundo o multicitado jurista lusitano, à luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, a opinião de cada um, e a possibilidade de exprimi-la, de lutar por ela e de viver segundo os próprios padrões, é tão valiosa quanto à opinião do outro.[49] Cada um tem, garantida pelo Estado de Direito, uma esfera de autonomia e liberdade individual que a maioria não pode comprimir ou restringir pelo simples fato de ser maioria, pelo simples fato de a autonomia individual se orientar num sentido rejeitado

ou hostilizado pela maioria. É como concretização e expressão dessa ideia que se entende a imagem do trunfo ao cobrar pleno sentido: a decisão democrática de muitos, da maioria, não quebra o direito fundamental de um; o trunfo que lhe é dado pelo direito fundamental, o que aqui equivale a dizer, que lhe advém do respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana, trunfa o interesse individual e dá-lhe uma especial força de resistência, de armadura, perante a qual se detém e cede a decisão democrática da maioria.[50]

Assente e reinterpretada à luz do princípio da igual dignidade da pessoa humana, ela não se confina aos direitos políticos, mas é extensiva a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais). Por outro lado, para além de uma função diretamente orientada à garantia da qualidade da democracia, a concepção dos direitos como trunfos significa, também, a proteção de todos os direitos fundamentais da pessoa contra restrições essencial ou determinantemente decorrentes de tentativas de imposição de concepções ou mundividências (visões de mundo) particulares ou de doutrinas compreensivas sustentadas conjunturalmente no apoio de maiorias políticas, sociais, culturais ou religiosas. Por último, é um recurso especialmente adequado à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos ou grupos cuja debilidade, isolamento ou marginalidade não lhes permita, mesmo em quadro de vida democrático, a possibilidade de influenciarem as escolhas governamentais e a capacidade de garantia dos seus direitos fundamentais mediante meios comuns da participação política ou da luta social ou sindical.[51]

2.1 A posição dos direitos fundamentais como trunfos no Estado Democrático de Direito

Na base do problema que aqui considera está, então, a posição, para Jorge Reis Novais, dos direitos fundamentais na relação jurídico–constitucional entre princípio democrático e princípio do Estado de Direito. Enquanto o princípio democrático se identifica ou com a legitimação do título e exercício do poder político a partir da livre escolha majoritária do eleitorado – a premissa majoritária – ou com o regime em que a todos os cidadãos é dada a oportunidade de se constituírem em parceiros ativos e iguais de um autogoverno coletivo – a premissa de parceria, o princípio do Estado de Direito assume essencialmente uma irredutível dimensão de defesa ou reserva da autonomia e liberdade individuais perante o poder político – a premissa garantista.[52]

Nesse sentido, o princípio do Estado de Direito ou, se quiser, os direitos fundamentais – uma vez que o Estado de Direito é o Estado juridicamente limitado pelos direitos fundamentais e juridicamente vinculado à sua defesa e promoção – funcionam, relativamente à decisão da maioria, como limites jurídico–constitucionais.[53] Portanto, mesmo partindo do pressuposto, que se sustenta, de que o atual Estado de Direito só vive em democracia, pode-se considerar que, num Estado Democrático de Direito,[54] o princípio do Estado de Direito é um limite intransponível que se impõe ao poder legítimo e que, por isso, se pode opor ao princípio democrático.[55]

Mesmo que a maioria conjuntural que sustenta o Governo ou que forma uma maioria parlamentar considere que o interesse público só é realizável mediante a compressão ou supressão da autonomia e liberdade individuais, a área de liberdade que disponha da armadura ou esteja trunfada pela garantia que lhe é conferida por um direito fundamental não cede, ou seja, a regra da maioria não quebra, por si só, o princípio de Estado de Direito. A decisão da maioria democrática pode, é certo, buscar prevalecer sobre o interesse jusfundamentalmente protegido, pois quando ocorre um desacordo envolvendo direitos fundamentais não há nenhuma razão que determine que a maioria esteja necessariamente certa ou que esteja necessariamente equivocada sobre essa questão. Porém, o fundamento da eventual prevalência da posição da maioria não reside no argumento majoritário – precisamente porque os direitos fundamentais são constitucionalmente reconhecidos como direitos contra a maioria –, mas, sim, no resultado de uma ponderação de bens desenvolvida à luz dos parâmetros constitucionais e pela qual se atribua a outro bem igualmente digno de proteção, em circunstâncias em que essa compressão seja exigível, uma relevância suscetível de justificar a restrição do direito fundamental.[56]

Nesse sentido, ter um direito fundamental segundo a concepção dos direitos como trunfos significa duas coisas: de um lado, e no que respeita às relações entre indivíduo e Estado, significa ter uma posição, juridicamente garantida, forte, entrincheirada, contra as decisões da maioria política; de outro lado, e no que respeita às relações entre particulares, ter um direito fundamental significa também, no mínimo, ter uma particular e concretizada posição de autonomia e liberdade que o Estado de Direito está igualmente vinculado a proteger contra ameaças ou lesões oriundas de terceiros, mesmo quando, ou sobretudo quando, esses terceiros formam uma maioria ou quando o particular está sujeito, nas relações que estabelece com outros particulares, ao desequilíbrio de uma relação de poder assimétrica.[57]

Mas a ideia dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria não é mera exigência política ou moral ou uma construção teórica artificial. Ela é também uma exigência do reconhecimento do princípio da força normativa da Constituição,[58] da necessidade de levar a Constituição a sério: por majoritários que sejam os poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental.[59]

Se a Constituição proíbe a pena de morte ou a tortura, por mais que a maioria considere que a sociedade ganharia com a introdução de algumas exceções a essas garantias, mesmo que pontuais, e ainda que a maioria da população apoie ou reclame abertamente essas soluções, a natureza de trunfo da garantia constitucional impede absolutamente a realização dos desígnios da maioria. Se a Constituição garante a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e a proibição da censura, por mais que um dado Governo, democrático, majoritário, apoiado pelo sentimento geral da população, considere que a expressão de determinados pontos de vista ou opiniões pessoais num jornal põe em causa o relacionamento com outros Estados, inviabiliza negócios decisivos para o bem–estar da população ou contribui para a difusão de ideias que, do ponto de vista do Governo, são nocivas para a sociedade no seu todo, não podem esse Governo ou essa maioria impedir que um só indivíduo expresse livremente aquelas opiniões ao abrigo da sua garantia constitucional, o que equivale a dizer, que faça valer o *trunfo* de que dispõe contra a vontade, a opinião ou a decisão da maioria.[60]

Foi com este alcance que, do ponto de vista histórico–constitucional, esta ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais pela maioria obteve acolhimento e consagração positiva e substancial quando, com o chamado novo constitucionalismo da segunda metade do século passado, as constituições, ainda que com ritmos, textos e gradações diferenciados, afirmam expressamente a vinculação do próprio legislador democrático aos direitos fundamentais ou consagram os direitos fundamentais na qualidade de limites materiais de revisão constitucional.[61]

CONCLUSÃO

Conclui-se que é incogitável negar que os direitos fundamentais situam-se no vértice do ordenamento jurídico–constitucional, na condição de supremacia, ou seja, em posição hierarquicamente superior, conferindo-lhes eficácia e aplicabilidade plena.

A travessia do Estado de Direito ao Estado Constitucional encontra correspondência na supremacia dos direitos fundamentais, em que estes são detentores de posição privilegiada na constituição.

Vale arrematar que ter um direito fundamental segundo a concepção dos direitos como trunfos significa duas coisas: de um lado, e no que respeita às relações entre indivíduo e Estado, significa ter uma posição, juridicamente garantida, forte, entrincheirada, contra as decisões da maioria política; de outro lado, e no que respeita às relações entre particulares, ter um direito fundamental significa também, no mínimo, ter uma particular e concretizada posição de autonomia e liberdade que o Estado de Direito está igualmente vinculado a proteger contra ameaças ou lesões oriundas de terceiros, mesmo quando, ou sobretudo quando, esses terceiros formam uma maioria ou quando o particular está sujeito, nas relações que estabelece com outros particulares, ao desequilíbrio de uma relação de poder assimétrica.

Logo, ter um direito fundamental como trunfo no Estado Constitucional é ter um direito de resistência contra os poderes constituídos ao dispor contra a vontade, a opinião ou a decisão da maioria política, ainda que legitimamente eleita. É uma decorrência da força normativa da Constituição.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras**

complementares de Direito Constitucional: direitos fundamentais. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica.** São Paulo: Premier Máxima, 2008. (Coleção de direito e ciências afins, v. 1).

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, p. 1–12, jan. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: direitos fundamentais. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 4 t.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional.** Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

---

[1] Para o expoente professor Luiz Flávio Gomes, o Estado Constitucional de Direito é caracterizado pelo seguinte decálogo: (1) pluralidade de fontes normativas; (2) positivação não só legal senão também constitucional e/ou internacional dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo; (3) subordinação da produção da legislação ordinária à Constituição Federal e, também, ao Direito Internacional dos Direitos Humanos; (4) superação da democracia formal (democracia das maiorias) pela democracia substancial (ou material); (5) distinção entre vigência e validade da lei; (6) convivência com as antinomias e lacunas do ordenamento jurídico; (7) eficiente sistema de controle de constitucionalidade das leis; (8) revisão do papel do juiz; (9) revisão do papel da ciência jurídica; e (10) revisão e atualização normativa do princípio do devido processo legal. GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica.** São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 15, 17–18 (Coleção de direito e ciências afins, v. 1).

[2] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 89.

[3] Para Canotilho, esses três elementos – povo, território e poder – são os elementos decantados (exaltados, engrandecidos), sobretudo pela doutrina de direito internacional. Note-se, porém, que o conceito de Estado em direito constitucional e em direito internacional não é coincidente. CANOTILHO, 2003, p. 90.

[4] Idem, p. 89–90.

[5] Idem, p. 90.

[6] CANOTILHO, 2003, p. 245.

[7] Idem, p. 246.

[8] Idem, p. 92–93.

[9] Idem, p. 100. Grifo nosso.

[10] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: direitos fundamentais. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 4 t. p. 195–196.

[11] Idem, p. 196.

[12] MIRANDA, 2000, p. 198.

[13] BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 37–38.

[14] Para Gustavo Zagrebelsky, "quando se compara os caracteres concretos do Estado de Direito do século XIX com os do Estado Constitucional atual, adverte-se que, mais do que uma continuação, trata-se de uma profunda transformação que afeta inclusive a concepção do Direito". ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justiça. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999. p. 22 apud BREUS, 2007, p. 38.

[15] Para Konrad Hesse, a Constituição não significa simples pedaço de papel tal como caracterizada por Lassalle, o qual a teorizava como despicienda de força normativa, à luz dos valores predominantes no auge do liberalismo. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 9, 25.

[16] Segundo Dirley da Cunha Júnior, a constituição semântica, em lugar de ser concebida como um instrumento de limitação do poder apresenta-se como um instrumento a serviço do poder, de modo a estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores fáticos do poder político. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 119.

[17] BREUS, op. cit., p. 38.

[18] BREUS, 2007, p. 39.

[19] Aduz Juarez Freitas que a clássica dicotomia "[...] não apresenta maior consistência em face da superação de abordagens unilaterais e em virtude da compreensão de que o sistema jurídico é um só, compreensão facilitada, sobremaneira, pelo fenômeno da Constitucionalização do Direito". FREITAS, 2002, apud BREUS, 2007, p. 40.

[20] Idem, p. 40.

[21] Idem, p. 41.

[22] Para Ronald Dworkin, as normas constitucionais são o gênero das espécies normativas, regras, princípios e políticas (policies). Argumenta o autor que, com certa freqüência, o termo princípio é utilizado de modo genérico, isto é, projetado de maneira negativa, representando todo o conjunto de padrões normativos que não são regras. Há que, todavia, já de início, delinear uma distinção mais apurada entre princípios e políticas. Sustenta Ronald Dworkin que política é aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum Estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Já princípio pode ser como um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou eqüidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que o IDH deva ser majorado, é uma política, e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. A distinção se torna problemática, entretanto, caso tome um princípio como expressão de um objetivo social (é objetivo de uma sociedade que nenhum homem se beneficie de seus próprios delitos) ou interpretasse uma política como resultado de um princípio, ou seja, o princípio de que o objetivo que a contivesse seria meritório. Nessa linha de raciocínio, para Ronald Dworkin, os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual, ao passo que os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. DWORKIN, 2002 apud BREUS, 2007, p. 42.

[23] Sobre políticas públicas específicas determinadas pela Constituição, sustenta Gomes Canotilho que os "[...] direitos sociais (direito à saúde, educação e habitação) impõem uma política de solidariedade social. Os direitos sociais realizam-se através de políticas públicas ('política de segurança social', 'política de saúde', 'política de ensino'), orientados segundo o princípio básico e estrutural da solidariedade social. Designa-se, por isso, política de solidariedade social o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política (Estado, organizações sociais, instituições particulares de solidariedade social e, agora, a Comunidade Européia) gera, cria e implementa protecções institucionalizadas no âmbito econômico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins-de-infância, o sistema de apoio à terceira idade, o sistema de protecção da juventude, o sistema de protecção de deficientes e incapacitados". CANOTILHO, 2003, p. 511–512.

[24] BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: direitos fundamentais. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2007. p. 59.

[25] Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que o poder público e as entidades privadas estão vinculados aos direitos fundamentais, visto que a vinculação a estes (direitos fundamentais) constitui precisamente uma das dimensões da eficácia, à medida que o princípio da aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF/1988) diz respeito a todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de sua função (direitos a prestações ou direitos de defesa) e da forma de sua positivação. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

p. 388.

[26] Conforme lição de Thiago Lima Breus, o interesse público é compreendido como uma noção abrangente que englobaria os interesses de todos os indivíduos e da sociedade como um todo. Segundo ele, no contexto das sociedades contemporâneas, marcado por um profundo pluralismo, torna-se cada vez mais difícil a tarefa de se eleger um interesse público desta espécie, correspondente aos interesses de todos e ao bem comum. BREUS, 2007, p. 43.

[27] Sobre a vontade geral que contempla os interesses individuais e deve ser salvaguardada pelo Estado, manifesta-se Rousseau: “Ela é sempre constante, inalterável e pura, mas está subordinada a outras que a sobrepujam. Cada qual desvinculado seu interesse do interesses comum, vê que não pode separá-los por inteiro, porém sua parte do mal público parece-lhe insignificante quando comparado ao bem exclusivo que pretende apropriar-se”. ROSSEAU, 1989 apud BREUS, 2007, p. 43.

[28] Idem, p. 44.

[29] Luís Roberto Barroso sustenta que o ponto de partida do intérprete há de ser sempre os princípios constitucionais. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 151 et seq.

[30] Dirley da Cunha Júnior leciona que o princípio da concordância prática ou da harmonização consiste numa imposição ao intérprete a coordenação e harmonização dos bens jurídico–constitucionais em rota de colisão (ou conflito), de modo a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros, mas ao mesmo tempo promovam a conciliação desses bens. Este princípio, segundo o autor, decorre do princípio da unidade da Constituição e tem sido invocado largamente para resolver colisões entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos; fundamentado na idéia de que todos os bens jurídico–constitucionais ostentam igual valor, situação que impede a negação de um perante o outro ou vice-versa. CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 218–219.

[31] BREUS, 2007, p. 45.

[32] NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 17.

[33] Idem, p. 17.

[34] Idem, p. 17–18. Grifo nosso. Reporta-se, aqui, ao princípio que o Estado de Direito, conforme lição de Jorge Reis Novais, é o Estado limitado e vinculado juridicamente à garantia e promoção dos direitos fundamentais. Idem, p. 18.

[35] NOVAIS, 2006, p. 19.

[36] Idem, p. 19. Importa consignar, em consonância com a lição de José Afonso da Silva, que a concepção mais comum que sustenta a integração ou assimilação entre direitos fundamentais e democracia encontra-se no conceito de Estado Democrático de Direito ou num conceito de democracia adjetivada que integre solidamente a presença e a garantia dos direitos fundamentais. A Constituição portuguesa instaura o Estado de Direito Democrático (art. 2º, da CRP/1976), com o "democrático" qualificando o Direito e não o Estado. Essa é uma diferença formal entre esta Constituição com a Constituição brasileira (art. 1º), a qual emprega a expressão mais adequada, em que o "democrático" qualifica o Estado, irradiando os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e também sobre a ordem jurídica. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 119.

[37] NOVAIS, 2006, p. 19–20.

[38] DWORKIN, 1977 apud NOVAIS, 2006, p. 28.

[39] Idem, p. 28.

[40] Idem, p. 29.

[41] NOVAIS, 2006, p. 29.

[42] Idem, p. 29–30.

[43] Idem, p. 30.

[44] Idem, p. 30.

[45] Idem, p. 30.

[46] Idem, p. 30.

[47] NOVAIS, 2006, p. 30–31.

[48] Idem, p. 31.

[49] Idem, p. 31.

[50] Idem, p. 31.

[51] NOVAIS, 2006, p. 32.

[52] Idem, p. 32–33.

[53] Idem, p. 33.

[54] Vale destacar, no sentido do texto, a lição expendida por Jorge Miranda, segundo o qual o Estado de Direito Democrático, terminologia adotada na Constituição portuguesa, traduz a confluência do Estado de Direito e democracia. Se, historicamente, segundo Jorge Miranda, surgiram sob influências e em momentos diversos, hoje uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de Direito, em razão do imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e de respeito dos direitos das pessoas. O poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com a regra da maioria, mas está subordinado – material e formalmente – à Constituição, com a consequente fiscalização jurídica dos atos do poder. Prossegue o ínclito jurista supracitado ao consignar que há uma interação de dois princípios substantivos – o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais – e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático, para Jorge Miranda, poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modelação; o equilíbrio obtém-se mediante esforço de conjugação, constantemente renovado e atualizado, de princípios, valores e interesses, bem como por meio de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas (de que são manifestações paradigmáticas de limite os regimes da pronúncia pela inconstitucionalidade na fiscalização preventiva – art. 279º, n°s 2 e 4, da CRP/1976, e da verificação da existência de inconstitucionalidade por omissão – art. 283º, nº 2, da CRP/1976). MIRANDA, 2000, p. 210–211.

[55] NOVAIS, 2006, p. 33.

[56] Idem, p. 33.

[57] Idem, p. 34.

[58] Reduzindo-o à sua expressão mais simples, pode-se dizer que esse critério de interpretação constitucional consubstancia um conselho – Friedrich Müller fala em apelo – para que os aplicadores da Constituição, na solução dos problemas jurídico–constitucionais, procurem dar preferência aos pontos de vista que, ajustando historicamente o sentido das suas normas, confiram-lhes maior eficácia ou contribuem para uma eficácia ótima da Constituição. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional.** Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 78. Canotilho ensina que se deve dar "[...] primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a 'atualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência". CANOTILHO, 2003, p. 1226. Vale destacar que na nota de rodapé de nº 23 da página 1226 desta última obra retrorreferida, Canotilho esclarece que a elaboração deste princípio encontra-se nos autores que se orientam segundo o método

hermenêutico concretizador (Konrad Hesse), a metódica normativo–estruturante (Friedrich Müller) e a hermenêutica da praxe jurídica ou teoria da decisão racionalizada (Martin Kriele).

[59] NOVAIS, 2006, p. 36.

[60] Idem, p. 36.

[61] NOVAIS, 2006, p. 36–37. Na Constituição Federal de 1988, as limitações materiais expressas estão previstas no art. 60, § 4º, segundo o qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e ***os direitos e garantias individuais***. As limitações materiais são denominadas de cláusulas pétreas que tornam essas matérias insuscetíveis de supressão total ou parcial. Segundo o lapidar magistério de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco as cláusulas pétreas além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto. Eliminar a cláusula pétrea já é enfraquecer os princípios básicos do projeto do constituinte originário garantidos por ela. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007. p. 208.

DO DIREITO FUNDAMENTAL DE RECEBIMENTO DO BENEFICIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PELOS MENORES DEFICIENTES E CARENTES*

DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE RECIBIMIENTO DEL BENEFICIO ASISTENCIAL DE LA PRESTACIÓN CONTINUADA POR LOS MENORES DISCAPACITADOS Y POBRES.

Pedro Luís Piedade Novaes

RESUMO

No artigo 203, caput, e incisos I e V, da Constituição Federal de 1988 está expresso que a Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à Seguridade Social, tendo por objetivos, dentre outros: o amparo às crianças e adolescentes carentes e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. Neste contexto, o presente trabalho visa analisar o benefício assistencial de prestação continuada previsto no referido artigo 203, V, CF e sua aplicabilidade aos menores deficientes cuja família esteja em situação de miserabilidade. Para tanto, num primeiro momento, será analisado o modelo de proteção social adotado pelo Brasil na Constituição 1988 e a evolução histórica da Seguridade Social no mundo e em nosso ordenamento jurídico. Num segundo momento, será estudada, em linhas gerais, a Assistência Social sob o foco constitucional para, em seguida, tecer comentários sobre o benefício assistencial de prestação continuada (art. 203, V, CF) e a sua aplicação aos menores deficientes cuja família atenda o requisito da miserabilidade.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO FUNDAMENTAL. ASSISTENCIAL SOCIAL. BENEFICIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. MENORES DEFICIENTES.

RESUMEN

En el artículo 203, caput, I y V de la Constitución Brasileña de 1988 es explícito que la asistencia social se prestará a quienes lo necesitan, independientemente de su contribución a la seguridad social, con los objetivos, entre otros: el apoyo a los niños y a los adolescentes pobres, y la garantía de un salario mínimo de beneficio mensual para los discapacitados y los ancianos que no tienen medios de proporcionarse su propio mantenimiento o que no han proporcionado por su familia, conforme a lo previsto por la ley. En este contexto, esto trabajo tiene por objeto analizar el beneficio de la prestación continuada a que se refiere el artículo 203, V, de la Constitución Brasileña y su aplicabilidad a los menores discapacitados cuya familia se encuentra en una situación de

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

miserabilidad. Así, en primer lugar, es necesario analizar el modelo de protección social en la Constitución adoptada por el Brasil en 1988, y la evolución histórica de la Seguridad Social en el mondo y en nuestro ordenamiento jurídico. En segundo lugar, será estudiada, en general, la asistencia social en la Constitución Brasileña y, después, analizar el beneficio asistencial de la prestación continuada (art. 203, V, Constitución Brasileña) y su aplicación a los menores discapacitados cuya familia se reúne el requisito de miserabilidad.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO FUNDAMENTAL. ASISTENCIA SOCIAL. BENEFICIO ASISTENCIAL DE LA PRESTACIÓN CONTINUADA. LOS MENORES DISCAPACITADOS.

1. INTRODUÇÃO

A preocupação do homem com a proteção social buscando a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais passou por uma grande e lenta evolução, até se chegar na posição atual, de Seguridade Social. Para Dictamen Y Asesoría S.L essa evolução histórica passou por três grandes fases: 1) a proteção dos pobres; 2) a proteção dos trabalhadores e 3) a proteção dos cidadãos (1996, p. 13) [1].

A primeira fase histórica, denominada de proteção dos pobres, foi essencialmente de caridade e perdurou até meados do século XIX. Os necessitados, que não tinham condições de manter a sua própria subsistência, ficavam à mercê da caridade dos membros da sociedade, os quais organizavam-se através de atividades religiosas e, posteriormente, por meio de instituições públicas. Portanto, nesse momento histórico, existia para o necessitado apenas uma mera expectativa de direito, e não um direito subjetivo, haja vista que a prestação que necessitava era subordinada aos recursos oriundos da benevolência da coletividade. Dessa forma, o assistido, para obter a prestação almejada, competia com outros necessitados e submetia-se à discricionariedade do concedente.

A segunda etapa, denominada de proteção dos trabalhadores, iniciou-se em 1883, na Alemanha de Bismarck, com a criação do seguro-doença. Surgiu-se a ideia de seguro social, sob o modelo de seguro privado. Assim, para obter-se a proteção social, bastava comprovar-se a condição de trabalhador. Nesse modelo, empregadores, empregados e o Estado passaram a ser partes na relação de seguro social, e todos contribuíam para o financiamento dos recursos, os quais deveriam estar sempre equilibrados, mediante fórmulas financeiras de capitalização. Assim, somente teria direito a qualquer benefício quem contribuísse; daí a ideia de seguro social.

No final da Segunda Guerra Mundial surgiu a terceira etapa da evolução social, denominada de proteção dos cidadãos, que tem como característica a cobertura, a favor de qualquer pessoa, de todos os seus estados de necessidade, em qualquer momento de sua vida. Esse modelo surgiu em 1942, por iniciativa do governo britânico, onde foi criada uma comissão interministerial, presidida pelo Lord William H. Beveridge, cujo trabalho resultou num divisor de águas entre o seguro e os serviços sociais, elementos que, conjugados, vão definir a Seguridade Social. "A comissão denominou 'seguridade social' o conjunto de proteção social, a qual incluía o seguro obrigatório, o seguro voluntário, a assistência social nacional e a criação de serviços gerais de saúde, bem como a manutenção do emprego, como condição necessária ao êxito da seguridade social" (PIERDONÁ, 2007, p. 13). Portanto, "para Beveridge, a Seguridade Social deve ser entendida apenas como parte de uma política ampla de progresso social; plenamente desenvolvida, pode proporcionar garantia de renda, porque é um ataque à indigência" (SANTOS, 2001, p. 15).

Nesta síntese histórica resta claro que a Seguridade Social se diferencia do seguro social porque este traz a ideia de mutualidade, isto é, amparo a contribuintes do sistema, enquanto que aquela tem maior alcance, protegendo todas as pessoas indistintamente.

No Brasil, o modelo de Seguridade Social no plano constitucional somente adveio com a Constituição de 1988. Segundo Ricardo de Castro Nascimento:

"nos primórdios da colonização, a assistência social esteve presente com a fundação da Santa Casa de Misericórdia de Santos, por Brás Cubas, em 1543. A assistência aos pobres era arcada basicamente por iniciativas isoladas, oriundas da própria sociedade e não do Estado" (2007, p. 36).

A Constituição do Império, de 1824, trouxe a primeira manifestação constitucional sobre Assistência Social, prevendo, no seu artigo 179, XXXI, a garantia dos socorros públicos a quem dela necessitasse (BRASIL, 2009a). Observe-se que a característica deste momento histórico é condizente com a fase de proteção dos pobres, já mencionada acima.

No plano infraconstitucional, verificamos que a passagem para a segunda fase histórica, de proteção dos trabalhadores, somente adveio no nosso ordenamento jurídico a partir de 1923, com a publicação da primeira norma legal sobre Previdência Social (Decreto Lei nº 4682/23), mais conhecida como a Lei Eloy Chaves, que criou as Caixas de

Aposentadorias e Pensões para os ferroviários. Pelas suas características, a aludida legislação era eminentemente de seguro social, pois somente os ferroviários que contribuíssem para o sistema, teriam a proteção social (BRASIL, 2009a). A partir de então, o legislador pátrio só se preocupou a editar normas previdenciárias inspirando-se no modelo de seguro social, qual seja, na ideia de que apenas tinham direito aos benefícios sociais aqueles que contribuíssem dentro de um sistema de Previdência Social.

Além da Constituição do Império de 1824 já mencionada acima, as Constituições Brasileiras posteriores pouco trataram sobre a matéria de direitos sociais, sendo que nenhuma delas adotou o sistema de Seguridade Social criado na Inglaterra, em 1942. A Constituição Federal de 1891 mencionava, em seu artigo 75, que "a aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação"; a de 1934 trouxe alguns dispositivos relativos à competência legislativa da União para fixar regras de Assistência Social (art. 5º, XIX, "c") e da criação de lei para "assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante" (art. 121, § 1º, "h"), normas estas que jamais foram instituídas, já que logo em seguida, adveio a Constituição outorgada de 1937, a qual pouco dispôs sobre questões sociais; a Constituição de 1946 obteve avanços, fixando diretrizes no âmbito da Previdência Social (art. 157); a Constituição de 1967 trouxe alguns avanços no artigo 158, trazendo em seu inciso XVI, o direito do trabalhador aos seguintes benefícios previdenciários: seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte" (BRASIL, 2009a).

Desta forma, grande parte da sociedade brasileira ficou marginalizada perante o nosso ordenamento jurídico, sem qualquer espécie de proteção social nos moldes do modelo de Seguridade Social, até o advento da Constituição Federal de 1988, batizada como "Constituição Cidadã" (BRASIL, 2009b), já que se preocupou, em vários dispositivos, com a proteção das pessoas mais necessitadas, a fim de conseguir uma sociedade mais igualitária, sem preconceitos e desigualdades. A certeza de tal afirmação está nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expressos no artigo 3º da Lei Maior [2], bem como nos próprios fundamentos constitucionais, com destaque para a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF). Segundo Flávia Piovesan (2006, p. 31) "a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade".

Sob esse prisma constitucional, surge para nós o modelo de Seguridade Social, tratando-se de um sistema previsto nos artigos 194 a 204 da Constituição Federal, no título da Ordem Social, abrangendo os direitos relativos à saúde, previdência e assistência sociais. Wagner Balera leciona que a Seguridade Social "é o conjunto de medidas constitucionais de proteção dos direitos individuais e coletivos concernentes à saúde, à previdência e à assistência social" (2002, p. 12).

O Constituinte de 1988 manteve a ideia do seguro social na Previdência Social, uma vez que somente receberão benefícios aqueles que contribuem no Regime Geral de Previdência Social, ao passo que a Seguridade Social encontra guarida na saúde e na Assistência Social, que atenderá a todos que necessitarem de tais serviços, independentemente do pagamento de contribuições.

Diga-se de passagem, a Seguridade Social se trata de direito fundamental de segunda geração ou dimensão [3], ou seja, faz parte dos direitos sociais protegidos expressamente pelo texto constitucional brasileiro, conforme determina o artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 2009a):

"São direitos sociais a educação, **a saúde**, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança**, a previdência social**, a proteção à maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados,** na forma desta Constituição" (Grifamos)

Aliás, a diferença existente entre direitos humanos e direitos fundamentais é que este último encontra-se positivado expressamente em Constituição de Estado Soberano, como bem explica José Joaquim Gomes Canotilho:

"direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jursnaturalista-universalista); direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intermporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta" (1998, p. 369)

Pelo caput do artigo 195, CF (BRASIL, 2009a) fica claro que a ideia de Seguridade Social adotada pelo constituinte de 1988 está centrada no conceito de solidariedade, uma vez que prevê a participação obrigatória de toda a sociedade no custeio do sistema, de forma direta (por intermédio do recolhimento das contribuições sociais) ou de forma indireta (via recolhimento de tributos em geral), para que parte necessitada da coletividade possa receber benefícios e serviços da Seguridade Social (Saúde, Assistência Social e Previdência Social). O princípio da solidariedade, em linhas gerais, "é aquele que sustenta a lógica da existência da Seguridade Social e da Previdência Social, a fim de promover a proteção dos cidadãos contra uma variada gama de problemas sociais". Por outro lado, "implica responsabilidade coletiva de seus membros com o financiamento, principalmente da Previdência Social, o que faz premente a inserção dos que dela não fazem parte, para que, além de terem direito a usufruir dos benefício oferecidos, participem, igualmente, de seu custeio". (DONIN, 2009, p. 17).

A Constituição Federal de 1988 detalha, no parágrafo único do artigo 194, os princípios fundamentais da Seguridade Social, os quais revelam as diretrizes traçadas para alcançar o bem estar e a justiça sociais, sendo que valem ser mencionados, para o presente estudo: "a universalidade de cobertura e do atendimento" (inciso I); e "a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços" (inciso III) (BRASIL, 2009a).

Por universalidade de cobertura e do atendimento significa afirmar que a Seguridade Social deverá alcançar todas as pessoas residentes no Brasil, sendo, portanto, um desdobramento do princípio da igualdade estatuído no artigo 5º, caput da Constituição Federal. Comentando tal princípio, Marisa Ferreira Santos esclarece que:

"o 'deve-ser' contido na universalidade indica ao legislador que deve respeitar a igualdade, garantia fundamental prevista no art. 5º da Constituição, não podendo haver excluídos da proteção que cabe à seguridade social fornecer. (...) Todos têm direito constitucional a um mínimo de bem-estar" (2003, p. 75).

Entende-se pelo princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios que a lei deverá regular as prestações e os serviços segundo a possibilidade do sistema da Seguridade Social. Ou seja, "é um princípio que potencionaliza os recursos da seguridade social. Nesta situação o legislador define os benefícios e serviços cuja prestação atinja da melhor maneira a população" (DE BRITO, 2009, p. 67). A lei deverá selecionar as prestações e também os beneficiários, de modo a aumentar a distribuição dos benefícios e serviços. Ex.: o benefício previdenciário de auxílio-acidente é destinado apenas aos trabalhadores empregados, avulsos e segurados especiais (artigos 18, § 1º da Lei nº 8.213/91) [4]. Ou seja, não sendo possível estender os benefícios a todos os segurados da Previdência Social, a Constituição Federal admite a seleção para poder ser distribuída a cobertura acidentária.

2. DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Conforme salientado no capítulo anterior, apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 o modelo social de Seguridade Social passou a fazer parte de nosso ordenamento jurídico. E dentro deste contexto, está a Assistência Social, da qual será prestada aos necessitados, sem necessidade de contribuição.

Como bem esclarece Ricardo de Castro Nascimento, “a Constituição Federal deu, pela primeira vez, tratamento sistematizado à previdência social em nível constitucional, agora inserida em um sistema maior de seguridade social, juntamente com a saúde e a assistência social” (2007, p. 44). Complementa Marcelo Cardoso da Silva que “a assistência social, na Constituição Federal de 1988, apresenta, como pilar, a necessidade enquanto critério jurídico de ação, para o que, com vistas a cumprir suas finalidades, não terá caráter contributivo”. (2007, p. 281).

Portanto, para ter acesso à Assistência Social, não é preciso contribuir para o sistema da Seguridade Social, como o nosso ordenamento jurídico pátrio exige para recebimento de qualquer benefício previdenciário. É a dicção expressa do artigo 203, caput, CF: “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social” (BRASIL, 2009a). Assim, “neste contexto, a Assistência Social faz o papel de uma verdadeira ‘mãe protetora dos indigentes e oprimidos’, ao amparar os necessitados, sem exigir dos mesmos qualquer contraprestação” (MUSSI, 2003, p. 45).

O artigo 203, CF dispõe que a Assistência Social tem como objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho e a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência, bem como sua integração à comunidade. Os recursos para atingir tais metas serão obtidos junto ao orçamento da própria Seguridade Social e de outras fontes (BRASIL, 2009a), sendo que “as prestações de Assistência Social são feitas com recursos do Fundo Nacional de Assistência Social – FNAS, das contribuições previstas no artigo 195 da Constituição, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (SANTOS, 2007, p. 101).

A organização da Assistência Social tem como diretrizes: a) descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e normas gerais à esfera federal e a execução dos respectivos programas às esferas estaduais e municipais, bem como a entidades beneficentes e de Assistência Social; b) participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (art. 204, caput e incisos I e II) (BRASIL, 2009a). Em suma, “a comunidade participa da Assistência Social por meio da atuação de entidades e organizações de Assistência Social. São as Organizações Não-Governamentais – ONGs, que surgem na sociedade para atender a demandas específicas de comunidades carentes”. (SANTOS, 2007, p. 101).

Pela leitura do artigo 203, da Constituição Federal de 1998, nota-se que a principal inovação contida no texto constitucional se refere ao pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência ou ao idoso, que não tenha condições

de garantir sua subsistência e não tenha ajuda de sua família (art. 203, inciso V), cabendo suas regras serem fixadas por lei ordinária federal (BRASIL, 2009a).

Na visão de Wladimir Novaes Martinez, o benefício de prestação continuada, contido no artigo 203, V, CF, teve como inspiração "na pensão Síndrome da Talidomida, prevista no art. 97 da Consolidação das Leis da Previdência Social, concedida exclusivamente à pessoa acometida pelas deformações decorrentes do remédio alemão" (1992, p. 88). Tal benefício assistencial também teve inspiração na lei nº 6.179/74 (BRASIL, 2009a), que previa para o idoso (70 anos) e para o inválido, o benefício de meio salário mínimo. Esta legislação, malgrado sua índole social, não atingiu seus objetivos, já que suas disposições eram "tímidas e restritivas do direito do cidadão a proteger. Fixava-se a idade para concessão em setenta anos, e exigia-se a vinculação previdenciária, atual ou pretérita, admitidos diversos aspectos" (COIMBRA, 1999, p. 59).

Para Sergio Fernando Moro, o benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 203, V, CF "pretende-se intervir na ordem social, transferindo riquezas ao idoso e ao portador de deficiência que não teriam condições de prover seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família", ou seja, o Estado age "para garantir o atendimento das necessidades de grupos sociais fragilizados no contexto da economia de mercado" (2001, p. 560). Fabiano Haselof Valcanover acrescenta: "pode-se dizer que a política assistencial brasileira possui dentre os seus fundamentos mais concretos, e diretamente dirigidos para a sociedade necessitada e carecedora de apoio estatal, o benefício de prestação continuada". (2008, p. 41)

O benefício assistencial de prestação continuada foi regulamentado pelos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.742/93 e pelo Decreto nº 1.744/95, de modo que a sua concessão está condicionada ao preenchimento simultâneo dos seguintes requisitos (BRASIL, 2009a): (i) ser idoso ou pessoa portadora de deficiência; e (ii) não possuir tal pessoa (idoso ou deficiente) outro meio de prover a própria subsistência, nem de tê-la provida por sua família, bem como não receber outro benefício, exceto o da assistência médica [5].

Referido benefício assistencial de prestação continuada, nos termos do artigo 21, da lei nº 8.742/93, não gera direito à pensão por morte nem dá direito ao abono anual (13º salário), devendo o INSS revisar as condições objetivas de dois em dois anos.

A pessoa considerada idosa para fins do artigo 20, caput¸ da lei nº 8.742/93, era inicialmente aquela que tinha 70 (setenta) anos; entretanto, tal requisito etário foi diminuído para 65 (sessenta e cinco) anos, pelo Estatuto do Idoso (art. 34, caput, da lei

nº 10.741/2003) (BRASIL, 2009a). O que se entende por pessoa portadora de deficiência será delineado abaixo, quando tratarmos da possibilidade da criança inválida e carente receber o aludido benefício assistencial. Para Sérgio Pinto Martins "são também beneficiários os idosos e as pessoas portadoras de deficiência estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil, desde que não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem" (2006, p. 484).

Pelos critérios constitucionais e legais, não basta que a pessoa seja idosa (mais de sessenta e cinco anos) ou portadora de deficiência. Deve, ainda, ser demonstrado no caso concreto que o pleiteante ao benefício não recebe a ajuda de sua família para garantir sua subsistência e que as suas condições de vida são precárias. Aliás, o requisito relativo à miserabilidade familiar estipulado pelo § 3º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93, tem gerado muitas discussões a respeito de sua constitucionalidade. Eis sua redação: "considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal 'per capita' seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo".

Antes de aferir a constitucionalidade de tal requisito legal, verifica-se que a própria lei nº 8.742/93 define no artigo 20, § 1º o que é 'família' para fins do aludido benefício assistencial: "o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto", ou seja, "o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; os pais; o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido" (BRASIL, 2009a). Tais pessoas devem habitar o mesmo teto.

Realmente, é discutível esse critério objetivo de família estabelecido, já que esta definição legal é altamente restritiva, podendo existir no caso concreto outros modelos de entidade familiar. Eduardo Tonetto Picarelli entende que:

"ao estabelecer o conceito restrito de família, conceito que, inclusive, afasta outros componentes do grupo familiar que têm obrigação civil de prestar alimentos, impede a efetiva aferição, no caso concreto, da condição de miserabilidade do grupo familiar e da obrigação prioritária que tem a família de prover as necessidades dos seus hipossuficientes" (2007, p. 11).

De qualquer sorte, o conceito de família para fins de recebimento do referido benefício assistencial está previsto em lei e é aceito pela nossa jurisprudência (BRASIL, 2009c) [6]. E conforme já salientado acima, o legislador ordinário criou outro critério objetivo, agora para apurar a miserabilidade do pleiteante ao benefício assistencial: a renda per

capita deste núcleo não pode ultrapassar ¼ do salário mínimo (art. 20, § 3º, Lei 8.742/93). Houve muita discussão sobre a inconstitucionalidade de tal regra, invocando-se, principalmente a violação direta à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), sendo que, em face de reiteradas decisões firmadas nesse sentido, a questão foi sumulada pela TNU - Turma de Uniformização Nacional de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (BRASIL, 2009d):

"Súmula n. 11: A renda mensal, 'per capita', familiar, superior a 1/4 do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3,º da Lei n. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante".

O INSS, como não poderia ser diferente, sempre defendeu o critério legal previsto no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Para o Procurador Federal José Aldízio Pereira Junior "o critério legal é objetivo, ou seja, uma vez constatada a percepção de renda inferior a ¼ do salário mínimo por cada um dos membros do grupo familiar, a miserabilidade é legalmente presumida" (2008, p. 215/216). No site Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, ao citar o benefício de prestação continuada, tal critério legal é levado à risca:

"Benefício de Prestação Continuada de Assistência Social (BPC)

O que é

É um direito garantido pela Constituição Federal de 1988 e consiste no pagamento de 01 (um) salário mínimo mensal a pessoas com 65 anos de idade ou mais e a pessoas com deficiência incapacitante para a vida independente e para o trabalho. **Em ambos os casos a renda per capita familiar seja inferior a ¼ do salário mínimo.** O BPC também encontra amparo legal na Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, que institui o Estatuto do Idoso. O benefício é gerido pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), a quem compete sua gestão, acompanhamento e avaliação. Ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), compete a sua operacionalização. Os recursos para custeio do BPC provêm do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS)." (Grifamos) (BRASIL, 2009e)

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a respeito deste critério objetivo de miserabilidade familiar no julgamento da ADIN nº 1.232-DF, decidindo pela constitucionalidade do artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 (BRASIL, 2009f). Tendo em vista tal posicionamento de nossa maior alta corte, foi cancelada a referida súmula nº 11, do TNU, em 24 de março de 2006 (BRASIL, 2009d).

Mesmo com tal decisão do Supremo Tribunal Federal persiste, ainda, o entendimento doutrinário de que esta renda 'per capita' familiar foi estendida para ½ do salário mínimo para o benefício assistencial de prestação continuada, em razão do que prevê o artigo 2º, § 2º, da lei 10.689/2003 [7] (BRASIL, 2009a), que norma legal esta que criou o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA. Portanto, alega-se que:

o "novo critério objetivo deve ser levado em consideração para a concessão do benefício assistencial (benefício de prestação continuada), em vez da renda familiar inferior a ¼ do salário mínimo, a renda familiar inferior a ½ salário mínimo" (MICHELOTI, 2005, p. 32).

Não obstante, há precedentes no Supremo Tribunal Federal, especificamente no julgamento da Reclamação nº 2.323/PR, relator Ministro Eros Grau, de que as "leis que disciplinem outros benefícios não têm o condão de alterar as disposições da lei 8.742/93 que tem como fim específico regulamentar aquele benefício constitucionalmente previsto" (BRASIL, 2009f).

O curioso é que também em recentes decisões, outros ministros do STF estão dando nova interpretação ao artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, conforme a transcrição do voto do Ministro Gilmar Mendes nos autos da Reclamação nº 4374, ainda pendente de publicação:

"(...) Os inúmeros casos concretos que são objeto do conhecimento dos juízes e tribunais por todo o país, e chegam a este Tribunal pela via da reclamação ou do recurso extraordinário, têm demonstrado que os critérios objetivos estabelecidos pela Lei n° 8.742/93 são insuficientes para atestar que o idoso ou o deficiente não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Constatada tal insuficiência, os juízes e tribunais nada mais têm feito do que comprovar a condição de miserabilidade do indivíduo que pleiteia o benefício por outros meios de prova. Não se declara a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei n° 8.742/93, mas apenas se reconhece a possibilidade de que esse parâmetro objetivo seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos do estado de penúria do cidadão. Em alguns casos, procede-se à interpretação sistemática da legislação superveniente que estabelece critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais. Tudo indica que - como parecem ter anunciado as recentes decisões proferidas neste Tribunal (acima citadas) - tais julgados poderiam perfeitamente se compatibilizar com o conteúdo decisório da ADI n° 1.232". (BRASIL, 2009f)

Entendemos correto este posicionamento oriundo do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o próprio Poder Legislativo tem estabelecido critérios mais favoráveis à pessoa necessitada para concessão de outros benefícios assistenciais, como, por exemplo, a já mencionada Lei n° 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação [8]. Tal norma legal é posterior, inclusive, ao julgamento da ADIN 1.232-DF e define novas regras para fins de apuração da miserabilidade de uma família brasileira e tal inovação legislativa deve ser observada pela nossa mais alta corte de Justiça, para que mais famílias necessitadas que atendam os requisitos constitucionais (art. 203, V, CF), possam receber o mínimo legal para garantir a dignidade de seu idoso ou portador de deficiência.

Enquanto o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, não volta a discutir os critérios de miserabilidade familiar, ainda continua, na prática, valendo a regra prevista no artigo 20, § 3º, da lei nº 8.742/93, já que este foi o posicionamento firmado pelo referido Tribunal (ADIN nº 1.232-DF). No entanto, nada obsta que, no caso concreto, se verifique a presença do requisito da miserabilidade mesmo que a renda 'per capita' da família ser maior que ¼ do salário mínimo. Tal sensibilidade social caberá ao Poder Judiciário, no caso concreto, uma vez que o INSS não abre qualquer exceção à contestada regra legal de miserabilidade familiar.

Aliás, diga-se de passagem, as ações judiciais para discutir qualquer aspecto do benefício assistencial de prestação continuada, serão sempre processadas e julgadas pela Justiça Federal, já que tais demandas serão sempre propostas em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, que tem o 'status' de autarquia federal (art. 109, I, CF) [9]. Certamente, em tais ações judiciais, a fim de aferir no caso concreto a existência da miserabilidade no seio familiar, o Juiz Federal competente determinará, pelo menos, duas provas a serem produzidas nos autos: (i) a realização de estudo socioeconômico por intermédio de assistente social, para apurar a situação de pobreza da família do pleiteante; (ii) e, no caso de portador de deficiência, a elaboração de laudo pericial médico, para verificar o grau de incapacidade.

3. DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PARA MENORES DEFICIENTES

Pela leitura do já comentado artigo 205, V, da Constituição Federal "não existe previsão do que seria pessoa portadora de deficiência, mas tão-somente, para a definição de ausência de meios de subsistência" (JACOB, 2005, p. 35). Coube, então, ao § 2º do art. 20, da Lei 8.742/93, regulamentar tal assunto: pela norma legal é pessoa portadora de deficiência "aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho".

Pelo que dispõe o referido dispositivo legal, não basta ser a pessoa incapacitada para o trabalho, mas também para a vida independente. Portanto, pela lei, a pessoa deve estar incapacitada para exercer atividade laborativa e necessitar da ajuda de terceiros para realizar atividades do cotidiano (tomar banho, fazer higiene pessoal, alimentar-se). Tal rigor legal é justificado por parte da doutrina pelo fato de que o "benefício da LOAS é ofertado sem que haja qualquer contraprestação do beneficiário. É a sociedade que assume a obrigação inviável à família". (ALENCAR, 2007, p. 526).

Ao contrário, entendemos que esta regra legal extrapolou a previsão contida no artigo 203, V, CF, já que o texto constitucional apenas estabelece que poderá receber o benefício assistencial de prestação continuada quem for idoso ou portador de deficiência, que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Ou seja, "o critério constitucional básico para obtenção do benefício, presente a situação em que o portador de deficiência não possua meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida pela sua família, é o da necessidade, tal qual sustentado pelo caput do art. 203" (DA SILVA, 2007, p. 285). Assim, "o requisito da incapacidade para a vida independente deve ter interpretação mais ampla do que a de total incapacidade para as atividades da vida cotidiana sem auxílio de outras pessoas" (JACOB, p. 36).

Portanto, poderão pleitear o benefício assistencial a que alude o artigo 203, V, CF os portadores de deficiência que estejam impossibilitados de proverem a sua própria subsistência, não se exigindo que tal incapacidade seja também para os atos do dia-a-dia. Em suma, a incapacidade para a vida independente deve ser interpretada não somente nos casos em que o indivíduo não tem condições físicas ou mentais para desempenhar atividades cotidianas com absoluta autonomia, mas também na hipótese de ser incapaz economicamente de garantir sua própria subsistência por outros meios, necessitando, pelo menos economicamente, de auxílio de terceiros, em virtude da deficiência de que é portador. Como bem observa Mário Augusto Nascimento "para tanto, referido requisito não exige que a pessoa possua uma vida vegetativa ou que seja incapaz de locomover-se" (2007, p. 56).

Aliás, este entendimento foi sumulado pela Turma de Uniformização Nacional de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (BRASIL, 2009e):

"Súmula 29 - Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento".

A prova da deficiência é técnica e é realizada pela perícia médica do próprio Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Lá é verificado se a pessoa é realmente portadora de deficiência incapacitante e para sua subsistência. Nada obsta que a parte interessada, caso seja tolhida de seu direito de receber o benefício de prestação continuada, ingresse com ação judicial perante a Justiça Federal, onde haverá a produção de prova pericial médica, de pessoa de confiança do Juízo.

Neste contexto, seria possível aplicar o artigo 203, V, CF em relação à criança ou ao adolescente menor de 16 anos, portador de deficiência incapacitante, cuja família se encaixe no conceito de miserabilidade?

Segundo o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), "considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade" (BRASIL, 2009a). O problema é que a Constituição Federal, em seu artigo 7º, XXXIII, determina expressamente que é proibido "qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos". Se um menor começa a exercer atividade laborativa, não há previsão legal de crime desta natureza em nossa legislação, salvo se tal trabalho for nocivo, como, por exemplo, trabalho escravo (art. 149, § 2º, item I, Código Penal), maus-tratos (art. 136 do Código Penal) (BRASIL, 2009a).

Na visão de Sérgio Fernando Moro, os menores portadores de deficiência têm sim direito ao benefício assistencial já que "o § 2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 deve ser interpretado em consonância com a Constituição. Esta apenas exige que se trate de doente incapaz de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família" (2003, p. 156).

No âmbito administrativo, o INSS concede o benefício assistencial a deficientes menores de 16 anos, inclusive seguindo suas normas internas. Veja a redação do § 2º do art. 624 da Instrução Normativa INSS-PRES 20/2007:

"Art. 624. (...)

§ 2º Na avaliação médico-pericial do menor de dezesseis anos de idade, cuja família não possua meios de prover a sua manutenção, deverá apenas verificar se a deficiência se encontra amparada nas definições já existentes, em razão da incapacidade para a vida independente e para o trabalho, em virtude da tenra idade, ser presumida, conforme recomendação do Ministério Público Federal".

(BRASIL, 2009g)

Tal questão, que é tranquila administrativamente, não é pacífica na nossa jurisprudência, já que “muitos magistrados aduzem que não possuem as crianças deficientes direito ao benefício assistencial porque toda e qualquer criança (deficiente ou não) é incapacitada para a vida independente” (ALENCAR, 2007, p. 528).

É claro que uma criança que nasce cega é tão incapaz para vida quanto um recém-nascido que seja totalmente saudável. Ambas precisam de proteção e de ajuda de terceiros. Entretanto, e sem perder o foco constitucional, o artigo 205, V, CF prevê a prestação deste benefício assistencial às pessoas deficientes, independentemente destas terem ou não vida independente, como já salientado acima, ao comentar o § 2º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93. Logo, exclui-se a possibilidade de recebimento deste benefício assistencial às crianças não-deficientes, mesmo que sejam também incapazes de terem vida independente, ainda que sua família se encaixe no conceito de miserabilidade. Quem terá, em tese, direito ao benefício assistencial, é a criança portadora de deficiência, de família carente.

Aliás, a questão do menor desamparado é um problema mundial, sendo que na Espanha existe a proteção social inclusive para as crianças estrangeiras que se encontrem nesta situação miserável, independentemente se inválidas:

“en síntesis, la conclusión a que se llega con esta regulación nacional e internacional es que todo menor en territorio español esta protegido por un estatuto jurídico muy claro, que es el que se desarrolla en la Convención de Derechos del Niño y en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Por tanto, en materia de menores extranjeros no acompañados ha de priorizarse su carácter de menores de edad y de ser sujetos de protección, frente a su condición de inmigrantes irregulares. (THOME & SCHMARZ, p. 30)

Imagine, então, a magnitude da proteção social ao menor desamparado e portador de deficiência, cuja família esteja em situação econômica degradante. Não há justificativa constitucional para o não recebimento do benefício assistencial de prestação continuada pelos menores deficientes e carentes. Como bem esclarece Jediael Galvão Miranda:

“o benefício assistencial pode ser concedido à criança, desde que verificada a hipótese de deficiência, uma vez que a Lei nº 8.742/1993, ao tratar da incapacidade, não traz

limitação quanto à idade do portador de deficiência, além do que um dos objetivos da assistência social é o amparo à criança e ao adolescentes carentes". (2007, p. 278)

Complementa o mesmo autor que:

"é certo que, em relação à criança, não se pode falar em idade produtiva, para fins de atividade laboral, todavia a concessão do benefício assistencial ainda assim se justifica, na hipótese de deficiência que exija cuidados e atenção especiais constantes, denotando que a criança jamais terá vida independente e aptidão para o trabalho, sem contar que o benefício assistencial constitui, no caso, verdadeiro auxílio à família do deficiente, com o fim de a ele proporcionar existência digna". (2007, p. 278)

Pela possibilidade do menor portador de deficiência, de família pobre, receber o benefício assistencial de prestação continuada já existem precedentes em nossos Tribunais Regionais Federais, (BRASIL, 2009c) [10] valendo a pena transcrever trecho da ementa do acórdão proferido pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região nos autos da apelação cível nº 2001.70.00.01373-8, relator Desembargador Federal Paulo Afonso Brum:

"... o benefício assistencial, quando concedido a menor deficiente, que necessite de cuidados especiais, em verdade não está sendo concedido única e exclusivamente a este menor e a seu interesse, senão que ao conjunto familiar em que inserido, responsável pela sua manutenção. Cuida-se, isto sim, de complementação da renda familiar destinada a possibilitar meios de sobrevivência mínima a quem não dispõe de condições financeiras e ainda precisa conviver com problema de saúde de um dos membros da família. Compensa os demais familiares pela impossibilidade de se dedicarem com exclusividade aos seus trabalhos, comprometidos com a necessária atenção ao menor deficiente..." (BRASIL, 2009c)

Em matéria de Assistência Social, à vista do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III), não é possível interpretação restritiva contrária aos que a Constituição e a lei manifestamente buscaram proteger (BRASIL, 2009a).

Portanto, inexiste impedimento constitucional em relação à concessão do benefício assistencial de prestação continuada aos menores de idade, portadores de deficiência incapacitante, desde que de família carente. Ao contrário, a Assistência Social às crianças e aos adolescentes é prioritária em nosso País, à luz do art. 203, incisos I e II,

da Constituição Federal. Se o menor é deficiente, a proteção social é reforçada, conforme os incisos IV e V do mesmo dispositivo constitucional (BRASIL, 2009a).

4. CONCLUSÃO

O benefício assistencial de prestação continuada, previsto no artigo 205, V, da Constituição Federal e regulamentado pela lei nº 8.742/93, é um dos mecanismos existentes em nosso ordenamento jurídico para reduzir as desigualdades sociais existentes em nosso país e dar ao idoso ou ao portador de deficiência, que não tenham auxílio econômico de seus familiares, uma vida mais digna.

Claro que tal benefício assistencial não soluciona a grande concentração de renda entre os mais ricos e nem consegue eliminar o grave problema social existente no Brasil. Contudo, verificando que somente com o advento da Constituição Federal de 1988 o nosso ordenamento jurídico adotou o modelo de Seguridade Social, conforme a evolução histórica detalhada no início do presente trabalho, a previsão de um benefício assistencial nos termos do artigo 203, V, da nossa Magna Carta, é certamente uma importante alternativa de inclusão social para que este País se torne um pouco mais justo.

Aliás, como bem assevera Juliano Sarmento Barra:

"o ideal para o país seria que nenhum de seus habitantes tivesse a necessidade de perceber o benefício de prestação continuada, pois, a partir de então, estaria o Brasil cumprindo com o ideal standarlizado no artigo 3º, qual seja, a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais" (2004, p. 121).

Demonstramos neste estudo que a nossa Constituição Federal de 1988, para fins de recebimento do benefício assistencial de prestação continuada, não exige ao portador de deficiência uma idade mínima. Pode, assim, um recém-nascido receber tal benefício, desde que comprovada a sua deficiência incapacitante e a miserabilidade de sua família. "Estando o deficiente incapacitado para prover o seu próprio sustento, deve provê-lo a família e, no caso de impossibilidade desta, cabe a tarefa ao Estado, sendo este o objetivo do benefício assistencial". (MORO, 2003, p. 156). Claro o trabalho do Estado não termina com o pagamento do benefício assistencial aos portadores de deficiência carentes. Se possível, "devem ser avaliadas as possibilidades de tratamento da deficiência ou de habilitação do portador à atividade laboral. Excluídas essas alternativas, é que se torna cabível a concessão do benefício" (MORO, 2003, p. 157).

Ficam para reflexão as sábias palavras de Norberto Bobbio:

"o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições. O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los. (1992, p. 24)

Em suma, é missão hercúlea dos governantes conseguirem reduzir as desigualdades sociais existentes numa determinada comunidade, num município, estado ou país. Tal tarefa árdua deve ser compartilhada com toda a sociedade, sob pena de jamais ser mudada a situação de injustiça social em que vivemos. Nestes termos, o recebimento de um salário mínimo aos menores portadores de deficiência, de família carente, não elimina este quadro social periclitante, mas dá um mínimo de dignidade para este núcleo de pessoas carentes.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários.* 3ª. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2007.

BALERA, Wagner. *Da proteção social à família.* Revista de Direito Social. Porto Alegre/RS: Ed. Nota Dez, nº 6, p. 11-37, 2002.

BARRA, Juliano Sarmento. *O Estatuto do Idoso sob a óptica do sistema de Seguridade Social.* Revista de Direito Social. Porto Alegre/RS: Ed. Nota Dez, nº 14, p. 109-122, abr/jun. 2004.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, Presidência da República. *Constituição do Império de 1924, Constituição Federal de 1891, 1946, 1967, 1988, Leis Complementares, Leis Ordinárias Federais e Decretos Presidenciais.* Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 04/08/2009a.

_____, Agência Brasil. Disponível em http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/10/01/materia.2008-10-01.8383554980>. Acesso em 01/08/2009b.

_____, Tribunais Regionais Federais. Jurisprudência Unificada. Disponível em http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/. Acesso em 27/08/2009c

_____, Turma de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU). Conselho da Justiça Federal. Disponível em <http://aplicaext.cjf.jus.br/phpdoc/juizado/sumulas.php>. Acesso em 11/08/2009d

_____, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Disponível em http://www.mds.gov.br/programas/rede-suas/protecao-social-basica/beneficio-de-prestacao-continuada-bpc. Acesso em 25/08/2009e

_____, Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento processual. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 10/08/2009f

_____. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 20, DE 10 DE OUTUBRO DE 2007. Disponível em <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-PRES/2007/20.htm> Acesso em 30.08.2009g.

BRITO, Joana de. *A Seguridade Social nas constituições brasileiras – origem e evolução histórica.* Revista de Direito Social. Porto Alegre/RS: Ed. Nota Dez, nº 33 Ano IX, p. 53-69, jan./mar. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 3ª. Ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 1998.

COIMBRA, Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro.* 10ª. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhista, 1999.

DICTAMEN Y ASESORÍA S.L. *Lecciones de Seguridad Social.* 5.ª Edição. Madrid: Akal/Iure, 1996.

DONIN, Fernanda. *O direito fundamental à Previdência Social e o sistema de inclusão previdenciária, sob o prisma dos princípios constitucionais norteadores da seguridade e Previdência Social.* Revista de Direito Social. Porto Alegre/RS: Ed. Nota Dez, nº 33, p. 11-28, jan./mar. 2009.

JACOB, Luciana. *Benefício de Prestação Continuada e as Exigências dos §§ 2º e 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social.* Revista Síntese Trabalhista, Porto Alegre/RS, ano XVII, nº 198, p. 35/48, dezembro de 2005.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A Seguridade Social na Constituição Federal.* 2ª. Ed. São Paulo: LTr, 1992.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social.* 23ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MICHELOTI, Marcelo Adriano. *Benefício assistencial. Novo limite objetivo para a análise da renda 'per capita'.* Revista de Direito Social. Porto Alegre: Ed. Nota Dez, nº 18, p. 29-33, abr./jun. 2005.

MORO, Sérgio Fernando. *Restrição Legal ao Direito Fundamental ao Benefício da Assistência Social.* Revista de Previdência Social, ano XXV, São Paulo/SP: Ed. RT, nº 249, p. 559-565, agosto, 2001.

_____. *Questões controvertidas sobre o benefício da Assistência Social.* in: Temas atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social. Org. Daniel Machado da Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 143-160, 2003.

MUSSI, Cristiane Miziara. *Assistência Social Construindo a Cidadania.* Revista de Direito Social. Porto Alegre: Ed. Nota Dez, nº 9, p. 42-74, 2003.

NASCIMENTO, Márcio Augusto. *Benefício assistencial: questões polêmicas.* Júris Plenum:

Trabalhista e Previdenciária, Porto Alegre, v. 3, n. 15, p. 53-57, dez. 2007

NASCIMENTO, Ricardo de Castro. *Breve Histórico da Previdência Social.* Revista de Direito Social. Porto Alegre: Ed. Nota Dez, nº 28, p. 31-46 out./dez. 2007.

PEREIRA JÚNIOR, José Aldízio Pereira. *Do conceito de grupo familiar para o fim de concessão do benefício assistencial.* Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, São Paulo: IOB, v. 20, n. 229, p. 215-221, jul. 2008.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. *A Proteção Social na Constituição de 1988.* Revista de Direito Social. Porto Alegre/RS: Ed. Nota Dez, nº 28, p. 11-29, out./dez. 2007.

PICARELLI. Eduardo Tonetto. *O Conceito de Família na Assistência Social*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.21, dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Eduardo_Picarelli.htm> Acesso em: 14/08/2009.

PIOVEZAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional.* 7ª. Ed. rev., ampl. e autal.. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Assistência Social – benefícios.* Revista de Direito Social. Porto Alegre/RS: Ed. Nota Dez, nº 2, p. 11-25, 2001.

_____ *O princípio da seletividade das prestações da Seguridade Social.* São Paulo: Ltr, 2003.

_____ *Assistência Social – O benefício de prestação continuada.* Revista do Advogado, São Paulo/SP: ano XXII, nº 95, p. 98-110, dezembro de 2007.

SILVA, Marcelo Cardozo da. *Aspectos do benefício de prestação continuada.* Revista de Previdência Social, Ed. LTr, São Paulo: ano XXXI, nº 316, p. 281-295, março de 2007.

THOME, Candy Florêncio & SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Menores extranjeros em situación de desamparo: nuevos sujetos migratórios y su marco jurídico en España.* Revista de Direito Social. Porto Alegre/RS: Ed. Nota Dez., ano VIII, nº 30, p. 11-31, abr./jun. 2008.

VALCANOVER, Fabiano Haselof. *A constitucionalidade da restrição imposta pelo artigo 20, § 3º, da lei nº 8.742/93 para o gozo do benefício de prestação continuada frente ao disposto no artigo 203, inc. V, da Constituição Federal.* Juris Plenum, Porto Alegre/RS: v. 4, nº 21, p. 39-54, dezembro de 2008.

_____

NOTAS

[1] Para um maior aprofundamento sobre essas três fases históricas, recomendamos a leitura da obra de Marisa Ferreira dos Santos, in: O princípio da seletividade das prestações de Seguridade Social, Ed. LTr: São Paulo, 2004, p.138 a 167.

[2] Constituição Federal de 1988: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

[3] Segue trecho da emenda do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 22.164-0, Relator Min. Celso de Mello – unânime – DJ. 17/11/1995, p. 39.206, onde explicita as gerações de direitos fundamentais: “enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e politicos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.

[4] Lei nº 8.213/91: “Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: I - como empregado (...); VI - como trabalhador avulso; VII – como segurado especial (...) Artigo 18: (...)§ 1º Somente poderão beneficiar-se do auxílio-acidente os segurados incluídos nos incisos I, VI e VII do art. 11 desta Lei.”

[5] No Brasil existe somente a previsão de um beneficio de assistência médica, conforme relata Hermes Arrais Alencar: “persiste a impossibilidade de cumulação de benefício da LOAS com qualquer outro, salvo com a pensão especial devida aos dependentes das vítimas da hemodiálise de Caruaru/PE, prevista na lei nº 9.422, de 24 de dezembro de 1996. (2007, p. 539).

[6] Tribunal Regional Federal da 1ª. Região – Segunda Turma – Relatora Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli, APELAÇÃO CIVEL – 200301990282597 - e-DJF1 DATA:12/02/2009, p. 395: (...) 2. O apelante não é dependente do primo casado, com filhos, porque a Lei 8.742/93, em seu art. 20, § 1º, estabelece o conceito de família para fins previdenciários, remetendo-se ao art. 16 da Lei 8.213/91, acrescida da condição consistente no fato da coabitação.”; Tribunal Regional Federal da 3ª. Região – Nona Turma – Relator Juiz Federal Hong Kou Hen, Apelação Cível nº 128.756-4 – DJF3 13/08/2008. “(...) Nos termos do artigo 20, "caput" e §1º da Lei 8.742/93, o benefício assistencial é devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família, entendendo-se como família o conjunto das pessoas elencandas no artigo 16 da Lei 8.213/91, desde que vivam sob o mesmo teto.”

[7] Lei nº 10.689/2003: “Art. 2º (...) § 2º Os benefícios do PNAA serão concedidos, na forma desta Lei, para unidade familiar com renda mensal ‘per capita’ inferior a meio salário mínimo”.

[8] Além da lei nº 10.836/2004, existem outras normas legais que trazem benefícios assistenciais às pessoas carentes, como a Lei n° 10.836/2004, que criou o Bolsa Família;

a Lei n° 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei n° 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; e o Estatuto do Idoso - Lei n° 10.741/03.

[9] Constituição Federal de 1988. "Artigo 109. **Aos juízes federais compete processar e julgar**: I - as causas em que a União, **entidade autárquica** ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;" (Grifamos)

[10] a) Tribunal Regional Federal da 3ª. Região – Quinta Turma – Relator Des. Fed. Johonsom Di Salvo – Apelação Cível 30.451-9 - DJU 28/11/2000, p. 643: "(...) 2. Trata-se de menor impúbere, portador de deficiência mental irreversível, e muito pobre, merecedor do amparo assistencial. (...)"; b) Tribunal Regional Federal da 2ª. Região – Primeira Turma Especializada – Relatora Des. Fed. Márcia Helena Nunes – Apelação Cível nº 37.909-0 - DJU 15/03/2007, p. 145: "(...) Trata-se de pleito de concessão de benefício assistencial, da LOAS, em favor de menor que nasceu prematuro, com infecção neonatológica com sepse, cordão umbilical circundando seu pescoço, levando a encefalopatia isquêmica com baixa oxigenação do cérebro, resultando sequelas como afasia (não fala), déficit de compreensão ou intelectual e dificuldade de deambulação, embora cirurgia cardíaca precoce tenha corrigido má formação congênita cardíaca. Atestados e laudos médicos historiando seus problemas desde o nascimento, até a atual necessidade de tratamento de pediatria, neurologia, fonoaudiologia e fisioterapia. - Laudo pericial confirmando o quadro atual de deficiência física/mental do menor a justificar o pedido de assistência, inclusive porque o Hospital SARA, onde foi admitido para ser tratado, não lhe presta ajuda de custo em dinheiro para cobrir as despesas com o transporte nem para a alimentação. Seguidas idas do menor para tratamento tolhendo a capacidade laboral de sua genitora. - Pais desempregados, morando de favor em humilde morada. Mero fato de a mãe do menor vir, depois, a desenvolver esporádicas atividades como faxineira/diarista não são de molde a descaracterizar a hipossuficiência econômica do grupo familiar do menor demandante. - Em face da sólida prova dos autos, não prevalece a mera presunção de legitimidade e legalidade do ato administrativo indeferitório do benefício, acatada pela sentença que merece ser reformada, para compelir o INSS a conceder o amparo social, da LOAS, ao menor, retroagindo à data do indeferimento administrativo (01/07/2000), como requerido na inicial. - Apelação da parte autora a que se dá provimento, inclusive para determinar a antecipação dos efeitos da tutela, conforme requerido desde a petição inicial, já que presentes os requisitos legais para tal fim, tratando-se de verba de natureza alimentar."

ARGUMENTOS PARA A MANUALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS*

THE MANUALITY OF SOCIAL RIGHTS

Viviany Almeida Loureiro
João Henrique Vasconcelos Arouck

RESUMO

A presente comunicação busca colocar sob discussão a função do discurso sobre os direitos sociais a partir das estratégias determinadas pela compreensão hermenêutica e por tarefas conceituais voltadas para a manualidade imanente destes direitos. O alcance manual do discurso é vislumbrado como instrumentação teórica possível para a reivindicação e justificação ética dos direitos sociais no cerne da prática jurídica e política para além das articulações semânticas efetuadas por intermédio do texto constitucional e da legislação correspondente. Neste esteio, o tema da manualidade – enquanto modo do discurso – é abordado visando-se sua premência filosófica e a partir do potencial que esta disposição possui em definir os horizontes da compreensão tendo em vista a significação estratégica que estes direitos possuem para a vida contemporânea. Neste sentido, a hipótese em teste concerne à possibilidade da incorporação tópica de reivindicações mundanas através de discursos não apenas descritivos e classificatórios, mas que visem justificar ou promover a prestação objetiva destes direitos. Quer-se dizer, com isso, que a consideração manual dos direitos sociais através da expansão temática de seu discurso e de sua doutrina; deve passar, necessariamente, pelo seu ethos político ao mesmo tempo em que se revista como técnica jurídica instrumental voltada para as possibilidades da fruição comunitária e da prestação eficaz por parte do aparelho estatal. Mais do que uma dimensão ou uma geração de direitos ideologizados por uma qualificação temporal, os direitos sociais se reafirmam no presente como um instrumental necessário para que o Estado de Direito se torne um meio eficaz para a consecução de toda a teleologia política subjacente à configuração jurídica destes direitos no contexto de sociedades complexas. É neste sentido que, afinal, a investigação pelas formações discursivas do conhecimento jurídico também contribui para re-situar o modo como se fala sobre o direito a partir de necessidades imediatas – mundanas – e não apenas voltada para as abstrações do conhecimento descritivo e classificatório. O resultado pode ser produtivo quando da efetuação de novos modos discursivos para a abordagem doutrinária: as reivindicações políticas e jurídicas se imiscuem em sua unidade imanente enquanto justificação recíproca – a manualidade jurídica legitimaria a reivindicação das bandeiras democráticas em prol da resolução concreta de problemas e necessidades vinculadas à fruição material destes direitos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS SOCIAIS; DISCURSO; MANUALIDADE.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

ABSTRACT

This paper intends to discuss the representational model of comprehension of social rights by its discourse-making problems. The considerations are leaded through the social rights doctrinal representation as a possible way to investigate its intrinsic manuality. The philosophical concept of the "manual" is reputed as an important issue because the representational discourse for social rights; despites its rationality and formal acknowledgement, has some relevant problems when it is confronted to practical urgencies and to the enjoyment of those rights. The searching for the social rights discursive manuality is justified – as theoretical matter – by the possibilities that discourses may have to actualize formal categories in a hermeneutic coordination to political demands and to massive social needs. The manuality – in its rhetorical and hermeneutic aspects – functions as a topos to produce actualized discourses about the realistic determinations of social rights in the face of the most elementary social necessities. Moreover, this thematic expansion – linked to an ethical demand for law´s knowledge – must take under analysis the political ethos of social rights practical manifestation. That is to say that this practical mode of knowledge is a great possibility to configure the social rights as an important instrument to political agenda and to solve the most actual problems. The productive aspect of a new discursive formation is very clear: in this mode of rhetorical production, the political propositions leaded by democratic factions – under the administrative structures of the state – would be legitimized by the juridical configuration of its demands. The often separated spheres of different discourses – like the political and the law discourses – must be unified by its common objectives – the social rights as a minimum political consensus for policies making. Considering these aspects, the hermeneutic and rhetorical possibilities for discursive productions must be a necessary part of that process.

KEYWORDS: SOCIAL RIGHTS; DISCOURSE; MANUALITY.

1. Introdução

A produção dos saberes sobre o direito está, inegavelmente, fundada no modo de suas formações discursivas. Considerando o conhecimento jurídico por sua valência comunicativa e pelo seu modo vigente de compreensão, muitas questões se resolvem, mas outras também surgem de antemão. A abordagem jurídica considerada por esse âmbito torna-se problemática por si só e não apenas pela relatividade da manifestação do direito e de sua posterior representação pela teoria, mas também, e por decorrência, das dificuldades que o *conceito* enquanto modo representativo do intérprete assume dentro do discurso e do conhecimento jurídico. Uma via possível para o enfretamento do problema encontra-se na aceitação do primado fenomenológico de que *o algo* interpelado pelo intérprete aparece naquilo que *é*, como fenômeno, também *em se falando* dele mesmo

A partir da produção da teoria algumas determinações essenciais se obscurecem, algumas se formalizam como verdade e outras urgem aparecer a partir da exploração autêntica de campos temáticos necessários. Nesse quadro, os direitos sociais transparecem com um fenômeno de investigação estratégico pela manualidade que traz consigo, por exemplo, para o combate à pobreza e também para a afirmação da dignidade mundana do ser humano – para além de sua formalização transcendental enquanto sujeito de direitos. Todavia, no discurso da representação dos direitos sociais encontram-se alguns entraves *para* e *na* sua ontologia, como pode ser visto no problema que envolve as teses das gerações e da dimensão de direitos. Assim, a importância de se compreender as condições pela qual o conteúdo de significação dos direitos sociais transparece e se determina no discurso se justifica na possibilidade de desatualização do seu conhecimento representativo quando considerado sob as necessidades mais imediatas da vida mundana.

A compreensão pelo modo de ser das tópicas – ou dos vértices iniciais do discurso – que produzem a representação discursiva dos direitos sociais serve, também, como um sinal de referência para que se investiguem problemas concretos a partir do modo em como algo é compreendido pelo intérprete através do consenso formal da comunicação vigente. Por isso dizer que: quando a teoria se fecha no seu próprio discurso – sofisticando cada vez mais o seu modo representativo – e se afasta de problemas imediatos, passa a se configurar mais como uma lúdica para especialistas do que propriamente um instrumento ético de melhoramento da vida cotidiana.

O problema também pode ser apresentado pelo seguinte questionamento: será que o discurso sobre os direitos sociais, o entendimento doutrinário que se tem sobre seu fenômeno atende, como "ciência", às necessidades e às reivindicações mais imediatas e urgentes? Responda-se, por ora, apenas que as teorias da argumentação e os modelos compreensivos da hermenêutica filosófica não oferecem as respostas definitivas, porém ainda possuem o condão atualizante quando da investigação dos passos iniciais para que o conhecimento na forma da teoria e da produção tópica discurso avance sobre temas necessários e se reaproprie daquilo que se encontra obscurecido mesmo que pelas e através das próprias categorias vigentes.

Neste artigo será dada primazia ao tema da compreensão ontológica e histórica dos direitos sociais. Tal tarefa se realiza através do discurso tradicional que o representa na comunicação teórica e se justifica em prol da possibilidade de se delinear a função mais apropriada de sua possível manualidade. Ressalta-se no artigo o momento estrutural em que isso se constitui em um problema da abordagem sobre estes direitos que devem ser considerados "fundamentais" não apenas de modo nominal; e, afinal, em como a racionalidade filosófica pode situar ainda mais o saber jurídico diante dos horizontes necessários de seu discurso e de sua instrumentação voltada para a fruição destes direitos por seus destinatários.

2. O problema da abordagem sobre os direitos sociais: o *discurso* e a *atualização* pelas necessidades mundanas e não apenas pela semântica dos textos legais.

Toda abordagem jurídica, por mais trabalhada que seja, traz consigo uma problemática inescusável cada vez mais levada em conta: a maneira de falar, a *conditio per quam* o discurso do direito trata de seus problemas é em si mesmo um ponto de nó e se constitui em outro problema de igual importância ao conhecimento do próprio direito. Ao se admitir, na produção ou recepção de discursos jurídicos, o primado elementar de que o modo pelo qual se aborda algo influencia diretamente no aparecer deste algo mesmo, *perante* e *através* do discurso, traz ao intérprete a dúvida fundamental concernente à validade de suas proposições, de sua análise e de sua interpretação perante toda sua situação no mundo e em face dos fluxos simbólicos e semânticos que advém dessa mesma situação.

Produzir no mundo, seja ele um mero discurso ou uma breve conversação, leva, em seus resultados produtivos, toda ou parte da rede de significações semânticas pré-concebidas *no* e *entre* o magma linguístico das significações existentes. As fontes pré-conceituais – configurada através da *vivência* mundana daquele que produz-, se reafirmam no aparato conceitual do sujeito produtor. Após o processo da reapropriação representativa as categorias que representam as propriedades objetivas daquilo sobre o que se fala voltam a ser recolocadas (re-situadas) na objetividade comunicativa do consenso intersubjetivo. Mesmo assim, o falar neutro, mesmo que em termos de uma analítica ou da mera função descritiva encontra sérias dificuldades quando da sua imposição como verdade teórica e como ciência definitiva.

As pré-concepções que se imergem hermeneuticamente na fala e no discurso dos saberes jurídicos não devem ser confundidas, contudo, com uma total falta de segurança naquilo *sobre o que* se fala e no *modo como* se fala. Devem ser interpretadas, afinal, como uma pontuação necessária para o conhecimento e conscientização racional do que aparece aos olhos naquilo *sobre o que* se discursa. Ao nos aproximarmos das estruturas pré-conceituais do *ego* (*eu mesmo* ou o *outro*) que falam a mim na produção ou na recepção de discursos, a interpretação e a abordagem de coisas e idéias passam a ganhar novas balizas de racionalidade: a verdade passa a ser questionada a partir da coerência do que vem a mim na fala e em como esse algo serve para expandir as possibilidades de manifestação daquilo sobre o que eu falo. A significação pragmática daquilo que vem a mim no discurso deve ter solo fixo em todo o conjunto de pré-concepções compartilhadas na inteireza da intersubjetividade comunicativa. A compreensão hermenêutica das fontes de validade do discurso do intérprete contribui também para a efetividade e atualização do conhecimento *através das* necessidades e do mundo circundante. A compreensão hermenêutica desses processos contribui, assim, para que aquilo sobre o que se fala e o modo como se fala sobre algo ganhe unidade na comunidade de todos os falantes e ouvintes; ganhando, então, realidade; mesmo a despeito de sua própria abstração.

Rumando tanto para o lado da representação esquemática ou para a via crítica da compreensão hermenêutica, é certo que o enigma conceitual do(s) direito(s) permanece sempre como uma tarefa aberta, não só para a inocente e antiga tentativa de delinear um conceito formal universal para *o* direito, mas também para as divisões enciclopédicas e manualísticas dos seus *ramos* que, muitas vezes, perdem o elo da *parte* com o *todo* que a envolve e lhe confere legitimidade e atualidade perante decisões que se querem consensuais.

A revisão crítica da conceitualidade temporal do direito, do seu rico esquema formal e de sua descrição predisposta à permanente atualidade fenomenológica serve primordialmente para descortinar, através dos vértices tópicos do discurso, o que se encontra obscurecido pela vigência modal da compreensão. A *atualidade* do discurso sobre o direito, naquilo que traz por instrumental efetivo para a vida política do estado, dos cidadãos privados e da felicidade pública em geral, é uma conquista cara. A desatualização temática do modo e daquilo sobre o que se fala através de práticas discursivas pode ser entendida como a inadequação da regionalidade ôntica do *algo* analisado diante do *todo* que lhe dá a validade temporal e existencial. A desatualização, como conceito filosófico, torna-se desastrosa para a construção cultural das práticas jurídicas na medida em que sobreleva e afasta o *discurso representativo* diante de todas as necessidades germinais promotoras da manualidade dos direitos para a realidade.

O obscurecimento de campos temáticos necessários pode ser analisado a partir do exemplo das conhecidas filiações teóricas quando os mecanismos categóricos da teoria, tomados de modo absoluto pelo intérprete, passam a obscurecer temáticas necessárias e se tornam, assim, um contributivo para o déficit temporal do conhecimento com relação às necessidades humanas permanentes. A filiação a modelos monocráticos da teoria torna-se degenerada quando se afasta das temáticas éticas que lhe dão atualização e se constituem em um debate semântico sobre elementos representativos da manifestação ôntica do direito. Dworkin[1] se utiliza da metáfora do aguilhão semântico para expor esse tipo de problema: os entes se rotulam na subjetividade do intérprete que, então, passa a representar a realidade do direito apenas na forma de sua experiência pessoal e pelos rótulos semânticos advindos de sua formação. Perde-se, no processo da representação discursiva, a capacidade para o diálogo, para a escuta e para re-formulação de prioridades consensuais na prática conceitual do direito que urge estar, afinal, em consonância com as necessidades éticas da vida mundana.

Assim, além de criarem infindáveis escolas de conceitos e toda uma terminologia própria para cada disposição conceitual, a discussão meramente semântica do direito (rotulatória: "os direitos sociais são apenas isso e não aquilo"), pelos muitos debates desnecessários que cria, impede que o conhecimento jurídico e o discurso sobre o direito avancem por campos temáticos propícios ao enfrentamento dos problemas humanos mais imediatos e necessários. Para mais, a discussão conduzida apenas pelo aparato oferecido pelas diferentes filiações da teoria geram a situação de achar-se estar falando sobre a mesma coisa, quando, na realidade, se fala sobre coisas diferentes e por teleologias diferentes – nada se ouve; e a expansão necessária da temática discursiva se perde na subjetividade de cada intérprete ou facção.

O problema da filiação absoluta a modelos formais da teoria serve para ilustrar os perigos da fala e do discurso sobre o direito, na medida em que exemplifica a torre de babel na qual as construções teóricas do esquema, da descrição e do conceito podem chegar. A desatualização que aqui se refere possui, também, um sentido temporal na forma da historicidade, ou seja, na forma dos princípios de uma dada época que sempre perfazem as fontes de pré-conceituais daqueles que elaboram discursos. A desconsideração daquilo "que é"; da imanência de princípios éticos operantes, através do apego às formas abstratas da representação podem engessar a produção do conhecimento jurídico com relação às necessidade de expansões temáticas que devem se coordenar, cada vez mais, à realidade circundante. O afastamento se torna degenerado e perigoso na medida em que se afasta das necessidades da mundanidade,

do mundo prático e dos fatos temporais que desatualizam o conhecimento e o saber jurídico diante dos destinatários que, por sua maioria, ignoram o que juristas pensam "elaboradamente" sobre o direito.

Ao se falar a respeito dos problemas intrínsecos da abordagem levando-se em conta o primado de que algo também *é* em *se falando* dele mesmo, não significa priorizar a formação discursiva enquanto uma fonte única e originária da desatualização dos direitos considerados por sua manualidade imanente. A função da investigação hermenêutica e argumentativa deve ser vista como guia para a reflexão crítica dos pressupostos da racionalidade quando da configuração do modelo vigente da ciência. Os discursos existencialistas[2] do pós-guerra podem ser vistos, neste esteio, como um exemplo literal de produções discursivas que lograram disporem-se para além da abstração teórica; afirmando-se ainda mais a potência transformativa do ser humano enquanto vivente na *compreensão* de si mesmo e através da força de seu papel reconstrutivo para novos modos-de-ser na própria mundanidade que o circunda.

Um caminho para tópicas produtivas encontra-se no processo de reapropriação autêntica de valores éticos na forma da reivindicação daquilo que transparece como um instrumental para a resolução de problemas imediatos. Esse é um dos nichos no qual os direitos sociais, enquanto um conjunto de saberes, deve repousar e se inclinar positivamente. As dualidades e reduções binárias resultantes da construção formal do conhecimento jurídico, como se vê na rígida separação entre direito positivo e direito natural, muitas vezes dificultam ao intérprete o *situar* de si mesmo e daquilo sobre o que discursa em face da *atualização* pelas necessidades da vida e do mundo circundante. Um exemplo produtivo de reapropriação encontra-se no exercício produtivo de suspensão de categorias a partir de uma pré-disposição filosófica do intérprete. Isso não tem apenas o condão de legar um vislumbre autêntico para um tipo saber cada vez mais regionalizado com relação aos direitos sociais, mas também o de proporcionar novos horizontes através da suspensão de binários resultantes da representação lógica da manifestação do direito na vivência de seus próprios intérpretes.

A suspensão de vigências preconceituais *através* da compreensão intérprete é de grande valia para a abordagem do positivismo jurídico desvinculando-o, por exemplo, de sua epistemologia criticável e entrevendo-o no que apresenta enquanto conquista política fundamental para o processo político e social de reivindicação de direitos através de fontes seguras como o caso da lei formal e todo o aparato coercitivo que lhe possibilita a manualidade. Muitas vezes confunde-se a crítica do positivismo, pela fraca epistemologia que congrega, com o problema hermenêutico da interpretação literal, ou seja, pelo privilégio que promove às teses da *mens legislatores*, da *in claris non fit interpretatio* etc. A divergência inútil, na questão da crítica ao positivismo, decorre primordialmente do binário direito positivo e direito natural, ou em discussões pautadas na dualidade metafísica de uma substância que se submete negativamente às formas pré-moldadas das fontes.

Não se trata apenas de situar as divergências sob seus parâmetros reais de discussão (como no exemplo dado de não se confundir a crítica da hermenêutica jurídica com a crítica do positivismo em geral), mas também de procurar evitá-los em prol das temáticas atualizantes em função de necessidades imediatas. Por necessidade, reafirme-se também aqui, seu sentido enquanto *situação* ontológica no mundo. A situação no mundo e sua consideração pela teoria e pelo discurso envolvem não só a devida

compreensão dos *a prioris* existenciais que operam topicamente, ou seja, como um vértice ou lugar originário de onde os pré-conceitos caminham aos poucos para sua definitiva posição de conceito e de conhecimento do mundo ao redor.

A consciência hermenêutica e filosófica daquilo sobre o que se fala e também do modo como se fala da coisa mesma não corrói as exigências permanentes da racionalidade, mas, pelo contrário, expandem o horizonte da compreensão a partir da compreensão de processos tópicos voltado para discursos que buscam a autenticidade temática. A questão, nessa via, não passa nem tanto pelo *modo* de olhar as coisas, mas sim sobre *que coisa* olhar, ou seja, o que dizer e o que merece ser visto e enfrentado pela ciência na compreensão efetuada por seus intérpretes.

Um das disposições iniciais para a suspensão das pré-definições tópicas inseridas nas abordagens conceituais genéricas e de todo o risco de desatualização intrínseco nesses comprometimentos, ainda é o da *historicidade*. Fala-se aí do viés histórico em um sentido decisivo e pré-determinante, ou seja, não apenas como filiação aos argumentos provenientes das escolas históricas do direito. Por *historicismo* entenda-se a disposição ontológica inicial da filosofia em poder descortinar todos os significados trazidos pelo movimento histórico através dos *sinais* e dos predicativos ontológicos que traz consigo. Esse tipo de abordagem, colocada sob os parâmetros *atualização*, difere da filosofia política vinculada à *consciência histórica* na medida em que a disposição historicista, no âmbito da compreensão hermenêutica, não entrevê no movimento da vivência humana qualquer necessidade (histórica) que se dissemina no pensamento crítico com vistas a romper o *status quo* através da destruição revolucionária ou por estados excepcionais de exercício político em prol da necessidade histórica[3].

Por ser um conceito metafísico, a necessidade histórica perde na capacidade de ser um discurso da situação existencial. Corre o risco, portanto, de se desvincular das necessidades já que o modo de ser do *cuidado* e a circunvisão da realidade são ignoradas pela metafísica da necessidade histórica. A função do historicismo enquanto viés escolhido está na possibilidade de se regionalizar fenomenologicamente algumas manifestações peculiares do fenômeno global do direito e da presença daquilo que consensualmente se considera como um assunto de direito. A perspectiva da manualidade tem em vista não a história do direito em sua região temática distinta, mas sim a história dos *direitos*, que devem ser regionalizados em prol da investigação de todos os seus potenciais instrumentais e resolutivos. É preciso ainda que se faça uma transferência metodológica: ao invés de se abordar os direitos a partir do espaço próprio do estado, ou seja, como uma manifestação extensiva do próprio estado na forma das leis e das demais fontes, é preciso, ao revés, que se considere as suas manifestações mais contundente no espaço soberano da vida política.

3. Os Direitos Sociais enquanto região privilegiada da manifestação do Direito.

A manifestação mundana do direito através de regiões autônomas de fenômenos tem nos *direitos sociais* o espaço que mais se relaciona com as teses da movimentação histórica e da abordagem historicista. É preciso ressaltar, todavia, que o fenômeno do

direito quando considerado sob o ponto de vista daqueles que reivindicam, ou seja, a partir da esfera da soberania popular, sempre transparece, na sua gênese, a partir da luta política e posteriormente através da esfera judicial, onde a reivindicação se torna mais precisa e o discurso mais próximo de sua função atualizante.

O esquematismo e a atividade classificatória, vistas sob o viés historicista, possuem sempre o papel positivo de discernir as regras e os princípios mais fundamentais para a vida política da comunidade – nisto resta sua relevância. Dentro dessa tipologia, muita premência se confere aos direitos classificados como *fundamentais* e aos direitos humanos abordados por seu *ethos* universal e transnacional. O problema está nos preconceitos que perfazem a tópica tanto dos discursos da conservação quanto no da reivindicação. A abordagem de alguns direitos em sua própria singularidade (com se vê pela técnica das declarações) quando posteriormente hierarquizados pelo discurso teórico torna-se uma questão controversa já que as motivações políticas que influenciam a tópica do *discurso representativo* na forma de preconceitos subjetivos são ainda ignoradas pelo intérprete quando da promoção de um discurso.

Há sempre o risco de desatualização ou da perda da manualidade quando os direitos sociais passam a ser discutidos através, tão somente, da *diferença* em relação a outros *tipos* de direitos. É preciso que diante de todos os problemas da abordagem se coloque a seguinte questão: qual o verdadeiro papel dos direitos sociais para vida política da comunidade e para o enfrentamento de estados de pobreza e degradação humana? A questão não pode ser situada apenas por um apego crítico a transgressões de modelos compreensivos, mas essencialmente pela agregação de elementos da vinda mundana e de problemas humanos como caracteres pré-ontológicos da manifestação do direito enquanto direitos sociais.

Considerar de antemão o conteúdo de significação dos direitos sociais a partir de suas possibilidades ônticas, de sua manualidade enquanto instrumento político de resolução de problemas econômicos e sociais é um dos primeiros passos para a compreensão de seu potencial histórico através de uma incorporação tópica das disposições filosóficas da compreensão. Por práticas políticas entendam-se, prioritariamente, as *políticas públicas*, as ações positivas do estado. Algumas questões surgem da investigação pelo modo da compreensão no sentido da sua elementariedade obscurecida pelo padrão discursivo vinculado ainda a temas e categorias pré-concebidas inconscientemente na tópica da produção argumentativa. Pela suspensão de categorias torna-se interessante investigar até que ponto a manifestação dos direitos sociais exerce uma influência determinante no modo de ser das políticas estatais e em como a expansão temática dos discursos podem aproximar estes dois elementos em uma mesma determinação ontológica.

De maneira negativa e através do modo vigente de tratamento dos direitos sociais, muitas articulações semânticas são possíveis. Um exemplo de uma articulação livre encontra-se na consideração dos direitos sociais como um *medium* para o exercício de direitos fundamentais que também necessitam da prestação estatal, como no caso do direito fundamental à vida onde ao mesmo tempo em que se proíbe ao estado e ao conjunto de pessoas físicas e jurídicas que lesionem o direito a vida de determinado titular, exige-se, ao mesmo tempo, que se promova a vida desse sujeito através do direito à saúde elencado como um direito social pelo artigo 6º da Constituição do Brasil.

Veja-se que, com isto, e com a abordagem voltada unicamente para o texto constitucional e para as conceituações teóricas vigentes, inúmeras articulações semânticas se tornam possíveis. É como se ludicamente pudéssemos criar esquemas e quadros gerais a partir dos raios semânticos de cada direito literalmente declarado no texto constitucional. É por este modo que as articulações semânticas indiscriminadas obscurecem os valores históricos que subjazem aos direitos sociais. Sem que se compreenda sua determinação manual os direitos socais perdem muito de seu poder reivindicatório, ou seja, seu argumento político e judicial podem se tornar fracos quando expostos à livre articulação do texto legal.

3.1 A Geração e a Dimensão: funções para o discurso.

A teoria das *gerações* e das *dimensões* de direitos, embora didaticamente esclarecedora, traz algumas barreiras para a discursividade dos direitos sociais no que se refere a sua força argumentativa e reivindicatória. Se articularmos o sentido semântico do termo geração e da dimensão que, para mais do que termos, também se apresentam como chaves de entendimento de tipologias classificatórias de direitos, a compreensão da valência histórica dos direitos sociais pode se tornar mais clara.

Aqui, *entendimento* e *compreensão* diferem em grau, pois, para o entendimento, a estruturação formal das determinações reais daquilo que aparece – no caso, os direitos -, em esquemas e classificações já garantem um domínio manual dos seus conceitos para a produção do discurso e para a reivindicação dos direitos sociais no cerne da prática política e judiciária. Na compreensão, todavia, vista como parte de uma estratégia hermenêutica, o enfrentamento da questão ganha em possibilidades por conferir uma abertura para o futuro através da consideração de precedências e permanências históricas que subjazem a toda conquista de direitos positivos, como no caso específico dos direitos sociais. É como se cada sutileza e detalhe de um fenômeno, enquanto processo permanente, não fosse esquecido quando da reapropriação pela teoria e pela manualidade.

Pois bem, o prisma da *geração* enquanto um modo de entendimento carrega em si mesmo a idéia da continuidade histórica. A história é considerada mediante fragmentos sucessivos e contínuos, onde cada feixe temporal possui suas significações próprias, como se fosse, melhor dizendo, um contínuo de estruturação evolutiva construída na métrica linear do tempo, em sentido físico, ou seja, como sucessão de estados presentes. A teoria das gerações de direitos além de agregar a idéia da sucessão histórica evolutiva de gerações viventes, com melhoramentos de uma para outra, também se relaciona com seu significado mais estrito, como o estado verbal daquilo que é permanentemente *gerado*. Nas ciências duras, como na biologia e na matemática, a geração relaciona-se com o aparecimento de um ser na ordem biológica e com o surgimento de uma figura ou corpo a partir de uma figura ou corpo precedente. Com estas articulações o perigo do aguilhão semântico está posto: como realizar um enfrentamento ontológico autêntico dos direitos sociais, que seja útil tanto para seu discurso quanto para sua reivindicação, sem que se adentre em todo o perigoso rol de articulações semânticas possíveis? Veja-se que a questão não é lúdica, na medida em que o *entendimento* sem a *compreensão*

dificulta o exercício do pedido judicial e da reivindicação. Pode-se dizer, seguramente, que o sentido trazido com a teoria das gerações pauta-se em seu significado usual, ou seja, no uso comum do termo enquanto geração histórica promotora de direitos que se diferenciam apenas tipologicamente de uma geração para outra.

Na tentativa da compreensão hermenêutica da teleologia dos direitos sociais, alguns problemas surgem quando do uso descriterioso da teoria da geração de direitos: a abordagem linear da história como sucessão de gerações viventes não implicaria na aceitação da tese de que uma geração de direitos (resultados de uma reivindicação histórica), por sua precedência, se torna mais importante do que a geração seguinte? Os direitos fundamentais, também racionalizados como direitos humanos, são, de fato, mais importantes do que os direitos sociais? A sucessão de gerações não restaria como uma formalização esquemática que acaba por obscurecer a urgência histórica de direitos de vigência posterior? Melhor dizendo: não seria possível compreender os direitos sociais como uma atualização ou requalificação ontológica necessária de direitos mais antigos, sem que isso implique nas desnecessárias relações semânticas a partir da literalidade dos textos legais? Vejamos, então, no que pode a ajudar a abordagem dos direitos sociais a partir da teoria da dimensão de direitos.

A abordagem pela *dimensão* já traz consigo, de antemão, alguns resultados positivos para um modo compreensivo. Por esta teoria, a vinculação tipológica de direitos perde seu contato direto com as gerações que emergiram e *geraram* novos direitos a partir de uma nova materialidade e significação. Os direitos individuais, por exemplo, passam a ser considerados em si mesmos, sendo, assim, desnecessário que se os considere através de toda carga ideológica que carrega em seu bojo como ocorre na consideração a partir de gerações.

O termo *dimensão* é antigo e provém da matemática. Trata-se, em linhas gerais, da grandeza que determina a extensão de uma dada figura geométrica, como ainda se pode falar hoje em dia sobre as dimensões de uma estrutura ou de um objeto qualquer. O termo passou a agregar novos sentidos na física moderna relativista quando da defesa de uma quarta dimensão (o tempo) em relação às outras três que compõem a totalidade da *res extensa*. O problema está no fato de que quando reapropriados pela linguagem jurídica os termos específicos das ciências duras ganham novas determinações e podem dificultar a abordagem fenomenológica regionalizada de alguns campos temáticos necessários.

Veja-se que no discurso jurídico, a dimensão é usada através da metáfora, ou seja, é mais uma figura de linguagem do que propriamente uma descrição atual do fenômeno do direito no tempo histórico. A metáfora diz respeito a agregações dimensionais sucessivas, operadas pela e na manifestação do direito. Há, inegavelmente, uma aproximação com o sentido originário da dimensão matemática na medida em que as dimensões de direitos compõem, pelo menos formalmente, a totalidade, o todo da manifestação jurídica. Quando se pergunta: o que é direito na forma como aparece na sua concretude? Uma via pode ser escolhida para o tratamento da questão: o direito se compõe, ou melhor, se determina *naquilo que é*, por suas três ou quatro dimensões. A idéia de dimensão, neste sentido, opera ainda com vigor dentro da produção discursiva já que pode ser escolhido como uma abordagem vertical da construção substancial do direito, ou melhor, *dos direitos*, no tempo, sem que qualquer conteúdo ideológico se formalize no interior deste processo de conceituação.

Os direitos, independendo de suas conotações ideológicas germinais, ganham mais força na possibilidade de se reassumirem como uma conquista da positividade e como um manual prático para a reivindicação política das gerações presentes. É por este caminho que os direitos, sejam de qual dimensão provenham, se atualizam dentro de toda a diversidade cultural que acompanha a história e os processos civilizatórios de cada espaço soberano. A dimensão, por se constituir em uma metáfora da totalidade da manifestação concreta do direito, proporciona vias mais precisas para a consecução de sua utilidade e da sua manualidade em todos os âmbitos de atuação. A unidade, o todo e a totalidade do fenômeno jurídico pensado por dimensões que se agregam para compor um espaço próprio e bem conformado do que aparece como direito se justifica por sua própria metáfora. Assim como a *res extensa*, conhecida pelas ciências exatas e naturais, que significa em si mesmo uma unidade ôntica, o direito, na sua objetividade plena, se con-forma na dependência intrínseca de suas dimensões. Fundamentalmente por este aspecto, tal modelo de representação logra algum sucesso.

Veja-se que o pensamento do direito e o seu discurso, exercido pela idéia de dimensão, avança em prol da atualização ontológica dos direitos sociais, quer dizer, para sua atualização através das necessidades do presente. Isto porque, como já ressaltado, a tese das gerações formaliza o movimento histórico apenas por aquilo que *foi*. Isso pode ser exemplificado quando se consideram os direitos individuais – a primeira geração -, apenas por sua determinação ideológica, ou seja, enquanto afirmação de valores individualistas provenientes da antiga cultura burguesa.

Assim, a tese da dimensão tem certa produtividade e possibilidades de desdobramento porque traz consigo a possibilidade em desmistificar os conteúdos ideológicos de direitos que se apresentam como os mais estratégicos para a vida política. Chama-se a atenção, contudo, para o fato de que o pensamento pela dimensão ainda não é suficiente para a consideração dos direitos sociais a partir de sua manualidade em prol de necessidades imediatas. A totalidade ôntica do direito, representada pela consideração das dimensões existentes, é importante apenas para o conhecimento em si, para representar o fenômeno como um espelho da sua natureza, como no modo específico das ciências exatas e naturais. Com toda a revisão do discurso e da teoria jurídica proporcionada, em muito, pela Filosofia do Direito (v.g as repercussões da fenomenologia, da ontologia fundamental e da hermenêutica filosófica) e também por uma volta recente a discussões morais – como se vê nas obras de Dworkin -, as disposições *objetivistas* perdem em atualização em vista das necessidades do tempo, da vida imediata, da mundanidade.

Uma nova postura interpretativa através da autocompreensão hermenêutica são avanços no nível do sujeito produtor, mas a tarefa mais difícil, ainda, é a de enfrentar e abordar questões esquecidas, tornar o direito, enquanto manifestação (já que não é apenas um produto da consciência) um manual autêntico de solução dos problemas humanos.

Qual seria, portanto, a via pré-ontológica para esse enfrentamento que se busca como original e que deve ser reapropriado pelas tópicas discursivas? Assumem-se aqui duas vias claras e distintas, mas que se interconectam em uma univocidade operante. Trata-se, pois, da consideração *moral* e *política*. O objetivo maior desta escolha se justifica na tentativa de vislumbrar os direitos sociais não como um síndeto vulgar da sistematicidade do texto constitucional, mas, fundamentalmente, como um manual de reivindicações políticas autênticas. Há uma teleologia imanente aos direitos sociais que

pode ser definida tanto pelos fins tradicionais do estado de direito – enquanto paradigma contemporâneo -, quanto por fins políticos mais específicos, embora devam estar sempre condicionados ao movimento da soberania popular formalizados pelo estado constitucional.

Se quisermos avançar, Dworkin pode ser considerado uma referência atual para o pensamento de uma comunidade e dos fins políticos e morais que ela persegue. Assim, a título exemplar: os fins podem ser relacionados com um estado de fraternidade ou como felicidade pública. Os direitos sociais se destacam no conjunto de todos os *medium* possíveis para a consecução da teleologia porque estão diretamente vinculados às políticas públicas. Sua fruição, pelos cidadãos, ocorre a partir dos princípios da boa política governamental e da ação conscienciosa do homem político. Daí ser perigosa a consideração dos direitos sociais no mesmo modo de abordagem dos direitos individuais ou difusos (perigo decorrente da idéia de uma *geração* cumulativa ou de uma *dimensão* constitutiva de direitos de igual porte), já que sua judicialização, sua articulação enquanto direito subjetivo a ser declarado, pode degenerar sua determinação jurídica, sua manualidade e seu poder em resolver problemas humanos.

A consideração moral refere-se às aproximações necessárias entre o discurso jurídico em função (também) do discurso político, admitindo-se que, muitas das vezes, esta separação é uma desnaturação de um fenômeno unívoco. Nota-se que, pelo menos no nível do discurso, as determinações estanques de duas esferas distintas estimulam algumas posições conflituosas entre a função política do legislativo com a atividade judiciária. Pode-se dizer, seguramente, que muitas das divergências dispostas no cerne da discussão da judicialização da política provém, em parte, de determinações teóricas não conscientizadas na tópica discursiva. Ignorar, desta forma, a determinação fundamental dos pré-conceitos daquele que interpreta é um perigo permanente. A aproximação com a política, pela consideração moral, consiste na aceitação por aqueles que promulgam leis, que executam políticas públicas e também por aqueles que resolvem processos e reivindicam direitos na esfera judiciária, de que há princípios íntegros operantes na história institucional.

A configuração geral do estado é uma construção institucional permanente a ser levada a cabo pelos agentes dos três poderes. Evidentemente, entende-se aqui o estado enquanto estado-aparelho[4], como estrutura funcional que realiza de fato uma teleologia imanente. É pela análise das funções concretas do estado-aparelho, nas suas três fundações, que a manualidade dos direitos sociais se aproxima mais da necessidade a ser apropriada pelo discurso e pela teoria. O agir funcionalizado de cada agente, do político, do legislador, do juiz e do peticionante privado e público (que serve como uma ponte argumentativa da sociedade civil com as estruturas estatais) deve estar imbricada com a moralidade pública.

Entenda-se moralidade não em seu sentido negativo de agir de maneira a não incorrer em ilícitos, mas sim como uma função, um agir consciente, em prol de princípios íntegros que, na sua historicidade imanente, se velam na constituição e em grande parte do corpo de leis positivas. Todavia, o que se defende aqui é que alguns princípios de conduta moral sejam *incorporados* não só por um juiz hercúleo, mas também por qualquer agente imbuído de funções públicas. A moralidade pública imanente, vista como um fator para a consecução de fins, deve se determinar como um modo de ser da ação estatal conduzida mediante seus agentes reais.

Evidentemente, a apropriação de valores morais na forma da ação política levada a cabo por agentes do estado-aparelho exige uma conformação geral. O papel do discurso e da teoria serviria justamente como um fator de desvelamento de toda a imanência e das possibilidades fáticas dos direitos sociais e da política enquanto manifestação unívoca. Este argumento se aproximaria, inegavelmente, do ideal próprio de um republicanismo cívico, onde a ação das facções políticas, por mais atomizadas que possam estar, se vinculariam a uma moralidade republicana voltada à consecução de fins coletivos. Entenda-se que tal concepção, voltada para uma moralidade sobrelevada à ação de todos os agentes estatais, nada tem a ver com a coalização própria de um estado-total, em moldes totalitários. Vê-se, ao contrário, que a visualização de princípios íntegros como determinantes da funcionalidade estatal é mais um fator de afirmação do estado democrático.

O modo republicano da prática política e jurídica serviria como um vislumbre *para trás* de todos os valores morais e políticos que devem ser reapropriados pelo estado-aparelho para o planejamento íntegro de sua atuação política (sempre pensada através dos três poderes e por seus agentes efetivos). O modo democrático, por sua vez, é uma complementação ideológica necessária, pois ele se afirma como a antevisão *para frente*, daquilo que, reapropriado, serve como instrumento construtivo da vida estatal em seu futuro e em sua constante readaptação aos anseios públicos.

Os direitos sociais, vistos por este prisma, se apresentam como mais uma das muitas sobrelevações morais determinadas em sentido político. É um pressuposto de atuação mais do que um artigo da constituição, uma geração ideologizada de direitos ou uma dimensão da totalidade ôntica da manifestação jurídica. Sua determinação não se dá por forma e conteúdo já que é uma substância em si mesmo. Saúde, educação, lazer e moradia referem-se à própria manutenção da vivência corpórea, dizem respeito ao próprio modo de ser da ação política no sentido das políticas públicas do estado-aparelho. É por isso que as contradições do capitalismo financeiro, enquanto desvinculado da produtividade efetiva e como fator de impedimento das políticas públicas em prol da vida, saúde e educação se torna niilista, perde em antevisão e integridade para o futuro.

A consideração política do fenômeno dos direitos sociais envolve, dessa forma, sua valência histórica. Todavia, a abordagem política se aproxima mais do aspecto *atual* dos direitos sociais na medida em que se vislumbra as políticas públicas do estado-aparelho diante das necessidades práticas mais imediatas. Por valência histórica, entenda-se a consideração desideologizada da emergência dos direitos sociais enquanto um modo de ser do estado aparelho. Neste aspecto, as origens do *welfare state*[5], como conseqüência salutar do pós-guerra, servem não só para a compreensão das imanências históricas desses direitos, mas também como um referencial exemplar de como estados de crise econômica e social podem alavancar novos paradigmas para a política e para o direito em sua univocidade.

Veja-se que na época de Roosevelt, os direitos sociais emergiam nos EUA pela singularidade de sua substância. Pelo esteio histórico a segunda *geração* ou segunda *dimensão* de direitos ganha sua modalidade discursa dominante através da representação e das possibilidades oferecidas pela linguagem dos juristas. Identificados inicialmente como um rol de direitos – que ainda permanecem como um *numerus apertus* -, os direitos sociais se diferenciam da materialidade de outras declarações nesse momento

singular. Na investigação de sua manualidade, os eventos históricos subjacentes à emergência do modelo do *welfare state*, trazem ainda um novo *mode de vie*: o da sociedade de consumo.

Sabe-se que o pensamento político moderno tem dado muita primazia ao novo padrão de vida inaugurado por sociedades de massa qualificadas pelo *consumo* nas décadas que se seguiram à Segunda Guerra Mundial. Os direitos sociais compreendidos qual um modo de ser das políticas públicas tornam-se um fim em si mesmo. Educação, moradia, previdência, saúde e lazer tornam-se partes da situação do homem no mundo. Conformar o modo de ser das políticas públicas como uma determinação real dos direitos sociais é um dos meios de consolidar um estado de democracia em sociedades complexas e massificadas que se constitui, hoje, um fenômeno do mundo. Estando, hoje, estruturalmente disposta para a manutenção de uma sociedade de consumo, a política dos direitos sociais, a partir de sua sobrelevação moral, se constituem em um vetor para o desenvolvimento e para a paz. Torna-se, assim, um promotor da liberdade e da cidadania pensada em larga escala. Dessa maneira, qualquer impedimento formal que porventura possa surgir das articulações hermenêuticas e do processo de concreção dessas políticas nas três esferas do poder estatal passam a ser consideradas como um afronte à integridade da vida política de uma comunidade, torna-se, portanto, uma impropriedade histórica.

4. Conclusão

É por uma via de abordagem que as considerações hermenêuticas ganham força. Para a discussão dos direitos sociais em um novo modo compreensivo e a partir da investigação proposta à vida mundana, a rearticulação hermenêutica, na sua amplitude filosófica, deve servir não só para um modo mais apropriado de abordagem – como *retro* discutido -, mas também para se ter consciência das impropriedades dessa mesma articulação quando, por exemplo, no caso das teses defendidas sobre a questão orçamentária, ou seja, na defesa da lei orçamentária enquanto fonte de direitos subjetivos. O orçamento, lei em sentido formal, se configura como uma conquista política, ou seja, acompanha o avanço histórico em prol de um estado-aparelho eficiente, mas que mesmo assim se adere aos pressupostos da vida democrática. A receita pública é uma via de prosperidade quando condicionada, tão somente (e aqui se faz uma defesa política) a fins propriamente públicos.

O modo de abordar a manifestação do direito se aproxima da manualidade e dos apelos da necessidade imediata quando o intérprete se torna consciente de todas as possibilidade discursivas naquilo que aparece na forma do fenômeno jurídico. Veja-se que não se trata de possibilidades de articulação semântica dispostos para uma defesa política, mas sim de assumir a posição política de maneira que a divergência opere como uma dialética produtiva de resolução de problemas.

A democracia, no *mode de vie* contemporâneo, só pode se materializar na vida política a partir de elos coletivos. É por isso que a discriminação em prol de um cidadão em detrimento dos demais é considerada por muitos como uma ofensa a princípios basilares de justiça material. Ao nível do discurso e da produção teórica, a revisão hermenêutica possibilita a abertura de novos campos temáticos. As políticas públicas, na ante-forma legal que adquirem, devem ser objetos de estudos cuidadosos em prol, justamente, da integridade da vida política e da eficiência do estado-aparelho.

Algumas idéias criativas surgem através da atitude revisionista dos conceitos e categorias tradicionais do conhecimento jurídico. Veja-se o caso do controle de constitucionalidade de políticas públicas[6] ou de toda a tentativa em se melhorar a lei orçamentária, para que também seja acessível ao cidadão comum e se torne um instrumental efetivo para políticas públicas e para uma sociedade pautada em fins.

Para mais do que uma geração ou dimensão de direitos, os direitos sociais se configuram, hoje, como o consenso da vida política, como a garantia do cidadão de que o estado-aparelho, mesmo em tempos de enxugamento e participação mínima, ainda seja considerado como um fator essencial para a consecução dos fins da soberania popular.

5. Bibliografia

ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. – 2ª Ed. - Brasília: UNB; São Paulo: Ed. Ática, 1990

_____, *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia. das Letras , 2004

BOBBIO, Noberto. *Dicionário de Política*.- por Noberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino. Trad. de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília, Editora UnB, 1986. 1328 p.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*. São Paulo, Ed. RT – Revista dos Tribunais vol. 737. Março/ 1997. págs. 11-22.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

_____. Verdade e Método II: complementos e índices. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, Bragança Paulista, SP: Ed. Universitária São Francisco, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. – 3ª Ed. -, 2.v. Petrópolis: Vozes, 1989.

KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARTRE, Jean Paul. *O Existencialismo é um Humanismo*. Lisboa. Ed. Presença. 1974

SMITH, David W. *Phenomenology*. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: http://plato.stanford.edu/entries/phenomenology/. Acesso em: 05/01/2009.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUNSTEIN, Cass. *The Second Bill of Rights*. New York, Basic Books, 2004, págs. 9-16 e 209-229.

---

[1] Cf. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. cap. 2 – "*Conceitos de Interpretação*".

[2] Cf. SARTRE, Jean Paul. *O Existencialismo é um Humanismo*. Lisboa. Ed. Presença. 1974

[3] Cf. ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. – 2ª Ed. - Brasília: UNB; São Paulo: Ed. Ática, 1990.

[4] Cf.BOBBIO, Noberto. *Dicionário de Política*.- por Noberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino. Trad. de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília, Editora UnB, 1986. 1328 p.

[5] Cf. SUNSTEIN, Cass. *The Second Bill of Rights*. New York, Basic Books, 2004, págs. 9-16 e 209-229.

[6] Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*. São Paulo, Ed. RT – Revista dos Tribunais vol. 737. Março/ 1997. págs. 11-22.

O DIREITO À SAUDE E A IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS POR DECISÕES JUDICIAIS INDIVIDUAIS *

THE RIGHT TO HEALTH AND THE INABILITY TO OBTAIN MEDICATIONS BY INDIVIDUAL JUDGMENTS

Zélia Luiza Pierdoná

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Com base no referido preceito, muitas decisões judiciais têm sido proferidas determinando que o Poder Público conceda medicamentos em demandas individuais. O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que as referidas decisões não encontram fundamento de validade na Constituição. Para tanto, serão apresentados os princípios aplicáveis à seguridade social, sistema de proteção no qual se incluiu a saúde. Após, será demonstrado que as mencionadas decisões, além de contrariar citados princípios, são instrumentos que aumentam as desigualdades, impedindo, dessa forma a concretização, de um dos objetivos do Estado brasileiro, "redução das desigualdades sociais".

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO À SAÚDE; DEMANDAS INDIVIDUAIS; MEDICAMENTOS; IMPOSSIBILIDADE.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 established that health is everyone's right and duty of the State. Based on this precept, many judgments have been fixed that the Government should give medications in individual lawsuits. This paper aims to demonstrate that these decisions have no basis of validity in the Constitution. For this, will be presented the principles that are applicable to social security, protection system which included health. After that, will be shown that those decisions not only runs counter said principles, but also are instruments that increase inequality, which prevents the objective of the Brazilian state "reduction of social inequalities".

KEYWORDS: RIGHT TO HEALTH, INDIVIDUAL LAWSUITS, MEDICATIONS, IMPOSSIBILITY.

Introdução

Na Constituição de 1988, de forma diversa do modelo anterior, o direito à saúde não é mais restrito aos trabalhadores e seus dependentes: dirige-se a todos.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Esse modelo de universalização da saúde foi sugerido, pela primeira vez, por uma Comissão instituída pelo Governo britânico, que, após um ano de trabalho, elaborou um relatório[1], o qual foi assinado por William Beveridge, presidente da citada comissão.

No mencionado relatório, a saúde está inserida num sistema de proteção que foi designada "seguridade social". Da mesma forma ocorre com o ordenamento jurídico brasileiro, instituído a partir da Constituição de 1988.

Assim, é no contexto em que a saúde está inserida que abordaremos a universalização pretendida pela Constituição. Verificaremos que a proteção de todos em todas as situações que demandem ações de saúde constitui um objetivo a ser perseguido pelo Estado brasileiro. Rumo à sua efetividade deverão ser adotadas (selecionadas) políticas sociais que garantam o acesso igualitário.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo analisar se a concessão de medicamentos, em razão de decisões judiciais proferidas em ações individuais, encontram fundamento de validade no ordenamento jurídico.

Para proceder a referida análise, abordaremos, inicialmente, os princípios aplicáveis à seguridade social e, portanto, também à saúde. Após, a partir dos citados princípios e da interpretação sistemática dos preceitos constitucionais relacionados à saúde, faremos a análise objeto deste trabalho.

Desenvolvimento

O direito à saúde é um direito fundamental social, o qual, juntamente com a previdência e assistência social, formam o sistema de proteção social que a Constituição de 1988 denominou seguridade social[2]. Os artigos 194 a 204 estabelecem os preceitos constitucionais do citado sistema, o qual está inserido no título VIII da Constituição (Ordem Social).

No art. 194, a Constituição estabelece que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Seus princípios específicos estão preceituados no parágrafo único do citado artigo, bem como no *caput* do art. 195 e seu § 5º.

Assim, além de estabelecer a abrangência do referido sistema, o *caput* do art. 194 da Constituição Federal determina que as iniciativas das ações de seguridade são de responsabilidade dos poderes públicos e da sociedade. Dessa forma, a Constituição atribuiu responsabilidade para sua implementação, tanto pelos poderes públicos quanto pela sociedade.

O sistema de seguridade social foi proposto a partir de um estudo elaborado por uma comissão interministerial, nomeada pelo governo britânico em 1941, com a finalidade de fazer uma investigação dos sistemas de proteção social existentes e recomendar

mudanças. William H. Beveridge presidiu a referida comissão, que realizou o seu trabalho no período de um ano, tendo divulgado o seu resultado em 1942, o qual foi posteriormente publicado[3].

A mencionada comissão concluiu que a proteção social deveria ser efetivada por um conjunto de ações, nas quais estariam incluídos um seguro obrigatório que protegeria o trabalhador até determinado limite e um seguro voluntário, que tinha por objetivo a proteção, além do citado limite. Estaria incluída, ainda, a assistência social nacional, a qual visava a proteção aos miseráveis. Por fim, englobaria os serviços gerais de saúde a toda população. Ao citado conjunto de proteção a comissão denominou seguridade social. Além disso, o relatório da referida comissão, ressaltou que a manutenção do emprego era condição necessária a seu êxito.

Assim, por meios do conjunto de ações (seguros compulsório e voluntário, assistência e saúde) a seguridade social desenhada pela citada comissão tinha por objetivo a proteção de toda a população e de todas as necessidades. Isso representa o ponto inovador da proteção sugerida. Nesse sentido sustenta José M. Almansa Pastor[4], que o relatório ofereceu uma nova visão, inspirada na idéia central de liberação das necessidades. Segundo ele, o sistema não pode se reduzir a um mero conjunto de seguros sociais. Deve haver, também, a assistência nacional, um serviço nacional de saúde, ajuda familiar, bem como os seguros voluntários complementares.

Da mesma forma que o estudo elaborado pela referida comissão, a inclusão de todos e em todas as situações de necessidade é o princípio que fundamenta o sistema brasileiro de proteção desenhado na Constituição de 1988. Entretanto, citado princípio constitui um vir a ser e deve ser interpretado em conjunto com os demais preceitos constitucionais.

Para tanto, a seguir apresentaremos o conjunto de princípios que dão sustentação ao sistema brasileiro de seguridade social, os quais estão preceituados no parágrafo único do art. 194 da Constituição, bem como no *caput* do art. 195 e seu §5º.

Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento

O primeiro princípio enunciado (art. 194, parágrafo único, inciso I) demonstra a proteção adotada pela Constituição. A referida proteção está em consonância com o Estado desenhado pela Constituição de 1988, a qual tem como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e, como um de seus objetivos, a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III). Para isso, o art. 193 da CF enuncia que a Ordem Social tem como finalidade o bem-estar e a justiça social e, como base, o primado do trabalho.

Os mencionados objetivos somente serão concretizados se todas as pessoas em situação de necessidade tiverem acesso a um padrão mínimo. Isso demonstra que a proteção adotada pela Constituição (seguridade social) corresponde aos anseios do Estado

instituído em 1988. A garantia do mínimo necessário é atribuição do Estado e da sociedade, conforme preceitua o *caput* do art. 194 da Constituição.

Nesse sentido, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento estabelece que a seguridade social protegerá todas as pessoas em todas as situações de riscos sociais. Constitui um vir a ser, uma vez que somente haverá a universalidade propriamente dita quando todas as situações de risco e todas as pessoas forem atendidas.

Temos defendido[5] que a universalidade será alcançada no sistema de seguridade social como um todo, visto nas duas faces que o citado sistema possui, e não em cada uma de suas áreas isoladamente. De um lado temos a saúde e de outro a concessão de recursos, quando eles não podem ser obtidos pelo esforço próprio, por meio da previdência e da assistência social.

Em ambas as facetas, referidas no parágrafo anterior, a proteção deve incluir, além das prestações estatais, a proteção a ser dada diretamente pela sociedade, pois, conforme já mencionado, a responsabilidade pelas ações de seguridade são tanto dos poderes públicos quanto da sociedade (*caput* do art. 194 da CF).

De maneira diversa da proteção anterior à Constituição de 1988, a proteção à saúde não é dirigida apenas aos trabalhadores e seus dependentes: dirige-se a todos. Assim, deve-se buscar atingir a universalidade em relação à saúde, atendendo a todas as pessoas preventiva e curativamente.

No que se refere a concessão de recursos, quando diante da incapacidade de auferi-los por conta própria, a Constituição prevê dois subsistemas: a previdência, que se dirige aos trabalhadores e seus dependentes, tendo por objetivo a manutenção de seus níveis de vida; e a assistência, dirigida aos necessitados, que objetiva a concessão do mínimo existencial. É com a soma das duas proteções que será possível atingir a universalidade.

O princípio da universalidade (proteger a todos em todas as situações de necessidade), conforme referido, é um ideal a ser cumprido, uma vez que a própria Constituição prevê, no inciso III do parágrafo único do art. 194 da Constituição, o princípio da seletividade e distributividade.

Princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

Conforme vimos acima, a seguridade social tem como objetivo a universalidade da proteção. Vimos, ainda, que esse é um ideal a ser atingido. Rumo à sua efetivação, o legislador infraconstitucional e o Executivo deverão escolher etapas, selecionando os riscos sociais que serão protegidos, até que todos sejam protegidos. A referida seletividade está prevista no inciso III do parágrafo único do art. 194.

Ressalta-se que as escolhas feitas pelo Legislativo e o Executivo deverão estar em consonância com o princípio previsto no inciso VII do parágrafo único do art. 194 da CF (gestão democrática e descentralizada), o qual será comentado no próximo item.

Ressalta-se, ainda, que a escolha não é totalmente discricionária, pois a própria Constituição já apresentou os vetores a serem seguidos. Isso se verifica no segundo comando do princípio — distributividade — o qual determina que a escolha dos riscos a serem cobertos deve concretizar os objetivos da ordem social (bem-estar e justiça social).

Esse princípio não tem sido reconhecido, especialmente pelo Judiciário, em suas decisões relacionadas à concessão de medicamentos pelo Poder Público. No decorrer deste trabalho, faremos uma análise sobre o tema.

Princípio da uniformidade e equivalência das prestações às populações urbanas e rurais

Com o princípio da uniformidade das prestações às populações urbanas e rurais a Constituição pretendeu equacionar o tratamento diferenciado que era conferido às populações rurais. Assim, rumo a universalidade, o tratamento dirigido à população urbana deverá ser estendido à rural.

Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios

A irredutibilidade do valor dos benefícios, prevista no art. 194, parágrafo único, IV, relaciona-se ao valor nominal dos benefícios de seguridade social. Aplica-se, portanto, a todas as áreas. Mencionado princípio aplica-se, também, à remuneração dos empregados e avulsos em atividade (art. 7º da CF).

A irredutibilidade é comumente confundida com a manutenção do valor real. Entretanto, esta aplica-se, por determinação constitucional, aos benefícios previdenciários, conforme preceito do § 4º do art. 201 da Constituição, o qual assegura "o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei".

Princípio da equidade na forma de participação no custeio

O custeio da seguridade social deve atender ao princípio da equidade (inciso V do parágrafo único do art. 194). O referido princípio revela um conteúdo muito mais amplo que aquele relacionado à capacidade contributiva aplicada aos impostos.

Não se deve observar apenas a citada capacidade, mas também outros fatores relacionado ao sistema de seguridade social. O primeiro a ser observado é a relação entre a contribuição e as prestações a serem usufruídas, devendo, o legislador estabelecer contribuições segundo o risco[6] apresentado pelo contribuinte. Se maior o risco social, maior a contribuição. Outros vetores estão previstos no § 9º do art. 195 da Constituição.

Considerando o objeto do presente trabalho, entendemos que a determinação prevista em lei[7] de que o plano privado de saúde restitua ao SUS (sistema único de saúde) os valores gastos em tratamento daquele titular do plano de saúde, atende o princípio ora em discussão.

Princípio da diversidade da base de financiamento

O princípio da diversidade da base de financiamento (art. 194, parágrafo único, VI) demonstra a preocupação do constituinte em garantir meios para a efetivação da proteção social.

O referido princípio deve ser entendido a partir da história do financiamento do sistema protetivo. No modelo anterior à atual Constituição, o financiamento relacionava-se, essencialmente, à remuneração do trabalho, contribuindo tanto o empregador quanto o trabalhador.

Entretanto, com a Constituição de 1988, a proteção foi ampliada, passando de modelos isolados, que visavam proteger o trabalhador e seus dependentes para um sistema de seguridade social, o qual, conforme vimos, objetiva atender a todos os cidadãos por meio de das duas faces. Para a efetividade desta proteção ampla, as formas anteriores de financiamento não seriam mais suficientes, motivo pelo qual o constituinte estabeleceu a diversidade de bases de financiamento.

Princípio da gestão da seguridade social

O inciso VII do parágrafo único do art. 194 da Constituição dispõe que a gestão da seguridade social deve ser democrática e descentralizada. O mencionado preceito é um desdobramento, no âmbito da seguridade social, do previsto no parágrafo único do art. 1º da Constituição, já que exige a participação dos destinatários do sistema na gestão da seguridade social. A referida participação é uma das formas de exercício direto no poder, a que se refere o citado preceito constitucional.

Considerando o objeto do presente trabalho e considerando, ainda, que todos os entes federativos (União, Estados e Municípios) possuem Conselhos de Saúde[8], a seleção referida acima (princípio da seletividade) deve ser feita com a participação deles. Assim, tanto a formulação de políticas públicas pelo Executivo quanto a edição de leis pelo Legislativo deve ser precedida da oitiva da comunidade, por meio dos citados conselhos.

Dessa forma, o mencionado princípio impede que o Poder judiciário determine a adoção de políticas de saúde, uma vez que os juízes não decidem com base nos vetores apresentados pelos destinatários.

Princípio do custeio prévio

A Constituição, no § 5º do art. 195, determina que a criação, majoração ou extensão de benefícios e serviços da seguridade social somente poderá ser feita com a correspondente fonte de custeio total.

Assim, pelo preceito constitucional, não há saída (prestações de saúde, previdência e assistência), sem que haja ingressos de receitas que possibilitem os pagamentos das referidas prestações. Isso significa que não haverá proteção sem a contrapartida financeira.

Assevera Uendel Domingues Ugatti,[9] que o preceito constitucional em referência é "norma constitucional da espécie princípio, uma vez que atua como vetor, diretriz e elemento estruturante do planejamento constitucional para a seguridade social, norteando a atividade do legislador ordinário, intérprete, magistrado e do administrador público". O autor o denomina "princípio da contrapartida". Segundo ele, citado princípio:

atua, de forma nítida, como fundamento de validade de todo o sistema de seguridade social, pois todas as prestações, seja nas áreas de saúde, previdência ou assistência social, apenas podem existir ou ser instituídas pelo legislador ordinário com a respectiva previsão da fonte e custeio total, assim como a criação de fontes de custeio encontram-se atreladas às prestações sempre de acordo com o plano atuarial, sob pena de sua nulidade, por absoluta ausência de fundamento de validade.

Temos sustentado[10] que o princípio revela, ao mesmo tempo, a capacidade de financiamento da comunidade no que tange às prestações de seguridade social, bem como sua decisão política, efetivada por meio de seus representantes, para a ampliação do sistema protetivo.

O referido preceito concretiza aquilo que os alemães denominam "reserva do possível". Assim, no que tange à seguridade social, não precisamos fazer uso do citado princípio, já que há disposição específica relacionada ao citado sistema.

Princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade se extrai do disposto no *caput* dos arts. 194 e 195 da Constituição. Aquele enuncia que as ações de seguridade social são de responsabilidade dos poderes públicos e da sociedade[11], o que revela que toda a sociedade participa da efetivação da proteção social.

Já o art. 195 prevê que o financiamento da seguridade social está a cargo de toda a sociedade, o qual se efetiva de forma direta e indireta. O financiamento direto se dá por meio do pagamento das contribuições de seguridade social (art. 195 e 239 da Constituição). A forma indireta é realizada pela destinação de dotações do orçamento fiscal. Exemplo de financiamento indireto, considerando-se o objeto do presente trabalho, é a previsão estabelecida no art. 198, §2º, da Constituição.

Segundo Almansa Pastor[12], o autêntico alcance da solidariedade é dado por meio dos recursos financeiros. Considerando o dispositivo constitucional, podemos afirmar que a solidariedade, para a concretização dos direitos de seguridade social, é ampla, já que toda a sociedade a financia.

Para o autor acima referido[13] a relação jurídica de seguridade social tem seu princípio fundamental na solidariedade. Afirma ele que o citado princípio tempera os rigores do individualismo e do socialismo.

O princípio da solidariedade demonstra que é a própria sociedade a responsável por sua proteção, uma vez que todos contribuem para a proteção de todos. Na previdência social, a solidariedade é mais restrita, haja vista que o financiamento se dá, essencialmente, pelas contribuições dos trabalhadores e da empresas, conforme o preceito do art. 167, XI da Constituição.

Da necessidade de interpretação sistemática dos preceitos constitucionais relacionados à saúde

Os direitos de seguridade social, assegurados como fundamentais pela Constituição, devem ser interpretados a partir dos preceitos e princípios constitucionais de forma sistemática, e não de disposições constitucionais isoladas.

No que tange à saúde, uma das áreas da seguridade, a Constituição estabeleceu, em seu art. 196, que ela é um “direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Muitos aplicadores do direito interpretam o direito à saúde apenas pela primeira frase do dispositivo constitucional acima transcrito (saúde é direito de todos e dever do Estado). Entretanto, conforme se verifica em todo o preceituado no art. 196, o referido direito é garantido mediante política sociais e econômicas que garantem o acesso universal e igualitário.

Além disso, o parágrafo único do art. 194, o *caput* e o §5º do art. 195, também da Constituição, estabelecem os princípios de seguridade social, acima comentados, os quais devem ser observados em todas as sua áreas. Portanto, também na saúde.

Assim, embora à primeira vista o direito a saúde pareça absoluto, no sentido de que o Estado é obrigado a conceder a todas as pessoas qualquer prestação de saúde, inclusive todos os medicamentos, haja vista as disposições iniciais do art. 196 e o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, os demais preceitos demonstram que essa interpretação deve ser afastada.

O primeiro aspecto que afasta referido entendimento é a parte final do próprio art. 196. O segundo é o princípio previsto no inciso III, seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.

Esse princípio determina ao Legislativo e ao Executivo que selecionem as prestações e os serviços que serão concedidos, de acordo com as possibilidades econômicas do Poder Público, haja vista o preceituado no § 5º do art. 195 da CF, o qual exige o custeio prévio em relação às prestações de Seguridade Social.

Há que ser ressaltado que ambos os Poderes devem ouvir a sociedade, por meio dos Conselhos Nacional, Estaduais e Municipais de Saúde ao selecionar as prestações que serão atendidas, haja vista o princípio da gestão democrática previsto no inciso VII do parágrafo único do art. 195 da Constituição, comentado acima.

O princípio da seletividade (escolha dos riscos a serem cobertos em todas as áreas da seguridade, dentre as quais se inclui a saúde) deve ser utilizado enquanto não haja possibilidade de concretização do princípio da universalidade.

Assim, rumo à universalização, a seleção deverá ser feita pelo Legislativo e pelo Executivo, a partir de discussões provenientes da gestão democrática e implementadas por meio de políticas sociais, conforme determinação do art. 196 da Constituição.

Considerando a determinação constitucional contida no referido artigo constitucional, a implementação deve se dar por meio de políticas sociais. Ou seja, a efetivação do direito à saúde dá-se de forma coletiva e não individual, uma vez que a expressão “políticas sociais” só pode ser compreendida no aspecto coletivo.

A implementação coletiva, referida no parágrafo anterior, é decorrência do tipo de direito envolvido, “direito à saúde”, o qual é classificado como direito social, conforme preceitua o art. 6º da Constituição.

Os direitos sociais (de segunda dimensão ou geração) têm por objetivo promover a igualdade material. Em razão dos referidos direitos buscarem a mencionada igualdade, pode-se afirmar que não é possível discutir, em demandas individuais, as questões que

envolvem o direito à saúde. Isso porque, decisões individuais resultarão aumento das desigualdade e não sua redução.

Entretanto, muitos interpretam os direitos sociais, a partir de uma ótica individual/patrimonialista, o que gera mais desigualdades, pois uns serão atendidos em detrimento da coletividade. Armando de Oliveira Assis[14], já em 1963, chamava atenção à mencionada problemática, conforme se verifica em suas palavras abaixo transcritas:

sob a alegação de que se trata de matéria do domínio do Direito Social, os seus interpretadores são levados a invocar o "sentido social", o "objetivo social" de tais leis, e à sombra de uma interpretação supostamente "social" muitos disparates poderão ser cometidos em detrimento da coletividade.

Os direitos sociais demandam uma interpretação específica que garanta a efetividade da igualdade material. Certamente não é por meio de uma interpretação individual/patrimonialista, própria dos direitos de primeira geração, que os de segunda geração devem ser interpretados. Eles exigem uma visão coletiva para sua implementação.

Assim, considerando que o direito à saúde é um direito social, as demandas devem buscar a implementação de políticas públicas, as quais garantirão o acesso universal e igualitário, segundo determina o art. 196 da Constituição. Apenas dessa forma é possível concretizarmos a igualdade material.

A efetividade do direito à saúde, a partir de uma demanda judicial, somente garantiria o acesso igualitário se a prestação de saúde concedida por um magistrado a determinado indivíduo, fosse "concedida também a todas as demais pessoas na mesma situação", conforme sustenta Ana Paula de Barcellos.

Entretanto, a autora afirma que "é difícil imaginar que a sociedade brasileira seja capaz de custear (ou deseje fazê-lo) toda e qualquer prestação de saúde disponível no mercado para todos os seus membros"[15]. Além disso, haveria violação ao princípio do custeio prévio, estabelecido no §5º do art. 195 da Constituição e já comentado acima.

A necessidade de acesso igualitário foi observada pela Ministra Ellen Gracie, na decisão abaixo transcrita. Nela foi ressaltado que a determinação para que o Estado forneça medicamentos, em razão de decisões judiciais, compromete a efetividade da saúde básica a toda a população:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não nas situações individualizadas. **A responsabilidade do Estado em fornecer recursos necessários à reabilitação da saúde e de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde**. **No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos** relacionados (...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...), **está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade**.

(STF, STA 91, DJU 05.03.2007, Relª. Minª. Ellen Gracie).

Conforme se observa no trecho acima, a concessão de medicamentos a partir de decisão judicial desiguala ainda mais os cidadãos, inviabilizando o objetivo do Estado brasileiro previsto no art. 3º, III da Constituição.

Esse aspecto foi salientado por Ana Paula Barcellos. Para ela, as decisões judiciais que concedem as prestações de saúde se transformam, de forma involuntária, em formas de "distribuição de renda muito pouco equitativa no âmbito da sociedade brasileira: todos custeiam – sem que tenham decidido fazê-lo – determinadas necessidades de alguns que tiveram condições de ir ao Judiciário e obtiveram uma decisão favorável"[16].

O direito à saúde é direito de todos e não apenas daqueles que buscam o Poder Judiciário. As decisões individuais garantem o exercício do direito ao autor da ação em detrimento dos demais.

Os recursos utilizados para implementar a decisão judicial que determina a concessão de medicamentos a uma pessoa exclui os demais que poderiam ser atendidos por políticas sociais, pois os recursos públicos não são infinitos.

Há restrições de ordem financeira, razão pela qual há a necessidade de se estabelecer critérios para a utilização dos recursos, selecionando os riscos que serão atendidos rumo à universalização. Em sendo selecionados determinados riscos, todas as pessoas atingidas por ele serão atendidas. Assim, haverá observância do art. 196 da Constituição, o qual determina que o acesso à saúde será feito de forma igualitária.

A seleção mencionada no parágrafo anterior também pode considerar a condição financeira do destinatário. O citado critério atende a universalidade a que se refere o artigo constitucional mencionado, pois aquele que detém recurso terá acesso a medicamentos, independentemente da disponibilidade pelo Poder Público. Isso estaria em consonância com o preceito do art. 194 da Constituição, o qual estabelece que a sociedade também é responsável pelas ações de seguridade social.

E, aquele que não os detêm recursos para adquirir os medicamentos serão atendidos pelo Poder Público. Dessa forma, todos terão acesso a medicamentos, garantindo-se a universalidade a que se refere o art. 196 da Constituição.

Conclui-se, assim, que as demandas judiciais individuais não são meios adequados para concretizar o direito à saúde, pois ele deve ser implementado por políticas públicas estabelecidas a partir da gestão democrática preceituada no art. 194, parágrafo único, VII da Constituição.

Em não havendo políticas sociais, as demandas judiciais devem ser intentadas com o objetivo de determinar que elas sejam fixadas ou que seja suprida a omissão, na hipótese de necessidade de criação por meio de lei. Portanto, as demandas não podem ser individuais.

E, tanto no âmbito administrativo, quanto no legislativo, há possibilidade de se destinar recursos para sua implementação, atendendo-se, assim, ao princípio do custeio prévio.

Além disso, não haverá violação da tripartição dos poderes, já que não é atribuição do Poder Judiciário definir e implementar políticas sociais de saúde.

Considerações finais

A concessão de medicamentos pelo Poder Público insere-se dentro da universalização que a Constituição conferiu à saúde. Entretanto, a referida concessão deve ser realizada de forma a garantir a efetividade dos preceitos constitucionais, e não as impedir.

Nesse sentido, apenas por meio de políticas sociais, e não por decisões judiciais individuais, é que o Poder Público deve garantir o acesso a medicamentos.

Entretanto, em razão dos avanços da ciência que a cada dia faz novas descobertas no campo da saúde, da limitação dos recursos e da necessidade de custeio prévio, não há como se adotar políticas públicas que garantam a concessão de todos os medicamentos a todas as pessoas necessitadas.

A própria Constituição estabeleceu o caminho a ser seguido. Determinou que deverá haver seletividade, observando-se a distributividade, a qual tem por objetivo a efetividade da justiça social, preceituada no art. 193 da Constituição. Nesse contexto, é possível a adoção de políticas que condicionem a concessão de medicamentos a pessoa sem condições financeiras para adquiri-los.

Determinou, ainda, que a gestão da seguridade social e, portanto, também da saúde, deve ser democrática. Dessa forma, as propostas de concessão de medicamentos a serem concedidos por meio de políticas sociais devem ter a participação da população, por meio dos Conselhos Nacional, Estaduais e Municipais de Saúde, garantindo-se, com isso, a gestão democrática, prevista no art. 194, parágrafo único, VII da constituição.

Assim, considerando os princípios de seguridade social, bem como a necessidade de interpretação sistemática dos preceitos constitucionais relacionadas à saúde, as decisões judicias que determinam a concessão individual de medicamentos não encontram fundamento de validade no ordenamento jurídico.

Referências

ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de seguro social.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963.

BARCELLOS. Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2 ed., 2008.

BEVERIDGE, William Henri. *Seguro social y serviços afines*: informe de Lord Beveridge. Título Original: Social insurance and allied services. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

PASTOR, José M. Almansa. *Derecho de la seguridad social*, 7ª. ed. Madrid: Tecnos, 1991.

PIERDONA, Zélia Luiza. "A proteção social na Constituição de 1988", *Revista de Direito Social* nº 28. Notadez, Porto Alegre, 2007.

UGATTI, Uendel Domingues. *O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social*, São Paulo: LTr, 2003.

1BEVERIDGE, William Henri. *Seguro social y serviços afines*: informe de Lord Beveridge. Título Original: Social insurance and allied services. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

2Abordamos referido sistema no artigo de nossa autoria "A proteção social na Constituição de 1988", publicado do Revista de Direito Social nº 28. Notadez, Porto Alegre, 2007.

3BEVERIDGE, William Henri. *Seguro social y serviços afines*: informe de Lord Beveridge. Título Original: Social insurance and allied services. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

4PASTOR, José M. Almansa. *Derecho de la seguridad social*, 7ª. ed. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 73 e 74.

5Dentre outros trabalhos, no artigo "A proteção social na Constituição de 1988", publicado do Revista de Direito Social nº 28. Notadez, Porto Alegre, 2007.

6Exemplo da aplicação deste vetor é a contribuição de acidente do trabalho, cujas alíquotas variam, conforme o risco da atividade econômica (art. 22, II da Lei 8.212/91).

7Conforme previsão do art. 32 da Lei nº 9.656/98, a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

8A Lei nº 8.142/90 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde – SUS. A Resolução nº 333, de 04-11-2003, do Conselho Nacional de Saúde aprova as diretrizes para a criação, reformulação, estruturação e funcionamento dos Conselhos de Saúde.

9UGATTI, Uendel Domingues. *O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social*, São Paulo: LTr, 2003, p. 106.

10Dentro outros trabalhos, no artigo "A proteção social na Constituição de 1988", publicado do Revista de Direito Social nº 28. Notadez, Porto Alegre, 2007.

11A sociedade participa da execução da seguridade social em todas as suas áreas, especialmente por meio da saúde privada, da previdência complementar e da assistência privada (assistência familiar e caritativa).

12PASTOR, José M. Almansa. *Derecho de la seguridad social*, 7ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 124.

13PASTOR, José M. Almansa. *Derecho de la seguridad social*, 7ed. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 120 e 124.

14ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de seguro social.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963, p. 153.

15BARCELLOS. Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2 ed., 2008, p. 306.

16BARCELLOS. Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2 ed., 2008, p. 307.

ENSINO DO DIREITO NO BRASIL: REGULAÇÃO, AVALIAÇÃO E EXPERIÊNCIAS

O USO DAS TECNOLOGIAS WEB NO ENSINO DO DIREITO: A EXPERIÊNCIA DA DISCIPLINA INFORMÁTICA JURÍDICA*

THE USE OF WEB TECHNOLOGIES IN THE TEACHING OF LAW: THE EXPERIENCE OF THE DISCIPLINE LAW AND INFORMATIC

Aírton José Ruschel
Aires José Rover

RESUMO

Este artigo discute o uso das novas tecnologias da informação e da comunicação (TICs) no ensino/aprendizagem da disciplina Informática Jurídica do Curso de Direito da UFSC. Num primeiro momento existe um determinado esforço por parte dos professores e dos alunos para o entendimento da metodologia de trabalho, e na aproximação com a interface aluno/computador/professor num ambiente virtual de aprendizagem. A aula presencial tem como função, além do contato pessoal com o aluno, preparar estratégias que serão usada no ambiente virtual. No decorrer da disciplina começa a fluir o uso do ambiente virtual e o aprendizado se mostra proveitoso, como será visto nos elementos apresentados. O aluno poderá levar sua experiência desta disciplina para as demais disciplinas do Curso de Direito, bem como para o seu estágio acadêmico e para o ambiente de trabalho, já como um profissinal do Direito. O enfrentamento da tecnologia, de forma orientada, ajuda o aluno a buscar também no meio virtual, novas fronteiras e soluções para seus problemas.

PALAVRAS-CHAVE: TIC, INFORMÁTICA JURÍDICA, ENSINO/APRENDIZAGEM

ABSTRACT

This paper discuss the use of the new technologies of the information and communication in the teaching/learning of the discipline Juridical Informatics of the Course of Law of UFSC. In a first moment a certain effort exists on the part of the teachers and the students for understanding the work methodology, and the approach with the interface student/computer/teacher in a virtual environment of learning. The presencial class has as function, besides the personal contact with the student, to prepare strategies that will be used in the virtual environment. Along the discipline it begins to flow of the use of the virtual environment and the learning is shown profitable, as it will be seen in the presented elements. The student can take his experience of this discipline for the other disciplines of the Course of Law, as well as for his academic apprenticeship and for the work environment, already as a profissinal of Law. The approach of the technology, in a guided way, helps the student to look for also in the virtual way, new borders and solutions for their problems.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: LAW INFORMATICS, TEACHING/LEARNING, ICT

1. Introdução

Um dos setores da sociedade no qual o uso das tecnologias da informação e comunicação tem se mostrado mais dinâmica é a educação. As inovações tecnológicas que eram utilizadas inicialmente de forma isolada nos centros educacionais de uma universidade, passaram a se integrar nas ditas redes universitárias (internas e externas). O Brasil e suas universidades têm investido nesta integração, principalmente na colocação de infraestrutura física, a exemplo, da instalação da banda-larga, redes wireless, backbones, roteadores e sua integração com os laboratórios. O campus se transformou numa abóbada interconectada, com ramificações que vão além da fronteira física do campus. Os laboratórios tradicionais estão dando espaço a um novo tipo de laboratório, que se estende por toda universidade, principalmente na própria sala de aula. Os alunos, em sua maioria, possuem em casa um computador e agora com o barateamento e o retorno do investimento, os alunos passaram a comprar computadores portáteis (notebooks, laptops, netbook), onde o mais importante é que tenha rapidez no acesso a internet, e passaram a acessar os recursos computacionais da universidade, independente do local que estejam. É comum que alunos usem seus equipamentos em plena sala de aula para interagirem com questões relacionadas à disciplina que está sendo lecionada.

As próprias características do EaD (ensino à distância) estão se transformando, a partir das crescentes demandas dos alunos e da oferta do aprimoramento dos provedores de soluções. Antes, o EaD era usado por aqueles que estavam distante das instalações físicas educacionais, como as escolas, bibliotecas, universidades e centros de pesquisa. Mas hoje o aluno pode ainda estar fisicamente distante, mas pode também estar próximo, ou seja, vivendo a vida do campus.

O conteúdo dos CDs, DVDs e outros dispositivos de armazenagem estão hoje caindo em desuso e seu conteúdo está sendo portado para o ambiente da internet. As novas produções para o mercado da educação estão sendo produzidas para que sejam o quanto mais perenes possível, evitando características temporais.

O EaD, mais do que uma solução de ensino e aprendizagem, se demonstrou uma metodologia eficiente de planejamento e organização do conhecimento e do seu ensino. Ensino a distância (EaD) e ensino presencial começam a se complementar e se fundir, no sentido de que um dependa do outro. Moore e Kearsley mencionaram a importância dos meios de comunicação eletrônicos e da estrutura organizacional e administrativa específica para a efetivação do EaD

> Educação a distância é o aprendizado planejado que normalmente ocorre em lugar diverso do professor e como conseqüência requer técnicas especiais de planejamento de curso, técnicas instrucionais especiais, métodos especiais de comunicação, eletrônicos ou outros, bem como estrutura organizacional e administrativa específica. (MOORE; KEARSLEY, 1996, p.2):

A qualidade e a oferta de educação, que antes era comparada entre uma forma e outra (EaD e presencial) fez com que estas duas frentes se aprimorassem e se encontrassem numa fonte comum: a própria Educação. Para Moran (2009) o aprendizado deve ser continuado

> Educar é colaborar para que professores e alunos nas escolas e organizações - transformem suas vidas em processos permanentes de aprendizagem. É ajudar os alunos na construção da sua identidade, do seu caminho pessoal e profissional - do seu projeto de vida, no desenvolvimento das habilidades de compreensão, emoção e comunicação que lhes permitam encontrar seus espaços pessoais, sociais e de trabalho e tornar-se cidadãos realizados e produtivos. (MORAN, 2009, p. 1)

Este aprendizado continuado, uma vez que as tecnologias estão disseminadas, requer uma nova postura, não somente do aluno, mas principalmente do professor e do gestor educacional. Portanto, os alunos na sala de aula precisam aprender a conviver com diferentes fontes de informação disponíveis simultaneamente. Uma delas é a própria aula presencial do professor, rica em recursos advindos da internet. Outra é a tutoria desempenhada pelo professor, o qual disponibilizará uma interface atrativa (multimídia) e intensa na internet para que o aluno desempenhe de forma agradável o seu aprendizado. Este professor indicará e monitorará as crescentes e heterogêneas fontes de informação disponíveis na internet, ou em algum espaço específico, o qual ainda será virtualizado para a Web.

Com toda esta disponibilidade de acesso à infraestrutura da internet, com a demanda desta nova geração de alunos nascidos nesta cultura cibernética, e com a oferta de métodos de acesso e ferramentas (softwares, portais) tornou-se importante que o professor tutor não apresente soluções prontas. Ele precisa experimentar com os alunos

as novas tecnologias, em busca de um exercício na fomentação de idéias e na sua consolidação para produzir, no final do semestre acadêmico, um resultado que satisfaça a disciplina. Mas mais do que isto, que dê segurança ao aluno para navegar nestas novas tecnologias com discernimento e motivação. Isto pode resultar nos alunos uma postura crítica e de otimismo perante as inovações tecnológicas, bem como, um interesse pelo aprendizado e formação formal continuada, principalmente, posterior a sua graduação.

Neste contexto, a disciplina de Informática Jurídica do curso de direito da UFSC pode ser considerada um laboratório que busca trazer ao seio do debate, as tradicionais questões do Direito, hoje ambientadas na sociedade em rede ou *network society*. Este conceito foi cunhado por Manuel Castells (1999), o qual sintetiza a morfologia desta nova sociedade que estamos vivendo, onde tudo é sistêmico e interconectado.

O Direito permeia hoje todos os ramos de atividades da sociedade, inclusive a internet, e em nível mundial. O uso das inovadoras ferramentas da internet ajuda, por serem um meio, a atingir o objetivo do aprendizado mediado pelo computador e tutoriado pelo professor.

2. A disciplina de Informática Jurídica

A disciplina de Informática Jurídica (DIR5934) do curso de Direito do Centro de Ciência Jurídicas (CCJ) da UFSC foi e está sendo uma experiência de ensino que decorre de algumas ações pioneiras realizadas no curso de direito da UFSC.

> ”O professor Luiz Adolfo Olsen da Veiga, atualmente aposentado, foi o grande pioneiro da Informática Jurídica no Centro de Ciências Jurídicas da UFSC. Mestre na área, venceu toda oposição e conservadorismo comuns em situações de inovação em espaços jurídicos. Nessa caminhada, idealizou a disciplina “informática jurídica” nos cursos de graduação e pós em direito da UFSC e criou o Laboratório de Informática Jurídica – Linjur, com a ajuda do servidor Marco Antônio Machado Ferreira de Melo e do então doutorando Aires José Rover. Corria o ano de 1990. O Laboratório de Informática Jurídica consiste ainda hoje em um espaço físico de apoio à realização de trabalhos e pesquisas acadêmicas no Centro de Ciências Jurídicas da UFSC.” (ROVER, 2005).

É neste contexto que a disciplina vinha sendo oferecida. Em particular no primeiro semestre de 2009 foi ministrada por dois professores (professor titular e

estagiário docente). O conceito inovador da disciplina revela a dimensão do desafio, não só dos professores, mas também dos alunos, na investigação do Direito em desenvolvimento no país, buscando enfrentar abordagens que possibilitem apreender de forma consistente os complexos processos da sociedade do conhecimento. Foram 18 encontros (presencial e atividade em rede), totalizando 36 horas/aula que trataram dos seguintes temas:

- Sociedade em rede;
- Internet: riscos e vantagens;
- Governo eletrônico;
- Observatorio de gobierno electronico e métricas [1] (ministrado pelo professor visitante Fernando Galindo Ayuda dentro do convênio entre UFSC e o Lefis [2] da Universidad Zaragoza/Espanha (Unizar));
- O trabalho na sociedade da informação (tag [3] teletrabalho);
- Crimes de informática (tag infocrime);
- Propriedade intelectual e o mundo digital (tag PI); e
- Segurança e documentos digitais (tag Seg).

O professor titular da disciplina de Informática Jurídica ministra periodicamente aulas no curso de Direito da Universidade de Zaragoza dentro do convênio existente entre as universidades. Os temas ministrados em ambos cursos de Direito passam por uma discussão permanente entre os professores responsáveis participantes do convênio. Estas ações permitem que o aluno do curso de Direito vislumbre uma situação internacional de aula presencial e participe de pesquisas internacionais que interessam à parceria da UFSC com a Unizar. Um grupo de 10 alunos desenvolveu uma pesquisa de Egobs (observatório de governo eletrônico) para esta parceria internacional.

A UFSC através do professor coordenador da disciplina de Informática Jurídica faz parte da Rede Lefis (Legal Framework for the Information Society) coordenada desde a Universidad de Zaragoza pelo Professor Fernando Galindo Ayuda. Muitas das preocupações que são levadas em conta para a formatação da disciplina de Informática Jurídica na graduação são discutidas entre os integrantes da Rede Lefis. A Rede Lefis disponibiliza o Campus Virtual [4] - Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (Law&ICT Shared Virtual Campus) - para o

aprendizado internacional do Direito. Fernado Galindo (2009) expõe as principais preocupações da Declaração de Bolonha (1999) que desencadeou o Processo de Bolonha, que trata da reforma da educação superior na Europa (Espacio Europeo de Educación Superior – EEES), planejada para os próximos anos, e que tem ampla repercussão internacional:

- Dimensión social: promoción del acceso equitativo a la enseñanza universitaria e inclusión social;
- Promoción de la formación/aprendizaje permamente: "a lo largo de toda la vida";
- Empleabilidad: conexión entre docencia y necesidades del mercado de trabao;
- La docencia centrada en el aprendizaje del estudiante es la misión principal de la formación superior;
- Vinculación de educación, investigación e innovación;
- Apertura internacional;
- Movilidad de estudiantes y de profesores;
- Recopilación de información a efectos de poder contar con métodos con los que efectuar la medición de los avances: indicadores adecuados;
- Herramientas capaces de expresar la transparencia multidimensional de la reforma: que permitan la participación de todos los implicados, es decir todos los agentes sociales, en la formación superior;
- Pluralidad de fuentes de financiación, que permita el acceso equitativo y el mantenimiento de la autonomía de las instituciones públicas de formación superior; y
- La caracterización detallada de estos objetivos/prioridades puede verse en el contenido de la Declaración. (GALINDO, 2009, p. 5)

Dentro da preocupação da transparência e visibilidade das pesquisas realizadas em conjunto com a disciplina de Informática Jurídica, Fernando Galindo afirma que

> Como ha sido expresado las recopilaciones de datos por medio de las encuestas se hace tanto de profesores como de alumnos. Los resultados, además, son publicados en páginas Web (www.egobs.org), resultando accesibles a toda persona interesada que puede conocer y opinar sobre la experiencia. (GALINDO, 2009, p. 210)

Desta forma, aquilo que é pesquisado na UFSC ganha visibilidade e expressão internacional. A consolidação destes dados analíticos colhidos pelos alunos do Direito da UFSC irá ajudar a montar o mapa do governo eletrônico mundial.

3.Uso do Moodle [5]

A UFSC mantém uma tradição na oferta de cursos em EaD para a clientela externa da universidade através da Secretaria de Ensino à Distância (SEAD). O EaD também é conhecido por *e-learning*. Os demais centros também têm autonomia para oferecer diferentes cursos por EaD. Um relato de toda esta experiência e os conceitos de EaD estão disponíveis na apostila da Professora Nara Pimentel (2006). A Universidade Aberta do Brasil (UAB) é uma universidade "virtual" do governo brasileiro que terceiriza os cursos idealizados com as demais universidades brasileiras, onde os produtores de cursos à distância se habilitam (por licitação) a produzir e oferecer os cursos.

Toda esta experiência da UFSC para o mercado externo gerou uma cultura de gerenciamento e produção em EaD. Os próprios professores do ensino presencial se tornaram professores conteudistas do EaD. Esta metodologia foi levada por eles para a produção curricular no ensino presencial. Algumas ferramentas de EaD foram inclusive desenvolvidas nos laboratórios da universidade.

Na UFSC, diferentes centros, ou cursos ou até mesmo professores (isoladamente) já utilizavam alguma ferramenta de EaD. Mas a que teve maior difusão foi o Moodle, por ser uma solução sem custos para o usuário, desenvolvido em software livre e com continuidade de atualização tecnológica [6]. O Moodle significa Modular Object-Oriented Dynamic Learning Environment. Na rede local do Linjur do CCJ o Moodle já era usado de forma isolada na disciplina de Informática Jurídica, desde o primeiro semestre de 2007. O principal problema era a necessidade de gerenciamento do sistema e do suporte aos alunos, já que ocorria de forma isolada, e isto não gerava sinergia ao ambiente. Os próprios alunos não tinham acesso a este o Moodle local além do tempo (semestre) da disciplina.

A disciplina de Informática Jurídica foi a primeira disciplina do Curso de Direito da UFSC que integrou a nova plataforma corporativa da UFSC no primeiro semestre de 2009, a qual pode ser vista na Figura 1. Como isto surtiu um efeito positivo entre os alunos e despertou interesse dos demais professores do centro, mais duas disciplinas foram disponibilizadas no segundo semestre de 2009 por outros professores.

O uso do Moodle pela UFSC pode ser considerado algo mais impactante para os professores do que para os alunos. Pois os professores que estão assoberbados de tarefas terão que investir um bom tempo para o aprendizado do sistema e na qualificação do material e exercícios que serão disponibilizados na rede. A universidade atenta a esta questão, conforme a afirmação na Figura 1, expressa que o Moodle é um

“Sistema de apoio aos cursos presenciais”, o qual não teria a intenção de substituir o modelo tradicional presencial.

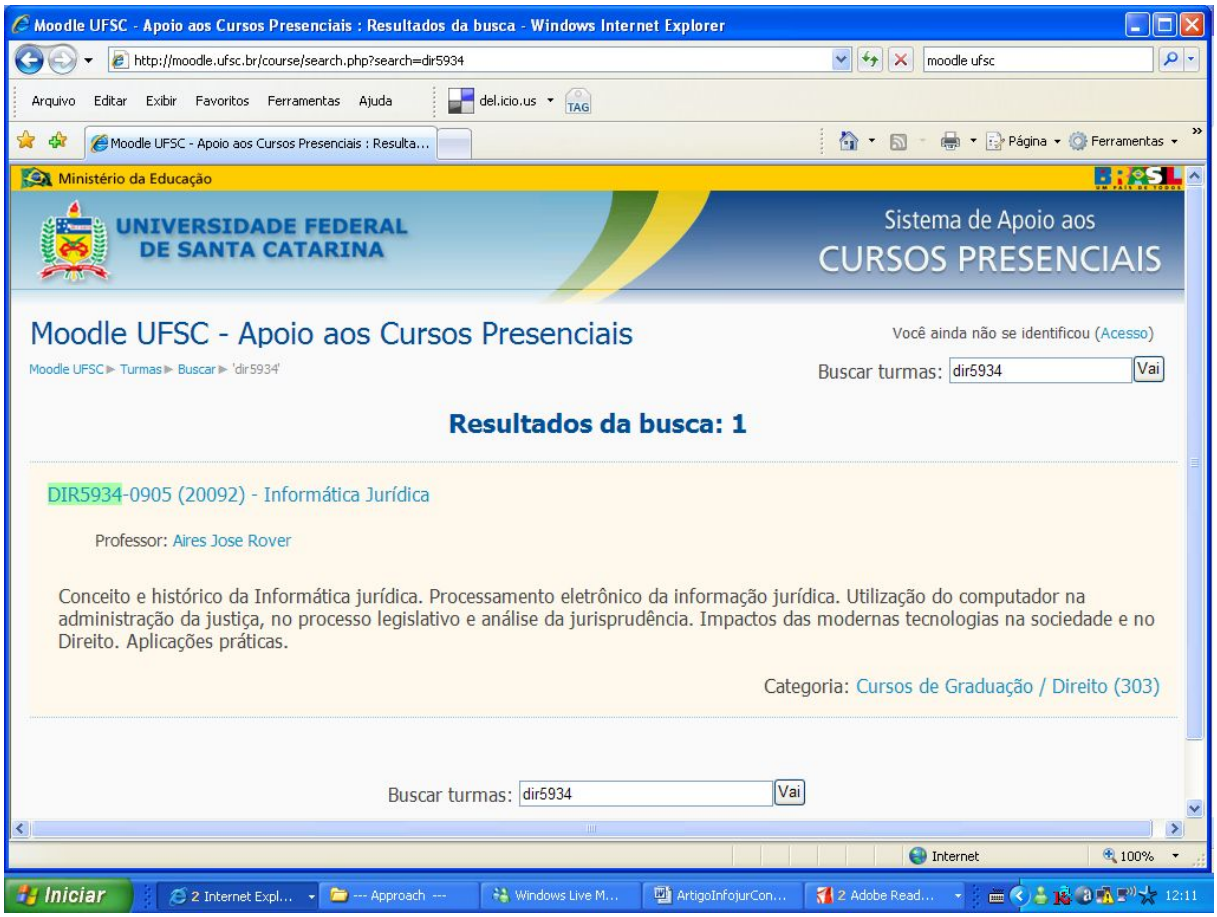

Figura 1 – interface do Moodle

A UFSC implantou um Moodle corporativo na universidade a partir da grande demanda do EaD, da disseminação cultural da ferramenta em nível mundial, bem como o do constante aprimoramento tecnológico desta plataforma, feito pelo grupo desenvolvedor. A criação de um grupo de suporte e a integração com o sistema acadêmico da UFSC foi disponibilizado, de forma efetiva, em 2009. Diversas palestras e treinamentos foram feitos para divulgar a potencialidade desta ferramenta. O Núcleo de Processamento de Dados (NPD) disponibilizou um setor de suporte [7] e personalizou as funções de ajuda existentes no sistema.

Os cursos da UFSC que mais utilizam a ferramenta corporativa são os da área tecnológica. O Moodle está integrado ao sistema acadêmico (CAGR) da UFSC o que facilita para os alunos e ao próprio setor de registro acadêmico, pois as informações são trocadas automaticamente entre os dois sistemas. Por exemplo, se todas atividades de uma disciplina passarem pelo Moodle, no final do período acadêmico o Moodle faz a

correção dos exercícios, calculando a nota final do aluno e encaminhando esta nota, bem como outras informações para o sistema acadêmico.

Toda a comunidade acadêmica (alunos e professores) que utiliza o sistema acadêmico é cadastrada automaticamente no Moodle. Cabe a estes se identificarem perante o sistema criando sua senha de acesso no primeiro acesso. Mesmo que as disciplinas ainda não tenham seu conteúdo disponibilizado no Moodle, a grade das disciplinas já foi disponibilizada no ambiente virtual pelo sistema acadêmico. Cabe ao professor fazer um investimento de tempo e aprendizado para disponibilizar o seu material no Moodle. É uma questão de planejamento e organização. Os textos e os exercícios podem estar no Moodle, mas o professor pode inicialmente optar pela disponibilização da referência bibliográfica e outros materiais de apoio da disciplina [8].

Capote et al (2009) relata que o uso do Moodle no curso de Direito da Universidad de La Laguna foi uma experiência exitosa, apesar do trabalho que os professores tiveram que desenvolver "No cabe duda de que la experiencia ha sido extremadamente satisfactoria, tanto para el profesorado como para el alumnado, a pesar del importante incremento de carga de trabajo que conlleva optar por tal sistema." Capote et al (2009, p. 22)

Uma vez disponibilizado as atividades no Moodle, após um esforço concentrado de planejamento e trabalho por parte dos professores, cabe a eles fazerem a atualização do conteúdo e melhorias na indicação de novas referências, assim que acharem necessário. Os exercícios podem ser de diferentes estilos (falso ou verdadeiro, marque as opções corretas), inclusive com o uso de recursos de edição gráfica e de multimídia. Existe uma opção interessante onde o Moodle faz uma "mistura" de uma lista de questões apresentado para cada aluno uma nova seqüência, dificultando a "cola".

A execução das tarefas no Moodle é monitorada pelo sistema e gera relatórios gerencias para os professores, como:

- Quantas vezes o usuário entrou no sistema;
- Quanto tempo ficou conectado;
- Qual a última vez que o sistema foi acessado;
- Quais textos foram lidos e quais questionários foram respondidos, dentro do período pré-estabelecido pelo professor;

- Correção do exercício a partir do gabarito e os pesos das questões informados pelo professor;
- A nota do aluno por exercício (questionários) e de todos exercícios do período;
- A consolidação destas informações em nível de turma(gestão escolar); e
- A transferência dos dados para o sistema acadêmico, se o professor assim o determinar.

Como o sistema Moodle é corporativo ele pode dar subsídios importantes para a gestão universitária. As ações do aluno na interação com o sistema podem representam hoje o elemento mais analítico da administração escolar. A partir destas informações poderão ser criados mapas sintéticos (a exemplo de um plano de contas) que permite consolidações com o uso de indicadores de desempenho em nível de turmas, professores, áreas de concentração, cursos, centros, grandes áreas e a própria universidade. Desta forma, a universidade fará sua gestão a partir da unidade de medida mais elementar da universidade, que é a interação do aluno e do professor na sala de aula (presencial e/ou virtual) no dia-a-dia do campus. O mais importante é que a entrada de dados analíticos será feita pelo próprio sistema, onde antes o professor transcrevia as notas para o sistema.

O sistema controla o cronograma das atividades habilitando que os alunos façam os exercícios conforme o planejamento das aulas (integrado com o presencial). Com o uso de uma ferramenta de EaD como apoio aos cursos presenciais, a universidade, não somente dá uma alternativa para a melhoria das aulas, bem como melhora seu sistema de gestão.

Em 2009/1 a disciplina de Informática Jurídica disponibilizou 4 atividades no Moodle. Cada atividade constituía-se de um texto para leitura (estava sempre disponível) e um exercício (disponível conforme o cronograma) com 15 questões para marcar como resposta, certo ou errado. As atividades foram sobre os seguintes temas:

- O trabalho na sociedade da informação;
- Crimes de informática;
- Propriedade intelectual e o mundo digital; e
- Segurança e documentos digitais.

A exemplo do curso de Direito que usa o Moodle da UFSC, conforme Capote et al (2009, p. 24) a Rede Lefis também usa o Moodle para o Proyecto Law & ICT Shared Virtual Campus.

4.Uso do blog

O blog da disciplina de Informática Jurídica [9] foi criado inicialmente como ferramenta de comunicação dos monitores do Laboratório de Informática Jurídica da UFSC num momento extra-classe. Eles postavam suas atividades diárias e faziam links para artigos e apresentações em *power point*, contidos no repositório Buscalegis [10]. A sugestão para que o professor usasse este blog na disciplina foi dos próprios monitores [11], os quais já tinham sido alunos da disciplina e não haviam usado anteriormente o blog, entendendo assim que os demais colegas também poderiam passar por esta experiência. Os monitores dão suporte aos demais alunos do curso de direito que necessitem usar um dos computadores disponíveis.

Capote et al (2009) relatam a experiência com o uso de blogs, pela Faculdade de Direito da Universidad de La Laguna (Espanha), integrante da Rede Lefis, que utilizaram um blog para a comunicação de alunos e professores e demais participantes de um projeto

> Para ello se requería un instrumento que combinara la efectividad comunicativa requerida, con la facilidad de manejo por parte del personal docente. La respuesta vino de la mano de la experiencia que, individualmente, habían llevado a cabo otros profesores mediante el uso de estos blogs (CAPOTE et al, 2009, p.9)

Os docentes da Faculdade de Direito da Univerdad de La Laguna têm utilizado blogs para disponibilizar o seguinte:

- Material de trabajo para los alumnos (enunciados de casos prácticos, actividades complementarias y cuestionarios).
- Normativa.
- Resoluciones destacadas (jurisprudencia relevante y otras resoluciones de órganos administrativos).
- Noticias y recortes de prensa de contenido jurídico.
- Otro material complementario (presentaciones en formato digital elaboradas por el profesor o por los compañeros, apuntes, etcétera). (CAPOTE et al, 2009, p.10)

O uso de blogs conforme Capote et al (2009) relatou, se assemelha às preocupações dos professores da disciplina de Informática Jurídica, quanto a

disponibilização de materiais, mas ele não se refere aos alunos poderem fazer postagens. O uso de blogs tem se proliferado na sociedade do conhecimento, pois é uma maneira fácil, rápida e econômica de se expressar através da internet.

Figura 02 – interface do blog

Não há a necessidade de ser um técnico ou esperto em informática para desenvolver este tipo de *site*. O tradicional uso pessoal de um blog deu espaço a que mais pessoas, no caso os alunos do blog da disciplina, emitissem opiniões sobre as postagens, feitas de forma dirigida por eles próprios.

No primeiro semestre de 2009 o blog foi adaptado para a disciplina de Informática Jurídica, e uma das preocupações dos professores era sua facilidade de uso para o aluno, para que a contribuição dos alunos fosse efetiva. As funcionalidades disponíveis no blog foram sendo atualizadas no decorrer do semestre, levando-se em conta a necessidade dos alunos e professores, até chegar a um ponto de estabilização conforme a Figura 02.

O blog deve ser uma espécie de portal para a disciplina, onde o aluno encontra todas as orientações (através de postagens e links) para o seu bom desempenho na disciplina. A visualização das postagens dos colegas, acrescidas das orientações do

professor na forma de postagens, servem de estímulo ao aluno, “que não quer ficar para trás” em relação ao grupo, o qual então passa a interagir efetivamente com o blog.

Alguns motivos que levaram a escolher uma ferramenta de blog:

- Facilidade do uso;
- Interface amigável;
- Criação de um site de maneira econômica;
- O aluno precisou saber basicamente como postar e comentar;
- Necessidade de que o usuário tenha um login e senha [12] para fazer uma postagem, o que facilita a sua identificação e limitada os usuários para postagens;
- O conteúdo pode ser visto e comentado pelo público externo;
- Alunos já tinham seu próprio blog;
- Possibilidade de classificar as postagens por tags;
- A ferramenta Google disponibiliza gratuitamente o blog;
- Colocação de imagens (pictures) que ilustram as postagens
- Os professores podem receber as postagens em seu email de trabalho via a função “Seguidor do blog”.

O blog pode ser atualizado com gadgets (pequeno software que pode ser incorporado a um maio), o que torna a interface cada vez mais atrativa e funcional. A cada dia surgem novos gadgets gratuitos, os quais estão ofertados na internet. Por exemplo, uma planilha criada pelo professor da disciplina no Google Docs, para a consolidação das atividades e das notas, foi disponibilizada na forma de um gadget em uma postagem do blog e de forma dinâmica (atualização automática a cada 5 minutos). Esta mesma planilha pode ser referenciada em mais de um blog. Outras funcionalidades de gadgets que foram testadas no blog são:

- Localização num mapa mundial do IP (endereço do computador) do usuário que está acessando;
- Bandeira do país de acesso do usuário;
- Incorporação de planilhas dinâmica;
- Incorporação de um grupo de links (como sendo uma janela); e
- Localização de elementos georeferenciados no Google Maps.

No blog só podiam postar os professores e os alunos, os quais foram previamente cadastrados com seu email usual no ambiente de configuração do blog. Nas configurações foi habilitado que o blog fosse encontrado pelas “máquinas de busca” da internet.

Figura 03 – gadgets que indicam o país de origem do usuário

Isto permitiu, que pessoas de fora do ambiente acadêmico e que estivessem interessadas na informática jurídica, localizassem o blog e acessassem o que tinha sido escrito no blog pelos alunos e fizessem comentários. O blog se tornou um repositório de assuntos da informática jurídica, com visibilidade mundial, conforme atestou o gadget que informa de que país do mundo são os usuários, na Figura 03.

Um grande esforço dos professores com o uso do blog, além do preparo das aulas, foi que atuaram como gestores dos sistemas, e também ajudaram aqueles alunos que até então não tinham tido contato com o uso do computador em um sistema monitorado. Numa próxima edição da disciplina, tornar-se-a mais fácil para os professores, pois a estrutura estará montada, bastando melhorar a interface e atualizar os conteúdos, se necessário.

Os alunos tinham o compromisso de postar, durante o semestre da disciplina, em 4 oportunidades no blog, classificando a postagem com a tag pertinente, concomitante com a atividade que estava também sendo realizada no Moodle:

- Tag teletrabalho (O trabalho na sociedade da informação);
- Tag infocrime (Crimes de informática);
- Tag PI (Propriedade intelectual e o mundo digital); e
- Tag Seg (Segurança e documentos digitais).

A postagem consistia na procura de uma notícia na internet ou outra fonte (jornal, revista, artigo de livro) sobre o tema (tag) proposto. Na postagem era colocado o título, uma descrição da notícia com a descrição da fonte (quase sempre um link para um site), e um comentário crítico do aluno. Na aula posterior a postagem, os alunos apresentavam as suas postagens, as quais eram comentadas pelos colegas. No final o professor fazia uma conclusão sobre aquele tema.

5. Final de semestre e pesquisa

Para o final do semestre os alunos, além das atividades intermediárias no blog e no Moodle, os alunos desenvolveram uma das seguintes proposições:

- uma resenha sobre um livro indicado pelos professores;
- um artigo sobre um tema ligado à disciplina e discutido antes com os professores; e
- uma pesquisa sobre sites de governo onde os professores indicaram os sites que seriam pesquisados, conforme o convênio com o Lefis da Unizar.

Nos últimos encontros da disciplina, além de fazer a entrega dos seus trabalhos, os alunos tiveram a oportunidade de apresentar para a turma aquilo que desenvolveram. Os arquivos dos trabalhos entregues pelos alunos foram depositados no Buscalegis, com link para o blog ao lado do nome do aluno e do título do trabalho. Os vídeos foram filmados pelo professor e seu armazenamento ocorreu no site especializado em vídeos Youtube [13]. Estes vídeos estão linkados ao lado do nome do aluno e do título do trabalho do aluno no blog [14] da Informática Jurídica.

No final do semestre 2009/1 foi feito com os alunos uma pesquisa sobre suas impressões da disciplina, para que os professores pudessem complementar suas observações e traçar mudanças, se necessário.

Alunos Matriculados (Regulares e Isolados [15])	43
Alunos que desistiram (FI)	08
Alunos que concluiram a disciplina	35

Quadro 01: Matrícula e desistências

Conforme o Quadro 01, 81,4% dos alunos matriculados no início do semestre terminaram a disciplina e 18,6% desistiram. Não foi pesquisado o motivo da desistência, mas informalmente alguns disseram que havia incompatibilidade de horário da disciplina com o trabalho da profissão do aluno.

Alunos da resenha	8
Alunos do artigo	
Alunos da pesquisa de egobs	0

Quadro 02: trabalho do final do semestre

Conforme o Quadro 02, 51,4% dos alunos optaram pela resenha; 28,6% pela pesquisa e 20% pelo artigo. Na graduação um artigo sempre mostrou-se ser algo mais trabalhoso, principalmente porque os alunos estão na 1ª e 2ª fase do curso, talvez seja por isso que somente 20% fizeram esta opção. Inclusive foi o primeiro contato do aluno com um artigo.

Todos os 35 alunos que terminaram a disciplina, responderam o questionário, que está no Quadro 03, já com a média da avaliação que vai de 1 a 3. Este questionário, por questões técnicas e de prazo, foi encaminhado aos alunos por email quando a disciplina já havia encerrado. A orientação dada aos alunos foi a seguinte: Informe o mais próximo possível como foi seu desempenho no seu ponto de vista: 1-baixo, 2-médio ou 3-alto.

Questão	Média
a. Na compreensão das apresentações dos professores	2,7
b. Nas atividades de leituras dos textos	2,7
c. Nas atividades de escrita	2,6
d. Nas atividades de pesquisa na rede	2,5
e. Nas apresentações das reflexões feitas em sala de aula	2,3
f. Na preparação e apresentação do trabalho final	2,4
g. Na compreensão da natureza da revolução digital em seus diferentes aspectos	2,6
h. Na compreensão do impacto da revolução digital nos profissionais do direito	2,4

Quadro 03 – Desempenho dos alunos

A pesquisa apresentada no Quadro 03, mostra que a média final em todos os quesitos está entre 2 (médio) e 3 (alto). Isto pode ser considerado bom. O que chama a atenção é que o quesito com menor média, é o "e" o qual se refere às apresentações feitas em aula sobre as notícias postadas no blog. Para uma próxima edição a pesquisa precisaria abrir um leque maior de graduações.

A média final geral das notas dos alunos ficou em 8,2 e estão disponíveis no blog da Informática Jurídica num link específico. Esta nota média pode ser considerada elevada, sendo que a nota dos aprovados variou de 6 (seis, que é a nota mínima para aprovação) até a nota 10 (dez). Isto mostra que apesar da turma "parecer" homogênea, havia um desempenho diferenciado dos alunos, o que só pode ser percebido efetivamente, após o computo de todas as notas parciais.

A nota final do aluno consistiu na média de três quisitos: nota obtida nas atividades do Moodle (fornecida automaticamente por este sistema, o qual fez a correção dos 4 questionários a partir do gabarito informado pelo professor na implantação das tarefas), nota de participação (apontada a partir da efetividade nas aulas presenciais e das postagens feitas no blog em número de 4) e nota do trabalho final (a partir da correção manual do professor dos artigos, resenhas e pesquisas entregues e sua apresentação em sala de aula).

Durante a disciplina, os alunos e os professores tiveram a oportunidade de discutir e usar na prática com as tecnologias do blog (edição das postagens), Moodle (EaD), Youtube, produção de vídeos, emails, repositório Buscalegis, desenvolvendo uma cibercultura. Para Lévy "cibercultura é um conjunto de técnica (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e valores que se desenvolvem paralelamente ao crescimento do ciberespaço." (LÉVY, 1997, p. 17)

Com tanta interação entre as pessoas (alunos e professores) mediadas pelas ferramentas (computadores e softwares) o aprendizado ocorreu e o conhecimento veio à tona. O pressuposto é que o conhecimento não advém nem dos sujeitos, nem dos objetos, mas da suas interações (PIAGET, 1976).

Conclusão

A sociedade passa por um momento de conhecimento e aplicação das novas TICs (tecnologias da informação e comunicação). Mas o que mais impacta esta sociedade são as novas aplicações da Internet. Como foi mostrado, este novo momento influência a forma e a dinâmica de uma sala de aula onde a educação presencial passa a usar os recursos e a metodologia do EaD (ensino a distância). Ao disponibilizar mais de uma ferramenta na Internet para os alunos, os professores buscam o que cada uma delas tem de melhor para atingir os objetivos do aprendizado dos alunos.

O Moodle corporativo da UFSC mostrou-se útil nas tarefas tradicionais, como na disponibilização de fontes de consulta e estudo de arquivos de texto, apresentações tipo *power point*, planilhas eletrônicas, e os exercícios a serem respondidos pelos alunos. O gerenciamento do acesso dos alunos conforme cronograma pré-estabelecido, a correção das provas, e a consolidação das notas ajudaram o professor na administração da disciplina. A integração entre o Moodle e o sistema acadêmico mostrou o investimento feito pela universidade para facilitar sua própria gerência e operacionalidade, bem como deu aos professores e alunos uma alternativa já demandada. Por ser uma ferramenta com muitas opções (nem todas necessárias para a execução de uma disciplina), e cujo suporte técnico da universidade ainda não satisfaz o usuário iniciante, seu uso ainda precisa ser antecipadamente planejado. O ponto negativo do Moodle é o não acesso livre a este conhecimento por parte da comunidade externa à universidade, pois somente pessoas autorizadas (em diversos níveis) podem acessar um determinado conteúdo. Desta forma, a disseminação livre do conhecimento não está ocorrendo.

Por outro lado o blog mostrou-se não tão rígido na sua administração como foi o Moodle, e possibilitou a criatividade do aluno na sua maneira de se expressar nas postagens e a visibilidade das suas opiniões o que é possível com um blog na Web. A ferramenta blog também permitiu a melhoria contínua da sua interface com a mudança do layout e da integração de novos links e gadgets. Esta cultura gerada permitiu que alunos tivessem um melhor entendimento desta ferramenta, se apropriando dos

conceitos e da técnia, e colocassem na Web seus próprios blogs. O mais importante que mesmo que o aluno tenha terminado a disciplina ele poderá acessar o conteúdo atualizado no blog. Com o histórico de postagens geradas no blog sobre tags definidas, alunos poderão usá-lo como fonte de pesquisa para seus trabalhos acadêmicos, bem como o advogado formado poderá recorrer ao blog para ver "o que está sendo discutido na academia". Talvez numa próxima edição da disciplina, a lista de emails que ainda foi utilizada, poderá ser alternada por outra ferramenta.

Como foi visto, a geração de conhecimento só ocorre na interação, então uma preocupação é a qualificação da comunicação das pessoas. "A profissão fundamental do presente e do futuro é educar para saber compreender, sentir, comunicar-se e agir melhor, integrando a comunicação pessoal, a comunitária e a tecnológica." (MORAN, 1997, p. 8)

A guisa de conclusão, a disciplina de Informática Jurídica mostrou-se um ambiente fértil para a discussão e a experimentação do potencial das diferentes tecnologias da internet objetivando transmitir conhecimento para o aluno durante a sua vida acadêmica no campus, bem como para que ele mantenha uma comunicação com a disciplina, já como profissional do Direito na sociedade do conhecimento.

Referência bibliográficas

CAPOTE, Luiz Xavier et al. **Campus virtuales sobre derecho y tecnologías de la información y la comunicación: la experiencia en una Facultad de Derecho**. In: GALINDO, Fernando; ROVER, Aires José (ed). Derecho, gobernanza y tecnologías de la información en la sociedad del conocimiento. Lefis Serie 7. Zaragoza: Unizar, 2009. Disponível em http://www.lefis.org/images/documents/outcomes/lefis_series/lefis_series_7/capote.pdf Acesso em 14/09/2009.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

GALINDO, Fernando. **El aprendizaje del Derecho, la reforma de Bolonia (1999) y la Declaración de Lovaina (2009). Presentación de algunas virtualidades de la reforma a través de un ejemplo: las actividades del Campus Virtual compartido Derecho y Tecnologias de la Informacion y la Comunicación (Law&ICT Shared Virtual Campus).** In: GALINDO, Fernando; ROVER, Aires José (ed). Derecho, gobernanza y tecnologías de la información en la sociedad del conocimiento. Lefis Serie 7. Zaragoza: Unizar, 2009. Disponivel em http://www.lefis.org/images/documents/outcomes/lefis_series/lefis_series_7/galindo.pdf Acesso em 14/09/2009.

LÈVY, P. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

MOORE, M.; KEARSLEY, G. **Distance education**: a systems view. Belmont (USA): Wadsworth Publishing Company, 1996.

MORAN, José Manuel. **Como utilizar a internet na educação.** *Ci. Inf.*, Maio 1997, vol.26, no.2. ISSN 0100-1965. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/ci/v26n2/v26n2-5.pdf Acesso em 14/09/2009

MORAN, José Manuel. **Mudar a forma de ensinar e de aprender com tecnologias.** Disponível em http://www.eca.usp.br/prof/moran/uber.htm. Acesso em 12/09/2009.

PIAGET, Jean. Psicologia e Pedagogia. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

PIMENTEL, Nara Maria. **Educação a distância**. Florianópolis: SEAD/UFSC, 2006.

ROVER, A J. e RAMOS JR, H S. **Buscalegis: uma biblioteca jurídica virtual**, Anais do 14o congresso nacional do CONPEDI, realizado em fortaleza em 2005, Florianópolis: Boiteux, meio digital, ISBN: 85-87995-65-0

LIMITAÇÕES DA FORMAÇÃO JURÍDICA: DA NECESSIDADE DE UM ENSINO CRÍTICO E HUMANISTA*

LIMITATIONS DE LA FORMATION JURIDIQUE : DE LA NÉCESSITÉ D'UN ENSEIGNEMENT CRITIQUE ET D'UN HUMANISTE

Ana Karmen Fontenele Guimarães Lima

RESUMO

O crescente número de cursos jurídicos no país aliado aos altos índices de reprovação nos exames promovidos pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) são fatores que demonstram a grave crise que envolve o ensino jurídico no Brasil. A baixa qualidade do ensino e o despreparo dos estudantes para o ingresso no mercado de trabalho preocupa não somente setores da área, mas, principalmente, a sociedade, que contará com profissionais com precária formação. A situação acarreta não somente na ofensa ao direito constitucional a uma educação superior de qualidade, mas, ainda, poderá diminuir o grau de efetividade do princípio fundamental de acesso à justiça, quando esta se perfaz com a via jurisdicional. Necessário, portanto, reformular o método do ensino jurídico vigente, teórico e focado na exegese da norma, para um ensino que promova uma formação crítica e humanista.

PALAVRAS-CHAVES: ENSINO JURÍDICO. CRISE. FORMAÇÃO CRÍTICA E HUMANISTA.

RESUME

Le nombre croissant de cours légal dans le pays allié à des taux élevés d'échec dans les examens effectués par l'Association du Barreau du Brésil (OAB) sont autant de facteurs qui montrent la grave crise que est present dans l'éducation juridique au Brésil. La faible qualité de l'éducation et de l'absence des étudiants à entrer sur le marché du travail ne concerne pas seulement les secteurs de la région, mais surtout l'entreprise, avec des professionnels à une mauvaise formation. La situation est préjudiciable non seulement pour le droit constitutionnel à un enseignement de qualité, de mai, mais aussi de réduire le degré d'efficacité du principe de l'accès à la justice, quand il rend la justice. Par conséquent nécessaire de reformuler la méthode de l'enseignement juridique existant, théoriques et centré sur l'exégèse de la norme pour une école de promouvoir une éducation humaniste et critique.

MOT-CLES: L'EDUCATION JURIDIQUE. CRISIS. FORMATION HUMANISTE ET CRITIQUE.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 Introdução

A crise de qualidade do ensino jurídico no Brasil, acentuado nas últimas décadas, impõe-nos a necessidade de desenvolver um processo de questionamento e interpretação dessa realidade, não somente em busca de sua compreensão, mas, principalmente, de seu enfretamento.

A expansão de vagas no ensino superior atinge números nunca antes vistos, sem, no entanto, corresponder a uma almejada boa formação dos profissionais. A realidade nos cursos jurídicos apresenta-se mais dramática diante dos números de reprovação nos exames promovidos pela Ordem dos Advogados do Brasil, provas estas criadas para avaliar o conhecimento dos bacharéis em Direito após a conclusão do curso de graduação, tornando-os aptos ao exercício da advocacia.

A sociedade, por outro lado, anseia pela plenitude do acesso à justiça. O despreparo dos profissionais da seara jurídica pode diminuir o grau de efetividade deste direito fundamental, particularmente quando o acesso à justiça necessita da via jurisdicional.

Nesse contexto, o direito à educação resta também ofendido, pois não se pode conceber que o simples acesso às universidades atenda a expectativa de formar profissionais aptos ao pleno exercício da cidadania e com ampla capacidade para enfrentar as diversas e complexas situações que podem surgir na práxis jurídica.

Embora muito se critique as carências estruturais, a ineficiência do Poder Judiciário e a intensa morosidade com que conduz a solução dos litígios que lhes são apresentados, não se pode olvidar que estabelecer novos padrões administrativos, atualizar e racionalizar a legislação processual, modernizar equipamentos não serão medidas capazes de solucionar suas deficiências sem que estas mudanças sejam acompanhadas de um processo de aperfeiçoamento dos profissionais do Direito.

Sob tal perspectiva, então, serão feitas breves considerações acerca da problemática apresentada. Será objeto desta análise o desenvolvimento do ensino jurídico no país, a crise que o cerca, bem como uma visão humanista e crítica nos cursos jurídicos, como uma proposta essencial para a formação dos profissionais do Direito, tornando-os

profissionais não apenas como mão-de-obra qualificada para o mercado, mas como agentes transformadores e sensíveis à realidade que os cerca.

Acreditamos que a formação do bacharel não deve se resumir a simples acumulação de informações, voltada para apenas o julgamento e para a instrumentalização burocrática de uma decisão judicial. Anseia-se muito mais dos operadores do direito.

Neste estudo, não planejamos, de modo algum, uma exposição completa, mas apenas um panorama geral da intrincada rede dos problemas que cercam o ensino jurídico. Nossa proposta centra-se na busca pela discussão do tema, despertando nos leitores a crítica que o tema certamente envolve. Ao final, propõe-se uma alternativa para uma nova cultura jurídica, que deverá ser pautada através de um ensino crítico e humanista.

2 Breve histórico acerca do ensino jurídico no Brasil

O surgimento do ensino jurídico no país deve-se muito aos brasileiros diplomados na Faculdade de Coimbra. Como ressalta Adriano Pinto, eles "contribuíram decisivamente com textos para a Constituição Imperial de 1824 com o arejamento de idéias democráticas e liberais". [1]

Com a Carta de Lei de 11 de agosto de 1827 foram instituídos os primeiros cursos de Direito no Brasil, quais sejam o de São Paulo e o de Olinda. Tais cursos foram instituídos sob a influência dos alunos com uma formação de cunho liberalista que viria ser implementado na Faculdade de Direito de Coimbra em virtude da Reforma do Marquês de Pombal no ensino jurídico.

O Curso de Direito de Pernambuco funcionou primeiro no Mosteiro de São Bento, em Olinda, sendo depois transferido para Recife, e o curso de São Paulo, com sede no Convento de São Francisco, na Capital. Ambos organizados no modelo liberal aos quais aos poucos viriam a se adaptar às faculdades européias. Os cursos tinham sido idealizados no mesmo ambiente da primeira constituição brasileira, através do projeto apresentado em 14 de julho de 1823, por José Feliciano Fernandes Pinheiro. [2]

O ensino jurídico na sua fase inicial no Brasil representava apenas a ratificação do sistema liberal, de seus institutos, de suas idéias. [3] Servia-se a sua interpretação.

Nas palavras de Roberta Teles Bezerra

Estes primeiros momentos da história já demonstravam o que o ensino jurídico representaria para o Brasil, um estudo voltado exclusivamente para a elite e para a viabilização dos seus interesses. Consequentemente um estudo voltado a traduzir a ideologia política dominante - o liberalismo, e tinha por fim a manutenção do *status quo* da monarquia e da burguesia, esta, representada no Brasil pelos grandes proprietários de terra. [4]

Nas aulas adotava-se o sistema de aulas-conferência, nos moldes do Curso de Coimbra. Na área metodológica, como salienta Sérgio Rodrigo Martinez, "como foi insubsistente qualquer tentativa de avanço pedagógico, o resultado natural foi sua inclinação para a pedagogia tradicional". [5]

A mera transmissão do conhecimento, com aulas de exposição oral dos conteúdos, permitia apenas um processo de transferência de informações, numa formação dirigida dos futuros bacharéis, o que contribuía para a manutenção do modelo liberal vigente à época. [6]

A academia era voltada para a norma legislada, em completo isolamento do desenvolvimento do conhecimento e do raciocínio jurídico. A formação dos estudantes de Direito tinha como propósito maior a reprodução do sistema capitalista vigente.

A ausência de exigências qualitativas para a profissão de professor de Direito favoreceu a lei do mercado do "ensino livre", permitindo a fácil expansão quantitativa do ensino jurídico no aspecto da oferta de mão-de-obra docente. A escolha dos lentes, tendo por critério seu sucesso profissional como operador jurídico, resultou no modelo de "nivelamento pedagógico", baseado em levar para as salas de aula os melhores práticos. Essa fase encerra um momento de afirmação do Liberalismo na sociedade brasileira, cristalizado nos cursos de Direito por meio da baixa estruturação metodológica e do direcionamento privatista das grades curriculares. Isso contribuiu para a formação de um ciclo de reprodução da ideologia liberal na formação jurídica dos operadores brasileiros do Direito, contribuindo oportunamente para o surgimento do termo "**fábricas de bacharéis**". [7]

Apenas após a Proclamação da República, houve mudanças no ensino jurídico, tendo em vista que os cursos de São Paulo e Recife não atendiam mais às novas demandas. A "reforma do ensino livre", sob a pressão da sociedade civil, surgiu com o objetivo de expandir a educação e propiciou a criação da Faculdade de Direito da Bahia, em 1891.

A reforma estimulou, ainda, a abertura de outros cursos, inclusive o da Faculdade de Direito do Ceará (1903), motivando uma série de críticas acerca da criação indiscriminada de cursos jurídicos. A idéia do *laisse faire, laisse passer* amoldou-se bem ao ensino jurídico.

Outrossim, a assimilação de dogmas liberais na política educacional, aliada ao método teórico-expositivo conjugavam os fatores que desencadearam uma crise epistemológica, didático e política no Direito, até hoje não contornada.

Após a primeira guerra mundial e a crise econômica de 1929, abriu-se caminho para uma nova realidade no país. O setor econômico estaria voltado às atividades do comércio e da indústria, e o Estado tornara-se dirigente, voltado ao bem-estar social, intervindo na economia e nas relações privadas.

A despeito das inúmeras modificações ocorridas no período de 1930 a 1945, o ensino jurídico não alcançou grandes avanços. Destaca Alberto Venâncio Filho que,

examinandos os quinze anos de evolução do ensino jurídico (1930-1945), vamos verificar que os resultados apresentados foram bem mofinos. Enquanto que no campo econômico e social as transformações eram bem significativas, no setor educacional nenhum sério esforço se realizava; inclusive em matéria de ensino superior, os cursos jurídicos mantinham-se na mesma linha estacionária. [8]

A mais importante reforma educacional do período ocorreu em 1931, [9]quando da promulgação do Estatuto das Universidades (Reforma "Francisco Campos"). O caráter tecnicista, profissionalizante, no entanto, permaneceu incrustado nas academias.

As mudanças do período marcaram a decadência do bacharel, tornando-o figura subalterna e em declínio. [10] A Reforma Francisco Campos tornou o bacharelado uma formação de operadores técnicos do direito, e o doutorado formaria os futuros professores e pesquisadores. [11]

O método de ensino desarraigado de uma formação crítica perdurou durante todo o Estado Novo, permaneceu durante o período militar e alcançou os dias atuais.

Na tentativa de solucionar o descompasso social dos cursos jurídicos, foram implantadas, em 1961 e, depois, em 1972, reformas curriculares. A proposta de estabelecer um "currículo mínimo" não logrou muitos resultados na problemática do curso, já que as universidades se limitaram a ofertar o patamar mínimo de disciplinas. Os programas tradicionais continuavam a ser seguidos, bem como ainda se reproduziam os discursos e a metodologia liberal dos períodos antigos.

A articulação do Estado com a instauração de uma nova ordem política, social e jurídica, determinada pela Constituição de 1988, impôs aos profissionais do Direito uma nova formação, que lhes possibilitasse a capacidade para lidar com os direitos e garantias introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro.

A premente necessidade de melhoria do ensino jurídico motivou o Ministério da Educação e a Ordem dos Advogados do Brasil a proporem reformas nos cursos de Direito, permitindo-se que os egressos das faculdades de referido curso estivessem prontos para a perspectiva plural e humanista trazida pela Carta Política de 1988.

Do processo de avaliação do ensino jurídico, surgiu a Portaria nº. 1.886/94, que passaria a regular as diretrizes curriculares mínimas para os cursos do Direito no Brasil. O novel diploma passou a exigir carga horária mínima, criação de novas atividades, como a monografia jurídica, a obrigatoriedade de cumprimento de estágio de prática jurídica, um acervo jurídico mínimo de obras, dentre outras inovações. Senão vejamos, *in verbis*:

Art. 1º O curso jurídico será ministrado no mínimo de 3.300 horas de atividades, cuja integralização se fará em pelo menos cinco e no máximo oito anos letivos.

[...]

Art. 4º Independentemente do regime acadêmico que adotar o curso (seriado, crédito ou outro), serão destinados cinco a dez por cento da carga horária total para atividades complementares ajustadas entre o aluno e a direção ou coordenação do curso, incluindo

pesquisa, extensão, seminários, simpósios, congressos, conferências, monitoria, iniciação científica e disciplinas não previstas no currículo pleno.

Art. 5º Cada curso jurídico manterá um acervo bibliográfico atualizado de no mínimo dez mil volumes de obras jurídicas e de referências as matérias do curso, além de periódicos de jurisprudência, doutrina e legislação.

Art. 6º O conteúdo mínimo do curso jurídico, além do estágio, compreenderá as seguintes matérias que podem estar contidas em uma ou mais disciplinas do currículo pleno de cada curso:

I - Fundamentais: Introdução ao Direito, Filosofia (geral e jurídica, ética geral e profissional), Sociologia (geral e jurídica), Economia e Ciência Política (com teoria do Estado);

II - Profissionalizantes Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional.

Parágrafo único. As demais matérias e novos direitos serão incluídos nas disciplinas em que se desdobrar o currículo pleno de cada curso, de acordo com suas peculiaridades e com observância de interdisciplinariedade.

[...]

Art. 9º Para conclusão do curso, será obrigatória apresentação e defesa de

monografia final, perante banca examinadora, com tema e orientador escolhidos pelo aluno.

Art. 10. O estágio de prática jurídica, supervisionado pela instituição de ensino superior, será obrigatório e integrante do currículo pleno, em um total de 300 horas de atividades práticas simuladas e reais desenvolvidas pelo aluno sob controle e orientação do núcleo correspondente.

§ 1º O núcleo de prática jurídica, coordenado por professores do curso, disporá instalações adequadas para treinamento das atividades de advocacia, magistratura, Ministério Público, demais profissões jurídicas e para atendimento ao público.

§ 2º As atividades de prática jurídica poderão ser complementadas mediante

convênios com a Defensoria Pública outras entidades públicas judiciárias empresariais, comunitárias e sindicais que possibilitem a participação dos alunos na prestação de serviços jurídicos e em assistência jurídica, ou em juizados especiais que venham a ser instalados em dependência da própria instituição de ensino superior.

Em 2004, a portaria foi revogada pela Resolução nº. 9/2004, em que constam as atuais Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito. [12]

Os elementos estruturais e a organização do Curso de Direito se expressam através do Projeto Pedagógico que abrange o perfil do formando, as competências e habilidades, os conteúdos curriculares, o estágio curricular supervisionado, as atividades complementares, o sistema de avaliação, o trabalho de curso como componente curricular obrigatório do curso, o regime acadêmico de oferta, a duração do curso.

O Projeto Pedagógico do curso, além da clara concepção do curso de Direito, com suas peculiaridades, seu currículo pleno e sua operacionalização, abrangerá, sem prejuízo de outros, como elementos estruturais: a concepção e objetivos gerais do curso, contextualizados em relação às usas inserções institucional, política, geográfica e social; condições objetivas de oferta e vocação do curso; carga horária das atividades didáticas e de integralização do curso; modos de integração entre graduação e pós-graduação, quando houver; formas de realização da interdisciplinaridade; incentivo à pesquisa e à extensão, como necessário prolongamento da atividade de ensino e como instrumento para a iniciação científica; concepção e composição das atividades de estágio curricular supervisionado, suas diferentes formas e condições de realização, bem como a forma de implantação e a estrutura do Núcleo de Prática Jurídica; concepção e composição das atividades complementares e inclusão obrigatória do Trabalho do Curso (art. 2º).

A Resolução CNE/CES nº. 9, de 29 de setembro de 2004, indica que a graduação deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a

uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica.

A Resolução destaca, ainda, que referida formação deverá trazer ao estudante inúmeras habilidades e competências. Senão vejamos:

Art. 4º. O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação

profissional que revele, pelo menos, as seguintes habilidades e competências:

I - leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;

II - interpretação e aplicação do Direito;

III - pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;

IV - adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;

V - correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;

VI - utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;

VII - julgamento e tomada de decisões; e,

VIII - domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito.

O Curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam a três eixos interligados de formação: a) o eixo de formação fundamental, que tem como objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia; b) o eixo de formação profissional, abrangendo, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da Ciência do Direito e sua aplicação às mudanças sociais, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se necessariamente, dentre outros condizentes com o projeto pedagógico, conteúdos essenciais sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional Público e Direito Processual e c) o eixo de formação prática, que objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais Eixos, especialmente nas atividades relacionadas com o Estágio Curricular Supervisionado, Trabalho de Curso e Atividades Complementares.

3 O atual ensino jurídico no país: da crise e da ofensa a direitos fundamentais

A despeito das reformas curriculares no curso de direito, visando à melhoria e ao aperfeiçoamento da formação dos estudantes na área, constata-se que a *práxis* alcança realidade bem distante dos diplomas legais. Os cursos jurídicos não têm ocupado um papel formativo de relevo, com a priorização do ensino prático. [13]

Das Faculdades saem profissionais mal-preparados, com poucas habilidades e competências limitadas, sem senso crítico para solução de conflitos e compreensão da realidade que os cerca.

A despeito das mudanças no plano pedagógico (ou melhor, exógeno), verifica-se que estas foram pouco eficientes para restaurar a qualidade e o prestígio dos cursos de Direito.[14] Não tendo alcançado o âmbito interno (ou endógeno), a crise se mantém e alcança números vergonhosos.

A cada exame promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil tem-se a notícia dos altos índices de reprovação. No 23º exame da OAB em São Paulo, v. g., dos 21.600 inscritos, apenas 2.878 conseguiram aprovação, o equivalente a 13,32% do total. [15] Os números de reprovação nos demais Estados também apontam índices alarmantes. [16] E com a unificação do exame, a expectativa é a de que a aprovação torna-se, cada vez mais, uma realidade distante para os bacharéis de Direito.

A tal fato, acrescente-se o incontrolável surto de privatização do ensino, estimulado pela ideologia neoliberal, instalando, por vez, a lógica do mercado no campo educacional. [17] Diversos cursos jurídicos foram criados, sem, porém, corresponder à almejada qualidade de ensino.

Com o florescimento do capitalismo foi que a atividade de ensino passou a ser vista sob a ótica especulativa, pois o capital transforma até Deus em moeda e possibilidade de lucro, aprimorando a praxe da igreja antiga, pioneira nessa exploração As *Universitas* nasceram sem pretensão especulativa, mas o capital, percebendo a possibilidade de lucro sobre as classes privilegiadas, apoderou-se de importante fatia desse quinhão. [...] Com a proliferação de cursos universitários, dentre os quais se destaca o de Direito a partir de 2000, o empresariado percebeu a "indústria da educação superior", surgindo a concorrência a qual passou a contar com um novo perfil de aluno/cliente: aquele que quer ser aprovado a qualquer custo e receber em sala de aula um professor gentil, disposto a ouvi-lo sempre, no compartilhamento dos problemas domésticos, que exija pouco, seja compreensivo e pródigo de notas; um empregado seu, na verdade. Um professor-psicólogo, psicanalista e, mais raramente, um assistente social; talvez um mutante, com superpoderes físicos e, sobretudo, mentais, um x-man (o professor Xavier cai bem). A qualquer desgosto surge a ameaça de mudar de Instituição, a temida transferência. Destarte, a IE preocupa-se em manter o aluno em seu curso e, ao mesmo tempo, tornar-se atrativa para o ingresso de outros, por vestibulares, seleções específicas ou transferências das IEs concorrentes. É um desafio ao qual se acrescenta a necessidade de manter a qualidade do curso. [18]

Nos próximos anos, a perspectiva é de que cresça o número de bacharéis em Direito, já que as Universidades e os Centros Universitários, após a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), aumentaram as vagas dos cursos jurídicos. E a pressão para a criação de novas vagas continua.

O Governo Federal não se importa com a maneira com que se elevam os números de alunos na educação superior, pois a preocupação maior está voltada para garantir e facilitar o acesso às universidades. [19] A população estudantil, por seu turno, vislumbra o curso de direito como espaço de ascensão social, e as instituições de ensino concebem o curso como de baixo investimento e receita garantida, convertendo-se em "trem pagador" dos demais cursos e despesas. [20]

Neste contexto, a universidade não tem conseguido contribuir, no plano concreto, para atingirmos a liberdade política com a igualdade social e o desenvolvimento. Talvez seja esse o ponto máximo da crise, que obriga a refletir sobre a efetividade social das universidades e buscar respostas para as questões básicas relacionadas à sua identidade e ao papel social que desejam desempenhar.

Verifica-se, assim, um profundo descompasso entre a universidade e a realidade brasileira, seja porque aquela não tem cumprido com o seu papel de agente estratégico do desenvolvimento nacional, seja porque não tem contribuído para a crítica acerca dos modelos de desenvolvimento implementados - em grande parte de forma autoritária e à margem dos anseios da maioria da população - no País. [21]

Importante destacar, ainda, que parte da doutrina defende que a crise na qual se insere o ensino jurídico tem de ser entendida numa amplitude maior de crise, que atinge a sociedade, com repercussões de ordem política, econômica e social.

Segundo Antônio Alberto Machado,

No quadro de crise que, de um modo geral, afeta as instituições no Brasil, pode-se mencionar, no plano político, a distorção do princípio da representatividade parlamentar, o descontrolado abuso eleitoreiro do poder econômico e a corrupção endêmica dos representantes eleitos; na esfera econômica, o prolongado processo inflacionário seguido de uma estabilização monetária com estagnação econômica e o consequente aumento do desemprego; no plano social, a injusta desigualdade na distribuição da renda, a falência dos serviços básicos e o empobrecimento da grande massa trabalhadora, com os consectários de miséria, violência e degradação humana inerentes a esses fatores; e no âmbito propriamente jurídico, a distribuição desigual de direitos fundamentais, a morosidade dos aparelhos judiciários e a perda da legitimidade de alguns órgãos integrantes do sistema de distribuição da justiça. [22]

Imersa nessa profunda crise, a universidade encontra resistências para superar seus déficits e vícios. Aprisionada no cárcere do mercado, passa a reproduzir informações nos moldes por eles impostos, formando profissionais para constituir apenas uma mão-de-obra qualificada. A neutralidade da técnica propiciou um distanciamento das questões sociais e a perda do compromisso com a emancipação do homem.

A fetichização do conhecimento técnico e a absoluta ausência de crítica no espaço universitário, de pleno acordo com a lógica dos mercados - que confirma o saber científico apenas pelo desempenho descartando a reflexão crítica - apresentam-se como dois fatores relevantes e estruturalmente responsáveis por esse contexto de crise em que se encontra a universidade. Seja porque fizeram com que esta se desviasse do seu papel fundamental de refletir acerca das idéias, e da evolução do espírito humano; seja porque levaram a mesma a abandonar o pensamento crítico a respeito dos modelos econômicos propostos, deixando de refletir sobre sistemas de produção e a forma de organização política da sociedade. [23]

O bem cultural passa a ser mercadoria a ser consumida pelo mercado, avaliada pela sua lucratividade e não pelo valor que possa ter como obra científica, filosófica, literária, etc. Nesta indústria do consumo e mercantilização do conhecimento, o ensino jurídico é fortemente atingido.

Não bastasse a privatização, impulsionando a criação de inúmeros cursos no país, muitas obras jurídicas não são avaliadas pelo seu conteúdo científico, mas pela capacidade de venda. É, assim, que se prolifera a publicação de manuais, compêndios, trabalhos resumidos de doutrina sobre a dogmática jurídica ou comentários de jurisprudência.

Outrossim, acrescente-se a diversidade de eventos culturais, que trazem a falsa idéia de discussão e produção de saberes. O sucesso de congressos, palestras, seminários, dentre outros eventos, geralmente é avaliado pela quantidade de participantes ou mesmo pelo retorno financeiro que possam resultar. Nesta mesma seara, estão os "cursinhos preparatórios" para as carreiras jurídicas, muitas vezes com a oferta de cursos de especialização, tudo para atender uma clientela que almeja um treinamento para enfrentar e conseguir a tão sonhada aprovação nos concursos públicos.

Em consequência, as carreiras jurídicas passam a ser exercidas por profissionais que têm pouca ou reduzida consciência de suas funções sociais e dos papéis políticos que deveriam exercer. [24] A reprodução do conhecimento estritamente dogmático, com a aplicação exegética da jurisprudência embora intensamente criticada, não deixa de ser a fundamental. [25]

Sob tais perspectivas, deve-se considerar que a falta de contrapartida no aspecto qualitativo e de reprodução acrítica do conhecimento resultará na má formação do profissional de direito e esta desqualificação, por sua vez, poderá diminuir o grau de

efetividade do princípio de acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, particularmente quando esse acesso necessita da via jurisdicional.

Certamente, saindo das escolas de direito os futuros magistrados, promotores, advogados, delegados de polícia, a formação com que tais profissionais são concebidos interfere, diretamente, na atuação do Poder Judiciário. [26]

Uma sociedade organizada com base em princípios democráticos requer amplo acesso à justiça, ao mesmo tempo ágil para a função de pacificação de conflitos e eticamente afeiçoada à natureza das soluções que produz. [27]

O acesso à justiça, mesmo quando considerada no sentido estrito de acesso ao judiciário, reclama medidas urgentes para sua eficácia, e estes reclamos passam, necessariamente, pela educação e pelo ensino jurídico de qualidade. A paridade de armas dada aos litigantes tem sido mantida cada vez mais distante da função jurisdicional do Estado, tendo em vista serem exitosos os que podem pagar os melhores advogados, os quais devem ser entendidos não necessariamente em razão da sua qualificação, mas da sua rede de relacionamentos. [28]

Por outro lado, a crise no ensino jurídico ofende o direito fundamental à educação, pois esta não deve ser concebida tão somente na ampla oferta de vagas. A garantia de real acesso de tal direito não poderá resumir-se no acesso às escolas e universidades.

O direito à educação deve ser prestado visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, requisito para o exercício da cidadania e para a qualificação essencial ao desempenho laboral, conforme preconiza o art. 205 da CF/88.

No ensino jurídico dos cursos superiores estes princípios não têm sido atendidos na sua essência. O acesso é inquestionável, entretanto não se mostra suficiente para garantir a formação efetiva do futuro bacharel em direito.

Em um mundo onde os processos de comunicação desenvolvem de forma estarrecedora técnicas de persuasão, o home, que quer permanecer livre em suas decisões, deve exercitar ao máximo sua capacidade racionalizadora. A prática que desqualifica, ou não recorre às teorias adequadas, a captação assistemática da informação não é,

evidentemente, um bom critério para a produção de decisões livres e conscientes. A interação humana desafiada a resolver formas de convivência elabora, muitas vezes, respostas míticas ou estereotipadas que só podem ser corrigidas com os recursos a uma rigorosa reflexão crítica logo convertida em prática. Uma reflexão que permita superar a compreensão do mundo em termos de puras emoções. Não pode haver acesso real a uma cultura na medida em que o processo educacional não proporcione a formação de uma capacidade problematizadora autônoma que supere a simples aquisição de conteúdos enciclopédicos e eruditos. [29]

Estando o problema imerso não somente nos assentos das universidades, mas, mais que isso, nos dos tribunais, repercutindo na intensa morosidade na solução de litígios, em decorrência da incapacidade da maior parte dos juristas de examinarem o conflito para além da leitura exegética da norma, em nítida ofensa a princípios instituídos pelo constituinte de 1988, exige-se a compreensão das causas do problema e soluções para o seu enfrentamento.

4 Por um ensino jurídico crítico e humanista

A crise que cerca o ensino jurídico brasileiro passa, além de inúmeros outros fatores, pela adoção de uma metodologia defasada. Hodiernamente, não há mais espaço para o dogmatismo e o exclusivo positivismo na metodologia do Direito.

Da criação de um curso jurídico voltado para atender aos anseios da elite política e à vontade do Estado no começo do século XIX, foi preciso repensar os objetivos a serem alcançados por este curso, pois o Direito não poderia ficar inerte a tantas mudanças sociais, políticas e econômicas.

Como bem salienta Franco Montoro

A formação jurídica não se confunde com o conhecimento de leis vigentes, para a sua aplicação mecânica aos casos concretos. Essa formação puramente legalista pode convir à figura ridícula de um João das Regras, decorador de textos e autômato na sua aplicação. A formação jurídica, objetivo fundamental do ensino do Direito, é outra coisa. [30]

Os rumos determinados pela Constituição Federal de 1988 impuseram uma nova realidade aos juristas, que não poderiam mais limitar-se a uma formação puramente técnica.

As Faculdades de Direito não podem estar alheias aos desafios da sociedade científica e ao processo de formação e reflexão jurídica, social e política proposto pela nova Constituição Brasileira de 1988, que introduziu novos institutos de garantias da cidadania individual e coletiva, assim como fortaleceu o papel do Ministério Público e do Poder Judiciário e abriu espaços para a avaliação de novos e importantes âmbitos da vida jurídica, como a proteção aos direitos coletivos e difusos, o problema dos índios e do uso da terra, as questões do meio ambiente, a da proteção da vida privada e da intimidade individual. A Faculdade de Direito precisa retomar o seu lugar de reflexão e não apenas de ocupação de espaços institucionais, na vida da sociedade brasileira moderna. As sociedades que não incentivam a formação do pensamento jurídico e desenvolvimento das instituições serão sempre simulação de sociedades democráticas.[31]

No ensino jurídico, o sistema que parece o mais correto não é o de aprendizagem de normas jurídicas, mas o do poder do raciocínio jurídico. A formação crítica, nesse caso, é indispensável, uma vez que o direito trata-se, essencialmente, de uma área prática, social. Não pode, portanto, ver-se livre dos problemas da sociedade e da proposta de estudá-los e buscar sua solução. [32]

Inadiável, portanto, afastar dos palcos acadêmicos o ensino jurídico livreiro, desvinculado da prática, que não permite a capacidade criativa do processo pedagógico do direito. O modelo informativo, em que se constata a precária capacitação do profissional do direito e a ausência de estímulo ao raciocínio jurídico adequado, deve ceder espaço ao modelo humanista, fundado numa formação geral e sólida, permitindo que o operador do direito interaja com a sociedade e possua capacidade reflexiva e senso crítico e social.

Os egressos dos cursos jurídicos devem ter qualificação tal a permitir a leitura, a compreensão, a interpretação e a elaboração de textos jurídicos, incluindo necessariamente a correta utilização da terminologia jurídica. [...] O espírito crítico deve estar presente no perfil dos bacharéis, que devem estar aptos à utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão, bem como ao julgamento e tomada de decisões. [33]

É preciso perseguir o ponto de equilíbrio, entre formação básica (humanista) e formação profissional (técnica-científica e prática), alicerçada sobre a ética geral e profissional.

Ao lado dessa proposta de ensino não se deve olvidar da importância do professor. É indiscutível sua importância no processo de aprendizagem, sobretudo nas atividades em sala de aula, desenvolvendo pesquisas e orientação de alunos. [34]

O professor não deve ter exclusivamente a preocupação de esgotar programas e a ambição de transmitir toda a matéria, mas sim, de propiciar o melhor aprendizado dos pontos basilares da disciplina lecionada, através da imprescindível inteligência dos princípios doutrinários e do aperfeiçoamento do raciocínio jurídico do aluno. [35]

Muitos professores de direito podem dominar com proficiência o conteúdo das disciplinas que ministra, no entanto não sabem utilizar uma forma adequada de apresentar seu conteúdo. Na maioria das vezes, mantêm-se distantes do corpo discente, o que dificulta o processo de aprendizagem. Para uma verdadeira revitalização do curso jurídico, é necessário que o professor saia do seu pedestal de auto-suficiência e onipotência.

Destaque-se, também, no exercício das suas atribuições estatutárias (art. 54, XV, da lei nº. 8906/94), o controle de qualidade dos cursos jurídicos pela Ordem dos Advogados do Brasil, seja através da análise responsável e criteriosa acerca da criação de novos cursos, seja da exigência de seus exames, seja através de relatórios recomendando determinados cursos de direito (Projeto "OAB recomenda").

A superação da crise, assim, somente poderá se tornar realidade quando forem realizadas reformas no plano interno, ou seja, nas salas de aula. Pouco importará a mudança de diretrizes curriculares se as aulas forem meramente teórico-expositivas, sem aguçar a crítica e o raciocínio jurídico do aluno.

Através de um ensino jurídico crítico e humanista, poderão ser formados cidadãos conscientes do seu papel e da sua atuação como veículo transformador da realidade social; ser formados bacharéis em direito aptos a exercer eticamente os variados segmentos da carreira jurídica, com visão crítica tanto dos fundamentos jurídicos quanto do contexto sócio-político; ser capacitados alunos a interpretar, explicar e utilizar as normas e princípios jurídicos, formando um profissional capaz de valorizar a cidadania e reconhecer a dignidade da pessoa humana; ser proporcionados por meio do ensino, pesquisa e extensão, instrumentos que habilitem o educando a desenvolver o pensamento jurídico e aplicá-lo de forma crítica no meio em que está inserido; ser fornecidas as bases materiais e instrumentais da formação jurídica, a partir do

tratamento interdisciplinar dos conceitos e institutos da dogmática jurídica, dentro do contexto social. [36]

Ademais, poder-se-á desenvolver uma visão humanista que possibilite a formação de uma consciência sócio-política conjugada à técnica e ao raciocínio jurídico, essenciais a uma educação integral e à plena realização do acesso à Justiça; imprimir no meio acadêmico valores de ética e de cidadania, permitindo conjugar a expressão técnico-jurídica aos questionamentos filosóficos e sociais acerca da justiça, da legitimidade e da moral que alicerçam a prática jurídica, bem como promover a reflexão científica e a atualização do conhecimento, através de meios que propiciem o aprimoramento do pensamento lógico-instrumental e a percepção do dinamismo do Direito.

5 Considerações Finais

A crise que atualmente envolve o ensino jurídico no país requer ações urgentes e eficazes, em busca de uma educação de qualidade. A permanência e o agravamento do atual quadro trarão enormes prejuízos à sociedade, bem como representará uma ofensa ao direito de acesso à justiça, especialmente quando se recorre à via jurisdicional.

Qualquer reformulação dos cursos de Direito deve também está atrelada à reforma do método de ensino. Será imprescindível analisar um método que envolva uma abordagem questionadora e crítica do conteúdo jurídico, voltada para a realidade de nosso país. Assim, poderão ser formados profissionais capazes de promover mudanças sociais e jurídicas.

De todos os motivos para o distanciamento das Faculdades de Direito de sua finalidade de formar profissionais habilitados, destacam-se o despreparo humanista com que o aluno está saindo das acadêmicas e do exegetismo do Direito.

O ensino jurídico deve almejar conduzir o aluno ao raciocínio, instigando dúvidas, estimulando estudos e pesquisas, motivando-o a questionar e a formar convicções próprias. Tudo isso com o objetivo de incutir no aluno a capacidade de raciocinar e não apenas de que este aprenda a subsumir o fato à fria letra da lei.

O ensino jurídico deve superar métodos ultrapassados, falíveis, de pouco uso na prática e de interesses de poucos privilegiados e cada vez mais de restritos setores. De que vale

o aluno dominar a teoria se não tem capacidade de aplicá-lo na prática? De que serve a interpretação puramente literal da lei, se não se tem uma adequada formação, que possibilite a construção de um raciocínio jurídico que permita solucionar problemas práticos que se apresentam no cotidiano?

É necessário dar ao estudante de Direito uma conceituação básica e ensinar-lhe os meios para a avaliação jurídica das situações sem as vendas limitadoras da legalidade formal. Apenas através de uma formação crítica e humanista, pode-se alcançar um ensino jurídico que promova uma formação adequada aos estudantes, preparando-os para os futuros problemas que enfrentarão ao decorrer da labuta profissional.

6 Referências Bibliográficas

BASTOS, Aurélio Wander. O ensino jurídico no Brasil e as suas personalidades históricas - uma recuperação de seu passado para reconhecer seu futuro**.** In: **Ensino Jurídico OAB:** 170 anos de cursos jurídicos no Brasil. Brasília: OAB, 1997.

BERTASI, Maria Odete Duque. **Ensino Jurídico no Brasil.** São Paulo: Lex Editora, 2008.

BEZERRA, Roberta Teles. **Ensino jurídico e direitos fundamentais**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2008.

BITTAR, Eduardo C.B. **Direito e ensino jurídico:** legislação educacional. São Paulo: Atlas, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Atlas, 1987.

FARIA, José Eduardo. O Ensino Jurídico. In: MACIEL, Getulino do Espírito Santo; ENCARNAÇÃO, João Bosco (org.). **Seis temas sobre o ensino jurídico.** São Paulo: Cabral Editora, 1995.

MACIEL, Getulino do Espírito Santo; ENCARNAÇÃO, João Bosco (org.). **Seis temas sobre o ensino jurídico.** São Paulo: Cabral Editora, 1995.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O professor no direito brasileiro**: orientações fundamentais de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Ensino Jurídico: realidade e perspectivas. A crise da universidade pública e o ensino jurídico. In **Ensino Jurídico OAB:** balanço de uma experiência. Brasília: OAB, 2000

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social.** São Paulo: UNESP, 2005.

MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. **Evolução do ensino jurídico no Brasil**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8020>. Acesso em: 29 mai 2009.

MELO FILHO, Álvaro. **Reflexões sobre o ensino jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MURICY, Marília. A crise da universidade pública e o ensino jurídico. In: **Ensino Jurídico OAB:** balanço de uma experiência. Brasília: OAB, 2000.

_____. O ensino jurídico fundamental e as práticas de seleção para o mercado profissional. In: **OAB Ensino Jurídico:** formação profissional e inserção profissional. Brasília: OAB, 2003.

OAB. **Exame de Ordem em São Paulo reprova 86,68% dos candidatos.** Conselho Federal da OAB, Brasília, DF, 08 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia> Acesso em: 13 mar 2009.

PILLETI, Nelson. **A história da educação no Brasil**. 7 ed. São Paulo: Ática, 1997.

PINTO, Adriano. A OAB nos 170 anos do ensino jurídico. In: **Ensino Jurídico OAB**: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil. Brasília: OAB, 1997.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Pensando o ensino do direito no século XXI:** diretrizes curriculares, projetos pedagógicos e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. Ensino Jurídico: O controle público e social da atividade educacional. In: **OAB recomenda**: um retrato dos cursos jurídicos. Brasília: OAB, 2001.

SHAPP, Jan. **Problemas fundamentais da metodologia jurídica.** Trad. Ernildo Stein. Porto Alegre: Fabris, 1985.

TORRES, Vicencia Barbosa de Andrade. **Os valores docentes do professor universitário do curso de direito:** limites e possibilidades no discurso e na prática docente. Um estudo na Faculdade de Direito do Recife - FDR. Recife, 2006. (Dissertação de mestrado da Universidade Federal de Pernambuco).

WARAT, Luiz Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

[1] PINTO, Adriano. A OAB nos 170 anos do ensino jurídico. In **Ensino Jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil.** Brasília: OAB, 1997, p. 12.

[2] BEZERRA. Roberta Teles. **Ensino jurídico e direitos fundamentais**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2008, p. 63-64.

[3] "É perceptível que essas conjunções sociais da primeira fase do Ensino Jurídico Brasileiro o mantiveram atrelado às bases ideológicas do momento, estritamente voltadas para o plano dos conteúdos curriculares da livre economia. O chamamento científico do momento histórico vivido era de afirmação do Estado Liberal e a academia necessitava reproduzir a regulação socialmente requerida. Desde seu marco inicial inspirado naquilo que já era idealizado em Coimbra, a academia jurídica brasileira tendeu para o afastamento total das influências eclesiásticas nas grades curriculares. Mantida na primeira grade curricular criada pela Carta de lei de 1827, a disciplina de Direito Eclesiástico tornou-se optativa em 1879 e foi definitivamente banida dos currículos na reforma de 1895. A ideologia do momento exigia a consolidação do poder da classe burguesa sobre a produção do conhecimento, como já ocorrera sobre as Ciências Naturais". MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. **Evolução do ensino jurídico no Brasil**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8020>. Acesso em: 29 mai 2009.

[4] BEZERRA. Roberta Teles. Op. Cit., p. 65

[5]MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. **Evolução do ensino jurídico no Brasil**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8020>. Acesso em: 29 mai 2009.

[6] Nesse contexto, interessante destacar que "seja no Império, seja na República, que a educação brasileira, sempre, historicamente caracterizou-se por uma preponderância da desigualdade com relação à igualdade. Nos diversos períodos da história brasileira, desde o colonialismo, existe uma educação para os ricos e uma educação para os pobres" (PILLETI, Nelson. **A história da educação no Brasil.** 7 ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 28-29). Esse modelo de ensino, conforme Eduardo Bittar, que privilegia uns em detrimento de outros, é, necessariamente, um aspecto importante da discussão do ensino universitário, uam vez que as condições de acesso ao ensino superior são determinadas por fatores anteriores ao ingresso nos quadros da Universidade. Por vezes, é mesmo a insuficiência do ensino fundamental e médio a causa da triagem dos menos afortunados das vagas das universidades públicas. (BITTAR, Eduardo C.B. **Direito e ensino jurídico:** legislação educacional. São Paulo: Atlas, 2001, p. 69).

[7] BITTAR, Eduardo C.B. Op. cit., p. 69.

[8] VENÂNCIO FILHO, Alberto *apud* MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. **Evolução do ensino jurídico no Brasil**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8020>. Acesso em: 29 mai 2009.

[9] Aurélio Wander Bastos destaca que a "reforma de 1931, de Francisco campos, teve uma importância epistemológica muito grande para os advogados brasileiros. Francisco campos admitia que o conhecimento jurídico não é exclusivamente verborrágico, bacharalesco, de natureza retrógrada e verbal, mas, como tantos outros ramos do conhecimento, é um conhecimento de natureza científica". BASTOS, Aurélio Wander. O ensino jurídico no Brasil e as suas personalidades históricas - uma recuperação de seu passado para reconhecer seu futuro**.** In: **Ensino Jurídico OAB.** 170 anos de cursos jurídicos no Brasil. Brasília: OAB, 1997, p. 41-42.

[10] "O Bacharel do Império e da primeira república, filho da classe média e da classe rural é em nossos dias homem sem horizontes na política de sua Pátria. Diz-se que houve um progresso coma eliminação do papel que os bacharéis desempenhavam. Achamos, porém, que houve retrocesso e queda. Nunca se precisou tanto da elite jurídica do país. Nunca os bacharéis forma mais necessários do que nesse momento de barbarização dos costumes políticos, em que um povo, alarmado com a invasão do poder legislativo por aqueles que, à sombra de sua ignorância, atuam de maneira estranha ao interesse das coletividades, se acha hesitante e desorientado. A política destes tempos fez do bacharel figura subalterna, em declínio. Louva-se o técnico, o produtor, o militar. A consequência há sido funesta e imediatamente nociva para a vida do regi,e constitucional: a mediocrização do Congresso, a representação política entregue em grande parte, a homens que legislam de costas para o povo e para a coletividade". BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 176.

[11] RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Pensando o ensino do direito no século XXI:** diretrizes curriculares, projetos pedagógicos e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 26-27.

[12] Sobre o assunto, conferir: BERTASI, Maria Odete Duque. **Ensino Jurídico no Brasil.** São Paulo: Lex Editora, 2008.

[13] Como salienta Pedro Demo, "uma das características das ciências sociais é de terem uma vinculação intrínseca com a prática, de tal ordem que a omissão prática torna-se inevitavelmente uma espécie de prática. O descompromisso é uma forma de compromisso, já que a isenção é no fundo outra forma de tomar posição [...] Para as ciências sociais, uma teoria desligada da prática não chega sequer a ser uma teoria. É nesse sentido que muitos diriam ser a prática o critério da verdade teórica". O autor ressalta, ainda, que "fazer apenas teoria também é uma prática, mas uma prática alienada. Alienação, contudo, não é descompromisso, mas uma forma incoerente de compromisso ingênuo ou malicioso. Teoria alienada é precisamente aquela que não busca o teste da prática, nem realiza a coerência ideológica". DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Atlas, 1987, *passim*.

[14] Acerca da dos currículos dos cursos jurídicos, José Eduardo Faria, defende a institucionalização da sua "deslegalização", consagrando a flexibilização. Para o autor, "pobre de conteúdo e pouco reflexivo, o ensino jurídico hoje se destaca por uma organização curricular meramente 'geológica'". FARIA, José Eduardo. O Ensino Jurídico. In: MACIEL, Getulino do Espírito Santo; ENCARNAÇÃO, João Bosco (org.). **Seis temas sobre o ensino jurídico.** São Paulo: Cabral Editora, 1995, p. 101-102.

[15] OAB. **Exame de Ordem em São Paulo reprova 86,68% dos candidatos.** Conselho Federal da OAB, Brasílai, DF, 08 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia> Acesso em: 13 mar 2009.

[16] No mesmo exame, em muitos outros Estados o resultado do exame apontou a reprovação de mais da metade dos inscritos: o Estado de Mato Grosso teve 79% de reprovação, o Mato Grosso do Sul, 68,28%, Santa Catarina, 87,23%, a Paraíba, 74,50%, o Paraná, 86%, o Tocantins 79%, o Goiás, 75,68%, o Pará, 70%.

[17] Sobre o assunto, conferir: MURICY, Marília. A crise da universidade pública e o ensino jurídico. In **Ensino Jurídico OAB:** balanço de uma experiência. Brasília: OAB, 2000, p. 139-146.

[18] LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O professor no direito brasileiro**: orientações fundamentais de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 2-4.

[19] Basta observar a quantidade de investimentos e subsídios fiscais criados para as universidades privadas, para que ofereçam vagas para alunos de baixa renda, em troca

de redução da carga tributária. O investimento para a criação de vagas nas universidades públicas encontrou novos destinos.

[20] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Ensino Jurídico: realidade e perspectivas. A crise da universidade pública e o ensino jurídico. In **Ensino Jurídico OAB:** balanço de uma experiência. Brasília: OAB, 2000, p. 159.

[21] MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social.** São Paulo: UNESP-FHDSS, 2005, p. 90.

[22] MACHADO, Antônio Alberto. Op. cit., p. 88-89.

[23] MACHADO, Antônio Alberto. Op. cit., p. 93.

[24] MACHADO, Antônio Alberto. Op., cit., p. 118.

[25] Nesse sentido, Jan Shapp salienta que "a doutrina central para a aplicação da lei é ainda sempre a doutrina da subsunção de um concreto estado de coisas sob uma lei universal. A história da metodologia mais recente é uma história de ataques a este "modelo subsuncional da aplicação do direito" e contudo este modelo subsuncional conseguiu-se afirmar-se no fundamental. Ele não é apenas ensinado aos estudantes como técnica da aplicação do direito, mas continua ocupando ainda um lugar de destaque nos tratados científicos e nos manuais". (SHAPP, Jan. **Problemas fundamentais da metodologia jurídica.** Trad. Ernildo Stein. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 8).

[26] "Um poder Judiciário passa inegavelmente pela melhoria do ensino jurídico em nosso país. Um Poder Judiciário que tenha pro objetivo reverter as exclusões existentes em nossa sociedade, que esteja preocupado com o exercício da cidadania, em que o respeito à Constituição esteja no centro das atenções. Um Poder Judiciário desse jaez não surge das prateleiras empoeiradas de sábios medievais, nem de concessões celestiais. Essa formação deve ser objeto do ensino nas faculdades de Direito e dos trabalhos acadêmicos delas resultantes, e não apenas da análise da dogmática jurídica, que acaba por ser revogada através de uma singela pincelada de caneta das autoridades de plantão. O cerne da discussão nas Escolas de Direito deve ser a busca pela justiça e pelo seu acesso, e não para a singela memorização do prazo de agravo de instrumento".

(SCAFF, Fernando Facury. Ensino Jurídico: O controle público e social da atividade educacional. In: **OAB recomenda**: um retrato dos cursos jurídicos. Brasília: OAB, 2001, p. 63-64).

[27] MURICY, Marília. O ensino jurídico fundamental e as práticas de seleção para o mercado profissional. In: **OAB Ensino Jurídico:** formação profissional e inserção profissional. Brasília: OAB, 2003, p. 231.

[28] BEZERRA, Roberta Teles. Op. Cit., p. 44.

[29] WARAT, Luiz Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. Técnicas e conteúdos no ensino do Direito. In: **Ensino e saber jurídico.** Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977, p. 60.

[30] MONTORO, Franco. In: MELO FILHO, Álvaro. **Reflexões sobre o ensino jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 8.

[31] BASTOS, Aurélio Wander. Op. Cit., p. 53.

[32] Nesse sentido, Luiz Alberto Warat e Rosa Cunha indicam que "um novo processo educacional na párea do Direito deverá inclinar-se por uma metodologia orientada por uma filosofia de buscas e descobertas, mais do que para a instrução pura e simples".WARAT, Luiz Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico.** Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977, p. 13.

[33] BEZERRA. Roberta Teles. Op. Cit., p. 87.

[34] Sobre o assunto, conferir: TORRES, Vicencia Barbosa de Andrade. **Os valores docentes do professor universitário do curso de direito:** limites e possibilidades no discurso e na prática docente. Um estudo na Faculdade de Direito do Recife - FDR. Recife, 2006. (Dissertação de mestrado da Universidade Federal de Pernambuco).

[35] RAMY FILHO, Alfredo. In: MELO FILHO, Álvaro. **Reflexões sobre o ensino jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 19.

[36] Nesse contexto, importante ressaltar o que preconizam Luiz Warat e Rosa Cardoso: "Quando alguém diz que a aula deve ser o mais possível dialogada ou que se deve despertar o raciocínio jurídico do aluno, sem se fazer referência a uma reelaboração crítica do conteúdo, é necessário ter presente que tal afirmação, aparentemente fiel aos métodos modernos e de grande efeito, na verdade, nada mais significam que um processo de realimentação do ensino dogmático. Isto porque, para atingir o diálogo e desenvolver o raciocínio jurídico, o aluno irá servir-se do único instrumental teórico que a cultura jurídica tradicional lhe permite conhecer". WARAT, Luiz Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico.** Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977, p. 13.

A CRISE DO ENSINO DO DIREITO NO BRASIL, E SUA SUPERAÇÃO PELA UTILIZAÇÃO DO MÉTODO SOCRÁTICO*

LA CRISIS DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN BRASIL, Y SU SUPERACION POR LA UTILIZACION DEL MÉTODO SOCRÁTICO

Anderson Alex Vanoni
Vitor Eduardo Frosi

RESUMO

O presente trabalho aborda a crise do sistema (de ensino) jurídico brasileiro, contudo apresenta o problema com enfoque diferente do comum. Analisa-se a evolução histórica do sistema jurídico nos países da família Romano-Germanica, e posteriormente a evolução do sistema (de ensino) jurídico nos países da família da common law, especificamente na Inglaterra. Posteriormente se realizará uma abordagem do ensino jurídico e dos métodos de ensino que permeiam e decorrem de cada sistema jurídico. Neste ponto serão apresentados o método dedutivo, o método socrático puro, o method case, e o problem method. Ao final, será apontado qual o método seria o melhor para o sistema de ensino jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: SISTEMA DE ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO, SISTEMA JURÍDICO DA FAMÍLIA ROMANO – GERMÂNICA, SISTEMA DE ENSINO DA COMMON LAW , MÉTODO DEDUTIVO, MÉTODO SOCRÁTICO, METHOD CASE E O PROBLEM METHOD.

RESUMEN

Este artículo analiza la crisis del sistema (de educación) jurídico brasileño, pero tiene el problema con un enfoque diferente de lo común. Se analiza la evolución histórica del sistema jurídico en los países de la familia romano-germánica, y, posteriormente, la evolución del sistema (educación) jurídica en la familia de la ley común, especialmente Inglaterra. Más tarde habrá un enfoque de la educación jurídica y los métodos de enseñanza que permean y resultan de cada sistema jurídico. Este punto se presentá el método deductivo, el método socrático puro, el método de casos, el método de problema. Al final, será nombrado el método que sería mejor para el sistema de educación jurídica de brasileño.

PALAVRAS-CLAVE: EL SISTEMA DE ENSEÑANZA JURÍDICO BRASILEÑO EL SISTEMA JURÍDICO DE LA FAMÍLIA ROMANO-GERMÂNICA, EL SISTEMA EDUCATIVO DE LA COMMON LAW, EL MÉTODO DEDUCTIVO, EL MÉTODO SOCRÁTICO, METHOD CASE, Y EL PROBLEM METHOD.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. A CRISE DO SISTEMA DE (ENSINO) JURÍDICO BRASILEIRO

Não se pretende com o presente esboçar uma crítica a todo o sistema de ensino jurídico brasileiro, sabe-se que a crise do ensino jurídico envolve inúmeros fatores, e sem desmerecer a importância de cada um desses fatores, aqui se busca acalentar discussão com relação ao método aplicado nas aulas dos cursos de Direito de quase todos os rincões do país.

Além do problema metodológico o ensino jurídico enfrenta crise oriunda de outras partes, as deficiências econômicas de nosso povo, as deficiências culturais, a mercantilização do ensino universitário, que cada vez mais, deixa de tratar o aluno enquanto aluno para tratá-lo como cliente.

A péssima remuneração dos professores, e a brutalização dos mesmos por parte das instituições quando se aumentam as exigências face o aluno, são pontos presentes no panorama da crise do ensino, não só jurídico.

O pedagogo Paulo Freire traz em suas obras a concepção de educação bancária, comparando o ensino com uma instituição financeira, afirmando que o ensino tal qual se apresenta na atualidade carrega resquícios de uma pedagogia tradicionalista centrada na figura do professor, como o sujeito principal da aprendizagem.

Em decorrência disso, privilegia-se a memorização em detrimento do verdadeiro conhecimento, as pessoas não são preparadas a pensar e fazer reflexões na organização educacional, muitas informações são perdidas, descontextualizadas do cotidiano dos discentes.

Os professores não explicam o objetivo e o motivo de se estar aprendendo tal conteúdo. O que traz em conseqüência para o discente uma falta de contexto, não entendendo o assunto tratado, fazendo com que memorize fórmulas e enunciados, textos, com propósito de alcançar seu intento, frisa-se que nesse passo o intento se reduz a obter uma boa avaliação e não o conhecimento.

Usando da expressão comumente empregada no vernáculo coloquial,

a mente do aluno se transforma em um verdadeiro 'samba do crioulo doido', marcada pela inexistência de clareza quanto ao sentido do que se deve ser estudado e à razão de ser de cada disciplina, programa e bibliografia. Em decorrência, muitos caminham para a conclusão do curso quase por uma fatalidade e cada vez mais inseguros[1]

A visão bancária da educação tratada por Paulo Freire pode ser explicada como o "ato de depositar, de transferir, de transmitir valores e conhecimentos"[2] sendo assim,

cotejados como uma instituição bancária, os depósitos de uma conta bancária. Paulo Freire ainda explica que "o educando recebe passivamente os conhecimentos, tornando-se um depósito do educador. Educa-se para arquivar o que se deposita."[3]

Na concepção encartada por Paulo Freire em suas obras, as pessoas são adaptáveis, assim, como afirma Rizatto Nunes os "depósitos feitos aos educandos, quanto mais preenchem seus 'arquivos' mentais, mais limitam sua capacidade crítica (de inserção no mundo como pessoas dotadas de uma consciência que lhes permitissem transformá-lo."[4]

O educador bancário utiliza-se do método tradicional, verbalizando tudo através de suas aulas expositivas, ela resume-se em "narração de conteúdos que, por isto mesmo, tendem a petrificar-se ou a fazer-se algo quase morto, sejam valores ou dimensões concretas da realidade."[5]

O resultado desse *modus operandi*, no ensino jurídico, é sempre o mesmo, bacharéis com pouco conhecimento sobre o direito substantivo, e com remotas chances de promover o acesso a justiça daqueles que o buscam para solucionar seus problemas. Isso quando, é claro, referido bacharel logra êxito em passar no Exame de Ordem.

Não se desconhecem tais realidades, mas impende indagar-se, dentro dessa realidade, se seria possível fazer algo que traga progresso qualitativo ao ensino jurídico? Seria possível dentro desse quadro uma melhor preparação dos alunos de direito para enfrentar os problemas que enfrentará em sua vida profissional?

Acredita-se que alterando-se o método de abordagem do Direito nos cursos de Direito, logre-se êxito nesse *mister*. Assim, abordará o presente ensaio inicialmente um estudo panorâmico e epistemológico no que for possível, às famílias onde e como o Direito foi concebido dividindo-se o estudo no Direito da Família Romano-Germanica, tal qual foi concebido, e do Direito Inglês, para finalmente realizarem-se considerações acerca da metodologia de ensino mais utilizada em cada uma dessas escolas, sendo o método dedutivo, socrático puro e o *method case* e *problem method*, os métodos de ensino do Direito que respectivamente dominam cada escola.

2. O DIREITO DA FAMÍLIA ROMANO-GERMANICA

2.1 DIGRESSÃO HISTÓRICA

Inicialmente surge o Direito sobre uma comunidade de cultura, continuando a existir sempre independentemente de qualquer intenção política, sendo difundido principalmente pelos focos de cultura criados. Assim, o Direito nas universidades é considerado como um modelo de organização social, sendo ligado a filosofia e a religião indicando aos juízes como, segundo a justiça, devem julgar. Parecendo-se o Direito com a moral, consistindo no estudo do que é necessário fazer e não o que se faz

na prática. Nesse particular, o mundo é influenciado pelo direito *romano*[6], fácil de conhecer as compilações *justinianas*[7] são acessíveis para o estudo, vez que se encontram em Latim, que à época é de fácil acesso.

São Tomas de Aquino no século XIII, busca em Aristóteles subsídios para demonstrar assente na razão que o direito romano estava de acordo com a lei divina, assim, os direitos nacionais dos países de tradição Continental serão em quase todas as universidades da Europa calcados no direito romano, sob o prisma do direito canônico.

Nos *glosadores*[8] se observa um abandonando algumas compilações de Justiniano, tratando de reencontrar o sentido originário das leis romanas, comentando-as sob o prisma do Direito canônico.

Os pós *glosadores*[9], tratam de sistematizar o direito romano, e o utilizam para justificar regras adaptadas a sociedade de seu tempo, sendo ensinado um direito romano muito deturpado pela influência do direito canônico.

A escola do *direito natural*[10] dos séculos XVII e XVIII, abandona o *sistema escolástico*[11] eleva o alto grau da sistematização do direito, e o concebe de modo axiomático, lógico, à imitação das ciências, buscando afastar-se da idéia de uma ordem natural das coisas exigida por Deus, tratando de construir toda ordem social sob a consideração do homem, passando a idéia de direito subjetivo a dominar o pensamento jurídico, *passando o direito a tratar dos problemas próprios do direito público*[12].

As matérias de direito público entram nas preocupações dos juristas a partir do século XVIII, e surgem as codificações com sistematização de todo o direito, trazendo como conseqüências positivas a melhoria do relacionamento dos juristas com a prática.

Como conseqüências negativas as codificações trazem consigo a alteração do paradigma de estudo do direito nas universidades que passam a estudar o direito posto e deixam de estudar as orientações no tocante ao direito justo.

Embora cada País apresente suas peculiaridades, há que se observar que existe grande semelhança entre os direitos de matiz romano - germânica quando considerados o conjunto de seus elementos.

2.2 A ESTRUTURA DO DIREITO NOS PAÍSES DA FAMÍLIA ROMANO-GERMANICA

A principal característica na estrutura dos países que adotam o Direito de matiz romano-germanica, consiste na divisão entre *direito publico e direito privado**[13]*** que se realiza em todos os paises da família romano-germano agrupando-se as regras do direito nas mesmas grandes categorias. Em todos os paises da família romano- germânica encontram-se as mesmas subdivisões dos ramos fundamentais: direito constitucional, direito administrativo, direito crimina, direito comercial, direito do trabalho etc.

Na concepção romano-germânica, um código não deve procurar a solução de todos os problemas concretas que se apresentarão na prática, tem como principal função formular regras suficientemente gerais para que destas regras facilmente juízes e cidadãos deduzam de como cada problema em concreto deve ser resolvido.

2.3 FONTES DO DIREITO NA FAMÍLIA ROMANO-GERMANICA

A Lei considerada *lato sensu* é aparentemente em nossos dias a fonte primordial, quase exclusiva, do direito dos países da família romano - germânica, por isso denominado de Direito escrito. As outras fontes aprecem nessa análise ocupando posição subordinada e de importância reduzida em confronto com a fonte de excelência do direito constituída pela lei.

As regras constitucionais tem prestígio tal, que ocupam o vértice desta hierarquia existindo atualmente uma tendência em se reforçar as normas constitucionais e levando-a na prática acima das leis ordinárias. A Jurisprudência, observa-se na apreciação dos fatos, onde o juiz é chamado em cada espécie a fazer uma apreciação se uma circunstâncias justificam ou não aplicação dos preceitos da lei.

Observa-se que como fonte do direito para a família romano-germanica, encontramos além da lei, o costume, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais de direito[14].

Com efeito, a abordagem do presente trabalho não tem o condão de trazer a tona, discussão acerta do debate às fontes do direito, pois foge ao tema abordado sendo este apenas abordado a título de conhecimento.

À doutrina cumpre o papel de interpretar e de sistematizar a aplicação do direito, e os Princípios Gerais em todos os paises da família romano-germânica, via de regra, depende do juiz, da época e dos costumes onde estejam sendo aplicadas.

3. O DIREITO INGLÊS

Frente a brevidade em que há que abordar-se a matéria neste meio expositivo, o Direito Inglês será abordado em inicialmente por uma breve digressão história, para passar-se a uma análise da estrutura do Direito Inglês, para então passar-se à observação da Técnica das Distinções e finalmente uma análise das fontes do direito sobre o prisma do Direito Inglês.

3.1 DIGRESSÃO HISTÓRICA

O Direito Inglês, tanto quanto o de matiz Continental demonstrou através da história uma grande capacidade de adaptação, referida história do Direito Inglês[15], divide-se em quatro principais períodos.

Em um primeiro período, compreendido até o ano de 1066, denominado de período Anglo-Saxão[16], o direito inglês é estritamente local, não havendo um Direito Inglês propriamente dito, ou seja, não havia um direito comum a toda Inglaterra, tal período durou até a conquista Normanda com Guilherme o Conquistador.

De 1066 até 1485, o Direito Inglês passa por seu segundo período, onde efetivamente se forma a *Common Law**[17]***, observando-se que, com a conquista normanda, vem pra Inglaterra um poder forte e centralizado, rico em experiência administrativa, e de ai decorrendo o desaparecimento da época tribal, instalando-se na Inglaterra o feudalismo, e criando-se um direito comum a toda a Inglaterra. Isso se dá, com a criação dos Tribunais Reais de Justiça, designados de Tribunais de Westminster[18], que por seu aparecimento fazem diminuir o papel das *Hundred ou Conty Courts**[19]***.

Nesse particular, o Direito Inglês era apreendido na prática, sendo de pouca utilidade a formação universitária, que sempre teve o papel de auxiliar a encontrar a solução justa, contudo não era esse conhecimento universitário que fazia a parte ganhar o processo, surgindo assim o adágio *"Remedies precede rights"**[20]***.

Neste período o jurista se concentrava nos processos *writs*, e não em soluções mais ou menos justas.

Com a extinção das *Hundred Courts* e o excessivo formalismo processual, fazem surgir a *Equity*. Assim se dá o terceiro período que vai de 1485 até 1832. Para chegar-se aos Tribunais Reais de Justiça, faz crescer em importância a figura do *Chanceler*, que vai tornando-se cada vez mais autônomo em suas decisões, que leva em conta principalmente, a equidade no caso particular.

A *Equity*, por sua eficiência é sistematizada e surgem os Tribunais de Chancelaria para aplicá-la, e dessa forma, o Direito Inglês quase se reúne à família dos direitos do continente europeu, pelo triunfo da jurisdição de equidade do Chanceler.

Assim ao longo desse período, tanto a *common law* como a *equity* se temperam, aquela se tornando mais célere e está passando a adotar como ponto central de suas decisões os precedentes, apresentando-se a estrutura dualista do Direito Inglês: *Common law/Equity*.

O quarto período, denominado de período moderno, se inicia em 1832 estendendo-se até a atualidade. O jurista inglês aqui, já liberto dos entraves do processo, passa a prestar mais atenção às questões de direito substantivo, e as soluções da *common law* passam a ser reagrupadas, e de 1873 a 1875 os *Judicature Acts* acabam com as distinções entre os Tribunais da *common law* o os Tribunais de Chancelaria.

3.2 ESTRUTURA DO DIREITO INGLÊS

Enquanto temos como estrutura na família romano-germânica a divisão do direito entre público e privado, o Direito Inglês apresenta-se estruturado***[21]*** sobre a divisão entre a *common law* e a *equity****[22]****.*

Os Tribunais da *Common Law* criam precedentes que serão levados em consideração pelos Tribunais de Chancelaria, mas considera o processo uma espécie de torneio no qual o juiz desempenha papel de árbitro e cada parte deve apresentar suas provas sem ter meios que a outra parte o faça;

Os Tribunais de Chancelaria aplicam a equidade seguindo os precedentes "*equity follows the law*", mas se necessário pode intervir e ordenar a uma das partes um *discovery order*, para se apresentar o documento, intervindo o Chanceler somente se eficazmente puder ameaçar a outra parte por meio de ordens ou mandados formais, intervindo em sua liberdade ou sobre o patrimônio.

Como mais importante criação da *Equity****[23]***, observa-se a figura do *trust*, consistente na forma de análise do seguinte esquema: certos bens do *cestuis que trust* serão administrados por um *truste* ou por vários *trustees.*

Observe-se que enquanto para a *Common Law* o *truste* tendo simples obrigação moral com os *cestuis que trust*, dispondo dos bens como lhe aprouver, tornando-se proprietário dos mesmos, a *Equity*, aponta no sentido, de obrigar o *truste*, fazendo-o explorar os bens de maneira a preservarem-se os interesses do *cestuis que trust.*

Ilustra-se ainda, que o Direito Inglês é jurisprudencial (*case law*), tendo sido elaborado historicamente pelos Tribunais de *Westminster****[24]*** (*common law)* e pelos Tribunais da *Chancelaria*[25] (*equity*).

Em estrutura ainda, observe-se que as regras nos direitos de matiz continental se tecem a partir de princípios elaborados pela doutrina nas universidades, apta a dirigir a conduta dos cidadãos em uma generalidade de casos, enquanto as *legal rules* colocam-se ao nível do caso concreto, em razão da qual, e para cuja solução ela foi emitida, evitando a generalidade.

3.3 FONTES DO DIREITO INGLÊS

Sobre as *fontes*[26] do *Direito Inglês* impende destacar de que forma os precedentes, a lei e os costumes se aplicam e se relacionam. São considerados como precedentes[27] obrigatórios os emanados dos Tribunais Superiores (*Supreme Court of Judicature* e da Câmara dos Lordes) outras decisões embora tenham valor de persuasão, não constituem

precedentes obrigatórios. A decisão inglesa limita-se ao dispositivo que dá a conhecer a solução dada pelo Juiz à lide, o Juiz inglês não tem que fundamentar suas decisões, o que seria um atentado a sua dignidade, eles ordenam e não tem de se justificar, mas geralmente expões as razoes que explicam suas decisões. A aplicação dos precedentes por parte dos Ingleses implica na utilização da técnica das distinções, dividindo-se as decisões em sua parte mais importante, no ponto principal que motiva a decisão (que irá tornar-se o precedente), e a parte que de forma tangente motiva a decisão, que não se tornará precedente, mas terá um valor considerável como elemento de persuasão.

A Lei[28] não tem a força que tem os precedentes e são utilizadas principalmente para especificar ou aclarar algum precedente, e passam a ser utilizadas por todo o sistema, após a criação de precedentes sobre a mesma.

Com relação à aplicação do Costume[29], implica observar-se que a *Common law* não é um direito consuetudinário; e se aplica o costume com obrigatoriedade, desde que tenha o caráter de costume imemorial, que é o existente antes de 1189, não sendo considerado juridicamente obrigatório se não se provar que existia já naquela data (baseada numa regra de *Common law* de 1265). Saliente-se ainda que, A vida social inglesa é dominada por certos comportamentos tradicionais, que ninguém coloca em questão, não sendo consideradas nem parte integrante dos costumes e nem do direito.

3.4 CONCLUSÕES ACERCA DO DIREITO INGLÊS

Da analise feita neste capítulo surgem consideração importantíssimas que devem ser levadas em conta vez que irão ser ponto de apoio às conclusões do presente ensaio.

Inicialmente cumpre destacar-se que a *common law* inglesa não é consuetudinária, na verdade aquela surge para fazer com que o direito consuetudinário desapareça da Inglaterra. Ainda há que observa-se que a lei inglesa encontra-se em processo de emparelhamento de forças com os precedentes dentro do Direito Inglês.

Ainda, impende desconstruir-se a falsa idéia de que no Direito Inglês os precedentes são aplicados com automatismo. A aplicação dos precedentes, se dá, na medida das necessidades que se apresentaram em cada época, e evolui por meio da técnica das distinções, que consiste na técnica fundamental do Direito Inglês, e a formação do jurista inglês consiste em dominar essa técnica, apercebendo-se de suas possibilidades e limites de emprego.

Derradeiramente, cumpre observa-se que a *doutrina* e a *razão**[30]*** sempre teve, no sistema em comento, seu valor mitigado, contudo atualmente ganha espaço na medida em que ganham espaço as questões substanciais de Direito no Direito Inglês.

4. OS MÉTODOS APLICÁVEIS AO ENSINO JURÍDICO

Decorre do já exposto uma constatação: nos paises continentais utiliza-se o método dedutivo, enquanto que nos países que adotam a *common law* utilizam-se do método indutivo, para o estudo do Direito. Passamos a análise pormenorizada de cada um deles, como métodos de ensino jurídico.

O método aplicado ao ensino jurídico, no sentido geral, é um recurso instrumental utilizado constante e sistematicamente pelo professor em todos os momentos do processo ensino-aprendizagem.

Segundo Álvaro Melo Filho[31]: "Por conseguinte, a sua escolha não pode nem deve ser feita de maneira empírica ou aleatória, mas requer a fixação de critérios para orientar e informar a eleição do método ou métodos de ensino jurídico a ser posto em prática".

O método não constitui um fim em si mesmo no processo didático, sendo parte integrante do sistema dirigido, orientado por objetivos curriculares (comunicar a cultura jurídica e renová-la, por exemplo[32]). Assim, o método enquadra-se dentro de um contexto complexo, móvel, flexível, a cuja dinâmica tem adequasse aos objetivos do ensino jurídico que são, no dizer de Veda Leal da Silva[33], os seguintes:

"1 - Desenvolver o pensamento jurídico através da realização dos seguintes objetivos comportamentais:

1.1. Estruturar, relacionar entre si, verbalizar e aplicar conceitos, doutrinas, princípios e leis.

1.2. Incorporar, explicar e aplicar corretamente a terminologia jurídica.

1.3. Diferenciar, relacionar noções, conceitos, conhecimentos, doutrinas e institutos jurídicos.

1.4. Identificar, interpretar, combinar e associar diferentes institutos do ordenamento jurídico.

1.5. Aplicar princípios, doutrinas, normas e leis a situações concretas.

1.6. Interpretar e solucionar casos e problemas jurídicos.

1.7. Dar interpretação diversificada a diferentes institutos jurídicos (pensamentos criadores) conforme uma escola axiológica.

2 - Incorporar atitudes e estruturar as habilidades técnicas adequadas ao exercício profissional do Direito em seus múltiplos aspectos e diferenciações.

Seja qual for o método aplicável ao ensino jurídico precisa ele ser informado e estar adequado ao estágio atual do desenvolvimento técnico e científico, pois deve orientar o processo ensino-aprendizagem para obtenção de produtos finais necessários à dinâmica

e complexidade da vida contemporânea. Precisa, ainda, atender às exigências educacionais do momento histórico atual com o intuito de conduzir o aluno não só à solução de problemas jurídicos, mas também à solução de problemas da vida. Sua sistemática precisa consubstanciar-se no progresso cientifico e tecnológico atual das ciências pedagógicas, das ciências que estudam a racionalização e produtividade do trabalho, teorias psicológicas de aprendizagem, da motivação e formação do conhecimento que conforme os princípios, normas e diretrizes adequados ao ensino jurídico".

Com efeito, os métodos mais utilizados para a transmissão do saber são decorrem de atividades pedagógicas aplicáveis ao ensino jurídico, ou seja, os métodos que são mais: (*Método Dedutivo; esquema para aula magistral/palestra - tipo dedutivo; método indutivo método socrático)*

4.1 MÉTODO DEDUTIVO

Esta é amplamente utilizada no ensino jurídico, através da "aula magistral" ou da "aula conferencia", dando ênfase à atividade do professor e a passividade do aluno[34]:

"(...)o professor expõe e os alunos escutam, tomam notas, e, eventualmente, perguntam ou indagam. Há que distinga a aula magistral" da "aula conferencia" com fundamento no fato de que a primeira é resultado das investigações ou reflexões originais do professor, enquanto que a "aula conferencia" é constituída pela "implicitación de pensamientos ajenos varios", ou seja, o professor expõe simplesmente uma miscelânea de opiniões de um ou vários autores, evitando, assim, a consulta bibliográfica do aluno".

Resta assim, que o método expositivo ou prelecional está eminentemente ligado com a tradição do ensino jurídico, em decorrência do nosso sistema de Direito que se estriba na uma estrutura conceitual, onde a função precípua é contribuir para a certeza e a garantia do Direito. Sendo assim, Andrés[35], *in Course on Property,* que:

"em nosso sistema de Direito, a definição é muito importante porque determina a aplicação da lei e, por conseguinte, a esfera dos direitos individuais. Se os direitos subjetivos não estão claramente expressados pelo Direito, existe insegurança jurídica e a paz social está em perigo".

O método da preleção apresenta as seguintes vantagens e desvantagens na lição de Ruy Santos de Figueiredo: "As suas vantagens são óbvias: - Ensinar a grandes grupos; - Apresentar maior número de experiências pessoais; - Maior economia que os demais métodos; - Sistematizar rapidamente um assunto; - Apresentar mais assunto em menos tempo[36]"

Continua o professor Ruy Santos com ênfase as desvantagens:

- O professor é o único ator, logo seu trabalho mental é muito grande; - Estimula ao máximo dois sentidos audição e visão; - Apesar de permitir seja apresentados maior número de idéias, grava menos; - A motivação é mais difícil pois dependerá, exclusivamente da habilidade do professor;- cansar mais rapidamente o auditório".

Sendo assim, mesmo com os aspectos negativos e danosos ao ensino jurídico, conforme constatado, cumpre lembrar que o método prelecional pode constituir um recurso eficiente, dependendo da forma em que é empregado pelo professor.

Os inconvenientes da *exposição dogmática*

"em que a mensagem transmitida não pode ser contestada, devendo ser aceita sem discussões e com a obrigação de repeti-la, por ocasião das provas de verificação. No entanto, se usado com outros recursos didáticos, é perfeitamente recomendável a *exposição aberta.**[37]*** "

Sendo assim, a mensagem ofertada pelo docente é simples estopim com a finalidade de iniciar a participação da classe, com o objetivo de promover discussões, levando aos alunos a contestarem, a pesquisar, discutir sempre que oportuno e necessário. Nesse sentido é o método expositivo nos domínios da educação.

A exposição da aula começa com a apresentação de um simples caso, demonstrando apenas a estrutura do tema de direito, após, apresenta-se a norma principal ou as normas principais da lei aplicável à espécie e no terceiro passo, apresenta a doutrina geral básica, sistema e estrutura (opcionalmente: história) da área de Direito de que se trata e a posição da norma aplicável no sistema.

Demonstram-se o foco, as questões clássicas relevantes, contrarias, clássicas e relevantes, sendo importante a leitura dos textos legais para ilustrar a aula[38].

Depois se destaca as incertezas da lei, e se escolhe um caso concreto da jurisprudência. Daí então, se põe apenas os fatos e não uma solução pretoriana. Uma prévia triagem dos acórdãos disponíveis é de importância para os fins colimados.

Observa-se que somente após a apresentação das incertezas da lei é que demonstra a solução ou as várias soluções ofertadas pela jurisprudência e/ou a doutrina específica fornecem para facilitar e aperfeiçoar o conhecimento do assunto em pauta.

Sobre os passos a serem seguidos com relação ao método dedutivo, observamos a lição de Zitscher[39]:

"1º. Escolher um caso simples, em que só se mostra a estrutura do tema de direito (normalmente um caso teórico, construído);

2º. Apresentar a principal norma legal;

3º. Apresentar a Doutrina geral básica (sua história, o sistema e a estrutura da área de Direito, a posição da norma mencionada no 2º. Passo do sistema);

4º. Variar o caso do 1º. Passo para mostrar um problema clássico do tema;

5º. Expor a solução oferecida pela lei;

6º. Apontar as incertezas da lei; ou apresentar uma versão do caso - aqui pode ser um caso concreto, escolhido na jurisprudência existente sobre o tema - que não pode ser solucionado diretamente através da aplicação da lei;

7º. Apresentar a solução (as soluções) dada no acórdão (esse passo pode conter uma análise profunda de várias sentenças, com possível referência aos fatos de cada uma e/ou descrição do desenvolvimento histórico);

8º. Apresentar a soluçào (as soluções) da doutrina específica;

Se houver necessidade, os passos 4º - 8º podem ser repetidos, enfatizando-se outros aspectos do tema".

Observa-se assim, no entendimento de Zitscher que a instrumentalização do método dedutivo passa pelos itens 1 a 8 acima enumerados como sendo a melhor forma de aplicação do referido método.

4.2 MÉTODO INDUTIVO

O método indutivo, também conhecido como o método socrático, da maneira como é aplicada ao ensino do Direito, parte de um pressuposto interiamente diverso do método expositivo, pois as atitudes de aluno e professor são diferentes, ou seja, incluem-se várias formas *ativas* de ensino.

"À luz do método socrático a aula não é uma dissertação, mas um debate, onde o professor não é um expositor, mas um mediador de um dialógo entre alunos, abstendo-se sempre, o professor, de fazer qualquer afirmação categórica. A idéia subjacente a este método é que o aluno deve acostumar-se a encontrar por si mesma as soluções jurídicas e confronta-las com as opiniões manifestadas por seus colegas.[40]"

Continua Álvaro Melo Filho:

"É difícil encontrar uma aplicação uniforme do método socrático cujo a variedade de formas depende da personalidade do professor (e dos alunos, evidentemente), bem como do tipo de informação discutida. No entanto, é possível caracterizar-se três variantes deste método: o método socrático puro, o método de casos jurisprudenciais e o método de problemas.

O método socrático puro não se inicia com uma informação especifica prévia. Aqui, sobre cada ponto do programa, o professor, por intermédio de perguntas selecionadas, recorre a todos os alunos para obter respostas, prevalecendo-se sempre de um exemplo fácil e concreto para levar os alunos de indução em indução, de análise em análise, a encontrar o principio ou regra estabelecido pelo legislador com base na ciência ou no fim prático, na justiça ou na equidade, na utilidade ou na necessidade etc.[41]"

Assim, os métodos de casos jurisprudenciais, popularmente conhecidos por *case method*, sendo criado em 1870, por Langdell, "professor da Universidade Harvard, e tem tido a mais ampla aceitação na educação norte- americana. Este método funda-se na idéia de que a melhor forma de estudar Direito é estudar as sentenças e acórdãos de Juizes e Tribunais sob inúmeros casos, extraindo deles, através de um raciocínio indutivo, uma compreensão dos principais campos ou classificações no Direito, assim como as regras gerais e princípios de Direito aplicáveis aos casos estudados[42]".

Observa-se que o método de problemas ou o *problem method* difere do *case method* na medida em que se discutem os problemas hipoteticamente criados pelo professor e, consequentemente, sem solução jurisprudencial.

Os problemas são confrontados em suas várias implicações jurídicas e os alunos abordam possíveis soluções por meio de dialogo com a direção do professor.

O método de problemas, de modo geral, se constitui de seis fases em seu desenvolvimento: *a apresentação do problema, hipótese, definição, explorações lógicas, apresentação de provas e generalizações*.

Com efeito, o sistema puro não exige informação prévia, diverso do *case method* e ao *problem method*. Diferentemente é o processo mental envolvido, pois, a indução esta

presente *no case method*, a dedução no *problem method*, e a indução e a dedução, concomitantemente, no método socrático puro[43].

O método socrático com as variantes acima explanadas é utilizável de maneira a pôr em prática uma metodologia ativa. Aqui a se busca a pesquisa de conhecimento pelo aluno que se torna o executor do seu processo de aprendizagem.

Diverso do expectador passivo de sua formação, os alunos transformam-se em protagonistas da função docente por meio do preparo dos materiais entregues ou indicados pelo professor.

Convêm destacar que o método socrático ou o sistema de aulas ativas condensa os seguintes atributos explicitados por Witker:

a) Partipación del maestro al introducir el tema; b) Elaboración de un texto de materiales selectos y adequados; c) Participación y discucion por parte de los alumnos; d) Confrontación de diversas concepciones doctrinales; e) Relevância formativa y critica del estudiante; f) Concluisiones hechas por el curso y no impuestas por el critério del maestro; g) Resumen sistemático final[44]".

Efetivamente a adoção do método socrático é difícil, requerendo estatura material mínima, e a elaboração de textos para distribuição prévia e adequada ao que se estuda atualizando e renovando constantemente.

No método indutivo de aula, seleciona-se um acórdão e no segundo momento, apresenta-se as normas principais que tratam do assunto.

Neste sentido é o ensinamento de Zitscher[45]:

"Neste tipo de aula, escolhe-se um acórdão preferivelmente de um Tribunal de Última Instância.

Em um segundo momento, apresenta-se as normas principais que tratam do assunto.

Logo após, apresenta-se a solução seguida pelo Tribunal.

No quarto passo, discute-se a solução escolhida pelo Tribunal, e a forma de interpretação utilizada.

Poder-se ia argumentar contra esta interpretação literal, afirmando que ela é muito ampla ou ao contrário.

Os próximos dois passos seriam apresentar a jurisprudência e apresentar a doutrina sobre a questão

Por fim, no último passo explica-se a doutrina geral básica, o sistema e a estrutura da área do Direito, a posição das normas discutidas e sua historia. Salientando-se os diferentes tipos de interesses envolvidos no caso e concentrando a atenção da classe no meio processual utilizado para a solução do problema.

Caso a solução escolhida pelo Tribunal seja complexa, repetem-se os passos 03 a 06 para cada parte da solução adotada.

Também é possível repetir os passos um a seis com situações diferentes até chegar ao ponto de poder apresentar o sistema e a estrutura da matéria no passo sete."

Logo após, apresenta-se a solução seguida pelo Tribunal.

No quarto passo, discute-se a solução escolhida pelo Tribunal, e a forma de interpretação utilizada.

Poder-se ia argumentar contra esta interpretação literal, afirmando que ela é muito ampla ou ao contrário.

Os próximos dois passos seriam apresentar a jurisprudenica e apresentar a doutrina sobre a questão

Por fim, no último passo explica-se a doutrina geral básica, o sistema e a estrutura da área do Direito, a posição das normas discutidas e sua historia. Salientando-se os diferentes tipos de interesses envolvidos no caso e concentrando a atenção da classe no meio processual utilizado para a solução do problema.

Caso a solução escolhida pelo Tribunal seja complexa, repetem-se os passos 03 a 06 para cada parte da solução adotada.

Também é possível repetir os passos um a seis com situações diferentes até chegar ao ponto de poder apresentar o sistema e a estrutura da matéria no passo sete.

Observa-se a lição de Zitscher[46] ao explicar a utilização do método de estudos de casos:

"1º.escolher um caso concreto da jurisprudência, preferivelmente entre acórdãos do STJ;

2º apresentar a(s) norma(s) principal(ais) que incidiu no fato assunto do caso;

3º. Descrever a solução;

4º. Discutir a solução escolhida pelo Tribunal;

5º. Apresentar outras soluções jurisprudenciais;

6º.apresentar a doutrina específica;

7º. Apresentar a doutrina geral básica (sistema e estrutura da área do direito, posição das normas aplicadas no sistema, história).

Se houver necessidade, os passos 1º.- 6º. Podem ser repetidos, com outros aspectos do tema até chegar ao 7º. Passo. Se a solução escolhida pelo Tribunal for complexa, pode-se repetir os passos 3º. - 6º. Para cada parte dela".

Dessa forma, observa-se no ensino do Direito, que embora exista uma dificuldade de aplicação do método indutivo como a necessidade de mais tempo para elaboração da aula, e essencialmente ser aplicável a grupos menores do que outros métodos, em termos qualitativos o método indutivo com relação ao método dedutivo, apresenta superioridade, na medida em que o aluno torna-se o principal autor do processo de ensino/aprendizagem.

5. CONCLUSÃO

Observa-se do presente estudo que os países da família romano-germanica, essencialmente em sua evolução pensaram o Direito, de sempre, partindo do estudo do Direito romano, da filosofia, da religião e da moral, preocupando-se em criar enunciados gerais que fosse aplicáveis aos mais variados casos concretos, utilizando-se assim o método dedutivo, na própria evolução do Direito.

Nos países que adotaram a *common law*, ao contrário, vê-se o fenômeno jurídico nascendo da solução apresentada a cada caso concreto, decorrendo uma regra geral, da sistematização de soluções semelhantes dadas a casos semelhantes, sendo nesses países, como vimos, nos casos da Inglaterra e Estados Unidos, utilizado o método indutivo para a evolução do Direito.

Não é somente no fenômeno jurídico que se observam guardadas as aplicações dos métodos dedutivo e indutivo, nos países da família Romano-Germanica e da *Common law*, como também no ensino dessa ciência, em cada uma dessas famílias.

Ao observar-se a crise no ensino jurídico Brasileiro, embora se apresentem inúmeras causas, como as deficiências econômicas, a mercantilização do ensino, o desinteresse dos alunos pelo estudo árduo, a transformação do aluno em cliente pelas instituições e a brutalização dos professores por referidas instituições de ensino, há que indagar-se, uma mudança no método de abordagem do Direito nas faculdades, seria benéfica ? seria possível?

Às duas questões a resposta nos parecem positivas. Seria benéfica na medida em que no método dedutivo de ensino pela forma expositiva o único Ator do processo de ensino/aprendizagem é o professor, e o sucesso da aula se encontra na capacidade persuasiva do professor, e não em seu conhecimento.

No método indutivo como exposto, observa-se que o professor orienta os estudos, e nesse particular aspecto precisa ter conhecimento profundo sobre a matéria, e ainda, faz com que o aluno, estude previamente os materiais, e se apresenta à sala de aula, com algum conhecimento, ou seja, ele torna-se a principal figura do processo de ensino/aprendizagem.

No tocante a possibilidade, de logo se pondera que a mudança de paradigma proposta, constitui tarefa árdua, contudo, há que observar-se a crise da qual não se pode fugir, devendo a mesma ser enfrentada de forma séria, técnica, e comprometida com a melhoria da educação jurídica nacional.

6. REFERENCIAL TEÓRICO

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: UNB, 1999.

CICCO, Cláudio. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. 3ed, São Paulo: Saraiva, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 21, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COLANGE, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 12ed. São Paulo: Hemus,1975.

DAVID, Rene. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneos**. 3. ed. 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____, Rene. **O Direito Ingles**. 3. ed. 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fonstes, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Compendio de introdução à ciência do direito**. 9ª, São Paulo: Saraiva, 1997.

FÁVERO, Maria de Lourdes de Albuquerque. **Universidade e estágio curricular: subsídios para discussão**. *In*: ALVES, NILDA [org.]. Formação de professores: pensar e fazer. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2002.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A Ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. 12. ed. Campinas: Paz e Terra, 1979.

_____. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 17. ed. São Paulo: Paz e terra, 1996.

_____. **Pedagogia da indignação: cartas pedagógicas e outros escritos**. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

_____. **Pedagogia do oprimido**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

Longman Dictionary of contemporary English. Printed in Great Britain by Clays Ltda.

MELO FILHO, Álvaro. **Medódologia do Ensino Jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MOLINER, María. **Diccionario de uso del español**. Madrid: Condor, 1994.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**: com exercícios para a sala de aula e lições de casa. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 21ed, São Paulo: Cortez, 1998.

SOBRINHO, José Wilson Ferreira. **Metodologia do Ensino Jurídico e Avaliação em Direito. Porto Alegre: Pallotti,1997.**

VECCHIO, Giorgio Del. **Princípios Gerais do direito**. Belo Horizonte: Lider, 2003.

Webster's New Wordl Dictionari - Third College Edition. Printed in NY: 1998.

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Medódologia do Ensino Jurídico Com Casos - Teoria e Prática**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

---

* Advogado no Paraná. Pós-graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Mestrando em Instrumento de efetivação dos direitos da personalidade pela CESUMAR.

* * Advogado no Paraná. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela UNIVEL, e em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Mestrando em Instrumento de efetivação dos direitos da personalidade pela CESUMAR.

[1] FÁVERO, *op. cit.* p. 62.

[2] FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 67.

[3] FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 67.

[4] NUNES, *op. cit.*, p. 2.

[5] FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. p. 66.

[6] CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 21, Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 8.

[7] CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.* p. 69.

[8] Sobre os glosadores, *v*. Tércio Sampaio Ferraz Jr., **A ciência do direito**, cit., p. 21 e 22; Viehweg, Tópica y *jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, § V.

[9] DINIZ, Maria Helena. **Compendio de introdução à ciência do direito**. 9ª, São Paulo: Saraiva, 1997. p. 309.

[10] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* p. 458.

[11] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* p. 37.

[12] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* p. 117.

[13] CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.* p. 25.

[14] DAVID, Rene. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneos**. 3. ed. 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fonstes, 1996. p. 92-139.

[15] DAVID, *op. cit.* p. 283.

[16] DAVID, *op. cit.* p. 284..

[17] DAVID, Rene. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneos**. 3. ed. 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fonstes, 1996. p. 285.

[18] DAVID, Rene. **O Direito Ingles**. 3. ed. 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fonstes, 1997. p. 9.

[19] Assim denominadas por seu controle jurisdicional descentralizado.

[20] Os remédios precedem os direitos.

[21] DAVID, *op. cit.* p. 303.

[22] DAVID, *op. cit.* p. 308.

[23] DAVID, *op. cit.* p. 309, item 297.

[24] DAVID, *op. cit.* p. 312, item 302.

[25] DAVID, *op. cit.* p. 312, item 303.

[26] DAVID, *op. cit.* p. 312, item 332.

[27] DAVID, *op. cit.* p. 312, item 343, item 337.

[28] DAVID, *op. cit.* p. 312, item 345, item 342.

[29] DAVID, *op. cit.* p. 312, item 345, item 348.

[30] DAVID, *op. cit.* p. 312, item 345, item 349.

[31] MELO FILHO, Álvaro. **Metodologia do Ensino Jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 87.

[32] MELO FILHO, *op. cit.* p. 87.

[33] Aput ob cit. MELO FILHO, Álvaro, **Metodologia do Ensino Jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 87.

[34] MELO FILHO, *op. cit.* p. 87.

[35] Aput ob cit. MELO FILHO, Álvaro, **Medódologia do Ensino Jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 88.

[36] Aput ob cit. MELO FILHO, Álvaro, **Medódologia do Ensino Jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 88

[37] MELO FILHO, *op. cit.* p. 89.

[38] ZITSCHER, Harriet Christiane. **Medódologia do Ensino Jurídico Com Casos - Teoria e Prática**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 36-38.

[39] ZITSCHER, *op. cit.* p. 49-50.

[40] MELO FILHO, *op. cit.* p. 90.

[41] MELO FILHO, *op. cit.* p. 90.

[42] MELO FILHO, *op. cit.* p. 90.

[43] MELO FILHO, *op. cit.* p. 91.

[44] MELO FILHO, *op. cit.* p. 92.

[45] ZITSCHER, *op. cit.* p. 38.

[46] ZITSCHER, *op. cit.* p. 50.

A CRISE DO ENSINO JURÍDICO E UMA NOVA PROPOSTA DE METODOLOGIA PARA O ENSINO DAS DISCIPLINAS CONSTITUCIONAIS*

THE CRISIS OF LEGAL EDUCATION AND A NEW METHODOLOGY TO THE STUDY OF CONSTITUTIONAL DISCIPLINES

Andrea Joffily Parahyba

RESUMO

A afirmação de que o ensino jurídico está em crise é muito recorrente na atualidade e tal situação se caracteriza pela qualidade insuficiente e defasada da formação dos profissionais do direito que estão presentes no mercado. É freqüente e intensa a formação de bacharéis que não possuem a menor condição para atuar no exercício da profissão e das habilidades que o curso de direito se propõe a introduzir e desenvolver no aluno. Essa crise sofrida pelo ensino jurídico brasileiro se deve a vários motivos que são facilmente perceptíveis na sociedade. Enfatiza-se a participação do professor na atual conjuntura do ensino do direito, tendo em vista que é a partir dele que pode ser estabelecida uma mudança do método de ensino adotado em sala de aula. Pretende-se demonstrar que existem metodologias inovadoras no ensino do direito, especialmente no que se refere ao direito constitucional, pautadas na interdisciplinaridade entre os diversos ramos das ciências humanas e no paralelismo que se deve fazer com as questões constitucionais e os acontecimentos sociais e cotidianos existentes na sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: ENSINO JURÍDICO – APRENDIZADO – METODOLOGIA - DISCIPLINAS CONSTITUCIONAIS

ABSTRACT

The assertion that the legal education is in crisis is very current nowadays and such situation is characterized by insufficient quality of the lagged and training for law are in the market. It is frequent and intense the training of students law that not have the lowest condition to act in exercise of the profession and the skills that the course of law is to introduce and develop the student. This crisis suffered by the brazilian legal education is due to several reasons which are easily perceived in society. Emphasize the involvement of teachers in the present situation of teaching law, since it is from it that may be a change of teaching method used in the classroom. It is shown that there are innovative methodologies in teaching law, particularly with regard to constitutional law, based on interdisciplinarity between different branches of the humanities and the parallelism that should be done with the constitutional issues and everyday events and existing social in society.

KEYWORDS: LEGAL EDUCATION – LEARNING – METHODOLOGY - CONSTITUTIONAL DISCIPLINES

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

O trabalho em tela pretende sugerir uma diferente e inovadora metodologia a ser adotada no ensino das disciplinas de direito constitucional com a finalidade de estimular o interesse do estudante de direito na aprendizagem do conteúdo oferecido por essa matéria.

O tema mostra-se relevante na medida em que o ensino jurídico ainda se rege pelo método padrão consistente nas aulas expositivas e de simples repetição doutrinária, fundamentadas em notas de aula, em apostilas e em resumos que dirigem o aprendizado a uma mera reprodução dos dispositivos de lei e da doutrina.

No decorrer do estudo, serão apontadas algumas causas contributivas da precariedade do ensino jurídico atual, realizando-se uma breve exposição da influência negativa que a metodologia adotada pelo professor provoca para um aprendizado defasado e alheio à realidade social e humanística.

Essa tradição metodológica, além de prejudicar o interesse do aluno pela aprendizagem do direito em geral e, especialmente do direito constitucional, não prepara o profissional do direito para as exigências do mercado de trabalho e, tão pouco, para a análise das questões jurídicas, relacionando-as com os problemas da sociedade atual.

Os cursos e professores de direito necessitam adotar metodologias de ensino que estimulem a participação dos alunos nas questões discutidas em cada disciplina, mesclando as aulas expositivas com exercícios de reflexão, relacionados às notícias relatadas no cotidiano, possibilitando-se, assim, uma maior aproximação do âmbito de conhecimento entre a eficácia jurídica e a eficácia social.

1 ATUAL CRISE DO ENSINO JURÍDICO

A afirmação de que o ensino jurídico está em crise é muito recorrente na atualidade e tal situação se caracteriza pela qualidade insuficiente e defasada da formação dos profissionais do direito que estão presentes no mercado de trabalho. É freqüente e intensa a formação de bacharéis que não possuem a menor capacidade para atuar no exercício da profissão nem possuem as habilidades que o curso de direito se propõe a introduzir e desenvolver no aluno. É nesse sentido que se afirma que "*os cursos jurídicos estão falidos*".

Corroborando esse entendimento, temos Roberta Teles Bezerra:

Nos cursos jurídicos, a falta de contrapartida no quesito qualidade pode resultar em má formação do profissional do direito e esta desqualificação, por seu turno, pode diminuir o grau de efetividade do princípio fundamental de acesso à justiça, principalmente quando o acesso à justiça necessita da via jurisdicional.

Na avaliação de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, os cursos jurídicos não têm preparado bem o aluno para o pensamento jurídico crítico-reflexivo, revelando uma deficiência imediata na sua missão mínima: a habilitação para os concursos.

Essa crise sofrida pelo ensino jurídico brasileiro se deve a vários motivos que são facilmente perceptíveis na sociedade. Assim, podem ser citados como exemplos mais evidentes o alto índice de reprovação dos bacharéis em Direito nos exames da Ordem dos Advogados do Brasil e o não preenchimento das vagas oferecidas para os concursos públicos das carreiras da magistratura, procuradoria, promotoria e outras.

Nos últimos cinco últimos anos, menos da metade das vagas ofertadas para os concursos da Magistratura Federal das cinco regiões e para o Ministério Público do Trabalho vêm sendo preenchidas e, em vista disso, todos os anos são realizadas novas provas para o preenchimento das vagas restantes. Sérgio Coutinho aponta como responsável por essa situação "a ausência de uma sólida formação jurídica dos bacharéis" .

No mais recente concurso para a Procuradoria do Trabalho, por exemplo, foram ofertadas 132 vagas, das quais apenas 34 delas serão preenchidas. O número de inscritos em todo o país foi de 6.542 candidatos. Realizando-se uma simples operação matemática, obtém-se o resultado absurdo de 0,5% entre o total de candidatos inscritos e o total dos aprovados no certame.

É de conhecimento geral dos estudantes do direito que esses dois concursos são tratados como muito difíceis na carreira jurídica, porém isso não justifica o baixíssimo percentual de aprovados em relação aos inscritos.

Na realidade, esse dado fático demonstra, claramente, o alto grau de despreparo dos bacharéis em direito para a submissão às provas de concurso e ao mercado de trabalho como um todo.

Outra grande questão que influencia na crise do ensino do direito é a ausência de uma estrutura curricular composta por disciplinas de ciências humanas em geral, tais como Filosofia, Sociologia, Economia, Teoria Política, dentre outras. Essas matérias são de extrema importância para o aprendizado cultural por parte do estudante de direito, pois possibilitam-no ter uma visão mais compreensível dos problemas sociais, estabelecendo uma interdisciplinaridade favorável ao desenvolvimento de teorias e soluções a serem adotadas em cada caso concreto. Esses assuntos devem ser estudados como um instrumento de estímulo "à descoberta de esferas jurídicas em que a aplicação desses conhecimentos seja necessária e da criatividade interdisciplinar".

Nesse sentido, cumpre trazer a lição de Robertônio Santos Pessoa:

Esta desconexão disciplinar acaba por se refletir inexoravelmente na visão que os bacharéis apresentaram do direito ao término do curso. Uma visão fragmentada, desarticulada e excessivamente disciplinar, sem qualquer vislumbre de uma conexão interdisciplinar ou da existência de eixos estruturantes da teoria e da práxis jurídica. Deixa-se de proporcionar aos alunos da graduação uma visão de conjunto, gerando-se, assim, cada vez mais bacharéis fragmentados, cujas cabeças, ao término do curso, funcionam como autênticos armários, onde se encontram engavetados de forma

compartimentalizada as “doutrinas” e os “saberes” pertinentes aos mais diversos ramos jurídicos.

Assim, para que se obtenha uma visão humanista e generalizada por parte dos estudantes de direito e dos profissionais em geral, faz-se necessária a implementação de conteúdos relacionados aos direitos humanos e às problemáticas sociais. Essa atitude facilitará, sem sombra de dúvidas, o aprendizado do aluno e estimulará o professor na explanação da matéria, tendo em vista que esse possuirá maiores condições de contrastar a realidade social com o ensino do direito. Em conseqüência disso, o interesse pelo conteúdo jurídico ministrado em sala de aula aumentará vertiginosamente, contribuindo para a melhoria da formação profissional e da qualidade dos cursos de direito.

É inquestionável que a adoção da interdisciplinaridade no ensino jurídico “possibilita que haja uma integração com os conhecimentos de outros ramos do saber cientifico, capazes de auxiliar a investigação do Direito em face de sua aplicação social”.

Pode ser apontada também como causa contributiva para a defasagem do atual quadro do ensino jurídico brasileiro o não estímulo à pesquisa e à extensão universitária nos cursos jurídicos. Relevante a lição de Horácio Wanderlei Rodrigues ao afirmar que é imprescindível “tomar-se consciência da indissociabilidade desses elementos. Sem pesquisa não há novo conhecimento a transmitir. Sem extensão não há o cumprimento da função social do conhecimento produzido”.

Nesse sentido, relevante a consideração que Pedro Demo faz sobre o assunto ao sustentar que:

Inculca-se no estudante, igualmente, a mesma mentalidade, a saber, do receptor passivo que acumula mimeticamente conhecimento alheio. Não sabe descobrir a realidade, somente vê-la com óculos emprestados. A verdadeira tarefa docente é a de transmitir o compromisso com a pesquisa, buscando produzir construtores do saber.

Quando se está diante de uma estagnação em termos de pesquisa científica, torna-se árdua a tarefa de adotar manuais novos e atualizados e metodologias de ensino dinâmicas e voltadas para a realidade social. O ensino jurídico deve, por meio das atividades de “pesquisa e extensão e da produção científica dos professores e alunos, contribuir para o aprimoramento das instituições jurídico-políticas e promover o progresso científico e dogmático do Direito” .

2 METODOLOGIA ADOTADA PELO PROFESSOR COMO FATOR DA CRISE DO ENSINO JURÍDICO

A metodologia aplicada ao ensino jurídico ainda é aquela regida pelo modelo padrão, consistente em aulas expositivas e explicativas, nas quais o professor tenta passar o conhecimento da matéria, simplesmente, através da linguagem falada ou leitura de textos constantes de resumos ou apostilas.

Não resta dúvida quanto à necessidade de leitura dos dispositivos normativos referentes à matéria jurídica que se está estudando, tendo em vista que o aluno deve possuir um conhecimento inicial e preambular do conteúdo a ser estudado.

Ocorre que a simples leitura de leis, códigos e da própria Constituição Federal é extremamente cansativa, desinteressante e desestimulante, acarretando um estudo jurídico voltado a simples repetição, o que caracteriza uma visão extremamente positivista.

José Eduardo Faria afirma que as instituições de direito não podem se distanciar da complexidade dos conflitos emergentes no Brasil contemporâneo e, na mesma oportunidade, indaga:

[...]até que ponto, no âmbito duma sociedade tão complexa como a brasileira, é possível separar-se o direito positivo conceitualmente encarado na perspectiva de um sistema coerente, abstrato e universal, de todas as implicações políticas, econômicas, sociais e culturais inerentes ao seu real funcionamento?

O aprendizado fica realmente comprometido quando o professor se restringe a ler as normas jurídicas e a fazer uma breve e perfunctória explanação a respeito do dispositivo lido. A situação é agravada quando a explanação dada pelo docente não corresponde ao que a maioria dos doutrinadores defende ou ao que é decidido nas jurisprudências dos Tribunais Superiores e, ainda, mostra-se completamente dissociada das questões sociais e cotidianas. Trata-se de método altamente superficial que prejudica o conceito do curso, a formação profissional do aluno e o aprendizado acadêmico.

Sobre o tema, afirma Paulo Roney Ávila Fagúndez:

O magistério requer conhecimento técnico e, sobretudo, talento. O mestre necessita, pelo menos, de uma formação didático-pedagógica. O professor é um ator. E, como artista, tem que ser criativo. O professor tem que ser, necessariamente, um pesquisador. E um pesquisador jurídico não é apenas quem realiza garimpagem de jurisprudência na *internet.* É, sobretudo, aquele que procura um novo conhecimento, que envolve os alunos numa proposta crítica do sistema posto. A letargia do sistema jurídico se deve à anestesia dada pelos reprodutores dos conhecimentos dogmáticos.

Essa problemática referente ao ensino jurídico, aliado ao despreparo de grande parte do corpo docente das faculdades de direito, constitui a situação das universidades jurídicas brasileiras da atualidade que ainda utilizam a mesma metodologia empregada na época da ditadura militar. Naquela época e frise-se, ainda hoje, o método adotado para o ensino das disciplinas jurídicas consiste na mera reprodução do conhecimento – como já dito anteriormente, às vezes completamente errôneo –, uma atividade na qual os textos são decorados e as teorias são memorizadas.

Nesse sentido, enfatiza Paulo Luiz Netto Lôbo que o atual desafio pelo qual passa o ensino jurídico “é formar um profissional que conjugue o domínio do conhecimento do Direito existente, principalmente em seus fundamentos, com a competência para lidar criativamente com as mudanças”.

Conforme consta nas explanações supra, a crise do ensino jurídico brasileiro se deve a vários fatores, dentre eles podem ser citados: o ensino deficiente; a defasagem nos currículos das disciplinas; corpo docente descomprometido com a aprendizagem e qualidade dos cursos; interesses econômicos na implantação de cursos completamente defasados e descapacitados, apenas como forma de obtenção de lucros; informações insuficientes por parte dos alunos no que se refere a questões importantes e atuais da sociedade.

Luiz Flávio Gomes esclarece bem essa questão que ora se apresenta ao afirmar que o ensino jurídico no nosso país "acha-se submetido a pelo menos três crises: (a) científico-ideológica, (b) político-institucional e (c) metodológica" .

A primeira se refere ao equivocado paradigma científico que se adota como ponto de partida para o ensino. Defende o autor que, na atualidade, faz-se necessário ter conhecimento dos dois ordenamentos jurídicos vigentes e que convivem paralelamente, quais sejam, o constitucional e o legal. Entretanto, nas faculdades de direito, de forma geral, o que é ensinado constitui apenas metade do que se deve aprender – "a perspectiva positivista legalista do Direito e dos direitos".

A lei é o ponto de partida para toda e qualquer interpretação, porém essa deve ocorrer sempre em conformidade com a Constituição. Assim, o aprendizado das disciplinas de direito constitucional deve estar muito bem sedimentado na mente do aluno, visto que, é a partir da capacidade de interpretar a lei que se torna possível relacioná-la aos acontecimentos da realidade social e aplicá-la aos casos concretos.

O mesmo ocorre no sentido inverso, ou seja, a lei somente pode ser interpretada se relacionada às circunstâncias existentes na sociedade, pois a interpretação decorre da experiência anterior do intérprete, demonstrando ser uma atividade eminentemente dinâmica.

No que se refere à segunda perspectiva, entende Luiz Flávio Gomes que a faculdade de Direito é o lugar para que o aluno aprenda a pesquisar, a raciocinar, a compreender e, o mais importante, a argumentar. No ensinamento de Pedro Demo, argumentar é "fundamentar com o máximo de objetividade possível, tendo como padrão de comportamento científico a fidelidade aos fatos". Daí se pode concluir que argumento seria a passagem de um juízo já conhecido para algo que se desconhece.

Não há como alguém aprender a argumentar se não possuir uma formação ideológica bastante estruturada capaz de justificar as próprias orientações políticas ou seus interesses sociais; esse referencial ideológico é adquirido através da pesquisa científica.

Destarte, a faculdade de Direito deve incentivar a pesquisa e subvencioná-la, com a finalidade de introduzir no ensino jurídico uma maneira de desenvolver a capacidade crítica-argumentativa do estudante do direito. É dentro dessa perspectiva que uma nova metodologia deve ser introduzida no âmbito do ensino jurídico, em especial, do direito constitucional.

Ocorre que, grande parcela das faculdades particulares não tem interesse em estimular a atividade científica ou mesmo aperfeiçoar seus métodos de ensino, pois o principal objetivo delas é a obtenção incessante de lucros, caracterizando um ensino

mercantilizado. No que tange às faculdades públicas, a carência de recursos financeiros pode ser apontada como a principal causa para o não incentivo da pesquisa.

A terceira crise do ensino jurídico no Brasil está relacionada com a (total e absoluta) falência do método clássico de ensino, que padece de muitas anomalias.

Luiz Flávio Gomes apresenta, ainda, um último problema, mas não menos importante, como fator para a agravação da crise do ensino jurídico, a precária formação dos professores. O fato de alguns professores serem juízes, advogados, ou promotores, ainda que titulados com doutorado ou mestrado, não significa nenhuma garantia de serem bons transmissores de conteúdo.

José Arnaldo Vitagliano menciona o trabalho realizado pela Professora Maria de Lourdes Seraphico Peixoto da Silva que, por ocasião de uma conferência no XII Encontro das Faculdades de Direito, arrolou vinte e quatro itens referentes a vários aspetos da crise do ensino jurídico relacionados ao professor. O encontro foi organizado pelo Colégio Brasileiro de Faculdades de Direito e teve como tema central a deficiência do ensino jurídico na "Carência de capacitação de seus docentes".

Através dos itens apresentados pela conferencista, percebe-se que existem vários aspectos da crise do ensino jurídico e o professor, efetivamente, possui uma parcela de culpa. Contudo, não se pode atribuir a falência do ensino jurídico atual, unicamente à metodologia adotada pelos professores. Isso é um resultado de vários fatores conjugados que já se encontram sedimentados na prática do ensino e que devem ser revistos para que a faculdade de direito se torne realmente efetiva na formação de profissionais conscientes dos problemas da realidade.

Importante ressaltar também o fato de a remuneração ser insuficiente e desestimulante para o professor do direito que, mesmo que desenvolva uma expectativa e motivação pessoal em relação ao ensino, não vê um retorno econômico e financeiro propício para que haja a dedicação exclusiva. Leonardo Greco compartilha desse mesmo posicionamento ao expor que:

O magistério jurídico se desvalorizou, especialmente nas universidades públicas, nas quais se transformou em atividade acessória. Muitos desistem do ensino público pela má remuneração, pelas desfavoráveis e penosas condições de trabalho e pela ausência de perspectiva de concursos ou de progressão funcional.

A crise existente no ensino jurídico brasileiro é resultado da falência do método clássico de ensino, impregnado de muitas distorções, e que ainda é utilizado atualmente. Essa metodologia de didática acarreta o desinteresse pelas questões constitucionais e prejudica por completo o seu entendimento.

3 ENSINO DAS DISCIPLINAS CONSTITUCIONAIS

A crise do ensino jurídico, evidentemente, atinge o aprendizado do direito constitucional. Esse direito, como ramo fundamental das demais disciplinas, não pode ter seu entendimento prejudicado, tendo em vista que é a partir do estudo da Constituição Federal que parte o estudo dos demais ramos do direito.

Levando-se em consideração o ensino do direito constitucional, paralelamente aos outros ramos do direito, percebe-se um distanciamento substancial entre o conteúdo que é transmitido e o ambiente social. Não se pode pressupor que normas e princípios constitucionais, abstratamente considerados, possam ser utilizados no caso concreto, atribuindo ao seu ensino a lógica da subsunção, pois determinada conduta, prejudica a assimilação da matéria constitucional.

Luís Roberto Barroso afirma com propriedade que:

Além de não ser neutro, o direito não tem a objetividade proclamada pelo raciocínio lógico-formal de subsunção dos fatos à norma. Ao revés, é a indeterminação dos conteúdos normativos uma marca do direito. Mesmo o emprego dos mecanismos do direito posto conduz a resultados conflitantes, diante das possibilidades abertas pelo texto, circunstância que se torna ainda mais ostensiva quando se trate de normas constitucionais.

Esse relacionamento existente entre o ensino e a aprendizagem, no âmbito do direito constitucional, é rodeado de dificuldades com relação à compreensão do conteúdo e tem desafiado os professores a buscarem novas estruturas metodológicas que possibilitem e facilitem o ensino jurídico dessa disciplina.

É que o ensino do direito constitucional se realiza, na grande maioria das vezes, pela aplicação da regra em abstrato ao caso concreto. Essa não é uma metodologia apropriada ao ensino dessa disciplina, tendo em vista que conceitos como o de igualdade, por exemplo, são difíceis de serem aplicados diretamente ao caso concreto, sem antes passarem por diversas ponderações e análises de conflitos.

Os “princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido” , portanto, a metodologia relacionada ao ensino das disciplinas constitucionais não pode obedecer ao mesmo instrumento metodológico adotado para as outras disciplinas jurídicas.

Essa é uma constante dificuldade que o corpo docente, que ministra o conteúdo pertencente ao direito constitucional enfrenta, visto que, como disciplina básica, inicial e essencial de todos os outros ramos jurídicos, ela deve ser muito bem sedimentada na mente dos alunos.

No momento em que o curso de direito é iniciado, há um paradigma que desponta logo nas primeiras discussões relacionadas aos principais temas das disciplinas constitucionais, qual seja, o de que a teoria trazida pelos livros se mostra um discurso desprovido de qualquer possibilidade de concretização e aprovação. Essa situação decorre, na maioria dos casos, da ausência de discussões de natureza social e política no âmbito acadêmico.

A seguir, cita-se um exemplo de metodologia do ensino da matéria de Direito constitucional oferecida aos alunos do segundo semestre do curso de direito do Unicaub, elaborado por um professor pertencente a essa universidade, para o ano de 2009:

A metodologia empregada no desenvolvimento da disciplina será composta de aulas expositivas que abordarão os temas constantes do conteúdo programático. Cada tópico do conteúdo programático será abordado com fundamento em material bibliográfico (artigos, capítulos de livros etc.), que estará à disposição da Turma para cópia na pasta da disciplina da GPN Print Center. Para o acompanhamento das aulas, serão eventualmente apresentados slides e outros recursos didáticos, com os conteúdos esquematizados da matéria. Esse material também será fornecido aos alunos para consultas posteriores. Recomenda-se, não obstante, que os alunos tragam para a sala de aula a própria Constituição da República.

Percebe-se, diante do caso concreto acima exposto, que não foi incluída na metodologia, nenhuma pretensão de inter-relacionamento social ou do cotidiano com as aulas a serem ministradas, mas apenas pretensões expositivas.

Adotando-se essa linha de raciocínio, torna-se extremamente dificultoso o aprendizado das disciplinas constitucionais ao se adotar a metodologia atual do ensino jurídico. Nesse sentido, seguindo sugestão apresentada por Alexandre de Castro e Rosane Michelli de Castro deve-se:

[...] buscar algo com que o aluno possa estabelecer uma relação entre eficácia jurídica e eficácia social, mas algo que demonstre efetivamente uma relação existente entre os princípios e normas constitucionais lidos, discutidos e estudados na disciplina e o cotidiano. Despertar para a relação direta existente entre o dia-a-dia e a produção legal constitucional.

4. O EMPREGO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO COMO NOVA METODOLOGIA PARA O ENSINO DAS DISCIPLINAS COSNTTUCIONAIS

Os programas de televisão, jornais, revistas, editoriais, debates e notas constituem importantes instrumentos a serem utilizados no ensino das disciplinas constitucionais, na medida em que o fato concreto, noticiado nesses meios de comunicação, é analisado de acordo com os princípios do direito constitucional, desenvolvendo-se, da maneira mais eficiente possível, a visão crítica-reflexiva do estudante de direito.

A apreensão do material a ser discutido em sala de aula seria realizada diariamente e trazida para a avaliação entre alunos e professores. Assim, torna-se mais fácil a assimilação do conteúdo ministrado na disciplina de direito constitucional, visto que o aluno relaciona acontecimentos do cotidiano com as normas e princípios expostos na Constituição Federal.

Na edição de 12 de agosto de 2009, a Revista Veja apresentou uma matéria intitulada *Quando não há mais segredos*, a qual abordou a questão da violação da privacidade. A reportagem analisou todo o histórico da discussão referente ao tema, desde a antiguidade até a idade contemporânea, passando pela Idade Média, pelo Renascimento e pela Idade Moderna.

Desse modo, na antiguidade, Aristóteles estabeleceu a distinção entre a esfera pública – a polis, na qual se desenvolviam as atividades políticas - e a privada, reproduzida pelo lar e pela vida doméstica.

Na idade média, por volta do século VII, o Corão estabeleceu como princípio do islamismo o respeito ao recesso do lar, ao sustentar que não se deve adentrar na casa alheia sem pedir permissão ou cumprimentar os que nela se encontram.

O filósofo inglês John Locke publicou, em 1690, seu *Dois Tratados sobre o Governo Civil*, sustentando que os indivíduos pertencentes ao Governo e, portanto, detentores do poder, detinham o direito de serem protegidos contra intrusões desnecessárias no poder público.

Os juristas americanos Samuel Warren e Louis Brandeis, já no mundo contemporâneo, firmaram o respeito à privacidade como um princípio fundamental da Constituição americana.

Ainda de acordo com o periódico, instrumentos como o *youtube, facebook, orkut e twitter*, disponibilizados pela internet, facilitam a exposição da intimidade e da vida privada dos cidadãos, por vontade própria do usuário ou à sua revelia.

Quando o professor da disciplina constitucional traz esse meio de comunicação para dentro de sala de aula, torna-se mais instigante a discussão sobre o conflito existente entre dois direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, quais sejam o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem e o direito fundamental à liberdade de expressão e imprensa.

O aluno é levado a refletir sobre esse conflito de interesses e, nesse caminho para a busca de um desfecho adequado a essa questão, vários princípios do direito constitucional e dos demais ramos do direito são estudados e analisados, tais como, o da ponderação de interesses, o do balanceamento, o da proporcionalidade, o da razoabilidade. O estudante do direito constitucional é levado a refletir, ainda, a respeito da aplicação das normas constitucionais ao caso concreto, não se utilizando apenas do método da subsunção.

Além disso, no caso em tela, são estudados também o conteúdo dos próprios direitos fundamentais em conflito e alguns aspectos da democracia, do poder, do governo e do direito da personalidade, relatados no decorrer da explanação do processo histórico mostrado pela reportagem.

Nessa mesma linha de raciocínio e, com o objetivo de demonstrar com maior consistência que essa nova ferramenta metodológica é bastante produtiva ao desenvolvimento crítico-reflexivo do estudante de direito, traz-se à tona mais um exemplo de meio de comunicação que estimula o aprendizado da disciplina constitucional.

O programa Linha Direta, exposto há alguns anos na rede brasileira de televisão, mostrava crimes cometidos por pessoas que não haviam sido presas ou submetidas ao devido processo criminal, visto que, encontravam-se foragidas. O quadro elaborava a simulação da barbaridade praticada pelos criminosos e alertava à população quanto à periculosidade dos mesmos.

Durante toda a reformulação do crime, o programa expunha as fotografias dos foragidos ou alguma característica que pudesse identificá-los e solicitava que a comunidade entrasse em contato com à emissora, através do número disponibilizado na tela, caso encontrassem alguém que se enquadrasse nas feições apresentadas.

Nesse caso, o aluno é levado a se questionar a respeito de qual direito fundamental deve prevalecer quando se está diante de um conflito que envolve a privacidade do indivíduo e o direito de informação, pertencente a toda a sociedade, de saber que há um foragido perigoso.

Acerca do conflito entre princípios, Robert Alexy colaciona a seguinte lição:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.

Assim, a metodologia sugerida torna possível a implantação de uma discussão que vai além do universo jurídico vivido em sala de aula, o qual ainda é baseado na leitura repetitiva de códigos e doutrinas. Possibilita-se, ainda, uma maior aproximação entre as normas constitucionais e a realidade social, reforçando a idéia de que o ordenamento constitucional pode ser aplicado efetivamente.

Nesse mesmo sentido se manifesta Eliotério Fachin Dias ao afirmar que esse tipo de metodologia:

[...] se faz por essencial em qualquer forma de ensino dialógico, visto que possibilita aos alunos questionar a realidade posta em face de alternativas de solução, deixando de lado a dogmatização do saber por uma construção libertária do mesmo.

Ao se estender esse método de ensino aos demais ramos do direito, mostra-se possível estabelecer maior grau de interesse do aluno pelo estudo das ciências jurídicas em geral, facilitando o aprendizado e desenvolvendo o raciocínio reflexivo do direito. Essa mudança na metodologia padrão constitui uma importante contribuição para a melhoria do ensino jurídico como um todo.

Destaca Paulo Hamilton Siqueira Junior que:

A Universidade tem a função de pensar e repensar o mundo. Para enfrentar esse mundo, o homem deve utilizar um atributo singular da sua personalidade: o pensar. O processo de aprender e buscar conhecimento é uma das características do ser humano que, com o advento da informação, encontra-se mitigada. O homem deve, pois, utilizar a informação para pensar, refletir e adquirir o conhecimento.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ensino jurídico realmente apresenta sérias deficiências, como as já apontadas no decorrer do trabalho. Certamente existem outras causas contributivas para a agravação dessa crise, porém, abordou-se as principais, posto que a finalidade dessa explanação foi sugerir uma nova modalidade de metodologia a ser adotada para o ensino jurídico, em especial, o ensino das disciplinas constitucionais.

Todo e qualquer tipo de ensino deve superar essa metodologia padrão institucionalizada e consubstanciada apenas na transmissão de informações. É necessário que se busque desenvolver em cada aluno a competência crítica hábil a enfrentar situações complexas.

Deve ser realizada uma ruptura dos métodos de ensino jurídico atuais, empregando-se um ensino diretamente ligado à realidade social que possibilite o desenvolvimento da capacidade crítica-reflexiva do estudante de direito.

A metodologia sugerida nesse trabalho é de extrema importância na medida em que impõe ao aluno o reconhecimento de que as questões sociais estão intimamente relacionadas com o estudo do direito, em especial, o direito constitucional.

Para que o aluno tenha condições de desenvolver esse raciocínio crítico, faz-se necessário também que se estabeleça uma interdisciplinaridade entre as várias disciplinas lecionadas no âmbito das ciências humanas, permitindo que ele se adapte às necessidades do mercado e contribua para a elevação do conceito do ensino jurídico no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEZERRA, Roberta Teles. **Ensino jurídico e direitos fundamentais**. Fortaleza: Expressão gráfica e editora, 2008, p.12.

CASTRO. Alexandre de. CASTRO, Rosane Michelli de. Os artigos de jornais no ensino do direito constitucional. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, Campos dos Goytacazes, 2007. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 1546-1556.

COUTINHO, Sérgio. Por uma reforma didático-pedagógica no ensino jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=41> . Acesso em: 08 jul. 2009.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Atlas, 1987.

DIAS, Eliotério Fachin. As deficiências do ensino jurídico e a necessidade de (re)construção coletiva dos projetos pedagógicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5848>. Acesso em: 08 jul. 2009.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. O ensino jurídico: realidade e perspectivas. In: **OAB Ensino Jurídico - O futuro da universidade e os cursos de direito:** novos caminhos para a formação profissional. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006.

FARIA, José Eduardo. Introdução: o judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. A crise (tríplice) do ensino jurídico . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3328>. Acesso em: 04 jun. 2009.

GRECO, Leonardo. O ensino jurídico no Brasil. **Mundo Jurídico.** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=400>. Acesso em: 04 jun. 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ensino jurídico no Brasil: desafios para o conteúdo de formação profissional. **Anuário ABEDi**, ano 1, 2003.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Para preservar os padrões de qualidade do ensino jurídico. **Anuário ABEDi**, ano 1, 2003.

PESSOA, Robertônio Santos. Abordagem neoconstitucional do direito – por uma proposta pedagógica interdisciplinar e problematizante. In: **OAB Ensino Jurídico - O futuro da universidade e os cursos de direito:** novos caminhos para a formação profissional. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. 1. ed. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SILVA, Maria de Lourdes Seraphico Peixoto da. O ensino jurídico e suas deficiências: o magistério refratário. **Revista Jurídica**, ano III, n. II. Curitiba: 1983.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Ensino do direito. In: BERTASI, Maria Odete Duque (Org.). **Ensino jurídico no Brasil.** São Paulo: Lex Editora, 2008.

VITAGLIANO, José Arnaldo. A crise do ensino jurídico no Brasil e o Direito Alternativo**. Jus Navigandi,** Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=44>. Acesso em: 08 jul. 2009.

TERZIAN, Françoise; CHAVES, Erica. O big bang da internet. **Veja**, São Paulo, edição 2125, ano 42, n. 32, p. 78-83, 12 ago. 2009.

SILVA, Maria de Lourdes Seraphico Peixoto da. **O ensino jurídico e suas deficiências:** o magistério refratário. "in" Revista Jurídica, p. 129 ano III, n. II. Curitiba: 1983.

BEZERRA, Roberta Teles. **Ensino jurídico e direitos fundamentais**. Fortaleza: Expressão gráfica e editora, 2008, p.12.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ensino jurídico no Brasil: desafios para o conteúdo de formação profissional. **Anuário ABEDi**, ano 1, 2003, p. 47.

COUTINHO, Sérgio. Por uma reforma didático-pedagógica no ensino jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=41> . Acesso em: 08 jul. 2009.

GRECO, Leonardo. O Ensino jurídico no Brasil. **Mundo Jurídico**. Disponível em: <
PESSOA, Robertônio Santos. Abordagem neoconstitucional do direito – por uma proposta pedagógica interdisciplinar e problematizante. In: **OAB Ensino Jurídico - O futuro da universidade e os cursos de direito:** novos caminhos para a formação profissional. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006, p.101.

DIAS, Eliotério Fachin. As deficiências do ensino jurídico e a necessidade de (re)construção coletiva dos projetos pedagógicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5848>. Acesso em: 08 jul. 2009.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. 1. ed. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 82.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Atlas, 1987, p. 25.

GRECO, Leonardo. O Ensino jurídico no Brasil. **Mundo Jurídico.** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=400>. Acesso em: 04 jun. 2009.

FARIA, José Eduardo. Introdução: o judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. O ensino jurídico: realidade e perspectivas. In: OAB Ensino Jurídico - **O futuro da universidade e os cursos de direito:** novos caminhos para a formação profissional. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006, p.76.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Para preservar os padrões de qualidade do ensino jurídico. **Anuário ABEDI**, ano 1, 2003, p. 124.

GOMES, Luiz Flávio. A crise (tríplice) do ensino jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3328>. Acesso em: 04 jun. 2009.

Idem, ibidem.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Atlas, 1987, p. 17.

1. O professor carece de formação pedagógica, metodológica atualizada.

2. Mais da metade dos docentes jamais passaram por serviços de diagnósticos e treinamento ou fizeram cursos de metodologia de ensino superior.

3. Raros são os professores conscientes de sua profissão. A maioria encara o magistério como uma atividade a mais. Usando da expressão muitas vezes empregada na gíria, fazem do magistério "um Bico".

4. Desvalorização pelos próprios docentes, da atividade do ensino a tal nível que, constatamos essa realidade ao ouvir inúmeras vezes uma indagação como: "você só dá aula ou trabalha, também?". Diante de tal pergunta inconcebível, como resposta temos tendência a indagar o que se entende por trabalho.

5. Carência mais absoluta de um sistema articulado de valores e filosofias bem definidas e coerentes de educação.

6. Mentalidade absolutamente auto-suficiente dos professores que consideram não necessitar de qualquer apoio que não o de seu próprio saber jurídico, esquecendo-se de que para ensinar não é suficiente saber o conteúdo, há que estar dotado, pelo menos, de um mínimo de habilidades técnicas de ensino.

7. Desprezo mais absoluto por cursos e treinamento no uso de tecnologia específica que tenham validade imediata e concreta, quer dizer, que sejam relacionados diretamente com a função essencial do docente que é a instrução em sala de aula, que só se torna eficaz, na medida em que tende a desenvolver o raciocínio heurístico.

8. Refratabilidade em grau superlativo à informação, análise e possível adoção de toda e qualquer técnica que escape à retórica que habitualmente se entende como inerente e indispensável aos profissionais do direito.

9. Desconhecimento total das diferentes formas e critérios de avaliação e da necessidade de que esta esteja adequada, integralmente, aos objetivos gerais de cada disciplina e aos específicos de cada unidade, inclusive podendo e devendo variar de unidade para unidade.

10. Absoluto analfabetismo em relação à necessidade da formulação de objetivos para a eficiência e eficácia do processo ensino-aprendizagem, bem como em relação aos métodos que se pode utilizar na seleção dos conteúdos programáticos e na formulação desses objetivos.

11. Ausência de dedicação de várias horas à preparação remota ou próxima dos desempenhos docentes, em sala de aula.

12. Falta de verdadeira consciência profissional, uma vez que com a desculpa de que percebe pouco, o professor afirma que não pode se dedicar como gostaria ao magistério porque precisa sobreviver. É inequívoco que deveria ser melhor pago, mas consideramos que, se ainda sabendo que ganharia pouco, resolveu lecionar, então não pode escusar-se por este motivo, sob pena de carecer de consciência profissional.

13. Mentalidade arcaica de quem pensa que uma vez preparada uma aula, não mais se necessita rever. Note-se as já famosas fichas amareladas pelo tempo, tão comuns em nosso quotidiano e, tão conhecidas e tão contestadas pelos alunos, com toda a razão.

14. Sob alegação de deficiência das bibliotecas, os professores, facilmente, se apegam ao sistema de apostilas que, normalmente, pecam por falta de nível e por tratarem "do mínimo indispensável para a subsistência", atrelando o aluno, quando a função do professor seria a de despertar o gosto pela pesquisa.

15. Hábito, nada salutar, de fazer da aula um ditado ou cópia que infantiliza o aluno obstaculizando o desenvolvimento de seu raciocínio e impedindo qualquer formulação diversa da chamada "matéria" ou "ponto dado".

16. Mentalidade medíocre de quem identifica a missão do professor com o cumprimento do programa, ou transmissão de conhecimento, como um gravador, simplesmente a nível de informação.

17. Temor a ser considerado medíocre por não se utilizar da tradição verbalística e exageradamente retórica.

18. Ausência de esforço contínuo não por informar, mas por ter como objetivo principal: iniciar, desenvolver e aperfeiçoar a raciocínio jurídico.

19. Inexistência de interesse em formar e orientar os alunos para que sejam capazes de transformar o material memorizado em conceito compreendido.

20. Falta de conscientização de que nada se faz, em termos de aprendizagem, pelo exclusivo monólogo de quem ensina, porque só se dirige essencialmente à memória do aluno, e é sobremodo receptivo, não exercitando o raciocínio e impedindo a cooperação dos alunos, o que gera desinteresse.

21. A maior causa de uma avaliação deficiente reside no fato de que esta não é elaborada em atenção aos objetivos.

22. Os professores não fixam objetivos no momento de elaboração de suas provas, para cada questão, atendendo-se aos três critérios fundamentais de que fala Mager - Conduta final, padrão de rendimento e condição de desempenho.

23. A avaliação normalmente tende a apreciar o que o aluno foi capaz de reter a respeito de um tema e não como raciocina em relação ao tema, e, isto, porque o próprio professor não sabe formular seus objetivos, definindo o que interessa que o aluno saiba fazer, ao longo do processo do ensino/aprendizagem.

24. A partir do momento, em que o professor se conscientizar de que está fora da realidade e de que é preciso fixar objetivos e levar seus alunos a atingi-los, para ser professor, então, perceberá que há um sem número de entraves à realização dos objetivos - entraves colocados pelo próprio professor, e, então, sentirá a urgente necessidade de reformular as habilidades técnicas de ensino que emprega. VITAGLIANO, José Arnaldo. A crise do ensino jurídico no Brasil e o Direito Alternativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=44>. Acesso em: 08 jul. 2009.

GRECO, Leonardo. O ensino jurídico no Brasil. **Mundo Jurídico.** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=400>. Acesso em: 04 jun. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.284.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006, p.71.

NOLETO, Mauro Almeida. Plano de ensino 2009. Disponível em: <http://constitucional1.blogspot.com/>. Acesso em: 25 mai. 2009.

CASTRO. Alexandre de. CASTRO, Rosane Michelli de. Os artigos de jornais no ensino do direito constitucional. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, Campos dos Goytacazes, 2007. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 1546-1556.

TERZIAN, Françoise; CHAVES, Erica. O big bang da internet. **Veja**, São Paulo, edição 2125, ano 42, n. 32, p. 78-83, 12 ago. 2009.

Art. 5º, inciso X, CF: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Art. 5º, inciso XI, CF: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Art. 5º, inciso XIV, CF: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.93-94.

DIAS, Eliotério Fachin. As deficiências do ensino jurídico e a necessidade de (re)construção coletiva dos projetos pedagógicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5848>. Acesso em: 08 jul. 2009.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Ensino do direito. In: BERTASI, Maria Odete Duque (Org.). **Ensino jurídico no Brasil**. São Paulo: Lex Editora, 2008, p.133-134.

QUALIDADE DO ENSINO JURÍDICO E FORMAÇÃO DE PROFESSORES: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA PEDAGÓGICA*

QUALITY OF THE JURIDICAL TEACHING AND FORMATION OF TEACHERS: AN ANALYSIS UNDER THE PEDAGOGIC PERSPECTIVE

Antonio Walber Matias Muniz
Mara Solange de Myrela Cunha Vieira

RESUMO

A importância da pesquisa está em apresentar os pontos relevantes sobre o assunto dentro de uma interpretação sistemática entre Direito e Pedagogia. O que se pretende com este trabalho, em sentido amplo, é propor uma reflexão acerca da qualidade do ensino superior jurídico, analisando a formação dos docentes, bem como dos discentes, além dos instrumentos jurídicos voltados a essa realidade. Docentes e discentes demonstram a necessidade de implementação de práticas pedagógicas voltadas à didática, visto que, atribui-se a esta ausência, a ineficiência do ensino, responsável pelo fracasso de tantos estudantes de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: ENSINO JURÍDICO. FORMAÇÃO DE PROFESSORES. PEDAGOGIA E DIREITO.

ABSTRACT

The importance of research is to present the relevant points on the subject in a systematic interpretation of law and pedagogy. What is intended with this work in the broad sense, is proposing a reflection on the quality of legal education, examining the training of teachers and the students, besides the legal instruments geared to that reality. Teachers and students demonstrate the need for implementation of educational practices aimed at teaching because, attaches to this absence, the inefficiency of education, responsible for the failure of many students of law.

KEYWORDS: LEGAL EDUCATION. TEACHER TRAINING. PEDAGOGY AND LAW

INTRODUÇÃO

A expansão dos cursos de ensino superior nasceu para atender a um objetivo social relativo à democratização da educação, entretanto os especialistas passaram a

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

questionar, com frequência, se tal ampliação se restringiu à demanda quantitativa ou se se estendeu ao fator qualitativo.

O Ministério da Educação (MEC) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) passaram a atuar mais formalmente nos processos de criação e de reconhecimento desses cursos, por meio de iniciativas como: a instituição da Portaria nº. 1886 de 1994 do MEC, que fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo dos cursos de Direito, o que já representou um significativo avanço; a criação de distintas modalidades de avaliação dos cursos de direito, bem como a correspondente maior exigência de qualificação do ensino ministrado, o que se efetiva através da Avaliação das Condições de Oferta dos Cursos de Direito, de iniciativa da Secretaria de Educação Superior (SESu) e do MEC; a adoção Exame Nacional de Cursos, o chamado "Provão", promovido pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Anísio Teixeira (INEP) e pelo MEC; bem como a execução do Exame de Ordem, de iniciativa da OAB, além de outros.

Nesse processo de expansão, o curso de Direito tornou-se um dos mais procurados, o que se justifica, para alguns, através de sua inegável importância histórica no Brasil, uma vez que esta foi a primeira área de ensino superior implementada no País; já para outros, constitui-se uma maneira de alcançar altos salários, visto que muitos concursos para cargos extremamente bem remunerados são voltados à área jurídica; e determinada parcela busca, ainda, "status" social e bons rendimentos assegurados pelo poder público.

Tal intensa procura culminou com a explosão de novos cursos por toda a nação brasileira. Ocorre, porém, que o ensino jurídico ministrado não vem acompanhado de proporcional qualidade, tanto por parte das próprias instituições, quanto, também, por parte de seus professores, os quais, muitas vezes, não têm formação específica voltada ao exercício da docência.

Do ponto de vista pedagógico, tal perspectiva passa a ser esquecida e, juntamente com ela, perde-se uma educação voltada à formação integral do ser humano, co-responsável pelo desenvolvimento de um cidadão ético, de valores morais fortalecidos.

Paralelamente a essa situação, percebe-se que, nem sempre, o exercício da docência ocorre como escolha; o desejo pode não ser, em sua essência, o de contribuir com o crescimento acadêmico, com o compartilhamento do saber, mas, sim, como uma forma de se alcançar o "status" social inerente ao cargo de docente de ensino superior, ou, para uma minoria, como uma possibilidade de se ampliar os ganhos salariais, devido à existência de impedimentos para o exercício de outras atividades.

A qualidade do ensino superior jurídico passa a ser questionada por toda a sociedade, a qual assiste à realização de inúmeros concursos públicos, os quais, em muitos casos, não logram êxito, em razão de as vagas não serem preenchidas, devido aos candidatos não alcançarem a pontuação mínima necessária à aprovação. Os últimos resultados dos exames da Ordem no País confirmam, de forma alarmante, a ineficácia e ineficiência de tais cursos, mediante a exorbitante quantidade de reprovados.

É preciso que se analise tal fato mediante o ponto de vista pedagógico, em virtude de o cerne da questão estar relacionado à problemática educacional, no caso do objeto desta pesquisa, o jurídico. É preciso que se reveja não só o que se ensina, mas, ainda, o modo como se ensina, bem como o preparo de quem ensina.

A dimensão pedagógica dos cursos de ensino superior jurídico deve ser por excelência, formativa e não informativa o que significa não se restringir ao conhecimento das normas, mas, sobretudo, ampliá-lo, de modo que o aluno possa pensar o Direito, capacitando-se para abordar e refletir criticamente os casos jurídicos com que vier a deparar no seu futuro profissional.

Muito se questiona sobre a pedagogia aplicada no ensino superior; a diversidade é crescente. Utilizam-se métodos tradicionais ou inovadores, tais como os relativos às vídeo- conferências, mas talvez eles permaneçam como procedimentos responsáveis pela permanência de um contingente cada vez maior de alunos passivos em sala de aula.

O professor, em geral, não está efetivamente bem preparado e, muitas vezes, não se interessa por inovar sua didática, não avalia o beneficio a ser proporcionado, caso consiga despertar no aluno maior interesse acerca da disciplina lecionada. O simples diálogo direto é indispensável para que o professor verifique se o que ensina está sendo eficientemente transmitido.

Posto tudo isso, buscou-se desenvolver neste trabalho uma pesquisa voltada a responder os seguintes questionamentos: a qualidade do ensino jurídico, bem como a formação dos docentes dos cursos de Direito para o exercício do magistério, vem ocorrendo de forma satisfatória? É viável e/ou necessário que uma perspectiva pedagógica seja efetivamente implementada ao ensino jurídico? Quais as Leis e os instrumentos jurídicos dedicados à criação, manutenção e avaliação dos Cursos de Direito. De que maneira docentes e discentes vêm percebendo a realidade do ensino jurídico?

A justificativa para esta pesquisa tem assento na formação de ambos os autores na área educacional, construída através da graduação nos cursos superiores de Letras e de Pedagogia, alicerçada, ainda, pela Habilitação em Administração Escolar e pela Pós-Graduação, em nível de Especialização, em Psicopedagogia, de um e pela docência do outro, o que se constituiu a base de uma perspectiva duplamente pessoal singular de análise e de vivência do Curso de Direito.

A questão da qualidade do ensino jurídico, uma celeuma generalizada entre especialistas e não-especialistas em Educação, torna-se paulatinamente ainda mais evidente. A formação de professores, por vezes, depreciada, causa prejuízos irrecuperáveis a docentes e discentes. Nacionalmente, essa questão é abordada pelas instituições de notória relevância, tais como MEC e OAB, vindo a explicitar, assim, a concretude do problema, o qual, de nenhuma forma, constitui-se uma mera suposição.

É preciso, então, que sejam encontradas formas de se compreender tal fenômeno, para que, a partir daí, busquem-se as técnicas e métodos adequados ao alcance da solução efetiva do problema, de modo a se chegar à qualificação das instituições, além da adequada, e continuada, formação docente, o que, sem dúvida,

levará à melhoria do aprendizado, o qual, por sua vez, trará um retorno benéfico à sociedade.

A relação entre os docentes, a metodologia utilizada e o conteúdo ministrado não deve se restringir à pura transmissão de informação deve, sim, desenvolver, por excelência, a capacidade crítica do aluno diante da realidade na qual está inserido.

O ensino deve assumir características interdisciplinares, estabelecendo ligações entre os mais diversos campos do Direito, de modo a, assim, vislumbrar um meio de se minimizar os problemas de defasagem curricular, visto que docentes e discentes serão capazes de desenvolver reflexões multidisciplinares.

A formação do professor não poderá ser limitada ao exímio domínio jurídico; mais que dominar conteúdos, é necessário que se saiba compartilhar conteúdos. Ensinar e aprender diz respeito a muito mais do que o mero acúmulo de conhecimentos; não é uma simples transferência.

Caso as instituições, os alunos e os professores atuem de forma singular, de modo a buscar, a aplicar e a aperfeiçoar, não só os conhecimentos jurídicos, mas, sim, àqueles relativos à qualidade de ensino, haverá grandes possibilidades de mudança, inclusive no quadro social vigente, em razão de a construção de profissionais éticos, e bem preparados, ser um avanço em direção ao bem comum.

Dessa forma, capacitação continuada, oitiva das necessidades de alunos e professores, acrescidos da identificação e do fornecimento das técnicas necessárias, implicará a elevação da qualidade do ensino jurídico, da qualificação profissional, tudo isso, mediante a adoção de uma análise sob a perspectiva pedagógica.

Tem-se, então, como objetivo geral deste trabalho investigar a qualidade do ensino jurídico e a formação docente, objetivando, especificamente: analisar se a qualidade do ensino jurídico, bem como a formação dos docentes dos cursos de Direito para o exercício do magistério, vem ocorrendo de forma satisfatória; estabelecer relações entre o Direito e a Pedagogia de modo a demonstrar a necessidade da efetiva implementação de uma perspectiva pedagógica no ensino jurídico; analisar os instrumentos jurídicos responsáveis pela criação, autorização, reconhecimento e qualificação dos Cursos de Direito; investigar como docentes e discentes vêm percebendo a realidade do ensino jurídico.

Em relação aos aspectos metodológicos utilizados neste trabalho, as hipóteses são investigadas mediante pesquisa bibliográfica, explicitação do problema através da análise da literatura já publicada em livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, que envolva o tema em estudo, há, ainda, pesquisa documental, através de projetos, leis, normas, resoluções, pesquisas on-line, dentre outros que abordem o tema e, por fim, há a pesquisa de campo, na qual foram aplicadas entrevistas e questionários com os docentes e discentes e procedeu-se a observação *in loco* da prática de ensino jurídico.

Cumpre-nos, então, ressaltar a importância do tema abordado, de modo a promover a reflexão acerca das potencialidades desta temática, visto que é inegável a relevância das discussões em análise, considerando a sua repercussão social e a

necessidade de sua aplicação paulatina e gradativa, para que haja benefícios educacionais, jurídicos e, conseqüentemente, sociais.

Para fins didáticos, o trabalho divide-se em quatro segmentos: o primeiro segmento discute a qualidade e a formação de docentes do ensino superior jurídico, traçando um paralelo entre Direito e Pedagogia, abordando a crise do ensino jurídico, a formação para o trabalho docente e as relações entre formação continuada e qualidade do ensino.

O segundo segmento enfatiza a necessidade de se conferir uma perspectiva pedagógica ao ensino jurídico, evidenciando a necessidade de se desenvolver uma educação para todos, a qual deverá ter como pressuposto a ética na formação dos educandos, de modo que os professores não se limitem a ser meros transmissores.

O terceiro segmento dedicado à análise dos instrumentos jurídicos voltados à qualificação do ensino jurídico, analisando as diretrizes curriculares e, ainda, o posicionamento do MEC e da OAB perante a qualificação dos cursos de Direito.

Por fim, o quarto segmento pretende avaliar a realidade do ensino jurídico, tendo como escopo o Curso de Direito de uma IES (Instituição de Ensino Superior) de Fortaleza, de modo a verificar as perspectivas educacionais docentes e discentes.

Ao final, expõem-se as conclusões deste estudo, refletindo sobre a correlação entre a qualidade do ensino jurídico e a formação recebida pelos professores.

1 A QUALIDADE E A FORMAÇÃO DE DOCENTES DO ENSINO SUPERIOR JURÍDICO

Eleva-se a necessidade de investigar de que forma a qualidade do ensino jurídico, bem como a formação de professores dos cursos de Direito vem ocorrendo. Mais que isso, para que o escopo de uma melhoria da qualidade de vida social seja alcançado, é preciso que os paradigmas educacionais sejam revistos, ainda mais, quando se referem a um cursos norteador dos padrões de justiça nacionais.

A educação brasileira é questão amplamente discutida, não só pelos especialistas da área, quanto pela sociedade em geral, em razão de sua inequívoca relação com a melhoria da qualidade de vida e com o crescimento cultural da nação.

O ensino jurídico eleva-se nesta discussão, em razão de os cursos de Direito tornarem-se objeto de exacerbado crescimento. Ante este fato, questiona-se a existência de proporcional qualidade de ensino, bem como a formação daqueles que se dedicam ao exercício da docência no ensino superior jurídico.

1.1 Justiça e Educação: a relação entre Direito e Pedagogia

Em uma sociedade democrática, a justiça se apresenta como um elemento básico, visto que é condição *sine qua non* para a existência de cidadãos livres e iguais, integralmente cooperadores na sociedade. Sendo assim a justiça entendida como uma garantia da distribuição justa de bens sociais, não se pode afastar deste contexto a educação.

Para que a justiça possa se efetivar é necessário que haja igualdade e bem comum em educação, posto que o conceito de justiça está indissociável da igualdade de oportunidades, igualdade, equidade, valores que poderão se concretizar mediante a existência de uma educação de qualidade desfrutada por todos.

A justiça segundo J. Rawls, citado por Estevão (2001, p. 59-60):

A sua justiça está contudo submetida a condições estritas: em primeiro lugar, é necessário que elas tenham sido obtidas no quadro de um sistema escolar visando à igualdade de oportunidades, isto é, assegurando tanto quanto possível oportunidades iguais, independentemente da origem social. Contudo, por causa, por exemplo, de desigualdades de aspirações ligadas às origens sociais, é impossível chegar a uma situação perfeita de igualdade social de oportunidades. As desigualdades que permanecem devem orientar-se a favor ou [dando] vantagem aos desfavorecidos.

Não há que se falar, então, na existência fática de justiça, caso inexista uma educação destinada a conciliar o ensino à igualdade de oportunidades. Justiça e educação devem estar interligadas de modo a proporcionar o alcance do bem comum.

Se há justiça, haverá igualdade de oportunidades educacionais; se há educação, haverá maior propensão à manutenção da justiça. Estevão (2001, p. 77) afirma:

Em outros termos, a justiça tornar-se-ia num elemento essencial da própria 'ética do mercado de livre consenso', que contribuiria, dentro da política de concessão de mais autonomia, para resolver a crise da gestão de que padece o sistema educativo e para reescolarizar as escolas num sentido não apenas de reforço das soluções de mercado, mas também de restauração das regras de vida e de trabalho na escola, numa espécie de fechamento simbólico, muito ao gosto de um certo tradicionalismo em educação. De certo modo, então, este entendimento da justiça corresponderia à justiça organizacional.

Em termos práticos, a Justiça deve proporcionar o esclarecimento de valores, a resolução de conflitos, a discussão de problemas públicos na sala de aula, a igualdade de acessos e de participação nos mais diversos níveis de decisão. Comparato (1998, p.38) evidencia tal relevância:

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, porém, o princípio da liberdade compreende tanto a dimensão política como a individual. A primeira vem declarada no art. 21, e a segunda, nos arts. 3º e seguintes. Reconhece-se, com isso, que ambas essas dimensões da liberdade são complementares e interdependentes. A liberdade política sem as liberdades individuais não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E as liberdades individuais, sem efetiva participação política do povo no governo, mal escondem a dominação oligárquica dos mais ricos.

A escola, entendendo-a como a instituição que educa, é responsável por propagar os princípios de justiça. O Direito, então, deve aliar-se à Pedagogia, de modo a promover a construção de uma sociedade crítica, ciente de seus direitos e de seus deveres.

Destaque-se, entretanto, que tal implementação deverá ocorrer dentro dos próprios cursos de ensino jurídico, no sentido de que profissionais cientes de sua responsabilidade social sejam formados.

1.2 Crise do ensino jurídico

A crise do ensino jurídico é uma realidade. Lyra Filho (apud FAGÚNDEZ, *on line*), fez o que se considera a crítica mais incisiva ao ensino jurídico brasileiro, afirma ele que:

> É evidente que uma reforma global do ensino jurídico [...] exigiria condições de viabilidade que estamos longe de entrever. Porém, ainda que atuando em campo mais limitado, é preciso ter sempre em vista o delineamento inteiro. Pois com ele é que discernimos o Direito apresentado no sistema tradicional como verdadeira mutilação, que apresenta as sobras torcidas do que realmente o Direito é. [...] E esta já é uma contribuição ao processo geral, histórico, de superação, que evidentemente transcende a reforma do ensino jurídico em si, ou mesmo a concepção global do Direito. Elas são, apenas, dois aspectos de outra totalidade ainda maior: o que se realiza no itinerário histórico para um futuro de liberdade, paz, justiça e união fraternal, em vez de dominação do semelhante. O Direito é substancialmente, na sua ontoteleologia, um instrumento que "deve" (para preencher o seu fim) propiciar a concretização de justiça social, em sistemas de normas com particular intensidade coercitiva. No universo jurídico, entretanto, uma dialética se forma, entre as invocações de justiça e as manifestações de iniqüidade, para a síntese superadora das contradições. Mas a consumação do projeto, como o de um ensino certo do direito certo, só pode ocorrer, como direito justo e homogeneizado, numa sociedade justa e sem oposição de dominantes e dominados. Preconizá-lo é também um passo, embora minúsculo, para o seu advento. O único, porém, ao alcance das minhas deficiências e temperamento; o que realizo, como posso, devolvendo o Direito, como um todo, aos espíritos jovens e inquietos que o reclamam. E isto é viável, dentro das próprias condições do ensino atual, desde que os professores de índole progressista o focalizem nos seus programas e aulas. [...] De qualquer maneira, "o mundo dos juristas tão calmos, tão bem-educados e tão-pensantes não é mais o mesmo. [...]. É preciso ver os sinais do mundo diferente que está em gestação". (LYRA FILHO, 1980, p.18-19).

Para Fagúndez (*on line)*, a crise do ensino jurídico se dá face à incompreensão de que ensinar Direito não é meramente reproduzir os dogmas, ao contrário, a função principal daquele que ensina o Direito é problematizar a própria crise que o afeta, de modo a, a partir daí, apontar caminhos para a construção de uma sociedade nova, a qual seja pautada em um Direito efetivamente promotor da verdade e da justiça.

A crise advém do fato de os cursos de ensino superior jurídico não estarem cumprindo o seu principal papel, o de transformar o indivíduo e permitir que ele chegue às suas próprias conclusões, para que ele possa se libertar de um sistema intrinsecamente autoritário.

Para Leal *(on line*) o ensino jurídico está em crise, visto que os profissionais formados em Direito, não apresentam as condições mínimas para o exercício das habilidades exigidas ao profissional do campo jurídico. Tal fenômeno está ligado aos novos valores da sociedade contemporânea, a qual vem privilegiando as novas formas

de conhecimento, em detrimento da base tradicional, isto é, para que seja possível o efetivo estudo do direito é necessário compreender suas teorias, sua linguagem e seus institutos, o que só poderá ser fatidicamente atingido por meio de leituras, de reflexões e do diálogo, prática que vem sendo paulatinamente perdida.

Ferraz (apud LEAL *on line*) afirma que estudar o direito "sem paixão é como sorver um vinho precioso apenas para saciar a sede. Mas estudá-lo sem interesse pelo domínio técnico de seus conceitos, seus princípios, é inebriar-se numa fantasia inconseqüente".

A compreensão dos fenômenos jurídicos pressupõe preparo até mesmo filosófico, visto que o profissional do Direito irá compreender uma disciplina que se organiza a partir de um mundo abstrato e aplicá-la ao mundo real.

Segundo Leal (*on line*):

A crise do direito, portanto, parece ser a crise da forma pela qual assimila-se o conhecimento neste mundo da tecnologia. Não é por menos que alunos já no primeiro ano do curso manifestam-se insistentemente para que lhes seja propiciado acesso à "*prática*", como se estudar direito fosse manusear processos, assistir à audiências ou fazer petições. Esse pensamento que cada vez mais se dissemina nas universidades ignora que o fenômeno jurídico é antes de qualquer coisa um fenômeno cultural e que somente é possível o estudo do direito na medida em que for possível compreendê-lo, ter claro seus institutos, sua linguagem e o método de análise do seu objeto.

Para que tal crise seja superada, é necessário mais que a adoção de medidas administrativas, de reformulações curriculares ou do aumento de investimento pelas faculdades de direito, para que essa situação seja suplantada é necessário entender-se que o direito é uma construção da razão humana que precisa ser, de fato, compreendido para poder ser aplicado, criticado ou, até mesmo, caso necessário, modificado.

Os cursos de direito recebem, via de regra, alunos que concluem o curso de ensino médio com baixa capacidade reflexiva, devido à falta de leitura, assim grande será a dificuldade de se dominar a linguagem utilizada no estudo do direito.

É fundamental que se adote uma postura integrativa entre professores e alunos, este deve perceber que o curso de direito exige leitura, estudo e reflexão, atitudes a serem adotadas por ele pessoalmente, enquanto aqueles promovam um espaço de debate, em sala de aula, ao contrário de apenas lançar informações, deve compartilhá-las, submetê-las a análises conjuntas.

As instituições de ensino superior devem estimular o debate entre os professores das diferentes disciplinas, para que haja um estudo integrado do direito, de modo a romper com a crença equivocada de que é possível ensinar o direito de forma compartimentada em áreas de saber hermeticamente fechadas.

1.3 Formação para o trabalho docente: relações entre formação continuada e qualidade de ensino

A formação continuada vem sendo pauta de muitos estudos nas últimas décadas; existe uma tendência de se investigar amplamente os objetivos pedagógicos, a sistemática de trabalho, o papel dos docentes, os resultados obtidos.

As ações de formação continuada podem ser descritas, superficialmente, como sendo o fato de que algumas instituições, sejam elas públicas ou privadas, reúnem grande número de professores para ouvir conferências, as quais serão responsáveis por capacitá-los. Decorridas algumas semanas ou meses, novamente os professores serão convocados, pertençam eles a qualquer nível de ensino, a participar de uma nova capacitação, e assim continuamente.

Em alguns casos, são oferecidas "oficinas" práticas para responder a demandas mais específicas do ensino de disciplinas, de maneira bem mais rápida.

Segundo Libâneo (2001, p. 67),

Obviamente, há um empenho dos organizadores em trazer conferencistas que impressionem bem os participantes, na tentativa de obter mais adesão aos objetivos propostos. Em muitas escolas, são realizadas semanas de planejamento, às vezes com a presença de professores da universidade ou das próprias equipes técnicas da Secretaria da Educação. Algo parecido com o descrito ocorre, também, em congressos e encontros.

Em geral, os projetos de formação continuada se dividem em quatro modalidades:

orientação para a aplicação da legislação e diretrizes do sistema, reforço de conteúdos e métodos por disciplinas, treinamento em sensibilização e treinamento em técnicas.

No primeiro caso, os responsáveis pela política educacional de um sistema de ensino reúnem os professores para divulgar e explicar normas legais, as diretrizes pedagógicas e modos de trabalho são conferidos, assim, como os treinamentos.

Já os cursos sobre conteúdos específicos das matérias têm por objetivo proporcionar um reforço aos conteúdos e os métodos e técnicas de ensino possíveis de utilização.

A terceira modalidade, treinamento de sensibilização, visa a proporcionar os meios para desenvolver a consciência do "eu" e dos outros, habilidades de relacionamento interpessoal, dinâmica de grupo, sensibilidade para captar as reações individuais e grupais, utilizando técnicas de sensibilização do docente para os aspectos afetivos da relação pedagógica.

Refere-se a uma tendência de "psicologização" das ações de capacitação de professores, a qual pode ser responsável por reduzir o desempenho profissional aos aspectos subjetivos.

Por fim, a última modalidade diz respeito a enfatizar os métodos e técnicas relacionadas ao conteúdo e ao manejo de classe, ressalta o conhecimento e utilização de novas técnicas de ensino, o uso das tecnologias da comunicação e da informação.

As ações de formação continuada precisam articular-se em torno de um projeto global de formação e desenvolvimento profissional dos professores, superando a sua transformação em mercado de entusiasmo ou mercado de qualquer coisa.

Acima de tudo, a formação continuada é parte integrante do exercício profissional que, junto com a formação inicial e outros ingredientes, constitui o sistema de desenvolvimento profissional. A formação continuada é, hoje, uma necessidade inadiável de desenvolvimento e atuação profissional, mas é preciso considerar alguns requisitos, pois não devem perder a ligação com as questões e demandas dos professores sobre seu trabalho, para Marin (1995, p. 26):

Não se trata de uma simples aquisição de conhecimentos, mas de uma transformação da própria pessoa envolvendo mecanismos psicológicos mais amplos, e essa interação sujeito-mundo (local onde habito e no qual dou e recebo significações) é que faz aparecerem problemas mais profundos, os quais a simples instrução não consegue resolver. É necessária uma prática transformadora constituída pela teoria e pela ação, formando uma proposta pedagógica que não concebe as pessoas como 'destinatárias' mas como sujeitos da própria atividade política.

Trata-se, assim, de interligar as ações do Ministério da Educação e das Instituições de Ensino Superior a um programa de formação contínua, através de um sistema de intermediação de equipes técnicas de professores, pedagogos ou especialistas que levantam necessidades das universidades, viabilizam programas de formação, mantêm viva a discussão do projeto pedagógico, avaliam o trabalho dos professores e, assim, fazem chegar materiais e propostas inovadoras.

2 A NECESSIDADE DE UMA PERSPECTIVA PEDAGÓGICA NO ENSINO JURÍDICO

A implementação de uma perspectiva pedagógica no ensino jurídico, de forma alguma, restringe-se a técnicas e meios utilizados pelos docentes para transmitir o saber, bem mais que isso, relaciona-se ao fato de que, a perspectiva pedagógica, marcará a criação de um Direito voltado para todos, no sentido de buscar o bem comum.

Fato é que faltam meios de tornar a produção do conhecimento jurídico mais produtivo, de modo a proporcionar uma sociedade igualitária e justa. Explícita está, portanto, o reconhecimento da relevância dos cursos de Direito e da adoção de uma perspectiva pedagógica, de modo a que se promova o fortalecimento das disciplinas, jurídicas ou não, de base, para que elas habilitem em grande parte o aluno à reflexão e à criação, como instrumento para enfrentarem os novos desafios e problemáticas sociais.

2.1 Educação para todos

Em 1990, na Tailândia, ocorreu a Conferência Mundial de Educação para Todos, através desse instituto, o Brasil ganhou novos meios de universalizar o ensino e erradicar o analfabetismo. Após essa conferência, criou-se o Plano Decenal de Educação para Todos, todavia foi a partir de 1995, que foram criados instrumentos responsáveis por materializar as metas definidas. (CASTRO, 2000).

Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº. 14 explicitou as responsabilidades educacionais da União, Estados e Municípios:

§ 4º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ajustarão progressivamente, em um prazo de cinco anos, suas contribuições ao Fundo, de forma a garantir um valor por aluno correspondente a um padrão mínimo de qualidade de ensino, definido nacionalmente.

O novo perfil de atuação do MEC incorporou a função de monitoramento e a avaliação do desempenho do sistema educacional (CASTRO, 2000).

Com a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, o Ministério da Educação assumiu o papel de formulador e coordenador das políticas nacionais de educação:

Art. 9º A União incumbir-se-á de:

I - elaborar o Plano Nacional de Educação, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais do sistema federal de ensino e o dos Territórios;

III - prestar assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória, exercendo sua função redistributiva e supletiva;

IV - estabelecer, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, competências e diretrizes para a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, que nortearão os currículos e seus conteúdos mínimos, de modo a assegurar formação básica comum;

V - coletar, analisar e disseminar informações sobre a educação;

VI - assegurar processo nacional de avaliação do rendimento escolar no ensino fundamental, médio e superior, em colaboração com os sistemas de ensino, objetivando a definição de prioridades e a melhoria da qualidade do ensino;

VII - baixar normas gerais sobre cursos de graduação e pós-graduação;

VIII - assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, com a cooperação dos sistemas que tiverem responsabilidade sobre este nível de ensino;

IX - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino.

§ 1º Na estrutura educacional, haverá um Conselho Nacional de Educação, com funções normativas e de supervisão e atividade permanente, criado por lei.

§ 2° Para o cumprimento do disposto nos incisos V a IX, a União terá acesso a todos os dados e informações necessários de todos os estabelecimentos e órgãos educacionais.

§ 3º As atribuições constantes do inciso IX poderão ser delegadas aos Estados e ao Distrito Federal, desde que mantenham instituições de educação superior.

O Brasil se engajou, assim, no processo de avaliação dos resultados alcançados durante a década na implementação do Programa de Educação para Todos, sob a recomendação de que se promovesse ampla participação dos diferentes atores, tanto governamentais quanto não-governamentais.

O ideário da criação de uma educação para todos deve estar atrelada à qualidade, pensamento que pode ser questionado, se considerarmos que, segundo um levantamento realizado pela Comissão Nacional de Ensino Jurídico da OAB com base em dados do MEC (Ministério da Educação) o número de cursos de Direito em funcionamento no país já ultrapassa a 1.078, os quais oferecem anualmente, para ingresso, 223.278 vagas.

Para fornecer uma melhor noção da quantidade de profissionais de Direito no nosso País, Watanabe (apud DELGADO, 2003, p.55) exemplifica que: "O Japão tem uma população de 120 milhões de habitantes - o Estado de São Paulo tem 40 milhões de habitantes, quer dizer, 1/3 da população do Japão; são 150 mil advogados no Estado de São Paulo; o Japão tem 19 mil advogados para 140 milhões de pessoas.". Destaque-se que estão excluídos deste números aqueles que são bacharéis em Direito, os quais não obtiveram aprovação no Exame de Ordem, o que tornaria este número ainda mais exorbitante.

Os números confirmam as preocupações do Conselho Federal da OAB com a proliferação de cursos e a má qualidade do ensino jurídico no País. Os dados fazem parte de um levantamento realizado pela Comissão de Ensino Jurídico da OAB com base em dados do MEC.

Ressalte-se que a educação deve ser para todos, entretanto deve ter como quesito indispensável a qualidade pedagogicamente realizável.

2.2 A ética como pressuposto na formação de universitários

O questionamento sobre a qualidade do ensino jurídico, bem como acerca da qualidade da formação dos professores deve ter como fundamento a sua nítida relação com a necessidade do desenvolvimento de um profissional ético.

A necessidade do estudo da ética no ensino superior supera a mera formalidade de estudos deontológicos, deve ser a característica primeira do profissional da lei.

A Ética, segundo Dicionário Houaiss, pode ser compreendida como um pensamento filosófico acerca do comportamento moral do homem, dos problemas morais e dos juízos morais , assim a visão filosófica da "ética" seria o estudo da "conduta ideal".

Segundo Xavier (2006, p.146) afirma que:

A eticidade, portanto, é um rigoroso estudo principiológico ou cabedal de reflexões filosóficas, científicas, políticas ou teleológicas sobre a nossa liberdade. (...) Chegamos a chamar de ética a própria vida quando nos realizamos com comportamentos adequados aos costumes considerados valorativamente corretos em nossas diferentes sociedades histórico-espaciais.

O profissional de Direito está sujeito a uma deontologia que regula o exercício de sua profissão, em consonância com o Código de Ética de sua classe, assim a deontologia trata de direitos e de deveres dos profissionais que estejam sujeitos à especificidade destas normas. Acrescenta, ainda, Xavier (2006, p.147):

Na ética contemporânea, a liberdade do indivíduo somente se completa na liberdade do cidadão dentro de um Estado livre e de direito. A organização estatal é o ápice do edifício da liberdade, com a Constituição, as leis, as declarações de direito, a definição e a divisão de poderes e a prática de eleições periódicas aparecendo hoje como questões éticas fundamentais.

É estreita a relação entre a necessidade de uma formação universitária ética e uma sociedade mais justa, desta feita, preceitua Xavier (2006, p.147-148):

O abalo dos valores básicos da vida política faz eclodir uma crise de legitimação das instituições e dos costumes vigentes em nosso meio societário. Toda essa visão do homem e da vida nos é constantemente passada e reforçada pelos meios de comunicação social, criando homens voláteis, vazios e consumistas, cujos desejos de ter, de fazer, de parecer ter e de prazer desconhecem limites. Criou-se uma mentalidade viciada, quase comum e conformada a essa situação, indiferente aos problemas sociais, sem senso crítico e responsabilidade moral. Acomodada ao reificado, objetal, coisificante *ethos* cultural hegemônico.

Isto posto, as Instituições de Ensino Superior devem assumir um comportamento voltado ao atendimento prioritário à população carente e marginalizada, para tanto não basta que o Corpo Docente tenha a titulação acadêmica necessária, as relações éticas devem ser priorizadas, visto que além de ser um pré-requisito da grade curricular, a postura ética é fundamental ao exercício de qualquer profissão. Insuficiente é, pois, o conhecimento profundo de sua área ou disciplina, sem que a sua aplicabilidade pelos futuros profissionais seja ética em prol da sociedade.

2.3 Professor ou mero transmissor?

Para pensar a formação de professores é preciso que se recorra a referenciais que configurem essa formação.

Dessa forma, é preciso destacar os saberes que têm sido considerados essenciais à formação de professores, bem como quais as categorias de qualidade que podem subsidiar a implementação de programas de formação continuada alicerçados em perspectivas de melhoria do desempenho docente.

Santos (1998), a respeito dos saberes implicados na formação do educador, refere-se inicialmente aos saberes das disciplinas, ou seja, conhecimentos sobre uma área ou áreas específicas que os docentes precisam ter.

Um outro tipo de saber que interessa à formação do docente é o saber pedagógico, dada a necessidade que ele tem de conhecer teorias de aprendizagem, de currículos e de ensino, bem como métodos didáticos, estratégias e recursos instrucionais, para planejar seu curso e organizar as experiências de ensino a serem desenvolvidas em sala de aula.

Além desses, os saberes práticos ou saberes da experiência, referentes aos conhecimentos e habilidades que o professor vai adquirindo no seu desempenho, têm sido bastante discutidos como um tipo de saber que deve ser levado em consideração ao se tratar da formação do docente.

Em relação aos saberes que devem integrar o processo de formação do educador, Saviani (1996) apresenta uma caracterização compreendida pelos saberes atitudinal, crítico-contextual, específico, pedagógico e didático-curricular.

A categoria referente ao saber atitudinal compreende os comportamentos e vivências adequadas ao trabalho educativo, abrangendo atitudes e posturas relativas ao papel atribuído ao educador.

O saber crítico-contextual se refere à compreensão das condições sócio-históricas que determinam a tarefa educativa. De acordo com Saviani (1996, p.149), é preciso que o educador "saiba compreender o movimento da sociedade, identificando suas características básicas e as tendências de sua transformação, de modo a detectar as necessidades presentes e futuras a serem atendidas pelo processo educativo sob sua responsabilidade".

Quanto aos saberes específicos, esses correspondem às disciplinas do conhecimento socialmente produzido, disciplinas essas integrantes dos currículos escolares das instituições de ensino que precisam ser assimiladas pelos educandos devendo, portanto, integrar o processo de formação do professor.

Na caracterização referente ao saber pedagógico, Saviani (1996, p.149) nos diz que nele se incluem "os conhecimentos produzidos pelas ciências da educação e sintetizados nas teorias educacionais, visando a articular os fundamentos da educação com as orientações que se impõem ao trabalho educativo". Para o autor, o saber pedagógico é que fornece a base da construção da perspectiva educativa que define a idéia do educador como um profissional distinto dos demais profissionais.

Na categoria do saber didático-curricular estão compreendidos o conhecimento das formas de organização e a realização da atividade educativa com referência à relação educador e educando. Trata-se do saber-fazer, implicando, além dos procedimentos técnico-metodológicos, "a dinâmica do trabalho pedagógico como uma estrutura articulada de agentes, conteúdos, instrumentos e procedimentos que se movimentam no espaço e tempo pedagógicos, visando a atingir objetivos intencionalmente formulados" (SAVIANI, 1996, p.150).

Na consideração dos saberes, Saviani (1996) afirma ainda que os agentes educativos são agentes sociais, cuja qualidade se modifica por efeito do trabalho pedagógico.

A formação prática refere-se ao conhecimento que o docente deve ter da prática profissional para a qual seus alunos estão sendo formados.

Um outro aspecto a ser considerado quanto à capacitação docente é a formação pedagógica, visto que é da competência pedagógica que surge, naturalmente, o comprometimento com as questões do Ensino e da Educação.

Não é suficiente que os docentes de ensino superior, jurídico ou não, atuem de modo a meramente transmitir conhecimentos, o professor deve ir além disso, compartilhando doutrinas, teorias, debatendo, enfim promovendo o efetivo aprendizado, o que irá superar os limites da sala de aula.

3 INSTRUMENTOS JURÍDICOS VOLTADOS À QUALIFICAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO

Analisam-se, neste segmento, os instrumentos, referentes às Diretrizes Curriculares, de fixação de regras de qualificação das Instituições de Ensino Superior Jurídico. Procede-se a análise da referente à atuação da OAB, no que se refere à imposição de restrições ou impedimentos à criação e reconhecimento de cursos, bem como ao aumento de suas vagas. Serão apreciados, dessa forma, os meios e garantias jurídicas de se qualificar os cursos de direito.

3.1 Diretrizes Curriculares

É necessário que a criação dos cursos de Direito vise à promoção de uma cultura voltada para as demandas sociais e coletivas, de modo a que eles reflitam sobre a sua estrutura. Para que, posteriormente, possam elaborar currículos voltados às necessidades dos grupos mais vulneráveis, com o intuito de promover uma "cultura jurídica" comprometida com a comunidade.

O desafio posto é promover o curso de Direito como instrumento de mudança através da formação do estudante de graduação dos cursos jurídicos, o que vem sendo buscado pelo Ministério da Educação.

Os cursos de Direito se tornaram realidade definitiva em 1827 e, a partir daí, inúmeras mudanças no que se refere aos marcos legais e regulamentares ocorreram. Inicialmente, foi adotado um currículo único para todos os cursos de Direito brasileiros de 1827 até 1962. Inclui-se neste período o ato de criação das Faculdades de Direito de Olinda e de São Paulo em 1827, a alteração curricular de 1854, a alteração curricular republicana de 1890 e a Lei nº 314/1895. (ABRÃO; TORELLY, 2005)

Posteriormente, estabeleceram-se os conteúdos mínimos a partir dos quais são construídos os currículos plenos de cada instituição de ensino. O sistema vigorou de 1962 a 2004. Inclui-se neste período o Parecer 215, de 15 de setembro de 1962, do Conselho Federal de Educação (CFE), a Resolução do CFE 003/72 decorrente do Parecer do CFE 162/72, a Resolução do CFE 15/73 e a Portaria Ministerial 1.884/947. Por fim, surgem as diretrizes curriculares, as quais estabelecem competências e

habilidades que devem orientar a formação do graduando em Direito. Entrou em vigor em 29 de setembro de 2004, com a Resolução nº. 09/2004 do Conselho Nacional de Educação. (ABRÃO; TORELLY, 2005)

A partir daí, os cursos de Direito devem conceber e implementar projetos de cursos que concretizem, em seu instrumental educativo e pedagógico, as habilidades e competências previstas na Resolução nº 09/2004. A atual LDB, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, orienta a concepção de diretrizes curriculares. Em 1997, cumprindo o determinado pela nova LDB, o Conselho Nacional de Educação aprovou o Parecer 776, o qual estabelece relevantes determinações. (ABRÃO; TORELLY, 2005)

Definiu-se no Parecer 776 que às instituições de ensino superior gozam de ampla liberdade na composição da carga horária a ser cumprida para a integralização dos currículos, assim como na especificação das unidades de estudos a serem ministradas.

Houve a indicação dos tópicos ou campos de estudos e demais experiências de ensino-aprendizagem que comporão os currículos, evitando ao máximo a fixação de conteúdos específicos com cargas horárias pré-determinadas, os quais não poderão exceder 50% da carga horária total dos cursos; evitando o prolongamento desnecessário da duração dos cursos de graduação.

Além disso, o Parecer 776 incentiva uma sólida formação geral, necessária para que o futuro graduado possa superar os desafios de renovadas condições de exercício profissional e de produção do conhecimento, permitindo variados tipos de formação e habilitações diferenciadas em um mesmo programa; estimulando as práticas de estudos independentes, visando uma progressiva autonomia profissional e intelectual do aluno.

O reconhecimento de conhecimentos, habilidades e competências adquiridas fora do ambiente escolar, inclusive as que se refiram à experiência profissional julgada relevante para a área de formação considerada passam a ser incentivados, de modo a fortalecer a interseção de teoria e prática.

A pesquisa individual e coletiva, assim como os estágios e a participação em atividades de extensão, são valorizados, inclusive passam a ser incluídas como parte da carga horária; promove, ainda, as orientações para a condução de avaliações periódicas que utilizem instrumentos variados e sirvam para informar a docentes e discentes acerca do desenvolvimento das atividades didáticas.

O ensino superior deve constituir-se uma etapa de um processo contínuo da educação, tal ideário é fundamentado pelo Plano Nacional de Educação (PNE), constante da Lei nº. 10.172, de 09 de janeiro de 2001.

15. Estimular a consolidação e o desenvolvimento da pós-graduação e da pesquisa das universidades, dobrando, em dez anos, o número de pesquisadores qualificados.

16. Promover o aumento anual do número de mestres e de doutores formados no sistema nacional de pós-graduação em, pelo menos, 5%.

17. Promover levantamentos periódicos do êxodo de pesquisadores brasileiros formados, para outros países, investigar suas causas, desenvolver ações imediatas no sentido de impedir que o êxodo continue e planejar estratégias de atração desses pesquisadores, bem como de talentos provenientes de outros países.

18. Incentivar a generalização da prática da pesquisa como elemento integrante e modernizador dos processos de ensino-aprendizagem em toda a educação superior, inclusive com a participação de alunos no desenvolvimento da pesquisa.

19. Criar políticas que facilitem às minorias, vítimas de discriminação, o acesso à educação superior, através de programas de compensação de deficiências de sua formação escolar anterior, permitindo-lhes, desta forma, competir em igualdade de condições nos processos de seleção e admissão a esse nível de ensino.

Tais princípios evidenciam que as Diretrizes Curriculares Nacionais fundamentam-se na idéia da criação de diferentes formações e habilitações para cada área do conhecimento, como forma de promover uma maior autonomia das instituições e na definição das suas propostas curriculares, competências e habilidades a serem desenvolvidas, de modo a valorizar a autonomia graduando em Direito. O que, sem dúvidas, favorecerá a construção de uma sociedade mais justa.

3.2 Posicionamento do MEC e da OAB mediante a qualificação dos cursos de Direito

Os cursos de ensino superior jurídico apresentam uma peculiaridade, visto que, nesses casos, o reconhecimento de tais cursos em instituições de ensino superior, até mesmo os sediados em universidades e centros universitários, obrigatoriamente, devem ser submetidos à manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil deverá manifestar-se até o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, contados da data do recebimento do processo, remetido pela Secretaria de Educação Superior do Ministério da Educação, conforme o art. 28 do Decreto 3860:

A criação e o reconhecimento de cursos jurídicos em instituições de ensino superior, inclusive em universidades e centros universitários, deverão ser submetidos à manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 1o O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil deverá manifestar-se no prazo máximo de cento e vinte dias, contados da data do recebimento do processo, remetido pela Secretaria de Educação Superior do Ministério da Educação.

§ 2o A criação dos cursos de que trata o caput dependerá de deliberação da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de educação, homologada pelo Ministro de Estado da Educação.

Nem sempre, entretanto, os pareceres emitidos pelo Conselho Federal da OAB são acatados pelo MEC, no que se refere aos nos processos de abertura e de reconhecimento de cursos de Direito.

Em 2007, segundo os presidentes da OAB nos Estados, foram conferidas licenças de funcionamento pelo MEC para 20 novas faculdades de Direito no País, sendo que a OAB opinou favoravelmente a apenas uma dessas instituições de ensino.

É importante destacar que, a emissão dos pareceres do Conselho Federal da OAB, embora previstas em lei, apresenta caráter meramente opinativo junto ao Ministério. Segundo Britto(*on line*):

E este tem levado muito pouco em consideração o que temos a dizer, apesar de examinarmos a fundo itens como projeto educacional da faculdade, qualidade do corpo docente e estrutura física, itens da biblioteca e se tal instituição atende ao requisito social exigido para seu funcionamento.

Segundo os dirigentes das Ordens dos advogados do Brasil, a OAB tem primado pela busca de uma qualificação maior para os cursos jurídicos, enquanto o MEC não vem dando a devida atenção à abertura dos referidos cursos, o que se comprova mediante a ampla quantidade de cursos de Direito que vêm sendo inaugurados.

Os presidentes das seccionais da OAB manifestam reiteradamente sua insatisfação, como se pode comprovar nos comentários emitidos, quanto à inobservância dos pareceres emitidos. Para Poersh (*on line*):

O Conselho Federal da OAB Federal precisa seguir se manifestando sempre contrário à criação de cursos jurídicos de baixa qualidade, desde que constatado e verificado de que se trata mesmo de faculdades caça-níqueis ou de puro mercantilismo. O MEC deveria prestar mais atenção aos pareceres emitidos pela Ordem, que faz um trabalho exaustivo nas suas Comissões de Ensino Jurídico. O MEC não tem levado em consideração o fato de sermos, hoje, o segundo País em número de advogados atuantes e termos mais de mil faculdades de Direito, quando nos Estados Unidos são cerca de cem. O principal é a fiscalização quanto à qualidade do ensino oferecido por essas faculdades. Essa deve ser a maior preocupação da Ordem dos Advogados do Brasil.

A preocupação com esta situação é uma constante, Porto (*on line*) evidencia que:

Precisamos adotar uma política enérgica no sentido de que haja a vinculação imediata das posições do Conselho Federal em relação à autorização de funcionamento de cursos superiores. Isso porque não podemos conviver com instituições de ensino sem a menor qualificação e não podemos dar prioridade à quantidade em detrimento da qualidade. A persistir esse cenário, com o MEC ignorando por completo o teor de nossos pareceres quando da apreciação de processos de abertura de cursos, entendo que deveríamos sustar a emissão de nossos pareceres. É preciso que haja, imediatamente, por parte do Congresso Nacional, uma proposição de lei fixando a vinculação dos nossos pareceres

às autorizações de funcionamento de cursos, medida que poderia partir até do próprio Ministério da Educação.

Ante este contexto, a Ordem dos Advogados do Brasil enviou ofício ao ministro da Educação, Fernando Haddad, ressaltando que apenas pareceres do Conselho Federal devem ser levados em conta pelo Ministério da Educação para autorizar o funcionamento dos cursos de Direito.

A partir daí, o ministério criou uma Comissão Técnica de Acompanhamento de Avaliação, que dividiria com a OAB a responsabilidade da resolução, caso a entidade não concordasse com o reconhecimento de determinado curso.

Muito se questiona se há legitimidade, ou mesmo competência, para que a OAB interfira diretamente no na abertura e funcionamento de tais cursos, principalmente, quando se considera que os demais cursos recebem sua carteira profissional sem a necessidade de outro exame específico, visto que os riscos da existência de um mau profissional no mercado permanece o mesmo, assim indaga-se por que não se dedica a OAB à criação de exames para as outras categorias profissionais.

4 A REALIDADE DO ENSINO JURÍDICO

Com o escopo de melhor se compreender a realidade vivenciada contemporaneamente, no que diz respeito ao ensino jurídico, especialmente, no que se refere à compreensão e análise da qualidade do ensino jurídico, bem como ao entendimento de como ocorre a formação para o exercício da função docente, procedeu-se uma pesquisa de campo no Curso de Direito de uma IES em Fortaleza.

Para o alcance dos dados a serem analisados e tabulados, foram aplicados questionários com os docentes e discentes, em paralelo, foram feitas entrevistas informais e houve, ainda, a observação *in loco* da prática de ensino jurídico.

4.1 Perspectiva docente x perspectiva discente

Para que o intuito de se apreender as visões acerca da qualidade do ensino jurídico, em especial, de uma IES pesquisada em Fortaleza, fosse alcançado, aplicou-se um questionário com dez perguntas. O corpus da pesquisa fundamentou-se na análise das respostas fornecidas por 60(sessenta alunos) e 18 (dezoito professores).

Os questionamentos feitos foram, praticamente, os mesmos, visto que o escopo perseguido fundamenta-se em verificar se as visões relacionadas à qualidade do ensino jurídico, bem como à formação de professores, vêm sendo internalizadas de mesma forma.

Desse modo, urge que cada item seja analisado de forma concomitante, isto é, proceder-se-á a análise questão a questão, traçando uma correspondência entre as idéias apresentadas por docentes e por discentes.

4.2 Descrição dos resultados da pesquisa de campo aplicada na IES de Fortaleza

Na pesquisa realizada durante o período relativo ao segundo semestre de 2008, investigou-se, inicialmente, a que se atribui, como principal motivação, o ingresso na carreira docente segundo os alunos. Os dados demonstram que 54% referem-se à complementação de renda; 23% à vocação e 10% à complementação de renda e vocação. 7% atribuem ao acaso sua estada na carreira docente.

Em seguida, na investigação sobre a principal motivação para o ingresso na carreira docente, segundo os professores os dados revelam que 82% escolheram por vocação; 12% por complementação de renda e 6% por acaso. Desta forma para os próprios docentes, quase que a totalidade afirma ser motivado, principalmente, pela vocação.

Encontra-se aqui a primeira, grande e distinta, percepção de ambos os atores envolvidos na realidade da vivência educacional. Embora não se possa ter a certeza inquestionável do fator predominante, no que diz respeito ao ingresso na carreira docente, é importante atentar para a percepção disseminada em relação a esta questão.

Numa terceira etapa da pesquisa indagou-se como os professores são vistos pelos alunos. Em resposta, 86% dos estudantes entrevistados percebem os profissionais que atuam em sala de aula ministrando o ensino jurídico, não como professores, mas, sim, como um profissional de uma área não relacionada à educação, os quais, nas horas vagas, ministram aulas. Apenas 7% o vêem como educadores de fato.

Destaque-se que, contrariamente, os próprios docentes entrevistados, em sua maioria, 56% quando questionados sobre sua profissão, afirmam ser professores, ao passo que 22% não respondem por não ser a sua ocupação principal, enquanto outros 22% não o fazem de maneira rotineira, por vezes, respondem ser professores, por vezes, não.

Outra questão dirigida aos alunos foi sobre o preparo dos professores para lecionar, e estes assim se posicionaram: 80% dos alunos acreditarem que seus professores estão parcialmente preparados para o exercício da docência e 10% responderam que estão totalmente preparados. Os próprios docentes, 56% se julgam parcialmente preparados, 33% total se sentem parcialmente preparados e 11% não se sentem. Apesar de encontrarem-se percentuais distintos, ambos representam uma visão majoritária.

No quesito relacionado ao conhecimento discente relativo à existência de capacitação para o exercício da docência na própria instituição este é visto como parcial para 49% dos alunos, 27% afirmaram desconhecer se tal prática existe, 17% apontam que ocorre totalmente e 7% indicaram não ocorrer.

Destaque-se, então, que para a maioria do corpo discente, tal capacitação não se mostra adequada, enquanto relevantes 27% não têm conhecimento algum da existência desta prática.

Os docentes, em sua totalidade afirmam haver capacitação, promovida pela instituição em análise, para o exercício da docência. 22% dizem ocorrer de forma plena, entretanto 78% ressaltam não acontecer de forma plena, sendo assim, portanto, insatisfatória.

No quesito, uso de metodologias e técnicas para o favorecimento do processo ensino-aprendizagem, percebeu-se não ser um ato constante, segundo afirma 87% dos alunos, fato confirmado por 57% dos professores.

Os instrumentos de avaliação utilizados pelos professores para compor as notas dos alunos, de modo geral, são referentes a: provas objetivas pesquisadas ou não; provas subjetivas pesquisadas ou não; seminários, trabalhos escritos; observações ou aulas de campo e estudos de caso.

Evidenciou-se, no quesito cuja investigação buscou identificar o meio mais adequado para se constatar o aprendizado, que, para a maioria, 87% predomina, ainda, a prova não pesquisada como meio mais eficaz para a constatação do aprendizado.

Outro quesito se reportou na análise da qualidade das aulas assistidas, onde 3% consideram-na excelente, 3% julgam-na entre boa e regular, 33% regular, 10% vêem-na como ótima e 51%, a maioria, portanto, consideram-na boa.

Para os professores, a visão das aulas por eles ministradas é um pouco mais otimista, visto que 33% julgam-na excelente; 33%, ótima; 34%, boa; 11%, regular.

Uma das maiores discrepâncias apresentadas se relaciona ao fato de que, embora a ampla maioria tenha apontado a qualidade das aulas de boa à excelente, tanto professores, quanto alunos, quando indagados acerca da necessidade de desenvolver-se uma formação própria para o exercício da docência, a qual segundo eles próprios, não seria alcançada por meio dos estudos de mestrado e/ou doutorado, mas, sim, mediante o preparo por meio de técnicas de didática, alarmantes 97% de alunos apontou a relevância da necessidade de formação para o exercício da docência, aspecto em seguida confirmado por 89% dos professores do Curso de Direito da instituição pesquisada.

Os instrumentos jurídicos voltados à manutenção dos cursos de ensino jurídico foram vistos por ambas as categorias pesquisadas como parcialmente satisfatórias, afirmaram haver muitos cursos de Direito, sem o devido acompanhamento, assim sendo, estudantes despreparados e sem o perfil mínimo necessário vêm sendo absorvidos pelas instituições de ensino sem a adoção necessária de critérios.

Quanto a satisfatoriedade dos instrumentos jurídicos voltados à manutenção do ensino jurídico, segundo os discentes tem-se que: 47% dizem parcialmente satisfatórios; 37% desconhecem. 13% reputam não satisfatórios e 3% entendem satisfatório. A mesma indagação feita aos docentes apre4senta os seguintes resultados: 46% parcialmente satisfatórios; 22% não satisfatório; 33% desconhecem. É importante destacar que nenhum dos docentes pesquisados apontou a eficácia de tais instrumentos jurídicos.

A partir da análise dos gráficos, é possível perceber que, via de regra, a percepção dos docentes e dos discentes é muito divergente, o que não é elemento fatídico da realidade, entretanto, apresenta impressões diferenciadas, as quais, de algum modo, devem ser consideradas, para que se alcance melhoria na realidade vivenciada.

4.3 A observação *in loco*

A prática docente é sempre fonte de interesse e, por vezes, também de polêmica, profissão fascinante e, ao mesmo tempo, para muitos, nada encantadora, é palco de discussão em diversos seguimentos.

Os 60 estudantes do curso de Direito da referida IES pesquisada criaram uma comunidade em um site de relacionamentos, em que se dão dicas de professores "bons" e "ruins", tal critério se torna divergente, quando se verifica que há os considerados bons por facilitarem a aprendizagem, enquanto outros são tidos como bons por facilitarem a aprovação.

Neste sentido, com o intuito de mais profundamente analisar a prática, observou-se a prática de dois desses professores citados na comunidade, por questões de ética, aqui será chamado de professor "X", aquele apontado como um profissional responsável por promover, de fato, a aprendizagem; enquanto chamar-se-á "Y" o citado na comunidade como um professor que, apesar de não ensinar, a aprovação ocorre sem dificuldades.

Durante duas semanas, assistiu-se às aulas dos referidos professores, com o objetivo de observar a prática docente por eles apresentadas. Nenhum deles percebeu a presença, em sala, de um indivíduo que não era aluno, mesmo se tratando de final de semestre.

Professor X faz uso de apostila, sempre inicia a aula retomando o conteúdo dado no encontro anterior, escreve no quadro o assunto cuja abordagem está sendo feita. Chega no horário e utiliza os cem minutos integralmente, tira dúvidas no decorrer do processo, utiliza doutrina, jurisprudência e lei, também sugere atividades aos alunos. Os alunos mostram-se interessados, fazem anotações, tiram dúvidas e acompanham pela apostila.

Professor "Y" chega sempre quase 40 minutos atrasado, começa a falar sem dar orientações do conteúdo ao qual se reporta, não faz uso sistemático do quadro, analisa um a um o artigo da lei, cada aluno lê um artigo em voz alta, faz a chamada no final da aula, não gosta de ser interrompido, solicita que as dúvidas sejam tiradas nos dias de revisão. Os alunos mostram-se entediados, muitos acessam a internet, poucos fazem anotações, chegam atrasados e saem mais cedo, há, ainda, muita conversa paralela durante a aula, o docente não demonstra se incomodar com o fato.

Descabe a este trabalho apresentar juízo de valor, mas, sim, promover reflexões acerca da temática em análise, contando, para tanto, com impressões pautadas em dados fornecidos por questionários e observações.

CONCLUSÃO

A qualidade do ensino jurídico e a formação de professores ganham maior destaque no cenário nacional, a partir do momento em que a expansão dos cursos de ensino superior, criada para atender à democratização da educação, explicita o caráter quantitativo e não qualitativo.

A atuação do Ministério da Educação (MEC) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ainda mostra-se insuficientes face aos resultados desastrosos obtidos pelas diversas universidades no cenário nacional, situação que pode ter como origem devido ao fato de o ensino jurídico ministrado não ser acompanhado de proporcional qualidade, tanto por parte das próprias instituições, quanto, também, por parte de seus professores,

os quais, muitas vezes, não têm formação específica ou interesse suficiente para o adequado exercício da docência.

A qualidade do ensino superior jurídico passa a ser questionada por toda a sociedade, em função tanto do insucesso verificado nos concursos públicos, mediante a exorbitante quantidade de reprovados, quanto mediante a constatação de formações de profissionais, nem sempre, éticos ou comprometidos com a cidadania.

Fato inquestionável é que a dimensão pedagógica dos cursos de ensino superior jurídico não pode se restringir ao conhecimento das normas, mas, sobretudo, proporcionar a reflexão crítica dos casos jurídicos vivenciados.

O professor, em geral, não está, nem se sente, efetivamente bem preparado, muitas vezes, não inova sua didática, de modo a verificar se o que ensina está sendo eficientemente transmitido.

Por tudo isso, verifica-se que a qualidade do ensino jurídico, bem como a formação dos docentes dos cursos de Direito para o exercício do magistério, não vem, segundo docentes e discentes ocorrendo de forma satisfatória, todo o corpo docente e discente aponta a necessidade de que uma perspectiva pedagógica seja efetivamente agregada ao ensino. As Leis e os instrumentos jurídicos dedicados à criação, manutenção e avaliação dos Cursos de Direito mostram-se insuficientes e insatisfatórios, o que faz com que alunos e professores percebam a realidade do ensino jurídico como tendo muito a progredir.

A formação de professores, por vezes, depreciada, causa prejuízos irrecuperáveis a docentes e discentes. Nacionalmente, essa questão é abordada pelas instituições de notória relevância, tais como MEC e OAB, vindo a explicitar, assim, a concretude do problema, o qual evidencia que não basta o exímio domínio jurídico é necessário que se saiba compartilhar conteúdos, de modo a, desenvolver, por excelência, a capacidade crítica do aluno diante da realidade.

Dessa forma, a adoção de uma práxis pedagógica, responsável por disseminar a capacitação continuada, a ouvida das necessidades de docentes e discentes, acrescida da identificação e do fornecimento das técnicas necessárias, é fundamental para a elevação da qualidade do ensino jurídico.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo Dalmás (orgs). **Sistema Jurídico e Demandas Populares**. Porto Alegre: Edipucrs, 2005. CD-ROM.

BRASIL, **Educação para todos: avaliação da década**. Brasília: MEC/INEP, 2000.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil** - 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Lei n.º 9.394 de 20 de dezembro de 1996. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, n.º 248, de 23/12/96.

_____. **Plano Nacional de Educação**. Brasília:MEC, 1998.

_____. **Parâmetros Curriculares Nacionais do Ensino Fundamental**. Brasília: MEC,

_____. **EFA 2000 Educação para Todos*:* Avaliação do ano 2000**. Informe Nacional, INEP. Brasília: O Instituto, 2000.

BRITTO, Cezar. OAB repudia atuação do MEC na liberação de cursos. Disponível em: Acesso em: 23 set. 2008.

BORDIEU, Pierre. **A produção da crença**. São Paulo: Zouk, 2004.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. Crise do Direito e ensino jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: . Acesso em: 20 abr. 2008.

CASTRO, Maria Helena Guimarães de. Apresentação. In: BRASIL, **Educação para todos: avaliação da década** Brasília: MEC/INEP, 2000. p. 11-13.

COMISSÃO DE ENSINO JURÍDICO DA OAB. **Parâmetros para elevação de qualidade e elevação**. Ensino Jurídico, Brasília, 1993.

COMPARATO, Fabio Konder, **Comentário ao artigo 1º**, in 50 anos da declaração universal dos Direitos Humanos 1948 - 1998, Conquistas e Desafios, OAB, Comissão Nacional de Direitos Humanos, Brasília, 1998.

DEGALDO, José et al. **Mediação: um projeto inovador**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003.

ESTÊVÃO, Carlos. **Justiça e Educação**. São Paulo: Cortez, 2001.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **A Crise do Ensino Jurídico**. Disponível em: . Acessado em: 10 out. 2008.

FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. 30. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

_____. **Pedagogia da Autonomia: saber necessário a prática educativa**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro, Imago, 1976.

LIBÂNEO, José Carlos. **Organização e gestão da Escola -** Teoria e Prática. Goiânia, Ed. Alternativa, 2001.

LEAL, Paulo J. B. **O Ensino Jurídico.** Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/33de020302/oensinojuridicopaulojbleal.htm>. Acesso em: 16 set. 2008

MARIN, Alda Junqueira. Educação continuada: introdução a uma análise de termos e concepções**. Cadernos CEDES**, nº 36, 1995.

OAB RECOMENDA: **Um retrato dos Cursos Jurídicos**. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2001.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **170 anos de cursos jurídicos no Brasil**. Ensino Jurídico, Brasília, 1997.

PERONI, Vera (Org.). **O público e o privado na educação: interfaces entre Estado e Sociedade.** São Paulo: Xamã, 2005.

PIMENTA, Selma Garrido (Org.). **Didática e formação de professores: percursos e perspectivas no Brasil e em Portugal. São Paulo: Cortez, 2000.**

PIMENTA, S. G; GHEDIN, E. (Org). **Professor reflexivo no Brasil: gênese e crítica: de um conceito**. São Paulo: Cortez, 2a edição, 2002.

POERSCH, Florindo. OAB repudia atuação do MEC na liberação de cursos. Disponível em: Acesso em: 23 set. 2008.

PORTO, José Mário. OAB repudia atuação do MEC na liberação de cursos. Disponível em: Acesso em: 23 set. 2008.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Ensino Jurídico: saber e poder**. São Paulo: Acadêmica, 1998.

SANTOS, Lucíola Licínio de Castro Paixão. Dimensões pedagógicas e políticas da formação contínua. In: VEIGA, Ilma Passos A. Veiga (Org.). **Caminhos da profissionalização do magistério**. Campinas: Papirus, 1998.

SAVIANI, Dermeval. Os saberes implicados na formação do educador. In: BICUDO. Maria Aparecida Viggiani; SILVA JUNIOR, Celestino Alves (Org.) 1996**. Formação do Educador: dever do Estado, tarefa da Universidade.** São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

TARDIF, Maurice. **Saberes docentes e formação profissional**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

_____, Maurice; LESSARD, Claude**. O trabalho docente: elementos para uma teoria da docência como profissão de interações humanas**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

TONET, Ivo. **Educação, cidadania e emancipação**. Ijuí: Unijuí, 2005.

VIEIRA, Sofia Lerche; FARIAS, Isabel Maria Sabino. **Política educacional no Brasil: introdução histórica**. Brasília: Plano, 2003.

XAVIER, Laécio Noronha. **O novo ethos urbano**. Pensar, Fortaleza, v.11, p.142-153, fev. 2006.

BRITTO, Cezar. OAB repudia atuação do MEC na liberação de cursos. Disponível em: Acesso em: 23 set. 2008.

O ENSINO JURÍDICO NA ERA DA INFORMAÇÃO INSTANTÂNEA - NOVAS TÉCNICAS PARA VELHOS DESAFIOS: UM ESTUDO DE CASO*

THE LEGAL EDUCATION IN THE AGE OF INSTANT INFORMATION - NEW TECHNIQUES FOR OLD CHALLENGES: CASE STUDY

Carla Sofia Pereira

RESUMO

O dinamismo das relações sociais e a influência de novas tecnologias fazem com que as técnicas de ensino jurídico devam ser constantemente reexaminadas e reinventadas a fim de que acompanhem as necessidades discentes, através da capacitação das IES para inserir seus egressos com sucesso no mercado de trabalho, nas mais diversas profissões jurídicas. Dentro dessa perspectiva o presente artigo analisará a importância dos Núcleos de Prática Jurídica, enquanto estruturas obrigatórias dos cursos superiores de bacharelado em Direito, como o logus onde se trava o contato entre o alunado e os novos meios tecnológicos. Serão também analisados os efeitos da criação obrigatória das disciplinas de Estágio Supervisionado na formação do bacharel, tendo, no entanto, o antigo, como objetivo maior, compartilhar novas técnicas para a realização das atividades práticas, reais e simuladas, empregadas com êxito em uma Instituição de Ensino Superior privada, dentro das disciplinas de Estágio Supervisionado.

PALAVRAS-CHAVES: ENSINO JURÍDICO; EXPERIÊNCIAS; NOVAS TÉCNICAS; ESTÁGIO SUPERVISIONADO.

ABSTRACT

The dynamism of society means that the techniques of teaching should be constantly reviewed and reinvented so that monitor the needs of students, enabling the institutions of higher education to its graduates successfully enter the labor market of the various legal professions. Within this context this article will examine the introduction of core structures of legal practice as compulsory for all law courses. Will also consider the results of the creation of mandatory subjects of supervised probation, with, however, the former as more objective, share new techniques for carrying out practical activities, real and simulated, the guided visits, mediation and conciliation techniques employed successfully in a private institution of higher education, all carried out as activities of the disciplines supervised.

KEYWORDS: LEGAL EDUCATION, EXPERIENCE, NEW TECHNIQUES; SUPERVISED TRAINING.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

O ensino jurídico, de há muito, deixou de depender apenas do emprego das tradicionais técnicas de educação e isso se deveu a vários fatores. Mudou o mundo, mudaram as pessoas, os Estados, os destinatários das normas, as profissões jurídicas, mas principalmente, mudou o fluxo (velocidade e quantidade) de informações a que estão submetidas as sociedades contemporâneas.

O clássico emprego dos conhecimentos jurídicos já não garante a colocação dos egressos das faculdades de direito no mercado de trabalho, surgindo a necessidade de que as técnicas de insino-aprendizagem, a fim de atenderem os anseios de seus alunos e às novas demandas, ofereçam a esses futuros profissionais oportunidades para a aquisição de competências antes desconhecidas ou ao ainda não concebidas.

Um exemplo recente desse tipo de demanda foi causado pelo fenômeno da informática. Nos anos 1990 muitas faculdades incluíram em seu currículo a disciplina, para fazer frente há um novo mercado que exigia esse aprendizado, o que atualmente não se mostra mais necessário, vez que essa técnica, a informática, já integra normalmente a vida escolar e a pessoal da grande maioria dos brasileiros: já havia 10,2 milhões de lares com computador em 2008[1] no Brasil.

A constante evolução social que tanto motiva os estudiosos do Direito deve, cava vez mais, ser o centro das preocupações dos educadores que se obrigam a estar um passo à frente e antever, ainda que não completamente, os resultados dos movimentos dessa evolução, pois a implementação de mudanças não produz resultados instantâneos, havendo sempre um retardo para a obtenção de resultados efetivos, retardo esse que será maior e mais sentido quanto mais lenta for a reação das IES.

Um dos maiores pecados cometidos em matérias de ensino jurídico tem sido o descompasso entre formação dos bacharéis e a efetiva colocação desses no mercado das profissões jurídicas, haja vista a formação de um novo ensino jurídico, aquele ministrado nos cursos preparatórios para Exame de Ordem e preparatórios para concursos.

O estudo e o compartilhamento de novas técnicas então, nesse cenário, mostram-se necessários e destacam a relevância do tema, que além de atual, é urgente, pois, já existiam mais de mil cursos jurídicos espalhado pelo Brasil[2] em 2006, com aproximadamente 600 mil alunos matriculados, segundo o último censo realizado pelo INEP naquele mesmo ano[3].

O presente trabalho visa a relatar experiências com novas técnicas de trabalho empregadas na realização das práticas jurídicas simuladas e reais, que envolvem atendimento, atividades de conciliação e mediação, produção de peças processuais, todas acontecidas no Núcleo de Prática Jurídica de uma Instituição de Ensino Superior privada na cidade de Fortaleza, estado do Ceará.

Ressaltando ainda a importância do relato, lembramos que os NPJs são estruturas obrigatórias aos cursos jurídicos e são objeto de avaliação pelo INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, e compõem item

específico no SINAES – Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior[4], nas avaliações dos cursos já existentes e de novos cursos de direito.

1 A prática jurídica e sua institucionalização.

Para dar base legal ao presente trabalho cabe, inicialmente, lançarmos um olhar sobre o processo de instituição obrigatória da Prática Jurídica, estudando a competência para regular a matéria, apontando as leis, portarias e resoluções que fundamentam a obrigatoriedade do Estágio Curricular Supervisionado nos cursos de Graduação em Direito, Bacharelado.

1.1 Competência para Regular a Matéria.

A competência para legislar sobre a matéria é dada pela Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961[5], que fixa as diretrizes e bases da educação nacional, em seu art. 9º, § 2º, alínea "c", com redação dada pela Lei 9.131/1995[6], conforme se lê:

Art. 9º As Câmaras emitirão pareceres e decidirão, privativa e autonomamente, os assuntos a elas pertinentes, cabendo, quando for o caso, recurso ao Conselho Pleno. (Redação dada pela Lei nº 9.131, de 1995)

§ 1º São atribuições da Câmara de Educação Básica: (Redação dada pela Lei nº 9.131, de 1995)

...omissis...

c) deliberar sobre as diretrizes curriculares propostas pelo Ministério da Educação e do Desporto; (Incluída pela Lei nº 9.131, de 1995)

...omissis...

Da leitura da lei percebemos que Ministério da Educação e Cultura delega a seus órgãos a competência para regulamentar as diretrizes e bases da educação superior no país.

Assim foi que, em 30 de dezembro de 1994, o MEC, no uso das atribuições do Conselho Nacional de Educação, atendendo às recomendações elaboradas nos Seminários Regionais e Nacional dos Cursos Jurídicos bem como da Comissão de Especialistas de Ensino de Direito, através da Portaria nº 1.886[7], resolveu tornar obrigatório o estágio de prática jurídica, conforme podemos observar pela leitura do artigo 10 e seguintes:

Art. 10. **O estágio de prática jurídica, supervisionado pela instituição de ensino superior, será obrigatório e integrante do currículo pleno**, em um total mínimo de 300 horas de atividades práticas simuladas e reais desenvolvidas pelo aluno sob controle e orientação do **núcleo correspondente**. (grifos nosso)

§ 1º o **núcleo de prática jurídica**, coordenado por professores do curso, disporá de instalações adequadas para treinamento das atividades profissionais de advocacia, magistratura, Ministério Público, demais profissões jurídicas e para atendimento ao público.(grifo nosso)

§ 2º As atividades de prática jurídica poderão ser complementadas mediante convênios com a Defensoria Pública e outras entidades públicas, judiciárias, empresariais, comunitárias e sindicais que possibilitem a participação dos alunos na prestação de serviços jurídicos e de assistência jurídica, ou em juizados especiais que venham a ser instalados na dependência da própria instituição de ensino superior.

Art. 11. As atividades do estágio supervisionado serão exclusivamente práticas, incluindo redação de peças processuais e profissionais, rotinas processuais, assistência e atuação em audiências e sessões, visitas a órgãos judiciários, prestação de serviços jurídicos e técnicas de negociações coletivas, arbitragens e conciliação, sob o controle, orientação e avaliação do núcleo de prática jurídica.

Art. 12. O estágio profissional de advocacia, previsto na Lei 8.906, de 04/07/1994, de caráter extracurricular, inclusive para graduados, poderá ser oferecido pela Instituição de Ensino Superior, em convênio com a OAB, complementando-se a carga horária efetivamente cumprida no estágio supervisionado, com atividades práticas típicas de advogado e de estudo do Estatuto da Advocacia e da OAB e do Código de Ética e Disciplina.

Parágrafo único. A complementação da carga horária, no total estabelecido no convênio, será efetivada mediante atividades no próprio núcleo de prática jurídica, na Defensoria Pública, em escritórios de advocacia ou em setores jurídicos, públicos ou privados, credenciados e acompanhados pelo núcleo e pela OAB.

Art. 13. O tempo do estágio realizado em Defensoria Pública da União, do Distrito Federal ou dos Estados, na forma do artigo 145, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, será considerado para fins de carga horária do estágio curricular previsto no artigo 10 desta Portaria.

Art. 14. As instituições poderão estabelecer convênios de intercâmbio dos alunos e docentes, com aproveitamento das respectivas atividades de ensino, pesquisa, extensão e prática jurídica.

De se notar que ao mesmo tempo em que institui a obrigatoriedade das atividades de estágio, a Portaria 1.886 criou os núcleos de Prática Jurídica, que apareceram como estruturas necessárias ao treinamento dos discentes.

No ano de 2004, o Ministério da Educação, por seus Conselho Nacional de Ensino e Câmara de Ensino Superior, publicou a Resolução n° 09[8] de 29 de setembro, que dentre outras medidas adotadas, alterou o regime do estágio supervisionado obrigatório instituído em 1994 pela Portaria 1.886.

1.2 A obrigatoriedade das atividades de Estágio Supervisionado

A Resolução n° 09 reformulou a Organização Curricular do Projeto Pedagógico dos cursos jurídicos de todas as Instituições de Ensino Superior dividindo-a em três eixos, a saber: a) Eixo de Formação Fundamental; b) Eixo de Formação Profissional e c) Eixo de Formação Prática, como se lê no artigo 5º da citada resolução, *in verbis*:

Art. 5º O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação:

I - Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia.

II - Eixo de Formação Profissional, abrangendo, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da Ciência do Direito e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações

internacionais, incluindo-se necessariamente, dentre outros condizentes com o projeto pedagógico, conteúdos essenciais sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual; e

III - Eixo de Formação Prática, objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais Eixos, especialmente nas atividades relacionadas com o Estágio Curricular Supervisionado, Trabalho de Curso e Atividades Complementares.

Assim, da leitura acima podemos perceber que a preocupação maior do MEC foi dividir a grade curricular dos cursos em três eixos, sinalizando o valor da formação prática dos bacharéis, equiparando-a, em importância, às disciplinas propedêuticas e às dogmáticas.

Tais medidas vieram na esteia da proliferação dos cursos jurídicos e da queda na qualificação técnica dos bacharéis, que nas últimas décadas sofreu fortes abalos, levando a Ordem dos Advogados do Brasil tornar obrigatório em 1994 o, antes

facultativo, Exame de Ordem, que foi criado em 1963 (Lei nº. 4215/63)[9], para os bacharéis que desejassem se tornar advogados (Lei nº. 8906/94).

De se notar que o ano de 1994 foi marcado, portanto, por duas mudanças profundas na área do ensino jurídico: a obrigatoriedade do estágio realizado na instituição de ensino, em instalações apropriadas para tal e a obrigatoriedade do Exame de Ordem para os bacharéis que desejassem exercer a advocacia.

2 Os Núcleos de Prática Jurídica

Para avançarmos no presente trabalho, cabe lançarmos um olhar sobre o processo de instituição dos Núcleos de Prática Jurídica, sua função, estrutura e objetivos a serem buscados.

2.1 Função dos Núcleos de Prática Jurídica e a implementação da Resolução n° 09

Os NPJs, como são conhecidos os Núcleos de Prática Jurídica foram, então, citados pela Resolução n° 09/2004, como estruturas físicas obrigatórias para a efetiva implantação das disciplinas de Estágio Supervisionado como se depreende da leitura do artigo 7 e seus incisos:

Art. 7º O Estágio Supervisionado é componente curricular obrigatório, indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização.

§ 1º O Estágio de que trata este artigo será realizado na própria instituição, através do Núcleo de Prática Jurídica, que deverá estar estruturado e operacionalizado de acordo com regulamentação própria, aprovada pelo conselho competente, podendo, em parte, contemplar convênios com outras entidades ou instituições e escritórios de advocacia; em serviços de assistência judiciária implantados na instituição, nos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública ou ainda em departamentos jurídicos oficiais, importando, em qualquer caso, na supervisão das atividades e na elaboração de relatórios que deverão ser encaminhados à Coordenação de Estágio das IES, para a avaliação pertinente.

§ 2º As atividades de Estágio poderão ser reprogramadas e reorientadas de acordo com os resultados teórico-práticos gradualmente revelados pelo aluno, na forma definida na regulamentação do Núcleo de Prática Jurídica, até que se possa considerá-lo concluído, resguardando, como padrão de qualidade, os domínios indispensáveis ao exercício das diversas carreiras contempladas pela formação jurídica.

Logo, coube à todas as IES, em até dois anos da publicação da citada resolução, estruturarem-se no sentido de oferecer as condições necessárias para realização das atividades descritas na lei (Estágio Supervisionado).

A função precípua dos Núcleos é, portanto, a de ser um espaço para a formação profissional, onde os discentes possam empregar os conhecimentos teóricos adquiridos através dos outros dois eixos de formação (fundamental e profissional) nas formas previstas na Resolução n° 09.

É, portanto, nesse espaço que a formação prática tem seu lugar, sendo, em geral, o primeiro contato da maioria dos futuros bacharéis com as diversas profissões jurídicas possíveis

2.2 Estrutura necessária aos Núcleos de Prática Jurídica.

A prática das atividades de estágio, obrigatórias por lei, envolvem atividades práticas reais nas várias áreas do conhecimento jurídico, que compreendem também a participação em seções de mediação, conciliação, arbitragem, bem como atividades práticas simuladas com exercício de outras profissões que não as de advogado, como a participação em audiências simuladas e júris, na posição de juízes, promotores, defensores, praticando também todos os atos processuais, oitivas de testemunhas, depoimento das partes, sustentação oral, ou por escrito, com pareceres, despachos e sentenças, análise de autos findos entre outras.

Para atender ao rol das atividades descrito acima um Núcleo de Prática Jurídica, adequadamente equipado, deve contar com uma estrutura apropriada para: a) recepção da clientela; b) salas de atendimento; c) salas de mediação; d) plenário para a realização de júris; e) salas de audiências simuladas; f) secretaria de vara (cartório) simulada; g) biblioteca de autos findos; h) biblioteca própria; i) secretaria, arquivo; j) sala de professores; k) sala para defensores públicos.

Devemos ainda mencionar que tais ambientes acima listados devem estar equipadas com computadores com acesso à rede mundial (internet) e também com acesso a intranet, esta dotada de programas de gerenciamento de processos.

Além é claro de bebedouros, toaletes, e estrutura física salubre e compatível ao necessário suporte às atividades desenvolvidas, proporcional à quantidade de alunos do curso e à quantidade de atendimentos pretendidos à população carente.

Vemos que não se trata, portanto, de algo simples, e sim de uma estrutura complexa e bem gerenciada, no sentido de incrementar o aprendizado do corpo discente, unindo todos os dispositivos humanos e tecnológicos facilitadores do processo de ensino-prendizagem.

2.3 Objetivos dos Núcleos de Prática

Os objetivos de um Núcleo de Prática Jurídica devem ser o de implementar, orientar, supervisionar e controlar as atividades de estágio dos alunos, tanto nas práticas simuladas, como nas reais, numa união entre ensino-aprendizagem e atendimento gratuito à pessoas pobres na forma da lei, prestado mediante convênio com entidades assistenciais, nas várias áreas do direito.

Desta forma, os NPJs são locais para o emprego, na prática, dos conhecimentos teóricos adquiridos, seja no atendimento ao público, nas seções de mediação e conciliação ou na confecção de peças processuais, sempre com a aplicação dos conhecimentos de psicologia jurídica, mediação, oratória, além das aptidões obtidas no estudo das disciplinas propedêuticas e dogmáticas em geral.

Quando um estudante, acompanhado de um professor de estágio, tem a oportunidade de atuar em uma seção de conciliação, intervindo efetivamente nos trabalhos, percebe que através de seu desempenho, de fato, pode-se obter êxito na composição amigável entre as partes, antes potenciais litigantes.

As marcas positivas geradas por essas experiências geram nesses alunos a ampla consciência de quão profunda e abrangente pode ser sua atuação. São vivências únicas e transformadoras que atuam positivamente na formação humanística desses futuros operadores do direito.

Mesmo nos atendimentos nos quais a mediação não seja possível ou essa não obtenha êxito, os alunos ainda podem adquirir conhecimentos e experiências. Para esses casos a opção é a busca judicial de uma solução, com a tentativa de se obter uma medida urgente, quando for o caso, tendo os discentes a oportunidade de fazer acontecer a prestação jurisdicional pretendida pelos clientes, alterando os destinos dos cidadãos que a eles confiou suas esperanças.

Também na prática processual simulada os discentes podem vivenciar um processo na forma mais aproximada possível da real, desde a petição inicial, procedimentos de secretaria (tombamento, conclusão, despacho inicial), contestação e outras manifestações das partes, passando pelas audiências, sentenças e recursos, onde habilidades redacionais, verbais e de convencimento, além, é claro do conhecimento jurídico, serão desenvolvidas e incrementadas.

3 Perfil das disciplinas de Estágio à partir de 2004.

Pelo conteúdo da Resolução 09/2004 do CNE/CES verificamos que o MEC passou a fazer exigências quanto formação dos bacharéis, instituindo parâmetros para essa,

fixando metas quanto aos conhecimentos gerais e específicos, cujo teor passamos a analisar neste tópico.

3.1 Objetivos a serem atingidos através das disciplinas de Estágio Curricular Supervisionado

Quanto aos objetivos mínimos a serem atingidos com a prática jurídica através do estágio, a Resolução nº. 09/2004 do CNE/CES foi muito mais clara do que a Portaria anterior, conforme vemos nos artigos 3 e 4 da resolução, cujo teor transcrevemos:

Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

Art. 4º. O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as seguintes habilidades e competências:

I - leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;

II - interpretação e aplicação do Direito;

III - pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;

IV - adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;

V - correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;

VI - utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;

VII - julgamento e tomada de decisões; e,

VIII - domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito

Os artigos acima devem, portanto, ser utilizados como guias na formulação das ementas das atividades de estágio, uma vez que é deles que são extraídos os conteúdos exigido do bacharel ao concluir o curso.

Desta forma, e seguindo a orientação dos órgãos já mencionados, cada inciso do artigo 4º, acima transcrito, deve ser contemplado pelas atividades de estágio.

3.2 Objetivos das atividades de Estágios em Visitas Orientadas.

As Visitas Orientadas compõem uma parte do Estágio que visa a tornar familiar aos alunos os vários órgãos judiciários e estruturas afins, tais como delegacias, órgãos de defesa do consumidor (PROCON e DECON), procuradorias do município, do estado e federal, fóruns, tribunais, promotorias, secretarias de estado, entre outros.

Quando a visita é agendada pelo professor de Estágio, os alunos recebem prévia explicação a cerca do órgão a ser visitado, e são acompanhados por esse ou outro professor do Núcleo, que tecerá durante todo o tempo que perdurar o evento, comentários pertinentes a cerca das funções naquele local desempenhadas, seus partícipes, procedimentos e demais informações úteis há um amplo conhecimento do órgão e seu papel na sociedade.

Os alunos fazem as visitas e participam de audiências e seções nos órgãos visitados e produzem relatórios circunstanciados sobre as mesmas, em formulário próprio fornecido pelo Núcleo, além de fazerem constar nas atas oficiais das seções sua presença.

A disciplina de Visitas tem vários formatos, diferentemente das outras disciplinas de Estágio, que pouco variam, até o momento, entre as Instituições de Ensino Superior. Elas podem compor uma única atividade que abrangerá todas as visitas previstas em um ou dois semestres, ou podem ainda ser distribuídas ao longo do curso, nas várias disciplinas de Estágio Curricular Supervisionado, sendo o primeiro formato o mais comum.

3.3 Objetivos das disciplinas dos Estágios Curriculares Supervisionados Simulados

Nesta etapa da formação o objetivo é alargar o emprego da teoria, na prática, dando embasamento técnico para a aquisição de habilidades e competências com enfoque para a interpretação e aplicação do Direito, utilização do raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão (itens II, III e VI do artigo 4º da Resolução 09/2004), além de incrementar os conhecimentos adquiridos na disciplina introdutória de estágio, através de pesquisas de doutrina e jurisprudência.

As atividades simuladas são essenciais para o contato com os procedimentos adotados nas esferas administrativas e judiciais, com a formação de processos completos, da petição inicial até a fase recursal, nas áreas de conhecimento teórico do eixo de formação profissional (constitucional, civil, penal, trabalhista. Administrativo, previdenciário e etc.).

Os processos formados pelos alunos envolvem também a realização de seções de conciliação, instrução e julgamento, tudo na forma simulada, com a participação da comunidade acadêmica, abrangendo ainda a realização de júris simulados, onde os discentes podem empregar técnicas de argumentação, raciocínio jurídico, tomada de decisões em situações muito assemelhadas às da vida real.

Ao final destas etapas da simulação os estudantes terão atuado nas mais diversas carreiras jurídicas, desde os profissionais e servidores de apoio, passando pela atuação do advogado, membros do Ministério Público, Defensoria, Magistratura, Procuradorias,

dentre outras profissões jurídicas, com a produção de petições, pareceres, despachos e sentenças, entre outras peças processuais.

Outra importante atividade é o manuseio de todo o aparato necessário às atividades acima descritas, tais como livros de tombo, pastas de arquivo, publicações, carimbos, e todo o trâmite dos processos administrativos e judiciais nas várias áreas do direito.

3.3 Objetivos das disciplinas dos Estágios Curriculares Supervisionados Reais

As práticas reais são formuladas com vista a dar aos futuros bacharéis a real dimensão das carreiras de advogado e de Defensor Público, pois são essas essencialmente as atividades desempenhadas nesta modalidade de estágio, além da prestação orientação e esclarecimento aos assistidos, atividade assemelhada à do Consultor Jurídico.

A concepção das disciplinas reais tem um componente ainda mais profundo que gravita ao redor do contato dos estudantes com pessoas carentes que buscam informação e auxílio jurídico juntos às Defensorias Públicas estaduais e da União.

Essa atividade é extremamente valiosa para o aprendizado, uma vez que coloca os alunos em contato direto com as demandas mais frequentes das camadas mais carentes da população.

Nesta etapa do processo de aprendizado são empregados a um só tempo os conhecimentos dos três eixos que compõem o programa dos cursos jurídicos. São empregadas diuturnamente as disciplinas de Ética e Psicologia Jurídica, bem como as dogmáticas como Direito Civil, Penal e Trabalhista, além das de Direito Processual.

Os conhecimentos das técnicas desenvolvidas na cadeira de Mediação são igualmente essenciais nestas práticas, pois os discentes são orientados a exortar a conciliação entre as partes envolvidas, praticando, além dos conhecimentos nessa área, as habilidades de convencimento, com vistas principalmente ao exercício da argumentação e a tomada rápida de decisão durante as seções de mediação (itens VI e VII do artigo 4º da Resolução 09/2004), sempre com a elaboração final de termo de conciliação contendo todos os detalhes acordados, quando as mesmas forem exitosas.

Podem ainda, os alunos, tentar soluções administrativas, quando for o caso, elaborando e enviando ofícios e notificações a órgãos públicos, empresas privadas e pessoas físicas, (item IV do artigo 4º da Resolução 09/2004), na tentativa de fazerem valer os direitos dos assistidos pelo Núcleo de Prática Jurídica.

Para os casos em que não for possível qualquer outra solução, os futuros bacharéis elaboram petição inicial, após pesquisa de legislação, doutrina, jurisprudência e outras fontes do direito (item III do artigo 4º da Resolução 09/2004) a cerca do caso estudado, completando assim todo o rol das aptidões e competências exigidas pela Resolução nº 09/2004, já citada algumas vezes.

Nessas atividades são também reforçados e ampliados, todos os conhecimentos adquiridos nos outros Estágios Supervisionados, criando-se uma rotina muito próxima à de um escritório de advocacia e da Defensoria Pública.

Os discentes aprendem solicitar os documentos necessários à propositura das futuras demandas e a manter toda a documentação organizada e arquivada. É nesta etapa também que adquirem habilidades para relatar as fases que antecedem uma demanda, bem como as que a procedem, mantendo relatórios circunstanciados de todas essas etapas, seja em pastas específicas ou em banco de dados em meio digital (intranet), sendo este último o meio mais recomendado.

4 NOVOS MÉTODOS DE APRENDIZADO PLICADOS AO ESTÁGIO

Sendo este o ponto central do presente trabalho, passa-se a relatar as experiências com novas tecnologias no ensino da Prática Jurídica, com intuito de dividi-las, ampliá-las e melhorá-las, através do diálogo com a comunidade acadêmica.

4.1 Uma nova proposta para as Visitas Orientadas

O formato tradicional, como já dito, é o de agendamento de visitas durante um ou dois semestres, a órgãos do poder judiciário ou ligados à atividade jurisdicional, contemplando todas as áreas do direito.

A desvantagem é que, sendo geralmente a primeira atividade de Estágio Supervisionado, insere-se na grade em torno do quinto ou sexto semestre, alcançando os alunos ainda em fase prematura nas disciplinas dogmáticas, como processo principalmente, gerando um descompasso entre as atividades desenvolvidas nas Visitas e as disciplinas dos outros eixos, ainda não vistas ou em curso. Esse descompasso causa um baixo aproveitamento das Visitas, uma vez que, em muitas situações os discentes não estão preparados, ou seja, ainda não foram expostos às teorias que darão o suporte necessário para que os objetivos pretendidos nessa atividade sejam, de fato, alcançados

Há várias vantagens no formato diluído das visitas orientadas, pois à medida que os alunos participam das atividades de estágio de determinada área podem ter contato com os órgãos ligados à essa área, presenciar atos judiciais e obter mais informações e maior vivência, tudo com foco na atividade desenvolvida naquela etapa de estágio, estrategicamente alocada na matriz curricular.

Assim, por exemplo, quando um aluno cursa as atividades de Estágio Supervisionado na área trabalhista, simultaneamente tem a oportunidade de conhecer o Fórum Trabalhista, assiste à audiências de conciliação, instrução e julgamento nessa área. Faz visita ao Tribunal Regional do Trabalho de sua região, à Procuradoria do Trabalho e a outros

órgãos ligados à área trabalhista, fechando assim um ciclo completo no aprendizado relativo àquela área.

A garantia de melhor aproveitamento das Visitas Orientadas na forma diluída entre os outros conteúdos do programa de atividade de Estágio Supervisionado é que quando o aluno se encontra apto à cursar uma determinada atividade de Estágio é porque já teve êxito nas disciplinas do eixo dogmático relativas àquela área de estágio, os conhecidos pré-requisitos, ficando assim assegurado que o aluno estará apto a compreender as orientações recebidas durante as Visitas.

4.2 Objetivos da disciplina de Introdução à Prática Jurídica

O emprego dos conhecimentos adquiridos através das disciplinas dos eixos de formação fundamental e profissional, leia-se disciplinas propedêuticas e dogmáticas, requer uma adaptação do modo de pensar e agir do discente.

Nesse norte é que se procura erguer uma ponte entre a teoria e a prática jurídica, com a elaboração de uma disciplina que, paulatinamente, apresente ao estudante esse novo emprego dos conhecimentos adquiridos até esse ponto do curso.

É nesse estágio inicial que se busca proporcionar ao aluno contato com a linguagem jurídica, através da leitura, compreensão e elaboração de peças jurídica de complexidade crescente, fazendo uma passagem gradual, da teoria para a prática, com o emprego do conhecimento teórico na prática (item I do artigo 4º da Resolução 09/2004).

Nesta etapa são trabalhadas de forma ainda introdutórias a utilização da terminologia jurídica, e a adequada atuação técnico-jurídica nas instâncias administrativas e judiciais (itens IV e V do artigo 4º da Resolução 09/2004).

Em geral, é nesse momento que o futuro bacharel passa a ver as disciplinas teóricas com outros olhos: com olhos de profissional aplicador do Direito, deixando para trás, aos poucos, a visão meramente estudantil, qual seja a visão compartimentada, dividida entre disciplinas propedêuticas e disciplinas dogmáticas, entre teoria e prática.

Esta atividade de Estágio, introdutória que é, substitui topograficamente na matriz curricular as Visitas Orientadas, ocupando o primeiro Estágio Supervisionado, sendo, precipuamente, desenvolvida em laboratórios de informática.

É neste ponto também que os alunos têm contato com os primeiros sítios de pesquisa jurisprudencial e para receber os primeiros treinamentos na interpretação e utilização dessas, fazendo os primeiros exercícios de adequação aos casos simulados apresentados já ao final da atividade.

A utilização de meios informáticos promove o nivelamento entre os alunos, que, em sua maioria, já têm bom conhecimento sobre o uso de computadores, porém não têm treinamento específico nos editores de texto, não conhecem as técnicas de pesquisa

jurisprudencial e da inserção de jurisprudência nas peças processuais, além de utilizarem, na prática, as normas técnicas.

Neste estágio os alunos cumprem a primeira das oito etapas das Visitas Orientadas. Visitam Juizados Especiais, órgão de defesa do consumidor, Defensoria Pública entre outros órgãos e além das visitas guiadas institucionais também participam de audiências de conciliação.

4.3 Novas tecnologias aplicadas ao Estágio Supervisionado – Prática Simulada

Como já dito, as práticas simuladas envolvem o exercício das várias profissões jurídicas, que, convencionalmente são simuladas em instalações similares às existentes na estrutura judiciária, tais como secretaria de Vara (cartório de vara, como denominados ainda em alguns estados), por exemplo.

Há também a necessidade de uma sala de audiências para conciliações, instruções e julgamentos, além de plenário para as sessões de Júri popular.

Com o irrefreável processo de informatização do judiciário, toda esta infraestrutura simulada deve ser repensada, ou melhor, re-aparelhada.

Os futuros profissionais devem estar aptos a peticionar eletronicamente, como já o fazem seus colegas advogados, e para isso, faz-se necessário um sistema de software que gere uma assinatura eletrônica para cada discente e que esteja constituído para propiciar a formação dos processos virtuais, como ocorre já em muitas justiças estaduais, na federal e nos tribunais superiores.

Munido desta assinatura eletrônica, o aluno participa do processo virtual, igualmente participa do físico, nas várias fases deste. Há tombamento, despachos, “carimbos virtuais”, contagem dos prazos, todas as manifestações das partes, tudo em meio eletrônico, inclusive a fase recursal.

Além desses recursos de software, há outros ainda necessários e muito úteis, como os monitores que já são peças freqüentes nas mesas de audiência, porém ligados a um data-show, que permite aos demais alunos da turma e à comunidade acadêmica presente, acompanhar todo o desenrolar da sessão, em tempo real,

Assim, depoimentos das partes, oitivas de testemunhas, produção oral de contestação, termo de audiência e seus incidentes (contradita de testemunhas, agravo retido e etc.) podem ser observados enquanto são tomados a termo pelo aluno que naquele ato exerce a função de técnico judiciário.

A utilização deste dispositivo permite ainda que as intervenções do Professor de Estágio sejam acompanhadas por todos os presentes (demais alunos da turma e comunidade acadêmica), ampliando o alcance do processo ensino-aprendizagem e auxiliando na fixação do conteúdo.

4.4 Novas tecnologias aplicadas ao Estágio Supervisionado – Prática Real

A prática real muito profícua que é em matéria de aprendizado no que se refere ao desempenho das funções do advogado e do Defensor Público, muito ganha em dinamicidade com a aplicação de novas tecnologias, nas diversas atividades que podem desempenhar.

Já durante o atendimento os alunos contam com os bancos de dados para armazenamento das informações obtidas durante a entrevista, bem como já obtêm dados acerca de outras ações propostas pelo assistido ou contra ele, guardando tais informações nesse mesmo banco de dados.

Durante as atividades já descritas no tópico 3.3 os alunos contam com o suporte de aparelhos que digitalizam documentos (scanners) para manterem o arquivo dos assistidos em meio digital, o que além de ecológico, já cria nos discentes o hábito da organização.

Esse procedimento é igualmente útil nos casos de pedidos de liberdade provisório de presos em situação irregular, pois, através a alimentação do sistema operacional desenvolvido pela Defensoria Pública e alimentado pelos alunos, os magistrados podem rapidamente, e em meio digital, apreciar tais pedidos e seus documentos, sem a necessidade de deslocamentos físicos dos processos.

Essa prática desenvolvida dá ao aluno a noção do exercício da advocacia e desperta o aluno para a realidade vivida nos presídios, realidade essa que será mais bem sentida com as Visitas Orientada aos órgãos prisionais.

A diminuição do tempo gasto para a produção de uma peça processual também é uma vantagem trazida. Os alunos, utilizando-se de e-mail podem enviar suas petições aos professores corretores para que as verifiquem.

Esse processo de correção em meio digital, com um retorno muito mais rápido para o saneamento das dúvidas dos discentes, imprime um ganho no aprendizado, celeridade no processo de produção e consequentemente o aumento na quantidade de atendimentos e de peças processuais produzidas pelos alunos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os avanços tecnológicos são, sem dúvida, um excelente recurso para os cursos jurídicos no que concerne ao incremento das atividades práticas. Os estágios têm a precípua função de propiciar aos alunos o emprego das teorias adquiridas à prática, tão necessária na formação das competências necessárias a um bacharel.

É inescusável o retardo na atualização das técnicas e a adequação das matrizes curriculares às mudanças tecnológicas, por óbvio que todo esse processo deve ser feito com responsabilidade e segurança.

Segurança, palavra chave quando o assunto é informatização de meios e digitalização de documentos, pois com os avanços também surgem os perigos antes desconhecidos: Plágios, falsificações de documentos, invasões de bancos de dados, utilização fraudulenta de senhas, são alguns dentre outros problemas.

A utilização de novas tecnologias na prática jurídica requer um professor atento a todos esses riscos bem como uma infraestrutura adequada, segura, composta não só de material e maquinaria adequada bem com de profissionais aptos a utilização e suporte dos primeiros.

As inovações estão postas e são rapidamente absorvidas e na mesma velocidade são superadas, por isso o espírito inovador deve se manter aceso nas Instituições de Ensino superior.

REFERÊNCIAS

---

[1] JANUÁRIO, Larissa. 10,4 milhões de domicílios brasileiros têm computador. *Wnews*. Disponível em http://wnews.uol.com.br/site/noticias/materia_especial.php?id_secao=17&id_conteudo=326 acesso em 22 de abril de 2009.

[2] MARQUES, Luiz Guilherme. Excesso de cursos jurídicos no Brasil e cidadania. *Jus Vigilantibus*, Vitória, 8 ago. 2006. Disponível em: http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/22171. Acesso em: 19 de março de 2009.

[3] FRAGALLE JUNIOR, Roberto. *Ensino Jurídico: Censo 2006 e o estado da Arte*. Blog do Fragalle. http://fragale.blogspot.com/search/label/Ensino%20jur%C3%ADdico?updated-max=2008-07-03T19%3A23%3A00-03%3A00&max-results=20. Acesso em 21 de abril de 2009.

[4] BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Superior - SESU: Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES. Direito. Autorização. *Inep***.** Disponível em:

http://www.inep.gov.br/download/superior/condicoesdeensino/Direito_autorizacao.pdf acesso em 22 de abril de 2009.

[5] BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de assuntos jurídicos. Lei 4.024 de 20 de dezembro de 1961. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4024.htm. Acesso em: 04 de abril de 2009.

[6] BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de assuntos jurídicos. *Lei 9.131 de 24 de novembro de 1994*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9131.htm. Acesso em 04 de abril de 2009.

[7] BRASIL. Ministério da Educação. Universidade Federal da Paraíba. Consepe. *Portaria 1.886 de 30 de dezembro de 1994*, Disponível em: http://www.ufpb.br/sods/consepe/resolu/1997/Portaria1886-MEC.htm. Acesso em 05 de abril de 2009.

[8]BRASIL. Resolução CNE/CES n°09 de 20/09/2004. MEC. http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. Acesso em 20 de abril de 2009.

[9] Folha on line. Publifolha: Saiba como é o Exame de Ordem, obrigatório para quem quer advogar. 07 de fevereiro de 2007. Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/folha/publifolha/ult10037u370300.shtml. Acesso em 26 de março de 2009.

A HISTÓRIA DO ENSINO DO DIREITO NO BRASIL E OS AVANÇOS DA PORTARIA 1886 DE 1994*

THE HISTORY OF TEACHING LAW IN BRAZIL AND THE PROGESS OF THE ORDINANCE 1886/1994

Flávio Bento
Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches

RESUMO

O presente artigo tem por objeto o Ensino Jurídico em sua trajetória de implantação no Brasil, iniciando com o período da colônia até o início da República, passando pelo Ensino Jurídico de 1931 até o regime militar e concluindo com o período de 1972 até as diretrizes curriculares da Portaria 1886 de 1994. O objetivo principal é demonstrar o que o ciclo do tradicional ensino dogmático, acrítico e de má qualidade foi quebrado pela Portaria 1886 de 1994. A pesquisa realizada utilizou-se do metido indutivo e como técnica de pesquisa a bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVES: ENSINO DO DIREITO, HISTÓRIA DO ENSINO JURÍDICO, PORTARIA 1886/1994.

ABSTRACT

This article is subject to legal education in its deployment in the history of Brazil, starting with the period of the colony until the early Republic, through the legal Education from 1931 until the military regime and the study concluding with the period from 1972 until the curriculum guidelines provided by Ordinance 1886, 1994. its main objective is to demonstrate a tradition of teaching dogmatic, uncritical and poor quality, that this cycle was broken by Ordinance 1886/94.The search is performed using the inductive method and technique of the bibliographic and documentary research.

KEYWORDS: TEACHING LAW, HISTORY OF LEGAL EDUCATION, ORDINANCE 1886/1994.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto o Ensino Jurídico em sua trajetória de implantação no Brasil, do início até as diretrizes curriculares trazidas pela Portaria 1886 de 1994.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Apresentando sérios problemas desde os seus primórdios, o Ensino Jurídico tem sido estudado por vários autores brasileiros que têm dirigido a ele várias críticas que vão desde a sua metodologia até o próprio conhecimento que é disseminado em sala de aula.

Sem esquecer que a sua problemática está inserida no problema geral da educação superior em nosso país, o principal objetivo do presente artigo é demonstrar uma tradição de ensino dogmático, acrítico e de má qualidade, que tem esse ciclo quebrado pela Portaria 1886/94. Essa se revela, portanto, para os autores do presente trabalho, um importante documento na história do Ensino Jurídico no Brasil, uma vez que introduz uma série de diretrizes com o objetivo de aprimorar efetivamente a qualidade desse ensino.

Para tanto, o artigo foi dividido em etapas historicamente identificadas a saber: O Ensino Jurídico da Colônia até o início da República, o Ensino Jurídico de 1931 até o regime militar e o Ensino Jurídico de 1972 até a Portaria MEC 1886/94.

A pesquisa realizada utilizou-se do método indutivo e como técnica de pesquisa a bibliográfica e documental.

1 O Ensino Jurídico da Colônia até o início da República

Alberto Venancio Filho afirma que "a história do ensino jurídico no Brasil deve começar em Portugal"[1]. Explica-se esta afirmação pelo fato de que, durante o período colonial, o Ensino Jurídico era realizado em Portugal, para onde eram mandados os jovens pertencentes às elites brasileiras. Segundo Edmundo L. Arruda Júnior, "no período colonial os diplomados em Direito, mais do que uma profissão, possuíam um estatuto, o de funcionário do Estado, parte de uma elite identificada às classes dirigentes. Era praticamente inexistente a profissão, enquanto tipo-ideal 'liberal autônomo'"[2]

Ao contrário da América espanhola, que ao final do período colonial contava com vinte e três universidades[3], a formação superior dos povos da América portuguesa tinha que se dar na Universidade de Coimbra, uma vez que não existiam na colônia instituições de ensino superior. Na afirmação de Alberto Venâncio Filho, esta "era uma manifestação consciente da metrópole, temendo por aí que se atingisse a Colônia a um processo mais rápido de emancipação." [4]

Devido ao predomínio da Companhia de Jesus na Universidade de Coimbra, a cultura portuguesa do século XVI até a primeira metade do século XVIII permaneceu impermeável às mudanças que vinham ocorrendo no continente europeu após o Renascimento, principalmente no que se referia aos estudos científicos e ao método experimental.[5]

Com as reformas do Marquês de Pombal de 1772, a Universidade de Coimbra alinha-se aos acontecimentos de sua época e passa-se a uma nova exposição do Direito a partir de uma ordem racional, iluminista e, sobretudo, do interesse do soberano. Segundo José

Reinaldo de Lima Lopes, “o advento desta nova exposição do direito é contemporâneo da centralização progressiva da legislação nacional e, sobretudo, da hegemonia da lógica do poder estatal.” [6]

A reforma da Universidade de Coimbra deu-se como reflexo da mudança que havia ocorrido no universo jurídico europeu, e mais precisamente com o direito português, com o advento do positivismo jurídico. A Lei da Boa Razão de 1769 reordenou as fontes do direito buscando acabar com os bartolistas, que organizavam o direito seguindo a tradição medieval.[7] De inspiração positivista e codicista, condenava a falta de sistema das Ordenações devido ao seu método casuístico. Em 1796 foi apresentado um projeto de Código Criminal Português que pretendia acabar com a desordem das Ordenações.[8]

No que diz respeito ao ensino do Direito, portanto, a reforma pombalina decretava o fim do Direito romano e elegia por conteúdo o Direito pátrio, com a Lei da Boa Razão, dando ênfase aos princípios racionalistas do direito natural. Por método a reforma escolheu o então denominado método sintético, demonstrativo e compendiário.[9]

O método sintético consistia em dar as definições e divisões das matérias, iniciando-se dos conceitos mais simples para depois abordar os mais complicados, enquanto que o demonstrativo consistia em comprovar com a maior evidência as proposições de uma determinada matéria para só então poder avançar para outra.[10]

Segundo o método compendiário, o Direito deveria ser ensinado por meio de compêndios ou manuais[11]. Estes deveriam ser claros, ordenados dentro da racionalidade moderna e com predomínio da didática sobre a polêmica.[12]Conforme relata José Reinaldo de Lima Lopes:

O curso, para deixar de ser casuístico, precisaria estar ordenadamente contido no compêndio, que se converteria em manual. Os compêndios deveriam ter exposição sistemática. Assim é que começam a popularizar-se os manuais e logo mais tarde, enquanto não surgiam os códigos – simples e sistemáticos – as muitas consolidações particulares das leis, que serviriam aos práticos (escrivães, advogados, tabeliães e mesmo juízes).[13]

Com a consolidação do paradigma dogmático na Ciência Jurídica, o destino destes Manuais seria o de transformarem-se em meros comentários exegéticos de leis e dispositivos legais e mais tarde dos próprios códigos.

Os brasileiros que estudavam na Universidade de Coimbra constituíam a elite intelectual e política da Colônia, e foi a primeira geração de juristas e legisladores brasileiros formados segundo esta ideia geral. Serão também os primeiros professores, ou lentes, dos Cursos de Direito no Brasil. De Coimbra trouxeram não só o que aprenderam sobre o Direito, mas também o que seria um Curso de Direito[14]. Segundo Alberto Venancio Filho “no século XVI formaram-se, em Coimbra, treze brasileiros; no

século XVII, trezentos e cinqüenta e quatro; no século XVIII, mil setecentos e cinqüenta e dois, e de 1781 a 1822 ali estudaram trezentos e trinta e nove brasileiros".[15]

Foi essa pequena elite formada em Coimbra que trouxe para o Brasil os ideais iluministas e liberais que se associaram ao desejo de independência da metrópole. Desta forma, os bacharéis tiveram papel fundamental na Proclamação da Independência do Brasil de Portugal, ainda que isto represente um paradoxo.

Representantes que eram das elites e classes dirigentes, vinculados ao estado patrimonialista, os bacharéis estavam longe de juntarem-se aos populares em defesa da democracia. Assim, segundo Sérgio Adorno, o liberalismo brasileiro pôs a nu seu caráter essencialmente instrumental, promovendo uma demarcada dissociação entre seus princípios e os princípios democráticos.[16]

A aspiração de um Estado Nacional, monárquico, patrimonialista e liberal só pôde ser realizada na medida em que o liberalismo se tornou cada vez mais conservador e distante dos princípios democráticos***[17]***, consolidando-se um pacto conservador e antidemocrático para a formação deste Estado, o que requeria a formação urgente de quadros. Nas palavras de Sérgio Adorno:

O processo de expulsão das forças democráticas do âmbito institucional e a constituição de laços de cooperação entre facções das elites políticas somente se concretizaram com a extensão progressiva do controle burocrático sobre todas as atividades do estado. Nesse contexto, o Estado brasileiro erigiu-se como um estado de magistrados, dominado por juízes, secundados por parlamentares e funcionários de formação profissional jurídica.[18]

Por este motivo, após a Independência, esta mesma elite de bacharéis foi responsável pela criação dos cursos jurídicos no Brasil.[19] Esta se revelava uma necessidade imperiosa para a independência cultural da sociedade brasileira e para a formação de quadros que viessem a compor a burocracia estatal do nascente Estado brasileiro.[20]

As discussões travadas na Assembléia Legislativa em torno dos Estatutos do Visconde de Cachoeira[21], projeto que deu origem aos dois primeiros cursos jurídicos no Brasil, refletem as contradições e as expectativas das elites brasileiras. O incipiente Estado Brasileiro, emerso das contradições entre a elite imperial conservadora comprometida com a política colonizadora e a metrópole, e a elite nacional civil, defensora dos movimentos liberais e constitucionais, buscou por meio dos cursos jurídicos a formação de quadros políticos e administrativos que viabilizassem a independência nacional.[22]

Data de 11 de agosto de 1827 a Lei de criação dos primeiros cursos de Direito no Brasil. É importante salientar que, apesar desta lei refletir os Estatutos do Visconde de Cachoeira como matriz, várias mudanças foram inseridas no projeto original.

Os debates na Assembléia Legislativa sobre a localização destes cursos também revelam, segundo Sérgio Adorno, "uma sociedade de amplas bases territoriais na qual o regionalismo constituiu entrave à consolidação do Estado Nacional."[23]

Em seu artigo primeiro, a Carta de lei de 11 de agosto de 1827, sancionada por Pedro I, designava as cidades de São Paulo e Olinda como sede dos dois primeiros cursos, que deveriam ser concluídos em cinco anos com o ensinamento de nove cadeiras.

A grade curricular dos primeiros cursos jurídicos contemplava o Direito Natural, revelando o predomínio do jusnaturalismo, fato que irá perdurar até 1870 com o predomínio do positivismo jurídico. Porém, como ocorrera em Portugal, o ensino do jusnaturalismo tenderá para a apologética e não para a crítica. Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, no Brasil "o direito natural inserido no currículo de uma faculdade cujo principal objetivo é formar quadros para o estado imperial, converte-se na explicação e na defesa da ordem estabelecida: a monarquia, a religião de Estado, a moral e os costumes aceitos."[24]

A formação do currículo final do curso, aprovado após inúmeros debates na Assembléia Legislativa sobre quais disciplinas deveriam ser contempladas, revela os objetivos que se pretendia com a criação destes cursos, ou seja, muito mais que a formação de juristas pelo do ensino de disciplinas jurídicas criou-se um curso destinado à formação das elites políticas e administrativas nacionais. O currículo aprovado expressou a composição política entre as elites imperiais, a Igreja, com a inclusão do Direito Público Eclesiástico e a elite civil parlamentar.[25]

Não havia concordância sobre o tipo de ensino que deveria ser ministrado, e a tese de que os bacharéis haveriam de ter uma formação que lhes propiciasse o exercício de várias funções de Estado acabou prevalecendo.

Pouca importância foi dada ao Direito Processual, restrito às aulas teóricas.

Para o estudo das matérias ao longo do curso, o artigo sétimo da Lei de 11 de agosto de 1827 dispunha:

Art. 7 – Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos contanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo-se, porém, à aprovação da Assembléia Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez anos.

As recomendações de obras jurídicas feitas pelo Visconde de Cachoeira em seus Estatutos foram adotadas para os cursos de 1827, onde se encontra a obra de Mello Freire, *Instituições* de 1789 para as disciplinas de direito civil e constitucional. As obras de Grócio, Pufendorf e Heinéccio para o direito natural. Para o direito criminal

recomendava-se Filangieri, Beccaria e Bentham. No direito comercial e na economia política predominava o brasileiro José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, com a sua obra *Princípios de Direito Mercantil* e a *Economia Política*, juntamente com Adam Smith, Ricardo e Malthus.[26]

Como assinala Alberto Venancio Filho, "a instalação dos cursos jurídicos representaria, entretanto, tarefa hercúlea, num país carente de quadros humanos e de equipamento material."[27] As dificuldades enfrentadas eram de toda ordem. Devido à carência de quadros, em muitos casos os lentes tinham que ser trazidos de Portugal e quanto às instalações materiais, os cursos tiveram que ser instalados em antigas instituições eclesiásticas, em São Paulo no Convento de São Francisco e, em Olinda, no de São Bento.

Outro grave problema era a má qualidade do ensino que se revelava logo nos primeiros anos, pois, já em 1831, o Ministro do Império chamava a atenção para a "incúria e o desleixo de alguns lentes do curso jurídico de São Paulo, indiferentes à falta de freqüência dos seus discípulos e fazendo aprovações imerecidas."[28]

A situação em Olinda não era diferente, pois relatórios de um dos mais atuantes diretores do curso jurídico referiam-se à "sofrível situação do curso e estado de relaxação do alguns lentes"[29].

Duas reformas importantes nos cursos jurídicos ocorreram ainda no período do Império. Em 1854, pelo do Decreto 1.386 de 28 de abril foram incluídas as disciplinas de Direito Administrativo, Direito Romano, Direito Marítimo e Hermenêutica Jurídica[30], e o curso de Olinda foi transferido para Recife. Os dois cursos até então denominados Academia de Direito passaram a ser chamados de Faculdades de Direito.

A Segunda importante reforma ocorreu em 1879, a chamada reforma do "ensino livre", a partir da qual poderiam ser criadas outras faculdades além das oficiais, desde que obedecessem às mesmas regras.[31] Caracteriza-se, também, pela liberdade de frequência dos alunos e pela inexistência de exames parciais nas Faculdades de Direito. De inspiração estrangeira mal assimilada, o entusiasmo pela reforma do ensino livre, segundo Alberto Venancio Filho,

só encontra uma explicação na baixa qualidade do ensino jurídico no Brasil. Na verdade, se os professores não eram competentes, se os alunos só compareciam às aulas por força da obrigatoriedade da freqüência, mas delas se desinteressavam sem prestar atenção às preleções, não haveria mesmo razão para se manter o regime das lições e sabatinas e para exigir a freqüência obrigatória.[32]

A implantação da lei do ensino livre foi alvo de severas críticas e o sistema foi alterado em 1885, voltando a obrigatoriedade da freqüência às aulas[33], porém a ideia de ensino livre irá permanecer nos debates sobre ensino jurídico e sobre o ensino superior até 1915.[34]

Ao final do Império, o ensino jurídico contava somente com as Faculdades de São Paulo e Recife, e se, "quantitativamente, o ensino jurídico permanecia na mesma posição de 1827, pode-se afirmar [...] que qualitativamente a situação também não se modificara."[35]

Em termos de recursos materiais, as instalações nunca foram alvo de preocupação por parte do Império e, em relação ao quadro de professores, a atividade magisterial, desde o início mal remunerada, era para poucos deles uma atividade importante e a maioria acabava abandonando-a para voltar-se a atividades políticas, da magistratura ou da advocacia, sendo que apenas poucos deixaram obras importantes para o ensino jurídico. A prática de aulas tipo conferência e de aulas dadas por meio da leitura de compêndios eram as mais comuns.[36]

Por outro lado, os alunos, em sua maioria, demonstravam a maior falta de interesse pelos estudos jurídicos, não freqüentando as aulas e não estudando para os exames periódicos, contando sempre com a benevolência de seus professores para a aprovação nas disciplinas. A praxe era, inclusive, de não reprovar ninguém no último ano, e o chamado "pistolão" ou patronato em favor de alunos reprovados era uma constante na época.[37]

O que realmente despertava o interesse dos estudantes de Direito era o jornalismo, a literatura e a política. Nas palavras de Alberto Venancio Filho "ser estudante do Direito era, pois, sobretudo, dedicar-se ao jornalismo, fazer literatura, especialmente a poesia, consagrar-se ao teatro, ser bom orador, participar dos grêmios literários e políticos, das sociedades secretas e das lojas maçônicas".[38]

Assim, pouco se aprendia sobre o Direito nas salas de aula e as atividades extra-classe acabavam traçando o perfil destes bacharéis, garantida que estava a ascensão social pela obtenção do título, não seria necessário estudar. Mais importante era participar das atividades que garantiam a formação política para a sua militância. Conforme comenta Sérgio Adorno:

O principal efeito da militância publicista consistiu na formação de uma elite de políticos profissionais, ao mesmo tempo cosmopolitas, heterogêneos, representantes de interesses diversos e unificados em torno de um objetivo comum: desenvolver as estruturas jurídico-políticas sob o controle dos grupos sociais dominantes.[39]

José Reinaldo de Lima Lopes salienta que a cultura jurídica do Império, embora sendo erudita, não é propriamente acadêmica, pois "as grandes obras e os grandes nomes do direito não se dedicarão ao ensino. O ensino, a rigor, depende do compêndio, não das obras teóricas dos juristas deslocados para a corte, onde exercem funções de Estado."[40]

Conclui ainda o autor que, até 1870, as Faculdades de Direito não foram nenhum centro de debates e a cultura jurídica configurava-se no foro ou na corte.[41]

Alguns bacharelados em Coimbra destacaram-se com obras jurídicas importantes para a época, como José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, que com seu *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*, de 1789, introduziu o liberalismo e o utilitarismo no Brasil.[42]

A legislação fundamental com a qual irão ater-se os juristas brasileiros no início do Império é a Constituição de 1824, o Código Criminal e o Código de Processo Criminal. Somente em 1850 surgirá o Código Comercial e em 1857 a *Consolidação das Leis Civis* de Teixeira de Freitas, considerado o maior privatista da cultura jurídica oitocentista. No direito privado destacaram-se, também, Cândido Mendes de Almeida, que em 1870 publicou *Ordenações Filipinas*, com um apanhado de tudo que se encontrava em vigor mais o que já havia sido revogado, e o Conselheiro Lafayette com o seu *Direito das Coisas e Direitos da Família*.[43]

Ainda durante o Império irão surgir dois importantes nomes para a cultura jurídica brasileira e para o próprio ensino jurídico. Por um lado, representante da chamada Ilustração brasileira, Tobias Barreto tecia várias críticas aos juristas e ao jusnaturalismo tradicionalista, defendendo a compreensão do direito como um fenômeno histórico, cultural e social.[44] Por outro lado, os pareceres de Rui Barbosa sobre educação e também sobre ensino jurídico marcaram época no Parlamento, com severas críticas aos métodos utilizados nas Faculdades de Direito, ao conhecimento estritamente dogmático que era ensinado nestas faculdades. Rui Barbosa também propunha a supressão da disciplina de Direito Romano com o acréscimo de História do Direito e Sociologia.[45]

A má qualidade do ensino jurídico durante o império fez com que sua evolução tenha-se caracterizado "por um desejo constante de reformas. Reformas estas que nunca alcançaram os seus objetivos."[46] Apesar disto, o ensino jurídico cumpriu o seu papel, revelando-se as Faculdades de São Paulo e Recife como centro formadores da elite burocrática nacional.[47]

Resumindo, segundo Horácio Wanderlei Rodrigues[48], pode-se caracterizar o ensino jurídico durante o Império por:

a) Controle total pelo governo central, do currículo, da metodologia de ensino, da nomeação dos lentes e da direção das Faculdades, dos programas de ensino e dos livros adotados;

b) Dominação do jusnaturalismo até o positivismo ser introduzido em 1870;

c) Limitação da metodologia das aulas em aula-conferência ao estilo de Coimbra;

d) Formação dos filhos das elites econômicas para ocuparem os primeiros escalões políticos e administrativos do país;

e) Distanciamento da academia das mudanças que estavam ocorrendo na estrutura social.

A Proclamação da República, como também ocorreu com a abolição da escravatura, não foi fruto de grandes transformações sociais vinculadas a ideais liberais e revolucionários. Pelo contrário, tratou-se de um episódio que transcorreu à parte da maioria da população.

Apesar da inspiração liberal, "dentro de uma sociedade profundamente dividida e antidemocrática, os efeitos do liberalismo da Constituição foram muito diferentes daqueles proclamados nos discursos" [49] Desta forma, a Constituição de 1891 negou às mulheres, aos pobres e aos analfabetos o direito do voto.

Sérgio Adorno lembra que a Constituinte de 1891 era composta em sua maioria por bacharéis em direito que se autointitulavam liberais, mas que estavam forjando uma nova ordem extremamente conservadora.[50]

No que se refere ao ensino jurídico, este não representou nenhum avanço, marcando um período de "grande esvaziamento formativo" dos bacharéis, mesmo apesar de ter sido chamado de República dos Bacharéis[51].

Em termos principais, o que se verifica é a influência decisiva do positivismo jurídico na concepção de Direito e seu ensino, e algumas alterações no currículo dos cursos a fim de dar maior profissionalização aos seus egressos.[52]

Estudando o assunto, comenta Aurélio Wander Bastos:

Os currículos jurídicos da primeira república foram realmente retrógrados, sem qualquer preocupação inovadora no que se refere à proposta republicana. [...] foram ainda determinados e amarrados pelas questões do ensino jurídico imperial e pelos seus esteriótipos.[53]

Destaca-se nesta época a Reforma Benjamin Constant, Decreto n. 1.232-H, de 2 de janeiro de 1891, que aprova o Regulamento das instituições de ensino jurídico. Buscando adequá-lo à natureza federativa da Constituição de 1891 e ao espírito de descentralização política, consolidou a ideia de descentralização educacional com o ensino livre[54], possibilitando a expansão do ensino jurídico superior em ensino oficial federal e estadual e ensino livre [ou particular]. Seria possível a criação de Faculdades de Direito livres por particulares ou oficiais pelos Estados desde que tivessem suas matrículas e exames idênticos aos das federais, estando sujeitas à inspeção do Conselho de Instrução Superior.[55] Com isso, houve um aumento dos cursos jurídicos gerando maior possibilidade de acesso aos alunos a procura de ascensão social e colocando um fim no dualismo exercido entre São Paulo e Recife. Segundo Horácio Wanderlei Rodrigues[56], esse fato dá início ao pluralismo de cursos jurídicos no Brasil.

A Reforma Benjamin Constant subdividia a estrutura organizacional da Faculdade de Direito em Curso de Ciências Jurídicas de quatro anos, Curso de Ciências Sociais de três anos e Cursos de Notariado de dois anos, com currículos diferenciados e formações específicas. O Curso de Ciências Jurídicas habilitava o bacharel para o exercício da

advocacia, da magistratura e dos ofícios da justiça; o de Ciências Sociais, para os cargos do corpo diplomático e consular, e da administração do governo; o Curso de Notariado habilitava somente para ofícios de justiça. Permitia-se a habilitação em mais de um curso e a obtenção do grau de doutor em Ciências Jurídicas e Sociais após a habilitação nos dois e a defesa de uma tese perante banca específica.[57]

Facultava, também, a qualquer indivíduo ou associação de particulares fundar cursos ou estabelecimentos onde fossem ensinadas matérias que constituíssem programa dos cursos jurídicos das Faculdades Federais. Devido à permissão concedida pelo mesmo regulamento de que, se o aluno fosse aprovado em exames de determinada matéria estaria isento de cursá-la, vários estudantes passaram a freqüentar estes cursos antes de ingressar nas Faculdades.[58]

Foram introduzidas as disciplinas de Filosofia do Direito e a de História do Direito [Reforma de 1891], sendo que, a partir de 1895, a primeira passou a ser ministrada no primeiro ano e a segunda, no último. A Filosofia Jurídica veio substituir a disciplina de Direito Natural. A República havia decretado em 1890 a separação entre Igreja e Estado, não existindo mais uma religião oficial do Estado. Assim, tratava-se de "uma república laica, que precisava de uma teoria do direito laica, distante do direito natural que tomara ares semi-religiosos."[59] Neste diapasão, outra disciplina excluída foi o Direito Eclesiástico.

A reforma de 1891 também introduziu as disciplinas de Direito Administrativo e Economia Política, enquanto que a de 1895 criou a disciplina de Direito Internacional Público e Diplomacia e Direito Militar e Penitenciário. Segundo Aurélio Wander Bastos, "um vício congênito de nossos currículos" estava presente no currículo oriundo das reformas: a falta de importância dada ao Direito Processual.[60]

No Regulamento de 1891 havia um artigo, o de número 83, que incentivava os professores a escreverem tratados, compêndios e resumos das doutrinas ensinadas nas faculdades. Caso a obra fosse considerada de importância para o ensino pela Congregação da Faculdade e aprovada pelo Conselho de Instrução Superior, a impressão do seu trabalho seria por conta do Estado e o autor ainda teria direito a um prêmio em dinheiro.[61]

Com a possibilidade de criação de novas faculdades, ao iniciar-se o século XX, o processo de descentralização fez surgir no ano mesmo de 1891 duas Faculdades no Rio de Janeiro e uma na Bahia; em 1892, em Minas Gerais; em 1900, em Porto Alegre, Rio Grande do Sul; em 1902, no Pará; em 1903, no Ceará; em 1908, no Amazonas; em 1912, no Paraná e em Niterói. Em 1915 surge uma Faculdade Estadual no Rio de Janeiro.

As demais escolas criadas durante este período repetiam as mesmas deficiências e os mesmos problemas das escolas tradicionais. A docência permanecia sem ser a atividade principal dos professores das faculdades que limitavam seu método à leitura dos compêndios. Já os jovens estudantes continuavam com o único objetivo de conquistar o diploma. Segundo Alberto Venancio Filho, a definição mais precisa do que era o ensino jurídico é dada por um líder estudantil: "Ia-se à faculdade, naquela época, como se fosse a um clube". Ou seja, tratava-se de "um local de encontro, um lugar de convívio, mas com muito pouco ensino e menos ainda estudo."[62]

Destaca-se, também, sobre o ensino jurídico no início da república, a discussão travada em torno da questão do método. Em 1912 João Mendes de Almeida Júnior, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, chamou atenção ao publicar na Revista da Faculdade de Direito da São Paulo um artigo intitulado *O Ensino do Direito,* onde basicamente trata da questão da metodologia do ensino jurídico. Sua obra é uma defesa do método dedutivo e dos Estatutos da Universidade de Coimbra, colocando-se contra o método de casos norte-americanos e contra os cursos práticos dos alemães. O importante era conservar tudo como estava, buscando-se corrigir os erros sem apelar a métodos estranhos.[63][64]

Outras reformas ocorreram até chegar-se aos anos trinta. Destaque-se a de 1911, Reforma Rivadávia e a de 1915, a Reforma Carlos Maximiliano. Porém as reformas republicanas, excetuando-se a exclusão do Direito Natural e do Direito Eclesiástico, não são indicativas de grandes mudanças nos ideais curriculares. Prevaleceram os interesses das elites oligárquicas na defesa de seus projetos, estando sempre presente

a base românica do ensino, a resistência ao Direito Constitucional e o desinteresse pelo ensino da Introdução Geral do Direito e da Economia Política, disciplinas formadoras de natureza crítica ou científica, bem como pelo ensino do Direito Processual [...], como agente de absorção e viabilização de decisões sobre demandas individuais e sociais.[65]

Assim, na década de 1930, transcorridos cem anos da criação dos primeiros cursos de Direito do país, “as críticas continuavam as mesmas e o estado real do ensino jurídico era praticamente o mesmo – a tão malfadada decadência.”[66]

2 O Ensino Jurídico de 1931 até o regime militar

Os anos de 1930 serão marcados por profundas transformações sociais, políticas e econômicas em nosso país e no mundo. Na Europa assiste-se, ao final de primeira guerra, à Revolução Russa em 1917 e à República de Weimar na Alemanha desde 1919. No México, a Constituição de 1917 adota os direitos sociais como direitos fundamentais. [67] Nos Estados Unidos, a quebra da bolsa de Nova York trará sérias consequências para a monocultura cafeeira no Brasil, levando ao aviltamento do preço do café, principal produto da nossa economia puramente exportadora.[68]

Com a Revolução de 30, a mudança política que derrubou o governo da República Velha foi acompanhada da mudança econômica, que encerra, quase que definitivamente, o controle do governo pelas oligarquias rurais. No campo social a industrialização irá provocar o aparecimento de novas classes, como a classe média e o proletariado.[69]

Em 1931 ocorreu a Reforma Francisco Campos, pelo Decreto 19.851, de 11 de abril, que, além de reformar todo o ensino superior, desdobrou o Curso Jurídico em dois: o Bacharelado e o Doutorado, cabendo ao primeiro a formação dos operadores técnicos

do Direito e ao segundo, a preparação dos futuros professores e pesquisadores. Segundo Horácio Wanderlei Rodrigues, essa reforma "não obteve, na época o êxito esperado, continuando os cursos de bacharelado no mesmo nível existente anteriormente e não tendo os de doutorado atingido os objetivos almejados"[70].

Chamado de Estatuto das Universidades Brasileiras, o decreto procurou dar aos cursos jurídicos um caráter eminentemente positivista e nitidamente profissionalizante. Excluiu cadeiras humanistas como Filosofia do Direito, que foi substituída por Introdução ao Estudo do Direito, e privilegiou a formação prática.[71]

Comentando sobre o ensino jurídico do período de 1930 a 1945, Alberto Venancio Filho verifica que

os resultados apresentados forma bem mofinos. Enquanto que no campo econômico e social as transformações eram bem significativas, no setor educacional um sério esforço se realizava; inclusive em matéria de ensino superior, os cursos jurídicos mantinham-se na mesma linha estacionária.[72]

Neste contexto, apesar do ensino jurídico continuar apresentando os mesmos problemas da sua criação, o perfil do bacharel irá sofrer grandes mudanças. Desde a Reforma Benjamim Constant e a Reforma Rivadávia houve um sensível aumento no número de cursos espalhados pelo Brasil, inclusive de instituições particulares. Os bacharéis, até então oriundos das elites dirigentes, começam a advir também da classe média em ascenção. Como resultado, estes bacharéis irão ocupar cada vez mais outros postos, além da burocracia estatal, trabalhando em empresas ou como profissionais liberais.

A política de criação de novas escolas era desenvolvida sem o menor critério e sobretudo nos ramos considerados mais fáceis de serem instituídos como o Direito. Segundo Alberto Venancio Filho:

Tal movimento que já foi chamado ironicamente de 'inchação' do ensino superior, ou 'política de cogumelagem', ocorreu num período em que as transformações econômicas do país, com a atenção para os problemas de planejamento econômico e de uma intervenção mais ordenada do estado nas atividades econômicas, estariam a exigir um ensino superior de tipo novo, inclusive em ensino de Direito que atentasse para as novas realidades sociais.[73]

Entretanto, o ensino jurídico permanecia afastado de todas as mudanças sociais e o debate sobre a melhoria do ensino era praticamente inexistente.

Em 1955 San Tiago Dantas, ao palestrar na aula inaugural da Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro, salientou que as Universidades vinham constituindo-se como

centro reprodutor de conhecimentos tradicionais, e que era fundamental recuperar o papel de criação que lhe competia.[74]

Defendia um movimento de reforma do ensino jurídico que tivesse como meta básica o desenvolvimento, o treinamento e o efetivo desempenho do raciocínio jurídico:

O ponto de onde, a meu ver, devemos partir, nesse exame do ensino de que hoje praticamos, é a definição do objetivo da própria educação jurídica. Quem percorre os programas de ensino das nossas escolas, e sobretudo quem ouve as aulas que nelas se proferem, sob a forma elegante e indiferente da velha aula-douta coimbrã, vê que o objetivo atual do ensino jurídico é proporcionar aos estudantes o conhecimento descritivo e sistemático das instituições e normas jurídicas. Poderíamos dizer que o curso jurídico é, sem exagero, um curso de institutos jurídicos, apresentados sob a forma expositiva de tratado teórico prático[75].

San Tiago Dantas já observava em sua época os malefícios causados pelo ensino jurídico ministrado mediante a repetição do paradigma dogmático do Direito consagrado nos tratados e compêndios.

Em 1961 a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei 4024 de 20 de dezembro, criou o Conselho Federal de Educação com atribuições, dentre outras, de autorizar o funcionamento de escolas de nível superior que habilitassem os bacharéis para o exercício de profissões técnico-científicas. Sucedeu-se um período de grande expansão do ensino superior e do ensino jurídico.

A atuação do Conselho Federal de Educação foi de análise de requisitos meramente formais para a aprovação dos cursos, tais como condições do prédio, capacidade financeira da mantenedora, chegando a considerar impossível recusar um pedido para funcionamento de um curso particular que não comprometesse os fundos públicos.[76]. Quanto aos professores, ficaram conhecidas as “congregações de fachada” e as “congregações itinerantes”, compostas por professores que, no primeiro caso, emprestavam seus nomes para a criação de uma faculdade, sem nunca nela lecionar, e, no segundo caso, os que faziam percurso por várias faculdades em diferentes cidades, lecionando cada dia em uma. Assim, ao final de 1964, já havia 61 faculdades de Direito no Brasil.[77]

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional também atribuía competência ao Conselho Federal de Educação para a fixação de um currículo mínimo para os cursos que habilitassem para o exercício de profissões liberais. O currículo mínimo consistia em um núcleo necessário de matérias para a formação cultural e profissional que deveria ser complementado por uma parte a ser fixada pelo estabelecimento de ensino, voltada às peculiaridades regionais e de cada Instituição.[78]

Foi assim que, pela primeira vez, em 1962, pelo Parecer n. 215 do Conselho Federal de Educação, ocorreu a implantação do currículo mínimo para os cursos jurídicos, uma vez que, até aquele momento, todos os currículos impostos haviam sido os plenos.

Porém, o currículo mínimo implantado pela reforma tornou-se um currículo máximo e a alteração não trouxe nenhuma mudança significativa para o ensino jurídico. Por outro lado, as matérias eleitas demonstram a manutenção da tendência de transformar o curso de Direito em formador de técnicos do Direito.[79] Horácio Wanderlei Rodrigues percebe no currículo

a tentativa de transformar os cursos de Direito em cursos estritamente profissionalizantes, com redução – para não falar em quase eliminação – das matérias de cunho humanista e de cultura geral. Foram elas substituídas por outras voltadas para a atividade prática do advogado do foro, dando continuidade à tentativa de tecnificação do jurídico, que já havia sido iniciada na república Velha.[80]

Importante, ainda neste período, destacar que em 1963 a Lei 4215 reformou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, regulando a profissão do advogado e o estágio profissional e instituiu o exame de ordem. A necessidade da criação do exame de ordem foi percebida em uma fase em que a enorme quantidade de cursos de Direito com baixo padrão "estava levando a um contínuo desprestígio da profissão pela insuficiência de conhecimento dos formandos."[81]

A ideia de prestar uma prova para poder habilitar-se ao exercício profissional não agradou em nada os bacharéis que colocaram muitas resistências à realização do exame. Como conseqüência, em 1972, foi aprovada uma lei que dispensava do exame da Ordem e do estágio profissional os bacharéis que houvessem realizado estágio de prática forense em suas faculdades.[82]

A expansão do sistema educacional fazia parte dos objetivos do regime pós 1964, que, em 1968, realizou a Reforma Universitária. Esta serviu para aliar o ensino no Brasil aos objetivos do regime instaurado, que associava o desenvolvimento nacional ao da educação superior e das empresas privadas. Porém a expansão do ensino superior não seria realizada pelo Estado, mas por instituições privadas de ensino, a maioria precariamente instaladas, sem os recursos humanos necessários, sem desenvolvimento de pesquisa e com a qualidade do ensino muito baixa.[83]

A expansão do ensino superior, obtida mediante a proliferação de instituições privadas de ensino, acabou dividindo o público alvo das faculdades. Por um lado passou-se a ter centros de excelência do ensino público, destinados à produção do conhecimento e frequentados por estudantes oriundos de famílias que podiam pagar pela preparação necessária para passarem no vestibular. Por outro, Faculdades reprodutoras de conhecimento, com ensino de qualidade duvidosa, destinadas àqueles que constituíam o "refugo dos centros de excelência", pois não tiveram condições de passar no vestibular das instituições públicas, tendo que buscar sua formação nas instituições privadas e na maioria dos casos, sendo obrigados a trabalhar para pagar seus estudos.[84]

Tendo em vista a tradição conservadora dos cursos jurídicos, a Reforma de 1968 encontrou neles um solo fértil, pois:

os cursos de Direito eram os mais propícios a assimilar a ideologia da ordem, do cumprimento à lei, da hierarquização, da disciplina, da não contestação [...]. Historicamente isolados do contexto social brasileiro, os cursos jurídicos expandiram e aprofundaram esta situação após 1964.[85]

Deste período até 1972 não houve muitas mudanças qualitativas e nem estruturais nos currículos de Direito. As reformas existentes foram no sentido de dar um caráter mais profissionalizante ao curso, permanecendo a rigidez curricular, o baixo nível de qualidade, conteúdo desvinculado da realidade social e as tradicionais aulas por conferência.[86]

3 O Ensino Jurídico de 1972 até a Portaria MEC 1886/94

Em 1961 o Departamento de Assuntos Universitários do Ministério da Educação e cultura decidiu realizar a revisão do currículo mínimo do curso de Direito. Sob a direção de Newton Sucupira, foi designada uma comissão encarregada deste objetivo. A comissão era composta por: Alfredo Lamy Filho, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Cáio Tácito, da Universidade do Estado da Guanabara;Emílio Maya Gischkow, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; José Carlos Moreira Alves, da Universidade de São Paulo; Daniel Coelho de Sousa, da Universidade Federal do Pará; e Lourival Vilanova, da Universidade Federal de Pernambuco.[87]

A proposta apresentada pela comissão foi transformada na Resolução 3/72 do Conselho Federal de Educação. De opinião que o currículo mínimo de 1962 continha muitas matérias obrigatórias, exaurindo a carga horária dos cursos jurídicos por inteiro e impossibilitando assim a criação de outras disciplinas, a comissão buscou assegurar uma maior flexibilidade aos currículos, com menos disciplinas obrigatórias e uma maior carga horária para as faculdades criarem disciplinas conforme as necessidades regionais e o perfil dos bacharéis.[88]

A reforma previu, além da habilitação geral, a possibilidade de habilitações específicas em áreas a serem escolhidas pelas Faculdades. Permitiu também a adoção do sistema de créditos com periodização semestral.

Porém, na prática, a Reforma, que irá vigorar até 1995, não trouxe os resultados esperados. Muitas críticas são dirigidas às Faculdades e seus professores que não souberam entender o espírito da reforma, continuando a existir um curso com rigidez curricular, onde o mínimo se transformou novamente no máximo. Assim, segundo Horácio Wanderlei Rodrigues, “a reforma não resolveu os problemas do Ensino do Direito. Os motivos são diversos – ou ela não introduziu as mudanças estruturais necessárias, ou não foi devidamente aplicada - a conclusão é idêntica.”[89]

Nesse período continua o crescimento descontrolado do número de vagas e de cursos de Direito, principalmente por meio da extensão de vagas já existentes. Os cursos de Direito são um dos maiores alvos da expansão exatamente pelo fato de se tratar de um dos cursos mais procurados nos vestibulares e serem de baixo custo de instalação e manutenção.

Em junho de 1981 a Assessoria Especial para o Ensino Jurídico da Presidência do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sensível aos sinais dessa crise, elaborou um trabalho que foi apresentado na reunião dos Presidentes dos Conselhos Seccionais realizada em Goiânia, no qual foram indicados tópicos para o exame e análise da problemática do Ensino Jurídico[90]. As conclusões da Assessoria foram encaminhadas pelo Presidente do Conselho Federal da OAB ao Ministério da Educação, pelo Of. 667/82, de 29 de janeiro de 1982, inaugurando a presença marcante da OAB nas discussões nacionais sobre o ensino jurídico.

Segundo Inês da Fonseca Pôrto[91], o início da grande reforma do ensino jurídico no Brasil foi desencadeado pela Comissão de Ciência e Ensino Jurídico criada em agosto de 1991 pelo Conselho Federal da OAB, pelo seu presidente, Marcello Lavenère Machado. Encarregada de diagnosticar a situação desse ensino no país e de apresentar propostas de solução, era composta pelos professores Paulo Luiz Neto Lôbo [coordenador], Roberto Armando Ramos de Aguiar [relator], Álvaro Villaça Azevedo, Edmundo Lima de Arruda Júnior, José Geraldo de Sousa Júnior e Sérgio Ferraz.

A Comissão decidiu iniciar seus trabalhos a partir do "diálogo criativo com os autores, pensadores, professores e pesquisadores que, nos últimos anos vêm refletindo e formulando propostas significativas acerca dos problemas do ensino jurídico"[92], e a consulta foi realizada em forma de questionário dirigido àqueles que haviam desenvolvido vasta produção acadêmica preocupada com as questões atinentes ao Ensino Jurídico. Todos os caminhos apontavam para o diagnóstico de uma "crise" no Ensino Jurídico.[93]

As repostas, que constituíram um completo raio X da situação de crise, foram publicadas na primeira de uma série de obras da Comissão sobre o tema: *OAB. Conselho federal. Ensino Jurídico: Diagnósticos, Perspectivas e Propostas. Brasília: OAB: 1992.*

Após este diálogo, a Comissão elaborou um questionário destinado ao "Levantamento das Condições dos Cursos Jurídicos no País", distribuído em todas as Faculdades de Direito no segundo semestre de 1992, com o objetivo de conhecer uma realidade até então desconhecida. "Uma realidade obscurecida, mantida sob relações de poder e hierarquia, cuja função social nunca foi discutida publicamente."[94] Inicia-se com essa pesquisa o primeiro processo de avaliação dos cursos de Direito em todo o país. Os resultados e as reflexões da Comissão sobre eles foram reunidos no segundo livro da Coleção denominado: *OAB Ensino Jurídico: Parâmetros para a Elevação de Qualidade e Avaliação. Brasília: OAB, 1993.*

De posse dos resultados dessa pesquisa inédita, a Comissão da OAB, em parceria com o MEC, realizou durante o ano de 1993 quatro seminários por todo o Brasil com o objetivo de continuar o diálogo, desta vez com todos os interessados na transformação

do Ensino Jurídico. Os seminários, em Porto Alegre, Recife, São Paulo e Brasília, contaram com a participação da comunidade jurídica acadêmica e profissional.[95]

Como proposta, fruto de todo esse processo de reflexão, pesquisa, avaliação e discussões nos seminários, foi editada, em dezembro de 1994, a Portaria MEC n 1886/94, que fixava as novas diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo para os cursos jurídicos de todo o Brasil com obrigatoriedade a partir de 1996.

A Portaria 1886/94 voltou a prever duração mínima de cinco anos para os Cursos Jurídicos, definindo também a carga horária mínima para integralização do mesmo.

Com relação à duração do Curso, a nova Portaria assim estipulava: "Art. 1 O curso jurídico será ministrado no mínimo de 3.300 horas de atividades, cuja integralização se fará em pelo menos cinco e no máximo oito anos letivos".

Uma inovação da Portaria, dentre outras, é o artigo segundo dedicado aos cursos noturnos, que ficaram obrigados a apresentar o mesmo padrão de qualidade e desempenho do curso diurno, não podendo ultrapassar uma carga horária diária de quatro horas-atividade.

Outra inovação importante e positiva da Portaria foi a obrigatoriedade das atividades de pesquisa e extensão, denominadas de atividades complementares, com destinação de no mínimo cinco e no máximo dez por cento da carga horária da grade curricular.[96]

O Estágio de Prática Jurídica também recebeu previsão de carga horária, sendo obrigatórias no mínimo 300 horas de atividades que não podiam se resumir a atividades advocatícias, mas sim de várias carreiras jurídicas. O curso deveria criar um Núcleo de Prática Jurídica para o desenvolvimento das atividades do estágio.[97]

No campo das disciplinas, a Portaria fixou aquelas consideradas obrigatórias, divididas entre as fundamentais – com exigência de Filosofia Jurídica, Ética, etc. - e profissionalizantes, e deixou para a escolha dos cursos as complementares, que deveriam ser inseridas na grade conforme as peculiaridades de cada curso.[98]

Dentro da ideia de flexibilidade curricular, a Portaria permitiu às faculdades a criação de áreas de especialização, segundo a vocação do curso, as demandas sociais e o mercado de trabalho.[99]

A Portaria dispôs ainda, sobre o acervo bibliográfico de cada curso que deveria ser de no mínimo dez mil volumes, além de periódicos de jurisprudência, doutrina e legislação.[100]

Por fim, também inovando positivamente, a Portaria prescreveu a obrigatoriedade de defesa de monografia de final de curso perante banca examinadora, com tema e orientador a serem escolhidos pelo próprio aluno.[101]

A Portaria 1886/94 fixava um prazo de dois anos, a contar da data de sua publicação, para os cursos jurídicos proverem os meios necessários ao seu cumprimento. Esse prazo não foi cumprido e, em 1996, o próprio MEC, pela Portaria 03/96, postergou a obrigatoriedade da Portaria 1886/94 para 1997. Já no ano de 2001, pela Portaria MEC

1.252/01 e 1875/01, a Monografia de Final de Curso foi tornada obrigatória apenas para os alunos que tivesse iniciado o seu Curso de Direito em 1998.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que foi estudado pode-se concluir que tradicionalmente no Brasil o Ensino Jurídico apresenta vários problemas que se refletem na sua má qualidade. Questões de mercado e competitividade das Faculdades são decisivas neste particular.

Outra conclusão à qual se pode chegar, a partir do estudo dos currículos, é a de que esses são, regra geral, compostos preponderantemente de matérias codificadas, ou seja, dogmáticas. A duração do curso é em média de cinco anos. O currículo é normalmente fixo ou pouco flexível, deixando nenhum ou pouco espaço para a busca de formação autonomamente pelo aluno.

Atividades complementares, como pesquisa e extensão e a Monografia de final de curso, só passaram a ser obrigatórias a partir da Portaria 1886/94, sendo que antes não eram nem referidas nas grades, fazendo com que a formação do bacharel fosse resultado exclusivo do ensino em sala de aula. Bastava comparecer cinco dias da semana a quatro horas de aulas por dia durante quatro ou cinco anos para ao final obter o diploma.

O mesmo acontecia com o Estágio de Prática Jurídica que, apesar de ser de fundamental importância para a formação prática do bacharel, não só como advogado, mas também nas outras carreiras jurídicas, segundo reconheceu a Portaria 1886/94, na maioria dos casos resumia-se a uma atividade de fachada, relegado ao cumprimento de um serviço assitencialista e restrito a somente algumas atividades, como, por exemplo, o direito de família.

Neste sentido, a Portaria 1886/94 trouxe vários avanços nas diretrizes curriculares dos Cursos Jurídicos que poderiam resultar em uma melhora na qualidade do Ensino Jurídico, porém o processo de implantação da Postaria ultrapassa os limites do presente artigo e será objeto de novas pesquisas por parte dos autores.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *Os Aprendizes do poder*: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo L. *Advogado e mercado de trabalho*: um ensaio sobre a crise sócio-profissional dos bacharéis em direito no Brasil. Campinas: Julex, 1988.

BASTOS, Aurélio Wander. “O Ensino jurídico no Brasil e as suas personalidades históricas: Uma recuperação de seu passado para reconhecer o seu futuro.” IN: *Ensino Jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1 ed, 1997. p. 35 – 55.

_____. *O Ensino jurídico no Brasil*. 2 ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2000.

COSTA, Alexandre Bernardino. *Ensino jurídico: disciplina e violência simbólica*. Dissertação apresentada no CPGD/UFSC em 1992.

DANTAS, San Tiago. *A Educação jurídica e a crise brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1955.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O Direito na história:* lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

OAB. Conselho federal. *Ensino Jurídico:* diagnósticos, perspectivas e propostas. Brasília: OAB: 1992.

PÔRTO, Inês da Fonseca. *Ensino jurídico, diálogos com a imaginação*: construção do projeto didático no ensino jurídico. Porto Alegre: SAFE, 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico*: saber e poder. São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. *Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei e JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Ensino do direito no Brasil*: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

VENANCIO FILHO, Alberto. Análise histórica do ensino jurídico no Brasil. Encontros da UnB: *Ensino Jurídico*. Brasília, 1979.

_____. *Das Arcadas ao bacharelismo*: 150 anos de ensino jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982.

---

[1] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 1.

[2] ARRUDA JR, Edmundo L. Advogado e Mercado de Trabalho: um ensaio sobre a crise sócio-profissional dos bacharéis em direito no Brasil. Campinas: Julex, 1988. p. 33

[3] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 7.

[4] VENANCIO FILHO, Alberto. Análise Histórica do Ensino Jurídico no Brasil. Encontros da UnB: Ensino Jurídico. Brasília, 1979. p. 13.

[5] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 5.

[6] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 221.

[7] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 228.

[8] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 224

[9] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 6

[10] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 6

[11] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 220

[12] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 6

[13] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 229.

[14] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 229.

[15] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 8.

[16] ADORNO, Sérgio. Os Aprendizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 73.

[17] ADORNO, Sérgio. Os Aprendizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 74.

[18] ADORNO, Sérgio. Os Aprendizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 78.

[19] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 15.

[20] ADORNO, Sérgio. Os Aprendizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 235.

[21] “Tratava-se dos estatutos destinados ao curso criado provisoriamente pelo decreto de 9 de janeiro de 1825, que deveria funcionar no Rio de Janeiro .O Visconde de Cachoeira era José Luís de Carvalho e Melo ,nascido na Bahia em 6 de maio de 1774; formou-se em direito na Universidade de Coimbra e exerceu várias funções na vida pública, sendo deputado e depois senador por sua província natal.” (VENANCIO FILHO, 1982, p. 30-31)

[22] BASTOS, Aurélio Wander. O Ensino Jurídico no Brasil. 2 ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 1

[23] ADORNO, Sérgio. Os Aprendizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 235

[24] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 229.

[25] BASTOS, Aurélio Wander. O Ensino Jurídico no Brasil. 2 ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 34.

[26] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 338.

[27] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 36.

[28] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 49.

[29] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 54.

[30] BASTOS, Aurélio Wander. O Ensino Jurídico no Brasil. 2 ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 59

[31] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 339.

[32] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 87-88.

[33] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 339.

[34] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 87.

[35] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 113.

[36] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 115, 116 e 119.

[37] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 125, 128 e 129.

[38] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 136.

[39] ADORNO, Sérgio. Os Aprendizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 239.

[40] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 339.

[41] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 343.

[42] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 340.

[43] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 340-343.

[44] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 341-342.

[45] BASTOS, Aurélio Wander. "O Ensino Jurídico no Brasil e as suas Personalidades Históricas: Uma Recuperação de seu Passado para Reconhecer o seu Futuro." IN: Ensino Jurídico OAB: 170 anos de Cursos Jurídicos no Brasil. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997. p. 35–55. p. 40

[46] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ensino Jurídico: saber e poder. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 19

[47] "Mergulhados nos ambientes dessas escolas, esses rapazes bisonhos como que se despiam do que neles havia de cunho especificamente nacional: a sua mentalidade ruralizada se transfigurava inteiramente. Formados, retornavam a seus lares, à sua província ou à sua aldeia natal – e eram ali outros tantos focos irradiadores do velho idealismo utópico, aprendido nas academias de onde tinham saído." (VENANCIO FILHO, 1982, p. 163)

[48] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Novo Currículo Mínimo dos Cursos Jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 10.

[49] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 370.

[50] ADORNO, Sérgio. Os Aprendizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

[51] BASTOS, Aurélio Wander. "O Ensino Jurídico no Brasil e as suas Personalidades Históricas: Uma Recuperação de seu Passado para Reconhecer o seu Futuro." IN: Ensino Jurídico OAB: 170 anos de Cursos Jurídicos no Brasil. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997. p. 35–55. p. 41

[52] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Novo Currículo Mínimo dos Cursos Jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 10

[53] BASTOS, Aurélio Wander. "O Ensino Jurídico no Brasil e as suas Personalidades Históricas: Uma Recuperação de seu Passado para Reconhecer o seu Futuro." IN: Ensino Jurídico OAB: 170 anos de Cursos Jurídicos no Brasil. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997. p. 35–55. p. 41

[54] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 185.

[55] BASTOS, Aurélio Wander. O Ensino Jurídico no Brasil. 2 ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 152-154.

[56] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Novo Currículo Mínimo dos Cursos Jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 10

[57] BASTOS, Aurélio Wander. O Ensino Jurídico no Brasil. 2 ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 154-155.

[58] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 183.

[59] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 373.

[60] BASTOS, Aurélio Wander. O Ensino Jurídico no Brasil. 2 ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 154 e 156.

[61] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 181.

[62] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 227.

[63] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 246-247.

[64] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 374.

[65] BASTOS, Aurélio Wander. O Ensino Jurídico no Brasil. 2 ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 183.

[66] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 260.

[67] LIMA LOPES, José Reinaldo de. O Direito na História: lições introdutórias. 2 ed revista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 382.

[68] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 303.

[69] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 303.

[70] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Novo Currículo Mínimo dos Cursos Jurídicos. São Paulo: RT, 1995. p. 11.

[71] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 304-305.

[72] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 310.

[73] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 312-313.

[74] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ensino Jurídico e Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 15.

[75] DANTAS, San Tiago. A Educação Jurídica e a Crise Brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1955. p. 15

[76] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 319.

[77] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 318-320.

[78] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 317-318.

[79] RODRIGUES, Horácio Wanderlei e JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Ensino do Direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 25.

[80] RODRIGUES, Horácio Wanderlei e JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Ensino do Direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 25

[81] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 331.

[82] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 332.

[83] COSTA, Alexandre Bernardino. Ensino jurídico: disciplina e violência simbólica. Dissertação apresentada no CPGD/UFSC em 1992. p. 103–111.

[84] COSTA, Alexandre Bernardino. Ensino jurídico: disciplina e violência simbólica. Dissertação apresentada no CPGD/UFSC em 1992. p. 115.

[85] COSTA, Alexandre Bernardino. Ensino jurídico: disciplina e violência simbólica. Dissertação apresentada no CPGD/UFSC em 1992. p. 115-116.

[86] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ensino Jurídico e Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 12.

[87] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 333.

[88] VENANCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de Ensino Jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 333.

[89] RODRIGUES, Horácio Wanderlei e JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Ensino do Direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 30.

[90] OAB. Conselho federal. Ensino Jurídico: Diagnósticos, Perspectivas e Propostas. Brasília: OAB: 1992. p. 13-15.

[91] PÔRTO, Inês da Fonseca. Ensino Jurídico, Diálogos com a Imaginação: construção do projeto didático no ensino jurídico. Porto Alegre: SAFE, 2000. p. 25.

[92] OAB. Conselho federal. Ensino Jurídico: Diagnósticos, Perspectivas e Propostas. Brasília: OAB: 1992. p. 07.

[93] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ensino Jurídico e Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 12.

[94] PÔRTO, Inês da Fonseca. Ensino Jurídico, Diálogos com a Imaginação: construção do projeto didático no ensino jurídico. Porto Alegre: SAFE, 2000. p. 64.

[95] PÔRTO, Inês da Fonseca. Ensino Jurídico, Diálogos com a Imaginação: construção do projeto didático no ensino jurídico. Porto Alegre: SAFE, 2000. p. 67.

[96] Art. 3 e 4 da Portaria 1886/94.

[97] Art. 10 ao 13 da Portaria 1886/94.

[98] Art. 6 da Portaria 1886/94.

[99] Art. 8 da Portaria 1886/94.

[100] Art. 5 da Portaria 1886/94.

[101] Art. 9 da Portaria 1886/94.

REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DA OAB NA FORMAÇÃO ACADÊMICA DOS BACHAREIS EM DIREITO*

THE REFLECTION OF OAB'S ROLE ON ACADEMIC GRADUATION DEVELOPMENT OF LAW BACHARELORS

Flávio Shoji Tani
Alexandre Edno de Carvalho

RESUMO

O presente trabalho investiga a influência e os resultados proporcionados pelos exames de ordem na formação acadêmica dos alunos dos cursos de direito, destacando a importância das matérias formativas jurídicas e não-jurídicas no desenvolvimento adequado do conceito de justiça, proporcionando a formação de alunos politizados e conscientes da realidade do Estado em que vivem. Este artigo realiza, também, a comparação entre o discurso do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil com os resultados práticos obtidos na formação excessivamente positivista dos alunos de direito. Perseguindo o ranking dos resultados divulgados pela OAB - Ordem dos Advogados do Brasil, as faculdades de direito concentram o legalismo no ensino jurídico, formando profissionais sem qualquer preparo interdisciplinar e humanista.

PALAVRAS-CHAVES: EDUCAÇÃO – EXCESSO DE POSITIVISMO – INFLUÊNCIA – FORMAÇÃO ACADÊMICA

ABSTRACT

This study investigates the influence and the results provided by licentiate exams in academic graduation of students of law, highlighting the importance of legal and non-legal to develop the appropriate concept of justice, adjusting into the graduation of politicized and conscious alumni to the reality of State where they live. Following the raking of published results from OAB – Ordem dos Advogados do Brasil (Brazil Federal Council of Lawyers), the Law Universities focus on positivism of legal education, shaping professionals without any interdisciplinary and humanistic skills.

KEYWORDS: EDUCATION – EXTRA POSITIVISM - INFLUENCE – EDUCATION

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Introdução

A educação possui caráter determinante na evolução dos direitos do homem, que através da popularização do saber, a educação desperta do senso crítico da população, abrindo as portas para a ideologia.

Segundo Karl Loewenstein, a educação é o Direito Fundamental mais importante de todos aqueles impostos ao Estado, por ser inalienável e proporcionar a evolução dos direitos do homem.[1]

Todavia, a ciência jurídica pouco tem evoluído nos últimos tempos, limitando o ensino jurídico a uma formação meramente legalista, desprovida de conhecimento teleológico justo voltado ao interesse geral da sociedade.

Com essa cega dogmática, o ensino jurídico vem sofrendo uma crise pelo excesso de positivismo na formação dos acadêmicos de direito, produzindo profissionais limitados à aplicação da lei em todo o sistema jurídico nacional.

Calcados em uma visão "fechada" sob a letra da lei, os bacharéis em direito tornam-se profissionais positivistas, sem que percebam. Revelam-se como meros executores de leis, de modo que as interpretações jurídicas são elaboradas com base meramente legal, e não se averigua assim a dimensão de aplicabilidade da norma, mas, simplesmente, enquadrando o fato ao dispositivo legal. Esquecem que a própria lei determina que na sua aplicação, devem ser atendidos os fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum - artigo 5º da LICC, de maneira que deve o intérprete resgatar o verdadeiro espírito da lei.

Assim, com a massificação na formação de executores da lei, o ordenamento jurídico encontra-se repleto de profissionais que balizam a sua atuação em uma engessada aplicação da legislação, sem realizar a interpretação teológica da norma ao caso concreto.

Ao revés da elaboração de um direito positivo organizado e completo, a codificação do jusnaturalismo impôs a formatação da atuação jurisdicional, reduzindo o direito à aplicação direta e literal da lei.

A Crise da Formação Positivista.

O excesso de legalismo no ensino jurídico tem afastado a ciência jurídica do senso crítico de justiça, formando profissionais apáticos limitados ao conhecimento do conteúdo da legislação nacional, sem potencializar a capacidade de interpretação e aplicação justa da norma.

Todavia, a crise do ensino jurídico não é um reflexo exclusivo das atividades acadêmica; ela sobrevém da precária formação realizada na educação de base, que por muitos anos vem tentando suprimir o analfabetismo da nação. Com o propósito de erradicar o analfabetismo, o ensino fundamental e médio deixa de proporcionar a evolução cultura e educacional, tolhendo o desenvolvimento crítico do estudante, e assim, na foz do ensino médio, as faculdades recebem alunos modestamente alfabetizados, porém, com uma precária formação em conhecimentos gerais.

O ensino pode ser direcionado ao resultado que se pretende produzir e, dessa mesma forma, o estudo do Direito pode ser realizado sob duas perspectivas, "a primeira através do conhecimento e da análise da legislação vigente no Estado e a outra através da compreensão do próprio Estado". (NADER, 2003, p. 97).

Contudo, mesmo diante do estudo pela análise pura da legislação vigente no Estado, o direito ainda poderá ser ensinado de maneiras diferentes, e de acordo com o uso que se pretende fazer dele e o grau de conscientização política que se pretende desenvolver no educando.

Assim, de acordo com a profundidade a que se pretende analisar a legislação, o estudo do direito com base na legislação vigente pode ser catalogado em três modalidades:

A primeira se revela como **Meramente legalista**, onde o direito pode ser abordado de forma absolutamente positivista, em que o estudante é levado a conhecer apenas a legislação e as suas formas de aplicação.

Este conceito é aplicado no ensino do direito em Cursos de Contabilidade, onde o aluno utiliza o Direito como uma ferramenta de aplicação lógica e imediata.

Neste caso o conhecimento da legislação é o próprio objeto do estudo pretendido, dispensando o debate de valores referentes ao Estado como fonte do Direito.

A segunda modalidade aborda o estudo **Legalista**, proporcionando não só a compreensão do Direito, mas também as diversas formas como ele é interpretado, compreendido e aplicado. Assim, o aluno estuda a legislação e os autores doutrinários, que apresentam os diferentes posicionamentos dos intérpretes jurídicos. Aqui se incluem formas de interpretação, hermenêutica, e jurisprudência, todavia, o estudo ainda possui legislação como sua principal fonte.

Concluindo, a terceira modalidade versa sobre o estudo **Legalista com valoração do contexto social**, e a sua profunda abordagem relaciona a legislação na realidade social e nos valores que norteiam à criação do próprio Direito, incluindo o estudo de matérias que fogem à realidade jurídica e que levam o estudante a elaborar o Direito a partir da compreensão do Estado que o originou.

Porém, para realizar uma análise crítica ao Curso de Direito, além das considerações acima é necessário observar que em sua grade curricular existem disciplinas que são diretamente ligadas ao estudo da legislação, tais como, Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual, etc, e são denominadas como **"disciplinas profissionalizantes"**, bem como, aquelas tratadas como **"disciplinas formativas"**.

As "disciplinas formativas" possuem sua importância na necessidade de ampliar a formação profissional do estudante[2], e se subdividem em dois grupos.

O primeiro grupo está ligado ao direito, e foge ou, em tese, deveria fugir do estudo da legislação existente, são as chamadas **"Disciplinas Formativas Jurídicas"**, que estudam a Introdução ao Estudo do Direito, Teoria Geral do Estado, Direito Romano e Filosofia do Direito.

No segundo grupo, se encontram as **"disciplinas formativas não-jurídicas"** que abrangem o estudo da Sociologia, Economia, Filosofia, histórias etc...

As "disciplinas formativas" possuem o objetivo de impulsionar a abordagem humanística da legislação, propiciando o adequado conceito de justiça, transformando o aluno em um cidadão politizado, e consciente da realidade do Estado em que vive.

A formação acadêmica dos bacharéis em Direito é um assunto que merece uma análise ampla e detalhada, uma vez que o positivismo impera não só na formação acadêmica como também na vida profissional dos juristas: O Direito vem se distanciando da realidade social que o criou, e este distanciamento vem refletindo no processo de formação acadêmica.

Porém, o Direito não pode se desvincular da realidade social, uma vez que existe função da sociedade. No mais, os elos sociais envolvem o Direito em constante renovação, assim como se renova a própria sociedade.

Neste contexto, Nader ilustra que o "Direito que se estuda deve ser o correspondente às tendências dos fatos sociais, dos acontecimentos que envolvem as pessoas e que geram litígios". (2003, p. 97)

Ainda, conforme o entendimento do autor, "o direito vivo é o que está na consciência social. É o Direito das interrogações das pessoas simples do povo; é o das interrogações do cientista ao pretender novas experiências ou o do businessman na organização de suas empresas. As disciplinas dogmáticas devem corresponder aos ramos tradicionais do Direito, além daqueles que se especializam com a sedimentação de novos princípios e conceitos." (*ob. cit.*, p. 98)

Contudo, de acordo com o uso que se pretende fazer do Direito e o grau político de consciência social que se busca dar ao educando, o Direito poderá tomar contornos diversos. Então nos resta analisar qual é o perfil que se espera do bacharel em Direito, ou qual é a formação político-jurídica que queremos nos nossos futuros juristas?

Segundo as diretrizes do Ministério da Educação, e parecer do Conselho Nacional de Educação, verifica-se que a formação dos bacharéis de direito deverá propiciar, não apenas conhecedores das leis, mas principalmente, pensadores jurídicos.

Essa visão na formação dos bacharéis não se limita ao estudo do direito posto, mas espera-se uma "**sólida formação geral, humanística e axiológica"**, desenvolvendo a "**valorização dos fenômenos jurídicos"**, bem como, **"dos fenômenos sociais**."

Porém, a maioria das faculdades de direito se limitam a ensinar o direito como se encontra nas leis. Esta metodologia gera no acadêmico uma distância muito grande da realidade social. Muitas vezes o direito é transmitido como fonte de justiça, limitando a compreensão do acadêmico a aplicação da forma como lhes fora passado.

Isto se repete de sem qualquer reflexão, deixando os fenômenos sociais às margens do direito e cada vez mais distante do Estado. Neste contexto formam-se bacharéis conhecedores do Estado, porém, sem uma adequada visão crítica.

Direito não pode ser estático, assim como também o estudo do Direito deve proporcionar ao acadêmico uma formação que lhe possibilite compreender toda a complexa rede de problemas sociais, a fim de que se dê às leis a melhor aplicação possível. Dentro de uma realidade social em que as leis nem sempre são revestidas de legitimidade, espera-se que o jurista tenha condições de compreender o processo social de formação do ordenamento e adequá-lo para tornar a sua aplicabilidade no mínimo razoável.

Assim, essa parece ser a mesma perspectiva da Ordem dos Advogados do Brasil, que outrora impetrou Mandado de Segurança contra o Ministro de Estado da Educação, que homologou o Parecer 146/2002, possibilitado que a duração do Curso do Direito se limitasse a três anos. Tal Mandado de Segurança ilustrava que o estudo do direito não deve propiciar apenas o conhecimento do universo jurídico, mas a contextualização do direito e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais.

Neste contesto, o Ministério da Educação aprovou posteriormente o Parecer n° 211/2004 e a Resolução n° 09, que ao menos parecem ter solucionado a questão apontada pela OAB em relação à duração dos cursos de direito.

Todavia, a qualidade no ensino jurídico não se restringe à duração do Curso de Direito, e assim, preocupada com a má-formação jurídica que se limita aos textos de lei e se desvincula da realidade social, em agosto de 1991, a OAB cria a Comissão de Ciência e Ensino Jurídico, com a finalidade de "examinar a matéria, propondo medidas que lhe digam respeito". (OAB, Conselho Federal, 1992, p. 279).

Em 1992, a OAB publica a Obra "Diagnóstico, perspectivas e propostas", em razão da Conferência Nacional da OAB, em que diversos autores apresentam suas posições sobre o Ensino Jurídico.

Por intermédio da opinião dos respectivos autores e nota de abertura do livro escrita pelo então Presidente Nacional da OAB, também com a própria apresentação da obra, pode-se extrair que a "opinião institucional" da Ordem dos Advogados do Brasil era no sentido de *combater o excesso positivista na formação acadêmica*.

Posteriormente em uma segunda fase de trabalho para análise dos cursos jurídicos, a OAB publica a obra "Parâmetros para elevação da qualidade e avaliação" em 1993, propondo soluções para a correção dos problemas apontados em debates e seminários.

Em todas as obras publicadas pelo Conselho Federal, nota-se que a tônica dos debates sempre concluem pela má-formação acadêmica dos bacharéis em Direito e também pela incapacidade dos formandos em **corresponderem às expectativas sociais**.

Os autores publicados pela Ordem são quase unânimes em concluir pela falta de qualidade do Ensino Jurídico ministrados pelas Faculdades de Direito e em sua maioria apontam para o excesso positivista que cerca a formação acadêmica. No que alguns discordam é a respeito dos motivos que causam esta distorção no ensino do Direito.

No momento em que ainda não havia sido publicada a Portaria do MEC nº 1886/94, os autores apontavam para sua falta, indicando que o maior responsável seria o próprio Estado pela falta de norma regulamentadora capaz de intervir na formação acadêmica.

Para a maioria dos autores, outra causa de má qualidade do ensino jurídico é a proliferação de faculdades de Direito, possível responsável pela "banalização" do Ensino jurídico brasileiro que teria se tornado medíocre em vista da "irresponsabilidade" das Instituições de Ensino "primárias" e sem compromisso real com a formação de seus alunos.

Em linhas gerais, a maioria das publicações encontradas com a "assinatura" da Ordem, posiciona-se contra a formação com ênfase na legislação vigente, o que se chamou em diversas oportunidades de positivismos.

O Conselho Federal da OAB aponta no sentido de se dar aos acadêmicos de Direito uma formação integral, que vá além do tradicional estudo dogmático.

Antonio Maria Iserhard, Diretor da Escola Superior de Advocacia AOB/RS, Presidente da Comissão de Estágio e Exame de Ordem da OAB/RS, no livro Formação Jurídica e Inserção Profissional, publicado pelo Conselho Federal da OAB, da séria "OAB Ensino Jurídico", indica que o pensamento geral dominante nos debates promovidos pelo Conselho Federal, publicado nessa série de livros, é no sentido de que se deve dar ao estudante uma formação abrangente.

Iserhard expõe que "o ensino jurídico voltou-se para uma preocupação com a formação integral do futuro operador do direito, numa dimensão sociocultural, técnico-jurídica, prático-profissional e ético-política, passando de uma metodologia de ensino tradicional e positivista para um ensino crítico e interdisciplinar, com ênfase profundamente humanística." (2003, p. 80)

Nesta mesma publicação, Iserhard critica o modelo educacional adotado pelas Instituições de Ensino Jurídico, naquilo que chama de "modelo positivista"[3].

Nader diz que o Egrégio Conselho Federal da OAB, desde os anos oitenta, **condena a prática do positivismo jurídico, o codicismo que se professa e é "altamente danoso, porque deforma o espírito, impedindo o pleno raciocínio jurídico. Troca-se a noção de ordem jurídica por código ou por leis**". (2003, p. 99)

Em debates proferidos pela Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da Ordem, Faria fala das dificuldades de se mudar o que chamou de triste e trágico cenário da educação jurídica nacional, sugerindo como solução, a ampliação do número de disciplinas formativas[4].

Para a melhor compreensão, é necessário esclarecer que para as disciplinas formativas tratadas por Faria, são: Introdução ao Estudo do Direito, Teoria Geral do Estado, Direito Romano e Filosofia do Direito.

Com o objetivo de aperfeiçoar os cursos jurídicos, e no exercício das atribuições conferidas pelo artigo 54, XV, da Lei nº 8.906/94, o Conselho Federal da OAB instituiu o Exame de Ordem.

Notadamente, verifica-se que o Estatuto da Advocacia impõe como requisito para a inscrição do advogado a aprovação em exame de ordem, o que se constata, no art. 8º, IV. E ainda em seu parágrafo primeiro, traz expressa previsão de que a criação do Exame de Ordem será regulamentado por provimento do Conselho Federal. Editou-se então o Provimento nº 81/96 que disciplina a aplicação do Exame de Ordem aos bacharéis de Direito para admissão no quadro de advogados.[5]

Porém, atualmente o Exame de Ordem dos Advogados tem se tornado uma preocupação para as pessoas que optaram pelo bacharelado em Direito, já que muitos candidatos são reprovados.

Essa proporção de reprovação tem fomentando o crescente mercado de cursos especializados na preparação dos bacharéis para o Exame de Ordem. Assim, o que se nota é a existência de um divórcio entre as propostas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados e as provas efetivamente aplicadas. O discurso da "cúpula do ensino jurídico" dos quadros do Conselho Federal da OAB, parece ignorar o conteúdo destas avaliações.

Na Revista da OAB (2000), num texto intitulado "Provão e Exame de Ordem: uma simbiose factível" o integrante da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB, Álvaro Melo Filho, discorre sobre uma proposta, àquela época, de se unificar o então Exame Nacional de Cursos, criado pela Lei 9.131/95 (Provão) com a primeira fase do Exame de Ordem. A proposta consistia basicamente em dispensar da primeira fase do Exame de Ordem os alunos que tivessem obtido no mínimo seis (6) no Exame Nacional de Cursos, a cargo do MEC.

É de conhecimento comum de que o Exame Nacional de Cursos - Provão, tinha características bem diversas das provas aplicadas para ingresso à carreira de Advogado. O 'Provão' realmente aferia o conhecimento do aluno de forma interdisciplinar. Não se limitava às disciplinas formativas profissionalizantes, como o faz o Exame da Ordem.

Neste debate proposto pelo Integrante da Comissão de Ensino Jurídico da OAB Nacional, é possível observar o grande distanciamento entre o discurso da entidade com as avaliações efetivamente aplicadas aos candidatos.

Na prática, os exames realizados pela OAB não se encontram revestidas do acerca do pensamento jurídico, mas se limitam a aferir do candidato, o conhecimento e memorização da legislação[6].

Na verdade o que existe é um divórcio entre o que se deveria ensinar e o que se requer de conhecimento por parte dos bacharéis nos exames, uma vez que os Exames de Ordem podem conduzir as Instituições de Ensino a um modelo educacional voltado à sua aprovação.

A Ordem dos Advogados vê seu Exame como um procedimento que influencia as faculdades e que serve como forma de defesa da qualidade do ensino jurídico.

Contudo, dois aspectos devem ser acentuados na visão Ordem dos Advogados: O primeiro de que a entidade aponta para a **existência de uma relação direta entre o Exame de Ordem - e a qualidade do Ensino Jurídico**.

O segundo de que a **entidade tem um discurso que não reflete a realidade dos exames aplicados.**

A Ordem dos Advogados entende que o seu exame pode influenciar os cursos de direito, porque diversas são as vezes que nos deparamos com narrativas dos Conselheiros da Ordem, em publicações, das quais se extrai a idéia de que a qualidade do Ensino Jurídico poderá sofrer "interferência" benéfica da Instituição de classe. Uma vez que as instituições ruins não conseguirão aprovar seus egressos no Exame de Ordem e que, assim, deverão "se adequar".[7]

Nesse contexto, Iserhard ilustra que "o Exame de Ordem pode se constituir em instrumento indutor de qualidade do ensino jurídico, na medida em que é aferido o desempenho dos candidatos, nas áreas de opção de realização da prova prático-profissional, uma vez que tais informações sejam remetidas aos cursos jurídicos, a fim de que verifiquem o nível dos seus egressos, procurando melhorar as áreas deficitárias." (2003, p. 82)

Assim, através dessa ideologia institucional, a Ordem dos Advogados mantém em seu quadro uma comissão Permanente de Exame de Ordem, discursando que a sua finalidade é "garantir sua eficiência e padronização nacional, visando assegurar o tratamento isonômico dos examinadores e a instituição de um instrumento dotado de credibilidade e eficiência para mensurar a **aptidão técnica** e a **formação deontológica** daqueles que pretendem ingressar na profissão". (AZEVEDO, 2005)

Em harmonia com esse propósito, alguns autores apontam a responsabilidade da Ordem dos Advogados em controlar a educação ministrada nos cursos superiores, no sentido de que poderiam melhorar com a "pressão" da entidade.

Em assim, desde 1993, autores já apontavam para a possibilidade da Ordem "filtrar" os bons alunos dificultando o acesso à carreira, através de Exames mais complexos, posto que àquela época os exames eram simples e muito pouco organizados.

Expondo a sua crítica, Adeodato discorre que "a Ordem deve tornar sérios esses exames, aferir efetivamente a capacidade técnica do candidato, desencorajando as

faculdades e os alunos de fim-de-semana, enquanto o demorado processo de recuperação da educação jurídica brasileira não toma impulso suficiente." (1993, p. 44)

Continuando o seu raciocino, conclui que "se a OAB não pode pressionar diretamente as faculdades de direito, ela certamente tem outro tipo de poder, qual seja a indispensabilidade da Inscrição na Ordem para o exercício da Profissão, conforme já mencionamos. O estrangulamento na saída da faculdade certamente seria um meio forte de pressão." (ADEODATO, 1993, p. 50)

Tentando apontar as causas da decadência dos cursos jurídicos, Adeodato tece algumas críticas à qualidade do ensino de **segundo grau**, dizendo que "há pouca ênfase nas matérias humanísticas" (1993, p. 50). Esclarecendo que as matérias enfatizadas no segundo grau e no vestibular ignoram as necessidades dos cursos jurídicos.

Nessa concepção, o vestibular não cria uma seleção própria para separar os melhores preparados às carreiras jurídicas - fatos pouco relevantes nos dias de hoje em que o vestibular fora relegado a segundo plano, em vista do grande número de oferta de cursos de direito, porém, que nos pode dar condições de compreender a visão institucional para a questão da qualidade do ensino Jurídico.

Seguindo esse raciocínio, para tratar das dificuldades vividas pela educação jurídica nacional, Faria aponta a falta de "disciplinas formativas", aquelas entendidas por disciplinas não profissionalizantes, entre elas se subdivida: as formativas jurídicas, como Introdução ao Estudo do Direito, Teoria Geral do Estado, Direito Romano e Filosofia do Direito e as formativas não-jurídicas que são as disciplinas externas à ambiência do direito, mas que poderiam levar o aluno a melhorar a sua capacidade de compreensão da realidade social, tais como sociologia, economia, filosofia geral, história, etc.

Contudo, a Ordem dos Advogados vem publicando a lista do Ranking das "melhores" faculdades, induzindo de forma reflexa, a educação ministrada pelas faculdades, que utilizam de métodos pedagógicos extremamente positivista para elevar o número de alunos aprovados no exame de ordem.

Com essa metodologia, a Ordem dos Advogados vem acentuando ainda mais a grande distância existente entre o seu discurso e a prática, marcadamente pelo fato de não exigir as disciplinas formativas em seus Exames.

Assim para elevar a qualificação profissional, o Exame de Ordem precisa sofrer modificações em sua formulação, principalmente ao que se refere o conteúdo, que deve ser "repensado" no sentido de exigir do candidato um preparo interdisciplinar e humanista.

CONCLUSÃO

O Exame de Ordem avalia os candidatos a partir da exigência do conhecimento e da aplicabilidade da legislação vigente e ainda enfatizam as normas, dando pouca importância aos princípios nelas contidos. Não se questionam os candidatos acerca de temas que vão além do conhecimento e da aplicação das normas jurídicas. Sem se falar em Economia, Sociologia, Filosofia e Teoria Política que não são exigidos nestes exames. Então, a tendência destes Exames parece ser a de que o candidato simplesmente conheça e opere a legislação atual.

Se considerar o emaranhado de leis existentes no país e ainda o fato de que quase sempre não obedecem a uma sistemática lógica na sua elaboração, por serem frutos de uma sociedade eclética, em transição política, cheias de exceções - às quais os examinadores dão preferência nos concursos - pode-se concluir que o candidato ao Exame da OAB tem a sua frente muitos textos de leis a estudar e pouco interesse por conhecer outras matérias que não lhes sejam exigidas neste exame.

Por seu turno, as Faculdades avaliadas que são pelos resultados obtidos em exames da OAB, são forçadas a se "adequarem". Seguindo esta tendência, exigem do acadêmico muito conhecimento da legislação atual e dispensam menor atenção à formação integral do profissional submetido a sua responsabilidade.

Assim, as faculdades de Direito parecem se adaptar de forma que possam ter resultados percentuais e para que possam estar na lista do Ranking da OAB. Pode-se alegar que estão corretas, pois a vida acadêmica deve ser adequada a dar ao aluno condições de disputar o mercado de trabalho. Nesta linha, o mercado molda a vida acadêmica: as Faculdades seguem a tendência do mercado de trabalho, pois, uma das propostas da Instituição de Ensino é a de qualificar as pessoas para atuarem no mercado de trabalho.

Os alunos também se adaptam aos moldes do Exame da OAB, pois sabem que caminham para ele. Desde muito cedo na vida acadêmica, dão ênfase aos aspectos jurídicos das matérias e se limitam a obter a média mínima necessária para aprovação naquelas disciplinas consideradas "não jurídicas". Nesta tendência, formam-se conhecedores das leis com pouca capacidade de interpretação e argumentação, pouco ou até nenhum senso crítico. Um quadro de profissionais técnicos aplicadores mecânicos e operacionais da norma jurídica.

Por este motivo, o ambiente jurídico deixa de ser aquele questionador e transformador dos valores sociais de outrora e assume um papel secundário de profissionais conhecedores e aplicadores de normas, muitas vezes injustas.

Não é incomum encontrar acadêmicos de Direito fazendo uso de apostilas (materiais didáticos enxutos preparados apenas com o conteúdo básico necessário à aprovação) ao se prepararem para os exames na faculdade. Acadêmico deve conhecer as obras de renomados juristas, é nessas obras que se espera que o acadêmico de Direito realize suas pesquisas junto à biblioteca da faculdade. Se, se preparam para suas avaliações acadêmicas utilizando daqueles materiais, certamente isso ocorre porque seus professores elaboram provas "enxutas" - adequadas para que eles estejam preparados para o Exame de Ordem.

Desta forma, os Alunos aprovados no Exame de Ordem se tornam positivistas, sem saber sequer o que é o Positivismo; mas por outro lado, a faculdade alcança sua "aprovação" no Exame de Ordem e conseqüentemente, pela comunidade e o Professor aprovado pelos proprietários da Faculdade.

A maioria dos professores e das Instituições de Ensino pretende melhorar a qualidade do ensino oferecido aos acadêmicos, porém, esbarram na cobrança lógica: os alunos devem ser recebidos pelo mercado de trabalho, de outra forma a Instituição de Ensino "estará reprovada". Então, o modelo adotado pelo Exame da Ordem dos Advogados, com alto grau de exigência em conhecimento técnico e normativo de direito positivo parece influenciar a formação acadêmica dos juristas, sendo um dos motivos causadores da crise contemporânea do ensino jurídico que prioriza o estudo da norma no texto em detrimento de sua problematização no contexto.

Vê-se que os advogados, assim como a maioria dos juristas, são formados para operarem dentro de um idealismo retrógrado e limitante, muitas vezes sem questionar qual o seu papel dentro do contexto social. Diante de um cenário diversificado de conflitos e uma sociedade complexa, face ao amplo cenário de tensões, antagonismo e contradições da sociedade capitalista contemporânea esta formação não corresponde mais às expectativas.

A sociedade já não confia no sistema jurídico. A legislação não é suficientemente específica, clara e adequada para ser aplicada ao caso concreto, necessitando da capacidade do intérprete em adequá-la. Esta capacidade não pode ser desenvolvida senão diante de métodos educacionais que fujam do atual sistema positivista dominante.

O que se encontra em nosso país é uma legislação que na maioria das vezes é casuística, feita às pressas para atender a pressões políticas, com tantas irregularidades e inconstitucionalidades, legislação essa que, aliás, historicamente é asseguradora de injustiças e desigualdades sociais, cuja titularidade da iniciativa legislativa fica a cargo do poder político, que detém todo o controle do sistema. "Positivando" as normas que garantem este controle, mascarando a distribuição desigual do poder econômico, político e social; como poderá utilizar esta legislação de forma justa sem ter a capacidade necessária para sua adequação. O legislador não pode formalizar pessoas que sem encontram em uma situação de tamanha desigualdade num único sujeito de direito!

O advogado deverá ser um intérprete ativo e operativo, ou seja, um ator consciente da vinculação das normas processuais a que está submetido aos valores políticos e ideológicos que as sustentam, e ao mesmo tempo capaz de, pelas vias hermenêuticas e jurisprudenciais, abrir caminho para a elaboração de um direito alternativo mais justo e igualitário do que o atual. Será ele o porta-vozes dos interesses em conflito.

Mas como poderão representar estes interesses se estão presos a uma formação cultural idealista capaz de confundir direito com justiça?!

Como apontamos, o exame da Ordem dos Advogados tem grandes possibilidades de servir como direcionamento capaz de induzir as Instituições de Ensino a um modelo educacional.

A Ordem dos Advogados sinaliza no sentido de que seus Exames servem como referência de qualidade de ensino e as reprovações dos egressos fazem parte de um processo de seleção em defesa da qualidade do ensino jurídico. Assim, defende a idéia de que em se adaptando o ensino jurídico ao Exame, as Faculdades de Direito estariam oferecendo uma educação de qualidade; de que o exame detém a qualidade que se busca, ou em outras palavras, que o exame reflete o conteúdo e nível que se espera das faculdades.

Portanto, estas avaliações são direcionadoras do Ensino Jurídico ministrado nas Faculdades, pois, como apontamos, não há outra opção: se quiserem ser reconhecidas como Instituições de Ensino de qualidade, as faculdades de Direito devem preparar seus alunos de modo a lograrem resultados nestes exames, pois com esse resultado, alcançará o reconhecimento da sociedade e da própria OAB. Assim é que as faculdades direcionam a educação para esta finalidade.

Supondo o caminho lógico, de que a faculdade de direito aprovada em percentuais pela OAB seja aquela que tem como forma de ensino o direcionamento ditado pelos últimos exames aplicados pela Ordem, estaríamos supondo que, a título de exemplo, a disciplina de Ética ensinada em sala de aula para os acadêmicos seja baseada na mesma Ética aqui analisada, ou seja, aquela que efetivamente a Ordem exige em seus exames.

Se tomarmos isso como verdade, então, estaria aprovada a faculdade desde que seus alunos tivessem condições de terem bom desempenho no Exame de Ordem. Neste contexto, qual a ética que se pode esperar de um advogado que teve como base de ensino o conhecimento metódico e repetitivo da Lei nº 8.906/94 e seus complementos - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB e o Código de ética e disciplina da OAB? Teria a faculdade inspirado no acadêmico ao menos o interesse pela construção de uma sociedade mais justa e menos desigual? Seria esta abordagem educacional ao menos suficiente para que o futuro profissional questionasse o seu papel como agente cívico transformador? Seria de alguma forma potencialmente capaz de dar ao bacharel a "lucidez" mínima para desempenhar o seu papel político de cidadão?

Efetivamente, a forma de avaliação externa dos cursos de Direito que tem aplicabilidade é a aprovação da Instituição no Exame de Ordem. Assim, a responsabilidade da Ordem dos Advogados sobre esta educação torna-se maior: a OAB tem exatamente a chave da solução dos problemas criados pelo positivismo, pois, **para onde apontar o Exame de Ordem, caminharão as Intuições de Ensino Jurídico!**

Ante a não exigência no Exame de Ordem das disciplinas de formativas, restringindo-se às profissionalizantes, pode-se afirmar que o Exame de Ordem vem na contramão de seus próprios ideais acerca da formação dos bacharéis em direito: embora defenda que se deve dar aos acadêmicos de direito uma formação integral, abrangente, com ênfase aprofundada na humanística, dessas "qualidades" prescinde a prova de seu Exame, pois para alcançar aprovação nos critérios da OAB, o candidato não precisa ter

essa formação, bastando concentrar seu conhecimento unicamente nas matérias profissionalizantes, principalmente no conhecimento da legislação.

Embora os discursos da OAB apontem no sentido de que a formação acadêmica não pode levar em consideração somente o conhecimento da legislação, quando chamada à sua responsabilidade, a Ordem dos Advogados do Brasil se limita a exigir apenas este tipo de conhecimento dos acadêmicos egressos.

Como se nota das questões apresentadas nos capítulos anteriores, a ideologia que predomina, ao menos em se tratando do Exame de Ordem efetivamente aplicado, é a da formação do advogado mais restrita à lei. Trata-se de uma ideologia dogmática que induz ao fortalecimento da cultura positivista que "assombra" o Direito, roubando-lhe a perspectiva política.

Como descrito, o Exame de Ordem foi regulamentado pelo Conselho Federal da OAB, na competência das atribuições, traz expressa previsão de que o Exame de Ordem **será regulamentado por provimento do Conselho Federal** - o provimento nº 81/96.[8]

Os Conselhos Seccionais elaboram e aplicam os Exames, nos termos e limites estabelecidos no Provimento 81/96. A não inclusão das disciplinas "formativas" no Exame de Ordem é uma decisão da própria OAB, não um fato resultante de uma determinação externa.

A exemplo do "provão", a OAB poderia contextualizar o direito exigido em seus exames, além de ampliar o rol de disciplinas, estabelecendo que as "disciplinas formativas" jurídicas e não jurídicas passem a integrar o exame. Para isso, não se depende de qualquer autorização externa dos poderes públicos, ninguém senão da própria Ordem dos Advogados do Brasil no uso de suas atribuições legais: basta a alteração do provimento 81/96 incluindo-se as disciplinas formativas, para que Sociologia, Introdução ao Estudo do Direito, Economia, Teoria Geral do Estado, Ciência Política, História do Direito, Filosofia, etc., passem a integrar o Exame.

Esta simples decisão da instituição teria uma grande repercussão na vida acadêmica, mudando o perfil político dos bacharéis; benefícios que também se estenderiam aos profissionais, posto que aumentaria o nível de engajamento sócio-cultural e até corporativo dos novos advogados.

Por descuido ou talvez por ceder à ideologia das oligarquias dominantes, a OAB tem deixado de colaborar com o ensino jurídico atual, ao revés daquilo que discursa, pois enquanto se fala em formação jurídica de qualidade, exige-se um conhecimento inconsistente e passível de fórmulas burlantes, praticadas pelos Cursos Preparatórios e que, aliás, já começam a ser implementada na vida acadêmica.

Neste sentido, entendemos que o exame da OAB é especialmente responsável, ou no mínimo conivente, por induzir a uma formação acadêmica voltada ao positivismo. Não só por sua responsabilidade institucional, que não vem se cumprindo, mas também por estabelecer uma prática que contraria a tônica predominante em seus discursos - de combate ao positivismo.

REFERÊNCIAS

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de La Constitución. Traducción y estudi sobre La obra por Alfredo Galleco Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel.

A OAB Vista Pelos Advogados: pesquisa de avaliação da imagem institucional da OAB. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2000.

ADEODATO, João Maurício. **Uma Opinião sobre o Ensino Jurídico**. In: Parâmetros para elevação de qualidade e avaliação. **Ensino Jurídico OAB**. Brasília, Conselho Federal da OAB, 1993, p. 43-50.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. **Advogado e mercado de trabalho**. Campinas: Julex, 1988.

_____ **Ensino jurídico e sociedade**: formação, trabalho e ação social. São Paulo: Acadêmica, 1989.

_____ **Introdução ao idealismo jurídico**: uma releitura de San Tiago Dantas. Campinas: Julex, 1988.

MACHADO, Rúbens Approbato. Construção de Figuras de Futuro**. Barsília : OAB, Conselho Federal, 2003.**

BELLONI, José Angelo. **OAB Recomenda**: em defesa do ensino jurídico. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2004, p. 21-29, 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Advogado, o que fazer?**. In: Encontro Brasileiro de Faculdade de Direito, 20. UFMG, p. 1-7, 1992. Disponível em: <http://www.oab.org.br/comissoesMostraGestoesAnteriores.asp?chamada=X&eComissao=35&gest=4>Acesso em: 14 set. 2009.

BASTOS, Aurélio Wander (Coord.). **Os cursos jurídicos e as elites políticas brasileiras**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978.

_____ **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica**: ética geral e profissional. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____ **Direito e ensino jurídico**: legislação educacional. São Paulo: Atlas, 2001.

_____ **Doutrinas e filosofias políticas**: contribuições para a história da ciência política. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. 2. ed. Tradução Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____ **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BOMFIM, Benedito Calheiros. **Crise no Direito, Mudança de Paradigma e Ensino Jurídico Crítico.** In: Diagnóstico, perspectivas e propostas. **Ensino Jurídico OAB**. Brasília, Conselho Federal da OAB, 1993, p. 79-81.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BRASIL.**Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Colaboração de: Antonia Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. (Coleção Saraiva de Legislação).

CANA, Vitalino. **Indrodução às decisões de provimento do tribunal constitucional**: os efeitos em particular. Lisboa: Cognitio, 1984.

CAPILONGO, Celso. **Crise no Direito, Mudança de Paradigma e Ensino Jurídico Crítico.** In: Diagnóstico, perspectivas e propostas. **Ensino Jurídico OAB**. Brasília, Conselho Federal da OAB, 1992, p.83-86.

CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de; FALÇÃO, Leonor Peçanha. **Ciência política**: uma introdução. São Paulo: Atlas, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos; GRINOUVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Propostas de reformulação curricular do curso de graduação em direito. In: Diagnóstico, perspectivas e propostas. Ensino Jurídico OAB**. Brasília, Conselho Federal da OAB, 1992, p. 93-96.

ENCONTROS da UnB. **Ensino jurídico**. Brasília: UnB, 1978-9.

FALCÃO, Joaquim Arruda. **Direito e justiça**: a função social do judiciário. Local: Afiliada, 1997.

FARAH, Elias (Coord.). **Ética do advogado**: I e II seminários de ética profissional da OAB/SP. São Paulo: LTr, 2000.

FARIA, João Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____ **O Ensino Jurídico.** In: Parâmetros para elevação de qualidade e avaliação. **Ensino Jurídico OAB**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1992, p.153-163.

_____ **CF a sociologia jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

FARIA, João Eduardo; CAPILONGO, Celso. **Direito e justiça**: função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

_____ **Eficácia jurídica e violência simbólica**. São Paulo: EDUSP, 1989.

_____ **Direito e justiça**: a função social do judiciário. 3. ed. São Paulo: Atica, 1997.

_____ A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança. Brasília, DF: UnB, p. 14-30, 1988.**

_____ **A reforma do ensino jurídico**. Por FREIRE, Gilberto. Sociologia e Direito. José Olympio, 1945.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____ **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____ **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

GALDINO, Flávio. 170 anos de cursos jurídicos no Brasil. **Ensino Jurídico OAB**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997, p. 155-186.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Crise e reforma do ensino jurídico**. In: Diagnóstico, perspectivas e propostas. **Ensino Jurídico OAB**. Brasília, Conselho Federal da OAB, 1992, p. 41-45.

ISERHARD, Antonio Maria. **Exame de Ordem e Inserção Profissional**. In: Formação jurídica e inserção profissional. **OAB Ensino Jurídico**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2003, p. 79-84.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LÔBO NETO, Paulo Luiz. Critérios de avaliação externa dos cursos jurídicos. **Revista da OAB**, Brasília, n. 57, p. 21-5, mar./maio. 1994.

_____ **Critérios de Avaliação Externa dos Cursos Jurídicos**. In: Parâmetros para elevação de qualidade e avaliação. **Ensino Jurídico OAB**. Brasília, Conselho Federal da OAB, 1993, p. 33-39.

LYRA FILHO, Roberto. **O direito que se ensina errado**. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UNB, 1980.

_____ **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

_____ **Para um direito sem dogmas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

_____ **Pesquisa em que direito?** Brasília: Nair, 1984.

_____ **Problemas atuais do ensino jurídico**. Brasília: Obreira, 1981.

MACHADO, Rubens Approbato. Presidente Nacional da OAB, **abertura da 2. Edição do Livro "OAB Recomenda**", 2004.

MANUAL de procedimentos do processo ético-disciplinar. 2. ed. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2000.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Formação ética do professor de Direito.**TABULAE** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, ano 23, 19 maio 1989.

MELO FILHO, Álvaro. **Ensino jurídico e a nova LDB.** OAB Ensino Jurídico: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil.. Brasília: Conselho Federal da OAB, ano 1997, p. 103-122.

_____ **Currículo jurídico: um modelo atualizado**. OAB Ensino Jurídico: Diagnóstico, perspectivas e propostas. Brasília, Conselho Federal da OAB, 1992, p. 53-66.

_____ **Novas diretrizes para o ensino jurídico**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 74, p. 102-111, abr./jun. 1994.

_____ "**Provão" e Exame de Ordem: uma simbiose factível**. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, ano 30, n. 70, p. 63-74, jan. /jun. 2000.

MIRANDA ROSA, F. A. **Ensino jurídico na atualidade brasileira**. In: Conferência Nacional da OAB, n. 13, 1990, Belo Horizonte. Anais... Brasília: OAB.

_____ **Ensino jurídico**: novas diretrizes curriculares. Brasília: OAB, 1996.

_____ **Metodologia do ensino jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____ **O direito como condicionante da realidade social**: inovações no ensino jurídico e no exame de ordem. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____ O ensino jurídico no Brasil. **Revista da OAB**. Brasília: OAB, v. 14, n. 29, set./dez. 1981.

_____ **OAB recomenda**: um retrato dos cursos jurídicos. Brasília: OAB: 2001.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NADER, Paulo. **O ensino jurídico e o perfil dos concursos públicos.** Ensino Jurídico OAB: Formação jurídica e inserção Profissional. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2003, p. 95-99.

NALINI, José Renato. **A Ética nas Profissões Jurídicas.** A ética do advogado: I e II Seminários de Ética Profissional da OAB/SP. São Paulo: LTr, 2000.

Parecer do MEC - CNE/CES 146/2002 - MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO

Resolução 13/91 - Ordem dos Advogados do Brasil

OAB. Exame da Ordem. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/exame-da-ordem> acessado em 12 set 2009.

REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2000, ano 30, n. 70, jan/jun. 2000.

REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2002, ano 32, n. 74, jan./jun. 2002.

REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2002, ano 32, n. 75, jul./dez. 2002.

RIBEIRO JÚNIOR, João. **A Formação pedagógica do professor de direito**. 2. ed. São Paulo: Papirus, 2003.

SILVA NINA, Carlos Sebastião. **A ordem dos advogados do Brasil e o Estado brasileiro**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2001.

_____ **Ensino jurídico: tópicos para estudo e análise**. Seqüência, Florianópolis, UFSC, n. 4, p. 59-72, dez. 1981.

_____ **O ensino jurídico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Editora, 1998.

SOUTO, Cláudio. In: **Crise do Direito, Mudança de Paradigma e Ensino Jurídico Crítico**. OAB Ensino Jurídico: Diagnóstico, perspectivas e propostas. Brasília, Conselho Federal da OAB, 1992, p. 89-91.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Crise e Reforma do Ensino Jurídico.** OAB Ensino Jurídico: Diagnóstico, perspectivas e propostas. Brasília, Conselho Federal da OAB, 1992, p. 47-51.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Crise no direito, mudança de paradigma e ensino jurídico** crítico. OAB Ensino Jurídico: Diagnóstico, perspectivas e propostas. Brasília, Conselho Federal da OAB, 1992, p. 73-77.

---

[1] Sin embargo, desde el Renacimiento y La Reforma el ritmo de La difusión de las ideologías se ha acelerado enormemente. La invención, imprenta, que permitió la popularización del saber y de la educación, abrió las puertas a las ideologías no conformistas y revolucionarias, tanto en materia religiosa como secular. La Ilustración les otorgó un carácter supranacional. Los principales medios de transmisión fueron, en primer lugar, los intelectuales, y después los partidos políticos. Sólo los partidos políticos pudieron movilizar a las masas e integrarlas en el proceso político. (LOEWENSTEIN. p. 413)

[2] João Eduardo Faria, expõe que "lutar pela ampliação dos números de disciplinas formativas, jurídicas e não-jurídicas, na grade curricular mínima; diante das transformações sofridas pela sociedade brasileira, nestes últimos tempos, o avanço das

diferentes especializações do direito positivo passou a exigir uma compreensão global do fenômeno jurídico - compreensão essa que as atuais disciplinas formativas - Introdução ao Estudo do Direito, Teoria Geral do Estado, Direito Romano e Filosofia do Direito - não são capazes de possibilitar. Dito de outro modo: a diversidade sócio-econômica do país e a crescente complexidade de suas instituições de direito, mediante o aumento e a "densificação" de certas normas, códigos e leis no âmbito do consumo, da concorrência, do meio ambiente, do trabalho e dos contratos mercantis, rompendo com a tradicional dicotomia direito público x direito privado, requerem dos autores jurídicos uma visão mais abrangente de sua profissão - visão essa que as poucas disciplinas formativas hoje existentes não têm conseguido oferecer." (1993, p. 58-59)

[3] Urge, pois, refletir sobre o perfil do futuro advogado e o que dele espera a classe e a sociedade, principalmente com o surgimento dos novos direitos que está a exigir uma visão interdisciplinar e humanista do lidado do direito, questionadora do modelo positivista até então prevalecente. (ISERHARD, 2003, p. 81)

[4] Lutar pela ampliação dos números de **disciplinas formativas**, jurídicas e não-jurídicas, na grade curricular mínima; diante das transformações sofridas pela sociedade brasileira, nestes últimos tempos, o avanço das diferentes especializações do direito positivo passou a exigir uma compreensão global do fenômeno jurídico - compreensão essa que as atuais disciplinas formativas - Introdução ao Estudo do Direito, Teoria Geral do Estado, Direito Romano e Filosofia do Direito - não são capazes de possibilitar. Deste outro modo: a diversidade sócio-econômica do país e a crescente complexidade de suas instituições de direito, mediante o aumento e a 'densificação' de certas normas, códigos e leis no âmbito do consumo, da concorrência, do meio ambiente, do trabalho e dos contratos mercantis, rompendo com a tradicional dicotomia direito público x direito privado, requerem dos autores jurídicos uma visão mais abrangente de sua profissão - visão essa que as poucas disciplinas formativas hoje existentes não têm conseguido oferecer. (FARIA, p. 58-59, grifo nosso)

[5] Artigo 1º do Provimento 81/96 do Conselho Federal da OAB - Anexo.

[6] "Embora não se possa afirmar que haja uma relação diretamente proporcional do ensino jurídico com o Exame de Ordem, uma vez que existe um divórcio entre o que se ensina e o que se pratica". (ISERHARD, 2003, p. 83)

[7] Segundo Capilongo, "[...] a prova desencadeia uma preocupação maior de escolas e alunos para com a formação profissional". (1992, p. 86)

[8] Artigo 1º do Provimento 81/96 do Conselho Federal da OAB

ANÁLISE ESTRATÉGICA DO ENSINO JURÍDICO NO SÉCULO XXI*

STRATEGICAL ANALYSIS OF THE LEGAL TEACHING IN THE XXI CENTURY

Frederico de Andrade Gabrich
Rômulo Augusto Lasmar Mendonça

RESUMO

A demanda e o número de cursos e alunos de Direito cresceu de forma desordenada no Brasil, e novas gerações de alunos invadiram as faculdades. Neste século XXI as pessoas têm necessidades e expectativas diferentes, que ainda não foram totalmente compreendidas pelas faculdades e pelos professores dos cursos de Direito. O ensino jurídico continua orientado para uma lógica do passado. É necessário reconhecer os erros, bem como desenvolver novas dinâmicas no processo educacional, de maneira a permitir a reflexão crítica e a motivação dos discentes. A experiência e a análise crítica das instituições de ensino, dos professores e dos alunos são fundamentais para a implementação das mudanças necessárias.

PALAVRAS-CHAVES: ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO; ENSINO JURÍDICO. EXPERIÊNCIAS PEDAGÓGICAS NO DIREITO.

ABSTRACT

The demand and the number of courses and students of Law have grown cluttered in Brazil and new generations of students have invaded the universities. In this XXI century, people develop different needs and expectations, which haven't been completed understood by the colleges and professors of the Law school yet. Legal education is still guided by the logic of the past. It is necessary to recognize the mistakes, as well as develop new dynamics in the educational process, in way to allow critical reflections and motivation of scholar. The experience and the critical analysis of Law schools, professors and students are fundamental to the implementation of necessary changes.

KEYWORDS: STRATEGICAL ANALYSIS OF THE LAW; LAW EDUCATION. PEDAGOGICAL EXPERIENCES OF LAW TEACHING.

1 INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

No Brasil, os últimos anos do século XX e os primeiros do século XXI foram marcados por um avanço assustador do número de cursos de Direito e, consequentemente, de alunos matriculados nas faculdades.

A escolha e a frequência a um curso de nível superior deixaram de ser privilégio das classes média e alta da população, e também deixaram de ser realizadas de acordo com a lógica da vocação e do planejamento profissional, para seguir a lógica exclusivamente de mercado. O curso de Direito se transformou em uma verdadeira *comodity*, cuja escolha pelos consumidores passou a ser estabelecida (nesta ordem) pelo *marketing*, pelo preço e, apenas supletivamente, pela qualidade do serviço oferecido.

Parte significativa dos novos alunos busca hoje apenas a qualificação mínima e formal, que os permitirá a matricular em um desses cursos preparatórios para os concursos públicos ou para os exames de suficiência da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Esses "cursinhos", por sua vez, substituíram em número e em importância os cursos pré-vestibulares, que perderam completamente o sentido, uma vez que o ingresso na universidade deixou de ser seletivo e excludente.

Dessa maneira, o estímulo à estandardização do ensino jurídico acabou sendo maximizado pelo desejo incontrolável de simplificação e de elaboração de esquemas, apostilas e fórmulas mágicas de sucesso. A leitura de livros e compêndios científicos foi (ou está sendo) substituída gradualmente pela leitura "fácil" de manuais, resumos e páginas de *internet*. As próprias editoras (com raríssimas exceções) repudiam veementemente a publicação de obras científicas que não tenham apelo "didático" das massas ou não abordem os programas padronizados dos concursos públicos.

O sistema de ensino do Direito, em grande parte, está inserido em um ciclo vicioso que desconsidera totalmente a busca da qualidade, em prol da quantidade e dos resultados "palpáveis" e "mensuráveis". Tudo isso é potencializado por um suposto sistema de avaliação da qualidade do ensino, conduzido pelas autoridades públicas por meio de "provões", avaliações técnicas e classificações, todos divulgados de forma "espetacular" pelos meios de comunicação e pelas peças publicitárias das empresas envolvidas neste "mercado persa".

Por outro lado, os milhares de novos alunos dos cursos de Direito da atualidade são pessoas inseridas em uma realidade completamente diferente daquela vivenciada pelos bacharéis formados nas últimas décadas do século XX. Vive-se agora a era da superinformação, com infinitas possibilidades de acesso à informação, mas também com incontáveis possibilidades de desenvolvimento de atividades de

entretenimento (especialmente o digital), deixando pouco ou nenhum espaço de tempo para a leitura, a reflexão, a pesquisa e o ensino sustentado em premissas de qualidade duradoura.

Como se não bastasse, a observação rasteira das aulas ministradas na maioria das faculdades de Direito brasileiras (com raríssimas exceções, centradas normalmente em professores e não em instituições), demonstra que o método tradicional de ensino, baseado em aulas exclusivamente expositivas e calcadas na leitura e interpretação literal da lei, acaba prevalecendo. Poucos são os professores preocupados com novas técnicas de ensino e de comunicação, absolutamente necessárias para a formação eficaz de um novo corpo discente, que está inserido e é agente formador de um mundo cada vez mais novo e surpreendente.

Para piorar a situação, as instituições de ensino superior não desenvolvem, em regra, nenhum projeto de requalificação dos seus profissionais, ou a definição de um projeto pedagógico voltado para o desenvolvimento eficaz de novas práticas de ensino, pesquisa e extensão. Na maioria dos casos, inclusive, o projeto pedagógico é um documento que habita o mundo das formalidades, sem qualquer correspondência com ações eficazes ou voltadas realmente para o aperfeiçoamento do ensino superior de Direito. Muito pouco é realmente feito, no plano teórico e prático, para mudar o estado letárgico e contaminado pela busca enfurecida de resultados meramente quantitativos, em que se inseriu o ensino jurídico nacional.

Por sua vez, a ineficiência do ensino jurídico acaba gerando reflexos nefastos e incontroláveis na atuação do Poder Judiciário brasileiro neste século XXI. O desenvolvimento de uma atuação profissional pautada pelo conflito e pela motivação (para não dizer "fabricação") de cada vez mais processos judiciais, além de petições e pedidos extremamente longos, desconectados e sem sentido lógico, combinados com sentenças equivocadas, desprovidas de fundamentos jurídicos sólidos, normalmente proferidas sem a devida subsunção dos fatos a uma análise sistemática e teleológica das normas jurídicas; tornaram-se a regra geral e contribuem muito para o descrédito de todo o sistema judicial.

O presente trabalho não objetiva analisar tudo o que já foi escrito ou pesquisado sobre o assunto, mas apresentar os resultados de uma enquete realizada em maio de 2009, entre 148 (cento e quarenta e oito) alunos dos 3º e 4º períodos do curso de Direito da Universidade FUMEC, em Belo Horizonte – MG, bem como as experiências relativamente inovadoras de um professor e a visão crítica de um aluno de

10º período, com um balanço reflexivo e crítico relativo às experiências profissionais e acadêmicas dos autores.

2 VERDADES, INCONVENIÊNCIAS E PROPOSIÇÕES

Após uma vida acadêmica de 20 anos como aluno dos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado em Direito, depois de 19 anos de intensa atividade profissional como advogado e consultor empresarial, e ao longo de 14 anos de experiência profissional como professor dos cursos de graduação, especialização e mestrado em Direito, com a convivência direta com mais de 7.000 alunos, com inúmeras orientações acadêmicas, científicas e profissionais; o profissional (querendo ou não) acaba adquirindo uma certa maturidade e qualifica-se à crítica propositiva, fundamentada em fatos e resultados práticos.

No Brasil, geralmente a descrição formal da experiência profissional, por meio de artigos, livros e relatos expressos, normalmente é desprezada pelo Direito. Em regra, o mundo jurídico prefere e enaltece muito mais a citação de teses do passado, muitas vezes desvinculadas das necessidades do presente, do que os relatos do cotidiano ou o planejamento sistemático dos objetivos do futuro. Por isso, experiências profissionais intensas acabam sendo perdidas no tempo, sem que delas se extraiam, em toda a sua plenitude, as lições que permitiriam avanços impensados no ambiente hermético da academia.

Nesse sentido, a observação sistemática da atividade diária da grande maioria dos profissionais do Direito (advogados, juízes, promotores, delegados, professores) demonstra, no Brasil, uma verdade incontestável: esses profissionais não estão sendo preparados adequadamente para responder à média das necessidades e dos anseios da população.

Dessa maneira, com poucas, raras e honrosas exceções, enquanto as pessoas procuram um profissional que saiba antes de tudo ouvir, encontram normalmente “juristas” que somente sabem dizer as suas próprias verdades absolutas e incontestáveis. Enquanto a população geralmente quer a paz, os profissionais do Direito pregam a guerra, por meio de inúmeros “nãos” e infindáveis processos judiciais. Enquanto as pessoas querem estruturar a vida para a felicidade, os profissionais do Direito desconsideram olimpicamente tal interesse e conduzem a atividade profissional para fomentar apenas a luta pelo Direito, sem qualquer preocupação com a pessoa e

com a sua dignidade humana. Tudo isso é imposto pelo sistema vigente e pela eterna "luta" pela sobrevivência financeira e profissional, que, especialmente no caso dos advogados, transformou-se em uma verdadeira e odiosa carnificina.

Assim, é absolutamente necessário que as instituições de ensino superior que oferecem curso de Direito à população quebrem os paradigmas do passado, por meio de uma atividade didática e educacional inovadora, capaz de ser compreendida pelo aluno contemporâneo e que possa, de fato, mudar a forma de atuação profissional que prevalece em nossos dias.

Nesse sentido, a primeira mudança que deve ocorrer é a estruturação de um curso de Direito voltado mais para a demonstração da finalidade dos institutos jurídicos do que para os conceitos teoréticos. Para que essa visão finalística das normas e do Direito tenha eficácia didática, com repercussão na atuação profissional, é também necessário que os professores desenvolvam com os seus alunos um *pensar jurídico estratégico*, em detrimento do tradicional *pensar jurídico positivista e conflituoso*.

Para isso, o ordenamento jurídico deve ser encarado como um conjunto de disposições normativas (princípios e regras) estabelecidas por múltiplas fontes (lei, jurisprudência, costumes, contratos, atos administrativos, doutrina). Além disso, a subsunção dos fatos do cotidiano à interpretação sistemática e teleológica das normas decorrentes dos textos das fontes, deve ser imperativo em todos os momentos, em todas as aulas.

Os professores de Direito não devem se esquecer de ensinar todos os dias aos seus alunos que a ciência do Direito visa, fundamentalmente, à determinação da felicidade das pessoas, por meio da paz e da harmonia social, conquistadas, preferencialmente, mediante a prevenção de conflitos e sem o apego excessivo à suposta "solução" intermediada pelo processo judicial. O conhecimento de conceitos e a aprovação nos exames de suficiência da OAB ou dos concursos públicos devem ser compreendidos apenas como etapas pouco relevantes para que os objetivos coletivos maiores sejam realmente estabelecidos e vivenciados.

Além disso, os docentes precisam divulgar entre os discentes a convicção de que o *pensar jurídico estratégico* pressupõe o reconhecimento de que os institutos jurídicos devem servir à estruturação eficaz dos objetivos das pessoas (físicas e jurídicas), de maneira a permitir a imposição prática do máximo de felicidade, com o menor custo possível.

No plano meramente didático e prático, os professores de Direito devem permitir que as aulas expositivas sejam reestruturadas, com a utilização crescente dos recursos audiovisuais e da *internet*, além de serem permeadas com muitos exemplos práticos que demonstrem a utilização finalística dos conceitos. E mais, a reflexão expositiva deve conduzir o raciocínio do corpo discente para a análise estratégica de objetivos práticos ou teóricos apresentados previamente pelo professor. Os alunos devem ser, assim, estimulados a pensar e a apresentar as possibilidades de solução e de realização de tais metas, preferencialmente evitando o processo judicial.

Para isso, vale sempre a pergunta típica do movimento de análise econômica do Direito, que integra a análise estratégica do Direito: "Como se pode chegar ao objetivo X (por exemplo, aumentar as vendas de uma empresa, reduzir as contingências tributárias ou trabalhistas, permitir a participação de investimentos privados na construção de uma obra de infraestrutura etc.), sem conflito, com o menor custo e com o máximo possível de aproveitamento econômico?" Esse tipo de questionamento deve ser utilizado de forma usual durante as aulas e atividades em sala de aula, como, também, nas provas, pois este deve ser o trabalho do profissional do Direito: encontrar soluções jurídicas viáveis, lícitas e econômicas, para a eficácia plena dos objetivos traçados pelas pessoas.

Como se não bastasse, a vida cotidiana da comunidade na qual estão inseridos os professores e os alunos deve ser utilizada também como ponto de partida e também de chegada para as reflexões estratégicas, para os exemplos e também para as perguntas. Nesse aspecto, o estímulo constante à leitura de jornais, de revistas e de notícias veiculadas pela *internet* constituem instrumentos insuperáveis de reconhecimento da realidade que circunda os alunos e também os professores. É sempre bom relembrar as lições preliminares de Direito de Miguel Reale, segundo o qual o Direito é, antes de tudo, fato, seguido pelo valor e pela norma. [16] Assim, não se pode chegar à norma sem reconhecer os fatos da vida, que, quase sempre, não são relatados e atualizados nos compêndios de Direito, que precisam ser complementados, todos os dias, pela dinâmica dos fatos.

Todavia é preciso reconhecer e considerar que o aluno contemporâneo normalmente tem acesso a um número quase infinito de informações, mas pouquíssimo tempo, disposição e/ou maturidade para a leitura atenta, para a reflexão e para a proposição de estratégias que permitam a realização dos objetivos traçados (inclusive por eles próprios). Este, talvez, seja um mal de nossos tempos, e os professores de

Direito precisam reconhecer o problema e suas evidências, bem com utilizar a vivência em sala de aula como instrumento fundamental de mudança. A leitura e a interpretação gramatical do texto da lei, ainda usadas em larga escala, em nada contribuem para o processo de transformação exigido por este estado de fatos.

Finalmente, é também absolutamente necessário que os professores reconheçam seus próprios erros e suas próprias limitações. Da mesma maneira que não existem alunos absolutamente perfeitos, não existem professores perfeitos e acabados. Todos os docentes precisam, com urgência, realizar um processo contínuo de autoavaliação e de observação das críticas que recebem, para, a partir deste procedimento, conduzir um processo de aperfeiçoamento sistemático e de mudança do modo de pensar, de agir e de ensinar. Este, com certeza, é um desafio gigantesco, especialmente porque os atuais professores de Direito, em sua avassaladora maioria, foram formados de acordo com a lógica positivista, por meio de aulas meramente expositivas, com pouca ou nenhuma abertura para o debate e voltadas fundamentalmente para a formulação do conflito pelo conflito. Além disso, muitos deles ainda acreditam no ideal de perfeição (inclusive deles mesmos) e de completude do ordenamento jurídico.

Com muito raras exceções, os professores do curso de Direito integram e lideram o conjunto dos juristas especializados em dizer "não", inclusive e principalmente, às mudanças de paradigmas e do tradicional *modus operandi* de atuação profissional.

A mudança dos professores deve passar, necessariamente, pelo diálogo aberto e sem medo com o corpo discente, bem como pela observação das reclamações comuns e repetidas de parte significativa dos alunos, que clamam pela preparação e pela condução de aulas mais estimulantes, inovadoras e concatenadas com os tempos atuais. Nesse sentido, os professores precisam estimular o debate e as perguntas dos alunos, por mais esdrúxulas que estas possam parecer à primeira vista. Este é um mecanismo fundamental de interação entre alunos e professores, constituindo o principal elemento de diferenciação entre o ensino presencial e o realizado a distância (mesmo quando este admite perguntas via satélite ou *e-mail*).

Por tudo isso, as instituições de ensino precisam oferecer ao seu corpo docente a oportunidade de aperfeiçoamento contínuo e sistemático das práticas didáticas e educacionais. Isso precisa ocorrer por meio de palestras, consultorias e conversas individualizadas, divulgação de textos sobre metodologia de ensino e didática no ensino

superior, além de *workshops* e seminários específicos. É urgente que os calendários escolares reservem, dentre os duzentos dias letivos, pelo menos algumas quarenta horas (ou mais) ao aperfeiçoamento profissional dos professores. Isto é urgente e absolutamente necessário, pois não existem na atualidade profissionais de sucesso que não tenham condições de manter um nível de aperfeiçoamento contínuo, sistemático e condizente com as suas responsabilidades, que, no caso do professor (especialmente no curso de Direito), são gigantescas e crescentes.

3 EXPERIÊNCIAS E INOVAÇÕES NO ENSINO JURÍDICO

A partir da experiência profissional do professor autor deste texto, podem ser descritas algumas experiências e inovações que já demonstraram relativo sucesso no ensino jurídico contemporâneo. Logicamente, tais experiências constituem apenas proposições decorrentes da prática isolada de um professor, mas que podem ser repetidas e, principalmente, criticadas e aperfeiçoadas, de maneira a permitir a imposição de um ciclo virtuoso de debate e de mudanças no sistema de ensino do Direito no Brasil.

Basicamente, todas as experiências partem de dois pressupostos. O primeiro é o de que o aluno atual encontra-se inserido em uma realidade totalmente diferente daquela existente 10, 20 ou 30 anos atrás, com muito mais tempo para o entretenimento do que para a leitura, o estudo e, sobretudo, para a reflexão. O segundo pressuposto é de que os alunos contemporâneos precisam de estímulos e motivações extras, concatenados com as novas realidades da competição capitalista, da superinformação, da *internet* rápida, do celular inteligente, do *iPod* e da popularização exacerbada do uso dos computadores e dos meios de comunicação. Sem tais estímulos e motivações, nenhuma experiência nova parece ter sucesso e, sem eles, há uma grande dificuldade para que os alunos respondam adequada e eficazmente aos processos de formação profissional e educacional contemporâneos.

3.1 COMUNICAÇÃO ANTECIPADA DO PLANO DE TRABALHO E DE AÇÃO

O sucesso em qualquer atividade profissional pressupõe a definição de objetivos, a elaboração de um planejamento estratégico e a execução coordenada de um plano de ação.

Planejar é, em síntese, construir cenários possíveis, com objetivo de antever ou antecipar o futuro, para a concretização dos objetivos estabelecidos antes. Nesse sentido, o planejamento implica a elaboração de um conjunto de ações voltadas para implementação dos objetivos pré-determinados.

Por outro lado, a palavra *estratégia* tem origem na arte de coordenar a ação das forças militares, políticas, econômicas e morais implicadas na condução de um conflito ou na preparação da defesa de uma nação, tendo evoluído com o tempo, especialmente no plano negocial e empresarial, para hoje ser compreendida como a arte de aplicar com a máxima eficácia possível os recursos de que se dispõe, visando alcançar os objetivos definidos pelo estrategista. [17]

Um ensino jurídico de qualidade excepcional deveria ser o objetivo comum a todas as instituições de ensino e a todos os professores de Direito.

Para que tal objetivo seja de fato alcançado, faz-se necessária a elaboração prévia de um plano de ensino e de trabalho, com a definição do cronograma diário e semestral das atividades, bem como o agendamento antecipado de trabalhos acadêmicos e provas, além da indicação de ampla referência bibliográfica, e da disponibilização de parte significativa dos textos e artigos que serão utilizados durante o semestre letivo. Sempre que possível, os esquemas e *slides* que serão utilizados durantes as aulas também devem ser disponibilizadas previamente aos alunos, para que estes tenham condições de acompanhar as aulas a partir de suas próprias impressões, cadernos e *notebooks*.

Idealisticamente, o plano de trabalho deve ser elaborado, disponibilizado e comunicado aos alunos antes do início do semestre letivo, para que haja tempo de todas as partes envolvidas se programarem adequadamente para que o plano de ação seja executado em sua plenitude. Nesse sentido, é importante que o professor e os alunos adquiram consciência de que a execução eficaz do plano de ação implica também reconhecer que eventuais desvios de rota devem também ser previstos e superados com naturalidade.

Tudo isso é absolutamente óbvio e faz parte das atividades cotidianas de muitas empresas, de várias instituições de ensino e de vários professores de educação infantil, fundamental, média e superior; mas tal realidade de planejamento e execução ainda encontra sérias resistências no ensino jurídico nacional. Muitos professores de Direito continuam apenas cumprindo os programas formais das instituições às quais estão vinculados, sem qualquer preocupação com a estruturação de um plano de ensino

e de ação, ou sem os comunicar previamente aos seus alunos, o que acaba prejudicando o sucesso do processo educacional.

Assim, a elaboração de um planejamento estratégico e de um plano de ação, combinada com a comunicação prévia aos alunos, tem-se mostrado uma experiência vitoriosa na vivência do professor autor deste artigo, pois demonstra claramente ao corpo discente as vantagens do profissionalismo e do planejamento estratégico em qualquer atividade, inclusive e principalmente, no ensino do Direito.

3.2 AMPLITUDE DA REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

Uma das experiências exitosas desenvolvidas nos últimos anos relativamente ao ensino jurídico decorre da indicação de uma referência bibliográfica ampliada e diversificada. Assim, além dos tradicionais livros, artigos e revistas que integram a referência bibliográfica básica (que deve evitar sempre a indicação de resumos), há também a necessidade de indicação de referências complementares, suplementares e extras. E mais: sempre que possível, tais indicações devem corresponder também às referências eletrônicas, com a indicação de *sites* onde as mesmas podem ser adquiridas ou acessadas gratuitamente.

Normalmente, por exigência da instituição de ensino, a referência bibliográfica básica deve ser composta por cinco a dez livros (cursos e manuais), que normalmente devem ser encontrados na biblioteca da própria faculdade, e que integram o grande mercado editorial contemporâneo. Todavia, dentre tais indicações, deve existir uma preocupação na apresentação de livros completos e tradicionais, mas, principalmente, com a classificação dos mesmos tendo em vista o uso de linguagem direta e de fácil entendimento. Dessa maneira, os livros devem ser apresentados de acordo com uma ordem que privilegie a linguagem direta, as letras grandes, o espaço entrelinhas confortável (preferencialmente 1,5cm) e o papel branco, elementos esses que, apesar de muitas vezes serem desconsiderados pelas editoras, acabam favorecendo (e muito) o despertar do interesse e do aprendizado do aluno atual. De nada adiantam livros perfeitos, mas escritos em linguagem rebuscada, tradicional e indireta, com letras pequenas, espaço mínimo entrelinhas, e papel pardo, pois há um grande risco de o aluno (geralmente iniciante no estudo da disciplina) ler e não entender absolutamente nada, criando uma barreira muitas vezes intransponível. Tudo isso deve também ser informado e esclarecido antes do início do semestre letivo, com constante consultoria e acompanhamento da escolha dos livros pelo corpo discente, com estímulo à aquisição

sistemática e continuada de um número significativo de exemplares pelos próprios alunos e também pela biblioteca da instituição de ensino.

Contudo, além da bibliografia básica, há também a necessidade da indicação de referências complementares, constituídas, fundamentalmente, por artigos científicos específicos e direcionados para os temas mais importantes ou polêmicos do programa da disciplina. Muitas vezes, para facilitar o acesso dos alunos aos textos, estes devem ser escaneados e disponibilizados ao corpo discente no *site* da instituição de ensino, o que pode ser questionado do ponto de vista da legislação que protege os direitos autorais, mas elimina uma das possibilidades de insucesso da estratégia, já que, de fato, apenas uma pequena parcela dos alunos contemporâneos têm tempo, disposição e/ou perfil para a pesquisa. Esta é uma realidade que precisa ser reconhecida e superada, mas a mera indicação da referência bibliográfica, sem o encaminhamento dos textos, acaba se transformando em uma experiência inócua e desalentadora. Por outro lado, o acesso fácil aos textos indicados pode ser um elemento de estímulo e de orientação a novas pesquisas e descobertas, especialmente por aqueles que têm perfil para a pesquisa.

Além disso, a leitura dos livros e artigos mencionados nas referências bibliográficas básicas e complementares deve ser estimulada pela demonstração clara de que o sistema de avaliação do aluno será baseado, fundamentalmente, no caráter utilitarista (voltada para a estruturação de objetivos) dos ensinamentos contidos nos mesmos, combinada com a linguagem dialética das aulas presenciadas pelos alunos.

Não obstante, a indicação de uma referência bibliográfica suplementar, constituída por jornais e revistas que tratem normalmente dos temas relacionados com a disciplina, bem como por livros e artigos voltados principalmente para a formação de um conhecimento sobre a nova hermenêutica, mostra-se fundamental e eficiente. No caso das referências relacionadas à hermenêutica, elas devem privilegiar as obras que demonstrem o caráter dialético da ciência do Direito, bem como a multiplicidade das fontes e a interpretação sistemática, teleológica e finalística das normas jurídicas.

Finalmente, o professor de Direito precisa também indicar aos seus alunos os livros que já tenha lido e gostado durante a sua vida, com destaque para aqueles que não têm relação direta com a ciência do Direito. É necessário que o professor demonstre claramente aos seus alunos que é uma pessoa “normal” e que tem outras aptidões, experiências e desejos. Esse procedimento, além de aproximar e facilitar a relação entre os professores e seus alunos, também exige do corpo docente

uma preparação extra e voltada para um processo pleno de formação humanística da pessoa do aluno, com a superação da estandartização e da formação meramente profissional.

3.3 USO DO *E-MAIL* E DE *BLOG*

Vivemos intensamente a era da superinformação, e isso ninguém pode negar.

Uma das principais mudanças ocorridas no final do século XX, com repercussão enorme na realidade vivenciada por todos neste século XXI, foi o uso maciço e crescente da *internet*, bem como dos sistemas de comunicação que a utilizam com veículo.

A popularização dos novos instrumentos de comunicação tais como *e-mails*, o Skype, o Messenger, o Facebook, o MySpace, o YouTube e o Twitter, além dos *uploadings*, das redes sociais, dos *blogs* e *podcastings*, não pode ser desconsiderada, de maneira alguma, pelo ensino jurídico contemporâneo. Sem o uso frequente e sistemático dessas ferramentas, a comunicação com os alunos contemporâneos se torna obsoleta e difícil, pois as novas gerações já nasceram e cresceram *on-line*. O problema que ainda existe é que muitos professores nasceram e cresceram em etapas anteriores à digitalização globalizada ou, o que é terrível, não se adaptaram a ela. O tempo, de forma sempre implacável, irá resolver esta discrepância entre alunos e professores, mas muito pode ser feito com a utilização de poucas dessas ferramentas, que o mais recalcitrante dos tradicionais professores de Direito pode ou quase sempre já sabe usar.

Desta maneira, dentre todas essas possibilidades de comunicação como instrumento de ensino, destacam-se o uso do *e-mail* e dos *blog*s.

A experiência demonstra que, na atualidade, a maneira mais eficiente de comunicação entre os professores e os alunos é o uso de *e-mails*. Por meio deles, a qualquer hora do dia ou da noite, existe a possibilidade de se estabelecer a comunicação de atividades acadêmicas, atrasos e faltas, além da transmissão de cronogramas, textos e resultados das provas, bem como a sugestão de leituras ou o encaminhamento de comentários adicionais às aulas e esclarecimento de dúvidas. A gama de possibilidades de utilização dos *e-mails* parece ser quase infinita, mas sempre muito eficaz entre os alunos contemporâneos.

Nesse sentido, a eficácia da comunicação por *e-mail* no meio acadêmico é surpreendente e, em muitas situações, supera a comunicação por meio de circulares impressas e/ou de avisos verbais. Cabe aos professores, todavia, a utilização inteligente da ferramenta, de maneira a não permitir exageros e a escravização decorrente do excesso, o que pode ser obtido mediante a fixação de regras para sua utilização, como a prévia delimitação de temas, a fixação de um limite diário do número de *e-mails* por aluno, bem como a determinação de prazo máximo para resposta das partes etc.

No caso do *blog*, segundo Thomas Friedman:

> Um *blog* é a sua própria tribuna virtual, onde você pode acordar toda manhã e, em forma de coluna, folheto informativo, ou apenas uma dissertação, contar ao mundo o que você pensa sobre qualquer assunto, enviar o arquivo com o conteúdo para seu *website* e então esperar que o mundo o acesse. Se as pessoas gostarem, vão fazer um *link* do *blog* delas para o seu ou para outros tipos de conteúdo, como artigos noticiosos *on-line*, ou comentários. [18]

Segundo o mesmo autor, um novo *blog* é criado a cada sete segundos, sendo que em 2006 já existiam no mundo mais de 24 milhões de *blog*s. [19]

Diante dessa realidade avassaladora, no início de 2009, o professor autor deste texto resolveu criar o seu próprio *blog* (http://www.analiseestrategica.com.br/Portal/*Blog*.aspx), com o objetivo declarado de utilizá-lo como ferramenta adicional de ensino e de comunicação com os seus alunos.

Basicamente, os *posts* do professor autor deste texto são semanais, sempre escritos em linguagem direta, com três ou quatro parágrafos, e normalmente menores do que uma página tamanho A4. Tudo é realizado de maneira a permitir que os *posts* sigam a lógica e a linguagem rápida (como um *flash)*, própria da *internet* e geralmente muito bem aceita pelos alunos contemporâneos. Logicamente, o objetivo da leitura do *blog* não é a de substituir o estudo em livros, compêndios e artigos científicos. Trata-se apenas de uma ferramenta adicional e motivadora do processo educacional, estabelecida e direcionada para um corpo discente totalmente adaptado à realidade da informação instantânea, rápida e assistemática, em um mundo absolutamente globalizado e digital. Não obstante, é importante destacar que os temas abordados nos *posts* do *blog* são todos relacionados com fatos e notícias do cotidiano, geralmente acrescidos com comentários e referências jurídicas, sendo estas preferencialmente relacionadas com os temas tratados e discutidos nas aulas de Direito Empresarial I e II [20].

O estímulo à leitura do *blog* é estabelecido por intermédio de avisos verbais nas salas de aula, por encaminhamentos de *e-mails* para os alunos, bem como pela advertência de que a visão finalística e os temas abordados em cada *post* (todos direta ou indiretamente baseados na análise estratégica do Direito), serão utilizados na elaboração das provas e dos trabalhos da disciplina ministrada pelo autor do *blog*. Tudo isso faz com que as visitas ao *blog* e os comentários dos alunos sobre os *posts* semanais sejam espetaculares! Tanto isto é verdade que o *site* no qual o *blog* em questão está hospedado (www.analiseestrategica.com.br), em oito meses de existência, alcançou o número médio de 500 visitas por mês e passou a ocupar o 2º lugar na ordem de aparição no Google (quando são digitadas as palavras "análise" "estratégica"), sem que o mesmo seja um *link* patrocinado.

Para demonstrar a eficácia do modelo, seguem abaixo alguns exemplos de *posts* escritos pelo professor autor deste texto, e relacionados diretamente com os temas de Direito Empresarial I e II:

> **SEGURANÇA COM BOA FÉ**
>
> ***Onda de invasões criminosas em condomínios residenciais reacende discussão sobre responsabilidade de arquitetos e de construtoras.***
>
> Nas últimas semanas, o noticiário regular dos jornais e tvs (cada vez mais focados na divulgação das desgraças da vida) divulgou várias invasões criminosas em condomínios residenciais e a efetivação de roubos coletivos nas residências de cidadãos surpreendidos com a audácia dos criminosos, bem como com a insegurança de seus su*post*os *bunkers*. Em reportagem sobre o crescimento do mercado de equipamentos de segurança, o consultor David Fernandes informa que, *"em 90% das invasões a condomínios, falhas no projeto arquitetônico favorecem os crimes"* (Revista Exame, *Quando o Crime Compensa*, edição 950, ano 43, n. 16, 26/08/2009, p. 99/100).
>
> Além de ser um elemento de planejamento estratégico e comercial imposto pelas novas realidades da vida em sociedade, a segurança dos projetos e imóveis é uma imposição normativa, estabelecida pelo princípio da boa fé. No Brasil, a boa fé é princípio geral, estabelecido por meio de cláusula geral, nos artigos 113 e 422 do Código Civil, e aplicável a quaisquer negócios jurídicos, desde antes da celebração, até após a execução. Por isso, por exemplo, as montadoras de automóveis realizam *recalls* muito tempo depois de terem vendido os automóveis. E isto ocorre porque, em sua vertente objetiva, o princípio da boa fé impõe deveres jurídicos instrumentais, muitas vezes não escritos nos textos das leis ou dos contratos, mas que obrigam a divulgação de informações, a cooperação recíproca e o cuidado e a diligência na proteção dos interesses da contraparte em qualquer negócio ou contrato.
>
> A análise estratégica da situação impõe aos arquitetos e às empresas construtoras a necessidade de projetarem e construírem empreendimentos voltados fundamentalmente para garantir, cada vez mais, a saúde, a segurança e a defesa das pessoas que irão habitar os novos imóveis, vendidos normalmente a preço de ouro (ou até bem mais caros). E isto deve ocorrer imediatamente, antes que os advogados encontrem outro "nicho" de mercado:

a responsabilização civil de arquitetos e construtoras, por vícios nos sistemas de segurança dos empreendimentos imobiliários. (29/08/2009)

DIVIDENDO MÍNIMO NA S/A E NA LTDA

Equívoco corriqueiro de interpretação leva ao entendimento de que o dividendo mínimo obrigatório corresponde sempre a 25% do lucro líquido do exercício.

Reportagem publicada na revista *Istoé Dinheiro*, relativamente ao destino dos lucros verificados nas instituições bancárias (*Para onde vai o lucro dos bancos?*. Istoé Dinheiro, n. 618, ano 12, 12/08/2009, p. 83/84), repete equívoco corriqueiro de interpretação da Lei n. 6.404/76 (LSA), muitas vezes divulgado por parte da doutrina jurídica, e segundo o qual *"as companhias de capital aberto* [ou não] *são obrigadas a distribuir para os acionistas pelo menos 25% do resultado"* do exercício a título de dividendos (parte do lucro entregue aos sócios).

Na verdade, segundo o dis*posto* no §2º, do artigo 202 da Lei n. 6.404/76, o dividendo mínimo obrigatório, correspondente a 25% do lucro líquido do exercício, deve ser observado apenas quando a sociedade possui dispositivo expresso a respeito do tema em seu estatuto social. Sendo este omisso, aplica-se a regra prevista no inciso I do mesmo artigo 202 da Lei de Sociedades por Ações, segundo o qual metade (50%) do lucro líquido do exercício deve ser diminuído ou acrescido dos valores relativos à importância destinada à constituição da reserva legal prevista no artigo 193 da mesma lei, e também da importância destinada à formação da reserva de contingências estabelecida no artigo 194 da LSA, para que o resultado seja pago aos acionistas a título de dividendo mínimo obrigatório (o que pode corresponder, inclusive, a menos de 25% do lucro líquido). E mais: em algumas situações, mesmo havendo lucro podem não ser distribuídos dividendos, conforme previsto no §4º do artigo 202 da Lei n. 6.404/76.

A respeito do mesmo assunto, questão controvertida e pouco debatida é a que trata da aplicação ou não dessas regras às sociedades limitadas, mediante a aplicação analógica ou supletiva do artigo 202 da Lei n. 6.404/76, uma vez que o Código Civil é omisso a respeito do tema. Caso a conclusão seja da aplicabilidade da regra do dividendo mínimo obrigatório às LTDA's, faz-se necessária a revisão de todos os planejamentos financeiros, jurídicos e, sobretudo, contábeis dessas sociedades – que, geralmente, não observam tais limites na aprovação da distribuição de dividendos –, a fim de serem evitados questionamentos judiciais provocados pelos sócios minoritários. (15/08/2009)

3.4 ESTUDO DOS TÓPICOS DO PROGRAMA POR MEIO DO *SITE* DO STJ

Outra ferramenta recomendada aos alunos para motivação e estudo é a pesquisa dos temas abordados nas aulas expositivas no *site* do Superior Tribunal de Justiça – STJ (www.stj.jus.br), no campo relativo à jurisprudência.

Nesse sentido, no caso da disciplina Direito Empresarial (I e II), sugerem-se, dentre outros, a pesquisa dos seguintes temas: "princípio da boa fé", "princípio da especialidade", "marca", "patente", "desenho industrial", "empresário individual", "sociedade unipessoal", "sociedade em conta de participação", "responsabilidade tributária de administradores", "sócio minoritário", "penhora de

cotas", "ações sem voto", "*golden share*", "locação de ações", "debêntures conversíveis", "bônus de subscrição" etc.

Identificados os acórdãos correspondentes a cada tema pesquisado, os alunos são estimulados à leitura integral das decisões, buscando compreender a finalidade dos institutos jurídicos, bem como o significado dos conceitos eventualmente desconhecidos, mediante análise dos livros indicados nas referências bibliográficas básica e complementar. Este exercício permite a inversão da lógica tradicional do ensino do Direito, que normalmente parte do conceito para a prática judicial. Com o incentivo à leitura crítica dos acórdãos, acompanhada da doutrina tradicional existente nos livros e textos científicos, os alunos acabam percebendo mais facilmente a finalidade dos institutos, além de iniciarem o contato com a disciplina por meio de uma ferramenta conhecida e de uso cotidiano para a grande e avassaladora maioria: a *internet*.

Os resultados dessa dinâmica são excelentes, pois os alunos acabam conhecendo as incertezas e a evolução do posicionamento jurisprudencial de cada tema pesquisado, o que favorece o desenvolvimento do espírito crítico relativamente a outras questões, como: a súmula de efeito vinculante, a súmula impeditiva de recursos, a importância da subsunção dos fatos à norma, a ausência de fundamentos jurídicos sólidos de muitas decisões e a inoperância generalizada do Poder Judiciário.

3.5 O JOGO DOS ERROS NO *GOOGLE*

De todas as experiências desenvolvidas, o jogo dos erros no Google talvez seja a mais inovadora e cujos resultados são mais surpreendentes (inclusive para o professor).

Basicamente, a dinâmica consiste no lançamento de uma disputa entre os alunos, por meio da qual primeiro é estabelecido um marco teórico doutrinário, que será usado como elemento de comparação de todas as análises, e que normalmente é escolhido dentre os livros indicados na referência bibliográfica básica da disciplina lecionada.

Em seguida, é lançado o desafio, seguido das regras e da premiação. Assim, o aluno que conseguir identificar por intermédio do Google o maior número de erros doutrinários ou conceituais, considerando as posições doutrinárias do livro correspondente ao marco teórico pré-definido, será o vencedor e receberá um ponto extra para cada erro novo e original encontrado, que deve ser também demonstrado por meio de pequena exposição, desenvolvida em um parágrafo.

Um detalhe importante: erros idênticos de alunos distintos são anulados e não geram direito à pontuação em caso de vitória. Dessa maneira, somente erros novos são admitidos como válidos no jogo, o que leva a turma a um clima saudável de competição, para identificação e exposição de equívocos não percebidos pelos demais colegas e competidores.

O jogo dos erros é relativamente simples e a busca pelos equívocos na *internet* ocorre apenas durante algumas semanas.

Todavia os resultados são muito positivos, pois estimulam o estudo da doutrina tradicional encerrada no marco teórico predeterminado, bem com é capaz de demonstrar aos alunos todo o cuidado crítico e científico que a leitura e o estudo pela *internet* devem seguir.

Os alunos contemporâneos normalmente acreditam cegamente na veracidade das informações colhidas e pesquisadas por meio do Google, mas, com o jogo dos erros, passam a encará-las com outros olhos, muito mais críticos e científicos do que aqueles anteriores à disputa.

3.6 O JOGO DE SIMULAÇÃO DA BOLSA DE VALORES

Especificamente para o ensino da disciplina Direito Empresarial II, voltada para a análise e o estudo das sociedades anônimas e do mercado de capitais, o jogo de simulação da bolsa de valores também constitui elemento fundamental de inserção do aluno na lógica de análise estratégica do Direito e da finalidade das normas jurídicas estabelecidas para regulamentação das sociedades anônimas e regulação do mercado de capitais.

Apesar de todo o avanço do mercado de capitais brasileiro nos primeiros anos do século XXI, a lógica de funcionamento desse mercado continua sendo um enigma não desvendado pela maioria das pessoas. A situação não é muito diferente entre os alunos dos cursos de graduação em Direito. Geralmente, como ocorre com a maioria das pessoas comuns, os alunos dos cursos de Direito têm muita curiosidade e vontade de conhecer os conceitos, as regras e a dinâmica de funcionamento do mercado de valores mobiliários (especialmente das bolsas de valores), mas não têm a menor noção de como tudo funciona e é regulado.

No caso específico da disciplina de Direito Empresarial Societário, geralmente há grande dificuldade de apresentação dos tópicos da matéria para os alunos não iniciados no tema, pois normalmente esses discentes consideram a matéria árida, difícil e exageradamente fragmentária. Tudo isso acaba se transformando, muitas vezes,

em repúdio ao estudo aprofundado e à própria disciplina de Direito Empresarial Societário, a despeito das grandes possibilidades de atuação profissional na área, apresentadas pelo atual mercado de trabalho.

Neste contexto, o ensino da disciplina relativa às sociedades anônimas e ao mercado de capitais, realizado apenas por meio da leitura e da interpretação da legislação pertinente (que ainda acontece em larga escala em muitas faculdades), mostra-se absolutamente ineficaz e desanimador. Essa disciplina somente pode ser compreendida em toda a sua plenitude, quando o corpo discente é constantemente estimulado ao estudo profundo nas referências bibliográficas indicadas, bem como à leitura de jornais e revistas que tratam da atividade empresarial e do mercado de capitais. Tudo combinado com a análise crítica dos acontecimentos econômicos em sala de aula, e com acesso aos *chats, sites* e *blogs* específicos sobre o tema.

Para reforço dessa estratégia de ensino, após o primeiro mês de aula, quando normalmente já foram expostos todos os temas fundamentais relativos à estrutura jurídica das sociedades anônimas, às ações, ao funcionamento e à regulação do mercado de capitais, o professor pode estabelecer entre os seus alunos o jogo de simulação da bolsa de valores.

O jogo normalmente se desenvolve com a utilização do programa que simula o funcionamento da bolsa de valores, e que é oferecido gratuitamente pelo *site* www.folhainvest.folha.com.br. Em síntese, como o próprio *site* informa, o Folhainvest é um simulado formatado em parceria pelo jornal Folha de São Paulo e pela BM&Fbovespa, que oferece aos participantes a oportunidade de conhecer o mercado de capitais na prática, mediante a compra e venda de ações, com a utilização de valores e ações atribuídas ficticiamente aos participantes. Além disso, aos vencedores o *site* oferece e distribui prêmios reais, tais como pacotes turísticos, passagens aéreas, assinaturas de revistas e cursos presenciais.

Todavia, normalmente não são esses os prêmios que os alunos buscam. Por isso, no caso concreto, a experiência é desenvolvida mediante a fixação de regras adicionais àquelas determinadas pelo *site*, bem como a atribuição de prêmios correspondentes a pontos extras (geralmente cinco pontos), mensalmente atribuídos apenas ao aluno que obtiver, em cada turma, a maior valorização de sua carteira de investimentos. Com isso, o interesse e o envolvimento dos alunos está garantido, pois normalmente os pontos extras atraem muito mais do que viagens, pacotes turísticos e cursos. Infelizmente, em virtude de uma miopia coletiva, os alunos contemporâneos

normalmente estão muito mais preocupados com os resultados imediatos representados por pontos, do que com o aprendizado consistente e duradouro. Trata-se de um equívoco generalizado, mas que não pode ser desconsiderado no trabalho de motivação e de envolvimento que cabe ao professor.

Não obstante, entre as regras adicionais àquelas previstas no *site* do simulador de bolsa, o professor deve estabelecer antes do início do jogo os critérios de criação de um *login* padrão (geralmente um novo endereço de *e-mail*), que obrigatoriamente deve ser usado por todos os alunos que se cadastrarem. Esse *login* padronizado permite ao professor identificar aqueles que realmente são seus alunos e que se inscreveram a partir da data em que foi dada a largada da disputa. Obviamente, cada aluno inscrito realiza o seu próprio cadastro, com a utilização dos critérios padronizados de criação de *login* (por exemplo, FUMEC2009 + número de matrícula do aluno@yahoo.com.br), e com a determinação livre das senhas individuais. Na última aula de cada mês após o início do jogo, é realizada a apuração dos resultados e a premiação do(a) vencedor(a).

Independentemente da premiação, os resultados da experiência são absolutamente surpreendentes. A partir do início do jogo, os alunos passam a se interessar muito mais pelas aulas expositivas, cadastram-se em *sites* especializados em operações do mercado de capitais, passam a ler, assistir e ouvir tudo o que diga respeito às bolsas de valores, e tudo isso os leva a um aprendizado (jurídico e também financeiro) muito mais eficaz, sólido e duradouro.

3.7 MOTIVAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO EM ATIVIDADES ACADÊMICAS, POR MEIO DE PESQUISA, PRÊMIOS E DEMONSTRAÇÃO CLARA DOS OBJETIVOS

Outra experiência exitosa realizada pelo professor autor deste texto é a realização de enquetes e pesquisas entre os seus próprios alunos, questionando a disciplina, o método de ensino e os critérios de avaliação do professor, bem como a autoavaliação dos próprios alunos.

O sucesso da empreitada depende sempre da demonstração clara dos objetivos da pesquisa, bem como da atribuição de uma premiação para aqueles que participarem do processo. Infelizmente, os alunos atuais são movidos, em sua grande maioria, por este tipo de estímulo, que acaba ofendendo uns poucos, mas cujos resultados gerais são espetaculares.

Exemplo desta experiência, mesmo considerando eventuais falhas relativas ao rigor estatístico, é a pesquisa abaixo, realizada em maio de 2009, entre 148 (cento e quarenta e oito) alunos do curso de Direito da Universidade FUMEC (Belo Horizonte – MG), matriculados nas disciplinas Direito Empresarial I e II (contingente formado principalmente por alunos com idade entre 19 e 25 anos e de classe média). No caso concreto, o professor autor, responsável pelas disciplinas em questão, esclareceu antes, verbalmente, em sala de aula e por meio de *e-mail* encaminhado a todos os seus alunos, que os resultados da enquete seriam utilizados na formatação de uma palestra, que seria proferida na própria instituição. Além disso, o professor informou que os resultados da enquete seriam também utilizados na elaboração deste texto. Tudo visando estabelecer debate e crítica sobre uma análise estratégica do ensino jurídico no século XXI, a partir da visão do professor e, principalmente, dos alunos (inclusive do coautor deste texto, que abaixo descreve a visão dos discentes).

Sabendo que, apesar de fundamental, apenas a definição dos objetivos do trabalho de pesquisa normalmente não é suficiente para garantir o envolvimento dos alunos na empreitada, o professor estabeleceu também que os discentes que respondessem anonimamente ao questionário elaborado por ele e hospedado em *site* específico de pesquisas, e que também comparecessem à palestra correspondente, portando o recibo de resposta ao questionário (emitido pelo *site* em que a pesquisa foi realizada) seria agraciado com (apenas) dois pontos extras.

Elaborado o questionário abaixo, com apenas 16 perguntas objetivas, o professor o hospedou em *site* específico e enviou o *link* do mesmo para todos os 148 alunos, por meio de dois *e-mails*. O prazo para as respostas foi de apenas 5 dias, e os resultados foram surpreendentes.

Nada menos do que 154 alunos responderam ao questionário, o que comprova que pelo menos 6 alunos responderam duas vezes, talvez temendo pelo insucesso do acesso ao *site* e das respostas apresentadas em alguma tentativa supostamente frustrada.

Além disso, durante as duas palestras sobre a análise estratégica do Direito no século XXI, proferidas pelo professor autor deste texto, nos dias 20 e 21 de maio de 2009, na Universidade FUMEC, cerca de 140 alunos compareceram, dos quais 120 entregaram a comprovação de resposta ao questionário. Todas as palestras foram gravadas em vídeo, para comprovação do sucesso da empreitada, bem como para

posterior disponibilização no *site* mantido pelo professor (www.analiseestrategica.com.br).

O sucesso da experiência comprovou que, esclarecidos os objetivos e estabelecidas medidas adequadas de estímulo, os alunos contemporâneos respondem adequadamente às novas metodologias de ensino, por meio de participação ativa e crítica. As respostas a algumas questões estão atreladas especificamente ao sucesso das experiências acima relatadas, já outras respostas estão relacionadas com o nível de expectativas comuns dos alunos contemporâneos, podendo ser utilizadas como ponto de partida e de reflexão para uma mudança efetiva na maneira de pensar e, sobretudo, de ensinar o Direito (mesmo considerando as limitações estatísticas do trabalho, já que a enquete foi realizada apenas entre alunos de uma única instituição de ensino).

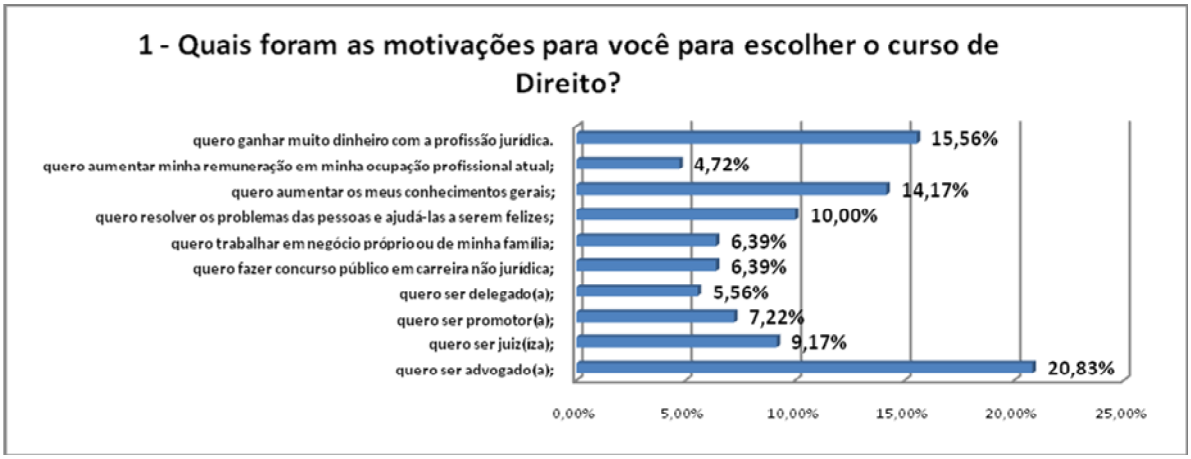

GRÁFICO 1 – Motivações para a escolha do curso de Direito

Esta primeira questão (GRAF. 1) admitiu múltiplas escolhas aos alunos, mas demonstra que a maioria dos pesquisados quer ser advogado ou seguir carreira pública (isso pode ser verificado pela soma das respostas daqueles que querem ser juízes, promotores ou delegados) e ganhar muito dinheiro com a profissão. Apenas 10% dos pesquisados querem resolver problemas e ajudar as pessoas na busca da felicidade, o que é sintomático.

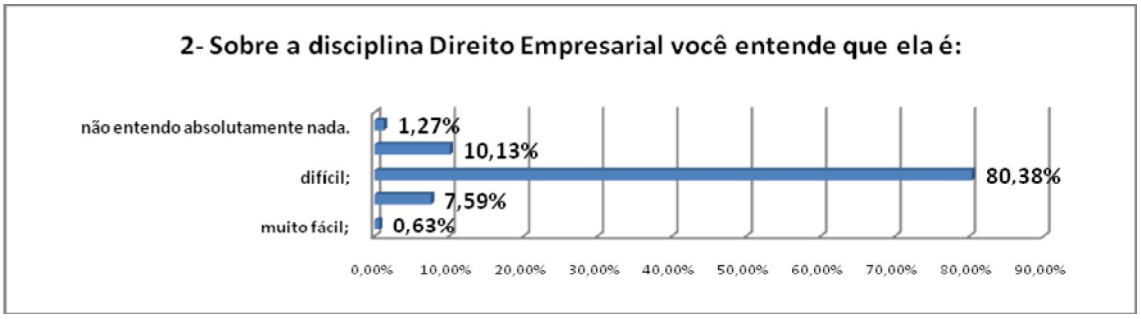

GRÁFICO 2 – Sobre a disciplina Direito Empresarial

A resposta à segunda pergunta (GRAF. 2) revela aquilo que parece ser uma constatação comum no estudo do Direito, relativa à dificuldade da disciplina de Direito Empresarial, decorrente, em grande parte, do seu caráter fragmentário e dinâmico, mas, também, da inexperiência do aluno relativamente às atividades comerciais, cuja regulamentação é tratada pela disciplina. Enquanto as demais disciplinas do curso de Direito seguem uma ordem relativamente linear, o Direito Empresarial privilegia a multiplicidade das fontes e o fragmentarismo das normas, exigindo sempre o uso da interpretação sistemática e teleológica, sempre mais complexa do que a positivista e literal.

GRÁFICO 3 –Frequência em relação à chamada

A resposta apresentada à terceira questão (GRAF. 3) demonstra que a chamada é apenas um instrumento de coerção, não tendo nenhuma relação com a efetividade da frequência e da participação do aluno.

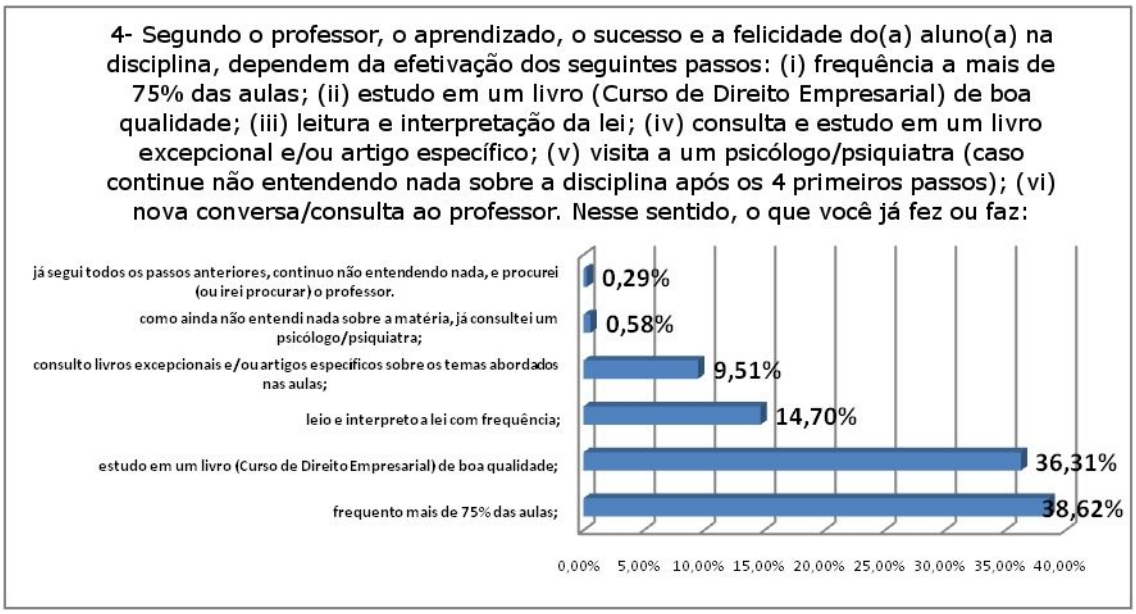

GRÁFICO 4 – Requisitos para o aprendizado, o sucesso e a felicidade do aluno na disciplina

A quarta questão (GRAF. 4) está baseada em uma vivência que demonstra que o estudo sistemático do Direito, baseado na interrelação das diversas linguagens de ensino (aulas expositivas, exemplos, leitura da lei e da doutrina, reflexão etc.) é absolutamente necessária para o sucesso do aprendizado.

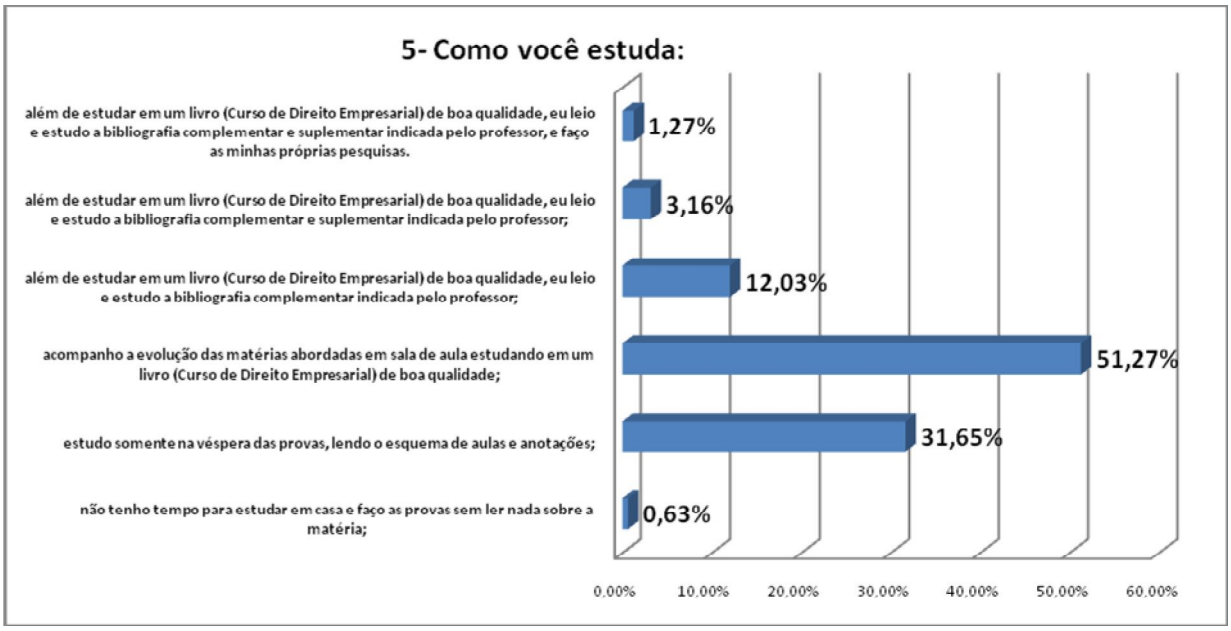

GRÁFICO 5 – Forma de estudo

A resposta à questão acima (GRAF. 5) demonstra que os alunos pesquisados, em sua maioria, utilizam-se da leitura em livros da bibliografia básica para maximizar os resultados da dinâmica das aulas expositivas, mas poucos estudam nas referências complementares e suplementares. Além disso, o resultado demonstra que muitos alunos pesquisados ainda estudam apenas nas vésperas das provas, o que normalmente é péssimo para o sucesso do aprendizado duradouro e de qualidade.

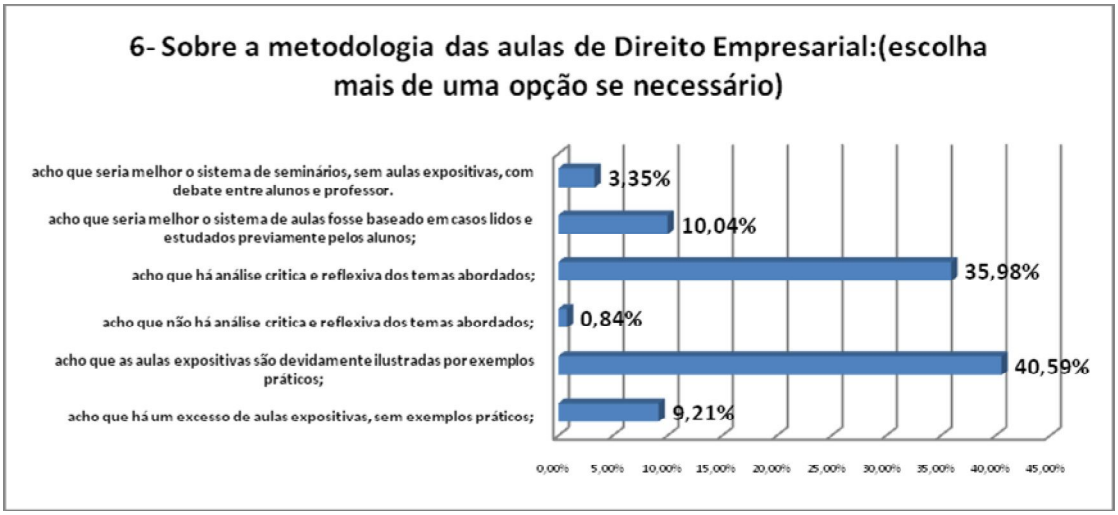

GRÁFICO 6 – Metodologia das aulas de Direito Empresarial

A resposta à questão 6 (GRAF. 6) demonstra apenas que a análise crítica, reflexiva e exemplificativa da disciplina lecionada pelo professor autor é realmente levada a efeito nas práticas em sala de aula.

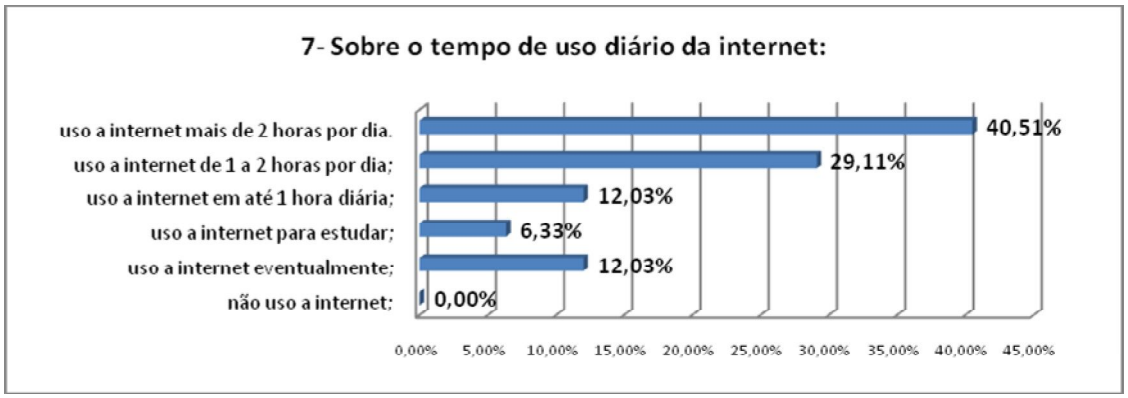

GRÁFICO 7 – Tempo de uso diário da *internet*

A resposta à questão 7 (GRAF. 7) comprova totalmente que a *internet* faz parte do dia a dia da vida dos alunos e que, por isso, não pode jamais ser desconsiderada pelos professores em suas dinâmicas de ensino e de pesquisa.

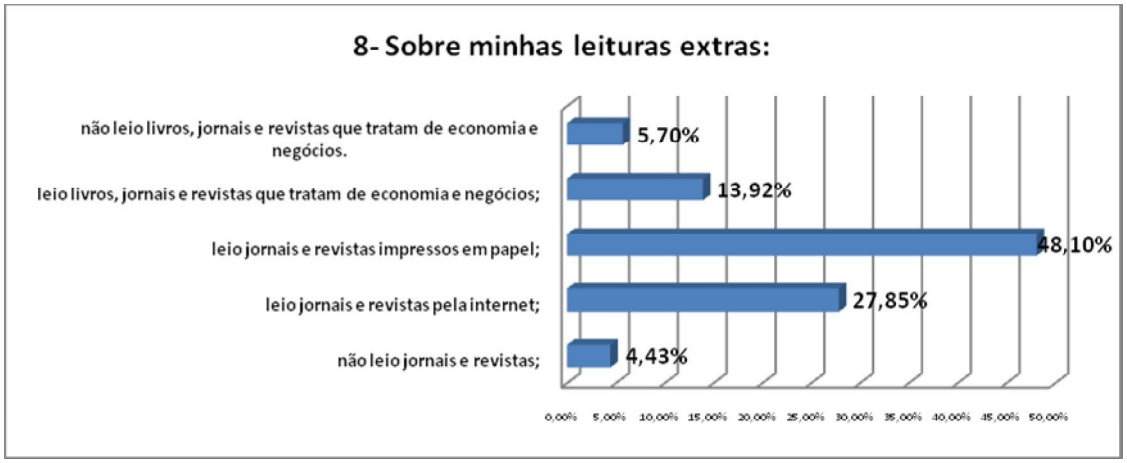

GRÁFICO 8 – Leituras extras

As respostas apresentadas à questão 8 (GRAF. 8) demonstram que os alunos pesquisados ainda estão majoritariamente vinculados à leitura de livros e jornais em papel. Todavia já é significativo o número de alunos que leem jornais e revistas exclusivamente por meio da *internet*.

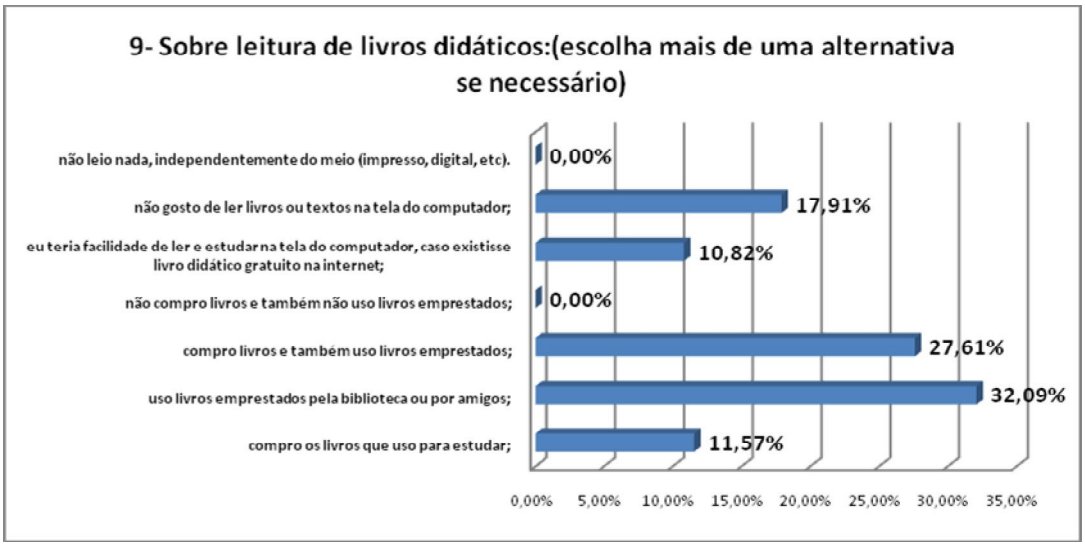

GRÁFICO 9 – Leitura de livros didáticos

A resposta à questão 9 (GRAF. 9) demonstra a importância do acervo da biblioteca da instituição de ensino para a formação do aluno, bem como a resistência cultural ao estudo em livros disponibilizados livremente na *internet*.

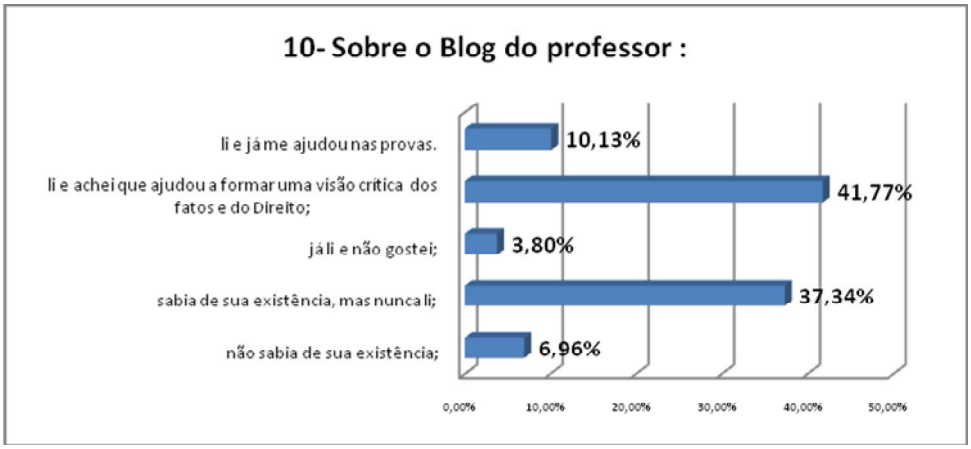

GRÁFICO 10 –O *blog* do professor autor deste texto

As respostas apresentadas à questão 10 (GRAF. 10) demonstram como o uso do *blog* pode ser um importante instrumento de interação e de complementação do estudo formal, tendo em vista que mais de 51% dos alunos entenderam que, de uma forma ou de outra, o *blog* do professor autor auxiliou no estudo e na compreensão da disciplina lecionada.

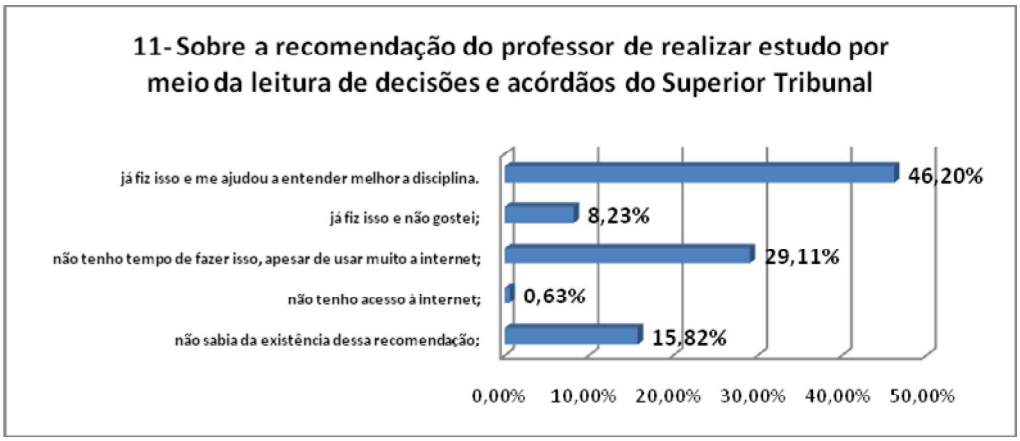

GRÁFICO 11 – Recomendação de estudo por meio da leitura de decisões e acórdãos do Supremo Tribunal

As respostas apresentadas à questão 11 (GRAF. 11) comprovam o sucesso da dinâmica de estudo por meio de leitura e reflexão das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ.

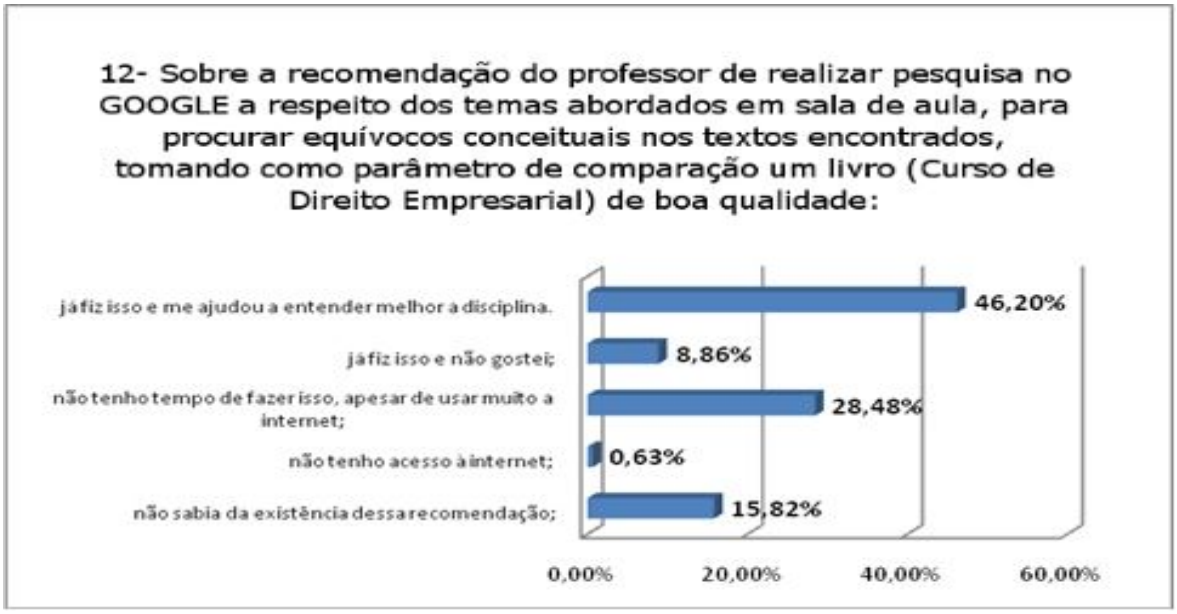

GRÁFICO 12 –Recomendação do professor de realizar pesquisa no Google

A questão 12 (GRAF. 12) também comprova o sucesso da dinâmica do jogo dos erros no *Google*, repetindo basicamente os mesmos percentuais de sucesso da questão anterior, igualmente baseada em experiência complementar de estudo por meio da *internet*.

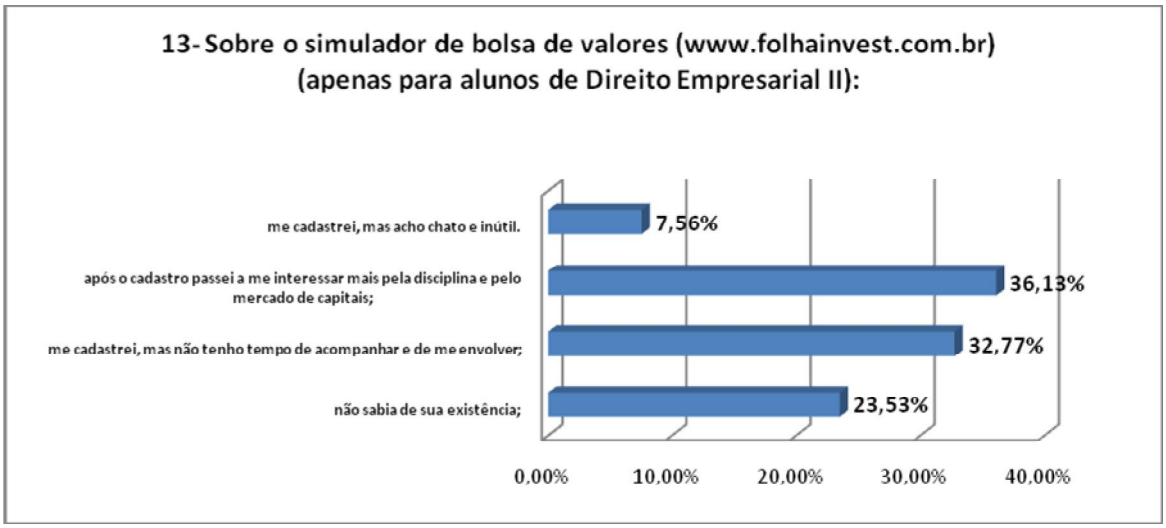

GRÁFICO 13 –Simulador de bolsa de valores

As respostas apresentadas à questão 13 (GRAF. 13) dizem respeito apenas aos alunos matriculados na disciplina Direito Empresarial II, mas comprovam que parte significativa deles utiliza efetivamente a dinâmica para melhorar o entendimento e o desempenho na disciplina que trata sobre a sociedade anônima e o mercado de capitais.

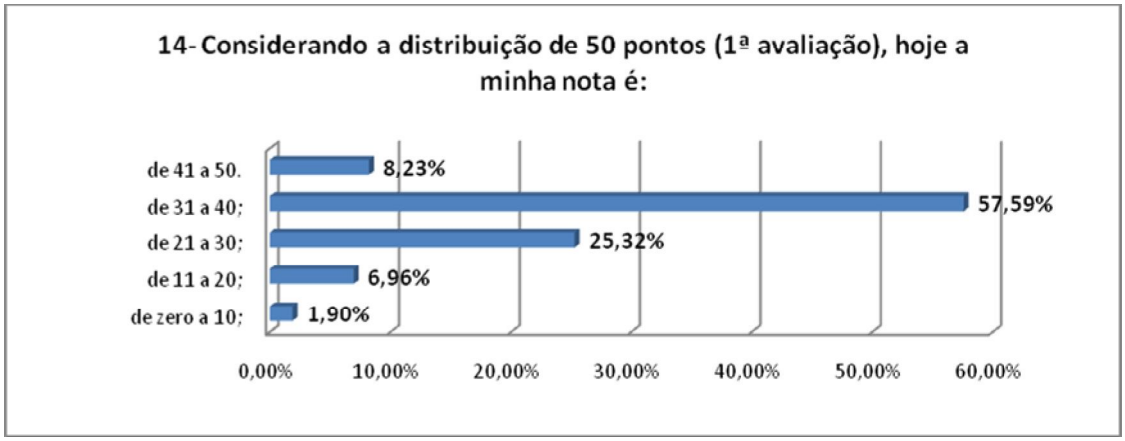

GRÁFICO 14 –Nota

As respostas apresentadas à questão 14 (GRAF. 14) demonstram que os resultados formais das experiências era positivo no momento em que a pesquisa foi realizada, pois a grande maioria dos alunos pesquisados possuía média superior a 60% de aproveitamento.

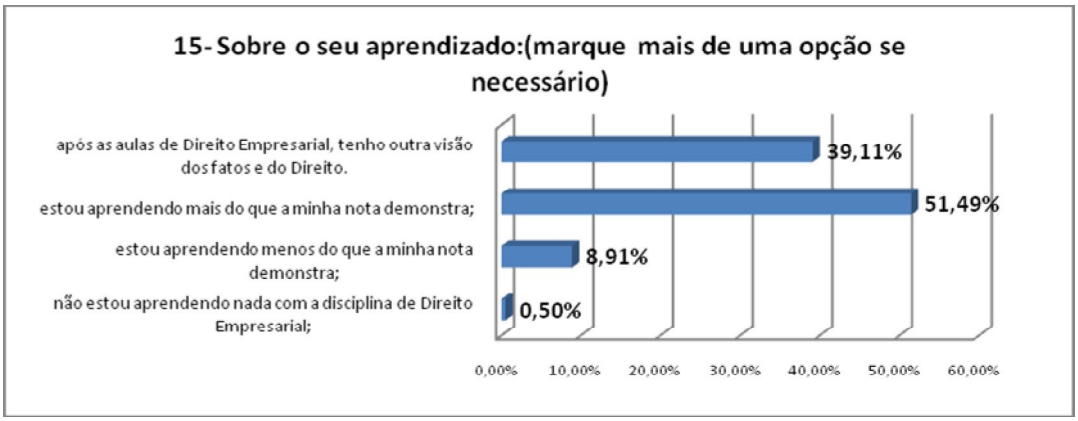

GRÁFICO 15 –Aprendizado

A resposta à questão 15 (GRAF. 15) também comprova o sucesso da interrelação entre a linguagem tradicional das aulas expositivas no curso de Direito, com dinâmicas heterodoxas, baseadas no estímulo dos discentes, no uso da *internet* e na disputa por meio de jogos.

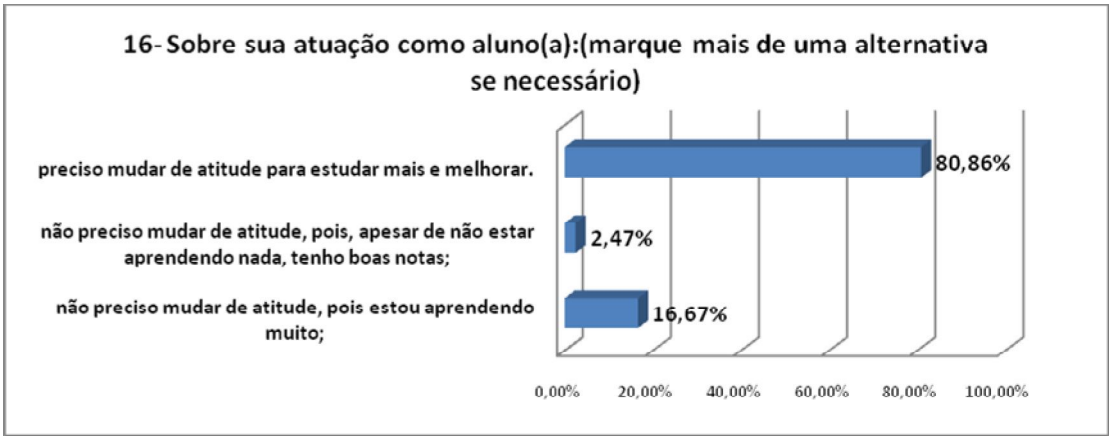

GRÁFICO 16 –Atuação como aluno

Contudo, as respostas apresentadas à questão 16 (GRAF. 16))demonstram que os alunos pesquisados têm consciência de que podem fazer mais e melhor.

4 A VISÃO DOS ALUNOS

Pelo que correntemente temos observado ao participar do ensino jurídico bem como pelas experiências junto aos alunos em anos de convivência, percebemos que, de fato, todo aluno persegue o “sucesso profissional”. Os alunos veem o ensino jurídico como uma forma de desenvolvimento e, mais do que isso, como um “projeto de felicidade”.

É certo, e o senso comum acredita, que a educação é um fator primordial para o desenvolvimento da pessoa, que concretiza a dignidade humana e conduz à felicidade.

Nesse sentido, segundo André Leonardo Copetti Santos e José Luis Bolzan de Morais:

> Contemporaneamente, seja a concepção de felicidade ligada ou não à moralidade, mais ou menos arraigada a uma perspectiva subjetiva de prazer, determinada materialmente de modo mais ou menos expressivo, ou, numa perspectiva política, mais ou menos egoística, coletiva ou individualizada, o certo é que, mais do que nunca, possui uma estrita correlação com a formação espiritual e intelectual dos indivíduos, processo que somente pode ser alcançado pela educação. [21]

Contudo este conceito ("felicidade") é muito complexo, na medida em que varia de acordo com cada pessoa; o que pode trazer felicidade para um não necessariamente a traz para outrem. E mais, as pessoas não consideram somente uma forma de atingir a felicidade, mas imaginam muitos caminhos para atingi-la.

Por isso, não há como ter a pretensão de acreditar que o estudo e a dedicação à ciência jurídica possam ser os únicos fatores que chamam a atenção dos alunos, e que são sempre perseguidos por corresponder às suas felicidades, mesmo dentro da instituição de ensino.

Desconsiderados os casos de doenças, anormalidades somáticas ou psíquicas, bem como a inépcia vocacional para o Direito, que estão apartados deste exame; é relevante o fato de existirem muitas formas de dispersão da atenção dos alunos contemporâneos para o aprendizado. O aluno atual é fortemente atraído para formas que julga "trazerem felicidade", mas de modo imediatista e contrário àquele objetivo de desenvolvimento humano e intelectual, inicial e teoricamente visado por ele.

É bastante ilustrativo o resultado da pesquisa acima, demonstrado no gráfico nº 16, o qual demonstra que 80% dos alunos pesquisados declararam "preciso mudar de atitude para estudar mais e melhorar". E, pela relevância das respostas, tudo leva a crer que esse resultado, obtido em uma única instituição de ensino, reflete um anseio geral, também comprovado por meio de entrevistas individuais com discentes vinculados a outras instituições de ensino.

Assim, deve-se considerar o ensino jurídico como ele ocorre na realidade, não devendo ser visto de forma romântica, como correntemente imaginam os professores ou pregam as peças de publicidade, que geralmente colocam os educandos do Direito de forma estereotipadamente impecável.

O aluno é um ser imperfeito, falível, e, ao contrário do que deve ser esperado dos educadores, possui uma formação ainda incompleta, sendo também alvo de grandes ondas de influências culturais e sociológicas que o arrebatam para longe dos propósitos da educação e da formação profissional ideal.

É próprio dos graduandos se filiarem à cultura do álcool, bares, festas, *shows*, ócio, drogas, entre outros. Além disso, de fato, a dispersão também ocorre por meio das inúmeras possibilidades de utilização dos meios digitais de entretenimento, com destaque para o iPod, a *internet* rápida, o YouTube e o Twitter. E nenhuma instituição de ensino, por mais conceituada e rígida que seja, está imune a essa realidade avassaladora. É claro que a prática moderada das atividades lícitas de diversão não é, *a priori*, um problema, mas se torna preocupante quando começa a afetar a personalidade e a capacidade de estudo e de reflexão do aluno de forma contundente.

Acrescente-se que a cultura consumista jamais esteve tão intensa no Brasil e no mundo, sempre baseada na ideia de que a felicidade está nos inquietantes "ter" e "parecer", relegando o desenvolvimento intelectual, cultural e moral para um segundo plano.

E, apesar de todos os avanços ocorridos nas últimas décadas, não se pode esquecer que a cultura brasileira, em regra, não favorece a educação de nível superior, pois, estatisticamente, apenas 11% [21] de nossos jovens estão efetivamente matriculados nos cursos superiores.

Contudo, é importante destacar que, no Brasil, nos últimos 15 anos, os cursos jurídicos se multiplicaram de forma assustadora, chegando, em 2007, ao impressionante número de 1.051 cursos, [22] o que corresponde a mais do que o quádruplo do número de cursos jurídicos existentes nos Estados Unidos, que têm população, área e PIB bem maiores do que os do Brasil.

Isso demonstra que, ao que tudo indica, no Brasil, em virtude do pequeno número de jovens matriculados nos cursos de nível superior e da relativa facilidade de criação de cursos jurídicos (especialmente quando comparados com cursos vinculados às ciências biológicas e exatas), foi priorizada a quantidade em detrimento da qualidade. Ao que tudo indica, privilegia-se o lucro, por meio de um aprendizado padronizado, simplificado e banalizado. E, ao contrário do que se imagina, o aluno acaba desmotivado, pois o seu ideal de felicidade por intermédio da sólida formação jurídica fica, no mínimo, anestesiado.

Além disso, esse número absurdo de cursos jurídicos contribui para retirar o ânimo dos estudantes, que se veem pouco esperançosos em acreditar que haverá mercado de trabalho suficientemente apto a absorver todos os bacharéis em Direito, quando saírem das faculdades.

Nesse sentido, a pesquisa qualitativa realizada por meio de diversas entrevistas realizadas em grupos de alunos do 10º período do curso de Direito da Universidade FUMEC, em Belo Horizonte – MG e de outras instituições localizadas na mesma cidade, as respostas foram uníssonas no sentido de que o "mundo jurídico" e o ensino do Direito estão muito distantes do "mundo real", da realidade dos fatos e da vida dos alunos. Por outro lado, as mesmas entrevistas revelaram um desejo comum dos discentes na busca de mais qualidade e dedicação por parte dos próprios alunos, mas também dos professores e das instituições de ensino.

Tudo isso nos leva a uma conclusão inevitável: é necessário realizar mudanças. Os alunos contemporâneos demandam maiores estímulos, com métodos de educação novos e atualizados com a nova realidade que criou novas perplexidades e desafios. Assim, os alunos dos cursos de Direito necessitam de valorização e de desafios construtivos que permitam uma postura pró-ativa diante do ensino jurídico.

Não se propõe, com isso, entronizar o aluno, ou mesmo colocá-lo como vítima. Pelo contrário, sabe-se que a concretização do ensino é uma via de mão dupla, tendo o aluno o dever de permitir, viabilizar, estimular e procurar o conhecimento. No entanto, aqui, focaliza-se o ensino jurídico na visão do aluno atual e, por isso, deve-se ter o aluno como o fim último do ensino jurídico. Este é um pensamento que encontra consonância com a ética e a moral kantiana, [23] justamente no ponto de considerar as pessoas como fim, e não como meio.

Realmente, o modelo que é atualmente adotado pela grande massa dos cursos jurídicos acaba levando os alunos à desilusão e não ajuda o discente a ser motivado: estudar sem ter propósitos exige que o aluno tenha uma atitude muito rara e diferenciada. Não é por acaso que somente poucos têm a paciência, o comprometimento e a assiduidade suficientes para permanecerem motivados no desenvolvimento de seus esforços de aprendizado até o fim do curso.

Por tudo isso, na visão do aluno, é necessário que se aprimore o ensino jurídico para que este desperte nos discentes as motivações e inspirações de que aquilo que ele está aprendendo é "emocionante", tem uma finalidade determinada e que merece uma atenção especial, pois lhe será útil e lhe trará a tão desejada felicidade.

5 CONCLUSÕES

A análise estratégica do ensino jurídico brasileiro nos primeiros anos do século XXI, a partir das observações, pesquisas e experiências do autores (professor e aluno), permitem as seguintes conclusões fundamentais:

1) A vida contemporânea foi completamente alterada nas últimas décadas do século XX, com consequências incontestáveis e absolutamente visíveis no século XXI;

2) No Brasil, o número de cursos de Direito e de alunos matriculados tem crescido de forma desordenada desde meados da década de 90 do século XX;

3) O crescimento exagerado do número de cursos e de alunos de Direito favoreceu a mercantilização excessiva, bem como a padronização e a simplificação dos procedimentos de educação e formação profissional, provocando a queda dos níveis de qualidade dos alunos e também do ensino jurídico nacional;

4) As instituições de ensino e os próprios professores normalmente não se preocupam com o desenvolvimento de novas metodologias de ensino e de pesquisa, apenas repetindo o que ofereceram ou receberam no passado. Essa postura realimenta o ciclo vicioso baseado na lógica equivocada do "não", do conflito e da luta pelo Direito, com nefastas repercussões no Poder Judiciário (cada vez mais caótico e ineficaz);

5) Os alunos atuais continuam querendo uma educação consistente e de qualidade, mas dispõem de pouco tempo e/ou de pouca vontade para ler, estudar e pensar, sobretudo em virtude dos inúmeros estímulos que recebem em um mundo cada vez mais digital, capitalista e globalizado;

6) Todavia, quando estimulados pelo pensar jurídico estratégico, pelas novas tecnologias digitais de comunicação e pela lógica dos jogos, os alunos contemporâneos encontram motivação para o aprofundamento dos estudos e das pesquisas, preparando-se mais e melhor para uma atuação profissional concatenada com os anseios da população e baseada na análise estratégica do Direito.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano:* uma breve história do século XXI. 2. edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2007.

GOMES, Luís Flávio Gomes. *Crise do ensino jurídico, exame da OAB e empregabilidade.* 2006. Disponível em: <http://www.profpito.com/acriselfgomes.html>. Acesso em: julho de 2009.

HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Editora Objetiva: Rio de Janeiro, 2001.

INEP. *Censo da Educação Superior*. Disponível em: <http://www.inep.gov.br/superior/censosuperior/>. Acesso em: julho de 2009.

SANTOS, André Leonardo Copetti; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *O ensino jurídico e a formação do bacharel em Direito:* diretrizes político-pedagógicas do curso de Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito.* Saraiva: São Paulo, 1986. p. 65.

FOLHAINVEST. Disponível em: <http://www.folhainvest.folha.com.br>. Acesso em: setembro de 2009.

---

[1] http://www.egobs.org/

[2] http://www.lefis.org/

[3] Tag significa marcador no ambiente da internet e seu uso se deu no blog.

[4] http://www.lawict.eu/

[5] http://moodle.ufsc.br/

[6] http://moodle.org

[7] Suporte: http://ead.moodle.ufsc.br/ , email admin@moodle.ufsc.br

[8] O modelo ainda predominante entre os professores é a disponibilização dos textos em suas pastas específicas nos quiosques de cópias, ou o encaminhamento dos arquivos para uma lista de emails.

[9] http://infojurufsc.blogspot.com/

[10] O Buscalegis é uma revista eletrônica com temas pertinentes ao Direito e está disponível em http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/

[11] Os monitores do Laboratório de Informática Jurídica são selecionados a partir de um edital que exige que o aluno já tenha cursado a disciplina. Pelo motivo dos monitores poderem usar a estrutura informática do laboratório, as seleções são bastante concorridas.

[12] Login e senha: conjunto de identificador e senha de usuário

[13] http://www.youtube.com

[14] http://infojurufsc.blogspot.com/2009/09/informatica-juridica-20091.html

[15] Alunos isolados são alunos oriundos de outros cursos da universidade ou de outras universidades, predominantemente de cursos de direito.

[16] REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. Saraiva: São Paulo, 1986. p. 65.

[17] HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Editora Objetiva: Rio de Janeiro, 2001. p. 1.261.

[18] FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano:* uma breve história do século XXI. 2. edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2007. p. 143.

[19] *Op. cit.*, p. 144.

[20] Disciplinas sob a responsabilidade do professor autor deste texto, na Universidade FUMEC, em Belo Horizonte – MG, desde 1995.

[21] SANTOS, André Leonardo Copetti; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *O ensino jurídico e a formação do bacharel em Direito:* diretrizes político-pedagógicas do curso de Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 14.

[22] Dado estatístico retirado do artigo de Luís Flávio Gomes *"Crise do ensino jurídico, exame da OAB e empregabilidade"*, de 2006. Disponível em: <http://www.profpito.com/acriselfgomes.html>. Acesso em: julho de 2009.

[23] Dado estatístico retirado do *site* do INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira). Disponível em: <http://www.inep.gov.br/superior/censosuperior/>. Acesso em: julho de 2009.

[24] O *Imperativo Categórico* de Kant nos impõe o dever de considerar as pessoas como fim, e não como meio.

SABERES DAS DISCIPLINAS E SABERES PEDAGÓGICOS: OS DESAFIOS DO ENSINO DA HIST?RIA DO DIREITO*

KNOWINGS OF DISCIPLINES AND PEDAGOGICAL KNOWINGS: THE CHALLENGES OF THE TEACHING OF HISTORY OF LAW

Jeferson Antonio Fernandes Bacelar

RESUMO

O presente artigo aborda questões relativas à formação e aos saberes necessários para a docência de conteúdos não-jurídicos e/ou de disciplinas não essencialmente jurídicas no Curso de Direito, tendo como fundamento ás exigências trazidas pela Resolução 09/2004, do Conselho Nacional de Educação, que instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito. Opta por analisar a forma como o curriculo para o Curso de Direito se relacionou com a disciplina História do Direito, ou similar, percorrendo por meio desse recorte a história dos currículos jurídicos no Brasil. Reflete sobre os saberes docentes necessários, das disciplinas e pedagógicos, para se alcançar os objetivos do processo ensino-aprendizagem. Apresenta desafios para o ensino da História do Direito, como ensino de História. Propõe algumas iniciativas que podem colaborar para a superação das deficiências no que concerne aos saberes pedagógicos dos docentes em Direito, especialmente os que lecionam disciplinas ou conteúdos não jurídicos.

PALAVRAS-CHAVES: FORMAÇÃO DOCENTE. SABERES DOCENTES. HISTÓRIA DO DIREITO.

ABSTRACT

This article approaches relative questions to the formation and necessaries knowings for the teaching of not-legal contents and/or of disciplines not essentially legal in the Course of Law, having as bedding to the requirements brought for Resolution 09/2004, of the National Council of Education, that instituted the National Curricular Lines of direction of the Course of Graduation in Law. It opts to analyzing the form as the resume for the Course of Law if related itself disciplines History of Law, or similar, covering for way of this clipping the history legal resumes in Brazil. It reflects on the necessaries knowings, of the disciplines and pedagogical, to reach the objectives of the process teach-learning. It present challenges for the education of the History of Law, as education of History. It considers some initiatives that can collaborate for the overcoming of the deficiencies in that it concerns to pedagogical knowings of the professors in Law, especially the ones who teach disciplines or not legal contents.

KEYWORDS: TEACHING FORMATION. KNOWING TEACHING. HISTORY OF LAW.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

Com a instituição das Diretrizes Curriculares Nacionais para os Cursos de Direito, trazidas pela Resolução n° 9, de 29 de setembro de 2004, emanada do Conselho Nacional de Educação – CNE, restou inconteste que o caráter da formação oferecida na graduação jurídica deve estar permeado de interdisciplinaridade, especialmente (não exclusivamente) por meio do Eixo de Formação Fundamental, constante da organização curricular dos cursos.

A interdisciplinaridade não é construída apenas, como pensam alguns, com a inter-relação que se deve estabelecer entre as diversas disciplinas jurídicas. Vai para além disto, ao interligar e relacionar o Direito com outras áreas do saber, com destaque para Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia. O exclusivismo dogmático está definitivamente (formalmente) banido dos cursos de graduação em Direito, apesar da "formação" ainda ser predominantemente dogmática.

Nesse dinamismo interdisciplinar destacam-se duas áreas do saber como tradicionalmente ligadas ao Direito: a Sociologia e a Filosofia. Outras, como Psicologia, Ética e Economia já haviam conquistado espaço nas grades curriculares, há algum tempo. Antropologia, por sua vez, é temática absolutamente nova, apesar da clara e necessária ligação com o Direito, enquanto ciência cultural. Resta a análise relacionada à História, que cumprindo o papel de diretrizes, não se disse "História do Direito". Este conteúdo, ou disciplina, ressurgiu com a Resolução n° 9/2004 CNE/CES.

Os estudos da historicidade jurídica estavam praticamente abandonados na maioria dos cursos de Direito, visto não constarem dos currículos "impostos" pelo Estado, pelo que, não gozavam de apoio e incentivo para pesquisa, metodização e desenvolvimento.

Como a formação jurídica estava focada na profissionalização dogmatizada e as especializações do Direito exigiam maiores espaços nas grades curriculares, a História do Direito, servia, quando muito, como informação introdutória (propedêutica) das "disciplinas de verdade" (Direito Penal, Direito Civil, Direito Constitucional, etc.), ou surgia em algumas Instituições como disciplina optativa, salvo destacadas exceções.

Contudo, o resgate do caráter múltiplo da formação jurídica trouxe alguns problemas corolários, com destaque para a falta de corpo docente capacitado e portador de saberes pedagógicos que supram às necessidades do complexo processo ensino-aprendizagem jurídico.

O presente artigo apresenta alguns pontos desta questão, pretendendo colaborar para o aperfeiçoamento desse indispensável diálogo entre o Direito e as demais ciências.

1. OS CURRÍCULOS JURÍDICOS NO BRASIL E A HISTÓRIA DO DIREITO: BREVE HISTÓRICO

Os primeiros cursos superiores do Brasil foram instituídos há mais de 200 anos, com a chegada da corte portuguesa e do rei Dom João VI ao Rio de Janeiro. Estes cursos tinham como objetivo suprir as necessidades de formação profissional, possibilitando a estruturação do maquinário estatal na Colônia, que então passou a servir de abrigo e sede à Coroa (ANASTASIOU, 2001, p. 61-2).

Como se sabe, a formação jurídica no Brasil só começou após a Independência, em 1827, quando da instalação dos primeiros Cursos em Olinda e em São Paulo. Nesse período inicial, segundo Masetto (1998, p. 10), o professor era um "profissional renomado, com sucesso em suas atividades profissionais", o objetivo do ensino era formar profissionais tão bons como o professor.

O instrumento proposto para alcançar esse desiderato foi o currículo. No que diz respeito ao Ensino Superior brasileiro a questão curricular passou por diversos momentos distintos. No ensino jurídico não foi diferente. Desde a criação das primeiras Faculdades até as atuais Diretrizes Curriculares Nacionais, estabelecidas pela Resolução 09/2004, um longo caminho foi percorrido.

A Lei de 11 de agosto de 1827 que criou os dois primeiros cursos de Direito apresentou uma listagem de conteúdos ou disciplinas que deveriam estar presentes para a formação dos bacharéis. Não havia nenhuma referência à História do Direito ou disciplina similar. Durante o Império apenas uma mudança se deu no currículo "original", com a inclusão das disciplinas Direito Romano e Direito Administrativo, em 1854. A base da formação durante o Império era jusnaturalista e eclesiástica. A única disciplina que tinha ênfase histórica era exatamente Direito Romano, mesmo que não fosse este o enfoque dado no ensino da mesma.

Com a República, os cursos jurídicos tentaram superar as influências jusnaturalista e canônica, assumindo postura preponderantemente positivista. Em 1895 foi estabelecido um novo currículo, onde foram incluídas as disciplinas "Filosofia do Direito" e "História do Direito e especialmente do Direito Nacional", esta última apenas no 5° ano do curso.

Foi este "currículo único" que vigorou no Brasil até 1962, visto que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1961, estabeleceu o currículo "mínimo" em substituição ao "único". Tal mudança se deu frente aos reclames pela regionalização dos currículos, que se adequassem as diferentes realidades existentes no Brasil, em meados do século passado. Em tal contexto jurídico as Instituições de Ensino Superior teriam liberdade para complementar os chamados "currículo plenos" com as disciplinas que entendessem convenientes. Neste "currículo mínimo" de 1962, não havia referencia à "História do Direito" entre as 14 matérias indispensáveis para a formação jurídica.

Novas mudanças introduzidas em 1972, criaram a classificação de disciplinas básicas e profissionais, entre as quais se incluiu até "Educação Física" entre as obrigatórias, sendo que "Direito Romano" aparecia como uma das opcionais. História do Direito, ou disciplina similar, não!

Em 1994, foram estabelecidos as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do Curso de Direito, através da Portaria 1.886, de 30/12/94. Como se pode depreender do termo, seriam estabelecidas “diretrizes”, ou seja, linhas básicas, diretivas, referências, princípios que deveriam minimamente conduzir a oferta do curso de Direito pelas Instituições de Ensino Superior. É obvio que nesta perspectiva, a liberdade e a flexibilidade para a composição dos currículos seria muito maior, contudo, não plena, pois perduraram ainda os “conteúdos mínimos”, que estabeleciam as matérias que deveriam estar contempladas em disciplinas do curso.

Já sob a égide da Lei 9.394 de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB, não haveria currículos único ou mínimo, mas apenas diretrizes, elaboradas pela Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação - CNE[1].

Gerou expectativa no meio acadêmico jurídico a elaboração e aprovação das Diretrizes para o Curso de Direito. A primeira tentativa nesta direção se deu por intermédio do Parecer CNE/CES 146/2002 da Câmara de Ensino Superior - CSE, do Conselho Nacional de Educação - CNE, na qual diretrizes eram propostas, mas não incluíam “História do Direito” como disciplina ou conteúdo fundamental[2].

O conteúdo deste Parecer não se transformou em Resolução, com força imperativa, pois o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB ingressou no Superior Tribunal de Justiça - STJ, com Mandado de Segurança (MS/8592) contra o mesmo, conseguindo decisão favorável. Posteriormente o Parecer 146/2002 foi revogado pelo Parecer CNE/CES 67, de 11 de março de 2003.

O CNE/CES elaborou, então, outro Parecer o n. 55/2004, datado de 18 de fevereiro de 2004, da lavra dos conselheiros José Carlos Almeida e Lauro Ribas Zimmer, estabelecendo as esperadas "Diretrizes", no entanto, mais uma vez, ficou esquecido o conteúdo histórico[3].

Tal omissão causou reação da Associação Brasileira de Ensino de Direito-ABEDI, que protocolou pedido de reconsideração do Parecer CNE/CES 55/2004. Tendo como relator o conselheiro Edson Nunes, o pleito foi acatado por meio do Parecer CNE/CES 211/2004, ensejando homologação pelo Ministro da Educação, da Resolução n° 09, de 29 de setembro de 2004, que “Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito”.

No artigo art. 5°, inciso I, da Resolução n ° 09/2004 se lê:

Art. 5º O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação:

I - Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia [...] (Grifo meu).

Finalmente na graduação/formação de bacharéis em direito tornou-se obrigatória e indispensável um abordagem histórica, especialmente da "História do Direito"[4].

O objetivo da inclusão desses saberes é claro: oferecer ao acadêmico de Direito, ao menos nos semestre iniciais, formação interdisciplinar e holística.

2. O ENSINO DE SABERES NÃO-JURÍDICOS NO CURSO DE DIREITO: A DOCÊNCIA DA HISTÓRIA DO DIREITO

Superado esse caminhar histórico, impende a apresentação de algumas questões que se pretende enfrentar, a partir da realidade das Diretrizes para o Curso de Graduação em Direito.

Existem áreas do saber citadas na Resolução 09/2004 que já são consideradas como ciências afins do Direito: Filosofia e Sociologia, especialmente, bem como a História. Com estas o Direito interage construindo conteúdos/matérias que representam a tentativa de amalgamá-las, com se dá com as disciplinas: Filosofia do Direito, Sociologia do Direito e História do Direito.

O objeto material é o mesmo: o direito, mas o objeto formal, ou seja, a maneira como consideram, analisam e estudam o direito é diversa. Como explica Montoro (2005, p. 597): "Pode haver um enfoque "sociológico", outro "dogmático" e um terceiro "filosófico". Acrescenta-se que pode (deve), também, haver um enfoque histórico sobre o direito.

Entretanto, estaria um docente possuidor da graduação em Direito apto a assumir o magistério de uma dessas disciplinas? Ou seria mais adequado um sociólogo, lecionando a Sociologia do Direito; um filósofo, na docência da Filosofia do Direito e um historiador, assumindo o magistério da História do Direito?

Como o corte temático do trabalho já está delimitado, será avaliada a questão que alcança a disciplina História do Direito e seu magistério.

Nesse sentido, uma realidade não pode ser negada: ensinar História do Direito é ensinar História.

Nascimento (2003, p. 5), em obra de referência para a docência da História do Direito no Brasil, vai nesta direção ao afirmar que "[...] a História do Direito, como qualquer outro ramo da História, não se compõe apenas de narração de acontecimentos ou fatos em ordem cronológica" (grifo meu). Como se percebe o ensino é de História, mas do Direito.

Se por um lado, como se escreveu acima, ensinar História do Direito é ensinar História, por outro, não se pode olvidar que a História do Direito ensina o Direito, não o dogmático, mas o zetético (FERRAZ JR, 2003, p. 44).

Aguiar (2007, p. 8) explica que ambos os enfoques encontram limitações em seus questionamentos. A dogmática tem seus limites estabelecidos pelo próprio Estado (formalmente) e pelos estudos dogmáticos (informalmente), na zetética os limites são estabelecidos pelo campo de estudo em que ele está inserida, assim a história do direito estaria com seu estudos limitados no campo da história ou historiografia.

O método zetético não dispensa o saber direcionado, ajustado, escorreito no campo de estudo que se está envolvido. Ainda que sem as amarras e as limitações do dogmatismo, a historiografia, jurídica ou não, possui suas próprias formas e métodos de analisar, construir e partilhar o saber e o conhecer.

Isso nos remete a questão da profissionalização do ensino superior, e os saberes relacionados à profissionalização.

3. OS SABERES DAS DISCIPLINAS E OS SABERES PEDAGÓGICOS: ALGUMAS QUESTÕES

A profissionalização docente pode ser entendida sob dois enfoques ou dimensões: uma interna (profissionalidade) e outra externa (profissionismo/professionalismo). No que toca à profissinalidade, ou seja, na profisionalização como processo pelo qual o docente desenvolve saberes relativos e necessários à atividade profissional, são identificados dois saberes: saberes das disciplinas e saberes pedagógicos (RAMALHO, 2003, p. 51).

No que concerne à docência do Direito, os maiores problemas-dilemas se expressam nos saberes pedagógicos, ou, na ausência destes saberes.

Atualmente é inadmissível que Instituições de Ensino Superior contratem ou selecionem docentes sem domínio do “conteúdo” das disciplinas que serão ministradas. Surge como critério objetivo: a competência técnica, manifesta preferencialmente por meio da titulação. Ou seja, os saberes das disciplinas seriam comprovados pelos títulos de graduação e de pós-graduação (*lato sensu e stricto sensu*). Outro critério validado é o da experiência profissional de sucesso, agregada, preferencialmente, a algum tipo de formação, minimamente a graduação.

Realmente, a titulação não parece ser o principal problema da docência superior no Brasil[5].

Não há como negar, que nos últimos anos, principalmente após a vigência da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB e por causa dela, o número de docentes pós-graduados cresceu bastante, chegando atualmente a nível que pode ser considerado de razoável para bom.

As instituições públicas, em seus processos seletivos para docentes exigem, geralmente, o título de doutor ou mestre, e a apenas excepcionalmente aceitam especialistas ou apenas graduados.

As instituições privadas caminham na mesma direção, ainda distantes das públicas é verdade, mas cada vez apresentando índices melhores, até pelas exigências do Ministério da Educação - MEC e do mercado educacional que as condiciona e move.

Contudo, mesmo nesse quadro parcialmente positivo, que aponta uma maioria de docentes pós-graduados atuando nas IES brasileiras, ainda é comum serem encontrados docentes com formação, experiência profissional (docente e não-docente), domínio de conteúdos (saberes das disciplinas), mas que não possuem saberes pedagógicos, sejam formais ou tácitos[6].

Impede destacar-se que, quanto à exigência desses saberes pedagógicos ou dessas competências didáticas (formação didática), a LDB pouco acrescentou.

O artigo 66 da LDB estabelece que "A preparação para o exercício do magistério superior far-se-á em nível de pós-graduação, prioritariamente em programas de mestrado e doutorado" (BRASIL, 1996).

Assim, mais uma vez, a titulação corresponderia ao preparo necessário para o desempenho de atividades docentes, segundo as exigências do texto normativo.

É verdade que o art. 67 da mesma LDB assegura a valorização dos "profissionais da educação" e o aperfeiçoamento profissional continuado. Mas, a operacionalização dessa garantia nem sempre se dá como esperado, mesmo porque existem fatores como limitação orçamentária, falta de compromisso institucional e/ou desinteresse docente.

O problema não está, definitivamente, nos saberes das disciplinas.

Em pesquisa do MEC/INEP/DAES (LEITE et AL, 1998, p. 41), a partir de dados do Exame Nacional de Cursos, informa-se que:

[...] os alunos graduandos substancialmente entenderam que seus professores possuem conhecimentos suficientes e atualizados nas suas áreas, mas não são capazes de ensinar com eficiência, além de deixar a desejar quanto aos métodos e técnicas de avaliação de aprendizagem.

Behrens (1998, p. 62) apresenta um quadro demonstrativo das principais queixas/denúncias contra a atuação docente em nível de educação superior, com destaque às seguintes: "o professor sabe muito o conteúdo, mas não sabe ensinar", e mais: "o professor é um profissional competente em sua área, mas dá aulas para ele mesmo".

Esse quadro e essas "falas" são do conhecimento de todos os que militam na docência superior. Ferreira Sobrinho (1997, p. 35) assevera que: "a deficiência didática dos professores universitários é uma unanimidade em todos os encontros pedagógicos".

Masetto (1998, p. 11) argumenta que:

o exercício docente no ensino superior exige competências específicas, que não se restringem a ter um diploma de bacharel, ou mesmo de mestre ou doutor, ou, ainda, apenas o exercício de uma profissão. Exige isso tudo, além de outras competências próprias.

Não basta, portanto, possuir competência em uma determinada área de conhecimento, é preciso também ter competência pedagógica.

Mais uma vez Masseto (1988, p.20) aduz:

em geral, esse é o ponto mais carente de nossos professores universitários, quando vamos falar em profissionalismo na docência. Seja porque nunca tiveram oportunidades de entrar em contato com essa área, seja porque a vêem como algo supérfluo ou desnecessário para suas atividades de ensino.

Assim, um aspecto do problema é externo (oportunidade de entrar em contato com saberes e adquirir competências pedagógicas) e outro é interno (ter o saber e a competência pedagógica como algo supérfluo).

Pouco se pode fazer no segundo caso, pois, se o docente não estiver receptivo ao novo saber, os resultados não poderão advir. Contundo, quando o problema é a falta de oportunidades, a responsabilidade maior é direcionada à Instituição, que abriga em seu quadro docente professores sem competências pedagógicas, e sem o incentivo/vontade/disposição para desenvolver estas competências.

Mais uma vez, constatam-se os dilemas, os desafios e as deficiências do Ensino Superior só podem ser enfrentados e vencidos com a interação de todos os personagens do processo, principalmente, IES e docentes.

4. OS DESAFIOS DO ENSINO DA HISTÓRIA DO DIREITO

É inegável que o principal problema dos docentes do Ensino Superior, incluindo, especialmente, os docentes de Direito, é a falta de saberes pedagógicos.

Essa lacuna de formação e de saberes (pedagógicos) é aprofundada e potencializada quando se trata daquelas disciplinas que envolvem mais de uma área do saber.

Ensinar qualquer temática relativa às disciplinas jurídicas requer conhecimento do assunto (saberes da disciplina) e didática (saberes pedagógicos). O ensino do Direito possui métodos, instrumentos, dinâmicas, e estratégias próprias.

Porém, quando se trata de uma disciplina como História do Direito, a questão é mais complexa, na medida em que o ensino da História possui seus próprios saberes pedagógicos.

Pode-se argüir que ensinar Direito e/ou História exige o mesmo preparo ou saber pedagógico, ou seja, a diferença está apenas no conteúdo. Puro engano.

A idéia de uma Didática Geral, que ensinaria tudo a todos, vem sendo criticada como um modelo superado. No ensino do Direito não se aceita, e nem no ensino da História.

Para Cardoso (2007): "[..] não faz mais sentido acreditar numa 'Didática Geral' que sirva para ensinar todas as disciplinas escolares. A Didática da História não tem nada a ver com a invenção de fórmulas mágicas para ensinar História."

Se o processo ensino-aprendizagem no Direito possui suas peculiaridades, o mesmo acontece com o processo na docência da História.

Prats (2006, p. 201) leciona que além dificuldades interpretativas encontradas em todos os processos de conhecimento, "[...] a História reúne uma série de características que a transformam em um campo de aprendizagem com dificuldades especiais".

Afirma, ainda, o professor da *Universidad de Barcelona*, ser necessário que se ensine a História utilizando os instrumentos do historiador, dos quais surgiriam métodos e técnicas de trabalho, como ocorre nas demais ciências, com destaque para a Física, cujos procedimentos são derivados da própria natureza da investigação (PRATS, 2006, p. 205).

Se o Direito possui seus métodos, suas técnicas, seus objetos, a História também os possui.

É conclusivo que, para o ensino alcançar seu fim, qual seja, o aprendizado, não é suficiente experiência e conhecimentos específicos, também são indispensáveis saberes pedagógicos e didáticos (PIMENTA, 1999, p, 24).

O bacharel em Direito, pós-graduado que seja, não possui *a priori* "obrigação" de dominar, ao mesmo tempo, os saberes das disciplinas jurídicas e não-jurídicas. As disciplinas não-jurídicas são vitais para a formação holística que se exige do acadêmico, do futuro bacharel, e do "operador" do Direito, mas são obviamente conteúdos auxiliares e complementares no saber jurídico.

Exige-se, portanto, do docente de Direito que conheça, domine e pratique os saberes das disciplinas jurídicas e os saberes pedagógicos aplicados ao Direito.

Contudo, para o magistério adequado e escorreito de disciplinas como História do Direito não parece ser satisfatório o saber das disciplinas (externado nos compêndios ou manuais sobre o tema histórico), sem que se possua o devido saber pedagógico, no caso analisado, um saber pedagógico da História.

Frente a tal constatação, algumas sugestões podem ser apresentadas, como forma de conclusões do texto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: PROPOSIÇÕES

Para o enfrentamento da questão trazida à baila: da ausência ou insuficiência de saberes docentes para professores de disciplinas que compõe o currículo dos Cursos de Direito, mas que não são exclusivamente jurídicas ou dogmáticas (especialmente a História do Direito), e ainda, para colaborar no enfrentamento de tal deficiência na docência geral do Direito, surgem como indispensáveis, minimamente, dois programas: um de formação continuada incentivada, com cursos e encontros de formação, acompanhados de incentivos pecuniários (horas-aula), ainda que mínimos ou simbólicos; e outro de apoio à pós-graduação *lato sensu* e *strito sensu*, dando preferência para cursos que possuam disciplinas direcionadas ao desenvolvimento de saberes pedagógicos.

Contudo, para responder adequadamente às expectativas de interdisciplinaridade na formação de graduados em Direito imperiosa é a composição de corpo docente com característica interdisciplinar.

Não se trata apenas de modelos avaliativos ou posturas docentes que integrem e aproximem as disciplinas jurídicas, e estas com as não-jurídicas.

Na composição do corpo docente a interdisciplinaridade deve ser perceptível e real. Se existem conteúdos ou disciplinas não-jurídicas na grade curricular, importante a congregação de docentes com diversas formações/graduações. Juristas, sociólogos, filósofos, antropólogos, historiadores, psicólogos, cientistas políticos, entre outros deveriam compor o corpo docente de todas as IES, fossem Universidades e Centros Universitários, o que é mais comum frente a diversidade de áreas de saber e de cursos ofertados, fosse Faculdades ou Institutos de Ensino Superior.

Não se defende a idéia de entregar o magistério das disciplinas zetéticas aos que possuem formação nas áreas de saber não-jurídicas (Filosofia: filósofo; Sociologia: sociólogo; História: historiador, etc.).

Propõe-se que em nome de uma interdisciplinaridade (no preparo e no magistério das aulas) que respeite o objeto de estudo do Curso (no caso da formação jurídica, o Direito), a troca constante de experiências entre os docentes de História e de Direito; a construção coletiva dos conteúdos das disciplinas; a seleção conjunta da bibliografia; evoluindo para a possibilidade da disciplina ser ministrada por dois docentes, um com formação jurídica e o outro com a formação específica (saberes das disciplinas), ambos com preparo didático-docente (saberes pedagógicos).

São meras proposições. Muitas outras estratégias podem/devem ser implementadas, para que a docência da História do Direito alcance seus objetivos de ensino e de aprendizagem.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Renan. **A história do direito**. MACIEL, José Fábio Rodrigues (coord.) São Paulo: Saraiva, 2007.(Coleção roteiros jurídicos)

ANASTASIOU, Lea das Graças Camargos. Metodologia de ensino na universidade brasileira: elementos de uma trajetória. *In:* CASTANHO, Sérgio; CASTANHO, Maria Eugênia (orgs.) **Temas e textos em metodologia do ensino superior**. Campinas,SP: Papirus, 2001, p. 62. (Coleção magistério: formação e trabalho pedagógico)

BEHRENS, Marilda Aparecida. A formação pedagógica e os desafios do mundo moderno. *n*: MASSETO, Marcos T. (org). **Docência na universidade**. Campinas, SP: Papirus, 1998. p. 57-76.

BRASIL. **Lei n. 9.394,** de 20 de dezembro de 1996**.** Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Sancionada em 12 de dezembro de 1996, pelo Presidente da República Federativa do Brasil.

CARDOSO, Oldimar. **O que é didática da história?** Disponível em: http://www.tudoehistoria.com.br/?s=didatica, 2007. Acessado em: 01.abr.2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Metodologia do ensino jurídico e avaliação em direito. Porto Alegre: SAFE, 1997.**

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS – INEP. Docentes por titulação máxima. Disponível em: <http://sinaes.inep.gov.br/sinaes/>. Acessado em: 10 de jan. 2009.

LEITE, Denise et all. A avaliação institucional e os desafios da formação do docente na universidade pós-moderna. *In*: MASSETO, Marcos T. (org). **Docência na universidade**. Campinas, SP: Papirus, 1998. p. 39-56.

MASETTO, Marcos Tarciso. Professor universitário: um profissional da educação na atividade docente. *In:* MASSETO, Marcos T. (org). **Docência na universidade**. Campinas, SP: Papirus, 1998. p. 9-26. .

NASCIMENTO, Walter Vieira do: **Lições de história do direito**. Ver. Aumen. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 5:

PIMENTA, Selma Garrido. Formação de professores : identidade e saberes da docência. *In:* PIMENTA, Selma Garrido (org.) **Saberes pedagógicos e atividade docente**. São Paulo: Cortez, 1999.

RAMALHO, Betania Leite. **Formar o professor** - profissionalizar o ensino: perspectivas e desafios. Porto Alegre: Sulina, 2003.

---

[1] Cf. Artigo 9º, § 2º, alínea "c", da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, com a redação dada pela Lei nº 9.131, de 25 de novembro de 1995.

[2] Nesse parecer entre os conteúdos que deveriam compor a formação fundamental estavam: Ciência Política (com Teoria Geral do Estado), a Economia, a Sociologia Jurídica, a Filosofia e a Psicologia Aplicada ao Direito e a Ética Geral e Profissional.

[3] O texto do Parecer 55/2004 estabelecia que no Eixo de Formação Fundamental deveriam ser abrangidos estudos que envolvessem conteúdos sobre Filosofia, Sociologia, Economia, Ciência política, Psicologia, Antropologia e Ética, não incluindo história.

[4] Algumas Instituições optaram por disponibilizar conteúdos ou disciplinas históricas, mas não jurídicas. Na Universidade da Amazônia, não há na grade curricular a

disciplina História do Direito ou similar, a disciplina histórica é denominada História Social da Amazônia.

[5] Segundo dados do INEP/MEC formatados pelo Cadastro Nacional Docente de 2005 (INEP/MEC, 2005, p. 17), somando pós-doutores (0.9%), livres-docentes (0,9%), doutores (20,9%), mestres (35%) e especialistas (29,4%) se chegaria a expressiva marca de 87,1% de docentes com pós-graduação, desempenhando funções docentes nas instituições de ensino superior brasileiras. Do total de docentes ativos na educação superior (230.784), apenas 1,1% são docentes sem graduação, mas com notório saber ou notória especialização, e 11,8% são apenas graduados. Destaca-se que a soma de mestres e doutores aponta para 57% dos docentes cadastrados.

O quadro é nacional, e obviamente apresenta distorções regionais, mormente nas regiões Norte e Centro-Oeste, quanto ao número de doutores. A região Norte possui os piores índices quanto a doutores (12,7%) e mestres (31,7%), ocupando o primeiro lugar quanto aos docentes especialistas (41,4%), e graduados (13,1%). Mais ainda assim, o número de pós-graduados é de 86,9% (INEP/MEC, 2005, p. 18).

Também há diferença marcante entre as instituições públicas e as privadas, quanto à titulação. As públicas possuiriam 62% dos doutores, 26% dos mestres, 19,8% dos especialistas, e 31% dos graduados. As particulares possuiriam 37,3% dos doutores, 73% dos mestres, 80,2% dos especialistas e 69% dos graduados, que atuam na docência superior (INEP/MEC, 2005, p. 24).

Alguns números merecem análise. As particulares ainda possuem um número expressivo de especialistas e graduados, mas levam grande vantagem quanto ao número de mestres. O que não pode ser desconsiderado como avanço significativo, frente a realidade de anos atrás.

Dados do INEP/MEC (2005, p. 24) indicam crescimento no número de doutores e mestres que atuam na docência de IES públicas e privadas, se comparados os números de 2005 com outros anos. Quanto ao número de doutores, nas instituições públicas em 1994 eram 22,4%, em 2003 eram 39,5%, e em 2005 chegando a 41,7%; nas particulares 6,8%, em 1994, 11,8%, em 2003, chegando a 12,2%, em 2005. Quanto aos mestres o setor público teve declínio entre 1994-2003 (de 28,2 para 27,3), recuperando-se em 2005, 30,0%; no setor privado, houve um salto significativo: de 18,5%, em 1994, para 39,3%, em 2003, chegando a 40,7%, em 2005.

[6] Saberes pedagógicos tácitos, entendidos como aqueles construídos no cotidiano da atividade docente, resultado de erros e acertos da prática distanciados da cientificidade.

ONDE ESTÃO AS PROPEDÊUTICAS? (PROPOSTA PEDAGÓGICA PARA COMPATIBILIZAR A FORMAÇÃO JURÍDICA COM O PAPEL SOCIAL DOS OPERADORES DO DIREITO) *

WHERE ARE PROPAEDEUTICS? (PEDAGOGICAL PROPOSAL TO MATCH JURIDICAL FORMATION WITH SOCIAL ROLE OF LAW OPERATORS)

José Bittencourt Filho
Eneá de Stutz e Almeida

RESUMO

No contexto neoliberal, os critérios de eficácia quantitativa e monetariamente avaliada imperam no mercado. Tais critérios já mostraram que podem servir perfeitamente para induzir a aquisição de status e até mesmo de fortunas, mas apresentam problemas incontornáveis no tocante aos bens imateriais. Mostram-se também impróprios para o campo da produção de conhecimento e as atividades de extensão. A princípio, situar de modo adequado as disciplinas denominadas propedêuticas já se constitui num avanço considerável no que diz respeito à formação dos discentes; posto que a formação acadêmica deve estar pautada por uma perspectiva humanística. Para que haja o exercício consciente do papel social dos operadores do direito, é preciso que estes tenham toda a clareza quanto às conexões entre o Direito e os demais saberes. Isto implica na geração de uma visão de totalidade onde haja uma consciência da interdependência de 'tudo com tudo' e da interconexão dos vários estratos que compõem uma visão sistêmica: o estrato do meio-ambiente, o demográfico-econômico e o da tecnologia, bem como os estratos individual e coletivo, que representam os processos sociais e mecanismos institucionais do ser humano na qualidade de ser social, isto é, que decorrem de sua natureza biopsicológica. A reflexão sobre temáticas sociais e educacionais, comumente reservada aos docentes das áreas de Sociologia, Filosofia, Pedagogia e afins, deve ser parte integrante do contexto das demais áreas e disciplinas, a fim de que as transformações presentes no universo do conhecimento não permaneçam confinadas a alguns domínios acadêmicos, mas sejam manejadas pelo maior número possível de docentes e protagonistas da educação.

PALAVRAS-CHAVES: ENSINO JURÍDICO; NEOLIBERALISMO; MERCADO; PROPEDÊUTICAS; JUSTIÇA

ABSTRACT

In liberal context, money and amount efficiency criteria are imperative in the market. These criteria had shown that can induce acquisition of status and even fortunes, but show problems about immaterial goods. Also show themselves inappropriate to knowledge production field and extension activities. In principle, to put in accurate

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

manner the propaedeutics disciplines is a considerable advance already to pupils; that is because academical formation should be ruled by humanistic perspective. So, to exercise the conscience social role of law operators, it is needed to these all clarity about the connection between Law and other knowledge. This implies in a generation of a vision of totality, where there is a conscience of interdependency of "everything with everything", and the interconnection of many layers that compose a systemical vision: environmental layer, economical-demographic layer and technological layer, as so individual and collective layers, which represents social processes and institutional mechanisms of human being as a social being, which means, resulting from their biopsychological nature. Consideration about social and educational themes, normally reserved to professors in Sociology, Philosophy and Education fields, must be part of the context of others areas and disciplines, so that transformation in knowledge universe can be shared with larger and grower groups of professors and protagonists of superior education.

KEYWORDS: LAW TEACHING; NEOLIBERALISM; MARKET; PROPAEDEUTICS; JUSTICE

Prólogo

Dos tempos da assim chamada "democratização do ensino superior" auspiciada pelo regime militar, até nossos dias, muitos desdobramentos se verificaram. A massificação do ensino do "terceiro grau", e a expansão desordenada de faculdades e universidades privadas não contribuíram como se suspeitava para a melhoria da chamada "qualidade de ensino"; até porque o mercado de trabalho nacional jamais reuniu condições de absorver a mão-de-obra pretensamente especializada, que a cada ano se apresentava e se apresenta em busca de colocações.

No contexto neoliberal, os critérios de eficácia quantitativa e monetariamente avaliada imperam no mercado. Tais critérios já mostraram que podem servir perfeitamente para induzir a aquisição de *status* e até mesmo de fortunas, mas apresentam problemas incontornáveis no tocante aos bens imateriais, como o bem-estar e a auto-realização. Mostram-se também impróprios para o campo da produção de conhecimento e as atividades de extensão. A partir da década de 1990, com o recrudescimento da concorrência em escala global e o estabelecimento de novas diretrizes de gestão corporativa, os pólos de produção de conhecimento e instituições de pesquisa passaram a ser pressionados no sentido de produzirem resultados no mais curto prazo possível. Vale lembrar que os modelos de financiamento de pesquisa (a partir de fontes estatais ou não) determinam em grande parte a estrutura e o funcionamento do campo científico. A par disso, é oportuno considerar que se vive um momento de articulação tecnoburocrática entre os interesses das empresas estatais e dos oligopólios nacionais e internacionais, com reflexos diretos e indiretos sobre as estratégias de financiamento das pesquisas. Para tanto, basta verificar a criteriologia embutida em legislação recente (Lei 10.973 de 2005, denominada Lei de Inovação Tecnológica), por meio da qual o incremento de produção tecnológico privada pode incluir infraestrutura pública.

A princípio, situar de modo adequado as disciplinas denominadas *propedêuticas* já se constitui num avanço considerável no que diz respeito à formação dos discentes; posto que a formação acadêmica deve estar pautada por uma perspectiva humanística, ou seja, aquela que situa o ser humano numa instância qualitativamente superior e visa seu bem-estar e sua plena realização. Portanto, uma ênfase humanística significa a afirmação da dignidade humana como valor supremo, que deve ser preservada, favorecida e defendida das ameaças dos poderes políticos, econômicos e simbólicos.

No jargão acadêmico, a designação *Humanidades*, se refere à necessidade da presença da cultura clássica na formação universitária, a fim de induzir o estudante a ser o artífice de sua própria humanização. Nessa linha, o conhecimento seria apenas a expressão de um projeto de humanização, com os recursos fornecidos pelo próprio espírito humano, e elaborado a partir da experiência histórica. Nesta altura vale ponderar sobre uma advertência: o que uma sociedade exclui do âmbito do saber, não é menos significativo do que aquilo que ela integra; assim, torna-se essencial determinar, para uma dada época, o que ela retém do seu passado remoto e recente. Nenhuma sociedade cessa efetivamente de reinterpretar e reescrever a sua história.

Para que haja o exercício consciente do papel social dos operadores do direito, é preciso que estes tenham toda a clareza quanto às conexões entre o Direito e os demais saberes. Isto implica na geração de uma visão de totalidade onde haja uma consciência da interdependência de 'tudo com tudo' e da interconexão dos vários estratos que compõem uma visão sistêmica: o estrato do meio-ambiente, o demográfico-econômico e o da tecnologia, bem como os estratos individual e coletivo, que representam os processos sociais e mecanismos institucionais do ser humano na qualidade de ser social, isto é, que decorrem de sua natureza biopsicológica.

A reflexão sobre temáticas sociais e educacionais, comumente reservada aos docentes das áreas de Sociologia, Filosofia, Pedagogia e afins, deve ser parte integrante do contexto das demais áreas e disciplinas, a fim de que as transformações presentes no universo do conhecimento não permaneçam confinadas a alguns domínios acadêmicos, mas sejam manejadas pelo maior número possível de docentes e protagonistas da educação. As condições para que tal intento possa ser levado a efeito, devem ser construídas e implantadas por meio de um processo de produção de consenso democrático nas IES, passando pelo compromisso ético-político com a informação qualificada com respeito às questões de relevo na formação dos discentes e no compromisso institucional com a contemporaneidade e a honestidade intelectual.

Faz-se necessário considerar desde logo, persiste a pergunta a respeito da relação entre a assim chamada sociedade da informação e do conhecimento com o capitalismo atual e como se encontra articulado ao neoliberalismo. No Brasil, ainda se carece de forma acentuada de uma discussão sistematizada sobre essa problemática. Advertem os pensadores para o fato de que tal articulação está colocando as universidades como instância secundária no que tange à produção de conhecimento. Ademais, no caso brasileiro, pelo que tudo indica o interesse das empresas em parcerias com as universidades é muito reduzido. Em outros países teria sido uma importante alavanca para o avanço da qualidade do ensino superior no âmbito tecnológico. A par disso, começa a se questionar qual o papel e o lugar das ciências humanas e sociais no ensino universitário na atual configuração do capitalismo. No caso brasileiro, mesmo nas universidades públicas, a situação começa a emitir sinais alarmantes.

A presente reflexão tenta traduzir o esforço de se atender uma demanda do ensino jurídico em geral, na promoção de uma efetiva integração entre a Ciência Normativa do Direito e as ciências afins, no intuito de ampliar e aprofundar a formação dos discentes e docentes, nos aspectos epistemológicos, metodológicos, políticos e éticos; por intermédio de um diálogo fecundo e sistemático entre os vários domínios que compõem as ciências humanas e sociais. A nomenclatura *Núcleo de Humanidades* tenta expandir o âmbito da produção de conhecimento daí resultante, para que tal produção não se limite apenas aos padrões técnicos e ao inventário conceitual das disciplinas inseridas na grade curricular, mas possa atender a pretensões mais ousadas e criativas.

Sinais de alerta

Não se pretende retomar o já antigo debate filosófico acerca dos "saberes do espírito" e o conhecimento científico. De certo modo, tal debate tornou-se secundário no pós-guerra em decorrência do predomínio da razão instrumental no ensino superior, quer em virtude da vitória dos aliados capitalistas quer dos imperativos da Guerra Fria. Após a ascensão do neoliberalismo, a situação viu-se agravada pela mundialização cultural e pela hegemonia dos *mass media* na arquitetura do imaginário coletivo. Assim, a indústria cultural atingia seu ápice. Por seu turno, a tecnoburocracia universitária tem dado conta de plasmar um modelo do ensino superior voltado, em primeira e última instância na produção de resultados e nas relações de consumo, reconfigurando dessa maneira o decantado processo ensino-aprendizagem.

Qualquer projeto político-pedagógico detentor de um mínimo de seriedade, por meio de suas diretrizes, busca traduzir um posicionamento político; uma determinada postura pedagógica correspondente; e um modelo institucional respectivo. Desde logo, deve-se dar por assentado que a desigual distribuição da riqueza, do prestígio, e do poder na sociedade que se evidenciam nos sistemas de classes e de *status*, a par do imperativo da socialização, e a necessidade de reposição de mão-de-obra, incidem decisivamente na estrutura e no funcionamento das instituições e organizações educacionais. Ademais, ao separar o trabalho intelectual do trabalho manual, ao distinguir entre aqueles que *pensam* e aqueles que *fazem*, o capitalismo industrial acentuou as contradições entre as classes sociais, e conferiu uma dinâmica específica às relações sociais.

Numa perspectiva crítica, sabe-se que os fins dos atos humanos, embora nasçam da vontade das pessoas, na maioria das vezes, têm resultados que não acompanham nem a vontade nem as intenções dos agentes. Por sinal, mesmo quando os resultados estão de acordo com os fins originalmente preconizados, as conseqüências estarão em desacordo com esses fins. E isto porque os seres humanos são responsáveis pela feitura da história, contudo, ela não é realizada segundo suas vontades, nem tampouco sob circunstâncias por eles estabelecidas, mas sim, em grande parte, segundo circunstâncias herdadas, estruturais e conjunturais.

Quando se estabelece apenas uma nova grade curricular que agrega e faz convergir matérias antes distribuídas segundo uma lógica "hierárquica", e com a mesma carga horária, necessariamente se perdem conteúdos fundamentais cuja finalidade não era

propriamente instruir numa escala evolutiva (do menos para o mais complexo), mas sim, introduzir o corpo discente no raciocínio, na perspectiva, ou ainda na imaginação dos conteúdos que fundamentam os estudos no âmbito das ciências humanas e sociais. Talvez, a interpretação errônea do papel e da função das assim chamadas disciplinas propedêuticas esteja na raiz dos muitos preconceitos verificáveis contra tais disciplinas na esfera do ensino jurídico.

Contudo, quando alocadas nos primeiros períodos dos cursos de Direito, não se trata de oferecer conteúdos pretensamente menos complexos, mas sim, familiarizar o estudante com o aporte da realidade conforme é efetuado pela Sociologia, pela Ciência Política, pela Economia, pela Filosofia, e pela própria Ciência Normativa do Direito. Portanto, trata-se da aquisição de um raciocínio, de uma perspectiva, e não da acumulação de informações elementares, como uma espécie de "preparação" para os estudos mais completos e complexos. Uma vez adquiridas tais modalidades de raciocínio (incluindo o jurídico), o discente terá condições de aplicá-los tanto no discernimento da realidade em geral, quanto nas questões técnicas inerentes à atividade profissional.

Ademais, a ética na sociedade pós-tradicional globalizada como a que se vive na atualidade, implica no reconhecimento da sacralidade da vida e da dignidade humanas e no direito universal à qualidade de vida e à auto-realização (como a mais alta expressão da liberdade), vinculados ao dever de se promover a democracia participativa. Longe de se ver o desaparecimento dos valores universais, há quem considere que pela vez primeira na história humana, tais valores estejam encontrando uma demanda massiva e estejam ampliando seu espaço social geometricamente.

A observação sociológica da (pós) modernidade tem identificado, a par das tecnoburocracias dirigentes, a emergência de uma espécie de sensibilidade global, sensibilidade esta diretamente vinculada aos efeitos modernizadores dos *mass media*. E isso a despeito dos mecanismos de estetização, generalização e banalização do cotidiano. Com efeito, em vários espaços sociais, expandem-se ideologias comunitaristas, ecológicas, místicas, e congêneres. Está sendo esboçado um novo *ethos* que, ao mesmo tempo em que interfere nas formas tradicionais da sociedade, suscita a reafirmação de valores essencialmente éticos. Tudo isso sem olvidar que o controle do imaginário coletivo é a arma mais poderosa na manutenção de interesses dominantes, que podem ser e serão satisfeitos mediante a violação sistemática dos direitos humanos fundamentais.

Por outro lado, no plano estritamente pedagógico, o problema mais grave estaria localizado na fragmentação do conhecimento, um subproduto da chamada mundialização cultural. O mais interessante é que a única saída possível para essa situação dramática, vinculada diretamente com a produção do imaginário social e dos universos simbólicos, consistiria justamente na integração entre conhecimento tecnoinstrumental e conhecimento humanístico, ou seja, uma ampliação dos horizontes da formação e da instrução superior. Com vistas à produção de conhecimento novo, crítico e de excelência, faz-se mister uma nova perspectiva pedagógica, didática e política voltada para docentes e discentes. No entanto, vale ponderar, tal empreendimento esbarra, de saída, com as crônicas deficiências dos ensinos básico e fundamental.

A globalização se constitui num projeto abrangente que influencia diretamente a educação. Os efeitos da mercantilização do ensino formal produzem práticas homogêneas de estrutura, funcionamento e avaliação para todas as IES; e isto em nome de uma suposta sustentabilidade econômica, social e ambiental. No entanto, pelo que tudo indica, o ensino jurídico permanece comprometido com a reprodução de um sistema que investe na camuflagem e no ocultamento de seus paradoxos, contradições e antinomias. Assim, a proposta de um ensino jurídico crítico e reflexivo, para além do tecnicismo e da mera legalidade.

Atualmente, quer estejamos analisando laboratórios de empresas públicas voltadas para a inovação, quer estejamos examinando o funcionamento dos convênios entre empresas privadas com agências de fomento por meio de universidades, verifica-se a convergência da lógica produtivista que formata as corporações privadas regulando o trabalho científico. Isso se traduz na aceleração dos prazos, no estabelecimento de determinadas metas, e da flexibilidade compulsória do trabalho intelectual. Isso sem falar na pressão quase exercida sobre pesquisadores para obter patentes sobre novos produtos e/ou processos, ou ainda publicar numerosos artigos em revistas (devidamente indexadas). Com efeito, o pesquisador fica submetido a um elenco consagrado de rotinas a serem cumpridas no menor tempo possível.

Em contrapartida, é prudente considerar que as funções descritivas e interpretativas atávicas às ciências humanas e sociais no esforço de construção de seus respectivos objetos, que comportam tanto o leque de possibilidades das escolhas individuais quanto os incontornáveis imperativos das estruturas sociais, induzem necessariamente determinadas escolhas e condutas específicas no tocante não só a uma visão antropológica peculiar, bem como na modalidade das ações sociais, passando pela natureza e qualidade da intervenção nos processos sociais relevantes.

Em vista disso, surge um grande desafio educacional: propiciar um processo contínuo de transformação, valorização e humanização. Assim, trata-se de assegurar uma educação transformadora, que garanta aos educandos o desenvolvimento de competências e habilidades para que possam criar suas próprias oportunidades, resolver problemas, empreender projetos, enfim, traçar seu próprio percurso existencial, que comporta as dimensões econômica, política, cultural e pessoal, e isto com uma profunda consciência da relevância da intervenção social que deles se espera, tanto por meio do exercício profissional quanto do exercício da cidadania ativa. É oportuna a lição de Warat:

(...) Não serve para nada desabafar contra a corrupção ou de nada adiantam as formas elegantes com que o poder dos Estados nacionais realiza suas práticas mafiosas (incluindo as das escolas). O importante é centrar nossas energias na detecção dos obstáculos e dificuldades para a construção do novo. Mais do que chorar as máfias é preciso determo-nos a analisar as possibilidades e as dificuldades de implementação das práticas de uma cultura da mediação como novas formas jurídicas, sociais e políticas, como novas formas de cidadania e também como novas formas das relações de ajuda na aprendizagem. Em tempos de interferência política e de interferência na convivência, a aprendizagem institucional nas escolas deve ir perdendo importância com relação ao aprender na e da própria experiência dialógica (WARAT: 2004, 64).

A propósito, por meio de indagações didáticas, adverte-nos E. Bittar,

O contexto no qual se fala de educação demanda esclarecimentos. A educação pode ser especialmente desafiada por certas condições contextuais; certas conjunturas contextuais demandam reações especiais por parte da educação que não se confundem com aquelas reações necessárias para outros períodos. Por isso, pensar na pós-modernidade é extremamente desafiador, na medida em que demanda a consciência deste tempo de cuja identidade ainda se tem pouca clareza. O tempo presente é sempre menos bem analisado do que o tempo passado, por isso uma sociologia da subjetividade e do presente é extremamente fundamental para efeitos da análise das condições de pensamento.

E qual sociedade se está a investigar, senão a sociedade pós-moderna, cujos arquétipos e modelos herdados da modernidade estão em franca revisão, em diversos níveis e desdobramentos? E qual a sua principal marca, senão a de uma sociedade que nos convida à anestesia reflexiva sobre ela mesma, à apatia política sobre os desafios futuros comuns, à inércia expectadora e à aceitação do *status quo* e, enfim ao consumo compensador? (BITTAR: 2006, 18).

Notas conjunturais

A queda das torres gêmeas transformou-se num marco simbólico que teria dado início a uma nova era política e cultural, na qual a conquista dos "corações e mentes" constitui-se como um imperativo na implantação dessa nova era. Os preceitos contidos no *USA Patriot Act;* as prisões secretas da CIA; as condições carcerárias dos insurgentes do Iraque e do Afeganistão se configuram como alguns exemplos grandiloqüentes desse novo panorama que se pretende "naturalizar". Nele, pretende-se a implantação de uma hegemonia econômica, mas também a subordinação de culturas, estilos de vida e mundividências, numa escala jamais dantes experimentada. Como já advertia Z. Bauman, ponderando a partir do conceito de espaço social:

Visto que nunca se pode estar seguro de que a responsabilidade moral foi extinta de uma vez por todas e não pode ser ressuscitada, o mais a que pode visar o espaçamento social baseado cognitivamente é confinar a responsabilidade moral, se ele se torna de novo vivo, dentro de fronteiras que correspondem grosseiramente à distinção entre a intimidade da proximidade social e a estranheza da distância social: esculpir, por meio à sua disposição, o permissível "universo das obrigações sociais" além das quais a responsabilidade moral não alcançaria e assim não interferiria com as decisões administrativas dos encarregados do especo social. Isso seria equivalente a isentar certas categorias de humanos, marcados para banimento do espaço social (sejam criminosos,

“inimigos do povo”, inimigos da nação, partido ou qualquer outra causa, ou “raças estranhas” – e hostis) da classe de objetos potenciais de responsabilidade moral; em outras palavras, equivaleria à *desumanização* dessas categorias de pessoas. (BAUMAN: 2007, 191).

Existem esferas ligadas à segurança e à inteligência que chegam mesmo a considerar definitivamente encerrada a era dos direitos humanos. Estes teriam perdido sua importância em função da ameaça terrorista no plano mundial, e assim, mesmo os países autodenominados democráticos incluem “medidas emergenciais” em nome da segurança nacional e da segurança pública, e com isso multiplicam-se perigosamente as concessões contra os direitos humanos e fundamentais. A par disso, se expande uma espécie de pacto de silêncio entre os Estados acerca dos abusos sistematicamente cometidos, sobretudo no tocante à mobilização e às missões dos seus respectivos serviços secretos e das chamadas comunidades de inteligência internacionais. A violência ilegal vem sendo usada por essas organizações numa proporção alarmante e crescente. Em nome do combate ao terrorismo, vive-se um decurso de terrorismo oficial.

Considerando-se a implantação dessa nova ordem econômica internacional desde as últimas décadas do século XX, cujo traço principal é a globalização financeira e o empenho na mudança das funções clássicas dos Estados nacionais, vale indagar se não se estaria inaugurando uma segunda etapa na arquitetura dessa nova ordem, qual seja, a do implemento de uma nova ordem jurídica internacional. Em outras palavras: estariam em decadência as conquistas da Modernidade no que tange às liberdades públicas e aos direitos fundamentais, o que ensejaria um novo e abrangente modelo de dominação?

As novas diretrizes econômicas com base no chamado “ajuste estrutural”, já na segunda metade da década de 1980, havia aumentado a distância entre ricos e pobres, demonstrando assim tratar-se de um modelo altamente concentrador e excludente. Toda a legislação social de vários países, destinada a uma distribuição mais igualitária da riqueza produzida, não conseguiu resistir à nova tendência. No plano econômico, pode-se afirmar que muitos Estados recuaram para o século XIX, sobretudo no tocante à participação na seguridade social, nas relações de trabalho, e na privatização do patrimônio publico. Com efeito, assistiu-se ao reaparecimento do famigerado *exército industrial de reserva*, ainda mais gravado pela lógica férrea do desemprego estrutural.

A instituição do Estado que, segundo alguns analistas, teve seu auge entre 1945 e 1975, vai experimentando o declínio dos seus aparelhos, tais como as empresas públicas, os sistemas de seguridade social, o Judiciário, as Forças Armadas, a Polícia, e o ensino público. Na proporção em que outras instituições assumem funções antes atribuídas ao Estado, torna-se imprescindível um ajuste jurídico, em virtude das novas feições adquiridas pelas sociedades, pelas nações, e pelos poderes que as comandam.

Entrementes, em comum com as demais ciências, o Direito vive uma crise de identidade, a exigir uma consciência e uma visão interdisciplinar, que supere a simplificação dogmática e siga ao encontro da complexidade da vida. Manifesta-se a necessidade urgente de se superar a propalada objetividade da epistemologia contemporânea, porquanto a cientificidade, na maioria dos casos, é prenhe de construtos

metafóricos, rica de motivações subjetivas, portanto, dotada de altas doses de não-cientificidade. O operador jurídico deverá despertar para essa questão, porquanto a não-cientificidade, que atinge também o Direito, requer cuidados ainda maiores, a fim de que os problemas humanos possam ser mais bem analisados e devidamente traduzidos para o sistema jurídico.

Vale sublinhar que o fenômeno jurídico não se apresenta para o mundo como algo acabado, sujeito a apenas uma interpretação/abordagem. Trata-se de um fenômeno complexo, passível de diversas aproximações, dependendo dos pressupostos utilizados e dos fins almejados. Desse modo, as variações existentes entre as disciplinas do conhecimento jurídico não se devem a uma suposta diferença entre seus objetos. Estes podem ser os mesmos, sendo que as verdadeiras distinções se devem, antes, aos variados enfoques existentes para abordar tais objetos. Para os fins da presente reflexão recorrer-se-á à reconhecida terminologia elaborada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, 41) que, partindo de Viehweg, divide em duas as possibilidades de se proceder a um estudo genérico do Direito (fenômeno jurídico): os enfoques *dogmático* e *zetético*.

Nesta altura é oportuna a exposição de alguns fundamentos. A palavra *dogmática* origina-se de *dokein*, que significa doutrinar, ensinar; também nos remete a *dogma*, o ponto fundamental de qualquer teoria ou sistema. Este é um enfoque se operacionaliza pela conformação de respostas e modelos a partir de premissas pré-definidas e *estabelecidas* como inquestionáveis. As questões dogmáticas têm função diretiva e são finitas, preocupando-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação (FERRAZ JR: 2003, 40).

Por outro lado, a *zetética* vem de *zetein*, que significa perquerir, investigar. O enfoque zetético prioriza a problematização e não necessariamente a busca por respostas. Diferentemente da dogmática, não existem premissas prévias que orientem seu raciocínio, e mesmo as premissas, na qualidade de *evidências* comprováveis e verificáveis, podem ser colocadas em jogo e até mesmo abandonadas, caso as respostas não sejam satisfatórias. Assim, não se busca conformar os problemas às premissas, mas sim as premissas aos problemas. [1]

Dessa maneira, o fenômeno jurídico pode (e deve) ser abordado por ambos os enfoques. No primeiro caso teremos o âmbito da *dogmática jurídica* composta de disciplinas como Direito Civil, Direito Penal, Direito Tributário, e outras. No segundo, a zetética jurídica, podem ser encontradas disciplinas como a Sociologia do Direito, Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito, História do Direito, Criminologia, dentre outras.

Assim sendo, pode-se perceber que, apesar do primeiro enfoque privilegiar disciplinas especificamente jurídicas, no segundo caso permanece sendo abordado o fenômeno jurídico. Por essa razão, não há que se falar, como depreende o senso comum, em uma "hierarquia de juridicidade": nem as disciplinas dogmáticas, nem as zetéticas são mais ou menos jurídicas, elas apenas representam estruturas metodológicas diferenciadas.

Todavia, nas últimas décadas, em virtude de um processo de "formalização" do estudo do Direito, as disciplinas dogmáticas foram privilegiadas, ao passo que as zetéticas perderam espaço como se não fossem propriamente jurídicas – tendo sido este um dos maiores motivos pelos quais, nos currículos e nos projetos político-pedagógicos

tradicionais dos cursos de Direito, as disciplinas chamadas “propedêuticas” passaram a suscitar dúvidas quanto à sua relevância e pertinência.

Diante disso, o problema que surge é que, ao longo dos anos, o ensino do Direito ficou atado a um enfoque do fenômeno jurídico que costuma, por suas próprias limitações metodológicas, não problematizar seus conteúdos e pressupostos. Como foi dito, partindo de premissas *estabelecidas* e *impostas*, se constrói todo um arcabouço para orientar as ações sem a preocupação com os limites de seus próprios dogmas.[2]

É prudente ressaltar que o enfoque dogmático do fenômeno jurídico, parte de uma dupla abstração: as normas – ou dogmas de ação – e as regras sociais de interpretação – ou dogmas que dizem como devem ser entendidas as normas (FERRAZ JR: 2003, 49). O estudo dogmático do Direito Penal, por exemplo, de um lado parte invariavelmente do Código Penal e da legislação penal extravagante, de outro, dos princípios básicos de interpretação contidos principalmente nos primeiros artigos do próprio Código.

Uma construção como essa, por exemplo, ensinará que a prática de homicídio ou de roubo implica numa determinada pena, mas em momento algum irá discutir os critérios sociais de criminalização, os quais redundam no fato de que apenas determinados grupos sociais sejam mais frequentemente alcançados pela programação penal.

Assim, a dogmática jurídica corre o risco freqüente de cair na armadilha que ela mesma constrói ao se basear no princípio da inegabilidade de seus dogmas, ou seja, o grave risco de distanciar-se cada vez mais da realidade social. Afinal, ao se basear fundamentalmente em *abstrações*, sejam elas normas jurídicas ou regras de interpretação, os resultados depreendidos logicamente (segundo uma lógica formal) só podem ser igualmente abstratos.

No entanto, isso não significa que é necessário se proceder a uma escolha entre o modelo de pensamento limitador e acrítico, e um modelo aberto e crítico. Pelo contrário, tendo consciência das diferentes abordagens possíveis para o fenômeno jurídico, é dever de quem trabalha com esse objeto reconhecer os limites e as vantagens de cada enfoque e, sobretudo, o *modo de relacioná-los*.

Ao mesmo tempo em que o estudo e a prática do Direito não podem abandonar as normas jurídicas e as regras de interpretação, uma análise crítica implica muitas vezes ter de se colocar ambas em xeque, redefinindo assim alguns pressupostos fundamentais. Assim, de acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a opção pela visão dogmática, típica das disciplinas profissionalizantes, não implica, em si, a opção por uma visão acrítica. Como ele mesmo afirma ao tratar da disciplina de Introdução ao Estudo do Direito:

Ao contrário, privilegiando o enfoque dogmático, o interesse é fazê-lo dentro de um âmbito crítico. Ou seja, o objeto de nossa reflexão será o direito no pensamento dogmático, *mas nossa análise, ela própria, não será dogmática, mas zetética*. Uma introdução ao estudo do direito é uma análise *zetética* de como a dogmática jurídica conhece, interpreta e aplica o direito, mostrando-lhe as limitações (FERRAZ JR: 2003, 51). [grifos do autor]

Essa construção direciona para um aspecto axial da presente discussão: a fim de tornar possível a superação do modelo tradicional de ensino jurídico que ao longo dos anos deu ao enfoque dogmático uma suposta posição de superioridade, faz-se necessário conduzir novamente ao mesmo nível hierárquico o enfoque zetético; pois somente dessa maneira será possível, conforme a recomendação acima, efetuar-se uma *análise zetética de como a dogmática jurídica conhece, interpreta e aplica o direito, mostrando-lhe as limitações*.

Como foi dito, mudar o enfoque não é mudar o objeto, mas sim, modificar a metodologia de abordagem do objeto. É com esta possibilidade que as disciplinas do eixo humanístico podem efetivamente contribuir com as profissionalizantes. Ademais, somente a partir desta estratégia inovadora as IES reunirão condições para formar profissionais com *visão global*, capazes de captar a amplitude do conhecimento e do patrimônio cultural humanos; bem como *agir localmente*, por meio de uma inserção comunitária, a partir do campo jurídico, com vistas a uma intervenção consistente e conseqüente. E, por fim, profissionais com sólido *compromisso com a ética* não apenas na perspectiva de seu grupo ou categoria, mas da sociedade em geral.

O desafio deve ser possibilitar a transformação do *olhar* das disciplinas profissionalizantes acerca da realidade, por meio da integração delas com as metodologias pelas quais as disciplinas humanísticas abordam seus objetos respectivos. Desta forma, deve ser buscada uma efetiva integração dos enfoques dogmático e zetético. Ao mesmo tempo, disseminar neste percurso integrado das disciplinas, o enfoque humanístico e interdisciplinar no intuito de se obter uma formação que se consolide assim e propicie uma visão global da realidade histórico-política. E isso ao romper com o ensino fragmentado e tecnicista, criando eixos substantivos de significado a partir do enfoque zetético do fenômeno jurídico. Como estratégia colateral, consolidar a integração entre ensino e pesquisa por meio da articulação metodológica das pesquisas científicas e trabalhos de conclusão de curso.

Faz-se mister ainda, uma produção de conhecimento específico, por intermédio de material didático, reflexões pedagógicas, textos específicos e material multimídia, na qualidade de instrumentos de socialização, consolidação, e avaliação das experiências integradoras.

Dos princípios

Com base no pressuposto de que é imperativo trazer o olhar diferenciado das disciplinas humanísticas (zetéticas) para as disciplinas profissionalizantes (dogmáticas) e a fim de tornar possível a realização dos objetivos pedagógico-políticos eticamente direcionados, é importante explicitar a operacionalização de um *Núcleo de Humanidades***.** Para tanto, parte-se da própria distinção proposta por Tércio Sampaio Ferraz Júnior acerca dos limites zetéticos, a saber:

como [...] em toda investigação zetética, alguns pressupostos admitidos como verdadeiros passam a orientar os quadros da pesquisa, é possível distinguir *limites* zetéticos. Assim, uma investigação pode ser realizada no nível *empírico*, isto é, nos limites da experiência, ou de modo que ultrapasse esses limites, no nível formal da lógica ou da teoria do conhecimento ou da metafísica, por exemplo. Além disso, a investigação pode ter um *sentido puramente especulativo*, ou pode produzir resultados que venham a ser tomados como base para uma eventual *aplicação técnica* è realidade (FERRAZ JR: 2003, 44). [grifos do autor].

Considerando tais limites, entende-se que o melhor caminho para a operacionalização da integração entre as disciplinas humanísticas e as profissionalizantes deve ser pavimentado em dois momentos, a saber: 1) a integração no plano epistemológico e, 2) a integração no plano da experiência. Essa composição não implica somente um reordenamento das disciplinas já existentes, mas a introdução de atividades e novas metodologias para o tratamento do conteúdo programático das matérias que compõem a matriz curricular, num trabalho direcionado para o desenvolvimento de competências.

Integração no plano epistemológico

A dogmática jurídica, como já foi dito, parte de determinados pressupostos fundamentais para a construção de suas análises da realidade. Neste sentido, ela possui alguns aspectos que lhes são próprios e que direcionam seu raciocínio e suas respostas. Portanto, a integração neste nível serve para problematizar os próprios pressupostos das disciplinas profissionalizantes e sua relação com a realidade jurídica.

Alguns exemplos poderiam ser: discussão dos elementos norteadores do direito penal, como a pressuposição de que os crimes serão igualmente investigados e processados, por meio da criminologia crítica; discussão dos pressupostos liberais do direito civil incluídos em sua programação legislativa, como a liberdade para contratar, tendo como referência a teoria crítica; discussão do sistema de execução penal a partir dos debates sobre o poder disciplinar; discussão do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade a partir do debate sobre o *guardião da constituição*.

Por outro lado, as disciplinas profissionalizantes comportam uma preocupação que lhes é muito cara – a *orientação para a ação* e a *decisão judicial*. A integração serviria para introduzir novos elementos no sentido de que as dogmáticas possam realizar a sua tarefa de construir peças processuais, pareceres e decisões judiciais. Seria exemplo: análise dos conteúdos das decisões judiciais, em seu marco social, a partir da sociologia e da antropologia jurídica. Acresce a inclusão de temas de teoria da argumentação, lógica e hermenêutica nas disciplinas de prática jurídica simulada.

Todas essas seriam formulações destinadas a banir ou amenizar os efeitos causados pela ideologização do ensino jurídico formal. Dito de outro modo, e a partir de uma discussão antiga acerca da "sociedade sem escolas", Warat nos brinda com a seguinte reflexão:

Os obstáculos pedagógicos e epistemológicos, os vícios da relação ensino-aprendizagem, presentes nas formas da educação moderna e do modelo educativo do Império contemporâneo, em poucas palavras, a escolarização levou muitos pedagogos a sustentar a necessidade de desinstalar as escolas, apostando numa nova formação humanista, baseada numa sociedade sem escolas, na desescolarização da sociedade (...). Sem a intenção de radicalizar esta proposta de numa sociedade sem escolas, direi que o mais importante dos processos de aprendizagem passa aquém e por fora das escolas. Isto nos obriga, pelo menos, a afirmar o potencial educativo da contestação como nova fórmula do processo ensino-aprendizagem; como dispositivo da realização daquilo que eu chamo, (...) de "pedagogia do novo", uma proposta pedagógica dentro do paradigma do humanismo da alteridade.

De minha parte, penso que é possível efetuar um processo de desescolarização da sociedade sem suprimir as instituições escolares, suprimir a função ideológica da escolarização no interior das próprias escolas. É muito factível desescolarizar as escolas sem suprimi-las (WARAT: 2004, 427ss).

Observações finais e proposta

Nesta altura, faz-se mais que oportuna a síntese magistral de Deisy Ventura:

Num mundo degradado e degradante, onde as coisas parecem sempre externas – a mediocridade passa por meio de falsas evidências do estilo "eu gostaria que fosse diferente, mas nada posso fazer" -, embarcar no trem do pensamento e escolher um destino ousado é também uma forma de resgatar a ambição que o homem depositou historicamente no saber. No caso dos cursos de Direito, em particular, mais do que uma ambição acadêmica ou profissional, viajar com os olhos abertos gera uma possibilidade para a ambição de justiça, que talvez devesse ser, por vocação, nosso melhor caminho e única meta (VENTURA: ...).

Para a consecução dos objetivos estabelecidos para um NH, visando a integração por meio do diálogo sistemático e permanente entre as disciplinas humanísticas (denominadas propedêuticas) e as dogmáticas (denominadas profissionalizantes), faz-se necessária uma estratégia, que aqui expomos a título apenas de sugestão, que viria a

contemplar, numa etapa inicial, as seguintes atividades, devidamente planejadas e detalhadas por intermédio de subprojetos:

Seminários de Integração – institucionalizados pela IES, destinados ao corpo docente. A intenção seria produzir consenso em torno das atribuições do Núcleo, bem como estabelecer conjuntamente entre os docentes os chamados *pontos de contato* entre as disciplinas (os vínculos far-se-ão entre teorias partilhadas acerca de objetos de interesse).

Laboratórios – análise conjunta de *decisões judiciais* (troca de material entre professores das disciplinas zetéticas e os docentes da área selecionada para a integração), de casos, de fatos, ou de produtos culturais, no intuito de que se estabeleça uma rotina didática de aulas e atividades integradas**.**

Metodologia – vinculação dos projetos de Monografia e projetos de pesquisa dos alunos da Graduação, cabendo ao Núcleo a orientação metodológica, de forma integrada com os docentes orientadores, responsáveis pelos conteúdos.

Nesta altura é oportuno explicitar que, segundo a perspectiva da presente reflexão, no funcionamento de um NH estariam alocados os seguintes conteúdos: Teoria Geral do Direito; Filosofia Geral e do Direito; Sociologia Geral e do Direito; Antropologia Geral e do Direito; Hermenêutica Jurídica; Lógica e Argumentação Jurídica; Ciência Política; Teoria Geral do Estado; Economia Política; e História do Direito. Acresce que a implantação de um modelo de integração, tendo como base funcional um Núcleo de Humanidades, voltado para a manutenção do diálogo e de atividades pluri e interdisciplinares, assim como para a melhoria da qualidade metodológica das pesquisas em nível de graduação e pós.

Em verdade, trata-se de uma proposta na contramão da tendência circulante, muito embora possa já ter sido estabelecido o consenso de que se trata de uma aspiração arcaica e quimérica, no entanto trata-se em última instância de se aproximar *Direito* e *Justiça*. Em outras palavras, insistir na qualidade da Justiça como referente ético:

O *sentimento* e a *idéia* do *justo* manifestam-se no inconformismo com as situações de injustiça vividas na sociedade. Assim, a Justiça pode ser significada a partir de sua falta – da injustiça. Daí poder-se afirmar que a Justiça é uma categoria da ordem do existencial. Está enraizada no ser e no existir do homem. Não constitui uma abstração conceitual, algo definido *a priori* e para sempre. É sim, uma vivência, uma práxis social, da qual somente se pode aproximar empiricamente, descrever fenomenologicamente e compreender, pela razão e sensibilidade, os sentidos constitutivos do seu sentido. Sentido este que estará sempre em aberto, dado a seu caráter de provisoriedade e incompletude.

[...]

O Direito para ser efetivamente justo, democrático, ético, supõe uma atitude de presença, de atenção, de cuidado com a vida (da natureza, do homem e da sociedade). Necessita compreender os desafios próprios da vida cotidiana, perscrutando o imaginário social para aí identificar as carências, sonhos, utopias, desejos, esperanças e desesperanças que portam as pessoas, as comunidades e a sociedade como um todo (DIAS: 2005, 185s).

Tal orientação descortina desde logo alguns avanços no processo ensino-aprendizagem, a saber: a) qualificação do corpo docente; b) aumento de demanda para os Programas de pós-graduação *stricto sensu*; c) contribuição efetiva para a qualidade do ensino jurídico nacional na proporção em que equaciona e encaminha a questão da integração entre as áreas zetética e dogmática e; d) produção de material didático na área das humanidades, mais adequados aos alunos e aos cursos de graduação em Direito.

Na atualidade, experimenta-se o consumo como se fosse a expressão maior das possibilidades hum horizonte democrático cada vez mais estreito. Neste quadro o consumo teria como função precípua minimizar ou mesmo corrigir as desigualdades sociais. Contudo, trata-se de uma impostura, justamente quando deixa absolutamente intacta a questão das estruturas e dos poderes decisórios. Ao ignorar conteúdos sociais, o sistema cria condições favoráveis para a sua própria sobrevivência e reprodução. Do ponto de vista da prática política, a insistência no modelo de individualismo alienado e voluntarista, inerente a essa ideologia, que assinala as mudanças pessoais em detrimento das sociais, não deixa de ser um ”cheque em branco” para as instâncias detentoras do poder.

Assim, torna-se estratégica a retomada do debate acerca da relevância do pensamento e das disciplinas que gravitam em torno das questões humanas e sociais, uma vez que, o contrário disso seria uma capitulação diante do fato de que prevalece apenas o medo de se construir novos projetos sociais e novos valores, aptos a confrontar a tendência de um projeto politicamente unidimensional, encoberto pelo relativismo e pela variedade cultural. Para que a universidade brasileira reencontre o caminho de sua relevância, faz-se mister a reconciliação com o conhecimento crítico, reflexivo e, por isso mesmo, insubmisso aos interesses do mercado total. Caso contrário, estaremos condenados a simplesmente reproduzir em nossas IES as desigualdades que historicamente marcaram a história brasileira.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna.** São Paulo: Paulus, 1997.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Estudos sobre ensino jurídico**: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania. 2ª. Edição, rev., modificada, atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. "Justiça: referente ético do direito". *In:* **XIV Encontro nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 4ª Ed, rev e ampl. São Paulo: Atlas, 2003

VENTURA, Deisy de Lima. "Do direito ao método e do método ao direito". *In* CERQUEIRA, Daniel Torres e FRAGALE FILHO, Roberto. **O ensino jurídico em debate:** o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

WARAT, Luis Alberto. "Sobre a impossibilidade de ensinar direito". *In*: MEZZAROBA, Orides, DAL RI JR, Arno, ROVER, Aires José e MONTEIRO, Cláudia Sevilha [Coords.]. **Epistemologia e ensino do direito:** o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

---

[1] *Ibid., loc. cit*. Insta, no entanto, ressaltar, com Tércio, que "Esse questionamento aberto, que faz dos problemas zetéticos questões infinitas, não significa que não haja absolutamente pontos de partida estabelecidos de investigação. Isto é, não se quer dizer que algumas premissas não sejam ainda que provisória e precariamente, postas fora de dúvida. Assim, por exemplo, a sociologia do direito (zetética) *parte da premissa* de que o fenômeno jurídico é um fenômeno social. Isso, entretanto, não a confunde com uma investigação dogmática" (FERRAZ JR: 2003, 42).

[2] "[...] é preciso reconhecer que, nos dias atuais, quando se fala em Ciência do Direito, no sentido do estudo que se processa nas Faculdades de Direito, há uma tendência em identificá-la com um tipo de produção técnica, destinada apenas a atender ás necessidades do profissional (juiz, advogado, promotor) no desempenho imediato de suas funções, Na verdade, nos últimos 100 anos, o jurista teórico, por sua formação universitária, foi sendo conduzido a esse tipo de especialização, fechada e formalista" (FERRAZ JR: 2003, 48).

O PROFESSOR UNIVERSITÁRIO DE DIREITO INSERIDO NA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS*

THE UNIVERSITY PROFESSOR OF LAW ENTERED IN THE THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION HABERMAS

Lusia Ribeiro Pereira
Adail Ribeiro Motta

RESUMO

O presente artigo busca discutir o lugar do professor do curso de Direito frente aos desafios contemporâneos do espaço universitário, buscando compreender quais mecanismos pedagógicos esse ator educacional pode utilizar para enfrentar as funções didáticas específicas e primordiais do ensino jurídico, já que o próprio ator, ou seja, o professor possui atuações distintas, sendo professor e advogado ou advogado e professor. Desta forma, há de se compreender como o bacharel com pós-graduação que se dedica à docência em tempo integral, ou o operador do Direito que atua no mercado de trabalho específico e se dedica ao magistério algumas horas por semana, devem relacionar da melhor maneira suas práticas pedagógicas para, de fato, se configurarem como um elo de formação educacional para o Estado Democrático de Direito. Esta discussão é travada, no presente trabalho, dentro da Teoria da Ação Comunicativa de Habermas, visualizando a idéia de que, através da educação, deve-se desenvolver a racionalidade como um processo capaz de preparar o sujeito professor para a capacitação de uma dada racionalidade que é produzida intersubjetivamente, atingindo, por fim, a emancipação da consciência.

PALAVRAS-CHAVES: PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. ENSINO JURÍDICO. HABERMAS. TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA. RELAÇÃO PROFESSOR-ALUNO. EDUCAÇÃO CONTEMPORÂNEA.

ABSTRACT

This article discusses the place of professor of law school in the face of contemporary challenges on campus, trying to understand what mechanisms teaching that actor can use education to meet the specific educational functions and primary education law, as the actor himself, or is, the teacher has clearly distinct, and professor and attorney or lawyer and teacher. Thus, one has to understand how the degree to graduate dedicated to teaching full time, or the operator of the law that operates in the labor market and is dedicated to teaching a few hours a week should relate to the best to their teaching, in fact, being configured as an educational link to the Democratic State. This discussion is locked in the present work, the Theory of Communicative Action Habermas, viewing the idea that through education, we must develop rationality as a process capable of

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

preparing the subject for teacher training in a given rationality which is produced intersubjectively, reaching finally the emancipation of consciousness.

KEYWORDS: UNIVERSITY PROFESSOR. LEGAL EDUCATION. HABERMAS. THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION. TEACHER-STUDENT RELATIONSHIP. CONTEMPORARY EDUCATION

Introdução

O professor universitário se configura em um instrumento essencial para o desenvolvimento da docência universitária, é o ator principal das ações articuladas com a pesquisa e a extensão, encarando esses pontos como searas próprias para a reprodução e reconstrução do conhecimento (CUNHA, 1998). Se transferirmos esse pensamento para a academia jurídica, verificamos que o papel do professor universitário do curso de Direito possui uma particularidade transformadora e essencial, que repousa em seu objeto de estudo, ou seja, no pensar a virtude humana integral, no estudo sobre a justiça, como a virtude total, relativamente a outrem. (ARISTÓTELES, 1992).

Na academia jurídica, encontramos, portanto, o espaço para discutir o tema essencial para a viabilidade do Estado Democrático de Direito, que é o conceito e a aplicabilidade de um ideal de justiça e, o professor é um dos atores principais para o desenvolvimento deste saber especializado. (LUCARELLI, 2004).

Antes, porém, de enfrentar o desenvolvimento de suas atividades no espaço universitário, o professor deve ser formado, deverá se transformar em um profissional de ensino, para poder lidar com essa ação complexa com potencial emancipatório que é a produção do conhecimento, no geral, e discussão no particular sobre a idéia de justiça, fazer que apresenta uma série de exigências cognitivas, expressivo-estéticas,além de habilidades básicas que são adquiridas no processo deformação pedagógica do professor . (SANTOS, 1996).

O professor universitário em geral, e o do curso de Direito em particular, possui este importante papel transformados como instrumento de debate sobre a justiça e efetivação do Estado Democrático de Direito, porque retira esta função do próprio papel da educação universitária, que possui uma multiplicidade de funções, por vezes, até contraditórias entre si.

Boaventura, ao discorrer sobre os fins da universidade assevera:

Os três fins principais da universidade passaram a ser a investigação, o ensino e a prestação de serviços. Apesar da inflexão ser, em si mesma, significativa e de se ter dado no sentido do atrofiamento da dimensão cultural da universidade e do privilegiamento do seu conteúdo utilitário, produtivista, foi sobretudo em nível das políticas universitárias concretas que a unicidade dos fins abstratos explodiu numa

multiplicidade de funções por vezes contraditórias entre si. A explosão da universidade, do aumento dramático da população estudantil e do corpo docente, da proliferação das universidades, da expansão do ensino e da investigação universitária e novas áreas do saber. (SANTOS, 1995, p.188).

O professor é aquele que transmite conhecimento, função essencial no mundo moderno, tão carente de especialização. (HUBERMAN, 1995). Segundo Habermas (2002), através da educação se desenvolve a racionalidade como um processo que prepara os indivíduos para atingir a competência racional e desenvolver a racionalidade que se produz intersubjetivamente, ou seja, a racionalidade comunicativa e, essa racionalidade, no campo da universidade e da educação em si, pressupõe a reflexão e a emancipação da consciência. Desta forma, a universidade, através de todo seu processo educacional, possui um caráter emancipador, de desvelar o real como no célebre mito da caverna de Platão.

Se o professor, através do seu papel na universidade, é aquele que transfere conhecimento, verificamos que na modernidade este papel já não dá conta da complexidade contemporiza da profissão docente. Conforme Inbernón (2000) a educação neste novo século, quebra com a concepção de professor como mero transmissor de conhecimentos. O professor universitário passa ter a função de auxiliar a educação de futuros cidadão em uma nova e complexa realidade, que une educação e sociedade, aproximando os campos comportamentais, éticos, comunicativos e coletivos.

Chegamos, portanto, no ponto em que a docência no ensino superior exige que o professor possua um profissionalismo conectado aos pressupostos de uma realidade complexa, não possuindo apenas um domínio de conhecimento que serão transmitidos, mas esteja inserido em todo um processo pedagógico interativo, que rompe com uma pedagogia tradicional que tende a cercear a ação comunicativa, ou seja, o professor deve estar conectado aos pressupostos de uma racionalidade comunicativa (HABERMAS, 1999), que busca expandir os horizontes culturais, relacionais e expressivos, através de um processo de retrabalhar os saberes e os modos de ser e se expressar.

Somado a essa dinâmica pedagógica moderna visualizamos a problematização sobre o ideal de justiça para o professor universitário do curso de Direito, isto é, além desses novos horizontes pedagógicos aplicados á educação universitária contemporânea, o professor de Direito deve trabalhar o estudo sobre o conceito de justiça e transmitir toda a complexidade desta questão ao aluno. Exige-se dele a interação constante desta dimensão no âmago do seu próprio ser - fazer -atuar, enquanto sujeito social de uma realidade múltipla e em constante processo de mutação material e simbólica. Ser professor é assinalar para o mundo exata dimensão.

Desta forma, surge a questão de visualizar este agente, ou seja, buscar compreender quem é o professor universitário do curso de Direito que possui tarefas tão complexas e importantes dentro da universidade e na efetivação de um estado social de plenos direitos e deveres.

Professor-advogado e advogado-professor

Tendo por base tarefas tão relevantes a docência universitária nas faculdades isoladas e universidades parece não poder ser encarada de forma animadora. Toda consciência crítica sobre o papel da educação no mundo contemporâneo faz surgir, também uma nova visão sobre a formação do professor universitário (CUNHA, 1998), sendo, portanto, necessário a identificação deste profissional.

Na academia jurídica podemos visualizar dois grupos de professores que exercem a função docente:

os bacharéis em Direito e o os advogados com pós-graduação que se dedicam à docência em tempo integral;

Os operadores do Direito que atuam no mercado de trabalho específico e se dedicam ao magistério algumas horas por semana.

Tendo por base o que Boaventura de Souza Santos chama de "incertezas do mercado de trabalho e volatilidade das formações profissionais" (SANTOS, 2000, p.147), torna-se cada vez mais premente transmitir aos estudantes do curso de Direito uma formação cultural sólida e ampla, quadros teóricos e analíticos gerais, além de uma visão global do mundo e de suas transformações pra o campo jurídico, buscando desenvolver nestes futuros operadores do Direito o espírito crítico (SANTOS, 2000), a partir da instauração do mesmo enquanto sujeito social.

Desta forma, o presente artigo busca compreender como se configura o arcabouço teórico e prático dos dois grupos de professores no enfrentamento dessas complexas funções. Ao primeiro grupo pode surgir a crítica baseada na idéia da impossibilidade de se ensinar o que não se vivência na prática diária. Porém, como anunciado por Arendt (1972), ao se referir à crise na educação, o espaço universitário não pode ser apenas um local que abriga instituições vocacionais apartadas da idéia de ensinar conhecimento. Já ao segundo grupo caberia, então, a crítica por falta de dedicação exclusiva a uma tarefa tão complexa e que exige um comprometimento pedagógico constante. Desta forma, não fica claro qual grupo está mais preparado para o enfrentamento da docência universitária com todas as funções e desafios inerentes a esse processo, que implica ter responsabilidades sociais e política perante o mundo.

Se trabalhamos em princípio com a idéia de uma educação comunicativa baseada em Habermas poderemos pensar que o primeiro grupo, mesmo com a crítica da prática desvinculada da teoria, se encontraria mais preparado pra a docência e vida acadêmica, pois, possuiria mais espaço e tempo para um caminho dialógico que buscaria a validez lingüística dos atos intersubjetivos encontrados na vivência como meio de se alcançar o entendimento consensual cobrado pela realidade contemporânea (HABERMAS, 1999), enquanto o segundo grupo estaria mais preparado para fazer a junção entre a teoria e prática pra o saber docente.

A prática educacional contemporânea pode ser compreendida com base no fortalecimento da comunicação não distorcida dos indivíduos, buscando consequentemente o consenso (HABERMAS, 1999) através de um projeto educativo voltado ao entendimento racional que vise se distanciar de posições irracionais que se constroem sobre bases distintas, buscando a emancipação do indivíduo (ADORNO, 1995), daí se vinculando à noção de consenso de Habermas que busca solucionar conflitos através de um acordo comunicacional.

Desta forma,quando pensamos no papel do professor universitário do curso de Direito, devemos compreendê-lo, também, como uma espécie contínua de interação direcionada à solução de um problema de coordenação entre agentes: professor ↔ aluno. Para Boaventura Souza Santos (1996) parece que a prática pedagógica regressa ao generalismo, e não à especificação prática do segundo grupo, buscando, consequentemente, um desempenho pluriprofissional.

Porém é inegável o valor pedagógico do conhecimento prático do ofício, no caso do professor universitário do curso de Direito, da pratica como operador do Direito no cotidiano, ou seja, de uma competência profissional para transmitir aos estudantes um conjunto mais coeso de conhecimentos, unindo teoria, experiência e formação profissional. (SIEBENEICHLER, 1999).

Tendo por base a academia jurídica, as funções pedagógicas contemporâneas creditadas à universidade e ao professor (ser crítico, reflexivo, pesquisador, questionador, articulador e interdisciplinar), surge a questão de compreender como se estabelece a dinâmica universitária do professor profissional e do profissional professor: no curso de Direito que tem por objeto de estudo a justiça social como eixo impulsionador na construção de um mundo onde os direitos fundamentais do homem sejam o centro para onde deve convergir,e ao mesmo emergir,uma sociedade melhor, porque mais justa, aspecto este fundante na efetivação do Estado Democrático de Direito.

Crise na Universidade e o pensamento de Habermas

Quando visualizamos a obra de Habermas constatamos que o professor universitário do curso de Direito possui uma responsabilidade social que distingue o seu ofício de outra profissão técnica, possui um potencial transformador e emancipador. O professo, seja um operador do Direito que se dedique à docência de forma subsidiária, ou um profissional do ensino em tempo integral, deve fundir os papéis de ser profissional e cidadão, tendo em vista a ideia de que para chegar a ser um profissional do ensino pleno há a necessidade de congregar uma racionalidade comunicativa habermasiana a uma reflexão crítica que concilie o técnico com o ético na vida profissional, tornando possível que o professor seja, de fato, portador do ideal de justiça na efetivação do Estado Democrático de Direito, compatibilizando em seu interior a educação humanística e a formação profissional, rompendo com a dicotomia educação – trabalho.

Para alcançar tal intento é necessário relacionar o pensamento de Habermas ao debate sobre o papel da educação universitária pra, consequentemente, tornar possível

visualizar o lugar do professor universitário do curso de Direito na dinâmica docente contemporânea.

Ao buscar este ponto relacional nos deparamos com o trabalho filosófico de Hannah Arendt (1972), quando a mesma se refere à crise da educação, incorporando a essa análise da crise, outros estudiosos de tal problemática, tais como: Boaventura de Souza Santos (2000), Luiz Fernando Doutado (2003), Elisa Lucarelli (1997), Maurício Tardif (1999) e Miguel Zabalza (2004).

Santos (2000) analisando de forma detalhada a realidade dos saberes universitários constrói uma linha evolutiva de tal processo de fragmentação, que vê instaurado na dinâmica educacional. Desta forma, o saber universitário teria passado, principalmente, por uma crise de hegemonia, posteriormente opor uma crise de legitimidade.

Desta forma, a universidade seus saberes, sempre possuíram uma centralidade enquanto local de produção de alta cultura e conhecimento, devido à exigência do trabalho universitário, da excelência dos seus produtos culturais e científicos, da liberdade de expressão e da autonomia e universalismo dos seus objetivos.

Porém, a partir dos anos sessenta, esta concepção hegemônica da universidade entra em crise (CUNHA, 1998), devido principalmente, à cultura de massas que possui uma lógica de produção, de distribuição e de consumo de conhecimentos, completamente distinta dos pressupostos educacionais trabalhados até este momento, o que Adorno (1985) enxerga como o desafio constante à alta cultura, pois concorrem com esta dentro do universo cultural dos estudantes. A hegemonia do saber universitário também se viu em crise devido a dicotomia educação-trabalho, o que se vincula perfeitamente ao centro de análise do presente artigo, que é o papel do professor-profissional e do profissional-professor no Estado Democrático de Direito, pois a hegemonia da universidade é de difícil realização dentre da divisão entre dois campos: o mundo ilustrado e o mundo do trabalho, (SANTOS, 1996, p.155). A ideia, pois, passa a ser a de que quem pertence ao primeiro grupo estaria dispensado do segundo e que quem realiza o trabalho técnico estaria desvinculado do saber intelectual.

A universidade atravessa também uma crise de legitimidade segundo Santos (1996) devido à dificuldade crescente do novo papel do saber universitário frente a uma demanda ininterrupta de alunos ávidos por uma educação até então restrita. A universidade só pode se legitimar satisfazendo esta demanda, porém, a criação da universidade sempre esteve vinculada ao pressuposto de transmitir o saber a um grupo social restrito e homogêneo. (ROSAS, 1986) daí o impasse e o grande desafio ao saber universitário, da busca moderna pela abrangência educacional, estabelecendo um processo de democratização nas instituições de ensino superior. (ROSAS, 1986).

Unindo o pensamento de Habermas à problemática universitária verificamos que a superação desta crise saber e poder saber é possível através de uma investigação filosófica do projeto de reconstrução racional da modernidade elaborado pelo filósofo em sua “Teoria da Ação Comunicativa (1999) e Consciência moral e agir comunicativo (1989), principalmente. A idéia ao unir o pensamento de Habermas à problematização educacional contemporânea é ressaltar o princípio de que a emancipação é inerente à comunicação, desta forma, os projetos educacionais crítico-emancipatórios devem ressaltar a estruturar a formação da competência comunicativa dos professores, pois, são

estes que devem, prioritariamente, se configurarem nos instrumentos para o desafio educacional universitário.

Desta forma, tendo por base o pensamento de Habermas, partimos do pressuposto deque o consenso se configura como uma expressão de competência comunicativa dos atores sociais envolvidos em um processo de interação, tornando possível a emancipação do sujeito (aluno) através do aperfeiçoamento de suas ações em um processo contínuo e cooperativo de aprendizagem no ambiente universitário. Em resumo, podemos dizer que Habermas torna possível, nesse ambiente de crise estruturado por Arendt (1972) e Souza (2000), compreendermos como se configura a competência do conhecimento através do entendimento. Nas palavras de Habermas:

Desde a perspectiva dos participantes, 'entendimento' não significa um processo empírico que dá lugar a um consenso fático, senão um processo recíproco de convencimento que coordena as ações dos distintos participantes à base de uma motivação por razões. Entendimento significa a comunicação orientada por um acordo válido. (HABERMAS, 1999, p. 500).

Transferindo a filosofia de Habermas para o ensino jurídico, verificamos que entre os participantes que ele cita como pressuposto do entendimento está o professor do ensino jurídico. Indispensável para o enfrentamento da função de efetivar a universidade como um espaço público de acesso ao saber, que se dará através da participação ativa de seus atores sociais (professor-aluno) envolvido em um processo de interação com a possibilidade de consenso. (HABERMAS, 2000).

O pensamento de Habermas, portanto, ressalta a importante função que o professor universitário deve desempenhar para a efetivação dos saberes docente. Transportando este arcabouço teórico para a academia jurídica verificamos que o professor - seja um advogado professor ou professor advogado - deve unir em sua pedagogia o técnico com o ético, o social e o político, para quebrar a dicotomia educação-trabalho, buscando se tornar um participante pleno inserido nos princípios da racionalidade comunicativa e da teoria do agir comunicativo.

O papel social do professor de Direito

Um dos pilares de uma sociedade justa, baseada no princípio da dignidade humana é a relação existente entre educação - universidade –sociedade, tendo a dimensão que é através da educação fornecida pela universidade que o ser humano emancipa o seu saber por meio da integralização social, tendo uma perspectiva cognitiva, profissional, ética e política. (ZABALZA, 1998).

Ao direcionarmos esse pensamento para a academia jurídica verificamos que além das funções pedagógicas modernas aplicadas ao estudo universitário (TARDIF, 2005), é dentro do estudo jurídico que se concentra o debate sobre o ideal de justiça inserido a redefinição da sociedade humana. A busca por uma compreensão do que seja a justiça ocupou e ocupa juristas e filósofos.

Tendo em mente o pensamento aristotélico em que o lugar propício para a realização e a emancipação do homem é a *polis,* verificamos o papel essencial da educação universitária no geral, e da academia jurídica no particular, pois como dissemos a compreensão do justo é ponto central pra a viabilidade de uma sociedade melhor e consequentemente mais democrática.

Seguindo o pensamento aristotélico podemos traçar a seguinte linha teórica: sociabilidade - educação - justiça, ou seja, o homem se realiza no agir político-social, mas para isso é necessário que ele seja educado em sociedade, e a justiça é o fator que garante a proporcionalidade em sociedade. (ARISTÓTELES, 1992), ou seguindo o pensamento tomista, a justiça é a disposição permanente do espírito pela qual se atribui a cada qual o seu direito, trazendo o incipiente conceito de justiça social.

Tendo por base, portanto, as funções da educação universitária no geral e o estudo sobre o ideal de justiça na academia jurídica, fica claro o papel primordial do professor com promotor deu ma docência universitária vinculada à função emancipadora do ser humano.

Buscando na academia e na literatura específica podemos observar que o debate sobre o ensino jurídico ainda é insuficiente (ARRUDA JÚNIOR, 1989), existindo, portanto, a necessidade de tornar mais detalhado o estudo dos saberes docentes, visando à consolidação de uma nova pedagogia para a área do ensino do Direito, que busque despertar a atenção para as funções múltiplas da formação jurídica (ARRUDA JÚNIOR, 1989), pois algumas pesquisas elaboradas na área parecem apontar para o fato do ensino jurídico aparecer como uma atividade subsidiária à carreira jurídica.

O professor de Direito inserido na contemporaneidade

Visualizando a situação atual da universidade constatamos que a função didática do professor sofre uma crise de identidade e de instrumentos pedagógicos dentro de outra crise que é a universitária e,o professor do curso de Direito, encontra-se em uma situação mais conflituosa em razão das especificidades de sua realidade profissional.

A resposta a ser perseguida deve servir para os dois grupos que apresentamos anteriormente, ou seja, devem buscar apreender uma nova pedagogia que sirva aos bacharéis em Direito advogados acadêmicos que se dedicam à docência em tempo integral e aos operadores do Direito que atuam no mercado de trabalho específico e se dedicam ao magistério algumas horas por semana.

Uma primeira resposta, nos parece, encontra-se na filosofia habermasiana, especificamente em sua Teoria da Ação Comunicativa que compreende a profissão professor como um novo tipo de racionalidade que não encontra-se ainda desvelada, porém, está latente nas relações inter-pessoais, , onde a idéia central seria a de que o único meio de emancipação do indivíduo cognitivo encontra-se nas ações comunicativas. (HABERMAS, 1989).

A teoria de Habermas aponta as várias maneiras de o indivíduo interagir com o seu próximo e busca compreender como se configura e se estrutura os mecanismos que formam estes modos de interação. O autor busca em sua obra moldar uma teoria da sociedade e apreender o que ele denomina de crise da razão e a falta de capacidade do indivíduo moderno de compreender de forma criteriosa a realidade em que se está inserido. Desta forma Habermas busca um novo conceito de sociedade que seja capaz de unificar a realidade fática com os pressupostos da razão.

Através da ação comunicativa o aturo empreende uma análise às estruturas do saber institucionalizado, para que assim, possa surgir outra forma de conhecimento baseado na emancipação do sujeito, pois a função cognitiva se desenvolve apenas através da relação intersubjetiva, os conhecimentos que o indivíduo pode adquirir é o resultado de um processo contínuo da intersubjetividade. (HABERMAS, 1989).

É importante destacar que, ainda segundo a teoria habermasiana o conhecimento se configura em um processo para a obtenção de um acordo entre sujeitos lingüística e interativamente competentes. (HABERMAS, 1987). Desta forma, o entendimento seria fruto de um processo de construção fundado na linguagem, onde os interlocutores se vinculam através da validade do que Habermas chama de “atos de fala”. Segundo prestes (1966, p.75) o entendimento seria “um processo de obtenção de acordo entre sujeitos, lingüística e interativamente competentes. Os processo de entendimento têm como meta um acordo que satisfaça as condições de um assentimento, racionalmente motivado, ao conteúdo de uma missão.”.

Nestes atos de fala os interlocutores buscariam o entendimento que viria através do consenso, por isso pode-se afirmar que a teoria da ação comunicativa possuiria uma função emancipadora para os sujeitos, sempre fundada na linguagem e no processo intersubjetivo.

Habermas busca, então, ultrapassar o estágio da razão meramente instrumental, utilizando para isso o processo comunicativo assentado na intersubjetividade. O entendimento, portanto, deixa de ser algo conquistado de forma unilateral, para se transformarem um acordo de fala, isto é, um compartilhamento de significados que advêm da linguagem estabelecida em uma relação entre os indivíduos, isto é, uma outra racionalidade. Nas palavras de Habermas essa racionalidade seria:

[...] em primeiro lugar à disposição por parte do sujeito falante e atuante adquirir e utilizar um saber falível. Enquanto os conceitos básicos da filosofia da consciência impulserem que se compreendo o saber exclusivamente como saber de algo no mundo objetivo, a racionalidade limita-se ao modo como o sujeito isolado se orienta em função dos conteúdos das suas representações e dos seus enunciados. A razão centrada no

sujeito encontra os seus (critérios em) padrões de verdade e sucesso que regulam as relações do sujeito que conhece e age com o mundo dos objetos possíveis ou dos estados de coisas. Quando, pelo contrário, entendemos o saber como transmitido de forma comunicacional, a

racionalidade limita-se à capacidade de participantes responsáveis em interações de se orientarem em relação a exigências de validade que assentam sobre o reconhecimento intersubjetivo. A razão comunicacional encontra os seus critérios no procedimento argumentativo da liquidação direta ou indireta de exigências de verdade proposicional, justeza normativa, veracidade subjetiva e coerência estética. (HABERMAS, 1990, p.291).

O que Habermas chama de razão comunicativa podemos compreender como uma forma de agir estruturada sob a comunicação intersubjetiva ou como diz Siebeneichler:

O conceito razão comunicativa ou racionalidade comunicativa pode, pois, ser tomado como sinônimo de agir comunicativo, porque ela constitui o entendimento racional a ser estabelecido entre os participantes de um processo de comunicação que se dá sempre através da linguagem, os quais podem estar voltados, de modo geral, para a compreensão de fatos do mundo objetivo, de normas e de instituições sociais ou da própria noção de subjetividade. (SIEBENEICHLER, 1994, p.66).

O processo educacional relacionado à teoria habermasiana busca, portanto, desenvolver um novo sentido para a razão humana, através da emancipação dos sujeitos envolvidos em uma relação dialógica e intersubjetiva que os levará ao entendimento e ao consenso e, como diz Boufleuer (19997, p.69), “A educação, para obter um bom êxito no cumprimento de suas metas gerais de transmitir tradições culturais, de renovar solidariedades e de socializar as novas gerações, necessita ser concebida por seus agentes como uma ação comunicativa.

Se a educação deve possuir força emancipadora, acreditamos que o professor de Direito deve ser parte integrante deste processo, ou seja, os dois grupos que apresentamos: os bacharéis em Direito e advogados acadêmicos e os operadores do Direito que atuam no mercado de trabalho específico e se dedicam ao magistério algumas horas por semana, devem igualmente, buscar aprender os meios operativos pedagógicos embutidos na Teoria da Ação Comunicativa.

Considerações finais

O artigo em questão buscou apresentar a problemática atual que visualizamos não apenas na academia jurídica, mas em todo universo do ensino universitário, porém, nos atentamos à realidade específica do ensino do Direito, pois acreditamos que se configura em um exemplo viável dos conflitos atuais da Universidade, qual seja, o lugar do professor frente aos desafios constantes da carreira e as ferramentas que o docente possui para empreender um ensino de qualidade.

A realidade do professor do curso de Direito enfrenta uma dicotomia que visualizamos de maneira muito restrita em ouras áreas do conhecimento, pois o docente do fenômeno jurídico empreende, na maioria das vezes, uma atividade dual: é professor universitário e operador do Direito com diversas especificações por vezes contraditórias: promotor, criminal, conciliação, defesa, acusação. Portanto, a docência jurídica incorre nesta especificidade que é pouco estudada pela própria academia jurídica ou pela faculdade de educação, qual seja a construção dos saberes do professor de Direito, que possam habilitá-lo para atuar com excelência na docência universitária.

Neste estudo adotamos uma postura reflexiva e buscamos pontuar a problemática inicial de que o estudo do Direito se dá pela relação do fenômeno jurídico com as várias instâncias sociais, o que implica em ser um professor de Direito que busque sistematizar o conhecimento com as várias áreas do saber, tornando-se um docente possuidor de uma formação mais ampla, capaz de coordenar o ensino jurídico às práticas jurídicas e às ferramentas pedagógicas da área d ensino. Se tivermos em mente que a sociedade (ARENDT) e, consequentemente, a universidade, enfrentam um constante processo de mutabilidade, a partir das mudanças científica, tecnológicas e culturais que imprimem novos rumos à sociedade, ficará evidente que o campo universitário deve se abrir aos processos não-universitários, e o Direito se configura em um dos campos do saber quase forma pelo constante diálogo com a sociedade. Portanto, o campo jurídico, por excelência, deve estar conectado com o que ocorre fora da seara acadêmica, daí a análise se pontua com freqüência do Direito em não suprir às necessidades sociais justamente pela existência desta dissociação ensino-sociedade, através de um constante processo de pesquisa-ação.

Dentro desse diapasão enquadra o professor do curso de Direito, inserido como um elo capaz de unir as aspirações da sociedade às funções jurídicas, unir o ensino jurídico às premissas sociais das quais ele é parte integrante, pois, quando o ensino jurídico está dissociado dos anseios sociais, ou não os compreende ou não os discute dentro da academia, temos como resultado um ensino jurídico dogmatizado e impositivo, incapaz de emancipar o indivíduo que busca a dinâmica universitária com forma de compreensão da realidade que o cerca.

O artigo buscou compreender, portanto, como pode surgir esse professor do curso de Direito que possui tal tarefa emancipatória, capaz de oferecer à universidade um ensino jurídico vinculado aos anseios da sociedade, tornando-se um elo educacional reflexivo capaz de compreender as mudanças sociais e vinculá-las ao estudo em pesquisas jurídicas, ou seja, compreender qual grupo de professores de Direito que o artigo apresentou, possuiria esta competência pedagógica.

A resposta para essas questões encontramos na relação da educação com o pensamento de Habermas. Tendo em mente que em nossa vida social deve prevalecer o agir comunicativo buscando sempre o entendimento, abandonando uma racionalidade

puramente cognitiva instrumental e, abrindo espaço para uma prática pedagógica vinculada ao agir comunicativo e à argumentação para possibilitar, finalmente, a emancipação do indivíduo inserido nesta dinâmica histórica da realidade que é social e múltipla.

Tendo por base o pensamento de Habermas pode-se compreender que a emancipação do indivíduo através do processo educacional só é possível se os envolvidos no processo estiverem dispostos a desenvolverem uma dinâmica eminentemente argumentativa, que possa explicitar os limites de uma racionalidade instrumental dissociada do agir comunicativo emancipatório. Quando repassamos esta idéia para a academia jurídica, devemos visualizar o professor como esse agente inicial responsável por empreender uma nova relação argumentativa que envolva o outro e os seus anseios sociais neste diálogo.

Dentro da Teoria da Ação Comunicativa encontramos um referencial para visualizarmos quem deve ser esse professor de Direito capaz de romper a estrutura complexa da academia jurídica atual, utilizando o instrumento habermasiano da mediação do entendimento vinculado à relação cooperativa dôo consenso. O professor, então, seja o bacharel e advogado acadêmico, ou o operador do Direito que atua no mercado de trabalho específico e se dedica ao magistério algumas horas por semana, devem estar inserido de forma habermasiana nos dois campos profissionais de escritório ou forense, no campo social e no campo acadêmico, para que possa ser capaz de empreender uma ação comunicativa emancipatória com o outro em formação.

Conforme diz Boufleuer (1997), para que o professor do curso de Direito seja capaz de empreender o enfrentamento de suas várias funções contemporâneas, ele deve quebrar o paradigma de uma educação centrada apenas no indivíduo e passe para uma racionalidade comunicativa baseada na intersubjetividade da ação ente os sujeitos.

Referências

ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação.** São Paulo: Paz e Terra, 1995. 190p.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento:** fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1985. 254 p.

ARENDT, Hannah. **A condição humana. 10**. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARENDT, Hannah. **A dignidade da política.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2005.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro.** 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. 348p.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco:** texto integral. Brasília: Editora Universidade de Brasília.1992.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito moderno e mudança social:** ensaios de sociologia jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1989. 160 p.

BANNEL, Ralph Ings. **Habermas e a educação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

BERNSTEIN, Brasil B.,1924. **A estruturação do discurso pedagógico:** classe, códigos e controle. Petrópolis: Vozes, 1996.

BOUFLEUER, J. P. . **Pedagogia da ação comunicativa**: uma leitura de Habermas. 3. Ijuí UNIJUÍ, 2001.

CARINO, Jonaedson. Educação e política à luz do pensamento de Hannah Arendt. 1989. 248 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Instituto de Estudos Avançados em Educação, Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Escritos sobre a universidade.** São Paulo: UNESP, 2001. 205 p.

COELHO, I. M. . Formação do educador: dever do Estado, tarefa da universidade. In: BICUDO, M. A. V., SILVA JÚNIOR, C. A. S.. (Org.). **Formação do educador**: dever do Estado, tarefa da universidade. São Paulo: UNESP, 1996, v. 1, p. 17-43.

COELHO, I. M. Fenomenologia e educação. In: BICUDO, M. A. V., CAPPELLETTI, I. S.. (Org.). **Fenomenologia**: uma visão abrangente da educação. São Paulo: Olho dágua, 1999, p. 53-104.

CUNHA, Luiz Antônio Ensino superior e universidade no Brasil. In: LOPES, Eliane Marta Teixeira; FARIA JÚNIOR, Luciano Mendes; VEIGA, Cyntia Greive (orgs). ***500 anos de educação no Brasil.*** Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

CUNHA, Maria Isabel da. **O professor universitário na transição de paradigmas.** Araraquara, SP: JM, 1998. 118p.

CUNHA, Maria Isabel da . A docência como ação complexa: o papel da didática na formação de professores. In: ROMANOWSKI, Joana; MARTINS, Pura Lucia Oliver; JUNQUEIRA, Sérgio Rogério A.. (Org.). **Conhecimento local e conhecimento universal**: pesquisa, didática e ação docente. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, 2004, v.1, p. 31-42.

DWORKIN, R. M. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença:** estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 232p.

GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos:** reflexões sobre o Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006. 735p.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Comunitarismo e liberalismo na fundamentação do estado democrático de direito e o problema da tolerância**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são os ***Direitos Fundamentais***? Disponível em: http://marcelogaluppo.sites.uol.com.br/index.htm. Aceso em 15 out.2008.

GOMES, Luiz Roberto. ***Educação*** **e consenso em** ***Habermas*****. Campinas: Alínea, 2007.**

GOMES, Wilson; *MAIA*, Rousiley C. M. **Comunicação e democracia**: problemas & perspectivas. São Paulo: Paulus, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 236p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. nv.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade:** Doze lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 540p.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Passado com futuro**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico:** estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Textos e contextos**. Lisboa: Insituto Piaget, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa :** complementos y estudios previos. 2. ed. Madrid: Cátedra, c1994.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa :** volume 1: racionalidad de la acción y racionalización social. 4. ed. Madrid: Taurus Humanidades, 2003. 516p.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa :** volume 2: crítica de la razón funcionalista. 4. ed. Madrid: Taurus Humanidades, 2003. 617p.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação:** ensaios filosóficos. São Paulo: Edições Loyola, c2004. 330p.

INGRAM, David. **Habermas e a dialética da razão.** Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1993. 297p.

LAFER, Celso. **Hannah Arendt:** pensamento, persuasão e poder. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. 197p.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano.** São Paulo: Nova Cultural, 1988.

LUCARELLI, Elisa. Enseñar y aprender en la universidad: la articulacion teorica-practica como eje de la innovación en la aula universitaria; In: ENCONTRO NACIONAL DE DIDÁTICA E PRÁTICA DE ENSINO. **Ensinar e aprender**: sujeitos, saberes e pesquisa. Rio de Janeiro, DP&A, 2000 - p. 149-162.

MASETTO, Marcos Tarciso. Professor universitário: um profissional da educação na atividade docente. In: MASETTO , Marcos Tarciso. (Org.). **Docência na universidade**. 2 ed. Campinas: Papirus, 1998, p. 9-26.

MÜHL, E. H.. **Habermas e a educação**: ação pedagógica como agir comunicativo. Passo Fundo - RS: UPF Editora, 2003. v. 1. 344 p.

NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro:Jorge Zahar Editor, 2004.

PEREIRA, Luisa Ribeiro Pereira. A superação do currículo oculto: um desafiopara a universidade. GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos:** reflexões sobre o Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006, p.479-504.

PERRENOUD, Philippe *et al.* **As competências para ensinar no século XXI:** a formação dos professores e o desafio da avaliação. Porto Alegre: Artmed, 1999. 176 p.

PIAGET, Jean. **Epistemologia genética.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 123 p.

PIMENTA, Selma Garrido; ANASTASIOU, Léa das Graças Camargos. **Docência no ensino superior.** 2. ed. São Paulo: Cortez, 2005. 279p.

PRESTES, Nadja Mara Hermann. **Educação e realidade**: conexões e possibilidades de uma razão comunicativa na escola. Porto Alegre:Edipucrs,1996.

RANIERE, N.B. **Educação superior**: direito e estado. São Paulo: FAPESP?Edusp, 2000.

ROSAS, Paulo. O processo de democratização nas instituições de ensino superior. **Educação Brasileira,** Brasília, v.18, n.16 ,p.56, ago. 1986.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A universidade no século XXI:** para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade. São Paulo: Cortez, 1996.

SIEBENEICHLER, F. B. **Jurgen Habermas**: razão comunicativa e emancipação. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

TARDIF, Maurício; LESSARD*, C.* **O *trabalho docente:*** elementos para uma teoria da docência como profissão de interações humanas. Petrópolis: Vozes, 2005.

ZABALZA, Miguel A. **Diários de aula**: contributo para o estudo dos dilemas práticos dos professores. Porto: Porto Editora, 1998**.**

ZABALZA, Miguel A. **O ensino universitário**. Porto Alegre: Artmed, 2004.

ZEICHNER, Kenneth M. **A formação reflexiva de professores**: idéias e práticas. Lisboa: Educar, 1993.

No centro da República encontramos o mito platônico chamada “Da caverna”, que foi visto e estudado como símbolo da metafísica platônica, da gnosiologia e da dialética platônicas, além,da ética,o mito simboliza os vários graus ontológicos da realidade,além dos planos do conhecimento,em seus diferentes níveis. (REALE, 1994, p.257).

Segundo Coêlho “Ensinar não é, pois, encher a mente dos indivíduos com as últimas novidades da ciência e da tecnologia, transformando-os em assimiladores e consumidores de idéias, valores, normas e padrões de comportamento dominantes na sociedade, nem mesmo ordenar e sistematizar sua experiência, corrigir suas idéias equivocadas, distribuir com justiça o que vem sendo apropriado por poucos. Mais do que exercer uma perícia técnica específica, é necessariamente convidar os jovens à reflexão, ajudá-los a pensar o mundo físico e social, as práticas e saberes específicos, com o rigor e a profundidade compatíveis com o momento em que vivem.” (COÊLHO, 1996, p.40). Essa idéia é explicada por Hannah Arendt, quando diz que: ” esse pressuposto básico é o de que só é possível conhecer e compreender aquilo que nós mesmos fizemos, e sua aplicação à educação é tão primária quanto óbvia: consiste em substituir, na medida do possível, o aprendizado pelo fazer. O motivo por que não foi atribuída nenhuma importância ao domínio que tenha o professor de sua matéria foi o desejo de levá-la ao exercício contínuo da atividade de aprendizagem, de tal modo que ele não transmitisse como se dizia: “conhecimento petrificado”, mas, ao invés disse, demonstrasse constantemente como o saber é produzido. A esta intenção consciente não era a de ensinar conhecimentos, mas sim de inculcar uma habilidade, e o resultado foi uma espécie de transformação de instituições de ensino em instituições vocacionais. (ARENDT, 2005,p.223).

No Brasil existem vário autores que estabeleceram relação do pensamento de Habermas com a educação, podemos citar: Boufleuer (2001), Prestes (1996), Muhl (2003), Bannel (2006), Bannel e Siebeneichler (1994), Ings (2006), Gomes (2007).

Esta dinâmica estaria fundamentada no contexto do mundo da vida, que segundo Habermas: “ O mundo da vida é, por assim dizer,o lugar transcendental no qual o falante e o ouvinte se encontram; é o lugar em que podem estabelecer reciprocamente a pretensão de que suas emissões concordam com o mundo objetivo, subjetivo e social : em que podem criticar e exibir os fundamentos das respectivas pretensões de validade, resolver seus desentendimentos e chegar a um acordo." (HBERMAS, 1999,p.179).

Esta passagem da obra de Habermas exemplifica bem esta nova dinâmica educacional: Quando os pais querem educar os seus filhos, quando as gerações que vivem hoje querem se apropriar do saber transmitido pelas gerações passadas, quando os indivíduos e os grupos querem cooperar entre si, isto é, viver pacificamente com o mínimo de emprego de força, são obrigados a agir comunicativamente. Existem funções sociais elementares que, para serem preenchidas, implicam necessariamente o agir comunicativo. Em nossos mundo da vida, compartilhamos intersubjetivamente e que se sobrepõem uns aos outros, está instalado uma amplo pano de fundo consensual, sem o qual a prática cotidiana não poderia funcionar de forma nenhuma. (HABERMAS, 1993,p.105).

Verifica-se, assim um certo regresso ao generalismo, ainda que agora concebido não como saber universalista e desinteressado próprio das elites,mas antes como formação não-profissional pra um desempenho pluriprofissional. (SANTOS, 1996, p.174).

Segundo Perrenou (1999, p.127) "uma competência está sempre associada a uma mobilização de saberes". Não sendo um conhecimento, portanto, acumulado, e sim à capacidade de se recorrer ao que se sabe, incluindo experiências pessoais, pra realizar o que se deseja e o que se projeta.

Boaventura trabalha de maneira minuciosa o processo de crise que se instaurou no saber universitário no Capítulo 8 da obra Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade, intitulado: Da idéia de Universidade à Universidade de idéias (2000, p.187-235).

Em sua obra Habermas (1989) ressalta que o consenso é uma possibilidade que possui potencial pra se efetivar dependendo do processo de argumentação, do reconhecimento das pretensões universais de validade e das chamadas condições livre de uma iteração lingüística, sem a possibilidade de coerção.

Como ressalta Tardif (2005, p.57) "A formação universitária, também deve prover as pessoas de competência, de mobilização de esquemas de ação progressivamente mais complexos e significativos, capacidade de construção de mapas de relevância das informações disponíveis, para a tomada de decisões e, sobretudo a capacidade de projetar o novo, de criar e em um cenário de problemas, valores e circunstâncias no qual somos lançados e no qual devemos agir solidariamente.

Segundo Aristóteles (1997, p.14) "a cidade faz parte das coisas da natureza, o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem".

Nas palavras de Galuppo (2003) “Existem lugares naturais propícios à atualização de cada ser”.

Segundo Santo Tomás de Aquino (1990, q.58, art.3º, p.21) a “virtude humana é aquela que faz bons o ato humano e o mesmo homem bons o ato humano, e isto é próprio da justiça. Pois a ação humana torna-se boa ao seguir a regra da razão, segundo a qual são retos os atos humanos. Portanto, já que a justiça torna retas as operações humanas, é evidente que torna boa a ação humana.”

Podemos citar as pesquisas desenvolvidas por Maurice Tardif e Clemont Gauthier, principalmente nas obras: Os saberes profissionais dos professores: fundamentos e epistemologia (1995), Saberes profissionais dos professores e conhecimento universitário (1999) e Saberes docentes e formação profissional (2003).

A NECESSIDADE DE UMA FORMAÇÃO HUMANÍSTICA EFETIVA NO ENSINO DO DIREITO*

THE NEED FOR EFFECTIVE TRAINING IN HUMANITIES EDUCATION LAW

Mariana Cavarra Bortolon

RESUMO

O presente artigo traça brevemente o histórico do ensino jurídico no Brasil, desde o Brasil Império até a edição da Portaria 1886 do MEC e a Resolução 09/04 do CNE, revelando, desde já, as falhas na instituição e maturação dos cursos jurídicos no país. Descreve, logo em seguida, o modelo do ensino jurídico em aplicação atualmente, explicitando seu caráter positivista e sua dificuldade de superar as amarras travadas pelo paradigma da modernidade, hoje em crise. A seguir, denota o paradoxo entre o modelo de ensino em aplicação e os diplomas legais à disposição, os quais pretendem um ensino mais humanizado do Direito, apesar da realidade dos cursos jurídicos apontarem para caminho diametralmente oposto. A partir de então, buscam-se possíveis caminhos para a efetiva implementação da Portaria 1886/94 e da Resolução 09/04 do CNE, de forma a buscar um ensino do Direito mais humanizado. Finalmente, é revelado o problema do conceito de direitos humanos hoje difundido nas instituições de ensino superior, baseado em uma universalidade duvidosa, quando se leva em conta a sua estrutura puramente ocidental.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS, ENSINO JURÍDICO, MODERNIDADE

ABSTRACT

This article briefly traces the history of legal education in Brazil since the Empire of Brazil to the 1886 edition of the Ministry of Education Ordinance and Resolution 09/04 of the CNE, revealing at the outset, the flaws in the establishment and maturation of law courses in country. Describes shortly thereafter, the model of legal education in application today, explaining his character and his positivist difficulty of overcoming the bondage caught by the paradigm of modernity, now in crisis. Then denotes the paradox of the teaching model under the enactments and the provision, which want a more humane education law, despite the reality of law courses suggest a diametrically opposite way. Since then, we are seeking possible ways for the effective implementation of Decree 1886/94 and Resolution 09/04 of the CNE, in order to get an education law more humane. Finally, it is revealed the problem of the concept of human rights now widespread in higher education institutions, based on a dubious universality, when one takes into account the structure purely western.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS, LEGAL EDUCATION, MODERNITY

1 – INTRODUÇÃO

O ensino jurídico no Brasil, tomado como núcleo essencial para este debate, atravessa uma crise profunda que nos remonta à sua instituição desde o Brasil Império, chegando aos dias atuais.

É interessante falar em crise do ensino jurídico, uma vez que este nunca na história nacional foi satisfatório. Nesta perspectiva, basta lembrar que a idealização e, conseqüente, criação dos primeiros cursos jurídicos implantados no Brasil justifica-se pela necessidade e preocupação em formar recursos humanos para máquina burocrática estatal, e não para formar um corpo de operadores do Direito comprometidos com os diversos problemas sociais do país.

Este quadro fático denota a ascensão de um modelo de ensino marcadamente formal e completamente distanciado da realidade brasileira, que persiste até a contemporaneidade. As diversas reformas legislativas implantadas ao longo do século de XIX e primeira metade do século XX mostraram-se indiferentes ao problema.

Várias foram as mudanças curriculares realizadas no lapso temporal então citado, mudanças estas que em nada acrescentaram, substancialmente, à qualidade do ensino jurídico no cenário nacional.

Apenas a partir de 1960 é possível verificar legislações efetivamente comprometidas com a aproximação do Direito à realidade do nosso país, as quais buscavam corrigir os pontos falhos identificados nos cursos jurídicos, por meio dos diversos debates envolvendo o Conselho Nacional de Ensino - CNE e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

O resultado destes debates foi a edição da Portaria 1.886/94 do MEC e da posterior Resolução 09/04 do CNE. Estes diplomas legais nasceram com o principal escopo de fomentar a capacidade de reflexão crítica dos alunos de Direito e, também, de tornar o ensino jurídico mais humanizado, através de sua aproximação à realidade social circundante.

Apesar das novas diretrizes adotadas pelas normas em apreço, na prática, nada mudou. O ensino continuou extremamente formalista, técnico e alheio às questões sociais, políticas, econômicas e culturais, revelando uma intensa dificuldade no abandono dos ideais da modernidade, hoje já insuficientes e ultrapassados para atenderem as necessidades comunitárias insurgentes.

Deste modo, a ciência jurídica continua a serviço de uma regulação social da elite dominante, de modo a conservar a ideologia estatal, apesar das mudanças legislativas.

Observa-se no ensino jurídico, portanto, um descaso com a realidade nacional, tendo como conseqüência direta a formação de profissionais incapacitados para as novas exigências de mercado.

Diante deste cenário, o presente artigo, longe de apresentar soluções definitivas para tão complexo problema, busca propor possíveis caminhos para a superação da crise do ensino jurídico no Brasil, e a efetiva implementação da Portaria 1.886/94 e da Resolução 09/04.

2 – BREVES LINHAS SOBRE O HISTÓRICO DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

Nesta etapa inicial do presente estudo, procura-se revelar o processo de instituição e maturação dos cursos jurídicos no Brasil. A análise descritiva do decorrer histórico é essencial para compreender a crise do ensino jurídico no país e, conseqüentemente, propor caminhos que nos direcionem a uma formação humanística dos estudantes de Direito.

Entende-se que para perfilhar o desenvolvimento da história dos cursos jurídicos no cenário nacional, é necessário lembrar que o Brasil dos primeiros tempos, como colônia de Portugal[1], articulou-se de acordo com os interesses portugueses, refletindo tal fato sobre maneira no ensino jurídico pátrio.

Nesta perspectiva, não é difícil vislumbrar que a inserção de cursos jurídicos no Brasil significou preocupação latente para metrópole em Portugal, já que a instituição desse tipo de ensino significaria, inevitavelmente, certa autonomia intelectual e, conseqüentemente, certa autonomia da colônia em relação à metrópole (SANTOS, 2002, p. 35).

Por esta razão, Portugal sempre fez o que pôde para impedir a instituição dos cursos jurídicos no Brasil, motivo pelo qual se observa um interesse concreto na implantação dos Cursos de Direito apenas a partir da independência, em 1822.

Com a independência logo se percebeu a necessidade de se formar uma elite intelectual capaz de assumir os cargos de comando do Estado. Conforme as lições de Aurélio Wander Bastos (2000, p. 01), os cursos jurídicos, no Brasil, nasceram não com a intenção de formar advogados e juízes, mas sim com o intuito de preencher o quadro burocrático da máquina estatal

Este cenário revela a íntima ligação entre conhecimento jurídico e a emancipação nacional, descortinando a realidade então óbvia do Brasil Império: a criação dos primeiros cursos jurídicos no país, com a promulgação da conhecida lei de 1827, tinha como escopo a formação de profissionais a serviço das ideologias[2] do Estado, capazes de preencher os quadros burocráticos da máquina estatal, no lugar de uma formação efetivamente jurídica (SANTOS, 2002, p. 37-36).

Após muitas discussões acerca do local onde seriam inseridas as primeiras faculdades de Direito, que nada mais representavam do que o embate entre as elites imperial, civil e liberal – forças sociais que determinavam os interesses a serem seguidos pela Nação – (BASTOS, 2000, p. 07), foi editada a Lei de 11 de agosto de 1827, a qual instituiu Olinda e São Paulo como as capitais a sediarem as Faculdades de Direito.

Os cursos jurídicos então oferecidos seguiam as diretrizes da Universidade de Coimbra, caracterizando-se por serem extremamente formalistas, preocupados com a manutenção dos interesses das elites detentoras do poder político e completamente alienados da realidade social brasileira (BASTOS, 2000, p. 12).

O período de 1827 a 1879 é marcado por constantes reformas na grade curricular dos cursos de Direito, pouco significativas. Destaca-se neste período a criação do ensino livre no Brasil, de iniciativa particular, devido ao aumento da demanda popular voltada à educação (BASTOS, 2000, p. 39-43).

A intensa produção legislativa e as diversas mudanças sofridas pelo ensino jurídico, características do Brasil Império e, também, de boa parte da República, revelam a necessidade de um plano geral de educação preocupado com as mazelas da realidade social brasileira (BASTOS, 2000, p. 121).

Na década de trinta, importante destacar a Reforma Francisco Campos (1931). No que tange ao ensino jurídico, a reforma em questão preocupou-se em reorientar o curso em um sentido mais profissionalizante, sublevando os conhecimentos práticos e, também, focando o ensino ao estudo do Direito Positivo (SANTOS, 2002, p. 37-38).

Desde então e, principalmente após a Constituição de 1937 (a qual deu maior ênfase ao ensino de caráter profissionalizante), estenderam-se muitas reformas – pouco relevantes - no que tange à grade curricular dos cursos jurídicos, até que, em 1962, foi editada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação - Lei nº 4.024, de 20.12.1961 (SANTOS, 2002, p.38)

Apesar das constantes reformas no ensino do Direito, a realidade demonstra uma ineficácia de tais medidas para uma evolução profunda (e necessária) dos cursos jurídicos. A vida nas academias continuou a ser marcadamente formal e tecnicista, distanciada das questões sociais, revelando a grande influência do estilo coimbrã até a contemporaneidade, inclusive.

Sobre o assunto, pontua André Luiz Lopes dos Santos (2002, p. 39):

No que pertine ao ensino jurídico, propriamente, importa perceber que, mesmo com todas essas transformações no quadro educacional brasileiro como um todo, suas reformas, até a década de 1960, bem pouco significaram, o que leva Wander Bastos a afirmar que: “A questão da reforma das faculdades de Direito está exatamente na vocação do ensino jurídico, tradicionalmente avesso às formulações críticas, que, pela sua essência, questionam a própria ordem jurídica, objeto tradicional de ensino do professor de Direito e de aprendizado do advogado. Advogar não é criticar a ordem, mas viabilizar a sua aplicação, especialmente nos países de tradição positivista. Esta máxima, que tem o seu espaço de verdade, mas também o seu limite epistemológico, faz do ensino jurídico um ensino destinado a reproduzir a ordem estabelecida e das

faculdades de Direito meros centro de retransmissão do conhecimento codificado e dos seus instrumentos compreensivos".

O quadro descrito acima nos ajuda a enxergar uma importante conclusão: enquanto quase todos os outros ramos da Ciência já perceberam existir uma crise aguda dos paradigmas calcados pela modernidade, o Direito, na contra-mão das evidências, continua inspirado e amarrado pelos os ideais da "ordem modernista".

Inclusive, neste tocante, Horácio Wanderlei Rodrigues realça que "Quando se pensa na produção do conhecimento jurídico (...) e no seu atual estágio, ao compará-lo com as demais áreas do conhecimento, em especial as humanas, observa-se a defasagem em que ele, regra geral, encontra-se."

A polêmica torna-se ainda paradoxal quando se verifica a legislação atual sobre o ensino jurídico. Neste tocante, a partir da Portaria nº 1886/94 do MEC, bem como da Resolução 09/2004 do CNE, percebe-se uma clara preocupação do legislador em garantir uma formação humanística no ensino do Direito. Por outro lado, os diversos cursos jurídicos existentes no cenário nacional insistem em tomar diretrizes contrárias à legislação apontada, mantendo o ensino formal e tecnicista, calcado numa realidade do dever-ser, mas totalmente distanciado dos reclamos mais profundos da sociedade.

É justamente em razão deste quadro caótico que se passa, a seguir, a uma descrição crítica do modelo de ensino hoje aplicado para, posteriormente, confrontá-lo com as diretrizes humanísticas da legislação atual, de modo a intentar descobrir possíveis soluções para o problema apresentado.

2.1. **O MODELO DO ENSINO JURÍDICO EM APLICAÇÃO NO BRASIL**

Conforme aponta André Luiz Lopes dos Santos (2002, p. 49) o ensino jurídico em aplicação, hoje, no Brasil, é marcado pela descontextualização, pelo dogmatismo e pela unidisciplinariedade.

A descontextualização é marcada pelo profundo distanciamento do Direito em relação à realidade social que o circunda. O problema se torna ainda mais grave quando se descortina uma profunda desigualdade regional dentro de um país tão extenso e caracterizado por uma grande diversidade, enquanto o ensino jurídico mantém-se universal, abstrato e afeito a tais questões.

Um dos desdobramentos deste quadro fático é justamente a colisão de práticas sociais em uso pelos segmentos mais carentes da sociedade com a juridicidade estatal. O Estado, apesar de não contemplar o processo de luta social pelo reconhecimento e efetivação de novos direitos, apenas reconhece o Direito emanado por ele próprio, sendo este completamente distanciado da comunidade (SANTOS, 2002, p. 51).

Neste ponto específico, explica André Luiz Lopes dos Santos (2002, p. 52):

O choque se faz evidente, na medida em que, no âmbito acadêmico, prevalece uma postura que tende a negar esse caráter de juridicidade às práticas pertinentes a esses outros contextos; limita-se, em regra, o campo do jurídico, àquele determinado pelo Direito posto pelo Estado, o que faz com que esses contextos paralelos sejam relegados à condição de saberes práticos, pertencentes ao senso comum, despidos da cientificidade peculiar àquela que identificaria a ciência do Direito.

A situação apontada muito tem haver, também, com a crise do próprio Estado. Na medida em que este deixa de ser capaz de atender as necessidades da sociedade como um todo, surgem medidas alternativas ao sistema oficial, as quais tentam suprir as deficiências deixadas pelo poder estatal.

Nesse sentido, o Direito, como instrumento de regulação social, estreitamente imbricado ao Estado, entra também em crise, surgindo uma juridicidade paralela à oficial. Ao invés de tentar lidar com essas questões, o estudo do Direito ignora esta realidade, ajudando, portanto, na manutenção desta ordem estabelecida, sendo incapaz de produzir transformações.

No mesmo sentido, Horácio Wanderlei Rodrigues (2005, p. 41) afirma que "Um dos graves problemas que apresenta o ensino do Direito contemporâneo é que ele reduz, geralmente, na sua organização tradicional, o Direito ao direito positivado pelo Estado."

O problema dessa postura descontextualizada é que quando se reduz o Direito à lei estatal, o senso crítico fica completamente atrofiado, vez que ao agente jurídico resta apenas estudar e manipular a universalidade legislativa existente (SANTOS, 2002, p. 54).

Porém, a realidade vem demonstrando que, em razão da dinâmica social, o mercado vai se fechando cada vez mais a este tipo de profissional estagnado e acrítico, o que gera, inevitavelmente, uma verdadeira crise no mercado profissional. Isto porque, os estudantes não são preparados para enfrentar essa realidade, tornando-se obsoletos mesmo antes de saírem dos quadros universitários (SANTOS, 2002, p. 57).

O problema dos cursos jurídicos em aplicação não para por aí. Outra característica marcante e, também, problemática do ensino atual é o seu dogmatismo. De acordo com Luis Alberto Warat *apud* André Luiz Lopes dos Santos (2002, p. 61) "(...) a Dogmática jurídica apresenta-se como a tentativa de construir uma teoria sistemática do direito positivo, sem formular nenhum juízo de valor sobre o mesmo".[3]

A dogmática jurídica pode seguir duas direções: ao funcionar como instrumento para conceitualização e elaboração de preceitos e princípios a partir da lei, pode direcionar o agente do Direito a buscar sempre uma permanente atualização das normas postas ou, ao contrário, deixá-lo petrificado nos conceitos já construídos, em um nítido apego ao conservadorismo (SANTOS, 2002, p. 54).

Sem dúvida, o que vem acontecendo em nossos cursos jurídicos é justamente a segunda orientação. O ensino é realizado de modo a conservar dogmas estáticos, de modo a alcançar verdades incontestáveis e estritamente ligadas ao sentido literal das normas jurídicas.

Há, sem dúvidas, uma grande resistência em utilizar a dogmática jurídica como instrumento capaz de aproximar o Direito à realidade atual, lançando mão não apenas das regras expressamente concebidas, mas também dos princípios e valores do Estado Democrático de Direito, estampados, muitas vezes, na própria Constituição Federal de 1988.

Nesta perspectiva, Horácio Wanderlei Rodrigues (2005, p. 42) aponta para a necessidade de se destruir a visão meramente positivista do Direito, vejamos:

É necessário destruir a visão positivista da ciência que, através do método lógico formal da dogmática, coloca-se numa posição de neutralidade e objetividade no ato de conhecimento do objeto de estudo. É essa visão que transforma o ensino do Direito em mera repetição e exegese dos textos legais. Hoje se sabe que inexiste a verdade científica como coisa absoluta e pura.

O direito natural racional, precedente ao positivismo jurídico, desenvolveu-se junto com o paradigma dominante da modernidade. Tinha o seu teor meritório em certa época da história da ciência, em que esta devia ser composta por método próprio e isolado de outros ramos do conhecimento, para assim ser considerada ciência no sentido moderno do termo.[4]

Foi neste contexto que o direito natural racional se desenvolveu, de maneira a emprestar racionalidade moderna ao Direito, buscando a aceitação deste ramo do conhecimento pela comunidade científica da modernidade, depois, cedendo lugar ao positivismo jurídico, no século XIX.

É também este quadro fático que explica o distanciamento do ensino jurídico a outras formas do saber, tais como, a filosofia, a história, a literatura, entre outros, em uma tentativa de fazer com que o Direito se explicasse por si mesmo. Inclusive, esta característica vai ser ainda mais enfatizada pelo positivismo jurídico do século XIX. A visão positivista do Direito assume o lugar do direito natural racional, e influencia o modo de se estudar a Ciência jurídica até a contemporaneidade.

Entretanto, em momento de crise do paradigma moderno, o positivismo tornou-se obsoleto, uma vez que, como mesmo citado por Horácio Wanderlei Rodrigues (2005, p. 42), descobriu-se não mais existir uma verdade absoluta. O Direito universal e abstrato, distanciado das mazelas da realidade interna de cada país, é instituto que tende, inevitavelmente, ao fracasso na busca do progresso social.

Somente é possível falar em por progresso social em um Estado que realmente consegue alcançar e efetivar de maneira mais profunda e satisfatória os direitos humanos, proporcionando uma vida digna para os cidadãos.

Nessa esteira de pensamento, destacam-se os ensinamentos de Horácio Wanderley Rodrigues (2005, p. 42):

(...) O mundo, e o fenômeno jurídico faz parte dele, é plural e polifônico. A tentativa de negação desse fato é a maior comprovação da desvinculação entre o discurso do positivismo jurídico, hegemonicamente reproduzido no âmbito do ensino do Direito, e a realidade concreta do mundo.

Não obstante a todas as evidências, os cursos jurídicos insistem em continuar descontextualizados, fechados no confortável modelo então posto, avessos às mudanças e presos ao dogmatismo jurídico conservador.

Como expressado em linhas anteriores, a dogmática jurídica pode seguir dois caminhos: o de proporcionar uma permanente atualização dos dogmas, de acordo com as novas e insurgentes necessidades sociais ou, por outro lado, servir para o conservadorismo e formalismo exacerbado, tomando-se os dogmas existentes em razões inquestionáveis (SANTOS, 2002, p. 54).

A crítica aqui referenciada não se dirige, portanto, ao enfoque dogmático em si, mas na utilização deste para transformar os dogmas existentes em verdades absolutas e inquestionáveis (SANTOS, 2002, p. 64).

Por fim, outra característica substancial do ensino jurídico hoje em aplicação é a unidisciplinaridade e a fragmentação do conhecimento (SANTOS, 2002, p. 66). Para entender esta questão com maior clareza, entretanto, é de suma importância retornar às características da ciência moderna.

O direito racional natural maturado entre os séculos XVI e XVIII procurou estabelecer um método unívoco para se compreender a ciência jurídica, de modo a fazê-la livre de erros e imprecisões técnicas. Buscou-se, portanto, desenvolver um Direito universal e abstrato que pudesse ser aplicado em todos os lugares, independentemente das diferenças lingüísticas de cada país.

Este ideal continuou a ser perseguido, inclusive com maior ênfase, em razão da incessante busca do formalismo e tecnicismo exacerbado, ao longo dos séculos XIX e XX, porém revestido pelo positivismo jurídico e, não mais, pelo direito natural racional dos séculos anteriores.

Neste tocante, relevante as lições de Gianbattista Vicco (cientista jurídico do século XX, que propôs uma ciência de natureza geométrica) *apud* Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 127):

O vocabulário mental das instituições sociais humanas, sentidas, em substância, de forma idêntica por todas as nações, mas expressas em linguagem de forma diversa conforme as suas diferentes variantes, manifesta-se tal como nós o concebemos... Estas provas filológicas permitem-nos ver as instituições, que planeámos mentalmente, existirem como realidade nesse mundo de nações, segundo o método de filosofar de Bacon que é "*pensar e ver*" (...).

O positivismo jurídico, diferentemente do direito natural racional, vai mais além da simples busca de um método puro para a ciência do Direito. Nesse sentido, depreende-se que o século XIX (mesmo período de surgimento do positivismo) é marcado pela ascensão do capitalismo, modelo de produção conveniente à burguesia, classe detentora do poder econômico e, também, posteriormente, do poder político.

O Estado Liberal também é marca deste período. Sua finalidade precípua constituiu-se em controlar o caos social que se aprofundara no período de seu nascimento. E diante deste argumento, na busca pela ordem (não só pela ordem, mas pela boa ordem), encontrou a justificativa para impor o seu modo de regulação social, transformando simbolicamente as pretensões emancipatórias em verdadeiro perigo e indicador da volta ao caos (SANTOS, 2007, p. 140).

Sendo assim, a emancipação social, entendida como a contraposição da regulação social, perde força e passa a ser praticamente sinônima desta última. É neste contexto que o positivismo jurídico ganha força, na medida em que serve como instrumento para a manutenção da ideologia estatal e do sistema capitalista. É utilizado, desta forma, como o meio capaz de garantir a ordem, realizando a regulação social.

Sobre o assunto explica Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 141):

O aparecimento do positivismo na epistemologia da ciência moderna e o do positivismo jurídico no direito e na dogmática jurídica podem considerar-se, em ambos os casos, construções ideológicas destinadas a reduzir o progresso societal ao desenvolvimento capitalista, bem como a imunizar a racionalidade contra a contaminação de qualquer irracionalidade não capitalista, quer ela fosse Deus, a religião ou a tradição, a metafísica ou a ética, ou ainda as utopias ou os ideais emancipatórios. No mesmo processo, as irracionalidades do capitalismo passam a poder coexistir e até a conviver com a racionalidade moderna, desde que se apresentem como regularidades (jurídicas ou científicas) empíricas.

O positivismo é, portanto, o instrumento da regulação, o qual tenta afastar o caos (tudo o que for perturbador para o sistema capitalista) e manter a ordem, expurgando as tentativas de imprevisibilidade, tanto da natureza quanto da sociedade. “Graças à ordem positivista, a natureza pode tornar-se previsível e certa, de forma a poder ser controlada, enquanto a sociedade será controlada para que possa tornar-se previsível e certa” (SANTOS, 2007, p. 141).

A conseqüência direta do quadro fático apresentado é a transformação da Ciência do Direito em uma ciência autônoma e abstrata, a qual desconsidera tudo aquilo ao seu redor, uma vez que, só assim, é possível alienar os alunos dos cursos jurídicos, impedindo que desenvolvam capacidade crítica. Estamos diante, pois, da unidisciplinariedade do Direito.[5]

Outra conseqüência desta tentativa (tentativa, diga-se, consolidada) de tornar o Direito no instrumento da regulação social, bem como da manutenção da ideologia estatal, é o desenvolvimento do ensino jurídico de forma fragmentada, cada vez mais especializado (SANTOS, 2002, p. 69).

Isso explica, também, a profunda dificuldade que os agentes do Direito sentem em entender esta ciência, apesar de suas várias ramificações, em um todo harmônico e interligado. Por tal motivo, temos, a título de exemplo, o Direito Civil entendido de forma totalmente dissociada dos outros ramos do Direito.

Neste contexto, explica Gilsilene Passon P. Francisheto *apud* Andre Azeredo Carvalho (no prelo) que:

A maneira equivocada com que se tem tratado a dogmática no ensino jurídico tem ocasionado o seu distanciamento com a realidade social e tem formado profissionais apegados a um legalismo acrítico e não-intervencionista. Além da descontextualização e do dogmatismo, o ensino jurídico tem sido marcado por uma visão unidisciplinar do Direito, evitando qualquer contato com outros ramos do conhecimento humano. Sob a influência da pedagogia tradicional e tecnicista, o conteúdo de ensino do direito passou a ser um produto acabado e que o aluno apenas irá acumulando, como um "depósito" de leis, conceitos e jurisprudências.

Deste modo, o Direito é reduzido à ordem positiva, ou seja, à legislação pátria validamente vigente, emanada do Estado. Os alunos dos cursos jurídicos esperam receber as informações prontas do professor, o qual deve transmitir o conhecimento das leis referentes à sua disciplina.

Os fenômenos históricos, filosóficos, sociológicos, políticos e econômicos que permeiam toda a existência e construção da norma jurídica, são desprezados, o que propicia a formação acrítica dos agentes do Direito. Da mesma forma, não se desenvolve o interesse pela pesquisa, tampouco pela extensão (nem mesmo dos professores), insistindo-se em distanciar o Direito da comunidade circundante.

Este quadro persiste muito embora a realidade demonstre a necessidade urgente de reformas substanciais no ensino jurídico, que os tornem mais humanizado. O próprio mercado de trabalho não tem mais lugar para o tipo de profissional que até então vem se formando.

O problema, entretanto, não está sediado na falta de legislação que propicie a implementação das mudanças necessárias. Muito pelo contrário, os diplomas legais apontam para diretrizes opostas do que vem sendo implantado pelo ensino jurídico. É o que se passa a analisar a seguir, através da Portaria 1886/94 do MEC e da Resolução 09/04 do Conselho Nacional de Educação.

3 – A PORTARIA 1886 DO MEC E A RESOLUÇÃO 09/04 DO CNE

Em dezembro de 1994 foi editada a Portaria 1.886 do MEC, a qual trouxe em seu bojo as primeiras diretrizes curriculares para os cursos de Direito, bem como o seu conteúdo mínimo. Assim, além de fixar as diretrizes curriculares, a Portaria em comento trouxe uma série de exigências relativas ao tratamento a ser dado aos conteúdos disciplinares (RODRIGUES, 2005, p. 83).

A essência do documento legal investigado basea-se nos seguintes tópicos: duração do curso; integração entre ensino, pesquisa e extensão; atividades complementares; acervo bibliográfico; conteúdo mínimo; áreas de especialização; monografia final; estágios e intercâmbio de alunos e docentes (RODRIGUES, 2005, p. 83-84).

O artigo terceiro da Portaria 1.886 do MEC instituiu o tripé em que os cursos jurídicos deveriam se apoiar para a transmissão do ensino aos alunos, tendo a graduação sustentada pelo ensino, pesquisa e extensão. Este artigo demonstra a tentativa de se fomentar a pesquisa jurídica e a aproximação do Direito à realidade social, através da extensão.

Segundo as lições de Horácio Wanderlei Rodrigues (2005, p. 88-89), a Portaria do MEC trouxe também outras novidades, como a exigência de acervo bibliográfico mínimo e atualizado, enriquecido pela obrigatoriedade da monografia final.

Esta é, sem dúvida, uma tentativa do citado diploma legal de fomentar a pesquisa ainda na graduação. Despertar alunos e professores para um universo além da ordem jurídica posta, fazendo com que estes buscassem novas fontes de saber através da pesquisa.

As novidades não se encerram por aí. No que se refere ao estágio, a Portaria 1.886/94 trouxe uma série de avanços, tais como: substituição do termo prática forense para prática jurídica (desvinculando a prática das atividades meramente relacionadas ao foro), o estágio supervisionado[6] e a criação dos Núcleos de Prática Jurídica, para citar as mais importantes neste particular (RODRIGUES, 2005, p. 92).

Ainda de acordo com Horácio Wanderlei Rodrigues (2005, p. 97), insta frisar que a norma legal sob análise surgiu após várias discussões acerca das crises e problemas do ensino do Direito, tendo como escopo essencial, dentre outros, o rompimento com positivismo jurídico normativista, bem como a negação do Direito como Ciência autônoma.

Apesar dos caminhos propostos pela Portaria 1.886/94, o ensino jurídico continuou resistente às mudanças necessárias. Em decorrência, outros diplomas legais foram editados com o intuito de solucionar a crise do Direito. Dentre eles, destaca-se o parecer n. 146 CNE/CES, o qual deu corpo à posterior edição da Res. 09 de 2004 do CNE.

Conforme Andre Azeredo Carvalho (no prelo), o parecer 146 CNE/CES repetia o intento de conferir ao ensino do Direito o rompimento com as bases dogmáticas conservadoras. Nesse sentido, vale à pena a citação dos artigos 5º, 8º e 9º do parecer em apreço:

Art. 5º As atividades são componentes curriculares que possibilitam o reconhecimento, por avaliação, de habilidades, conhecimentos e competências do aluno, inclusive adquiridas fora do ambiente escolar, incluindo a prática de estudos e atividades independentes, transversais, opcionais, de interdiscplinariedade, especialmente nas relações com o mundo do trabalho e com ações de extensão junto à comunidade.

Art. 8º O curso de graduação em Direito deve assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, (...) interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e aptidão para aprendizagem autônoma e dinâmica (...).

Art. 9º O curso de graduação em Direito deve possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as seguintes habilidades: VI – utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica.

Ressalte-se, aqui, a preocupação do parecer em proporcionar uma formação humanística do profissional do Direito, revelando as necessidades urgentes em possibilitar, através do ensino jurídico, a capacidade de análise e reflexão crítica dos alunos, o que como demonstrado no tópico anterior, vem sendo totalmente desprezado.

O Parecer n. 146 CNE/CES enfrentou resistências para ser aprovado. A própria OAB, a Abedi e o Colégio Brasileiro das Faculdades de Direito se mostraram contrários às formulações contidas no referido. Porém, após as realizações de debates, envolvendo a OAB e o CNE, intermediados pela Abedi, os quais promoveram adequações ao parecer em análise, este foi finalmente transformado na Resolução 09/04 (CARVALHO, no prelo).

A resolução ora referenciada, conforme as lições de Andre Azeredo Carvalho (no prelo), repetiu o conteúdo da Portaria 1.886/94, porém, acrescentando em seu art. 3º a preocupação em se proporcionar uma formação humanística no ensino superior. Nesse sentido, segue a leitura do mencionado artigo:

Art. 3º O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

Por meio da leitura da norma supra referenciada fica claro que o modelo de ensino jurídico em aplicação caminha na direção contrária às exigências dos nossos diplomas legais. O legislador demonstra, sem sombra de dúvidas, a necessidade de formação de agentes não só técnicos, mas também críticos e humanizados.

A resistência dos cursos jurídicos neste sentido não encontra, pois, suporte legal. Porém, conforme vem demonstrando a realidade, as reformas meramente legislativas não dão conta de amenizar o problema, quanto mais de solucioná-lo. Para que mudanças efetivas possam ocorrer é necessária outra ordem de reformas, na qual se atinja o paradigma dominante do Direito (o positivismo, o formalismo, a dogmática jurídica), os docentes e discentes em geral.

Apenas desta forma, os caminhos apontados pela ordem positiva poderão ser implementados.

Nesse sentido, de grande relevância as palavras de Joaquim Falcão *apud* Horácio Wanderlei Rodrigues (2005, p. 97-98):

A incapacidade de observar, explicar e apreender a realidade social, que caracteriza o método lógico formal da dogmática, produz propostas de reforma do ensino, mas não as viabiliza.

(...) assim como o método lógico formal afastou do conhecimento jurídico qualquer preocupação com o conteúdo das normas, tendo em vista ser o conteúdo sociológico, político e econômico ou cultural, e não jurídico, assim também as propostas de reforma deveriam ser para estes profissionais apenas propostas jurídicas.

Não devem. (...) Estruturar a reforma a partir de um conhecimento calcado no método lógico-formal que aprende apenas o dever-ser, só faz contribuir para que as legítimas e necessárias propostas de reforma deságüem ou na utopia ingênua ou na frustração renovada.

Tomando por base o cenário apresentado pelo autor citado, o próximo tópico dedica-se a demonstrar possíveis caminhos ou soluções para amenizar a crise do Direito, apontando direções que possam ser adotadas para proporcionar uma formação mais humanística do ensino jurídico.

4 – POSSÍVEIS CAMINHOS A SEREM SEGUIDOS PARA UMA FORMAÇÃO MAIS HUMANÍSTICA DO ENSINO DO DIREITO

Como visto em linhas atrás, percebe-se que o Direito ainda leva em consideração o modelo imposto pelo positivismo científico e jurídico construído na modernidade. Deste modo, justamente, acaba servindo como instrumento para realização das ideologias estatais, permanecendo distante e alheio às reais necessidades sociais.

O que se busca, entretanto, é um ensino jurídico transformador, o qual possibilite aos alunos conhecer novos horizontes para a Ciência do Direito, fazendo com que esta esteja comprometida, realmente, com os problemas da sociedade e não, ao contrário, com a ideologia de um grupo dominante que se encontra no poder. Afinal, sua vinculação deve ser com os interesses maiores da população e não com os do Estado (RODRIGUES, 2005, p. 37-38).

Então, a princípio, entende-se que um dos maiores desafios do ensino jurídico é romper com o paradigma dominante do positivismo jurídico. Apenas livres das amarras deste modelo de se pensar o Direito, é que será possível concretizar uma efetiva reestruturação, criando novas alternativas, criativas, que não se originem do velho. O novo não nasce do velho, apenas (RODRIGUES, 2005, p. 44).

Isto posto, levando em consideração este primeiro e importante passo, é necessário entender como seria possível implementar as inovações trazidas pela Portaria 1.886/94, a qual teve seu conteúdo repetido pela Resolução 09/04 do CNE, com a diferença de ter

acrescentado em seus objetivos, expressamente, o intuito de proporcionar uma formação humanística para o ensino do Direito.

O primeiro ponto a ser abordado, referente às inovações trazidas pelos citados diplomas legais, diz respeito à necessidade de desenvolver o hábito da pesquisa dos graduandos em Direito, mediante à exigência de apresentação obrigatória da monografia final.[7]

Neste aspecto, Andre Luiz Lopes dos Santos (2002, p. 75-76) alerta para o fato de que a pesquisa é atividade complexa e, sendo assim, tal habilidade não pode ser desenvolvida sozinha pelo estudante da graduação. Justamente por isso, a portaria determina a presença obrigatória do orientador para o desenvolvimento da monografia.

No entanto, é bem de ver que nem os próprios professores, na maioria das vezes, estão aptos para tal função. É fato notório que as faculdades de Direito são compostas por corpo docente que, na grande maioria das vezes, exerce a função do magistério como atividade secundária (SANTOS, 2002, p. 76).

E, conseqüência disso, é a falta de tempo dos professores para se dedicarem, eles próprios, à pesquisa e, também, para dedicarem tempo livre para orientarem os discentes nesse sentido. Esta é uma crise que vai muito além da crise do ensino jurídico.

Como explica André Luiz Lopes dos Santos (2002, p. 76):

(...) a orientação é, também, ela atividade que demanda tempo, dedicação e preparo daquele que a desenvolve. Como deixar de observar, aqui, que a realidade profissional da ampla maioria dos docentes de nossas faculdades simplesmente inviabiliza que eles aumentem o tempo dedicado às atividades acadêmicas? Como não reconhecer que, em regra, a atividade docente perfaz atividade secundária da maioria desses profissionais? Como desconsiderar que, geralmente, a remuneração pela atividade por eles percebidas na atividade docente não os estimula a aumentar a fração de tempo por eles dedicadas à vida acadêmica? Como imaginar que a orientação estipulada pela Portaria sob exame possa ser eficientemente empreendida sem que a tal nova tarefa corresponda, proporcional e simultaneamente, melhor remuneração para os professores dela encarregados?

Vemos aqui um dos primeiros caminhos que devem ser adotados, a fim de se possibilitar a efetivação das normas sob análise. O professor é peça fundamental para a mudança nos quadros do ensino jurídico. Porém, para que tenhamos bons professores é preciso, antes, valorizar a figura do docente.

Esta valorização significa o reconhecimento da importância da atividade do magistério, tendo em vista o papel social desempenhado pelos professores. Ademais, a valorização destes profissionais também deve ocorrer no campo material, colocando à disposição deles remuneração compatível com a responsabilidade da função, para que possam se dedicar em tempo integral ao magistério. É fundamental que parcela do corpo docente seja formada por profissionais dedicados a tempo integral.

Além disso, além da especialização da disciplina a ser ministrada, é necessário também mínimo de especialização na pedagogia. Conforme Andre Luiz Lopes dos Santos (2002, p. 77), a maioria dos docentes na área do Direito atua nos quadros funcionais das atividades jurídicas, sendo muitas vezes, inclusive profissionais reconhecidos em sua área de atuação. Porém, não há nenhum indicativo que um bom profissional do Direito será um bom professor.

Nota-se, portanto, que o problema não é só dos docentes, mas também da política de valorização destes pelas diversas faculdades e universidades jurídicas. Além disso, o próprio mercado profissional no país sofre profunda crise, não sendo exclusividade dos professores a percepção de baixa remuneração, incompatível com a responsabilidade da função.

Frise-se que a educação é o primeiro passo para que se possa mudar a triste realidade nacional. Logo, exige-se, desde já, o fomento de políticas públicas e sociais no sentido de incentivar o crescimento da área educacional, bem como no sentido de valorizar os profissionais que atuam na área.

Neste aspecto, o ensino do Direito tem uma responsabilidade ainda maior, na medida em que pode funcionar como agente transformador. Entretanto, para que tal ocorra, como dito em linhas atrás, não pode atuar como instrumento das políticas ideológicas do Estado, devendo estar comprometido com as reais necessidades da população.

Outro problema intimamente ligado ao aqui já colocado refere-se ao modo de ministrar as aulas. Sobre o assunto, Horácio Wanderlei Rodrigues (2005, p. 54) assim se manifesta:

(...) é necessário extirpar um vício que em geral acompanha as aulas expositivas nas disciplinas dogmáticas: o código comentado. Através dessa técnica, o professor restringe-se a ler os artigos do código (consolidação, lei etc.) referentes ao conteúdo da disciplina que ministra e ao explicar ao aluno o significado de seus textos.

Caso as aulas de Direito continuem a ser ministradas no sistema “código comentado”, isto também inviabiliza o desenvolvimento da pesquisa na graduação, uma vez que não estimula a sede do saber, além de continuar distanciando a ciência jurídica de todos os fenômenos sociais a ela interligados.[8]

Assim, voltamos ao desafio inicial. É necessário superar o paradigma do positivismo jurídico, de modo que tanto docentes quanto discentes entendam a relevância de se promover um ensino jurídico criativo, sem ignorar a realidade social circundante, rompendo as amarras dos códigos. É de suma relevância que os professores, ao ministrarem temas técnicos, consigam mostrar aos alunos a pertinência do fenômeno social a eles interligados.

Mais do que isso. Além de conseguirem demonstrar aos alunos a pertinência do fenômeno social no ensino jurídico, devem sensibilizar estes últimos para estas questões. Nesse sentido, os diplomas legais comentados acima trazem a salutar previsão da obrigatoriedade de atividade de extensão.

Entretanto, a extensão tal qual vem sendo aplicada hoje não cumpre, também, a função de fazer do Direito instrumento transformador da realidade social. Pelo contrário, a extensão universitária vem sendo tratada como mera prestação de serviços assistenciais, não trazendo nenhum resultado positivo efetivo para as comunidades carentes (CARVALHO, no prelo).

Nestes termos, vislumbrando mais uma das características do ensino jurídico em aplicação, aponta-se para a necessidade de construção de uma nova forma de se aplicar a extensão universitária. O mero despejo de informações às comunidades carentes, sem que estas possam participar da produção do conhecimento, informando suas verdadeiras necessidades, não é o caminho.

De acordo com Andre Azeredo Carvalho (no prelo), a sociedade carente deve expor suas necessidades, de modo que essas sejam postas como pontos norteadores da produção do conhecimento. Deste modo, rompe-se com o tradicional modelo do "depósito de informações" e parte-se para um verdadeiro diálogo com as instituições de ensino superior, de forma que a comunidade possa compreender a significação do significado, a qual se expõe.

A busca por um humanismo no trabalho da extensão universitária e no próprio ensino do Direito como um todo, incluindo neste tocante, inclusive, a pesquisa, nos remete à reflexão acerca do conceito de direitos humanos que vem sendo repetidamente aplicado nos cursos jurídicos.

Este conceito de direitos humanos universais e abstratos parece fomentar o distanciamento do Direito à realidade social. Como pode ser abstrato e universal os direitos da pessoa humana, os quais pretendem promover a vida com dignidade, se entre os diversos países e, também, entre as diversas regiões de um mesmo país, como ocorre no Brasil, há culturas diferentes, bem como necessidades distintas?

Como parece, este universalismo construído segundo um discurso de potências dominantes é marcadamente excludente. O universalismo em comento só faz reafirmar os dogmas intangíveis do positivismo jurídico. Por tal motivo, encontra-se mais um possível caminho a ser seguido para solucionar a crise do ensino do Direito: a reconstrução do conceito de direitos humanos, conforme se passa a discutir no próximo tópico.

5 - UM NOVO OLHAR SOBRE OS DIREITOS HUMANOS: UNIVERSALISMO OU MULTICULTURALISMO?

Estar atento à finalidade dos direitos humanos significa pensá-los de acordo com a realidade social que nos circunda. A realidade hoje vivida revela uma série de problemas sociais que nunca antes na história foram observados. O mundo moderno, sem dúvidas, é responsável pelo lado da moeda do progresso, mas também pelo seu reverso, a exclusão social sem medidas e precedentes.

A responsabilidade do ensino jurídico, neste tocante, é exorbitante, pois o Direito pode servir tanto para manutenção das ideologias estatais, quanto para a transformação criativa do paradigma dominante, de modo a amenizar os problemas sociais sentidos na atualidade.

Neste contexto, o conceito de direitos humanos deve ser repensado. Os conceitos clássicos acerca do assunto, o suposto universalismo de tais direitos, entre outros, estão servindo como suporte para manutenção da ideologia do Estado e não para solução dos problemas criados pela era moderna.

Deste modo, pode-se dizer que vivemos em um contexto de crise geral, política, econômica, cultural e, também, jurídica. Os direitos humanos estão em crise na medida em que estão sendo utilizados dentro deste contexto. Segundo Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 433-434, a política dos direitos humanos do final deste século é o fator crucial para compreender a crise na qual nos encontramos mergulhados.

E para entender esta crise é necessário pensar no mundo globalizado, entender o conceito de globalização ou globalizações, de modo que seja possível compreender o porquê do conceito de direitos humanos então proposto ser insuficiente para atender às necessidades humanas hoje existentes.

Conforme as lições de Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 437-438), a definição de globalização deve ser entendida sob o seguinte aspecto:

(...) Aquilo que habitualmente designamos por globalização são, de facto, conjuntos diferenciados de relações sociais; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenômenos de globalização. Nestes termos, não existe estritamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações (...). Daí a definição de globalização por mim proposta: a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende sua influência a todo globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival.

Nesta perspectiva, as globalizações ocorrem de maneira que determinada entidade cultural nascida localmente, pelo fato de se mostrar mais forte no jogo das relações sociais interestaduais, impõe-se global, ao mesmo tempo em que, aprisiona a entidade cultural rival em seu localismo.

Assim, por exemplo, enquanto a dança de rua gerada pelo *hip hop* americano ganha os jovens de todo mundo, o tango e a dança flamenca espanhola tornam-se entidades particulares de seu país, não possuem força suficiente para ganhar o mundo e, tendem, mesmo, a serem um marco cultural apenas do passado histórico da Espanha e suas ex-colônias, não tocam nas pistas das mais famosas danceterias, nem nas rádios mais ouvidas de seus próprios países.

O que se torna universal, portanto, é a história contada pelos vencedores deste embate social, porém, não é de fato universal. Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 438) chama esta globalização de cima para baixo de globalização hegemônica (ou localismo

globalizado), ou seja, é a globalização de um localismo que, por se tornar vitorioso na rede das relações sociais internacionais, transformou-se no padrão mundial (não o único existente, ou universal), fazendo com que os padrões não vitoriosos fiquem atados ao seu localismo.

Este fenômeno acaba por gerar uma exclusão social tamanha, criando um quadro de miséria insustentável, em que uma verdadeira massa humana – e o termo "massa" não é aqui utilizado por mero acaso – torna-se completamente inútil e descartável para o sistema. Isto representa o fim da dignidade dessas pessoas, que se tornam coisas, representa, além do mais, que os direitos humanos tal qual vêm sendo concebidos não estão atendendo a sua utilidade.

A contrapartida deste fenômeno, ainda conforme as lições de Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 439), é a globalização contra-hegemônica, isto é, a globalização de baixo para cima, correspondente à organização das classes ou grupos sociais subordinados transnacionalmente na defesa de interesses tidos como comuns.

Verifica-se, portanto, que aquilo que é tido como interesse geral dos indivíduos de todo o mundo não passa dos interesses das potências vitoriosas na luta internacional social, o que acaba por fomentar ainda mais exclusão. Sobre o assunto, Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 47) pontua que:

Para a globalização hegemônica, a expansão desenfreada do capitalismo global é o interesse geral, estando como tal, legitimada para produzir formas de exclusão social amplas, inevitáveis e, em última análise, positivas (porque visam promover o crescimento). Pelo contrário, os movimentos e as organizações contra-hegemônicas defendem que uma exclusão maciça a esse ponto é a prova clara de que os interesses do capital, longe de serem o interesse geral, são na verdade inimigos deste, porquanto a exclusão social (...) negam a dignidade humana básica e o respeito a uma grande parte da população mundial. (...).

Para combater a exclusão social, portanto, é preciso entender e constatar o que realmente é interesse geral e o que é interesse da globalização hegemônica, e o Direito deve estar sensível a este fato. Do mesmo modo, para entender os direitos humanos como direitos fomentadores da inclusão social é necessário verificar como está sendo construído o seu conceito.

Neste diapasão, Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 441) explica que os direitos humanos tanto podem ser utilizados como discurso da globalização hegemônica, legitimando, deste modo, os processos "inevitáveis" de exclusão, da mesma forma em que podem ser utilizados como discurso da globalização contra-hegemônica, servindo a sua real finalidade, promovendo a inclusão social, de modo a garantir a todos os indivíduos seu status de pessoa digna.

Para atenderem à finalidade de garantir a dignidade humana a todos, os direitos humanos precisam ser reconceitualizados. Isto se deve ao fato de que tais direitos têm sido formulados como universais. Porém, como visto, o que tem sido posto no mundo como universal é, na realidade, a representação dos interesses de apenas alguns, aqueles que se encontram no poder e querem manter sua condição.

Logo, não se deve falar em universalidade dos direitos humanos. Segundo Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 441-442) deve-se falar, sim, em interculturalidade dos direitos humanos. Para reconstruir o conceito destes direitos é necessário, pois, travar um diálogo intercultural entre os países, de forma que eles encontrem preocupações comuns e sejam capazes de formular uma carta de direitos que atendam, de fato, a necessidade de todos.

Para que isto ocorra, entretanto, deve ser iniciado um processo de conscientização da incompletude das diversas culturas existentes. É certo que nenhuma cultura é completa, pois se assim fosse, existiria apenas uma única cultura. Assim, aceitando suas incompletudes, as entidades culturais podem reconhecer suas fragilidades, sem disporem de sua essência, na medida em que seja construído um catálogo de direitos interculturais, capazes de atender as necessidades de interesse geral (SANTOS, 2008, p. 442-443).

Nesta perspectiva, constata-se que Norberto Bobbio (1992, p. 5) acertou ao dizer que os direitos do homem são direitos históricos, nascidos de acordo com o surgimento das necessidades de cada época. Não originam-se todos de uma vez, surgem de acordo com a capacidade humana de reconhecer o que lhe é essencial em cada momento de sua trajetória.

Por outro lado, o citado autor (1992, p. 30) errou em reconhecer na Declaração de 1948 o resultado de um processo dialético transnacional. Veja, não há dialética, mesmo porque não há diálogo. O conteúdo da Declaração em apreço é resultado do discurso sedutor da globalização hegemônica, a qual faz parecer legítimos seus interesses, na medida em que os coloca como interesses universais. Não são universais, porque não foram ouvidas as entidades culturais que não venceram este processo de globalização.

Para promover a inclusão social por meio dos direitos humanos, a Ciência do Direito deve estar atenta a realidade circundante, deve estar atenta a história tal como ela é, e não como parece ser, devendo romper com o paradigma dominante para que seu ensino seja realmente transformador da realidade social.

A reconceitualização dos direitos humanos, tal qual como apontado, é mais uma tentativa de impedir o constante distanciamento do Direito à realidade que o circunda. Nesse sentido, o ensino jurídico deve estar comprometido com essa busca, a busca do Direito transformador da dura realidade social a qual fomos aprisionados.

Tendo em mente a necessidade de se compor um novo conceito de direitos humanos, aliado à tentativa de rompimento do paradigma dominante, bem como pelo fomento da educação, com a valorização do professor, da pesquisa e da extensão/ comunicação universitária, será possível alcançar um ensino jurídico comprometido com a humanidade. E esta é a finalidade a ser perseguida incessantemente. Apenas deste modo, será possível falar em efetiva reforma do ensino jurídico.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estado do ensino jurídico no Brasil, conforme apresentado, é crítico. As necessidades de mudanças são latentes e, inclusive, há boa legislação a respeito que possibilita a concretização de diversas soluções para os problemas discutidos. Porém, na prática, estas soluções nunca são implantadas e os nossos diplomas legais mais parecem folhas de papel de carta.

Esta situação, no entanto, tem explicação. O Direito continua impregnado pelo paradigma do positivismo jurídico, desenvolvido no auge da era modernista. Como se sabe, o lema do Estado Moderno é garantir a boa ordem, extirpando qualquer perigo de volta ao caos, mesmo que este "perigo" sejam propostas emancipatórias.

Nesse sentido, o Direito acaba servindo como instrumento de regulação social, para a conseqüente manutenção da ordem estatal. Já no parâmetro científico, o Direito continua amarrado à idéia de auto-suficiência, bem como se mantém na busca por dogmas inquestionáveis, por verdades abstratas e universais.

Isto explica, sem sombra de dúvidas, o modelo de ensino jurídico em aplicação no Brasil. Temos, portanto, um ensino descontextualizado da realidade nacional, dogmático e extremamente conservador, unidisciplinar e fragmentário.

No entanto, há algum tempo já se percebeu que o paradigma ideal calcado pela modernidade está em crise. Isto porque, já ficou claro que não existem verdades absolutas e que a idéia de ordem não sobrevive quando a emancipação se torna sinônima da regulação social.

As Ciências Humanas perceberam a crise da verdade e logo partiram para a busca de novos horizontes. O Direito, pelo contrário, manteve-se atado ao paradigma moderno, o que ocasiona, certamente, um grande atraso deste em relação aos outros ramos da ciência.

Visto dessa forma, fica claro perceber que o maior desafio para o ensino jurídico é vencer este paradigma dominante. Deixar de lado o positivismo jurídico e partir para a construção de um novo paradigma. Não significa isso, por exemplo, a troca do positivismo para o jusnaturalismo, pura e simplesmente.

É necessário construir um ensino jurídico que aproxime o Direito da realidade social e isso só pode ser feito se existir um desapego do ensino calcado apenas na ordem jurídica posta. O ensino do Direito, portanto, deve ser contextualizado de acordo com os fenômenos sociais, culturais, políticos e econômicos de seu tempo. A transdisciplinariedade é, nesse sentido, fundamental.

Logo, aponta-se como principal objetivo para se alcançar um ensino do Direito humanizado, a superação do paradigma dominante – o positivismo jurídico, com a, conseqüente criação de um novo paradigma, criativo e sensível às reais necessidades da sociedade brasileira.

Não se pode esquecer, também, que os direitos humanos vêm sendo difundidos sob um conceito deturpado, sob a pecha do universalismo. Esta forma de apreender os direitos humanos apenas fortalece a continuidade do paradigma positivista. Logo, deve-se

buscar um conceito intercultural dos direitos humanos, de modo a suprir às dificuldades de cada cultura existente.

Portanto, o presente artigo elege como outro objetivo primordial para o alcance do ensino jurídico humanizado, com a formação de agentes do Direito críticos e sensíveis às necessidades sociais, a reconceitualização dos direitos humanos, abandonado a visão "universal" e ocidental destes, para o alcance de um diálogo intercultural.

7 – REFERÊNCIAS

BASTOS, Aurélio Wander Bastos. **O ensino jurídico no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. 431 p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.

CARVALHO, Andre Azeredo. **A extensão universitária como instrumento de efetivação dos direitos humanos fundamentais nos Cursos de Direito**. No prelo.

FDV – Faculdade de Direito de Vitória. **Projeto teoria e prática**. Vitória, 2008.

KIPPER, Aline. O discurso jurídico na sala de aula: convencimento de um novo paradigma. In: CAPELLARI, Eduardo; MELLO, Felipe Cardoso de (Org). **Ensino jurídico**: leituras interdisciplinares. São Paulo: Cultural Paulista. 145-159 p.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é o Direito?**. São Paulo: Brasiliense, 1999. 93 p.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o ensino do direito no século XXI**: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 360 p.

SANTOS, André Luiz Lopes dos. **Ensino jurídico**. Uma abordagem político educacional. Campinas: Edicamp, 2002. 347 p.

Santos, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007. 415 p.

_____. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. 511 p.

_____. **Poderá o Direito ser emancipatório?**. Vitória: Fundação Boiteux, 2007. 112 p.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. 14. ed. Porto: Edições afrontamento, 2003. 59 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 214 p.

---

[1] Interessante observar que o Direito Pátrio, no Brasil Colônia, teve como base quase que exclusiva o Direito Português, revelando-se, por isso mesmo, um direito formalista, elitista e dogmático, preocupado em garantir os interesses da Metrópole e dos grandes latifundiários, em paralelo a um profundo descaso com a população local, resultando em uma exclusão dos negros e índios nos textos jurídicos. Este fato contribuiu para o aparecimento de um Direito insurgente, eficaz e não oficial nos quilombos e reduções indígenas, demonstrando a presença de um pluralismo jurídico, nuca oficialmente reconhecida pelo Estado brasileiro (WOLKMER, 2009, 58-64).

[2] Importante tecer algumas considerações acerca do termo "ideologia". Segundo Roberto Lyra Filho (1999, 13-14): "Ideologia significou, primeiramente, o estudo da origem e funcionamento das idéias em relação aos signos que as representam; mas, logo, passou a designar essas idéias duma pessoa ou grupo, a estrutura de suas opiniões, organizada em certo padrão. Todavia, o estudo das idéias e seus conjuntos padronizados começou a destacar as deformações do raciocínio, pelos seus conteúdos e métodos, distorcidos ao sabor de vários condicionamentos, fundamentalmente sociais. Por outras palavras, descobriu-se que a imagem mental não corresponde exatamente à realidade das coisas." No presente artigo, a expressão é utilizada de acordo com as considerações do autor citado, no sentido de que representa o conjunto de idéias da elite estatal, por meio de uma visão distorcida da realidade, servindo, inclusive, como forma de dominação social.

[3] Neste tocante, afirma Aline Kipper (2001, p. 146): “O paradigma dominante no ensino jurídico brasileiro é o positivismo jurídico. Conseqüentemente, tem-se um ensino pautado pelo mito da neutralidade e imparcialidade do Direito. Novos paradigmas vêm surgindo em virtude de insuficiências/ deficiências do positivismo, principalmente em função de sua desconexão com a realidade social.”

[4] Inclusive, neste momento histórico que se inicia no século XVI e estende-se até meados do século XIX, a racionalidade científica negava qualquer outra forma de conhecimento que não se pautasse por seus princípios epistemológicos. Neste particular, explica Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 10): “(...) A partir de então pode falar-se de um modelo global de racionalidade científica que admite variedade interna mas que se distingue e defende, por via de fronteiras ostensivas policiadas, de duas formas de conhecimento não científico (...) potencialmente perturbadoras e intrusas: o senso comum e as chamadas humanidades ou estudos humanísticos (em que se incluiriam, entre outros, os estudos históricos, filológicos, jurídicos, literários, filosóficos e teleológicos).” E continua o citado autor (2003, p. 10): “Sendo um modelo global, a nova racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas. (...).”

[5] A utilização única do paradigma positivista, tornando a Ciência do Direito em uma Ciência unidisciplinar pode ser percebida claramente nas salas de aula, conforme pontua Aline Kipper (2001, p. 150): “O domínio desse paradigma pode ser vislumbrado com clareza nas salas de aula das faculdades de Direito. Como o moderno paradigma jurídico se caracteriza por defender os institutos da propriedade privada, liberdade de contratar e autonomia da vontade, por exemplo, o enfoque geral no ensino jurídico é de cunho privatista, com a predominância de disciplinas de direito civil e comercial. O direito à propriedade na maioria das vezes é visto como mais importante que os direitos humanos; os estudos dos direitos individuais são a tônica, pouco se referindo aos direitos coletivos. (...).”

[6] Importante observar que em 25 de setembro de 2008 entrou em vigor a lei nº 11.788, a nova lei do estágio, estabelecendo entre diversas outras obrigações, a obrigatoriedade do estágio supervisionado pela instituição de ensino.

[7] Importante salientar que não basta a exigência da apresentação da monografia final para incentivar os alunos à pesquisa. Ao longo de todo o curso, os professores, aliados à instituição de ensino a que estão vinculados, devem exigir e incentivar o corpo discente a pesquisarem sobre assuntos de interesse do seu núcleo comunitário, desenvolvendo artigos e projetos de pesquisa.

[8] Neste tocante em particular, ou seja, na tentativa de aliar a prática à teoria ministrada em sala de aula, vale à pena citar o exemplo da FDV – Faculdade de Direito de Vitória, a qual decidiu institucionalizar, desde 2003, a adoção de atividades práticas em todas as disciplinas ofertadas no curso, conforme enuncia o seu Projeto Teoria e prática (2008, p. 7): “Em 2003, a FDV decidiu institucionalizar a adoção de atividades práticas nas disciplinas do curso de direito como estratégia pedagógica. Iniciou-se, neste momento, a sistematização e o aperfeiçoamento de experiências pedagógicas já desenvolvidas pelo corpo docente. Os professores foram desafiados a, ao lado de suas aulas expositivas, intensificarem o desenvolvimento de atividades que exigissem dos alunos uma postura

ativa, de análise, raciocínio, reflexão e solução de problemas. A partir dessa iniciativa, cresceu, institucionalmente, a certeza de que o desenvolvimento de competências/ habilidades no alunado, o “saber fazer”, era tão importante quanto o acúmulo de conhecimentos teóricos e, conseqüentemente, as atividades práticas cresceram em número e qualidade”.

PRÁTICA JURÍDICA E EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: ALGUMAS MEDITAÇÕES À LUZ DE PIERRE BOURDIEU*

PRÁCTICA JURÍDICA Y LA EDUCACION EN DERECHOS HUMANOS: ALGUNAS REFLEXIONES A LA LUZ DE PIERRE BOURDIEU

Nirson Medeiros da Silva Neto
Lorenna Mendes Pacheco

RESUMO

Este artigo apresenta algumas meditações teóricas, à luz da sociologia da educação de Pierre Bourdieu, a respeito da ação pedagógica como forma por excelência de violência simbólica, o que não obstaculiza pensarmos uma educação contra-hegemônica que funcione como processo de inculcação de arbitrários culturais de classes ou grupos sociais oprimidos. Partindo desta discussão preliminar, analisamos as possibilidades de a educação jurídica funcionar na afirmação de contra-arbitrários culturais, especialmente concebendo-se como educação em direitos humanos. Ater-nos-emos, mais particularmente, à uma das dimensões da educação jurídica: o estágio supervisionado ou prática jurídica. Verificaremos que, com o advento da Resolução MEC/CNE/CES 09/2004, o sistema nacional de ensino jurídico abriu possibilidades de que a antiga prática forense, ao converter-se em prática jurídica, conferisse uma nova dignidade a temáticas como acesso à justiça, direitos humanos, movimentos sociais, etc., assim como facultou que a prática jurídica pudesse ser exercida na forma de educação em direitos humanos, no sentido de educação para a paz e para o pleno exercício da cidadania. Assim, a prática jurídica passa a poder trabalhar no sentido do viés emancipatório do direito, promovendo os arbitrários culturais de grupos ou classes que ocupam o pólo dominado da sociedade brasileira.

PALAVRAS-CHAVES: EDUCAÇÃO; PRÁTICA JURÍDICA; DIREITOS HUMANOS.

RESUMEN

Este artículo presenta algunas reflexiones teóricas a la luz de la sociología de Pierre Bourdieu, acerca de la acción pedagógica como un medio por excelencia de la violencia simbólica, que creemos que no impide que una educación contra-hegemónica que funciona como un proceso de inculcación de la arbitrariedad cultural de las clases o grupos sociales oprimidos. A partir de este análisis preliminar, se analizan las posibilidades de trabajo de la educación jurídica en la afirmación de contra-arbitrarios culturales, por la educación en derechos humanos. Ater nosotros, en particular, a una de las dimensiónes de la educación jurídica: la práctica jurídica supervisada. Vamos a comprobar que con el advenimiento de la Resolución MEC/CNE/CES 09/2004, el

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

sistema nacional de educación jurídica ha abierto oportunidades para la práctica juridica dar una nueva dignidad a cuestiones como el acceso a la justicia, los derechos humanos, movimientos sociales, etc., así como la práctica jurídica puede ejercerse en forma de educación en derechos humanos, en la forma de educación para la paz y para el pleno ejercicio de la ciudadanía. Así, la práctica jurídica és capaz de trabajar en pro de la emancipación de la emancipación, la promoción de los arbitrario culturales de los grupos o clases sociales más desfavorecidos en la sociedad brasileña.

PALAVRAS-CLAVE: EDUCACIÓN; PRÁCTICA JURIDICA; DERECHOS HUMANOS.

INTRODUÇÃO

A institucionalização das Diretrizes Curriculares Nacionais (DCNs) dos cursos de Direito, realizada com a aprovação da Resolução MEC/CNE/CES 09, em setembro de 2004, consolidando reformas iniciadas com a Portaria n. 1.886/94, trouxe para o universo dos cursos jurídicos a tendência pedagógica inaugurada no Brasil com a Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB), que reformulou o modelo outrora vigente de Currículo Mínimo Nacional, modelo este particularmente rígido por exigir dos Currículos Plenos dos cursos a incorporação compulsória de um conjunto mínimo e preestabelecido de disciplinas consideradas indispensáveis à formação do discente. O modelo do Currículo Mínimo Nacional, assim como o de seu antecessor, o Currículo Único Nacional – que arbitrava o conjunto das únicas disciplinas que deveriam compor os currículos dos cursos –, ao estipular arbitrariamente aquilo que era digno de ser ensinado e aprendido, naturalmente indicando por exclusão aquilo que não era digno de sê-lo, expressa nitidamente a verdade objetiva de toda ação pedagógica, e por seguimento de toda estrutura curricular, enquanto violência simbólica que, dissimuladamente, reproduz os arbitrários da cultura dominante em um determinado tempo histórico e espaço geopolítico (BOURDIEU, 2005; 2008). O modelo das DCNs não parece ser uma exceção a esta verdade objetiva de todo processo educacional, embora mais nítida nos modelos anteriores, pois das experiências educativas já observadas após sua institucionalização poucas são suficientemente heterodoxas para fazer crer que tal verdade seja falseada em razão de alguma formatação curricular adotada, especialmente no que toca aos cursos de Direito.

No entanto, é indubitável que o formato das DCNs oferece possibilidades de flexibilização dos currículos jamais antes vistas na história da educação superior brasileira, tornando credíveis variações curriculares que, de certa forma, façam o currículo e, com ele, a ação pedagógica funcionar enquanto instrumentos de afirmação de contra-arbitrários culturais, ou melhor, de arbitrários culturais contra-hegemônicos, desde que, evidentemente, as instituições de educação superior efetivamente pretendam uma reformulação radical da estrutura curricular de seus cursos a fim de favorecer modificações na cultura dominante. Ainda assim, é imperioso anotar que, se não

impossível, é ao menos bastante improvável, mesmo com o modelo das DCNs, construir-se uma estrutura curricular na educação superior absolutamente heterodoxa em relação aos arbitrários da cultura hegemônica, dado que o processo educacional não se restringe apenas à dimensão curricular – embora esta seja uma dimensão imprescindível, até mesmo inerente e de sobeja relevância à qualquer educação formal – , sendo invariavelmente tendente à reprodução, mais ou menos dissimulada, mais ou menos reconhecida, das relações de força entre grupos ou classes existentes dentro de uma específica sociedade e/ou instituição escolar e ao favorecimento do sistema simbólico dos grupos ou classes dominantes (BOURDIEU, 2008).

É neste ínterim que emergiu a Resolução MEC/CNE/CES 09/2004, instituindo as DCNs dos cursos de Direito brasileiros e, com efeito, fomentando uma flexibilização dos currículos da educação jurídica superior jamais antes tão aberta a experiências inovadoras. A não imposição de um conjunto de disciplinas obrigatórias, mas sim de eixos de formação (fundamental, profissional e prática), assim como a substituição da obrigatoriedade da monografia pela do trabalho de curso e da prática forense pela prática jurídica são os principais indicadores desta flexibilização que, apesar da abertura a inovações pedagógicas que oferece, certamente não desmente a verdade objetiva dos currículos dos cursos de Direito – o que, aliás, é a verdade raramente reconhecida de qualquer experiência curricular – enquanto instrumentos de realização formal e institucionalizada da violência simbólica que é toda ação educacional. Neste sentido, objetivamos demonstrar com o presente trabalho que dita Resolução suscitou a possibilidade de experimentação, nos cursos jurídicos, de estruturas curriculares tendentes à afirmação de contra-arbitrários culturais ou, em outros termos, de arbitrários culturais contra-hegemônicos que, se não negam a realidade da ação pedagógica enquanto violência simbólica, ao menos podem esboçar caminhos alternativos em relação aos arbitrários da cultura dominante. Levantamos a hipótese de que um destes caminhos é o da educação em direitos humanos, que então poderia passar a compor a pauta das atividades de extensão dos cursos jurídicos, o que decerto constituiria um caminho alternativo aos Núcleos de Prática Jurídica (NPJs) no sentido de uma educação contra-hegemônica.

Propomos, assim, a seguinte inovação curricular na prática jurídica: tomar como núcleo básico de suas ações a educação em direitos humanos, visando a um mais amplo reconhecimento, concretização e generalização da dignidade humana. Esta inovação objetiva atender à exigência da Resolução MEC/CNE/CES 09/2004 de transformação da prática forense em prática jurídica, bem como fomentar espaços de ensino em ambientes de aprendizagem tanto formal quanto informal, cursos de capacitação e mecanismos de socialização de informações que visam contribuir para um mais amplo acesso à justiça, isto é, para um melhor atendimento e realização dos direitos fundamentais dos indivíduos e grupos humanos. Para tanto, há que se adotar o caminho da educação em direitos humanos, concebendo-a como uma vereda pedagógica estratégica para a construção de práticas jurídicas mais emancipatórias, aproximando referidas práticas dos programas de educação para a paz e de educação para o pleno exercício da cidadania. É certo que, ainda assim, tal experiência não negaria a já mencionada verdade objetiva de toda ação pedagógica, mas tenderia a favorecer contra-arbitrários culturais ou arbitrários culturais contra-hegemônicos relacionados a práticas jurídicas mais voltadas ao atendimento dos anseios e lutas por direitos das classes ou grupos sociais que ocupam o pólo oprimido da sociedade brasileira.

As considerações expostas no presente trabalho, como ver-se-á adiante, são oriundas de meditações teóricas fundadas na obra de Pierre Bourdieu, notadamente em suas pesquisas sobre o sistema de ensino francês. A obra bourdieusiana revela o caráter simbolicamente violento do processo educacional, sendo deveras útil para a compreensão dos fenômenos relacionados à educação jurídica em nosso país. Por isso, a partir deste referencial teórico-metodológico, temos vindo a refletir sobre a reprodução cultural nos cursos de Direito e acerca das possibilidades de uma educação jurídica contra-hegemônica. Tais reflexões, somos cientes disto, ainda carecem de incursões empíricas visando demonstrar as hipóteses levantadas e de experimentações concretas em NPJs, no entanto constituem já um esboço teórico capaz de propiciar maiores e melhores desenvolvimentos investigativos futuros e oferecem subsídios a constituição de projetos alternativos, contra-hegemônicos, de prática jurídica através dos assim chamados estágios supervisionados.

1. PROCESSO EDUCACIONAL E REPRODUÇÃO CULTURAL: A FUNÇÃO OCULTA DO CURRÍCULO

Antes de qualquer reflexão a respeito do currículo enquanto um instrumento formal e institucionalizado de reprodução cultural e da discussão sobre a educação em direitos humanos como tentativa de esboçar o ensino de uma prática jurídica contra-hegemônica, é imperioso realizar algumas anotações sobre a própria noção de cultura. Segundo Clifford Geertz (1987, p. 66), a cultura é um sistema simbólico no qual são perceptíveis "padrões de significados transmitidos historicamente", quer dizer, "concepções herdadas expressas em formas simbólicas por meio das quais os homens comunicam, perpetuam e desenvolvem seu conhecimento e suas atividades em relação à vida". Compreender o fenômeno cultural é sinônimo, pois, de apreender "uma multiplicidade de estruturas conceptuais complexas, muitas delas sobrepostas ou amarradas umas às outras, que são simultaneamente estranhas, irregulares e inexplícitas", ou seja, entender a cultura é o mesmo que interpretar verdadeiras teias de significados (GEERTZ, 1987, p. 07). Todavia, conforme lembra Pierre Bourdieu (2008), a cultura prevalecente em uma determinada formação social não constitui apenas uma teia de significados estruturados e alheios às relações de força entre grupos ou classes; ao contrário, toda cultura é o resultado de uma seleção arbitrária de significações na medida em que sua estrutura e funções não são dedutíveis de quaisquer princípios universais, físicos, biológicos ou espirituais, não sendo determinada pela "natureza das coisas" ou sequer pela "natureza humana", mas sim pelo estado das relações de força existentes em um dado espaço social. Aliás, como já dizia Marcel Mauss (2003, p. 328), toda representação coletiva é "uma representação escolhida arbitrariamente, ou mais ou menos arbitrariamente, para significar outras e para comandar práticas". Por tal motivo, a cultura dominante em uma específica sociedade é sempre representativa do arbitrário cultural dominante, sendo produto das condições sociais vigentes e somente tornando-se inteligível quando são compreendidos os significados limitados *por* ou relacionados *a* tais condições (BOURDIEU, 2008).

Se a própria cultura é, objetivamente, sempre um arbitrário cultural que prevalece em detrimento de outros possíveis e igualmente existentes na realidade social, em sendo o

processo educacional a forma por excelência de transmissão-assimilação dos legados culturais, é correta a assertiva de Bourdieu (2008, p. 26) de que "toda *ação pedagógica* (AP) é objetivamente uma violência simbólica enquanto imposição, por um poder arbitrário, de um arbitrário cultural". Nos termos bourdieusianos, violência simbólica consiste na imposição de significações como sendo legítimas, ocultando ou dissimulando o fato de que os significados são arbitrariamente selecionados, a fim de que, por este processo de ocultação ou dissimulação, seja conquistada a cumplicidade dos dominados, isto é, dos destinatários da violência simbólica (BOURDIEU, 2005; 2008), fadados a suportá-la, mais ou menos acomodadamente, em razão de um processo geralmente não declarado de domesticação (WEBER, 1999). Sendo, portanto, uma violência simbólica, o processo educacional corresponde a uma imposição ou inculcação arbitrária, tomada como legítima por ocultar seu caráter de arbitrariedade, de arbitrários culturais relacionados a interesses materiais e simbólicos de grupos ou classes dominantes, a cultura hegemônica sendo igualmente tomada como legítima em razão de ser desconhecida enquanto um arbitrário. Ao impor determinadas significações selecionadas de conformidade com os interesses hegemônicos, excluindo, com efeito, outras significações possíveis e existentes no âmbito de culturas dominadas, a ação pedagógica empreende a seletividade daquilo que é tido, arbitrariamente, como digno de ser ensinado e aprendido – comumente habilidades, competências, atitudes, valores e posturas relacionados aos grupos ou classes dominantes –, eliminando assim tudo aquilo que não é tido enquanto tal – não raro o saber e o saber-fazer dos grupos ou classes dominados (BOURDIEU, 2008).

Toda ação educacional, como processo de reprodução cultural, implica a existência de um *trabalho pedagógico*, ou seja, um esforço de inculcação durável, realizado por *autoridades pedagógicas* (instituições ou agentes como, por exemplo, escolas e professores), que deve se prolongar no tempo o quanto for necessário à efetiva interiorização pelos educandos dos princípios do arbitrário cultural dominante, que tendem a perpetuar-se mesmo após o término da inculcação e passam a orientar, mais ou menos conscientemente, os receptores da educação em suas representações e práticas cotidianas. Em outras palavras, qualquer trabalho pedagógico objetiva impreterivelmente a formação de *habitus*, isto é, de disposições duráveis e transferíveis que se apresentam na forma de esquemas de percepção, de pensamento, de apreciação e de ação (parcial ou totalmente idênticos a de outros agentes que receberam os mesmos estímulos exteriores), que são interiorizados pelos destinatários da ação pedagógica. No caso da educação hegemônica, estas disposições estão intimamente relacionadas aos arbitrários culturais dominantes, o trabalho pedagógico funcionando então, para os grupos ou classes dominados, como negação e tentativa de transformação dos *habitus* dominados primários, ou seja, das disposições adquiridas (por outros meios e até por outras ações pedagógicas, como a educação familiar, os espaços de socialização e compartilhamento da cultura, etc.) anteriormente a um determinado processo educacional formal (BOURDIEU, 2008).

Neste contexto, o processo de escolarização, ou *trabalho escolar*, nada mais é do que um modo de exercício formal e institucionalizado de trabalho pedagógico que procura substituir (no caso dos grupos ou classes inferiores) ou reforçar e sistematizar (no caso dos grupos ou classes superiores) os *habitus* primários através da inculcação de *habitus* secundários, quer dizer, as disposições pretéritas adquiridas pelos educandos – em razão de sua origem social, educação familiar, espaços sociais por que transitaram e outras exterioridades interiorizadas – através das disposições aprendidas nas instituições que

detêm, oficialmente, o monopólio da transmissão legítima dos arbitrários culturais, legitimadas em função de delegação por parte dos grupos ou classes hegemônicos. Nas palavras absolutamente lúcidas de Bourdieu (2008, p. 64):

[...] um dos efeitos menos percebidos da escolaridade obrigatória consiste no fato de que ela consegue obter das classes dominadas um reconhecimento do saber e do saber-fazer legítimos (por exemplo, em matéria de direito, de medicina, de técnica, de entretenimento ou de arte), levando consigo a desvalorização do saber e do saber-fazer que elas efetivamente dominam (por exemplo, direito consuetudinário, medicina doméstica, técnicas artesanais, língua e arte populares ou tudo ainda o que veiculava a "Escola *buissonnière* de feiticeira e do pastor", segundo a expressão de Michelet), e o estabelecendo assim um mercado para as produções materiais e sobretudo simbólicas cujos meios de produção (a começar pelos estudos superiores) são o quase-monopólio das classes dominantes (por exemplo, diagnóstico médico, conselho jurídico, indústria cultural, etc.).

O trabalho escolar está, no entanto, implicado em uma realidade mais abrangente constituída pelo *sistema de ensino*. É ao sistema de ensino que compete a produção e reprodução das condições, principalmente as formais, de exercício do trabalho escolar, tais como a indicação dos elementos ou estruturas curriculares que devem ser adotados pelas autoridades pedagógicas institucionalizadas, o reconhecimento e credenciamento dos cursos e instituições tidos como oficialmente integrando o sistema, entre outras medidas necessárias ao controle do processo de escolarização, sem deixar que se abandone a ilusão – sobremaneira imperiosa para a dissimulação dos arbitrários impostos pelo sistema de ensino – de que as *autoridades escolares* são relativamente autônomas, mantendo assim o desconhecimento da verdade objetiva da ação pedagógica oficial. Para tanto, o sistema de ensino produz as próprias condições de sua auto-reprodução, convertendo paulatinamente receptores (alunos) em transmissores (professores) dos arbitrários culturais, todos possuindo, necessariamente, os *habitus* imprescindíveis à reprodução cultural e estando, em função destes *habitus* e da estrutura formal do sistema de ensino, impedidos de realizar um trabalho escolar heterodoxo. Por isso, o sistema de ensino sempre garante as condições institucionais da homogeneidade e da ortodoxia do trabalho escolar, codificando, homogeneizando e sistematizando a mensagem transmitida e aprendida ao longo do processo de escolarização (BOURDIEU, 2008).

Além disso, o sistema de ensino oferece uma contribuição fundamental para a formação e manutenção de um universo erudito mais abrangente do que o relativo estritamente ao ensino, que poderíamos chamar de *campo educacional*, isto é, um espaço social relativamente autônomo e, destarte, possuidor de regras e princípios próprios, vocacionado a afirmar cotidianamente sua independência em relação às pressões exteriores (sociais, políticas, econômicas, religiosas, etc.), independência esta que, objetivamente, é mais aparente (ideal) do que concreta (real), pois em todo campo as pressões exteriores são absorvidas dissimuladamente, são mediatizadas pela lógica interna do *campus* através de um processo de transfiguração ou retradução que oculta as exterioridades internalizadas por um específico espaço social ao ponto de estas exterioridades tornarem-se irreconhecíveis, alimentando assim a crença – na verdade, uma *illusio* necessária à constituição e manutenção de todo espaço social erudito – de

que o campo é absolutamente independente das realidades sociais, políticas, econômicas, religiosas e de quaisquer outras. O *campus* educacional é constituído por instituições e agentes especializados em educação e incumbidos exclusivamente do trabalho pedagógico oficial, os quais concorrem pelo monopólio da palavra pedagógica legítima, sendo então percebidos como os únicos legitimados a dizer com autoridade a verdade pedagógica. No entanto, como vimos percebendo acima, tal verdade tende a relacionar-se – ocultamente ou, melhor dizendo, de forma mediatizada pela ordem interna do espaço educacional – aos arbitrários culturais dos grupos ou classes dominantes, expressando assim o estado das relações de força existentes em uma determinada formação social (BOURDIEU, 2004; 2008).

Neste ínterim, o currículo é uma das dimensões – aliás, situando-se entre as mais institucionalizadas e formais – do trabalho escolar que apresentam-se oficialmente condicionadas pelas regras e princípios impostos arbitrariamente e até juridicamente (decretos, resoluções, etc.) pelo sistema de ensino, imposições estas que tendem a refletir os arbitrários culturais dominantes. Não é por outra razão que a tendência de todo currículo, no âmbito do trabalho escolar, é reproduzir, de conformidade com as orientações político-pedagógicas da instituição escolar e com as peculiaridades locais (geográficas, ambientais, sociais, culturais e assim por diante), as indicações constantes nas regras e princípios do sistema de ensino e, em um âmbito mais geral, do campo educacional. Daí por que são, mais ou menos intensamente, mais ou menos reconhecidamente, reproduzidos nos currículos elaborados pelas instituições escolares os objetivos, perfis de alunos visados, modalidades de práticas pedagógicas admitidas, conjuntos de disciplinas ou eixos de formação a serem adotados, entre outros elementos curriculares, impostos pelo sistema de ensino e que variam de consonância com a flexibilidade do modelo por este adotado – como, por exemplo, no caso dos modelos já adotados no Brasil, Currículo Único Nacional, Currículo Mínimo Nacional ou Diretrizes Curriculares Nacionais. Ao assim procederem, os currículos não somente reproduzem as orientações mais gerais do sistema de ensino, mas também os arbitrários a que este sistema dissimuladamente está a serviço, que invariavelmente relacionam-se à cultura hegemônica em um determinado tempo histórico e espaço geopolítico, não raramente associada aos interesses dos grupos ou classes dominantes.

Ainda que, pelas razões expostas, tenda a ser falaciosa qualquer negação da verdade objetiva de toda ação pedagógica e, por extensão, de todo currículo enquanto violência simbólica, é evidente que a educação e, em particular, a experiência curricular podem funcionar na reprodução de arbitrários culturais – que por isso não deixam de ser arbitrariedades – diversos daqueles relacionados aos interesses de grupos ou classes dominantes, quer dizer, podem agir enquanto instrumentos de reprodução de arbitrários culturais contra-hegemônicos ou, em outras palavras, contra-arbitrários característicos da cultura dos grupos ou classes dominados em um específico espaço social. Estes contra-arbitrários, diferentemente da cultura hegemônica, apresentam a cultura dos dominados como cultura legítima e tanto podem se furtar de considerar as relações de força existentes em uma determinada formação social, dissimulando sua natureza de arbitrariedade, quanto, ao contrário, reconhecendo estas relações de força, podem procurar desenvolver estratégias de afirmação e legitimação dos arbitrários culturais que se encontram no pólo oprimido pela cultura hegemônica – qual seja, o pólo dos dominados – declaradamente visando, com um grau menor de dissimulação, conferir força simbólica à reprodução de elementos típicos de uma cultura contra-hegemônica. Aliás, o conceito bourdieusiano de violência simbólica não se aplica somente às ações

dos grupos ou classes dominantes, sendo igualmente aplicável a todas as formas de imposição de significações via ocultação dos arbitrários da ação impositiva, seja ela praticada por um curandeiro, um feiticeiro, um padre, um profeta, um professor, um jurista ou qualquer outra categoria de pessoas que detenha a autoridade de impor uma verdade (BOURDIEU, 2008). O que caracteriza a violência simbólica praticada no pólo oprimido é, ao contrário do que ocorre no caso dos dominantes, o intuito de reproduzir *habitus* relacionados às maneiras de percepção, de pensamento, de apreciação e de ação prevalecentes entre grupos ou classes dominados.

Na ação pedagógica contra-hegemônica, a afirmação de contra-arbitrários ocorre na medida em que elementos culturais dos grupos ou classes dominados são favorecidos através das práticas associadas ao trabalho pedagógico, sendo um famoso exemplo disto a pedagogia do oprimido proposta e realizada por Paulo Freire, entre muitas outras inspiradas na teoria e prática do notável educador pernambucano. Por sua vez, a experiência curricular contra-hegemônica é a forma por excelência de institucionalização e formalização dos arbitrários culturais dominados, fomentando, no âmbito escolar, um trabalho pedagógico de inculcação de *habitus* secundários relacionados à cultura dos grupos ou classes que não detêm o poder hegemônico em um determinado espaço social. Isto pode se exteriorizar, por exemplo, na forma de incorporação no currículo de disciplinas mais heterodoxas em relação àquelas associadas ao conjunto das disciplinas da formação tradicional; de concessão de maior liberdade ao corpo docente para desenvolver práticas pedagógicas e experiências de pesquisa e extensão inovadoras e mais próximas dos grupos oprimidos; de efetivação da interdisciplinaridade, fomentando o debate com outros campos do saber menos convencionais; de melhor e mais amplo desenvolvimento da pesquisa e da extensão com orientações críticas e que exercitem a reflexividade; da garantia de mecanismos de maior inclusão, quantitativa e qualitativa, dos grupos ou classes dominados e, principalmente, de suas teias de significados no processo de escolarização; e assim por diante. Todavia, como o currículo está inserido na realidade mais ampla do sistema de ensino, é natural que, para poder funcionar como promotor de contra-arbitrários culturais, dependa das condições impostas pelo sistema de ensino, condições estas geralmente perceptíveis nas políticas voltadas para o setor educacional (municipais, estaduais e federais) e, primacialmente, nas legislações que impõem uma específica formatação, mais ou menos flexível, dos currículos, como foi o caso, no Brasil, dos já superados modelos de Currículo Único Nacional e Currículo Mínimo Nacional e é o caso do atual modelo de Diretrizes Curriculares Nacionais. Tudo isto, evidentemente, condiciona o currículo e limita suas possibilidades contra-hegemônicas, mas decerto não as anula.

2. NPJS E AS POSSIBILIDADES DE UMA PRÁTICA JURÍDICA CONTRA-HEGEMÔNICA A PARTIR DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

A Resolução MEC/CNE/CES n. 09/2004, que instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Direito do Brasil e consolidou reformas iniciadas com a Portaria n. 1.886/94, empreendeu a flexibilização dos currículos da educação jurídica superior, conferindo a esta possibilidades de experiências inovadoras e emancipatórias

poucas vezes vistas na história da cultura educativo-jurídica brasileira. Entre as inovações da Resolução, pode-se destacar: 1) a não imposição de um conjunto de disciplinas obrigatórias, mas sim de eixos de formação (fundamental, profissional e prática), o que oportunizou experimentações de práticas de ensino não disciplinares; 2) a substituição da obrigatoriedade da monografia pela do trabalho de curso, que ofereceu abertura para se fomentar a elaboração mais difusa de trabalhos acadêmicos em formatos diversos da tradicional monografia jurídica, produzidos no decorrer da graduação e não somente no final do curso (por exemplo, artigos, narrativas de caso, portfólios, etc.); e 3) a confirmação do estágio curricular supervisionado como prática jurídica, ao invés de prática forense, idéia esta inaugurada com a Portaria n. 1.886/94 e que concebe a prática dos juristas para além da dimensão judicial, aproximando-a mais da realidade social e exigindo uma relação mais íntima entre teorias (particularmente aquelas que acentuam as temáticas relacionadas aos direitos humanos) e práticas (notadamente as levadas a cabo no estágio supervisionado e nas atividades de extensão) (SOUZA JÚNIOR, 2007).

No que toca à prática jurídica, dimensão curricular a qual nos deteremos neste artigo, a Resolução ministerial propiciou um espaço formal para o fomento a atividades de extensão universitária comprometidas com o pilar emancipatório da educação jurídica, isto é, com o pilar do processo educativo-jurídico que toma a opressão como ponto de ignorância e a solidariedade como ponto de saber (SANTOS, 2005). Assim, os NPJs converteram-se, potencialmente, em âmbitos institucionais capazes de exercitar a educação em direitos humanos, mediando as competências relacionadas às discussões teóricas e investigações sobre direitos humanos, cidadania, acesso à justiça, grupos vulneráveis, movimentos sociais, entre outras atinentes à relação entre o campo jurídico e a sociedade – desenvolvidas nos espaços do ensino e da pesquisa –, e as habilidades necessárias às ações efetivas de concretização dos direitos fundamentais dos indivíduos e grupos humanos, principalmente os direitos econômicos, sociais e culturais. Por seguimento, apesar de sua vocação mormente extensionista, os NPJs, em comunhão de forças com os espaços institucionais do ensino e da pesquisa, passaram a poder funcionar como ambientes de produção e socialização dos saberes necessários à promoção dos direitos humanos, reforçando o pilar emancipatório da educação jurídica não apenas por meio da extensão, mas igualmente da investigação, da oferta de cursos de capacitação, de debates públicos e interdisciplinares e do compartilhamento de informações, todos orientados para a ação e para as possibilidades emancipatórias do direito.

Como parece evidente, nossa proposição é que, com a abertura dada pela Resolução n. 09, a educação em direitos humanos tornou-se um dos focos possíveis das ações dos NPJs. E o conceito nuclear da educação em direitos humanos, como bem lembra Betty A. Reardon (2007), é a dignidade humana: seu reconhecimento, sua concretização e sua universalização. Um programa de educação em direitos humanos, nas palavras de Stephen P. Marks (2007), está, pois, relacionado ao ensino em ambientes de aprendizagem tanto formal quanto informal, a cursos de capacitação e a mecanismos de socialização de informações que objetivam compartilhar os saberes necessários ao reconhecimento, realização e generalização da dignidade como direito fundamental de todo indivíduo e grupo humano. Desta sorte, a educação em direitos humanos apresenta uma relação bastante íntima com os programas de educação para a paz, que visam ao aprendizado de como “fazer a paz”, embora tomem como conceito nuclear a violência. A educação para a paz, tradicionalmente, tem partido do problema

da violência – portanto, da idéia de uma “paz negativa” – e desenvolvido ações educativas que visam construir as condições necessárias à concretização da paz, ações estas que admitem diversos nomes que variam conforme o problema a que se reage: resolução de conflitos, educação multicultural, educação para o desenvolvimento, estudos sobre a situação mundial e educação ambiental. A educação em direitos humanos aprimora o projeto da educação para a paz ao preocupar-se com uma “paz positiva” traduzida no conceito de dignidade humana, convertendo assim a educação para a paz em uma educação normativa que concebe a realização dos direitos humanos como o caminho mais apropriado para superar-se o problema da violência, isto é, os direitos humanos como “condições sociais, políticas e econômicas mais propensas a fornecer o ambiente e o processo para a coesão social e a resolução não-violenta de conflitos” (REARDON, 2007, p. 63).

Mais do que isto, a educação em direitos humanos apresenta uma relação muito próxima com a educação para o pleno exercício da cidadania (MEINTJES, 2007). Neste sentido, a educação em direitos humanos exige que o público-alvo seja capacitado para levar a cabo um processo de aquisição de conhecimentos e de consciência crítica que os conduza à compreensão e ao questionamento dos padrões opressores da organização social, política e econômica. E a força emancipatória deste processo dependerá da capacidade do público-alvo, o que é variável de grupo para grupo, de transcender as relações de poder opressoras, quer dizer, de sua capacidade de prever, desenvolver e funcionar observando outros padrões de organização não-dominadores e em que a dignidade de todos seja protegida e promovida. É evidente que a educação em direitos humanos, de acordo com esta concepção, não pode ser vista apenas como uma educação bancária (transmissão-assimilação de conhecimentos), como diria Paulo Freire (1987), direcionada àqueles que são tidos como alienados, marginalizados, silenciados e oprimidos – aliás, é de toda relevância que participem do aprendizado em direitos humanos categorias de agentes que integram o pólo opressor das relações sociais, econômicas e políticas, tais como policiais, magistrados, empresários, políticos, etc. E mais: o pleno exercício da cidadania não deve ser visto como um processo de tornar acessíveis as instituições e estruturas existentes, que comumente são fortemente hierárquicas e não-democráticas – por exemplo, o acesso ao aparato judicial e aos mecanismos processuais –, fornecendo aos cidadãos leigos, pobres e juridicamente desassistidos informações úteis, assistência em processos judiciais e ensino de habilidades sociais, políticas e econômicas de que necessitam e não dispõem. Estes esforços, que não deixam de ser válidos e constituem o núcleo básico da prática jurídica tradicional, são, no dizer de Garth Meintjes (2007), somente ajudas paternalistas, ou mesmo assistencialistas, que não se confundem com o verdadeiro exercício da cidadania, pois caracterizam-se pelo antidiálogo, silêncio e passividade, negando as condições favoráveis ao desenvolvimento e à abertura das consciências humanas.

Os programas de educação em direitos humanos que podem ser realizados no âmbito dos NPJs devem a ir além da concepção tradicional da prática jurídica e conceber-se como um programa de educação para a paz e para o pleno exercício da cidadania, nos termos dispostos acima. O estágio supervisionado, nos moldes como é realizado atualmente no interior da maioria dos NPJs brasileiros, tem prestado-se, mais ou menos eficientemente, a fornecer – ao público que demanda seus serviços – informações jurídicas relevantes, prestação de assistência judiciária e compartilhamento de algumas habilidades imperiosas aos sujeitos que procuram os estagiários e advogados-professores dos referidos Núcleos. Todavia, a prática jurídica

tradicionalmente levada a cabo no estágio supervisionado, em dissonância com a proposta inaugurada com a Portaria n. 1.886/94, vem realizando muito parcamente a mediação entre as teorias relacionadas aos direitos humanos, à cidadania, ao acesso à justiça, aos grupos vulneráveis e movimentos sociais, aos direitos econômicos, sociais e culturais, e a dimensão prática emancipadora do ofício de jurista. Este fato, ao invés de capacitar o público-alvo para o pleno exercício da cidadania, reforça sua condição de mero "justiciável", como o chamara Bourdieu (2005), ou seja, de simples cliente dos profissionais e estudantes de direito, necessitando da assistência (e do assistencialismo) dos juristas para a dicção de seus direitos e, com efeito, para acessá-los através dos mecanismos judiciais. A educação em direitos humanos não coloca esta tarefa como seu objetivo precípuo, mesmo que não a ignore, pois, afinal de contas, ela satisfaz também a uma grande diversidade de necessidades humanas comumente não realizadas e que, se não satisfeitas, atentam contra a dignidade humana. Antes disso, seu trabalho consiste no ensino e na pesquisa dos direitos humanos e de temas correlatos, assim como na formação, capacitação e compartilhamento de informações com o fito de reconhecer, realizar e universalizar a dignidade humana como direito fundamental de todos, e isto para além da perspectiva mais estrita da assistência judiciária.

Para bem realizar seus objetivos emancipatórios, a educação em direitos humanos precisa, além de superar a perspectiva da assistência judiciária, sustentar-se sobre uma rede de conhecimentos sobre os objetos da ação educativa, desenvolvendo uma clara percepção dos problemas sociais, políticos e econômicos sobre os quais pretende atuar, a fim de estruturar as estratégias de ação para o enfrentamento das problemáticas identificadas. De modo geral, as abordagens da educação em direitos humanos pressupõem, como o faz Donna Hicks (2007), que os conflitos existentes na sociedade surgem entre indivíduos ou grupos quando necessidades ontológicas, fundamentais para o desenvolvimento humano, não são atendidas ou são suprimidas, provocando uma reação por parte daqueles que se sentem ameaçados ou atentados em seus direitos. Assim, ofensas a direitos humanos – como, por exemplo, a desigualdade socioeconômica, o desrespeito a direitos culturais e territoriais, etc. – costumam retroalimentar outras ofensas a direitos humanos, formando um círculo vicioso de violações da dignidade humana. Por esta razão, a educação em direitos humanos precisa adotar ou desenvolver metodologias adequadas à identificação dos problemas que reforçam o círculo de desrespeito aos direitos humanos e capazes de construir estratégias de ação eficazes. Uma metodologia, inspirada na pedagogia de Paulo Freire, que bem se ajusta à educação para o pleno exercício da cidadania é a da pesquisa-ação. Segundo Michel Thiollent (2005, p. 16), "pesquisa-ação é um tipo de pesquisa social com base empírica que é concebida e realizada em estreita associação com uma ação ou com a resolução de um problema coletivo e no qual os pesquisadores e os participantes representativos da situação ou do problema estão envolvidos de modo cooperativo ou participativo". Em face da adequação da pesquisa-ação ao enfrentamento dos problemas relativos aos direitos humanos e diante da necessidade de produzir conhecimentos sobre seus objetos de ação, acreditamos que os NPJs poderiam experimentar referida metodologia, assim como outras que se demonstrarem oportunas, objetivando desenvolver reflexões teóricas sobre educação em direitos humanos e construir metodologias para a prática desta modalidade de educação.

Entrementes, existem conflitos sociais e intersubjetivos cuja melhor estratégia para sua resolução não consiste em procedimentos de investigação tal como o da pesquisa-ação. Ao contrário, requerem a participação dos envolvidos nos conflitos em

atividades voltadas para a conciliação e a resolução interativa dos antagonismos. Como as conflituosidades derivam do não atendimento de necessidades humanas fundamentais, sua resolução, que também é uma forma de educação em direitos humanos, não pode ser realizada pelo exercício de estratégias que utilizam a força e a coerção ou que se valham de barganhas e intimidações que distorçam a comunicação entre os participantes, ou melhor, que violem a comunicatividade da relação entre os agentes. De acordo com Hicks (2007), o melhor sentido da resolução de conflitos implica justamente a interatividade, o que exige uma acurada análise das necessidades humanas não atendidas que estão nas raízes dos conflitos. Estas necessidades costumam estar relacionadas a pulsões por desenvolvimento associadas a questões como identidade, pertencimento, reconhecimento e segurança que não são negociáveis e que, se não satisfeitas, atentam contra a dignidade humana. Outrossim, a educação em direitos humanos, quando praticada com o fim de resolver conflituosidades sociais e intersubjetivas consensualmente, deve buscar a construção de acordos racionalmente motivados, observando uma interação comunicativa, em termos aproximados ao proposto por Jürgen Habermas (2002). Neste sentido, há que se desenvolver uma interação orientada ao entendimento, requerendo dos participantes uma ação que visa a um acordo com os outros sobre algo no mundo e não à imposição da vontade de uma das partes ou de outrem alheio à discussão. Assim, os NPJs, praticando uma educação em direitos humanos enquanto resolução de conflitos, estão ainda habilitados a funcionar como instâncias de resoluções interativas de conflituosidades e/ou de formação e capacitação de agentes incumbidos do trabalho de conciliação e intervenção pacífica em antagonismos de natureza social ou intersubjetiva.

Por fim, vale relembrar que, além da resolução de conflitos, da investigação sobre direitos humanos e da promoção do reconhecimento, concretização e generalização da dignidade humana, um dos objetivos precípuos da educação em direitos humanos traduz-se no empreendimento da socialização de conhecimentos atinentes aos direitos fundamentais e na realização de reflexões críticas quanto às condições de garantia destes direitos. Neste ínterim, mais do que qualquer outra coisa, a educação em direitos humanos almeja contribuir para a construção de uma cultura de respeito aos direitos fundamentais e, acima de tudo, da dignidade humana. O fenômeno cultural, no entanto, é constituído, nas palavras de Clifford Geertz (1989), uma verdadeira teia de significados indissociáveis, representativa de um dado modo de vida, que só muito forçosa e arbitrariamente pode ser reestruturada pela ingerência de uma ação exterior, principalmente em se tratando de uma ação mediada pela linguagem formal do direito, como é o caso da educação em direitos humanos. Neste sentido, em algumas circunstâncias, a linguagem da arte e da ludicidade – dentro delas abrangidos a música, a poesia, a literatura, o cinema, as artes cênicas, a fotografia, etc. – é um instrumento mais eficaz de mediação entre a linguagem do cotidiano, do mundo da vida, e a linguajem jurídica, posto que o elemento lúdico-artístico é também, tal como o direito, um fio da teia de significados culturais, todavia um fio menos formalizado e que, portanto, toca mais profundamente a sensibilidade de alguns públicos-alvo. Assim, nada obsta que a educação em direitos humanos seja mediatizada pela linguagem de um outro campo que não o jurídico, a fim de melhor atingir seu objetivo de contribuir para a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais. Por isso, os NPJs, enquanto instâncias de promoção de uma cultura de direitos humanos, não devem desprezar o *medium* da arte e da ludicidade ao desenvolver suas ações, podendo inclusive promover atividades artístico-culturais visando à socialização,

dentro e fora da IES, de informações e reflexões críticas acerca dos direitos humanos e de temas correlatos que sirvam de reforçadores positivos de uma cultura humanitária.

Desta forma, a missão dos NPJs, ao que nos parece, a partir da Resolução n. 09, passou a incorporar, de forma mais ostensiva, a possibilidade da promoção dos direitos humanos através de ações educativas, em sentido amplo, de caráter tanto formal quanto informal, no formato de atividades de extensão de naturezas diversas, cursos de capacitação e desenvolvimento de mecanismos de socialização de informações atinentes aos direitos fundamentais a categorias de indivíduos e grupos sociais potencialmente vulneráveis ao desrespeito de sua dignidade humana. Esta missão dos NPJs contempla ainda a possibilidade, em comunhão de esforços com os espaços institucionais do ensino e da pesquisa, de realização de investigações orientadas para a ação e atividades voltadas à resolução interativa de conflitos, objetivando a identificação de problemas associados aos direitos humanos e sua solução com a participação da comunidade, assim como a experimentação e desenvolvimento de metodologias de educação em direitos humanos na perspectiva da construção da paz e do pleno exercício da cidadania.

Assim, o sistema de ensino jurídico nacional habilitou os NPJs, enfatizando o aprendizado de saberes e habilidades relacionados aos direitos humanos e temas correlatos, a contribuírem para a formação de estudantes de direito com perfil (1) orientado para a responsabilidade social e solidariedade humana, (2) com engajamento político e preocupação na efetivação de uma democracia de alta intensidade, (3) atenção para com os direitos econômicos, sociais e culturais, (4) criatividade no manejo dos instrumentos jurídicos e processuais, (5) sensibilidade para com as causas dos novos movimentos sociais, das populações tradicionais e dos grupos vulneráveis, (6) assim como com disposição para trabalhos de campo, atividades de extensão nas comunidades-alvos das ações dos Núcleos e tomada do pilar emancipatório do direito como objetivo precípuo da ação dos juristas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esperamos ter conseguido demonstrar, nas páginas que ora se findam, as duas principais hipóteses levantadas acima: 1) de que a função subjacente a toda experiência curricular é o exercício formalizado de uma violência simbólica que, dissimuladamente, reproduz os arbitrários culturais dos grupos ou classes dominantes em um determinado espaço social; e 2) de que isto não significa necessariamente que a ação pedagógica, e juntamente com ela o currículo, não possa funcionar como uma ação reprodutora de arbitrários culturais contra-hegemônicos, isto é, arbitrários característicos da cultura de grupos ou classes dominadas. A abertura que a Resolução n. 09 conferira aos NPJs funcionarem como instâncias de educação em direitos humanos, apresentada no último tópico, parece, ao que tudo indica, ser um indicativo de ambas as hipóteses, pois, conforme visto, trata-se de uma abertura à estruturação de modelos de educação jurídica mais heterodoxos em relação aos tradicionais e que – além de fomentar a interdisciplinaridade e o inter-relacionamento entre ensino, pesquisa e extensão – atribui importância significativa a campos de saber e a agentes que ocupam o pólo oprimido da educação jurídica convencional. Isto, porém, como também observado, não desmente a

verdade objetiva da educação jurídica como violência simbólica, especialmente porque a própria possibilidade da educação em direitos humanos nos NPJs deriva de uma reforma legal imposta pelo sistema nacional de ensino que, de maneira oficializada, impõem os arbitrários culturais dominantes em um dado tempo histórico e espaço geopolítico. É evidente que a consciência deste fato não há de desalentar as perspectivas contra-hegemônicas da educação jurídica superior. Ao contrário, deve servir, pensamos, como a consciência crítica da verdade objetiva de todo processo educacional necessária para que sejam traçadas estratégias, projetos e experiências educacionais melhor qualificados para o enfrentamento do caráter opressivo da educação tradicional e de uma sociedade em que os arbitrários culturais dos grupos ou classes dominantes são tidos como mais importantes de serem ensinado e aprendidos do que os arbitrário culturais dos grupos ou classes dominados.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **A reprodução**: elementos para uma teoria do sistema de ensino. Trad. Reynaldo Bairão. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

_____. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

_____. **Os usos sociais da ciência**: por uma sociologia clínica do campo científico. Trad. Denice Bárbara Catani. São Paulo: UNESP, 2004.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 37. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HICKS, Donna. Resolução de conflitos e educação em direitos humanos. In: ANDREOPOULOS, Geoge J. e CLAUDE, Richard Pierre (orgs.). **Educação em**

direitos humanos para o século XXI. Tradução de Ana Luiza Pinheiro. São Paulo: USP / Núcleo de Estudos da Violência, 2007.

MARKS, Stephen P. Educação em direitos humanos na consolidação pela ONU: da teoria à prática. In: ANDREOPOULOS, Geoge J. e CLAUDE, Richard Pierre (orgs.). **Educação em direitos humanos para o século XXI**. Tradução de Ana Luiza Pinheiro. São Paulo: USP / Núcleo de Estudos da Violência, 2007.

MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

MEINTJES, Garth. Educação em direitos humanos para o pleno exercício da cidadania: repercussões na pedagogia. In: ANDREOPOULOS, Geoge J. e CLAUDE, Richard Pierre (orgs.). **Educação em direitos humanos para o século XXI**. Tradução de Ana Luiza Pinheiro. São Paulo: USP / Núcleo de Estudos da Violência, 2007.

REARDON, Betty A. Direitos humanos como educação para a paz. In: ANDREOPOULOS, Geoge J. e CLAUDE, Richard Pierre (orgs.). **Educação em direitos humanos para o século XXI**. Tradução de Ana Luiza Pinheiro. São Paulo: USP / Núcleo de Estudos da Violência, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de *et al* (orgs.). **A prática jurídica na UnB**: reconhecer para emancipar. Brasília: UnB, 2007.

THIOLLENT, Michel. **Metodologia da pesquisa-ação**. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília, DF: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 1.

O ENSINO DOGMÁTICO DO DIREITO COMO ELEMENTO LIMITADOR À UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA*

THE DOGMATIC LAW TEACHING AS A LIMITING ELEMENT TO THE JUSTICE ACCESS UNIVERSALIZATION

Raquel Cristina Ferraroni Sanches
Newton Carlos Freire Pereira

RESUMO

O ensino jurídico, estruturado sob o molde positivista e conservador cujo objetivo central da formação do bacharel em Direito é a aplicabilidade da norma, destituída da reflexão acerca da desigualdade, impede a materialização do acesso à Justiça para todos. O pensamento coerente, que caracteriza o ensino positivista se faz presente no currículo do Curso de Direito, esvaziando a reflexão social da massificação do acesso à Justiça. O dogmatismo jurídico, ao se estabelecer no âmbito forense se espraiou na academia, resultando numa formação desprovida de sentido e representação deste como Direito fundamental do ser humano. Submetido à lógica do mercado, o ensino do Direito no Brasil destituiu a abrangência social do amplo acesso à Justiça, concentrando a formação do bacharel em um modelo tecnicista e ausente de reflexões sobre a realidade social e suas disparidades. O acesso à Justiça alcança valores significativos no instante em que a sociedade avança para superar as disparidades, possibilitando ao Direito contribuir com a transformação das condições objetivas de desigualdade. A formação do bacharel, com larga visão do debate político e social do acesso à Justiça como componente primário da superação da desigualdade, pode ser um dos fatores favoráveis à minimização da violência, da opressão, da discriminação e da negação dos direitos das minorias que não se encontram representadas no poder estatal. Para avançar na construção de um tecido social democrático e inclusivo, perpassa por uma mudança na construção do currículo do Curso de Direito, de modo que proporcione a formação do bacharel numa perspectiva critica.

PALAVRAS-CHAVES: ENSINO JURÍDICO. DIREITO. ACESSO À JUSTIÇA

ABSTRACT

The juridical teaching, structured under a conservative and positivist pattern, which main point of the Law bachelor is the rule aplicability without a reflectionabout the social inequality restrains the Justice access materialization for all. The coherent thought which describes the positivist teaching, makes itself present at the Law Course curriculum exhausting the social reflection of the Justice access for all. The juridical dogmatism spreaded itself at the Academy while it was establishing itself at the forensic area and had as a result an unprovided and nonsensed article instead of an essencial

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

human right. The Brazilian Law teaching (subordinated to the market's logics) has deprived the social scope of the wide Justice accessby focusing the bachelor's graduation in a technicist pattern without reflections about the social reality and its dissimilarities. The Justice access achieves expressive values at the moment the society walks towards the disparities overcome, allowing the Law to help with the transformation of the objective conditions of the inequality. The bachelor's upbringing with a wide vision of the political and social discussion about the Justice access as a basic component in the inequality overcome, may be one of the propitious factors to the violence and oppresion minimization, including the discrimination and minorities's rights denial as well, which are not represented at the State power. In order to advance the buildingof a democratic and including social tissue, a change inside of the Law Academy and its curriculum is needed. It is a way of giving the Law bachelor a graduation based on a critical perspective.

KEYWORDS: JURIDICAL TEACHING. LAW. JUSTICE ACCESS

Introdução

Refletir acerca do ensino jurídico é relevante em vista das perspectivas destinadas à mudança das diretrizes curriculares que se operacionalizam para a formação do bacharel em Direito, buscando-se articular o Direito com as demais áreas das ciências sociais, repercutindo no valor da profissão.

Considerando o estágio contemporâneo da chamada sociedade global, o ensino jurídico torna-se um importante objeto de discussão epistemológica, capaz de apontar a interdisciplinaridade como eixo central na formação do bacharel em Direito, visando à superação da fragmentação do conhecimento que, por décadas, perdurou no desenho curricular da maioria dos cursos jurídicos das instituições de ensino superior.

Componente da área das ciências sociais, o Direito se orientou no paradigma positivista[1], assumindo uma postura de neutralidade e hermética no diálogo com as demais ciências, desprezando a noção holística de homem e mundo.

As mudanças ocorridas no campo social e político na contemporaneidade, culminando com o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, imprime novas demandas no campo científico, levando o curso de Direito a expandir o diálogo com as demais áreas das ciências sociais, objetivando construir uma visão integrada para compreender a complexidade da realidade social, em superação ao paradigma ortodoxo e conservador na formação do bacharel em Direito.

O rompimento da visão fragmentada que se instalou no ensino jurídico[2] é pertinente ser questionada no estágio em que se encontra a sociedade, caracterizada pela emergência de um conjunto de fenômenos complexos e isentos de investigações

parciais. Cabe avaliar a aplicação da norma ao fato, considerando a abrangência do entorno.

Assim cabe, na formação do bacharel em Direito, estimular a reflexão sobre a realidade social, partindo do pressuposto que o acesso à Justiça é um direito fundamental (FONATINHA, 2009, p.12). Também se pode avançar na compreensão do fenômeno social em sua totalidade de modo a ampliar o conhecimento do real, superando a visão cartesiana pautada na decomposição do fato em partes distintas, como se a ação humana fosse resultante de fenômenos isolados.

A superação do ensino, orientado na competência técnica para habilitar o bacharel em Direito ao uso dos instrumentos na prática forense, esvazia a formação social, humana e política na maioria dos cursos Direito, restringindo o debate sobre a universalização do acesso à Justiça, seja no ambiente acadêmico, seja nos seminários e, em outros eventos, nas instituições representativas de classe.

O cenário contemporâneo, em constante conflito decorrente da ação dos movimentos sociais em favor do acesso aos direitos[3], como forma de construir uma sociedade que reconheça o exercício da cidadania como instrumento favorável à superação da desigualdade, exige a reflexão sobre o acesso à Justiça no ensino jurídico de maneira a contribuir para a mudança de mentalidade do bacharel em Direito, reconhecendo a identidade social da profissão.

As reflexões construídas têm por objetivo analisar as limitações que o ensino dogmático no Direito repercute na universalização do debate sobre o acesso à Justiça como elemento central para a edificação de uma sociedade mais justa.

Sistematizado a partir de considerações sobre o ensino jurídico, considerando o pensamento de estudiosos, tais como Rodrigues (2000), Carlini (2008), Cerqueira (2007) e outros que se ocupam na discussão do tema, é pertinente aprofundar o debate social e pedagógico sobre a temática.

1. Ensino dogmático do Direito como elemento limitador à universalização do acesso à Justiça

Pensar o ensino jurídico no Brasil inclui a análise histórica do percurso metodológico e pedagógico utilizado nas instituições de ensino tradicionais que implantaram o Curso de Direito. Tal modelo se espraiou como referencial adotado na maioria das academias, sob influência da sociedade conservadora européia, resultando na prática docente dogmática como eixo central da fundamentação metodológica e epistemológica[4].

O conhecimento centrado, em torno do professor, foi prevalecente nas salas de aula dos Cursos de Direito, representada por exposições magistrais sem a participação do aluno nos questionamentos ou debates, em torno de oferecer situações capazes de se contrapor ao que se pregava como verdade absoluta[5].

A posição dogmática dos docentes, em relação ao conhecimento jurídico, exposto no currículo, cuja matriz positivista impediu o debate doutrinário entre professores e alunos, ao mesmo tempo em que impedia que houvesse outras possibilidades de construção do olhar epistemológico.

As deficiências do ensino jurídico no Brasil decorreram sempre, fundamentalmente, das mesmas causas: o verbalismo, responsável pelo estilo das aulas magistrais, não raro monologadas e tediosas; a exposição repetitiva do que os alunos poderiam encontrar, com maior proveito, nos autores; a ausência de incentivo à pesquisa; o sentido geralmente acrítico com que os institutos jurídicos eram abordados (MEDINA, 2006, p.24).

Inserido numa sociedade que privilegiou o poder para uma minoria, o ensino jurídico brasileiro foi controlado pelas elites conservadoras, constituindo-se num espaço privado para a formação dos quadros administrativos do Estado, portanto cooptado pelos segmentos que controlavam o poder, reforçando e mantendo a postura dogmática jurídica visava, acima de tudo:

(...) disciplinar a sociedade como se ela fora estável e previsível. Durante séculos foi confundido com a lei, realidade contingente e insatisfatória para responder às necessidades contemporâneas [...] ora, um ensino jurídico que se caracteriza por ensinar a lei, por priorizar a memorização da lei e que se satisfaz com isso, está longe de corresponder às urgências de uma sociedade iníqua (CARLINI, 2008, p. 285).

O ensino jurídico dogmático impede que se discuta a sociedade em suas contradições, estabelecendo um padrão social retilíneo incapaz de refletir sobre a complexidade social e a discussão da norma apoiada numa perspectiva ética e moral, em constante mutação. Ao contrário, o ensino dogmático defende um Direito que neutraliza as diferenças[6] e premia as ações de acordo com seu mérito, que restaura situações afetadas por desequilíbrios sociais e as situações de injustiça são postas como resultantes da conduta humana desviante.

Destituído de um momento de debates e reflexões epistemológicas, o ensino dogmático esconde a possibilidade de transgressão ao modo de pensar hegemônico no Direito, tornando a sala de aula um espaço em que a representação do poder se arvora na postura dos professores, em sua maioria com larga experiência na atividade forense e em contrapartida, sem a devida qualificação pedagógica[7] para exercer a docência.

Tal condição perpetua um ensino tecnicista, despojado de estudos e análise crítica do objeto do Direito e sua relação com a sociedade, culminando na formação fragmentada do bacharel em Direito, sem a necessária leitura social e política do quadro em que atuará.

Essa realidade, acentuada pelas exigências de mercado que busca valorizar mais a memorização do que a reflexão, bem como pela composição de matrizes curriculares com forte característica positivista e pouco interdisciplinar tem como produto um profissional em descompasso com os desafios dos novos direitos e os verdadeiros problemas sociais. (CARLINI, 2008, p.241).

Sem a devida leitura da sociedade, o esvaziamento do pensamento acerca do acesso à Justiça é frequente na classe jurídica, o que implica na restrição do mercado de trabalho e no agravamento dos problemas sociais. Esta postura reforça a ineficácia do Estado em relação à ampliação da infra-estrutura judiciária para contemplar as demandas da população. Desse modo, mantém-se o "*status quo"* de uma sociedade que restringe um dos direitos fundamentais do ser humano.

A luta em favor da construção de um currículo que priorize o Direito como ciência humana e social exige a formação com ampla visão interdisciplinar de todo o corpo de conhecimentos que ele comporta, visando contemplar àqueles que não têm condições econômicas de manter as custas processuais, contudo possam exercer a cidadania, objetivando a superação do caráter mercantilista[8] que se desenhou sobre esse curso no Brasil, especialmente a partir da última década do século XX.

A formação do bacharel em Direito deve incluir um espaço de reflexão sobre a pertinência social do Direito, reconhecendo-o como um dos fatores essenciais para o exercício da cidadania[9] (RODRIGUES, 2000, p.39). A sociedade que não conhece seus direitos e os meios de alcançar a Justiça, dificilmente será autônoma e conseguirá romper com o silêncio e a passividade, resultante do ranço autoritário que se instalou no Brasil, desde o início do processo de ocupação portuguesa.

Tornar o ensino do Direito um lócus de construção e fortalecimento do debate sobre o acesso universal à Justiça pode resultar na transformação da sociedade, incluindo os princípios da democracia em que todos os sujeitos, conscientes de seus direitos, assumam a postura de cidadãos para pressionar o Estado no cumprimento de suas funções em defesa de todos.

2. Ensino do Direito no Brasil: contradições epistemológicas e pedagógicas

A criação dos Cursos de Direito no Brasil foi orientada por questões políticas que se construíram segundo interesses de grupos atrelados ao poder no período de transição da Colônia ao Império, resultando na oferta do ensino em espaços dotados de maior poder político e econômico. Tal condição permitiu a produção de um quadro representativo e simbólico do Direito, atrelado aos grupos conservadores e dominantes, representado por segmentos sociais mais elevados[10] (CARLINI, 2008, p.6).

A instalação do ensino jurídico se relacionava com as relações de poder e as perspectivas econômicas existentes nos diversos territórios e esta situação contribuía na elitização do acesso e consequentemente na produção de uma epistemologia jurídica fundamentada em princípios conservadores, alheia a uma leitura social da realidade.

[...] a escolha, portanto, não se mostrou pacífica e muitas vozes se levantaram para ponderar ser cruel a criação de um curso jurídico em uma cidade que não teria infra-estrutura capaz de receber, hospedar e alimentar os jovens mais brilhantes da Corte, capazes de freqüentar e acompanhar o curso em razão de sua formação de base (CARLINI, 2008, p. 25).

O caráter social do Direito esteve longe de se fazer representar nas propostas para a criação do curso no Brasil e este quadro teve reflexos significativos na estruturação do currículo, seja em relação aos princípios epistemológicos para a formação do bacharel como também na formação dos professores, tornando a docência um quadro representativo da autoridade e do poder em relação ao saber[11] (FAGUNDEZ, 2004, p.128).

O esvaziamento do valor social do Direito impregnou o currículo dos cursos brasileiros, tornando-os meramente técnicos, capazes de instrumentar o prospectivo advogado para o desempenho com competência da prática forense, sem que houvesse a preocupação com os reflexos que o Direito poderia contribuir na formação da sociedade.

Numa sociedade comandada por grupos que detinham os principais meios de produção estar de posse do controle do instrumental jurídico para atender aos seus interesses concentrou o ensino do Direito em uma abordagem tecnicista, restrita da atividade de pesquisa e da reflexão crítica social do fenômeno jurídico.

No âmbito pedagógico, o ensino centrou-se nas argüições de profissionais com vivência forense, destituídos do aparato metodológico e da pesquisa para exercer a docência. Tal quadro reflete atualmente no ensino jurídico, tornando o curso uma opção econômica e mercantilista, esvaziada da discussão do sentido social do objeto jurídico[12] (CARLINI, 2008, p.215).

O reducionismo epistemológico manifesto no ensino jurídico no Brasil trouxe graves consequências à formação do bacharel em Direito. Numa sociedade em que a compreensão da realidade é cada vez mais complexa, a leitura interdisciplinar[13] da realidade faz-se necessária e para tanto, exigem-se mudanças na postura epistemológica e pedagógica dos cursos.

Decorar definições, artigos de lei, saber a orientação jurisprudencial é insuficiente para descortinar à juventude as inapreensíveis dimensões da missão de realizar o justo concreto. Em lugar da memorização, a escola precisaria investir na capacidade de

reflexão, de maneira a fazer o estudante "aprender e desaprender para aprender de modo diferente". (CARLINI, 2008, p.288).

Tal postura epistemológica implica mudanças na prática pedagógica e no currículo, destacando a possibilidade de substituir os professores que, em sua maioria, dispõe de experiências exitosas na carreira, contudo eloquentes na defesa dos dogmas jurídicos. É fundamental que o ensino jurídico seja ocupado por profissionais docentes com vivência em atividade de pesquisa, reflexão e problematização do objeto jurídico, estimulando o aprendiz do Direito à busca de novas perspectivas para a compreensão, interpretação e aplicação da norma ao fato jurídico.

A atividade de pesquisa como fundamento no ensino jurídico pode contribuir para elevar a qualidade do profissional em formação e para avançar na elaboração de um novo enfoque na abordagem epistemológica e nesse contexto:

Domínio da matéria, fluência na exposição, simplicidade no conteúdo transmitido, identificação com os alunos, real vocação para o magistério superior [...] o professor de direito não pode ser, portanto mero repetidor de idéias nem um mestre artificial, que em vez de ensinar, se ponha a representar em sala, como se estivesse numa tribuna ou num palco (MEDINA, 2006, p.66-67).

A ruptura epistemológica e pedagógica no ensino jurídico parte do pressuposto de que a sociedade contemporânea se identifica a partir da presença de problemas sociais complexos que implicam uma leitura crítica da totalidade e para tanto, o Direito necessita romper com a visão fragmentada e dialogar com as outras ciências para auxiliar o bacharel a compreender e analisar a realidade em dimensões mais elevadas[14].

Assumir uma leitura crítica da realidade é o desafio posto ao ensino jurídico, visando à transposição do modelo fragmentado de abordagem do conhecimento que resultou na formação tecnicista do bacharel em Direito, esvaziada de fundamentos que o levem a ser um sujeito de transformação social. Concentrada na atividade forense, com valor no aprendizado das técnicas, pressupõe-se que a formação pode ir além do domínio do instrumental processual e normativo, assumindo uma postura contestadora da realidade visando à superação do quadro social vigente.

3. Currículo do curso de Direito: limites e possibilidades

A discussão sobre o currículo comporta múltiplos olhares sobre a sistematização do conhecimento abrangente para determinado fim. Dependendo da concepção de

sociedade e das relações por ela estabelecida, o ensino é influenciado por diversos aspectos, dentre estes, a concepção de mundo, sociedade, relações de poder, cultura e outros artefatos que compõem a realidade social, interferindo na definição do conhecimento veiculado nas matrizes curriculares[15].

A discussão do campo conceitual do currículo no âmbito do ensino do Direito inclui reflexões em torno da aplicabilidade do conhecimento à realidade. A organização das disciplinas no curso no Brasil sofreu as influências do padrão existente na Universidade de Coimbra[16], com destaque a disciplinas teóricas e técnicas voltadas à formação do pessoal para compor os quadros administrativos do Estado, priorizando um aprendizado focado na aplicação da norma ao fato.

O currículo mantém uma relação de diálogo com a sociedade[17], logo a cada momento histórico que se flexibiliza, assumindo novos formatos, sendo também produto das relações de poder. As contradições sociais incluem o controle sobre o conhecimento a ser sistematizado para suprir as necessidades de certo momento. Assim, o currículo não é um simples documento que contém as disciplinas e os saberes teóricos e práticos, mas comporta subjetividades capazes de intermediar a formação dos sujeitos nos espaços educativos formais e não-formais.

A argumentação em torno do currículo do curso de Direito comporta questionamentos sobre a realidade contemporânea, caracterizada pela teia de saberes que se movem em diversos sentidos, resultando na complexidade para interpretação do real.

O mundo é constituído de fenômenos complexos, dinâmicos e constantes, que exigem cada vez mais o desenvolvimento de saberes globais para a compreensão da realidade. Transcender os limites do conhecimento na observação desses fenômenos, mais do que uma exigência, é uma necessidade, dado o avanço das inter-relações e a imprescindível revisão permanente e sistemática de postulados numa perspectiva de conexão recíproca. Isso implica, obrigatoriamente, em mudanças de postura e mentalidade e profundas adaptações à realidade em que se insere a pessoa. (MONDARDO, 2006, p. 32).

Este novo momento social implica reflexões sobre o currículo dos cursos de Direito, buscando a superação do paradigma cartesiano-newtoniano vigente na formação do bacharel, que favorece a incapacidade de ação-reflexão sobre a realidade componente do fato jurídico.

Um dos desafios postos aos cursos de Direito está na elaboração de um currículo capaz de avançar na transposição da visão tecnicista para a formação do bacharel, alicerçando tal processo formativo na produção de uma mentalidade solidária, fraterna e participativa, considerando-o um prospecto agente de transformação social. O ensino jurídico não pode se restringir à formação de uma comunidade para ocupação de postos burocráticos do Estado ou de profissionais que disputam o mercado por meio da competência técnica na sistematização do instrumental cabível a profissão[18].

Atualmente, defende-se um modelo curricular para a formação do bacharel envolvido com o fortalecimento da democracia, da ética, da justiça social e da possibilidade de construção de uma sociedade solidária e fraterna. Esta concepção repercute no matriz curricular dos cursos com o objetivo de mudar o enfoque da formação, no sentido de assegurar novos valores e princípios.

Deve o ensino do direito formar agentes sociais críticos, competentes e comprometidos com as mudanças emergentes, com o novo; operadores jurídicos que possuam uma qualificação técnica de alto nível, acompanhada da consciência de seu papel social, da importância estratégica que possuem todas as atividades jurídicas no mundo contemporâneo e, portanto, da responsabilidade que lhes compete nessa caminhada (RODRIGUES, 2005, p. 39).

Com a consolidação do Estado Democrático de Direito, floresce nos movimentos sociais a luta em favor da universalização do acesso à Justiça, resultando em novos desafios no ensino jurídico, destacando a formação de um profissional com maior leitura da complexidade social, ética e política do momento histórico vigente. Além disso, é essencial que lhe seja oportunizado o conhecimento visando a contribuir com o processo de transformação social.

O debate sobre a função social do Direito favorece o avanço da discussão do currículo dos cursos para a formação do bacharel, no momento em que a sociedade contemporânea constrói um mosaico de alta complexidade, em que os diversos grupos sociais reivindicam o acesso à Justiça.

A ampliação das contradições sociais, a era de incertezas, a crise ética e moral, as convivências com a alteridade desafiam o Direito neste novo momento vivenciado na sociedade, impactando na formação do bacharel. Assim, a reflexão sobre o currículo, situando a realidade social como componente da interdisciplinaridade[19], tem relevância na busca da ampliação da compreensão do homem, do mundo e da sociedade, indispensável à inserção do profissional no mundo do trabalho.

4. Ensino jurídico numa perspectiva crÍtica

A perspectiva crítica do ensino jurídico encontra seus matizes no pensamento filosófico kantiano, fundamentado na análise interpretativa da norma jurídica, a partir da racionalidade objetiva e subjetiva da capacidade do pensamento. Nessa lógica, toda ação precede de uma reflexão, avançando em direção à releitura da realidade[20].

O exercício da crítica é essencial ao processo de mudanças, possibilitando aos sujeitos avançarem na produção de um novo olhar sobre o objeto, abarcando os aspectos objetivos e subjetivos que comportam o fenômeno jurídico. Essa perspectiva de

explicação se revela insuficiente para aplicar a norma ao fato, destituído da análise do entorno em que ele se construiu.

A crítica, enquanto processo histórico identificado ao utópico, ao radical e ao desmistificador, assume a função de abrir alternativa de ação e margem de possibilidades que se projetam sobre as continuidades históricas. Uma posição crítica há que ser vista, portanto, não só como uma avaliação crítica de nossa condição presente, mas crítica em trabalhar na direção a uma nova existência (WOLKMER, 2008, p. 5).

Situar o ensino jurídico numa perspectiva crítica é avançar em direção da apreensão do objeto do Direito, sob a ótica da transformação da sociedade em decorrência de novas formas de pensar as relações sociais. Assim, a idéia contida no ensino jurídico crítico é a de propor uma alternativa capaz de libertar o homem dos determinismos naturais, da visão fatalista e buscar por meio da reflexão histórico-social, elementos que sejam capazes de superar a visão opressiva da realidade[21] (CERQUEIRA, 2007, p.56).

O ensino jurídico na abordagem crítica projeta a possibilidade de superação do determinismo e da modelação sofrida pela sociedade decorrente de imposições de modelos normativos alheio à realidade sócio cultural. Cada grupo social constrói seu meio de viver, pensar, sentir, arbitrar, sendo possível avançar na compreensão do pluralismo jurídico em função da complexidade das relações entre os sujeitos.

Pensar o ensino jurídico na abordagem crítica pressupõe a análise do quadro social, político, econômico e cultural, componente da sociedade contemporânea, resultando na alteração e na adequação das normas para contemplar as novas demandas. O ensino do Direito abarca novos valores vigentes na sociedade para que possa adequá-lo a serviço da construção de uma sociedade mais justa, democrática e solidária.

O atual momento do ensino do direito exige um urgente repensar de suas diretrizes. A qualidade do conhecimento (re) produzido não satisfaz a muitos setores da sociedade, tendo em vista que se encontra defasado em relação à realidade social e cientifica contemporânea. Ao mesmo tempo, ele despeja anualmente nessa mesma sociedade um número cada vez maior de profissionais que se deparam com a concretude de uma profissão cujos espaços se encontram semi-saturados ou para a qual não estão preparados devido a um ensino desatualizado no tempo e no espaço (RODRIGUES, 2005, p. 47).

Trata-se, portanto, de adequar o ensino do Direito às condições existenciais do tecido social, com possibilidades de aprofundamento do leque de vertentes teóricas e epistemológicas para reflexão sobre o objeto jurídico. Para tanto, é fundamental que a prática pedagógica inclua espaço para a pesquisa, estimulando os alunos à busca do

conhecimento, trazendo novas reflexões no campo teórico para interpretação da norma[22] e sua aplicabilidade diante da complexidade social.

O ensino, numa abordagem crítica, vem responder às exigências atuais da sociedade em que a combinação dos aspectos sociais, políticos, econômicos e culturais culminam com a formação de uma nova ética e moral que sustenta as ações humanas, desafiando o Direito a uma releitura da realidade.

Tal situação implica em pensar criticamente ensino, com o intuito de avançar na construção de novas abordagens cientificas para apreensão do fenômeno jurídico. A presença de uma sociedade plural traz novos desafios à atividade docente, capaz de responder às novas condições materiais que o mundo comporta, e assim:

O ensino do Direito continua adotando basicamente a mesma metodologia da época de sua criação: a aula-conferência. É ela a técnica preferencial do ensino tradicional. Em grande parte, seus professores possuem uma formação pedagógica insuficiente (ou mesmo nenhuma preparação didático-pedagógica) e se restringem em sala de aula, a expor o ponto do dia, comentar os artigos dos códigos e contar casos de sua vida profissional, adotando um ou mais livros-textos, que são cobrados dos alunos nas verificações. (RODRIGUES, 2005, p. 53).

É importante que o debate em torno do ensino crítico do Direito comporte a análise sobre a prática pedagógica que perdura nas salas de aula, esvaziada da visão interdisciplinar do conhecimento jurídico para elevar o nível de compreensão da realidade na formação do bacharel. Assim, nem sempre é correto supor que o profissional de sucesso é um docente com qualificação para formar os demais profissionais. No ensino do Direito, é considerável que se discuta a formação do professor como referencial para transformação da realidade existente.

Parafraseando Freire (2004, p.23) "não há docência, sem discência". Logo, o diálogo permanente de professores e alunos pode servir de ponto de partida para o estímulo à atividade investigativa. A crítica destinada à formação do bacharel em Direito perpassa pela avaliação docente e como conseqüência, a reformulação da matriz curricular deve contemplar a atividade de investigação como parte componente do trabalho de professores e alunos.

Outra questão levantada no ensino jurídico se refere à organização do conhecimento destinado à formação do bacharel em Direito diante de um panorama social em constante mutação, de modo que a reflexão sobre o currículo contempla a possibilidade de uma abordagem interdisciplinar, abrangendo a conexão com as diversas áreas do conhecimento.

Analisar o ensino jurídico traz implicações no campo da docência, destacando a presença da postura dogmática na ação pedagógica restritiva à expressão da criatividade e de novas interpretações da norma jurídica, mantendo a fragmentação do conhecimento e do diálogo do Direito com as demais áreas das ciências sociais.

5. Acesso à Justiça no ensino jurídico

A formação jurídica inclui a análise das relações sociais e políticas da realidade, assegurando à formação do advogado um conjunto de saberes essenciais à sua participação como sujeito transformador. O Direito de acesso à Justiça vem se tornando um tema amplamente discutido nos meios acadêmicos e científicos em face de novas situações surgidas na sociedade, as quais recomendam a universalização tida como componente básico da cidadania[23] (WOLKMER, 2008, p.205).

Trata-se, portanto, de um tema social e ético capaz de trazer à tona a função social do Direito diante de novas configurações da sociedade contemporânea. Assim, debater tal matéria implica redefinir o papel do Estado, em especial sua estrutura administrativa em vista da elevação do nível de conscientização e informação obtido pela sociedade para reivindicar direitos assegurados no texto constitucional de 1988.

A restrição ao acesso à Justiça não ocorre necessariamente na análise econômica da sociedade, em que a má distribuição de renda impede que a maioria da população reivindique seus direitos em virtude da carência de recursos financeiros para o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, mas também do nível de conscientização da população relativa aos direitos.

Reivindicar o direito de acesso à Justiça implica na disseminação da informação e esclarecimento da população para buscar os meios de peticionar ao Poder Judiciário seus direitos. Assim, tal temática deveria ser tratada no ensino jurídico como parte componente de um projeto de ação governamental de extensão, visando oferecer aos segmentos menos favorecidos a posse de informações para que eles exerçam sua cidadania.

A discussão relativa ao acesso à Justiça no ensino jurídico deve transpor a academia, contudo, é neste ambiente que se afirma como o ponto de partida para massificar a ação educativa e esclarecedora das massas populares para que se obtenha um nível de conscientização e informação sobre direitos.

O sistema educacional e os meios de comunicação, bem como as instituições públicas em geral, numa sociedade complexa e difusa como é a contemporânea, tem um duplo papel fundamental no que se refere ao acesso à justiça. Em primeiro lugar, o esclarecimento de quais os direitos fundamentais que o indivíduo e a sociedade possuem, e quais os instrumentos adequados para a sua reivindicação e efetivação. Em segundo lugar, devem criar uma mentalidade de busca de direitos, de educação para a cidadania: o respeito aos direitos passa pela consciência de que seu desrespeito levará a utilização dos mecanismos estatais de solução de conflitos (RODRIGUES, 2005, p. 280).

A mudança de paradigma epistemológico que embasa o currículo dos cursos de Direito inclui a afirmação de sua identidade e diálogo permanente com as ciências sociais, tornando possível contribuir para o avanço da sociedade por meio da ação educativa e esclarecedora da sociedade acerca dos direitos. Assim, é importante transpor a concepção burguesa, conservadora e elitista que por séculos construiu a identidade dos cursos jurídicos no Brasil, esvaziando a formação do bacharel em Direito da leitura crítica da sociedade e suas mazelas.

Tais aspectos asseguram a discussão sobre as limitações impostas ao acesso à Justiça, reforçada no formalismo jurídico que inviabiliza as classes populares a irem diretamente às instituições judiciárias e formular suas petições. Reforçando tal quadro, há a presença da violência simbólica[24] construída em torno do tema como se ele fosse privilégio dos ricos (MATTOS, 2009, p.87-88).

Complementando tais questões, o ensino jurídico deve proporcionar a discussão da operacionalidade do Poder Judiciário para contemplar as demandas de toda a sociedade, uma vez que tal espaço se destaca pela:

Morosidade existente na prestação jurisdicional; a carência de recursos materiais e humanos; a ausência de autonomia efetiva em relação ao Executivo e o Legislativo; a centralização geográfica de suas instalações, dificultando o acesso de quem mora nas periferias; o corporativismo de seus membros; e a inexistência de instrumentos de controle externo por parte da sociedade. (RODRIGUES, 2005, p. 285).

O debate em torno do acesso à Justiça compreende um conjunto de fatores interligados para contemplar as demandas sociais, reconhecendo a abrangência social, ética e política na formação em bacharel em Direito, contribuindo para o avanço das mudanças sociais.

Considerações finais

Refletir sobre o ensino dogmático do Direito como elemento limitador à universalização do acesso à Justiça traz em suas arguições a possibilidade de superação das matrizes curriculares assentadas nos cursos de brasileiros, orientadas em função da defesa de interesses conservadores que se mantiveram na sociedade, contribuindo para a construção de uma identidade burguesa, conservadora e dogmática relativa ao campo jurídico.

Tal situação restringiu a formação do bacharel a uma perspectiva tecnicista, despojada da reflexão da norma com a realidade social, esvaziando o debate em torno de mudanças sociais. O ensino jurídico tem uma dívida social no sentido de se restringir do processo educativo e conscientizador da sociedade sobre os direitos a ela assegurados.

Com isso, o ensino jurídico ainda se faz por meio de aulas-conferências, em sua maioria ministradas por profissionais do Direito com larga experiência profissional, mas sem formação didática e metodológica para avançar na formação do jurista e como consequência, existe a ínfima participação da pesquisa como base constituinte da formação acadêmica e profissional.

Sem a devida leitura da realidade social complexa, o bacharel em Direito assim, formado, revela limitações na leitura do homem, do mundo e da sociedade, restringindo sua participação no debate para a universalização do acesso à Justiça, sequer se tornando um agente de transformação social, devido à restrição na compreensão e na análise da complexidade existente no cenário contemporâneo.

A superação do dogmatismo no ensino jurídico é o caminho para a construção de uma matriz curricular capaz de incluir aspectos sociais no estudo do Direito numa perspectiva ética e política, com o intuito de contribuir para a construção de uma sociedade mais justa, solidária e fraterna.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à justiça e efetividade do processo.** Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/ > Acesso em 10 jun. 2009.

CARLINI, Angélica et al. **180 anos do ensino jurídico no Brasil**. São Paulo: ABEDI, 2008.

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

CERQUEIRA, Daniel Torres de; FRAGALE FILHO, Roberto. **O ensino jurídico em debate**. Campinas: Editora Milenium, 2007.

FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org). **A crise do conhecimento jurídico:** perspectivas e tendências do direito contemporâneo. Brasília: OAB, 2004.

FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à justiça**: da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira. São Paulo: Lumem Júris, 2009.

FREIRE, Paulo. **A pedagogia da autonomia:** saberes necessários a prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça**: um princípio em busca da efetivação. Curitiba: Juruá, 2009.

MASETTO, Marcos Tarciso. **Competências pedagógicas do professor universitário**. São Paulo: Summus, 2003.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Ensino jurídico, literatura e ética**. São Paulo: OAB Editora, 2006.

MONDARDO, Dilsa et al. **O ensino jurídico interdisciplinar**: um novo horizonte para o direito. Florianópolis: OAB-SC, 2006.

MURICY, Marília. Aprendendo direito o direito. In: **OAB Ensino Jurídico** - O futuro da universidade e os cursos do direito: novos caminhos para a formação profissional. Brasília: OAB Conselho Federal, 2006.

OLIVEIRA, José Sebastião. O perfil do profissional do direito neste início do século XX. **Revista Jurídica CESUMAR**, n.1, v.3, 2003.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). **O direito no terceiro milênio**. Canoas: ULBRA, 2000.

_____ **Pensando o ensino do direito no século XXI**. Florianópolis: Boiteux, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Casa do Advogado, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

---

[1] O Direito como técnica de controle social [...] defendia, então um movimento que visasse à restauração da supremacia da cultura jurídica e da confiança no Direito como forma de controle social, devendo esse movimento lançar raízes em uma reforma do ensino, tendo essa como meta básica o desenvolvimento, o treinamento e o efetivo desempenho do raciocínio jurídico. (RODRIGUES, 2000, p.27).

[2] No caso específico do ensino do Direito, essa vinculação ocorre de uma forma mais clara, tendo em vista que ele, desde a sua criação, sempre teve como meta específica funcionar como aparelho ideológico do Estado (RODRIGUES, 2000, p.36)

[3] Além da questão epistemológica e junto a ela há a questão política, a necessidade de colocar o direito e o seu ensino a serviço da democracia e da justiça efetiva (FAGUNDEZ, 2004, p.129).

[4] Todo o Brasil político e intelectual foi formado em Coimbra, único centro formador do mundo português. Era ponto básico na orientação da Metrópole essa formação centralizada. Essa premissa em muito prejudicou o desenvolvimento de pensamento crítico que possibilitasse a construção de um ordenamento jurídico próprio, com matrizes nacionais (CARLINI, 2008, p. 24).

[5] No tempo de Castro Alves (aluno de uma geração que marcou época, condiscípulo de Rui, Nabuco, Rodrigues Alves, Afonso Pena), o curso de direito resumia-se às aulas-conferência. E estas atraiam a atenção dos alunos nos reduzidos casos em que o professor era capaz de conjugar a eloqüência ao saber (MEDINA, 2006, p.28).

[6] Hoje os cursos de Direito auxiliam, como instância de reprodução simbólica dos valores, crenças, e pré-conceitos jurídico-políticos de certo liberalismo, mesclado de nuances de conservadorismo, na manutenção do *status quo* político-econômico-social (RODRIGUES, 2000, p. 9).

[7] O cotidiano das universidades demonstra que a maioria dos professores universitários na área jurídica tem na carreira jurídica uma segunda atividade profissional o que provoca conseqüentemente a banalização da carreira, dispensando-se o professor que dedica a maior parte do tempo à docência para dar lugar a profissionais que querem ministrar "umas aulinhas" (CARLINI, 2008, p.243-244).

[8] A expectativa é que se possa transformá-lo em um instrumento a serviço da construção de uma sociedade mais justa, democrática e solidária (RODRIGUES, 2000, p.39).

[9] O direito passa, dessa forma, a ser instrumento de resgate da cidadania a serviço da democracia e não meio de manutenção da ordem vigente a defender os interesses da classe dominante, como o era interpretado em outros tempos pelos legisladores responsáveis pelo projeto pedagógico de um curso de Direito (OLIVEIRA, 2003, p.85).

[10] Com a formação da elite dos bacharéis podemos entender que a criação dos cursos jurídicos não somente marcaria definitivamente a expulsão dos jesuítas, como indicaria que os cursos superiores seriam mais valorizados que os cursos de alfabetização (CARLINI, 2008, p.6).

[11] É necessário mudar a própria ciência jurídica para que se possa colocá-la a serviço da democracia e da justiça social (FAGUNDEZ, 2004, p.128).

[12] O ensino do direito nas salas de aula ainda se baseia na análise gramatical da Lei, na leitura em monocórdio de jurisprudências doutrina, que não estimula (quando permitem) o debate e imprimem [...] marcado por verdadeiras disputas políticas, ideológicas, econômicas e sociais (CARLINI, 2008, p.215).

[13] A interdisciplinaridade que busca interagir com os valores e conceitos comuns às mais variadas disciplinas, tais como: a liberdade, a moralidade, a justiça e a equidade, também não conseguiram fazer com que o ensino jurídico atentasse para os problemas de seu tempo (OLIVEIRA, 2003, p.85-86).

[14] Ao afirmar a importância de um ensino do Direito dialógico, é impossível se esquecer do papel e da função social do bacharel, que deve ser sistematicamente reiterado e cunhado nas salas de aula (CARLINI, 2008, p.217).

[15] O conceito de currículo pode ter várias compreensões: a primeira é mais ligada ao conceito etimológico e significa tudo aquilo que precisa ser ensinado ou aprendido segundo uma ordem de progressão determinada num ciclo de estudos. A idéia de currículo ligado a curso, a percurso, a uma organização de assuntos ou de conhecimentos, ou de tudo aquilo que você deseja aprender. (MASETTO, 2003, p. 65).

[16] Com a Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil, nos moldes da Universidade de Coimbra, ou seja, de natureza racional dedutivista e sistemática [...] (CARLINI, 2008, p.18).

[17] Os cursos de direito não dão conta (ou não querem fazê-lo) de captar as contradições da realidade. A sua busca de auto-suficiência no jurídico torna [...] o ensino do Direito, tal como se apresenta hoje, não satisfaz (RODRIGUES, 2000, p.44).

[18] O mercado de trabalho jurídico encontra-se semi-saturado, desviando os egressos dos cursos de direito para o mercado parajurídico [...] a maior parte dos bacharéis formados acaba trabalhando para o Estado, em serviços técnico-burocráticos (RODRIGUES, 2000, p.45).

[19] A delimitação das fronteiras do saber jurídico deve se dar dentro desta concepção de interdisciplinaridade (CERQUEIRA, 2007, p.20).

[20] O processo de construção de uma análise científica do Direito produziu uma completa emancipação da norma jurídica em relação aos fatos, fazendo com que o Direito se fechasse em si mesmo e produzisse uma espécie de inteligibilidade interna (CERQUEIRA, 2007, p. 47).

[21] [...] é uma necessidade para desmistificar certezas e explicar que o mundo é muito mais complexo e inseguro do que sugere a certeza da norma, é uma necessidade para explicar como o mundo do Direito é fruto de construções circunstanciais e cambiantes (CERQUEIRA, 2007, p.56).

[22] A doutrina que sustenta que o saber jurídico resume-se a um conjunto de comentários resumidos de ementários de jurisprudência, desacompanhados dos respectivos contextos (STRECK, 2007, p.81).

[23] O pensamento crítico tem a função de despertar a autoconsciência de subjetividades oprimidas que são vítimas dos segmentos sociais opressores, dos corpos de dirigentes hegemônicos e das formas institucionalizadas de violência e de poder (local e global) (WOLKMER, 2008, p.205).

[24] Aspectos simbólicos, psicológicos e ideológicos podem caracterizar entraves ao acesso a justiça: como exemplo: dando origem a sentimentos de inferioridade e medo dos profissionais do direito, geralmente inacessíveis e distantes da realidade da maioria da população [...] a imagem de justiça e de seus articuladores que reside no inconsciente coletivo faz diminuir o interesse do cidadão em lutar pela tutela de seus direitos (MATTOS, 2009, p.87-88).

AVALIAÇÃO NO CONTEXTO UNIVERSITÁRIO: COM ÊNFASE AOS CURSOS DE GRADUAÇÃO EM DIREITO*

EVALUACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA UNIVERSIDAD: CON ÉNFASIS EN LOS CURSOS DE LICENCIATURA EN DERECHO

Ronald Silka de Almeida

RESUMO

Objetivando promover uma breve reflexão sobre os meios de avaliação discente em nível de graduação, este estudo pretende verificar a ocorrência, evolução e criação de uma mentalidade crítica no educando para que este assim passe a observar a sociedade como um todo. Efetua-se a análise de como os sistemas de avaliação vem sendo aplicados dentro do contexto universitário e se efetivamente há preocupação com o compromisso da produção de conhecimento ou simplesmente mensurá-lo, e ao final determinar uma nota, um grau, ou um conceito para o estudante, sem com isto levar em conta a inserção social, ética e política do mesmo. Assim o presente estudo tem por base verificar como os cursos de graduação em Direito, vem planejando, adaptando e aplicando, meios de avaliação, com base na sua grade curricular, com o fim principal preparar o aluno para o mercado de trabalho, completando a inserção social do indivíduo, que teve início com a educação e se completa com o trabalho. Efetua-se a análise das práticas avaliativas no contexto universitário através de um pequeno escorço histórico da evolução do Ensino Superior, levando-se em conta a competição desenfreada provocada pelo capitalismo e economia globalizada, que tornou a sociedade ávida pelo consumo imediato e sem limites.

PALAVRAS-CHAVES: AVALIAÇÃO, CONTEXTO, UNIVERSITÁRIO, GRADUAÇÃO, INSERÇÃO SOCIAL.

RESUMEN

Con el objetivo de promover una reflexión sobre los medios de evaluación de los estudiantes a nivel de pregrado, este estudio se propone investigar la incidencia, evolución y la creación de un espíritu crítico en el estudiante para aprobar esta forma de observar la sociedad en su conjunto. Realizar el análisis de cómo los sistemas de evaluación han sido aplicados en el ámbito universitario y de hecho existe la preocupación sobre el compromiso de la producción de conocimiento o de la medida justa, y determinar la nota final, una licenciatura, o un concepto para el estudiante, y no tener en cuenta el liderazgo social, ético y político. El presente estudio se basa en la observación de cómo los cursos de estudios en Derecho, ha sido la planificación, la adaptación, aplicación, medios de evaluación, basada en su plan de estudios, con el objetivo principal preparar al estudiante para el mercado laboral, completando así la

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

inserción individuo social, comenzando con la educación y se completa con el trabajo. Realizar el análisis de las prácticas de evaluación en la universidad con un pequeño esbozo de la evolución histórica de la educación superior, teniendo en cuenta la competencia provocada por el capitalismo salvaje y de una economía globalizada, lo que hizo la empresa con hambre para el consumo inmediato y sin límites.

PALAVRAS-CLAVE: EVALUACIÓN, EL CONTEXTO, LA GRADUACIÓN UNIVERSITARIA, LA INCLUSIÓN SOCIAL

Introdução

O presente estudo tem por objetivo efetuar breve análise dos aspectos e evolução dos sistemas de avaliação dentro do contexto universitário, face às exigências curriculares e o mercado de trabalho, tendo como enfoque a graduação nos cursos de Direito. Considerando com atenção também a rápida proliferação de cursos de Direito em todo o país, o que nos força a questionar se as instituições de ensino têm praticado, de forma efetiva e pedagógica, o cumprimento dos objetivos curriculares e se os métodos de avaliação estão sendo corretamente aplicados. A preocupação maior é evitar que em razão desta multiplicidade de novas instituições ofertando o curso de Direito não estariam tão somente preocupadas em formar profissionais meramente técnicos, sem uma condição mínima de ingresso no mercado de trabalho ante a ausência de conhecimentos mínimos da prática profissional, decorrentes da não aplicação dos sistemas de avaliação.

A ênfase nos meios de ensino pela quebra de paradigmas leva o setor educacional a constante busca de aprimoramento, alicerçados no conhecimento que, hoje, se transforma e se multiplica. Essa lapidação e direcionamento adequado do processo de ensinar e aprender está ligado a dois objetos específicos de estudos que, são; a avaliação e o currículo.

A avaliação se vê aqui, como um processo transformador da dialética que existe entre professor e currículo. O currículo apóia se em seu desenvolvimento e no do professor. O desenvolvimento do currículo transfere as idéias para a prática docente, ajudando o professor a reforçar a própria prática, testando de modo sistemático e consciente suas idéias.

Avaliar é antes de tudo, demonstrar que não se está tão somente medindo conhecimento adquirido, mas verificando o desenvolvido sócio-cultural do educando, para uma posterior inserção do indivíduo como pessoa produtiva e participativa do meio em que vive. Portanto o ato de avaliar deve ser realizado por meios que permitam e levem alunos, professores e instituição à reflexão acerca de como vem ocorrendo o processo de ensino e aprendizagem, identificando progressos e dificuldades, no sentido de aprimoramento do processo de iniciação para que ocorra a construção de um conhecimento significativo.

Refletir é também avaliar, e avaliar é também planejar, estabelecer objetivos... daí que os critérios de avaliação que condicionam seus resultados, estejam subordinados às finalidades e objetivos previamente estabelecidos para qualquer prática, seja ela educativa, social, política ou outra. DEMO (1987, p.56)

A avaliação traz oportunidades para serem revistas às práticas educativas, nos leva ao questionamento: será que seu uso está sendo corretamente aplicado como um processo de aprendizagem? Avaliar decorre de planejamento em conseqüência de um procedimento de ensino aplicado com critério sempre vinculado aos procedimentos curriculares, à organização didático-pedagógica, à preparação dos docentes e também às instalações físicas das instituições de ensino, no presente caso de Direito.

Avaliação da aprendizagem

Para desenvolver a análise sobre os atuais métodos de avaliação educacional em aplicação nos cursos de graduação, devemos inicialmente levar em conta o conceito de Avaliação.

Avaliação segundo a definição encontrada no Dicionário Eletrônico Houaiss (2002), é: “4. verificação que objetiva determinar a competência, o progresso etc. de um profissional, aluno, etc.”, entretanto seria muito simplista concluir que a avaliação restringe-se à mera medição de conhecimentos do aluno, quando na realidade trata-se segundo SANT’ANNA (2005, P. 32) de “um processo e consequentemente deve ser percebido” como um instrumento ou melhor como um mecanismo para dinamizar o trabalho escolar, e assim diagnosticar a evolução e desenvolvimento dos atores: aluno, professor, escola, comunidade.

um processo, e conseqüentemente deve ser percebida como aquela condição que imprime dinamismo ao trabalho escolar, pois diagnostica uma situação e permite modificá-la de acordo com as necessidades detectadas.

Conforme cita DILIGENTI (2003, p. 21), quanto ao termo avaliação:

Historicamente, a simples leitura da palavra avaliação remete-nos a conceitos de quantificação, medição de valores, comparação, sentimentos recompensatórios ou punitivos e também a uma forte associação com a idéia de “objetividade” e “sucesso” como metas a serem perseguidas. Estas concepções representam uma lógica

culturalmente construída ao longo dos anos e perpassam a idéia do avaliar em suas instâncias.

Aliás, o termo avaliação é de utilização recente na pedagogia, já que a palavra "exame" era a mais frequentemente utilizada para designar provas de conhecimento. Datam dos remotos 1200 A.C. as primeiras práticas de avaliação/exame de que temos notícia. Estes exames eram realizados pela burocracia chinesa com intuito de selecionar (somente junto aos homens) aqueles que deveriam ocupar cargos públicos. Desde seus primórdios, portanto, verificamos na avaliação a predominância de um componente seletivo em detrimento a qualquer aspecto educativo. (GARCIA 1998, p. 32)

Veja-se, também, no mesmo sentido a exposição de BARLOW (2006, p. 11), que entende ter o termo, em face de sua recente utilização na pedagogia, uma curiosa ambigüidade:

Após algumas discretas menções, principalmente em textos de teóricos anglo-saxões, a palavra passou a ser utilizada na França, ao que parece, nos anos de 1970, quando os responsáveis pela formação contínua tentaram renovar seu vocabulário evitando as conotações excessivamente escolares (apreciação, notação, correção...) que, com toda razão, desagradariam seu público de adultos. É por isso que os dicionários "generalistas", mesmo os mais recentes, ignoram solenemente o uso da palavra *avaliar* em matéria de educação. Eles também revelam com muita serenidade todas as contradições e as ambigüidades que o verbo comporta em si.

Para DEMO (2004, p. 102), a avaliação está diretamente relacionada com o sentido de desempenho dentro de uma sociedade, marcada pelo fenômeno do poder de desigualdade. Se tomarmos desigualdade social como fenômeno histórico-social, ou seja, como algo que ao mesmo tempo significa estrutura permanente da história e conflito sempre suficiente para fazê-la dinâmica, avaliação contém o sentido comparativo entre pessoas e sociedades.

Conforme colocado a avaliação está intrincada na atividade do ser humano "é componente natural da sociedade desigual e expressa o funil político do acesso seletivo às vantagens e privilégios" DEMO (2004, p. 103).

Para SALINAS (2004, p. 23) a "avaliação é um conjunto de experiências e de vivências de professores e de alunos que tendem a tornar claro ou constatar determinadas aprendizagens do aluno (algumas, e não outras) com a finalidade de julgá-las". Pode parecer simples, mas não é, porque deverá ser emitida uma sentença expressa através de uma nota, que estará mesmo parecendo simples porque a descrição possivelmente acertada é muito limitada, reduzindo o âmbito da avaliação a um assunto entre professores e alunos. E isto não é bem assim referida avaliação terá reflexos não só na vida do discente mais se refletirá na sociedade quando aquele "futuro"

profissional ingressar no mercado de trabalho e se constatar que os meios de avaliação não foram eficientes.

Verifique-se, inclusive que parece ser um consenso entre os autores de que a avaliação está ligada diretamente, por mais que não se queira assim dizer, a uma forma simplista e aceita pela sociedade de segregação e discriminação, que se consuma através das notas e méritos, sendo esta como não poderia deixar de ser também a opinião de PERRENOUD (1999, p. 11):

A avaliação é tradicionalmente associada, na escola, à criação de hierarquias de excelência. Os alunos são comparados e depois classificados em virtude de uma norma de excelência, definida no absoluto ou encarnada pelo professor e pelos melhores alunos. Na maioria das vezes, essas duas referências se misturam, com uma dominante: na elaboração de tabelas, enquanto alguns professores falam de exigências preestabelecidas, outros constroem sua tabela a *posteriori*, em função da distribuição dos resultados, sem todavia chegar a dar sistematicamente a melhor nota possível ao trabalho "menos ruim".

No decorrer do ano letivo, os trabalhos, as provas de rotina, as provas orais, a notação de trabalhos pessoais e de dossiês criam "pequenas" hierarquias de excelência, sendo que nenhuma delas é decisiva, mas cuja adição e acúmulo prefiguram a hierarquia final.

Assim, demonstra ser extremamente critico todo e qualquer sistema de avaliação quando este demonstra que está causando castas entre os alunos, mesmo que não o seja de uma forma aparente, ao trazer uma expectativa de "eu me saí melhor do que sicrano ou beltrano" ou "puxa aquele professor não vai com a minha cara".

Diante destes aspectos devemos levar em consideração e efetuar uma reflexão de conceitos como a avaliação e a relação com o saber, a avaliação e a atitude dos alunos e alunas, a avaliação e a relação com o saber, à avaliação pedagógica e seus instrumentos de ação e reflexão, e a avaliação como orientadora do planejamento da ação docente, ponderando e tendo em mente de que a avaliação não é o meio classificatório, mas, deve ser analisado e visto como processo de aprendizagem, é resultado de

Tarefa complexa, a avaliação exige do professor e da escola a lembrança de que tem em mãos um ser humano em formação, com seus sonhos e desejos que necessitam ser transformados em projetos pessoais que possam ser realizados. Certamente, não cabe apenas e essencialmente à escola a realização de tais projetos, mas não há dúvidas de que a instituição escolar pode compartilhar deles, incentivá-los ou dificultar a sua realização (SMOLE, 2005, p. 4).

A avaliação parte da necessidade de compreender o processo articulador do professor e aluno frente aos conteúdos buscando um dinamismo que ofereça subsídios. Com um cunho democrático para desenvolver a capacidade do aluno e que o mesmo se aproprie de conhecimentos científicos, sociais e tecnológicos produzidos historicamente.

"Tanto alunos e alunas quanto professores e professoras estão aprisionados pela lógica seletiva da avaliação escolar, que não tem como objeto o processo de conhecimento", ESTEBAN (2001, p. 110).

Nunca se falou tanto em projeto pedagógico e avaliação, a questão maior é se houveram mudanças significativas, ou seja, qualitativas e quantitativas nesse processo histórico social da educação.

De referida afirmação verifica-se que a avaliação como processo pedagógico, deve concorrer decisivamente para a formação do profissional, e o professor situa-se como instrumento mediador, como mola mestre e base a construir um trabalho pedagógico eficaz, mas como citado anteriormente deve ser quebrado/rompido com o paradigma que situa a avaliação como forma de valorar o aluno e verificar a sua eficiência em detrimento do processo de aprendizagem.

A avaliação pedagógica da aprendizagem e as instituições de ensino em Direito

Se a avaliação diagnostica uma situação, ela aponta aonde devem ocorrer às transformações do ensino, e de que forma deve ser melhorada. Esta análise faz com que em segundo plano seja discutido se as Diretrizes Curriculares Nacionais estariam sendo observadas, quando têm por objetivo servir de referência para as Instituições de Ensino Superior, ao passo que referidas normas também deixam claro que cabe às instituições adotar formas específicas e alternativas de avaliação, com o objetivo de promover o desempenho professor/aluno, para a produção de conhecimento.

Referida análise, fica ainda mais interessante ao ser efetuada uma abordagem histórica dos cursos de Graduação em Direito no Brasil, constata-se que desde a criação dos primeiros cursos em 1827 (Império), até 1962 (República), tiveram um "currículo único", somente após este período é que de forma gradual foram sendo efetuadas modificações curriculares, o que denota a grande tendência tradicionalista e resistência a mudanças. Porém diante das alterações na sociedade, a evolução tecnológica de grande impacto sócio cultural, o fator globalização, são aspectos que vem forçar os cursos de graduação em nível superior produzir alterações em seus currículos, a fim de atender a sociedade e produzir um profissional adequado à realidade em que está inserido.

Atualmente referidas Diretrizes Curriculares estão regidas pela Resolução CNE/CES Nº. 9, de 29 de setembro de 2004, que fixa para as Instituições de Ensino Superior, três "eixos interligados" de formação. Para o curso de Direito, no artigo 5º da Resolução, estão fixados os seguintes eixos: o de Formação Fundamental, que tem por objetivo integrar o estudante no campo, e assim estabelecer relação com outras áreas do saber; o de Formação Profissional, que tem por objetivo um enfoque dogmático, o conhecimento

e aplicação do direito sempre observando as peculiaridades de seus diversos ramos; e o de Formação Prática, que leva a integração do conteúdo teórico à aplicação prática através de estágios, trabalhos de curso e atividades complementares.

A questão está em verificar se a avaliação está assumindo claramente a sua natureza processual, entenda-se meio, de concorrer para formação do profissional como um pesquisador, desenvolvendo neste o hábito de estudo continuado, ou somente um estudante preparado para provas e concursos e assim valorizando tão somente os procedimentos de avaliação que "valem nota". Portanto a importância do estudo nos critérios e meios de avaliação aplicados nos cursos de graduação em Direito, quando nos deparamos com o "Exame de Ordem", tentando em uma única "prova" avaliar os conhecimentos acumulados dos estudantes durante o curso de graduação.

Coloca-se então o problema: como as formas e meios de avaliação, podem influenciar na formação do profissional, preparando-o para o mercado de trabalho? As formas e meio de avaliação estão sendo utilizados para a formação do profissional apto ao exercício da profissão ou somente o estão preparando para o "Exame de Ordem"?

O estudo parte do fato da observação não com pouca freqüência, que os egressos dos cursos jurídicos, no desempenham de suas atividades demonstram ausência de conhecimentos básicos de cunho dogmático e de prática processual. Diante de referida constatação se faz necessário analisar se os meios e formas de avaliação nos cursos de graduação em Direito, vem sendo aplicados com o intuito de criar no profissional um ser crítico, ou somente um mero resolutivo de problemas pré-concebidos. E, para esta análise se faz necessário um estudo das formas pedagógicas que estão sendo aplicadas no curso de graduação, inclusive questionando se está sendo observado as Diretrizes Curriculares Nacionais, que se expressam através do projeto pedagógico apresentado pelas instituições de ensino superior. Se efetivamente os projetos pedagógicos estão abrangendo o perfil do formando, as competências e habilidades, os conteúdos curriculares, e se os sistemas de avaliação estão sendo utilizados com o intuito de verificar o desenvolvimento qualitativo do aluno, ou somente quantitativo, mormente pelo fato de que as Diretrizes Curriculares Nacionais para o Curso de Graduação em Direito, estabelecem especificações e detalhamentos a serem seguidos pelas Instituições de Educação Superior, especialmente quanto à metodologia adotada em relação: à organização do curso, projeto pedagógico, perfil desejado do formando, competências, habilidades, atitudes, conteúdos curriculares, organização curricular, estágio supervisionado, atividades complementares, acompanhamento, avaliação e trabalho de conclusão de curso.

Importante frisar que em havendo produção de conhecimento por parte das Instituições de Ensino Superior e sendo este disponibilizado à sociedade, faz com que ocorra efetivo desenvolvimento econômico-social, sendo este mais um fundamento para a análise e estudo dos meios de avaliação, que vem sendo aplicados.

Vale também neste ponto lembrar o parecer de NUNES (2004, p. 21), que assim destacou a situação da avaliação nas Instituições de Ensino:

As Instituições de Educação Superior poderão adotar formas específicas e alternativas de avaliação, internas e externas, sistemáticas, envolvendo todos quantos se contenham no processo institucional e do curso, centradas em aspectos considerados fundamentais para a identificação e consolidação do perfil do formando, estando presentes o desempenho da relação professor x aluno, a parceria do aluno para com a instituição e o professor e a clara percepção das implicações sócio-econômicas do seu tempo, de sua região, da sociedade brasileira e das relações do Brasil com outros modelos e manifestações da economia mundial. Importante fator para a avaliação das instituições é a produção que elas podem colocar à disposição da sociedade e de todos quantos se empenhem para o seu desenvolvimento econômico-social, valendo-se do crescimento e no avanço da ciência e da tecnologia. Com efeito, a produção que uma Instituição divulga, publica, socializa, certamente será um forte e ponderável indicador para o acompanhamento e avaliação sobre a Instituição, sobre o curso e para os alunos em particular que, durante o próprio curso, já produzem, como reflexo da consciência que possuem quanto ao desenvolvimento de suas potencialidades e de seu comprometimento com o desenvolvimento político, econômico e social. Nesse passo, destacando-se, de logo, a exigência legal no sentido de que os planos de ensino, a serem fornecidos aos alunos antes do início do período letivo, deverão conter, além dos conteúdos e das atividades, a metodologia do processo de ensino-aprendizagem, os critérios de avaliação a que serão submetidos e a bibliografia básica.

A problemática da avaliação formativa no Ensino Superior é muito bem abordada por MENDES (2005, p. 175), quando aponta reflexões e alternativas possíveis, diante do poder que possui a avaliação de mudar o contexto do estudo dentro da organização escolar, pois como concebida e vivenciada na maioria das instituições educacionais, está diretamente ligada à forma com que ocorrem as relações escola - faculdades e a sociedade em que se encontra inserida. Por isso, um dos desafios que se coloca é compreender a estrutura social capitalista em que vivemos e, a partir dela, a função social da escola, como um dos entraves para que aconteçam as grandes transformações e, especificamente as transformações das práticas avaliativas mais tradicionais.

Em resumo a legislação atual dá condições para que as Instituições de Ensino Superior se organizem e coloquem em prática todos os meios que lhe são disponíveis para o processo metodológico de ensino-aprendizagem sejam corretamente aplicados, bem como definam as formas e critérios de avaliação que irão aplicar no decorrer dos cursos de Graduação.

A avaliação e o preparo para o mercado de trabalho

Passo primordial, ou melhor, a base da avaliação não é como já visto simplesmente mensurar conhecimentos, mas verificar se o “aluno” futuro profissional tem condições de ser inserido no mercado de trabalho. Se o aluno recém formado está, preparado para enfrentar a competitividade do mercado de trabalho e trazer benefícios

para a sociedade. A universidade sempre foi lugar privilegiado de aprendizagem e conhecimento, resumindo-se nisso o seu mandato central. No mandato educativo, sobressai o compromisso em formar gente para posições de comando ou destaque na sociedade e na economia, o que tem sido freqüentemente reduzido ao estereótipo neoliberal de "preparar recursos humanos", geralmente em ambiente de instrucionismo ostensivo. (DEMO, 2005, p. 50)

Porém, a sociedade, inclusive o mercado, espera da universidade que garanta acesso ao melhor conhecimento possível e disponível, em particular a formação de gente capaz de construir e reconstruir conhecimento.

Então como fazer, como avaliar, que métodos aplicar pois a aprendizagem não é linear constante, possui dinâmicas reconstrutivas e políticas. De um lado, é mister lidar com conhecimento disruptivo de forma disruptiva, aprender teoria e método, elaborar com elegância textos próprios, dominar conteúdos e sobretudo saber renová-los e atualizá-los (DEMO 2005, p. 50). De outro, é fundamental cuidar da face política, porque se trata da habilidade de forjar gente capaz de criar história própria, plantar processos de gestação de autonomia, formar cidadania crítica e autocrítica, preparar para inovar e mudar a sociedade e a economia.

Para a realização do processo formativo deve ocorrer uma disrupção, quebra de conhecimento de forma a que o aluno pare para pensar, e crie um senso crítico e assim haja uma ruptura entre a lógica formativa e a lógica seletiva.

Na visão de PERRENOUD (1999, p. 168)

Enquanto a intenção de instruir não der resultados, o conflito entre a lógica formativa e a lógica seletiva permanecerá. Pode-se, certamente, prorrogar e atenuar a seleção, mas o centro do problema está alhures, na impotência da escola em alcançar seus fins educativos declarados. Não se pode pedir que a avaliação substitua o ensino. Em contrapartida, ela não deveria jamais impedir uma pedagogia diferenciada, ativa, construtivista, aberta, cooperativa, eficiente, mas se colocar a seu serviço. Isso não dispensa de desenvolver prioritariamente essa pedagogia, com sua dimensões avaliativas, além de todas as demais.

Porém não é somente transferir para a universidade a problemática da formação do profissional, criando meios de avaliação "testes" em que sendo o aluno aprovado, poderá a instituição remete-lo ao mercado de trabalho, deve ter se em mente conforme VILLAS BOAS (2005, p.168) que

O processo de planejamento da avaliação e a elaboração do plano dele decorrente incluem as dimensões política, social, ética e técnica. Costuma-se dar mais atenção à dimensão técnica, isto é, aos procedimentos ou instrumentos de avaliação. Porém, é importante salientar que estes resultam das outras dimensões. A escolha dos procedimentos ou instrumentos se baseia na concepção de avaliação adotada. O uso a ser feito dos resultados da avaliação depende do entendimento do seu caráter ético, assim como do entendimento da sua função social. A própria existência ou não do plano

de trabalho de cada disciplina demonstra o tipo de compromisso político, social e ético do professor com o trabalho pedagógico que coordena.

Percebe-se à vistas grossas a importância da articulação da teoria com a prática da avaliação, porém tem se constatado facilmente que a avaliação está sendo efetuada de forma fragmentada nos cursos, VILLAS BOAS (2005, P. 170):

Seguindo o exemplo da fragmentação do currículo em disciplinas quase sempre isoladas – cada professor tem o seu entendimento sobre avaliação e a sua própria maneira de realizá-la, geralmente sem partilhar a responsabilidade com o aluno e sem que haja unidade de ação entre os diversos professores.

Esta fragmentação, simplesmente vem dificultar a preparação do aluno, que recebe o conhecimento como se fosse um quebra cabeça sem fim, e de difícil encaixe. Aliás, o aluno ao receber o grau de bacharel muitas vezes se pergunta “o que sei” e “o que vou fazer”, tamanho o despreparo.

Assim, conforme expõe DEMO (2005, p. 51),

A politicidade não pode fazer do conhecimento uma politicagem, porque não cabe desvirtuar as características da cientificidade do conhecimento, mas seria no mínimo arcaico imaginar que conhecimento ao seja, em seu âmago, também fenômeno político. Na verdade, é o maior fenômeno político de que dispõe a humanidade, porque é através dele que ela mudou seu percurso histórico e mesmo evolucionário. Podemos resumir estas idéias no “processo formativo”, muito além do instrucionismo. Formação contém, num nível, a habilidade disruptiva do conhecimento, para saber pensar, mas contém também, em outro nível conjugado, a habilidade política, para saber intervir. É por esta porta tipicamente curricular que entra a cidadania na universidade, menos pela da extensão. Este processo deve ser intrínseco ao currículo, sem jamais passar a impressão de que cidadania provém de fora, de atividades eventuais e voluntárias.

Portanto, devemos deixar de lado a idéia de que conhecimento é mercadoria controlável, pois a prática demonstra que sendo dinâmico, disruptivo, não se pode gerir como produto mensurável e estritamente controlável, para a simples formação de profissionais tecnicista a atender o mercado de trabalho sem criar o senso crítico no desejado: cidadão.

Práticas avaliativas no contexto universitário

No Brasil, desde o período colonial, com a criação de uma série de estabelecimento de Ensino Superior, ensino este organizado na forma de "cadeiras" ministradas por um catedrático[1] que detinha autonomia quanto ao grau de exigência avaliativo e forma de apresentação dos conteúdos (as avaliações baseavam-se nas famosas sabatinas/provas semanais aos sábados), "a avaliação da aprendizagem caracterizou-se por um forte direcionamento utilitarista e positivista" DILIGENTI (2003, p. 22).

Inicialmente fora adotado no Brasil o modelo universitário avaliativo Francês, posteriormente já decorrente dos diversos acordos internacionais, foram adotadas as concepções avaliativas do sistema norte-americano.

Porém ela foi se alterando ao longo da história, conforme expõe DILIGENTI (2003, p. 22) "A avaliação da aprendizagem percorre diversos caminhos e concepções que, no seu modo de representação, também ilustra momentos históricos e relações sociopolíticas e culturais".

Aliás, conforme já exposto a avaliação sofre alterações diretamente relacionadas com as modificações sociais que ocorrem no meio em que está inserida a escola/universidade.

Podem-se constatar as seguintes alterações nas formas de avaliação do Ensino Superior, pelos idos dos anos de 60 a 70 (do século passado), a escola/universidade utilizava o paradigma conservador, baseava-se exclusivamente nos quatro pilares: escute, leia, decore e repita, sem falar na figura autoritária do professor, e os meios de avaliação eram conservadores (a sabatina). A partir dos anos 80 quando então ocorreram transformações políticas de relevo, com a abertura das fronteiras ao mercado externo, a evolução tecnológica teve seu início, vindo a se solidificar nos anos seguintes, quando pode ser constatado que a base pedagógica passou quase que imediatamente para o sistema tecnicista, ou seja, a competição pela produtividade não somente interna, mas externa, afinal de contas a globalização que era um sonho passou à realidade. Os mercados se abriram e então a educação passou a visar à produtividade, a organização racional dos meios, conforme citou BEHRENS (2005, p. 48) o professor e o aluno deixaram de ser o elemento principal. Posteriormente, já no início dos anos 90 estamos constatando que a abordagem educacional voltou-se para uma visão mais inovadora, a qual passa a estabelecer o clima de diálogo entre educador e educando, constatando-se assim um alto grau de produtividade. Porém ao colocarmos na balança do conhecimento verifica-se que a base pedagógica ainda assim está dividida – os processos educacionais se utilizam de 20% do sistema conservador, 60% do sistema tecnicista e 20% do sistema inovador com uma verdadeira abordagem progressista.

A prática de avaliação e o capitalismo

Em resumo ainda somos o resultado da competição desenfreada do capitalismo, e sentimos a sua influência diariamente quando deixamos de ter um contato amoroso, solidário, com as pessoas que nos cercam, para apenas uma visão técnica, fria e profissional, consequentemente em termos de avaliação persiste o sistema conservador.

Acreditamos ainda que este situação (competição desenfreada) é agravada pela proliferação dos cursos de Direito, retorna o questionamento, apesar de os sistemas indicarem que para a criação de cursos quando então ocorre o acompanhamento das atividades pedagógicas, tanto por parte do Ministério da Educação e Cultura como da Ordem dos Advogados do Brasil que são rígidos - estão sendo mantidas as coerências avaliativas no decorrer de todo o curso? Está o aluno efetivamente sabendo o porquê da avaliação, ou somente a executa para atingir "um objetivo", "um crédito", "uma etapa", até obter a "láurea", e isto no decorrer de todo o curso sem que ocorra a preparação técnico-profissional adequada.

Aliás, SANT'ANNA (2005, p. 25), quando apresenta estudo sobre a avaliação realiza este questionamento "será que o aluno reconhece para que serve a avaliação? Cremos que a percentagem das escolas que informa ao aluno seus objetivos dá para contar apenas usando os dedos das mãos."

E, mais traduz a sua opinião de uma forma efetivamente negativa, ao afirmar que "isto é profundamente lamentável. Será que algum educador já foi encapuzado, obrigado a encontrar um caminho ou alcançar alguma coisa? No entanto, o aluno, precisa, deve, é cobrado de coisas que desconhece, que não sabe para que servem e que servirão de prova de sua habilidade e competência".

O aluno é preparado, desde a tenra idade quando ingressa nos bancos escolares, para a cultura de que se realizar de forma correta as suas atividades e se seu desempenho, nas provas for bom receberá notas e comendas. Parece incrível, mas não o é, esta cultura também atinge os bancos universitários, no qual o aluno somente realiza um trabalho mediante cobranças e delimitação de metas.

A avaliação ainda está sendo vista como algo tirano, que vem tirar do aluno e não acrescentar, pois ao ser avaliado o aluno é medido, taxado, exposto à segregação.

Isto nos leva ao problema proposto por SALINAS (2002, p. 54),

como se propicia ou se estabelece uma cultura ou um clima avaliativo na sala de aula de tal forma que tanto o professor quanto os seus alunos consigam uma espécie de convivência entre o formativo e o somativo da avaliação que não gere dificuldades excessivas. A função formativa da avaliação será delimitada como a potencialidade para definir delimitar a aprendizagem do aluno ao longo do processo de ensino e utilizar essa informação para melhorar o ensino e a aprendizagem (isto é, é uma informação útil para o professor e para seus alunos). A função somativa é a normatização de um julgamento na forma de qualificação.

E, tenta em seguida nos dar uma resposta ou talvez uma sugestão

Talvez um caminho para estabelecer uma cultura avaliativa alternativa na sala de aula seja a de assumir a avaliação como uma forma de análise e de crítica de caráter cotidiano, isto é, que se associa como uma forma de análise e de crítica de caráter cotidiano, isto é, que se associa de forma habitual ao desempenho de tarefas e de atividades em aula e que, em momentos pontuais, origina qualificações que são baseadas em critérios conhecidos e compartilhados por todos (professor e alunos).

Vê-se, assim, que a avaliação, em vez de espantar, assustar, criar traumas, precisa ser parte do cotidiano da escola, da universidade, do aluno, do professor, no sistema como um todo. Porém, o desafio maior é efetivar e criar de forma eficaz referida cultura.

Neste sentido DEMO (2004, p. 105), dá algumas sugestões para que se tornem efetivas as modificações, que se dariam a longo prazo:

a) privilegiar a avaliação feita sobre a capacidade construtiva do aluno, sempre que possível; b) evitar, sempre que possível, a mera prova, sobretudo aquela com respostas pré-estabelecidas; c) evitar a mera aula expositiva, que condena o aluno a só escutar e a tomar nota subservientemente; d) motivar a elaboração própria, tomando esta como meta avaliativa maior; e) motivar a pesquisa, dentro das devidas proporções, avaliando processo e produtos decorrentes, preferindo a expressão coletiva e a elaboração individual.

Porém como já exposto, referidas alterações ocorrerão, em longo prazo, pois o aluno ao chegar aos bancos universitários já se submeteu às regras escolares por aproximadamente 13 (treze) anos e qualquer alteração abrupta tornar-se-á dolorosa e desgastante, colocamos até dúvidas quanto a possibilidade de sua efetiva realização.

Conforme VILLAS BOAS (2005, p. 158):

Não se pode simplesmente desconsiderar todo o passado escolar do aluno e começar a trabalhar como se, a partir do momento em que ele inicia o curso de nível superior, ele fosse outra pessoa. Afinal de contas, trata-se da mesma pessoa, só que com muitas expectativas que, em alguns casos, não são satisfeitas devido ao tratamento pedagógico nem sempre adequado. Se nas escolas de educação básica os alunos costumam ser direcionados pelos professores, na universidade eles, às vezes, são entregues á própria sorte, sob a alegação de serem adultos que sabem o que querem. Será que sabem? As coisas não são bem assim. Faz parte do trabalho pedagógico universitário conhecer com que experiências pedagógicas, principalmente de avaliação, os alunos chegam aos cursos de nível superior; valorizar essas experiências e enriquecê-las.

Estariam os sistemas de avaliação pedagógica servindo para efetivamente verificar a formação do profissional e simultaneamente verificando as condições técnicas fornecidas pelas instituições de ensino para a formação do profissional do Direito. Pois como já explanado o sistema de avaliação é dinâmico na mesma oportunidade em que avalia o aluno, também avalia o professor, a instituição. Assim, permanecem as questões: ocorreram as trocas de informações, de conhecimento? Será que em algum momento do curso ocorreu e de que forma? A instituição propiciou condições de formação técnico-profissional ao aluno, as bases curriculares foram observadas? Seguindo esta linha de questionamentos as instituições devem continuar investindo na preparação de seu corpo docente, para então intensificar a formação técnica dos seus alunos, demonstrando de forma clara a relação do Direito com outras ciências, como a sociologia, a psicologia, a antropologia, todas formadoras da base profissional do aluno.

A Avaliação continuada e o exame de Ordem

Assim, tal qual a aprendizagem que deve ser contínua, o mesmo ocorre com a avaliação que deve ocorrer em todas as fases da vida do aluno, desde a escola até, e principalmente, na Faculdade, quando então a avaliação faz parte de um conceito formativo profissional do indivíduo. Entretanto, em razão da proliferação dos cursos jurídicos e com o intuito de evitar a inserção de profissionais não qualificados ao mercado de trabalho. A OAB através de seu Conselho Federal, achou por bem instituir o exame de Ordem. O atual Exame de Ordem, regulamentado pelo Provimento nº 109, de 05.12.2005[2], foi instituído com o objetivo de selecionar profissionais qualificados para exercer a advocacia com proficiência, em prol da sociedade.

Com a criação do Exame de Ordem e sua sistemática exigência, passou a ser visto não como uma forma de avaliar o indivíduo graduando, para se saber qual o nível de conhecimento técnico que possui da profissão e assim ser inserido na sociedade como profissional ético e produtivo, mas na realidade passou a ser visto como um programa não-governamental de avaliação dos cursos de Direito, um retrato do desempenho das instituições de ensino em determinado momento.

Aliás, foi esta a conclusão a que chegou o Grupo de Trabalho MEC-OAB, quando emitiu o Relatório Final em março de 2005 (OAB, 2006, p. 212):

Por outro lado, em face do apelo emotivo proporcionado pelos recentes resultados dos Exames de Ordem, é preciso explicitar que eles não se configuram como mecanismos

oficiais de avaliação da qualidade do ensino de direito, mas correspondem, tão somente, ao mecanismo legal de aferição do conhecimento jurídico necessário para o ingresso na vida profissional advocatícia.

A avaliação final criada pelo Exame de Ordem, passou a ser efetivamente um meio de fomentar a já tão acirrada disputa de mercado por parte das Instituições de Ensino, pois se de um lado avalia a condição em que se encontra o candidato, do outro contribui para que os cursos de Direito se organizem e atendam às necessidades de trabalho, contratem profissionais qualificados, estimulem o corpo docente para a constante atualização. E, principalmente contribua para a melhoria e evolução do ensino de Direito.

Por óbvio este exame final deixa muito a desejar como instrumento de avaliação técnico-pedagógica, pois um simples exame tenta formar um perfil do futuro profissional a ser inserido no mercado de trabalho, o que convenhamos é totalmente impossível. Mormente pelo fato de que a formação jurídica não se exaure, todavia, na Universidade. É, ao revés, um processo inesgotável, um ato contínuo, um *fieri* permanente (MEDINA, 2006, p. 160).

Conclusão

Portanto, faz parte do trabalho universitário fomentar experiências pedagógicas, principalmente de avaliação, no intuito de verificar efetivamente se estão sendo estimulados os processos de aprendizagem em nível profissional.

Referido questionamento deve ocorrer de forma constante de forma a propiciar a formação do cidadão e da cidadania plena, com domínio dos conhecimentos para inserção social crítica.

A avaliação deve criar uma sensibilização com o propósito da transformação social apontando novos rumos para um trabalho pedagógico que supere o autoritarismo, possibilitando ao educando ser sujeito desse processo, principalmente voltada para a humanização do indivíduo, para a construção de um ser autônomo, crítico e emancipado.

E, mais com a sua passagem pelos bancos escolares diga-se aqui universidade o acadêmico também crie uma visão holística da sociedade, não a observe tão somente sob o ângulo do resultado financeiro do seu estudo, mas principalmente o quanto poderá e deverá com as suas ações influenciar o meio em que vive, seja esse meio social ou natural.

De outro lado devemos esperar mais das instituições, de forma que redefinam as práticas de ensino e fomentem não só o ensino das disciplinas que fazem parte da grade curricular, mas também se amoldem aos novos rumos da sociedade, que nada mais é base de todo o Direito.

REFERÊNCIAS

BARLOW, Michel. **Avaliação escolar** mitos e realidades. Porto Alegre, Artmed, 2006.

BEHRENS, Marilda Aparecida. **O Paradigma Emergente e a Prática Pedagógica**. Rio de Janeiro, Vozes, 2005.

DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção de conhecimento**. Rio de Janeiro, Tempo Universitário, 2004.

_____. **Universidade, Aprendizagem e Avaliação,** Horizontes Reconstrutivos**.** Porto Alegre, Mediação, 2005.

DILIGENTI, Marcos Pereira. **Avaliação Participativa no ensino superior e profissionalizante.** Porto Alegre, Mediação, 2033.

GARCIA, Regina Leite. **A avaliação e suas implicações no fracasso/sucesso das classes populares na escola.** Cadernos ANPED, 1998.

HADJI, C. **Pensar e agir a educação:** da inteligência do desenvolvimento ao desenvolvimento da inteligência. Porto Alegre, Artmed, 2001.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Eletrônico.** Rio de Janeiro, Objetiva, 2002.

http://www.cespe.unb.br/concursos/OAB2007_3/OAB_PR/arquivos/PROVIMENTO_109_DE_2005.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa, **Os desafior da problemática atual no sistema universitário ibero-americano; formação contínua e atualização profissional (o papel das Faculdades de Direito, Escolas Judiciais, entidades de classe). In** OAB Ensino Jurídico. O futuro da universidade e os cursos de direito: novos caminhos para a formação profissioal. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2006.

MENDES, Olenir Maria. **Avaliação Formativa no Ensino Superior: reflexões e alternativas possíveis.** São Paulo, Junqueira&Marin, 2005.

MORIN, Edgar. **A Cabeça Bem Feita.** 11ª ed., Rio de Janeiro, Bertrand, 2005.

_____. **Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro.** São Paulo, Cortez, 2005.

NUNES, Edson de Oliveira. **Reconsideração do Parecer CNE/CES 55/2004, referente às Diretrizes Curriculares Nacionais para o Curso de Graduação em Direito.** Distrito Federal, Diário Oficial da União, 2004.

OAB Ensino Jurídico. **O futuro da universidade e os cursos de direito: novos caminhos para a formação profissioal**. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2006.

PERENOUD, Philippe. **AVALIAÇÃO** Da Excelência à Regulação das Aprendizagens Entre Duas Lógicas. Porto Alegre, Artmed, 1999.

SALINAS, Dino. **PROVA AMANHÃ!** A avaliação ente a teoria e a realidade. Porto Alegre, Artmed, 2004.

SMOLE, Kátia C. Stocco. **Inteligência e avaliação:** da idéia de medida à idéia de projeto**.** Tese de doutorado apresentado à FEUSP, 2001.

_____. **Abrindo Portas Convidando Para a Caminhada.** Cadernos da MISSÃO MARISTA. Florianópolis, CIME, nº. 2, 2005.

SANT'ANNA, Ilza Martins. **Porque avaliar? Como avaliar?** Critérios e instrumentos. Rio de Janeiro, Vozes, 2005.

TESCAROLO, Ricardo. **A escola como sistema complexo.** São Paulo, Escrituras, 2005.

VILLAS BOAS, Benigna Maria de Freitas. **Práticas avaliativas no contexto do trabalho pedagógico universitário:** formação da cidadania crítica. Araraquara, Junqueira & Marin, 2005.

---

[1] Catedráticos eram professores que lecionavam a matéria de sua disciplina durante 25 anos letivos, após o que eram jubilados.

[2] PROVIMENTO Nº 109/2005 "O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 54, V, e 8º, § 1º., da lei nº. 8.906/94, tendo em vista o decidido na Proposição nº 0025/2005/COP, RESOLVE: art. 1º. É obrigatória, aos bacharéis de Direito, a aprovação no Exame de Ordem para admissão no quadro de Advogados." Disponível em http://www.cespe.unb.br/concursos/OAB2007_3/OAB_PR/arquivos/PROVIMENTO_109_DE_2005, acesso em 01 set. 2009.

ENSINO DO DIREITO NO BRASIL: REGULAÇÃO, AVALIAÇÃO E EXPERIÊNCIAS*

SCHOOL OF LAW IN BRAZIL: ADJUSTMENT, EVALUATION AND EXPERIMENTS

Viviane Cristina Rodrigues Cavallini
Fernanda Eloise Schmidt Ferreira

RESUMO

O presente artigo se propõe a lançar um olhar crítico à realidade do ensino jurídico no Brasil. Nos últimos anos, com efeito, foi possível observar uma preocupante proliferação dos cursos de Direito no país, fato que teve como resultado o decréscimo qualitativo nos aspectos pedagógico e estrutural. Com base em farta revisão literária constatou-se que as instituições de ensino superior, públicas e privadas, ainda não encontraram uma pedagogia específica e condizente com a docência na área jurídica. As avaliações da educação superior em cursos de Direito escancaram um quadro temeroso. O Ministério da Educação (MEC) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) continuam empenhados no sentido de elevar o nível do ensino nos cursos jurídicos do Brasil. Não obstante, os resultados alcançados pela maioria dos bacharéis no Exame da Ordem, continuam explicitando uma realidade lamentável. Conclui-se que a crise do ensino jurídico precisa ser estudada e entendida à luz de uma totalidade muito maior, qual seja, a crise da educação no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: CURSOS JURÍDICOS; CRISE DO ENSINO; COMÉRCIO DO SABER

ABSTRACT

The present article intends to throw a critical glance to the reality of the juridical teaching in Brazil. In the last years, effect of with, it was possible to observe a preoccupying proliferation of the courses of Law any country, fact that had as result the qualitative diminution in the structural pedagogic aspects of and. With they found in full literary revision it was verified that as higher education institutions, public toilets of and, they didn't still find a specific and suitable pedagogy with teaching in the juridical area. As education of the one of evaluations of courses of in Law superior they open a fearful picture. The Ministry of the Education (MEC) and the Order of the Lawyers of Brazil (OAB) they continue determined in the sense of elevating the level of the teaching in the juridical courses of Brazil. In spite of, the results reached by most of the bachelors in the Exam of the Order, continue indicating a reality lamentable. It is ended that the crisis of the juridical teaching needs to be studied and understood to the light of a very larger totality, which is, the crisis of the education in Brazil.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: JURIDICAL COURSES; CRISIS OF THE TEACHING; COMMERCE OF THE KNOWLEDGE

1. A implantação da educação superior no Brasil

Segundo o relato de alguns historiadores, apenas muito tardiamente foram implantados cursos de nível superior no Brasil. Isso aconteceu em razão da política centralizadora da Coroa Portuguesa à época da colonização. Ademais, uma universidade implantada em qualquer das suas colônias representava a possibilidade de uma emancipação política não desejada.

Nos primeiros duzentos anos a educação brasileira esteve sob os cuidados dos padres jesuítas. As primeiras escolas, os primeiros seminários, o estudo do latim, da filosofia e da teologia, muito cedo se fizeram presentes em cursos que visavam formar religiosos e missionários em terras brasileiras. Por tal razão, para Cunha (1980), não é de todo verdadeira a acusação de uma universidade tardia no Brasil. Talvez o problema tenha sido de mera denominação, pois ainda que não trouxessem o nome de faculdade ou universidade, os colégios jesuítas e alguns seminários eram, em muitos sentidos, equivalentes às universidades presentes nas colônias espanholas. (CUNHA, 1980).

De qualquer modo, a educação havida no Brasil à época colonial seguia os ditames católicos. "A pedagogia jesuítica inspirava-se *na ratio studiorum* (sistematização de regras padronizadas), dando demasiada ênfase à retórica e privilegiando poucos autores, designadamente Aristóteles e Tomás de Aquino", conforme a lição de Kozima (2008, p.374). O referido modo do fazer pedagógico tornou-se o fundamento daquilo que mais tarde influenciaria mesmo as faculdades de Direito.

2. As primeiras Faculdades de Direito

Não há que se negar a influência do conservadorismo católico português na educação brasileira. O posicionamento avesso aos ideais renascentistas, comum em Portugal, também se fez presente na Colônia. Um espectro cultural que deu origem ao "gosto excessivo pelo beletrismo político, pela retórica - a palavra, o discurso, a metáfora são dotados de significação mais importante que os fatos, o conhecimento científico ou econômico" no dizer de Paulo Filho (1997, p.13).

E será nesse ambiente ideológico que, ainda na fase imperial, o Brasil terá as suas duas primeiras faculdades de Direito. Em 1827 foram criadas duas faculdades de Direito, uma em São Paulo e outra em Olinda. "A lei, criando as Faculdades de São Paulo e de Olinda, foi promulgada em 11 de agosto de 1827. Posteriormente, a Faculdade de Direito de Olinda veio a ser transferida para Recife" (PAULO FILHO, 1997, p.132).

Os bacharéis antes oriundos da Universidade de Coimbra, em Portugal, tinham agora a possibilidade de obter a formação em terras brasileiras. Postos reservados à elite, cargos na administração pública, na magistratura, tudo exigia o conhecimento jurídico. “Com a chegada da corte portuguesa, cargos burocráticos foram criados a rodo, e a lei condicionava a admissão ao diploma de bacharel em Direito”, leciona Carnieri (2009, p.09).

À época do Império havia a difusão, por parte da elite influenciada pelas idéias em voga na Europa, da noção de que ampliando o acesso à instrução o país recentemente independente galgaria futuro promissor. Naquela época, sobretudo, após a abolição da escravatura (1888), a escolaridade, particularmente a de nível superior, desempenhava papel decisivo na conquista de posição social.

Gradativamente, a relevância do título de bacharel alinhado à cultura prevalecente na época, deu origem ao fenômeno histórico-político denominado de bacharelismo[1], uma realidade marcante durante longo período na história do Brasil.

Após a Proclamação da República, em novembro de 1889, e não obstante as adversidades culturais ainda presentes, os cursos de Direito foram obtendo um ganho qualitativo que os elevava para muito além do *status* que até então ofereciam. Foi o tempo em que as faculdades de Direito formaram homens emancipados, críticos e reflexivos. Se no Império os cursos jurídicos já cumpriam esse papel, na República ele se consolidou, passando também a ser visível a influência das doutrinas positivistas nas faculdades de então. (CARVALHO JUNIOR, 2001).

O teor filosófico e político, presente nos cursos jurídicos, dava fundamento para o trabalho de muitos bacharéis que se tornariam celebridades no país, destacando-se na política, na sociologia, dentre outras áreas do saber. Rui Barbosa, Raymundo Faoro, Tobias Barreto e Anísio Teixeira, são alguns dentre tantos outros exemplos. “De fato à exceção, talvez, de alguns revezamentos com a aristocracia de farda, os bacharéis, guiados pelos ideais da Revolução Francesa, estiveram metidos em praticamente todos os grandes acontecimentos políticos da história brasileira”. (KOZIMA, 2008, p.379).

Os cursos jurídicos outrora, não é exagero dizer, contribuíram para o avanço do conhecimento científico no Brasil. Até mesmo o renomado educador Paulo Freire, tinha no currículo um bacharelado em Direito.

Mas essa formação cultural rica e expressiva, tão presente nas Faculdades de Direito, foi paulatinamente perdendo força na medida em que os ditames mercadológicos passavam a imperar sobre as diretrizes do ensino superior brasileiro. Má formação docente, ausência de uma interdisciplinaridade condizente com o universo da prática profissional, despolitização e fragilização do norteamento do ensino do Direito, são alguns fatores que acabaram por comprometer qualitativamente a formação dos futuros advogados.

Ademais, no que tange à organização curricular, Chamon (2006), complementa:

A organização curricular que hoje conhecemos teve sua matriz a partir da Revolução Industrial, quando o processo de divisão técnica e social do trabalho referente tanto à produção como à distribuição de bens materiais e culturais passou a ser reproduzido no interior dos sistemas educacionais (CHAMON, 2006, p.41).

Na esteira de uma mal disfarçada privatização da educação superior no país, o Ministério da Educação (MEC) veio autorizando, ao longo das décadas de 1980 e 1990, o funcionamento de uma infinidade de cursos universitários em faculdades particulares. "Não basta aumentar o número de faculdades, que atualmente aqui proliferam como coelhos, sem estrutura na base intelectual", advertiu Nasser (2005, p.22). Na década de 1980 a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) constatou que 64% dos cursos jurídicos do país eram oferecidos por instituições privadas. Verificou-se ainda naquela época, que 53% do corpo docente das faculdades possuía apenas a graduação (CARVALHO JUNIOR, 2001).

Na segunda metade da década de 1990, em todo o país, deu-se um processo de grave aceleração nas autorizações dos cursos jurídicos. De tal modo, as faculdades de Direito cresceram quantitativamente, na exata proporção em que decresciam qualitativamente.

3. A crise do ensino jurídico

"Por que proliferam os cursos jurídicos?", pergunta Fagúndez (2006, p.83). Na verdade o objetivo do empresariado está em aproveitar esse filão de mercado – os cursos universitários – e lucrar com eles. Especificamente o curso de Direito está entre alguns poucos que requerem, para sua implantação, baixo investimento se comparado com os cursos de engenharia ou outros da área médica, com seus imprescindíveis laboratórios, equipamentos de alto custo, etc.

Sanches (2007, p.186) assevera que "dentro da lógica da comercialização do ensino, que parece ser a tônica que governa as iniciativas no âmbito educacional, os cursos de Direito revelam-se muito rendosos, pois são de baixo custo para instalação e manutenção". A preocupação com o aspecto pedagógico-qualitativo, em seus múltiplos sentidos, não ocupa lugar de destaque sob a ótica empresarial.

Diante disso, alarmado com a falência do ensino jurídico, Busato (2006, p.07) adverte para a necessidade de se "[...] recompor os alicerces da profissão, corroídos pela ganância dos mercadores do ensino, comprometidos tão-somente com lucros fáceis, desconhecedores do sentido missionário da educação e do Direito".

Nas instituições privadas de educação superior, o ensino poucas vezes segue alinhado à pesquisa ou a programas de extensão universitária. Dentre os professores contratados, a minoria possui titulação em nível de mestrado ou doutorado. O valor salarial que deve ser pago a mestres e doutores faz com que as faculdades particulares optem por contratar professores de baixa titulação, com salários reduzidos. Não obstante, a

estrutura física de tais instituições, nalguns casos, é composta de prédios suntuosos e reluzentes. O aparato estrutural parece querer compensar a falência de conteúdo pedagógico-qualitativo, o que na verdade importa.

Dentro dessas faculdades privadas o curso de Direito é, invariavelmente, oferecido com uma fartura de vagas. A grande maioria dos ingressantes acaba concluindo o curso, nem sempre com pleno domínio do que fora ensinado. “Segundo o IBGE, 70 mil bacharéis de Direito ingressam no mercado a cada ano” (BUSATO, 2006, p.09), e esse número tende a aumentar.

Diante desse quadro aterrador algumas medidas foram tomadas. Tanto o Ministério da Educação (MEC) quanto a Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), passaram a estudar formas de fiscalizar melhor as instituições que disponibilizam os cursos de Direito no Brasil.

O conhecido Exame de Ordem – aplicado aos bacharéis em Direito que desejam atuar como advogados –, tem representado um empecilho para milhares de candidatos. A maioria, mais da metade dos inscritos no mencionado exame, não obtém aprovação, restando impossibilitados de usufruir profissionalmente do diploma jurídico que conquistaram.

Nesse sentido, Flores (2006) tece algumas considerações, como se lê abaixo:

Com certeza, a penalização do candidato que não logra sua aprovação não pode ser atribuída à responsabilidade da OAB, mas do próprio bacharel, que não se preparou adequadamente, do curso onde se graduou, que não lhe ofereceu um ensino de qualidade ou do MEC, por permitir a criação e perpetuação de cursos destituídos das condições ou do compromisso mínimo com a qualidade (FLORES, 2006, p.94).

O baixo índice de aprovação no Exame de Ordem, agora mais rigoroso, é apenas um dentre tantos outros indicativos sobre a necessidade de uma alteração substancial no ensino do Direito no Brasil. Outro demonstrativo, no mesmo sentido, se constata a partir da conduta de Magistrados, Promotores, Delegados e demais operadores do Direito: erros técnicos, aberrações de toda sorte e, sobretudo, ausência de postura ética condizente com os cargos, tudo isso requer uma reflexão urgente.

Os dizeres do emérito Rizzatto Nunes (2008) corroboram o acima exposto:

A melhor demonstração de que o sistema de ensino e avaliação não é adequado está no resultado. Os egressos das faculdades de Direito, dirigindo-se aos concursos das carreiras jurídicas, apesar de alguns deles ser altamente concorridos, acabam não se tornando bons profissionais, demonstrando no exercício da profissão toda sorte de erros técnicos e de falta de conduta ética. São petições mal feitas, acusações equivocadas, decisões erradas, desprezo pela pessoa humana dos envolvidos nas questões jurídicas.

Não resta dúvida, pois, que a escola de Direito merece reforma de ordem pedagógica (NUNES, 2008, p.22).

A crise do ensino superior e de modo especial, a crise do ensino jurídico, vem sendo um tema abordado e debatido em dezenas de artigos e livros. A pressão da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) contribuiu para que o Ministério da Educação (MEC) passasse a estabelecer novos regulamentos visando assegurar a qualidade do ensino nas instituições universitárias, públicas e privadas, não apenas na área do Direito.

À época do governo de Fernando Henrique Cardoso foi instituída a obrigatoriedade do Exame Nacional de Cursos, conhecido como "Provão", a todos os egressos da educação superior. O "Provão" contribuiu para melhor diagnosticar as deficiências do ensino superior, porém acabou sendo extinto no governo de Luis Inácio Lula da Silva. Desde então, algumas medidas foram tomadas em prol da qualidade do ensino universitário, mas os resultados não são significativos.

Zardo (2009), em artigo recente, vale-se das palavras do insigne Paulo Nader, quando tece duras críticas aos órgãos de fiscalização do ensino superior, em especial ao Ministério da Educação, como se lê a seguir:

O que deve haver, por parte da Comissão de Ensino Jurídico da OAB e dos organismos do MEC, é uma atitude firme. Eu não noto isso por parte do Ministério da Educação: só há certas recomendações, mas nunca vejo o MEC fechar efetivamente uma instituição de ensino superior. [...] O MEC também peca por estar extremamente politizado. Basta olhar o quadro de componentes de seus Conselhos, para se constatar a sua politização (NADER apud ZARDO, 2009, p.26).

Deveras, o Ministério da Educação apresenta suas deficiências, entretanto a crise do ensino jurídico é parte de um todo muito maior. O problema da má formação dos graduados em nível superior começa já nos anos iniciais do ensino fundamental. Professores mal preparados, mal pagos, escolas carentes de laboratórios e bibliotecas, sobretudo a prevalência de uma pedagogia que já não condiz com os novos tempos. Tudo isso culmina numa formação debilitada.

O aluno conclui o ensino médio com graves deficiências no aspecto do domínio da linguagem, do raciocínio lógico-científico, entre outros. Lê, mas não entende o significado do texto; escreve frases desconexas, confunde termos e expressões; os erros de gramática são abundantes. Isso tudo para não descrever os limites com a física e a matemática.

Esse é o tipo de aluno que ingressará em alguma dentre as piores faculdades privadas, com seus vestibulares irrelevantes, onde as vagas são fartas e o requisito para o ingresso se limita ao pagamento de taxas e mensalidades. Bertasi (2009) parece compartilhar da opinião explicitada, quando pontua:

A situação tem causas profundas. Na sua origem, está a crise do ensino no Brasil, constatável em todos os níveis desde o fundamental. Esta distorção impõe um alto preço: o aluno chega às portas do ensino superior sem formação adequada. E o vestibular passou a ser mera formalidade burocrática, muitas vezes cumprida para justificar interesse puramente mercantil (BERTASI, 2009, p.02).

O mais preocupante está no fato de que, seja qual for a instituição de ensino superior, seja ela pública ou privada, a conhecida crise relacionada a aspectos didáticos e pedagógicos da escola, agora também está presente na academia. Tal como o ensino médio, o sistema de ensino universitário também não têm cumprido com seu papel adequadamente.

Relativamente ao ensino jurídico nas instituições superiores, Rizzatto Nunes (2008) adverte:

A escola de Direito tem problemas, e dentre eles um dos mais relevantes é de ordem pedagógica: o ensino oferecido tem peculiaridades tais que, muitas vezes, faz com que se duvide, inclusive, se se está ensinando algo. [...] O modelo estabelecido nas faculdades ou cursos de Direito é arbitrário e sem nenhum sentido científico nem pedagógico (NUNES, 2008, p.01,05).

Os problemas no trabalho docente, frente ao desafio do ensino jurídico, apontam para um total desconhecimento em termos de psicologia da educação, didática, metodologia e princípios básicos de pedagogia. “Apresenta-se o Direito dentro de um universo fechado, descontextualizado de sua realidade histórica e social, como se a leitura interdisciplinar da realidade o fizesse imergir em uma crise de identidade, condenando-o ao completo desaparecimento” (CARVALHO JUNIOR, 2001, p.191). Considerando o exposto, fica a pergunta: como ensinar direito o Direito?

4. O trabalho qualitativo na docência em Direito

A literatura especializada vem tentando propor sugestões frente ao desafio de lecionar Direito, e algumas são de relevante valor. Para Damião (2006, p.99), “ensinar direito o Direito exige mudanças nas práticas metodológicas, buscando potencializar a capacidade discente de refletir e de aprender”. Ou seja, ao invés de uma pedagogia centrada no professor, deve-se adotar uma pedagogia centrada no aluno, assegurando e exigindo sua participação ativa. Deve-se realizar seminários, debates, grupos de estudo e discussão (NUNES, 2008).

É notório que muitos dos docentes que ingressam em sala de aula, na atualidade, visando o exercício do magistério superior, não possuem o devido preparo pedagógico.

[...] a compreensão equivocada da maioria dos professores de que, para exercer a profissão no ensino superior, é suficiente o domínio técnico da área do conhecimento específico na qual atua, o que contribui para forjar um caráter reducionista e tecnicista à profissionalização docente, obliterando dimensões fundamentais da formação de pessoas e de profissionais, tais como as dimensões éticas e epistêmica (BORBA; FERRI; HOSTINS, 2006, p.205).

A problemática evidenciada acima expressa bem o ocorrido tradicionalmente em cursos jurídicos onde, freqüentemente, o corpo docente – ainda que composto de mestres e doutores – não sustenta uma formação pedagógica específica como seria desejável. A formação técnica de um Magistrado, por exemplo, está longe de equivaler às capacidades e competências necessárias ao educador.

Na universidade também se educa, também se lida com a pessoa humana, com toda a sua complexidade, emocional, ética, moral, etc. O ensino superior não se reduz à técnica, não se prende unicamente às pesquisas especializadas, nem tampouco à elaboração de peças processuais complexas. O professor que atua no magistério superior deve ter uma formação sólida em aspectos pedagógicos para obter sucesso em seu labor. Todavia, no ensino jurídico, "[...] os professores, em sua maioria, não possuem nenhum conhecimento de metodologias didáticas e nem de teorias pedagógicas" (SANCHES, 2007, p.190).

Conforme constatado por Isaia (2003), os professores universitários voltam-se prioritariamente para os conhecimentos específicos da sua área de conhecimento, tendo por meta possibilitar aos alunos uma sólida formação nessa área. As dimensões pedagógicas de base humanista e emancipadora, poucas vezes são levadas em conta.

Resta evidenciada a dificuldade dos docentes, sobretudo, em cursos de bacharelado, em conscientizarem-se de que a dimensão pedagógica é também necessária para quem está atuando como professor. Não há mais espaço para o tecnicismo acadêmico que meramente reproduz enfoques não dialógicos, ultrapassados e focados nas especialidades.

A crítica de Anastasiou (2006) segue nesse sentido, como se lê abaixo:

O modelo metodológico predominante na maioria das universidades brasileiras ainda é o modelo jesuítico, no qual o conteúdo é considerado como pronto e definido, existente no saber do docente que o domina, e que deve ser assim transmitido; nesta transmissão o conhecimento pode ser reduzido a simples informação, mantendo-se a aula expositiva, às vezes sequer dialogada; uma verdadeira palestra (ANASTASIOU, 2006, p.154).

O cotidiano do magistério superior, no âmbito do Direito, deve ser uma construção amparada na interdisciplinaridade curricular e na criticidade reflexiva, reconhecendo, sobretudo, que a formação do aluno não termina no findar do curso, mas permanece por toda uma vida profissional. Nas palavras de Medina (2006, p.153): "a formação jurídica não se exaure, todavia, na Universidade. É, ao revés, um processo inesgotável, um ato contínuo, um *fieri* permanente".

O melhor a ser obtido pelo aluno no espaço da sala de aula será, portanto, a autonomia de pesquisa e de pensamento. O aluno deve ser incentivado a perceber que o curso de Direito exige leitura, estudo contínuo e muita reflexão. O Direito se inova e se atualiza a cada dia, exigindo capacidade de aprendizado para além daquilo que é repassado pelo professor em sala de aula.

Em congressos universitários e nos demais eventos da área do Direito, bem como no contato com a prática jurídica, será possível observar que o mundo jurídico está vivo, em movimento, sendo preciso repensar o aprendizado obtido em sala de aula durante todo o tempo.

5. A questão da interdisciplinaridade

Em sua crítica à forma como estão sendo elaborados os currículos dos cursos jurídicos, Chamon (2006) assevera que,

Os currículos dos cursos perdem a ênfase na formação humana e ganham um caráter tecnicista, centrado em habilitações que sintetizam uma formação aligeirada de profissionais que viriam a ser os especialistas, treinados para o desempenho de funções técnicas, desvinculadas entre si (CHAMON, 2006, p.43).

A crítica da autora remete ao problema do ensino de uma área do saber desvinculada de outra. Com efeito, o professor deve trabalhar o conteúdo das especialidades jurídicas de modo interdisciplinar, isso porque no universo real dos acontecimentos inexiste essa pretensa separação entre esferas do Direito, ou ainda, entre esferas do Direito e da psicologia, e da economia, e da administração pública, entre outras. Tudo se relaciona e tudo está de algum modo interdependente.

Qualquer processo judicial poderá abarcar ramificações do Direito civil, penal, administrativo, constitucional, entre outros. É nessa perspectiva que o Direito deve ser ensinado e aprendido, pois uma visão global permite compreender melhor o mundo jurídico, nas dimensões prática e teórica. A segmentação disciplinar, seguida à risca por alguns docentes, tem fins que não condizem com a melhor didática. Por que então ela existe?

No ano de 1968, em razão de interesses políticos centralizadores, foi editada a Lei 5.540/68 estabelecendo a departamentalização nas instituições de ensino superior, sendo que agora os cursos universitários seguiriam parcelados, segmentados, através do regime de créditos. Carvalho Junior (2001, p.188) explica que a Resolução n.03/72 do antigo Conselho Federal de Educação, confirmou o sistema de créditos e criou um currículo mínimo para os cursos jurídicos.

A universidade passou então a ser vista como uma empresa, tendo no alicerce a tríade: produção, racionalização e eficiência. Tudo isso acabou dando origem à forma segmentada como os cursos universitários passaram a ser ofertados. O positivismo, muitíssimo presente nos cursos jurídicos, também contribuiu para a ausência de uma interdisciplinaridade. Mas algumas tentativas de se trabalhar de forma diversa na docência em Direito estão sendo feitas.

Pessoa (2006), em artigo recente, eleva os direitos fundamentais à categoria de tema integrador no ensino do Direito. É o que se lê nas palavras do festejado jurista: "trata-se de um eixo jurídico-político de caráter abertamente interdisciplinar capaz de fazer uma ponte entre as diversas disciplinas jurídicas e estabelecer relações entre elementos e peças ainda hoje dispersos na dogmática jurídica" (PESSOA, 2006, p.113).

Sem dúvida o emérito autor acerta quando enxerga na garantia constitucional dos direitos fundamentais o elemento estruturante a partir do qual "[...] devem ser examinados e considerados os diversos instrumentos normativos (códigos ou leis) em torno dos quais se estruturam as matérias jurídicas" (PESSOA, 2006, p.115). Os direitos fundamentais de algum modo perpassam por todas as disciplinas do Direito, pois todas se atêm às garantias constitucionais básicas.

Não obstante o acima exposto há que se respeitar o modo específico de cada docente abordar a necessária interdisciplinaridade no ensino jurídico. Trabalhos articulados entre os diferentes professores de uma faculdade de Direito, pode ser também uma opção no exercício da promoção da interdisciplinaridade.

A questão da interdisciplinaridade é por demais importante, porém nem sempre bem compreendida. "Não se trata apenas da mera justaposição de disciplinas de áreas diferentes, mas sim da análise do objeto a partir de categorias pertencentes a vários ramos do conhecimento, buscando apreender todos os seus aspectos na sua integridade" (CARVALHO JUNIOR, 2001, p.196).

Importante será sempre compreender que as disciplinas do Direito se fazem melhor compreendidas à luz da totalidade onde se inserem. Ademais, para além do mundo jurídico existe o universo de ciências como a psicologia, a sociologia, a administração, muitas vezes necessárias ao profissional do Direito. Nesse sentido, leituras e estudos de temas não jurídicos também são relevantes para a formação do futuro operador do Direito, isso porque a garantia de direitos nos textos legislativos, ainda que essencial, não basta para torná-los efetivos na prática. O acadêmico deve compreender criticamente que as injustiças sociais, os crimes, as falências decretadas, os divórcios, têm raízes profundas na ordem social brasileira e manifestam-se na exclusão de amplos setores alijados dos direitos mais elementares.

6. Por uma formação pedagógica direcionada ao ensino jurídico

A ausência de uma formação pedagógica agregada aos cursos de bacharelado, como vimos, acaba muitas das vezes comprometendo o ensino do Direito em sala de aula. Quem se gradua bacharel, não se forma professor. O que fazer? Uma saída estaria na Resolução número 02 do ano de 1997, editada pelo Conselho Nacional de Educação.

A referida Resolução deu origem ao denominado "Programa Especial de Formação Pedagógica", que oferece pelo período de 12 meses um curso direcionado exclusivamente aos portadores de diploma de Bacharel, visando formar o profissional docente.

O "Programa Especial de Formação Pedagógica" contém disciplinas específicas da área pedagógica, fundamentais para quem pretende lecionar. Ao término do curso o aluno-bacharel receberá um certificado que lhe concede o título de Licenciado em determinada área do conhecimento. Para o caso dos bacharéis em Direito, concluído o curso, recebe-se o certificado de Licenciatura em Direito.

No estado do Paraná o "Programa Especial de Formação Pedagógica" é oferecido pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Em São Paulo, a Resolução 02/97 também foi acolhida pelo Centro Universitário de Araras e pelo Centro Universitário Claretiano, em Batatais.

Os cursos de pós-graduação *stricto sensu*, em nível de mestrado ou doutorado na área jurídica, representam também uma importante oportunidade de abordar os quesitos pedagógicos necessários ao magistério. Porém, ainda nesses cursos o que muitas vezes prevalece são disciplinas técnicas específicas do Direito.

Convém citar ainda a pós-graduação *lato sensu* em Metodologia da Ação Docente, oferecida pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), que em muito tem contribuído para os bacharéis que pretendem encarar a sala de aula.

Fora desses casos ora relatados resta para o professor de Direito aprender a ensinar ensinando. O autodidatismo pedagógico tem sido para muitos bacharéis a costumeira realidade, quando se deparam com o desafio de lecionar sem ter a devida formação de professor. Com efeito, algumas obras de pedagogia abordam metodologias de ensino e técnicas de avaliação de alunos que servem de esteio para os iniciantes. Todavia, é preciso cautela.

A pedagogia tradicional também vem sendo criticada e nem todos os métodos de trabalhar conteúdos em sala de aula são condizentes com o ensino jurídico. Nesse sentido, a passagem abaixo é esclarecedora:

Deve-se fazer um sério questionamento sobre a própria pedagogia aplicada no ensino superior hoje em dia. O método expositivo ou aula conferência, tradicionalmente utilizada no ensino do Direito, pode correr o risco de contribuir para a passividade do aluno em sala de aula. Penso que, além da aula expositiva, é extremamente importante inovar na didática do ensino jurídico a fim de despertar no aluno maior interesse acerca da disciplina a ser lecionada. E, para tanto, deve-se desenvolver a pesquisa e a comunicação em sala de aula (RIVAS, 2009, p.02).

Não resta dúvida quanto ao posicionamento do autor acima. Pesquisa jurídica em obras especializadas ou mesmo em *sites* de Tribunais de Justiça, pesquisa doutrinária e jurisprudencial, tudo isso enriquece a dinâmica da aula de Direito que não mais se fixa na exclusividade do método expositivo.

Aprender significa bem mais que acumular conhecimentos repassados pelos professores. O processo de obtenção de conhecimento nasce através da pesquisa metódica e sistemática de temas preordenados. A pesquisa é o melhor caminho para se associar novas idéias, encurtando as distâncias entre o velho e o novo conhecimento a ser adquirido pelo aluno (RIVAS, 2009).

A atividade de pesquisa é a única que pode levar à superação do paradigma dogmático, pois é somente por meio da pesquisa e da produção científica que se cria novo conhecimento. "[...] sem a atividade de pesquisa, o professor se transforma em mero repetidor de falas alheias, incapaz de formular pensamentos próprios que contenham um mínimo de originalidade" (CARVALHO JUNIOR, 2001, p.194).

A pesquisa jurídica tem uma íntima relação com a obrigatoriedade da apresentação de uma monografia no final do curso de Direito. Sanches (2007), nesse sentido, acrescenta que as atividades complementares como a pesquisa e a elaboração da "[...] monografia de final de curso só passaram a ser obrigatórias a partir da Portaria 1886/94, sendo que antes não eram referidas nas grades, fazendo com que a formação do bacharel fosse resultado exclusivo do ensino em sala de aula (SANCHES, 2007, p.191). De fato, o Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) representou um benefício por um lado e um grave problema por outro.

Em seu artigo "Reflexões sobre o comércio clandestino de monografias jurídicas e trabalhos afins", Santana (2009) denuncia a prática bastante comum dos acadêmicos de Direito que pagam para que alguém faça por eles a monografia jurídica. Isso explicita alguns problemas, a saber: o aluno conclui seu curso sem saber elaborar um trabalho científico, sem saber escrever adequadamente, sem saber pesquisar; o aluno não tem uma posição ética condizente com o diploma que está prestes a receber. "Não é à toa que, a cada ano, bacharelam-se mais de 55 mil alunos em todo o Brasil. E, apesar disso, o mercado não consegue aproveitar nem 1% daqueles", conclui Santana (2009, p.23).

Rivas (2009), além do benefício da pesquisa, aponta igualmente a questão da comunicação. Trata-se de um argumento em favor da aula dialogada, onde professor e alunos interagem na construção de um momento agradável. Comunicar ou dialogar com os alunos é fundamental para que o professor possa saber se o que ensina está sendo aprendido pelos futuros advogados. Comunicar também significa promover a discussão,

o debate e o entrosamento do aluno com o tema ligado à disciplina jurídica lecionada (RIVAS, 2009).

Essa prática é possível através da formação de grupos de estudo e de grupos de discussão que funcionam sob a supervisão do professor em sala de aula. Nesses grupos, os acadêmicos debatem um assunto específico para, em seguida, refletirem juntamente com o professor, a sua relação com a disciplina lecionada em aula (RIVAS, 2009).

Elaboração de relatórios, relacionados ao tema discutido nos grupos, poderá ser indicado aos alunos como tarefa de casa. "Os alunos passam, assim, de simples condição de intérpretes e aplicadores de códigos e leis, ou de assimiladores de doutrina, à condição de críticos das políticas públicas setoriais veiculadas através do direito" (PESSOA, 2006, p.115).

A visita programada a importantes órgãos do Poder Judiciário, em Brasília ou nas capitais dos estados, oportuniza também uma experiência preciosa para os acadêmicos de Direito, quando então se une descontração e aprendizado. Tal prática pode ser organizada pela instituição de ensino, por algum professor interessado, ou mesmo pelos centros acadêmicos.

7. Os mecanismos de avaliação dos cursos jurídicos

A crise do ensino jurídico gerou uma preocupação permanente com a qualidade do trabalho pedagógico dentro das faculdades de Direito. Algumas iniciativas significativas foram tomadas nos últimos anos, como a Portaria nº 1886/94 do Ministério da Educação (MEC), que fixou as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo dos cursos de Direito no Brasil. Antes disso, em 14 de dezembro de 1992, foi instituída, em caráter permanente, através do Provimento nº 76/92, a Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB.

O Decreto nº 1.303 de 08 de novembro de 1994, aplicou o Novo Estatuto da OAB, Lei nº 8.906/94, instituindo a manifestação prévia do Conselho Federal da Ordem nos pedidos de autorização e reconhecimento dos cursos de Direito a serem implantados no país (RIVAS, 2009).

As avaliações permanentes[2] das instituições que oferecem ensino superior em diferentes áreas, também representaram um avanço promovido pelo MEC. A Ordem dos Advogados do Brasil, como visto, busca assegurar a qualidade dos cursos jurídicos através do Exame de Ordem. Relativamente ao mencionado Exame, Bertasi (2009) escreve:

A primeira constatação é a de que, nunca como antes, o Exame da Ordem tornou-se crucial para assegurar a mínima qualificação para o exercício da operação do Direito. Não fosse o Exame, teríamos cerca de 4,5 milhões de advogados atuando no país e, pelo

que os números sugerem, a maioria absolutamente despreparada para o exercício dessa nobre missão (BERTASI, 2009, p.02).

O renomado Carrion (2009), preocupado com a má formação dos bacharéis, enumera os seguintes mecanismos de avaliação externa dos cursos jurídicos no Brasil:

1) Avaliação das Condições de Oferta dos Cursos de Direito (Plano Global de Avaliação Externa dos Cursos Jurídicos), sob responsabilidade das Comissões de Visita e Avaliação Externa dos Cursos Jurídicos, considerando Corpo Docente, Organização Didático-Pedagógica e Infra-Estrutura, de iniciativa da SESu/MEC (Lei nº 9131 de 24/12/95, art. 3º, e Decreto 2026 de 10/10/96, arts. 1º, III, 5º e 6º), talvez o mais completo (CARRION, 2009);

2) Exame de Ordem, de iniciativa da OAB (Lei nº 8906 de 04/07/94, art. 8º, IV e § 1º) que não abarca a totalidade dos egressos (CARRION, 2009);

3) Ranking das Melhores Faculdades de Direito do País, promovido pela Revista Playboy, de caráter mais seletivo (CARRION, 2009).

Obviamente, existe também a avaliação interna por parte das próprias instituições (Comissão Própria de Avaliação) que oferecem o curso de Direito. As melhores faculdades promovem anualmente uma autocrítica salutar de caráter pedagógico, com resultados bastante significativos.

Numa sociedade de livre mercado, onde proliferam os cursos jurídicos, a própria concorrência acaba promovendo uma seleção dentre as melhores faculdades de Direito. Os alunos melhor preparados e que procuram uma formação sólida, se inscrevem nas instituições universitárias primando pela qualificação do ensino jurídico ministrado.

As avaliações do caráter qualitativo dos cursos de Direito e das instituições que os oferecem estão pautadas em critérios bem definidos. Como está o acervo de obras jurídicas e de humanidades nas bibliotecas das instituições de ensino superior que oferecem o curso de Direito? Qual o grau de titulação predominante entre os professores do corpo docente? A grade curricular do curso jurídico está atualizada, oferecendo disciplinas como Biodireito, Direito Ambiental, Direito de Informática, Direito Educacional, entre outras?

Em reportagem recente exibida pelo jornal da OAB do Paraná, apontavam-se alguns tópicos avaliados nas faculdades de Direito:

São avaliados a coerência de processos pedagógicos, relação entre teoria e prática, exigência de dedicação exclusiva das coordenações, professores com mestrado e doutorado, prática dos professores na área em que lecionam, biblioteca com no mínimo 10 mil volumes, entre outros indicadores. (A FORMAÇÃO, 2009, p.05).

Outro fator de relevo remete à tecnologia. Em sala de aula o uso do amparo tecnológico não pode ser dispensado. Numa época em que alguns centros universitários já fazem uso de lousa digital, de teleconferências e ambientes climatizados, ficará para trás a instituição de ensino que insistir no quadro de giz e na infra-estrutura arcaica. Ensino de qualidade e avanço tecnológico são forças que se complementam nos grandes centros universitários, e assim deve ser nas faculdades de Direito.

Foi-se o tempo em que para se lecionar Direito, bastavam professores, alunos, códigos, poucos livros textos e uma sala de aula (RIVAS, 2009). Ademais, a inovação tecnológica entendida como a adoção de novos aparatos tecnológicos e como a elaboração de novas formas de se ensinar, se apresenta como uma exigência da época atual. Isso vale mesmo para além do contexto pedagógico, posto ter havido casos, nalguns órgãos do Poder Judiciário, onde já estão sendo validadas audiências públicas realizadas na modalidade à distância.

O domínio pleno da tecnologia de informática, o acesso preciso aos *sites* de Tribunais de Justiça na rede mundial de computadores, tudo isso deve fazer parte da formação do futuro advogado. Para tanto, a faculdade de Direito deve oferecer um amplo laboratório de informática, com computadores conectados à *internet* e sob orientação de profissionais especializados.

Além de dedicar-se a ensinar os saberes jurídicos e a habilitar pessoas para a vida profissional, os cursos de Direito devem ter um objetivo maior, o de preparar os futuros bacharéis para o exercício pleno da cidadania, da ética e da política. Tudo feito com amparo numa sólida formação humanística, onde a leitura dos grandes clássicos das ciências humanas e sociais não se restrinja a momentos esporádicos durante os cinco anos do curso jurídico.

Não se trata de ensinar preceitos ou códigos rígidos, acabando por cair na doutrinação. Trata-se sim, de fazer do trabalho docente um modelo de prática democrática que leve os alunos a compreender, a partir de problemas concretos, em qual contexto social, político e econômico se inserem os direitos e os deveres do cidadão que vive em sociedade.

“A formação para a cidadania, na qual o estudo do Direito necessariamente implica, bem como, o combate às formas de opressão e exclusão na sociedade brasileira exigem uma cultura jurídica” (SANCHES, 2007, p.188) condizente com o quadro social que ora se apresenta. Isso porque, pretender a melhoria da qualidade do ensino jurídico sem levar em conta as desigualdades regionais, a crise sócio-econômica ou o desemprego presente em vastas regiões do Brasil, é contribuir para um maior agravamento destas distorções (CARVALHO JUNIOR, 2001).

8. A crise da educação e sua repercussão no ensino jurídico

“Está próximo de 80% o índice de reprovados nos Exames da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), obrigatório, por lei, para que o bacharel possa exercer o ofício” (BERTASI, 2009, p.02). Isso retrata claramente o fato de que ainda há muito que fazer para garantir o mínimo de qualidade no ensino do Direito no Brasil.

No que diz respeito às questões didático-pedagógicas, o Ensino Jurídico continua sendo realizado basicamente pela mesma metodologia da época de sua criação, ou seja, a aula-conferência. Também conhecida como “aula coimbrã”, numa alusão ao método praticado na Universidade de Coimbra, a aula-conferência caracteriza-se por ser uma aula expositiva dada para um elevado número de alunos numa mesma sala de aula. (SANCHES, 2007, p.189).

A crise do ensino jurídico é parte incontestável da crise na educação em todos os níveis. “É certo que a problemática do Ensino Jurídico brasileiro está inserida no problema geral da educação superior em nosso país [...]”, pontua Sanches (2007, p.179). Portanto, não é correto pensar que não existe uma crise no ensino da medicina, uma crise no ensino das engenharias e assim por diante. Sim, o problema da falência do ensino no Brasil chegou às universidades já faz algum tempo e a avaliação sistemática dos cursos jurídicos – que se tornou realidade graças a OAB – não fez outra coisa senão evidenciar o problema na área do Direito.

Em outras áreas do conhecimento o problema também existe, mas nem sempre é evidenciado. Se existisse um “Exame de Ordem” para médicos, engenheiros ou farmacêuticos, qual seria o resultado? A julgar pela freqüência com que a imprensa denuncia os chamados “erros médicos”, dá para supor o resultado relativamente aos profissionais da saúde.

O quadro calamitoso que ora se apresenta permite concluir, portanto, que se está sob uma crise generalizada na área da educação em todos os níveis. Do ensino fundamental e do ensino médio, muito se tem falado. No ensino superior o agravamento da situação compromete todo o desenvolvimento científico e tecnológico do país. A crise do ensino jurídico, de igual modo, compromete a democracia política, a cidadania e a prática da justiça em seu sentido pleno. Resta indagar sobre quais os caminhos a serem seguidos.

Na esteira do pensamento de Carvalho Júnior (2001) é possível entender que:

As novas correntes do pensamento crítico do Direito acenam com a possibilidade de construção de novas bases epistemológicas para o ensino jurídico. Para soerguê-las, somente uma pedagogia capaz de conscientizar e mobilizar os sujeitos históricos, propiciará a completa substituição dos paradigmas em crise. (CARVALHO JUNIOR, 2001, p.197).

Não obstante, nenhuma pedagogia específica, como sugere o autor, poderá isoladamente, edificar uma realidade que há anos segue abandonada. É sabido que à época do governo de Fernando Henrique Cardoso se deu o aumento significativo das faculdades privadas. Ao mesmo tempo, as universidades públicas restaram abandonadas. O sucateamento das universidades federais ganhou a imprensa nacional, sendo um caso emblemático o da Universidade Federal da Bahia (UFBA). O problema do colapso da educação superior e, em particular, do ensino jurídico, é um problema político.

As necessidades do Brasil em inovação, competitividade, desenvolvimento, conservação ambiental, diminuição das desigualdades e melhoria da qualidade de vida de toda a população, exigem propostas e ações concretas dentro da educação superior. Das universidades sairão pesquisas e profissionais os mais qualificados e aptos a transformar o país, daí sua relevância estratégica.

9. Considerações Finais

A solução para a crise do ensino jurídico passa pela melhoria da educação superior, mas também passa pela melhoria da educação básica e fundamental. Educação, aliás, é um direito social garantido constitucionalmente. Um direito que, freqüentemente, não é cumprido no Brasil.

A solução para a crise requer também uma transformação do próprio Direito, uma transformação na forma de legislar, na forma de fazer Justiça, na forma de operar o Direito. A Justiça precisa descer do pedestal e se imiscuir nos meandros das relações entre os homens. Um país coberto de pobreza e miséria, com altos índices de criminalidade e farta desigualdade social, é certamente, um país onde o Direito não tem funcionado muito bem. Esse é o contexto histórico e político no qual o direito ao ensino jurídico de qualidade deve ser avaliado.

Para que seja alcançado um verdadeiro e qualitativo ensino do Direito, será preciso antes alcançar o verdadeiro direito ao ensino.

10. Referências

A FORMAÇÃO do advogado em discussão nas universidades. Jornal da Ordem, Curitiba, n.130, jul. 2009. Notícias, p.05.

ANASTASIOU, Léa das Graças Camargo. **Docência na educação superior**. In: SEVEGNANI, Palmira; RISTOFF, Dilvo (orgs.). Docência na educação superior: Brasília, 1º. e 2 de dezembro de 2005. Brasília: INEP, 2006.

BERTASI, Maria Odete Duque. **Ensino jurídico de qualidade**: um direito. Revista Virtual Última Instância, São Paulo, p.02-03, Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/artigos_ver.php> Acesso em: 29 jul. 2009.

BORBA, A.M. de; FERRI, C.; HOSTINS, R.C.L. **Formação continuada de professores universitários:** alguns enfrentamentos necessários**.** In: RISTOFF, Dilvo; SEVEGNANI, Palmira (org.). Docência na educação superior. Brasília: INEP, 2006.

BUSATO, Roberto Antonio. Apresentação. In: **OAB Ensino Jurídico – O futuro da universidade e os cursos de direito:** novos caminhos para a formação profissional. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2006.

CARNIERI, Helena. **Direito controla política ao redor do globo**. Gazeta do Povo, Curitiba, 24 mai 2009. Caderno Mundo, p.09.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Crise do Direito e ensino jurídico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=43> Acesso em: 03 ago. 2009.

CARVALHO JUNIOR, Pedro Lino de. **Ritos e práticas nas faculdades de Direito**: algumas considerações acerca do ensino jurídico. Revista de Direito e Cidadania, Faculdade Paranaense (Faccar), Londrina, 2001.

CHAMON, Magda. Crise paradigmática no ensino superior: em busca do compromisso com a produção do conhecimento e a transformação social. In: **OAB Ensino Jurídico – O futuro da universidade e os cursos de direito**: novos caminhos para a formação profissional. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2006.

CUNHA, Luiz Antonio. **A universidade temporã**. São Paulo: Francisco Alves, 1980.

DAMIÃO, Regina Toledo. Ensinar direito o direito. In: **OAB Ensino Jurídico – O futuro da universidade e os cursos de direito**: novos caminhos para a formação profissional. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2006.

DELORS, Jacques (org.). **Educação, um tesouro a descobrir**. São Paulo: Cortez, 2003.

FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. O ensino jurídico: realidade e perspectivas. In: **OAB Ensino Jurídico – O futuro da universidade e os cursos de direito**: novos caminhos para a formação profissional. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2006.

FLORES, Paulo R. Thompson. O Estado atual do ensino jurídico e o papel do exame de ordem. In: **OAB Ensino Jurídico – O futuro da universidade e os cursos de direito**: novos caminhos para a formação profissional. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2006.

ISAIA, Silvia Maria de Aguiar. **Professores de licenciatura**: concepções de docência. In: MOROSINI, Marília Costa *et ali*. Enciclopédia de pedagogia universitária. Porto Alegre: FAPERGS/RIES, 2003.

KOZIMA, José Wanderley. **Instituições, retórica e o bacharelismo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Fundamentos de história do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LOBATO, Anderson Orestes. **A crise do Ensino Jurídico**: mitos e perspectivas. Textual, Educação, Porto Alegre, v.1 n.2, p. 28-33, agosto 2003.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. VIII Seminário de ensino jurídico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. In: **OAB Ensino Jurídico – O futuro da universidade e os cursos de direito:** novos caminhos para a formação profissional. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2006.

NASSER, Carlos. **Melhores universidades**. Gazeta do Povo, Curitiba, 20 nov. 2005. Caderno Brasil, p.22.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PAULO FILHO, Pedro. **O bacharelismo brasileiro**: da Colônia à República. Campinas: Bookseller, 1997.

PESSOA, Robertônio Santos. **Abordagem neoconstitucional do Direito**: por uma proposta pedagógica interdisciplinar e problematizante. In: OAB Ensino Jurídico – O futuro da universidade e os cursos de direito: novos caminhos para a formação profissional. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2006.

RIVAS, Leonardo J. P. **O ensino jurídico brasileiro e propostas para a melhoria da qualidade do ensino.** Portal Direito Net, São Paulo, 13 jul. 2004. Disponível em:

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1666/ensino>. Acesso em: 30 jul. 2009.

SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra Naspolini. **Ensino jurídico: considerações críticas ao Direito que se conhece e se ensina no Brasil**. Revista Universitária, Araçatuba, Centro Universitário Toledo, v.1, n.1, p.177-193, jul. 2007.

SANTANA, Jair Eduardo. **Reflexões sobre o comércio clandestino de monografias jurídicas e trabalhos afins.** Revista Jurídica Consulex, São Paulo, n.290, p.22-23, fev. 2009.

ZARDO, Cláudia. **A formação jurídica e o profissional do direito**. Revista Jurídica Consulex, São Paulo, n.290, p.24-27, fev. 2009.

---

[1] Entende-se por bacharelismo a situação caracterizada pela predominância de bacharéis na vida política e cultural do país (KOZIMA, 2008, p.378).

[2] O Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior foi estabelecido pela Lei n. 10.861 de 14 de abril de 2004 e se caracteriza como um sistema constituído de três fases interdependentes e complementares, a saber: a) avaliação institucional, interna e externa; b) avaliação externa de curso; c) exame nacional de desempenho de estudantes.

HERMENÊUTICA E TRANSFORMAÇÃO DO MÉTODO JURÍDICO NA CONTEMPORANEIDADE

PERSPECTIVAS SOBRE UM NECESSÁRIO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO DAS SÚMULAS VINCULANTES[*] [**]

PROSPECTS ABOUT A NECESSARY CONTROL OF CONSTITUTIONALITY OF THE BINDING JUDICIAL PRECEDENTS

Alexandre de Castro Coura
Rodrigo Francisco de Paula

RESUMO

Este trabalho analisa criticamente a possibilidade – e necessidade – de inserção das súmulas vinculantes no âmbito do controle de constitucionalidade, mais especificamente, daquele exercido difusamente em todos os níveis da jurisdição constitucional. Para tanto, parte-se da caracterização do enunciado da súmula vinculante como um verdadeiro texto normativo subordinado, que não deve ser concebido como a escolha interpretativa, única e inquestionável, do Supremo Tribunal Federal sobre certo assunto no exercício da jurisdição constitucional, mas, sim, como mais uma norma aplicável prima facie ao caso concreto, exigindo a mediação do intérprete, a quem caberá aplicá-la somente se for o caso de ser adequada à solução do caso concretamente reclamada, à luz dos pressupostos da hermenêutica jurídica no paradigma do Estado Democrático de Direito. Em seguida, uma vez caracterizadas as súmulas vinculantes como textos normativos, sustenta-se que, tal e qual os demais textos normativos, devem se sujeitar ao controle de constitucionalidade, sobretudo ao exercido difusamente em todos os níveis da jurisdição, apontando-se as situações em que pode ser reconhecida a inconstitucionalidade incidentalmente da súmula vinculante (no caso de inconstitucionalidade formal, de reforma constitucional, de mutação constitucional, ou, ainda, como decorrência da hermenêutica constitucional), a fim de se abrir uma importante via para se promover uma interpretação pluralista da Constituição.

PALAVRAS-CHAVES: SÚMULAS VINCULANTES – INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – HERMENÊUTICA JURÍDICA

ABSTRACT

This paper is a critical analyze about the possibility – and necessity – to insert the binding judicial precedent under the control of constitutionality, more specifically, that one exercised diffusely in all constitutional jurisdiction levels. Thus, the binding judicial precedent is characterized as a real subordinate normative text, which should not be seen as the interpretative choice, unique and unquestionable, about some theme decided by the Supreme Court of Brazil exercising the constitutional jurisdiction. In fact, it

---

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.
[**] Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito das Faculdades de Vitória.

should be seen as another norm, applicable prima facie, requiring the mediation of the interpreter, who will apply its in case being judgment only if it is appropriated, according the law hermeneutic and second the paradigm of the rule of law. Then, once characterized the binding judicial precedents as normative texts, like all the others normative texts, they should be under the control of constitutionality, specifically that one exercised diffusely in all constitutional jurisdiction levels and it's pointed the situations that could be recognized incidentally the unconstitutionality of the binding judicial precedent (in the case of unconstitutionality formal, constitutional reform, constitutional mutation or even as a result of the constitutional hermeneutic) to open an important way to improve an pluralistic interpretation of the Constitution.

KEYWORDS: BINDING JUDICIAL PRECEDENT – UNCONSTITUTIONALITY – DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY – LAW HERMENEUTIC

1. INTRODUÇÃO

Que as súmulas vinculantes já fazem parte da realidade da jurisdição constitucional no Brasil é algo que não se pode mais ignorar, desde a publicação da Lei n.º 11.417/06, que regulamentou o art. 103-A da Constituição, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento do enunciado de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal.

Não bastaram as críticas, dos mais variados matizes, formuladas pela doutrina quanto à legitimidade de tal instituto: "três penadas do legislador transformaram bibliotecas inteiras em lixo", para se usar a célebre expressão de Julius Hermann von Kirchmann, relembrada por João Maurício Adeodato (2009, p. XV).

A doutrina se vê agora diante dos problemas decorrentes da interpretação e aplicação das súmulas vinculantes aos casos concretos.

Daí o esforço, que já vem se afirmando, em se resgatar a "dignidade da teoria jurídica em face da jurisdição e da legislação", como fez, por exemplo, Marcelo Cattoni (2009, p. 39-56), ao analisar criticamente o "desvio hermenêutico" do Tribunal Superior do Trabalho ao interpretar e aplicar a Súmula Vinculante n.º 04.

Diante de tal quadro, uma questão que também merece análise crítica é sobre a possibilidade – e necessidade – de inserção das súmulas vinculantes no âmbito do controle de constitucionalidade, mais especificamente, daquele exercido difusamente em todos os níveis da jurisdição constitucional.

A problematização, então, que serve de mote para o desenvolvimento deste trabalho, é a seguinte: é possível, ou mesmo necessário, haver o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes?

2. O ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE COMO TEXTO NORMATIVO SUBORDINADO

Em primeiro lugar, convém assentar a natureza jurídica das súmulas vinculantes, em busca de sua identidade funcional no direito positivo brasileiro.

Do art. 103-A, *caput* e § 1.º, da Constituição, extrai-se que os requisitos materiais e formais, bem como os objetivos para a edição de súmulas vinculantes são os seguintes:

(i) *requisitos materiais*: haja reiteradas decisões sobre matéria constitucional (envolvendo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas), a respeito da qual haja controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e a Administração Pública;

(ii) *requisitos formais*: a edição das súmulas vinculantes pode ocorrer de ofício ou por provocação (pelos legitimados indicados no art. 3.º da Lei n.º 11.417/06), ouvido previamente o Procurador-Geral da República (art. 2.º, § 2.º, da Lei n.º 11.417/06), exigindo-se decisão de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal (art. 2.º, § 3.º, da Lei n.º 11.417/06) e publicação na imprensa oficial (art. 2.º, *caput*, da Lei n.º 11.417/06);

(iii) *objetivos*: pôr fim à insegurança jurídica causada pela controvérsia a respeito da matéria constitucional e evitar a multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Quer dizer, o enunciado da súmula vinculante, produzido de acordo com o rito estabelecido na Constituição e na Lei n.º 11.417/06, deve condensar certo entendimento do Supremo Tribunal Federal, verificado a partir de reiteradas decisões proferidas no exercício da jurisdição constitucional, desde que seja para se amainar a controvérsia existente sobre o assunto, apta a gerar insegurança jurídica e a possibilidade de propagação de novos processos sobre o mesmo assunto. Por essa razão, o enunciado da

súmula vinculante fica confinado ao horizonte de sentido delimitado, expressa e implicitamente, pelos casos pretéritos que foram julgados e pelas próprias decisões que já foram tomadas, no passado, pelo tribunal.

Mas para não haver um exercício indevido, pelo Supremo Tribunal Federal, de atividade legislativa, deve-se entender que, na criação dos enunciados das súmulas vinculantes, embora haja um inegável caráter prospectivo (decorrente da própria vinculação futura dos órgãos judiciários e administrativos ao enunciado da súmula vinculante), não estão disponíveis quaisquer argumentos. Argumentos de política – para se utilizar a distinção de Ronald Dworkin (1995, p. 148) – não devem justificar a edição das súmulas vinculantes, que, como visto, subordinam-se a certos requisitos materiais que devem ser necessariamente observados.

Com efeito, Dworkin (1995, p. 150 e 415) esclarece que as decisões judiciais devem ser desenvolvidas e justificadas mediante o recurso a "argumentos de princípio", e não mediante diretrizes ou argumentos políticos. Assim, enquanto a justificação de um programa legislativo possibilita, além do recurso a argumentos de princípio, também o recurso a argumentos políticos, a justificação de um decisão judicial deve ter como base argumentos jurídicos, isto é, argumentos de princípio.

No caso da edição das súmulas vinculantes, os argumentos de princípios são decorrentes da reconstrução dos casos pretéritos, que deve ser conduzida pela procura de um traço de identidade entre as decisões já tomadas, que se mostre relevante de tal modo que seja suficiente a justificar a criação de um enunciado com força vinculante, para se atender os objetivos perseguidos com a sua edição (dirimir a controvérsia atual sobre a questão constitucional, para se evitar a multiplicação de processos versando sobre questões idênticas).

Enfim, o enunciado da súmula vinculante, em verdade, deve ser encarado como um verdadeiro texto normativo *subordinado*, porque criado pelo Supremo Tribunal Federal a partir da interpretação/aplicação da Constituição na apreciação de vários casos concretos.

3. PORQUE AS SÚMULAS VINCULANTES NÃO DEVEM SER CONCEBIDAS COMO "AS" ESCOLHAS FEITAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Se são textos normativos subordinados, gerados a partir da interpretação/aplicação da Constituição a vários casos concretos, condensados em enunciados, daí não se segue que as súmulas vinculantes sejam *as* escolhas feitas pelo Supremo Tribunal Federal ao tratar de certos assuntos no exercício da jurisdição constitucional.

Esse alerta é feito levando-se em conta que, de um modo geral, boa parte dos operadores jurídicos no Brasil ainda adota – conscientemente ou não – os supostos teóricos do positivismo jurídico de Hans Kelsen, o que os leva, tendencialmente, a encarar os enunciados das súmulas vinculantes como *a* escolha feita pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, a partir de "uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação" (KELSEN, 1998, p. 390).

Como assevera Menelick de Carvalho Netto (1997, p. 27),

a prevalência do positivismo jurídico instrumentalizador do paradigma do Estado Social se verifica não só como marco teórico explícito mas muito mais como pano de fundo tacitamente acolhido que chegou e ainda continua a conformar, difusa e eficazmente, não apenas a prática dos vários operadores jurídicos, mas a própria reprodução dessa prática, ao determinar decisivamente o caldo da cultura em que se dão o processo de aprendizagem e de formação do profissional do Direito.

Em outras palavras, dentre várias interpretações possíveis do direito positivo, haveria com a edição da súmula vinculante, no quadro de leituras possíveis, *uma* escolha feita pelo Supremo Tribunal Federal, cuja observância se tornaria obrigatória a todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Não interessa, para os limites deste trabalho, apontar aqui as inconsistências de tal perspectiva teórica, como se fosse possível, *sic et simplicer*, estabelecer-se de antemão o sentido possível das decisões, judiciais e administrativas, em casos concretos que envolvessem o mesmo assunto, num "retrocesso em direção à metafísica clássica", ao se imaginar que "na súmula estaria 'condensada a substância' (essência) de cada 'coisa' jurídica, como se as súmulas fossem 'juízos assertórios' e uma 'proposição pudesse mostrar o seu sentido'", conforme assevera Lenio Streck (2005, p. 154).

Com efeito, o que não se pode conceber é que haja um "sequestro da temporalidade" (STRECK, 2005, p. 154) do caso que se põe a julgamento, aqui e agora, para cuja solução há necessidade de atribuição de sentido tanto ao enunciado da súmula

vinculante quanto aos argumentos discursivamente debatidos pelas partes no bojo do processo.

Toda aplicação do direito positivo envolve interpretação, o que ocorre num contexto histórico específico e pressupõe um pano de fundo compartilhável, que não pode ser simplesmente desconsiderado, seja pela tentativa da abstração, seja pela pretensão de distanciamento do intérprete.

Desde Heidegger, passando por Gadamer,Wittgenstein e Langshaw, no contexto da filosofia da linguagem, depreende-se que o uso das palavras nos diversos contextos linguísticos e extralinguísticos é o que lhes confere seu significado, razão pela qual o fato de se compreender, semanticamente, o significado do enunciado de uma súmula vinculante não depende do que o Supremo Tribunal Federal tenha pretendido dizer, mas da situação histórica que se faz presente na sua aplicação, que delimita o sentido possível que condiciona o intérprete na solução do caso que, concretamente, põe-se diante de ti, com suas especificidades únicas.

O que se quer deixar claro, com isso, é que é indispensável que haja, efetivamente, a interpretação e aplicação do enunciado da súmula vinculante a partir do caso discursivamente reconstruído, no bojo de um procedimento contraditório, em que sejam levados em consideração os argumentos apresentados pelos sujeitos desse processo.

Isso torna evidente que, uma vez editado o enunciado da súmula vinculante, ele deve ganhar a conotação de *mais uma* norma aplicável *prima facie*, no discurso de aplicação do direito.

Desde tal perspectiva, de acordo com Klauss Günther, as súmulas vinculantes devem ser vistas como pretensões normativas igualmente válidas e à primeira vista cabíveis ao caso, mas que devem ser consideradas como “argumentos”, não contra a validade das outras normas aplicáveis *prima facie*, mas contra sua “adequação” ao caso, que deve ser descrito de forma completa (GÜNTHER, 2000, p. 90).

A “cláusula *prima facie*” apenas significa que será insuficiente sustentar que uma súmula vinculante é realmente aplicável a um caso concreto sem que antes seja realizado o “ônus recíproco de argumentação”, consistente na demonstração de boas razões que possam justificar a prevalência da aplicação da súmula vinculante, em detrimento da aplicação de outras normas igualmente *prima facie* aplicáveis (GÜNTHER, 2000, p. 91).

Incumbe, assim, ao aplicador vinculado ao enunciado da súmula vinculante interpretá-lo à luz do caso concreto, naquele círculo hermenêutico que envolve um ir-e-vir, num processo circular de compreensão, dependente de um sentido que deve ser discursivamente construído a partir dos argumentos defendidos pelas partes que serão afetadas pela decisão.

Tendo em vista que, com a fixação do significado, algumas características do caso são determinadas como relevantes, enquanto outras nem tanto, deve-se justificar também esse ato seletivo, de modo a se justificar, ou não, a adequação da aplicação da norma ao caso concreto. Afinal, além do sentido de textos, é necessário interpretar também a situação de aplicação da norma. Dessa forma, é sempre necessário justificar a (ir)relevância de determinadas circunstâncias que integram a descrição da situação. Essa descrição deve ser a mais completa possível, de forma a considerar todas as circunstâncias da situação e todas as normas válidas *prima facie* aplicáveis (incluindo-se aqui o próprio enunciado da súmula vinculante pertinente), para que seja possível declarar fundamentadamente qual entre as possíveis interpretações ajusta-se melhor ao caso (GÜNTHER, 2000, p. 93).

A partir do critério de adequação, é possível afirmar que, embora possam ocorrer diversas justificações para a aplicação de uma norma, apenas a construída a partir de uma interpretação coerente de todas as normas *prima facie* aplicáveis a uma descrição completa do caso é adequada. É relevante ressaltar que a cláusula *prima facie* aplicável não compromete a força normativa ou a normatividade, visto que considerar uma norma não adequada a uma situação descrita de forma completa é diferente de descumpri-la. O ônus de argumentação implica a reafirmação da validade da norma considerada não-adequada à determinada situação e, consequentemente, da possibilidade de que ela seja aplicada em outros casos.

Em suma, a partir do momento em que uma súmula ganha *força vinculante*, transforma-se, ela mesma, num texto normativo subordinado, que depende, para ser aplicado, de entrar novamente no jogo de interpretação/aplicação, no conjunto de normas aplicáveis *prima facie* ao caso concreto, devendo ser interpretada e somente ser aplicada *se for o caso* de ser adequada à solução do caso concretamente reclamada, à luz dos pressupostos da hermenêutica jurídica no paradigma do Estado Democrático de Direito.

A proposta de Günther, há pouco delineada, reveste a coerência idealmente justificada do sistema jurídico de um significado distinto, abrindo-se, ainda, à pretensão de reconstrução racional do Direito vigente, presente na teoria de Dworkin, de tal modo que esse Direito admita precisamente uma única decisão correta para cada nova situação de aplicação.

Essa proposta pode resgatar a *legitimidade perdida* das súmulas vinculantes no sistema brasileiro, abrindo-lhes um horizonte de sentido constitucionalmente adequado, reforçando a legitimidade da própria tutela jurisdicional à luz do paradigma Estado Democrático de Direito.

Isso significa a exigência de se observar uma coerência na aplicação normativa, para a estabilização de expectativas de comportamento, buscada por meio do Direito, de forma que os precedentes e também as situações futuras, hipoteticamente consideradas, não sejam simplesmente desprezadas, a partir de referências argumentativas exclusivamente fundadas na situação de aplicação e na norma que supostamente decorreria do princípio cabível, como aponta Dworkin (1995, p. 155-156):

Um argumento de princípio pode servir de justificação para uma decisão determinada, amparada na doutrina da responsabilidade, somente se for possível demonstrar que o princípio citado é coerente com decisões anteriores que não foram modificadas e com aquelas que a instituição está disposta a tomar em circunstâncias hipotéticas. Não é muito surpreendente que seja assim, mas o argumento não seria válido se os juízes fundamentassem suas decisões em argumentos políticos. Dessa forma, eles estariam livres para dizer que uma política está bem servida, bem como que ela serviria apenas para o caso que se julga – concedendo, por exemplo, o subsídio necessário somente a uma indústria em dificuldades –, de modo que não teriam necessariamente que entender que as decisões anteriores e as hipotéticas decisões futuras estão a serviço da mesma política.

Nesse sentido, o princípio da integridade, no âmbito da aplicação normativa, requer que os juízes concebam o Direito como um todo, e não como uma sequência de decisões ou atos normativos isolados, que por eles podem ser livremente tomados e interpretados, de forma casuística e aleatória.

Assim, as súmulas vinculantes não podem ser usadas como um instrumento solitário para a solução dos casos concretos que, a princípio, reclamarem a sua observância. Devem, para além disso, ter sua aplicação coerentemente justificada, à luz de uma teoria discursiva da argumentação no âmbito da hermenêutica jurídica e da jurisdição constitucional, considerando as especificidades constitutivas de sentido do caso concreto a ser julgado.

Isso significa que a não-aplicação de uma súmula vinculante a um dado caso concreto que, a princípio, atrairia a sua aplicação, longe de representar o descumprimento do

enunciado com força vinculante, reitera, mesmo, a sua adequação somente aos casos em que, efetivamente, a sua aplicação se traduzir como a única resposta correta. Afinal, o discurso de aplicação representa o processo pelo qual se busca a realização da pretensão de um sistema ideal coerente de normas válidas, ou seja, um sistema não contraditório, que possibilite uma resposta adequada para cada caso.

Essa concepção sobre a identidade funcional das súmulas vinculantes serve para lhes conferir alguma legitimidade, evitando que se convertam num instrumento cego, despropositado e altamente criticável no âmbito da hermenêutica jurídica e da jurisdição constitucional.

4. O NECESSÁRIO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO DAS SÚMULAS VINCULANTES

Como visto, as súmulas vinculantes devem ser concebidas como verdadeiros textos normativos, *subordinados*, já que o Supremo Tribunal Federal não dispõe dos mesmos argumentos que o Poder Legislativo na sua edição, estando mesmo jungido aos *requisitos materiais* e *formais*, bem assim aos *objetivos* estabelecidos para a criação dos enunciados. Mais ainda, as súmulas vinculantes se apresentam como normas aplicáveis apenas *prima facie* ao caso concreto, exigindo a mediação do intérprete, a quem caberá aplicá-la somente *se for o caso* de ser adequada à situação que se apresenta *hic et nunc*.

Se assim é, como textos normativos que são, as súmulas vinculantes, tal e qual os demais textos normativos, devem se sujeitar ao controle de constitucionalidade, sistema inerente à própria ideia de jurisdição constitucional.

Quanto ao controle concentrado de constitucionalidade das súmulas vinculantes, não há maiores dificuldades em se vislumbrá-lo a partir do próprio procedimento de cancelamento do enunciado das súmulas vinculantes, disciplinado pela Lei n.º 11.417/06.

É bem verdade que existem algumas diferenças formais entre o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, realizado pela via da ação direta de inconstitucionalidade, e o cancelamento do enunciado das súmulas vinculantes, mas, em substância, é possível concebê-los como expressão única do exercício da jurisdição constitucional no controle de constitucionalidade de textos normativos, ou seja, tanto das leis e dos demais atos normativos, como das súmulas vinculantes.

Quanto às diferenças formais existentes, tem-se que os legitimados para propor o cancelamento do enunciado de súmulas vinculantes não são os mesmos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Realmente, além dos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, *caput*, da Constituição), ainda podem, nos termos do art. 3.º da Lei n.º 11.417/06 e segundo o art. 103-A, § 2.º, da Constituição, deflagrar o processo de edição, revisão e cancelamento dos enunciados das súmulas vinculantes o Defensor Público Geral da União, os tribunais (Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares) e os Municípios (incidentalmente ao curso de processo em que seja parte).

Além disso, o quórum para edição, revisão e cancelamento do enunciado de súmula vinculante é de dois terços (art. 103-A, da Constituição; art. 1.º, § 3.º, da Lei n.º 11.417/06), ao passo que, para a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, é de maioria simples (art. 23 da Lei n.º 9.868/99), exigindo-se, para a instalação da sessão, a presença de no mínimo oito ministros (art. 22 da Lei n.º 9.868/99).

Essas diferenças, contudo, não desnaturam a substância do controle de constitucionalidade exercido. O procedimento de cancelamento do enunciado de súmula vinculante trata-se, sem dúvida, de verdadeiro controle de constitucionalidade. Se a súmula vinculante é criada no exercício da jurisdição constitucional, contendo em seu enunciado o resumo, por assim dizer, de decisões tomadas reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade, o cancelamento do seu enunciado somente se justifica se ele não se revelar mais compatível com a Constituição; em uma palavra, se se tornar evidente a sua inconstitucionalidade.

Com efeito, assim como ocorre com as leis e os atos normativos, as súmulas vinculantes podem entrar em rota de colisão com a Constituição, (i) seja pela *inconstitucionalidade formal*, verificada pela inobservância dos requisitos materiais e formais, bem como dos objetivos, estabelecidos para a sua criação; (ii) seja pela *reforma constitucional*, em virtude da alteração do texto constitucional, nos termos do art. 60 da Constituição; (iii) seja pela *mutação constitucional*, com a mudança do sentido atribuído ao texto constitucional, tornando obsoleto o entendimento cristalizado no enunciado da súmula vinculante; (iv) seja, ainda, pela *hermenêutica constitucional*, ao se abrir um novo horizonte de sentido inicialmente não levado em consideração na criação da súmula vinculante, que, uma vez desvelado, torna incompatível o seu enunciado com a Constituição.

Essas são as situações que podem reclamar o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma súmula vinculante, a ser proclamado pelo cancelamento de seu enunciado, na via do controle concentrado de constitucionalidade, na forma disciplinada pela Lei n.º 11.417/06.

Se devem se sujeitar ao controle de constitucionalidade, já havendo, inclusive, procedimento específico na Lei n.º 11.417/06 quanto ao controle concentrado de constitucionalidade (sob o rótulo de *cancelamento* do enunciado das súmulas vinculantes, como visto), não há porque se recusar a possibilidade – e até mesmo a necessidade – de haver o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes.

Uma explanação sobre as situações que ensejam o reconhecimento da inconstitucionalidade das súmulas vinculantes contribuirá para tornar evidente a necessidade de se admitir também o controle difuso de constitucionalidade.

(i) *inconstitucionalidade formal*: a inobservância dos requisitos (materiais ou formais) e dos objetivos estabelecidos para a criação das súmulas vinculantes é causa evidente para o reconhecimento de inconstitucionalidade de uma súmula vinculante.

A edição das súmulas vinculantes – isso é algo fora de dúvida – só pode ocorrer se forem observadas as exigências constitucionais e legais para tanto. Aqui, no entanto, o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculante assume especial relevância, na medida em que, na edição dos enunciados, sói não ocorrer, no Supremo Tribunal Federal, a problematização do estrito cumprimento das exigências constitucionais e legais para a criação das súmulas vinculantes.

Vale dizer, súmulas vinculantes editadas sem que haja reiterada decisões sobre matéria constitucional determinada, tampouco sem que haja controvérsia a seu respeito (*requisitos materiais*), ou que não tenham obedecido o rito estabelecido na Lei n.º 11.417/06 (*requisitos formais*), ou, por fim, que não se prestem a pôr fim à insegurança jurídica causada pela controvérsia a respeito da matéria constitucional e evitar a multiplicação de processos sobre questão idêntica (*objetivos*), são inconstitucionais e, nessas situações, muito provavelmente o Supremo Tribunal Federal, no momento da edição do enunciado, oblitera essas inconsistências.

Ora, nesse sentido, aos juízes, em todos os níveis da jurisdição, uma vez provocados no controle difuso de constitucionalidade com argumentos que problematizem o não-

cumprimento dessas exigências, caberá decidir sobre a compatibilidade formal da súmula vinculante com a Constituição, isto é, sobre a própria observância dos requisitos (materiais ou formais) e dos objetivos estabelecidos para a sua criação, devendo, se for o caso, reconhecer a sua inconstitucionalidade incidentalmente, afastando a sua aplicação ao caso concreto.

(ii) *reforma constitucional*: a alteração formal da Constituição, pelo procedimento de reforma constitucional, também pode reverberar sobre a constitucionalidade da súmula vinculante.

Mudado o texto constitucional, pode ocorrer de a súmula vinculante se tornar frontalmente contrária à Constituição.

Aliás, não custa recordar que o efeito vinculante – típico das decisões proferidas no controle concentrado constitucionalidade (art. 102, § 2.º, da Constituição) e inerente à própria identidade das súmulas *vinculantes* (art. 103-A, *caput*, da Constituição) – não alcança o Poder Legislativo, mas somente os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Por isso, com o intuito mesmo de *corrigir* a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal cristalizada na súmula vinculante, o Poder Legislativo pode alterar a Constituição, tornando inconstitucional o enunciado.

Nesses casos, também poderá o juiz reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade da súmula vinculante, deixando de aplicá-la ao caso concreto, em obediência à própria normatividade da Constituição, pois não teria sentido aguardar-se o cancelamento do enunciado da súmula vinculante (no controle concentrado de constitucionalidade) para só, então, desobrigar-se os juízes de levar em consideração, como norma *prima facie* aplicável, um texto normativo que se mostra inconstitucional.

(iii) *mutação constitucional*: além do processo de reforma da Constituição, formal por definição, existem os "processos informais de mudança da Constituição", resultantes de uma "interpretação evolutiva" ou de "construção constitucional", consoante aponta Ana Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 125-145).

Trata-se, na verdade, da "atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes" (BARROSO, 2001, p. 145).

Nesses casos, assim como ocorre com a reforma constitucional, a normatividade da Constituição, que adquire um novo sentido em decorrência de *mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos ministros* ao editarem a súmula vinculante, impõe que se reconheça a inconstitucionalidade da súmula vinculante, constituindo, evidentemente, um ônus de argumentação a demonstração do fenômeno da mutação constitucional, apto a caracterizar essa inconstitucionalidade superveniente.

(iv) *hermenêutica constitucional*: por fim, consoante já exposto, a edição do enunciado das súmulas vinculantes é condicionada a um horizonte de sentido delimitado, expressa e implicitamente, pelos casos pretéritos que foram julgados e pelas próprias decisões que já foram tomadas, no passado, pelo tribunal.

Pode ocorrer de se abrir para o intérprete, diante do caso concreto, um novo horizonte de sentido da Constituição inicialmente não levado em consideração na criação da súmula vinculante, que, uma vez desvelado, torna incompatível o seu enunciado com a Constituição.

Como as súmulas vinculantes não podem representar *as* escolhas interpretativas, únicas e inquestionáveis, do Supremo Tribunal Federal sobre certos assuntos no exercício da jurisdição constitucional, é natural que se reconheça, à luz dos pressupostos da hermenêutica jurídica no paradigma do Estado Democrático de Direito, que outros significados para a Constituição surjam no exercício difuso da jurisdição constitucional.

Pois bem. Em todas essas situações que ensejam o reconhecimento da inconstitucionalidade das súmulas vinculantes, a atuação do juiz no controle difuso de constitucionalidade, em qualquer grau de jurisdição, afastando a aplicação da súmula vinculante considerada inconstitucional, revela-se imprescindível à afirmação de um sistema ideal coerente de normas válidas, ou seja, um sistema não contraditório, que possibilite uma resposta adequada para cada caso.

Evidentemente, caberá ao Supremo Tribunal Federal a palavra final sobre a inconstitucionalidade da súmula vinculante. Mas, não há dúvidas, admitindo-se expressamente a possibilidade – e a própria necessidade – de haver o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes, abre-se uma importante via para se promover uma “interpretação pluralista da Constituição”, a fim de que se reconheça, efetivamente, que, para a sua realização, devem estar “potencialmente vinculados todos os órgão estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo

possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição" (HÄBERLE, 2002, p. 13), já que o Supremo Tribunal Federal, se decidir ratificar a constitucionalidade da súmula vinculante, terá o ônus de afastar os argumentos levados em consideração no reconhecimento de sua inconstitucionalidade, realizado difusamente, em qualquer grau de jurisdição.

5. CONCLUSÃO

Embora a legislação e a jurisdição tenham o *poder* de transformar em *lixo* as teorias jurídicas, não têm, o legislador e o julgador, como escapar de uma análise teórica crítica que possa afetar, dos mais diversos modos e maneiras, a própria identidade do produto que criam (isto é, dos textos legislativos e das decisões judiciais). A dignidade da teoria jurídica reside, então, na projeção de um olhar crítico sobre a legislação e a jurisdição, que muitas vezes desvela aquilo que nem o legislador nem o julgador tiveram a capacidade de antever quando da criação de seus produtos.

No caso das súmulas vinculantes, descartadas as críticas quanto à legitimidade de sua inserção no direito positivo brasileiro, restou à doutrina, agora, a tarefa de lhes conferir um tratamento constitucionalmente adequado, que seja capaz de não apenas resgatar a sua legitimidade, mas, também, de fornecer aos intérpretes/aplicadores vinculados aos seus enunciados subsídios úteis para uma compreensão sobre os limites e as possibilidades de sua tarefa de lhes dar efetividade.

Sob esse influxo, e à luz das considerações desenvolvidas neste trabalho, conclui-se que a possibilidade – e necessidade – de inserção das súmulas vinculantes no âmbito do controle de constitucionalidade, mais especificamente, daquele exercido difusamente em todos os níveis da jurisdição constitucional, revela-se indispensável à manutenção da coerência do próprio sistema jurídico, aplacando-se contradições que impediriam a apresentação de uma resposta adequada para cada caso, além de contribuir, vividamente, para a promoção de uma interpretação pluralista da Constituição.

6. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito*: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 3, p. 27-30, jan./jun. 1997.

___. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, vol. 03, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 473-486.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A súmula vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal e o "desvio" hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada "nova configuração" da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs.). *Constituição e processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 39-56.

COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional*: para uma análise crítica da "jurisprudência de valores" à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

___. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da "jurisprudência de valores". In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica contitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 403-446.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Havard University, 1986.

___. *Los derechos en serio*. trad. Marta Guastavino. 2. Reimp. Barcelona: Ariel, 1995.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa da coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. trad. de Leonel Cesarino Pessôa. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, n.º 06, p. 85-102, 2000.

___. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação. trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas do direito brasileiro*: eficácia, poder e função. A ilegitimidade do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

___. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional – da revisão constitucional de 1993 à reforma do judiciário (EC 45/04). In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 145-205.

TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 04, n.º 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

Lenio Streck fez um excelente inventário sobre as críticas referentes à inadequação das súmulas vinculantes no direito brasileiro: O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional – da revisão constitucional de 1993 à reforma do judiciário (EC 45/04). In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 152-160. Cf. também: TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 04, n.º 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

É bem verdade que, com a possibilidade de haver a modulação temporal dos efeitos vinculantes da súmula, nos termos do art. 4.º, da Lei n.º 11.417/06, invariavelmente podem ser utilizados argumentos de política para se justificar tal providência, ainda que travestidos sob a roupagem de "razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público".

Quanto a isso, cf. COURA, Alexandre de Castro. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da "jurisprudência de valores". In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 403-446.

Quanto a isso, cf. COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional*: para uma análise crítica da "jurisprudência de valores" à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 31-43.

Cf. COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional*: para uma análise crítica da "jurisprudência de valores" à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 34-37.

Assim sendo, o ônus da argumentação requerido implica realizar uma interpretação coerente de todas as normas válidas passíveis de aplicação a uma situação, que deve necessariamente ser descrita de modo completo.

No original: "Un argumento de principio puede servir de justificación para una decisión determinada, amparada en la doctrina de la responsabilidad, sólo si se puede demostrar que le principio citado es coherente con decisiones anteriores que no han sido modificadas, y con decisiones que la institución está dispuesta a tomar en las circunstancias hipotéticas. No es muy sorprendente que así sea, pero el argumento no sería válido si los jueces basaran sus decisiones en argumentos políticos. Entonces estarían en libertad de decir que una política podría estar bien servida con sólo servirla en el caso se juzga – concediendo, por ejemplo, sólo el subsidio necesario a una industria en dificultades –, de modo que no hubiera que entender necesariamente que las decisiones anteriores ni las hipotéticas decisiones futuras estén al servicio de la misma política".

Em matéria tributária, o Poder Legislativo tem atuado reiteradamente dessa forma, alterando a Constituição para *corrigir* a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Tome-se, como exemplo, o caso da contribuição para a seguridade social prevista originariamente no art. 195, inc. I, da Constituição. No texto constitucional originário, previa-se que o tributo poderia ser cobrado dos *empregadores* sobre a *folha de salários*, o *faturamento* e o *lucro*. A Lei n.º 7.787/89 estabelecia que a contribuição incidente sobre a *folha de salários* deveria incidir sobre *o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores* (art. 3.º, inc. I). A declaração de inconstitucionalidade do art. 3.º, inc. I, da Lei n.º 7.787/89, no julgamento do RE n.º 166.772/RS (Pleno, Rel. Min. Marco Aurérlio, j. 12.05.1994, DJ 16.12.1994, p. 34896), se deu sob o argumento de que a relação jurídica mantida com administradores, autônomos e avulsos não resulta de contrato de trabalho, pelo que seus pagamentos não são realizados através da folha de salários, não podendo, portanto, integrar a base de cálculo para efeito de exigência da

referida contribuição, limitada que está a incidir sobre a folha de salários (resultante apenas dos pagamentos realizados aos empregados). Declarada a inconstitucionalidade do dispositivo da lei, não tardou a ser promulgada a Emenda Constitucional n.º 20/98, que incluiu no inc. I do art. 195 da Constituição a alínea "a", preceituando que a contribuição do empregador pode incidir *sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício*. A partir daí, tornou-se possível, constitucionalmente, a incidência da referida contribuição não apenas sobre a remuneração paga aos empregados (realizada via folha de salários), mas, também, sobre a remuneração paga aos avulsos, autônomos e administradores.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS*

CONSTITUCIONAL HERMENEUTICS AND FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS

Ana Isabel Modena
Alexandre Antonio Bruno da Silva

RESUMO

Este trabalho aborda a temática da interpretação dos direitos fundamentais sociais, que têm sua fundamentabilidade garantida no texto constitucional e que se amparam axiologicamente pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Como balizas do constitucionalismo moderno, fundamentam a interpretação das normas definidoras de direitos. Nesse sentido, sente-se a necessidade de estudar a garantia do núcleo essencial, garantia do mínimo existencial, a exigibilidade dos direitos sociais e a ponderação entre a reserva do possível e o mínimo existencial. Estudam-se, também, os reflexos do instituto da reserva do possível frente ao conteúdo dos direitos fundamentais sociais. Este trabalho visa analisar esses aspectos e averiguar a concretização e a efetividade dos direitos fundamentais sociais no intuito de conferir aos destinatários da norma à promoção e a realização desses direitos.

PALAVRAS-CHAVES: HERMENÊUTICA. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. EFETIVIDADE.

ABSTRACT

This work deals with the theme of interpretation of Fundamental Social Constitutional Rights, axiologically founded in the Principle of Human Dignity. As foundational to modern Constitutionalism, the Fundamental Social Constitutional Rights lead the interpretation of Law Rules. For this, she feels the need to study the security of the core essence, the minimum guarantee existential, the enforceability of social rights and the balance between the reserve as possible and existential minimum. Studying is also the reflexes of the institute's reserves as possible before the content of fundamental social rights, because the Government went to use it frequently in the demands it imposed. This study aims to examine these issues and examine the implementation and effectiveness of basic social rights in order to allow recipients of the standard for the promotion and realization of those rights in fulfilling the scope expressed in the constitutional standard for promotion of human dignity.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: HERMENEUTICS. CONSTITUCIONAL INTERPRETATION. FUNDAMENTAL RIGHTS. PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY. EFFECTIVENESS.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova ordem jurídica interna. Privilegiando, expressamente, como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro a dignidade da pessoa humana, objetiva unificar e reforçar o rol de direitos fundamentais que nela vêm expressos. Positivando valores do Estado Liberal e do Estado Social, intenta criar mecanismos que propiciem a democracia e a igualdade numa sociedade plural.

A melhor sistematização dos direitos fundamentais exige, por parte dos intérpretes, maiores cuidados no momento da aplicação do Direito. A vaguidade dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas abertas concede maior liberdade ao aplicador do Direito. O Judiciário a todo momento é chamado a densificar o conteúdo desses conceitos. A hermenêutica e a interpretação jurídica ganham mais nobre espaço entre os juristas.

Os direitos fundamentais, muitas vezes de caráter prestacional, são destinados a garantir condições materiais básicas para a população, promovendo-se a igualdade material. Como resultado, prestações materiais passam a ser impostas aos poderes públicos, balizadas pelo mandamento constitucional, sem a preocupação com as reais conseqüências econômicas. Parte-se da errada premissa de que o Estado, como agente arrecadador, tem à sua disposição recursos a todo o momento, tornando-se necessária, apenas, uma melhor alocação desses recursos para a satisfação de todos os direitos fundamentais.

Apoiando-se nos princípios da ponderação e da proporcionalidade, deve-se constituir um mecanismo realista de proteção dos direitos fundamentais tornando-os exigíveis, com vistas a impedir a arbitrariedade do legislador e ratificar a supremacia da norma constitucional. Em face dessas considerações, procura-se contribuir, com este estudo, para o entendimento da moderna interpretação constitucional, que premia a tutela da pessoa humana com especial atenção.

1 Hermenêutica e interpretação constitucional

A hermenêutica e a interpretação jurídica, apesar de se unirem no esforço para possibilitarem uma melhor compreensão do Direito, não se confundem. A hermenêutica é o domínio da ciência jurídica que se ocupa em formular e sistematizar os princípios que subsidiarão a interpretação. A interpretação é atividade prática que se dispõe a

determinar o sentido e o alcance dos enunciados normativos. Assim, apesar de inconfundíveis, há uma relação mútua de dependência entre a hermenêutica e a interpretação.

A interpretação, portanto, envolve duas atividades – uma voltada a *desvendar/construir o sentido* do enunciado normativo e outra destinada a *concretizar o* enunciado – e, nesse sentido, apresenta-se também como uma técnica de redução da natural distância que existe entre a *generalidade* dos textos normativos e a *singularidade* do caso concreto. Assim, interpretar é também concretizar; e concretizar é aplicar o enunciado normativo, abstrato e geal, a situações da vida, particulares e concretas. (CUNHA JÚNIOR, 2008, 186).

A interpretação não se encontra livre de um certo controle, devendo estar sempre dentro de determinados limites. A questão relativa aos limites da interpretação não é um problema próprio da hermenêutica jurídica, muito menos da interpretação constitucional. Trata-se de um tema relevante em todos os domínios da comunicação humana.

No âmbito jurídico, em geral, a idéia de se estabelecerem parametros objetivos para controlar e/ou racionalizar a interpretação deriva, imediatamente, dos princípios da certeza e da segurança juridica, que estariam comprometidos se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum sentimento de justiça. (MENDES, 2008, 122).

Nesse sentido, o Direito Constitucional não pode ser visto, apenas, como as prescrições textuais da Constituição Federal. Atrelados ao texto, existe uma série de padrões hermenêuticos já incorporados à jurisprudência constitucional. Assim, mesmo admitindo-se que do texto constitucional possam aflorar diversas interpretações, é possível, também, afirmar-se que existem critérios que permitem verificar a correção dessas interpretações.

O Estado Democrático de Direito exige que o intérprete, ao se debruçar sobre a norma jurídica, não busque um resultado que satisfaça somente aos seus anseios. Em seu mister, exige-se que este alcance, com sua interpretação, um nível de aceitabilidade geral. É sempre possível afirmar que determinada interpretação é compatível com os preceitos constitucionais, mesmo quando se considera a abertura dos seus enunciados e da variedade de sentidos que eles possam suscitar quando da sua interpretação.

Em suma, embora entusiasta e pregador da interpretação eonstitucional como concretização, também Konrad Hesse se vê obrigado a admitir que a norma (= o que se extrai do texto) seja resultado e não pressuposto da interpretação, o que, enfim, explica o seu empenho - como doutrinador e, sobretudo, como juiz constitucional-, em estabelecer alguns limites, mínimos embora, para a criatividade dos intérpretes da Constituição. (MENDES, 2008, 122).

Ressalta-se, entretanto, que não se obtém de um texto normativo um conteúdo normativo vinculante. Não é possível subordinar a interpretação a algo que ela mesma, afinal, irá produzir. Sendo indeterminadas as normas objeto de exegese, o seu

significado só se revela ao termo da interpretação, para a qual, por isso mesmo, não poderá servir de ponto de partida.

Assim é que somente graças ao trabalho hermenêutico de ajustamento entre normas e fatos que se põe em movimento o processo de ordenamento jurídico-normativo da vida social. É precisamento no ato e no momento da interpretação-aplicação que o juiz desempenha o papel de agende redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto.

Essa é, também, a razão por que Hans-Georg Gadamer – a quem se deve o reconhecimentto do significado paradigmático da hermenêutica jurídica para as chamadas ciências do espírito – chega a afirmar que ´compreender é sempre também aplicar'; que 'a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação'; e que afinal 'a aplicação não é uma etapa derradeira e eventual do fenômeno da compreensão, mas um elemento que a determina desde o princípio e no seu conjunto'. (COELHO, 1997, p 44).

Fácil ver que, na prática, existem nuances na carga interpretativa necessária para que se encontre o real sentido de um texto normativo. Se há institutos estabelecidos em lei, que possuem uma forte delimitação em seu conteúdo, existem, também, aqueles que a própria construção jurídica já embute certa vaguidade.

A vaguidade de um conceito jurídico, portanto, não é somente fruto da imperfeição lingüística. Trata-se de um hábil instrumento para que se alcance, no momento da aplicação da norma, uma maior perfeição na valoração significante-significado. Através da vaguidade propicia-se uma relativa atualização da norma ao contexto social em que está inserida.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que as regras de direito só entram em vigor no momento da sua concretização pelo intérprete-aplicador, porque só então é que se aperfeiçoam os modelos jurídicos pela fusão dialética do que neles é norma e situação normada, preceito e realidade. (COELHO, 1997, p 43).

A vaguidade semântica encontrada em determinada norma serve para que esta permaneça, no momento de sua aplicação, atual e correspondente aos anseios da sociedade. O momento da subsunção, quando cabe ao órgão judiciário determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato surge como o mais importante. É nele que o conteúdo, que não se encontra exaustivamente definido, é densificado, mesmo que temporariamente, para que seja regulado um caso concreto.

2. Norma aberta e conceito jurídico indeterminado

A atividade jurisdicional deve ter seu enfoque no atendimento das necessidades da sociedade, derivando-se daí a necessidade da análise das decisões judiciais e seus fundamentos. Assim é que um estudo da interpretação constitucional não pode prescindir do estudo dos conceitos relativos a norma aberta e do conceito jurídico indeterminado.

Define-se como norma aberta aquela que apresenta definição ampla, o que concede ao intérprete grande liberdade em sua tarefa interpretativa. Nesses casos, concede-se grande poder ao julgador, haja vista que este poderá utilizar-se desta em diversas situações, com acepções diferentes. Em decisão, o Ministro Carlos Britto esclarece que:

(...) por não ter suficiente densidade normativa, não é possível sua aplicação imediata, exigindo-se uma normação infraconstitucional para integrar-lhe o sentido. Em conseqüência, sustentam a imprescindibilidade da *interpositio legislatoris* prevista no caput do dispositivo. Essa determinação, colocada na cabeça, estende-se a todo o corpo do artigo, deixa-o como norma aberta e impõe a observância da legislação anterior à Constituição Federal de 1988, até o advento da lei complementar. (RE 340111 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL; AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; DJ 16/02/2004; p. 00073)

Assim, segundo esse entendimento, a norma aberta depende de previsão normativa posterior, tratando-se de dispositivo que não tem aplicabilidade em si mesmo, mas está atrelado a algum outro que estabeleça, fielmente, do que se trata. Enquanto isso, o conceito jurídico indeterminado é entendido como um dispositivo vago, que também possibilita interpretação ampla, não dependendo, entretanto, de edição posterior de outra norma.

Karl Engisch (1979, p.173) define os conceitos jurídicos indeterminados como “um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”. Através desta definição diferencia os conceitos jurídicos determinados dos indeterminados. Ao tratar das cláusulas gerais, afirma que através delas se procura evitar a elaboração casuística das hipóteses legais. Trata-se de um expediente utilizado pelo legislador para abranger em uma formulação, em termos genéricos, um expressivo número de casos a um determinado tratamento jurídico. O autor conceitua a cláusula geral como “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete tratamento jurídico a todo um domínio de casos.” (ENGISCH, 1979, p. 189).

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais manifesta-se sobretudo em relação à interpretação e aplicação de clásulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, presentes na legislação infraconstitucional. Conceitos como boa-fé, ordem pública, interesse público, abuso de direito, bons costumes, dentre tantos outros, abrem-se, pela sua plasticidade, a uma verdadeira reconstrução, edificada à luz dos direitos fundamentais. (SARMENTO, 2006, p. 127).

Acredita-se que as vantagens advindas da adoção das cláusulas gerais são, ao menos em parte, contrabalanceadas pela instabilidade e insegurança jurídica que podem produzir no ordenamento jurídico e na sociedade. Assim é que através da vaguidade, com a relativização da segurança jurídica, é possível uma maior aproximação dos juízos de equidade, perseguindo-se resultados mais justos na aplicação das normas.

Segundo Aristóteles, justiça e equidade são em certo sentido corretas, pois o equitativo, embora seja melhor que uma simples espécie de justiça, é em si mesmo justo, e não é por ser especificamente diferente da justiça que ele é melhor do que o justo. “A justiça e equidade são portanto a mesma coisa, embora a equidade seja melhor”.(ARISTÓTELES, 2001, p. 109).

É característico para a cláusula geral o ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, o ela não dar os critérios necessários para a sua concrectização, podendo-se estes, fundamentalmente, determinar *apenas com a consideração* do caso concreto respectivo. (..) as cláusulas gerais são sempre caracterizadas, e pelo menos em parte, com razão, como ‘pontos de erupção da equidade’. (CANARIS, 2002, p. 142).

As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, desta forma, constituem em formulações legais de caráter genérico e abstrato, com natureza de diretriz, cujos valores serão preenchidos pelo juiz na análise do caso concreto.

Possuem função de integração dos diferentes princípios e direitos adotados em nossa sociedade pluralista, consistindo na possibilidade de o juiz aplicar a lei com ampla liberdade axiológica, ponderando os interesses em conflito no caso concreto. Possuem, ainda, função de instrumentalizar as normas jurídicas aos fins teleologicamente considerados.

A seguir trataremos de importantes temas relativos à efetividade dos direitos fundamentais. A aplicação prática da teoria dos direitos fundamentais necessita de critérios mais sólidos e objetivos para conceitos como núcleo essencial, mínimo existencial e reserva do possível. Nesse sentido, propomos alguns subsídios e limites para a elaboração desses conceitos.

3 Garantia do núcleo essencial

A idéia da existência de um núcleo essencial dos direitos fundamentais mostra-se um importante expediente para evitar que tais direitos fiquem a mercê da vontade do legislador ordinário. Entretanto, mesmo útil, a doutrina demonstra uma grande dificuldade na construção de um conceito ou mesmo na tarefa de definir o seu conteúdo. Assim, segundo Ana Maria D’Ávila Lopes:

A natureza principiológica dos direitos fundamentais, que os caracteriza como semântica e estruturalmente abertos, exige, na maioria das vezes, sua concretização via normas infraconstitucionais. Nesse sentido, a garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar a atividade do Poder Legislativo, visando evitar os possíveis excessos que possam ser cometidos no momento de regular os direitos fundamentais. (LOPES, 2007).

No direito comparado, encontra-se o núcleo essencial dos direitos fundamentais como um conteúdo mínimo irredutível, impassível de restrição na Lei Fundamental Alemã

(art. 19, § 2º). Na Constituição Portuguesa (art. 18, III), surge como um limite à restrição, os direitos fundamentais podem ser restringidos desde que não seja afetado o seu conteúdo essencial.

A Constituição Federal não prevê expressamente a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Entretanto, para Gilmar Ferreira Mendes trata-se de uma garantia evidente. Para ele, "é fácil ver que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas". (MENDES, 1998, p.35). Assim, como o autor, a doutrina brasileira tem adotado as teorizações da doutrina alemã a fim de discutir a garantia de um núcleo essencial dos direitos fundamentais.[1]

Importante questão doutrinária encontrada, em relação ao núcleo essencial, diz respeito a qual seria o verdadeiro objeto do núcleo essencial. Seria ele um direito individual ou uma garantia coletiva? Para responder a essa questão, Robert Alexy apresenta as teorias objetiva e subjetiva.

Segundo ele, a teoria objetiva defende que o objeto do núcleo essencial de um direito fundamental se refere à proteção geral e abstrata prevista na norma. Logo, o que se pretende através da idéia de um núcleo essencial é evitar que a vigência de uma disposição jusfundamental seja sacrificada de tal forma que se perca toda a importância para todos os indivíduos ou para a maior parte deles ou, em geral, para a vida social. (ALEXY, 2002, p. 287).

O conteúdo essencial é aferido a partir da referência no ordenamento jurídico como um todo, na sociedade em si, é por esta particularidade que ele não poderia ser atingido. O conteúdo essencial é definido como norma objetiva, de modo que sempre que permanecer válido para os demais indivíduos, poderá ser totalmente restringido num dado caso concreto.

Analisado sob o prisma da teoria subjetiva, o objeto do núcleo essencial se refere à proteção do direito fundamental do particular. Os direitos fundamentais são vistos, primariamente, como posições dos indivíduos. Ao se estabelecer uma proibição a qualquer pretensão que leve ao sacrifício do conteúdo essencial de um direito fundamental, protege-se o direito do indivíduo. Assim, tal teoria se materializa na máxima de que em caso algum pode ser sacrificado o direito subjetivo de um homem, a ponto de, para ele, esse direito deixar de ter qualquer significado. (CANOTILHO, 1999, p. 419).

O direito fundamental é compreendido em relação ao seu titular. Ele é a baliza, a referência para aferição da gravidade da restrição, bem como para a definição do conteúdo essencial do direito fundamental. A teoria subjetiva é a mais adotada na doutrina.(LOPES, 2007).

Robert Alexy conclui afirmando que o fato dos problemas da garantia do conteúdo essencial terem mais fácil entendimento dentro do marco de uma teoria objetiva não se constitui em uma razão suficiente para afastar, totalmente, a teoria subjetiva. Para ele, o caráter dos direitos fundamentais como direitos individuais fala em favor da

manutenção da teoria subjetiva, ao menos, ao lado da teoria objetiva. (ALEXY, 2002, p. 288).

Tomando como pressuposto a teoria subjetiva, a doutrina se divide em outras duas correntes. Trata-se da questão relativa à força da garantia concedida ao núcleo essencial de um direito fundamental. Nesse sentido, a proteção ao núcleo essencial ocorreria de forma absoluta ou de forma relativa? (ALEXY, 2002, p. 287).

As teorias relativas (..) reconduzem o conteúdo essencial aos princípios da exigibilidade e da proporcionalidade: a restrição só seria legítima quando (se) fosse exigida para realização de bens jurídicos que devessem ser considerados (no caso) como mais valiosos e – acrescenta-se – só na medida em que essa exigência se imponha ao direito fundamental. (ALEXY, 2002, p. 304).

Segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial de um direito fundamental surge como o resultado de uma ponderação. (ALEXY, 2002, p. 288). As restrições que respondem ao princípio da proporcionalidade não podem lesionar o conteúdo de um direito fundamental. Assim, deve ser compreendido como proibição do excesso, na hipótese dos direitos fundamentais de defesa, e proibição da proteção insuficiente, no caso dos direitos fundamentais a prestações.

A importância do núcleo essencial do direito fundamental é justificada pela necessidade de ponderação entre os princípios jusfundamentais em conflito. Em um caso concreto, o núcleo essencial pode estar totalmente protegido, em outros, pode sofrer tal mitigação em virtude do peso daquele princípio em conflito, que praticamente nada reste do direito fundamental restringido.

Sandro Nahmias Melo observa que existem determinados casos em que um direito fundamental pode ceder integralmente em prol de outro. Exemplo é o direito de greve que, em certas circunstâncias, pode ser inviabilizado no caso concreto em virtude da força dos princípios contrapostos. (MELO, 2003, p. 87).

No caso do direito de greve, o núcleo essencial foi definido pelo próprio legislador, a partir de uma margem de liberdade para ponderar os interesses em abstrato, concedida pela Constituição Federal. Assim é que o art. 9, § 1º, estabelece que "a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade." Aqui, a ponderação foi feita pelo legislador, mas pode haver situações em que é o julgador quem pondera interesses em conflito na solução de um caso concreto.

É possível concluir que a teoria relativa identifica o núcleo essencial dos direitos fundamentais sempre como fruto da técnica de ponderação. Assim, seus efeitos mudam de intensidade, dependendo do caso concreto e do peso dos princípios envolvidos.

A teoria absoluta defende a existência de um núcleo intangível do direito fundamental, que não pode, em hipótese alguma, ser atingido, ainda que pelo preceito da proporcionalidade. (ALEXY, 2002, p. 287).

Para as teorias absolutas, o 'conteúdo essencial' consistiria num núcleo fundamental, determinável em abstracto, próprio de cada direito e que seria, por isso, intocável.

Referer-se-ia a um espaço de maior intensidade valorativa (o ‘coração do direito’) que não poderia ser afectado, sob pena de o direito deixar realmente de existir. (ANDRADE, 2006, p. 304).

Para José Carlos Vieira de Andrade, o limite absoluto é a dignidade da pessoa, do homem concreto como ser livre. A dignidade do homem livre constitui a base dos direitos fundamentais, sendo o princípio da unidade material. Assim, se a existência de outros princípios e valores justifica que os direitos possam ser restringidos, a idéia do homem como ser digno e livre tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição. (ANDRADE, 2006, p. 306).

Faz-se necessário esclarecer que a caracterização de um núcleo essencial absoluto dos direitos fundamentais é inerente aos direitos de defesa. Em relação aos direitos fundamentais sociais prestacionais, o mesmo autor esclarece que o conteúdo de tais direitos depende substancialmente de opções políticas do legislador.

Acredita-se que essa pode não ser a melhor forma de enfoque no caso brasileiro. A Constituição brasileira elenca alguns direitos, como o direito à educação, que se encontram suficientemente definidos para determinar a produção de seus efeitos, bem como para a apuração de seu núcleo essencial. Além disso, em respeito ao princípio da supremacia da Constituição, mostra-se equivocado permitir que o legislador infraconstitucional venha definir em abstrato o conteúdo mínimo de um direito fundamental social.

Ana Maria D’Ávila Lopes apresenta relevante crítica à teoria absoluta do conteúdo essencial em relação à fragilidade com a qual ela trata o direito fundamental como um todo. Segundo ela, somente o núcleo essencial, arbitrariamente definido, merece ser considerado intangível, tudo que não fizer parte deste núcleo estará sujeito à atividade restritiva dos poderes constituídos, sem que para tanto estes necessitem fornecer argumentos de justificação racional. (LOPES, 2007).

Acredita-se que a teoria relativa demonstra uma melhor adequação ao sistema de regras e princípios para a análise dos direitos fundamentais sociais na Constituição Brasileira. Como observa Ana Maria D’Ávila Lopes:

A doutrina e a jurisprudência têm predominantemente aceito a relativização, só que não sob o ponto de vista negativo, mas, justamente, como a afirmação da historicidade e da exigência da constante atualização de um direito. Nesse sentido, a garantia do conteúdo essencial não apenas aceita a possibilidade de limitação, mas também a regulação de um direito fundamental, com a finalidade de permitir que possa ser efetivamente exercido, mas sempre que não seja desnaturalizado. Essa garantia, junto com os princípios da ponderação e da proporcionalidade, constitui um mecanismo indispensável na realização dos direitos fundamentais, os quais não são direitos absolutos mas também não são, nem muito menos, instrumentos da arbitrariedade do legislador. (LOPES, 2007).

Os direitos fundamentais sociais a prestações, geralmente, exigem a atividade do legislador. Assim, a garantia do núcleo essencial fornece um parâmetro a mais de controle da constitucionalidade. Exigindo-se dos intérpretes das normas jusfundamentais uma carga de argumentação supletiva sempre que sua intervenção

buscar, de alguma forma, atingir o conteúdo mais essencial previsto na norma, que justifica sua existência no ordenamento jurídico.

4 MÍNIMO EXISTENCIAL

Especialmente após a II Guerra Mundial, a noção de mínimo existencial foi muito difundida na Alemanha. Como observa Andréas J. Krell, praticamente todos os autores alemães concordam que o Estado Social deve garantir aos cidadãos sua existência física com dignidade, um "mínimo social", extraído do princípio da dignidade humana e do direito à vida e à integridade física. A partir daí, a jurisprudência alemã passa a defender a existência da garantia a um "mínimo vital". (KRELL, 2002, p. 60-61).

Na doutrina brasileira, Ana Paula de Barcellos relaciona sua noção de mínimo vital a um núcleo irredutível do princípio da dignidade humana, o qual abarcaria um mínimo relacionado aos direitos individuais de liberdade, bem como a outros elementos de ordem prestacional: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso ao judiciário. (BARCELLOS, 2002, p. 258).

Ingo Wolfgang Sarlet como parâmetro para uma correta construção do conteúdo do mínimo existencial escolhe, além do direito à vida, o princípio da dignidade da pessoa humana:

Neste contexto, cumpre registrar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, inobstante seja este o exemplo mais pungente a ser referido. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido. Negar-se o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (ainda mais em face da norma contida no art. 208, § 1º, da CF, de acordo com a qual se cuida de direito público subjetivo) importa igualmente em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância. (SARLET, 2007).

Ingo Wolfgang Sarlet aponta que a existência digna estaria intimamente ligada à prestação de recursos materiais essenciais, devendo ser analisada a problemática do salário mínimo, da assistência social, do direito à previdência social, do direito à saúde, à moradia e à educação. (SARLET, 2007, p.329-366).

Ricardo Lobo Torres também se manifesta sobre o assunto afirmando que o mínimo existencial corresponde a um direito constitucional prontamente exigível.

O mínimo existencial não tem conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. (..) Sem o mínimo necessário a existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecerem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. (TORRES, 2007, p.69).

Entretanto, ainda que a definição de um mínimo existencial possa variar, há que se entender que determinadas prestações materiais são consideradas essenciais para a manutenção da vida humana com dignidade. Assim, estando a vida humana em risco, poderá o intérprete declarar a presença do mínimo existencial.

Deve existir, sempre, o cuidado para que a referência a um mínimo existencial não se revele redutora do alcance dos direitos sociais ferindo tanto o princípio da dignidade da pessoa humana como o princípio da igualdade em sentido substancial.

5. A EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

A noção de mínimo existencial tem vinculação com a nova teoria do direito constitucional, que apresenta um enfoque voltado para a "pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico". (CLÈVE, 2003, p. 18).

Nestes termos, os direitos fundamentais sociais garantidos na Constituição Federal de 1988 estão diretamente relacionados com a realização do ser humano. É exatamente a relação existente entre os direitos fundamentais sociais e a dignidade da pessoa humana que confere fundamentabilidade material a estes direitos. Segundo Robert Alexy, um interesse ou uma carência é fundamental quando sua violação ou não satisfação significa a morte, grave sofrimento ou quando toca no núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos, mas, também, direitos sociais que visam assegurar um mínimo existencial. (ALEXY, 1999, p. 61).

Quanto aos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, não há porque se negar sua fundamentabilidade quando não estão diretamente ligados à noção de mínimo existencial, pois que ela é decorrente do próprio texto constitucional. No tocante a fundamentabilidade material, esta decorre do conjunto de princípios e valores que informam a Constituição.

Assim, o mínimo existencial não pode ser tratado como um parâmetro de fundamentabilidade dos direitos sociais. Sua importância reside na argumentação que se pode acrescer ao discurso de efetividade dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando esta é confrontada pela reserva do possível. Na doutrina pátria, o mínimo existencial tem sido freqüentemente referido como o "núcleo essencial" dos

direitos fundamentais sociais, reforçando a idéia de exigibilidade das prestações materiais perante o Judiciário.

Assim, o núcleo essencial de uma norma jusfundamental surge como uma categoria desenvolvida com a finalidade de proteger o conteúdo dos direitos fundamentais frente a qualquer restrição. Entretanto, é preciso ressaltar que nem sempre um direito fundamental social terá como núcleo um conteúdo equivalente ao mínimo existencial.

No caso do direito à saúde, por exemplo, a correspondência entre o núcleo essencial e o mínimo existencial parece clara. Entretanto, o mesmo não ocorre se for tomado como parâmetro o direito fundamental à participação nos lucros do empregador. Assim, pode-se concluir que direitos fundamentais e mínimo existencial são categorias distintas, que podem ter características e aplicação semelhantes.

Nestas condições, é possível apresentar o mínimo existencial como uma porção essencial do direito fundamental social. Aqueles que adotam a teoria absoluta do núcleo essencial o apresentam como mínimo absoluto e intangível em quaisquer hipóteses. Aqueles que adotam a teoria relativa defendem-no como essencial e intocável para determinado caso concreto, em virtude da aplicação da técnica de ponderação e do postulado da proporcionalidade.

Ana Paula de Barcellos observa verdadeira identidade entre núcleo essencial e mínimo existencial. Segundo ela, o mínimo existencial corresponde a um "subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais *menor* – minimizando o problema dos custos – e *mais preciso* – procurando superar a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente *exigível* do Estado". (BARCELLOS, 2002, p. 23).

No mesmo sentido, Canotilho reconhece um mínimo a ser garantido a todo cidadão com base nas normas de direitos fundamentais sociais, ou seja, um "núcleo básico dos direitos sociais", sem o qual ao ser humano não é garantida sua subsistência, não tem condição de fruir qualquer direito. (CANOTILHO, 1999, p. 430).

A partir desse entendimento, é possível verificar que o núcleo essencial do direito fundamental social, quando relacionado ao mínimo existencial, acaba por gerar uma carga especial de subjetividade, a partir da norma constitucional, sem qualquer necessidade de intervenção do legislador.

Aspecto determinante do que será ou não exigível terá como parâmetro definitivo a realidade, o caso concreto. O mínimo existencial não pode ser definido abstratamente, somente através da argumentação racional, vinculada às informações fornecidas por dados da realidade, é possível realizar a justiça. É importante reafirmar que o mínimo existencial não serve de parâmetro jurídico para definir a exigibilidade de um direito fundamental social. A partir da teoria dos princípios, todo direito fundamental social é exigível *prima facie*.

Entretanto, alguns autores vêem no mínimo existencial uma condição de exigibilidade dos direitos fundamentais sociais diretamente a partir das normas constitucionais, ou seja, sem a necessidade da intervenção conformadora do legislador. É o que se depreende da posição manifestada por José Carlos Vieira de Andrade:

No caso de não haver legislação sobre a matéria ou na parte em que esta se revelar insuficiente para permitir o cumprimento das normas constitucionais, estas não poderão ser actualizadas e aplicadas pelo juiz ou pela Administração. É aqui indispensável o juízo autónomo do legislador e ele não pode ser substituído por outra entidade. Só em casos excepcionais e mais uma vez com referência ao conteúdo mínimo dos preceitos poderia eventualmente pensar-se em retirar directamente da Constituição um direito determinado: julgamos que isso só seria admissível em situações de necessidade ou injustiça extremas, de tal modo que, a verificarem-se, permitissem configurar este recurso como uma 'válvula de segurança' da ordem jurídico-constitucional. (ANDRADE, 1998, p. 308).

Não se pode deixar de notar a preocupação dos doutrinadores com a eficácia das normas de direitos fundamentais sociais. O mínimo existencial serve assim como um limite mínimo, uma garantia mínima, equivalendo a um mínimo de dignidade que deve ser reconhecido a todo ser humano. Os poderes públicos estariam obrigados a realizar seu conteúdo através de prestações materiais. (GARCIA, 2007).

Todavia, ainda que a noção de mínimo existencial seja de grande valia como argumento na ponderação de princípios que levará a aplicação da norma constitucional de direito fundamental social, há que se tomar um certo cuidado com a noção reducionista.

Clèmerson Merlin Clève observou que os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficacial progressivamente mais vasto, dependente apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. A Constituição aponta, portanto, para a idéia de máximo possível. (CLÈVE, 2003, p. 27).

Reduzir as normas de direitos fundamentais sociais à concepção de mínimo existencial é equivocado, a exigibilidade deve ser verificada caso a caso, sempre que ponderados os princípios e bens jurídicos em conflito. Essa redução levaria a aplicar uma penalidade extraordinária àquele objeto que não se enquadre na moldura de mínimo existencial. Ele seria considerado inexigível a partir de uma relação direta com a norma constitucional, ficando sujeito às regras discricionárias das políticas públicas e da vontade do legislador.

6 A PONDERAÇÃO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTECIAL

Os direitos fundamentais sociais estão sujeitos às regras de ponderação frente ao princípio da reserva do possível. Assim, pode-se dizer que a norma de direito fundamental social pode ter como limite a suficiência disponível para a prestação material demandada, visando-se garantir a realização mínima pretendida.

O Estado deve ser impedido de adotar qualquer medida de ordem legislativa ou material, comissiva ou omissiva, que frustre a concreção do mínimo existencial. Deve ser impedida qualquer ação concreta ou omissão deliberada que dificulte a sua garantia. A observância de um mínimo existencial independe de qualquer medida de intervenção legislativa, derivando diretamente da própria Constituição. (GARCIA, 2004).

Assim, o conteúdo do mínimo existencial deve ser formado de um núcleo homogêneo, com tendência à universalidade, no que toca à existência humana e uma porção heterogênea aberta às características particulares de cada sociedade. Esse núcleo seria bem definido com as necessidades vitais de sobrevivência e uma porção, de difícil definição, envolvendo a forma como estas necessidades vitais deveriam ser atendidas e as necessidades culturais indispensáveis.

O que se verifica nos casos envolvendo direitos fundamentais sociais é que a reserva do possível, enquanto uma condição de realidade, acaba por se apresentar sempre que se demanda do Estado uma prestação material. A questão principal é que sempre que a sobrevivência digna do titular do direito estiver em risco, extremamente grave deverá ser a justificativa para que não exista a efetiva garantia.

Assim, em relação ao mínimo existencial, não se vislumbra a possibilidade de uma escassez artificial de recursos ser alegada em contraposição às prestações materiais necessárias à sobrevivência com dignidade.

É evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a *reserva do possível* não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao *mínimo existencial*, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial. (CLÈVE, 2003, p.28).

Robert Alexy salienta que quando estão em jogo direitos sociais mínimos, relacionados ao mínimo existencial, a alegação da prevalência de outros bens jurídicos, como a segurança orçamentária, não pode ser acatada. Defende que a realização do mínimo existencial não teria o condão de afetar de forma substancial os direitos individuais, princípios ou bens jurídicos em conflito. (ALEXY, 2002, p. 495).

O autor não descarta a necessidade de muitos recursos financeiros para efetivar os direitos fundamentais sociais mínimos. Entretanto, segundo ele, essa realidade não nos permite inferir na inexistência de tais direitos. Os direitos conferidos podem ter mais peso que as razões de política orçamentária.

Seguindo o mesmo raciocínio trata dos tempos de crise, onde o grau do exercício dos direitos fundamentais sociais tende a aumentar. Nesses momentos, o que se pode distribuir tende a ser mais escasso, exigindo-se uma flexibilidade no atendimento dos direitos fundamentais sociais. Uma crise financeira pode conduzir a uma crise constitucional. (ALEXY, 2002, p. 496).

Ana Paula de Barcellos buscando criar mecanismos de salvaguarda das prestações materiais destinadas à proteção da dignidade humana opta por uma concepção rígida de mínimo existencial, para além do qual não poderia avançar o intérprete, nem sequer através do mecanismo da ponderação. (BARCELLOS, 2002, p.252-253).

Nesse sentido, o mínimo existencial assume o caráter de uma autêntica regra jurídica, não sujeita a ponderação. Sempre que a atuação restritiva dos poderes públicos ameaçar este mínimo, não se abrirá oportunidade para a ponderação entre princípios contrários.

O ponto de partida de todos os direitos deve ser o princípio da dignidade da pessoa humana. A meta central do Estado é a promoção do bem-estar do homem, assegurando as condições de sua dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Apurando-se os elementos fundamentais dessa dignidade, representados pelo mínimo existencial, está se estabelecendo os alvos prioritários dos gastos públicos. Somente após atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se poderá investir. (BARCELLOS, 2002, p.252-253).

Pode-se afirmar, que se é utópica a visão daqueles que clamam por uma eficácia imediata de todos os direitos sociais, é ideológica a postura dos que tentam desqualificar os direitos sociais como direitos fundamentais, outorgando às dificuldades efetivamente existentes o cunho de barreiras intransponíveis. É preciso encontrar um meio termo.

Assim, verifica-se que, para Ingo Wolfgang Sarlet, não é só o mínimo existencial, entendido como mínimo de sobrevivência, que faz pesar a balança da ponderação em prol da realização dos direitos fundamentais sociais, em detrimento da reserva do possível. O princípio da dignidade da pessoa humana surge como importante argumento de ponderação. (SARLET, 2007, p. 374).

Apresentados estes argumentos, é possível conceber o mínimo existencial como um instrumento jurídico de importante valor quando se trata de refrear a reserva do possível enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais. Entretanto, não parece que seja adequado considerá-lo como único fator determinante da exigibilidade dos direitos fundamentais sociais. A proteção dos direitos sociais não pode estar limitada a uma mera proteção à existência. É preciso que se garanta a existência digna, sob pena de comprometimento de todo o sistema constitucional e da legitimidade do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se, como considerações finais, que a realização dos direitos fundamentais sociais inicia-se pela conscientização acerca de sua fundamentabilidade. Nesse contexto, hermenêutica e interpretação constitucional ganham importância destacada. Os direitos fundamentais sociais constituem normas de observância obrigatória no ordenamento jurídico, cujo conteúdo expressa valores diretamente relacionados com a dignidade da pessoa humana.

A dificuldade aparente em caracterizar os direitos fundamentais sociais como autênticos direitos subjetivos, por isso lhes negando exigibilidade, é reforçada pela concepção da

“reserva do possível”, uma vez que só poderiam ser exigidos do Estado, se presentes as condições financeiras ideais e específicas.

Nesse contexto, entende-se que o núcleo essencial, assim como o mínimo existencial são garantias conferidas ao destinatário da norma e não podem se revelar redutoras do alcance dos direitos sociais, pois que se torna difícil falar em vida digna se o indivíduo não tem a sua disposição as condições mínimas de sustento físico e participação na vida social e política.

Na dimensão axiológica objetiva dos direitos fundamentais sociais, de profunda importância é verificar a sua eficácia dirigente em relação ao ente estatal no sentido de poder exigir-lhe a proteção permanente e a concretização desses direitos.

O panorama atual evidencia que os direitos fundamentais sociais vêm enfrentando sérias dificuldades quanto a sua proteção e exigibilidade, atreladas especialmente à alegação de escassez de recursos. Existem meios, contudo, de contorná-las, de forma racional, comprometida, de um lado, com a materialidade da Constituição, e, de outro, com a realidade fática no sentido de promover e efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui o principal fundamento da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, Rio de Janeiro, jul/set 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 109.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

CANARIS. Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.** Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, jul-dez 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Bahia: JustPODIVM, 2008.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Tradução de J. Baptista Machado. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>. Acesso em: 10 set. 2007.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 164, out-dez 2004.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Mecanismos constitucionais de proteção dos direitos fundamentais perante os (ab)usos da internet. **Anais do CONPEDI** – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://www.conpedi.org>. Acesso em: 31 ago. 2007.

MELO, Sandro Nahmias. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 43, abr-jun 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 31 ago. 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[1] Vale observar que inclusive os tribunais vem utilizando a noção de núcleo essencial como uma proteção contra a intervenção nos direitos fundamentais, como se depreende do voto do Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, em julgamento do Habeas Corpus nº HC 84862/RS -Relator(a): Min. Carlos Velloso, Julgamento: 22/02/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 15/04/2005 p-38. Ement. Vol-02182-3 p-426.

A HERMENÊUTICA MODERNA CONSTITUCIONAL COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO PARA SE EVITAR O "AGRAVAMENTO DO ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE" NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO*

LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL MODERNA COMO UMA HERRAMIENTA IMPORTANTE PARA EVITAR LA SITUACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA ORDEM JUDICIAL DE BRASIL

Ana Paula Martins Albuquerque

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal, de há muito, adota uma posição conservadora ao defender que uma norma qualquer que esteja em desacordo com a Carta Constitucional deve ser expurgada do ordenamento jurídico, como ainda que seus efeitos devam ser retroativos impugnando a norma invalidade desde a sua edição. Ocorre que a norma, quando entra no ordenamento jurídico, passa a reger relações jurídicas e os indivíduos respeitam-nas como tais. Essa norma, no mundo fático, produz efeitos e que, mesmo declarada sua inconstitucionalidade, deixam suas marcas. Eis a importância de técnicas que unam à supremacia constitucional, a harmonia social impondo: uma interpretação "conforme a Constituição", regras que supram as lacunas impostas pelo legislador, a mantença em vigor por certo tempo dos efeitos da norma inconstitucional, bem como a permanência de normas inconstitucionais dentro do ordenamento jurídico caso estas beneficiem o cidadão. Posições recentes do Supremo Tribunal Federal em que mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade de uma lei ou de ato normativo, deixa-os no ordenamento jurídico em observância ao "agravamento do estado de inconstitucionalidade" revoluciona toda a doutrina clássica acerca do controle de constitucionalidade das leis. Essa postura somente é possível devido à aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, flexibilizando-se, se necessário for, a eficácia retroativa da pronúncia de inconstitucionalidade. Percebe-se, nesse contexto, que tem-se que resolver os problemas surgidos no âmbito fático, resultantes da aplicação da norma inconstitucional, causando o menor sacrifício possível aos interesses em conflito.

PALAVRAS-CHAVES: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RESUMEN

El Tribunal Supremo, hace mucho tiempo, adopta una posición conservadora, argumentando que una norma que está en contradicción con la Carta Constitucional debe ser purgado del sistema jurídico, sino también que sus efectos deben ser desafiantes retroactiva la disposición inválida desde su edición. Resulta que la norma, cuando se entra en el sistema jurídico, debe regir las relaciones jurídicas y las personas los respeten como tal. Esta norma, el mundo real, entra en vigor y que, incluso declarados inconstitucionales, dejan sus marcas. De ahí la importancia de las técnicas

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

para unirse a la supremacía constitucional, la armonía social mediante la imposición: una interpretación, de acuerdo a la Constitución, las normas que cubren los vacíos impuesta por el legislador, el mantenimiento en vigor durante algún tiempo los efectos de la norma inconstitucional, así como la continuación inconstitucionalidad de las normas en el ordenamiento jurídico si benefician a la población. Posiciones de la Corte Suprema de los últimos que al tiempo que reconoce la inconstitucionalidad de una ley o acto normativo, los deja en el sistema jurídico en el cumplimiento de "un deterioro en inconstitucional" revoluciona todo acerca de la doctrina clásica de la revisión judicial de las leyes. Esta postura sólo es posible debido al principio de proporcionalidad en sentido estricto, por lo que es más flexible, si es necesario, con efecto retroactivo a la pronunciación de inconstitucionalidad. Puede verse en este contexto que hay que resolver los problemas surgidos en los hechos, resultantes de la aplicación de la norma inconstitucional, haciendo que el sacrificio lo menos posible los intereses.

PALAVRAS-CLAVE: LA REVISIÓN JUDICIAL; HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL; TRIBUNAL SUPREMO

1. INTRODUÇÃO

O grande dilema que surge na problemática da fiscalização da constitucionalidade das leis é acerca dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade proferidas pela Corte Maior do nosso país. Os efeitos temporais das decisões que, por ela, são proferidas, no exercício do controle de constitucionalidade, ainda têm sido objeto de intensos debates no Brasil. A questão, de fundamental importância para o cidadão, é saber, com segurança, o momento inicial da eficácia das decisões proferidas.

Tratar desse tema, portanto, é um desafio, uma vez que a doutrina mais tradicional observa o problema de uma maneira, no mínimo, simplista: uma norma qualquer que esteja em desacordo com a Carta Constitucional deve ser expurgada do ordenamento jurídico como se nunca tivesse existido. Ocorre que a norma, quando entra no ordenamento, passa a reger relações jurídicas, fazendo com que os indivíduos, no dia a dia, respeitem-na como válida, vigente e eficaz. Desse modo, a norma, mesmo que declarada inconstitucional, produz, inegavelmente, efeitos no mundo fático que devem ser respeitados pelo ordenamento jurídico.

Embora o entendimento dominante no nosso ordenamento jurídico sobre o sistema de controle de constitucionalidade sempre tenha sido no sentido de que seu efeito é *ex tunc* porque decorrente da imposição do princípio da hierarquia das normas jurídicas, que encontra na Carta Constitucional, seu ápice, questiona-se, por exemplo, se uma norma que é benéfica para o cidadão, ainda que eivada de vícios formais de inconstitucionalidade, deva ser, necessariamente, retirada do ordenamento jurídico. Situações como essas acabam por em xeque-mate a teoria das nulidades enquanto instrumento apto para resolver os conflitos entre os princípios constitucionais que se instauram com as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Eis a importância de técnicas que unam à supremacia constitucional, a harmonia social impondo: uma interpretação “conforme a Constituição”, regras que supram as lacunas impostas pelo legislador, a mantença em vigor por certo tempo dos efeitos da norma inconstitucional, bem como a permanência de normas inconstitucionais dentro do

ordenamento jurídico caso estas, de fato, beneficiem o cidadão. Posições recentes do Supremo Tribunal Federal, de mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade de uma lei ou de ato normativo, deixá-los no ordenamento jurídico em observância ao "agravamento do estado de inconstitucionalidade" revoluciona toda a doutrina clássica acerca do controle de constitucionalidade das leis[1].

Por tais motivos, tem-se, ainda, a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito para resolver tais problemas, flexibilizando-se, se necessário for, a eficácia retroativa da pronúncia de inconstitucionalidade. Faz-se necessário resolver os problemas surgidos no âmbito fático, resultantes da aplicação da norma inconstitucional, causando o menor sacrifício possível aos interesses em conflito. O que se busca, na verdade, é a solução das questões oriundas dos efeitos dos fatos jurídicos realizados com base em norma inconstitucional.

2. A detecção de inconstitucionalidade

É bem sabido que as normas de direito encontram sempre o seu fundamento em outras normas jurídicas, dando origem a um complexo sistema normativo, fora do qual não se pode imaginar nenhuma regra de direito. Assim, ou a norma se coloca dentro do sistema, dele passando a retirar a sua força obrigatória, ou então permanece fora do referido sistema, caso em que deixa de existir como regra de direito[2]. Em razão disso, tem-se que as normas jurídicas apresentam-se hierarquizadas dentro do ordenamento jurídico, ou seja, "o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma[3]".

Aquelas normas que servem de fundamento para outras normas ganham uma posição de superioridade, de maneira que as normas subordinadas não devem contrariá-las. Caso isso não ocorra, tais normas, para a maioria da doutrina, deixam de possuir validade em face do ordenamento jurídico[4]. Assim, a garantia da Constituição, que se encontra no mais alto degrau da hierarquia do ordenamento jurídico, repousa em um juízo de conformidade de seus preceitos em face às demais normas[5]. Eis, a supremacia constitucional. Isto é, o fato a Constituição é a Lei Fundamental da ordem jurídica. Sistematicamente escalonada, a sua unidade reduz-se à conformação de todo o ordenamento jurídico à Lei Fundamental, que, considerada como a de maior escalão, é orientadora da produção de todas as demais normas do sistema. Nesse sentido, encontra-se, em tese, a impossibilidade das normas inferiores, que buscam validade nas normas superiores, contrariarem a Constituição.

Para a doutrina tradicional, se o sistema normativo que diz qual a porta que dá ingresso no seu mundo, no universo do direito, algo que pretenda nele ingressar por uma via transversa simplesmente não terá êxito. O direito continuará a ignorá-lo, a tê-lo como estranho ao seu sistema, negando-lhe o regime próprio das normas jurídicas[6]. Para doutrinadores como Celso Ribeiro Bastos, por exemplo, a invalidade de qualquer ato jurídico traduz-se numa total inaptidão para produzir efeitos de direitos, já que não foi produzido seja no que diga respeito à sua forma, seja no que tange ao seu conteúdo, segundo ditames estabelecidos na própria Lei Fundamental. Dessa forma, ter validade jurídica, para o doutrinador acima mencionado, significa "existir perante o direito, ser por ele tido em linha de conta, dispor de uma posição no seu sistema, vincular-se, enfim, às demais normas. A invalidade jurídica coincide com a inexistência de direito: com o nada jurídico, com ausência de efeitos, com a nulidade".

Por outro lado, Luis Roberto Barroso afirma que uma lei que contrarie a Carta Magna, tanto por vício formal como material[7], não é inexistente, já que ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão que ser recompostas. Para ele, norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com os requisitos impostos pela Norma Maior. "É nula de pleno direito. Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa *vigência* de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade[8]".

Dessa maneira, aonde exista uma Constituição escrita e rígida, deve sempre haver um sistema que garanta a superioridade de seus preceitos normativos. Eis a importância de se saber se certo ato normativo é contrário ou não ao Texto Maior. As normas constitucionais, então, fornecem os pressupostos mínimos para a existência do ordenamento jurídico, de modo que a inconstitucionalidade de uma lei é a circunstância de uma determinada norma infringir uma Constituição, quer quanto ao processo a ser seguido pela elaboração legislativa, quer quanto ao conteúdo adotado[9].

A grande questão é que o próprio conceito de inconstitucionalidade não é estático, e sim relacional, como ensina Jorge Miranda. Cuida-se, na verdade, de uma "relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – uma norma ou um ato – que não lhe está conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não em seu sentido[10]". Em outros termos, a inconstitucionalidade "implica uma relação de caráter normativo-valorativo e não simplesmente lógico-formal[11]". De qualquer maneira, é imprescindível uma perspectiva sistemática, isto é, uma forma de pensar capaz de organizar as normas de acordo com critérios dotados de coerência interna e hierarquicamente estruturáveis. Se assim não fosse, não se justificaria a supremacia das normas constitucionais em relação a todas as demais normas que integram o ordenamento jurídico[12]. Eis o motivo pelo qual a relação de inconstitucionalidade não pode ser reduzida à uma mera comparação lógica, tão somente. A inconstitucionalidade é resultado de um confronto valorativo dinâmico, uma vez que tanto o seu teor, como as suas consequências variarão em função do ordenamento considerado.

Para Kelsen[13], a expressão lei inconstitucional, aplicada a um preceito legal considerado válido, é uma contradição nos termos, aceitando tal expressão só no sentido de que uma lei possa ser anulada, de acordo com a Carta Constitucional, por um processo especial, diferente do processo normal; diferente daquele que regula que a anulação de uma lei se faz por outra de igual valor, segundo o processo *lex posteriori derrogat priori*. A Constituição pode, então, designar um órgão com competência para decidir se foram observadas ou não as prescrições para a elaboração da lei. Desta forma, enquanto as leis consideradas constitucionais só deixam de existir quando surgir uma lei nova que a revogue, as inconstitucionais podem ser submetidas a um processo especial de invalidação, previsto na própria Constituição. A garantia da constitucionalidade, sem dúvida alguma, é um fim, mas a fiscalização da constitucionalidade, através do controle de constitucionalidade, é um meio para alcançar tal finalidade.

A doutrina mais tradicional no nosso país entende que, em nome do princípio da validade da norma em função de sua adequação à Lei Fundamental, toda norma que infringe a Constituição é considerada como inexistente. O problema, entretanto, é que o direito não pode ser considerado somente como método puro, totalmente desvinculado

das injunções a que tem de submeter-se no contato com a realidade social que pretende regular. Se o direito pudesse ser considerado apenas como técnica abstrata, o problema da constitucionalidade das leis estaria facilmente resolvido, com o seu banimento do ordenamento jurídico. Mas, a norma, quando entra no sistema, passa a reger relações jurídicas e os indivíduos passam a respeitá-la como tal. Essa norma, no mundo fático, produz efeitos e que, mesmo declarada sua inconstitucionalidade, deixam marcas no mundo real.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta[14] adverte que não há possibilidade de uma norma inconstitucional ser considerada como inexistente. Afinal de contas se inexistente fosse, não haveria a mínima possibilidade de a norma produzir efeitos jurídicos, "porque do nada efeitos não podem surgir". O que o referido doutrinador defende é que a norma inconstitucional, como norma inválida, adentra no sistema normativo, só que de maneira deficiente. Para ele, a norma constitucional, na verdade, vive lado a lado com a norma constitucional. O que as diferencia é tão somente o tipo de imunização a que estão sujeitas: a norma constitucional é imunizada por uma norma jurídica, enquanto a norma inconstitucional o é pelas "regras de calibração do sistema", especificamente pelo princípio da supremacia constitucional, pelo princípio da presunção de constitucionalidade e pelas regras e procedimentos de anulação das normas inconstitucionais.

É indiscutível, todavia, que a manutenção do sistema de controle de constitucionalidade guarda, claramente, íntima relação com o conceito de Estado democrático de Direito, com o conceito de cidadania e com a própria ideia de liberdade constitucional. É daí a afirmação de que o princípio da presunção de constitucionalidade fundamenta-se na eficácia de um controle preventivo e que preza pela máxima de que toda espécie normativa nasce de acordo com a Constituição e enquanto tal deve ser preservada. Tudo aquilo que emerge do ordenamento jurídico ordinário é, presumidamente, constitucional[15]. O controle de constitucionalidade das leis, portanto, funciona como mecanismo que tanto disciplina, como também limita o exercício de cada parcela do poder estatal, como uma espécie de freios e contrapesos, fundamentais para garantir que os mesmos possam ser exercidos com autonomia e harmonia[16]. A grande questão que circunda toda decisão de inconstitucionalidade, como decisão jurídica, é que a solução do conflito é no plano da norma, ou seja, todos os outros conflitos individuais, bem como sociais, oriundos da situação de inconstitucionalidade poderão continuar existindo, só que em outros planos[17].

3. A interpretação constitucional e suas especificidades

A interpretação jurídica reflete um processo intelectivo que permite que sejam alcançados conteúdos normativos a partir de fórmulas linguísticas. Esse processo, por sua vez, indica que o intérprete constrói a norma com observância de um dado equacionamento, qual seja o texto normativo. Assim, o intérprete identifica a fonte de direito, associa o dispositivo normativo à realidade e, a partir de uma operação mental, individualiza a norma[18]. O conceito de interpretação, segundo Peter Häberle, reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la[19].

Nesse sentido, a interpretação jurídica, na concepção de Peter Häberle, deve ser entendida como um processo aberto e não apenas de submissão a um conteúdo

estruturalmente definido ou, mesmo, de recepção de uma ordem previamente dada[20]. Para ele, a teoria da interpretação constitucional tem colocado até aqui duas questões essências, quais sejam: a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional e a indagação sobre os métodos (processo da interpretação constitucional) (regras de interpretação). Entretanto, segundo ele, ainda não se deu a devida importância à questão relativa ao contexto sistemático em que se coloca um terceiro (e novo) problema referente aos participantes da interpretação, ou seja, existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra, na sua concepção, muitas vezes difuso. E a razão dessa pouca importância quanto aos participantes do processo de interpretação é por que a teoria da interpretação constitucional esteve sempre muito vinculada a um modelo de interpretação de uma "sociedade fechada". Assim, ela reduz, segundo Peter Häberle, seu âmbito de investigação na medida em que se concentra, primeiramente, na interpretação constitucional dos juízes, como ainda nos procedimentos puramente formalistas[21]. O Direito limitava-se, tão somente, à função de certos órgãos de legislar e outros para aplicar a lei. E, no plano constitucional isso era muito grave[22].

Emerson Garcia afirma que "a operação conducente à identificação do conteúdo da norma assume uma feição necessariamente criativa: não no sentido da edição de uma norma geral a partir de um vazio legislativo, mas como reflexo da integração da atividade do intérprete àquela iniciada pelo legislador". Segundo ele, ainda, a interpretação jurídica permite o controle de alguns problemas característicos dos textos normativos, quais sejam: a) o caso da ambiguidade semântica das palavras utilizadas, albergando uma pluralidade de sentidos, que não raro se distanciam da lógica e da racionalidade do sistema, e b) da imprecisão do termo utilizado, ensejando dúvidas quanto às situações fáticas alcançadas pelo seu âmbito de eficácia[23]. É por esse motivo que o brocardo "*in claris cessat interpretatio*" é completamente ilógico e paradoxal. Ora, a identificação da clareza de um texto qualquer pressupõe, necessariamente, que seu significado seja conhecido, o que, em exigência exige-se a sua prévia interpretação.

Além disso, a influência da realidade no delineamento do padrão normativo contribui para a rejeição da tese em que as obscuridades deveriam ser resolvidas com a identificação da "intenção" do legislador. Para alguns juristas americanos, no processo de interpretação da Constituição, a figura do legislador possui uma relevância inquebrantável. É a teoria originalista[24] que atribui enorme relevância ao momento do constituinte. Ou seja, essa teoria entende que o único a reger a interpretação da Constituição é a vontade dos constituintes. Esse originalismo exagerado foi objeto de constantes críticas e uma delas consiste justamente em assinalar que a referência à vontade ou a intenção dos constituintes só seria válida se fosse única, unívoca e, historicamente, comprovada. Acontece que essa situação depara-se com alguns problemas: os significados dos termos mudam ao longo do tempo. Nesse contexto, a "intenção do legislador" deve ser compreendida como um conceito de cunho eminentemente objetivo (e não subjetivo como propõe a doutrina americana), estando expressa na linguagem da lei. "Indica a intenção que o Tribunal pode racionalmente atribuir ao legislador em respeito à linguagem utilizada, não a intenção das pessoas que concorrem para a edição da lei"[25].

Reforça-se, assim, a ideia da força normativa da Constituição. E a necessidade de determinar seu significado demonstra que a interpretação constitucional, de fato, em

muito se assemelha à interpretação jurídica em geral. Entretanto, como ressalta Emerson Garcia, as especificidades não permitem uma ampla e irrestrita superposição entre essas figuras. Nas suas palavras:

Apesar de igualmente voltada ao delineamento da norma, a interpretação constitucional é diretamente influenciada pelo caráter fundante da Constituição, que ocupa uma posição de preeminência na hierarquia do sistema, sendo este um nítido diferencial em relação à interpretação das demais espécies normativas. A supremacia constitucional é um claro indicativo de que o processo de concretização das normas constitucionais, incluindo a atividade interpretativa, apresenta funções e métodos próprios, conferindo-lhe algumas características de inegável singularidade[26].

Os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e histórico são, definitivamente, impotentes e inadequados para interpretar a Constituição e, por conseguinte, os direitos fundamentais. Estes possuem características que lhes conferem um caráter especial, exigindo técnicas interpretativas diferentes, cuja construção e emprego geraram a Nova Hermenêutica. Logo se percebe a impossibilidade de interpretar os direitos fundamentais com os mecanismos do formalismo, pertencentes à metodologia clássica da Lógica Jurídica, tradicionalmente aplicada ao Direito Civil. Isso não quer dizer que os métodos hermenêuticos tradicionais não sejam aplicados à interpretação constitucional como comumente são aplicados à interpretação jurídica. Na verdade, o método clássico é plenamente aplicável a ambas. Mas, não se pode negar que a particularidade das disposições constitucionais, refletida na sua estrutura eminentemente aberta, acabou por ensejar o nascimento, tanto em sede doutrinária, quanto jurisprudencial, de critérios específicos voltados à interpretação especificamente constitucional.

Como resultado das inovações constitucionais, tem-se, além da propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do direito, a elevação de tais direitos à categoria de princípios, de modo que esse é o fato primordial para uma eficácia normativa da Constituição. Além disso, foi de fundamental importância a aplicabilidade direta, bem como a eficácia imediata dos direitos fundamentais com a perda do caráter de norma programáticas. Paulo Bonavides[27], ainda, reconhece como imprescindível para essa transição, a elaboração do conceito de concretização em matéria de direitos fundamentais e o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica concretizante.

Ocorre que, observando o nosso Supremo Tribunal Federal, percebe-se que, embora a ele caiba a função de “aplicar” os direitos fundamentais, o fato é que essa “aplicação” nunca (e nem pode ser) uma operação mecânica. Desse modo, a Suprema Corte viola os direitos fundamentais quando de sua interpretação, há limitação do conteúdo normativo essencial, ou negação de sua aplicação[28].

Sem dúvida alguma, há, na Constituição, normas que se interpretam, como também normas que se concretizam. E essa distinção é importante porque, desde o aparecimento da Nova Hermenêutica, introduziu-se o conceito novo de concretização, peculiar à interpretação de boa parte da Constituição, nomeadamente dos direitos fundamentais e das cláusulas abstratas e genéricas do texto constitucional: “na velha hermenêutica, regida por um positivismo lógico-formal, há subsunção; em a Nova hermenêutica,

inspirada por uma teoria material de valores, o que há é a concretização; ali a norma legal, aqui, a norma constitucional; uma interpretada, a outra concretizada" [29].

Entre a interpretação da Constituição e a dos Direitos Fundamentais existem estreitos vínculos, servindo os princípios que regem aquela ao esclarecimento do significado das normas pertinentes a esses direitos. Os direitos fundamentais são a bússola das Constituições[30]. Não há constitucionalismo sem os direitos fundamentais. Também não há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cuja direção leva ao princípio da igualdade, topo de todos os valores sociais de justiça. Sendo assim, os métodos tradicionais, ainda que aplicáveis satisfatoriamente às leis no campo do Direito Privado, são, por demais, inadequados e insuficientes para absorver o sentido de uma Constituição, como ainda o alcance normativo pluridimensional de um direito fundamental. A Constituição, assim, apresenta-se de forma aberta e indeterminada, possuindo cláusulas gerais e principiais, cujo conteúdo só se completa no ato concreto de aplicação em face do problema.

Além disso, no que tange aos Direitos Fundamentais, especificamente, qualquer que seja a proposta hermenêutica para interpretá-los, não pode estar desvinculada das realidades institucional, política e social. Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal é o órgão constitucionalmente designado a interpretar-concretizar as normas constitucionais em geral e, em particular, as normas de direitos fundamentais. Em contrapartida, o referido órgão deve, obrigatoriamente, ser informado pelos "setores ativos da sociedade civil organizada", como ainda pelos titulares dos Poderes do Estado daquilo que almejam dos direitos fundamentais consagrados na Magna Carta. Isso porque a tal interpretação-concretização da Constituição fundamenta-se na eficácia política, social e econômica para a qual se projetam as suas normas, considerando que nos Estados Democráticos de Direito, a jurisdição constitucional só se legitima quando possibilita um controle de sua atividade por meio da opinião pública, seja ela especializada ou não[31]. Nas palavras do jurista Emerson Garcia:

A Constituição não deve ser concebida como uma estrutura hermética, insensível ao evolver da vontade popular. As normas que dela emanem devem sofrer um contínuo realinhamento, que se manifestará tanto na possibilidade de alteração formal de suas disposições, como na obtenção de novos conteúdos a partir de uma interpretação prospectiva e atualizante[32].

A interpretação constitucional, nesse sentido, há de ser construída em plena harmonia com a realidade contemporânea à aplicação da Constituição. Essa realidade, por sua vez, é elemento indissociável do ideal democrático, erguido sobre os pilares da representatividade popular. A interpretação constitucional, então, se reveste de características especiais decorrentes da singularidade de sua problemática, do lugar que a Constituição ocupa no sistema global da ordem jurídica e das diversas imprecisões conceituais estampadas nos próprios textos constitucionais.

Na verdade, na concepção de Peter Häberle, para se considerar uma verdadeira teoria da interpretação constitucional deve-se encarar seriamente o tema "Constituição e realidade constitucional"[33]. Desse modo, a interpenetração entre texto normativo e realidade é um claro indicativo de que a norma constitucional não é atemporal ou indiferente aos padrões sociais do momento de sua aplicação. Ainda que a Constituição formal apresente uma vocação à perenidade, característica inerente à própria concepção

de constitucionalismo, as normas dela extraídas não assumem um contorno idêntico. A norma constitucional é volátil, sustentando-se a partir de um discurso argumentativo contemporâneo à realidade que direciona a sua concretização[34].

Os direitos fundamentais são a bússola das Constituições. E a pior das inconstitucionalidades, na concepção do constitucionalista Paulo Bonavides, não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, "deveras contumaz nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam". Para o constitucionalista, quem governa com grandes omissões constitucionais de natureza material menospreza os direitos fundamentais.

Eis o motivo pelo qual havendo o reconhecimento da inconstitucionalidade formal de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal, no sistema de controle de constitucionalidade, e constatando que a sua retirada do ordenamento jurídico possa ocasionar um prejuízo muito maior ao cidadão, a permanência dessa mesma lei no sistema jurídico, independentemente do período, ainda que eivada sob o vício dessa inconstitucionalidade formal. Fundamentados na teoria de Peter Häberle, os métodos de interpretação devem estar voltados para as necessidades do interesse público e do bem-estar geral. Nas suas palavras:

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos 'vinculados às corporações' e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potencias públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade[35].

A Constituição, corretamente interpretada, corresponderá aos valores supremos ou históricos que inspiram a ordem jurídica. A partir da atividade desenvolvida pelo intérprete, a Constituição, como o direito, pode ser justa ou injusta, conclusão que será alcançada com a realização de um juízo valorativo voltado à interação entre disposição normativa e realidade. Em outras palavras, somente será possível concluir pela justiça ou injustiça de uma disposição constitucional ao final do processo de concretização. O objetivo da interpretação constitucional é conduzir o operador do direito à obtenção de um resultado racionalmente justificável e constitucionalmente correto[36].

O valor de justiça mostra-se como elemento capaz de reduzir a intensa subjetividade interpretativa, balizando qualquer método e fórmula de interpretação. Eis a importância dos princípios interpretativos como o da supremacia constitucional, unidade da Constituição, proporcionalidade, da razoabilidade e da concordância prática – tudo num completo balanceamento dos valores ou bens constitucionalmente protegidos envolvidos no conflito. A atividade hermenêutica consiste, portanto, em extrair a máxima carga de justiça contida na norma[37].

A teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo.

Necessariamente, a cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de Democracia. O cidadão, pois, não é mais o simples eleitor, nem o candidato em que se vota. "É o sujeito ativo, responsável pela história que o envolve, participante do fenômeno político com direitos e aptidões de participar das decisões do Estado, deste cobrando, exigindo e vindicando posturas e atitudes efetivas para a satisfação das necessidades e anseios sociais e individuais"[38].

A partir do momento em que a nova postura do cidadão é de possuir poderes de fiscalizar a Administração Pública, a cidadania, então, passa a significar o direito de participar das decisões do Estado, bem como de ter acesso aos cargos públicos, de poder desempenhar a função pública que venha a ser conferida a determinada pessoa, de acompanhar, fiscalizar, e sugerir posturas administrativas – tudo em igualdade e oportunidade com outros integrantes da sociedade que se encontrem na mesma situação. Afinal, todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico[39].

3.1 A Interpretação Conforme a Constituição e a Declaração Parcial de Nulidade Sem Redução de Texto: ferramentas hermenêuticas positivadas no ordenamento jurídico brasileiro

A rigidez constitucional, de acordo com Emerson Garcia, a um só tempo, assegura a estabilidade, como ainda possibilita a alteração do Texto Constitucional. E conforme o tratamento dispensado à matéria será observada uma maior preocupação com a estabilidade ou com a atualização constitucional. Nesse sentido, "pode-se afirmar que a rigidez constitucional é o mais alto patamar a ser ocupado pela forma jurídica quando em cotejo com a matéria ou a substancia"[40].

Como a declaração de inconstitucionalidade deve ser utilizada excepcionalmente, já que a regra é a presunção de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal recorre-se a outra técnica de controle de constitucionalidade que é a interpretação conforme a Constituição. Como se sabe, o leque de possíveis interpretações da norma é bastante amplo. Dentro de tais possibilidades, o intérprete, no caso o Supremo Tribunal Federal, procura favorecer aquela que se coadune com a Norma Maior. Assim, havendo várias interpretações possíveis, deve ser buscada aquela que seja constitucional, ao invés de simplesmente alegar a inconstitucionalidade da norma.

Tal princípio está relacionado com a chamada declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, em que o texto é mantido, mas determinada forma de interpretá-lo é tida por inconstitucional. Essa interpretação conforme a Constituição e que tem relação direta com a chamada declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto somente é cabível em situações que são constatadas inconstitucionalidades no plano material, já que no âmbito formal, havendo inconstitucionalidade em uma lei ou ato normativo, esta, segundo doutrina dominante, deve ser totalmente expurgada do ordenamento jurídico.

Edmar Oliveira Andrade Filho, por sua vez, faz uma consideração no sentido de que essa diferenciação, qual seja inconstitucionalidade material e formal, não apresenta uma hierarquização de modo a permitir um entendimento de que existe inconstitucionalidade

mais ou menos grave. Seja no âmbito formal, quanto no material, segundo ele, “a inconstitucionalidade atenta contra o princípio da supremacia da Constituição e, portanto, deve, num ou noutro caso, produzir as mesmas conseqüências[41]”.

Não é bem essa a posição que adotamos, no entanto. Ou seja, ainda que concordemos com a não existência de uma hierarquia entre uma inconstitucionalidade mais ou menos grave; discordamos do referido jurista quanto à igualdade de consequências. Há quem defenda que se a declaração da inconstitucionalidade parcial implicar mudança do sentido e alcance da norma impugnada, o Supremo Tribunal Federal deverá declarar a inconstitucionalidade de toda a norma (inconstitucionalidade total), sob pena de atuar (indevidamente) como autêntico legislador positivo, criando norma não pretendida pelo legislador. Voltamos ao pensamento do Professor Paulo Bonavides para quem a pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material.

Assim, particularmente, optamos pela prudência da Corte Maior em declarar uma norma ou ato totalmente inconstitucional em decorrência da mudança de sentido, uma vez que se a interpretação for favorável ao cidadão ela deve ser mantida na ordem jurídica. Se a inconstitucionalidade, por outro lado, se der no campo formal e a sua retirada completa do ordenamento jurídico ocasionar danos irreparáveis aos cidadãos, posicionamo-nos a favor da modulação dos efeitos estabelecendo limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade *ex nunc* ou *pro futuro*. De toda sorte, não achamos razoável a determinação de um período para a modulação de tais efeitos, uma vez que as razões para tais medidas estão atreladas às necessidades da sociedade. É ela quem vai decidir se os efeitos de uma lei ou ato normativo, mesmo eivado de inconstitucionalidade formal, devam ou não ser produzidos dentro do ordenamento jurídico.

Ao aplicar a norma, inegavelmente, o seu conteúdo é atualizado pelo intérprete. Eis a diferença, proposta por Jellinek[42] entre mutação constitucional e reforma constitucional. A reforma da Constituição consiste na modificação dos textos constitucionais mediante ações voluntárias, pelos processos e formas estabelecidos na Constituição. Diferentemente, a mutação constitucional é modificação de sentido e do teor das disposições constitucionais, sem mudança do dispositivo, por fatos não acompanhados de consciência de tais modificações, através ora da interpretação, ora dos costumes, ora da legislação infraconstitucional. Tais mudanças normalmente se processam mais lentamente e só se tornam claramente perceptíveis quando comparado o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas. Assim, existe uma característica subjetiva (voluntariedade ou não da modificação da norma) a diferenciar a reforma da mutação[43].

Quanto à nossa Constituição Federal, particularmente, admitimos, não é tarefa exclusiva do Supremo Tribunal Federal, encarregado por ela própria de ser seu guarda e zelar por sua observância, e sim de toda uma nação[44]. Entretanto, a função do STF é de decidir, em última e definitiva instância, questões de índole constitucional, interpretando a Carta Maior e afastando as normas inferiores a ela ofensivas no controle concentrado de constitucionalidade das leis e de outros atos normativos (art. 102 e 103 da CF/88)[45]. E na etapa de hierarquização é preciso enfrentar a interpretação para aplicar a Constituição. Diante da Carta Maior, percebe-se que a abstratividade da sua norma não

permite um esquema rígido de técnicas, métodos ou critérios para solucionar todos os problemas. Só o caso concreto indicará qual o método mais adequado para superar o impasse. Os vários métodos e as diversas fórmulas hermenêuticas se interligam e, necessariamente, se complementam[46]. O valor de justiça evidencia-se como elemento capaz de reduzir a intensa subjetividade interpretativa, balizando qualquer método e fórmula de interpretação.

Interpretação conforme, portanto, é a técnica de decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando ocorre de uma disposição legal comportar mais de uma interpretação e se constata, ou que alguma dessas interpretações é inconstitucional, ou que somente uma das interpretações possíveis está de acordo com a Constituição. Na aplicação da interpretação conforme a Constituição, o Poder Judiciário atua como legislador negativo, eliminando, por serem incompatíveis com a Carta, uma ou algumas possibilidades de interpretação.

Basicamente, duas situações podem ocorrer: a) o STF declara que lei é inconstitucional, desde que dada a ela determinada interpretação (consentânea com a Constituição), isto é, ficam eliminadas as outras interpretações que a lei possibilitaria, mas que seriam inconciliáveis com o texto constitucional; ou b) a Corte declara que é a lei constitucional, exceto se for adotada uma determinada interpretação (conflitante com a Constituição), ou seja, o aplicador do direito poderá optar por qualquer das interpretações que a lei possibilite, menos uma (aquela que seria incompatível com a Carta Política). De acordo com o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático de uma declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos sem pronúncia da nulidade, na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada omissão do legislador[47]. Assim, nessas decisões, o Tribunal emprega a expressão “desde que”, reconhecendo a validade da norma “desde que interpretada de tal maneira”, ou se limita a apontar uma determinada interpretação que não pode prosperar, deixando liberdade ao aplicador da lei para adotar qualquer das demais interpretações possíveis.

As técnicas declaração parcial de nulidade sem redução do texto e interpretação conforme à Constituição foram positivas pela lei n. 9868/99, no âmbito do processo e julgamento da ADI e ADC. O texto legal menciona a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto como técnicas distintas e autônomas de decisão. Seguindo essa linha de raciocínio, na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, afasta-se a aplicação de um dispositivo legal a um grupo de pessoas ou situações; relativamente às demais pessoas ou situações, a lei se aplica sem restrições (não se manda adotar uma interpretação específica para os dispositivos legais; tampouco se veda a adoção de alguma interpretação. No caso da interpretação conforme a Constituição, o Supremo Tribunal Federal ordena que seja conferida determinada interpretação a dispositivo (ou dispositivos) de uma lei, ou proíbe a adoção de uma interpretação específica.

A lei, entretanto, desde que interpretada como estabelecido pelo Pretório Excelso, será aplicável a todas as pessoas e situações que se enquadrem em sua hipótese normativa, ou seja, sua incidência será plena – diferentemente do que ocorre quando se adota a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Nos casos em que deva ser adotada a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, há,

pelo menos, uma interpretação possível que torne compatível com a Constituição a integralidade do dispositivo objeto de declaração.

Cabe ressaltar que, embora positivada apenas a sua utilização no âmbito do controle abstrato de normas, a interpretação conforme a Constituição tem sido largamente utilizada pelos diversos tribunais do País também no âmbito do controle incidental, com a única diferença de que, nesses casos, a interpretação dada só vinculará as partes do processo, como é próprio dessa via de controle (eficácia *inter partes).*

3.2 O princípio da proporcionalidade: parâmetro hermenêutico

Os conceitos e institutos jurídicos são criados para conformar a realidade; em inúmeras situações, todavia, os fatos derrotam as normas, obrigando o jurista a reavaliar suas noções teóricas, de modo a adequá-las às novas necessidades e aspirações sociais. A flexibilização, pois, dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade é uma dessas imposições da experiência à lógica jurídica. Afinal de contas, a nulidade tem que ser entendida como um princípio jurídico.

Assim, para resolver o grande dilema da interpretação constitucional e dos direitos e garantias fundamentais, representados pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um "princípio dos princípios", na concepção de Paulo Bonavides, qual seja o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma "solução de compromisso", na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao (s) outro (s), e jamais lhe (s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu "núcleo essencial". Dessa maneira, o princípio das nulidades das leis inconstitucionais pode ser ponderado com outros princípios de igual importância. E essa ponderação, necessariamente, deve ser feita à luz do princípio da proporcionalidade.

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional, segundo Paulo Bonavides, ocorre por via dos Direitos Fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e aufere um prestígio e difusão tão larga quantos outros princípios afins, como o princípio da igualdade. As limitações de que hoje padece o legislador, até mesmo o legislador constituinte – configuram a grande realidade da supremacia da Constituição sobre a lei, a saber, a preponderância sólida do princípio da proporcionalidade, hegemônico e moderno, sobre o velho princípio da legalidade ora em declínio nos termos de sua versão clássica, de fundo e inspiração liberal. O princípio da proporcionalidade ocupa seu lugar primordial. Não é sem fundamento, pois, que ele foi consagrado por principio ou máxima constitucional.

Ocorre que o princípio da proporcionalidade não está somente relacionado à tutela dos Direitos Fundamentais, no entendimento de Paulo Roberto Lyrio Pimenta[48]. Esse princípio é plenamente aplicável sempre que existe um conflito entre bens jurídicos, como pode acontecer na pronúncia de inconstitucionalidade. O princípio da proporcionalidade, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do "Estado Democrático de Direito", pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos. O princípio da

proporcionalidade se desdobra em três aspectos, a saber: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No seu emprego, sempre se tem em vista o fim colimado nas disposições constitucionais a serem interpretadas, fim esse que pode ser atingido por diversos meios, entre os quais se haverá de optar. O meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser adequado para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Em seguida, comprova-se a exigibilidade do meio quando esse se mostra como o "mais suave" dentre os diversos disponíveis, ou seja, menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos, que por ventura colidem com aquele consagrado na norma interpretada. Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores como o mínimo de desrespeito de outros, que a eles se contraponham, observando-se, ainda, que não haja violação do "mínimo" em que todos devem ser respeitados.

Os aspectos necessidade e adequação, portanto, exigem que a limitação da eficácia temporal seja idônea e necessária para tutelar outro princípio, que protege os efeitos dos fatos jurídicos praticados com base em norma inconstitucional. Todavia, a proporcionalidade em sentido estrito é o aspecto mais importante na situação em tela, com base no qual se deve pesar no caso concreto. A desvantagem do meio – sacrifício do princípio da nulidade – em relação à vantagem do fim – proteção de outro princípio (segurança jurídica, boa-fé do administrado etc). Na verdade, o que importa aqui é verificar se as consequências gerais da decisão de inconstitucionalidade, no plano dos fatos, são excessivas ou não, tendo em vista outros princípios constitucionais. Nessa operação, deve-se aferir os interesses atingidos pela norma inconstitucional com os que seriam sacrificados com a eficácia retroativa.

Os efeitos no tempo da pronúncia de inconstitucionalidade devem ser fixados, assim, tendo em vista o conjunto dos princípios constitucionais relacionados com a situação fática. O fundamento de mitigação da eficácia está precisamente no princípio da proporcionalidade. Reafirme-se: a limitação da eficácia retroativa acontecerá quando, mediante uma ponderação concreta, se concluir que a eficácia *ex tunc* não será proporcional ao sacrifício que imporá. Eis uma situação em que o princípio da nulidade deverá ser, então, afastado.

Não se pode afirmar que a decisão de inconstitucionalidade necessariamente apresentará efeitos retroativos. Tudo vai depender da situação, do caso concreto. Ou seja, não existe, pois, uma solução *a priori* que possa ser aplicada para a eficácia temporal da pronúncia de inconstitucionalidade, a qual pode atingir, ou não, efeitos pretéritos. Afinal de contas, se por um lado a Constituição consagra o princípio implícito da nulidade da norma inconstitucional, também positiva a segurança jurídica, a boa-fé dentre outros. Não há nenhuma hierarquia formal entre princípios constitucionais. Todos têm a mesma importância. Desse modo, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, o Supremo Tribunal Federal poderá atribuir a essa decisão eficácia prospectiva, reputando validos os atos praticados com base na norma constitucional. Para que isso ocorra, basta que, mediante o processo de ponderação concreta, conclua que o sacrifício imposto pela eficácia retroativa da decisão será excessivo.

4. O Sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e a hermenêutica constitucional

A etapa marcante de transformações no sistema de controle de constitucionalidades na atual Constituição Federal foi o "pacote legislativo de novembro/dezembro de 1999", no qual foram inicialmente introduzidas inovações na disciplina dos procedimentos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de inconstitucionalidade (Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999[49]), como também a modulação temporal da eficácia dos julgados, ampliando o âmbito de discricionariedade atribuído ao Supremo Tribunal Federal. No bojo desse mesmo "pacote" conformou-se, praticamente, uma nova ação constitucional – a arguição de descumprimento de preceito fundamental – cuja lacônica previsão repousava anonimamente no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, regulada pela Lei n. 9.882 também de 1999[50].

Pois bem. A lei n. 9.868/99, em seu art. 27, permitiu que o Supremo Tribunal, por deliberação de a maioria de dois terços dos seus membros, possa fixar os efeitos de sua decisão no tempo, por motivos de "segurança jurídica" ou de "excepcional interesse social". O fato de não se fixar nenhum prazo limite para que o Supremo Tribunal Federal manobre a fixação do início dos efeitos diferidos de que trata o art. 27 da lei 9.868, de 1999 é que se constitui em verdadeira polêmica, na concepção de alguns juristas brasileiros. O STF recebeu do legislador a autorização para modular os efeitos de uma decisão que efetivamente declara uma norma inconstitucional. Esta é a dicção literal do dispositivo:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado[51][52].

Com o advento do art. 27 da lei n. 9.868/99, constata-se que a flexibilização da teoria da nulidade foi positivada no nosso ordenamento jurídico infraconstitucional. A tese que fundamenta tal dispositivo foi construída utilizando-se o princípio da proporcionalidade cuja intenção é "afirmar não ser possível, de antemão, estabelecer qual será o efeito da decisão de controle abstrato, devendo analisar cada situação para constatar qual efeito produzirá um melhor respeito às garantias constitucionais e à ordem jurídica[53]".

Reconhece-se a partir de então a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada, qual seja, dois terços dos votos, estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente nos casos em que a declaração de inconstitucionalidade se mostra inadequada, ou ainda nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de inconstitucionalidade possa dar ensejo ao nascimento de uma situação mais afastada da vontade constitucional[54].

A tradição no Direito brasileiro sempre foi, portanto, a de reconhecer a nulidade da lei tida por inconstitucional, isto é, de reconhecer que a lei inconstitucional é nula de pleno direito, tendo a sentença que declara a inconstitucionalidade efeitos *ex tunc*, uma vez que retira a norma do ordenamento jurídico retroativamente, a partir do seu nascimento. A orientação do Supremo Tribunal Federal é, há muito, nesse sentido: a declaração de

inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, reconhece a nulidade da lei, retirando-a do ordenamento jurídico desde o seu nascimento. O argumento da Corte é que reconhecer a validade de uma lei inconstitucional – ainda que por tempo limitado (da publicação da lei até a decisão que reconhece a sua inconstitucionalidade) – representaria uma violação ao princípio da supremacia da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, ao seguir esse raciocínio, não considerava os argumentos de efeitos econômicos favoráveis ao contribuinte ou do prejuízo causado ao Erário Público. Somente em pouquíssimos acórdãos a Suprema Corte preservou situação pretérita como, por exemplo, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 78. 594 em que o Tribunal aplicou a teoria do funcionário de fato para reconhecer a validade dos atos administrativos praticados por funcionários investidos na função com base em norma declarada inconstitucional[55]. E ao apreciar os Recursos Extraordinários n. 105.789 e 122.202, a Segunda Turma aplicou o princípio da irredutibilidade de vencimentos, admitindo a validade pagamentos efetuados com base em norma inconstitucional[56].

O fato é que reconhecer que a norma inconstitucional é nula, e que os efeitos desse reconhecimento devem operar *ex tunc*, estendendo-os ao passado de modo absoluto, anulando tudo que se verificou sob o império da norma assim considerada, é impedir a segurança jurídica, a estabilidade do Direito e sua própria finalidade, principalmente quando esta lei se caracteriza como benéfica para o cidadão.

O que se constata é que a aplicação do princípio da nulidade da norma inconstitucional tem gerado esse reconhecimento da eficácia *ex tunc* da pronúncia de inconstitucionalidade. Uma vez que esta decisão certifica a invalidade da norma, situação antecedente ao provimento, a eficácia deste alcança todos os efeitos produzidos pela norma inconstitucional desde o início de sua vigência. Busca-se, com esse posicionamento, a reconstituição integral das situações jurídicas existentes antes da vigência da norma inválida. Assim, a doutrina majoritária e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm afirmado reiteradamente a nulidade *ex tunc* da norma inconstitucional.

Só que a pronúncia de inconstitucionalidade é insuficiente para apagar os efeitos dos fatos jurídicos decorrentes de norma inconstitucional. Em verdade, a decisão de inconstitucionalidade atinge o plano da norma e não dos fatos jurídicos. Sendo assim, não nos parece que a decisão de inconstitucionalidade deva ocasionar, necessariamente, na pronúncia de nulidade, já que os efeitos produzidos pela norma inconstitucional são protegidos, muitas vezes, por outros princípios constitucionais, tais como o da segurança jurídica, boa-fé etc. O fato é que a nulidade não pode ser entendida como um dogma, e sim como um princípio jurídico. Nesta qualidade possui caráter relativo, podendo ser afastado diante do caso concreto, quando colidir com outro princípio. Surgirá, nesse caso, uma tensão entre princípios que deverá ser resolvida mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, até o ano de 1999, em regra, não admitia o Supremo Tribunal Federal a possibilidade de se conceder efeitos *ex nunc* (não-retroativos) à decisão proferida em ADI. Como se vê, o Direito Positivo passou a permitir que o Supremo Tribunal Federal module os efeitos de sua sentença proferida em ADI e ADC. Em verdade, a Lei n 9.868/99 terminou por desvincular a inconstitucionalidade da nulidade, uma vez que

poderá ser reconhecida aquela sem os efeitos desta. De fato, quando o Supremo Tribunal Federal extinguir a vigência da lei com efeitos *ex nunc*, os efeitos da inconstitucionalidade já não se equiparam aos da nulidade, mas se assemelham aos da revogação da norma.

O art. 27 da Lei 9.868/99, dessa maneira, permite adequar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade à complexidade da sociedade moderna, bem como à coexistência de vários valores a serem tutelados pela ordem jurídica. Segurança jurídica e excepcional interesse social são, é bem verdade, conceitos vagos, o que cabe à Suprema Corte valorar com prudência a presença de ambos, como ainda a conveniência de não atribuir efeitos *ex tunc* à decisão[57]. Afinal, ainda que se reconheça que a decisão em ADI em regra, produz efeitos retroativos, *ex tunc*, tem que se considerar o fato de que enquanto esteve em vigor, a norma incidiu sobre determinadas situações jurídicas que podem vir a merecer proteção pelo direito, especialmente se for incidente alguma norma de direitos fundamentais. Para Paulo Roberto Lyrio Pimenta, "esse dispositivo é de grande inutilidade no direito brasileiro, eis que a possibilidade de mitigação da eficácia temporal da pronúncia de inconstitucionalidade encontra-se implicitamente admitida no texto da Constituição"[58].

No Brasil, apesar desse dispositivo legal, percebe-se que o tratamento da questão de controle da constitucionalidade tem sido extremante formalista, com a tese do *ex tunc*, impedindo o Supremo Tribunal Federal de enxergar, com sensibilidade, os problemas financeiros do Tesouro e do contribuinte. Sendo assim, a competência conferida ao Supremo Tribunal Federal pelo art. 27 da Lei 9.868/99 ainda é medida excepcional: a regra no Direito brasileiro continua sendo a da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade em ADI e ADC (e em quaisquer outras ações); apenas diante de situações extraordinárias, por razões de segurança jurídica ou de interesse social, é que poderá o Supremo Tribunal manipular a eficácia de sua decisão em ADI e ADC.

De qualquer maneira, de forma polêmica, o Supremo Tribunal Federal passou a modular os efeitos das decisões que lhe são submetidas em sede de controle de constitucionalidade. Para isso, os fundamentos utilizados são (a) a necessidade de garantir a segurança jurídica diante de mutações jurisprudenciais drásticas dos Tribunais – requisito fundamental para aplicação destes efeitos; (b) as previsões infraconstitucionais para modulação dos efeitos temporais em controle concentrado, aplicadas por analogia em decisões judiciais em sede de controle difuso (como, por exemplo, o artigo 27, da Lei 9.868/99, que regula as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, já citado), ou, ainda, (c) argumentos como a redução dos impactos econômicos e sociais que estas decisões teriam se a elas fosse aplicado o efeito retroativo.

5. O Supremo Tribunal Federal e a interpretação constitucional: respeito à democracia

De acordo com Emerson Garcia, a chamada *constituição moderna*[59] é caracterizada como um documento escrito, que traça a ordenação sistêmica e racional da comunidade política, assegurando um conjunto de direitos fundamentais e estabelecendo diretrizes e limites ao exercício do poder político. E diante da sua estrita correlação com o poder político, a Constituição não pode ser vista, nem analisada como um corpo asséptico, distante e indiferente às estruturas ideológicas presentes na ordem social. O poder

político, por isso, aglutina as ideologias existentes e a Constituição o limita e o direciona, o que enseja uma interpretação entre as diferentes ordens. Assim, além de presentes em sua formação, as diferentes ideologias sociais também se projetarão na interpretação da Constituição, pois, tendo ela uma estrutura que congrega normas de natureza preceitual e principiológica, os valores sociais que corporificam o conteúdo de seus princípios e direcionam a aplicação de suas regras lhe conferem uma textura eminentemente aberta, possibilitando uma contínua adequação às forças políticas e sociais[60].

O controle de constitucionalidade das leis, por essa razão, apenas faz sentido em ambientes democráticos, uma vez que é exatamente dentro destes que existem as melhores condições para a consolidação dos direitos fundamentais, ou seja, justamente os direitos que a técnica do controle de constitucionalidade das leis procura resguardar[61]. O motivo pelo qual o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é compatível com o Estado de Direito é que ele é um mecanismo de segurança de que os direitos e garantias individuais fazem parte. A Constituição não é somente uma norma que enuncia diretrizes ao Estado, mas que existe para ser concretizada. Não há nenhuma norma jurídica de grau superior que lhe assegure a existência e imponha a observância, cabendo à própria ordem constitucional o fornecimento dos instrumentos que permitam a sua tutela e garantia. Por esse motivo, a interpretação constitucional tem que estar em completa sintonia com os anseios da sociedade. Nas palavras de Peter Häberle:

(...) A interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forcas da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é interprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento. Até pouco tempo imperava a idéia (sic) de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos ‘órgãos oficiais’, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade[62].

A existência do controle judicial de constitucionalidade das leis, por sua vez, depende da opção da democracia de cada país. Evidentemente que isso não quer dizer que aqueles Estados (como a Inglaterra, por exemplo) que optem por um tipo de democracia que não comporte um controle judicial de constitucionalidade das leis não tenham um parâmetro para a limitação do poder e, consequentemente, para a proteção dos direitos e garantias fundamentais. O fato de não se conferir ao Poder Judiciário a tarefa de efetuar o controle de constitucionalidade das leis deve-se ao desenvolvimento desse modelo de democracia. Ou seja, “o povo já se constitui no maior controlador de constitucionalidade das leis, porquanto possui plena consciência de que seus direitos fundamentais devem ser respeitados[63]”. Em contrapartida, há estudiosos, como Paulo Roberto Barbosa Ramos, que defendem que no Brasil, ainda está distante a viabilização

de um espaço democrático em que o controle de constitucionalidade das leis possa emergir com eficácia real:

Lamentavelmente a Constituição de 1988 coincidiu com um processo mundial de desvalorização dos direitos e, ao mesmo tempo, não conseguiu despertar naqueles encarregados de sua defesa, a adesão ao seu espírito, *voltado para construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*[64] [65].

Essa falta de sensibilidade, principalmente por parte do Poder Judiciário, evidencia que a maioria de seus integrantes não tem a consciência de que o processo democrático não é uma atividade inorgânica e espontânea, mas uma atividade regrada. Assim, para que essa situação seja invertida, faz-se necessário que o Supremo Tribunal Federal deixe de desempenhar uma função apenas jurídica, técnica, secundária, e passe a exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos, fazendo com que, apesar de não eleito pelo povo, seja caracterizado como um Poder funcional para o sistema democrático, agindo no sentido da materialização, extensiva a todos os homens, dos direitos fundamentais e de impedir a concentração de poder.

Aqui já se antevê o papel da interpretação da lei como fonte de legitimação do poder, quer quando confere atualidade ao teor normativo, quer quando lhe precisa e define o alcance para atender aos reclamos da sociedade. A interpretação é um processo aberto, afirma Peter Häberle. Afinal, "limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes 'corporativos' ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou autoengodo"[66].

Não é, pois, qualquer norma proveniente do Poder Legislativo que é legítima. Para passar pela instância da legitimidade, ela precisa atender pelo menos a duas condições: a) obedecer ao esboço de validade formal, no esquema fundamentalmente da norma superior, tendo ao cume a Constituição; e b) haver um liame axiológico, conformidade com os valores sociais e democráticos, pois os parlamentares não recebem mandato para legislar contra a própria sociedade nem paga para lhe castrar a participação, porquanto isto representaria um contra-senso. Como decorrência da observância aos dois fundamentos vem a aceitabilidade social e, portanto, a eficácia, a validez prática da norma. E terá logrado sucesso o teste da legitimidade. Assim, faz-se necessário um Poder Judiciário –, sobretudo, um Supremo Tribunal Federal – ativamente mais democrático e, neste sentido, mais social e político, a alcançar a participação popular, já que o povo não participa de outras etapas de composição e funcionamento do órgão. Afinal, mais do que jurídico, a legitimidade é tema sociológico e político. O Judiciário brasileiro, definitivamente, não se submete a este teste de legitimidade, na concepção do Professor Dr. Francisco Gérson Marques de Lima.

No Estado Democrático de Direito, o Judiciário não está apenas instituído e não é apenas controlado "conforme o Estado de Direito"; também está comprometido com a "democracia". E não se pode qualificar de democrático um órgão que não presta conta à população, nem administrativamente nem judicialmente. Pode-se até sustentar a necessidade de os membros do Judiciário ingressarem por concurso público, para

assegurar a imparcialidade e a firmeza da técnica. Mas o exercício das suas funções não pode passar ao largo dos controles democráticos, os quais não implicam na ingerência externa das pressões politiqueiras. Entra aí, um importante papel relacionado ao valor de justiça, como legitimador do poder.

Eis o motivo pelo qual olhamos a "sociedade aberta dos intérpretes" de Peter Häberle com muita simpatia, uma vez que se mostra mais afinada com uma sociedade pluralista em que a força normativa da Constituição alcança e é sentida por todos os cidadãos. E é com a ampliação do rol dos intérpretes que se permite que, no processo de concretização da norma, haja uma integração mais intensa entre texto e realidade. Essa doutrina de Häberle demonstra a fragilidade da metodologia jurídica tradicional, vinculada a um modelo de sociedade totalmente fechada e que somente prestigia a interpretação constitucional concentrada nos juízes e nos procedimentos formais[67].

Além desse amadurecimento normativo, a pluralidade de intérpretes, para o referido jurista, ainda implica um controle de constitucionalidade disperso e mais eficaz, isto porque aumenta a ideologia participativa e consolida a "vontade de Constituição". Afinal, muitas questões que infringem à Constituição material sequer chegam a ser suscitadas perante o Tribunal Constitucional, indicativo de que ela permanece hígida mesmo sem a sua participação e de que o processo constitucional formal não é o único caminho aberto à interpretação constitucional. O delineamento das normas constitucionais, em especial daqueles que consagram os direitos fundamentais, será decisivamente influenciado pela compreensão já sedimentada entre os seus destinatários quanto ao alcance a ser atribuído a cada norma. Os órgãos estatais não podem interpretar a Constituição à margem da realidade.

Aqui, no entanto, coadunamos com a observação feita por Emerson Garcia para quem não é que a opinião pública deva nortear a decisão de um caso concreto. Caso assim ocorra terminaria por aniquilar a independência funcional dos órgãos jurisdicionais. A realização de uma interpretação constitucional com os olhos voltados para à realidade em nada se confunde com a ilegítima substituição dessa operação intelectiva pela impressão subjetiva que determinado grupo ou pessoa dela extrai. Não é isso. Na verdade, a opinião pública, enquanto parte integrante dessa realidade, reflete uma espécie de consenso social e deve ser considerada pelo Tribunal no exercício de sua atividade valorativa. Para ele, é a individualização dessa premissa que traz à tona, especialmente, a teoria da democracia como legitimação, cuja concretização se vê influenciada pela participação ativa dos cidadãos no envolver da interpretação das disposições constitucionais. A atividade dos múltiplos legitimados à interpretação constitucional, conquanto seja campo propício a divergências, é característica indissociável de uma sociedade pluralista, sendo inseparável do processo democrático, em nada comprometendo a unidade da Constituição[68].

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que a manutenção do sistema de controle de constitucionalidade guarde, claramente, íntima relação com o conceito de Estado Democrático de Direito, com o conceito de cidadania e com a própria ideia de liberdade constitucional, a grande questão é que o conceito de inconstitucionalidade não é estático, e sim relacional, como é a própria realidade social. A inconstitucionalidade, pois, é resultado de um confronto valorativo dinâmico, uma vez que tanto o seu teor, como as suas consequências variarão

em função do ordenamento considerado. No Brasil o tratamento da questão de controle da constitucionalidade tem sido extremante formalista impedindo o Supremo Tribunal Federal de enxergar, com sensibilidade, os problemas dos cidadãos. Os efeitos no tempo da pronúncia de inconstitucionalidade, portanto, devem ser fixados levando em consideração o conjunto dos princípios constitucionais relacionados com a situação fática.

O fato é que uma interpretação constitucionalmente adequada e que leve em conta a força normativa da Constituição deve, por outro lado, considerar as interpretações e ponderações efetuadas em abstrato pelo constituinte, bem como as reservas colocadas nos direitos fundamentais. O trabalho do intérprete ou aplicador dos direitos fundamentais do contribuinte implicará relação de conciliação com outros direitos ou interesses constitucionais, através da tarefa de ponderação ou de concordância prática dos direitos em conflito. Haverá sempre a necessidade de um antagonismo concreto, entre o preceito assegurador do direito fundamental e outro preceito constitucional cuja observância se encontre por ele ameaçado.

O controle de constitucionalidade das leis, assim, só pode ser analisado a partir de uma legítima ideia de constitucionalismo e esta está intimamente comprometida com a dignidade do homem, uma vez que almeja o reconhecimento deste enquanto ser de direitos. Em outros termos, tem-se que o controle de constitucionalidade das leis apenas faz sentido dentro da ideia original do constitucionalismo, já que a própria Constituição apresenta-se como o instrumento através do qual o constitucionalismo se revela. O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é, pois, um mecanismo de segurança dos direitos e garantias individuais.

A interpretação constitucional, nesse sentido, há de ser construída em plena harmonia com a realidade contemporânea à aplicação da Constituição. Essa realidade, por sua vez, é elemento indissociável do ideal democrático, erguido sobre os pilares da representatividade popular. Fundamental a prudência do Poder Judiciário em declarar uma norma ou ato totalmente inconstitucional, uma vez que se a interpretação for favorável ao cidadão ela deve ser mantida na ordem jurídica. Assim, diante de uma inconstitucionalidade material, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal poderá valer-se de técnicas interpretativas para permitir leitura mais favorável para o cidadão. Por outro lado, diante de uma inconstitucionalidade formal, em que haveria, necessariamente, a decretação total de inconstitucionalidade, a Suprema Corte, percebendo que a retirada do ato viciado acabaria ocasionando uma lesão ao ordenamento constitucional muito maior do que a lesão decorrente de sua manutenção no ordenamento jurídico permitiria a permanência de norma contrária à Carta Magna.

Na verdade, tudo vai depender da situação, do caso concreto. Ou seja, não existe, pois, uma solução *a priori* que possa ser aplicada para a eficácia temporal da pronúncia de inconstitucionalidade, a qual pode atingir, ou não, efeitos pretéritos. Desse modo, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, o Supremo Tribunal Federal poderá atribuir a essa decisão eficácia prospectiva, reputando válidos os atos praticados com base na norma constitucional. Para que isso ocorra, basta que, mediante o processo de ponderação concreta, conclua que o sacrifício imposto pela eficácia retroativa da decisão será excessivo.

7. REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Dialética, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BELTRÁN, Miguel. *Originalismo e interpretación - Dworkin vs.Bork: uma polémica constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1999.htm> . Acesso em 1º de julho de 2008.

_____. *Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1999.htm> . Acesso em 1º de julho de 2008.

DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no processo de controle abstrato de constitucionalidade e a extensão do efeito vinculante à argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 55. São Paulo: Dialética, 2000.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através de lei ordinária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 56. São Paulo: Dialética, 2000.

GARICA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

JELLINEK, G. Tradução de Christian Foster. *Reforma y mutacion de la Constitucion.* Madrid: Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos Constitucionais do Processo* – sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira.* Fortaleza: ABC Fortaleza, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronuncia de nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito de Estado.* N. 13. Janeiro/fevereiro/março. Salvador, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. & SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Controle de Constitucionalidade.* 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FDT, 1997.

NEVES, André Luiz Batista. *Introdução ao controle de constitucionalidade*. Salvador: *Jus* Podivm, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade:* conceitos, sistemas e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeito da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário.* São Paulo: Dialética, 2002.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O Controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil:* filosofia e dimensões jurídico-políticas. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRÍGUES, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica*: técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fintes, 2005.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

---

[1] A Ministra da Suprema Corte Ellen Gracie, em seu voto no RE 274.383, reconhece que “se a norma impugnada for retirada do mundo jurídico, desaparecerá qualquer limite para a concessão da complementação de aposentadoria, acarretando grande prejuízo às finanças do Município”.

[2] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.345.

[3] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 2.

[4] Kelsen, sobre a matéria, leciona que "entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode haver nenhum conflito, pois a norma de escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma de escalão inferior é considerada como válida, tem de considerar-se como estando de harmonia com a norma do escalão superior" (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 33/34).

[5] PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade:* conceitos, sistemas e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 58.

[6] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.345.

[7] Tanto a desconformidade do conteúdo da norma ou ato, quanto do seu processo de elaboração podem ocasionar inconstitucionalidade. Na primeira situação, tem-se a chamada inconstitucionalidade material, ao passo que na segunda hipótese, tem-se a inconstitucionalidade formal. Desse modo, inconstitucionalidade formal advém da não observância do processo para a elaboração normativa, podendo alcançar tanto o requisito referente à competência (art. 61, § 1º, CF/88), quanto o procedimento legislativo em si (art. 59 e seguintes da CF/88). Assim, pode-se ter uma norma cujo conteúdo seja plenamente compatível com a Carta Constitucional, mas que, diante de uma formalidade exigida pela própria Carta, no tocante ao trâmite legislativo ou às regras de competência, foi desrespeitada. Pode, também, haver uma contradição entre o conteúdo da lei e o da Lei Maior, o que configura um caso de inconstitucionalidade material. Pode-se considerar, em suma, que, quando existe um vício formal, o ato fica afetado em sua integridade. Já quando se está frente a um vício material, encontra-se a possibilidade de continuarem válidas as disposições, que, constantes do mesmo ato normativo, não foram afetadas pelas irregularidades apontadas

[8] BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 75.

[9] Nesse trabalho adota-se uma perspectiva restrita de inconstitucionalidade. Ou seja, excluem-se os comportamentos e os atos de particulares que contrariem a Constituição. Assim, a inconstitucionalidade é entendida como qualquer manifestação do Poder Público (ou de quem exerça, por delegação, atribuições públicas), comissiva ou omissiva, em desrespeito à Carta Constitucional.

[10] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p.11.

[11] PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade:* conceitos, sistemas e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 63.

[12] NEVES, André Luiz Batista. *Introdução ao controle de constitucionalidade*. Salvador: *Jus* Podivm, 2007, p. 19.

[13] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 367.

[14] PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeito da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário.* São Paulo: Dialética, 2002, p. 33.

[15] MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. & SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Controle de Constitucionalidade.* 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 21.

[16] ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 20.

[17] PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeito da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário.* São Paulo: Dialética, 2002.

[18] GARICA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 59.

[19] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 14.

[20] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 30.

[21] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental"da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 11/12.

[22] RODRÍGUES, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica*: técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fintes, 2005, p. 09.

[23] GARICA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 60.

[24] BELTRÁN, Miguel. *Originalismo e interpretación - Dworkin vs.Bork: uma polémica constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1989.

[25] GARICA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 61.

[26] GARICA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 61.

[27] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 540.

[28] ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 67.

[29]BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 540.

[30] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 540.

[31] SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 273.

[32] GARICA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 42.

[33] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 12.

[34] GARICA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 62.

[35] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e

“procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 12.

[36] GARICA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 63.

[37] LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos Constitucionais do Processo* – sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

[38] LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos Constitucionais do Processo* – sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 97.

[39] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 15.

[40] GARICA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 46.

[41] ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Dialética, 1997.

[42] JELLINEK, G. Tradução de Christian Foster. *Reforma y mutacion de la Constitucion.* Madrid: Estudios Constitucionales, 1991p. 7.

[43] LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira.* Fortaleza: ABC Fortaleza, 2001, p. 231.

[44] NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FDT, 1997, p.54.

[45] LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira.* Fortaleza: ABC Fortaleza, 2001, p.25.

[46] LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos Constitucionais do Processo – sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 22.

[47] MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronuncia de nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito de Estado.* N. 13. Janeiro/fevereiro/março. Salvador, 2008, p. 2.

[48] PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeito da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário.* São Paulo: Dialética, 2002, p. 94.

[49] BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1999.htm> . Acesso em 1º de julho de 2008.

[50] BRASIL. *Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1999.htm> . Acesso em 1º de julho de 2008.

[51] BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1999.htm> . Acesso em 1º de julho de 2008.

[52] Grifo nosso.

[53] FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através de lei ordinária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 56. São Paulo: Dialética, 2000, p. 27.

[54] Questão polêmica no constitucionalismo moderno diz respeito ao chamado princípio da proibição do retrocesso social, que, embora ainda não esteja expressamente previsto no nosso atual texto constitucional, tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado Democrático de Direito (e Social), consagrado pela nossa ordem constitucional. Esse princípio da vedação do retrocesso social visa a impedir que o legislador venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender dessas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade. Significa que, uma vez regulamentado determinado dispositivo constitucional, de índole social, o legislador não poderia, ulteriormente, retroceder no tocante à matéria, revogando ou prejudicando o direito já reconhecido ou concretizado. Com base do princípio da proibição do retrocesso social, especialmente em matéria de direitos fundamentais sociais, o que se pretende é evitar que o legislador venha a revogar (no todo ou em parte essencial) um ou mais diplomas infraconstitucionais que já concretizaram, normativamente, um direito social constitucionalmente consagrado. Nessas situações, de retrocesso no tocante à disciplina de determinado direito social defendem os ideólogos do postulado da vedação de retrocesso que o procedimento poderia ser impugnado perante o Poder Judiciário, invocando-se a sua constitucionalidade.

[55] (STF, RE n. 78.594, Rel. Min. Bilac Pinto, *DJ* 30/10/1974).

[56] (STF, RE n. 105. 789, Rel. Min. Carlos Madeira, *DJ* 09/05/1986 e RE n. 122. 202, Rel. Min. Francisco Rezek, *DJ* 08/04/1994).

[57] DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no processo de controle abstrato de constitucionalidade e a extensão do efeito vinculante à argüição de descumprimento de

preceito fundamental. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 55. São Paulo: Dialética, 2000, p. 59.

[58] PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeito da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário.* São Paulo: Dialética, 2002, p. 99.

[59] Grifo no original.

[60] GARICA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 37.

[61] RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O Controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil:* filosofia e dimensões jurídico-políticas. São Paulo: Celso Bastos, 2000, p. 104.

[62] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 23/24.

[63] RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O Controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil:* filosofia e dimensões jurídico-políticas. São Paulo: Celso Bastos, 2000, p. 106.

[64] Grifos no original.

[65] RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O Controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil:* filosofia e dimensões jurídico-políticas. São Paulo: Celso Bastos, 2000, p. 106/107.

[66] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e

“procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 34.

[67] GARICA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 65.

[68] GARICA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 66/67

O LIMITE DA COMPREENSÃO FENOMENOLÓGICA DO DIREITO NO CASO CONCRETO: A PARADOXAL FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS E A SUA INCOMPATIBILIDADE COM A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL*

THE LIMIT OF THE PHENOMENOLOGICAL COMPREHENSION AT LAW IN THE CONCRETE CASE: THE PARADOXAL FUNCTION OF THE PRINCIPLES AND ITS INCOMPATIBILITY WITH THE LEGAL DISCRICIONARIETY

Fausto Santos de Morais

RESUMO

O paradigma que conduz a hermenêutica jurídica brasileira mantém-se nitidamente vinculado à busca de uma essência das coisas e, paradoxalmente, à filosofia da consciência. Entretanto, o movimento da Hermenêutica Jurídica Crítica procura romper com o senso comum proporcionado pelo paradigma filosófico de dupla face, fazendo com que direito seja invadido pela linguagem. Assim, a mudança na maneira de ver o direito permite uma razão crítica quanto à utilização normativa dos princípios, passando a exigir do intérprete o reconhecimento da difícil tarefa de compreensão jurídica no caso concreto, tendo como referência a integridade e coerência da tradição jurídica, como medida impeditiva da discricionariedade judicial incompatível com o Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: CASO CONCRETO. HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NO DIREITO. INTEGRIDADE E COERÊNCIA. PRINCÍPIOS.

ABSTRACT

The paragon that guides the Brazilian Hermeneutics Law maintains clearly linked to the search of an essence of things and, in a paradoxal manner, to the consciousness philosophy. Therefore, the wing of Critical Hermeneutics Law aims to apart with the common sense proportioned by the double faced philosophical paragon, implicating in the invasion of the language at law. Thus, the change at the way of realizing law allows such a critical reason over the normative use of the principles, then demanding from the interpreter acknowledgement of the hard task of the law comprehension in a concrete case, having as a reference the integrity and coherence of the law tradition, as a constraint measure of the Judicial lawmaking unconformable with the Democratic State of Law.

KEYWORDS: CONCRETE CASE. PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS AT LAW. INTEGRITY AND COHERENCE. PRINCIPLES.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 Introdução

O presente trabalho pretende apontar os problemas da utilização dos princípios jurídicos sem a devida responsabilidade democrática, sob a desculpa de eclodirem no conhecimento do caso concreto. Isto porque a hermenêutica jurídica brasileira ainda não deu conta do desafio exigido na aplicação dos princípios como *ratio decidendi*, de forma compatível com o ideal democrático que marca os sistemas jurídicos do século XXI.

Quer-se demonstrar, com a utilização de uma decisão tomada com base no caso concreto, a dificuldade de afastar a arbitrariedade judicial na aplicação do direito, e mais, que as decisões judiciais acabam por reproduzir convicções morais pessoais dos julgadores, condição esta, que na maioria das vezes, não se mostra explicita, em razão da falta de compromisso argumentativo da comunidade jurídica.

Para cumprir esta tarefa o trabalho foi organizado em quatro secções. A primeira apresenta uma nova perspectiva à compreensão do direito utilizando-se (seção 2) a linguagem como condição de possibilidade do conhecimento jurídico. Sob este pano de fundo adentra-se na (seção 3) democratização do direito brasileiro e o nascimento dos princípios como *lócus* privilegiado do mundo prático, de modo que a comunidade jurídica passou a reservar uma condição hermenêutica especial aos princípios jurídicos. Todavia, apesar da evolução que esta postura pode proporcionar, existem problemas que dificilmente são discutidos sobre a matéria, utilizando-se para isto uma (seção 4) (a)mostra da discricionariedade judicial *in terra brasilis*. Por conta disto, traz ao conhecimento (seção 5) a "difícil" tarefa de compreender o direito.

2 A linguagem como condição de possibilidade do conhecimento jurídico

A base "epistemológica" na qual tradicionalmente o conhecimento jurídico brasileiro vem se formando está depositado sob posturas típicas da metafísica clássica e da filosofia da consciência, mantendo-se afastada da revolução científica proporcionada pela invasão da linguagem na filosofia. Objetivamente, isso representa uma crença desmedida na possibilidade do sujeito conhecedor do objeto. Tem-se, assim, um direito que constrói a sua racionalidade sobre uma idéia de que as coisas possuem uma essência própria, podendo o intérprete aprendê-la e, numa etapa seguinte, transformá-la em uma categoria jurídica. Tal sintoma pode ser observado na doutrina jurídica brasileira que prima sempre por conhecer a natureza jurídica de um instituto. Assim, os institutos naturalizados – standartizados – permitiriam ao jurista conhecer previamente o seu objeto de investigação. Não é forçoso, assim, pensar numa conexão entre o conhecimento institucionalizado/standartizado e facilidade de compreensão do mundo jurídico. É possível dizer, assim, que uma das bases do conhecimento jurídico brasileiro seria discípulo da corrente platônico-aristotélica.[1]

Firmando outra base filosófica que sustenta o pensamento jurídico é possível identificar a influência subjetivista ou da filosofia da consciência. A conjugação da forma de pensar subjetivista está na crença quanto à possibilidade epistemológica do conhecimento fundado na plenitude do pensamento do sujeito. Com Descartes é possível sustentar que o conhecimento é sustentado na capacidade humana de pensar. A certeza do ser pensante seria uma evidencia disso.[2] Leibniz por sua vez faz com que o conhecimento nas ciências sociais tomasse como modelo das ciências matemáticas. Para tanto, a verdade poderia ser deduzida a partir de uma premissa que envolvesse o acordo entre as partes sobre determinado assunto.[3] Kant, para completar, se esforçava em delimitar a possibilidade do conhecimento esquematizado pela razão, sendo esta, no final, o fundamento.[4] O direito apresenta-se influenciado por essas doutrinas filosóficas quando confia demasiadamente na condição racional do legislador, acreditando numa possibilidade de imputabilidade de causa e efeito. No âmbito judicial a crença está na admissão de outorga de poderes ao juiz no momento de encontro com lacunas ou limites do sistema jurídico.[5]

O que ambas as concepções filosóficas mencionadas conjugam é a utilização da linguagem como um instrumento que presta as designações da essência das coisas ou para apontar a consciência racional sobre elas. A linguagem é, portanto, uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto, manipulável em razão disso. Acontece que a filosofia teve que se render a revolução provocada no conhecimento no início do século XX, com a sua imersão no universo lingüístico-ontológico a partir das rupturas proporcionadas pela *Linguistic Turn* e a *ontologische Wendung*. Ludwig Wittgenstein foi o precursor dessa virada lingüística ao perseguir o máximo da exatidão do positivismo lógico, acabou por se deparar com a alta contingência que assumia a linguagem, variando de acordo com a sua vinculação socioprática, constituindo-se de “jogos de linguagem”.[6] Viu-se, assim, que a linguagem não poderia servir como um instrumento a disposição do sujeito, pois transcendia qualquer possibilidade de uma construção artificial de seus significados descolados da sua variação temporal e histórica.

Com Heidegger a ruptura se deu na forma de conhecer as coisas, procurando revelar a condição ontológica do compreender através da sua filosofia hermenêutica.[7] Propõe então a utilização de uma postura fenomenológica para conduzir o conhecimento “às coisas mesmas”.[8] Seria através desse modo-de-ser que o conhecimento proporcionado pela entrega a aparências superficiais ou ao dogmatismo objetificante acabaria por encobrir o verdadeiro ser das coisas. Dois teoremas seriam condutores da tarefa hermenêutica do constante des-encobrimento: o circulo hermenêutico[9] e a diferença ontológica.[10] A hermenêutica consolida-se como filosofia ao colocar em cheque toda a tendência das ciências modernas, físicas e sociais, em eleger o método como justificativa máxima do conhecimento. O primeiro movimento para tanto foi feito por Heidegger – considerando o seu questionamento ao encobrimento dogmático do ser pela história da filosofia[11] e pela crítica quanto a alienação filosófica proporcionada pela técnica moderna[12] -, tendo Gadamer avançado ao se concentrar na linguagem como horizonte universal, meio da compreensão e comunicação.[13] A linguagem constitui a totalidade significativa que o ser-no-mundo habita, sendo-lhe acessível as coisas em virtude da característica lingüística delas devidamente interpretadas.[14] O homem é determinado pela linguagem e por força dela é obrigado a interpretar para viver.[15] Daí que se diz que o homem é um ser hermenêutico que se compreende, compreende as coisas ao seu redor e compreende os demais, dentro de uma tradição compartilhada. Só assim que o homem consegue compreender as coisas, isto é, dentro de uma determinada

tradição que determina os seus preconceitos, tornando clara a característica finita da compreensão humana.[16]

A filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica colocam em cheque toda a construção da modernidade desenvolvida sobre o binômio sujeito objeto. O sentido das coisas passa a conjugar de um caráter comunitário, compartilhado, intersubjetivo. Essa intersubjetividade se dá *na* e *pela* linguagem que constitui o mundo onde habita o intérprete. Todo o conhecimento, a partir de então, rompe com a racionalidade linear de causa e efeito, que se baseia na postura metafísica – aristotélica/tomista ou cartesiana/criticista –, adentrando na produtividade circular proporcionada pelo circulo hermenêutico, onde a postura fenomenológica exige uma constante revisão dos preconceitos diante do confronto com a coisa mesma.

3 Democratização do direito brasileiro e o nascimento dos princípios como *lócus* privilegiado do mundo prático

As incursões proporcionadas pela filosofia hermenêutica e hermenêutica filosófica no direito são as formas como a doutrina jurídica brasileira crítica buscou para enfrentar a entificação dos sentidos jurídicos provocados pela dogmatização como sendo uma das barreiras à efetivação dos Direitos Fundamentais Individuais e Sociais prescritos na Constituição Democrática de 1988.

Essa corrente é conhecida como a Nova Crítica ao Direito ou Hermenêutica Jurídica Crítica - HJC.[17] Contudo, uma das principais preocupações dessa forma de conhecer o direito está depositada sobre a deficiência democrática que se verifica na interpretação jurídica atual, principalmente, no que diz respeito a discricionariedade do intérprete.

Não é porque a HJC assumiu a luta contra a dogmatização objetificante no direito que, dali para diante, seria possível admitir-se uma atribuição qualquer de sentido às coisas, como se elas fossem todas relativas, descuidando-se da fundação que a doutrina jurídica exerce à compreensão do direito comprometidos com as bases democráticas da sociedade.

É possível dizer, com apóio em Gadamer, que o direito constitui uma tradição própria na qual as precompreensões são “formatadas”, orientando o intérprete a reconhecer um sentido jurídico que resolva os casos concretos. A tradição seria como um paradigma pelo qual se entende as coisas no direito. E, para complementar a idéia, a grande parte dos problemas do direito está na dificuldade de reconhecer um novo paradigma ou tradição jurídica,[18] que dê conta da democratização proporcionada pela Constituição da República de 1988. Isso porque, a partir deste marco, demandou-se, como nunca, a construção jurídica de uma tradição que envolvesse uma teoria das fontes, teoria das normas e teoria da interpretação condizente com o processo de democratização.

Teoricamente foi possível perceber um movimento que passou a considerar a Constituição como signo de uma estrutura e função diferenciada. Ela caracterizou-se por descrever as regras fundamentais e superiores do ordenamento jurídico, cujo conteúdo

axiológico apresentaria um valor especial.[19] Ideologicamente, procurou garantir a concretização dos Direitos Fundamentais como seu principal objetivo, servindo de direção para das atividades legislativas, executivas e judiciárias, além de assegurar mecanismos de tutela para tanto.[20]E, na sua perspectiva metodológica o neoconstitucionalismo sustenta a existência de uma conexão necessária entre direito e moral, ponte que seria feita pelos princípios constitucionais e os Direitos Fundamentais.[21]

Os textos constitucionais, por exemplo, após as guerras proporcionadas pelo Século XX passaram a estabelecer um vínculo entre o direito e a moral,[22] para que o poder não pudesse dispor da sua força deliberativa sem atender com direitos mínimos, tidos como fundamentais, da parcela contramajoritária da população. [23] A forma de se resguardar o direito dos perigos proporcionados pelo positivismo jurídico de característica formal foi dotar o sistema jurídico de normas que aproximassem ao direito a condição de um mundo prático. Essas normas são reconhecidas hoje como princípios. Estar-se, então, frente ao desafio de ver a Constituição como fonte de validade de todo o sistema jurídico, e mais, como local onde estão presentes as normas que ligam por excelência o direito ao mundo prático.

Com essa nova característica normativa a jurisdição constitucional foi alçada como grande defensora dos Direitos Fundamentais e das instituições democráticas, colocando os tribunais, principalmente os constitucionais, como o grande espaço público para as principais decisões do país.[24] O juiz vê-se, por conta disso, como o grande protagonista do Estado Democrático de Direito.

Para encerrar o quadro geral, viu-se boa parte da doutrina que pensa a filosofia do direito, hermenêutica jurídica e jurisdição constitucional deixaram-se levar pela onda de equiparação entre as normas constitucionais (considerando-se aqui, os Direitos Fundamentais e os princípios) com os valores. O que isso reflete no direito?

Uma das principais conseqüências provocadas por essa forma de ver as normas constitucionais é a eleição de um novo método de sua aplicação, notadamente conhecido como balanceamento ou ponderação. De um momento para o outro os problemas jurídicos passaram a ser resolvidos mediante a ponderação, situação que pode ser observada nos tribunais dos Estados Unidos, onde o balanceamento seria a forma encontrada pelo realismo jurídico para adaptar o direito às modificações econômicas e sociais; técnica parecida utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão, conhecida por ponderação (*Abwägung*).[25]

Mutatis mutantis, em *terra brasilis*, a ponderação pode ser vista como um dos principais métodos de resolução dos conflitos jurídicos, podendo ser identificada a longa extensão da jurisdição brasileira, apesar do método de ponderação nos demais países paradigmas dar-se, quase que exclusivamente, através do órgão supremo da cúpula judiciária, como a Suprema Corte nos Estados Unidos e o Tribunal Constitucional na Alemanha.[26]

Merece destaque no assunto sobre a aplicação dos princípios e o método de ponderação o jurista Robert Alexy, defensor desta técnica como forma de guardar a máxima otimização dos mandados feitos pelos Direitos Fundamentais e pelas normas constitucionais de uma maneira em geral, como forma excelente de concretização de direitos.[27] Lastreando a sua análise sobre a questão o autor utiliza-se de inúmeras

decisões do Tribunal Constitucional alemão onde a ponderação é considerada como uma forma de contribuir para que os Direitos Fundamentais sejam concretizados da maior forma possível, levando em conta as condições fáticas e jurídicas em cada caso concreto. Não é objetivo do presente trabalho enfrentar esta matéria com mais afinco, contudo, quer utilizar-se dela para demonstrar a forma como os princípios jurídicos vem sendo utilizados no sistema jurídico brasileiro, podendo identificar tal uso como uma importação deformada[28] da tese de Alexy.

Não se pode negar que os princípios passaram a ser utilizados nos tribunais pátrios como uma substituição das regras jurídicas, demonstrando a (in)compreensão sobre o papel de cada uma das espécies normativas. Esse fato revela, assim, o problema que se tem na aplicação do direito quando não se mostra possível consolidar-se uma teoria das normas, por exemplo. Corriqueiramente se encontra na jurisprudência brasileira a utilização do princípio como fonte justificadora do processo hermenêutico desenvolvido pelo jurista. Ou seja: nota-se que os princípios jurídicos utilizados nas decisões judiciais acabam por servir de premissa maior para o caso concreto, cuja conclusão não é possível deduzir-se racionalmente sem uma detalhada explicitação dos caminhos desenvolvidos pelo julgador.

Naquilo que os princípios jurídicos procuraram inovar na compreensão do direito, acabaram por reproduzir uma ótica subjetivista e individualista, típico do modelo de aplicação das regras, colocando, no final das contas, o seu sentido normativo na consciência do julgador como sujeito da razão. Tal forma de interpretação se mostra ultrapassada pelas grandes revoluções científicas que passou a filosofia, mantendo-se filiada a hermenêutica romântica, na qual se admitia que o intérprete poderia controlar a sua razão (*Aufklärung*) , fazendo do intelecto o esquema principal do entendimento.

Todavia, o conhecimento jurídico não pode ser produto de apenas um intelecto, do julgador, e aquilo que este entende sobre o mundo, mas requer uma publicização do sentido, como forma intersubjetiva de controle das normas jurídicas.[29] Daí, porque a HJC não se coaduna com a forma de aplicação dos princípios jurídicos pelo direito brasileiro, pois, na grande maioria das vezes, eles são utilizados sem que haja um comprometimento do intérprete em explicitar a conexão existente entre o caso concreto e o princípio apresentado, bem como demonstrando-se a congruência da solução principiológica com a tradição jurídica democrática.

Sem o reconhecimento de uma tradição jurídica ao direito, não é possível buscar-lhe autonomia. E sem esta condição o direito acaba por tornar-se refém de posturas políticas e morais individuais do juiz no ato de tomada de decisão, configurando-se numa afronta aos ideais do paradigma democrático que exige o respeito às regras do jogo.[30] Faz parte da regra do jogo a “criação” do direito no caso concreto de maneira coerente com uma tradição jurídica[31] que assume as normas constitucionais como o critério de validade do sistema.

A luta da HJC, por assim dizer, é reconhecer ao direito um âmbito de autonomia, podendo-se fazer, com isso, frente às influências políticas e morais no ato de tomada de decisão. Para isso, requer-se que o direito guarde uma característica própria, condição entendida como possível junto com Dworkin, mediante as suas idéias do direito como uma empresa significativa total, exigindo, assim, que as decisões judiciais tomadas sobre os casos concretos devem se submeter a um dever de integridade e coerência.

4 (A)mostra da discricionariedade judicial *in terra brasilis*

Atualmente a hermenêutica jurídica brasileira vem cada vez mais teorizando a construção do direito caso a caso, abandonando a generalidade e abstração da lei, direcionando-se a uma especificidade e singularidade proporcionada pelo caso concreto. Todavia, apesar da necessidade desse esforço, o problema reside no tropeço discricionário que tal postura vem apresentando, principalmente, quando os princípios jurídicos são utilizados como fundamentos da decisão.

Sob a ótica da solução ao caso concreto cada vez mais as decisões judiciais vem se mostrando reféns de uma concepção política ou moral do decisor, deixando de lado a condição própria que o direito sempre buscou oferecer: regras claras sobre o jogo. Essas regras são montadas com base num sistema jurídico. Por isso, sempre é importante perguntar se o sistema comporta a decisão tomada pelo juiz.

Um caso emblemático que exemplifica a reprodução de uma concepção moral/política do juiz é o caso do "Mudinho de Coité/BA", com repercussão nacional na mídia brasileira. O caso tratava-se de uma pessoa com deficiência auditiva que praticou o crime de furto qualificado, capitulado ao artigo 155, § 4°, incisos II e IV, c/c artigo 4°, II, todos do Código Penal. Na ocasião o juiz entendeu que o acusado não poderia ser condenado, como também não poderia ser absolvido, lançando sobre o problema uma solução nada ortodoxa, como mostra parte da fundamentação abaixo transcrita:

É o Juiz entre a cruz e a espada. De um lado, a consciência, a fé cristã, a compreensão do mundo, a utopia da Justiça. Do outro lado, a Lei. Neste caso, prefiro a Justiça à Lei. Assim, B.S.S., apesar da Lei, não vou lhe mandar para a Penitenciária. Também não vou lhe absolver. Vou lhe mandar prestar um serviço à comunidade. **Vou mandar que você, pessoalmente, em companhia de Oficial de Justiça desse Juízo e de sua mãe, entregue uma cópia dessa decisão, colhendo o "recebido", a todos os órgãos públicos dessa cidade – Prefeitura, Câmara e Secretarias Municipais; a todas as associações civis dessa cidade – ONGs, clubes, sindicatos, CDL e maçonaria; a todas as Igrejas dessa cidade, de todas as confissões; ao Delegado de Polícia, ao Comandante da Polícia Militar e ao Presidente do Conselho de Segurança; a todos os órgãos de imprensa dessa cidade e a quem mais você quiser.** Aproveite e peça a eles um emprego, uma vaga na escola para adultos e um acompanhamento especial. Depois, apresente ao Juiz a comprovação do cumprimento de sua pena e não roubes mais! Expeça-se o Alvará de Soltura. Conceição do Coité- Ba, 07 de agosto de 2008, ano vinte da Constituição Federal de 1988. Bel. Gerivaldo Alves Neiva. Juiz de Direito." (Processo Número 1863657-4/2008, com trâmite na Comarca de Conceição do Coité/BA)

A decisão acima dificilmente encontra apoio no sistema jurídico como uma obra da coletividade dos juristas, acabando por demonstrar a maneira que as convicções pessoais do julgador pode influenciar no poder que possui em dizer o direito. Sob o signo da justiça o juiz acaba por trazer ao direito as suas convicções pessoais sobre o caso que deveria julgar, observando a tradição jurídica. Esta decisão é útil, ainda, para demonstrar como que a filosofia da consciência é um condicionador paradigmático da ação. Pensando poder compreender toda a amplitude e contingência do significado "justiça", entendeu o juiz de Coité/BA que seria mais "justo" aplicar ao acusado a sua lei moral/política, do que aquela democraticamente estabelecida.[32]

O perigo está na possibilidade de que, noutro caso concreto, sob o manto da justiça, o juiz ignore a lei para condenar o acusado a se vestir todo de branco, percorra a cidade e grite: "Eu sou ladrão! Cuidado comigo!". Apesar do exagero, quer se chamar atenção quanto a nulidade absoluta da decisão proferida pelo juiz eis que viola de forma latente a Constituição, principalmente a garantia fundamental do acusado ao devido processo legal.[33]

Apesar disso, a decisão jurídica acima onde a discricionariedade se mostrou latente pode ser considerada muito mais democrática do que outras decisões, nas quais os juristas brasileiros se deparam diariamente, onde o juiz, por exemplo, utiliza-se de um determinado princípio para fechar o seu raciocínio. Tais decisões podem ser identificadas quando na sua fundamentação existe referência a ponderação de princípios ou ao princípio da proporcionalidade.[34] Lança-se esse juízo, pois a decisão do juiz de Coité/BA, por fundamentar as suas razões, mesmo frágeis qualitativamente, permite a controlabilidade do seu ato mediante a possibilidade de recurso com ataque direto aos motivos morais e políticos que viciam o seu posicionamento diante de uma perspectiva democrática de direito.

De outra forma, facilmente pode-se perceber que o princípio da proporcionalidade acaba por esconder os motivos que fundamentam a decisão do juiz, permitindo que, simbolicamente, apresente uma fundamentação principiológica "conforme ao direito", contudo, deficiente à análise da ciência jurídica preocupada com o seu *status* democrático. Isto é, não se sabe realmente porque o princípio da proporcionalidade resolve a questão. Ele está ali mais como uma cortina à deliberação judicial do que uma forma de resolver juridicamente a questão. Eis um exemplo do grande defeito na utilização dos princípios, principalmente no da proporcionalidade, quando com base neles se deixa de demonstrar o sentido que lhe fora atribuído. Sem conhecer essa face do princípio, e mais, sem se ter possibilidade de eleger-lhe como um critério a ser observado no futuro, a sua utilização descamba para discricionariedade, viciando a decisão pela arbitrariedade quando é utilizado sem o devido cuidado de fundamentar.

A grande diferença na decisão do juiz de Coité/BA daquelas decisões que se utilizam dos princípios, tais como o da proporcionalidade, está que nestes não é possível saber quais as razões que estão escondidas através da aplicação do princípio se não houver uma extensa fundamentação que demonstre, com base na tradição jurídica, o critério correspondente.

5 A "difícil" tarefa de compreender o direito

O intérprete do direito não tem a livre tarefa de compreender as coisas sobre a sua própria perspectiva. Ele é educado para que, constantemente, garanta as bases de um direito de ideal democrático. Com esses pressupostos, a HJC não nega a (inter)subjetividade[35] própria da interpretação, mas entende que essa condição se dá inexoravelmente de maneira intersubjetiva, e, portanto, passível de ser pensada da mesma forma. Isto é, se o intérprete procura explicitar pelo discurso todos os seus pressupostos do compreender, será possível "migrar" de uma condição (inter)subjetiva própria para uma comunitária. O discurso ou a linguagem permitirá que a compreensão do caso concreto apresente-se como um compartilhamento. Somente sabe-se aquilo que o outro compreendeu sobre o caso concreto quando ele, através do discurso, abre tal possibilidade intersubjetiva.

O direito reclama um determinado um modo-de-ser-no-mundo, vivido meio a tradição jurídica. É sob o manto dessa tradição que o jurista deve ter o cuidado (*Sorge*) no trato significativo das coisas, por isso, quando se apela aos princípios, entendendo que eles abrem a interpretação, não se pode esquecer do seu outro quinhão que, paradoxalmente, ao mesmo tempo a fecha. E o fechamento se dá pela argumentação, no plano causal-explicativo, ou, como se quiser, no nível de racionalidade apofântica,[36] pelo qual a aplicação dos princípios como guias exigem um esforço argumentativo do julgador para demonstrá-lo.

Por isso que se diz que o direito envolve sempre uma compreensão cuidadosa das coisas, rechaçando uma compreensão do fenômeno jurídico de maneira "livre". Essa atitude se mostraria sempre quando se guarda respeito entre a relação compreensiva com o dever de integridade e coerência do direito. Atendendo a essa condição o intérprete denuncia o seu habitar no mundo, no qual, o modo-de-ser-no-direito exige colocar constantemente em xeque as antecipações de sentido frente à tradição jurídica.

O sentido dos princípios só pode ser percebido dentro de uma determinada tradição, pela qual a historicidade marca a sua representação para o intérprete. A principal finalidade de utilização do princípio seria romper com a racionalidade lógico-instrumental pela qual se orienta o positivismo jurídico metodológico, fazendo com que exista um espaço vivo no direito. Pode-se, assim dizer, que através dos princípios é possível recuperar o contato do direito com a "realidade social" (mundo prático), dotando-lhe de um mecanismo hermenêutico que proporcione, constantemente, um *update* na sua base de dados, fazendo com que o tempo, como senhor do sentido, seja constantemente consultado.

Ora, o positivismo jurídico age como um seqüestrador do sentido das coisas, achando ser possível utilizar-se da linguagem como um objeto, uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto, de caráter meramente instrumental à disposição do sujeito. Quando a linguagem se torna disponível, não é mais possível fazer filosofia sobre ela. Quer dizer, quando a linguagem é simplesmente perdida na sua condição de uso, ela deixa de ser vista como a condutora necessária do conhecimento. A linguagem vista como um instrumento, um ente na sua condição entificada (ôntica), deixa de demonstrar aquilo que tem de mais vigoroso: a sua transcendência no tempo. Por isso que ser que pode ser compreendido é linguagem. Isto é, aquilo que pode ser compreendido só o é pela

linguagem. Se a linguagem permite a compreensão do ser (tomado como sentido das coisas) é porque ela dá acesso ao ser.

Como se compreende, então, o sentido jurídico das coisas? É denunciando os efeitos da linguagem sobre o intérprete, revelando a sua finitude no conhecer. Pois a linguagem, morada do ser, remete a um local. Esse local é a faticidade do intérprete. Por isso que se fala que os princípios tem a mágica fórmula de trazer o mundo prático para o direito. Quer dizer, eles obrigam o intérprete a compreender os fenômenos (coisas, caso concreto) de acordo com a sua faticidade. É dentro da faticidade que os princípios obrigam a conduta. É no modo-de-ser-no-mundo-conforme-o-direito que se conhece a força normativa dos princípios. Tal manifestação tem o privilégio ontológico-existencial, fazendo-se presente locucionariamente na sua translação à linguagem.

Por isso que a aplicação do princípio ao mesmo momento, paradoxalmente, abre e fecha a interpretação, abrindo o direito à faticidade e fechando-o por causa dela. A faticidade determina a compreensão do fenômeno jurídico pelo intérprete, vinculando-o a um determinado modo-de-ser-no-mundo. Esse modo de ser não é esquizofrênico. Não é de uma forma hoje e de outra forma completamente diferente amanhã. Não é possível entender, sem uma razão justificadora coerente, que as pessoas transitem na rua completamente nuas. Existe uma tradição na compreensão do comportamento social, impedindo que as coisas sejam de qualquer forma. O direito, de certa forma, deve reproduzir essa condição. Não pode o sentido dos fenômenos jurídicos ser qualquer um. Ele deve guardar respeito à tradição jurídica, podendo aqui ser representado pela busca de integridade e coerência.[37]

Voltando ao exemplo da discricionariedade utilizado no item anterior, não existe a possibilidade de se admitir a decisão do juiz de Coité/BA, que deixou de condenar e de absolver o acusado, impondo-lhe aquilo que ele bem entendia[38] como justo no caso concreto. A justiça que pode ser oferecida ao caso concreto é que ele seja julgado de maneira íntegra e coerente, tendo como paradigma uma determinada tradição jurídica.[39] Não se mostra íntegro, muito menos coerente com a tradição jurídica condicionada pelo Estado Democrático de Direito a imposição de uma visão pessoal como resposta jurídica.

6 Considerações finais

O presente trabalho procurou demonstrar que o pensar sobre o direito ainda se mostra resistente as revoluções científicas que marcaram o conhecimento a partir do século vinte, principalmente, fechando os olhos à virada lingüística ontológica. Sobre a perspectiva da hermenêutica filosófica, mergulhando o direito na filosofia da linguagem, seria possível perceber traços dos fenômenos jurídicos descomprometidos com um ideal democrático que marcam as sociedades contemporâneas.

Destaca-se, paradoxalmente, os princípios como elementos legitimadores do direito e, ao mesmo tempo, propulsores da prática das mais variedades discricionariedades judiciais. Para demonstrar esta condição, foi possível através do julgamento de um caso

concreto demonstrar que o uso indiscriminado dos princípios pode servir, como no uso de conceitos gerais, como a justiça, por exemplo, de álibis a prática das mais diversas arbitrariedades judiciais, como fez, na interpretação ora proposta, o juízo de Coité. Acontece, como demonstrado no presente trabalho, que muitas vezes a decisão como a do juízo de Coité se mostra mais democrática que outras pelo pais a fora, pois, pelo menos nesta, é possível reagir contra a adoção de convicções pessoais do juiz como fonte da sua decisão. Ao passo que em outras decisões que utilize os princípios como *ratio decidendi*, sem o correspondente ônus argumentativo para apresentar o seu ser (sentido), não se pode saber, nem controlar o poder judicial, permitindo que a arbitrariedade seja velada no princípio. Em termos heideggerianos estar-se-ia encobrindo o ser do princípio com a superficial apresentação do seu ente.

Como alternativa às posturas judiciais criticadas, procura-se na idéia de direito como integridade e coerência a possibilidade de apontar à hermenêutica jurídica condições para que as decisões judiciais deixem de depender das convicções pessoais dos julgadores, passando a exigir do julgador uma preocupação de ajuste ou adequação da sua interpretação com o direito considerado como um todo coerente.

7 Referências bibliográficas

ALEXY, Robert.*Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

BADIE, Bertrand; HERMET, Guy. *Política comparada*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1993.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia.* Tradução Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: *Isonomía*. n. 16. 2002.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. In: Os pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

. *O império do direito.* Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. Heidegger em retrospectiva. *Hermenêutica em retrospectiva*. v. 1. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

. Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. v. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GONZÁLEZ, Santiago Sánchez. De la imponderable ponderación y otras artes del tribunal constitucional. *UNED. Teoría y realidad constitucional*. n. 12-13, 2004, p. 351-382.

GRODIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

HABERMAS, Jürgen. ***Direito e Democracia*: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Sieneichler. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HEIDEGGER, Martin. ***Ser e Tempo***. v. 1. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas.* Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Novos ensaios sobre o entendimento humano*. In: Os pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

OLIVEIRA, **Manfredo Araújo.** ***Reviravolta lingüistico-pragmática na filosofia contemporânea***. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SCHIER, Jan. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

. *Exercícios de fenomenologia*: limites de um paradigma. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

. Da fenomenologia hermenêutica à hermenêutica filosófica.*Veritas*, Porto Alegre, v. 47, n. 1, p. 21-34, mar. 2002.

. *Pensar é pensar a diferença*: filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.

.*Epistemologia e crítica da modernidade*. 3 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

. *Verdade e consenso*: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

---

[1] Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 125: "[...] tanto o idealismo platônico como o essencialismo realista aristotélico, embora discordantes entre muitos aspectos, convergem num ponto considerado por Platão e Aristóteles como fundamental: seja qual for a sua sede ou seu lugar de origem, a verdade está enquanto tal preservada da corrupção e da mudança para sempre."

[2] A possibilidade de possuir um conhecimento verdadeiro e certo, como o pensamento, seria evidencia da condição de ampliar esse critério para as demais coisas do mundo. Assim, a regra geral é de que as coisas claras são verdadeiras. Cf. DESCARTES, René. *Discurso do método.* In: Os pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000, p. 42.

[3] Cf. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Novos ensaios sobre o entendimento humano.* In: Os pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000, p. 417-418.

[4] Cf. STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia.* 2. Ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2005, p. 181: "Kant instaurou as verdadeiras possibilidades de uma filosofia da finitude. Isto aconteceu, principalmente, pela sua redução do campo de conhecimento possível à experiência, e pela explicação do conhecimento pelo esquematismo." Também Cf. Idem., *Epistemologia e crítica da modernidade.* 3 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2001, p.93: "Que Kant é um filósofo fundamentalista, que tem uma idéia de razão, em que ele sabe que a razão é importante, mas que a razão tem que se fundar a si mesma, que a razão tem que chegar à fundamentação e que ela tem que encontrar um fundamento último para si."

[5] Essa forma de resolver o problema interpretativo do direito tem influência no direito brasileiro contemporâneo, sendo possível identificar na legislação circunstâncias que transferem o poder de dizer o direito ao juiz, tendo como exemplo: Decreto-Lei n° 4.657/42 (LICC) no seu artigo 4° estabelece que na omissão da lei o juiz deve decidir o caso recorrendo a outros critérios como analogia, *costumes* e os princípios gerais do direito. De forma parecida, a Lei Federal n° 5.869/73 (CPC), no seu artigo 126 determina que o juiz não pode deixar de decidir (*non liquit*), devendo, no caso de lacuna ou obscuridade da lei socorrer-se de outros critérios como a analogia, os *costumes* e aos princípios gerais do direito. Para finalizar, a Lei Federal n° 5.172/66 (CTN), no seu

artigo 108 apresenta a forma de interpretação e integração do direito tributário, condicionando, na falta de disposição legal expressar o intérprete deverá utilizar sucessivamente a analogia, os princípios gerais tributários, os princípios gerais públicos e a eqüidade.

[6] Expressão empregada Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, Op. Cit., p. 171: "No jogo de linguagem, o homem age, mas não simplesmente como indivíduo isolado de acordo com o seu próprio arbítrio, e sim de acordo com regras e normas que ele, juntamente com outros indivíduos, estabeleceu."

[7] Heidegger queria colocar em evidencia a forma como se pré-estruturava o compreender das coisas, elaborando uma hermenêutica da faticidade ou ontologia. Cf. STEIN, Ernildo. Da fenomenologia hermenêutica à hermenêutica filosófica.*Veritas*, Porto Alegre, v. 47, n. 1, p. 21-34, mar. 2002.

[8] HEIDEGGER, Martin. ***Ser e Tempo.*** v. 1. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 57.

[9] A forma de interpretar as coisas sempre estaria determinada por uma forma de compreender, uma projeção de sentido que já apresentaria uma posição prévia (*Vorhabe*), visão previa (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*) cf. HEIDEGGER, *Ser e Tempo*, Ob. Cit., p. 207. Essa projeção está ligada a historicidade e faticidade do ser-no-mundo (*Dasein*). Essa projeção pode ou não se confirmar na coisa mesma. Assim, o teorema do circulo hermenêutico pressupõe o cuidado (*Sorge*) de um compreender autêntico, promovendo um constante encontro da projeção de sentido (*Vorhabe, Vorsicht e Vorgriff*) com a sua confirmação. A quebra dogmática da entificação das coisas – ou dos sentidos – está em ingressar no circulo (hermenêutico) de forma adequada, mantendo-se, sempre, a estrutura da abertura do compreender. A estrutura circular põe em condições de conhecer o sentido das coisas de maneira autêntica. Melhor dizendo, mantendo-se livre para desencobrir a diferença ontológica.

[10] Seria a constante luta proposta pela filosofia hermenêutica contra as tendências de entificação das coisas, cujo resultado seria o encobrimento do seu verdadeiro ser. O ser só pode ser acessado mediante um ente e um ente somente subsiste em razão do seu ser. Entre ente e ser existe uma unidade e uma diferença. Cf. GADAMER, Hans-Georg. Heidegger em retrospectiva. *Hermenêutica em retrospectiva*. v. 1. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 93: "Os expertos no segundo Heidegger sabem há muito tempo que a diferença não é algo feito por alguém, mas que somos colocados nessa diferenciação, nessa diferença. "Ser" mostra-se "no" ente e nisso já reside a questão sobre o que significa o fato de o ente se "dar"."

[11] Cf. STEIN. Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*: filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Editora Unijuí, 2002, p.24.

[12] Id., p. 27.

[13] Cf. STEIN, Da fenomenologia hermenêutica à hermenêutica filosófica, Op. Cit., mar. 2002, p. 31: "O tema da reflexão é transformado em compreensão na linguagem e nada mais tem a ver com o lado transcendental – do qual Gadamer explicitamente se afasta – e a linguagem torna-se então o horizonte universal e o meio (*medium*) da compreensão e da própria comunicação."

[14] Por isso que Oliveira ao comentar Gadamer ressalta: “Nossa experiência de mundo traz em si, em princípio, uma perfectibilidade infinita, mas em cada visão de mundo ocorre sempre um significar o em-si do mundo, e fora do mundo humano-lingüístico não temos mundo: daí a ambigüidade da expressão “mundo em si”, como se para nós existisse algum mundo fora da lingüicidade. O mundo é a totalidade à qual se relaciona nossa experiência linguisticamente esquematizada.” Cf. OLIVEIRA, **Manfredo Araújo.** ***Reviravolta lingüistico-pragmática na filosofia contemporânea***. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 239.

[15] Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. v. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 571: “Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma com não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas esse estar-aí do mundo é constituído pela linguagem.”

[16] O reconhecimento da finitude da compreensão humana é a essência da verdadeira consciência histórica efetual. É fazer com que o intérprete leve em mente que a sua historicidade é a fonte dos preconceitos, e estes, o ponto de partida de qualquer interpretação. Deve-se ter consciência, portanto, que os preconceitos são limitados pela historicidade do intérprete, razão pela qual sempre deverão manter-se dispostos a reforma em razão do encontro com a coisa mesma. A consciência da história efetual poderia ser resumida como a atitude do reconhecimento da finitude da reflexão, e por isso, impede a sua atrofia. Cf. GRODIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 186-192.

[17] O jurista brasileiro que assumiu esse desafio é Lenio Luiz Streck que, entre diversas outras produções acadêmicas, pode ser considerado o inaugurador dessa perspectiva crítica no Brasil com o seu livro Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.

[18] Apresentando a dificuldade de substituição de um paradigma por outro, é possível consultar: KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas.* Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

[19] COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In**:** *Isonomía*. n. 16. 2002, p. 98.

[20] Idem., p. 100.

[21] Idem., p. 101.

[22] Apesar da moral e o direito se relacionarem mediante a incorporação de princípios jurídicos e Direitos Fundamentais criando incontestáveis “obrigações morais”, deve-se ter claro em mente que a autonomização dessas normas (princípios/Direitos Fundamentais) se dá pelo processo democrático de legislação, cf. HABERMAS, Jürgen. ***Direito e Democracia:*** **entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Sieneichler. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 253.

[23] O neoconstitucionalismo pode ser definido como uma revisão da teoria do direito colocando a Constituição como a fonte material do direito no centro de debate. Essa postura implica numa revisão de vários aspectos do direito e da hermenêutica jurídica,

tendo como grande conseqüência o reconhecimento do poder contramajoritário dos juízes, principalmente os constitucionais, para a produção jurídica. A base desse pensamento pode ser buscada em PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales.* Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 101-135.

[24] É possível identificar uma tendência pós movimento democrático de politização de justiça, utilizando-se da força do poder judiciário para garantir uma série de Direitos Fundamentais que deveriam ser concretizados mediante políticas públicas, cf. VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47.

[25] Cf. GONZÁLEZ, Santiago Sánchez. De la imponderable ponderación y otras artes del tribunal constitucional. In. *UNED:* Teoría y realidad constitucional. n. 12-13, 2004, p. 351-382.

[26] Veja-se a especificidade desses sistemas jurídicos: nos Estados Unidos, por exemplo, o controle de constitucionalidade das normas é tipicamente difuso, fazendo o uso do *judicial review* no caso concreto. Essa revisão do direito no caso concreto, apesar de não possuir efeito *erga omnes*, provoca, em razão do *Stare Decisis*, a possibilidade de expansão dos seus efeitos. Contudo, a lei ou ato atacado perde a sua validade de forma *ex tunc*. Na outra ponta, o sistema alemão de controle de constitucionalidade é de índole tipicamente concentrado, reservando ao Tribunal Constitucional a apreciação *in abstrato* da inconstitucionalidade da lei, *per saltum*, com efeitos *erga omnes* por excelência. Sob este modelo a lei ou ato torna-se inválido de maneira *ex nunc*. Cf. CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 85-118.

[27] Desenvolvimento que pode ser melhor acompanhado através de sua obra: ALEXY, Robert.*Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

[28] Vale referência aos problemas da importação teórica sem a preocupação com os respectivos contextos, que provocam, na sua maioria das vezes um descompasso gnoseológico de mundo, valendo o alerta de Badie e Hermet. Cf. BADIE, Bertrand; HERMET, Guy. *Política comparada.* México: Fondo de Cultura Econômica, 1993, p. 181.

[29] Parte-se do pressuposto de que a norma jurídica é, inexoravelmente, um produto da interpretação. Essa condição já encontra um porto seguro no direito desde as investidas de Eros Grau. Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 79 e sgs.

[30] Cf. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia.* Tradução Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 32.

[31] Cf. DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade:* a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15: “Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral

particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado."

[32] Toma-se aqui a Constituição de 1988 como o marco democrático do direito brasileiro, condição que implica uma filtragem constitucional para a compreensão das demais normas do sistema jurídico. Assim, é possível dizer que se a norma continua aplicável é porque recebeu o banho democrático necessário para permanecer no sistema. Cf. SCHIER, Jan. *Filtragem constitucional.* Porto Alegre: Fabris, 1999.

[33] Para não redundar no mesmo equívoco aqui criticado, entende-se como Devido Processo Legal Substancial a garantia que possui todo o cidadão que ingressa ao poder judiciário de ter o seu caso devidamente apreciado, das suas condições particulares à forma de integração da decisão ao que se poderia esperar legitimamente de um direito íntegro e coerente. É imprescindível para isto uma extensa e abrangente fundamentação da decisão. Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 494-5.

[34] AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR DEFERIDA. REINCLUSÃO DA MÃE DO IMPETRANTE COMO BENEFICIÁRIA DO FUNDO DE SAÚDE DO EXÉRCITO (FUSEX). 1. A irreversibilidade dos efeitos da medida, prevista no § 2º, do art. 273 do CPC, não se pode erigir em impedimento inafastável ao deferimento de provimento antecipatório em casos como o dos autos. O princípio da proporcionalidade deve inspirar a prestação jurisdicional, de jeito que na colisão de interesses deve o julgador precatar aquele de maior valor, o qual, no caso, reputo ser o pertencente ao agravado. 2. Não há espaço na hipótese vertente para incidência da regra restritiva de concessão da tutela de urgência - § 3º, art. 1º, da Lei n. 8.437/92, na medida que os efeitos da prestação emergencial deferida, que tem apenas repercussão econômica, poderão ser revertidos. 3. Justo o raciocínio engendrado pelo i. Julgador a quo na decisão recorrida, em que reconheceu ao agravado o direito a incluir sua mãe como dependente, posto que "a não concessão da liminar poderá ocasionar dano de difícil ou incerta reparação ao impetrante e sua mãe, a qual, por possuir idade avançada, presume-se necessitar de constantes avaliações e tratamentos médicos". (TRF 4ª R. - AI 200704000081882 - 3ª T. - Luiz Carlos De Castro Lugon - DJ 05.09.2007)

[35] A expressão é assim utilizada para destacar a impossibilidade de ser-isolado-n(d)o-mundo. Confirmando, Heidegger diz que o homem (intérprete) é ser-no-mundo (*Dasein*). O mundo é um dos seus elementos constitutivos. É um existencial que lhe marca. O *Dasein* só compreende porque possui mundo. É no mundo que a rede significativa dos fenômenos adquire algum sentido. Somente assim se poderia compreender algo enquanto algo (*als*). Porque o *Dasein* tem mundo. De forma parecida, Gadamer refere que não seria possível uma linguagem particular, só existe linguagem porque o *Dasein* procura articular discursivamente o sentido da sua compreensão, preocupando-se com o resultado desta tentativa de ser compreendido, ou, de outra forma, demonstrar como as coisas são (*wie*).

[36] Cf. STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*: limites de um paradigma. Ijuí: Editora Unijuí, 2004, p. 151-170.

[37] Dworkin expressa que a comunidade de princípios implica que as pessoas aceitem que são governadas por princípios comuns. A partir deste ponto as decisões políticas serão uma arena de debate sobre quais princípios a comunidade deve assumir no seu sistema. Será através dos princípios adotados que se poderá perceber os ideais de justiça, equidade e devido processo legal. E mais, Dworkin sustenta que nesta comunidade os direitos e deveres não se limitam a decisões políticas particulares, tanto no âmbito legislativo como judicial, mas, precipuamente, que conjunto de princípios tais decisões pressupõem e endossam. Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 254-5.

[38] A postura hermenêutica de assumir o direito como integridade demanda um esforço hercúleo do julgador. Este esforço estaria muito mais ligado com a necessidade de Hércules lutar por um direito coerente, utilizando, assim, a idéia de coerência narrativa para justificar as suas decisões, do que simplesmente adotar uma postura pragmatista, afirmando que as decisões anteriores (leia-se o direito antes da sua interpretação) não colabora em nada para justificar as suas decisões. A crítica se sustenta em: DOWRKIN, *O império do direito*, Op. Cit., p. 185.

[39] A justiça estará presente quando o juiz demonstrar que a sua interpretação é aquela que melhor se adapta a uma teoria política que justifica o direito já estabelecido. Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 203.

A DECISÃO JURÍDICA EM NIKLAS LUHMANN: OPERAÇÃO, DIFERENÇA E ABERTURA*

JURIDICAL DECISION IN NIKLAS LUHMANN: OPERATION, DIFFERENCE AND OPENNESS

Henrique Mioranza Koppe Pereira
Rafael Lazzarotto Simioni

RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo identificar, no âmbito da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a idéia de decisão jurídica, destacando o lugar no qual ela é atribuída, a sua diferença em relação às demais operações sistêmicas e o modo através do qual a decisão jurídica combina uma lógica de clausura e abertura operativa. A idéia de decisão jurídica na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann é bastante original se comparada com as demais perspectivas teóricas das tradições analítica e hermenêutica. Para Luhmann, a decisão jurídica está paradoxalmente na sua própria impossibilidade de decisão. E esse paradoxo coloca a decisão jurídica sob a pressão de usar criativamente os valores exteriores ao sistema do direito, através da introdução de justificações argumentativas externas ao sistema de referência. De modo que as decisões jurídicas passam a validar as normas que, por sua vez, validam as decisões, criando uma fundamentação recíproca e tautológica. A importância disso está nas novas relações que esse modo de intelecção das decisões jurídicas permite estabelecer com as novas exigências que o Estado Democrático de Direito apresenta à forma de justificação das decisões jurídicas.

PALAVRAS-CHAVES: DECISÃO JURÍDICA; PARADOXO; ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; NIKLAS LUHMANN.

ABSTRACT

This paper aims to identify, within the Niklas Luhman's systems theory, the idea of Juridical decision, noting the place where it is assigned, its difference in relation to other systemic operations and the combination of closure and opening operative. The idea of Juridical decision in Niklas Luhmann's is original in relation to other theoretical perspectives of analytical and hermeneutic traditions. For Luhmann, the Juridical decision is paradoxically at its own undecidable. And this paradox raises the Juridical decision under pressure to use creatively the values outside the system of law, by introducing external argumentative values of reference. So that Juridical decisions are to validate the rules, in turn, validate the decisions, creating a reciprocal and tautological reasoning. The importance of this is the new relationships that this mode of intellection

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

of Juridical decisions to establish with the new demands that the Democratic Rule of Law State on how to justify judicial decisions.

KEYWORDS: JURIDICAL DECISION; PARADOX, DEMOCRATIC RULE OF LAW STATE; NIKLAS LUHMANN.

1 INTRODUÇÃO

No campo da Teoria do Direito podem ser encontradas diversas descrições a respeito das decisões jurídicas. Muitas delas vinculadas ao paradigma científico dominante em cada época. Na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, podemos encontrar um tipo bastante diferente de intelecção a respeito da decisão jurídica. No âmbito da sua teoria dos sistemas sociais autopoiéticos, a investigação da decisão jurídica é realizada por meio de uma análise das operações de decisão como formas de distinção. Decisões são, nessa perspectiva, operações de indicação e distinção (Spencer-Brown, 1979, p. 1) que produzem uma diferença no sistema. E que assim produzem também uma atualização do sistema dentro da sua dinâmica de clausura operativa (auto-referência) e abertura cognitiva (hetero-referência).

No contexto do Estado Democrático de Direito, o entendimento da decisão jurídica e das suas formas de justificação torna-se importante, especialmente porque o modo contemporâneo através do qual são justificadas as opções por uma ou outra decisão apresentam exigências muito mais sofisticadas do que as exigências de fundamentação das decisões jurídicas da matriz analítica do Direito do Século XX. E a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann procura dar uma resposta exatamente para a questão de como acontecem as decisões jurídicas e como são introduzidos argumentos baseados em valores exteriores ao próprio sistema do direito para suplementar o fundamento às vezes ausente no processo de justificação da decisão.

As questões que nós podemos destacar aqui, de forma sucinta e com intenções substancialmente propedêuticas, são a) o endereço ou o lugar onde se pode atribuir uma decisão jurídica no contexto da sociedade contemporânea, b) a idéia da decisão como diferença da operação, c) a estrutura a partir da qual a decisão é realizada como operação genuinamente social e fechada de distinção comunicativa e d) a abertura que esse fechamento produz às informações do ambiente. Nossas perguntas, portanto, são: qual o endereço sistêmico de uma decisão? O que é uma decisão? Como ocorre a decisão? Como a decisão jurídica se estabelece dentro de uma lógica fechada (auto-referencial) de produção e, ao mesmo tempo, aberta (hetero-referência) a uma série de referências externas ao sistema do direito?

Importante ter presente, antes disso, que a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann procura observar a sociedade como formas de comunicação funcionalmente diferenciadas (1998; 2003 e 2007b). Formas de comunicação diferenciadas em sistemas/função dotados de clausura operativa e de autopoiese, como são os sistemas/função do direito, da política, da economia, da arte, da ciência, da religião, dos meios de comunicação de massa etc. Cada sistema disponibiliza uma racionalidade

diferente para as decisões. Cada sistema estrutura formas de comunicação que produzem sentido de modo diferente. E ao se transitar, como um observador externo, de um sistema de referência para outro, os diversos sentidos são reconstruídos de modo contingente, de modo policontextural (Gunther, 2007).

2 DECISÃO JURÍDICA E REFERÊNCIA COMUNICATIVA

No caso específico do sistema/função do direito, essa estruturação da comunicação ocorre através do código da diferença entre direito e não-direito. Assim, toda comunicação da sociedade que faz referência a essa diferença entre direito e não-direito fica atribuída ao sistema jurídico (Luhmann, 1989), quer dizer, ganha o sentido já estruturado simbolicamente pelo sistema do direito. Um evento qualquer da sociedade pode ser observado em termos de verdade e falsidade (código da ciência), como também pode ser observado em termos de pagamento ou não-pagamento (código da economia) e igualmente pode ser observado em termos de governo ou oposição ao governo (código da política) ou entre informação nova e redundância (código dos meios de comunicação de massa), entre outros inúmeros contextos de significação possíveis. Mas se esse evento for observado em termos de direito ou não-direito, então já se está fazendo referência ao sistema jurídico da sociedade.

Uma decisão jurídica, portanto, é toda decisão que estabelece uma referência comunicativa à diferença entre direito e não-direito. Nessa perspectiva da teoria dos sistemas, torna-se possível observar a produção de decisões jurídicas em todos os contextos da sociedade e não apenas nos tribunais. Qualquer decisão que utiliza o direito como sistema de referência já é uma decisão jurídica, ainda que decidida no âmbito de sistemas de organização que não fazem parte das instituições jurídicas tradicionais, como o Estado ou mais especificamente os tribunais (Luhmann, 1992). Uma empresa ou sujeito qualquer pode decidir entre o lucro e o prejuízo em uma determinada situação, como também pode decidir entre a verdade e a falsidade. Pode decidir também por salvar sua alma evitando o pecado em um contexto de referência religioso. Pode também julgar uma situação segundo um código moral de bondade ou maldade. Mas sempre que usar, como sistema de referência para a sua decisão, o código do direito, já se está decidindo segundo a estrutura sistêmica do direito.

Também uma decisão realizada no âmbito dos tribunais pode decidir um evento conforme o código da diferença entre direito e não-direito – nesse caso há, aliás, um dever de fazer isso. Mas os tribunais podem, também, decidir uma causa utilizando outros códigos, como o da diferença entre governo e oposição – um código da política, e que por isso aparece no direito como politização da justiça. Uma operação bastante comum que se observa hoje nos tribunais superiores é a utilização de códigos da economia, como para decidir uma questão jurídica pensando nos impactos econômicos (lucro/prejuízo) da decisão no ambiente sistêmico.

Na perspectiva de Niklas Luhmann, portanto, uma decisão jurídica não é apenas a decisão tomada por quem trabalha com o direito, nem são apenas as decisões do Judiciário ou do Governo. As decisões jurídicas são todas aquelas que são decididas a partir do código da diferença entre direito e não direito, independentemente do lugar onde elas acontecem. O endereço da decisão jurídica, portanto, não está marcado nas instituições legais, tampouco nas organizações que fazem parte do sistema jurídico (tribunais, advocacia, procuradorias, polícia etc.). As decisões jurídicas acontecem em

qualquer lugar, em qualquer instância e em qualquer contexto de comunicação da sociedade que usa o código da diferença entre direito e não direito como estrutura de produção de sentido normativo. Até mesmo no âmbito da política, se um governo toma uma decisão não com base na diferença entre governo e oposição, mas com base na diferença entre direito e não direito, a decisão do governo já é uma decisão primariamente jurídica, e não política.

Isso acontece porque os sistemas/função da sociedade, dos quais o direito é apenas um deles, produzem potencialidades de sentido de modo simultâneo (Luhmann, 1997). Não há, portanto, um sistema mais importante do que os outros. Cada um possui e desempenha uma função específica para a sociedade e para os demais sistemas autopoiéticos. Por esse motivo, uma organização ou um sujeito pode transitar de um sistema para outro, pode reconstruir o sentido da sua observação ou da sua decisão conforme estabeleça referências comunicativa com o código de um sistema ou de outro. Claro que as decisões jurídicas devem ser tomadas pelos tribunais e as decisões políticas pelo governo e pelo legislativo. Como também as decisões científicas devem ser tomadas pelas universidades e centros de pesquisa e as religiosas pelas igrejas etc. Mas por que há esse dever? Já que do ambiente dos sistemas sociais todos esses sentidos estão dados de modo simultâneo e reciprocamente contingente?

Segundo Luhmann, os sistemas sociais dotados de clausura operativa produzem também sistemas de organização responsáveis pela atualização das operações do sistema. Para o sistema do direito, a organização que desempenha essa função de centro de tomada de decisões jurídicas – e portanto de atualização do sistema jurídico – são os tribunais. Já para a política, as organizações são o governo, o legislativo e as demais entidades da administração pública. A economia, por outro lado, tem os bancos centrais como as organizações centrais da atualização do sistema econômico. Do mesmo modo as escolas e universidades para a educação, os centros de pesquisa (universitários ou não) para a ciência, as igrejas para a religião etc. Cada sistema social autopoiético produz também seus sistemas de organização centrais para desempenhar a atualização de suas operações de decisão/reprodução do próprio sistema.

A corrupção das decisões aparece exatamente quando uma instância dessas decide com base em outros códigos. Quando por exemplo uma decisão do governo decide não com base na diferença entre governo e oposição, mas com base na diferença entre amigo e inimigo, parente e desconhecido, lucro e prejuízo etc. E isso pode ser observado em qualquer sistema de organização central vinculado a cada sistema/função da sociedade (Miranda e Simioni, 2005). E essa corrupção de códigos também pode ser observada como um problema de falta de diferenciação funcional ou “alopoiese” (Neves, 1994, p. 256), como também, sob uma hipótese colocada por Luhmann (2005a, p. 58), como uma questão de acoplamento estrutural entre uma forma funcionalmente diferenciada de sociedade – típica da Modernidade – e outra forma de sociedade estratificada – típica da Idade Média –, convivendo simultaneamente em países de modernidade periférica como o Brasil, que convive com formas modernas de organização social e ao mesmo tempo convive com sistemas feudais e favorecimentos pessoais em muitos âmbitos de decisão jurídica, política e econômica.

Nessa breve exposição do lugar das decisões jurídicas já aparece uma diferença fundamental em relação à perspectiva teórica de Jürgen Habermas. Para Luhmann, o mais importante para se entender as decisões jurídicas na sociedade contemporânea é

observar a diferença, a produção da diferença, os processos de produção das diferenças. Para Habermas, o mais importante é observar a unidade, sob uma pretensão universal de racionalidade para, a partir dela, procurar estabelecer mediações exatamente para aproximar as diferenças.

À pergunta pelo lugar da decisão jurídica em Niklas Luhmann, portanto, respondemos com a referência sistêmica que a decisão utiliza. Já que o sistema do direito, entendido com sistema autopoiético que opera com base em comunicação significativa, é um sistema que não possui fronteiras territoriais – até porque o direito estrangeiro pode ser diferente em seus programas de decisão, mas ainda assim é um direito que opera com base no código da diferença entre direito e não-direito –, logo se pode observar que as decisões jurídicas estão em todas as decisões que usam o direito como sistema de referência, quer dizer, em todas as decisões que decidem algo com base na diferença entre estar em conformidade com o direito ou não estar em conformidade com o direito. Qualquer um pode decidir com base no direito em qualquer lugar, independente dos programas legislativos vigentes em cada lugar geográfico. Do mesmo modo que um católico não perde necessariamente sua fé cristã ao visitar a Índia budista, nem um político do governo passa a ser da oposição ao criticar a verdade científica de uma determinada teoria política.

Mas os tribunais são o sistema de organização responsável pela atualização do primado funcional do direito. E por isso, no âmbito dos tribunais, as decisões das causas com a utilização de outros códigos que não o código do direito já se apresenta como um problema – atualmente se fala em judicialização da política e também na repercussão geral como um problema de análise dos impactos especialmente econômicos da decisão jurídica. Um juiz que decide uma causa não porque a conduta do autor ou do réu foi correta ou incorreta do ponto de vista do direito, mas porque a decisão é lucrativa ou gera prejuízos econômicos, já tomou uma decisão econômica. Do mesmo modo, um juiz que decide um fato fazendo política pública do governo ou da oposição, em detrimento à diferença entre direito e não-direito, já tomou uma decisão política e não jurídica. E isso aponta também para a importância que tem a argumentação jurídica na justificação dessas decisões mais difíceis, dessas decisões que exigem um pouco mais do que as respostas previstas no direito positivo.

3 DECISÃO E OPERAÇÃO

É nesse ponto que aparece a idéia de decisão na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Há uma diferença entre operação e decisão. Claro que toda decisão é uma operação do sistema. Uma operação comunicativa. Mas uma decisão é mais que uma operação ou, pelo menos, um tipo especial de operação do sistema.

O primeiro passo para entender o significado de uma operação sistêmica é ultrapassar os reducionismos dos conceitos de sujeito e de ação. Não são os juízes, advogados, procuradores ou promotores que realizam as operações jurídicas. Nem são as suas ações que constituem o substrato material das operações referidas ao sistema do direito. As operações jurídicas só podem ser entendidas como operações comunicativas e, por isso, tratam-se de operações genuinamente sociais. Os sujeitos e as suas ações não são nem componentes, tampouco são partes do “sistema” direito. Naturalmente, se pode atribuir uma decisão a um sujeito que a realizou e ver nisso alguma juridicidade. Mas com isso se perde a oportunidade de observar os condicionamentos estruturais nos quais esse

sujeito – e sua respectiva ação/decisão – está inevitavelmente inserido. Operações sociais são operações comunicativas que estabelecem, elas mesmas – vale dizer: independentemente de ações e dos seus respectivos sujeitos –, condições de ligação para operações subseqüentes (Luhmann, 2005a, p. 105).

O conceito de operação então se torna importantíssimo na teoria dos sistemas autopoiéticos. E se trata de um conceito tão dinâmico que se pode delimitá-lo em três dimensões de sentido: temporal, objetiva e social. Na dimensão *temporal*, as operações são efetuações, acontecimentos, eventos comunicativos que não tem um início e nem um fim. Apenas ocorrem na forma de acontecimentos e, por isso, não tem nenhuma duração. E como não tem duração, as operações não experimentam nenhuma mudança. Elas simplesmente ocorrem, umas após as outras, em uma relação de produção recursiva. As operações então atualizam constantemente as possibilidades de sentido disponibilizadas pela autopoiese do sistema. Cada operação é uma atualização do sistema no tempo. De modo que a durabilidade, quer dizer, a estrutura, só pode ser produzida no próprio sistema, através das suas próprias operações. Isso significa que toda duração – e por isso também toda mudança – é um produto das operações do sistema. São as próprias operações que constroem as estruturas para que elas possam encontrar o sentido temporal da duração e da mudança nos seus processos de efetuação autopoiética. Novamente aqui, as operações constroem estruturas para manter a história de produção de operações e, ao mesmo tempo, realizam operações para condensá-las na forma de estruturas que conectam, recursivamente, as operações umas às outras.

Em ouras palavras, trata-se de um processo circular onde operações produzem operações subseqüentes, que se condensam em estruturas mediante operações orientadas a essas estruturas mesmas. E essa tautologia, que expressa a profundidade e a insólita abstração do conceito de autopoiese, pode ser condensada no seguinte: as operações produzem as estruturas que reproduzem as operações, sem um início absoluto, nem um fim necessário.

Se na dimensão temporal as operações criam a história do sistema na forma de seqüências temporais de operações (estruturas), na *dimensão objetiva* pode-se observar que as operações produzem diferença. Depois de uma operação, o sistema já não é mais o mesmo de quando era antes dessa operação. E mais: o ambiente do sistema também já não é mais o mesmo de como era antes da operação. Por exemplo, depois de realizar um empréstimo no banco, alguém já se torna devedor, ao mesmo tempo em que o banco se torna credor. Depois dessa operação, esse alguém poderá pagar ou inadimplir a obrigação. Mas não poderá negar que realizou um empréstimo. Como também o banco que emprestou poderá receber, abater ou até perdoar a dívida. Mas também ele não poderá dizer que nunca foi feita a operação de empréstimo.

Essa diferença produzida pelas operações é constitutiva da realidade. E conforme a diferença produzida pela operação, diferencia-se também o sistema que a produz. A diferença acima exemplificada pela operação de empréstimo (pagamento/inadimplemento) é a diferença que constitui o sistema econômico da sociedade. A mesma operação de empréstimo, no entanto, pode ser observada a respeito do seu aspecto jurídico, onde então a diferença entre direito e não-direito constitui o sistema jurídico da sociedade. Como se vê, essa operação de empréstimo é tanto uma operação econômica quanto uma operação jurídica, dependendo tão-somente da referência que se elege para realizar a observação dessa operação: a referência à

diferença produzida pela operação econômica (pagamento/inadimplemento) ou a referência produzida pela operação jurídica (direito/não-direito).

Uma operação pode ser observada de várias maneiras. Uma operação articula, simultaneamente, várias diferenças. Por isso, "Cuando se quiera saber cómo se observa una operación, se debe observar al observador" (Luhmann, 2005a, p. 106). E posto que a observação de um observador também é uma operação, trata-se de uma operação que também produz diferença. Pode-se, por exemplo, realizar uma operação de julgamento moral sobre uma determinada afirmação, produzindo assim a diferença entre afirmações boas e afirmações más (Luhmann, 1993, p. 1008). Como também se pode realizar uma operação de investigação científica sobre uma determinada proposição, produzindo assim a diferença entre proposições verdadeiras e proposições falsas. O que cai como pressuposto dessas diferenças é a própria diferença produzida pela operação de observação: a diferença entre operação e observação.

Na medida em que uma observação é também uma operação, toda observação produz uma diferença, quer dizer, produz um novo estado irreversível no sistema[1]. Assim, toda observação produz história e contribui para a autopoiese do sistema que realiza a operação de observação. E isso significa que toda observação está constituída na base do paradoxo de ser, ela mesma, uma operação de observação. Seguindo a terminologia de Spencer-Brown (1979, p. 69), pode-se chamar esse paradoxo de "*re-entry into the form*", uma reentrada da distinção naquilo que foi por ela mesma distinguido.

Uma *re-entry* é uma operação paradoxal. Ela utiliza duas distinções como se fosse uma só (Luhmann, 2007a, p. 31). A operação de *re-entry*, no entanto, não determina em qual dos lados da forma de distinção se reduplicará (Luhmann, 1993). Observar é realizar uma distinção entre o que se indica e todo o resto. E por isso a operação de observação exige apenas que se cruze a fronteira que produz a distinção entre aquilo que se indica e todas as demais coisas. Essa fronteira que produz a distinção é a forma, a *mark*, o observador. A operação de *re-entry* significa então a introdução da forma em um de seus lados. Por exemplo, se se indica o lícito como diferença do ilícito, a forma "lícito" passa a poder ser aplicada a si mesma em um de seus lados, como por exemplo no lado "lícito" a diferença entre lícito e ilícito; ou no lado "ilícito" a diferença entre "lícito e ilícito". A operação de *re-entry*, no entanto, não determina em qual desses lados da forma "lícito/ilícito" se reduplicará a forma. Ela sempre deixa em aberto essa alternativa, produzindo uma ambivalência. De modo que a operação de observação é sempre uma construção, é sempre uma operação transjuntiva (Gunther, 2007, p. 20), que decide ela mesma se uma determinada distinção se aceita ou se nega nas subseqüentes operações. E nesse nível de abstração, segundo Luhmann (2005a, p. 603; 2007a, p. 34), isto é assim.

Em Luhmann, portanto, a questão não é exatamente como o juiz decide, mas sim como o sistema jurídico produz as decisões na forma de operações de distinção dentro daquilo que já foi por ele mesmo distinguido.

4 DECISÃO E DIFERENÇA

O nível inusitado de abstração dessa conceituação luhmanniana exige uma aproximação prévia. Pode-ser partir, a título de ilustração, da explicação tradicional da doutrina jurídica sobre como se decide uma questão jurídica. Com efeito, na doutrina jurídica

tradicional pode ser encontrada uma técnica de decisão que parte daquele silogismo aristotélico entre premissa maior (a lei, geral e abstrata), premissa menor (o caso, especial e concreto) e conclusão (o resultado, o comando de eficácia da decisão).

Mas por trás dessa operação nós podemos ver uma série de pressupostos que já estão previamente decididos na estrutura do sistema jurídico mesmo: a escolha da premissa maior é uma decisão contingente, que precisaria ser decidida e justificada; a definição do caso concreto também já é uma decisão por ressaltar algumas e não outras características do fato; como também a conclusão é uma decisão que recomenda uma ou algumas eficácias normativas que poderiam ser diferentes. E alguém poderia então contestar: mas então uma decisão jurídica é impossível! E é exatamente nessa impossibilidade que começa a idéia de decisão jurídica.

A decisão jurídica é impossível de ser decidida e, paradoxalmente, exatamente por ser impossível, é que ela exige uma decisão. Se não fosse impossível, não exigiria uma decisão, exigiria apenas uma operação de reprodução de decisões anteriores, sem nenhum conteúdo inovador, sem nenhuma exigência de argumentação da escolha decidida e sem nenhuma produção de diferença no âmbito do sistema jurídico.

Existem portanto decisões jurídicas que apenas reproduzem as operações anteriores do sistema, sem produzir nenhuma diferença, produzindo apenas redundância, confirmação de decisões pretéritas. Tratam-se de decisões que não se distinguem das ações[2]. Mas existem também decisões jurídicas que inovam as operações anteriores, que produzem diferença, produzem variações. As decisões reprodutoras são operações de comunicação jurídica, mas não são decisões no sentido que queremos destacar a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Já as decisões que introduzem uma diferença nas operações do sistema, estas sim são decisões, porque não apenas decidiram entre esta ou aquela regra ou princípio, esta ou aquela solução, este ou aquele argumento. E também não se tratam de decisões que decidem apenas entre manter a tradição jurisprudencial ou inová-la com um novo precedente diferente, inaugurando uma nova corrente jurisprudencial. A decisão jurídica é mesmo aquela que era impossível de ser decidida e, precisamente por ser impossível de ser decidida, teve que ser criada, inventada, decidida. E como tal, também, justificada.

A decisão está, portanto, na impossibilidade da decisão. Porque se a decisão fosse possível, já não seria uma decisão, seria apenas uma operação de reprodução da diferença já distinguida na história do sistema. Por isso, nem toda interlocutória, sentença ou acórdão é decisão no sentido que estamos desenvolvendo aqui. Do ponto de vista da doutrina e das autodescrições do sistema jurídico, todos esses atos são decisões. Naturalmente, o direito precisa de uma forma, precisa dar nome às coisas, até para poder reproduzir operações baseadas nas anteriores, como é o caso dos recursos às decisões e especialmente dos requisitos formais de admissibilidade. Mas do ponto de vista da observação de segunda ordem – que é o lugar do observador que trabalha com a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann –, pode-se ver que as formas dos atos jurídicos também fazem parte da estrutura do sistema jurídico, quer dizer, também são operações de comunicação que produzem diferenças orientadas à função do sistema para ele mesmo, que é a de reduzir complexidade para permitir ou ao menos facilitar a reprodução de si mesmo: a reprodução de suas operações.

Exatamente quando não é possível decidir, quando não é possível a reprodução redundante de uma operação, é que temos então a autêntica decisão jurídica: a introdução de uma diferença que produz variação, que mexe com a redundância do sistema e que, por isso, pode – não necessariamente – provocar transformações estruturais no sistema se essa variação for tolerada (selecionada) pelas próprias estruturas e assimiladas como re-estabilização[3]. Já se pode ver, portanto, que as próprias transformações no sistema só ocorrem em níveis toleráveis pelo próprio sistema, como se fossem *pre-adaptative advances*.

Por isso que, por mais inovadora que seja uma decisão jurídica, ela só passa a constituir-se como referência para novas operações jurídicas se o próprio sistema do direito a tolerar dentro de suas estruturas. A decisão inovadora, portanto, sempre será uma decisão já esperada pelo sistema, tolerada pelo sistema e estruturalmente compatível com o estado imediatamente anterior da rede de operações do sistema. Ela inova em relação às operações anteriores, mas não inova em relação às potencialidades desde já sempre projetadas pelo sistema[4].

Com isso fica claro que a decisão jurídica – gize-se: decisão realizada com base no código da diferença entre direito e não-direito –, é uma operação do sistema jurídico. É uma operação que faz parte do direito. É uma operação que se endereça, ela mesma, ao sistema jurídico como sistema/função de referência. É uma operação que, como todas as demais operações de comunicação, por mais que introduza uma diferença inovadora no sistema, sempre será uma operação atribuída a um ou a outro sistema de referência. Em outras palavras, uma decisão jurídica, por mais que ela produza uma diferença em relação à história da rede de operações jurídicas até então conhecida, sempre será uma decisão jurídica. Por mais que se possa ver, do ambiente do sistema jurídico, uma decisão jurídica como sorte, como inspiração divina (religião), como bela (arte), como pagamento (economia), como um ato de poder (política), como verdade (ciência) etc., ela continua a possuir a identidade da decisão jurídica na medida em que decidida com base no código “direito/não-direito”.

5 CLAUSURA E ABERTURA DA DECISÃO

Pode-se dizer então que uma decisão jurídica sempre será uma decisão “fechada”? E que por isso ela deveria ser mais “aberta” para a realidade social? Em primeiro lugar, a distinção entre sistemas abertos e fechados é uma distinção que vem da teoria dos sistemas de Bertalanffy (1973). Na teoria dos sistemas auto-referenciais – e com muito mais razão na teoria dos sistemas autopoiéticos –, a diferença entre sistemas abertos e fechados perde qualquer sentido. Porque um sistema dotado de autopoiese é um sistema simultaneamente aberto e fechado. As operações produzidas por sistemas autopoiéticos são fechadas no que tange à auto-referência, mas são igualmente abertas no que tange à hetero-referência[5].

Há, contudo, um interesse didático nessa distinção entre fechamento ou clausura operativa e abertura cognitiva do sistema. E apenas para fins didáticos, essa distinção pode produzir sentido no entendimento da clausura operativa (auto-referência) e da abertura cognitiva (hetero-referência) da decisão jurídica.

No âmbito do sistema jurídico, a sua clausura operativa está na sua positividade. Na medida em que o direito se tornou direito positivo, ele mesmo passou a criar os próprios

critérios jurídicos de definição do que é e do que pode vir a se tornar direito. O fundamento do direito então se torna paradoxal, porque o fundamento do direito passa a ser aquilo que o próprio direito diz que é seu fundamento. Assim, o código do direito, que é a diferença de base entre direito e não-direito, simboliza a própria validade e ao mesmo tempo a referência para as novas operações jurídicas. Esse processo de produção de operações jurídicas com base nas operações jurídicas precedentes constitui a auto-referência do direito, a sua clausura operativa, porque aconteça o que acontecer, as operações jurídicas são "jurídicas" enquanto estiverem baseadas na diferença entre direito e não-direito. Se não, não são operações jurídicas, são de outro sistema.

Mas um sistema autopoiético estabelece também referências ao seu ambiente interno. Ele é operativamente enclausurado porque se reproduz sempre com base em si mesmo, sempre com base no seu estado estrutural imediatamente anterior, mas é também aberto cognitivamente porque a sua função está orientada a um problema específico da sociedade como um todo: um problema do ambiente. Claro que a imagem que o direito constrói do seu ambiente externo é uma imagem que também só pode ser reproduzida por operações de sentido do próprio sistema. E por isso o seu ambiente externo é, na realidade, um ambiente interno, um ambiente externo internamente reconstruído, sobre o qual o sistema age seletivamente na construção de sentido. No caso do direito, essa abertura se estabelece através dos seus programas normativos, através das normas jurídicas (leis, princípios, regras, doutrina, jurisprudência e tudo aquilo que o direito incorpora como norma capaz de orientar a atribuição de um fato ao lado "direito" ou ao lado "não-direito" do seu código).

Essa relação entre abertura e clausura pode ser observada também no âmbito da decisão jurídica. A decisão é fechada porque estabelece uma referência operativa ao código do direito, mas é também aberta porque estabelece uma referência argumentativa a informações exteriores ao direito. A decisão é fechada, a argumentação é aberta. Só que é preciso entender isso com suficiente precisão, especialmente porque entre essa abertura e esse fechamento, há uma série de paradoxos e suas estratégias criativas de resolução. Ou, utilizando-se de uma alegoria também usada por Luhmann, há uma série de paradoxos e de seus necessários décimos segundos camelos (2004).

Um fato do ambiente, um fato social, ou está conforme ao direito ou não está conforme ao direito. Um fato não pode ser mais ou menos conforme ao direito ou mais ou menos contrário ao direito. O código "direito/não-direito" torna irredutível essa diferença. Mas para atribuir o fato do ambiente societal no valor "conforme ao direito" ou no valor "contrário ao direito", a decisão deve seguir os programas do sistema jurídico, que são as normas (regras, princípios e tudo o que tem conteúdo normativo válido para a decisão jurídica, inclusive a jurisprudência, a doutrina etc). São esses programas normativos, portanto, que estabelecem aberturas do sistema jurídico às informações do ambiente societal (Luhmann, 1980). Por meio desses programas condicionais – programas do tipo "se isso, então isto" –, os eventos do ambiente são introduzidos dentro do sistema jurídico para poderem ser tratados como "conforme ao direito" ou como "contrário ao direito".

A decisão jurídica realiza essa atribuição. E já que a própria atribuição pode ser submetida ao direito, a decisão precisa de um suplemento, precisa de argumentação. Em outras palavras, um sistema autopoiético como o direito possui reflexividade em um nível tal que as suas próprias operações podem ser submetidas à decisão: uma sentença

pode ser anulada, por exemplo, como pode ser revista ou reformada por tribunais superiores etc. Há um paradoxo nessa operação. O direito pode ser aplicado a si mesmo e não há como se decidir se o direito é direito ou não-direito. Por isso se torna necessária a argumentação jurídica, como a forma através da qual a decisão jurídica assimetriza esse paradoxo, introduzindo referências externas, introduzindo suplementos para o fundamento ausente, presentificando a ausência do fundamento e, assim, tornando inofensivo o paradoxo da exigência de uma decisão impossível de ser decidida.

6 PARADOXOS E SUPLEMENTOS ARGUMENTATIVOS DA DECISÃO

Nesse contexto da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, então, podemos compreender de um modo diferente a pergunta pelo como acontecem as decisões jurídicas. A decisão jurídica decide sempre em condições de incerteza e, ao mesmo tempo, pressionada pela regra do *non liquet*. Isso faz com que a decisão jurídica tenha que decidir inclusive quando não pode decidir (Luhmann, 1995).

Como então a decisão torna possível a sua própria impossibilidade? A resposta que Luhmann coloca a esse paradoxo é a metáfora do décimo segundo camelo (Luhmann, 2004), quer dizer, a introdução de uma referência externa para completar a ausência da possibilidade da decisão. A introdução de um valor lógico do ambiente do sistema para completar a incompletude do teorema. Para isso servem os recursos argumentativos a valores exteriores ao sistema de referência.

Junto com Jacques Derrida, também podemos chamar esses recursos argumentativos externos ao sistema jurídico de "suplementos"[6]. Nós encontramos "suplementos" não apenas nas formas gerais do conhecimento metafísico, mas também em todas as decisões jurídicas que recorrem a valores externos ao sistema do direito para fundamentar a sua legitimidade e a sua correção. Em outras palavras, nós encontramos "suplementos" em todas as decisões jurídicas que recorrem a valores lógicos exteriores ao sistema jurídico para suplementar a ausência de um fundamento jurídico unívoco na decisão, para tornar "presente" o fundamento "ausente", para completar a falta de justificação com um suplemento argumentativo.

Esses suplementos, na prática das decisões judiciais, podem ser observados quando a decisão recorre a princípios morais, valores éticos ou religiosos etc. E também podem ser observados quando a decisão recorre àquilo que se convencionou chamar de "orientação às conseqüências", isto é, o uso do recurso à previsão dos prováveis efeitos colaterais ou impactos da decisão jurídica na economia, na ciência, na política, na educação etc.

Um dos aspectos mais interessantes dessa operação é que sobre esse uso de suplementos argumentativos não há nenhum tipo de controle. Não há nenhuma regra ou princípio positivo que permita controlar, nem mesmo há um procedimento que permita monitorar o uso legítimo desses suplementos argumentativos na práxis das decisões jurídicas.

Em termos lógicos, o suplemento é um terceiro paradoxalmente incluído. E em termos ontológicos, o suplemento é um valor transcendente presentificado na decisão: é um ser que está e não está ao mesmo tempo na decisão. É um valor transcendente que presentifica o ausente, operando aquilo que Derrida (2002, p. 233) chama de

“cumplicidade metafísica”. Poder-se-ia dizer também que o suplemento é uma simbolização do fundamento ausente no sistema de referência. É um símbolo que torna presente, na decisão, o fundamento que só pode ser encontrado mais além de si mesmo.

Naturalmente, o nível de abstração dessa explicação é inusitado. Precisamente porque a lógica da decisão jurídica sempre foi pensada a partir do princípio lógico aristotélico do *Tertium Non Datur*, do terceiro excluído. E o que o suplemento realiza é exatamente uma afronta a esse princípio: o suplemento é um *tertium datur*, um terceiro paradoxalmente incluído, que força a observação a adotar uma postura pós-ontológica, diferencialista, conexionista.

O suplemento funciona como um “terceiro incluído”. Um terceiro valor que é introduzido e, portanto, passa a ser incluído ao mesmo tempo em que continua sendo um terceiro alheio ao sistema de referência. Por isso que qualquer argumentação que busca fundamentar a decisão recorrendo a valores transcendentes ao direito parece fazer com que esses valores pertençam ao direito. A referência é externa, mas uma vez incluída argumentativamente, ela passa a estar e não estar ao mesmo tempo no sistema de referência. Ou em termos ontológicos: a referência é e não é ao mesmo tempo. Esse é o resultado do paradoxo. E são precisamente os usos argumentativos desses suplementos, desses valores lógicos esternos ao sistema de referência, que tornam possível a decisão jurídica.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como acontecem as decisões jurídicas? Com suplementos, com décimos segundos camelos. Introduzindo, argumentativamente, referências externas na decisão que, paradoxalmente, passam a ser e não ser “parte” da decisão.

Assim a decisão passa a constituir-se, a si mesma, como fundamento do próprio sistema jurídico. Não no sentido de Carl Schmitt, mas no sentido de que a validade das normas jurídicas encontra a sua referência de sentido na decisão, que por sua vez encontra nas normas jurídicas a sua validade. Uma relação circular de validação acontece: a decisão baseia a sua validade nas normas jurídicas que ela mesma afirma serem válidas. Ou em termos circulares: a decisão valida as normas que validam a decisão.

A introdução de uma referência externa então assimetriza esse paradoxo. Há princípios, há valores, há conseqüências etc. Mas o paradoxo não se resolve, apenas se desdobra para novas configurações: a referência aos princípios cria, ela mesma, a projeção de conseqüências para serem usadas na fundamentação da decisão judicial (Juliana Magalhães, 1997, p. 246). Como também a referência às conseqüências da decisão cria, por si só, a projeção de princípios e valores normativos. Claro que, no nível das autodescrições do sistema jurídico, esses princípios e valores são fundamentados com independência da positividade do direito e também com autonomia em relação aos casos concretos. E é exatamente esse o ponto: um fundamento externo para ser introduzido argumentativamente na decisão, um “terceiro incluído”, um “suplemento”, um “parasita” no sentido de Michel Serres (1980, p. 50).

No contexto dos ideais políticos e normativos do Estado Democrático de Direito, temos que esperar, portanto, que esses suplementos utilizados pelas decisões jurídicas, sejam, pelo menos, os valores e princípios constitucionais atualmente importantes para a

sociedade. Não que o direito possa efetivamente substituir a política na concretização dos objetivos políticos do Estado Democrático de Direito, mas que pelo menos as decisões jurídicas possam criar diferenças no sentido desses ideais.

8 Referências

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas.* Trad. Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 1973.

DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. 2ª ed. Trad. Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. *Força de lei:* o fundamento místico da autoridade. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *A escritura e a diferença.* 3ª ed. Trad. Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2002.

GÜNTHER, Gotthard. Cognition and volition: a contribution to a cybernetic theory of subjectivity. *Vordenker*, 2004. Disponível em http://www.vordenker.de/ggphilosophy/ggphilo.htm. Acesso em 20.09.2007.

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir (Orgs.). *Niklas Luhmann:* do sistema social à sociologia jurídica. Trad. Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 33-107.

_____. Code of the moral. *Cardozo law review*, vol. 14, p. 995-1009, 1993, p. 1008.

_____. *El derecho de la sociedad*. 2ª ed. Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Flipe Segura. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005a.

_____. *La religión de la sociedad*. Trad. Luciano Elizaincín. Madrid: Trotta, 2007a.

_____. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007b.

_____. Law as a social system. *Northwestern university law review*, vol. 83, n. 1, p. 136-150, 1989.

_____. Legal argumentation: an analysis of it forms. *The modern law review*, vol. 58, n. 3, p. 285-298, maio, 1995.

_____. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. Limits of steering. *Theory, culture & society*, vol. 14, n. 1, p. 41-57, 1997.

_____. *Sistemas sociales:* lineamientos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker; coord. Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998.

_____. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.* Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociologia da Pontifícia Universidad Católica de Chile, 2005b.

_____. Observing re-entries. *Graduate Faculty Philosophy Journal*, vol. 16, n. 2, p. 485-498, 1993.

_____. Operational clausure and structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, vol. 13, p. 1419-1441, 1992.

_____; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società.* 11ª ed. Milano: Franco Angeli, 2003.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O Uso Criativo dos Paradoxos no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: Recursos da Teoria Jurídica Contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.

MIRANDA, Daniela; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito, silêncio e corrupção: um diálogo com Luhmann e Habermas. *Revista da Faculdade de Direito*. Caxias do Sul. v 15, p. 59-81, 2005.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *In: Dados: Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: IUPERJ, v. 37, n. 2, 1994, p. 265.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas:* tempo, caos e as leis da natureza. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 1996.

SERRES, Michel. *Le parasite.* Paris: Grasset, 1980.

SPENCER-BROWN. *Laws of form.* New York: Dutton, 1979.

---

[1] Compare-se com o conceito de estruturas dissipativas de Prigogine (1996, p. 78).

[2] Importante destacar que, para Luhmann, as decisões devem ser diferenciadas das ações. Uma decisão que apenas tem sua identidade no desenvolvimento de um acontecer determinado não é propriamente uma decisão, mas sim uma ação (Luhmann, 2005b, p. 9). A decisão está na eleição de uma alternativa em detrimento de outras igualmente possíveis e, de todos os modos, arriscada.

[3] A teoria da evolução de Luhmann explica como ocorre esse processo de variação, seleção e re-estabilização sistêmica, para a qual remetemos o leitor (Luhmann, 2003 e 2007b).

[4] Talvez seja necessário destacar, contra uma grande quantidade de críticas inadequadas a essa perspectiva sistêmica, que essas potencialidades já projetadas pela estrutura do sistema não tem nada a ver com a idéia da quadratura do direito de Hans Kelsen. Dizer que o sistema projeta para o futuro potenciais de sentido que podem se confirmar /condensar ou não nas operações jurídicas não significa dizer que há uma discricionariedade na interpretação de normas. Até porque entender o direito como um sistema é vê-lo como uma estrutura social muito mais complexa do que apenas um conjunto sistemático de normas.

[5] E sempre é importante salientar que os sistemas sociais autopoiéticos não são máquinas, nem seres vivos: o seu substrato material, a sua "energia vital", não são combustíveis ou eletricidade, tampouco é a energia dos alimentos. Sistemas sociais operam baseados em comunicação. Consomem sentido produzindo mais sentido na comunicação. E fazem isso por meio das suas operações, que como visto acima, são sempre operações de diferenciação do sentido entre o sentido indicado e o sentido distinguido (potencial, contingente).

[6] Para Derrida (2004, p. 178), "acrescentando-se ou substituindo-se, o suplemento é *exterior*, fora da positividade à qual se ajunta, estranho ao que, para ser por ele substituído, deve ser distinto dele. Diferentemente do *complemento*, afirmam os dicionários, o suplemento é uma 'adição *exterior*'". Observa-se também esta passagem de Derrida (2007, p. 109-110): "sem estar aí imediatamente presente, ela [a violência] aí está substituída (*vertreten*), representada pelo suplemento de um substituto. O esquecimento da violência originária se produz, se abriga e se estende nessa *différance*, no movimento que substitui a presença (a presença imediata da violência identificável como tal, em seus traços e em seu espírito), nessa representatividade *différantielle*."

ENTRE A TEORIA E A PRÁXIS JURÍGENAS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DA CRIAÇÃO DO DIREITO NO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO*

BETWEEN THE THEORY AND THE JURIDICAL PRACTICE: AN EMPIRIC ANALYSIS OF THE NORMATIVE CREATION IN THE FEDERAL REGIONAL COURT OF THE 5TH REGION

João Freitas de Castro Chaves
Eduardo Porto Carreiro Neves

RESUMO

Analisam-se a crise do direito positivo e a crise do Judiciário. Sustenta-se que a variação das expectativas de comportamento fez o direito dogmático perder o seu caráter de certeza científica e requerer processos de filtragem seletiva, os quais revelam-se impossibilitados de prever tantos fatos geradores quantos sejam os eventos reais juridicamente relevantes. Convida-se a um périplo histórico para descobrir os motivos por que de uma legislativa pautada na racionalidade positivante e, hoje em dia, de um Judiciário criador do direito. Aduz-se que a "virada normativa" situa a função judiciária vis-à-vis à legislativa, numa concorrência interfuncional de criação do direito, com o beneplácito da própria legislação. Lança-se o problema alusivo a se e em que medida o texto da prescrição aplicanda geral pode justificar uma decisão concreta. Pretende-se resolvê-lo, buscando responder à seguinte pergunta: o quê, na sociedade moderna complexificada, contribui para a ocorrência, ou não, deste determinado fenômeno teórico? Adota-se uma metodologia de pesquisa consubstanciada na entrevista direta dos juízes do TRF da 5ª Região. Confronta-se a teoria da escolha racional, teoria estruturante do direito e a teoria do irracionalismo decisionista defendidas, respectivamente, por Dworkin, Müller e Sobota com o produto das informações coletadas nos dados empíricos, procurando combinar tais elementos numa abordagem metódico-dedutiva, no afã de estabelecer um traço de união entre a teoria e a prática jurígenas. Levanta-se a hipótese de os juízes buscarem uma abordagem apoiada no direito positivo, conforme com a dogmaticidade que o organiza, revelando um maior apego ao texto genérico da lei, a partir da inegabilidade do qual deflui a decisão individual, o que sinaliza o caráter autossuficiente e intraconstrutor do direito, no direito e pelo direito. O objetivo é enriquecer e conhecer o comportamento interpretativo dos decididores entrevistados, estudar se e como a teoria do direito influencia-os e, a partir das informações colhidas, confirmar ou negar alguma das teorias acerca da concretização jurídica introduzidas no debate que ora se inicia e a seguir se introduz.

PALAVRAS-CHAVES: CRISE DO DIREITO POSITIVO; NORMA JURÍDICA; TRF 5ª REGIÃO; CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

ABSTRACT

This work analyses the crisis of the positive Law and the crisis of the Judiciary. Sustains it that the variation of the expectations of behavior forced the dogmatic Law to lose its aspect of scientific certainty and to request processes of selective filtering, revealing himself unable of foreseeing so many generating facts how many are the juridical relevants events. Invites it to a historical tour to discover the reasons why of a legislative power guided positivist rationality and, nowadays, of a Judiciary “law-maker”. It is adduced that the "normative turn" places the judiciary function in face of the legislative, in a competition-functional of creation of the positive Law, with the approval of the own legislation. It is presented the following problem: whether and to what extent the text of the general prescription possibly applied can justify a concrete decision. The intention is to solve it, looking for to answer the following issue: what, in complex modern society, contributes to the occurrence or not, this determined theoretical phenomenon? It’s adopts a research methodology embodied in the direct interview of the judges of the Federal Regional Court of the 5th Region. Are confronted the theory of the rational choice, the theory of achieving normative and of decisionist irrationalism defended, respectively, by Dworkin, Müller and Sobota with the product of the collected information in the empiric data, trying to combine such elements in a methodical deductive approach, in the enthusiasm of establishing an union line between the theory and the practice that animate the positive Law dynamic. It is raised the hypothesis that the judges look for a standpoint based in the positive Law, consistent with the dogmatic model that organizes it, revealing a larger attachment to the generic text of the law, starting from the claim of which comes the individual decision, signaling the character self-creator of the positive Law. The objective is to enrich and to know the interpretative behavior of the interviewed judges, to study whether and how the theory of law affects them, and from the information collected to confirm or deny any of the theories about the normative concretion made in the legal discussion that now starts and then introduces itself.

KEYWORDS: CRISIS OF THE POSITIVE LAW; JURIDICAL NORM; TRF 5TH REGION; NORMATIVE CONCRETION

Introdução: um périplo histórico na busca de elementos contextualizantes

No início do século XIX, a positivação dos modelos de organização do Estado, sobretudo na Revolução Francesa, revelava um apego muito forte da ideia de racionalidade alusiva, eminentemente, ao legislador. Como se a atividade legislativa fosse uma atividade, necessariamente, pautada por uma racionalidade positivante. E, hoje em dia, curiosamente, não mais a legislativa, mas o Judiciário é chamado às falas. Veremos, a seguir, porque isso ocorre.

Todo efeito tem uma causa. Para se lhe entender a causa, portanto, revela-se imprescindível volver o olhar ao passado.

O périplo histórico cinge-se em observar a estrutura primária absolutista engendrada no século XVII que, ensejando internamente o desenvolvimento racional do iluminismo burguês, estaria ingenuamente a despertar a inteligência do seu filho mais rebelde, o qual viria, em seguida, fazê-la sucumbir.

O ambiente europeu de guerras civis religiosas demandava a eliminação ou, em menor medida, a neutralização desses conflitos. Este foi o momento a partir de quando se imaginou a paz como um direito natural supremo. Mas, como restabelecê-la? Com efeito, isso só poderia acontecer se o poder fosse atribuído integralmente ao monarca absoluto para que ele, nas próprias bases de poder que sedimenta, tendo como tesoureiro único, Deus, pudesse efetivar essa paz. Vale dizer, todo poder estaria nas mãos da realeza monárquica absoluta, porquanto apenas ela teria o dom supremo de por termo às guerras civis religiosas, na medida em que o argumento do poder não era um argumento sedimentado em nenhum grupo religioso. Evidentemente, se o monarca fosse parcial, não se teria o fim das guerras, confere? Então, era preciso uma argumentação fora do âmbito teológico do debate para poder conter essas guerras entre religiões.

A leitura atenta das entrelinhas revela que a paz foi estabelecida através da contenção do foro interior moral do homem, no íntimo do próprio homem, pela opressão do poder. Quer dizer, a imposição da vontade monárquica se dava pelo medo de o homem exteriorizar-se como homem, podendo apenas, no âmbito público, revelar-se como um súdito, cujo único poder era o dever de obedecer aos desígnios soberanos.

Mas, curiosamente, esse modelo da subordinação da moral à política, que é fundamental para a implementação do absolutismo vai ser, historicamente, o ponto de partida da sua própria sucumbência (Koselleck, 1999, p.38). Por quê? Porque a elite burguesa, provocada em sua consciência moral, triunfa no desenvolver de sua inteligência. Inicia uma crítica raciocinada a esse modelo, em razão de a burguesia não se vê representada no âmbito do poder. Então, se valendo desse mesmo dogma, qual o do discurso que sustenta o absolutismo pela subordinação da moral à política, a burguesia utiliza-o às avessas, como uma forma de derrotar a monarquia absoluta. A certeza de uma razão inteligente iluminista enseja o debate iniciado pela hierarquização absolutista "soberano-súdito", a partir de uma análise crítica moralizante.

A instância da moral universal rompe com a ordem absolutista dogmaticamente catequética (de pura e exclusiva obediência formal). Então, propuseram: porque não pensar numa subordinação da política à moral? Eis o desejo da elite burguesa para integrar o espaço representativo do poder (Koselleck, 1999, p.53).

Em síntese, tanto os moralistas, como os iluministas tinham interesses políticos. Contudo, esses interesses estavam encobertos pelo argumento de uma melhoria no âmbito da moralidade e de uma melhoria no âmbito da ciência e do conhecimento. Quer dizer, o discurso do domínio do saber e do domínio da razão eram formas veladas de querer espaço político, num ambiente em que eram apenas súditos. O discurso era sofisticado para que os interesses não ficassem tão evidentes. Assim, a razão iluminista é que vai consolidar o novo desenho da organização dos poderes do Estado e que vai consagrar, exatamente, a ascensão daqueles que não detinham poder para o poder.

Desde que o desejo da elite burguesa de participar do poder foi materializado no âmbito do direito, tudo quanto a ciência passava a construir como verdade já era tido como algo

mais estruturado e sedimentado. Conseguintemente, o direito, que é o mais forte mecanismo de justificação do poder político, deveria ser também considerado uma ciência. Então, o discurso da cientificidade era um discurso de racionalização, porque a ciência do ideal iluminista propicia uma objetividade racionalizante. Tudo isso em razão de que, se o direito não fosse considerado ciência, ele perderia sua importância codificanda.

A França monárquica de Luís XIV (1643-1715) trazia consigo uma incerteza jurídica, dado que a lei era imposta pelo Rei absolutista, como vimos. Mas, qual a implicação desse movimento para o direito? Foi esse contexto de opressão soberana, que fez a razão iluminista lançar um facho à providência codificadora. Em 21 de março de 1804, foi implementado o código civil Francês, a partir do que se consubstanciou o objeto autônomo da ciência do direito. E a primeira tendência interpretativa desenvolvida ficou conhecida pela *école de l'exégèse*. Mais uma quimera jurídica: se por um lado, negava-se a imposição legal, por outro, a lei omnicompetente revelava-se capaz de "antever cada conflito individual e organizar a vida humana em comum da mesma maneira que um engenheiro constrói uma máquina" (Sobota, 1996, p.1).

Mas, qual o motivo por que da existência desse apego à lei, no contexto do Estado burguês de direito em França? Esse modelo de identificação do direito como lei era servil para utilizar o argumento nela estatuído como sendo aquele que norteia o poder político e, obviamente, como sendo, na França do sec. XIX, uma espécie de objeto do que poderia ser chamado de ciência do direito. E qual é o argumento em que se baseia? Trata-se, exatamente, da ideia de que a razão está nas mãos do legislador. Se a razão está nas mãos do legislador, o resultado da atividade legislativa vai ser tão racional, quanto a atitude de criação da lei. Porque, se a lei é o resultado da razão, então o poder político do legislador, que se sustenta pela lei, é também oriundo dessa mesma racionalidade, confere? Eis o roteiro de dominação do qual era caracterizado o poder Francês no passado de então.

Assim, na sociedade pré-moderna, indiferenciada, a homogeneidade que caracterizava o meio ambiente social revelava o direito mesclado com as demais ordens normativas da sociedade (Adeodato, 2005, p.89). O modelo hierárquico do Estado Absolutista sinalizava que todas as ordens éticas ficavam subordinadas a esse amálgama. Isso porque o Monarca, fundado no jusnaturalismo sem base na vontade popular, impunha sua força política sem considerar a vontade dos homens-súditos, os destinatários imediatos dessa imposição.

Com a complexificação social na modernidade ocorre uma heterogeneidade, isto é, cada esfera social pretende se afirmar com autonomia e isso leva a uma diferenciação permanente. Ademais, "na medida em que estão presentes complexidade (que implica pressão seletiva), pressão seletiva (que importa contingência) e contingência (que significa risco)" (Neves, 2008, p.16), a sociedade moderna reclamava uma solução: o positivismo. Então, o positivismo vem com a pretensão de quê? De afastar aquela fundamentação jusnaturalista e dar uma autojustificação do direito, que enseja uma construção interna do sistema jurídico, em virtude do que se possibilita o enfrentamento de situações complexas (Luhmann, 2005, p.219).

O estudo alusivo à era da diferenciação e da autonomia operacional do jurídico numa sociedade complexificada, também pode ser entendido mediante o conceito de

autopoiese do direito. Quer dizer, à medida que a modernidade avança em seus termos de complexidade continuada, sobrevém a ideia de diferenciação das ordens normativas sociais, cada uma por de tal forma diferente de todas e todas, por assim dizer, autônomas entre si.

Contudo, esse novo contexto de diferenciação das ordens normativas fez do direito o único ambiente ético comum (Adeodato, 2007, p.273-277). Resultado: sozinho, o direito não consegue responder aos problemas jurídicos de uma sociedade complexificada, o que na sociedade pré-moderna inexistia, mesmo porque todas as ordens éticas, mescladas entre si, auxiliavam-se reciprocamente na resolução dos conflitos sociais.

Além da autopoiese que marca um problema típico da sociedade moderna - problema este, cuja eficácia situa-se na crise do direito -, há uma questão problemática mais específica, que é uma questão, por assim dizer, dentro do direito, judiciária.

É que, com fragmentação permanente das ordens ético-normativas, outra crise foi instalada: a crise do Judiciário que, sobrecarregado, não consegue controlar a complexificação da sociedade moderna diferenciada. Qual seria a razão dessa crise subseqüente?

Sustenta-se que a variação das expectativas de comportamento fez o direito dogmático perder o seu caráter de certeza e absoluteza científicas, com as quais foi concebido pelo facho iluminista, e requerer processos de filtragem seletiva, os quais revelam-se impossibilitados de prever tantos fatos geradores quantos sejam os eventos reais juridicamente relevantes. O direito passa a ser melhor entendido pela noção de contingencialidade, variação e seletividade casuísticas (Adeodato, 2005, p.92).

Considerando, portanto, a diferenciação dos sistemas normativos na sociedade moderna, o direito desvincula-se da moral, da religião, da política, da etiqueta, da economia, e passa a ser considerado, repito, o único ambiente que nos une, ético-publicamente. Além do mais, considerando a diferenciação da consciência moral e intelectual dos indivíduos que não mais vivem num círculo social coeso e homogêneo, não só os fatos passam a se distanciar da típica previsibilidade pré-moderna, mas também as expressões simbólicas que tentam expressar as ideias ganham evolução semântica e passam a ser interpretadas de forma também diferenciada, dada a evolução das próprias ideias dos intérpretes, acerca dessas expressões simbólicas previamente convencionadas (fontes do direito), o que comprova o caráter espiralado alusivo ao problema complexo dos abismos gnoseológicos (Adeodato, 2007, p. 184).

Eis a dupla crise: a do direito positivo, dogmaticamente organizado, pensado para operar efeitos ante a sociedade moderna complexificada e a do Judiciário que, além de trabalhar inserido na única ordem normativa coercitiva da sociedade diferenciada, não mais se vê diante da possibilidade de pré-compreensões de uso sociais - em virtude da evolução das relações intersubjetivas - e do crescente abismo entre o quê a linguagem (fontes do direito) tenta exprimir; os fatos juridicamente relevantes muito mais imprevisíveis; e as ideias de razão sobre a linguagem e o fato, de modo que o juiz, sozinho, se vê incapaz de lidar com essas crises. Resultado: ele próprio passa a criar, não só a solução, mas a partir de então, o próprio direito.

1. Uma história do conceito de norma jurídica: preparatório para a construção semântica do discurso judicante

É nos domínios da semasiologia, tal como desenvolvida desde 1825 pelo classista alemão C. Chr. Reisig, que nós iremos volver nossas preocupações lingüísticas alusivas ao significado do nome *norma jurídica*, numa abordagem conforme com as sinalizações balizadoras da filosofia analítica moderna[1]. Semasiologia deve ser entendida como uma antiga disciplina de caráter histórico, que procura estabelecer os princípios que presidem o desenvolvimento do significado, mais tarde concebida por Bréal em 1883, como *science des significations* (Ullmann, 1987, p. 17).

A semântica moderna, portanto, é uma ciência que tem como objeto de estudo o significado. Um dos problemas lingüístico-semânticos que demanda mais necessidade de esclarecimento é, com efeito, o da variação de significado como reflexo da relação complexificada entre os termos observacionais e teóricos <<visão holística do sentido>> (Sankey, 2000, p. 122). Outro grande problema posto nos domínios da semântica é aquele alusivo à reduzida preocupação com o significado das palavras e com os conceitos que delas podem advir, numa sociedade pré-moderna <<sobretudo na idade média>> e, com o fenômeno da diferenciação que fragmentara o meio ambiente social, a crescente preocupação com o sentido que cada enunciado quer significar, num determinado contexto complexo. O que demanda, hoje em dia, a criação de termos designativos de conteúdos próprios, diferentemente, portanto, do passado em que a vagueza e a diversidade de sentidos pertinentes a uma só palavra - polissemia - marcaram a linguagem primitiva.

Neste sentido, mostrando o campo infinito das palavras e a riqueza dos discursos significativos de toda espécie e como é flexível e volúvel a língua dos homens, o canto XX, vv. 248-249 de *A ilíada* já sinalizava: "Ágil é a língua dos mortais, e nela há muitas palavras de tôda a sorte, e amplo é o campo do discurso, de ambos os lados" (Homero, 1989, p. 350).

Ocorre que não há apenas uma hipótese de verificação concernente à multiplicidade de sentidos. Quer dizer, assim como havia, e há, vários sentidos referentes a um enunciado, o inverso também se opera: ainda hoje podemos, empiricamente, constatar mais de uma palavra para servir de significante a um mesmo significado, à mesma ideia (Ullmann, 1987, p.11)[2].

Então, trata-se de uma relação complexa, na medida em que "Para um sentido pode haver vários nomes, como é o caso da sinonímia, e, para um nome, vários sentidos, caso da homonímia [...] e, sobretudo, como se verá adiante, o da polissemia" (Ricoeur, 2000, p.176). No signo, aqui, estudado a dupla complexificação se opera. O termo *norma jurídica*, tanto pode ser qualquer um dos nomes que se ligam ao sentido de elemento do direito positivo, dogmaticamente organizado no sistema, quanto pode ser um dos sentidos que se quer transmitir pelas fontes do direito, como por exemplo, mediante a palavra *decisão jurídica*. Quem sabe dito de outro modo, *norma jurídica* pode ser significante para aludir, assim como a lei, o preceito legal, decisão judicial, as regras e os princípios, um elemento posto no sistema jurídico; *norma jurídica* pode ser, assim como sentença, acórdão, norma individual, um dos significados do nome *decisão jurídica*; como também *norma jurídica* pode ser o significado de lei ou de decisão. Em síntese, *norma jurídica* pode ser, ora um dos significantes de um significado; ora um

dos significados de algum significante; e ainda: o significado de alguns significantes, como queria Platão.

Eis a ideia do que vem a ser complexidade nas relações semânticas, fenômeno crescente na modernidade, a partir de quando não só as ordens normativas da sociedade fragmentaram-se, mas também os significados alusivos aos termos lingüísticos próprios de cada uma dessas ordens normativas sofreram o processo de diferenciação, na medida em que a linguagem <<mídias de comunicação e significados a elas pertinentes>> e as ideias alusivas a essa linguagem passam a conviver num abismo gnoseológico constante, juntamente com os eventos ocorrentes no meio ambiente social. Mas, o que se sabe a respeito do signo *norma* antes da modernidade?

A história das metáforas à norma jurídica sedimenta-se no substantivo latino *Norma*, oriundo do vocábulo grego *προτ?που*, que significava originariamente *gnorimos* (esquadria, esquadro), como ainda hoje sucede com a sua correspondente latina que quer significar algo perpendicular, regular, modelo, padrão, adequado, ajustado, certo, reto, direito.

É fácil constatar que a palavra *norma* abrange um campo muito heterogêneo de sentido, que existem muitas coisas diferentes que são ou podem ser chamados por esse nome (Von Wright, 1963). É com esta frase que o filósofo finlandês George Henrik von Wright, logo nas primeiras páginas do seu *Norm and Action*, reconhece e inicia a análise da polissemia que marca o nome *norma*. Neste sentido, ainda, "*el término 'norma' se usa ampliamente en la teoría legal, la sociologia, la lingüística, la filosofia moral y la lógica, pero no hay acuerdo acerca de su sentido. De hecho se usa frecuentemente sin siquiera definirla*". (Ross, 2000, p. 101).

Assim como Platão, "estamos habituados a admitir uma certa ideia (sempre uma só) em relação a cada grupo de coisas particulares, a que pomos o mesmo nome" (2001, p. 450). Assim, a doutrina ontológica dominante aduz que, para cada gênero de entidades lingüísticas sensíveis existentes no reino dos fatos (norma jurídica como regras e princípios positivados), existe, no reino das ideias, uma entidade lingüística ideal correspondente à norma jurídica como o sentido de justiça trazido pela ideia do falante-ouvinte (Marín, 2002, p. 52). Então, se as letras *n o r m a* formam o enunciado-inscrição *norma*, usualmente conhecida como sendo o gênero do qual advêm as regras e princípios, e se para todo e qualquer enunciado-inscrição existe um enunciado-tipo a ele correspondente, logo, o enunciado-inscrição *norma*, que é uma entidade física, corresponde ao enunciado-tipo *norma*, que é uma entidade ideal.

Ademais, note-se que a evolução da palavra *norma jurídica*, até chegar a corresponder a um elemento do direito positivo, teve a sua acepção fundada tanto numa perspectiva gnoseológica, quanto na axiologia. Quer dizer, *direito* gnosiologicamente pensado significa, dentre outros conceitos, o conjunto de normas jurídicas positivas, das quais regras e princípios jurídicos são suas espécies, confere? Por seu turno, *direito*, na sua acepção axiológica, significa o certo, o justo, o bom, a medida equilibrada da divina justeza.

Então, o termo *norma jurídica* pode ser sinônimo de direito positivo, mas também pode ser entendida como *sentido de justiça*, *valor*, *medida do direito*, como queria São Tomás de Aquino.

Assim como von Wright temos dito que um dos significados de *norma* é lei. Com efeito, "as leis são um subconjunto das normas: são normas que são promulgadas por uma instituição pública" (Opp, 2004, p. 10715). A palavra *lei*, no entanto, é utilizada em pelo menos três sentidos tipicamente diferentes. Em primeiro lugar, estamos a falar das leis do estado. Em segundo lugar, falamos das leis da natureza. Em terceiro lugar, falamos de leis da lógica e da matemática (Von Wright, 1963).

Obviamente, as leis da natureza e as leis do Estado são muito diferentes. As leis da natureza são descritivas; as do Estado, prescritivas. No entanto, a identidade de nome não é pura coincidência. Observem: a ideia que os gregos tinham acerca do mundo enquanto uma forma organizada e harmoniosamente disposta - Cosmos - parece ter sido historicamente associado com a noção de cidade-estado - *polis* -, na medida em que idealizavam-na como uma forma também harmoniosa, justa, para impor coercibilidade à organização dos padrões de conduta na comunidade humana, criando uma expectativa de harmonização, tal como o era a natureza. Nesse contexto, "Na filosofia de Platão, poderíamos dizer, esta ideia do mundo como um Cosmos é projetado em condições humanas e fez um padrão ou norma da boa vida" (Von Wright, 1963).

As normas descritivas da natureza tiveram grande influência, portanto, na edificação das normas prescritivas do Estado. A ligação cada vez mais íntima entre filosofia e política concebeu a existência dos filósofos-legisladores da *pólis*. A abordagem filosófica para com as leis de organização geográfica serviu de paradigma para o exercício da democracia política em Atenas e para o movimento legiferante de organização da soberania respectiva.

A experiência histórica do conceito de *norma* sinalizou, portanto, que inexistia uma expressão substantivada e abstrata para designar a prescrição impositiva estatal que devesse incidir sobre a comunidade humana. A análise empírica da natureza ensejou a observação da harmonia com que o Cosmos se nos revelava. Foi, inicialmente, essa organicidade natural que provocou o homem para estabelecer parâmetros de bem viver em sociedade, na condição de membros mesmos da natureza que éramos (e somos).

Com a modernidade, passa a existir um referencial histórico para a proveniência, não mais de uma noção apenas acerca de *norma*, mas de tipos diversos de normas: a norma técnica, matemática, econômica, política, a norma jurídica, religiosa, moral, sociológica, a filosófica.

Para von Wright, por exemplo, existem seis tipos de normas: três principais (definitórias ou determinativas; diretivas ou técnicas; e prescrições) e três secundárias (ideais; costumes; e morais). Sendo as normas prescritivas, aquelas que ocupam maior espaço na seara jurídica (Von Wright, 1963).

A propósito, muitas são as conceituações alusivas à norma jurídica no direito. Se para alguns autores, as normas jurídicas são ordens que expressam um desejo da autoridade normativa relativamente à maneira que alguém deve se comportar, para outros, embora prescritivas de sanções - e portanto estabelecem uma ordem -, essa ordem é uma ordem *despsicologizada*, quer dizer, independente da vontade da autoridade normativa, como queria Kelsen.

Admitimos, evidentemente, as conceituações segundo as quais normas são regras (atos normativos) e princípios (preceitos legais); normas enquanto "uma tomada de posição perante os fatos em função tensional de valores" (Reale, 1994, p. 96); normas são expectativas normativas, sinalizando uma promessa atual para controle de expectativas futuras de comportamentos.

Se por um lado, sob o ponto de vista da interpretação jurídica, a lingüística consiste em examinar a intenção objetiva do conteúdo da lei; por outro, sob o ponto de vista da lingüística jurídica, a interpretação consiste na análise semântica do discurso prescritivo, buscando, mediante uma metódica normativo-estruturante do direito, atribuir um significado aos enunciados lingüísticos que expressam o discurso neles contido (Canotilho, 2003, p. 1209). Quer dizer, "o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa". (Cappelletti, 1999, p. 22). Na perspectiva lingüístico-jurídica sustentamos que o decididor adota uma abordagem interpretativa própria no processo de concretização: é a da interpretação semiósica compreendida como sendo "o resultado do processo pelo qual o destinatário, diante da manifestação linear do texto preenche-a de significado" (Eco, 1999, p. 12).

Observo, portanto, uma diferença transcendental entre o que é ideia e o que é ato. Quem sabe dito de outro modo, há, com efeito, muito claramente, uma distinção elementar do que é norma e do que vem a ser ato normativo. Neste sentido, veja-se:

[...] a norma jurídica é o juízo implicacional produzido pelo intérprete em função da experiência no trato com esses suportes comunicacionais. Daí, não há que se confundir norma, como complexo de significações enunciativas, unificadas em forma lógica determinada (juízo implicacional) e a expressão literal desses enunciados, ou mesmo os conteúdos de sentido que tais enunciados apresentem, quando isoladamente considerados. O plano dos significantes (plano de expressão) é o veículo que manifesta, graficamente (no direito escrito), a mensagem expedida pelo autor (CARVALHO, 2004, p. 112; 1999, p. 60-61).

Além do mais, "a norma jurídica existe, mas a sua essência não é real, é objeto ideal. As essências são coisas ideais. Coisas reais são cada uma das normas jurídicas; porém a 'essência da norma jurídica' já não é real; é um *objeto ideal*" (Diniz, 2003, p. 50).

Advirta-se, demais disso, que o enunciado (prescrição aplicanda e texto) "quer aludir tanto à forma expressional, matéria empírica gravada nos documentos dos fatos comunicacionais, como ao sentido a ele atribuído" (Carvalho, 2004, p. 116). É, pois, o suporte físico de significações. Igualmente, a norma jurídica (sentido trazido pela ideia) quer aludir tanto à imagem espiritual (ideia), quanto ao sentido nela atribuído. Assim, é o suporte espiritual de significações. Assim, enquanto as significações (prescrições aplicandas) contidas no enunciado são atribuídas pelo legislador, a partir do ato pragmático de promulgação do documento textual; as significações (sentidos de justiça) contidas na ideia são atribuídas pelo decididor, a partir da metódica normativo-estrutrante através do que, criada a norma jurídica (semântica do discurso judicante), enseja-se o ato pragmático de decidir o caso, com o advento da norma de decisão[3].

Observo que não mais temos capacidade de continuar a proceder com as considerações alusivas ao signo *norma jurídica*, em virtude do que prefiro levar a sério a expressão

axiomática enunciada por Wittgenstein no último aforismo do *Tractatus* que sentencia: "Acerca daquilo que se não pode falar, tem que se ficar em silêncio" (2008, p. 142).

A conclusão dos nossos estudos jurídico-lingüísticos, portanto, sinaliza que o grau de generalização e teorização do conceito de norma jurídica transcende a dimensão terráquea e passa a ser (re) conhecida como um elemento metafísico, que combina componentes do ser inteligente, numa dimensão espiritual de circularidade na relação sobretudo entre sentido e ideia. Então, assim como o nome *pecúnia* é oriundo da noção de fortuna, e, no decorrer da história, em virtude de os gados terem sido considerados riquezas, passamos a conhecê-los como *pecus*; a norma é oriunda da noção de normalidade que marca o modelo de disposição das propriedades da natureza que influenciara o padrão harmonioso de conduta da sociedade e, com o advento das cidades-estados, e da criação das regras do bem viver e, conseguintemente, na modernidade, com a criação da estrutura institucional pública virtual, o Estado, o termo *norma* passou a ser utilizado para designar um significado novo: o de lei. Concluímos, no estado atual das coisas, que *norma* significa e sempre significou o sentido de equilíbrio e justeza trazido pela ideia intrassubjetiva do ser inteligente e, se esse sentido era trazido pela ideia do Rei absolutista, depois passou a sê-lo pela função legislativa e, hoje em dia, também o é pelo Judiciário, isso já é uma outra história.

2. Entre a saída à francesa e a chegada alemã: da exegese ao pós-positivismo jurídicos

2.1. Generalidade: elemento essencial ou acidental da norma jurídica?

A interpretação foi pensada, senão também por outros, por Platão, na filosofia antiga, para quem a técnica hermenêutica sinaliza que o intérprete imita a ideia pela palavra, por Aristóteles, já no direito pelos jurisconsultos romanos, pelos glosadores da Escola de Bolonha intérpretes do *Corpus Juris Civilis*, por Schleiermacher que influenciara Savigny com a sua metódica histórico-crítica, por Dilthey e a origem da noção das *geisteswissenschaften* [ciências do espírito] marcadas pela interpretação compreensivo-descritiva que viria fundar, preocupado com o reducionismo de uma *mens legislatori* ou uma *mens legis*, o que se conhece por interpretação sistemática, pelo segundo Ihering com a proveniência da realística ou teleologia interpretativa, por Husserl e, posteriormente, por Betti com sua teoria fundada na obediência aos cânones positivo-normativistas de uma metódica do entendimento compreensivo bipartido entre a forma representativa (objetividade) e o espírito objetivado (subjetividade), na busca da melhor *forma* de reconstruir o pensamento alheio de um Outro *versus* Gadamer, que se apóia na materialidade da compreensão ontológica do ser cognoscente, na busca invertida da melhor *norma*, e não da melhor forma, por Heidegger ratificando a subjetivação do processo interpretativo objetivo, a partir da seqüência linguagem-compreensão-interpretação, pelo renascer do racionalismo grego antigo nas inteligências iluministas que viriam a conceber o século da razão, por Montesquieu e posteriormente pela escola da exegese, por Gény através da escola da livre investigação científica do direito, pela escola histórica e sociológica implementando, apoiada no positivismo surgente, o seu método de validade indutivo de criação do direito, por Kelsen, por Cóssio e a sua teoria egológica fundada numa metodologia dialética de aplicação do direito, por Siches com a sua nova filosofia da interpretação jurídica, através de uma lógica razoável como ponto de equilíbrio entre a *ratio legis* e o sentido teleológico da aplicabilidade da lei, por Paula Batista, por Maximiliano, por Ferraz Jr., por Viehweg, relembrando uma técnica

de pensar por problemas da tópica (pré) aristotélica e ciceroniana esquecida, por Häberle que aduz uma interpretação democrática espontânea por todos aqueles que tão-somente vivem a constituição de uma sociedade aberta contra a tendência dos intérpretes de uma sociedade fechada monopolizante, por Larenz, por Engish, por Hart, por Dworkin, por Alexy, por Müller, por Adeodato, por Schmitt, por Sobota.

A evolução do procedimento hermenêutico no direito, também pode ser demonstrada a partir do debate acerca da noção conceitual de "generalidade" da norma jurídica.

A discussão de se o juiz cria direito pode ser dividida em três tendências ainda vivificadoras do direito, sendo apenas algumas mais antigas, porém não menos fortes e outras mais fortes, porém não necessariamente mais atuais.

Inicialmente, observamos a teoria do positivismo-legalista para a qual toda norma jurídica é geral. A generalidade é um elemento essencial da norma jurídica, sendo as palavras proferidas pelo juiz declaratoriamente idênticas ao que diz a lei - verdadeira e única fonte do direito - em virtude do que resta inadmissível a criação do direito pelo magistrado. Este era considerado, nomeadamente por Montesquieu, *la bouche qui prononce les paroles de la loi* [a boca que pronuncia as palavras da lei]. Nesse sentido, "*la tarea del juez era así considerada pura actividad gnoseológica. El juez tenía que limitarse a subsumir el caso bajo el concepto jurídico, y se le negaba toda actividad creadora de derecho*" (Heck, 1999, p. 21).

Essa ideia dominou o positivismo durante muito tempo, até que Kelsen surge para, desenvolvendo a ideia que viria a estar consubstanciada na segunda metade do século XX, afirmar que o juiz cria direito. Trata-se da teoria do positivismo normativista, segundo a qual a norma geral estabelece a moldura-limite ao aplicador, dentro do quê, criativamente profere a decisão. Nesse sentido, "a aplicação do Direito é simultaneamente produção do direito" (Kelsen, 2006, p.260). Assim, a norma superior é a norma jurídica genérica preexistente, enquanto a norma inferior é a norma jurídica individual criada pelo juiz a partir daquela, razão pela qual conclui-se que a generalidade é um elemento acidental da norma jurídica.

Em oposição ao mito de supor que há a solução una correta, aprioristicamente disponível nas leis para cada caso, tal como aceito pela escola da exegese e, hoje em dia, ainda com muito vigor, por Ronald Dworkin, a teoria estruturante do direito desenvolveu uma nova concepção: a atividade concretizante "não significa mais tornar mais concreta uma norma jurídica genérica, que já estaria contida no código legal, mas significa, a partir de uma ótica e uma reflexão realistas, construção da norma jurídica no caso decisório individual" (Müller, 2007, p. 148). Aduz, demais disso, que "as 'letras' e o 'espírito' da disposição legal já são distinguidos em toda parte em que o solo do positivismo ingênuo ou do normologismo é abandonado" (Müller, 2008, p. 194).

Como se pode ver, a teoria edificada por Friedrich Müller vem asseverar que só o juiz cria direito, sendo a atividade legiferante restrita à elaboração do texto, exclusivamente no qual reside a generalidade. Logo, não existe nenhuma norma jurídica geral, apenas o texto o é. Toda norma jurídica é individual e adequada ao texto genérico, pelo juiz. Então, a generalidade volta a ser um elemento essencial, mas numa nova perspectiva: alusivo ao texto e não à norma, e, portanto, sendo, não mais o juiz, mas o típico fabricador do texto - o legislador -, a autêntica boca da lei.

2.2. Interpretação jurídica: por uma concretização do direito, a partir das constrangedoras estampas normativas.

Responder ao problema axio-gnosiológico (do conhecimento valorativo) que pergunta se e em que medida uma lei geral prévia pode justificar uma decisão concreta e posterior, constitui hipótese em nossas investigações. Uma boa metodologia de resposta para esta pergunta seria admitir estereótipos ideais, numa linha imaginária, em cujos vértices situam-se, de um lado, a tese da total vinculatividade do juiz à lei, segundo a qual o magistrado descobre uma norma já contida no texto elaborado pelo legislador, aplicando-a silogisticamente e, do outro, a tese da total disponibilidade normativa do juiz, com a qual apóiam-se os que defendem a criação do direito causalmente, alegando em pouca ou nenhuma medida, até, a lei, na medida em que ela é apenas a *prescrição aplicanda* expressa pelo texto ou a *fachada normativa*, as quais revelam-se, embora importante, apenas uma parte do método de trabalho ou, quando desimportante, um esconderijo legal atrás do qual o juiz atua, a partir de convicções íntimas, na concretização do direito.

Enquanto o primeiro extremo compor-se-ia pela tese defendida por Ronald Dworkin (do racionalismo jurídico otimista), o vértice a si oposto comportaria nomes como os de Pascal, Schmitt e de Katharina Sobota, adeptos ao irracionalismo decisionista. Hans Kelsen contextualizaria-se preferencialmente na tese, não da total, mas da parcial disponibilidade normativa do juiz. Para ele, é da norma geral de que deflui a sentença, que é a norma específica. Portanto, o juiz não tem total disponibilidade de criação da norma, embora sempre a crie, nos limites do enquadramento do tipo legal, melhor entendido pela expressão que concebe a sua teoria da moldura [*Rahmentheorie*]. Com efeito, estaria tanto mais distante do primeiro vértice, quanto mais do segundo se distanciasse: o centro seria o seu mais aproximativo enquadramento. Ademais, Friedrich Müller, conquanto mais judicialista em relação ao círculo central kelseniano - dentro do qual existem tantos outros a ele concêntricos -, e cético quanto à tese da única resposta correta dworkiniana, enquadrar-se-ia num estereótipo conceitual que, transcendendo o reducionismo feito pela teoria da moldura de Kelsen, restaria consideravelmente mais afastado do extremismo irracionalista sobotaniano. Para ele, conquanto a decisão concreta não esteja sentada, pura e simplesmente, no texto lingüístico da prescrição aplicanda, o texto não é, todavia, um nada jurídico que não prenda o juiz em alguma medida. Então, se por um lado só o juiz cria direito, por outro, ele o faz a partir dos textos, aqui, entendidos como as inegáveis impressões legais ou, quem sabe dito de outro modo, seriam as constrangedoras estampas normativas [*Normatives Ausehen*][4].

Ora: afinal de contas, a lei vincula a decisão? A norma jurídica a vincula? Poderíamos dizer que a lei é uma norma jurídica? O valor de justiça o é? Ou que a lei e o valor são iguais?

3. O uso (in) voluntário da tese da concretização normativa na práxis judicante do TRF 5ª Região: um estudo empírico

3.1. Uma noção metodológica preliminar

O método experimental ensejará nossa análise, a partir do cumprimento dos seus critérios típicos de comprovação. E esses são: (a) a observação dos eventos decisionistas, mediante a entrevista direta dos juízes; (b) o confronto das respostas com

as tendências teóricas desenvolvidas, senão também por outros, por Dworkin, por Müller e por Sobota; e (c) a conclusão, enquanto uma resposta que consubstancia as hipóteses aqui lançadas.

Adota-se a técnica de pesquisa "entrevista", com o objetivo de adequar as opiniões dos respondentes às teorias interpretativas do direito e descobrir qual é a tendência de conduta referente a cada entrevistado. O propósito é ensejar a análise das respostas e, ao final, comprovar ou não comprovar a influência das teses desenvolvidas em sede doutrinária, no agir e vivenciar dos magistrados na esfera da práxis jurídica.

Assim, escolhe-se o tipo de entrevista "padronizada ou estruturada", através da qual o entrevistador segue, obrigatoriamente, a ordem das perguntas "abertas" inalteráveis consubstanciadas num roteiro aprioristicamente elaborado (Lakatos, Marconi, 2001, p. 197).

3.2. O tribunal escolhido: período, sigilo e quantidade de "juízes federais" entrevistados

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, doravante denominado apenas TRF 5ª Região, é um órgão da Justiça Federal composto de 15 (quinze) juízes, todos por de tal forma nomeados pelo Presidente da República Federativa do Brasil.

A pesquisa empírica para a observação real da atividade judicante deste tribunal ocorreu no período compreendido entre março e setembro do ano de 2009. A entrevista, tal como desenvolvida, prescindiu do elemento da pessoalidade dos entrevistandos, garantindo ao juiz o segredo de suas confidências e de sua identidade, tanto mais porquanto cinge-se a questão em investigar diretamente a atividade do agente da função pública estatal que ele presenta e cujo comportamento se deseja conhecer.

Adota-se, demais disso, o termo *juiz* - e não *desembargador* - por zelo ao comando estatuído no artigo 107, da Constituição da República, com negritos apostos: "os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete **juízes**, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República [...]".

Foram entrevistados 13 (treze) juízes titulares, enfatizando que não houve nenhuma entrevista que tenha sido desenvolvida perante um juiz substituto do TRF 5ª Região, o que permite atribuir ainda mais autenticidade às respostas coletadas e ao resultado final a que se chegou.

A seguir, tem-se o estudo crítico comparativo entre os dados empíricos colhidos, a partir da entrevista desenvolvida e algumas tendências interpretativas situadas no âmbito da teoria do direito, de modo a assinalar a relação de afinidade empírico-teórica existente para, com isso, promover o debate.

3.3. Dados acerca da aplicação empírico-teórica das teses alusivas à concretização normativa pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região

De Dworkin, passando por Kelsen, a Müller, constatamos uma variação semântica do conceito de "generalidade" da norma jurídica, em virtude do que a resposta ao problema alusivo à criação do direito pelo juiz, como visto em 2.2, bem difícil coisa é.

Minha hipótese inicial e também ainda prévia é que os juízes buscam uma abordagem do direito positivo, conforme com a dogmaticidade que o organiza, revelando um maior apego ao texto genérico da lei, a partir da inegabilidade do qual deflui a decisão individual, numa autoconstrução do direito, no direito e pelo direito. Quer dizer, numa espécie de homeostase autopoiética, que estabelece um equilíbrio autorreflexivo entre o fechamento operacional e a abertura cognitiva do sistema jurídico, blindando-o contra a entropia e a alopoiese prejudiciais, para que, nas palavras de Luhmann, o direito seja visto como um sistema normativamente fechado, embora cognitivamente aberto.

Observem o que responderam os juízes 6, 11, 5 e 7, com negritos apostos:

1ª O senhor acha que o juiz aplica o direito previamente existente ou ele cria o direito caso a caso?

Juiz 6: Ele aplica o direito previamente existente, faz uma **acomodação do fato à norma**. Contudo, embora o juiz trabalhe dentro do direito, muitas vezes, pela omissão da norma é preciso que ele dê uma esticada, estenda a norma e, com isso, pode parecer que ele cria direito caso a caso, mas isso não é verdade.

Juiz 11: Na verdade, eu acho o seguinte: existe uma norma posta, certo? E, **o juiz procura adequar o que há na norma em abstrato ao caso concreto.** Logicamente, a norma não pode prever toda multiplicidade de fatos que existem como possíveis de ocorrer e que se ajustem àquilo que está posto pelo legislador, abstratamente. Mas, o que eu entendo é que, de certa forma e guardada as proporções, **o juiz constrói uma norma específica para cada caso concreto, partir da norma base.** É uma tarefa um tanto difícil, porque dá a impressão que o juiz legisla e, na verdade, isso não ocorre.

Juiz 5: Hoje em dia, **os métodos e as formas de interpretação indicam que o juiz cria um direito, a cada caso.** Existe, é verdade, uma regra geral previamente estabelecida, através não só da lei, mas hoje também se aplica muito as regras de que os princípios são constituídos, com uma eficácia a ponto de, independentemente de existirem normas regulamentadoras desses princípios, eles serem perfeitamente aplicáveis e terem eficácia prática. Então, a circunstância principiológica, a circunstância de que o caso concreto exige uma criação pelo juiz para resolver aquele problema específico e dar a solução para aquele caso são circunstâncias que levam a se concluir que o juiz cria norma jurídica.

Juiz 7: **Eu acho que ele cria um direito caso a caso**. A lei é uma referência e, hoje, ele vai além da lei. A Constituição já abriu essa possibilidade, tanto que o Supremo Tribunal Federal tem avançado bastante nesse campo, muitas vezes surpreendendo a sociedade com decisões que não estão na lei. Recordo-me, por exemplo, de quando o Supremo estabeleceu que aos servidores públicos aplicar-se-iam as regras alusivas à greve dos funcionários de instituições privadas. Então, no caso concreto, ao solucioná-lo, nós estamos criando, sim, um direito. **A lei é a nossa referência. Mas, estará tanto mais próxima ou afastada, quanto mais contemple ou não um elemento fundamental: a justiça**.

Preliminarmente, quando o juiz 6 diz que interpretar é fazer uma acomodação do fato (empiristas heraclitianos) à norma (imagem, ideia, como queriam os racionalistas parmenedianos) ele está fiel à tradição, não só da hermenêutica jurídica, pura e simples,

mas também da história da civilização. Porém, considerando os abismos do conhecimento, de que tratamos no primeiro capítulo, e a descoberta da semiótica, no início do século XX, o debate acerca do que vem a ser fato - ou relato sobre o evento -, ideia (imagem, significado) e expressões simbólicas (formas significantes) desses fatos e/ou ideias evolui, tornando-se mais complexo, observem: "a imagem é um facto" (Wittgenstein, 2008, p. 35), "a proposição é uma imagem da realidade (Wittgenstein, 2008, p.53) e "na proposição não está ainda contido o seu sentido, mas a possibilidade de o exprimir. Na proposição está a forma, mas não o conteúdo do seu sentido" (Wittgenstein, 2008, p.40). Sustenta-se, demais disso, que, em virtude de o laço (signo lingüístico) que une o significante ao significado ser arbitrário, a ideia não está ligada por relação alguma interior ao que lhe serve de significante (Saussure, 1968, p.100).

Ademais, a ordem: adequação do fato à norma, de certa maneira, sinaliza que a norma já contém a resposta correta para o fato e, portanto, não há falar-se na criação do direito pelo juiz. Acerca do assunto, poderíamos analisar algumas argüições críticas dworkinianas, as quais edificam-se, senão em mais algumas, sobretudo em duas vigas argumentativas, confiram: a uma porque, a criação do direito pelo Judiciário é malfeitora num Estado, cujo desenho geopolítico inadmite qualquer afronta contra o que Montesquieu concebe enquanto sendo a tripartição dos poderes; a duas porque as partes provocam a função judiciária, no afã de ver reconhecido um direito pré-existente que supostamente faz jus, não se tratando, todavia, de um pleito com o qual se pugna pela criação de um direito, mediante fundamentos jurídicos baseados no próprio direito, aprioristicamente, existente. Assim, o juiz não tem o poder de criar o direito. O juiz tem, sim, um grande poder, mas um poder sobrenatural voltado à descoberta do direito sempre disponível, sempre. E é na ideia de integridade do sistema jurídico, que a onisciência jurídica do juiz Hércules sustenta a tese da única resposta correta (Dworkin, 1977, p. 105).

Assim, se faltante a regra jurídica válida inadmitir-se-á a imposição de um dever jurídico. Ora, e se a discricionariedade traduz a ausência da regra jurídica válida, logo, o exercício da discricionariedade não implica um dever jurídico. Lido no original: "(...) *it follows that when the judge decides an issue by exercising his discretion, he is not enforcing a legal rigths as to the issue*" (Dworkin, 1977, p. 17).

Na resposta subseqüente, o raciocínio inverso se opera. O juiz 11 defende, não a adequação do fato à norma, mas da norma genérica ao caso concreto. O leitor atento vê que essa abordagem interpretativa do direito compatibiliza-se, em grande medida, com a teoria da moldura kelseniana, tanto mais quando sustenta que o juiz constrói uma norma específica para cada caso concreto, partir da norma base preexistente. Para Kelsen, "todo ato criador de Direito deve ser um ato aplicador de Direito, quer dizer: deve ser a aplicação de uma norma jurídica preexistente ao ato, para poder valer como ato da comunidade jurídica" (Kelsen, 2006, p. 262).

Em que pese a atividade judicante, as mais das vezes, ser revelada como uma atividade timidamente criadora, advogamos a tese de Friedrich Müller para quem só o juiz cria direito. Mas, qual é o engano?

Muita vez há que se confundem os significados da expressão direito. Faz-se desatentas metonímias, designando direito o que, em verdade, são três coisas distintas, conquanto complementares. Com efeito, o Direito é ciência; o direito é lei e o direito é

norma/valor. O Direito é, pois, a ciência que estuda o direito através do quê se dirá o que é direito. Dito quem sabe de outro modo, a ciência do Direito estuda o plexo jurídico-positivo, dogmaticamente organizado, a partir da inegabilidade do qual se dirá o quê significam os seus termos, os quais comporão a norma de decisão.

Ora: quando se diz que só o juiz cria direito, não se está a dizer que o juiz cria lei, mas que ele cria a norma jurídica ideal, a qual será reduzida a termo por ocasião da norma de decisão, confere? Logo, é função típica do juiz criar direito, e não só do legislador. Em verdade, o direito criado pelo juiz, nem de longe se confunde com aquele criado pelo parlamento, pelo que não há falar-se em inversão de papéis estatais, mas num diálogo jurígeno interfuncional. E, quanto às desatenções alusivas ao termo *norma*, "o que é decisivo é que a norma seja considerada não como fator parcial intercambiável, a serviço da solução adequada de problemas, mas como meta da elaboração metódica dos aspectos materiais 'problemáticos'" (Müller, 2008, p. 200).

Ademais, referida pergunta quis aferir se e em que medida os juízes estão convencidos de que o direito é um sistema jurídico constituído de normas explícitas pré-existentes ou se, em verdade, essa "fachada normativa" não passa de uma pretensão iluminista científico-racionalizante desenvolvida, nomeadamente, com o advento do Estado burguês de direito, como produto desse afã moral linear e progressista positivante, alheio à intervenção arbitrária dos juízes (Sobota, 1996, p.1).

Observo, de antemão, que o ordenamento jurídico não é, necessariamente, qualquer coisa unívoca, completa e acabada, prenhe de verdades para sempre vinculantes, tal como influenciado pela obsessão da modernidade em construir uma forma de observar o futuro, num determinado presente marcado pela contingencialidade, com pretensões domadoras do direito, a partir da ideia de que os saberes jurídicos "racionais" deveriam se estruturar em bases científicas para serem considerados utilidades racionais ao meio ambiente de uma sociedade complexificanda. Nesse contexto, a lei é produto racional de uma atividade legislativa, evidentemente, racional. O objetivo consiste em, garantindo uma racionalidade interna ao sistema jurídico, domar o Judiciário e ensejar uma racionalidade continuada, vista não só no seu produto, mas também na função que o aplicou. E, se esse novo elemento racional o é, exatamente, porque aplicou o produto aprioristicamente racionalizado, não só a legislativa, mas também a judiciária, racionalizada estaria.

Ocorre que, a função jurisdicional não está, necessariamente, presa às rédeas de razão de um sistema racionalizante. Nessa esteira, Katharina Sobota assevera que a estrutura principal do discurso jurídico não é governada pelas atribuições universais - ou normas, que seriam as premissas maiores -, nem pelas normas instrumentais. "Elas são apenas um dos vários instrumentos produzidos para construir esta realidade artificial porém eficaz chamada direito" (Sobota, 1996, p.2). Em sentido parcialmente contrário, única e exclusivamente se foram esgotadas as razões do direito positivo, o juiz pode decidir o caso pelo recurso às próprias preferências pessoais ou jogando os dados (Alexy, 2004, p. 8467). Observo, todavia, que não podemos fugir da ideia de que o executivo e o Judiciário devem estar vinculados à lei e à justiça como pressupõe a própria noção alemã do que entendem por *Rechtsstaat*, alusiva ao Estado Democrático (Kunig, 2004, p. 12827).

A seguir, vejam-se os elementos empíricos sobre os quais recai o presente estudo:

TABELA 1: CRIAÇÃO DO DIREITO PELOS JUÍZES DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO E RESPECTIVOS ARGUMENTOS.

Fontes: elaboração do autor, com base em dados coletados a partir de entrevistas realizadas com os juízes do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

MAGISTRADOS	CRIAÇÂO	ARGUMENTOS
Juiz 1	3	A
Juiz 2	4	F
Juiz 3	1	C
Juiz 4	2	B
Juiz 5	1	C
Juiz 6	4	D
Juiz 7	1	C
Juiz 8	4	D
Juiz 9	4	E
Juiz 10	4	F
Juiz 11	2	B
Juiz 12	2	B
Juiz 13	4	F

Legenda:

Quanto à criação do direito caso a caso:

- 1- Cria Sempre
- 2- Cria normalmente
- 3- Cria excepcionalmente
- 4- Não cria

Quanto aos argumentos:

- a- Por entender que o juiz aplica o direito preexistente e, excepcionalmente, existem situações em que é necessária a criação de uma nova norma jurídica.
- b- Entende que o juiz procura adequar a norma genérica ao caso concreto. Ele constrói uma norma específica para cada caso concreto, a partir da norma base preexistente. O juiz, então, normalmente, cria direito, pois em muitas situações o Judiciário vai construindo uma nova maneira de solucionar os conflitos de interesses.
- c- Acredita que o juiz cria um direito caso a caso, especialmente nos casos difíceis. A lei é apenas uma referência para a decisão. E, embora muitos casos haja que se enquadram dentro de uma estrutura mais próxima daquela visão

silogística tradicional, até nas hipóteses em que o juiz aplica o direito preexistente, ele está criando um direito (norma jurídica).

- d- Sustentam que o juiz faz uma acomodação do fato à norma. E, ainda que nas hipóteses de omissão (em que se procede com uma interpretação mais extensiva da norma) possa parecer que ele cria direito caso a caso, isso não é verdade.
- e- Não cria por não ter a mais mínima dúvida de que se o juiz quiser agir corretamente ele deve aplicar o direito preexistente. Em verdade, se o juiz pudesse criar direito, nós não estaríamos numa democracia marcada pela separação dos poderes.
- f- Não cria porque o direito é preexistente, embora esse próprio direito seja um referencial que deve ser adequado à situação concreta. Logo, conquanto o juiz não seja um autômato, ele não pode criar um direito novo.

Com base nos dados coletados, conforme se demonstra na tabela 1 supra, é razoável que se interprete a criação do direito pelo juiz, de forma freqüente. Porém, essa criação dar-se tanto a partir da norma genérica (*H. Kelsen*), quanto, mais precisamente, do texto da prescrição aplicanda (*F. Müller*). A tese do irracionalismo decisionista, por seu turno, não se revela demonstrada na prática do TRF 5ª Região, isto devido à tendência de os juízes, em sua maioria, compreenderem ser imparcial e subjetiva a adoção da referida ideia doutrinária. Juízes! Sobota não quer dizer como deve ser a atividade judicante. Sem censura, ela diz como é o processo de decisão. Ocorre que, tenta-se dar, as mais das vezes, pouca atenção aos verdadeiros motivos do juiz, por meio do discurso legalista que os encobre. Com efeito, o disfarce argumentativo pela justificação legal é comportamento (in) voluntário do juiz, nesse afã de velar a escolha ideológica anterior, a partir de um discurso retórico silogisticamente estruturado no conseqüente dessa decisão apriorística.

Pode-se concluir, portanto, que, dentre os 13 (treze) juízes, 6 (seis) dizem não criar direito, porque, em verdade, o aplicam. Deveras, o agir correto do juiz já está sinalizado na lei, cabendo a ele descobri-lo (*R. Dworkin*). E, dentre os 7 (sete) que dizem criar direito, 3 (três) deles sustentam que sempre criam-no, caso a caso; os outros 3 (três) aduzem criá-lo, normalmente, a partir da existência de uma norma geral prévia da qual defluirá a norma individual, como queria Kelsen; e 1 (um) diz criar direito, excepcionalmente. Mas, foram os juízes 3, 5, 7 e 9 que revelaram suas impressões, em grande medida, adequadas às teorias do direito recentes. E um fato nos chama a atenção: a maioria está tanto mais aproximada da teoria material metódico-estruturante do direito, quando sustentam que o texto legal não passa de uma referência, um dado de entrada a partir do quê o juiz, ele próprio, fabricará, tal como desenvolvida por Müller, a norma de decisão.

Portanto, as informações colhidas podem ser sistematizadas da seguinte forma:

- a) Em média, 55% dos juízes do TRF 5ª Região dizem criar direito caso a caso. Dentre aqueles que afirmaram criar direito (norma jurídica ideal) no caso concreto, em média 57%, ou seja, a maioria, defende criá-lo a partir do direito (positivo) preexistente, mais ou menos aproximados da teoria da moldura kelseniana; enquanto, em média, 43% aduzem que, embora importante, o texto apriorístico não passa de um referencial para a norma de decisão fabricada

causalmente e, portanto, numa abordagem para muitos paradoxal (porquanto e na medida em que não procedem, certamente, com a devida diferenciação acerca do que aludem precisamente as três acepções do termo "direito"), até quando o juiz aplica o direito - positivo -, ele cria um direito, por assim dizer, decisivamente - o que demonstra-nos outra noção relevante: a de que ele não cria o direito, única e exclusivamente, se e quando o aplica, mas também quando não o faz; embora, quando aplica o direito previamente existente, sempre o crie, confere? -.

- b) Em média, 45% dizem não criar direito, mas asseveram que o aplicam, senão silogisticamente, pela ingenuidade da escolha racional, quando da descoberta da única resposta correta disponível no sistema jurídico pronto e acabado.

Da análise das informações referidas, é possível concluir a tomada de posição do magistrado como agente criador do direito, de colaborador ativo da função legiferante na inserção de novos conteúdos morais específicos à solução da contenda social <<o que não se confunde com a inversão dos papéis estatais de cada função, como vimos no início deste item>> e de participante ativo e não mais mero reprodutor das palavras da lei, em virtude do que podemos concluir três noções relevantes à nova era da interpretação do direito, observem: (a) a práxis judicativa vem revelando que o termo direito não se resume à parte sistêmico-positiva que o integra; (b) ademais, a norma é diferente do que se deve entender precisamente por lei (prescrição aplicanda) e, igualmente, pelo texto que tenta expressá-la; e (c) a judicial, a executiva e a legislativa convivem num diálogo interfuncional de criação do direito, que tende a enriquecer a unidade estatal, com a evolução das ideias acerca das verdadeiras causas por que da existência de um Estado Social e Democrático de Direito, no qual a observação recíproca de ordens que respeita e leva a sério a alteridade é o virtuoso ponto de equilíbrio para o enriquecimento da própria identidade.

Conclusões

Eis o momento de responder se e como os juízes federais do TRF 5ª Região criam direito caso a caso. O resultado da pesquisa teórica e da entrevista realizadas sinaliza que a maioria dos juízes não hesita em afirmar com todas as palavras: "O juiz cria direito"[5]. Com efeito, mais da metade dos entrevistados responderam à pergunta que consubstancia o problema lançado pela pesquisa, defendendo que a total vinculatividade do juiz à lei é, em verdade, uma ideia <<não errada>>, mas obsoleta na era do concurso interfuncional de criação do direito <<decididores, pelas funções judicial e administrativa e legisladores, pela função que lhes é afeta>>.

Demais disso, a recepção prática da discussão teórica acerca do decisionismo entre os juízes do TRF 5ª Região revelou-se uma reflexão crítica adequada, a partir do debate construído em outros territórios do direito, porque, em que pese a distância mesma que os separa, pude perceber a compatibilização da práxis judicativa de concretização jurígena do tribunal estudado com as intercríticas procedidas nesses ambientes internacionais do direito, senão também em outros, sobretudo na Alemanha entre Kelsen, Müller e Sobota, também aqui abordados. Ademais, os juízes demonstraram ter a autonomia do pensar científico ao criticarem as importações simplistas e impensadas

de modelos teóricos modernos, tal como aquele desenvolvido por Dworkin, e, por isso mesmo, embora não pouco, menos influentes no pós-positivismo legalista de hoje.

Aliás, é lugar comum em sede doutrinária mundial, o debate alusivo à criação do direito pelo juiz. O pensamento atual acerca do Judiciário soviético, inclusive, consiste na ideia "de que os <<juízes são órgãos do poder político>>, porque <<a função jurisdicional é considerada, em vez de independente aplicação de um direito já consolidado em leis, criação dum novo direito[...]>>" (Poutchinski, Tadevosián, Terebilov, 1978, p.142).

E, hoje em dia, curiosamente, no Brasil, os juízes criam direito com o beneplácito da própria legislação. Trata-se da legislação justrabalhista, que contempla a legitimidade normativa do Judiciário, sinalizando que, na relação entre sindicatos obreiro (suscitante) e patronal (suscitado), nos casos de dissídios coletivos econômicos <<matéria reservada à competência originária dos Tribunais Regionais do Trabalho>>, em que se pleiteiam direitos abstratos com efeitos delimitados à extensão da categoria profissional representada, o respectivo julgado detém poder normativo de criar novas condições de trabalho inexistentes na lei, por valores íntimos de justiça e conveniência, o que gera, tal como desenvolvida pelo parlamento, uma "sentença normativa" que cria direitos para a categoria profissional em favor da qual se dirige o deferimento positivo da decisão e à qual deverá o juiz, ele próprio, determinar o termo inicial de sua vigência. Veja-se a permissão expressa estatuída no art. 868 c/c o parágrafo único do art. 867 e art. 871, da CLT, com negritos apostos:

Art. 868. Em caso de dissídio coletivo que tenha por motivo **novas condições de trabalho** e no qual figure como parte apenas uma fração de empregados de uma empresa, poderá o Tribunal competente, **na própria decisão, estender tais condições de trabalho, se julgar justo e conveniente, aos demais empregados da empresa que forem da mesma profissão dos dissidentes**.

Art. 867. *Omissis*

Parágrafo único. A **sentença normativa** vigorará:

Art. 871. Sempre que o Tribunal estender a decisão, marcará a data em que a extensão deva entrar em vigor.

Tive, ao final, uma preocupação muito grande, porque percebi, diversas vezes, que os juízes não fazem uma análise verticalizada acerca do que significa o termo "direito". Acham que o direito se resume à lei e, portanto, fica difícil admitir que o juiz cria o texto. Em verdade, insista-se, o juiz cria a norma jurídica para, fabricando *um* sentido *ao* texto <<e não *o* sentido *do* texto>> revelar a norma de decisão contida, por assim dizer, no capítulo dispositivo da decisão, seja ela sentença ("normativa") ou acórdão.

Ora, apesar de ter sido obtido um resultado favorável, comprovando-se a atividade criadora defendida nesta monografia, há de se convir que restou devidamente comprovado que, embora possam <<e devam, até, pela própria exigência do *jus non liquet* (art. 4°, da LICC)>> criar direito, o reconhecimento desse papel como causa natural da função jurígena, ainda bem tímido coisa é.

E é para essa timidez que se tenta orientar os resultados deste estudo, convidando os magistrados a uma reflexão sobre o que é o "direito" e que espécie de "direito" é produto de sua função empiricamente (re) conhecida como criadora.

Observe-se, por fim, que, a partir da apresentação e exame lançados e pela combinação das informações e dados estatísticos novos, podem-se dar a conhecer novas noções para o aperfeiçoamento na tomada de decisão jurídica e, para além disso, ajudar na intradescoberta do juiz pelo juiz, procurando-se, assim, expandir as ideias do que significa o seu papel criador e o quê, em verdade, ele cria.

Tal como desenvolvida, esta pesquisa arvora-se nos domínios da teoria do direito e tomou como pressuposto responder se e em que medida o juiz cria direito, promovendo o conhecimento doa constataçto, promovendo a a doas influências teóricas de que gozam os juízes, direcionando a resposta da pesquisa para uma comprovação sólida da tese da criação judicial do direito, face à nova postura concretizante do juiz.

Talvez a edificação deste estudo teórico-empírico possa trazer à sociedade o conhecimento da atividade jurisdicional, lembrar aos juízes acerca da importância da hermenêutica jurídica para a tarefa por eles desempenhada e, apresentando-lhes os novos horizontes alusivos à interpretação jurígena, incentivá-los também ao estudo não dogmático do Direito.

Referências

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ADEODATO, João Mauricio. Limites éticos do poder constituinte originário e da concretização da constituição pelo judiciário. **Revista Mestrado em Direito**. São Paulo/Osasco: Edifieo, ano 5, n. 5, 2005, p. 85-102.

ALEXY, R. **Law and Morality**: A Continental-European Perspective. International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, 2004, p. 8465-8469.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Vade Mecum RT. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: 1988.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Interpretação, aplicação e concretização do direito constitucional**. In: Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1195-1245.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Sobre a norma jurídica tributária, geral e abstrata**. In: Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 15-84.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Vigência, aplicação e interpretação da legislação tributária**. In: Curso de direito tributário. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 80-129.

DINIZ, Maria Helena. Conceito de norma jurídica como problema de essência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 18ª imp. 2001. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977-1978.

ECO, Umberto. ***Intentio Lectoris*: apontamentos sobre a semiótica da recepção**. In: Os limites da interpretação. trad. CARVALHO, Pérola de. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 1-18.

HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. trad. ENTENZA, Manuel. Granada: Editorial Comares, S.L, 1999.

HOMERO. **A ilíada**. trad. GOMES, Fernando C. de Araújo. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1989.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

KUNIG, P. **Rechtsstaat** (Rule of Law: German Perspective). International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, 2004, p. 12824-12829.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. trad. NAFARRATE, Javier Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2005.

MARÍN, Rafael Hernández. **Ontología Jurídica**. In: Introducción a la teoria de la norma jurídica. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. trad. NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Teoria estruturante do direito I**. trad. NAUMANN, Peter e DE SOUZA, Eurides Avance. São Paulo: RT, 2008.

_____. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: RT, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OPP, K.-D. **Norms**. International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, 2004, p. 10714-10720.

PLATÃO. **A república**. trad. PEREIRA, Maria Helena da Rocha. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

POUTCHINSKI, V. K.; TADEVOSIÁN, V.; TEREBILOV, V. Notas sobre o processo civil soviético. In: POUTCHINSKI, V. K.; TADEVOSIÁN, V.; TEREBILOV, V. **Princípios de processo civil da U.R.S.S. e das repúblicas federadas**. Coimbra: Centelha, 1978.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RICOEUR, Paul. **A metáfora viva**. trad. MACEDO, Dion Davi. São Paulo: Loyola, 2000.

ROSS, Alf. **Lógica de las normas**. trad. HIERRO, José S.P. Granada: Comares, 2000.

SANKEY, Howard. **The language of science**: meaning variance and theory comparison. Language Sciences, n. 22, 2000, p. 117-136.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Cours de linguistique générale**. Paris: Payot, 1968.

SOBOTA, Katharina. **Não mencione a norma!** trad. ADEODATO, João Maurício. Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7. Recife: UFPE, 1996, p. 251-273. Disponível em:<http://www.esmape.com.br/esmape/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=137&Itemid=99999999>. Acesso em: 25 jan. 2009.

ULLMANN, Stephen. **Semântica**: uma introdução à ciência do significado. trad. MATEUS, J. A. Osório. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**. trad. LOURENÇO, M. S. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

WRIGHT, George Henrik von. **Norm and action**: a logical Enquiry. International Library of Philosophy and Scientific Method. Layer, 1963. Disponível em <<http://www.giffordlectures.org/Browse.asp?PubID=TPNORM&Cover=TRUE>>. Acesso em: 20.07.2009.

[1] A tradição da filosofia analítica, tal como concebida no contexto do final do século XIX e início do século XX, volve sua atenção ao debate principal alusivo à análise dos conceitos lingüísticos, como método de esclarecimento filosófico: o estruturalismo, a hermenêutica, a semiótica, a análise do discurso, respectivamente defendidos também por Saussure, Gadamer, Peirce e Foucault marcaram a nova era lingüístico-filosófica.

[2] A partir desse fenômeno lingüístico, cria-se a teoria da *ressignificação* que consiste em admitir muitas existências sucessivas de um só significado em vários significantes, em cada uma das quais significando algo diverso daquilo que, apriosisticamente, significara no passado histórico de então. A lógica última que fundamenta a teoria da ressignificação, no âmbito jurídico, é essa mesma: se se admite norma significando lei admitir-se-á, necessariamente, que esse efeito (lei como significado de norma, de valor de justiça) tem uma causa, não? Se não passamos a conheçer a causa na existência moderna do significante "norma", é porque esta causa encontra-se em momento anterior ao de sua existência no período compreendido entre a segunda metade do século XX e início do século XXI (quer dizer, a lei era mais bem traduzida como sendo o sentido de justiça, no alvorecer da modernidade, onde a norma jurídica (sentido de justiça) estava contida na lei, mesclada com ela). E sempre assim o será, na medida em que, ao efeito sempre precede a causa. Igualmente, admitir que o significante norma significa o sentido/valor de justiça criado pelo decididor no caso concreto e essa causa (sentido/valor de justiça) não é oriunda, única e exclusivamente, da existência atual do significante respectivo (norma) é porque encontramos-na noutra existência precedente, ainda mais remota: a de quando "norma" significava a ideia de harmonia organizacional da natureza tomada como exemplo para determinar o padrão de justeza a que a comunidade (*pólis*) deveria se submeter para estabelecer um convívio social mais harmonioso entre os homens. Isso indica que um único significado (valor de justiça) pode ter várias existências com significantes distintos ou quase iguais (norma natural, lei, norma jurídica).

[3] O fenômeno jurídico-normativo é composto por três elementos. Embora distintos, todos complementam-se reciprocamente na concepção desse evento jurídico, numa espécie de circularidade presente na relação de reflexividade típica do processo de concreção jurídica (*F. Müller*). E esses são: (a) o ato jurídico de positivação; (b) o enunciado legal (texto e teor); e (c) a norma jurídica. A correspondência entre o fenômeno normativo com a dimensão lingüística adotada na presente monografia é a seguinte: o ato jurídico positivo praticado pela autoridade normativa corresponde à *pragmática* (legislar/sentenciar/decidir); o signo, que é o enunciado legal diria respeito à *sintática* (lei/decisões judiciais e/ou administrativas); e a norma jurídica seria alusiva à *semântica* (sentido trazido pela ideia imaginada a partir da leitura individual do enunciado positivado).

[4] O termo alemão *Normatives Aussehen* foi construído, a partir do verbo na forma infinitiva "sehen" (que significa "ver") e do prefixo "aus" (significando "fora") os quais, empregados conjuntamente, concebem outro verbo (*Trennbar*) também no infinitivo

(*aussehen*) que, uma vez substantivado, requer seja iniciado por letra maiúscula e após o adjetivo "Normatives" (que significa "normativa"), elemento antecedente, porquanto secundário neste termo - característica típica também das expressões alemãs. Aplica-se-lhe, aqui, no sentido de aparência, de semblante, quer dizer, a primeira impressão que se tem do que o senso comum teórico dos juristas (*L. A. Warat*) aceita como sendo "norma jurídica", mas mais precisamente referimo-nos ao primeiro aspecto da prescrição legal contida nos dogmas textuais positivados pelo legislador, os quais, eles próprios, o consubstanciam. Mas, logo se vê que, embora imprescindíveis à concretização jurídica, não se trata de textos dotados de um sentido objetal determinado, senão de elementos textuais determináveis pelo juiz, através da fabricação da norma de decisão, a partir da norma jurídica (*Fr. Müller*). Quem sabe dito de outro modo, a expressão construída pode ser mais bem traduzida pela ideia seguinte: "A lei muda: uma (oca)sião dogmático-constrangedora" que, embora ajude ao juiz a dizer o quê significam os seus termos, nada diz ideal-substantivamente, *de per si*.

[5] Nada mais natural. Hesitar na aceitação da ideia de que os juízes criam direito seria o mesmo de desconfiar acerca do seguinte enunciado interrogativo: "A árvore constrói galhos?". Ora: a decisão, portanto, cria direito? Os descrentes do poder criador do juiz sustentariam o criacionismo legislativo indagando: de onde vem o direito? Responderíamos, perguntando: de onde vem a decisão? E, então, diriam: mas que pergunta mais tola: evidentemente, a decisão vem do direito. Diríamos em seguida: mas que pergunta mais tola: evidentemente, o direito vem da decisão. Resta, portanto, empiricamente comprovado o poder de construção semântica do direito pelo juiz.

O MODELO PROCEDIMENTAL DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE JÜRGEN HABERMAS E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO DE PETER HÄBERLE*

THE PROCEDURAL MODEL OF DELIBERATIVE DEMOCRACY OF JÜRGEN HABERMAS AND THE OPEN SOCIETY OF INTERPRETERS OF THE CONSTITUCION OF PETER HÄBERLE

Larissa Pinha de Oliveira

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto empreender uma breve análise acerca do modelo procedimental de democracia deliberativa construído pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, abordando os principais aportes feitos pelo autor acerca das relações de intercâmbio entre sistemas e o mundo da vida, bem como os problemas advindos da colonização deste pelos processos de burocratização e monetarização. Objetiva-se também examinar a transição de uma razão centrada no sujeito para a razão comunicacional, assinalando a importância do espaço público enquanto instância de deliberação adequada às sociedades contemporâneas, complexas e pós-convencionais. Aponta-se ainda para uma correlação entre o modelo procedimental de democracia deliberativa habermasiano e o conceito de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição elaborado por Peter Häberle, com ênfase na concepção de interpretação pluralista e procedimental propugnada por ambos os autores. Cumpre, portanto, destacar a abrangência da doutrina de Jürgen Habermas consubstanciada em aspectos de sua teoria do discurso, calcada na intersubjetividade e inserida no paradigma pós-positivista, assim como na construção de uma nova hermenêutica plural desenvolvida por Peter Häberle.

PALAVRAS-CHAVES: PROCEDIMENTALISMO; PLURALISMO; HERMENÊUTICA.

ABSTRACT

The present work takes as an object the analysis of the procedural model of deliberative democracy built buy the german philosopher Jürgen Habernas, approaching the principal aspects of the author's doctrine, such as the relations between the systems and the world of life and also the problems that succeeds from its colonization through the bureaucratization and monetaryzation. The objective of this work is also to examine the transition of a reason centered on the subject to a communicational reason showing the importance of the public space as an appropriate place of deliberation in the contemporary societies. The purpose is to make a correlation between the procedural model of deliberative democracy developed by Jürgen Habernas and the idea of an open society of interpreters of the Constitucion built by Peter Häberle, with focus in a

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

pluralist and procedural conception of interpretation defended buy both authors. We intend to detach the importance of Jürgen Habermas doctrine consolidated in aspects such as the theory of speech and its intersubjectivity and in the new concept of a plural hermeutics developed by Peter Häberle inserted in a post-positivist paradigm.

KEYWORDS: PROCEDURAL; PLURALISM; HERMEUTICS.

1) Introdução

Tendo em conta que as sociedades contemporâneas, pós-convencionais identificam-se pela complexidade e pelo dissenso, que as diversas concepções de bem: éticas, religiosas à disposição dos sujeitos não permitem mais a referência a laços culturais comuns e que o contexto pós-metafísico apresenta como traços marcantes a relatividade, a fratura de valores e a fragmentação,[1] a única alternativa factível diante do que se designa por pluralismo consiste em "buscar o consenso em meio da heterogeneidade, do conflito e da diferença".[2]

Nesta linha, encontra-se Jürgen Habermas, um dos principais representantes do procedimentalismo, defensor das formas dialógicas e dos processos de discussão pública. Na lição do autor, diante da convulsão e diversificação próprias das sociedades pós-convencionais, a democracia e o Direito "não podem ou devem se fiar em uma concepção substancial que, *desde o início*, estabeleça resultados, que postule uma materialidade irrecusável de origem naturalista ou suprapositiva, uma axiologia apriorística".[3]

A pedra angular do debate habermasiano consiste na idéia de que no mundo pós-convencional, o mundo de estranhos levado ao limite, de pluralidade constitutiva, diante da impossibilidade de se estabelecer um caldo de cultura comum, a legitimidade do ordenamento normativo não pode encontrar fundamento, justificação em um conteúdo material ou em concepções particulares.[4] A tese propugnada por Habermas traduz-se na legitimação pelo procedimento, na construção do modelo da ação comunicativa capaz de conferir validade mediante a deliberação, a intersubjetividade e "através de uma rede de reconhecimento recíproco, que se estrutura através da linguagem",[5] enfatizando a importância da esfera pública enquanto instituição fundamental da democracia deliberativa.

Neste sentido alinha-se o Professor Peter Häberle, cuja proposta consiste na adoção de uma hermenêutica constitucional destinada à sociedade pluralista, porquanto "todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete".[6] Assim, segundo o autor, devem figurar no processo de interpretação constitucional todos os órgãos estatais, potências públicas, cidadãos e grupos, não sendo possível a fixação de um elenco fechado de intérpretes, na medida em que a interpretação constitucional constitui um elemento da sociedade aberta.[7]

Com base nas idéias aqui apontadas, o objeto deste trabalho é empreender uma breve análise acerca do modelo procedimental de democracia deliberativa elaborado por Jürgen Habermas, investigando o aporte peculiar feito pelo filósofo, na articulação de temas fundamentais como as relações de intercâmbio entre sistemas e mundo da vida e os problemas advindos da colonização deste pelos processos de monetarização e burocratização. Pretende-se analisar também a transição da concepção de uma razão centrada no sujeito para a razão comunicacional, bem como a importância do espaço público enquanto instância de deliberação e alternativa à violência nas sociedades contemporâneas. Por fim, será apreciado o modelo procedimental de democracia deliberativa de Habermas e sua correlação com o conceito de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição construído por Peter Häberle. O escopo deste estudo é identificar as bases e a complexidade da construção teórica de Habermas, estabelecendo pontos de contato entre sua doutrina e a concepção de interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição propugnada por Häberle. Vale dizer, pretende-se estabelecer um diálogo a partir das categorias erigidas por Jürgen Habermas, filósofo alemão de formação ligada à Escola de Frankfurt e "um dos textos mais instigantes do Direito Constitucional moderno, da lavra do Professor Peter Häberle".[8]

2) As relações de intercâmbio entre sistemas e mundo da vida e o risco da colonização

Habermas destaca a importância da esfera pública para a democracia deliberativa, assinalando que o espaço próprio para a deliberação não é apenas o oficial, o formal, porém também a esfera pública não estatal, os ambientes não oficiais, dando ênfase à necessidade de expansão da comunicação dialógica para o cotidiano de todos.

Contudo, como já assinalado, a complexidade das sociedades pós-convencionais impede que a autonomia pública apenas possa se concretizar através de um modelo direto de democracia, de maneira que a solução proposta pela teoria habermasiana "é atribuir à democracia uma dimensão mais deliberativa e informal, com a valorização da "comunicação sem sujeito" que se processa nas "redes" compostas pelas "associações da sociedade civil".[9]

Nesta esteira, Habermas enuncia que a modernização possibilitou o desenvolvimento de um "quadro societário, chamado de 'sociedade global', cujas estruturas fundamentais são os 'subsistemas sociais' (economia e estado) e o 'mundo da vida' (esfera privada e esfera pública)".[10] No que tange à esfera privada, a mesma consistiria nas relações pessoais, familiares e amorosas.[11] Já a esfera pública traduziria o espaço de atuação como cidadão, como membro da comunidade política. Segundo Habermas, tanto a esfera da vida privada quanto a esfera pública representariam âmbitos de ação estruturados comunicativamente.[12] Vale dizer: ao mundo da vida[13] poderia ser associada à ação comunicativa, porquanto nele são desenvolvidas e ampliadas as formas de solidariedade, interação e entendimento, ao passo que à idéia de subsistemas poderia ser vinculada à ação instrumental.[14]

Segundo Habermas, as interações entre o sistema e as esferas do mundo da vida a partir da perspectiva do subsistema econômico e administrativo operam através de relações de intercâmbio segundo as quais: o sistema econômico troca salário por trabalho (como *input* específico) e bens e serviços (como *output* específico) pela demanda dos consumidores. Enquanto a administração pública intercambia rendimentos organizativos (idéia de clientela de políticas públicas) por impostos (*input* específico) e decisões políticas (*output* específico) pela lealdade da população.[15]

As esferas do mundo da vida são âmbitos não regulados sistemicamente, ou seja, não se submetem a meios de controle. Desta maneira, partindo da perspectiva do mundo da vida, as relações de intercâmbio operam-se por intermédio dos papéis de trabalhador e consumidor por um lado, e de cliente de políticas públicas e cidadão por outro.[16]

Cumpre assinalar que as categorias de trabalhador e de cliente são definidas juridicamente por referência a papéis ligados a uma organização. Neste passo, ao assumirem os papéis de trabalhadores e clientes da administração pública, os atores se descolam dos contextos do mundo da vida e adaptam os seus comportamentos a âmbitos de ação formalmente organizados.[17] Contudo, no que tange aos papéis de consumidor e cidadão, a situação se processa de forma distinta: embora tais papéis também sejam definidos por referência a âmbitos de ação formalmente organizados, estes não estão propriamente ligados a uma organização. Desta feita, estes dois papéis encontram-se menos sujeitos a ataques da economia e da política, porquanto estão mais conectados aos contextos do mundo da vida, uma vez que a formação da categoria de consumidor e cidadão orienta-se por processos que se desenvolvem na esfera da vida privada e pública, não podendo ser compradas ou arrecadadas por organizações.[18]

Assim, fica evidente que o incremento da complexidade própria do mundo pós-convencional aumenta as possibilidades de ação no mundo da vida, o que acaba subvertendo o papel conferido aos subsistemas sociais de redução da complexidade social através da seleção de algumas das possibilidades de ação disponíveis no mundo da vida.[19] Deste modo, esta seleção de possibilidades se vale do mecanismo de abstração, porquanto os fatos reais são convertidos em categorias abstratas, de número finito e impostas através da regulação sistêmica, constituindo códigos não lingüísticos.[20]

Nada obstante, a questão torna-se problemática na medida em que a instrumentalidade toma conta da ação comunicativa, dando origem ao que Habermas chama de colonização do mundo da vida. Segundo o autor, este fenômeno tem início quando o processo de formação dos subsistemas sociais se dá de maneira intensa e excessiva, de modo que a instrumentalidade que lhes é própria se apodera da ação comunicativa e atinge âmbitos que dela não poderiam prescindir. Desta maneira, o mundo da vida "inicialmente socializado de forma comunicativa, acabou se adequando aos códigos abstratos dos subsistemas sociais. Assim, a esfera da vida pública foi "burocratizada", e a esfera da vida privada, "monetarizada".[21]

Neste passo, a monetarização e a burocratização, que são processos orientados pela instrumentalidade e não pela comunicação, operam a colonização do mundo da vida que se traduz por restrições à autonomia pública e privada, de maneira que a participação política na esfera pública se reduz aos papéis sociais abstratos de "eleitor", ou "cliente", onde os participantes passam a não interferir na formulação de padrões, uma vez que as

decisões são tomadas independentemente de qualquer diálogo pelo aparato burocrático-administrativo.[22] Cumpre assinalar que a colonização do mundo da vida também produz alterações significativas no processo de comunicação pública, produzindo uma sociedade massificada e consumista, porquanto a regulação através de meios de controle fracassa quando aplicada aos meios de reprodução cultural, de integração social e socialização.[23] Neste passo, as ações deixam de se orientar pelo melhor argumento e se voltam para a obtenção de utilidades e não de entendimentos. Diante do exposto, Habermas pretende combater a degeneração advinda da colonização do mundo da vida através da noção de espaço público.

3) O espaço público no modelo habermasiano e a crítica à razão centrada no sujeito

Em última análise, a crítica feita por Habermas à teoria dos sistemas sociais está associada à necessidade de superação da idéia da razão centrada no sujeito, ou seja, ela consiste no abandono da idéia de uma razão subjetiva individual focada no sujeito. Vale dizer: o filósofo propõe a desconstrução do paradigma da auto-referência, de um sujeito que conhece e age isoladamente e indica a sua substituição "pelo paradigma da intercompreensão, isto é, da relação intersubjectiva de indivíduos, que socializados através da comunicação, se reconhecem mutuamente".[24]

Desta maneira, Habermas efetua um giro pragmático e redefine a racionalidade do sujeito a partir da figura do outro. Assim, o filósofo não adota nem a subjetividade própria do indivíduo iluminista, nem a razão inteiramente delimitada pelo mundo da cultura: sua proposta consiste na intersubjetividade, na perspectiva de que o sujeito se individualiza ao mesmo tempo em que se relaciona com os demais. O autor adverte que a racionalidade das pretensões normativas encontra-se vinculada à força do melhor argumento e para que este "possa se impor e obter assentimento generalizado é mister que os mais diversos argumentos tenham igual oportunidade de chegar à apreciação do decisor e do público que o influencia e critica".[25]

Neste passo, Habermas descreve o indivíduo como um "sujeito capaz de auto-reflexão e crítica, o que lhe permite exigir igualdade de respeito e disponibilidade para o diálogo".[26] Assim, tendo em conta a complexidade do mundo pós-convencional e sua incapacidade de fundamentação na metafísica ou em questões religiosas, Habermas propugna por uma razão que se retira de questões substanciais e faz uso do procedimento. Defende uma ética intersubjetiva e veicula a concepção de que "a formação racional da vontade pressupõe um exercício público de discussão comunicativa, em que todos os participantes fixam a moralidade de uma norma a partir de um acordo racionalmente motivado".[27]

Com efeito, no intuito de resistir à abstração sistêmica e confrontar o "processo de heteronomização a que leva a colonização do mundo da vida", [28] encontra-se a noção de espaço público no modelo habermasiano, local destinado à conexão dos canais comunicativos entre sociedade e estado e de expor à crítica o processo de colonização, revelando as ilegitimidades perpetradas pela racionalidade técnico-burocrática.[29]

Assim sendo, a participação na esfera pública apresenta-se como possibilidade real de reação à colonização, enquanto espaço de revelação de interesses e publicidade.

Neste passo, a intersubjetividade de processos de entendimento, própria da teoria do discurso se concretiza por intermédio de "procedimentos democráticos ou na rede comunicacional de esferas públicas políticas".[30] São as denominadas *arenas* por onde perpassam o *fluxo comunicacional* que permeia a formação pública de vontade, as deliberações legislativas e as decisões institucionalizadas, operando a transformação do poder produzido comunicativamente.[31] Assim, no que tange à interação social, a concepção de Habermas não pressupõe cidadãos virtuosos, mas mantêm sua ênfase na necessidade das arenas informais capazes de descolar a filosofia do sujeito[32] e valorizar o discurso, os *fluxos comunicacionais*.

A partir desta perspectiva, a solidariedade assume força social e integradora, uma vez que se desenvolve "através de um amplo leque de esferas públicas autônomas e de processos de formação democrática da opinião e da vontade, institucionalizados através de uma constituição, e atingir os outros mecanismos da integração social - o dinheiro e o poder administrativo - através do *medium* do direito". O direito, segundo Habermas, funciona como medium, capaz de fazer escoar os conflitos presentes em sociedades marcadas pelo pluralismo. Cumpre assinalar que, consoante a teoria do discurso, os processos e pressupostos comunicativos de formação democrática da opinião e da vontade operam como comporta fundamental para a racionalização discursiva das decisões do governo e administração vinculados ao direito e a lei.[33] Trata-se da necessidade do Direito estar sempre se legitimando através do poder comunicativo.

Assim sendo, Habermas esclarece que as estruturas comunicativas da esfera pública constituem *rede ampla de sensores* capazes de reagir aos estímulos provenientes das pressões da sociedade.[34] Nesta esteira, a opinião pública assume o papel indicativo de direções, não se sobrepondo ao poder administrativo. Deste modo, partindo-se da idéia de que "a razão comunicacional expressa-se num entendimento descentrado do mundo",[35] a concepção habermasiana traduz-se na idéia de que a teoria do discurso não aloca o sistema político no centro da sociedade, ele constitui um sistema de ação ao lado de outros, capaz de comunicar através do direito com os demais domínios ordenados da ação.[36]

Tendo em conta que a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, que constitui uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento[37] cumpre destacar sua função principal, qual seja, a de captar e tematizar os problemas da sociedade, de maneira a abarcar as "*pessoas virtualmente atingidas*".[38] Nesta esteira importa realçar a importância da sociedade civil, composta por movimentos, organizações e associações responsáveis pela captação de problemas sociais e posterior transmissão para a esfera pública.[39] Neste diapasão, o autor enfatiza que as relevantes questões suscitadas pela sociedade civil não são levantados pelo aparelho estatal, nem pelos sistemas funcionais, o que denota a importância da esfera pública enquanto espaço de deliberação.

Por fim, a esfera pública objetiva a identificação de potenciais a partir da prática comunicacional para a construção de parâmetros, mecanismos de uma sociedade democrática vibrante, capaz de enfraquecer os argumentos estratégicos. Além disso, a esfera pública apresenta a vantagem de ser um meio de comunicação isento de

limitações e de constituir um espaço de captação e condução de discursos de auto-entendimento, bem como "articular, de modo mais livre, identidades coletivas e interpretações de necessidades." [40] Assim sendo, a sociedade civil consegue, em uma esfera pública não desvirtuada pelo poder e constituída a partir de opiniões públicas informais, neutralizar a degeneração decorrente do processo de colonização do mundo da vida.

4) O modelo procedimental de democracia deliberativa de Habermas e sua correlação com a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle

Na lição de Antonio Maia, Habermas elabora a teoria mais ambiciosa acerca do direito, porquanto integra "de forma inequívoca, o sistema jurídico ao regime democrático".[41] Nesta linha, as decisões proferidas por autoridades não podem desconsiderar a dialogia própria do debate público, sendo necessário o estabelecimento de procedimentos, de canais próprios de conexão entre as instâncias oficiais e espaço público. O direito assume, assim, o papel de integração, universalizando as possibilidades de participação. Vale dizer: é apenas no contexto do estado de direito que se pode compreender o modelo procedimental habermasiano.

Desta maneira, na construção de sua doutrina, Habermas enuncia a necessidade da autonomia privada na garantia de igual liberdade e participação no jogo democrático: necessária, portanto à manutenção da autonomia pública. Habermas também assevera a importância de se atribuir às maiorias e minorias a mesma possibilidade de participação. Desta feita, o direito se legitima enquanto garantidor desta igualdade de participação, operando como critério de limitação da maioria. Consoante Cláudio Neto: "O limite da deliberação democrática é, portanto, a manutenção da própria democracia. O conceito de direitos individuais (...) passa a ser não só compatível com a democracia, mas também necessário para que ela seja mantida e não se autodestrua".[42]

Cumpre assinalar que o modelo deliberativo habermasiano torna-se especialmente relevante quando não há coesão cultural possível, como ocorre no mundo pós-convencional.[43] A legitimação universal através do procedimento pretendida por Habermas enfatiza a noção de espaço público, enquanto canal de expressão e debate das demandas formuladas no mundo da vida.[44] Na lição de Habermas: "O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático".[45]

Diante do exposto, possível encontrar pontos de convergência entre o modelo procedimental de democracia deliberativa construído por Jürgen Habermas e a idéia veiculada por Peter Häberle de *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*.

Häberle propugna uma revisão da metodologia jurídica tradicional, vinculada à sociedade fechada, e a adoção de um conceito mais amplo de hermenêutica constitucional, capaz de abarcar os cidadãos, os grupos de interesse, os órgãos estatais, o sistema público, a opinião pública dentre outros, como conseqüência da necessidade

de se integrar a realidade ao processo de interpretação da constituição. Segundo o autor: "a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas".[46]

Nesta linha, Häberle destaca a importância do destinatário da norma enquanto participante ativo do processo de interpretação, bem como rechaça a redução da interpretação constitucional aos órgãos oficiais. Partindo da concepção de uma hermenêutica aberta, plural, o autor indica que qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela prática[47] e que as influências da esfera pública e da realidade em especial nos órgãos oficiais, constituem parte importante de sua legitimação.[48] Neste passo, desenvolve a tese segundo a qual todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, inclusive aqueles que não são por ela diretamente afetados. Vale dizer: é a idéia de Constituição enquanto processo público e de que a ampliação do rol de intérpretes "reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição".[49]

Ao correlacionarmos a concepção de democracia deliberativa habermasiana com a proposta de uma nova hermenêutica plural de Häberle, fica bastante evidente que os novos fluxos e a complexidade das sociedades contemporâneas propiciam o surgimento de novos valores e aspirações. Tendo em conta que nas sociedades pós-convencionais, complexas e pluralistas a legitimação não pode ser conseqüência de concepções éticas determinadas, porquanto não há consenso possível acerca dos conteúdos dos direitos, ambos os autores, Habermas e Häberle sustentam que a legitimidade decorrerá da participação no procedimento.

Na concepção de Habermas, a esfera pública enquanto espaço de deliberação e captação dos estímulos provenientes da sociedade revela-se para Häberle como instância de desenvolvimento da democracia, "através de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais".[50] Nesta linha, Habermas aduz que a rede intersubjetiva formada entre os indivíduos que se opera através da linguagem, só pode ser compreendida através da categoria do entendimento, expressão que não se confunde com consenso.[51] Do mesmo modo, Häberle enuncia que só há que se falar em democracia sob a perspectiva de controvérsias sobre alternativas, sobre discussão de possibilidades e integração com a realidade.[52]

Neste passo, a concepção habermasiana de que no espaço público vigora a linguagem comum, do ser humano concreto, que propugna por "uma razão que se desloque do sujeito para a relação intersubjetiva, constituída no âmbito da esfera pública" [53] se assemelha a tese de Häberle de que os intérpretes jurídicos da Constituição não detêm o monopólio da interpretação constitucional, porquanto uma Constituição responsável pela estrutura da esfera pública "não pode tratar as forças sociais e privadas como mero objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos".[54]Vale dizer: a tese de ampliação do rol de intérpretes da constituição à esfera pública pluralista constitui ponto de convergência entre ambos os autores.

Cumpre assinalar que ambos os autores, Habermas, ao defender a tese da razão comunicativa, da intersubjetividade, a partir da perspectiva de que o sujeito se individualiza ao mesmo tempo em que se relaciona com os demais, e Häberle que

entende que a legitimidade dos atos jurisdicionais deve perpassar pela aprovação no teste dialógico travado na esfera pública diante de um rol ampliado de legitimados, direcionam-se para o modelo de democracia participativa.[55] Ou seja, tanto Habermas quanto Häberle entendem que a legitimação se constrói a partir do procedimento.

Por fim, partindo da perspectiva de Häberle, de que a democracia não se reduz ao processo eleitoral[56], mas constitui um processo inclusivo, de caráter dialógico e de que a intensidade do controle de constitucionalidade dependerá das possíveis formas de participação[57], tornam evidente a busca do autor por uma legitimação da interpretação constitucional, na medida em que ele entende a democracia como uma prática cotidiana.[58] Desta maneira, possível observar pontos de contato com a doutrina de Jürgen Habermas, em especial no que tange à ênfase da importância do espaço público na formação da vontade coletiva e no conceito habermasiano de democracia participativa.[59]

5) Conclusão

Tendo em conta que a obra de Jürgen Habermas "possui uma abrangência poucas vezes encontrada no âmbito do pensamento social contemporâneo",[60] procurou-se ao longo deste trabalho expor o modelo procedimental de democracia deliberativa desenvolvido pelo filósofo alemão, bem como alguns aspectos de sua teoria do discurso, inserida no chamado paradigma pós-positivista. Neste passo, a inviabilidade de elaboração de um sistema moral material, conteudístico diante do mundo pós-convencional pluralista.

Pretendeu-se investigar aspectos da razão comunicativa, dirigida ao entendimento e calcada na intersubjetividade. Foi dada ênfase também nas relações de intercâmbio entre os subsistemas sociais e o mundo da vida, analisando aspectos de sua possível degeneração, a chamada colonização do mundo da vida. Procurou-se empreender uma análise da esfera pública, enquanto arena de deliberação e formação pública de vontade, bem como *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo procedimento.[61]

Por fim, foram examinados alguns tópicos de convergência entre a doutrina de Jürgen Habermas e Peter Häberle, na medida em que ambos os autores apostam em uma concepção procedimental e plural da democracia participativa. Cumpre assinalar o vigor construtivo e a importância da obra de Jürgen Habermas, em especial o seu caráter interdisciplinar, capaz de abarcar as questões fundamentais da teoria do conhecimento, filosofia da linguagem, filosofia do direito, filosofia política e sociologia.[62] Vale dizer: a abrangência e a importância das questões suscitadas por Habermas fazem dele um dos autores de maior destaque, verdadeiro protagonista do debate teorético contemporâneo.[63]

6) Bibliografia

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da Filosofia Constitucional contemporânea.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade.* vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade.* vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Outra Manera de Salir de La Filosofia Del Sujeto: Razón Comunicativa vs. Razón Centrada em el Sujeto. In* Discurso Filosófico de La Modernidad. Madrid: Taurus, 1989.

_____. *Sobre a Legitimação Baseada nos Direitos Humanos. In:* Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro, Departamento de Direito Puc-Rio, nº. 17, agosto-dezembro 2000.

_____. *Teoria de La Acción Comunicativa.* vol. II (Crítica de La Razón Funcionalista). Madrid: Taurus, p. 451-469, 1987.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: filósofo do Direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Fábio de. *A Teoria do Direito e da Constituição: entre o Procedimentalismo e o Substancialismo. In:* Quaestio Iuris Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Rio de Janeiro: Gramma, 2007.

---

[1] OLIVEIRA, Fábio. *A Teoria do Direito e da Constituição: entre o Procedimentalismo e o Substancialismo. In:* Quaestio Iuris Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Rio de Janeiro: Gramma, 2007, p. 3.

[2] CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da Filosofia Constitucional contemporânea.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 78. Neste sentido, a dificuldade de ser universalista diante do pluralismo, porquanto: "por trás da aspiração de uma validade universal do direito oculta-se, normalmente, a vontade que um determinado coletivo tem de se impor". Diante do quadro, Habermas lança mão da idéia de um *universalismo sensível às diferenças. Sobre a Legitimação Baseada nos Direitos Humanos. In:* Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro, Departamento de Direito Puc-Rio, nº. 17, agosto-dezembro 2000, p. 5.

[3] OLIVEIRA, Fábio. Cit., p. 3.

[4] Neste sentido, afirma Cláudio Pereira de Souza Neto: "Habermas considera que, em situações de complexidade e pluralismo, como as que têm lugar nas sociedades contemporâneas, qualquer modelo que dependa de uma concepção material de legitimidade (e não apenas aqueles que pressupõem uma ética comunitária) é incapaz de dar conta das expectativas normativas inseridas na esfera pública pelos mais diversos grupos plurais". NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 130.

[5] CITTADINO, Gisele. Cit., p. 91.

[6] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 9.

[7] *Ibidem*, p. 13.

[8] Esta afirmação é feita por Gilmar Ferreira Mendes na apresentação do livro de Peter Häberle. *Ibidem*, p. 9.

[9] NETO, Cláudio Pereira de Souza. Cit., p. 148 e 149. O autor aproveita para destacar que a despeito da valorização do espaço público, isto não seria o bastante para concluir que os fóruns oficiais tenham apenas uma importância secundária: "O modelo de Habermas implica uma divisão de trabalho entre 'públicos fracos' e 'públicos fortes'. Os primeiros correspondem à esfera pública; os segundos, às instituições políticas formalmente organizadas, em especial, ao parlamento".

[10] *Ibidem*, p. 149.

[11] HABERMAS, Jürgen. *Teoria de La Acción Comunicativa.* vol. II (Crítica de La Razón Funcionalista). Madrid: Taurus, 1987, p. 452.

[12] *Ibidem*, p. 453.

[13] Segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz o conceito habermasiano de mundo da vida é bastante complexo: "Habermas o percebe como um horizonte que compreende a cultura, as tradições, sua percepção de pertencimento a um determinado grupo ou alguma instituição social, bem como a capacidade do indivíduo de agir e de se comunicar (...) A dimensão transcendente de contexto do mundo da vida constitui um pano de fundo no qual a humanidade se insere de forma intersubjetivamente compartilhada, o que transforma aquele que participa de um discurso em alguém que "está-envolvido-numa-comunicação-linguística-voltada-para-o-consenso". CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 96 e 97.

[14] A ação instrumental ou estratégica é aquela voltada para interesses específicos. É sempre parasitária, derivada, secundária à ação comunicativa.

[15] HABERMAS, Jürgen. *Teoria de La Acción Comunicativa.* Cit., p. 452-454. Cumpre assinalar que os meios através dos quais se processa o intercâmbio são o dinheiro e o poder político. O primeiro no mercado e o segundo no estado.

[16] *Ibidem*, p. 453.

[17] *Ibidem*, p. 455. Assim o trabalhador e o cliente ou efetuam uma contribuição específica para a organização, pela qual recebem uma compensação correspondente (normalmente em forma de salário), ou recebem uma prestação específica da organização, prestação que terão de compensar (normalmente em forma de impostos).

[18] *Ibidem*, p. 456.

[19] Habermas se utiliza da construção de Luhmann, segundo a qual a idéia de subsistema está ligada à idéia de redução de complexidade. NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 287.

[20] NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.* Cit., p. 150.

[21] *Ibidem*.

[22] *Ibidem*.

[23] HABERMAS, Jürgen. *Teoria de La Acción Comunicativa.* Cit., p. 457. De acordo com o exposto por Álvaro Ricardo de Souza Cruz: "Dessa forma, os estímulos da integração sistêmica do dinheiro e da burocracia trabalham no sentido de homogenização cultural, sufocando formas de vida pluralizadas em favor de um modelo universalizado de consumo". CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Cit., p. 107.

[24] HABERMAS, Jürgen. *Outra Manera de Salir de La Filosofia Del Sujeto: Razón Comunicativa vs. Razón Centrada em el Sujeto. In:* Discurso Filosófico de La Modernidad. Madrid: Taurus, 1989, p. 288. Neste sentido: "Habermas propõe não é uma razão prática monológica, centrada no sujeito, mas a possibilidade de se fundamentar racionalmente, através da argumentação, uma pretensão normativa". NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática.* Cit., p. 297.

[25] *Ibidem*.

[26] CITTADINO, Gisele. Cit., p. 93.

[27] *Ibidem*, p. 92.

[28] NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.* Cit., p. 152.

[29] *Ibidem*, p. 153.

[30] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade.* vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 22.

[31] *Ibidem*.

[32] Neste sentido, a afirmação de Habermas: "A identidade da comunidade jurídica que se organiza a si mesma é absorvida pelas formas de comunicação destituídas de sujeito, as quais regulam de tal modo a corrente da formação discursiva da opinião e da vontade, que seus resultados falíveis têm a seu favor a suposição da racionalidade". *Ibidem*, p. 24.

[33] *Ibidem*, p. 23.

[34] *Ibidem*, p. 23.

[35] HABERMAS, Jürgen. *Outra Manera de Salir de La Filosofia Del Sujeto: Razón Comunicativa vs. Razón Centrada em el Sujeto.* Cit., p. 291.

[36] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade.* vol. II. Cit., p. 25.

[37] *Ibidem*, p. 92 e 94.

[38] *Ibidem*, p. 97.

[39] *Ibidem*, p. 99.

[40] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade.* vol. II. Cit., p. 33.

[41] MAIA, Antonio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: filósofo do Direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, XXIV.

[42] NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática.* Cit., p. 304.

[43] Como já assinalado neste trabalho, a concepção de legitimação pelo procedimento democrático habermasiano rejeita qualquer idéia material universalista, porquanto incapaz de atender às expectativas dos diferentes grupos pluralistas.

[44] Tal modelo procedimental aspira pretensões universalistas, porquanto consiste em exigências para a racionalidade do discurso.

[45] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade.* vol. II. Cit., p. 183.

[46] HÄBERLE, Peter. Cit., p. 14.

[47] Segundo Häberle: "A práxis atua aqui na legitimação da teoria e não a teoria na legitimação da práxis". *Ibidem*, p. 34.

[48] *Ibidem*, p. 31.

[49] *Ibidem*, p. 33.

[50] *Ibidem*, p. 36.

[51] CITTADINO, Gisele. Cit., p. 91.

[52] HÄBERLE, Peter. Cit., p. 36.

[53] NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática.* Cit., p. 298.

[54] HÄBERLE, Peter. Cit., p. 33.

[55] NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática.* Cit., p. 292.

[56] HÄBERLE, Peter. Cit., p. 36.

[57] *Ibidem*, p. 46.

[58] *Ibidem*, p. 36.

[59] Há, porém, um ponto específico a ser destacado que afasta Habermas de Häberle: "A perspectiva habermasiana não inclui, por conseguinte, as exigências de participação popular efetiva inscritas no modelo de Häberle, mas tão-somente condições de participação". Neste sentido, Cláudio afirma que Habermas tenta desonerar seu modelo de exigências ético-culturais, presentes no pensamento de Häberle, referentes à necessidade de participação concreta. NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática.* Cit., p. 335.

[60] NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática.* Cit., p. 269.

[61] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade.* vol. II. Cit., p. 92.

[62] NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática.* Cit., p. 269.

[63] MAIA, Antonio Cavalcanti. Cit., p. XX.

APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA GADAMERIANA E HABERMASIANA AO DIREITO: UM VETOR ÉTICO E EMANCIPATÓRIO PARA A POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO*

APPLICATION OF HERMENEUTICS OF GADAMER AND HABERMAS OF LAW: AN ETHICAL AND VECTOR EMANCIPATORY FOR THE POLITICIZATION OF THE JUDICIARY

Luana Paixão Dantas do Rosário

RESUMO

Este trabalho confronta a ética aristotélica na obra de Hans Georg Gadamer como modelo do 'problema hermenêutico' com o 'interesse emancipatório' desenvolvido por Jürgen Habermas. Apresenta as principais categorias da hermenêutica gadameriana. Aborda a ética aristotélica trazida pelo trabalho de Gadamer como o modelo do problema hermenêutico. Evidencia a indeterminabilidade prévia do saber ético e hermenêutico. Fixa o panorama da Hermenêutica crítica de Jürgen Habermas, com destaque para a pseudo-comunicação. Ressalta a crítica de Habermas ao primado ontológico da Tradição Linguística em Gadamer, a proposta da verdade auto-refletida e a construção do interesse emancipatório. Relaciona o interesse emancipatório de Habermas à ética aristotélica em Gadamer. Expõe a doutrina da politização do Poder Judiciário e aponta a ética aristotélica na hermenêutica gadameriana e o interesse emancipatório da Hermenêutica Habermasiana como o vetor para a aplicação do Direito. A relevância teórica do tema exurge da transformação paradigmática pela qual passa o Direito, cuja delimitação teórica ainda se encontra em elaboração, denominada, talvez provisoriamente, de pós-positivismo. O que traz consequências epistemológicas e metodológicas que acarretam na necessidade da abordagem do Direito pelo viés da Hermenêutica e da Ética. A relevância prática advém da necessidade de aplicação do Direito consoante esta nova perspectiva, conteúdo e finalidade. O método empregado será o proposto pela fenomenologia, para a qual o tema de conhecimento é fenômeno, a ser apreendido em sua complexidade, porém não em sua totalidade, não como uma dado que se coloca à consciência, mas, como um construído da intencionalidade de quem se predipõe a conhecer, no desentranhamento de uma de suas possibilidades. Atento ao fato de que a compreensão dos fenômenos jurídicos, indeterminados, não prescinde do elemento hermenêutico.

PALAVRAS-CHAVE: ÉTICA ARISTOTÉLICA, HERMENÊUTICA GADAMERIANA, INTERESSE EMANCIPATÓRIO, HERMENÊUTICA HABERMASIANA, POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

ABSTRACT

This papper confronts the Aristotelian ethics in the work of Hans Georg Gadamer as a model of the 'hermeneutical problem' with 'emancipatory interest' developed by Jürgen Habermas. Presents the main categories of hermeneutics Gadamer, the circular structure

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

of understanding, the ontological nature of this circle, the recovery of tradition, the rehabilitation of prejudices, the decisive importance of the pre-understanding of the interpreter, the membership of the story, the character of practical all interpretation. Addresses the Aristotelian ethics brought the work of Gadamer and the hermeneutic model of the problem. Highlights the indetermination prior knowledge of the ethical and hermeneutical. Fixed the picture Hermeneutic criticism of Jürgen Habermas, with emphasis on the pseudo-communication. Habermas emphasizes the critical of the ontological primacy of Tradition Language in Gadamer, the proposal reflected the true self-interest and the construction of emancipatory. Relates the emancipatory interest of Habermas the Aristotelian ethics in Gadamer. Sets out the doctrine of the politicization of the Judiciary and shows the Aristotelian ethics in hermeneutics and Gadamer's Hermeneutics Habermasian emancipatory interest as the vector for the application of law. The relevance of the theme will awaken the paradigm shift through which the law, whose theoretical definition is still under development, called, perhaps temporarily, post-positivism. What brings epistemological and methodological consequences that lead to the need to approach the law from the perspective of hermeneutics and ethics. The practical importance stems from the need to apply the law according to this new approach, content and purpose. The method used is that proposed by phenomenology, for which the theme of knowledge is a phenomenon to be grasped in its complexity, but not in its entirety, not as a given that consciousness arises, but as one built of intentionality who predisposes to know, the removal of one of its possibilities. Aware of the fact that the understanding of legal phenomena, indeterminate, does not obviate the element of interpretation.

KEY-WORDS: ETHICS ARISTOTLE, GADAMER HERMENEUTICS, EMANCIPATORY INTEREST, HERMENEUTIC HABERMASIAN, POLITICIZATION OF THE JUDICIARY

INTRODUÇÃO

Em ‘Verdade e Método’, Gadamer abre um tópico intitulado ‘A atualidade Hermenêutica de Aristóteles’ para estabelecer um elo entre a sua proposta de Hermenêutica e a ética do filósofo grego. Esta, para Gadamer, se constitui no modelo do problema hermenêutico. Uma das propostas deste trabalho é clarificar este elo, para que, em conjunto com a hermenêutica habermasiana, se converta na proposta perspassadora à aplicação do Direito.

A ética aristotélica se revelará de valor inestimável para o estudo hermenêutico filosófico e das humanidades em geral, entre as quais o Direito. O homem ético aristotélico, voltado para a escolha do que é bom para si, conhece a si mesmo e possui autonomia para fazer esta escolha.

Neste ponto, a relação com a filosofia de Jürgen Habermas é quase necessária. O desenvolvimento feito por este jus filósofo contemporâneo da figura do homem emancipado pode ser visto como um desdobramento pós-moderno do homem ético aristotélico. A aplicação do Direito é compreendida, neste trabalho, como um ato político, da *práxis*, uma escolha ética e emancipatória do homem desperto e consciente. A insurgência do homem ético aristotélico é crucial para aplicação do Direito na Democracia que se pretenda Constitucional, permeada pelo pluralismo e multiculturalismo.

O compromisso ético do homem com o que é bom para si e para a *polis* é uma temática de continuada relevância teórica e prática que, a nosso ver, foi atualizada pela teoria habermasiana da emancipação do homem pela experiência comunicativa, numa leitura da sociedade pós – moderna, industrial, de consumo e midiática. O enfoque possível para o Direito é o da hermenêutica crítica e da ética.

Hodiernamente, as Democracias se converteram, por meio de suas Cartas Constitucionais, em Democracias Constitucionais voltadas para a tutela do homem e de sua dignidade, o que se reverteu no compromisso das Constituições com os Direitos Fundamentais. Neste cenário, o Poder Judiciário tem o forte comprometimento com a opção política constitucional e seus fins. Deste modo, sua atuação tem se tornado cada vez mais politizada. Seu compromisso com a Constituição se converte no compromisso ético preconizado por Aristóteles, o compromisso com o bem comum e a felicidade dos homens.

A tarefa ética e política de aplicação do Direito pelo Poder Judiciário requerem o homem ético aristotélico e os sujeitos falantes emancipados e conscientes de Habermas. A Democracia requer o discurso fidedigno, o reconhecimento e a superação dos elementos da ‘pseudocomunicação’. Com o aumento do fenômeno conhecido como ‘politização’ do Poder Judiciário, esta necessidade se alarga.

A Aplicabilidade do Direito é tarefa hermenêutica, não enquanto esta seja compreendida como uma proposta metodológica formal, mas uma proposta ontológica e crítica tal como alcançada por Gadamer e Habermas, sucessivamente.

No primeiro capítulo, apresentam-se as principais categorias da hermenêutica gadameriana. A estrutura circular da compreensão, a natureza ontológica deste círculo, o resgate da tradição, a reabilitação dos preconceitos, a importância

determinante da pré-compreensão do intérprete, a pertença deste à história, o caráter prático de toda interpretação.

No segundo capítulo, expõe-se a ética aristotélica trazida pelo trabalho de Gadamer como o modelo do problema hermenêutico gadameriano, evidencia-se este problema e a indeterminabilidade prévia do saber ético e hermenêutico, onde o Direito está inserido.

No terceiro capítulo, fixa-se o panorama da Hermenêutica Crítica de Jürgen Habermas. Aborda-se a crítica de Habermas ao primado ontológico da Tradição Lingüística em Gadamer, a proposta da verdade auto-refletida e a construção do interesse emancipatório.

No quarto capítulo, após a contextualização do pensamento dos autores abordados, realiza-se o confronto entre a Ética Aristotélica na Hermenêutica Gadameriana e o Interesse Emancipatório da Hermenêutica Habermasiana.

No quinto capítulo, expõe-se a doutrina da 'politização' do Poder Judiciário e estabelece-se o elo entre este fenômeno e a ética aristotélica na hermenêutica gadameriana e o interesse emancipatório da Hermenêutica Habermasiana.

Conclui-se pelo entendimento de uma hermenêutica filosófica e crítica, orientada a um interesse supremo, o próprio homem, em sua dimensão ética e prática como o vetor para a aplicação do Direito no cenário da Politização do Judiciário.

1 CATEGORIAS DA HERMENÊUTICA GADAMERIANA

Inicialmente, há que se destacar que Gadamer entende a compreensão como a aplicação de algo geral a uma situação concreta, neste autor, compreender é aplicar. No entanto, há que se ressalvar que esta aplicação do geral ao particular não se dá por mera subsunção. Constituem o processo cognitivo a pré-compreensão do intérprete, a tradição na qual ele está imerso e os preconceitos que possui. Deste modo, a compreensão é sempre um ato criativo do intérprete.

A compreensão dos fenômenos jurídicos se adequam por excelência ao modelo gadameriano da compreensão. Talvez não exista área em que a pretensão de aplicação de toda compreensão seja mais nítida. O Direito, como saber prático, volta-se

para a aplicação. Entretanto, a aplicação autômata, neutra, decorrência da subsunção dos fatos à lei, apregoada pelo positivismo foi desmistificada magistralmente pela Hermenêutica Filosófica de Gadamer.

1.1 O Círculo Hermenêutico, a Tradição, os Preconceitos, a História Efeitual

Para Gadamer, em Verdade e Método, na esteira de Heidegger, a estrutura da compreensão é circular. O intérprete, em contato com o texto, realiza sempre uma projeção do sentido deste. Este primeiro projeto já é uma primeira compreensão e parte da pré- compreensão do intérprete. A interpretação começa com conceitos prévios, que vão sendo substituídos por outros mais adequados, numa constante reformulação do projeto, conforme se avança no texto.

A primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão, pois, segundo Gadamer, a compreensão começa onde algo nos interpela. O sentimento de pertença é o momento da tradição no comportamento histórico-hermenêutico que se realiza através de preconceitos fundamentais e sustentadores e possibilita a interpretação.

Gadamer aponta que foi Heidegger que derivou a estrutura circular da compreensão a partir da temporalidade da presença e que concebeu o círculo da compreensão como ontológico, mantendo estas premissas. A pré-compreensão do intérprete decorre de sua historicidade, de sua pertença à tradição, dos pré-conceitos que adquiriu ao longo de sua experiência enquanto ser temporal e finito.

> A compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermediam constantemente passado e presente. É isto que deve ser aplicado à teoria hermenêutica que está excessivamente dominada pela idéia dos procedimentos de um método. (GADAMER, 2005, p.385).

Para Gadamer, é imperioso reconhecer que toda compreensão é preconceituosa, no sentido de que não ocorre apartada dos preconceitos. Preconceito *(Vorurteil)* esclarece Gadamer, é “todo juízo (*Urteil)* que se forma antes do exame

definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão" e não significa, de modo algum, falso juízo. Podendo ser valorado positiva ou negativamente. (GADAMER, 2005, p.360).

A pertença do intérprete à tradição e sua historicidade são conceitos fundamentais para compreender a hermenêutica gadameriana. Gadamer reabilita a tradição como condição para que a compreensão se realize. Diz ele:

> Na verdade, não é a história que nos pertence, mas somos nós que pertencemos a ela. (...) Se quisermos fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma reabilitação radical do conceito de preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos. (GADAMER, 2005, p.367).

Ele adverte que o iluminismo levou os preconceitos e a tradição ao descrédito, negando-lhe validade porque não são fundamentados. Neste paradigma, a fonte última de toda autoridade, ao contrário das concepções arcaicas de mundo, não é a tradição, mas a razão. Para Gadamer, no entanto, "a razão somente existe como real e histórica (...) não é dona de si mesma, pois está sempre referida ao dado no qual exerce sua ação". (GADAMER, 2005, p.367).

Gadamer esclarece que a autoridade não deriva da obediência, mas do conhecimento que o outro detém e do reconhecimento que logra. Logo, autoridade não se confere, mas se alcança [1]. Portanto, não é irracional, mas algo que pode ser compreendido. Deste modo, o que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui autoridade que se tornou anônima e é por isso que não carece de fundamentação.Embora haja alguma contradição entre a tradição e a razão, esta não é absoluta. A tradição é essencialmente conservação, e esta, por sua vez, é um ato de razão, cuja validez se transmite e se conserva. Ademais, estamos sempre inseridos na tradição. (GADAMER, 2005, p.371-374).

> O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que

> se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, essa nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo "metodológico", por isso, descreve um momento estrutural ontológico da compreensão. (GADAMER, 2005, p.389).

Gadamer chama de História Efeitual a exigência de que a hermenêutica deva mostrar à realidade a história da compreensão. Consciência hermenêutica deve incluir consciência histórica e ciência dos próprios preconceitos [2]. Negar a história efeitual é gerar uma real deformação do conhecimento.

> Entender é, essencialmente, um processo de história efeitual. Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramo-nos sempre sob os efeitos dessa história efeitual. Ela determina de antemão o que se mostra a nós de questionável e como objeto de investigação, e nós esquecemos logo a metade do que realmente é, mais ainda, esquecemos toda a verdade deste fenômeno, a cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade. (GADAMER, 2005, p. 397)

Somos seres históricos, portanto, o conhecimento ao nosso alcance também. ‘Ser histórico’ significa não se esgotar nunca no ‘saber-se’, estar em constante mutação. A compreensão tem a estrutura dialética de pergunta e resposta. A consciência histórico-efeitual é um momento da realização da própria compreensão e atua na obtenção da pergunta correta. (GADAMER, 2005, p. 400).

2. A HERMENÊUTICA GADAMERIANA E A ÉTICA ARISTOTÉLICA

Estabelecida a compreensão como um ato de aplicação, na hermenêutica gadameriana e segundo o próprio Gadamer, ganha relevo a ética aristotélica. Visto que a

ética se volta sempre para aplicação, para as escolhas do homem em sua vida prática, constitui-se como um saber prático por excelência.

As definições da Ética e da Moral, por vezes, se interpenetram. Andre Lalande estabelece a seguinte distinção:

> A *Moral*, quer dizer, o conjunto das prescrições admitidas numa época e numa sociedade determinadas, o esforço para conformar-se a essas prescrições, a exortação a segui-las. (...) *Ética:* A ciência que toma por objeto imediato *os juízos* de apreciação sobre os atos qualificados como bons ou maus. (...) Sem dúvida acontece que, de fato, as questões de Moral e as de Ética, assim definidas, sejam freqüentemente misturadas, mas isso não exclui uma distinção muito nítida das suas definições. (LALANDE, 2001, P. 348-349).

Na tradição grega, as questões centrais da Ética giravam em torno do problema geral do que constitui uma vida bem-vivida, ao que se denominava Virtude, não em questões específicas relacionadas ao certo e ao errado. (ROHMANN, 2003, p.146).

Aristóteles distinguiu entre as 'virtudes intelectuais' (dianoéticas) de Sócrates/Platão e as 'virtudes morais', ou, como explicava ele, entre conhecimento abstrato *(sophia),* que contempla os princípios universais, e a sabedoria prática *(phronesis),* que orienta a boa conduta. O segredo de alcançar as virtudes morais era observar o meio-termo entre os extremos. (ROHMANN, 2003, p.423). O conceito aristotélico de *phronesis* será retomado por Gadamer ao tratar do Direito.

Aristóteles, diz Gadamer, funda a ética como disciplina autônoma à metafísica ao contrapor a idéia platônica do bem à sua construção do 'humanamente bom'. Por este conceito, fixa o bom como aquilo que é bom para o ser humano. Assim, o bom para o homem só aparece na concreção da situação prática em que o homem se encontra. (GADAMER, 2005, p. 465-466).

A abordagem aristotélica do saber ético, que se volta sempre à aplicação, se configura como um modelo do problema hermenêutico em Gadamer.

> A análise aristotélica se nos apresenta como uma espécie de modelo dos problemas inerentes à tarefa hermenêutica.

> Também nós tínhamos nos convencido de que a aplicação não é uma parte última e eventual do fenômeno da compreensão, mas que o determina desde o princípio e no seu todo. (GADAMER, 2005, p. 481).

2.1 O Problema Hermenêutico

O problema hermenêutico consiste em, diante dos postulados gadamerianos da impossibilidade do intérprete possuir categorias de conhecimento prévias e acabadas anteriores ao momento cognoscente [3] e da indeterminabilidade prévia do objeto em si, a aplicação acontecer. Haja vista, pelo conceito de aplicação, só se aplicaria o que se soubesse previamente.

No entanto, diz Gadamer, assim como o saber ético, o problema hermenêutico se aparta do saber puro, dissociado do ser. O objeto não está dado, mas em relação com o intérprete. A compreensão hermenêutica, tal como o saber ético, se dá na pertença do intérprete à tradição. Assim, o dogma de que só se aplica o que se sabe previamente não se revela verdadeiro. A compreensão se dá de forma experenciada e o conhecimento se perfaz somente no momento da cognição.

A ética aristotélica e a hermenêutica gadameriana contêm a mesma tarefa de aplicação. A esta tarefa de aplicação Gadamer denomina o problema central da Hermenêutica.

> Tampouco aqui a aplicação consistia em relacionar algo geral e prévio com uma situação particular. O intérprete que se confronta com uma tradição procura aplicá-la a si mesmo. Mas isso tampouco significa que o texto transmitido, seja, para ele, algo dado e compreendido com um algo geral que pudesse ser empregado posteriormente para uma aplicação particular. (GADAMER, 2005, p. 481).

Considerando que a ética se volta para as escolhas do homem em sua vida prática, o saber ético é um saber aplicado, inerente às ciências do espírito, que requerem a correção prática do que é bom para o homem. “Um saber geral que não saiba aplicar-se à situação concreta permanece sem sentido” (GADAMER, 2005, p. 466).

Gadamer anuncia literalmente que traz a ética aristotélica à discussão sobre hermenêutica para evitar a objetivação e o alheamento que caracterizam a hermenêutica e a historiografia do século XIX, decorrente do método objetivador da ciência moderna que decorre, por sua vez, de uma falsa objetivação. Para ele, neste sentido, a hermenêutica-espiritual não é ciência. O saber de que ela trata não se limita a constatar fatos, pois o que conhece a afeta imediatamente.

Neste ínterim, oportunamente destaca a distinção de Aristóteles entre o saber ético da *prhonesis* e o saber teórico da *episteme*. Para Gadamer, as ciências do espírito fazem parte do saber ético, são ciências morais que têm por objeto o homem e o que este sabe de si mesmo. "Este, porém, se sabe a si mesmo como ser que atua, e o saber que, deste modo, tem de si mesmo não pretende comprovar o que é". (GADAMER, 2005, p. 468). Nestes termos, o Direito é ciência moral, saber ético, ciência do espírito, que tem por objeto o homem e o quer este sabe de si, em seu dever de atuar, na tarefa de aplicação, da escolha, da decisão.

Gadamer desloca as ponderações aristotélicas sobre a ética para o campo da hermenêutica, que àquela se assemelha. Assim, discorre ele, o saber ético, o saber que o homem tem de si mesmo, que Aristóteles chama de 'saber-se' ou 'saber para si' se destaca do mundo teórico, e, distintamente da *tekne*, não pode ser aprendido nem esquecido. Quando o homem se depara com ele, não pode dele se apropriar ou não. Este confronto se dá em situações em que o homem tem de atuar, surgindo, neste momento, a tarefa de aplicação do saber ético. Não obstante não possua o saber ético previamente acabado, que se perfaz na aplicação concreta. [4]

Para Gadamer, o mesmo ocorre com a Hermenêutica. No momento cognitivo, de confronto entre o interpréte e o objeto cognitivo, que não está dado, mas se constitui dialeticamente nesta experiência, surge a tarefa de aplicação, o problema hermenêutico. A compreensão se realiza, não obstante o intérprete não possua categorias prévias de conhecimento acabadas, nem um objeto dado.

2.2 A dimensão moral do Direito

Sobre a dimensão moral do Direito fala com propriedade Tércio Sampaio Ferraz Junior. O autor pontua que o saber sobre o Direito na antiguidade se referia à

técnica e à arte *(tecchne, ars*). Os romanos falavam em *ars boni et aequi*. A noção de *ars*, do direito *jus*, como arte do bom e do eqüitativo tinha fundamento na filosofia grega. Enquanto *ars*, o *jus* estava relacionado com *virtus*, o domínio da ação, visando à perfeição, com base em conhecimento e saber verdadeiro. Assim, nasceu a idéia de saber jurídico como *ars* e como *prudentia*. Para os antigos, a sabedoria jurídica, a jurisprudência, não estava apartada do verdadeiro, visto que era produção do verdadeiro no belo, no útil, no justo. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 343-344).

Diversamente, a *techne* da dogmática jurídica hodierna deixa de nascer do conhecimento verdadeiro. O crescimento distorcido da técnica, apartada da virtude enquanto realização da verdade na ação, é que traz para o saber jurídico atual um sério e peculiar problema de fundamentação. Conceber o Direito de forma instrumental, como um meio para a realização de um fim (a decisão de conflitos) faz com que o Direito careça de uma finalidade. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 344).

Por este motivo, procura-se um fundamento resistente a mudanças, que assegure ao Direito um sentido persistente. Desde a antiguidade se buscou essa estrutura estável na idéia de justiça. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 347) "No entanto, a justiça é ao mesmo tempo o princípio racional do sentido do jogo jurídico e seu problema significativo permanente". "A justiça é o princípio e o problema moral do Direito". (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 351).

> O Direito, como ato de poder não tem seu sentido no próprio poder. Só assim se explica a revolta, a inconformidade humana diante do arbítrio. E aí repousa, ao mesmo tempo, a força e a fragilidade da moralidade em face do Direito. É possível implantar um direito à margem ou até contra a exigência moral da justiça. Aí está a fragilidade. Todavia, é impossível evitar-lhe a manifesta percepção da injustiça e a conseqüente perda de sentido. Aí está a força. (...) A exigência moral da justiça é uma espécie de condição para que o Direito tenha um sentido. (...) O Direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 354)

O momento de aplicação do Direito, portanto, é momento de confronto do homem com questões morais e éticas e exige a sua atuação. Este, embora possua o

arcabouço da *techne,* da dogmática jurídica, não possui o saber ético previamente acabado, que se perfaz somente na aplicação concreta, como nos demonstra Gadamer.

2.3 A Indeterminabilidade Prévia do Saber Ético e Hermenêutico e a Aplicação do Direito

O saber ético requer a busca de conselho consigo próprio, nunca poderá ter o caráter prévio, próprio dos saberes técnicos, ensináveis. "Não existe uma determinação prévia daquilo em que a vida em seu todo está orientada." (GADAMER, 2005, p. 477).

> Aquele que deve tomar decisões morais é alguém que já sempre aprendeu algo. Por educação e procedência está determinado, de modo que em geral sabe o que é correto. A tarefa da decisão ética é encontrar o que é adequado na situação concreta. (GADAMER, 2005, p. 471).

Por isto, diz Gadamer, não há um uso dogmático da ética, tampouco do Direito Natural. A doutrina das virtudes de Aristóteles apresenta formas típicas de justo, que funcionam como diretrizes, mas o saber ético responde aos estímulos da situação de cada momento.

Gadamer ressalta que é essencial do fenômeno ético que aquele que atua saiba decidir por si mesmo e não permita que lhe retirem essa autonomia. O homem ético aristotélico deve ter maturidade existencial para que compreenda as indicações que recebe da tradição como tais. Por educação e experiência deve ter desenvolvido uma atitude em si mesmo e um empenho constante de conservar em sua vida comportamentos corretos. (GADAMER, 2005, p. 467).

Aristóteles, segundo Gadamer, adverte que junto à *phroenesis,* a virtude da ponderação reflexiva, na qual o saber-se da reflexão ética possui uma relação para consigo mesmo muito característica, aparece o entendimento *(Verstandnid)* uma modificação da virtude do saber ético, na medida em que não se trata do 'eu-mesmo' que devo agir. *Synesis* significa a capacidade de julgamento ético. A compreensão de alguém, que, julgando, desloca-se para a plena concreção da situação em que o outro tem de atuar. (GADAMER, 2005, p. 479-480).

Portanto, também aqui não se trata de um saber em geral, mas de uma concreção momentânea, não se trata de um saber técnico. Só se alcança a compreensão adequada daquele que atua, na medida em que se deseje o justo e se encontre em relação de comunidade com o outro.

Na medida em que se possuam os conceitos aristotélicos de penetração de espírito (tem penetração de espírito aquele que está disposto a reconhecer o direito da situação concreta do outro e por isso se inclina em geral para o perdão e a compaixão) e tolerância. (GADAMER, 2005, p. 480) alcança-se a mínima aptidão para a arte de julgar.

3 PANORAMA DA HERMENÊUTICA CRÍTICA DE JURGEN HABERMAS

A Hermenêutica em Habermas não é uma técnica norteada por regras, compreende a reflexão sobre o que compreendemos, sobre o que fazemos os outros compreender e sobre a persuasão. Desta forma, é uma arte não suscetível de ser aprendida, uma consideração filosófica das estruturas da comunicação diária. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 259-260). Seria, na denominação aristotélica, um saber da *prhonesis*. Trata-se de um saber prático, não comprovável, voltado para a *práxis*.

Habermas reconhece a tradição, tal como Gadamer. Salienta que o sujeito entra na tradição lingüística pelo processo de socialização e esta passa a fazer parte de sua personalidade. Este sujeito garante um conjunto de sentidos na medida em que permanecer ligado ao contexto de tradição dogmática e implicitamente pré-adquirido. A experiência Hermenêutica dá a conhecer a posição deste sujeito falante perante a sua linguagem.

Para o *jus* filósofo em comento, as questões práticas, inseridas no domínio do meramente provável, só podem ser resolvidas pelo diálogo.

> "Um bom discurso que leva a um consenso sobre decisões em questões práticas indica unicamente o ponto em que intervimos conscientemente neste processo natural e inato e procuramos alterar os esquemas interpretativos aceites, com o fim de

> aprendermos (e ensinarmos) a ver, de modo diferente, aquilo que compreendemos antecipadamente através da tradição e avaliarmo-lo de novo". (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 259).

Habermas ressalta a interligação da linguagem com a *práxis* [5], a interpenetração mútua entre elas. Ele infere que a linguística não se interessa pela competência comunicativa que utiliza um sistema de linguagem no sentido de *langue*, que não constitui a dimensão pragmática em que *langue* se transforma em *parole.* Este é o campo que interessa à hermenêutica filosófica de Habermas.

Enquanto a linguística visa à reconstrução do sistema de regras que permite a criação de todos os elementos gramaticalmente corretos e semanticamente significativos de uma linguagem natural, a hermenêutica filosófica incide sobre as experiências básicas dos falantes competentes em termos comunicativos. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 267)

Deste modo, a hermenêutica de Habermas se debruça sobre a 'situação comunicativa', conceito por ele bem explorado. A situação comunicativa se instaura entre os sujeitos falantes, no âmbito experencial, do vivido; de forma aberta e dialética.

Habermas impõe a auto-reflexão da situação comunicativa para esclarecer as experiências desenvolvidas pelo sujeito durante o exercício de sua competência comunicativa, não para explicar esta competência. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 262). Do exposto, Habermas extrai as seguintes conclusões:

1) A consciência hermenêutica destrói a compreensão objetivista das humanidades tradicionais ao as inserir no contexto da história efeitual [6].

2) O conhecimento hermenêutico relembra às ciências sociais a pré-estruturação simbólica do seu objeto [7].

3) A consciência hermenêutica afeta a autocompreensão cientificista das ciências naturais, mas não a sua metodologia. A perspectiva de que a linguagem natural é última metalinguagem para todas as teorias formais, esclarece o lugar epistemológico da linguagem cotidiana dentro da atividade científica.

4) O conhecimento hermenêutico traduz a informação científica para a linguagem da vida social, logo, toda ciência que espera ter aplicação prática depende da retórica.

Com estas conclusões, Habermas reintegra a experiência da ciência na nossa própria experiência de vida. Ele diz que a ciência moderna, por meio da observação controlada, fez várias afirmações sobre coisas, por via monológica, eliminando a instersubjetividade, mas, entretanto, que este conhecimento monológico apenas se torna inteligível na dimensão do discurso. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 265)

No entanto, a compreensão hermenêutica encontra limites, adverte Habermas. O limite, segundo ele, não está na objetividade da compreensão linguística, no horizonte finito de uma compreensão de vida articulada por ela, ou na potencial incompreensibilidade do que é implicitamente considerado evidente, que impede o esforço interpretativo. A incompreensibilidade resulta de uma organização deficiente do próprio discurso, que produz a pseudocomunicação. "A pseudocomunicação origina um sistema de equívocos que não pode ser reconhecido como tal, sob a aparência de um consenso falso". (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 268).

O discurso fidedigno necessita de sujeitos falantes competentes. Conceito de Habermas, atrelado ao de competência comunicativa, que se refere à capacidade do sujeito entender o discurso, as suas regras e o seu conteúdo, e, além de compreender, ter a liberdade necessária para exercer esta compreensão. Trata-se de uma teoria política, pois, esta competência depende de uma emancipação política do sujeito e de certo nível de igualdade entre os falantes. Caso contrário, no lugar de um diálogo fidedigno, haverá a 'pseudocomunicação' e o consenso falso.

Para refletir e verificar a genuinidade da comunicação estabelecida, dos consensos ou tradições daí advindas e a competência comunicativa dos 'sujeitos falantes', Habermas sugere o uso da Hermenêutica das profundezas ou Reflexiva, segundo ele, inaugurada pela psicanálise, capaz de averiguar as distorções do discurso e suas simbologias.

Em "Conhecimento e Interesse" Habermas dedica alguns capítulos a demonstrar como a psicanálise realiza o desvelamento do falso discurso, constituindo-se num modelo hermenêutico interpretativo que se vale da interpretação de símbolos e das correlações inconscientes feitas pelo sujeito. A Hermenêutica criticamente esclarecida é

capaz de reconhecer as condições que permitem a comunicação sistematicamente distorcida e articular ao processo de compreensão o princípio do discurso racional.

3.1 A pseudocomunicação em Habermas face ao primado Ontológico da Tradição Lingüística em Gadamer

No entendimento de Habermas, Gadamer fixa o primado ontológico da tradição lingüística quando estabelece, para a compreensão do sentido, a dependência do contexto e de compreensões prévias assentes na tradição. De modo que o esclarecimento hermenêutico de expressões incompreensíveis ou equívocas tenha de levar sempre a um consenso que tenha sido estabelecido com segurança por uma tradição convergente. Em decorrência, a tradição e as estruturas de avaliações prévias proíbem a contestação do consenso estabelecido concretamente. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p 286).

Habermas, a partir do conhecimento da comunicação sistematicamente distorcida, revelável pela hermenêutica das profundezas, questiona este primado ontológico gadameriano. Para ele, o consenso alcançado por meios aparentemente racionais pode ser o resultado de uma 'pseudocomunicação', portanto, um pseudoconsenso. "O Iluminismo sabia o que a hermenêutica filosófica esquece – que o diálogo que nós, segundo Gadamer, somos, é também um contexto de domínio e precisamente por isso não é diálogo". (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p 287).

O primado ontológico da tradição só seria legítimo, bem como a pretensão da hermenêutica à universalidade, diz Habermas, se houvesse a certeza de que em todo o consenso a que se chegasse por intermédio da tradição lingüística não houvesse qualquer imposição de força ou distorção. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 288).

Entretanto, o que se verifica pela hermenêutica das profundezas é que o dogmatismo do contexto da tradição está sujeito à objetividade da linguagem em geral, mas também à repressividade de forças que deformam a intersubjetividade do acordo enquanto tal e que distorcem sistematicamente a comunicação cotidiana. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 288).

O argumento de Gadamer pressupõe que o reconhecimento legítimo e o consenso em que assenta a autoridade possam surgir e desenvolver-se sem força. No entanto, a experiência da comunicação distorcida revela que o ambiente consensual das tradições instituídas e dos jogos de linguagem pode ser um consenso forçado, resultante de uma 'pseudocomunicação'. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 291).

Habermas propõe o princípio do discurso racional, pelo qual a verdade só será garantida pelo consenso que for alcançado sob as condições idealizadas da condição ilimitada, livre de influências, e que possa ser mantida ao longo do tempo. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 288).

> A verdade é aquela característica compulsão em direção ao reconhecimento universal não forçado, ligado a uma situação de discurso ideal e a uma forma de vida que torna possível o acordo universal não forçado. (...) A idéia de verdade que se compara a um verdadeiro consenso, implica a idéia de vida verdadeira. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 289-290).

A Hermenêutica das profundezas juntamente com o princípio regulador do discurso racional, procura os vestígios histórico-naturais que ainda restam da comunicação distorcida, ainda contidos nos acordos fundamentais e nas legitimações reconhecidas. A submissão do Direito, que é uma legitimação reconhecida, à Hermenêutica das profundezas é um desafio para o aplicador [8] do Direito.

3.2 O Interesse Emancipatório

Para Habermas, a verdade só é alcançada pelo consenso advindo de sujeitos competentes, fora de um contexto de dominação, porque neste contexto é impossível haver diálogo verdadeiro. Para tanto, o homem precisa emancipar-se politicamente. Uma maneira de se alcançar esta emancipação é a reflexão Hermenêutica da situação comunicativa, dotada de força emancipatória. "O momento de uso criativo e bem sucedido da linguagem é um momento de emancipação". (HABERMAS, 1971, p. 282) e ainda "Um ato da auto-reflexão que altera a vida é um movimento da emancipação". (HABERMAS, 1971, p. 282).

O homem emancipado é o homem autônomo e livre em face dos outros, para isto, há que se resguardar um mínimo de igualdade. “O esclarecimento que resulta da compreensão radical é sempre político”. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 293).

A emancipação alcançada no momento hermenêutico é possível porque todo conhecimento é orientado pelo interesse, categoria crucial em Habermas. O interesse, suscetível de orientar o conhecimento é inato à razão, não se sujeita à distinção entre determinações empíricas e transcendentais ou fáticas e simbólicas.

No entanto, em Habermas, a correlação entre a razão teórica e a prática é indispensável. O interesse está ligado a ações que fixam as condições de todo conhecimento possível, estas, por sua vez, dependem de processos cognitivos. “Para que haja um interesse cognitivo é necessário não apenas promover o uso especulativo da razão enquanto tal, mas também conectar a razão especulativa pura com a razão prática pura, e isso a partir das exigências desta razão prática”. (HABERMAS, 1971, p. 215).

O interesse emancipatório subordina a razão teórica à prática. Habermas ressalva que o conceito do interesse da razão já irrompe na filosofia transcendental de Kant, mas que foi Fichte quem primeiro realizou esta subordinação. É apenas no conceito fichteniano da auto-reflexão interessada que o interesse, incorporado passa do ato-do-conhecer para o ato-do-agir. (HABERMAS, 1971, p. 214 - 219).

> Toda lógica pressupõe a necessidade da emancipação e um ato originário de liberdade para que o homem se eleve até o ponto de vista idealista da maioridade emancipatória, a partir do qual é possível sondar de forma critica o dogmatismo da consciência natural e, em conseqüência, os mecanismos ocultos da autoconsciência do Eu e do mundo: O supremo interesse, a razão de todo e qualquer interesse, é o interesse para conosco mesmos. (HABERMAS, 1971, p. 219 a 226)

A razão, ditando ambos os interesses, não é doravante mera razão prática pura, mas uma razão que une conhecimento e interesse na auto-reflexão. Do mesmo modo, os interesses voltados para a atividade da comunicação e da instrumentalização incluem necessariamente as categorias do saber que lhes são próprias: eles adquirem *ipso facto* o peso valorativo de interesses capazes de orientar o conhecimento.

> No interesse pela autonomia do Eu, a razão se impõe na mesma medida em que o ato da razão produz, como tal, aquilo que a chamamos liberdade. A auto-reflexão é percepção sensível e emancipação, compreensão imperativa e libertação da dependência dogmática numa mesma experiência. O dogmatismo, esse que dissolve a razão tanto em termos analíticos quanto práticos, é uma falsa consciência: erro e, por isso mesmo, existência aprisionada. (HABERMAS, 1971, p. 215)

O processo emancipatório depende de condições objetivas e subjetivas. Por um lado, depende de condições de uma societarização individualizadora de agentes comunicativos interagindo e por outro, de um meio que tecnicamente precisa fazer-se disponível.

Para Habermas, a ciência é alienada dos interesses que seriam capazes de dar sentido aos seus conhecimentos. As teorias científicas possuem um saber que é tecnicamente aplicável, mas nenhum saber normativo, que serviria à atividade prática. O processo possibilitando pelas ciências é critico, mas a remoção critica dos dogmas não liberta, deixa indiferente.

Destarte, a ciência não é emancipatória, mas niilista. Também as ciências do espírito ficarão, no momento em que obedecem aos critérios do método cientifico, alienadas do complexo da vida. (HABERMAS, 1971, p. 300 a 306).

O Direito voltou-se para o homem, o interesse supremo Habermasiano, porém o seu enfoque continua o da técnica aprisionada à dogmática. Isto se constitui numa contradição. O Direito, manejado de forma instrumental, para a resolução de conflitos, mostra-se ineficiente. Os aplicadores ainda buscam a subsunção dos fatos aos dispositivos normativos para declarar o Direito em busca da segurança. A busca pela eficiência da prestação jurisdicional se dá por análise quantitativas e demonstráveis, a exemplo da medição do tempo de duração dos processos ou do número de processos julgados. A relação processual funda-se em ‘pseudo-comunicações’ e falsos consensos, os seus sujeitos estão alienados, no sentido habermasiano, e o Direito, alienado da vida.

4 A ÉTICA ARISTÓTELICA NA HERMENÊUTICA GADAMERIANA *VERSUS* O INTERESSE EMANCIPATÓRIO DA HERMENÊUTICA HABERMASIANA

Como dito, o homem ético aristotélico, voltado para a escolha do que é bom para si, conhece a si mesmo e possui autonomia para fazer esta escolha, deve saber decidir por si mesmo e não permitir que lhe retirem essa autonomia, deve ter maturidade existencial para que compreenda as indicações que recebe da tradição e um empenho constante de conservar em sua vida comportamentos corretos. (GADAMER, 2005, p. 467).

Neste ponto, a relação com a filosofia de Jürgen Habermas é quase necessária. Habermas adverte que vivemos em um contexto de domínio que vicia as estruturas de comunicação e a autonomia do homem para fazer suas escolhas. O homem ético aristotélico deve 'saber-se' para saber atuar, mas, complementa Habermas, precisa ter as condições para fazê-lo. No contexto de domínio, não há estas condições. Habermas debruça-se sobre a comunicação distorcida que ocorre neste contexto de domínio.

O falso consenso advindo da 'pseudo-comunicação' não pode orientar a atuação ética do homem, porque advém de homens não emancipados. O falso consenso, porque advindo de uma situação de dominação, não conduzirá ao bem do homem, fim ético aristotélico. A verdade só é alcançada pelo consenso advindo de sujeitos competentes e emancipados no contexto do diálogo verdadeiro, consoante lição de Habermas.

Na seara do falso consenso, o conhecimento produzido não se orienta pelo 'interesse supremo', o próprio homem. Em Aristóteles, o 'saber-se' já envolvia a reflexão necessária, a *phroenesis*, virtude da ponderação reflexiva. A reflexão necessária também aparece em Habermas, que propõe a Hermenêutica criticamente esclarecida, ou das profundezas, cujo método altamente reflexivo, na esteira da psicanálise, busca a emancipação do homem e a produção do conhecimento voltada para o 'interesse supremo'. Em Habermas, a reflexão incide sobre a posição do homem na situação comunicativa, que é sua posição na tradição, na história efeitual, na alteridade com o outro, categorias gadamerianas. Habermas funde os estudos sobre a linguagem a premissas existencialistas, finalidades éticas e arcabouço marxista.

Na sociedade atual, de massas e midiática, o pensamento deste autor complementa o pensamento de Gadamer de que somos diálogo e nos definimos no diálogo. Outrossim, avança na tarefa de aplicação da ética aristotélica. O homem habermasiano se constitui na situação comunicativa e na situação comunicativa se coloca perante os demais sujeitos falantes, na experiência do vivido.

5 APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA GADAMERIANA E HABERMASIANA AO DIREITO: UM VETOR ÉTICO E EMANCIPATÓRIO PARA A POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A conjugação teórica e prática da figura do homem ético aristotélico ao homem emancipado habermasiano – o segundo pode ser compreendido como o desdobramento pós-moderno do primeiro – é crucial para a consolidação da Democracia e para a aplicação do Direito na Democracia que se pretenda Constitucional, permeada pelo pluralismo e multiculturalismo.

A existência do homem emancipado, que se perfaz na experiência do vivido, na situação comunicativa, na *práxis*, é condição para a existência de democracia genuína. Neste contexto, a aplicação do Direito, sempre ato político, da *práxis*, é uma escolha ética e emancipatória do homem desperto e consciente.

5.1 A Politização do Poder Judiciário

O Judiciário, como Poder do Estado [9], possui função política inerente à sua natureza. Não obstante a propalada neutralidade que alguns queiram a ele atribuir, como poder intrinsecamente político, se constitui consoante princípios axiológicos, que emanam do espaço político, do espaço público.

> A política, na concepção habermasiana, deve ser entendida como *lócus* onde se desenvolvem as relações vitais do senso ético, uma forma de reflexão sobre os nexos deontológicos da sociedade, impondo aos cidadãos a consciência de sua dependência recíproca. (AGRA, 2005, p. 112).

Convém esclarecer que, o termo política, do grego, *politiké,* advém da *polis* grega, e por isso, em essência, o poder político é aquele que se volta à coletividade. Para além do governo, abrange as escolhas do que é conveniente para o homem da *polis*. O Conceito de Aristóteles para a política é o de ciência que visa à felicidade humana. A felicidade consistiria numa certa maneira de viver no meio que circunda o homem, nos costumes e nas instituições adotadas pela comunidade à qual pertence. O objetivo da política seria primeiro, descobrir a maneira de viver que leva à felicidade humana, e depois, a forma de governo e as instituições sociais capazes de a assegurarem. (SCHILLING, 2006)

> Em todas as artes e ciências o fim é um bem, e o maior dos bens e bem em mais alto grau se acha principalmente na ciência todo-poderosa; esta ciência é a política, e o bem em política é a justiça, ou seja, o interesse comum; todos os homens pensam, por isso, que a justiça é uma espécie de igualdade, e até certo ponto eles concordam de um modo geral com as distinções de ordem filosófica estabelecidas por nós a propósito dos princípios éticos. (ARISTÓTELES *apud* SCHILLING, 2006).

O Judiciário, moldado por uma Carta Constitucional que segue um modelo de opção política de Estado, portanto, tem o comprometimento com tal opção política constitucional e seus fins, ou como preconizou Aristóteles, o compromisso com o bem comum e a felicidade dos homens. O resultado da interpretação e aplicação dos dispositivos normativos é sempre político, pois resultam em escolhas do que seja conveniente para o homem da *polis*.

> O juiz sempre terá de fazer escolhas, entre normas, argumentos, interpretações e ate mesmo entre interesses, quando estes estiverem em conflito e parecer ao juiz que ambos são igualmente protegidos pelo direito. A solução dos conflitos será política nesse caso, mas também terá conotação política sua decisão de aplicar uma norma ou de lhe negar aplicação, pois em qualquer caso sempre haverá efeitos sociais e alguém será beneficiado ou prejudicado (DALLARI, 2005, p. 96).

Decisões jurisdicionais implicam na análise de dispositivos normativos que decorrem de processos políticos de formulação, que, pela doutrina clássica de Jean

Jacques Rousseau, emanam da vontade geral - hoje contestada em face da complexidade do processo político, da multiplicidade de atores e interesses envolvidos e da reconhecida crise da representatividade instaurada. A esse respeito: "As decisões judiciais fazem parte do exercício da soberania do Estado, que embora disciplinada pelo Direito, é expressão do Poder Político." (DALLARI, 2002, p. 90).

> Deve recuperar-se o critério de que de que o direito é uma ordenação imposta pela razão prática, não pela razão pura. A neutralidade jurídica é uma quimera. Todo Direito, por sua própria condição está inspirado numa ideologia política, à qual serve como ferramenta jurídica do sistema. (DROMI *apud* DALLARI, 2002, p. 96).

A função política do Poder Judiciário é típica e constitui o meio adequado para a garantia dos princípios democráticos, na construção de uma Democracia que adquiriu o elemento teleológico de preservação e respeito aos Direitos Fundamentais. Para o Estado Constitucional Democrático abre-se no Judiciário um novo espaço público, no qual participam novos agentes dedicados à interpretação aberta dos valores constitucionais com vistas à sua efetivação. (MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei, 2002)

Conforme Gisele Cittadino, em Poder Judiciário, ativismo Judiciário e Democracia, "é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político" (CITTADINO, 2007, p.2).

> Uma das causas que mais influenciam a expansão da jurisdição constitucional no campo das decisões políticas é a paulatina perda de legitimidade do processo político. A complexidade do debate político, o poder econômico, a falta de locais para o debate público, bem como os meios de informação são algumas das razões para a perda de legitimidade dos representantes populares. (AGRA, 2005, p. 116)

Neste ponto, consolidado o Poder Judiciário como espaço político de participação do homem da *polis*, seara de suas escolhas éticas, da interpretação dos valores constitucionais com vistas à sua efetivação, no âmbito da experiência, do confronto que exige a atuação, entendemos que é imprescindível a este movimento que o homem esteja imbuído do saber ético aristotélico e do que este saber exige dele. Para

isto, há que estar consciente das estruturas de dominação e de falso consenso. Deve ser o homem emancipado, consoante a proposta crítica reflexiva de Habermas.

A doutrina adverte que a atuação política do Poder Judiciário e a constituição deste como um espaço de participação política encontra óbice no estágio de amadurecimento dos sistemas políticos democráticos de nações subdesenvolvidas. Nas palavras de Paulo Bonavides:

> "Demais, o método concretista da 'Constituição aberta' demanda para uma eficaz aplicação a presença de um sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores em dúvida difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, circunstância essa importantíssima, porquanto logo invalida como terapêutica das crises aquela metodologia cuja flexibilidade engana à primeira vista" (BONAVIDES, 2003, p.516).

Outra advertência válida é feita por Gisele Citadino, para quem a participação política no âmbito do Judiciário e o seu ativismo não deve presumir uma ausência de correspondência entre os textos normativos [10] e os Cidadãos. Vejamos:

> "Uma cidadania ativa não pode supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e Democracia. (...) Quando os cidadãos vêem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica". (CITTADINO, 2007, p. 04-06).

Porém, a autora reconhece que em países em que os cidadãos não compartilham os valores devido a rupturas no processo histórico de sedimentação da Democracia Constitucional, em que não há uma 'nação de cultura', se faz necessário o comprometimento do Judiciário com a concretização da Constituição, dos valores oriundos do consenso formal da qual emanou. Neste ponto, há que se sinalizar que a prestação jurisdicional exerce também uma função pedagógica e politizadora. Cittadino ressalva que não se faz necessário o domínio dos tribunais, mas de uma cidadania participativa que sobre eles atue.

A essas advertências acerca do estágio de amadurecimento dos sistemas políticos, da existência de uma comunidade de valores compartilhados, reconhecida como tal por seus sujeitos, a teoria da emancipação de Habermas surge como perspectiva. O homem emancipado, desperto, autônomo e livre em face dos outros, está preparado para a *práxis* democrática, para a situação comunicativa da *polis*, ciente de sua historicidade e de seu dever de atuação ético. Aconselha a refletir sobre o ambiente consensual das tradições instituídas e os consensos forçados, advindos de experiências de comunicação distorcidas. De modo que a aplicação do Direito, sempre ato político, da *práxis*, seja uma escolha ética e emancipatória do homem desperto e consciente e a jurisdição 'politizada' realize o bem dos homens e a felicidade.

CONCLUSÃO

Não obstante a ciência iluminista tenha fixado o domínio da razão como único parâmetro de validade e produzido conhecimento monológico apartado do homem, há que se resgatar a intersubjetividade e dialeticidade inerentes aos saberes práticos. Na esteira de Habermas, não há ciência dissociada da prática ou saber teórico dissociado da *práxis*. Há que se conjugar o conhecimento ao interesse supremo, o homem, e subordinar o conhecimento teórico à finalidade prática do domínio da ética. Caso contrário, a ciência e o Direito, em sua roupagem técnica e dogmática, serão niilistas e alienados da vida.

O interesse supremo é um interesse ético. A ética é saber prático que se volta sempre para aplicação, para as escolhas do homem pelo que é bom e leva à felicidade. Outra abordagem é fonte de equívocos, pois, somos seres históricos e assim devemos ser compreendidos e compreender o mundo. Somos seres que se definem na alteridade com o outro, na situação comunicativa. Constituímos-nos na necessidade de atuação, na situação comunicativa. O homem não é um dado, está em constante mutação, em interação. Na pertença a esta historicidade que se constitui todo saber.

O reconhecimento de nossos preconceitos e de nossa historicidade e a aceitação da imprescindibilidade destes no nosso conhecimento do mundo permitem que nos conheçamos melhor. A reabilitação da tradição nos possibilta um conhecimento mais amplo e real. O diálogo fidedigno, os sujeitos falantes competentes, existencialmente maduros e politicamente emancipados são indispensáveis à integridade

da situação comunicativa em que nos inserimos, inclusive no Direito. As distorções da comunicação diárias impedem as escolhas éticas, alienam o homem, impedem sua emancipação e sua felicidade.

O Direito, saber prático, não comprovável, se resolve no respeito à dialogicidade. Deve ser entendido e refletido pela hermenêutica filosófica e crítica, orientado ao interesse supremo, o próprio homem, em sua dimensão ética e prática, sob pena de um grave erro de enfoque. O reconhecimento da dimensão ética do Direito é inexorável, a conversão deste no saber voltado para a escolha pelo homem do que é bom para todos os homens. A 'penetração de espírito' e a 'tolerância' aristotélicas se mostram imprescindíveis a esta arte.

A ética, como demonstrado por Aristóteles e desenvolvido por Habermas, exige reflexão. A teoria habermasiana do interesse emancipatório aprofunda o entendimento da atualidade hermenêutica da ética aristotélica trazida pela Hermenêutica Gadameriana. As teorias se completam e servem de vetor à atuação do Poder Judiciário Politizado, espaço de atuação e participação política, de tutela do homem e de sua dignidade, de escolhas éticas e de realização dos valores constitucionais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal.** Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARISTÓTELES. **A Política**. 1. ed. São Paulo: Hemus, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. ***A matter of principle*.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, decisão dominação. 3. ed. SP: Atlas, 2001.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I.** 7 ed. Petrópolis, RJ: Vozes.

HABERMAS, Jürgen. **A Pretensão da Hermenêutica À Universalidade**. In: Hermenêutica Contemporânea, BLEICHER, Josef. Lisboa. Ed. 70, [199?].

_____. **Conhecimento e Interesse.** Zahar Editores. RJ: 1971.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da Filosofia**. 3 ed. SP: Martins Fontes, 1999.

LEITE, Glauco Salomão. **Direito e política.** A politização da Justiça Constitucional é inevitável.
Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/41320,1>
Acesso em: 11 nov. 2006.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**. São Paulo, n. 57, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br >. Acesso em: 06 jun. 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomás de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROHMANN, Chris. **O livro das idéias**. 3ª ed. trad. RJ: Campus, 2000.

SCHILLING. Disponível em:
http://educaterra.terra.com.br/voltaire/politica/aristoteles_politica2.htm
Acesso em: 06 jun. 2006.

VIANNA, Luís Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

---

[1] Nas sociedades atuais em que a autoridade dos aplicadores do Direito advém das normas de competência, a comunidade pode reconhecer nestes aplicadores o conhecimento e referendar sua autoridade, caso contrário, os membros do Judiciário podem gozar de descrédito.

[2] Tomar consciência de um preconceito implica em suspender sua validez, pois, enquanto este nos determina não podemos identificá-lo. Do ponto de vista lógico, todo preconceito tem estrutura de pergunta. A essência da pergunta é abrir e manter aberta as possibilidades. (GADAMER, 2005, p. 397)

[3] O intérprete possui categorias de conhecimento prévias, advindas da tradição na qual está imerso, da história da qual faz parte, os preconceitos legítimos e os ilegítmos, na classificação de Gadamer, no entanto, estas categorias, embora prévias, não são acabadas.

[4] Segundo Gadamer, a análise da equidade de Aristóteles mostra que “toda lei se encontra numa tensão necessária com respeito à correção de atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção.” Reconhece na ponderação uma tarefa complementar do direito. É contrário ao convencionalismo extremado ou o positivismo Jurídico. Admite, por sua vez, o Direito Natural como àquele que não permite convenções quaisquer porque advém da natureza das coisas. No entanto, na medida em que a natureza das coisas admitam mobilidade, Aristóteles admite a mobilidade do Direito Natural. (GADAMER, 2005, p. 473-474).

[5] Interligação que, segundo ele, é bem desenvolvida no conceito de ‘jogo de linguagem’ desenvolvido por Wittgenstein, segundo o qual o jogo de linguagem é uma forma de vida. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 260).

[6] História efeitual, conceito desenvolvido por Gadamer, compartilhado por Habermas, pelo qual o homem é tomado na pertença que deve à História, ver item 1.1.

[7] Tal como em Gadamer, o objeto do conhecimento hermenêutico se constitui no momento da cognição/aplicação, na interação com o sujeito. A pré-estruturação do objeto é somente simbólica.

[8] Este trabalho utilizará a expressão aplicador do Direito porque seu uso está consolidado. Porém entende que não há aplicadores de um Direito posto e pronto à aplicação.

[9] A titularidade do poder político, entretanto, fora nos primórdios atribuída ao divino, concepção que teve seu apogeu derradeiro na ‘Teoria do direito divino dos reis’ de Jean Bodin, teórico da monarquia francesa. Para Montesquieu, que explicitou pela primeira vez de forma sistemática a teoria da tripartição dos poderes, o povo é de todo incapaz de discernir sobre os reais problemas políticos da nação e, portanto, não deve e nem pode ser o titular da soberania. Em contribuição precursora, o abade de Siéyes, em sua obra "O que é o terceiro Estado?", publicado às vésperas da Revolução Francesa, e com base na doutrina do contrato social de Locke e Rousseau, atribuiu a titularidade do Poder Constituinte à nação e legitimou ideologicamente a ascensão do Terceiro Estado, o povo, ao poder político. (ALVES, 2007). É a organização do poder político, que para Siéyes, se encontrava difuso na nação, que forma o Estado. Destarte, o Estado é verdadeira emanação do poder político, único e soberano, não obstante a sua tripartição nas funções executiva, legislativa e judiciária. Portanto, todas essas três funções, ou poderes como classicamente denominados, são intrinsecamente políticas, inclusive a Judiciária. Motivo pelo qual tem se falado em teoria da tripartição de poderes, e não mais separação, visto que o poder é uno.

[10] Com a devida vênia à expressão utilizada pela autora, preferimos utilizar a expressão ausência de correspondência entre o texto normativo e os cidadãos, porque entendemos que foi neste sentido que empregou a palavra Direito, como texto normativo advindo do processo legislativo. Necessária esta observação porque consoante a concepção por nós compartilhada, o texto normativo não encerra o Direito, pois a norma se perfaz com a interpretação.

COMPATIBILIDADE DE SISTEMAS – NECESSIDADE DE QUEBRA DE UM MODELO DE ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL RÍGIDO: ARTIGOS 88 E 89 DO CPC[*] [**]

COMPATIBILITY OF SYSTEMS - THE NEED FOR BREACH OF A MODEL FOR ALLOCATION OF POWERS INTERNATIONAL DRIVE: ARTICLES 88 AND 89 OF THE CPC

Marcel Vitor de Magalhães e Guerra
Valesca Raizer Borges Moschen

RESUMO

O presente trabalho analisa o método de aplicação e interpretação das normas de competência internacional. Artigo 88 e 89 do CPC. O estudo procura analisar as possíveis influências do sistema do common law, em especial a doutrina do fórum non conveniens no sistema nacional, caracterizado por ser rígido. No atual estágio evolutivo, representado por um processo de aproximação dos sistemas e valoração dos direitos fundamentais; impôs-se uma adequação de institutos tradicionalmente formais, a partir de princípios voltados à justiça; não se admitindo mais interpretações restritivas de dispositivos jurídicos a limitar suas aplicações prática. De modo que ao magistrado caberá a flexibilização das normas de competência internacional, promovendo a correção e ajuste das hipóteses positivas de exercício da jurisdição, sempre que se cumprimento mecânico represente um desrespeito aos princípios integrantes do ordenamento jurídico que delineiam os contornos da jurisdição internacional, dando-lhes indispensável aplicação imediata.

PALAVRAS-CHAVES: COMPETÊNCIA INTERNACIONAL; FLEXIBILIZAÇÃO; FORUM NON CONVENIENS; INFLUÊNCIAS DE SISTEMAS; COMMON LAW; CIVIL LAW.

ABSTRACT

This paper analyzes the evolution of the methodology for applying the rules of international jurisdiction, Articles 88 and 89 of the CPC. The study analyzes the effects of the changing paradigm of law, with the increase dasas possible influences of the common law system, particularly the doctrine of forum non conveniens in the national system, characterized by being hard. At the current stage of evolution, represented by a process of aligning systems and assessment of fundamental rights, has set itself an adaptation of traditional formal institutions, from principles aimed at justice, not admitting more restrictive interpretations of legal devices to limit their applications custom. So the magistrate shall be responsible for relaxation of rules on jurisdiction,

---

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

[**] Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo.

promoting repair and adjustment of positive cases for the exercise of jurisdiction, where compliance represents a mechanical failure principles members of the legal system that are shaping the international court, giving them indispensable immediate application.

KEYWORDS: INTERNATIONAL JURISDICTION; FLEXIBILIZATION; FORUM NON CONVENIENS; INFLUENCE OF TRADITIONS; COMMON LAW; CIVIL LAW.

1. Introdução

A definição do efetivo contorno da competência internacional dos Estados de um modo geral é tema que suscita inúmeras dúvidas e controvérsias

O legislador nacional, em termos de técnica legislativa, adotou um modelo de normas rígidas sobre competência, caracterizado pelo reduzido espaço criativo ao aplicador do direito. Pretende-se que o juiz subsuma o caso ao preceito normativo e extraia, quase mecanicamente, a conclusão. O valor protegido nesses modelos é, sem dúvida, a segurança juridica.

Com a crise do positivismo jurídico, o direito passa por uma transformação no espírito do discurso jurídico e judicial; caracterizado por um resgate da dimensão tópico-problemática[1], a partir de um pano de fundo de base principiológica, valorativa e transformadora.

Reflexo desse novo paradigma é a perspectiva de um processo como meio de efetivação de direitos fundamentais; como um direito fundamental em si; impondo uma adequação de institutos tradicionalmente formais, a partir de princípios voltados à justiça; não se admitindo mais interpretações restritivas de dispositivos jurídicos a limitar suas aplicações práticas.

E norma de competência internacional? Sabe-se que essas normas têm como substrato a segurança jurídica e estão diretamente relacionadas com a soberania do país. Seria possível, na nossa tradição, escapar de uma aplicação rígida do que dispõe o CPC?

2. Normas de competência internacional

Países de *civil law* se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes, com a concepção dogmática de que o direito se restringe ao produto do Legislativo, ancorada na ideologia da revolução francesa, refletindo, de forma utópica, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, supondo-se que, em virtude da certeza

juridica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais.

Buscou-se no racionalismo, através de teorias dedutivas, a moldura da atuação do juiz, um mero aplicador do direito, autorizado a agir apenas como se fossem a "boca da lei" (*bouche de la loi*). Entendia-se que o juiz não podia interpretar os textos legais, devendo-se limitar a aplicá-los aos casos, pois o que se temia é que, pela via interpretativa, pudesse ser distorcido o texto da lei. [2] Essa concepção rígida era parcialmente decorrente de uma profunda desconfiança nutrida pela burguesia em relação aos juízes.[3]

Com o passar do tempo, as mudanças da sociedade moderna impuseram profundas alterações nessas características inicialmente idealizadas, como o aumento considerável da complexidade dos casos trazidos ao Judiciário, o que resultou na percepção de que o texto da lei tinha se tornado um instrumento insuficiente para resolver todos os problemas levados ao Judiciário, já que multifacetadas feições das sociedades contemporâneas, somadas ao fato de o Judiciário ter-se tornado mais acessível, acabou por obrigar o juiz a decidir de acordo com as particularidades de cada caso. Isso significa que, de algum modo, deve haver *flexibilidade*.

O juiz deixa de ser um mero expectador e passa a atuar de forma mais criativa, assumindo o dever de atuar de forma a materializar os direitos e valores previstos na Constituição. Sem dúvida, o impacto do constitucionalismo representou uma forte mudança nos sistemas de *civil law*. Nesse sentido MARINONI explica:

A evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido à common law e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição. No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de atuá-la na medida dos direitos positivados na Constituição. Se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distantes. Note-se que o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, pois, ao contrario deste, não presta o adequado respeito aos precedentes.[4]

O constitucionalismo é o movimento caracterizado basicamente pela supremacia das constituições em face das leis, que passam a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, inclusive substancialmente. Ou seja, a lei não vale mais por si, dependendo nesta nova realidade de se adequar aos direitos fundamentais.[5] E cabe ao juiz garantir a materialização desses valores através de uma exegese criativa na sua atuação. A própria existência de normas abertas, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados demonstram, cabalmente, a nova postura que se exige do magistrado, muito distante daquela do *civil law* tradicional.[6]

De modo que a atuação do juiz do *civil law* aproximou-se bastante da do juiz de *common law*. O juiz passou a exercer um papel, no neoconstitucionalismo, parecido com o do juiz da *common law*, no sentido de ser mais ativo, com maiores poderes instrutórios, criando direitos[7], e construindo, em cada caso concreto, o modelo processual adequado à natureza da tutela especifica almejada.[8]

A professora TERESA ARRUDA demonstra, através de um estudo comparado elaborado na Universidade de Cambridge, em 2008, que tanto nos sistemas de *civil law*, quanto nos de *common law*, o direito nasceu e existe com o objetivo predominante de criar *estabilidade* e *previsibilidade*[9].

Na busca desses mesmos objetivos, os sistemas vêm, ao longo dos anos, se aproximando, forte indício deste fenômeno são as influências recíprocas de ambas tradições; países adeptos do padrão continental implementaram medidas típicas do processo da *common law*, adotando, entre outras providências, os precedentes judiciais como fonte primária do Direito, por exemplo, a súmula vinculante (art. 103-A da CF/88 e Lei 11.417/2006) e a súmula impeditiva de recursos (art. 518, § 1º, do CPC).[10] De outra banda, os sistemas anglo-saxônicos também cederam ao Direito escrito, como o recente Código de Processo Civil da Inglaterra, de 26.04.1999.[11]

Nesse mesmo sentido, demonstrando, através de um método histórico-crítico, a aproximação entre as jurisdições do *civil law* e *common law*, MARINONI afirma que "*a tradição do* civil law *foi completamente descaracterizada com o passar do tempo, muito se aproximando como o juiz do* common law.*"**[12]***

GAJARDONI, no mesmo sentido, conclui "não mais se conservam, de maneira geral, modelos puros, resistentes à saudável influência recíproca dos outros sistemas", e adiante continua afirmando ser uma tendência universal a aproximação entre os sistemas adversariais e inquisitoriais; prevendo em um futuro não muito distante que as diferenças entre os sistemas só restarão como reminiscência histórica.[13]

Esta crescente convergência entre as tradições demanda uma adaptação funcional dos institutos originários de uma tradição em outra; reflexo das complexidades dos fenômenos sociais e o dever de tutelar esses novos direitos. Para alcançar este desiderato, fundamental que os sistemas se valham do que há de melhor em cada um, para se evitar que em um determinado sistema uma pessoa alcance a devida tutela e em outro não. De modo que a idéia de tipicidade dos remédios, própria do *civil law*, pode conduzir a situações de perplexidade, o que deve ser evitado. Como bem aponta YARSHELL "atipicidade do sistema da *common law* pode e deve servir de inspiração para impedir que exista posição juridica de vantagem sem um remédio apto a torná-la efetiva".[14]

3. Doutrina do *forum non conveniens*: Técnica do *common law*

Forum non conveniens é o nome com qual se denomina a doutrina que permite a uma Corte declinar sua competência por considerar que os interesses da parte e da justiça

estariam melhores atendidos em outro foro. Trata-se de uma técnica processual cujo propósito é fornecer subsídios para o julgador decidir, dentre as cortes competentes, qual a mais adequada a resolver uma controvérsia. [15]

A doutrina do *forum non conveniens* não é uma regra de fixação da jurisdição, mas de sua correção. Ao contrário, pressupõe de antemão que a jurisdição exista, visto que a conexão entre o litígio e o foro é por si suficiente para tanto. O que se passa é que em vista de determinados aspectos que melhor situam outro foro, entende-se por questão de *justiça e equidade* que a possibilidade de exercicio da jurisdição nacional seja declinado em favor desta autoridade estrangeira; quase uma transposição da jurisdição em lugar de uma simples denegação;

Esta doutrina surgiu originalmente nas cortes escocesas e atualmente é adotada em vários países que seguem a tradição jurídica da *common law*. Sua origem remonta ao século XVI, configurada pelo *forum arrestment* como critério exorbitante de atribuição de competência a tribunais escoceses.

4. Influências de sistemas

Não se pretende, contudo, propor uma aplicação indiscriminada da técnica do *forum non*

conveniens, nos moldes norte americano, no sistema nacional. Não se pode desconsiderar que as normas sobre competência internacional no Brasil foram formuladas em termos estritos e restritos.

O modelo nacional de regulamentação de competência internacional é abstrato e geral; ou seja, o legislador considera qual a solução mais adequada em casos típicos, e estende essa solução para os demais casos atípicos. Ou seja, os critérios de conexão são escolhidos pelo legislador. A segurança jurídica é garantida à custa da justiça de certos casos, atípicos.

Diante deste modelo rígido, a despeito da aproximação cada vez maior das tradições , o juiz nacional não pode derrogar sua competência apenas com base na técnica do *forum non conveniens* norte americano; utilizando o critério desenvolvido lá de conveniência do foro estrangeiro . Como visto, essa conveniência é apurada em razão de fatores eminentemente relacionados à proximidade entre o litígio e o foro, tais como domicilio das partes, o local onde exercem seus negócios e atividades, ou ainda à instrução e desenvolvimento do processo, como a localização das provas e testemunhas, averiguando-se a possibilidade que outro foro concorra com o nacional em melhores condições quanto a estes quesitos. Nos EUA, a estes fatores somam-se também considerações de ordem pública como, por exemplo, o próprio interesse local em se julgar uma causa com elementos de estraneidade com todos os custos e ônus envolvidos para o judiciário local.[16]

É preciso manter em vista que reserva-se às autoridades judiciárias estadunidenses enorme liberdade tanto no que se refere à aplicação quanto à própria criação de direito

especifico para o caso concreto. Liberdade esta inclusive para estabelecer com certa dose de discricionariedade critérios para fixação de suas próprias competências no plano internacional.[17]

De modo que a adoção pura e simples do mecanismo do *forum non conveniens*, nos moldes norte americano, em países que à semelhança do Brasil seguem o sistema romano-germânico, não parece possível.

Contudo, por outro lado, a possibilidade de derrogar a competência nacional em determinadas situações lacunosas na lei, que consubstanciam exorbitância do foro nacional, ante a inexistência ou pouquíssima proximidade com a causa parece atender de forma mais efetiva princípios e valores constitucionais como acesso à justiça, princípio da razoabilidade e devida tutela jurisdicional.

O presente trabalho pretende fixar o entendimento que é perfeitamente possível ao magistrado flexibilizar as normas de competência internacional em determinadas situações concretas; evitando-se normas rígidas que sejam exorbitantes. A teoria do *forum non coveniens* nasceu para fazer frente a foros exorbitantes, de modo que não é equivocado entender se tratar de uma expressão anglosaxônica do principio da proximidade.

É imperioso que, em decorrência de várias situações como lacunas da lei; cláusulas de eleição de foro; ou situações atípicas que a despeito de se subsumirem nas hipóteses legais do CPC, não guardam proximidade ou conexão com o foro nacional, o magistrado exerça uma interpretação que materialize os valores constitucionais, através das válvulas de escape do sistema, no caso os princípios elencados na pesquisa que informam a competência internacional.

As principais críticas à possibilidade de uma *flexibilização* das normas de competências judicial internacional a permitir que um juiz admita a derrogação ou prorrogação de seu foro são: (i) possibilidade de violação ao princípio constitucional do juiz natural; (ii) haveria sacrifício da segurança jurídica e da previsibilidade que são valores consagrados pelos sistemas rígidos e (iii) a flexibilização poderia criar meios protelatórios da demanda, ou seja, litigar sobre donde litigar.

Quanto à primeira crítica, o princípio do juiz natural representa uma das principais garantias decorrentes da cláusula do devido processo legal. O conteúdo do princípio pode ser resumido no direito de uma pessoa a um juízo predeterminado por lei. [18] Tal garantia não visa evitar flexibilidade das normas sobre competência judicial e, sim assegurar que o órgão judicial chamado para conhecer da lide haja sido criado previamente pela lei, investido de jurisdição e competência antes do fato que motive sua atuação e, finalmente, que seu regime orgânico e processual não permita qualificá-lo como órgão especial ou excepcional. Nesse sentido, afirmando *"que el derecho a un juez ordinário predeterminado por la ley no impide el juego de cláusulas de flexibilización como el forum non conveniens que es admitido por la doctrina alemana."* [19]

No que concerne à segurança jurídica e previsibilidade, convém citar o caso Harrods, companhia que se registrou na Inglaterra em 1913, mas logo depois mudou-se para Argentina, onde realizava toda sua atividade comercial e sediava seus órgãos de

controle e administração. As ações da companhia Harrods tinham como titular duas firmas suíças que tampouco apresentavam qualquer vínculo com a Inglaterra. Contudo, a demanda, para a surpresa das partes, acabou sendo proposta e conhecida na Inglaterra, em decorrência de uma aplicação rígida das normas de competência internacional.

Em geral, antes de realizar determinados atos, o previsível é que, em caso de eventuais litígios, o foro competente para dirimi-los seja o mais próximo da causa. Contudo, a aplicação rígida das normas de competência pode conduzir a foros imprevistos.[20] Para alguns autores, a idéia de segurança juridica[21] não implica somente previsibilidade do resultado, mas também a justiça do resultado, o que se alcança com maior efetividade no foro com maior proximidade da causa. Nesse sentido:

en un Estado de Derecho, con um sistema jurídico muy complejo, los particulares presuponen que las consecuencias de sus actos se van a ajustar a la idea de justicia. En la medida en que la flexibilización de las normas garantiza esta Idea de justicia, garantiza igualmente la seguridad juridica.[22]

Finalmente, quanto ao argumento invocado no sentido de que a flexibilização poderia criar meios protelatórios da demanda, ou seja, a facilitar estratégias dilatórias, deve-se adotar uma perspectiva mais global, do processo como um todo. Aplicação rígida de normas de competência poderá levar a tribunais com escassa vinculação com a causa, o que dilatará substancialmente a duração do processo na medida em que os custos de informação, fática e jurídica, se multiplicam; a distância exigirá numerosas notificações e atos de instrução no estrangeiro, traduções e legalizações, informações sobre ordenamentos de outros Estados, etc.

De modo que denegar a flexibilização das normas de competência poderá implicar uma maior dilação do processo e, por conseguinte, um incremento na possibilidade de estratégias dilatórias. Dito de outro modo, a dilação processual que normas de competência flexíveis podem implicar são amplamente compensadas pela redução da duração do processo em relação a um processo patrocinado em tribunal que não apresente proximidade com a causa.

Sobre a possibilidade de flexibilizar as normas de competência internacional, vale citar ALFÉREZ que comentando sobre as normas de competência internacional do sistema espanhol, que assim como o Brasil segue a tradição romano-germânica, aduz pela plena possibilidade de flexibilização destas regras através dos expedientes como os cânones hermenêuticos (princípios, como o da proximidade razoável), cláusulas de boa fé; abuso de direito, equidade, fraude à lei (quando se manipula os critérios de conexão, *forum shopping* ilegítimo) válidos para todo o ordenamento, inclusive competência internacional.

Ahora bien, que las normas sobre competencia internacional sean normas rígidas (abstracto-generales) no impede el juego de los mecanismos de flexibilización que con carácter global valen para todo el ordenamiento. Si los cânones hermenêuticos, las cláusulas de buena fe, abuso de derecho o equidad em la aplicación de la norma se proyectan sobre todo el ordenamiento, adecuándose a las peculiaridades de cada sector,

también lo hacen en el sector normativo que disciplina la competencia judicial internacional.

O legislador ao formular as normas de competência judicial internacional como normas abstrato-gerais não pretendeu impedir qualquer flexibilização em sua aplicação. Na verdade, o que se sucedeu foi que esta flexibilidade não é tão intensa como permitiria uma cláusula de escape expressa de *forum non conveniens*, porém uma flexibilidade atenuada é perfeitamente possível, pois provém do manejo de expedientes gerais, poros que funcionam no sistema continental como mecanismos substitutos de referida cláusula.

Uma aplicação rígida dos critérios gerais e abstratos previamente estabelecidos na lei, para casos típicos, leva a injustiças em casos atípicos. Portanto, nos casos atípicos, a presente pesquisa entende ser possível derrogar a competência a outros foros mais "convenientes".

Em conclusão, não há argumentos definitivos para justificar a exclusão radical de uma possível flexibilização de normas de competência internacional. A flexibilização conduz a um foro mais próximo, no qual se garante melhor o objetivo de todo o Direito processual: um resultado justo, ao menor custo possível, depois de um devido processo legal.

5. Considerações finais

No mundo contemporâneo em que o acesso à justiça é alçado à categoria de direito fundamental, a doutrina clássica e tradicional da competência internacional fundada simplesmente na localização de pessoas e bens no território dos Estados ou na nacionalidade dos indivíduos não mais se justifica.

Reflexo de um novo paradigma do direito - marcado pela aproximação do direito a valores constitucionais - é a perspectiva de um processo como meio de efetivação de direitos fundamentais; como um direito fundamental em si; impondo uma adequação de institutos tradicionalmente formais, a partir de princípios voltados à justiça; não se admitindo mais interpretações restritivas de dispositivos jurídicos a limitar suas aplicações práticas.

É inquestionável que não mais prevalece a visão do direito como uma ciência absolutamente hermética. O direito é um fenômeno social; um meio de pacificação, disciplina a organização da vida em sociedade. Como tal, suas normas e princípios devem estar sempre atualizados e orientados pelas necessidades atuais e concretas daquela sociedade de onde e para a qual exsurge, sob pena de se tornar um conjunto de regras desprovidas de eficácia social.

O que se implementa é a possibilidade de uma flexibilização da determinação da competência internacional a partir de valores e princípios constitucionais e infraconstitucionais. O juiz nacional deve levar em consideração a metodologia hermenêutica do novo paradigma da ciência jurídica para decidir se exercerá ou não jurisdição sobre determinado caso concreto, tendo em vista princípios e valores constitucionais em jogo.

A aplicação restrita das normas de competência internacional deve ceder lugar ao fim máximo do processo, que é, a prestação da tutela jurisdicional, evitando que questões de ordem meramente formal acarretem a denegação de justiça. Identifica-se com a própria finalidade da jurisdição, indicando quando é indispensável o exercício da jurisdição para que uma determinada situação litigiosa não fique sem solução, ou quando, paradoxalmente, o seu exercício injustificado possa consistir em uma violação deste mesmo fim, representando um ônus insuperável para a parte, privando-a da adequada e justa resolução de um conflito.

A determinação da jurisdição internacional hoje é feita a partir, basicamente das disposições do artigos 88 e 89 do CPC; LICC e alguns tratados internacionais. Estes dispositivos estabelecem genérica e abstratamente aqueles elementos que firmam a conexão de determinada causa com o país. Contudo, por se tratarem de normas abstratas, nem sempre será possível que se tenha, em toda e qualquer hipótese concreta, o atendimento às normas legais sem comprometer princípios e valores constitucionais.

Entende-se que não existe um critério genérico que comporte uma afirmação peremptória, seja para determinar a simples exclusão ou mesmo a inclusão na atividade da autoridade judiciária brasileira das questões não alcançadas pelos artigos 88 e 89 do CPC. É preciso uma ponderação dos diversos princípios que regulam a matéria, consagrados pelo ordenamento constitucional, que sob certas circunstâncias, devem impor-se eficazmente sobre os referidos dispositivos legais.

Caberá, assim, ao órgão jurisdicional proceder à sua necessária adequação, conforme o caso, estendendo (ou prorrogando) a jurisdição nacional àqueles casos, que à luz de princípios específicos, exigem seu exercício, e afastando-a (ou derrogando-a) quando, pela mesma razão, seu exercício não deve se verificar. Nesta atividade, o juiz não estará agindo discricionariamente, nem inovando o ordenamento jurídico vigente, mas, ao contrário, tornando-o efetivo em toda sua amplitude.

De modo que sempre que ameaçada qualquer garantia constitucional como o acesso à justiça, o devido processo legal, ampla defesa decorrentes de uma falta de jurisdição internacional brasileira *razoável* para o conhecimento da causa, deverá o magistrado analisar e ponderar prevalecendo o princípio que proteja o bem jurídico de maior relevância no caso concreto. Assim, portanto, podem os órgãos jurisdicionais, sem qualquer contrariedade ao ordenamento jurídico, julgar fora das hipóteses previstas nos artigos 88 e 89 do CPC, para apreciar litígios que não possuam qualquer dos elementos de conexão ali estabelecidos ou mesmo para deixar de julgar aqueles que efetivamente atendam aos requisitos ali estabelecidos. Tais situações não caracterizam contrariedade à lei, inovação pela via judicial, nem qualquer usurpação de competência legislativa e sim, devida tutela jurisdicional a partir dos princípios que informam a matéria.

Não existem regras perfeitas e acabadas para a fixação da jurisdição internacional. A abstração e generalidade das normas positivas nunca serão capazes de assegurar com certeza que, em todo e qualquer caso concreto em que a jurisdição seja firmada pela presença de um elemento de conexão, estarão respeitados os princípios e garantias antes mencionados. De forma que, ao magistrado caberá a *flexibilização* das normas de competência internacional, promovendo a correção e ajuste das hipóteses positivas de exercício da jurisdição, sempre que se cumprimento mecânico represente um desrespeito aos princípios integrantes do ordenamento jurídico que delineiam os contornos da jurisdição internacional, dando-lhes indispensável aplicação imediata.

O propósito pretendido foi demonstrar que, na verdade, a doutrina do *forum non conveniens*, no Brasil, apesar de incompatível nos moldes norte americano, em função do alto grau de discricionariedade, traz uma importante influência: a necessidade de, em determinados casos concretos, a flexibilização das normas de competência internacional, sob pena de menoscabo dos princípios constitucionais como do aceso à justiça, da igualdade e da Justa e efetiva tutela jurisdicional, situação inaceitável no atual estágio do Direito.

6. Referências

ALFÉREZ, Francisco Garciamartin. Caben reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional? *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XLVII, Universidad Carlos III de Madrid, 1995

ANDREWS, Neil. A new civil procedural code for England: party control ‘going, going, gone”. *Civil Justice Quartely*, Londres, v. 19, 2000. p.19-38.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20, p. 269.)

FERRAZ Jr., Tercio S. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Atlas, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal.* São Paulo: RT, 2002, p. 472.

_____. Derechos fundamentales, in *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trota, 2001, p. 53.

FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985. p.91

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.* São Paulo: Atlas, 2008.

HADFIELD. Weighing the value of vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law. *Colum L. Rev.* 1994, p. 541

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, n. 172, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 175-232.

MERRYMANN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, R. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In *Temas de direito processual*: 8ª série, p. 41-52.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e processo. *Temas de direito processual*: 8ª série, p. 214.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia***,** traducción de Luis Díes Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law. Revista de Processo,* n. 172, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 123-174.)

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 18

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo*, 116, São Paulo, jul.-ago.2004.

---

[1] Sobre tópica, consultar VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia***,** traducción de Luis Díes Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

[2] FERRAZ Jr., Tercio S. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Atlas, 1991.

[3] Antes da revolução francesa, os membros do Judiciário Francês constituíam uma classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade, como mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes, especialmente com a aristocracia feudal. Montesquieu elaborou sua tese de que não poderia haver liberdade para julgar pautado em experiencia pessoal. Montesquieu nasceu Charles Louis de Secondat em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas o cargo de Président à mortier no Parlement de Bordeaux, com o nome de "Montesquieu." O jovem Montesquieu, sem se deixar seduzir pelas facilidades da sua posição social, renunciou ao cargo de magistrado e teve a coragem de denunciar as relações espúrias dos juízes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes. (CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20, p. 269.)

[4] MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, n. 172, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 175-232. Nesse sentido ver ainda MERRYMANN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, R. *The civil law tradition.* Stanford: Stanford University, 2007.

[5] Um exemplo desta nova conformação dos direitos aos valores e princípios constitucionais foi observado por FERRAJOLI em relação ao principio da legalidade, que perde sua acepção formal e adquire uma nova, princípio da legalidade substancial, fenômeno que o autor chama de segunda revolução.(FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales, in *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trota, 2001, p. 53.

[6] "Este fenômeno se afasta do clássico positivismo e reclama uma fundamentação mais sólida das decisões judiciais. Os juízes devem prestar contas a respeito do acerto de suas decisões pro meio da repercussão destas no plano da doutrina. É a doutrina que cabe a tarefa de difundir a decisão na comunidade juridica como um todo." (BELL, John. Judiciaries within Europe: a comparative review. *Cambridge Studies*,

International and comparative law. CSICL. Nova York: Cambridge University, 2006, p. 143. Apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law. Revista de Processo,* n. 172, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 123-174.)

[7] No sistema de *common law* caracteriza-se por ser o sistema em que o direito é feito pelo juiz (judge made law) e, nos sistemas de *civil law*, quem cria o direito é o Poder Legislativo. O que não se pode mais afirmar ante as transformações legislativas e sociais, como as súmulas vinculantes e o controle de constitucionalidade exercido pelo juiz.

[8] As histórias do poder no *common law* e no *civil law* foram as responsáveis pelas diferentes funções atribuídas aos juízes destes sistemas jurídicos. A diferença entre o juiz do *common law* e o juiz do *civil law* não está na elasticidade das suas elaborações ou interpretações, mas sim na importância que eles assumem em cada um dos sistemas, e, por conseqüência, no respeito que lhes é devotado.

[9] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law. Revista de Processo,* n. 172, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 123-174

[10] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In *Temas de direito processual*: 8ª série, p. 41-52.

[11] ANDREWS, Neil. A new civil procedural code for England: party control 'going, going, gone". *Civil Justice Quartely*, Londres, v. 19, 2000. p.19-38.

[12] MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, n. 172, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 175-232. O professor BARBOSA aponta que *"os modelos não costumam se reproduzir na realidade como substâncias quimicamente puras e que a inclusão de dado ordenamento em uma das categorias se inspira no critério da predominância das características, e não da exclusividade."* MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e processo. *Temas de direito processual*: 8ª série, p. 214. ALFÉREZ aduz que *"En la realidad juridica ninguno de los dos modelos aparece em Estado puro, sino como resultado de una especie de* trade off *entre ambos"*.ALFÉREZ, Francisco Garciamartin. Caben reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional? *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XLVII, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

[13] Denomina-se adversarial system o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No inquisitorial system, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz, embora possa também ser inteiramente disciplinadas em lei. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.* São Paulo: Atlas, 2008. Ver ainda ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo*, 116, São Paulo, jul.-ago.2004.

[14] YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 180.

[15] FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985. p.91

[16] Na Inglaterra, tais considerações não são levadas em conta, salvo no que se refere à lei aplicável ao caso. O entendimento é um beneficio para o país firmar-se como um centro de contencioso internacional.

[17] MERRYMAN afirma que as cláusulas abertas como a de boa fé dão ao juiz grande porção de poder equitativo indefinido, deixando-lhe quase que sem responsabilidade diante da formulação legislativa. MERRYMANN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, R. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University, 2007, p. 53.

[18] O principio designa o direito do cidadão a um processo não prejudicado por uma escolha do juiz posterior ao delito e, portanto destinada a um resultado determinado. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal.* São Paulo: RT, 2002, p. 472.

[19] ROZAS, Fernandez; SANCHEZ, Lorenzo. *Op. cit.* p. 129.

[20] *"El forum shopping sólo se practica una vez que se há desencadenado el conflicto, pero no antes de su nacimiento (o dicho de otra forma, el forum shopping lo practican los abogados, no los particulares); por consiguinte, la aplicación rígidade las normas de competencia puede conducir a foros imprevistos en el momento de tomar una decisión que, luego, ha degenerado en un litígio (o, dicho de otra forma, las normas rígidas garantiza seguridad jurídica desde el momento en que se acude a los abogados, no antes: normalmente los particulares no toman decisiones sabiendo el régimen de competencia judicial internacional de todos los Estados vinculados)."* ALFÉREZ, Francisco Garciamartin. Caben reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional? *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XLVII, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

[21] Muito expressivas as ponderações de HADFIELD para quem: "*La seguridad juridica no puede convertirse en valor absoluto, porque ello daria lugar a la congelación del ordenamiento jurídico, cuya función consiste en regular relaciones de convivencia, debiendo responder cada dia como instrumento de perfeccionamiento y progreso*" HADFIELD. Weighing the value of vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law. *Colum L. Rev.* 1994, p. 541.

[22] Ibidem. p.128.

SISTEMA AUTOPOIÉTICO LUHMANIANO: OUTRO PARADIGMA PARA A INTERDISCIPLINARIEDADE JURÍDICA*

LUHMAN'S AUTOPOIESIS SYSTEM: ANOTHER PARADIGM FOR JURIDICAL INTERDISCIPLINARITY

Marco Aurélio Roamgnoli Tavares

RESUMO

As relações interpessoais do indivíduo na comunidade e com o Estado democrático de direito, tanto no âmbito doméstico como global, influenciadas por uma forma de capitalismo neoliberal geraram uma crise sem precedentes na formação dos valores atuais dos cidadãos. É impossível negar sua influência sobre o direito. As crises pessoais passam pela crise do próprio modelo adotado de Estado que não consegue mais corresponder às expectativas de sua criação perante uma sociedade de consumo alienada e massiva influenciada diretamente pelo sistema econômico predominante. O direito como solucionador de conflitos sociais aparece fundamentado em velhos paradigmas, incapaz de responder a contento à velocidade das mudanças do mundo globalizado pós-moderno. A antiga fórmula baseada na expectativa de que o legislativo conseguiria cumprir seu papel prevendo em leis expectativas de direito, não se aplica mais à realidade em que vivemos. Diante deste quadro, é necessária para própria sobrevivência da ordem social, a utilização de instrumentos outros que consigam adaptar a aplicação do direito positivo às novas realidades e conflitos sociais e é justamente neste aspecto que se destacam as teorias dos sistemas autopoiéticos elaborada por Niklas Luhmman.

PALAVRAS-CHAVES: FORMAÇÃO DO ESTADO. CRISE JURÍDICA. CONLFITOS SOCIAIS GLOBAIS. SISTEMA AUTOPOIÉTICO. INTERDISCIPLINARIEDADE.

ABSTRACT

The interpersonal relationships between individuals of a community and with the Democratic State of Law as in domestic scope or in global sphere under influence of a new form of neoliberal capitalism engendered a no precedents crisis in nowadays citizens' values. It's impossible to deny its influence over law. This personal crisis pass to Social State model own crisis that can't correspond anymore to the expectative of its creation facing a divested and massive consuming society, influenced by the predominant economic system. The law as social conflicts solver appears linked to old paradigms, unable to answer to the changes velocity of a pos-modern globalized world. The old formula, based on legislative expectative of conflicts prediction does not apply anymore to nowadays reality. Facing this new picture, it's necessary for the own social order survive to use another instruments to achieve an adapted application of positive

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

law to the new realities and social conflicts and it's precisely in this aspect that the Niklas Lumann autopoietic systems theory presents its highlight.

KEYWORDS: STATE FORMATION. CRISIS OF LAW. GLOBAL SOCIAL CONFLICTS. AUTOPOIETIC SYSTEM. INTERDISCIPLINARITY.

1. Introdução

O fato do Estado social pós-moderno estar em crise é incontroverso. Basta a realização de uma rápida constatação dos acontecimentos políticosociais recentes e se verificará a ocorrência de fatos sintomáticos notórios como greves de trabalhadores em setores os mais diversos (inclusive públicos) exigindo melhores sistemas de aposentadoria e pensões, a existência de pessoas morrendo em filas para atendimento médico e em virtude da ausência de vagas para internamentos hospitalares, a insuficiência de vagas em creches e escolas públicas para a demanda populacional crescente, e muitos outros. Tal constatação concretiza-se no diagnóstico de que a eficácia e a própria existência dos direitos sociais fundamentais previstos na Constituição Federal estão em xeque.

Mais do que isso, a própria necessidade de existência do Estado Social Democrático de Direito é questionado em épocas atuais de conceitos pósmodernos, neoconstitucionais e, por óbvio, neoliberais.

Cabe levantar aqui, portanto, a questão: está o Estado social destinado ao fracasso ou existe outro modelo viável?

Parece que Canotilho, ao rever sua posição sobre o princípio da impossibilidade da reversibilidade das prestações sociais, já decretou a falência deste modelo[1]:

"Considerações paraleas poderão fazer-se a respeito do problema da *reversibilidade* das prestações sociais. O rígido princípio da 'não reversibilidade' ou, em formulação marcadamente ideológica, o 'princípio da proibição da evolução reaccionária', presupunha um progresso, uma direção e uma meta emancipatória, unilateralmente definidas: aumento contínuo das prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizávamos noutros trabalhos. A dramática aceitação de 'menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário para todos', o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social."

Portanto, aponta claramente o autor para a insustentabilidade de um Estado social nos moldes previstos pela constituição portuguesa e, por analogia, também para o modelo nacional.

Contudo, vale aqui a ressalva de que, embora herdeiros das tradições sociais, políticas e jurídicas de nossos colonizadores, nosso país situa-se em uma realidade latinoamerciana que a cada dia distancia-se mais da européia, razão pela qual a forma da análise dos conceitos de dignidade humana e função social do Estado deve ser descentralizada, ou seja, se o Estado social apresenta-se sufocado pela ordem econômica, precisamos

promover um modelo próprio, o qual, embora não afaste o modelo predominante de capitalismo, produza limitações e contornos ao neoliberalismo e busque a justiça social democrática.

Nos dizeres de Boaventura de Souza Santos[2]:

"Os problemas sobre a refundação do Estado e a democracia estão relacionados à problemas teóricos e epistemológicos muito fortes, e para dar conta deles é necessário refletir sobre nossos conhecimentos. Provavelmente as teorias que temos e os conceitos que utilizamos não são os mais adequados e eficazes para enfrentar os desafios e para buscar soluções para o futuro."

Justamente a necessária refundação do Estado social haverá de passar por uma mudança de paradigmas, na media em que o modelo europeu está se demonstrando insuficiente para o atedimentos das necessidades de população cada vez mais crescente de excluídos formados, em sua maioria, por imigrantes legais e ilegais.

Portanto, para a realidade brasileira não basta apenas relacionar a ausência de condição econômica para a negação de direitos sociais fundamentais, já que epistemologiamente está o problema centrado exatamento no conceito e modelo desejável de implementação do capitalismo neoliberal contemporâneo, que através da criação de "normas" sociais e jurídicas anula o indivíduo em detrimento do sistema.

Numa perspectiva foucaultiana, nada mais claro do que o evidente exercício do biopoder pelo sistema econômico predominante, conforme demonstra a seguinte análise[3]:

"Desde logo fica claro que a norma aqui não se confunde com a lei ou com a norma em um sentido exclusivamente jurídico. Nas análises de Foucault acerca do poder, a norma, que define o modo de consituição do sujeito moderno, deve ser compreendida em um sentido bem mais amplo, Ela se configura como um princípio de exclusão ou de integração em relação às práticas dos indivíduos, como observa Pierre Macherey (em *Rencontre Internationale. Michel Foucault philosophe*), e se revela na implicação de duas formas simultâneas: a forma de 'norma de saber', na medida em que enuncia critérios de verdade cujo valor pode ser restritivo ou constitutivo e a forma de 'norma de poder', na medida em que fixa para o sujeito as condições de sua ação segundo regras internas ou leis internas. A norma em Foucault define-se por seu caráter produtivo e, nesse sentido, não se confunde com um princípio de separação entre o lícito e o ilícito nem com um dispositivo de mera repressão ou restrição. Cabem, na abrangência de seu significado, as normas de comportamento, as normas sociais, as normas de conduta, as normas que regulam os saberes, as normas que prescrevem ações e que, relativamente à época moderna, funcionam segundo as formas dos corpos e da regulação da vida biológica das populações."

Portanto, as mudanças a serem efetivadas e a própria conscientização pessoal da necessidade de exigência da aplicação e efetividade dos direitos fundamentias passa pela mudança do próprio indivíduo e na sua capacidade de identificar o meio em que está inserido e promover sua libertação das "normas" previamente programadas e nele inseridas.

Novamente Boaventura de Souza Santos expõe que[4]:

“creio que a sociedade capitalista moderna cria uma discrepância enorme entre experiências atuais e expectativas de futuro. Isto é, é a primeira vez na história que as experiências correntes da atualidade não coincidem com as experiências do futuro. Uma pessoa nasce pobre, mas pode morrer rica, uma pessoa nasce iletrada, mas pode morrer sendo pai e mãe de um médico; essa é a ideía de progresso, a ideía de que as expectativas superem as experiências e é isto o que chama a atenção entre a regulação e a emancipação. A regulação da modernidade está baseada em três princípios: o princípio de Estado, o princípio do mercado e o princípio da comunidade. A emancipação é um processo de racionalidade crescente da sociedade que também tem três dimensões: a racionalidade cognitiva instrumental da ciência, a racionalidade da prática moral do direito e a racionalidade estética expressiva da arte e da literatura. Estes pilares são também formas de conhecimento, há um conhecimento de regulação e um conhecimento de emancipação. (...) De alguma maneira, a modernidade ocidental tinha essa dupla possibilidade de um conhecimentode regulação e de um conhecimento de emancipação, mas ocorreu que a modernidade simplesmente se tranformou em capitalismo. Este conhecimento de regulação passou a dominar totalmente e ao dominar totalmente edificou, transformou, absorveu o conhecimento de emancipação, de forma que o conhecimento passou a ser a ignorância, a solidariedade passou a caos solidário entre cidadãos, o perigo da solidariedade entre cidadãos; a emancipação passou de ignorância no colonialismo a ser ordem e o é de uma boa maneira. Isto é o que temos hoje: o conhecimento da emancipação está completamente absorvido pelo conhecimento de regulação e por isso fica difícil pensar a emancipação. Por isso é necessário pensar em outros mecanismos e reiventar a emancipação social talvez nos obrigue a repensar toda a questão do conhecimento.”

Assim, resta claro que é chegada a hora, em virtude da ausência da consciência individual, de pensarmos novas formas de elaboração e aplicação do direito, resgatar o que Boaventura chama acima de “prática moral do direito”, como uma das formas de emancipação social, o que contradiz frontalmente a crença de Canotilho.

Nesse contexto é que se situa a figura do ativismo judicial, já que um dos pilares do Estado moderno democrático de direito é um poder Jusdiciário forte o bastante para contrabalancear as forças do próprio Estado, da economia de mercado e da comunidade, que constantemente entram em conflito.

Contudo, a forma da atuação judicial neste delicado espaço de delienamento de exercício de poderes demanda critérios e formas, que não são encontradas no pensamento jurídico singular, ou seja, será sempre necessária a busca pela complementaridade disciplinar, valendo-se o direito do auxílio que pode lhe emprestar as demais ciências, tais como a sociologia, a ciência política e a filosofia.

De que forma incorporar essas infuência em uma decisaão judicial que afetará a coletividade e moldará o próprio exercício desse direito é a questão princiapal a ser analisada.

Neste aspecto, Luhmann e sua teoria de sistemas oferecem uma nova dimensão para a hibridação do direito com as demais ciências, mas não somente no campo da teoria empírica, mas também onde mais se precisa, ou seja, na prática diária forense, nos casos

de grande repercussão social, naquelas lides que influenciam de forma defintiva o desenvolvimento da comunidade delineando os parâmetros a serem adotados. Daí a relevância da ótica proposta.

2. O ESTADO COMO PROVEDOR DE DIREITOS

Antes da análise específica da influência da teoria de Luhmann no sistema jurídico se faz necessário uma rápida passagem pela origem dos valores essências ao ser humano, os quais hoje parecem irrelevantes e desnecessários à sociedade moderna.

Desde sua origem, o Estado foi conceituado como uma forma de poder supraindividual capaz de gerar o fim dos conlfitos entre os homens e a busca de uma soiecdade mais justa e igualitária.

Dessa gênese, representada pela relevância do interesse púlico sobre o privado extrai-se a gênese do hoje controvertido Estado Social Democrático de Direito, bem como as razões de sua crise atual.

O Estado, desde sua concepção como ente, sempre foi o provedor natural de direitos aos homens e as formas de poder que se entrelaçaram em seu interior sempre geraram conflitos, motivos pelos quais ao se analisar a crise pelo que passa o direito positivado e sua aplicação como moderador e solucionador de conflitos, inevitavelmente nos deparamos com os conlfitos existentes dentro da própria configuração de Estado como detentor do poder.

Assim, Pisier comenta que já Hobbes ao lançar com seu Leviatã os fundamentos do Estado absoluto, descrevia que [5]:

“A concepção política de Thomas Hobbes é, então, mais sutil do que parece no enunciado de seus princípioas iniciais. Tomando como ponto de partida uma concepção individualista e realiasta do homen, recusando, de imediato, qualuer pressuposto moral, ela se empenha em conjrar o que, para ela, é o maior dos males: a guerra civul. Para tanto, ela analisa as condições, graças às quais se instaura uma ordem política estável. Ea codnição primordial é que a coletividade queira a instituição de um princípio soberano onipotente, o que não quer dizer, absolutametne despótico, e consinta me obedecer às leis civic e às decisões que o poder impõe ao encarnar a soberania. Estando assim resolvida a questão política de bom entendimento e da tranquiidade na república, os súditos poderão livremente dedicar-se às atividades que julgarem capazes de lhe trzer a salavação e satisfação empírica”.

Nota-se que buscava Hobbes em seu conceito de Estado a pacificação social com a instituição de um Estado forte que sobrepujassem todos aqueles que desafiassem seu poder com a finalidade de fomentar conflitos no seio social.

No mesmo contexto Pisier afirma que John Locke, considerado o criador da fórmula liberal do Estado moderno, mesmo ao contrariar Hobbes, deixa clara a razão da

existência do Estado e sua função maior como a de provedor de direitos aos cidadãos e protetor dos indivíduos, pois para Locke [6]:

"O pacto de instituição do poder público, do Estado, é muito diferente do imaginado por Grotius e do que Hobbes previa. O primeiro tem em vista um contrato que associa os cidadãos entre si, por um lado, e, por outro, esses cidadãos, como coletividade, à instância superior; o segundo o concebe como cessão integral que obriga os súditos e não implica qualquer obrigação por parte do Estado. Locke assume posição diferente uma vez que, em seu ponto de vista, a sociedade como tal - no estado de natureza – possui a capacidade de se organizar harmoniosamente, sem que haja a necessidade de se recorrer à ordem política. O que obriga a instaurá-la é a impotência a que se encontra reduzida tal sociedade quando sua organiação natural é ameaçada por inimigos internos e externos. Os direitos naturais não tem força: é indispensável constituir um poder que os enuncie e os formalize – que lhes dê *força de lei* – e imponha sua efetividade – pela coerção. Portanto, o princípio-Estado é necessário – com seu aparelho legislativo, judiciário, policial e militar-, mas é uma forma vazia. Os cidadãos-proprietários decidem sobre a natureza do corpo legislativo e do gorverno e determinam quais, entre eles são confiáveis para realizar sua tarefas. È deles, então, que o regime depende – que durará enquanto ele servir ao bem púbico. Fracassaria o Estado em sua missão e infringiria os direitos naturais? Seria então um dever dos cidadãos desencadear 'a insurreição sagrada' e escolher governantes decididos a fazer do Estado um poder ao serviço das liberdades inscritas em cada indivíduo."

As idéias políticas de John Locke tem influência direta no pensamento europeu é e clara a inspiração em sua obra da revolução americana (1787) e francesa (1789) das quais resultaram as duas cartas de direitos que nos influenciam até os dias presentes.

Complementa noção de transmissão de poder individual a um ente regulador o conceito de contrato social de Rousseu, que segundo Pisier preconizava [7]:

"Esse contrato social legítimo nada tem de um contrato de governo, pois antes de examinar o ato pelo qual um povo elege um rei, seria bom examinar o ato pelo qual o povo é um povo. Não é também o contrato passado entre os indivíduos, mas o contrato de cada um consigo mesmo e que transforma cada indivíudo em cidadão. Todas as cláusulas desse ontrato se reduzem a uma só, ou seja, à alienação total de cada associado com todos so seus direitos a toda à comunidade. Dessa forma, o objeto do contrato de realiza imediatamene, esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia e, por esse mesmo ato, ganha sua identidade seu *eu* comum, sua vida e sua vontade."

Dessa forma o pacto social implica em renúncia a qualquer forma de exercício de poder individual em favor do coletivo que se organiza em um ente representativo social responsável pela elaboração das regras de aplicação e manejamento do poder estatal.

Montesquieu ao estabelecer os limites para o exercício desse poder a fim de que ele não se tornasse despótico, elabora a teoria de equilíbrio de poderes do Estado ao sustentar o conceito de moderação de poder, que não se confunde com o princípio revolucionário francês da separação de poderes, conforme assegura Pisier [8]:

“Um certa tradição jurídica francesa faz de Montesquieu o inventor do princípio da separação dos poderes, tal como, por exemplo, Sieyès, teorizará em seu discurso de 2 termidor ano III. Confundir Montesquieu com Sieyès beira à aberração. Charles Eisenmann, de modo irrefutável, corrigiu esse erro de interpretação: ‘Longe de explicar a doutrina de O espírito das leis, a interpretação que a faz proceder da idéia de separação de poderes a desfigura completamente, dando dela um imagem completamente alterada, quase uma caricatura. Monstesquieu prega um sistema de acordo mútuo das potências na não-confusão dos poderes, a fim de que as três forças políticas principais não possam, nenhuma delas abusar do poder. Mas o abuso de poder não tem um significado jurídico (não se trata de encerrar o poder em um limite legal estreito), mas um significado político: ‘ Abusar do poder, segundo sua idéia, consiste em exercê-lo de um modo unilateral em excesso. Não abusar dele é, então, usá-lo para uma política, por medidas que levem em consideração a multiplicidade e a diversidade dos interesses e das concepções encontrados na sociedade. A moderação assim entendida é a linha média resultante da composição de forças(...).”

Foi necessária essa rápida análise histórica acerca da formação do Estado e das relações dos poderes que o constitui para se passar à análise das razões pelas quais esses modelos tradicionais de equilíbrio de forças, dos quais a noções teóricas imperam até a data atual, não são mais suficientes para o atendientno das necessidades sociais.

A fundação do Estado democrático de direito viria a seguir com o advento das revoluções anteriormente destacadas e, como consequência, de um construção jurídica de previsões constitucionais de direitos inalienáveis do homem. Se atingiria, então, a expressão máxima do Estado provedor de direitos.

Contudo, a visão do contrato social clássico não é mai aplicável aos dias atuais, bem como a interdependência e relação dos poderes, nos moldes preconizados por Montesquieu.

A razão funda-se na existência de forças externas ao Estado, as quais, devido ao modelo neoliberal do capitalismo pósmoderno tornaram-se tão fortes e influentes quanto o próprio Estado, e que não representam de forma alguma os intetesses dos cidadãos.

O exercício clássico do poder pelos três entes do Estado, legislativo, executivo e judiciário, demonstra-se insuficiente para atingir sua finalidade social, pois o executivo não consegue implementar as políticas públicas a que está obrigado, e legislativo não legisla em favor de seus representados e o judiciário, diante do enorme fosso social encontrado na realidade econômica nacional fica impotente em dissolver conflitos coletivos, funcionando apenas como órgão repressor daqueles que o Esrado identifica como ameaça ao **status quo**.

Para Jon Locke o poder legislativo era o poder supremo dentro do seu conceito de Estado, conforme sua descrição [9]:

“The great end of men’s entering into society, being the enjoyment of their properties in peace and safety, and the great instrument and means of that being the laws established in that society; the *first and fundamental positive law* of all commom-wealths *is the stablishing of the legislative* power; as the *first and fundamental natural law,* wich is to govern even the legislative itself, *is the preservation of the society*, and (as far as will

consist with the public good) of every person in it. This *legislative* is not only *the supreme power* of the common-wealth, but sacred and unalterable in the hands where community have once placed it; nor can any edict of any body else, in what form soever conceived, or by what power soever backed, have the force and obligation of a *law*, wich has not its *sanction from* that *legislative* wich the public has chosen and appointed: for without this the law could not have that, which is absolutely necessary to its being a law, *the consent of the society*, over whom no body can have a power to make laws, but by their own consent, and by authority received from them; and therefore all the *obedience*, wich by the most solemn ties any one can be obliged *to* pay, ultimately terminates in this *supreme power*, and is direct by those laws wich it enacts: nor can any oaths to any foreign power whatsoever, or any domestic subordinate power, discharge any member of the society form his *obedience to the legislative*, acting pursuant to their trust; nor oblige him to any obedience contrary to the laws so enacted, or farther than they do allow; it being ridiculous to imagine one can be tied ultimately to *obey* any *power* in the society, wich is not the *supreme*."

Como, vimos, mais tarde, Monstesquieu limitaria este poder perante outros dois que na sua opinão formam a moderação ideal dentro do Estado o que geraria o equilíbrio necessário, há época, para sua manutenção e existência.

Porem, resta evidente que o Poder legisltivo, por ser o representante natural do povo é que detém a obrigação dos ditames do destino de um país soberano. Contudo, o que acontece quando o legislativo, por inoperância, anula-se diante de outro poder, como no caso pátrio, que atualmente transformou-se em mero referendador do de medidas provisória do executivo?

Resulta certamente em conlfitos sociais iminentes para os quais a solução depende da previsão legal necessária para sua pacificação.

Dainte de um legislativo engessado, qual a solução a ser tomada pelo judiciário para que o executivo não exerça o poder soberano e para a pacificação social?

Sem mencionar os casos de relação de poder fora do alcance estatal, os quais ocorrem independente da vontade do Estado diariamente dentro de comunidades pobres e periféricas seja nos confins do interior do país, seja nas favelas das grandes cidades.

São conflitos os quais exigem a intervenção do Esrtado e, por vezes, chegam às portas do judiciário, mas que pela "harmonização" com os poderes executivo e legislativo, não age, simplesmente negando a existência destas microesferas de poder.

Nos dizeres de Alain Touraine [10]:

"O que urge tal reflexão crítica sobre o passado e, sobretudo, sobre o presente, é que, contrariamente aquilo que afirmava o discurso por tanto tempo dominante, não vivemos mais em num mundo vazio, sem capacidade de ação, sem esforços de libertação. Mas, ao mesmo tempo, hoje medimos melhor do que outrora que o triunfo mundial de uma economia capitalista liberada de todo controle social e político engendra rupturas, multiplica as situações de precariedade e aumenta as desigualdades. Ninguém mais é tentado a voltar para aquela confiança cega nos avanços da produção, do consumo e da comunicação; definitivamente perdemos as ilusões que guiavam as 'grandes potências'

que as levavam a se considerar como as únicas depositárias do reino da razão e do futuro do mundo. No entanto, vemos surgir por toda parte novas demandas, novas represetnações e as idéias novas; em toda parte percebemos que o cenário histórico não está vazio, que ele não está ocupado somente por combates militares, ou invasões e destruições massivas. Estas catástrofes, mesmo se o peso que elas acrescentaram ao mundo é arrasador, não impedem aqueles que sempre disseram 'nada podemos fazer' de estarem errados, e aqueles que dizem 'sempre podemos fazer alguma coisa' de terem razão e merecem o esforço e o apoio de uma reflexão, tão importante quanto foram as transformações institucionais ou a criação de novas organizações ao serviço da ação coletiva".

É nesse espectro de vazio legislativo e de poder do Estado que a teoria luhmaniana de sistemas pode ser aproveitada, conforme descrição que se seguirá.

2.1 O SISTEMA AUTOPOÉTICO DE APLICAÇÃO DO DIREITO

2.1.1 SISTEMA FUNCIONAL OU FORMAL EM NIKLAS LUHMANN.

Autor de uma superteoria social geral contemporânea e original que pretende oferecer instrumentos de descrição da sociedade, Niklas Luhmann considera o direito como um dos componentes deste quadro, entendido como um subsistema parcial do sistema social formador do Estado democrático.

O pensamento desenvolvido na teoria luhmaniana tem por característica principal a transição pelas esferas do direito, da sociologia e da filosofia o que possibilita uma crítica aprofundada às matrizes jurídicas existentes.

Luhmann ao descrever a interdisciplinariedade do tecido social, utiliza a sociologia como ponto de partida para a construção do direito.

Seu principal objetivo foi o de reduzir a complexidade da sociedade atual e sua teoria sistêmica prima por uma observação lógica, desvinculada de experimentações, cujo foco não é a análise das partes, mas a funcionalidade dos sistemas sociais.

Abandona a análise do indivíduo como agente social e adota como referência os sistemas em que está o sujeito inserido, através da comunicação.

Pressupõe inexistir um ponto de partida para a análise da sociedade, como fazem Descartes, Marx, Heidegger e outros. Ao contrário baseia sua teoria na existência em uma integração entre direito e sociedade.

A forma de construção do conhecimento através de partes de uma estrutura (edifício) é substituída pelo conceito de sistemas (redes), compostos por unidades que se relacionam com seus entornos e com o sistema em si, sendo, portanto, diferenciados e auto-referentes.

Logo, contesta, a doutrina analítica (demasiadamente fragmentada - positivismo) e a hermenêutica (demasiadamente aberta). Ambas são insuficientes para compreensão da sociedade complexa em que vivemos. possibilitando, dessa forma, com sua teoria dos

sistemas a produção da diferença e da singularidade em detrimento do consenso e da racionalidade.

Para Luhmann estudar a realidade de uma sociedade ou, em termos sistêmicos, um sistema social, inicialmente significa estudar os sistemas em suas características e funções para após, aplicar-se os resultados à realidade fática (origem da teoria dos sistemas. Crítica: posicionamento anti-humanista).

Segundo o autor, o direito se conceitua como um dos sistemas sociais a que se dá função de integração social, assim como a tarefa de gerar e de exercer os meios de controle social pelos quais se comunicam aos usuários do sistema as regras de comportamento que devem ser seguidas.

Porém, as próprias expectativas normativas devem ser dotadas de elasticidade. O sistema de regulamentação de expectativas deve ser passível de adaptação pelas influências externas e que, naturalmente, lhe fornecem elementos para direcionar as adaptações normativo-sociais. Luhmann vê o sistema jurídico como, simultaneamente, aberto em termos cognitivos e fechado em termos operativos.

Assim, connforme sua exposição [11]:

"A instauração de processos legislativos como componente institucional da vida político-estatal é uma condição imprescindível para a reorinetação global do direito em termos de positivação, no sentido de uma presmissa para decisões. Por isso, a preparação da positivação do direito no plano conceitual em geral e no plano do conceito jurídico-científico concentrou-se inicialmente no processo legislativo, com a transparência dessas formas de procedimento e de seus resultados, reduz-se o medo frente ao novo Leviatã desconhecido, crescendo, em contrapartida a convicção sobre limites imanentes à legislação. Torna-se evidente que nem todo o direito pode ser cunhado na forma genérica da lei, que as fixações programáticas do legislador não podem captar integralmente o sentido do direito vigente. No século XX, no entanto, isso não leva ao reconhecimento de princípios ou de fontes invariantes do direito, mas sim a nova acentuação dos direitos dos juízes, e isso no terreno da positividade."

2.1.2 SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

A denominação autopoiese decorre da fusão de dois termos: "auto", que se refere ao próprio objeto e "poiese" que diz respeito a reprodução/criação. Empregada incialmente pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela para designar os elementos característicos de um sistema vivo e sua estrutura. Apresenta como conceito fundamental a ordem interna de uma organização que é auto-referencial pelos próprios elementos e auto-reprodutivos a partir de uma interação circular e interativa com o meio (cada célula do nosso corpo é uma parte que está no todo de nosso organismo, mas cada célula contém a totalidade do patrimônio genético do conjunto do corpo).

Assim, por analogia, o sistema jurídico sob a ótica da autopoiese pode ser considerado como um sistema ao mesmo tempo aberto e fechado.

Para que o processo autopoiético ocorra, é imprescindível que haja comunicação com outros sistemas (trocas comunicativas com outros sistemas que tenham conteúdos

jurídicos), como por exemplo o elo entre sistema jurídico e sistema político existentes na Constituição Federal o que permite a interferência de um sistema em outro trata-se do que é chamado pro Luhmann de acoplamento estrutural.

O referencial autopoiético permite suprir lacunas no processo de construção/aplicação do direito, uma vez que possibilita que o sistema jurídico se torne mais adequado às necessidades sociais.

Talvez a principal crítica realizada à teoria sistêmica de Luhmann venha do autor latinoamericano Enrique Dussel ao referir que [12]:

"Por outro lado, referindo-se a 'um entorno especial dos sistemas sociais': O 'ser humano' (não podemos escrever isso sem uma certa ironia ou constatação trágica) não pé um constitutivo interno do sistema, mas apenas um 'entorno'. Não obstante Luhmann faz reflexões que não desenvolve e nas quais toca o problema 'material' da ética. Assim falando da 'reprodução orgânica' e da 'reprodução psíquica', que tem a ver com 'a vida' e com a 'consciência', escreve: A autopoiese, *qua* vida e *qua* consciência, é a condição prévia da formação dos sistemas sociais; isto é, os sistemas sociais só podem auto-reproduzir-se se for garantida a continuação da vida e da consciência...Para a vida e a consciência, a auto-reprodução só é possível no sistema fechado. Isto nos mostra que, para a razão instrumental, só os sistemas formais autopoiéticos – que têm a vida como condição mas não como critério material e princípio ético – se encarregam da vida. Isto é, deveriam encarregar-se principalmente da vida dos trabalhadores. Além disso, como se pode observar, aqui vida significa apenas uma dimensão biológica, naturalista, 'reprodução orgânica' exclusivamente. A questão não oferece maiores possibilidades dentro do horizonte luhmanniano que continua sendo a compreensão do 'sistema social' sem sujeitos, dentro de um paradigma da consciência e a partir da razão instrumental (...). Luhmann, em nossa visão, se mostra melhor do que nunca neste texto: A teoria econômica se vê obrigada (de outra maneira não seria útil) a manter sangue frio diante da diferença rico/pobre...As almas simples tentam fazer oposição ao anterior recorrente à ética."

Por óbvio é impossível negar o desvio da teoria social de Luhmann ao retirar de seu centro o ser humano, substituindo-o por integração de sistemas. Contudo, não é esta a abordagem que se procura ao se dar relevância à citada teoria. Busca-se, sim, a aplicação de seus princípios, em especial os das relações sistêmicas independentes e necessárias entre si e a esfera jurídica, a fim de soluciornar-se o grave problema da aplicação positiva cega e, neste aspecto isolacionista, do dirieito.

Basta, nesta abordagem, lembrar que os direitos fundamentais são considerados por Luhmann em uma visão autopoiética como uma diferenciação do sistema jurídico voltada para o atendimento das necessidades humanas e, portanto, possíveis de serem impostas contra o Estado e contra particulares como o mínimo existencial.

3. CONCLUSÃO

Há algo de errado com o mundo contemporâneo ou, como queiram, pós moderno. Algo indubitavelmente pernicioso, que afeta tanto as relações entre indivíduos, como relações

entre o Estado e o indivíduo. A perda de valores, a desintegração do conceito de relação familiar, a dependência do econômico e do material estão acarretando mudanças no sentimento humano. Podemos perceber a desumanização avançando a todo tempo. Cada vez mais pessoas, indivíduos, cidadãos estão sendo tratadas como números, possibilidades de mercado e aferimento de lucro. Nunca houve tanto acímulo de capital como nos tempos atuias.

César Altamira lembra que [13]:

"Um consenso parece ter-se estabelecido entre os estudiosos da economia e de diversos campos sociais: a suspeita de que algo novo está efetivamente acontencendo; que o mundo, tal como conhecemos, está se desmaterializando; ou, como postulou Marx em outros tempos, 'tudo que é sólido se desmancha no ar'. Ao mesmo tempo paira também no ar a idéia de que, de alguma maneira, este processo coloca em xeque, em seu conjunto, o modelo conceitual que deu sentido ao velho mundo material. Dizem que estamos diante de um universo paradoxal: geografias sem distâncias, história sem tempo, velor sem matéria, transações sem dinheiro. Trata-se de um mundo econômico comodamente apoiado em uma estrutura filosófica do tipo da defendida por Jean Baudrillard, onde toda a realidade se transforma em simulacro e as ações humanas são reduzidas à manipulação de abstrações. Nesse contexto foi sendo gestada uma nova ortodoxia que considera o conhecimento como única fonte de valor, onde o trabalho é uma contingência deslocalizável, a globalização um processo inexorável e inevitável que torna inútil qualquer resistência social. Trata-se da emergência de um *sentido comum* que, a partir da incorporação de espaços como os da legislação trabalhista, do nível de gasto social do Estado, da validade dos direitos privados e das políticas ambientais, procura legitimar uma nova agenda política mais adequada ao cenário de uma nova fase de acumulação de capital. (...) A liberdade alcançada pela digitalização, pelas telecomunicações, pelos sistemas de redes informáticas de controle da produção, em um contexto de mercantilização generalizada, está provocando crises massivas de desemprego tecnológico, de momopolização da cultura, de privatização dos campos de conhecimento, vitais para a subsistência da espécie humana, além de, por último, a tranformação dos seres vivos guiada pelo mercado."

Esperar que o Estado, nesse contexto, consiga garantir e preservar, mediante previsão e antecipação legislativa, os direitos fundamentais do cidadão é, no mínimo, relegar o povo excluído e marginalizado, formador da nação brasileira à própria sorte.

É fato que não pode existir direito sem positivismo, pois devem existir parâmetros a serem seguidos para aplicação do direito posto. Contudo amarrar a aplicação do direito à previsão normativa pura e simples é, sem dúvida, uma forma de gerar exclusões sociais irreparáveis.

De certa forma a formulação de Luhmann, embora não isenta de críticas, nos oferece um novo pardigma para lidar com questões econômicas e sociais específicas que mudam diariamante à velocidade em que se acelaram os acessos à redes de computadores, ou seja, apresenta sua teoria uma visão do direito de uma forma plural e não unitária isolacionista.

Sob esse aspecto finaliza brilhantemente o assunto André-Jean Arnauld [14]:

Se pesquisadores de ciências sociais e teóricos e sociólogos do direito ficaram tanto tempo encerrados em um incompreensão mútua, é fundamentalmente porque não se entendiam sobre o conceito *direito*. Curiosamente, tratando-se das relações direito e sociedade, com o passar do tempo parecia menos difícil chegar-se a uma definição comum sobre a *realidade jurídica*. Por que não admitir que esse *jurídico* constitui, em realidade, o objeto próprio do estudo interdisciplinar que tanto buscamos? Neste caso, não se colocaria mais a questão da pertinência de um enfoque interdisicplinar em direito. Em outros termos, seria possível aplicar ao objeto *jurídico* os métodos e paradigmas das ciências sociais. Os juristas acusam Pierre Bourdieu de ferir a especialização do domínio jurídico, comparando-o, por exemplo, com a arte. Essa comparação não é evidentemente legítima se a expressão *domínio jurídico* designa o direito em sentido estrito, mas perfeitamente pode ser se ela visa o *jurídico*. Tratando-se de métodos e conceitos, nos encontraremos frente à discussão sobre o valor heurístico dos paradigmas graças os quais pretendemos resolver os problemas que nos colocam. Assim, diremos, será melhor falar de regulação ou de equilíbrio, evocar o objeto em termos fluxo e refluxo, ou em termos de recursividade e 'circuitos'. Mas, não obstante, a pesquisa interdisciplinar em direito poderá efetuar-se, pois as velhas hipóteses haverão desaparecido. Melhor, sociólogos e juristas não poderão continuar a se atacar mutuamente quando abordamos o problema da elaboração de uma teoria do direito, pois quem diz teoria, diz concepção de conjunto. Além disso, a teoria de um sistema de direito em sentido estrito só é aceitável se comparado seu modelo com outros modelos, para que possamos chegar a uma compreensão do direito em sentido amplo, quer dizer, do fenômeno jurídico. (...) Afinal, não somos muitos os estudiosos de disciplinas diversas e complementares a trabalhar para que os seres humanos, jogados a despeito deles mesmos em sociedade, sejam menos infelizes, e possam encontrar uma maneira diferente de viver, sem drama nas práticas sociais, quando o direito a que estão submetidos não permite seu desenvolvimento social."

De tudo pode-se concluir que, enquanto os operadores do direito não exergarem na aplicação da lei algo além de sua letra fria e sua interpetração estrita, estaremos deixando de antender a direitos de indivíduos que jamais terão a sensação de terem passado pela existência sem uma perspcetiva de felicidade, ainda que mínima. Estaremos, enfim, condenando milhares de pessoas a cumprirem pena de vida.

4. REFERÊNCIAS

ALTAMIRA, César. *A Política no Império – os marxismos do novo século.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

ARNAULD, André-Jean. *O Direito Traído pela Filosofia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Os desafios das ciências sociais hoje.* Cadernos da América Latina X, Le Monde Diplomatique Brasil, ano 2, número 22, maio 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais.* São Paulo: Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão*. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc, 1980.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito, vol. I.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

FONSECA, Márcio Alves da. *A época da norma*. Revista Cult, nº 134, abril 2009.

PISIER, Evelyne. *História das Idéias Políticas.* Barueri: Manole, 2004.

TOURAINE, Alain. *Pensar Outramente.* Petrópolis: Vozes, 2009.

---

[1] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2008, pags. 110/111.

[2] SANTOS, Boaventura de Souza. *Os desafios das ciências sociais hoje.* Cadernos da América Latina X, Le Monde Diplomatique Brasil, ano 2, número 22, maio 2009.

[3] FONSECA, Márcio Alves da.*A época da norma*. Revista Cult, nº 134, abril 2009, p. 57.

[4] SANTOS, Boaventura de Souza. Obra cit.

[5] PISIER, Evelyne. *História das Idéias Políticas.* Barueri: Manole, 2004, pag. 57.

[6] PISIER, Evelyne. Obra cit., p. 67.

[7] PISIER, Evelyne. Obra cit., p. 85.

[8] PISIER, Evelyn. Ob. Cit., pags. 75/76.

[9] LOCKE, John. *Second Treatise of Government.* Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc, 1980, pags. 79/80.

[10] TOURAINE, Alain. *Pensar Outramente*. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 32.

[11] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito. vol. I.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, pags. 235/236.

[12] DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão*. Petrópolis: Editora Vozes, 1998, p. 260.

[13] ALTAMIRA, César. *A Política no Império – os marxismos do novo século.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, pags. 23/24.

[14] ARNAULD, André-Jean. *O Direito Traído pela Filosofia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

FORMAÇÃO (BILDUNG) PARA A RESPONSABILIDADE DE DECIDIR – UMA CRÍTICA À METODOLOGIA JURÍDICA MODERNA A PARTIR DA HERMENEUTICA DE HANS-GEORG GADAMER*

FORMATION (BILDUNG) FOR THE RESPONSIBILITY OF DECISION-MAKING – A CRITIC OF THE MODERN METHOD BASED ON HANS-GEORG GADAMER´S HERMENEUTICS

Mariana Pimentel Fischer Pacheco

RESUMO

Pretende-se estudar o processo de tomada de decisão no direito a partir da hermenêutica de matriz heideggeriana e gadameriana. A técnica está no centro do questionamento e atravessa a configuração atual do fenômeno jurídico. O excesso de confiança no método ou em procedimentos se mostra, nesse cenário, como fundamento de uma espécie de desencargo fundado na impessoalidade. O ameaça da "era da técnica" é que a estrutura que funciona a partir do pensamento calculador continue a avançar e o pensamento autônomo - "desnecessário" para tal conformação - seja cada vez menos praticado. Contra o impulso de domínio que surge da técnica, a hermenêutica procura fortalecer outras formas de lidar com as coisas, um modo mais solícito e participativo de se colocar nas relações, capaz de salvaguardar a diferença. A busca é pela aproximação de um direito enraizado, que se dá por uma prática que assume o peso e a responsabilidade de decisões calcadas em um modo de vida comum e de uma forma de deliberar próxima a phrónesis aristotélica.

PALAVRAS-CHAVES: HERMENEUTICA; PHRÓNESIS;DECISÃO; ENCARGO;MÉTODO; FORMAÇÃO

ABSTRACT

This work intends to investigate the process of decision-making the modern world through heideggerians and gadamerians hermeneutics. The power of the "technique" is at the center of the interrogation. It crosses through the configuration of judicial practice (the excess of faith in procedures is an issue that will be explored here). The excess of trust in methods and procedures, in a way, shows a lack of responsibility. The great danger of "the age of technique" is that the structure that works based on the kind of thought that merely calculates keeps on growing and independent thinking (that is unnecessary for that structure to function well) becomes rare. Against the force of domain that emerge from technique, hermeneutics seeks to enforce other ways of dealing with things. It seeks a more careful and participative mode of being in a relationship, capable of preserve the difference. In the horizon are rooted legal practices,

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

in witch decision-makers take responsibility for choices made in the common grounded of living, as it was in Aristotle's phrónesis.

KEYWORDS: HERMENEUTICS; PHRÓNESIS; DECISION; RESPONSABILITY; METHOD; FORMATION

1. HERMENÊUTICA E RESPONSABILIZAÇÃO

O tema central em torno do qual gravita este trabalho é o processo de tomada de decisão. Este é, evidentemente, um assunto muito caro ao direito, que na lição de Ferraz Jr. torna-se, na modernidade, técnica de decisão de conflitos[1]. Abordaremos, no entanto, a questão da decidibilidade de uma forma bastante peculiar: investigaremos o assunto a partir da hermenêutica filosófica que o trata ao lado de um questionamento profundo acerca dos fundamentos da responsabilização. A tese central que será defendida pode ser formulada da seguinte maneira: os excessos da modernidade (notadamente o excesso de confiança no método) levam a um tipo desencargo (alicerçado na impessoalidade de um discurso pretensamente objetivo) e a leitura gadameriana da *phrónesis* aristotélica fornece um contraponto a tal direcionamento.

A investigação será realizada a partir da orientação legada pela hermenêutica de linhagem heideggeriana e gadameriana. Mesmo que seja possível falar em várias hermenêuticas, optamos por reservar o uso da palavra para fazer referência à "hermenêutica da facticidade" – a expressão é usada por Gadamer[2] -, que foi fundada por Heidegger, recebida e reformulada em alguns aspectos por Hans-Georg Gadamer. Não parece haver problemas em falar conjuntamente de uma hermenêutica heideggeriana e gadameriana, já que - inobstante as objeções de Habermas e Figel, os quais encontram grandes divergências nos projeto da "hermenêutica filosófica" e da "filosofia hermenêutica"[3]- o próprio Gadamer assume a todo tempo a herança que carrega de seu mestre. Gadamer soube ouvir como poucos as palavras de Heidegger e, seguindo seu próprio caminho – uma das peculiaridades deste é o chamamento à conversação oral –, pôde trazer a hermenêutica heideggeriana para o diálogo com a tradição do pensamento ocidental.

A investigação hermenêutica é especialmente fecunda por abdicar de uma atitude excludente a outros pontos de vista. Seguir o rumo da *Destruktion* implica em contextualizar (não negar) diferentes perspectivas e olhar para o direito como parte de um processo mais amplo, de uma época, da "era da técnica". Gadamer explica que, na época em que foi usado pela primeira vez por Heidegger, o termo *Destruktion* não tinha o sentido de eliminação; aproximava-se sim daquilo que Derrida chama hoje de desconstrução[4]. Por isso, não traduzimos a palavra como "destruição", preferimos mantê-la no original em alemão. *Destruktion* é dessedimentação de camadas de sentido, superpostas e enrijecidas por processos históricos; trata-se de trazer à tona o que foi encoberto. Práticas desconstrutivas são capazes de recordar, por exemplo, traços fundamentais do pensamento grego que foram silenciados pela tradução para o latim. A finalidade do movimento não é eliminar conceitos e substituí-los por outros, mas

resgatar a fluidez do acontecimento da linguagem. Tal processo tem o poder de aguçar nossos ouvidos para o que há de sutil nas palavras quando estas vêm à fala e lembrar-nos do que já se ouviu no passado e que hoje não é mais escutado.

A *Destruktion* representa também um passo para trás, um retorno. Fala-se em "retorno", primeiramente, para destoar da tradição moderna, cujo projeto se assenta sobre as idéias de progresso e avanço linear. Em segundo lugar, porque se quer fazer presente, alguma coisa com a qual estamos, de alguma maneira, em contato - talvez em outros tempos essa relação tenha sido mais próxima-; mas da qual nos afastamos por vícios de um pensamento que calcula e articula conceitos longínquos, no entanto, é incapaz de pensar o mais próximo. Gadamer explica que a reformulação das bases da pergunta pelo Ser feita por Heidegger foi impulsionada pelo pressentimento de um mundo anterior ao pensamento[5](de maneira similar, Saldanha afirma haver um intuicionismo não declarado nos "modos" heideggerianos[6]). Para se aproximar daquilo que indica tal pressentimento, é preciso retroceder para antes do começo do pensamento metafísico, que teve seu início com os gregos e chegou a seu ápice em Hegel[7].

Convidar ao retorno a uma pergunta indica também que não se pergunta mais, ao menos não da maneira que já se perguntou. Na modernidade a indagação que estrutura a dinâmica do direito, da política e da vida em geral é "para que serve?". É a técnica que está por trás das preocupações atuais em estabelecer meios adequados para fins evidenciados de antemão, tal impulso tem levado à conformação de um direito distante de suas raízes históricas.

È portanto fecundo retornar a Aristóteles e compreender a deliberação a partir das noções de ***práxis*** e ***phrónesis***. Este passo para trás permite perceber os aspectos em que razão moderna (que dá impulso ao procedimentalismo) distingue-se da razão prática antiga. Gadamer alerta para o risco de que a técnica e o procedimentalismo modernos acabem ocupando cada vez mais espaços e, com isso, práticas de deliberação que carregam encargo de decidir a partir de um pensamento autônomo tendam a desaparecer. Tais observações nos permitirão questionar também o papel que o **especialista** vem assumindo em sociedades hipercomplexas.

A leitura gadameriana da *phrónesis* aristotélica é compreendida como busca de um enraizamento do processo de tomada de decisão. Gadamer chama a atenção para o modo de vida comum, para a formação e para responsabilidade de quem decide. **Experiência** e **formação** (*Bildung)* ganham um sentido bastante específico na hermenêutica gadameriana. São noções chave para a compreensão do sentido mais próprio de sabedoria prática.

2. Sobre os excessos da modernidade: tecnologia, ansiedade e desencargo

O direito necessita, portanto, ser visto como parte de um processo histórico, que fornece o sentido e o tempo das coisas. Lembremos mais uma vez que *Destruktion* não é eliminação, portanto pensar o fenômeno jurídico a partir de uma abordagem hermenêutica não é "passar por cima" do direito tal como é praticado nos fóruns, tribunais ou refutar outras formas – institucionalizadas ou não – de resolução de conflitos. Trata-se de dizer "sim e não" ao sentido atual, e inexoravelmente histórico, do

direito. Uma boa maneira de compreender as objeções da hermenêutica é não as interpretar como negações, mas como um alerta contra excessos. Pretende-se apontar os perigos da confiança exagerada no modo de pensar o direito estabelecido na modernidade. A grande ameaça está no risco de que tal estrutura (alicerçada em determinações da técnica) oculte outros modos possíveis de conformação do fenômeno jurídico. É necessário cautela para que, por exemplo, a credibilidade excessiva que vem sendo atribuída ao conhecimento da "ciência do direito", nos moldes positivistas, não faça desaparecer a razão prática, o saber do senso comum, a verdade da experiência estética, etc (estes outros âmbitos e modos de envolvimento não precisam estar apartados de um saber sério sobre o direito).

A hermenêutica não fornece uma hierarquia de valores abstratos, não constrói um modelo capaz de dirigir o processo de tomada de decisão, nem quer responder às demandas e desafios da sociedade atual, hipercomplexa. Não responde a tais exigências, porque pretende pôr em jogo a maneira que aprendemos a pensar e a tomar decisões: rapidamente, ansiosamente, descuidadamente.

Há apenas a indicação do caminho, factual e histórico, para que possamos escolher de maneira enraizada. Devemos pensar e decidir cientes dos condicionamentos e, ao mesmo tempo, da liberdade; esta última está conectada ao sentido mais próprio de escuta e à consciência de que a história que fala através de nós. Loparic chama isso de "*ética situacional do morar no mundo-projeto*" [8]

*"Ambas as objeções, a do decisionismo arbitrário e a do fatalismo cego, ignoram a problemática de escolha dos cursos de ação em condições de finitude: escolha simultaneamente livre e enraizada; problemática que é a de uma ética situacional iniciada e desenvolvida, ainda que só muito parcialmente por Heidegger em Ser e Tempo."**[9]***

Prestar atenção ao direito na história ajuda a lembrar o que foi perdido no processo de modernização, permite compreender que não se indaga mais sobre o bem, pelo menos não de maneira descompromissada com uma serventia.

O positivismo jurídico surge com o legalismo. A lei estatal foi eleita a principal fonte do direito; isto acontece em um contexto de rompimento com o Antigo Regime (a lei deveria frear a vontade dos juízes ainda comprometidos com a situação anterior) e, posteriormente, com início da Revolução Industrial. Para que as relações comerciais pudessem prosperar, era preciso que houvesse segurança jurídica e um direito capaz de adaptar-se às demandas geradas pelas rápidas transformações tecnológicas.

A técnica ganha proporções gigantescas na modernidade, quando as conquistas da razão e da ciência dão a tom de uma sociedade crente no progresso. São as demandas de um mundo estruturado pela técnica que dirigem as investigações científicas e orientam o desenvolvimento de doutrinas jurídicas.

É interessante observar com Ferraz Jr. que, no âmbito do positivismo, a lei mostra-se, à primeira vista, maleável; mas um olhar mais cuidadoso percebe que ela se torna também manipulável[10]. Os jusnaturalistas pretendiam adequar o direito a uma justiça transcendente, cuja força era capaz de repelir demandas fáticas (sociais ou econômicas, por exemplo) que viessem a contradizê-la. O positivismo, atualmente marcado pelo

procedimentalismo, constitui um direito plenamente adaptável às demandas de mercado e a sociedade da especialização e da técnica.

3. Razão prática e o papel do especialista na modernidade

O próximo passo é distinguir o saber do especialista moderno e o saber ao qual compete decidir algo em vista do bem.

A importância crescente do papel desempenhado pelo especialista científico em nossa sociedade é, até certo ponto, justificada[11]. O aumento de complexidade e a decorrente ignorância a respeito dos detalhes e dos aspectos mais específicos sobre o funcionamento de estruturas administrativas, econômicas, políticas, etc, por parte de quem decide, exige a ajuda de alguém que detém um saber específico. A questão que se quer levantar diz respeito às expectativas que se tem depositado na ciência e naquilo que o especialista pode alcançar.[12]

Os ganhos efetivos acumulados pelo progresso da ciência e da tecnologia auxiliaram na difusão do ideal de uma sociedade de especialistas, dentro da qual poderíamos dirigir-nos a um profissional racional, treinado e informado para a tomada de decisões práticas; isto até mesmo no campo da política e do direito. Uma evidencia atual que ilustra a difusão desta crença mostra-se na exigência de um conhecimento exclusivamente técnico em concursos públicos para cargos como o de Juiz ou Promotor no Brasil.

Eduardo Bittar - a partir de uma base frankfurtiana - refere-se ao caráter alienante da configuração atual do ensino jurídico brasileiro, pautado exclusivamente em um conhecimento instrutivo e técnico e desligado de um aprendizado conectado a uma leitura histórica, fundada na dinâmica da vida social.[13] A educação que se restringe à transmissão de informação e sua articulação por meio de raciocínios técnico-operativos perde-se do sentido do todo e de sua capacidade de libertar. Treina e fornece instrumentos para fazer funcionar uma estrutura.

Loparic observa que há a substituição da busca por uma justiça de base metafísica – dirigido por éticas calcadas em fundamento apreensível -, pela busca da administração total dos conflitos. Agir na modernidade não significa (como significou) fazer o bem, mas sim agir planejadamente. Do ceticismo quanto a existência de valores universais e imutáveis (como no jusnaturalismo), surge a crença na ação planejada e na engenharia social.[14]

Há perigos subliminares em atribuir um poder excessivo ao pensamento exercido pelo especialista; que tomam os espaços que, segundo Aristóteles, pertenceriam à deliberação e à razão prática. Não há nada de errado com a técnica se pudermos colocá-la dentro de seus limites e estabelecer uma relação “serena”, próxima à sua essência (de modo que ela não nos domine). Quer-se alertar para a relação excessiva com a técnica e para a distância que nos encontramos de sua essência; o risco é que ela continue a crescer e tome o lugar da liberdade de decidir.

Importa esclarecer também que a técnica não domina apenas quando tudo funciona (como nos países centrais), sua força também está presente quando as coisas não

funcionam perfeitamente (como nos países periféricos), mas há o projeto de ação que visa seu bom funcionamento; por exemplo, quando os padrões de modernidade europeus dão o sentido da ação (especificamente das práticas jurídicas) em países periféricos.

Gadamer ensina que o especialista é alguém que se consulta e pode auxiliar no processo de tomada de decisões que dizem respeito a questões éticas, mas não deve substituir quem as toma (o tipo de sabedoria necessária para isso não é da mesma índole que o saber especializado).

A especialização é uma tendência de socialização claramente presente desde o surgimento do sedentarismo. Havia o pastor, o caçador, o artesão, do mesmo modo que hoje há o cientista especializado; em todos os casos há o domínio - pelo especialista - de um âmbito ou estado de coisas.

Atualmente, a função de especialista adquire traços peculiares. O aumento de necessidades e a busca de satisfação é uma característica da economia das sociedades em todos os tempos; marcante, no momento atual, é que a relação entre produção e procura inverteu-se: o sistema econômico (antes baseado na satisfação das necessidades) passa a alicerçar-se na excitação de novas necessidades. O papel do especialista deve ser compreendido a partir da função que a ciência desempenha nesse contexto de excitação de consumo.[15]

Determinações da técnica fornecem o sentido dos fatos que devem ser comprovados mediante teste científico. A experimentação provoca uma resposta a uma problematização determinada e ocorre em um contexto de compreensão, que fornece importância ao que se quer comprovar (é sempre bom lembrar que demonstrar a existência dessas determinações prévias à investigação não retira a importância do empenho por objetividade e poder de autocrítica do investigador).[16]

Gadamer chama especial atenção para o fenômeno da “tecnificação da formação da opinião”. O excesso de informação cria, evidentemente, uma necessidade de selecioná-las. Evidentemente processos de filtragem são necessários, contudo estes geram estratégias ocultas de seleção. É inevitável que a técnica de comunicação atual leve a uma poderosa manipulação e à possibilidade da opinião pública ser planificadamente dirigida para determinada direção.

Excesso de informação, desenraizamento da tradição, indiferença, todas estes traços das sociedades modernas conectam-se àquilo que Gadamer caracteriza como grande ameaça à nossa civilização: o privilégio dado à capacidade de adaptação do ser humano[17].

A técnica enfatiza a adaptabilidade e a funcionalidade em detrimento do potencial criativo do ser humano. O que se requer de quem trabalha é a habilidade específica para fazer com que uma estrutura possa funcionar apropriadamente[18]. Configura-se o que Gadamer chama de “sociedade de funcionários”, que servem a uma engrenagem. Requer-se mais adaptabilidade, menos resistência e assim o pensamento autônomo - livre de vinculações funcionalistas - é desvalorizado.

Com a modernização, a palavra teoria – que já se referiu a contemplação e participação em algo, suficiente por si – tornou-se um conceito instrumental, dentro de um contexto

no qual a investigação científica deve servir para a aquisição de novos conhecimentos, capazes de satisfazer e criar necessidades. É este mesmo ambiente que fornece o sentido de *práxis*. Somos dirigidos a compreender a práxis como aplicação da ciência.

Pensa-se a *práxis* a partir da referência a um projeto prévio (isto é, antecipadamente estabelecido e não construído dentro de um processo), perde-se, nesse modo de lidar com as coisas, a flexibilidade no trato com o mundo[19]. O ser humano deve estar vinculado a uma engrenagem (adaptar-se a ela) e, a partir dessa estrutura (já formada), retirar o que se requer das coisas (não adaptar-se ao mundo, mas dominá-lo). Por exemplo, na relação um rio o que importa é a extração da energia hidroelétrica. Esse tipo de relação exploradora conforma um modo de vida pautado pela técnica.

Gadamer lembra a lição de Aristóteles que dizia que um ser que possui linguagem caracteriza-se pelo distanciamento em relação ao presente. A linguagem torna presentes as coisas, fins longínquos podem assim ter seu vigor mantido. É possível, por sermos seres de linguagem, escolher meios para alcançar objetivos, bem como conservar normas em relação às quais a ação humana projeta-se como social. À práxis pertence o escolher em favor de algo e contra algo, tendo em conta fins.

Contudo, a razão prática não deve se resumir à elaboração de uma estratégia para alcançar um objetivo considerado bom. Ela é mais que uma ação que visa chegar a um fim por meio de engodo, por exemplo. Razão prática distingue-se da racionalidade técnica, pois o fim, o geral, é determinado através do individual (os objetivos são conformados junto com o processo).

Esse é um ponto crucial (que será melhor desenvolvido adiante): a hermenêutica exige mais adaptabilidade ao processo da experiência, que é capaz de formar (*Bildung*), e menos apego a antecipações e a projetos. A ênfase está no processo e não nos resultados universais alcançados através dele.

Gadamer usa o direito para ilustrar a situação. Segundo ele, a determinação unívoca do sentido da lei só ocorre na "cabeça de perigosos formalistas"[20]. A aplicação do direito consiste em pensar conjuntamente caso e lei. Isso implica que o sentido de uma norma só pode ser realmente configurado na concretização.

Práxis não é atuação no sentido de realização de planos de acordo com o próprio arbítrio, ela é atuação junto com os outros, co-determinação de assuntos comuns.[21] É aí que a *praxis* adquire seu sentido ético (ética em Gadamer refere-se a modo de vida) – importa observar também que a preocupação gadameriana com a co-determinação de ação em uma prática não equivale ao projeto da teoria do discurso habermasiana, já que aquela assenta-se em uma solidariedade espontânea e não em uma solidariedade alcançada em um consenso construído no procedimento, através de um convencimento racional.

Práxis é comportar-se e atuar com solidariedade. Esta é a condição decisiva e a base de toda razão social. Gadamer compreende a palavra razão como ligação com algo que se apresenta para todos como convincentemente desejável. Desejabilidade não requer funcionalidade. Eis o ponto de ligação com o belo grego (*Kalon*). Para os antigos, o belo não diz respeito só a criações artísticas, mas a tudo aquilo que "ninguém se opõe a qualificar como desejável".[22]

Práxis é o reencontro do indivíduo com o grupo, a reunião do saber especializado (posto no seu lugar, dentro de seus limites) com a capacidade humana de pensar fins comuns, sem submetê-los à funcionalidade.

Dentro de um contexto da especialização e da técnica, em que as necessidades tornam-se mais complexas e contraditórias, o que importa é fazer viva a correta razão (neste sentido que se aproxima do belo grego), como antecipação de fins comuns.[23].

.

4. O retorno gadameriano à *phrónesis* e à solidariedade vivida

A hermenêutica gadameriana dá um direcionamento factual à decisão jurídica e vincula-a a uma ética ao clamar por mais sabedoria prática. O direito ganha em sabedoria prática quando se deixa atingir pela experiência e aprende com sua história. Tal orientação leva Gadamer de volta à *phronesis* aristotélica. Resgatar a *phronesis* não significa abandonar por completo configuração do direito moderno, mas apenas cuidar para que a ênfase no método de análise fria de normas não obstrua um tipo de prática capaz de formar pela experiência. Princípios e regras hão de ser compreendidos de maneira mais flexível, para que possam ser adaptados às circunstâncias.

A *phrónesis* conforma um tipo de ligação com a experiência, em que esta última não é amortecida no seu impacto. Tal relação contrapõe-se à fixação em um sistema abstrato, que estabelece uma forma peremptória de interpretar situações, transformando-as, de modo a lidar exclusivamente com generalidades controláveis. A universalidade do fenômeno hermenêutico e a constatação de que estamos sempre em uma situação histórica e de que ao compreendermos participamos do "objeto" e de um âmbito compreensivo vai nos levar a pensar o tempo como um processo capaz de formar. Quer-se chamar a atenção para o fato de que existe um modo de se relacionar mais solícito, em que as coisas podem se mostrar em sua alteridade e por força própria, sem que sejam reduzidas a um conceito fixo, por exemplo. Tal modo contrapõe-se a relação de domínio, em que as coisas são submetidas a determinações prévias e desaparecem em sua alteridade; eis o risco que vem do impulso da técnica.

O propósito de uma filosofia prática – estabelecida pela leitura gadameriana de Aristóteles – não é a apreensão de essências, mas, acima de tudo, aprendermos a nos relacionar (inclui-se o tipo relação que se pode estabelecer com coisas e também com pessoas). Falar uma língua é pertencer a uma tradição e a uma comunidade, é um aspecto fundamental do ser-no-mundo. A coisas se dão na linguagem e têm força expressiva, dirigem-se a nós como um Tu. O relacionamento com o Tu, implica, antes de tudo, um posicionamento no sentido moral.

Segundo Gadamer, filósofos tendem a levar todas as questões até o máximo de sua generalidade, mas permanecem imaturos no que diz respeito à realidade política e social. Tal déficit prático leva a perguntas sobre a natureza do conhecimento filosófico e sobre os riscos de se pensar uma ética naqueles termos. A crítica aristotélica à ideia platônica de bem – que alcançaria nada mais que conceitos vazios – já carregava o impulso de aproximação do que é bom concretamente e dentro dos limites do agir.[24]

Gadamer traz de Aristóteles a ideia de que razão e saber não estão separados do lugar de onde vieram: estão radicados no Ser e são determinantes para o Ser. O saber necessita estar enraizado no que acontece, precisa estar atento para a vida e para a natureza temporal e relacional de todas as coisas.

Aristóteles distingue *episteme, techné e phrónesis.* A primeira aponta para o saber teórico que se dirige a universais. A segunda diz respeito ao saber fazer determinados produtos, como na arte e no artesanato. *Phrónesis* é sabedoria prática e envolve a deliberação moral dentro das contingências da vida. Sua finalidade é aplicar (para Gadamer, há uma unidade indissolúvel entre compreensão, interpretação e aplicação) normas gerais a um caso particular. *Phrónesis* difere de *techné*, pois, como lembra Gadamer: *"o homem não dispõe de si mesmo como o artesão dispõe da matéria com que trabalha."**[25]***

Na *techné*, a imagem final do objeto a ser fabricado já está previamente dada, o material usado pelo artesão é disponível como meio fungível. O saber moral não permite que uma imagem ou conceito absorva a situação concreta e use-a para que se alcance o fim desde o inicio estabelecido. O repertório de ideias como justiça, bem comum e solidariedade são, sem dúvida, diretrizes, mas necessitam ser adaptadas ao contexto.

Quando um artesão, por exemplo, não tem disponível o material que gostaria de possuir para a produção de seu trabalho, pode renunciar a seu plano ideal e adaptá-lo (como acontece na *phrónesis*). Entretanto, esta não é uma exigência própria da sua ocupação (diferente da *phrónesis*), é sim, para ele, um problema. O artesão provavelmente ficará frustrado pela imperfeição dos meios. Na aplicação do direito ou na deliberação moral, há que se adaptar conceitos genéricos ao caso e isso não é assim por causa de uma concessão feita em função de uma dificuldade prática. A adaptação é uma exigência de justiça.[26]

Diferente do saber-fazer da *techné* - que é específico e serve a fins determinados - não há um fim específico na *phrónesis*, há um zelo pela vida em geral. Fins justos não podem ser objetificados. O bem jamais deve ser tratado da maneira que os objetos são investigados pela ciência, envolve a responsabilidade por algo inefável e um saber que precisa superar a arrogância que nos faz tentar ultrapassar todo o conflito da nossa existência finita.

Aprende-se a *phrónesis* com a experiência integral de vida, o acúmulo de informações ou desenvolvimento de uma habilidade específica não são suficientes. Por isso, Aristóteles dizia que a *phrónesis* não pode ser ensinada como uma *techné*. Ao invés de diretrizes que determinem como agir em cada situação, o que se deve buscar é uma sabedoria mais profunda sobre o ser humano e sobre a vida.

A palavra grega *ethos*, na leitura gadameriana, designa um modo de vida; envolve convicções e costumes que conformam a maneira pela qual habitamos o mundo. Pensar a ética de maneira a reabilitar a tradição não é conservadorismo (esta é a crítica a Gadamer feita por Habermas[27]), requer sim zelo pelo que é comum, sem deixar de lado o potencial criativo que há na abertura à singularidade de um acontecimento. A *phrónesis* é uma espécie de moralidade encarnada[28]. E como pensar tal agir, integrado às nossas marcas mais humanas e ao lugar onde habitamos, senão como agir estético?

A estética é capaz de trazer de volta a sensibilidade à experiência; que tende a ficar sublimada quando impera o treinamento técnico, já que aí há uma espécie o contato com o que acontece é amortecido. A afinidade entre *phrónesis* e estética mostra-se também na inclinação de ambos à crítica a uma moral afastada da vida e de conexões afetivas.

A *phrónesis* requer abertura às sutilezas da situação e não permite que se passe por cima delas em prol da obediência aos ditames de uma regra geral. As objeções de Gadamer a estética hegeliana têm esse mesmo sentido: para a hermenêutica jamais se pode deixar para trás o volume e a densidade de uma obra de arte tendo em vista a ascensão a uma ideia abstrata. A obra de arte resiste ao encaixe. Na experiência estética, algo está em obra, devemos deixar-nos atingir e, assim, em um certo sentido, somos formados por ela. É um agir e um deixar que envolve nossas experiências passadas e ganha com a experiência atual em uma relação que não é controlada por projetos e metas.

A *phrónesis* conforma um saber que leva a sério a singularidade e a novidade de um acontecimento integral. Acontece no tempo e por isso está sempre exposto à revisão, requer o reconhecimento e submissão à alteridade que está aí.

*"O homem compreensivo não sabe nem julga a partir de uma situação externa e não afetada, mas a partir de uma pertença específica que o une ao outro, de modo que é afetado com ele e pensa com ele."**[29]***

A base da ética gadameriana está em relações fáticas e afetivas com o outro. A solidariedade vivida está nos fundamentos da formação da comunidade e de toda decisão ética tomada dentro dela. A capacidade de julgamento está atrelada a uma compreensão empática, como em uma conversa com um amigo.

Importa pensar o sentido mais profundo de conversação que, como na antiga retórica, envolve um discurso que persuade (não só convence, mobiliza também afetos). A conversação se dá, em seu sentido mais concreto e autêntico, pela palavra falada e com a presença física de um interlocutor em uma comunicação capaz de criar alianças afetivas. Configura-se, assim, um espaço de criação que não negligencia a tradição e o sentido mais fundamental de ser com o outro.

Não há garantias a respeito da decisão a que se chegará a partir de tais práticas, mas nisso reside um ponto crucial: a hermenêutica mostra os perigos do apego a sistemas morais impostos de antemão, que retiram do ser humano a responsabilidade pela decisão. Carregar o encargo de pensar autonomamente os fins e os fundamentos, ao invés de simplesmente seguir procedimentos, é uma prática que precisa ser socialmente fortalecida para evitar o alastramento do mal no sentido arendtiano.

5. Formação (*Bildung*) em Gadamer como aquisição de um potencial para a *phrónesis*

O termo alemão *Bildung* é traduzido frequentemente como formação ou educação. *Bildungprozess* é um processo de auto-formação no sentido de um movimento pessoal ou cultural de crescimento e desenvolvimento[30]. A idéia de auto-formação não quer implicar a realização de um plano antecipado, mas de uma dinâmica, da qual quem está

em formação participa. Gadamer explica que a palavra tem suas origens na mística da Idade Média, mas foi Hegel quem elaborou, de maneira nítida, a definição de *Bilding*[31]. Gadamer usa a definição hegeliana como ponto de partida de sua argumentação, mas não se prende a ela: a palavra *Bildung* ganha um sentido bastante original dentro da investigação hermenêutica.

Em Hegel, formação (*Bildung)* envolve o progresso além da imediatez e particularidade, para a universalidade. Até aí não há desacordo, já que, como vimos, para a hermenêutica, ser um ser de linguagem é o que torna o ser humano capaz de se distanciar do imediato e fazer presente o universal. O ponto central é que a universalidade na dialética hegeliana conecta-se ao movimento em direção a um conhecimento absoluto, no qual a história ficaria completamente transparente, pois alcançaria o nível de conceito.Já para a hermenêutica universalidade tem um sentido radicalmente distinto, o fato de a linguagem tornar presente o universal tem como consequência derradeira sua capacidade de carregar o fim, a mortalidade (a tese de que uma das principais marcas da humanidade é antecipação da morte não é só defendida pela hermenêutica; investigações antropológicas detectam marcas presentes em rituais fúnebres que desde os primórdios distinguem nossa espécie [32]).

Segundo Gadamer, o projeto da hermenêutica pode ser compreendido ao se refazer o trajeto hegeliano do fim até o começo. O percurso é de retorno do espírito absoluto para a substancialidade da tradição. Crucial para caracterizar esse movimento é a força da história efetiva, que atua além da ação e da vontade da subjetividade. Para a hermenêutica, a consciência é finita e o Ser, que se dá na historia, supera o que podemos conhecer.[33]

Isto posto, o sentido que o termo *Bildung* adquire nas duas perspectivas é determinado pelos diferentes sentidos do movimento (progresso até o espírito absoluto ou retorno ao Ser) e pelo significado que experiência adquire nos dois casos.

Hegel enfatiza o resultado da experiência: aquilo que o sujeito ganha com ela em termos de conhecimento. A experiência leva a um auto-conhecimento que, no final de tudo, não terá mais objeto.[34] A alteridade desvanece. O resultado de uma experiência é conhecimento, em seu ápice, conhecimento absoluto; por isso, para Hegel, a dialética da experiência deve ter seu fim com a superação de toda experiência.

Gadamer opõe-se ao tipo de relação com a alteridade que leva ao seu desaparecimento. Se alguma coisa é infinita, é o movimento experiência e não o conhecimento que se adquire a partir dele - a ênfase não é colocada no resultado, mas no processo. Com formação (*Bildung*), aprende-se a estar aberto à experiência (ao invés de preocupar-se em adquirir um conhecimento capaz de superá-la).

Já deve estar claro que experiência não é aqui compreendida no sentido que lhe conferiram os primeiros positivistas, como percepção sensorial. Os dados de nossos sentidos articulam-se em contextos interpretativos; o “agora” (instante de uma experiência) não é fragmento ou um ponto recortado[35]. Algo está presente na experiência, este algo está presente ou se revela de uma maneira específica, dependendo da situação histórica em que nos encontramos. Por exemplo, a nossa compreensão da natureza a faz presente de um modo determinado; pode ser compreendida como reserva de energia a se explorar ou, de outro modo, como um mistério a ser contemplado.

O ser humano experiente não é aquele que possui um conhecimento ou habilidade particular, é sim quem sabe lidar com as incertezas de toda predição, com os limites e as frustrações da vida - sem procurar vencê-las e ascender a um mundo de idéias. *Bildung*, para Gadamer, tem a ver com a obtenção de uma potência. A aquisição não pode ser separada do processo em que a potência é conquistada[36]. Ao adquirir uma formação, o que aconteceu no processo não desaparece, aquilo em relação ao qual nos sobrepomos ou superamos não fica no passado – a psicanálise explica como o passado está atualmente presente.

O sentido atribuído à palavra "superação" evidencia outro ponto em que as diferenças em relação ao projeto hegeliano mostram-se. Para Hegel, alcançar algo (uma síntese, por exemplo) é superar, deixar para trás o que havia antes (superar o conflito). Para a hermenêutica, o conflito (a diferença entre Ser e ente) está sempre aí apaziguar sua força é distanciar-se da verdade. Gadamer explica que a superação da dor de uma perda (talvez de alguém querido), por exemplo, não consiste em seu esquecimento. O luto não leva à extinção da dor, mas à aceitação da perda e à elaboração emocional de um modo de carregar a dor. O sofrimento não vai embora sem deixar marcas, aprendemos a lidar melhor com ele, quando o admitimos como parte de nossas vidas. A dor está lá, modificada, ainda quando nos havemos sobreposto a ela.

Vattimo explica a relação da hermenêutica com o passado e com a metafísica através da investigação do sentido da noção heideggeriana de *Verwindung.**[37]***A palavra aparece em *"Identidade e Diferença,"*dentro de um contexto que se refere à superação da metafísica, indica uma ultrapassagem que carrega a aceitação e o aprofundamento. O vocábulo *Verwindung* aponta para uma convalescença (como recuperação de uma doença, de uma perda ou dor) e de distorção ou torção (*winden*). A metafísica não é algo que pode ser deixado para trás, seus vestígios permanecem em nós[38]. È possível conviver com a metafísica ou lidar melhor com ela se nos aproximarmos de sua essência e nela nos demoramos; desse modo é possível "torcer", "virar" a direção que estava aí determinada e seguir para um outra orientação.

Bildung é para Gadamer a tomada de consciência do processo em que, nós, seres humanos finitos, estamos situados. A abertura para tal processo é condição para lidar com a vida de maneira própria. A atitude de abertura é, ela mesma, uma potência adquirida. O ser humano aberto tem uma atitude não dogmática, sabe que a tradição é uma grande professora e que é preciso se posicionar com humildade perante as coisas para que possamos aprender.Aprende-se com a experiência, quando se presta atenção ao que ela é. É acontecimento, é Outro em relação a planos e à consciência.

É também possível passar pela vida com a atenção detida em planos ou projetos e ter a ação fixada em cumprimento de metas, desse modo, desatento à experiência, não há uma formação apropriada. Determinar a vida pela planificação é uma maneira de fugir da falta, da transitoriedade e da particularidade[39]. Deixar-se atingir pela dor e formar-se pela força de um acontecimento é abrir caminho para um saber que é também ético.[40]

"*Parece-me que é na linguagem da coisas, que quer ser ouvida como vêm à linguagem, e não na natureza da coisa (Sache), que se contrapõe à opinião diferente e força o respeito, que se pode fazer à experiência."****[41]***

6. Referências bibliográficas

FERRAZ JR., Tércio Sampaio:*A Ciência do Direito.* São Paulo: Atlas, 1980.

___, Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão,*

Dominação. São Paulo: Atlas, 1994. P 76

FIGAL, Günter. *Oposicionalidade – o Elemento Hermenêutico e a Filosofia.* Petrópolis, Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

___, Hans-Georg: *La Dialética de Hegel – Cinco Ensayos Hermenêuticos.* Madrid: Ediciones Cátedra, 1994.

___, Hans-Georg: *Herança e futuro da Europa.* Lisboa: Edições 70, 1998.

___, Hans-Georg: *O problema da consciência histórica*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1998. P. 55.

___, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica.* Petrópolis: Vozes, 2002.

___, Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice.* Petrópolis: Vozes, 2002.

___, Hans-Georg: *Hermenêutica em Retrospectiva – Heidegger em Retrospectiva. Petrópolis: Vozes, 2007*

HABERMAS, Jürgen:*Dialética e Hermenêutica*.São Paulo: L&PM.

HEIDEGGER, Martin: *Lógica. La Pregunta por la Verdad. Madrid: Alianza, 2004. P. 315.*

HERMANN, Nadja. *Ética e estética: a Relação quase Esquecida.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. P. 105 e s.

LOPARIC, Zejljco: *Ética e Finitude*. São Paulo: Ed. Escuta. 2004. P. 67.

MORIN, Edgar: *O Homem e a Morte.* Rio de Janeiro: Imago, 1997. P. 83 e s.

SALDANHA, Nelson: *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 290. .

VATTIMO, Gianni: *O Fim da Modernidade – Niilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna.* São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 179.

WALLULIS: Jerald: *The Hermeneutics of Life History – Personal Achievemente and History in Gadamer, Habermas and Erikson.* Evanston: Northwestern University Press, 1990.

Artigo

BITTAR, Eduardo C. B:"Educação e metodologia para os direitos humanos: cultura democrática, autonomia e ensino jurídico" In *Educação para os Direitos Humanos. Fundamentos teóricos metodológicos*. Disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/.

---

[1] FERRAZ JR., Tércio Sampaio:*A Ciência do Direito.* São Paulo: Atlas, 1980. P 108.

[2] GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice.* Petrópolis: Vozes, 2002. P. 110.

[2] GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica.* Petrópolis: Vozes. P. 350 e.

[3] Cf. HABERMAS, Jürgen:*Dialética e Hermenêutica*.São Paulo: L&PM, 1987 e FIGAL, Günter. *Oposicionalidade – o Elemento Hermenêutico e a Filosofia.* Petrópolis, Vozes, 2007. P. 60 e s.

[4] GADAMER, Hans-Georg: *Hermenêutica em Retrospectiva – Heidegger em Retrospectiva. Petrópolis: Vozes, 2007. P. 62 e s.*

[5] GADAMER, Hans-Georg: *La Dialética de Hegel – Cinco Ensayos Hermenêuticos.* Madrid: Ediciones Cátedra, 1994. P. 136.

[6] SALDANHA, Nelson: *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 290. .

[7] GADAMER, Hans-Georg: *La Dialética de Hegel – Cinco Ensayos Hermenêuticos.*Madrid: Ediciones Cátedra, 1994. P. 136.

[8] LOPARIC, Zejljco: *Ética e Finitude*. São Paulo: Ed. Escuta. 2004. P. 67.

[9] LOPARIC, Zejljco: *Ética e Finitude*. São Paulo: Ed. Escuta. 2004. P. 67.

[10] FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão,*

Dominação. São Paulo: Atlas, 1994. P 76

[11] GADAMER: Hans-Georg: *Herança e futuro da Europa.* Lisboa: Edições 70, 1998. P. 109 e s.

[12] GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 44.

[13] "Educação e metodologia para os direitos humanos: cultura democrática, autonomia e ensino jurídico" In *Educação para os Direitos Humanos. Fundamentos teóricos metodológicos*. Disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/. P. 321.

[14] LOPARIC, Zejljco: *Ética e Finitude*. São Paulo: Ed. Escuta. 2004. P. 9-10.

[15] GADAMER: Hans-Georg: *Herança e futuro da Europa*. Lisboa: Edições 70, 1998. P. 111.

[16] GADAMER, Hans Georg: *Herança e Futuro da Europa*. Lisboa: Edições 70, 1998. P. 112

[17] GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P 45.

[18] GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P 45.

[19] GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 43.

[20] GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P 52.

[21] GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 52

[22] GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 48

[23] GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 47

[24] GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica.*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 412

[25] GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica.*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 418.

[26] GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica* . Petrópolis: Vozes, 2002. P 418 e s.

[27]HABERMAS, Jürgen:*Dialética e Hermenêutica*.São Paulo: L&PM, 1987. ver também HOW, Alan: *The Habermas-Gadamer Debate and the Nature of the Social*. Brooksfield: Ashgate Publishing Ltd, 1995. P. 205 e s.

[28] HERMANN, Nadja. *Ética e estética: a Relação quase Esquecida*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. P. 105 e s.

[29] GADAMER: Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice.* Petrópolis: Vozes, 2002. P. 395.

[30] WALLULIS: Jerald: *The Hermeneutics of Life History – Personal Achievemente and History in Gadamer, Habermas and Erikson.* Evanston: Northwestern University Press, 1990. P. 32.

[31] GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica* . Petrópolis: Vozes, 2002. P. 45-47

[32] MORIN, Edgar: *O Homem e a Morte.* Rio de Janeiro: Imago, 1997. P. 83 e s.

[33]WALLULIS, Jerald: *The Hermeneutics of Life History – Personal Achievemente and History in Gadamer, Habermas and Erikson.* Evanston: Northwestern University Press, 1990. P. 32-37

[34] GADAMER, Hans-Georg: *La Dialética de Hegel – Cinco Ensayos Hermenêuticos.*Madrid: Ediciones Cátedra, 1994. P. 135.

[35] HEIDEGGER, Martin: *Lógica. La Pregunta por la Verdad. Madrid: Alianza, 2004. P. 315.*

[36]WALLULIS, Jerald: *The Hermeneutics of Life History – Personal Achievemente and History in Gadamer, Habermas and Erikson.* Evanston: Northwestern University Press, 1990. P. 32-37

[37] VATTIMO, Gianni: *O Fim da Modernidade – Niilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna.* São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 179.

[38] VATTIMO, Gianni: *O Fim da Modernidade – Niilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna.* São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 180.

[39] LOPARIC, Zejljco: *Ética e Finitude.* São Paulo: Ed. Escuta. 2004. P. 9.

[40] GADAMER, Hans-Georg: *O problema da consciência histórica*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1998. P. 55.

[41] GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice.* Petrópolis: Vozes, 2002. P. 94

DIRETRIZ HERMENÊUTICA DO ART. 6º DO ECA E A EXPLORAÇÃO SEXUAL NO BRASIL*

HERMENEUTIC LINE OF DIRECTION: ART.6º CHILD AND ADOLESCENT STATUTE AND THE SEXUAL EXPLORATION IN BRASIL

Marta Marília Tonin
Maria da Gloria Colucci

RESUMO

O artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, sintetizou, de modo evidente, diretriz hermenêutica a ser observada na defesa da pessoa em desenvolvimento (leia-se "criança" a pessoa de até dezoito anos de idade incompletos, e "adolescente" aquela entre doze e dezoito anos de idade), tendo por base a Doutrina da Proteção Integral (das Nações Unidas) que influencia diretamente na interpretação da Lei porque leva em consideração a condição peculiar de crescimento bio-psico-social destes seres humanos em qualquer situação, sobretudo, se expostos a riscos físicos, morais, mentais, intelectuais etc, como é o caso da exploração sexual, revelando transformação da metodologia jurídica na contemporaneidade.

PALAVRAS-CHAVES: HERMENÊUTICA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EXPLORAÇÃO SEXUAL. LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.

ABSTRACT

The article 6º of the Statute of the Child and the Adolescent, Brazilian Federal Law nº 8.069, of 13 of July of 1990, synthesized, in evident way, hermeneutic line of direction to be observed in the defense of the person in development (being "child" the person who's under eighteen years old, and "adolescent" the one who's among the age of twelve and eighteen years old), based on the Integral Protection Doctrine (from United Nations) which influences directly on the law's interpretation because takes in consideration the growing peculiar condition (bio-psycho-social) of these human beings in any situation, over all, if to be displayed physical, moral, mental, intellectual the risks, etc, as it is the case of the sexual exploration, disclosing transformation of the legal methodology, in the contemporary age.

KEYWORDS: HERMENEUTICS. STATUTE OF THE CHILD AND THE ADOLESCENT. SEXUAL EXPLORATION. LAW OF INTRODUCTION TO THE CIVIL CODE.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, a bem da verdade, deveria se denominar Estatuto da Dignidade da Pessoa em Desenvolvimento, pela *ratio legis* que o inspira, qual seja, promover o respeito à criança e ao adolescente, sob a forma de "proteção integral".

O legislador, inspirado nos fundamentos constitucionais, dispõe, peremptório, que a criança e o adolescente devem ter assegurados pela família, pela comunidade, pela sociedade em geral e pelo Poder Público, com absoluta prioridade, por todos os meios e formas, a efetivação dos seus direitos.

O rol de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, que consta do art. 4º do Estatuto, é meramente exemplificativo, correspondendo a cada um deles inúmeros desdobramentos. Ao direito à vida, por exemplo, se podem agregar adjetivos, tais como: vida segura, vida mental, vida econômica, vida social, vida sexual etc.

Neste sentido, a vida de uma criança ou adolescente não pode ser negligenciada, explorada ou violentada, sob qualquer pretexto ou em qualquer aspecto, ainda que não expressamente previsto no Estatuto, porque estará o ofensor atingindo a Constituição no art. 1º, III, que confere à dignidade da pessoa humana a condição de fundamento da República Federativa do Brasil, como Estado Democrático de Direito.

A punição a qualquer ação ou omissão em razão de ofensa aos direitos fundamentais de uma criança ou adolescente se afigura não só como imposição ao infrator pela transgressão à norma do art. 5º,[1] do Estatuto, mas como resposta à sociedade, devida pelo Poder Público, no cumprimento do seu dever de zelar pela respeito às leis.

Não somente quando o Poder Público deixa de promover políticas públicas que visem assegurar maiores "oportunidades e facilidades" à criança e ao adolescente o Estatuto está sendo ferido, mas quando dá à Lei interpretação que agride o preceituado no art. 6º, *in verbis*:

Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Infelizmente, o que se tem observado é que o Legislativo estabeleceu no Estatuto princípios, direitos e deveres que não são respeitados pelo Executivo quando, por exemplo, se omite no exercício do poder de polícia a implementação das políticas públicas em benefício da criança e do adolescente. Por outro lado, o Judiciário distorce na aplicação do Estatuto a diretriz hermenêutica do precitado art. 6º, decidindo contrariamente ao melhor interesse da criança e do adolescente, como se tem verificado em decisões que tiveram ampla repercussão na mídia, no que toca à exploração sexual.

A propósito do comentado, é necessário lembrar que o art. 2º da Constituição brasileira determina que os Poderes são independentes e harmônicos entre si, mas, no caso em tela existe desarmonia, contradições e injunções políticas e eleitoreiras que impedem a tão desejada ação integrada dos Poderes no combate à exploração de crianças e adolescentes, sobretudo em sua forma mais vil, a prostituição.

Pretende-se na análise do tema epigrafado examinar os desafios à releitura da lei, levando em consideração a dogmática tradicional e os novos rumos que a Ciência e a Técnica do Direito têm seguido, aplicados à diretriz hermenêutica do art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2 HERMENÊUTICA: DESAFIOS À RELEITURA DA LEI

2.1 Conceito

Interpretar é dar nova vida à norma jurídica, é reconhecer que o processo de atualização do Direito Positivo se dá mais pela aplicação e adequação das disposições legais aos casos concretos, do que pela revogação dos preceitos vigentes.

Diante dos conflitos de interesses que se multiplicam a todo momento, a complexidade das soluções jurídicas exige do intérprete superação da dogmática tradicional, impondo-se-lhe a releitura, a reinvenção dos significados contidos nas palavras da lei, frequentemente desgastados pelo tempo e pelo uso.

Os horizontes hermenêuticos se ampliam à medida que se alargam os próprios limites do saber jurídico; cujos contornos não podem ser aprisionados pelos modelos preestabelecidos pela atuação do Poder Judiciário ou doutrina assente e reverenciada.

Os desafios representados pela obscuridade das normas jurídicas e complexidade da interpretação dos textos legais, remontam à época dos romanos; tanto que Ulpiano (170-228), "que viveu num período agitado da vida econômica de Roma "(...), afirmava (...) "apesar de claro, em seus termos, o "edito do pretor" devia ser interpretado, para que se adaptasse às novas condições sociais do Império Romano".[2]

Assim, mesmo diante da aparente clareza da lei, impõe-se o dever de refletir sobre outros significados que seus preceitos possam conter, que vão aflorando à análise atenta do hermeneuta.

Daniel Coelho de Souza distingue a interpretação como uma atividade que comporta duas facetas, a saber: a) meramente intelectual, que se submete a princípios racionais, cujo objetivo é descobrir o que a lei diz ou quer dizer, encontrando seu significado representado pela simples "verdade legal" e b) a perspectiva criativa, que resulta da volição do intérprete, de sua compreensão, do sentido atual do texto, fruto da

sensibilidade do hermeneuta face à realidade a que se aplica a norma, com variações de tempo e espaço.[3]

Comparando-se, observa-se que a postura intelectual do intérprete diante da norma jurídica segue ditames que remontam ao Racionalismo (séculos XVII-XVIII) posteriormente, reforçados pelo Positivismo (séculos XIX-XX), dando-se pouca ou nenhuma margem à flexibilização dos métodos de interpretação. Quanto à proposta criativa, seus critérios envolvem maior liberdade do intérprete à luz das circunstâncias do caso, moldando-a à realidade, exigindo-lhe sensibilidade, percepção e habilidades próprias de um artista, ao transpor para a "tela" (no caso o texto eletrônico ou impresso) a nova "imagem" que o texto legal comporta.

Mesmo Hans Kelsen (1881-1973) no rigor de sua concepção formalista do Direito, reconhece certa parcela criadora na aplicação e interpretação das normas jurídicas, sem reduzi-la, no entanto, apenas a este aspecto:

A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção regulada por esta norma, de uma norma inferior.[4]

Portanto, embora a atividade hermenêutica seja acentuada pela **intelecção**, com realce para o predomínio da racionalidade; deve se unir à **criação**, dando espaço à sensibilidade de quem analisa o texto legal. Razão e sensibilidade; ciência, técnica e arte, encontram, assim, harmoniosa síntese na hermenêutica jurídica.

Interpretar, em suma, implica em identificar o sentido global da norma, com base, em seus elementos constitutivos, conciliando rigor metodológico e versatilidade criativa.

Para Clóvis Beviláqua, "interpretar a lei é revelar o pensamento que anima as suas palavras"[5] ou, como prefere Carlos Maximiliano: "(...) a Interpretação tem por objeto determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.[6]

Assim, a Hermenêutica é a ciência cujo objeto é a interpretação. Como requer do pensador do Direito habilidade, sensibilidade, criação é, também, em certo ponto, arte.

- **2.2 A Dogmática tradicional e obstáculos à interpretação da lei**

As ciências são visões parciais da realidade, estruturando-se com base em dogmas; verdades tidas, ainda que por certo tempo, como indiscutíveis, definitivas, correspondendo aos denominados "postulados científicos".

Os postulados científicos alicerçam sistemas de idéias, tendo a função de instrumentalizar o pensamento de seus operadores, de tal sorte que aqueles que pretendem se dedicar a uma determinada área do conhecimento precisam estudar seus postulados por longos períodos, até manejá-los com relativa facilidade.

O grande desafio do dogmatismo, nas mais diferentes áreas do saber humano, está em não ceder espaço a novas propostas epistemológicas, excluindo, assim, outras perspectivas ou visões de um dado fenômeno. Com o passar do tempo, tornam-se os tradicionais dogmas mais e mais herméticos, impedindo os avanços que toda ciência requer, afastando-a do objeto que estuda.

No dizer de Luiz Fernando Coelho, ao comparar Ciência e Filosofia, observa-se que:

[...] o conhecimento científico corresponde a uma primeira abstração, pela qual se sistematizam os conceitos referidos imediatamente aos fenômenos, num segundo momento, se sistematizam conceitos referidos aos próprios conceitos, produto da primeira abstração, isto é, referidos aos fenômenos de maneira distante, indireta.[7]

Frequentemente, a crítica filosófica, que depura e aperfeiçoa o dogmatismo jurídico, é esquecida ou até menosprezada, como se consistisse em "mero devaneio" ou "desperdício de tempo".

Os práticos do Direito, afeitos às soluções já prontas, às interpretações assentes, consolidadas, não abrem espaço à contextualização social, política, econômica etc, da lei. Tornam-se subservientes às palavras da lei, como se estas contivessem todas as respostas às questões complexas do cotidiano do Direito. Em razão deste fato, surgem interpretações que colidem com os fins sociais e o próprio bem comum, subjacentes ou expressos nos preceitos legais.

A objetividade que norteia a prática hermenêutica não deve, no entanto, olvidar a relevância do [...] "sentido sociopolítico do Direito, ou seja, a plena eficácia ao discurso que conteste o tipo de justiça apresentado por determinado ordenamento jurídico".[8]

E acrescenta, enfático, Wolkmer:

Deve-se revelar uma formulação aceitável e satisfatória como discurso que aponte o sentido ideológico do Direito, na medida em que for responsável por prescrições normativas distorcidas das relações sociais.[9]

Refere-se o precitado autor à vertente crítica do Direito que prima pela investigação dos fundamentos ideológicos do Direito os quais, imperceptivelmente, minam a elaboração, interpretação e aplicação da lei, contaminando a hermenêutica jurídica com a visão reducionista do normativismo abstrato.

Porto Carreiro descreve a relação de equilíbrio que deve existir entre a elaboração das leis e o "ser jurídico":

[...] Direito é conteúdo, enquanto a lei é forma. Isso quer dizer que a lei é a roupagem com que se exterioriza o Direito, ou a maneira pela qual se apresenta o Direito. Logo, no momento em que a lei é feita, deve representar uma exata configuração do Direito, para que possa ela ser aplicada na forma adequada com que foi concebida.[10]

Na verdade, a lei como forma de exteriorização do Direito é estática; o Direito como conteúdo, como matéria, é dinâmico.

A dinamicidade do Direito decorre de sua própria natureza, pois, ao disciplinar a conduta humana em sociedade, o fenômeno jurídico reflete, necessariamente, os aspectos evolutivos do homem, dos bens, do poder, da vida como um todo.

Ao produzir as leis, deve o legislador ter como preocupação fundamental a mais exata correspondência possível entre os fatos, os valores, as tradições etc, e o texto a ser elaborado; abrindo portas para sua posterior interpretação e aplicação.

Para a Hermenêutica convergem todas as correntes doutrinárias, escolas e tendências, vale dizer, toda a construção jurídica lógico-formal resultante do pensamento jurídico.

Os limites estabelecidos à atividade interpretativa são dados, primeiramente, pelo texto da norma a ser analisada e, depois, pelo contexto em que está inserida, além dos próprios limites cognitivos do hermeneuta, forjados pela corrente doutrinária a qual se vinculou ao longo de sua vida profissional.

Nota-se, desta forma, que os obstáculos à interpretação da lei são de ordem subjetiva e objetiva: os primeiros se encontram no raciocínio do exegeta e os segundos no texto da norma a ser aplicada.

Sob o aspecto subjetivo, o intérprete pode ser conduzido pelas ideologias que inspiram sua vivência, não só profissional, mas familiar e pessoal. As ideologias tornam-se imperceptíveis ao longo da vida de uma sociedade, mascarando situações, condições, pessoas, fatos etc, dando-lhes significados divergentes; que não correspondem à realidade a que se referem. O papel das ideologias é de conferir uma aura de verdade àquelas circunstâncias que, de alguma forma, favorecem grupos econômicos, políticos,

religiosos, profissionais, sociais etc, em prejuízo da grande maioria que não tem consciência de sua presença ou mesmo desconhecem a sua existência. As ideologias usam as tradições, que passam de geração a geração, para se perpetuarem, não despertando críticas, na maioria das vezes.

As tradições tomam com o passar do tempo força de verdades, não só nas questões sociais, como políticas, religiosas, econômicas, jurídicas etc.

No que respeita ao Direito, as tradições se afiguram sob diferentes matizes como, por exemplo, fundamentos do Direito Romano, brocardos, conceitos, institutos etc, acolhidos e festejados por séculos, sob a forma de dogmas.

Também, a formação dos profissionais do Direito tende a consolidar uma mentalidade acrítica, calcada em modelos preestabelecidos que, no dizer de Fernando Herren Aguillar,

[..] se limita a oferecer respostas práticas eficazes e fundadas sobre o direito positivo, a jurisprudência e a organização das instituições jurídicas. Não se lhe pede outra coisa. Tal é a forma como responde o mais eficazmente possível às necessidades dos cidadãos e dos profissionais do direito. Um papel crítico não lhe seria demandado salvo na hipótese em que as decisões judiciais, a prática dos cartórios, as instituições judiciárias, fossem orientadas por reflexões críticas sobre o direito positivo ou sobre a sociedade. Essa hipótese, em todo o caso, não se verifica nos dias que correm e a crítica do direito aí encontra, sem dúvida, uma primeira barreira identificável. [11]

Um passo importante para liberar o ensino, pesquisa e estudo dogmático do saber jurídico é "modificar as práticas tradicionais da pesquisa jurídica a partir de uma crítica epistemológica das teorias dominantes, de suas contradições internas e de seus efeitos ideológicos", ao ver de Wolkmer.[12]

A formação crítica dos novos profissionais independe do alinhamento a esta ou àquela vertente do pensamento jurídico, mas está, inequivocamente, vinculada à conscientização do papel libertador, transformador que o Direito deve ter na sociedade e que os operadores podem efetivar.

Quanto ao aspecto objetivo, sem pretensões de esgotamento dos obstáculos à interpretação da norma, pode ser citada, à guisa de tosca enumeração, primeiramente, a obscuridade, admitida pela lei, no art. 126 do Código do Processo Civil. A obscuridade ofende diretamente a clareza que, no dizer de Carlos Maximiliano, é conceito relativo, visto que [...] "o que a um parece evidente, antolha-se obscuro e dúbio a outro, por ser este menos atilado e culto, ou por examinar o texto sob um prisma diferente ou diversa orientação".[13]

O conhecido brocardo *in claris cessat intepretativo* durante longo tempo foi acolhido como verdade dogmática, no entanto, entendeu-se com a evolução da técnica

hermenêutica que sempre é necessário interpretar os textos legais, até mesmo quando aparentam clareza.

A obscuridade do texto legal pode decorrer de inúmeros fatores, tais como: a generalidade do enunciado, a complexidade dos fatos que pretende regular, o vocabulário utilizado, dentre outros.

A previsão normativa nem sempre contempla todas as hipóteses que deveria, devido à multiplicidade de aspectos que a realidade social comporta, surgindo ao lado da obscuridade um outro obstáculo hermenêutico, as lacunas ou omissões da lei.

As lacunas, intencionais ou não, ferem a completude do sistema, todavia, como a própria lei dispõe quanto ao seu preenchimento, apontando ao julgador como elementos integradores dos vazios da norma, a analogia, costumes e princípios gerais de Direito (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), este obstáculo parece ser de fácil superação.

Entende João Baptista Herkenhoff que a aplicação do Direito, a integração e a interpretação são expressões que podem oferecer distinções, a saber:[14]

A interpretação é tarefa prévia, indispensável à aplicação do Direito.

A aplicação do Direito consiste em submeter o fato concreto à norma que o regule. [...]

A integração é o processo de preenchimento das lacunas existentes na lei.

Na interpretação, parte-se da lei, para precisar-lhe o sentido e o alcance. Na integração, parte-se da inexistência de lei.

Apenas aparentemente o obstáculo representado pelas lacunas da lei é de fácil superação, visto que a analogia pode ser *legis* ou *iuris*, os costumes são locais, nem sempre de fácil distinção dos usos; os princípios gerais possuem distinções conforme sejam de um ramo do Direito ou de outro, e assim por diante.

Diante da diversidade de opções deve o hermeneuta valer-se do bom senso, do equilíbrio na interpretação do texto legal, sabedor que o Direito lida com a vida das pessoas, em suas mais distintas circunstâncias.

Seguindo-se com a enumeração pretendida, aparecem as antinomias, magistralmente estudadas por Norberto Bobbio (1909-2004), que as examinou como incompatibilidades entre normas que agridem a coerência do sistema, devendo ser por isso afastadas, eliminadas pela técnica jurídica.[15]

As antinomias decorrem da necessidade de se regular os fatos, complexos, diversos, inumeráveis, dinâmicos etc, e ao mesmo tempo se manter a hierarquia, coerência e o encadeamento de normas do sistema. Assim, nem sempre as diferentes fontes formais

do Direito Positivo, geradoras de normas, preservam a tão necessária harmonia exigida para a segurança jurídica, impondo-se ao hermeneuta a tarefa de identificar eventuais incompatibilidades entre normas, negando-se a aplicá-las quando venham a afetar, sobretudo, os direitos fundamentais, individuais ou coletivos.

Pode ser incluído, dentre os obstáculos de natureza objetiva que afetam a atividade do intérprete, o casuísmo, que visa abranger de forma minuciosa as diversas possibilidades de aplicação da norma.

O casuísmo se identifica com a pretendida ubiquidade da lei, atributo tão ao gosto dos positivistas, que até se confundiria com a própria Justiça. Alega-se que quanto mais detalhado, específico for o texto da lei, mais segurança oferecerá, não deixando lacunas ou dúvidas quando de sua aplicação.

Observa-se, no entanto, que a complexidade da sociedade pós-moderna exige que a lei estabeleça grandes princípios que, caso a caso, serão particularizados, dando ao intérprete maior liberdade na interpretação.

Surge neste ponto o confronto entre os modelos de sistemas jurídicos *civil law* e *common law*, que dão à lei diferentes graus de importância e hierarquia, gerando questionamentos quanto à melhor forma de se garantirem os direitos fundamentais, se estritamente legal ou precedentalista.

Quanto ao modelo legalista, os julgamentos se tornam repetitivos, devido à necessidade de análise caso a caso, como se fosse o primeiro, com base nas disposições legais em vigor, decorrendo deste procedimento grande número de processos em andamentos, lentos, abarrotando os cartórios e os Tribunais. No Brasil, as súmulas vinculantes (art. 103-A da Constituição) prevêem a possibilidade de decisões oferecerem uniformidade, em divergências de interpretações judiciais, nos casos que tenham sido julgados pelo Supremo Tribunal Federal, com vinculação a todos os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, podendo ser revistas ou canceladas.

Não se pode olvidar, também, a crescente necessidade de simplificação do vocabulário jurídico, que gera muitas disputas hermenêuticas que seriam superadas se houvesse menos preciosismo, formalismo ou mesmo pedantismo nos textos jurídicos, não só legais, mas também judiciais e administrativos.

A redação jurídica, marcada pela retórica extremada, aliada ao despreparo do legislador, torna o texto da lei e das decisões judiciais e administrativas, frequentemente confuso, incompreensível e inaplicável.

De tal sorte o problema tem se tornado visível que se passou a denominar a linguagem jurídica, de forma jocosa, de "juridiquês", conforme analisa René Ariel Dotti.[16]

- **2.3 O art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente e as interpretações teleológica e atualizadora**

O art. 6º do Estatuto consagra a interpretação teológica. Por sua vez, a precitada disposição legal, na qualidade de lei especial, retoma e reitera o disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil; ambos transcritos, apenas à guisa de comparação:

Art. 6º (ECA): Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

(...)

Art. 5º (LICC): Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

A interpretação teleológica se vale da *intentio legis*, ou seja, do fim perseguido pela norma legal, claramente especificado pelo Estatuto (art. 6º) e pela Lei de Introdução (art. 5º) como "fins sociais".

A *intentio legis* ou a finalidade da lei é elemento chave utilizado com freqüência na prática jurídica que, para Ferrara, pode ensejar várias contradições, uma vez que a mesma disposição legal pode focar uma diversidade de fins, porém, assevera o precitado jurista [...]: "Mas, de toda a maneira o fim é sempre um raio de luz a iluminar o caminho do intérprete".[17]

Os fins podem ser econômicos, políticos, educacionais, culturais etc, de modo que o intérprete da norma deve priorizar na multiplicidade de fins que a disposição legal comporta aqueles que são considerados "sociais".

Os fins se relacionam ao escopo, aos resultados ou mesmo aos limites de aplicação da norma, por ela mesma previstos.

Para De Plácido e Silva, o fim social "assinala a finalidade ou o objetivo de uma sociedade, encerrado na soma dos atos que vão constituir o motivo ou a razão de sua composição".[18] Parafraseando a noção de De Plácido e Silva e adaptando-a à sociedade civil, poder-se-á dizer que: Toda sociedade, comercial ou não, possui finalidades ou objetivos, que se revelam na somatória dos atos, fatos, valores etc, que vão constituir os motivos determinantes de sua organização, constituição, composição, etc.

Pode-se extrair do texto acima as semelhanças entre as sociedades como organizações econômicas, com fins lucrativos e as sociedades como grupos que se formam pela necessidade humana, imperiosa, de compartilhar suas alegrias, vicissitudes, bens, poder etc, além de promover a segurança e estimular a solidariedade dos indivíduos que a compõem.

Carlos Maximiliano destaca a importância que deve ser dada ao elemento teleológico da seguinte forma:

O fim inspirou o dispositivo; deve, por isso mesmo, também servir para lhe limitar o conteúdo; retifica e completa os caracteres na hipótese legal e auxilia a precisar quais as espécies que na mesma se enquadram. Fixa o alcance, a possibilidade prática; pois impera a presunção de que o legislador haja pretendido editar um meio razoável e, entre os meios possíveis, escolhido o mais simples, adequado e eficaz.[19]

O fim da lei não poderá ser injusto, arbitrário, discriminatório, individualista etc, mas, acima de tudo há de visar a realização prática da justiça, da igualdade, da solidariedade, e assim em diante.

Ao analisar o que denomina "fatores sociais do Direito", exemplificados como demográficos, geográficos, econômicos, religiosos, éticos, políticos etc, Dourado de Gusmão conclui afirmando:

Deve ser dito finalmente inexistir fator social único determinador do Direito, que reflete a totalidade das condições sociais, podendo em uma sociedade ou situação ocorrer o predomínio de uma delas, sem excluir a influência das demais. Todavia, os mesmos fatores, em outra situação ou sociedade semelhante, podem não influir no direito.[20]

A Escola Teológica teve em Rudolph Von Ihering (1818-1892) seu principal expoente, cuja grande contribuição, no dizer de Herkenhoff foi "A introdução da idéia de finalidade prática e social, na interpretação jurídica [...]"[21], de fato, Ihering afirma, comparando o que denomina ser o "direito abstrato" com o "direito concreto": " O direito concreto não recebe somente a vida e a força do direito abstrato, mas devolve-lhas por sua vez. A essência do direito é a realização prática".[22]

E prossegue, na defesa de sua concepção finalista e prática do Direito: " O Direito e a Justiça só prosperam num país, quando o juiz está todos os dias preparado no tribunal e quando a polícia vela por meio dos seus agentes, mas cada um deve contribuir pela sua parte para essa obra".[23]

Ihering propõe a paz como fim último do Direito, mas para sua consecução impõe-se a luta, porque o Direito é uma "força viva", de tal sorte que:

[...] a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para se defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.[24]

A adoção do método teleológico pelo Direito Positivo brasileiro se verifica, claramente, do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, aplicando-se a todo sistema jurídico nacional, uma vez que se trata de norma de interpretação geral.

Marcus Cláudio Acquaviva ao analisar a Lei de Introdução ao Código Civil, afirma:

Nossa LICC apresenta um âmbito muito mais vasto do que o de uma simples introdução à legislação civil. Em matéria de aplicação das leis, suas regras se aplicam a todas, na ausência de qualquer preceito. Por exemplo, a regra contida no art. 5º destina-se a todo e qualquer dispositivo legal do ordenamento jurídico, a menos que o contrário seja expressamente estipulado em lei.[25]

Como se sabe, o campo de vigência das normas da Lei de Introdução ao Código Civil abrange uma diversidade de matérias e princípios relacionados à eficácia das leis no Direito brasileiro. Nela estão presentes as regras quanto à publicidade das leis, à obrigatoriedade, à irretroatividade, à territorialidade, bem como suas exceções. No que respeita à interpretação e integração, regulam a questão os artigos 4º e 5º, ditando aos juízes e hermeneutas os meios e procedimentos de aplicação da lei, diante de lacunas (art. 4º) ou na busca do sentido global da disposição normativa (art. 5º).

Suas normas contemplam as mais diferentes situações no tocante à lei, tanto no Direito Interno, quanto Internacional, tendo o precitado autor afirmado:

Na verdade, a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC) vem a ser uma preliminar à totalidade do sistema jurídico nacional, porquanto não somente dispõe acerca da eficácia das leis em geral, no espaço e no tempo, como, também, institui regras para a respectiva interpretação, aplicação e integração.[26]

O art. 5º, bem como outras normas presentes na LICC, tem causado divergências na doutrina brasileira quanto à sua força impositiva, no entanto, Paulo Nader destaca que [...] "essas normas têm o mesmo poder de vincular o aplicador do Direito em igualdade de condições com as demais normas".[27]

Com a Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, o legislador pátrio procurou oferecer novos critérios hermenêuticos, rompendo com as práticas até então adotadas:

O intérprete passa a ser também um agente eficaz no progresso das instituições jurídicas e na aplicação dos princípios da moderna democracia social, que é a finalidade última a que tende o nosso Direito, sob a filosofia dos *fins sociais e bem comum*. O novo dispositivo consagrou os métodos teleológico e histórico-evolutivo.[28]

Como já examinado anteriormente, a expressão "fins sociais" aliada a "bem comum" remete à necessidade de uma interpretação atualizadora, que permite dar à lei a ser aplicada uma dimensão coletiva, prática, efetivando os seus princípios.

Como bem pondera Paulo Nader:

A expressão fins sociais visa eliminar a possibilidade de que meros caprichos pessoais possam surgir em detrimento da coletividade. Quando houver conflito entre o interesse individual e o social, este último deve prevalecer. Tal colocação não tem a finalidade de esmagar o individualismo em favor do elemento social. Há situações em que o individual pode prevalecer, de acordo com os critérios fixados pelo próprio legislador.[29]

Na seqüência do estabelecido pelo art. 5º da LICC, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, no art. 6º consagrou os métodos histórico-evolutivo e teleológico e ampliou os horizontes hermenêuticos ao estabelecer que [...] "os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento" devem ser levados em conta pelo intérprete e aplicador do Estatuto.

Quanto aos direitos fundamentais e princípios presentes no Estatuto, uma análise mesmo sucinta revela que o art. 6º traçou, de modo inequívoco, diretriz hermenêutica a ser seguida pelo aplicador da lei, em defesa da "pessoa em desenvolvimento", nas mais distintas situações, sobretudo, quando exposta a riscos físicos, morais, mentais etc, como é o caso da exploração sexual de crianças e adolescentes.

As interpretações teleológica e atualizadora visam permitir maior liberdade à atividade hermenêutica, revelando transformações da metodologia jurídica na contemporaneidade, inspiradoras do art. 6º do Estatuto, como se examinara.

3. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUE DEVEM SER CONSIDERADOS EM SUA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

A Doutrina da Proteção Integral destinada à criança e ao adolescente encontra suas raízes na Convenção sobre o Direito da Criança, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e pelo Congresso Nacional brasileiro em 14 de setembro de 1990, através do Dec. Legislativo 28. A ratificação ocorreu com a publicação do Dec. 99.710, em 21 de novembro de 1990, através do qual o Presidente da República promulgou a Convenção, transformando-a em lei interna.

O espírito e a letra desta Convenção internacional constitui importante fonte de interpretação de que o exegeta do novo Direito não pode prescindir. Eles serviram como base de sustentação dos principais dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e fundamentaram juridicamente a campanha *Criança e Constituinte*, efervescente mobilização nacional de entidades da sociedade civil (dentre elas a Ordem dos Advogados do Brasil) e milhões de crianças, com o objetivo de inserir no texto constitucional os princípios da Declaração dos Direitos da Criança.

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada antes desta Convenção, mas deu um salto qualitativo em relação a todos os demais países do mundo ao incorporar em seu texto, pela primeira vez, os princípios basilares da Doutrina da Proteção Integral. O artigo 227 da Carta Magna retrata um dos princípios desta doutrina quando diz que os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes devem ser garantidos pela família, sociedade e Estado, com **absoluta prioridade.** Didaticamente, este é o terceiro pilar trazido por esta Doutrina, antecedido pela exigência de que toda criança e adolescente deve ser considerada (o) "sujeitos de Direitos", somando-se ao respeito de que são merecedores por se encontrarem em peculiar fase de desenvolvimento. Esta fase especial da vida, quando garantidos os direitos fundamentais, favorece o crescimento bio-psico-social de forma positiva, gerando seres humanos mais equilibrados, harmônicos e felizes.

Assim, estes princípios devem ser de todos conhecidos uma vez que a violência ocorre justamente nos ambientes hostis, onde há negação dos direitos fundamentais e, de conseqüência, a falta de atenção e de cuidados necessários ao bom desenvolvimento destes seres em formação deságua no mar das brutalidades, da opressão, da discriminação, da crueldade e da exploração. E os autores destes ilícitos são os próprios adultos que receberam da Constituição Federal o dever de garantir a dignidade destes seres em desenvolvimento como um direito fundamental. Muitas negligências são acobertadas por decisões judiciais que levam em conta mais o respeito ao princípio da legalidade do que o dever social de corrigir o comportamento desviante e criminoso de adultos inescrupulosos que insistem em violar o respeito à incolumidade física de crianças que não tem condições de se auto defenderem.

4. A VIOLÊNCIA SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E A INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Brasil consta da lista dos países que mais violam os direitos humanos. Isto não é novidade eis que diariamente acorda-se com notícias estarrecedoras que vão desde corrupção até os mais bárbaros homicídios (todos refletindo um comportamento que se

instala no ser humano a partir do momento em que a violência não foi atacada de plano justamente por parecer, aos olhos de quem deveria cuidar, tratar-se de mera banalidade). O que isto tem a ver com a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, por unanimidade, entendeu não ser crime aproveitar-se sexualmente de crianças que já foram iniciadas na prostituição? Causa espécie que, mesmo tendo a Constituição Federal de 1988 sido edificada sob os pilares da dignidade da pessoa humana e da cidadania, ainda tenha-se que ouvir tamanho absurdo por parte de cinco ministros do STJ. A ementa do julgado diz que não houve exploração sexual (apesar de no corpo do acórdão ficar claro que "Houve o pagamento de R$ 80,00 para duas adolescentes e R$ 60,00 para uma outra" e que "não há falar em exploração sexual diante da ausência da figura do explorador, também conhecido como "cafetão", ...)", não ocorrendo o delito previsto no art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (Submeter criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual) uma vez que este tipo de crime "não abrange a figura do cliente ocasional". Para maior espanto, dizem os ministros que este crime só se configura quando há "a submissão do infante à prostituição ou à exploração sexual", o que não teria acontecido no caso. Pergunta-se: a fim de haver decisão em sentido contrário, para considerar-se crime a exploração sexual de crianças e adolescentes neste país, será necessário que estes seres em desenvolvimento se entreguem à prostituição? É isto que querem nossos "julgadores"? Se não querem, pelo menos estão dizendo isto. E o pior: a justiça passa a ser massa de manobra para o cometimento de novos crimes. Sim, porque aos olhos do povo, no entendimento do homem comum, é assim que se interpreta! Agora, depois de mais esta decisão, vá se explicar que a exploração sexual de crianças tidas como prostitutas é crime! Francamente, depois desta unanimidade inconstitucional que, aliás, teve seu precedente nefasto no julgamento daquele mesmo tribunal, também **negando provimento** ao recurso especial em símile matéria. Ou seja, essa decisão espelhou-se numa anterior e aí é que reside o perigo: ao invés de o STJ aprimorar e fazer valer os princípios constitucionais da prioridade absoluta no asseguramento dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, o que se vê? Ousa-se responder: decisões configurando-se em massa de manobra, abrindo um caminho tortuoso e de péssima repercussão nas mentes e nos corações daqueles que defendem que um país só se faz com respeito aos seres em especial condição de desenvolvimento e que sem eles não se terá um Brasil melhor, uma vez que decisões judiciais insistem em pisar naquilo que de mais honroso deve merecer o cuidado do ser humano: sua dignidade! Como salvar o país de decisões como esta? Pensa-se que melhorando o nível de ensino em nossas academias de Direito, não apenas no aprofundamento de matérias técnicas mas, e principalmente, numa nova cultura de valorização dos direitos humanos, a começar por tornar obrigatória a disciplina do Direito da Criança e do Adolescente! Do contrário, que futuros juízes nós queremos formar? Basta de decisões que não levem em conta o artigo 227 da Constituição Federal e a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

4. CONCLUSÃO

Em respeito ao **princípio da legalidade** cometem-se muitas injustiças pelo Brasil afora, pois é praxe dizer-se que embora a atitude do acusado não seja moralmente aceitável, sua conduta não se amolda ao núcleo do tipo do referido dispositivo do

Estatuto da Criança e do Adolescente. Não se pode valorar positivamente a prostituição e, muito menos, quando se trata de crianças. O que se tem, na verdade, é um equívoco do legislador ao não contemplar o interesse da sociedade em ver punido o sexo pago com crianças e adolescentes, ainda que de maneira eventual e isolada. Como sanar esta problemática? Os tribunais devem inverter sua orientação (e aí correrem o risco de produzir decisões *contra legem* e em prejuízo do réu) ou deve haver uma urgente alteração dos dispositivos legais que permitem decisões injustas?

Aqui reside a importância do diálogo intenso entre os Poderes Legislativo e Judiciário na construção de interpretações perenes que consolidem os princípios democráticos e façam valer os primados da justiça social, da dignidade da pessoa humana, dos valores que devem nortear os adultos pois é deles a missão de deixar às novas gerações a garantia de um futuro melhor.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário jurídico brasileiro acquaviva. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1995.

AGUILLAR. Fernando Herren. Metodologia da ciência do direito. São Paulo: Max Limonad, 1999.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 10ª ed 1999.

CARREIRO, C.H. Porto. Notas sobre filosofia do direito. Rio de Janeiro: Ed. Alba, s/data.

COELHO, Luiz Fernando. Teoria da ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 1974, p.15.

CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do; MENDEZ, Emílio García. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: Malheiros, 1996.

DOTTI, René A. A linguagem rebuscada. Jornal Gazeta do Povo. Curitiba, p.10, 3/3/05.

FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. 3ª ed. Colecção Stvdivm. Coimbra: Arménio Amado, 1978.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HERKENHOFF, João Baptista. Como aplicar o direito. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Coimbra: Armênio Amado, 3ª ed. 1974.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, vol.II, p. 299.

SOUZA, Daniel Coelho de. Introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: FGVS, 1972.

VON Ihering, Rudolf. A luta pelo direito. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

---

[1] *Art 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.*

[2] CARREIRO, C.H. Porto. Notas sobre filosofia do direito. Rio de Janeiro: Ed. Alba, s/data, p.191.

[3] SOUZA, Daniel Coelho de. Introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: FGVS, 1972, p.405.

[4] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Coimbra: Armênio Amado, 3ª ed. 1974, p. 325.

[5] BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil, p.17, *apud* Maximiliano, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.18, nota de rodapé.

[6] MAXIMILIANO, Carlos. loc.cit.

[7] COELHO, Luiz Fernando. Teoria da ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 1974, p.15.

[8] WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p.17.

[9] Idem, loc.cit.

[10] CARREIRO, C.H. Porto. Notas sobre filosofia do direito. Rio de Janeiro: Ed. Alba, s/data, p.199.

[11] AGUILLAR. Fernando Herren. Metodologia da ciência do direito. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.168.

[12] WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.19.

[13] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.37.

[14] HERKENHOFF, João Baptista. Como aplicar o direito. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.9.

[15] BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 10ª ed 1999. p. 81/110.

[16] DOTTI, René A. A linguagem rebuscada. Jornal Gazeta do Povo. Curitiba, p.10, 3/3/05.

[17] FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. 3ªed. Colecção Stvdivm. Coimbra: Arménio Amado, 1978, p. 142.

[18] SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Vol. II, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 299.

[19] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.152.

[20] GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 37.

[21] HERKENHOFF, João Baptista. Como aplicar o direito. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.46

[22] VON Ihering, Rudolf. A luta pelo direito. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.39.

[23] Idem, op. cit. p. 43.

[24] Idem, op.cit,p.2.

[25] ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário jurídico brasileiro acquaviva. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1995, p.883.

[26] Idem, loc.cit.

[27] NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 265.

[28] Idem, loc. cit.

[29] Idem, op.cit, p.266.

A CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA INTERPRETAÇÃO DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SINCRETISMO METODOLÓGICO: UM ESTUDO DO "CASO ELLWANGER" *

THE HERMENEUTIC CONSTRUCTION OF THE SUPREME COURT OF BRAZIL ON THE INTERPRETATION OF THE RESTRICTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE METHODOLOGICAL SYNCRETISM: A STUDY ON "ELLWANGER CASE"

Martha Priscylla Monteiro Joca Martins
Vinicius de Mattos Magalhães

RESUMO

O presente artigo objetiva realizar uma análise da hermenêutica do Supremo Tribunal Federal (STF) em suas linhas argumentativas no que tange a restrição de direitos fundamentais, tentando compreender a adoção das teorias internas e das teorias externas na interpretação de direitos fundamentais pelo STF, problematizando esta questão em uma perspectiva da dogmática do Direito. Para os fins desta investigação adotaram-se duas teorias como paradigmas de abordagem: a Teoria dos Princípios de Robert Alexy (teoria externa) e a teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller (teoria interna). Para tanto se realizou um estudo em torno da decisão do "Caso Ellwanger" (HC 82424). Por fim, pretendeu-se aferir como esses caminhos trilhados pelo STF caracterizam um sincretismo metodológico (na definição de Virgílio Afonso da Silva) e a significância dessa ocorrência para a hermenêutica jurídica brasileira aplicada na interpretação de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SINCRETISMO METODOLÓGICO

ABSTRACT

The present article aims to accomplish an analysis of the of Federal Supreme Court of Brazil (STF) hermeneutics specially in their argumentative lines concerned to restriction of fundamental rights, trying to understand the adoption of the internal theories and of external theories in the interpretation of fundamental rights by STF, problematizing this subject in a perspective of the dogmatic of Law. For the purposes of this present investigation two theories were adopted as approach paradigms: the Theory of Robert Alexy's (external theory) and the Structural Theory of Law of Friedrich Müller's (internal theory). For that goal, it took place a study around the Ellwanger case (HC 82424) decision in STF. Finally, it intended to check how those roads trodden by STF

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

characterize a methodological syncretism (in Virgílio Afonso of Silva's definition) and the importance of that occurrence for the Brazilian juridical hermeneutics applied in the interpretation of fundamental rights.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS. CONSTITUTIONAL HERMENEUTIC. SUPREME COURT. METHODOLOGICAL SYNCRETISM

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) ampliou de modo considerável as competências do Supremo Tribunal Federal (STF), instituição que hoje acumula as funções de suprema corte e corte constitucional no Brasil, cabendo-lhe o julgamento de ações que tenham como fundamento uma norma constitucional ou a aferição e a declaração da (in)constitucionalidade de normas infra-constitucionais ou atos do Poder Executivo.

Os direitos contemplados pela Constituição Federal de 1988, notadamente os direitos fundamentais, contemplam diversos segmentos sociais (mulheres, crianças e adolescentes, trabalhadores e trabalhadoras, famílias, negros e negras, indígenas, dentre outros) ademais de agasalharem plúrimas concepções (como meio ambiente ecologicamente equilibrado, desenvolvimento sustentável e função social da propriedade). Esses direitos passaram a ter aplicabilidade imediata, deixando de ser considerados objetos de normas meramente programáticas a partir da ordem jurídica instalada em 1988.

Diante dessa complexa tessitura, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal aparece como um dos meios principais de aplicabilidade dos direitos fundamentais, possibilitando sua concreção fática. Portanto, importa-nos compreender os fundamentos e as linhas teóricas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgamentos e decisões acerca dos direitos fundamentais, o que nos remete ao estudo da construção hermenêutica deste Tribunal.

Inovando na ambiência doutrinária do Direito brasileiro, Virgílio Afonso da Silva publicou um estudo acerca do que intitulou "Sincretismo Metodológico" na interpretação constitucional, que simboliza uma espécie de estratégia argumentativa a qual concilia métodos incompatíveis de interpretação e aplicação do Direito, especialmente dos direitos fundamentais.

Com a expressão "sincretismo metodológico", seguindo a diretriz de Virgílio Afonso da Silva, pretende-se demonstrar, pois, uma tendência a utilização de idéias e teorias conflitantes como se fossem compatíveis entre si, uma espécie de amálgama de teorias contrastantes no âmbito da interpretação dos Direitos Fundamentais e da jurisdição constitucional.

Neste artigo, identificam-se algumas das linhas teóricas e argumentativas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal na fundamentação de suas decisões, e a ocorrência de conflitos e contradições que entre si se dinamizavam no âmbito da restrição dos direitos fundamentais. O estudo proposto por Virgílio, portanto, instigou uma busca por uma reflexão e aprofundamento acerca do tema por ele proposto na perspectiva das teorias externa e interna no âmbito da Dogmática dos Direitos Fundamentais.

A análise buscou agregar o estudo teórico ao jurisprudencial, por meio de uma leitura analítica e crítica de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, tendo optado, mais especificamente, por um estudo em torno do "Caso Ellwanger" (HC/82424), em virtude da importância desta decisão para a compreensão em nosso país do que o STF passou a considerar como discriminação racial e seu conceito de raça, além de restar claro, nesta decisão, algumas linhas argumentativas importantes para as análises traçadas no desenvolver deste artigo, conforme será demonstrado em oportuna discussão.

Para tanto, inicialmente fez-se uma análise da teoria de dois autores: Robert Alexy e Friedrich Müller. Buscando situar-lhes como signatários de uma proposta *interna* ou *externa* em relação às restrições aos direitos fundamentais, analisou-se brevemente os pressupostos teóricos de suas teorias, em busca de uma demonstração de que são, em relação às restrições a direitos fundamentais, incompatíveis.

Após a análise crítica de decisão supracitada à luz das teorias analisadas, buscou-se, por fim, problematizar a ocorrência de sincretismo metodológico no processo interpretativo de uma mesma decisão do Supremo Tribunal Federal através do uso simultâneo de teorias conflitantes.

O presente artigo trata, portanto, dos resultados dos breves estudos engendrados a partir destas reflexões teóricas e jurisprudenciais acerca do sincretismo metodológico no âmbito do STF, e os resultados que foram obtidos serão, por conseguinte, doravante explicitados.

2 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS TEORIAS EXTERNA E INTERNA: há diálogo possível entre a Teoria dos Princípios de Robert Alexy e a Teoria Estruturante de Friedrich Müller?

A compreensão de toda a argumentação jurídica que se desenvolverá no âmbito do presente estudo dependerá de um conhecimento claro acerca dos efeitos e do real alcance das teorias externa e interna no âmbito da Dogmática dos Direitos Fundamentais. Tal investigação, ainda que de forma breve, revela-se de fundamental importância no escopo de se evidenciar o que Virgílio Afonso da Silva denominou "sincretismo metodológico".

De um modo geral, são poucos os(as) autores(as) brasileiros(as) que buscam aprofundar o estudo acerca de tais estratégias de argumentação jurídica no âmbito das restrições aos Direitos Fundamentais. Na maioria dos casos, embora o método utilizado pelo autor para justificar ou criticar uma determina restrição *y* a um direito fundamental *x* possa se subscrever a uma das duas teorias, o caminho percorrido não é explicitado, embora possa, no mais das vezes, localizar-se de forma implícita no âmago da argumentação

subjacente. Contudo, em situações as mais distintas, a estratégia argumentativa é nitidamente conflitante com os pressupostos de uma ou de outra teoria eventualmente perfilhada.

Apenas para citar um exemplo claro desta possibilidade de conflito, percebe-se atualmente um crescimento exponencial dos estudos que buscam analisar a constitucionalidade de uma restrição *y* a um direito fundamental *x* a partir da regra da *proporcionalidade* ou a partir de uma *ponderação* de valores no caso concreto. Como se verá mais adiante, esta argumentação somente se revela possível partindo-se dos pressupostos de uma *teoria externa* acerca das restrições a Direitos Fundamentais. Contudo, em alguns casos, pode-se perceber que o intérprete parte de uma exclusão apriorística de algumas condutas que não estariam abrangidas pelo direito *x*, no que se aproxima da idéia de *limites imanentes*, para depois de definido o conteúdo *definitivo* do direito *ponderar* a sua aplicação em relação a outros que estariam dele divorciados, embora isso seja absolutamente impossível, do ponto de vista lógico-argumentativo, de se sustentar.

Essa realidade conduz a uma aferição, no plano dos Direitos Fundamentais, que verdadeiramente importe na real compreensão do que se entende por *teoria externa* e *teoria interna*, para fins de se evitar o multicitado fenômeno do "sincretismo metodológico" quando da interpretação dos limites do conteúdo dos Direitos Fundamentais ou da imposição de restrições ao seu exercício.

Inicialmente, cabe sublinhar, a fim de se evitar interpretações claudicantes, que sob o prisma de tais teorias, busca-se aqui analisar as *restrições* ou os *limites* dos Direitos Fundamentais (como se verá, a própria idéia de *restrições* relaciona-se com a *Teoria Externa* e a idéia de *limites imanentes* com a *Teoria Interna*). A delimitação do *suporte fático* de um Direito Fundamental, embora esteja relacionado com as suas possíveis *restrições* ou com os *limites imanentes* à sua esfera de incidência, com elas não se confunde. Esta idéia é importante para que não se entrelace os conceitos de *suporte fático amplo* e *suporte fático restrito* no âmbito dos Direitos Fundamentais – conceitos que, por razões metodológicas, não serão enfrentados no âmbito deste estudo – com as categorias dogmáticas que serão aqui enfrentadas.

Pode-se afirmar, de forma introdutória, que para aqueles que sustentam a prevalência da *Teoria Interna*, há apenas o direito e seus *limites*, que seriam *imanentes* a este próprio direito. Para esta teoria, toda a argumentação jurídica se desenvolve no sentido de se delimitar o verdadeiro objeto do direito e, por conseguinte, os seus limites, a fim de se determinar, a partir deles, o *conteúdo definitivo do direito*. A consequência mais direta deste pressuposto teórico é que um direito fundamental, sob a perspectiva de uma teoria interna, encerra uma norma de *conteúdo definitivo*, não havendo qualquer espaço para *colisões* no caso concreto. Ora, se eventualmente se imaginar a existência de uma relação de conflituosidade entre dois direitos fundamentais, a solução se dará necessariamente – sob o arrimo dos pressupostos desta teoria – na delimitação do *conteúdo* destes direitos a partir da determinação de seus *limites*.

Ao contrário, para aqueles que raciocinam desde o paradigma da Teoria Externa, haverá, necessariamente, duas categorias jurídicas que deverão informar o trajeto hermenêutico do intérprete: o *direito prima facie* e suas *restrições*. Com efeito, sob o prisma da teoria externa, o intérprete ou aplicador do Direito deve considerar o direito

prima facie e as *restrições* que ele pode vir a sofrer, após a incidência ou não das quais se chega ao *direito definitivo*. Neste caso, o direito fundamental em si possui um conteúdo *x*, cujo exercício poderá vir a ser *restringido* no caso concreto diante das *possibilidades fáticas e jurídicas existentes*.

Passa-se doravante a analisar dois posicionamentos teóricos que são recorrentemente utilizados na jurisprudência brasileira como argumentos legitimadores das decisões tomadas principalmente na ambiência da jurisdição constitucional. O primeiro deles se subscreve aos pressupostos da teoria externa, e encontra em Robert Alexy sua expressão mais significativa. O segundo, expressivo do paradigma da teoria interna, é a chamada *Teoria Estruturante do Direito*, notadamente na forma como articulada por Friedrich Müller.

2.1. Breves comentários acerca da proposta de Robert Alexy

Pode-se afirmar que uma das contribuições teóricas mais significativas à Teoria do Direito no séc. XX foi emprestada pela chamada *Teoria dos Princípios* desenvolvida por Robert Alexy a partir dos paradigmas de Ronald Dworkin, embora a proposta de divisão estrutural entre regras e princípios de Dworkin – que buscava infirmar as idéias propostas nos moldes do positivismo de Hart – tenha sido antecedida por teorias da lavra de Josep Esser, na Alemanha, e Walter Wilburg, na Áustria, embora com contornos terminológicos distintos. A prova da importância desta distinção repousa no observatório empírico do florescimento de inúmeros trabalhos acadêmicos que partem dos pressupostos teóricos consolidados na *Teoria dos Princípios*, notadamente na feição emprestada por Alexy.

Como se verá, a *Teoria dos Princípios* de Alexy deságua inevitavelmente em uma leitura *externa* das restrições aos direitos fundamentais, ao contrário do que, por exemplo, irá sustentar Friedrich Müller com os seus conceitos de *programa normativo* e *âmbito da norma*, que resultará inevitavelmente em uma proposta mais relacionada à teoria *interna*.

A *Teoria dos Princípios* de Robert Alexy parte de uma distinção eminentemente *estrutural* das normas jurídicas, filiando-se a uma atitude *qualitativa* acerca da distinção entre regras e princípios. Distancia-se, assim, das caracterizações que levam em consideração o grau de *fudamentalidade, abstração, generalidade etc*, das normas – diferenciação que, naturalmente, orienta-se por critérios *axiológicos*, tradição que veio a ser rompida com os escritos de Ronald Dworkin e que se subscrevem à chamada *tese* de diferenciação de *grau*. Segundo Alexy, baseado na distinção de Dworkin, as normas podem ser divididas em duas espécies, os *princípios* e as *regras*. Robert Alexy propõe uma distinção *estrutural* e *qualitativa* das normas jurídicas, que levará em consideração ora uma *dimensão de validade* ora uma *dimensão de peso* na resolução de *conflitos* e *colisões* entre elas.

Os *princípios*, segundo sua teoria, consubstanciam *mandamentos de otimização* de determinados objetivos, cuja realização dependerá, no caso concreto, das *circunstâncias fáticas e jurídicas existentes*. Os princípios preconizam a realização de um dever *prima facie*, cuja concretização *definitiva* dependerá dos princípios e regras que, no caso

concreto, com ele colidirem (circunstâncias jurídicas) e das possibilidades fáticas em cuja ambiência ele poderá realizar-se. Aqui importa sublinhar que, por estarem situados em uma *dimensão de peso*, os princípios apenas *colidem*, o que ficará mais claro quando observarmos o *conflito* de regras. Portanto, os princípios, quando *colidem*, se resolvem por meio de uma ponderação que determinará qual deles terá precedência em relação ao outro. Ao cabo de tal *ponderação*, haverá uma precedência de um em relação ao outro, expressada por (P1 **P** P2) C, que levará à consequência jurídica R, corolário de P1 sob as condições de precedência *C*. Ao final teríamos a forma acabada da chamada lei de colisão, que, em notação lógica, traduz o silogismo: "Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 **P** P2) C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a conseqüência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como conseqüência jurídica: C — R". Contudo, a despeito da existência da precedência de um princípio que restou sobrepujado quando da resolução de uma *colisão* em um caso concreto, não haverá a *invalidação* de qualquer deles. Deste modo, se um princípio *x* que preconiza a otimização de um objetivo *y* (por exemplo, a liberdade de imprensa) vier a *colidir* em uma situação concreta com um princípio *k* que determina a otimização de um objetivo *j* (a exemplo da privacidade) a solução da *colisão* nas circunstâncias se dará mediante um *sopesamento* entre esses princípios a fim de se determinar qual deles, segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, possui precedência sobre o outro, a fim de se chegar ao silogismo final expressado pela lei de colisão. Em síntese, a colisão entre princípios – segundo a Teoria dos Princípios de Alexy – é resolvida tão-somente na *dimensão do peso*.

As regras, por outro lado, encerram um *dever definitivo*. Concretamente, ou uma regra é aplicada ou não é (critério do *all or nothing* - ou tudo ou nada). Justamente por prescrever um *dever-ser definitivo*, as regras se situam na chamada *dimensão de validade*. Quando houver uma situação de incompatibilidade parcial ou total entre duas regras, haverá, ao invés de uma *colisão*, um *conflito*. A resolução deste conflito de regras resultará, invariavelmente, na *invalidação* de uma delas – quando o conflito for total – ou na utilização de uma *cláusula de exceção* – caso o conflito seja apenas parcial. Assim, se uma regra *x* prescreve um juízo concreto de dever-ser contrário ao que promana da norma extraída da regra *y*, a solução se dará, necessariamente, mediante a introdução de uma *cláusula de exceção* em uma delas – se o conflito for parcial e o permitir – ou pela *invalidação* total de uma delas, expurgando-a do ordenamento jurídico. Daí porque pode se asseverar que o conflito de regras resolve-se na *dimensão de validade*, não havendo espaço para ponderação ou sopesamento.

Esta breve exposição das idéias de Robert Alexy, como expoente de uma argumentação que se subscreve aos pressupostos de uma teoria externa, longe de possuir o objetivo de esgotar sua Teoria – nem mesmo seria possível em um trabalho desta dimensão –, apenas traduz o escopo de evidenciar que a utilização dos pressupostos da teoria externa resulta em conclusões que podem ser assim articuladas: a) para a teoria *externa* há o direito *prima facie* e as suas *restrições*, idéia que exprime a base sobre a qual se edifica as estruturas normativas da proporcionalidade e do sopesamento; b) o conteúdo *definitivo* do direito fundamental previsto em uma estrutura normativa de princípio é feito a partir de fora, de acordo com as *condições jurídicas e fáticas existentes com os princípios em colisão* no caso concreto*;* c) consequentemente, todo o ônus argumentativo se coloca sobre aquele que diante de um caso concreto analisará, por exemplo, qual dos princípios colidentes terá precedência em relação aos demais.

A idéia mais importante, contudo, certamente é a de que a proporcionalidade e o sopesamento são *técnicas de controle de restrições a direitos fundamentais, somente compatíveis com uma estratégia argumentativa relacionada à teoria externa.* É impossível, como se verá, falar de sopesamento ou proporcionalidade em um mesmo contexto argumentativo em que se sustenta a idéia de *limites imanentes*.

2.2 Friedrich Müller e a Metódica Estruturante do Direito

Já se expôs brevemente que a teoria *interna* rejeita a possibilidade de *restrições* aos direitos fundamentais, ou, invocando o magistério de Jane Reis Gonçalves Pereira, "a teoria interna sobre os limites dos direitos fundamentais sustenta, em síntese, que é inadmissível a idéia de *restrições* ou *limitações* externas aos direitos fundamentais"

No âmbito da argumentação jurídica, ou mais precisamente, dentro dos limites da atuação do intérprete constitucional (notadamente no contexto da *decisão*), a consequência mais clara que decorre da adoção de uma estratégia teórica *interna* é que *não há qualquer possibilidade para a utilização da ponderação como método de resolução de colisões*, justamente porque não há espaço para tais colisões, conforme sublinhamos no tópico antecedente. Todo o esforço do intérprete/aplicador do Direito será direcionado à delimitação do *conteúdo* do direito e de seus *limites.*

Um exemplo muito significativo de uma postura que se aproxima aos pressupostos da teoria *interna* em relação às "*restrições*" dos direitos fundamentais é, seguramente, a postura concretista da Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller. Müller sustenta que a *delimitação do conteúdo* do direito fundamental é que será determinante na aferição de seus limites. Este conteúdo será estremado, na linguagem de Müller, mediante um *trabalho* de interpretação da norma jurídica em um processo de *concretização*. Sua estrutura – da norma jurídica – seria marcada primeiramente por dados veiculados *diretamente* pela linguagem (os chamados *dados de linguagem*) e também pelos dados indiretamente veiculados pela linguagem (que possuem *nexo com a realidade*). Segundo Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, "na metódica estruturante, o dualismo norma/realidade é substituído por uma concepção de norma como integrante da própria realidade"

Fazendo uma distinção entre o *texto* e a *norma* (que se extrai do primeiro), Müller defende um conceito de norma jurídica que ele chama de *pós-positivista* e que é composto de dois elementos principais: o *programa da norma* (ou *programa normativo*) e o *âmbito da norma* (ou *âmbito normativo*). A tarefa do intérprete seria "identificar o âmbito de proteção do direito, os seus contornos" mediante a delimitação destes dois elementos da norma jurídica, em um processo amplo de *concretização*. Neste contexto, conforme exprime Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, "norma e realidade são termos de mútua implicação, pois o conteúdo daquela primeira é o resultado da concretização, processo no qual a segunda adquire uma especial relevância".

Por *programa normativo* Müller se refere ao "resultado da interpretação do texto da norma, formado a partir dos dados primaciais de linguagem", distinguindo-o do *âmbito da norma*, que significa dentro da Teoria Estruturante de Müller um conceito que "se refere às partes integrantes materiais da normatividade que são co-constitutivas da

norma", ou traduz "o setor da realidade social onde deve ser aplicado o programa normativo". Müller distingue, ainda, outras duas categorias no âmbito da interpretação da norma jurídica, chamadas de *âmbito do caso* e *âmbito material*. Por *âmbito material* Müller se refere a todas as possibilidades fáticas que podem se relacionar ao caso concreto, sendo o *âmbito do caso* uma espécie de "recorte no âmbito material". O *âmbito da norma* pode ser formado com a "perspectiva valorante do programa da norma a partir do âmbito material ou do âmbito do caso" Müller deixa claro, portanto, que *âmbito da norma* não é uma categoria jurídica que faz ressurgir a Teoria da *Força Normativa dos Fatos* (Jellinek), tendo em vista que sua existência valorativa se relaciona aos limites linguísticos que são estabelecidos pelo *programa normativo.*

Uma indagação pode ter surgido de modo quase intuitivo. Se Friedrich Müller sustenta que "(...) a orientação prévia para o jurista que trabalha na práxis não é a norma jurídica pronta para ser aplicada, mas apenas o texto da norma criado pelo legislador, bem como as circunstâncias factuais do caso (...)" e que "(...) partindo dos elementos dessas circunstâncias de fato, o jurista seleciona, recorrendo auxiliarmente à sua pré-compreensão treinada, hipóteses sobre o texto da norma (...)", não estaríamos tratando de uma *teoria externa*, já que são considerados elementos externos para fins de interpretação da norma?

A resposta há de ser negativa. O que se considera para fins de classificação de uma teoria como *externa* ou *interna*, é o modo como ela fundamenta as *restrições aos direitos fundamentais.* Segundo a Teoria Estruturante, embora a norma jurídica somente possa ser dimensionada no caso concreto (ou a partir do caso concreto, em uma aproximação metodológica com a Tópica de Viehweg), mediante um *trabalho* realizado pelo aplicador do direito, não há espaço para *colisões e restrições a direitos fundamentais.* O que ocorre é, no caso concreto, um *processo global* de *concretização* da norma jurídica que envolve *a delimitação do seu alcance e conteúdo a partir do caso concreto.* O próprio Friedrich Müller, conforme assinala Virgílio Afonso da Silva, rotula o sopesamento – um dos principais métodos de solução de *colisão de direitos fundamentais* no âmbito de uma teoria externa – de "um método irracional, uma mistura de 'sugestionamento lingüístico', 'pré-compreensões mal esclarecidas' e 'envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos', cujo resultado não passa de mera suposição".

Com estes breves comentários acerca da Teoria Estruturante de Friedrich Müller, buscou-se evidenciar o método de *trabalho* do aplicador do direito segundo sua teoria, a fim de que se perceba que a *teoria interna* por ele subscrita é absolutamente incompatível com os pressupostos teóricos da *teoria externa*, representada neste trabalho pelo método de restrição dos direitos fundamentais partindo da Teoria dos Princípios de Robert Alexy.

3 UM ESTUDO EM TORNO DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO "CASO ELLWANGER" (HC/82424)

Siegfried Ellwanger recorreu (em 2002) ao Supremo Tribunal Federal após ter sido condenado pela prática de crime de racismo em virtude da publicação de obras

consideradas como de conteúdo anti-semita. Em 17 de setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, denegou a ordem postulada por Ellwanger no HC82424/RS, em julgamento que restou assim ementado:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. ***Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica*** (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) ***constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade*** (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. ***Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.*** 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. ***Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social.*** [...]. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. ***Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.*** [...]. 13. ***Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.*** 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). ***O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.*** 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da

memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (grifos e destaques nossos).

Preliminarmente, destaca-se que a análise desta decisão terá como foco principal a utilização concomitante de linhas argumentativas ligadas às teorias *interna* e *externa*. Nesse ínterim, o direito à livre expressão sobressai-se como categoria de análise da seguinte questão: uma manifestação artística de conteúdo racista está albergada pelo direito a liberdade de expressão, *a priori*?; Ou tal manifestação é excluída preliminarmente do âmbito de proteção na delimitação da norma que revela o direito a livre expressão?

Ainda que se perfilhe a importância dessa decisão para o reconhecimento do direito a não discriminação de minorias étnicas e raciais por parte do Supremo Tribunal Federal, por meio do redimensionamento do conceito de raça, ligado, na interpretação em tela, mais a processos de construção culturais, sociais e políticos do que a questões biológicas, não se constitui esse aspecto da decisão o objeto de estudo a que se propõe o presente artigo.

De uma análise criteriosa da decisão sob enfoque, se destacam as seguintes linhas argumentativas utilizadas por parte dos ministros que formaram a maioria no julgamento do *Habeas Corpus* em destaque:

a) O intérprete delimita o direito a livre expressão, concretizando-o na perspectiva da teoria *interna* ao excluir, *a priori*, "manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal" do *âmbito normativo* desse direto. Deixa claro que, para esse caso, não incidiria a liberdade de expressão. Em outras palavras, não se teria liberdade para expressar-se através de quaisquer linguagens artísticas que contivessem conteúdo racista.

Percebe-se que o STF posicionou-se na mesma linha no "Caso Gerald Thomas" (HC/83996), entendendo que o ato em questão encontrava-se resguardado pelo direito a livre expressão *e* não se configurava como crime. A ementa relacionada ao julgamento que agasalhou este entendimento possui o seguinte teor:

EMENTA: Habeas corpus. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. ***Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada.*** 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, ***dispensando-se o enquadramento penal***. [...]. (grifou-se)

b) Uma segunda linha de argumentação, que se revela incoerente com a anterior, foi assim resumida na ementa do "caso Ellwanger": "O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo" [exclusão apriorística], dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica."

Percebe-se que, uma vez mais, o Supremo Tribunal Federal *delimita o direito à liberdade de expressão* e depois, considerando este direito como um *princípio*, proclama que, diante do caso concreto, entre este princípio e os da dignidade da pessoa humana e da igualdade, prevalecem os dois últimos. Ou seja, *delimita*, depois *sopesa*. Utiliza-se, em outras palavras, de *pressupostos de teoria interna*, e depois, de *pressupostos da teoria externa*, em um processo nitidamente sincrético. Ora, ou na liberdade de expressão não entra qualquer prática considerada como racismo (delimitação objetiva do alcance do direito), ou a liberdade de expressão em colisão com outros princípios fundamentais, considerada em sua amplitude, inclusive no direito de proclamar idéias anti-semitas, não prevalece de modo absoluto, podendo ser restringida diante do caso concreto.Virgílio Afonso da Silva lança luz sobre esta situação, asseverando que

É interessante perceber que muitos daqueles que aceitam os pressupostos teóricos da teoria dos princípios, sobretudo na forma desenvolvida por Alexy – o que significa a aceitação da teoria externa e de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais -, muitas vezes tendem a não se dar conta de que isso implica aceitar direitos *prima facie* que muitos não estão dispostos a aceitar. Se se aceita um suporte fático amplo, a conseqüência automática é a aceitação de um direito amplo de liberdade. O que isso significa?

Isso significa que em um conceito amplo de liberdade devem ser incluídas, *prima facie*, condutas que eventualmente sejam consideradas imorais ou até mesmo ilícitas. [...]. Ainda que possa soar estranho em um primeiro momento, isso é necessário para a coerência da teoria.

c) Por fim, buscando outros métodos o intérprete utiliza como linha argumentativa a "interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma."

O que se percebe de uma análise das linhas argumentativas perfilhadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, é a utilização simultânea, em um *único caso,* de teorias que partem de pressupostos teóricos incompatíveis, conforme se demonstrou no tópico antecedente. Nas linhas que se seguem, passa-se a problematizar a ocorrência deste *sincretismo metodológico* na hermenêutica constitucional do Supremo Tribunal Federal no processo de construção de uma hermenêutica brasileira.

4 O SINCRETISMO METODOLÓGICO NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DE UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA BRASILEIRA

A análise suscitada no tópico anterior parece transparecer a ocorrência inequívoca de um sincretismo metodológico, ou seja, a utilização simultânea, no mesmo campo de decisão, de linhas argumentativas as quais se baseiam em teorias conflitantes e incompatíveis entre si. Ainda que "no Brasil [...] ambas as teorias vêm sendo defendidas como se fossem compatíveis".

Este fato, longe de ter conseqüências de cunho puramente metodológico, traz em si questões fundamentais. Enumeram-se algumas:

1. A utilização de diversas teorias incompatíveis para fundamentar a mesma decisão parece-se com uma busca de argumentos por parte do intérprete a fim de justificar uma decisão já *previamente formulada* (antes de se percorrer um caminho hermenêutico na interpretação do(s) direito(s) envolvido(s) a partir do caso concreto);

A escolha entre a teoria interna ou a teoria externa reflete-se em uma importante questão subjacente: os direitos fundamentais devem ser *delimitados* ou *restringidos*? E a resposta leva o intérprete a uma bifurcação: ou exclui *a priori* determinados fatos do âmbito de proteção da norma ou parte-se de um direito amplo *prima facie* o qual poderá ser restringido quando em colisão com outros direitos fundamentais, fazendo surgir daí o direito em *definitivo*. Ambos os caminhos fundamentam-se em teorias consolidadas. E, em ambos, o intérprete deve atentar-se para a realidade circundante, seus contextos e historicidade, a fim de que, ou na delimitação ou na restrição (no decorrer da aplicação da *proporcionalidade* ou do *sopesamento*) fatos/condutas/valores sejam excluídos ou pouco considerados por parecerem fora da proteção do direito ou menos significantes no caso concreto. Ao delimitar, devem ser traçados os caminhos hermenêuticos que levaram à exclusão *a priori.* Ao se restringir devem-se explicitar as linhas argumentativas que levaram o intérprete a tomar determinada decisão. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, "quem decidir por um desses métodos arcará com o ônus da demonstração de sua aplicabilidade e de sua primazia. *Não há mais como se satisfazer com a mera exposição teórica de sua idéia básica."*

Na decisão analisada observa-se *a simple*s enunciação de conclusões apriorísticas como "verdades incontroversas", como se observa do seguinte trecho da ementa do julgamento, *verbis:* "O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra". Neste

contexto, um questionamento simples poderia ser formulado: *Que compreensões prévias e que contextos fáticos da realidade histórica política e cultural levaram a essa delimitação*? A ementa prossegue no seguinte sentido: "Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica". Aqui fica muito claro que não houve uma fundamentação *das linhas argumentativas e dos motivos que fundamentaram essa prevalência.* O pensamento de Luis Roberto Barroso agrega mais elementos a esta última reflexão:

Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam) que a apóiem e lhe dêem sustentação. Ou seja: ***não basta o bom senso e o sentido de justiça pessoal – é necessário que o intérprete apresente elementos da ordem jurídica que referendem tal ou qual decisão***. *Embora óbvia, essa exigência tem sido deixada de lado com mais freqüênci*a do que se poderia supor, substituída por concepções pessoais embaladas em uma retórica de qualidade. (grifou-se).

2. Virgílio Afonso da Silva, ao falar sobre a segurança jurídica no âmbito das decisões judiciais, assevera que "a verdadeira previsibilidade da atividade jurisdicional se dá a partir de um acompanhamento cotidiano e crítico da própria atividade jurisdicional". No esteio de seu pensamento raciocina-se que esse acompanhamento é viabilizado pela *clareza* e *coerência* da decisão. Não há como dialogar em uma perspectiva intersubjetiva com quem se dispõe a colocar-se de modo incoerente e pouco claro. Não há, sequer, como pugnar pela razoabilidade (ou não) da decisão. Inexiste, de igual modo, fundamentação efetiva numa decisão sincrética do ponto de vista metodológico, pois que não se compreende os caminhos trilhados e os conceitos e fundamentos utilizados no decorrer da construção, de modo que, ainda segundo Luís Roberto Barroso,

[...] o controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida.

Afinal, a manifestação literária de conteúdo racista encontra-se (*prima facie*) incluída no direito a liberdade de informação sendo afastado em prol do direito a dignidade humana em um caso concreto, ou simplesmente não está no âmbito de proteção da norma? Ademais, como se pode excluir determinada conduta, delimitando um direito fundamental, e, após, colocar esse direito em colisão com outros e determinar seu

afastamento no caso concreto em virtude daquela mesma conduta já previamente excluída?

Essas questões, pois, como se viu, demandam importantes reflexões no âmbito dos direitos fundamentais e, mesmo, no âmbito da própria Teoria da Constituição. Conforme pontua Virgílio Afonso da Silva, há que se fazer um estudo "acerca da concepção de constituição, da tarefa do direito constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil e, ainda, acerca da contextualização e da evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros." E arremata o multicitado autor: "É necessário, em suma, que se desenvolva uma teoria constitucional brasileira."

É imprescindível, portanto, o desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional em nosso país que, além de desenvolver uma interpretação coerente e basear-se em argumentos os quais possam ser dialogados intersubjetivamente, traga em si reflexões acerca dos fundamentos e valores que motivam as decisões. Para tal, faz-se imperioso, além de se afirmar e declarar o Direito, explicitar o que se compreende como seu significado ao proclamá-lo.

Ou, ainda, nas palavras de Lenio Luiz Streck, "[...] o importante e decisivo não está em saber o que são as coisas em si, mas saber *o que dizemos quando falamos delas*, o que queremos dizer com, ou que significado têm as expressões lingüísticas (a linguagem) com que manifestamos e comunicamos esse dizer das coisas."

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sincretismo metodológico averiguado na decisão (ementa) do "Caso Ellwanger", longe de constituir-se em um estudo meramente metodológico, deflui como uma ação interpretativa que traz em seu bojo um amálgama de linhas e teorias argumentativas e interpretativas tantas vezes incompatíveis entre si.

Interpretações sincréticas traduzem, entre outras, uma não-escolha clara de qual teoria se segue. E, no que tange ao uso simultâneo de teorias internas e externas, isto obscurece (ou invisibiliza), por exemplo, a necessidade de se posicionar em relação ou a restrição ou a delimitação dos direitos fundamentais.

Ademais, a interpretação sincrética pode ser utilizada como uma simples busca de argumentos que fundamentem decisões pré-concebidas e que acabam, portanto, lançando um véu sobre importantes reflexões que fundamentam quaisquer teorias interpretativas constitucionais, quais sejam: o que se compreende por Constituição e direitos fundamentais; e como se relacionam esses direitos com a historicidade, contexto e realidade social, econômica e política brasileiras.

Além de não clarificar importantes debates como os exemplos acima, o sincretismo metodológico dificulta uma compreensão da hermenêutica constitucional tracejada pelo Supremo Tribunal Federal, o que inviabiliza um controle de suas decisões por meio de um diálogo intersubjetivo entre a sociedade, a Academia, movimentos populares e

organizações sociais etc e o STF. Não contribuindo, portanto, para a construção de uma hermenêutica constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. On the Structure of Legal Principles. **Ratio Juris**. vol. 13, no. 3 set., 2000.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **O Começo da História**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf >. Acesso em: 13 set 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o Conceito de Norma e a Função dos Enunciados Empíricos na Argumentação Jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 11, n. 43, abril-jun, 2003.

CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos Direitos Fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Ano 13, n. 52, jul-set, 2005, p. 51-68.

DAU-LIN, Hsü, **Mutación de La Constitución**. Tradução espanhola de Christian Förster e Pablo Lucas Verdú. Bilbao: IVAP, 1998.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Cláudia Regina Alves da. O Caso Ellwanger como Parâmetro Metodológico da Criação Judicial do Direito pelo STF. **Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI**. Recife: 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009

_____. Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2007;

_____. O Proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. n. 798, 2002, p. 23-50.

_____. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 607-630.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

Cf. neste sentido as considerações de Virgílio Afonso da Silva em: SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 127, nota de rodapé 1.

Embora seja utilizada a terminologia *regra* da proporcionalidade, há inúmeros estudos que a consideram como um *princípio*, como uma *máxima*, ou mesmo como um *método*. Para um aprofundamento nesta temática, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. n. 798, 2002, p. 23-50.

Para um melhor exame acerca do que se entende por suporte fático amplo e restrito, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 65-126.

Também aqui deve se fazer referência aos estudos de Virgílio Afonso da Silva que, ao que se parece, pioneiramente trouxe a crítica do que ele chama de *sincretismo metodológico*, visualizado a partir da aplicação indistinta das teorias destes dois autores, ao plano da discussão teórica acadêmica. Cf., neste sentido, os seguintes estudos do autor: SILVA, Virgílio Afonso. Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2007; SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 607-630.

Conforme reconhece Robert Alexy, "a distinção entre regras e princípios já tinha sido estudada a fundo na Alemanha por Josef Esser durante os anos cinquenta, embora com uma terminologia ligeiramente diferente. Na Áustria, Walter Wilburg nos anos quarenta já havia antecipado os principais desenvolvimentos de sua teoria dos sistemas flexíveis. Ainda assim, foi o desafio principal de Ronald Dworkin dirigido ao positivismo de H. L. A. Hart, inicialmente em "The Model of Rules", que marcou o início de uma discussão mais aprofundada" (tradução livre) (ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. **Ratio Juris**. vol. 13, no. 3 set., 2000, p. 294-304). O "desafio" ao positivismo jurídico de Hart a que se refere Alexy foi assim anunciado por Dowrkin em *Taking Rights Seriously*: "Quero lançar um ataque geral ao positivismo jurídico e usarei

a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário" (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35).

Cf. tópico seguinte.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

Alexy inventariou, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, a maior parte das teorias que levam em consideração tais valorações. Segundo ele, "há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais freqüência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença. Segundo o critério de generalidade, seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra. Outros critérios discutidos são "a determinabilidade dos casos de aplicação", a forma de seu surgimento — por exemplo, por meio da diferenciação entre normas "criadas" e normas "desenvolvidas" —, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras," ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento." (para uma leitura das inúmeras notas de rodapé e dos comentários secundários feitos pelo autor cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87-89).

A referência é precipuamente ao trabalho intitulado Taking Rights Seriously, com tradução para o português: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

Como esclarece o próprio Alexy, a idéia de mandamento por ele utilizada é a mais ampla possível, abrangendo não apenas determinações proibitivas como também permissivas. (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90, nota 23).

Ibid., p. 94-99.

Ibid., p. 99.

Art. 220 da Constituição Federal: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição."

Art. 5º, X, da Constituição Federal: "são invioláveis a intimidade, a *vida privada*, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Naturalmente, a idéia de *sopesamento,* neste caso, está estritamente vinculada à exposição da teoria externa, já que, se estivéssemos a tratar de uma teoria interna, a solução se daria no âmbito de definição do *conteúdo* e dos *limites* dos direitos fundamentais envolvidos no caso. Em outras palavras, onde existe colisão para a teoria *externa,* há, a bem da verdade, um problema de *delimitação* do direito, segundo os pressupostos de uma teoria *interna.*

Um exemplo pode deixar a lei de colisão mais clara. Levando-se em consideração o art. 220 e o art. 5º, X da Constituição Federal, chegaríamos a dois princípios, respectivamente P1 e P2. Vejamos o exemplo. Determinado dia, um artista de cinema foi fotografado despido dentro de sua residência por um *paparazzi*. Partindo-se dos pressupostos da Teoria de Alexy, e se considerarmos preenchida as condições de prevalência da intimidade sobre a liberdade de imprensa neste caso concreto, teríamos a seguinte equação: (P2 **P** P1)C (Dadas as condições *C*, deve prevalecer P2). Logo, a consequência jurídica que deverá implementar-se será a que for expressa por P2. Em outras palavras, o artista teria, no exemplo acima, direito a uma indenização.

Até esse ponto não há qualquer distinção entre a Teoria dos Princípios de Alexy e a distinção proposta em *Taking Rights Seriously* de Ronald Dworkin quanto às regras. Ambos as classificam como determinações definitivas simplesmente realizáveis ou não (*all or nothing – ou tudo ou nada*). Segundo Dworkin, "as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão" (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39). Alexy vai afirmar que "esse modelo é (...) muito simples" e sustentará que um conflito existente, por exemplo, entre duas regras também pode ser resolvido mediante a inserção de uma *cláusula de exceção* em uma delas, não sendo necessário a declaração de *invalidade* da regra. Segundo ele, "do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso". Essa afirmação leva a uma consequência: as regras, com isso, perderiam o seu caráter de definitividade e se tornariam, também, direitos *prima facie.* Neste sentido, o próprio Alexy afirma que "se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo." Porém, Alexy sublinha que "o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados "princípios formais". Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios — o que teria como conseqüência o fim da validade das regras enquanto regras — é que regras e princípios passam a ter o

mesmo caráter *prima facie*." E concluirá afirmando, assim, que "regras e princípios possuem um caráter *prima facie* distinto." (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103-106). Para uma visão comparada das teorias de Dworkin e Alexy, cf. CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos Direitos Fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Ano 13, n. 52, jul-set, 2005, p. 51-68.

Mais uma vez invoca-se o magistério de Virgílio Afonso da Silva para deixar clara a distinção. Segundo o autor: "Nos casos de incompatibilidade apenas parcial entre os preceitos de duas regras a solução ocorre por meio da instituição de uma cláusula de exceção em uma delas. Em alguns casos, no entanto, a incompatibilidade entre duas regras poderá ser total, quando seus preceitos, para o mesmo fato ou ato, em todas as circunstâncias, sejam mutuamente excludentes. Quando isso ocorre, a única solução é a declaração da invalidade de uma delas." (SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 48).

Neste ponto, é importante destacar a posição divergente de Humberto Ávila, para quem a solução dos conflitos de regras também envolvem uma operação de sopesamento. Ao se referir à distinção *forte* entre regras e princípios elaborada por Alexy e Dworkin, Ávila tece os seguintes comentários: "A inconsistência semântica está na impropriedade da definição de princípio com base no modo final de aplicação e no modo de solução de antinomia. Essa distinção entre as espécies normativas sofreu várias críticas. O modo de aplicação das espécies normativas, se ponderação ou subsunção, não é adequado para diferenciá-las, na medida em que *toda norma jurídica é aplicada mediante um processo de ponderação*. As regras não fogem a esse padrão, na medida em que se submetem tanto a uma ponderação interna quanto a uma ponderação externa: sofrem uma ponderação interna porque a reconstrução do conteúdo semântico da sua hipótese e da finalidade que lhe é subjacente depende de um confronto entre várias razões em favor de alternativas interpretativas (exemplo: definição do sentido de livro para efeito de determinação do aspecto material da regra de imunidade); submetem-se a uma ponderação externa nos casos em que duas regras, abstratamente harmoniosas, entram em conflito diante do caso concreto sem que a solução para o conflito envolva a decretação de invalidade de uma das duas regras (exemplo: uma regra que determina a concessão da antecipação de tutela para evitar dano irreparável e outra regra que proíbe a antecipação se ela provocar despesas para a Fazenda Pública). E inapropriado, por isso, fazer uma distinção entre as espécies normativas com base em propriedades comuns às espécies diferenciadas a ponderabilidade e a superabilidade." (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88)

Importante sublinhar que a argumentação aqui desenvolvida busca singelamente explicitar o conceito de *restrição* a direitos fundamentais a partir do modelo de princípios e regras por ele desenhado (teoria *externa*) e por intermédio de um arquétipo teórico relacionado aos pressupostos da teoria *interna*. Alexy, a bem da verdade, prossegue em sua argumentação definindo o *interior* das restrições – fixadas as premissas aqui expostas – em diversas modalidades de restrições que podem ser descritas e as formas como devem se desenvolver a fim de que sejam consideradas legítimas. Este aspecto, entretanto, apesar de fundamental em sua teoria, não é

importante para os fins deste artigo, que pretende criticamente demonstrar o sincretismo metodológico no âmbito do STF tão-somente no que diz respeito à adoção indiscriminada de pressupostos teóricos da teoria interna e da teoria externa. Para um aprofundamento nas "distinções no interior da classe das restrições" cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 276-340. Além de demonstrar alguns dos aspectos relevantes da Teoria dos Princípios de Alexy que contribuam para evidenciar a incompatibilidade entre sua teoria e a de Friedrich Müller. Ou, como se expressa claramente Virgílio Afonso da Silva: "não são necessárias grandes digressões teóricas e metodológicas para fundamentar a tese, aqui defendida, de que as teorias de Müller e Alexy são incompatíveis." (SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 136-137).

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140.

Virgílio Afonso da Silva afirma inclusive que sopesamento e limites imanentes (uma das vertentes da teoria *interna*) são idéias mutuamente exclusivas (SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 133).

Do mesmo modo como se sublinho quando se expôs em breves linhas as principais idéias da Teoria dos Princípios de Alexy, também aqui deve ser assinalado que a exposição buscará, tão-somente, apontar os principais traços da Teoria Estruturante de Müller para fins de subscrevê-la aos pressupostos de uma teoria *interna.* Importante, ainda, sublinhar que a colocação de Müller em uma teoria interna é simplesmente em razão de sua postura face às *restrições*, qual seja, rejeitar os métodos de solução de teorias externas.

Apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 141.

Segundo a teoria estruturante de Müller, a norma jurídica não é elaborada para ser *compreendida* pelos intérpretes e aplicadores do direito, mas tão-somente por eles *trabalhada*: "A hermenêutica já foi insuficiente no seu enfoque inicial; não se trata essencialmente de *compreender* — isso só vem ao caso no *primeiríssimo* estágio inicial, por ocasião da reformulação da narrativa do caso em circunstâncias de fato, em tipo legal, e na formulação de hipóteses sobre o texto da norma e, na sua esteira, de primeiras hipóteses sobre o âmbito material. Textos de normas não são promulgados para ser "compreendidos", mas para ser utilizados, trabalhados por juristas encarregados para tal fim. E também *não* se trata *apenas* de *interpretar*, quer dizer, de tornar compreensível, sobretudo na formulação das razões da decisão para o público externo. Pelo contrário, trata-se sempre de *trabalho com textos* no âmbito de instituições normatizadas do Estado e de procedimentos normatizados, trata-se de uma semantização integrativa ativa, de trabalho potencialmente complexo sobre textos." (MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 158).

Segundo Bustamante, *concretização* é um conceito-chave na teoria de Müller, e significa precisamente "o procedimento por meio do qual se parte do texto da Constituição para se chegar à regulação concreta da realidade." (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o Conceito de Norma e a Função dos Enunciados Empíricos na Argumentação Jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 11, n. 43, abril-jun, 2003, p. 102).

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 238-239.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p. 253.

Conforme Müller, "a norma jurídica não se encontra já pronta nos textos legais; nestes encontram-se apenas formas primárias, os *textos normativos.* A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial." (MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 161). Alexy, de modo similar, propõe uma distinção entre *norma* e *enunciado normativo*. O enunciado normativo seria o que em Müller corresponde ao *texto.* Para Alexy, portanto, "uma norma é (...) o significado de um enunciado normativo" (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54; no mesmo sentido cf.: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o Conceito de Norma e a Função dos Enunciados Empíricos na Argumentação Jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 11, n. 43, abril-jun, 2003, p. 106). Essa distinção entre texto e norma está permeada em diversos autores, conforme demonstra Alexy: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54, nota 10.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 161.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 141.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p. 253.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 239.

Ibid., p. 239.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p. 254.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 239.

Para uma análise sistematizada desta teoria, cf. DAU-LIN, Hsü, **Mutación de La Constitución**. Tradução espanhola de Christian Förster e Pablo Lucas Verdú. Bilbao: IVAP, 1998, p. 121-124.

Por isso, Müller sustenta que "el ámbito normativo no es, por consiguiente, un conglomerado de hechos materiales, sino una conexión, expresada como realmente posible, de elementos estructurales extraídos de la realidad social desde la perspectiva selectiva y valorativa del programa normativo, y que a menudo se hallan preformados jurídicamente. Con la distinción entre ámbito material y âmbito normativo queda descartada la «fuerza normativa de lo fáctico» como usurpación de la eficacia normativa por parte de meros hechos. (MÜLLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. **Revista Española de Derecho Constitucional.** Año 9. Num. 27. Septiembre-Diciembre,1989, p. 124). Um aspecto importante da teoria de Müller – mas que não interessa aos limites metodológicos deste trabalho – diz respeito à questão do estabelecimento de uma espécie de hierarquia ou preferência no processo de concretização (Müller chama de uma *hierarquia dos elementos de concretização*), idéia que, segundo Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, na esteira de Paulo Bonavides, traduz a maior fragilidade de sua teoria. (DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p. 255; MÜLLER, **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 243)

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 240.

Ibid., p. 240.

Esta distinção necessária é pontuada por Virgílio Afonso da Silva nos seguintes termos: "(...) é possível que se imagine que não há diferença alguma entre a dicotomia *suporte fático restrito* vs. *suporte fático amplo* e a contraposição *teoria interna* vs. *teoria externa*. Defender um suporte fático restrito seria, então, a mesma coisa que aceitar uma teoria interna, enquanto o suporte fático amplo seria um reflexo da teoria externa. Essa não é, contudo, uma ligação nem necessária, nem freqüente. Não é uma ligação necessária porque, rnetodologicamente, falar em extensão do suporte fático não implica falar na forma de relação entre o direito e sua restrições. Isso é perceptível com clareza por meio da possibilidade de se pressupor um suporte fático restrito e, ao mesmo tempo, aceitar as premissas da teoria externa no que diz respeito à relação entre o direito em si e suas restrições." (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 158).

Thomas da Rosa de Bustamante sustenta que há uma relação muito próxima entre as idéias de Müller, Theodor Viehweg e Kelsen. Segundo o autor, Müller busca uma espécie de "conciliação" entre os dois. Esta afirmação se deve, ao que nos parece, ao fato de ambos – Kelsen e Müller – sustentarem que a função criativa do intérprete ao criar o direito. Contudo, ainda segundo Bustamante, para Müller esse processo interpretativo pode ser *racionalizado*, ao passo que em Kelsen há uma espécie de discricionariedade quanto às decisões possíveis de se obterem dentro da moldura normativa. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o Conceito de Norma e a Função dos Enunciados Empíricos na Argumentação Jurídica segundo Friedrich Müller

e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 11, n. 43, abril-jun, 2003, p. 98-104).

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 623.

"Em 1986, o grupo Movimento Popular Anti-Racismo, formado pelo Movimento de Justiça e Direitos Humanos, pelo Movimento Negro Brasileiro e pelo Movimento Judeu de Porto Alegre, denunciou o conteúdo supostamente racista das obras da Editora Revisão, de Siegfried Ellwanger Castan, à Coordenadoria das Promotorias Criminais. Fez-se uma nova denúncia em 1990, desta vez junto à chefia da Polícia do Estado do Rio Grande do Sul, que instaurou inquérito policial, que foi remetido ao Ministério Público. A denúncia foi recebida em 1991, e foi determinada a busca e apreensão dos exemplares de diversos livros publicados por Castan, entre eles, Holocausto Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século, do próprio Castan, Hitler Culpado ou Inocente?, de Sérgio Oliveira e Os Protocolos dos Sábios de Sião, prefaciado por Gustavo Barroso. Castan foi, então, em 1995, julgado e absolvido em primeira instância; contudo, em 1996 foi condenado por unanimidade pelos desembargadores da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apesar da condenação, ainda em 1996, Castan foi flagrado vendendo seus livros na Feira do Livro de Porto Alegre, o que levou a uma nova denúncia, que foi recebida em 1998, e pela qual foi condenado a dois anos de reclusão. Castan então recorreu, argumentando que os judeus são uma etnia, e não uma raça, e que, portanto, anti-semitismo não é racismo. Seu recurso, porém, foi negado, e a condenação foi reiterada pelo STF em 2003". Informações disponíveis em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Siegfried_Ellwanger_Castan>. Acesso em 13 set 2009.

HC 82424/RS. Relator: Min. Moreira Alves. Relator para acórdão: Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 17/09/2003, publicado no DJ n° 54 de 19/03/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC$.SCLA.%20E%2082424.NUME.%29%20OU%20%28HC.ACMS.%20ADJ2%2082424.ACMS.%29&base=baseAcordaos >. Acesso em: 13 set 2009.

Definido no art. 5º, IX, da Constituição Federal de 1988: art. 5º. [...]. IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

"Gerald Thomas é um famoso diretor de teatro brasileiro, cujas peças teatrais são conhecidas pelas polêmicas que provocam. No dia 17 de agosto de 2003, às duas horas da madrugada, Gerald Thomas concluiu a apresentação de mais uma peça – uma adaptação de "Tristão e Isolda" –, que dirigiu no Teatro Municipal do Rio de Janeiro. Ao invés de ouvir os tradicionais aplausos, Gerald Thomas foi vaiado pelo público, que não havia gostado da peça. Como forma de protesto pelas vaias que recebia, o diretor de teatro simulou uma masturbação no palco e, ato contínuo, virou de costas para o público, abaixou as calças até o joelho, arriou a cueca e exibiu suas nádegas para os espectadores que ali se encontravam. A lamentável cena foi, inclusive, filmada, tendo gerado ampla repercussão após ser divulgada em cadeia nacional por diversas redes de televisão. O caso foi parar na polícia. Gerald Thomas foi acusado da prática de "ato

obsceno", crime tipificado no art. 233 Código Penal brasileiro: "praticar ato obsceno em público ou aberto ou exposto ao público: pena, de detenção de três meses a um ano, ou multa". Não conseguindo barrar o trâmite da ação penal nas instâncias ordinárias, Gerald Thomas ingressou com pedido de habeas corpus no Supremo Tribunal Federal, alegando que a perseguição penal violava o seu direito à liberdade artística e de expressão". Informações disponíveis em: <http://georgemlima.blogspot.com/2007/08/jurisprudenciando-casos-curiosos.html>. Acesso em: 13 set 2009.

HC 83996/RJ. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 17/08/2004, publicado no DJ n° 165 de 26/08/2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC$.SCLA.%20E%2083996.NUME.%29%20OU%20%28HC.ACMS.%20ADJ2%2083996.ACMS.%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 14 set 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 153.

Os quais não serão analisados por não encontrar-se no que se propõe o presente artigo, bastando apenas citá-los como linhas argumentativas diversas das teorias interna e externa como meios de reafirmar a decisão.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 139.

No mesmo sentido Cf. o posicionamento de SILVA, Cláudia Regina Alves da. O Caso Ellwanger como Parâmetro Metodológico da Criação Judicial do Direito pelo STF. **Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI**. Recife: 2006.

Assim posiciona-se Virgílio Afonso da Silva acerca da teoria interna: "é fácil perceber o quão tênue é a passagem da aceitação de 'direitos grotescos' para a aceitação de ações sobre cuja inclusão no âmbito de proteção de algum direito fundamental não há consenso". (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 154). O mesmo autor, ao elencar entre as principais críticas à teoria externa a questão da segurança jurídica assim coloca-se: "mas a segurança jurídica não depende apenas do *método* de aplicação do direito e de soluções de colisões entre direitos fundamentais." (*Ibid.*, p. 149).

Ibid., p. 142.

BARROSO, Luis Roberto. **O Começo da História**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 13 set 2009.

Ibid.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 143.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 59.

CRISE DE IDENTIDADE DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE: AJUSTE "DE FUSO" DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE*

IDENTITY´S CRISIS OF THE BRAZILIAN´S DIFFUSE WAY ON THE CONSTITUTIONALITY FISCALIZATION: HERMENEUTICAL ADJUSTMENTS

Mauricio Martins Reis

RESUMO

O presente artigo defende a necessidade de se operar a distinção, em termos sistemáticos, com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal, entre o julgamento que declara a inconstitucionalidade da lei, suscetível de incidência e aplicação ao caso concreto, e a propriamente dita decisão inconstitucional. Esta última categoria, sob o nome de interpretação conforme, deve ser entendida de maneira autônoma, ensejando uma fiscalização genuinamente concreta, nos marcos de uma interpretação concretizadora jurisprudencialista, ao assumir serem as relações de constitucionalidade bem mais complexas do que o enquadramento binário abstrato – e hermético – de conformidade ou inconformidade de meros textos jurídicos. Propõe-se, pois, uma genuína hermenêutica constitucional insuscetível a reducionismos metodológicos despistadores da diferença ontológica entre texto e norma.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

ABSTRACT

The present article defends the necessity of operating the distinction, in systematic terms, based on Brazilian's Supreme Court precedents and regarding to the lines of the proper Constitution, between the judgment that declares the unconstitutionality of the law, susceptible of incidence and application to the concrete situation, and itself the unconstitutional decision. This last category, under the name "interpretation according to the Constitution", must be understood in an independent way, like a concrete fiscalization genuinely, according to an interpretation that considers a law while connected to its application-to-the-problem, assuming to be that relations of constitutionality are well more complex of what the binary framing abstract conformity of singelous legal texts. Our purpose seems to legitimate a combative constitutional hermeneutics in order to fight against methodological doctrines which decline the substantive difference between norms (interpretations) and legal texts.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: CONSTITUTION – CONSTITUTIONALITY FISCALIZATION – CONSTITUCIONAL INTERPRETATION

O Supremo Tribunal Federal vem negligenciando em suas últimas decisões uma série de atributos indispensáveis ao sistema misto de constitucionalidade adotado pelo Brasil. Por um lado, isto representa sério problema jurisdicional, pela ausência do cumprimento de pressupostos até então solidamente incorporados na prática judiciária e na doutrina especializada. Por outro, nesta alegada crise de identidade, cuja incidência no controle difuso será alvo das presentes linhas, insurge momento e espaço oportunos para cogitar da pertinência e manutenção de algumas premissas metodológicas tidas como absolutas.

Em primeiro lugar, o Tribunal de Cúpula brasileiro começa a cogitar da dispensabilidade de resolução senatorial (artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988) para efeito de atribuir efeitos gerais (*erga omnes*) nos julgamentos particulares *(inter partes*) nos quais a lei reguladora do caso concreto foi decretada inconstitucional.[1] Nada obstante controvérsias existirem acerca do âmbito de projeção desta medida legislativa, ou seja, se a resolução, uma vez emanada do Senado para generalizar os efeitos de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, resulta tão-só declaratória (retroatividade da decisão, *ex tunc*) ou de cunho predominantemente constitutivo (prospectivo, *ex nunc*), o núcleo das indagações aqui formuladas quer abraçar o aspecto interno da própria decisão de constitucionalidade. Ou seja, qual a compreensão dada ao que se convencionou denominar controle incidental, por via de exceção, ou difuso em termos decisórios, naquele comprometimento hermenêutico de resolução efetiva dos casos particulares?

O controle de constitucionalidade almeja por certo aprimorar as leis existentes no ordenamento jurídico, ora repudiando aquelas eivadas do vício maior de inconstitucionalidade,ra maior de inconstitucionalidadeo vja por certo aprimorar as leis existentes no ordenamento jurormativo, resulta declarat ora inoculando outras de reiteradas argüições de desconformidade ao Texto Maior. Note-se bem, a fiscalização de constitucionalidade repousa em firme terreno de abstração, quando a fonte normativa resulta questionada pela sua alegada contrariedade ao texto fundamental. Mesmo quando a questão é suscitada em dado processo, em caráter preliminar ao deslinde da causa sob julgamento, a resposta jurisdicional se resume à ambivalência (código binário) de constitucionalidade / inconstitucionalidade da lei.[2]

Em face disso, passa a ser natural que as denominadas decisões interpretativas, oriundas deste controle abstrato, quando o STF ressalva sentidos ou significados ao texto normativo combalido pela mácula de incongruência à Carta Magna, adquiram formato subsuntivo refratário ao paradigma hermenêutico do século XX. A interpretação conforme a Constituição, por exemplo, foi consagrada de maneira metafísica, para não dizer imprestável, de modo a subsumir do texto de lei, aquele ao qual se atribui a qualidade de plurissignificativo, hipótese unívoca – e vinculante – de adequação aplicadora. Se é certo que o juízo de constitucionalidade não se cinge à manifestação abstrata da procedência do texto legislativo em virtude da força suprema da Constituição, não é menos acertada a tese de que eventual filtragem hermenêutica mereça ser conduzida ao seu lugar natural, qual seja, a própria situação *sub judice*. Trata-se, pois, de melhor sistematizar o próprio controle de constitucionalidade no âmbito abstrato de seu objeto de análise e coaduná-lo aos esforços interpretativos de compatibilizar as decisões jurídicas ao trato axiológico da Constituição.

Quando o STF, na hipótese descrita acima, vislumbra abdicar da participação do Senado na chancela de generalização dos efeitos da inconstitucionalidade, há de se desdobrar, pelo menos, duas conseqüências normativas em nada comuns: a) o julgamento defere ser a lei inconstitucional; b) o julgamento defere que a lei tem de ser interpretada de tal forma – tanto para atribuir-lhe quanto para lhe retirar hipóteses de aplicação – para que a sua constitucionalidade se legitime preservada.

Na primeira hipótese, o controle difuso de constitucionalidade nada mais concretiza do que especificar – até atalhar – a idêntica pretensão contida no controle concentrado, qual seja, a de predicar à lei o seu vício congênito, de sorte a evitar qualquer interpretação dela porventura passível. Claro, como já o dissemos, dada a lei inconstitucional, tem-se duas perguntas bastante problemáticas: a) quanto à extensão temporal dos efeitos da inconstitucionalidade, inclusive em vista de decisões transitadas em julgado (tanto no controle difuso quanto no concentrado); b) quanto à qualidade de o controle difuso poder repercutir, sem a resolução do Senado, eficácia contra todos. Ao nosso sentir, no primeiro exemplo, quando a jurisdição constitucional decreta a inconstitucionalidade do texto normativo pela via do controle incidental, no caso concreto, é consectário lógico a natural expansão dos efeitos para todos, porque nos parece absurda a convivência desta realidade com situações várias pendentes de julgamento em que a lei – lá declarada inconstitucional *ab initio* – preserva a sua aptidão de tutelar os respectivos casos. Outra situação, de difícil ponderação, repousa nas decisões já transitadas em julgado com base naquela lei, ulteriormente declarada como inconstitucional. Existem critérios que hoje informam regras dos mais variados matizes: desde a postura absoluta, aberta (lei inconstitucional autoriza a rediscussão do caso a qualquer tempo) ou fechada (uma vez transitada em julgado a decisão, nada se pode fazer), à relativa, quando se contaria prazo para a propositura de ação rescisória até dois anos após a decretação do vício de inconstitucionalidade.

Portanto, quando a jurisdição constitucional apura, na sua mais autorizada Corte, a incompatibilidade do preceito normativo em virtude da Constituição, seja em controle difuso ou concentrado, nasce idêntico resultado no que se refere à extensão prospectiva daquele efeito para os demais casos nos quais se veicula pretensão aduzida com causa de pedir na lei dita inconstitucional. A distinção consagrada, portanto, entre os dois expedientes não tem, assim, a relevância prática que comumente se lhe confere[3], uma vez que, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade, o julgamento levado a efeito pelo Tribunal está plenamente desvinculado do processo originário, como já leciona Klaus Schlaich, citado por Gilmar Ferreira Mendes.[4] A condição de autonomia ou objetividade do controle de constitucionalidade normativo (da lei) já é atributo inerente à fiscalização direta; quando se trata do expediente difuso, releva perquirir se a premissa do alegado vício contamina o ato normativo propriamente dito ou eventual interpretação sua, quando naquela hipótese, e tão-somente nela, a conseqüência jurídica se revela idêntica ao controle concentrado.

Compreender que a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo consubstancia antecedente lógico para a solução da controvérsia não implica afirmar, pelo fato de ali ter incorrido dito contraste entre dois parâmetros normativos, que a inconstitucionalidade nascera na lide e, portanto, redunda circunscrita àquelas partes. O caso concreto foi apenas o ensejador de aparecimento da mácula, cujos efeitos devem transcender aos limites processuais do litígio. Este discernimento inclusive facilita outra conclusão de importância invulgar, qual seja, as decisões que aplicam a

Constituição pelo aporte interpretativo de sua necessária filtragem diante do ordenamento vigente não se sujeitam ao instituto da suspensão executiva da lei pelo Senado da República. Em virtude das decisões interpretativas emanadas da jurisdição, principalmente em sede de interpretação conforme ou constitucionalmente adequada, exatamente porque se está tratando de uma adjudicação de sentido tendente à resolução eficaz e correta do conflito sob julgamento, não se poderia cogitar de expediente generalizante, exatamente em virtude da especificidade ou concretude hermenêutica a justificar a fiscalização concreta da constitucionalidade na aplicação das leis.[5]

Ressalve-se, contudo, que não se conclui daí serem ambos os formatos de finalidade una, a se cogitar ser um ou outro inócuo, porque ao controle concentrado, em regra, se atribui a capacidade de cassar todos os efeitos, pretéritos inclusive, produzidos pela lei julgada inconstitucional. Já no controle difuso, entretanto, dita generalização *erga omnes* recebe, ao nosso ver, indispensável corte cronológico, ao assumir doravante ao julgamento particular a propagação subjetiva dos efeitos lá consagrados. Em verdade, nem mesmo a resolução senatorial poderia prescrever à decretação difusa de inconstitucionalidade eficácia retroativa, pois esta é qualidade típica do controle concentrado de constitucionalidade, pelo menos no vértice norte-americano da nulidade da lei inconstitucional.

Assim sendo, a única situação de equiparação possível entre o controle concentrado e o difuso se dá em duas circunstâncias concomitantes: a) quando o controle difuso afasta a incidência da lei pela consideração de sua inconstitucionalidade abstrata; b) quando o controle concentrado sofre a modulação (temperamento) temporal de seus efeitos, por força do artigo 27 da lei 9.868/99, ao possibilitar que oito Ministros do STF se manifestem pela inconstitucionalidade superveniente, optando pela preservação dos atos até então praticado sob a égide daquela legislação.[6]

Muito diferente é a situação ventilada na hipótese b *supra*, em que o STF contempla ao julgamento uma dimensão hermenêutica de razoabilidade, de modo a fazer valer uma interpretação da lei, em vez de rechaçá-la em abstrato. Nestes casos, pela própria natureza da indissociabilidade entre interpretação e caso concreto, não se pode cogitar, sequer por medida legislativa (resolução), automática replicação de efeitos sem qualquer ponderação com vista a adequar – se for o caso – o estado decidido com o processo pendente de julgamento. Parece-nos ser este o caso do julgamento acerca da Lei dos Crimes Hediondos: nele o STF, fugindo de tendência consolidada há mais de quinze anos, pela mais apertada maioria considerou ser o artigo 2º inconstitucional e, em vista disso, atribuiu ao recorrente o direito de progredir de regime prisional.

O que houve neste caso não foi propriamente a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo em questão. Estamos diante de típica decisão interpretativa ou constitucionalmente adequada – para discernir da opaca e metafísica interpretação conforme tal qual discorrida pela doutrina constitucional – na qual se decidiu – com acerto – que será inconstitucional toda a aplicação mecânica do artigo 2º, como se o condenado por crime hediondo não tivesse a possibilidade de, em atendendo aos pressupostos da execução penal, ter para si o direito fundamental de individualização da pena a propiciar a progressão de regime. Ou seja, o STF, longe de ter abolido as situações em que o apenado cumprirá integralmente em regime fechado a sua sanção, apenas condicionou ditos casos ao exame pormenorizado da peculiar condição do agente, mediante o atendimento das regras e princípios da execução penal

(inclusive o exame criminológico, ao nosso juízo). A conclusão é dada inclusive por Lenio Streck, ao comentar o julgamento dos crimes hediondos:

(...) o Supremo Tribunal Federal, em termos de modulação da decisão, afirmou que, na hipótese de haver alguém cumprindo pena, o juiz em sede de execução penal, devidamente comprovados os requisitos subjetivos e objetivos, poderá, aferindo o caso concreto, deferir a progressão. (...) é preciso assinalar, independentemente do acerto ou erro da decisão do Supremo Tribunal Federal, que, a partir do julgamento, não basta ao apenado cumprir o requisito objetivo de um sexto da pena e ter bom comportamento carcerário (...) para ter direito à progressão de regime carcerário (...).[7]

O que não pode o STF fazer é confundir o controle abstrato, na sua repercussão difusa, com a interpelação interpretativa inevitável dos sentidos normativos que se possam emanar contextualmente das leis e atos normativos quando de sua aplicação.[8] Atualmente observa-se que em determinados julgamentos o Tribunal força ter havido o controle difuso quando em verdade ocorreu o que denominamos controle concreto ou hermenêutico. Em recente enunciação sumular, com força vinculante, o Tribunal de Cúpula brasileiro fez assentar equívoca presunção, ao tomar inconteste como exercício de controle de constitucionalidade difuso, suscetível das regras de uniformização de jurisprudência, toda e qualquer decisão que contrarie o dispositivo legal, ou melhor, o sentido tomado como incontroverso no tocante à respectiva interpretação.[9] Tudo isto com o objetivo de, ao tornar uma discussão hermenêutica em singela questão de direito, afeta à declaração pura e simples de inconstitucionalidade, para além de pacificar a jurisprudência, destroçá-la às raízes, como se a) de uma lei constitucional apenas nasce uma interpretação constitucional; b) de uma lei inconstitucional, leia-se, que possa permitir outras interpretações, embora razoáveis e de nítido alcance interpretativo constitucional, presume-se a sua imprestabilidade.

Quando o Professor Streck assevera que as decisões do controle difuso não possuem autonomia, porque "dependem do socorro do Poder Legislativo para adquirir força vinculante *erga omnes*", temos de diferenciar os julgamentos e as respectivas modulações hermenêuticas.[10] Por exemplo, para citar modelos utilizados pelo próprio autor, a decisão que decreta ser a lei dos crimes hediondos inconstitucional no que tange ao princípio da impossibilidade absoluta de progressão de regime prisional consiste em situação antitética – na cisão entre controle abstrato e concreto – ao julgamento do qual emana a tese de que "somente são hediondos os crimes sexuais cometidos com lesão grave ou morte".[11] No primeiro caso, estamos diante de uma decisão de inconstitucionalidade abstrata: a tese ora repudiada é a de que a pena por crime hediondo será integralmente fechada para todas as situações.[12] Já o segundo exemplo condecora a) uma decisão interpretativa, b) de índole positiva, cuja valia em termos de precedente vinculante é inclusive questionada no âmbito da fiscalização concentrada pelos próprios precursores da hermenêutica filosófica enfatizada no processo de aplicação do direito (diante da decretação de constitucionalidade da lei por força da procedência da ADC ou da improcedência da ADIN, ou mesmo na situação de interpretação conforme para efeito de salvaguardar o ato normativo no interior do ordenamento jurídico).

A proposta elementar da hermenêutica filosófica, reivindicada por Hans-Georg Gadamer em homenagem à universalidade do "como" existencial heideggeriano, ao atender o caráter antecipador da compreensão em todas as manifestações humanas,

mormente no saber prático jurídico, coincide com a reviravolta paradigmática da linguagem como condição de possibilidade da constituição dos sentidos. E mesmo quando a sobrecarga da teoria jurídica contemporânea se volta para a decisão, especialmente nos tratados sobre a argumentação jurídica, não se consegue exaurir o suporte de compreensão a partir do qual determinado caminho foi tomado.[13] Toda a explicação se tornou insuficiente para carregar consigo a pretensão de explicitar em plenitude as razões pelas quais se adotou certo sentido: a dobra da linguagem denuncia, aqui, a insuficiência do procedimento, a dicotomia justificação interna e externa, a duplicidade dos níveis de racionalidade e a articulação recíproca entre regras e princípios. Especificamente no plano esmiuçado da aplicação jurisdicional, o controle de constitucionalidade passa a esboçar desdobramentos até então subestimados, como a desincompatibilização da interpretação conforme enquanto diretriz hermenêutica na resolução dos casos concretos (para alguns, interpretação constitucionalmente adequada) em vista dos cânones objetivos de fiscalização abstrata da norma jurídica.

A perspectiva hermenêutica adotada para efeito de se empreender análise da jurisdição constitucional abraça o vetor da "filosofia hermenêutica", a distanciar-se, então, seja da "teoria hermenêutica", seja da "hermenêutica crítica".[14] Isto porque a primeira, ao proclamar-se "teoria", escorre para o vício metafísico de concluir por uma objetiva e pura metodologia interpretativa. No que tange à hermenêutica dita crítica, contundentemente construída de acordo com as pretensões universais da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, apesar das ótimas repercussões no bojo da teoria democrática do Estado de Direito, parece ser ela tributária em demasia dos cânones procedimentais articuladores do discurso legal.

A genealogia da proposta gadameriana remonta aos seminários de Heidegger acerca da hermenêutica da facticidade, articulados desde os idos da década de vinte.[15] Acontece que a autonomia conquistada, por primeiro, pela fenomenologia hermenêutica e, por segundo, pela hermenêutica filosófica, vem sendo juridicamente desconsiderada por fatores discutíveis contra Heidegger e, conquanto por hipótese comprovados, indevidamente projetados em detrimento do inegável fundamento filosófico cuja contribuição convém aos seus detratores destroçar. A alegada adesão deste filósofo ao nazismo é matéria de contumaz e pujante literatura, tanto num ou noutro sentido, dubiedade já impossibilitadora de qualquer conclusão em caráter definitivo. Contudo, ainda que cogitando desta pessoal vinculação, há de se sublinhar a independência e sobriedade do legado filosófico heideggeriano, do qual se pode, sem qualquer prejuízo para efeito argumentativo, fundar determinada categoria de pensamento em iguais condições de contraposição às demais outras.[16]

Merece total desabono, assim, a categorização epistemológica que Álvaro de Souza Cruz com o intuito de fazer crer que as conjecturas acerca das "colorações nacional-socialistas" em determinado momento de vida de Heidegger possam ser evidenciadas como um corrente de pensamento em relação à sua obra.[17] A polêmica a que o autor se refere apenas se cinge, como dito alhures, às preferências pessoais do filósofo, em nada podendo contaminar as linhas de seu pensamento, sobre as quais, ressalte-se, muito se escreve, por exemplo, como sendo tributárias ao sentido ético do cuidado humano.

A hermenêutica filosófica arraigada nas linhas-mestras do pensamento de Gadamer indelevelmente contrapunha a mais óbvia das críticas, qual seja, a dificuldade

– suposta ou alegada – em se empreender algum filtro de validade ou senso racional capaz de discernir os prejuízos autênticos dos inautênticos no emaranhado da situação histórica.[18] Nas palavras do próprio filósofo: “Nós temos de nos confrontar constantemente com a pergunta sobre como, em face do começo da consciência histórica, ainda se poderia exigir validade de verdade de uma obra filosófica de pensamento”.[19] No especializado trato da concretização judicial por meio da aplicação, onde os textos se transformam em normas de decisão, sobressai o problema da contenção decisória em termos de limites interpretativos: em que medida o texto da norma resulta subvertido semântica e pragmaticamente através das decisões?

O problema está na estirpe criteriosa dos argumentos dirigidos contra a dimensão constitutiva da interpretação (jurídica) e da indelével genuína vocação normativo-problemática dos casos decidendos, cuja potencialidade hermenêutica permite, fundamentadamente, que mesmo elementos integrantes do ordenamento jurídico, por demais abstratamente exaurientes quanto ao suporte fático neles consagrado, sofram influxos de conformidade interpretativa a lhes capacitar redefinição.[20] Desse modo, identificar o desencontro entre a decisão dos órgãos de aplicação jurídica e as normas passíveis de generalização a partir do respectivo texto normativo a ponto de ali cogitar alguma degradação semântica e pragmática significa a consagração do unívoco sentido da lei da clássica metafísica jurídica de cunho positivista.[21] A desconexão entre regra e decisão, em si, não é impossível nos moldes da hermenêutica filosófica, sendo, aliás, desejável para o filtro de validade das decisões jurídicas, desde que verificada por oportunidade da própria realização interpretativa, e não em juízo preliminar com base nos domínios semânticos da norma jurídica.[22]

Por exemplo, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira reforça tal diferença ontológica – a do plano de validade e a do plano de adequação, também formulada nos discursos de fundamentação e os de aplicação – ao descrever a contumaz confusão de questões argumentativas ligadas à validade das normas jurídicas e à sua adequabilidade para a solução dos casos concretos.[23] No âmbito de uma teoria jurídica contemporânea cujo enfoque aponta para a jurisdição constitucional, bem como para a concretização dos direitos fundamentais, tendo em vista o hodierno cenário da sobrecarga da decisão, pela crescente intervenção pragmática do papel decisório de juízes e tribunais e pelo progressivo interesse teórico-dogmático no tema da argumentação jurídica, parece-nos ultrapassada a controvérsia entre procedimentalistas e substancialistas no que toca à legitimidade do sujeito (instituição) responsável pelas decisões mais emblemáticas nesta tensão ínsita ao Estado Democrático de Direito. Isto porque a decisão passou a incorporar autonomia em termos de razoabilidade conteudística, conquanto por vezes limitada ao questionamento formal, em detrimento de indagações que atrelem à sua genealogia o ponto arquimédico da correspondente viabilidade constitucional-democrática.

Não por outro motivo se encontram vozes despertadoras da realização de uma hermenêutica processual de acordo com a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, de modo a incrementar, além do próprio controle de constitucionalidade das leis, no seu aspecto de incongruência textual e abstrata, o espaço de interpretação das leis de acordo com a Constituição. Nesse sentido, trata-se de conformar o próprio conteúdo das decisões aos princípios constitucionais dotados de fundamentalidade, na esteira da constitucionalidade hermenêutica exigida pela Constituição da República por ocasião da suscetibilidade de decisões que a contrariem serem objeto de recurso extraordinário

(artigo 102, inciso III, alínea a). Ora, existem hoje trabalhos de processualistas que hoje ressaltam a importância desta genuína hermenêutica constitucional, muito embora não concluam, como o faz Lenio Streck, da necessidade de a interpretação conforme, enquanto figuração interpretativa do existencial caso concreto, ultrapassar a exclusiva competência do controle concentrado (artigo 28, *in fine*, da Lei 9.868/99), passando a ser condição inerente da aplicação jurisdicional.[24]

Poder-se-á demonstrar não ser trivial a compreensão – quiçá aplicação – do instituto aqui debatido (interpretação conforme na modalidade hermenêutica da interpretação constitucionalmente adequada), na medida em que há autores cujo estudo, embora proficiente do ponto de vista estritamente teórico, resvala em inaceitáveis conclusões. Veja o caso da obra "Por uma Teoria dos Princípios", quando o autor, ao sufragar a tese – a nosso ver, adequada à luz da hermenêutica filosófica – acerca da ponderabilidade de princípios e regras (p. 49 e XXXIII, quando da nota à segunda edição), padece em contradições ao fazer coro à tese de que a interpretação conforme somente é viável nos casos de polissemia da lei (p. 263), ou, então, ao dizer serem os casos fáceis suscetíveis à "única resposta correta", em oposição aos casos difíceis, quando é possível propor mais de uma resposta adequada (p. 196).[25] Se as regras, *contrario sensu*, comportassem exclusivo significado, como se poderia concluir que delas emana, mediante interpretação aplicadora, eventual abertura por meio de ponderação?

A polissemia interpretativa, contudo, ainda se ressente de influências estritamente arraigadas na estrutura literal dos atos normativos, ao ponto de existirem limitações conjugadas sob a forma de princípios hermenêuticos, como se pode verificar na voz eloqüente de J. J. Gomes Canotilho: "o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas 'contra legem' impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais".[26] O que se pode observar é o dissídio de conformação constitucional entre o poder judicante (decisão judicial) e o poder legislativo (legislação), ou, noutras palavras, entre a interpretação conforme – entendida como a aplicação constitucionalmente adequada ou correta – e a interpretação da constituição conforme as leis. É claro que não se trata de uma alternativa excludente e peremptória; advirta-se com Ramos Tavares que não se pode confundir a diretriz hermenêutica de supremacia constitucional, segundo o que as leis devem ser interpretadas em consonância ao Texto Maior, "com a possibilidade existente – e de resto jamais contestada – de que a lei pode integrar a vontade da Constituição".[27]

O tema da interpretação conforme, destarte, assume foro de importância transcendente às técnicas de decisão adotadas pela jurisdição constitucional, quando ali se pode deduzir espectro *stricto sensu* tendente a modular os efeitos da decretação de inconstitucionalidade, homenageando e preservando as leis aprovadas nos marcos da representatividade democrática de inegável expressão da vontade popular.[28] Ocorre que a interpretação conforme abrange o próprio tema da concretização judicial, quando ao juiz, em derradeiro, compete dar sentido ao caso diante da lei, da realidade (contexto) social e da Constituição, considerando as necessidades de direito material nele envolvidas.[29]

A trama, a rede, a espiral hermenêutica de cuja universalidade (ubiqüidade) não se pode renunciar, quanto o mais para o panorama jurídico (o Direito), conquanto sua força sistêmica proclame no mais das vezes autonomizar a deontologia em desprestígio do correspondente (e inegável) anteparo axiológico, parece ainda não ter bem repercutido no contexto do controle de constitucionalidade. Quando hoje se convoca, em prol de uma nova teoria das fontes, o potencial hermenêutico dos princípios constitucionais para efeito de melhor irradiar (contaminar) os valores da Constituição no processo judicial, não se está, apenas, fiscalizando a procedência das leis ou atos normativos na sua conformidade com o Texto Maior. A justiça constitucional certamente abriga a própria constitucionalidade das decisões que ultimam o processo, muito além, portanto, da (não menos importante) chancela dos dispositivos legais em vista do teor constitucional. Dizer que todo o juiz é juiz constitucional é tornar redundante o exercício do controle difuso de constitucionalidade, limitável pelo desempenho da fiscalização concentrada ou direta pelo STF, e enfatizar, sobremaneira, a intangibilidade da interpretação constitucionalmente adequada, insuprimível pelo manto da razoabilidade judicativa, pelo atendimento dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da devida fundamentação judicial e, se for o caso, da recorribilidade.[30]

Na tentativa de abolir a meta finalística da melhor exegese, haveria, ao lado da obsoleta teoria da unívoca *intentio auctoris* ou *intentio legislatoris*, apenas duas outras estratégias: (a) ou se afirma que todas as interpretações são erradas; (b) ou se sustenta que todas são igualmente boas. Em qualquer das hipóteses, o caminho tomado conduz, fatalmente, a uma idêntica e desenganadora contradição performativa. A teoria de que todas as interpretações são ruins faz dela mesma uma exegese equivocada: se todas erram, também ela, obrigatoriamente, claudica. (...) Já a tese oposta, e bastante liberal, de que todas as exegeses são boas, destrói a si mesma, transformando cada interpretação em regra autônoma, onde o vazio se projeta como o único sentido da lei.[31]

Em percuciente artigo de crítica à tendência do STF em cogitar da dispensabilidade do artigo 52, X, quando do próprio controle difuso emanariam efeitos *erga omnes* em caráter vinculante, da lavra dos Professores Lenio Streck, Martonio Barreto Lima e Marcelo Cattoni de Oliveira, depreende-se nuclear instigação hermenêutica, a confrontar as possibilidades e os limites interpretativos no âmbito do texto constitucional: “A interpretação da Constituição pode levar a que o STF produza (novos) textos, isto é, interpretações que, levadas aos limite, façam soçobrar os limites semânticos do texto no modo que ele vinha sendo entendido na (e pela) tradição (no sentido hermenêutico da palavra)?”.[32] Encontra-se aqui um jogo de palavras provocador: as interpretações levadas ao limite ou desbordam o texto (limites semânticos) ou destoam dos sentidos que lhe são atribuídos pela tradição?

Qual a diferença metodológica – em termos de procedimento – entre interpretar a Constituição e interpretar a partir da Constituição? Existe alguma especificidade na interpretação constitucional que a distinga da interpretação das leis infraconstitucionais? Ao olvidar o comando constitucional cujo conteúdo aponta para determinada regra condicionante[33], o Supremo Tribunal Federal estaria modificando o próprio texto, procedendo a uma genuína mutação constitucional. Em termos gerais, tal conseqüência seria nefasta, porque se estaria atribuindo à função jurisdicional competência digna do poder legislativo reformador. Neste sentido, ir de encontro ao texto da Constituição (ordem semântica), por mais que argumentos reinem nesta postulação, seria uma impossibilidade, cuja restrição não se encontra, por exemplo, na miríade de

possibilidades interpretativas – razoáveis – advindas do processo de aplicação do direito, quando as leis infraconstitucionais resultam compatibilizadas ao Texto Maior por oportunidade do melhor julgamento possível (resposta adequada constitucionalmente ao caso).

O descumprimento do artigo 52, X, da Carta Magna de 1988, assim como o descumprimento de qualquer mandamento normativo, ocorre na indelével interpretação que dele se faz para efeito de conformidade ou desconformidade ao sistema jurídico-constitucional vigente. Não existe texto puro e simples; tampouco há interpretações (normas) isoladas dos referenciais oriundos da legislação. Ocorre uma sinergia, ou interação discursiva entre fundamentos ou razões responsáveis por suportar dada inteligibilidade – prática, hermenêutica e normativa – como sendo aquela dotada de suficiente razão autêntica, cuja autoridade repousa menos em apoio de simulacros metafísicos, senão através de determinada interpretação carregada, em detrimento das demais, do melhor juízo de suporte argumentativo a carrear o liame defensável das variantes jurídicas fato, valor e norma. Nesta esteira, como deduzir que o descumprimento do artigo constitucional em questão pode, em dadas ocasiões, ser justificado, e noutras, não? Conforme Streck, o STF, muito embora tenha declarado a inconstitucionalidade de ato normativo em controle difuso, poderá não remeter sua decisão para o Senado, quando referido juízo for tomado por escassa maioria ou quando o entendimento, na matéria relacionada, não estar devidamente assentado, hipóteses em que não se teria descumprido o artigo 52, X, da Constituição.[34] Não nos parece que a remessa para o Senado tenha sido uma faculdade atribuída pelo texto constitucional ao guardião do Texto Maior, tendo em vista que a mácula de inconstitucionalidade, como qualidade objetiva da lei, em sede preliminar de análise divorciada do problema posto em causa (logo, não há o que estar assentado na respectiva matéria, que se liga, mas não se confunde ao prévio juízo de constitucionalidade), será aferida ou não; em caso afirmativo, e independentemente do quórum de votação, o vício restará reconhecido.

Aponta-se, assim, para a existência de opções constitucionais prévias sobre as quais não se pode admitir a propagada ponderação, tratando-se, assim, de enunciados portadores da própria condição forte digna da regra, em se distinguindo dos princípios, porque naquelas recai a condição mesma de obediência (*tudo ou nada*, na reconhecida lição de Ronald Dworkin). Contudo, especificamente no ponto em comento, não se consegue, por exemplo, mensurar coerência e razoabilidade daqueles que sugerem ser indispensável a manifestação do Senado da República para dar azo aos efeitos *erga omnes* no controle difuso e, ao mesmo tempo, deduzir que respectivo comportamento daquela Casa parlamentar é de natureza vinculada.[35] Se o Senado estaria vinculado a expedir resolução com o fito de converter a eficácia entre as partes para geral, não estaríamos diante de opção constituinte (originária) firme acerca do natural consectário de que lei inconstitucional resulta em natural (e lógica) medida *erga omnes*? Os autores não despendem considerações específicas a respeito deste assunto, ao afirmarem que "a discussão sobre se o Senado está ou não obrigado a elaborar o ato é outra coisa".[36]

Ora, esta conseqüência – substancial – poderia padecer diante de inércia de procedimento, vale dizer, diante da inexistência de expedição resolutiva senatorial? Parece-nos que não. Ademais, o argumento de equivalência entre a fiscalização concentrada e a difusa, a fazer valer a inocuidade do artigo 52, X, da Constituição, no sentido de que os efeitos gerais, supostamente ínsitos ao controle difuso, traduziriam equiparação ao controle objetivo, não merece prosperar, porquanto a extensão temporal

dos efeitos pretendidos no controle incidental é projetiva (*ex nunc*), diversa da regra geral do controle direito (*ex tunc*).[37]

A própria Suprema Corte brasileira apresenta soluções antípodas em relação à existência da diferença ontológica entre a decisão constitucional e o sistema de constitucionalidade da lei. Quando, por exemplo, o STF reconhece que a interpretação constitucionalmente adequada passa ao largo do incidente de reserva de plenário, porque a sua exigibilidade diz respeito à fiscalização da lei, e não da norma (sentido), acentua a autonomia da *applicatio* em vista do universo normativo abstrato.[38] Ao passo que em outros julgados ocorre metafísica identificação entre as decisões interpretativas e a fiscalização em controle objetivo de lei ou ato normativo.[39]

A vertiginosa mudança proposta ao controle difuso de constitucionalidade por parcela considerável da doutrina, incluindo integrantes do órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional[40], e pelos próprios rumos argumentativos de precedentes do Supremo Tribunal Federal, tem conduzido a uma não menos significativa crítica proveniente da cultura constitucional brasileira. Da inconstitucionalidade verificada no caso concreto, cujos efeitos se presumem tão-só integrantes da respectiva demanda, não se poderia admitir eficácia geral contra todos, até mesmo em virtude do dispositivo constitucional responsável por atribuir ao Senado da República a competência de generalizar doravante dita decisão. Entretanto, desta simplificada ou unilateral versão do controle difuso não resta outra alternativa senão condenar um ou outro discurso, seja tendente à mantença dos efeitos *inter partes*, seja pela necessidade de sua transcendência aos demais casos submetidos pela idêntica fonte normativa.

Ocorre que o texto constitucional também albergou outra manifestação de contrariedade ao Texto Maior, de cariz interpretativo, quando afetou ao STF a competência de julgar, mediante recurso extraordinário, todas as causas nas quais a decisão supostamente violou a Constituição. Esta hipótese consiste em modalidade absolutamente diversa daquela em que a Corte Suprema confirma ou rejeita a prévia alegação de inconstitucionalidade da lei, quando a decisão, propriamente dita, em seu mérito, não está sendo debatida, senão a preliminar de incidência e validade da norma jurídica em questão. Isto posto, se a decisão do STF inclina-se em declarar a inconstitucionalidade da lei, resulta cogente que esta decisão seja *erga omnes*, porquanto o dispositivo em abstrato foi alvo de manifestação pelo tribunal supremo. Diferente é o caso de uma decisão que, embora não suscitadora da inconstitucionalidade da norma jurídica, produz a inconformidade em seu mérito de resolução, pela indevida interpretação do direito em causa, em um desvio flagrante ou recalcitrante daquilo que se poderia denominar de resposta constitucionalmente adequada.

Entretanto, convém frisar, a natural e desejável repercussão geral na inconstitucionalidade difusa não pressupõe uma demasiada abstração do controle concreto de constitucionalidade, vale dizer, esculpindo para a interpretação do direito uma congênere métrica de cunho abstrato. Nesse sentido, e respeitado o fato de ser um dos maiores conhecedores da jurisdição constitucional, não se pode defender uma atuação interpretativa vinculante por intermédio de argüição de descumprimento de preceito fundamental, segundo as lições de Gilmar Ferreira Mendes.[41] A contundência de determinada interpretação se coloca no seio democrático da roda do discurso, quando assentado entendimento se legitima por força de sua convincente fundamentação (a violência da coerção transplantada pela atuação dos melhores

argumentos) e pela tolerância de poder ser combatida com o advento de novas circunstâncias ou razões, ou mesmo pela peculiaridade de fatos até então não problematizadores da até então suposta *ratio* do dispositivo. O precedentalismo, pois, não se pode confundir com o procedimentalismo, deveras quando este articula, mediante prévio discurso, mecanismos abstratos sonegadores da diferença ontológica cujo aparecimento somente se pode conferir na cultura dos precedentes. O procedimentalismo, então, solapa o concreto às custas de uma indevida fiscalização precedentalista, ao tomar como regra o risco do subjetivismo e do arbítrio ínsitos na própria concepção do devido processo legal e do substancial acesso à justiça.

Quando se tem em conta que o direito à prestação jurisdicional efetiva e adequada constitui consectário dos princípios constitucionais do devido processo legal, do acesso à justiça e da proibição de denegação de justiça, conclui-se pela sua genealogia de um legítimo direito fundamental, inclusive, abarcador, em face de o processo se revelar como instrumento de justiça, de outros direitos fundamentais suscetíveis de violação por uma indevida predileção ao sistema abstrato de fiscalização de normas. Neste sistema abstrato se inclui, nada há de se estranhar, o estrito controle difuso de constitucionalidade, quando este tem por objeto a fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis e atos normativos, nada obstante a sua manifestação atomística. Vale dizer, a qualidade de controle objetivo em nada se protrai diante da minúscula ocorrência diante de apenas um caso concreto.

Isto posto, o que torna o controle difuso efetivamente intrínseco apenas às partes é a sua concreta veiculação hermenêutica para efeito de interpretar o direito naquela situação incidente. Não é por outro motivo que esta específica faceta merece ser denominada em pormenores, motivo pelo qual a denominamos de controle concreto de constitucionalidade. Ao abordar o modelo português de controle de constitucionalidade, pelo análogo privilégio, como no Brasil, à fiscalização abstrata de constitucionalidade, Jorge Reis Novais estabelece problema semelhante: as mais significativas e correntes violações de direitos fundamentais ocorrem, dentre outros fatores, através de atos judiciais, por conta de sua interpretação, tratando-se aqui de uma inconstitucionalidade judicada, e não pressuposta de uma mácula inerente à norma legislada, única suscetível de apreciação pelo Tribunal Constitucional.[42] Contudo, ao abordar esta lacuna, o autor também pondera as potencialidades abusivamente dilatórias de uma fiscalização concreta deveras aberta, manipulável, diante da insatisfação de qualquer das partes, à luz de simplória alegação de afronta ao Texto Maior por uma aplicação (decisão) inconstitucional, em especial quando o Tribunal Constitucional de Portugal assumiu competência para também fiscalizar a constitucionalidade quanto à interpretação das normas efetuada pelo juízo recorrido.[43]

Discorrendo sobre esta eclética atuação da Corte portuguesa, Vital Moreira, ao realçar a necessidade de as interpretações inconstitucionais, na própria decisão empreendida de origem, serem dignas da apreciação pelo órgão judicial cúspide do sistema, denomina a respectiva via de recurso de quase-amparo.

Ora, é de salientar justamente que a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem permitido, ainda que de forma lateral ou mitigada, alcançar alguns dos efeitos do recurso de amparo, designadamente quando admite a sindicabilidade das normas com uma determinada interpretação, a interpretação acolhida na decisão recorrida. Na verdade, como o Tribunal vem decidindo, através de uma abundante e reiterada

jurisprudência, a questão de constitucionalidade tanto pode respeitar a uma norma (ou a uma parte dela) como também à interpretação ou sentido com que foi tomada no caso concreto e aplicada (ou desaplicada) na decisão recorrida, ou mesmo a uma norma "construída" pelo juiz recorrido a partir da interpretação ou integração de várias normas textuais (desde que estas sejam devidamente identificadas).[44]

Independentemente de Novais acatar, em sua argumentação, a diferença entre interpretar e aplicar, muitas vezes adotada pela doutrina, no sentido de que antes se interpreta o texto para depois aplicá-lo ao caso (a interpretação ocorreria em partes, de acordo com uma metodologia sucessiva), sua perspicácia merece ser considerada no aspecto das múltiplas incidências atinentes ao suposto caráter simplório (e lógico) do silogismo judicial.[45]

Em princípio, a uma decisão judicial está subjacente uma interpretação da norma aplicada e, obviamente, essa interpretação pode resultar em violação das normas constitucionais. Mas como saber qual a interpretação pressuposta na aplicação da norma? Como saber se foi a interpretação que determinou a aplicação inconstitucional ou se a interpretação da norma foi correcta, mas a sua aplicação é que é errónea e, por isso, inconstitucional? E quando o juiz interpreta a norma de forma não inconstitucional, mas entende que, no caso concreto, ela deve ceder perante uma outra norma ou princípio jurídico; é a avaliação/ponderação do juiz, isto é, a sua decisão, que é inconstitucional ou é a interpretação da norma porque deveria, eventualmente, ter sido interpretada com a atribuição de uma força que lhe permitisse superar, na ponderação, o princípio contrário? E quando o juiz faz, anuncia e fundamenta a sua decisão numa interpretação não inconstitucional, mas quando aplica a norma assim interpretada o faz em desconformidade com essa interpretação, qual é a interpretação que o Tribunal Constitucional deve considerar: a efectivamente anunciada ou a porventura implícita e em conformidade objectiva com o teor da decisão?[46]

Destas variáveis interpretativas capacitantes e enunciadoras da delimitação de fronteiras, movediças casuisticamente (e não manipuláveis casualmente), entre o controle difuso e a fiscalização concreta de constitucionalidade, admite-se, inclusive – e aqui se absolveria a outrora distinção inautêntica de interpretar e aplicar –, a primazia do critério normativo interpretativo (hermenêutico) em vista do vetor semântico textual (apofântico). Isto quer dizer, admitida a cisão entre interpretação e aplicação, que esta última pode invariavelmente arrecadar um diverso sentido, mediante bastantes e relevantes fundamentos, até então não comportável pela reta inteligência abstrata do dispositivo legal invocado, exatamente em virtude de o caso concreto traduzir, naquela sua incidência problemática, dimensão qualitativamente incrementadora do baluarte restrito da interpretação (digna, para este discrímen, de tão-só fidelizar a exegese do texto normativo).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade.* Salvador: JusPODIVM, 2008.

ANJOS, Luís Henrique Martins dos. *A Interpretação conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento do Supremo Tribunal Federal, in Debates em Direito Público,* Revista de Direito dos Advogados da União, n. 3, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário.* Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea.* Traduzido por Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Uma Justificação Democrática da Jurisdição Constitucional Brasileira e a Inconstitucionalidade da Lei 9.868/99.* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001.

_____; STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional,* mundojuridico.com.br, p. 21.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O princípio do stare decisis e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. *In Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade.* Salvador: JUSPODIVM, 2007.

_____. *Controle de Constitucionalidade.* Salvador: JusPODIVM, 2007.

D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais. Guia à filosofia dos últimos trinta anos.* Traduzido por Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Los caminos de Heidegger.* Barcelona: Herder, 2003.

_____. *Hermenêutica em Retrospectiva. Heidegger em retrospectiva.* Hermenêutica e diferença ontológica. Petrópolis: Vozes, 2007.

HECK, Luís Afonso. *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. In Revista de Informação Legislativa,* n. 124, out./dez. 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Coisa julgada Inconstitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal. *In Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade.* Salvador: JUSPODIVM, 2007.

_____. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In Direito* Público, n. 20, mar./abr. 2008, Instituto Brasiliense de Direito Público.

MOREIRA, Vital. *O Tribunal Constitucional Português: a "Fiscalização Concreta" no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional*. Artigo publicado na Revista Subjudice, n. 20/21, jan./jun. 2001.

NEVES, Marcelo. *In* E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido. *In Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 155.

NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema protuguês de fiscalização concreta da constitucionalidade. *In Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria.* Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e aplicação do direito: Os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade – o caso da lei dos crimes hediondos. *In Constituição, Sistemas Sociais e hermenêutica.* Anuário 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Hermenêutica Jurídica. *In Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

TUGENDHAT, Ernst. Antropologia como filosofia primeira. *In Hermenêutica e Filosofia Primeira.* Ijuí: Unijuí, 2006.

ZOLLINGER, Marcia Brandão. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais.* Salvador: JusPODIVM, 2006.

---

[1] Gilmar Ferreira Mendes, doutrinador sistemático e ímpar conhecedor dos sistemas de constitucionalidade, Ministro do Supremo Tribunal Federal, um dos elaboradores das Leis 9.868/99 e 9.882/99, defende hoje esta tese com base em julgamentos recentes do próprio tribunal.

[2] Não se confunda o firme terreno da abstração, cujo almejo quer ressaltar a translúcida diferença, que se tenta camuflar, entre a inconstitucionalidade da lei e a da interpretação (decisão), com a impossibilidade de a lei, no seu apanágio de generalidade e impessoalidade, ser guarnecida fora de qualquer contexto, como se parida divorciada de qualquer apego histórico, sem raízes genealógicas deitadas no firme substrato do existencial-concreto. Parece, inclusive, já haver consenso sobre isto entre escolas jurídicas de matriz epistemológica diversa em *terrae brasilis*, como é o caso das exponenciais críticas gaúcha e mineira ao senso comum teórico dos juristas: "(...) devemos comemorar o fato de duas escolas do constitucionalismo contemporâneo denunciarem de forma uníssona conceitos corriqueiros insertos na maioria dos manuais de Direito Constitucional brasileiro: o controle concentrado de constitucionalidade, sob nenhuma hipótese, pode ser entendido como exercício hermenêutico abstrato!!!" (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 26).

[3] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 245.

[4] *Idem*, p. 246.

[5] Em sentido congruente, Dirley da Cunha Júnior, quando refere a impossibilidade de "confundir a solução da controvérsia, que se exaure entre as partes da relação processual e só a elas interessam com a declaração da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, que, nada obstante pronunciada para a resolução do litígio, deve transcender os limites processuais da lide e é de interesse de todos" (O princípio do stare decisis e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. *In Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade.* Salvador: JUSPODIVM, 2007, p. 87).

[6] Se esta é a exceção, o sistema brasileiro acata a tese da nulidade do ato inconstitucional, referendada na *common law*, segundo a qual a norma inconstitucional (veja-se que a própria denominação seria contraditória, pois a inconstitucionalidade implica ser a lei natimorta) não pode produzir efeitos, ou, em os produzindo, haverão de ser cassados.

[7] Hermenêutica e aplicação do direito: Os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade – o caso da lei dos crimes hediondos. *In Constituição, Sistemas Sociais e hermenêutica.* Anuário 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 114.

[8] Luiz Guilherme Marinoni diferencia as possibilidades interpretativas atreladas à aplicação jurisdicional, sendo-nos suficiente delimitar as duas primeiras: "Quando se trata da argumentação em prol da técnica processual adequada ao direito fundamental à tutela jurisdicional, é preciso relacionar a argumentação com as modalidades de compreensão da lei: i) interpretação de acordo, ii) interpretação conforme, iii) declaração parcial, iv) concretização da norma geral e v) supressão da omissão inconstitucional" (*Teoria Geral do Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 128). A interpretação de acordo consiste na interpretação constitucionalmente adequada, aquela capaz de atender às necessidades de direito material na conformidade efetiva – e viável – do direito fundamental concretamente sacrificado; já a interpretação conforme significa a específica incidência hermenêutica do controle de constitucionalidade, no sentido de salvaguardar o texto jurídico para não ser expungido do sistema jurídico, em vista de sua inconstitucionalidade. A primeira modalidade é essencialmente interpretativa; a segunda, de viés interpretativo secundário ou incidental, porque se apega aos ditames preponderantemente vinculativos do controle de constitucionalidade. Sublinhe-se, assim, na terminologia de Marinoni, que a interpretação de acordo não se subsume via necessária à interpretação conforme.

[9] Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu editar no dia 18 de junho de 2008 a décima Súmula Vinculante da Corte. Ela impede que órgãos fracionários que não têm a maioria absoluta dos integrantes de um tribunal afastem a incidência, total ou em parte, de lei ou ato normativo do Poder Público. Isso é vedado mesmo que a decisão do órgão fracionário não declare a inconstitucionalidade da norma, mas somente afaste a sua incidência em um caso concreto.

[10] Hermenêutica e aplicação do direito... *op. cit.*, p. 117.

[11] *Idem*, p. 118. O próprio autor afirma, logo após, com razão, que não é qualquer decisão que pode ser vinculante. Ora, como estamos tentando demonstrar, a decisão de inconstitucionalidade da lei (parcial ou total) revela o típico caso em que a decisão deve ser vinculante *erga omnes*, independentemente se proveniente do controle difuso ou concentrado.

[12] "Tem-se assim que o Supremo Tribunal Federal, na medida em que retirou o obstáculo à plena individualização da pena (...), proporcionou um substancial avanço hermenêutico, rumo a preservação de cada caso concreto, portanto, do processo aplicativo do direito, isto porque a regra proibitiva da progressão de regime (art. 2º da Lei 8.078/90) – entendida tabula rasa – obnubilava a singularidade dos casos (...)" (*Idem*, p. 125).

[13] E isto bem explica o corte transversal que a própria linguagem promove contra si quando paradigmas distintos são construídos, como meta-linguagem, através da mesma articulação lingüística objeto de estudo, quando, por exemplo, a decisão, na condição de objeto de análise, ganha relevo para autores cujas conclusões apontam para

caminhos diametralmente opostos ou, pelo menos, inconciliáveis (veja o caso do procedimentalismo e do substancialismo, por exemplo).

[14] Utilizamo-nos da classificação empreendida por Josef Bleicher (*Hermenêutica Contemporânea.* Traduzido por Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 13).

[15] O primeiro seminário de Heidegger assistido por Gadamer em 1923 denominava-se "Ontologia, Hermenêutica da Facticidade", quando os aportes da hermenêutica restavam introduzidos pela reviravolta heideggeriana diante da fenomenologia de Husserl (GADAMER, Hans-Georg. *Los caminos de Heidegger.* Barcelona: Herder, 2003, p. 358.

[16] Diga-se que Jürgen Habermas acentua a autonomia do pensamento em relação às idiossincrasias pessoais de seu correlato autor. Pensar diferentemente é repristinar, para o direito, teses de cunho subjetivo e metafísico, retomando a interpretação em exegese arqueológica, como se as intenções e peripécias do legislador fossem importantes para o deslinde concretizar na tarefa de conversão da norma ao texto. Constatar ou rechaçar dita aquiescência ao nazismo – implícita ou não – jamais afetaria, é o que nos impende sublinhar, o legado filosófico heideggeriano: como nos acena Habermas, o pensamento se liberta do autor, ao ponderar que "esta rigorosa concepção de unidade entre obra e pessoa me parece que não faz justiça à autonomia do pensamento e sobretudo à história de influências e efeitos que um pensamento gera" (*Identidades nacionales y postnacionales.* Madrid: Tecnos, 2002, pp. 18-19). Frise-se, ainda, a excelente contribuição de Franca D'Agostini em Analíticos e continentais, quando esta obra consolida sobremaneira o conhecimento maduro da hermenêutica filosófica, de seu nascedouro, suas repercussões atuais, os principais representantes, as principais articulações temáticas, não apenas descrevendo, senão construindo argumentos sérios a respeito das respectivas possibilidades, em cotejo com a filosofia analítica (*Analíticos e continentais. Guia à filosofia dos últimos trinta anos.* Traduzido por Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003). No que tange ao nosso propósito, enfatizaremos como fio condutor de nossos propósitos a indagação gadameriana sobre a filosofia prática no direito, ou seja, a não identidade necessária entre o abstrato (texto) e o concreto (norma), e, para a repercussão legítima deste último através da realização judicativo-constitutiva pela (e na) *applicatio*, consubstanciar sua viabilidade em termos de abertura fundamentadora razoável a reanimar a esfera da decisão, nas palavras da autora, "como uma reabertura das condições para uma reflexão racional em âmbito ético" (p. 452).

[17] "A última corrente, e talvez a mais polêmica, é a que percebe colorações nacional-socialistas na vida e na obra de Heidegger, especialmente no período que vai de 1930 até o final da Segunda Guerra Mundial" (*Hermenêutica Jurídica e(m) Debate.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 33).

[18] É a crítica formulada por Ernst Tugendhat, ao defender a antropologia como filosofia primeira, em vez da hermenêutica como universalidade, ao desincumbir desta algum discrímen crítico ou responsavelmente reflexivo: "A palavra 'nós' não representa, nessa proposição, nossa tradição, como o pareceu em Gadamer, senão se trata de 'nós' como achando-nos numa reflexão racional que faz um exame crítico tanto

da própria cultura como das alheias" (Antropologia como filosofia primeira. *In Hermenêutica e Filosofia Primeira.* Ijuí: Unijuí, 2006, p. 88).

[19] *Hermenêutica em Retrospectiva. Heidegger em retrospectiva.* Hermenêutica e diferença ontológica. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 95.

[20] Humberto Ávila, por exemplo, exemplifica nos princípios e nos postulados aplicativos (como ele mesmo enquadra a razoabilidade) a capacidade de invocar razões superiores de redefinição e não aplicação de regras (*Sistema Constitucional Tributário.* Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p. 32 e 46).

[21] NEVES, Marcelo. *In* E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido. *In Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 155.

[22] Neste sentido, invoca-se a desvinculação absoluta entre hermenêutica filosófica e qualquer forma de decisionismo, também por ela acenar com os limites à interpretação, nada obstante cogitados por oportunidade da indispensável mediação interpretativa, razão por que os juízos de proporcionalidade e razoabilidade lhe são caros para permitir que a diferença ontológica reivindique novo patamar de consideração diante de casos devidamente fundamentados (STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica. *In Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006, pp. 430-434).

[23] *Uma Justificação Democrática da Jurisdição Constitucional Brasileira e a Inconstitucionalidade da Lei 9.868/99.* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001, p. 205.

[24] A doutrina especializada, em parte expressiva, costuma dizer que a interpretação conforme cinge-se à modalidade de controle de constitucionalidade abstrato, não perfazendo "regra de interpretação do direito" (vide, sobretudo, ANJOS, Luís Henrique Martins dos. *A Interpretação conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento do Supremo Tribunal Federal, in Debates em Direito Público,* Revista de Direito dos Advogados da União, n. 3, 2004). A interpretação conforme, assim, além de ser plenamente cabível no controle difuso, também constitui operacionalidade inerente ao processo de aplicação do direito, quando sequer se constata a necessidade de conclamar o incidente de inconstitucionalidade. Por esta razão, é de uma naturalidade lógica a dicção de ditos efeitos nos termos propostos pela hermenêutica filosófica, mormente em trabalhos, ensaios e obras que reivindicam a necessidade de uma hermenêutica processual voltada à efetividade dos direitos fundamentais. Contudo, há autores que não se aventuram a ingressar em conclusões deste porte, no plano do controle de constitucionalidade, muito embora, é de se aplaudir, apontem para a autonomia decisória da interpretação constitucionalmente adequada (v.g., ZOLLINGER, Marcia Brandão. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais.* Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 162, nota de rodapé n. 23).

[25] OLIVEIRA, Fábio de. Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[26] *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1226-1227.

[27] *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 85-86. O princípio da interpretação da Constituição conforme as leis é havido por Canotilho como um dos mecanismos patrocinadores dos limites da interpretação constitucional, muito embora advirta dos perigos de incorrer numa inconstitucionalidade em nome da "legalidade da constituição" (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição ...*, p. 1234).

[28] O emprego da expressão "interpretação orientada pela Constituição" é cunhado por Luís Afonso Heck (*O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. In Revista de Informação Legislativa,* n. 124, out./dez. 1994, pp. 131-132). Outros autores se utilizam de outros termos ou expressões para indicar a mesma interpretação decisória (aplicação) conforme sob a guarda conteudística da Constituição: para citar exemplos referenciais, Lenio Luiz Streck, ao referir a interpretação constitucionalmente adequada; Luiz Guilherme Marinoni, interpretação de acordo; Jorge Reis Novais, por fim, celebrando a constitucionalidade das normas na interpretação concreta efetuada pelo juiz comum (Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema protuguês de fiscalização concreta da constitucionalidade. *In Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria.* Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 164).

[29] O juiz, portanto, encarna o ponto último da proibição do *non liquet*, culminando o processo em que as partes colaboraram, prestaram as suas informações e argumentos, desincumbindo a dúvida que pairava sobre um direito material que se tornou discutível a partir do ingresso da demanda. Trata-se aqui de desabonar a figura do magistrado em benefício da decisão fundamentada a colimar o caso concreto. Segundo Marinoni, "a mera prolação das sentenças declaratória e constitutiva é suficiente para atender ao direito material, ao passo que as sentenças condenatória, mandamental e executiva se ligam a meios executivos, visando com isso a tutela do direito" (*Teoria Geral do Processo...*, p. 270).

[30] Luiz Guilherme Marinoni chega a dizer, com razão, que a decisão transitada em julgado com base em preceito que ulteriormente foi declarado inconstitucional pelo STF em controle abstrato não poderá ser alvo de rescisão, porque o que se estabilizou foi a lei interpretada para o caso concreto, diversa da gênese normativa alvo de nulidade pelo Tribunal de Cúpula brasileiro (*Coisa julgada Inconstitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008).

[31] PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 26-28.

[32] *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional,* mundojuridico.com.br, p. 21.

[33] Na hipótese em comento, a regra contida no artigo 52, X, quando o Supremo Tribunal declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em sede de recurso

extraordinário, remeterá a matéria ao Senado da República, para que este suspenda a execução da referida lei.

[34] *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 478.

[35] É o caso de Lenio Streck, quando refere que "não parece razoável admitir que, declarada a inconstitucionalidade de uma lei pelo STF, o Senado venha a entender que aquela decisão só tenha validade para as partes litigantes (do caso *sub judice* analisado pelo STF)" (*Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 483). Outros renomados constitucionalistas também aderem à tese de que o Senado está obrigado a suspender a execução do ato que o STF declarou inconstitucional em controle difuso, dentre eles, Lúcio Bittencourt, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Alfredo Buzaid, Celso Ribeiro Bastos e Zeno Veloso, conforme pesquisa empreendida por Dirley da Cunha Júnior, o qual também se alinha à respectiva orientação (*Controle de Constitucionalidade.* Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 151). Direção oposta é a empregada por Walber de Moura Agra, ao afirmar que o Senado possui atribuição discricionária para suspender ou não a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle incidental de constitucionalidade (*Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade.* Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 55).

[36] STRECK, *et ali. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, mundojuridico.com.br, p. 8.

[37] "Portanto, parece óbvio que, se se entendesse que uma decisão em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, cairia por terra a própria diferença. É regra que o controle concentrado tenha efeitos *ex tunc* (a exceção está prevista na Lei nº 9.868/99). O controle difuso tem na sua *ratio* o efeito *ex tunc* entre as partes. Então, qual é a função do Senado (art.52,X)? Parece evidente que esse dispositivo constitucional não pode ser inútil." (STRECK, *et ali. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, mundojuridico.com.br, p. 7).

[38] Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição. (cf. RE 184.093, Moreira Alves, *DJ* 5-9-97)." (RE 460.971, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 13-2-07, *DJ* de 30-3-07)

[39] Controle de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que — embora sem o explicitar — afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição. (RE 432.597-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-12-04, *DJ* de 18-2-05). No mesmo sentido RE 379.573-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 6-12-05, *DJ* de 10-2-06. AI 521.797-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 5-9-06, *DJ* de 29-9-06.

[40] Na reclamação constitucional n. 4.335-5, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, envergou para a Corte Suprema a aplicação da eficácia geral para as decisões de constitucionalidade no âmbito do controle incidental, sem a necessidade interventiva do Senado da República, cuja resolução apenas conferiria publicidade ao teor do julgamento. Em texto de sua lavra a debater o instituto da reclamação, Mendes justifica a natural expansão e transcendência do controle difuso de constitucionalidade, tomando como base a já institucionalizada – por via legislativa, em face do contido no artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 9.756/98 – dispensabilidade do instituto constitucional da reserva de plenário (artigo 97 do Texto Maior), quando o STF já tenha se pronunciado pela inconstitucionalidade da lei, hipótese em que os tribunais ordinários se exoneram do dever de submeter o processo ao plenário ou órgão especial (A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal. *In Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade.* Salvador: JUSPODIVM, 2007, pp. 204-209).

[41] "A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da argüição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria idéia de prestação judicial efetiva. Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização de lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula que tem missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em uma ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em uma autêntica lesão a preceito fundamental" (*Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In Direito* Público, n. 20, mar./abr. 2008, Instituto Brasiliense de Direito Público, p. 23). A eficácia em se enquadrar como objeto de ADPF perante o STF, em precedência e primazia ao próprio recurso extraordinário, a mera interpretação judicial discrepante ou sem base legal está no efeito *erga omnes* do julgado e de sua contundência vinculante, ou seja, a argüição de descumprimento de preceito fundamental carrega índole de feição típica concentrada, "que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia" (p. 24). As causas tornar-se-iam, assim, meras teses, suscetíveis de solução unívoca.

[42] Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema protuguês de fiscalização concreta da constitucionalidade. *In Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria.* Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 159-160. A analogia convém em virtude de o STF desconhecer (e pior, insistir em contrário) uma sistemática distintiva entre decisões inconstitucionais e decisões que aplicaram leis inconstitucionais, tanto que toda a decisão interpretativa a ponto de conformar hermeneuticamente um texto de lei aos ditames da Constituição, em termos de *applicatio*, é tida como reformável diante da premissa de que houve ali um pronunciamento prévio acerca da inconstitucionalidade da lei. Logo, para o STF, as leis possuem sentidos unívocos, sob pena de, em não os acatando, o intérprete dever tomá-las como inconstitucionais.

[43] Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema protuguês de fiscalização concreta da constitucionalidade. *In Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria.* Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 166 e 170.

[44] *O Tribunal Constitucional Português: a "Fiscalização Concreta" no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional*. Artigo publicado na Revista Subjudice, n. 20/21, jan./jun. 2001; publicado em francês, in: Lês Cabiers du Conseil Constitutionnel, n. 10, 2001, p. 21-34; publicado também na Revista Direito Público, n. 3, jan./mar. 2003. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, p. 87.

[45] A reserva ao constitucionalista português no tocante ao ponto ocorre em virtude da recusada fusão hermenêutica empreendida por Gadamer, de cujas linhas se depreende que toda a interpretação consiste em aplicar (e nelas, em unidade, habita a compreensão). Mesmo assim, o autor admite que há uma impossibilidade objetiva de traçar rigorosa fronteira entre o que é interpretação e o que é decisão judicial (p. 173).

[46] Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema protuguês de fiscalização concreta da constitucionalidade. *In Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria.* Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 172-173.

A HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO CONDIÇÃO COMPREENSIVA DA CONSTITUIÇÃO: UMA (TRANS)FORMAÇÃO DO OPERADOR À INTÉRPRETE*

LA HERMENÉUTICA JURÍDICA COMO CONDICIÓN COMPRENSIVA DE LA CONSTITUCIÓN: UNA (TRANS)FORMACIÓN DEL OPERADOR AL INTÉRPRETE

Paulo Ferrareze Filho
Maurício Zanotelli

RESUMO

A busca da superação do paradigma metafísico provocou uma reflexão, para os fins desta pesquisa, nos limites da Constituição Federal. A manutenção do paradigma metafísico acaba por objetificar o arcabouço principiológico do texto constitucional, confirmando a viciosidade de se operar o Direito. A filosofia hermenêutica heideggeriana promove a viragem ontológico-lingüística, estruturando o paradigma da compreensão. Esse novo paradigma é complementado pela categoria da tradição na filosofia gadameriana, por meio da qual se instaura a noção de intérprete, dotado de historicidade e faticidade. Essa conjugação de pensamentos é fundamental para a superação da figura do operador do Direito e para a inauguração, já tardia, de um intérprete capaz de constituir histórica e linguisticamente respostas hermeneuticamente adequadas à principiologia constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO FEDERAL. HERMENÊUTICA. SUPERAÇÃO DA METAFÍSICA.

RESUMEN

La búsqueda de la superación del paradigma metafísico provoco una reflexión, para los fines de esa pesquisa, en los límites de la Constitución Federal. La manutención del paradigma metafísico acaba por objetificar los principios del texto constitucional, confirmando la viciosidad de se operar el derecho. La filosofía hermenéutica heideggeriana promueve la vuelta ontologico-lingüística, moldando el paradigma de la comprensión. Ese nuevo paradigma es complementado por la categoría de la tradición en la filosofía gadameriana, por medio de la cual se inaugura la noción de intérprete, dotado de historicidad y facticidad. Esa conjugación de pensamientos es fundamental para la superación de la figura del operador del Derecho y para a inauguración, ya tardía, de un intérprete capaz de constituir histórica y lingüísticamente respuestas hermeneuticamente adecuadas a la principiologia constitucional.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

PALAVRAS-CLAVE: CONSTITUCIÓN FEDERAL. HERMENÉUTICA. SUPERACIÓN DE LA METAFÍSICA

1 INTRODUÇÃO

O momento jurídico clama por revisões teoréticas capazes de estabelecer, dentro da afirmação do Estado de Direito de cariz democrático, como os antigos postulados positivistas, arraigados pela metafísica objetificante do modelo racionalista, devem ser manuseados em tempos de neoconstitucionalismo.

Com a viragem ontológica (*linguistic turn*) promovida por Heidegger e a recuperação do *ser* através do pensamento pré-socrático, a linguagem se coloca como paradigma da pós-modernidade, obnubilando a monarquia da razão instaurada na modernidade. A linguagem torna-se, pois, o pressuposto para qualquer manifestação racional e não se coloca mais como uma terceira coisa entre a dicotomia sujeito-objeto. A consciência/percepção de sua autoridade e anterioridade (pressuposto das próprias pré-compreensões gadamerianas), ao mesmo tempo em que eleva a linguagem ao patamar de novo paradigma, subjuga a razão e a faz perder a supremacia outrora concedida por todo invólucro da ciência com a metódica cartesiana. A razão, nesse sentido, não é mais - como instaurou Descartes - um instrumento capaz de encontrar a verdade das coisas através da utilização de um método que estaria colocado entre um sujeito (solipsista) e um objeto com uma (pretensa) essência ou verdade acessível por meio da razão.

Essas considerações preliminares são importantes porque denotam o atraso paradigmático que o Direito sofre em função da manutenção da metafísica racionalista moderna e do predomínio da técnica no Direito por meio de um positivismo jurídico dogmático formatado através de um sistema fechado de regras abstratas com aplicação lógico-dedutiva. Nietszche, vivendo em meio ao furor da modernidade, já denunciava a idealização da sistematicidade: “desconfio de todos os sistemáticos e me afasto de seus caminhos. A vontade de sistema é uma falta de retidão”, e a vontade de segurança é uma “múmia conceitual” revelada em uma linguagem “mímica dos coveiros”[1].

A limitação desta pesquisa não tem, obviamente, o desiderato de esgotamento temático. Objetiva apenas um provocamento ao jurista - *lato sensu* - a partir de uma problematização que se foca no posicionamento daquele responsável por dizer topicamente o Direito. Colocar o julgador no prelo em relação a estruturação do processo compreensivo constitucional para responder a sua especificidade: *operador* ou *intérprete*? Esse é o nó górdio a ser desatado na presente pesquisa.

A Constituição Federal simboliza uma conquista em todos os campos, sendo as conjunturas de seu texto, de enorme valia ao Poder Judiciário, ao jurista e ao cidadão como célula da sociedade. Assim, a relevância da sua aplicação, ou melhor, de sua adequada aplicação, torna-se fulcral para a afirmação do Estado de Direito e para a saúde das relações sociais. Sociedade que, em constante mutação, clama por resultados, por eficiência e pela confirmação das expectativas democráticas lançadas no texto constitucional. Para isso, o texto há de se transformar em Direito – um trilho longo e árduo que não raras vezes transforma as expectativas em embates doutrinários esvaziados de sentido e de infindável resolução.

Com efeito, o texto constitucional resta escravizado à dogmática jurídica. Dessa forma, a missão do 'Operador do Direito' emerge como mágica à concretização do Direito. Para que esse mesmo Direito possa se livrar dos grilhões dogmáticos, a Filosofia Hermenêutica é eleita na primeira seção do presente artigo como privilegiada matriz a ostentar a temporalidade no Direito, de forma a estabelecer a diferenciação ontológica do *ser* do *ente* (Heidegger).

Na segunda seção, disserta-se sobre a evolução e transposição da Filosofia Hermenêutica à Hermenêutica Filosófica, amparado-se na teorização de Gadamer, para construir uma circularidade que possa permitir uma *applicatio* constuticional em conformidade com o paradigma da linguagem e que tenha em vista, também, a superação da metafísica racionalista como dito alhures. Com essa construção teórica se buscará, derradeiramente, demonstrar a necessidade de que o mediador entre o texto constitucional e as decisões possíveis a partir deste mesmo texto, possa se revestir com nova roupagem e nomenclatura: de operador técnico à intérprete atento à intersubjetividade.

Essa necessidade não é nova e dela faminto se sento o Direito. O "constituir a Constituição" para a construção de uma civilização coligada com os nortes constitucionais parece um caminho oportuno, em tempo já mais que oportuno. Para que esse aprimoramento hermenêutico seja possível, deve o julgador lançar olhar para seus próprios pré-juízos para que deixe a historicidade falar. Com isso estará a estruturar seu processo compreensivo que, nem deve ficar preso em linhas objetivas, tampouco subjetivas, mas formatar um dizer hermeneuticamente adequado em relação ao material constitucional que tem em mãos, para que possa – como alude Gadamer – fundir seu próprio horizonte de sentido para conferir uma interpretação autêntica daquilo que lhe é colocado à prova.

Destarte, o que se percebe é um distanciamento ontológico e temporal entre texto e intérprete, ou, aquele que deveria interpretar o texto. A construção dessa ponte entre texto, tradição e tempo é tarefa posta à hermenêutica. Para tanto, a linguagem é colocada como condição de possibilidade para o des-ocultamento de sentido da norma constitucional e para o nascimento de novos horizontes a partir dos diálogos com a tradição e da auto especulação que deve ser feita pelo julgador em relação aos seus próprios pré-juízos.

2 O 'Operador do Direito' em des-velamento: uma análise crítica

O conhecimento e todas as problemáticas daí decorrentes e a ânsia do homem pelas verdades científicas, são, historicamente, desafios desde a aurora da humanidade. Essa angústia, logicamente, é transportada para o Direito e se robustece quando somada às suas inerentes complexidades. Tendo essa tensão como pano de fundo, a Filosofia Hermenêutica surge como campo privilegiado de investigação no Direito para estruturar um novo modo de *ser* enquanto essência. Esse poderoso braço da filosofia supera a própria existência – um modo de conhecimento – pois, *ser-no-mundo* se constitui como uma propriedade da existência humana.

Nessa aproximação de Heidegger entre o *ser* e a essencialidade, emerge um novo modo de construção do conhecimento. A compreensão como parte da expressão do conhecimento se configura como um *modo de ser*, a essência da existência. A conseqüência dessa percepção faz-se em definir a problematização que os mistérios da compreensão produzem não como epistemológicos, e, sim, como ontológicos.[2]

Heidegger ao explorar o mistério da compreensão, deposita sua esperança em uma existência que não esteja contaminada por uma falsa filosofia, e, outrossim, uma consciência não contaminada pela existência. Por conseguinte, *ser-no-mundo* é próprio da existência humana – não podendo ser revelada nenhuma faticidade à pessoa que se *aparte* de seu mundo.[3]

Ressalta-se que a problematização do conhecimento, produto da segunda metade do século XX, conquanto haja superado os formalismos da Hermenêutica Técnica, não deve ser confundida com a Hermenêutica Filosófica[4] – e, nenhuma, apresentando-se com condão de realismo, idealismo ou relativismo.[5]

Observa-se que a produção no Direito é, deveras, uma reprodução de sentido e de busca de uma de verdade perdida, fruto das crenças modernas e de sua tentativa de fazer valer o esquema sujeito-objeto. Mesmo sem esquecer dos valores culturais legados pela modernidade, mantemo-nos dogmatistas, engessando os sentidos do Direito e do conteúdo histórico-principiológico presente no texto constitucional. Com essa "mecânica" instrumentalista, olvida-se da necessidade de dialogar com o dogma e aplicar sobre ele um discurso de viés reflexivo e, não mais, um discurso em que os sentidos estejam petrificados no tempo em distanciamento com a faticidade.

Heidegger[6] no decorrer de sua obra mantém viva a interrogação crítica a respeito do conceito de ser elaborado através do desenvolvimento da trajetória filosófica ocidental. Interroga, em síntese, se a concepção de verdade tal como aparece na filosofia e nos discursos da ciência e do cotidiano vivido, correspondem ao conceito tal como originalmente os gregos lhe atribuíram. Procura esclarecer que a verdade, ao contrário do que a tradição filosófica sustenta, não se identifica com a proposição, já que, primeiramente, toda proposição implica um enunciado predicativo, isto é, todo enunciado expresso numa proposição é acompanhado de um predicado atribuído pelo sujeito. Para ele, há uma "essência originária da verdade" que não pode ser identificada com o enunciado, muito embora a verdade já se manifeste mesmo que de forma trivial ou superficial no seu aparecimento no ente: "se com certo direito, a verdade já é atribuída à proposição enquanto enunciado, então a verdade se funda em algo mais originário que não possui o caráter enunciativo. Trata-se, então, do propósito de procurar compreender a "essência originária da própria verdade" e, a partir do enunciado, revelar o ser que nele se encontra, na medida em que toda relação enunciativa representa uma relação do enunciado com o predicado, entendendo-se essa relação como "permanência do ser no ente". O enunciado de uma proposição manifesta-se sempre como relação sujeito-objeto, o que não quer dizer que tal relação seja constituída no enunciado, mas que aquilo que é enunciado pelo sujeito movimenta-se no próprio interior dessa relação, indicando "nossa permanência junto" com as coisas no mundo. Completa o autor:

Nada de consciência, alma, ou mesmo apenas representações, imagens de coisas, mas somente nós mesmos, tal como nos conhecemos, estamos relacionados com o giz, nosso ser junto a um ente por si subsistente em sentido maximamente amplo. [...] A dificuldade não está no fato de que teríamos deixado de ver esse "relacionar-se" com objetos, de que o teríamos deixado faltar, mas no fato de que sempre tomamos de maneira muito aligeirada sua trivialidade – por exemplo, com a argumentação habitual que faz com que mesmo o realismo se deixe intimidar e com isso incorra em equívocos principais – e de que passamos rápido demais adiante na busca por explicações. PO que de certa maneira constatamos - o ser junto a – não conquistou absolutamente o seu direito e foi logo coberto por teorias.

À evidência, o verdadeiro conhecimento "no depende de presuposiciones, que las pasiones terrenales ciegan la mente investigadora, que relacionarlo com otras cosas que el conocimiento puro puede dar como resultado sólo la distorsión de la verdad".[7]

Na Filosofia, o *linguistic turn* (invasão da filosofia pela linguagem) operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da hermenêutica – o sentido passa a se dar na e pela linguagem (pós-metafísica) – pois, na metafísica clássica os sentidos 'estavam' nas coisas, na metafísica moderna na mente, na relação entre sujeito e um objeto. A revolução está na linguagem (condição de possibilidade de todo o processo compreensivo) como possível forma de superação do pensamento metafísico.[8]

Assim, a consciência e a natureza externa estão contrapostas na tradição filosófica, estão fundidas uma à outra e agem em co-participação em suas relações, acabando por fundar um fenômeno único, abarcador em sua totalidade, de nosso *ser-no-mundo*. O elo de interação com os outros, determinado pela comunicação, faz-se uma condição de existência, pois, *ser-no-mundo* é desde o princípio *estar-com* e não um mistério.[9] Por isso, ocultamo-nos e não conseguimos superar as bases da concepção liberal-individualista-positivista (modelo dogmático-formalista) do Direito, traduzidas pela crise de paradigma objetivista aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência), que obstaculiza a concretização da Constituição.[10]

Por isso, para Heidegger, a existência é a condição ôntica da possibilidade dos seres se revelarem, sendo a diferença entre sujeito e objeto, uma diferença de fins teóricos, a qual só vislumbrar-se-á em segundo momento e se restar estabelecida. Dessa forma, o conhecimento teórico faz-se secundário em relação ao *ser-no-mundo* já que pressuposta é sua análise.[11]

Com efeito, basta ser para situar (encontrar) o 'mundo', para situar o contexto da compreensão que traz esse *poder-ser* de possibilidades através da existência; a essência do *dasein* está em sua existência[12]. Completa Heidegger, afirmando que o sentido carece de uma perspectiva prévia do projeto em sua estrutura:

O caráter projetivo da compreensão constitui o ser-no-mundo no tocante à abertura do seu pré, enquanto pré de um poder-ser de fato. E na condição de lançada, a pre-sença se lança no modo de ser do projeto. O projetar-se nada tem a ver com um possível relacionamento frente a um plano previamente concebido, segundo o qual a pre-sença instalaria o seu ser. Ao contrário, como pre-sença, ela já sempre se projetou e só é na medida em que se projete. Na medida em que é, a pre-sença já se compreendeu e sempre se compreenderá a partir de possibilidades.[13]

Nesse contexto, o destino é a compreensão. O significado primado pela compreensão é de tratar as possibilidades como possibilidades – uma vez que sua consistência se figura como projeção. Dessa forma, seu começo faz-se a partir da produção de uma forma particular de distanciamento, ou seja, quando se produz um espaço entre minha faticidade, meu modo de ser e a esfera de minhas possibilidades.

Ademais, não se pode tratar a compreensão como um ato intelectual puro, pelo simples fato de que a essência da existência humana está na faticidade. A história que me valho para determinada elucidação é a minha história, ou seja, a história na qual busco compreender é minha existência. Essa existência "pessoal" é que é capaz de incorporar a compreensão. Logo, a compreensão é sempre uma compreensão da história, a qual se está incessantemente almejando, em um processo sem fim, de movimento circular.[14]

É o "dar-se conta" da influência do conhecimento histórico para uma constante *fusão de horizontes* o mote da hermenêutica gadameriana. Essa legitimidade conferida ao intérprete pela retenção da historicidade e da tradição, obviamente, não considera a historicidade de forma dogmática – já vituperada por Nietzsche e, mais tarde, também vencida pela fenomenologia de Heidegger –, mas uma *consciência histórica* em que

o essencial não se encontra apenas no processo de retenção ou esquecimento, mas na tensão interna [...] que nos permite se situar ante o passado como algo que (queiramos ou não, pensemos ou não) nos é próprio, nos constitui e nos lança em direção ao futuro. Ante a enfermidade historicista que aceticamente dissocia o intérprete de sua história, a hermenêutica pensa ambos conjuntamente, uma vez que, ao se constituir como um *pensar rememorante*, como dialética do perguntar, busca esclarecer as possibilidades e os limites tanto da realidade pessoal como dos acontecimentos humanos em sua singularidade histórica.[15]

Está-se, pois, perante uma possibilidade dada que sempre espera ser descoberta. À espera da abertura de uma possibilidade a ser des-velada, aguardando a diferenciação ontológica, a superação dos dualismos objetificáveis (metafísicos), a superação da linguagem como terceira coisa atribuída ao sujeito-objeto (mero veículo de conceitos). Não havendo essa abertura, não haverá des-velamento.[16]

Consoante Heidegger, a dificuldade da metafísica reside na procura do *ser* do *ente* a partir do significado imediato do próprio ente, independente da compreensão que o ser-aí atribui ao ser enquanto *ser-no-mundo*. Esta abordagem produz um resultado, qual seja, a entificação à manifestação do ente. Conquanto a palavra *ser* seja indeterminada,

determinado, ele, far-se-á, haja vista sua compreensão ser inconfundível, ser única – sempre através do ente.[17]

"O *ser* não funda o *ente*, nem qualquer *ente* funda o *ser*".[18] Nesta circularidade, a idéia de compreensão do ser faz-se "caminho para pensar o *ente*, e se revela como uma dimensão operatória: compreendendo-me no mundo e, na relação com os *entes*, compreendo o *ser*".[19] Portanto, "o *ser* heideggeriano torna-se o elemento através do qual se dá acesso aos *entes*, ele é sua condição de possibilidade. Isso é a diferença ontológica".[20]

A hermenêutica enquanto processo de esclarecimento da compreensão dos fenômenos, requer a faticidade (o objeto pertence ao sujeito). Dessa forma sujeito(s) e objeto estão circunscritos na mesma tradição histórica mesma (noção apresentada por Heidegger e retomada por Gadamer).[21] Diante dessa abertura prévia de possibilidades, Heidegger atribui ao *dasein* um privilégio: "é um ente determinado em seu ser pela existência".[22] Basta *ser* para situar (encontrar) o 'mundo', para situar o contexto da compreensão que traz esse *poder-ser* de possibilidades através da existência; "a essência do *dasein* está em sua existência".[23]

Assim, o *dasein* é "un ser privilegiado por representar esta abertura de posibilidades, estando "empeñado en el diálogo con la historia, con el pasado y el futuro, con mucha mayor frecuencia, mucha mayor intensidad y apasionamiento, que con sus contemporáneos".[24] Logo, evidencia-se a preocupação com esta matriz privilegiada em relação ao Tempo no Direito, exigindo do julgador que constitua esta fenomenologia e efetue um diálogo com a tradição que nos supõe. Um diálogo ontológico em que seja possível a diferenciação entre ser e ente e também que faça da linguagem uma condição fundante de possibilidade no propósito de constituir a Constituição.

Para que seja possível este projeto de um "constituir constitucional", é necessário uma tematização pelo julgador, uma tematização contextual e histórica de fala que o faça verdadeiramente um intérprete do texto constitucional. Não se adotando esse rumo hermenêutico, seguir-se-á com uma perigosa estreiteza entre metafísica e julgador: seguir-se-á com o 'operador do Direito', que racionaliza conceitos em um dualismo objetificável e traiçoeiro. Essa viciosidade é observada na utilização dos preceitos jurisprudenciais prontos e acabados que não contemplam o caráter *especulativo* da linguagem, não aferem realmente o *estado de coisas*, nem mesmo a arte pela pergunta investigativa. A seguirmos com operações de dedução no Direito, seguiremos não retornando às coisas mesmas, negando o legado de Gadamer (rechaço dos pré-juízos inautênticos) e de Heidegger (composição do ser-no-mundo pela faticidade e historicidade).

3 A Constituição Federal e a BUSCA pelo intérprete: por uma condição de possibilidade (trans)formadora

A Constituição que nasce de revolução copernicana (Streck) e institui o neoconstitucionalismo, resta dependente de uma condição para um acontecer das novas

fontes e de uma nova teoria da norma jurídica: uma presente e adequada interpretação. O que se percebe na atual relação entre texto e julgador é uma "baixa compreensão", caracterizada pelo baixo sentido de significações dentro do Estado Democrático (e Social) de Direito, que se desdobra em uma "baixa aplicação" que não garante o conteúdo normativo e as possibilidades previstas em relação aos direitos fundamentais-sociais (o direito deixa de representar uma possibilidade de transformação da realidade para sustentar uma mera instrumentalidade formal).[25]

Detectada essa falha compreensiva, presta-se uma pequena análise referente à efetivação do texto constitucional aos olhos de um *operador* e aos olhos de um *intérprete*. A sociedade e o mundo estão em constante mutação, fato que fomenta uma sociedade repleta de complexidades e que inaugura novos direitos a cada dia no plano global. Assim, o texto constitucional, que para a hermenêutica, faz-se de fundamental importância, para a metafísica resolve-se em posição única ostentada desde já e sempre, por meio de verdades e conceitos absolutos e prontos.

À evidência, o caráter *temporal* para Gadamer é fundamental, pois passará do pensamento de Schleiermacher e Dilthey (pensamento/psicologista) repensando a hermenêutica para a propriedade histórica. Dessa forma, o *dasein* não se supera na sua própria faticidade, razão pela qual está ligado a costumes que lhe vem da tradição e o codeterminam em sua experiência, sendo o seu *ser* um mediador entre o passado e o futuro que se abre, ou seja, é historicamente mediado e lingüisticamente interpretado.[26]

Mas a historicidade acaba se tornando uma limitação ao intérprete? Gadamer parte de Kant e tenta superá-lo em relação à libertação da metafísica. Dito de outro modo: a tentativa de superação da metafísica clássica pelo pensamento iluminista legou enormes conquistas em relação à superação dos pré-conceitos; ainda assim, deve-se prestar a devida crítica ao próprio dogmatismo iluminista (moderno)[27], e lançar-se ao pós-metafísico pela virada-lingüística-ontológica instaurada por Heidegger em *Ser e Tempo.*
.

Por isso que a historicidade não limita a Constituição, em seu constituir, mas se presta de condição de possibilidade. Se a historicidade não é um limitador no projeto de "constituir a Constituição", haverá algum outro obstáculo para tal?

A circularidade da compreensão realiza-se pelos nossos pré-juízos, que podem ser complementados pela investigação de novos temas ou pelo aprofundamento em contato com a tradição – exercício que prestará autenticidade ou não ao pré-compreendido. Por isso que Gadamer acentua que o *ser* próprio da linguagem é o diálogo, ou seja, o processo de entendimento.[28]

A fenomenologia hermenêutica em seu fundamento é, para Gadamer, a finitude de nossa *experiência.* Este indício é prestado pela linguagem, por sempre trazer algo à fala e não pela sua multiplicidade. Assim, por este, faz-se a abertura aos entes em sua totalidade, mediando o homem histórico-finito com o mundo, e assim, o fazendo, consigo mesmo.

Há de ser salientado o caráter de especulatividade da linguagem, pois a dialética gadameriana não é a ortodoxamente defendida por Hegel ou Platão – conquanto haja

elemento em comum, sendo aquela, uma efetivação de sentido, um evento da fala, uma compreensão, um entendimento. A linguagem participa da idealidade do sentido e por isso o *ser*, enquanto sentido, dá-se linguisticamente, em Gadamer. Assim, a tradição gadameriana faz-se em entrega e transmissão, podendo o jurista, a partir de um texto constitucional que lhe é entregue pela tradição, alargar seu horizonte e enriquecer seu mundo com novas dimensões. Em um entender-se a respeito da *coisa*, onde toda compreensão é interpretação, onde a hermenêutica é vida.[29]

"Compreender é um caso especial da aplicação de algo a uma situação concreta e particular".[30] Assim, a situação fática é que limitará o compreender, ou seja, a condição de possibilidade em diferenciar o *ser* do *ente*. Ao passo que, a interpretação (instância de exteriorização da compreensão), em linhas da filosofia da linguagem, diferenciará (ontologicamente) os horizontes entre texto e norma e vigência e validade.[31] Sendo a tarefa do intérprete "nunca (...) uma mera mediação lógico-técnica do sentido de qualquer discurso, prescindindo da verdade do enunciado."[32]

Respondido o questionamento: a limitação da hermenêutica se dará no caso concreto, no momento da *applicatio*, onde o ponto de estofo do sentido responde a uma problematização, uma pergunta, ao abrir-se para o horizonte des-velado. E como fazer esta pergunta? Como questionar a situação fática, a Constituição Federal?

Para Gadamer o 'justo' "é totalmente relativo à situação ética em que se encontre. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato, quais ações são justas e quais não são: não existem ações justas 'em si', independentes da situação que as reclame".[33]

Assim, é preciso mergulhar na essência da pergunta (todo saber passa pela pergunta), pois perguntar quer dizer abrir-se, coloca-se em aberto o perguntado. Adverte Gadamer que não podemos fazer perguntas no vazio, sendo preciso delimitar o horizonte da pergunta, isto é, fixar os pressupostos a partir dos quais as perguntas vão ser feitas. Do contrário, perguntaríamos tudo e todos, questionaríamos não as armadilhas do texto, desfocando os objetivos do sentido fundante da compreensão.[34]

De qualquer sorte, não há um método que ensine a perguntar, a ver o que é questionável, auxiliado pela dialética, nesta tarefa de compreensão. Segundo Gadamer a dialética "como arte do perguntar, só pode se manter, se aquele que sabe perguntar é capaz de manter em pé suas perguntas, isto é, a orientação para o aberto. A arte de perguntar é a arte de continuar perguntando; isso significa, porém, que é a arte de pensar". [35] Assim, chama-se dialética porque é a arte de conduzir uma autêntica conversação – aduz Gadamer.

Por isso, a escrita faz-se fundamental para a Hermenêutica, pois através dela o transmitido se faz simultâneo a qualquer presente que terá acesso a esta, na coexistência entre passado e futuro. Dessa forma, o papel da Hermenêutica é o vir-à-fala em relação ao texto nas limitações do caso concreto, dotando o intérprete de faticidade e historicidade. E o *dasein* dotado de um nível pré-ontológico: para compreender algo, há de se compreender.[36]

A Constituição Federal, destarte, encontra-se nesta circularidade do processo compreensivo do intérprete, que deverá superar os obstáculos encontrados no caminho da efetivação de garantias constitucionais, prestando um caráter temporal ao texto a

partir da virada-linguistica-ontológica. Nesse sentido, a matriz hermenêutica se faz fundante à estruturação interpretativa já que há uma diferenciação-ontológica-heideggariana que será implementada pelo círculo retomado em Gadamer, como foi a sugestão desta pesquisa.

Não se pode negar que há um texto constitucional recheado de promessas e uma Constituição falha, que não "atua" nos Tribunais de modo geral. Aponta-se, nesta pesquisa, para que o operador transforme-se em intérprete, em outras palavras, mantenha-se aberto ao aprofundamento pela pergunta que sempre se deverá fazer tendo como base o que lhe diz a tradição e cotejando seus pré-juízos. Assim também haverá a possibilidade de que este intérprete alcance um novo horizonte e que seja capaz de garantir a matriz principiológica a ser des-ocultada no texto constitucional.

4 CONCLUSÃO

Nesta quadra da história, o Direito não pode mais estar associado unicamente ao tipo de realidade que o dogmatismo moderno sugeriu através do positivismo. E não pode, simplesmente, porque o niilismo pós-moderno demonstrou ser frágil e insustentável o ideal de segurança jurídica que a aplicação de uma metódica racional propunha.

A grande tarefa que se coloca é justamente a autoconsciência desses elementos históricos, próprios e coletivos, para que seja possível aos julgadores impedir que as concepções formadoras de seus pré-juízos sejam capazes de alterar as decisões, fazendo o Direito perder sua autonomia e transformando a atividade jurisdicional num palco caótico de subjetividades plurais.

A Constituição Federal de 1988 representa ao universo jurídico uma gloriosa conquista, de lutas e revoluções, de garantias e princípios, devendo o seu texto servir como palco de soluções para a sociedade. Além disso, deve ela guiar o Estado. Diante desses desafios é que se faz emergencial a metamorfose do julgador sugerida neste artigo. Que seja transformado em intérprete atento ao que diz os casos e mesmo o texto constitucional e que anteveja sempre a possibilidade normativa que se sobrepõe àquilo que possa restar de inautêntico e não genuíno no seu ortodoxo logicismo.

O texto constitucional é de uma importância magistral ao intérprete do Direito, que diferentemente do operador, usa-se de suas *experiências* ao vir-à-fala hermenêutico constituindo a circularidade de estrutura compreensiva da Constituição, pois a interpretação não se faz em partes, como nos silogismos, já que o método sempre chega atrasado, porquanto já compreendemos. Assim, a Hermenêutica Jurídica faz-se uma matriz privilegiada pensante na temporalidade do Direito, ou seja, des-velando o seu próprio *ser* a cada dia – pois nunca este se vela na sua integralidade, no seu acesso pelo *ente*, logo, sempre estar-se-á des-velando, e, sempre haverá des-ocultamento para que haja compreensão.

A Constituição da República Federativa do Brasil, portanto, está sempre se des-velando. Desse modo, quantas compreensões desfocadas, sem perguntas e sem respostas, que só geram problemas ao Direito, ou seja, des-fundidas do horizonte interpretativo estão todos os dias a reproduzir o senso comum teórico dos juristas (Warat) e impedir uma *applicatio* tal qual nos ensinou Gadamer?

A emergência por intérpretes da Constituição: isso é que se espera como produto do neoconstitucionalismo. Intérpretes que possam e saibam suspender seus inautênticos pré-juízos e que sejam capazes de enriquecer a investigação constitucional com seus pré-juízos autênticos, em ordem com a voz forte da tradição. Sem com isso olvidar que a verdade de hoje des-ocultada é sempre provisória, já que interpretação e intérprete são sempre dotados de finitude histórica. Esse exercício na *applicatio* constitucional criará uma nova compreensão e manterá o texto vivaz e em constante dialética: a arte de conduzir dentro dos limites constitucionais uma autêntica conversação!

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias socials*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. O problema da Consciência Histórica. Org. Pierre Fruchon. Rio de Janeiro*: Fundação Getúlio Vargas*, 1998.

_____ . *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2001. V. 1.

_____ . *Introdução à Filosofia.* SP: Martins Fontes, 2008.

NIETSZCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos Ídolos.* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.* 2ª. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

SILVA FILHO, José Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito*: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2° ed. Rio de Janeiro: Lúmen-Juris, 2006.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipurs, 1996.

_____ . *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

_____ . *Diferença e Matafísica. Enaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Morais. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

_____ . *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____ . *Verdade e Consenso – Hermenêutica, Constituição e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

---

[1] NIETSZCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos Ídolos*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000, p. 13-28.

[2] BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias socials*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p.143-144. Assevera o autor que, dessa forma, a compreensão se torna um problema no mundo. Por isso, as definições absolutas de verdades e compreensões só podem compor um mundo de imaginários, já que no nosso mundo, as verdades absolutas e compreensões absolutas não podem existir.

[3] BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias socials*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p.144-147.

[4] Destaca Stein que no âmbito da hermenêutica técnica situam-se os instrumentos de caráter formal com que abordamos o universo de tudo aquilo que pode ser chamado texto. Na hermenêutica filosófica abre-se espaço, na segunda metade do século XX, ao problema do conhecimento, com pretensão de universalidade semelhante ao conceito de dialética de outros tempos. Por seu turno, a filosofia hermenêutica, produto típico do século XX, vai além dos aspectos da primeira, dos aspectos gnosiológicos da segunda e introduz um novo ponto de partida para a filosofia. In: STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipurs, 1996. p. 38 e ss.

[5] Ver in: STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997, p. 147-148.

[6] HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. SP: Martins Fontes, 2008, p. 71-127.

[7] BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias socials*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p. 147-148. Indica o autor que um exemplo de que o conhecimento puro, apartado do terreno existencial não pode por si só contribuir significativamente aos questionamentos essenciais da existência humana é a ciência. Esta, presa a seus assuntos práticos altamente especializados, mas desprendida da existencialidade, não podem oferecer soluções de primazia – haja vista ser o homem sua condição de existencialidade e não o registrador do mundo.

[8] STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo.* In Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Morais. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 154. Refere Streck que o século XX foi generoso com o direito e a filosofia – em análise o direito, o segundo pós-guerra incorporou a terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Assim, no Estado Democrático de Direito o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países com modernidade tardia como o Brasil. p. 154.

[9] BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias socials*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p.149. Ainda Cf. Bauman: Das-In-der-Welt ist gleich, ursprünglich das Mitsein und Mitdasein (Estar-en-el-mundo es, desde un principio, estar-con y existir-con) in Heidegger, Sein und Zeit, p. 24.

[10] STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo.* In Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Morais ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 180.

[11] BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias socials*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p. 153-156.

[12] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2001. V. 1. p. 77.

[13] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2001. V. 1. p. 201.

[14] BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias socials*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p. 159-162

[15] GADAMER, Hans-Georg. *O problema da Consciência Histórica.* Org. Pierre Fruchon. Rio de Janeiro*: Fundação Getúlio Vargas*, 1998, p. 14-18.

[16] A des-ocultação do *ser* do *ente*, materializado pelo *ser-aí*, comporta-se como uma valiosa opção a uma possível contribuição ao mundo global, fomentador de excessos de complexibilidades, através de uma hermenêutica filosófica empreendedora de faticidade e historidicidade em uma busca sem fim, de movimento circular.

[17] SILVA FILHO, José Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito*: *o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2° ed. Rio de Janeiro: Lúmen-Juris, 2006. p. 114-117. Refere ainda o autor que na pergunta pelo *ser* faz-se mister a consciência de que nenhuma determinação que possa ser obtida do ente corresponderá à integra ao seu ser – pois, este, está sempre sendo revelado, porque existimos. Assim, caso não pergunta-se de maneira correta, ou seja, pelo ser enquanto tal, está-se ocultando a diferença ontológica entre ente e ser, acabando por entificar o ser ao ente sem que percebamos.

[18] STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 104.

[19] STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 105.

[20] STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 105.

[21] STEIN, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia: ensaios e conferências filosóficas*. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 49-70.

[22] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2001. V. 1. p. 40.

[23] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2001. V. 1. p. 77.

[24] BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias socials*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p. 162.

[25] STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo.* In Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*:* programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Morais

... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 164. Ainda, o autor, refere-se que as três frentes de batalha que o constitucionalismo do Estado Democrático (e Social) de Direito enfrentou para superar o positivismo são: a teoria das fontes, na norma e da interpretação. O positivismo ignora a diferença (ontológica) entre texto e norma e vigência e validade. Salienta que "a ruptura com o modelo dogmático-formalista (de cariz liberal-individualista), no interior dessa revolução copernicana, aparece nitidamente na dupla face do papel a ser exercício pela ação do Estado, isto é, essa alteração de papel dá-se quando o Estado, de potencial opositor a direitos fundamentais (essa era a perspectiva do modelo de direito formal-burguês), torna-se seu protetor, e, o que é mais incrível – 'que o Estado se torne amigo dos direitos fundamentais' (Stein), problemática bem visível na Constituição do Brasil, quando estabelece o comando da erradicação da pobreza, da construção de uma sociedade justa e solidária, etc." p. 179-180. Refere Streck que em países como o Brasil não houve Estado Social – fruto da minimização do Estado. "O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi pródigo para as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia e, entre outras coisas, construindo empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia (FGTS) dos trabalhadores. Exemplo disto é que, enquanto os reais detentores/destinatários do dinheiro do FGTS não têm onde morar, nossas classes médio-superiores obtiveram financiamento do Banco Nacional da Habitação (sic) – depositário dos recolhimentos do FGTS – para construírem casas e apartamentos na cidade e na praia [...]. Isso para dizer o mínimo!" STRECK, Lenio Luiz. Dogmática e Hermenêutica. *Caderno de Pesquisa***,** n. 2, p. 5, 1997. Curso de Mestrado em Direito da Unisinos. p. 09. Ainda do mesmo autor: *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. *Verdade e Consenso – Hermenêutica, Constituição e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[26] Ver em GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2, p. 134-179.

[27] Para Stein, o corte definitivo com a filosofia da consciência, nesta circularidade, também com o método dialético, acaba por cair as pretensões das filosofias do absolutismo, excluídos, por outro lado, do pensamento hermenêutico e pensamento dialético dois pressupostos: o ponto de partida do mundo natural ou o ponto de partida do mundo teológico In: STEIN, Ernildo. *Diferença e Matafísica. Enaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 28.

[28] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2, 228.

[29] Ver em GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2. e OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.* 2ª. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

[30] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2 p. 465.

[31] Conclui Gadamer "denunciar algo como preconceito é suspender a sua presumida validade; com efeito, um preconceito só pode atuar sobre nós, como preconceito no sentido próprio do termo, enquanto não tivermos suficientemente conscientes do

mesmo. Mas a descoberta de um preconceito não é possível enquanto ele permanecer simplesmente operante; é preciso de algum modo provocá-lo". GADAMER, Hans-Georg. O problema da Consciência Histórica. Org. Pierre Fruchon. Rio de Janeiro*: Fundação Getúlio Vargas*, 1998. p. 68. A respeito Vide: STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Morais. São Leopoldo: Unisinos, 2005. Ainda do mesmo autor: *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. *Verdade e Consenso – Hermenêutica, Constituição e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[32] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2 p. 331-332.

[33] GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 52.

[34] Ver em GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2.

[35] Gadamer afirma que "compreender é um caso especial da aplicação de algo a uma situação concreta e particular". Assim, a situação fática é que limitará o compreender, ou seja, a condição de possibilidade em diferenciar o ser do ente. Ao passo que, a interpretação (instância de exteriorização da compreensão), em linhas da filosofia da linguagem, diferenciará (ontológica) os horizontes entre texto e norma e vigência e validade. GADAMER, Hans-Georg. O problema da Consciência Histórica. Org. Pierre Fruchon. Rio de Janeiro*: Fundação Getúlio Vargas*, 1998. p. 68. A respeito Vide: STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Morais. São Leopoldo: Unisinos, 2005. Ainda do mesmo autor: *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. *Verdade e Consenso – Hermenêutica, Constituição e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[36] Nesta visível fronteira Ernildo Stein capitula Heidegger para evidenciar a importância do diálogo entre ela, desguardando o incontornável como inacessível; assim aduz o Filósofo da Floresta Negra, que "guardar o incontornável como inacessível esta é a primeira experiência da essencial limitação das ciências. As ciências têm sua limitação por não poder converter o incontornável em objeto, isto é ele lhes permanece inacessível. A impossibilidade de objetificarem seu limite leva as ciências à especialização. A especialização que reconhece seu limite como resultado da sua essencial limitação, ter que 'guardar o incontornável como inacessível', aceita que sua vontade de objetivação já está sempre frustrada. A limitação, a impossibilidade de objetificar a diferença ontológica abre as ciências para a filosofia, no diálogo com ela e no diálogo entre elas." STEIN, Ernildo. *Diferença e Matafísica. Enaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 96-97. Cf. HEIDEGGER, *Martim. Introducción a la Filosofia. Madrid: Frónesis-Catédra-Universitat de València, 1999.*

A POLITIZAÇÃO DO DISCURSO DE APLICAÇÃO NORMATIVA PELO STF: PARA UMA ANÁLISE CRÍTICA DO SIGNIFICADO DO PRINCÍCIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES À LUZ DO JULGAMENTO DA ADIN 855-2/PR*

THE POLITICIZATION OF DISCOURSE OF APPLICATION LEGAL FOR STF: TOWARDS A CRITICAL ANALYSIS OF THE MEANING OF PRINCÍCIO THE SEPARATION OF POWERS IN THE LIGHT OF THE TRIAL ADIN 855-2/PR

Renata Pereira Carvalho Costa

RESUMO

Infelizmente, em diversas ocasiões, tem nos causado verdadeiro espanto a atuação do Supremo Tribunal Federal. Ora ele ergue-se como verdadeiro arauto da democracia, ora desconsidera princípios basilares da República, fazendo valer decisões que transcendem sua esfera legítima de atuação e se inserem em matérias próprias de outros Poderes. Foi nesse contexto que procuramos analisar a ADIn 855-2/PR, indagando sobre a natureza dos argumentos utilizados pelo STF , mormente, em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Através da contribuição de autores como Luhmann, Günther e Dworkin foi possível se concluir que realmente nossa mais alta Corte tem recorrido a argumentos de política para fundamentar suas decisões, realizando claramente um controle de razoabilidade substitutivo daquele realizado pelo Poder Legislativo no momento de confecção da norma, sem qualquer argumento jurídico plausível, fundando-se apenas num juízo subliminar de custo/benefício, que malfere, indubitavelmente, o princípio da separação dos poderes.

PALAVRAS-CHAVES: CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO NORMATIVA, PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.

ABSTRACT

Unfortunately, on several occasions, some actions of the Supreme Court has caused genuine surprise. Sometimes the Court stands as a true base of democracy, but offen ignores basic principles of the Republic with decisions that transcend their legitimate sphere of action and fit in areas of others Powers. In this context, we seek to analyze the ADIN 855-2/PR, inquiring about the nature of the arguments used by the STF, especially, in the concentrated control of constitutionality. Through the contributions of authors like Luhmann, Günther and Dworkin was possibly to accomplish that our Supreme Court has used arguments of policy to justify Their decisions, making a substitutive control of reasonableness that was suppose to be done by the Legislative Branch at the time of preparation of Law, without any plausible legal argument and

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

based only on a sense of cost / benefit, which hurts the principle of separation of powers.

KEYWORDS: CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY, SPEECH OF JUTIFICATION AND APPLICATION, PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS

Introdução

Como é cediço, em nosso sistema jurídico o controle concentrado de constitucionalidade das leis federais e estaduais é atribuído ao Supremo Tribunal Federal. Este órgão, de suma importância para consolidação de um Estado que pretenda democrático, verifica no controle concentrado que realiza a conformação das leis aos princípios e regras que emanam da Carta Maior, atividade que lhe rendeu o título de "guardião da Constituição".

Indubitavelmente, o controle concentrado de constitucionalidade das leis atua como verdadeiro trunfo da democracia, na medida em que configura claramente um instrumento a serviço do princípio da separação dos poderes, e, outrossim, evita que indivíduos sejam atingidos em suas esferas jurídicas por normas incompatíveis com o Texto Maior, malferindo, desta forma, o macroprincípio da supremacia da Constituição.

Faz-se necessário, para própria harmonia entre os Poderes da República, que a atuação do STF por esta via se dê em caráter excepcional, haja vista que se espera que o Legislativo produza leis razoáveis e em consonância com o Texto Maior, fato que se impõe como verdadeiro limite material à sua atividade.

Assim, sempre que a atividade legiferante não observar seu dever de total subordinação à Constituição Federal e produzir normas que maculam o princípio da supremacia da Constituição, aqueles que estão legitimados poderão se utilizar da via própria a fim de que o Supremo Tribunal Federal extirpe de nosso Ordenamento Jurídico a norma que põe em risco a exigência de unidade de nosso sistema, vez que todo ato normativo produzido deve convergir para um único fundamento de validade, qual seja: a Carta Maior.

Conquanto a via do controle concentrado de constitucionalidade seja uma via que vise resguardar o princípio da separação dos poderes, não se pode negar que também está suscetível a abusos e que muitas vezes deflagra verdadeira hipertrofia do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes. Possível perceber que recôndito em conceitos abertos como o de razoabilidade/proporcionalidade, o controle de constitucionalidade tem sido, não raramente, desvirtuado para atender a fins políticos ou outros seguramente

não justificados juridicamente, sendo recorrente a utilização de argumentos tão-somente políticos para invalidar uma norma.

Caso que bem exemplifica o que estamos a dizer é a ADIn 855-2, na qual o Supremo Tribunal Federal realiza claramente um controle de razoabilidade substitutivo daquele realizado pelo Poder Legislativo no momento de confecção da norma, sem qualquer argumento jurídico plausível, fundando-se apenas num juízo subliminar de custo/benefício.

Em casos como esse é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal ainda precisa compreender melhor seu papel no atual paradigma constitucional. Não é sua função aferir simplesmente se uma lei é boa ou não, viável ou inviável, pois estes são argumentos levados em consideração quando do discurso de criação da norma. Ao Judiciário cabe decisões objetivamente jurídicas, ainda que toque princípios políticos, mas jamais decisões que impossibilitem a defesa dos argumentos por pertencerem a outras searas que não a jurídica.

A linha imaginária que determina a separação dos poderes é, sem dúvida, tênue, mas possível de ser percebida se não desviarmos nossos olhares da Constituição Federal, onde o constituinte fez questão de repartir o "bolo" na mesma proporção, não tolerando ingerências não autorizadas de um Poder no outro, mas tão-somente aquelas indispensáveis a uma convivência harmônica.

1 ADIn 855-2/PR E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em julho de 1993, a Confederação Nacional do Comércio ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal, com pedido de suspensão cautelar, a referida ação a fim de ver declarada a inconstitucionalidade da lei do Estado do Paraná de nº 10. 248, de 14 de janeiro do mesmo ano.

A lei estadual impugnada estipulava que na ocasião da venda do botijão ou cilindro de GLP (gás liquefeito do petróleo), pelos estabelecimentos que o comercializassem, seria obrigatória a pesagem à vista do consumidor. Assim dispunha a súmula da legislação em análise:

Súmula: Dispõe que é obrigatória a pesagem, pelos estabelecimentos que comercializarem GLP – Gás Liquefeito do Petróleo, à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro entregue e também recolhido, quando procedida a substituição, conforme especifica.

A fim de cumprir o desiderato a que se destinava, a lei exigiu, já em seu art. 1º, parágrafo único, que os postos revendedores, bem como os veículos que realizassem a distribuição do GLP, portassem uma balança apropriada para a pesagem. Uma vez constatada a diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no botijão ou cilindro, o consumidor teria direito de receber, no ato do pagamento, o abatimento proporcional ao preço do produto (art. 2º). Já caso fosse constatada sobra de GLP, o consumidor seria ressarcido da importância correspondente, através da compensação no ato do pagamento do produto adquirido (art. 3º).

Para tanto, os botijões ou cilindros deveriam conter, na forma do Código de Defesa do Consumidor, em local visível, as especificações acerca do peso da embalagem e o peso do produto líquido envasilhado.

Inicialmente, fora argüida a inconstitucionalidade formal da lei em comento em virtude da incompetência do Estado-membro para legislar sobre energia e sistema de medidas, matéria que seria de competência privativa da União. Nesse sentido foram invocados os seguintes artigos da Constituição Federal: 22, IV e VI, e parágrafo único, 25, § 2º e 238. Para o fim que se pretende neste trabalho não abordaremos o aspecto da inconstitucionalidade formal.

Num segundo momento fora argüida a inconstitucionalidade material da norma, por entender o requerente que a mesma afronta o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade. Nesta questão nos deteremos.

Os argumentos levantados para justificarem a segunda pretensão deduzida na exordial podem ser assim resumidos: (a) a utilização da balança como preconiza a lei seria prejudicial devido a necessidade de conterem dispositivos de predeterminação de tara, trazendo um elevado grau de desgaste e desregulagem o que poderia prejudicar as medições; (b) caso as balanças não fossem facilmente retiradas da balança o consumidor teria que subir na mesma para acompanhar a pesagem; (c) quando o consumidor recebe o botijão em locais distantes do veículo, não haverá praticidade, já que entregador e consumidor terão que retornar ao veículo para conferência do produto; (d) as empresas distribuidoras já possuem selo aprovado pelo INMETRO que deve ser oposto à válvula do botijão de forma a garantir a quantidade de produto contido no recipiente; (e) a imposição de balanças em todos os caminhões de distribuição e a mão de obra necessária à medição individual gerando crédito a consumidor individual, a par de erro ou fraude, pode gerar onerosidade e agravar o custo do preço médio do produto fornecido.

A natureza dos argumentos levados em conta pelo STF para, primeiramente, deferir a cautelar e, mais tarde, julgar procedente o pedido para extirpar do Ordenamento Jurídico a lei paranaense nº 10. 248/93, nos impulsionou a meditar, a partir dos supostos do Estado Democrático do Direito, qual o papel do Judiciário, e, mais especificamente, do STF, na atual conjuntura constitucional, tendo sempre por referencia a evolução funcional e substancial experimentada pelo conceito de "separação dos poderes".

Talvez numa análise apressada dos fundamentos expostos pelo voto condutor (do Min. Sepúlveda Pertence, o qual acatou os argumentos da requerente), possamos até imaginar que a lei atacada não era razoável. Mas**,** reflitamos. Por que não era razoável? Quais fundamentos jurídicos foram erigidos e desenvolvidos a fim de dar sustentação racional e legítima à decisão do STF?

Infelizmente, se nos atentarmos mais detidamente na questão, veremos que as justificativas deduzidas não passam de mera análise de custo/benefício, de argumentos claramente políticos travestidos de princípio, isto é, do princípio da proporcionalidade[*].

Tal princípio, como se sabe, é utilizado como verdadeira "*censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador"* (MENDES; COELHO & BRANCO, 2008, p. 322). Tal censura somente se justifica se e quando houver afronta direta aos direitos e garantias fundamentais ou demais disposições constitucionais.

No caso da ADIn 855-2 em nenhum momento foi aclarado em que medida a lei paranaense malferia direitos fundamentais ou qualquer norma constitucional, ao revés, se contentou em referir-se genericamente ao princípio da proporcionalidade. Indubitavelmente, tal princípio enquanto critério metodológico possibilita ao Judiciário o alcance de maior racionalidade e legitimidade em suas decisões. Mas tal critério impõe que sua utilização respeite critérios rígidos, não podendo o mesmo ser aplicado de forma aleatória, possibilitando que o judiciário substitua o juízo de razoabilidade do Legislativo pelo seu. Antes, a decisão deve perpassar por cada um de seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) a fim de justificar em que medida a norma atacada não atende a exigência constitucional de ajustamento entre os meios utilizados e os fins perseguidos pela lei restritiva.

Talvez pela forma descomprometida e heterogênea que tal princípio tem sido aplicado, sua utilização no controle de constitucionalidade das leis tem suscitado controvérsias entre renomados juristas da doutrina estrangeira. Assim, autores como E. Forsthoff e Schimitt percebem uma carência de legitimidade nos tribunais constitucionais para

procederem à utilização deste princípio, já que sempre importaria em valorações que fugiriam à esfera de competência dos tribunais constitucionais. Outros, como J. H. Ely, entendem que a legitimidade de tais tribunais restringe-se à análise dos procedimentos democráticos mediante os quais o Legislativo toma suas decisões, não o conteúdo de suas decisões (PULIDO, 2007, p. 199-237).

Não obstante esses posicionamentos, entendemos pela legitimidade dos tribunais constitucionais para se valerem do princípio da proporcionalidade, pois, "*admitir a interpretação de que o legislador pode a seu livre alvedrio legislar sem limites, seria pôr abaixo todo edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e majestade dos princípios constitucionais. A Constituição estaria despedaçada pelo arbítrio do legislador*" (BONAVIDES, 2007, p. 436).

O que não é concebível é o atual estado das coisas. De forma recorrente o STF e também outros tribunais se valem do princípio da proporcionalidade de forma totalmente irresponsável e atécnica, como se o mesmo fosse um trunfo idôneo a travestir de jurídicas decisões de cunho político, econômico, moral etc. A ADIn 855-2 é, sem dúvida, um exemplo fiel do que estamos a dizer, isto é, do fenômeno desvirtualização proposital do princípio da proporcionalidade, denotando o abandono dos critérios lógico-jurídicos que balizam e legitimam a atuação jurisdicional.

De bom alvitre destacar que a mera referência a um princípio, por si só, não diz juridicamente nada, vez que por sua própria essência os princípios alcançam concretude e limites ante ao caso concreto. Certamente, os motivos levados a cabo pelo STF para entender a lei carente de razoabilidade foram considerados quando do processo de construção do *discurso de justificação da norma*, para usar a expressão de Günther, não sendo possível no *discurso de aplicação*, realizado pelo Judiciário, a utilização dos mesmos argumentos para invalidar uma norma, já que isso equivaleria a uma reabertura do processo legislativo de forma indevida.

Se considerarmos argumentos de política, será perfeitamente possível justificar a decisão do STF, mas se nos comprometermos com a exigência constitucional inafastável e absoluta de que toda decisão judicial há que ter uma fundamentação racional e "juridicamente" sustentável, veremos que houve sério desvio de função/competência na postura do Judiciário, que se enveredou por caminhos alienígenas ao Direito, denotando grave abuso de poder, e, assim, forte abalo à convivência harmoniosa entre os Poderes da República.

Passaremos agora a discorrer um pouco acerca do princípio da separação dos poderes a fim de compreendermos em que medida o mesmo se afigura como limitação, ou melhor,

vedação a que o Judiciário profira decisões que se utilizam da tessitura aberta dos princípios para encobrir/legitimar decisões eminentemente políticas que malferem a essência desse princípio basilar de um Estado de Direito.

2 Algumas digressões acerca do princípio da separação de poderes

Segundo vertentes basilares da Filosofia Política e da Teoria do Estado, a gênese da faceta mais conhecida da doutrina ou teoria da separação dos poderes, qual seja: a limitação ou moderação do poder político e a garantia de liberdade**,** remonta à Antiguidade grego-romana, mais especificamente, à teoria da constituição mista (PIÇARRA, 1989, p.17).

Aristóteles já atentava em sua *A Política (1995, Livro Sexto, p. 191-231)* para o fato de que o exercício da soberania ou do governo, não deveria estar concentrado apenas em uma das partes constitutivas da sociedade, mas deveria ser comum a todas elas, numa forma de equilíbrio no poder. Assim, é possível dizer que no modelo aristotélico de constituição mista nasce o germe que evoluirá e contribuirá para a noção moderna de separação de poderes, qual seja: "a do equilíbrio ou balanceamento das classes sociais através de sua participação no exercício do poder político, viável mediante o seu acesso à orgânica constitucional" (PIÇARRA, 1989, p. 36).

Mas embora se extraia da constituição mista de Aristóteles enorme contribuição para a idéia de limitação do poder político, a grande inspiração para a concepção que se tornou um dogma na Modernidade remonta aos séculos XVII e XVIII. Foi com o inglês Locke e, posteriormente, com o francês Montesquieu, que a teoria da separação dos poderes alcançou maior complexidade, vindo a indicar uma distribuição racional de funções e competências entre os órgãos constitutivos do Estado, além, é claro, daquele sentido originário de limitação do poder político, razão de ser da própria teoria.

Locke (1978, Livro XII, p.91), ao observar a realidade inglesa de sua época e o temor de um governo tirânico, manifesta que:

[...] pode ser tentação demasiada grande para a fraqueza humana, capaz de tomar conta do poder, para que as mesmas pessoas que têm por missão elaborar as leis também tenham nas mãos a faculdade de pô-las em prática, ficando dessa maneira isentas de obediência às leis que fazem, e podendo amoldar a lei, não só quando elaboram como

quando a põem em prática, a favor delas mesmas, e assim passarem a ter interesse distinto do resto da comunidade contrário ao fim da sociedade ou governo.

A saída vislumbrada por Locke para se evitar o abuso do poder era a divisão, *a priori*, do poder do Estado em três: Legislativo, Executivo e Federativo. Esta divisão, conforme destaca Manoel Messias Peixinho (2008, p. 02), levava em conta o caráter primordial das funções exercidas. Vejamos:

O Poder Legislativo tem o poder de fixar as leis com o objetivo de preservar a sociedade política e os seus membros. As leis elaboradas têm força para se estabilizarem com o tempo, mas requerem, contudo, execução continuada. Para cuidar da execução das leis há necessidade, em muitos casos, de um Poder Executivo separado do Poder Legislativo. O poder federativo compreende o poder de guerra e paz, de firmar ligas e promover alianças e todas as transações externas.

Montesquieu, por sua vez, com seu "Espírito das Leis" (1748) será o grande responsável por disseminar tal teoria por toda a Europa, tendo suas idéias incorporadas como verdadeiro dogma nas constituições posteriores. Na verdade, será no livro XI, capítulo VI da obra referente à Constituição Inglesa que o autor explanará a maior parte de suas idéias acerca da separação dos poderes.

Como Locke, Montesquieu também expressa claramente sua preocupação com o abuso do poder por aqueles que o detém. Desta forma afirma que "*é uma experiência eterna que todo homem que detém o poder é levado a dele abusar; e vai até onde encontra limites. Quem o diria? [...] Para que não se abuse do poder é necessário que pela disposição das coisas o poder limite o poder"* (Livro XI, Cap. VI, 1999, p.165).

No livro e capitulo retrocitados, o autor verifica três espécies de poderes num Estado: o Legislativo**,** o Executivo das coisas que dependem o Direito das Gentes e o Executivo das que dependem o Direito Civil. Pelo primeiro cabia ao Príncipe ou Magistrado fazer as leis, corrigi-las ou ab-rogar as que estavam feitas. Ao segundo, por sua vez, incumbia realizar a paz ou a guerra, enviar ou receber as embaixadas, estabelecer a segurança e prevenir invasões. Este podia ser chamado simplesmente de Poder Executivo do Estado. Ao último, também chamado de Poder de Julgar, restava a punição dos crimes e os julgamentos das demandas dos particulares (MONTESQUIEU, Livro XI, Cap. VI, p. 167).

Nesta classificação emergia uma das principais bases do constitucionalismo liberal, designando o que em tempos hodiernos se concebe com naturalidade como a separação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Evidentemente que o uso da

expressão *separação de poderes* se mantém pela própria tradição, haja vista tratar-se de divisão meramente funcional, já que o poder em si é uno e indivisível[†].

Salutar ressaltar que a teoria aqui esboçada foi concebida inicialmente para assegurar liberdade aos indivíduos, só mais adiante vindo a se vislumbrar, com clareza, a demarcação e a repartição das funções e competências entre órgãos especializados a fim de atender a ditames de eficiência da máquina estatal (DALLARI, 2007, p. 216).

O próprio Montesquieu eleva ao máximo o princípio da liberdade, entendendo que a mesma só existe quando todos estiverem submetidos ao império da lei. Assim, a teoria da separação dos poderes emergiu como a resposta dada ao problema da concentração de poder na mão de um só homem ou autoridade. Veja que o ponto de partida é o reconhecimento da tendência humana, por sua própria natureza, de assenhorear-se do poder e se tornar um tirano, um ditador, restringindo, assim, o espaço de liberdade dos indivíduos, direito supedâneo de toda teoria liberal.

Aliás, como toda medida liberal tende a prosperar, não foi diferente com a doutrina da separação dos poderes. Em 1776, a Declaração de Direitos de Virgínia declarava em seu parágrafo 5º que *"os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário"*. Também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 manifestava em seu artigo XVI que *"toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição"*.

Veja, portanto, a importância dessa doutrina para formação do constitucionalismo moderno. Essa temática, desde Locke e Montesquieu, tem ocupado grande parte dos estudos da jusplubicistíca ocidental, sofrendo diversas revisões e ganhando novos contornos em tempos marcados pelo fenômeno do neoconstitucionalismo[‡], que tem, inevitavelmente, acarretado o reformulamento de diversos conceitos basilares da Teoria da Constituição, como, por exemplo, povo, território, soberania etc.

De qualquer modo, pode-se dizer que a partir das Revoluções Inglesa e Francesa a adoção da separação de poderes enquanto distinção material das funções do Estado e como forma de controle do poder político permitiu delinear o tipo de estrutura organizativa adotada por cada Estado.

No Brasil, a doutrina esteve presente desde nossa primeira Constituição, em 1824, mesmo com a criação bizarra do Poder Moderador. No atual Texto Constitucional, o

princípio vem consagrado já no 2º artigo, que prescreve a independência e a harmonia dos Poderes da República, denotando sua total imprescindibilidade na conformação do atual paradigma constitucional.

Aliás, vale dizer que a idéia de que tais funções sejam independentes e harmônicas entre si faz parte do ideal propugnado por Montesquieu, que pensou em um sistema em que os poderes se limitassem reciprocamente e que não fossem absolutamente separados e nem paralisassem uns aos outros (AZAMBUJA, 2003, p.179).

Contudo, a ideologia liberal que culminou com a Revolução Francesa fez com que a doutrina de Montesquieu fosse desvirtuada e que os revolucionários 1789 propugnassem uma separação absoluta dos poderes do Estado, causando conflitos entre os poderes e a até mesmo a paralisação da atividade pública (AZAMBUJA, 2003, p. 179).

Assim é que durante o paradigma constitucional liberal eleva-se à potência máxima a idéia de impenetrabilidade de uma função na outra. Evidentemente que sendo a lei considerada a expressão da soberania popular, da vontade geral, vontade esta manifesta por indivíduos livres e iguais, ainda que formalmente, será perfeitamente aceitável que haja uma supremacia do Legislativo.

Ante a uma dúvida, portanto, na aplicação da lei, o magistrado deveria se socorrer no legislador, este sim intérprete autêntico da Constituição e das leis. O juiz deveria tão-somente enunciar o que acreditava ser a interpretação literal da lei. Dado a isso, durante a vigência do Estado Liberal a atividade do Judiciário se limitou a uma tarefa meramente subsuntiva, silogística no sentido aristotélico da palavra. Pensava-se que assim estariam mantendo incólume o princípio da separação dos poderes, evitando qualquer retrocesso ao Antigo Regime.

Na vigência do *Welfere State*, apesar da atuação do juiz ter ganhando maior complexidade, a hipertrofia do espaço público decorrente do fracasso do modelo abstencionista, culminou na conseqüente hipertrofia do Poder Executivo, o qual passou a ser cada vez mais solicitado a prestar direitos elementares através de políticas públicas. Nessa toada, coube ao Judiciário a implementação dos fins sociais perseguidos pelo Estado.

Acrescenta-se ainda, que a velocidade e a complexidade das relações sociais impuseram uma atuação legislativa muito mais técnica e numerosa, incompatível com o modelo

tradicional de separação de poderes (DALLARI, 2007, p. 222). Foi necessária, ainda, a fim de maximizar a eficiência do Estado, a criação das chamadas funções típicas e atípicas de cada Poder (PEIXINHO, 2008, p.4). Tornou-se possível, inclusive, a delegação de poderes/funções, a exemplo do que ocorre com as leis delegadas, fato inconcebível no século XVIII.

Mesmo no paradigma constitucional inaugurado em 1988, o princípio da separação dos poderes ainda não apresenta uma forma pronta e acabada, aliás, fato que se impõe pelo próprio dinamismo imanente às democracias, antes, passa por uma série de reformulações fim de apresentar respostas satisfatórias às demandas sociais, políticas, econômicas e jurídicas que se apresentam diariamente.

Não se pode negar que a linha que separa os poderes/funções do Estado tem se tornado cada vez mais tênue, permitindo-se, por exemplo, que o Executivo incorpore cada dia mais a função legislativa, através de medidas provisórias e de atos normativos infralegais originados de autarquias com efeitos regulatórios, como se dá com o Banco Central, caracterizando verdadeiro *ativismo dos órgãos do Poder Executivo* (PEIXINHO, 2008, p 04).

O Judiciário, por sua vez, mais nomeadamente, o STF, também não tem observado os limites impostos pela leitura constitucionalmente adequada do princípio da separação de poderes, de forma que não raramente tem atuado como verdadeiro legislador, substituindo os argumentos de política do Legislativo por argumentos seus, também de política, para invalidar atos do Legislativo. O STF se tornou a instância ou o palco das grandes e polêmicas discussões que envolvem o curso da Nação, desapropriando, em muitos casos, o Poder Legislativo de sua função.

Por isso, é indubitável que mesmo tênues e desgastados pelas tentativas recorrentes de fraude, os limites impostos pelo princípio da separação de poderes precisam existir e serem respeitados, pois constituem *conditio sine qua non* para construção de espaço verdadeiramente democrático, não permitindo o sobrepujamento de uma função sobre a outra. Sua supressão ou seu amesquinhamento casuístico atenderá, certamente, a interesses tirânicos e ditatoriais.

3 O Papel do Supremo Tribunal Federal (STF) na conformação de um Estado Democrático

Na atual conjuntura constitucional chega ser um truísmo afirmar que o STF ocupa um papel imprescindível na proteção dos direitos e garantias fundamentais, quer sejam individuais, quer sejam sociais. Decorrência lógica disso foi a exigência inafastável de aprimoramento das tutelas jurisdicionais a fim de maximizar a aplicação de tais direitos, tão violados pelos períodos antidemocráticos anteriores.

Não obstante, atuação do STF, sobretudo, através do controle concentrado de constitucionalidade, tem suscitado delicadas dificuldades na delimitação entre o poder legislativo e o poder judicial, no que tange ao princípio da separação de poderes. O caso sobre o qual nos propomos a debruçar, por exemplo, evidencia o quão sutil é a linha que permite este delineamento, ao que se soma a nebulosidade de posições doutrinárias que não facilitam o entendimento da questão, ao revés, têm se mostrado totalmente descompromissadas com os supostos do atual paradigma constitucional.

Nesse contexto, Piçarra Nunes (1989, p. 261) denuncia que já não vivemos sob a égide de um Estado Liberal, de modo que:

A legitimidade da lei já não encontra em si mesma, mas sim em sua compatibilidade ou conformidade com os objetivos e princípios constitucionais. A sua dimensão muitas vezes marcadamente política faz com que a tutela dos princípios constitucionais e valores especificamente jurídicos em geral não possa caber, em última instância, ao legislador, mas aos tribunais (nomeadamente ao tribunal constitucional) os quais justamente nessa tarefa encontram o limite do seu poder. Serão o legítimo <<*contrapoder*>> do legislador apenas na medida em que se confinarem no controle exclusivamente jurídico da constitucionalidade das leis. Mas já não estão, de modo algum, legitimados a erigir-se em contralegisladores ou em substitutos do legislador, invadindo a ampla liberdade de conformação política deste quadro da constituição e usurpando o núcleo essencial da função legislativa. (grifo nosso)

O celebrado autor português foi extremamente feliz em suas colocações, as quais estão em total consonância com nossas expectativas, isto é, da formação de um tribunal constitucional que tenha em si amadurecida a idéia de que o caminho para uma sociedade mais justa e democrática perpassa, necessariamente, pelo respeito ao equacionamento do poder/função/competência realizado na Constituição Federal. Isto pressupõe, de imediato, que sua atuação seja exclusivamente jurídica. Certamente que não estamos sendo ingênuos a ponto de desconsiderar que o Judiciário a todo tempo está a lidar com questões políticas. O que sob circunstancia alguma pode ocorrer, sob pena de desmantelamento das instituições que sustentam nosso Estado Democrático, é a apropriação do discurso político pelo Direito.

Aliás, Niklas Luhmann, ao desenvolver sua *teoria dos sistemas e da sociedade*, consegue exprimir de maneira bastante elucidadora a relação entre Direito e Política. Segundo ele, a Política funda o Direito ao passo que o Direito legitima e dá operacionalidade à Política (LUHMANN, 2002, p.208). Cada um dos subsistemas vigentes na sociedade, como o Direito e a Política, seriam regidos por códigos próprios que lhes permitiriam o desempenho de suas funções, além, é claro, de possibilitar sua identificação e a distinção dos demais subsistemas.

O Direito, portanto, se regerá pelo código *direito/não - direito*, ao passo que a Política se pautará no código *poder/não poder*. Veja que os códigos pertinentes a cada um dos subsistemas verificados no interior da sociedade denotam lógicas de atuação totalmente diversas, o que é perfeitamente compreensível se considerarmos que como autopoiéticos que são, os subsistemas criam seus próprios códigos, devendo fidelidade aos mesmos. Segundo Luhmann (1996, p. 10), o acoplamento estrutural esperado e necessário entre Direito e política se dá através da Constituição, que torna viável a estabilidade de ambos os sistemas.

Nessa toada, o professor Menelick de Carvalho Netto (2004, p. 25) vislumbra certos paradoxos na Modernidade, vez que tanto o direito funda a si mesmo, bem como a política é o fundamento de si mesma. E arremata:

Esses paradoxos do fundamento de ambos os sistemas são velados, como demonstra Niklas Luhmann, pela aquisição evolutiva que representou a invenção da Constituição formal no final do século XVIII. É a diferenciação entre um direito superior, a Constituição, e os demais Direito, que acopla estruturalmente Direito e Política, possibilitando o fechamento operacional, a um só tempo, do Direito e da Política. Em outros termos, é por intermédio da Constituição que o sistema da política ganha legitimidade operacional e é também por meio dela que a observância ao Direito pode ser imposta de forma coercitiva (2004, p. 25).

Possível perceber, portanto, que Direito e Política estão um para o outro numa relação de complementaridade, estando os sistemas, como afirma Luhmann, *fechados operacionalmente e abertos cognitivamente*. Esta busca por vida própria, denunciada pelo mestre mineiro, tanto pelo Direito, como pela Política, já deflagra a tentativa de sobrepujamento de um sistema sobre o outro, fazendo com que não tenham fidelidade aos códigos que os identificam. Sem esta fidelidade, a estrutura do macrosistema fica prejudicada, já que haverá enorme dificuldade de identificar cada sistema e sua função, pois se admitirá que o Direito se manifeste através do código da política e vice-versa. Ao Judiciário, cabe se valer da linguagem do Direito, sob pena de sério atrito ao princípio da separação de poderes.

Cabe ao STF, ao unificar a jurisprudência, velar pelo respeito aos preceitos e princípios constitucionais, mormente, através do controle concentrado de constitucionalidade, onde atua como verdadeiro filtro que impede a contaminação do ordenamento jurídico por normas portadoras do "vírus" da insubmissão ou da rebeldia, isto é, normas que já nascem afrontando seu próprio fundamento de validade, qual seja: a Constituição. Nisto está a legitimidade de sua atuação.

Aliás, na estruturação do sistema jurídico de forma hierarquizada, em que a Constituição ocupe o ápice, para onde todas as demais normas devem convergir e extrair seu último fundamento de validade está a maior contribuição de Hans Kelsen (2000) para a ciência jurídica. Isto porque é na idéia de supremacia da Constituição que se fundamenta todo processo de controle de constitucionalidade.

Mas, importante destacar que, embora o STF atue como "guardião da Constituição", ele não está autorizado a se valer de argumentos alienígenas ao Ordenamento Jurídico para sustentar suas decisões. Resta indubitável que num Estado de Direito, *a lei, mesmo larga e livremente interpretada, representa sempre um limite, e um limite necessário, ao arbítrio do juiz* (VECCHIO , 2005, p. 58).

Não pode o STF, enquadrando-se no tão festejado ativismo judicial, enveredar-se em *"subjetivismos disfarçados de interpretação constitucional"* (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 25) ou legal. Por isso deverá sempre no desempenho de sua função de efetivador de direitos fundamentais se valer de uma argumentação racional, consistente e consentânea com os ditames do Estado Democrático de Direito.

Sem dúvida que a perspectiva democrática invocada como pressuposto de legitimidade das decisões judiciais já representa significativo controle da atividade judicial a evitar arbítrios. Nessa cadência, a "teoria do discurso" de Habermas, por sustentar-se numa razão comunicativa, corrobora o que estamos a dizer, já que nela, não só os argumentos das partes, manifestados mediante pretensões de validade, são postos à refutação, mas também, os argumentos do julgador. Todos envolvidos constituem-se atores e participam da construção do discurso através do debate[§].

Essa dificuldade na delimitação das funções do Estado de forma clara e evidente atinge não somente o Brasil, mas diversos países do mundo. Na Alemanha, por exemplo, a cientista política, Ingeborg Maus (2000, p. 195), manifesta sua preocupação quanto ao fato de o Poder Judiciário a fim de dar concretude e efetividade a certos direitos, sobretudo, os fundamentais, quedar como verdadeiro *superego de uma sociedade órfã*, atuando na qualidade de administrador da moral pública.

Para ela, a instância competente para debates de ponto de vistas morais não é o Judiciário. Assim, põe em relevo o perigo verificado "*quando a jurisprudência trata seus próprios pontos de vista morais como regras jurídicas", pois se assim for, "qualquer fato imaginável pode ser identificado como juridicamente relevante e transformado em matéria judicial*" (MAUS, 2000, p. 195).

Denuncia que após a Segunda Guerra Mundial e a queda do regime nazista, os juízes alemães procuravam, a qualquer preço, "*reerguer um Estado de direito, identificado como uma Justiça livre de todas as formas de controle e vinculação*. Esta postura transparece no ditado de Klaus Adomek, citado por Ingerborg Maus (2000, p. 201), *"a lei vincula seus destinatários não seus intérpretes"*.

Também Juliano Zaiden Benvindo (2008, p. 22-23) destaca que a Corte Constitucional alemã, de maneira bem ativista, passou tratar como seu campo de responsabilidade e autoridade, não somente problemas jurídicos, mas também sociais, econômicos e políticos, de modo que se transformou em referência necessária para solução dos principais dilemas envolvendo a sociedade alemã. Para este autor, isso foi fruto:

de um controverso desenvolvimento histórico que não apenas favoreceu a descrença na política tradicional, como também requereu o surgimento de uma nova instituição que pudesse ocupar o vácuo de legitimidade após a Segunda Guerra Mundial, a Corte Constitucional alemã passou atuar fortemente em diferentes temas sociais, muitas vezes desacompanhada da crítica, até porque a doutrina estava enfraquecida no pós-guerra. Nesse contexto, ela pôde estender sua autoridade para os mais diferentes assuntos da vida social e, ao mesmo tempo, desenvolver teorias e metodologias que davam conta dessa assunção de poder. Assim, por exemplo, passou a adotar uma forma de controle constitucional fundado na idéia de direitos como princípios objetivos embarcando toda ordem social, política e jurídica que poderia dar razão ao estabelecimento de formas de argumentação claramente politizadas e que aumentava ainda mais seu espaço de atuação e discricionariedade. [...] E daí nasceu aplicação do princípio da proporcionalidade com essa assunção valorativa e objetiva, que, sem dúvida, causa perplexidade ao princípio da separação de poderes.

"O pior de tudo", ainda na análise do doutorando em direito público pela Humboldt-Universität zu Berlin (2008, p. 23), é que tal expansão foi percebida com ares de admiração pelo mundo jurídico, Assim, a doutrina, ao invés de procurar abalar a autoridade, que seria um dos seus principais papéis, acabou por deificar a autoridade, permitindo-se que as decisões da Corte Constitucional se tornassem a nova lei.

Esta não é, certamente, a atuação que se espera do Poder Judiciário. A Justiça não é nem deve ser o filtro de valores e de concepções morais identificados numa dada comunidade. A instância competente para tanto seria o Legislativo, onde o procedimento é o mais democrático possível e a lei é concebida como expressão da vontade geral, manifestada pelos representantes eleitos por um povo soberano. Somente assim seria possível atenuar o "constante esvaziamento do significado e da importância do Legislativo, seja pelo argumento da eficiência, típico do Executivo, ou seja, pela "tecnicidade", sacralizada e apolítica do Judiciário" (BIGONHA, 2008, p. 21).

Nessa ordem de idéias, são valiosos os ensinos de Klaus Günther (2000, p.87-99) ao estabelecer a distinção entre o discurso de justificação e o discurso de aplicação da norma. De maneira bem simplista, podemos dizer que o primeiro é pertinente ao Legislativo no processo de confecção normativa, diz respeito à validade da norma e impõe aos integrantes da atividade legislativa que considere todos os interesses envolvidos, ditos universais. O segundo, por sua vez, dito discurso de aplicação, é aquele do qual se valem os juízes na prestação jurisdicional. Parte do pressuposto de que não existe norma ideal capaz de prever todas as situações e condutas hipoteticamente possíveis, o que requer respeito ao *senso de adequabilidade* das normas válidas a um caso concreto, isto é, que se leve em conta todas as peculiaridades relevantes de uma dada situação, que devem ser avaliadas antes de se determinar a aplicação de uma norma. Evidentemente, cada um desses discursos observa uma lógica própria. Vejamos:

Nos discursos de aplicação, pesa a limitação da argumentação mais ampla existente nos discursos de justificação – argumentos pragmáticos e ético-políticos devem ficar excluídos, sob pena de se aceitar uma reabertura do processo legislativo, todavia, com um rol de legitimados à discussão muito inferior. Isso não significa negar que, ao longo de um discurso de aplicação jurídico, não surjam questões políticas e pragmáticas, mas alerta-se para o fato de que a decisão não poderá reabrir a discussão de justificação, ou seja, o magistrado deve tomá-las como produto do discurso anterior e tratá-las como válidas *prima facie*, avaliando-as e posicionando-se apenas no tocante a sua adequabilidade frente às circunstâncias do caso concreto, sem, com isso, buscar construir novos argumentos de ordem pragmática ou ético-política (PEDRON, 2008, p. 62)

Através dos discursos de justificação, o legislador político avalia um espectro ilimitado de razões normativas e pragmáticas, traduzindo-as à luz do código do Direito. Já o aplicador jurídico encontra uma constelação de normas bem mais limitadas, vez que ele deve lançar mão das escolhas já feitas pelo legislador. Uma vez que as escolhas do legislador são traduzidas conforme o código do Direito, elas passam a funcionar sob a lógica jurídica. Dado a isso, a tarefa deixada a cargo do aplicador não é mais justificar tais razões, mas encontrar, dentre as que o legislador considerou como *prima facie* válidas, a única adequada para fornecer uma fundamentação acerca da correção da ação singular trazida pelo caso *sub judice*. (PEDRON, 2008, p.63)

Justamente por isso, estamos com Ronald Dworkin (2005, p.13) quando nos ensina que os juízes ao julgarem devem se valer de argumentos de princípio, e não de política, pois *a prestação jurisdicional substantiva no Direito é uma questão de princípio*. Os valores morais e políticos vigentes numa dada comunidade são importantes para o Direito na medida em adentram no sistema jurídico sob as vestes de princípios, deixando assim de ser para o Direito mera orientação moral ou política para assumir carga normativa e, portanto, vinculante.

O autor norte-americano, já precipita uma resposta para seus questionamentos acerca da atuação dos juízes no próprio título da obra "Uma questão de princípios". Ele admite que os magistrados dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha recorrem a argumentos políticos ao fundamentar uma decisão judicial. Na Inglaterra, o fenômeno se dá maneira mais discreta, pois a grande maioria dos advogados, juízes, juristas e professores se mostra avessa à idéia de que decisões políticas possam ser proferidas com fundamentos meramente políticos. Mas ainda assim acentua de que a Câmara dos Lordes utiliza, freqüentemente, argumentos tão-somente políticos se esforçando para dar a impressão de que as decisões eram tomadas com fundamentos jurídicos (DWORKIN, 2005, p. 04).

Nos Estados Unidos a questão está mais dividida, havendo número expressivo de professores, estudiosos do Direito e até juízes de tribunais prestigiados, que defendem que "as decisões judiciais são inevitável e corretamente políticas" (DWORKIN, 2005, p. 05).

O autor, ao explicar o motivo pelo qual entende correta a utilização de argumentos de princípios e não de política, faz uma distinção fundamental. Segundo ele não há qualquer problema na utilização de argumentos de *princípios políticos*[**], mas sim quando julgamentos se contentam em explanar fundamentos de *procedimentos políticos* (DWORKIN, 2005, p. 06). Os primeiros emanam da própria Constituição, como fruto de um consenso acerca dos valores políticos vigentes à época da inauguração da mesma. Já o segundo, encontra-se presente nas constituições como atribuição da função legislativa, sendo considerada uma intromissão ilegítima do Judiciário no Legislativo quando aquele se reporta a fundamentos de natureza eminentemente política em sua atuação.

Assim, entendemos que o juiz ao confrontar-se com questões de natureza política, o que é perfeitamente natural em nosso contexto constitucional, deverá procurar nos limites do Ordenamento Jurídico a saída (que quando não estiver manifesta em forma de regra pode ser inferida através de princípios).

O problema está quando recôndito em conceitos como proporcionalidade/ razoabilidade, o desvio de função perece se legitimar. Encobre-se, desta maneira, a faceta obscura da situação, qual seja: a retirada de campo dos argumentos essencialmente jurídicos, que legitimam a atuação do Judiciário, para uma dimensão totalmente axiológica que tornam sua atividade isenta de qualquer controle, permitindo que os onze ministros que compõe o Supremo Tribunal Federal exerçam autêntico "poder de veto sobre as políticas da nação" (DWORKIN, 2005, p. 41) o que representa verdadeiro golpe contra as bases democráticas de nossa República.

A ADIn 855-2 é apenas um caso, entre tantos outros, em que o STF tem se manifestado com fundamentos que indicam nitidamente a usurpação de funções dos demais Poderes, em especial do Legislativo. Na atual conjuntura, não podemos assistir passivos e apáticos o momento em que, segundo Menelick de Carvalho Netto (2004, p. 25-26):

[...] os próprios órgãos legitimados pela Constituição voltam-se contra a sua base de legitimidade para devorá-la, tal como Cronos fizera com seus próprios filhos. Revela-se a face brutal da privatização do público, do poder estatal instrumentalizado, reduzido a mero prêmio do eleito, visto como as batatas a que faz jus o vencedor, no dizer de Machado. É o sentimento de anomia que passa a campear solto, vigoroso, alimentando-se a fartar das dificuldades que encontramos em recuperar as sementes de liberdade presentes em nossa Constituição, mergulhada em nossas tradições. E as tradições de qualquer comunidade político-jurídica são sempre plurais, por mais autoritárias que possas ser as eventualmente vitoriosas ao longo da história.

Uma reação que combata a atual situação, descrita brilhantemente pelo mestre mineiro, requer uma nova postura dos profissionais do Direito, uma reação endógena, que comece lá em sua formação acadêmica, isto é, nos próprios cursos jurídicos, que insistem em um modelo de ensino "bancário", na expressão de Paulo Freire, incapaz de incitar o aluno à criticidade ou à curiosidade epistemológica, antes, propagam um "*conhecimento previamente mastigado dos manuais didáticos, associados à cuspida narrativa de práticas profissionais nem sempre auspiciosas, por vezes travestidas de doutrina*" (VENTURA, 2007, p.261).

Não devemos nos intimidar pelos argumentos de autoridade que por vezes são utilizados para nos fazer retroceder na busca por dias melhores[††]. Se possível mudança parece não partir dos órgãos hierarquicamente superiores, vamos nós, a base da pirâmide, lutar para empreendê-la, e, assim, materializar o verdadeiro espírito democrático presente em nossa Constituição. Como bem nos ensina Paulo Freire (1996, p.53), seria uma imensa decepção sabermos que nossa presença no mundo não implica em nenhuma possibilidade de mudança, de construção da nossa presença. Devemos nos conscientizar de que não somos apenas objetos da História, mas sujeitos seus, e, portanto, com capacidade de intervir em seu curso (FREIRE, 1996, p.77).

Nisto reside nossa esperança: em fazer nosso pequeno sussurro ou ruído se somar à multidão de vozes que, juntas, formam o grande coro que entoam o cântico “Basta”. Basta de desrespeito à nossa ordem democrática consagrada na Constituição.

4 Considerações finais

Conforme dito alhures, não raramente o STF tem se utilizado em suas decisões de argumentos extra-jurídicos em sede de controle concentrado de constitucionalidade. E pior, procura legitimar tais decisões através do uso indiscriminado de princípios, como, no caso da ADIn 855-2, do princípio da proporcionalidade.

Assim o faz como se a mera referência a um princípio, por si só, fosse capaz conferir racionalidade e legitimidade à sua atuação. Ignora o princípio da separação de poderes e se utiliza de argumentos tão somente políticos para invalidar uma norma, de modo que impõe seu juízo de razoabilidade (cálculo custo/benefício) sobre aquele realizado pelo Legislativo.

Ao proceder desta maneira, o STF subverte a ordem constitucional e invade a competência de outros Poderes sem deixar qualquer possibilidade de defesa. É a consolidação de um dos paradoxos da Modernidade denunciado por Menelick Carvalho Netto, em que tanto o Direito funda a si mesmo, bem como política é o fundamento de si mesma. É preciso, com Dworkin, que o Judiciário se valha de argumentos de princípios. E com Günther, que respeite o acoplamento realizado entre direito e política pela Constituição. Somente neste acoplamento é que vamos encontrar os limites necessários a uma convivência democrática e harmoniosa entre os Poderes do Estado.

5 Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. **A política.** São Paulo: EDIPRO, 1995 (Série Clássicos).

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 15ª Ed. São Paulo: Globo, 2003.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **O método e a verdade: O aprendizado Constitucional e a Universidade Alemã.** In: Constituição e Democracia (SindjusDF/UNB), Brasília, n.27, p. 22-23, Nov. 2008.

BIGONHA, Antônio Carlos Alpino. **Corte Constitucional dos Trópicos.** In: Constituição e Democracia (SindjusDF/UNB), Brasília, n.27, p. 21, Nov. 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: Hermenêutica e Jurisdição Constitucional. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios.** Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREIRE JR, Américo Bedê. **O Controle Judicial das Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: Saberes necessários à prática educativa**. 37ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo Tratado sobre o Governo; Ensaio acerca do entendimento humano**. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os pensadores)

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.). **Il Futuro Della Costituzione.** Torino: Einaudi, 1996.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedade. México: Universidad IberoAmericana, 2002.**

MAUS, Ingerborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**. In: Novos Estudos CEBRAP, n.58, Novembro, 2000.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1999.

PEDRON, Flávio Quinaud. **A distinção entre Jurisdição e Legislação no Pensamento de Klaus Günther**. In: Revista da CEJ, ano XII, n.41, p. 59-66, abr/jun.2008. Disponível em: << www2.cjf.jus.br>>

PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais.** Disponível em: <<www.scribd.com>> Acesso: 15 de março de 2009.

PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Lisboa: Coimbra, 1989.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.

VASCONCELOS, Padre Francisco de. **Habermas e o conteúdo normativo da Modernidade**. Vila Velha: Gráfica Editora Quatro Irmãos, 2008.

VECCHIO, Giorgio Del. **O Estado e suas fontes do Direito**. Belo Horizonte: Líder, 2005.

VENTURA, Deisy de Lima. Do direito ao método e do método ao direito. In: CERQUEIRA, Daniel Torres de; FILHO, Roberto Fragale (Org.) **O ensino jurídico em debate: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica**. Campinas: Millennium, 2007.

---

[*] O surgimento da concepção de proporcionalidade, enquanto um conceito próprio do Direito Público, remonta ao contratualismo jusnaturalista da época do Iluminismo. Assim, nas conhecidas teorias contratualistas, como a de John Locke, que procurava justificar a fundação do Estado na celebração de um pacto civil, nasciam os pressupostos filosófico-políticos mais importantes do princípio em análise (PULIDO, 2007, p. 44-45). Com o fortalecimento da idéia de poder político, as intervenções estatais na esfera de liberdade individual passaram a ter que ser proporcionais, fato que impunha adequação entre os meios e os fins perseguidos pela ingerência estatal. (PULIDO, 2007, p. 46). Mas foi com a consolidação do Direito prussiano de polícia, com a destacada contribuição de Carl Glottlieb Svarez (quem esboçou os subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito), que o conceito normativo de proporcionalidade experimentou enorme expansão no Direito Público, sobretudo, o europeu (PULIDO, 2007, p. 46-47). Assim, ao longo de todo século XIX tal princípio passou a ser aplicado nas mais variadas áreas do Direito Administrativo alemão, representado uma reivindicação de direitos fundamentais frente ao Estado, o que alcançou seu ápice após a Segunda Grande Guerra, onde diversos países também passaram a se valer dele como fundamento para o controle dos atos administrativos do Estado, mesmo que não previsto explicitamente nos textos constitucionais (PULIDO, 2007, p. 49).Mesmo depois de diversas aprimorações, estamos com o publicista francês Xavier Philippe, citado pelo ilustre professor Paulo Bonavides (2007, p. 392), de que há princípios muito mais fáceis de entender do que definir, e que, certamente, o princípio da proporcionalidade está entre estes. Mas, de um modo geral, pode-se dizer que há certo consenso de que o mesmo *"se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo"* (BONAVIDES, 2007, p.393). Assim, verificado o excesso de poder pelo Legislador, que não equilibrou os meios com os fins constitucionais perseguidos, será possível declarar a norma produzida como inconstitucional.

[†] Segundo o professor J.J Gomes Canotilho (2003, p. 579) “quando se fala de divisão ou separação de poderes não se coloca em crise, como já se acentuou, a unidade do Estado, pois mesmo numa democracia pluralista integrada em comunidades políticas mais amplas, não está em causa a indivisibilidade da *estadualidade* ou *estatalidade* .<<Dividir>> ou <<separar>> poderes é uma questão atinente ao exercício de competências dos órgãos de soberania e não um problema de divisão do poder unitário do Estado. Neste contexto se deve compreender as idéias de *freios e contrapesos, checks and balances, separação e interdependência*, tradicionalmente associadas ao princípio da separação dos poderes”.

[‡] Segundo o professor Manoel Messias Peixinho (2008, p.13) “o neoconstitucionalismo propõe-se a ser uma saída metodológica ao juspositivismo, mediante a construção de uma nova teoria constitucional que não se limita ao reconhecimento da organização das competências estatais, mas objetiva efetivar os direitos fundamentais e as garantias inerentes ao Estado democrático”.

[§] Na concepção habermasiana, “a participação em discursos possui força revolucionária em dois aspectos: “Ultrapassa convenções e leis existentes, tomando distâncias de papéis sociais concretos e engendrando novos princípios a partir da projeção de uma publicidade argumentativa aberta. E, em outra vertente, as barreiras que provém das repressões de caráter, são também explodidas pela participação em discursos, abrindo-se espaço à auto-realização”. (VASCONCELOS, 2008, p. 114)

[**] Interessantes anotações fazem Canotilho acerca dos “princípios políticos constitucionalmente conformadores”. Segundo o autor português são eles que “explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Nestes princípios de condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da constituição [...] os princípios políticos constitucionais são o cerne político de uma constituição política. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1166)

[††] Isso porque é recorrente o argumento falacioso de que nada podemos fazer, pois ao STF cabe errar por último. Aliás, argumento que ele mesmo consagra. O professor Antônio Carlos Alpino Bigonha (2008, p.21), assim relata: “O decano do Supremo Tribunal Federal, na recente cerimônia de posse da nova presidência da Casa, invocando Rui Barbosa, afirmou categoricamente, que a Corte, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último.” É lamentável.

A ATUALIDADE HERMENÊUTICA DE ARISTÓTELES*

THE ACTUALITY OF ARISTOTLE FOR HERMENEUTICS

Ricardo Araujo Dib Taxi

RESUMO

Este trabalho pretende analisar o saber ético de Aristóteles lido por Gadamer no tocante às etapas do processo hermenêutico. Pretende-se mostrar que o momento da aplicação, o qual fora até então dissociado do conhecimento dos princípios teóricos, deve ser alçado não só a parte deste como tornar-se fundamental no acontecer hermenêutico. Nesse sentido, o resgate da filosofia prática aristotélica aparece como exigência de uma hermenêutica da faticidade, perdida a partir do distanciamento metodológico oriundo do esclarecimento europeu. Nessa ótica, serão trazidos os diversos conceitos de ciência elencados por Aristóteles em sua Ética a Nicômaco, bem como será visto em que grau é possível se falar em segurança jurídica a partir de um Direito visto como filosofia prática, e não como ciência teórica aprendida previamente.

PALAVRAS-CHAVES: HERMENÊUTICA FILOSÓFICA, PRUDÊNCIA, INTERPRETAÇÃO, CIÊNCIA PRÁTICA.

ABSTRACT

This work intends to analyze Aristotle's ethical knowledge read by Gadamer concerning the stages of the hermeneutic process. It intends to show that the moment of the application, which had been dissociated until then of the knowledge of the theoretical beginnings, should be raised not only as part of this, but as being an essencial part in the happening hermeneutic. In that sense, the rescue of the Aristotelian practical philosophy appears as a demand of a hermeneutic of the facticity, lost starting from the methodological enlightment originating from the European. In that optics, the several concepts of science will be brought by Aristotle in his Nicomachean Ethics, as well as make it possible to see in what degree are we able to speak of juridical safety seen from a right of practical philosophy, and not as theoretical science learned previously.

KEYWORDS: PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS, PRUDENCE, INTERPRETATION, PRACTICAL SCIENCE.

1. INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Desde a florescência do cientificismo na ilustração (séc. XVII), pode-se dizer que o pensamento acerca da hermenêutica esteve intimamente ligado à questão do método científico. Cercada pela relação entre lógica e retórica que sempre lhe fora latente, a hermenêutica aparecera ora como um método de guiar à correta compreensão ora como a arte de trazer à tona sentidos ocultos nos signos a serem interpretados (GADAMER, 2002).

Em todo caso, a percepção de que as expressões humanas contêm uma componente significativa, que tem que ser reconhecida como tal por um sujeito e transposta para o seu próprio sistema de valores e significados (BLEICHER, 2002) fez da teoria hermenêutica contemporânea uma espécie de metodologia das ciências humanas, imbricadas que estavam essas últimas nos ideais de objetividade e certeza típicos das ciências naturais.

Entretanto, a própria hermenêutica enquanto condição central de possibilidade às ciências humanas não se resumiu a uma metodologia. A chamada filosofia hermenêutica apontou o objetivismo que se pretendia alcanças nas ciências humanas como uma transfusão precária da lógica das ciências naturais para as ciências do espírito. Foi sobretudo graças a Wilhelm Dilthey que se refletiu mas seriamente as ciências humanas ou ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*) como substancialmente distintas das ciências naturais na medida em que o objeto daquelas confunde-se com o sujeito e o faz imerso em uma universalidade a qual este precisa saber se mover para que possa efetivamente *compreender* dentro das ciências humanas (BLEICHER, 2002).

Muito embora Dilthey tenha permanecido de certo modo preso à exigência de objetividade científica e assim sua hermenêutica possua ainda um metodismo que lhe dificulta o movimento compreensivo, foi de fato sua reflexão que possibilitou a guinada mais radical que pouco depois dariam Heidegger e Gadamer à ontologia da interpretação.

A partir da filosofia hermenêutica heideggeriana e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, a hermenêutica deixou seu posto de método da compreensão nas ciências humanas para investigar as condições de possibilidade de conhecimento nas ciências do espírito, é dizer, buscou relevar quais os elementos que tornam possível a interpretação e como a mesma está ligada ao interprete, sua historicidade e temporalidade (GRONDIN, 1994).

Se for verdade, como antes dito, que a hermenêutica tornou-se central ao estudo das ciências sociais, incluindo é claro o Direito, então a sua cientificidade depende inteiramente da compreensão que se tenha acerca das possibilidades da hermenêutica. O caráter científico da interpretação no Direito certamente não pode se embasar no método das ciências naturais, muito embora o Direito não possa também prescindir de objetividade em certa medida.

Desse modo, resta saber até que ponto é possível falar em ciência do Direito partindo de uma perspectiva contemporânea de hermenêutica e de ciência do espírito. Se a universalidade hermenêutica constitui-se de uma pluralidade de condições que adentram a interpretação e que jamais vêm completamente à tona, então a empreitada cientificista no Direito começa já em posição desconfortável. Ademais, se a subsunção do geral (lei) para o particular (caso concreto) não se constitui de um processo mecânico

e depende sempre de um acréscimo de sentido do interprete, então o conceito de ciência iluminista releva-se efetivamente insatisfatório.

Em todo caso, será mesmo necessário tratar o Direito como ciência? Se o conceito de ciência moderno, surgido com Galileu e filosoficamente fundamentado com Descartes não se aplica ao Direito, não seria então melhor reconhecer que o fenômeno jurídico estará mais bem visualizado fora do âmbito e dos padrões científicos?

Para tais questionamentos, que por muitos foram respondidos afirmativamente, buscar-se-á aqui uma resposta distinta da simples inserção do Direito enquanto ciência (em seu conceito moderno) ou da negação de seu caráter científico. A necessidade de se buscar uma terceira via justifica-se por uma postura de valorização da ciência enquanto ferramenta fundamental ao pensamento humano e ao pensamento jurídico mais especificamente, sem, todavia, olvidar as condições nas quais inexoravelmente o Direito se movimenta.

Nesse sentido, percorrer-se-á, na esteira de Gadamer, um regresso ao conceito de ciência cunhado por Aristóteles para o Direito, qual seja o de filosofia prática ou prudência (*phronesis*), buscando assim demonstrar que na acepção aristotélica de razão prática encontra-se o germe que possibilita um pensamento científico distinto daquele forjado pela ilustração e tão criticado pelos teóricos hermenêuticos desde o século XIX.

O objetivo de tal trabalho é exatamente possibilitar um resgate da amplitude humana no exercício do Direito, a constatação de que o fenômeno jurídico, enquanto *phronesis*, envolve tanto a cientificidade enquanto lógica racional como também aptidões naturais humanas que não vêm a tona em uma visão estritamente técnico-racional. O resgate da dimensão humanista na qual o direito está imerso possibilitará também que se conheça de modo mais amplo os elementos que estão presentes em toda interpretação e toda pretensão de certeza no Direito, tornando viável um debate mais concreto e transparente acerca das decisões jurídicas e as razões que lhes serviram de base.

2 – A RAZÃO PRÁTICA

Sob um primeiro olhar, o título deste trabalho sugere que será feito um estudo eminentemente acerca da obra de Aristóteles. Entretanto, como já apontado na introdução, objetiva-se tratar especificamente da discussão hermenêutica da segunda metade do século XX e suas possíveis aplicações ao pensamento jurídico contemporâneo.

Em todo caso, para discutir problemas e proposições envolvendo o cerne do Direito, ao invés de apenas transitar sob suas características de modo esparso, é necessário discutir um tema interno à problemática jurídica, buscando auxílio da filosofia na medida em que as soluções puramente jurídicas mostrem-se insuficientes para lidar com tal questão.

A “atualidade hermenêutica de Aristóteles” é como Gadamer denominou um subtítulo do segundo capítulo da segunda parte de sua obra *Verdade e Método* (GADAMER, 1999 p. 465) no qual o autor discute o que considera o problema fundamental da hermenêutica, qual seja a *aplicação.*

Tal elevação do aspecto prático não representa uma busca de mais rigor científico à prática, mas, ao contrário, tenciona trazer o acontecer fático para o discurso teórico. Vejam-se as palavras de Gadamer em artigo intitulado “A hermenêutica como tarefa teórica e prática” no que se refere à natureza da hermenêutica.

A hermenêutica é, pois, algo mais que um método das ciências ou o distintivo de um determinado grupo de ciências. Designa sobretudo uma capacidade natural do ser humano. A oscilação de palavras como “ hermenêutica” entre um significado prático e um significado teórico, dá-se também em outros casos. Falamos assim da lógica ou da falta de lógica no trato cotidiano com as pessoas, sem referir-nos em absoluto a uma disciplina filosófica específica sobre a lógica. O mesmo podemos dizer da palavra “retórica”, que expressa tanto a arte de falar, passível de ser ensinada, quanto a capacidade natural de falar e sua realização. É evidente que a aprendizagem de algo sem possuir um talento natural leva a resultados muito modestos. A falta de talento natural para falar é difícil de compensar com o ensino metodológico. O mesmo acontece com a arte da compreensão, a hermenêutica. Essas questões denunciam a importância da metodologia. Que tipo de ciência é essa que se apresenta mais como um prolongamento de dons naturais e como uma explicitação teórica dos mesmos? Trata-se de um problema pendente para a história da ciência. Onde se inscreve a arte da compreensão? A hermenêutica está mais próxima da retórica ou devemos aproximá-la mais da lógica e da metodologia das ciências? Ultimamente eu tenho tentado contribuir para essas questões de história da ciência. Assim como o uso da linguagem, também essa questão histórica indica que o conceito de método que serve de base para a ciência moderna acabou dissolvendo um conceito de ciência que se orienta justamente na direção dessa capacidade natural do ser humano. Isso suscita a seguinte pergunta: Não continua havendo até hoje dentro do sistema das ciências um setor muito mais afinado com as antigas tradições do conceito de ciência do que com o conceito metodológico da ciência moderna? (GADAMER, 2002 p. 350).

Assim, considerando a hermenêutica como um setor distinto dos saberes que podem ser apreendidos e aplicados segundo a metodologia da ciência moderna, Gadamer enxerga em Aristóteles a raiz de um conceito de ciência originalmente ligado à dimensão humanista reconhecida na hermenêutica quando de sua origem, escondida desde a modernidade e ainda não totalmente resgatada. Precisamente a razão prática.

Em sua Ética a Nicômaco (ARISTÓTELES, 2007), após haver exposto a doutrina da mediania no tocante à Justiça e às virtudes morais, qualificando negativamente tanto o excesso quanto a deficiência, Aristóteles passa a averiguar qual seria a justa razão para alcançar a virtude nos distintos departamentos da vida humana.

Assim, classifica a alma em duas partes, uma racional e outra irracional, supondo haver na parte racional tanto a faculdade pelo qual se especulam as coisas cujos princípios são invariáveis como aquelas cujas coisas são variáveis (ARISTÒTELES, 2007 p. 172). A essa última, o autor designa o nome de faculdade calculadora, uma vez que por cálculo entende *deliberação*, uma vez que não se delibera sobre verdades imutáveis, mas somente sobre o que é passível de variação.

Ademais, sendo a escolha um ato de vontade, esta envolve necessariamente desejo e intelecto, ao menos na medida em que deve haver o desejo de seguir determinada disposição intelectual. "A escolha é um desejo deliberado" (ARISTÓTELES, 2007 p. 179). Aqui Aristóteles diferencia novamente o pensamento com relação à ação do pensamento especulativo, que nada gera.

Em seguida, Aristóteles chega ao ponto que forneceu o alicerce as ciências humanas que Gadamer procura resgatar. Tal ponto é precisamente a busca da verdade nas distintas partes da alma. Notadamente a distinção entre a busca da verdade no conhecimento científico e na prudência (sabedoria prática).

Os objetos do conhecimento científico, adjacentes à já citada parte da alma que trata das coisas invariáveis, existem *necessariamente*, sendo nesse sentido eternos e absolutos. Por esse grau de precisão, tem como característica o fato de serem demonstráveis[1].

Essa espécie de conhecimento, chamado por Aristóteles *científico*, representava para o filósofo o mais alto saber, denominado Σοφ?α (sofia), que aos idiomas latinos é traduzida simplesmente como saber. Seu sentido originário é, no entanto, saber de acordo com princípios certos e imutáveis, plenamente cognoscíveis e que permitem falar sobre o objeto em termos seguros de verdade e falsidade, posto que o conhecimento dos primeiros princípios é suficiente para levar às conclusões no âmbito imutável de tais saberes.

Como exemplo de tal saber, dado por Aristóteles e lembrado por Gadamer como paradigmático (GADAMER, 1999), está o ofício do artesão. Com efeito, este aprende com seu mestre exatamente a maneira de executar o trabalho e os resultados visados. Tendo aprendido, o momento em que terá efetivamente que por em prática o saber aprendido segue o mesmo retilíneo método. Quando algo não sai como projetado, tal defeito deve-se à algum problema constante do objeto de trabalho ou alguma imperfeição na técnica do artesão, sem representar de modo algum uma falha no saber aprendido.

Se este tipo de conhecimento pudesse responder aos anseios do Direito, a hermenêutica jurídica seria uma ciência demonstrável e a empreitada de buscar a melhor solução para as questões jurídicas se esgotaria no plano teórico. É claro que ainda assim os debates mais gerais acerca do Direito, que perpassam pelas várias teorias da justiça, apelos sociais e econômicos não seriam reduzidos.

Já quanto a este primeiro ponto, este trabalho propõe que não há meios de se *demonstrar* que determinada concepção é a mais correta quando se trata de resolver problemas jurídicos. Isto porque o Direito, enquanto fenômeno complexo e multifacetado, depende sempre de concepções acerca de suas finalidades que variam de

acordo com as inclinações dos envolvidos, suas tradições e os diálogos que travam, aspectos que se afastam de questões de demonstrabilidade.

Em todo caso, o objetivo deste trabalho é diverso. Pretende remontar a Aristóteles para mostrar que, ainda quando se tem consenso acerca da plausibilidade e eficiência de determinado comando legal abstrato, esta norma jamais é capaz de ser subsumida perfeitamente ao caso concreto sem auxílio criativo por parte do aplicador. Dito de outro modo, o Juiz jamais é a boca da lei.

Indo mais adiante, a pretensão gadameriana em resgatar a filosofia aristotélica não se dá para dizer que nas ciências humanas não há como falar demonstrativamente em certo e errado (embora isso também seja correto no pensamento gadameriano e em última instância aristotélico). A idéia é justamente contrariar o exemplo do "ofício do artesão" no que toca a tais ciências. Defender que o conhecimento nas ciências do espírito, (e Gadamer utiliza como exemplo o conhecimento jurídico) não se constitui de um saber previamente aprendido e posteriormente aplicado. O momento da aplicação também faz parte do aprendizado, ou melhor, o próprio aprendizado necessita da aplicação para se completar.

Essa idéia será melhor tratada no decorrer deste trabalho. Importa agora voltar a Aristóteles e ver como este, contrastando o conhecimento por ele denominado *científico*, classifica prudência ou sabedoria prática (phronesis) à qualidade racional de consecução da verdade, que concerne à ação relativamente a coisas que são boas e más aos seres humanos (ARISTÓTELES, 2007 p. 183). Na esteira da transcrição de Gadamer feita acima, Aristóteles concebe a prudência como uma faculdade intimamente ligada a conceitos-guia humanísticos. Tanto é que utiliza como sinônimo da prudência a *temperança*, ligando-a aos homens que possuem uma boa faculdade de discernimento no que tange as escolhas boas aos seres humanos.

Quando o filósofo liga a prudência ao aspecto prático, não se deve crer que se esteja abdicando de princípios gerais enquanto nortes teóricos. Entretanto, na medida em que tais princípios são pensados com vistas a resolver problemas práticos, relativos a aspectos como já se disse contingentes (posto que poderiam ser de outro modo), o olhar prático é indispensável e até mais importante do que um olhar simplesmente teórico. Veja-se como Aristóteles aborda tal questão:

Mas a prudência não é apenas um conhecimento de princípios gerais, pois tem também que levar em conta fatos particulares, uma vez que está envolvida com a ação, ocupando-se de coisas particulares. Essa é a razão porque homens ignorantes dos princípios gerais, por vezes, obtêm maior êxito na ação do que outros homens que os conhecem. Por exemplo, se um indivíduo sabe que carnes leves são de digestão mais fácil e, portanto, mais saudáveis, mas não sabe que tipos de carne são leves, é improvável que consiga restaurar a própria saúde, o que provavelmente conseguirá um indivíduo que apenas sabe que carne de frango é saudável [e leve]. E em outras matérias homens experientes obtêm mais sucesso do que teóricos. Sendo a prudência concernente à ação, necessita-se de ambas as suas formas, ou, de preferência, realmente o conhecimento dos fatos particulares ainda mais do que o conhecimento de princípios

gerais. Entretanto, aqui também, é preciso que haja alguma faculdade superior controladora. (ARISTÓTELES, 2007 p. 188).

Ainda haveria teses de doutorado a serem escritas sobre a *phronesis* aristotélica. Entretanto, para não fugir do tema, cumpre agora mostrar a releitura feita por Gadamer de Aristóteles no tocante à questão da aplicação como parte fundamental do processo hermenêutico. A questão da aplicação será também a ponte para tratar da questão da faticidade no Direito, objetivo final deste trabalho.

3 – A APLICAÇÃO COMO PARTE FUNDAMENTAL DO PROCESSO HERMENÊUTICO

Ao iniciar o capítulo que este tópico irá comentar, Gadamer traz uma discussão oriunda do romantismo, qual seja a fusão entre compreensão (entendimento) e interpretação (GADAMER, 1999).

Antes da guinada hermenêutica trazida pelo romantismo, a interpretação era considerada um passo posterior à compreensão. Sob esse prisma, uma lei, por exemplo, seria primeiro compreendida em seus aspectos fundamentais, podendo ser posteriormente interpretada segundo as inclinações subjetivas de cada interprete.

A chamada "interpretação literal" é herdeira dessa separação, na medida em defende haver uma compreensão impressa ali à vista de todos, mais fiel á intenção do autor que interpretações posteriores. Do mesmo modo, as religiões evangélicas (especialmente no Brasil) costumam apontar a compreensão da Bíblia como unívoca e contrária a quaisquer interpretações particulares, que distorceriam a mensagem trazida ali da mesma maneira para todos. Tal dogma remonta em última instância a Lutero.

A reviravolta trazida pelo romantismo ocorreu a partir da constatação de que quando se compreende o sentido de algo já se está concomitantemente interpretando (BLEICHER, 1992). A impossibilidade de uma compreensão prévia e igual para todos fora trazida à tona pela exaltação da individualidade pugnada pelo romantismo, na medida em que a compreensão traz já consigo a necessidade de adaptação do mundo do texto para o mundo do interprete, seguindo um percurso no qual a universalidade da distância histórica põe em jogo para além do texto também o contexto do interprete.

Ademais, a subjetividade enquanto individualidade e elemento constituinte do ato de compreender fora finalmente levada a sério, expurgando-se o conhecimento pretensamente neutro e cientificista preconizado na ilustração e defendido por alguns até o dia de hoje.

Em todo caso, essa fusão entre compreensão e interpretação como um só aspecto deixou ainda de lado a questão prática referente à aplicação. Por mais que se compreendesse que a compreensão está inescapavelmente envolta na vivência do interprete, que leva necessariamente em conta sua vida prática, o momento da aplicação

fora considerado mesmo pelos românticos como *um passo após* o processo hermenêutico.

Trazendo novamente a exemplificação para a seara jurídica, uma lei não possui sentido unívoco, mas está condicionada as convicções e vivências do interprete. Mas isso ainda na etapa de conhecimento da lei. O momento da aplicação deste mesmo diploma legal não constituía[2] parte do processo hermenêutico de seu conhecimento. Ao contrário, nessa etapa a já compreendida lei deveria ser aplicada às peculiaridades do caso concreto.

Para dar outro exemplo, também a hermenêutica teológica experimentara o mesmo sentido. A escritura não é unívoca mas traz uma mensagem pessoal a cada leitor segundo suas próprias angústias de vida (sua individualidade). A aplicação prática dos ensinamentos, no entanto, é mera aplicação do entendimento que se fez da leitura bíblica.

Pois bem, reconhecendo a imperiosa necessidade dessa fusão, mas considerando-a ainda insuficiente para captar a universalidade e faticidade da hermenêutica, Gadamer traz a *phronesis* aristotélica para tratar a aplicação não só como parte do processo hermenêutico mas como seu ponto fundamental (GADAMER, 1999).

Para articular a argumentação, lembra que no saber científico, o qual Gadamer enxerga claramente nas ciências naturais, a aplicação constitui efetivamente um passo posterior à compreensão do sentido que se deve aplicar a um fato.

Já a razão prática[3], tratada por Gadamer no tocante ao saber ético em Aristóteles, não pode ter valência apenas teórica. Assim, não faz sentido dizer que alguém é ético, como se a ética fosse um saber previamente cognoscível. A idéia central é, portanto, que o espaço do saber ético é o momento da aplicação prática. Quando, assim, a pessoa se depara com a circunstância fática, a *intenção* de agir eticamente pode lhe apontar um norte geral, mas não a decisão concreta que deverá ser tomada.

Desse modo, a ponderação que o agente deverá realizar não se deve a uma incompletude do que antes aprendeu, pois é justamente da natureza do saber ético que a pessoa não deixe lições de fora desvirtuarem seu senso ético. Essas considerações, como se pode facilmente observar, mostram que na aplicação da ética entra em jogo primeiramente a inclinação individual da pessoa em agir segundo valores éticos. Essa intenção, ou vontade, já exclui qualquer pretensão de neutralidade científica, uma vez que a intenção do interprete tem tudo a ver consigo mesmo, com aspectos de sua vivência que nem ele mesmo pode trazer completamente à tona e que o ligam a tradições históricas com as quais aquele muitas vezes não dialoga.

Ainda explorando a questão da intenção, é certo que a mesma traz também aspectos de fusão entre quem vai agir e seu objeto. A separação entre sujeito e objeto desaparece por completo nesse sentido. Mesmo a fusão entre compreensão e interpretação do romantismo já demonstrara que há muito do sujeito no objeto, em sua visão. A inserção da aplicação, em Gadamer, mostrará que também há muito do objeto no sujeito, que sua racionalidade e princípios teóricos são formados nas ciências humanas sempre a partir da prática. A inserção do interprete no contexto (ser-aí) é inescapável.

Se a presente reflexão for atraente em demonstrar que o momento da aplicação é parte do conhecimento do que se está a aplicar, então definitivamente o saber abstrato não é suficiente para garantir resultados concretos. Conceitos humanísticos como tato, vivência, gosto, juízo, podem desempenhar um papel fundamental nessa tensão entre saber prévio e faticidade. É no fundo por essa razão que Gadamer se esforça por mostrar que a hermenêutica sempre traz uma relação entre lógica e retórica. Entre cânone interpretativo e o modo como se interpreta. A sua obra *Verdade e Método 2 (*GADAMER, 2002) possui uma extensa parcela dedicada à trazer à racionalidade interpretativa aspectos retóricos que foram outrora desacreditados pelo conceito moderno de ciência.

Urge aqui refazer perguntas que atravessaram todo o pensamento jurídico ocidental. Essa diferença entre a ciência pura e as ciências que, como o Direito, lidam com questões mutáveis, nas quais entre em jogo a razoabilidade e a subjetividade do interprete, representaria uma carência das últimas? É uma deficiência do Direito a impossibilidade de um método rígido que satisfaça suas pretensões? As ciências humanas estão por essa razão sempre atrás das ciências da natureza por não terem como orientar previamente de maneira unívoca o momento de sua aplicação?

Considerando o momento da aplicação como o mais importante do Direito, esse questionamento certamente toca o âmago de qualquer reflexão séria sobre o fenômeno jurídico. A resposta que Gadamer tentou dar ao longo de sua vida e que será defendida aqui é, sem dúvida, negativa.

Analisando as premissas da discussão, já se vê que a necessidade de defender o Direito de uma pretensa "falta de método seguro e demonstrativo" só é tão importante porque a questão do método tornou-se central a racionalidade ocidental. Já Nietzsche lançou a questão de que não é de forma nenhuma incontroverso que esse seja realmente o caminho mais seguro (NIETZSCHE, 2005).

Mesmo assim, dada a preponderância que esse rigor tem já há alguns séculos, e que mesmo após o romantismo permanece latente nos discursos jurídicos, um outro caminho deve ser procurado, um caminho de volta à tradição humanística e à interpretação como prática que põe em jogo uma universalidade que está muito além da demonstração científica. Tal resposta, parece, só pode ser eficazmente encontrada na natureza das ciências do espírito, no seu caráter humanista e na questão histórica que lhe atravessa.

Partindo dessas considerações, tentar-se-á agora mostrar que as ciências humanas, ao contrário do que se tem dito, possuem um objeto possível de ser conhecido muito mais a fundo que o objeto das ciências naturais.

Como dito no começo deste trabalho, o resgate da hermenêutica gadameriana e da releitura da mesma acerca de Aristóteles se deu tendo em vista finalidades práticas do Direito. Por tal razão, deve-se agora analisar um tema concernente ao fenômeno jurídico, na ânsia de compreender como pode o Direito movimentar-se a partir da hermenêutica filosófica como uma *phronesis.* Se a afirmação do parágrafo anterior estiver correta, então o resgate de uma dimensão humanística inexorável à experiência humana e não cognoscível através do método moderno deve levar o Direito a um contato com uma dimensão ignorada sobretudo desde o século XVII, e que deve

emergir se o objetivo for mais questionar do que dar respostas imediatas e pretensamente demonstráveis.

4 – A SEGURANÇA JURÍDICA E A LÓGICA DA PERGUNTA E RESPOSTA

A questão da segurança jurídica está intimamente ligada à discussão em torno do caráter científico do Direito. Se por *segurança* se entender a certeza de que sobre determinado fato sempre incidirá determinada norma, a qual fora previamente elaborada pensando naquele fato, então tal segurança dependeria de uma subsunção mecânica e exegética da norma.

Todavia, as pessoas sabem que os casos concretos geralmente não se ajustam perfeitamente as "hipóteses de laboratório" nas quais foram pensadas as normas, de modo que, mesmo sabendo que sobre tal fato deve ser aplicada tal norma, não se sabe precisar a que resultados a mesma levará.

Ainda assim, a segurança jurídica é tida como valor inseparável de qualquer ordem jurídica. Diz-se que o conhecimento antecipado das conseqüências dos atos é fundamental a qualquer sociedade, especialmente as mais complexas, nas quais as condutas de muitas pessoas dependem quase inteiramente das expectativas que terão sobre a conduta de outras.

Mesmo considerando um tom encoberto de conservadorismo na ânsia por "segurança jurídica", é fato que as afirmações feitas acima quanto às expectativas das pessoas merecem realmente preocupação. Todavia, talvez seja excessivo pensar em termos de um relativismo exacerbado considerando que boa parte das leis é geralmente aplicada da mesma maneira a partir de pré-compreensões comungadas de um modo geral por determinada sociedade. É fato, contudo, que essa suposta aplicação mecânica não é imune a críticas e é também tarefa da hermenêutica analisar até que ponto sentidos que parecem incontroversos acerca da aplicação de leis não estão na verdade mascarando práticas prejudiciais a grande parte da população.

O foco do presente trabalho, entretanto, não é examinar a segurança jurídica sob o ponto de vista de uma crítica ideológica. A proposta é avaliar a validade das premissas que tornam possível falar em segurança jurídica enquanto perspectiva da aplicação prática de uma abstração previamente formulada. Nesse ponto é que a lógica da pergunta e resposta pode se inserir de modo oportuno.

A chamada "lógica da pergunta e resposta", título utilizado mais uma vez por Gadamer para exprimir a questão da compreensão hermenêutica (GADAMER, 1999, p. 544), possivelmente tem bastante a contribuir com a questão das respostas que o Direito tem a dar para os casos que se lhe apresentam.

Como já fora mencionado, a compreensão (entenda-se aqui compreensão como o processo unitário que a une à interpretação e aplicação) de um texto sempre tem como pano de fundo um contexto. Essa não é só uma necessidade, é a constatação de como efetivamente ocorre a interpretação.

Assim, o que está dito aqui não é apenas a exigência filosófica de que interpretar é compreender algo a partir do horizonte vivencial de quem interpreta e não remontar ao contexto do autor. Está implícito que uma interpretação que parta de um contexto diverso do contexto aplicativo só é possível na medida em que o interprete pretenda responder de antemão a pergunta acerca do sentido do texto e, assim, não procure ver até que ponto sua resposta se coaduna efetivamente com o que o texto lhe diz.

Por essa razão, a segurança jurídica plena só é possível caso a aplicação normativa esteja pautada em pré-interpretações aplicadas de contextos diversos a outros sem adaptação do teórico ao particular, sem a prudência ou razão prática defendida aqui como a morada autêntica do Direito.

Para dar um exemplo clareador, consideremos a legítima defesa no Direito Penal. Diz-se que age em legítima defesa quem usa moderadamente de meios necessários para repelir agressão injusta de outrem, atual ou iminente.

Logo sob um primeiro olhar, fica claro que aqui há um norte para se tratar da legítima defesa. Os termos que a caracterizam, por mais que não tenham um sentido unívoco, possuem clareza suficiente para nortear o interprete. Todavia, é possível dizer de antemão o que se entende por utilização moderada? Por meio necessário ou até agressão injusta?

Se consultados os manuais acadêmicos, essas expressões vêm acompanhadas obviamente de explicações extensas acerca do seu significado. Diz-se que usa moderadamente dos meios aquele que o faz apenas na medida em que repele a agressão, e ainda assim o faz apenas com os meios necessários, sem usar algo exacerbado.

Pergunta-se então. De onde tais doutrinadores retiraram esses conceitos de moderação e necessidade?

Certamente, dirá a hermenêutica filosófica, através de abstrações feitas de casos concretos. Não é a toa que os professores penalistas, após fornecer o conceito legal da legítima defesa, apresentam um exemplo para que o aluno possa compreender. É precisamente nesse exemplo que a hermenêutica encontra seu termo. No momento da aplicação, que, como dito no tópico acima, faz parte do processo de compreensão.

Ademais, foi também dito que o momento da aplicação não pode jamais ser retirado por abstrações. A conseqüência disso é, então, que o exemplo do professor citado acima não esgota a compreensão da legítima defesa, mas mostra como a mesma fora utilizada em determinado caso concreto. Esse exemplo talvez nem seja a melhor aplicação do instituto e certamente não é o único. Por essa razão é que os professores, mesmo aqueles mais influenciados pela tradição positivista exegética, dizem ao final de sua explicação que "a caracterização ou não da legítima defesa dependerá do *caso concreto*". Ora, essa afirmação é certamente um resquício da característica humanista da hermenêutica que aqui se busca resgatar. É como se o professor dissesse ao seu aluno, mesmo que involuntariamente, que no fim das contas a escolha entre as possíveis aplicações do instituto dependerá da prudência do aluno em compreender a teoria frente à prática.

Pode-se objetar, é verdade, que o exemplo utilizado não é paradigmático no Direito, uma vez que se trata reconhecidamente de um instituto com possibilidades extensas de interpretação. Haveria, então, uma jurisprudência, súmula ou comando legal que não permitisse outra interpretação senão a que já saltaria aos olhos pela sua simples leitura?

Em resposta, pode-se dizer que obviamente a textos legais referentes a prazos, valores e datas que não há como duvidar de sua univocidade. Todavia, ousa-se dizer aqui que é assim por uma orientação no sentido da literalidade. O fato de algo estar escrito literalmente em nada significa que tal sentido é o mais apropriado, que assim deve ser aplicado. Além disso, mesmo a lei aparentemente mais unívoca não pode retirar do interprete a decisão acerca do modo de sua aplicação justamente porque a prudência lhe exige, acima de tudo, o cumprimento do justo.

Assim, é possível que se diga, voltando ao exemplo penal, que o termo "meio necessário" significa um meio que tenha um poder lesivo proporcional ou poder lesivo do meio pelo qual o agente o ataca, ou no máximo um pouco maior. Entretanto, resta tão claro que nem são necessários maiores argumentos o fato de que essas conclusões forçam uma cientificidade de modo negativo, ignorando mais uma vez a já tão dita dimensão humanista do Direito.

Parece ter ficado claro, agora, que a segurança jurídica pode ser e é frequentemente usada como signatária de uma injustiça, precisamente a idéia de que o caso concreto não pode modificar a compreensão prévia que se tem sobre o significado de uma norma. É aqui que entra a lógica da pergunta e resposta.

Perseguindo a idéia trazida pela hermenêutica filosófica de que de que o sentido que um autor deu a um texto não esgota este, e de que cabe ao interprete sempre refazer as perguntas àquele texto (GADAMER, 1999), parece claro que há pelo menos uma pergunta que parece esquecida pelos juristas contemporâneos. Precisamente as perguntas mais teóricas pelas chamadas "questões de direito".

É comum, por exemplo, que os juízes indaguem abertamente acerca de fatos, tencionando saber se determinado ato aconteceu ou não, se foi ou não do modo como o autor narrou, e isto parece que o magistrado possa então subsumir a norma ao caso. A pergunta pelo ser da norma, entretanto, parece definitivamente respondida. Mas o fato é que não pode estar. É verdade que Gadamer afirma constantemente que onde há artificialidade e não há interpretação, que interpretação real tem a ver com temporalidade, com vivência, com falar novamente o que vem sendo dito ao longo da história ocidental, em um círculo sempre renovado e ao mesmo tempo sempre o mesmo. Entretanto, a exigência de que se interprete novamente a norma não busca primeiramente satisfazer aspectos ontológicos. A idéia fundamental é respeitar o contexto jurídico no qual as necessidades das pessoas se encontram. Não pode haver *prudência* se o alcance de determinadas normas for pré-visto de antemão e esgotadas as suas possibilidades.

Essa afirmação possui guarida especial no tocante aos direitos humanos. Caso não se queira considerar pleonasmo a expressão direitos humanos, mas se tencione falar de direitos e garantias ligados mais originariamente a condição humana, é aqui o ponto

principal no qual a prudência não pode ser substituída por um alcance pré-fixado do significado de tais direitos (DIB TAXI, 2009).

Em todos esses casos, é verdade, há um sentido de tais normas. Não um sentido naturalístico a ser encontrado, mas uma construção histórica que permeia a compreensão dos institutos jurídicos.

Segurança jurídica, entretanto, só pode existir nesse respeito pela tradição, em um diálogo pelos fios que foram tecendo a construção jurídica ocidental.

Muitos filósofos dedicados ao direito têm dito que "fazer perguntas ao texto", resgatar a tradição e "dialogar" com a norma são posições que levam ao conservadorismo, na medida em que impedem que se crie novos sentidos àquela norma e que se faça, portanto, um direito crítico. Assim dizendo, olvidam que a hermenêutica filosófica busca justamente adequar ciência e dinamismo, trazer ao pensamento um caráter humanista que pressupõe não só o auxílio de conceitos-guia como prudência, tato, senso, juízo, mas também adequar a compreensão à temporalidade inexoravelmente ligada à significação que todos dão sempre renovadamente à tudo que interpretam e à suas próprias vidas.

4 - CONCLUSÃO

Para concluir este trabalho, muito embora o que de importa se buscou dizer já componha seu corpo, serão feitas duas breves e imprescindíveis observações.

No que tange à solução de problemas práticos, ficou claro que nem a hermenêutica de Gadamer nem a prudência aristotélica buscam entregar respostas prontas. Sua ânsia é justamente trazer ao interprete o compromisso ético de decidir segundo possibilidades que o método científico moderno nunca poderá abarcar. Por tal razão, muitas vezes pode ter ficado a impressão de que esse conceito de ciência traz insegurança ao direito, tenta dissolver as bases sólidas que o constituíram a séculos e com a qual os juristas vêm, ainda que nem sempre firmemente, caminhando.

Sobre esse aspecto, deve-se frisar que é justamente essa a idéia. Buscou-se mostrar que esse modo pretensamente científico de ver o Direito leva a posturas conservadoras e é incompatível com uma prática que busque transformação social. Ademais, para satisfazer o anseio de tomar o caminho de volta pela curva que o conhecimento humano tomou na ilustração é preciso propor uma forma que parece hoje pouco séria pela falta de rigor científico. Todavia, defende-se aqui também que este é o modo mais sério e honesto de tratar as ciências humanas e nelas o Direito.

O segundo ponto a ser tratado nessa conclusão, que não poderia igualmente ficar de fora, está relacionado ao resgate do pensamento de Aristóteles.

Como fora dito aqui, apesar de haver claramente conceitos buscados diretamente das obras aristotélicas, não se tencionou resgatar o espírito do estagirita em seu contexto

grego. Fez-se, conscientemente, o caminho traçado pela releitura gadameriana de Aristóteles.

Da mesma forma, a hermenêutica filosófica foi lida sob a ótica jurídica. O dialogo de Gadamer declaradamente não fora voltado ao Direito. O filósofo buscou contribuir na linha hermenêutica que se firmara na Europa desde o século XIX em objeção ao historicismo e a abordagens a-históricas. Por tal razão é que boa parte da sua obra não esteve presente aqui, muito embora fosse central para o propósito buscado pelo autor. A própria questão da linguagem, central no pensamento filosófico e jurídico, deixou aqui de ser abordada para que o foco não saísse da questão da cientificidade.

Por fim, vale destacar que não se ignora a existência de diversas teorias jurídicas que, igualmente conscientes de que o Direito não é uma ciência demonstrativa, buscam conferir racionalidade ao discurso jurídico (sobretudo à fundamentação) seguindo padrões lógicos que tendem para o razoável.

Ao contrário, mesmo não tendo havido citações expressas (por não ser o foco), este trabalho buscou falar também para as chamadas "teorias da argumentação jurídica". Não exatamente para criticá-las, muito embora muitas das críticas feitas no trabalho valham também para tais teorias. A intenção aqui foi despertar a atenção dos juristas para algo anterior à fundamentação. Precisamente a compreensão.

Dentre as idéias aqui defendidas, muitas possuem gênese semelhante em pensadores do século XIX e foram descartadas no século XX por uma "excessiva insegurança".

Assim, o cerne da questão e o fim dessa conclusão só poder, honestamente, ser a ânsia de que se possa alcançar uma ponderação entre a universalidade hermenêutica e certa medida de rigidez da qual o Direito não pode se afastar, sobretudo por seu caráter social.

8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Trad, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP. EDIPRO, 2ª ed., 2007.

BILLIER, Jean-Cassien. **História da filosofia do direito**. Barueri, SP: Manole, 2005.

BLEICHER, Joseph. **Hermenêutica Contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Brasília: brasiliense, 1986.

COSTA, Paulo Sérgio Weyl Albuquerque. **Autonomia e Norma Jurídica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DIB TAXI, Ricardo Araujo. **A historicidade interpretativa e os Direitos Humanos. Tensão entre re-interpretação e temporalidade**. V Congresso Nacional da ANDHEP. Belém: 2009. Disponível em: SITE DA ANDHEP. Acesso em 15 set. 2009.

DWORKIN, Ronald. **Freedom`s law: the moral reading of the American Constitucion.** Cambridge: Harvard University, 1999b.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma Questão de Princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **El Giro Hermenéutico.** Trad. de Arturo Parada. Madrid: Ediciones Cátedra, 1995.

_____. **Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Trad. de Flávio Paulo Meurer. Rev. por Enio Paulo Giachini. 3 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

_____. **Verdade e Método II – complementos e índices.** Trad. de Enio Paulo

Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRONDIN. Jean. **Introduction to philosophical hermeneutics.** New Haven: Yale University Press, 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Conferências e escritos filosóficos.** Trad. e notas Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

_____. **Ser e Tempo.** Petrópolis: Vozes, 2008.

KAUFMANN, Arthur. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Batista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. **Igualdade e liberdade: Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de direitos humanos**. Belém: CESUPA, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal.** Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2005.

NUNES, Benedito. **Filosofia contemporânea**. Belém: EDUFPA, 2004.

_____. **Heidegger & Ser e Tempo.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. **Interpretação Constitucional - Teoria & Direito Público.** São Paulo: Malheiros, 2007.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno.** São Paulo: Companhia das letras, 1996

STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

_____. **Epistemologia e Crítica da Modernidade.** 3 ed. Porto Alegre: Unijuí, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(M) Crise**. 7 ed. Porto Alegre: 2007.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

---

[1] Diversas teorias, em especial o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, pretenderam tratar o Direito como base nesse ideal de demonstrabilidade, tratando as questões morais tal qual os referencias das ciências exatas. Diziam que não seria lógico que os aspectos da natureza fossem plena e retilineamente cognoscíveis e os aspectos humanos e morais, justamente os mais relevantes, não se adequassem ao método científico. (BOBBIO, BOVERO, 1986).

[2] A cultura jurídica brasileira, salvo raras exceções, permanece concebendo a aplicação como parte não integrante do processo hermenêutico, como será dito mais a frente.

[3] Os termos razão prática, filosofia prática, prudência e o grego *phronesis* serão utilizados aqui como sinônimos.

A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO E DA JUSTIÇA – DE UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA A UM DEBATE METODOLÓGCO ATUAL*

THE RECONSTRUCTION OF THE RIGHT AND JUSTICE - OF A HISTORICAL EVOLUTION OF THE LEGAL HERMENEUTICS TO A CURRENT DEBATE

Rogério Wanderley Guasti

RESUMO

Este estudo busca demonstrar que o formalismo da Jurisprudência dos Conceitos e o desenvolvimento das idéias socialistas inspiradoras do Estado Social fizeram com que eclodisse a Jurisprudência dos Interesses que aderindo ao método teleológico, acabou por desaguar na teoria da interpretação econômica do fato gerador e em todos os excessos que a sua apropriação pelo nacional-socialismo revelou ao direito tributário. Porém, que a derrocada do Welfare State, e o nascer do Estado de Risco, marcaram a ascensão da Jurisprudência dos Valores, que resgatou o valor da justiça das legiões do olvido, propondo uma nova sistemática para o direito tributário.

PALAVRAS-CHAVES: VALOR, JUSTIÇA, DIREITO TRIBUTÁRIO.

ABSTRACT

This study it searchs to demonstrate that the formalism of the Jurisprudence of the socialist Concepts and the development of the inspired ideas of the Social State had made with that the Jurisprudence of the Interests came out that adhering to the teleologic method, finished for emptying in the theory of the economic interpretation of the generating fact and in all the excesses that its appropriation for the national-socialism disclosed to the tax law. However, that the destruction of the Welfare State, and the rising of the State of Risk, had marked the ascension of the Jurisprudence of the Values, that rescued the value of the justice of the legions of the forgotten, considering a new systematics for the tax law.

KEYWORDS: VALUE, JUSTICE, TAX LAW.

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O presente trabalho tem como objetivo, a análise dos caminhos percorridos pela hermenêutica no direito tributário, inserida na problemática da interpretação da lei em sentido genérico, recusando, entretanto, a adoção de fórmulas especiais aplicáveis ao referido ramo da ciência jurídica.

A partir de uma perspectiva histórica examinaremos como a interpretação da lei evoluiu ao longo dos últimos dois séculos até a consagração, nos dias atuais, das idéias vinculadas à Jurisprudência dos Valores, à teoria da unidade da ordem jurídica e à virada kantiana, que trouxeram de volta ao panorama jurídico, o valor da justiça, tão olvidado, seja pelo positivismo normativista, seja pelos de índole sociológica, histórica ou econômica.

O estudo se justifica pela necessidade de superar premissas sem sustentação teórica, no âmbito da atual evolução da metodologia jurídica, que têm contribuído, por meio de uma postura formalista, que se os valores e os princípios não expressem seu conteúdo otimizador, dando assim azo a consagração de um sistema tributário caótico e concentrador de riqueza, envolto em contradições valorativas e superposições.

O afastamento destas idéias formalistas, então, como será demonstrado ao longo do trabalho, constitui condição para a efetivação da justiça tributária em nosso país.

Implícita nesta introdução está a contextualização das escolas de interpretação do direito, no ambiente cultural e ideológico de suas respectivas épocas.

Pois, é veemente destacar, por não deliberarmos com certa profundidade acerca deste momento histórico, que a jurisprudência dos conceitos, concebida por juristas como Puchta, é revelada como decorrência do Estado Liberal clássico que dominou o cenário de quase todo o século XIX, onde o valor da segurança jurídica triunfava sobre a justiça, com a consagração da autonomia da vontade e da afirmação do indivíduo contra o Estado. Como herdeiro do pensamento positivista formalista do século anterior, Hans Kelsen estruturou, na primeira metade do século XX, a sua teoria pura do direito, que serviu de alicerce às concepções de toda uma geração de tributaristas normativistas, tais como A.D.Giannini e Heinrich Kruse, que grande influência causaram no direito tributário de nosso País.

Seguindo essa evolução histórica, fica demonstrado que as revoluções populares da segunda metade do século XIX, e especialmente as de inspiração socialista do início do século XX, criaram um ambiente político e econômico para que o capitalismo

procurasse encontrar resposta aos problemas apresentados pelos marxistas, por meio de prestações estatais que visavam a conter as demandas sociais dos trabalhadores, naquilo que se convencionou chamar de Estado Social. Neste ambiente, prosperou a idéia de justiça social, embebida de uma conotação positivista, de cunho cientificista, que desaguou na Jurisprudência dos Interesses, desenvolvida, entre outros, por Philipp Heck e Jhering. Tal concepção redundou, no direito tributário, na teoria da consideração econômica do fato gerador, desenvolvida na Alemanha por Albert Hensel e Enno Becker, e na teoria funcionalista, da Escola de Pavia, na Itália, integrada por autores como Benvenuto Griziotti, Dino Jarach e Ezio Vanoni.

Assim, se analisa a problemática da interpretação nos dias atuais, no Estado de Risco, surgido da falência do Welfare State, em que o fenômeno da Globalização é explicado não só a partir do fatalismo inocente daqueles que preconizam o fim da história, todavia principalmente pelo resgate dos valores éticos do direito, vinculados à idéia de justiça. Tais idéias, desenvolvidas pela Jurisprudência dos Valores, ganham força com a virada kantiana, fomentada por John Rawls, até a crítica comunitarista de Michael Walzer.

Com a abertura do direito tributário à idéia de justiça, o equilíbrio entre os princípios da legalidade e da capacidade contributiva foi resgatado, estabelecendo, assim, uma interpretação deste ramo do direito que, longe de apresentar peculiaridades em relação aos outros ramos (como ocorre com as teorias da tipicidade fechada ou da interpretação econômica do fato gerador), prestigia a igualdade, com a adoção de fórmulas para coibir as práticas abusivas tendentes a burlar a obrigação de pagar tributos e de mecanismos que vão além das normas com intenção meramente arrecadatórias.

Fugindo, pois, da Jurisprudência dos Conceitos que ganhou força na doutrina pátria, fazendo com que a legislação tributária no Brasil se tornasse casuística e efêmera, partimos na evolução da hermenêutica jurídica, direto para o ponto que nos interessa, que é o período da Jurisprudência dos Interesses, passando pela Jurisprudência dos Valores, e culminando no Pós-Positivismo, com a visão da justiça de John Rawls e a crítica de Michael Walzer a esse, tudo com a intenção de demonstrar as bases da hodierna justiça tributária. Para tanto se utiliza do método dedutivo, histórico e monográfico, e material bibliográfico particular e consultado em bibliotecas públicas.

1 A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES E A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES

A dita “Jurisprudência dos Interesses” surgiu no final do século XIX como uma reação ao formalismo da “Jurisprudência dos Conceitos”, tentando suplantar a lógica formal pelo estudo e pela avaliação da vida, ou seja, pela pragmática, e teve como pano de fundo o Estado Social, que se propôs a garantir ao cidadão as prestações indispensáveis à manutenção de suas necessidades básicas, tais como saúde, educação, previdência e assistência social, o que nos países do chamado 1º mundo, culminou no chamado Welfare State, a partir da ascensão de governos de inspiração social-democrata, e como resposta ao fortalecimento das idéias socialistas e ao surgimento da URSS.

Tal escola teve em Philipp Heck um defensor exponencial, quando da elaboração de sua obra intitulada “Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses”, tendo despontado a partir da virada de Jhering para uma jurisprudência mais pragmática, abandonando suas posições anteriores, vinculadas às idéias de Puchta.[1]

Prosseguindo temos que, no início do século passado, a “Jurisprudência dos Interesses” de Philipp Heck conseguiu, pelo menos no âmbito do Direito Privado, um inusitado êxito. Porém, ressentia-se, da aplicação equivocada da expressão “interesse”, que esta era ora entendida como o “fator causal” da motivação do legislador, e ora como objeto das valorações por ele empreendidas e, por vezes mesmo, como critério de valoração. Esse vício foi, contudo, reconhecido pelos próprios partidários da Jurisprudência dos Interesses que suscitavam que seria necessário que o conceito de interesse fosse delimitado às representações da pretensão que as partes num litígio têm ou devem ter, quando se empenham na obtenção de efeitos jurídicos favoráveis e distinguir assim, de modo rigoroso, o conceito de interesse dos critérios legais de valoração. Estes não seriam em si propriamente interesses, mas ‘corolários da idéia de justiça’, inferidos pelo legislador desse fim último. A Jurisprudência está na sua essência, mediante a aplicação das valorações legais, nos antípodas de uma valoração autônoma (do juiz). As leis são, de acordo com esta concepção, pelo menos no âmbito do Direito Privado, instrumentos de regulação de conflitos de interesses previsíveis e típicos entre particulares ou grupos sociais, de tal modo que um interesse tenha de ceder a outro na exata medida em que este possa prevalecer. Esta “prevalência” consubstancia uma valoração, para a qual o legislador pode ser determinado pelos mais diversos motivos. O legislador, para além de valorar interesses individuais ou de grupo, tem também certamente em conta, pontos de vista de ordenação, assim, por exemplo, no que respeita a preceitos relativos à forma ou no estabelecimento de prazos - exigências do tráfego, a necessidade de segurança jurídica.

Deste modo, a forma como valora esses distintos interesses e necessidades nos respectivos nexos de regulação e como confere prevalência a qualquer um deles plasma-se na regulação por ele encontrada e decorre desta, bem como das manifestações dos participantes no processo legislativo. As valorações do legislador assim identificadas permitem extrair resultados, quer para a interpretação da lei, quer como, em certas circunstâncias, para a resolução de casos por ele não diretamente regulados, todavia a tratar analogamente à luz de critérios de valoração.

A Jurisprudência dos Interesses, então, rompendo com a lógica formalista até então dominante, adotou um positivismo científico, que com Eugen Ehrlich, a partir das idéias de Max Weber, se constituiu num viés de índole sociológica, a buscar o nexo causai da conduta humana. Já com Stuart Mill, a Jurisprudência dos Interesses ganhou cores de um positivismo econômico, com o utilitarismo[2], que enfatizava a preponderância dos aspectos econômicos sobre a norma jurídica.

Conforme Stuart Mill, o utilitarismo consiste no credo que aceita a utilidade ou o princípio da maior felicidade como a fundação da moral. Sustenta, ainda, o economista inglês, que as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas conforme tendam a produzir o contrário da felicidade. Nessa visão economicista, a medida mais adequada não é necessariamente justa, mais a que disponibiliza benefícios maiores para um número significativo de pessoas. Assim, um pequeno mal a uma pessoa, pode ser justificado por um grande benefício a várias pessoas.

Dentro desse prisma, a Jurisprudência dos Interesses deslocou o centro da problemática jurídica da norma, como anteriormente sustentava a Jurisprudência dos Conceitos, para o fato, seja ele histórico, social ou econômico.

Com o triunfo das idéias de justiça sobre as de segurança jurídica, ainda que a primeira se apresentasse sob uma concepção positivista, o princípio da legalidade foi relegado ao segundo plano com a entronização da capacidade contributiva e a supremacia do método teleológico sobre os demais.

A aplicação da jurisprudência dos interesses, no direito tributário, deu origem, na Alemanha, à teoria da interpretação econômica do fato gerador, a partir da obra de Enno Becker, autor do anteprojeto do Código Tributário Alemão de 1919. O referido diploma, bastante influenciado por essas idéias, assim dispunha em seu art. 4º: “Na interpretação das leis tributárias, devem ser observadas sua finalidade, seu significado econômico e o desenvolvimento das relações”[3].

Com a propriedade que lhe é de costume, Ricardo Lobo Torres postula, a respeito do tema, esclarecendo que:

A interpretação fundada na jurisprudência dos interesses, que se opôs aos postulados da jurisprudência dos conceitos, projetou-se para o campo da fiscalidade por meio da "consideração econômica do fato gerador" (*wirtschuftliche Betrachtungsweise*), prevista no art. 4º do Código Tributário Alemão de 1919, por alguns apelidada, inclusive com sentido pejorativo, de "interpretação econômica". Despreocupou-se inteiramente dos conceitos e categorias jurídicas. Os italianos desenvolveram teoria semelhante sob a denominação de *interpretação funcional*.

Suas teses principais: autonomia do direito tributário frente ao direito privado; possibilidade de analogia; preeminência da capacidade contributiva sacada diretamente dos fatos sociais; função criadora do juiz; intervenção sobre a propriedade e regulamentação da vontade.

Corresponde, historicamente, ao período do Estado de Bem Estar Social, que entrou em crise e se desestruturou a partir dos anos 70, e que si caracterizava, na linguagem de Forsthoff, como o Estado da Sociedade Industrial.

Seus grandes representantes são E. Becker, na Alemanha; Griziotti, na Itália; D. Jarach na Argentina. No Brasil destaca-se Amílcar de Araújo Falcão.[4]

Neste clímax, triunfante na Alemanha, a teoria da interpretação econômica do fato gerador se preocupava mais com os efeitos econômicos do fato praticado do que com a previsão legal do fato gerador, admitindo a tributação por analogia gravosa. Com a ascensão, então, do nacional-socialismo, tais idéias foram cooptadas pelo regime, criando, afastada a legalidade, a tributação vinculada aos ideais do Estado nazista. Mesmo com o ocaso do regime totalitário, a teoria da interpretação econômica do fato gerador ainda continuou demonstrando certo vigor na Alemanha, até meados da década de 50, quando se deu a retomada formalista.

Por ora, então, observa-se que contrariando a idéia de completude do ordenamento jurídico, com ausências passíveis de serem resolvidas pela força lógica do sistema, Philipp Heck reconhece a real existência de lacunas, ocasião em que o juiz deve se entregar a uma tarefa de ordem axiológica. Todavia isso somente é possível uma vez conhecidos os interesses em jogo e os valores existentes na vontade do legislador, de forma a adequá-los uns aos outros.

Desta feita, com a introdução do conceito de valor, ainda que visto sob a forma de uma necessidade real e verificável como é o interesse, a simples relação causal entre fato,

norma e sentença vem a ser acrescida do papel do valor ou dos valores envolvidos na causa. Essa nova postura ensejará, mais tarde, o aparecimento da chamada Jurisprudência dos Valores, que tem em Karl Larenz um de seus principais defensores.

Nesta esteira de raciocínio, assim, a partir da força do pensamento neokantiano alemão do início do século XX, filósofos como Rudolf Stammler, Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert, e Gustav Radbruch, criaram a Jurisprudência dos Valores[5] que, na segunda metade do século, é desenvolvida no campo do direito por Karl Larenz. Então, após o ocaso da Jurisprudência dos Interesses e da teoria da interpretação econômica do fato gerador, por volta de 1955, e de uma breve retomada formalista, até 1965, os tribunais alemães passam a ser influenciados pelas idéias expostas por Karl Larenz, em *Metodologia da Ciência do Direito,* disseminando a Jurisprudência dos Valores por todo o pensamento jurídico ocidental.

A escola da Jurisprudência dos Valores rompeu, desta maneira, com o positivismo, tanto o de origem normativista da Jurisprudência dos Conceitos, quanto o de cunho sociológico da Jurisprudência dos Interesses, reaproximando o direito e a moral, com o resgate da idéia de justiça, tendência que, mais tarde, na década de 70, foi intensificada, por um viés neokantiano, na obra de John Rawls, que posteriormente será comentada em momento oportuno.

Deste ponto, a partir da exclusão dos positivismos e da superação do corte entre a moral e o direito, a Jurisprudência dos Valores, não podendo destes prescindir para a resolução dos casos concretos, fez ressurgir o relacionamento entre a ética e o direito, criando o ambiente propício à virada kantiana, e ao resgate das teorias dos direitos fundamentais e da justiça.[6]

A concepção exposta, outrora, corresponde à de uma “Jurisprudência de Valores”, que até hoje continua praticamente a ser tida como pacífica e é reconhecida, sobretudo, no domínio da atividade jurisprudencial. Suscita-se, todavia, diversos problemas. É manifesto que ao juiz não é possível em muitos casos fazer decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe conhecer. Este é desde logo o caso em que a lei lança mão dos denominados conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais. Aqui apresenta-se somente um quadro muito geral que o juiz, no caso concreto, terá de preencher mediante uma valoração adicional. Tal acontece igualmente nos casos em que se deparam novas questões relativamente às quais não pôde ainda o legislador tomar posição, ou quando desaparecem os pressupostos de que partiu o legislador para efetuar a sua valoração, ou quando normas e regulações colidem entre si, sem ser possível descortinar a qual atribuiria o legislador prevalência em casos idênticos àquele que o juiz tem perante si. É aqui o juiz remetido para a sua intuição valorativa, para a sua capacidade de julgar, sedimentada no exercício da sua atividade, o seu parecer, ou existem valores e critérios de valoração extra ou supralegais a que ele possa

e deva arrimar-se? O problema complica-se quando se reconhece que em inúmeros casos, em que previamente se acreditara que através de uma mera subsunção da situação de fato dada à previsão normativa, forçosamente objeto de interpretação prévia, a norma legal seria suficiente, o que na verdade acontece é que tem lugar uma ordenação valorativa ou se requer um juízo de valor para qualificar a situação de fato de determinado modo, em consonância com o indicado pela previsão normativa. E depois, prepondera ainda na ciência a idéia de que os "valores" são um ato de opção pessoal, não passíveis de uma fundamentação racional.

Neste contexto, chegasse inevitavelmente à conclusão de que em inúmeros casos e não apenas em alguns "casos de fronteira", subentra no lugar da valoração do legislador a valoração pessoal do juiz, a qual se subtrai a comprovação de acordo com um critério objetivo. Tal significaria para a Ciência do Direito que uma comprovação de grande número de decisões de acordo com métodos científicos só lhe seria acessível de um modo limitado e que não estaria em ampla medida apta a prestar qualquer auxílio ao juiz na conformação dos juízos de valor que lhe são requeridos.

Ocorre ainda algo mais neste pensamento. A subsunção requer, em muitos, se não na maioria, dos casos, que a norma à qual a situação de fato deva ser subsumida seja previamente interpretada, isto é, que seja estabelecido o seu sentido preciso e determinante. Igualmente, a interpretação das leis, como toda a compreensão de expressões alheias, tem lugar num processo que se não pode adequar às estritas exigências do conceito positivista de ciência. Exige, em rigor, a constatação dos fatos e, assim, a constatação do texto e de toda e qualquer circunstância que possa vir a relevar para a interpretação. Exige, também, a observância da lógica. Uma interpretação que não seja conforme as regras da lógica é, conseqüentemente, incorreta. Mas o que é específico na interpretação, ou seja, o apreender do sentido ou do significado de um termo ou de uma proposição no contexto de uma cadeia de regulação, vai para além disso. Requerem-se também aqui considerações de razoabilidade, na medida que as constatações empíricas ou as refutações não são, ou só o são em escassa medida, possíveis.

Desta forma, então, não se pode fechar completamente a porta a ingredientes "subjetivos". Uma vez que se trata, no entanto, de ponderações que requerem uma ratificação mediante operações do intelecto, e nesta medida susceptíveis de controle, deve ter-se sempre presente à exigência colocada aos juristas de uma tanto quanto possível objetivação do processo de interpretação, objetivação que deixa assim de aparecer como impossível, e na seqüência da qual se deve obter a decisão de acordo com a lei. Alguns autores declinam-se no sentido de que a metodologia jurídica conhece uma diversidade de critérios de interpretação, sem poder adiantar uma sólida hierarquização desses critérios, o que tornaria a interpretação mais ou menos discricionária, logo, arbitrária. Se aderirmos à sua tese, acolheremos, a par disso, a idéia de que os juízos de valor são insusceptíveis de fundamentação racional, pelo que a

possibilidade de a ciência jurídica conduzir à decisão correta se nos apresentará como um quebra-cabeças.

Dever-se-ia, assim, concluir que é o juiz, caso a caso, que vai apurando o conteúdo da norma, e que a vinculação do juiz à lei ancorada na nossa tradição jurídica e escorada na Constituição não seria possível de efetivação, e que a pretensa supremacia da lei seria uma ilusão. A discussão metodológica adquire assim uma força detonadora no plano jurídico-constitucional. E é, em suma, o que acontece, pois que não é de todo possível ao juiz, na maioria dos casos, chegar à decisão estritamente com base na lei, e, porque esta carece de interpretação e a interpretação é mais ou menos discricionária ou requer dele a emissão de um juízo de valor, subsiste, pois, a questão de se saber o que é que realmente motivou o juiz na sua decisão, no lugar da ciência normativa do Direito, que comprove como deva ele decidir, subentra uma ciência factual, uma psicologia ou uma sociologia judiciárias.

Neste ponto esclarece a Professora Margarida Maria Lacombe Camargo que:

Dessa forma, a Jurisprudência dos Valores ou Jurisprudência da Valoração, conforme quer Larenz, trabalhará com as dicotomias valor/realidade, ser/dever ser, natureza/cultura, como campos distintos e sujeitos a formas também distintas de conhecimento.[7]

Nesse pesar, a passagem a uma “Jurisprudência de Valores” só levará a tal resultado quando se sustente, sem limite algum, a posição de que os valores não são susceptíveis de fundamentação e, assim, passíveis de controle racional, pelo menos em certa medida. A maioria dos defensores da Jurisprudência de Valores não vai todavia nesta linha. Defendem a possibilidade de enunciados susceptíveis de fundamentação sobre as valorações adequadas (no sentido de um dado ordenamento jurídico), mesmo que os fundamentos não sejam coagentes de um ponto de vista lógico. Observa-se disso acertadamente que, de acordo com a concepção de Max Weber, não pode a ciência produzir enunciados sobre a justeza dos juízos de valor, nisso residindo já uma objeção à Ciência do Direito, pois que esta se mantém e decai, no modo como tradicionalmente a si se compreende, pela possibilidade de uma abordagem assente em critérios de comprovação das questões de justeza de valores, se bem que com recurso ao ordenamento jurídico vigente.

Deste modo, então, a Jurisprudência dos Valores trabalha com base em modos de pensamento como a analogia, comparação de casos, conformação de tipos e concretização de critérios abertos de valoração, que possibilitam essa abordagem. Portanto, a Jurisprudência de Valores requer que a metodologia ilumine a especificidade

destas formas de pensamento e a sua relação com os instrumentos tradicionais de pensamento. Já que só cobra, porém, o seu pleno sentido quando conexa a maior parte dos autores com o reconhecimento de valores ou critérios de valoração “supralegais” ou “pré-positivos” que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições. Pode-se a este propósito invocar os valores positivados nos direitos fundamentais, especialmente nos artigos 1.° a 3.° da Constituição Federal de 1988, recorrer a uma longa tradição jusfilosófíca, a argumentos lingüísticos ou ao entendimento de que a maior parte dos juízes tem, que é sua missão chegar a decisões justas. A quase totalidade dos autores envolvidos na mais recente discussão metodológica partilha a concepção de que o “Direito” tem algo que ver com a “justiça”, com a conduta sócio-eticamente correta. O que se ressalta a este propósito é, todavia, o fato de que neste contexto apenas, ou pelo menos preliminarmente, pensam na solução justa de litígios judiciais, ou mais rigorosamente dito, na justiça do caso concreto.

Ricardo Lobo Torres, neste compasso, dispõe que:

A jurisprudência dos valores e a "virada kantiana", com reaproximação entre ética e direito sob a perspectiva do imperativo categórico marcam o novo momento histórico da afirmação do Estado Democrático de Direito, que é o Estado da Sociedade de Risco.

Algumas teses pós-positivistas passam a ser defendidas para a superação do impasse a que fora levada a teoria da interpretação do direito tributário:

a)a preeminência dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, que no Brasil se expressam no art. 1º da CF: soberania, cidadania, dignidade humana, autonomia da vontade, valor do trabalho, pluralismo;

b)ponderação entre o princípio da capacidade contributiva, vinculado à idéia de justiça e obtido por argumentação democrática, e o princípio da legalidade, vinculado à segurança jurídica em sua configuração de "segurança da regra";

c)equilíbrio entre os poderes do Estado, com possibilidade de controle jurisdicional de políticas fiscais adotadas pelo legislador;

d)harmonia entre direito e economia, tendo em vista que, além de a economia viver *sub specie juris*, ambos exibem o coeficiente ético comum;

e)a simbiose entre interpretação finalística e sistemática, eis que, de acordo com o pluralismo metodológico, o sistema jurídico já segrega a finalidade;

f)a emergência do princípio da transparência fiscal, que sinaliza no sentido de que apenas a clareza e a abertura podem conduzir à superação dos riscos fiscais provocados assim pela Fazenda Pública (irresponsabilidade fiscal dos agentes públicos, desrespeito aos direitos fundamentais do contribuinte) como pelo contribuinte (elisão abusiva, sigilo fiscal para encobrir atos ilícitos).[8]

Colocada a questão de como seria susceptível de fundamentação a afirmação de que precisamente tal decisão seria no caso vertente a decisão justa, deparamos de novo com a questão de se os valores e o que é valioso são, em termos gerais, susceptíveis de reconhecimento em sentido racional. Igualmente, quando se sustente que é possível produzir algumas asserções fundamentadas sobre aquilo que são os ditames da justiça, se bem que dessas asserções se não induza qualquer caminho direto para o seu conhecimento, aquilo que requer a justiça face a determinado caso consubstancia um juízo justo. Aqui surge a 'tópica', cuja pretensão de aplicabilidade à Jurisprudência foi levada a cabo por Theodor Viehweg[9] ou, de um modo mais amplo, o procedimento de um discurso vinculado ao caso, o tratamento englobante dos problemas emergentes no caso com o objetivo de um consenso dos interlocutores, ou em termos gerais mais abstratos, a aptidão de consenso da solução proposta em conclusão. Em tal discurso são considerados relevantes os diversos pontos de vista (*topoi*) que se mostrem aptos a servir de argumentos pró ou contra a solução ponderada. De entre eles, o argumento sobre as conseqüências, desempenha um papel de particular importância.

Neste patamar, o fato de se esta ou aquela conseqüência (possível ou provável) é de antever, suscita por si nova discussão. Em análise final, uma discussão assim prosseguida é infindável, pois que jamais se sabe se novos pontos de vista que nunca foram considerados devem ser levados em conta. O que não vai a face da 'cientificidade' do discurso, pois que a ciência nunca chega, como é da sua própria essência, ao fim. O juiz tem, contudo, de alcançar uma decisão. Pelo que se coloca a questão de como pode ou deve dar por concluído o diálogo.

Assim, se a solução de questões jurídicas é obtida pela via de um processo argumentativo, que não terá necessariamente de ser o da 'tópica', então, questiona-se ainda, quais são os argumentos que em geral são admissíveis na discussão jurídica, qual o peso relativo que se lhes atribui, qual o valor posicional a que tal ou tal argumento pode aspirar. A questões deste tipo procura uma teoria da argumentação jurídica responder. Se se centrar nos argumentos efetivamente utilizados no discurso jurídico, então virão a lume, no contexto de uma tal teoria, problemas como a interpretação da lei, critérios de valoração supralegais, o alcance dos precedentes ou do argumento sobre as conseqüências, ou seja, a maior parte das questões da metodologia clássica. Perguntas que não podem ser iludidas.

A passagem a uma Jurisprudência de Valores, a crítica ao modelo de subsunção e, por último, a preponderância da justiça do caso, bem como do procedimento argumentativo, levaram a uma renovada discussão da possibilidade e utilidade da construção do sistema na Ciência do Direito. Já Philipp Heck tinha feito a distinção entre sistema externo e sistema interno. Trata-se de um lado da ordenação do material jurídico num sistema classificatório de conceitos, e de outro, da revelação de pensamentos jurídicos gerais, do evitar contradições valorativas, da concretização de princípios jurídicos nos conteúdos

de regulação e na jurisprudência dos tribunais. Os defensores do pensamento tópico recusam a relevância do sistema para a decisão do caso singular. Os juízes, para quem se trata de cobrar a justiça do caso e, além disso, procurar a concordância das decisões, devem tê-lo em pouca conta. Na verdade, a Ciência do Direito procede ainda hoje genericamente de um modo sistemático, mesmo quando aqui e acolá argumenta-se topicamente. O que tem fundamentos substanciais. As normas jurídicas apresentam-se em determinadas cadeias de regulação. Conseqüentemente, as normas têm de se harmonizar entre si, de tal modo que se possa evitar a ocorrência de decisões contraditórias. Uma Ciência do Direito que aspira a mais do que registrar e comentar normas e decisões singulares tem de ter isso bem presente, o que significa proceder também sistematicamente.

Philipp Heck prevendo tal posicionamento valorativo foi audaz e, logo no início de sua obra assim expôs:

A aptidão da decisão judicial tem, portanto, de ser medida, primeiro que tudo, pelos juízos de valor expressos pela comunidade jurídica em forma de lei. O juiz está subordinado à lei. A comunidade jurídica organizada em Estado é soberana e autônoma, não só externamente, mas também internamente, nas suas relações com os tribunais. A subordinação destes não é só conseqüência da necessidade da certeza do direito, é o resultado dum princípio constitucional, dum juízo de valor geral que coloca a vontade da coletividade, declarada em forma de lei, acima da vontade de cada cidadão.[10]

Nesta discussão, então, cita-se, pois, Miguel Reale, que ao tentar implementar uma definição de valor, afirma que "valor" é aquilo que vale. O seu "ser" é o "valer". Os valores possuem realidade em função daquilo que vale. Ser e valer aparecem, segundo ele, como duas categorias fundamentais, duas posições primordiais do espírito perante a realidade. Diz ele, *in verbis*:

Ou vemos as coisas enquanto elas são, ou as vemos enquanto valem; e, porque valem, devem ser. [...] Os valores representam, por conseguinte, o mundo do dever ser, das normas ideais, segundo as quais se realiza a existência humana, refletindo-se em atos e obras, em formas de comportamento e em realizações de civilização e de cultura, ou seja, em bens que representam o objeto das ciências culturais.[11]

Todavia, para a cultura jurídica, o citado autor acima, abre o debate para o sentido teleológico do Direito, ao afirmar que toda a teoria do valor tem como conseqüência, não causal, mas lógica, uma teleologia ou teoria dos fins, uma vez que “fim não é senão um valor enquanto racionalmente reconhecido como motivo de conduta”[12].

Caminhando nessa direção, assim, verifica-se uma inclinação pela valorização da conduta ética e, em conseqüência, o compromisso das decisões jurídicas com o ‘justo’. De um lado ganha força a filosofia de matriz neo-hegeliana, que reconhece valores e princípios "supralegais" ou "pré-positivos" subjacentes às normas jurídicas. Nessa linha, Larenz faz referência a nomes como Zippelius, Pawlowski, Heinrich Hubmann e Helmut Coing, para quem a *idéia de direito* encontra correspondência nos princípios básicos de uma ética da vida social, cuja tábua de valores pode ser encontrada no “*ethos* jurídico dominante na comunidade” ou nas “concepções dominantes de justiça”, podendo configurar-se em normas legais positivas; tomar a forma de um direito natural na qualidade de “súmula de proposições de justiça”, como pode ainda aparecer sob a forma de conteúdos da consciência. De outro lado, verifica-se a recuperação da matriz neo-aristotélica, que privilegia a fundamentação legitimadora da ação prática.

Neste diapasão, a doutrina de Claus-Wilhem Canaris, escrito em 1967, postula a idéia de que o sistema jurídico, como ordem axiológica, só se justifica a partir do "princípio da justiça" e de suas concretizações, a partir do "princípio da igualdade". Canaris percebe que o pensamento jurídico ocorre fora do âmbito da lógica formal, que lhe serve apenas de quadro, e anota que o elemento decisivo de todo esse processo não é de natureza lógica, porém sim de natureza teleológica ou axiológica, e que por isso sua justificação metodológica não pode ser alcançada com os meios da lógica, mas através da recondução ao valor da justiça e ao princípio da igualdade nela compreendido.[13]

Adiante, pelo ora exposto, no próximo item, pretende-se expor de modo sintético alguns pontos de vista de autores representativos da discussão metodológica relativamente aos problemas mencionados, que tendem a direcionar para o que este estudo propõe, que é a reconstrução do direito e da justiça, delimitando-se para tanto na evolução histórica da hermenêutica jurídica, e num debate metodológico atual, que preconiza a discussão existente entre os cultores da filosofia do direito, relativa ao conceito de justiça, colocando no centro do debate a questão de se poder produzir enunciados racionalmente informados e susceptíveis de fundamentação sobre valores (ou princípios éticos), e se relativamente a estes existe algo mais do que meras vacuidades.

2 A PROCURA DA FÓRMULA DA JUSTIÇA AO CASO CONCRETO – O PÓS-POSITIVISMO

Antes de adentrarmos no objeto deste tópico, cumpre introduzir brevemente, algumas informações. Hans Kelsen, cuja obra “Teoria Pura do Direito”, consagra-se como o maior exemplo de construção lógico-estrutural do ordenamento jurídico até o momento, provoca uma ruptura significativa na filosofia jurídica, pois este brilhante doutrinador alemão, cinge-se à idéia do resgate da objetividade e da segurança no campo do direito,

propondo a construção de uma teoria que excluísse quaisquer elementos de natureza metafísico-valorativa.

Tal autor pretendia que a atividade jurisdicional ficasse circunscrita a operações lógico-dedutivas extraídas de um sistema dinâmico de normas feitas pelo Estado, capaz de gerar uma norma individual como sentença para cada caso concreto. Contudo, as correntes que vêem a aplicação do direito como atividade criadora insurgem-se contra tal mecanismo, apresentando severas críticas ao positivismo de Kelsen.

Neste contexto, acredita-se que o direito existe concretamente e não de forma virtual, ou melhor, que ele vale à medida que é capaz de compor interesses, desconsiderando-se a sua força meramente potencial. O movimento crítico, que encerra o predomínio da dogmática jurídica tradicional[14], é intitulado de *pós-positivismo*.

Não obstante, o debate metodológico atual confirma a importância da segurança e da ordem. Afinal, é princípio basilar do Estado Democrático de Direito o conhecimento e a não-arbitrariedade de suas decisões. Um grau considerável de previsibilidade deverá viabilizar os investimentos sugeridos pelo progresso e trazer confiança às relações sociais. O que se discute é a racionalidade deste novo saber concreto que trabalha com valores, conferindo algum nível de objetividade às decisões judiciais, de forma a submetê-las a uma instância de conhecimento e controle.

Assim, o pós-positivismo, como movimento de reação ao legalismo, reação essa resumida no adágio romano "*summum jus, summa injuria*"[15], abre-se, a uma vertente, a qual estudaremos. Esta é desenvolvida por autores que buscam na moral uma ordem valorativa capaz de romper os limites impostos pelo ordenamento jurídico positivo, honrando o compromisso maior que o Direito tem com a Justiça. Suas insuficiências seriam resolvidas mediante o recurso aos valores humanitários que, apesar de circunscritos socialmente, pretendem alcançar sua dimensão universal. Tais iniciativas amparam-se, fundamentalmente, na argumentação capaz de legitimar as posições assumidas pelo intérprete, assim como na idoneidade dos mecanismos que se fazem necessários.

Cumpre, pois, citar Simone Goyard-Fabre, nesse lapso textual, vejamos:

No contexto filosófico atual em que se "reconsidera" a filosofia prática de Kant, a idéia mestra de *imperativo categórico* acha-se no centro das discussões. Segundo Habermas, a razão disso é clara: "Quando deixa de recorrer simplesmente a um "fato de razão",

Kant apoia a justificação do imperativo categórico nos conceitos de autonomia e de vontade livre, que são conceitos com um conteúdo normativo." Tal é precisamente o ponto de partida do reexame proposto por J. Rawls - reexame que, mais estreitamente que os trabalhos de Apel e de Habermas, concerne à filosofia do direito e à problemática da fundação da ordem jurídica.[16]

Pelo visto, com a virada kantiana, então e, com o resgate do valor da justiça - que andava nas legiões do olvido após dois séculos de positivismo (formalista e sociológico) – tivemos como marco desta vertente de *justiça para todos*, a obra de John Rawls: *Uma Teoria da Justiça*, em 1971, retirando, pois, esta vertente do ostracismo.

Assim, Rawls trilhando uma visão contratualista na esteira de Hobbes e Rousseau, desenvolveu a sua teoria da justiça a partir de um acordo entre todos os membros da sociedade em igualdade de condições. Tal acordo seria obtido em uma posição inicial, hipotética, abstraída de qualquer contexto histórico determinado, em que as pessoas racionais interessadas na promoção de seus interesses, sem conhecer sua posição na sociedade, optariam pela adoção da justiça como eqüidade.[17]

Acerca desta posição original, Nythamar de Oliveira esposa que:

A posição original (original position) é a situação hipotética na qual as partes contratantes (representando pessoas racionais e morais, isto é livres e iguais) escolhem, sob um "véu de ignorância" (veil of ignorance), os princípios de justiça que devem governar a "estrutura básica da sociedade" (basic structure of society). Esta, por sua vez, traduz o modo pelo qual as instituições sociais, econômicas e políticas (constituição política, economia, sistema jurídico, formas de propriedade) se estruturam sistematicamente para atribuir direitos e deveres aos cidadãos, determinando suas possíveis formas de vida (projetos e metas individuais, idéias do bem, senso de justiça.[18]

Seria, pois, o véu da *ignorância* a respeito das características individuais de cada um, a garantia de que todos os cidadãos, na posição inicial, optariam racionalmente pelos princípios ligados à justiça. Sem que cada um conhecesse sua posição social, nível cultural, idade, sexo, profissão e todos os demais dados pessoais, haveria unanimidade na escolha dos princípios a serem aplicados nas situações concretas.

Nesse diapasão, é importante suscitar as palavras de Rawls, que são, as seguintes: "A idéia mais fundamental nessa concepção de justiça é a idéia de sociedade como um

sistema eqüitativo de cooperação social que se perpetua de uma geração para a outra.”[19].

Rawls, nessa linha de raciocínio, desenvolveu sua idéia de justiça - que denomina justiça como eqüidade - a partir de dois princípios: o da liberdade e o da diferença.[20]

O primeiro principio garante o valor da liberdade, assegurando a todos os indivíduos, em condições de igualdade, as liberdades, como a livre manifestação, o direito de votar e ser votado; enfim, os todos os direitos individuais. Dentre os direitos a serem preservados pelo princípio da liberdade, se encontra também, por estar vinculado ao próprio direito à vida, o mínimo social, capaz de garantir a sobrevivência digna de todos.

Contudo, o primeiro princípio não se contenta com as liberdades formais. É preciso garantir a efetividade dos direitos por ele preconizados, o que somente se torna possível com a aplicação do segundo princípio, que está vinculado à idéia de igualdade, e que estabelece o pressuposto para legitimar as diferenças sociais e econômicas, e se desdobra, por sua vez, em dois subprincípios.

O primeiro subprincípio é o da igualdade eqüitativa de oportunidades, que assegura o acesso às posições sociais de destaque a todos os indivíduos. E para garantir que os menos favorecidos tenham acesso às posições privilegiadas é preciso, segundo Rawls, garantir, a toda população, a educação e a cultura.

O outro subprincípio é o principio da diferença, conforme o qual, as distinções entre as pessoas só se justificam se trazem benefícios para toda a sociedade, especialmente para os menos favorecidos. Para Rawls, as desigualdades econômicas e sociais entre os indivíduos não só são inevitáveis, como também podem trazer benefícios para a parcela social menos favorecida. Os regimes do socialismo real nos mostraram que a igualdade absoluta leva à estagnação e ao desestímulo, se todos são igualmente aquinhoados independentemente de seus esforços. O maior esforço de um, que é incentivado pela possibilidade de maiores lucros, pode levar à melhoria de todos os outros, que embora recebendo menos que o primeiro, conhecerão um beneficio em relação à situação anterior. Somente distinções baseadas em tal princípio são justificadas no âmbito da justiça como eqüidade.

Tal justiça como eqüidade possui como meta praticável, conforme o postulado de Rawls: “fornecer uma base filosófica e moral aceitável para as instituições democráticas

e, assim, responder à questão de como entender as exigências da liberdade e da igualdade.”[21].

Segundo Rawls, as liberdades garantidas pelo primeiro princípio não podem ser sacrificadas em nome da efetividade do princípio da igualdade eqüitativa de oportunidades e da diferença, como sustentavam os utilitaristas.

As concepções de John Rawls, assim, causaram grande impacto no pensamento jurídico e resgataram o valor da justiça, abrindo caminho para a discussão sobre uma justiça tributária baseada em valores e princípios, e não numa visão arrecadatória como a preconizada pela escola da interpretação funcional ou econômica.

Com a glória do pós-positivismo, embalado pelas idéias da Jurisprudência dos Valores e pela virada kantiana, adota-se o pluralismo metodológico, afastando-se a aplicação apriorística de qualquer dos métodos de interpretação, com a utilização de todos eles, de acordo com os valores envolvidos no caso concreto e imanentes à norma.

Assim, o cenário histórico para o desenvolvimento das idéias concebidas pela Jurisprudência dos Valores foi o de um mundo que saía do ocaso dos regimes socialistas e da falência do Estado do Bem Estar-Social, numa era globalizada, caracterizada por um Estado de Risco, que sendo incapaz de garantir todas as prestações sociais intrínsecas ao Estado Social, constitui campo para o florescimento do princípio da subsidiariedade, pelo qual a atuação estatal só se justifica em atividades que não podem ser desempenhadas pela sociedade, e em que a atuação desta só é justificada quando o próprio indivíduo não puder atuar.[22]

Portanto, se na Jurisprudência dos Conceitos o legislador era o único intérprete, posição ocupada pelo juiz na Jurisprudência dos Interesses, na era da Jurisprudência dos Valores, adota-se a pluralidade de intérpretes, envolvendo todos os agentes do processo, desde o legislador, passando pelo juiz, pelos doutrinadores, empresários, contadores, entidades representativas de classe e todos os cidadãos interessados.[23]

Influenciada por esta evolução, a questão da autonomia dos conceitos de direito tributário em relação aos institutos do direito civil fica então superada pela teoria da unidade da ordem jurídica. Segundo Klaus Tipke[24], a unidade da ordem jurídica significa a existência de uma ordem racional, baseada em critérios de justiça, e que constitua uma unidade.

Com o equilíbrio entre os princípios do direito civil e do direito tributário, e com a ponderação entre a igualdade e a capacidade contributiva, a justiça fiscal passa pelo combate à não tributação das atividades ilícitas, sem os excessos da Jurisprudência dos Interesses, porém com a concepção valorativa iniciada pela Jurisprudência dos Valores, e intensificada pela 'justiça como eqüidade' de Rawls.

Nesse clímax, explana-se, por oportuno, a seguinte exposição de John Rawls:

A justiça como eqüidade procura realizar esse intento valendo-se de uma idéia organizadora fundamental no interior da qual todas as idéias e princípios possam ser sistematicamente conectados e relacionados. Essa idéia organizadora é a da sociedade concebida como um sistema eqüitativo de cooperação social entre pessoas livres e iguais, vistas como membros plenamente cooperativos da sociedade ao longo de toda a vida.[25]

Neste pensar, então é valioso frisar o prescrito pelo jusfilósofo Chaïm Perelmam:

O professor Rawls define a justiça como uma virtude específica que, aplicada a uma instituição ou a uma prática, exige a eliminação das distinções arbitrárias e o estabelecimento, em suas estruturas, de um equilíbrio apropriado entre as pretensões opostas. Os princípios de justiça devem especificar em que condição a balança, ou a parte de cada qual, pode ser considerada conveniente e justa, e quais distinções justificam diferenças de tratamento que não seriam arbitrárias. Examinando o papel da justiça na sociedade, o professor Rawls só se ocupa com a justiça das regras que, determinando as funções e as situações, os direitos e as obrigações, as recompensas e as punições, dão forma e estrutura à atividade social.

A justiça por ele concebida consoante a idéia de correção *(fairness),* se inspira nitidamente no modelo do jogo correto *(fair-play).* Segundo ele, é essa idéia *de fairness* que é fundamental na justiça aplicada a práticas *(practices)* definidas por regras.

Pelo exposto, então, observa-se que o estudo foi embasado na busca da reconstrução do direito e da justiça, que parte de uma evolução histórica da hermenêutica jurídica a um debate metodológico atual – a busca das bases da justiça tributária, possuindo breves passagens que explicitam acerca da interpretação do fato gerador da obrigação tributária, e da importância da justiça tributária.

Assim, o que se buscou foi demonstrar que a fase pós-positivista caracterizada pelo predomínio da jurisprudência de valoração e da reaproximação entre o Direito e a Ética (virada kantiana) fez-se repercutir, no Direito Tributário, pelo reconhecimento de valores a inspirar princípios da tributação constitucionalmente expressos ou implícitos, dentre eles: o da segurança jurídica, da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da capacidade contributiva, da razoabilidade, do não-confisco, do mínimo existencial, da proibição de excesso, da liberdade de tráfego, da irretroatividade, da progressividade, da seletividade, da liberdade de propriedade, dentre outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Predomina, hoje, uma tendência à ponderação da legalidade com a capacidade contributiva, a partir de uma interpretação mais aberta aos valores e princípios, como os da justiça, da igualdade e da segurança jurídica. Como princípio interpretativo, a capacidade contributiva se vincula ao método teleológico a partir da consideração do critério econômico.

Assim, no direito tributário atual, o método teleológico se manifesta pela intenção do legislador de repartir a carga tributária, de acordo com a capacidade contributiva, a partir da consideração econômica do fato gerador, por uma visão bem diversa daquela oferecida pelo causalismo.

Desta feita, a interpretação da lei tributária, hoje, não se baseia em critérios apriorísticos, sejam eles favoráveis ao fisco ou ao contribuinte, porém na metodologia pluralista extraída da teoria geral do direito.

Fechando, então, a reflexão final, esposa-se que a *justice as fairness*, aludida no contexto do trabalho e defendida por Rawls, tenta decidir a pendência entre essas tradições em confronto, propondo, em primeiro lugar, dois princípios de justiça para servir de fios condutores no tratamento de como as instituições básicas podem realizar os valores da liberdade e da igualdade, e em segundo lugar, especificando um ponto do qual, esses princípios surgem como mais apropriados do que outros princípios de justiça à natureza dos cidadãos democráticos enquanto pessoas livres e iguais.

Deste modo, os princípios da justiça idealizados por Rawls são as liberdades públicas ou direitos fundamentais, que a melhor doutrina jurídica sobrepõe a todo e qualquer direito ou dever, até mesmo de natureza constitucional, já que são alicerces do próprio Estado de Direito. Nesse sentido, é possível afirmar-se que toda lei injusta é inconstitucional.

Conclui-se, pois, que fugindo ao exacerbado formalismo que tem, com honrosas exceções, impregnado a doutrina brasileira no Direito Tributário, o contexto do trabalho demonstra como no Estado Democrático de Direito a interpretação das normas fiscais tem de se abrir para o universo dos valores, e escapar da monodimensionalidade em que o positivismo jurídico a encarcerou. De fato, se é certo que a segurança jurídica desempenha um papel relevante dentro da moldura axiológica em que deve se operar a tributação, não é menos certo que ela não é, nem pode ser tratada como se fosse, o único valor importante nesta seara, ao contrário do que certos setores da doutrina parecem preconizar.

REFERÊENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teorias da argumentação jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

2 BELL, Daniel. *O advento da sociedade pós-industrial*. Trad. bras. São Paulo: Cultrix, 1977.

3 BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

4 BOBBIO, Norberto. *Teoria general del derecho*. 3. ed. Trad. José Guerrero R. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

5 _____. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

6 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

7 CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

8 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário*: fundamentos da incidência. São Paulo: Ícone, 1995.

9 FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

10 _____. *Introdução ao direito tributário*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

11 GODOI, Márcio Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo. Dialética, 1999.

12 GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Pontes, 2002.

13 HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "Procedimental" da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1997.

14 HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad. de José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.

15 KANT. Emmanuel. *The philosophy of Kant:* Immanuel Kant's moral and political writings. New York: Modern Library, 1949.

16 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

17 LAMEGO, José. *Hermenêutica jurídica*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

18 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

19 LEHNER, Moris. "Considerações econômicas e tributação conforme a capacidade contributiva. Sobre a possibilidade de uma interpretação teleológica de normas com finalidades arrecadatórias". *In:* SCHOUERI, Luiz Eduardo/ZILVETI, Fernando Aurérlio (coord.). *Direito Tributário*. Estudos em homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998.

20 MACEDO, Ubiratan Borges de. *Democracia e direitos humanos*. Ensaios de Filosofia Prática (Política e Jurídica). Londrina: Edições Humanidades, 2003.

21 MARTÍNEZ ALONSO, José Antonio. *Dicionário de latim jurídico e frases latinas*. Vitória: UFES, 1998.

22 MILL, Stuart. *A Liberdade do Utilitarismo.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

23 OLIVEIRA, Nythamar. *Rawls*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

24 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. Trad. de Almiro Pisseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Marins Fontes, 2002.

25 _____. *Justiça como eqüidade:* uma reformulação. Trad. de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

26 _____. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

27 REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

28 TIPKE, Klaus. "Sobre a unidade da ordem jurídica tributária". *In: SCHOUERI, Luiz Eduaido/ZILVETI, Fernando Aurélio (Coordenadores). Direito Tributário. Estados em Homenagem a Brandão Machado.* São Paulo: Dialética, 1998.

29 TORRES. Ricardo Lobo. "Legalidade tributária e riscos sociais". In *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* 53, 2000.

30 _____. "A chamada Interpretação econômica do direito tributário", a Lei Complementar nº 104 e os limites atuais do planejamento tributário, *in* ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001. pp. 235-244.

31 _____. "Ética e Justiça Tributária". *In:* SCHOUERI, Luiz Eduardo/ZILVETI, Fernando Aurérlio (coord.). *Direito Tributário*. Estudos em homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998.

32 _____. "Liberdade, Segurança e Justiça no Direito Tributário". Comunicação apresentada ao I Congresso Internacional de Direito Tributário, realizado em Vitória – ES, em setembro/98, cujos anais foram publicados sob o título *Justiça Tributária*, tema central do Congresso. São Paulo: IBET/Max LImonad, 1998.

33 _____. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

34 _____. *Os direitos humanos e a tributação* – Imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

35 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. De Tercio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Ministério da Fazenda, UNB, 1979.

---

[1] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 63. Insta salientar a análise de Karl Larenz, no que se refere à Jurisprudência dos Interesses: “Vale trazer a lume a análise de Kar! Larenz, a respeito da jurisprudência dos interesses: "A Jurisprudência dos interesses - e esta é a sua afirmação justeorética fundamental - considera o Direito como "tutela de interesses". Significa isto que os preceitos legislativos - que também para HECK constituem essencialmente o Direito - "não visam apenas delimitar interesses, mas são, em si próprios, produtos de interesses" (GA, p. 17). As leis são "as resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento". Na tomada de consciência disto, garante-nos HECK, reside "o cerne da Jurisprudência dos interesses", sendo também daí que ele extrai a sua fundamental exigência metodológica de "conhecer com rigor histórico, os interesses reais que causaram a lei e de tomar em conta, na decisão em cada caso, esses interesses" (GA, p. 60) (Metodologia ..., cit., p. 65-66).

[2] MILL, Stuart. *A Liberdade do Utilitarismo.* São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 187.

[3] *Apud* LEHNER, Moris. “Considerações econômicas e tributação conforme a capacidade contributiva. Sobre a possibilidade de uma interpretação teleológica de normas com finalidades arrecadatórias”. *In:* SCHOUERI, Luiz Eduardo/ZILVETI, Fernando Aurérlio (coord.). *Direito Tributário*. Estudos em homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998, p. 147.

[4] TORRES, Ricardo Lobo. “A chamada interpretação econômica do direito tributário”, a Lei Complementar nº 104 e os limites atuais do planejamento tributário, *in* ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 235-244.

[5] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117-118.

[6] TORRES, Ricardo Lobo. “Ética e Justiça Tributária”. *In:* SCHOUERI, Luiz Eduardo/ZILVETI, Fernando Aurérlio (coord.). *Direito Tributário*. Estudos em homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998, p. 179

[7] CAMARGO. op. cit., p. 118.

[8] TORRES, Ricardo Lobo. “A chamada interpretação econômica do direito tributário”, a Lei Complementar nº 104 e os limites atuais do planejamento tributário, *In* ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *O planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001. pp. 235-244.

[9] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. De Tercio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Ministério da Fazenda, UNB, 1979, p. 40. Vale ressaltar que sua tese é a de que a maneira de pensar tópico-problemática da jurisprudência romana, que construía sua justiça a partir de decisões concretas, para então extrair princípios que lhe servissem de fundamento de validade, não se perdeu, apesar de toda a ênfase dada à idéia de sistema pela dogmática jurídica dos modernos. Para Viehweg a tópica constitui uma *techne* do pensamento orientada para o problema, segundo haveria sublinhado Aristóteles em várias passagens. O problema constitui-se para ele, no centro da órbita em giram os raciocínios, servindo-lhes de atração e guia. Tal possibilitaria, assim, a coesão dos argumentos, processados pela *inventio*. (VIEHWEG. op. cit., p. 33.)

[10] HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad. de José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 15.

[11] REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 141.

[12] *Ibidem*. p. 144.

[13] CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 32-35.

[14] v. LAMEGO, José. *Hermenêutica jurídica*. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 29. O autor expõe que podemos caracterizar a dogmática jurídica tradicional pelos seus aspectos legalista e formalista, vejamos: i) primado da lei, enquanto regra geral, abstrata e universalmente obrigatória, que faz com que o direito repouse sobre um campo virtual; ii) representação da atividade do juiz meramente como tarefa de *conhecimento* da lei, portanto exegética, que faz com que a interpretação se dê independentemente do problema; iii) separação radical entre os conceitos de *criação* e *interpretação* do direito.

[15] José Antonio Martínez Alonso, acerca do adágio, esposa seu significado, *in verbis*: "o predomínio (formal e ao pé da letra) do direito causa as maiores injustiças; as maiores injustiça ocorrem quando o direito é aplicado como se fosse um bem em si mesmo." (MARTÍNEZ ALONSO, José Antonio. *Dicionário de latim jurídico e frases latinas*. Vitória: UFES, 1998. p. 330.

[16] GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Pontes, 2002, p. 308.

[17] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. Trad. de Almiro Pisseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Marins Fontes, 2002, p. 128.

[18] OLIVEIRA, Nythamar. *Rawls*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 14.

[19] RAWLS, John. *Justiça como eqüidade:* uma reformulação. Trad. de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 7.

[20] Portanto John Rawls criou os dois princípios: "Primeiro: cada pessoa deve ter direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao

mesmo tempo: (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável; e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis para todos". (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. op. cit., p. 64).

[21] RAWLS, John. *Justiça como eqüidade*. op. cit., pp. 6-7.

[22] Demonstração do Estado subsidiário nos é dada por Klaus Tipke que parte da premissa de que o Estado não possui dinheiro originariamente, porém o retira parcimoniosamente dos cidadãos, de acordo com uma regia de justiça. O autor alemão defende que: "O Estado é o intermediário entre o cidadão contribuinte *(Gerbeden Bürger)* e o cidadão beneficiário (nehmenden Bürger). Se o cidadão pudesse exigir diretamente do seu concidadão as prestações sociais e as subvenções, talvez se lhe tornasse evidente que não se deve exigir mais de estranhos (contribuintes) do que de seus parentes próximos - antes pelo contrário". (*In* "Uber richtiges Steurrechts" . *Steuer und Wírtschaft* 65 (3): 281, 1988, *apud* TORRES. Ricardo Lobo. "Legalidade tributária e riscos sociais". In *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* 53, 2000. p. 185.

[23] HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "Procedimental" da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1997, p. 13.

[24] Conforme Klaus Tipke a unidade se dá: "quando os princípios da justiça são seguidos à risca. Dai surge um direito homogêneo, consistente e harmônico, livre de contradições axiológicas. A incoerência leva a infrações ao princípio da igualdade. A observância da igualdade é, outrossim, uma característica essencial da justiça. Somente quando uma ordem jurídica é baseada em um único princípio fundamental, é que surge a unidade ideal da ordem jurídica. [...] O direito tributário não precisa estar orientado por princípios do direito civil ou por princípios de outros ramos do direito público; ele deve observar os princípios de outras ordens jurídicas parciais suficientemente, apenas, para impedir que ocorram contradições axiológicas na ordem jurídica total Nenhum princípio tem validade absoluta. Em caso de colisão ou concorrência de princípios de ordens jurídicas parciais, então terá preferência aquele que tiver o maior peso jurídico". ("Sobre a unidade da ordem jurídica tributária". *In: SCHOUERI, Luiz Eduaido/ZILVETI, Fernando Aurélio (Coordenadores). Direito Tributário. Estados em Homenagem a Brandão Machado.* São Paulo: Dialética, 1998, p. 60.

[25] RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 51.

DA CRÍTICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: REFLEXÕES SOBRE A (IN)EFICÁCIA DAS NORMAS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL*

THE CRITIQUE OF DOGMATICS OF LAW AND THE CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS: REFLECTIONS ON THE (IN)EFFECTIVENESS OF THE NORMS OF PROTECTION OF THE HEALTHY ENVIRONMENT

Wilson Levy Braga da Silva Neto

RESUMO

O presente artigo pretende discutir a questão da ineficácia da proteção do meio ambiente saudável a partir da crítica da dogmática jurídica e da hermenêutica constitucional. Objetiva-se, com isso, verificar em que medida a moderna hermenêutica constitucional pode, através da consolidação de nova perspectiva e inserida num novo protagonismo do Poder Judiciário, contribuir para a superação do paradigma liberal-individualista-normativista que impera na prática jurídica brasileira e para contornar os problemas decorrentes da crise da dogmática jurídica na contemporaneidade. A metodologia adotada dividir-se-á em análise bibliográfica de textos e fragmentos do jusfilósofo argentino Luis Alberto Warat e de outros referenciais teóricos da Filosofia, da Hermenêutica Jurídica e da Teoria Geral do Direito. Espera-se como resultado contribuir para o debate a respeito da inefetividade das normas constitucionais protetoras do meio ambiente, a partir de reflexões produzidas no âmbito da Filosofia do Direito.

PALAVRAS-CHAVES: CRÍTICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA – HERMENÊUTICA – CONSTITUIÇÃO – MEIO AMBIENTE – DIREITOS FUNDAMENTAIS

ABSTRACT

This article discusses the issue of ineffectiveness of the protection of the environment healthy from the criticism of dogmatic certainty and hermeneutic. Our intention is, with this, check to what extent the modern hermeneutic can, through the consolidation of new perspective and within a new role of the judiciary, to help overcome the individualistic-liberal paradigm, the normative practice prevailing in the Brazilian legal and to circumvent the problems arising from the crisis in contemporary legal dogmatic. The methodology used to divide will be on literature review of texts and fragments of the professor Luis Alberto Warat and other theoretical frameworks of Philosophy, Law Hermeneutics and Theory of Law. Is expected as a result contribute to the discussion about the ineffectiveness of constitutional norms that protect the environment, from reflections produced in the Philosophy of Law.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: CRITICISM OF DOGMATIC OF LAW - HERMENEUTICS - CONSTITUTION - ENVIRONMENT - FUNDAMENTAL RIGHTS

Há letra que mata e letra que vivifica ou até ressuscita. O Direito é, infelizmente, em muitos casos, simples letra morta e a Justiça ainda mais quando não se volve mesmo em letra que mata. Pelo rigorismo ou pelo laxismo, pela burocracia ou pela tortuosidade.

(CUNHA, Paulo Ferreira. *A Constituição Viva - Cidadania e Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 13).

Introdução

Discutir a problemática da eficácia das normas protetoras do meio ambiente a partir de seu reconhecimento como componente constitucionalmente garantido da dignidade humana e, por correlato, dos Direitos Fundamentais é, de certa forma, lançar luz sobre um dos temas mais emergentes do mundo globalizado contemporâneo. Emergente pois, ao não encontrar limites, a velocidade do contexto industrial pós-moderno, potencializada por uma cultura individualista e consumista[3], toma de assalto os recursos naturais e os dizima em período desproporcionalmente menor do que o tempo levado para que a natureza os recomponha. Com isso, não poupa nem mesmo aquele que é considerado um bem essencial à existência saudável: o meio ambiente.

Em *terrae brasilis* o cenário não é menos desanimador: 4º maior poluidor do mundo se contabilizadas as emissões de gases provocadas pelas queimadas, o país vê suas florestas, consideradas as maiores reservas de biodiversidade do mundo, serem devastadas em volume calculado em "campos de futebol". Enquanto isso, padece do mesmo mal dos países em desenvolvimento que crescem sem planejamento, com a explosão de megalópoles industrializadas, carentes de saneamento básico e contumazes devastadoras de rios e da atmosfera, em que a poluição do ar representa, segundo estudos[4], cerca de 2 anos a menos na expectativa de vida das pessoas.

Daí que emerge o problema que orienta esta reflexão: em que medida a hermenêutica constitucional pode dar conta do problema da ineficácia das normas protetoras do meio ambiente, em um cenário marcado de um lado pela complexidade das relações econômico-sociais, que tem por consequência a crua assertiva de que *facticidade desmente a validade das normas*[5], para utilizar expressão de Habermas em triste referência a uma "brasilização" do texto constitucional, e de outro por verdadeira prodigalidade de produção normativa, a produzir inclusive normas flagrantemente inconstitucionais?

O primeiro passo, decerto, passa pelo reconhecimento de que o tratamento normativo dado à matéria não pode passar incólume de críticas. Inserido numa dogmática jurídica viciada por aquilo que Luis Alberto Warat denominou *senso comum teórico dos juristas*, a eficácia das normas protetoras do meio ambiente, torna-se objetivo de difícil consecução. Diagnosticar o problema e superar essas dificuldades, num país que é pródigo em produção normativa - produção que muitas vezes que resulta

em leis flagrantemente inconstitucionais - é tarefa complexa, mas que se pretende, ao menos, iniciar nesta reflexão.

Cabe também detectar em que medida a Constituição Federal está se convertendo em estranha à hermenêutica. É nesse sentido que é importante resgatar a previsão constitucional de tema que, na lição de José Renato Nalini corresponde ao *"primeiro direito intergeracional num texto fundante do Brasil"*[6]. Com esse pano de fundo, a análise da (in)efetividade dos dispositivos contidos nas várias disposições contidas na Constituição, pode contribuir para um movimento de retomada do prestígio que merece a matéria.

Dessa forma, este artigo será dividido em 03 pontos, a saber: **a)** direitos fundamentais e direito ambiental; **b)** crítica da dogmática jurídica; **b)** imbricações constitucionais e hermenêutica. Ao final, será apresentada uma breve conclusão, em que serão indicados os resultados desta investigação e se tentará solucionar o problema acima anunciado.

- 1. **Delimitando o ponto de partida: o meio ambiente saudável como Direito Fundamental**

Primeiramente, é importante estabelecer como marco reflexivo a convicção de que o meio ambiente saudável compõe, de maneira indissociável, o rol de direitos fundamentais e está inserto nos chamados *direitos fundamentais de terceira geração*. Na conceituação de Paulo Bonavides,

Os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado [são de interesse difuso, *grifo meu*]. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencial idade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, **ao meio ambiente**, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.[7]

Tais direitos inauguram na ordem jurídica a noção de que sua interpretação e concretização devem escapar da esquemática, consolidada na teoria do Direito, presa ao solipsismo e, portanto, à consagrada na relação entre um sujeito cognoscente e um objeto cognoscível. Afirmar-se isso pela evidente dificuldade de se identificar esses elementos em face da complexidade das relações e da transversalidade e pluralidade de interesses envolvidos. Como patrimônio comum da humanidade, retomam também o caráter de elementos constitutivos do viver dignamente, ou seja, da *dignidade humana.*

Daí a moderna teoria constitucional consagrá-los como *dignidade humana como referência ao outro*, asseverando expressamente que não há como pensar os direitos fundamentais a partir das ações e interesses do indivíduo, mas sim ponderando sua interconexão com todos os envolvidos. Cita-se, aqui, a reflexão de Peter Häberle, sobre o entendimento doutrinário e jurisprudencial de seu país em sede de direitos fundamentais e dignidade humana:

Os conceitos científico-sociais de identidade confortam, além disso, o reconhecimento jurídico que segue: na dignidade humana a "referência ao outro" é pressuposta. O reconhecimento da "igual dignidade humana dos outros" forma a ponte dogmática para o enquadramento intersubjetivo da dignidade humana de cada um, tal como dá conta a jurisprudência praticada pelo Tribunal Constitucional Federal [da Alemanha] sobre a imagem do homem ou como demonstra a concretização levada a efeito no catálogo de direitos fundamentais.[8]

E prossegue:

Compreendido de modo científico-cultural isso abrange a perspectiva gene racional supra-individual: a conexão entre gerações instituti uma comunidade responsável, à qual o indivíduo nem deve, nem pode, se subtrair. Nossos textos constitucionais positivos também têm tomado progressivamente consciência da perspectiva das gerações e lançam um olhar para o futuro de um povo e dos seus cidadãos "viventes" com dignidade humana. Isso também gera responsabilidades e deveres. Exemplo disso são os novos questionamentos da técnica genérica [grifo nosso: e por que não do direito ambiental?][9]

Ao mesmo tempo, parece evidente que a dignidade humana corresponde a *"verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica"**[10]***. É nesse sentido que Ingo Sarlet afirma que

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que "atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais" [aqui citando José Afonso da Silva, *A dignidade da pessoa humana*..., p. 92], exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.[11]

Segundo uma abordagem histórica, é possível apontar a rigidez dos direitos fundamentais como herança do pós-II Guerra Mundial, de forma a se assegurar às gerações presentes e futuras a garantia de impossibilidade de violação de tais direitos, diante das atrocidades que foram cometidas pelo regime nazista. No caso brasileiro, a CF/88 reforçou a indisponibilidade desses direitos com a minuciosa descrição de suas hipóteses no extenso art. 5º, reforçadas com a necessidade de superação do período histórico anterior, marcado pela violação sistemática dos direitos e garantias individuais e dos próprios direitos humanos.

Sobre essa rigidez dos direitos fundamentais, tem-se a análise de Luigi Ferrajoli, na Lenio Luiz Streck:

Para Ferrajoli, a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais - impondo obrigações e proibições aos poderes públicos - tem produzido efetivamente na democracia uma dimensão "substancial", que se acrescenta à tradicional dimensão "política", meramente "formal" ou "procedimental". Com efeito, se as normas formais da Constituição - aquelas que disciplinam a organização dos poderes públicos - garantem a dimensão formal da democracia política, que tem relação com o "quem" e o "como" das decisões, suas formas substantivas - as que estabelecem os princípios e os direitos fundamentais - garantem o que se pode chamar de dimensão material da "democracia substancial", uma vez que se refere ao conteúdo que não pode ser decidido e ao que deve ser decidido por qualquer maioria, obrigando a legislação, sob pena de invalidade, a respeitar os direitos fundamentais e aos demais princípios axiológicos por ela estabelecidos.[12]

Dadas essas definições, nessa esteira, é indispensável mencionar a impossibilidade do Poder Judiciário tutelá-los segundo uma ótica processual *liberal-individualista*, ou seja, como se fosse um mero conflito entre duas partes, a despeito de sua predominância no Brasil[13].

Conclui-se, nesse sentido, que os direitos fundamentais não existem se não forem considerados segundo a perspectiva de uma comunidade (e dentro dela, da perspectiva *geracional*), o que implica dizer que sua interpretação não pode ser operada a partir de uma perspectiva individualista ou não-contextualista, e que são dotados de profunda rigidez, na esteira das conquistas históricas nas quais se inserem. Reconhecidos como direitos fundamentais, não se pode olvidar que os direitos do meio ambiente agregam em seu conjunto axiológico todas essas premissas.

Isso posto, passa-se para a análise do *mandamento de proibição de excesso* e da *proibição de retrocesso*.

A proibição de excesso (*Übermabverbot*) não foi acolhida expressamente pelo constituinte de 1988. Contudo, sua aplicação está garantida se se entender - como se deve efetivamente entender - que este é um princípio norteador do Estado Democrático de Direito, o qual foi (ou pretendia-se ser) inaugurado pelo texto constitucional.

Representa, de todo modo, um mecanismo destinado a preservar os direitos fundamentais, coincidindo com a própria essência do texto constitucional. Por lidar com questões de natureza transindividual, é essencial a discussões contemporâneas, como o próprio direito ambiental e sua já dita relação com interesses difusos e coletivos.

Na conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet, a proibição de excesso constitui um limite a eventuais limitações, adequações ou reformulações dos mandamentos fundamentais de uma Constituição, às quais não poderão, sob qualquer hipótese, ser excessivamente onerosas frente os interesses sociais e coletivos[14].

Para Guerra Filho, concordando com Joaquim Carlos Salgado, tal princípio bebe da fonte da teoria da justiça eqüitativa, igualdade proporcional, que remonta à teoria da justiça de Aristóteles, que parece mais adequada em face do problema em exame, ante a igualdade formal e suas distorções. Sua aplicação na prática jurisdicional, para o autor, parte da perspectiva de que ele

Pressupõe a existência de valores estabelecidos positivamente em normas do ordenamento jurídico, notadamente naquelas com a natureza de um princípio fundamental, também requer um *procedimento* decisório, a fim de permitir a necessária ponderação em face dos fatos e hipóteses a serem considerados. Tal procedimento deve ser estruturado - e, também, institucionalizado - de uma forma tal que garanta a maior racionalidade e *objetividade* possíveis da decisão, para atender ao imperativo de realização de justiça que é imanente ao princípio com o qual nos ocupamos. Especial atenção merece, portanto, o problema do estabelecimento de formas de participação suficientemente intensiva e extensa de representantes dos mais diversos pontos de vista a respeito da questão a ser decidida.[15]

A proibição de retrocesso determina que nenhum ato do poder público pode provocar retrocesso de direitos fundamentais, sendo este, portanto, um princípio fundamental de hermenêutica constitucional. A partir disso, parte da correta premissa de que deve ser aplicado quando a Constituição não está sendo cumprida, em especial no plano das políticas públicas que deveriam reduzir as desigualdades sociais, e, por que não, no impedimento da exploração do patrimônio ambiental.

Assim, no que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle de constitucionalidade das Leis, *pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.* Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), *é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais*, que, legislando na *contramão da programaticidade constitucional*, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade.[16]

Nessa esteira, a jurisprudência estrangeira é farta, e deveria ser acolhida pela doutrina e pela jurisprudência pátrias. Oportuno relatar, aqui, a jurisprudência portuguesa, que traz importante contribuição para a proteção de direitos fundamentais, dentre os quais certamente se encontra o direito ao meio ambiente preservado. A citação é de Streck:

Veja-se nesse sentido, a importante decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, que aplicou a cláusula da "proibição do retrocesso social", inerente/imanente ao Estado Democrático e Social de Direito: *"... a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao Direito Social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social"* (Acórdão n. 39/84 do Tribunal Constitucional da República Portuguesa).[17]

No direito ambiental, a proibição de retrocesso se assenta em princípios norteadores do que Carlos Alberto Molinaro chama de Estado Socioambiental. Com ele:

Quando referimos o *princípio da proibição da retorgradação socioambiental* e fazemos visível o seu objeto, *vedação de degradação ambiental*, queremos afirmar *uma proposição empírica, que através de uma eleição valiosa de nossa existência e desde uma perspectiva intergeracional, não permite ou impede que se retroceda a condições ambientais prévias àquelas que desfrutamos presentemente*. O princípio da proibição de retrogradação socioambiental assim concebido é um importante preceito normativo cujo objetivo é impedir ou vedar que as condições ambientais que desfrutamos retornem ao *statu quo ante*.[18]

Para o autor, também, não há que se falar em Estado Socioambiental sem considerar o princípio da precaução que acolhe a máxima *in dúbio pro ambiente* (a expressão é de J. J. G. Canotilho, do texto *Direito Público do Ambiente*). Tal princípio está fundado no princípio da cautela (no alemão, *Vorsichtsprinzip*), enquanto atuação preventiva frente a potenciais riscos de contaminação do meio ambiente, que surgiu no direito alemão dos anos 70, amadureceu no encontro das ONU de Estocolmo, de 1972 e se consolidou, no direito brasileiro, através do art. 225 da Constituição Federal de 1988[19].

Está-se diante, portanto, de matéria cuja natureza de direito fundamental goza de posição consensual. Pois trata-se de

*Direito fundamental, quer na dimensão real ou teórica, quer na dimensão positiva", tanto mais após 1988. a fundamentalidade do direito justifica-se, primeiro, em razão da estrutura normativa do tipo constitucional ("Todos têm direito..."); segundo, na medida em que o rol do art. 5º, sede principal de direitos e garantias fundamentais, por força do seu § 2º, não é exaustivo (direitos fundamentais há - e muitos - que não estão contidos no art. 5º); terceiro, porquanto, sendo uma extensão material (pois salvaguarda suas bases ecológicas vitais) do direito à vida, garantido no art. 5º, caput, reflexamente, recebe desde as bênçãos e aconchego, como adverte a boa lição de Nicolao Dino, segundo a qual, "o direito ao meio ambiente caracteriza-se como um corolário do direito à vida".**[20]***

Dessa maneira, sendo claro o estatuto de direito fundamental conferido ao meio ambiente. Passa-se, agora, ao primeiro passo no sentido de desvelar o problema da ineficácia de tais normas: a crítica da dogmática jurídica.

•2. A crítica da dogmática jurídica: as verdades pressupostas engessadas na doutrina e a ineficácia das normas protetoras do meio ambiente

A história das verdades jurídicas no ocidente, como discurso estruturador da instituição social, é uma palavra enigmática. A ciência jurídica, como discurso que determina um espaço de poder, é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social.[21]

Caracterizado o direito ao meio ambiente saudável como direito fundamental, cumpre agora iniciar a reflexão a respeito da ineficácia de suas normas.

Primeiramente, é necessário apresentar, ainda que de maneira breve, alguns aspectos relacionados ao problema da ineficácia das normas jurídicas no contexto contemporâneo. Problema que se revela profundamente vinculado à crise das instituições e a dependência, cada vez maior, do Direito das demais dimensões da existência humana: o social, o cultural, o político, o econômico.

De acordo com Eduardo C. B. Bittar,

Quando se está a falar da crise de eficácia do sistema jurídico, deixou-se de pensar no microuniverso da norma, pois não se está a falar de mera crise pontual de certas normas do sistema jurídico. Quando se tematiza a crise de eficácia se está a falar dos modos pelos quais o sistema como um todo está sendo incapaz de responder às necessidades sociais, e, mais do que isto, se está a discutir o quanto o comprometimento do sistema jurídico não é representativo e significativo no contexto da pós-modernidade. (...) Quando o sistema jurídico não está permeável para absorver identidades, mas apenas testemunha sua ampla defasagem em face dos avanços tecnológicos, reconhecendo a impossibilidade de atender a tantos e tão conflituosos fluxos de divergentes interesses, torna-se inábil para cumprir sua fundamental meta de pacificação do convívio social e de mediação regulamentada dos interesses sociais (convergentes e divergentes).[22]

Embora esteja relacionado à permeabilidade e à instabilidade inerentes à pós-modernidade, momento marcado, no direito, pela erosão dos conceitos tradicionais de validade e legitimidade e pela multiplicação e complexificação dos conflitos sociais, é certo que o problema da ineficácia do direito, no contexto do que se pretende enfrentar neste trabalho, também encontra relação com o modelo de dogmática jurídica predominante no Brasil.

Trata-se de dogmática eivada por uma crise epistemológica de contornos cada vez mais evidentes, ante a facticidade conflituosa e descrente nas soluções jurídicas que se avolumam. Dessa maneira, passa-se à crítica à dogmática jurídica, a partir da noção de senso comum teórico dos juristas de Luis Alberto Warat, autor que dedicou profundo e profícuo estudo ao tema.

Tradicionalmente, o papel atribuído à dogmática jurídica é de ser o meio - seguro e eficaz - para a "decidibilidade dos conflitos". Esse processo tem como premissa fundamental a "inegabilidade dos pontos de partida", calcada, por sua vez, na ideia de legalidade, e está fortemente vinculada às noções de certeza, de técnica e de cientificidade dos saberes oriunda do que se convencionou chamar de paradigma filosófico da modernidade. É nesse sentido que para Tercio Sampaio Ferraz Jr., a elaboração do sistema jurídico

resulta, pois, de diferenciações e de ligações. Os sistemas não são construídos pela ciência dogmática por puro gosto especulativo (por exemplo, conforme um objetivo formal de concatenar logicamente proposições, como o faz um matemático), mas tendo em vista a decidibilidade dos conflitos.[23]

Todavia, embora represente uma forma de se pensar o direito que não pode ser desprezada, exatamente por seu caráter de ponto de partida reflexivo, tal noção está longe de configurar uma posição teórica isenta de impasses ou suficiente para resolver o problema que se impõe soluciona. Não deixa de ser científica e pragmática a assertiva de que *"as questões 'dogmáticas' são tipicamente tecnológicas. Nesse sentido, elas têm uma função diretiva explícita. Pois a situação nelas captada é configurada como um dever-ser. Questões desse tipo visam possibilitar uma decisão e orientar a ação"*[24].

Mas qual a razão dessa visão não ser absoluta? Para desvendar essa questão - e antes de aprofundar a discussão da a crítica do conhecimento e da dogmática jurídica, é importante explorar as contribuições trazidas pela filosofia, notadamente pela corrente que se convencionou chamar de Teoria Crítica para a compreensão do problema da crítica do conhecimento de um modo geral, enquanto modo de pensar comprometido com o desnudar das contradições da racionalidade moderna rumo à reconstrução dos pressupostos emancipatórios que fundavam o pensamento iluminista.

Nesse sentido, Jürgen Habermas, em seu texto *Conhecimento e Interesse*, traz um dos primeiros contributos à verificação crítica da ciência e da razão na modernidade, revelando que, ao defender sua posição tributária do "duvidar radicalmente", a teoria do conhecimento aproveita-se de um longo processo formativo - e, portanto, de um nível reflexivo, que passa desapercebido de sua apreensão, e que, por isso, não pode ser legitimado. Ao adotar um conceito normativo de ciência, a teoria do conhecimento toma as categorias do saber que se encontram disponíveis, como forma prototípica de conhecimento. É por isso que para Immanuel Kant a matemática e a física, por seus fundamentos de verificabilidade perene, ao menos em sua época, representariam uma forma de "andamento seguro da ciência".

Portanto, tudo aquilo que não pudesse ter atribuída essa segurança, era considerado o "tatear de conceitos vazios", cuja denominação de "ciência" era designação eivada de falsificação. Nesse sentido, segundo Habermas:

A metafísica pertence a essas ciências. Comparado com o distintivo pragmático do progresso científico, o procedimento da metafísica não tem sucesso. Kant apreciaria, por isso, "que a exemplo dos geômetras e dos pesquisadores da natureza, nos propuséssemos a fazer uma completa revolução com ela". O empreendimento próprio a uma crítica da pura razão especulativa pressupõe, de saída, a obrigatoriedade normativa de uma *determinada* categoria do saber. A partir da pressuposição de que os enunciados da matemática e da física da época têm o valor de um conhecimento seguro, a crítica do conhecimento pode assenhorar-se de proposições fundamentais, que se corroboraram naqueles processos investigatórios e, uma vez parindo deles, concluir acerca da organização de nosso potencial cognitivo. Pelo exemplo dos pesquisadores da natureza, os quais entenderam que a razão tão-somente reconhece aquilo que, consoante seu projeto, ela mesma traz à luz, Kant sente-se não apenas psicologicamente animado a refazer a metafísica de acordo com o o mesmo parâmetro básico; ele depende, muito mais, deste exemplo, já que a crítica do conhecimento, aparentemente isenta de pressupostos, precisa arrancar um precedente, isto é, um critério de validade inerente aos enunciados científicos, um critério não-identificado mas, ao mesmo tempo, obrigatório. Também a metodologia moderna adquire poder pseudonormativo pelo fato de primeiro distinguir determinada categoria do saber tradicional como protótipo da

ciência para generalizar então os procedimentos que tornam possível uma reconstrução deste saber, refundindo-o numa definição de ciência. [25]

Essa a conformação clássica da ciência moderna. Embora em termos que não serão aprofundados nesta análise, é certo que desde Hegel tem-se que a autoconsciência kantiana, antes de tornar o "eu" disponível a "mim mesmo" - e, portanto, revesti-lo de um conceito normativo - está fundada em uma consciência opaca e não-transparente para ela mesma. Com isso, começa a balançar duas noções caras à modernidade: a primeira, de que sujeito e objeto são elementos autônomos do processo de conhecimento, e que o objeto é apreensível em sua integralidade pela mente do sujeito cognoscente que se despe de sua subjetividade para analisá-lo de maneira neutra (a filosofia da consciência), e a segunda, de que o verdadeiro conhecimento, dotado de segurança, é aquele que se funda em pressupostos científicos verificáveis - pressuposto que levou Habermas a diagnosticar que *"a ciência não foi, a rigor, pensada filosoficamente depois de Kant"*, na medida em que *"o lugar da filosofia foi deslocado pela própria filosofia. Desde então a teoria do conhecimento teve que ser substituída por uma metodologia desamparada de pelo pensamento filosófico"**[26]***.

O balançar, porém, não se faz sem custo: essa reiterada sujeição da filosofia à noção calcada na segurança científica foi responsável pela caracterização do modo de pensar da modernidade, na medida em que, ao desprover de credibilidade, de um lado, boa parte do conhecimento filosófico produzido depois de Kant, pela impossibilidade de verificar suas hipóteses conforme procedimentos de laboratório, e ao revestir a racionalidade científica de única capaz de dirigir a vida dos homens rumo ao progresso, operou-se um deslocamento da ótica da razão objetiva, capaz de refletir sobre valores e as relações entre os seres humanos, para uma primazia da razão subjetiva e instrumental, que orienta a adequação de meios a fins, a dominação da natureza, em que *"o homem tornou-se gradativamente menos dependente de padrões absolutos de conduta, de ideais universalmente unidos. Tornou-se tão completamente livre que não precisa de padrões, exceto o seu próprio"*[27].

É assim que, na crítica do conhecimento e da dogmática jurídica, pode-se dizer que o Direito moderno - positivado, codificado, dicotomizado (direito público x direito privado, direito comercial, administrativo, civil, penal, processual, constitucional...) e atomizado, instituído a partir de uma noção tripartida dos poderes, fundado na noção de segurança jurídica e, em muitos casos criado e adaptado para atender às demandas dos "donos do poder" - é decorrência imediata dessa metodologia fundada na filosofia da consciência, os problemas observados no campo filosófico podem ser identificados, com repercussões ainda mais problemáticas, no campo jurídico.

A filosofia da linguagem trouxe, a partir dos anos 60 e 70, a perturbadora informação de que o Direito era, uma construção discursiva, o que esvaziou o conteúdo de busca pela verdade essencial, até então (e, como se verá, ainda hoje) predominante nas principais reflexões do campo da hermenêutica jurídica[28]. Com Luis Alberto Warat, chega-se ao diagnóstico que a dogmática jurídica ainda sofre de uma *"compulsiva lógica da aparência de sentidos, que opera como uma espécie de garantia de obtenção, em forma retroativa, de um significado que já estava na lei desde sua promulgação"**[29]***.

Desse cenário é que surgem as (requentadas) construções no campo da hermenêutica jurídica, em que

começando por Aníbal Bruno, interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido, sendo que, quando a lei é clara (*in claris non fit interpretatio*), a interpretação é instantânea. (...) Na mesma linha, Paulo Nader entende que interpretar a lei é fixar o sentido de uma norma e descobrir a sua finalidade, *pondo a descoberto* os valores consagrados pelo legislador. Para ele *todo subjetivismo deve ser evitado durante a interpretação*, devendo o intérprete visar sempre à realização dos valores magistrais do Direito: justiça e segurança, que promovem o bem comum. Carlos Maximiliano, autor da clássica obra sobre hermenêutica, entendia que interpretar é a busca do esclarecimento, do *significado verdadeiro de uma expressão;* é extrair de uma frase, de uma sentença, de uma norma, *tudo o que na mesma sem contém*. Aproximava-se - e não é temerário afirmar isto -, da tese objetivo-idealista defendida por Emilio Betti, pela qual era possível a reprodução do sentido originário da norma. (...) Mais contemporaneamente, Maria Helena Diniz entende que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos.[30]

Daí se pergunta: o que são "valores magistrais"? O que é "bem comum"? O que é segurança jurídica? O que é "sentido originário da norma"? Qual é o seu "alcance"? Será mesmo que é possível se falar em um legislador onipresente, cuja vontade é, assim como o saber científico, produzido mediante processos desprovidos de subjetividade, em que a neutralidade assume ares de método de trabalho, e cuja extensão no tempo pode ser indefinida?

Uma resposta a essas inquietações pode ser encontrada nos trabalhos de Luis Alberto Warat, que desenvolve, nos anos 80, a ideia do senso comum teórico dos juristas. Essa ideia descortina os elementos silentes da pretensa neutralidade do saber, e assim abala a dogmática jurídica. É na constatação de que o método kantiano de auto-referibilidade, capaz de fornecer respostas seguras conforme a reiteração de hipóteses que se validam conforme uma verificação original, é insuficiente para de dar conta da complexidade das relações sociais, e mais, que esse método na verdade esconde a intrincada rede de poder por trás das instituições decantadas do Estado - este, segundo Warat, uma *"instância de censura, do segredo e do silêncio"**[31]*** -, que ele diagnostica uma responsabilidade pela criação de uma cobertura racional para pretensões de dominação, reproduzidas por inércia atemporal pela doutrina e pela jurisprudência. Doutrina que, embora reconheça o caráter polissêmico e às vezes contraditório da norma, não deixa de dar a ela papel central no pensamento jurídico e, ao mesmo tempo, fundamento para o pensamento zetético.

Com efeito,

Estas observações dizem respeito a um forte laço que se foi tecendo entre o juridicismo que sustenta as crenças sobre o Estado de Direito e as formas de um saber, que em nome da Ciência, postula a objetividade para impedir a formação de novas identidades coletivas. Um jogo de conexões ambíguas vai gerando um certo "clima", um horizonte que faz possível conjunto das interpretações da lei: disfarçando o caráter político das mesmas estratégias míticas, dissimulam o fato de que todo processo interpretativo é sempre a manifestação de um poder. O exercício do poder de produzir os sentidos da

lei. No caso, um poder que, por outro lado, não consegue, na perspectiva juridicista, transgredir a estrutura de dominação que lhe outorgou tal faculdade.[32]

Além disso, o Direito teria, em si, um caráter mítico, entendendo "mito" como uma forma específica da manifestação do plano ideológico no plano do discurso, destinado, de um lado, a provocar a pacificação das consciências através da aceitação e conformação com as contradições sociais e da veneração das formas de poder instituído, e de outro para deslocar os conflitos sociais para o lugar "instituído da lei", tendo em vista torná-los menos visíveis.

Nesse sentido, o senso comum teórico dos juristas pode ser entendido como um conjunto de elementos interiorizados, preconceitos, ideologia, crenças, colocados por trás do método dos juristas, em que são verificados também:

uma série de pressupostos sobre a própria concepção de ciência e seu valor social que se aceitam como opiniões intocáveis. É o imaginário da linguagem científica que dá a seus enunciados atribuições impossíveis: estabelecer palavras sem ambiguidades, eliminar os componentes míticos da verdade, situar o erro como polifonia e a verdade como univocidade, impor a ilusão da linguagem como versão objetiva do mundo, eliminar a determinação conotativa da verdade etc.[33]

E na medida em que o senso comum teórico se impõe como uma realidade por trás da aparente conformidade teórica do Direito, a própria distinção, enunciada no início do ponto, entre dogmática e zetética torna-se problemática. Embora mesmo Viehweg não tenha admitido, originalmente, que a zetética pudesse se sobrepor à dogmática ou até mesmo transformá-la, a ideia de uma complementaridade é posta a prova por Warat, quando afirma que a zetética, antes de compreender uma esfera independente e reflexiva, está instalada no interior da dogmática e por isso sofre, assim como ela, os efeitos do senso comum teórico dos juristas:

A zetética dogmática é a pesquisa levada a cabo para reforçar e corrigir a dogmática. Ela se realiza no interior da dogmática. Não se assenta sobre opiniões correntes, senão em opiniões legitimadas pelas comunidades e cientistas sociais. A pesquisa é dogmática porque não apenas se realiza em seu interior, como também não ultrapassa os seus limites. É chamada a dar flexibilidade à dogmática, "interpretabilidade, declinabilidade e discutibilidade do núcleo conceitual a fim de poder mantê-lo nas diferentes situações", segundo as palavras de Viehweg. Representa, em relação à dogmática, um pensamento complementar e corretivo. Atua dentro dos limites da própria dogmática para resguardar sua efetividade retórica. Seria a atualização ideológica da dogmática. Para mim não existem dúvidas em falar em uma ideologia jurídica que está na base a dogmática e da zetética jurídicas. A zetética dogmática teria a função básica de legitimar valorativamente o sentido das normas legais vigentes, determinar as soluções derivadas das mesmas e os procedimentos argumentativos aceitáveis, para modelar, a partir de dogmas legitimados, o que é o direito positivo em todas as suas manifestações, ou seja, legitimar as ciências e as opiniões não demonstradas, a partir dos quais se tomam decisões e se admitem raciocínios persuasivos.[34]

Ao determinar o que pode ser discutido, dentro do que é legitimado pela comunidade dos juristas, a zetética exclui também as contribuições heterodoxas, taxadas de "saber não-científico". Independentemente de um debate amplo sobre seus

pressupostos e fundamentos, é a resposta padrão do *status quo* jurídico quando as problematizações oriundas do chamado "Direito Alternativo" são chamadas a contribuir com a solução de um determinado conflito. "Isso não é científico. Isso é ideologia, isso é um debate despropositado". Da mesma maneira, tem-se o efeito do discurso da autoridade como elemento limitador do acesso ao argumento jurídico: ao criar um conjunto de expressões técnicas, de liturgias, de procedimentos delimitados, de expressões consagradas, somente o especialista, cuja figura associa-se a do "grande doutrinador e jurisconsulto", pode decifrar o saber jurídico, convertendo-o em privilégio dos integrantes de um verdadeiro "monastério dos sábios" e mantendo-o alienado dos componentes sociais.

Nesse diapasão, aprofundando a discussão no plano da psicanálise, Warat assevera que:

o sentido comum teórico dos juristas como parte da visão de mundo juridicista poderia ser caracterizado, em uma nova aproximação, como o "superego" da cultura jurídica: uma instância de julgamento e censura que impede os juristas de produzir decisões autônomas em relação a esse nível censor. Assim, o ego dos juristas crê igualar o modelo da lei, adaptando sua palavra às significações que presume contidas na lei. Ele encarna ingenuamente a palavra da lei sem advertir que está adaptando um conjunto de significantes.[35]

Embora não responda ainda ao problema que se colocou para esta análise, é certo que a problemática da ineficácia da proteção ao meio ambiente tem sua formação umbilicalmente ligada a esse diagnóstico apresentado - do que realmente está por trás da dogmática jurídica e sua pretensão de cientificidade. Assim, pouca neutralidade sobra quando pensa-se nas leis produzidas por bancadas ruralistas no parlamento - leis cujo processo de elaboração, aliás, passam batido na maior parte das aulas durante os 05 anos de uma faculdade de Direito. Agora que um indício importante da origem do problema foi estabelecido, segue-se, adiante, com o papel da hermenêutica jurídica em sua superação.

•3. Caminhando para a solução do problema: a hermenêutica constitucional ou "como a constituição não pode continuar sendo uma estranha à hermenêutica jurídica"

No ponto anterior, explorou-se as contradições contidas na dogmática jurídica e suas repercussões para a identificação do lugar em nasce o problema da ineficácia das normas ambientais. Neste, por sua vez, tentar-se-á demonstrar como o senso comum teórico expande seus tentáculos para a hermenêutica jurídica, e em que medida uma hermenêutica - constitucional - comprometida, de um lado, com a efetivação das promessas da constituição, e de outro, como uma trincheira de defesa dos direitos fundamentais, por ser fonte de um vasto conteúdo principiológico, pode ser capaz de dar cabo desse problema.

Fosse o problema desta investigação superável no plano normativo, e toda a discussão realizada no item anterior seria desnecessária. Isso porque a proteção do meio ambiente está consolidada no art. 225 da Constituição Federal de 1988, e é responsável por vincular e limitar diversos outros componentes e dimensões da vida social, tais como a atividade econômica e os direitos de propriedade. Bastaria, assim, prestigiar o conteúdo do § 1º do art. 5º, que dispõe que *"as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"*. Todavia, como ainda não é possível abolir a pobreza por decreto, essa ainda é uma perspectiva limitada e até certo ponto edulcorada da Constituição, que não atende aos objetivos desta reflexão, embora dê sinais importantes de como a questão pode (e deve) ser vista.

Infelizmente, o cenário é desalentador. Como dito, o Brasil é campeão de desmatamento e uso desregulado dos recursos ambientais. Dessa maneira, se pensa-se num papel de protagonismo do Direito nessa discussão, a resposta passa, novamente, por um diagnóstico a respeito da posição do Direito diante desse problema.

Ainda predomina na doutrina visão atomizada e individualista dos conflitos que são submetidos ao Poder Judiciário, decorrência, evidentemente, do ensino do Direito. É daí que se extrai a visão, entre outras, de que um conflito pela posse de terras pode ser plasmado no clássico exemplo (dos também clássicos) Caio, Tício e Mévio, em que Caio invade a fazenda de Tício, e o direito responde com singeleza: "é esbulho" - solucionável por reintegração na posse, em prol da proteção dos direitos reais de garantia.

De acordo com Lenio Streck, situação inversa, porém, quando o operador se depara com uma situação em que Caio, Mévio e milhares de pessoas sem-terra e em situação de vulnerabilidade social invadem a fazenda com registro grilado de Tício. A resposta a esse conflito torna-se complicada, e não é através da solução encontrada nos manuais jurídicos e no discurso da autoridade do "douto doutrinador" que o operador jurídico encontrará a solução mais adequada[36]. É aí, de todo modo, que fica evidente o caráter liberal-individualista-normativista do Direito brasileiro, contraditório à (evidente) complexidade das relações sociais: aprende-se (e aplica-se) o direito como se fosse possível reproduzir, nas diversas e cotidianas situações envolvendo direitos metaindividuais, os deslindes clássicos das relações entre dois indivíduos litigantes.

Caráter que se reitera na certeza de se ter, de um lado, uma sociedade que carece da realização das promessas constitucionais, e de outro, uma Constituição Federal que lhes fornece garantia expressa. É nesse sentido que é preciso ter consciência do quadro socioeconômico em que as disputas jurídicas são travadas, tanto quanto se deve estar treinado para lidar com os diversos tipos de ação, procedimentos e normativas incidentes em uma lide.

É por isso que para Streck,

A inefetividade de inúmeros dispositivos constitucionais e a constante redefinição das conquistas sociais através de interpretações despistadoras/redefinitórias feitas pelos Tribunais brasileiros têm uma direta relação com o modelo de hermenêutica jurídica que informa a atividade interpretativa da comunidade jurídica.[37]

A hermenêutica jurídica, nos termos do círculo vicioso do senso comum teórico anunciado por Warat, então, tem a sua parcela de culpa no aprofundamento do problema de ineficácia que se discute aqui. É nesse sentido que se defenderá a tese de uma hermenêutica constitucional adaptada e consciente à realidade de um país de modernidade e capitalismo tardios como o Brasil.

Tradicionalmente, a ideia de Constituição está ligada às limitações impostas aos Estados como forma de diminuir sua ingerência sobre a vida do indivíduo. Trata-se de visão cunhada no bojo do projeto filosófico da modernidade, e profundamente ligada às bases do liberalismo econômico e político. Nesse sentido, se antes tinha-se um Estado intrometido, um Estado que avançava perigosamente sobre a definição dos costumes das pessoas e que exercia um papel de controle social dilatado, a noção de constituição, em sua origem, consagra a limitação da atuação do Estado sobre o particular[38].

Em que pese a imensa quantidade de estudos e teorias sobre a Constituição, muitas das quais ilustres desconhecidas até pouco tempo atrás no Brasil, importa, nesse instante, destacar a origem da constituição, para então compreendê-la hoje, no cenário brasileiro, para aí verificar as possibilidades de sua evolução.

Com efeito, de acordo com Lenio Streck, tem-se que:

o caráter inovador assumido pelo constitucionalismo contemporaneamente tem influído poderosamente determinados aspectos implícitos na constitucionalização do Direito, podendo ser destacados, com Alonso Garcia Figueroa, três aspectos: um material, um estrutural e funcional e um político. O aspecto material da constitucionalização do ordenamento consiste na conhecida recepção no sistema jurídico de certas exigências da moral crítica na forma de direitos fundamentais. Em outras palavras, o Direito adquiriu uma forte carga axiológica, assumindo fundamental importância a materialidade da Constituição. O aspecto material da constitucionalização tem apontado para um reforço entre os juristas de um conceito não positivista de Direito, no qual o sistema jurídico está vinculado à moral de forma conceitual, o que, aliás, pode ser um dos elementos que distingue o constitucionalismo atual (neoconstitucionalismo) de suas versões precedentes. O constitucionalismo tradicional era sobretudo uma ideologia, uma teoria meramente normativa, enquanto o constitucionalismo atual tem se transformado em uma teoria do Direito oposta ao positivismo jurídico enquanto método. Já o aspecto funcional se expressa através do tipo de argumentação que estas fomentam. Assumem relevância, neste contexto, os princípios constitucionais, incidindo sobre o ordenamento e sobre a aplicação do ordenamento. Há um efeito de irradiação provocado pelos princípios, que estão que pode ser observada nos tribunais constitucionais europeus e no desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica, na medida em que toda a interpretação se submete aos princípios.[39]

Decorrente disso é um processo de crescente deslocamento do protagonismo do Poder Legislativo para a Justiça Constitucional - uma justiça que, no caso brasileiro, pode e deve estar presente em todas as instâncias e ser exercida por todos os juízes -, e que, nos contornos do dirigismo constitucional, amplia os poderes do magistrado para, a partir das promessas da constituição e do próprio projeto filosófico em que ela se insere (o projeto filosófico da modernidade), de construção de uma sociedade justa, fraterna e orientada para a redução das desigualdes, poder exigir do Estado a pronta execução de políticas públicas.

Esse novo fundamento constitucional consagra, entre outros, a proibição expressa a um dos mitos até outrora decantados no universo (dos mitos) jurídicos: a norma programática. Como diria Eros Roberto Grau, a partir dessa noção "está proibido falar em normas programáticas".

Não se diga que isso é uma utopia retórico-constitucionalista. A Constituição, antes de mais nada, é uma condição de possibilidade de inserção do Estado Nacional na pós-modernidade globalizante, sem maiores percalços, a despeito da própria fragmentaridade, da própria erosão de valores e abandono das posições seguras de outrora que marcam esse paradigma que se inicia.

Assim, resta evidente o alinhamento com a tese, defendida por Streck, de que a constituição não pode, em hipótese alguma, ser uma estranha à hermenêutica jurídica.

Nesses termos, quando se pensa eficácia das normas garantidoras do meio ambiente saudável, se está a pensar em um preceito principiológico, consagrado na Constituição, e que deve ser observado na própria complexidade em que se insere. Não se está, em hipótese alguma, inserindo o debate na dicotomia maniqueísta "desenvolvimento econômico *versus* ecochatismo". A Constituição Brasileira, como assevera Cristiane Derani, consagra e positiva o modo de produção capitalista como orientador da ordem econômica.

A proteção do meio ambiente seria, nesses termos, não um limitador da produtividade, mas, de outro lado, a garantia que a propriedade, dentro de um Estado que pretende reduzir as desigualdades sociais e regionais e prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana, deve verter à sociedade algum benefício que não a simples fruição de seu conteúdo por seu dono.

Como afirmado no ponto anterior, o direito ambiental pertence ao âmbito dos direitos fundamentais de terceira geração. Tal afirmação implica compreender que existe um dever de não-retrocesso em matéria ambiental, além de uma proibição de excesso, em sede de sua flexibilização, a partir do referencial firmado pela principiologia que a ele se agrega.

A submissão da legislação ordinária a seus pressupostos, enquanto mecanismo de proteção, é exigência estabelecida pela CF/88. Cabe aqui a análise de Luiz Guilherme Marinoni:

Diante disso, tornou-se necessário resgatar a 'substância' da lei, encontrando-se os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça de modo racional e democrático. Como tais princípios tinham de gozar de uma posição de superioridade, foram eles postos nas Constituições, que passaram a ter plena eficácia normativa. É quando a lei perde a sua posição de supremacia, passando a se subordinar aos direitos fundamentais e aos princípios de justiça contidos na Constituição[40].

Tal posicionamento é essencial à efetividade das normas de Direito Ambiental e a caracterização de Direito Fundamental conferida pelo legislador originário. Pois: "*Constitucionalizar, nesse enfoque, denota que a constitucionalidade toma o lugar da*

*legalidade na função de veículo e resguardo de valores essenciais, firmando-se, a partir daí, uma ordem pública ambiental constitucionalizada."**[41]***

Nesse diapasão, deve-se ter como referência principal o mandamento constitucional. Pois:

Como esse direito fundamental incide sobre o Estado e, portanto, sobre o legislador e o juiz, é evidente que a omissão do legislador não justifica a omissão do juiz. Diante disso, para que a jurisdição possa exercer a sua missão - que é tutelar os direitos - e para que o cidadão [e a sociedade, anotamos] realmente possa ter garantido o seu direito fundamental à tutela jurisdicional, não há outra alternativa a não ser admitir ao juiz a supressão da omissão inconstitucional[42].

É certo, portanto, que a hermenêutica constitucional, num contexto de ativismo judicial orientado a lidar com a imensa (e contraditória) quantidade de normas ambientais, e tendo em vista o que dispõe expressamente a Constituição, poderá contribuir para a superação do problema que pretendeu abordar este trabalho.

À guisa de conclusão:

Este trabalho pretendeu esmiuçar brevemente o problema da ineficácia da proteção constitucional ao meio ambiente saudável, proteção essa que remonta à noção de que se está diante de verdadeiro direito fundamental e atributo inato à dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, não há que se falar simplesmente em resposta legislativa a um problema que é epistemológico e filosófico, na medida em que está enraizado na própria crise da dogmática jurídica. Eis uma constatação de profunda repercussão na forma como se trata, de maneira geral, o problema da ineficácia das leis brasileiras: produzindo-se mais leis!

Assim, é essencial que se reconheça o importante papel da hermenêutica jurídica na superação deste problema, mas não de qualquer hermenêutica jurídica: uma hermenêutica que não tenha a Constituição como uma estranha, mas como fundamento de destino. Nesse sentido, é preciso, em especial no plano do direito ambiental, superar o paradigma das velhas lides individuais, na medida em que se tratam de problemas cuja natureza se revela transindividual, e reconhecer, também, a crise da dogmática jurídica e seus efeitos sobre , como se apresentou nesta reflexão.

Tal impõe ao Poder Judiciário um papel de protagonista, ante a tradicional (e superada) noção de separação de poderes e de que o juiz é mero espectador de pedra dos conflitos que são levados à sua apreciação. Esse protagonismo deve se traduzir na consciência de que a Constituição ainda é documento hábil a delinear os caminhos e os projetos pretendidos pela sociedade e encerra, em seu conteúdo normativo, as diretrizes a serem irradiadas por toda a normatividade infraconstitucional. E também num ativismo orientado para a superação de conflitos muitas vezes resolvidos com base em

verdadeiro festival de normas contraditórias à Constituição, produzidas por maiorias parlamentares eventuais e não desinteressadas, como as bancadas ruralistas, e responsáveis pelo permanente clima de impunidade predominante no Brasil.

Embora não se olvide da necessidade de desenvolver novos mecanismos, muitos não-jurídicos, de garantia da efetividade das normas protetoras do meio ambiente saudável, tais como a democracia participativa, presente, entre outros, no Estatuto da Cidade, ou a educação ambiental, prevista constitucionalmente, é certo que a resposta passa por um novo olhar da dogmática jurídica e da hermenêutica. Dessa maneira, espera-se, a eficácia das normas ambientais permitirá que o país saia da incômoda posição de notório desmatador com correspondente impunidade, em face da imensa e generosa fatia que cabe a ele, como maior depositário de diversidade ambiental do planeta.

Bibliografia:

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade (e reflexões frankfurteanas)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11a ed. São Paulo: Malheiros, 2001

CANOTILHO, J. J. Gomes e LEITE, *José Rubens Morato. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Paulo Ferreira. *A Constituição Viva - Cidadania e Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2a ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e Interesse*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.

_____. *Verdade e Justificação*. São Paulo: Loyola, 2002.

HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito - o Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.

HORKHEIMER, Max. *O Eclipse da Razão*. São Paulo: Centauro, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo.* 3ª ed. São Paulo: RT, 2008.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental - Proibição de Retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NALINI, José Renato *et alii* (orgs.). *Juízes Doutrinadores - Doutrina da Câmara Ambiental do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Campinas: Millennium Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade - Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade *in Revista Eletrônica sobre a Reforma do Judiciário*, n. 9, março, abril, maio/2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito, v. I - Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. *Introdução Geral ao Direito v. 2 - A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

---

[2] A expressão é de STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

[3] Importante reflexão sobre o assunto, que não será aprofundado neste artigo, pode ser encontrada na vasta produção do sociólogo francês Gilles Lipovetsky, da Universidade de Grenoblè, da qual se extrai textos como *A Era do Vazio - Ensaios sobre o Individualismo* (publicado pela Editora Manole em 2006) e *O Luxo Eterno* (publicado pela Editora Companhia das Letras em 2004). A obra de Eduardo C. B. Bittar, em especial sua tese de livre-docência, *O Direito na Pós-Modernidade* (2ª ed., revista, atualizada e ampliada, publicada pela editora Forense Universitária em 2009) também é reveladora deste momento histórico, que se convencionou chamar "pós-modernidade", em especial nas suas interrelações com o Direito.

[4] A notícia, de 2002, é antiga: http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG50233-6010,00-POLUICAO+DO+AR+PODE+TIRAR+ATE+DOIS+ANOS+DE+VIDA+DO+PAULI

STANO.html. O sucessivo incremento da quantidade de poluentes lançados pelo país na atmosfera pode significar ainda menos anos de vida.

[5] A citação do autor: "(...) o problema de Hegel retorna de outra maneira, quando consideramos aquelas sociedades em que o teor imaculado do texto constitucional não é mais do que a fachada simbólica de uma ordem jurídica imposta de forma altamente seletiva. Nesses países, a realidade social desmente a validade das normas, para cuja implementação faltam as condições efetivas e a vontade política. Uma semelhante tendência à 'brasilização' poderia até mesmo se apossar das democracias estabelecidas do Ocidente". HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 222.

[6] NALINI, José Renato. O Juiz e a Constituição Ecológica. *In.* NALINI, José Renato *et alii* (orgs.). *Juízes Doutrinadores - Doutrina da Câmara Ambiental do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Campinas: Millennium Editora, 2008, p. 45.

[7] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11a ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p 522.

[8] HÄBERLE, Peter. A Dignidade Humana como Fundamento para a Comunidade Estatal. *in* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade - Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 127.

[9] Idem. Ibidem, p. 128.

[10] MOTA PINTO, Paulo. *O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 89.

[11] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 88.

[12] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 49.

[13] Sobre isso, tem-se a crítica de Willis Santiago Guerra Filho: Verifica-se, contudo, que a processualística moderna, desenvolvida em moldes privatísticos, não apresenta um aparato conceitual e institucional capaz de dar conta da tarefa de garantir o respeito a tais direitos [do meio ambiente], não mais individuais, mas sim "comunitários". O próprio conceito de "lide", correspondente ao objeto do processo, do Direito positivo e dogmática processuais brasileiros, nos termos clássicos em que o define CARNELUTTI - "conflito intersubjetivo de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita" -, não se aplica aos conflitos sociais em torno do meio ambiente e outros bens objetos de interesses coletivos ou difusos, pois se tratam de conflitos "pluri-subjetivos" e a pretensão de se usufruir tais bens não pode ser propriamente questionada, pois há uma convergência da necessidade de todos partilharem deles. (...) Observa-se, assim, que é fundamentalmente na dimensão processual que há um déficit legislativo e doutrinário, responsável pela escassa efetividade das normas de direito material sobre meio ambiente, que em geral são bastante razoáveis, ficando-se a espera

de que sejam observadas. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2a ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 117.

[14] SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade *in Revista Eletrônica sobre a Reforma do Judiciário*, n. 9, março, abril, maio/2007.

[15] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. Cit.*, p. 85.

[16] STRECK, *Op. Cit.*, p. 56. Com efeito, reforça-se essa premissa a afirmação de Sarlet, quando enuncia: "Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças". SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32.

[17] STRECK, *Op. Cit.*, p. 56. Sobre o assunto, sugere-se a leitura do artigo "Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise", de Ingo Wolfgang Sarlet. *In:* (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as Constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* n. 2. Porto Alegre, IHJ, 2004, p. 121-168.

[18] MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental - Proibição de Retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 80.

[19] Outros princípios, corolários da proibição de retrocesso, são o da precaução (*Vorsorgeprinzip*), princípio da responsabilidade causal (*Verursacherprinzip*) e o princípio da cooperação (*Kooperationsprinzip*). Tais princípios, em especial o da responsabilidade causal, é intimamente vinculado ao princípio 16 da Declaração Rio/92, denominado ordinariamente de *poluidor-pagador*, e que agrega a necessidade de imputação de dever de responder pelo dano provocado.

[20] BENJAMIN, Antonio Hermann. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. *In.* CANOTILHO, J. J. Gomes e LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1ª ed, 2ª tiragem, 2007, p.102.

[21] WARAT, Luis Alberto. *Introdução ao Estudo do Direito II - A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 57.

[22] BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade (e reflexões frankfurteanas)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 212.

[23] FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão e Dominação*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 71.

[24] Idem. Ibidem, p. 91.

[25] HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e Interesse*. Trad. José Nicolau Heck. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987, p. 34.

[26] Idem. Ibidem, p. 26.

[27] HORKHEIMER, Max. *O Eclipse da Razão*. Trad. Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2005, p. 101.

[28] É por isso que para António Manuel Hespanha, *"pensou-se, durante muito tempo, que a interpretação consistia em relacionar duas entidades autônomas e independentes uma da outra: o sinal (ou significante) e a 'coisa' (ou significado). De tal modo que, se se aplicassem métodos rigorosos, o resultado da interpretação tenderia para ser um, e um só, podendo ser fixado uma vez por todas. Na filosofia clássica, como se entendia que o conhecimento certo, consistia na reprodução [cópia, replicação], no intelecto de uma coisa existente, autônoma e invariável, no mundo exterior (adequatio intellectus rei [adequação do intelecto à coisa]), a interpretação - uma das modalidades do conhecimento - era, correspondentemente, a identificação daquela situação, a que o sinal (o discurso, o texto) se referia"*. HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito - o Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 533.

[29] WARAT, Luis Alberto. *Por quien cantan las sirenas*. UNOESC/CPGD-UFSC, 1996, *passim*. Apud STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 96.

[30] STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.*, p. 98. Embora as reflexões desenvolvidas por Streck culminem em propostas filiadas à hermenêutica filosófica, especialmente com foco em autores como Gadamer e Martin Heidegger, que não são adotados aqui como referenciais teóricos, os problemas apresentados por ele são inquietantes e merecem aprofundamento, ainda que a partir de outras abordagens filosóficas.

[31] WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito v. 2 - A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 63.

[32] WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito, v. I - Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 28.

[33] WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II - A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 98.

[34] WARAT, Luis Alberto. *Op. Cit.*, p. 29.

[35] Idem. Ibidem, p. 82.

[36] Outro sinal sintomático de como o problema desta investigação se agrava - e como se reafirma ao longo dos tempos o senso comum teórico dos juristas - é a forma como se ensina Direito no Brasil. Com efeito, de acordo com Lenio Luiz Streck, *"A cultura calcada em manuais, muitos de duvidosa cientificidade, ainda predomina na maioria das faculdades de Direito. Forma-se, assim, um imaginário que 'simplifica' o ensino jurídico, a partir da construção de standards e lugares comuns, repetidos nas salas de*

aula e posteriormente nos cursos de preparação para concursos, bem como nos fóruns e tribunais [através de afirmações atemporais, como 'a jurisprudência é mansa (sic) e pacífica, *g.n.*]. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, p. 83.

[37] STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.*. p. 94.

[38] Embora não se olvide das críticas de autores como Michel Foucault e Friedrich Nietzsche ao caráter contraditório da racionalidade moderna que legitima o "governo das leis" através da tripartição e separação dos poderes, enquanto evidente agudização das formas de controle social através de um revestimento que se auto-legitima na razão, e não em elementos metafísicos como o Absolutismo de outrora, mas incapaz de esconder a pretensão de manutenção do poder, essa visão não será aqui aprofundada.

[39] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 101.

[40] MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo.* 3ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 405.

[41] CANOTILHO, J. J. Gomes e LEITE, *José Rubens Morato. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.

[42] MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, *passim*.

HISTÓRIA DO DIREITO E DO PENSAMENTO JURÍDICO

6800

HISTÓRIA DO CONCEITO DE BONAPARTISMO *

DEMOCRACY OR BONAPARTISM / CAESARISM: A STUDY OF THE AUTOCRATICS EXPERIENCES FROM THE HISTORY OF CONCEPTS

Adamo Dias Alves
Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

RESUMO

O uso indiscriminado de um termo pode levá-lo a um esvaziamento de sentido. Por ser aplicado a tudo, pode significar nada ou até mesmo o seu contrário. Muitos autores têm usado esse raciocínio para discorrer sobre os usos feitos ao termo democracia. O presente estudo busca, por meio da metodologia da história dos conceitos, dar ênfase a um conjunto de idéias político-juridicas e responder a seguinte questão. Pode num momento de crise política, de crise das instituições políticas representativas, de crise da democracia representativa, em nome desta "democracia" implementar-se uma ditadura? Apesar do título do trabalho fazer referência direta ao livro do italiano Domenico Losurdo, Democracia ou bonapartismo , o ponto de partida da análise é distinto . Busca-se demarcar conceitualmente o que seja democracia e diferenciá-lo de uma forma autocrática de governo pouco estudada na doutrina nacional, o bonapartismo que busca se afirmar como uma forma democrática.
Tanto a ditadura como a democracia são conceitos de movimento que possuem uma dimensão pragmática. Os conceitos penetram no cotidiano das pessoas e no público em geral, o que permite inclusive a ocorrência de variação temporal desse conceito. Desde Napoleão o que caracteriza a ditadura não é mais sua limitação jurídica, e sim a transformação da realidade, operada, seja ditadura do proletariado, seja a ditadura do cesarismo e do bonapartismo. Assim pode-se pensar inclusive uma nova forma de conceito, a ditadura soberana como teorizada por Schmitt (KOSELLECK, 2006, p.298).

PALAVRAS-CHAVES: HISTÓRIA DOS CONCEITOS; DITADURA; BONAPARTISMO; DEMOCRACIA

ABSTRACT

The indiscriminate use of a word can take itself to an emptying of meaning. Please be applied to all, can mean nothing or even its opposite. Many authors have used this reasoning to discuss the uses made to the term democracy.
This study seeks, through the history of concepts' methodology, emphasizing a set of political and juridical ideas and answer the following question. Can a time of political crisis, a crisis of representative political institutions, the crisis of representative democracy, in name of "democracy" to implement a dictatorship?

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Despite the work's title to refer directly to the book of Italian Domenico Losurdo, Democracy or Bonapartism, the starting point of analysis is different. The aim is to conceptually demarcate what is democracy and differentiate it from an autocratic form of government little studied in national doctrine, Bonapartism that seeks to assert itself as a democratic manner.
Both dictatorship and democracy are concepts of movement that have a pragmatic dimension. The concepts penetrate the daily lives of people and the general public, which allows even the occurrence of a concept's temporal variation. Since featuring Napoleon's dictatorship is no longer the legal limit, but the transformation of reality, operated, or dictatorship of the proletariat is the dictatorship of Caesarism and Bonapartism. So we can think even a new form of concept, the sovereign dictatorship as theorized by Schmitt (KOSELLECK, 2006, p.298).

KEYWORDS: HISTORY OF CONCEPTS; DICTATORSHIP; BONAPARTISM; DEMOCRACY

1 - A TEORIA DA DITADURA.

Na contemporaneidade, existem poucos trabalhos relacionados a uma teoria da ditadura. Os motivos podem ser encontrados no consenso em voga no ocidente, que a democracia é a melhor forma de governo e nos horrores da segunda guerra mundial, provenientes das experiências nazista e fascista, motivos que consolidaram a idéia que para nenhum governo é interessante se afirmar como uma ditadura.

Uma exceção à regra e ponto de destaque na doutrina do séc.XX é a obra publicada em 1921 pelo jurista Carl Schmitt, *A ditadura* no qual ele reflete sobre a relação entre a soberania e o Direito na Constituição de Weimar, no período entre guerras. Em especial Schmitt faz uma longa digressão para expor a real abrangência do elemento ditatorial presente no art.48 da mencionada constituição.

O termo ditadura tinha uma conotação positiva na antiguidade, o contrário do que ocorre no uso atual do termo. Designa uma situação excepcional, de perigo, no qual era introduzido um magistrado extraordinário que teria um *imperium* forte, não obstaculizado como o poder dos cônsules, pelo colegiado, pelo direito de veto dos tribunos da plebe e pela apelação do povo. O ditador era nomeado pelo cônsul a pedido do Senado com um fim específico de eliminar a situação perigosa que motivou sua nomeação, fosse fazer a guerra *dictadura rei gerendae*, ou reprimir uma rebelião interna *dictadura seditionis sedandae*.

Em determinadas ocorrências o ditador antigo exerceu funções de celebração de uma assembléia popular, presidir por motivos religiosos algumas sessões, direção de uma

investigação, fixação de dias festivos. A nomeação era por seis meses, finda antes se alcançada o seu objetivo (SCHMITT, 1999, pp.33-34).

Estas são as características da ditadura republicana que diferiu da ditadura posterior de Silas e César, possíveis marcos iniciais da conotação negativa, que o termo tem na atualidade. Ditadura na atualidade é uma forma de governo que pretende ser permanente, que não reconhece limites a sua vontade, que não tem fins específicos ou pelo menos não se limita aos inicialmente proclamados e desconsidera claramente o Estado de Direito.

Para Schmitt, um ditador forte poderia encarnar a vontade popular mais efetivamente que um corpo legislativo, como pode ser decisivo, considerando que parlamentares inevitavelmente envolvem discussões e compromissos. Todo governo capaz de ação decisiva deve incluir um elemento ditatorial na sua Constituição. Embora o conceito alemão de *Ausnahmezustand* é melhor traduzido para Estado de emergência, significa literalmente Estado de Exceção, no qual para Schmitt combate livrar o Executivo de qualquer restrição legal ao seu poder que aplicaria normalmente.

Segundo Schmitt a democracia é identidade entre governante e governados, não há lugar para instituições parlamentares que nada representam e geram crises no sistema. A identidade só é possível com a figura do presidente, do líder que é a representação da unidade do povo, povo este marcado pela homogeneidade. Esta é a solução apresentada por Schmitt à crise da democracia representativa, via que será explorada por outras personalidades não só antes como após Weimar.

A ditadura para Schmitt é demarcada muitas das vezes pela sua característica comissarial, pensamento que é referência direta à obra de Bodin. Para marcar a diferença com relação ao comissário do direito privado, Schmitt ressalta que com o interesse do fim a ser alcançado pelas ações do ditador, o ditador recebe um poder cuja significação essencial consiste na abolição de barreiras jurídicas e na faculdade de transgredir direitos de terceiros quando seja necessário à situação das coisas. Não é que se derroguem as leis em que se apoiem esses direitos de terceiros, mas somente no caso concreto pode-se atuar sem considerar os direitos sempre que seja necessário para a execução da ação, com fundamento na situação das coisas (SCHMITT,1999,p.71).

Schmitt afirma que existem dois tipos de ditadura: a ditadura comissária, existente na antiguidade, cujas exceções são as ditaduras de Silas, César, Augusto, Cleomenes e a ditadura soberana presente na modernidade.

A ditadura comissária é a concentração de poderes na figura do ditador que é o comissário de uma ação incondicionada de um *pouvoir constitué.* O ditador age numa situação de suspensão da normatividade, mas não com a intenção de instituir uma nova ordem normativa.

A ditadura soberana é a concentração de poderes na figura do ditador que é o comissário de uma ação incondicionada de um *pouvoir constituant.* É a chamada ditadura revolucionária uma vez que aqui há a intenção de instituição de uma nova ordem normativa. O grande exemplo da ocorrência da ditadura soberana pode ser vista com a Constituição Francesa de 1793.

Schmitt lembra que a questão da nomeação do ditador importar na extinção dos poderes dos demais magistrados é bastante contestada por diversos autores e ressalta um dado não muito conhecido sobre a ditadura na antiguidade, que em certas ocorrências, a ditadura era vista como um meio político, em virtude da qual a aristocracia patrícia buscava proteger sua hegemonia frente às exigências democráticas dos plebeus (SCHMITT, 1999, pp.34).

2 - A TEORIA DEMOCRÁTICA.

Em sentido inverso à ditadura, a democracia era vista na antiguidade como uma forma degenerada de governo (Aristóteles), negativa, e que pouco a pouco vai ser afirmando como a melhor forma de governo, idéia consolidada na contemporaneidade[1].

Segundo Bobbio na teoria democrática contemporânea confluem três tradições do pensamento político:

A teoria clássica divulgada como teoria aristotélica, das três formas de governo, segundo a qual a Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos;

A teoria medieval, de origem "romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior;

A teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), onde se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república (BOBBIO, 1994, pp.319-320).

Já outro autor de destaque e grande defensor da democracia e da existência do parlamento como elemento essencial a sua existência em Estados com grande território é o austríaco Hans Kelsen, autor de *Essência e Valor da Democracia*, obra que irá se contrapor as teses de Schmitt.

Kelsen usa para diferenciar a democracia das outras formas de governo da noção de liberdade. Democracia significa para Kelsen que a "vontade" representada na ordem jurídica é idêntica às vontades dos sujeitos. "Politicamente livre é quem está sujeito a uma ordem jurídica de cuja criação participa" (KELSEN, 2000, p.406).

Para Kelsen outros princípios que caracterizam a forma democrática são o princípio da autodeterminação, agir conforme a norma cuja criação participa sendo portanto, destinatário e co-autor de suas leis, princípio este que só pode ser restringido pelo princípio da maioria, (condição para a viabilidade de qualquer ordem social) que determina qual dentre as propostas normativas tem maior número de aprovação pelos cidadãos.

Kelsen destaca que a criação da norma deve ser reflexo dos ideais da maioria do povo e representa um compromisso entre maioria e minoria, uma vez que é inegável a influência das minorias na elaboração da norma e a possibilidade de em algum momento se tornar maioria.

Outro princípio indispensável para a democracia é o princípio da igualdade. A condição para ocorrência da democracia é a igualdade de todos. A participação de cada cidadão tem o mesmo valor, na democracia o voto tem uma mesma medida.

A democracia é para Kelsen a síntese entre os princípios da liberdade e da igualdade, síntese possível pela regra da maioria.

Estado democrático tanto para Bobbio quanto para Kelsen são aqueles que se aproximam ao máximo de um modelo ideal que embase esses princípios. Estado puramente democrático nunca existiu e nunca existirá, para estes autores o que se tem na realidade são Estados que em certa medida se aproximam ora de um pólo mais democrático ou ora se aproximam de um pólo mais autocrático.

Kelsen afirma que existem estágios intermediários entre estes extremos que sequer tem uma designação específica. Ao se estudar o bonapartismo e o cesarismo em suas formas, busca-se justamente delinear, precisar um pouco mais a proximidade de um Estado de uma forma democrática ou autocrática de governo.

3 - O BONAPARTISMO

Com a afirmação crescente do sufrágio universal desencadeado com as revoluções burguesas, surgiu na doutrina política liberal a preocupação com a representação política e com os desafios cada vez mais crescentes de dar uma resposta aos anseios de uma sociedade de massas.

Fato que a representação democrática por sua natureza teve e sempre estará a enfrentar: o paradoxo entre representatividade e governabilidade. Quanto mais partidos surgem, representando a pluralidade social, mais complicada fica a formação do consenso para a elaboração normativa e o desempenho das demais atividades parlamentares. Em razão dessa lógica a governabilidade enfrenta mais desafios quando cada vez mais esteja representada no parlamento.

Em países que ainda não tinham consolidado uma vivência democrática (e o exemplo claro é a França de Napoleão Bonaparte e de Luís Napoleão) surgiu uma forma de governo que além de se afirmar democrática, teria a vantagem de ser mais eficiente que a democracia representativa, superava os desafios crescentes de governabilidade enfrentado pelos parlamentos. O mundo estava diante do bonapartismo e do cesarismo, formas autocráticas de governo.

Uma das questões centrais deste trabalho passa pela definição do que é bonapartismo. O termo é pouco conhecido na doutrina nacional.

Na análise de Pistone[2], o termo tem dois significados diferentes no que se refere à política interna ou política externa, mas que não se excluem necessariamente. Quanto ao primeiro significado guarda correspondência com o termo cesarismo[3]. Segundo Bobbio, para Engels e Marx[4]:

(...) o bonapartismo é a forma de governo em que é desautorizado o poder legislativo, ou seja, o parlamento, que no Estado democrático representativo, criado pela burguesia, constitui o poder primário, e em que se efetua a subordinação de todo o poder ao executivo, dirigido por um grande personagem carismático, que se apresenta como representante direto da nação, como garante da ordem pública e como árbitro imparcial diante dos interesses contrastantes das classes (BOBBIO, 1994, P.118).

Peter Baehr[5] destaca o bonapartismo como forma de governo, em que há a subordinação da sociedade civil e das instituições políticas representativas a um líder. Este líder carismático instala seu regime através de um golpe de Estado e afirma expressar diretamente a indivisível soberania do povo, usando de plebiscitos para legitimar excepcionalmente algumas medidas tomadas (OUTHWAITE, 2006, p.50).

O termo bonapartismo sofrerá algumas distorções e sofisticações devido ao uso recebido por vários autores marxistas nas mais variadas situações. Ele tem seu primeiro uso por volta de 1815-1816, mas ficou conhecido principalmente nas décadas de 1850 e 1860 devido ao governo de Luis Bonaparte, primeiro como presidente e depois como imperador (1852-70).

Os fundadores do materialismo histórico afirmam que a autonomia do poder bonapartista com relação à classe dominante é pura aparência se o conteúdo concreto da política desenvolvido for coincidente com os interesses da classe dominante. A autonomia seria real ao nível de superestrutura política, onde foi desautorizado o parlamento, através do qual se exprime o poder político da classe dominante.

Esta forma de governo surge numa situação crítica da sociedade civil que tem duas características fundamentais. Em primeiro lugar, a situação de conflito de classe com o proletariado extremamente agudo em que a classe dominante, para garantir a sobrevivência da classe burguesa, se vê obrigada a ceder seu poder político a um ditador que, com seu "carisma" e com os instrumentos de um despotismo não mais tradicional, ou seja, não fundado na sucessão legítima, seja capaz de reconduzir à disciplina a classe dominada. Em segundo lugar, a ditadura bonapartista pode se sustentar, desde que conte com o apoio direto de uma classe que não coincide nem com a burguesia dominante,

nem com o proletariado, e que, no caso exemplo de Napoleão III foi a classe dos pequenos proprietários rurais cujos interesses não eram contrários aos da classe dominante (BOBBIO, 1994, p.118).

Marx raramente empregava o termo, provavelmente relutante de elevar a experiência napoleônica à categoria política geral, mas não foi o que ocorreu com seus seguidores. O uso é observado tanto em Lênin e Trotsky, como em Hobsbawn e Losurdo nos dias atuais. É interessante observar que para marxistas ortodoxos, a definição do bonapartismo apresentada por Marx e Engels tornou-se entre os anos 20 e 30 do séc. XX, o principal fundamento teórico da interpretação marxista do fascismo, análise presente na obra de Trotsky.

Apesar das variantes de sentido, a idéia de autonomia estatal originária de um impasse, de uma crise política gerada pelo equilíbrio de forças sociais e o opróbrio do termo são constantes em todas as interpretações.

O termo bonapartismo é também utilizado para designar uma política externa expansionista que tem como objetivo a consolidação de um regime contra contestações radicais de que é objeto dentro do respectivo Estado, robustecendo os grupos dominantes com os prestígios no plano internacional, e enfraquecendo os adversários internos, fazendo com que as suas reivindicações sejam interpretadas como fatores de debilidade da segurança do Estado no plano internacional. É o uso feito por grandes historiadores alemães como F. Meinecke, L. Dehio, F. Fisher, para explicar a política externa da Alemanha Guilhermina e nazista (BOBBIO, 1994, p.119).

Pistone afirma que há um nexo entre as duas acepções de bonapartismo já em Engels e Marx.

O despotismo que caracteriza o poder bonapartista não só torna mais fácil uma política expansionista, por não ser contido pelos mecanismos internos de controle liberal e democrático, como é levado, por natureza, a uma política desse gênero, porque um sistema despótico produz inevitavelmente fortes tensões internas, por via das quais se tende a buscar uma válvula de escape exterior, numa política de prestígio e de aventuras militares (BOBBIO, 1994, p.119).

É sob esta ótica que Losurdo fará sua análise sobre a existência do bonapartismo nos EUA, que tem como exemplo, o período de governo da guerra contra o terror, do presidente George W. Bush após os atentados contra o World Trade Center no dia 11 de setembro de 2001.

Toda a crise interna do país foi desconsiderada uma vez que as atenções deveriam estar centralizadas na guerra contra o terror. Bush, por conseguinte, valeu-se dos impactos gerados pelo medo e da incerteza que assolavam os americanos e conseguiu ser reeleito sem as dificuldades e polêmicas da sua primeira eleição[6].

Os plebiscitos tem importância basilar para a implementação do bonapartismo. Foi por meio de um plebiscito realizado para a aprovação da constituição de 22 de brumário do ano VIII que abriu o caminho a Napoleão I promover seu golpe de Estado.

Gemma[7]adverte que apesar do plebiscito ser uma votação popular sobre assuntos de relevância constitucional, ser um instrumento de democracia direta assim como o referendo[8], ambos podem ser (e foram ao longo da história) instrumentalmente usados por correntes autoritárias e totalitárias para legitimar o seu poder autocrático (BOBBIO, 1994, p.927).

4 - CESARISMO

O termo cesarismo tem sua origem histórica no regime instaurado na Roma antiga por Caio Júlio César e baseia-se na idéia de um poder forte, que saiba desvincular-se dos interesses dos grupos e dos indivíduos e aliar-se estreitamente ao exército com a finalidade de articular uma política equilibrada que correspondesse mais aos interesses globais da comunidade, prática repetida várias vezes na história medieval e moderna.

Baehr contextualiza o cesarismo da seguinte forma:

> O termo denota uma forma de ditadura dissolutamente modelada na carreira de Júlio César (100 - 44 a.C), um general populista e autocrata que tomou o poder da oligarquia senatorial romana em 49 a.C, e cujo regime acelerou o colapso da República romana (Tradução nossa) (OUTHWAITE, 2006, p. 60)[9].

Baehr inicia sua análise do cesarismo com esta contextualização para afirmar a confusão conceitual existente em torno do tema. O termo é empregado para incluir líderes que precedem Júlio César como os atenienses Pisístrato (600-527 a.C), Péricles (495-429 a.C) e o Espartano Cleomenes III[10] e por alguns autores é César Augusto (63-14 a.C) o exemplo da forma aplicada, não Júlio César[11]. No séc.XX alguns usos do termo fazem analogia com a Roma antiga, outros usos não, o que gera uma grande imprecisão terminológica.

O termo foi cunhado, segundo Baehr, por J.F. Böhmer em 1845 (Böhmer, 1868, pp.277-279) e pouco depois foi amplamente empregado pelas academias francesas e alemãs, para descrever o governo de Napoleão III e suas implicações para a política moderna (OUTHWAITE, 2006, p.60).

O cesarismo foi empregado de três formas no séc. XX.

Primeiro referente ao bonapartismo de Napoleão III e Napoleão Bonaparte em que designa uma ditadura altamente personalizada, militarizada, originária de um golpe

de Estado, caracterizada por uma retórica populista de que o líder corporifica e defende o povo contra os interesses egoísticos das elites, controla a oposição reduzindo as prerrogativas das instituições representativas e legitima suas políticas apelando diretamente às massas por meio de plebiscitos. Assim alguns autores incluíram figuras como De Gaulle, Mussolini, Pétain e Hitler na definição de cesarismo.

O segundo uso de bonapartismo desenvolve uma noção muito mais abrangente com referências somente aos bonapartes, neste sentido foi empregado para designar a manipulação eleitoral e a ilegitimidade de Bismarck[12], liderança denominada natural da política britânica[13], o cíclico retorno a informalidade e ao primitivo[14], o populismo ou a democrática ditadura manifestada no peronismo na América do Sul[15] como também a acumulação de poder evidente no sistema presidencialista norte-americano[16] (OUTHWAITE, 2006, p.60).

O terceiro uso deriva do exemplo napoleônico e de seus elementos essenciais. É proveniente da teoria marxista que o relaciona com o bonapartismo distinguindo-o em progressista ou reacionário dependendo se auxilia ou dificulta a revolucionária luta de classes[17] e acresce a noção de descrever a coalizão, as alianças políticas moderadas ou governos cujas presenças marcam o ínterim entre uma crise social e sua resolução.

Guarnieri[18] critica a correlação com os regimes instaurados na França pelos dois Bonapartes, afirmando que diferem muito das condições típicas do antigo cesarismo. E para corroborar ressalta o posicionamento de Marx:

Segundo Marx, trata-se de uma "analogia histórica superficial", visto não se levar devidamente em conta que, na antiga Roma, a luta de classes se desenrolava no âmbito de uma minoria privilegiada (os cidadãos livres), enquanto, com o desenvolver-se da moderna sociedade industrial, o campo da luta da luta de classes se alargou, vindo a compreender praticamente toda a sociedade. No caso dos dois regimes napoleônicos seria, portanto, mais apropriado falar de BONAPARTISMO (BOBBIO, 1994, 160).

4.1 As condições para o surgimento do cesarismo para Gramsci, Tocqueville e Weber.

Uma análise essencial ao conceito de cesarismo foi realizada por Gramsci. No texto *Note sul machiavelli,* é chamada cesarista "uma situação em que as forças em luta se equilibram de maneira catastrófica, isto é, se equilibram de tal forma que a continuação da luta não pode findar senão com a destruição recíproca" (GRAMSCI, 1966, p.58). Cesarismo designa, portanto, a "situação arbitral, confiada a um grande personagem, de uma situação histórico-política caracterizada por um equilíbrio de forças de perspectivas catastróficas", que, esporadicamente, segundo condições históricas, assume um significado político, mais ou menos progressivo.

O próprio Gramsci distingue o cesarismo de Napoleão I que possui um caráter progressivo como consolidador de um novo tipo de Estado, do de Napoleão III, que é, ao contrário, regressivo, porquanto não representa ruptura em relação ao passado, mas é antes uma evolução do tipo antigo.

Gramsci entende como citado acima que o cesarismo só surge numa situação de equilíbrio entre classes e forças sociais que se opõem. Este equilíbrio é da seguinte forma:

Quando a força progressiva A luta com a força regressiva B, pode ocorrer, não só que A vença B ou que B vença A, mas também que nem vença A nem B e, anulando-se ambas reciprocamente, intervenha de fora uma terceira força, C, e domine o que resta de A e B. Na Itália logo após a morte de Lorenzo o magnífico, ocorreu precisamente isto. (TRADUÇÃO NOSSA) (GRAMSCI, 1980, p.71)[19].

O pensador italiano crítico do fascismo, ainda utiliza-se de um conceito que possibilita a análise de outra condição interessante para o surgimento do cesarismo. O conceito de crise orgânica que é a situação em que são verificadas em diversos níveis, graves contrastes entre representantes e representados.

Em certos momentos, os grupos sociais se desligam dos seus partidos políticos existentes, não sendo mais reconhecidos como expressão de seu grupo social. Nesta situação abrem-se vários canais frequentemente representados por líderes carismáticos. É a chamada *crise de hegemonia da classe dirigente* que pode ser resolvida com uma reforma política que restabeleça a relação entre representantes e representados.

Em outra abordagem sobre o surgimento do cesarismo, Tocqueville aponta como condição a predominância cada vez maior da sociedade sobre o indivíduo e a consequente afirmação do que se chama democracia totalitária, uma organização política em que se perde progressivamente a importância uma série significativa de poderes intermediários, situados entre o Estado e o indivíduo, com o inevitável aumento do poder estatal.

É o próprio desenvolvimento da sociedade ocidental que envolve em si um processo de atomização e de crescente influência na vida dos cidadãos. Para Tocqueville, o cesarismo estaria intimamente ligado a democracia plebiscitária ou o socialismo.

Max Weber, por sua vez, observa na tendência de democratização e burocratização da sociedade moderna as causas do cesarismo. A tendência cesarista surge como indispensável à estrutura de tipo liberal-democrática na função de controlar o poder crescente da burocracia. Eliminada a hipótese de eleições dos burocratas e dada a sua importância no mundo moderno, somente um líder, seja ele presidente eleito pelo voto ou um chefe parlamentar vencedor nas eleições, um "homem de confiança do povo", nos dizeres de Guarnieri, pode exercer domínio e limitar as ações dos funcionários burocráticos.

4.2 A relação do cesarismo com o fascismo e o bismarckismo.

Dois conceitos que foram relacionados com o cesarismo, segundo Guarnieri, foram o fascismo e o bismarckismo. Contudo, são fenômenos diversos entre si. O fascismo distingue do cesarismo e do bonapartismo porque surge e realiza tão só onde existem condições efetivas para a passagem do antigo regime do antigo regime de base individualista para o novo regime de massa (BOBBIO, 1994, p.160).

O fascismo estaria unido à presença de organizações de massa, tendentes a subtrair ao Estado um número maior de funções, assim o fascismo não seria o cesarismo da sociedade capitalista desenvolvida, opinião que poderia ser de Gramsci segundo Guarnieri. O que distingue em realmente os dois seria que no cesarismo não há vitória de uma força em relação à outra, mas um equilíbrio dessas forças que necessitará da arbitragem do líder.

O bismarckismo se assemelha ao cesarismo pela relativa autonomia do Estado em face das forças sociais, mas o regime de Bismarck atuou numa situação de transição que levaria a uma sociedade industrial moderna, portanto, neste contexto ainda não existem forças sociais consolidadas o que a distancia do cesarismo numa análise próxima a de Gramsci.

O bismarckismo pode ser observado nos regimes dos países subdesenvolvidos do séc.XX, em que o forte aparato estatal promove do alto o desenvolvimento de uma sociedade moderna e a formação dos correspondentes grupos e classes, sem, contudo se identificar com nenhum deles em particular, o que segundo Guarnieri, ocorreu no Egito de Nasser, na Argélia de Boumedienne (BOBBIO, 1994, p.162).

5 - O BONAPARTISMO E O CESARISMO NA ATUALIDADE.

Guarnieri entende que o cesarismo hoje pode ser entendido como um regime político que se caracteriza por um forte aparato estatal e que conseguiu gozar de considerável autonomia em confronto com as forças sociais. O poder cesarista pode-se fazer mediador entre os interesses contrastantes das forças sociais, embora não ataque nunca completamente os interesses dos grupos que gozam de uma posição dominante na estrutura social, jamais lhes consolida o poder (BOBBIO, 1994, p.162).

O séc.XX apresentou vários exemplos de cesarismo e bonapartismo, como no surgimento do Gaullismo, que como Luís Bonaparte fez em 1851, conseguiu legitimar seu golpe de Estado por meio de um plebiscito em 28 de setembro de 1958, do peronismo[20] na Argentina que desempenhou a clássica função de arbitragem e na experiência venezuelana de Chávez.

Ficaremos na análise de três exemplos, apesar da ocorrência em outros países e épocas, por serem casos emblemáticos e pela persistência dos governos desses países em si afirmarem democráticos apesarem de serem experiências autocráticas.

5.1 Gaullismo

O gaullismo é um exemplo de ocorrência do bonapartismo no séc. XX. Segundo Stefano Bartolini[21], o gaullismo é definido como uma doutrina político-constitucional, um movimento político e um regime (BOBBIO, 1994, p.p.538-539).

É caracterizado como um nacionalismo moderno, personificado na figura de um herói, de um salvador nacional, expresso pela figura do general Charles De Gaulle. Foi exercido propondo a ideologia e os instrumentos de democracia plebiscitária em uma situação de grave crise nacional. Neste contexto, o líder personifica claramente o poder público e se apresenta como portador de uma legitimidade do tipo extralegal, que deriva do papel positivo que ele desenvolveu precedentemente em favor do país e das qualidades consideradas intrínsecas à sua pessoa (BOBBIO, 1994, p.539).

A esfera mística e romântica da figura de De Gaulle surge de seu movimento pela libertação de Paris no início da década de 40, da oposição à paz com a Alemanha Nazista. Bartolini lembra que:

Na ocasião da derrota militar e da crise política francesa, De Gaulle considerou-se o único representante desta transfiguração e guardião de uma legitimidade histórica superior àquela puramente legal do regime de Vichy. Este modo de considerar-se o "vigário terreno" de uma França perene permitiu-lhe cumprir uma completa equação, com conotações românticas, se não místicas, entre o interesse francês e ele mesmo (BOBBIO, 1994, p.539).

É essencial observar que De Gaulle diante da crise argumenta no sentido de que a França deveria readquirir um a unidade nacional de intenções, abstrair das lutas facciosas que desfragmentam e enfraquecem, e, para isso era necessário um líder forte e acima de qualquer parte do conflito[22], mediador entre o destino da França idealizado pelo general e a realidade contingente.

Outra característica do bonapartismo, necessária para a sua sobrevivência é o ataque às instituições de representação política. De Gaulle combate veementemente as instituições intermediárias, as forças sociais que separam o povo de sua pessoa.

De Gaulle entendia que estas instituições são elementos desagregadores[23], determinados a assegurar apenas seus interesses sobre os da França e do seu representante. Organizando-se ao redor de diferenças e opinião de intelectuais, elas terminaram por "organizar a divisão dos franceses" (DE GAULLE, *In* BOBBIO, 1994, p. 539).

O "regime dos partidos" era, portanto, por definição, não representativo e não plenamente legítimo, porque articulava ao longo de linhas de divisão alguma coisa indivisível (BOBBIO, 1994, p.539).

Para implementar a forma bonapartista, De Gaulle em 1958 impôs uma nova Constituição, que foi aprovada por referendo popular em 1958. Dentre as medidas estava previsto o aumento dos poderes do presidente e seu papel era definido como árbitro e representante dos interesses nacionais. Era sua prerrogativa recorrer a poderes excepcionais em situações de grave perigo à república e suas instituições. As assembléias tinham a indicação estrita das matérias sobre as quais podiam legislar e diante de uma regulamentação parlamentar severa inibia-se muito a possibilidade de controle e reforma. O presidente ainda podia dissolver a assembléia, mas não mais de uma vez ao ano.

O uso do referendo agravou ainda mais o papel da Assembléia na França uma vez que reforçou o nacionalismo personificado e o carisma do general. Em quatro anos, de 1958 a 1964 ocorreram quatro referendos por iniciativa do presidente, entre eles o de maior destaque introduziu a eleição direta para presidente por sufrágio universal e direto e iniciou uma série de transformações do sistema partidário francês.

De Gaulle utilizou-se dos meios de comunicação para gerar toda uma aura ao seu redor com discursos em tons paternalistas e ameaçava deixar o poder em caso de derrota o que ocorreu somente em 1969 (BOBBIO, 1994, p.541-542).

Bartolini ressalta no verbete que diferente das outras ocorrências do bonapartismo na França, elementos introduzidos com o gaullismo resistiram à saída de seu fundador "características essenciais do regime - eleição direta do presidente, papel predominante do executivo, poder reduzido do Parlamento, lei eleitoral majoritária em dois turnos - não sofreram as conseqüências da retirada do general" (BOBBIO, 1994, p.543).

5.2 Peronismo

Peronismo é o termo que designa o movimento político criado por Juan D. Perón, quando foi presidente da Argentina (1946-1955).

Ressaltam-se a situação de arbitragem própria do bonapartismo e a existência de um líder carismático que teve passagem pelo exército. O regime foi caracterizado por manter certo aspecto legal, mesmo diante de uma grande censura e perseguição aos opositores políticos (BOBBIO, 1994, p.924).

O peronismo se baseou na mobilização não da pequena burguesia, mas nos setores dos operários que foi a principal fonte de apoio ao regime.

Perón destaca que a heterogeneidade do peronismo o diferenciava de um partido político, pois era constituído por além de um partido com duas ramificações - masculina e feminina - por organizações sindicais e um aglomerado de forças diversas, estudantis, esportivas, etc., que confluíam o movimento que representava a totalidade dos interesses nacionais (BOBBIO, 1994, p.923).

5.3 Chavismo.

Outra ocorrência de bonapartismo nos últimos anos é a experiência venezuelana do governo de Hugo Chávez.

O presidente venezuelano tem utilizado constantemente de referendos e plebiscitos para realizar desde extensas revisões constitucionais a mudanças na legislação para a sua perpetuação no poder. O que acentua cada vez mais a crise das instituições parlamentares.

Diante da dificuldade de aprovação no parlamento, o líder busca a partir dos instrumentos de democracia direta e da aclamação popular vencer qualquer resistência vinda dos mais diversos setores da sociedade.

O regime chavista utiliza-se o tempo todo de um discurso antiamericano, exortando-o como um dos responsáveis pela miséria dos países latinos americanos, centraliza na figura do presidente a idéia de real representante do povo, em detrimento do legislativo em uma verdadeira missão em prol de uma doutrina chamada por Chávez de socialismo do séc.XXI.

Além de apoiar-se na figura carismática de seu líder, o bonapartismo na Venezuela já implementou a reeleição indefinida assim como o aumento do período do mandato político.

Apesar das denúncias de perseguição aos opositores do governo e inclusive a não concessão do sinal televisivo a uma rede de televisão contrária aos interesses de Chávez, o governo Chávez se diz democrático e herdeiro do Bolivarismo.

CONCLUSÃO

Com o presente estudo buscou-se demarcar traços que distingam democracia e ditadura, bem como alertar sobre as formas autocráticas do bonapartismo e do cesarismo, presentes em vários momentos da história recente de países europeus e latino-americanos.

A democracia é a síntese dos princípios da liberdade política e da igualdade. É a forma de governo da discussão pública, da publicidade e do respeito ao Direito.

Por isso é a forma de governo da alternância de poder, da não personificação, da não-demogogia.

É necessário, diante dos déficits democráticos ou da situação de ingovernablidade, repensar o instituto da representação buscando reformá-lo sempre no sentido de uma maior emancipação da liberdade política, fortalecendo ainda mais a democracia e não imaginar que instrumentos de democracia direta e a personificação da soberania seja a solução para os desafios que a teoria democrática deve enfrentar.

Conforme o pensamento do constitucionalista Marcelo Cattoni é necessário no Estado Democrático de Direito superarmos o erro das tradições liberais e das tradições republicano-comunitaristas que viam uma contrariedade entre constituição e soberania, entre direitos humanos e democracia, ressaltando ora a prevalência de autonomia privada sobre a autonomia pública ou vice-versa, ora adotando um conceito de liberdade negativa, de esfera de atuação contra o Estado, ora de um conceito de liberdade positiva irrestrita (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, pp.18-33).

Não há constitucionalismo sem democracia e não há democracia sem constitucionalismo. Há uma coesão interna entre autonomia pública e autonomia privada, entre democracia e direitos humanos. São elementos co-dependentes constitutivos um do outro. Qualquer saída que não contemple esta perspectiva, pode muito bem confundir democracia com ditadura como as experiências históricas comprovaram e ainda teimam em comprovar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade; *O Direito e o Estado como estruturas e sistemas - Um contributo à Teoria Geral do Direito e do Estado.* Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2005.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política.* Trad. Carmen C. Varriale, et all. Coord. da trad. João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais - 6ª edição/ Brasília, DF; Editora Universidade de Brasília, 1994.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional.* Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007.

DE GAULLE, Charles. *Mémoires de la guerre, II (1942-1944),*Plon, Paris:1956. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política.* Trad. Carmen C. Varriale, et all. Coord. da trad. João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais - 6ª edição/ Brasília, DF; Editora Universidade de Brasília, 1994, p.539.

GRAMSCI, Antonio. *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno.* Trad. José Arieó. Madri, Ediciones Nueva Visión, 1980.

KELSEN, Hans. *A democracia.* Martins Fontes. São Paulo, 2000-B.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado.* Trad.Luís Carlos Borges. Martins Fontes. São Paulo, 2000.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição a semântica dos tempos históricos;* Trad. Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira; Revisão da trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo - Triunfo e Decadência do Sufrágio Universal.* Trad. Luiz Sérgio Henriques. Editora UERJ e Editora UNESP, Rio de Janeiro, 2004.

OUTHWAITE, William; *The Blackwell Dictionary of Modern Social Thought.* Advisory editor: Alain Touraine. 2ªed., Blackwell Publishing Ltd, Oxford, UK: 2006

SCHMITT, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberania hasta la lucha de clases proletaria.* Trad. José Díaz García. Alianza Editorial. Madrid, 1999.

---

[1] Para um desenvolvimento detalhado das formas de governo segundo as teorias socrático-platônica e aristotélica ver ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. *O Direito e o Estado como estruturas e sistemas - um contributo à Teoria Geral do Direito e do Estado.* Movimento editorial da UFMG. Belo Horizonte, 2005.

[2] Sergio Pistone é professor Da Universidade de Turim e é o responsável pelo verbete de bonapartismo no *Dicionário de política* organizado por Bobbio, Matteucci, Pasquino.

[3] O uso do termo como sinônimo de cesarismo foi acusado de anacronismo por Marx (1852) e Mommsen (1901).

[4] O termo é desenvolvido por Marx no livro *O 18 de Brumário de Luís Bonaparte* e por Engels em alguns trechos de *A origem da família, da propriedade privada e do Estado.*

[5] Peter Baehr é professor pela Lingnan University, Hong Kong é responsável pelo verbete sobre bonapartismo no livro The Blackwell Dictionary of Modern Social Thought,editado por William Outhwaite 2ªed., Blackwell Publishing Ltd, Oxford, UK: 2006.

[6] Sobre a análise de Losurdo ver *Democracia ou bonapartismo,* Ed. UNESP, 2004.

[7] Gládio Gemma é professor da Universidade de Módena, responsável pelo verbete sobre plebiscito no *Dicionário de política,* organizado por Bobbio, Matteucci e Pasquino.

[8] Cumpre diferenciar os dois termos apesar de que a partir de uma análise histórica possam ser entendidos como sinônimos. Plebiscito é usado para designar eventos excepcionais, normalmente às margens de previsões constitucionais. Dada a sua excepcionalidade usa-se o termo plebiscito para indicar pronunciamentos populares não precedidos de atos estatais (BOBBIO, 1994, p.927).

[9] A term denoting a form of dictatorship loosely modelled on the career of Julius Caesar (100-44 BC), the populist general and autocrat who seized power from the Roman senatorial oligarchy in 49 BC, and whose regime accelerated the collapseof the Roman Republic.

[10] Uso feito por Franz Newmann, 1957, pp.237-238 e Weber, 1921-2.

[11] Riencourt, 1958.

[12] Weber, 1921-22.

[13] Weber, Politics as a vocation, IN Weber, ed. Gerth and Mills, 1970, p.106-107, e 1978, p.1452.Ostrogorski, 1902, pp.607-608.

[14] Spengler, 1918-1922, vol.1

[15] Canovan e Newmann.

[16] Riencourt, 1958.

[17] Gramsci, 1929-1935, cadernos do cárcere.

[18] Carlo Guarnieri é professor da Universidade de Bolonha e responsável pelo verbete sobre cesarismo no *Dicionário de política*, organizado por Bobbio, Matteucci e Pasquino.

[19] Cuando la fuerza progressiva A lucha con la fuerza regressiva B, no sólo puede ocorrir que A venza B, ou viceversa, puede ocorrir tambien que no venza ninguna de la dos, que se debiliten reciprocamente y que una tercera fuerza C intervenga desde el exterior, y dominando a lo que resta de A y de B. En Itália luego de la muerte de Lorenzo el Magnífico, ocorrió precisamente eso.

[21] Stefano Bartolini é professor pela Universidade de Florença e responsável pelo verbete referente ao gaullismo no *Dicionário de política* organizado por Bobbio, Matteucci, Pasquino.

[22] Novamente a figura do árbitro das forças sociais.

[23] A semelhança com os argumentos de Carl Schmitt contra a idéia de uma democracia parlamentar em seu livro *Sobre el parlamento* é considerável.

OS ELEMENTOS FUNDANTES DO CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA CONTRA-MAJORITÁRIA*

THE BASIC ELEMENTS OF THE CONSTITUCIONALISM: A CONTRA-MAJORITY HISTORICAL ANALYSIS

Bernardo Augusto Ferreira Duarte

RESUMO

O intuito do presente artigo é apenas lançar luzes para uma análise histórica contra-majoritária desses elementos fundantes, a fim de demonstrar que mesmo antes dos contratualistas Hobbes, Rousseau e Locke, teorias como a de John of Paris, Marsílio de Pádua e Guilherme de Ockham acerca da distinção entre o poder temporal e o espiritual, bem como a tese do dever de resistência decorrente dos ensinamentos dos luteranos e calvinistas, já se apresentavam como embriões daquilo que, posteriormente, viriam a ser os dois maiores pilares do Constitucionalismo moderno e contemporâneo: a soberania popular e os direitos fundamentais. É o que, adiante, tentar-se-á desenvolver.

PALAVRAS-CHAVES: ELEMENTOS FUNDANTES; CONSTITUCIONALISMO; CONTRA-MAJORITÁRIA; SOBERANIA POPULAR; DIREITOS FUNDAMENTAIS;

ABSTRACT

The aim of this article is to give light to a contra-majority historical analysis of the Constitutionalism basic elements in order to show that even before the contractualists Hobbes, Rousseau and Locke, theories by John of Paris, Marsilio of Padua and William of Ockham (Guilherme de Ockham) regarding the distinction between the temporal and spiritual powers as well as the must of resistance thesis derived from the teachings of the Luterans and Calvinists had already appeared as embryos of what would then become the biggest pillars of the modern and contemporary Constitutionalism: The popular sovereignty and the fundamental rights.

KEYWORDS: BASIC ELEMENTS; CONSTITUCIONALISM; CONTRA-MAJORITY; POPULAR SOVEREIGNTY; FUNDAMENTAL RIGHTS;

INTRODUÇÃO

A pretensão de repensar teorias não é tarefa das mais simples. Além de demandar do

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

pesquisador um *'q'* de audácia, esse intento, necessariamente, exige de sua parte o reconhecimento de suas limitações, as quais decorrem do *mundo da vida* que o constitui e no qual está inserido.

Nada, absolutamente nada, surge *simplesmente* do brilhantismo intelectivo de um observador. Todo pensamento possui *uma fundação*, um *ponto de partida*, uma *raiz*, alicerces que se desvelam *no-mundo* a partir da *linguagem* que, por sua vez, é condição sem a qual não existiria qualquer tipo de compreensão humana.

O fato é que os *elementos fundantes* de uma teoria são acessíveis aos homens apenas em vista de uma *atitude hermenêutica* que não é puramente individual-reflexiva - como queria Schleiermacher - mas possibilitada pelos preconceitos (pré-compreensões) do sujeito/hermeneuta, construídos pela *tradição* desvelada pela *linguagem*[1].

Daí que, forte em Gadamer (2002), o processo de compreensão, que se dá no interior da *linguagem*, deve ser entendido como um 'ir e vir', uma 'construção de sentido da parte para o todo e vice-versa', um projeto de 'antecipação de significados' a partir das pré-compreensões do intérprete e de uma constante abertura para as possíveis alterações desses conceitos prévios (preconceitos) por meio do horizonte advindo do objeto.

É essa permanente exigência de abertura e alteração de *conceitos prévios* inadequados, a partir da *fusão entre os horizontes do intérprete e do objeto*[2], que dá ensejo a um repensar dos *elementos fundantes* do Constitucionalismo, com base na influência do pensamento político trilhado no *período medieval*.

O intuito do presente artigo é apenas lançar luzes para uma análise histórica *contra-majoritária* desses *elementos fundantes*, a fim de demonstrar que mesmo antes dos *contratualistas* Hobbes, Rousseau, Locke, teorias como a de *John of Paris*, Marsílio de Pádua e Guilherme de Ockham acerca da distinção entre o *poder temporal e o espiritual*, bem como a tese do *dever de resistência*, decorrente dos ensinamentos dos luteranos e calvinistas, já se apresentavam como *embriões* daquilo que, posteriormente, viriam a ser os dois maiores pilares do Constitucionalismo moderno e contemporâneo: a *soberania popular* e os *direitos fundamentais*. É o que, adiante, tentar-se-á desenvolver.

1 A SEPARAÇÃO ENTRE O *PODER TEMPORAL* E *ESPIRITUAL*

1.1 A teoria de *JOHN OF PARIS*

Jonh of Paris, também conhecido como *Jonh Quidort*, foi um dominicano francês que viveu no século XIII, durante o período de 1255 a 1306. Discípulo de Tomás de Aquino, durante sua vida ele lecionou na Universidade de Paris, e escreveu o livro *Sobre o Poder Régio e Papal*, cuja data da primeira publicação é desconhecida[3].

Em sua obra, *Jonh of Paris*, no contexto de um conflito político envolvendo o Papa Bonifácio VIII e o Rei Felipe IV da França, propôs uma teoria que foi por ele identificada como um 'meio termo'[4] entre duas teses então vigentes em relação aos poderes dos papas e dos príncipes: (a) a que dizia que os papas e bispos não possuíam poder em questões de 'natureza temporal', sendo ilegal ao clero ter qualquer tipo de propriedade temporal; e (b) a que sustentava que o Papa possuía jurisdição e poder sobre os homens leigos e suas respectivas propriedades, e, ainda, a 'autoridade primeira', derivada diretamente de Deus, enquanto o príncipe possuiria o seu poder mediatamente de Deus, através do Papa.

Em síntese, *John of Paris* (1989) concebeu o que ele identificou como 'a multidão perfeita', cuja causa eficiente principal é a atitude positiva de *alguns homens* mais bem dotados do uso da razão[5], que resolveram abandonar a vida primitiva e instituir a vida comunitária. Titular do poder legítimo instituído por Deus, a 'multidão perfeita' de *John of Paris* é a cidade ou reino, em cuja vida em multidão é necessária. Para ele, ela se diferencia da multidão doméstica ou da aldeia, que não são perfeitas. A cidade ou o reino, portanto, é o que possibilita o governo da multidão perfeita.

Como fica evidente pela explicação acima desenvolvida, o conceito de 'multidão perfeita' em *Quidort* coincidiria com o de 'comunidade perfeita' de Tomás de Aquino, não fosse pela realidade de que, ao contrário da tese tomasiana, sua teoria estava pautada em uma espécie de 'pacto social fundante', pautado no consenso.

O fato é que para *John Quidort*, a despeito de a 'multidão perfeita' possuir como uma de suas causas a inclinação natural do homem para a vida social, sob clara influência de Aristóteles e Tomás de Aquino, esta não seria suficiente para que os homens se unissem socialmente em torno de um propósito comum. Assim é que, de modo original, propõe uma espécie de 'pacto social' entre os mais bem dotados da razão como a causa instrumental eficiente da constituição da 'multidão perfeita', a vida em comum ordenada, sob a direção de um *único chefe*[6]. (LIMA, 2006: 137-138)

Essa constatação já demonstra o porquê de o 'pacto social fundante' quidortiano se afastar da proposta que, séculos mais tarde, Rousseau apresentaria em sua obra *Do Contrato Social*, publicada pela primeira vez em 1762. Ao contrário de Rousseau, *John of Paris* não supõe o 'pacto social', mas o vê como um evento histórico efetivamente ocorrido, envolvendo todos os indivíduos que inicialmente decidiram viver em sociedade.

Além disso, em *John of Paris* os membros da comunidade perfeita prescindem de uma alienação por inteiro à sociedade, porquanto esta já era uma característica subentendida, uma vez que, à sua época, não era comum entender os homens em sua individualidade, o que só se consubstanciaria definitivamente com a Reforma protestante.

As diferenças, no entanto, não param por aí. *John of Paris* (1989) parte do princípio de que a vida em comum é boa, isto é, benéfica aos homens, porquanto corresponde à sua inclinação natural. Nesse sentido, para ele, o 'estado natural' anterior ao pacto não representa um estado ideal da vida humana, mas uma condição subhumana e indigna, um estado péssimo.

Rousseau, por sua vez, se afasta dessa ideia, defendendo que a vida social seria um mal menor. Em sua ótica, o 'estado natural' anterior ao pacto seria bom, um estágio do viver humano que deveria ser conservado. Contudo, por estar esse estado subvertido, seria desejável firmar um pacto que tornasse a vida em sociedade possível. Pactua-se, portanto, para manter a bondade natural do homem e a integridade de seus direitos naturais, os quais, de outro modo, não seriam preservados. O pacto que torna possível o viver em sociedade é menos prejudicial que o mal que adviria ao indivíduo se este não se consorciasse. E isso porque, aos indivíduos, faltaria a vocação, tendência ou inclinação para a vida social, defendida por *John of Paris* (LIMA, 2006: 141-142).

Não bastasse isso tudo, em *John of Paris* a 'multidão perfeita' detém apenas a titularidade do poder, sendo que quem o exerce é a potestade, ou família real, eleita diretamente pelos homens que integram a comunidade. O fato é que, em *Quidort*, o regime racionalmente admitido é a monarquia, *"governo de uma multidão perfeita, ordenado pelo bem comum e exercido por um só indivíduo"* (1989: 44 et seq.). Mas esta monarquia é representativa, isto é, busca a sua legitimidade *na vontade dos indivíduos esclarecidos e consortes*[7] que aceitaram viver em comunidade, na busca pelo *bem comum*[8], e que pactuaram nesse sentido. Em suas palavras:

(...) o poder real não depende do papa nem em si mesmo, nem quanto à execução, mas provém de Deus e **do povo que elegeu e continua a eleger o rei, indicando uma pessoa ou família para o cargo.** (...) o rei **é constituído pela vontade do povo**, mas, uma vez constituído rei, é natural que domine (QUIDORT, 1989: 73/118 – sem destaque no original).

Daí que, em *John Quidort*, já se notam os primeiros *germes* do que, mais tarde, viria a configurar o instituto/princípio da *soberania popular*.

A verdade é que a teoria de *John of Paris* já antecipa uma ideia que, à época, em vista do conflito entre o Papa Bonifácio VIII e o Rei Felipe IV da França, já auxiliava em muito a tentativa de solução da tensão entre o poder régio (isto é, dois reis) e o poder papal. Sua proposta retira do Papa a legitimidade do poder temporal, e mesmo a legitimidade de nomear aquele que deveria exercê-lo, para recolocá-la nas mãos de Deus e nas mãos da comunidade perfeita. Isso significa que o poder régio advém de Deus e do conjunto de cidadãos que elege o rei, e não de uma nomeação feita pelo Papa[9], até então entendido, em vista da disseminação da tradição católica, como o mandatário do Senhor na Terra. Assim, para *Quidort*, a causa remota do poder real é a vontade de Deus, enquanto sua causa eficiente é a vontade da 'multidão perfeita', titular e delegatária do poder político (1989: 73).

É assim que *John of Paris* rompe com as teses defendidas até então, enxergando no Papa apenas a legitimidade do poder sobre as questões celestiais, não sobre as coisas mundanas, temporais. Aliás, ele defende que mesmo o Papa seria um mandatário do povo, podendo ser, inclusive, expurgado do cargo em caso de escândalo ou qualquer outro tipo de impedimento. Nestes casos, o Papa deveria ser destituído a pedido do 'povo', pelo *colégio dos cardeais*, igualmente mandatários do poder. Aqui, portanto, nota-se a influência da *tese conciliarista* desenvolvida por Huguccio e seus seguidores

já no final do século XII (teoria que seria mais tarde revivida por Gerson e seus seguidores)***[10]*** sobre a teoria de *John Quidort.*

De fato, o poder e jurisdição do Papa, a partir de *John of Paris*, são enfraquecidos a ponto de abrir as portas para que, mais tarde, se completasse a separação integral entre as questões divinas e temporais, o que, consequentemente, resultaria no 'nascimento' do Estado Laico. Por ora, no entanto, rompia-se apenas com a ascendência do Papa sobre o Rei:

Both take their origin immediately from one supreme power, namely God. Hence the inferior [the king] is not subject to the superior [the priest] in all things but only in those matters in which the supreme power [God] has subordinated the inferior to the superior. (*John of Paris, On Royal and Papal Power*, disponível em site http://www.fordham,edu/halsall/source/john paris-y67s14a.html. Último acesso em 27 de julho/2009).[11]

É, contudo, no que tange à jurisdição sobre os bens, que a teoria de *John of Paris* apresenta a sua faceta mais inovadora. A uma, porque ela rompe de vez com a ideia de que os Papas pudessem exercer jurisdição sobre os bens particulares, porquanto esta seria de competência do Rei[12], que a exerceria, no entanto, em nome da 'comunidade perfeita', na busca pela concretização e defesa do *bem comum*. Daí porque apenas o Rei seria legítimo para cobrar tributos para a manutenção e defesa dessa propriedade[13].

O fato é que *Quidort(1989)* sustenta a inexistência de qualquer tipo de jurisdição da Igreja sobre questões temporais. Assim também, o Papa não possuiria esse tipo de jurisdição, porquanto, em primeiro lugar, como homem Cristo não exercera esse tipo de poder e, em segundo lugar, não passara esse direito a Pedro e a seus sucessores. A bem da verdade, segundo *John of Paris* nem mesmo a propriedade clerical, isto é, da Igreja, seria de titularidade dos sacerdotes, mas da comunidade. Daí que os sacerdotes gozariam apenas do direito de administrar esses bens, mas nunca do direito de aliená-los, seja em caráter gratuito (doação) seja oneroso (venda). Em vista disso, nem mesmo sobre os bens da Igreja o Papa possuiria jurisdição[14].

Daí *Quidort* sustentar que à potestade cabe a competência, derivada da 'multidão perfeita', para julgar e discernir, na busca pela realização do bem comum, sem pretender qualquer coisa sobre os bens. Eis aqui o primeiro passo, o embrião que, séculos mais tarde, propiciou o surgimento da ideia de um Estado Laico, em cujo fundamento de legitimidade e exercício do poder político não mais decorreria de qualquer elemento espiritual, apenas temporal.

Apenas para terminar essa breve exposição acerca da teoria de *John Quidort*, vale, ainda, explicar que para ele não existia uma tensão entre o 'bem comum' e o 'bem particular', mas uma relação de interdependência. Nas palavras de Lima:

o “bem comum”, visto mesmo nessa perspectiva, não perde seu caráter de perfeição para a “multidão perfeita” porque a perfeição da multidão resulta dos indivíduos realizados economicamente, não cerceados em suas posses, nem desprovidos delas; seja pelos concidadãos, seja pelo poder político que, antes de tudo, é sua salvaguarda, pois o bem comum é algo de privativo da “multidão perfeita” não podendo ser alterado ou perdido de vista por qualquer governante ou administrador religioso (2006: 152).

O fato é que, para *Quidort*, o bem comum seria oposto apenas ao bem particular do governante, não à soma dos bens particulares dos membros da comunidade. Por isso ele sustentou que os bens particulares deveriam ser salvaguardados dos abusos perpetrados tanto pelos mandatários do poder temporal (reis), quanto espiritual (Papa)[15].

Daí porque sustentou ser a propriedade o bem mais primordial dos pactuantes, se sobrepondo, exatamente por isso, a qualquer pretenso direto por parte do poder político. Em suas palavras, sendo a propriedade particular anterior ao ‘pacto fundante’, configurava um direito natural dos membros da comunidade. Por isso ela configurava um direito do membro livre, devendo o poder político salvaguardá-la (LIMA, 2006: 153). Eis aí, já no século XIII, um *germe* daquilo que, séculos mais tarde, viria a configurar o Direito à propriedade, antes mesmo da plena configuração do indivíduo como portador de direitos.

1.2 A teoria de *MARSÍLIO DE PÁDUA*

Marsílio Mainardini, também conhecido como Marsílio de Pádua, sua cidade natal, nasceu em 1280 e viveu durante um período de grande efervescência política, o qual foi marcado pela disputa pelo poder temporal entre o Papa João XXII e o imperador Luíz IV, da Baviera. Filho de uma família abastada[16], tudo indica que Marsílio tenha estudado Direito em sua cidade de nascimento, grande centro de cultura jurídica à época, ou em Bolonha, também na Itália. Morreu em 1347.

Grandemente influenciado pela filosofia de Aristóteles, publicou sua obra prima em 1324, a qual recebeu o título de *O Defensor da Paz.* Nessa obra, como não poderia deixar de ser, *Marsílio* discorreu acerca de inúmeras questões, desde a noção de cidade, povo, lei e paz, até, e principalmente, a polêmica relação entre o poder temporal e o espiritual. O pano de fundo de toda sua obra foi o conflito já noticiado entre o Papa João XXII e o imperador Ludovico (Luiz) da Baviera, o qual é marcado pela grande discussão em voga na época, a saber, se era ou não legítimo ao Sumo Pontífice pleitear a plenitude do poder[17].

Em sua obra, *Marsílio* atacou abertamente, e pelos mais diversos motivos, a teoria da plenitude do poder papal (surgida com Inocêncio III, adotada por Bonifácio VIII e radicalizada por João XXII). Sua teoria, nas palavras de Tôrres[18], representou um golpe brutal para as pretensões de ampliação do poderio papal para além das questões espirituais. Como se não bastasse, ela ainda lançou vários questionamentos que, um

século depois, em 1517, viriam a ser repetidos por Martin Lutero em suas *Noventa e cinco teses*[19] afixadas na porta da Igreja do Castelo, em Wittenberg, marco histórico inicial da Reforma Protestante[20].

Basicamente, *Marsílio* (1997) pretendeu apresentar, por meio do *Defensor da paz*, uma tese que expurgasse, de uma vez por todas, qualquer pretensão de legitimidade dos papas, bispos, presbíteros, diáconos, ou quaisquer outros clérigos, à plenitude do poder, isto é, à ingerência em questões civis/temporais[21].

Para tanto, ele dividiu sua obra em três partes: na primeira, discorreu acerca de sua tese política, apresentando uma série de considerações que, levadas a sério, podem bem ser consideradas como *um embrião* da *teoria moderna da soberania popular*; na segunda, expôs todas as suas concepções acerca da questão atinente ao poder eclesiástico, desferindo uma série de argumentos que, pautados nos textos e ensinamentos bíblicos[22], tiveram por finalidade desautorizar a pretensão de plenitude do poder papal, tanto no âmbito interno da Igreja[23], quanto externamente; na última parte, apresentou as suas conclusões, as quais apontavam, entre outras coisas, para a abusividade e perniciosidade da pretensão do Papa João XXII ao domínio das questões temporais. (PÁDUA, 1997: 75 *et seq*.).

Invertendo-se a seqüência originalmente estabelecida no livro[24], é possível sustentar que *Marsílio*, na segunda parte de seu *Defensor da Paz*, intentou primeiramente demonstrar argumentativamente, com base nos exemplos comportamentais de Jesus, e, ainda, nos seus conselhos aos apóstolos, o equívoco[25] dos dirigentes eclesiásticos em relação à natureza da Igreja, ao supor que a eles fosse legítimo pleitear a extensão do poder para além das matérias de cunho espiritual, especificamente, para questões legais, políticas ou de qualquer outra espécie de jurisdição coercitiva. (PÁDUA, 1997: 231-271)

Ainda na segunda parte do Livro, *Marsílio* (1997) criticou veementemente a hierarquia clerical[26], a fim de, mais uma vez, desvelar a ilegitimidade bíblica da *plenitude do poder* reivindicada pelos papas, agora, no entanto, com ênfase nas questões internas da Igreja. Para tanto, o paduano desfilou uma série de argumentos, acompanhados de citações bíblicas, que apontavam claramente para a realidade de que Cristo, em momento algum de seu ministério, estabelecera qualquer tipo de pré-eminência entre os Apóstolos, o que, por si só, já era suficiente para desautorizar a interpretação, propagada pela Igreja de Roma, de que Pedro havia sido instituído por Jesus o *caput* (cabeça) da Igreja na terra, isso é, o príncipe/líder dos Apóstolos e dos cristãos no mundo, direito que, por herança, agora pertenceria aos Papas (PÁDUA, 1997: 419 *et seq*.). O que *Marsílio* pretendia demonstrar nesse ponto era a igualdade entre todos os Apóstolos de Cristo, bem como entre todos os seus sucessores. Alcançado esse intento, o paduano questionou:

Porque, então, e apoiados em qual fonte alguns bajuladores sacrílegos se empenham em afirmar que todos os bispos possuem a plenitude do poder que receberam de Cristo, tanto sobre os clérigos quanto sobre os leigos, enquanto São Pedro e os outros Apóstolos jamais pretenderam, em gestos e palavras, se atribuir tal poder?

Os indivíduos que pretendem tal coisa devem estar brincando, não merecem crédito, e muito menos respeito, pois o que reivindicam está em oposição frontal ao texto e ao significado literal da Sagrada Escritura.

Na verdade, São Pedro nunca possuiu e exerceu esse poder sobre os apóstolos, nem sobre as demais pessoas (PÁDUA, 1997: 425).

Marsílio ainda questionou a autoridade dos Bispos da Igreja sobre a comunidade, alegando que, em verdade, não eles, mas Deus, e apenas Ele, poderia perdoar legitimamente os pecados cometidos pelos fiéis. Além disso, sustentou que os Papas não eram infalíveis, pelo que poderiam, inclusive, ser depostos pela vontade do '*fiel legislador humano'*, a quem, inclusive, caberia a competência para convocar Concílios Gerais, e, ainda, para apresentar, eleger e nomear as pessoas para exercerem as ordens sacras[27]. Com base em todas essas questões, a pretensão dos clérigos, sobretudo dos Papas, à plenitude do poder foi não apenas afastada, mas condenada por *Marsílio de Pádua*.

Ocorre que, uma vez afastada a legitimidade dos clérigos ao exercício do poder temporal, bem como a autoridade do Sumo Pontífice para eleger e nomear o príncipe ou imperador, exsurgia uma lacuna incomensurável em relação ao *fundamento de validade* do poder temporal. Exatamente em vista disso, restava a *Marsílio* tentar preencher essa lacuna por meio de uma nova teoria da legitimidade do poder temporal. E foi justamente esse o seu intento na primeira parte do *Defensor da Paz*: preencher a referida lacuna mediante a teoria da soberania do *fiel legislador humano**[28]***.

Primeiramente, claramente sob influência do pensamento aristotélico, o paduano entrelaçou os conceitos de *pax*, *civitas* e *lex*, no intuito de demonstrar que a paz[29] da (e na) comunidade de cidadãos, só seria atingida caso fossem respeitadas as regras reguladoras do convívio em sociedade. Em seguida, sustentou que essas regras deveriam ser definidas pelo *fiel legislador humano*, constituído pela soma dos cidadãos, ou, ainda, pelos melhores do *povo*. Em suas palavras:

O legislador ou o conjunto de cidadãos é a causa eficiente da escolha ou do estabelecimento do governante da mesma forma que lhe cabe o poder legislativo (...) e não apenas isso, mas também é de sua competência representar contra o governante e ainda depô-lo se tal medida for útil ao bem comum (PÁDUA, 1997: 152).

A inovação da teoria paduana em relação à tese de *John of Paris* consistia em que, agora, caberia ao conjunto de cidadãos não apenas eleger o príncipe, mas, ainda, deliberar em relação às regras que limitariam o exercício do poder. Isso, sem a menor sombra de dúvidas, já dá forma àquilo que Rousseau designou por teoria da *soberania popular*.

Interessante é que, ao contrário de Aristóteles, *Marsílio* não subjulgava aqueles a quem designava por ignorantes do povo. Em sua visão, não era infundado dizer que os sábios, sendo em menor número, pudessem julgar melhor o que deveria ser estabelecido para o resto da sociedade. Isso, contudo, não implicava em que os sábios fossem mais capazes que a multidão, constituída igualmente pelos ignorantes, de discernir o que deveria ser estabelecido. Nas palavras de Marsílio:

(...) sendo mais fácil a um número pequeno de pessoas estar de acordo entre si, do que um grande número de pessoas acerca de algo, não se pode inferir disso que a opinião dada, ou por um número reduzido de pessoas ou por uma diminuta parcela das mesmas, é superior àquela externada por toda a multidão, da qual, aliás, o número reduzido faz parte, tendo em vista que este último não poderia discernir com exatidão o que convém ao bem comum nem o almejaria tanto quanto a globalidade dos cidadãos. (PÁDUA, 1997: 141)

É certo que a noção paduana de *povo* ainda não era tão ampla quanto a atual, e nem poderia ser, porquanto Marsílio escreve ainda no século XIV, antes mesmo da formação dos Estados Nação, da instauração do Absolutismo, da queda do Antigo Regime na França (Revolução Francesa) e da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do cidadão. À sua época, a noção de indivíduo ainda não era muito clara, a despeito de alguns avanços já noticiados na tese de *John Quidort.* Cidadão, ainda era o sujeito integrado à comunidade, tal como em Aristóteles. E era justamente esse conjunto de cidadãos, excluídos os escravos, crianças e mulheres, que compunham o conceito paduano de povo. Mesmo assim, não há como negar a originalidade e, sobretudo, o caráter revolucionário de sua teoria.

Isso porque, em primeiro lugar, a tese de *Marsílio* centrou na vontade do conjunto global dos cidadãos, de forma mais ampla que qualquer outra teoria até então concebida, não apenas a competência para eleger a pessoa, ou o conjunto de pessoas (a família, por ex.) que deveria governar, mas, também, a competência para *deliberar acerca das regras* que regulariam o convívio em sociedade.

Além disso, a tese paduana ainda separou os conceitos de *lei divina* e *lei humana*, desvinculando a concepção de *pax* na sociedade civil (*civitas*) da noção de paz eterna. Essa separação, por sua vez, possibilitou a reformulação do conceito de sanção, que deixou de ser ligado à noção de ‘paga no além’ para ser entendido como coação material, isto é, no tempo presente e não no porvir, em decorrência do descumprimento da lei. Acerca do tema é esclarecedora a colocação de Sánchez:

Cuando Marsilio de Padua se refiere a naturaleza de la ley, no la caracteriza como una norma que esté basada en la teoría teocrática descendente, sino que la ley es un «precepto coactivo», es decir, obligatorio, que le da toda la caracterización posible como ley; así, son los hombres los que le dan sentido de obligatoriedad a las leyes para que los gobierne: «el gobierno, como parte instrumental del Estado, recibe su poder de

este pueblo, es decir «LEGISLATOR HUMANUS», en quien todo el poder civil» está presente.(2005: 98)[30]

O fato é que Marsílio desvinculou a *lei humana* de questões transcendentes, chegando a afirmar que seu objetivo precípuo seria o de *"concorrer para o bem comum e para o que é justo na cidade"*, ao passo que o seu intento secundário consistia *"em propiciar uma certa segurança e estabilidade governamental"* especialmente quando os príncipes instituídos no poder usufruíssem desse direito em vista de sucessão hereditária (PÁDUA, 1997: 119). Eis aí, já em Marsílio de Pádua, uma proposta condizente àquilo que, mais tarde, seria chamado de *monarquia constitucional*, e, portanto, o *embrião* de um governo limitado pelo direito instituído[31].

Em vista de todas essas especificidades, não restam dúvidas quanto à correição da afirmação de Skinner (2004), no sentido de que a teoria paduana teria contribuído essencialmente para a defesa da independência total das cidades-Estado italianas, *de iure*, em relação à Igreja. Daí porque, igualmente, ser correto inferir que tese de Marsílio contribuiu para a derrocada das pretensões eclesiásticas em relação ao poder temporal, e, sobretudo, para a formação, ainda que um século depois, dos primeiros Estados nacionais.

Assim, tanto quanto é correto dizer que a teoria paduana contribuiu para a formação do pensamento político moderno, é possível sustentar que, já em *Marsílio de Pádua*, identificam-se alguns dos *elementos fundantes* do Constitucionalismo.

1.3 A Teoria de *GUILHERME DE OCKHAM*

Guilherme de Ockham, tido por Ben (2006) como *el último medieval*, e para Sánchez, como *um pensador político moderno en el mundo medieval*, foi um monge franciscano que viveu durante o final do século XIII até meados do século XIV [1285-134(7/9);(50)?]. Nominalista extremo, *Ockham* foi um crítico do platonismo, do agostiniasmo, do aristotelismo e do tomismo. Seus estudos derivam de um período de grandes instabilidades e questionamentos[32], em que se 'desmoronam' as estruturas sociais, políticas e religiosas, como até então eram conhecidas, juntamente como os vínculos existentes entre eles.

Basicamente, *Ockham* se opõe à Platão e Aristóteles ao sustentar que os universais seriam meras criações dos seres humanos, isto é, 'flactos vocci', verdadeiras *criaturas signativas* da linguagem. Em suas palavras, os universais seriam verdadeiramente meros singulares, porquanto designariam as coisas existentes no mundo. Nesse sentido, os universais seriam signos, e como signos (significantes de várias coisas), singulares, não universais pela forma (Platão) ou pela substância (Aristóteles).

Em oposição ao pensamento de Agostinho e Tomás de Aquino, *Ockham* sustenta a inutilidade da utilização de elementos platônicos e aristotélicos como instrumentos

hábeis à explicação de questões inerentes à fé. Em suas palavras, enquanto o saber racional estaria baseado na lógica, o saber teológico basear-se-ia na *iluminação*, tornada possível pela fé. Exatamente por isso, esses dois saberes seriam independentes entre si, não convergindo em ponto algum.

Nas palavras de Ben (2006), isso não significa que *Ockham* desconsidere a Teologia, ou que considere que as conclusões decorrentes da fé não pudessem ser racionais, e sim que, por não serem evidentes por si mesmos, advindo da revelação proveniente da fé, os argumentos teológicos jamais poderiam ser tidos como simples demonstrações da razão.

A terceira marca do pensamento de *Ockham* (1988) afigura-se no seu intento de estabelecer uma separação entre Igreja e Estado. De fato, como dominicano, sua intenção era de promover uma reforma na Igreja, o que, necessariamente, passaria por uma mudança de postura do Papa. Este deveria cuidar dos interesses da comunidade num âmbito espiritual, e, portanto, zelar mais pela espiritualidade dessa comunidade, que cuidar dos interesses do imperador. *Ockham* ainda criticará, nesse mesmo sentido e com o mesmo intento de separar o Estado da Igreja, a posição de poder e os privilégios ostentados por esta última, durante toda a idade média[33].

É certo que essas três marcas do pensamento de *Guilherme de Ockham* influenciarão sobremaneira as futuras teorias *epistemológicas* relativas às mais diversas áreas da ciência e da filosofia. A primeira delas propiciará um suporte que, mais tarde, servirá de base para uma verdadeira *revolução copernicana* que, a começar por Descartes[34], Hume e tantos outros, culminará na teoria de Kant, que empreenderá o questionamento definitivo da relação *objeto-objeto*, própria da *filosofia do ser**[35]***. A segunda justificará o abandono das incessantes tentativas de explicação dos elementos divinos mediante critérios da razão lógica. E, finalmente, a terceira dessas marcas servirá como um elemento fundante para a cisão definitiva entre Igreja e Estado, entre poder político e religioso, podendo, inclusive, ser considerada como uma antecipação das ideias posteriormente defendidas pelos *contratualistas modernos*. E é exatamente essa última marca que é de mais valia para o presente trabalho, porquanto auxilia a formulação da tese de que os *elementos fundantes* do Constitucionalismo, mesmo antes dos *contratualistas modernos*, já apresentavam seus *germes* nas teorias medievais, entre elas, a de *Guilherme de Ockham*:

En Ockham se encuentra además del teólogo, al filósofo y al político, quien sorprendió en gran medida a los pensadores políticos medievales com sus conceptos avanzados sobre la política y el gobierno civil. En este sentido, esta corta reflexión no intenta convertirse en una investigación novedosa em todos sus aspectos, **sino en una interpretación del presente político a la luz de los planteamientos Ockhamistas, además se tratará de afirmar la tesis fundamental sobre el autor, como uno de los primeros pensadores modernos, que, al igual que Marsilio de Padua, supo distinguir entre el poder espiritual y el poder temporal, entre el régimen político cívico y el de institución religiosa, y con el cual se daría en la posteridad el inicio a las teorías del Contractualismo moderno de la política,** representada en dos grandes autores como lo son Thomas Hobbes y John Locke, caracterizados en los textos de análisis de la política moderna como los padres del Contractualismo y del racionalismo político moderno occidental y considerados posteriormente como los padres de la figura

del estado moderno occidental europeo. (SÁNCHES, 2005: 94-95 – sem destaque no original).

De fato, como bem ressalta Sanches (2005), a teoria de *Ockham* dá sequência às inúmeras críticas desferidas por *Marsílio de Pádua* contra a tradição herdada do Papa Inocêncio III, e ratificada pelo Papa Bonifácio VIII (em sua *Bula Unam Sanctam*), segundo a qual o poder espiritual se encontraria acima do poder temporal. O problema é que para *Ockham* isto configurava uma contradição ante a política, porquanto esta não pode sustentar-se claramente como reflexão e ação no campo público se não está sustentada em primeiro lugar pela razão, e em segundo, pela lei.

Daí que o pensamento político ockhamista já se apresenta como um *elemento fundante, um embrião* que, posteriormente, em sociedades como Inglaterra, França e Espanha, será assumido como compromisso pelas/com as instituições, o que resultará no reconhecimento dos direitos dos cidadãos ante o governo, bem como, na legitimição do poder político exercido pela autoridade civil (SÁNCHEZ, 2005: 99 et seq.).

A bem da verdade, *Ockham* (1988) é completamente contrário ao exercício, pelo Papa, e mesmo pela Igreja, de funções que exorbitem os assuntos atinentes à espiritualidade. Isso se deve ao fato de que, sob a sua ótica, o Papa não poderia discutir assuntos de ordem civil, cuja competência pertenceria estritamente aos reis e juízes. É exatamente por isso que ele condena o Papa de Avignon por dedicar-se a assuntos que, longe de ser religiosos, pertenceriam muito mais ao âmbito secular/civil. É certo que *Ockham* não está a negar, aqui, a importância da Igreja, mas apenas a sustentar que esta teria se desviado de seus ofícios biblicamente determinados, a saber, a propagação da mensagem de salvação da alma do homem e o serviço ao próximo.

A questão é que, para *Ockham*, nem por direito humano, nem divino, o Papa haveria recebido um poderio tal que o permitisse, legitimamente, estender seu domínio, de forma a atingir inclusive questões temporais. Isso porque, em sua ótica, o principado apostólico fora instituído para os serviços acima descritos, não para o domínio:

Embora, enquanto Deus, Cristo fosse senhor e juiz de tudo, tendo a omnímoda plenitude do poder, contudo, enquanto homem passível e mortal, não teve uma plenitude das coisas temporais a ponto de tudo poder, sem que Deus Pai lhe fizesse nova doação de poder.

(...)

Se, pois, Cristo quis abdicar da plenitude do poder durante o tempo em que veio servir e não ser servido, segue-se que não concedeu a plenitude a seu vigário, o papa (OCKHAM, 1988: 59-60 – sem destaque no original).

O certo é que para *Ockham*, nem mesmo o poderio imperial dependeria da mediação do Papa, porquanto derivaria diretamente de Deus aos homens do povo (ainda em um sentido restrito e excludente tal como em John e Marsílio). Daí que o imperador prescindiria da consagração Pontifícia, competindo a ele, e não à Igreja, instituir tributos, inclusive sobre os benefícios eclesiásticos (OCKHAM, 1988: 129-180; SÁNCHEZ, 2005: 107-108).

No tocante à função política, portanto, *Ockham* é de opinião que ela consiste em uma ação reflexiva e prática que recairia fundamentalmente sobre as costas do governante (rei), não sobre os ombros do Papa. Exatamente por isso, o político não poderia ser um religioso (no sentido estrito da palavra, isto é, um sacerdote), mas um homem capaz de dirigir os cidadãos ao caminho da virtude cívica, e, ainda, de converter a mera obediência pelo medo em adesão, isto é, a simples imposição em legitimidade.

Diante disso, Sánchez (2005) afirma categoricamente que, em termos ockhamistas, em vista dessas circunstâncias, o poder político se originaria *dos indivíduos*, criaturas de Deus que teriam recebido um direito natural para decidir sobre as coisas que lhes aprouvessem, desde, inclusive, conhecer a Deus, até decidir sobre quem deveriam ser seus governantes. Daí ser plenamente plausível a *Ockham* conceber o sujeito como titular de uma diversidade de direitos naturais e positivos, enraizados na vontade divina e na história humana, os quais representariam verdadeiros baluartes de sua liberdade, e que, a despeito de renunciáveis, só poderiam ser subtraídos em vista de motivos graves e demonstráveis. Nas palavras de Sánchez:

Uno de los puntos centrales de su pensamiento político tiene que ver fundamentalmente con el individuo, al reconocer a éste derechos y deberes independientes de la comunidad. Este punto es el clave para entender los aportes de Ockham hacia las democracias modernas; tanto en Hobbes como em Locke, el individuo es el agente principal de la política, pues al reunirse esa voluntad de cada individuo y decidir sobre cual es la mejor forma de gobierno que necesitan los individuos para vivir felices, es como se puede conformar una comunidad política, alejada de la interpretación teológica de la política.(2005: 108)

A verdade é que já em *Ockham*, isto é, mesmo antes da Reforma Protestante, a ideia de indivíduo já começava a ser cunhada, assim como a ideia de direitos inerentes ao homem. Ocorre que, nessa época, a concepção do conceito de indivíduo ainda estava muito atrelada à noção de pertença à comunidade, tal como em Marsílio de Pádua. Mesmo assim, já é possível enxergar em *Ockham* os *germes* de um pensamento individualista, a começar pela concepção do sujeito (indivíduo) pensante, posteriormente consagrado em Descartes.

Por tudo isso, é certo que a teoria de *Ockham*, proveniente de meados do século XIV, influenciou não apenas a filosofia, mas, sobretudo, o pensamento político desenvolvido na modernidade. Daí ser a compreensão de suas concepções sobremodo importante (tal a compreensão teorias de Rousseau, Hobbes e Locke), para a intelecção das instituições e do pensamento modernos[36].

2 DO DEVER AO DIREITO DE RESISTÊNCIA

A alegação de que, na pretensão de justificar a separação entre os poderes espiritual e secular/temporal, *John of Paris, Marsílio de Pádua* e *Guilherme de Ockham,* ainda na Idade Média, teriam lançado *os elementos fundantes* daquilo que, na era moderna, viria a ser identificado como Constitucionalismo, a despeito de correta, é incompleta.

Não há como negar que, já em *John of Paris,* encontrem-se os *embriões* de um 'pacto social fundante' da vida em comum na sociedade, e de vinculação da *legitimidade do poder secular* à vontade da *multidão perfeita,* manifesta por meio da eleição. Essas ideias, sem sombra de dúvida, constituíram o primeiro passo, o embrião que, séculos mais tarde, propiciou o surgimento de um Estado Laico, em cujo fundamento de legitimidade e exercício do poder político não mais decorreria de qualquer elemento espiritual, apenas temporal.

Também não há como negar que, já em *Marsílio de Pádua,* encontrem-se argumentos em prol da ampliação da noção de *soberania popular*, bem como da total desvinculação da *lei humana,* produto do exercício das deliberações do 'fiel legislador humano', de questões de cunho transcendental. Essa realidade, sem sombra de dúvida, tornou possível a identificação, na teoria paduana, do *embrião* de um governo limitado pelo direito instituído/criado pelos cidadãos.

De igual modo, é inquestionável a contribuição de *Guilherme de Ockham* para o firmamento da competência jurisdicional do príncipe no tocante às questões cíveis, entre elas a instituição de tributos, em detrimento da pretensão de plenitude da Igreja. Também já se percebem, em sua teoria, os primeiros *germes* da noção de um sujeito titular de direitos (naturais e positivos), os quais, a despeito de renunciáveis, só poderiam ser subtraídos em vista de motivos excepcionais.

Ocorre que a completude dos *alicerces fundamentais* do Constitucionalismo exigia, ainda, a concepção de um último elemento, não menos importante, e sem o qual soçobra a pretensão mesma de legitimidade da ordem constituída consensualmente pelos cidadãos: a noção de Direito de resistência.

O fato é que sem a concepção do Direito de resistência, jamais se conceberia a noção de direito da minoria, o que impediria as minorias de, legitimamente, se opor aos abusos perpetrados pela maioria em prol da busca pelo 'bem comum'. Por conseguinte, jamais seria possível falar em Constitucionalismo, que dirá um Constitucionalismo democrático, porquanto a vontade da maioria continuamente dominaria, ou mesmo, suprimiria a da minoria. E exatamente em vista disso, continuaria a ser possível suprimir os direitos constituídos (liberdades) dos cidadãos em nome de uma noção majoritária, e ainda absolutista, de 'bem comum', o que impediria a sustentação da legitimidade do ordenamento jurídico constituído, ao menos em face daqueles que tivessem sido vencidos quando de sua construção/criação, ou subjulgados injustamente quando de sua aplicação.

É por isso que o Constitucionalismo, para que viesse a se manifestar, não prescindia da noção de Direito de resistência; e essa noção foi concebida ainda na idade Média, a partir das leituras atribuídas às teorias reformistas de *Lutero* e *Calvino*.

A bem da verdade, *Lutero* e *Calvino* nunca pretenderam construir uma teoria política que fundamentasse o Direito de resistir. Como reformadores da Igreja, ambos estavam mais preocupados com as questões espirituais, isto é, com a defesa dos fiéis contra as heresias perpetradas pelo Papa Católico em nome de Deus. Ambos despenderam esforços para reafirmar a ideia bíblica de salvação eterna, fruto da graça de Deus, consubstanciada por meio da morte de Cristo na cruz, e que se confirmaria ao cristão por meio da *Fé*, e *Fé em Jesus Cristo* apenas***[37]***.

Ocorre que a revolução religiosa, provocada pelas teses de *Lutero* e *Calvino*, a despeito de umbilicalmente ligada às questões da *Fé*, não se limitou a essa seara, dando azo a que, à perseguição dos *novos convertidos* ao protestantismo a partir de 1530[38], se opusessem teorias que culminaram na concepção do *Direito/dever de Resistir*.

De fato, como bem salienta Skinner, Lutero já se ocupara sobremodo com a questão duvidosa relativa a se o cristão deveria acatar as ordens de um príncipe corrupto, ao que respondera que *"não, porque ninguém deve agir erradamente"* (apud SKINNER, 2004: 299). A questão é que, até 1530, era evidente que *Lutero* não balizava a noção do Direito ativo de resistência, porquanto sua posição consistia em que, diante de um governante indigno, o cristão devesse, no máximo, *desobedecer passivamente* às suas ordens. Nas palavras de Skinner:

A despeito de sua insistência na idéia de que jamais se deve obedecer um governante ímpio, ele afirma com igual segurança que a tal príncipe nunca se deve opor uma resistência ativa. Sendo todos os poderes ordenados por Deus, resistir a um deles equivaleria, mesmo tratando-se de um tirano, a opor-se á vontade divina. Esse agudo contraste entre os deveres da desobediência e da não-resistência à tirania se evidencia melhor na parte central do tratado sobre a *Autoridade temporal* (2004: 299).

Daí dizer-se, e com razão, que Lutero coadunasse com as *monarquias absolutistas*, as quais já começavam a surgir na Europa. Ocorre que *"após anos de vacilações e concessões, os governos católicos do Norte da Europa voltaram-se com violência contra os reformadores"*, o que, por conseguinte, ocasionou no rompimento da paz entre o catolicismo e o protestantismo, a começar na Alemanha e seguida na Inglaterra, Escócia e França. Essa ocasião levou os seguidores do luteranismo e do calvinismo a reagirem, primeiro com pena, e depois com espada (SKINNER, 2004: 465 *et. seq*).

É certo, como bem noticia Skinner (2004), que no início da crise os Calvinistas ainda manifestavam apoio à *obediência política passiva*, postura muito parecida com o dos Luteranos de 1520. Portanto, eles não apoiavam a resistência ativa contra o governante ímpio e opressor, mesmo porque a tese inicial de Calvino era completamente contrária a uma tal postura.

Ao contrário dos Calvinistas, os Luteranos encontraram pouca dificuldade para defender a ideia da *resistência ativa* ao Imperador quando, em 1546, resolveram declaram guerra a Carlos V, na Alemanha, ante a desconsideração do protesto[39] formal por eles dirigido à 'Dieta Imperial de 1530'. À época, duas teorias já haviam se afirmado para fundamentar juridicamente o Direito de resistir: a *Teoria do Direito Privado* concebida por Brück, a qual foi posteriormente seguida pelos Calvinistas do Norte Europeu, na Escócia e na Inglaterra; e a *Teoria Constitucionalista,* de Felipe de Hesse (1529), reiterada nos anos que se seguiram por Bucer, Osiander e outros autores luteranos, à qual aderiram os Calvinistas do continente (centro da Europa).

De acordo com a *Teoria do Direito Privado,* que fazia remissão ao Direito Canônico e Civil, afirmava que existiam basicamente três tipos de casos em que seria possível resistir com violência contra o Potentado instituído. O primeiro teria lugar quando previamente se houvesse feito uma apelação. O segundo, quando o Potentado extrapolasse a sua jurisdição legal e a injuria resultante fosse notória e irreparável. A terceira, quando o Potentado, a despeito de agir dentro de sua jurisdição, causasse danos irreparáveis aos cidadãos. Essas três situações, inicialmente pensadas no âmbito civil, justificavam o direito de resistência, segundo Brück, porquanto nelas, o juiz (no caso, o imperador) já não seria entendido mais como juiz, mas apenas como *cidadão privado* que estaria infligindo injurias notáveis aos seus jurisdicionados (SKINNER, 2004: 473-474).

Por outro lado, a *Teoria Constitucionalista* afirmava basicamente que todas as vezes em que um magistrado superior perseguisse seus súditos, o magistrado inferior, pela lei da natureza, pela lei divina e pela verdadeira religião e reverência a Deus, deveria, por ordem de Deus mesmo, resistir-lhe. Entretanto, foi ao próprio Calvino que se deveu o principal desenvolvimento da teoria da resistência constitucional. (SKINNER, 2004: 483/487). Nas palavras de Skinner:

Há indícios seguros de que Calvino terá começado a modificar sua doutrina da obediência passiva em fins da década de 1550, passando a demonstrar maior inclinação para aceitar a teoria da resistência constitucional. Um desses indícios se lê na carta que escreveu a Coligny em 1561, tratando do fracasso da conspiração de Ambroise (2004: 489).

O fato é que, desde então, Calvino passou a sustentar que se o supremo magistrado falhasse em seu cargo e se, como parte da dádiva concedida por Deus ao seu povo, tivesse concedido também magistrados inferiores, estes teriam condições de reprimir o príncipe em seu cargo, e até mesmo coagi-lo pela defesa do bem o do governo piedoso. E uma vez aceita pelos Calvinistas ortodoxos, já na década de 1560, essa teoria passou a legitimar o movimento de resistência nos Países Baixos e depois na Espanha, como bem atesta Skinner (2004: 489).

Posteriormente, essa teoria veio a ser mais uma vez reformulada, desta feita, pelos Calvinistas Radicais. A partir daí, passou-se a entender que apenas os poderes regular e legitimamente exercidos seriam instituídos por Deus. Isso possibilitou a

conclusão de que a resistência aos governantes perversos não ofendia a Deus, antes, representava uma tentativa de restabelecimento da sua vontade, pelo a oposição ao magistrado desvirtuado passou a ser entendida não mais como mero direito, mas, sobretudo, como dever.

O desenvolvimento do *Radicalismo Calvinista* ainda permitiu mais dois avanços no tocante àqueles que passaram a ser entendidos como legítimos a se opor contra o governante perverso. Além dos magistrados do povo, nomeados para restringir a arbitrariedade dos reis (concebidos originalmente pelos Luteranos), os Calvinistas passaram a defender que também *magistrados eforais*, eleitos e responsáveis diretamente perante seus eleitores, deveriam se opor aos governantes corrompidos. E isso foi apenas mais um passo para que, finalmente, anos mais tarde, concebessem a possibilidade de *oposição individual-privada*, ou conjunta do povo, contra o governante que se corrompesse no exercício de sua função. Com isso, estava finalmente lançado o último *germe fundante* do Constitucionalismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista de tudo o que foi acima delineado, resta evidente que, mesmo antes dos *contratualistas* Hobbes, Rousseau, Locke, teorias como a de *John of Paris*, *Marsílio de Pádua* e *Guilherme de Ockham*, acerca da distinção entre o *poder temporal e o espiritual*, bem como a tese do *dever de resistência*, decorrente dos ensinamentos dos *Luteranos* e *Calvinistas*, já se apresentavam como os *embriões* daquilo que, posteriormente, viriam a constituir os maiores pilares do *Constitucionalismo moderno*: a *soberania popular, as limitações ao exercício do Poder constituído* (entre elas os direitos fundamentais), e, finalmente, o *direito da minoria*.

Para que isso fosse possível, foi preciso demonstrar, primeiramente, que já em *John of Paris* encontravam-se os *germes* de um 'pacto social fundante' da vida em comum na sociedade, e de vinculação da *legitimidade do poder secular* à vontade da *multidão perfeita*. Demonstrou-se, ainda, que essas ideias constituíram o primeiro passo, o embrião que, séculos mais tarde, propiciou o surgimento de um Estado Laico, em cujo fundamento de legitimidade e exercício do poder político não mais decorreria de qualquer elemento espiritual, apenas temporal.

Feito isso, passou-se à análise da teoria de *Marsílio de Pádua*, a fim de demonstrar que a mesma já apresentava argumentos em prol da ampliação da noção de *soberania popular*, bem como da total desvinculação da *lei humana*, produto do exercício das deliberações do 'fiel legislador humano', de questões de cunho transcendental. Em vista disso, concluiu-se que essa realidade tornou possível a identificação, na teoria paduana, do *embrião* de um governo limitado pelo direito instituído/criado pelos cidadãos.

O terceiro passo para se atingir o intento inicialmente proposto foi analisar a teoria de *Guilherme de Ockham*, o que permitiu a visualização de sua contribuição para o firmamento da competência jurisdicional do príncipe no tocante às questões cíveis, entre elas a instituição de tributos, em detrimento da pretensão de plenitude da Igreja. Além

disso, essa análise tornou possível a percepção, em sua teoria, dos primeiros *germes* da noção de um sujeito titular de direitos (naturais e positivos), os quais, a despeito de renunciáveis, só poderiam ser subtraídos em vista de motivos excepcionais.

Finalmente, analisaram-se as contribuições de *Lutero* e *Calvino*, bem como de seus seguidores, para a configuração do último elemento, não menos importante, e sem o qual soçobraria a pretensão mesma de legitimidade da ordem constituída consensualmente pelos cidadãos: a noção de Direito de resistência. Estava, assim, lançado o último dos *alicerces fundamentais* para a configuração do Constitucionalismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEN, Ada Sofía. Guillermo de Ockham: El último medieval. **A Parte Rei. Revista de Filosofa,** nº. 45, Maio de 2006, p. 1-7.

CAMPAROTTO, Peterson Razente; TOLEDO, Cezar de Alencar Arnaut. O conceito de poder na filosofia política de Marsílio de Pádua. **Acta Scientiarum. Human and Social Sciences.** Maringá, v. 25, 2003, nº. 2, p. 267-276.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GADAMER, **Verdade e método.** Trad. Flávio Paulo Meurer, revisão Enio Paulo Giachini. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GADAMER, **Verdade e método II**. Trad. Enio Paulo Giachini, revisão Marica Sá Cavalcante-Shuback. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

LIMA, João Nivaldo. O Poder Temporal em João Quidort. **Dissertatio. Revista de Filosofia da Universidade Federal de Pelotas. Pelotas,** nº. 24, 2006, p. 133 – 155.

OCKHAM, Guilherme de. **Brevilóquio sobre o principado Tirânico.** Tradução: Luis A. De Boni. Petrópolis: Vozes, 1988.

PÁDUA, Marsílio de. **O Defensor da Paz**. Tradução e notas: José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Introdução: José Antônio Camargo Rodrigues de Souza, Francisco Bertelloni e Gregório Piaia. Petrópolis: Vozes, 1997.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

QUIDORT, João. **Sobre o Poder Régio e Papal**. Tradução e Introdução: Luís A. De Boni. Petrópolis: Vozes, 1989.

SÁNCHEZ, Olmer Alveiro Munõs. Guillermo de Ockham. Um pensador político moderno en el mendo medieval. **Artigo de Livro ?** 2006, p. 95-109.

Site http://www.fordham,edu/halsall/source/john paris-y67s14a.html. **John of Paris, On Royal and Papal Power.** Último acesso em 27 de julho/2009.

Site http://www.fordham,edu/halsall/source/marsiglio1.html. Último acesso em 29 de julho/2009.

Site http://www.fordham,edu/halsall/source/marsiglio4.html. **Medieval Sourcebook: Marsiligio of Padua: Conclusions from *Defensor Pacis*, 1324.** Último acesso em 30 de julho/2009.

Site http://www.monergismo.com/textos/credos/lutero_teses.htm. Último acesso em 31 de Julho/2009.

Site http://www.mb-soft.com/believe/txn/luther95.htm. Último acesso em 31 de julho/2009.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

TÔRRES, Moisés Romanazzi. **A Filosofia Política de Marsílio de Pádua: Os Novos Conceitos de *Pax*, de *Civitas* e de *Lex*.** Disponível em www.revistamirabilia.com/numeros/num3/artigos/art9.htm

---

[1] Acerca do tema, vide (GADAMER, 1999:567; 2002: 79).

[2] Nas palavras de Gadamer, "*o próprio horizonte do intérprete é, desse modo, determinante, mas ele também, não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas antes, como uma opinião e possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se de verdade do que diz o texto. Mais acima descrevemos isso como fusão de horizontes*" (1999: 566). Acerca do tema, vide também (PEREIRA, 2007: 35-36).

[3] ESSAS INFORMAÇÕES FORAM COLHIDAS EM JOHN OF PARIS, ON ROYAL AND PAPAL POWER, DISPONÍVEL EM SITE HTTP://WWW.FORDHAM,EDU/HALSALL/SOURCE/JOHN PARIS-Y67S14A.HTML. ÚLTIMO ACESSO EM 27 DE JULHO/2009.

[4] É nítida aqui a influência de Aristóteles, no que tange à idéia de mesostese, isto é, de que a virtude estaria no meio, sobre o pensamento de Quidort.

[5] Nas palavras de Quidort, *"como os homens, pela comunidade das palavras, não conseguiam passar da vida animal para a vida em comum correspondente à sua natureza, (...), então alguns homens, que faziam maior uso da razão e sofriam sob a falta de rumo de seus semelhantes, empreenderam a obra de, através de argumentos persuasivos, convencer os demais a partir para uma vida comum ordenada*" (1989: 46).

[6] Nas palavras de Quidort, *"toda a multidão, na qual cada um persegue seu próprio interesse, acaba por dissolver-se e dispersar-se em diversas direções,* ***a não ser que seja ordenada para o bem comum por um só pessoa, a quem foi confiado o cuidado pelo bem comum,*** *do mesmo modo como o corpo do homem se decomporia, se nele não existisse uma certa força comum, que visasse ao bem de todos os membros"*(1989: 45 – sem destaque no original).

[7] Perceba-se que, em *John of Paris*, como não poderia deixar de ser para um frade medieval, o conceito de povo ainda é bastante elitista. Portanto, a alegação de que *"o poder real (...) provém de Deus e do povo que o elegeu e continua elegendo o rei*" há que ser entendida tendo em vista essa realidade. (QUIDORT, 2006: 73).

[8] Nas palavras de Lima, *"o bem comum, no tratado Sobre o Poder Régio e Papal de João de Paris, atrai e orienta a atividade dos membros da comunidade política e evita que esta se dissolva por egoísmos particulares. Este "bem" é o fundamento, a meta, o télos da integração da "multidão perfeita". O conceito de bonum comune é uma das peças cardeais da filosofia tomista aportada pelo dominicano de Saint Jacques a respeito da teleologia política*" (2006: 148).

[9] *"João de Paris efetivamente pensa que o poder político não vem pela via descendente: de Deus diretamente aos potentados e destes aos seus ministros; mas, das mãos divinas, pela ascendente: de Deus ao povo, e deste ao monarca ou à família da qual este sairá"* (LIMA, 2006: 145).

[10] Nas palavras de Skinner, *"talvez a mais significativa vertente da teoria política radical de fins da idade média tenha surgido a partir do movimento conciliarista.* ***É verdade que quando Huguccio e seus seguidores articularam a tese do conciliarismo, em fins do século XII, contentaram-se em apresentá-la como uma série relativamente ad hoc de argumentos acerca da necessidade de proteger-se a Igreja contra a possibilidade de heresia ou mau governo do papa.*** *Mas, quando a teoria veio a ser revivida e desenvolvida por Gerson e seus discípulos, na época do Grande Cisma, a*

idéia da Igreja como uma monarquia constitucional foi deduzida de uma análise mais geral das sociedades políticas – um gênero do qual a Igreja passava, agora a ser considerada uma espécie (...) Por sua vez, isso significou que, ao defender ***a autoridade dos concílios gerais sobre a Igreja****, Gerson em particular se viu obrigado a enunciar uma teoria a respeito das origens e da localização do poder político legítimo na república secular. E ao expor esse argumento, contribuiu em dois pontos, de forma notável e fadada a exercer profunda influência, para a evolução de uma concepção racidal e constitucionalista do Estado Soberano."*(2006: 394-395 – sem destaque no original)

[11] Tradução livre: *"Ambos buscam a sua origem de um poder supremo, nomeadamente Deus. Por essa razão o inferior [o rei] não é sujeito ao superior [o sacerdote] em todas as coisas, mas apenas naqueles problemas nos quais o poder supremo [Deus] tenha subordinado o inferior ao superior"*.

[12] In respect of the goods of laymen, the pope does not have lordship or even stewardship (chapter 7). Such goods do not come by gift or grant to a community, but are acquired by individual laymen 'through their own skill, labour and diligence' (*John of Paris, On Royal and Papal Power,* disponível em site http://www.fordham,edu/halsall/source/john paris-y67s14a.html. Último acesso em 27 de julho/2009).

[13] **This means that the individual's right to property is not absolute.** Some of it can be taken even without the individual's consent when the common good requires it. (Later Locke maintained that there should be no taxation without consent; **here John says that, although the ruler cannot treat as his own the subject's property, when the common need justifies it he can levy compulsory contributions.)** (*John of Paris, On Royal and Papal Power,* disponível em site http://www.fordham,edu/halsall/source/john paris-y67s14a.html. Último acesso em 27 de julho/2009 – sem destaque no original).

[14] So far, then, it has been argued that the pope does not have supreme lordship over goods - not even over the goods of the Church - and does not have supreme temporal jurisdiction. (*John of Paris, On Royal and Papal Power,* disponível em site http://www.fordham,edu/halsall/source/john paris-y67s14a.html. Último acesso em 27 de julho/2009 – sem destaque no original).

[15] Nas palavras de Quidort, "(...) nem o príncipe, nem o papa têm direito de posse ou de administração sobre tais bens" (1989, 60).

[16] Seu pai, Bonmatteo, foi notório na Universidade de Patavina. Nesse sentido, vide (PÁDUA, 1997: 14).

[17] Acerca de todo o contexto que gerou o conflito entre Luiz IV da Baviera e o Papa João XXII, vide (PÁDUA, 1997: 16 *et seq*.).

[18] Nesse sentido, confira-se *A Filosofia Política de Marsílio de Pádua: Os Novos Conceitos de Pax, de Civitas e de Lex.* Disponível em www.revistamirabilia.com/numeros/num3/artigos/art9.htm.

[19] Vide site http://www.mb-soft.com/believe/txn/luther95.htm.

[20] A veracidade desse marco é questionada por Skinner (2004: 205).

[21] Em suas palavras, *"seguindo o exemplo do Jesus que nos ensinou a Verdade, mediante ela será possível extirpar da face da terra aquela peste, à qual já fizemos referência [no caso as disputas pelo poder], provando que a mesma tumultua os regimes civis, e principalmente àquelas pessoas que amam a Cristo observando a sua doutrina reiteramos, ao se imiscuirem nos assuntos políticos da sociedade civil sem estarem devidamente ocupados com a salvação eterna"* (PÁDUA, 1997: 71).

[22] "My kingdom is not of this world;" that is, **I am come not to reign by temporal rule and dominion, as the kings of the world reign.** It remains to show that Christ not only refused the rule of this world and coercive jurisdiction on earth, whereby He gave an example for action to His apostles and disciples and their successors, but that He also taught by word and showed by example that all, whether priests or not, should be subject in reality and in person to the coercive judgment of the princes of this world. (Disponível no site www. Fordham.edu/source/margiglio4.html. Último acesso em 29 de Julho/2009)

[23] The general council of Christians or its majority alone has the authority to define doubtful passages of the divine law, and to determine those that are to be regarded as articles of the Christian faith, belief in which is essential to salvation; and no partial council or single person of any position has the authority to decide these questions. (Disponível no site www. Fordham.edu/source/margiglio1.html. Ultimo acesso em 29 de Julho/2009)

[24] Seguir-se-á, aqui, por questões didáticas, a mesma sequência exposta por Skinner (2004: 40 *et seq*.).

[25] Nas palavras de Marsílio, *"o Bispo de Roma [Papa], e qualquer outro bispo ou presbítero ou clérigo, sem exceção, por força das palavras da escritura, não pode reivindicar para si próprio, nem se atribuir o governo coercitivo ou jurisdição contenciosa, e ainda menos o supremo governo sobre todos os fiéis,clérigos ou leigos; e que, de acordo com o conselho e o exemplo de Cristo, eles devem recusar tal tipo de governo, especialmente nas comunidades cristãs, na hipótese de o mesmo vir a ser-lhes oferecido ou outorgado por alguém que tenha autoridade para fazê-lo; e igualmente que, todos os bispos, e as demais pessoas atualmente designadas por clérigos, sem exceção, têm de estar subordinados ao julgamento coercitivo ou ao poder daquele que governa por meio da autoridade do legislador humano máxime se ele for cristão"*(PÁDUA, 1997: 231).

[26] **Proceeding from what has been demonstrated, we will show here first that no one of the apostles was given pre-eminence over the other in essential dignity by Christ**. . . For Christ, giving to the apostles the authority over the sacrament of the eucharist, said to them: "This is My Body which is given for you, this do in remembrance of Me." . . . And he did not say these words more to Peter than to the others. For Christ did not say: "Do thou this, and give the right of doing it to the other apostles," but He said, "Do" in the plural, and to all **without distinction.** And later Christ said to the apostles: "As My Father has sent Me, even so send I you. He breathed on them and saith unto them, "Receive ye the Holy Ghost, whosoever sins ye remit, they are remitted unto them, and whosoever sins ye retain, they are retained." Now Christ said: "I send you as My Father sent Me;" He did not say to Peter or to any other apostle in the singular, "I send thee as the Father, etc., do thou send the others." Nor again did Christ breathe upon him, but upon them, not upon one through another. **Nor did Christ say to Peter: 'Receive the Holy Ghost, and afterwards give it to the others," but he said, "Receive," in the plural and speaking to all indifferently(…)** (Disponível no site www.fordham.edu/halsall/source/marsiglio4.html - Último acesso em 30 de julho/2009 – sem destaque no original)

[27] Nas palavras do paduano, "(...) *nas comunidades cristãs já bem organizadas,* ***compete somente ao legislador humano ou à multidão dos fiéis da província*** *onde o ministro a ser indicado deverá agir, apresentar, eleger e nomear pessoas para exercerem as ordens sacras, e ainda que não é permitido a nenhum bispo ou padre individualmente, nem apenas ao grupo clerical, sem a autorização do legislador humano ou do governante, por delegação de competência, cooperar na designação dessas pessoas para exercer tais ministérios"* (PÁDUA, 1997: 447-448).

[28] Acerca do tema, sugere-se a leitura de (CAMPAROTTO; TOLEDO: 2003: 267-276).

[29] Nas palavras de Tôrres, em Marsílio "o conceito de *pax*, repensado diretamente a partir do princípio aristotélico, baseia-se em concepções puramente naturais, segundo uma idéia de paz que corresponde ao estado terreno perfeito, tão-somente à ausência de conflito, possível de ser realizada apenas no interior da sociedade civil (a cidade – *civitas*). (Confira-se, nesse sentido, *A Filosofia Política de Marsílio de Pádua: Os Novos Conceitos de Pax, de Civitas e de Lex.* Disponível em www.revistamirabilia.com/numeros/num3/artigos/art9.htm)

[30] Tradução livre: *"Quando Marsílio de Pádua se refere à natureza da lei, não a caracteriza como uma norma que está baseada na teoria teocrática, mas está a dizer que a lei é um preceito coativo, isto é, obrigatório, que lhe garante toda a caracterização possível como lei; assim, são os homens que dão sentido de obrigatoriedade às leis, a fim de que eles os governem: o governo, como parte instrumental do Estado, recebe seu poder do povo, a saber, o legislador humano, em quem todo o poder civil está presente"* (2005: 98).

[31] *"(...) é necessário estabelecer algo na sociedade civil que possibilite a realização correta de julgamentos civis, e mediante o qual poderão ser efetivados de acordo com a forma requerida, e na medida do possível estejam preservados das falhas dos atos humanos. Esse é o caso da lei, pois o governante ou príncipe deverá proferir os julgamentos civis de acordo com o que ela determina. Logo legislar é necessário à comunidade civil"* (PÁDUA, 1997: 119).

[32] Nas palavras de Sanches, *"estos siglos son fundamentales no sólo para entender el por qué en la sociedad medieval comienza una etapa de transición hacia nuevas reformas, llevando con ello a un cambio en la mentalidad con respecto a lo político, sino también porque es el momento en el cual se revalúan las concepciones sobre el poder político, alejándose de una concepción teocrática del mismo y acercándose a una civilista"*(2005: 95).

[33] Nesse mesmo sentido, vide (BEN, 2006: 6).

[34] Nas palavras de Sánchez, os *"aportes desde el nominalismo permite ver un acercamiento a la concepción posterior del individuo de Descartes, es así como el Cogito, la res cogitans del moderno puede verse claramente expresada en Ockham y su nominalismo"*(2005: 98).

[35] Nas palavras de Cruz, *"na metafísica original ou ontologia – que preferimos designar como filosofia do ser – o pensamento se volta para o exame daquilo que*

Aristóteles designa como ser. O logos, como razão que busca a lógica, examinaria a essência das coisas, tanto no mundo natural como no social" (2007: 76).

[36] No mesmo sentido, vide (SÁNCHEZ, 2005: 95-109).

[37] Para uma noção das teses de Lutero, vide http://www.mb-soft.com/believe/txn/luther95.htm ou, ainda http://www.monergismo.com/textos/credos/lutero_teses.htm.

[38] Acerca do tema, vide (SKINNER, 2004: 465-467).

[39] Daí terem eles recebido o nome de protestantes. Nesse sentido, vide (SKINNER, 2004: 471).

REFLEXÕES SOBRE A DINÂMICA JURÍDICA NAS PERSPECTIVAS DE HANS KELSEN E LOURIVAL VILANOVA*

REFLECTIONS ON THE LEGAL DYNAMICS IN THE PERSPECTIVES OF HANS KELSEN AND LOURIVAL VILANOVA

Carlos Sérgio Gurgel da Silva

RESUMO

Poucas pessoas influenciaram tanto uma determinada ciência como o fez para o Direito o jurista austríaco Hans Kelsen. Seus debates ainda ecoam nos cursos de graduação e pós-graduação em direito espalhados mundo afora. No Capítulo V de sua mais famosa obra, intitulada Teoria Pura do Direito, Kelsen destaca que as normas não existem fora de uma hierarquia. No entanto, explica que não se pode dizer que sejam hierarquizadas, pois apenas o sistema jurídico o é. Para ele, dizer que as normas são hierarquizadas é apenas um modo didático de falar que certas prescrições devem ser consideradas normas em virtude de seus relacionamentos com outras normas ditas superiores. Lourival Vilanova, por sua vez, é um dos maiores juristas brasileiros, tendo ainda ampla produção nos campos da filosofia e da lógica jurídica. Para ele a dinâmica jurídica deve ser vista sob o ponto de vista sistemático, onde há uma imbricação de fatores que se somam, formando um intra-sistema de valores e princípios. Com base nestes diferentes enfoques, o presente artigo visa estabelecer um diálogo entre estas duas formas de ver a dinâmica jurídica, revelando os pontos fortes e fracos de cada uma destas concepções.

PALAVRAS-CHAVES: DINÂMICA JURÍDICA, PENSAMENTO JURÍDICO, HIERARQUIA DAS NORMAS, VALORES E PRINCÍPIOS.

ABSTRACT

Few people had influenced one definitive science in such a way as for the Law as the Austrian jurist Hans Kelsen. Its debates still echo in the graduation courses and after-graduation in Law spread world measures. In Chapter V of its more famous workmanship, intitled Pure Theory of Law, Kelsen detach that the norms do not exist outside of a hierarchy. However, he explains that if it cannot say that they are hierarchizated, therefore only the legal system it is. For him, say that the norms are hierarchizated is only one didactic way of speaking that certain lapsings must be considered norms in virtue of its relationships with other said norms superior. Lourival Vilanova, in turn, is one of the biggest Brazilian jurists, having still ample production in the fields of the philosophy and the legal logic. For him the legal dynamics must be seen under the systematic point of view, where it has an imbrication of factors that if add, forming a intra-system of values and principles. On the basis of these different approaches, the present article aims at to establish a dialogue enters these two forms to

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

see the dynamics legal, disclosing the strong and weak points of each one of these conceptions.

KEYWORDS: LEGAL DYNAMICS, LEGAL THOUGHT, HIERARCHY OF THE NORMS, VALUES AND PRINCIPLES.

1 INTRODUÇÃO

Hans Kelsen foi um dos maiores juristas do século XX. Sua obra exerceu e ainda exerce grande influência no Direito moderno. Preocupado com o sincretismo existente em torno do objeto da Ciência-do-Direito, que contava com contribuições e ensaios de filosofia do Direito, sociologia do Direito, da Ciência Política e de outras áreas do conhecimento científico, como a ética, a religião, etc., Kelsen elaborou uma teoria, denominada Teoria Pura do Direito, onde afirmou que, não obstante a importância das áreas correlatas, o objeto de estudo do Direito são as normas postas, positivas, sejam elas escritas ou não, como no caso dos costumes. Kelsen afirmava que o Direito não devia ser interpretado com uma ciência do ser, tal como as ciências da natureza, conduzidas pelas leis da física, mas sim como uma ciência do dever-ser. Se, por exemplo, fosse apresentado a Kelsen um caso de uma norma válida (criada segundo as prescrições da norma fundamental) e lhe fosse questionado se ele a consideraria justa ou injusta, como jurista, certamente responderia que a norma era válida, e que não se arriscava a tecer juízo de valor sobre a mesma, uma vez que esta não é a função de um jurista, mas de um sociólogo, de um cientista político, de um filósofo, etc.

A redução do objeto jurídico à norma causou inúmeras polêmicas. Kelsen foi continuamente acusado de reducionista, de esquecer as dimensões sociais e valorativas, de fazer do fenômeno jurídico uma mera forma normativa, despida de seus caracteres humanos. Sua intenção, no entanto não foi jamais a de negar os aspectos multifaciais de um fenômeno complexo como é o direito, mas de escolher, dentre eles, uma que coubesse autonomamente ao jurista. Sua idéia era a de que uma ciência que se ocupasse de tudo corria o risco de se perder em debates estéreis.

A preocupação de Kelsen, ao descrever as características de uma ordem normativa, composta de dois tipos de sistemas: estático e dinâmico foi a construção de uma teoria purificada de toda ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. Kelsen pretendia elevar a Jurisprudência, que, aberta ou veladamente, se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência de espírito.

Lourival Vilanova foi um dos maiores juristas do Brasil. A influência de seu pensamento tem sido enorme nos ambientes acadêmicos de todo o Brasil, especialmente em nível de pós-graduação em Direito. Deu enorme contribuição ao estudo da lógica, da causalidade e da relação jurídica. Tem como base de suas reflexões jus-filosóficas o

pensamento de Kelsen, de quem demonstra ter grande conhecimento de sua doutrina. Grande parte de suas reflexões apóia a doutrina kelseniana, mas em alguns momentos também faz algumas críticas, principalmente em relação ao sistema dinâmico que Kelsen expôs em sua teoria pura, uma vez que para ele a norma fundamental não é pressuposta pelo ordenamento jurídico, que só contém normas postas: é pressuposta pela teoria do conhecimento jurídico-sociológico, ou jurídico-histórico.

Vilanova, pela sua profunda capacidade analítica, contribuiu sobremaneira à doutrina kelseniana quando deu a esta um enfoque sistemático, analisando o fenômeno jurídico de forma mais ampliada, considerando inclusive o conhecimento histórico, político e sociológico que pressupõem a norma fundamental, mesmo que não os considerem como partes integrantes do ordenamento jurídico positivo.

Far-se-á a seguir uma análise da dinâmica jurídica sobre a perspectiva de Hans Kelsen e Lourival Vilanova, tomando como principais fontes de pesquisa suas principais obras.

2 DINÂMICA JURÍDICA SOBRE A PRESPECTIVA DE HANS KELSEN

Hans Kelsen, ao formular sua teoria pura do direito concebeu que o Direito é como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta dos homens, e questionou: O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, porque é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem?

Em resposta a estes questionamentos desenvolveu um capítulo inteiro o qual ele denominou Dinâmica Jurídica (Capítulo V da Teoria Pura do Direito).

Neste capítulo, em síntese, Kelsen vai destacar que as normas não existem fora de uma hierarquia. No entanto, não se pode dizer que sejam hierarquizadas, pois apenas o sistema jurídico – em outras palavras, o direito – o é. Além disso, dizer que as normas são hierarquizadas é um modo didático de falar que certas prescrições devem ser consideradas normas em virtude de seus relacionamentos com outras normas ditas superiores[1].

Neste sentido, TROPER (2008) lembra que a relação entre norma superior e inferior é complexa. Kelsen distingue ai dois tipos – um estático e outro dinâmico -, e ilustra o dinâmico com o auxílio do exemplo do pai que ordena o filho a ir para a escola. À pergunta do menino: “Porque devo ir à escola?”, seria possível responder: “Porque seu pai ordenou que você fosse e porque o filho deve obedecer às ordens do pai”. Mas o menino faz nova pergunta: “Mas porque devo obedecer às ordens de meu pai?”. Talvez pudéssemos lhe responder: “Porque Deus ordenou que obedecêssemos aos pais e devemos obedecer às ordens de Deus”. Diante deste exemplo é possível concluir que a ordem de ir à escola deve ser tida como uma norma válida ou obrigatória simplesmente porque emana do pai, habilitado por Deus (fundamento de validade) a dar ordens ao filho.

2.1 Fundamento de validade de uma ordem normativa

Em síntese, Kelsen destaca que uma norma, para ser válida e eficaz, deve partir de uma autoridade competente, que tenha o poder de estabelecer aquela norma, e este poder deve ser conferido por uma outra autoridade, e assim por diante, até que se chegue ao limite jurídico do sistema, que seria o fundamento de validade do mesmo: a norma fundamental.

Ultrapassando a norma fundamental (em via regressa), adentra-se no mundo da política, ou seja, não mais se estará na esfera jurídica. Este é, sem dúvida, o ponto alto da Teoria Pura do Direito, que basicamente se funda em dois pilares: a Estática Jurídica e a Dinâmica Jurídica. É quando este autor formula o clássico escalonamento das normas jurídicas, tendo em seu ápice a norma fundamental, a Constituição, que de forma didática é apresentado aos alunos da graduação em direito como a pirâmide de Kelsen.

Sobre a necessidade de fundamentar das normas jurídicas inferiores na norma fundamental, para só então dar-lhes validade, vale transcrever trecho do livro Teoria Pura do Direito que assim aduz:

"O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior"[2].

É normal que os seres humanos questionem a validade de uma determinada norma, o que pode acontecer também com as normas jurídicas. No entanto, quando se mostra que a norma deve ser observada porque provém de uma autoridade reconhecidamente competente, e que a sua não observância pode implicar em um mal dirigido a sua pessoa, verifica-se, normalmente, a obediência de seu comando.

Sobre esta questão Kelsen destaca que:

"O fato de alguém ordenar seja o que for não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, quer dizer, para ver a respectiva norma como vinculante em relação a seus destinatários. Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas"[3].

A esta norma que confere poder para ficar normas, Kelsen denominou norma fundamental, a qual não é posta, porque não se encontra no mesmo nível que as demais,

que são postas, mas é pressuposta, ou seja, ela inaugura a ordem jurídica. É pressuposta como a norma mais elevada do ordenamento jurídico, a quem todas as outras normas devem correspondência e não-contradição aos seus preceitos.

Todas as normas que se reúnem em torno desta norma, pressuposta como a "maior", formam um sistema de normas, uma ordem normativa, ou como prefere BOBBIO (1999), um ordenamento jurídico. Todos os fatos que se realizem no âmbito de validade e aplicação deste ordenamento jurídico devem ser à luz deste observados, de modo que seja possível a produção dos efeitos desejados por aquela ordem.

2.2 Princípio estático

No que tange à natureza deste fundamento de validade, Kelsen distingue dois tipos de sistemas de normas: o sistema estático e o sistema dinâmico. A conduta dos indivíduos determinada pelas normas do tipo estático é considerada como devida (devendo ser), em razão de sua matéria, seu conteúdo, uma vez que sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral.

O sistema estático é o sistema jurídico de normas postas, onde o conteúdo material das condutas está previsto. Quando se verifica no seio de uma determinada sociedade a conduta de um indivíduo que contraria uma determinada norma prescritiva da conduta esperada, ou seja, quando há violação, por ato de vontade humana, da conduta prescrita, é no próprio sistema estático que se encontrará a punição para este mal.

Como sistema de normas postas, o sistema estático tem seu fundamento na norma pressuposta, na norma fundamental. Esta é a concepção de Kelsen, que se revela no trecho extraído de sua obra Teoria Pura do Direito:

"Um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental é um sistema estático de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio estático"[4]

Kelsen explicita, para uma maior compreensão deste princípio, que a norma de cujo conteúdo outras normas são deduzidas, como o particular do geral, tanto ao seu fundamento de validade como quanto ao seu teor de validade, apenas pode ser considerada como norma fundamental quando o seu conteúdo seja havido como imediatamente evidente. De fato, fundamento e teor de validade das normas de um sistema moral são muitas vezes reconduzidos a uma norma tida como imediatamente evidente.

Sem a presença nítida desta norma tida como evidente, lançam-se no ar dúvidas quanto a validade do comando imposto, uma vez que o destinatário da norma irá, naturalmente, questionar o porque de sua obediência à norma.

2.3 Princípio dinâmico

O princípio segundo o qual se fundamenta a validade das normas do sistema dinâmico é o princípio dinâmico. Segundo este, o tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas., a atribuição de poder a uma autoridade legisladora

Neste sentido, pode-se afirmas que a norma fundamental, a Constituição de um Estado é um fato produtor de normas, comportando-se como um agente estimulador da atividade legislativa, que tende a atuar de forma a conferir efetividades aos preceitos constitucionais, em maior parte, programáticos.

Para Kelsen, uma norma pertencente a um ordenamento que se apóia numa tal norma fundamental porque é criada pela forma determinada através desta norma fundamental, e não porque tem um determinado conteúdo. O conteúdo é importante, mas o mais importante é a forma como se deu a produção da norma, estando esta em conformidade com a norma fundamenta, tanto no que tange ao processo de sua elaboração, quanto ao seu conteúdo estar em sintonia com os preceitos constitucionais, mesmo que implícitos através dos princípios.

Após estas considerações, mostra-se relevante transcrever trecho em que Kelsen aborda, com precisão, esta questão:

*"Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta (...) Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito".***[5]**

No entanto, pode ocorre de os princípios estático e dinâmico estarem reunidos em uma mesma norma. Isto pode ocorrer, segundo Kelsen, quando a norma fundamental pressuposta se limita, pelo princípio dinâmico, a conferir poder a uma autoridade legisladora e esta mesma autoridade ou alguma outra por esta instituída não só estabelecem normas pelas quais se prescreve uma determinada conduta dos sujeitos subordinados às normas e das quais – como o particular do geral – podem ser deduzidas novas normas através de uma operação lógica.

Reforçando o que fora exposto em linhas anteriores, Michel Troper[6] esclarece que:

"Quanto ao direito, esse seria um sistema principalmente dinâmico. Com efeito, as normas jurídicas são válidas, segundo ele, não em virtude de seu conteúdo, mas somente porque foram criadas de determinada maneira. Sem dúvida, uma norma cujo conteúdo fosse contrário àquele de uma norma superior poderia ser revogada por um tribunal, mas, enquanto não o for, permanece válida".[7]

2.4 Norma fundamental

A norma fundamental, como tratado anteriormente, constitui uma norma pressuposta e cuja importância se deve pelo fato de ser a "viga-mestra" do sistema jurídico de um estado. É a norma que institui o poder político e jurídico aos mais variados institutos do Estado, e que organiza a estrutura dos diversos órgãos responsáveis pela consecução dos objetivos estatais.

Como ensina Kelsen a norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma ordem material que, em razão de seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a mais elevada da qual possam ser deduzidas normas de conduta humana através de uma operação lógica. Desta forma, pode-se afirmar que a norma fundamental é a instauração do fato fundamental de criação jurídica e pode, neste sentido, ser denominada como constituição no sentido lógico-jurídico.

Kelsen se preocupou em afirmar a necessidade do respeito a um limite espacial de aplicação da norma fundamental, uma vez que uma constituição institui a organização política de um Estado, e este, como se sabe, tem como um de seus elementos o território. E assim o fez, limitando sua análise a ordem jurídica estatal, como ele próprio ressalta:

"Nas páginas que se seguem começaremos por considerar apenas a ordem jurídica estadual, quer dizer, uma ordem jurídica cuja validade é limitada a um determinado espaço, o chamado território do Estado, e é tida como soberana, quer dizer, como não subordinada a qualquer ordem jurídica superior".

Kelsen assevera que se questionarmos acerca o fundamento de validade da norma pressuposta como a maior do ordenamento jurídico, a norma fundamental, inevitavelmente, temos que ser reportados à norma fundamental mais antiga, ou seja, temos que fundamentar a validade da constituição estadual vigente no fato no fato de ela ter surgido de conformidade com as determinações de uma Constituição estadual anterior pela via de uma alteração constitucional constitucionalmente operada, o que significa: de acordo com uma norma positiva estabelecida por uma autoridade jurídica. Desta forma se chega a Constituição estadual histórica, que surgiu revolucionariamente, rompendo com uma Constituição anteriormente existente, ou então, veio a surgir com

validade para um domínio que antes não era abrangido pelo domínio de validade de uma Constituição estadual de uma ordem jurídica estadual sobre ela apoiada.

Esclarece que a norma fundamental de uma ordem jurídica que estatui atos coercitivos deve conter uma proposição que diga: devem ser postos atos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas com ela. Estas normas de uma ordem jurídica que possuem como fundamento de validade uma norma fundamental não são um complexo de normas válidas colocadas no mesmo nível, mas uma construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras.

Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica ser designada como condição lógico-transcendental desta interpretação. Segundo ele a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos nos conduzir como a constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição.

Em razão da quantidade de normas existentes em nível infraconstitucional, não se pode negar a possibilidade de os órgãos jurídicos efetivamente estabelecerem normas que entrem em conflito umas com as outras. Um tal conflito de normas surge quando uma norma determina uma certa conduta como devida e uma outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela. Para Kelsen, uma contradição lógica entre duas afirmações consiste em que apenas uma ou a outra pode ser verdadeira; em que se uma é verdadeira a outra tem de ser falsa. Nesta linha de raciocínio, uma norma não é verdadeira nem falsa, mas válida ou não válida. Os princípios lógicos em geral e o princípio da não-contradição em especial podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem normas de Direito e, assim, indiretamente, também podem ser aplicados às normas jurídicas.

É possível, então, dizer-se que duas normas jurídicas se “contradizem” uma à outra. E, por isso mesmo, somente uma delas pode ser tida como objetivamente válida. Dizer que A deve ser e que não deve ser ao mesmo tempo é tão sem sentido como dizer que A é e não é ao mesmo tempo. Um conflito de normas representa, tal como uma contradição lógica, algo de sem sentido. Caso isso ocorra, haverá um conflito aparente de normas, e para resolver-se, há de se aplicar a norma estabelecida em último lugar em detrimento da norma fixada em primeiro lugar, segundo o princípio *lex posterior derogat priori.*

Kelsen destaca ainda, que é possível que haja também um conflito entre duas normas individuais, como por exemplo, entre duas decisões judiciais, particularmente quando as duas normas foram postas por órgãos diferentes. Uma lei pode conferir competência a dois tribunais para decidir o mesmo caso, sem emprestar à decisão de um dos tribunais o poder de anular a decisão do outro. Para ele, este conflito entre duas normas individuais não constitui um gravame em si mesmo, pois nunca haverá dois casos

idênticos para que tenham que ser julgados da mesma forma. Além disso, o juiz tem plena liberdade para formar o seu convencimento.

2.5 Validade e eficácia das normas jurídicas

Kelsen ensina que a relação entre validade e eficácia das normas jurídicas é um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural. Explicita que existem duas teses sobre a matéria, sendo uma delas responsável pela concepção de que não existe conexão de espécie alguma entre validade e eficácia, e que a validade do Direito é completamente independente de sua eficácia, e a outra entendendo que a validade do Direito se identifica com a sua eficácia.

Diante destas duas teses Kelsen se posiciona em favor da que entende que não há conexão entre validade de uma norma e sua eficácia. Para ele:

*"As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar de sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz".**[8]***

Pouco importa se a norma está sendo cumprida ou não. O que importa é saber se a ordem jurídica é eficaz ou não. Um fato isolado (não aplicação de uma lei, falta de eficácia social) não pode taxar a ordem jurídica como ineficaz. Se a norma, respeitando a forma prescrita na norma fundamental e na legislação que a apóia, foi posta em vigor então ela deve ser tida como válida, devendo o seu cumprimento, na medida do possível, ser exigido. Na medida do possível porque caso esta norma esteja desfalcada de eficácia em sua estrutura de norma secundária, não se tem o que fazer, senão lançar olhar de reprovação.

Sobre esta questão, segue abaixo trecho de sua obra:

"Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas. E também uma norma jurídica singular não perde a sua validade quando apenas não é eficaz em casos particulares, isto é, não é observada ou aplicada, embora deva ser observada e aplicada".

Somente em caso de procedimento destinado a sua revogação ou de declaração de incompatibilidade com a norma fundamental, segundo trâmite previsto nesta, é que se pode expurgar a referida norma (de eficácia social reduzida ou nula) do ordenamento jurídico estatal, ou tornar sem efeito seus comandos.

Com estes ensinamentos, Kelsen reforçava a importância dos órgãos responsáveis pela jurisdição constitucional ao exercer o papel de órgão responsável pela unidade lógica do sistema jurídico, corrigindo distorções à luz da hermenêutica constitucional.

2.6 Norma fundamental e doutrina do direito natural

Kelsen destaca em trecho de sua obra Teoria Pura do Direito, em síntese que a norma fundamental é condição de validade jurídica objetiva, ou seja, fundamenta a validade de qualquer ordem jurídica positiva, melhor dizendo, de toda ordem coercitiva globalmente eficaz estabelecidas por atos humanos. Em razão deste fato, nenhuma ordem jurídica positiva pode prescindir a observância da norma fundamental que lhe dá sustentáculo, sendo não-válida.

A Teoria Pura do Direito, como teoria jurídica positivista, descreve o Direito positivo, ou seja, toda ordem de coerção globalmente eficaz, como uma ordem normativa objetivamente válida e constata que esta interpretação somente é possível sob a condição de se pressupor uma norma fundamental por força da qual o sentido subjetivo dos atos criadores de Direito é também o seu sentido objetivo.

Em trecho de sua obra, Kelsen deixa bem claro que a norma fundamental tem como principal função fundamentar a ordem jurídica positiva:

"...a norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógico-transcendental desta interpretação normativa, ela não exerce qualquer função ético-política mas tão só uma função teórico-gnoseológica".[9]

Vale asseverar que a filosofia do direito, desde os seus primórdios, até aproximadamente o século XIX, foi a doutrina do direito natural. Essa designação envolve manifestações de diferentes tipos. O direito natural na Antiguidade girava em torno da oposição entre natureza e norma; no período medieval, entre direito divino e humano, e na modernidade, em torno da oposição existente entre coação jurídica e razão individual. Ele ora está a serviço da consolidação do direito positivo, ora, exatamente ao contrário, serve à luta contra esse mesmo direito. No entanto, em todas as suas formas, caracteriza-se por quatro traços essenciais. Primeiro, oferece juízos de valor jurídico que são determinados quando ao conteúdo; esses juízos de valor, conforme sua fonte – natureza, revelação, razão -, têm validade geral e são invariáveis; são também acessíveis

ao conhecimento; e, uma vez conhecidos, têm primazia sobre os diretos positivos que lhes são opostos: o direito natural rompe o direito positivo[10].

Nesta mesma linha de raciocínio, Kelsen ensina que:

*"Segundo uma genuína doutrina do Direito natural, portanto, não pode – ao contrário do que se dá com a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista – toda e qualquer ordem coercitiva globalmente eficaz ser pensada como ordem normativa objetivamente válida. A possibilidade de um conflito entre Direito natural e o Direito positivo, isto é, uma ordem coercitiva eficaz, implica a possibilidade de considerar como não válida uma ta ordem coercitiva"**[11]***

Kelsen considera, no entanto, que a distinção entre uma teoria jurídica positivista e uma teoria jusnaturalista é simplesmente relativa e não absoluta, uma vez que segundo uma teoria jurídica positivista, se a validade do Direito se apoiar em uma norma fundamental que é norma pressuposta e que, portanto, está fora do Direito positivo cuja validade objetiva é por ela fundamentada, e ainda, segundo uma doutrina jusnaturalista, se a validade do Direito positivo se apoiar em uma norma que não pertence ao Direito positivo relativamente ao qual ela funciona como critério ou medida de valor, é possível visualizarmos uma limitação ao princípio jurídico positivo. Sobre esta questão, complementa Kelsen:

*"...a suposição de que uma teoria do Direito natural poderia dar uma resposta incondicional à questão do fundamento de validade do Direito positivo se baseia sobre uma ilusão. Uma tal doutrina vê o fundamento de validade do Direito positivo no Direito natural, quer dizer, numa ordem posta pela natureza como autoridade suprema colocada acima do legislador humano. Neste sentido, o Direito natural é também Direito posto, isto é, positivo".**[12]***

2.7 Estrutura escalonada da ordem jurídica

Quando Kelsen concebeu a norma fundamental como a norma fundante de uma ordem jurídica, e afirmou que a referida ordem jurídica (ou sistema jurídico) era composta por inúmeras normas que deviam deveriam estar em consonância com seus preceitos, implicitamente quis demonstrar que existe, em uma determinada ordem jurídica, uma estrutura escalonada de normas, das quais a norma fundamental ocupa o local de maior destaque, no cume da "pirâmide kelseniana", formulação didática utilizada comumente nos cursos de graduação em Direito, para abordar a questão da hierarquia natural das normas.

Kelsen, ao longo do livro Teoria Pura do Direito, explica que dado ao caráter dinâmico do Direito, uma norma só é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela forma determinada por outra norma, que representa o fundamento imediato de validade daquela.

A norma fundamental, como já ressaltado em momento anterior, é a norma superior, responsável por atribuir poder aos entes governamentais responsáveis pela elaboração de outras normas hierarquicamente inferiores. Sobre esta matéria, Kelsen ilustra que:

*"A norma que regula a produção e a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a nora inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas".**[13]***

Se as normas estivessem em um mesmo plano, nenhuma seria o fundamento da outra, haveria o caos total, que resultaria em uma grande perda de efetividade

Kelsen ensina, em diversos momentos de sua obra, que as normas são respeitadas quando os destinatários reconhecem a autoridade de quem as elabora. Convém destacar ainda que em muitos essa autoridade se impõe, fazendo uso, caso necessário, da coação, da força do Estado, de sorte que os destinatários das normas preferem, em tese, cumpri-las, a estar sujeito às penas pelo não cumprimento.

Ao descrever a estrutura escalona das normas, Kelsen afirma que a norma fundamental é uma norma hipotética, sendo portanto o fundamento de validade último que constitui a unidade da interconexão criadora.

Antes de tratar da produção das normas jurídicas gerais, Kelsen diz que a Constituição, entendida num sentido material, quer dizer:

*"...com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais. Esta Constituição pode ser produzida por via consuetudinária ou através de um ato de um ou vários indivíduos a tal fim dirigido, isto é, através de um ato legislativo. Como neste segundo caso, ela é sempre condensada num documento, fala-se de uma Constituição "escrita", para a distinguir de uma Constituição não escrita, criada por via consuetudinária. A Constituição material pode consistir, em parte, de normas escritas, noutra parte, de normas não escritas, de Direito criado consuetudinariamente".**[14]***

Na estrutura das Constituições modernas, segundo Kelsen, consta um catálogo de direitos, tidos como fundamentais, os quais são especialmente protegidos, de sorte que a legislação infra-constituição não pode, em regra, limitá-los. Em regra porque, segundo

RAUTENBACH; MALHERBE (1997)[15], tais direitos, em situações excepcionais, podem ser limitados, como no caso de calamidade grave, estado de sítio, em casos de guerras, etc. Este catálogo é facilmente identificável nas denominadas Constituições escritas.

Kelsen destaca ainda que as Constituições, tanto escritas, como costumeiras podem ser alteradas, as primeira por um processo mais dificultoso que o de criação das leis simples (ordinárias) definido no próprio texto constitucional, e as segundas por um processo mais simples, como o da elaboração de leis simples ou pelo Direito consuetudinário.

Sobre as características das Constituições dos Estados modernos, Kelsen destaca estas instituem sempre órgãos legislativos que são competentes para a produção das normas gerais a aplicar pelos tribunais e autoridades administrativas, de forma tal que ao escalão da produção constitucional, se segue o escalão legislativo e, a este, o escalão do processo judicial e administrativo.

Outra parte importante na estrutura das Constituições é a que dispõe sobre a forma do Estado e a composição do órgão legislativo. Sobre a forma do Estado Kelsen ressalta que se é um indivíduo, um monarca hereditário u um ditador que chegou ao poder através da revolução estamos perante uma autocracia; se é a assembléia de todo o povo ou um parlamento eleito pelo povo, temos uma democracia. Parece até óbvio, mas Kelsen deixa registrado que somente no caso de legislação democrática se faz necessário que hajam determinações que regulem o processo legiferante, quando se vive em uma autocracia os limites dos processo legiferante são dados pelo próprio legislador, uma vez que a própria Constituição deixa margem para tanto.

Em relação à aplicação do Direito consuetudinário, Kelsen elucida que este só pode ser aplicado pelos órgãos aplicadores do direito quando estes órgãos sejam competentes para tal *mister*. Ainda em relação à força dos costumes, ele destaca que *"se a Constituição jurídico-positiva, que regula a produção de normas gerais, pode ser produzida por via consuetudiária, já se tem de pressupor que o costume é um fato produtor de Direito"*.

Na seqüência, Kelsen ressalta a principal diferença entre Lei e decreto, definindo este último como norma que provêm não de um parlamento, mas de uma autoridade administrativa, enquanto que aquela segue o regular trâmite legislativo, definido na própria norma fundamental, o qual não pode ser afastado, passa depois a tratar da distinção entre normas materiais e normas formais, que naturalmente existe entre as normas criadas por via legislativa, referindo-se as primeiras a normas de conteúdo substantivo, materializado nos principais ramos do Direito: Direito Civil, Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, etc., e as segundas a normas de conteúdo adjetivo, formal, processual, funcionando como instrumento de realização do Direito material, e por fim, aborda a questão das fontes do Direito, da aplicação do direito, que se dá através da criação de uma norma inferior (norma individual) com base numa norma superior ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma, da jurisprudência, momento em que trata do caráter constitutivo da decisão judicial, da relação entre a decisão judicial e a norma jurídica geral a aplicar, das "lacunas" do Direito, da criação de normas jurídicas gerais pelos tribunais, quando o juiz age como legislador, do negócio jurídico, da administração, do conflito entre normas de diferentes escalões, e da nulidade e anulabilidade.

3 DINÂMICA JURÍDICA SOB A ÓTICA DE LOURIVAL VILANOVA

Lourival Vilanova, ao discorrer sobre a dinâmica jurídica, o faz com poderosa capacidade analítica, submetendo a matéria, como bem lembrou Paulo de Barros Carvalho na apresentação da obra Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo, a um tratamento fino, minucioso, extraindo, com a delicadeza de um cirurgião, a essência de sua formulação.

A dinâmica jurídica, o direito em movimento, na concepção de Lourival Vilanova é vista sob o ponto de vista sistemático, onde há uma imbricação de fatores que se somam, formando um intra-sistema de valores e princípios.

Em sua vasta obra, não raras vezes, Lourival Vilanova esforça-se em demonstrar como o pensamento de Kelsen fora importante para a construção de uma nova concepção do fenômeno jurídico, despida, em seu método, de fatores externos ao objeto da ciência do Direito, não obstante o jurista de Viena os considerem importantes para o entendimento, e até mesmo, para a visualização de tendências futuras. Em outras palavras, Vilanova debruça-se sobre a teoria de Kelsen, complementando-a, tecendo algumas críticas, mesmo que "suaves" e dando contornos filosóficos aos limites de seu pensamento jurídico, o que consegue fazer com êxito.

3.1 Sistema jurídico como referência

Vilanova ressalta que não há fato jurídico, em sentido técnico, sem norma jurídica, cuja hipótese de incidência tenha o fato natural, ou o fato social como base de qualificação. A primeira parte de uma norma jurídica qualifica e tipifica o suporte fático. Só norma individual tem suporte fático individual. Qualificar um fato como sinistro, acidente, delito, manifestação ou declaração de vontade importa num corte abstrato na série, numa esquematização típica sobre a multiplicidade contínua e qualificativamente heterogênea da realidade.

Destaca este autor que para dar-se causalidade jurídica, temos sempre norma, fato e eficácia. Sem norma, um fato não adquire qualificação de fato jurídico. E sem fato jurídico, efeito nenhum advém. De onde se extrai que os fatos jurídicos são internos a cada sistema. Não há fato jurídico "fora" de sistema normativo. É o sistema que decide que fatos são fatos jurídicos (juridicização do fáctico), e que fatos deixam de ser jurídicos (desjuridicização do fáctico)[16].

Para Vilanova, todo e qualquer fato jurídico que é ligado a efeitos insere-se num sistema de normas jurídicas. E não há norma jurídica que não pertença a um determinado

sistema. Sem norma e sem a porção do fato que lhe serve de incidência, sem o suporte fáctico, não sobrevém norma. Um dos efeitos do fato jurídico é o estatuir norma. O efectual do processo legislativo é a criação da lei. É fato jurídico um plexo de manifestações de vontade, normativamente qualificado como *ato* constitutivo de normas. Vale frisar, por sua vez, que o órgão competente para estatuir normas é qualificado por normas de organização e competência, normalmente presentes na norma fundamental.

Nesta mesma esteira de raciocínio, merece recorte um trecho da obra do mestre recifense, a seguir exposto:

"O que denominamos "fontes do direito" são fatos jurídicos criadores de normas: fatos sobre os quais incidem hipóteses fácticas, dando em resultado normas de certa hierarquia. Assim, as normas, potencialmente, incidentes sobre as classes de fatos que delinearam, resultam de fatos que, por sua vez, são qualificados como fatos jurídicos por outras normas do sistema. (...) Se tomarmos todas as classes de normas, as gerais e as individuais, as abstratas e as concretas, qualquer que seja o nível hierárquico no sistema, a não ser os últimos fatos de execução matéria, todo fato é fato jurídico constitutivo (ou desconstitutivo) de normas[17]".

3.2 A dinâmica do processo de produção normativa

Sobre a dinâmica do processo de produção normativa Lourival Vilanova ressalta que enquanto Kelsen se manteve estabelecendo os fundamentos epistemológicos do conhecimento dogmático do direito, sem sair do sistema jurídico, como em repouso, o problema da criação de normas não entrou em linha de conta. Por este caminho, em síntese, nada, em princípio, é insusceptível de figurar como suporte fático de uma norma jurídica[18].

Vilanova assevera que se ainda não se incidiu uma hipótese normativa, está ao lado dos meros fatos juridicamente indiferentes. Encontram-se no sistema jurídico, além de normas de conduta, *normas-sobre-normas*, ou seja, normas que prescrevem como se devem criar outras regras. Neste ponto, Vilanova compartilha a mesma concepção de Kelsen, de que para uma norma ser válida, eficaz, necessita de um fundamento de validade tal, imediato, que afaste quaisquer dúvidas quando à sua legitimidade. Em suas palavras, diz:

"Podemos ir regredindo de norma em norma, buscando numa norma superior o fundamento dinâmico (criador) da norma subordinada. Mas esse regressus não é intérmino. Há de existir uma última norma positiva, que não tenha sido posta de acordo com outra norma. Então o suporte factual dessa produção originária da primeira norma de positivo está fora do sistema jurídico".[19]

Em suma, pode-se afirmar que o processo de produção normativa é algo que, segundo Vilanova, pode, e em alguns casos até deve, exorbitar da esfera jurídica, de modo que se possa buscar, fora do sistema, os fundamentos da necessidade de uma nova proposição jurídica. Nesta direção, ressalta este jurista pernambucano que a norma fundamental não é pressuposta pelo ordenamento jurídico positivo, que só contém normas postas: é pressuposta pela teoria do conhecimento jurídico-sociológico, ou jurídico-histórico.

3.3 Norma fundamental e fechamento lógico do sistema

Vilanova inicia a abordagem deste tema destacando que se toda norma provém de norma – em rigor inexiste a produtividade normativa do fáctico -, o conjunto, que é o sistema, é ontologicamente, em-si-mesmo bastante. Mas há o problema do começo normativo do sistema. Para o sistema normativo que evoluiu para a forma estatal, o princípio está na Constituição. Mas de onde provém a Constituição positiva, qual o *fato constituinte, o protofato* que dá origem ao Direito constitucional? Como sistema requer uma norma fundante, um ponto de partida, e não se dilui em uma seqüência interminável de antecedentes, há que se deter numa forma que não seja positiva, por não ter sobrenorma da qual seja aplicação. É uma norma pressuposta que confere conclusividade ou fechamento ao conjunto de normas que é o direito.

Em outras palavras, Lourival Vilanova destaca que a norma fundamental é aquela norma que dá conclusividade ao sistema jurídico, que cria um círculo limitado de atuação, que cria o "esqueleto" do Estado, o seu arcabouço, ou melhor dizendo fecha o ordenamento jurídico, fazendo com que todos os atos e situações que se observem no espaço territorial por ela delimitada estejam sujeitos a sua aplicação.

3.4 Conteúdo e validade da norma fundamental

Vilanova assevera que a norma fundamental, ou Constituição em sentido lógico-jurídico é pura forma vazia, ou uma espécie de forma lógica. Forma lógica é nível de abstração a que se chega, como mostra Husserl, quando se põem entre parênteses os correlatos objetivos das significações e suas possíveis combinações. A norma fundamental, cuja expressão é a proposição, como ente lógico, tem uma direção para o objeto. O correlato objeto é o fato, a situação fáctica que dá origem ao ordenamento jurídico. Sem suporte fáctico fundamental, o jurista não conta com apoio para formular a norma fundamental.

Muito embora a norma fundamental seja tida como hipótese e tenha precedência na escala normativa sob o aspecto de validade, quanto ao conteúdo ela é *a posteriori*.

Para Vilanova, a relação validade/conteúdo verifica-se na norma fundamental, como se verifica na interconexão das normas componentes do sistema. A norma supra-ordenada é fundamento de validade da norma subordinada. Com mais pureza na relação da norma fundamental em face das normas jurídico-positivas.

Vilanova, da mesma forma que Kelsen, também entende que enquanto uma determinada norma, acusada de contradição ou de incompatibilidade não for declarada (pelo órgão competente) incompatível e, consequentemente, extinta do ordenamento jurídico ela continua válida, deve ser exigido o seu cumprimento. Em suas palavras:

"A não-contradição, que é lei lógica excludente do conflito de proposições contraditórias, não é, eo ipso, lei jurídica. É o próprio sistema que, por meio de normas jurídicas (naturalmente seguindo as leis lógicas), diz como deve ser eliminada a contradição. Normas jurídicas contraditórias não podem ser simultaneamente válidas até o momento em que o órgão, seguindo procedimento normativamente prescrito, exclua a norma conflitante".[20]

Diante deste trecho, percebemos que a validade lógica não se confunde com a validade em sentido jurídico-positivo.

3.5 Ato-base, ato teorético, ato de vontade da norma fundamental

Referindo o fundamento último de validade da ordem jurídica de norma fundamental, a teoria pura admite o caráter preceptivo ou deôntico do fundamento básico do ordenamento. Não poderia ser de outra forma. Todo o conjunto de normas que formam o direito provém de uma norma, ou seja, todas as proposições normativas do direito positivo têm sua matriz em uma proposição inicial. Este seria o ato-base.

Vilanova relembra que durante seis longas décadas, Kelsen manteve a firme posição de que a norma fundamental era hipotética, até que, durante um Simpósio realizado em Salzburgo (1963) ele repensou sua teoria e chegou a conclusão que aquela norma fundamental era uma ficção. Lembrando deste momento na vida acadêmica de Kelsen, Alf Ross (*Lógica de lãs normas, p. 147)* reproduziu as palavras de Kelsen:

"Em obras anteriores tenho falado de normas que são o conteúdo significativo de um ato de volição. Em minha doutrina, a norma básica foi sempre concebida como uma norma que não era o conteúdo significativo de um ato de volição, mas estava pressuposta por nosso pensamento. Devo agora confessar que não posso seguir mantendo esta doutrina, que acabo de abandoná-la. Podem crer que não tem sido fácil renunciar a uma doutrina que tenho defendido durante décadas. Tenho-a abandonado

ao comprovar que uma norma (Sollen) deve ser o correlato de uma vontade (Wollen). Minha norma básica é uma norma fictícia, baseada num ato de volição". [21]

Kelsen chegou a conclusão que a norma fundamental não fugia a regra de ser uma norma positiva. Ela deixava de ser uma hipótese (algo que precisava de comprovação) e passou ao nível do palpável, passando esta a ser vista como uma criação humana, um ato de vontade (ficção) de que esta seja a norma mais importante do ordenamento, ou seja, a ordem que sempre inaugura uma nova ordem jurídica. A norma fundamental é vista aqui como um ato-teorético e um ato de vontade.

A norma última, que dá fechamento ao sistema normativo, que confere ao sistema o caráter de *continuum* de dever-ser, provém da Ciência-do-Direito ou, com mais rigor, da teoria da Ciência-do-Direito, que é uma metateoria, relativamente à ciência que é teoria-objeto. Uma das teses da teoria pura do direito, segundo Vilanova, é a de que ciência dogmática do direito é uma ciência e, como tal, não pode ser *fonte* de direito positivo. O jurista teórico não se confunde com o legislador (em sentido amplo): nem emite regras gerais, como órgãos legislativos e executivos, nem normas individuais (e eventualmente gerais) como o poder jurisdicional[22].

Por fim, Vilanova ensina que a norma fundamental não é pressuposta pelo ordenamento jurídico, que só contém normas postas (positivas, dotadas de validade própria ao direito positivo): é pressuposta pela teoria do conhecimento jurídico-sociológico, ou jurídico-histórico. É uma hipótese teorética para uma ciência cujo objeto é o direito positivo, e conclui seu pensamento afirmando que a norma fundamental não pertence à linguagem do direito positivo, mas à linguagem da Ciência-do Direito.

3.6 Pontos de vista estático e dinâmico

Lourival Vilanova aduz que se considerarmos o ordenamento como se estivesse em repouso, enquanto a realidade flui no âmbito da sociedade, alterando-se constantemente, onde novas relações inter-humanas são criadas, se tomarmos do ordenamento só as normas gerais, em contraste com a individualidade do real, que confere à realidade social sua multiplicidade qualitativa e quantitativa, então o sistema de normas é frustrada tentativa de corresponder ao sistema social. Todavia, essa visão estática não dá na efetiva estrutura do ordenamento.

E destaca ainda que o conceito de completude não exprime o estático do ordenamento. Mesmo havendo o legislador previsto o caso mediante norma geral, sua aplicação contenciosa ou não-contenciosa é um processo de individualização. O que enche os poros inevitáveis no esquema abstrato da norma geral é o ato judicial, continuando o processo de produção normativa. Sob o ponto de vista estático, o Direito aparece posto, sobretudo na Constituição, nas leis e regulamentos, e a função jurisdicional consistindo em aplicar o que já está normativamente preestabelecido pelo legislador.

Por fim, Vilanova assevera que tão-só em aparência o ordenamento é algo já feito e concluso; é, porém, algo se fazendo: as normas gerais não são completas, mas estruturas cujos quadros normativos vão-se completando, com outras normas integradoras, entre as quais se acham as normas individuais do ato sentencial.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste breve estudo é possível afirmar que para Kelsen, o conhecimento jurídico pode considerar as normas integrantes de seu objeto a partir de suas perspectivas distintas. Segundo ele, é possível, de um lado surpreender as normas jurídicas enquanto reguladora de condutas humanas. Opera-se, então, a partir de uma teoria estática do direito, procurando relacionar as normas entre si como elementos da ordem em vigor. Mas pode, por outro lado, surpreendê-las no processo de sua produção e aplicação, hipótese em que opera a partir de uma teoria dinâmica. Essa perspectiva também cuida exclusivamente de norma jurídica, mas daquelas que regulam o processo de produção normativa.

Para Kelsen, a teoria dinâmica não ultrapassa, certamente, os limites traçados pelo princípio metodológico fundamental, e assim, não se deve entender produção normativa senão em seu sentido meramente normativo.

Neste trabalho, inicialmente, tratamos do fundamento de validade de uma ordem normativa, extraindo das lições de Kelsen, que o fundamento de qualquer sistema jurídico de direito positivo é uma norma pressuposta, a norma fundamental. Esta hierarquia de normas superiores e normas inferiores, as primeiras justificando e fundamentando as segundas, constitui a essência do princípio dinâmico, principal motivador da produção de normas. Na seqüência tratamos especificamente do princípio estático (direito posto) e do princípio dinâmico (processo de produção normativa e de aplicação do direito posto), passando em seguida a tecer considerações mais aprofundadas sobre a norma-base, o ato-base do ordenamento jurídico, e logo após passando a abordar a distinção entre validade e eficácia das normas jurídicas, onde Kelsen ensina que existem duas teses sobre a matéria, sendo ele adepto da que considera que a validade do Direito completamente independente de sua eficácia.

Em seguida, ainda sob a ótica de Kelsen, tratamos da norma fundamental e de considerações sobre a doutrina do direito natural, e por fim, após todo o suporte teórico anterior, abordamos a estrutura escalonada da ordem jurídica, aquilo que nas graduações dos cursos de Direito no Brasil se chama de “pirâmide de Kelsen”.

Na seqüência, foi feita uma análise da dinâmica jurídica na concepção de Lourival Vilanova, partindo do sistema jurídico como referência. Então foi abordada a questão da dinâmica do processo de produção normativa, onde Vilanova basicamente ratifica a doutrina de Kelsen, apenas divergindo quando ressalta que a norma fundamental não é pressuposta pelo ordenamento jurídico, que só contém normas postas: é pressuposta pela teoria do conhecimento jurídico-sociológico, ou jurídico-histórico. Após, foi abordada a teoria da norma fundamental como fechamento lógico do sistema, onde

Lourival Vilanova destaca que a norma fundamental é aquela norma que cria um círculo limitado de atuação, que cria o arcabouço do Estado, fazendo com que todos os atos e situações que se observem no espaço territorial por ela delimitada estejam sujeitos a sua aplicação. Seguindo a mesma lógica da exposição de Kelsen passou-se a tratar do conteúdo e validade da norma fundamental, que lança reflexos sobre o conteúdo e validade de todas as outras normas, hierarquicamente inferiores, logo após, tratou-se do ato-base, ato-teorético e ato de vontade da norma fundamental, e por fim, fez-se uma recapitulação dos pontos de vista estáticos e dinâmicos à luz agora do mestre pernambucano, onde este afirma que apenas em aparência o ordenamento é algo já acabado; é, porém, algo sendo feito: as normas gerais não são completas, mas estruturas cujos quadros normativos vão-se completando, com outras normas integradoras, entre elas as normas individuais do ato sentencial.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos.** vols. 1 e 2. São Paulo: Axis Mvndi IBET, 2003.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo.** 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

[1] TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

[2] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[3] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[4] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006

[5] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[6] TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008..

[7] TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008..

[8] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[9] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[10] RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

[11] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[12] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[13] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[14] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[15] RAUTENBACH,I.M., MALHERBE, E.F.J. **Constitutional law.** 2ª edição. Durban: Butterworths,1997.

[16] VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

[17] VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

[18] VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos.** vol. 1. São Paulo: Axis Mvndi IBET, 2003.

[19] VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos.** vol. 1. São Paulo: Axis Mvndi IBET, 2003.

[20] VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos.** vol. 1. São Paulo: Axis Mvndi IBET, 2003.

[21] VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos.** vol. 1. São Paulo: Axis Mvndi IBET, 2003.

[22] VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos.** vol. 1. São Paulo: Axis Mvndi IBET, 2003.

O STF E OS PRIMEIROS ANOS DA DITADURA MILITAR: UM ESTUDO DE CASO SOBRE OS PODERES CONSTITUIDOS ENTRE 1964 A 1969*

THE STF AND THE FIRST YEARS OF THE MILITARY DICTATORSHIP: A STUDY OF CASE ON THEM TO BE ABLE CORPORATE BETWEEN 1964 THE 1969

Edson Medeiros Branco Luiz
Leonardo Figueiredo Barbosa

RESUMO

O presente ensaio "O STF e os Primeiros anos da Ditadura Militar: Um Estudo de Caso sobre os Poderes Constituídos entre 1964 a 1969" visa examinar como atuou o Supremo Tribunal Federal com a tomada do Poder pelos militares nos anos 60 e os efeitos gerados até o Ato Institucional nº 6.
Partindo de um exame teórico - através de foco multi e interdisciplinar conferidas pelas Ciências Políticas, História, Sociologia Jurídica e Direito - acerca da constituição dos poderes, através de algumas obras políticas. Confrontando ainda os ensinamentos de Boaventura dos Santos et alii acerca da neutralização dos tribunais em países periféricos, bem como a compreensão de Marcos Faro de Castro acerca da atividade não jurisdicional do Poder Judiciário, analisando dados, depoimentos, entrevistas, editorial de jornais entre outros materiais que favoreçam o objetivo do ensaio.

PALAVRAS-CHAVES: "SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL"; "DITADURA MILITAR"; "JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA"; "POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA"

ABSTRACT

The present assay "the STF and the First years of the Military dictatorship: A Study of Case Being able on them Constituted between 1964 the 1969" it aims at to examine as the Supreme Federal Court with the taking of the Power for the military in the years the 60 and effect generated until the Institucional Act acted nº 6.
Leaving of examination a theoretical - through focus multi and to interdisciplinar conferred for Sciences Politics, History, Legal Sociology and Right - concerning the constitution being able of them, through some workmanships politics. Collating still the teachings of Boaventura Dos Santos et alii concerning the neutralization of the courts in peripheral countries, as well as the Landmark understanding Faro de Castro concerning the not jurisdictional activity of the Judiciary Power, analyzing given, depositions, interviews, editorial of among others material periodicals that favor the objective of the assay.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: “SUPREME FEDERAL COURT”; “MILITARY DICTATORSHIP”; “JUDICIALIZATION OF THE POLITICS”; ”POLITICALIZATION OF JUSTICE”

Desenvolvimento

1- ARCABOUÇO TEÓRICO

A compreensão da história política de qualquer País exige entender as diversas concepções teóricas e suas implicações práticas. Não há como falar do Brasil dos anos 60, sem antes retroceder as origens teóricas, ainda que conflitantes, do modelo ocorrente ao País. Por tal, é preciso rumar alguns séculos em direção a Inglaterra, a França e os Estado Unidos.

Locke, ao expor, ainda no século XVII, em o “Segundo Tratado sobre o Governo Civil” sobre o ingresso do homem junto a Sociedade Civil, assevera sobre a restrição da liberdade e o controle através das leis e de juízes, visando a segurança e o bem comum, assim expõe:

“Todavia, embora os homens quando entram em sociedade abandonem a igualdade, a liberdade e o poder executivo que tinham no estado da natureza, nas mãos da sociedade, para que disponha deles por meio do poder legislativo conforme o exigir o bem dela mesma, entretanto, fazendo-o cada um apenas com a intenção de melhor se preservar a si próprio, à sua liberdade e propriedade... o poder da sociedade ou o legislativo por ela constituído não se pode nunca supor se estenda mais além do que o bem comum, mas fica na obrigação de assegurar a propriedade de cada um... E assim sendo, **quem tiver o poder legislativo ou o poder supremo de qualquer comunidade obriga-se a governa-la mediante leis estabelecidas, promulgadas e conhecidas do povo, e não por meio de decretos extemporâneos; por juízes indiferentes e corretos, que terão de resolver as controvérsias conforme essas leis**; e a empregar a força da comunidade no seu território somente na execução de tais leis, e fora dele para prevenir ou remediar malefícios estrangeiros e garantir a sociedade contra incursões ou invasões. E tudo tendo em vista nenhum outro objetivo senão a paz, a segurança e o bem público do povo”[1] (grifo nosso)

Montesquieu, algumas décadas depois, ao redigir seu célebre “Do Espírito das Leis” elencou a composição dos poderes, não de forma dual, como tradicionalmente era repartido entre o Executivo e o Legislativo, mas com a adição do Judiciário, o que proporcionou um controle tripartido entre os poderes, denominado de “Freios e contra-pesos”. Assim redige:

"Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

...

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executa-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor"[2]

Estas variadas percepções revelam, ao longo do tempo, modos de fazer mundos, através de uma perspectiva teórica, onde o Judiciário atinge o pedestal de poder político, compondo a constituição de poderes. Estes cenários imaginados, em parte, tiveram influência maciça aos americanos revolucionários, que após conquistarem sua independência, precisavam compor as regras que os governariam.

Madison, Hamilton e Jay ao escreverem os artigos federalistas, condensado posteriormente como "O Federalista" ratificavam a previsão de Montesquieu, de elevar o Judiciário como Poder Político, tanto que assim expõe Madison acerca do exame e explicação do princípio da separação de poderes :

"Não há verdade política de maior valor intrínseco, ou escorada por melhores autoridades, do que aquela em que esta objeção se funda: a acumulação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, onde uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania."[3]

Hamilton assevera nas lições sobre a inamovibilidade do Poder Judiciário, a seguinte ilação:

"Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la. O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhum resolução ativa. Sem *força* e sem *vontade*, apenas lhe compete *juízo*; e este só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo"[4]

...

A independência dos juízes é igualmente necessária para defender a Constituição e os direitos individuais do efeito daquelas disposições maléficas, que as intrigas dos homens mal-intencionados ou a influência de alguma circunstância ..."[5]

Os Federalistas, ainda que de forma negativa, revelam o imperativo de governo entre os homens acerca do exercício do poder, instituindo o mecanismo dos freios e contra-pesos de forma tripartida, visando evitar a tirania e a desordem social, tanto que assim escrevem: "Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo"[6]

Esta necessidade de governo e conseqüentemente de controle colocada pelos *"fathers"* revela claramente a perspectiva de impossibilitar a usurpação das funções e extrapolações dos limites estabelecidos, criando um mecanismo onde os três poderes revelam-se responsáveis, sendo harmônicos e independentes.

2- DA TEORIA À PRÁTICA BRASILEIRA

O Brasil ao romper com a forma Monárquica, em 15 de novembro de 1889, tendo especialmente Rui Barbosa influenciado pelo modelo americano, seja através do viés teórico assinalado pelo "O Federalista" e pela prática apontada por Tocqueville em sua obra "Democracia na América", adotou a forma Republicana e o sistema Presidencialista, deixando de lado quase cinqüenta anos de sistemasemi-parlamentarista imperial.

Paulo Bonavides, cientista político brasileiro, aponta que:

"O presidencialismo era algo tão estranho, tão anômalo, tão fora do conhecimento da liderança política proclamadora da República que Rui Barbosa levou mais de um decênio de magistério constitucional a educar doutrinariamente os primeiros homens do novo regime, ensinando-lhes os princípios e a prática do sistema presidencial, adotando de surpresa, recebido dos Estados Unidos e gravado na constituição pátria pelo punho daquele que foi o maior luminar de nossa história política.

Elaborou Rui Barbosa uma Constituição para doutores, para um povo de cidadãos, e nós éramos ainda um povo de escravos"[7]

É importante salientar que o Presidencialismo traz em seu código, a rígida separação dos poderes, visando obter um grau de equilíbrio entre estes, onde a harmonia e o respeito entre os mesmos são necessários para alcançar os fins desejados da efetivação política.

Todavia, o Brasil ao aderir ao modelo referenciado, passará ao longo da sua história republicana desnaturando a estrutura presidencialista, desrespeitando a harmonia entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, desestabilizando a ordem em prol do interesse de poucos sobre muitos.

O presente ensaio pondera um dos períodos em que ocorreu a quebra da ordem constituída, rompendo com o mecanismo de freios e contra-pesos, que foi a assunção do poder por parte dos militares em 1964, analisando o papel da Corte Suprema no período, sua atuação frente às investidas conferidas pelo Executivo golpista.

3- TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Em conformidade com o que foi visto, a tripartição dos poderes foi montada como forma de combater o modelo absolutista, que ocorria em nações européias até o século XVIII, onde ao instituir o Judiciário como Poder constituído, alterando a dinâmica dualista entre o Executivo e o Legislativo, converteu-se o primeiro em um dos vértices de um triângulo de forças entre aqueles poderes.

A matriz americana foi seguida à risca pelo Brasil; o sistema presidencialista ao delimitar o âmbito de cada poder, separando claramente tais órbitas, também confere um acesso entre eles, o que impede o isolamento dos poderes, ao revés, permite freqüentes interpenetrações na dinâmica política na administração. Tanto o é que cabe ao Presidente da República indicar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, cidadãos com mais de trinta e cinco anos de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada, ao Senado que manifestará sua aprovação mediante maioria absoluta de seus membros.

Marcos Faro de Castro[8] ao analisar sobre a judicialização da política refere-se de forma correspondente sobre a politização da Justiça, onde o recrutamento, composição, competências e procedimentos especialmente da Corte Constitucional, são importantes para a judicialização da política.

Desta forma, para configurar o mosaico que ocorreu nos primeiros anos da ditadura militar é preciso listar as indicações dos Presidentes, os ministros que compuseram o STF, na data do golpe:

Por José Linhares, Presidente do STF, exercendo a função de Presidente da República com a retirada de Vargas em 1945: Edgard Costa; Lafayette de Andrada e Ribeiro da Costa.

Por Eurico Gaspar Dutra: Hahneman Guimarães, Luiz Gallotti e Rocha Lagoa.

Por Nereu Ramos, Presidente do Congresso Nacional exercendo função de Presidente, em decorrência do questionamento da assunção de Juscelino Kubitscheck: Ari Franco.

Por Juscelino Kubitscheck: Candido Motta Filho; Villa-Boas; Gonçalves de Oliveira e Victor Nunes Leal.

Por Jânio Quadros: Pedro Chaves.

Por João Goulart: Hermes Lima e Evandro Lins e Silva.

Este era o quadro dos ministros que compunham o Supremo Tribunal Federal em 31 de março de 1964, indicados por seis exercentes da Poder Executivo em um período de dezoito anos; onde quatro foram eleitos para o posto de Presidente ou Vice-presidente e dois exerceram as atribuições remanescentes da Constituição de 1946, como Presidente.

4- O REVOLUCIONÁRIO GOLPE 1º DE ABRIL DE 1964

Os militares, ao tomarem o Poder Executivo em 1º de abril de 64, não encontraram amplas resistências, ao revés, diversos setores civis incentivaram a procedência do golpe contra o Governo Goulart. E ainda no dia 09 de abril, em menos dez dias, expedem através da sua Junta Militar, Ato Institucional, que apesar de manter a Constituição de 1946 e Constituições Estaduais, alterava para eleição indireta a seleção do Presidente e do Vice-Presidente, cassavam mandatos legislativos e suspendiam direitos políticos de diversas pessoas, entre elas: Jânio Quadros, João Goulart, Juscelino Kubitscheck, Miguel Arraes, Leonel Brizola, entre outros, inclusive dois juízes: Aguiar Dias e Osny Duarte Pereira.

Todavia, o jornal "O Estado de São Paulo" publicou um artigo intitulado "Expurgo no âmbito do Judiciário"[9], cinco dias após a edição do ato, sugerindo a ampliação da "depuração geral por que está passando o país", vez que o presidente Goulart teria levado ao STF "elementos que se empenharam na campanha reformista". Citando os nomes dos Ministros Evandro Lins e Silva e Hermes Lima.

Começava a perseguição das garantias constitucionais[10] de vitaliciedade e inamovibilidade dos ministros do STF e membros do Poder Judiciário. Contudo, o General Castelo Branco ao assumir a Presidência da República, em 15 de abril, procedeu visita protocolar dois dias depois ao STF, assim se manifestou: "A primeira vez que saio da sede do governo é para visitar outro Poder da República, o Supremo Tribunal Federal. E, aqui vindo, singelamente, a este meio tão elevado para o País,

desejo manifestar-lhe o apreço do Chefe do Executivo e o respeito do brasileiro. Era o que tinha a dizer”[11]

O Supremo através do seu Presidente, Gonçalves de Oliveira, agradeceu a visita com o seguinte discurso, onde é cristalino o apontamento pela independência do STF. É ver:

“Senhor Presidente ...timbrou em ressaltar: de se ter empossado no Poder Executivo e dali, pela primeira vez, sair hoje para a realização desse ato solene.

Só isto revela o zelo, o apreço e a admiração do Chefe de Estado pelas demais instituições, a começar por aquela cuja missão reside, precisamente, em julgar, em face da Constituição, os atos dos demais Poderes.

...

A Justiça, Eminente Senhor Presidente, quaisquer que sejam as circunstâncias políticas, não toma partido, não é a favor nem contra, não aplaude nem censura. Mantém-se, eqüidistante, ininfluenciável pelos extremos da paixão política. Permanece estranha aos interesses que ditam os atos excepcionais de governo. Nosso poder de independência há de manter-se impermeável às injunções do momento, e acima de seus objetivos, quaisquer que se apresentem suas possibilidades de desafio às nossas resistências morais.”[12] (grifo nosso)

Este pronunciamento do Presidente do STF corrobora, em parte, a exposição de Marcos Faro de Castro[13] acerca da mudança do significado cultural e do papel institucional do Judiciário e sua interação com o sistema político pela perspectiva não jurisdicional, isto é, institucionalmente marginal, através de pronunciamentos, seja por discursos de posse ou declarações à imprensa, o que é distinto dos que decorrem do exercício da autoridade judicial. Todavia, constata-se que este evento ocorreu no dia 17 de abril de 1964, revelando a interação do Judiciário junto com o sistema político, muito antes de 1988.

Evandro Lins e Silva, Ministro perseguido por parte da imprensa e oposição, relata ainda sobre a visita que:

“Quando o presidente Castelo Branco chegou, ..., e ele se dirigiu a mim em primeiro lugar: ‘Ministro, como tem passado? Eu já o conhecia, porque fui chefe da Casa Civil e ele era o chefe do Estado-Maior das Forças Armadas. Ele se dirigiu em seguida ao Hermes Lima e ao Vitor Nunes Leal, ou seja, àqueles três que eram os mais visados pela propaganda ... Interpretei aquilo como uma mensagem: ‘Não tenho nada contra os senhores”[14]

5- DA NEUTRALIDADE AO TENSIONAMENTO INSTITUCIONAL

Mesmo com a visita protocolar de Castelo Branco, o Deputado Federal Jorge Curi pronunciava inconformado sobre o alcance do Ato Institucional junto ao STF em 24 de abril de 1964:

> "Senhor Presidente... todos nós desejamos preservar a majestade e intangibilidade da Justiça e de sua mais Alta Corte. Mas porque a queremos soberana e livre é que concordamos ser necessários não se deter a revolução ante as portas do Supremo Tribunal Federal
>
> ...
>
> **Dois de seus membros são acusados de participação ativa no processo político e ideológico com que o janguismo assolou e perturbou esta nação. Jangaram para serem ministros e depois de ministros continuariam a jangar.**
>
> ...
>
> Cercear no Poder Judiciário o expurgo que se está processando no Congresso Nacional, além de ser uma odiosa discriminação, é tentar frustar a revolução...
>
> Ou a revolução prossegue ou estará perdida para sempre"[15] (grifo nosso)

Atrelado a discursos dessa espécie com publicações da imprensa e de membros do Poder Legislativo contra a cúpula do Poder Judiciário, que apesar de muitas vezes não citarem os nomes dos ministros perseguidos, faziam referência direta a Evandro Lins e Silva e a Hermes Lima, indicados por Jango, convertendo em verbo "jangar", conjugando através da atuação dos ministros.

Estes ministros redigiram uma carta ao Presidente do STF para que este não divulgasse, mas tivesse ciência do protesto silencioso acerca da infâmia, todavia Ribeiro da Costa, durante a sessão plenária, suspendeu os trabalhos e conferiu conhecimento ao Tribunal, leu-a e discursou contra o jornal, que não tinha força moral para atacar ninguém e que os ministros atacados desempenhavam suas funções com a maior dignidade e honradez pessoal, segundo Evandro Lins este ato do Presidente e seus pares mostrou a solidariedade da instituição e que após essa manifestação os ataques serenaram.

Assim, qualquer ataque feito ao STF através do Deputado Federal Jorge Curi ou mesmo por parte da imprensa, Ribeiro da Costa defendia veemente o seu Tribunal.

Às luzes dos fatos até aqui narrados, contesta-se a compreensão sobre os "Tribunais nas sociedades contemporâneas"[16] emanado por Boaventura do Santos *et alii*, ao conferir que os tribunais nos países periféricos, incluindo o Brasil, seriam facilmente neutralizados. A sensação constatada é que estaria o País vivenciando o período do

Estado-providência dos países centrais, ao alterar a tradicional simbiose entre a independência dos tribunais com a neutralização política para um tensionamento entre os Poderes.

O questionamento é devido quando se constata além das referências anteriores, alguns julgados que garantia a liberdade de cátedra[17] e liberdade de locomoção[18] associado a alteração que o STF procedeu em seu regimento interno, promovendo uma emenda regimental, em 25 de outubro de 1965, prorrogando o mandato de Ribeiro da Costa como Presidente do referido órgão, por mais sete meses, até completar setenta anos.

Desta forma, a atuação vigilante de Ribeiro da Costa fora reconhecido por seus pares ao prorrogar seu mandato, sob risco de quebrar a defesa da independência e autonomia do STF com a sucessão de novo Presidente do STF em período tão conturbado. Segundo Evandro Lins e Silva: "O Supremo não foi atingindo, a meu ver, e nós não fomos imediatamente cassados, em virtude da atitude do Ribeiro da Costa"[19]

6 – E A PREVISÃO SE CUMPRIU

Afinal estaria o Brasil fora da compreensão dos escritos de Boaventura dos Santos, possuindo um Tribunal autêntico e independente? A resposta é não. Se no primeiro momento o Tribunal manteve-se independente, não foi isso que a ditadura militar permitiu posteriormente.

Antes da edição do Ato Institucional nº 2 em 27 de outubro de 1965, ocorria uma proposta de ampliar o número de ministros do STF[20], por parte do Executivo. Situação anômala em face da Constituição de 1946, que conferia somente ao próprio STF a ampliação dos ministros. Os próprios ministros do STF em reunião administrativa manifestaram-se contrário ao aumento do número de juízes, vez que esse aumento seria para "neutralizar a influência daqueles considerados adversários da Revolução."[21]

Ribeiro da Costa, ainda Presidente do Supremo Tribunal Federal publica artigo no jornal, "Correio da Manhã" em 20 de outubro de 1965, ciente de que o regime militar procederia a novas investidas contra a instituição, sua composição e suas garantias, assim expõe:

"Alertamos os Poderes Executivo e Legislativo, ao mesmo passo que assim o fazemos tendo em vista **as insistentes intromissões dos militares nesse assunto que não lhes diz respeito, sobre o qual não lhes cabe opinar, o que, entretanto, vem ocorrendo, lamentavelmente, coisa jamais vista nos países verdadeiramente civilizados...**

Já é tempo de que os militares se compenetrem de que nos regimes democráticos não lhes cabe o papel de mentores da nação, como há pouco o fizeram, com estarrecedora quebra de sagrados deveres os sargentos instigados pelos Jangos e Brizolas. A atividade civil pertence aos civis, a militar a estes que, sob sagrado compromisso, juram fidelidade à disciplina, às leis e à Constituição.

Se **ao Supremo Tribunal Federal** cabe o controle da legalidade e constitucionalidade dos atos dos outros poderes, por isso mesmo ele **é investido de excepcional autonomia e independência, tornando-se intolerável a alteração do número dos seus juízes por iniciativa do Executivo e chancela do Legislativo**. Inaugurando que seja este sistema, mais adiante aumentar-se-á novamente o número dos membros do Supremo Tribunal poderá ficar à mercê da oscilação de opiniões e vontades estranhas àquele Poder?"[22] (grifo nosso)

Aliás, diversos foram os embates que o Presidente do STF teve através da imprensa com uma parcela situacionista do Legislativo e com o meio Executivo-militar, especialmente pelo então Ministro da Guerra, Costa e Silva, que proclamava sua decepção revolucionária: "Os militares deixaram o Supremo Tribunal Federal funcionar na esperança de que ele saberia compreender a Revolução. Esperança, aliás, ilusória." E continua:

"Aí estão as palavras com que nós, militares, somos brindados por Sua Exª., o Presidente do Supremo Tribunal Federal ... Quando os jangos e brizolas procuravam subverter e fechar o Congresso Nacional e *conspurcar a todos os juízes*, o Exército veio à autoridade do governo. Na ocasião, nós não defendíamos nenhum posto, nenhum partido, mas defendíamos, isto sim, a integridade pátria. *Agora fomos brindados* pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, porque, nós não nos recolhemos aos quartéis a pedido do povo, a pedido da sociedade que se via ameaçada. E só voltaremos para os quartéis *quando tudo aquilo terminar*.

A agressão não nos atinge, mas não posso deixar de responder a essa afronta" [23]

Após os pronunciamentos do Presidente do STF e do Ministro da Guerra, os ministros do STF realizaram reunião na casa do Vice-Presidente do Supremo, Ministro Cândido Mota Filho, no sábado, prorrogando o mandato de Ribeiro de Costa até o término da sua judicatura, de forma unânime; contudo dois dias depois, o governo Castelo Branco expedia o AI – 2.

A emanação deste ato seguia a estratégia delineada pelos militares, sendo necessária a edição de mais um Ato Institucional, pois a Constituição de 1946 não era compatível com o regime de exceção que estava sendo adotado. Conseqüência direta da eleição de oposição em alguns Estado, como Guanabara e Minas Gerais, respectivamente, por Negrão de Lima e Israel Pinheiro.

O referido Ato continha um pacote de medidas que desvirtuava ainda mais a Constituição, abrangendo entre seus trinta e três artigos, desde a ampliação das atribuições do Poder Executivo, corroboração da eleição indireta da Presidência da Republica, desativação do pluripartidarismo, perda de direitos políticos de opositores ao regime, até a perda de direitos dos funcionários públicos.

E em especial ao caso em tela: a redução das atribuições do STF em face da ampliação da competência ao Superior Tribunal Militar, que julgaria crimes políticos cometidos por civis instruindo por inquéritos policiais-militares – IPM; ampliação do número de ministros do Tribunal Federal de Recursos, Superior Tribunal Militar e Supremo Tribunal Federal.

Ressalva-se que dos cinco ministros indicados, três possuíam ligações a então UDN: Aliomar Baleeiro[24], Prado Kely[25] e Osvaldo Trigueiro de Albuquerque[26]; além de Adalício Coelho Nogueira[27] e Carlos Medeiros[28] .

Assim, o Governo Militar, ao ampliar o número de membros da composição do STF, postulou pela neutralização da cúpula do Poder Judiciário, contudo por emenda regimental, os ministros anteriores ao AI-2 procederam da seguinte forma: se antes eram onze ministros em duas turmas de cinco cada, mais o Presidente, deliberou-se administrativamente que os novos ministros ocupariam dois lugares na 1ª turma, dois lugares na 2ª turma e um lugar na 3ª turma, o que levava os ministros indicados pelo Regime Militar a serem minorias em todas as turmas.

Evandro Lins e Silva relata acerca dessa manobra do Executivo para neutralizar o Supremo, “Mas se enganaram, porque os cinco nomeados chegaram lá e passaram a votar absolutamente de acordo conosco nos processos políticos”[29].

Já em 1966, continuado a proposta de enfraquecer ainda mais o sistema representativo, o Governo Castelo Branco expede os AI-3 e AI-4, respectivamente, em 5 de fevereiro e 7 de dezembro. Aquele Ato disciplinava a eleição de governadores e vices de forma indireta através do colégio eleitoral estadual, assim como os prefeitos de cidade de segurança nacional seriam indicados por nomeação pelos governadores. O Ato seguinte revogava a Constituição de 1946 e instituía para 1967 a outorga de nova Constituição.

7- “AFASTA DE MIM ESSE CÁLICE”

Com a assunção do Ministro da Guerra, Arthur da Costa e Silva, ao cargo de Presidente da República, o então grupo da linha-dura dos militares assumia de fato e de direito o Executivo Federal, o que apontava para enrijecimento ainda maior do sistema, concentrando ainda mais atribuições ao Presidente da República.

Com o término do mandato de Ribeiro da Costa como Presidente do STF em virtude de sua aposentadoria compulsória por completar setenta anos, assumia a

presidência do órgão, Gonçalves de Oliveira, no dia 12 de dezembro de 1968; mesmo dia que a Câmara do Deputados julgava o pedido de cassação do mandato do deputado Márcio Moreira Alves[30], que negou a referida solicitação.

No dia seguinte, sexta-feira, 13 de dezembro de 1968, enquanto o STF entrava em férias, o governo editava o Ato Institucional nº 5, concentrando ainda mais poderes na figura do Presidente da República, mais do que uma simples resposta acerca da não cassação do mandato de Márcio Moreira Alves, o AI-5 era a confirmação dos poderes absolutos em prol dos interesses do setor "linha-dura" do governo.

O ato conferiu ao governo, entre algumas medidas: fechar o Congresso Nacional por tempo indeterminado; cassar mandatos de senadores, deputados, governadores e prefeitos; possibilitou o Executivo legislar por decreto; decretar Estado de Sítio; suspender direito de reunião; recrudescimento da censura, determinando censura prévia às manifestações artísticas e suspensão do *habeas corpus*para crimes políticos. Era a desnaturação da tripartição dos poderes e dos princípios republicanos, instituído por ato legal, porém, ausente de legitimidade.

E no dia 16 de janeiro de 1969, o Presidente Costa e Silva em reunião do ministério "aproveitou a oportunidade" para aposentar os ministros do STF: Evandro Lins e Silva[31], Hermes Lima[32] e Victor Nunes Leal[33], apesar da Constituição de 1967, Carta Política instituída já no decurso do Regime Militar, não conferir tal possibilidade[34].

Assim o Supremo Tribunal Federal, Cúpula do Poder Judiciário, perde três ministros por aposentadoria compulsória e então Gonçalves de Oliveira, Presidente do STF, que tomara posse menos de um mês, renuncia ao cargo e função no dia 17 de janeiro de 1969, isto é, um dia após a aposentadoria dos três ministros, transmitindo a Presidência do órgão ao Ministro Lafayette de Andrade, contudo este também renuncia, um pouco depois, em 03 de fevereiro, o que leva o STF perde em menos de um mês, cinco ministros, retornando ao número de onze ministros.

Questionado sobre o porquê dos três ministros serem cassados e não demitidos, vez que o AI-5 conferia ao Presidente da República a faculdade de aposentar, demitir e cassar pessoas que tivesse vitaliciedade, Evandro Lins e Silva responde que: "Dizia-se que era um certo respeito pelos serviços já prestados pela pessoa. Seria um ato de 'generosidade' por parte da autoridade que mandava destruir, mas não jogar fora os escombros fora..."[35].

O AI-5 retirava do STF seu poder político, não por ter extirpado alguns ministros, mas por ter retirado das atribuições do STF a possibilidade de julgar os atos do Presidente da República, como também não poderia, mas julgar *habeas corpus* em favor de presos políticos, convertendo em apenas um tribunal judiciário e não em um Poder da República.

E em 1º de fevereiro de 1969, o governo expede o AI-6, que reduzia por ato legal a composição do STF para 11 ministros. Assim o governo retornava ao desenho antigo, fato que confirma a compreensão de uma estratégia política para neutralizar o Poder Judiciário, onde em face da arbitrária retirada de poderes do Supremo tornava-se indiferente a quantidade de Ministros vinculados ao referido órgão para o governo.

CONCLUSÃO

8 – “AMANHÃ VAI SER OUTRO DIA”

Assim, conclui-se o presente trabalho sobre o conflito entre os poderes ocorrente durante os primeiros anos do Golpe Militar, expondo que ainda no quadro teórico o Poder Judiciário convertia-se em Poder Constituído necessário pela fórmula dogmática de Montesquieu para não permitir a hipertrofia do Poder Executivo ou Poder Legislativo, funcionando por mecanismo da tripartição de poderes.

Corroborando, em parte, a análise feita por Boaventura dos Santos *et alii*, o Brasil como país periférico foge ao esquema dos países centrais acerca dos tribunais e o estado moderno, nas três fases: Estado Liberal, Estado-Providencia e Crise do Estado-Providencia. A não ocorrência destes períodos junto ao Brasil se deve, de certa forma, por um processo que os países centrais passaram nos últimos duzentos anos e o qual aos países periféricos e semi-periféricos, tal processo acerca dos direitos e dos tribunais e sua representação política têm sido condensado nas últimas décadas.

Muitas das vezes aos países marginais certas conquistas não foram devidamente adquiridas, mas reflexo dos modelos trazidos de países centrais, vindas de cima para baixo, levando a população e mesmo as classes governantes não compreenderem a totalidade de seus direitos e deveres.

A instabilidade política em países marginais, como o Brasil, têm sido alternadas entre períodos de ditadura com curtas ocasiões de democracia. O que reforça a compreensão de que este fator proporciona um forte impacto na função judicial.

O regime militar brasileiro, que durou mais de duas décadas, teve no primeiro momento da assunção dos militares, através do General Castelo Branco, uma visita protocolar, e conforme mencionado anteriormente, teve a compreensão de um dos ministros visados pela propaganda, que esta visita demonstrava a não perseguição, a primeiro plano, dos ministros do STF visados pela propaganda.

Contudo, pouco mais de um ano, o Judiciário ampliou o mandato do seu presidente, Ribeiro da Costa e o governo expede ato que eleva o número de ministros, visando neutralizar eventual tendência contraria aos interesses do governo, além de retirar parte das atribuições do STF e por fim aposentou compulsoriamente três ministros e por resposta ao ato, o então Presidente Gonçalves de Oliveira também se aposenta, seguido um pouco depois, pelo novo Presidente, Lafayette de Andrade .

Isto demonstra que a ditadura militar enfrentou alguns problemas com a Corte Suprema e que a neutralização política, pois teve que enfrentar a atuação política dos ministros, desde a ampliação da Presidência de Ribeiro da Costa ao fracionamento de forma a compor os novos cinco ministros de forma minoritária junto as turmas do STF, além dos embates promovidos por manifestações não-jurisdicionais dos ministros como entrevistas, publicações e a constatação do próprio Regime Militar da não necessidade de não manter dezesseis ministros, mas onze com a expedição do AI-6, ao perceber ser irrelevante a quantidade de ministros em face de ter retirado certas atribuições par o Superior Tribunal Militar.

Aliás, até ministro nomeado pelo regime militar foi contrário ao sistema, como foi o caso de Adauto Lúcio Cardoso[36], quando em 1971, o STF aceitou a Lei da Censura Prévia editada pelo Governo Médici, quando durante a realização da sessão o ministro Adauto jogou a toga e abandonou o Supremo, revelando mais do que ausência da independência da Corte Suprema, revela que o ministro nomeado pelo sistema, foi contrário ao próprio sistema, anos depois.

Apresentando assim, que o regime militar brasileiro destoa em parte da compreensão emanada por Boaventura dos Santos *et alii*, que os regimes ditatoriais dos países periféricos de não terem grandes problemas em salvaguardar a independência dos tribunais mesmo com a neutralização política, pelos diversos motivos expostos anteriormente.

O presente estudo foi norteado, graças a compreensão de Marcos Faro de Castro em seu artigo, onde expunha em sua recomendação o entendimento do Poder Judiciário em dois vieses, o primeiro pela própria atividade jurisdicional, analisada através das decisões dos ministros junto aos processos, e pelo segundo, a atividade não-jurisdicional, proporcionada através de entrevistas, publicações, pronunciamentos em posses e eventos afins.

Este viés do Judiciário, não-jurisdicional, favoreceu compreender mais do que a versão oficial da situação vivenciada pelo Executivo e Judiciário durante os primeiros cinco anos do regime militar, comprovando que a perseguição do governo ao ministros era infundada, vez que os ministros se mantiveram fiéis às leis e às Constituições vigentes nos períodos.

Encerra-se este ensaio com trecho da entrevista concedida pelo Ministro Gonçalves de Oliveira, Presidente do STF que renunciou no dia seguinte a aposentadoria compulsória de três ministros, ao pesquisador Osvaldo Trigueiro do Vale[37], sintetizado de certa forma o intuito da pesquisa, acerca do conflito entre os poderes constituídos:

"Um jurista brasileiro me disse certa vez, em uma situação de crise: **'Não é possível haver juízes revolucionários; o que é possível é haver leis revolucionárias'**...

As decisões do Supremo não emanavam de espírito partidário dos seus membros. Eram quase sempre tomadas por unanimidade de votos... Também na Revolução Francesa, juízes foram substituídos por outros e, em face das decisões dos novos juízes, os revolucionários, Danton, Robespierre, clamavam inconformados e

desolados: **‘nada mais parecido com os velhos juízes demitidos do que os novos juízes recém-nomeados”** (grifo nosso)

Bibliografia

ALENCAR, Chico; CARPI, Lucia; RIBEIRO, Marcus Venicio. **História da Sociedade Brasileira**.14ª ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico.1996.

BONAVIDES, Paulo.**Ciência Política**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____,____. **Crise Política Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____,_____; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CASTRO, Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política** *in* Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol. 12, Nº 34. 1997.

COELHO, Fernando. **A OAB e o regime militar**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1999.

CONSTANT, Benjamim. **Princípios Políticos Constitucionais**. Tradução Aurélio Wander Bastos.1ª ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1989.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**.Tradução Francisco Weffort. 1ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. **Os Artigos Federalistas**, 1787-1788. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1985.

LESSA, Renato. **Por que rir da Filosofia Política?, ou a Ciência Política como *techné*.Revista** Brasileira de Ciências Sociais v. 13 nº 36. 1998.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Tradução de E. Jacy Monteiro. 1ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. **Do Espírito das Leis.** São Paulo: Abril Cultural,1973

RODRIGUES, Leda Boechat. **Direito e Política**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1975.

SILVA, Evandro Lins. **O Salão dos Passos Perdidos**: depoimento ao CPDOC. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Ed. FGV, 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas sociedades contemporâneas** *in* Revista Brasileira de Ciências Sociais nº 30.

VALE, Osvaldo Trigueiro. **O STF e a Instabilidade Político-Institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1976

---

[1] - LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo.** São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.90.

[2] - MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. **Do Espírito das Leis.** São Paulo: Abril Cultural,1973. p. 156.

[3] - HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 130.

[4] - Ibid., p.168.

[5] - Ibid., p. 170.

[6] - Ibid., p. 137.

[7] - BONAVIDES, Paulo. **A Crise Política Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. P. 93-4

[8] - CASTRO, Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política** *in* Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol. 12, Nº 34. 1997. p 148-9

[9] - "**O Expurgo no âmbito do Judiciário**" *in* O ESTADO DE SÂO PAULO, de 14 de abril de 1964.

[10] - Estipulava a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, no seu artigo 95: "Salvo as restrições expressas nesta Constituição, os Juízes gozarão das garantias seguintes: I – vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão por sentença judiciária; II – inamovibilidade, salvo quando ocorrer motivo de interesse público, reconhecido pelo voto de dois terços dos membros efetivos do Tribunal superior competente"

[11] -VALE, Osvaldo Trigueiro. **O STF e a Instabilidade Político-Institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1976. p. 25

[12] - Ibid. p. 26.

[13] - CASTRO, Marcos Faro de. Op. Cit. p.150

[14] - SILVA, Evandro Lins. **O Salão dos Passos Perdidos**: depoimento ao CPDOC. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Ed. FGV, 1997. p.379

[15] - Diário do Congresso Nacional de 24/04/1964 *apud. in* VALE, Osvaldo Trigueiro. Op. Cit. p.59

[16] - SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas sociedades contemporâneas** *in* Revista Brasileira de Ciências Sociais nº 30

[17] - O caso refere-se ao Professor Sérgio Cidade de Resende da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Católica de Pernambuco, que teve prisão preventiva decretada em face da denuncia de ter cometido crime contra o Estado e a ordem política e social, por ter distribuído em aula material considerado ofensivo à situação vigente. Todavia em 24 de agosto de 1964, o STF concedeu por unanimidade *Habeas corpus* ao professor, entendendo que a liberdade de pensamento e de cátedra eram garantidos pela Constituição de 1946.

[18] - Alguns casos ocorreram em face da prisão irregulares que não seguiam o devido processo legal, com prazo superior ao permitido, como foi a situação dos Governadores de Pernambuco, Goiás e Amazonas, respectivamente, Miguel Arraes, Mauro Borges, Seixas Dória. E o STF deferiu os *Habeas corpus*, apesar da resistência de alguns setores, mas todas as decisões foram cumpridas.

[19] - SILVA, Evandro Lins e. Op.Cit. p.382.

[20] - Estipulava a Constituição de 1946, em seu artigo 98: "O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de onze Ministros. **Esse número, mediante proposta do próprio Tribunal, poderá ser elevado por lei**" (grifo nosso)

[21] - SILVA, Evandro Lins. Op. Cit. p. 393.

[22] - COELHO, Fernando. **A OAB e o regime militar**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1999.p.48

[23] - Jornal "Correio da Manhã", dia 22 de outubro de 1965 apud in VALE, Osvaldo Trigueiro. Op. Cit. p. 126

[24] - Advogado, Deputado Federal por diversas legislaturas, fundou a UDN baiana, depois líder do partido na Guanabara.

[25] - Advogado, Deputado Federal por diversas legislaturas, também foi um dos fundadores da UDN, Presidente Nacional do mesmo, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Ministro da Justiça, e Negócios durante o Governo de Café Filho em 1955.

[26] - Advogado, Governador da Paraíba entre 1947-1950, Deputado Federal, Procurador Geral da República no inicio do governo Castelo Branco.

[27] - Professor Universitário, Desembargador do Tribunal da Justiça do Estado da Bahia.

[28] - Procurador Geral da República no governo Kubitscheck, contudo exonerou-se do cargo em protesto por não ter sido nomeado para uma vaga no STF. Já em 1964, foi incumbido pela Junta Militar de redigir as primeiras alterações políticas, ao viria a ser o AI-1.

[29] - Silva, Evandro Lins e. Op. Cit. P. 393

[30] - No dia 7 de setembro, o Deputado Federal tinha discursado contra o fechamento da Universidade Federal de Mina Gerais e a invasão da Universidade de Brasília, conclamando o povo a não participar dos festejos comemorativos da Independência do Brasil, repercutindo fortes reações junto aos meios militares.

[31] - Advogado, durante o Governo Jango exerceu os cargos: Procurador Geral da República, Ministro Chefe da Casa Civil, Ministro das Relações Exteriores e indicado para o cargo de Ministro do STF.

[32] - Professor Universitário de Direito, fundado da UDN, depois fundador da "Esquerda Democrática" e do Partido Socialista Brasileiro, Deputado Federal, durante o Governo Jango exerceu os cargos de Ministro Chefe da Casa Civil, Ministro do Trabalho, 1º Ministro e Ministro das Relações Exteriores e indicado para o cargo de Ministro do STF.

[33] - Advogado, Funcionário do Ministério da Educação e Saúde, Professor de Ciência Política da Faculdade Nacional de Filosofia, aprovado com a tese que posteriormente denominou *"Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil"*, durante o Governo Kubitscheck exerceu os cargos de Procurador Geral de Justiça do DF, Ministro Chefe da Casa Civil e indicado ao cargo de Ministro do STF.

[34] - Art 108 - Salvo as restrições expressas nesta Constituição, gozarão os Juízes das garantias seguintes: I - vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão por sentença judiciária; II - inamovibilidade, exceto por motivo de interesse público, na forma do § 2º; III - irredutibilidade de vencimentos, sujeitos, entretanto, aos impostos gerais. § 1 º - A aposentadoria será compulsória aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovada, e facultativa após trinta anos de serviço público, em todos esses casos com os vencimentos integrais. § 2 º - O Tribunal competente poderá, por motivo de interesse público, em escrutínio secreto, pelo voto de dois terços de seus Juízes efetivos, determinar a remoção ou a disponibilidade do Juiz de categoria inferior, assegurando-lhe defesa. Os Tribunais poderão proceder da mesma forma, em relação a seus Juízes.

[35] - SILVA, Evandro Lins e. Op. Cit. P. 403.

[36] - Advogado, Vereador do Distrito Federal, Deputado Federal da Guanabara, indicado em 1967 ao cargo de ministro do STF por Castelo Branco.

[37] - VALE, Osvaldo Trigueiro. Op. Cit. P. 191-2.

DIREITO E ESTADO: UMA ANÁLISE A LUZ DE LOURIVAL VILANOVA E HANS KELSEN*

DERECHO Y ESTADO: UN ANÁLISIS BASADO EN LOURIVAL VILANOVA Y HANS KELSEN

Erica Ludmila Cruz Barros

RESUMO

Este artigo tem por finalidade analisar o tema "Direito e Estado" para Hans Kelsen e Lourival Vilanova. Enquanto Hans Kelsen preocupou-se em criar uma ciência do Direito livre de interferências exteriores, o jurista Lourival Vilanova, admitia o Direito como um sistema social capaz de ser influenciado por outros sistemas. O Direito é um subsistema dentro de um sistema social global, mas todos são mutuamente influenciados uns pelos outros, de forma que não se terá um fato unicamente jurídico, ou unicamente econômico, por exemplo. Dito isto, nenhuma regra entrará no ordenamento jurídico estatal, se não for por meio de uma autoridade competente que lhe atribua validade. Nesse trabalho será possível perceber como dois autores com teorias diferentes e brilhantes, trouxeram idéias capazes de ampliar o universo jurídico de inúmeros estudiosos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO, ESTADO, ORDENAMENTO JURÍDICO, KELSEN, VILANOVA.

RESUMEN

Este artigo tiene por finalidad analizar el tema "derecho y Estado" para Hans Kelsen y Lourival Vilanova.Encuanto Hans Kelsen se preocupo en crear una ciencia do Derecho libre de interferencias exteriores,el jurista Lourival Vilanova admitia el Derecho como un sistema social que puede influir por otros sistemas.
El derecho es un subsistema dentro de un sistema social global, pero todos son mutuamente influidos por las demas,de manera que no se obtiene un fato unicamente juridico, o unicamente economico, por ejemplo. Dicho esto, ninguna norma va adentrar en el ordenamento juridico estatal si no hay de pormedio una autoridad competente que le haya dado validad. En este trabajo será possible percibir como dos autores de diferentes y brillantes teorias, contribuiron con ideas capazes de ampliar el universo juridico de inumeros estudiosos.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO, ESTADO, ORDENAMENTO JURÍDICO, KELSEN, VILANOVA.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo é analisar o tema "Direito e Estado" na visão de Hans Kelsen e Lourival Vilanova. No que pese a singularidade do assunto, decidiu-se dividir o trabalho em tópicos pontuais e fazer uma abordagem do pensamento dos autores publicados em suas vastas bibliografias.

De fato, não há como esgotar o tema, e sequer existe essa pretensão, contudo, busca-se ao escrever sobre Lourival Vilanova e Hans Kelsen, contribuir para a ampliação dos estudos de suas obras. Não há dúvidas que as lições de ambos foram vetores apontando um novo horizonte jurídico aos estudiosos da Teoria do Direito.

Dito isso, o trabalho começará com o tópico "Breve visão do Estado sob a ótica de Lourival Vilanova e Hans Kelsen", logo, já no início do estudo, os leitores irão se deparar com os pensamentos de Lourival Vilanova publicados em suas obras "Escritos jurídicos e filosóficos" (volume 1 e volume 2), "Causalidade e Relação no Direito", bem como, os ensinamentos de Kelsen publicados na sua "Teoria Pura do Direito" e no livro "Teoria Geral do Direito e do Estado". Esse capítulo inaugural mostrará o liame entre Estado e Direito, após sua leitura entender-se-á o porquê desse inegável vínculo.

A seguir serão analisados alguns apontamentos de ambos os autores sobre o Estado de Direito. Necessariamente enfrentaremos a questão da suposta dualidade do termo, principalmente para o austríaco Hans Kelsen.

Dando prosseguimento ao trabalho, o próximo capítulo abordará o "Direito em face do Estado", logo, mais uma vez, a disposição de colocações pertinentes e pontuais das obras de Kelsen e Vilanova, permitirá que sejam visualizadas as semelhanças e diferenças entre os posicionamentos dos autores.

O último capítulo deste artigo terá como título "A norma, a sua aplicação e o poder de julgar: ensinamentos de Lourival Vilanova e Hans Kelsen", nesse ponto, os leitores poderão contemplar, sob a ótica de cada um dos juristas e filósofos, como acontece a aplicação da norma pelos órgãos competente e quais são esses órgãos de acordo como ordenamento jurídico. Por fim, o tema da interpretação será tratado, mesmo que em poucos parágrafos, momento em que virá à tona a questão da imprescindibilidade da interpretação para o Direito.

2. BREVE VISÃO DE ESTADO SOB A ÓTICA DE LOURIVAL VILANOVA E HANS KELSEN

Quando Lourival Vilanova se dedica a explicar o significado de Estado, parte de uma reflexão sobre a realidade social estabelecida durante a Idade Média. Para ele não

existiam condições de se determinar o conceito de Estado no mundo medieval, haja vista a inexistência de condições sociológicas para tal fim, e as estruturas de poder da época (Igreja, senhores feudais e vassalos), encontrava-se conflitantes e dispersas, o que impedia a formação de um centro único de poder. Para que se tenha um Estado é preciso que haja uma determinada confluência entre as estruturas de poder de uma época, algo que não existia ou podia ser identificado no mundo medieval.

Para Vilanova a existência de um único centro de poder não é fundamental para a formação de um Estado, porém, o são os diversos centros, concebidos como estruturas de poder político que conjuguem a capacidade mais alta de decisão, devendo prevalecer a sua vontade, por ser esta soberana.

Ademais, o Estado é compreendido como a estatização das relações políticas, que são relações de poder (relações de mando ou de obediência), que em dado momento convergem para um poder de decisão em última instância. É exatamente nesse ponto que as relações fáticas transmutam-se em relações jurídicas, tendo o Estado o poder de monopolizar o Direito para criá-lo e aplicá-lo. Nesse ponto se compreende que o Estado é uma estrutura política que tem o monopólio legítimo do poder, cabendo ao Estado sancionar, já que não teria utilidade um poder desprovido da capacidade de exercer coação de forma legítima (VILANOVA, 2003, p.345).

Dito isto, todo Estado é um Estado jurídico. “O que politiza o poder jurídico não são somente os fins, mas também os meios com que os alcança”. (VILANOVA, 2003, p. 420). Quando Estado intervém na economia, politiza-a. Aqui se percebe que a depender do modelo de Estado, os limites para a sua atuação se diferenciam. Logicamente que um Estado liberal o Estado encontra mais limites (até onde o Estado pode ir?) do que em um Estado social-democrático, momento em que o Estado torna comum a regulação e intervenção na esfera que antes (digamos, em um Estado liberal clássico) era desempenhado tão somente por particulares.

Quando Kelsen escreveu sobre Direito e Estado, a princípio, chamou atenção para a dificuldade em se definir o termo Estado. Afirmou que por vezes “Estado” é utilizado em seu sentido amplo, significando um tipo especial de sociedade. Contudo, Estado também é utilizada em sentido mais restrito, para indicar um determinado órgão da sociedade, como governo, nação ou mesmo território.

Ademais, o Estado do ponto de vista jurídico, é tido como uma pessoa ou como uma corporação (KELSEN, 2000, p. 261). A seguir a idéia do autor: “O Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em composição à internacional). O Estado como pessoa jurídica é a personificação dessa comunidade. De um ponto de vista jurídico, o problema do Estado, portanto, surge como o problema da ordem jurídica nacional” (KELSEN, 2000, p. 262).

O Direito (apesar de ser criado pelo Estado) regula a conduta do Estado de forma análoga a que regula a conduta dos indivíduos. Nada impede que exista um conceito sociológico de Estado e um conceito jurídico de Estado, e até mesmo que aquele seja historicamente anterior a este.

O jurista Hans Kelsen ao tratar do tema Estado, ressalva que é comum identificar o Estado com uma organização política, e isso significa, apenas, que o Estado é uma

ordem de coação exercida de indivíduo para indivíduo. Portanto, como organização política o Estado é uma organização jurídica. E vai além, ao dizer que a ordem jurídica supraestatal internacional ou a ordem jurídica primitiva, nenhuma delas representa um Estado, afinal, nenhuma delas é uma ordem centralizada, sendo suas normas jurídicas produzidas pelo costume, não por um órgão com competência legislativa.

O Estado seria uma ordem jurídica, de fato, organizada, assim, os órgãos instituídos funcionam de acordo com o princípio da divisão do trabalho, aplicando as normas que lhe competem. De fato, se faz necessário certo grau de centralização para que se identifique um Estado (KELSEN, 2006, p. 317). Em sua obra Teoria geral do direito e do Estado, o jurista arremata:

O Estado não é uma ação ou uma quantidade de ações, não mais do que é um ser humano ou uma quantidade de seres humanos. O Estado é aquela ordem da conduta humana que chamamos de ordem jurídica, a ordem a qual se ajustam às ações humanas, a idéia à qual os indivíduos se adaptam à sua conduta... Não existe nenhum conceito sociológico de Estado ao lado do conceito jurídico. Tal conceito duplo de Estado é impossível logicamente, senão por outro motivo, pelo menos pelo fato de não poder existir mais de um conceito sobre o mesmo objeto (KELSEN, 2000, p. 272).

Mesmo que para Kelsen a comunidade de indivíduos que aplicam uma pena a um assassino em uma sociedade primitiva, seja um órgão jurídico, ainda assim não é um Estado. Ora, só seria um Estado se fosse centralizada, e a ordem jurídica nesse tipo de sociedade é descentralizada. Nesse sentido, não há a divisão clássica existente entre órgãos do legislativo, executivo e judiciário, cabendo a cada um desempenhar as suas atividades típicas.

O jurista austríaco adverte que se o Estado é tido como uma comunidade social é imprescindível que essa comunidade seja constituída por uma ordem normativa, ou seja, uma ordem juridicamente centralizada. Até mesmo a vigência do Estado em um determinado espaço e tempo, é também o domínio espacial e temporal de vigência da ordem jurídica. A relação estatal como relação de poder se diferencia das demais relações de poder que ocorrem em um dado território pelo fato de ser juridicamente regulada (KELSEN, 2006, p. 320).

O poder do Estado é a eficácia da ordem jurídica, definindo-se como “uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência , soberana ou imediata relativamente ao Direito internacional, o que é, globalmente ou de um modo geral, eficaz.” (KELSEN, 2006, p. 321). Os sujeitos e deveres que cabem ao Estado são impostos pela ordem jurídica estadual, não por uma ordem jurídica internacional, tida por “superior”.

Não existe Estado que não esteja subordinado ao Direito, já que o Estado é apenas existente nos atos do Estado, estes podem ser definidos como atos dos indivíduos que são atribuídos ao Estado como pessoa jurídica. O Direito é criado por indivíduos, contudo, aqui reside a peculiaridade da questão, os atos desses indivíduos são atribuídos ao Estado e é assim que o Direito regula a sua própria criação.

Kelsen assevera que “não há, nem pode haver, lugar a um processo no qual um Estado que, na sua existência seja anterior ao Direito, crie o Direito, e depois lhe submeta...” (KELSEN. 2006. P. 346). Dando prosseguimento ao raciocínio do jurista, o que ele quer afirmar é que não é o Estado que ficará em posição de subordinação ao direito criado por ele mesmo, e sim, o Direito regulando a conduta dos indivíduos e, especialmente, a sua conduta dirigida à criação do Direito, coloca os indivíduos em posição de submissão a si.

3. ESTADO DE DIREITO: OBSERVAÇÕES DE LOURIVAL E CRÍTICAS DE KELSEN

A sociedade está em um processo contínuo, dinâmico, a cada dia novos fatos sociais demandam proteção jurídica em virtude dos seus conteúdos relevantes. Ora, a economia dar saltos ou tem quedas que gera conseqüências em um mundo globalizado, conseqüências que vão muito além do país que enfrenta a crise financeira; a indústria a cada década aperfeiçoa suas produções, cedendo os lugares que antes pertenciam aos homens às máquinas sofisticadas; até mesmo o mundo virtual transforma-se em ambiente propício para que crimes sejam consumados.

Lourival Vilanova afirma que com base nos fatos, uns bem diferentes dos outros, o Direito aparece como vetor (orientador) da conduta humana compondo a ordem jurídica, e resolvendo a confusão que seria elaborar uma norma para cada novo fato ou uma regra para cada conduta diferente (VILANOVA, 2003, p.416).

Mesmo que não sejam normas jurídicas, os fatos sempre aparecem revestidos por normas, ou seja, normas religiosas, normas de costume, normas de uso, normas morais, etc.

Contudo, poder é poder jurídico e um Estado é um Estado jurídico. Lourival acreditava que o que politiza um poder jurídico não são apenas os fins, contudo, também os meios que são necessários para os fins serem atingidos.

Segundo Lourival, existiram vários Estados de direito, como também várias formas para realizá-lo. Cita-se: o Estado liberal de Direito; o Estado democrático-liberal de direito e outra é o Estado social-democrático de Direito. São as observações de Vilanova: “Ao liberalismo como estrutura política não importa quem exerça o poder. Por isso, o liberalismo político surgiu com a monarquia, convertendo-a em monarquia limitada” (VILANOVA, 2006, p.421).

Existindo direitos fundamentais, esses estavam na Constituição material, assim, na medida em que surgiram as Constituições formais, os direitos fundamentais foram para lá transportados, por isso, sofreram um processo de constitucionalização formal. Com efeito, a constitucionalização formal dos direitos fundamentais deu a esses o status de supralegalidade, estando, por conseguinte, em nível hierárquico superior aos das leis ordinárias.

Lourival não acredita que o Estado de Direito está em direção ao fracasso. Argumenta o filósofo e jurista:

Não cremos – e essa é uma profissão de fé anti-relativista – que o Estado de Direito, como qualquer outra formação histórica, caminhe fatalmente para a sua final ruína. O certo é que a história compõe-se de fatos, mas os fatos compõe-se com as idéias, crenças e concepções que o homem tenha de si mesmo. Se julga ele a liberdade, a democracia, a razão, etapas instáveis de um processo ininterrupto, resignadamente aceita ou justifica a não-liberdade, a não democracia e a institucionalização do irracional. Legitimará a servidão, o poder descometido, o poder fim em si mesmo, e não o poder meio, por serem inevitáveis. É um tipo de legitimação puramente factual, como um descair de braço ante o fato consumado (VILANOVA, 2003, p. 428).

No que concerne ao jurista austríaco Hans Kelsen, o dualismo entre Estado e Direito deixa de existir quando o Estado é admitido como ordem de conduta humana, logo, ordem de coação relativamente centralizada, e o Estado seria a personificação dessa ordem coercitiva. Ainda, acrescenta o jurista que o dito dualismo tem origem (pessoa do Estado e ordem jurídica), considerado um ponto de vista teorético-gnosiológico, mas em paralelo com aquele outro dualismo que se dá entre Deus e o mundo. Diz Kelsen em sua obra:

Assim como a teologia afirma a transcendência de Deus em face do mundo e, ao mesmo tempo, a sua imanência ao Direito. Assim como o Deus criador do mundo, no mito da sua humanização, tem de vir ao mundo – que quer dizer: à ordem da natureza –, tem de nascer, sofrer e morrer, assim também o Estado, na teoria da sua autovinculação tem de se submeter ao Direito por ele próprio criado (KELSEN, 2006, p. 352).

Para Kelsen quando se tenta legitimar o Estado como Estado de Direito é uma tentativa desnecessário, nesses termos, para o autor, todo Estado é um Estado de Direito, visto que não existe Estado que não seja uma ordem jurídica. Prossegue no seu raciocínio e adverte que a limitação de se conceber um Estado de Direito como aquele Estado que corresponda às exigências da democracia e da segurança jurídica, tem implícita a idéia de que para ser legítima uma ordem jurídica coercitiva necessariamente precisa caber nesses moldes.

A crítica de Kelsen é no sentido que mesmo uma ordem jurídica relativamente centralizada que esteja muito distante dessa concepção de Estado de Direito, ainda assim é uma ordem jurídica e a sua comunidade forma um Estado, apesar de tão distantes das balizas que a garantiriam segurança jurídica.

4. OS DIREITOS EM FACE DO ESTADO

Quando se imagina a sociedade de forma estática, do ponto de vista de ocorrência de mudanças sociais, facilmente consegue-se conceber um modelo de direito que responda aos anseios sociais. Até mesmo no caso dessas mudanças serem lentas, o Direito responde de forma ideal aos fatos que gradualmente vão surgindo. São observações de Lourival:

Nas situações sociologicamente estáticas, de mudanças lentas, o ordenamento responde satisfatoriamente aos reclamos da vida social, como a mudança é lenta, o direito tende a acentuado *quantum* de estabilidade, de resistência à inovação. As novas situações encontram solução normativa dentro dos quadros gerais do ordenamento: as regras legisladas, os regulamentos editados, as decisões judiciais vão, cada uma em sua esfera própria, criando o direito novo, sem quebras dos lineamentos e contornos do ordenamento jurídico total (VILANOVA, 2003, p. 464).

Sejam quais forem os direitos, esses recebem proteção jurisdicional. O direito como faculdade de exigir ou omitir uma conduta, depende dos titulares terem órgãos competentes para prestá-los, caso o sujeito passivo se negue. Se os particulares deixaram de ter o poder de fazer valer com as próprias mãos os direitos de que são detentores, em prol de um órgão competente estadual, o certo é que também possuem o direito de exigir desses órgãos (VILANOVA, 2003, p.467).

Tem sido habitual falar na tese dos direitos humanos como conteúdo indispensável ao Estado de Direito. Mesmo quando doutrinas e partidos políticos possuem ideologias contrapostas, ainda assim, os direitos humanos estão presentes em seus discursos. Seria então os direitos humanos uma zona neutra, ou comum de entendimento, que estaria no papel de fim em si mesmo. Importante lembrar que para Vilanova, se há direitos humanos, esses são direitos subjetivos, fundados em um ordenamento jurídico objetivo. “Esse ordenamento não pode ser o ordenamento positivo, pela sua ingênita infixidez, como todo direito positivo. Então o fundamento de tais direitos residiria numa ordem jurídica suprapositiva: a do direito natural racional, pensará o jusnaturalista, ou da ordem jurídica natural dos fatos, pensará o positivista” (VILANOVA, 2003, 428).

Kelsen adverte que como o Estado não possui uma existência que pode ser apreendida pelos sentidos, deve ser percebido através de certas ações humanas que são imputadas ao Estado (KELSEN, 2000, p. 275). E assim se resolve o problema da existência das ações do Estado, através da imputação a pessoas determinadas que funcionam como órgãos do Estado.

A teoria de Kelsen é uma teoria monista, o Estado e Direito possuem relação próxima, havendo uma identidade entre Estado ou Direito. Ademais, o Estado como a personificação da ordem jurídica, pode ter obrigações a serem cumpridas. Existe razoável dificuldade de se imaginar, pela teoria tradicional, que o Estado se submete ao Direito. Porém, até mesmo quando se diz que Direito é criado pelo Estado tem apenas o sentido de reafirmar que cabe ao Direito regulamentar a sua própria criação. Enfim, não existe nenhum problema que os indivíduos, exercendo as suas capacidades de órgãos do Estado, se subordinem ao Direito.

Há uma maneira mais simples de se compreender a questão da subordinação do Estado ao Direito, usando as idéias de Kelsen. Ora, a princípio, não faz sentido

questionar se o Estado veio antes do Direito, já que para uma teoria monista, Estado e Direito se identificam.[1]

Essas dúvidas sobre a subordinação do Estado ao Direito, ou seja, do criador à criatura atormentaram vários juristas. Mas os seguidores e discípulos de Kelsen, crêem que o jurista austríaco ofereceu a resposta adequada a esses anseios, na medida em que seria uma total desordem se o Estado criasse o Direito para regulamentar a vida em sociedade, sob pena de coação para o seu descumprimento, mas ele próprio (Estado) se eximisse de seguir as regras que criou.

5. A NORMA, A SUA APLICAÇÃO E O PODER DE JULGAR: ENSINAMENTOS DE LOURIVAL E HANS KELSEN

Kelsen nos ensina que uma norma somente é válida porque foi produzida de determinada maneira, ou seja, da forma determinada por outra norma, norma a qual representa o fundamento imediato de validade daquela. Nesse contexto, existe uma norma fundamental que funciona como o fundamento de validade de todas as normas pertencentes ao ordenamento jurídico, logo, a norma fundamental integra a unidade na pluralidade destas normas. A norma fundamental, enfim, pode ser compreendida como:

o ponto de partida de um processo: do processo de criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior (KELSEN, 2006, p.222).

As condutas humanas (apenas o homem é objeto de interesse do Direito, porque o Direito é voltado para regular a conduta humana) estão de acordo com as normas jurídicas quando observam o que as normas prescrevem, e do contrário, são opostas às normas jurídicas na medida em que as contrariam. “A conduta que corresponde à norma tem um valor positivo, enquanto à conduta que contraria à norma tem um valor negativo” (KELSEN, 2006, p. 19).

Quando uma conduta humana desobedece ou deixa de observar a prescrição da norma jurídica, tem-se a aplicação de uma sanção. Essa é a diferença do Direito em relação a outras normas sociais, afinal, o Direito é uma ordem coativa, que pode, mesmo contra a vontade do indivíduo, obrigá-lo a uma ação ou omissão, utilizando-se da força. Do contrário, certamente dependeríamos da vontade dos indivíduos em observarem ou não às normas jurídicas, ou seja, fatalmente e com grande freqüência seriam desrespeitadas.

Ademais, com o passar dos anos, não apenas foram alvo de destaque pelas prescrições jurídicas as condutas socialmente indesejadas, mas também, fatos outros que não possuem o caráter de ilícito. Nesses termos, o ato ilícito ou o delito é compreendido

como uma ação ou omissão humana socialmente indesejável, por isso a ordem jurídica a torna um pressuposto da aplicação de uma sanção (KELSEN, 2006, p. 45). Mas a sanção na medida que não necessariamente coincide com um ato ilícito, possui o seu conceito alargado, é o que acontece, por exemplo, com a internação compulsória de doentes mentais.

Todavia, existe um mínimo de liberdade que o Direito não pode invadir, para permitir aos indivíduos viverem em sociedade. Mas até mesmo a liberdade de uma pessoa é protegida pela ordem jurídica, quando determina que as outras são obrigadas a tolerar certas condutas alheias. A mais exigente das ordens jurídicas ainda não conseguem retirar dos homens toda a sua liberdade, ou seja, a existência do mínimo de liberdade está acima de qualquer ordem jurídica, não por causa de um direito natural ou inato ao ser humano, mas por questões eminentemente técnicas, da impossibilidade de um ordenamento regrar todas as condutas humanas (KELSEN, 2006, p. 48).

Se uma norma é vigente, significa que essa norma é válida, a vigência de uma norma pode ser expressa dizendo que algo deve ser ou não ser, um ato preceituado por uma norma, pode permitir, facultar, proibir ou mesmo exigir uma determinada conduta. Ora, a vigência da norma pertence a ordem do dever-ser, não a ordem do ser.

Não se pode confundir vigência e eficácia, já que se diferenciam inclusive no tempo. Ora, uma norma é vigente antes mesmo de adquirir eficácia, se quer dizer com isso, que uma norma é posta antes de ser seguida e aplicada. Contudo, é possível que uma norma jurídica deixe de se tornar válida quando permanece ineficaz por um tempo considerável. “A eficácia é, nessa medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência” (KELSEN, 2006, p.12). Quando uma norma é vigente em determinado espaço ou tempo, fala-se do domínio de vigência temporal e espacial.

Também existe o domínio de validade pessoal e um domínio de validade material das normas, além dos domínios de validade temporal e espacial. A norma regula uma conduta humana. Em toda conduta fixada em uma norma é possível distinguir um domínio de validade pessoal e material, no caso, o homem, que deve se conduzir da maneira prescrita pela norma. O indivíduo se subordina a uma norma, contudo, a subordinação diz respeito a uma determinada conduta desse indivíduo. “O domínio pessoal de validade refere-se ao elemento pessoal da conduta fixada pela norma” (KELSEN, 2006, p.15).

A conduta humana é regulada em sentido positivo quando o ordenamento jurídico concede a um indivíduo o poder ou competência para produzir, por meio de uma determinada atuação, certas conseqüências previstas no mesmo ordenamento. Outro exemplo seria no caso de uma conduta que é proibida, se tornar permitida a um indivíduo em razão de uma norma posterior que delimita o domínio de validade dessa norma proibitiva.

A aplicação das normas jurídicas cabe aos órgãos do Estado, esses órgãos são determinados pela própria ordem jurídica e isso é o que garante à sociedade segurança coletiva. Afinal, dessa forma, centralizando os órgãos de poder, o Estado não deixa nas mãos dos particulares o exercício da força com a justificativa nas próprias razões. Mas claro que um mínimo de autodefesa é interessante até mesmo para o Estado moderno,

onde há o monopólio do poder com o máximo de centralização, como é o exemplo da legítima defesa.

Mas a tarefa do órgão jurídico não se esgota apenas com a aplicação "fria" da norma, do contrário, "quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, esse precisa fixar o sentido das normas que vai aplicar" (KELSEN, 2003, p. 387). A fixação do sentido dessas normas é alcançada através da atividade de interpretação. Todavia, Kelsen diferencia dois tipos de interpretação, uma que é feita pelo órgão que irá aplicar o Direito ao caso concreto, e outra que simplesmente é realizada por uma pessoa privada, e em especial, pela ciência jurídica.

Nem sempre a interpretação de uma lei levará a uma única solução tida por correta, muitas vezes, várias soluções são oferecidas (embora apenas uma das soluções se torne ao final direito positivo quando for aplicada pelo órgão competente). Importa também ressaltar que o resultado da interpretação é a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar. Conclui o jurista que "dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa" (KELSEN, 2003, p. 391).

Vilanova ensina que todos os órgãos do poder, mesmo quando o poder é compartilhado ou dividido, estão no mesmo plano e nenhum existe sem o outro. Essa co-dependência ou alteridade é o que ele denomina de "o-ser-para-o-outro". O fato é que o Legislativo, por exemplo, precisa do Judiciário para aplicar as normas ao caso concreto, do contrário, o Legislativo necessitaria que os indivíduos a observassem espontaneamente, ou até mesmo de maneira impositiva, sem que houvesse a menor preocupação com o justo ou com o equilíbrio entre o ato e a medida. Dito isso, nota-se que para Lourival é o agente competente, este que é determinado pelo ordenamento jurídico, o único capaz de aplicar a norma ao caso concreto, já que o agente competente diante de um critério objetivo prévio, consegue aplicar a norma, determinando o justo (VILANOVA, 2003, p. 355).

Julgar não é fácil, mesmo quando as regras objetivas estão dispostas pelo agente legislativo. Ensina Lourival:

Mesmo quando julgar encontra em regras objetivas, que as não fez o juiz, medidas certas e determinadas de distribuição do justo, ainda assim, com setas indicadoras que apontam o caminho da verdade legal, julgar é difícil: não é ato que feito, desfeito está o vínculo com que o praticou. Não há esse completo desvinculo. Há, sim, um comprometimento da personalidade inteira, de sorte que, julgando o conflito humano, não lava as mãos o juiz, nem se desveste de seu hábito simbólico, como se cumprisse mera tarefa manual (VILANOVA, 2003, p. 355).

Dando continuidade ao seu raciocínio, o jurista ensina que na tarefa de julgar executada pelo Juiz, o que emite o julgamento é a comunidade-estado. A personalidade do Estado absorve a personalidade do juiz, e a sentença deixa de ser do julgado (no aspecto humano) e passa a ser do Estado, ou seja, da comunidade a qual pertence. E conclui: "que seja límpido: a lei como esquema objetivado, prefixando genericamente; a apuração da situação de fato, processualmente comprovada, ou seja, o fato individual

confirmando o abstrato do esquema; a sentença como exata aplicação do direito" (VILANOVA, 2003, p. 357).

Quando dentro do direito o juiz não estiver diante de normas rígidas, que deverá a todo custo seguir, terá nas mãos um largo poder discricionário, mas aí esta um risco, pois o direito, para gerar segurança jurídica para a sociedade, deve ser preciso.

6. CONCLUSÃO

Hans Kelsen preocupou-se em criar uma ciência do Direito livre de interferências exteriores, esse foi o método de Kelsen para alcançar a cientificidade. O filósofo positivista em nenhum momento negou fatores alheios aos jurídicos, tais como os políticos, culturais, econômicos, sociais, mas, tão somente, decidiu por afastá-los para a estruturação de uma teoria pura do Direito.

Quando o filósofo trata da norma jurídica, coloca-a em posição central e de destaque para compreender o conceito de Direito. Como foi visto na relação que Kelsen faz entre Estado e Direito, um Estado necessita de uma ordem jurídica centralizada, ou seja, organizada, com órgãos detentores de poder. Contudo, para Kelsen nem toda ordem jurídica é um Estado, por mais que para todo Estado seja imprescindível uma ordem jurídica.

Ainda identificando Estado com Direito, a teoria de Kelsen afastou as dúvidas a respeito de como o Estado se subordina a algo que ele próprio criou. Na medida em que Estado é identificado como Direito, as questões sobre a anterioridade do Estado ou do Direito, perdem justificativa e encontram respostas na teoria kelseniana.

Para a norma ser válida deve estar de acordo com a norma fundamental que é o espelho para todo o sistema jurídico. Facilita a compreensão das idéias de Kelsen quando se imagina uma pirâmide, estando a norma fundamental em seu topo e todas as que estão abaixo devem ter sua validade decorrente da norma fundamental. Dito isso, nota-se que nesse sistema escalonado a validade é um conceito de extrema importância. A norma fundamental é uma norma pressuposta, que funcionará como medida de validade para as que lhe são posteriores e postas no ordenamento jurídico.

Do ponto de vista meramente da validade, é insignificante se o juiz primeiro decide, e após a sua decisão a fundamenta. Ora, para Kelsen, se várias decisões podem ser tomadas e apenas uma é escolhida, o que importa é que essa escolha se dê entre as normas válidas, logo, entre as normas que são postas de acordo com a norma fundamental pressuposta.

A fundamentação pode demonstrar se a decisão foi justa ou se foi injusta, contudo, não é capaz de afastar a validade da decisão. Aqui não se está defendendo que a fundamentação é desnecessária ou dispensável, na verdade, em um Estado Democrático de Direito é imperioso que os motivos da decisão sejam expostos para as partes; ora, a fundamentação tem um laço tênue com a democracia. Apenas se quer deixar claro que Kelsen em sua teoria pura, admite inclusive que as normas válidas possam ser injustas, porque para ele, a teoria pura do direito é uma teoria da validade, o direito foi tratado no plano da validade, sendo este o conceito central de todo o seu raciocínio.

Lourival Vilanova ao tratar de Estado estabelece uma noção muito parecida com a de Kelsen, no que tange a determinação de uma centralização do poder para que se tenha Estado, para ele o que importa não é a existência de um único centro de poder, mas de diversos centros, compreendidos como estruturas de poder político que conjuguem a capacidade de oferecer uma decisão jurídica.

Percebe-se que para Lourival o Estado é um Estado jurídico, e o Direito pode intervir até mesmo nas relações familiares. É válido a um pai exercer o poder familiar, com a tarefa de educar seu filho, exigir-lhe disciplina e respeito, embora não possa esse pai, ultrapassar os limites estabelecidos pela ordem jurídica e torturar a criança para que ela o obedeça.

Dito isto, a teoria de Hans Kelsen parece, de fato, ter oferecido substância para as teorias do Estado posteriores a dele, inclusive a de Lourival Vilanova, por mais que esse último tivesse sido influenciado não apenas por Kelsen, como por Husserl, Garcia Maynez, Noberto Bobbio, Oto Weinberger, Pontes de Miranda, entre outros, é inegável que as semelhanças entre as duas teorias do Estado.

Não se pode esquecer que Lourival Vilanova fez uma análise de certa maneira mais aprofundada do Estado, inclusive graças às contribuições dos demais juristas, contudo, com todo o respeito as idéias de Lourival que são aplaudidas como geniais pela comunidade jurídica, aqui, nesse trabalho, prefere-se a teoria de Kelsen não apenas porque explicou Estado e Direito com uma concepção monista, mas em razão da sua originalidade.

Como já foi explicado o austríaco Hans Kelsen adotou um método para a teoria pura do Direito, e o mais notável do seu método para alcançar a cientificidade, é que o jurista não explica apenas um ordenamento jurídico específico, do contrário, tudo que ele escreveu em sua obra pode ser aplicado a todos os ordenamentos jurídicos existentes no mundo.

Lorival Vilanova admitiu outras formas de se conceber o Direito, na sua obra “A Causalidade e o Direito”, explica muito bem a relação entre sujeito e norma jurídica. Afirma que imediatamente há a relação entre o sujeito de direito e a norma jurídica, e o domínio temporal espacial de validade dessa norma. Depois afirma que a relação ideal, ou seja, a relação normativa é uma relação de fato. A conclusão que Lourival chega é a de que de uma forma rigorosa, não há relação jurídica, caso não ocorra um fato para que a norma jurídica se realize.

A norma jurídica tem, portanto, incidência no sujeito de direito. Um bom exemplo disso é a norma que determina que para a personalidade jurídica se faz necessário o nascimento com vida. Sendo assim, basta um fato (no caso o nascimento com vida), para a incidência da norma e dos seus efeitos.

Ademais, para Vilanova existe uma relacionalidade no direito. O Direito é compreendido por Vilanova como um sistema de normas diretivas da conduta humana, e essas normas são organizadas para empregarem a coação caso se faça necessário. Adverte o jurista que essa é apenas uma das maneiras de se compreender o Direito, podendo ainda ser estudado como um sistema da conduta humano que efetiva as condutas primárias e ainda as secundárias. O direito pode ser analisado sob duas óticas,

uma como um ordenamento ou sistema de conduta, da outra forma como um sistema de norma.

Com essa concepção de direito relacional, o Direito é visto a partir da relação entre norma e fato, inclusive Lourival atenta que até mesmo para Kelsen o direito tinha uma feição relacional, essa relação se dava entre norma e conduta. Se o direito é fato social, e na sociedade todas as pessoas estão se relacionando, existe pelo menos uma relação mínima, de um sujeito de direito com outro sujeito de direito.

A teoria de Lourival Vilanova admite que o Direito é um sistema social que sofre influência de outros sistemas. O Direito é um subsistema dentro de um sistema social global, mas todos são mutuamente influenciados uns pelos outros, de forma que não se terá um fato unicamente jurídico, ou unicamente econômico, por exemplo.

Em suma, nenhuma regra entrará no ordenamento jurídico estatal, se não for por meio de uma autoridade competente que lhe atribua validade. A validade é compreendida para esse filósofo como advinda dos atos das autoridades competentes, na medida em que, ao recepcionarem, por exemplo, uma norma de direito internacional, terminam operando como fonte de validade.

Por fim, depois de todo esse estudo sobre Direito e Estado, trazendo a idéia dos dois autores, já foi esclarecido que preferimos as noções de Kelsen no que tange ao Estado, em razão da originalidade da sua teoria, que de com certeza mudou toda uma concepção de Estado até ali desenvolvida.

Como não podia ser diferente, visto que Kelsen tinha uma posição monista e identificou Estado e Direito, também adotamos a teoria do jurista austríaco como a que melhor explica o Direito. Ressalvamos a genialidade dos escritos de Lourival Vilanova, e até acredita-se que pouquíssimas mentes consigam entender ou alcançar o brilhantismo das suas lições, contudo, levamos em consideração a grandeza de Kelsen ao escrever uma teoria do direito que explica e pode ser aplica a todos os ordenamentos jurídicos vigentes.

REFERÊNCIAS

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e Do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Teoria Pura do Direito. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. 6 ed. Coimbra: Sucessor, 1997.

VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Escritos Jurídicos e Filosóficos. Volume1. São Paulo: Axis Mundi, 2003.

_____. Escritos Jurídicos e Filosóficos. Volume 2. São Paulo: Axis Mundi, 2003.

[1] De acordo com Gustav Radbruch, a teoria de Kelsen promete liberta-nos dos dilemas das dúvidas sobre a ordem cronológica entre Estado e Direito, bem como, as indagações a respeito do Estado criar o Direito e se submeter, criador à sua criatura. Faz os seguintes comentários à teoria de Kelsen: “Mas uma teoria há que promete libertar-nos desse dilema: a teoria de Kelsen, sustentando a identidade entre o Direito e o Estado. Segundo essa teoria, não há que perguntar pela anterioridade do Direito ou do Estado, visto serem idênticos. Para o jurista, o Estado apenas existe na medida e na maneira em que se exprime na lei; nem é uma força social, nem um produto histórico; é o somatório, o complexo das suas próprias leis. A própria palavra legislação já significa, só por si, como todas as palavras que têm a mesma terminação, simultaneamente uma acção e um facto, um processus e o seu produto: alguma coisa com um querer e algo que foi querido” (RADBRUCH, 1997, p. 348)

MOVIMENTOS POPULARES NO IMPÉRIO, TERRA E CIDADANIA*

POPULAR MOVIMENTS IN BRAZILIAN IMPERAL PERIOD, LAND AND CITIZENSHIP

Fernanda Cristina Covolan

RESUMO

O presente trabalho trata dos movimentos populares no Brasil imperial, especificamente da Cabanada, Cabanagem, Balaiada e Quebra-Quilos, sendo o tema abordado à luz da questão da terra, procurando-se verificar nestes movimentos específicos a relevância da insurgência social e a análise da consciência de direitos de seus representantes, bem como o significado que a falta de acesso à terra teve na eclosão das revoltas. Os referidos movimentos, bem como quase todos os ocorridos no período imperial se deram na região norte e nordeste do país, justamente a mais pobre, mais distante do centro político, e mais próxima de Portugal, sendo foram lidos historicamente, de forma majoritária, como formas de banditismo social, desorganizado, ofensivos às tentativas de organização do novo país. Uma nova leitura dos referidos movimentos permite perceber a existência de uma revolta popular originada na necessidade de sobrevivência aliada ao senso de injustiça e na urgência de acesso ao mínimo, somente possível, naquele tempo, com a distribuição mais equitativa da terra, o meio de produção existente.

PALAVRAS-CHAVES: MOVIMENTOS POPULARES; CIDADANIA; QUESTÃO DA TERRA.

ABSTRACT

This paper deals with popular movements in Imperial Brazil, specifically the Cabanada, Cabanagem, Balaiada e Quebra-Quilos, with the matter discussed in the light of the land question. The relevance of the social insurgency, the consciousness about rights of their representatives and the meaning that the lack of access to land had the outbreak of riots were investigated in these specific movements. Such movements, as well as almost all movements occurred in the imperial period were in the north and northeast of Brazil, the poorest, most distant from the political center, and closer to Portugal. Historically, most people have been understood as forms of social banditry, unorganized and offensive to the attempts at organization of the new country. A new understanding of these movements allows to perceive the existence of a popular revolt originated in the need for survival coupled with the sense of injustice and the urgent need for access to a minimum, only possible at the time with more equitable distribution of land, the way of production existing.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: POPULAR MOVIMENTS; CITIZENSHIP; LAND ISSUES.

INTRODUÇÃO

A questão da terra no Brasil é tema de relevância e importância contemporânea, especialmente quando se observa a incompatibilidade entre um Estado organizado como "Democrático de Direito" e a necessária luta por reforma agrária em movimentos populares, nem sempre entendidos ou reconhecidos como legítimos, ainda que a negação do direito de moradia e desenvolvimento econômico signifique a negação da cidadania para estes despossuídos.

A questão da terra no Brasil, se devidamente estudada, remeterá o pesquisador à história do país nas suas origens, e vários trabalhos têm sido encetados neste sentido, especialmente no que tange ao período do Império, já que a primeira lei a tratar do tema da regularização fundiária é de 1850.

No presente estudo, a questão da terra é pano de fundo do tema central focado, a saber, os movimentos populares do período, questionando-se sobre a relação que tenham com a falta de acesso aos meios de produção da época, necessariamente ligados à terra, bem como levantando as seguintes dúvidas: Os movimentos em questão representavam um enfrentamento ao sistema legal? Qual era sua origem? É possível verificar neles indícios de anseios de cidadania?

Os movimentos analisados foram a Cabanada, a Cabanagem, a Balaiada e o Quebra-Quilos, ocorridos na região norte e nordeste do país, curiosamente a região mais empobrecida e abandonada pelo Império, mais afastada do centro político da época, e onde o sistema colonialista primeiro se implantara.

1. TERRA E MOVIMENTOS POPULARES

O sistema legal de acesso à terra no Império, tendo se transmudado sucessivamente de sesmarias para o sistema de posses para propriedade onerosa, continuava por excluir os homens livres pobres que não se encaixavam no perfil dominante, permanecendo sempre à margem da sociedade.

No entanto, ainda que à margem, durante alguns momentos extremos estes grupos sociais, aproveitando-se de disputas de poder entre facções divergentes das elites, uniram-se e se revoltaram contra as imposições de autoridade dos proprietários e do governo. De tal maneira estas revoltas contrariavam os interesses da ordem social criada pela referida elite que, na história, a maior parte destas lutas sociais é apresentada como criminosa, vândala, proveniente da escória social, configurada como banditismo social, razão pela qual teria sido rechaçada, para bem da sociedade. Esta perspectiva histórica dominante tem sido contraditada em alguns poucos estudos recentes, aqui tomados como referência.

Em que pese o fato de terem as revoltas populares do Império outras bandeiras que não as referentes à propriedade de terras, este elemento pode ser encontrado com maior ou menor relevância nalguns movimentos.

O estudo dos movimentos populares do Império seria tema para uma tese de doutorado e visto que o propósito deste referimento aqui é apenas ilustrativo, foram escolhidas a Cabanada, a Cabanagem, a Balaiada e os Quebra-Quilos, muito embora os demais movimentos tenham tido tanta ou mais relevância. Esta escolha deveu-se a maior ênfase, nestes movimentos, do envolvimento das camadas mais pobres da sociedade de antanho, e a ligação com o tema da terra, direta ou indiretamente.

2. A CABANADA

Sobre a Cabanada destaca-se a obra de Décio Freitas[1], aqui tomada por base, que explica ter este movimento ocorrido no agreste meridional de Pernambuco, entre 1832 e 1836, envolvendo inicialmente senhores-de-engenho que lutavam contra os liberais ocupantes do poder local. Estes primeiros revoltosos foram posteriormente suplantados pelo "populacho", composto de insurgentes brancos pobres, negros, índios, mulatos e cafusos, ou seja, os párias da sociedade nordestina: camponeses sem terra, escravos revoltosos e índios em processo de extermínio. Envolveram-se no conflito cerca de 50.000 pessoas, aí incluídas também mulheres e crianças - o que representava 10% da população da província à época.[2]

Na sociedade pernambucana, como ademais em grande parte da região açucareira, a sociedade produtiva estava organizada de forma polarizada, estando os senhores-de-engenho e os escravos nos dois extremos, encontrando-se no entremeio uma série de homens despossuídos[3], destacando-se os lavradores, posseiros com permissão dada pelos latifundiários, e os moradores em geral, cuja atividade era de culturas de subsistência.

Os lavradores, brancos ou mestiços, tinham permissão para plantar cana nas terras excedentes dos grandes latifúndios. Estes deveriam moer obrigatoriamente nos engenhos do latifundiário, pagando por isso com 50% do açúcar obtido. Não bastasse o alto preço pago, os lavradores ainda estavam submetidos à pesagem inexata da cana, impossibilidade de fiscalização durante a moagem, impossibilidade de negociação direta com Recife do produto da safra e empréstimos usurários. Se em face de tais injustiças estes lavradores ousavam reclamar, sofriam represálias ainda maiores que culminavam com a expulsão das terras cedidas precariamente.[4]

Os lavradores também possuíam escravos ao seu serviço, mas, diferentemente do que ocorria nos latifúndios, tanto homens livres como escravos trabalhavam igualmente no plantio, dividindo inclusive as miseráveis cabanas que deram nome ao movimento.

Além destes lavradores, outros moradores ocupavam os arredores do latifúndio e serviam aos propósitos do senhor-de-engenho. Produziam os bens de subsistência necessários à manutenção da fazenda e das cidades ao redor, sendo a importância desta empreitada de tal vulto que, em face da Cabanada, houve uma crise alimentar no Recife. Na verdade, estes habitantes representavam a grande massa popular rural, compondo cerca de 95% da população livre, sendo em sua maioria ex-escravos ou brancos foragidos. Também habitavam cabanas no meio do mato, igualmente de forma precária. Por tal benesse pagavam com trabalho, dinheiro ou espécie, em conformidade com o pactuado junto ao latifundiário.[5]

Veja-se que, à época, a legislação previa o crime de vadiagem[6], alcançando todos aqueles que estivessem desligados de uma atividade produtiva. Ao considerar-se que os senhores-de-engenho controlavam politicamente os cargos administrativos, judiciais e policiais da região, a perseguição aos vadios podia se tornar perseguição pessoal, estendendo a dominação agrária para todos os setores da vida do despossuído.

Como referido, o movimento da Cabanada surgiu inicialmente como um confronto de forças entre liberais e conservadores, quando os primeiros ocupavam o poder provincial, nos tempos que se seguiram ao fim do primeiro reinado. Os conservadores, grupo composto por senhores-de-engenho, comerciantes de origem portuguesa, militares e componentes do clero, exigiam a volta do D. Pedro I ao trono, defendendo o direito à grande propriedade, desejosos, ainda, de retomarem o controle político.[7]

Tanto conservadores como liberais, exercendo o poder de que dispunham junto aos lavradores e moradores de suas terras, convocaram-nos para a luta em prol do ideário defendido, utlizando-os nas linhas de frente, pelo que, quando o movimento foi sufocado, morreram mais de trezentos homens, componentes majoritariamente da massa de lavradores e moradores. Pode-se dizer que este fato foi como um estopim para a modificação do centro motriz da revolta, começando então a Cabanada.[8]

Assim, inicialmente o movimento tinha caráter insurrecional, mas “degenerou-se” quando a massa cabana transformou-o em guerrilha, curiosamente mantendo um discurso ligado à ideologia conservadora, pleiteando pelo retorno de D. Pedro I e apelando para a manutenção da propriedade, em que pese a prática e desenvolvimento do movimento tenha demonstrado não ser este o foco.[9]

A Cabanada não se deu de forma organizada, inicialmente. Quando moradores, lavradores, escravos e índios fugiram com receio de maiores represálias e mais mortes, no fim da insurreição, invadiram fazendas, levando consigo víveres, armas e munição.

Estas insurreições, ao serem justificadas, fizeram com que a diferença no tratamento dado aos lavradores e moradores se tornasse cada vez mais evidente nas consciências, fomentando a continuidade da forma de agir. Assim, foram alargadas suas bases, à medida que outros aderiam à rebelião. Como os rebeldes conheciam as regiões de matas, os perseguidores não ousavam segui-los quando se embrenhavam, dificultando a repressão da Cabanada, que cresceu em força.[10]

A Cabanada, que congregara interesses de quase todos os segmentos não elitistas, passou então a ameaçar o sistema social, político e econômico, fundado na exploração latifundiária escravista, pelo que liberais e conservadores deixaram de lado temporariamente suas diferenças e uniram-se na repressão ao levante. Os cabanos não só invadiam a propriedade latifundiária, mas libertavam ainda os escravos e se estabeleciam em comunidades igualitárias. Ao mesmo tempo, as práticas católicas sofriam alterações sincréticas, ao se mesclarem com práticas de origem africana ou indígena.[11]

Seu líder principal foi Vicente Ferreira de Paula, que imprimiu a organização e disciplina necessárias para que o grande número de cabanos não se dissociasse, tendo ainda exercido tal poder que foi capaz de motivar a deserção de grande número de praças designados para o confronto.[12]

O movimento prolongou-se até 1836, tendo sido derrotado em face de diversos elementos. Primeiramente, a constante invasão dos latifúndios e libertação dos escravos levou ao isolamento do grupo, diminuindo o número de interessados em ingressar em suas fileiras. Afinal, ao que se via, as confrontações não teriam fim, pois seriam sempre reprimidas duramente. A isso se somou a mudança de tática dos repressores, que entenderam ser necessário empreender uma luta anti-guerrilheira, minando as bases da rebelião.[13]

Viu-se que o referido movimento, ao tomar força, atacou justamente as principais colunas do sistema escravocrata: a grande propriedade de terra e a escravidão, e ainda que o movimento não se tenha organizado e reivindicado sobre alicerce ideológicos, o perseguido pelos cabanos era confrontar a estrutura posta.

3. A CABANAGEM

A Cabanagem do Pará é o único movimento político do Brasil em que os pobres tomam o poder, de fato. É o único e isolado episódio de extrema violência social, quando os oprimidos – a ralé mais baixa, negros, tapuios, mulatos e cafuzos, além de brancos tão rebaixados que parecem não ter direito à branquitude, quase um exponencial de classe -, assumem o poder e reinam absolutos, eliminando quase todas as formas de opressão, arrebatando com a hierarquia social, destruindo as forças militares e substituindo-as por algo que faz tremer os poderosos: o povo em armas.[14]

Os antecedentes históricos da Cabanagem estão na Independência, razão pela qual muitas vezes este movimento é visto apenas como uma das várias faces independentistas do começo do Império. A província do Grão-Pará estava separada do restante do Brasil, muito ligada a Portugal. Naquela região a crise agrícola também era sentida, e o nível das exportações decrescera. Ocorre, porém, que diferentemente do que se via na maior parte das províncias do nordeste, o norte do país era voltado ao extrativismo do cacau mais do que a exploração escravocrata.[15]

Em face da ligação do norte do país com Portugal, a independência declarada no sudeste foi rejeitada, havendo naquela região uma seqüência de lutas de resistência, encabeçadas por representantes portugueses, que se prolongaram até agosto de 1823. A independência não significou, contudo, mudança no corpo ocupante dos postos políticos da época, apenas uma mudança de discurso da elite dominante, que passou a representar os interesses do Império.[16]

Essa manutenção de portugueses nos cargos públicos parece ter sido a causa máxima do começo dos conflitos da cabanagem. Em Belém um primeiro movimento contrário aos portugueses acabou com a morte de 256 revoltosos, sem que se conseguisse refrear o descontentamento que se espalhava para o interior. O inconformismo no interior seria por sua vez acalmado, graças à interveniência de padres. Todos esses movimentos tinham por base o conflito pelo exercício do poder local, a ser desempenhado ou por portugueses ou por brasileiros.[17]

Essa movimentação social é agravada em 1831 quando D. Pedro I deixa o trono, assumindo em seu lugar o governo regencial, com a queda de José Bonifácio. No Pará, o início da regência é marcado pela tomada de posse do Visconde de Goiana, derrubado dez dias depois. Entre os atos do Visconde nos dez dias em que esteve à frente da

província, destacam-se as medidas que tomou a favor dos índios destribalizados, semi-escravizados, chamados de tapuios[18], bem como a extinção das forças políticas militares e da guarda nacional local[19], grupo com força de polícia dominado pelos donos de terra, e usado habitualmente para perseguir inimigos políticos normalmente na pessoa de seus agregados.

O que se percebe é que, no Pará, desde a Independência, as insurgências violentas não cessaram, seja por conta da disputa pelo poder travada entre os dois grupos principais, representantes das forças locais e os ligados ao Império, seja ainda por conta do envolvimento dos populares.

Com os conflitos regenciais, iniciou-se o envolvimento consciente dos populares, identificados com os tapuias, e essa identificação se avolumou à medida que a repressão aos contestadores tornou-se mais intensa. Aumentando os problemas, o governo intensificou a convocação forçada de jovens para integrarem as forças policiais, forma de agir que apenas serviu para agravar os conflitos.

Nos primeiros dias de 1835, a população marginalizada age, então, atacando Belém e, após libertarem um de seus aliados, Malcher, curiosamente proprietário de terras e senhor de engenho, colocam-no no poder. De acordo com Prado Junior, Malcher "dera [...] sobejas provas da dubiedade de suas atitudes"[20].

Os rebeldes mataram os líderes provinciais e aclamaram Malcher como seu representante. No entanto, as primeiras declarações do novo líder não satisfizeram o povo, pois aquele pediu que abdicassem do poder e voltassem para "gozar de paz no seio de vossas famílias, coroados dos louros imortais que ganhastes no dia 7 de janeiro de 1835. (...) Largai as armas, tomai os instrumentos agrícolas para felicitar a indústria e o comércio."[21]

Em fevereiro de 1835 eclodiu a guerra entre o povo e Malcher, com a vitória do povo que conclama Francisco Vinagre, cuja política assemelhou-se com aquela desde sempre existente nas terras brasileiras: fortaleceu sua relação com as bases da polícia e dos administrativos, distribuiu cargos entre homens a si ligados, bem como concedeu postos importantes aos líderes reconhecidos popularmente, garantindo assim sua liderança tradicional.

Como diz Chiavenato, "os presidentes de província do Pará que chegavam ao poder levados pelas rebeliões populares, tratavam antes de estabelecer condições de aproveitar-se das instituições para sustentar-se nos cargos [...]"[22], numa demonstração do estabelecido sistema patrimonial mesmo entre as lideranças de origem popular.

Assim, os governos de origem popular no Pará se sucediam, entremeados por guerras ora contra estrangeiros oportunistas, desejosos de anexar o Grão-Pará, ora contra os representantes do Império.

Por fim, no último empreendimento por parte do Império, assustado com rumo e força dos populares naquela província, expulsou-se o então representante dos cabanos, Eduardo Angelim. O presidente da província adota forma preventiva de governo, trabalhando "apoiado em medidas federais que suspenderam por seis meses as garantias constitucionais e a inviolabilidade dos lares"[23].

Ainda que a retomada de Belém se tenha dado em 1836, a cabanagem se estendeu no Amazonas até 1840, em movimentos interiorizados. O balanço final afirma que morreram cerca de 30 mil homens, ou seja, pelo menos 30% da população regional de então. [24]

Reafirmando a importância histórica deste movimento, Caio Prado Junior diz que a Cabanagem foi o único movimento popular "em que as camadas mais inferiores da população conseguem ocupar o poder de toda uma província com certa estabilidade." [25]

4. A BALAIADA

A Balaiada começa também como um conflito de poder entre liberais e conservadores, em que ambos os lados tentaram utilizar-se das massas pobres, novamente superestimando o controle que exerciam.[26]

Também neste caso, os revoltosos foram vistos como a escória social, como se vê na descrição do presidente do Maranhão, Manuel Felizardo de Sousa e Melo:

Participações de diferentes authoridades concordão em que as forças dos facciosos chegão a 400 homens commandados por 3 chefes sem influencia política, de baixa extração, e de cor, más sou levado a crer exageradas taes communicações, e que o terror á muito tem elevado o número dos desordeiros.[27] (grifo nosso)

É importante ressaltar que, diferentemente do que ocorrera noutras áreas do país, o Maranhão permanecera isolado, juntamente com o Pará, das demais províncias, e em suas paragens os escravos entraram tardiamente, fazendo com que o preconceito racial fosse mais profundo.

O Maranhão também experimentava, na ocasião, forte crise na lavoura de algodão, que afetava indistintamente os diversos setores sociais. A Independência não significara mudanças políticas, já que os mesmos proprietários de latifúndios ocupavam o governo local. Os menos favorecidos sofriam a crise de forma mais intensa, e seu inconformismo aumentava a instabilidade social. Ao mesmo tempo, nas grandes fazendas, com a diminuição das exportações ficava difícil administrar os escravos, que se movimentavam cada vez mais no sentido da insurreição.[28]

Indiferente com as necessidades da população ao redor, os dirigentes sociais "continuavam a olhar com desprezo a população mais simples." As demonstrações de insatisfação do populacho "eram interpretadas como ofensivas e atentatórias à paz social e à segurança das propriedades."[29] Aliás, esse pensamento era compatível com a organização de poder, já que significava o questionamento da tradição que elevara um grupo à condição de proprietário e mantivera o outro na condição de dependente.

A Balaiada eclode em 1838, tendo por pano de fundo a disputa de poder entre conservadores ocupantes do poder que usam de todos os artifícios arbitrários possíveis contra os liberais, entre os quais o recrutamento sistemático de "boiadeiros, feitores, agregados e até escravos das fazendas" que "eram requisitados para transmudarem-se em guardas-nacionais".[30]

Tal política causava desconforto no meio destes homens manipulados, e o conhecimento destas medidas explica que, quando Raymundo Gomes, agregado de um líder liberal, invadiu a guarnição da vila de Manga para soltar seu irmão, preso por um opositor conservador, os guardas-nacionais, ao invés de se oporem, tenham aderido ao ato, formando a semente da revolta.

Diferentemente do que ocorrera com a Cabanada, a Balaiada não se interessou pela situação dos escravos. Em semelhança com aquele movimento estavam as técnicas de tomada e manutenção de áreas, ou seja, as técnicas de guerrilha.[31]

Também neste movimento, a revolta com as condições vividas até então levava os sertanejos a invadirem propriedades, tomarem mantimentos e armas, ameaçando a organização social. Este confronto entre a dominação latifundiária e os sertanejos expandiu-se, abrangendo grande área territorial, alcançando mesmo rotas de importância para a saúde econômica da província.

Apesar de a balaiada não agregar os escravos, a constante invasão de fazendas, somando-se a uma conjuntura de exportação desfavorável, serviu para desestruturar o sistema escravocrata da região. O receio da desagregação social que isso representava fez com que liberais e conservadores superassem suas diferenças, unindo-se no embate contra a rebelião, o que serviu para o paulatino desbaratamento da Balaiada.[32] Este conflito significou a morte de cerca de 12 mil balaios, o que equivalia a 6% da população maranhense de então.[33]

5. O QUEBRA-QUILOS

Henrique Augusto Millet, francês que viveu no Brasil durante longos anos, tendo refletido sobre a revolta em análise na obra “Quebra-Quilos e a Crise da Lavoura”[34], explica que

Num país centralizado como é o nosso, onde o Estado é, além de tudo o mais, senhor absoluto do crédito e regulador da circulação monetária, as fortunas individuais estão à mercê dos poderes públicos; e da escolha dos deputados à futura legislatura depende a salvação ou completa ruína da lavoura e do comércio em todo o território compreendido entre os Abrolhos e o Cabo de S. Roque, o futuro de cinco províncias do Império.[35]

O referido movimento passou a história como uma demonstração da ignorância dos matutos nordestinos que, incompreendendo o sistema métrico implantado pelo Império, invadiram as feiras e destruíram os pesos e medidas implantados. Porém, na verdade, na raiz do movimento estava a insatisfação com a dominação exercida pelos latifundiários em conjunto com o abuso fiscalizador do sistema central do Império, que servia para acentuar a constrição sobre os homens livres e pobres. A estes elementos juntou-se ainda a insatisfação com o sistema de recrutamento para ingresso na Guarda Municipal, de caráter obrigatório justamente para os mais pobres.

Após 1850, como refere a citação de Millet antes exposta, o governo imperial empreendeu esforços centralizadores, imiscuindo-se em todos os setores e com isso limitando a atuação das forças locais, habitualmente provenientes dos grupos sociais mais prestigiados, o que, na maior parte do território de então significava dizer latifundiários.

As crises agrícolas das culturas de algodão e açúcar se sucediam, fazendo com que, por volta dos anos 70 do século XIX, somente os senhores das grandes fazendas conseguissem subsistir, muito embora a produtividade também tivesse decrescido consideravelmente em seus domínios[36]. Os lavradores e moradores, diferentemente, estavam fadados a produzirem cada vez menos, sendo, em contrapartida, mais onerados com as altas cargas tributárias.

Entre os impostos devidos pelos sertanejos estava, por exemplo, o imposto do chão, cobrado em face da utilização do solo no transporte da carga até a feira. Além disso, para o exercício de atividade comercial era necessário desembolsar dois mil contos de réis, razão pela qual os sertanejos comumente tinham suas cargas apreendidas para pagar a multa por comercializarem sem a devida licença.[37]

Outra justificativa encontrada para as manifestações de revolta do Quebra-Quilos, nalgumas regiões foi o sistema de recrutamento, já que o serviço raramente era voluntário, representando muito mais um "fardo às populações pobres, obrigadas a abandonar suas atividades por um serviço gratuito, somente remunerado em situações excepcionais", além de significar afastamento dos entes queridos e da região de habitação. A recusa dos convocados ao serviço militar era interpretada como a "repugnância natural das populações em servir a pátria", sendo as ações contrárias ao recrutamento explicadas como provenientes de analfabetos e "pessoas pouco esclarecidas"[38].

O sistema métrico fora implantado pelo Império em 1862, prevendo dez anos para as adaptações ao novo sistema. Neste ínterim, o governo deveria distribuir novos padrões e expedir regulamentação. Em 1872, vendo que nada havia mudado ao longo dos dez anos da lei, Rio Branco providenciou nova lei que impôs imediatamente a utilização do sistema métrico, sob pena de multa e prisão de até um mês. Esta nova norma do governo central deflagrou o Quebra-Quilos.[39]

É interessante refletir sobre essas insurgências populares, nas razões que as justificavam. Pareceria fácil avaliá-las apenas com base em elementos econômicos, ou seja, apenas com base no empobrecimento que levava à miséria os povos nordestinos. Porém, observados os elementos que foram reivindicados nos Quebra-Quilos, o que se vê é inconformismo com o rompimento das tradições antigas.

No sistema de dominação conforme patrimonialista, as forças sociais encontram-se em constante tensão, e nos sistemas tradicionais tem grande valor as tradições, ou seja, as prerrogativas antigas cujo prolongamento no tempo faz delas dogmas interiorizados por cada indivíduo. As tradições em questão servem tanto para sedimentar o sistema de dominação do senhor patrimonial, mantendo o povo devidamente controlado, como também concedia a esse mesmo povo, ou concedia aos membros dos estamentos, algumas prerrogativas imutáveis.

Com tal elemento interpretativo em foco, aliás, cada um dos movimentos sociais do século XIX aparece como uma forma de insurgência contra o governo ou contra o estamento burocrático a ele ligado, por causa do rompimento com as garantias antigas mínimas que permitiam a existência do homem pobre.

A imposição do sistema métrico serviu como estopim da primeira manifestação, ocorrida na Paraíba, mas se estendeu rapidamente para várias cidades e para outros estados, como Pernambuco, Rio Grande do Norte e Alagoas. Os atos praticados pela população variavam: destruição dos utensílios de medida nas feiras, destruição de câmaras e cartórios, com queima de documentos e recusa violenta ao pagamento de impostos.

Um documento da época faz ver como a sociedade de então percebia o movimento:

O peso dos impostos e o modo bárbaro de cobrá-los e as extorsões de todo gênero feitas ao povo para saciar esse sorvedouro insaciável que se chama "necessidades públicas" esgotaram afinal a paciência deste e lançou-o no caminho da revolta. [40]

Composto de tantas frentes diversas e com bandeiras também diversas, acalmar o Quebra-Quilos não foi uma tarefa empreendida de forma organizada, mas deveu-se à ação forte da polícia local, muito embora todas as ações tenham representado custo de vidas de civis e policiais. A desorganização do movimento serviu ainda para dar espaço à caracterização de movimento criminoso, como banditismo social.[41]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por trás de cada um dos movimentos sociais analisados o que se via era a miséria social a que ficaram relegados os homens destituídos de tudo, embora formalmente livres. Este conflito entre a liberdade que os diferenciava dos escravos, e a constrição a que eram submetidos, levou-os, em alguns momentos críticos a estas manifestações sociais, ainda que lhes faltasse a consciência política, ou capacidade de organização política e ideológica, para uma mudança na ordem vigente.

O sistema de dominação vigente, esse patrimonialismo disfarçado com elementos burocrático-racionais[42], não se romperia com facilidade. Afinal, a dominação, para consolidar-se, se entremeia não apenas nas faces políticas da coletividade, mas também em seus valores, na religião, nos costumes antigos. A chamada consciência política, em verdade, depende então de alterações na cultura e nos valores sociais.

Ainda que as revoltas populares não tenham obtido uma modificação marcante no sistema social e político, serviram para demonstrar que a estrutura de dominação existente na sociedade estava em constante tensão.

Homens e mulheres de então lutavam pelo que consideravam o justo, defendendo de alguma maneira os seus direitos consuetudinários, fato especialmente importante numa sociedade em que a lei positiva era pouco reconhecida pela população. Ainda que aceitassem a estrutura de dominação, existia um limite tolerável para ela, e este limite era a manutenção da mínima dignidade, mesmo que traduzida em capacidade de sobrevivência.

A maior parte dos escritores clássicos da historiografia, como Caio Prado Júnior, Raymundo Faoro, Maria Sylvia de Carvalho Franco, por exemplo, entendem, ainda que por fundamentações diferentes, que os movimentos populares do século XIX não podem ser vistos como uma movimentação incipiente de cidadania, já que estes grupos revoltosos não possuíam a necessária organização social – como diria Prado Júnior, ou

porque estariam acomodados e subordinados à ordem estamental, asfixiados pela cultura patrimonialista que lhes faria criaturas domésticas, no entendimento de Raymundo Faoro e Maria Sylvia de Carvalho Franco.[43]

De fato, organizada a sociedade brasileira no século XIX ainda em torno dos mesmos interesses políticos e sociais, mantidas as mesmas formas de dominação, não era possível que eclodissem movimentos conscientes e reivindicantes de direitos, eis que para isto seria necessária a compreensão da igualdade de todos, fato inexistente naquela sociedade. Estes mesmos movimentos, contudo, estiveram revestidos de uma "lógica própria de atuação", tendo se manifestado em "maneiras muito peculiares", sendo possível afirmar que foram "práticas de resistência da população à ordem constituída"[44].

Uma vez que a construção da cidadania é vista dentro de uma perspectiva historicista, e que a construção histórica não é idêntica em cada nação, estes movimentos tiveram sua importância, mesmo que diminuta, na formação posterior da cidadania. É importante não perder de vista que a revolta e a tomada de poder observadas nestes movimentos demonstraram a insatisfação com o sistema vigente e o sentimento de desequilíbrio social, não devendo ser afastados como elementos construtores da cidadania brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHIAVENATO, Júlio José. **As Lutas do Povo Brasileiro**: do "descobrimento" a Canudos. São Paulo:Moderna, 1988.

_____ **Cabanagem**: o povo no poder. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder:** formação do patronato político brasileiro. Vol. I. 10ª edição. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000

FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. **Homens Livres na Ordem Escravocrata.** 4ª Ed. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 1997

FREITAS, Décio. **Cabanos**: Os Guerrilheiros do Imperador. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1982.

GRAHAM, Richard. **Clientelismo e Política no Brasil do Século XIX.** Rio de Janeiro: UFRJ, 1997.

MILLET, Henrique Augusto. **Os Quebra-Quilos e a Crise da Lavoura**. 2ª ed. São Paulo: Global; Brasília, DF: INL, 1987.

OLIVEIRA, Jailton. **Casa de Detenção na Corte e os Pobres no Rio de Janeiro Imperial**. 26.09.2008. Disponível em <http://professorjailton.spaceblog.com.br/>.

PANDOLFI, Fernanda Cláudia. **Transgressões e Transgressores**: A Contestação Popular à Ordem Pública no Brasil (1850-1889). Dissertação de Mestrado. Faculdade de Ciências e Letras – UNESP. Assis. 2001.

PRADO JUNIOR, Caio. **Evolução Política do Brasil e outros estudos.** 2ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1957.

SANTOS, Maria Januária Vilela. **A Balaiada e a Insurreição dos escravos no Maranhão**. São Paulo: Ática, 1983.

SOUTO MAIOR, Armando. **Quebra-quilos:** Lutas Sociais no Outono do Império. 2ª Ed. São Paulo: Brasiliana, 1978.

---

[1] FREITAS, Décio. **Cabanos**: Os Guerrilheiros do Imperador. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1982.

[2] *Ibidem*. p. 18

[3] Estudo imprescindível para a compreensão dos homens livres durante o período escravagista é a obra HOMENS LIVRES NA ORDEM ESCRAVOCRATA, de Maria Sylvia de Carvalho Franco, cujas ideias permitiram a construção do tema aqui analisado, em que pese inexistirem referências expressas, visto que a referida obra debruçou-se especificamente no estudo da região produtora de café, no sudeste brasileiro.

[4] FREITAS, Décio. *Op. Cit.* p. 26 e 27

[5] Ibidem p. 30 e 31

[6] Sobre o assunto, afirma Jailton Oliveira que "o dicionário de Antonio Morais, publicado em 1813, definia vadio como alguém que vivia sem amo ou sem senhor, sem "tracto honesto", negócio, ofício, emprego, nem modo de vida nem domicílio certo. Era ocioso e vagabundo. O código Criminal do Império, de 1830, foi mais incisivo em definir o vadio como ocioso e desocupado, inimigo da ordem pública e, portanto passível de prisão. No Artigo VI o Código Criminal constrói a figura do delinqüente: "Não tomar qualquer pessoa uma ocupação honesta, útil de que possa subsistir depois advertido pelo juiz de paz, não tendo renda suficiente, pena de prisão com trabalho de oito a vinte e quatro dias, simplesmente por ser vadio [...]". O Código de Posturas Municipais também associa o desocupado ao vadio e impõe multa e prisão para os perigosos da Corte: "Toda Pessoa de qualquer sexo, cor ou idade, que for encontrada vadio, ou como tal reconhecida, sem occupação honesta ou sufficiente para sua subsistência, será multado em 10$000, e soffrerá 8 dias de cadeia [...]". OLIVEIRA, Jailton. **Casa de Detenção na Corte e os Pobres no Rio de Janeiro Imperial**. 26.09.2008. Disponível em <http://professorjailton.spaceblog.com.br/>, Acessado em 18.11.2008, às 13:10 hs.

[7] GRAHAM, Richard. **Clientelismo e Política no Brasil do Século XIX.** Rio de Janeiro: UFRJ, 1997. p. 75

[8] CHIAVENATO, Júlio José. **As Lutas do Povo Brasileiro**: do "descobrimento" a Canudos. São Paulo:Moderna, 1988. p. 56

[9] *Ibidem*.

[10] FREITAS, Décio. *Op. Cit.* p. 99 e 100.

[11] *Ibidem*. p. 116

[12]FREITAS, Décio. *Op. Cit.* p. 116

[13]*Ibidem*. p. 138 e 139

[14] CHIAVENATO, Júlio José. **Cabanagem**: o povo no poder. São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 12

[15] *Ibidem*. p. 17

[16] *Ibidem.* p. 27

[17] CHIAVENATO, Júlio José. **Cabanagem**: o povo no poder. *Op. Cit.* p. 36 *et seq*.

[18] "Como no Pará a mão-de-obra africana era pouca e a escravidão dos indígenas proibida, o artifício para escravizar os índios destribalizados – oriundo do genocídio que os portugueses cometeram em trezentos anos, exterminando suas bases tribais, culturais, étnicas, etc. – foi criar empresas para explorar esses tapuios. Era uma escravidão disfarçada, oferecendo baixíssimos salários que geralmente não eram pagos. Trabalhavam vigiados e sofriam os descontos das despesas feitas com eles (alimentação, vestuário, etc.), o que resultava estarem sempre devendo ao 'patrão'. Não podiam sair nem saldar a dívida; como nunca conseguiam, morriam ou eram mortos na tentativa de fuga." *In* CHIAVENATO, Júlio José. **Cabanagem**: o povo no poder. *Op. Cit.* p. 45

[19] *Idem*. p. 46

[20] PRADO JUNIOR, Caio. **Evolução Política do Brasil e outros estudos.** 2ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1957. p. 70

[21] CHIAVENATO, Júlio José. **Cabanagem**: o povo no poder. *Op. Cit.* p. 67

[22] *Ibidem* p. 140

[23] *Ibidem* p. 141

[24] CHIAVENATO, Júlio José. **Cabanagem**: o povo no poder. *Op. Cit.* p. 147

[25] PRADO JUNIOR, Caio. **Evolução Política do Brasil e Outros Estudos.** *Op. Cit.* p. 71

[26] CHIAVENATO, Júlio José. **As Lutas do Povo Brasileiro**: do "descobrimento" a Canudos. *Op. Cit.* p. 22

[27] Ofício do presidente do Maranhão Manuel Felizardo de Sousa e Melo ao Imo. Exmo. Sr. Bernardo Pereira de Vasconcelos *In* SANTOS, Maria Januária Vilela. **A Balaiada e a Insurreição dos escravos no Maranhão**. São Paulo: Ática, 1983. p. 32

[28] SANTOS, Maria Januária Vilela. *Op. Cit.* p. 41

[29] *Ibidem.* p. 42

[30] *Ibidem* p. 75

[31] SANTOS, Maria Januária Vilela. *Op. Cit* p. 80

[32] *Ibidem.* p. 81

[33] CHIAVENATO, Júlio José. **As Lutas do Povo Brasileiro**: do "descobrimento" a Canudos .*Op. Cit.* p.25

[34] MILLET, Henrique Augusto. **Os Quebra-Quilos e a Crise da Lavoura**. 2ª ed. São Paulo: Global; Brasília, DF: INL, 1987.

[35] *Ibidem*. p. 24

[36] SOUTO MAIOR, Armando. **Quebra-quilos:** Lutas Sociais no Outono do Império. 2ª Ed. São Paulo: Brasiliana, 1978. p. 10

[37] CHIAVENATO, Júlio José. **As Lutas do Povo Brasileiro**: do "descobrimento" a Canudos. *Op. Cit.* p. 92

[38]PANDOLFI, Fernanda Cláudia. **Transgressões e Transgressores**: A Contestação Popular à Ordem Pública no Brasil (1850-1889). Dissertação de Mestrado. Faculdade de Ciências e Letras – UNESP. Assis. 2001. p. 92 e 94

[39] *Cf.*. SOUTO MAIOR, Armando. *Op. Cit.* p. 22 e CHIAVENATO, Júlio José. **As Lutas do Povo Brasileiro**: do "descobrimento" a Canudos. *Op. Cit.* p. 94

[40] MAIOR, Armando Souto *Apud* CHIAVENATO, Júlio José. **As Lutas do Povo Brasileiro**: do "descobrimento" a Canudos. *Op. Cit.* p. 95

[41] *Ibidem*. p. 3

[42] Sobre o patrimonialismo brasileiro, conferir a obra de Raymundo Faoro (Os Donos do Poder), primeiro a fazer a abordagem por este viés, seguindo por Simon Schwartzman , Fernando Uricoechea (O Minotauro Imperial: a burocratização do Estado patrimonial brasileiro no século XIX), José Murilo de Carvalho, Maria Sylvia de Carvalho Franco (Homens Livres na Ordem Escravocrata) e Antônio Paim (Momentos Decisivos da História do Brasil).

[43] *Cf.* PRADO JUNIOR, Caio. Op. Cit, FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder:** formação do patronato político brasileiro. Vol. I. 10ª edição. São Paulo: Globo;

Publifolha, 2000 e FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. **Homens Livres na Ordem Escravocrata.** 4ª Ed. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 1997.

[44] PANDOLFI, Fernanda Cláudia. *Op. Cit.* p. 120 e 121

DESACATOS, IRREVERÊNCIAS E FEITIÇARIA NAS PRÁTICAS JUDICIAIS DO BRASIL-COLÔNIA: A COSMOVISÃO MÁGICA CONTRA O SISTEMA COLONIAL*

SACRILEGES, IRREVERENCE AND SORCERY WITHIN COLONIAL BRAZIL JUDICIAL PRACTICES: THE MAGICAL WORLDVIEW AGAINST THE COLONIAL SYSTEM

Gilson Ciarallo

RESUMO

Neste artigo coloca-se em perspectiva algumas das práticas judiciais de caráter inquisitorial que constituíram parte da esfera jurídica do sistema colonial brasileiro. Atenção especial é dada aos desacatos, irreverências e feitiçarias registrados nos autos das visitações do Santo Ofício ao Brasil. Ao serem compreendidos como crimes contra a Cristandade colonial, as práticas denunciadas podem também ser entendidas como expressão de uma violência contra o sistema opressor. Utilizando-se dos pressupostos da teoria da ação comunicativa, a reprodução da cosmovisão mágico-religiosa, no bojo da qual nascem as infrações denunciadas, coincide com a reprodução simbólica do mundo vivido colonial, o qual encontra-se cindido em relação ao funcionamento do sistema. Ao serem enviados à esfera supramundana, os ataques aos símbolos do Catolicismo colonial, bem como as tentativas de influenciar a estratificada sociedade colonial por meio de feitiçarias, de fato atingiam o sistema da única maneira que era possível, já que a liberação do potencial de racionalidade contido no agir comunicativo não encontrava vias adequadas para se manifestar.

PALAVRAS-CHAVES: PRÁTICAS JUDICIAIS NO BRASIL COLONIAL; VISITAÇÕES DO SANTO OFÍCIO; COSMOVISÃO MÁGICO-RELIGIOSA; TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA

ABSTRACT

In this article some of the judicial practices of the inquisition are studied as part of the juridical sphere of Brazilian colonial system. Special attention is given to the sacrileges, irreverences and sorcery registered in the trial records of the visits of the Holy Inquisition to Brazil. Being conceived as crimes against colonial Christendom, the denounced practices can also be understood as an expression of violence against the oppressing colonial system. Making use of the theory of communicative action premises, the reproduction of the magical-religious worldview, from which the denounced infractions are born, coincides with the symbolic reproduction of colonial lifeworld that is uncoupled from the colonial system functioning. As they were directed to the spiritual world, the attacks against the symbols of colonial Catholicism as well as

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

the attempts to influence the stratified colonial society with sorceries harmed the colonial system in the only way that was possible, since the liberation of the potential of rationality inherent to communicative action did not find the paths needed to reveal itself.

KEYWORDS: JUDICIAL PRACTICES IN COLONIAL BRAZIL; VISITS OF THE HOLY INQUISITION; MAGICAL-RELIGIOUS WORLDVIEW; THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION

1 INTRODUÇÃO

Estudos acerca das práticas judiciais do Brasil colonial não são muito freqüentes na produção acadêmica em história do direito, talvez em razão de encontrar-se a esfera jurídica daquela época atrelada a uma configuração social que mantinha atados Estado e religião. É neste contexto que as visitações do Santo Ofício ao Brasil colonial podem ser entendidas como uma das manifestações da esfera jurídica que se fez presente nos quadros histórico-culturais da sociogênese do Brasil.

As diversas denúncias de desacatos, irreverências e demais práticas mágicas encontradiças nos autos das visitações do Santo Ofício são, desta feita, compreendidos como crimes contra o Estado. Compõem, por conseguinte, a esfera jurídica do sistema colonial de maneira um tanto peculiar. Neste artigo dou a eles atenção especial em razão de possibilitarem uma ampliação das perspectivas a partir das quais se compreende a composição social que se delineou na experiência colonial.

As reflexões a seguir são feitas no intuito de investigar o papel que no Brasil colonial exerceram as práticas tipificadas como infrações nos quadros da atividade judicial levada a cabo pelos braços do tribunal da Inquisição na colônia. Levando em conta esse intuito, utilizo-me dos pressupostos teóricos de Habermas, sobretudo a imagem de disjunção entre sistema e mundo vivido, formulada no bojo de sua teoria da ação comunicativa, a fim de compreender a composição histórico-cultural da sociogênese do Brasil. Desta mesma composição saliento alguns dos atributos do sistema colonial atentando para as relações entre Cristandade, Inquisição e esfera jurídica, entendidos como elementos constitutivos da complexidade sistêmica instaurada. A seguir procuro mostrar como a reprodução vigorosa da cosmovisão mágico-religiosa desta sociedade pode ser entendida como expressão de violência contra o sistema colonial, utilizando-me dos registros das infrações nos autos das visitações do Santo Ofício, bem como dos estudos de historiadores que sobre eles se debruçaram.

2 CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS PRELIMINARES - A PERSPECTIVA HABERMASIANA

Ao considerar como a sociedade ocidental se transformou ao longo de sua trajetória histórico-cultural, Habermas (1984) introduz a noção de razão comunicativa, baseada na intersubjetividade que se estabelece por intermédio da linguagem e que tende a aumentar progressivamente na medida em que se aproxima a moderna cultura ocidental. A superação das imagens mágico-religiosas do mundo, entendidas como estruturas abarcadoras do saber coletivo, desobstrui o caminho para o advento dessa nova concepção de razão, a qual abre trilhas para novos saberes, constituídos a partir da interação.

Nessa formulação teórica o processo histórico-cultural que se desenrola no Ocidente provoca a "liberação progressiva do agir comunicativo", o qual é chamado a sobrelevar a autoridade outrora assumida pelos mitos e pela religião. Advém, desta feita, a razão comunicativa, um conceito que remonta à "experiência central da força sem coação da fala argumentativa, que permite realizar o entendimento e suscitar o consenso" (Habermas, 1984, p. 26-27). É, portanto, por meio da fala argumentativa e do entendimento mútuo (*mutual understanding*) que os participantes nela implicados superam a subjetividade inicial de suas concepções, dando-se conta, ao mesmo tempo, da existência da unidade do mundo objetivo e da intersubjetividade do contexto de suas vidas.

O conceito de razão comunicativa está, portanto, atrelado ao paradigma do entendimento mútuo, de forma que o foco é depositado na atitude performativa que adotam os indivíduos nas interações mediadas pela linguagem. Em tais interações há pretensões de validade inerentes aos atos de fala, pretensões que podem ser criticadas e fundamentadas.

O consenso racional, por sua vez, encontra-se intimamente ligado e dependente do desbloqueio dos domínios de validade que estão imersos e perdidos forma mágica de conceber o mundo, ou pouco delimitados ou distinguidos nas imagens religiosas. Em conexão com a teoria weberiana da racionalização, Habermas salienta que é somente no contexto da modernidade que as esferas culturais de valor diferenciam-se de modo a alcançar a especificidade das pretensões de validade, o que se dá na medida em que ocorre a linguistificação do sagrado (*linguistification of the sacred*): a aura de encantamento e temor difundida pelo sagrado são reconduzidas ao cotidiano na força vinculante das pretensões de validade criticáveis.

Atrelada à noção de linguistificação do sagrado está o processo de racionalização do mundo vivido. Sendo o mundo vivido o reservatório de conhecimentos armazenados, de coisas sabidas, de firmes convicções que os participantes em comunicação desenvolvem a partir de processos cooperativos de interpretação, sua racionalização é uma decorrência da dissolução do núcleo arcaico de normatividade, de desencantamento e despotenciação do âmbito sacral presente nas imagens de mundo anteriores à modernidade ocidental.

Num ponto específico da formulação de seu arcabouço teórico, Habermas se dá conta dos limites das aproximações teóricas que identificam a moderna sociedade ocidental com o mundo vivido, deparando-se, ao mesmo tempo, com a impotência da razão comunicativa diante da complexidade do mundo moderno. Tais limitações levam à

necessidade de se conceber, simultaneamente, a sociedade enquanto sistema e enquanto mundo vivido, estando o sistema ligado sobretudo às transformações que ocorrem nos quadros de reprodução material da sociedade. Na teoria da ação comunicativa sistema e mundo vivido são diferenciados ao passo que a complexidade do primeiro e a racionalidade do segundo ganham estatura. A moderna cultura ocidental, por sua vez, alcança um nível de diferenciação sistêmica no qual organizações cada vez mais autônomas são conectadas umas às outras por intermédio de meios de comunicação deslinguistificados, tais como dinheiro e poder. Na sociedade ocidental moderna ocorre, desta feita, a disjunção entre sistema e mundo vivido, o que resulta no desenvolvimento de esferas de ação econômica e política para as quais o background do mundo vivido tende a ser irrelevante. Essa dinâmica é marcada, portanto, pelo atrofiamento do mundo vivido em relação ao sistema.

3 SISTEMA E MUNDO VIVIDO NA SOCIOGÊNESE DO BRASIL

Na conjugação da sociedade brasileira do período colonial o processo de liberação do potencial de racionalidade contido no agir comunicativo encontra resistências nítidas. Em outras palavras, a composição social do Brasil, considerada nesse período inicial, não se adequa sem descontinuidades à imagem habermasiana do mecanismo que resulta na liberação do potencial de racionalidade, a qual é decorrente da lógica do agir comunicativo. Assim entendo porque na sociogênese do Brasil não foi contínua nem harmoniosa a dissolução do núcleo arcaico de normatividade que, nos termos de Habermas (1984), dá lugar às imagens de mundo racionalizadas.

Esses enunciados decorrem da seguinte conjugação social: no contexto do Brasil colonial o processo de linguistificação do sagrado (recondução da potência do sagrado ao cotidiano da interação mediada pela linguagem) defronta-se com limitações intrínsecas à dinâmica social específica então estabelecida. Isso se explica em razão de ter a cultura brasileira em constituição reunido diversas tradições culturais muito distintas, marcadas por possibilidades cognitivas diversas.[1] Entendo que essa diversidade tenha trazido conseqüências significativas para a sociedade em formação, já que foram decisivas para as possibilidades de constituição do pano de fundo - ou reservatório - de conhecimentos comuns a partir do qual os indivíduos mutuamente se compreendiam (o mundo vivido da sociedade colonial). Em razão disso, não teria havido nesse contexto condições favoráveis ao surgimento de imagens de mundo racionalizadas, as quais são constitutivas da moderna cultura ocidental e centrais para o advento e a predominância da razão comunicativa.

Acrescente-se que, estando sob os auspícios da Cristandade colonial, a sobrevivência de um núcleo arcaico de normatividade que legitimava o sistema colonial, ao lado da contínua reprodução da cosmovisão mágico-religiosa, constituíram empecilhos adicionais nas trilhas que, na teoria social habermasiana, levam àquelas imagens de mundo racionalizadas, características da trajetória da modernidade ocidental. De tal consideração emerge, então, o seguinte enunciado: o processo que culmina no surgimento das imagens de mundo racionalizadas nos quadros do Brasil colonial é decididamente parcial ou seletivo.[2]

Para Habermas (1984) a racionalização das imagens de mundo antecede o processo de racionalização do mundo vivido, a partir do qual novos modelos de organização social surgem no decorrer da trajetória da dinâmica social do Ocidente, aumentando os níveis de complexidade sistêmica. Todavia, considerando-se os quadros sócio-culturais do Brasil colonial, os processos de complexificação sistêmica ocorrem desvinculados do reservatório de conhecimentos comuns a partir do qual os indivíduos mutuamente se entendem (o mundo vivido colonial). Surge dessa consideração este outro enunciado interpretativo, construído a partir da concepção habermasiana de sociedade dual: a sociogênese do Brasil adequa-se, de um modo peculiar, à imagem da disjunção (*uncoupling*) entre sistema e mundo vivido. O sistema encontra-se numa situação de independência em relação ao mundo vivido, impondo-lhe restrições e obstáculos que impedem que a coordenação da ação seja efetuada por intermédio da linguagem com vistas ao entendimento mútuo.

4 CRISTANDADE COLONIAL, INQUISIÇÃO E A ESFERA JURÍDICA

O sistema colonial é implantado sob os auspícios da Cristandade. A expansão da Cristandade colonial, por sua vez, está intimamente atrelada ao caráter sacral do sistema. Desta feita, o conceito de Cristandade constitui, ao mesmo tempo, construções históricas e míticas que, para Azzi (1994, p. 7), encontram-se "polarizadas ao redor de determinados princípios que fundamentam a ordem social de um povo, e simultaneamente garantem sua estabilidade e expansão". Por conseguinte, ao manterem-se sob o manto protetor dos monarcas, os colonizadores lusitanos revestiam-se da missão de expandir a Cristandade colonial brasileira como expansão da Cristandade lusitana. Essa concepção, por sua vez, distingue-se em grande medida da do mundo moderno, no qual o Estado se apresenta como realidade autônoma, assim como as instituições eclesiásticas, as quais passam a depender exclusivamente de seus chefes, influindo apenas indiretamente na composição política e social contemporânea.

A concepção de Estado Cristão ou Cristandade, por sua vez, denota uma organização social na qual a comunidade de fiéis e a sociedade civil constituem uma só entidade, estando os chefes eclesiásticos e os chefes políticos em condições tais que seus papéis sociais se interpenetram. Em razão disso, a sacralidade que perpassa a organização social é o aspecto mais expressivo da Cristandade. Tal sacralidade, no contexto colonial, era proporcionada pelo que Azzi (1981, p. 23) chamou de "Teologia da Cristandade", cujo princípio teológico tradicional, que afirma não haver salvação fora da Igreja, passa a ser entendido como "fora da Cristandade luso-brasileira não há salvação". O reino lusitano, por sua vez, concebia-se como revivescência do reino de Israel: os lusitanos como povo eleito, predestinados por Deus, portadores de salvação. Assim, ao serem as vicissitudes políticas e comerciais dos lusitanos concebidas como manifestações da presença e da vontade de Deus, suas conquistas eram, como conseqüência disso, legitimadas como expressão do desígnio de Deus em prol da edificação da Cristandade.

Deste modo, a teologia da Cristandade leva a evangelização a significar não apenas a transmissão da mensagem cristã, uma vez que também significa conduzir os colonizados a se pautarem segundo critérios da cultura lusitana. Estes dois aspectos da

missão apresentam-se intimamente interligados no contexto de colonização do Brasil: sendo o reino lusitano o lugar de salvação, a ação missionária consistia em instrumento eficaz com vistas a fazer com que a cultura portuguesa fosse aceita pelos colonizados.

É inerente à lógica da Cristandade colonial estarem os missionários a serviço não apenas do evangelho, mas também da Coroa portuguesa. Assim, o projeto político e econômico da Coroa portuguesa foi sacralizado e justificado em nome da fé cristã. Neste contexto, uma das decorrências da teologia da Cristandade na composição social da colônia foi o estabelecimento do princípio de guerra santa: a cruz aliada à espada, na mesma acepção expansionista das cruzadas, aliando à religião interesses sobretudo políticos e econômicos. Sobrevivia, portanto, o mesmo *clima* triunfalista que prevalecia na investida contra os mouros da época medieval, conforme salientou Hernani Cidade (1963, p. 23) ao referir-se ao modo como concebia a vida e o mundo o português da última metade dos quatrocentos, a qual considera ser o mesmo do século XVI.

É assim que se deve entender a presença do Santo Ofício da Inquisição em Portugal e em seus domínios: trata-se de uma das frentes da esfera jurídica que fundia as instituições eclesiásticas às civis, um tribunal civil-religioso responsável por descobrir e inquirir ofensas ao cristianismo, entendidas como ofensas à Cristandade. Nos termos de Vainfas (1997c, p. 196), esse estilo inquisitorial de justiça, criado pelo papado no século XIII, empenhou-se na "depuração das mentalidades populares, na demonização dos sincretismos religiosos, na perseguição às 'ofensas morais'". Neste sentido, arrolavam-se como crimes não apenas os saberes que iam de encontro aos preceitos do catolicismo, como também toda e qualquer manifestação cultural irredutível aos dogmas da Igreja, sobretudo feitiçarias, práticas mágicas, desacatos e irreverências. Tais desvios, por sua vez, infestavam a vida cotidiana no Brasil colonial, tal era a cosmovisão que aqui se reproduzia, como veremos a seguir.

5 COSMOVISÃO MÁGICO-RELIGIOSA COMO EXPRESSÃO DA VIOLÊNCIA DO MUNDO VIVIDO COLONIAL CONTRA O SISTEMA COLONIAL.

A intensa reprodução da cosmovisão mágico-religiosa no Brasil colonial, entendida como manifestação própria da reprodução do mundo vivido, é efeito sobretudo da dinâmica do sistema no contexto sociogênico aventado. Em outras palavras, o tipo de religiosidade que predomina no Brasil nos três primeiros séculos caracteriza-se fortemente pela perpetuação de diferentes práticas mágicas que se contaminam mutuamente, bem como pela reprodução e constante recriação de uma visão mítica do mundo; um processo que, por ter suas engrenagens atreladas às do sistema colonial, mercantil e escravocrata, age sobretudo em resposta aos seus movimentos desumanadores, demonizadores e redutores, ao mesmo tempo sagrados e violentos, atados que estão à lógica capitalista.

Cabe salientar que o sistema colonial deve sua complexidade a uma racionalização do mundo vivido metropolitano, exterior ao contexto colonial. Tal sistema subordina o mundo vivido da colônia e o mantém na condição de satélite. Nos termos de Washington Vita (1964, p. 26), não havia como enfrentar nem mesmo fazer surgir outro

sistema filosófico, o qual era intrinsecamente violento: "como podia nascer em algum cérebro uma nova mundividência, ou ao menos um comentário progressivo das já existentes, onde o máximo que se conseguiu foram esboços de rudimentos de uma cultura própria, na luta contínua e desigual do colonizador contra o meio ambiente?".

Ao irromper violentamente no contexto colonial, o sistema dilacerou os elos que, nos termos da teoria da ação comunicativa, atam a crescente complexidade sistêmica à racionalização do mundo vivido. Como a complexidade do sistema aqui instaurado corresponde a uma racionalização do mundo vivido exterior ao contexto colonial, a reprodução simbólica do mundo vivido dos quadros coloniais operou destituída da possibilidade de ter relações causais diretas com a organização formal da sociedade colonial.

Graus de complexidade sistêmica foram forçados para dentro de um contexto social no qual a heterogeneidade cultural e a preeminência da empresa capitalista impunham entraves a uma racionalização do mundo vivido coesa e retilínea. O mundo vivido dos quadros coloniais se acomodou, então, numa redoma cujas formas de pensamento atrelavam realidade sensível à supra-sensível, natureza à sobrenatureza, de forma a anestesiar as conseqüências funestas da subjugação violenta do sistema. Assim, ao ser submetido aos ditames do sistema colonial, condicionando-se às formas de um satélite seu, o mundo vivido se reproduzia, necessariamente, dentro dos quadros da cosmovisão mítico-mágica justamente porque tal cosmovisão permitia a sobrevivência e a adaptação dos indivíduos ao sistema.

Neste sentido, a violência com a qual irrompe o sistema no contexto social da colônia obteve, nos quadros da reprodução simbólica do mundo vivido, correspondências marcadas também pela violência, segundo as maneiras de operar da mundividência mítico-mágica. À maneira de uma contrapartida do ataque, as milícias foram chamadas a se manifestarem na esfera da realidade supra-sensível. No dizer de Alfredo Bosi, "as flechas do sagrado cruzaram-se" (BOSI, 1992, p. 72). O surgimento, por exemplo, dos santos guerreiros na sociedade colonial é uma das diversas manifestações concretas da mundividência mítico-mágica que, imersa em violência sagrada, exercia as funções essenciais de adaptação e de sobrevivência a uma realidade profundamente instável e caótica. Listem-se alguns deles: Nossa Senhora da Vitória, por ocasião da vitória de Dom Álvaro de Castro sobre os índios; Nossa Senhora da Vitória do Paraguaçu por vitória de Mem de Sá contra o gentio; Nossa Senhora dos prazeres, garantidora da vitória de 1656 sobre os holandeses; também a imagem de Santo Antônio na sua versão guerreira, a ele atribuída pela classe dirigente.[3] São Jorge, por sua vez, foi o santo guerreiro venerado pelos africanos, dando a ele um novo sentido, produto da re-significação nas bases da imagem de mundo africana original. São Jorge representava a função dos orixás africanos, atuando como um "orixá em tempo de guerra", tal como ogum, o deus da vingança e fabricante de armas, e Oxossi, deus guerreiro que ataca com violência (HOORNAERT, 1991, p. 42-43).

Vê-se, desta forma, que a seleção que opera no seio da imagem africana original, ao reinterpretar os santos católicos, coloca de lado as divindades protetoras da agricultura e valoriza, sobretudo, as da guerra (Ogum), da justiça (Xangô) e da vingança (Exu). Como sugere Laura de Mello e Souza (1996, p. 94), "para que pedir fecundidade às mulheres se, na terra do cativeiro, elas geravam bebês escravos? Como solicitar aos deuses boas colheitas numa agricultura que beneficiava os brancos, que se voltava para

o comércio externo e não para a subsistência?". Aos olhos de Bastide (1971, p. 97), "valeria bem mais pedir-lhes a seca, as pragas destruidoras das plantações, já que para o escravo as colheitas abundantes se traduziriam finalmente num acréscimo de trabalho, de fadiga e de miséria". Não podendo atingir, nem mesmo compreender a complexidade do sistema, os escravos africanos a ele reagiram pelas vias do aprofundamento da imagem mítico-mágica do mundo, dentro da redoma que designa a reprodução simbólica do mundo vivido. Não podendo, desta feita, se defender materialmente, já que neste regime os direitos pertenciam ao brancos, o escravo "refugiou-se, pois, nos valores místicos, os únicos que não lhe podiam arrebatar. Foi ao combate com as únicas armas que lhe restavam, a magia de seus feiticeiros e o mana de suas divindades guerreiras" (BASTIDE, 1971, p. 96-97).

É o mecanismo desta geração de significados, este universo reprodutor de símbolos, que garante a sobrevivência da bagagem simbólica dos povos desenraizados. Trata-se de uma religiogênese que nunca encontra um ponto de chegada, sempre novamente renovada, crescendo continuamente de maneira fragmentada, tecendo um emaranhado simbólico caótico, confuso, de cores fortes e contrastantes e que regiam a reprodução simbólica do mundo vivido da infante sociedade sobre que nos debruçamos. Este é o terreno da cosmovisão mítico-mágica colonial, que não exige retilinidade ou coerência internas como o fazem as grandes religiões mundiais.

6 SOBRE DESACATOS E IRREVERÊNCIAS COMO CRIMES CONTRA A CRISTANDADE COLONIAL

Entendida dessa forma a caracterização sacral do sistema, pelas vias do estabelecimento da Cristandade, é possível compreender porque foram tão presentes as diversas expressões de desacato e irreverência em relação aos símbolos do catolicismo.

De certa forma, sistema colonial e religião oficial se misturavam num *continuum* em que poder político era também poder religioso, justificado de forma sagrada. Desta maneira, pode-se compreender as vias pelas quais associamos as irreverências e desacatos a uma expressão de violência, ainda que velada, ao caráter perverso do sistema.

Um desses casos de desacato e irreverência foi registrado no *Livro da Visitação do Santo Ofício da inquisição ao Estado do Grão-Pará* (p. 162-164). Em 15 de outubro de 1763, João Vidal de S. Joze denunciava a cafusa Joana Mendes, referindo-se a uma ocasião talvez bastante recorrente, tendo em vista os infortúnios a que estava submetida na solidamente estratificada sociedade colonial. Consta nos autos que "tirara o rosário que tinha ao pescoço e lhe rompera o cordão lançando as contas no chão e pisando-as e dizendo renegava da Santíssima Trindade e da Virgem Maria Nossa Senhora". Ao ser questionada pelo denunciante acerca da veracidade daqueles desacatos, Joana Mendes, talvez desejosa de tornar pública sua raiva, teria adicionado que "sentia não ter ali uma imagem do Senhor Crucificado que tinha em sua casa para atirar com ela ao meio da rua para que todos ouvissem aquele desacato".

A fúria direcionada ao rosário, à Trindade, à Maria e ao Cristo crucificado está atada à fúria de Joana Mendes em relação aos grilhões do sistema colonial. Ao querer tornar pública tal fúria, Joana Mendes almejava atingir as teias da complexidade sistêmica que a atormentavam. Uma complexidade sistêmica que, no entanto, Joana não compreendia nem identificava, razão pela qual atrelava-a aos símbolos centrais do catolicismo colonial.

Trazer a realidade supra-sensível para a sensível e golpeá-la de forma concreta ia ao encontro dos anseios de golpear o sistema, muito provavelmente presentes em Joana Mendes. Tornar pública sua fúria foi um modo de lançá-la à infinita realidade incompreensível e caótica, o que de alguma forma, atingia o sistema.

Mott (1997, p. 190) relata um episódio semelhante registrado nos autos do Arquivo Nacional da Torre do Tombo - Inquisição de Lisboa. Em 1762, a "preta-mina" Rosa Gomes, já forra, residente em Sabará, parece também manifestar uma fúria que se relaciona a uma necessidade de enfrentar o sistema, dada a condição em que se encontrava: "vendo-se desesperada em sua casa entre quatro paredes, solitária e sem ventura, pedia aos santos e lha não davam e não achando pau nem corda para se enforcar assim desesperada e fora de si, alienada do juízo, tirando de si as contas e bentinhos, quebrara a machado as imagens de Nossa Senhora e Santo Antônio, arrancando os braços e cabeça do Menino Jesus".

Depois de ter vivido na condição de escrava, sob dominação violenta, isolada genealogicamente, desprovida de qualquer sentido de honra na sociedade em que se encontrava e tampouco podendo se locomover no equacionamento da distribuição de poder própria do sistema colonial, Rosa Gomes não vê outra alternativa que não seja o suicídio. A fúria posterior de Rosa, ao ver-se impossibilitada de tirar a própria vida, é dirigida a todos os símbolos do catolicismo que estão ao seu redor. Efetivamente, a violência que Rosa Gomes dirigia ao sistema é imediata e totalmente concentrada na violência direcionada às representações da religião do sistema. Afinal, seu jugo havia sido sempre sustentado nas bases daqueles símbolos, através de eficiente justificação teológica da escravidão, por meio da teologia da Cristandade colonial.

De forma análoga pode-se compreender as recorrentes menções à humanização de Deus e dos santos, de maneira a atingi-los na esfera sensível. Isso tornava possível atingir o sistema colonial, em relação ao qual os contraventores manifestavam suas inconformidades. Era o que fazia a cigana Apolônia Bustamante que, degredada para o Brasil por furto e vivendo entre blasfêmias e brigas conjugais, numa certa ocasião, ao caminhar "por chuvas e lamas e enxurradas" afirmava "com agastamento e trabalhos (...) bendito sea el carajo de mi señor Jesu Christo que agora mija sobre mi". Assim foi registrado nos autos da Primeira Visitação do Santo Ofício, em *Confissões da Bahia* (p. 266-267). Ainda nesta sua confissão, de 30 de janeiro de 1592, acrescentava que por diversas vezes se entregara aos diabos, dizendo "dou-me aos diabos, os diabos me levem já".

Laura de Mello e Souza (1995, p. 110) remete-se ao cristão novo Simão Pires Tavares, cujos desacatos encontram-se entre os registros da Primeira Visitação do Santo Ofício ao Nordeste açucareiro, em *Confissões de Pernambuco* (1594-1595). Além de colocar em dúvida o poder dos clérigos, "disse que merda para a escola de jesus, e a mesma

sujidade para Jesus". Consta ainda que costumava jurar pelas tripas e tutanos de Jesus, atribuindo às figuras sagradas do catolicismo colonial características muito humanas.

O comportamento do cristão novo Simão Pires, de pronto arrolado entre os crimes contra a fé cristã, deve ser entendido no contexto uma fé em Cristo como fachada, a fim de proteger a tradição judaica. Para aqueles provenientes de tal tradição, a figura de Cristo representava melhor do que qualquer outro símbolo o caráter opressivo do sistema. Por meio do atamento da esfera supra-sensível à sensível, Simão Pires atacava um Cristo humanado, o Deus mijador com tripas e entranhas, o que equivalia a um ataque ao coração do sistema colonial, justificado sacralmente naquele mesmo Cristo.

Entretanto, nem sempre irreverências e desacatos, como os que citamos acima, provinham de cristãos novos. Muitos dos violadores não pareciam alimentar a mesma mágoa que marcava a comunidade de judeus e cristãos novos no Brasil colonial, o que favorece a hipótese de serem tais expressões produtos da transferência, para a esfera supramundana, da irrealizável violência contra o sistema colonial, uma vez que não encontrava outro tipo de mediação a fim de manifestar-se. Mott (1988) e Vainfas (1997b, p. 248-249) relatam os registros de palavras injuriosas direcionadas à Virgem Maria: "é má mulher"; "é putana e sudumítica"; "esta puta não tem poder nenhum na trovoada", entre outras injúrias. Também Cristo e o próprio Deus não eram poupados em desacatos que lhes atribuíam traços humanos ligados ao sexo: "cornudo", "corno", "somítico", "fanchono". Nos dois primeiros adjetivos são tratados como "maridos traídos", no terceiro são acusados de praticarem homossexualismo. No último, de serem efeminados. Num contexto em que tais injúrias eram consideradas crimes contra a "única religião verdadeira", ao serem proferidas tornava-se possível atingir o sistema colonial, muito provavelmente de maneira inconsciente.

É importante ressaltar que a ausência de mediação adequada com vistas a expressar a violência ao sistema colonial está intimamente relacionada com a obstrução do agir comunicativo. Cabe lembrar que essa obstrução deve suas origens e sua manutenção à justificação teológica do sistema. Desta forma, a autoridade do sagrado, nas bases daquela justificação teológica, mantinha bloqueados os processos de entendimento mútuo (*mutual understanding*) que permitiriam que o sistema fosse acessado como tema, como objeto de discussão dos atores sociais. Na verdade, a autoridade do sagrado impedia que o sistema fosse elemento constitutivo do horizonte dos processos de entendimento mútuo. O contexto formador do horizonte dos processos de entendimento mútuo, por sua vez, coincide com o mundo vivido. Por conseguinte, na configuração social do Brasil colonial o sistema raramente fora objeto acerca do qual se construíam enunciados que coincidiam com o mundo. É neste sentido que a violência direta e planejada contra o sistema não pode ser concretizada. Não havia mediação que viabilizasse tal concretização. Assim é que sua transferência à esfera supramundana é operada, por meio da expressão da violência aos símbolos da religião oficial do sistema colonial.

Também entendidas como expressões de violência aos símbolos da religião oficial encontram-se as infrações baseadas no desrespeito ao crucifixo, geralmente atribuídas aos judeus e cristãos novos. No *Livro da Visitação do Santo Ofício da Inquisição ao Estado do Grão-Pará (1763-1769)* consta denúncia que faz Caetano da Costa contra um judeu chamado Isidro, cujo "dezacato Sacrilego" teria sido o de amarrar a "Imagem do Senhor Crucificado" a uma goiabeira e acoitá-lo (p. 228-229). Ainda dentre os crimes

dessa natureza, "bastante comum entre os colonos", Souza (1995, p. 112-113) relata o de Diogo Castanho, o qual utilizava-se do crucifixo em suas atividades sexuais: "quando tinha ajuntamento carnal com sua negra metia debaixo dela um crucifixo". Também é muito recorrente nos autos da Primeira Visitação a Pernambuco a presença do mercador João Nunes, cujo desacato registrado era de ter "um crucifixo a par de vaso imundo em que fazia seus feitos corporais", bem como de ter "em sua câmara" um crucifixo sobre o qual urinava, dizendo "lavai-vos lá".

A inconformidade com a situação financeira pessoal também levava a desacatos e irreverências dirigidos aos símbolos do catolicismo colonial. Neste sentido, a violência em relação aos símbolos substituía uma possível oposição que, se possível fosse, seria diretamente dirigida à profunda e cristalizada estratificação social que caracterizava o sistema: Registrado no Arquivo Nacional da Torre do Tombo (Inquisição de Lisboa), um certo João Fernandes teria afirmado "que nenhuma cousa devia a Deus Nosso Senhor porque podendo-o fazer rico, o fizera pobre, e dando muitos bens a outros, a ele só dera trabalhos, e que se chegara a Deus lhe havia de dar com uma faca" (SOUZA, 1995, p. 110-111).

Cumpre acrescentar, ainda, que a inquebrantável estratificação social, estruturada sob a matriz escravocrata, consistia no alvo de muitos dos desacatos e irreverências que os negros escravos dirigiam aos santos (brancos) dos senhores brancos. Representativo destes crimes era o caso de Petrolina, "negra da Guiné", relatado também por Souza (1995, p. 117-118) a partir dos autos de *Denunciações da Bahia*. Muito embora cristã batizada, Petrolina teria espancado com uma bofetada um retabulo de madeira em que se representava Nossa Senhora, e dizia que "aquela senhora não prestava que era de tábua, que melhor era a sua dos gentios de pedra que se bolia quando chegavam a ela...". Dentre os diversos desacatos sublinhados por Mott (1988, p. 165) cite-se a blasfêmia proferida pelo crioulo Fabrício, escravo do Padre José de Souza. Descontava na santa maior os acoites que recebia: "Maldita seja a Maria Santíssima, que se ela não fora, eu não viria a Minas".

Expressões de violência como esta são possivelmente quase que as únicas vias pelas quais o negro escravo podia externar sua inconformidade com sua condição. Neste sentido, pode-se inferir que atacar a imagem do santo branco do senhor branco correspondia a um ataque, por meio do atamento da realidade supra-sensível à sensível, à profunda distinção nós/eles - de um lado o negro escravo, africano e gentio; do outro lado o senhor branco, livre, de linhagem européia e católico. Distinção esta que a estrutura escravocrata cristalizou e que a simbologia católica representava e justificava.

Em contrapartida, desacatos e irreverências havia também da parte dos colonos, dirigidas aos santos dos escravos negros. Registrado em *Denunciações de Pernambuco* encontra-se o episódio em que o clérigo Manuel Dias foi visto com a perna levantada, em frente à capela de Nossa Senhora do Rosário - santa do repertório de devoção dos escravos -, dando "um grande traque diante da imagem da Virgem de vulto fermosa que está no altar" (SOUZA, 1995, p. 116). Também no campo das devoções a distinção operava, hierarquizando os santos segundo seu pertencimento ao respectivo estrato social.

A existência das confrarias, igrejas e santos distintos para os brancos e para os negros são, por sua vez, a representação da distinção nós/eles a que me referi acima. A

irreverência, no episódio supracitado, representa a constante afirmação desta distinção, cuja operação salienta os extremos do equacionamento de distribuição de poder no sistema colonial. Neste sentido, desacatar o santo dos negros era uma forma de distanciar-se da condição escrava, uma maneira de ver-se e afirmar-se no outro extremo (o do senhor, branco e livre) daquele equacionamento de distribuição de poder, cuja estrutura encontra referência primeva na escravidão.

O tratamento direcionado à grande variedade de santos no período colonial podia representar, portanto, inconformidade com a dura realidade que o sistema colonial impunha. Nas palavras de Souza (1995, p. 119), "podiam despertar no homem raiva e violência que eram tanto mais legítimas quanto mais duras fossem as condições concretas da existência".

Com efeito, as expressões de violência direcionadas à realidade supra-sensível acolhiam o protesto proveniente de um mundo vivido colonial reduzido a uma espécie de apêndice do sistema, sendo por este colonizado. Um mundo vivido que, ao ser subordinado à complexidade sistêmica que era relativa a uma racionalização de outro mundo vivido (o europeu), manteve sua compreensão da realidade envolvente dentro dos quadros de uma cosmovisão mágico-religiosa. Por conseguinte, grande parte dos enunciados, cujas pretensões visavam a coincidência com o mundo vivenciado na colônia, passavam necessariamente pelas vias de uma concepção mágico-religiosa do mundo. Em outras palavras, o "pano de fundo" ou o "reservatório de conhecimentos armazenados" próprio do mundo vivido colonial configurava o encontro entre falante e ouvinte nos quadros de uma rede de significados cuja matriz fundamental era a cosmovisão mágico-religiosa. Desta forma, toda possibilidade de rebelião - que, por sua vez, não se realizara concretamente - contra o sistema é convertida na rebelião dirigida às entidades da realidade supra-sensível (os símbolos do catolicismo colonial).

Para melhor compreender, então, a dinâmica social que estava nas bases de produção da inquisitorial esfera jurídica colonial, cumpre salientar o papel que exerceu a reprodução da cosmovisão mágica, uma vez que marcou definidamente a reprodução simbólica do mundo vivido daquela configuração sócio-cultural. Acomodando grande parte das expressões de violência, as quais podem ser entendidas como reações à perversidade do sistema, a intensa reprodução da cosmovisão mágica serviu como retaguarda dele. Isto é, na medida em que tal cosmovisão possibilitava a transferência das agressões à esfera supramundana, ela também permitia que as severas engrenagens do sistema continuassem funcionando em perfeita harmonia, enquanto na esfera supra-sensível havia guerras constantes.

Na verdade, a constante criação e recriação da cosmovisão mágica não só possibilitava como obrigava a transferência da esfera mundana à esfera supramundana, já que a complexidade sistêmica, sendo decorrente de uma racionalização do mundo vivido metropolitano, impedia que fosse compreendida por um mundo vivido cada vez mais reduzido a um apêndice seu. Sendo assim, o horizonte dos processos de entendimento mútuo dessa configuração sócio-cultural não colocavam o sistema em perspectiva, tampouco o estabeleciam como tema, por meio de enunciados que o criticassem. Neste sentido, a sobrevivência e a adaptação ao sistema eram operadas muito mais eficazmente pelas vias da cosmovisão mágico-religiosa, como de fato foram. Vislumbra-se, desta forma, uma das razões que levaram a reprodução simbólica do mundo vivido a pautar-se segundo essa cosmovisão.

7 TRAÇOS DAS FEITIÇARIAS DENUNCIADAS

Decorrentes também da violência estrutural do sistema, uma infinidade de práticas mágicas foram suscitadas sobretudo com vistas a atingir, de alguma forma, a estrutura escravocrata que oprimia principalmente os escravos negros e seus descendentes. Souza (1995, p. 204) comenta a presença da feitiçaria no Brasil colonial entendendo-a como uma necessidade na formação social escravista, pois "não apenas dava armas aos escravos para moverem uma luta surda - muitas vezes, a única possível - contra os senhores como também legitimava a repressão e a violência exercidas sobre a pessoa do cativo.

Assim como os desacatos e as irreverências dirigidos aos símbolos do catolicismo tradicional transferiam para a esfera supramundana a agressão ao sistema, muitas das práticas mágicas operavam no sentido de atar a realidade supra-sensível à sensível com vistas a intervir no quadro opressor que o sistema, por intermédio de seu atributo escravocrata, perpetuava. A ação daqueles que eram oprimidos pelo sistema na conjuntura que os envolvia concretizava-se quase que somente pelas vias da cosmovisão mágica principalmente porque o mundo vivido da sociedade colonial encontrava-se reduzido, como já dissemos, a uma espécie de satélite do sistema, o que impossibilitava que a coordenação da ação fosse mediada pela linguagem, ou por práticas discursivas que permitissem que os atores estabelecessem algo neste mundo.

Na verdade, como tenho repetido ao longo deste artigo, praticamente inexistia a compreensão da complexidade do sistema, o que os remetia à interpretação de seu contexto nos quadros da visão mágico-religiosa do mundo. Esta, ao ser já elemento constitutivo da imagem de mundo original dos povos africanos e de seus descendentes, foi intensamente reproduzida e recriada a fim de abarcar a complexidade do sistema.

Desta forma, o ataque a este mesmo sistema expressou-se através da semântica mágica em episódios diversos, marcando definidamente o cenário colonial. Muitas vezes as práticas mágicas maléficas, ou malefícios, voltavam-se contra as propriedades do senhor, expressando de forma mais direta a contestação ao sistema escravista. Marcaram o cenário colonial de forma vigorosa, equacionando as relações escravistas e plurirraciais (SOUZA, 1993). A exemplo desses malefícios, o processo n.º 11.163 do Arquivo Nacional da Torre do Tombo registra os feitiços que Luzia da Silva Soares fazia contra seu dono Domingos Rodrigues de Carvalho e toda a família senhorial. Consta nos autos que dentre os alvos do feitiço estavam as lavras auríferas, para que deixassem de produzir. Luzia parecia desejar assumir sozinha o controle da fazenda de seus senhores, por isso queria que a família senhorial morresse. Depois de uma avalanche de infortúnios que sobreveio à família colonial, Luzia fora acusada de feitiçaria e pacto com o demônio. Presa em 18 de dezembro de 1742, atravessaria o Atlântico rumo à Metrópole, para as prisões da Inquisição de Lisboa (NOGUEIRA, 2004; SOUZA, 1995).

Cite-se também o caso de Joana, escrava mina que praticava sortilégios com raízes de cipó picão, esfregando-os nos pulsos em cruz e proferindo as seguintes palavras:

"Senhor paitinga, assim como Vossa Mercê tem raiva de mim, assim se lhe abrande o coração". Para se proteger, trazia na boca um pedaço daquele cipó sempre que ia falar com seu senhor. Foi acusada de ter envenenado e matado outra escrava de seu senhor, a índia Filipa, e de que pretendia matar igualmente sua senhora.[4]

Feitiçaria e demais práticas mágicas serviam aos escravos sobretudo para sobreviverem no sistema. Permitiam, pelas vias das esfera supramundana, agir para se ausentar dele, alimentando os sonhos da alforria. O processo n.º 11.767 do Arquivo Nacional da Torre do Tombo relata o caso do escravo José Francisco, que fazia feitiços sob encomenda de outros escravos desejosos de alforrias. Ao ser procurado por um outro escravo de nome Antônio, cujo senhor era estrangeiro, José Francisco orientou que "lhe trouxesse da casa em que assistia o dito senhor um pouco de lixo da mesma casa, e lhe raspasse a sola dos seus sapatos, e lhe trouxesse algum escarro seu". Depois de juntar tudo com enxofre e a pôs numa espécie de bolsa de pano, "a qual cozida a deu ao dito preto dizendo-lhe que a enterrasse ao pé da porta por onde havia de entrar seu senhor". Antônio deveria desenterrar a bolsa depois de três dias, que seria vendido em seguida (SOUZA, 1995, p. 207).

O sofrimento do escravo, como observou Antonil em *Cultura e opulência do Brasil por suas drogas e Minas*, não raras vezes levava-o ao assassinato. Na impossibilidade deste, podia tirar a própria vida ou refugiar-se nas práticas mágicas. Recorria, desta feita, à esfera supramundana. Sendo o castigo freqüente e excessivo, "ou se irão embora, fugindo para o mato, ou se matarão per si, como costumam, tomando a respiração ou enforcando-se, ou procurarão tirar a vida aos que lha dão tão má, recorrendo (se for necessário) a *artes diabólicas*..." (ANTONIL, 1965, p. 163). O suicídio consistia igualmente numa forma de atacar a propriedade do senhor, atingindo diretamente o sistema. Por isso era tão temido pelos senhores, sendo caracterizado como crime contra a propriedade (SOUZA, 1995, p. 209).

Cumpre salientar que dos três recursos supracitados de que se valiam os escravos com vistas às tentativas de refugiarem-se do sistema, os pactos com o diabo parecem ter sido os mais recorrentes no período colonial. No mesmo processo (n.º 11.767, Arquivo Nacional da Torre do Tombo) contra o escravo José Francisco consta que fora procurado por outros quatro escravos que desejavam que determinada porta fosse aberta para eles, pois dentro da casa do senhor havia muito dinheiro, com o qual seria possível comprar a liberdade, bem como outras coisas determinadas para seu uso. A carta com a oração, seguindo as orientações de José Francisco, deveria ser redigida nos termos de um contrato demoníaco, no qual as almas deveriam ser entregues ao diabo.

Na tentativa, quase sempre em vão, de locomover-se no equacionamento da estratificada distribuição de poder, as práticas mágicas quase sempre serviram como "armas" dos escravos, os quais tentavam de alguma forma intervir na cristalizada complexidade sistêmica colonial. Os suicidas, por sua vez, talvez tivessem sido os que maior êxito alcançaram, já que tocavam o sistema em sua raiz já que, tirando a própria vida, deixavam de existir como propriedade ou como mercadoria.

8 CONCLUSÃO

Tal compreensão das práticas judiciais que no Brasil colonial se efetivaram sob os auspícios do Santo Ofício contribui para as reflexões que hoje compõem os estudos do pensamento social brasileiro. Entendendo-se os desvios acima arrolados como manifestações de um mundo vivido colonial cindido do sistema estabelecido, podem as heterodoxias denunciadas ser lidas de um ponto de vista peculiar: aquele segundo o qual o mundo sistêmico colonial impôs sérios obstáculos para o advento da razão comunicativa.

Ao funcionar como uma espécie de satélite da complexidade sistêmica colonial, o mundo vivido encontrou nas irreverências, desacatos e feitiçarias maneiras de se expressar. Estando fechados os domínios de ação comunicativa em que a oposição ao sistema poderia se manifestar, a violência se concretizou segundo a cosmovisão mágico-religiosa que se reproduzia vigorosamente naquela configuração histórico-cultural.

As denúncias narradas nos autos das Visitações do Santo Ofício ao Brasil são, desta feita, expressão de uma oposição que efetivamente se revela. Muito embora se revestisse de formas mágico-religiosas, os crimes contra a Cristandade, por assim dizer, constituem-se como ataques ao sistema opressor. Uma vez enquadrados como infrações contra a ortodoxia do cristianismo, os ataques dirigidos à esfera supramundana encontravam no sistema - na figura do tribunal inquisidor, ou do próprio Estado fundido à religião oficial - algo para ferir.

9 REFERÊNCIAS

AZZI, R. A teologia no Brasil. Considerações históricas. In: PELAEZ, A. C. (et al.). *História da Teologia na América Latina*. São Paulo: Edições Paulinas, 1981, p. 21-42.

AZZI, R. *A Neocristandade*: um projeto restaurador. São Paulo: Paulus, 1994.

BASTIDE, R. *As Religiões Africanas no Brasil*: contribuição a uma sociologia das interpenetrações de civilizações. São Paulo: Pioneira, 1971.

BOSI, A. *Dialética da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

CIDADE, H. *A Literatura Portuguesa e a Expansão Ultramarina*. V. I e II. Coimbra: Armênio Amado, 1963/4.

Habermas, J. *The Theory of Communicative Action.* Boston: Beacon Press, 1984.

Habermas, J. *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico.* São Paulo: Braziliense, 1990.

HOONAERT, E. *Formação do Catolicismo Brasileiro 1500-1800*: ensaio de interpretação a partir dos oprimidos. Petrópolis: Vozes, 1991.

LAPA, J. R. A. Livro da Visitação do Santo Ofício da Inquisição ao Estado do Grão-Pará (1763-1769). Petrópolis: Vozes, 1978.

MOTT, L. *O sexo proibido*: escravos, gays e virgens nas garras da inquisição. Campinas: Papirus, 1988.

MOTT, L. Cotidiano e Vivência Religiosa: entre a capela e o calundu. In: SOUZA, L. de M. e (org.). *História da Vida Privada no Brasil*: cotidiano e vida privada na América portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 155-220.

MOURA, C. *Dicionário da escravidão negra no Brasil.* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

NOGUEIRA, A. Da trama: práticas mágicas/feitiçaria como espelho das relações sociais - Minas Gerais, século XVIII. *Mneme - Revista Virtual de Humanidades*, n. 11, v. 5, jul./set. 2004.

Souza, J. *A Modernização Seletiva*: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

SOUZA, L. de M. e. *O Diabo e a Terra de Santa Cruz*: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SOUZA, L. de M. e. *Inferno atlântico*: demonologia e colonização: séculos XVI-XVIII. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

VAINFAS, R. (org.). *Confissões da Bahia*: Santo Ofício da Inquisição de Lisboa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997a.

VAINFAS, R. Moralidades brasílicas: deleites sexuais e linguagem erótica na sociedade escravista. In: SOUZA, L. de M. e (org.). *História da Vida Privada no Brasil*: cotidiano e vida privada na América portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997b, p. 221-273.

VAINFAS, R. *Trópico dos pecados*: moral, sexualidade e Inquisição no Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997c.

VITA, L. W. *Escorço da Filosofia no Brasil*. Coimbra: Atlântida, 1964.

---

[1] Habermas (1990) sistematiza padrões de desenvolvimento cognitivo sociais a partir da teoria psicogenética do desenvolvimento do indivíduo, de Piaget. No contexto sob investigação padrões cognitivos distintos, representados pelos europeus, pelos indígenas e pelos africanos, que não viveram os mesmos processos históricos de socialização, são agrupados sem qualquer preocupação com vistas à integração social, o que implica a obstrução dos contextos formativos do horizonte dos processos de entendimento mútuo.

[2] A seletividade da modernização brasileira explica-se pela presença concreta dos valores fundamentais que designam a essência da modernidade ocidental, ainda que apresente dessemelhanças nítidas em sua configuração (seletiva) comparada com outros casos concretos de realização dos valores culturais (também seletivos) próprios do Ocidente moderno. Compreende-se, desta maneira, a possibilidade de estudar a composição sócio-cultural brasileira como uma variante peculiar da composição histórico-cultural do Ocidente moderno (SOUZA, 2000).

[3] Hoornaert (1991, p. 40-41) lista as condecorações atribuídas ao santo: "na Bahia foi sucessivamente soldado raso, por carta régia de 7 de abril de 1707, sargento-mor, por decreto régio de 13 de setembro de 1810 "para salvar a monarquia de grande e difícil crise" (Dom João VI), tenente-coronel em 1816. (...) No Rio, ele foi convocado por carta régia de 21 de março de 1711 a combater os franceses invasores em terra, enquanto São Sebastião tinha que tomar conta da defesa das praias. (...) O Santo Antônio do Recife já recebe soldo desde 1620, por concessão régia, e em 13 de setembro de 1685 foi convocado pelo governador a tomar parte na guerra de Palmares contra os negros fugitivos, fazendo-se assessorar por um frade capelão. Em 1716 recebeu a promoção de tenente e ganhou soldo até 1831. Em São Paulo, ele foi coronel; em Goiás, capitão; no Espírito Santo ficou soldado raso; na Paraíba também; mas em Minas Gerais chegou a capitão da cavalaria. Em numerosas circunstâncias fora "capitão-do-mato com jurisdição sobrenatural", para capturar escravos foragidos."

[4] Processo de Joana preta crioula, n.º 2.691 do Arquivo Nacional da Torre do Tombo, Inquisição de Lisboa (SOUZA, 1995, p. 208). A acusação pela morte da escrava Felipa está entre os registros organizados por Lapa (1978, p. 191-194) no *Livro da Visitação do Santo Ofício da Inquisição ao Estado do Grão Pará 1763-1769*. O caso de Joana é citado também por Moura (2004, p. 210) no verbete "Inquisição" do *Dicionário da escravidão negra no Brasil*.

LIBERDADES NO FINAL DO ANTIGO REGIME: PANORAMA GERAL EM PORTUGAL E NO BRASIL NO FINAL DO SÉCULO XVIII*

LIBERTIES IN THE END OF ANCIENT RÉGIME: A GENERAL VIEW OVER PORTUGAL AND BRAZIL, EIGHTEENTH CENTURY

Gustavo César Machado Cabral
Mário André Machado Cabral

RESUMO

Este artigo pretende discutir a liberdade antes das Revoluções Liberais que tiveram lugar na Europa no final do Século XVIII. Durante o Antigo Regime, não havia leis, declarações de direitos nem trabalhos doutrinários que utilizassem o termo liberdade, mas ele era um ponto sempre lembrado quando o Estado queria regular a vida da sua população. Em Portugal, o Governo de D. José I e do Marquês de Pombal tinha um projeto para o País; eles queriam desenvolver Portugal, criar indústrias e usar as riquezas adquiridas no Brasil para realizar essas pretensões. A concessão de direitos e a permissão para se fazerem certas coisas se ligavam diretamente aos planos e aos projetos de desenvolvimento do Estado. As liberdades individuais, como a liberdade de expressão e a de religião, e as liberdades econômicas, dadas e retiradas sempre que fosse importante para o Estado, eram exemplos dessa tendência. Finalmente, é possível concluir que a liberdade que existia durante o Antigo Regime era bastante diferente da liberdade conhecida nos dias de hoje, porque ela era uma liberdade condicionada, e a sua concessão e a sua supressão ocorriam quando o Governo assim considerasse importante.

PALAVRAS-CHAVES: LIBERDADE. ANTIGO REGIME. SISTEMA COLONIAL.

ABSTRACT

This paper intends to discuss the liberty before the Liberal Revolutions that have taken place in the end of the Eighteenth Century in Europe. During the Ancient Régime, there was no law, declaration of rights nor doctrines' works using the word liberty, but it was a point always remembered when the State wanted to regulate the life of the people. In Portugal, the Government of d. José I and the Marquis of Pombal had a project for the country; they wanted to develop Portugal, to create industries and to use the wealth acquired in Brazil to make real these intentions. The concession of rights and the permission to do some things were directly linked to the plans and to the State's projects of developing. The individual liberties, as the liberty of religion and of expression, and the economic liberties, given and taken whenever was important to the State, were

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

examples of this tendency. Finally, it is possible do conclude that the liberty that existed during the Ancient Régime was way different from the liberty known nowadays, because it was a conditional liberty, and its concession and its suppression happened when the Government considered it was important.

KEYWORDS: LIBERTY. ANCIENT RÉGIME. COLONIAL SYSTEM.

INTRODUÇÃO

Escrever um trabalho sobre a questão da liberdade em período anterior ao das revoluções liberais pode parecer, à primeira vista, tarefa pouco frutífera, uma vez que foram justamente esses movimentos políticos burgueses que implantaram o vocábulo *liberdade* no cenário político e jurídico.

De fato, não se escrevia muito, pelo menos não em obras jurídicas, sobre a liberdade, e ela não era encarada como um direito de todos, independentemente de qualquer condicionamento. Isso, e não custa repetir, foi um legado das revoluções liberais, ou ao menos a idéia de que ela, a liberdade, juntamente com a igualdade, seriam os pilares da nova sociedade a se formar.

Ainda que não tenha sido utilizado com freqüência tanto pela doutrina jurídica quanto pelos textos legislativos do Antigo Regime, o tema não foi esquecido no período. Pelo contrário, tratou-se da liberdade, mas não de modo expresso, uma vez que não havia ainda as declarações de direitos ou as liberdades públicas típicas do final do século XVIII e princípio do XIX, da mesma forma em que não existiam leis gerais que garantissem as liberdades.

O tratamento da liberdade foi diverso, pois o Estado, através dos mecanismos legislativos típicos do período, disciplinava comportamentos dos indivíduos. Havia regulamentações quanto a questões puramente individuais, a exemplo dos livros que poderiam ser lidos pelas populações, ou mesmo quanto a pontos de caráter mais genérico, como quem poderia exercer a atividade comercial em determinada região.

Não restam dúvidas de que esse tipo de regulamentação tratava de elementos que remetem às liberdades, e o seu estudo possui, entre as suas utilidades, fazer entender aquilo que foi passível de críticas, ou seja, o que deu ensejo a um sentimento de insatisfação que culminou nas revoluções liberais. Estudar o modo como o Estado no Antigo Regime tratava as liberdades serve para que se entenda o que se quis mudar e o porquê dessas alterações.

Portanto, esclarecidos esses elementos iniciais, será apresentado um panorama geral deste trabalho. Inicialmente, quis-se situar o leitor no tempo e no espaço escolhidos para serem trabalhados, a saber, Portugal e Brasil, este a principal colônia daquele, e a segunda metade do século XVIII, a qual representou os últimos momentos do Antigo

Regime. A situação política portuguesa do período, em que a figura de Sebastião de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal, foi fundamental para as diretrizes de atuação política da Coroa, e as relações entre Colônia e Metrópole são exploradas em um primeiro momento.

Em seguida, é analisado, de uma forma geral, o modo através dos quais se manifestavam os direitos dos particulares naquele momento. A população, tanto em Portugal quanto em além-mar, possuía determinados direitos, inclusive os ligados à problemática da liberdade. No entanto, o modo como eles se manifestavam não se assemelha a sua aparição contemporânea, como se verá avante.

Por fim, serão analisadas algumas espécies de direitos ligados à idéia de liberdade, agrupados em duas categorias maiores, a saber, a dos direitos com feições mais individuais, como as liberdades de expressão, de religião e de imprensa, e as das liberdades de cunho econômico, a exemplo das possibilidades de se empreender, de escolher o ramo de atuação econômica desejado e de comerciar.

Desta forma, restando claro o esquema geral do trabalho, passa-se ao seu desenvolvimento.

1 ASPECTOS POLÍTICOS NA METRÓPOLE E NA COLÔNIA

A segunda metade do século XVIII representou, para Portugal, uma série de mudanças, em diversos aspectos. Internamente, viu-se uma alteração no cenário político: a partir de 1750, instalou-se um governo forte e centralizado, no qual a figura do Ministro Sebastião José de Carvalho e Melo, Conde de Oeiras e Marquês de Pombal, simbolizou a autoridade do Estado.

Enquanto em Portugal D. José I governava de modo rígido, atuando para que não houvesse a ele mínima oposição, no Brasil as coisas seguiam o mesmo rumo. Nesses quase sessenta anos que separaram a ascensão desse monarca e a vinda da Família Real ao Brasil, reformas administrativas e tributárias garantiram uma maior presença da Coroa em terras coloniais, a fim de solucionar as necessidades financeiras desta.

Compreender os rumos dados à política colonial para o Brasil nesse contexto passa, necessariamente, pelo entendimento da situação política portuguesa, a fim de que se entendam as razões que levaram Portugal a ser mais rígido com a sua principal colônia.

1.1 A SITUAÇÃO POLÍTICA EM PORTUGAL

Os tempos do reinado de D. João V, iniciado em 1706, foram de paz e de riqueza; a ausência de guerras externas, a estabilidade política dentro de Portugal e o sucesso do domínio sobre o Brasil garantiram uma situação tranqüila, ainda mais saborosa em virtude dos excelentes resultados do empreendimento colonial.

Representaram esses anos o auge da exploração aurífera no Brasil, transferindo-se da Colônia à Metrópole uma quantidade impressionante de riquezas. Com ela, financiou-se o luxo da Corte de D. João V, a qual se representava pela suntuosa Biblioteca Real, a qual, com seus cerca de sessenta mil volumes, era uma das maiores do seu tempo[1]. Essa riqueza, contudo, não era observada nas ruas: apesar de Lisboa ser uma das cinco maiores cidades da Europa na época, a sua infra-estrutura era lastimável, enfrentando graves problemas de higiene, de iluminação e de segurança[2].

A verdade é que, para arcar com os custos de uma corte rica com a sua, D. João V não mediu esforços nem recursos: aplicou nela boa parte do que extraía do Brasil. Em que pese os resultados visuais terem sido exuberantes, a conta saiu excessivamente acima daquilo que Portugal poderia bancar.

À morte de D. João V, em 1750, seguiu-se a ascensão de D. José I ao trono português, momento em que se verificou que a situação das contas públicas era preocupante. Necessária se fazia a reestruturação financeira de Portugal, e o aumento da na arrecadação passou a ser uma meta a ser alcançada. A fim de cuidar da principal fonte de receita da época, a mineração no Brasil, D. José designou Carvalho e Melo - que seria Conde de Oeiras em 1759 e Marquês de Pombal em 1769 -, logo após trazê-lo para comandar o seu Ministério.

Um evento contribuiu decisivamente para consolidar essa necessidade de virada dos rumos da política fiscal: o terremoto que destruiu Lisboa, em 1º de novembro de 1755[3]. Em meio às superstições oriundas de um ambiente religioso, Carvalho e Melo soube explorar os efeitos do desastre: além de pregar que a tragédia se deu em razão de causas naturais, e não por conta de castigos divinos, em contraposição ao tradicional pensamento católico, de matriz jesuíta, o futuro Marquês pretendia implantar um novo modelo de Estado. Três pontos sintetizavam os planos de Carvalho e Melo: introdução de indústrias em Portugal, fazer do comércio algo ainda mais rentável e conseguir o melhor proveito do ouro que vinha do Brasil[4].

O que se pretendia era diminuir, na economia portuguesa, a influência inglesa, a qual só aumentava desde o Tratado de Methuen, de 1703. A estratégia pombalina era fazer de Portugal um país industrializado e moderno, e a principal fonte de recursos para essa pretensa "revolução industrial" não seria outra que a oriunda das minas brasileiras. Desta forma, o modelo econômico que se pretendia não era o liberal, que vinha sendo adotado pela Inglaterra, mas o velho modelo mercantilista[5].

A idéia metalista[6] era encarada como a única saída momentânea para Portugal, a fim de que ele pudesse se industrializar. Outro elemento fundamental do mercantilismo encontrado no modelo pombalino é a idéia de pacto colonial[7], cabendo à principal colônia portuguesa, o Brasil, servir de fonte de recursos para Portugal e de mercado consumidor para a produção portuguesa.

Disso se percebe que o mercantilismo pombalino foi uma reação ao liberalismo inglês e uma tentativa de financiar a industrialização portuguesa. Não se pode afirmar que, caso esta tivesse sido bem-sucedida, Portugal teria adotado uma política econômica liberal, na busca por mercados consumidores para os seus produtos; no entanto, a tendência é que tivesse seguido esse rumo.

Os rumos que a política e a economia portuguesa tiveram, a partir das idéias de Pombal, agradaram a uns, mas estiveram longe de uma unanimidade. Carvalho e Melo foi acusado de proteger a burguesia e de tomar medidas contrárias à nobreza e ao clero. O que isso teve de certo foi que a tese da supremacia da autoridade real não guardava exceções e se estendia a todo o Estado. As condenações de vários membros da nobreza portuguesa, entre eles os não pouco importantes Marquês de Távora e Duque de Aveiro, pelos crimes de lesa-majestade, traição e rebelião contra o rei[8] mostraram que D. José I e o Marquês de Pombal não mediriam esforços para acabar com qualquer tipo de oposição ao seu projeto para Portugal.

A expulsão dos jesuítas do território português, inclusive das suas colônias, em 1759, foi motivada pelo envolvimento de alguns membros desta ordem com o atentado contra a vida de D. José, um ano antes[9]; as reais razões, contudo, ligam-se ao enorme poder que a Companhia de Jesus tinha no Reino, representando verdadeiro entrave à execução dos planos de Pombal. A Igreja não deixou de exercer papel relevante dentro do Estado Português, conforme se verá adiante, mas, a partir desses eventos, a sua submissão ao poder secular foi visível.

1.2 POLÍTICA COLONIAL PARA O BRASIL

Tentou-se demonstrar, no tópico anterior, Portugal passou por uma crise financeira no começo do governo de D. José I, agravada com a necessidade de se reconstruir a sua capital, já que Lisboa havia sido destruída por um grande terremoto. A saída encontrada foi aumentar a produção de ouro no Brasil e tomar medidas que impedissem a evasão fiscal nessa região. Em meio a essas pretensões, fazia-se necessário ampliar o poder da Coroa na sua principal colônia, a fim de que prevalecesse a sua autoridade.

Desde o século XVI havia uma estrutura administrativa no Brasil. À divisão dessas terras em Capitanias Hereditárias, em 1534, seguiu-se a criação do Governo Geral, em 1549; com o primeiro governador, Tomé de Souza, vieram os dois primeiros funcionários da Administração Pública com competência sobre todo o Brasil: um para cuidar da Fazenda da Colônia (Provedor-Mor) e outro para tratar da administração da Justiça (Ouvidor-Mor).

A Colônia era vasta, e, à medida que se estabeleciam povoações ao longo do território, foi surgindo a necessidade de se ampliar a estrutura administrativa; no entanto, em se tratando do Período Colonial, essa ampliação não se deu a contento, e os poderes locais foram uma realidade durante os três séculos de dominação portuguesa[10].

Na tentativa de fazer a população colonial se submeter ao que se determinava em Portugal, a Coroa aprimorou a estrutura administrativa no Brasil, dando atenção a três aspectos mais relevantes. O primeiro deles foi a fiscalização da produção na região das Minas. Órgãos específicos para cuidar da fiscalização e da arrecadação nas regiões mineradoras, as Intendências do Ouro apareceram entre 1735 e 1736, mas foi sob a administração pombalina que essa fiscalização passou a ser exercida de modo mais centralizado, com a criação do cargo de Intendente-Geral do Ouro, em 1751, subordinado diretamente ao Conselho Ultramarino. No mesmo ano, determinou-se a criação de uma Casa de Fundição, responsável por transformar o ouro em barra[11];

esse órgão facilitou bastante a fiscalização e a arrecadação pela Coroa, garantindo-lhe maiores receitas tributárias, em respeito ao que determinava a legislação.

O outro aspecto que mereceu atenção foi a necessidade de aprimorar a estrutura judicial. As Ordenações Filipinas traziam normas de organização judiciária, úteis, principalmente, quanto às estruturas menores, como as vilas e as povoações. Uma das razões da força do poder local era justamente a importância das Câmaras Municipais, as quais tinham funções jurisdicionais, exercidas pelo Juiz Ordinário. Para diminuir essa influência, criou-se, em 1696, o cargo de Juiz de Fora, o qual deveria ser ocupado por letrado[12]. Havia, ainda os juízes de órfãos, criados em 1731 e cuja responsabilidade será zelar pelos interesses e pelos bens dos menores, e os juízes de vintena, para localidades que possuíam entre vinte e cinqüenta habitantes e que não constituíssem municípios [13].

O sistema recursal era representado, inicialmente, pelo Ouvidor de cada Capitania e, acima dele, atendendo à toda a Colônia, o Ouvidor-Mor. Este cargo foi extinto com a criação do Tribunal da Relação do Brasil, definitivamente estabelecido em Salvador, em 1651[14].

Em meados do século XVIII, porém, a Relação de Salvador não conseguia resolver tudo aquilo que estava sob a sua competência, o que não somente atrasava os processos como também atrapalhava a aplicação da lei e dificultava a boa administração da justiça nas áreas que se situavam distantes do próprio Tribunal. Como uma dessas áreas era, justamente, a região das Minas Gerais, resolveu-se o problema com a criação de outro Tribunal da Relação, o do Rio de Janeiro, em 1751.

Criada a Relação do Rio de Janeiro, mais facilmente seria realizada a boa administração da justiça na principal fonte de receita da Coroa Portuguesa; as leis, que, a partir do reinado de D. José, foram instrumentos úteis para que o Estado atingisse os seus objetivos[15], puderam ser aplicadas com mais efetividade. Desta forma, aquilo que era decidido por quem governava o País pode ser cumprido, o que auxiliou para se concretizarem as metas traçadas pela Coroa.

A estrutura administrativa que se instalou no Brasil ao longo do século XVIII, mas, principalmente, após 1750, tinha como propósito centralizar o poder na Colônia em órgãos que representavam a vontade da Coroa. As deliberações desses órgãos, especialmente no período pombalino, eram no sentido de se cumprir o que desejavam o Rei e o Marquês, e o que eles queriam era aumentar a produção mineradora, realizando intensa fiscalização, a fim de promover a adequada arrecadação de tributos.

2 OS DIREITOS DOS PARTICULARES

Em meio ao rígido controle exercido pela Coroa na Colônia, a fim de que se realizassem os objetivos traçados por D. José I e pelo Marquês de Pombal, uma pergunta que vem à mente diz respeito aos indivíduos, ao povo que formava o Reino de Portugal; mais precisamente, questiona-se se, diante de um Governo forte, os indivíduos teriam direitos exigíveis perante o Estado.

Vários pontos envolvem esse questionamento, mas, antes de esclarecê-lo, é preciso que se responda à pergunta: sim, os indivíduos tinham direitos reconhecidos pelo Estado, e estes eram invocados pelos seus titulares perante este, a fim de que ele atuasse no sentido de garanti-los. A função do Estado, nesse contexto, ocorria em dois momentos: inicialmente, quando reconhecia direitos em abstrato ao povo ou a uma parcela dele; posteriormente, quando o sujeito se dirigia a Estado para que declarasse, em um caso concreto, quem tem o direito. O Estado reconhecia direitos em abstrato e, posteriormente, atuava como árbitro em uma controvérsia.

Inicialmente, é preciso que se entenda que, em se tratando de Portugal, não há que se falar em declarações de direitos até as primeiras décadas do século XIX, pelo menos se elas tiverem como paradigma as declarações americanas e a francesa. Ao tratarem de direitos fundamentais, os autores comumente se referem às declarações de direitos como a *Magna Carta* (1215), o *Bill of Rights* (1689), a *Declaração da Virgínia* (1776) e a *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789) como sendo precursoras dessa categoria de direitos.

Esse posicionamento, se não for dividido, não é merece prosperar, e por uma razão bem simples: a Magna Carta e outras declarações medievais, como a *Goldene Bulle* (1356), e o *Bill of Rights* eram declarações destinadas a garantir privilégios e prerrogativas a uma classe ou a um órgão, não se prestando a estender os seus efeitos a todo o povo, contrariando o que se entende atualmente como declarações de direitos[16].

Incorre no mesmo erro quem se refere a textos como as citadas *Magna Carta* e *Goldene Bulle* se constituições fossem[17]. O problema é um só: aplicam-se conceitos e próprios de uma determinada época a um momento anterior.

Voltando ao contexto em que se insere este trabalho, reafirma-se que Portugal não possuiu declaração de direitos entre 1750 e 1808. Contudo, o povo possuía direitos e disso não se duvida, em que pese não haver um diploma específico tratando deles. A falta de um rol de direitos teve como conseqüência que, àquela época, cabia ao Rei determinar quais seriam os direitos dos seus súditos.

Esse papel determinante do Rei tinha dois pressupostos. O primeiro é a sua atuação como legislador, bastante intensificada a partir da ascensão de D. José I, conforme dito anteriormente. À época, não havia órgãos colegiados com funções legislativas; a tentativa de fazer das Cortes instituições com essa natureza é um erro, já que elas tinham caráter eminentemente consultivo na maioria das vezes em que se reuniram[18].

O segundo pressuposto guarda relações com as Cortes e com a mais freqüente das suas atividades deliberativas: a aclamação do Rei. Este, para ter legitimidade, precisava ser aclamado pelas Cortes, e estas, desde o começo do século XIII, tinham, em Portugal, representantes da nobreza, do clero e das cidades, ou seja, dos três braços do Reino[19]. Disso se conclui que a legitimidade do poder real não teria outra origem que a sua escolha pelo povo[20], isso pelo menos até o final do século XVII.

Tanto isso é verdade que um dos fundamentos para que Portugal reconquistasse a sua independência, em 1640, foram as atas de cortes que teriam de reunido em Lamego, em 1143; essas atas, de veracidade duvidosa[21], passaram a ser encaradas como leis fundamentais do reino[22]. Segundo Jean Bodin[23], estas serviriam de limite à

atuação do soberano, juntamente com a lei divina e com a lei natural, e esse pensamento foi adotado com bastante força.

Bodin foi um dos principais teóricos do absolutismo. Segundo Skinner, um dos seus elementos mais originais foi a "sua afirmação de que a soberania deve ter um caráter fundamentalmente legislativo" [24], já que a primeira marca de um príncipe soberano é o seu poder de dar leis a todos em geral e a cada um, em particular[25]. Mas para outra afirmação de Bodin que se chama atenção, para aquela que indica se o príncipe soberano a maior figura da Terra, depois de Deus, cabendo àquele ser o seu representante e substituto no mundo, comandando os outros homens[26].

"Vontade" popular e poder de origem divina não se contrapõem. Se o rei foi aclamado pelo povo em Cortes, isso ocorreu porque este foi guiado por Deus na escolha daquele que deveria comandar o País. Como as leis fundamentais do Reino de Portugal indicavam que a monarquia seria hereditária, a aclamação passou a ser cada vez menos utilizada, já que o primeiro, o fundador da dinastia - no caso português, D. João IV e a dinastia de Bragança -, já fora aclamado. Cumpria-se, desta forma, a vontade de Deus quando o legítimo sucessor sentava-se no trono que pertencera ao seu precedente.

A partir dessas idéias, pode-se ter noção de qual seria o papel do Rei dentro da ordem jurídica. Ocupando o cargo por vontade divina, o rei, dentre outras virtudes, era dotado da prudência necessária para legislar, ou seja, para dizer aos seus súditos quais seriam os seus direitos.

Assim resumem-se os direitos dos súditos dos reis de Portugal: eles teriam os direitos conferidos pelo monarca, podendo ser suprimidos ou ampliados caso o Rei achasse por bem. Reafirmando-se o que foi dito anteriormente, os únicos limites para a atuação do Rei seriam a lei divina, a lei natural e as leis fundamentais do reino; como estas, segundo as atas das cortes de Lamego, tratariam de matéria referente à sucessão régia[27] e as duas primeiras tinham caráter aberto e abstrato[28], a verdade é que, para os direitos "comuns", aqueles que caberiam aos cidadãos do Reino, a liberdade para concessão e supressão de direitos pelo Rei era, na prática, quase ilimitada.

3 AS LIBERDADES EM PORTUGAL E NO BRASIL NO SÉCULO XVIII

Conforme indicado na introdução deste trabalho, optou-se por escolher um gênero de direitos, os ligados à liberdade, como os objetos específicos desta análise. A razão para essa escolha é simples: a liberdade foi o principal objeto de reivindicação quando das revoluções burguesas que sepultaram o Antigo Regime[29].

Estudar o tratamento que recebia a liberdade antes de ela ser reconhecida como um direito de todos, um direito fundamental, é importante para se compreender as razões que levaram às lutas por mudança empreendidas nas revoluções liberais de finais do século XVIII e início do século XIX. Se os movimentos burgueses pretenderam sepultar algo, e, com isso, fundaram o modelo de Estado Liberal, ao qual se vêm se seguindo modelos outros, é preciso refletir justamente sobre o objeto desse desejo de mudança, sobre aquilo que enseja a ânsia por mudanças.

É importante que se esclareça outro ponto antes que se comece a tratar das liberdades em espécie: havia uma distinção entre os direitos concedidos na Metrópole e na Colônia. Essa diferença tinha raízes no já citado pacto colonial, o qual pré-estabelecia um papel para as colônias: fornecer matéria-prima e servir de mercado consumidor para os produtos oriundos da Metrópole.

Desde a primeira vista, pode-se perceber que as limitações no âmbito da Colônia eram mais extensas. Não estaria correto afirmar que as liberdades em Portugal eram amplas, contudo, se fosse estabelecida uma comparação entre as concedidas para o Brasil, certamente as primeiras ganhariam em dimensão. Ambas foram limitadas em alguns aspectos, como se verá a seguir.

O ponto relevante nessa diferença diz respeito tão-somente a um aspecto territorial. As limitações à liberdade eram destinadas ao Brasil, ou, mais precisamente, ao território da colônia do Brasil, e não aos brasileiros. Os portugueses que aqui se estabelecessem deveriam se adequar à legislação, assim como os brasileiros que fossem residir em Portugal se submeteriam ao regime de liberdades próprio da Metrópole.

Disso se conclui que não havia distinções entre os nascidos na Colônia e na Metrópole. O acesso dos primeiros a cargos importantes dentro da burocracia portuguesa é um exemplo dessa igualdade de oportunidades[30].

3.1 LIBERDADES INDIVIDUAIS

Com este tópico, pretende-se chamar a atenção para as espécies de liberdade ligadas ao indivíduo, excluindo-se por hora, no entanto, as relacionadas com as questões econômicas e empresarias; as liberdades ligadas às questões econômicas ganharam um tópico próprio.

3.1.1 Liberdade religiosa

O Estado português era um Estado confessional, ou seja, professava uma fé e tinha uma religião oficial, a católica apostólica romana. As relações entre a Coroa Portuguesa e a Igreja Romana eram profundas e se desenvolveram ao longo dos tempos.

A ingerência de Roma nos governos nacionais foi uma das marcas da Idade Média. Especialmente durante a Baixa Idade Média, predominou a tese de que haveria duas esferas de poder, uma temporal e outra espiritual, cabendo esta à Igreja e àquela ao Império[31]. Em diversos momentos, os poderes temporal e espiritual estiveram em conflito, a fim de se determinar quem predominaria[32]; como resultados, podem ser apresentados o enfraquecimento do Império e o fortalecimento dos Estados Nacionais, os quais não estariam na órbita do Sacro-Império.

Vencedores a Igreja e os Estado Nacionais, a situação política, na maior parte da Europa, mudou de configurações, e os embates passaram a tê-los como atores. Na nova peleja, venceram os Estados, ou melhor, os seus reis, os quais concentraram todo o

poder consigo, podendo decidir os rumos que dariam aos seus governos como bem entendessem, sem estarem subordinados às determinações papais[33].

Em Portugal, esse embate não trouxe conseqüências tão graves, em que pese ter sido um rei, D. Sancho II, deposto pelo Papa Inocêncio IV, em 1245. As relações entre a Corte Portuguesa e Roma foram amistosas durante a maior parte dos tempos; apesar de não haver, salvo no citado episódio, ingerência direta desta naquela, a influência exercida pela Igreja era grande.

Tanto em Portugal quanto em suas colônias não havia liberdade de culto. Pelo contrário, houve perseguição a quem não professasse a fé católica. Juan Beneyto, ao referir-se à Castela do século XIII, afirmou que, nesse contexto, não seriam possível aceitar a liberdade de religião, já que ela e a política misturavam-se de modo a tornar a dissociação algo muito difícil[34], e essa colocação é perfeitamente aplicável a Portugal não somente durante a Baixa Idade Média, mas até fins do século XVIII.

Havia verdadeira colaboração, no sentido de controlar as manifestações religiosas, entre a Igreja e o Estado. As matérias de natureza eclesiástica não estavam subordinadas à jurisdição ordinária, mas a uma estrutura própria, cujas origens remontam ao direito do padroado[35] e às ordens militares dos tempos da Reconquista[36]. Dentre essas ordens, destacou-se a Ordem de Cristo, a quem cabia jurisdição espiritual nas terras a serem descobertas. O Grão-Mestre da Ordem de Cristo, desde meados do século XVI, passou a ser o Rei de Portugal, o que implicava acumular os postos máximos tanto da jurisdição temporal quanto da espiritual.

A estrutura da jurisdição eclesiástica em Portugal e em suas colônias era relativamente simples. O juízo eclesiástico cabia, em primeira instância, ao bispo[37], que cuidaria das causas de cunho religioso e das causas de origem civil que envolvessem clérigos com privilégio de foro[38]; a segunda instância cabia ao tribunal do arcebispo[39], cuja competência era tanto recursal quanto originaria, no caso de causas que envolvessem bispos; por fim, a última instância era representada por um tribunal próprio, a Mesa de Consciência e Ordens, em cuja composição havia tanto clérigos quanto leigos[40].

Afora essa estrutura, não há como se omitir de falar do Tribunal do Santo Ofício, que atuou em todas as partes do Reino[41], funcionando, ao lado da Companhia de Jesus, como principal arma da Contra-Reforma, zelando para que se professasse a fé católica. Apesar de não fazer parte da administração pública, Inquisição e Estado atuaram em conjunto no sentido de preservar a religião oficial do Reino.

Essa era a situação das questões religiosas em Portugal e no Brasil, aqui enquanto esteve sob o domínio português. Não há que se falar em liberdade de religião nem em tolerância religiosa. Religião e Estado eram suficientemente próximas para se ajudarem no controle desse aspecto da vida privada.

No entanto, uma última observação há que ser feita. Em que pese não haver liberdade para se professar a fé desejada, era extremamente bem-vinda a conversão daqueles que não tinham, originariamente, a fé católica. Os chamados "cristãos-novos", judeus convertidos ao catolicismo, foram peças fundamentais na História portuguesa, especialmente no desenvolvimento comercial. Mas em outros campos igualmente se

destacaram, como nas letras[42]. Na administração pública, contudo, havia certas restrições às entradas dos cristãos novos[43].

3.1.2 Liberdade de expressão

Em um Estado confessional como era o português, a liberdade de expressão era de difícil visualização. No período analisado, a vontade real não poderia ser contrariada, e, para cuidar da sua prevalência, o Estado lançava mão de um aparato fiscalizador repressor, que minava qualquer tentativa de se fazer oposição ao Rei.

A forte presença do elemento religioso, ainda observada na segunda metade do século XVIII através da força de órgãos como a Real Mesa Censória, dá uma idéia dos limites à manifestação de opiniões. Matérias consideradas pela Igreja como "impróprias" não poderiam ser permitidas; caso alguém incorresse nesses casos, não somente teria a sua expressão interdita, como também receberia as sanções próprias.

Havia, igualmente, matérias de cunho temporal que sofriam interdição, e o principal exemplo desse grupo eram as ofensas, ainda que sutis ou indiretas, à Coroa, ao Rei e a tudo que se relacionasse a eles. A depender do grau da ofensa, não era de espantar se incorrer em crime de lesa-majestade, cujas penas estavam longe da brandura. Isso foi facilitado pelo recurso à interpretação autêntica: caso houvesse dúvidas sobre a aplicação de uma lei, caberia ao seu autor, o monarca, dar a palavra definitiva sobre a questão[44]. Essa solução, muito em voga no período pombalino, funcionava como importante auxílio à Coroa para fazer aplicar as leis de modo a reprimir as condutas que entendesse reprováveis[45].

Nesse contexto, a fiscalização estatal das manifestações podem ser enquadradas naquilo que em Portugal se convencionou chamar de "polícia". Airton Seeländer diferencia os sentidos que o termo *polícia* adquiriu ao longo do século XVIII, passando de uma concepção restrita, em que, na primeira metade, se ligou às idéias de "bom governo" e "boa ordem", para atingir uma concepção mais ampla, vinculando-se à gestão interna racional do Estado[46].

Em ambos os conceitos de *polícia* pode ser enquadrado o controle às manifestações de opinião, já que ele era exercido em decorrência da necessidade de se proteger o Estado daqueles que pudessem a ele se opor, ou se oporem aos Governos, o que, no contexto em que se insere esta discussão, era a mesma coisa. O controle da liberdade de expressão era assunto de Estado, pois a sua preservação e a manutenção da estrutura política e econômica dependiam da continuidade da ação estatal, à qual não caberia oposição de qualquer natureza.

3.1.3 Liberdade de imprensa

Intimamente ligada à liberdade de expressão está a liberdade de imprensa, já que é através dos meios de comunicação que as opiniões são difundidas e atingem um número

mais amplo de pessoas. À época, só havia imprensa escrita, razão pela qual a análise se deterá a essa modalidade de comunicação, principalmente através de livros e de jornais.

Na Idade Média, os livros eram peças raras, em razão da dificuldade na sua produção. As grandes bibliotecas ficavam nos mosteiros, onde os monges se encarregavam de realizar cópias das obras. A Igreja controlava, nesse período, o acesso a informações quase plenamente o acesso às informações, já que, em geral, ela se responsabilizava por produzir, em sentido material, e por armazenas os livros.

Com a invenção da imprensa por Gutenberg, a produção de livros cresceu e ganhou independência em relação aos mosteiros, o que fez surgir a necessidade de se intensificar o controle, por parte da Igreja, dos livros impressos. Sob os ecos do Concilio de Trente, o papa Pio IV fez publicar, em 1564, o *Index liborum prohibitorum*, lista de livros que não deveriam ser lidos. Apesar de não mais se encarregar da produção de livros, a Igreja, através desse mecanismo, manteve o seu controle sobre o que deveria ser lido.

Além do forte controle repressivo e preventivo exercido pela Igreja, com o qual o Estado era conivente, outra dificuldade impedia o acesso aos livros em Portugal: a falta de tipografias. Enquanto em outras regiões da Europa, a partir do século XVI, houve uma profusão de tipografias, em Portugal estas eram escassas, contribuindo para a pouca cultura literária desses tempos.

E se na Metrópole o acesso já era restrito, no Brasil as dificuldades eram ainda mais intensas, o que impediu, pelo menos até o século XVIII, um maior desenvolvimento cultural e literário no Brasil[47]. A entrada de livros no Brasil era controlada pela Igreja, enfatizando-se o papel da Companhia de Jesus. A esta ordem pertenciam as maiores bibliotecas do período colonial e a sua atuação teve conseqüências na principal temática dos livros adquiridos na maior parte do período colonial: obras de cunho religioso, teológico, filosófico - ligados à tradição aristotélico-tomista - e literário - quase sempre ligada aos clássicos[48].

Esse panorama foi alterado em decorrência de dois fatores. Primeiramente, a partir do século XVIII, um número cada vez maior de filhos dos colonos foi estudar em Coimbra e em outras universidades européias, como a de Montpelier; lá, o acesso ao que se produzia na Europa se dava com mais facilidade, e a conseqüência disso foi, no mínimo, a procura por leituras outras que não as pré-determinadas pela Igreja.

Em segundo lugar, outro aspecto modificador desse panorama foram as decisões do governo de Pombal, a expulsão da Companhia de Jesus e uma maior submissão da Igreja ao Estado[49]. A partir da segunda metade do século XVIII, portanto, o Estado passou a exercer o controle do que se lia, criando um órgão administrativo com essa finalidade, a Real Mesa Censória, em cuja composição, contudo, se faziam presentes membros laicos e clericais. A intenção de Pombal foi minar qualquer forma de oposição às suas decisões políticas[50], e o alvo eram justamente as idéias iluministas e anti-regalistas que se difundiram especialmente na França. Aceitar a leitura de um Rousseau ou um Montesquieu em Portugal da década de 1760 seria incentivar uma rebelião contra D. José I, contra Pombal e contra os seus atos de governo.

O que se sabe, contudo, é que, ainda que a fiscalização tenha sido forte e que se tenha impedido a circulação em massa desses livros em Portugal e, principalmente, no Brasil, o policiamento estatal não foi completamente bem-sucedido. Isso porque, especialmente no período pós-Pombal, houve vários episódios que confirmaram a entrada no Brasil de livros censurados.

Os ensaios de sedição que ocorreram em Vila Rica, em 1789, no Rio de Janeiro, em 1794, e em Salvador, em 1798, mostram que os seus líderes pelo menos conheciam as idéias liberais francesas das quais o Estado tentava "proteger" a população. Em Vila Rica, onde se destacavam as figuras de intelectuais como Tomás Antônio Gonzaga, Silva Alvarenga, Cláudio Manuel da Costa e o Cônego Luís Vieira[51], circulavam obras de Voltaire, Diderot, d'Alembert, Condillac, Adam Smith e Mably, além de textos referentes ao levante norte-americano de 1776 [52]; na Sociedade Literária do Rio de Janeiro, cujos principais representantes foram Jacinto José da Silva e o Mariano J. Pereira da Fonseca, o futuro Marquês de Maricá, circulavam, além de obras científicas, textos de Vatel, Crébillon e John Milton[53]. O movimento da Bahia, em cuja composição havia tanto membros das camadas populares quanto egressos das elites econômicas e intelectuais, como José da Silva Lisboa[54] - o futuro Visconde de Cairu - , Cipriano Barata e Agostinho Gomes, teve influência de autores como Adam Smith, Rousseau, Thomas Paine, Say, Condorcet e Montesquieu[55], que circulavam entre os seus participantes.

Quanto às tipografias, elas não podiam ser instaladas no Brasil, em virtude de determinação Real. Essa proibição perdurou até que o Rio de Janeiro se transformasse na capital do Império Português, com a chegada dos Bragança, em 1808, momento em que se instala a Imprensa Régia na cidade, através da qual puderam ser editados livros e periódicos[56]. No entanto, em meados do século XVIII, houve um isolado caso de desobediência: Antônio Isidoro da Fonseca instalou no Rio de Janeiro, em 1747, uma oficina tipográfica, a qual chegou a publicar três obras curtas; a experiência, contudo, foi interdita por determinação real ainda no mesmo ano[57].

Portanto, sobre a liberdade de imprensa no período analisado, o que se percebe é que havia forte interferência do Estado na regulamentação do que se recomendava ou mesmo do que se permitia ler em Portugal e, principalmente, no Brasil. A fiscalização estatal, no período pombalino, substituiu a fiscalização pela Igreja, e se manifestava tanto pelo impedimento de circulação de leituras que corroborassem com os objetivos estatais quanto pelo impedimento de que, no Brasil, se instalassem tipografias, as quais certamente difundiriam idéias de mudança nos rumos políticos adotados.

3.2 LIBERDADES ECONÔMICAS

Ao se falar de liberdades, um eixo que não pode deixar de ser suscitado diz respeito às questões econômicas. No contexto em que se insere esta discussão, o da segunda metade do século XVIII, os temas de economia passaram a ser discutidos com mais freqüência e com maior rigor científico. Datam deste período as duas primeiras grandes escolas econômicas, a dos fisiocratas franceses e a dos liberais clássicos ingleses.

Qualquer referência ao pensamento dessas escolas em Portugal e no Brasil de finais dos setecentos não pode ser encarada de forma diferente da idéia de ir-se na contramão do regime instalado. A estrutura colonial portuguesa era incompatível com a os princípios liberais ou liberalizantes, uma vez que o *laissez faire, laissez passez* ia diretamente de encontro ao que pregava o mercantilismo: tanto a produção quanto a distribuição de mercadorias eram controladas pelo Estado.

Sobre o já citado conceito de *polícia* e sobre a mudança no seu significado com a ascensão de D. José I e do Marquês de Pombal, percebe-se a inclusão nessa idéia de diversos aspectos econômicos:

Na segunda metade do século XVIII o conceito de *polícia* já parecia, no entanto, estar mais vinculado à idéia de uma gestão interna racional do Estado, com o intuito de promover sua prosperidade e fortalecimento. Além da segurança pública, já se tendia a encarar como "matéria de polícia" todo aspecto da vida social que pudesse ter alguma influência no tamanho da população, no nível da riqueza e no poderio do Estado. Abastecimento, planejamento urbano, agricultura, comércio, transportes, manufaturas, ensino em geral, segurança, saúde pública, combate à vadiagem, governo de populações indígenas, uso e disciplinamento de trabalhadores, sustento e educação de órfãos - tudo isso pertencia à esfera da *polícia*, conceito cuja crescente abrangência refletia a expansão das atividades do próprio Estado Absolutista[58].

Desta forma, as matérias econômicas ficavam sob a tutela do Estado, que delas cuidava diretamente através da atividade legislativa, exercida principalmente através de alvarás e de cartas de lei[59]. O Estado não intervinha na economia; mais do que isso, ele a comandava.

Sobre as atividades econômicas, a regulamentação era mais dura na Colônia. Aqui, atravessaram-se ciclos econômicos, e, no período de que se trata, a atividade mais importante era o extrativismo de ouro e de diamantes na região de Minas Gerais. Isso implicou uma maior preocupação da Coroa com a região, levando-a a aperfeiçoar a máquina administrativa da região, a fim de que a fiscalização da produção e a arrecadação de tributos se desse de modo mais eficiente. É claro que a região de Vila Rica não poderia se dedicar exclusivamente à mineração, já que ela mesma precisava de uma infra-estrutura para se desenvolver mais adequadamente, para atender às necessidades do crescente contingente populacional; é dessa época que se tem notícia de mais intensa de profissionais liberais, como médicos, dentistas e advogados, bem como de gêneros de primeira necessidade para abastecer esse importante pólo econômico. Mas isso ocorria, deve-se frisar, em razão da relevância primordial das Minas Gerais para a economia portuguesa.

A cana-de-açúcar, para cá trazida desde o século XVI, foi, durante dois séculos o principal objeto da produção brasileira, perdendo esse posto para a mineração; no entanto, na segunda metade do século XVIII, continuava contribuindo consideravelmente para as exportações brasileiras. A cultura da cana-de-açúcar destacava-se nas Capitanias de Pernambuco, da Bahia e Rio de Janeiro, esta mais

precisamente na antiga Capitania da Paraíba do Sul, na região de Campos dos Goitacases[60].

O capital inicial para o desenvolvimento da cultura da cana não era pequeno; além dos equipamentos para montar o engenho, eram necessários escravos e terras, sendo aqueles "produtos" realmente valiosos. As terras, conduto, eram adquiridas através da concessão de sesmarias, realizadas inicialmente pelos capitães hereditários; com a absorção das capitanias hereditárias pela Coroa, as sesmarias eram concedidas pelo Rei, sob o fundamento da idéia de cultivo[61] - ou seja, a Coroa só concederia sesmarias para que se utilizasse a terra para produzir. Isso "amarrava" necessariamente o produtor ao Estado, o que só reforça a idéia de que este controlava, já previamente, as relações econômicas.

As atenções, na produção agrícola, estavam voltadas para os produtos a serem exportados, por serem eles os responsáveis pela riqueza portuguesa; entretanto, para que bem se desenvolvesse qualquer atividade econômica, não podia a região deixar de estar abastecida pelos gêneros de primeira necessidade. Em virtude disso, houve determinações reais expressas nesse sentido, de que algumas áreas deveriam ser destinadas à produção de mandioca[62], elemento fundamental na dieta colonial; da mesma forma, o incentivo à pecuária funcionou como preocupação com o abastecimento[63].

A fim de resolver problemas de ordem econômica, o governo pombalino criou companhias comércio, empresas públicas que cuidavam dessas questões; inspirado em D. Luís da Cunha e no seu *Testamento Político**[64]***, assim como nos modelos de companhia de comércio observados na Inglaterra e na Holanda, Pombal a Companhia de Comércio do Grão-Pará e Maranhão (1755) e de Pernambuco e Paraíba (1759), cujo privilégio de possuírem o monopólio da exploração e comércio de gêneros coloniais foi símbolo da centralização e da atuação direta do Estado nos assuntos econômicos do período.

A importância das companhias foi indiscutivelmente grande, não somente por ter abastecido regiões que sofriam justamente com a falta de itens de primeira necessidade, mas, principalmente, pelos lucros que elas concederam à Coroa. Já que todo o comércio, englobando a totalidade dos gêneros, cabia unicamente a uma empresa, é lógico que os seus lucros foram bastante consideráveis[65]. Na região norte da Colônia, onde o Estado sempre teve dificuldade de se fazer presente, a penetração mercantilista do Estado nas atividades econômicas só se efetivou, de fato, com a Companhia de Comércio do Grão-Pará[66]. Já no Nordeste, houve grandes investimentos e expansão de crédito, além de serem trazidos escravos, os quais ajudaram aos engenhos se recuperarem de uma longa crise[67].

Dentro dos planos de Pombal de modernizar Portugal, a instalações de manufaturas estava entre os mais importantes. Em um cenário no qual Portugal produzia apenas gêneros primários e dependia quase que exclusivamente das manufaturas inglesas para atender às suas necessidades, Pombal e o seu governo defenderam e incentivaram a instalação de manufaturas no País[68]. Nesse aspecto, contudo, não havia monopólio estatal: as manufaturas cabiam aos particulares.

No Brasil do período pombalino, instalaram-se as primeiras manufaturas. Há registros de uma indústria de algodão estabelecida no Maranhão, à época grande produtor e exportar do gênero, cuja finalidade era o fabrico de vestimentas para as forças militares[69]. O incentivo à indústria na época chegou a ponto de se autorizar à Companhia de Comércio do Grão-Pará e Maranhão a fabricar navios, com finalidades tanto mercante quanto de guerra[70].

O incipiente desenvolvimento de manufaturas na Colônia foi interrompido pelo Alvará de 5 de outubro de 1785 em que a Rainha D. Maria I, sucessora de D. José I e situada do contexto da chamada "Viradeira", movimento de reação a muitas das decisões tomadas por Pombal e pelo governo anterior, mandou extinguir e abolir todas as fábricas do Brasil, sob o argumento de que a proliferação destas prejudicaria a agroexportação. A única exceção era a produção de peças de algodão grosso, para o vestuário dos escravos[71].

Do que foi dito, é possível chegar a algumas conclusões. A liberdade de iniciativa passou por sérias restrições pelo Estado. Este atuou economicamente tanto na regulamentação, para indicar o que e onde produzir, quanto de forma direta, com as Companhias de Comércio, empresas através da quais ele participava da atividade econômica, comercializando monopolisticamente no seu âmbito territorial.

A questão econômica e da liberdade de empresa e da livre-iniciativa no período colonial pode ser analisada a partir de três focos: no âmbito da agricultura, a liberdade era limitada, pois dependia da autorização do Estado para começar o cultivo (concessão de sesmarias) e deveria respeitar o produto preponderante em cada região, não podendo ser esquecida a necessidade de reservar um espaço para a produção dos gêneros de primeira necessidade; no âmbito do comércio, a regra era o seu exercício livremente onde não houvesse determinação em contrário, mas, caso houvesse, como nas regiões em que existissem Companhias de Comércio, ele era monopólio da Coroa; no âmbito da indústria, o período pombalino tornou-as livre e as incentivou, cabendo o seu desenvolvimento à iniciativa particular, mas, nas duas últimas décadas do século XVIII, proibiu-se o desenvolvimento de manufaturas no Brasil, exceto em casos pré-determinados pela legislação.

A livre-iniciativa e a liberdade de empresa subordinavam-se, portanto, aos interesses e às vontades da Coroa.

3.3 ESCRAVIDÃO, ANTÍTESE DA LIBERDADE

Este trabalho não se alongará na discussão sobre a escravidão; é impossível deixar de reconhecer a importância fundamental desta no contexto colonial, em virtude de ter sobre ela se erguido toda a economia brasileira do período. No entanto, em um texto no qual se pretende discutir liberdades, qualquer estudo que se realize sobre a escravidão será superficial e lacunoso, em razão da extrema complexidade das questões que permeiam o tema, e a incompletude pode, inclusive, prejudicar o resultado final. Ao mesmo tempo, omitir-se de falar dela é como que lhe diminuir a sua importância.

Por isso, resolveu-se não explorar a fundo o tema, sem procurar uma justificativa, por exemplo, para as razões que levaram à admissão da escravidão da negra e à condenação da escravidão indígena; do mesmo modo, não se discutirá o porquê dos posicionamentos dos tribunais coloniais de reconhecerem a possibilidade de os escravos estarem em juízo como autores e como réus, em uma época em que mais comum era a sua participação em juízo como objeto de litígios.

Essas questões demonstram a complexidade do problema, e, em razão desta, optou-se por se restringir a discussão às ligações entre a escravidão, que, por si só, se constitui a antítese da liberdade, e as diretrizes da política portuguesa na segunda metade do século XVIII.

A produção econômica colonial dependia quase inteiramente da mão-de-obra escrava. As principais atividades econômicas desses anos, a agricultura e a mineração, eram desenvolvidas através do trabalho escravo, o que de logo explica a necessidade de a Coroa manter a escravidão na Colônia: os planos político-econômicos do Governo, para serem realizados, precisavam de recursos, e estes provinham do modelo colonialista vigente, o qual se sustentava na mão-de-obra escrava. Abrir mão da escravidão enquanto instituição, à época, representaria o fim desse sistema.

O tráfico de escravos constituía uma atividade econômica rentável para a Coroa, já que sobre ele eram cobrados tributos[72]. Com a criação das Companhias de Comércio, contudo, lucrou-se ainda mais com a escravidão: o monopólio comercial nas regiões alcançadas pelas Companhias era da Coroa, e, entre os bens fornecidos por estas, encontravam-se os escravos; portanto, se cobrar tributos sobre a venda de escravos já representava ganhos importantes para o Estado, realizar diretamente o comércio desses bens, estipulando-se o preço a partir da vantagem do monopólio, era atividade que rendia excelentes resultados financeiros.

Para fundamentar a escravidão, criou-se uma ideologia, a qual se fundava nos argumentos de que a escravidão seria um bem para o negro, pois representava a sua aproximação dos brancos, aos negros superiores, e a tentativa de evoluí-los a partir da conversão ao cristianismo[73]. Justificava-se, assim, a exploração negra, dando à Coroa um argumento para que continuasse a se utilizar dos negros e a lucrar com eles.

Portanto, a conclusão à qual se chega, de modo superficial, é a de que se reconhecia a escravidão, que é a própria negação da liberdade, porque era de interesse da Coroa que essa forma de exploração continuasse, a fim de sustentar o regime e o sistema implantados pelo Estado forte instalado em Portugal; negar a liberdade, aqui, era fazer prosperar a estrutura econômica criada pela Metrópole e para que os planos políticos dos governos portugueses pudessem se desenvolver.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo não pretende apresentar conclusões em uma secção específica, uma vez que estas já foram trazidas e sofreram discussão ao longo de todo o trabalho. Dizer novamente tudo aquilo que já foi objeto de considerações durante as páginas desta pesquisa seria torná-la enfadonha, o que, certamente, não se quer aqui.

A pretensão destas rápidas considerações finais é encontrar um ponto geral que una todas as partes deste trabalho, um fio condutor que tenha levado ao seu desenvolvimento do modo que ocorreu. Esse elemento fundamental é justamente a idéia de que o Estado, ao regulamentar os direitos dos indivíduos, podia fazê-lo de acordo com os seus interesses.

A Coroa, portanto, tinha interesses que estavam acima dos interesses individuais, e a determinação de quais seriam esses interesses era feita de acordo as diretrizes políticas tomadas pelo Governo. No período analisado, a força da concepção pombalina e josefina de Estado predominou; com isso, foram muito caras manifestações como o incentivo ao desenvolvimento de Portugal através do favorecimento à industrialização, a exploração das riquezas brasileiras e a sua utilização no projeto desenvolvimentista, tudo isso sob o forte esquema centralizador e fiscalizador instalado em Portugal e no Brasil. Aqui, ampliou-se a estrutura administrativa, com o intuito de fazer do Estado algo mais presente e impossibilitar qualquer tentativa de oposição e de fugir das obrigações impostas à população.

A concessão de direitos, neles inclusos os direitos ligados à liberdade de que se tratou no artigo, era algo condicionado, dependente do interesse do Estado. Eram as diretrizes políticas adotadas pela Coroa que determinavam, em última instância, quais direitos deveriam ser concedidos. Dar ou retirar direitos era comum, a depender das circunstâncias políticas, e isso se observou, por exemplo, quanto à liberdade de comércio no Brasil, permitida durante várias décadas e proibida a partir de certo momento.

O modelo de Estado, regulamentador e, por vezes, interventor, era típico do Antigo Regime e do mercantilismo, presente em Portugal até princípios do século XIX. Nesse contexto, a idéia de direitos incondicionados não se encaixa, razão pela qual eles se condicionavam às circunstâncias e às pretensões da Coroa.

Falar em liberdades durante o Antigo Regime não é um erro, pois elas existiam; entretanto, a sua manifestação difere fundamentalmente daquela visualizável depois das revoluções liberais. As suas características eram próprias e apontá-las foi justamente o escopo deste trabalho. Eram liberdades condicionadas aos interesses do Estado e dos projetos que se tinha para este.

REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. **O trato dos viventes:** formação do Brasil no Atlântico Sul, séculos XVI e XVII. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 35-36.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. v 15. Trad. Alexandre Correia. São Paulo: Profissionais Salesianas, 1954.

ARAÚJO, Jorge de Souza. **Perfil do Leitor Colonial**. Salvador: UFBA, 1999.

BENEYTO, Juan. Los derechos fundamentales em la España Medieval. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época).** Número 26, Março-Abril, 1982, p. 99-117.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição:** para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERMAN, Harold J. **Law and Revolution:** the formation of the Western Legal Tradition. Cambridge, Massachussetts: Harvard University Press, 1997.

BITTAR, Eduardo C. B. Notícias da Inquisição no Brasil: o processo e a tortura no período colonial. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). **História do Direito Brasileiro:** leituras da ordem jurídica nacional. 1 ed. 3 reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, p. 109-137.

BODIN, Jean. **Les six livres de la République. Paris : Librairie Générale Française, 1993.**

BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. **Textos políticos da História do Brasil**. Volume 1. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2002.

CABRAL,Gustavo César Machado. O Reino de Portugal, a Colônia do Brasil e os Órgãos Jurisdicionais: breve análise da estrutura judiciária luso-brasileira. **Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito da UFC (online).** Ano 2. Volume 6, mai./jul. 2008, p. 93-110.

_____; DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **As Cortes e a legitimidade do poder em Portugal (séculos XII-XVII).**

CAIRU, Visconde de. **Estudos do bem comum e economia politica, ou Ciencia das leis naturais e civis de animar e dirigir a geral industria, e promover a riqueza nacional, e prosperidade do Estado**. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1976.

_____. **Princípios de Economia Política.** Rio de Janeiro: Ponghetti, 1956.

CARVALHO, Salo. Desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 249-269.

FEITLER, Bruno. Da "prova" como objeto da análise da práxis inquistiorial: o problema dos testemunhos singulares no Santo Ofício Português. In FONSECA, Marcelo Ricardo; SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite (Org.). **História do Direito em Perspectiva:** do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 305-314.

FERNANDES, Neusa. **A Inquisição em Minas Gerais no Século XVIII.** Rio de Janeiro: UERJ, 2000.

FIORAVANTI, Maurizio. Stato e constituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio. **Lo Stato moderno in Europa**: Istituzioni e diritto. Roma: Laterza, 2002, p. 3-36.

GONZAGA, Tomás Antônio. **Tratado de Direito Natural.** Rio de Janeiro: INL, 1957.

GRAES, Isabel. **Contributo para um estudo histórico-jurídico das Cortes portuguesas entre 1481-1641**. Coimbra: Almedina, 2005.

HALPHEN, Louis. **Charlemagne et l'Empire Carolingien**. Paris: Albin Michel, 1995.

HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas.** 14 ed. São Paulo: Atlas, 1984.

JANCSÓ, István. **Na Bahia, contra o** Império: história do ensaio de sedição de 1798. São Paulo/Salvador: Hucitec/EDUFBA, 1996.

LARA, Silvia, Hunold. **Campos da violência:** escravos e senhores na Capitania do Rio de Janeiro, 1750-1808. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

LIMA, Manuel de Oliveira. **D. João VI no Brasil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **A legislação pombalina:** alguns aspectos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2006.

MAXWELL, Kenneth. **A devassa da devassa:** a Inconfidência Mineira: Brasil e Portugal, 1750-1808. Trad. João Maia. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MOHNHAUPT, Heinz. Konstitution, Status, Leges fundamentales Von der Antike bis zur Aufklärung. MOHNHAUPT, Heinz; GRIMM, Dieter. **Verfassung:** zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Berlin: Duncker & Humblot, 1995, p. 1-99.

MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. **O discurso autoritário de Cairu.** Brasília: Senado Federal, 2000.

MOTA, Carlos Guilherme. **A idéia de revolução no Brasil e outras idéias.** 4 ed. São Paulo: Globo, 2008.

NORONHA, Ibsen José Casas. **Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista:** consonâncias do espiritual e do temporal. Coimbra: Almedina, 2005.

PENNINGTON, Kenneth. **The Prince and the Law, 1200-1600:** Sovereignty and Rights n the Western Legal Tradition. Berkeley: University of California Press, 1993.

PRADO JÚNIOR, Caio. Formação do Brasil Contemporâneo. **Intérpretes do Brasil.** Volume III. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002, p. 1103-1488.

QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. O mandonismo local na vida política brasileira. **O mandonismo local na vida política brasileira e outros ensaios.** São Paulo: Alfa-Ômega, 1976, p. 33-159.

REXROTH, Frank. **Deutsche Geschichte im Mittelalter.** 2 ed. München: C. H. Beck, 2007.

SALGADO, Graça (Org.). **Fiscais e meirinhos:** a Administração no Brasil Colonial. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

SAMPAIO, Patrícia Melo. Viver em aldeamentos: encontros e conflitos nas povoações da Amazônia Portuguesa, século XVIII. In: LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes (Org.). **Direitos e justiças no Brasil:** ensaios de história social. Campinas: UNICAMP, 2006, p. 23-57.

SCHNEIDMÜLLER, Bernd. **Die Kaiser des Mittelalters:** Von Karl dem Großen bis Maximilian I. 2 ed. Munique: C. H. Beck, 2007.

SCHWARCZ, Lília Moritz. **A longa viagem da Biblioteca dos Reis:** do terremoto de Lisboa à Independência do Brasil. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

SCHWARTZ, Stuart B. **Sovereignty and Society in Colonial Brazil:** the High Court of Bahia and its Judges, 1609-1751. Berkeley: University of California Press, 1973.

SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite. A polícia e o rei-legislador: notas sobre algumas tendências da legislação portuguesa no Antigo Regime. In: BITTAR, Eduardo. C. B. (Org.). **História do Direito Brasileiro:** leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 91-108.

_____. Notas sobre a constituição do direito público na Idade Moderna: a doutrina das leis fundamentais. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos n° 53**. Florianópolis: Fundação Boiteux, dezembro de 2006, p. 197-232.

_____. **Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre:** ein Beitrag zur Analyse der portugiesischen Rechtswissenschaft am Ende des 18. Jahrhunderts. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6 (2005).** p. 541-558.

SKINNER, Quetin. **As fundações do pensamento político moderno**. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. 1 ed. 9 reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ULLMANN, Walter. Fredrick II's Opponent, Innocent IV as Melchisedek. **Law and Jurisdiction in the Middle Ages.** London: Variorum Reprints, 1988, p. 53-81.

VAINFAS, Ronaldo. **Ideologia e escravidão:** os letrados e a sociedade escravista no Brasil Colonial. Petrópolis: Vozes, 1986.

VARELA, Lúcia Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna:** um estudo de História do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIDE, D. Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia.** Brasília: Senado Federal, 2007.

VIEIRA JR., A. Otaviano. **A Inquisição e o Sertão**. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2008.

_____. **Entre paredes e bacamartes:** história da família no sertão (1780-1850). Fortaleza: Demócrito Rocha/Hucitec, 2004.

[1] SCHWARCZ, Lília Moritz. **A longa viagem da Biblioteca dos Reis:** do terremoto de Lisboa à Independência do Brasil. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 78.

[2] SCHWARCZ, Lília Moritz, op. cit., p. 43-45.

[3] Sobre as medidas de urgência tomadas a partir da atividade legislativa, cf. MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **A legislação pombalina:** alguns aspectos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2006, p. 69-70.

[4] SCHWARCZ, Lília Moritz, op. cit., p. 96.

[5] Sobre o perfil das medidas econômicas adotadas no governo de D. José I, afirmou Airton Seeländer: "Seit seinen Aufenthalten als Botschafter in London (1738-1743) un Wien (1745-1749), befürwortete Sebastião José de Carvalho e Melo die Anwendung eines neuen Regierungsstils: die Krone, die bisher nur sporadisch die Initiative im Wirtschaftsbereich ergriffen hatte, sollte nun energisch eine umfassende, kohärente merkantilistische Wirtschaftspolitik durchsetzen" SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite. **Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre:** ein Beitrag zur Analyse der portugiesischen Rechtswissenschaft am Ende des 18. Jahrhunderts. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2003, p. 15.

[6] "Essa idéia foi deduzida da seguinte observação: a prosperidade dos países parece estar na razão direta da quantidade de metais preciosos que possuem". HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas.** 14 ed. São Paulo: Atlas, 1984, p. 65.

[7] Sobre o tema, cf. HUGON, Paul, op. cit., p. 78-82.

[8] Sobre o tema, cf. SCHWARCZ, Lília Moritz, op. cit., p. 100-101; MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, op. cit., p. 104-114; MOTA, Carlos Guilherme. **A idéia de revolução no Brasil e outras idéias.** 4 ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 281. Silvia Hunold Lara, ao tratar da condenação dos Távora e do Duque de Aveiro, afirma que a crueldade das suas penalidades teve como finalidade servir de exemplo do que aconteceria àqueles que resistissem ao poder e às ações de D. José I e de Pombal. Cf. LARA, Silvia, Hunold. **Campos da violência:** escravos e senhores na Capitania do Rio de Janeiro, 1750-1808. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 91-94.

[9] Cf. SCHWARCZ, Lília Moritz, op. cit., p. 101-103.

[10] Sobre os poderes locais, cf. QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. O mandonismo local na vida política brasileira. **O mandonismo local na vida política brasileira e outros ensaios.** São Paulo: Alfa-Ômega, 1976, p. 33-159.

[11] Cf. SALGADO, Graça (Org.). **Fiscais e meirinhos:** a Administração no Brasil Colonial. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 92.

[12] Letrados eram aqueles que haviam estudado Direito Canônico ou Direito Romano; os seus estudos jurídicos formais os credenciavam para aplicar o Direito válido em Portugal, o qual, como já se disse, vinha sendo moldado para atender aos interesses da Coroa.

[13] Para um resumo da estrutura judiciária da colônia, cf. SALGADO, Graça (Org.), op. cit., p. 73-82; CABRAL,Gustavo César Machado. O Reino de Portugal, a Colônia do Brasil e os Órgãos Jurisdicionais: breve análise da estrutura judiciária luso-brasileira. **Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito da UFC (online).** Ano 2. Volume 6, mai./jul. 2008, p. 93-110.

[14] A criação do primeiro Tribunal da Relação da Bahia se deu em 1609, mas, em virtude de dificuldades orçamentárias e das invasões holandesas à Salvador, em 1626, ele foi fechado, para ser recriado em 1652. Sobre a sua supressão, cf. SCHWARTZ, Stuart B. **Sovereignty and Society in Colonial Brazil:** the High Court of Bahia and its Judges, 1609-1751. Berkeley: University of California Press, 1973, p. 217-235.

[15] Airton Seeländer fala que, até o reinado de D. José I, o perfil louvado do rei, quanto à atividade legislativa, era o da passividade, pois a tendência era de manutenção dos costumes; a partir de D. José I e de Pombal, verificou-se a intensificação do papel legislativo do rei, inovando nas matérias que ele considerasse de relevância; daí o considerável crescimento do número de diplomas a partir de 1750. Cf. SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite. A polícia e o rei-legislador: notas sobre algumas tendências da legislação portuguesa no Antigo Regime. In: BITTAR, Eduardo. C. B. **História do Direito Brasileiro:** leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 97-98.

[16] SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6 (2005).** p. 543-544.

[17] Cf. SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na Idade Moderna: a doutrina das leis fundamentais. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos n° 53**. Florianópolis: Fundação Boiteux, dezembro de 2006, p. 197-198; MOHNHAUPT, Heinz. Konstitution, Status, Leges fundamentales Von der Antike bis zur Aufklärung. MOHNHAUPT, Heinz; GRIMM, Dieter. **Verfassung:** zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Berlin: Duncker & Humblot, 1995, p. 18. Sobre a Goldene Bulle, Frank Rexroth afirmou que ela foi um compromisso firmado, no Sacro-Império Romano Germânico, entre os interesses reais e os interesses dos príncipes eleitores, responsáveis pela eleição do Imperador. Cf. REXROTH, Frank. **Deutsche Geschichte im Mittelalter.** 2 ed. München: C. H. Beck, 2007, p. 95-96.

[18] GRAES, Isabel. **Contributo para um estudo histórico-jurídico das Cortes portuguesas entre 1481-1641**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 120-135.

[19] A presença de assembléias representativas na gênese do Estado Moderno, entre os séculos XIII e XIV, era uma constante. Maurizio Fioravanti, inclusive, as coloca ao lado

da existência das regras jurídicas (geralmente consuetudinárias) e de um senhor que exercia o poder de *imperium* como elementos característicos das nascentes unidades políticas do período. Cf. FIORAVANTI, Maurizio. Stato e constituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio. **Lo Stato moderno in Europa**: Istituzioni e diritto. Roma: Laterza, 2002, p. 4-5.

[20] Cf. CABRAL, Gustavo César Machado; DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **As Cortes e a legitimidade do poder em Portugal (séculos XII-XVII).**

[21] Sobre as supostas Cortes de Lamego, cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 156-166.

[22] Sobre as leis fundamentais do reino, cf. SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na Idade Moderna: a doutrina das leis fundamentais. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos n° 53**. Florianópolis: Fundação Boiteux, dezembro de 2006, p. 197-232.

[23] BODIN, Jean. **Les six livres de la République. Paris : Librairie Générale Française, 1993, p. 111-137 e 151-178.**

[24] SKINNER, Quetin. **As fundações do pensamento político moderno**. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. 1 ed. 9 reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 560.

[25] "(...) la première marque du prince souverain, c'est la puissance de donner loi à tous en général, et à chacun en particulier". BODIN, Jean, op. Cit., p. 160.

[26] "Puisqu'il n'y a rien plus grand em terre, après Dieu, que lês Prince souverains, et qu'ils sont établis de lui comme ses lieutenants, pour commander aux autres hommes, il est besoin de prendere garde à leur qualité, afin de respecter et révérer leur majesté en toute obéissance, sentir et parler d'eux en tout honneur, car qui méprise son Prince souverain, il méprise Dieu, duquel il est l'image en terre" BODIN, Jean, op. Cit., p. 151.

[27] As atas diziam que a monarquia portuguesa deveria ser hereditária ("Si fuerit mortuus primus filius vivente Rege patre, secundus erit Rex, si secundus, tertius, si tertius, quartus, et deinde omnes per istum modum") e estabeleciam a ordem de sucessão caso o Rei não deixasse herdeiros ("Si mortuus fuerit Rex sine filijs, si habeat fratem sit Rex in vita eius ; et cum fuerit mortuus, nom erit Rex filius eius, si nom fecerint eum Episcopi, et procurantes, et nobiles curiae Regis, si fecerint Regem erit Rex, si nom fecerint nom erit Rex"); afastou-se a lei sálica e admitiu-se a ocupação do trono por mulheres ("Si Rex Portugalliae non habuerit masculum, et habuerit filiam, ista erit Regina, postquam Rex fuerit mortuus de isto modo"). O mais importante, contudo, para o contexto da época foi a determinação de que Portugal não deveria ser governado por estrangeiros ("et si casaverit cum Principe estranio, non sit Regina, quia nunquâ volumus nostram regnum ire for Portugalensibus, qui nos sua fortitudine Reges fecerunt, sine adiutorio alieno per suam fortitudinem, et cum sanguine suo").

[28] As concepções de lei divina e de natural eram de inspiração tomista. Segundo Santo Tomás de Aquino, "o conceito eterno de lei divina tem a natureza de lei eterna, enquanto ordenada por Deus para o governo das cousas por ele pré-conhecidas". AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. v 15. Trad. Alexandre Correia. São

Paulo: Profissionais Salesianas, 1954, p. 24. Enquanto que "a lei natural não é mais do que a participação da lei eterna pela criatura racional". AQUINO, Santo Tomás de, op. cit., p. 28.

[29] Os símbolos da ordem pós-revolucionária foram as constituições. Gilberto Bercovici fala das diferenças entre concepções de constituição no Estados Unidos e na Europa: "Para os americanos, uma constituição é uma carta de poder garantida pela liberdade, não uma carta de liberdade garantida pelo poder, como entendiam os europeus". BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição:** para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 133. Em comum entre essas idéias divergentes, o elemento *liberdade*, sirva ele como fundamento da nova ordem (Estados Unidos) ou como objeto desta (Europa).

[30] Stuart Schwartz faz referência à ascensão dos nascidos na Colônia dentro da burocracia seiscentista, especialmente com a União Ibérica: "In the sisteenth century, continental Portuguese filled most offices in the lesser bureaucracy of Brazil. By the Hapsburg period, however, colonials had acquired many of these positions and were anxiously competing to become a 'child of payroll' (*filho da folha*)". SCHWARTZ, Stuart, op. cit., p. 71.

[31] O Império do qual se trata é o Sacro-Império Romano Germânico, sucessor do Império Romano. Em uma breve síntese, o que houve foi a coroação de Carlos Magno, no ano 800, Imperador de Roma pelo Papa Leão, que estaria apto a fazê-lo em virtude do mito da "doação de Constantino", segundo o qual esse imperador havia atribuído ao papa Silvestre I todo poder imperial do Ocidente. Esse episódio ficou conhecido como *translatio imperii* e fez dos carolíngios herdeiros do Império Romano. Os episódios que se seguiram à morte de Carlos Magno dividiram o Império Carolíngio em três partes, e os herdeiros de Ludwig, o Germânico, a quem coube a parte oriental, resolveram ressuscitar a tese no século X; precisamente em 962, Oto I foi coroado para comandar o recém-fundado Sacro-Império. Cf. HALPHEN, Louis. **Charlemagne et l'Empire Carolingien**. Paris: Albin Michel, 1995, p. 111-194 e 265-425; SCHNEIDMÜLLER, Bernd. **Die Kaiser des Mittelalters:** Von Karl dem Großen bis Maximilian I. 2 ed. Munique: C. H. Beck, 2007, p. 23-61

[32] Sobre os conflitos entre o Papa e as autoridades políticas seculares entre os séculos XII e XIII, cf. PENNINGTON, Kenneth. **The Prince and the Law, 1200-1600:** Sovereignty and Rights n the Western Legal Tradition. Berkeley: University of California Press, 1993, p. 38-75; BERMAN, Harold J. **Law and Revolution:** the formation of the Western Legal Tradition. Cambridge, Massachussetts: Harvard University Press, 1997, p. 85-119; ULLMANN, Walter. Fredrick II's Opponent, Innocent IV as Melchisedek. **Law and Jurisdiction in the Middle Ages.** London: Variorum Reprints, 1988, p. 53-81.

[33] Exemplo dessa ruptura foi o caso da Inglaterra do rei Eduardo VIII, que não somente rompeu com o Papa, como também criou uma nova Igreja cristã, a Igreja Anglicana; a partir disso, o Papa, apesar de ter excomungado o soberano inglês, deixou de interferir em assuntos políticos da Inglaterra.

[34] BENEYTO, Juan. Los derechos fundamentales em la España Medieval. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época).** Número 26, Março-Abril, 1982, p. 112.

[35] Sobre o direito de padroado, cf. NORONHA, Ibsen José Casas. **Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista:** consonâncias do espiritual e do temporal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 29-35.

[36] SALGADO, Graça, op. cit., p. 113.

[37] No Brasil Colonial, foram criadas dioceses em Salvador (1551, transformada, em 1676, em arquidiocese), no Rio de Janeiro (1676), em Olinda (1676), no Maranhão (1677), no Pará (1719), em São Paulo (1745) e em Mariana (1745)

[38] SALGADO, Graça, op. cit., p. 119.

[39] O Arcebispado da Bahia fora criado em 1676, mas o seu regimento só apareceu em 1707; hoje, trata-se obra que serve como referência para a compreensão do direito canônico no Brasil Colonial. Cf. VIDE, D. Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia.** Brasília: Senado Federal, 2007. A jurisdição do Arcebispado da Bahia se estendia pela totalidade do chamado Estado do Brasil, não alcançado, por exemplo, as regiões do Maranhão e do Grão-Pará, enquanto estas constituíram unidades à parte dentro da divisão administrativa da Colônia.

[40] Sobre a Mesa de Consciência e Ordens, cf. NORONHA, Ibsen José Casa, op. cit., p. 52-78.

[41] Cf. FERNANDES, Neusa. **A Inquisição em Minas Gerais no Século XVIII.** Rio de Janeiro: UERJ, 2000; VIEIRA JR., A. Otaviano. **A Inquisição e o Sertão**. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2008. Em uma perspectiva mais geral no Brasil, cf. BITTAR, Eduardo C. B. Notícias da Inquisição no Brasil: o processo e a tortura no período colonial. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). **História do Direito Brasileiro:** leituras da ordem jurídica nacional. 1 ed. 3 reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, p. 109-137; FEITLER, Bruno. Da "prova" como objeto da análise da práxis inquistiorial: o problema dos testemunhos singulares no Santo Ofício Português. In FONSECA, Marcelo Ricardo; SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite (Org.) . **História do Direito em Perspectiva:** do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 305-314. CARVALHO, Salo. Desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 249-269.

[42] Foi o caso, por exemplo, de Bento Teixeira, poeta seiscentista que passou a juventude no Brasil.

[43] SCHWARTZ, Stuart B., op. cit., p. 72.

[44] Como exemplo da utilização desse recurso, Rui de Figueiredo Marcos fala da Carta Régia de 16 de novembro de 1763, expedida para esclarecer o âmbito de aplicação do Alvará de 20 de outubro do mesmo ano. Cf. MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, op. cit., p. 151.

[45] Jorge de Souza Araújo fala que seriam três os pontos invioláveis, contra os quais nada poderia ser escrito: Monarquia, Moral e Religião. ARAÚJO, Jorge de Souza. **Perfil do Leitor Colonial**. Salvador: UFBA, 1999, p. 37.

[46] SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite. A polícia e o rei-legislador: notas sobre algumas tendências da legislação portuguesa no Antigo Regime. In: BITTAR, Eduardo. C. B. (Org.). **História do Direito Brasileiro:** leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 92.

[47] ARAÚJO, Jorge de Souza, op. cit., p. 31.

[48] Liam-se Homero, Ovídio, Plutarco, Heródoto, Quintiliano e Virgílio desde o século XVI. Cf. ARAÚJO, Jorge de Souza, op. cit., p. 52.

[49] "Sob Pombal, a Igreja passou a viver sob o duro controle do Estado. A Inquisição tornou-se serviço do Estado, e o resultado logo se fez sentir na diminuição do número de mortos e condenados. Foi a abolida a distinção entre cristãos-novos e cristãos-velhos, e a censura literária passou a ser responsabilidade da Real Mesa Censória". MOTA, Carlos Guilherme, op. cit., p. 283.

[50] ARAÚJO, Jorge de Souza, op. cit., p. 77.

[51] A atividade intelectual desses homens, quase sempre lembrada atrelando-se à sua produção poética, a ela não ficou restrita. O ainda bastante jovem Gonzaga, por exemplo, fez publica, em 1772, um *Tratado de Direito Natural*. Cf. GONZAGA, Tomás Antônio. **Tratado de Direito Natural.** Rio de Janeiro: INL, 1957.

[52] Cf. ARAÚJO, Jorge de Souza, op. 440-444. MAXWELL, Kenneth. **A devassa da devassa:** a Inconfidência Mineira: Brasil e Portugal, 1750-1808. Trad. João Maia. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 145.

[53] ARAÚJO, Jorge de Souza, op. cit., p. 444-446.

[54] Silva Lisboa ficou mais conhecido pelo título de nobreza que veio a receber posteriormente, o de Visconde de Cairu. O liberalismo, aliás, por ele não foi abandonado: posteriormente, traduziu obras de Adam Smith e escreveu os primeiros livros de economia do Brasil, sob forte inspiração liberal clássica. Cf. CAIRU, Visconde de. **Estudos do bem comum e economia politica, ou Ciencia das leis naturais e civis de animar e dirigir a geral industria, e promover a riqueza nacional, e prosperidade do Estado**. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1976; **Princípios de Economia Política.** Rio de Janeiro: Ponghetti, 1956. Sobre a obra de Cairu, cf. MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. **O discurso autoritário de Cairu.** Brasília: Senado Federal, 2000.

[55] JANCSÓ, István. **Na Bahia, contra o** Império: história do ensaio de sedição de 1798. São Paulo/Salvador: Hucitec/EDUFBA, 1996. p. 144-146 e 162

[56] Sobre a Tipografia Régia no Rio de Janeiro, cf. LIMA, Manuel de Oliveira. **D. João VI no Brasil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006, p. 165-166

[57] Cf. ARAÚJO, Jorge de Souza, op. cit., p. 172-174.

[58] SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite, op. cit., p. 92.

[59] SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite, op. cit., p. 103.

[60] Sobre a importância do açúcar na economia da região, cf. LARA, Silvia Hunold, op. cit., p. 130-134.

[61] Sobre sesmarias e a obrigatoriedade do cultivo, cf. VARELA, Lúcia Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna:** um estudo de História do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 71-107.

[62] Sobre a agricultura de subsistência no período colonial, cf. PRADO JÚNIOR, Caio. Formação do Brasil Contemporâneo. **Intérpretes do Brasil.** Volume III. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002, p. 1257-1268.

[63] A pecuária se desenvolveu em regiões que não se prestavam à atividade agrícola, razão pela qual foi nos sertões que a criação de gado mais se expandiu. Sobre a pecuária no Nordeste, mais precisamente no Ceará, cf. VIEIRA JR., A. Otaviano. **Entre paredes e bacamartes:** história da família no sertão (1780-1850). Fortaleza: Demócrito Rocha/Hucitec, 2004, p. 23-28.

[64] "Esse documento [o Testamento Político] pode ser considerado um dos *textos fundadores* do Portugal moderno, que marcaria Pombal e toda uma vertente político-intelectual de estadistas reformistas, 'éclairés' e viajados. Nele se matiza o absolutismo, que o estadista defende, mas não confunde com o despotismo. Preocupado com todas as instâncias da vida nacional, da economia à religião, propõe a adoção das teorias e estratégias mercantilistas de seu tempo para solução dos problemas de Portugal". MOTA, Carlos Guilherme, op. cit., p. 275.

[65] "Os navios da Companhia transportavam produtos europeus, produtos amazônicos e escravos africanos pelas rotas que compreendiam Bissau, Angola, Europa, litoral do Brasil e Oceano Índico". MAXWELL, Kenneth, op. cit., p. 60-61.

[66] SAMPAIO, Patrícia Melo. Viver em aldeamentos: encontros e conflitos nas povoações da Amazônia Portuguesa, século XVIII. In: LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes (Org.). **Direitos e justiças no Brasil:** ensaios de história social. Campinas: UNICAMP, 2006, p. 26.

[67] MAXWELL, Kenneth, op. Cit., p. 61.

[68] "Die Ersetzung Von Importartikeln durch die Produktion der intensiv geförderten, neuen inländischen Manufakturen un die wirtschaftliche Depression, die Portugal in den 1760er Jahren erlebte, haben nach 1764 einen deutlichen Rückgang der Importe aus England verursacht." SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite. **Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre:** ein Beitrag zur Analyse der portugiesischen Rechtswissenschaft am Ende des 18. Jahrhunderts. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2003, p. 40-41.

[69] MAXWELL, Kenneth, op. cit., p. 60.

[70] Instituição da Companhia do Grão-Pará e Maranhão. BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. **Textos políticos da História do Brasil**. Volume 1. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 256-274.

[71] Extinção e abolição de todas as fábricas do Brasil - Alvará da Rainha D. Maria I (5 de outubro de 1785). BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto, op. cit., p. 282-283.

[72] "A Coroa e a administração régia encontravam novas fontes de receitas no trato de escravos. Tais rendas provêm dos direitos de saída dos portos africanos, dos direitos de entrada nos portos brasileiros, dos 'donativos', 'subsídios', 'preferências', 'alcavalas' e outras taxas sucessivamente cobradas sobre os cativos". ALENCASTRO, Luiz Felipe de. **O trato dos viventes:** formação do Brasil no Atlântico Sul, séculos XVI e XVII. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 35-36.

[73] Sobre o tema. Cf. VAINFAS, Ronaldo. **Ideologia e escravidão:** os letrados e a sociedade escravista no Brasil Colonial. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 33-44.

APONTAMENTOS SOBRE A INFLUÊNCIA DA QUEDA DO IMPÉRIO ROMANO E SURGIMENTO DO SACRO IMPÉRIO ROMANO-GERMÂNICO NA IDÉIA CLÁSSICA DE PODER CONSTITUINTE*

NOTES ABOUT THE INFLUENCE OF THE FALL OF THE ROMAN EMPIRE AND THE EMERGENCE OF THE HOLY ROMAN GERMANIC EMPIRE IN THE CLASSIC IDEA OF CONSTITUENT POWER

Henrique Machado Rodrigues de Azevedo

RESUMO

O conceito considerado "clássico" de poder constituinte configura-se umbilicalmente ligado à obra do abade francês Emmanuel Joseph Sieyès que, avançando no pensamento contratualista dominante nos séculos XVII e XVIII, fundou as bases de uma ideologia considerada revolucionária, posteriormente denominada liberalismo. Entretanto, o presente trabalho visa demonstrar que o referido conceito não tem uma origem matemática, precisa, mas decorre de uma imensa gama de fatores políticos, históricos, culturais e econômicos (dentre outros), que ressoam desde antiguidade. Em especial, visa-se analisar como queda do Império Romano e surgimento o Sacro Império Romano-Germânico contribuíram para a formação da idéia moderna de poder constituinte.

PALAVRAS-CHAVES: PODER CONSTITUINTE. ORIGEM. FUNDAMENTOS E INFLUÊNCIAS. IDÉIA E ACONTECIMENTOS DO MEDIEVO.

ABSTRACT

The "classic" concept of constituent power is inextricably linked to the work of the french clerical Emmanuel Joseph Sieyès that advancing the dominant thought in the seventeenth and eighteenth centuries, called "contratualismo", laid the foundations of an ideology considered revolutionary, later called liberalism. However, this work intends to demonstrate that this concept is not a mathematical origin, precise, but derives from a huge range of political, historical, cultural and economic factors (among others) that resonate from ancient times. Specifically, it aims to analyze how the fall of the Roman Empire and the emergence of the Holy Roman Germanic Empire contributed to the formation of the modern idea of constituent power.

KEYWORDS: CONSTITUENT POWER. SOURCE. FUNDAMENTALS AND INFLUENCES. IDEAS AND EVENTS IN THE MIDDLE AGE.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 INTRODUÇÃO

Muito tem se discutido sobre as transposições paradigmáticas do pensamento científico e suas implicações no Direito. Nesse sentido e adotando-se a divisão do Estado moderno em Liberal, Social e Democrático de Direito, é possível afirmar que a hermenêutica constitucional, no contexto do paradigma atual, impende que os intérpretes não propaguem suas próprias concepções como verdades absolutas, nem mesmo se tornem vítimas daquelas construídas por terceiros.

Dessa forma, verifica-se que um dos pontos centrais dessa concepção refere-se justamente à legitimidade das tomadas de decisões, legitimidade essa que remete inquestionavelmente à teoria do poder constituinte, mormente no que tange a questões de sua titularidade e da soberania nacional.

Entretanto, na grande maioria das vezes, aqueles que se dispõem a analisar essa teoria recuam apenas e tão somente aos séculos XVII e XVIII, fazendo referência a Rousseau e aos demais contratualistas, e, principalmente, a Emmanuel Joseph Sieyès que, em suas clássicas obras "*Qu'est-ce que le Tiers État*?" e "Proêmio à Constituição", consolidou as bases para o conceito de poder constituinte, fundamentos que até hoje são considerados. Isso, sem nunca desconsiderar a importância do pensamento de Carl Schimitt sobre o tema[1].

Justamente em razão dessa usual "limitação temporal" é que se pretende com o presente trabalho analisar como a queda do Império Romano, a criação do Sacro Império Romano Germânico e a rejeição de Bizâncio como continuidade do poder de direito, ajudaram na solidificação da teoria moderna a respeito da idéia de poder constituinte, logicamente, sem qualquer pretensão de esgotamento dessa questão.

Ora, conceitos políticos e jurídicos, longe de ter um nascedouro imediatamente determinado, decorrem da evolução do pensamento do homem e das conjunturas da sociedade, de forma que creditar indiscriminadamente a Sieyès (ou a qualquer outro autor) todo mérito pela elaboração da própria teoria do poder constituinte é demasiada pretensão que não corresponde à efetiva realidade.

Por fim, cabe salientar que não se desconhece a distinção realizada por alguns autores sobre o conceito de poder constituinte propriamente dito e de teoria do poder constituinte[2]. O artigo em comento, ao tratar do citado poder estará, na verdade, se referindo à sua teoria, tendo em vista que em seu sentido dinâmico, o poder constituinte

sempre existiu (jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização), sendo que foram as preocupações em legitimá-lo é que somente tomaram corpo nos séculos XVII XVIII. Todavia isso, como se pretende compreender, com influências centrais marcadas no medievo.

2 A TEORIA CLÁSSICA DO PODER CONSTITUINTE: A FORMULAÇÃO DE SIEYÈS

Em primeiro lugar, impende frisar que quando é mencionada a expressão teoria "clássica" do poder constituinte, inclusive com a alusão ao supracitado autor francês, não se deixa de reconhecer a associação praticamente imediata à constituição escrita. Isso não significa que o constitucionalismo inglês não tenha qualquer relevância no contexto atual, ou mesmo que não teria sofrido qualquer influência dos eventos e teses que marcaram o período medieval. Contudo, faz-se necessário essa espécie de corte epistemológico, até mesmo em razão da natureza do trabalho ora apresentado.

Feitas as considerações acima, cabe transcrever a síntese do pensamento de Sieyès citada pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho:

"Eis como ele [Sieyès] coloca a questão: a soberania popular consiste essencialmente no poder constituído do povo. Os poderes criados pela constituição são poderes múltiplos e divididos, mas todos, sem distinção, são uma emanação da vontade geral, todos vêm do povo, isto é, da Nação."[3]

Através da síntese acima ficam claros os patamares que o abade elege para sua teoria, ou seja, o poder constituinte seria inicial (constitui uma nova realidade que, de certa forma, rompe com a anterior), autônomo (independe de outro poder, inclusive do poder secular) e emanaria diretamente do povo (valorização do indivíduo, uma das principais características das revoluções burguesas opositoras do poder absoluto do monarca).

Ora, verifica-se que desde a antiguidade as leis de organização política vêm se diferenciando dos demais tipos normativos, no entanto, somente na modernidade, após todo o caminhar evolutivo do medievo, é que se passou considerar um poder especificamente constituído para construir a sociedade política.

Na prática dos gregos, havia até uma ação jurídico-política – a *graphé paranomon* – para impugnar a legislação que afrontasse as normas fundamentais da *pólis*. Já no pensamento medieval aflorou a idéia de serem fundamentais as normas estruturais da

organização política (pactos: *pactum subjectionis* e *pactum unionis*). Na Idade Moderna sobreveio a doutrina das leis fundamentais do reino. Estas não seriam postas pelo rei, que a elas ficaria sujeito, mesmo se considerado absoluto em relação às leis que punha para os súditos. O poder do rei era absoluto, porque não era relativizado pelas leis que impunha aos súditos. Afinal de contas, se com a teoria do direito divino dos reis seria Deus quem legitima o governante, ele não governa por direito próprio, mas por um direito que o próprio Deus lhe dá.

Assim, desde a antiguidade, sempre houve uma preocupação em se colocar as leis fundamentais da organização política em um plano diferente ao das leis ordinárias. Entretanto, conforme mencionado acima, somente com as revoltas burguesas ocorreu a necessidade histórica de se pensar na constituição e legitimação de um poder específico para constituir a sociedade política, para regenerar o Estado, superando a velha ideologia absolutista.

A princípio, o contratualismo, dominando o pensamento político nos séculos XVII e XVIII, surgiu como teoria destinada a legitimação do citado poder inicial. O pacto celebrado por todos os indivíduos com todos os indivíduos explicaria a constituição da sociedade. Em particular, a doutrina do contrato social de Rousseau, implicava na condenação das instituições vigentes na França.

O próprio rei Luis XVI reconheceu a necessidade de regenerar a França, quando se refere aos Estados Gerais como a assembléia que havia convocado para, junto com ele, reerguer o país.

Exatamente nesse sentido, a obra de Sieyès é um manifesto com as reivindicações do Terceiro Estado (o povo) que, segundo ele, jamais teve voz, sendo que o Estado desenvolvia todas as tarefas necessárias à comunidade (o comércio, a indústria, a agricultura, os serviços).

O autor francês também apresenta as reivindicações do povo quanto a estrutura política e social, defendendo a supremacia da nação sobre os governantes. O poder pertenceria à nação, mas ela poderia decidir a quem atribuir o poder constituinte (poder supremo – criador de outros poderes) e exercê-lo como seu delegatário.

Em síntese, o que se pretendeu demonstrar é que o embrião da teoria de poder constituinte sempre existiu, principalmente como se verificará nos aspectos abordados

no presente texto, mas somente após a Revolução Francesa o ambiente propício para a propagação e consolidação dessa idéia foi criado.

Ademais, também é de suma importante firmar três elementos que serviram de fundação para a idéia de poder constituinte firmada na modernidade, elementos esses que serão abordados como as principais influências do medievo destacadas no presente: a concepção desse poder na qualidade de inicial, no sentido de rompimento ao o regime anterior, a sua autonomia, inclusive no que se refere ao poder episcopal, e a necessidade de valorização do indivíduo, ressaltando-se sua vontade e participação.

3 A QUEDA DE ROMA E O SURGIMENTO DO SACRO IMPÉRIO ROMANO GERMÂNICO: O PODER DE FATO PREVALECENDO SOBRE O PODER DE DIREITO

É possível defender que uma das principais características do Império Romano foi a concentração, nas mãos do imperador, de um poder absoluto, legitimado de fato e de direito pelos súditos. Esse imperador seria o primeiro cidadão do Estado, em cujas mãos estariam reunidos todos os poderes destinados a coesão do mundo romano.

O imperador, árbitro supremo, passou a impedir que as províncias continuassem a estar sujeitas à intensa exploração do governo da aristocracia senatorial. Por outro lado, até mesmos os povos conquistados começaram a respirar as mesmas aspirações do Império.

Entretanto, a máquina administrativa romana não estava preparada para a vastidão de seu território. Os seus órgãos estavam adaptados ao governo de uma cidade antiga e não ao controle de considerável parcela do mundo (velho organismo da República). Dessa forma, ao ultrapassar o estágio da conquista de da exploração brutal dos vencidos, Roma viu-se perdida em face das dificuldades de administrar e manter unificado todo o colosso que se transformou seu império.

Fato é que o Império Romano, distanciando-se da concepção de um verdadeiro Estado, resumia-se a uma federação de cidades agrupadas em torno da mais poderosa, Roma, e de seu Imperador, sendo este o laço que une as diversas engrenagens dessa máquina.

Os vícios mencionados acima, agravaram-se a partir do século II, tendo em vista a ação de três grandes fenômenos, segundo a maioria dos historiadores, ainda que seja difícil precisar especificamente quantas e quais foram as causa para da derrocada do Império: a regressão econômica, a crise religiosa e o recrudescimento da pressão dos povos bárbaros.

Desencadeia-se, então, uma grave crise no mundo romano-helênico, chegando, até mesmo, a atingir seriamente a religião, a literatura e a arte, pelo menos no oriente.

Ocorre que, Aureliano e, sobretudo Diocleciano, bem como, mais tarde Constantino, conseguem vir a reconstruir a unidade do mundo romano. Contudo, o mencionado amorfismo do Alto Império não mais poderia existir, sendo imprescindível a centralização da anteriormente chamada "magistratura imperial"[4], transformando-a em uma quase monarquia, provida de órgãos, de funcionários e subdividí-la (tetrarquia e, posteriormente, partilha por entre os filhos dos imperadores e, até culminar, após a morte de Teodósio I, na divisão administrativa total entre a separação iniciada por Dioclesiano entre Império Romano do Ocidente e do Oriente).

Entretanto, a pseudo-monarquia do Baixo Império, que substituiu a magistratura imperial, não se configura efetivamente como monarquia em razão da quebra de laços de hereditariedade, bem como pela ausência do indispensável reconhecimento e respeito por parte da população e da aristocracia.

Apesar de todos esses fatos, cabe ressaltar que o enfraquecimento do Império manifesta-se de forma ainda mais flagrante na decadência de seu exército. A glória militar de Roma, apesar da regeneração ocorrida no século III, vem novamente a se dissipar após a morte de Constantino. Torna-se visível, portanto, que desde os fins do século IV, o Império Romano se mantém em pé através de forças que não mais lhe pertenciam efetivamente, tinham passado para as mãos dos bárbaros, supostamente aos seus serviços.

Nesse período ocorreu verdadeiro esvaziamento dos romanos de seu próprio exército, chegando-se ao ponto de que o exército romano propriamente dito significava apenas as tropas a serviço de Roma e, mais tarde de Bizâncio.

Os romanos deslocaram-se das funções militares, desde Constantino, de forma que os bárbaros, sobre tudo os germanos, passaram a fazer parte, inclusive, da guarda pessoal do imperador. Tal fenômeno decorre de uma suposta maior "fidelidade" dos

estrangeiros, que não seriam capazes, nessa concepção, de trair a quem lhes paga em prol da população que os detesta.

Sob outro aspecto, já desde a política de desconfiança de Galieno, os senadores se afastaram do exército, posteriormente a classe senatorial das províncias, seguida dos decuriões e, finalmente, dos *subjecti curiae*, também se distanciaram do serviço militar, ao ponto de que este passou a ser, praticamente, uma desonra.

O resultado desses fatos foi o de que o Império passou a entregar a força e, nesse contexto, o poder, a homens de condição mais humilde. Soldados subiram, de degrau em degrau, os postos militares até chegar ao poder supremo, tal como ocorrido com Maximiniano, Valentiniano, Valente, etc.

Cabe ressaltar que ainda assim, sob a batuta desses generais, rudes, mas enérgicos, Roma conseguiu se manter sob o domínio de romanos propriamente. Todavia, passado o início do século V, a exemplo do que ocorria com os soldados, passou-se a buscar oficiais no seio dos bárbaros, ainda que "cidadãos romanos", mas de origem germânica.

Dessa forma, o próprio Império deixou que o poder lhe escapasse as mãos. O exército sempre foi um agente poderoso de romanização, mas no contexto narrado acima, composto por germanos e comandado por germanos, essas tropas de romanas só têm o nome, vindo a tornar-se, mesmo que involuntariamente, em um agente de germanização da cultura de Roma, como se verifica nas próprias campanhas de Juliano e seus sucessores (nem mesmo o fardamento e as táticas de guerra tinham mais características tipicamente romanas).

A verdade é que nunca houve real confiança entre os generais bárbaros e a população romana, fato que se agravou com a morte de Teodósio I, em que imperadores política e ideologicamente considerados fracos assumiram o poder.

Nesse contexto, o bárbaro, chefe do exército, passava a vigiar o imperador e mantê-lo à sua mercê, sendo que somente sua origem e a mentalidade existente na época o impedia de tomar, vez por todas, a púrpura.

Tal dualismo permaneceu até que Odoacro, um general godo, acabou com o único e tênue fio de autoridade imperial, depondo, em 476, o imperador Rômulo Augusto, e assumindo o poder no ocidente, culminando com a definitiva queda de Roma.

O oriente teve diferente trajetória, sendo que em fins do século VI tinha-se convertido no Império Bizantino que, de uma forma truncada, durou até 1453, quando Constantinopla caiu em poder dos turcos otomanos.

Demonstrados todos os fatos que levaram a derrocada do Império Romano do Ocidente, para fins de análise de aspectos que influenciaram a teoria do poder constituinte na modernidade, é importante salientar as ultimas passagens dessa digressão, mais especificamente como progrediram as relações de dominação nesses territórios, tendo em vista a evidente ruptura ocorrida entre o poder de direito (que por sucessão pertenceria ao imperador de Bizâncio) e o poder de fato (tomado e efetivado pelos germanos no ocidente).

Cabe ressaltar que a mencionada ruptura não se deu de forma totalmente abrupta. Durante o turbulento início da Idade Média, o conceito tradicional de um reino temporal convivendo com o reino espiritual da Igreja foi encorajado pelo Papado (os papas reconheceram a autoridade do Império do Oriente durante um grande período de tempo depois da queda de Rómulo Augústulo). O império bizantino, ainda conservava nominalmente a soberania sobre os territórios que anteriormente eram possessões do Império do Ocidente. Muitas tribos germânicas que haviam conquistado esses territórios reconheceram formalmente o imperador de Bizâncio como seu senhor. Devido em parte a essa situação e também a outras razões, entre as quais se incluem a dependência derivada da proteção bizantina contra os lombardos.

Depois da fusão das tribos germânicas, motivo da criação de uma série de estados cristãos independentes nos séculos VI e VII, a autoridade política dos imperadores bizantinos praticamente desapareceu no ocidente. Ao mesmo tempo, foram sentidas as conseqüências religiosas da divisão da Igreja ocidental, de modo particular durante o pontificado (590-604) de Gregório I. Conforme o prestígio político do império bizantino declinava, o Papado se mostrava cada vez mais ressentido pela ingerência das autoridades civis e eclesiásticas de Constantinopla nos assuntos e atividades da Igreja ocidental. A conseqüente inimizade entre as ramificações da Igreja alcançou seu ponto crítico durante o reinado do imperador bizantino Leão III, o Isauro, (717-741) que tentou abolir o uso de imagens nas cerimônias cristãs.

A resistência do Papado ao decreto de Leão culminou (730-732) com a ruptura com Constantinopla. O Papado alimentou então o sonho de ressuscitar o Império do

Ocidente. Alguns papas estudaram a possibilidade de embarcar no projeto e assumir a liderança desse futuro estado. Sem força militar alguma nem administração de fato, e em uma situação de grande perigo pela hostilidade dos lombardos na Itália, a hierarquia eclesiástica abandonou a idéia de um reino temporal unido ao reino espiritual e decidiu outorgar o título imperial à potência política dominante na Europa Ocidental no momento: o reino dos francos. Alguns dos governantes francos já haviam provado sua fidelidade à Igreja; Carlos Magno, que ascendeu ao trono franco em 768, havia demonstrado uma grande capacidade para tão elevado cargo, especialmente pela conquista da Lombardia em 773 e pela ampliação de seus domínios até alcançar proporções imperiais.

Assim, em 25 de dezembro do ano 800, o papa Leão III coroou Carlos Magno como imperador. Esse ato originou um precedente e criou uma estrutura política que estava destinada a representar um papel decisivo nos assuntos da Europa Central, o chamado Sacro Império Romano Germânico.

Importante transcrever as palavras de Ferdinad Lot, exatamente sobre a substituição do poder de direito pelo poder de fato, quando da queda do Império Romano do Ocidente, e seu reconhecimento pela população:

"(...) O império surgia, segundo a expressão de Lavisse, como um 'modo de ser do mundo absolutamente necessário, superior aos acidentes históricos'.

Contudo, estas concepções correspondiam tão pouco à realidade, e isto já desde a segunda metade do século VI, mas sobretudo nos séculos VII e VIII, que bem depressa tinham acabado por se dissipar em fumo, se o acontecimento do 25 de dezembro de 800, o coroamento de Carlos como imperador, não lhes tivesse vindo dar um novo alento. Sabemos que Carlos e os mais poderosos de seus sucessores foram buscar a sua força a um estado social que já em nada se assemelhava ao do Alto Império ou até mesmo ao do Baixo Império. Mas os cléricos, os sábios, a partir desta época, imaginaram que os Carlos, os Otões, os Henrique, os Fredericos, eram realmente os sucessores de justiniano, de Teodósio, de Constantino, até mesmo de Augusto e de Trajano."[5]

Após o exposto, e voltando a teoria clássica do poder constituinte tecida por Sieyès, mormente no que se refere à característica desse poder como inicial, verifica-se que a transição de poder entre o Império Romano do Ocidente e o Sacro Império Romano Germânico não se afasta completamente dessa idéia.

Acima restou evidenciado que o Império Bizantino, em termos sangüíneos, legítimo herdeiro do legado do Império Romano Ocidental, acabou sendo substituído por um

poder de fato, ocasionando uma ruptura na cadeia de dominação que representa, justamente, a característica de “inicial” e, por conseguinte, de “constitutivo”, ressaltada pelo abade francês.

Não se pretende afirmar que o poder papal, ou mesmo os germânicos já possuíam todo o arcabouço político e jurídico para a construção de uma teoria a respeito do poder constituinte. O que ora se propugna é fatos como o ora narrados certamente influenciaram na cadeia de acontecimentos que levaram os contratualistas e, posteriormente, Sieyès, a se debruçar no estudo de argumentos que legitimariam um poder inicial, caracterizado, por conseguinte, como uma ruptura com relação à ordem anteriormente vigente.

Ademais, cumpre ressaltar que até mesmo nesse momento histórico buscou-se uma fundamentação capaz de justificar a recusa da opção pelo poder de direito, ainda que, evidentemente, tal embasamento não tivesse o refinamento teórico atingido pelos doutrinadores do século XVIII, até mesmo porque o mundo ainda precisaria passar por várias transformações até atingir tal maturidade.

No contexto em comento, duas foram as tese utilizadas para justificar a opção pela legitimação do poder de fato. A primeira relaciona-se com o governo do Império Bizantino, que, na época era exercido por uma mulher, Irene de Bizâncio. Tal governante, ilegítima aos olhos ocidentais, criava um vazio de poder que tornava possível sustentar a quebra de continuidade. A Igreja já havia, anteriormente, consignado que o poder *de facto* era mais importante que o poder *de jure*, quando o Papa Zacarias, em decorrência de apoio militar contra a investida dos lombardos, apoiou a coroação de Pepino III (Pepino, o Breve) como rei da França. Dessa forma, e não seria a primeira vez que tal situação ocorreria, apesar de que, com a investidura de poder aos Príncipes Germanos, as implicações foram certamente muito maiores.

Assim, a opção pelo poder de fato em detrimento do poder de direito, em um contexto tão importante quanto ao da transição entre o Império Romano do Ocidente e o Sacro Império Romano Germânico acaba por conferir elementos, ainda que embrionários, para a definição do que a modernidade adotou como teoria clássica do poder constituinte.

4 CONCLUSÃO

Diante dos aspectos analisados no presente trabalho, é possível concluir que é demasiado apontar a específica origem da teoria do poder constituinte na obra de Emmanuel Joseph Sieyès, como se o referido autor tivesse, apenas com base nos contratualistas, formulado todas as bases para a moderna compreensão da idéia de poder constituinte.

Ora, ainda que se adote esse autor como marco para a concepção moderna nesse poder, e isso em momento algum é questionado no presente artigo, deve-se ressaltar que os conceitos políticos e jurídicos devem ser verificados frente ao caminhar evolutivo da sociedade, de forma que a precisão em termos de originalidade de idéias dificilmente pode ser alcançada nesta seara.

Diversos são os fatores que, combinados, fazem com que uma teoria que, somente se encaixada em um momento histórico adequado, ecoe por toda sociedade, marcando sua época, muitas vezes significando que aquelas idéias, ainda que não acabadas, já haviam sido discutidas anteriormente, mas, em decorrência do contexto em que surgiram, não conseguiram despontar.

Assim, os contratualistas e Sieyès encontraram terreno fértil com as revoluções burguesas, a necessidade de legitimar o governo do “povo” e a valorização cada vez maior do indivíduo. Se assim não fosse, provavelmente outros seriam os considerados pela maioria da doutrina como os “pais” do Estado Moderno.

Exatamente nesse sentido, buscou-se demonstrar que um dos fundamentos utilizados pelo abade francês em sua teoria a respeito do poder constituinte, ou seja, a que ele deve ser inicial, no sentido de inaugurar uma nova ordem jurídica, já havia sido verificado em importante acontecimento da história da humanidade, em que, na sucessão de poderes, após a queda do Império Romano do Ocidente, restou legitimado como efetivo poder aquele exercido pelos germanos, enquanto a linhagem indicaria, em condições normais, que o Imperador de Bizâncio deveria ser levado ao trono e unificado, novamente, o Império Romano.

A ruptura entre a continuação do poder de direito, em troca pelo poder de fato, com o maciço apoio do papa, na verdade, resultou na inauguração de uma nova ordem jurídica que, além de se diferenciar completamente da anterior em termos sucessórios, possibilitou no crescimento do poder secular.

Tal precedente, inequivocamente, deu subsídios para que a Igreja buscasse firmar seu direito de eleger, coroar e também depor os imperadores, o que mais tarde, no ápice da teoria da *plenitudo potestatis papalis* (a plenitude do poder pontifício) culminou, por exemplo, na tentativa do papa João XXII de se firmar no poder, negando-se a coroar Luis IV da Baviera, no episódio do papado de *Avignon*. A inevitável tensão entre Igreja e Estado se sucedeu, então, durante toda a idade média.

Assim, longe de retirar os méritos da marcante obra de Sieyès, pretendeu-se, cabe reiterar, apensas ressaltar que a idéia de legitimação de um poder inicial, construidor da sociedade, nos remete desde a antiguidade, passando, necessariamente pela queda do Império Romano do Ocidente e pelo surgimento do Sacro Império Romano Germânico.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____ . *Ciência política*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. ver., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier. *História das idéias políticas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

CHEILIK, Michael. História antiga: *de seus primórdios à queda de Roma*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

DIGESTO DE JUSTINIANO. Ed. bilíngüe – trad. Hélcio M. F. Madeira. 2ª ed., São Paulo: RT/UNIFIEO, 2000.

DUSO, Giuseppe. *O poder: história da filosofia política moderna*. (org.), Petrópolis: Vozes, 2005.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1987.

LOPES, José Reinaldo de Lima, QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo de e ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de história do direito*. São Paulo: Método, 2006.

LOT, Ferdinand. *O fim do mundo antigo e o principio da Idade Media*. Lisboa: Edições 70, 1991.

PÁRJÁN, Maria Elena Ludenã. Del ciudadano capacitario de Sieyès a las clases políticas de mosca. Barbarói: *Revista do Departamento de Ciências Humanas e do Departamento de Psicologia*, Santa Cruz do Sul, n. 24 , p. 71-85, jan./jun. 2006.

PEREIRA, José Esteves. Genealogia das correntes de pensamento do Antigo Regime ao liberalismo. In: COSTA, F.M. da; DOMINGUES, F. C.; e MONTEIRO, N. G. (org.). *Do Antigo Regime ao Liberalismo*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1983.

SALDANHA, Nelson. *Poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SANTOS, Boaventura de Souza. Reiventar a democracia: entre o pré-contratualismo e pós-contratualismo. In: Daniel Aarão Reis et al., organizadores. *A Crise dos Paradigmas em Ciências Sociais e os Desafios do Século XXI*. Rio de Janeiro. Contraponto, 1999, p. 33-75.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. 1ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2000.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do estado moderno*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

---

[1] SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

[2] Nesse sentido, confira-se: BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 132-133.

[3] CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. ver., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 94

[4] Confira-se: LOT, Ferdinand. *O fim do mundo antigo e o princípio da idade média*. Tradução de Emanuel Godinho, Lisboa: Edições 70, 1991, p. 201 e 202.

[5] LOT, Ferdinand. *O fim do mundo antigo e o princípio da idade média*. Tradução de Emanuel Godinho, Lisboa: Edições 70, 1991, p. 232.

O ANACRONISMO NA FORMULAÇÃO DO DISCURSO – DIREITOS HUMANOS ANTES DO ESTADO NACIONAL*

THE ANACHRONISM IN FORMULATION OF SPEECH - HUMAN RIGHTS BEFORE THE NATIONAL STATE

João Carlos Jarochinski Silva

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discutir um dos pontos fundamentais do Direito, a questão da formação dos Direitos Humanos. Entretanto, o que se quer debater nessa temática é o discurso anacrônico que procura encontrar nas primeiras organizações sociais humanas o fundamento filosófico para tais ideais. Nesse sentido, o texto se inicia pela análise dos fatos que justificariam a fala de que os Direitos Humanos surgem entre os estóicos, na antiga Grécia. Além disso, o debate recai sobre a Idade Média, identificando o anacronismo também na argumentação com relação a esse período.
Depois debateremos a formulação do Estado Absolutista, analisando principalmente a fundamentação teórica do mesmo em Maquiavel. Tal análise se mostrou fundamental, pois encontramos a raiz dos Direitos Humanos no discurso contrário a esse regime político, principalmente nos pensadores do século XVII e XVIII. Para encerrar, demonstraremos que a construção do tema por esses autores acabaram justificando a argumentação que busca encontrar os Direitos Humanos na origem dos homens e na antiguidade, o primeiro por meio do Jusnaturalismo e o segundo pelo debate com os autores clássicos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS; HISTÓRIA DO DIREITO; ANACRONISMO.

ABSTRACT

This article aims to discuss one of the fundamental points of law, the training of Human Rights. However, the point that if you want to discuss this theme is anachronistic speech that seeks to find the first human social organizations the philosophical foundation for such ideals. In this sense, the text begins with the analysis of the facts that would justify it says that human rights arise from the Stoics in ancient Greece. Moreover, the debate focuses on the Middle Ages, also identifying the anachronism in the argument with respect to this era.
Then we will discuss the formulation of the Absolutist State, especially considering the theoretical basis of the same in Machiavelli. This analysis proves crucial, because we find the root of human rights discourse in contrast to that political system, especially in the thinkers of the seventeenth and eighteenth centuries. In closing, we will demonstrate that the construction of the subject by these authors ended up justifying the argument

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

that seeks to find human rights at the root of men and seniority, the first through the natural law and the second debate with the classical authors.
KEYWORDS: HUMAN RIGHTS; LAW'S HISTORY; ANACHRONISM.

A PROCURA POR DIREITOS HUMANOS NA FILOSOFIA ANTIGA E MEDIEVAL

Durante toda a Antiguidade e Idade Média jamais foi utilizada ou sequer pensada uma concepção de Direitos Humanos, sendo, portanto, um anacronismo utilizar esse termo para designar qualquer tipo de formulação filosófica. O máximo que se encontra nesse período são ideias como a liberdade e a dignidade, mas que se mostram insuficientes para serem pensadas como Direitos Humanos.

Porém, para aqueles que buscam na Antiguidade o surgimento dos Direitos Humanos, na tentativa de reafirmá-los e fortalecer o seu argumento, buscam nesse período as primeiras formulações justificadoras dos ideais que permeiam esses direitos, entretanto, mesmo eles têm dificuldade em encontrar um ponto de partida exato. José Damião de Lima Trindade (2002) afirma que:

Se for uma História filosófica (dos Direitos humanos), teremos que recuar a algumas de suas remotas fontes na Antiguidade clássica, no mínimo até o Estoicismo grego, lá pelos séculos II ou III antes de Cristo, e a Cícero e Diógenes, na Antiga Roma.

O motivo para essa opção adviria do fato de os Estóicos terem sidos os primeiros a conceberem uma lei natural advinda da *lex aeterna*, a lei cósmica da razão. Portanto, todos os acontecimentos humanos seriam resultados da vontade divina, que ocorreriam segundo um processo indissolúvel, do qual a razão humana não devia se afastar. Trata-se de uma lei universal que não pode ser ignorada.

O exemplo mais claro dessa lei seria o relato feito por Sófocles em *Antígona*, pois o personagem de mesmo nome da peça desafiou o rei Creonte por este ter proibido a celebração dos rituais fúnebres de Polínice. Antígona alega que desrespeitava as leis de Creonte por este estar em desacordo as leis dos deuses.

Nesse ponto, o estoicismo acaba fazendo uma grande ruptura com o pensamento de Platão e Aristóteles, que enfatizavam o indivíduo e suas capacidades, sendo a Virtude, a Justiça e outras qualidades intrínsecas ao homem, algo que faz parte de tal natureza. Não se pode retirar do homem a capacidade de se regular por completo. Essa é uma característica do pensamento grego que nos permite ousar discordar de Lima Trindade no tema, por acreditarmos que toda a Filosofia Clássica, notadamente a de vertente Política pode ser enquadrada como uma precursora dos Direitos Humanos, pois, filósofos como Sócrates, Platão e Aristóteles concebiam a Ética como algo não dissociado da Política, sendo esta dotada, portanto, de um objetivo transcendental. Com

essa idéia é natural que o homem sempre buscasse o melhor para a sua Pólis. A própria filosofia visava à melhoria da *Pólis*, local natural de convivência entre os homens.

Para tanto, os filósofos escolheram diversos temas na tentativa de beneficiar a convivência entre os homens, valorizando a sua condição. Porém, o status social do indivíduo é considerado para que o mesmo possa obter o Direito de participar da vida política da Pólis e decidir sobre a sua condição. Infelizmente, apesar dos expressivos avanços defendidos por esses pensadores, a cidadania do agente era um condicionante presente para a efetivação de determinadas garantias.

Por exemplo, Platão ao discutir o governo ideal na obra *a República*, coloca entre os temas do livro III a necessidade de igualdade de educação e oportunidades. Entretanto, essa igualdade não contemplaria a universalidade dos homens e mulheres, só aos que não fossem escravos. Esses homens que possuem a educação seriam, portanto, capazes de assumir o posto de guardiões da comunidade. Tal fato impede que se fale em Direitos Humanos, pois não contempla a todos. Além disso, a filosofia grega jamais garantiu uma conduta humana ao Estado, no sentido de garantir aos seus cidadãos Direitos.

Há ainda outras questões muito pertinentes, como a de se conceber os Direitos Humanos em uma sociedade que considera a escravidão como algo natural? Mesmo os estóicos não chegam a questionar essa organização social grega. Há momentos em que eles defenderam um tratamento mais apropriado para esse escravo, pois, mesmo ele era livre em sua própria mente. Entretanto, jamais propuseram o fim do sistema escravista que sustentava o economia na Grécia.

O que se pode argumentar é que a contribuição advinda dos pensadores desse período reside em seu

estudo profundo da lei, do Estado e da conduta moral, bem como na crença de que tanto o povo comum quanto seus líderes devem ser responsáveis pela aplicação da justiça e pela garantia do bem comum sob uma lei moral de validade universal. (DEVINE, HANSEN & WILDE, 2007)

Já em Roma, sob a influência do Estoicismo grego, foi possível o estabelecimento de um direito imparcial, que não distinguia aqueles que possuíam a mesma condição, tornando o direito em algo realmente público, no sentido de algo conhecido de todos e capaz de impor obrigações a todos, além de adotar o precedente jurídico. Porém, mais uma vez, não foi capaz de alterar a realidade presente e continuou a ser um instrumento capaz de atingir a apenas uma parcela da população, não podendo ser concebido como Direitos Humanos. Vale ressaltar que a Escravidão também era a base produtiva de Roma.

Já na Filosofia medieval, que tem como principais referências a própria filosofia clássica, juntamente com o Judaísmo, o Cristianismo e o Islamismo, foram feitos poucos avanços dentro da concepção dos Direitos Humanos, apesar deste período filosófico não ter como seu foco principal a questão da convivência política.

Em um tempo dominado pelos preceitos religiosos, tanto cristãos quanto muçulmanos formularam preceitos que privilegiavam temas ligados à religião e a fé. Não havia

dúvida de que a autoridade divina é superior a qualquer autoridade terrena. Até na releitura que eles faziam dos clássicos não levavam em conta os elementos da sociedade antiga, mas faziam uso desses textos como fontes capazes de desenvolver a função de fortalecer os argumentos religiosos que tentavam defender. A filosofia dessa época serve a ciência maior, na concepção do período, no caso a Teologia.

Mesmo o fato de existirem nesse período diversos conflitos sociais que poderiam gerar algumas formulações filosóficas capazes de serem enquadradas como Direitos Humanos, a oportunidade foi perdida, principalmente por vigorar a ideia de que o poder havia sido herdado do alto e que, portanto, não deveria ser questionado. Outro fato, que não poderia ser questionado era a divisão social em funções distintas e marcadas pelo traço diferenciador do nascimento em determinada família.

Era uma sociedade em que alguns guerreavam, a função da nobreza, alguns rezavam, a função do clero, e que alguns trabalhavam e sustentavam as outras classes, no caso os servos. A grande maioria da população não era objeto de reflexão filosófica, no caso os servos, pois os pensadores estavam mais preocupados com assuntos teológicos. A questão da desigualdade entre os seres era vista como natural, cabendo a esmola, uma prática valorizada pelas duas principais religiões do período na Europa, o papel de minimizar e garantir aos mais fracos uma melhor situação de subsistência. As condições da vida terrena só se tornam objeto de reflexão, na maioria das vezes, quando interferem na condição do homem de buscar o Reino ou a recompensa em outra realidade.

Interessante notar que, apesar de todo esse enfoque teológico, é nesse período que o Direito começa a ser pensado como um instrumento capaz de garantir aos súditos certas condições adquiridas com o passar do tempo. O exemplo claro disso é a *Magna Carta* inglesa de 1215 que já utilizou a expressão “qualquer homem livre”, esta que se tornou um primeiro limite a atuação do poder real que começava a se fortalecer. Entretanto, a quantidade de homens livres na Inglaterra era bem pequena, pois, a maioria da população ainda era de Servos, fazendo com que:

na realidade, não se pode dizer que as normas da *Magna Carta* constituam uma afirmação de caráter universal, de direitos inerentes à pessoa humana e oponíveis a qualquer governo. O que ela consagrou, de fato, foram os direitos dos barões e prelados ingleses, restringindo o poder absoluto do monarca. (DALLARI, 2004)

O direito já servia de base para diversas declarações, porém, as mesmas tinham como objetivo afirmar situações fáticas, principalmente, as mais tradicionais e que favoreciam a alguns atores do cenário político, isto é, àqueles com capacidade de mobilização política, e não como um instrumento capaz de assegurar a todos um mínimo de dignidade. O fato de os servos possuírem direitos não altera a situação de excluídos em que se encontravam.

Não resta dúvida que várias produções desses períodos serviram de apoio ao que depois seria formulado e pensado, tais como a necessidade de se garantir a todos uma existência digna. Porém, fica evidente a significativa ruptura que os Direitos Humanos fizeram em busca dessa concepção e todo o arcabouço teórico que utiliza para isso. Grande parte desse conjunto formulado por criações do Estado, que na busca de maior eficácia e eficiência, procura meios jurídicos para basearem a sua atuação.

Portanto, por conta dessa estrutura jurídica que formaliza esses direitos, não se pode conceber o seu surgimento, antes do surgimento do Estado Nacional. Ainda mais se levarmos em conta que eles são pensados como garantias contra a opressão de quem quer que seja, inclusive da autoridade estatal.

O ESTADO ABSOLUTISTA E A REFLEXÃO MAQUIAVÉLICA

Para continuarmos com o debate, faz-se necessário um aprofundamento do que é o Estado Nacional, principalmente por meio da análise da estrutura que se forma quando de seu surgimento, no caso uma condição Absolutista. Para seguirmos na questão do estudo filosófico, focaremos o principal pensador dessa organização, Maquiavel, pois sem o mesmo é impossível ao agente compreender os motivos que levaram a filosofia e os homens a formularem os Direitos Humanos. Somente com essa interpretação é que se consegue estabelecer uma linha de raciocínio capaz de perceber o momento único que proporcionou as condições materiais para essa formulação.

Retomando o conceito clássico de política acima exposto, que sustenta que a política serve para a melhoria do homem, isto é, trata-se de algo dotado de força suficiente para que os indivíduos que dela fazem parte pudessem se tornar sujeitos melhores do ponto de vista Ético, fazendo com que a Política e a Ética façam parte de um mesmo grupo, não podendo, portanto, ser concebidas em separado, pois fazem parte de uma mesma realidade. A novidade da obra de Maquiavel e do Estado Absolutista ocorre justamente na contestação dessa realidade.

O pensador florentino vê a política como o instrumento de conquista e manutenção de poder. Não há nada na política capaz de melhorar o homem enquanto indivíduo, que o torne um sujeito melhor. A política demonstraria exatamente o contrário, ela existe para evitar o conflito entre os diversos interesses individuais que existem dentro de um corpo social.

Tal construção surge da constatação feita pelo autor de que os homens são maus por natureza, que eles sempre possuem o interesse de impor as suas vontades, de realizá-las, só fazendo o bem quando obrigados. Ele constata que existe na sociedade a luta dos oprimidos, para acabar com tal opressão e a luta dos mais ricos, que buscam maior segurança contra uma possível revolta ou contestação da Ordem vinda por parte desses oprimidos. A política existe para que haja um equilíbrio entre os agentes sociais, tal como afirma Perry Anderson (1998), ao dizer que “a luta secular entre as classes resolve-se em última instância no nível *político* da sociedade”.

Outra justificativa apresentada por Maquiavel para a separação da política e da moral é o fato de que a História é imprevisível, não apresentando um caminhar retilíneo, sendo impossível, portanto, de se conceber objetivos últimos, imutáveis, às organizações políticas. Por isso, continua o autor, o único objetivo que pode existir em política é a manutenção do Estado, isto é, do Ente que possibilita a manutenção de certa *pax social*.

Partindo desta constatação histórica, a principal virtude de um político já não é mais a moralidade e a retidão em seus atos, sempre objetivando o bem, mas, uma nova *Virtú*, esta que é capaz de dar ao agente político a capacidade de aproveitar os momentos proporcionados pela *Fortuna*, para manter esta instituição política e o seu poder, apesar de existirem muitas dificuldades para isso. Portanto, o Estado e qualquer organização social tendem a se extinguirem, dado os conflitos internos que possam existir.

Essa percepção da *Fortuna* é que permite Burchhardt (1983) afirmar que o Estado maquiavélico também se constitui numa obra renascentista, uma preciosa criação humana, visto que ela testemunha o poder e a percepção de tempo e de condições daquele que o instaura. Em retribuição a essa capacidade, o agente recebe o poder de cometer violências.

Isso foi fundamental para o Absolutismo, pois este na verdade foi a forma encontrada para a manutenção do poder nas mãos da Aristocracia Medieval, como afirma Perry Anderson (1998), ao colocar que:

Essencialmente, o absolutismo era apenas isto: *um aparelho de dominação feudal recolocado e reforçado*, destinado a sujeitar as massas camponesas à sua posição social tradicional – não obstante e contra os benefícios que elas tinham conquistado com a comutação generalizada de suas obrigações.

Esse sistema faz uso de institutos como o Direito Romano, que renascia, e a formação de Exércitos Permanentes, que permitiram a ele alcançar os seus objetivos. O Direito teve a função de distribuidor de poder, sendo o responsável pela perda de poder político da aristocracia, sendo concentrado agora nas mãos dos monarcas. Mas, por outro lado, garantiu a essa mesma aristocracia a aquisição da propriedade universal. O que permite ao pensador inglês afirmar que "o efeito supremo da modernização jurídica foi, portanto, o reforçamento da dominação da classe feudal tradicional" (ANDERSON, 1998).

Saber aproveitar as situações dadas pelo momento histórico possibilita ao agente político tomar ou manter o poder. Como acima afirmado, as ocasiões mudam, não há que se falar em objetivos finais para o Ente político que não sejam a manutenção e a tomada do poder. O Estado não é algo eterno, ele necessita ser recriado a todo instante para que se mantenha. Disso, advêm a grande colaboração de Maquiavel ao Absolutismo e a toda a Política, o Estado é um fim em si mesmo.

A arte de pensar a política deixa, portanto, a técnica de se pensar o *dever ser* e passa a ser pensada a partir da realidade posta, isto é, a partir do que ela efetivamente *é*. Inicia-se a concepção realista da política, o que faz com que se pense na figura do pensador florentino como um cientista político e não como a de um filósofo.

Vale salientar que, apesar dessa aparente separação traumática da política e da moral, a segunda se faz presente na obra desse pensador. Esta residiria justamente no fato de tentar se manter o Estado e assim conseguir manter o equilíbrio necessário para a possível convivência social. Apesar de o Estado ser o Tirano dos tiranos, ele é muito melhor do que uma sociedade sem um ente controlador.

Portanto, a ruptura no plano moral ocorre só no campo das intenções, estas já não interessam. Porém, ela ainda se faz presente no campo pragmático, pois a moral de um Ente político reside no sucesso de sua ação política.

Isto permite a criação de uma razão de Estado, tão valiosa aos demais pensadores da política posteriores. Uma razão que existe para a manutenção deste. A única intenção privada daquele que detém o poder que deve ser levada em conta é a expectativa desse agente de se manter no poder. Mas, como para isso ele deve lutar pela manutenção do Estado, sempre a razão deste será superior a do agente que possui esse governo.

A moral na política maquiavélica só pode estar ligada ao resultado, não em seus meios. Os homens não respeitam as regras por causa da concórdia que possa existir em determinado tema, de certos objetivos comuns, mas, para terror dos clássicos, pelo temor, pela insegurança, em relação à atitude dos outros. É nessa percepção que reside à maior contribuição de Maquiavel ao pensamento posterior, notadamente ao de Hobbes.

O objeto da política é, portanto, impedir os homens de se destruírem e coagi-los a manterem-se nos limites que lhes foram impostos. A questão moral na política reside no fato de que o fim, quando justo, tal como a manutenção do Estado, faz com que os meios que permitam atingir tal fim, também sejam louváveis.

Disso advêm a flagrante preocupação com as manifestações desse poder, tal como o uso da violência, pois quando está é usada para um fim justo, ela é por consequência justa também, desde que não ultrapasse os limites para os quais deve ser utilizada, pois caso isso ocorra, a razão de Estado será suplantada por um desejo de vingança por parte daquele que está no poder, o que é incorreto. Tudo deve e pode ser utilizado, desde que numa dose certa e para contemplar um fim justo.

Portanto, apesar de Maquiavel pensar a estruturação de um Estado que levou ao absolutismo, aquele contra o qual os primeiros pensadores dos Direitos Humanos se revoltam, não se pode negar que ele também forneceu elementos para a crítica dos exageros realizados por esse sistema, e por todos os outros que vieram a surgir, residindo justamente nesse ponto a grandiosidade de seu pensamento.

A LUTA CONTRA O ABSOLUTISMO – O SURGIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

O absolutismo, forma essencial que estabeleceu o Estado moderno foi um dos principais inspiradores para a construção dos Direitos Humanos, não em seu sentido positivo, mas justamente pelo contrário, em sua atuação negativa e opressora.

Segundo Koselleck (1999) em sua obra prima intitulada Crítica e Crise,

dois acontecimentos que fizeram época marcam o início e o fim do Absolutismo clássico, Seu ponto de partida foi a guerra civil religiosa. O Estado moderno ergue-se desses conflitos religiosos mediante lutas penosas, e só alcançou sua forma e fisionomia

plenas ao superá-los. Outra guerra civil - a Revolução Francesa - preparou seu fim brusco.

A questão, assinalada pelo próprio autor é que nesse ínterim, muitas críticas pesadas e consistentes surgiram a essa forma de governo, levando os indivíduos a formarem uma importante consciência política sobre essa forma de exercício de poder. Sem essa perspectiva, jamais poderia surgir um movimento com a envergadura que teve a Revolução Francesa. Porém, como o nosso objeto de estudo não é a análise dos eventos históricos e sim as ideias que de alguma forma a influenciaram e permitiram a sua concretização, devemos primeiro nos debruçar sobre a crítica inglesa ao Absolutismo.

Sem dúvida, a questão religiosa na Inglaterra era um dos pontos fortes de tensão social e na tentativa de solucionar essas questões, o Estado primeiramente agiu de forma autoritária, concentrando o poder em suas mãos. Entretanto, após um período de dominação e aceitação desse poder, surgem ainda no século XVII duas importantes revoluções, a revolução Puritana, reflexo imediato das disputas religiosas e mais a frente a revolução Gloriosa, responsável direta por uma série de garantias políticas aos ingleses e que depois se tornariam referência para vários povos do mundo. Entre as principais conquistas desse período, o documento do *Bill of Rights* e todo o seu rol de direitos é uma referência por si só, porém, não há como negar a importantíssima conquista de 1679, obtida por meio da pressão dos agentes sociais, que é a promulgação do *Bill Habeas Corpus*, ainda hoje um dos principais instrumentos de defesa do indivíduo frente ao Estado, principalmente quando esse interfere na liberdade daquele.

Mas, tais avanços, que se fazem presentes na lei, foram influenciados e também influenciaram importantes filósofos, merecendo destaque especial nesse sentido a figura de John Locke, que tanto representou na Revolução Gloriosa, pois trouxe um novo elemento de crítica. Com suas ideias revolucionárias, Locke foi capaz de formular críticas que possibilitaram ao indivíduo uma série de garantias frente a eventuais abusos do Estado.

Isso é bastante significativo, principalmente se levarmos em consideração que os Direitos Humanos são garantias dadas aos indivíduos frente as atrocidades sociais, principalmente frente àquelas cometidas pelo próprio governo, contra o qual o sujeito antes desse reconhecimento tinha pouca ou nenhuma garantia. Ele chega a conferir a esse ser a possibilidade de se rebelar contra o governo caso esse não cumpra os seus deveres, sendo esta rebelião um importante direito.

Porém, o mais interessante de ser observado é que o filósofo inglês também vai fazer uso do homem natural, para justificar o seu argumento. Nesse sentido, ele constrói uma argumentação diferente daquela proposta por Hobbes, pois coloca ao Estado uma série de motivações para a sua existência.

Nesse sentido Locke destaca, em seu segundo tratado sobre o governo, que o ser em estado de Natureza não é tão perverso como o coloca Hobbes, o qual afirma que esse homem é o lobo do próprio homem. Locke (1690) destaca que existem privilégios nesse modo de viver, mas que os cidadãos, por sua própria vontade decidem transmitir uma parte de sua liberdade ao Estado, em troca de algumas contrapartidas. Pois, nas palavras do próprio autor,

Se o homem no estado de natureza é tão livre, conforme dissemos, se o senhor absoluto da sua própria pessoa e posses, igual ao maior e a maior e a ninguém sujeito, por que abrirá ele mão dessa liberdade, por que abandonará o seu império e sujeitar-se-á ao domínio e controle de qualquer outro? Ao que é óbvio responder que, embora no estado de natureza tenha tal direito, a fruição do mesmo é muito incerta e está constantemente exposta à invasão de terceiros porque, sendo todos reis tanto quanto ele, todo homem igual a ele, e na maior parte pouco observadores da equidade e da justiça, a fruição na propriedade que possui nesse estado é muito insegura, muito arriscada. Estas circunstâncias obrigam-no a abandonar uma condição que, embora livre, está cheia de temores e perigos constantes; e não é sem razão que procura de boa vontade juntar-se em sociedade com outros que estão já unidos, ou pretendem unir-se, para a mútua conservação da vida, da liberdade e dos bens a que chamo de "propriedade". (LOCKE, 1690 Apud Mondaini, 2006, pg. 29-30)

O Leviatã deixa de ser apenas um monstro que evita que os seres se subjuguem uns aos outros, aí reside a crítica ao pensamento hobbesiano, pois o Estado deve ser um agente que além de ter uma função, deve garantir aos que dele fazem parte uma série de Direitos. A defesa expressa da Liberdade e da Propriedade é uma obrigação que o Estado não pode negar, sob pena de deixar de se revestir da justificativa para a sua existência.

De certa maneira, temos a volta de uma idéia de Bem Comum na atuação estatal, só que dessa vez ela aconteceria de forma negativa, porque ele deve simplesmente atuar nos setores que o homem, mesmo sendo livre, não consegue se impor.

Ele continua o seu argumento destacando que:

Assim os homens, apesar de todos os privilégios do estado de natureza, mantendo-se em más condições enquanto neles permanecem, são rapidamente levados à sociedade. Daí resulta que raramente encontramos qualquer grupo de homens vivendo dessa maneira. Os inconvenientes a que estão expostos pelo exercício irregular e incerto do poder que todo homem tem de castigar as transgressões dos outros obrigam-nos a se refugiarem sob as leis estabelecidas de governo e nele procurarem a preservação da propriedade. É isso que os leva a abandonarem de boa vontade o poder isolado que têm de castigar, para que passe a exercê-lo um só indivíduo, escolhido para isso entre eles; e, mediante as regras que a comunidade e os que forem por elas autorizados, concorde em estabelecer. E nisso se contém o direito original dos poderes legislativo e executivo, bem como dos governos e das sociedades. (LOCKE, 1690 Apud Mondaini, 2006, pg. 30-31)

Portanto, o povo tem o direito de ser informado e de participar das decisões do governo. Para isso, Locke (1690) afirma que:

o poder legislativo ou o poder supremo de qualquer comunidade obriga-se a governá-la mediante leis estabelecidas, promulgadas e conhecidas do povo, e não por meio de decretos extemporâneos; por juízes indiferentes e corretos, que terão de resolver as controvérsias conforme essas leis; e a empregar a força da comunidade no seu território somente na execução de tais leis, e fora dele para prevenir ou remediar malefícios estrangeiros e garantir a sociedade contra incursões ou invasões. E tudo isso tendo em

vista nenhum outro objetivo senão a paz, a segurança e o bem público do povo. (LOCKE, 1690 Apud Mondaini, 2006, pg. 32)

A garantia da lei deve vigorar. Nisso, o governo deixa de ser de um só e passa a ser de toda a comunidade, pois todos possuirão direitos e obrigações. Nessa concepção, percebe-se claramente a nova noção de contrato social que regularizaria a criação do Estado. A legitimidade não vem mais da pessoa ou de Deus, como afirma Bossuet, mas da vontade do povo.

Esses ensinamentos que foram fundamentais para a Revolução Gloriosa, também marcaram presença em outro importante evento político, a Independência dos Estados Unidos. Lá, onde se faz a Revolução para a retomada de um passado mítico, na luta pela grande liberdade inglesa, retirada dos colonos por meio de um rei opressor, que nos dizeres dos revoltosos se porta como um absolutista quando o assunto é a relação colonial.

Percebe-se nos ensinamentos de Locke, um importante elemento de fundamentação teórica para os anseios dos colonos. Não é por acaso, que a influência dessas ideias para o texto constitucional norte-americano seja tão forte[i]. Justamente na Constituição, o principal instrumento jurídico para regular os direitos dos indivíduos e limitar a atuação do poder político.

Entretanto, em outras partes da Europa, o Absolutismo continuou significativo por quase todo o século XVIII, sendo ainda o principal elemento de crítica dos filósofos do movimento que passou a ser conhecido como o Iluminismo.

Os filósofos dessa vertente, conceberam diversas formas de se tentar regular o poder real, evitando assim qualquer forma de abuso cometido pelo mesmo. Eles foram os principais agentes a conceberem instrumentos dotados de capacidade suficiente para regular a atuação estatal.

Uma dessas formas foi a desenvolvida por Montesquieu (1748) em sua obra mais importante, o Espírito das Leis, onde ele assinala que uma dos principais maneiras de se evitar que uma pessoa abuse de sua condição superior, pois é natural que assim o faça, é limitá-lo através de uma separação hipotética do poder. O poder não pode ser separado, entretanto, as suas manifestações podem. Isso permite que não ocorra a situação descrita por ele, onde “na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se junta ao executivo” fazendo com que desapareça a liberdade, pois, continua Montesquieu (2000, pg. 205),

Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo (...) Se o judiciário se unisse com o executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos.

Montesquieu acredita que a separação tripartida dos poderes é capaz de frear o ímpeto daquele que possuí o poder, dando àqueles que são dirigidos por esse poder, maior segurança e respaldo contra uma atuação arbitrária do mesmo. Nesse sentido, o

indivíduo, assim como toda a população, possuiria maior liberdade, pois possuiria maior garantia.

Uma outra forma de garantia é aquela descrita por Diderot (1751, artigo “Autoridade política”) na enciclopédia, pois quando este trata da autoridade política, ele assinala que:

A autoridade do príncipe é limitada pelas leis da natureza e do Estado (...) O príncipe não pode, portanto, dispor de seu poder e de seus súditos sem o consentimento da nação e independentemente da escolha estabelecida no contrato de submissão (...).

Ao limitar a autoridade do rei através das leis da natureza, Diderot coloca o *Jusnaturalismo* como uma forma clara de limitação, ele assinala que existem alguns direitos que surgiram previamente ao Estado, sendo intrínsecos ao homem e que por esse mesmo motivo, não podem ser desrespeitados. Com isso, ele cria mais uma barreira ao absolutismo reinante na Europa continental de então.

Porém, Denis Diderot (1774) não critica só a atuação absolutista de um rei, ele afirma que é um problema do sistema, o que o permite assinalar em sua Refutação de Helvétius que:

O governo arbitrário de um príncipe justo [...] é sempre mau. Suas virtudes constituem a mais perigosa das seduções: habituam o povo a amar, respeitar e servir ao seu sucessor, qualquer que seja ele. Retira do povo o direito de deliberar, de querer ou de não querer, de se opor à vontade do príncipe até mesmo quando ele deseja fazer o bem. O direito de oposição [...] é sagrado. Uma das maiores infelicidades que pode advir a uma nação seria a sucessão de dois ou três reinados de um todo poderoso justo, doce, [...] mas arbitrário: os povos seriam conduzidos pela felicidade ao esquecimento completo de seus privilégios, a mais perfeita escravidão.

Esse forte conteúdo crítico de Diderot completa a noção de que o homem tem que ser um ser consciente e participante no mundo político, pois só assim ele alcançará a sua plenitude enquanto humano. O ser não pode se deixar levar por uma situação de conforto e abrir mão de sua capacidade de intervenção, de sua capacidade de decidir o seu destino. O alerta feito pelo filósofo é no sentido de que o arbitrário nem sempre se apresentará como maligno e opressor, uma lição que deve ser retomada sempre pelas pessoas, para que assim possamos evitar catástrofes como as que assolaram a humanidade. Um ser humano que não possui a capacidade de decidir, pois outro o faz para ele, não é um humano, é um escravo.

Isso se torna ainda mais grave quando um agente pensa ser o legítimo dono de toda uma população. Nesse sentido, Rousseau (1762 Apud Mondaini, 2006, pg. 42) destaca em sua obra o Contrato Social que:

O homem nasceu livre e está sempre acorrentado. Há quem se julgue dono dos outros, mas não deixa de ser mais escravo do que eles. (...) Quando um povo é obrigado a obedecer e obedece, faz bem; logo que ele pode romper o jugo, e o rompe, faz ainda melhor: pois, recuperando sua liberdade com o mesmo direito com que lhe foi tirada, ou é justo que ele a reconquiste, ou não era justo que lhe fosse tirada.

O humano, para Rousseau, é o agente que concede ao Estado, por meio de um contrato a capacidade de governar. Nisso, a ideia de Locke é a mesma, a diferença reside no fato de Rousseau, ao pensar toda a coletividade como contratante, concedendo ao governo a sua capacidade de governo, cria a idéia de que todos são iguais, sendo a igualdade das pessoas, portanto, um dos princípios reguladores do Estado. Sem dúvida, tal construção permitiu uma série de conquistas aos Direitos Humanos.

Assim, não podemos nos esquecer, como muitos o fazem, que essa concepção individualista dos Direitos Humanos é a que primeiro se apresenta com as características definidoras desse campo jurídico, pois conseguiu encontrar maneiras de se garantir aos indivíduos a defesa contra as opressões estatais, sendo, inclusive, apesar de alguns se esquecerem, revolucionária. A posterior crítica social sobre essa perspectiva é bastante procedente, mas não pode ser, como tentam alguns, utilizada como base para desconstruir a argumentação desses filósofos e retirar desse momento a construção de tais direitos, pois os mesmos pensaram e fundaram as premissas de toda a construção revolucionária posterior, pautada na luta dos homens por mais garantias e contra os abusos do poder.

CONCLUSÃO

Com essa análise da produção desenvolvida até o século XVIII percebemos que a utilização do termo Direitos Humanos antes da construção do Estado Nacional é anacrônica e não contempla os principais elementos caracterizadores desse campo. Portanto, refazer o trajeto das ideias fundamentadoras não pode ser a busca por qualquer registro que contemple a questão da dignidade, da integridade, do limite, ele deve necessariamente percorrer os caminhos que imprimiram ao seres a necessidade de buscarem proteção, juntamente com os institutos que permitiram que tal proteção fosse aceita e colocada em prática.

Portanto, querer fundamentar esses direitos na própria existência dos seres é uma construção histórica que tenta reafirmar a importância dessas garantias. Não negamos essa importância, entretanto, temos que ser condizentes com o discurso acadêmico e pensarmos criticamente sobre essa construção histórica.

BIBLIOGRAFIA

ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado Absolutista.* São Paulo: Brasiliense, 3ª edição, 1998.

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

BURCKHARDT, Jacob. *A Civilização do Renascimento Italiano*. Lisboa: Presença, 1983.

CANTO-SPERBER, Monique (org.). *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*, volume 2. São Leopoldo – RS: Unisinos, 2003.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias*. Rio de Janeiro: Agir, 2002.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e Crise*. Rio de Janeiro, Eduerj & Contraponto, 1999.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Paz e Terra, 2ª edição, 2002.

MONDAINI, Marco. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis.* São Paulo: Nova Cultural, 2000. v 1.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História Social dos Direitos Humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2ª edição, 2002.

VIEIRA, Antonio. *Os Sermões*. São Paulo: Hedra, tomo 1, 2001.

---

[i] O historiador Bernard Baylin também destaca a importância dos textos produzidos durante as Revoluções Inglesas do século XVII, principalmente dos niveladores, na formação da crítica dos colonos em relação à Coroa. Essa tese se encontra no livro *Origens Ideológicas da Revolução Americana*

O CONCEITO DE "SUJEITO DE DIREITO" COMO ATOMIZAÇÃO LIBERAL DA IDÉIA DE POVO: TRAÇOS HISTÓRICOS DE UMA EXITOSA EMPREITADA JURÍDICO-BURGUESA*

THE CONCEPT OF "RIGHT´S PERSON" AS LIBERAL ATOMIZATON OF THE PEOPLE´S IDEA: HISTORICAL NOTES ABOUT A SUCCESSFUL LIBERAL-BOURGEOIS PROJECT

José Américo Silva Montagnoli

RESUMO

O presente artigo tem como propósito analisar o desenvolvimento histórico, ao longo do século XIX, da concepção de sujeito de direito para além de uma mera expressão do direito civil, demonstrando sua importância estrutural para a consolidação do Estado liberal-burguês de direito enquanto "governo de leis, e não de homens" e, por conseqüência, a sua condição de eficiente obstáculo à edificação de um conceito emancipatório de povo. Inicialmente será demonstrada a importância das doutrinas anteriores às revoluções liberais do século XVIII para a construção do sujeito de direito como "homem de mil poderes" (Portalis), com a apresentação do pensamento de Thomas Hobbes acerca da "sociedade de indivíduos", bem como do individualismo possessivo de John Locke. Será analisada, ainda, a passividade decisória dos cidadãos no período de consolidação do Estado liberal-burguês - através das contribuições teóricas da doutrina pandectista desenvolvida, especialmente, por Savigny e Windscheid -, garantida pela construção de um Judiciário oitocentista subserviente e estritamente sancionador, por contribuições dogmáticas de Montesquieu e de Georg Puchta, com o fechamento teórico operado pelo conceito de Estado como ente dotado de poder incontrastável, desenvolvido pelo juspublicista alemão Georg Jellinek.

PALAVRAS-CHAVES: SUJEITO DE DIREITO; ESTADO LIBERAL-BURGUÊS; POVO; JUDICIÁRIO.

ABSTRACT

The present article has as intention to analyze the historical development, throughout 19th century, of the conception of right´s person beyond a mere expression of the civil law, demonstrating its structural importance for the consolidation of the liberal-bourgeois State while "government of laws, and not of men" and, consequently, its condition of efficient obstacle to the construction of a emancipatory concept of people. Initially will be demonstrated the importance previous doctrines to the liberal revolutions of the 18th century to build the right´s person as a "man of a thousand powers"(Portalis), with the presentation of the thought of Thomas Hobbes about the "society of individuals", as well as of the possessive individualism´s doctrine of John

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Locke. It will be analyzed, still, the power to decisional passivity of the citizens in the period of consolidation of liberal-bourgeois State - through the theoretical contributions of the pandectistic doctrine by Savigny and Windscheid -, guaranteed by the construction of a subservient-punitive Judiciary, for dogmatic contributions by Montesquieu and Georg Puchta, with the theoretical closing operated by the concept of State as structure endowed with superior and extraordinary powers, developed by Georg Jellinek.

KEYWORDS: RIGHT´S PERSON; LIBERAL-BOURGEOIS STATE; PEOPLE; JUDICIARY.

1. INTRODUÇÃO

O "sujeito de direito" e as teorias que o explicam, constituíram mais um obstáculo ao desenvolvimento de um conceito emancipatório de povo. Lembra Rafael Cavichioli, em belíssima dissertação (2006, *passim*), que a figura do "sujeito de direito" passa a ser funcionalizada, quando dos primeiros traços distintivos da Modernidade, como um instrumento de contenção da contingência da realidade humana. Mais do que isto, o conceito de sujeito de direito contribuiu decisivamente para a construção da ordem jurídico-burguesa, revelando a adoção de antinômicas concepções de liberdade e igualdade – ou melhor, uma eqüidade lockeana – que esfacelaram eventuais pretensões de cidadania inclusiva em favor de seres humanos destituídos de mínimas condições para uma existência digna.

Nos manuais contemporâneos de direito privado, o conceito de "sujeito de direito" aparece como verdadeira aquisição evolutiva dos ordenamentos, afinal assim se ensina desde Savigny e Windscheid. Em face da cândida afirmação, própria dos manuais de direito civil – aliás, ainda refratários, em sua maioria, à necessidade de reconstrução constitucionalmente orientada dos institutos de direito privado –, de que o sujeito de direito é o titular de direitos e obrigações orientado por um vínculo psicológico com outros sujeitos (VENOSA, 2003, p. 149), não parece que esta construção representou sério obstáculo à concepção radicalmente democrática de povo e de cidadania. Ao contrário, disseminou-se a idéia, sobretudo no século XIX, de que o homem moderno gozava de múltiplas prerrogativas de autonomia negocial em que, conforme a definição do pandectista alemão Windscheid (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 242), os direitos subjetivos, magicamente, "[...] transpõem as prescrições da ordem jurídica objetiva para o poder de mando de sujeitos singulares de direito." Jean-Étienne-Marie Portalis, membro da comissão elaboradora do Código Napoleônico, por sua vez, afirmava que "[...] cada homem é uma cidade com leis feitas para o seu proveito individual [...]". (CAVICHIOLI, 2006, p. 132-133). Institucionalizava-se, assim, a mítica concepção de um "homem de mil poderes", como descreve Rafael Cavichioli (2006, *passim*), premiado com as benesses de um humanismo burguês supostamente preocupado com a

felicidade individual, em que as normas de direito privado passavam a ser, nas palavras de Portalis, “a única moral do povo”. (CAVICHIOLI, 2006, p. 120).

2. A CONTRIBUIÇÃO DE HOBBES E DO INDIVIDUALISMO POSSESSIVO DE LOCKE PARA O DESENVOLVIMENTO CONCEITUAL DO “SUJEITO DE DIREITO”

O poder de encantamento da concepção de “sujeito de direito” sobre os homens é compreensível, em especial naqueles que estavam privados dos bens de produção, e projetavam sua mudança de estamento social, pois se assentava, fundamentalmente, na idéia de liberdade e individualismo radicais, preconizados por Hobbes: a liberdade significa não estar impedido em fazer o que se tem vontade de fazer! Nesta proposição, “o princípio do Direito é a liberdade identificada como poder do indivíduo que não conhece outro limite a não ser outra liberdade individual”. (CAVICHIOLI, 2006, p. 123). Em significativa passagem, Rafael Cavichioli (2006, p. 121) afirma que um dos embriões do pensamento hobbesiano e, portanto, desta sedutora construção do pensamento liberal-burguês, reinante na Modernidade, em que se constitui o sujeito de direito, encontra-se, antes mesmo de Hobbes, nas proposições do escolástico Guilherme de Occam, forjando-se o conceito, mais amplo, de “sociedade de indivíduos”, *in verbis:*

[...] a filosofia hobbesiana e o seu individualismo radical (***cujas raízes remontam ao nominalismo ockhamiano***) representam a concepção de sociedade consolidada nos mais importantes textos normativos que inauguram a Modernidade jurídica: a sociedade é entendida como um conjunto de indivíduos dotados de poderes e ambições idênticas. Todo limite aos poderes do indivíduo encontra-se nos poderes dos demais. [...] O individualismo hobbesiano não vislumbra a sociedade como um conjunto, como uma rede de relações; ao contrário, a sociedade e as relações sociais são um mal necessário que estabelecem limites à liberdade absoluta do indivíduo. (grifo nosso).

Hobbes, certamente, já pressentia a impossibilidade de manutenção da governança descentralizada dos barões medievais. Para ele, já era perceptível a superação deste modelo que, assim, clamava rápidas alterações com vistas ao prolongamento de sua existência. Nos séculos seguintes, o rei não poderia mais afiançar “[...] a sua boa moral perante Deus por meio do sermão de governar para “o povo” e para o bem deste”. (MÜLLER, 2003, p. 69). Percebe-se, assim, que a atraente proposição hobbesiana de uma sociedade de indivíduos dificultaria o desenvolvimento de uma proposição

inclusiva, imanente ao conceito emancipatório de povo compreendido, no atual paradigma democrático, com o conjunto de jurisconsortes livres e iguais.

Proclamando uma sociedade de indivíduos e insinuando a figura do sujeito de direito, Hobbes fornece subsídios teóricos para a concretização do ideário burguês de consolidação do poder político. Com efeito, Habermas (1997, v. 1, p. 123) tem razão ao afirmar que Hobbes foi, verdadeiramente, o teorizador (embora, cremos, tenha sido, apenas, *um* dos teorizadores) de um Estado constitucional burguês sem democracia, muito mais do que um defensor do Estado absolutista. Nesta mesma passagem, Habermas insiste que, para Hobbes – que não deixaria de equipar os súditos com direitos privados – o problema da legitimação do poder não deve se resolver com o implemento de processos de legislação democrática, mas ao contrário: no momento da constituição do poder do Estado-Leviatã, tais processos devem desaparecer.

Após esta reflexão sobre um dos teóricos que contribuíram para a idealização e criação de um Estado liberal-burguês centrado na figura de indivíduos egoístas, orientados pelo sucesso que o direito privado atribui a eles (HABERMAS, v. 1, p. 124), podemos responder positivamente à seguinte indagação (COSTA, 2003, p. 110): o sujeito de direito é uma criação típica e estruturalmente necessária do modo de produção capitalista?

Edmund Burke (BURKE apud CAVICHIOLI, 2006, p. 134), político irlandês que se notabilizou pelos seus escritos críticos aos direitos subjetivos instituídos nas revoluções liberal-burguesas, já insinuava que o "[...] caráter metafísico e abstrato dos direitos do homem tem como nefasto efeito permitir que eles sirvam de motivo para a sua própria violação." Esta natureza abstrata e, talvez por isto, "conceitualmente autófaga", dos direitos subjetivos gestados na Modernidade continha um propósito velado do liberalismo burguês: conquistar a empatia dos indivíduos em geral, fazendo-os crer que eram efetivamente livres e regentes do seu próprio destino, bem como portadores de direitos fundamentais individuais que os autorizariam a conquistar sucesso econômico e felicidade, sob a vigília de um Estado absenteísta que só teria o escopo de prover a segurança interna e externa. Não é de se espantar que o liberalismo tenha ofertado, apenas, liberdade formal, pois era tão-somente o que se queria atribuir ao povo em geral! Liberdade esta formal porque aparente, visto que, para o exercício das liberdades individuais conquistadas nas revoluções liberais do século XVIII, exigia-se do homem moderno mais do que o domínio sobre seu corpo e sua força de trabalho. O homem deveria, também, ser *proprietário*, pois apenas deste modo poderia usufruir plenamente dos direitos subjetivos e liberdades públicas de um Estado burguês. Rafael Cavichioli, ao analisar, criticamente, a dogmática contemporânea em torno da figura do sujeito de direito, revela a preordenada ação burguesa de mutilação da relação triádica indivíduo-cidadão-povo – ressalta-se, ainda embrionária, à época das revoluções liberal-burguesas –, ensejadora de conteúdos de socialização/democratização dos direitos. Frise-se, ainda, que Cavichioli (2006, p. 133), ao realizar a sobredita análise, apresenta a denúncia de Marx sobre qual a verdadeira liberdade almejada pelo pensamento liberal-burguês, *in verbis:*

A emancipação política apregoada pelas revoluções liberais do século XVIII não trazem a emancipação humana, pois a sociedade burguesa carrega consigo as contradições inerentes à apropriação privada dos meios de produção e o Estado, ao se apresentar como defensor da liberdade, manifesta-se como defensor da liberdade do proprietário, definindo o "meu e o teu". Marx aponta que a lei da liberdade é a lei da propriedade privada. O Estado Moderno, ao tutelar os direitos do homem, funcionaliza-se à atividade econômica capitalista. Os direitos subjetivos, portanto, também reproduzem a antinomia da funcionalização da Política (o público) à atividade econômica (o privado).

Embora não se negue que Hobbes, com suas concepções individualistas, contribuiu para o delineamento dos conteúdos egoísticos de sucesso material, característicos dos direitos subjetivos das codificações do século XIX, é John Locke que desenvolve a mais explícita fundamentação do sustentáculo principiológico ao pensamento liberal-burguês: o conceito de liberdade do homem.

Locke, aparentemente, preconiza um discurso essencialmente libertário, ao afirmar que o homem, retirando-se do estado de natureza com seu ingresso no modelo societário, tem na sua força de trabalho uma propriedade que lhe é exclusiva, consistindo num bem que o indivíduo dará a destinação que melhor lhe aprouver. Em verdade, para Locke, a força de trabalho dos indivíduos não era suficiente, pois teria que ser alienada para a subsistência do seu titular. Demonstrando que as críticas de Burke e Marx eram procedentes, a liberdade para Locke, em última análise, consistia na propriedade dos bens de produção – à época do pensador inglês, a propriedade da terra –, ou seja, apenas a burguesia nascente seria livre, pois "[...] o trabalhador, proprietário de sua força de trabalho, ao aliená-la, despiu-se de sua propriedade." (COSTA, 2003, p . 106). Locke (1978, p. 53), em seu *Segundo tratado sobre o governo*, ainda buscou justificar a concentração de riqueza da burguesia agrária e a suposta liberdade que pregava, *in verbis:*

[...] é evidente que os homens ***concordaram com a posse desigual e desproporcionada da terra***, tendo descoberto, ***mediante consentimento tácito e voluntário***, a maneira de um homem possuir licitamente mais terra do que aquela cujo produto pode utilizar, recebendo em troca, pelo excesso, ouro e prata que podem guardar sem causar dano a terceiros [...] (grifo nosso).

Com efeito, vemos que procede a análise de Mcpherson, na obra *Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke* (MCPHERSON apud COSTA, 2003, p. 108), revelando que a sociedade, na perspectiva de Locke, "[...] é um artifício humano para a proteção da propriedade individual [...]", na qual se cristalizou uma deplorável concepção individual-instrumental do papel do cidadão. (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 286), inviabilizando a construção de um conceito emancipatório de povo.

3. PASSIVIDADE DECISIONAL DOS SUJEITOS DE DIREITO E O JUDICIÁRIO OITOCENTISTA: OS LEGADOS TEORÉTICOS DE MONTESQUIEU, SAVIGNY, WINDSCHEID E PUCHTA

Se na Idade Média, a variedade de ordens jurídicas sem entrosamento leva ao surgimento da figura do "juiz agente do rei", bem como dos tribunais eclesiásticos e corporativos independentes, marcados por odiosa parcialidade judicante, tornando difícil a caracterização de uma magistratura medieval (DALLARI, 1996, p. 11), esta passa a ter novas feições estruturais na Europa Continental e nos Estados Unidos da América, após as chamadas Revoluções Burguesas. No século XVIII, já se avista a profissionalização e grande independência da magistratura na Europa Continental. A magistratura já correspondia, na França, ao que se poderia denominar de serviço público, contudo - e ressalte-se, lamentavelmente - o cargo de juiz, membro dos *Parlements*, era uma propriedade privada, podendo ser vendida ou alugada. (DALLARI, 1996, p. 14-15). A função judicante, neste período, era rentável, sendo difícil ao povo em geral, fazer uso deste serviço. Contudo, o temor e o ódio à magistratura, alimentados nos séculos anteriores, legaram ao Judiciário, que iria se organizar como poder na Constituição francesa de 1791 e nos Estados Unidos com o advento do *Judiciary Act*, em 1801, o estigma da desconfiança dos demais poderes constituídos e da sociedade.

Entre o final do século XVIII e início do século XIX, correspondente à efetiva consolidação de um Estado de direito liberal-burguês, através de constituições escritas e codificações que garantiam a propriedade privada e as liberdades negativas frente ao Poder Público, é que o Judiciário organiza-se como atividade fundamental do Estado, ao lado do Executivo e do Legislativo. Vale dizer que as lições de Montesquieu[1], em sua obra *O espírito das leis*, propõem, ainda que bastante imprecisa, uma função estatal de julgar. Montesquieu dedica-se a falar, sem a indicação sistemática das atribuições de cada um, de poder legislativo e executivo. O pensador francês (DALLARI, 2003, p. 218), certamente sensibilizado por sua atuação no *Parlement* de Bordeaux como juiz – onde os julgadores "cobravam caro" por uma tutela jurisdicional, afinal eram "proprietários da função judicante" – , fala, tão-somente, em um "poder executivo das coisas de que depende o direito civil" que, ao explicar com mais minúcias, qualifica de "poder de julgar". Este certo "desconforto" de Montesquieu ao descrever o que seriam as funções judiciárias e, até mesmo, em qualificá-las como constitutivas de um poder estatal distinto do Executivo, insere-se na histórica desconfiança liberal-burguesa de um "Judiciário" organizado como ente estatal independente, face ao legado de uma magistratura corrupta na França. (SOUZA CRUZ, 2004, 83). Pode ser tributada à

mencionada divisão das funções estatais, propugnada por Montesquieu, também, uma teoria da decisão judicial, pela qual um julgador politicamente neutro apenas exterioriza a vontade do legislador ao aplicar o comando normativo em sua literalidade, ao caso submetido à sua apreciação. Isto, *supostamente*, atribuía legitimidade à decisão judicial, visto que impediria a arbitrariedade no exercício da jurisdição. (SOUZA CRUZ, 2004, p. 73). Influenciado pelo enaltecimento liberal do Parlamento e pela histórica desconfiança em torno do comportamento dos magistrados – algo bastante justificável ao tempo de suas reflexões – Montesquieu preconizava um Judiciário nulo e invisível, em verdadeira negativa da tripartição dos poderes (PELICIOLI, 2006, p. 27), até porque o pensador francês acreditava que os juízes eram "[...] seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor [...]". (MONTESQUIEU apud PELICIOLI, 2006, p. 27). Tudo isto inviabilizou, até o século passado, a conversão do espaço judiciário em manancial de construções decisórias inclusivas e democraticamente radicais, no qual as decisões da magistratura resultassem de uma ***produção co-autorializada*** entre juízes e povo. Na atualidade, são oportunas as palavras de Habermas (1997, v. 1, p. 233) afirmando que, "[...] na perspectiva da teoria do poder, a lógica da divisão dos poderes só faz sentido se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo [...]", o que exige uma magistratura imparcial e independente, em co-autoria decisional com os cidadãos, todos orientados pelos princípios processuais-constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia. (LEAL, 2002, *passim*).

Claro que esta visão submissa e, portanto, não emancipatória das atividades judicantes, propugnada por Montesquieu, lastreia-se, em grande medida, numa confortável passividade decisória que os sujeitos de direito do Estado liberal-burguês foram lançados. A falsa compreensão do sujeito de direito como um "homem de mil poderes" (CAVICHIOLI, 2006, p. 127), apregoada por um dos representantes do movimento codificatório do direito francês - o já citado Jean-Étienne-Marie Portalis -, pode ser debitada a setores do pensamento pandectista alemão, representada por juristas como Windscheid e Savigny[2]. Savigny, aliás, definirá "direito subjetivo" nos seguintes termos: "[...] o direito, considerado na vida real, abraçando e penetrando por todos os lados o nosso ser, aparece-nos como um poder do indivíduo. Nos limites deste poder, reina a vontade do indivíduo, e reina com o consentimento de todos." (SAVIGNY apud CAVICHIOLI, 2006, p. 124). Savigny preconiza a auto-suficiência pressuposta do indivíduo, vulnerando qualquer esboço de um conceito emancipatório de povo[3], compreendendo que o direito subjetivo é "[...] legítimo por si mesmo, porque ele, partindo da invulnerabilidade da pessoa, da aplicação livre da vontade individual, garante uma região de dominação independente." (HABERMAS, 1997, v. 1, 116). Outro pandectista, Windscheid (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 242), tinha uma visão bastante autoritária e egoísta dos direitos subjetivos, afirmando que eles "[...] apenas transpõem as prescrições da ordem jurídica objetiva para o poder de mando de sujeitos singulares de direito." (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 242). Estas proposições da vanguarda pandectista ganharão sensível efetividade graças à principal característica do direito do século XIX: a positivação do direito em leis ou codificações, ou seja, o direito como norma posta[4].

O século XIX, segundo Helmut Coing (COING apud FERRAZ JR., 1994, p. 73), "[...] representa ao mesmo tempo a destruição e o triunfo do pensamento sistemático legado pelo jusnaturalismo, o qual baseava todas as forças na crença ilimitada na razão humana". As concepções pandectistas de direito subjetivo e de sujeito de direito devem

sua exitosa repercussão ao próprio sentido filosófico da positivação, pois esta "[...] designa o ato de positivar, isto é, de estabelecer um direito por força de um ato de vontade." (FERRAZ JR., 1994, p. 75), embora tenhamos em conta a resistência ao direito codificado ou legislado, na Alemanha, apresentada pela "Escola histórica do direito", liderada pelo pandectista Savigny[5]. A mítica pretensão de "estabilidade egoística" dos interesses burgueses encontrava no pandectismo instrumentalizado em movimentos de redução do jurídico ao legal, presentes nos modelos de direito codificado, a gênese do seu desenvolvimento. Com efeito, desenvolve-se, conforme destaca Boaventura de Souza Santos (2002, p. 124), um direito caracterizado pelo "[...] formalismo técnico-racional, supostamente neutro em relação à ética e apenas preocupado com a perfeição técnica, a coerência lógica, a abrangência e previsibilidade totais [...]", operando-se a colonização do mundo da vida pelo direito dos códigos, em que um Estado burguês de direito legitima sua dominação política sob a forma de dominação técnico-jurídica. (SOUZA SANTOS, 2002, p. 143).

O sujeito de direito e a retórica dos direitos subjetivos ganham, assim, considerável funcionalidade, em favor das elites dirigentes, através do processo codificatório empreendido no século XIX, pois "[...] os Códigos Civis oitocentistas [...] atendem justamente à segurança jurídica necessária ao modo capitalista de produção [...]" (CAVICHIOLI, 2006, p. 242), alimentando no homem liberal a ingênua convicção, profetizada por Jean-Étienne-Marie Portalis, de que cada homem é uma cidade com leis feitas para o seu proveito individual. (CAVICHIOLI, 2006, p. 132-133). A sobredita redução do jurídico ao legal gera um estado de letargia mobilizatória dos indivíduos, que se sentem amparados por uma prometida "paz perpétua" fundada no conceito de segurança jurídica, posto que o legalismo liberal-burguês "[...] possibilita aos sujeitos de direito um alívio em relação às decisões éticas a serem tomadas, uma vez que os modos de comportamento são expressos através de leis." (MOREIRA, 2004, p. 37). A atomização liberal do ser humano na figura do sujeito de direito preconizará a crença da desnecessidade do homem moderno de organizar-se solidariamente com seus pares enquanto povo, pois um legislador político apresenta-se como mandatário – ou mais que isto, verdadeiro e exclusivo titular – da soberania popular, que expressa o direito moderno através da positividade de sua vontade. (MOREIRA, 2004, p. 37). O direito moderno, conforme discorre Luiz Moreira (2004, p. 47), transformar-se-á em poder externo, imposto de fora, o que explicaria o fato dos sujeitos de direito estarem dispensados de se orientarem por motivações éticas[6], posto que somente se exigia dos indivíduos uma obediência abstrata ao sistema jurídico. Institucionaliza-se uma ordem jurídica de ação estratégica, em que o direito moderno satisfaz as exigências sistêmicas da esfera econômica, viabilizando a instauração de padrões comportamentais que têm como eixo ações racionais conforme fins. (MOREIRA, 2004, p. 38).

Frente ao que se narrou, assiste-se a um Judiciário oitocentista descomprometido de causas coletivas e emancipatórias do povo, mas a serviço de uma ordem liberal-burguesa, em que a retórica de Savigny sobre o bom "direito dos professores[7]" tem seu formalismo técnico-racional de matriz cartesiana aprofundado pela denominada "Jurisprudência dos Conceitos" de Georg Friedrich Puchta. Puchta (SOUZA CRUZ, 2004, p. 78-79), inspirado pelo historicismo de Savigny e por pretensioso cientificismo positivista, prega a adoção de uma "genealogia dos conceitos" que buscaria atribuir significado unívoco e imutável às expressões dos textos jurídicos, permitindo uma suposta clareza/exatidão das normas jurídicas "particulares", a serem obtidas em decisões judiciais. Este aparente espaço de "significação judicante", concebido por

Puchta, ensejou um direito enquanto "monopólio dos juristas" (SOUZA CRUZ, 2004, p. 79), ampliando o distanciamento entre os estratos sociais mais periféricos e o Estado liberal, pois se constrói um direito auto-referenciado e pretensiosamente neutro, a ser aplicado pelo julgador burguês. Oportuno é o retrato crítico feito por Karl Marx e Friedrich Engels (2005, p.133), na obra *A ideologia Alemã*, deste Judiciário e do direito aplicável à época, *in verbis:*

Para honra e proveito de uma sociedade que é ainda pequeno-burguesa e semifeudal, pode-se rebaixar esse direito ao seu próprio nível, ***simplesmente pela prática judicial*** [...] ou então, ***com a ajuda de alguns juristas supostamente ilustrados e moralizadores***, pode-se recopiá-lo em um código próprio, ajustado ao nível da sociedade [burguesa]; código que, nessas condições, não terá outro remédio senão ser o mau também sob o ponto de vista jurídico [...] (grifo nosso).

Se ocorre uma mitigação do temor burguês em relação aos julgadores, face ao modelo de hermenêutica asséptica que estes empregam, com a expressiva contribuição de Puchta, o medo e a desconfiança dos cidadãos em geral agrava-se, e com fundadas razões. Lembra-nos Luiz Moreira (2004, p. 49) que se tem, neste período, a formação de um aparato judicial estatalizado, tendo-se o magistrado como aquele que garante a ordem jurídica liberal através de um poder sancionador, sendo que esta posição do julgador lastreia-se numa necessidade estrutural desta ordem ter um defensor, a serviço da opressão/conformação de estratos sociais periféricos. Compreendemos que aqui se principia a mítica narrativa dos juízes como heróicos guardiães das leis e da constitucionalidade – originariamente preconizada por Sieyés (SOUZA CRUZ, 2004, p. 82).

Por derradeiro, lançando nosso olhar aos Estados Unidos da América, há que se dizer que é no século XIX, no que toca ao desenvolvimento de uma função estatal de julgar, o início de um efetivo controle de constitucionalidade das leis, implementado por um Judiciário organizado como atividade fundamental do Estado. Inicialmente, sob a forma difusa de controle, através da decisão do *Chief Justice* John Marshall, este e os demais juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 24 de fevereiro de 1803 [8], no célebre caso *Marbury v. Madison*, reconheceram-se como portadores do poder de *judicial review*, deixando evidenciado que eram justificáveis as limitações à produção normativa do Parlamento que tentasse vulnerar a supremacia da Constituição. Contudo, Marshall e seus pares, é bom frisar, não rompem com as idéias do positivismo jurídico liberal-burguês e da sua hermenêutica supostamente neutra e auto-referenciada. Marshall (SOUZA CRUZ, 2004, p. 89) empregou as características típicas da hermenêutica clássica, numa subsunção simples do texto constitucional sobre o texto da norma infraconstitucional, com o implemento de mecanismos formais/abstratos de confrontação normativa. Tanto é verdade que, apenas em 1857, no caso *Dred Scott vs. Sandford*, outra lei federal foi objeto de controle de constitucionalidade. Orientados pelo

formalismo do devido processo legal adjetivo e pela doutrina do *self restraint*, o controle de constitucionalidade, em seu nascedouro, consistia numa mera aferição da subsunção formal dos textos infraconstitucionais à Carta Magna, evitando o pertinente exame do conteúdo substantivo dos comandos normativos.

4. O ARREMATE DO JUSPUBLICISMO NASCENTE PARA A MANUTENÇÃO DA PASSIVIDADE DECISIONAL DOS SUJEITOS DE DIREITO: AS CONCEPÇÕES DE JELLINEK SOBRE ESTADO, PODER E POVO

Após a exposição sobre o desenvolvimento, consolidação e repercussão da figura do sujeito de direito, em contraponto à concepção emancipatória e democrático-inclusiva de povo, é importante apresentar uma visão teórica construída após o período de esplendor funcional do capitalismo fabril, em que o Estado burguês de direito buscava frear os efeitos da crítica marxista, através de concessões normativas pontuais ao proletariado, a exemplo da paternalista legislação social desenvolvida por Bismarck na Alemanha, já se insinuando a transformação do Estado liberal em mítico Estado social de direito. (BONAVIDES, 2001, p. 184). Este Estado burguês em mutação clamava um arsenal jurídico-dogmático futuro, a justificar a posterior ação intervencionista dos Poderes Públicos aparentemente caracterizados, até então, como absenteístas, mantendo a sociedade num "quadro de letargia mobilizatória" pela crença na desnecessidade de se organizar solidariamente enquanto povo, afinal uma obscura *volonté genérale* rousseauniana atribuída ao Estado estaria em - pressuposta - conformidade com a vontade de todos. (TESTONI BINETTI, 1998, p. 1299). Neste ponto apresentam-se os estudos desenvolvidos por Georg Jellinek.

Bastante influenciado pelo juspublicista alemão Gerber, Georg Jellinek tem o mérito de propor uma teoria geral do Estado enquanto disciplina autônoma. (DALLARI, 2003, p. 4). Antes de falarmos sobre a concepção de povo que Jellinek invoca, é necessário refletir sobre as concepções de poder e Estado propostas por este autor.
Evidencia-se na obra de Jellinek a idéia de que o Estado constitui uma entidade salvífica, dotada de força incontrastável, capaz de ofertar o único caminho viável para a vida societal. Desenvolvendo uma concepção dogmática de povo, com o escopo mais amplo de desenvolver um direito público de feição liberal (SOARES, 2001, p. 220), Jellinek afirma que o Estado é dotado de um *poder dominante originário e irresistível.* (DALLARI, 2003, p. 110). Seria *originário* porque o Estado Moderno se afirma a si mesmo como o princípio originário dos submetidos. Em seu dogmatismo teórico de resultados, Jellinek não se preocupa com os efeitos antidemocráticos e opressivos sobre um povo que, em fins do século XIX, clama por uma progressiva inserção político-jurídica nos processos decisórios do Estado, a exemplo das lutas operárias para a melhoria das condições gerais de vida do trabalhador fabril. Desse modo, soa-lhe aceitável ver o conjunto do povo como "submetidos". Este poder estatal seria, também, *irresistível*, exatamente por ser dominante, em que dominar, para Jellinek, significava mandar de um modo incondicionado e poder exercer coação para que se cumprissem as ordens dadas. (DALLARI, 2003, p. 110). Ao atribuir o traço de irresistibilidade ao poder estatal, Jellinek fundamenta o uso "legítimo" de força bruta do Estado num empedernido voluntarismo rousseauniano, em que se concebe a aceitação pressuposta

pelo povo das decisões do Poder Público, um gestor onisciente dos anseios dos cidadãos. Lembra Dalmo Dallari (2003, p. 111) que, impressionado com os excessos desta força pública incondicionada e coativa representada no "poder irresistível", Jellinek afirma que, em Estados plenamente desenvolvidos ou em situações de normalidade – normalidade, frise-se, inexplicada pelo autor –, o poder dominante terá o caráter de poder jurídico. Neste ponto, fica patente a vinculação do pensamento do juspublicista alemão com a idéia rousseauniana de que a vontade racional do Estado está conectada à vontade popular, no que os anseios deste estão pressupostamente conformados à ação do legalismo estatal. Em termos mais explícitos e veementes, Jellinek apresenta um modelo liberal de juridificação das relações entre Poder Público e sujeitos de direito, no qual se sonega aos indivíduos um *espaço discursivo-procedimental da soberania popular* (LEAL, 2002, p. 173-174) que possa conferir legitimidade instituinte à ordem jurídica burguesa no início do século XX, com a prerrogativa de todos os cidadãos atuarem de modo democrático e includente nas construções decisórias do Estado.

Expostas as compreensões de Jellinek sobre poder e Estado, não impressiona que o arsenal jurídico-dogmático desenvolvido pelo autor resida no caráter meramente funcional que se atribui ao conceito de povo. Com efeito, o povo, para Jellinek (SOARES, 2001, p. 220), teria uma dupla função. O povo, primeiramente, funcionaliza-se como elemento da associação estatal, enquanto o Estado é o sujeito do poder público. Ou seja, o povo atua como um "garante" constitucionalmente qualificado, mas somente audível pelo Estado, autorizado a traduzir "legitimamente" a vontade popular. Contudo, é a segunda função atribuída ao povo, que o afasta de qualquer significância emancipatória: o povo como objeto da atividade estatal. (SOARES, 2001, p. 221). Esta "reificação" do povo constituiria a causa da autoridade do poder do Estado, no qual aquele é objeto do *imperium* deste.

Por óbvio, na perspectiva de sua dogmática do Estado total e reificante da soberania popular, Jellinek via os magistrados (SOUZA CRUZ, 2004, p. 84) como funcionários de menor relevância na estrutura do Estado, consistindo a vontade destes num mero "reflexo necessário" da vontade do governante, visto que a vontade deste era tida como a exata materialização dos anseios populares.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se a análise dos obstáculos ao desenvolvimento do conceito de povo, sobretudo durante o período de consolidação do Estado burguês de direito, em que o ser humano sofre um brutal processo de atomização liberal na figura do "sujeito de direito".

É fácil perceber o caráter artificial da noção histórica de sujeito de direito (MIAILLE, 1994, p. 114) que, em termos mais precisos, promove a atomização do povo

a serviço da ordem liberal-burguesa em busca de consolidação do seu poder político. Embora os defensores de um social-liberalismo contemporâneo, resistente às investidas saneadoras do constitucionalismo processual-democrático que progressivamente se impõe na atualidade, insistam, conforme assevera Michel Miaille (1994, p. 117), que a figura burguesa do sujeito de direito era um efeito do viver melhor ou da melhor consciência na Modernidade, este exprimia apenas outro estádio das transformações sociais: a cristalização de uma ordem jurídica a serviço de elites dirigentes que repeliam, a todo custo, a construção decisória co-autorializada entre o povo e os poderes constituídos.

Com efeito, a Modernidade de matiz liberal-burguesa ofertou níveis tão elevados de opressão ao povo, que a reação de grupos sociais organizados obriga as elites dirigentes a "reinventarem" o modelo de estatalidade liberal, sob a forma de um ente paternal-tutelar - visível, especialmente, nos estudos de Jellinek - que se propõe ao acolhimento dos menos favorecidos pela intensa intervenção governativa nas atividades sociais, com destaque para as questões econômicas: no crepúsculo dos Oitocentos já se enxergava o mítico Estado social de direito e sua vocação interventiva, com vistas à proteção das elites governativas.

Assim, mostrou-se exitosa a empreitada jurídico-burguesa de criação e manutenção da concepção de "sujeito de direito", sobrevivendo ainda incólume às investidas teórico-saneadoras da pós-modernidade democrática.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 230 p.

CAVICHIOLI, Rafael de Sampaio. **Crítica do sujeito de direito:** da filosofia humanista à dogmática contemporânea. 2006. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

COLLIVA, Paolo. Vocábulo "Povo". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmem C. Varriale *et al*. 11 ed. Brasília: Editora UnB, 1998, v. 2, 656 p.

CORDEIRO LEAL, André. **Processo e jurisdição no estado democrático de direito:** reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático. 2005. 134 f. Tese. (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

COSTA, Eder Dion de Paula. Povo e cidadania no estado democrático de direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 38, p. 101-121, 2003.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia.** Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. 230 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 307 p.

_____. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996. 163 p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. 368 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. 687 p.

GOZZI, Gustavo. Vocábulo "Estado comtemporâneo". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmem C. Varriale *et al*. 11 ed. Brasília: Editora UnB, 1998, v. 1, 674 p.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004. 404 p.

_____. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, 354 p.

_____. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, 352 p.

_____. Inclusão: integrar ou incorporar? Sobre a relação entre nação, estado de direito e democracia. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 52, p. 102-121, nov. 1998.

_____. **O discurso filosófico da modernidade:** doze lições Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 540 p.

_____. O estado-nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. Tradução de Antonio Sérgio Rocha. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 43, p. 87-101, nov. 1995.

_____. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução de Márcio Suzuki. **Instituto de Estudos Avançados**, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 4-19, out. 1989.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática.** Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006. 182 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A principiologia jurídica do processo na teoria neoinstitucionalista.**Disponível:<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf> . Acesso em: 26 jun. 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo civil e sociedade civil.** Disponível em: <http: // www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo_civil_e_sociedade_civil.pdf> . Acesso em: 12 out. 2006.

LEAL[1], Rosemiro Pereira. **Processo e democracia:** a ação jurídica como exercício da cidadania.Disponívelem:<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Docentes/PDF/Processo_e_democracia.pdf>. Acesso em 28 set. 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo.** 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, v. 2, p. 13-25.

LEAL[2], Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo.** 6 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. 339 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica.** São Paulo: Landy, 2002. 206 p.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.); WALTER, Carlos H. (Org.) *et al*. **Significados equívocos de Estado, Poder Público e União na constitucionalidade brasileira:** projeto de pesquisa. ProPIC/FCH/Universidade FUMEC, mar.2005/fev.2006.

LIMA FILHO, Francisco das C. **O Estado Social: modelo espanhol e modelo brasileiro.**Disponívelem:<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=891>. Acesso em: 11 nov. 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo.** Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978. 351 p.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã.** Tradução de Frank Muller. São Paulo: Martin Claret, 2005. 147 p.

MATTEUCCI, Nicola. Vocábulo "Contratualismo". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmem C. Varriale *et al*. 11 ed. Brasília: Editora UnB, 1998, v. 1, 674 p.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao direito.** Tradução de Ana Prata. 2 ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. 330 p.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004. 918 p.

MONTAGNOLI. José Américo Silva. **A possibilidade de inclusão discursiva radical do povo na atividade decisórias do Judiciário.** 2008. 148 p. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições Políticas) – Faculdades de Ciências Humanas da Universidade FUMEC, Belo Horizonte.

_____. Legitimidade do direito *versus* coerção**.** In: **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 1-12.

_____. Por mais alteridade e menos autoridade: a necessidade da inclusão discursiva do povo na produção legislativa brasileira. In: **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 1-17.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas.** 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 203 p.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumman. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Max Limonad, 2003. 132 p.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 436 p.

OPPENHEIM, Felix E. Vocábulo "Liberdade". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmem C. Varriale *et al*. 11 ed. Brasília: Editora UnB, 1998, v. 2, 656 p.

PELICIOLI, Ângela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação de poderes. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 169, p. 21-30, jan./mar. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 818 p.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado:** O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 566 p.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 492 p.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para um novo senso comum:** a ciência, o direito, e a política na transição paradigmática. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, v. 1, 478 p.

TESTONI BINETTI, Saffo. Vocábulo "Vontade Geral". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmem C. Varriale *et al*. 11 ed. Brasília: Editora UnB, 1998, v. 2, 656 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, vol. 1, 663 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal:** jurisprudência política. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 234 p.

VICENTINO, Cláudio. **História geral.** São Paulo: Scipione, 1991. 351 p.

XAVIER, Vítor Cezar Silva. **Condição, dignidade e direitos humanos:** a perspectiva tomista. 2005. 112 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo.** Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007. 238 p.

_____. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). **Sociologia.** 7. ed. São Paulo: Ática, 1999. p. 128-141.

WOLKMER, Antônio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 19, p. 1- 11, nov. 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário:** crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 216 p.

[1] Não se pode ignorar que, antes de Montesquieu, John Locke oferta uma sistematização doutrinária da separação dos poderes. Em seu *Segundo tratado sobre o governo*, o pensador inglês fala em quatro funções fundamentais: a legislativa, a executiva, a federativa e "o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras" (atribuído apenas ao rei). Nota-se que ***nada*** se diz sobre função judiciária. (DALLARI, 2003, p.217).

[2] - Não se ignora, no presente artigo, que Savigny, pai da chamada "escola histórica do direito", opunha-se frontalmente a idéia de codificação do direito ou sua materialização em leis pontuais. O pessimismo antropológico da Escola histórica compreendia que era inapropriada na Alemanha – local de surgimento da referida escola – a cristalização do direito numa única coletânea legislativa (BOOBIO, 1995, p. 52), por obstaculizar a revelação dos costumes, enquanto direitos que exprimem o "espírito do povo" (*Volksgeist*). Neste sentido, Savigny compreendia que o direito legislativo era a marca de sociedades em decadência. (BOBBIO, 1995, p. 62). Contudo, não se pode esquecer que a mesma escola histórica, liderada pelo também pandectista Savigny, é uma das precursoras do positivismo jurídico, como afirma Norberto Bobbio (1995, p. 53), ainda que tão somente no sentido de crítica intensa ao direito natural. É sobretudo por estas razões que apresentamos as concepções de Savigny para explicitar as reflexões em torno do sujeito de direito, até porque, mesmo criticado, Savigny empresta proposições que influenciaram a doutrina legalista do pensamento liberal-burguês.

[3] Como se deduz em nota de rodapé anterior, o fato de Savigny compreender que a fonte primacial de todo o direito – o costume – habita o "espírito do povo" (*Volksgeist*), não o faz nutrir uma visão emancipada de povo. Com efeito, o pessimismo antropológico da Escola histórica, de rigor, não compreendia que o povo, conscientemente, criava seu direito; para os membros desta Escola, como Savigny, o direito apenas surgia espontaneamente em meio ao povo, cabendo aos juristas conceberem a sua forma (NADER, 2005, p.159). Em suma: o direito, nesta linha de raciocínio, é uma criação de forma dos aplicadores do direito.

[4] Recomendamos atenção à nota de rodapé n. 5, a seguir, bastante esclarecedora deste trecho do artigo.

[5] Ressaltamos que, a despeito da maioria dos autores do pandectismo alemão, grandes responsáveis pelo desenvolvimento do conceito de "sujeito de direito", estarem vinculados à "Escola Histórica do Direito", cujo maior expoente foi Friedrich Carl von Savigny, que encara o costume (fonte espontânea do direito) como a fonte primacial de todo o direito, sobrepondo-se às ilusões e supostas arbitrariedades da *ratio scripta* – a

lei – (BOBBIO, 1995, p. 52) , haviam pandectistas na Alemanha, como Thibaut, que propunham exatamente o contrário. Thibaut, em crítica de matiz iluminista apresentada na obra *Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha* (1814) e exprimindo a posição da chamada "Escola Filosófica do Direito", afirma que o renascimento da "nação alemã" seria favorecido pela codificação do direito (BOBBIO, 1995, p. 58).

[6] A análise de Luiz Moreira é aparentemente infundada, diante da constatação weberiana de uma ética subjacente às posições jurídico-econômicas dos indivíduos em nações capitalistas que professam o protestantismo. Max Weber, na obra *A ética protestante e o espírito do capitalismo,* demonstra a astúcia negocial dos sujeitos de direito economicamente mais aptos e seu modo de vida capitalista assentava-se num *ethos*. (WEBER, 2007, p. 50). O empresariado e até significativos estratos de trabalhadores e do clero, assim, viam com naturalidade – pois vinculada a uma espécie de darwinismo econômico – as agruras do capitalismo, pois prevalecia a idéia de dever que o indivíduo tinha no sentido de aumentar seu capital, assumido como um fim em si mesmo, preconizada não apenas como um meio de fazer a própria vida, mas uma ética particular. (WEBER, 2007, p. 51). Contudo, como *ethos* particularizado que era, a ética social do capitalismo de "ganhar mais e mais dinheiro" (WEBER, 2007, p. 50) constituía verdadeira imanência às ações dos indivíduos, sendo, portanto, pressuposto de qualquer atuação jurídica dos sujeitos de direito. Isto posto, esta ética não era vislumbrada pelos atores sociais como motivação de seus atos que, por seu turno, eram vistos como decorrência de uma ordem jurídica positivada em leis e codificações. Cremos que é neste sentido o entendimento de Luiz Moreira de que os sujeitos de direito estariam "dispensados" de motivações éticas na prática de suas ações, além do argumento do próprio autor de que esta dispensa decorria de uma obediência abstrata, quase simbólica, do ordenamento jurídico.

[7] Primacialmente, é importante esclarecer a expressão "direito dos professores", cunhada por Koschaker (1966) não significa dizer que o direito passasse a ser criado e produzido pelos professores, mas que a doutrina passava a ocupar um lugar mais importante que a prática e os doutrinadores a terem uma precedência sobre os profissionais do direito (FERRAZ JR., 1994, p. 77). Embora juristas como Bülow vissem nesse "direito dos professores" – tendo como destaque, por óbvio, as ponderações de Savigny – a demonstração academicista de que as normas consuetudinárias reduziam a importância da atividade dos juízes na história alemã (CORDEIRO LEAL, 2005, p. 42), lembra-nos Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994, p. 78) que os práticos, em que se qualificam os julgadores, educados nas Universidades, viam suas decisões influenciadas pelo direito professoral, pois as teorias construídas pelos acadêmicos encontravam grande ressonância nos julgados.

[8] Vários autores (VILHENA, 2002, p. 50-51; SOUZA CRUZ, 2004, p. 84-86) relatam que é na Inglaterra do século XVII a efetiva gênese do controle de constitucionalidade. Embora, paradoxalmente, a Inglaterra não admitisse a supremacia/rigidez do *common*

law (normas costumeiras) e do *statute law* (normas escritas), formadoras de uma Constituição inorgânica (SOUZA CRUZ, 2004, p. 85), são as históricas decisões de Lorde Coke que suscitam a necessidade de controle dos atos do parlamento inglês, influenciando os tribunais coloniais americanos e inspirando, decisivamente, o modelo de *judicial review* norte-americano, criado quase 200 anos depois.

DA ANISTIA POLÍTICA À ANISTIA DA POBREZA*

FROM POLITICAL AMNESTY TO POVERTY AMNESTY

José Bittencourt Filho
Eneá de Stutz e Almeida

RESUMO

A fim de correlacionar a anistia política com a atual versão dos "inimigos do Estado" é importante refletir sobre os históricos conceitos de indivíduo, pessoa e sujeito; além do contemporâneo consumidor, muitas vezes confundidos. Enquanto o conceito de pessoa é vinculado à representação social, o de indivíduo o é à biografia e o de sujeito à autonomia da vontade. Já o conceito de consumidor, bastante recente na história jurídica brasileira, em nada guarda relação com as características singulares do indivíduo. A partir da teoria do "direito penal do inimigo", relaciona-se o "inimigo" às pessoas excluídas para reclamar uma anistia da pobreza para além da anistia política.

PALAVRAS-CHAVES: INDIVÍDUO, PESSOA, CONSUMIDOR, DIREITO PENAL DO INIMIGO, ANISTIA DA POBREZA

ABSTRACT

In order to correlate political amnesty with current "State enemies", it is important to think about historical concepts such like individual, person and subject; besides consumer, and all these concepts are frequently confused. Meanwhile the person concept is attached to social representation, individual is to biography and subject is to self-government. The consumer concept, very recent in Brazilian law history, is nothing like special and unique marks of individual. From the "enemy penal law" theory, the article relates "enemy" to excluded person in order to claim a poverty amnesty far beyond political amnesty.

KEYWORDS: INDIVIDUAL, PERSON, CONSUMER, ENEMY PENAL LAW, POVERTY AMNESTY

Introdução

Em muitas situações são utilizados os vocábulos *indivíduo, pessoa* e mesmo *sujeito* como se fossem sinônimos. A rigor, o peso conceitual de cada uma delas é consideravelmente distinto, sendo que tal distinção comporta importantes conseqüências

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

teóricas, com desdobramentos imediatamente vinculados à concepção de *direitos da personalidade*. Em princípio, tais temas são tratados pelo direito civil.

Historicamente falando, pode-se afirmar que o direito civil oitocentista foi forjado nas bases do individualismo liberal burguês. Por quase duzentos anos a interpretação civilista foi apartada das considerações mais próximas do chamado direito público, em especial do direito constitucional. A história brasileira recente, de triste memória, das normas constitucionais outorgadas, juntamente com os Atos Institucionais e outros desmandos então legalizados pelo regime de Segurança Nacional abriram um fosso ainda maior entre os interesses da defesa dos direitos privados em face de um Estado pouco confiável e nada democrático. Entretanto, a redemocratização consolidada com a Carta de 1988 tanto tornou possível a constitucionalização do direito civil,[1] como abriu espaço para o debate da indenização decorrente da responsabilidade civil do Estado brasileiro em função das torturas praticadas.

Quando do advento do novo Código Civil, trazendo em seu bojo os dispositivos acerca dos direitos da personalidade, houve quem criticasse, alegando a desnecessidade de tais regras, uma vez que a proteção a esses direitos já estaria consagrada na Constituição Federal. Contudo, é bastante proveitosa a incorporação no diploma civil de tais direitos individuais, e mais ainda, no capítulo referente à pessoa, uma vez que consolida a proteção civil dos direitos humanos, como no caso dos direitos da personalidade, tão importantes na contemporaneidade.

Vale registrar que os tempos atuais não são mais da sociedade de indivíduos, mas sim da sociedade de consumo. Ademais, muito se caminhou, na elaboração e refinamento das leis civis, desde os conceitos de *pessoa* até a atualidade. Em face da longa caminhada, por vezes é possível que os conceitos de *pessoa*, *indivíduo*, *sujeito* e mesmo de *consumidor* se confundam, ou se percam, seja por interesses inconfessáveis, seja por outra razão. A pretensão que aqui se desenvolve é a de retornar aos conceitos fundamentais de cada um desses vocábulos, contextualizando-os e atualizando-os na "líquida" sociedade de consumo (no dizer de Bauman) para, ao final, tecer-se algumas considerações sobre o nexo entre essas noções e os conceitos de *direitos da personalidade* e *direitos humanos*, e tudo isso a par das respectivas implicações jurídico-políticas da anistia.

A anistia encontra-se vinculada aos crimes e aos criminosos políticos, em especial, no caso brasileiro, daqueles cometidos durante o regime militar. Os "inimigos" do regime eram os criminosos. Carl Schmitt, a partir da década de 1930, recentemente retomado por Günther Jakobs,[2] afirmava a indissociabilidade da sociedade e da política, e, consequentemente, a indissociabilidade entre direito e política. Assim, seria *inimigo* aquele que se recusasse a se submeter ao ordenamento jurídico de determinado Estado. De fato, não é possível dissociar sociedade, direito e política; nem tampouco é possível subtrair-se o elemento econômico desta equação. A hipótese do presente trabalho é a de que no atual momento histórico, marcado pela globalização financeira, e de retomada ideológica do velho liberalismo, o assim chamado *direito penal do inimigo*, retoma velhas teses autoritárias voltadas agora contra aqueles considerados como "subclasses".

É necessário ter sido criminoso político para se reivindicar o *status* de anistiado político. Portanto, anistia-se o então inimigo do regime militar. Ocorre que hoje, atualiza-se o

pensamento schmittiano, visando retirar todo e qualquer direito, daqueles ora classificados como inimigos. E este inimigo, mais do que político, é econômico. O criminoso, o inimigo, não é o que se insurge contra o Estado, mas é o excluído. Assim, a condição de excluído induz à condição de inimigo em potencial: basta não ser consumidor para ser considerado "não-pessoa". Por conseguinte, a par da anistia política clássica, deve-se reivindicar uma *anistia da pobreza*.

1. Pessoa

É oportuno repisar que o vocábulo *pessoa* vem do latim *persona* que significa "máscara de teatro". É uma referência ao teatro grego da Antigüidade, onde os personagens do drama encenado se diferenciavam, em especial, pelas máscaras utilizadas. Esta etimologia da palavra leva a um significado mais específico do termo, posto que *persona* significa o papel a ser representado por aquele que está utilizando a máscara. Em outras palavras, o conceito de *pessoa* traz a idéia de representação social, do desempenho de um papel social. E isto é perfeitamente consoante com o significado jurídico do termo.

Desde a Antiguidade as diferentes leis, de uma forma ou de outra, já eram familiarizadas com a idéia de *pessoa* porque, no âmbito da vida social, em todos os tempos, persistiu a necessidade da interação e do desenvolvimento de papéis sociais. Assim, a idéia de *pessoa* está intimamente relacionada com o papel, que se espera, venha a ser desempenhado pelo ser humano em suas atividades societárias.

Não é por outra razão que, no Brasil pré-republicano, ou seja, nos períodos colonial e imperial, os negros escravos eram pessoas para o direito criminal e objetos para o direito civil. Ou seja, no âmbito criminal esperava-se que eles se portassem de uma determinada maneira, e, portanto, tinham papel a desempenhar; eram seres humanos que interagiam com outros seres humanos. Já no âmbito civil, onde prevaleciam as relações privadas, não tinham papel nenhum a desempenhar porquanto eram objetos, coisas, e assim, por via de conseqüência, suscetíveis à apropriação pelos brancos livres.

A Sociologia geral tem ensinado que todas as sociedades comportam um sistema hierárquico de posições sociais, ou sistema de *status*. Atribui-se a designação *status* à localização dos integrantes da sociedade nessa hierarquia, de acordo com a participação deles na distribuição desigual da riqueza, do prestígio e do poder. Assim, é próprio da condição humana ocupar posições com direitos e deveres preestabelecidos, independentemente da vontade e das intenções pessoais. Os *status*, embora ocupados pelas pessoas, existem como uma realidade relativamente independente dos seus ocupantes. Vale acrescentar que a riqueza, o prestígio e o poder são atribuídos pela sociedade e pertencem ao *status* e não a quem os ocupa.

Em vista disso, todas essas noções encontram-se vinculadas à idéia de pessoa; este conceito foi atribuído tanto nas sociedades mais antigas, com divisões muito rígidas a partir dos *status*, quanto nas sociedades contemporâneas, em que existe maior mobilidade social. Não obstante, à semelhança de outros tempos, os *status* permanecem atribuídos independentemente dos titulares dos mesmos. Por conseguinte, a idéia de *pessoa* apresenta-se como uma noção perfeita para a contemporaneidade, já que se trata

de uma formulação voltada para uma dimensão massificada da existência social, destituída em sua maior parte, de características singulares.

A mesma Sociologia leciona que a cada *status* ocupado corresponde um *papel social*. Papel seria o conjunto de expectativas de comportamento padronizado, em relação a cada uma das posições (*status*) existentes em uma sociedade dada; em outras palavras, o comportamento esperado da pessoa ocupante de um determinado *status*. A pessoa desempenha tantos papéis quantos sejam os *status* que ocupa. Por conseguinte, papel seria a expressão comportamental do *status*, a concretização deste em ações. Estendendo-se tal analogia pode-se concluir que uma pessoa desempenhar papéis significa dizer que tal pessoa é um ator social.[3]

Para o Direito, o *status* ou *estado* já era normatizado no Direito romano, justamente na esfera do direito civil. Assim é que

Os juristas distinguiam entre o **estado de liberdade** *(status libertatis)*, perante o qual os homens se classificavam em livres e escravos; o **estado civil** *(status civitatis)*, que os distinguiam em cidadãos, peregrinos e estrangeiros e, dentro da primeira categoria, em patrícios (ou nobres), clérigos e plebe; e o **estado de família** *(status familiae)*, que distinguia pai, cônjuge, filhos, parentes e criados.[4]

Outras classificações eram ainda utilizadas já que, segundo o mesmo professor Hespanha, as mencionadas acima não esgotavam a enorme variedade de estados possíveis: ausente, cativo, miserável, infame, indigno, solteiro, casado, viúvo, etc.

Se a noção de *pessoa* se encontra diretamente relacionada com os papéis a serem desempenhados pelos seres humanos, está relacionada também com a idéia de que, nessa qualidade, não existe propriamente uma singularidade pessoal, mas, apenas e tão somente uma representação social. Assim, qualquer pessoa natural é uma pessoa, sem qualquer traço distintivo. Esta idéia também se coaduna com as concepções jurídicas presentes tanto na Antigüidade quanto na Idade Média, pois não havia qualquer preocupação com a singularidade dos seres humanos. A importância de cada qual era conferida pelo lugar social ocupado, e não pelas suas presumidas características singulares.

Com efeito, a biografia de cada um também não se revestia de grande relevância. Os sonhos, desejos, aspirações, frustrações, ambições, feitos, enfim, tudo o que forma o conjunto da biografia específica de cada qual não era, em regra, levado em conta, já que as pessoas eram avaliadas conforme suas características de representação social. Assim, em primeira instância, pertencer a castas, estamentos, grupos; exercer funções e atribuições, bem como desempenhar determinados papéis, é que forneciam esta ou aquela condição às pessoas, e não as características biográficas ou singulares, não havendo sequer uma preocupação maior com tais aspectos.

Não é por outra razão que a expressão *pessoa humana* é corretíssima. Como também a expressão *pessoa jurídica*. É a representação humana de alguém ou a representação de uma estrutura jurídica de outro alguém ou de um coletivo que vai redundar numa *pessoa natural (humana)* ou numa *pessoa jurídica.* No mesmo sentido, Hespanha explica que direitos e deveres podem ser atribuídos a seres humanos e a outras entidades:

Podem competir, desde logo, a seres sobrenaturais, como Deus, que, nesta medida é titular de direitos juridicamente protegidos tanto do domínio civil como do penal, embora o exercício e a defesa destes estejam cometidos aos seus vigários na terra (o Papa, a Igreja, os reis). Também os santos e os anjos podem ser titulares de situações jurídicas, como a propriedade de bens ou a titularidade de cargos. Conhecido é o exemplo de Santo António, titular de um posto de oficial num regimento algarvio, com os correspondentes direitos, nomeadamente, o de receber sua paga **[neste caso, o pagamento correspondente era feito ao Patriarcado de Lisboa até a Revolução dos Cravos].** Titular de direitos podia ser, ainda, a alma (de pessoa morta), a quem se faziam frequentemente deixas. Quando Álvaro Valasco considerou "incivilis et ridicula" a decisão de alguns tribunais de aceitar a nomeação da própria alma para as segunda e terceira vida de um prazo "de vidas" **[1588]**, o que chocava não era que a alma pudesse ser enfiteuta, mas que, sendo ela imortal, se prejudicasse o senhorio, pois este nunca poderia recuperar o prédio. (notas em negrito explicativas dos autores).[5]

Por tudo isso, a dignidade da pessoa humana independe das condições singulares de cada *indivíduo* – a seguir analisado – e o correto é realmente afirmar a dignidade da **pessoa humana**, e não a dignidade do indivíduo. Independentemente da representação social que cada pessoa possua, ela é intrinsecamente digna, ou seja, pela simples razão de ser uma pessoa humana é dotada de dignidade, e assim deve ser tratada, sobretudo pelo ordenamento jurídico.

A título de síntese pode-se enunciar que, nos períodos antigo e medieval, e mais especificamente no Antigo Regime, a característica era a sociedade de estado, formada por pessoas. Posteriormente configurou-se uma sociedade de indivíduos e, na atualidade, se expande uma sociedade de consumidores, conforme se tentará demonstrar adiante.

2. Indivíduo

Para se explorar a noção de *indivíduo*, marcada temporalmente, faz-se necessário um retorno ao contexto medieval. Hespanha assim preleciona acerca do surgimento do paradigma individualista:

Embora se lhe possam encontrar antecedentes mais recuados (oposição entre estóicos e aristotélicos, entre agostinianismo e tomismo), a genealogia mais directa do paradigma individualista da sociedade e do poder deve-se buscar na escolástica franciscana quatrocentista [Duns Scotto (1266 – 1308), Gulherme d'Occam (1300 – 1350)].[6]

A partir das discussões aparentemente metafísicas para se compreender a sociedade – e não mais a partir dos grupos próprios do Antigo Regime – é que teria sido elaborado o modelo intelectual que presidiu a reflexão social durante, pelo menos, os últimos duzentos anos.[7] No contexto histórico anterior à Revolução Francesa, por toda a Europa, e em especial na península Ibérica, o direito constituía, com a teologia, o núcleo duro da cultura literária.[8] Neste sentido, o direito era considerado "como muito mais do que o produto da vontade, momentânea e aleatória, dos detentores do poder político"; era "como uma 'razão escrita' (*ratio scripta*), objectiva, ligada à natureza das coisas, não instrumentalizável pelo poder, que se manifestava numa longa tradição

intelectual e textual".[9] Tal tradição literária era formada tanto pelos textos do Direito romano e suas interpretações, quanto os do Direito canônico com suas interpretações respectivas.

Uma das dificuldades para a Igreja Católica Romana, bem como para o pluralismo jurídico medieval era a regulação do comércio. Para alguns, um aspecto deste problema tinha fundamentação moral, em função dos debates a respeito do lucro e da usura. Entretanto, tal dificuldade não era partilhada pela própria Igreja. Michael Tigar e Madeleine Levy, no clássico estudo sobre o direito e a ascensão do capitalismo, esclarecem o pensamento da Igreja Católica Romana com respeito à usura e o comércio livre:

Numerosos historiadores discutiram o direito canônico da Idade Média como se dissesse respeito exclusivamente ao problema da usura – ou empréstimo de dinheiro a juros. É infeliz e mal informada essa visão. O próprio Papado, para não mencionar os milhares de senhores feudais eclesiásticos de menor estatura, era simultaneamente credor e devedor da nascente classe mercantil. E o direito romano, ressuscitado em roupagens clericais, estava pronto para abandonar posições anteriores quando o recrudescimento do comércio assim o exigiu.[10]

Em outro trecho afirmam que a Igreja Católica concebia como profundamente maléfico à estabilidade social que o comércio livre fosse conduzido por pessoas isentas de qualquer controle ou compromisso de vassalagem. Assim, "se a antiga doutrina ensinava que o comércio era pecado, a nova realidade política alertava que os comerciantes constituíam uma ameaça ao sistema feudal".[11] No entanto, as riquezas acumuladas por este mesmo comércio não poderiam ser ignoradas, porquanto a construção de catedrais e universidades dependia desses recursos. Relatam os autores que existem muitos exemplos do apoio da Igreja aos comerciantes (burgueses primevos), em prejuízo de monarcas e senhores feudais. Dessa forma, a Igreja terminou por integrar a atividade comercial na sua ordem universal de cunho teológico, que incluía a moral e o direito, tornando possível alegar-se que, por esse caminho, a Igreja Católica de então fez ressuscitar o Direito romano.

Nesse movimento, os pensadores e hierarcas da Igreja Católica traduziram a "razão natural" romana como *direito natural* e elevaram Deus como árbitro desse direito; e não o consenso secular. Todavia, "Deus, no entanto, raramente conversava em pessoa com os seres humanos, o que levou a casuística dos advogados canônicos a colocar em uso secular prático esse direito divinamente sancionado".

A Igreja exigia boa-fé e eqüidade nas transações; os capitalistas emergentes apossaram-se desses termos e alegaram que eles significavam a boa-fé e a eqüidade que o mercador demonstra de acordo com os costumes do mercado. Se a "honra entre homens" é a máxima, mas os ladrões estabelecem as regras, então a "honra entre ladrões" constitui, na prática, a regra. A Igreja tolerava apenas o "preço justo" e exigia o pagamento de "salários justos", mas se os laços feudais fossem destruídos ou debilitados e entrassem em ação as forças do mercado, "justo" poderia facilmente significar "aquilo que o mercado tolerará".[12]

Os mesmos autores explicam que o direito natural poderia significar algo diferente do pretendido pela Igreja Católica Romana, pois houve levantes urbanos nos séculos XI e

XII, “quando certo número de revolucionários, em grande número de cidades em toda a Europa, uniu-se para estabelecer o direito de negociar dentro de certa área, ocasião em que se vincularam entre si por um juramento comum”. Estavam criadas as bases para o posterior “direito natural secularizado”:[13]

O desenvolvimento deliberado de um direito natural secularizado iniciou-se pouco depois, no entanto. No século XVI, em Bourges, um grupo (...) começou a reinterpretar os textos romanos à luz do “humanismo” e sob a influência da filosofia da Renascença. Simultaneamente, em Genebra, Calvino e seus adeptos tentavam fundar um Estado eclesiástico que harmonizasse a Vulgata do Evangelho com a busca da riqueza. Os protestantes radicais que em seguida surgiram em Genebra, na França, nos Países Baixos e na Inglaterra refinaram e desenvolveram a idéia de uma ordem axiomática do universo, determinando a liberdade de contrato e a propriedade[14].

Para fundamentar tais liberdades, no contexto dos séculos XVII e XVIII, será engendrada – por intermédio de Kant e dos teóricos da Revolução Francesa – a noção de *autonomia da vontade*, tão cara ao direito moderno.

Na Filosofia, *autonomia*, na qualidade de autodeterminação, era um sentido fundamental da liberdade já na filosofia antiga. Com Kant, o conceito de autonomia adquire um sentido ainda mais abrangente, o que lhe confere uma elevada relevância filosófica; e passa até mesmo a ser incorporado pelas ciências. Segundo Kant, a autonomia é a possibilidade do ser humano se determinar como ser racional. Opõe-se com isso à concepção antropológica que identifica o ser humano pela mera teoria da natureza, assim como o situa acima das determinações sociais. Portanto, autonomia é a autolegislação pela razão. Kant desenvolve a doutrina de autolegislação da razão na sua *Crítica da Razão Pura* e, posteriormente, apenas a denomina “autonomia”.

Portanto, para Kant a autonomia da vontade é a faculdade de dar a si mesmo sua própria lei. É a autonomia que explica por que o indivíduo deve sujeitar-se à lei moral: a lei moral obriga porque é produzida pelo próprio agente como ser autônomo. É também a autonomia – e não o entendimento, o raciocínio, ou qualquer outra capacidade – que distingue o ser humano dos demais seres vivos, conferindo-lhe uma dignidade absoluta. Por esta razão o ser humano seria um fim em si mesmo, ou seja, não pode ser instrumentalizado como meio para quaisquer fins.

Na Filosofia política, por seu turno, autonomia significa o princípio de que uma coletividade humana não pode ser sujeita a uma autoridade natural ou transcendente. Em sua formulação genérica, tal como enunciada na Declaração dos Direitos do Homem (1789), exprime os princípios da liberdade e da igualdade, dos quais decorrem, pelo menos, duas conseqüências imediatas, a saber: 1) a autodeterminação de um povo pelo estabelecimento de seus direitos, o que significa a insuficiência da derrubada de um regime opressor. A democracia é, pois, uma conquista e; 2) a luta pela emancipação dos povos tem por objetivo tanto a reivindicação de direitos ignorados quanto a luta pela fruição de direitos já declarados.

Para Marx, o fim da luta pela emancipação seria instituir a autonomia dos sujeitos, contudo, tal autonomia não seria um pressuposto, mas sim, um efeito da prática da liberdade. Com essa perspectiva Marx enunciava suas criticas, quer à concepção autônoma de sujeito e de política, quer a uma concepção heterônoma e fetichista da

economia – isto é, que não discerne por trás de uma suposta relação entre mercadorias – relações de trabalho envolvendo pessoas.[15]

Com inspiração nessas teorias que contemplam a *autonomia da vontade* surge a noção de *individualidade* que consta do direito contemporâneo. Antes do século XVIII tal noção praticamente inexistia, pois, como visto, os seres humanos eram tratados, na medida dos interesses de cada grupo e de cada época, apenas como pessoas. Ou seja, na proporção em que interessava econômica e politicamente que a condição humana fosse levada em conta, então aquele ser vivo era uma pessoa. Caso não fosse interessante, ele se tornava uma coisa, um objeto, ou mesmo alguém que não dispunha de qualquer autonomia, ou seja, destituído de livre vontade. Vale reiterar que não havia qualquer preocupação com a singularidade dos seres humanos.

Verifica-se uma ligeira mudança quando irrompe o conceito de *cidadão,* mais especificamente no período revolucionário francês. Pode-se contestar: afinal, a noção de cidadão e de cidadania já existia desde o período grego clássico. É fato. Porém, naquele momento, tal noção era vinculada às pessoas, ou seja, não estava dissociada da idéia de representação social. O cidadão era aquele que possuía características *sociais* – dentro da organização social de cada Cidade-Estado, considerando-se a Grécia; e o mesmo raciocínio se aplica à República e o Império romanos – e, mesmo assim, somente quando a pessoa possuísse determinadas características de representação (*e.g.*os patriarcas das famílias, que eram os cidadãos que decidiam por eles próprios e por todos aqueles que se encontravam sob seu poder; o que daria origem ao *pátrio poder*).

A participação do chamado Terceiro Estado nas instâncias de poder, na França Revolucionária, criou as condições para que a concepção de cidadão sofresse mudanças significativas. E o que distinguia esses "novos cidadãos" daqueles do Antigo Regime era, justamente, a aliança entre o novo conjunto de regras jurídicas e os novos padrões econômicos que se impunham. Assim é que

A liderança das forças que sucessivamente assumiram o controle da Assembléia Nacional após 1789 recaiu principalmente nas mãos de advogados, cuja radicalização se podia medir pela extensão em que acreditavam que a vitória recém-adquirida da burguesia podia ser enquadrada dentro das velhas instituições ou, em caso contrário que essas instituições inevitavelmente trairiam a Revolução e deviam, por conseguinte, ser esmagadas. (...)

Jean Baptiste Colbert, Ministro das Finanças de Luís XIV de 1661 a 1683, desempenhou um papel relevante nesses eventos. (...)

Colbert estimulou a criação de corporações instituídas por cartas régias e com monopólio assegurado – pelos quais a Coroa cobrava um pesado tributo – sobre algum ramo do comércio. O patrocínio real e as inovações no direito favoráveis aos novos sistemas de comércio e manufatura combinaram-se para atrair financistas e burgueses ricos para esses campos. Começou a mudar o velho padrão de formação de fortunas burguesas – do comércio para a posse de terras e daí para a nobreza em três gerações.[16]

Um dos advogados que contribuiu sensivelmente para a criação da nova ordem jurídica foi Jean Domat, cujo trabalho publicado privadamente mereceu a aprovação do próprio

Luís XIV. Domat dividia as leis entre aquelas inspiradas por Deus e aquelas de autoria humana. A conseqüência disso seria a de que as primeiras seriam imutáveis e as segundas arbitrárias. Ele próprio explicava que "as leis imutáveis são assim chamadas porque são naturais e, por conseguinte, justas sempre e em toda parte, leis que autoridade nenhuma pode mudar ou revogar." Um exemplo dessas leis? O direito à propriedade! Dizia ele: "o dono de uma coisa continua como seu dono até que voluntariamente dela se desfaça ou ela lhe seja retirada por meios justos e legítimos". E meios justos e legítimos jamais poderiam ser o interesse do soberano ou ainda novas leis, já que esta era uma lei inspirada por Deus e assim excluída do arbítrio humano.

Quanto às leis arbitrárias, dizia ele que eram "aquelas que uma autoridade legítima pode promulgar, mudar e revogar segundo a necessidade". Domat afirmava também que "o contrato era o fundamento da sociedade, no sentido em que, como legislação privada, devia determinar primariamente direitos e obrigações entre súditos".[17]

Outro personagem importante e contemporâneo a Domat foi Montesquieu, advogado, publicista, e acionista da *Compagnie dês Indes* – o monopólio real que explorava as plantações de cana-de-açúcar e café no Caribe francês e administrava ainda o tráfico de escravos. Com a obra *O Espírito das Leis* Montesquieu influenciou decisivamente não só os revolucionários americanos como, a rigor, todo o direito ocidental. Montesquieu afirmava que todas as leis deveriam beneficiar o comércio, pois o efeito natural deste é instaurar a paz. Tigar & Levy instruem sobre o que era, exatamente, esse efeito natural do comércio, que se opunha aos privilégios feudais e às restrições das guildas:

São conhecidos alguns efeitos do comércio livre, ocorridos à época em que Montesquieu escrevia. Uma fundição estabelecida no interior consumia madeira suficiente para aquecer a cidade de Châlons. Quem, perguntava um contemporâneo, levava em conta que "essas fábricas nada deixam atrás quando cortam madeira para acionar suas fornalhas?". Em 1769, um bispo deu queixa ao Controlador-Geral sobre o despovoamento de seu bispado, criticando proposta de instalação de novas indústrias. (...)

A resposta oficial foi que obrigar os agricultores a deixar a terra e a trabalhar na indústria não constituía em si, absolutamente, uma coisa má. O desejo de possuir direitos de pastagens nas terras comuns, "é o desejo de ser livre, construir uma cabana em qualquer local, a fim de tirar lucro das pastagens de outrem, algo que é contrário ao direito natural".

O direito natural que defendia e, na verdade, exigia essa forma de comércio livre não era o direito rigoroso, estruturado, de que falara São Tomás de Aquino. Era, isso sim, o direito que os revolucionários americanos chamaram mais tarde "da Natureza e do Deus da Natureza". A economia "natural" era aquela que se desenvolvia sem interferência oficial, de acordo com uma dinâmica própria.[18]

Estavam lançadas as bases para o surgimento de uma nova ordem jurídica, ressaltando as características de cada qual, e corroborando dessa maneira a idéia de *indivíduo*, em detrimento da idéia de *pessoa;* esta última até então suficiente para servir aos interesses da ordem que entrava em ocaso. Adquire prestígio e abrangência a concepção de que cada ser humano tem uma história, uma biografia singular, e esta nova perspectiva passa

a ser relevante para o direito. Por sinal, tal concepção ainda é perfeitamente adequada às novas aplicações do princípio jurídico da liberdade.

Enquanto na Antiguidade prevalecia o debate em torno do princípio jurídico da *igualdade*, no período revolucionário do final do século XVIII, o princípio jurídico mais discutido e ressaltado era o da *liberdade*. É interessante sublinhar que a idéia de igualdade se encontra diretamente vinculada às pessoas, ao passo que a diferença (e não a desigualdade) vinculada aos indivíduos! A distinção é a marca da liberdade para os indivíduos, e não é por outra razão que quando são colocados em pauta os direitos fundamentais, a referência incide nos direitos individuais e não nos pessoais. Oportunamente essa temática voltará a ser abordada.

Todas as pessoas são iguais e assim devem ser tratadas: igualmente. Cada indivíduo é único, com sua história, sua vontade, sua biografia, sua distinção. As peculiaridades de cada indivíduo constituem sua marca registrada; as características de sua personalidade e da sua liberdade de ser. Os direitos da personalidade são direitos de cada indivíduo porque pertencem exclusivamente a cada um, e por isso são denominados *personalíssimos*. Quando um direito é personalíssimo, a idéia intrínseca está relacionada ao indivíduo, e não à pessoa. Dito de outro modo: todas as pessoas possuem direitos da personalidade, mas cada indivíduo possui os seus próprios, únicos e exclusivos direitos da personalidade.

3. Sujeito e adjetivações ao vocábulo direito

3.1 Conceito de sujeito

A idéia de sujeito é híbrida, pois ora se aproxima da singularidade, ora se aproxima da representação social. Todas as pessoas são sujeitos de direito na ordem civil. Isto significa que todos os seres humanos poderão pessoalmente, ou seja, por eles mesmos, exercer seus direitos e seus deveres na ordem civil. O que caracteriza a figura do *sujeito* é o exercício da autonomia da vontade.

É oportuno registrar que para Max Weber, o sujeito é aquele que exterioriza sua vontade, e desta forma age socialmente numa determinada direção. O sentido da exteriorização desta vontade é que lhe dá a condição de sujeito. Sentido nas duas acepções: tanto de direção, quanto de justificativa elaborada subjetivamente.

Para Marx, o sujeito também é aquele que exterioriza sua vontade, sendo que tal sujeito deveria ser, de preferência, coletivo. A partir de uma consciência de seu lugar na sociedade e nas relações privadas, ao manifestar sua vontade e com isso pretender modificar as relações sociais, aquela coletividade se converte em sujeito. Ambos os autores, a fim de caracterizar o conceito de *sujeito*, utilizam-se do pressuposto antropológico da autonomia da vontade conjugada à sua devida exteriorização.

No plano da Ciência jurídica é perfeitamente cabível utilizar-se a compreensão do sujeito como legislador de si mesmo:

À época da ruptura com a sociedade feudal, a concepção jurídica do sujeito desenvolveu-se em estreita relação com a teoria política (Rousseau, Locke) e a filosofia das "Luzes" (Kant): a liberdade do sujeito entendida como o poder de "começar em si mesmo um estado cuja causalidade não entra, por sua vez (como na lei natural), sob uma outra causa que a determina no tempo" (Kant). O ser que raciocina dá a si mesmo uma lei pela razão que constitui, ao mesmo tempo, a identidade do sujeito e do legislador. Mas o desenvolvimento ulterior da sociedade burguesa revelou cada vez mais os limites de um conceito filosófico puramente formal da universalidade (em Kant) e a fragilidade dos pressupostos de uma teoria política construída a partir da igualdade dos sujeitos e da sua identidade fundada em uma comunidade capaz de articular uma vontade geral. (...) o direito positivo distancia-se cada vez mais das bases comuns do "projeto" da sociedade civil, constituindo, na ruptura com o feudalismo, o começo pelo sujeito em si. (...) O sujeito do direito reduziu-se, aos olhos de Kelsen, a uma "expressão unitária personificada de um complexo de normas", isto é, uma simples derivação do direito objetivo.[19]

3.2 Adjetivações ao vocábulo direito

Ao serem examinadas as adjetivações ao vocábulo *direito* com as três idéias até aqui apresentadas – pessoa, indivíduo e sujeito – impõe-se a conclusão que o raciocínio que se lhes aplica é o mesmo.

Assim é que quando um direito é adjetivado de *pessoal* tem-se a dicotomia *direitos pessoais vs. direitos reais*. Ora, os direitos pessoais não se confundem com os direitos personalíssimos. Aqueles são quaisquer direitos negociados por alguém, ou seja, qualquer negociação, qualquer relação obrigacional contraída por uma pessoa em face de outra. É a idéia da relação social que está presente, novamente. Tanto que o adjetivo que se lhe opõe, dos *direitos reais*, referem-se aos direitos sobre os objetos, e a relação com todas as demais pessoas. Quando se faz referência a um direito pessoal em nada se destaca a preocupação com as características singulares. Qualquer pessoa que atender ao direito satisfará a obrigação.

O mesmo não se pode dizer dos *direitos individuais*, que podem ser opostos ou correlacionados aos *direitos sociais/coletivos*. Ocorre que os direitos individuais levam em consideração as características de cada indivíduo. Por isso são tão importantes a ponto de terem sido consagrados como direitos fundamentais. E ainda possuem aplicação imediata, pois se traduzem na verdadeira forma de defesa de cada indivíduo relativamente ao Estado. São os chamados direitos de defesa.[20] Ao apreciar os direitos fundamentais arrolados na Constituição brasileira, Sarlet afirma que esses direitos

objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental, ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.[21]

Já os *direitos subjetivos* são aqueles que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, ou seja, aqueles que podem ser reclamados, reivindicados, exigidos, pois fazem parte do

patrimônio pessoal dos mesmos sujeitos. Em regra, opõem-se aos direitos subjetivos os direitos objetivos, aqueles explicitados na norma jurídica. Os direitos subjetivos ora possuem, ora não, as características singulares dos seus titulares. Os direitos da personalidade são direitos subjetivos. Encontram-se vinculados à idéia de sujeito de direitos, mas também estão vinculados à idéia de indivíduo, porquanto contemplam a expressão da liberdade de ser.

4. Implicações jurídico-políticas

Em síntese, pode-se afirmar que alguém é *pessoa* quando possui uma representação social; é *indivíduo* quando possui uma biografia; e é *sujeito* quando exterioriza sua vontade.

Entretanto, um novo conceito surgiu para classificar os seres humanos no mundo globalizado contemporâneo: o de *consumidor*. A sociedade deixou de ser uma sociedade de indivíduos para se transformar numa sociedade de consumidores. Isto gera implicações diretas e imediatas para a ordem jurídica e, em conseqüência, para os direitos da personalidade.

4. 1 *A necessidade, a dignidade e os interesses do consumidor*

O art. 4º do Código de Defesa do Consumidor (CDC) afirma que é objetivo do ordenamento consumerista brasileiro atender às necessidades, respeitar a dignidade e proteger os interesses econômicos do consumidor. Será que isto é possível mediante a lógica das relações de consumo capitalistas?

Desde logo, é interessante focalizar a questão das necessidades, considerando que se referem diretamente à questão dos direitos fundamentais. Quando a Constituição Federal, em seu art. 7º, no inciso IV, se refere aos direitos dos trabalhadores, afirma que as necessidades vitais básicas são: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Poder-se-ia afirmar assim que as necessidades de consumo de qualquer pessoa podem e devem ser encaixadas nesses nove itens. Patamares mais elevados dentro do mesmo item, ou ainda outros itens, não seriam necessidades básicas, mas apenas a realização de desejos difusos.

Qualquer pessoa ou família necessita de um lugar para sua moradia; um espaço limpo, com saneamento básico, e que permita um mínimo de sobrevivência condigna. Não faz parte das necessidades básicas de ninguém, nem de nenhuma família, viver numa mansão com piscina, quadras de esporte, e outros atrativos que no dizer do próprio código civil são denominadas *benfeitorias voluptuárias*. Tais benfeitorias ingressam no terreno dos desejos. Por sinal, um dos maiores problemas das leis que tratam das relações de consumo é reforçar a confusão reinante entre *necessidade* e *desejo*. Como afirma Jung Mo Sung:

O problema é que nas sociedades capitalistas há uma grande confusão entre conceitos de necessidade e de desejo. Por exemplo, P. Kloter, um dos nomes mais importantes do

mundo de marketing, diz: “Quando uma necessidade não é satisfeita, uma pessoa procurará um objeto que a satisfaça ou tentará reproduzi-la. Os indivíduos que pertencem às sociedades industriais podem tentar encontrar ou desenvolver objetos que satisfarão seus desejos. As pessoas das sociedades menos desenvolvidas possivelmente tentarão reduzir ou satisfazer seus desejos com o que estiver disponível.” Ele simplesmente passa de necessidade para desejo sem mais.

As teorias econômicas liberais e neoliberais e a produção das empresas privadas estão pensadas em termos de satisfação dos desejos dos consumidores. Só que estes desejos são apresentados também como necessidades, e com isso se estabelece a confusão. (...)

Como diz Franz Hinkelammert, o pensamento econômico neoclássico e o neoliberal “pressupõem que o homem não tem necessidades, mas unicamente gostos. Por esse enfoque, o homem não apresenta a exigência de satisfazer suas necessidades de alimentação, roupas, etc., mas unicamente gostos ou preferências, que lhe permitem preferir a carne ao peixe, o algodão à fibra sintética, etc.”.

(...) Quando as necessidades e desejos perdem as suas diferenças específicas, seja por dificuldade de se estabelecer as diferenças, seja por causa de uma opção teórica, fica muito difícil dialogar em torno da redistribuição de renda e de riqueza. (...) Quando se pensa a partir dos desejos, não há limites, se busca o ilimitado.[22]

Este é um dos pontos cruciais da relação de consumo e suas implicações jurídicas. A rigor, o ordenamento jurídico propõe-se a atender às necessidades básicas (Constituição Federal e CDC) e a limitar os desejos; pelo menos aqueles que possam lesar direitos de outras pessoas. Assim, se *A* entende que *B* tem determinada atitude que o prejudica, e deseja sua morte, está proibido de realizar este desejo, sob pena de sofrer sanção legal. Em tese, o ordenamento jurídico, portanto, busca *controlar os desejos*. Como então adequar uma lógica jurídica que apregoa o bem comum e o controle dos desejos a esse sistema que apregoa a *necessidade* da satisfação sem limites do maior número possível de desejos materiais?

É possível dizer que se estabelece um impasse, visto que, se os desejos forem incentivados, ocorrerão conflitos. Se duas ou mais pessoas desejarem um único objeto, haverá o clássico conflito de interesses, que o ordenamento jurídico sempre se propôs a acomodar. A fórmula que tem sido utilizada para compor esses interesses é aceitar as regras de composição do próprio sistema, ou seja, o *mercado*. Hoje, se acomodam as teorias – assim como já aconteceu, como visto, quando os emergentes capitalistas precisavam apossar-se de expressões como a “boa-fé” e a “justa razão” – para que o mercado arbitre o que é desejo e o que é necessidade, e desse modo, o mercado regule quais são as necessidades das pessoas.

Segundo a lógica capitalista, hoje hegemônica, a chamada *mão invisível do mercado* acomodaria e comporia os conflitos por si só. Não haveria necessidade de normatização jurídica, posto que esta seria formulada pelo próprio mercado. As regras da concorrência e da competição seriam suficientes para solucionar quaisquer conflitos de interesses. Nessa perspectiva, o mercado regularia o próprio critério de aceitação dos desejos.

O incentivo ao desejo mimético por parte das sociedades capitalistas não é um incentivo abstrato e generalizado. Pelo contrário, a sociedade só aceita desejos que o próprio mercado cria como acicate para entrar na "guerra" do mercado. O mercado é o critério para desejos aceitáveis ou não.[23]

Contudo, reservar ao mercado a solução de conflitos e a normatização da satisfação dos desejos e das necessidades seria tirar a própria razão de ser do ordenamento jurídico. Neste caso, nada de garantir a satisfação de necessidades ou o bem comum, ou a paz social, ou o interesse público... Tudo isso desemboca na dimensão da dignidade humana e dos interesses econômicos do consumidor. Como é possível falar em proteger a dignidade humana (antes pensada a partir da individualidade), se de antemão significativa parcela da população está excluída, já que não se enquadra na nova classificação dos *consumidores*?

Segundo Bauman, a "individualidade é e deverá continuar sendo por muito tempo um privilégio".[24] Ele afirma isso baseado na premissa de que o jogo da auto-afirmação dentro de cada uma das sociedades atuais é levado pela separação entre os consumidores ditos emancipados e a massa sem rosto daqueles que estão presos a uma identidade sem escolha, a eles imposta:

E um privilégio em escala planetária – em um planeta dividido em enclaves, onde as redes (fáceis de entrar, mas frágeis e superficiais) que oferecem conexões e desconexões instantâneas a pedido e ao apertar de uma simples tecla estão substituindo rapidamente a densa malha de vínculos que era tecida a partir de direitos e deveres entranhados e inegociáveis, e as vastas extensões de terras onde o advento da individualidade é o presságio do desaparecimento das redes de segurança tradicionais, e não da liberdade de movimento e de escolha.[25]

O mesmo autor traça um cenário sombrio, ao detectar que o consumidor praticamente substitui a figura antes ocupada pelo indivíduo, nas sociedades contemporâneas, vivenciando o que ele denomina de "modernidade líquida", ou de "vida líquida":

O único "cerne identitário" que se pode ter certeza de que vai emergir da mudança contínua não apenas são e salvo, mas provavelmente até reforçado, é o do *homo eligens* – o "homem que escolhe"(embora não o "homem que *escolheu*"!): um ego permanentemente impermanente, completamente incompleto, definitivamente indefinido – e autenticamente inautêntico. Sobre o empreendimento líquido-moderno, Richard Sennett escreveu: "Negócios perfeitamente viáveis são destruídos e abandonados, empregados capazes são lançados à deriva em vez de ser recompensados, simplesmente porque a organização tem de provar ao mercado que é capaz de mudar". Substitua "negócios" por "identidades", "empregados capazes" por "propriedades e parceiros", e "organização" por "self" – e você terá uma descrição fiel do destino que define o *homo eligens*.

O *homo eligens* e o mercado de *commodities* coexistem em perfeita simbiose. Ambos não viveriam para ver o dia seguinte se não fossem apoiados e nutridos pela companhia um do outro. O mercado não sobreviveria caso os consumidores se apegassem às coisas. Para sua própria sobrevivência, não pode tolerar clientes comprometidos e leais ou que apenas se mantenham numa trajetória consistente e coesa que resista a desvios e evite saídas colaterais. Além, é claro, daqueles que estão comprometidos a comprar e leais às

trajetórias que conduzem aos shopping centers. **O mercado sofreria um golpe mortal se o status dos indivíduos parecesse seguro, se suas realizações e propriedades fossem garantidas, se seus projetos se tornassem finitos, e se o fim de seus esforços por uma ascensão fosse plausível**. A arte do *marketing* está focalizada em evitar a limitação das opções e a realização dos desejos. Contrariamente às aparências e às declarações oficiais, assim como ao senso comum que é fiel a ambas, a ênfase aqui recai não na estimulação de novos desejos, mas na extinção dos "antigos" (leia-se: os de um minuto atrás), a fim de limpar o terreno para novas incursões ao shopping.[26] (grifou-se).

No mesmo sentido, reforçar a condição de consumidor é também reforçar e garantir esse cenário sombrio. Ao contrário, é ato de resistência reforçar a condição de individualidade, com direitos e deveres. Falar sobre direitos da personalidade significa reiterar a singularidade de cada qual e, assim, significa também relativizar a prioridade do consumo. Por isso, os tão enaltecidos "direitos do consumidor" nada representam além de massificar novamente aqueles que já foram individualizados, pois, embora como mostra Bauman, haja uma busca frenética pela identidade de consumidor, sabe-se que isso ocorrerá apenas para poucos:

Aqueles de nós que foram adestrados no preparo de coquetéis identitários e treinados a se deliciar ao prová-los, sendo, além disso capazes de garantir todos os ingredientes atualmente recomendados (leia-se: os que estão na moda), sentem-se em casa na sociedade dos consumidores. Afinal de contas, são consumidores como eles que fazem dessa sociedade o que ela é: uma sociedade de consumidores destinada e feita para o seu consumo. Não é esse o caso, porém, do resto de "nós, as pessoas" – aqueles remanescentes que a companhia reestruturada sob o novo nome de "nós, os consumidores" e sob a nova administração deixou de lado como redundantes e se recusa a acomodar. Com o acesso negado aos requintados, raros e caros ingredientes necessários para preparar os saborosos coquetéis atualmente em voga, esse resto (um resto volumoso, pelo que se constata) não tem muita opção a não ser beber as misturas identitárias como estas se apresentam – cruas, toscas e insípidas. (...) Ninguém lhes pediu para escolher, e nenhuma opção lhes foi oferecida. Se apesar disso tentassem declarar e buscar suas preferências, seriam imediatamente detidos, recolhidos e enviados ao "lugar de onde vieram", ou seja, à identidade estabelecida que lhes será imposta por outros à força se eles próprios não a aceitarem, dócil e placidamente como seu destino inegociável.[27]

5. A distinção entre pessoa/indivíduo e inimigo de Jakobs

O chamado "Direito Penal do Inimigo" foi elaborado por Günther Jakobs[28], e afirma que devem existir dois tipos de Direito Penal diferentes: um a ser aplicado aos cidadãos e outro a ser aplicado aos inimigos.

Com base em Kant e Hobbes, Jakobs sustenta que o Pacto Social é firmado por todos a fim de garantir que todos se subordinem ao Estado, à ordem jurídica vigente. Como decorrência, uma série de direitos e garantias são atribuídas aos cidadãos. É perfeitamente possível, segundo Jakobs, que alguém, por descuido ou mesmo de maneira dolosa, porém pontual, eventualmente rompa com o Contrato Social e

descumpra a lei penal. Para estes, ainda cidadãos, é necessário aplicar as penas da lei. E assim ocorre. Entretanto, há aqueles que simplesmente olvidam o ordenamento jurídico, pois não querem se subordinar ao Estado. Estes são aqueles que devem ser considerados os *inimigos*. Os cidadãos mantém seu *status* de pessoa, mas o inimigo não. A condição de pessoa é retirada dele, ou melhor, ele nunca a teve, pois não é um cidadão infrator, é um inimigo. E inimigo não é pessoa, não possui personalidade jurídica e deve ser tratado diferentemente. Deve ser punido pelo que ele é: inimigo.

Assim sendo, Jakobs cria duas categorias, para as quais atribui dois conjuntos de "direitos penais": o cidadão, que será punido pelo que fez, e terá que responder ao Direito Penal do Cidadão; e o inimigo, que será punido pelo que é, e terá que responder ao Direito Penal do Inimigo. Neste, não há direitos e garantias, pois estas são reservadas apenas para as pessoas, vale dizer, para os cidadãos.

Zaffaroni critica veementemente a tese de Jakobs, demonstrando que a origem de tratar o inimigo negando a ele a condição jurídica de pessoa está no Direito Romano e foi retomada por Carl Schmitt.

A distinção romana se fazia entre o *inimicus* e o *hostis*. O *inimicus* era o inimigo pessoal, enquanto que o verdadeiro inimigo **político** era o *hostis*. O estrangeiro, o estranho, o inimigo, o hostis carecia de direitos, pois estava fora da comunidade. Interessante notar, ainda quanto ao Direito Romano, que havia duas possibilidades de *hostis*: o *hostis alienigena*, e o *hostis judicatus*. A primeira classificação era atribuída ao estranho, àquele que não falava o idioma, bem como àqueles que incomodavam o poder, os insubordinados ou indisciplinados, a partir do ponto de vista romano, e que, assim como todo desconhecido, inspiravam desconfiança. Porém, estes eram regulados pelo *jus gentium*, e nesta condição tinham alguns direitos, embora poucos. Os *hostis judicatus*, diferentemente, eram **declarados inimigos pela autoridade do Senado.** Assim, qualquer cidadão romano que ameaçasse a segurança da República por meio de conspirações ou traição poderia ser declarado *hostis*, ou inimigo público, pelo Senado.[29]

Zaffaroni demonstra que o *hostis alienigena* se insurgia contra a autoridade Romana, ou apenas se portava de maneira diferente, por ser estrangeiro, mas o *hostis judicatus* era declarado como tal pelo Senado porque se tratava de dissidentes. Não porque se declaravam inimigos ou porque manifestassem sua animosidade, mas porque o poder os declarava inimigos públicos, e deles retirava a condição de pessoa. A condição de cidadão era dele retirada e ele poderia ser escravizado.

Valendo-se da mesma conceituação de inimigo (público) dos romanos, Schmitt retoma a condição de inimigos para aplicá-la a uma etnia (judeus), e retirar deles qualquer condição de pessoa. Jakobs afirma que quanto aos delinqüentes, tanto o Estado pode vê-los como pessoas que delinqüem, que cometem um erro, como pode vê-los como quem deve ser impedido de destruir o ordenamento jurídico. Afirma que o Direito Penal do Inimigo é a eliminação de um perigo (aqueles que poderão destruir o ordenamento serão banidos, serão tratados como inimigos, e portanto, nunca terão a chance de abalar o Estado). Diz ele que quem se conduz, por princípio, de modo desviado não pode ser tratado como cidadão, mas sim como inimigo, e deve ser excluído.

Há toda uma cadeia de exacerbação de penalidades que desembocam no Direito Penal do Inimigo: o direito penal do autor (punir o autor do crime, e não o crime cometido; ou seja, punir a pessoa pelo que ela é, e não pelo que fez); a expansão do direito penal, do espanhol Silva Sánchez; o ressurgimento do punitivismo do final do século XX.

Cancio Meliá explica[30] que Silva Sánchez trata o direito penal do inimigo como terceira velocidade do direito penal. Dessa forma, a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas da liberdade, e no qual são mantidos todos os princípios político-criminais; a segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações em que caberia flexibilização de modo proporcional dos princípios e das regras clássicos, impondo penas pecuniárias ou restritivas de direito; e a terceira velocidade, no qual coexistiriam penas privativas de liberdade e também flexibilização dos princípios político-criminais, restringindo direitos.

Um princípio básico do direito penal no Estado Democrático de Direito, como é o caso da República brasileira, é que o direito penal é do fato, ou seja, pune-se o fato criminoso. Não é a condição pessoal que é punida, mas a ação ou omissão praticada. Retirar a condição de pessoa é eticamente insustentável, já que um dos fundamentos da República brasileira, consagrado na Constituição Federal, é a dignidade da pessoa humana.

Não é admissível, pelo ponto de vista ético, político ou jurídico, dentro do marco do Estado Constitucional de Direito, "atualizar" o *hostis judicatus* romano. O poder está também limitado pela lei, e portanto, não pode exacerbar dele. Considerar um cidadão, uma pessoa, unilateralmente, como inimigo, como um ato de poder, é insustentável, pois tal caracterização se traduz como um ato arbitrário.

Considerações finais

No cerne dessa discussão encontra-se uma dificuldade adicional: de quem emana o critério para identificar quem é o inimigo? Para além das tendências autoritárias por parte de alguns Estados – como foi o caso da assim chamada "guerra contra o terror", elaborado na administração Bush – , é sabido o quanto tal critério, nos países periféricos do capitalismo, deverá recair sobre os empobrecidos. Assim, no contexto dos países pobres, as características destinadas a identificar o "inimigo" certamente irão coincidir com as características das populações empobrecidas, residentes nas favelas e periferias, detentoras de determinados traços étnicos e que em virtude da ausência do Estado, vivem à mercê dos interesses do crime organizado e expostos à violência difusa.

O panorama se agrava ainda mais quando se constata a promiscuidade entre Estado e mercado total, sendo que este último dirigido apenas e tão-somente para o contingente de consumidores, tende a marginalizar, excluir e condenar à invisibilidade, uma imensa massa de sobrantes e descartáveis. Não é preciso dizer o quanto tal situação gera um clima de violência, latente e/ou explícita. E justamente essa violência induzida é que funciona como uma justificativa para o um incremento da repressão policial, voltada para os novos "inimigos". Fica assim estabelecido um círculo vicioso perverso e explosivo, no qual não existe espaço para que a pobreza seja anistiada. O grande

contingente de empobrecidos que, pouco a pouco vai expandindo a população de "inimigos", são aqueles que, segundo o perfil traçado por Bauman

[...] não são necessários como os supostos produtores; mas numa sociedade em que os consumidores, e não os produtores são considerados a força propulsora da prosperidade econômica (esperamos que a recuperação "guiada pelo consumidor" nos tire dos problemas econômicos), os pobres também são inúteis como consumidores: não serão seduzidos por lisonjas do mercado, não possuem cartões de crédito, não podem contar com cheque especial nos bancos e as mercadorias que mais precisam trazem pouco ou nenhum lucro para os comerciantes. Não é de admirar que eles estejam sendo reclassificados como "subclasse": não mais uma anormalidade temporária esperando ser retificada e posta outra vez na linha, mas uma classe fora das classes, uma categoria colocada permanentemente fora dos limites do "sistema social", uma categoria a que o resto de nós prefere não pertencer. E todos estariam mais confortáveis se ela não existisse. [31]

Ademais, do ponto de vista da formação do imaginário social, a manutenção desse círculo vicioso contribui para que cresça uma aceitação coletiva do "direito penal do inimigo" como uma panacéia para a solução do problema da violência crescente, da delinquência contumaz, e da ineficiência do Estado no provimento da chamada segurança pública.

No caso brasileiro, a difusão dessa perspectiva ideológica torna-se ainda mais fácil, considerando-se que o senso comum nacional ainda considera o apenamento dos criminosos como um mero substitutivo da vingança pessoal, uma modalidade truculenta de justiça retributiva; o que explicaria a indiferença da população quanto aos horrores que se verificam nas instituições prisionais e distorções absurdas na esfera das execuções penais.

Permanece ausente uma visão democrática, segundo a qual num Estado de Direito, existe espaço inclusive para a possibilidade de perdão social, no termos propostos por François Ost,

Das anistias periódicas dizemos que se trata, principalmente, de um instrumento de política penitenciária: reduzindo a intervalos regulares a superpopulação das prisões, o se sistema "se purga" ao esquecer; ele tenta, assim, escapar à paralisia que o espreita e reduz as tensões no interior do universo carcerário; por outro lado, subtraindo determinadas infrações ao benefício da medida de clemência, o governo assinala as prioridades da política penal que pretende seguir dali para frente. [32]

A par disso é oportuno ponderar, ainda com Ost, acerca da natureza da vingança que seria, "simultaneamente obsessiva e privada: encerrada no face a face estéril do delinquente e sua vítima, esta forma de sanção permanece também prisioneira de um tempo entrópico e mortífero: literalmente *não dá para sair*." [33] O autor ainda esclarece quanto à necessidade de distinção entre o vindicativo (desejo de vingança privado) do vindicatório, instituição destinada a conter a violência em limites razoáveis, e desse modo compatível com o Estado democrático de Direito. Vale reproduzir aqui a

síntese de Ost acerca da passagem progressiva da selvageria à cultura, e o surgimento dos tribunais, jogando com a correlação tempo-direito:

Uma tal prática institucionalizada da retribuição não inscreve mais a pena exclusivamente no tempo da memória. Sem dúvida, o crime é devidamente rememorado – há o dever de vingança (ou dever de reclamar o se devido) – e a falta é cuidadosamente medida para proporcionar a importância da sanção. Mas o próprio princípio de intervenção do terceiro não é a satisfação de uma pulsão de morte que encerra o ofendido no tempo fechado do ressentimento; o objetivo é, ao contrário, reatar o laço social através de práticas de transformação progressiva do conflito: desvio sacrificial da violência, oferta de uma compensação resultante dos ritos de reconciliação, até mesmo de aliança, colocação em discurso do processo seguido da fixação de uma compensação financeira. Ao invés de se petrificar na irreversibilidade do instante do crime, procura-se inscrevê-lo numa temporalidade aberta e confiante. Dá-se o crédito ao tempo, antes que se dê ao desejo impulsivo de desforra. [34]

O pensamento conservador costuma repelir o dissenso e mesmo considerá-lo como uma perigosa ameaça à ordem e uma enfermidade do corpo social. Contudo, sem dissenso nunca se verificaram mudanças sociais substantivas. Estruturas sociais cujas bases se encontram apenas no que é pretérito e consuetudinário ficam ameaçadas de uma perigosa fossilização, que as torna incapazes de acolher o novo. Decretado o fim das utopias, a ideologia do mercado total, incrustrada nos imensos aparatos burocráticos que se configuram neste novo século, parecem buscar o estabelecimento de um império mundial totalmente blindado contra mudanças, no qual prevaleceria não só a vontade dos mais fortes, mas uma reprodução sem fim do presente histórico.

O problema aqui levantado correlacionava as questões relativas aos conceitos de pessoa, indivíduo e consumidor, e como tais conceitos se articulam na contemporânea sociedade de consumo, em especial para discutir as implicações político-jurídicas da determinação do “inimigo” na sociedade globalizada. A hipótese defendida é a de que, para além da anistia política, faz-se mister construir uma anistia da pobreza, tendo-se em conta que o “inimigo” não é mais o “diferente político”, mas sim o excluído.

Para anistiar a pobreza, é necessário resgatar a condição de pessoa e a condição de indivíduo mesmo para aqueles que por opção ou por exclusão não são consumidores.

BIBLIOGRAFIA

ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito (coord)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007

_____. **A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008

BARRETO, Vicente (coord). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, SP: Edusc, 2005

SARLET, Ingo. ***A eficácia dos direitos fundamentais***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

SUNG, Jung Mo. **Desejo, mercado e religião.** Petrópolis:Vozes, 1997

TIGAR, Michael E. & LEVY, Madeleine R. **O direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007

---

[1] Sobre o tema da constitucionalização do direito civil, ver, dentre outros: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997; TEPEDINO, Gustavo Mendes. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, v. 65, jul./set. 1993.

[2] Cf. JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

[3] A propósito, é bastante comum a crítica contemporânea da não utilização de linguagem inclusiva (ator/atriz). Toma-se, neste texto, a acepção das palavras no sentido genérico, ou, como diriam os juristas antigos, abrangendo homens, mulheres, hermafroditas e eunucos (HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p 42)

[4] HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p 51

[5] *Idem*, pp 44-45

[6] *Idem*, p 33

[7] *Idem*, p 34

[8] *Idem*, p 111

[9] *Idem*, p 112

[10] TIGAR, Michael E. & LEVY, Madeleine R. **O direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977, p 49

[11] *Idem*, p 53

[12] *Idem*, p 53-54

[13] *Idem*, p 61

[14] *Idem*, p 62

[15] Cf. BARRETO, Vicente (coord). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p 77

[16] TIGAR & LEVY, *op cit*, pp 234-235

[17] *Idem*, p 236

[18] *Idem*, p 238

[19] ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito (coord)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 774

[20] SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p 185

[21] *Idem*, pp 185-186

[22] SUNG, Jung Mo. **Desejo, mercado e religião.** Petrópolis:Vozes, 1997, pp 48-50

[23] *Idem*, p. 55

[24] BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007, p 39

[25] *Idem, ibidem*

[26] *Idem*, pp 47-48

[27] *Idem*, p 50

[28] JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Para uma crítica contundente à teoria de Jakobs, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

[29] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p 22

[30] JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

[31] BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p100.

[32] OST, François, **O tempo do direito.** Bauru, SP: Edusc, 2005, p 172.

[33] *Idem, ibidem*, p 125.

[34] *Idem, ibidem*, p 127

A INFLUÊNCIA DAS IDEIAS DE JOÃO DE PARIS (JOÃO QUIDORT) E DE MARCÍLIO DE PÁDUA NA CONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO POLÍTICO MODERNO*

THE INFLUENCE OF THE IDEAS OF JOHN OF PARIS (JOHN QUIDORT) AND MARCILIUS OF PADUA IN THE CONSTRUCTION OF THE MODERN POLITICAL THOUGHT.

Leonardo Varella Giannetti

RESUMO

Cresce o estudo pela filosofia medieval, pois a Idade Moderna possui suas raízes na Idade Média. Nesse período, as relações entre Igreja e Estado provocaram debates prolongados e acesos. As ideias que João de Paris e Marcílio de Pádua formularam para combater a pretensão do Papa na plenitude do poder ajudaram na construção de conceitos que foram utilizados séculos depois, como o de soberania popular e Estado laico. João de Paris entende que o Estado possui um fim em si mesmo e que era possível uma autoridade civil se ocupar apenas com as coisas terrenas, inclusive de julgá-las, despreocupada com os preceitos religiosos. Marcílio de Pádua, vinte anos depois, mantém tal debate, alegando que a paz, entendida aqui como a ausência de conflito no interior da sociedade civil, é constantemente ameaçada pela pretensão papal à plenitude do poder.

PALAVRAS-CHAVES: IGREJA; ESTADO; MARCÍLIO DE PÁDUA; JOÃO DE PARIS (QUIDORT); PLENITUDO POTESTATIS.

ABSTRACT

The study of medieval philosophy has increased, because the Modern Age has its roots in the Middle ages. During this period, the relations between Church and State had caused excited debates. The ideas that John of Paris and Marcilius of Padua had formulated to fight against the Pope's desire in fulfillment of power helped in building concepts that had been used centuries later, as popular sovereignty and secular State. John of Paris understands that the State has a purpose in itself and the civil authority could be occupied just with the mundane things, also to judge them, and could be unconcerned with the religious rules. Marcilius of Padua, twenty years later, keeps such debate, claiming that the peace, understood here as the absence of conflict in the interior of the civil society, is constantly threatened by the pope's pretension to the fullness of the power.

KEYWORDS: CHURCH; STATE; MARCILIUS OF PADUA; JOHN OF PARIS (QUIDORT); PLENITUDO POTESTATIS.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. Introdução

Atualmente, cresce o interesse pela Filosofia Medieval e a repercussão das ideias construídas no medievo, vinculando-as também ao estudo da Política, da História, da Antropologia e do Direito. Aos poucos, diversos estudos comprovam que o Estado Moderno possui raízes na Baixa Idade Média. [1] DE BONI consigna que por muitos anos se pensou que a Filosofia Moderna teria surgido quase de si própria, sem possuir qualquer relação com os tempos que a precederam (2000, p. 10). Contudo, principalmente a partir do século XIX, percebeu-se que a Idade Média "*constituía a chave de compreensão da cultura ocidental.*" (DE BONI, 2000, p. 11).

Da mesma forma, VILANI nos mostra que os principais fundamentos da democracia moderna têm suas origens no pensamento político que surgiu na Europa, entre os séculos XIII e XIV (2000, p. 13).

Esse período é caracterizado pelo embate entre o Império e o Papado na justificativa de quem seria o titular do poder, ou quem o teria em sua plenitude, pois crescia, em ambas as instituições, a tendência a uma unificação. Segundo SIMONE GOYARD-FABRE, *"a noção de Poder político foi geralmente, na história, ligada à idéia do comando ditado por aquele ou aqueles que detêm a autoridade"* (2002, p. 55). Essa disputa pelo poder incluía, também, a luta por terras, direitos e privilégios, que incluía, logicamente, a tributação: a entidade eclesiástica buscando manter o direito às imposições fiscais e os reinos e o Império buscando acabar ou reduzir a imunidade da Igreja. [2]

E foi neste clima político tenso entre os governos civis e a cúpula da Igreja que surgem diversas doutrinas de filosofia política. Sobre o tema, nomes como Egídio Romano, João de Paris (ou João Quidort), Marcílio de Pádua e Guilherme de Ockham (ou Occam, segundo alguns autores) são sempre citados pela doutrina nacional e internacional, em razão da influência que suas ideias, com suas respectivas características, trouxeram na construção do pensamento moderno, que culminará nas revoluções burguesas do século XVIII.

Este trabalho enfocará, principalmente, as ideias principais de João de Paris e de Marcílio de Pádua que influenciaram a formação do pensamento político moderno e na própria construção deste Estado. Antes, contudo, é importante consignar algumas teorias de Santo Agostinho e de Santo Tomás de Aquino que, em cada época específica, foram adotadas pela Igreja e que influenciaram toda construção do Poder político.

2. A influência de Santo Agostinho e o panorama político da Alta Idade Média.

Com os Imperadores Licínio (no Oriente) e Constantino (no Ocidente), através do *Édito de Milão, em 313 d.c*, e depois apenas com Constantino, com o *Édito de Nicéia, em 325 d.c*, torna-se permitido o culto livre à religião católica. A Igreja, começa, assim, a ter sua estrutura, adaptando-se à do Império, *"aproveitando o quadro administrativo para sua organização, mantendo bispos nas cidades e fazendo coincidir a metrópole eclesiástica com a província"* (NUNES, 2005, p. 118). [3]

Mesmo com a queda do Império Romano, a Igreja Católica permanece forte e em ascensão, sendo o mundo feudal caracterizado essencialmente pelo predomínio e controle eclesiástico, que irão influenciar a dinâmica da sociedade, as tradições e os valores culturais e as formas de exercício do poder político (WOLKMER, 2005, p. 15).

Nessa época surge Santo Agostinho (354-430), um dos primeiros teóricos que trata da conexão entre os reinos da política e da religião. Elabora uma doutrina do conhecimento pela iluminação divina, de matriz ainda platônica [4], mas totalmente cristã. Basta lembrar que a justiça, para ele, era sinônimo de Deus (*O que Deus quer*); que não só a justiça, mas todo o direito residiam na lei eterna (VILLEY, 2005, p. 85); e as Sagradas Escrituras representavam a única fonte autêntica.

Sua principal obra, *a Cidade de Deus*, influencia toda a Idade Média e começa a ser superada apenas no século XIII, com a obra de Tomás de Aquino. É profundamente influenciado pelo idealismo de Platão. A visão do Bispo de Hipona parte da divisão entre *corpo e alma*. Os anjos, seres perfeitos, não possuem corpo, mas apenas alma. Contudo, em razão do pecado original de Adão e Eva, o corpo tornou-se a prisão da alma e o objetivo principal da vida moral é nos libertar deste pecado (LOPES, 2008, p. 4). [5]

Teríamos, assim, duas cidades, a terrena e a divida. Ambas coexistem, porém com funções distintas. A cidade que temos diante de nós é a terrena, idealizada no Império Romano, cujos destinos são *"frágeis, provisórios, seus bens enganosos, sua justiça falsa, não merecendo apego de nosso coração"* (VILLEY, 2005, p. 82). Nossa pátria é a cidade de Deus, que é um mito, mas que se encarna historicamente na Igreja Cristã. Apesar de Agostinho entender que a origem das comunidades políticas está no pecado original, ele também não condena sua existência. Afinal, Deus assim determinou. MICHEL VILLEY sintetiza muito bem essa ideia do teólogo:

Enquanto dure a história, enquanto realizemos nossa 'peregrinação terrestre' e enquanto o joio não tiver sido separado da boa semente, é da essência das duas cidades elas coexistirem, estarem mescladas, imbricadas. E a própria cidade terrena tem, na história, sua razão de ser; é obra, como todas as coisas, da providência divina e cumpre certa função em nosso caminho para a salvação. Por isso o Estado, as leis, o direito de nossas cidades humanas históricas – cujo valor é questionado e que é preciso confrontar com os da cidade celeste – serão tratados por santo Agostinho do ponto de vista de nossa salvação. (2005, p. 83)

Assim, a cidade terrena e suas instituições (entre elas o Direito) eram vistas apenas como algo *útil* em razão de um fim específico, que é a salvação. Segundo CASSIRER:

Mesmo no Estado ideal, descrito por Platão, S. Agostinho não conseguia encontrar um pólo fixo, um ponto sobre o que pousar. O Estado, mesmo o Estado mais perfeito, não pode satisfazer os nossos desejos. O único repouso verdadeiro para o homem é o repouso em Deus. (2003, p. 104)

A imagem de um homem decaído, que está na cidade terrena (imperfeita) apenas como passagem para conseguir a salvação na cidade de Deus (perfeição) é uma síntese que domina a Alta Idade Média e que irá influenciar as doutrinas que irão, mais tarde, buscar justificar a plenitude do poder papal. [6]

Afinal, a Igreja, como detentora do conhecimento e a única autorizada a interpretar as Sagradas Escrituras, era quem poderia encaminhar e ajudar o homem a alcançar a revelação divina. E no campo político, o que existia era um poder pulverizado em múltiplas esferas de governo.

Assim, se até o Século IV o Imperador Romano era, ao mesmo tempo, a autoridade secular e espiritual, a partir do Século V começa a ocorrer uma separação desses poderes, tendo merecido destaque o Papa Gelásio I, que viveu no final do século V e que apresentou, segundo DUMONT, *"uma fantástica teoria da relação entre a Igreja e o imperador, o qual foi em seguida acolhida na tradição e abundantemente utilizada.* (1985, p. 54) [7]. Em uma carta dirigida ao imperador Anastácio, o pontífice disse o seguinte:

Há principalmente duas coisas, augusto imperador, pelas quais este mundo é governado: a autoridade sagrada dos pontífices e o poder real. Destas duas coisas, os sacerdotes são portadores de uma responsabilidade tanto maior como porquanto devem prestar contas ao Senhor até dos atos dos reis, submetendo-os ao julgamento divino … Deveis curvar uma cabeça submissa perante os ministros das coisas divinas e … é deles que deveis receber os meios de vossa salvação."

…

Nas coisas respeitantes à disciplina pública, os chefes religiosos entendem que o poder imperial vos foi conferido do alto e eles próprios obedecem às vossas leis, temendo parecer que são contrários à vossa vontade nos negócios do mundo. (apud DUMONT, 1985, p. 55)

Nota-se, assim, que há uma distinção entre *a autoridade do papa* (autoridade moral e religiosa) e o *poder do imperador* (o poder material, o império). Para DUMONT, o sacerdote estava submetido ao rei apenas nos assuntos terrenos, que dizem respeito à ordem pública. Mas o primeiro era superior ao imperador, pois somente no nível inferior (secular) é que o sacerdote estava submetido ao poder imperial.

Dessa forma, conclui o autor francês que não se trata de simples correlação nem de submissão dos reis aos sacerdotes, *"mas de uma complementaridade hierárquica"* (DUMONT, 1985, p. 55).

A Alta Idade Média é marcada pela fragmentação do poder político civil, período em que os reinos buscaram alianças com a Igreja que, assim, se fortaleceu e passou a deter muitos direitos e privilégios (CREVELD, 2004, p. 85).

Do século XI ao XIII são travadas constantes disputas entre a cúpula da Igreja e os príncipes dos Reinos ou com o Pontificado e o Imperador do Sacro Império Romano Germânico. Com Gregório VII (final do século XI), aprofunda-se a defesa da superioridade do poder papal sobre o secular. Isso porque, para essa doutrina, em razão da origem e instituição divina do poder espiritual, este deveria ser considerado *superior*, podendo o Papa influenciar e interferir no poder do Príncipe sobre os súditos (NUNES, 2005, p. 121; CREVELD, 2004, p. 85). O poder da Igreja foi aos poucos só aumentando (cesaropapismo), chegando ao ápice com o Papa Bonifácio VIII (1294-1303) que, em 1302, publicou a bula *Unam sanctum Ecclesiam*, documento que será visto com mais detalhe no tópico a seguir.

DUMONT consigna acertadamente que, na essência, verifica-se no final da Alta Idade Média e no começo da Baixa Idade Média um movimento dos Papas em arrogarem para si uma função política (1985, p. 59). Sobre esse período, o antropólogo francês assim conclui:

Do nosso ponto de vista, o que importa aqui, em primeiro lugar, é a mudança ideológica que assim se vê começar e que será plenamente desenvolvida mais tarde, de um modo totalmente independente do futuro reservado, de fato, à pretensão papal. Com a reivindicação de um direito inerente ao poder político, introduz-se uma mudança na relação entre o divino e o terreno: o divino pretende agora reinar sobre o mundo por intermédio da Igreja, e a Igreja torna-se mundana num sentido em que não o era até então. Os Papas, por uma opção *histórica*, anularam a formulação *lógica* por Gelásio da relação entre a função religiosa e a função política e escolheram uma outra. A diarquia hierárquica de Gelásio é substituída por uma monarquia de um tipo sem precedentes, uma monarquia espiritual. Os dois domínios ou funções são reunidos e sua distinção é relegada do nível fundamental para um nível secundário, como se divergissem não em natureza mas tão-somente em grau. É a distinção entre espiritual e temporal, tal como a conhecemos desde então, e o campo é unificado, de modo que podemos falar em "poderes" espiritual e temporal. É característico que o espiritual seja concebido como superior ao temporal, *mesmo em nível temporal*, como se fosse um grau superior do temporal, ou, por assim dizer, temporal elevado a uma potência superior. É segundo

esse eixo que, mais tarde, o Papa poderá ser concebido como a autoridade que "delega" o poder temporal ao imperador como seu representante. (DUMONT, 1985, p. 59/60)

Será nesse contexto que irão surgir doutrinas contrárias à pretensão papal, teorias estas que, apoiadas e financiadas pelos príncipes e imperadores, irão fundamentar o pensamento político moderno.

Entretanto, faz-se necessário antes tecermos algumas considerações sobre as ideias de Tomás de Aquino, que irão trazer inovações importantes e irão influenciar também esses teóricos.

3. Síntese do pensamento de Santo Tomás de Aquino

Como bem demonstra CASSIRER, "*quanto mais os pensadores medievais conheciam as obras dos pensadores antigos, tanto menos podiam persistir na sua atitude meramente negativa em relação à ordem social*" (2003, p. 138). Certamente existia um elemento mítico não podia ser superado, qual seja, o pecado original. Duvidar do mesmo era inconcebível. Por outro lado, a natureza decaída do homem desafiava o pensamento da Baixa Idade Média, pois desprezava completamente a racionalidade humana.

Santo Tomás de Aquino foi um dos mais influentes escritores da Baixa Idade Média. Ele procurou harmonizar razão e fé, tendo sido fortemente influenciado pela obra de Aristóteles. Todavia, ele não se desligou completamente da visão agostiniana. Como bem sintetiza LIMA, "*Tomás assimila as virtudes aristotélicas, mas pela visão advinda dos estóicos, por meio de Agostinho*" (2005, p. 249).

A razão não seria inteiramente corrupta. Conservava um direito e uma esfera própria. Passa-se a valorar o mundo empírico e o conhecimento filosófico, não apenas o teológico. A razão seria o meio pela qual se chegaria à revelação. [8]

O *Doutor Angélico* busca também superar a ideia de divisão entre corpo e alma e comprovar que o homem é uma unidade orgânica e atua como tal. Racionalidade e percepção estão inseridas na atividade de conhecimento. A concepção organista é frequente nos textos do Aquinate, o que remete à influência de Aristóteles.

No que tange à concepção política, Santo Tomás não aceita a corrente doutrinária de que o Estado é uma instituição divina autorizada por Deus servindo como um simples remédio para o pecado humano (CASSIRER, 2003, p. 143).

Para ele, o Estado nasce do *instinto social do homem.* Revive, aqui, a ideia aristoteliana de que o *homem é um animal social*. Não é um produto apenas natural, mas também racional, e que depende de uma atividade consciente e livre. Apesar do pecado

original, a natureza humana manteve sua integridade constitutiva que impulsiona o homem viver e se desenvolver em sociedade.

Logicamente, como frisa CASSIRER, Deus ainda é a causa *remota* do Estado. Mas será o homem, por seu próprio esforço, construir a ordem e a justiça. Não há, mais, assim, um abismo entre o reino temporal e celestial, tal como concebia Santo Agostinho, mas uma *fusão* em uma unidade perfeita. ERNTS CASSIRER bem sintetiza a ideia de Tomás de Aquino:

S. Tomás de Aquino está convencido de que o mais alto bem, o *summum bonum* dos antigos filósofos, não podia ser alcançado unicamente pela razão. A *visio beatifica,* a visão mística de Deus, continua sendo o objetivo absoluto – e esse objetivo depende sempre de um ato de graça divina. Mas o próprio homem deve começar a obra e a preparação para esse evento. O direito divino não revoga o direito humano originado na razão. A graça não destrói a natureza: aperfeiçoa-a (*Gratia naturam non tollit, sed perficit*). A despeito da queda, portanto, o homem não perdeu a faculdade de usar as suas forças devidamente, preparando-se assim para a sua própria salvação. Ele não desempenha um papel passivo no grande drama religioso; a sua contribuição ativa é reclamada, e, na verdade, indispensável. Nessa concepção, a vida política do homem ganhou nova dignidade. O Estado terreno e a Cidade de Deus já não são pólos opostos; relacionam-se e completam-se um ao outro. (2003, p. 144)

É sempre importante lembrar que, apesar de o Estado ser uma sociedade perfeita, uma vez que é a reunião de muitos para fazer algo em comum, Deus é o fim último do homem. Logo, enquanto para Aristóteles o homem realiza-se completamente na vida política terrena, o Aquinate defende um fim eterno ao homem (a bem-aventurança eterna), que precisa ultrapassar os limites da ordem temporal (COSTA, SANTOS, 2007, p. 4). [9]

Tomás mantém, ainda, uma moral teológica da sociedade, pois, para se alcançar a paz e a justiça, é necessário o convívio de amizade entre o homem e o seu criador, sendo que o primeiro deverá ser portador das virtudes teológicas (fé, esperança e caridade) (LIMA, 2005, p. 250).

Ainda assim, a concepção de que o Estado é fruto da própria natureza humana irá influenciar muito os doutrinadores que irão contestar a plenitude do poder papal. O próprio Santo Tomás já enunciava que há uma separação entre ambos e que não merecia vingar a tese da hierocracia.

Além disso, enuncia também o entendimento de que o poder espiritual não constitui o temporal e que a titularidade do poder está em Cristo, e não no papa. Este seria apenas um *ministro*. JOÃO JIVALDO LIMA bem sintetiza esse entendimento:

O Aquinate é partidário da coexistência de “duas cidades” — a temporal e a espiritual — e de seus cidadãos. Os fins precípuos de cada uma são distintos, sendo a finalidade da cidade temporal o bem-viver e o fim da cidade espiritual a salvação eterna, a fruição de Deus. Assim, seus dirigentes possuem missões específicas, consoante a natureza de cada uma das “cidades” ou comunidades, ao potentado terreno cabe levar a bom termo a finalidade da Comunidade Política, ao potentado espiritual cabe levar a bom termo a possibilidade de todos alcançarem a Beatitude Eterna. A questão específica que se coloca neste momento é que o potentado terreno é aquele legitimamente colocado no poder, enquanto o potentado espiritual não é o papa, mas Cristo. Portanto, na concepção da relação entre a esfera político-temporal e a esfera da administração religiosa, Tomás afirma que Jesus Cristo é como que uma contraparte espiritual do rei terreno, abalando — indireta, mas efetivamente — a tese da autoridade política do papa. Como, por analogia, o potentado é o soberano, a cabeça da Comunidade Política, assim Cristo é o soberano, a cabeça da Igreja. O lugar, pois, determinado ao papa — por conseqüência — não é o de fonte do poder, mas é o de ministro, não de soberano, e, por conseguinte, nunca um termo de comparação com o rei. O verdadeiro rei espiritual é Jesus Cristo, que efetivamente leva os homens à vida sobrenatural oferecendo os meios proporcionais que lhes permitem sua consecução, como ao rei cabe fazê-lo na ordem natural, no tocante à obtenção do Bem Comum Político. (2005, p. 252/253)

Contudo, apesar da autonomia entre ambos e de estarem submetidos ao Poder de Deus, “*o poder espiritual precede em dignidade ao temporal, pelo fato de aquele se relacionar como Fim Último Verdadeiro do homem que é a vida sobrenatural, enquanto o poder secular vincula-se ao fim imediato e subalterno*.” (LIMA, 2005, p. 253).

Apesar disso tudo, o Estado irá se tornar mais secular em sua esfera de ação e a Igreja mais espiritual e menos terrena e, a partir de então, o caminho da separação entre as duas instituições tenderá a crescer cada vez mais.

4. João de Paris e o embate com a doutrina de Bonifácio VIII e Egídio Romano.

João de Paris, também chamado de João Quidort, é um autor não muito conhecido, mas de grande importância. [10] Este dominicano buscou, antes de Marcílio da Pádua e Guilherme de Ockham, justamente promover a distinção entre o poder imperial e o espiritual. Sua principal obra – *De Regia Potestate et Papali* (Sobre o poder régio e papal) foi escrita em 1302 – podendo ter sido estendida até meados de 1303 - [11] e, historicamente, estava inserida no amplo debate entre o Papa Bonifácio VIII e Filipe, o Belo, Rei da França. [12]

Entre os autores que o francês critica, merece destaque Egídio Romano. Este era ex-aluno de São Tomás de Aquino e pertencia à ordem dos Agostinianos. Apesar de transitar bem entre o Papa e o Rei (DE BONI, 2003, p. 140), ele acabou ficando do lado de Bonifácio VIII e escreveu, entre 1301 e 1302, a obra *De ecclesiastica potestate.*

Tal obra irá buscar definir a *"relação entre o poder eclesiástico e o civil na constituição de novos estados soberanos"*, pois *"é necessário redefinir competências entre as autoridades religiosas supranacionais e as autoridades civis nacionais que nesse momento se afirmam"* (DE BONI, 2003, p. 142).

Logo após sua publicação, Bonifácio VIII edita a bula *Unam sanctam*, cujo teor, em linhas gerais, concorda com a obra de Egídio (DE BONI, 2003, p. 143), e que, amparado nas Sagradas Escrituras, defende a plenitude do poder papal [13]:

Una, santa, católica e apostólica: esta é a Igreja que devemos crer e professar já que é isso o que a ensina a fé. Nesta Igreja cremos com firmeza e com simplicidade testemunhamos. Fora dela não há salvação, nem remissão dos pecados, como declara o esposo no Cântico: *"Uma só é minha pomba sem defeito. Uma só a preferida pela mãe que a gerou"* (Ct 6,9). Ela representa o único corpo místico, cuja cabeça é Cristo e Deus é a cabeça de Cristo. Nela existe *"um só Senhor, uma só fé e um só batismo"* (Ef 4,5). De fato, apenas uma foi a arca de Noé na época do dilúvio; ela foi a figura antecipada da única Igreja; encerrada com *"um côvado"* (Gn 6,16), teve um único piloto e um único chefe: Noé. Como lemos, tudo o que existia fora dela, sobre a terra, foi destruído.

A esta única Igreja, nós a veneramos, como diz o Senhor pelo profeta: *"Salva minha vida da espada, meu único ser, da pata do cão"* (Sl 21,21). Ao mesmo tempo que Ele pediu pela alma - ou seja, pela cabeça - também pediu pelo corpo, porque chamou o seu corpo como único, isto é, a Igreja, por causa da unidade da Igreja no seu esposo, na fé, nos sacramentos e na caridade. Ela é a veste sem costura (Jo 19,23) do Salvador, que não foi dividida, mas tirada à sorte. Por isso, esta Igreja, una e única, tem um só corpo e uma só cabeça, e não duas como um monstro: é Cristo e Pedro, vigário de Cristo, e o sucessor de Pedro, conforme o que disse o Senhor ao próprio Pedro: *"Apascenta as minhas ovelhas"* (Jo 21,17). Disse *"minhas"* em geral e não *"esta"* ou *"aquela"* em particular, de forma que se subentende que *todas* lhe foram confiadas.

Assim, se os gregos ou outros dizem que não foram confiados a Pedro e aos seus sucessores, é necessário que reconheçam que não fazem parte das ovelhas de Cristo pois o Senhor disse no evangelho de São João: *"Há um só rebanho e um só Pastor"* (Jo 10,16).

As palavras do Evangelho nos ensinam: esta potência comporta duas espadas, todas as duas estão em poder da Igreja: a espada espiritual e a espada temporal. Mas esta última deve ser usada para a Igreja enquanto que a primeira deve ser usada pela Igreja. O espiritual deve ser manuseado pela mão do padre; o temporal, pela mão dos reis e cavaleiros, com o consenso e segundo a vontade do padre. Uma espada deve estar subordinada à outra espada; a autoridade temporal deve ser submissa à autoridade espiritual. O poder espiritual deve superar em dignidade e nobreza toda espécie de poder terrestre. Devemos reconhecer isso quando mais nitidamente percebemos que as coisas

espirituais sobrepujam as temporais. A verdade o atesta: o poder espiritual pode estabelecer o poder terrestre e julgá-lo se este não for bom. Ora, se o poder terrestre se desvia, será julgado pelo poder espiritual. Se o poder espiritual inferior se desvia, será julgado pelo poder superior. Mas, se o poder superior se desvia, somente Deus poderá julgá-lo e não o homem. Assim testemunha o apóstolo: *"O homem espiritual julga a respeito de tudo e por ninguém é julgado"* (1Cor 2,15).

Esta autoridade, ainda que tenha sido dada a um homem e por ele seja exercida, não é humana, mas de Deus. Foi dada a Pedro pela boca de Deus e fundada para ele e seus sucessores Naquele que ele, a rocha, confessou, quando o Senhor disse a Pedro: *"Tudo o que ligares..."* (Mt 16,19). Assim, quem resiste a este poder determinado por Deus *"resiste à ordem de Deus"* (Rm 13,2), a menos que não esteja imaginando dois princípios, como fez Manes, opinião que julgamos falsa e herética, já que, conforme Moisés, não é *"nos princípios"*, mas *"no princípio Deus criou o céu e a terra"* (Gn 1,1).

Por isso, declaramos, dizemos, definimos e pronunciamos que é a absolutamente necessário à salvação de toda criatura humana estar sujeita ao romano pontífice.

Dada no Vaticano, no oitavo ano de nosso pontificado [18 de novembro de 1302].

Ao dizer que a "espada temporal" deve ser utilizada *para a Igreja* e que a "espada espiritual" deve ser utilizada *pela Igreja*, enfatiza o Pontífice que o Poder secular está submetido ao Poder da Igreja.

Egídio defende que o Estado, apesar de ser uma exigência da natureza, é voltado para o fim superior da natureza: a salvação do homem. Ele seria apenas um momento intermediário, transitório, que o homem passaria apenas para verem satisfeitas suas necessidades terrenas. Sem a Igreja, o Estado não possuiria qualquer fim, sendo mero meio, instrumento para a salvação. Alia a tudo isso a afirmação de que é o poder espiritual que dá existência ao temporal (DE BONI, 2003, p. 150).

João de Paris é contrário a tal posição. Teoricamente se fundamenta em Aristóteles e nos autores estóicos para explicar o governo civil, e, como não podia deixar de ser, busca elementos na Bíblia para compreender o poder eclesiástico. Contudo, o Direito também é uma fonte usada em sua obra. DE BONI enfatiza que o autor conhecia o pensamento jurídico de sua época e que foi o primeiro teólogo que incorporou algumas teorias jurídicas, há mais tempo existentes, sobre a soberania do Concílio no governo da Igreja (2003, p. 171).

O autor francês faz três observações: a primeira é sobre a origem e intuito do poder civil e eclesiástico; a segunda, exclui a ideia de governo universal, pois o poder civil só aparece, quando há poder de coerção adaptada a cada povo em relação a seus usos e costumes. E por fim, ele insere algumas concepções aristotélicas-tomistas à Igreja, desenvolvendo um poder organizado de bases fortes, que terá como objetivo o bem comum, em que todos possam compartilhar do poder e com isso democratizar a instituição eclesiástica. É visível, portanto, a sua intenção em separar poder real do poder eclesiástico, antecedendo bastante os tempos modernos.

João de Paris resgata a influência de Aristóteles, renovada por Santo Tomás de Aquino, que o homem é um animal político. Porém, o homem não vive sozinho; é necessário que o mesmo viva em cidades, reinos, forme uma comunidade, em que as pessoas busquem seus interesses. Tal comunidade ele chamará de *multidão perfeita.* Tal construção exigia esforço e argumentação. Os que a aceitavam, ligavam-se por leis gerais e vinculadas à vida comum. Essas leis eram humanas e não decorrentes de um direito natural, e, segundo DE BONI, era, na terminologia medieval, amparada no *direito das gentes.* (2003, p. 172) [14]. Assim expressa João de Paris:

E como os homens, pela comunidade de palavras, não conseguiam passar da vida animal para a vida comum correspondente à sua natureza (…), então, alguns homens, que faziam maior uso da razão e sofriam sob a falta de rumo de seus semelhantes, empreenderam a obra de, através de argumentos persuasivos, convencer os demais a partir para uma vida comum ordenada, sob a direção de um único chefe, conforme narra Cícero. Os que concordaram, foram ligados por certas leis relativas à vida comum, que aqui são chamadas direito das gentes. (apud DE BONI, 2003, p. 172).

Segundo DE BONI, para o autor parisiense, apesar de a política não ser o fim último do homem, ainda assim é possível que o agir social possua uma finalidade própria que não seja de figurar como um meio para a salvação. Em outras palavras, a vida política não existe em função de um outro fim e é possível viver com virtude na cidade (2003, p. 174):

Viver segundo a virtude, que é a finalidade da *polis* conforme Aristóteles, não implica, de modo algum, o atrelamento do poder político ao religioso, como se coubesse a alguma autoridade fora e acima do Estado – e da constituição racional deste – indicar o que é a virtude. O Estado é uma construção da natureza racional do homem e, como tal, pode ser pensado e realizado com o empenho único e exclusivo da razão. Quidort observa com precisão a respeito que "as virtudes morais podem ser perfeitamente adquiridas sem as teologias, e não são aperfeiçoadas por estas a não ser de modo acidental (…). Portanto, também sem a direção de Cristo pode haver a justiça verdadeira e perfeita que se requer para o reino, pois o reino ordena-se a viver segundo a virtude moral adquirida." (c. XVIII *ad 27*). (DE BONI, 2003, p. 174)

Assim, o autor francês entende que o Estado possui um fim em si mesmo (influência tomista), sendo que era possível uma autoridade civil, cuja função era ampla, ocupando-se com as coisas terrenas, inclusive de julgá-las, despreocupada com os preceitos religiosos e que não se fundamentava na instituição divina. Como bem expressa PIEREZAN:

Segundo Joahnnes Quidort, qualquer reino poderia alcançar a virtude máxima e a finalidade natural a que foi destinado: proporcionar aos súditos o viver segundo a

virtude e a moral que lhe são próprias. Tal máxima considera essas virtudes independentes do beneplácito da Igreja e dos poderes sobrenaturais. …

Nesse sentido, a legitimidade do reino está garantida por um princípio de origem, já que advém da natureza e da razão humanas. Essa característica do argumento propõe que o reino, dessa forma, dependa única e exclusivamente dos indivíduos, em face de uma moral natural. … O que até então se concebia como hierocracia, não entra na lógica do pensamento político de Quidort, pois o reino necessita tão somente da virtude moral e natural do sábio rei para distinguir o que deve ser mantido e rejeitado. (2008, p. 192)

Tal postura abre caminho à laicização dos séculos seguintes. Contudo, o homem não só se ordena para o bem que pode ser adquirido normalmente, mas também se guia para um fim transcendental, sobrenatural, que é a vida eterna. Porém, o responsável por tal fim é Jesus Cristo, sendo que, da mesma forma que Tomás de Aquino [15] o Papa era mero ministro, nunca um rei (DE BONI, 2003, p. 181/182).

Logo, João de Paris separa totalmente as esferas de poder, como ele próprio diz no capítulo V do *De Regia Potestate et Papali*:

"Assim, pois, o poder secular é superior ao espiritual em algumas coisas, isto é, nas coisas temporais, e neste assunto não se encontra sujeito em nada ao espiritual, pois não procede dele, mas ambos provêm imediatamente de um só poder supremo, que é divino, e por isto o poder inferior não está sujeito ao superior em todas as coisas, mas apenas naquelas em que o poder supremo o colocou sob o superior." (apud DE BONI, 2003, p. 187).

Contudo, DE BONI alerta para um fato importante, que o diferencia de seu mestre: João de Paris não equaciona os dois poderes dentro de uma mesma cristandade, mas busca "*situá-los em duas instituições diferentes, independentes e correlatas*". O Estado agora se torna mundano, apesar de Deus ser o princípio remoto do poder real (2003, p. 188; LIMA, 2006, p. 143). E esse poder político não vem pela via *descendente*, ou seja, de Deus diretamente aos detentores do poder e destes aos seus ministros e delegatários. Ao contrário, a visão de João de Paris é *ascendente*, ou seja, de que o poder vem de Deus para o povo e deste ao monarca ou à família da qual este sairá (LIMA, 2006, p. 144).

Tal posição configura um prenúncio da participação popular. Os membros da comunidade seriam responsáveis pela eleição do seu governante, cuja responsabilidade será, sempre, a procura, ou a busca pelo *bem comum*. Este bem, para João de Paris, não se equivalia ao bem particular do dirigente eleito, mas sim um bem ético, adequado à *multidão perfeita*, que atrairá e orientará a atividade dos membros da comunidade política e evitará que esta se dissolva por interesses egoísticos particulares. [16]

Uma questão também importante na obra de João de Paris e que o difere de seu mestre é a preocupação com o homem como indivíduo inserido na sociedade. Esse homem é o *homem econômico*, que irá organizar o Estado (Reino). Neste haverá uma divergência de interesses, que só se mantém graças à força da autoridade. A perspectiva individual, que irá surgir mais tarde com todo fôlego, já se faz presente na obra do dominicano. [17]

Esse pretenso individualismo influencia a concepção de sociedade para João de Paris. Esta não é uma unidade superior e diferente do conjunto dos indivíduos. Ela é a soma de seus componentes, que delegaram a uma autoridade a prerrogativa de lhes governar.

Outra perspectiva da obra de João de Paris é o fato de que a sociedade é formada por um *pacto*. Tal pacto possui vínculo com ideias estóicas, sendo diverso do que será tratado na modernidade, inclusive por Rousseau. [18] Mas Quidort já indicava que a aquisição de bens e a proteção da propriedade constituem o motivo pelo qual *"foi instituído pelo povo um príncipe, que como juiz preside nesses casos, discernindo entre o justo e o injusto, punindo a apropriação indébita' (c. VIII)"* (DE BONI, 2003, p. 173).

Em suma, a obra de João de Paris não ousou, em nenhum momento, suprimir o poder eclesiástico, mas procurou encontrar um equilíbrio entre os dois poderes em conflito, aparando os erros das demais teorias: o erro daqueles que exaltavam em demasia a autoridade universal e hierocrática e o erro dos que propunham como fim único e verdadeiro o poder do rei (PIEREZAN, 2008, p. 8).

Ela surgiu justamente no momento de maior combate à hierocracia, na qual o dominicano adaptou as teorias políticas à nova realidade ao dizer que o poder régio é legítimo e apto, inclusive, para solicitar a deposição do Papa.

5. Marsílio de Pádua e o *Defensor da Paz*

Marcílio Mainardini, ou Marcílio de Pádua (em razão da cidade italiana), foi um filósofo medieval cujas ideias foram muito importantes para a construção dos poderes régios. Certamente tomou conhecimento da obra de João de Paris, pois, da mesma forma que o antecessor, ele foi reitor da Universidade de Paris (1312-1313). Sua obra mais importante foi o *Defensor da Paz*, feita em 1324. [19] Posteriormente, por volta de 1340, escreveu o *Defensor Minor*.

O contexto histórico da época ainda era o embate sobre quem teria a plenitude do poder (*plenitudo potestatis*). Os atores, contudo, eram distintos. Agora, o confronto era entre o Papa João XXII e Luiz (ou Ludovico) da Baviera, ou seja, entre o Papado e o Santo Império Romano Germânico.

Marcílio, como os demais de sua época, não é um pensador moderno, pois ainda está vinculado às tradições cristãs. Porém, é um crítico da Igreja, tendo se refugiado na Corte do Imperador Luis da Baviera.

Apesar de não ser original, a obra de Marcílio representa um protesto contra a pretensão do Papa de obter a plenitude do poder. Para tanto, buscou forte suporte em Aristóteles e Cícero. [20]

Contudo, a inovação trazida por Marcílio começa quando o mesmo alega que a *paz*, entendida aqui como a ausência de conflito no interior da sociedade civil [21], é constantemente ameaçada pela pretensão papal à plenitude do poder:

"Daí ser necessário desmascarar o sofisma que existe por detrás daquela causa já mencionada [**a plenitude do poder pontifícia**], única em sua espécie, geradora das disputas que ameaçam todas as comunidades e reinos com prejuízos incomensuráveis.Qualquer pessoa tem a obrigação de saber que a utilidade e o bem comum são necessidades indispensáveis a todos, e por isso, a sociedade em geral deve ter um cuidado e solicitude diligentes para consegui-los. Assim sendo, se este sofisma não for desmascarado, essa peste com seus efeitos perniciosos não serão evitados e tampouco extirpados de todos os reinos ou sociedades civis." *DP, I, I, 4,* p.70 e 71 (TÔRRES, 2003, p. 09)

Apesar da paz não ser o fim último da atividade política, ela é de grande importância para a construção de uma vida fundada no "bem viver" [22], que ocorrerá na cidade, na dimensão terrestre. Marcílio sustenta que o bom governo e a "suficiência da vida" são os "frutos da paz e da tranquilidade." (apud SKINNER, 1996, p. 77). E TÔRRES, com amparo em MAIRET, afirma que a finalidade única da *civitas* "*é prover necessidades materiais e trocar mutuamente os bens capazes de satisfazê-las.*" (2003, p. 16).

Marcílio entende que há uma inclinação da natureza do homem e o Estado é naturalmente necessário, sendo que, a partir da união do homem e da mulher, inicialmente na formação do lar, chegaremos à constituição de uma sociedade politicamente organizada e vivendo em uma cidade. Nela, restará configurará a "vida perfeita". Ou seja, há a evolução de uma estrutura mais simples para uma mais complexa e perfeita. [23] Como bem assinala VILANI, essa comunidade civil representa uma totalidade orgânica, composta de dimensões físicas e éticas, que são necessárias para uma vida organizada e plena de virtude (2000, p. 47;48).

Essa vida em sociedade, portanto, não possui conteúdo teológico. Contudo, como não poderia ser diferente em razão do contexto histórico no qual estava inserido, o autor também não desconhece que Deus é a causa remota de todo poder. Mas, como adverte VILANI, Deus não interfere na esfera temporal, *"deixando a razão humana decidir sobre como o organizar a vida coletiva"* (2000, p. 48). Salvação eterna é assunto espiritual, a ser tratado pela Igreja. Essa orientação não era nova. Mas para o paduano, a perfeição era alcançada em uma cidade.

Na cidade, os indivíduos procuram exercer alguma atividade que lhes proporciona viver bem. Mas essas funções não são exercidas isoladamente. Elas se

integram num único corpo, o político (BARBALHO, 2008, p. 72). A sociedade é composta por seis partes que estão organicamente unidas ao todo da cidade. São elas:

"… a agricultura, destinada a "produzir e manter as ações nutritivas"; o artesanato, responsável pela adaptação do homem ao mundo e a criação de melhores condições de existência; a parte judicial ou conciliativa, encarregada de "regular os excessos dos atos produzidos pela inteligência e vontade"; o exército, responsável pela segurança externa e a ordem interna; a financista, encarregada de administração das riquezas, a provisão das necessidades futuras e o gerenciamento das atividades internas; e, por último, o clero: embora sua existência não corresponda a nenhuma necessidade vital neste mundo, tem uma utilidade moral na medida em que infunde a idéia de que Deus "atribuirá um prêmio aos bons e um castigo aos maus". (AMES, 2003, p. 3).

Marsílio mantém o clero inserido na sua idéia de Estado. Afinal, os cidadãos são fiéis. Mesmo que todos os fins perseguidos pelo Estado sejam mundanos, não se pode deixar de se preocupar com os seus membros. O agir reto, a "saúde" das suas almas, coincide com o agir adequado neste mundo.

A paz e tranquilidade, contudo, são mantidas pela observância das leis humanas, que irá prever o que justo ou injusto, útil ou não. Descumprida, deve-se exigir a aplicação do poder coercitivo. Marcílio não desconhece nem descarta a lei divina, contudo, entende que a mesma não trata de assuntos humanos e temporais, mas buscam apenas orientar a vida das pessoas para garantir a vida eterna. Somente a lei humana pode regrar a vida na esfera secular, incluindo a previsão de sanções:

No entanto, a lei considerada propriamente é um preceito coercitivo permitindo ou proibindo fazer determinadas ações e com a capacidade de infligir um castigo aos seus transgressores. A Lei Divina é um preceito coercitivo estabelecido imediatamente por Deus, sem nenhuma participação humana, com o propósito de levar as criaturas humanas a alcançar o fim último da vida futura e capaz de infligir um castigo aos seus transgressores apenas na outra vida, não nesta. Ao contrário, a lei humana é um preceito coercitivo, procedente de modo imediato da vontade ou decisão humana, com o propósito de se alcançar um objetivo neste mundo, cujos infratores serão castigados aqui na terra somente. (DM,XIII,3, p.:87) (apud TÔRRES, 2003, p. 21)

JOSÉ OLIVEIRA BARBALHO, em tese de doutorado sobre a obra de Marcílio, traz as seguintes considerações:

Posto que a comunidade política é uma sociedade humana legalmente organizada, o estudo da lei é indispensável à sua compreensão. As leis humanas são fundamentais na estruturação da *civitas*. Elas tratam do justo ou do útil, e do injusto ou do nocivo à comunidade dos cidadãos. A partir dela, efetua-se o julgamento dos atos humanos. Se o cidadão age corretamente neste mundo, é porque ele não se opôs às leis da vida

presente, da *civitas*. O bom cidadão, igualmente o governante, "(...) não pode agir arbitrariamente e à margem das leis ao julgar ou fazer outras coisas"

As obrigações e costumes religiosos que ele assume para conquistar a vida depois da morte não definem o que é justo para comunidade perfeita. Ele pode pensar equivocadamente que o indivíduo correto é aquele que segue os mandamentos de Deus, mas a verdade é que no interior do corpo político o justo é aquele que, distanciando-se de seus sentimentos egoístas, segue as determinações da comunidade política referente ao viver bem neste mundo. Essas determinações ordenam ou proíbem fazer certas coisas. Se alguém não as obedece é punido. Constituem um tipo de regra que "(...) deve estar isenta de qualquer motivo perverso, pois não é elaborada para favorecer a um amigo ou prejudicar a um inimigo, mas para ter uma aplicação universal, quer dizer, a todo cidadão que age bem ou mal". (2008, p. 76)

Marcílio, inclusive, legitima a tributação dos clérigos, pois "*os tributos são necessários para garantir muitos benefícios à comunidade*" (BARBALHO, 2008, p. 81).

Como bem reconhece WOLKMER, a perspectiva adotada por pelo patavino o revela como um "*precursor da moderna concepção de secularização e positivação do Direito, fundado no poder político e não na vontade de uma pessoa*" (2005, p. 28). Nota-se, portanto, na obra de Marcílio, que o poder político não possui qualquer vinculação ou influência eclesiástica. Era sua intenção excluir realmente qualquer pretensão papal de atuação na ordem política.

Mas quem terá legitimidade para criar esta lei humana? Para Marcílio, toda autoridade política está no povo, sendo o governante mero depositário:

O supremo legislador humano, desde a época de Cristo, e talvez mesmo há algum tempo antes, até hoje, é e deve ser o conjunto de todos os homens ou sua parte mais relevante em cada uma das regiões e províncias, os quais têm de estar subordinados aos preceitos coercitivos da lei (*Defensor Minor*, Cap. XII). (Apud VILANI, 2000, p. 49)

Logicamente, "povo", no contexto, não possuía o sentido moderno e atual, mas representava o conjunto de cidadãos, cristãos ou não, leigos ou sacerdotes, excluindo-se as mulheres, os servos e escravos. Assim, o ordenamento do corpo social é resultante da ação conjunta do povo (*universitas civium*) ou de sua parte mais relevante (*valentiors pars*). A lei nasce, assim, do consenso e irá reger a comunidade. Segundo VILANI:

Para o pensador patavino é no povo que reside a garantia da paz civil e da comunidade perfeita. A cidade deve sua existência à dinâmica da natureza, mas quem dá vida a esse

corpo natural é a vontade popular. Ela decide quem governa e quais são as leis que estabelecem as regras da conduta social. (2000, p. 50)

Entretanto, quem irá aplicar a lei será o governante eleito. É importante enfatizar que há não só uma nítida separação entre a função legislativa e a executiva, como uma superioridade da primeira sobre a segunda. Isso porque o governante, além de indicado, é limitado na sua atividade, cabendo apenas aplicar a lei. O príncipe de Marcílio não é um tirano ou déspota. Possui o mesmo um papel instrumental.

Marcílio também adverte que o povo apenas *delega* o poder; ele não *transfere* o direito ao exercício de sua soberania para o princípio ou regente. A autoridade última permanece nas mãos do povo, que irá controlar o governante, podendo destituí-lo se este não observar a lei e agir com excesso de poderes (SKINNER, 1996, p. 83 e 84).

Assim, a legitimidade do regente está no consenso, e seu poder é limitado pela lei criada pelo supremo legislador humano. Não será a eventual virtude que fará determinada pessoa ser um príncipe. Ele pode ter todas as características e predicados para ser um governante perfeito, mas deverá, para ter autoridade, ser eleito (AMES, 2003, p. 5).

Cumpre ainda dizer que Marcílio não desconsidera o sacerdócio, pois este é um ofício de grande utilidade que não pode desaparecer na vida dos cidadãos. Afinal, mesmo antes de Cristo, as outras religiões orientavam os seus sacerdotes, cidadãos de boa reputação, a buscarem a tranqüilidade. Contudo, é uma classe que compõe e está submetida ao Estado. Como frisa VILANI, *"todos os assuntos que dizem respeito à vida social, inclusive os morais e religiosos, devem situar-se dentro da esfera de controle do Estado."* (2000, p. 53).

A própria Igreja perde sua força, pois o autor italiano nega autoridade ao papa – pois não havia hierarquia entre os apóstolos de Cristo - e a entende como uma comunidade de fiéis (*universitas fidelium*), fazendo um paralelo com comunidade de cidadãos (*universitas civium*).[24]

Marcílio acaba tendo uma concepção monolítica do poder. Ao estruturar suas ideias dentro de uma visão organicista aristotélica, finda por qualquer divisão ou diferença de jurisdição. Ele não admitia a interferência da Igreja nos assuntos temporais – até porque, segundo o autor, esta era uma das causas de intranquilidade – mas o Imperador seria a única autoridade, mandante de todas as leis e ministro de Deus.

VILANI conclui que Marsílio, apesar de propor novas ideias para os problemas de seu tempo, ainda está atrelado a algumas concepções medievais. Ele não nega a cristandade nem a plenitude do poder, que seria posta na pessoa do Imperador. A comunidade seria dirigida por *"um príncipe cristão, com plenitude do poder, agindo por delegação do 'legislador humano'. O governante era, ao mesmo tempo, mandatário do povo e ministro de Deus sobre a terra."* (VILANI, 2000, p. 54 e 55).

Sua obra não contempla uma sociedade não cristã, ou governada por um príncipe não cristão e nem uma sociedade pluralista e com liberdade civil, já inicialmente idealizada

por seu contemporâneo, Guilherme de Ockham. Mas, de qualquer forma, ela é bastante relevante, pois, como bem sintetiza SIMONE GOYARD-FABRE *"o reconhecimento de uma ordem sociopolítica independente da ordem eclesiástica abria, assim, caminho para a concepção do Estado moderno, cuja soberania logo será apresentada como 'forma' ou a 'essência'"* (2002, p. 9). [25]

6. Conclusão

Como restou visto no trabalho, o estudo do pensamento medieval possui grande importância e mostra como a Idade Moderna foi influenciada por ideias surgidas na Baixa Idade Média. Conceitos como lei, soberania popular, liberdade, propriedade, governo, foram tratados por teóricos que não eram desconhecidos para autores como Hobbes, Locke e Grotius (DE BONI, 2003, p. 12).

Esse grande movimento de mudança não partiu de revoltas ou revoluções, mas a partir de lentas percepções que alteraram as ações e as ideias do homem medieval. Este começou a defender um sentimento de comunidade política em torno de interesses comuns e mundanos, reconhecendo que sua existência na terra fazia sentido e que nela ele poderia alcançar a felicidade. Aos poucos, a perspectiva teológica deixa de guiar os passos do homem na terra, fazendo com que apareça o humanismo antropocêntrico, que, mais tarde, vingará no individualismo.

As ideias de João de Paris e Marcílio de Pádua foram de grande importância, na medida em que combateram a pretensão do papa à plenitude do poder. Na construção de suas teorias, resgatam algumas ideias clássicas, especialmente de Aristóteles e Cícero, e as incorporam ao contexto cristão, fomentando, assim, o surgimento do Estado Moderno - em especial a superação e influência da Igreja no Estado - permitindo que o mesmo tenha um governo eleito pelo povo, e não imposto por uma autoridade que se diz divina.

7. Bibliografia

AMES, José Luiz. Estado e Governo no pensamento de Marsílio de Pádua: raízes medievais de uma teoria moderna. in **Revista Ética & Filosofia Política,** Volume 6, Número 2, Novembro/2003. http://www.eticaefilosofia.ufjf.br/6_2_joseluiz.htm.

BARBALHO, José de Oliveira. **O sacerdote e a cidade.** Tese (Doutorado em Filosofia) 141. fl. 2008. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1640

BONIFÁCIO VIII – *Bula Unam Sanctam*. Montfort Associação Cultural. http://www.pem.ifcs.ufrj.br/ConceitoImperio.pdf

GARCIA, Talita Cristina. **A paz como finalidade do poder civil: o *Defensor Pacis* de Marcílio de Pádua (1324).** Dissertação (Mestrado em História) 144 fl. 2008. Universidade de São Paulo, São Paulo. http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-07012009-163308

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno.** Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KRITSCH, Raquel. **Soberania: a construção de um conceito**. São Paulo: Humanitas/Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2002.

LIMA, João Jivaldo. **Da Política à Ética: O Itinerário de Santo Tomás de Aquino.** 2005, Tese, 266 fl. (Doutorado em Filosofia). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. http://www.cipedya.com/web/FileDetails.aspx?IDFile=151080

LIMA, José Jivaldo. O poder temporal em João Quidort. **Dissertatio n° 24**. Universidade Federal de Pelotas, verão de 2006, p. 136. http://ich.ufpel.edu.br/depfil/filesdis/dissertatio24.pdf

LOPES, Dawisson Belém. Da cruz às espadas. A autoridade política no pensamento medieval ocidental. **Revista Estudos Hum(e)anos.** IUPERJ. Volume 0, número 0, Agosto de 2008. http://www.estudoshumeanos.com/publicacoes_estudos.html.

MARQUES, Mário Reis. **História do Direito Português Medieval e Moderno.** 2.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MIETHKE, Jürgen. João Quidort de Paris: *De Regia Potestate et Papali.* Ocasião e caráter de um escrito polêmico. in **A Cidade dos Homens e a Cidade de Deus.** Org. Ernildo Stein. Porto Alegre: EST Edições, 2007, p. 123/132.

NUNES, Rosa Dionízio. **Das relações da Igreja com o Estado.** Coimbra: Almedina, 2005.

PAVANI, Sérgio Augusto Zampol. **Estado e processo civilizatório.** São Paulo: MP Editora, 2009.

PIEREZAN, Alexandre. ***De Regia Potestate et Papali.* O equilíbrio de poderes segundo Johannes Quidort (1270?-1306).** 2008. 233 fl. Tese (Doutorado em História). Universidade Federal Fluminense, Niterói, Rio de Janeiro. http://www.historia.uff.br/stricto/teses/Tese-2008_PIEREZAN_Alexandre-S.pdf.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno.** Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. 5ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

STREFLING, Sérgio Ricardo. A disputa entre o Papa Bonifácio VIII e o Rei Filipe IV no final do século XIII. **Teocomunicações**, vol. 37, n. 157, set. 2007. Porto Alegre, p. 409/419.http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/teo/article/viewFile/2721/2069.

STREFLING, Sérgio Ricardo. O desmantelamento do poder papal na eclesiologia de Marcílio de Pádua. in **A Cidade dos Homens e a Cidade de Deus.** Org. Ernildo Stein. Porto Alegre: EST Edições, 2007, p. 166/173.

TARNAS, Richard. **A epopéia do pensamento ocidental: para compreender as idéias que moldaram nossa visão de mundo**. Tradução Beatriz Sidou. 7.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005

TÔRRES, Moisés Romanazzi. A Filosofia Política de Marsílio de Pádua: Os Novos Conceitos de *Pax*, de *Civitas* e de *Lex*. **Mirabilia - Revista Eletrônica de História Antiga e Medieval**, vol. 3. Dezembro de 2003. http://www.revistamirabilia.com/Numeros/Num3/artigos/art9.htm.

TORRES, Ricardo Lobo. **A idéia de liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal.** Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VILANI, Maria Cristina Seixas. **Origens medievais da democracia moderna.** Belo Horizonte: Inédita, 2000.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes.

WOLKMER, Antônio Carlos. O Direito como parte da ordem divina: Justiniano, Santo Tomás de Aquino e Marcílio de Pádua. in **Fundamentos do humanismo jurídico do ocidente.** Org. Antônio Carlos Wolkmer. São Paulo: Manole, Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2005.

---

[1] É referência sobre o tema a obra de Quentin Skinner, denominada **As fundações do pensamento político moderno.** Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. 5ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. Para uma abordagem que envolva a discussão da soberania, conferir: KRITSCH, Raquel. **Soberania: a construção de um conceito**. São Paulo: Humanitas/Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2002.

[2] Nessa época, até o século XVIII, teremos o Estado Patrimonial. Este possui duas características principais: primeiro, a de se fundar nas rendas patrimoniais ou dominiais do príncipe; segundo, a total confusão da esfera pública com a privada. Sobre o tema, conferir TORRES, Ricardo Lobo. **A idéia de liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal.** Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

[3] Segundo Martin Van Creveld, no período da Alta Idade Média, especialmente na época do Império Carolíngio, *"a Igreja herdara a língua do Império Romano ocidental bem como muitas de suas tradições jurídicas e políticas. Durante séculos, exerceu um monopólio quase total sobre a educação, o que tornava seus serviços indispensáveis para qualquer governante secular cujos territórios fossem vastos e que desejasse transformá-lo em algo mais do que mero domínio ou feudo."* (**Ascensão e declínio do Estado**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 84)

[4] Ernst Cassirer aponta, contudo, as diferenças da teoria de Santo Agostinho e de Platão, especialmente na concepção do Estado (**O mito do Estado.** Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Conex, 2003, p. 103/123; 134/144)

[5] Conferir, também, VILANI, Maria Cristina Seixas. **Origens medievais da democracia moderna.** Belo Horizonte: Inédita, 2000, p. 30/35.

[6] Richard Tarnas consigna o seguinte: *"a visão decisiva de Agostinho em relação à natureza humana teve um corolário em sua avaliação da história secular. Como bispo influente em sua época, no final da vida Agostinho foi dominado por duas preocurações urgentes: de um lado, a preservação da unidade da Igreja e da uniformidade doutrinária em relação à influência entrópica dos diversos grandes movimentos heréticos; de outro, o embate histórico da queda do Império Romano sob as invasões bárbaras. Diante do império que desmoronava e o aparente fim da própria civilização, Agostinho não via grandes possibilidades de algum genuíno progresso histórico neste mundo. Nos males, crueldades, guerras e assassinatos manifestos, na cobiça, arrogância, licenciosidade, vícios, ignorância e sofrimentos que todos os seres humanos estavam obrigados a sentir, ele via a demonstração da força absoluta e permanente do Pecado Original, que fazia desta vida um tormento, um inferno na Terra, do qual Cristo poderia salvar o Homem. Agostinho respondeu à grande crítica dos pagãos romanos sobreviventes à religião cristã, de que a cristandade teria solapado a integridade do poder imperial romano e assim aberto caminho para o triunfo bárbaro, com um diferente conjunto de valores e diferente visão da História: todo o progresso verdadeiro era necessariamente espiritual e transcendia este mundo e seu destino negativo. O importante para o bem-estar do Homem não era o império secular, mas a Igreja Católica. A divina Providência e a salvação espiritual eram os fatores fundamentais na existência humana, o que reduzia o significado da história secular, com seus valores efêmeros e seu progresso flutuante e em geral negativo."* (**A epopéia do pensamento ocidental: para compreender as idéias que moldaram nossa visão de mundo**. Tradução Beatriz Sidou. 7.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 167/168).

[7] Conferir também VILANI, **ob. cit.** p. 35/36.

[8] Sobre o tema verificar também VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, p. 181/198; WOLKMER, Antônio Carlos. O Direito como parte da ordem divina: Justiniano, Santo Tomás de Aquino e Marcílio de Pádua. in **Fundamentos do humanismo jurídico do ocidente.** Org. Antônio Carlos Wolkmer. São Paulo: Manole, Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2005, p. 22/27;

[9] João Jivaldo Lima possui a mesma conclusão: *Na senda de Agostinho, Tomás coloca na sociedade humana a necessidade de encontrar a paz, não a paz humana, mas a que advém da amizade do homem com Deus, o que está muito além das perspectivas previstas por Aristóteles, para quem os horizontes das relações humanas não vão além dos limites da pólis.* [**Da Política à Ética: O Itinerário de Santo Tomás de Aquino.** 2005, Tese, 266 fl. (Doutorado em Filosofia). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 250].

[10] Sobre o autor e sua obra, conferir tese de doutorado em História de Alexandre Pierezan, com o título ***De Regia Potestate et Papali.* O equilíbrio de poderes segundo Johannes Quidort (1270?-1306).** 2008. 233 fl. Tese (Doutorado em História). Universidade Federal Fluminense, Niterói, Rio de Janeiro. http://www.historia.uff.br/stricto/teses/Tese-2008_PIEREZAN_Alexandre-S.pdf, acesso em 17 de julho de 2009; MIETHKE, Jürgen. João Quidort de Paris: *De Regia Potestate et Papali.* Ocasião e caráter de um escrito polêmico. in **A Cidade dos Homens e a Cidade de Deus.** Org. Ernildo Stein. Porto Alegre: EST Edições, 2007, p. 123/132.

[11] Conferir DE BONI, Luis Alberto. **De Aberlardo a Lutero. Estudos sobre filosofia prática da Idade Média.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 164.

[12] Sobre o embate entre o papa e o rei, conferir STREFLING, Sérgio Ricardo. A disputa entre o Papa Bonifácio VIII e o Rei Filipe IV no final do século XIII. **Teocomunicações**, vol. 37, n. 157, set. 2007. Porto Alegre, p. 409/419. http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/teo/article/viewFile/2721/2069, acesso em 15 de julho de 2009.

[13] Papa Bonifácio VIII – *Bula Unam Sanctam*. Montfort Associação Cultural.

[14] Também nesse sentido: *"Em suma, o frade parisiense tem que o princípio de sua 'multidão perfeita' é a natureza comum aos homens, sua causa eficiente principal é a vontade positiva daqueles que persuadiram os demais a se associarem; a causa eficiente instrumental é a persuasão efetivada nos primórdios da história; a causa material são os próprios indivíduos consorciados; a causa formal é a vontade permanente de assim permanecerem e se darem leis e a causa final é o bem comum da sua 'cidade'*. (LIMA, José Jivaldo. O poder temporal em João Quidort. **Dissertatio n° 24**. Universidade Federal de Pelotas, verão de 2006, p. 136. http://ich.ufpel.edu.br/depfil/filesdis/dissertatio24.pdf, acesso em 19 de julho de 2009.)

[15] Conferir o seguinte trecho da tese de doutorado de João Jivaldo Lima, orientada pelo Prof. Dr. Luis Alberto de Boni:

Por conseguinte, na visão tomasiana, a distinção quanto à dignidade dos dois poderes não advém de uma relação causal entre ambos, o temporal advindo do espiritual ou inversamente. Na concepção do Angélico, o poder papal não é causa instituidora do poder secular, aliás — por conseqüência — o poder papal não institui qualquer outro poder, mesmo o poder espiritual, o papa apenas exerce o poder sacerdotal em grau máximo, o qual foi instituído por Jesus Cristo e não por ele, quer dizer, não foi o primeiro Papa, o Apóstolo Pedro, que instituiu os demais Apóstolos e lhes deu poderes e enviou-os a pregar. O Papa não chega até mesmo a ser o intermediário na distribuição do poder e da jurisdição espiritual para os demais bispos, mas apenas o ministro para dirigir a Igreja. O meio é o Sacramento da Ordem, que todos os bispos, inclusive o Romano Pontífice, o possuem em plenitude, no entanto, o poder sacramental vem diretamente de Cristo e não lhes outorga, por isso, algum poder temporal.

A argumentação de Santo Tomás de Aquino se constitui, pois, na superação da aporia entre Hierocracia e Teocracia Régia sem fazer concessões comprometedoras a uma ou a outra tendência político-religiosa de sua época, cujas origens e extensões transcendem o seu tempo. O Aquinate é consciente disso e enceta esse caminho por

opção, coerente aos seus postulados cristãos, filosóficos e políticos hauridos nas já referidas fontes disponíveis então. E não poderia se de outro modo para este frade dominicano, aluno de Alberto Magno, leitor dos Padres da Igreja e de Aristóteles e de espírito independente. (LIMA, **ob. cit.** 2005, p. 253/254)

[16] *João Quidort entende que – positivamente - a competência do potentado secular é guiar os súditos ao bem comum, discernindo o justo do injusto, legislando sobre o que convém ao reino, possibilitando a prática das virtudes, estipulando os devidos impostos89, punindo os roubos ou furtos, legislando sobre os bens dos cidadãos, depondo acidentalmente o soberano pontífice em caso de necessidade. E negativamente "removendo os impedimentos que se opõem no caminho do fim (...)".*

Em suma, o "bem comum" intramundano no tratado Sobre o Poder Régio e Papal é a causa final do poder secular - com o que concorda o Aquinate -, mas já não é um bem formalmente de toda a "multidão perfeita", é um bem que se identifica com a soma dos bens particulares dos pactuados - o que não podemos afirmar do Angélico sem contradizer seu pensamento." (LIMA, **ob.cit.** 2006, p. 153/154)

[17] Conferir LIMA, **ob. cit.** 2006, p. 148/151, em que o autor comenta a relação de bem particular e bem público.

[18] Conferir LIMA, **ob. cit.** 2006, p. 139/142.

[19] Há alguns autores, como WOLKMER, que dizem que tal obra foi escrita com a colaboração de Juan de Jandún. (**ob.cit.**, p. 27).

[20] Para JOSÉ LUIZ AMES, o paduano buscou "suavizar" o naturalismo aristotélico, tendo admitido o impulso natural até o Estado, mas se omitindo sobre sua existência por natureza (Estado e Governo no pensamento de Marsílio de Pádua: raízes medievais de uma teoria moderna. in **Revista Ética & Filosofia Política,** Volume 6, Número 2, Novembro/2003. http://www.eticaefilosofia.ufjf.br/6_2_joseluiz.htm, acesso em 20 de julho de 2009.)

[21] "*Em Marsílio o conceito de paz (pax) integra-se com o de cidade (civitas), uma vez que a primeira é simultaneamente instrumento e condição da vida suficiente fundada sobre o "bem viver", ou seja, instrumento e condição do estado de saúde da civitas."* (TÔRRES, Moisés Romanazzi. A Filosofia Política de Marsílio de Pádua: Os Novos Conceitos de *Pax*, de *Civitas* e de *Lex*. **Mirabilia - Revista Eletrônica de História Antiga e Medieval**, vol. 3. Dezembro de 2003. http://www.revistamirabilia.com/Numeros/Num3/artigos/art9.htm, acesso em 19 de julho de 2009).

[22] "*Todo reino deve buscar a tranqüilidade, pois ela proporciona o desenvolvimento da população e salvaguarda o interesse das nações. De fato, a paz é a causa total da beleza, das artes e das ciências. É ela que, multiplicando a raça dos mortais, mediante uma sucessão regenerada, aperfeiçoa as possibilidades e cultiva os costumes, sugerindo-nos a idéia de que o ignorante desconhece tais bens porque jamais os procurou.' (CASSIODORO, VARIAE,I,1,MGH,AA,XII,10. Apud MARSÍLIO DE PÁDUA, DP, I,I,1,p.67*" (TÔRRES, **ob. cit.**, p. 8).

[23] “A vida civil perfeita só se realiza na Cidade, comunidade natural e auto-suficiente que serve à finalidade humana do ‘bem viver’. (VILANI, **ob. cit.** p. 47)

[24] Sobre as críticas de Marcílio à Igreja e à hierocracia, conferir STREFLING, Sérgio Ricardo. O desmantelamento do poder papal na eclesiologia de Marcílio de Pádua. in **A Cidade dos Homens e a Cidade de Deus.** Org. Ernildo Stein. Porto Alegre: EST Edições, 2007, p. 166/173.

[25] SKINNER também assinala que *“a doutrina da soberania popular assim desenvolvida por Marsílio e Bartolo estava fadada a representar papel de destaque na constituição das versões mais radicais do constitucionalismo de inícios dos tempos modernos.”* (**ob. cit.** p. 85)

RUDOLPH STAMMLER E A INTEGRAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA*

RUDOLPH STAMMLER AND THE INTEGRATION BETWEEN LAW AND ECONOMY

Lucas Noura de Moraes Rêgo Guimarães

RESUMO

Desde o século XVIII economistas, juristas e filósofos se debruçam sobre as relações entre Direito e Economia. Uma das visões acerca deste diálogo reside no pensamento de Rudolph Stammler, jurista alemão que, em 1929, escreveu obra onde rechaça o materialismo histórico e traz a idéia de monismo social. Pelo monismo social, Direito e Economia tratam de uma só coisa, cujo objeto de estudo deve ser o homem, enquanto ser social que, sob uma regulação, coopera com outros homens para a satisfação de suas necessidades. Assim, o Direito seria a forma da vida social – regulação exterior, não necessariamente jurídica – e a Economia seria a matéria da vida social – cooperação para satisfação de necessidades – não havendo a distinção entre necessidades materiais e ideais. A contribuição de Stammler para um entendimento das relações entre Direito e Economia vem a fazer frente ao movimento da Análise Econômica do Direito – AED, que vê a Economia como importante ferramenta para a elaboração de normas mais eficientes, partindo de pressupostos de racionalidade, eficiência e maximização das necessidades. A intenção é ampliar o debate sobre o diálogo entre Direito e Economia, apontando para outras maneiras de se compreender este fenômeno.

PALAVRAS-CHAVES: RUDOLPH STAMMLER, DIREITO E ECONOMIA; CONCEPÇÃO MONISTA DA VIDA SOCIAL.

ABSTRACT

Since the 18th century has economists, jurists and philosophers studied the relation between Law and Economics. One of the views of this dialogue lies on the writings of Rudolph Stammler, German jurist that, in 1929, wrote an essay where he repels the historical materialism and brings the idea of social monism, meaning that Law and Economics is an one and only thing, which their focus should be the man while social being that, under a regulation, cooperate with others for the satisfaction of his needs. Thus, Law represents the form of the social life – exterior regulation, not necessarily juridical – and Economy is the matter (substance) of social life – cooperation for the satisfaction of one`s needs – regardless the distinction between material needs and ideal needs. Stammler`s contribution for the understanding of the relations between Law and Economics comes face-to-face to the Economical Analysis of Law movement, which sees Economy as an important tool for the elaboration of more efficient rules, departing

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

from a point of view that considers rationality, efficiency and maximization of the needs. This article intends to enlarge the debate about Law and Economics, pointing towards different views of the phenomena.

KEYWORDS: RUDOLPH STAMMLER, LAW AND ECONOMICS; MONIST CONCEPTION OF THE SOCIAL LIFE.

1. Introdução

A discussão acerca das relações entre Direito e Economia, em especial os efeitos da norma no âmbito econômico, é antiga. Rachel Sztajn, em artigo sobre o *Law & Economics*, lembra que Adam Smith e Jeremy Bentham, no século XVIII, estudaram os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas e a relação entre legislação e utilitarismo, respectivamente. Tais estudos já apontavam para a importância da análise interdisciplinar de questões que tenham a sociedade como foco de estudo.

O problema que se coloca neste artigo consiste em verificar até que ponto as idéias de Stammler podem ser aplicadas aos dias atuais, tendo em vista o crescente movimento da Análise Econômica do Direito (ou *Law & Economics*, para alguns), que entende a Economia como importante ferramenta para o Direito, no que se refere tanto à atividade legiferante quanto à judicante. Consoante será visto, há um choque entre o que Stammler pensa acerca da relação entre Direito e Economia, e o que os aplicadores da AED entendem por esta relação. Para o autor alemão, não há que se falar em Economia como ferramenta para o Direito. Chega-se a tal entendimento a partir do momento em que se coloca o homem, enquanto ser social, no centro da análise, seja jurídica, seja econômica. Assim, haveriam dois campos bem delimitados onde atua a Economia e onde atua o Direito – matéria e forma da vida social. Segundo Paulo Dourado de Gusmão, Stammler vê o Direito como uma categoria transcendental, absoluta, imutável e universal, e a Economia como empírica, relativa, histórica e variável.

Para o aprofundamento do estudo do Direito e Economia, este artigo parece de grande valia, uma vez que busca reavivar o pensamento de um autor, ao que indica, esquecido por grande parte daqueles interessados na relação destes dois campos do conhecimento. Embora escrita em 1929, sua obra *Economia y derecho según la concepción materialista de la história* contém, entende-se, idéias que podem ser aplicadas aos dias atuais, eis que apontam para uma integração entre Direito e Economia, conceito este em voga nos meios acadêmicos.

Stammler entende que o Direito é a forma da vida social, enquanto a Economia é a matéria. Assim, reduziu a relação entre Direito e Economia a uma relação lógica entre forma e matéria da vida social, sendo o Direito condicionante lógico – não temporal-causal – da Economia. Ficará claro, no tópico devido, que não há uma preponderância de um campo sobre o outro. Para Pierre Bourdieu, a noção de submissão da prática social a uma determinada regra é equivocada. Para o francês, não é a obediência à

determinada regra que determina uma prática. Bourdieu aponta ser uma falha o estudo do Direito que se paute na autonomia da forma jurídica:

"Uma ciência rigorosa do direito distingue-se daquilo a que se chama geralmente 'a ciência jurídica' pela razão de tomar esta última como objeto. Ao fazê-lo, ela evita, desde logo, a alternativa que domina o debate científico a respeito do direito, a do formalismo, que afirma a autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social, e do instrumentalismo, que concebe o direito como um reflexo ou um utensílio ao serviço dos dominantes".

Neste ponto específico, vê-se uma concordância entre o pensamento dos dois estudiosos. Para Stammler, consoante será visto mais abaixo, não é que há uma obediência ou submissão da prática à regra exterior, mas sim que tal regra é condição lógica de existência de qualquer ato da vida social. Ainda, ao se referir à regra exterior, Stammler não quer dizer necessariamente uma regra jurídica.

Rudolph Stammler, assim como muitos outros, debruçou-se sobre o problema da investigação de uma técnica fundada sob bases científicas para a existência das relações sociais. Em outras palavras, buscou investigar a existência de uma "ciência social". Stammler assim coloca a questão:

"Uma investigação precisa sobre um ponto concreto somente tem verdadeiro valor quando aparece reduzida a uma lei geral última e orientada no sentido de uma linha diretiva de alcance geral dentro do saber. Desligado desta lei última fundamental e sem relação com um ponto de vista harmônico de alcance absoluto frente ao todo perquirir concreto, este não pode socorrer-se a meio algum para justificar sua existência".

O mesmo autor ressalta que os ramos da ciência social, buscam suas bases fundamentais apenas para justificar seu próprio ramo do conhecimento, sem perceber que tal intento é desagregador de uma base comum para a ciência social. No mesmo sentido vai a crítica de Bourdieu aos juristas e historiadores do direito, que afirmam o direito como um sistema autônomo e fechado, cujo entendimento somente pode ser obtido segundo uma "dinâmica interna".

De outro modo, há quem coloque a economia como base de todas as ciências sociais:

"As similitudes entres os processos que são levadas a cabo nas ciências sociais hoje em dia e as examinadas por Kuhn passam ao primeiro plano e levam à conclusão (ou previsão) tentativa de que o enfoque econômico, como definido anteriormente, proporcionará um marco uniforme no qual se basearão as ciências sociais".

Muito mais que mero problema acadêmico, o "problema da lei última pela qual se rege a vida social se traduz praticamente numa fundamental concepção acerca das relações entre indivíduo e comunidade". A preocupação neste tema se traduz na impossibilidade de, sem uma pauta geral de toda vida social, submeter a juízo crítico uma ordem social concreta. Ademais, há outra preocupação:

"Desentranhar cientificamente a lei que rege toda vida humana social é o que condiciona a possibilidade de moldar sob leis a convivência humana em um estado

histórico qualquer e de qualificar como objetivamente legítimas as aspirações concretas determinadas, devendo a solução de toda questão político-social possível ser guiada e determinada pela lei última fundamental da vida social, e não deixada à sorte do indivíduo interessado".

Para Stammler, para chegar-se à unidade de estudo de uma ciência social, necessário se faz que haja uma desintegração sistemática dos conceitos sociais, para investigar quais seriam os elementos conceituais que de um modo geral ofereça a unidade de estudo aventada.

Neste ponto se inicia a crítica do autor alemão à concepção materialista da história, posto que esta "afirma como lei pela qual a vida social toda se rege e, conseguintemente, como método de alcance absoluto para o saber científico desta, a relação natural de dependência da ordem jurídica, enquanto forma da vida social, à Economia da sociedade de que se trate". Nesse sentido, uma transformação dos fenômenos econômico-sociais implicaria necessariamente numa transformação do Direito vigente.

2. O materialismo histórico: a Economia como fim último da vida social

O conceito de sociedade e de convivência humana é um conceito fundamental e primeiro, abaixo do qual estão os conceitos do que venha a ser Direito e do que venha a ser Economia, integrantes de uma unidade superior, que é a ciência social. Ora, estando o homem e suas interações com outros homens no centro do estudo do que venha a ser a ciência social, forçoso concluir, então, pela necessidade de ver-se Direito e Economia como instrumentos para a realização das necessidades humanas. Contudo, o pensamento de Stammler choca-se com o que preconiza o materialismo histórico, assim sintetizado pelo autor alemão:

"O Direito de um povo, como forma que regula sua convivência e cooperação, é um simples instrumento na luta pela existência, que deve ser livrada vinculatoriamente e em comum. Impossível, pois, em absoluto, que o Direito apareça senão em um segundo plano com relação à Economia social. O Direito é algo subordinado, chamado a prestar serviço e obediência; e assim deve ser, a menos que haja de perder todo sentido. A Economia social é a que determina e ordena; como matéria da vida social, a Economia é sua substância real, sua realidade verdadeira. E às peculiaridades das circunstâncias econômicas se subordina como condicionada a ordem jurídica".

Na opinião de Stammler, ao se ver o Direito como subordinado à Economia social, as únicas explicações possíveis para as mudanças da ordem jurídica serão fatos conseqüentes de alguma mudança na Economia.

Embora ciente de que a Economia, dentro da vida social, não seja tudo, na passagem abaixo Richard Posner parece colocá-la como parte indispensável daquilo que se deve saber para um correto entendimento do funcionamento da sociedade:

"Em diferença dos dias de Langdell, diferença esta que foi legada por Holmes e os realistas jurídicos, a lei agora era reconhecida como um instrumento deliberado de

controle social, devendo-se saber algo acerca da sociedade para ser capaz de entender, criticar e melhorar a lei. Contudo, esse 'algo' era o que qualquer pessoa inteligente com uma boa instrução geral e um pouco de senso comum sabia ou podia recorrer dos próprios textos legais ou que, se estas fontes de conhecimento falhavam, naturalmente adquiriria em poucos anos da prática do direito: um conjunto de valores éticos e políticos básicos, certo conhecimento das instituições e certa idéia geral do funcionamento da economia".

Quando se muda a estrutura de fenômenos econômicos cria-se tensões entre este novo modelo e a ordem jurídica vigente. Assim, necessário se faz a transformação do Direito para fazer frente à novidade. Desta forma, estaria assim justificada a concepção materialista da história, que entende que "a lei última que rege a vida social humana é a lei que rege os fenômenos econômicos", que, por sua vez, se desenvolvem segundo leis naturais.

É de se notar a grande característica determinista dela linha de pensamento, ao atribuir aos fenômenos econômicos a característica de naturais. É daqui que se entende ser possível reduzir os fenômenos econômicos a um sistema científico, a exemplo do que ocorre com outras ciências que lidam com fatos naturais, tais como a física e a química. Ademais, sendo os fenômenos econômicos algo natural e inevitável, é de se reconhecer, para o materialismo histórico, a dependência de outros ramos do conhecimento, tal como o Direito, à sua inafastabilidade.

Já foi afirmado acima que o materialismo histórico inverte a relação de dependência entre os ideais humanos e os fenômenos econômicos. Stammler ressalta esse ponto na seguinte passagem de sua obra:

"A concepção materialista da História se coloca, desde logo, por exigência própria, em antítese com a concepção ideológica da História humana, frente a quantos creem que as idéias surgem por si e atuam como algo substantivo. (...) Não são as idéias, afirma, as causas verdadeiras na vida social: as idéias nascem senão como reflexo de uma Economia social determinada".

Com relação ao Direito, o raciocínio imposto pelo materialismo histórico é o mesmo:

"Pois se, segundo a concepção materialista da História, toda idéia de justiça é simples imagem refletida das verdadeiras realidades do estado econômico de fato, sem substantividade própria alguma, toda reforma do Direito que em nome da justiça se exija ou implante será, igualmente, na verdade, obra das circunstâncias econômicas que a fundamentam".

Para se reformar um Direito, os analistas econômicos chegam a afirmar que a análise (econômica) é feita tanto *ex ante* quanto *ex post*, com o fim de examinar os efeitos da norma sobre o comportamento humano. Essa presença inarredável e constante da análise econômica reforça a idéia do materialismo histórico de que as circunstâncias econômicas são a lei maior que determina a vida social.

Há um efeito perverso das análises *ex post*, pois, conforme aduz Bourdieu, moldam acontecimentos prévios a elas, limitando as ações humanas e fazendo com que "os acontecimentos mais improváveis se encontrem excluídos". Nas palavras do autor:

"As práticas podem encontrar-se objetivamente ajustadas às chances objetivas – tudo se passa como se a probabilidade *a posteriori* ou *ex post* de um acontecimento, que é conhecida a partir da experiência passada, comandasse a probabilidade *a priori* ou *ex ante*, a ela subjetivamente combinada – sem que os agentes procedam ao menor cálculo ou mesmo a uma estimação, mais ou menos consciente, das chances de sucesso".

Em suma, os pontos essenciais do materialismo histórico são "a evolução do fenômeno econômico conforme leis naturais, e afirmação desta evolução como a única realidade e a única lei que rege a vida social". Como conseqüência disto, tem-se a necessária condicionalidade da ordem jurídica aos fenômenos econômicos.

Stammler, ao criticar os críticos do materialismo histórico, aduz que as afirmações de que determinados fatos da vida social não derivam diretamente de fenômenos econômicos não servem para contradizer o que prega o materialismo histórico, pois esta doutrina entende que os fenômenos econômicos são sempre a causa última da vida social. Sendo o materialismo histórico um método com alcance absoluto para discernir a unidade da vida social, contra ele não serão eficazes argumentos de ordem histórica concreta. Mais uma vez, deve-se questionar se são, de fato, os fenômenos econômicos que regem, em última instância, a vida social, e não apontar que há determinadas situações concretas em que não se verifica influência de algum fenômeno econômico.

O que Stammler busca é saber qual é a lei última que rege a vida social humana e em que sentido pode dar-se uma justificação do querer das aspirações sociais. Sem resposta a estas indagações, resta impossível saber se, num caso concreto, determinada aspiração social, seja ela qual for, é justificada ou legítima.

O materialismo histórico não explica o que entende por fenômenos econômicos, o que é vida social, o que são circunstâncias econômicas. De um modo geral, falta delimitar e explicar o que venha a ser o **social**. O materialismo histórico fala em relação de dependência necessária do Direito frente à Economia; afirma que esta guia aquele. Contudo, sequer se propõe a explicar que dependência necessária seria essa. Sem esta base de conceitos, resta impossível, para Stammler, qualquer investigação no sentido de alcançar uma "ciência social".

3. A forma da vida social: o conceito de regra exterior

Com o fim de descobrir a lei última que rege a vida social, Stammler inicia sua investigação pelo conceito mesmo de sociedade. Primeiramente, aponta que a distinção fundamental do conceito de sociedade para o conceito de convivência está em que naquele primeiro há a noção de regras exteriores da vida que regem os homens, enquanto tal não se verifica no conceito de convivência. A nota diferencial da sociedade para a mera convivência está na existência de um conjunto de regras que os homens

ditam a si próprios para regular sua convivência. Assim, “vida social não é, em rigor, mais que uma convivência humana presidida por regras exteriores”-.

De posse desse conceito, deve-se perquirir o porquê de se ter regras exteriores numa convivência humana, já que os homens poderiam ser conduzidos a se relacionar em razão de fatos naturais, por instinto ou por leis causais. Stammler vai trazer daí a idéia de cooperação, alicerçada na relação entre meio e fim.

“Não basta considerar a conduta do homem como puro fato natural e como fenômeno regido por leis causais, nem enfocar suas atividades em estado de total isolamento. É mister buscar a relação que guardam entre si os fins de diversos homens, e então é quando se percebe a rede de fins e de meios recíprocos que entre eles tece a vida. Surge assim o conceito de cooperação, como objeto peculiar e independente de uma ciência, a cuja explicação não se pode chegar pelos métodos exclusivos da investigação natural. Esta nova ciência faz-se logicamente condicionada pela relação de meio a fim; ou seja, pelo que nós chamamos de lei da vontade vinculatória”.

A diferença que separa homens de animais é o fato de que, embora em sociedades – as abelhas e as formigas são os maiores exemplos de sociedades organizadas de animais – os animais assim se organizam por razões de instinto, meramente, enquanto os homens, por regras exteriores para viabilizar a cooperação.

Não obstante, estabelecida a diferença da sociedade de homens para a sociedade de animais, por meio da noção de regras exteriores, poderia ser alegado, e Stammler traz esta hipótese em sua obra, que uma comunidade de seres racionais podem viver isolados uns dos outros. Assim, mesmo havendo uma coincidência da existência de homens num determinado tempo e espaço – lembrando que não se concebe homens no mesmo estado de isolamento que Robinson Crusoé –, estes poderiam viver isolados uns dos outros, já que dotados de extrema racionalidade. Haveria, assim, o que Stammler chama de “comunidade puramente ética”. Nesse sentido, não seria necessário, para este tipo de vida social, uma regra exterior de conduta. Ao que afirma Stammler que o indivíduo neste estado de isolamento “não se limitaria a viver para seus próprios interesses egoístas e sem visões para ninguém, senão que adotaria como seus os fins dos demais homens que com ele convivessem”. Assim, em seguida desta mínima inteligência entre dois indivíduos, surgiria o conceito de regras exteriores de convivência, ficando abolida a idéia de isolamento desde já.

Ora, devendo o homem ser concebido como em convivência social com seus pares, deve-se, então, ultrapassar o conceito de “indivíduo” e passar a admitir a existência de duas pessoas, associadas. Mas para proceder a tal concepção, faz-se necessário “instituir uma vontade que enlace os fins dos diversos indivíduos como meios recíprocos para a realização de suas aspirações. Esta vontade, que chamamos vinculatória, é o que em outras palavras se denomina regra exterior de conduta”.

Por esta definição, tem-se que é a regra exterior que vai dar o tom conceitual de cooperação humana, é ela que vai dar sentido metodológico a qualquer investigação que tenha por objeto a vida social humana. Sem a regra exterior, a vida social torna-se objeto de outra coisa – talvez da biologia ou de outra ciência natural, deixando de ser objeto de uma ciência social.

É importante apresentar uma ressalva que Stammler faz em sua obra a respeito da regra exterior. Esta regra exterior que harmoniza a cooperação humana não é primeira e prévia dentro de uma relação temporal, mas sim do ponto de vista lógico. Desta forma, a regra exterior é condição lógica dentro do conceito de cooperação humana.

Esta noção de regra exterior é importante na medida em que é ela o fator de rompimento e que vai dar à ciência social a possibilidade de ser estudada de forma independente das ciências naturais. Somente de posse da regra exterior é que é possível erigir uma "ciência da vida social" frente à ciência natural.

É notório o fascínio que alguns economistas têm pelas ciências naturais e seus métodos, sua precisão. A explicação de Bourdieu para tal fenômeno é colocada nos seguintes termos:

"O interesse apaixonado que os pesquisadores em ciências sociais têm pelas ciências da natureza não poderia ser compreendido de outro modo: é a definição dos princípios de avaliação de sua própria prática que está em jogo na pretensão de impor, em nome da epistemologia ou da sociologia da ciência, a definição legítima da forma mais legítima de ciência – a ciência da natureza".

Fica mais fácil entender o porquê de Omar Aktouf rechaçar de forma tão veemente a tendência da ciência econômica do mundo moderno, que busca matematizar conceitos e adotar práticas crematísticas. O erro da economia e dos economistas estaria na própria origem, a saber, essa aproximação da economia com as ciências naturais e exatas acabaria por contradizer a própria independência da ciência social, dentro da qual está a Economia.

Esse assunto também foi revirado por Fritjof Capra, que tece contundentes críticas à economia atual, que, influenciada pela física newtoniana e pela estrutura de pensamento cartesiana, afastou-se da descrição correta da realidade. A economia de hoje, portanto, caracterizar-se-ia por um enfoque reducionista e fragmentário, passando ao largo da noção de que há todo um contexto social, do qual a economia é apenas parte.

Ademais, não se afigura coerente a Economia buscar uma "meia-aproximação" com as ciências naturais, ou seja, ela busca assumir um *status* de precisão, mas não reconhece que o conhecimento destas ciências é sempre imperfeito e incerto. Com isso, quer-se dizer que, enquanto as ciências naturais lidam bem com as incertezas de seus modelos, a Economia não. A Economia, assim como qualquer outro ramo de conhecimento social (história, direito, antropologia), deve primeiro refinar seus pressupostos – tarefa notadamente difícil quando se tem o homem como objeto de estudo –, para depois lançar-se ao *status* de ciência.

Outra diferença muito importante entre ciências naturais e ciências sociais diz respeito ao "ritmo" de suas respectivas dinâmicas. Consoante o entendimento de Capra:

"Um outro aspecto dos fenômenos econômicos, crucialmente importante mas seriamente negligenciado pelos economistas, é o da evolução dinâmica da economia. Em sua natureza dinâmica, os fenômenos descritos pela economia diferem

profundamente daqueles abordados pelas ciências naturais. A física clássica aplica-se a uma gama bem definida e imutável de fenômenos naturais. (...) A evolução dos padrões econômicos, ao contrário, ocorre num ritmo muito mais rápido. Os sistemas econômicos estão em contínua mudança e evolução, dependendo dos igualmente mutáveis sistemas ecológicos e sociais que estão implantados. (...) A maioria dos economistas contemporâneos lamentavelmente (...) ainda estão fascinados pelo absoluto rigor do paradigma cartesiano e pela elegância dos modelos newtonianos; assim, estão cada vez mais distanciados das realidades econômicas atuais".

Assentadas tais premissas, Stammler vai adentrar especificamente na relação entre Direito e Economia, por meio de uma análise do que seja a forma da vida social e do que seja a matéria da vida social.

Entende referido autor que a forma da sociedade humana é a noção de regra exterior. Para que a noção de regra exterior seja a forma do conceito da vida social humana é necessário que se veja a regulação social como algo acima de reflexões pessoais psicológicas. Nas palavras do autor:

"Mas a noção de toda regulação social, como o elemento sem o qual não seria possível uma ciência social com traços fundamentais próprios, esta noção se faz, nesta função lógica que lhe corresponde, em absoluto sobreposta a toda especial reflexão psicológica. (...) Este é o fundamento de alcance geral que faz da noção geral da regulação exterior a forma do conceito da vida social humana. Finalmente, um estudo psicológico-social poderá levar-se a cabo no sentido de investigar a eficaz atuação de uma regra social sobre os homens a ela submetidos".

Deste modo, os fatos concretos de uma relação social somente poderão ser objeto da ciência social sob a condição de existência de uma regra exterior que determina a peculiaridade do fato estudado.

Dentro do conceito de forma, dado por Stammler, surge a distinção entre normas jurídicas e regras convencionais. A dificuldade na distinção reside no fato de que ambas normas jurídicas e regras convencionais são regras exteriores que se sobrepõem ao indivíduo, com o fim de regular sua conduta.

Na teoria da Stammler, a diferença estaria no sentido em que a norma social busca reger. O Direito é um "preceito autárquico"; suas disposições estão acima do consentimento daqueles que a elas se submetem. Já a regra convencional tem o sentido de um "convite condicional". Deve-se lembrar que regra convencional não seria aquela que somente seria acatada após convicção interna de alguém, pois, ainda que seja regra convencional, trata-se de regra exterior; portanto, sobreposta ao indivíduo. Assim, a regra convencional em nada tem a ver com os desejos interiores do homem.

4. A matéria da vida social: cooperação humana para satisfação das necessidades

Existindo a forma, regulando situações concretas, seja por meio de normas jurídicas, seja por regras convencionais, deve também existir a matéria, pois, do contrário, a forma não teria razão de ser, não teria objeto sobre o qual recair.

As leis naturais, por exemplo, não podem ser objeto da forma, visto que não há regulação humana para a gravidade. Não faria sentido uma lei ordinária para dizer as condições em que a gravidade se aplica, ou coisa parecida. Aos homens, basta lidar com essa lei [da gravidade] e aceitá-la como dado.

O que, de fato, no entender de Stammler, é a matéria da vida social é o fato de usar destas leis naturais e do que mais seja natural numa atividade combinada de vários, sob regras exteriores de conduta. Em outras palavras, "todos os esforços e atos do homem tendem à satisfação das necessidades humanas. Matéria da vida social será, por conseguinte, a cooperação humana para a satisfação das necessidades dos conviventes". Os três elementos, portanto, para o conceito de matéria da vida social são: (a) cooperação humana (b) regida por regras exteriores (c) para a satisfação das necessidades.

É interessante notar, aprofundando-se neste conceito, que a cooperação humana pode sempre ser analisada enquanto possibilidade natural ou enquanto à base de uma regulação determinada. Stammler vai chamar de Economia social esta cooperação para satisfação das necessidades humanas. Entende o autor alemão que "ainda dentro do sistema da mais livre concorrência entre indivíduos vinculados socialmente mediará uma cooperação para a satisfação das necessidades humanas".

Stammler chama a atenção para a impossibilidade, sem cair num subjetivismo arbitrário, de se fazer distinções entre necessidades materiais e necessidades ideais:

"o que é sobretudo falso é introduzir aqui, como tem tentando alguns, a distinção entre necessidades 'superiores' e 'inferiores' como decisiva enquanto para a determinação do conceito de Economia social; como se à Economia social somente houvesse de atribuir-se o estudo das necessidades materiais que se denominam econômicas e dos bens e das atividades a que sua satisfação tendem, excluindo-se de sua esfera o que recai sobre necessidades de ordem ideal".

Ainda a respeito, Stammler aduz que a doutrina econômica se utiliza deste argumento – afastamento do estudo das necessidades ideais – para tentar transparecer seu caráter de ciência social, que os problemas sobre os quais recai derivam-se do fato de uma convivência humana submetida a regulação, como uma modalidade própria da existência do homem.

Na verdade, o que importa à Economia, enquanto ramo da ciência social, é saber mediante qual cooperação submetida a regras pode o indivíduo valer-se para satisfazer às suas necessidades. O ponto de partida da Economia, para construção de suas doutrinas e pensamentos, deve ser, necessariamente, já que inserida dentro de uma ciência social, a própria existência social humana, ou o que constitui a vida social – e não meramente os atos econômicos do homem por si. Não tendo a economia, por objeto, a cooperação humana para satisfação das necessidades, invariavelmente seu objeto recairá sobre a concepção de homem como ser isolado, ainda que se chegue a tal constatação de modo inconsciente. Contudo, homem enquanto ser isolado é objeto das

ciências naturais, pois, consoante já visto no pensamento de Stammler, neste estado age-se por instinto.

Passeron critica a afirmação de que o homem "é um animal social", pois entende não ser possível elaborar uma teoria adequada para as ciências sociais tendo um conhecimento biológico do homem como ponto de partida para dita elaboração.

Assim, não pode a Economia querer, ao mesmo tempo, ser ciência social e estudar o homem enquanto ser isolado, com meras necessidades instintivas e psicológicas. Se quer ser ciência social, a Economia deverá repousar seus estudos sobre o homem enquanto ser social e, aí, "cairá necessariamente sob uma nova condição inarredável: a da regulação exterior".

Ao explicar os objetos das ciências naturais e das ciências sociais, Stammler afirma o seguinte:

"São dois objetos distintos os que em um ou outro caso se oferecem para investigação: de um lado, as necessidades do indivíduo e os meios técnicos de que para satisfazê-las pode dispor; e de outro lado uma conduta de cooperação sujeita a normas. Este último conceito condiciona-se por um ponto de vista que lhe é exclusivo e peculiar, sem que de modo algum possa concorrer com o primeiro: a regulação exterior que como um querer vinculatório articula os fins dos indivíduos como meios recíprocos de atuação".

Com isso, Stammler derruba concepções econômicas que tratam de ver como objeto da Economia o homem enquanto ser isolado, detentor meramente de necessidades individuais. Não haveria, então, uma Economia *in abstrato*, superior, dividida entre a Economia que tem por objeto o homem isolado e a Economia social. Já que a Economia busca mover-se dentro da ciência social, seu objeto deve ser o homem enquanto ser sujeito a regras exteriores que coopera com seus pares para satisfazer suas necessidades. Logo, não pode o homem isolado ser seu objeto de estudo, mais afeto às ciências naturais, pois, do contrário, não se teria um objeto especial que justificasse uma ciência própria.

5. Monismo social

Colocadas as idéias de Direito como forma e Economia como matéria da ciência social, cujo objeto é o estudo do homem enquanto ser que coopera, sob regulação exterior, para satisfação de suas necessidades, Stammler vai apresentar a idéia de monismo social, assim conceituada por ele:

"Por monismo da vida social se entende aqui não apenas a unidade de objeto sobre o qual a ciência social recai, em cuja virtude não se deve simplesmente ver na ordem jurídica e na vida social a forma e a matéria de um objeto único e não duas entidades independentes com existência própria, ainda que influídas reciprocamente de um modo qualquer; sob esta expressão se concebe também a unidade da vida social no sentido de que a dinâmica toda da sociedade humana e, portanto, os fundamentos determinantes das transformações jurídicas, se faz sujeita em seu modo de se manifestar e de atuar à mesma lei última".

Essa idéia não passa de uma conseqüência do pensamento até aqui desenvolvido, ainda mais se se tem em mente que não é possível ter uma regulação vazia, uma regulação de nada. Assim, não se pode estudar a Economia social sem estudar o Direito que a rege, nem estudar o Direito sem o objeto por ele regulado.

Pela concepção "stammeleriana", constitui-se equívoco estudar Direito e Economia social de forma separada, como se fossem dois objetos independentes de investigação. Em outras palavras, a norma jurídica não pode ser analisada de forma independente ao fato concreto, pois é para regulá-lo que ela existe. A própria razão de ser da norma é a regulação de um fato concreto que ela traz em seu bojo.

Diferente situação vê-se na matemática, por exemplo, cujos estudos têm por objeto formas puras e ideais. Assim, atua em separado de toda experiência concreta. Com o Direito, a situação é distinta, não sendo possível atribuí-lo alcance absoluto e substantivo, pois, consoante lição de Stammler:

"a possibilidade de uma cooperação humana para a satisfação de necessidades se fará por força subordinada a suas necessidades efetivas e à capacidade real para satisfazê-las; esta possibilidade se oferece empiricamente no curso histórico da existência humana, varia constantemente, se faz sujeita a movimentos, vacilações e transformações incessantes, sem que pelo que a ela se refere seja possível fazer afirmação alguma com alcance absoluto".

O Direito atua sobre essas possibilidades de realização da cooperação humana, para alcance de suas necessidades. Na verdade, o Direito regula essas possibilidades. Tais possibilidades somente existem enquanto possíveis de serem realizadas, ou seja, passíveis de se tornarem efetivas no plano concreto. Vê-se, assim, que o objeto do Direito é intrinsecamente ligado com a realidade. Reside aí sua impossibilidade em alçar *status* de um estudo absoluto e substantivo, livre de qualquer vínculo com a experiência concreta.

Se ao Direito, que não é o fato concreto em si, mas algo que o regula, não é possível afirmá-lo como algo absoluto, muito menos se poderia fazer com a Economia, que é o próprio fato ou, na linguagem de Stammler, é a própria cooperação humana para satisfação de suas necessidades.

Voltando ao Direito, é de se notar que a impossibilidade de dotá-lo de alcance absoluto reside também no fato de que a própria condição humana está constante e necessariamente se transformando, se alterando. Neste sentido, quanto mais afastada da realidade uma norma jurídica, maior o risco desta de perder atualidade e aderência. Stammler, ao discorrer sobre a impossibilidade de se reduzir o Direito a uma unidade de alcance absoluto, é preciso no ponto:

"Enquanto por natureza humana se entende um modo geral e idêntico de propor e perseguir metas, nos homens não se trataria, pois, realmente, de um objeto que pudesse se apresentar dentro de uma unidade com alcance absoluto. E isto porque as qualidades do homem que pretendem se reduzir a uma tal noção se fazem condicionadas necessariamente por dois fatores inconstantes que são impossíveis de se conceber harmonicamente: pelas faculdades subjetivas inatas e pela atuação de infinitas e

inescrutáveis influências por meio da educação e da cultura, seja espontaneamente ou com sujeição a um plano".

Pelo exposto, pode-se concluir que, ao passo que a Economia social depende de uma regulação exterior e, em última instância, do Direito em si, este último também depende da Economia enquanto matéria da vida social.

Vê-se uma relação entre todas estas idéias trazidas por Stammler. Tendo-se por objeto de investigação a vida social humana, único objeto que dota a ciência social de um objeto próprio, o Direito assume a forma e a Economia a matéria desta vida social. Sendo os fundamentos determinantes destes dois campos o mesmo, não há que se falar em dualismo, mas sim em monismo da vida social. Logo, não há que se procurar o fim do Direito longe da Economia, nem a base desta longe daquele. A resposta para a Economia não está na análise do homem enquanto ser isolado e racional e regido apenas por leis naturais, nem a gênesis do Direito se encontra num Direito natural absoluto e substantivo. Direito e Economia devem voltar-se um para o outro.

A propósito do Direito natural, não sendo a forma da vida social que lhe dá sentido de unidade, em caráter absoluto, é de se perguntar, então, o que seria, nas palavras do autor alemão, "a lei última que rege a vida social". A solução é dada nos seguintes termos:

"O que há por cima dos distintos direitos não é um sistema jurídico ideal de conteúdo concreto, ainda que imutável, mas sim unicamente um ponto de vista harmônico para julgar e submeter a crítica todo Direito concebível. E se se saiba chegar a desenvolver, de um modo consciente, qual é a lei última que rege toda vida social, será desde então possível, em cada caso em que a dúvida possa surgir, investigar com base em uma argumentação metodicamente infalível, o que seria o que nesta situação concreta deva estimar-se como o objetivamente justo, tomando por base a lei última da vida social" .

Pode-se entender então que o que dá sentido absoluto ao Direito não é um Direito natural, já que este se distancia da realidade e não tem sob domínio as infinitas variantes da vida social. Por conseguinte, o que está acima dos diversos direitos, regendo seus conteúdos, é um ponto de vista capaz de julgar e criticar estes direitos. Sabendo qual é esse ponto de vista, é possível regular situações concretas de modo justo, ou seja, em acordo com este ponto de vista último. Este ponto de vista recai justamente sobre a forma da vida social, sobre a condição do saber enquanto objeto de investigação.

Embora a regra não exista sem o fato concreto, pois, do contrário, tal regra seria vazia e deixaria de ter razão de ser, é possível estudá-la independentemente da realidade concreta que ela regula. Já com a Economia social acontece situação diferente: por ser o Direito condição lógica do conceito de cooperação humana, não é possível estudar a matéria da vida social – a Economia social – de forma independente da regulação que sobre ela se impõe. Stammler aduz este raciocínio da seguinte forma:

"a norma edilícia, interpretada de um ou outro modo, terá sem dúvida que reger a Economia social, (...) mas a prova de sua exatidão empírica, a realidade de seu conteúdo positivo, em um ou outro aspecto, não se condiciona pela atividade econômica concreta que regula".

Diferente situação ocorre na Economia social, que tem por condição de existência lógica o Direito. De posse dessa idéia, perde todo o sentido debater taxas de juros, contratos, funcionamento dos mercados financeiros, por exemplo, sem levar em conta a regulação determinada para cada assunto. Estar-se-ia meramente no plano ideal, não se tratando, portanto, da matéria da vida social, mas sim de técnicas ou de ciências naturais.

Sintetizando o que fora colocado, somente terá a Economia social (cooperação humana para satisfação de necessidades) um objeto próprio de investigação se submetida a uma regulação determinada. Nota-se que não há objeção alguma ao estudo da Economia em seus aspectos técnico-naturais. Somente que tais estudos não terão um objeto próprio, sendo nada além "da aplicação de um saber geral de ciências naturais ou, no máximo, um dos capítulos destas ciências". E, querendo-se estudar a Economia nestes termos, claro está sua impossibilidade de aplicação e diálogo frente ao Direito e demais ramos da ciência social.

Pelo contrário, se os estudos da Economia social se realizam com base numa regulação determinada, aí sim tem-se um objeto próprio, pois que se distancia das ciências naturais, cuidando, então, da cooperação humana para satisfação de suas necessidades, sob uma regulação. Tal noção reforça ainda mais a concepção monista da vida social. Stammler vai afirmar que "a sociedade humana não se desenvolve em uma vida econômica por si e numa existência jurídica como algo em separado: ordem jurídica e ordem econômica são necessariamente um e o mesmo".

Em síntese, o objeto da Economia não deve ser o homem (enquanto ser que atua apenas em interesse próprio), suas necessidades ou a Economia *in abstrato*, mas sim a vida social humana. A Economia deve investigar a realização da vida social do homem. O erro maior dos economistas, no entender de Stammler, é ver a Economia como possuidora de um conteúdo absoluto e ver que, frente à discussão acerca da lei última que rege os movimentos econômico-sociais, a resposta estaria na Economia.

É muito importante que a teoria de Stammler seja entendida nos termos certos. O autor traz essa preocupação no seguinte trecho de sua obra:

"...seria, finalmente, um grande erro de interpretação de nossa doutrina e uma precipitação imperdoável – como alguns materialistas sociais tem feito – que o que esta doutrina tende é fazer ver que o curso da História universal se rege por 'idéias jurídicas' ao invés de ajustar-se às circunstâncias econômicas. De modo algum. A única coisa que aqui se afirma é que as circunstâncias econômicas, enquanto supõem relações humanas no seio da vida social, somente podem conceber-se como relações exteriormente reguladas".

Ademais, outro ponto da teoria "stammeleriana" que merece correto entendimento é aquele com relação ao fato de não haver em seu bojo, consoante já afirmado acima, uma relação causal entre Direito e Economia. Na verdade, há uma interdependência direta destes dois campos, uma vez que o objeto de estudo reside na vida social humana (e somente este pode ser o objeto da ciência social, pois, do contrário, estar-se-ia entrando na seara das ciências naturais). Assim, a relação entre Direito e Economia se dá dentro de um diálogo entre forma e matéria, não sendo uma determinada regulação a causa da Economia regulada.

6. Conclusões

Dentro das possibilidades de se estabelecer um diálogo entre Direito e Economia, a visão de Rudolph Stammler, autor alemão que escreveu sua obra principal em 1929, se apresenta como aquela que busca uma integração entre estes dois campos, ao contrário, por exemplo, da Análise Econômica do Direito – AED, que aponta a Economia como uma importante ferramenta para o Direito, na medida em que dispõe de mecanismos, tais como a racionalidade e a eficiência, que podem ajudar a se construir leis melhores e mais eficientes.

Rudolph Stammler, ao contrário, buscou ver estes dois ramos do conhecimento como inseridos dentro de um campo maior, que é o campo social, que tem por objeto o homem, enquanto ser social. Estando o Direito e a Economia inseridos dentro do campo social, não há que se falar em autonomia de nenhum destes ramos do conhecimento. Na verdade, o que há é uma influência recíproca, uma integração. O ponto central da teoria social de Stammler está na afirmação de que o Direito cinge-se à forma da vida social, enquanto a Economia é a matéria.

Os materialistas históricos, autores criticados por Stammler, tendem a ver a Economia como fim último da vida social. Nesse sentido, o Direito seria algo subordinado à Economia, visto que esta seria o único fator que guiaria uma sociedade, que a ordenaria. Ademais, entendem que os fenômenos econômicos comportam-se e desenvolvem-se como se leis naturais fossem. Deste modo, abre-se espaço para ver a Economia como uma ciência natural exata. Todavia, é inegável que há uma inversão indesejável nesta concepção, pois o materialista histórico coloca como fim último da vida social os fenômenos econômicos, em detrimento dos ideais humanos, que são o que, realmente, guiariam os homens. Assim, se justiça e bem-estar social são ideais humanos, na verdade não são mais do que meros reflexos da Economia social. A Economia seria o fundamento da vida social, a partir da qual tudo depende, tudo condiciona.

Partindo de uma crítica aos críticos do materialismo histórico, Stammler constrói sua teoria alicerçando-a no conceito de monismo social. A crítica ao materialismo histórico estaria na alegação de que esta corrente de pensamento não esclarece os conceitos fundamentais para a construção de seus princípios. Passa em branco o que sejam fenômenos econômicos, o que seja vida social, o que se entende por dependência do Direito frente a Economia.

Stammler, portanto, ao apresentar sua teoria, traz a noção de regra exterior. Seria a regra exterior o elemento diferencial do conceito de sociedade para o conceito de convivência. Ainda, seria essa mesma regra exterior a característica que dotaria a ciência social de um objeto próprio, sem se assemelhar às ciências da natureza. A regra exterior surge concomitantemente à verificação da existência de duas pessoas associadas. Sendo a história de Robinson Crusoé um mero mito, forçoso concluir que a noção de regra exterior é ínsita à noção de sociedade. Onde houver cooperação humana, haverá esta regra exterior. A regra exterior é a forma da vida social, para Stammler; é condição lógica para se chegar ao conceito de cooperação social humana.

Ao lado da forma da vida social, que é a regra exterior, há a matéria da vida social, justamente para dar sentido à forma. A matéria da vida social é, portanto, a cooperação humana para satisfação das necessidades humanas. Alinhando os dois conceitos, referida cooperação se regeria por regras exteriores.

Sendo o Direito a forma e a Economia a matéria da vida social, têm-se os elementos necessários para a idéia de monismo social, traduzida na noção de que a dinâmica da vida social se manifesta a uma lei última. Monismo social é também entender a vida social como dotada de unidade. Direito e Economia seriam, portanto, inseparáveis, numa análise da vida social e dos homens, já que a razão de ser de uma norma é a regulação de um fato concreto. O fundamento para estes dois campos é o mesmo, a saber, a vida social humana. Sendo o mesmo fundamento, não há que se falar em autonomia ou independência destes campos. Tendo a ciência social o homem por objeto, deve-se ver Direito e Economia como instrumentos daquela.

Sendo a cooperação humana o objeto da Economia social, esta apenas terá um objeto próprio se submetida a uma regulação determinada, pois, do contrário, não passará de uma técnica ou uma ciência natural. Prevalecendo esta interpretação, claro está sua impossibilidade em dialogar com o Direito.

Não deve haver prevalência da Economia sobre a vida social, nem uma história universal que se regeria pelo Direito. Na verdade, há um diálogo entre Direito e Economia, diálogo este cujo assunto é o homem enquanto ser social, que coopera com seus pares, sob uma regulação exterior, para a satisfação de suas necessidades.

Embora a teoria de Stammler não seja a única para explicar as relações entre Direito e Economia, dela se depreende a idéia de que qualquer coisa que tenha participação de mais de um homem deve ser regulado, sejam trocas comerciais, seja relações familiares, seja o mercado, ainda que situado no ambiente da mais livre concorrência. A noção de regra, portanto, seria ínsita à existência do homem.

Desta forma, a noção de monismo social de Rudolph Stammler pode ser aplicada aos dias de hoje, principalmente no que se refere à regulação de mercados. Esta regulação, contudo, não necessariamente precisa ser uma regra jurídica, lei positiva. O que não se pode afirmar é uma total e completa ausência de regra, visto que, tal anomia somente é possível se se concebe o homem como ser isolado.

7. Bibliografia

AKTOUF, Omar. *Pós-globalização, administração e racionalidade econômica – A síndrome do avestruz*. São Paulo: Atlas, 2004.

ARIDA, Pércio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa/Rio de Janeiro: Ed. Difel/Bertrand Brasil, 1989.

_____. *Sociologia*. 1. Ed. São Paulo: Ática, 1983.

BRENNER, Reuven. Economía: una ciencia imperialista? In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. 25. Ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *O pensamento jurídico contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 1955.

KITCH, Edmund W. Los fundamentos intelectuales del análisis económico del derecho. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000.

KORNHAUSER, Lewis A. El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000.

PASSERON, Jean Claude. *O raciocínio sociológico*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. La decadencia del derecho como disciplina autónoma: 1962-1987. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000.

ROEMER, Andrés. Apresentação do livro *Derecho y economía: uma revisión de la literatura*. 1. Ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 2000.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *O pensamento jurídico contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 22.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *O pensamento jurídico contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 23.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa/Rio de Janeiro: Ed. Difel/Bertrand Brasil, 1989, p. 209.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 80.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 3.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 5.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa/Rio de Janeiro: Ed. Difel/Bertrand Brasil, 1989, p. 209.

BRENNER, Reuven. Economía: una ciencia imperialista? In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 91.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 5.

STAMMLER, Rudolph. *Economía y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 6.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, pp. 13-14.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 14.

A outra conclusão não chega Pércio Arida: “A pesquisa em Direito, ao iluminar a historicidade das normas, pode também aqui interagir de forma profícua com a pesquisa econômica na busca das maneiras pelas quais a sociedade pode amadurecer”. ARIDA, Pércio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 71.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 23.

Há autores com visões interessantes acerca da função do Direito dentro da vida social: "Na empresa científica o advogado docente tem a vantagem de seu domínio do direito e dos materiais jurídicos; mas outros campos, como a história, psicologia, ciência política, sociologia, antropologia e economia desempenham também um papel importante. O direito como fenômeno social não é terreno exclusivo de nenhum departamento ou disciplina". KITCH, Edmund W. Los fundamentos intelectuales del análisis económico del derecho. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 53.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 24.

POSNER, Richard A. La decadencia del derecho como disciplina autónoma: 1962-1987. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 104.

Érica Gorga, ao estudar a possibilidade de se aplicar as idéias da *Law & Economics* aos países de tradição da *civil law*, ressalta a importância de se levar em conta características outras que não as meramente econômicas, pois são várias as características que influem num ordenamento jurídico determinado. Afirma a autora que: "Essas considerações demonstram a importância do estudo de fatores históricos, sociais e culturais, os quais produzem efeitos sobre a eficiência do ordenamento jurídico. Normas informais ou normas sociais chegam muitas vezes a prevalecer sobre o direito estatal, devendo, portanto, ser incorporadas na análise sobre a eficiência de determinado ordenamento jurídico". GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 179.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 25.

Sendo os fenômenos econômicos naturais, basta à Economia tratar os dados, dados estes que, embora relacionados ao que é humano, poderiam ser objetivos, mensuráveis e quantificáveis. Ao tentar a Economia buscar soluções em comportamentos ditos racionais, calculáveis e previsíveis, erige-se ao *status* de ciência. Segundo Omar Aktouf: "A economia transformada em ciência tinha a obrigação de não mais se desviar de seu caminho ao tentar colocar-se questões de ordem moral. A economia transformada em ciência tem como dever constatar e medir, tem como obrigação 'dar conta do real sem erro', como afirma um Karl Popper a respeito das ciências em geral". AKTOUF, Omar. *Pós-globalização, administração e racionalidade econômica – A síndrome do avestruz*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 67. Contudo: "Diferentemente do cálculo das probabilidades que a ciência constrói metodicamente, com base em experiências controladas e a partir de dados estabelecidos segundo regras precisas, a avaliação subjetiva das chances de sucesso de uma ação determinada numa situação determinada faz intervir todo um corpo de sabedoria semiformal, ditados, lugares-comuns, preceitos éticos e, mais profundamente, princípios inconscientes do *ethos*, disposição geral e transponível que, sendo o produto de um aprendizado dominado por um tipo determinado de regularidades objetivas, determina as condutas 'razoáveis' ou 'absurdas' (as loucuras) para qualquer agente submetido a essas regularidades". BOURDIEU, Pierre. *Sociologia*. 1. Ed. São Paulo: Ática, 1983, pp. 62-63.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 26.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 30.

Deve ser anotado que a análise *ex post* não é isenta de críticas. Gordon Tullock, citado por Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi "argumenta que a análise do Direito & Economia pode tornar o direito eficiente no sentido *ex ante* e em termos de grandes números, todavia trata-se de uma eficiência que pode não ser observada *ex post* e em casos individuais. Por exemplo, não raro o resultado final da aplicação do direito não depende apenas da legislação substantiva, mas também dos procedimentos adotados e do fato de se contar com bons advogados. Para Tullock, a pressuposição sobre a abrangência das prescrições de Direito & Economia foi longe demais e é necessário reconhecer certos limites à sua aplicabilidade". PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 92.

KORNHAUSER, Lewis A. El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 31.

BOURDIEU, Pierre. *Sociologia*. 1. Ed. São Paulo: Ática, 1983, p. 63.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 57.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 64.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 68.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 78.

Por regras sociais (exteriores), Stammler não quer dizer regras instituídas pelo Estado, muito menos regras jurídicas. Assim, entram no conceito de regras sociais também os hábitos e usos sociais, tais como as regras de etiqueta. STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 80.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 79.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 86.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 90.

Para Aristóteles, lembrado por Omar Aktouf, “o homem foi feito para viver junto, enfatizando ainda, em certos textos: em estado de comunidade. É, sem dúvida alguma, em virtude de tal definição, que a ‘política’, para Aristóteles, consiste, antes de tudo, em ‘organizar e manter o estado de amizade entre os cidadãos’”. Aktouf, quando da sua proposta de humanismo, principalmente no que refere à relação do homem com a empresa para a qual trabalha, vai basear-se em Aristóteles, Weber e Marx, cujos pensamentos, embora de modos diferentes, concluem para a “natureza sociocomunitária inamovível do homem”. AKTOUF, Omar. *Pós-globalização, administração e racionalidade econômica – A síndrome do avestruz*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 58 e p. 214.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 93.

Do entendimento de que a regra exterior é condição lógica e formal no conceito de lei da vida social, decorrem três advertências, feitas por Stammler: (i) esse conceito de regra exterior não implica numa organização em forma de Estado. O Estado não passa de uma dentre várias possibilidades de modalidades de vida social; (ii) a função lógica que a regra exterior desempenha não é precisamente uma função causal. Não há interesse em saber como a sociedade humana se formou, nem a origem dos povos; importa saber sob quais condições lógicas pode-se estudar a convivência humana como objeto de uma ciência social; e (iii) não há grau de transição entre o modo de vida de total isolamento para a vida social. STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, pp. 96-97.

BOURDIEU, Pierre. *Sociologia*. 1. Ed. São Paulo: Ática, 1983, pp. 129-130.

“Acredito que ninguém descreveu melhor do que John Kenneth Galbraith os processos, de resto bastante triviais, que nos levaram da filosofia social (filosofia que marcou todas as primeira incursões intelectuais relativas à economia e às relações sociais que com ela têm conexão, de Rousseau aos clássicos – de Adam Smith, John Suart Mill, David Ricardo até, em particular, Karl Marx) à pretensa ciência econômica, assepsiada e expurgada de todas as questões de finalidade e de ética, definitiva e oportunamente desqualificada por não-cientificidade. Foi ao redor do último terço do século XIX, explica Galbraith, com a escola dita neoclássica e sua encarniçada obsessão por imitar as grandes ciências – notadamente a Física –, que se começou a assistir a um matematicismo exagerado do pensamento econômico que iria servir propriamente a sua obliteração”. AKTOUF, Omar. *Pós-globalização, administração e racionalidade econômica – A síndrome do avestruz*. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 64-66.

Vale notar que a “matematização”, para alguns, é decorrência do fato de a economia ter adotado, no passado, um marco uniforme para seu campo. Nesse sentido, afirma Reuven Brenner: “que o trabalho publicado recentemente em economia se ocupe de uma variedade mais reduzida de temas que no passado, que a análise seja mais complexa matematicamente e que se usem mais os métodos quantitativos, são traços característicos de um campo quando um enfoque uniforme começa a ser dominante”. BRENNER, Reuven. Economía: una ciencia imperialista? In: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 95.

Crematística é “a acumulação de meios de aquisição em geral, (...) no sentido de acumulação da moeda pela moeda”, ou “a prática crematística consiste em colocar a perspectiva financeira, ou mais exatamente a procura da maximização da rentabilidade financeira (acumulação de numerário) antes de qualquer outra coisa (em duro detrimento, se necessário, dos seres humanos e do ambiente)”. AKTOUF, Omar. *Pós-globalização, administração e racionalidade econômica – A síndrome do avestruz*. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 58-59.

“Não obstante, para esmagar na origem qualquer discussão, em geral os economistas do neoliberalismo invocam com grande arrogância a cientificidade de seu discurso. Assim, eles usam e abusam do que eu chamo de ‘argumentos de força’, argumentos cujo autoritarismo está dissimulado debaixo de uma aparência de ciência – de matemática, de biologia, de psicologia – para poder apresentar esses argumentos como verdades irrefutáveis”. AKTOUF, Omar. *Pós-globalização, administração e racionalidade econômica – A síndrome do avestruz*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 46.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. 25. Ed. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 180.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. 25. Ed. São Paulo: Cultrix, 2005, pp. 181-182.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 104.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 107.

Stammler chega a afirmar que “estes fenômenos não existiriam de modo algum como fenômenos sociais, se não mediasse a condição desta determinada ordem social. A esta é a quem os fenômenos sociais devem sua existência, pois a regulação da vida social tem lugar mediante a atuação sobre os diferentes indivíduos, membros da comunidade”. STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la historia*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 279.

Não necessariamente as regras jurídicas serão sempre fruto de um poder do Estado. Stammler anota que, por muito tempo, houve regras editadas pela Igreja, e há muitas regras de cunho jurídico que se sobrepõem aos Estados, tais como algumas de Direito Internacional. STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 110.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 113.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 119.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 120.

Stammler dá o exemplo da construção de uma ferrovia nas montanhas da Suíça. Se é possível do ponto de vista natural e técnico, pouco importa à regulação jurídica, pois

não há regra exterior determinada pelo homem que possa influenciar-se sobre questões naturais. Assim, não entra na análise jurídica se o trem não deve ser construído porque a região é suscetível de avalanches ou porque não há conhecimento suficiente sobre engenharia para construção de trilhos acima de determinada altitude. Importa, para a regulação jurídica, enquanto reguladora de relações humanas, se a construção é rentável para a empresa, se há disposição constitucional que autoriza a construção e exploração da ferrovia. Stammler afirma: "mas que a possibilidade natural e técnica que se ofereça para a construção da ferrovia se faça sob a influência da regulação jurídica é algo inconcebível". STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 121.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 122.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 125.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 129.

PASSERON, Jean Claude. *O raciocínio sociológico*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2005, p. 29.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 133.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 134.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 137.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la historia*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 292.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 158. Não sendo, portanto, dois objetos distintos, mas sim duas partes do mesmo, não há que se falar em influência causal entre Direito e Economia, como uma relação de causa e efeito. Para haver relação de causa e efeito, deve-se ver Direito e Economia como ramos que gozassem de existência independente, como dois objetos distintos. Contudo, tomando por objeto de investigação a vida social humana, cai por terra qualquer esforço no sentido dessa separação.

Stammler vai partir sua análise da concepção monista da vida social de uma crítica ao Direito natural, teorizada como o Direito que tem alcance incondicionado e absoluto. Stammler afirma: "não procediam devidamente os antigos juristas ao seguir as pegadas de um determinado Direito com transcendência absoluta; mas seus esforços teriam sido justificados se, ao invés de tender a descobrir este sistema imutável, houvessem proposto investigar um Direito natural de conteúdo variável: é dizer, regras jurídicas tais

quais aquelas que sob circunstâncias condicionadas empiricamente contivessem o Direito teoricamente justo". STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 166.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 159.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 162.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 168.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 168.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 170.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 173.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 176.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 194.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 197.

ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO DE DIREITO: AS CONTRIBUIÇÕES E OS LIMITES DAS TEORIAS PROPOSTAS POR AUSTIN E HART*

ANÁLISIS CRÍTICA DEL CONCEPTO DE DERECHO: EL CONTIBUTO Y LOS LÍMITES DE LAS TEORÍAS PROPUESTAS POR AUSTIN Y HART

Magno Federici Gomes
Isabella Saldanha de Sousa

RESUMO

Ao conceber o Direito como um fenômeno social e institucionalizado, Hart (2001) formulou uma idéia verificável em qualquer ordenamento jurídico e que se opõe à concepção imperativista do Direito de Austin (2002). Trouxe a noção de aspecto interno das normas jurídicas, especialmente na perspectiva dos juízes, como questão fundamental para o processo de hermenêutica e elaboração do Direito. Instituiu, também, a regra de reconhecimento que facultou critérios de validade das normas jurídicas. Hart (2001) analisou, ainda, a relação entre o Direito e a linguagem, especialmente a sua estrutura aberta que permite ao julgador lançar mão da discricionariedade judicial para resolver problemas de lacunas normativas e de reconhecimento. Trata-se de um trabalho teórico-documental, por fazer uma revisão de literatura sobre o assunto. Como conclusão, se questiona se o exercício de tal poder discricionário não implica em subjetivismo por parte do julgador que, apesar de justificar as razões de sua decisão, interpreta ou cria a lei para o caso concreto. Assim, acaba por dar a forma que lhe é mais conveniente, o que obsta a presunção de que o julgador é dotado de virtudes essenciais no exercício da função jurisdicional, como pretendia Hart (2001).

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO; FENÔMENO SOCIAL E INSTITUCIONALIZADO; REGRA DE RECONHECIMENTO; TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM; SUBJETIVISMO JUDICIAL.

RESUMEN

Hart (2001) creó un concepto de Derecho según el cual él es un fenómeno social e institucionalizado. Además, formuló una idea verificable en cualquier ordenamiento jurídico y que se opone a la concepción imperativa de Derecho de Austin (2002). Trajo la noción de aspecto interno de las normas jurídicas, especialmente en la perspectiva de los jueces, como cuestión fundamental para el proceso de hermenéutica y elaboración del Derecho. Instituyó, también, la regla de reconocimiento que facultó criterios de validad de las normas jurídicas. Hart (2001) analizó, aún, la relación entre el Derecho y el lenguaje, nominadamente su estructura abierta que autoriza al magistrado utilizar el poder judicial discrecional para solucionar los problemas de omisiones legales y de

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

reconocimiento. Se trata de un trabajo teórico-documental, ya que hace una revisión de literatura sobre el asunto. Como conclusión, se cuestiona si el ejercicio de tal poder discrecional no es un subjetivismo por parte del juzgador que, aunque justifique las razones de su decisión, interpreta o crea la ley para el caso concreto. Así que acaba por otorgar la forma que le conviene, el que obsta la presunción de que el juez detiene virtudes esenciales al ejercicio de la función jurisdiccional, como pretendía Hart (2001).

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO; FENÓMENO SOCIAL E INSTITUCIONALIZADO; REGLA DE RECONOCIMIENTO; TEXTURA ABIERTA DEL LENGUAJE; SUBJETIVISMO JUDICIAL.

1 - INTRODUÇÃO

Na tradição jusnaturalista, o Direito envolve necessariamente a moral, mas, a partir do século XVIII, surgiram inúmeras críticas ao pensamento jusnaturalista, tendo se destacado John Austin, como um dos mais importantes representantes do positivismo legal na Inglaterra, primando pela separação entre o Direito e a moral. Com a obra "*El Objeto de la Jurisprudencia*", o autor (2002) se propõe a traçar as principais distinções entre "o direito positivo (jurisprudência) e a ciência da legislação, para libertá-lo das confusões perenes com os preceitos da religião e da moral, como ocorria no jusnaturalismo". Por isso, refere-se à delimitação do objeto do Direito para enfatizar o estudo do direito positivo tal como ele é, e não como ele deveria ser, numa abordagem avalorativa que é característica do positivismo jurídico. Sistematiza os elementos característicos e exclusivos do direito positivo, que são constatáveis em qualquer ordenamento jurídico, a partir de correlações entre os termos soberano, comando, dever, sanção e hábito de obediência, tendo como pano de fundo o modelo de Estado absolutista.

Já H. L. A. Hart (2001), com a sua obra "O Conceito de Direito", dando seqüência ao positivismo analítico inglês do século XIX, desenvolvido por Bentham e Austin (2002), propõe uma teoria distinta do último autor, mas se utiliza de parte dela para descrever o funcionamento do Direito que reputou como o adequado para qualquer ordenamento jurídico, tendo como pano de fundo o Estado moderno. Ele também é um representante da filosofia analítica, que prima por precisar o significado de certos termos e expressões científicos e/ou filosóficos, com o fito de desfazer as obscuridades e pseudo-problemas criados pela má compreensão da linguagem, elaborando concepções mais acuradas do que as coisas designadas por aqueles termos e expressões verdadeiramente são.

Traz a noção fundamental de que o Direito é essencialmente constituído por regras e não por hábitos de obediências às ordens editadas pelo soberano, como Austin (2002) pretendia fazer crer, e também combate o pensamento kelseniano, na medida em que critica a descrição do Direito como sendo puramente constituído por fatos. Para tanto, propõe uma perspectiva interna e externa para a análise do ordenamento jurídico, que é constituído pela conjugação de regras primárias de obrigação e secundárias de

reconhecimento, de modificação e de julgamento. Atribui relevância à regra secundária de reconhecimento que é a responsável pela identificação das regras válidas de um determinado ordenamento jurídico. Hart (2001) analisa, ainda, o Direito como um fenômeno social e institucionalizado, em que as regras de um ordenamento jurídico, desde o seu contexto de utilização, somente podem ser validadas por um critério que é aceito por determinados membros do grupo social, sob o ponto de vista interno.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância da teoria austiniana para a formulação da teoria hartiana, em relação a um conceito adequado de Direito para todo e qualquer ordenamento jurídico, a partir do debate entre as teorias formuladas pelos referidos autores. Pretende-se, também, demonstrar a importância da interpretação para sanar as lacunas de reconhecimento, cuja concepção foi introduzida por Hart (2001), por meio do estudo da textura aberta da linguagem, no plano de aplicação das normas, que foi essencial para o posterior desenvolvimento da hermenêutica jurídica. A textura aberta da linguagem também possibilitou adentrar no tema da discricionariedade judicial, discutindo-se os pontos críticos traçados por Dworkin em relação à teoria de Hart (2001). Assim, trata-se de um trabalho teórico-documental, cujo escopo é fazer uma revisão de literatura sobre as teorias de Austin e Hart, por meio de análise comparativa entre ambas, enfocando as suas principais contribuições e problematizando as suas limitações, por meio de críticas positivistas e pós-positivistas.

2 - A NOÇÃO DE LEI EM SENTIDO AMPLO E A DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO DIREITO, A PARTIR DO COMANDO IMPOSTO PELO SOBERANO

Já no início da primeira das seis lições de sua principal obra (A Delimitação do Objeto do Direito), Austin (2002) assevera que uma “regra ou lei, em seu sentido geral ou abrangente, é determinada por um ser inteligente a outro através do estabelecimento de padrões de conduta”, numa relação assimétrica de poder entre súditos e soberanos. E, para delimitar de forma precisa o objeto do Direito, que se constitui pelo direito positivo, ou seja, aquele que é “ditado pelos superiores políticos aos seus súditos (inferiores políticos), é necessário distingui-lo de outros objetos que podem estar com ele relacionados, por analogia ou por semelhança” e que também estão contidos na definição ampla de lei ou regra. Em razão disso, classifica as leis em próprias e impróprias. As primeiras podem ter origem divina (ditada por Deus aos homens) e humana (ditadas por um homem ao seu semelhante). Essa, por sua vez, se subdivide em leis positivas e na moralidade positiva. Já as leis impróprias originam-se do uso de metáforas, de analogias e também constituem as denominadas leis anômalas.

Tanto as leis divinas quanto as leis humanas se enquadram no sentido amplo do termo lei, porque estão destinadas à regulação de condutas humanas. Todavia, as primeiras, por terem sido postas por Deus aos homens, são obedecidas por respeito, enquanto as segundas, por terem sido impostas por homens aos seus semelhantes, são obedecidas pela imposição de uma sanção. Exemplifica ainda o autor (2002) que, até mesmo as leis impróprias, originadas de “de uma analogia próxima e evidente às leis humanas, que

não são ditadas por superiores políticos, como por exemplo, as leis da moda e da honra", por estabelecerem regras de comportamento humano, podem ser classificadas como leis em sentido amplo. Contudo, a obediência a essas espécies de regras sociais decorre apenas da vontade do indivíduo de segui-las ou não, o que varia de acordo com grau de pressão social para que a sua conduta se amolde ao que foi prescrito pela regra. Dessa forma, elas não impõem um dever jurídico porque estão destituídas de uma sanção e, por isso, são espécies de leis ou regras da moralidade positiva, que se instituem a partir de "opiniões ou sentimentos de um conjunto indeterminado de pessoas em relação à conduta humana". Embora seja questionável esse critério de classificação, o direito internacional, conforme Austin (2002), também é uma regra da moralidade positiva, porque os Estados soberanos se relacionam de maneira coordenada e não subordinada. Portanto, não pode ser estabelecido por um superior político aos súditos, o que inviabiliza a sua caracterização como lei propriamente dita.

Para estreitar mais o conceito de direito positivo, assevera que é necessário identificar os seus elementos fundamentais, para distingui-lo das leis impróprias, que são estabelecidas pelo uso de uma analogia próxima e evidente às leis humanas e das leis por metáfora, que são estabelecidas por uma analogia fraca. O que há de comum entre elas é que todas são espécies de comando, ou seja, elas se originam da manifestação de um desejo ou de uma ordem para que uma pessoa aja de forma comissiva ou omissiva, estando sujeitas a um dano. Por outro lado, o comando que caracteriza as leis positivas também é uma manifestação de um desejo ou de uma ordem determinada pelo superior político (soberano) aos seus súditos. Entretanto, é "o modo pelo qual se exterioriza o seu poder ou a sua intenção de infligir um mal ou um dano a quem não satisfaz o seu desejo" é que o caracteriza como tal. Além disso, o comando, para ser considerado uma lei positiva, deve estabelecer condutas que se referem a determinados gêneros ou espécies e que vinculem "à totalidade da comunidade ou, ao menos à determinadas espécies completas de seus membros", não sendo possível a existência de leis positivas cujos comandos sejam destinados a particulares ou a um indivíduo especificamente considerado.

Por sua vez é claro que se uma determinada ordem foi emitida pelo soberano é porque existe a obrigação ou o dever dos súditos de obedecê-la, pressupondo-se que há normalmente um hábito de obediência por parte deles. Esse dever só existe a partir da probabilidade da geração de um dano (sanção), em caso de eventual desobediência. Daí surge uma correlação mais significativa entre o dever de obediência do comando e a probabilidade do dano em caso de descumprimento de uma ordem. É por isso que existem leis, denominadas de "imperfeitas que impõem deveres, mas são destituídas de sanção e que por isso não podem ser consideradas jurídicas, tais como as leis divinas e a moralidade positiva". Assim, na concepção austiniana, somente pode ser considerada jurídica, a lei ou a regra que for dotada de sanção e se revestir de um comando estabelecido de forma genérica e abstrata pelo soberano aos súditos, numa sociedade política e independente.

Então, se pode concluir que o critério de utilizado por Austin (2002) para delimitar a essência do Direito, ou mais especificamente da lei positiva, é a centralidade da noção de hábito de obediência dos súditos aos comandos fundados em ameaça ditados pelo soberano.

3 - A IMPROPRIEDADE DA IDENTIFICAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO, A PARTIR DE ORDENS GERAIS BASEADAS EM AMEAÇAS E DO TRATAMENTO DAS NULIDADES COMO SANÇÕES

Hart (2001) destina os primeiros capítulos de sua obra "O conceito de Direito", para combater os equívocos cometidos por Austin (2002) ao identificar o ordenamento jurídico a partir de hábitos de obediência dos súditos às ordens coercitivas editadas pelo soberano. Apesar dessa noção implicar a idéia de regra como uma série de comportamentos convergentes em determinado sentido, desde um hábito de obediência, que se torna obrigatório em decorrência de uma ameaça, ela se mostra insuficiente para identificar o Direito em todo e qualquer ordenamento jurídico. Hart (2001) constrói a sua teoria a partir da desconstrução parcial da teoria de Austin (2002), identificando as suas aporias para compreender o Direito como uma espécie de regra. Assim, dá ênfase à sua perspectiva interna como um de seus elementos fundamentais. Não tem como objetivo conceituar o Direito, mas definir os elementos essenciais que permitem identificar a sua estrutura em qualquer ordenamento jurídico, utilizando-se da teoria jurídica analítica, que o distingue da moral e da coerção.

Em razão da perplexidade dos argumentos e contra-argumentos lançados ao longo da história em torno da definição do que é o Direito, Hart (2001) procura responder a três questões recorrentes e concomitantes que julga essenciais para definir a sua natureza jurídica. Primeiramente, traz a noção de obrigatoriedade da conduta humana como uma característica "essencial do Direito e busca identificar quais são as diferenças entre o direito e a obrigação jurídica decorrente das ordens baseadas em ameaça e como se relaciona com estas". A segunda questão respeita "à identificação das distinções entre a regra jurídica e a regra moral e como elas se relacionam entre si". "E a terceira respeita à identificação do Direito a partir da noção de regra para definir a sua natureza jurídica".

Assim, Hart (2001) formula várias objeções à identificação de um ordenamento jurídico a partir de ordens gerais fundadas em ameaças, que se cingem ao conteúdo das leis, ao seu modo de origem e ao seu campo de aplicação, que são essenciais para a definição do que é o Direito e que não se verificam na concepção austiniana de direito positivo. Essas constatações foram fundamentais para que Hart (2001) propusesse um modelo de estruturação das normas jurídicas, desde a noção de regra, mais especificamente de uma regra reconhecimento que dá validade a todas as demais regras (primárias e secundárias) existentes em qualquer ordenamento jurídico, sem recorrer ao método tradicional de definição do Direito por gênero e diferença específica. O referido método parece ser de mais fácil intelecção porque:

dá uma série de palavras que pode se sempre substituída pela palavra definida, cujo sucesso depende de condições que freqüentemente não estão preenchidas, já que uma definição que diz que algo é membro de uma família não é útil se não se sabe precisar de forma clara a natureza da família a qual pertence.

A citada condição não pode ser implementada quando se trata do Direito, porque não se sabe definir:

a qual categoria geral bem conhecida e familiar ele pertence, embora possa ser enquadrado na família das regras de comportamento, mas esta definição também vem causando perplexidades, porque não aumentam a compreensão sobre a sua natureza jurídica.

Dessa forma, para Austin (2002), o Direito tem origem no soberano e se constitui por uma ordem dirigida aos súditos, para que façam ou se abstenham de fazer algo, cujo descumprimento implica uma sanção. Todavia, essa definição pode ser representada tanto pela situação de um ladrão que ordena a vítima que lhe entregue a bolsa (uma ordem baseada em ameaça), quanto pela situação de um agente de trânsito que multa algum veículo por excesso de velocidade (cumprimento de um dever legal). A partir dessa comparação, se conclui que o critério utilizado por Austin (2002) para definir o Direito já está equivocado.

Hart (2001) pondera que Austin (2002) não vislumbrou a distinção entre as expressões comando, ordem fundada em ameaça e lei positiva, que é o objeto do Direito que pretende identificar e definir. Todas essas expressões são espécies de imperativos, em que "um desejo é formulado com a intenção de que a pessoa interpelada se deva conformar com o desejo expresso". Por sua vez, o vocábulo comando encerra a idéia de obediência por respeito a uma autoridade, característica que o distingue de uma ordem fundada em ameaça e o aproxima do Direito. Todavia, a noção de comando se afasta da lei positiva e de uma ordem fundada em ameaça, porque deixa de impor uma sanção, que é a motivação direta para a obediência dessas últimas espécies de imperativos. A equiparação de comandos a ordens fundadas em ameaça, na teoria austiniana, é até aceitável, apesar de não ser a mais adequada, segundo Hart (2001), porque ela é menos obscura para definir o Direito, do que explicitar os elementos da noção de autoridade.

Embora admita que a idéia da imposição de um mal possa estar ligada à noção de comando, ainda que excepcionalmente, Hart (2001) destaca que é problemático asseverar que a definição do Direito implica necessariamente a idéia de comando. Isso porque há uma distinção entre as expressões ordenar e dar uma ordem, que é relevante para afastar a idéia de ordens, baseadas em ameaças, da concepção correta acerca do Direito. No Estado absolutista, o soberano ao ordenar aos súditos, de forma direta e individualizada, que ajam de maneira comissiva ou omissiva, ameaça aplicar uma sanção em caso de descumprimento, ao passo que o legislador, ao promulgar uma lei no Estado moderno, dá uma ordem aos seus destinatários de forma indireta e generalizada, "fundada apenas na idéia de hierarquia e de autoridade" e não na idéia de comando.

Austin (2002), ao definir o Direito a partir da noção de comando, assumiu a teoria imperativista da norma jurídica, que:

está estritamente vinculada à concepção legalista-estatal e determina a lei como a única expressão do poder normativo do Estado, de forma que somente as normas postas por ele são jurídicas, porque são as únicas que são respeitadas graças à coação.

Uma das críticas à adoção da concepção em questão, é que ela é reducionista porque circunscreve o fenômeno normativo à realidade empírica observável apenas no Estado absolutista, o que a torna inaplicável de forma genérica a todo e qualquer ordenamento jurídico. Bobbio (1995), também rechaça essa teoria, asseverando que "basta o abandono desta perspectiva (legalista-estatal) para que ela não mais exista". Hart (2001) combate tão fortemente essa teoria que dedica o capítulo IV, da obra ora estudada, apenas para demonstrar que "toda concepção de um soberano supremo e independente, habitualmente obedecido, é enganadora, visto pouco haver qualquer sistema jurídico real que lhe corresponda". Destaca-se que, para Austin (2002), somente se pode falar em sociedade a partir de uma estrutura assimétrica de poder (súdito/soberano), sob conseqüência de restar instalada a anarquia, o que significa realmente que somente nesse modelo se pode falar em Direito.

No início de sua obra, Hart (2001) adverte que o Direito geralmente é definido por regras e tal noção dificilmente é colocada em dúvida, sendo que, até mesmo na teoria austiniana, ela se verifica quando se fala em lei ou regra imperativa representada por um comando. Isso se deve à exigência de um comportamento convergente em determinado sentido, sob conseqüência de seu desvio ser sancionado. Ao se dizer que uma regra existe, significa que a maior parte das pessoas geralmente a obedece, ou seja, há uma regularidade de comportamento nesse sentido. Essa característica pode ser observada numa regra social e numa regra jurídica, de modo que esse atributo não pode ser considerado como o fator determinante da exigibilidade de uma regra jurídica. Em conformidade com Hart (2001), no conceito austiniano de direito positivo, há comportamentos regulados cujo fundamento é o hábito de obediência da maioria dos súditos, ainda que seja por temor à sanção. Mesmo assim, a noção de hábito de obediência é insuficiente para caracterizar as regras jurídicas.

As regras jurídicas estabelecem padrões de conduta que são criados pelo órgão legislativo competente, cujos desvios são previstos e sancionados. Já nas regras sociais, não há previsibilidade de uma sanção (propriamente dita), mas os desvios de conduta são passíveis de repreensão. Enquanto num hábito de obediência, sequer os desvios são passíveis de repreensão. Apenas nas regras sociais e jurídicas, verifica-se um sentimento de ter que obedecer a uma determinada regra e a existência de uma crítica (própria ou de terceiros), pelo desvio da conduta prevista. Contrariamente, a diferença entre ambas está em que "na regra social há um comportamento regular, enquanto na regra jurídica há um comportamento regulado". A previsibilidade da regra e da sanção não pode ser vista como um fator essencial que impele alguém a obedecer a uma regra jurídica, pois existe uma distinção entre "estar obrigado a obedecer" e "sentir-se obrigado a obedecer", que é fundamental para determinar a exigibilidade de uma regra jurídica. A função da regra jurídica é essencialmente a de incutir nos destinatários normativos o sentimento de adotá-la como um guia de conduta para a convivência social. Daí pondera Hart (2001) que a previsibilidade contida na regra não é relevante para cumprir suas finalidades, mas sim o é a existência do estatuto legal, posto que se trata de direcionador justificado da conduta pretendida. Esse "sentimento assumido de obrigação que viabiliza a reflexão

crítica diante dos desvios de conduta", é fundamental para determinar a natureza jurídica de uma regra ou lei. Essa perspectiva foi denominada, por Hart (2001), de interna, porque "não se limita a anotar e a predizer o comportamento conforme as regras (aspecto externo), mas se utiliza delas como padrões para a apreciação do comportamento próprio e dos outros". A crítica se justifica na medida em que os destinatários normativos reconhecem que as regras jurídicas estatuem um padrão de conduta correto, ou devido, e que a sanção é uma medida necessária para conscientizar os dissidentes de que eles devem acatar tais padrões de conduta para harmonizar a convivência social.

Desse modo, a imposição de uma sanção pelo descumprimento da conduta prescrita pela regra jurídica não pode ser vista apenas como a "previsibilidade de uma reação ao desvio". A mencionada perspectiva pode até existir sob o ponto de vista externo, ou seja, de alguém que, na condição de observador externo, apenas analisa o funcionamento de um determinado ordenamento jurídico para descrever o que é o Direito. Entretanto, esse ponto de vista é análogo ao da identificação do Direito feita por Austin (2002), ao definir uma lei ou regra positiva a partir de um hábito de obediência ao comando ditado pelo soberano e, portanto, é irrelevante na metodologia proposta por Hart (2001), para definir o Direito. Frisa-se que, até mesmo Austin (2002), reconhece que não há um critério rigoroso para se determinar o grau e a freqüência da obediência necessária para que se forme um hábito. Quando se fala em regras jurídicas existentes numa sociedade, pressupõe-se que há uma maioria que as obedece e também uma minoria dissidente que não reconhece nelas um padrão para a sua conduta.

Hart (2001) também identifica outros problemas que a tese do hábito de obediência não consegue solucionar, quais sejam, "a continuidade da autoridade de criação do direito e a persistência das leis, em caso de sucessão do soberano". Quando um soberano é sucedido por outro, exige-se um lapso de tempo até que se crie um hábito geral de obediência em relação às suas ordens e, nesse período, não há como pressupor que o sucessor será obedecido porque o seu antecessor o era. Além disso, um hábito de obediência "não pode conferir direitos ou autoridade a quem quer que seja".

No Estado absolutista, não há regra que confira a alguém o direito de suceder o soberano anterior e obrigue os súditos a obedecer às suas ordens, motivo pelo qual elas não podem ser caracterizadas como normas jurídicas, de acordo com a teoria austiniana. O que deveria ocorrer, supõe Hart (2001), é "uma prática social geral mais complexa e que não se constitui em um mero hábito de obediência", que justifica essa aceitação por parte dos súditos, para que os poderes do soberano anterior sejam transferidos para outrem, viabilizando-se a continuidade da autoridade de criação do direito. Daí exsurge a noção do ponto de vista interno, ou seja, da aceitação por parte dos súditos de tal prática social, que permite a sucessão de um soberano por outro. Na verdade, isso retrata a noção de uma regra que é exigível, concepção que não encontra correspondente no modelo austiniano. Assim, se pode concluir que a concepção de austiniana de Direito é falha porque, nessa hipótese, não se exige um hábito de obediência aos comandos ou ordens fundadas em ameaça, para dizer que o direito de sucessão de um soberano por outro existe, mas sim da concepção de uma regra que prevê a continuidade da autoridade legislativa.

Desde um governo soberano, estabelece-se um determinado ordenamento jurídico e, sendo ele sucedido por outrem, as leis anteriormente existentes devem continuar

vigendo “porque não se pode limitar a perspectiva delas ao tempo de vida de seus criadores, já que é necessário que elas sobrevivam a eles e àqueles que as obedecem”. Para que isso ocorra:

a noção de hábito de obediência ao legislador atual não é suficiente para explicar a persistência das ordens de legisladores passados e futuros. Aqui também se exige a noção de uma regra que confira autoridade às ordens destes legisladores sucessivos.

Se tal regra não fosse sequer pressuposta por alguma prática social complexa, o ordenamento jurídico deixaria de existir quando ocorresse a sucessão de um soberano por outro. A explicação dada por Austin (2002) é que, se o soberano atual opta por manter as ordens vigentes no ordenamento jurídico anterior, ele o faz de forma tácita, sem interferir em sua aplicação. Justifica Austin (2002), a partir de Hobbes, que “o legislador não é aquele por cuja autoridade as leis foram feitas primeiramente, mas aquele por cuja autoridade elas continuam agora a serem leis”. Contudo, o fundamento dessa justificativa é falho porque, embora tenha havido um reconhecimento tácito pelo soberano atual das ordens editadas pelo soberano anterior, para o mesmo ordenamento jurídico, admite-se a coexistência de soberanos distintos dos quais as ordens fundadas em ameaça foram emanadas. Daí não se pode utilizar da noção de um soberano único e determinado para identificar a origem do Direito, como pretende fazer crer Austin (2002). Novamente, a solução apontada por Hart (2001) é reconhecer a necessidade da imposição de uma regra “fundamental, correntemente aceita, que especifica uma categoria de pessoas, cuja palavra deve constituir um padrão de comportamento para a sociedade, isto é, que tem o direito de legislar”, de tal forma que abranja atos legislativos passados, presentes e futuros.

Para a criação de tais regras (que prevejam a continuidade da autoridade legislativa e que confiram o direito de legislar), não é necessária apenas “uma aquiescência dos cidadãos comuns da sociedade, através de práticas sociais complexas, mas exige-se a opinião de autoridades como legisladores e os Tribunais”, como exemplifica Hart (2001). Assim, torna-se necessária a passagem de uma sociedade extremamente simples, na qual existem apenas normas primárias, que estabelecem obrigações, tal como a existente no Estado absolutista, para uma sociedade complexa, na qual além daquelas existam normas secundárias, que atribuam poderes públicos ou privados, como as existentes no Estado Moderno. Somente dessa maneira, será possível a instituição de “regras ou normas de modificação, que se destinam a instituir, em sentido amplo, os órgãos criadores de normas, que tem por função regular o processo de criação, eliminação e transformação das regras primárias”.

Frisa-se que, somente a partir da criação de tais órgãos legislativos, é que se pôde concluir pela existência de uma obrigação jurídica. Tal obrigação exige, além do aspecto interno, já explicitado anteriormente, a pressão social para que a conduta dos indivíduos se adeqüe à norma, evitando-se discussões sobre os desvios comportamentais, sobre o grau de relevância da norma, para que o seu acatamento repercuta na harmonização social, e sobre a sobreposição do sentimento de obrigação de obediência à norma aos desejos de transgredi-la.

Outra objeção identificada por Hart (2001), em relação à aplicação das leis, é que o legislador está limitado juridicamente às normas que elabora, ao passo que o poder do soberano não pode sofrer qualquer limitação jurídica, porque restaria descaracterizado e não poderia se falar numa sociedade politicamente independente. A equiparação do soberano ao legislador já se mostra inadequada, porque ele necessariamente deve estar sujeito às regras que criou, inclusive as normas do procedimento legislativo. Segundo Austin (2002), o soberano, no exercício de sua função oficial, não pode ao mesmo tempo criar a lei e estar vinculado a ela, porque a idéia de superioridade política do soberano cairia por terra. Distinguir essas duas funções somente seria possível se fosse criado um órgão legislativo que atribuísse ao legislador a função de criar normas e o impusesse a obrigação de cumpri-las, na condição de sujeito privado. Assim, também não se pode conceber que o soberano tenha direitos jurídicos frente aos seus súditos, pois do contrário, ele estaria vinculado a uma ordem emitida por outro soberano, o que, conforme Austin (2002), seria um absurdo. Justifica-se essa afirmativa já que numa sociedade politicamente independente somente pode existir um único soberano. E, certamente, a existência de mais de um soberano inviabilizará a persistência de sua teoria. Todavia, não se vislumbrou que essa ausência de delimitação deve ocorrer no plano político e não no plano jurídico (pois a limitação jurídica do órgão legislativo é uma característica essencial dos Estados modernos), o que torna as suas ponderações deficientes. Mas o fundamental, diz Hart (2001), é perceber que tais questões não são determinantes para definir o Direito e, portanto, devem ser deixadas de lado.

Com referência ao conteúdo das leis, Hart (2001) diverge de Austin (2002) quando ele identifica o ordenamento jurídico a partir de uma estrutura em que a norma jurídica é constituída por uma ordem fundada em ameaças, por aplicação de uma forte analogia à lei penal (espécie de norma jurídica dotada de um comando e uma sanção), para aferir, de forma inequívoca, a juridicidade de uma regra num ordenamento jurídico. Segundo Hart (2001), na complexidade dos Estados Modernos, essa concepção é “enganadora, porque desconsidera a diversidade das leis existentes”, de maneira que o direito internacional e os costumes, por exemplo, equivocadamente deixam de ser considerados como leis propriamente ditas, porque não se originaram de uma fonte determinada, qual seja, o soberano. Bobbio (1995) destaca que essa:

é uma das numerosas doutrinas que nega a juridicidade do ordenamento internacional e possui o mérito de ser fundada em critérios claros e rigorosos: uma vez admitida a definição austiniana do direito positivo, não resta senão negar caráter jurídico às normas internacionais.

O critério pode até ser claro e rigoroso, mas não deixa de ser questionável, já que, segundo Hart (2001), a conjugação de regras de várias espécies é um fenômeno característico do Direito. Frisa-se que, até mesmo os costumes, enquanto “regras de conduta que os governados obedecem espontaneamente, ou seja, sem a necessidade de seguir uma lei imposta por um superior político”, não se constituem em comandos e, por isso, não são exigíveis juridicamente. Enquanto tal, o costume tem o *status* de norma da moralidade positiva e só pode adquirir o *status* de norma jurídica, quando o juiz, que é um funcionário inferior e subordinado às ordens do Estado, o transforma em

uma norma jurídica, dotada de sanção, acatando-o em suas decisões judiciais. A outra forma de aceitação do costume seria por manifestação tácita de vontade do soberano, ao silenciar sobre a sua aplicação pelos súditos.

Ao se analisar a teoria imperativista, adotada por Austin (2002), percebe-se que ele classifica como leis positivas ou propriamente ditas aquelas que:

são criadas direta ou indiretamente por monarcas ou corpos soberanos em sua condição de superiores políticos, por homens que se encontram em estado de sujeição em sua condição de superiores políticos subordinados ou por súditos em sua condição de pessoas privadas em exercício de seus direitos legais.

Sustenta que "todo direito jurídico é criado por uma lei positiva e corresponde a um dever relativo imposto por essa lei e que recai sobre uma pessoa ou pessoas distintas daquelas em que reside o direito". Nessa acepção, deixa-se de priorizar a faculdade que a lei confere a uma determinada pessoa, ou grupo de pessoas, para o exercício de um certo direito jurídico (subjetivo). Ademais, enfatiza-se o correlato dever de obediência que existe em contrapartida ao exercício desse direito, para fazer uma analogia, dessas situações de vantagens do sujeito frente à norma jurídica, a comandos fundados em ameaça, ainda "que a condição de superioridade política do soberano, seja expressa de forma indireta ou mediata". Sob esse ponto, o autor (2002) tentar justificar a persistência de sua teoria frisando que:

a idéia de que um sujeito é titular de um direito através do uso da força ou de um poder próprio é falsa e representa um completo absurdo, porque o que ocorre é exatamente o contrário, já que a titularidade deste direito é adquirida pelo uso da força ou pelo poder de outro sujeito, qual seja, o autor da lei pela qual o direito é conferido.

É claro que não se pode desconsiderar que, tanto as normas que conferem poderes jurídicos (públicos ou privados), quanto as leis, que impõem deveres, constituem regras porque prescrevem padrões de conduta sujeitos à critica e que podem, indiretamente, estabelecer deveres a outros sujeitos que não estejam determinados de forma direta pela norma. Para alguns, tal assertiva significa que ambas podem ser enquadradas como ordens coercitivas enquanto, para outros, não.

Os adeptos da teoria menos extremista alegam que o Direito somente se torna obrigatório a partir da imposição de uma sanção. Além disso, como a infringência às normas jurídicas que estatuem poderes não é passível de ser sancionada, no sentido próprio do termo, as nulidades de tais atos foram equiparadas às sanções aplicadas no direito penal. Essa equiparação é até possível, mas não nesses termos. As regras que conferem poderes podem ser vistas como ordens dirigidas para que se adote um comportamento em determinado sentido e a nulidade pode ser analisada como o

fundamento que impele alguém a adequar o seu comportamento à regra, assim como a sanção. Todavia, é só esse aspecto que as assemelha, porque “no direito penal a conduta que a regra proíbe está separada da sanção que é dirigida ao seu desencorajamento, enquanto a previsão da nulidade é parte integrante das normas que atribuem poderes”. Isto é, a retirada da nulidade da norma não é possível, sob pena dela deixar de existir. A aplicação da sanção decorre da prática de ato ilícito, ao passo que, a nulidade aplicada à violação de uma regra atributiva de competência, não decorre de um ato ilícito, mas somente da inobservância de determinados requisitos exigidos pela lei para lhe conferir validade. Aqui se ampliou demasiadamente o significado de sanção, para abranger as nulidades, como uma tentativa de Austin (2002) que justificasse a persistência de sua teoria, baseada em ordens fundadas em ameaças para identificar o Direito.

A teoria contrária, numa perspectiva mais moderada, exclui as normas que:

conferem poderes aos particulares da categoria de ordens fundadas em ameaças para qualificá-las como fragmentos incompletos de regras coercitivas, negando-lhes juridicidade, em oposição às normas propriamente ditas. Elas são reformuladas como cláusulas condicionantes das ordens condicionais baseadas em ameaças ou regras que impõem deveres.

Vale dizer que somente se forem cumpridas as exigências impostas pela lei é que se reputará valida a celebração de um negócio jurídico, por exemplo. Kelsen (1991) também vislumbrou uma concepção distinta de normas incompletas (destituídas de sanção), ao sustentar que elas se relacionam de modo indireto com as normas completas, já que somente elas necessariamente precisam ser sancionadoras. Essa pretensão de homogeneização do ordenamento jurídico é causadora de perplexidades, porque representa as tentativas desesperadas de Austin (2002) em justificar a sua teoria, mediante distorções de formas jurídicas como distintas espécies normativas que funcionam num sistema jurídico, obscurecendo as várias técnicas possíveis de controle social, além da aplicação da sanção.

4 - O FUNDAMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO: A REGRA DE RECONHECIMENTO QUE FACULTA CRITÉRIOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS VÁLIDAS

Num sistema jurídico simples, tal como o que foi identificado por Austin (2002) no modelo de Estado absolutista, é possível imaginar que o direito exista sem concorrência das funções legislativa, executiva e judiciária. Em tais sociedades, verifica-se somente a existência de regras primárias que estatuem condutas por uma autoridade que não é oficial, embora as ações sejam pautadas como um guia para que o comportamento se amolde às regras estabelecidas, havendo uma dissidência de comportamento considerável que está sujeita à aplicação de uma sanção. Nesse tipo de sociedade

simples, as regras estão dispostas de forma assistemática e não podem constituir um sistema jurídico, porque não é possível identificar uma autoridade criadora do direito que possa definir se uma regra, que vem sendo geralmente obedecida, pertence ao ordenamento jurídico e que é a extensão de sua aplicação em um caso concreto. Essa carência de certeza em relação às regras primárias só pode ser solucionada mediante a instituição de uma regra secundária, que estabeleça um critério para definir se uma regra primária pertence ou não a uma determinada ordem jurídica. A articulação das regras primárias, que prescrevem condutas comissivas ou omissivas para os indivíduos, e das regras secundárias, "que determinam como as regras primárias podem ser criadas, eliminadas e alteradas", é o que constitui um ordenamento jurídico.

Ao se prever apenas a existência de obrigações no ordenamento jurídico, dá-se maior relevância ao seu aspecto externo, ou seja, ao ponto de vista de um observador que descreve o direito existente num determinado sistema normativo, mas que não acata os critérios utilizados para a validação dessas regras. Segundo Austin (2002), essa perspectiva é suficiente para definir o Direito, mas o mesmo não ocorre em sistemas jurídicos complexos. Neles, exige-se a instituição de uma regra secundária de reconhecimento que permita identificar quais são as normas primárias válidas de um determinado ordenamento jurídico, em conformidade com Hart (2001). Pressupõe-se que tal regra seja aceita pelos "cidadãos particulares como pelas autoridades que dispõem de critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação".

Os critérios que a regra de reconhecimento disponibiliza para identificar o direito, e reputá-lo como válido, variam de acordo com as suas fontes existentes em cada ordenamento jurídico. Para definir a regra de reconhecimento, é preciso identificar o funcionamento de um determinado sistema normativo, porque, somente a partir da observação de quais regras são aplicadas na prática, é que será possível identificar qual é o Direito reputado como válido pelos critérios em questão. Nos sistemas do *Civil Law*, normalmente, as disposições de uma constituição escrita funcionam como critérios supremos para identificar uma regra (primária ou secundária) como válida, porque a regra de reconhecimento "indica quais as disposições contidas na constituição que constituem o direito, embora ela não possa ser identificada como a própria constituição".

Não se pode indagar acerca da validade ou invalidade da regra de reconhecimento porque ela é aceita e empregada no funcionamento do ordenamento jurídico, embora "a sua existência se manifeste na maneira como as regras concretas, são identificadas, tanto pelos Tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores". Para Hart (2001), só aqueles são dotados de uma autoridade especial para identificar o direito e reputá-lo como válido, porque, ao utilizarem da regra de reconhecimento para verificar se uma determinada regra é válida ou não, precisam aceitá-la enquanto "um padrão de conduta e de crítica".

O supracitado aspecto foi denominado de interno e é fundamental para identificar as regras concretas de um sistema jurídico, porque somente esse grupo determinado de pessoas tem autoridade para enunciar que a regra de um certo ordenamento jurídico estatui uma conduta específica. E somente se pode propor tal enunciado porque "a regra passou por todos os testes facultados pela regra de reconhecimento, e, portanto pode ser considerada como uma regra do sistema".

Destaca-se que a regra de reconhecimento tem um caráter dúplice, pois:

do ponto de vista interno ela é um padrão aceito de identificação das regras que compõem o sistema jurídico feita pelos juízes e funcionários e do ponto de vista externo ela é um fato, porque se traduz na prática de identificação do direito pelos Tribunais e outros funcionários do sistema, a qual é aceita pela generalidade dos cidadãos.

É necessária a conjugação de tais perspectivas para asseverar que um sistema jurídico existe, já que, na lição de Hart (2001), essa é a maneira "mais frutuosa de encarar um sistema jurídico, porque há uma aceitação das regras como um padrão comum e crítico de comportamento para o grupo". Quando isso acontece, há uma congruência dos comportamentos públicos e privados em relação às normas reconhecidas como válidas, refletindo o funcionamento normal do ordenamento jurídico. É importante salientar o aspecto interno da aceitação da regra de reconhecimento pelos Tribunais, e seus funcionários, como um padrão correto de conduta na identificação do direito válido, a partir de um juízo crítico e autocrítico como condição necessária para a existência do sistema jurídico. Assim, exige-se uma crítica por parte daqueles juízes, ou Tribunais, que não aceitam a regra de reconhecimento como um padrão devido para identificar os critérios de validade das normas jurídicas, sob conseqüência de restar instalado o caos no ordenamento jurídico, pela existência de decisões judiciais conflitantes. Excetuam-se da referida afirmativa as decisões proferidas em controle de constitucionalidade repressivo, que declaram a inconstitucionalidade de leis.

Ao se fazer uma análise mais aprofundada do ponto de vista interno, constata-se que ele reflete "uma adesão valorativa ao direito vigente por parte daqueles que são leais à ordem estabelecida", contrariando um dos preceitos do positivismo clássico, qual seja, a separação absoluta entre o Direito e a moral. A aceitação da regra de reconhecimento pelas autoridades pode predicar a formulação de um juízo axiológico, possibilitando que padrões morais e valores substantivos possam ser utilizados como critérios para identificar qual é o direito válido. Por isso, não se pode negar que o ponto de vista interno guarda uma conexão mínima com a moral, tanto que Hart (2001) pondera sobre a existência de um conteúdo mínimo do direito natural a que as regras jurídicas devem observar, sob conseqüência de serem inócuas. Nesse sentido:

sem um tal conteúdo, o direito e a moral não podiam apoiar o desenvolvimento do próprio mínimo da sobrevivência que os homens têm, ao associar-se uns com o outros e tampouco teriam uma razão para obedecerem voluntariamente a quaisquer regras, o que por sua vez, acarretaria a impossibilidade de coerção daqueles que não aceitam as regras do sistema.

Embora o direito natural seja passível de inúmeras críticas, não se pode "dele olvidar porque ele viabiliza um diálogo com as possíveis limitações de natureza que devem

nortear a feitura das regras jurídicas, extraindo delas possibilidades de se pensar a liberdade e o Direito sem apego a teses metafísicas". Ao adotar essa concepção, Hart (2001) não deixa de ser um positivista, já que continua afirmando a separabilidade entre o Direito e a moral, mas reconhece que a conexão entre ambos é contingente, podendo ser considerado um positivista moderado.

Em relação ao aspecto externo, a regra de reconhecimento vem sendo freqüentemente equiparada à norma fundamental proposta por Kelsen (1991), como critério último de validação das regras jurídicas pertencentes a um sistema normativo. A regra de reconhecimento pode ser testificada empiricamente, porque ela foi instituída como uma prática social que permite aferir a sua própria existência por meio da aplicação das normas reconhecidas como válidas pelos Tribunais. Já a norma fundamental é pressuposta porque não admite questionamentos em relação ao fundamento de sua própria validade, cuja origem é transcendental. Assim, elas apenas se assemelham porque fornecem o critério último de validade das normas jurídicas.

Quando a regra de reconhecimento é aceita do ponto de vista interno, ao menos pelos juízes (singulares e colegiados) e seus auxiliares, pode-se constatar que, em relação à sua aceitação e à sua utilização no sistema jurídico, ela é pressuposta. E se a validade de uma regra é "aferida a partir de sua recondução à regra de reconhecimento, acaba-se por reduzi-la à faticidade daquilo que é aceito e assumido na práxis institucional ou não". Nesse aspecto, a teoria de Hart (2001) se assemelha ao realismo jurídico defendido por Alf Ross, para quem a determinação do direito vigente é uma questão de fato e está vinculada "ao modo como o direito é aplicado pelos Tribunais, identificando-se quais são os fatores decisivos para que uma determinada regra seja aplicada ou não em um caso concreto".

Há ainda outra objeção mais severa em relação à regra de reconhecimento, qual seja, a de que ela não contém todos os critérios de validade que permitam identificar as regras do ordenamento jurídico, já que seria impossível, num sistema normativo complexo, que ela abrangesse todos esses critérios, em razão de sua variabilidade e de sua constante alteração por procedimentos legislativos. Se a regra de reconhecimento não comporta todos os critérios que determinam a validade das normas jurídicas, é possível que surja um caso concreto que não esteja regulado por tais regras que passaram pelo teste de *pedigree* da regra de reconhecimento. Haverá então uma lacuna normativa, ou seja, uma falta de solução para um caso particular. Conforme Barzotto (1999), se a regra de reconhecimento é falha, não pode ser utilizada como critério para identificar o direito válido de um determinado ordenamento jurídico. Joseph Raz também reconhece que regra de reconhecimento falha nesse sentido, porém garante que, para resolver o problema das lacunas normativas, quando um sistema proíbe o *non liquet*, é necessária a instituição de uma regra de precedente judicial, que permita ao magistrado criar um direito novo para o caso concreto. Assim:

essa regra de precedente pode ser estabelecida, por outra norma, que tem a sua validade reconhecida pela regra de reconhecimento ou pode ser verificada na prática dos Tribunais, hipótese em que se institui pela práxis uma regra de discrição judicial, que orienta a atuação judicial na escolha das regras para suprir tais lacunas, ao lado da regra de reconhecimento.

Em crítica à Dworkin, Hart (2001) assevera que nos *hard cases* o juiz deve criar e aplicar o direito novo para o caso concreto, mas que a sua:

atuação discricionária não pode ser exercida como se ele fosse um legislador, porque a criação deste direito novo envolve vários constrangimentos, já que ele não pode introduzir reformas de larga escala ou criar novos códigos, e que ele deve ter certas razões gerais para justificar a sua decisão, agindo como um legislador consciencioso, explicitando as suas próprias crenças e valores nas razoes de decidir, estando tais poderes limitados nestes aspectos.

Segundo o referido autor (2001), não se trata de uma decisão arbitrária, antidemocrática ou injusta, como critica Dworkin, porque nesses casos se recorre na maioria das vezes "à analogia, de forma a assegurar que o direito criado, embora seja novo, esteja em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, tendo como fundamento o direito pré-existente". Hart (2001) supõe que "o juiz, no uso desta discricionariedade, seja dotado de virtudes essenciais, quais sejam, a imparcialidade e a neutralidade ao examinar as alternativas considerando os interesses de todos os que serão afetados e a preocupação com a colocação de um princípio geral aceitável como base racional de sua decisão". E, como existe uma gama desses princípios, não se pode aceitar a tese de Dworkin de que há apenas uma única resposta correta para solução dos *hard cases*.

Por sua vez, Dworkin entende que a regra de reconhecimento somente admite a aferição de regras válidas, e não de princípios, que certamente seriam o instrumental adequado para a solução das lacunas normativas, evitando a discricionariedade em sentido forte e que a criação de direito novo seja aplicado a fatos pretéritos. Hart (2001) rebate tal crítica afirmando que para a identificação de princípios implícitos ou subjacentes no ordenamento jurídico "é preciso de algo muito semelhante à regra de reconhecimento, que possibilite identificar as fontes do direito de forma autorizada" e que a crítica de Dworkin é injustificável.

Na tentativa de solucionar os *hard cases*, Dworkin criou o juiz Hércules, que com sua capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas:

analisa quais são os princípios e soluções alcançados dentro do amplo sistema de normas e dentre as possibilidades que se mostram aceitáveis para um determinado caso, deverá optar por aquela leitura interpretativa que melhor satisfaça ao ideal de integridade, visando descobrir o direito, reconstruindo-o e não revelando-o.

Ao se adotar esse procedimento, o juiz Hércules garantiria a construção racional de suas decisões. Todavia, tal concepção também vem sendo criticada, na medida em que "ele

não é capaz de definir o Direito, mas tão só fornecer as respostas, que num certo momento, lhe parecem as melhores". A presença da racionalidade nas resoluções do juiz Hércules, "ao considerar as decisões passadas como parte do romance em cadeia que deve interpretar e continuar, de acordo com as suas opiniões sobre o melhor desenvolvimento a ser conferido à história em questão" é questionável, na medida em que o julgador não justifica a opção pelo princípio que reputou como relevante para a solução do caso concreto. Assim, não há como se aferir essa suposta racionalidade, sendo impossível evitar que o julgador incorra em discricionariedade ao decidir, já que ele não ele é capaz de se desvincular do subjetivismo que o seu exercício pressupõe. Essa versão solipsista somente pode ser superada com a adoção de uma teoria discursiva no âmbito da aplicação do direito, pois "permite a reconstrução do direito vigente por intermédio da razão comunicativa aplicada ao procedimento que pode ser considerado democrático porque viabiliza o debate de pretensões de validade para obter o consenso entre os seus participantes".

5 - A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA HARTIANA

Hart (2001) propôs uma análise relevante da relação entre o Direito e a linguagem, influenciado por Friedrich Waismann e Wittigestain, para identificar e resolver alguns problemas acerca da interpretação jurídica. Os conceitos empíricos carecem de uma definição exaustiva em relação aos seus possíveis significados, gerando dúvidas acerca de sua aplicabilidade ou não em um determinado contexto. "Trata-se de um limite inerente à própria natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer", que se verifica em relação aos precedentes judiciais e à legislação. No que toca à legislação de um sistema jurídico, tal defeito dá origem à lacunas de reconhecimento que surgem "quando não se pode resolver um caso particular porque não se sabe em qual predicado factual ele deve ser inserido". Frisa-se que essas hipóteses não versam sobre lacunas normativas por incompletude do sistema jurídico, isto é, por ausência de norma para a resolução do caso concreto, e tampouco sobre as lacunas de conhecimento, "em que não se sabe se um caso particular deve ser inserido dentro de uma norma geral por falta de conhecimento acerca dos fatos relevantes do caso".

Hart (2001) leciona que existem casos fáceis em que a subsunção da norma jurídica ao caso concreto é praticamente mecânica e que não se faz necessária a interpretação do termo geral da regra para que ela se aplique ao caso concreto. O positivismo jurídico tradicional defende que, para a resolução de um caso claro, há apenas uma única interpretação possível, assumindo a teoria formalista da interpretação, em que se revela o sentido do texto legal, que é pré-existente à aplicação da norma.

Geralmente, toda regra tem um núcleo de certeza que viabiliza que a maioria dos casos concretos possam se subsumir a ela. Excepcionalmente, a mesma regra pode apresentar uma zona de penumbra ou dúvida. Hart (2001) assevera que tais hipóteses representam os casos difíceis em que não se sabe se o termo geral da regra é aplicável ou não ao caso concreto, em razão da "natureza da linguagem que é sempre potencialmente vaga ou da

textura aberta da linguagem". "A linguagem geral da regra somente delimita o caso simples e não pode ser aplicada a uma combinação de circunstâncias em que surge indeterminada". Primeiramente, deve o intérprete verificar se esse caso "se assemelha de forma suficiente e por motivos relevantes ao caso simples" ou paradigmáticos, optando pela sua aplicação ao caso concreto. Pode ocorrer que essa opção seja formalista, "disfarçando e minimizando a necessidade de tal escolha, fixando-se sempre o significado da regra, de tal forma que os seus termos gerais tenham sempre o mesmo significado", independentemente das circunstâncias indeterminadas do caso concreto. Todavia, ainda em conformidade com Struchiner (2000), se o intérprete decidir que a regra do caso simples não pode ser aplicada ao caso concreto, haverá a necessidade de interpretação para que a norma se torne menos vaga ou imprecisa, através do uso da discricionariedade judicial, em razão da textura aberta da linguagem dos termos gerais da norma positivada. A exacerbação dessa concepção leva à adoção da teoria cética da interpretação, porque se considera que o direito consiste apenas em decisões tomadas pelos Tribunais que têm a função de interpretar a lei vigente.

De acordo com Hart (2001), nessas hipóteses, há apenas casos complexos em que não se pode exigir uma única resposta correta, exatamente porque esse processo interpretativo pode gerar inúmeras respostas para solucionar o caso concreto. Ao buscar uma concepção intermediária entre as teorias formalista e cética da interpretação, Hart (2001) defende uma parcial indeterminação que é própria da linguagem, em razão do problema da textura aberta, na qual os termos gerais das normas jurídicas podem ser vagos e imprecisos, de forma que os casos difíceis existem, embora excepcionalmente, ao lado dos casos fáceis. A função do Direito, segundo Hart (2001), é de conciliar as necessidades sociais, permitindo sempre a segurança jurídica que decorre da previsibilidade dos acontecimentos futuros, a partir da aplicação das regras vigentes que devem primar pela clareza e pela ausência de ambigüidade em seu sentido. Contudo, esse desiderato somente pode ser parcialmente cumprido, diante da indeterminação da linguagem em razão de sua textura aberta, cabendo ao julgador solucionar os casos concretos, que somente poderão ser resolvidos, quando alguma lacuna de reconhecimento surgir. Nesse ponto, houve alguns avanços em relação ao positivismo tradicional, porque o juiz não é mais considerado como aquele que apenas subsume o fato ao direito positivado, num processo autômato e também não se pressupõe a completude do ordenamento jurídico.

Embora Hart (2001) não reconheça, a estrutura aberta da linguagem autoriza a adoção de uma discricionariedade judicial que é exercida de forma arbitrária, porque o único intérprete da lei é o julgador, que por estar contaminado pelo subjetivismo, imprime à norma jurídica a interpretação que lhe é conveniente, como adverte Habermas (1997). Como o único intérprete legítimo das normas jurídicas é próprio o magistrado, basta que na sentença ele fundamente a sua opção por uma determinada interpretação ou pela aplicação de certa norma para que ela seja considerada legítima e seja acatada por seus destinatários. A legitimidade está intrínseca nas normas jurídicas válidas aos casos fáceis, já que basta ao julgador utilizá-las para a justificação das razões de decidir. Nas hipóteses de lacunas de reconhecimento e normativas a legitimidade está pressuposta naquelas virtudes essenciais atribuídas a todo magistrado, a que Hart (2001) se refere. O problema da discricionariedade judicial em Hart (2001) é que ele não explicitou como se pode delimitar a atividade decisória, já que a fundamentação da sentença, ainda que se utilize de uma argumentação racional, por si só, não é suficiente para afastar o subjetivismo do julgador no ato de aplicação da lei. Trata-se de uma espécie de ativismo

judicial que vem causado entrave à legitimidade das decisões judiciais nas democracias contemporâneas.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hart vislumbrou a insuficiência da concepção de Direito adotada por Austin ao identificar o ordenamento jurídico a partir ordens gerais exaradas por um soberano e fundadas em ameaças, porque se trata de uma teoria reducionista que somente é aplicável ao ordenamento jurídico existente no Estado Absolutista. Assim, trata-se de uma concepção mais voltada para a descrição do fenômeno político, daquele modelo de Estado, do que uma teoria adequada para descrever o fenômeno do Direito a partir de um sistema de regras próprio e independente. Embora seja passível de críticas, a teoria imperativista fundamentou um dos pilares da teoria juspositivista, qual seja, o de que o Direito é dotado de validade desde sua imposição coercitiva pelo Estado.

Hart propôs, então, a delimitação do conceito de Direito a partir da análise de sua estrutura complexa, já que é composta essencialmente por regras primárias e secundárias, diferenciando-a da estrutura da moral e das ordens fundadas em ameaça, com o fito de obter um conceito que revelou a essência do Direito e que foi compreensível por seus operadores, sob uma perspectiva interna. Uma interpretação precipitada da acepção de Direito em Hart poderia levar à conclusão de que, sendo um complexo de regras primárias e secundárias, ele se esgotaria num catálogo fechado de normas que está apartado da influência das variáveis da realidade que compõem o fenômeno jurídico, especialmente da moral. Em razão disso, Dworkin acusou Hart de adotar uma concepção formal, normativista e atemporal do Direito, cuja perspectiva de análise não considera as inúmeras variáveis a que está sujeito em razão da complexidade da realidade social, sob o fundamento de que há uma separação nítida entre o Direito e a moral. Todavia, Dworkin esqueceu-se de que Hart não defendeu a separabilidade absoluta entre tais esferas, porque o aspecto interno da aceitação da regra de reconhecimento por parte dos juízes e Tribunais, que operam a normatividade jurídica, exige uma adesão valorativa ao Direito vigente. Trata-se de uma tentativa de Hart em imprimir ao Direito positivado um conteúdo mínimo de Direito natural, o que evidencia que esse autor pode ser considerado um positivista moderado, distinguindo-se dos positivistas clássicos, como Kelsen.

Portanto, Dworkin se mostrou cético em relação às teorias que defendem a delimitação do conceito de Direito desde um conjunto de regras estabelecidas *a priori*, exatamente porque elas ignoram o caráter prescritivo que as normas jurídicas deveriam ter, já que, para ele, é a própria moral que fundamenta o Direito. Nessa perspectiva, pode-se concluir que, embora as teorias dos referidos autores tenham pressupostos completamente distintos, há um ponto de convergência entre ambas, isto é, uma vinculação mínima entre o Direito e a moral, ainda que, para Hart, essa possibilidade seja contingente. Não se pode negar que Hart ultrapassou o paradigma positivista clássico ao afirmar que a regra de reconhecimento pode incorporar princípios morais ou princípios substantivos como critério de validação do Direito, o que permitiu a sua

qualificação como um neopositivista e não como um positivista meramente factual, como assevera Dworkin.

Outro ponto de divergência entre Hart e Dworkin, que é de fundamental relevância para o debate contemporâneo, é a questão da interpretação do Direito nas decisões judiciais que resolvam os casos difíceis, já que há possibilidade de haver discricionarieade judicial, que é aceita por aquele e rechaçada por este. Hart constata que, nas hipóteses difíceis, há o problema da textura aberta da linguagem, em que, não sendo o termo geral da regra, é aplicável ao caso concreto ante a necessidade de interpretação para que a norma se torne menos vaga ou imprecisa. Isso ocorre por meio da discricionariedade judicial, da qual resulta a possibilidade de várias respostas possíveis para a resolução do caso concreto.

Para o referido teórico, não há qualquer problema em se adotar a discricionariedade judicial, seja para solucionar as lacunas de reconhecimento ou para resolver as omissões normativas, pois se pressupõe que o julgador pode optar pela interpretação mais adequada ao caso concreto, criando um Direito novo, mas de forma conscienciosa e virtuosa, não atuando como se fosse um legislador positivo. Dworkin contestou o posicionamento de Hart, porque não admitiu a adoção da discricionariedade judicial para a resolução das lacunas de reconhecimento e também das omissões normativas, já que o próprio ordenamento jurídico dispõe de princípios que trazem um balizamento para a resolução dos casos difíceis, sem que o juiz necessite criar um Direito novo. Por isso, defendeu que a discricionariedade judicial, em sentido forte, é incompatível com um Estado Democrático de Direito. Contudo, Dworkin também não ficou isento de críticas em relação à possibilidade de sua teoria estar pautada na discricionariedade judicial, já que pressupôs que as decisões tomadas pelo juiz Hércules são dotadas de uma racionalidade tal que pode optar por uma interpretação mais adequada ao caso concreto, desde que satisfaça o ideal de integridade. É exatamente nessa possibilidade de escolha, marcada pelo subjetivismo do julgador, que reside a discricionariedade judicial. Em razão disso, essa proposta de hermenêutica construtivista do Direito vem sendo combatida, já que não há como os destinatários normativos exercerem um controle sobre a suposta racionalidade de tais decisões, motivo pelo qual ela não é a teoria a mais adequada ao Estado Democrático de Direito, porque falta ao juiz Hércules a adoção dos pressupostos do discurso, segundo Habermas.

Na pós-modernidade e na sociedade, cada vez mais marcada pelo pluralismo e sem possibilidade de consenso acerca de crenças e valores, a mediação não será atingida por uma vinculação exclusiva a valorações morais, sendo necessário se recorrer ao Direito positivo. Por isso, na atualidade, o pensamento de Habermas ganha relevância, já que ele propõe que o Direito seja um médium lingüístico entre os valores fragmentários e a implementação discursiva da normatividade jurídica, permitindo-se o alcance do consenso de forma democrática. Todavia, para se chegar a tal resultado, é necessário fazer um resgate teórico de autores clássicos do Direito, como Austin e, em certa medida, Hart. Eles inovaram ao trazer a idéia de positivismo inclusivo e da textura aberta da linguagem que permitiu a discricionariedade judicial, para, posteriormente, adentrar no debate contemporâneo ente Hart e Dworkin, considerando-se as contribuições e as limitações teóricas para a construção de um conhecimento crítico sobre o conceito de Direito.

7 - REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andrea Alves. **Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

AUSTIN, John. **El Objeto de la Jurisprudencia**. Tradução e estudo preliminar de Juan Ramon de Páramo Argülles. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.

BAHIA, Gustavo Melo Franco. A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 301-357.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unissinos, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Geral do Direito Moderno**: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium Non Datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental no Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p 79-120.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. tomo I.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KIRALY, César. A Crença na Liberdade enquanto Direito Moral Mínimo: uma fundamentação por intermédio da alucinação e do absurdo. **Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro**. Disponível em: <www.iuperj.br>. Acesso em: 16 mar. 2009.

OLIVEIRA, Carlos Frederico Delage Junqueira de. **Identidade do Direito e Razões para a Ação**: um estudo sobre as contribuições de Joseph Raz para a teoria. 2006. 126p. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Programa de Pós-graduação em Direito.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

STRUCHINER, Noel. Uma Análise da noção dos Casos Difíceis do Direito em um Contexto Positivista. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 17, p. 83-114, ago./dez. 2000.

O CASO DOS CRIMES DE HERMENÊUTICA: PRECEDENTE DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL*

THE HERMENEUTICS CRIME CASE: LEADING CASE OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL REVIEW

Maria Fernanda Salcedo Repolês

RESUMO

Esta comunicação reconstrói um fragmento da história brasileira, a Revisão-crime contra o Juiz Alcides de Mendonça, defendido perante o Supremo Tribunal Federal pelo seu advogado Rui Barbosa. Essa reconstrução, no contexto do paradigma do Estado de Direito, tem o objetivo de mostrar as raízes históricas e teóricas do controle difuso de constitucionalidade no Brasil e refletir sobre a herança que essas raízes firmam sobre a prática jurídica atual e sobre a cultura institucional forjada num processo longo de aprendizado social. Abordam-se, em especial, duas questões: a contribuição do Supremo Tribunal Federal como lugar de construção da identidade do sujeito constitucional e a tensão entre Direito e Política inerente à atuação desse órgão.

PALAVRAS-CHAVES: CRIMES DE HERMENÊUTICA; CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE; RUI BARBOSA; HISTÓRIA DO BRASIL; CULTURA BRASILEIRA

ABSTRACT

This paper reconstructs a fragment of brazilian history, the Criminal Case against a Judge Alcides de Mendonça, defended by Rui Barbosa in the Federal Supreme Court. The reconstruction aims to demonstrate – in the context of the Rule of Law paradigm, the historic and theoretical roots of the judicial constitutional review in Brazil and to think about the heritage that these roots consolidate in the contemporary juridical practice, as well as in the institutional culture constructed in a long process of social education. The paper focuses specially in two aspects: the contribution of the Federal Supreme Court as a place where the identity of the constitutional subject is built and the tension between Law and Politics inherent to the role of the Court.

KEYWORDS: HERMENEUTICS CRIME CASE; JUDICIAL CONSTITUTIONAL REVIEW; RUI BARBOSA; BRAZILIAN HISTORY; BRAZILIAN CULTURE

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

A reflexão sobre os sistemas de controle de constitucionalidade leva os juristas invariavelmente a estudarem, por um lado, a teoria de Hans Kelsen, que sintetizou o modelo austríaco de controle, e, por outro, à discussão sobre o caso *Marbury vs. Madison*, precedente norte-americano do controle difuso de constitucionalidade. Embora não neguemos a importância do estudo de fontes estrangeiras na elucidação do funcionamento de institutos jurídicos, como é o caso do sistema de controle de constitucionalidade, torna-se evidente para nós a pouca importância que se atribui e a escassa bibliografia que existe no estudo da formação desses institutos a partir das fontes nacionais.

A proposta do presente texto é a de reconstruir as raízes históricas brasileiras do controle de constitucionalidade com a convicção de que esta reflexão pode contribuir para uma compreensão mais ampla do tema e ao mesmo tempo mais específica quanto à formação de uma cultura jurídica da qual devemos respeitar e conhecer as especificidades. Uma reflexão sobre nossa história constitucional, com seus acertos e desacertos, lança novas luzes sobre o longo processo de aprendizado social e nos permite revisar a compreensão que temos sobre as instituições e as práticas jurídicas contemporâneas.

Propomos compreender o sistema de controle de constitucionalidade dentro do processo de atualização normativa, ou seja, inserido em sua historicidade, e, por isso, constitutivo de uma narrativa da comunidade política que constrói e reconstrói uma auto-imagem e, assim, toma esse discurso constitucional sobre o texto constitucional a ele submetido, como uma reflexão acerca da aprendizagem social da democracia. A definição de Constituição que nos serve de ponto de partida é a de Constituição como processo de atualização normativa do sistema de direitos. Por isso, a Constituição tal como é aqui definida e que pode ser chamada de "Constituição viva", seguindo a terminologia norte-americana da "l*iving Constitution*", pressupõe em seu conceito o de identidade do sujeito constitucional.

Como Michel Rosenfeld (2003) ressalta, a idéia de sujeito constitucional encerra na própria palavra uma ambigüidade. Porque ao mesmo tempo em que ela remete ao "sujeito", no sentido daquele ou daqueles que redigiram a Constituição, a palavra também guarda a simbologia do "sujeito" enquanto aquele que se 'submete a'. Essa ambigüidade - que está longe de ser meramente semântica - agrava-se ainda mais na Modernidade e nos regimes constitucionais contemporâneos, nos quais a crise de legitimidade do Direito torna-se evidente, na medida em que este fica impossibilitado de buscar fundamento na ética, na religião ou na moral. Assim, a construção de uma identidade para o sujeito constitucional moderno é cheia de complexidade e ambigüidade, fugaz e problemática, em face da incapacidade de encontrar uma fonte última de legitimidade e de autoridade da ordem constitucional.

Assim sendo, o resgate de momentos históricos que evidenciam e problematizam o processo de aprendizado social que define e redefine a identidade do sujeito constitucional torna-se relevante para a melhor compreensão do que é a Constituição no Brasil hoje. Como explica Dworkin (1999), voltar-se ao passado não quer dizer recuperar os objetivos e princípios práticos utilizados por aqueles que os criou, pois só se volta ao passado na medida em que os problemas contemporâneos assim o exijam.

Olhar para o passado é uma forma de buscar entender e justificar aquilo que foi feito de forma a lançar a melhor luz sobre a história institucional, mostrando as conquistas cotidianas envolvidas na construção da Constituição viva, que se efetiva nas práticas do dia-a-dia. Isso, no entanto não quer dizer que vejamos esses momentos passados de maneira acrítica e fora de contexto, não quer dizer, portanto que a formação do processo de aprendizado esteja livre de conflitos e transformações, ou, como diz Habermas (2001-b), não quer dizer que o processo esteja imune a interrupções e recaídas. O processo histórico encerra continuidades e descontinuidades, mas em longo prazo, pode ser interpretado como um processo que se corrige a si próprio (HABERMAS,2001-b).

Assim, por mais autoritária que tenha sido a história do Brasil, todo autoritarismo teve que se afirmar, mesmo que de forma parasitaria, pelo discurso dos direitos, teve, portanto, que fazer referência aos fundamentos do constitucionalismo para se legitimar. É nesse sentido que podemos entender a Constituição como tendo constituído, desde sempre, mesmo que em fragmentos, a identidade do sujeito constitucional.

Nosso interesse inicial parte do debate acerca da posição privilegiada que o Poder Judiciário, e principalmente o Supremo Tribunal Federal, ganha na medida em que o Estado Democrático de Direito exige não apenas lidar com problemas gerados pelos conflitos sociais que levantam questões a respeito dos "novos" direitos (difusos, biodireito, etc), como também a necessidade de lidar com os 'velhos' problemas. As heranças deixadas pelos paradigmas do 'Estado de Direito' e de 'Bem-estar Social' que ganham novos contornos e maior complexidade. Queremos contribuir para as discussões que buscam lançar luzes sobre o papel institucional que deve ser ocupado pelo Supremo nesse processo de aquisição da cidadania, que é o ponto central da formação do atual paradigma constitucional.

Esse papel institucional é correntemente chamado de papel político. Mas a definição do que venha a ser 'política' neste contexto gera debates nos mais variados âmbitos: sociológicos, filosóficos, políticos e jurídicos. A relação Direito e Política na Modernidade é capaz de desafiar os cientistas e os filósofos a pensarem sobre suas possibilidade e se reflete no debate sobre a politização do Poder Judiciário e principalmente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal. A política nesse caso aparece em duas posições que mais do que antagônicas são intercambiáveis e ambivalentes. Os juristas constitucionais rejeitam o "partidarismo" dos juízes, a assunção de papéis políticos que minam o pressuposto da imparcialidade. Por outro lado, clamam por um ativismo judicial capaz de fazer frente a questões de cunho moral, ético-valorativo e político-ideológico que surgem nos processos marcados pelos conflitos sociais "novos" e "antigos" e que requerem uma resposta no mínimo menos pasteurizada do que aquela dada pelo Positivismo em suas mais variadas vertentes.

A pluralidade de visões sobre a relação Direito e Política se dá no contexto específico da formação de um Estado Democrático de Direito capaz de criar mecanismos institucionais, estruturas sociais, conceitos, idéias e práticas que promovam cidadania e inclusão social. Em definitiva, todos buscam cada um a sua maneira, a consolidação do Estado Democrático de Direito não apenas como uma idéia intelectual, mas como um paradigma social, ou seja, como pano de fundo de toda prática social. Por isso, queremos agregar ao enfoque interdisciplinar a dimensão da história, na medida em que entendemos, com Habermas, que:

O projeto de realização do Direito, que se refere às condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em determinadas circunstâncias históricas, não pode ser meramente formal. (...) na medida em que [o novo paradigma] conseguisse cunhar o horizonte de pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da Constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do Direito. (HABERMAS, 1997, 188-190)

Para tratar da ocupação do espaço da identidade do sujeito constitucional e da demarcação da relação entre Direito e Política como papel do Poder Judiciário, na medida em que esta define e redefine o conceito de Constituição voltamos um holofote para um fragmento desse processo de aprendizado em que essas questões tornam-se evidentes e problemáticas. Trata-se da construção da tradição de controle de constitucionalidade no Brasil em que o Poder Judiciário é chamado a decidir sobre a adequação de leis e atos de governo à Constituição. Nessa tarefa que foi consagrada pela Constituição Republicana de 1891 e perdurou até a presente Constituição de 1988, fica clara a necessidade de discutir o papel do Poder Judiciário como político, não em um sentido partidário, mas no sentido de que as decisões tomadas por esse Poder fazem parte da dinâmica de formação da identidade constitucional. É nesse sentido que deve ser também compreendido o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, isto é, como guardião dos processos de definição e redefinição da identidade do sujeito constitucional, sempre carente e precária.

Leda Boechat Rodrigues nos diz que em 1889, Dom Pedro II constituiu uma comissão encarregada de estudar o funcionamento da Suprema Corte Americana, que inclusive chegou a viajar para aquele país em julho daquele ano, com a recomendação de ter o máximo de atenção e cuidado em conhecer o seu funcionamento. Poucos meses depois, a Monarquia era deposta e a família real exilada. Com a Proclamação da República, é criado o Supremo Tribunal Federal. Assim, intriga-nos saber que tipo de ganho funcional e hermenêutico representa essa mudança. O que mudaria qualitativamente na forma como a Constituição constituía a identidade? O que mudaria na forma como ela - Constituição viva – afirmava, pelas práticas sociais, a sua força integradora? Como a partir da criação do Supremo Tribunal Federal se tornaria possível ou não uma compreensão pós-convencional de Constituição? Isto é, uma compreensão de Constituição como comunidade de princípios em que o vazio simbólico entre '*autoritas*' e '*potestas*' não é mais visto como ferida aberta, mas como constitutiva do processo de aprendizado social? Até que ponto essa visão da crise como elemento inerente ao processo democrático, avançou na medida em que o controle jurisdicional foi sendo construído não apenas no nível legislativo, mas, sobretudo na medida em que foi se afirmando nas práticas da cultura jurídica brasileira, a partir do controle de constitucionalidade?

Nas próximas páginas procuraremos lançar algumas luzes sobre essas perguntas de forma a comprovar que a Constituição formal no Brasil foi indispensável no processo de construção e reconstrução da identidade do sujeito constitucional, embora ela por si só não seja capaz de desvendar a intricada questão da identidade do sujeito constitucional, ou dar resposta à difícil pergunta 'quem somos nós?', ou à tentativa da reconstrução histórico-teorética da 'fundação'.

Nessa comunicação pretendemos contribuir para esse debate, avaliando o exercício de um modelo de controle de constitucionalidade que foi adotado nas raízes da jurisdição constitucional em nosso país, a partir do modelo norte-americano, e que é conhecido como controle difuso. Para isso, faremos o estudo de um julgado do Supremo Tribunal Federal, do ano de 1897. Trata-se de uma revisão crime[1] interposta pelo juiz de direito da Comarca do Rio Grande, Dr. Alcides de Mendonça Lima, contra decisão do Superior Tribunal do Rio Grande do Sul, que o condenou a nove meses de suspensão do cargo por ter se recusado a aplicar dois artigos de lei estadual, por considerá-los inconstitucionais. Esse caso é conhecido como o 'Caso dos Crimes de Hermenêutica', e lança luzes sobre o que poderíamos chamar de justificação pós-convencional de direitos. Permite-nos refletir sobre o processo de aprendizado social sobre esses direitos que encontra importantes fragmentos na conformação da Primeira República. Poderemos avaliar, a partir deste caso, quais os mecanismos discursivos que este momento da história do Brasil legou para uma melhor compreensão da relação entre Direito e Política e de que maneira esses mecanismos podem servir como uma lição para os processos de decisão democráticos atuais. Mostraremos a importância da afirmação da Constituição como forma indisponível a possibilitar a manutenção da dinâmica política de debate público. E reafirmaremos a importância do papel do Supremo Tribunal Federal na consolidação dessa visão de Constituição.

O CASO DOS CRIMES DE HERMENÊUTICA.

Sob a égide do poderoso Júlio de Castilhos que governava o Estado do Rio Grande do Sul com mão de ferro, uma reforma legislativa inspirada nos ensinamentos positivistas de Benjamim Constant, foi promovida em vários âmbitos, inclusive na forma da nova lei de organização judiciária. A Lei n. 10 de 16 de dezembro de 1895, que, entre outros pontos, modificou o instituto do júri popular, estabeleceu que as decisões do Júri "seriam proferidas pelo voto a descoberto da maioria" e que os jurados não poderiam ser recusados, apenas seria oposta suspeição motivada a ser decidida pelo presidente do tribunal.

Em seu plano de instituir uma "ditadura científica", Júlio de Castilhos defendia a abolição do tribunal do júri, mas era impedido de acabar com o órgão devido à expressa determinação da Constituição de 1891, que dizia, na seção II – da Declaração de Direitos:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

§31. É mantida a instituição do júri. (BRASIL, 1999: 99).

O Presidente do Estado optou, por isso, por modificar a instituição, diminuindo-a de doze para cinco membros, substituindo o sigilo pela publicidade nas deliberações do conselho de sentença e acabando com a prerrogativa do acusado e do Ministério Público de recusar jurados sem precisar justificar a recusa, mantendo apenas a possibilidade de

recusa motivada. A própria exposição de motivos da lei mostrava o ânimo do governo com essas reformas:

A simples observação commum reconhecerá facilmente o inilludível declínio dessa instituição, cujo destino histórico se approxima cada vez mais do seu termo fatal. (...) applicando o methodo positivo às investigações criminaes, tem chegado à conclusão de que é necessária a eliminação do Jury, em nome da defesa social, já que, em vez de ser factor de repressão, elle tem sido um elemento protector do crime. (apud. BRASIL, Revisão-crime, 1897: 46-47).

Essa lei de dezembro de 1895 teve que operar seus efeitos pela primeira vez em 28 de março de 1896, dia da abertura da sessão do júri da cidade do Rio Grande, presidida pelo juiz de direito da comarca daquela cidade, Dr. Alcides de Mendonça Lima, que declarou logo no início da sessão que não aplicaria os artigos 65, § 1º e 66, da lei por julgá-los inconstitucionais. Os artigos regulamentavam precisamente o voto em descoberto e o fim da recusa peremptória. Dr. Alcides entendia que o voto secreto e as recusas peremptórias são características intrínsecas do instituto do júri, que não podem ser revogadas ao bel prazer dos interesses políticos, sem subverter o estabelecido pelo art. 72 §31 da Constituição Federal.

A reação do governo do Estado foi imediata e três dias mais tarde o Presidente Júlio de Castilhos oficiava ao Procurador Geral do Estado para que promovesse a responsabilidade do "juiz delinqüente e faccioso". (BRASIL, Revisão Crime, 1897: 18). O juiz Alcides foi denunciado por crime de prevaricação (art. 207, §1º do Código Penal), alegando ter ele agido por ódio e interesses político[2]. O Tribunal do Estado não aceitou a capitulação do crime, mas entendeu que o juiz excedeu os limites das funções próprias de seu emprego, incorrendo no grau médio do crime estabelecido no art. 226 do Código Penal e condenou-o a pena de nove meses de suspensão do emprego, por abuso de autoridade.

Inconformado com a decisão, o Dr. Alcides requereu a revisão-crime ao Supremo Tribunal Federal, assistido em sua defesa pelo advogado Rui Barbosa, que apresentou uma monografia, que não apenas constava dos autos como petição inicial, como foi publicada pela imprensa, distribuída em círculos intelectuais e discutida nas ruas, intitulada: *O Jury e a responsabilidade penal dos juizes.* (BARBOSA, s.d. (1896)).

Na fundamentação da denúncia ao Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Procurador Geral do Estado argumenta que:

Comquanto os poderes políticos e constitucionaes sejam orgams de um mesmo apparelho governativo, cada um tem sua órbita toda de acção definida, uma funcção especial a desempenhar e fora dessa órbita toda a sua actividade é illegal. Si o poder legislativo agio nos termos prestabelecidos pela Constituição, respeitando o processo decretado da mais completa publicidade e promulgou afinal a lei organisação judiciária, não cabe ao poder judiciário e menos a um juiz singular e isolado oppôr embaraços à sua execução. O procedimento do denunciado é, portanto, criminoso. (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 16).

Essa citação é reveladora da dificuldade na cultura institucional brasileira de aceitar o controle jurisdicional de constitucionalidade, principalmente tratando-se do modelo difuso, que abria possibilidade a qualquer juiz de primeira instância de confrontar poderes políticos e legislativos com grande autoridade local, no contexto coronelista da época.

A acusação contra o Dr. Alcides fundava-se basicamente no argumento de ter ele procedido contra literal disposição de lei, o que descaracterizava a sua função de aplicador, agravado pelo fato de ter sido movido por interesses políticos e paixões partidárias.

Em sua defesa, o Dr. Alcides admitiu ter se recusado a aplicar a lei naqueles dispositivos citados, mas no estrito cumprimento de seu dever, qual seja, o de interpretar a lei em face à Constituição Federal. Ele admitiu ter julgado que esses artigos contrariam a Constituição e subvertem a instituição por ela mantida como direito fundamental do cidadão. O juiz se valeu, conforme ele explica do art. 8? da mesma lei n. 10, que estabelece, em consonância com a própria Constituição Federal, que: "Os juizes deixarão de applicar as leis e regulamentos manifestamente inconstituconais" (BRASIL, Revisão-crime 1897: 21) Contra tal argumento, o Procurador do Estado alegou que os dispositivos em questão não eram 'manifestamente', ou seja, expressamente inconstitucionais, e que, portanto ao juiz não caberia "arvorar-se em supremo e original poder moderador para tardiamente offerecer seu veto à execução da lei" (BRASIL, Revisão-crime 1897: 16). [3]

O Dr. Alcides tentou ainda convencer o Tribunal de que este não poderia se pronunciar sobre a denúncia até que o STF se manifestasse sobre a constitucionalidade da lei *in casu*, do qual o processo de responsabilidade é incidente. Levantada a preliminar, aprofundou nos argumentos em favor da inconstitucionalidade da lei riograndense, e buscou comprovar que a interpretação da lei é atributo especial do Poder Judiciário, a ser exercida com a maior responsabilidade possível e por isso mesmo, mister se faz negar a aplicabilidade de toda lei que contrarie a lei maior. Essa tarefa de interpretação não pode ser vista como crime, mesmo que contrarie os interesses de facções políticas ou mesmo que seja exercida de maneira errada.

Desqualificou, ainda, a capitulação do crime de acordo com o art. 207 §1?, tendo em vista que este fala em o juiz ir contra a literal disposição de lei para se beneficiar pessoalmente da decisão tomada. Ou seja, o artigo exige, para surtir seus efeitos sancionatórios, do dolo do agente, da intenção, que nesse caso estava completamente ausente. E aqui é desenvolvido um argumento muito interessante por parte do Dr. Alcides quando alega que o Procurador do Estado, ao se referir a 'ódio político' ou 'interesse político' teria alargado o sentido do art. 207, que falava apenas em ódio ou interesse, referindo-se à tentativa do juiz se beneficiar pessoalmente e introduzir a corrupção em suas decisões. E continua o Dr. Alcides: as divergências políticas por si só não podem ser tidas como ódio pessoal, mas como elementos que trazem contribuições a um assunto que é essencialmente jurídico.

A ligação entre Direito e Política que este argumento faz, elucida o tema introduzido neste texto. Para este juiz estadual, homem de surpreendente lucidez, os juizes podem

discutir assuntos que tenham aspectos políticos envolvidos e nisso não reside qualquer impedimento para o juiz. Mas o farão dentro de uma perspectiva jurídica, buscando contribuir para o debate com argumentos que lancem luzes sobre a adequação das disputas e controvérsias políticas no âmbito da legislação e, sobretudo no âmbito da sua adequação à Constituição Federal. E termina dizendo:

Sem dúvida que o meu acto foi premeditado, reflectido, maduramente pensado e estudado com calma e frieza de raciocínio, não sob a pressão dos moveis subalternos mencionados na denuncia, mas debaixo da suggestão natural dos princípios geraes de direito, a que está subordinado o exercício do meu cargo. (BRASIL, Revisão-crime 1897: 85).

Para concluir a sua defesa perante o Tribunal de segunda instância, o Dr. Alcides mostra que se houve alguém que se moveu por interesses políticos e paixões partidárias, esse alguém foi precisamente o Presidente do Estado, que, ao invés de recorrer da sentença, mandou processar criminalmente o juiz por interpretar a lei, instituindo uma figura desconhecida do código penal brasileiro: o crime de hermenêutica.

Rejeitada a preliminar, o Tribunal passou a decidir primeiramente sobre a pronuncia. Essa decisão é interessante, pois acaba por consagrar a idéia de que o juiz pode ser processado criminalmente por fazer uma interpretação equivocada da lei. O relator argumenta que a falsa interpretação do juiz, que confunde o direito com a forma e a instituição com a organização, teria como conseqüência a restrição das prerrogativas constitucionais dadas aos governos dos Estados-membros, atentando contra o princípio federativo.

O Tribunal levanta outro argumento, o da necessidade da aplicação da doutrina norte-americana da 'inconstitucionalidade manifesta', segundo a qual o juiz deve considerar que toda lei goza da presunção de constitucionalidade, o que implica que a declaração de inconstitucionalidade só poderá ser feita em caso de clara e evidente violação à Constituição. Em caso de dúvida, ele deverá permanecer em favor do poder legislativo, de forma a não "subverter-se a necessária e legitima coordenação dos departamentos do poder público, e não se desprestigiar o regimem republicano, que deve ser verdadeiramente o governo da lei." (BRASIL, Revisão-crime 1897: 39)

A decisão sobre a pronuncia, foi julgada procedente por maioria, para que seja o Dr. Alcides acusado e julgado pelo crime do art. 226 do Código Penal, portanto, pelo crime de abuso de autoridade. Os votos vencidos, um em favor da pronúncia, mas vencido quanto à classificação do crime, que a seu ver teria de ser o do art. 207 – prevaricação; e o voto do Desembargador Vieira da Cunha, pela improcedência da acusação porque "não se pode considerar crime a interpretação, embora erronea da lei dada pelo querellado no uso legítimo de suas funcções de magistrado." (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 40) E finalmente, em 18 de Agosto de 1896, a sentença condenatória, contra o Dr. Alcides, a nove meses de suspensão do emprego porque incurso no grau médio do art. 226 do Código Penal.

Foi nesse contexto que em novembro de 1896 chega ao Supremo Tribunal Federal revisão-crime cuja defesa é assinada pelo eminente Rui Barbosa. A estratégia de Rui

consiste em primeiramente discutir a instituição do tribunal do júri na Constituição de 1891, compará-la com o debate mundial, fazendo referencias aos Estados Unidos, Inglaterra e países da Europa continental. Mostra o júri como instituição que desde a sua origem é ligada à idéia de liberdade, e que todo governo no mundo que tentou suprimi-la o fazia em virtude do alcance que esta instituição tem para o aprofundamento da democracia. É nesse espírito que o governo do Rio Grande do Sul a ela se opõe:

Está, portanto, na ordem lógica das causas e effeitos que, sob uma constituição, como a rio-grandense, onde o governo absorve o poder legislativo, o poder municipal e, até, o poder constituinte, a política se impaciente contra essa ultima barreira à sua omnipotencia. Há incompatibilidade essencial entre os mecanismos daquele regimen e essa forma da justiça, que é uma das mais conspícuas feições do estado moderno entre as nações livres, e em todas as redistribuições da autoridade política neste século tem sido especificada como um dos direito do povo. (BRASIL, Revisão-crime 1897: 56).

Desenvolve ainda em seu raciocínio a idéia que tanto o voto secreto quanto as recusas peremptórias são características intrínsecas ao tribunal do júri, e que ao suprimi-las estar-se-ia subvertendo a lógica da instituição e afetando a sua essência. O voto secreto tem como base a proteção da independência do julgador, que não se sujeita as pressões vindas da divulgação de seu voto, por isso sua abolição afeta a essência do júri. As recusas peremptórias têm sua base no principio de confiança do réu, que se sente seguro de que será julgado com imparcialidade, por jurados que de certa maneira ele ajuda a escolher. Essa garantia é tão preciosa em países que a implantaram a ponto de se tornar direito irrenunciável, operando a nulidade do processo.

Rui Barbosa mostra que a questão apresentada nesse caso é um problema federativo; que diz respeito ao alcance que se dará ao legislativo estadual em face às proposições políticas da União; um problema que segundo ele, trata de um projeto nacional contra as idiossincrasias locais. E chega ao ponto crucial da defesa que é o da descaracterização do suposto crime de hermenêutica.

Para adentrar esse argumento, Rui lança um desafio – apesar de tudo o que foi dito sobre a instituição do júri e sobre a inconstitucionalidade das restrições impostas pela lei do Rio Grande do Sul, se partirá do pressuposto de que o Dr. Alcides esteja errado, tenha feito uma interpretação equivocada da lei n. 10, que na verdade é constitucional. Partir-se-á desse pressuposto para mostrar que mesmo o juiz tendo errado, não cometeu nenhum crime. Pois o poder de anular leis inconstitucionais não é uma faculdade dada aos juizes, mas antes um dever imposto a qualquer juiz e tribunal.

Tendo o juiz confrontado o poder político do Estado com "o imprevisto de uma força viva e independente", foi inventado quase que por "geração espontânea" o crime de hermenêutica, a responsabilidade penal do juiz "pelas rebeldias da sua consciência ao padrão official no entendimento dos textos". (BRASIL, Revisão-crime 1897: 99-100). E o Presidente do Estado, ao invés de utilizar a hierarquia judiciária para consertar os erros do juiz de primeira instância, mediante interposição de recurso, preferiu o terror, um mecanismo de pressão capaz de "dissolver o homem em escravo". (BRASIL, Revisão-crime 1897: 100). O ofício do governador ao Tribunal dava a entender que se este absolvesse o juiz, seria igualmente constituído como faccioso.

A desconsideração por parte do poder "legislativo-administrativo" [4] do Rio Grande do Sul, do dever dos juizes de interpretar a lei e de negar a aplicação àquelas inconstitucionais, é a negação do próprio Estado de Direito. Pois, neste há uma separação entre a justificação das ações na esfera pública política e a capacidade de agir sem justificação, na esfera privada, que ao transmutar-se para a esfera pública se transforma em puro arbítrio. Rui Barbosa lembra o pensamento do norte-americano Bryce para quem o corpo legislativo que ultrapassa a Constituição, já não é um corpo legislativo, "mas um simples grupo de particulares, a *mere group of private persons*." (BRASIL, Revisão-crime 1897: 101), ou seja, é a própria confusão entre esfera pública e esfera privada, uma indistinção cujo preço a sociedade paga com a tirania.

A vedação contida na lei federal n.221, de 20 de novembro de 1894, segundo a qual os juizes devem negar aplicabilidade a leis inconstitucionais, foi repetido na lei estadual n.10, em questão, a qual agrega à frase o qualificativo 'manifestamente inconstitucional'. Um qualificativo que permitiu a Júlio de Castilhos fundamentar seu feito contra o juiz Alcides de Mendonça, sob o fundamento de que a lei teria que se mostrar evidentemente, expressamente, claramente inconstitucional para gerar a prerrogativa jurisdicional de não aplicação.

Esse argumento levanta uma questão hermenêutica muito interessante. Há um pressuposto sob a iniciativa do poder constituinte derivado do Rio Grande do Sul ao fazer a alteração e qualificar a inconstitucionalidade de 'manifesta'. É o pressuposto de fé no poder do texto, herança do positivismo legalista que carregamos até hoje em nossa cultura institucional. Essas visões legalistas, comuns e até hegemônicas na Europa do século XIX, partem da concepção de que um texto detalhado e específico é capaz de resolver, com uma 'canetada', o problema da interpretação. Por isso, a visão do juiz Alcides de Mendonça e a de Rui Barbosa ganham uma importância para a formação de alternativas dentro de nossa história institucional. A revolta de Rui contra essa visão vale a pena ser lida na íntegra:

Ahi está onde naufraga a ingenuidade dos que suppõem ter, por esse manifestamente, delimitado com a precisão de uma raia inequívoca a linha entre o exercício correcto e o exercício incorrecto do poder confiado aos juizes, para joeirarem a constitucionalidade e a inconstitucionalidade na crítica das leis. O que é manifesto a um espírito, pode ser duvidoso ao critério de outros, ainda figurando que estes e aquelles occupem nível superior, emparellando, ao mesmo tempo, no talento e no desinteresse. Não se descobrio, até hoje, a pedra de toque, para discernir com certeza absoluta o oiro falso do verdadeiro na interpretação dos textos. (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 104)

Rui Barbosa assenta com a sua defesa a idéia de que a divergência entre juristas e entre magistrados é parte do ofício. Não representa como pode parecer para o positivismo legalista, um erro, no sentido epistemológico. A divergência tem um caráter político – não político partidário, mas político-institucional, ela diz respeito a como se entendem as "bases orgânicas de toda a justiça". (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 105). Por isso, a declaração da inconstitucionalidade enquanto dever dos juizes é uma forma desses exercerem um papel político-institucional de guardiões da soberania constituinte contra a invasão por parte do poder legislativo. E por isso, raciocina Rui Barbosa, pouco importa se as partes entram num acordo no sentido de não considerar uma lei

inconstitucional, se elas se articulam para desobedecer a essa lei, pouco importa que a inconstitucionalidade não afete os interesses das partes no caso concreto, em qualquer circunstância: “a lei inconstitucional, neste regimem, é irrita de nascença: it is az if it had never been” (...) “Sua invalidade é irremediável. O consenso dos interessados não pode sana-la” (sic) (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 105)

O argumento de Rui imprime uma nova dimensão para o controle judicial de constitucionalidade, como garantidor das condições para um processo legislativo democrático que pressupõe e ao mesmo tempo implica na garantia da autonomia pública e da autonomia privada dos cidadãos, mediante o reconhecimento da abertura e indeterminação aludida no processo de interpretação.

O superior tribunal do estado não tem por graça da sua superioridade official esse direito [de ver a sua interpretação prevalecer]. O de fallibilidade também não lhe assiste. Um parecer subalterno pode ter razão contra julgados supremos; um voto individual, contra muitos. A questão, em ultima analyse, se reduz, pois, a isto; um conflicto intellectual de duas hermenêuticas, falliveis ambas e ambas convencidas. (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 107)

Haveria de incriminar todo juiz vencido em uma dessas divergências, as prisões seriam pequenas para prender tantos juizes! A típica ironia bem-humorada de Rui Barbosa, termina por desqualificar os crimes de hermenêutica, aprofundando ainda em questões como a da responsabilidade civil e penal dos magistrados, a da definição de prevaricação, a da necessidade de dolo e intenção do autor, entre outros. [5]

Gostaríamos de terminar essa reconstrução com uma citação da defesa de Rui Barbosa em que ele expressa os dois sentidos da expressão ‘político’ que estão pressupostos na problemática levantada por esta comunicação. Ele os contrasta e com isso, ajuda a firmar uma compreensão inovadora e importante para lançar luzes sobre como devemos entender o papel dos juízes nos dias de hoje:

Vede como a intrepidez da magistratura contrasta, deante da força, com a covardia do interesse político. Nós confiamos que o Brasil tenha também magistrados, esperando que aquillo, que os grandes e brilhantes despotismos não extorquiram à justiça imperial da França, a justiça republicana do Brasil não conceda à estéril e obscura oppressão das tyrannias provincianas. (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 140)

Mas essa história não estaria completa se não mostrássemos o final: a decisão curta e objetiva tomada pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria, para quem o ato de deixar de aplicar os artigos 65 e 66 da Lei estadual n. 10 de 1895:

Não constitue excesso dos limites das funcções próprias do cargo do recorrente, porquanto, os juizes estadoaes, assim como os federaes, têm faculdade para, no exercício das suas funcções, deixarem de applicar as leis inconstituconaes, como é expresso na Constituição da República, art. 59 n. 3?, lei n. 221 de 20 de novembro de 1894, art. 13 § 10, e na mesma lei rio-grandense de 16 de dezembro de 1895, art. 8?;

faculdade que presuppõe a competência para apreciarem a inconstitucionalidade e declararem-na para aquelle effeito. (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 141)

O caso do Dr. Alcides de Mendonça não foi um caso isolado durante a Primeira República. Leda Boechat Rodrigues descreve outros casos como esse, embora de menor repercussão. (RODRIGUES: 1965: 82-89). Ela relata que a perseguição a juizes também não foi exclusividade brasileira. A título de exemplo, entre os anos de 1802 e 1804, houve nada menos do que sete processos contra juizes nos Estados Unidos. Leda Boechat conclui que:

o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis foi aqui, como nos Estados Unidos, de certo modo, uma conquista do próprio Poder Judiciário. Enfrentando forte pressão contrária do Executivo, não permitiram os juizes brasileiros que se tornasse letra morta o poder que lhes conferira expressamente a Constituição de 1891. (RODRIGUES, 1965: 89)

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O PROCESSO DE APRENDIZADO SOCIAL SOBRE ESTADO DE DIREITO E SEUS LIMITES.

O caso acima reconstruído nada mais é do que um fragmento da história constitucional brasileira. Mas enquanto tal, ele pode ser considerado uma peça de um quebra-cabeça que dentro de uma análise ampla revela a inauguração da tradição do controle difuso de constitucionalidade, desde a Primeira República e a estruturação do Poder Judiciário brasileiro, assim como, a criação do seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal. O caso nos permite indagar sobre a efetiva mudança perpetrada nas relações entre Direito e Política, a partir da criação desse tipo de controle. E assim, nos permite analisar criticamente os argumentos que discutem a politização do Poder Judiciário e sua conseqüência para a construção da identidade do sujeito constitucional numa sociedade que se quer democrática. Tal questão emerge do problema fundamental para a aplicação do Direito que pode ser traduzido como a tensão entre entre forma indisponível do Direito e decisão política, ou ainda, entre *autoridade e poder.*

Vimos no caso relatado como Alcides de Mendonça e Rui Barbosa, por meio de sua defesa, fornecem indícios do processo de consagração do controle judicial difuso de constitucionalidade. A base desse controle reside na idéia de que a divergência entre juristas e entre magistrados é parte da dinâmica de construção da identidade do sujeito constitucional. Não representa como pode parecer para o positivismo legalista, um erro, no sentido epistemológico. A divergência tem um caráter político – não político partidário, mas político-institucional, ela diz respeito a como se entende o lugar do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião dos espaços públicos de conformação da identidade constitucional. Por isso, a declaração da inconstitucionalidade enquanto dever dos juizes é uma forma desses exercerem um papel político-institucional de guardiões da soberania constituinte contra a invasão por parte do poder legislativo e executivo.

Este caso é exemplo de como o Supremo Tribunal Federal conseguiu construir uma cultura institucional voltada para a compreensão da Constituição principiológica. O paradigma do Estado de Direito foi dissolvido em virtude dos seus limites terem ficado

cada vez mais evidentes frente à crescente complexidade social. Mas, na perspectiva de que a história institucional é formada dentro de longo processo de aprendizado social, o Estado de Direito deixa diversas lições que podem servir de base para discutir o papel do Supremo Tribunal Federal no atual Estado Democrático de Direito.

Como vimos acima, a defesa de Alcides de Mendonça e de Rui Barbosa conseguiu afirmar uma idéia de Constituição como lei suprema, não apenas no sentido gramatical ou lógico, não apenas como texto cujos "princípios" inscritos se sobrepõem a outros textos gerados por autoridades competentes em conformidade com procedimentos formais. A Constituição como lei suprema é para esses dois juristas o reconhecimento da Constituição de um pacto fundamental entre cidadãos que se assenta na aceitação racional de princípios e na aceitação de cada um como membro livre e igual da comunidade jurídica. Essa é precisamente a força de uma instituição como o tribunal do júri. E como explicitado acima, tal compreensão de Constituição permite uma nova leitura da relação entre Direito e Política, em que o lugar da autoridade é ocupado na medida em que permanece vazio. Afirmar-se na autoridade, como guardador de lugar do pacto fundamental, a condição é que não se ocupe o espaço de decisão com visões político-partidárias, éticas, morais, religiosas, próprias. Apesar das contingências o Poder Judiciário guarda a integridade dos princípios constitucionais, mas em favor dessa contingência, ele mantém o espaço de decisão vazio e aberto à definição democratica.

A defesa deste caso aponta alguns caminhos nesse sentido, na medida em que reconhece que a interpretação é plural, mutável e aberta. Essa defesa reconhece na interpretação da Constituição a necessária flexibilidade para que enquanto elemento estável, ela não sofra mutações em virtude das forças políticas contingentes e instáveis em um País que tentava afirmar-se em quanto tal, e que ainda tinha que enfrentar o problema da formação de uma identidade que não fosse mais forjada (ROSENFELD, 2003) e ao mesmo tempo, que permanecesse aberta às mudanças sociais e a maior complexidade social trazida com a República. (CARVALHO NETTO, 1997).

Assim, uma parte da tradição constitucional brasileira e o próprio Supremo Tribunal Federal conseguiram, em muitos momentos, instituir na prática, ao longo da Primeira República, um espaço institucional de co-relação entre Direito e Política. E nesse sentido, o processo histórico de construção de um sistema de controle de constitucionalidade difuso conseguiu se colocar como garantidor das condições para um processo legislativo democrático que pressupõe e ao mesmo tempo implica a garantia da autonomia pública e da autonomia privada dos cidadãos, mesmo que em fragmentos sujeitos a contínuos fracassos e retrocessos.

Por esse fragmento de nossa história constitucional, é possível afirmar que o deslocamento da autoridade para o Supremo Tribunal Federal, por via do controle difuso, permitiu à Constituição ter a sua força normativa ampliada porque ela se transforma em argumento para a resolução de conflitos políticos, e é elevada em elemento de discurso. Dessa forma, o alcance que ela tem de 'constituir' amplia-se, dando à sociedade a possibilidade de se reformular como uma comunidade de princípios, (DWORKIN, 1999), e encontrar soluções para os seus conflitos num nível pós-convencional de justificação.

O Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de afirmar a Constituição como forma indisponível, como ponto de partida da ordem política e social sem a qual a exercício político se torna um jogo sem regras. A utilização de argumentos constitucionais permite tratar das questões de liberdade e igualdade como questões que encerram dentro delas a tensão entre constitucionalismo e democracia, ou seja, entre direito e política. A Constituição colocada como limite e como condição de possibilidade. A política colocada como dinâmica de consecução de fins racionais, colocados de maneira plural. O Poder Judiciário transforma-se no "grande arquiteto, capaz de construir e reconstruir [as práticas sociais instituídas] por meio da interpretação dos textos". (CARVALHO NETTO, 1999). Por sua vez, essa construção e reconstrução não implicam na apropriação, por parte do Poder Judiciário ou do STF, dos sentidos atribuídos às práticas sociais.

Uma outra questão importante é como o Supremo Tribunal Federal consegue lidar com a tensão entre autoridade e poder no interior do processo de tomada de decisão jurisdicional. Como afirmar a autoridade da Corte, assentando-a em um poder legítimo? Mediante a construção de um papel político-institucional de guarda da Constituição, pelo qual a Suprema Corte tem a atribuição de resguardar a integridade do Direito na medida em que exerce uma função corriqueira de solução de conflitos de lei. Dessa forma, a validade social das decisões não é obtida pela criação de poderes extra-ordinários, mas é decorrente do exercício regular das funções constitucionais.

Dessa maneira, por via de uma construção argumentativa e de produção de discursos de aplicação jurídica, erige-se uma nova forma de legitimidade do poder político, um novo conceito moderno de Constituição. A Constituição se constrói como essa nova dimensão do sagrado, ou do simbólico, capaz de representar a validade social de acordo com uma chave interpretativa também moderna. A Constituição constitui, pelo seu texto e pela geração de práticas sociais e institucionais, uma sociedade de membros livres e iguais, cuja única garantia é a própria Constituição como arcabouço principiológico, que se por um lado serve como fonte de autoridade e poder, por outro, rejeita a solução pré-Moderna de ocupação desse vazio por quem quer que seja.

REFERÊNCIAS:

BARBOSA, Rui. Defesa do Dr. Alcides de Mendonça Lima no recurso de revisão contra a sentença do Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: Tipologia do Jornal do Comércio, 1896.

BARBOSA, Rui. O Jury no Rio Grande e a Constituição Federal. Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa, s.d. (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 23, t. 3, 1896) p. 141.

BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. In: BARBOSA, Rui. Trabalhos Jurídicos. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989. (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 41, t.4, 1914)

BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de Fevereiro de 1891. In: *Constituições Brasileiras – 1891*/ Aliomar Baleeiro – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Revisão-crime, s/n, Alcides de Mendonça Lima versus Superior Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Ministro Aquino de Castro, decisão de 10 de fevereiro de 1897. O Direito: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, anno XXV, p. 15-146, maio a ago de 1897.

CARVALHO NETTO, Menelick de Teoria da Constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao Constitucionalismo. In Direitos Humanos e Direitos dos Cidadãos. p. 42-62

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, Editora Mandamentos, vol. 3, p. 473-486, maio de 1999. (semestral)

DWORKIN, Ronald *O Império do Direito.* Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriatness: application discourses in morality and law.* Tradução de John Farrell. Nova Iorque: State University of New York: 1993.

HABERMAS, Jürgen *Direito e Democracia entre facticidade e validade* tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2vol.

HABERMAS, Jürgen. "Constitutional Democracy: A paradoxical union of contradictory principles?" Political Theory, vol. 29, n. 6, , p.766-781, dec. 2001-b

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional.* Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001-a

HABERMAS, Jürgen. *The Inclusion of the Other: studies in Political Theory.* Cambridge: MIT Press, 1996-b.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros *Direito Constitucional Tomo I.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. A construção da identidade do sujeito constitucional em teorias hermenêuticas representativas dos paradigmas de Estado e de Direito Modernos. In: Revista do Curso de Direito, Nova Lima: Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix, v. 3, n. 3, p. 149 – 167, março de 2004.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. O papel político do Supremo Tribunal Federal e a hermenêutica constitucional: considerações a partir da teoria, da cultura institucional e da jurisprudência. In: Revista do Curso de Direito, Nova Lima: Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix, v. 1, n. 1, p. 101-108, maio 2003 – b.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da Constituição: do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

RODRIGUES, Leda Boechat *História do Supremo Tribunal Federal - TOMO I / 1891-1898: defesa das liberdades civis.* Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1965.

ROSENFELD, Michel (org.) *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy*: theoretical perspective. Durkham and London: Duke University Press, 1994.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional.* Tradução de Menelick de Carvalho Netto com Revisão técnica de Maria Fernanda Salcedo Repolês. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

---

[1] A revisão crime é um tipo de recurso consagrado na Constituição de 1891, que estabelecia: "Art. 81. Os processos findos, em matéria-crime, poderão ser revistos, a qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar, ou confirmar a sentença". (BRASIL, 1999: 101)

[2] O art. 207, §1º do Código Penal estabelecia: "Commeterá o crime de prevaricação o empregado público que, por affeição, odio, contemplação ou para promover interesse pessoal seu: 1? julgar ou proceder contra litteral disposição da lei. Penas – de prisão cellular por seis mezes a um anno, perda do emprego com inhabilitação para exercer outro, e multa de 200$ a 600$000." (BRASIL, Revisão-crime 1897: 33)

[3] Note-se a utilização da figura do Poder Moderador como metáfora para se referir a alegação de politização do judiciário.

[4] É importante salientar que a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul previa um processo legislativo em que o Presidente do Estado era a figura central, não se limitando a iniciativa e sanção, ele ainda participava das fases de discussão e votação e podia aceitar ou negar emendas apresentadas aos projetos de lei. Daí a ironia de Rui Barbosa ao se referir ao: "legislador administrativo ou administrador legislante (não sabemos como exprimir esse hybridismo indígena)" (BRASIL, Revisão-crime 1897: 101).

[5] Advertimos que a reconstrução do caso prioriza os argumentos que são mais importantes para o debate trazido nesta comunicação, e que dentro da complexidade ínsita a todo texto, há muitos aspectos que foram deixados de lado.

ALTERIDADE NO HORIZONTE ÉTICO CRÍTICO DA LIBERTAÇÃO: UM DIÁLOGO ENTRE SENSIBILIDADE E IDENTIDADE NO PENSAMENTO DE EMMANUEL LEVINAS*

ALTERITY IN THE CRITICAL ETHICAL HORIZON OF LIBERATION: A DIALOGUE BETWEEN SENSIBILITY AND IDENTITY IN THE THOUGHT OF EMMANUEL LEVINAS

Nadieje de Mari Pepler

RESUMO

O presente artigo propõe uma reflexão crítica e interdisciplinar que apresenta categoricamente o diálogo entre alteridade no Horizonte Ético Crítico da Libertação e o desvelar de sensibilidade e identidade no pensamento de Emmanuel Levinas. O que se busca é levantar algumas questões de interesse dos juristas, filósofos, antropólogos e dos Movimentos Sociais, concernentes sobretudo à diversidade cultural e ao direito de libertação. Aponta-se a necessidade de conjugar o olhar (e o saber) filosófico à perspectiva teórico-prática do pluralismo jurídico (Exterioridade) e à opção ética pelos oprimidos, no sentido da superação da mentalidade jurídica tradicional e hegemônica – associada ao conservador monismo (Totalidade) e marcada pelo etnocentrismo jurídico – de modo a rumar para a construção de uma nova cultura jurídica, baseada na afirmação crítica da diversidade e no compromisso com o Outro.

PALAVRAS-CHAVES: ÉTICA DA LIBERTAÇÃO, ALTERIDADE, SENSIBILIDADE, IDENTIDADE, ENRIQUE DUSSEL, EMMANUEL LEVINAS

ABSTRACT

The present paper proposes a critical and interdisciplinary reflection that shows categorically the dialogue between alterity in the Critical Ethical Horizon of Freedom and the uncovering of sensitivity and identity in the thought of Emmanuel Levinas. What is pursued is to bring up some questions of interest of jurists, philosophers, anthropologists and Social Movements, specially concerned with cultural diversity and the right to fredom/liberation. It is pointed the need to conjugate the philosophical view (and knowledge) with the theoretical-practical perspective of legal pluralism (Outer Way) and with the ethical choice for the oppressed, towards the overcoming of the traditional and hegemonic legal mentality – associated to the conservative monism (Totality) and marked by the legal ethnocentrism – in order to move to the construction of a new legal culture, based on the critical affirmation of diversity and on the commitment to the Other.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: ETHICS OF LIBERATION, ALTERITY, SENSIBILITY, IDENTITY, ENRIQUE DUSSEL, EMMANUEL LEVINAS

"Resta-nos um único caminho: o ser é.

Neste caminho há grande número de indícios não sendo gerado, é também imperecível; possui, como efeito, uma estrutura inteira, inabalável e sem meta;

jamais foi nem será, pois é, no instante presente, todo inteiro, uno, contínuo.

Que geração se lhe poderia encontrar?

Como, de onde cresceria?

Não te permitirei dizer nem pensar o seu crescer do não ser.

Pois não é possível dizer nem pensar que o não ser é.

Se viesse do nada, qual necessidade teria provocado surgimento mais cedo ou mais tarde?

Assim, pois, é necessário ser absolutamente ou não ser.

E jamais a força da convicção concederá que do não-ser possa surgir outra coisa...

Por outro lado, imóvel nos limites de seus poderosos liames é sem começo e sem fim;

pois geração e destruição foram afastadas para longe, repudiadas pela verdadeira convicção

Permanecendo idêntico e em um mesmo estado, descansa em si próprio,

sempre imutavelmente fixo e no mesmo lugar;

pois a poderosa necessidade o mantém nos liames de seus limites, que os cercam por todos os lados, porque o ser deve ter um limite;

com efeito, nada lhe falta; fosse sem limite, faltar-lhe-ia tudo.

O mesmo é pensar e o pensamento de que o ser é,

pois jamais encontrarás o pensamento sem o ser, no qual é expressado."[1]

Introdução

Ao relacionar categoricamente sensibilidade e identidade forma-se, no presente trabalho, uma tela reflexiva que afirma, alternativamente à ontologia de *'o mesmo'*, a dimensão da alteridade[2] que compreende o *respeito ao outro*, enquanto não só um diferente de mim, mas um *Outro* que existe por si e a quem só posso ter relações por meio da linguagem inserida na teia da vida. O estabelecimento da alteridade, por isso, não significa "compreender", vai além, não significa "aceitar" ou "tolerar", vai além – é um exercício de libertação[3].

Diante dessa complexidade, existe a necessidade de perceber que todo o pensar pré-socrático, Platão, Aristóteles e o helenismo, move-se dentro da ontologia de *'o mesmo'*, como espaço da Totalidade, porque a reflexão filosófica grega teve como tema central sempre uma *redução de complexidades* a partir do movimento dialético que parte do *uno* ao *multiplo*.[4] Desde Parmênides[5], que abriu as intenções do presente artigo – "*o ser é, o não-ser não é*' – forma-se a matriz grega da desigualdade, porque o ser se apresenta como o fundamento da Totalidade. Já na Modernidade, o fundamento ontológico se encontra na *subjetividade do sujeito*, a partir do *ego cogito* cartesiano, até Hegel, em que se configura a plenitude da *totalização moderna*. Dussel, em sua obra, procura mostrar que a *totalidade* aparece como fundamento da ontologia grega e do pensar europeu moderno e contemporâneo. Afirma Ludwig que de forma radical, tudo se reduz ao *uno*, ao *todo*, ao *mesmo*. Metodicamente, procede-se do *múltiplo* ao *uno*; o uno tido como fundamento e origem do todo; *tudo é redução ao mesmo*.[6]

Busca-se, na afirmação crítica material pulsional, que percebe a Exterioridade[7] da comunidade das vítimas como ponto de partida e de chegada, como categoria fonte, uma sensibilidade que alimente de forma viva o *pensar* e o *agir ético*, contrapondo-se à inércia e à contradição ética vivenciada na práxis jurídica, aquela que o "jovem barbudo"[8] já desvelou, ainda no século XIX, presente, evidentemente, no signo correlativo ao das frutas frescas, a saber, aquele identificado na mistura dos "*frutos ressecados e soberbos*" da árvore da erudição negligente e colonizada. Aqui, alternativamente, busca-se no estudo da Ética da Libertação uma produção contrária à inércia[9]: centrada no agir ético.

Diante dessas inquietações/provocações, rotulatórias, talvez, parte-se para o *diálogo crítico* das mediações estabelecidas a partir do envolvimento nas dimensões da *sensibilidade*, da *identidade* e da *alteridade* na teia da materialidade possível, na Exterioridade do *não-ser* como *ser da justiça*, na teia do paradigma da vida.

1 Sensibilidade

A dimensão da *sensibilidade* se manifesta no pensamento de Levinas, em seu texto Totalidade e Infinito, enquanto *fruição*. Questiona-se a figura do *Dasein*, presente na obra de Heidegger, como forma de superação da mera representação hermenêutica, explica Levinas ao afirmar a anterioridade da vida enquanto fruição que: "É curioso verificar que Heidegger não toma em consideração a relação de fruição. O utensílio encobriu totalmente o uso e a chegada ao termo – a satisfação. O *Dasein* em Heidegger nunca tem fome. A comida só pode interpretar-se como utensílio num mundo de exploração."[10] Nesse ponto, nota-se que o diálogo entre *a ética da libertação* e o pensamento de Levinas encontra um de seus maiores pontos de convergência, a saber, a *sensibilidade enquanto fruição*, ao passo que o Momento Material da Ética da Libertação fundamenta-se no critério da materialidade. Critério, esse, que diferencia, claramente, o *modo de realidade da "vida humana"*, como anterioridade, como primeiro nível, e o *horizonte ontológico-hermenêutico*, que se ramifica como âmbito da particularidade de uma determinada cultura, como segundo nível. Já os comunitaristas (tanto Taylor como MacIntyre, por exemplo) situam o âmbito material exclusivamente no segundo nível – horizonte ontológico hermenêutico. Pelo *critério material* afirma-se, com clareza, *o âmbito universal da vida humana* a partir da compreensão de que todas as culturas são concreções particulares, conformadas por dentro pelo referido critério *universal material* da necessidade de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana. Rompe-se com o objetivo de estabelecer apenas *juízos de fato da razão instrumental* que procedem do cálculo meio-fim, *formais*, mas afirma-se à anterioridade de juízos interligados diretamente à *produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana*; materiais, por isso, comprometidos com a ética da alteridade[11], no compasso que se diferencia da materialidade no sentido weberiano, na medida em que se permite um julgamento crítico da realidade, mas vinculado aos fins e valores[12]. É possível, por exemplo, afirmar criticamente que "(1) *João está comendo*" – esse enunciado descritivo se apresenta, para Ética da Libertação, como um 'juízo de fato', que se manifesta como exercício da 'razão prático-material' – (...) Ao chamá-lo de João, nome próprio de um sujeito humano, estamos distinguindo-o do conjunto real das coisas inanimadas e dos animais. Além disso, descobre-se sua realidade (ato da 'razão prático-material') como realidade vivente ('João come para viver') e realidade vivente *humana* (isto é, como sujeito autoconsciente, autônomo, livre)"[13].

É interessante notar que para Levinas a *sensibilidade* não se manifesta como um momento da representação – por isso é possível afirmar, como a ética da libertação faz, que "João sente fome" e isso, por si só, forma um juízo de fato que é anterior ao passo da representação. Afirma, Levinas, que "a sensibilidade descreve-se pois, não como um momento da representação. Não basta dizer que a sensação não tem clareza e distinção, como se ela se situasse no plano da representação"[14] e reconhece que a sensibilidade, mesmo envolvida com estados afetivos, não se manifesta como um "conhecimento teorético inferior", pois "na sua própria *gnose*, a sensibilidade é fruição, satisfaz-se com o dado, contenta-se. O <<conhecimento>> sensível não tem de superar a regressão ao infinito, vertigem da inteligência; nem sequer a sente. Encontra-se imediatamente no termo, chega ao fim, acaba sem se referir ao infinito."[15] Em outras palavras, não se pode reduzir a complexidade da *fome* ao ato meramente representativo enquanto uno, porque é fruição, sensibilidade – impeditiva da *produção, reprodução e*

desenvolvimento da vida humana. A título exemplificativo, no sentido clarear o pensamento da Ética da Libertação, pode-se identificar *a passagem do critério ao princípio*, nos seguintes enunciados:

1. João está comendo.

2. João, que é um sujeito humano vivente, auto-responsável, está comendo.

3. João, que é um ser vivente autoconsciente, deve continuar comendo.

2a. João, que é um sujeito humano vivente auto-responsável, está comendo.

2b. Para viver, é necessário comer.

2c. Se João deixasse de comer, morreria (suicidar-se-ia).

3a. Como auto-responsável por sua vida não deve deixar-se morrer, ou seria um suicida. Logo

3b. João deve continuar comendo. [16]

Nota-se dentro da idéia de "passagem" – do critério ao princípio – encontra-se a *dialética por fundamentação material*, que se verifica no seguinte movimento: do *fundamento descritivo* ao *fundamento deôntico*, dito de forma exemplificativa do: *enunciado 2c* (se deixar de comer morre, um enunciado formado por uma necessidade biológico-cultural) ao *enunciado 3a* (deve continuar comendo, um enunciado formado por um dever, por uma "obrigação" ética); a Libertação das vítimas da Totalidade (aqui entendida como capital) que não permite a atividade ética nem da própria alimentação do seres humanos nos convida a viver de acordo com o *Princípio Ético Crítico* desenvolvido por Enrique Dussel:

"Os que agem ético-criticamente re-conheceram a vítima como ser humano autônomo, como o Outro *como outro* que a norma, ato, instituição, sistema de eticidade, etc., ao qual se negou a possibilidade de viver (em sua totalidade ou em algum de seus momentos); de cujo re-conhecimento simultaneamente se descobre uma co-responsabilidade pelo outro como vítima, que *obriga* a tomá-la a cargo diante do sistema, e, em primeiro lugar, criticar o sistema (ou aspecto do sistema) que causa esta vitimação. O sujeito último de um tal princípio é, por sua vez, a própria comunidade das vítimas".[17]

A Ética da Libertação, presente na obra de Dussel, ao contrário do que se ventila no pensamento jurídico pouco crítico, parte, sim, de um *diálogo* possível entre *norte e sul* ou, contemporaneamente, identificado entre *centro* e a *periferia* do capital, ao passo que recorre ao pensamento de Emmanuel Levinas, por exemplo, para estabelecer um ponto central do próprio pensar diferenciado de uma *ética latino-americana*, a saber, a identificação do critério de criticidade ou crítico (teórico, prático, pulsional, etc.) de toda normatividade micro estrutural ou institucional identificado aqui, exatamente, no agir que parte da *existência real de vítimas* – que forma um dos fios condutores da teia de inteligibilidade do pensamento *transmoderno*.

Verifica-se, que "o dado sensível de que a sensibilidade se alimenta vem, pois, cumular sempre uma necessidade, responde a uma tendência"[18], assim, Levinas responde ao pensar equivocado dos utensílios:

"não que no início tenha havido a fome; a simultaneidade da fome e do alimento constitui a condição paradisíaca inicial da fruição, de maneira que a teoria platônica dos prazeres negativos atém-se apenas ao delineamento formal da fruição e menospreza a originalidade de uma estrutura que não transparece no formal, mas tece concretamente o viver de ... Uma existência que tem esse modo de corpo, ao mesmo tempo separado do seu fim (isto é, necessidade), mas que vai já em direção ao fim sem ter de conhecer meios necessários à obtenção desse fim, uma ação desencadeada pelo fim, levada a cabo, sem conhecimento de meios, isto é, sem utensílios."[19]

Percebe-se claramente a configuração da sensibilidade enquanto fruição que surge da vida concreta e suas necessidades. Não há *divergência*, nesse ponto do diálogo, mas sim *ampliação* da atividade ética que se encontra, exatamente, na ação de verificação das vítimas da Totalidade a partir de suas necessidades, que para Levinas, dentro da sua especificidade histórica, vincularam-se, de forma mais recorrente, à Exterioridade identificada mais nas figuras do feminino, do órfão, dos que sentem fome, entre outras vítimas, em especial, aos que sofreram todos os horrores do anti-semitismo presente no holocausto. O que se passa na Ética da Libertação é a *ampliação desse olhar* no momento de estabelecer quem são as vítimas da Totalidade (entendida também como capital). A teoria crítica se faz crítica no compasso que percebe a necessidade de defender eticamente o *direito à diferença* jurídica e cultural como um *direito historicamente conquistado* pela luta e resistência dos povos da América Latina, que sofreram com o colonialismo[20] (que desembarcou por aqui com as "ordenações Filipinas", desconstituindo o direito local, dizimando suas lideranças, escravizando seu povo e conquistando suas terras) e padecem, hoje, com o neocolonialismo centrado na barbárie capitalista (que privilegia, antes de tudo, um direito seletivo que prega a *liberdade* para contratar ($), a *igualdade* para possibilitar a venda da força de trabalho e

o encarceramento para depositar o seu excedente no sistema penal e, é claro, a *fraternidade* – vilipendiada – tanto quanto prometida). Como nos sugere Levinas:

"A metafísica ou relação com o Outro realiza-se como serviço e como hospitalidade. Na medida em que o rosto de Outrem nos põe em relação com o terceiro, a relação metafísica de Mim a Outrem vaza-se na forma de Nós, aspira a um Estado, às instituições, às leis, que são a fonte da universalidade. Mas a política deixada a si própria traz em si uma tirania. Deforma o eu e o Outro que a suscitaram, porque os julga segundo as regras universais e, por isso mesmo, por contumácia."[21]

Busca-se, assim, a superação dessa *negação do conflito* promovida pela *mobilização do viés* político na arena *ideológica e material* mantenedora do *status quo*, de uma política neocolonial/pós-colonial centrada na violência hegemônica que impede o *direito à diferença* e propositalmente aplica a *invisibilidade* como instrumento de encobrimento do *Outro*[22].

2 Identidade

A idéia de *identidade* em Levinas, presente na obra *Totalidade e Infinito*, nos possibilita, em especial, romper com uma mera descrição da psicologia da relação social, dentro do embate eterno construtor de categorias fundamentais, inserido na lógica formal. Alternativamente, busca-se na relação social, *a idéia do infinito*, a constatação de um conteúdo num continente ao ultrapassar a capacidade do próprio continente, verifica-se, por isso, como *trama lógica do ser*. Para tanto, Levinas compreende a mediação da identidade não "*de fora para dentro*" – um movimento indicador, dentro de uma lógica hegeliana, mas uma anterioridade que produz um "*identificar-se a partir do interior*", explica: "A identidade do indivíduo não consiste em ser semelhante a si próprio e em deixar-se identificar a partir *de fora* pelo indicador que o aponta, mas um ser o *mesmo* – em ser ele-mesmo, em identificar-se a partir do interior."[23]. A relação estabelecida a partir do *face-a-face* permite a compreensão da própria Exterioridade, entendida como *essência do ser*, de uma resistência da própria diversidade social à lógica que totaliza o múltiplo. Dentro dessa lógica, percebe-se que a *multiplicidade* é uma *degradação do Uno* ou do *Infinito*, uma espécie de redução *no ser* que *cada um dos seres múltiplos teria de superar* para retornar do múltiplo ao uno, do finito ao infinito. Afirma Levinas que "a metafísica, a relação com a exterioridade, ou seja, com a superioridade, indica, em contrapartida, que entre o finito e o infinito não consiste, para o finito, em diluir-se no que lhe faz frente, mas em permanecer no seu ser próprio, em ater-se a ele, em actuar cá em baixo."[24] Não há, por isso, na dimensão da identidade, qualquer esforço no sentido de eliminar a tensão existente na própria multiplicidade (exercício de redução de complexidade), já que o alternativo ao reducionismo seria no máximo um exercício simplista de adequação (leia-se subordinação) de uma identidade à outra (Totalidade[25]). Nota-se que é no *frente a*

frente – "relação última e irredutível que nenhum conceito pode abranger sem que o pensador que pensa tal conceito se encontre de imediato em face de um novo interlocutor" [26] – que o pluralismo se torna possível. Diante da trama do possível, rompe-se com o evolucionismo marxista e parte-se, no compasso, da crítica a razão utópica para compreender, assim como Hinkelammert, que a redução da pessoa humana ao indivíduo proprietário e calculador de suas utilidades, suprime seu pólo oposto que é o sujeito – que não desaparece, mas é apenas reprimido. [27]

Do ponto de vista antropológico, resgata-se na obra "*Inconstância da alma selvagem e outros ensaios antropológicos*", de Eduardo Viveiros de Castro, algo muito peculiar à compreensão da dimensão da identidade interligada ao estudo da etinicidade[28] dos povos indígenas. Afirma-se: "a primeira coisa a considerar é que a palavra indígena que se costuma traduzir por 'ser humano', e que entram na composição das tais autodesignações etnocêntricas, não denotam a humanidade como espécie natural, mas a condição social de pessoa, e, sobretudo quando modificadas por intensificadores do tipo 'de verdade', 'realmente', 'genuínos', funcionam, pragmática quando são sintaticamente, menos como *substantivos* que como *pronomes*."[29] Em outras palavras, indicam a *posição do sujeito* marcam o enunciado, não são um simples *nome*, explica Viveiros:

Longe de manifestarem um afunilamento semântico do nome comum ao próprio (tomando 'gente' para nome da tribo), essas palavras fazem oposto, indo do substantivo ao perspectivo (usando 'gente' como a expressão pronominal 'a gente'). Por isso, as categorias indígenas de identidade coletiva têm aquela enorme variabilidade de escopo característica dos pronomes, marcando contrasticamente contextual e desde a parentela imediata de um Ego até todos os humanos, ou todos os seres dotados de consciência; sua coagulação como etnônimo parece ser, na maioria dos casos, um artefato produzido no contexto da interação com o etnógrafo. Não é, tão pouco, por acaso que a maioria dos etnônimos ameríndios que passaram à literatura não são autodesignação, mas nomes (freqüentemente pejorativos) conferidos por outros povos: a objetivação etnonímica incide primordialmente sobre os outros, não sobre quem está em posição de sujeito.[30]

O que se busca, no pensamento transmoderno[31], é a construção de identidades a partir de um *sujeito coletivo "novo"*, o foco agora parte em direção ao *sujeito vivo*, atuante e livre, que participa, (auto)determina-se e modifica-se na arena jurídica da realidade pautada no processo histórico-social. O "*novo*" e o "*coletivo*" não podem ser pensados a partir de identidades humanas que sempre existiram, manutenção do *status*, segundo diversos critérios, tais como, os de *classe*, *etnia*, *sexo*, *idade* ou *religião*, mas em função da postura que proporcionou que sujeitos anteriormente *inertes*, *dominados*, *submissos* e *espectadores da colonização*[32] passassem a sujeitos *libertos*, *participantes* e *criadores* de sua própria história. Afirma Wolkmer que "é deste modo que, ao caracterizar a noção de sujeito como identidade que implica o "novo" e o "coletivo", deve-se privilegiar, numa pluralidade de sujeitos, os novos movimentos sociais. Os

movimentos sociais são hoje os sujeitos de uma nova cidadania, revelando-se autênticas fontes de legitimação da produção jurídica.[33]

Em Platão, nos ensina Ludwig, que o método dialético é o caminho supremo que leva da mobilidade/multiplicidade para a imobilidade/unidade. "A essência é encontrada na unidade. A categoria da totalidade indica o âmbito final do pensar de Platão. Nada há além da totalidade". Acrescenta que "em Aristóteles, confirma-se idêntica lógica da totalidade. Para ele, o varão livre de Atenas é o "homem", os varões escravos não são homens, segundo sua natureza, segundo seu ser. O sujeito de direito na sua *Política* é o homem como cidadão livre e senhor da casa". Nas palavras de Dussel, compreende-se a crítica à *matriz grega* que fundamenta a *desigualdade* em "o *ser é, o não ser não é*", ao fundamentar a Totalidade:

O mais grave é que essa ontologia diviniza a subjetividade européia conquistadora que vem dominando o mundo desde sua expansão imperial no século XV. 'O ser é, o não ser não é'. O ser é a razão européia, o não-ser são os outros humanos. A América Latina e toda a 'periferia ficam, por isso, definidas como o puro futuro, como o não-ser, como o irracional, o bárbaro, o inexistente. A ontologia da identidade da razão e da divindade como o ser termina por fundamentar as guerras imperiais de uma Europa dominadora de todos os outros povos, constituídos como colônias, neocolônias, 'dependentes' em todos os níveis de seu ser. A ingênua ontologia hegeliana termina sendo a sábia fundamentação do genocídio dos índios, dos africanos e dos asiáticos. A subjetividade do ego cogito transforma assim na 'vontade de poder' tudo quanto essa subjetividade divinizada pretenda, em nome de sua razão incondicionada[34].

Esse desvelar de ontologias, que faz Dussel nos mostra a Totalidade como categoria central do pensamento hegeliano. Nos ensina Ludwig que essa categoria nunca foi na modernidade tão sistematicamente pensada, porque a dialética, para Hegel, além de um método do pensar, é também o *movimento da própria realidade* concebida como Totalidade. Explica, ainda, que a orientação do movimento da dialética moderna afirma-se em direção a 'o mesmo', sujeito e objeto, pensar e ser. Nota-se que o movimento dialético dá-se no interior da Totalidade (o esforço dos pensadores orientou-se no sentido de *fuga da totalidade* para a *alteridade*, sem sucesso; de "Feuerbach e Kierkegaard até Husserl e mesmo Heidegger, os pensadores não lograram êxito na tarefa" [35]. Segundo Ludwig a primeira implicação concreta da Totalidade foi apontada por Marcuse na obra "*O Homem Unidimensional, ensaio sobre a ontologia da sociedade industrial avançada*", ao observar que "*esta sociedade é irracional como Totalidade*" e se apresenta sem "*oposição*", pois nada há além de "o mesmo". O todo é confundido com o pólo dominador, enquanto o dominado vem a ser a diferença interior ao mesmo[36].

Nessa ótica, Ludwig observa que a Exterioridade constitui-se como *categoria fonte*, reserva de fundamento último (ponto de partida e de chegada) da justiça. Além ("fora") do horizonte da lógica da ontologia[37] dialética de totalização, situa-se a lógica *analética*[38]. Nela, a categoria da Exterioridade é a *reserva crítica*, que possibilita romper o sentido do que é *justo* na lógica da *totalidade*, mas que *pode revelar-se injusto* a partir de uma compreensão baseada na *exterioridade*. Ou então, a partir desse "novo lugar" pode revelar um "outro" justo, ou uma "outra" justiça: *o não-ser como ser da justiça*.[39]

A partir da análise das categorias da Totalidade e da Exterioridade é possível pensar o Pluralismo Jurídico como um lugar que *está além do sistema* (de forma analética, ou seja, na afirmação da Exterioridade como fonte de resistência da *comunidade das vítimas* do etnocídio em sua dimensão jurídica). Como nos ensina Dussel a Exterioridade "considerada por Levinas, por Marx y por la Filosofia de la Liberación – está el 'pobre', como individuo, como marginal urbano, como etnias, como pueblos o naciones periféricas destinadas a la muerte."[40]

Considerações Finais

Não se pode chamar de rebelde a quem nunca prestou obediência

Bartolomé de Las Casas

Verifica-se, no presente trabalho, que os sentimentos de *aceitação* e *tolerância* são pressupostos de uma prevalência da manifestação interior do *eu* (no exercício do *eu tolero, eu aceito*, etc). A relação com o *outro* em Levinas é a relação de um desejo metafísico que nunca poderá ser satisfeito, é a relação com o Infinito e que implica uma responsabilidade infinita e desinteressada. A responsabilidade ética deve seguir os sentidos traçados pela Exterioridade – que não esperara reciprocidade, porque na *relação de responsabilidade com o outro* o ponto de partida deve ser o critério material, ao contrário não passaria de uma relação utilitarista que nutre expectativa de retorno, além de assimétrica.

O pluralismo jurídico comunitário participativo contempla o *não ser como ser da justiça*, porque pela categoria da Totalidade o oprimido como oprimido no capital é só classe explorada; mas no caso de constituirmos também a categoria da Exterioridade, o oprimido é entendido *como pessoa, como homem* (não como assalariado), como trabalho vivo não-objetivado, pode ser pobre (singularmente), e povo (comunitariamente). A "classe" é a condição social do oprimido como subsumido no

capital (na totalidade), já o povo é a condição comunitária do oprimido como exterioridade, entendido a partir da alteridade.

A Exterioridade das vítimas é o ponto de partida e de chegada de todo agir ético crítico que busca fonte de resistência na Ética da Libertação. O diálogo crítico radical deve envolver-se nas tramas da *sensibilidade* e da *identidade* em busca de *alteridade* – no indo e vindo infinito de mediações, como fez o poeta ao afirmar um libertar de identidade sensível na materialidade da vida.

"Isso de querer ser

exatamente aquilo que a gente é

ainda vai nos levar além"

Paulo Leminski

Referências

BANDEIRA, Maria de Lourdes. Terras Negras: invisibilidade expropiadora. In: LEITE, Ilka Boaventura. **Textos e Debates: terras e territórios de negros no Brasil**. Ano 1, nº2, Florianópolis: UFSC, 1991.

BETANCOURT, Fornet Raúl. **Questões de método para uma filosofia intercultural a partir da ibero-américa**. São Leopoldo: Unisinos, 1994.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. **A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia**. São Paulo: Cosac & Naify, 2002.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem da modernidade: Conferências de Frankfurt**; tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**; tradução de Ephraim Ferreira Alves; Jaime A. Clasen; Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.

FRIEDMAN, M; CALARCO, M; ATTERTON, P. **Levinas y Buber: diálogo y diferencias**. Buenos Aires: Lilmod, 2006.

HINKELAMMERT, Franz J. **La vida es más que el capital. La democracia de ciudadanos y el proyecto de la sociedad en la que quepan todos los seres humanos.** [Conferência proferida na Espanha], 2004.

LARA, Tiago Adão. **A Filosofia nas suas origens gregas**. Petrópolis: Vozes, 1989, p. 62-67.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**; tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2000.

_____. **Entre Nós**: Ensaios sobre a alteridade. Petrópolis: Vozes, 1997.

LUDWIG, Celso. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

_____. Gadamer: a racionalidade hermenêutica - contraponto à modernidade. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Crítica da Modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. Discurso e direito: o consenso e o dissenso. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Direito e discurso discursos do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

MANCE, Euclides André. Uma Introdução Conceitual às Filosofias de Libertação. **Revista Nova Fase: Libertação – Liberación**, Curitiba: Instituto de Filosofia da Libertação, ano I, nº 1, 2000, p. 25-80.

PEPLER, Nadieje de Mari. **Pluralismo Jurídico e o *Olhar* Antropológico: novas fontes para um Direito de Libertação**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da Eticidade. Seguido de Grupos Étnicos e suas Fronteiras de Fredrik Barth**; tradução Elcio Fernandes. Editora UNESP, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. Teoria Crítica e Pluralismo Jurídico. In: **Estudos Jurídicos**, vol. 27, nº 69, Janeiro/Abril, 1994, p. 05-12.

_____. Para uma Ética da Alteridade na Perspectiva Latino-americana. **A Escola de Frankfurt no Direito**. Curitiba: EDIBEJ, 1999, p. 123-132.

_____. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. (org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

---

[1] Segundo Lara "uma carruagem guiada por moças, levada por moças, leva Parmênides ao palácio da Deusa da Verdade (Alétheia). Aí ele embevecido, ouve da Deusa esse poema. (...) que pode ser interpretando em basicamente três partes: (a) Introdução ou prólogo: 1º fragmento; (b) *O caminho da verdade* (alétheia): do 2º até 1ª ½ do 8º fragmentos e (c) *O caminho da opinião* (doxa): do 8º até 19º. ". LARA, Tiago Adão. **A Filosofia nas suas origens gregas**. Petrópolis: Vozes, 1989, p. 62-67.

[2] "O Outro metafísico é outro de uma alteridade que não é formal, de uma alteralidade que não é simples inverso da identidade, nem de uma alteridade feita de resistência ao Mesmo, mas de uma alteridade anterior a toda iniciativa, a todo o imperialismo do Mesmo; outro de uma alteridade que constitui o próprio conteúdo do Outro; outro de uma alteridade que não limita o Mesmo, porque nesse caso o Outro não seria rigorosamente Outro: pela comunidade da fronteira, seria, dentro do sistema, ainda o Mesmo." LÉVINAS, E. *Op. cit.*, p.26.

[3] A filosofia da libertação latino-americana, não é exagerado dizer isto, marca o giro inovador pelo qual a reflexão filosófica na América Latina, em nível sistemático e explícito, encontra-se com a realidade social e a cultura do subcontinente, começando assim esse discurso próprio marcado por diferenças contextuais e culturais. A filosofia

começa, desta maneira, a ter um rosto e uma língua latino-americanas. Mas, justamente, na mesma medida começa também a distinguir-se de outras formas de filosofia e, em especial, da (dominante) forma européia. Como a novidade de qualquer outra filosofia, a novidade deste modelo de filosofia latino-americana é um desafio à comunicação entre os filósofos. Mas, em nenhum caso, deve ser entendida como recusa à comunicação. Pois, a nosso modo de ver, é precisamente essa novidade que faz o diálogo não só possível, senão, inclusive, necessário. BETANCOURT, Fornet Raúl. **Questões de método para uma filosofia intercultural a partir da ibero-américa**. São Leopoldo: Unisinos, 1994, p. 14.

[4] LARA, Tiago Adão. **A Filosofia nas suas origens gregas**. Petrópolis: Vozes, 1989, p. 62-67

[5] LARA, Tiago Adão. **A Filosofia nas suas origens gregas**. Petrópolis: Vozes, 1989, p. 62-67

[6] LUDWIG, Celso. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 129.

[7] "A exterioridade assim posta, além do horizonte da totalidade, requer em cada nível um projeto de *libertação* e não meramente de *emancipação*, pois a emancipação consiste num caminho dialético progressivo na busca de um "novo lugar", situado no interior da totalidade vigente. Admitindo-se que uma determinada totalidade vigente é estruturalmente injusta, a emancipação não rompe com a injustiça. A emancipação, ainda que necessária, como projeto revela-se insuficiente, porque consiste num movimento interno à lógica da totalidade, fundado em "o mesmo" – opera-se um eterno retorno do mesmo. A alternatividade (o alternativo ao "mesmo") só se dá a partir de novo fundamento: com novas bases históricas que surgem desde a exterioridade, como projeto libertador situado "além" da totalidade totalizada vigente, ainda que seja caracterizada como 'comunidade de comunicação", porém não se limitando ao cotejo entre comunidade "real" posta e a "ideal" pressuposta (conceitos caros a Habermas e Apel), mas na comunidade de comunicação "histórica" possível (segundo concepção de Dussel)." LUDWIG, Celso. *Op. cit.*, 2006, p. 175.

[8] "Contudo foi descoberta pela névoa dos 'trabalhos esfumaçados da mística', no curso do tempo e da cultura, a rude 'árvore genealógica' da Escola histórica. Foi recortada fantasticamente pelo Romantismo, inoculada pela 'especulação' e os muitos 'frutos eruditos' sacudidos da árvore foram guardados ressecados, soberbos, no grande armazém da erudição alemã. A esse respeito, é necessário, de fato, ter somente um

pouco de ‘crítica’ para reconhecer, por todas as perfumadas frases modernas, as imundas e velhas idéias de nossos iluministas do *ancién regime* e por trás de toda exuberante unção, negligente trivialidade.” MARX K. **O Manifesto Filosófico da Escola Histórica do** Direito. Texto extraído de Gazeta Renana, 9 de agos. 1842. Tradução de Pádua Fernandez. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 6, p 265 e 267, 2007.

[9] Nesse sentido ler Giulio Girardi (**Revista Nova Fase: Libertação – Liberación**, Curitiba: Instituto de Filosofia da Libertação, ano I, nº 1, 2000, p. 81-127.

[10] LEVINAS, E. *Op. cit.*, p. 119.

[11] A proposta de uma “ética da alteridade”, como lembra Wolkmer.não se prende a engenharias ‘ontológicas’ e a juízos ‘a priori’ universais, postos para serem aplicados a situações vividas, mas traduz concepções valorativas que emergem das próprias lutas, conflitos, interesses e necessidades de sujeitos individuais e coletivos insurgentes em permanente afirmação.WOLKMER, Antonio Carlos. **Para uma Ética da Alteridade na Perspectiva Latino-americana**. A Escola de Frankfurt no Direito. Curitiba: EDIBEJ, 1999, p. 128.

[12] LUDWIG, Celso. Aulas de Filosofia do Direito, Mestrado PPGD/UFPR, Curitiba, 2008, p. 2.

[13] LUDWIG, Celso. Idem.

[14] LEVINAS, E. *Op. cit.*, p. 120.

[15] LEVINAS, E. Idem.

[16] LUDWIG, Celso. *Op. cit.*, p. 4.

[17] DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**; tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 380.

[18] LEVINAS, E. *Op. cit.*, p. 120.

[19] LEVINAS, E. *Idem.*

[20] MARX diz: “O capital é trabalho morto que só se vivifica, à maneira do vampiro, ao chupar trabalho vivo, e que vive tanto mais quanto mais trabalho vivo chupar. O

descobrimento das regiões auríferas e argentíferas da América, o extermínio, escravização e soterramento nas minas da população aborígene, a conquista e o sangue das Índias Ocidentais, a transformação da África num couto reservado para a caça comercial de peles negras, caracterizam os albores da era (do sexto sol) da produção capitalista". SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da "Invasão" da América aos Sistemas Penais de Hoje: o discurso da "inferioridade" latino-americana. WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos da História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 310.

[21] LEVINAS, E. *Op. cit.*, p. 280.

[22] Sobre o encobrimento do Outro argumenta Dussel: "ano de 1492 – sua mundialização empírica, a organização de mundo colonial, e o uso fruto da vida de suas vítimas, num nível pragmático e econômico. A modernidade nasce realmente em 1492: essa é a nossa tese. Sua real superação (como Subsuntion e não meramente como Aufhebung hegeliana) é subsunção de seu caráter emancipador racional europeu transcendido como projeto mundial de libertação de sua Alteridade negada: a 'Transmodernidade' (como novo projeto de libertação político, econômico, ecológico, erótico, pedagógico, religioso, etc.). Propomos então dois paradigmas contraditórios: o da mera 'Modernidade' eurocêntrica, e o da Modernidade subsumida a partir de um horizonte mundial, onde o primeiro desempenhou uma função ambígua (por um lado como emancipador, e, por outro, como cultura mítica da violência). A realização do segundo paradigma é um processo de 'Transmodernidade'. Só o segundo paradigma inclui a 'Modernidade/Alteridade' mundial." DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem da modernidade: Conferências de Frankfurt**; tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993, p.188.

[23] LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. Trad. de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2000. p. 269.

[24] LEVINAS, E. *Op. cit.*, p. 272.

[25] A totalidade pode ser entendida, aqui, como discurso filosófico que busca inscrever uma *unicidade* em um sistema fechado, ou em termos mais precisos, '*totalizar-se é eliminar a diferença. A totalização é o mal*'. Já o infinito, é a possibilidade que o outro apresenta, é o *reconhecimento do rosto*, a busca por esse outro radical, busca essa em que reside a possibilidade de justiça. Contra o uno, o Outro, um outro sempre diferente, sempre único e que sempre exige uma responsabilidade. Contra a eliminação (física, discursiva, ética) a linguagem. Contra a totalidade neutra, a exterioridade baseada na sensibilidade. Oposta à totalidade, a exterioridade, que apresenta-se pela infinitude do

ser (é precisamente a infinitude do ser que faz com que tenhamos uma responsabilidade infinita). LUDWIG, Celso. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 144.

[26] LEVINAS, E. *Op. cit.*, p. 271.

[27] Al reducir la persona humana al individuo propietario y calculador de sus utilidades, se suprime su otro polo, que es el sujeto. No desaparece, pero es reprimido. En cuanto sujeto el ser humano sabe: no puedo vivir yo si no puede vivir el otro. Interpela el individuo conquistador y posesivo, que quiere vivir por la derrota y, por fin, por la muerte del otro. Este sujeto humano es la instancia, desde la cual se puede presionar sobre la jaula de acero cerrada y levantada en nombre del individuo. El sistema se levanta sobre el crimen del asesinato del hermano, - es constituido por hijos de Caín - y el sujeto interpela en nombre del hecho que solamente se puede vivir si también puede vivir el otro. Frente al sistema sostiene: asesinato es suicidio. HINKELAMMERT, Franz J. **La vida es más que el capital. La democracia de ciudadanos y el proyecto de la sociedad en la que quepan todos los seres humanos.** [Conferência proferida na Espanha], 2004, p.6.

[28] "Considerando o grupo étnico do ponto de vista da atribuição de categorias de "Nós" e de "Eles", Barth faz da etnicidade um processo organizacional que não podemos, de um ponto de vista analítico, distinguir *a priori* e por definição de outras formas de identidades coletivas. O foco colocado nas fronteiras guarda para a noção de etnicidade sua ancoragem na noção de grupo, mas frisa a dimensão processual. A etnicidade assegura a unidade efetiva do grupo tanto quanto pressupõe seu caráter constituído (*corporate*). A especificidade da organização social étnica decorre do papel que nela desempenham os contrastes culturais, mas esse papel não pode ser dissociado dos processos de manifestações de identidades. Tais processos são organizacionais precisamente na medida em que derivam da psicologia dos indivíduos, mas da constituição dos espaços cênicos e das operações externas que os atores aí realizam uns com os outros. É nesses espaços que os atributos culturais adquirem um valor expressivo (e podem ser altamente seletivos), não como reveladores de uma realidade subjetiva, até mesmo inefável, mas como reivindicação a ser julgada como 'um certo tipo de pessoa', reivindicação pública que necessita ser publicamente validada e ratificada e que supõe um idioma convencional comum." POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FERNART, Jocelyne. **Teorias da Eticidade. Seguido de Grupos Étnicos e suas Fronteiras de Fredrik Barth**; tradução Elcio Fernandes. Editora UNESP, 1998, p. 114.

[29] CASTRO, E. Idem.

[30] CASTRO, E. Ibidem.

[31] "É certo que muitas outras respostas podem ser dadas com o objetivo de *crítica da modernidade* (...) Gostaria de lembrar uma delas, e que em particular me agrada muito, que é a resposta que provém da *condição transmoderna*, que surpreendentemente e com a radicalidade necessária, faz a *crítica* à modernidade não tanto no que diz respeito a sua racionalidade precisamente - porque desta subsume seu caráter *emancipatório* -, mas critica principalmente na modernidade sua práxis histórica irracional, cujas *negatividades* ainda são hoje o lugar da *injustiça material* mais dramática do mundo periférico e semi-periférico" LUDWIG, C. L. Gadamer: a racionalidade hermenêutica - contraponto à modernidade. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Crítica da Modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 208.

[32] "O colonialismo engendrou sistema interétnico etnocêntrico criando uma relação de desigualdade e estratificação fundada na oposição entre "civilizado" e "selvagem" ou "primitivo", em que se faculta ao primeiro o direito de retirar dos povos "não civilizados" o estatuto de sociedades autônomas. Essas sociedades passam a ser apreendidas como incapazes de auto-derterminação. Assim o colonialismo não reconhecia a soberania das nações africanas nem no plano formal, nem no plano prático das relações inter-societárias. Os povos africanos passaram a ser encarados em termos de fidelidades econômicas do expansionismo colonial, como fornecedores compulsórios de mão-de-obra escrava para o desenvolvimento de atividades produtivas de interesses da economia mercantil." BANDEIRA, Maria de Lourdes. Terras Negras: invisibilidade expropiadora. In: LEITE, Ilka Boaventura. **Textos e Debates: terras e territórios de negros no Brasil**. Florianópolis: UFSC, ano 1, nº2, 1991, p. 9.

[33] WOLKMER, Antonio Carlos. Teoria Crítica e Pluralismo Jurídico. In: **Estudos Jurídicos**, vol. 27, nº 69, Janeiro/Abril, 1994, p. 05-12., p. 11

[34] DUSSEL, Enrique. In: LUDWIG, Celso. *Op. cit.*, 2006, p. 129.

[35] LUDWIG, Celso. *Op. cit.*, 2006, p. 133.

[36] LUDWIG, Celso. *Op. cit.*, 2006, p. 134.

[37] Mance, em seu texto *Introdução Conceitual às Filosofias da Libertação*, nos explica que: “Trabalhando a partir do relato conceitual de Rigoberta Menchu, reitera Dussel que o ponto de partida da Ética da Libertação "...acontece mais-além da ontologia, do mundo e do ser vigente ou *dominador* ou da comunidade de comunicação *hegemônica.* O ponto de partida é o Outro, mas não simplesmente como outra 'pessoa-igual' na comunidade argumentativa, mas ética e inevitavelmente (apoditicamente) desde o Outro em algum aspecto dominado *(principium opressionis)* e afetado-excluído *(principium exclusionis),* desde a *experiência ética* da 'exposição' no face-a-face: 'Chamo-me Rigoberta Menchu, ou o 'Eis-me aqui!'de Lévinas. O tema que Dussel vai, então, desenvolvendo aqui, em seu diálogo com Apel, é que "...sempre haverá afetados-excluídos de toda comunidade de comunicação real possível" , o que traz uma dificuldade sobre o caráter de validade dos acordos comunicativos realizados na comunidade de comunicação.MANCE, Euclides André. Uma Introdução Conceitual às Filosofias de Libertação. **Revista Nova Fase: Libertação - Liberación**. Curitiba: Instituto de Filosofia da Libertação, Ano I, nº 1, 2000, p.71.

[38] Dussel, “na obra *Método para uma Filosofia da Libertação*, explicita o *método analético* e sua relação com a dialética. Em síntese, no propósito de reformular a dialética, a partir da perspectiva daquilo que se situa para *além* de toda a *totalidade*, Dussel fala do *método analético* como *momento analético da dialética*. O método *analético* objetiva afirmar um âmbito da *exterioridade* metafísica do outro – alteridade irredutível à lógica da totalidade e ponto de apoio para a construção de uma lógica da diferença, evitando, assim, a redução de tudo *ao mesmo*. O novo método consiste na afirmação da negatividade do outro, pois inclui o momento alterativo, desde uma *anterioridade* (é um movimento *ana-dialético*), movimento que indica a passagem da negação da negação desde um *lugar* que está além do sistema, ou seja, do outro, do pobre, do oprimido, do excluído, da vítima, enfim.” LUDWIG, Celso. *Op. cit.*, 2006, p. 149-150.

[39] “o método analético revela-se como intrinsecamente é ético e não meramente teórico; a opção pela Exterioridade é desde já uma escolha ética.” LUDWIG, Celso. *Op. cit.*, 2006, p. 150-173.

[40] DUSSEL, Enrique. In: LUDWIG, *Op. cit.*, 2006, p. 176.

UMA RELEITURA DA ESCOLA DA JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS À LUZ DO PRAGMATISMO CONTEMPORÂNEO*

A REVIEW OF THE CONCEPTUAL JURISPRUDENCE SCHOOL IN THE LIGHT OF CONTEMPORARY PRAGMATISM

Paula Maria Nasser Cury
Antônio Cota Marçal

RESUMO

O artigo que ora se apresenta procura analisar criticamente as principais características da Jurisprudência dos Conceitos. No curso dessa análise, pretende-se: (i) combater a visão que predomina em relação a esta Escola do pensamento jurídico, e que a associa à defesa de uma sistematização do conhecimento do Direito guiada exclusivamente por critérios de ordem lógico-formal; (ii) paralelamente ao objetivo anterior, apresentar uma alternativa à visão tradicional a respeito dos elementos que caracterizam a referida Escola. Para operacionalizar esta proposta, em primeiro lugar será realizado um estudo sobre o contexto teorético em que surgiu e se desenvolveu a Jurisprudência dos Conceitos. Após, as teses defendidas pelos principais representantes da Jurisprudência dos Conceitos – Puchta, Jhering, Windscheid, Wach, Binding e Kohler – serão descritas e comentadas. A relação entre lógica formal e o conteúdo intersubjetivamente construído dos conceitos cuja sistematização se pretende será objeto de especial atenção. Finalmente, o texto será concluído com um esboço crítico dos motivos que levaram à superação da Jurisprudência dos Conceitos e à passagem para a Jurisprudência dos Interesses.

PALAVRAS-CHAVES: JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS; IDEALISMO ALEMÃO; CONHECIMENTO SISTEMÁTICO; LÓGICA FORMAL; ATUALIZAÇÃO DOS CONCEITOS; PRAGMATISMO CONTEMPORÂNEO.

ABSTRACT

The article here presented objectifies to critically analyze the main characteristics of the Conceptual Jurisprudence. Through the course of this analysis, it is intended: (i) to oppose the prevailing standpoint about this School of the juridical thought, and that associates it with the defense of a systematization of juridical knowledge that is guided exclusively by logic-formal order criteria; (ii) parallel to the previous objective, to present an alternative to the traditional view about the elements that characterize the above-mentioned School. To make this proposal feasible, firstly a study about the theoretical context in which the Conceptual Jurisprudence appeared and was developed

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

will be carried on. Then, the thesis defended by the most important members of the Conceptual Jurisprudence – Puchta, Jhering, Windscheid, Wach, Binding and Kohler – will be described and commented. The relationship between formal logics and the intersubjectively constructed content of the concepts whose systematization is intended will be object of special attention. Finally, the text will be concluded with a critical synopsis of the reasons that lead to the overcoming of the Conceptual Jurisprudence and to the passage to the Interest Jurisprudence.

KEYWORDS: CONCEPTUAL JURISPRUDENCE; GERMAN IDEALISM; SYSTEMATIC KNOWLEDGE; FORMAL LOGICS; CONCEPTS ACTUALIZATION; CONTEMPORARY PRAGMATISM.

1. Introdução

O presente ensaio objetiva apresentar uma visão crítica acerca dos elementos em torno dos quais se estruturou a Jurisprudência dos Conceitos e de suas principais características. Tradicionalmente, associa-se esta Escola a uma tentativa de sistematização do Direito que passa pela apropriação de métodos típicos da lógica formal. Atribui-se, por exemplo, a Puchta, considerado o fundador da Jurisprudência dos Conceitos, a conclamação da "ciência jurídica de sua época a tomar o caminho de **um sistema lógico** [...], decidindo assim a sua evolução no sentido de uma '**Jurisprudência dos Conceitos formal**'" (LARENZ, 1997, p. 23. Sem negrito no original). Entretanto, é possível defender uma leitura diferente da convencional, que alia à proposta de atribuição de uma formatação lógica do Direito a articulação de conteúdos conceituais determinados e constituídos a partir de práticas sociais. Isso se torna mais perceptível, como se poderá observar adiante, nos representantes da fase final da Jurisprudência dos Conceitos, como Windscheid, Wach, Binding e Kohler, mas entende-se que, mesmo a respeito dos primeiros representantes desta escola do pensamento jurídico, a dissociação entre o método e o conteúdo dos conceitos que se pretendia sistematizar não pode ser sustentada.

O Direito, enquanto ciência social aplicada, é um conhecimento direcionado para e pela realidade. Nesse ponto, diferencia-se de outras espécies de conhecimento, como o matemático, por exemplo, que, apesar de somente esgotar seu sentido se aplicado na solução de questões práticas, mantém seu estatuto científico intacto ainda que se atenha ao plano meramente formal. Com o Direito ocorre algo diverso: como seu objeto é a regulamentação do agir, seu substrato é eminentemente social. Em seu âmbito, trabalha-se necessariamente com elementos presentes nas práticas compartilhadas pelos sujeitos que compõem uma determinada sociedade – aquela à qual o Direito em questão se destinará. É nessa dimensão de realidade que o conteúdo das normas jurídicas e dos conceitos que as integrarão são produzidos. A realidade, mais do que informativa do Direito, é constitutiva deste. É exatamente nesse ponto que se questiona a leitura

tradicionalmente feita em relação à Escola da Jurisprudência dos Conceitos: tratar-se-ia, de fato, de um esforço no sentido de sistematização dos conceitos jurídicos, de forma a articulá-los em torno de um arcabouço puramente formal, desconsiderando que conceitos jurídicos, pelo simples fato de o serem, trazem consigo uma carga semântica ou, em outras palavras, um conteúdo material do qual não podem se dissociar sem perderem, simultaneamente, a qualidade de "jurídicos"?

A argumentação que se seguirá tem como objetivo demonstrar que a Jurisprudência dos Conceitos representou, sim, um movimento de busca de articulação lógica entre conceitos; mas entre conceitos que possuem um conteúdo material, apreendido na experimentação de uma intersubjetividade que é histórica e, ao mesmo tempo, pertence à realidade do momento presente, porque está inserida em uma dimensão ético-social que a coloca em movimento, permitindo que a racionalidade atue sobre os conceitos e os atualize, quando necessário.

2. Breve relato sobre o contexto em que se desenvolveu a Jurisprudência dos Conceitos

Contemporaneamente, o termo 'jurisprudência' designa genericamente o conjunto das decisões autoritativas ou precedentes judiciais dentro de um sistema legal determinado. No século XIX, porém, 'jurisprudência' significava, especialmente na Alemanha, o estudo dos elementos fundantes e constitutivos de um dado sistema legal, enquanto a totalidade do conhecimento jurídico. O conhecimento ou ciência do Direito se orientava prevalentemente pelo enunciado legal e não pelas decisões proferidas. É neste contexto que se constituiu a Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) como esforço de formatação científica do Direito.

A Jurisprudência dos Conceitos, também conhecida como Pandectismo (conforme Wieacker, esta denominação se deveu à circunstância de todos os manuais dos autores ligados à Escola Histórica se intitularem pandectas, em referência às *Pandectas* de Justiniano), foi a inserção do Direito em um movimento mais amplo de processar e sistematizar cientificamente todos os conhecimentos e práticas, isto é, nos padrões vistos como bem sucedidos na Física e demais ciências então constituídas. 'Sistema' e 'conceito', já atuantes na constituição e formulação da física newtoniana, foram aprofundados em sua função explicativa e explicitados no âmbito da constituição e compreensão das práticas sociais e políticas por Savigny e principalmente por Hegel. Em sua concepção sistemática do Direito Savigny tomou como ponto de partida as relações da vida, tais como casamento e propriedade, conceituados e conformados como

‘institutos jurídicos’. Quanto a Hegel é sabido que a novidade e também a dificuldade de sua construção filosófica consistem em refletir a realidade como verdade e totalidade no próprio movimento do conceito como universal concreto. O conceito, enquanto universal concreto, isto é como o “eu agente”, que é simultaneamente universal-particular-individual, é expressão e representação mediante as quais os humanos fazem e pensam a realidade em sua unidade e multiplicidade. O universal é concreto por ser constituído em um processo que envolve outros universais e também o concreto da percepção sensorial. Em tal processo, é que o conceito pode se revelar unilateral ou inadequado e poderá, em razão do contexto significativo espaço-temporal em que é constituído e expresso ou usado, ser modificado ou corrigido. É, porém, através da negação da realidade captada conceitualmente e de sua superação em outro conceito mais abrangente, que, segundo Hegel, a subjetividade ética e a racionalidade discursiva se explicitam e se efetivam nas e através das práticas sociais. Neste entrelaçamento de práticas e de conceitos, a Jurisprudência dos Conceitos buscou desenvolver, de um lado, o conteúdo de conceitos e expressões jurídicas recorrendo à história e à gênese teórico-social de sua constituição, bem como, por outro lado, enfatizou a dimensão sistemática do Direito e a função conformadora exercida pelo conceito com relação à realidade histórica e socialmente determinada. Neste desenvolvimento, em que a auto-compreensão tanto da sociedade quanto do Direito se interpenetram e se condicionam reciprocamente, se situam, inicialmente, novos conteúdos conceituais do Direito e se articulam disciplinas inovadoras como História do Direito (Savigny), Filosofia do Direito (Hegel), e, a seguir, Sociologia do Direito (Max Weber), bem como Ciência e Teoria do Direito (Stammler), Lógica do Direito e Metateoria do Direito.

3. Jurisprudência dos Conceitos: principais características

Tanto para Savigny como para Hegel, a idéia de sistema era central na conceituação da ciência, no momento em que a Jurisprudência dos Conceitos se constituiu. O sistema, nesta concepção, é considerado uma multiplicidade organizada de partes ou, de acordo com Larenz, “o desabrochar de uma unidade numa diversidade, que desse modo se reconhece como algo coeso do ponto de vista do sentido” (LARENZ, 1997, p. 22). Assim compreendido, o sistema, enquanto unidade e completude, é o desenvolvimento de uma unidade dada empiricamente (nas ciências empíricas) ou convencionada (nas ciências formais). Este foi o caminho tradicional tanto da ‘Axiomática’ antiga (Os Elementos de Euclides, por exemplo) como da ‘Abstração’ (desde Aristóteles e passando por Boécio e medievais). A Axiomática consiste em estabelecer e formular um conjunto S de enunciados (relativos a definições, axiomas, regras e esquemas de axiomas) tais que todos os enunciados do sistema a seguir construídos são deriváveis de um subconjunto S_O (S_O é o sistema de axiomas de S) pertencente a S. Pela atividade da Abstração, por outro lado, o pensar teórico separa do objeto conhecido os elementos singularizantes e particulares para reter somente os genéricos e comuns, isto é, o geral e abstrato. Nesta perspectiva, a unidade do sistema é garantida pela relação lógico-formal

de todos os elementos mais específicos com aquele de maior generalidade. A estrutura do sistema, desta forma, assemelha-se à de uma pirâmide, com o conceito mais geral no vértice e todos os outros abaixo dele, organizados de cima para baixo de acordo com o grau de especificidade. Outra possibilidade de pensar o sistema e seu conteúdo era aquela desenvolvida pelo Idealismo Alemão: consiste em conceber a realidade como uma unidade progressivamente construída no jogo de práticas sociais e sua permanente constituição e revisão (Hegel e sua concepção do conceito abstrato-concreto). Nesta mesma linha se situam a Doutrina da Ciência de Fichte, a Filosofia da Identidade de Schelling e o projeto de Savigny: conceber a organicidade interna à multiplicidade dos institutos e práticas do Direito como um sistema não apenas histórico, mas lógico-conceitual. Nestes empreendimentos, a concepção de sistema presente no Idealismo assume a forma, não de uma pirâmide, mas de um círculo no qual os elementos constitutivos "gravitam, todos eles, em volta de um centro" (LARENZ, 1997, 22). A unidade do sistema, então, é assegurada não pela relação lógica de subsunção de conceitos específicos a partir de um conceito mais geral, mas pela irredutível relação de todos os elementos constitutivos do sistema em questão com esse centro fundado em si próprio enquanto unidade (ver LARENZ, 1997, 22).

Georg Friedrich Puchta (1798-1846), considerado o primeiro articulador da Jurisprudência dos Conceitos, apesar de familiarizado com as concepções hegeliana e savignyniana de sistema (Puchta foi aluno de Hegel, em Nürnberg, entre 1811 e 1816, e de Savingy, em Erlangen, de 1816 a 1820), não seguiu exclusivamente o processo prático-discursivo hegeliano de construção do conteúdo conceitual e nem adotou simplesmente o modelo organicista de Savigny. Associou, porém, as referidas abordagens de seus mestres à estratégia lógica da abstração retomada e desenvolvida por Christian Wolff, conforme apontam Wieacker (1996) e Zippelius (2003). Como conseqüência, o sistema desenvolvido por Puchta é articulado nos moldes da abstração lógico-formal, mas, ao contrário do que tradicionalmente se anuncia, sua teoria não se resume a isto. **É que o conteúdo dos conceitos que integram o sistema é constituído a partir da realidade vivida, histórica e social, dos institutos e práticas do Direito**. Sua pretensão foi, portanto, desenvolver uma Ciência do Direito – ou Jurisprudência, à época – estruturada na construção não apenas formal, mas **histórico-formal** dos conteúdos conceituais do Direito. A articulação lógica entre os conteúdos conceituais teria, para Puchta, um duplo papel: por um lado, serviria para explicitar o conteúdo das proposições jurídicas em uso; por outro lado, funcionaria como instrumento para a constituição e fundamentação de conteúdos proposicionais ainda não formulados ou não explicitados pela teoria e pela prática jurídicas. Assim, o Direito foi concebido como um sistema construído a partir de um conteúdo conceitual jurídico básico que estaria, exatamente por ser o conceito mais fundamental desse sistema, na gênese dos demais conceitos e conteúdos da rede conceitual do Direito. Puchta utiliza o termo "genealogia de conceitos", o que aponta tanto para a formação também extrajurídica dos conteúdos conceituais como para a formação da rede conceitual interna do Direito, simultaneamente histórica e social, concreta e abstrata, que os constitui e explicita neste processo espaço-temporal. É esta rede de conceitos e de conteúdos conceituais que fixa e explicita os institutos e as práticas jurídicas, bem como suas regras explícitas e implícitas. Neste contexto Larenz cita Puchta:

as proposições jurídicas singulares, que constituem o Direito de um povo [...] encontram-se, umas em relação às outras, num nexo orgânico que se esclarece, antes de tudo, através da sua decorrência do espírito do povo na medida em a unidade desta fonte se estende a tudo aquilo que por ela foi produzido (LARENZ, 1997, 23).

Ainda de acordo com Puchta,

é missão agora da ciência reconhecer as proposições jurídicas no seu nexo sistemático, como sendo entre si condicionantes e derivantes, a fim de poder seguir-se a sua genealogia desde cada uma delas até ao princípio comum e, do mesmo modo, descer do princípio até ao mais baixo dos escalões. Neste empreendimento, vêm a trazer-se à consciência e à luz do dia proposições jurídicas que, ocultas no espírito do Direito nacional, não se tinham ainda exprimido... (PUCHTA *apud* LARENZ, 1997, 24).

Como Puchta determina este "princípio comum" ou o conteúdo conceitual deste primeiro conceito do sistema jurídico? Para estabelecer o conteúdo deste conceito, Puchta recorre à Filosofia do Direito. Da Filosofia prática de Kant, cujo elemento central é um determinado conceito ético e transcendental de liberdade, construído fora do Direito, especificamente do conceito kantiano de liberdade Puchta deriva o conceito jurídico " [...] de sujeito de direito como pessoa [...] e o de direito subjetivo como o poder jurídico de uma pessoa sobre um objeto" (LARENZ, 1997, 25). Este modo de Puchta construir a Ciência do Direito mostra não apenas como o Direito se insere em e se explica a partir de uma rede conceitual mais ampla, inclusive extrajurídica (sob este aspecto a Jurisprudência dos Conceitos não pode ser considerada positivista). Mostra também que o 'logicismo' de Puchta compartilha do absoluto-concreto (Hegel) e da organicidade histórica dos institutos e práticas sociais (Savigny): com efeito, Puchta explicita este conceito primeiro a partir do conceito de 'servidão de passagem'. Utiliza-se, portanto, não apenas de enunciados jurídicos, como em última análise também de um instituto do Direito Civil, apesar das ressalvas de Larenz (LARENZ, 1997, 23-24). Larenz aponta como principal falha da Jurisprudência formal dos Conceitos o fato de Puchta avaliar os institutos jurídicos não a partir de seu objetivo ou de sua função em um ordenamento mais amplo, mas apenas a partir da posição por eles ocupada na pirâmide dos conceitos (LARENZ, 1997, 25-26). Tanto para Savigny como para Hegel, no entanto, é no sistema constituído pela rede de práticas sociais e seus respectivos conteúdos conceituais que a auto-compreensão do sujeito racional, por certo também do sujeito do Direito, se faz e é nesta rede e através de seu desenvolvimento que a racionalidade discursiva se efetiva. No procedimento adotado por Puchta, função em um sistema jurídico e ordenação inferencial em uma rede de conceitos não se excluem, antes se viabilizam e se complementam.

Rudolf von Jhering (1818-1892), outro importante marco para a Jurisprudência dos Conceitos, reafirma a função sistemática da Ciência do Direito, que consiste em

desconstruir logicamente proposições jurídicas em unidades básicas, o que permitiria, assim como em Puchta, tanto o conhecimento das normas existentes como a construção de normas novas, ampliando o conteúdo do Direito. Porém, ao contrário de Puchta, Jhering não aceita um fundamento suprapositivo ou extrajurídico para seu sistema. Ao invés, elabora-o por meio da combinação de conceitos simples obtidos indutivamente: desde que fossem racionalmente concebíveis, estes conceitos poderiam ser combinados entre si, formando conceitos deles derivados (é importante observar que a validade dos conceitos e das proposições derivadas restringe-se à possibilidade lógica de sua existência. O aspecto prático da validade não é levado em consideração). Jhering denomina de "corpos jurídicos" esses conceitos simples, que vão se agregando e constituindo conceitos mais complexos. Este manuseio dos "corpos jurídicos", conseguidos, de acordo com Larenz, "à maneira da química", é chamado – "bizarramente", para Larenz – de "método histórico-natural da jurisprudência" (LARENZ, 1997, 33). Posteriormente, Jhering revê seu posicionamento e se torna, como se verá adiante, crítico da Jurisprudência dos Conceitos. Um dos principais pontos que contesta nesta Escola é justamente a desconsideração da validade das proposições sob o ponto de vista prático, a que conduz o uso exclusivo da Lógica formal na construção do sistema jurídico. Entretanto, este é um problema específico de sua teoria. Em Puchta, a construção dos conceitos se dá, como acima demonstrado, de forma histórico-formal, e não meramente formal. Nas teorias formuladas pelos sucessores de Jhering, que serão abordadas em seguida, novamente o elemento material do Direito será conjugado com a necessidade de sistematização e de atribuição de um caráter formal a esse sistema, resultando na combinação destes elementos: forma e conteúdo.

Bernhard Windscheid (1817-1892) também figura como representante da Jurisprudência dos Conceitos. Contemporâneo de Jhering, Windscheid compartilha com ele o entendimento de que o método da ciência é o da agregação lógica de corpos jurídicos básicos. De Savigny e Puchta herda a concepção de que o Direito é um acontecimento histórico e, ao mesmo tempo, racional. Porém, apesar de defender a necessidade de sistematização das normas jurídicas, percebe que, ao contrário do que seus predecessores (especialmente Puchta) afirmaram, manter o foco da Ciência do Direito principalmente em um conceito fundamental e na cadeia que dele se segue faz com que o sistema construído seja carente de conteúdo ou que este conteúdo não seja devidamente explicitado. Para Windscheid, é importante trabalhar-se **a realidade em que o Direito incide**, o seu processo de efetivação. Nesse contexto, defende que a racionalidade própria do Direito é expressa, não pela mera ligação lógica de conceitos, mas pela razoabilidade do legislador histórico (os conceitos logicamente deduzidos são importantes, mas seu conteúdo é conferido pelo entendimento que o legislador tem acerca da realidade, e que se expressa na elaboração das normas). Esta razoabilidade deve ser interpretada pelo aplicador da norma, que pode inclusive ir além daquilo que o legislador conseguiu, em seu tempo, conectar à produção legislativa, podendo, para alcançar este objetivo, ir além da expressão concreta à qual a norma está linguística e temporalmente atrelada. Assim, o formalismo característico da Jurisprudência dos Conceitos é temperado com uma certa preocupação de ordem prática. Observe-se, porém, que isso não significa que o intérprete possa buscar na norma algo além da vontade empírica do legislador (*mens legislatoris*). A interpretação da lei deve determinar apenas o sentido que o legislador ligou às palavras por ele utilizadas. "Windscheid exige que o intérprete se coloque no lugar do legislador e execute o seu

pensamento, para o que deve tomar em consideração quer as circunstâncias jurídicas que foram presentes no seu espírito quando ditou a lei [...]" (LARENZ, 1997, 36), quer os fins perseguidos ou buscados pelo legislador.

Adolf Wach (1843-1926), Karl Binding (1841-1920) e Josef Kohler (1849-1919), juristas alemães também filiados à tradição da Jurisprudência dos Conceitos, apesar de não haverem desenvolvido conjuntamente seus trabalhos, apresentaram entre 1885 e 1886, teses muito parecidas acerca da Ciência do Direito (Jurisprudência), e que por isso foram agrupadas sob o título "teoria objetivista da interpretação". Wach, Binding e Kohler partiram de uma crítica partilhada com Windscheid: se o sistema jurídico possui uma racionalidade interna que garante sua validade, ela não pode ser buscada na vontade empírica do legislador. Se a validade de uma norma repousa em sua pertinência lógico-racional ao ordenamento – e não no mero fato de ser uma norma positivada –, a razão para que ela valha não pode ser buscada na vontade de quem a elaborou: **deve haver uma racionalidade objetiva, que ultrapassa a intenção empírica do legislador e remete à unidade do sistema jurídico, consubstanciada nos princípios gerais do Direito**. Com isso, a racionalidade da lei passa a ser entendida "não apenas em sentido formal, como um nexo lógico entre os conceitos, **mas também em sentido material**, como racionalidade dos fins, ou seja, como uma *teleologia imanente*" (LARENZ, 1997, 42). A interpretação deve clarificar os princípios contidos na lei: o sistema jurídico passa a se organizar de acordo com as relações ordenadoras – e não com nexos conceituais abstratos – que os princípios gerais estabelecem com as demais normas. Além de contar com estes princípios, a teoria objetivista da interpretação indica como critério para apuração da racionalidade objetiva de determinada lei a existência de um fim que toda norma jurídica encerra, e que é conhecido através da averiguação dos problemas sociais que a lei pretende solucionar. Caso, neste processo, o aplicador se depare com mais de uma interpretação possível, a finalidade contida na norma é apurada com o auxílio de um critério adicional: no caso, o jurista deve procurar "qual seja o melhor e mais satisfatório expediente, de acordo com as idéias do tempo" (LARENZ, 1997, 42). A referência ao tempo, preponderante tanto na identificação do contexto social como da interpretação mais adequada a ele, possui duas conseqüências principais: a primeira é a necessidade de que o intérprete sempre direcione sua atuação ao momento atual; a segunda é a maior liberdade do aplicador da lei para determinar seu conteúdo.

Apesar de, em relação à interpretação da norma jurídica, Wach, Binding e Kohler afastarem-se consideravelmente de seus predecessores, ambos os grupos se valeram dos mesmos métodos já conhecidos na Jurisprudência dos Conceitos. A introdução de um conteúdo material objetivo no sistema era compreendida como uma ampliação metodológica, não como uma contraposição. Kohler, por exemplo, utiliza o mesmo método (histórico-natural) defendido por Jhering em sua primeira fase, com a observação, mencionada por Larenz, de que "anteriormente se aceitava um número excessivamente restrito de elementos conceptuais para que se pudesse ter na devida conta a 'multidão de relações' que hoje representa a vida do Direito" (LARENZ, 1997, 44).

4. Conclusão: a superação das teses defendidas pela Jurisprudência dos Conceitos

O reconhecimento da existência de um caráter material nas normas jurídicas também por Jhering, em sua segunda fase, marca o início do movimento de superação da Jurisprudência dos Conceitos e a transição para a Jurisprudência dos Interesses. Aqui, porém, a investigação acerca do conteúdo das normas toma um direcionamento diverso: será nos interesses reais – empíricos – que os defensores da Jurisprudência dos Interesses fundamentarão a interpretação jurídica, e não em uma teleologia objetiva própria do Direito.

A Jurisprudência dos Conceitos, vista por Wieacker e Larenz como uma tentativa de sistematização do Direito enquanto ciência Lógica, falhou por pretender excluir do Direito a dimensão de realidade que ele, enquanto ciência social que é, necessariamente possui. A Lógica pode muito bem estar presente em um sistema jurídico, definindo e explicitando relações entre normas, **mas isso não significa que esse sistema seja constituído somente por ela**. Isso porque, por um lado, o conteúdo das normas jurídicas é produzido intersubjetivamente e, por outro, a norma não é o único componente de um sistema jurídico. Integram-no também os costumes, as práticas sociais de múltiplos agentes, a atividade teorética que o explicita e transforma, e que incumbe não apenas aos juristas, mas a todo indivíduo enquanto Sujeito de Direito.

Se, no entanto, considerar-se a Jurisprudência dos Conceitos – conforme se pretendeu demonstrar no presente texto – como um esforço teórico-prático de sistematização científica de normas jurídicas com conteúdo material, e não apenas de regras formais e abstratas, decorrentes de regras mais gerais por derivação puramente lógica, a inviabilização do programa decorreu principalmente da incapacidade de se identificar um fundamento jurídico e não suprapositivo, que conferisse legitimidade ao sistema de Direito sem cair no Jusnaturalismo, no Dogmatismo ou no Formalismo. O Direito, com efeito, não é um sistema fechado e completo, cujas deficiências e omissões possam ser supridas recorrendo-se apenas à Lógica. É na prática e através da depuração crítica das regras desenvolvidas nas práticas sociais que o Direito e sua peculiar normatividade (intersubjetivamente constituída, compartilhada e falsificável), enquanto o simultaneamente bom e correto, se constitui e permanentemente se desenvolve. Valor e Crítica, Autonomia e Inserção, Verdade e Correção, Bem e Intersubjetividade, Teoria e Prática são indissociáveis e interdependentes, e não apenas no Direito. Talvez no Direito seja mais perceptível que normais legais resultam de confronto e avaliação de interesses, de jogos e de práticas sociais de dar e exigir razões, submetidos tanto razões como jogos e práticas a um processo permanente de crítica e correção por parte dos envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOCHENSKI, J.M. **Formale Logik.** Dritte Auflage. Freiburg/München: Verlag Karl Alber, 1970

HEGEL, G.W.F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1970

KAUFMANN, Arthur, HASSEMER, Winfried, NEUMANN, Ulfried. **Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart.** 7. Auflage. Heidelberg: C. F. Muller Verlag, 2004.

KRIELE, Martin. **Theorie des Rechtsgewinnung.** 2ª ed. Berlim: Duncker und Humboldt, 1976.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

RADBRUCH, Gustav. **Rechtsphilosophie.** 2. Auflage. Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2003.

SCHOLZ, Heinrich. **A Axiomática dos Antigos**. In: Cadernos de História e Filosofia da Ciência, no. 1, Campinas, p. 5-20, 1980

WIEACKER, Franz. **Privatrechtsgeschichte der Neuzeit.** Zweite neubearb. Auflage. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Rechtsphilosophie.** 4. Auflage. München: C. H. Beck, 2003.

Apesar de que, no entendimento de Kriele em relação a Savigny, o fato de a idéia de sistema, presente em seu pensamento, ter servido de pano de fundo para a constituição da Jurisprudência dos Conceitos foi incidental. Nesse sentido, Kriele afirma que a contribuição de Savigny para esta Escola, por meio da qual teria sido promovida uma "esterilização da Ciência do Direito" – observe-se nesta expressão a ênfase dada por Kriele à dimensão formal, corroborando a interpretação aqui chamada tradicional acerca da Jurisprudência dos Conceitos – foi apenas indireta, não proposital. O que Savigny de fato intencionava era o desenvolvimento de uma teoria organicista do Direito (KRIELE, 1976, p. 71).

A INFLUÊNCIA DE JOAQUIM NABUCO NO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NA QUESTÃO DO DIREITO À IGUALDADE*

THE INFLUENCE OF JOAQUIM NABUCO IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL THOUGHT REGARDING THE RIGHT TO EQUALITY

Sarah Araújo Viana

RESUMO

O estudo histórico do pensamento constitucional brasileiro é um elemento indispensável para a compreensão da evolução do nosso direito e das tendências que assume após a Constituição Federal de 1988. Joaquim Nabuco fora um liberal-revolucionário, sendo um dos principais defensores do direito a liberdade e a igualdade à população negra existente no Brasil em meados do século XIX. Acreditava na abolição da escravidão não apenas por motivos legais, mas econômicos, políticos, sociais, nacionais e morais, assumindo ainda que esta devia ser acompanhada de instrumentos que possibilitassem a efetiva inclusão do negro na sociedade brasileira como a educação e o direito ao voto. Deste modo, o artigo pretende analisar o pensamento de Joaquim Nabuco no que tange ao direito a igualdade dos negros e a sua influência para a Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVES: JOAQUIM NABUCO. IGUALDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988.

ABSTRACT

The historic study of the Brazilian Constitutional Thought is an essential element for the comprehension of the Brazilian Law and the tendencies that it assumes after the Federal Constitution of 1988. Joaquim Nabuco was a liberal-revolutionist. He was one of the main protectors of the right to freedom and of the equality to the black people population in Brazil at middle of 19th century. He believed in the abolition of slavery, not only for legal reasons, but economical, political, social, national and moral reasons, assuming, still, that the abolition should be accompanied by instruments that could make the effective inclusion of the black men in the Brazilian society possible, such as education and the right to vote. This way, the article intends to analyze the opinion of Joaquim Nabuco regarding the right to equality of black people and its influence in the Federal Constitution of 1988.

KEYWORDS: JOAQUIM NABUCO. EQUALITY. BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION OF 1988.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

Na atual desenvoltura da história constitucional brasileira, é mister estudar as ideias originárias e idealizadoras que tanto influenciaram para que o nosso constitucionalismo alcançasse o estágio de Estado Democrático de Direito, defensor da ordem jurídica e dos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à igualdade.

Importante, deste modo, instruir qualquer pesquisa sobre a história jurídica brasileira, não somente com as influências externas, mas também, e principalmente, com as internas, que são, muitas vezes, menosprezadas por se acreditar que retratam apenas uma cópia dos países desenvolvidos, retirando toda a originalidade existente dos nossos autores.

Assim, o trabalho tem por objetivo fazer uma analise crítica do pensamento de Joaquim Nabuco, um dos maiores defensores da abolição da escravidão. A pesquisa visa a compreender a vida e obra deste abolicionista[1] monárquico federalista, abordando as suas justificativas na luta pelo direito de liberdade e igualdade, a fim de, por último, refletir como essa causa iniciou um processo de equiparação entre todos os homens, independente de raça, cor ou etnia, o que veio a ser finalizado por meio da Constituição de 1988.

Nesse diapasão, não há como negar que Joaquim Nabuco foi um desses homens excepcionais na formação histórica e jurídica constitucional brasileira, sendo um dos principais fundadores do direito à igualdade, não apenas no sentido da igualdade perante a lei, mas igualmente na questão do reconhecimento político, como o direito de participar das decisões políticas do Estado, e de inclusão social, por intermédio de efetivação de direitos fundamentais, ao povo negro.

1 Joaquim Nabuco: vida e obra

Joaquim Aurélio Barreto Nabuco de Araújo era de origem de portuguesa, tendo seus antepassados vindo para a Bahia em meados do século XIII. Quarto filho de José Thomaz Nabuco de Araújo Filho e Ana Benigna de Sá Barreto Nabuco de Araújo, nasceu em 19 de agosto de 1849, em Recife[2], tendo tido uma forte influência para a política por parte de seu lado paterno. “O primeiro senador de nome Nabuco de Araújo foi o chanceler José Joaquim, Barão de Itapoã, que figurou na Constituinte de 1824 e representou depois o Pará no Senado vitalício. Em seguida, seu avô e seu pai, ambos José Thomaz, ocuparam cadeiras no Senado”.[3] Nabuco teve uma convivência direta e constante com a política imperial brasileira. Assevera Chacon:

Joaquim Nabuco acompanhou assim de perto e por dentro – de início na casa do seu pai, um dos estadistas do Império – muito daqueles memoráveis debates que tanto contribuíram para moldar o Estado brasileiro numa fase decisiva, de meados do Segundo Reinado a princípios da República.[4]

Joaquim Nabuco definia-se como “social liberal, cristão, monárquico, porém autocrítico” [5]. Nestes termos, caracteriza Carolina Nabuco o seu pai:

As qualidades que fizeram a superioridade de Joaquim Nabuco haviam já feito a de seu pae, o terceiro senador Nabuco. Vinham-lhe delle, sem falar na estatura e na bella

presença, a esplendida inteligência, a natural eloquencia e a inalterável bondade. Da mãe, costumava dizer que herdará a imaginação. [...]. Na oratoria, a phrase do filho se enfeita de imagens e a impetuosidade do apostolo da abolição substitue a prudência reflectida do "oraculo" do Senado. O terceiro caracteristico, a bondade, é menos susceptível de se transformar, mais ainda nisso a imaginação de Joaquim Nabuco se trahia pelo inesperado e a graça das attenções com que sempre cultivou as amizades, ou dos seus gestos de generosidade. [6]

Joaquim Nabuco adentrou a Faculdade de Direito em São Paulo, em 1866, mas logo transferiu seus estudos para a Faculdade de Direito de Recife, não encontrando ali uma esfera tão favorável às suas ideias abolicionistas como em São Paulo. Todavia, é em Recife que inicia sua efetiva luta na emancipação da escravidão, atuando como advogado de defesa de um escravo acusado por duplo homicídio[7] [8]. Como define Lira, Joaquim Nabuco era "emancipacionista até as raízes dos cabelos, ao movimento ele se entregou por inteiro, com a firme disposição dos que se sentem animados pelo maior dos ideais". [9]

Nabuco era um intelectual, acadêmico e pesquisador, e dizia que a sua ambição era "conhecer homens célebres de toda a ordem [...]; eu tê-los-ia ido procurar ao fim do mundo. Do mesmo modo, com os lugares. O que eu queria era ver todas as vistas do globo, tudo o que tem arrancado um grito de admiração a um viajante inteligente".[10] Daí suas constantes viagens ao exterior, como à Europa e aos Estados Unidos, em busca da formação intelectual que tanto influenciou a sua posição monárquica[11], federalista e abolicionista. Argumenta Chacon que a "filosofia política nabuqueana, [...], veio do liberalismo neo-girondino da juventude ao socialismo agrário de Henry George, passando pelo socialista quarante-huitard Louis Blanc e o liberalismo social neo-whig de Gladstone." [12]

Sua primeira eleição para participação na política ocorreu em 1878, quando tinha apenas vinte e nove anos, sendo eleito deputado pela província de Pernambuco, apesar do desejo de permanecer na carreira diplomática. O início de sua promissora carreira política decorreu conforme Chacon do "empenho de sua mãe em ver a quarta geração da família no Parlamento do Império e da fidelidade dos amigos do pai ao compromisso de eleger deputado o filho, pois a abolição da escravatura não podia espera pela proclamação da República".[13] Cumpre ressaltar que a família Nabuco já possuía uma enorme tradição na defesa das ideias abolicionistas, tendo seu pai, Thomaz Nabuco de Araújo, participado e sido favorável à Lei do ventre Livre, de 28 de setembro de 1871.[14]

Em razão de Joaquim Nabuco ser imbuído do ideal libertário e igualitário, os conservadores do regime escravocrata lhe taxaram com algumas denominações, como anarquista, comunista ou terrorista, na época equivalente a petroleiro. Afirma Joaquim Nabuco, em discurso parlamentar de 30 de agosto de 1880, que era: "apresentado como um inimigo dos proprietários agrícolas do meu país, sendo, por assim dizer, indicado ao ódio de todos".[15] Entretanto, sua batalha pela abolição também permitiu que fosse um dos mais ilustres membros da mais antiga organização contra a escravidão, *Anti-Slavery Society**[16]***, existente até os dias atuais.

Relata Jean M. Carvalho França:

Nabuco voltaria à Câmara dos Deputados por mais três vezes: em 1885, em 1887 e, por fim, em 1889. Durante a segunda legislatura, [...] assistiu à realização de seu grande sonho, a libertação dos escravos, mas durante a última teve o infortúnio de acompanhar a agonia e derrocada do Império.[17]

O início da república incentivou o afastamento de Nabuco da política. Porém, em 1900 voltou a ser funcionário do governo brasileiro ao assumir o posto de chefe de legação em Londres até 1904, e em 1905 a função de embaixador em Washington. Tal fato incentivou diversas acusações, a Nabuco, de traidor da monarquia, que resultaram em inúmeras cartas à própria coroa brasileira[18] e seus colegas monarquistas, justificando que tomava tal atitude em nome do povo brasileiro, e não da República.

A atuação de Joaquim Nabuco no parlamento tinha como principais objetivos a libertação dos escravos e a criação de métodos de inclusão social do negro, por intermédio de reformas das instituições, concessão de terras, educação dos libertos e do direito ao voto, afirmando que unicamente assim haveria uma total abolição da escravidão. Defendia também, após as suas idas aos Estados Unidos, a transformação do país em uma federação.[19] Na sua visão, era o único meio capaz de manter a monarquia[20], já que previa a instabilidade que a Coroa iria enfrentar após a emancipação dos escravos.

Em 17 de janeiro de 1910, em Washington, nos Estados Unidos da América, falece Joaquim Nabuco. Nas palavras de Caroline Nabuco: "a morte o colheu, sem soffrimento nem decadência, em pleno gozo de seu admirável espírito. Foi lhe benigna, salvando-o do declínio da intelligencia que fora seu último receio".[21]

Alguns livros publicados por Nabuco são *Camarões e Lusíadas* em 1872; *L´Amour est Dieu* em 1874, que consiste em poesias líricas; *O Abolicionismo**[22]*** em 1883, que conforme Queiroz representa "a sistematização das ideias de Joaquim Nabuco sobre a escravidão e a sua necessária abolição e a condensação do ideário abolicionista"; A *Campanha Abolicionista no Recife* em 1885; *O Erro do Imperador* em 1886; *Escravos* (poesia) em 1886; *Porque continuo a ser Monarquista* em 1890, escrito no início da República e manifestando sua recusa em participar deste governo; *Balmaceda* em 1895, em que faz uma análise crítica da política do Chile; *O dever dos Monarquistas* em 1895; *A intervenção estrangeira durante a revolta* em 1896; *Um estadista do Império* em 1897 a 1899, obra que no entendimento de Milton Costa reflete a sua "apologia ao Império e dos seus estadistas, principalmente seu pai – senador e conselheiro de Estado Nabuco de Araújo – e D. Pedro II" [23]; *Minha formação* em 1900, que retrata todo pensamento filosófico, político e social de Joaquim Nabuco; *Escritos e discursos literários* em 1901; *Pensées detachées et souvenirs* em 1906; *Discursos e Conferências nos Estados Unidos* 1911.

2 A Luta de Joaquim Nabuco pela liberdade e igualdade

Joaquim Nabuco foi uma das principais expressões do abolicionismo brasileiro. Influenciado pela tríade Liberdade, Igualdade e Fraternidade da Revolução Francesa e pelas ideias de Maciel da Costa, José Bonifácio, José Eloy e Bularmaque.[24] Acreditava que a abolição deveria ser "imediata, instantânea e sem indenização alguma".[25] Em suas palavras, não era "necessário provar a ilegalidade de um regime

que é contrário aos princípios fundamentais do direito moderno e que viola a noção mesma do que é o homem perante a lei internacional".[26]

Nabuco propõe em seu livro *O Abolicionismo* a criação de um partido abolicionista, que não foi concluso. Contudo, funda juntamente com José Patrocínio, em 1800, a Sociedade Brasileira contra a Escravidão, iniciando, a partir daí, a efetiva batalha abolicionista, sendo pela primeira vez que as suas ideias são acolhidas pela comunidade. Foi, então, Joaquim Nabuco, com a ajuda de André Rebouças[27] e José Patrocínio, que realizou a verdadeira revolução brasileira na metade do século XIX.[28] Define, então, Chacon a missão de Joaquim Nabuco:

Combater todas as formas de escravidão, em todas as partes do mundo e em todas as formas – econômica, social, política, moral, sem cair em novas formas de escravidão em nome de seu combate – eis a mensagem política mais profunda e duradoura de Joaquim Nabuco, fundamentada no seu grande, intenso e ativo humanismo; mesmo em meio das limitações sempre presentes em todas as épocas, às quais Nabuco tão bem entendeu e procurou superar na medida das suas forças e do seu tempo.[29]

Nabuco fundamenta a sua teoria da liberdade pessoal a partir da tese de Bluntshli, que afirma que "não há propriedade do homem sobre o homem. Todo homem é uma pessoa, isto é, um ente capaz de adquirir e possuir direitos".[30] Defende o abolicionismo não unicamente em razão de critérios de legalidade, em que nenhum Estado pode escravizar estrangeiros, ou em nome do cumprimento de tratados e convenções, mas diante de uma série de motivos políticos, econômicos, sociais e nacionais[31].

Declara os seguintes motivos para terminar com a escravidão:

Porque a escravidão, assim como arruína economicamente o país, impossibilita o seu progresso material, corrompe-lhe o caráter, desmoraliza-lhe os elementos constitutivos, tira-lhe a energia e a resolução, rebaixa a política; habitua-o ao servilismo, impede a imigração, desonra o trabalho manual, retarda a aparição das indústrias, promove a bancarrota, desvia os capitães do seu curso natural, afasta as máquinas, excita o ódio entre classes, produz uma aparência ilusória de ordem, bem-estar e riqueza, a qual encobre abismos de anarquia moral, de miséria e destituição, que do Norte ao Sul margeiam todo o nosso futuro.[32]

Ainda compreende Nabuco, conforme Prado, a escravidão como um "sistema territorial, caracterizado pelo monopólio da terra e pela clausura dos trabalhadores: "[...] viabilizou ainda a constituição de uma população livre miserável e dependente do mesmo grau do escravo".[33] Da mesma forma, assevera que a numerosíssima classe do funcionalismo público existente no Brasil deriva do regime escravista, o qual por "suas condições materiais e morais impede outra solução de trabalho aos nacionais" [34] e forma uma classe senhorial falsa, que "não é rica e poderosa, mas acha-se em grande parte endividada, vítima de seus gastos com a compra de escravos e da usura".[35]

No entendimento de Joaquim Nabuco, as palavras abolicionismo e escravidão devem ser compreendidas em sentido amplo, não visando apenas à relação entre senhores e escravos, mas todo um conjunto de fatores que influenciam e determinam a permanência da escravidão.

Assim como a palavra abolicionismo, a palavra escravidão é tomada neste livro em sentido lato. Esta não significa a relação do escravo para com o senhor, significa muito mais: a soma do poderio, influência, capital e clientela dos senhores todos; o feudalismo estabelecido no interior; a dependência em que o comércio, a religião, a pobreza, a indústria, o Parlamento, a Coroa, o Estado, enfim, se acham perante o poder agregado da minoria aristocrática, em cujas senzalas centenas de milhares de entes humanos vivem embrutecidos e moralmente mutilados pelo próprio regime a que estão sujeitos. [36]

Nabuco dá, após a implementação da Lei do Ventre Livre[37], de 28 de setembro de 1971, continuação ao processo de emancipação dos escravos, propondo em sessão da câmara de 30 de agosto 1880 a proibição do comércio de escravos entre norte e sul e ressaltando a sua importância para o futuro.

Na questão da emancipação, porém, na convicção de que é preciso caminhar além da Lei de 28 de setembro, eu me separaria não só do Gabinete, não só do Partido Liberal, não só da opinião pública e da conspiração geral do País, mas de tudo e de todos! Neste ponto faço uma aliança com o futuro. Cada ano será uma vitória das nossas ideias, e, daqui a 10 anos, a sessão de hoje há de aparecer como um desses exemplos históricos das divisões, dos temores e de receios dos homens que recuam sempre diante das grandes medidas salvadoras, que transformam a face do País. Digo-o com toda franqueza: não está no poder do nobre presidente do Conselho impedir que essa medida se realize; não está no poder de nenhum gabinete, sombra transitória que não tem realidade, criação da fantasia do Imperador, opor-se à decretação de uma medida desta ordem, quando esse mesmo soberano entender que chegou a hora de conferir a milhão e meio de escravos que trabalham no seu país o benefício da liberdade.[38]

Os escravocratas, defensores do regime servil, em contrapartida, fundamentavam a escravidão em virtude da inferioridade racial dos negros, o caráter civilizador e cristianizador da mesma, a necessidade do braço escravo para manutenção da economia do país e para prosperidade nacional. Assim, afirma Silveira Martins: “O Brasil é o café e o café é o negro” [39]. Além do que, alegavam que a abolição da escravatura só poderia ser realizada respeitando o direito de propriedade dos senhores, que não poderiam ter seus “bens” desapropriados sem a devida indenização do Estado[40].

Joaquim Nabuco acredita que a “riqueza gerada pelo escravismo é apenas aparente”[41], e rebate as alegações de que com o termino da escravidão a agricultura do país findaria, em um discurso na sessão de 15 de outubro de 1888, em que defende a execução da lei 13 de maio de 1888, responsável pela abolição da escravidão sem indenização, argumentando que:

[...] essa lei, Sr. Presidente, não destruiu capital. Se o capital que se pretende que essa lei destruiu foi o escravo, o escravo tendo-se tornado homem livre, o capital, em vez de ser destruído, foi dobrado; é hoje um capital duplo. Não há destruição de capital – há aumento de capital.[42]

Os abolicionistas eram tidos como traidores da pátria, pois apoiavam as ideias britânicas que visavam à supressão do tráfico negreiro com vistas à ampliação do mercado consumidor[43]. Nesse sentido, relata Joaquim Nabuco:

O trabalho todo dos escravagistas consistiu sempre em identificar o Brasil como a escravidão: Quem a ataca é logo suspeito de connivencia com o estrangeiro, de inimigo das instituições do seu próprio paiz. Antonio Carlos foi accusado nesse interesse de não ser brasileiro. Atacar a monarchia, sendo um paiz monarchico, a religião, sendo o paiz catholico, é lícito a todos; atacar, porém, a escravidão é traição e felonia... a escravidão atacada nos mais melindrosos recantos onde se refugiou, no seu entrelaçamento com tudo o que a patria tem de mais caro a todos nós, ferida, por assim dizer, nos braços della, levanta contra o abolicionismo o grito de "Traição".[44]

Em virtude da filosofia política nabuqueana defensora da "liberdade e igualdade mais a solidariedade do cristianismo social e liberal de seu tempo"[45], a abolição da escravidão não poderia se limitar a apenas um pedaço de papel, mas deveria ser ampliada com a reforma agrária, a educação dos libertos e a qualidade de cidadão aos ex-escravos, pois somente deste modo haveria a "consumação da abolição formal e jurídica da escravatura".[46]

Explica Nabuco que após a libertação dos escravos deveria ser empreendido um programa sério de reformas sociais, "das quais as que podem ser votadas por lei [...] ao lado das que devem ser realizadas por nós mesmos, por meio da educação, da associação, de imprensa, da imigração espontânea, da religião purificada, de um novo ideal de Estado"[47], sendo a sua missão após o abolicionismo construir os fundamentos do trabalho livre.

Em 1885, foi promulgada a lei Saraiva-Cotegipe ou lei dos Sexagenários. Na visão de Emília Viotti, tratava-se de uma "tentativa desesperada daqueles que se apegavam à escravidão para deter a marcha do processo" [48]. No entanto, a abolição tornou-se uma causa popular, contando com o apoio das camadas mais baixas até a família imperial. O golpe final da escravidão seria dado pela rebelião das senzalas, juntamente com a atuação dos abolicionistas, desorganizando o trabalho servil e fazendo-se necessárias medidas imediatas para abolição.

No ano anterior à abolição da escravidão, Nabuco preocupou-se em visitar o sul dos Estados Unidos no intuito de analisar os efeitos da abolição e assegurar aos fazendeiros conservadores – elite brasileira[49] – de que ela não configuraria o fim da agricultura e da economia do país.

Somente em 13 de maio de 1888, quando se encontra no terceiro mandato na Câmara dos Deputados, após inúmeras decepções e exílio passageiros do Brasil, diante do fracasso de sua luta abolicionista, é que a Princesa Isabel, devota aos ideais cristãos e à Igreja Católica[50], assina a Lei Áurea que determina a abolição da escravidão sem indenização, marcando dez anos de batalha de Joaquim Nabuco a favor da questão da emancipação.

Nós, abolicionistas, que lutamos desde o princípio pela abolição, que perdemos? Nada. Ganhamos tudo. Ganhamos antes de tudo o que póde haver de mais precioso na vida, o motivo de viver, *vivendi causa*, como disse Lucrécio. Enchemos dez annos, dia por dia, com o mesmo pensamento que se levantava cada manhã sobre nossas almas com a regularidade do sol, iluminando-as, aquecendo-as, vivificando-as. Vivemos dez annos num sonho de patria emancipada e livre, dez annos

de esperanças coroadas por uma realidade que excedeu todas as mais bellas previsões.[51]

Nabuco chega a declarar que “a grande questão para a democracia brasileira não é a Monarquia, é a escravidão”.[52] Entretanto, apesar de idealizador de uma monarquia federalista, preferiu voltar seus esforços para a causa abolicionista, mesmo ciente de que, com o advento de tal fato, provavelmente seria o fim da coroa brasileira. Em 1888, houve a queda do regime escravo, e, no ano seguinte, não impressionantemente, houve o término do regime monárquico.[53]

3 A influência de Joaquim Nabuco para o pensamento constitucional brasileiro em relação ao direito de igualdade

Apesar de a Constituição do Império de 1824 ser considerada liberal, reconhecendo um povo livre e independente; proclamar no seu art. 178, XIII o princípio da igualdade; e ser uma das primeiras a preconizar os direitos do homem[54], isso não impediu que a sociedade brasileira abrigasse uma imensa multidão de escravizados.

Nabuco dizia que a escravidão trazia diversos malefícios, como obstaculizar o desenvolvimento do capitalismo e atiçar a luta de classes. Entretanto, com a proclamação da abolição, em 13 de maio de 1888, entendia que o negro assumia a qualidade de cidadão. Assim, declara: “Esse ente, assim equiparado, quanto à proteção social, a qualquer outra coisa de domínio particular, é, no dia seguinte à sua alforria, um cidadão como outro qualquer, com todos os direitos políticos, e o mesmo grau de elegibilidade”. [55]

Destarte, para Nabuco, uma das principais medidas de inserção do negro na sociedade seria a concessão de direito de votar e ser votado[56], participando das decisões políticas do Estado, o que permitiria, consequentemente, o desenvolvimento de outras ações de reconhecimento e inclusão social do negro.[57]

Com exceção de Joaquim Nabuco e outros poucos abolicionistas, afirma Emília Viotti, poucos foram aqueles após a emancipação dos escravos que se preocuparam pela sorte dos negros, que continuaram a “ser vítimas dos preconceitos raciais que a sociedade escravista criara”.[58] Portanto, conforme Joaquim Nabuco, a alforria dos escravos não poderia se limitar em apenas numa medida formal[59], devendo ser efetivados métodos de inclusão política e social, tanto pelo Estado como pela própria sociedade do negro, fato realizado apenas a partir da Constituição de 1988. Comenta Daniel Sarmento:

a abolição da escravatura, em 1888, não foi acompanhada por qualquer medida que permitisse a inclusão social dos ex-escravos, que fatalmente acabariam compondo o último extrato da nossa pirâmide social, cumprindo-se neste ponto o preciso vaticínio de Joaquim Nabuco. [60]

Após a abolição, a ausência de meios de reconhecimento e inclusão social dos ex-escravos e a permanência da elite tradicional no poder influenciaram a formação de uma República Conservadora. Os ex-escravos formaram o proletariado, com condições similares ou piores do que a vida escrava. Surgiu, então, a necessidade, conforme afirma Rui Barbosa, de uma segunda emancipação[61], a ser realizada pela sociedade brasileira. Comenta Robert Conrad:

Enfrentando exigências de mais mudança social, a elite tradicional conservou seu poder e autoridade e, depois, varreu o movimento democrático no golpe de Estado militar que provocou o desaparecimento do Império de D. Pedro II e estabeleceu uma república conservadora. Nos últimos anos do século XIX, depois de caos, ditadura e até uma insensata guerra civil, a sociedade brasileira reverteu as normas que haviam sido ameaçadas pela curta experiência abolicionista e milhões de brasileiros, particularmente aqueles cujas peles escuras os marcavam como descendentes de escravos, continuaram vivendo de uma forma muito semelhante àquela que viviam sob a escravatura. (...) Mais de cem anos, na realidade desde a libertação dos recém-nascidos (pela Lei do Ventre Livre, antes da dos Sexagenários e da Lei Áurea) – milhões de seus descendentes ainda se vê negada a igualdade de oportunidades, imaginada, para eles, pelos líderes abolicionistas. [62]

Emília Viotti retrata bem essa visão em seu livro *A abolição* ao re-escrever as palavras de um ex-escravo, agora empregado: "Ele tinha sido escravo e continuava pior que escravo [...]. E tinha saudade da escravidão, porque, [...] naquela época comia carne, farinha e feijão à vontade, e agora mal comia um prato de xerém com água e sal" [63]. Deste modo, a abolição representará para muitos negros unicamente o direito de ser livre, mas permaneceram escravos da miséria e da opressão[64].

A deficiência de medidas políticas e sociais de inserção do negro após a abolição, como o direito à terra, à educação e ao voto, causando uma abdicação cívica do nosso povo, fez com que eles continuassem a ser, apesar do status de livre, escravos não mais dos senhores, mas da fome, da pobreza, da ignorância e do preconceito. Declara Nabuco que a "liberdade sem o trabalho não pode salvar este país da bancarrota social da escravidão, nem tampouco merece o nome de liberdade: é a escravidão da miséria".[65]

Foi somente por intermédio da Constituição de 88, que todos os cidadãos brasileiros foram colocados em situação de paridade. Salienta ainda que os afrodescendentes, juntamente com sua cultura, são participantes e formadores do nosso contexto social, e devem ser obrigatoriamente preservados e incluídos. Dessa previsão constitucional, surgiram medidas sociais que repararam os danos sofridos pelos negros durante quase três séculos de escravidão e que resultaram na sua atual situação de marginalizado na sociedade brasileira. Comenta Prado:

Nabuco assistiu à chegada da abolição e às discussões posteriores acerca dos direitos que possuíam os senhores de escravos a serem indenizados pelo Estado. Assistiu às lutas entre os deputados que integravam o partido liberal reivindicando as glórias pela lei de abolição e protestando pelo fato da referida lei ter sido promulgada por um gabinete conservador. Assistiu, por fim, à queda de monarquia e a proclamação da república. Não conseguiu ver implantado, no entanto, o conjunto de reformas que representariam uma verdadeira revolução. [66]

Na Constituição do Império, o exercício dos direitos políticos estava vinculado à questão econômica. Historicamente, o sufrágio universal no Brasil, excluindo o direito ao voto das mulheres, somente foi previsto na Constituição de 1891. No entanto, exigia, ao mesmo tempo, a alfabetização para que pudesse ser exercido. Em razão de a maioria da população ser pobre e formada por negros, colonos e índios, a questão do analfabetismo tornava-se um instrumento censitário, que impedia a real participação do povo nas decisões políticas do Estado. Foi, então, somente com o advento do Estado

Social, que a preocupação com o princípio da igualdade social, mas não política, deixou de ser uma questão meramente formal para tornar-se material.

A intervenção estatal nas relações econômicas e trabalhistas viabilizou colocar os homens em situação de paridade, por meio de ações e políticas públicas. Contudo, o direito ao voto (uma das principais expressões do direito à igualdade) e a primeira política de inclusão social do negro, prevista por Nabuco para a mulher, só ocorreram em 1932, enquanto para os analfabetos, apenas após a emenda constitucional em 1985.

Por intermédio da Constituição de 1988, é que foi garantido que a soberania popular fosse exercida por meio do sufrágio universal, com o voto direto, secreto e de valor igual para todos, sendo obrigatórios o alistamento eleitoral e o voto para os maiores de dezoito anos, e facultativo para os analfabetos, os maiores de setenta anos, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Apesar de não existirem no Brasil formas severas de racismo, afirma Daniel Sarmento que "a escravidão deixou marcas indeléveis na sociedade brasileira"[67]. A ideia de democracia racial sustentada por Gilberto Freyre, que defende que as relações sociais no Brasil seriam menos opressivas do que em outros países com histórias escravocratas, foi desmistificada[68], fazendo com que a Constituição Brasileira de 1988 propusesse instrumentos para a distribuição de riquezas e reconhecimento ético-social da população negra.

De acordo com Flavia Piovesan, o princípio da igualdade deve ser entendido em três acepções: "a) a igualdade formal, reduzida à formula todos são iguais perante a lei [...]; b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva [...] e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades".[69]

Continua Flavia Piovesan que a "Constituição Federal de 1988, marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, estabelece importantes dispositivos que traduzem a busca da igualdade material".[70] Nabuco desde 1888 "advogava [...] que os cidadãos brasileiros para além da liberdade deveriam possuir todas as condições indispensáveis para desenvolverem suas potencialidades"[71], fato que somente foi devidamente positivado através da Constituição de 1988, que tem por compromisso estabelecer direitos fundamentais que ensejem a convivência social no país e o compromisso da busca da igualdade política e de oportunidades a todos os brasileiros.

Nas palavras de Daniel Sarmento, "a isonomia prometida pela Constituição de 88 não é apenas formal. [...] configura também verdadeira meta para o Estado que deve agir positivamente para promovê-la, buscando a redução para patamares mais decentes dos níveis extremos de desigualdade presentes".[72] A Constituição de 88 preocupa-se tanto com a intolerância racial, que estabelece no artigo 5^0, inciso XLII, que o "racismo é crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, na forma da lei", e no artigo 7^0, inciso XXX, veta a diferença de salários em razão da cor.

Como o próprio Nabuco prescrevia, a promoção de igualdade entre diversas raças não se deveria confundir com a imposição de homogeneidade. Deve-se incentivar e preservar a questão da identidade cultural, o que foi previsto no art. 216, parágrafo 2° da

Constituição de 1988, que determina o dever do Estado de proteger as manifestações das culturas afrodescendentes. Assim, assevera Flavia Piovesan: "ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença".[73] Nas palavras de Boaventura de Souza Santo:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. [74]

O Estado Brasileiro de 88, após o reconhecimento do negro como participante da política nacional, preocupa-se com a sua inclusão social, conforme preconiza Nabuco, motivando a criação de ações afirmativas[75] que visem a realizar uma justiça compensatória e distributiva, promovendo o pluralismo cultural e o fortalecimento da identidade cultural de um grupo desfavorecido. Explica Daniel Sarmento que a "ordem constitucional brasileira não se resume à proibição de exclusão. Igualdade é também obrigação de inclusão. Não basta a postura estática do Estado, que se abstenha de discriminar no presente, mas nada faça para remediar os resultados de uma exclusão multissecular".[76] As medidas de inclusão social têm por fundamento garantir o pleno exercício dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais dos negros ou de qualquer outra camada desfavorecida. [77]

Celso Antônio Bandeira de Mello justifica o tratamento diferenciado sem ferir o princípio da isonomia, ao afirmar que as discriminações são aceitáveis dentro de nosso ordenamento jurídico, desde que a desigualdade de tratamento não viole os princípios norteadores da Constituição. São essas suas palavras:

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.[78]

Através do Decreto Federal 4.228/02, foi desenvolvido o Programa Nacional de Ações Afirmativas no âmbito da Administração Pública Federal, que coloca, como critério de pontuação em licitações, o favorecimento aos licitantes que comprovem desenvolver políticas de incentivo à inclusão de mulheres, afrodescendentes e portadores de deficiência física.

Do mesmo modo, a Lei n. 10.588/2002 lançou o Programa de Diversidade da Universidade, estabelecendo a criação de bolsas e prêmios aos alunos que desenvolvessem medidas de inclusão de classes desfavorecidas no ambiente universitário, além de autorizar o Ministério da Educação a estudar, executar e apoiar outras ações que servissem para tal fim.[79]

A essência do princípio da igualdade, prescrita no art. 5º da Constituição Federal de 1988, consiste na "impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas".[80] O princípio da isonomia autoriza que sejam tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, a fim de equiparar as suas desigualdades, como determinavam Aristóteles e Rui Barbosa.

Afirma Emília Viotti que “a Abolição foi apenas um primeiro passo em direção à emancipação do povo brasileiro. O arbítrio, a ignorância, a violência, a miséria, os preconceitos que a sociedade escravista criou ainda pesam sobre nós”[81], fazendo-se necessárias medidas que visem a saná-las. Conclui afirmando que “pode-se dizer que o processo de emancipação do negro não culminou na abolição. Começou com ele e ainda está longe de se concretizar. Hoje, negros lutam ainda pela sua emancipação definitiva”.[82]

O Brasil é considerado, no âmbito mundial, como um país que possui um altíssimo contingente populacional de afrodescendentes. Sendo, assim, fazem-se urgentes políticas eficazes, que rompam com o contexto histórico brasileiro de exclusão étnico-racial, visando à implementação do direito à igualdade racial e com o fim de promover o princípio da dignidade da pessoa humana. A igualdade não apenas se restringe ao seu aspecto político, mas também à igualdade de oportunidades.

O pensamento abolicionista de Joaquim Nabuco não se limita à concessão do direito do negro na participação política da sociedade por intermédio do sufrágio universal, que forma a base de qualquer regime democrático, mas se amplia, hodiernamente, pela necessidade do reconhecimento e da inclusão social da população afrodescendente, dando-lhe o real status de cidadão brasileiro. Nabuco defendeu não somente a igualdade política entre todos os homens, mas também salientou, em seus discursos e livros, a importância da igualdade de oportunidades como instrumento capaz de abolir totalmente qualquer tipo de escravidão.

CONCLUSÃO

Joaquim Nabuco teve um papel essencial para a abolição da escravidão, influenciando a formação do pensamento constitucional brasileiro no que tange ao direito à igualdade. Seu ideal de que todos os homens são iguais e de que nenhum tem o direito de escravizar outro transformou o pensamento de uma época em que os negros eram apenas vistos como mercadorias, para se enxergar o caráter humanitário da abolição. Iniciou, desta forma, o processo de evolução do direito à igualdade e o próprio princípio da dignidade da pessoa humana. A visão de Nabuco era reconstruir um país sobre o trabalho livre e a união das raças em liberdade.

Nabuco não somente lutava pela emancipação política dos negros e sua inclusão nas decisões políticas do Estado. Desta forma, via que, juntamente com ela, deveriam ser tomadas medidas de reformas sociais das instituições, como a educação e terra para os libertos, a fim de permitir o real reconhecimento do negro na sociedade brasileira e então abolir todas as formas de escravidão. Para ele, tais políticas tinham o intuito de criar um sentimento único de nacionalidade, o que era impossível quando parte da população era formada por excluídos de qualquer tipo de reconhecimento pelo Estado ou da sociedade.

Ao longo dos cento e vinte anos desde a abolição da escravidão, a questão sobre o direito à igualdade foi evoluindo, tendo terminado na Constituição de 88, que garantiu o sufrágio universal. Referida Constituição buscou efetivar o pensamento de Joaquim Nabuco no sentido da exclusão de qualquer tipo de discriminação e a concessão ao negro da condição de cidadão brasileiro possuidor de direitos. Também ampliou o pensamento de referido idealizador, priorizando medidas de inclusão, com vistas a

formar uma sociedade que reduza as desigualdades sociais e promova o bem-estar de todos, no sentido de garantir a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Joaquim Nabuco já previa que não era somente a exclusão de discriminação que efetivaria o direito de igualdade. Havia, outrossim, a necessidade por parte do Estado e da sociedade do reconhecimento dessa desigualdade, e a adoção de medidas que pudessem saná-las ou diminuí-las, as quais permitiriam a inclusão do negro. Desta forma, as ações de discriminações positivas se justificam no próprio pensamento de Nabuco como um instrumento para se alcançar uma real igualdade de oportunidades.

Destarte, após a abolição, um novo processo de emancipação se iniciaria, em virtude da ausência do reconhecimento e da inclusão do negro na sociedade brasileira. Os negros estão libertos, mas a massa proletariada vive em condições tão degradantes quantos os antigos escravos, permanecendo os afrodescendentes escravos da sua própria situação social, impossível de ser modificada sozinha. Os ideais de Joaquim Nabuco continuam sendo aplicáveis, pois visavam a abolir todas as formas de escravidão, fossem elas econômicas, sociais, políticas ou morais. Sua batalha era combater os homens que aparentemente seriam livres, mas presos aos regimes sociais, algo que deve ser priorizado até os diais atuais.

REFERÊNCIAS

ANTI-SLAVERY SOCIETY. Disponível em: < http://www.antislavery.org/index.htm>. Acesso em: 30 maio 2009.

BOBBIO, Noberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **A história constitucional do Brasil**. 9. ed. São Paulo: OAB, 2008.

CHACON, Vamireh. **Joaquim Nabuco**: Revolucionário Conservador (sua filosofia política). Brasília: Coleção Biblioteca Básica Brasileira, 2000.

COSTA, Emília Viotti da. **A abolição**. 7. ed. São Paulo: Global, 2001.

_____. **Da senzala à colônia**. 4. ed. São Paulo: FUNESP, 1998.

COSTA, Milton Carlos. **Joaquim Nabuco entre a política e a história**. São Paulo: Annnablume, 2003.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & Senzala**. 50. ed. São Paulo: Global, 2005.

LIRA, Jorge Buarque. **Joaquim Nabuco**: o homem e a ação. Rio de Janeiro: Aurora, 1956.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998

NABUCO, Carolina. **A vida de Joaquim Nabuco.** 2. ed. São Paulo: Nacional, 1929.

NABUCO, Joaquim. **O Abolicionismo**. São Paulo: Publifolha, 2000.

_____. **A minha formação**. Disponível em: < http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2108>. Acesso em: 30 maio 2009.

_____. **Discursos Parlamentares**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983.

_____. **Um Estadista do Império**. 5. ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 233-244.

PRADO, Maria Emilia da C. A questão liberal no Brasil do século XIX. **Comunicação e Política**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 91-104, maio/ago. 2002

SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional Brasileiro: discriminação "de facto", teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p.203-231.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

---

[1] Ressalte-se que Nabuco não ficou imune ao racismo. Afirma Milton Costa: "Se para ele, a nova geração educada em princípios diferentes não provocasse a reação do organismo nacional, a salvação deste só poderia vir de fora, pela imigração branca europeia, supõe-se, a qual operaria a transfusão do sangue puro e oxigenado de uma raça livre. [...] devemos lembrar igualmente o seu antirracismo [...]. Num trecho que lembra a importância do elemento negro na sociedade brasileira [...]". COSTA, Milton Carlos, **Joaquim Nabuco entre a política e a história**. São Paulo: Annablume, 2003, p. 78-79.

[2] NABUCO, Joaquim. **O Abolicionismo**. São Paulo: Publifolha, 2000.

[3] NABUCO, Carolina. **A vida de Joaquim Nabuco**. 2. ed. São Paulo: Nacional, 1929, p.1.

[4] CHACON, Vamireh. **Joaquim Nabuco**: revolucionário conservador (sua filosofia política). Brasília: Coleção Biblioteca Básica Brasileira, 2000, p. 35.

[5] Ibid., 2000, p. 113.

[6] NABUCO, Carolina, op. cit., 1929, p.1.

[7] NABUCO, Joaquim, op. Cit., 2000.

[8] "A notícia de que o jovem Nabuco defenderia o notório facínora não afastára delle a sympatha, e o nome que elle trazia argumentava ainda o interesse e a curiosidade pelo processo do escravo, cujos successivos crimes indignaram Pernambuco. [...] Na origem desse processo, escreveu então Nabuco na Escravidão, e deve ter dito da tribuna, dois crimes sociaes havia. Havia a escravidão, havia a pena de morte. Fora a escravidão que levará Thomaz a praticar o primeiro crime, a pena de morte que o levará a perpetrar o segundo. [...] O réo foi condemnado a galés perpetuas. Era o melhor que se podia esperar e o discurso de Nabuco entrou logo no rol dos acontecimentos que passariam à tradição". NABUCO, Carolina, op. cit., 1929, p. 24-25.

[9] LIRA, Jorge Buarque. **Joaquim Nabuco**: o homem e a ação. Rio de Janeiro: Aurora, 1956, p. 167.

[10]NABUCO, Joaquim. **A minha formação**. Disponível em: < http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2108>. Acesso em: 30 maio 2009, p. 10.

[11] Joaquim Nabuco juntamente com Tobias Barreto analisaram e perceberam as limitações sociais da República brasileira caso ela fosse efetivada, mas este a via como algo que necessariamente deveria ser implementado.

[12] CHACON, Vamireh, op. cit., 2000, p.132.

[13] Ibid., 2000, p. 25.

[14] Em discurso afirma Thomaz Nabuco de Araújo sobre o projeto de Lei Rio Branco: "Neste sistema há um grande princípio, um princípio que satisfaz o nosso patriotismo; com efeito, acaba o direito de escravidão, e só subsiste o fato da escravidão, fato transitório, que há de ser extinto gradualmente, porque não pode ser extinto imediatamente; não é que obstem os direitos adquiridos, porque os direitos adquiridos se resolvem pela indenização; não é que a indenização seja um grande sacrifício porque não há grande sacrifício quando se trata da regeneração de um povo; o que obsta são os perigos da transição instantânea e brusca que tenho ponderado. Subsiste o fato da escravidão; mas não é novo, senhores, que na transição de um regime para outro subsistam os direitos adquiridos e os fatos pré-existentes." Apud NABUCO, Joaquim. **Um Estadista do Império**. 5. ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p. 840.

[15] NABUCO, Joaquim. **Discursos Parlamentares**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983, p. 268.

[16] In 17th of April in 1839, the Anti-Slavery Society is formed by Thomas Clarkson and other abolitionists to campaign against slavery worldwide. Anti-Slavery Society. Disponível em: < http://www.antislavery.org/index.htm>. Acesso em: 30 maio 2009.

[17] NABUCO, Joaquim, op. cit., 2000, p. 178.

[18] Saliente-se que apesar de Joaquim Nabuco ter assumido um posto na república, ele continuou amigo da família imperial, como comprovam inúmeras correspondências existentes entre a Princesa Isabel e ele.

[19] O projeto n. 65 de 8 de agosto de 1888, proposto por Nabuco, previa "uma reforma constitucional no sentido de tornar o Império uma Monarquia Federativa". BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 9. ed. Brasília: OAB, 2008, p. 618.

[20] Afirma Joaquim Nabuco em discurso parlamentar na câmara em 14 de setembro de 1885: "Convença-se o Partido Liberal disso, hasteie a grande bandeira da abolição, da federação e da paz; a abolição, que é o trabalho e a terra; a federação, que é a independência e o crescimento; a paz, que é o engrandecimento exterior e a expansão legítima de todos os estímulos da atividade nacional". NABUCO, Joaquim. op. cit., 1983, p.368.

[21] NABUCO, Carolina, op. cit., 1929, p. 480.

[22] Apud COSTA, Milton Carlos, op. cit., 2003, p. 78.

[23] Ibid., 2003, p. 220.

[24] Explica Emília Viotti da Costa os argumentos emancipadores anteriores de 1850 eram os mesmos invocados por Joaquim Nabuco. "O Manifesto da Confederação Abolicionista do Rio de Janeiro, publicado em 1883, não trazia, entretanto, nada de novo em matéria de argumentação. Invocava, a favor da emancipação, o direito natural, a liberdade natural, a ilegalidade da propriedade escrava, a grande propriedade. As populações do interior não se afeiçoaram ao trabalho agrícola, pois, conforme era dito, sempre que a paga não indeniza o trabalho, este desaparece e a indústria é abandonada, de onde o estado deficitário em que se encontrava grande número de fazendas incapazes de saldarem os empréstimos levantados no Banco do Brasil". COSTA, Emília Viotti da. **Da senzala à colônia**. 4. ed. São Paulo: Funesp, 1998.

[25] Apud CHACON, Vamireh, op. cit., 2000, p.119.

[26] NABUCO, Joaquim, op. cit., 2000, p. 79.

[27] "Outro preto ilustre que também se distinguiu na campanha abolicionista foi André Rebouças. Descendia de família abastada de políticos baianos. Filho de deputado recebeu educação esmerada. Em 1854, prestou exame para o Curso de Engenharia da Escola Militar e ano seguinte sentava praça no exército. [...] Sua identidade intelectual estava definida: seria engenheiro. [...] Seria engenheiro num país onde estes escasseavam. [...] Rebouças foi um reformista. Lutou não só pela emancipação dos escravos, como também em favor da pequena propriedade, da autonomia municipal e provincial e da liberdade de indústria e comércio." COSTA, Emília Viotti da. **A abolição**. 7. ed. São Paulo: Global, 2001, p. 75-76.

[28] Para Gilberto Freyre a grande revolução brasileira da metade do século XIX não foi à República, mas sim a abolição da escravatura. FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. 50. ed. São Paulo: Global, 2005.

[29] CHACON, Vamireh, op. cit., 2000, p. 132.

[30] Apud NABUCO, Joaquim, op. cit., 2000, p. 80.

[31] Ibid., 2000, p. 80-81.

[32] Ibid., 2000, p. 81.

[33] PRADO, Maria Emília da C. A questão liberal no Brasil do século XIX. **Comunicação e Política**. Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 91-104, maio/ago. 2002, p. 99

[34] COSTA, Milton Carlos, op. cit., 2003, p. 58.

[35] NABUCO, Joaquim, op. cit., 2000, p. 167

[36] Ibid., 2000, p. 4.

[37] "A aprovação da liberdade para os nascituros, da forma como se efetivou (podendo os fazendeiros optar entre libertarem seus escravos com a idade de oito anos, mediante indenização, ou utilizarem seus serviços até completarem vinte e um anos), garantia a manutenção da escravidão por, pelo menos, três decênios". PRADO, Maria Emília da C., op. cit., maio/ago. 2002, p. 97.

[38] NABUCO, Joaquim, op. cit., 1983, p. 272.

[39] Apud NABUCO, Carolina, op. cit., 1929, p. 67.

[40] COSTA, Emília Viotti da, op. cit., 1998.

[41] COSTA, Milton Carlos, op. cit., 2003, p. 55.

[42] CHACON, Vamireh, op. cit., 2000, p. 216.

[43] No entendimento de Alves Branco, "o que o governo inglês pretendia era explorar o comércio e a indústria, tornando todas as nações tributárias suas e a proscrição do comércio da escravatura, apesar de ser marcada com o santo nome de zelo pela liberdade, não patenteava, contudo, no seu entender, uma linha de conduta reta, não sendo seu fim outro, senão o de converter o Brasil em universal miséria, privar a agricultura dos braços necessários para lavrar a terra, e levar à decadência as Minas". Apud COSTA, Emília Viotti da, op. cit., 1998, p. 412.

[44] NABUCO, Carolina, op. cit., 1929, p. 128.

[45] CHACON, Vamireh, op. cit., 2000, p. 132.

[46] Ibid., 2000, p.56.

[47] NABUCO, Joaquim, op. cit., 2000, p. 170.

[48] COSTA, Emília Viotti da, op. cit., 2001, p. 70.

[49] “Joaquim Nabuco sustenta a existência de um ‘patronato’ exercido pelos dois partidos monárquicos, os quais, dispondo do Tesouro Nacional, distribuem benesses e mantêm sob controle a parte necessitada da população dum país devastado e empobrecido pela escravidão. [..] “Nabuco [...] vê as classes agrárias escravistas como detentores do poder estatal e como elites manipuladoras do jogo político, dos cargos e benesses”. COSTA, Milton Carlos, op. cit., 2003, p. 64-65.

[50] “A Victoria do abolicionismo no Brasil era certa, mas não se podia ainda prever que a lei seria tão prompta e tão completa, como foi. O imperador, gravemente doente, procurava no velho mundo melhoras para sua saúde. Ocorreu a Nabuco que havia um modo infallivel de forçar a Princeza Regente a toma, sem demora, em favor dos escravos, a resolução a que seu coração maternal pendia – confrontá-la com seu dever de catholica. Apenas veio-lhe essa insipiração, partiu Nabuco de Londres para Roma, munido, graças a seus velhos amigos de *Anti-Slavery Society*, de cartas de recomendação do Cardeal Manning. Encontrou Roma cheia de peregrinos, attrahidos pelo jubileu de Leão XIII. A 10 de fevereiro, era recebido por Sua Santidade, e no mesmo dia escrevia para *O Paiz* a descrição da audiência.[...] A escravidão está condemnada pela Igreja e já devia há muito tempo ter acabado. O homem não poder ser escravo do homem. Todos são igualmente filhos de Deus.” NABUCO, Carolina, op. cit., 1929, p. 218-219.

[51] Ibid., 1929, p. 157.

[52]NABUCO, Joaquim, op. cit., Acesso em: 30 maio 2009, p. 46.

[53] “Para o abolicionista, temos cinco graves crises no Império: financeira, comercial, econômica, social e política. Ela mostra a interpretação, articulação e potenciamento entre elas, sem esquecer o papel dos fatores morais e psicológicos na crise geral do Império”. COSTA, Milton Carlos, op. cit., 2003, p. 77.

[54] “As constituições brasileiras sempre inscreveram uma declaração dos direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país. Já observamos, antes até, que a primeira constituição no mundo a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, à Bélgica de 1831, a que se tem dado tal primazia”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 170.

[55] NABUCO, Joaquim, op. cit., 2000, p. 123.

[56] Afirma Bobbio: “O sufrágio universal é uma aplicação do princípio da igualdade na medida em que torna iguais com relação aos direitos políticos”. BOBBIO, Noberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Eidouro, 1996, p. 8-9

[57] “O Brasil [...] é o composto, do qual a escravidão representa a afinidade causal. O problema que nós queremos resolver é o de fazer desse composto de senhor e escravo um cidadão”. NABUCO apud COSTA, Milton Carlos, op. cit., 2003, p. 57.

[58] COSTA, Emília Viotti da, op. cit., 2001, p. 12.

[59] “Essa reforma individual, de nós mesmos, do nosso caráter, do nosso patriotismo, no nosso sentimento de responsabilidade cívica, é o único meio de suprimir efetivamente a escravidão da constituição social. A emancipação dos escravos é, portanto, apenas o começo de um *Rinnovamento*, do qual o Brasil está carecendo de encontrar o Gioberti e depois dele, o Cavour”. NABUCO, Joaquim, op. cit., 2000, p. 170.

[60] SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional Brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 208.

[61] Apud CHACON, Vamireh, op. cit., 2000.

[62]Apud Ibid., 2000, p. 121.

[63] COSTA, Emília Viotti da, op. cit., 2001, p. 96.

[64] Ibid., 2001.

[65] NABUCO, Joaquim, op. cit., 2000, p. 55.

[66] PRADO, Maria Emília da C., op. cit., maio/ago. 2002, p. 104.

[67]SARMENTO, Daniel, op. cit., 2008, p. 203.

[68] “Enquanto nos Estados Unidos as duas “raças” não se misturaram, no Brasil isso ocorreu. As classes todas do país foram niveladas, excetuando-se os escravos, cuja vida se passa nos porões sociais – niveladas e degradadas. Isso por causa da escravidão”. COSTA, Milton Carlos, op. cit., 2003, p. 57.

[69] PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. In: Ibid., 2008, p. 235.

[70] Ibid., 2008, p. 239.

[71] PRADO, Maria Emília da C., op. cit., maio/ago. 2002.

[72] SARMENTO, Daniel, op. cit., 2008, p.206.

[73] PIOVESAN, Flávia, op. cit., 2008, p. 235.

[74] Apud Ibid., 2008, p. 236.

[75] Explana Daniel Sarmento que “políticas de ação afirmativa são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social”. SARMENTO, Daniel, op. cit., 2008, p.218.

[76] Ibid., 2008, p. 226.

[77] Assevera Bobbio que: “Desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades. BOBBIO, Noberto, op. cit., 1996, p. 32.

[78] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 17.

[79] Foi diante desse contexto, que foi criado o programa de cotas para afrodescendentes nas Universidades.

[80] MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., 1998, p. 18.

[81] COSTA, Emília Viotti da, op. cit., 2001, p. 96.

[82] Ibid., 2001, p. 12.

MATRIZES DO CONCEITO DE JUSTIÇA

O CONCEITO DE JUSTIÇA PARA DERRIDA E LÉVINAS*

THE CONCEPT OF JUSTICE FOR DERRIDA AND LEVINAS

Bruno Meneses Lorenzetto
Katya Kozicki

RESUMO

Busca-se intercalar no artigo os conceitos de justiça para Jacques Derrida e Emmanuel Lévinas. Para Derrida a justiça se apresenta como aporia, o que possibilita compreender o caráter aberto, até certo ponto intangível e abstrato da justiça enquanto conteúdo das decisões judiciais. Tal constatação não significa – e não obsta – que a justiça deixe de ser tomada sempre como valor de referência na construção dessas decisões. Para Lévinas, a justiça se coloca em questão a partir da chegada do outro, com a infinita responsabilidade para com o outro e o seu reconhecimento pleno. Adverte-se que Lévinas e Derrida possuem divergências quanto ao significado de justiça e quanto ao caráter autoritativo da força que reveste o direito, contudo, este último se apropria de algumas categorias daquele para a explicação da sua perspectiva da justiça como aporia. Assim, em um primeiro momento são apresentadas as categorias de Derrida e, em seguida, a perspectiva de Lévinas sobre a subjetividade e a justiça.

PALAVRAS-CHAVES: JUSTIÇA, ALTERIDADE, DERRIDA, LÉVINAS.

ABSTRACT

The aim in this article is to merge the concepts of justice for Jacques Derrida and Emmanuel Levinas. For Derrida justice is presented as an aporia, what enables the understanding of its open character, to some extent intangible and abstract justice as content of judgments. This finding does not mean - and is without prejudice - that justice would cease to be always taken as a benchmark in the construction of these decisions. For Levinas, justice is questioned from the arrival of the other, with the infinite responsibility towards others and their full recognition. The caveat is that Levinas and Derrida have differing views on the meaning of justice and on the authoritative character of the force that covers the right, however, Derrida makes use of some categories of Levinas for the explanation of his view of justice as aporia. So, at first we present the categories of Derrida, then, the perspective of Levinas on subjectivity and justice.

KEYWORDS: JUSTICE, ALTERITY, DERRIDA, LÉVINAS.

Introdução.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O que se pretende demonstrar é que somente por meio de um compromisso ético com a justiça e o reconhecimento de uma infinita responsabilidade para com o outro será possível administrar a contingência e a diferenciação típicas de nossos tempos, sem que o reconhecimento das mesmas implique em negligência ética ou indiferença moral. Através de um verdadeiro compromisso com o outro e de uma verdadeira busca pela justiça, faz-se possível criar sentido num universo sem sentidos.

A partir desses pressupostos, busca-se intercalar os conceitos de justiça para Jacques Derrida e Emmanuel Lévinas. Para Derrida a justiça se apresenta como aporia, o que possibilita compreender o caráter aberto, até certo ponto intangível e abstrato da justiça enquanto conteúdo das decisões judiciais. Tal constatação não significa – e não obsta – que a justiça deixe de ser tomada sempre como valor de referência na construção dessas decisões. Para Lévinas, a justiça se coloca em questão a partir da chegada do outro, com a infinita responsabilidade para com o outro e o seu reconhecimento pleno. Adverte-se que Lévinas e Derrida possuem divergências quanto ao significado de justiça e quanto ao caráter autoritativo da força que reveste o direito, contudo, este último se apropria de algumas categorias daquele para a explicação da sua perspectiva da justiça como aporia.

1 – Justiça e desconstrução para Derrida.

Nos termos de Derrida: "Uma aporia é um não-caminho. A justiça será, deste ponto de vista, a experiência daquilo que nós não podemos experimentar ... eu acredito que não exista justiça sem essa experiência, tão impossível quanto ela seja, de uma aporia. A justiça é a experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estrutura não seja a experiência de uma aporia não terá a chance de ser o que ela é, notadamente, um chamado por justiça.".

A separação entre direito e justiça pode ser observada da seguinte forma: "O direito não é justiça. O direito é um elemento de cálculo e é justo que exista o direito, mas a justiça é o incalculável, ela requer que nós calculemos o incalculável; e as experiências aporéticas são experiências, tão improváveis quanto necessárias, da justiça, quer dizer, de momentos em que a decisão entre o justo e o injusto não é jamais assegurada por uma regra.".

A diferença que Derrida antepõe nesta relação é a desconstrutibilidade do direito enquanto a justiça seria indescontrutível – ela própria seria um meio de desconstrução. A desconstrução agiria, mais especificamente, sob a possibilidade que o direito pretende em fazer justiça. A premissa inicial para a desconstrução do direito é a de uma decisão que se ajusta aos moldes do direito, pois uma decisão *justa* se definiria por sua não arbitrariedade. Por isso, ainda em um primeiro plano, o direito seria o meio pelo qual a justiça seria possível, pois, apenas uma decisão que se justifica/assegura com razões pode almejar a justiça. A questão é que a *justiça* de uma decisão, em sentido contrário, não pode ser apenas deduzida das razões que são apresentadas nela, nenhuma razão pode, segundo Derrida, garantir a justiça e é por esta razão que, a tentativa de tornar a justiça por meio do direito na verdade leva à outra face de Janus, à sua impossibilidade

Para Derrida, a justiça se caracteriza por ser infinita, incalculável, avessa à simetria, enquanto o direito existe no âmbito da legalidade, estável e estatutária, como um

sistema regulador e normativo. Uma das mais difíceis tarefas para a reconciliação do direito com a justiça é equacionar a generalidade daquele com a necessária singularidade desta. Essa é a questão que está por detrás de toda a aplicação do direito pelos tribunais: "como nós podemos conciliar o ato da justiça que sempre é concernente à singularidade, a indivíduos, insubstituíveis grupos e vidas, com o outro ou eu mesmo como outro, em uma situação única, com a regra, a norma, o valor ou o imperativo de justiça, o qual, necessariamente, tem uma forma genérica, ainda que esta generalidade prescreva uma aplicação singular em cada caso?".

Ou seja, interpretar e aplicar o direito obriga sempre a um balanceamento entre o geral e o singular, entre o texto passado da norma e a exigência presente da justiça. Atender ao chamado da justiça exige a recriação da norma contida no texto legal, não somente no sentido de que toda leitura/interpretação implica na construção de um sentido novo, mas também no sentido de que a interpretação jurídica deve atender à singularidade de cada caso, através dos padrões gerais contidos na norma. Como fazer isso sem violar a generalidade da regra, sem abandonar mesmo essa regra ou, ainda, sem tornar seu conteúdo, inscrito no texto passado, tão fluido que ele já não sirva mais como um instrumento de mediação e estabilização, funções caracterizadoras do direito?

Na resposta a essa questão é possível perceber a importância da desconstrução para o direito – e sua interpretação – e para a democracia. Pois tal resposta revela: a) a adequação entre o passado, o presente e o futuro – no sentido de que a construção do sentido da norma se dá na sua interpretação e a aplicação da mesma implica uma busca incessante pela justiça; b) essa busca incessante pela justiça, através de um compromisso ético dos tribunais para com a mesma pode levar à transformação do direito e à sua melhor adequação a uma sociedade democrática; c) o direito, servindo como elemento de estabilização das relações e efetivamente comprometido com a realização da justiça, pode levar à consolidação dos princípios políticos constitutivos da sociedade política (liberdade e igualdade, basicamente) fortalecendo os laços de solidariedade social; e, por fim, d) de um tipo de interpretação do direito que reconheça a sua indeterminação de sentido e que reconheça a sua indeterminação de sentido e que reconheça a contingência e fragmentação do social estaria melhor preparada para fazer frente ao crescente grau de complexidade e ao incremento do número de conflitos, típicos das sociedades contemporâneas.

O caminho teórico para buscar a resposta a essa questão implica um compromisso ético com a obtenção da justiça e a visualização desta como aporia, ou seja, como algo impossível de ser experimentado, mas cuja experiência é imprescindível. Em primeiro lugar, o que se coloca é uma responsabilidade sem limites perante a memória, no sentido de se recuperarem as direções e os limites contidos nas concepções de direito e justiça historicamente construídos em cada sociedade. A desconstrução pode significar um clamor infinito pela justiça e por um incremento incalculável de responsabilidade. É no intervalo entre o direito e a justiça que a desconstrução encontra seu lugar privilegiado; desconstruindo-o, desestabilizando o tradicional do direito, a justiça pode encontrar caminhos para a sua expressão.

Partindo da obra de Lévinas, Derrida considera ser a ética a primeira filosofia, em termos de ética como uma relação entre pessoas. A ética, tal como Lévinas a concebe, coloca em questão minha liberdade e espontaneidade, minha subjetividade e o outro. Para Lévinas, a justiça define e é definida por uma relação ética com o outro, em

resposta ao sofrimento do outro, para com o qual o sujeito tem uma infinita responsabilidade. Mas esta concepção ética de justiça também se coaduna com uma noção política de justiça, no sentido de que toda relação ética é sempre situada em um determinado contexto sócio-político, o qual implica diferentes concepções éticas, levando à necessidade da escolha entre estas, ou de uma decisão. Na realidade, a concepção de Lévinas, é também uma concepção política, no sentido de que envolve a ideia de transformação política, a abertura para o futuro que pode trazer mudanças. A ideia de justiça como a experiência daquilo que não pode ser decidido é o que leva o sujeito à política (e pode-se dizer que ao direito, também), dada a necessidade da decisão. Do indecidível para a decisão, esse é o momento do julgamento, a passagem de uma experiência ética da justiça para a ação política. De que forma isso pode ser feito, ou quais são os conteúdos dessa ação política? A resposta, em Derrida, jamais se encontra no presente, ou em alguma forma específica de ação política; a justiça deve servir de guia, de elemento crítico, mas ela jamais poderá ser tornada presente. Assim: "Um aporte desconstrutivista da política, baseado na separação radical entre justiça e direito e na não presença da primeira dentro do último, leva-nos ao que se pode chamar de descorporificação da justiça, onde nenhum Estado, comunidade ou território pode ser tido como expressão da justiça. Alguém pode dizer que a "experiência" da justiça é a de uma absoluta alteridade ou transcendência, a qual guia a política sem estar completamente no reino público.".

A forma política que melhor poderia conduzir a essa experiência da justiça seria a democracia. Não uma democracia realizada aqui e agora, mas a democracia entendida como possibilidade, como abertura para o futuro. Outrossim, justiça e democracia se entrelaçam como representações que escapam ao aqui e agora, escapam ao presente, representando algo que está sempre por acontecer. Algo que não se realiza no presente, mas também não no futuro, ela deve ter um por-vir, um to-come, o qual eu rigorosamente distingo do futuro que pode sempre reproduzir o presente. Talvez por esse motivo que, pelo fato da justiça não ser somente um conceito jurídico ou político, ela possa se abrir para um por-vir da transformação, a reformulação ou refundação do direito e da política.

Nesse sentido, se a justiça representa o encontro com o outro, a infinita responsabilidade que o outro demanda, a verdadeira experiência da alteridade, ela é algo que nunca se apresenta. Ainda assim, ela pode significar a possibilidade da transformação do direito e da política, enquanto percebida como uma responsabilidade inafastável e inadiável. E por isso se torna importante ressaltar, com o autor, a separação das ideias de futuro e o que ele chama de *l'avenir/to come*: o futuro pode significar a mera reprodução do presente ou, quando muito, a seu evolução. Ao contrário, a ideia de algo que está por acontecer representa a possibilidade da transformação, um recriar, repensar, reformular. Talvez seja essa a principal conclusão que se pode retirar da percepção de justiça como aporia, neste autor: a de que o fato de a justiça exceder as fronteiras do jurídico e do político, e o fato de que ela não é um elemento de cálculo, não pode servir como álibi para alguém negar a responsabilidade na busca da transformação das instituições que compõe a sociedade. Essa ideia está diretamente ligada ao ideal de emancipação, que Derrida afirma jamais ter sido realizado e o qual deve sempre ser perseguido.

Por isso, uma das consequências práticas da desconstrutibilidade de todos os sistemas legais emergem na questão de que o direito não pode – de maneira absoluta – fechar

suas portas para aqueles que vêm a desafiá-lo e coibir qualquer forma de transformação que possa vir a ocorrer em seu cerne. A desconstrutibilidade do direito é aquilo que permite a possibilidade de sua transformação, sua abertura deveria ser interpretada como uma forma de "humildade institucional", perante os apelos à justiça.

2 – Subjetividade e justiça no pensamento de Emmanuel Lévinas

Ante a complexidade apresentada pelo conceito de alteridade, principalmente no que diz respeito à sua inicial construção, realizada por Emmanuel Lévinas, trata-se da temática de modo não exauriente, o que vem a ser a alteridade e a possibilidade de se estabelecer uma relação entre esta a justiça no pensamento de Lévinas, em continuidade e aprofundamento das reflexões formuladas na filosofia de Derrida.

Necessário o prévio estabelecimento no sentido que, o pensamento de Emmanuel Lévinas, apesar de derivado de dois grandes referenciais, a fenomenologia de Husserl e a ontologia de Heidegger, é original em suas proposições, pois, ao constituir suas categorias, rompe com a filosofia ocidental e busca, nas raízes desta, criticar a primazia do conceito do *ser*. Para tanto, Lévinas propõe a anterioridade ética da *responsabilidade pelo outro*, percebida no *face a face*, como o alicerce da filosofia, a ética como filosofia primeira, que não se baseia no *ser (ser enquanto ser)*, mas referente à subjetividade como *sensibilidade*.

A originalidade do pensamento levinasiano também pode ser considerada a partir das influências de sua vida pessoal. Natural de Kovno, na Lituânia, judeu, dominava o russo, o alemão e o francês, além do hebraico. Foi o precursor da fenomenologia na França, sua tese de doutorado *La théorie de l´intuition dans la phénoménologie de Husserl*, assim como suas traduções, influenciaram (indiretamente) pensadores como Sartre e Merleau-Ponty. Promoveu leituras talmúdicas, e constituiu uma hermenêutica própria, a qual influenciou Derrida em sua produção filosófica. Foi preso em um campo de concentração e perdeu muitos familiares durante a 2ª Guerra Mundial.

Consta na biografia de Lévinas que ele passou cinco anos em um campo de concentração, estada que considerou *paradoxal*, pois ao mesmo tempo em que era *protegido*, permanecendo distante da guerra, estava *preso*, longe de seus familiares, oprimido em sua condição judaica. No campo de concentração, notou a presença de um cachorro que passeava entre judeus e nazistas. Isso lhe inspirou em suas teses, pois, o cachorro observava os judeus do campo de concentração como humanos, enquanto seus vizinhos alemães da cidade próxima ao campo de Stammlager, provavelmente os percebia como subumanos, contaminados, inferiores. Durante essa época, escreveu "Da existência ao existente" obra em que se percebe grandes mudanças no seu pensamento do filósofo.

2.1 - Subjetividade

Lévinas deriva sua filosofia não da preservação, auto-suficiência de um *eu*, auto-referente, mas antes da necessidade de determinação deste *eu*, enquanto relação e resposta ao *Outro*. A relação com o *outro*, com a alteridade, se estabelece através do *rosto*, na infinita condição do ser, para além das determinações ontológicas; em outro sentido, a relação com os *entes*, implica na totalidade neutra de sentido, na compreensão e significação destes (ontologia).

A relação com o *outro* não pode ser uma relação de dominação, de poder, isso implicaria no *extermínio* da alteridade, deve ser, por outro lado, de respeito, de *deixar ser*, de ver no *outro* a infinitude ética, "... uma relação anterior ao entendimento de uma vocação, relação que precede o entendimento e o desvelamento, precede a verdade."

O pensar levinasiano quando trata da subjetividade implica na percepção da consolidação de um *humanismo* filosófico centrado no *outro*. Um humanismo do *outro*, diferente do humanismo que considera todas as pessoas iguais, não as percebendo em sua unicidade e na sua temporalidade, reduzindo-as a conceitos, negando a alteridade destas.

O *eu*, racional-cartesiano pode pensar sobre si, sobre sua própria existência e se questionar acerca dela, isso constitui um dos primeiros sinais da tomada de consciência sobre a própria existência, a partir da *razão* o ser pode buscar respostas para suas angústias existenciais, e pode descobrir a *verdade*. O *eu*, criticado por Lévinas é aquele visto como forma de *eu puro*, como auto-consciência, o princípio de si mesmo, o que possui a *verdade* como poder.

A relação do *eu* levinasiano com as coisas é, a princípio, totalizante, o *eu* permanece o mesmo quando em contato com as coisas no mundo (entes) ao compreendê-las desde si-mesmo. O conhecimento do *eu* é a representação, a conglobação das coisas em seu pensamento, inexiste, portanto, transcendência no *eu sou eu*, muito embora essa afirmação não implique em uma tautologia, o *eu*, constitui-se de minhas próprias relações com o meio, o *eu* está fechado em-si, diante do meio.

A identidade constitui-se a partir do *eu*, é o *ser* onde o existir consiste em se identificar, no reencontro de tudo que chega ao *ser* com o *eu*. Em outro sentido, não se deve reduzir o *outro* ao *eu*, ou seja, o *outro* não deve ser visto a partir do *meu* conceito, não devo totalizar o outro, conceituá-lo. O *outro* levinasiano, me interpela e me faz ser ético. O *eu*, é relação, mas não é uma relação fechada em si, pois, ao relacionar-se, o ser se abre para o *outro*.

Lévinas pensa a questão da identidade a partir do *outro*, da alteridade, o que leva a ruptura com o pensamento ontológico de Heidegger, pois, a existência não se completa no *consigo mesmo*, mas no outro, no diferente de *si*. A compreensão levinasiana do *ser* toma a *ética* como anterioridade, o que difere drasticamente do *pensar e ser*, a sensibilidade e a responsabilidade para com o outro, desvinculam o pensar e o existir como apresentados por Heidegger. Antes de pensar, o *sentir* humano, representado no *face a face*, anterior a qualquer pretensão ontológica, anterior a qualquer compreensão ou *apreensão* do *outro* em *si*.

O *eu* encontra sua identidade na medida em que sai de si e se relaciona com o *outro*, nesse sentido, o respeito pelo outro como *outro* não deve passar pela vontade de

possuí-lo. “A verdadeira vida está ausente” pois ainda nos referimos a um *eu-mim-mesmo*, à dissolução que o outro sofre no *mesmo*. Assim, o outro é *sem posse*, não é possível exercer sobre ele nenhum poder.

Para Lévinas, o infinito está na alteridade, na impossibilidade de *dominação*, de *compreensão absoluta* do *outro* em sua diferença. A razão não pode se pretender universal justamente pela impossibilidade implicada no fato de que, ao trazer o *outro* para si, o *outro* é desrespeitado em sua diferença, esse movimento ontológico exprime a opressão do *outro*, a redução do diferente ao *mesmo*.

A ontologia proposta por Lévinas lida com a categoria do *há*, ou *il y a*. O *há* (*il y a*) é o momento em que o ser passa a perceber sua existência. É um processo necessário, para que o sujeito *evolua*, ele precisa vivenciar esse momento para *sair-de-si*. O *há*, não é o *nada* heideggeriano; é o ser envolvido com a *ausência*, é o *vazio*, não é um sentimento de angústia, mas de *horror*. Nesse sentido Lévinas: “Há é o fenômeno do ser impessoal: (il y a). A minha reflexão sobre este tema parte de lembranças da infância. Dorme-se sozinho, as pessoas adultas continuam a vida; a criança sente o silêncio de seu quarto de dormir como sussurante. Algo que se parece com aquilo que se ouve ao aproximar-nos do ouvido uma concha vazia, como se o silêncio fosse um barulho. Algo que se pode experimentar também quando se pensa que, ainda se nada existe, o fato de que **há** não se poderia negar. Não que haja isto ou aquilo; mas a própria cena do ser estava aberta: há.”.

Como a insônia, não se sabe o que é o *há*, não se tem *consciência objetiva* sobre isso. O sujeito não pode se perder no *il y a* para conseguir existir. Para tanto, é através da *relação* (com o outro) que o ser se liberta do *há*; é o ser responsável pelo outro *ser-para-o-outro*.

Para Lévinas, *ser* significa que *se é* ou que *il y a* (há). A relação com o mundo não é sinônimo da existência, pois, esta é anterior ao mundo (dos entes), a existência é a relação primeira que nos liga ao *ser*. O existir é anterior a *tudo* que se designa como *mundo* e a todas as relações com o mundo.

O *il y a* – há –, o ser em geral, se recusa a tomar uma forma específica, é uma forma impessoal, e a experiência existencial deste *há*, é trágica, pois lida com a existência, com o fato nu e cru do ser, é o horror dos sobreviventes à morte. Contudo, Lévinas acredita na existência de uma saída para o ser, uma forma de se *evadir do peso da existência* enquanto confronto com o fato nu e cru do ser, e não se trata do *nada* (para o pensamento levinasiano o nada é como um *intervalo* no ser), a negação do próprio ser, mas na suspensão da consciência, no sono, no *cansaço*, na qual a metáfora da insônia demonstra como a existência inevitável (há) conflita com o ser. Sob esse prisma, o *existir* é um estado de *vigília*, enquanto o *sono* é o *refúgio*, a *saída do ser* do *si-mesmo*. Assim: “A consciência parece contrastar com o há por sua impossibilidade de esquecê-lo e de suspendê-lo, por sua possibilidade de dormir.”

A saída da consciência se dá através da inconsciência, aparelho que a consciência utiliza *contra* si mesma. A *suspensão* do ser se realiza no sono, em que o projeto de existência, do saber da consciência são rompidos. Nesse processo, o ser não é negado, fica apenas suspenso.

A *saída* do ser para Lévinas não pode realizar-se através da *negação do ser*, é imperioso que se *saia do ser*, contudo, sem negá-lo. A anulação de todos os entes em sua redução ontológica ao *nada*, não pode negar o *ser*, pois, antes do *nada* subsiste o *há* (il y a) do *não há*.

A saída de *si* (do *ser*), para Lévinas, está na *responsabilidade pelo outro*, antes de se estabelecer as preocupações consigo mesmo. Para o pensador, a responsabilidade pelo outro é o *bem*, é o conteúdo ético primeiro, como se expõe: "Sair de si é ocupar-se com o outro, com o sofrimento e com a morte dele, em vez ocupar-se com sua própria morte (...) Penso que é o descobrimento do fundo de nossa humanidade, o próprio descobrimento do bem no encontro com o outro, não tenho medo da palavra bem: a responsabilidade pelo outro é o bem.".

A *relação* com o mundo é o que Lévinas chama de *gozo*. Sobre essa temática, trata do *alimento* como satisfação inicial, o meio de vida, o alimento materno e a presença sensível da mãe que constituem relações *sensíveis*, não necessariamente de cognitivas. Sore o gozo Lévinas expõe que: "A relação da vida com as próprias condições da sua vida torna-se alimento e conteúdo dessa vida. A vida é amor da vida, relação com conteúdos que não são a meu ver, mas mais caros que o meu ser: pensar, comer, dormir, ler, trabalhar, aquecer-se ao sol.".

O gozo apresenta-se enquanto simples fato de poder se saciar, de modo que a existência compõe-se tanto de dores como de alegrias. O gozo é uma abertura maior do *eu*, com o gozo o ser vai se moldando, se individualiza e forma sua psique.

Contudo, o ser passa a perceber que sozinho, (em sua descoberta recém realizada pelo gozo), ele está sujeito a contingências, surge, assim, a necessidade de se prevenir ante o amanhã, do desconhecido. O ser constitui outra *relação* com o mundo. Na *casa* do ser, é que ele vai constituir sua morada, seu local de proteção e referência. O ser que vive para si é interioridade, se recolhe em um abrigo de intempéries, de inimigos e infortúnios.

Quando o *eu* se depara com o *outro*, percebe a necessidade de estabelecer uma relação com este, constitui-se, assim, um *convite* para *sair-de-si* e se deixar *interpelar* pelo outro. O tempo nessa relação não é sincrônico, mas diacrônico, cada ser na relação, no *face-a-face*, possui seu tempo.

Na saída do *eu* para o mundo este se relaciona com o *outro*, no momento da relação, faz-se necessária a ética e este é um momento de transcendência.

A transcendência se manifesta na *epifania* do rosto, o ser exterior que se apresenta para além de sua representação em mim. A alteridade é assim, uma saída do *Um*, abandono de si, expulsão do si mesmo de sua própria casa. O rosto para Lévinas é a parte mais nua, mais exposta às violências.

O *rosto* é a recusa ao conteúdo, não pode ser compreendido, englobado, o *rosto* é fenômeno não compreendido para a razão, é um apelo da *exteriorização*, ante a requisição humanitária da presença do outro.

O outro enquanto outro escapa da fenomenologia do *olhar*. A aparição do rosto desnudo no mundo do *eu* é a revelação do outro que exige respeito e acolhida em sua exterioridade, implica em uma exigência levinasiana pela ética: *Não matarás*! A morte é a negação da infinitude do outro, reduzindo-o a um mero *ente* no mundo, significando-o a partir da totalidade. Nesse sentido diz Lévinas: "O tu não matarás é a primeira palavra do rosto. Ora é uma ordem, há no aparecer do rosto um mandamento, como se algum senhor me falasse. Apesar de tudo, ao mesmo tempo o rosto de outrem está nu; é o pobre por quem posso tudo e a quem tudo devo. E eu, que sou eu, mas enquanto primeira pessoa, sou aquele que encontra processos para responder ao apelo.".

O desejo se manifesta a partir do rosto do *outro*, rosto como alteridade, revelação da interioridade do *outro*. Outro que me interpela e me convida à responsabilidade. O rosto é presença, não se vincula a qualquer representação simbólica, a qualquer realidade ou temporalidade, é o convite para que o *eu* estabeleça a responsabilidade pelo *outro*. A *epifania* do rosto é a linguagem ética, o rosto que *me fala*, é comunicação, está aberto para uma relação. Sobre o rosto, pode-se dizer ainda que este não é desvelamento, não é possível tematizar o rosto.

O pensamento levinasiano parte do pressuposto da negação da alteridade, ou seja, que não somos vistos em nossas individualidades, nem mesmo com o respeito que merecemos enquanto subjetividade. Assim, na apresentação do rosto nu, do indigente, da viúva, do órfão e do estrangeiro, isto é, daqueles que são relegados ao mesmo, é um olhar de denúncia e apelo, é algo simbólico que esconde na dimensão carnal e fenomenológica a transcendência do seu mundo, da sua dor e de sua história.

2.2 - Justiça

Lévinas busca uma justiça vinculada aos indivíduos concretos, a justiça provém dessa concretude, não inspirada por um ideal, mas pela *palavra concreta*, pelo discurso do Outro. O *terceiro* que surge de modo discreto no rosto do Outro, que está ali, a todo o momento presente, no *olhar* que também me olha.

O discurso do Outro carrega a fala de toda humanidade. A justiça, assim não pode estar distante da relação do *face-a-face*, do contrário, transformar-se-á em tirania. Tanto a *justiça* como a *política*, devem estar permeadas pela concretude da *fala* do Outro.

Lévinas entende que é a própria *responsabilidade* ou o *Dizer* que exige a manifestação, porque exige a justiça. O argumento que justifica a passagem do *Dizer* ao *Dito* ou do outramente que ser ao ser é o célebre *ingresso* do *terceiro* na proximidade: a subjetividade não é responsável por apenas *um outro*, o próximo, mas também pelo terceiro que é o *próximo do outro* ou o outro próximo, e assim por todos os outros, próximos e distantes que, *todos*, me dizem respeito e me convidam desde seus rostos.

Isto introduz uma questão, pois, na imediatez da *proximidade*, que é o problema da *justiça*, porque a *responsabilidade pelo próximo* não resolve as *responsabilidades por todos* os outros. Surge então a questão do que devo fazer com a justiça? Um problema da consciência, eis que a *procura da justa* medida da responsabilidade por

todos, ou da *justiça para todos*. O terceiro faz surgir a ordem do ser em que o Outro e o terceiro podem *ser* juntos, ao mesmo tempo, iguais – esta é situação do nascimento da justiça.

A Justiça apresentar-se-á como um árbitro sempre disposto a ouvir. A universalidade da lei não pode fazer desaparecer as diferentes falas e suas *exigências*, por isso nem sempre a democracia surgirá como justa. A tirania da maioria pode levar a sistemas autoritários e ditatoriais, como o stalinismo, nazismo e o fascismo.

Lévinas reitera que a justiça fundamenta a *verdade*, que a *consciência* da minha *indignidade* moral, da *arbitrariedade* da liberdade *injustificada*, apenas torna possível a verdade do ser. Contudo, é-nos dito também que a verdade é a *justiça*, que é o mesmo movimento metafísico da resposta do Eu, do dizer ou testemunho do Eu.

A paz que deve proporcionar a justiça não representa necessariamente o fim dos combates, em que se percebe a vitória de uns em nome da derrota de outros. Este é o retrato de nossa história, sempre pronta a servir seus vitoriosos, em nome de uma ordem, em que o progresso só beneficiou a poucos. As *vítimas*, os excluídos da história, hoje exigem uma *justiça* que deve ser balizada pela ética pela *responsabilidade pelo outro*.

Através da razão é possível assegurar os *discursos*, garantindo um *acordo*, que não deve implicar uma unidade vazia, mas o *respeito às diferenças*.

No *rosto* levinasiano se encontra uma ordem constante, um chamamento à *justiça* e um profundo apelo que vem dos oprimidos, daqueles *expulsos de sua própria condição humana*.

É nessa *ferida aberta*, trazida nas marcas destes rostos, que Lévinas encontra o verdadeiro sentido do humano. Na fragilidade do existir surge a voz de um mestre que me ensina esse sentido. Assim, parece haver uma preferência à *injustiça sofrida do que à injustiça cometida*. A justiça deve, a partir desta lógica, rever-se constantemente, pôr-se também em questão.

O problema é quem colocará a justiça em questão? Parece que se faria necessária uma *instância superior* capaz de *exigir justiça* da própria *justiça*. Nesse sentido, se percebe que para Lévinas há um rearranjo das ordens sociais, em que a *hierarquia* só poderá ser legitimada se for capaz de *traduzir as vozes* do *povos*.

Qualquer cidadão, desse modo, é capaz e legítimo para inquirir a justiça e exigir que a mesma esteja a serviço de um *compromisso ético*. Dentro da sociedade, a própria justiça deverá atualizar e prolongar a responsabilidade pelo Outro. A política deve orientar-se pela Ética, senão perde-se na teoria de princípios que não consegue cumprir. Ou seja, a justiça exercida pelas instituições deve buscar inspiração na relação do face a face que é sempre original.

A entrada do terceiro provoca no Eu a consciência dos limites de sua bondade, pois este não pode prestar atenção somente ao Outro, mas em todos aqueles que estão a sua volta.

Deve-se ir em busca de um Estado orientado para a *justiça* e não na busca de uma justiça que surja para assegurar a subsistência do Estado. Lévinas destaca que o *Estado Moderno* representou na verdade a possibilidade de concretização de seus desejos, o começo da história de seres livres.

A *justiça* como um dito necessário, uma resposta concreta à *fome do Outro* que não pode esperar, não pode esquecer sua inspiração, ou seja, a significação primeira, o *dizer* presente no rosto. O *dito* é a resposta possível, sempre insuficiente para responder ao *dizer* que nos remete a um além, mas que possui sua significação no *rosto*. A justiça representa a urgência do presente, enquanto o *rosto* é a expressão de um além e um aquém (futuro e passado) de si mesmo. Assim, a justiça não pode se contentar com suas conquistas, devendo sempre ser revista. A Ética é então o movimento possível da justiça. A justiça é, desse modo, a responsabilidade pela vida; a impossibilidade de omissão diante da negação da alteridade.

3 - Bibliografia

BREADSWORTH, R. *Derrida and the political*. Londres: Routledge, 1996.

CINTRA, Benedito Eliseu. "Emmanuel Lévinas e a idéia do infinito." In: *Margem*. São Paulo, N. 16, Pgs. 107-117, Dez. 2002.

CORNELL, D. "The violence of the Masquerade: law dressed up as justice". In: *Deconstruction and the Possibility of Justice*. Cardozo Law Review, v. 11, n. 5-6; 1047-1064, 1990.

COSTA, Márcio Luis. *Lévinas*: *uma introdução*. Petrópolis: Vozes, 2000.

CRITCHLEY, S. *The ethics of deconstruction*: Derrida and Levinas. Oxford: Blackwell, 1992.

_____. "Derrida: private ironist or public liberal?" In: MOUFFE, C. (org). *Deconstruction and pragmatism*. Londres: Routledge, 1997.

DERRIDA, J. "Force of law: the 'mystical foundation of authority'". In: *Deconstruction and the Possibility of Justice*. Cardozo Law Review, v. 11, n. 5-6; 919-1046, 1990.

_____. "Remarks on deconstruction and pragmatism". In: MOUFFE, C. (org). *Deconstruction and pragmatism*. Londres: Routledge, 1997.

FABRI, Marcelo. *Desencantando a ontologia: subjetividade e sentido ético em Levinas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.*

GILES, Thomas Ransom. *História do existencialismo e da fenomenologia*. São Paulo: EPU, 1989.

GODOY, Maristela. *A constituição da subjetividade e a ação ética no pensamento de Emmanuel Levinas*. Dissertação (Mestrado). São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta, 2006.

KORELC, Martina. *O problema do ser na obra de E. Levinas*. Tese (Doutorado). Porto Alegre: PUCRS, 2006.

LÉVINAS, Emmanuel. *Descobrindo a existência com Husserl e Heidegger*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____. *Da existência ao **existente**.* Campinas: Papirus, 1998.

_____. *De l´existence à l´existant*. Paris: Fontaine, 1958.

_____. *Entre nós. Ensaios sobre a alteridade*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *Ética e **infinito**: diálogos com Philippe Nemo*. Lisboa: Edições 70, 2000.

_____. *Humanismo do outro homem.* Petrópolis: Vozes. 1993.

_____. *Más allá del versículo*. 1ª ed. Buenos Aires: Lilmod, 2006.

_____. *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*. 2ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1987.

MENEZES, Magali Mendes. *O Dizer – Um ensaio desde E. Lévinas e J. Derrida sobre linguagem estrangeira do Outro, da Palavra e do Corpo*. Tese (Doutorado). Porto Alegre: PUCRS, 2004.

PELIZZOLI, Marcelo Luiz. *A relação ao outro em Husserl e Levinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994.

SIDEKUM, Antonio. "Liturgia da alteridade en Emmanuel Levinas." In: *Utopía e Praxis Latinoamericana*. Maracaibo. Ano 10, N. 31. Pgs. 115-123, Ouctubre-Diciembre, 2005.

SUCASAS, Alberto. *Levinas: lectura de um palimpesto*. 1ª ed. Buenos Aires: Lilmod, 2006.

(Tradução livre). DERRIDA, J. "Force of law: the 'mystical foundation of authority'". In: *Deconstruction and the Possibility of Justice*. Cardozo Law Review, v. 11, n. 5-6; 919-1046, 1990. p. 946.

(Tradução livre). DERRIDA, J. Force of law… p. 946.

(Tradução livre). DERRIDA, J. Force of law… p. 948.

Cf. CRITCHLEY, S. *The ethics of deconstruction*: Derrida and Levinas. Oxford: Blackwell, 1992.

LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*. 2ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1987.

(Tradução livre). CRITCHLEY, S. "Derrida: private ironist or public liberal?" In: MOUFFE, C. (org). *Deconstruction and pragmatism*. Londres: Routledge, 1997. p. 36.

LÉVINAS, Emmanuel. *Descobrindo a existência com Husserl e Heidegger*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.; obra que apresenta a análise de Lévinas ao pensamento de Husserl e Heidegger. Em outra obra, "A consciência não-intencional", expõe que: "É Husserl, sem dúvida, que está na origem dos meus escritos. É a ele que devo o conceito de intencionalidade que anima a consciência e, sobretudo, a idéia dos *horizontes* de *sentido* que esbatem, quando o pensamento é absorvido no *pensado*, o qual sempre tem a significação do ser. *Horizontes de sentido* que a análise, dita intencional, reencontra, quando se inclina sobre o *pensamento* que "esqueceu", na reflexão, e faz reviver estes horizontes do *ente* e do *ser*. Devo antes de tudo a Husserl – mas também a Heidegger – os princípios de tais análises, os exemplos e os modelos que me ensinaram como reencontrar estes horizontes e como é preciso procura-los. É aí que está, para mim, a contribuição essencial da fenomenologia, à qual se acresce o grande princípio do qual tudo depende: o pensado – objeto, tema, sentido – faz apelo ao pensamento que o pensa, mas determina também a articulação subjetiva do seu aparecer: o ser determina seus fenômenos." LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós. Ensaios sobre a alteridade*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 165.

"A presente sociedade "globalizada" é fruto do sonho moderno de emancipação que buscava uma sociedade "justa, fraterna, igualitária". Este foi o refrão da Revolução Francesa, que acabou se espalhando para todo o mundo e de uma forma direta ou indireta teve uma imensa importância e influência no conjunto das concepções ocidentais de sociedade e, por extensão de convivência humana. Passaram-se anos, mesmo séculos, e não nos foi possível ver esse ideal efetivamente concretizado. Ao invés, podemos infelizmente ver tal proposta ser completamente aniquilada no anos 40, por exemplo, com o horror da II Guerra Mundial e com os campos de concentração e extermínio, a força brutal e violenta com que as pessoas eram eliminadas em nome de uma "raça pura". Justamente neste contexto de violência e de arbitrariedade praticadas com (conta) o Outro é que Emmanuel Levinas pensa em dar um sentido diferente para a radicalidade da relação Eu-Outro." GODOY, Maristela. *A constituição da subjetividade e a ação ética no pensamento de Emmanuel Levinas*. Dissertação (Mestrado). São Leopoldo: UNISINOS, 2004. pp. 7-8.

Biografia consultada em COSTA, Márcio Luis. *Lévinas*: *uma introdução*. Petrópolis: Vozes, 2000.

Nas palavras de Lévinas: "Nesse rincão da Alemanha, onde ao atravessar o povoado éramos vistos pelos moradores como judeus, esse cachorrinho evidentemente nos considerava como humanos." LÉVINAS, Emmanuel. In: POIRÉ, Fraçois. *Emmanuel Lévinas*. Apud. COSTA, Márcio Luis. *Lévinas*: *uma introdução*. p. 40.

LÉVINAS, Emmanuel. *De l´existence à l´existant*. Paris: Fontaine, 1958. LÉVINAS, Emmanuel. *Da existência ao* ***existente***. Campinas: Papirus, 1998.

LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro homem*. Petrópolis: Vozes. 1993. p. 98.

“A crise do humanismo em nossa época tem, sem dúvida, sua fonte na experiência da ineficácia humana posta em acusação pela própria abundância de nossos meios de agir e pela extensão de nossas ambições. No mundo, em que as coisas estão em seu lugar (...) em toda esta realidade “correta”, o contra-senso dos vastos empreendimentos frustrados – em que política e técnica resultam na negação dos projetos que os norteiam – mostra a inconsistência do homem, joguete de suas obras.” LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro homem*... p. 71.

Conceito de Husserl, em que “... o sujeito da redução, ou o *Eu* puro, é evidente a si próprio com uma evidência apodítica, o que significa que o fluxo das vivências que o constitui enquanto parece a si-mesmo não pode ser posto em questão nem na sua essência, nem na sua existência.” GILES, Thomas Ransom. *História do existencialismo e da fenomenologia*. São Paulo: EPU, 1989. p. 76

Segundo Lévinas: “ Ser yo es, fuera de toda individuación a partir de un sistema de referencias, tener la identidad como contenido. El yo, no es un ser que permanece siempre el mismo, sino el ser cuyo existir consiste en identificarse, en recobrar su identidad a través de todo lo que le acontece. Es la identidad por excelencia, la obra original de la identificación.” LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e infinito*... p. 60. Para Heidegger, a *identidade* surge, pela história do pensamento ocidental através do caráter da unidade, a cada identidade forma-se a relação *com*, uma ligação, uma união que se corrobora na *unidade*. Defende que “... de cada ente enquanto tal faz parte a identidade, a unidade consigo mesmo (...) Pensar e ser têm seu lugar no mesmo e a partir deste mesmo formam uma unidade”. HEIDEGGER, Martin. *O princípio da identidade*. In: Os pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 2000. pp. 174-175.

“Para Lévinas, a “doação de sentido” não virá primordialmente das estruturas intencionais do *ego cogito*, mas a partir da experiência primeira e mais humana – já no nível do desejo superando a necessidade – que é a relação social com outrem como Rosto – aquele que desfaz a todo instante a fixação da imagem que dele posso inferir no fenômeno. Rosto que é completamente outro, inadequado àquela racionalidade.” PELIZZOLI, Marcelo Luiz. *A relação ao outro em Husserl e Levinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994. p. 58.

HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta, 2006.

A *anterioridade da ética* para Lévinas, está ligada a diversas questões, pois, a consciência, a existência, e a objetividade não são as únicas formas em que o ser humano pode se manifestar, a existência humana se expressa em um âmbito anterior à linguagem e à própria compreensão. A anterioridade da ética coloca-se, para o pensador, em relação à ontologia fundamental existencial e a toda e qualquer filosofia. A anterioridade expõe-se em uma racionalidade ética *pré-originária*, fundada na relação *face a face* entre os seres humanos, e antecede qualquer manifestação destes, pois, a *inteligibilidade* e a *compreensão* podem suprimir a exterioridade do *outro* pela *representação* que cada um tem do mundo e pela própria ontologia absolutizante, que nega a alteridade.

“O *face a face* é a experiência ética por excelência no pensamento de Lévinas e funda no aparecer do *rosto* do outro a possibilidade de universalização da razão. Isto põe em questão a pretensão de universalidade da razão ontológica que se funda no

desvelamento da estreita qüididade do ente à luz do ser." COSTA, Márcio Luis. *Lévinas*: *uma introdução*. p. 23.

A perspectiva levinasiana: "Ser eu, para além de qualquer individuação a partir de algum sistema de referências, é ter a identidade como conteúdo. O eu não é um ser que permanece sempre o mesmo, mas o ser cujo existir consiste em identificar-se, em recobrar a própria identidade através de tudo o que lhe acontece. É a identidade por excelência, a obra original da identificação. O Eu é idêntico até em suas alterações." LÉVINAS. 1961a. In: COSTA, Márcio Luis. *Lévinas*: *uma introdução*. p. 113; difere, portanto, da heideggeriana por antepor à compreensão, ao pensar – e todas suas implicações, dominar, igualar a *si*¸ oprimir – a sensibilidade, a ética – como filosofia primeira – e a responsabilidade pelo *outro*. Assim, apesar de sua filosofia partir da ontologia, não contemporiza com o pensar de Heidegger, para quem: "O homem é manifestamente um ente. Como tal, faz parte da totalidade do ser, como a pedra, a árvore e a águia. Pertencer significa aqui ainda: inserido no ser. Mas o elemento distintivo do homem consiste no fato de que ele, enquanto ser pensante, aberto para o ser, está posto em face dele, permanece relacionado com o ser e assim lhe corresponde. O homem é propriamente esta relação de correspondência, e é somente isto. "Somente" não significa limitação, mas uma plenitude." HEIDEGGER, Martin. *O princípio da identidade*... p. 177.

"La verdadera vida está ausente." LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e infinito*... p. 57.

"... lo Infinito del Otro que mi pensamiento no contiene." LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e infinito*... p. 121.

LÉVINAS, Emmanuel. *Ética e* ***infinito****: diálogos com Philippe Nemo*. Lisboa: Edições 70, 2000. pp. 39-40.

"A existência é o imediato e originário confronto com o nu e cru "fato de ser". A existência aponta para o existente que "existe-já-existindo". O existente aparece como um "há" aderido ao "há", como um "é" aderido ao "é", como um existente aderido à existência." COSTA, Márcio Luis. *Lévinas*: *uma introdução*... p. 72.

LÉVINAS. 1947a, P. 110-115. In: COSTA, Márcio Luis. *Lévinas*: *uma introdução*... p. 80.

LÉVINAS, Emmanuel. In: POIRÉ, Fraçois. *Emmanuel Lévinas*. Apud. COSTA, Márcio Luis. *Lévinas*: *uma introdução*... pp. 44-45.

"El gozo – satisfacción y egoísmo del yo – es un acabamiento com relación al cual los seres tomam o pierden su significación de médios, según se coloquen em su camino o se desvíen de él." LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e infinito*... p. 117.

"O ato de alimentar-se é o primeiro ato moral. A pessoa que se alimenta recebe da bondade do outro o alimento; por exemplo, na relação entre recém-nascido e mãe, com a família e mais tade num âmbito social mais abrangente, a sociedade na qual a pessoa vive." SIDEKUM, Antonio. "Liturgia da alteridade en Emmanuel Levinas." In: *Utopía e Praxis Latinoamericana*. Maracaibo. Ano 10, N. 31. Pp. 115-123, Ouctubre-Diciembre, 2005. pp. 121-122.

LÉVINAS, Emmanuel. *Ética e* ***infinito...*** p. 98.

"Deve ficar claro que a crítica à estrutura e à atividade da identidade do Mesmo pressuporá ainda este Mesmo; ela não visa a destruição de sua identidade, mas sim a constituição de uma individualidade e interioridade concreta, aquém da tautologia da representação, aquém do eu puro, aquém do eu imerso na "ingenuidade apodítica" da razão participativa." PELIZZOLI, Marcelo Luiz. *A relação ao outro...* p. 70.

"A relação entre os entes humanos não é ontológica, mas ética. A ética, mais que relação, é experiência: experimentar na transcendência a vergonha e a culpabilidade de uma ingênua liberdade individual e egoísta que tudo pretende agarrar, objetivar e fazer seu para explorar; experimentar em mim a idéia do infinito que é o Outro como limite do eu posso poder e como primeira aproximação ou Outro; experimentar o desejo metafísico pelo Outro a quem ainda não se acedeu; experimentar o encontro sem mediações com o rosto do Outro estando face-a-face com ele." COSTA, Márcio Luis. *Lévinas*: *uma introdução...* p. 139.

"O movimento do encontro não se acrescenta ao rosto imóvel; está no próprio rosto. O rosto é, por si mesmo, visitação e transcendência."LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro homem...* p. 67.

"O rosto é, pois, o próprio sentido, o qual não se determina pelo crivo das mediações lógico-semânticas e referenciais, ou pelas condições e possibilidades de um *cogito*. Incontido, infinito, será inteligível em outro âmbito que o da adequação à visão – "o rosto fala", leva-nos a transcender o ser como correlativo de um saber." PELIZZOLI, Marcelo Luiz. *A relação ao outro...* p. 86.

"O eu nunca terá domínio conceitual ou mesmo físico sobre o outrem na concepção de Levinas, porque a própria grandeza da alteridade e sua forma de apresentação requer uma vazão do ser e do egoísmo." GODOY, Maristela. *A constituição da subjetividade...* pp. 23-24.

"... a proposição da exterioridade será feita em duas frentes – a primeira, uma exterioridade mais "fraca" e a segunda uma exterioridade "forte" (irredutível). A primeira é o mundo como *anterior* ao tempo da consciência, uma base concreta para o tempo da representação e para a identidade do eu como Mesmo, no "para-mim" do mundo. Ou seja, o mundo como condição material da consciência e exterior a ela (...) A segunda é a exterioridade do outro como Rosto, motivada pelo Desejo." PELIZZOLI, Marcelo Luiz. *A relação ao outro...* p. 70.

LÉVINAS, Emmanuel. *Ética e* ***infinito...*** p. 80.

"No Desejo, o Eu (Moi) põe-se em movimento para o Outro, de maneira a comprometer a soberana identificação do Eu (Moi) consigo mesmo (...) O Desejável não preenche meu Desejo, mas aprofunda-o, almientando-me, de alguma forma, de novas fomes. O Desejo revela-se bondade. Há em Crime e Castigo, de Dostoievsky, uma cena em que, a propósito de Sônia Marmeladova que olha para Raskolnikov no seu desespero, Dostoievsky fala de "insaciável compaixão". É como se a compaixão que vai de Sônia a Raskolnikov fossa uma fome que a presença deste último alimentasse para além de toda

saturação, aumentando, ao infinito, esta mesma fome." LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro homem*... p. 49.

"... para além dos motivos certos de exceção humana como dignidade da pessoa, conatus e preocupação de ser em um ser consciente de sua morte – à impossibilidade de rescindir a responsabilidade pelo outro, à impossibilidade mais impossível de deixar sua pele, ao dever imprescritível que ultrapassa as *forças de ser*. Dever que não pediu consentimento, que veio em mim traumaticamente, de aquém de todo presente memorável, anarquicamente, sem começar." LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro homem*... p. 16.

"Corremos os risco de não perceber a vida que está aí diante de nós, e que precisa da nossa resposta. Corremos o risco de não perceber o rosto do outro que se encontra caído pelas ruas, o outro que em muitas situações está com sua dignidade ameaçada." GODOY, Maristela. *A constituição da subjetividade*... pp. 117-118.

"La desnude zes rostro. La desnudez del rostro no es lo que se ofrece a mi par que lo devele y que, por esto, me sería ofrecido, a mis poderes, a mis ojos, a mis percepciones em una luz exterior a él. El rostro se ha vuelto hacia mí y es esa su misma desnudez. Es por sí mismo y no com referencia a un sistema." LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e infinito*... p. 98.

"A quatríade é a seguinte: "o pobre" (que não tem recursos econômicos), "a viúva" (que não tem marido que a sustente), "o órfão" (que não tem abrigo que o recolha), "o estrangeiro" (que não tem pátria onde pisar.) Em síntese, são "os condenados da terra", que hoje chamamos de excluídos. Pois bem, para Lévinas, a única idéia que lhes cabe é a "idéia do infinito"!" CINTRA, Benedito Eliseu. "Emmanuel Lévinas e a idéia do infinito." In: *Margem*. São Paulo, N. 16, pp. 107-117, Dez. 2002. pp. 114-115.

"El discurso no es simplemente una modificación de la intuición (o del pensamiento), sino una relación original com el ser exterior. (...) Es la producción de sentido. El sentido no se produce como uma esencia ideal: es dicho y enseñado por la presencia, y la enseñanza no se reduce a la intuición sensible o intelectual, que es el pensamiento del Mismo." LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e infinito*... p. 98.

"O terceiro é o ser livre contra o qual posso cometer injustiça, violentando-lhe a liberdade. A totalidade se constitui graças a outrem como terceiro." LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós*... p. 52.

"Eu tenho dito: é em nome da responsabilidade por outrem, da misericórdia, da bondade às quais apela o rosto do outro homem que todo o discurso da justiça se põe em movimento, sejam quais foram as limitações e os rigores da *dura lex* que ele terá trazido à infinita benevolência para com outrem." LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós*... p. 294.

"A condição da verdade da proposição não reside no desvelamento de um ente ou do ser de um ente, mas na expressão do interlocutor a quem eu *digo* tanto o ente que ele é como o ser de seu ente." LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós*... p. 61.

"... na concretude de uma responsabilidade por outrem: responsabilidade que lhe incumbiria imediatamente na própria percepção de outrem, mas como se nesta

representação, nesta presença, ela já precedesse esta percepçõa, como se ela já estivesse aí, mais velha que o presente, e, por isso, responsabilidade indeclinável, duma ordem estranha ao saber; como se, de toda a eternidade, o eu fosse o primeiro chamado a esta responsabilidade; impermutável e assim único, assim eu, refém eleito, o eleito. Ética do encontro, socialidade." LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós...* p. 291.

"É esta presença para mim de um ser idêntico a si, que eu chamo presença do rosto. O rosto é a própria identidade de um ser. Ele se manifesta aí a partir dele mesmo, sem conceito. A presença sensível deste casto pedaço de pele, com testa, nariz, olhos, boca, não é signo que permita remontar ao significado, nem máscara que o dissimula. A presença sensível, aqui, se dessensibiliza para deixar surgir diretamente aquele que não se refere senão a si, o idêntico." LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós...* p. 59.

"La verdad se conecta a la relación social que es justicia. La justicia consiste em reconocer em outro a mi maestro. La igualdad entre personas no significa nada por sí mesma." LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e infinito...* p. 95.

"O interlocutor aparece como que sem história fora do sistema. Não lhe posso fazer nem injustiça nem justiça, ele permanece transcendente na expressão." LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós...* p. 61.

Nesse sentido a análise de Lévinas sobre a Declaração dos direitos fundamentais do homem.

"La relación ética, opuesta a la filosofia primera de la identificación de la libertad y del poder, no está contra la verdad, va hacia el ser em su exterioridad absoluta y lleva a cabo la intención misma que anima la marcha hacia la verdad." *Totalidad e infinito...* p. 71.

APONTAMENTOS PARA UMA IDÉIA DE JUSTIÇA EM ROMA*

NOTES FOR AN IDEA OF JUSTICE IN ROME

Daniel Cabaleiro Saldanha

RESUMO

O presente ensaio aborda os fundamentos da idéia de justiça em Roma, perfazendo o percurso entre a transição da moral helênica à fundação do justo em Roma. Busca-se demonstrar que o fenômeno jurídico diferencia-se das demais ordens normativas, assumindo posição de destaque no cenário ético ocidental. Neste propósito, analisa-se a evolução do Direito romano, perpassando desde sua primeira manifestação escrita – a Lei das Doze Tábuas – até o Corpus Iuris Civilis. Apresentam-se as categorias essenciais do Direito em cotejo com o desenvolvimento histórico e político da Roma antiga, para concluir que o ius é uma ponderação entre o dever e a faculdade de exigir, determinado pela razão e efetivamente posto pela vontade.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO ROMANO – IDÉIA DE JUSTIÇA – FILOSOFIA DO DIREITO

ABSTRACT

The present essay deals with the basis of the Roman idea of justice, going through the transition of helenic moral to the foundation of Law in Rome. This essay aims to demonstrate that the juridical phenomena differ from the other normative orders, assuming a prominent position in the ethical scenario. On this purpose, we analyze the evolution of Roman Law, pervading since its first written expression – The Law of the Twelve Tables – until the Corpus Iuris Civilis. The essay presents the essential categories of Law in comparison with Rome's historical and political development and concludes that ius is a wariness of duty and the right to require, determined by reason and effectively placed by will.

KEYWORDS: ROMAN LAW – IDEA OF JUSTICE – PHILOSOPHY OF LAW

É com pesar que se verifica na literatura jurídica brasileira contemporânea o descaso para com o estudo do Direito Romano. Com efeito, conjura-se o estudo dos institutos jurídicos romanos sob o pretexto de se tratar de matéria ultrapassada, obsoleta, eivada de excessos bucólicos e claudicante quanto à proteção dos hipossuficientes. Outras

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

vezes, a ela se reportam em tom longínquo e superficial, como aquele que cumpre enfadonha tarefa. Ora, a mandriice das mentes relega a segundo plano a investigação das raízes da cultura jurídica ocidental e comete, pois, a maior das atrocidades: priva a ciência de desenvolvimento. Não satisfeitos, os verdugos do Direito Romano, com a sedução do discurso da modernidade, corrompem a juventude, incutindo a aversão ao passado. Trata-se, *mutatis mutandis*, da lógica obtusa do imediatismo. Parece, aos olhos de muitos, que o estudo do Direito Romano é pura necrologia.

Após o declínio do Império Romano e a conseqüente fragmentação européia, o Direito Romano retraiu-se, permanecendo latente nas diversas ordens normativas locais. Todavia, o modo de pensar, a *ratio* romana, já se tinha cristalizado. Efetivamente, a morte do corpo social e econômico que o havia forjado implicou no recuo do Direito Romano. Sem embargo, ressurgiria em fins do século XI, a chamada segunda vida do Direito Romano[1], expressão pioneiramente utilizado por Paul Vinogradoff[2]. Ora, Vinogradoff anuncia sua exposição proclamando que irá tratar da história de um fantasma, depois da decomposição do corpo no qual o Direito Romano havia primeiro visto a luz[3]. Essa segunda vida do Direito Romano pode ser temporalmente localizada a partir do final do século XI, com o retorno ao *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, prosseguindo até o momento em o que Direito Justinianeu desaparece do cenário do direito vigente na Europa.

Em alguns países, o desaparecimento do Direito Romano deveu-se à ascensão do Direito Anglo-Saxão[4]. Contudo, na Europa continental, foi a promulgação de uma codificação que, embora possuísse notada influência romanística já era direito nacional legislado, capitaneou a supressão do Direito Romano .

Saliente-se que, conforme nos relata Guillermo F. Margadant[5], há casos híbridos como a Escócia, onde o Direito Romano nunca foi totalmente alijado pela influência autóctone saxônica e, tampouco, foram codificados os ramos fundamentais do universo jurídico.[6]

Caso idiossincrático foi a formação do arcabouço jurídico do Reino de *Castilla*. Ali foram editadas as *Leyes de las Siete Partidas* (*Forum Judicum*), de Alfonso IX - o Sábio, primeiro publicadas em 1263 sem obrigatoriedade, foram posteriormente tornadas fontes supletivas, através do *Ordenamiento de Alcalá*, em 1348. Contudo, a permanência do Direito Romano em *Castilla* estender-se-ia até 1499, com a proibição legislativa do uso forense da literatura jusromanística, através das *Leyes de Toro* e com a *Nueva Recompilación*. Assim, o movimento que definitivamente rompe com o direito romano na Espanha culmina com a edição do Código Civil Espanhol de 1889.[7]

A África do Sul, ao lado de pequenas localidades como a Escócia, Québec, Sri Lanka, Botswana, Lesoto e Suazilândia permanecem com um chamado sistema misto de Direito, onde ainda sobrevive alguma parcela explícita do Direito Romano.

Se o direito justinianeu desaparece como direito positivo, permanece, porém, incrustado na formação jurídica, como uma marca indelével que tornou o Direito único, em relação às demais ordens normativas.

Pode-se dizer que o principal legado do Direito Romano ao Direito Moderno consiste na *ratio*, isto é, na razão prudencial, o modo de pensar, a sabedoria do Direito.

Nesta seara, ainda que se objete o casuísmo do Direito Romano, impõe observarmos, outrossim, que existia aí o nascedouro do pensamento propriamente jurídico, que opera com institutos e categorias. Ph. J. Thomas, em defesa do ensino do Direito Romano[8], esclarece que o modo de pensar de outrora é caracterizado por operar na confluência de vários fatores como a religião, a economia e a política. E justamente esse pensamento holístico e próprio dos juristas romanos é o diferencial a ser abordado no estudo do Direito. Nesse sentido, esclarece o autor:

"Mostrando que a lei e a ciência do Direito existem dentro de um contexto cultural e que este contexto cultural é subjetivamente determinado, resultando em que as soluções legais sejam também subjetivamente determinadas, o Direito Romano pode prover um importante contrapeso para a predominância da sustentação da educação jurídica no positivismo."[9]

O Direito Romano não pode ser considerado um sistema jurídico, dotado de coerência interna, completude e hierarquia definida. Sem embargo, já se desenvolvia em Roma a capacidade de se despregar das idiossincrasias da concretude dos fatos, em favor do pensamento abstrato. Nesse sentido, já se encontra, na seguinte sentença de Ulpiano, um dos cânones da interpretação, qual seja: o desapego à letra da lei e a busca da *mens legis*: "*Verbum: 'ex legibus', sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis*"[10]. Ora, *ex legibus* não se resume ao *verbis*, isto é, o comando que emana da norma é dotado de uma juridicidade mais ampla, que não pode ser coarctada por uma série de significantes. Nesse diapasão, o Direito Romano já se apercebia que o Direito é uma realidade axiológica, que valora circunstâncias fáticas e daí extrai a normatividade.

Ulpiano já afasta o tratamento do Direito como realidade fática, ontológica, desvinculando a *legis* da *verba*. Veja-se que, em grego, o vocábulo que designa razão e palavra é o mesmo: *nomos*. A sapiência que existe nesta sentença de Ulpiano consiste, propriamente, em explicitar que, em língua latina, a *legis* é uma expressão, um produto da razão e não se resume à sua expressão material. Se, em grego, *nomos* pode significar essa díade razão/palavra, o mesmo não se dá em latim. Ulpiano consagrou a separação da ideação racional que envolve o fenômeno jurídico, da materialidade de sua expressão verbal.

Contudo, é a definição de regra jurídica de Paulo aquela que melhor expressa a dissociação entre o Direito e regra. Se o Direito nasce em Roma, como fenômeno normativo que se aparta da moral[11], a idéia de Direito não poderia identificar-se à idéia de regra. Regras já existiam, quer de conteúdo religioso, quer de conteúdo moral. Contudo, o Direito avança em direção a um conceito de justiça. Eis as palavras de Paulo:

"*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*."[12]

Embora seja a lei a principal fonte de expressão, isto é, a forma[13] do Direito, concebe Javoleno que não cabe ao Direito definir, fixar. O Direito, mais uma vez, surge como uma ordem axiológica e deontológica, ou seja, valora as condutas e sobre sua

valoração impõe condutas. Não se trata, pois, de uma ordem de pensamento descritiva, ontológica. Nas palavras deste jurisconsulto:

"*Ominis definitio in iure civili periculosa est ; parum est enim, ut non subverti possit.*"[14]

Ao Direito não cabe definir. Não apenas em função da volatilidade das circunstâncias sociais, mas também em função de sua própria natureza. A norma jurídica apenas define a hipótese-de-fato, sua função precípua é atrelar a essa descrição uma conseqüência jurídica. Somente com Kant essa realidade axiológica do Direito tornar-se-ia clara. O que hoje se nos parece uma obviedade, ao tempo de sua afirmação no panteão das ordens de conduta ética representou um passo decisivo.

Cícero, em seu tratado das leis, é pioneiro em definir a lei como produto da razão (embora ainda trate da razão divina)[15]. Trata-se do jusnaturalismo de matriz cosmológica, presente na Grécia, que agora se transmuta para outro fundamento de validade: Deus. Não obstante, já se reconhece que o Direito é uma realidade valorativa; cria, portanto, proposições deontológicas, através de juízos que, quanto à relação, são considerados hipotéticos (ainda que não estejam diretamente expressos na forma hipotética) e expressam um dever-ser. Já em Roma percebe-se que o Direito não pode manifestar-se através de juízos assertórios ou necessários, porque prescreve condutas. Nas palavras de Cícero:

"*ut perspicuum esse possit, in ipso nomine legis interpretando inesse uim et sententiam iusti et iuris legendi.*"[16]

O grande edifício jurídico ocidental que começara a ser erguido em Roma foi, desde seu despertar, marcado pelo emprego da linguagem, como veículo de externalização do comando. A essa forma de expressão lingüística do corpo normativo podemos, em sentido amplo, atribuir o nome de Código[17]. As primeiras instituições reconhecidas em Roma foram as Leis das Doze Tábuas Decenvirais, isto é, direito escrito. A noção de justiça, tida como noção ampla que remonta a atitudes valorativas sobre condutas, pode ser primeiro localizada nos poemas homéricos nas representações de *Themis* e *Themistes*. Quando o imperador/rei decidia uma disputa, o resultado do julgamento era tido como produto direito de inspiração divina, esse agente divino que inspirava o veredicto era justamente *Themis*, cuja moderna representação é a deusa da Justiça. Seu plural - *Themistes* - representa os veredictos em si, os julgamentos. Note-se, pois, que do rei eram oferecidas sentenças e não normas. Ainda nos poemas homéricos, surge a noção de *Diké*, cujo conteúdo de significado flutua entre julgamento, costume e uso.

Como narra Sumner Maine, o próximo passo no desenvolvimento do Direito foi a substituição do monarca heróico, como descreve Homero, pela ascensão das aristocracias. Explique-se: a imagem do monarca sagrado, de coragem, força e sabedoria superlativas, foi gradualmente definhando com as sucessões hereditárias. Nas palavras de Sumner Maine:

"Se a linguagem tão precisa pudesse ser usada nesta revolução, poderíamos dizer que o ofício do rei foi usurpado por aquele do conselho dos líderes, ao qual Homero repetidamente alude e retrata. Em todos os eventos de uma época em que reinava o

monarca, nós chegamos em toda a Europa a era das oligarquias; e até onde a nomenclatura das funções do monarca não desaparece, a autoridade do rei é reduzida a uma mera sombra."[18]

Ao passo que as aristocracias orientais buscaram sua fundamentação no apelo religioso, isto é, em organizações assembleares ou eclesiásticas, no ocidente as aristocracias assumiram formas político-civis. Naquilo que tange ao universo jurídico, essas aristocracias eram, a um só tempo, os depositários e administradores da lei. Embora a imagem da inspiração divina ainda permanecesse em certa medida, o apelo desloca-se para o monopólio do conhecimento da lei. Essa aristocracia preserva o conhecimento da lei de modo a perpetuar e preservar os costumes de determinada tribo ou raça. Neste momento ainda se cuida da lei não-escrita, precursora da *lex* que surgiria em Roma.

Em várias partes da Europa, à experiência deste Direito costumeiro e tribal seguiu-se a formação dos chamados códigos, como as já citadas Doze Tábuas Decenvirais ou o Código de Sólon e as leis de Draco, estes últimos ambos helênicos. A redução a escrito das normas, até então depositadas na sabedoria da aristocracia, representou o grande salto qualitativo dos povos ocidental-continentais, pois se ganhou em proteção contra a fraude e a depravação espontânea das instituições. Sumner Maine atribui à criação tardia do Código de Manu suas prescrições cruéis e absurdas e, de outra parte, à precoce edição das Doze Tábuas em Roma seu maior desenvolvimento em relação ao povo hindu. Tito Lívio, em sua História de Roma[19], assim descreve a edição das Leis das Doze Tábuas Decenvirais:

"Quando esta justiça, incorruptível como aquela dos deuses, rendeu-se igualmente aos grandes e aos pequenos, os decênviros não negligenciaram a redação das leis. Para satisfazer a uma demanda que toda a nação tinha em suspense, eles apresentaram enfim as dez tábuas e convocaram a assembléia do povo. Para o júbilo, para a glória, para a prosperidade da república, para a felicidade dos cidadãos e de seus filhos, eles se puseram a ler essas leis que propunham. Quanto a eles, tanto quanto são capazes dez cabeças humanas, eles estabeleceram dentre os direitos de todos, grandes e pequenos, um equilíbrio exato. Mas podia-se esperar desde logo o concurso de todos os espíritos e reunir suas observações. Eles precisaram, em particular, em toda sua sabedoria, sopesar cada coisa, discutí-las em seguida e declarar acerca de cada ponto aquilo que eles tinham adicionado ou suprimido. Assim, o povo romano tinha leis das quais podia se jactar não apenas de as haver aprovado, mas também de as haver proposto eles mesmos. Depois que cada um dos capítulos apresentados sofreu as correções indicadas pela opinião geral, e julgadas necessárias, os comícios por centúrias adotaram as leis das dez tábuas. Em nossos dias, neste amontoado enorme de leis entalhadas umas sobre as outras, elas são também o princípio de nosso direito público e privado. Note-se que ainda existiam mais duas tábuas, cuja reunião às outras completava de toda sorte o corpo de todos os direitos dos romanos."[20]

A edição da Lei das XII Tábuas Decenvirais representa, portanto, um momento de evolução do Direito, que avança rumo à universalidade explícita, tanto em sua forma - escrita, quanto em seu conteúdo com a proscrição clara do privilégio[21]. É, pois, a elevação dos mores ao plano da racionalidade. Trata-se de um passo diquelógicamente orientado para a segurança jurídica.

Em Roma surge, pois, a *lex*, isto é, regra que provém da vontade e, como lembra Joaquim Carlos Salgado, realiza "a unidade inscindível da *voluntas* com a *ratio*, superando o dualismo entre direito natural e positivo"[22]. Como vontade, a lei é uma ordem de conduta[23]; como razão, a lei tem um bem jurídico a preservar, o *ius*. Assim conclui Joaquim Carlos Salgado:

"É nesse sentido que se concebe o direito como um fenômeno total em Roma. A *voluntas*, que não é particular, mas expressa como universal, só pode ser tal se fundada numa razão de ser, ou seja, o bem jurídico a preservar: o *ius*. A preocupação fundamental da jurística é encontrar primeiro o direito, o bem jurídico a ser atribuído, para depois elaborar a regra de decisão do caso ou de prevenção de conflitos (*lex*)"[24]

Neste passo, posto emanar da razão, a *lex* daí extrai sua universalidade. E, assim, define Cícero:

Nam ut illi aequitatis, sic nos delectus uim in lege ponimus, et proprium tamen utrumque legis est.[25]

Some-se a isso a superlativa valorização da figura do jurista, perpetrada em Roma. A Grécia transmitiu aos romanos o rigor do pensamento, do raciocínio analítico, que opera através do entendimento. Sobretudo através da influência do estoicismo, notadamente com Sêneca e Plotino, o *logos* científico chegou até a península itálica. Todavia, foi ali pioneiramente aplicado a um novo objeto de estudo: o Direito. Nesse desiderato, o povo romano inaugurou a valorização do jurista como figura fundamental na sociedade. O assim considerado primeiro jurista em Roma foi *Cnaeus Flavius*[26], cujo trabalho consistiu na publicação, ao redor do ano 300 a. C, das fórmulas a serem pronunciadas em juízo para a ativação do direito, isto é, as *actio legis*. Estas fórmulas, até então de domínio exclusivo da classe sacerdotal, agora estavam ao alcance dos demais pensadores seculares. Cícero assim narra esta passagem:

"Se esta opinião não é geralmente adotada, nós podemos oferecer várias razões. Em primeiro lugar, aqueles que nos séculos precedentes possuíram esta ciência, fizeram dela um mistério, para aumentar seu prestígio; em seguida, o que é bem conhecido é que Cn. Flavius expôs as diversas ações, mas não se encontra ninguém que saiba dar a todos esses elementos uma ordem metódica. Com efeito, para reduzir com arte essas observações esparsas, não é suficiente conhecermos a matéria de que se trata, é necessário ter o talento de reunir essas observações em um corpo de doutrina."[27]

O episódio é descrito nestas palavras por Tito Lívio:

"No mesmo ano, o escriba Cn. Flavius, filho de Cneus, nascido de um pai libertino, com pouca fortuna, mas homem de grande educação e facunda, foi elevado à condição de édile curul. Eu encontro em alguns anais que, como ele exercia funções de discípulo dos édiles, vendo que a tribo era chamada em primeiro lugar para exercer seu sufrágio, nomeando-o édile, não queria receber sua nomeação, em razão de sua profissão de escriba. Contudo, veio a subir na tribuna e afirmou que não se arrependeria jamais. Macer Licinius sustenta que ele a havia abandonado desde o princípio; ele se baseia na afirmação de que Flavius havia sido tribuno anteriormente, ele que ele havia exercido dois tipos de triumviratos, o triumvirato da noite, e um outro para o estabelecimento de uma colônia. De resto (e é este um ponto sobre o qual nos colocamos em acordo), ele

disputou sempre a altura dos nobres, que subestimavam sua baixa linhagem. Ele entregou ao público as fórmulas da jurisprudência que estavam reservadas nas mãos dos pontífices, como o fundo do santuário; e, para colocar os cidadãos em condições de conhecerem por si mesmos os dias em que a religião permitia faltar aos julgamentos, ele fez colocar ao redor do Fórum as tábua do calendário romano."[28]

A fundação hipotética de Roma deu-se no século VIII a. C, no contexto de um emaranhado de povos; os latinos, etruscos e sabinos, com notada influência grega das cidades marítimas do sul da península. Atribui-se a Rómulo[29], o fundador de Roma segundo os testemunhos de Tito Lívio[30] e Dionísio de Halicarnasso[31], a divisão do povo entre patrícios e plebeus, a distribuição das tribos em trinta cúrias, a criação da assembléia destas cúrias, o senado e a realeza[32]. A figura do rei inaugurada com Rômulo é de lapidar importância para a configuração da idéia de Direito. Embora num momento inicial o Rei ainda não detivesse verdadeiras faculdades legislativas, pois as normas de conduta consistiam nos *mores* gentilícios, e fosse tido como uma espécie de oráculo divino, sua concepção como instituição é fundamental para a compreensão do Direito como fenômeno de poder. Nesse sentido podemos mencionar a *Lex Regia* (cuja expressão material que nos chega - a *Lex Imperii Vespasiani* - é de um período posterior) como elemento simbólico originário da transferência e legitimidade do poder.[33]

Sobre essa base, Roma desenvolveu uma ordenação de condutas própria e especial, que legou ao Ocidente: o Direito.

A denominação técnica do Direito, como essa ordem exterior e positiva que impõe obediência, foi a palavra *ius*[34]. A palavra *ius* possui etimologia obscura, conforme nos informa Bonfante. Certamente não deriva de *iustum* ou *issum*, palavras que derivam de *ius* (raiz *iugo*). Lingüistas modernos tendem a relacionar o termo *ius* ao verbo *iurare* ou à palavra sânscrita *iaus*. Esta palavra encontra-se uma vez nos Veda e possui o sentido de saúde, felicidade, com um caráter religioso. Essa origem sânscrita anuncia o caráter positivo do termo Direito e sua preocupação com a benignidade e indulgência social; veja-se a definição de Celsus, anunciada por Ulpiano*:*

"Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et æqui."[35]

Embora de conteúdo indefinido, o conceito de *ius* conforma algo de inovador.Trata-se de um conceito novo, com o seguinte conteúdo, nas palavras de Álvaro D´Ors:

"*En todas esas relaciones creo que ius tiene un sentido único, un sentido intermedio entre la norma y la facultad, que es precisamente, el de posición justa.* [...] *Ahora bien: ius est no quiere decir, evidentemente, ni ' hay facultad', ni 'hay norma', sino más bien: ' es justo'.* [...] *Toda la dialética de la vida jurídica estriba en el discernimiento de la posición justa. Todas las personas y todas las cosas tienen su posición; cuando su posición es justa, tienen ius, y la iustitia, como vimos, pone fin a la contienda de posiciones, declarando cual es la justa, dando el ius a cada uno.*"[36]

Como nos relata Joaquim Carlos Salgado[37], a formação da consciência jurídica no mundo contemporâneo pressupõe a experiência desta consciência, isto é,

pressupõe o processo pelo qual essa consciência faz experiência do conhecimento, primeiro tomado como objeto e, posteriormente, como conhecimento de si mesma. A consciência jurídica, neste passo, posiciona-se no amplo espectro da razão prática, pressupõe a dialética da razão teórica e volta-se a si mesma, fazendo uma experiência da própria consciência. Essa experiência da própria consciência, no nível fenomenológico, manifesta-se, historicamente, em três momentos, conforme nos ensina Salgado:

"É possível, pois, figurar historicamente esse processo em três momentos fundamentais no curso da cultura ocidental, como já se observou: o homem (animal racional) na cultura grega, a pessoa de direito na cultura romana, cindida na concepção de pessoa moral na cultura cristã, e o sujeito de direito a partir da cultura moderna, operando a síntese dialética no cidadão ou indivíduo livre detentor de direitos fundamentais declarados ou positivados como vontade universal e valores universais na Revolução Francesa."[38]

É justamente nesse momento de manifestação da consciência jurídica, que corresponde à formação da pessoa de direito, que surge o Direito como realidade intelectiva e prática diferenciada.

É preciso compreender a crise por que passava o Ocidente. A decadência da cidade grega e a ascensão do Império Romano iriam, desde logo, delimitar o ponto zero da formação jurídica ocidental. Trata-se de um momento de crise ética, em que a concepção de totalidade moral foi cindida. A percepção do vínculo que une aquele que age e quem sofre as conseqüências de cada conduta altera-se. Onde antes existia uma totalidade orgânica, entre homem e cidade, cede lugar à díade cidade/cidadão. O bem agir, no contexto helênico, importava em um esforço em busca da felicidade (*eudaimonia*), uma felicidade que não pode ser compreendida no âmbito individual, mas tão-somente em relação com a felicidade da cidade (*homonóia*). Trata-se de uma realidade de imbricada coincidência entre o homem e a natureza. Já em Roma, essa totalidade sofre uma cisão, o homem agora pertence à cidade, estabelece-se, pois, um vínculo de pertinência e não de ipseidade. Para ele, surge o *ius civile*. A conduta não poderá ser aferida segundo os padrões do bom e do mau, mas do justo. A justiça assume uma conotação própria, particular, pois a moral não poderia suprir as necessidades normativas de uma cidade, que agora assume uma posição distinta do homem. Essa cisão que se opera, um movimento histórica, cultural e logicamente necessário, é a responsável pela explicitação do conceito de bilateralidade.

Esse Direito conformado em Roma haveria de possuir alguns caracteres que o fizessem, a um só tempo, diferente e superior[39] aos demais ordenamentos de condutas. Assim, pode-se dizer, em linhas gerais, que esse conceito[40] romano-universal de Direito é caracterizado por suas categorias essenciais, quais sejam: bilateralidade "tributiva", exigibilidade e irresistibilidade.

Essa bilateralidade "tributiva"[41] caracteriza o fenômeno jurídico porquanto o extrema da experiência moral. O agir moral pertence ao sujeito ativo e nele se esgota. O período helênico ainda não tem consciência de um outro-diferente-de-si. O justo moral realiza-se numa relação na qual ipseidade e alteridade estão mutuamente imbricadas; trata-se do contexto da bela totalidade da *pólis* grega, conforme o figura Hegel. O agir jurídico pressupõe o reconhecimento, isto é, a percepção de um outro-igual, de uma outra consciência que impõe limites. O Direito necessita dessa cisão de ipseidade e

alteridade para conformar um nexo que, agora, não mais pertence ao sujeito ativo e, tampouco, ao sujeito passivo, mas se configura um nexo transubjetivo. Assim, tem-se uma bilateralidade que importa numa relação de polaridade entre sujeitos que se vinculam objetivamente mediante a chancela do Estado, para exercerem suas pretensões ou competências. A *tributividade* decorre da posição objetiva ocupada pela relação jurídica, na qual o Direito (Estado) confere a cada qual suas pretensões. A relação jurídica que encerra essa bilateralidade *tributiva* já é anunciada por Ulpiano: "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi"*[42]. A justiça surge então como um valor formal, que estabelece a regra de tribuição destes valores, quer através da conexão com a vontade, como o faz Ulpiano (*constans et perpetua voluntas*), quer em conexão com a razão, como faz Cícero e, posteriormente, Tomás de Aquino e Kant. Assim, conclui Salgado:

"O Direito é, então, processo de revelação, 'tribuição' e garantia de valores no plano do bem comum, segundo a idéia de justiça; é solução dos conflitos de interesses no plano da coexistência ou da ordem, mas com pretensão de solução justa dos conflitos. É, ainda, técnica ou metódica que precede a normatização do fato por meio dos institutos jurídicos, portanto da ciência, e da valoração do justo, portanto da Filosofia do Direito. Esse aspecto formal, contudo, mostra-se na articulação dialética com o bem jurídico ou valor jurídico revelado na consciência jurídica que normatiza o fato."[43]

Dessa *tributividade* decorre a exigibilidade da conduta devida. Uma vez que o nexo jurídico não jaz em nenhum dos pólos da relação, pertencendo simultaneamente a ambos, quando um falha, ao outro é facultado exigir. Esse sentido objetivo e transubjetivo da bilateralidade *tributiva* cria, portanto, uma garantia contra o descumprimento. Surge, aqui, um conceito propriamente jurídico, o conceito de dívida. Essa garantia é fruto da segurança e da certeza inerentes à relação jurídica.

De outra parte, o agir moral não é exigível. Não o é apenas por estar incerto em uma realidade desprovida de mecanismos para ativá-lo, mas por sua própria natureza. A ação moralmente louvável esgota-se em si mesma, assim também ocorre com a ação moralmente reprovável. Não há, dentro da concepção moral grega, uma repercussão na esfera individual alheia. Explique-se: as repercussões do ato reprovável são as mesmas para o homem e para a cidade. Não se exige o cumprimento de dever diverso, mas apenas se exclui do organismo político. Aquele que, espontaneamente, cumpre seu dever, o faz com foco em seu próprio agir e não diante do exercício de uma faculdade que se abre a outrem. A exigibilidade mostra sua interface com a bilateralidade na medida em que se, ao credor é facultado exigir, ao devedor, se se transmuda-se na condição de credor do mesmo objeto, também se abriria a mesma faculdade.

Por derradeiro, resta mencionar a irresistibilidade diante do comando jurídico. Trata-se de um atributo da norma jurídica que a torna incontestável, social e racionalmente. Nas palavras de Salgado:

"A irresistibilidade integra a estrutura categorial da Consciência Jurídica e decorre da universalidade representativa da *auctoritas* e da validade universal abstrata da norma jurídica [...] implica, portanto, não só a força coativa, mas a fundamentação ulterior de qualquer decisão ou a ação da autoridade como de toda a sociedade, portanto com mérito de sua força e de sua vontade." [44]

A irresistibilidade é, assim, uma decorrência lógica da origem política do Direito. O Direito constitui o vetor de explicitação da razão, ao passo que o ato de vontade é seu instrumento de realização, isto é, a política. Nesse passo, a irresistibilidade material que decorre do comando jurídico reporta-se, como salientado por Salgado, à "universalidade representativa da *auctoritas* e da validade universal da norma jurídica".

É de conhecimento amplo o brocardo de Cícero *cum potestas in populo auctoritas in Senatus sit*[45]. É preciso compreender o contexto dessa colocação. Esse brocardo está inserido no diálogo entre Marcus e Quintus, no qual Cícero expõe a importância do Senado, onde se decidem as matérias de interesse do Estado (*Nam ita se res habet, ut si senatus dominus sit publici consilii*). O que fornece sustentação ao Senado é a consideração de que todos os decretos que dele emanam têm força obrigatória (*Eius decreta rata sunto*), que é suportado por todos (*quodque is creuerit defendant omnes*) e que as ordens inferiores aceitem que a república seja governada por conselhos superiores. Neste passo, pode-se considerar que o poder remanesce com o povo e que a autoridade pertence ao Senado. O sentido da separação entre estes dois institutos, assim, reporta-se ao fundamento da autoridade. Os decretos senatoriais vinculam não em função da força, mas em consideração à *dignitas* que imanta aquela instituição. Os *decreta* do Senado são, assim, dotados de vinculatividade em atenção à dignidade (qualidade) daquela instituição. A função da autoridade senatorial é zelar pela continuidade de Roma e sua repercussão social é a irresistibilidade do comando da lei, para que a cidade mantenha-se na moderação e na concórdia (*teneri ille moderatus et concors ciuitatis status*)[46]. A autoridade é, assim, o fundamento de validade formal do Direito.

Surge, então, o justo qualificado pelo adjetivo jurídico. O dever imposto pela norma torna-se qualificado pela irresistibilidade. O Direito forjado no Lácio encerra na norma, agora jurídica, a essência do justo sem se descurar do aspecto da existência: a força que o garante. Não por acaso, Justiniano assim abre o prefácio das Institutas:

"*Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari et princeps Romanus victor existat non solum in hostilibus proeliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tam iuris religiosissimus quam victis hostibus triumphator*."[47]

É precisamente nesse influxo entre a exigibilidade e a irresistibilidade que surge a força, uma força eticamente destinada a fazer cumprir o justo jurídico.

O gênio romano conformou um instituto que encerra em sua ontologia essas características essenciais do conceito de Direito. Trata-se da *actio*. Na definição de Celso: "*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persenquendi"*[48]. A *actio* configura-se, destarte, como um instrumento de defesa da pretensão resistida, o direito a perseguir o devido em juízo. A ação, ou ao menos a exceção, surge como consectário da coerção jurídica e é inerente a qualquer direito subjetivo. A ação é a manifestação da justiça formal no momento da aplicação, ao direito foi impresso o caráter de coercibilidade vinculante, cumprindo-se o comando independemente da oposição do devedor e com caráter de exclusividade, porque prevalece sobre qualquer outra norma.

Está-se diante de construção conceitual do Direito, capaz de agasalhar os caracteres do jurídico, servindo de termo médio para a efetivação da força encarcerada na norma abstrata e universal.

A *actio* avultou-se de tal maneira no contexto jurídico romano que o possuir ou não um direito expressava-se dizendo possuir ou não a faculdade de exercitar a *actio.* Essa postura é oriunda da formação do Direito nas mãos do pretor, que ao introduzir inovações não o fazia mediante normas, mas concedendo em seu *edicto* a *actio* adequada. O período em que floresceu o Direito Romano é, justamente, o chamado período do Direito Honorário, quando as relações jurídicas desenvolviam-se através da concessão pretoriana (*officium praetoris*) e de suas decisões (*officium iudicis*). Assim, muitos direitos de origem pretoriana não possuem sequer denominação própria, sendo expressos por sua ação[49], por exemplo, a *actio Publicana* ou a *actio Serviana*.

A já anunciada relação entre o Direito, a liberdade e a força é sintetizada, como lembra com maestria Salgado, na ação do *interdictium de homine libero exhibendi*[50]. Surge um justo qualificado, suprassumido da realidade, delimitado por uma forma e garantido pela força. É, pois, que a idéia de justiça alcançou um novo patamar[51]: um justo jurídico.

Essa positividade conferida ao conceito de justiça através de seu relacionamento com a força e o poder havia sido questionada no mundo grego, através dos pensadores que constituem, embora heterogeneamente, o conjunto dos jusnaturalistas cosmológicos. Dentre uma infinidade de textos, podemos destacar α) os fragmentos morais de Demócrito, nos quais o querer é o motor do agir moral gerando responsabilidade: "O inimigo não é aquele que comete a injustiça, mas aquele que a quer"[52] e ainda "As leis não impediriam a cada um de viver segundo seu pendor, se as pessoas não se fizessem mal mutuamente. Pois a inveja é o começo da discórdia"[53]; β) Antifonte: "Aquelas Leis que resultam de um acordo mútuo não são naturais, mas aquelas da natureza, que são naturais, não resultam de um acordo. Logo, aquele que transgride a lei, se o faz às escondidas daqueles que estabeleceram o acordo escapa da vergonha e do castigo. Mas não, se ele não o faz às escondidas. Quanto às normas naturais da natureza se, indo além do possível, as violamos, mesmo se o fazemos às escondidas de todos os homens, o mal não é menor, e se todos os sabem, não é maior. Pois o prejuízo não vem da opinião, mas da verdade. O que explica esse problema é que as prescrições do justo segundo a lei estão, a maior parte do tempo, em conflito com a natureza."[54]; γ) Sófocles, com Antígone, chamada por Maritain[55] de eterna heroína da lei natural:

"Não foi, com certeza, Zeus que as [leis que a condenaram à morte] proclamou,/ nem a justiça com o trono entre os deuses dos mortos/ as estabeleceu para os homens./Nem eu supunha que tuas ordens/ tivessem o poder se superar/ as leis não-escritas, perenes dos deuses, visto que és mortal./ Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas/ são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram./ Por isso, não pretendo, por temor à sentença às decisões/ de algum homem, expor-me à sentença/ divina. Sei que vou morrer." [56]

Todavia, o embate entre o justo natural/racional e o justo positivo permaneceria. Exemplo claro encontramos no diálogo entre Sócrates e Trasímaco na República de Platão. Trasímaco oferece seu conceito de justiça: "a justiça não é outra coisa que o interesse do mais forte"[57] que é desqualificado por Sócrates, que, todavia, não

consegue, nesse momento, expor seu conceito de justiça, configurando um diálogo aporético.

Norberto Bobbio ensina que "o ordenamento jurídico não nasce de um deserto"[58]. Se é certo que a ordem jurídica não desponta do vazio, não menos apropriada é a lição de Joaquim Carlos Salgado[59], para quem o Direito pode ser considerado um *maximum* ético. Explique-se: a conduta dos homens é pautada por diversas ordens normativas como a moral, a religião, os convencionalismo sociais, o Direito. Neste panorama das ciências do *ethos* exsurge o Direito como ponto de cumeada, como resultado do processo de desenvolvimento da Ética. Ainda que se nos pareça paradoxal[60], é em Roma que esse processo atinge sua plenitude. O gênio romano foi capaz de desvencilhar o Direito da Moral, conformando uma ordem normativa própria e dialeticamente superior. Neste passo, apartam-se Moral e Direito e, sobre este último, assentou o Ocidente, sobre uma idéia de justiça que nascera em Roma.

Essa idéia de Direito que se funda em Roma preocupa-se, portanto: α) com a amplitude do aspecto racional (*virorum prudentum consultum*)[61], sua natureza intelectiva; β) com a generalidade abstrata da lei (*lex est commune praeceptum*[62] - *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*[63]), isto é, sua universalidade; γ) com a perspectiva do consenso (*communis reipublicae sponsio*), ou seja, da legitimidade e, por derradeiro, δ) com a perspectiva existencial - a coerção, cuja maior expressão é a irresistibilidade (*coercitio*).

Não obstante, o direito (*ius*) não se confunde com as regras (*regulas*). O Direito é tratado como uma universalidade, que ainda é uma universalidade abstrata. O Direito somente concluirá sua faina, consagrando-se na perspectiva da universalidade concreta quando da real efetivação dos direitos consagrados nas cartas políticas pós-revolucionárias. Mas é certo que já em Roma o Direito afasta-se da simples particularidade que é a regra. O Direito é muito mais amplo, inclui as *leges*, os plebiscitos, os *senatus consulta*, as decisões do imperador (*constitutiones principium*), os editos dos magistrados e, sobretudo, os *responsa prudentium*[64]. Nesse sentido, assim nos coloca Juliano:

"*In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*"[65]

Podemos, assim, concluir que o *ius* que nasce em Roma sempre é uma ponderação, o equilíbrio entre o dever e a faculdade de exigir. O *ius* é assim aquilo que é determinado pela razão, o que é efetivamente posto pela vontade e o que é exigido pelo titular do direito. É o conteúdo de racionalidade que se busca ao regular o fato. Os grandes jurisconsultos romanos já anunciavam esta relação do Direito com a razão: Celso[66], Juliano[67], Marcelo[68], Paulo[69] e Modestino[70]. Essa relação também seria anunciada pelos imperadores Constantino e Licínio em uma de suas constituições[71].

Referências Bibliográficas

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; GUARINO, Antonio. *Breviarum iuris romani*. Milano: Giuffrè, 1951.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite. 6. ed. Brasília: Ed. UnB, 1995.

BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano.* Trad. Luis Bacci e Andrés Larrosa. Madrid: Editorial Réus, 1929.

CASSIUS DIO. *Roman History*. Trad. Earnest Cary. Boston: Harvard University Press, 1914, p. 5 *usque* 31.

CICERON. *Oeuvres Completes de Cicerón*. Trad. M. Nisard. Paris: Dubochet, 1840.

CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus In*: APPHUN, Charles. *Cicéron, De la Republique, Des Lois*. Paris: Garnier, 1932.

CUSHING, Luther S. *An introduction to the study of Roman Law*. Boston: Little Brown and Company, 1854.

D' ORS, Álvaro. Aspectos objetivos y subjetivos de "ius". *In: Studi in Memoria di Emiliano Albertario.* Vol. II. Milano: Giuffrè Editore, 1953.

DIELS, Herman; KRANZ, Walter. *Die Fragmente der Vorsokratiker In: Les Presocratiques*. Trad. Jean Paul-Dumont. Paris: Gallimard, 1988.

DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rh?maik? Archaiologia In: DYONISIUS* OF HALICARNASSUS. *Roman Antiquities*. Trad. Earnest Cary. Boston: Harvard University Press, 1950;

DYONISIUS OF HALICARNASSUS. *Roman Antiquities*. Trad. Edward Spelman. Vol. I a IV. Londres: Booksellers of London and Westminster, 1758.

FLOBERT, A. *Tite-Live. Histoire romaine*. Livres I à V. Traduction nouvelle. Garnier-Flammarion: Paris, 1995.

GALLO, Fillipo. *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1993.

GARCIA DEL CORRAL, Idelfonso. *Cuerpo del derecho civil romano*. Valladolid: Lex Nova, 2004.

GARCIA GALLO, Alfonso. *Curso de Historia del Derecho Español*. 5. ed. Madrid: Artes Graficas, 1950.

JUSTINIANO, Imperador. *Corpus Iuris Civilis*. Comp. Paulus Krueger e Theodor Mommsen. Berolini: Weidmannos, 1954.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. António Ulisses Cortes. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2004.

MARGADANT, Gillermo F. *La segunda vida del Derecho Romano*. Ciudad de Mexico: Ed. Porrua, 1986.

MARITAIN, Jacques. *O Homem e o Estado*. Trad. Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1966.

MINGUIJON ADRIAN, Salvador. *Historia del Derecho Español*. 3. ed. Barcelona: Labor, 1943.

ORTOLAN, M. *Historie de la législacion Romaine.* 3ed. Paris: Videcoq Fils Ainé et Plon Frère, 1851.

REALE, Miguel. Bilateralidade Atributiva. *In. Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 332 *usque* 342.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo:* fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SÓFOCLES, *Antígone. In:* ALMEIDA, Guilherme. *A Antígone de Sófocles.* 2ed. Petrópolis: Vozes, 1968.

SUMNER MAINE, Henry J. *Ancient Law*. New York: Cosimo Classics, 2005.

THOMAS, Ph. J. Alternative Paradigm for Roman Law. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquitè*. 3e Série, Tome XLV, p. 647-657,1998.

TITO LÍVIO. *Oeuvres de Tite-Live (Histoire romaine)*. Trad. M. Nisard. Tome I. Paris: s/e, 1864.

VINOGRADOFF, Paul. *Il Diritto Romano nell'Europa Medioevale.* Trad. S. Riccobono. Milano: Giuffrè, 1950.

---

[1] Essa segunda vida do Direito Romano foi influenciada pelo Direito Canônico e, em certa medida, pelas ordens normativas particulares germânicas dos povos bárbaros que se assentaram no antigo Império Romano Ocidental, a partir da queda de Roma, no ano 476 d. C.

[2] *Cf.* VINOGRADOFF, Paul. *Il Diritto Romano nell'Europa Medioevale.* Trad. S. Riccobono. Milano: Giuffrè, 1950.

[3] "*La storia che vengo ad esporre è, considerata sotto uno speciale punto di vista, una storia, direi quase, di un fantasma. Si tratta di una seconda vita del Diritto Romano*

dopo la scomparsa del corpo nel quale esso per prima volta vide la luce" *Id. Ibid.*, p. 16.

[4] Contudo, na Inglaterra do século XIX já se reconhecia a importância do estudo do Direito Romano. Luther S. Cushing, em curso ministrado em Cambridge em 1848-9, aponta as seguintes razões para o estudo do Direito Romano (no contexto do Direito Inglês): a) trata-se da base do pensamento jurídico, tomado em sua generalidade. Segundo o autor, os romanos possuíam uma forma admirável e arguta de desenvolver seu raciocínio; b) Muitas das instituições do Direito Inglês derivam do Direito Romano; c) os princípios do Direito Romano foram incorporados ao Direito Inglês tanto quanto aos demais sistemas jurídicos do mundo civilizado; d) o Direito de várias estados componentes dos Estados Unidos da América do Norte, notadamente Louisiania, Flórida e Texas, possuem inegável matriz romanística; e) o Direito Romano é a base jurídica do Direito dos países com os quais a Inglaterra mantinha relações amigáveis. *Cf.* CUSHING, Luther S. *An introduction to the study of Roman Law*. Boston: Little Brown and Company, 1854. p. 120 *et seq*.

[5] MARGADANT, Gillermo F. *La segunda vida del Derecho Romano*. Ciudad de Mexico: Ed. Porrua, 1986. p. 26.

[6] O período das codificações foi profundamente marcado por essa segunda vida do Direito Romano, antes que pelo Direito Romano Clássico ou mesmo Justinianeu. Nesse sentido, na Alemanha, por exemplo, era mais comum a menção à pandectística que ao *usus modernus pandectarum*.

[7] Sobre a história do Direito Espanhol, *Cf.* GARCIA GALLO, Alfonso. *Curso de Historia del Derecho Español*. 5. ed. Madrid: Artes Graficas, 1950 e MINGUIJON ADRIAN, Salvador. *Historia del Derecho Español*. 3. ed. Barcelona: Labor, 1943.

[8] THOMAS, Ph. J. Alternative Paradigm for Roman Law. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquitè*. 3e Série, Tome XLV, p. 647-657,1998.

[9] "*By showing that law and legal science exist within a cultural context and that this cultural context is subjectively determined, with the result that the legal solutions are also subjectively determined, Roman law can provide an important counterweight to the predominance of breadwinner orientated positivism in legal education*". *Id., Ibidem.*, p. 657.

[10] Dig. 50, 16, 6, 1. "A frase: 'em virtude das leis' há de ser entendida assim: tanto segundo o espírito, como segundo as palavras da lei". A edição utilizada para a consulta ao *Corpus Iuris Civilis* é: JUSTINIANO, Imperador. *Corpus Iuris Civilis*. Comp. Paulus Krueger e Theodor Mommsen. Berolini: Weidmannos, 1954. Consultamos também a tradução para o espanhol GARCIA DEL CORRAL, Idelfonso. *Cuerpo del derecho civil romano*. Valladolid: Lex Nova, 2004. Todas as traduções propostas neste trabalho são traduções livres, elaboradas em cotejo com veneradas traduções européias e norte-americanas, consultadas pelo autor.

[11] Nesta senda, novamente Paulo já demonstra que o lícito, desde a perspectiva jurídica, dissocia-se daquilo que é honesto: "*Non omne, quod licet, honestum est*" - "Nem tudo o que é lícito, honesto é". (Dig. 50, 17, 144).

[12] "Regra é a que expõe brevemente a coisa, tal qual é. O direito não se toma da regra, senão que é a regra que se faz do direto. Assim, pois, por meio de uma regra se faz breve narrativa das coisas, e, como disse Sabino, é como um compêndio da causa, que tão logo esteja viciada em algo, perde sua eficácia". Dig. 50, 17, 1.

[13] Com a palavra forma queremos significar a exigência de recognocibilidade das normas de conduta. Uma norma exterioriza-se, projeta-se para além da mente do "legislador" através de um veículo. Este veículo é, justamente, a forma. Nesse passo, a lei é, não apenas a forma privilegiada de expressão da norma no Direito Romano, mas também é aquela que caracteriza o direito ocidental caudatário de Roma. Aliás, a imagem do caudatário, do latim eclesiástico *caudatariu* é muito apropriada para se definir o direito ocidental, porquanto Roma é a alta e solene dignitária, em cujo encalço trilharam-se os caminhos do Direito moderno e sob cujos auspícios desenvolveu-se o pensamento jurídico.

[14] "Em direito civil toda definição é perigosa, porque é difícil que não possa ser alterada". Dig. 50, 17, 202.

[15] São as seguintes palavras de Cícero, na voz de Marcos: "Eu vejo então que, seguindo os conselhos dos mais sábios, a lei não é uma invenção do espírito humano, nem um decreto das pessoas, mas alguma coisa de eterno que governa o mundo inteiro, mostrando aquilo que é sábio prescrever ou interditar. Essa lei, dizem eles, do princípio ao fim, é o espírito de Deus que promulga as obrigações e as proibições igualmente racionais. Porque essa é sua origem, a lei que os deuses deram ao gênero humano é justamente celebrada, pois ela se confunda com a razão ou o com espírito dos sábios, aqueles que sabem o que se deve ordenar e aquilo que se deve proibir aos homens." (*Hanc igitur uideo sapientissimorum fuisse sententiam, legem neque hominum ingeniis excogitatam, nec scitum aliquod esse populorum, sed aeternum quidam, quod uniuersum mundum regeret imperandi prohibendique sapientia. Ita principem legem illam et ultimam, mentem esse dicebant omnia ratione aut cogentis aut uetantis dei ex qua illa lex, quam du humano generi dederunt, recte est laudata. Est enim ratio mensque sapientis, ad iubendum et ad deterrendum idonea*). CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus* 2, 4. Utilizamos como base de consulta a tradução francesa de APPHUN, Charles. *Cicéron, De la Republique, Des Lois*. Paris: Garnier, 1932.

[16] "É então claro que o termo 'lei' implica a capacidade de distinguir aquilo que é justo e conforme ao direito". CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus*. *Op cit.* 2, 5.

[17] SUMNER MAINE, Henry J. *Ancient Law*. New York: Cosimo Classics, 2005, p. 1 *et seq.*

[18] "*If language so precise can be used of the revolution, we might say that the office of the king was usurped by that council of chiefs which Homer repeatedly alludes to and depicts. At all events from an epoch of kingly rule we come everywhere in Europe to an era of oligarchies; and even where the name of the monarchial functions does not absolutely disappears, the authority of the king is reduced to a mere shadow.*" SUMNER MAINE, Henry J. *Ancient Law, cit.*, p. 6.

[19] A obra de Tito Lívio é intitulada *Ab urbe condita* ou "Desde a fundação da cidade". Acredita-se ter sido composta durante o reinado de Otávio Augusto. Era composta

originalmente por 142 livros, dos quais apenas são conhecidos os livros 1 a 10 e 21 a 45 (nestes últimos com grandes lacunas). A obra foi concebida como uma narrativa analítica divida em seções marcadas pelos marcos mais importantes da história de Roma. Um epítome de todos os livros foi compilado no Baixo Império Romano e restou conhecida como *Periochae*. Aqui consultamos a tradução francesa: *Oeuvres de Tite-Live (Histoire romaine).* Trad. M. Nisard. Tome I. Paris: 1864. s/e. p. 110-169, bem como a edição moderna por FLOBERT, A. *Tite-Live. Histoire romaine*. Livres I à V. Traduction nouvelle. Garnier-Flammarion: Paris, 1995.

[20]"*Cum promptum hoc ius uelut ex oraculo incorruptum pariter ab iis summi infimique ferrent, tum legibus condendis opera dabatur; ingentique hominum exspectatione propositis decem tabulis, populum ad contionem aduocauerunt et, quod bonum faustum felixque rei publicae ipsis liberisque eorum esset, ire et legere leges propositas iussere: se, quantum decem hominum ingeniis prouideri potuerit, omnibus, summis infimisque, iura aequasse: plus pollere multorum ingenia consiliaque. Versarent in animis secum unamquamque rem, agitarent deinde sermonibus, atque in medium quid in quaque re plus minusue esset conferrent. Eas leges habiturum populum Romanum quas consensus omnium non iussisse latas magis quam tulisse uideri posset. Cum ad rumores hominum de unoquoque legum capite editos satis correctae uiderentur, centuriatis comitiis decem tabularum leges perlatae sunt, qui nunc quoque, in hoc immenso aliarum super alias aceruatarum legum cumulo, fons omnis publici priuatique est iuris. Volgatur deinde rumor duas deesse tabulas quibus adiectis absolui posse uelut corpus omnis Romani iuris.*" TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*, op. *cit.* III, 34.

[21] Lei primeira da nona tábua. *Cf.* edição de referência ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; GUARINO, Antonio. *Breviarum iuris romani*. Milano: Giuffrè, 1951.

[22] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo:* fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 103.

[23] *Cf.* Dig. I, 3, 7.

[24] SALGADO, Joaquim Carlos. *Op. cit.* p. 103.

[25] "Para eles, a lei é a equidade, para nós é a escolha; tanto uma quanta a outra característica pertencem à lei" CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus. Op. cit.* I, 6.

[26] Não por acaso, em 1906, Hermann Kantorowicz publica sua obra *Der Kampf un die Rechtswissenschaft* (A luta pela Ciência do Direito), sob o pseudônimo de *Cnaeus Flavius*. Sua obra viria a ser considerada a pioneira da Escola do Direito Livre. Sobre a Escola do Direito Livre, c*f.* KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. António Ulisses Cortes. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2004.

[27] "*Quod quidem certis de causis a plerisque aliter existimatur: primum, quia ueteres illi, qui huic scientiae praefuerunt, obtinendae atque augendae potentiae suae causa peruulgari artem suam noluerunt; deinde, postea quam est editum, expositis a Cn-Flauio primum actionibus, nulli fuerunt, qui illa artificiose digesta generatim componerent; nihil est enim, quod ad artem redigi possit, nisi ille prius, qui illa tenet, quorum artem instituere uult, habet illam scientiam, ut ex eis rebus, quarum ars*

nondum sit, artem efficere possit". CICERUS, Marcus Tullius. *De Oratore*. I, 41, 186. Utilizamos como referência a tradução francesa das obras completas de Cícero, *Cf.* CICERON. *Oeuvres Completes de Cicerón*. Trad. M. Nisard. Paris: Dubochet, 1840.

[28] "*Eodem anno Cn- Flauius Cn- Filius scriba, patre libertino humili fortuna ortus, ceterum callidus uir et facundus, aedilis curulis fuit. Inuenio in quibusdam annalibus, cum appareret aedilibus fierique se pro tribu aedilem uideret neque accipi nomen quia scriptum faceret, tabulam posuisse et iurasse se scriptum non facturum; quem aliquanto ante desisse scriptum facere arguit Macer Licinius tribunatu ante gesto triumuiratibusque, nocturno altero, altero coloniae deducendae. Ceterum, id quod haud discrepat, contumacia aduersus contemnentes humilitatem suam nobiles certauit; ciuile ius, repositum in penetralibus pontificum, euolgauit fastosque circa forum in albo proposuit, ut quando lege agi posset sciretur(...)*"TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*. o*p. cit.*, IX, 46. Ainda, confira-se a narrativa de Pompônio (Dig. I, 2, 2, 7).

[29] Segundo nos narra a lenda, Numitor, descendente de Enéas, e rei da cidade de Abalonga, é destronado por Amulio e atira ao rio Tíber os filhos gêmeos de Rea Silvia (filha do rei destronado): Rómulo e Remo. Esses se salvam e são amamentados por uma loba (Capitolina) no monte Palatino e, quando se tornam mais velhos, conseguem sua vingança contra Amulio. Rómulo assassina seu irmão e funda Roma, dando asilo a fugitivos e bandidos e raptando as mulheres de seus vizinhos sabinos. *V.* CASSIUS DIO. *Roman History*. Trad. Earnest Cary. Boston: Harvard University Press, 1914, p. 5 *usque* 31. Conferir em especial os fragmentos de Xiphilinus, Zonaras e Tzetzes.

[30] TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*, o*p. cit.*, I, 7-15.

[31] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rh?maik? Archaiologia*. I, 72-90. Utilizamos as traduções do grego para o inglês: DYONISIUS OF HALICARNASSUS. *Roman Antiquities*. Trad. Earnest Cary. Boston: Harvard University Press, 1950; DYONISIUS OF HALICARNASSUS. *Roman Antiquities*. Trad. Edward Spelman. Vol. I a IV. Londres: Booksellers of London and Westminster, 1758.

[32] *Cf.* ORTOLAN, M. *Historie de la législacion Romaine.* 3ed. Paris: Videcoq Fils Ainé et Plon Frère, 1851, p. 23.

[33] Sobre a *Lex Regia*, *Cf.* Dig. 1, 4, 1 e Inst. Gaio I, 5 e GALLO, Fillipo. *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 60.

[34] *Cf.* BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano.* Trad. Luis Bacci e Andrés Larrosa. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 6.

[35] "Convém que aquele que se ponha a estudar o Direito, conheça primeiro de onde provem a palavra *ius.* Chama-se assim justiça; porque segundo define elegantemente Celso, direito é a arte do bom e do équo." Dig. I, 1, 1.

[36] D' ORS, Álvaro. Aspectos objetivos y subjetivos de "ius". *In: Studi in Memoria di Emiliano Albertario.* Vol. II. Milano: Giuffrè Editore, 1953, p. 271 *usque* 299, p. 295/296.

[37] SALGADO, Joaquim Carlos, *op., cit.*, p. 22 *et seq*.

[38] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça..., op., cit.*, p. 23.

[39] Assim, o ordenamento jurídico suprassume os demais ordenamentos sociais, isto é, supera-os e os modifica; contudo, paradoxalmente, conserva-os em sua estrutura.

[40] Focamo-nos aqui no Direito romano-universal (*ius gentium*) que teve lugar entre 218/20 a.C e 235 d. C (entre as crises que se seguiram à guerra de Aníbal e à morte de Alexandre Severo). Esse período do Direito Romano seguiu-se ao período quiritário - primeira fase do Direito romano, caracterizada por uma ordem jurídica adaptada a uma sociedade de vida simples e rústica - e se caracterizou pelo desenvolvimento científico da principiologia romana, cuja maior manifestação foi o *ius honorarium*, obra do pretor. Posteriormente ao período do *ius gentium*, teremos a codificação justianéia (séculos I-III d.C), monumento do espírito lógico e prático dos jurisconsultos romanos. *Cf.* BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano, op., cit.*, p. 10 *usque* 13.

[41] No tocante à nomenclatura acompanhamos aqui a lição de Salgado, quem prefere o termo "tributividade" à expressão "atributividade", porquanto se aproxime de sua origem latina: *tribuere.* Esclarecedora exposição da temática pode ser encontrada em REALE, Miguel. Bilateralidade Atributiva. *In. Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 332 *usque* 342.

[42] Dig. I, 1, 10. "Justiça é a vontade constante e perpétua - infatigável e persistente - de dar a cada um o seu direito". A fórmula também é repetida nas Institutas, *Cf.* Inst. I,1.

[43] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo... Op. Cit. p. 26*

[44] SALGADO, Joaquim Carlos. *Op. cit.* p. 84

[45] ("O poder pertence ao povo, mas a autoridade ao Senado"). CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus*. *Op. cit.* III,12.

[46] *Id. Ibid*.

[47] "À sua Majestade Imperial convém que não só esteja honrada com as armas, mas também fortalecida pelas leis, para que um e outro tempo, assim a guerra como a paz, possam ser bem governados, e o príncipe romano subsista vencedor não somente nos combates com os inimigos, mas também rechaçando por legítimos trâmites as iniqüidades dos caluniadores, e chegue a ser tão religiosíssimo observador do Direito, como triunfador dos inimigos vencidos."

[48] Ação nada é além do que o direito de perseguir aquilo que lhe é devido em juízo. Dig. XLIV, 7, 51. O conceito é repetido ainda nas Institutas "*Superest, ut de actionibus loquamur, actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur"* ("Resta que falemos das ações. Mas a ação não é outra coisa que o direito de perseguir em juízo aquilo que a alguém se deve") Inst. IV, §6. Ulpiano, no parágrafo 16 do Livro L do Digesto, dedicado ao significado das palavras, assim define: "*Actionis verbum et speciale est et generale nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio: sed plerumque 'actiones' personales solemus dicere 'petitiones' autem verbo in rem*

actiones significari videntur. 'persecutionis' verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum et si quae aliae sunt , quae non habent iuris ordinarii exsecutionem." ("A palavra ação é especial e geral; porque se chama ação toda petição, já seja contra pessoa, já contra uma coisa; mas de ordinário soemos chamar ações às pessoais, e se considera que a palavra petição significa as ações reais; eu creio que com a palavra persecução se compreendem as persecuções extraordinárias, como as dos fideicomissos, e outras que haja, as quais não tem execução de direito ordinário.") Dig. L, 16, 178, 2.

[49] V. BONFANTE, Pedro. *Intituciones* ... p. 111. Portanto, parece-nos que o conceito de obrigação natural parece um tanto quanto estrambótico e destituído dessa juridicidade romana. Sua compreensão é mediatizada sempre pela alegação de não possuir *actio* correspondente e, quando muito, pelo surgimento da *solutio retentio* na ocasião do pagamento espontâneo. Não se nos afigura como pertencente ao campo privilegiado e protegido do Direito, mas um sim um fóssil entre a moral e o jurídico.

[50] Trata-se da ação que fornece o substrato de nosso moderno *habeas corpus*; um *interdicto* que consistia em uma ordem do Magistrado, ditada ante o recurso da parte prejudicada, cuja aplicação soía ocorrer quando o interesse prejudicado tinha caráter quase público. O *paterfamilias* podia fazer valer esse seu direito diante de um terceiro que retivesse o *filiusfamilias* contra sua vontade. Inicialmente, tratava-se de uma *vindicatio*, e, posteriormente, o pretor introduziu a este efeito o *interdictus de liberis exhibendis*. *Cf.* BONFANTE. *Op. cit.* p. 135/164. Agora, o Romano superava a concepção de liberdade de Epiteto, jungindo consciência e corpo, reclamando sua liberdade de ir, vir e permanecer.

[51] Novamente aqui anunciamos que essa positividade da idéia de justiça não foi pacífica. Essa dissidência entre a justiça positiva e a justiça natural manifestou-se no seio da doutrina católica e deu origem ao jusnaturalismo de matriz teológica. A separação da ordem das coisas humanas e da ordem divina foi cristalizada por Jesus de Nazaré. Os discípulos dos fariseus, com malícia, perguntaram-lhe: "É lícito pagar tributo a César, ou não?" Ele os respondeu: "Por que me experimentais, hipócritas? Mostrai-me a moeda do tributo. Eles lhe apresentaram um denário. E ele lhes perguntou: De quem é esta efígie e inscrição? Responderam-lhe: De César. Então ele lhes disse: Daí a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus" (Mt, 22: 15-22). De outra parte, Paulo afirma a existência de uma lei natural, fruto da natureza divina da criatura humana: "Quando os gentios, que não têm lei, fazem naturalmente as coisas que são da lei, não tendo eles lei, para si mesmos são lei. Eles mostram a obra da lei escrita em seus corações, testificando juntamente a sua consciência e os seus pensamentos, quer acusando-os, quer defendendo-os" (Rm, 2: 14-16).

[52] Máximas de Demócrates, 55: 68 B 89 DK. Utilizamos aqui a edição de DIELS, Herman; KRANZ, Walter. *Die Fragmente der Vorsokratiker In: Les Presocratiques*. Trad. Jean Paul-Dumont. Paris: Gallimard, 1988.

[53] Estobeu, Florilégio, III, XXXVII, 53: 68 B 245 DK.

[54] Papiro de Oxyrhyncos, XI, 1364: B44 DK, Fragmento A, 1-3.

[55] *Cf.* MARITAIN, Jacques. O Homem e o Estado. Trad. Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1966. p. 87

[56] *Cf.* SÓFOCLES, *Antígone. In:* ALMEIDA, Guilherme. *A Antígone de Sófocles.* 2ed. Petrópolis: Vozes, 1968.

[57] 338c - essa notação refere-se à paginação da edição in folio de H. Stephanus, impressa em Paris, em 1578.

[58] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite. 6. ed. Brasília: Ed. UnB, 1995, p. 41.

[59] SALGADO, Joaquim Carlos. *Op. cit.* p. 8 *et seq*.

[60] A noção de resultado não se pode conectar à linearidade do pensamento cartesiano. A razão não se manifesta na história na sucessão cronologicamente organizada dos fatos. Tampouco se trata de uma rapsódia de eventos. A Razão preside seu desenrolar concatenando momentos/figuras, os quais, ainda que temporalmente deslocados, sucedem-se logicamente. Neste passo, não é descabido ou desmesurado posicionarmos o Direito Romano no ápice do processo de desenvolvimento das ciências do *ethos*. Ressalva seja feita aos movimentos constitucionalistas pós-revolucionários, não obstante sejam movimentos que se projetam sobre um Direito já cristalizado e filho dileto de Roma.

[61] "decreto de homens prudentes" Dig. 1, 3, 1.

[62] "A lei é um preceito comum" *Idem.*

[63] "Não se constituem as leis para cada pessoa em particular, mas para todas em geral" Dig. 1, 3, 8.

[64] Dig. I, 1, 7, 1.

[65] "Naquilo que está constituído contra a razão do Direito, não podemos seguir a regra do Direito" Dig. 1, 3, 15.

[66] Dig. 1, 3, 39.

[67] Dig. 1, 3, 15.

[68] Dig. 50, 17, 183.

[69] Dig. 1, 3, 14.

[70] Dig. 1, 3, 25.

[71] Cod. 3, 1.

O DIREITO NOS MANUSCRITOS DO JOVEM MARX*

RIGHT IN THE MANUSCRIPTS OF YOUNG MARX

Éder Ferreira
Lauren de Miranda Celestino

RESUMO

A presente pesquisa situa-se no campo dos fundamentos do direito, pois pretende localizar nos Manuscritos Econômico-Filosóficos, de Karl Marx, uma teorização do fenômeno jurídico. Trata-se de pesquisa exploratória, quanto aos objetivos, e de pesquisa bibliográfica, quanto às fontes e aos procedimentos de coleta de dados. Como fonte de pesquisa será utilizado, pois, o Primeiro Manuscrito Econômico-Filosófico produzido pelo jovem Marx, em 1843. A análise da fonte consistirá em revisão teórica centrada na categoria "direito". Espera-se, com a realização da pesquisa, a produção de conhecimento novo quanto à teoria sociológica do direito que servirá de embasamento para futuras pesquisas, sobretudo na sub-área da Sociologia Jurídica.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO, ALIENAÇÃO, ESTADO, MARXISMO.

ABSTRACT

This research is situated in the field of the foundations of law, because you want to find in the Economic and Philosophical Manuscripts of Karl Marx, a theory of legal phenomenon. This is an exploratory survey of the aims, and literature, the sources and procedures for data collection. As a source of research will be used, therefore the First Economic and Philosophical Manuscripts produced by the young Marx in 1843. The supply analysis is to review theoretical centered in category "right". It is expected, with the research, the production of new knowledge about the sociological theory of law to serve as a foundation for future research, especially in sub-area of Sociology of Law.

KEYWORDS: LAW, ALIENATION, STATE, MARXISM.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo situa-se no campo dos fundamentos do direito, na medida em que pretende localizar nos Manuscritos Econômico-Filosóficos de Karl Marx uma teorização do fenômeno jurídico.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Trata-se de pesquisa exploratória, quanto aos objetivos, e de pesquisa bibliográfica, quanto às fontes e aos procedimentos de coleta de dados.

Como fontes de pesquisa foram utilizados, pois, os Manuscritos Econômico-Filosóficos produzidos pelo jovem Marx de1843 a 1844. A análise das fontes consistiu em revisão teórica centrada na categoria "direito".

Com a realização da pesquisa foi possível a produção de conhecimento novo quanto à teoria sociológica do direito que servirá de embasamento para futuras pesquisas, sobretudo na sub-área da Sociologia Jurídica.

Os objetivos da pesquisa foram identificar a concepção do fenômeno jurídico nos Manuscritos Econômico-Filosóficos do jovem Marx (1843/1844); listar os manuscritos do jovem Marx e sua relevância; descrever o momento histórico da produção dos Manuscritos Econômico-Filosóficos do jovem Marx; elencar os impactos dos Manuscritos Econômico-Filosóficos do jovem Marx para a ciência e para a sociedade; analisar os Manuscritos Econômico-Filosóficos de Marx, a partir da categoria "direito"; estabelecer relações entre os Manuscritos Econômico-Filosóficos de Marx e a ciência do direito.

Justifica-se a realização deste estudo quanto à sua relevância: para o direito; para a comunidade; para a ciência; para as profissões jurídicas.

A relevância para o direito diz respeito à possibilidade de apresentação de resultados positivos decorrentes de uma práxis profissional alternativa à concepção positivista, o que pode auxiliar o processo de reforma da educação jurídica superior e do judiciário.

Quanto à comunidade, a realização da pesquisa poderá explicitar a importância da concepção marxiana do direito para o enfrentamento das questões do cotidiano, assim como para a formação de uma nova cultura jurídica, a partir da crítica da realidade social, uma vez que os direitos estão pré-figurados nas demandas sociais (COUTINHO, 2005).

Quanto à ciência, será construído conhecimento novo, isto é, fidedigno e relevante teórica e socialmente (LUNA, 2002), já que os Manuscritos Econômico-Filosóficos não constituem textos sobre os quais se concentram os esforços da ciência jurídica.

Por fim, quanto às profissões jurídicas, os resultados da pesquisa podem servir de incentivo à construção/desconstrução/reconstrução cotidiana dos processos de trabalho, visando à sedimentação de um projeto coletivo de trabalho e, por conseguinte de transformação social.

2. O JOVEM MARX

Economista, filósofo e socialista alemão, Karl Marx nasceu em Treves, em 5 de Maio de 1818, e morreu em Londres, a 14 de Março de 1883. Estudou na universidade de

Berlim, principalmente a filosofia hegeliana, doutorando-se em Iena, em 1841, com a tese *Sobre as diferenças da filosofia da natureza de Demócrito e de Epicuro*, mostrando-se com um posicionamento diverso ao de Hegel. Em 1842 assumiu a chefia da redação da Gazeta Renana, demonstrando uma incrível maturidade política, onde seus artigos radical-democratas irritaram as autoridades. Em 1843, mudou-se para Paris, editando em 1844 o primeiro volume dos *Anais franco-alemães*, órgão principal dos hegelianos da esquerda. Entretanto, logo rompeu com os líderes deste movimento, Bruno Bauer e Ruge.

Em 1844, conheceu, em Paris, Friedrich Engels, começando uma amizade íntima para a vida toda. Foi, no ano seguinte, expulso da França, radicando-se em Bruxelas e participando de organizações clandestinas de operários e exilados. Ao mesmo tempo em que na França estourou a revolução[1], em 24 de fevereiro de 1848, Marx e Engels publicaram o folheto *O Manifesto Comunista*, primeiro esboço da teoria revolucionária que, mais tarde, seria chamada marxista.

Pode-se citar a doutrina de Hegel, o materialismo de Feuerbach, o socialismo utópico francês (representado por Saint-Simon, Louis Blanc e Proudhon) e a economia política clássica britânica (representada por Adam Smith e David Ricardo) como algumas das principais leituras e estudos feitos por Marx.

Ele estudou profundamente todas essas concepções ao mesmo tempo em que as questionou e desenvolveu novos temas, de modo a produzir uma profunda reorientação no debate intelectual europeu.

Dizem-se pertencentes à juventude de Marx, os estudos e publicações do período entre 1841 a 1848 onde predominam escritos mais voltados para a filosofia pura.

Entre os primeiros trabalhos de Marx, foi antigamente considerado como o mais importante o artigo *Sobre a crítica da Filosofia do direito de Hegel*, de 1844, primeiro esboço da interpretação materialista da dialética hegeliana. Só em 1932, foram descobertos e editados, em Moscou, os *Manuscritos Econômico-Filosóficos*, redigidos em 1844 e deixados inacabados. É o esboço de um socialismo humanista, que se preocupa principalmente com a alienação do homem[2]. Em 1888 Engels publicou as *Teses sobre Feuerbach*, redigidas por Marx em 1845, rejeitando o materialismo teórico e reivindicando uma filosofia que, em vez de só interpretar o mundo, também o modificasse.

Marx e Engels escreveram juntos, em 1845, *A Sagrada Família*, contra o hegeliano Bruno Bauer e seus irmãos. Também foi obra comum *A Ideologia alemã* (1845-46), que por motivo de censura não pôde ser publicada (edição completa só em 1932)[3]. Marx, sozinho, escreveu *A Miséria da Filosofia* (1847), a polêmica veemente contra o anarquista francês Proudhon. A última obra comum de Marx e Engels foi, em 1847, *O Manifesto Comunista*, breve resumo do materialismo histórico e apelo à revolução.

3. MANUSCRITOS ECONÔMICO-FILOSÓFICOS

O trabalho é considerado por Marx como categoria ontológica na medida em que se caracteriza como processo pelo qual o homem distingue-se da natureza, originando o ser social. Faz-se importante, pois, caracterizar o que vem a ser a natureza para, então, apresentar em que se diferencia do ser social fundado pelo trabalho.

A natureza constitui-se por ser inorgânico – composto pelo mundo mineral – e ser orgânico – composto por animais e vegetais. De acordo com Lessa (1999, p. 21), do mesmo modo que os vegetais alimentam-se de minerais e os animais alimentam-se de vegetais e minerais, os homens dependem da relação com a natureza para existir, inclusive pela própria necessidade de reprodução biológica dos indivíduos (procriação).

Contudo, o ser social é distinto do mundo natural porque, se na esfera da vida a evolução se faz pelo desaparecimento e surgimento de novas espécies de plantas ou animais, a história humana é o surgimento, desenvolvimento e desaparecimento de relações sociais (LESSA, 1999, p. 21).

O ser social, assim, não obstante sua base natural necessária, diferencia-se da natureza, mas necessita de constante relação com ela para produzir sua existência.

Desse intercâmbio entre a sociedade e a natureza resultam bens, fruto da atividade humana sobre matérias naturais que são transformadas em produtos que atendam às necessidades do homem.

Essa atividade humana transformadora da natureza denomina-se trabalho e constitui a base da atividade econômica, uma vez que torna possível a produção de quaisquer bens. A esse respeito, Marx escreveu:

[...] O trabalho é um processo entre o homem e a natureza, um processo em que o homem, por sua própria ação, media, regula e controla seu metabolismo com a natureza. [...] Não se trata aqui das primeiras formas instintivas, animais de trabalho. [...] Pressupomos o trabalho numa forma em que pertence exclusivamente ao homem. Uma aranha executa operações semelhantes à do tecelão e a abelha envergonha mais de um arquiteto humano com a construção dos favos de suas colméias. Mas o que distingue, de antemão, o pior arquiteto da melhor abelha é que ele construiu o favo em sua cabeça, antes de construí-lo em cera. No fim do processo de trabalho obtém-se um resultado que já no início deste existiu na imaginação do trabalhador, e portanto idealmente. Ele não apenas efetua uma transformação da forma da matéria natural; realiza, ao mesmo tempo, na matéria natural, o seu objetivo. [...] Os elementos simples do processo de trabalho são a atividade orientada a um fim ou o trabalho mesmo, seu objeto e seus meios. [...] O processo de trabalho [...] é a atividade orientada a um fim para produzir valores de uso, apropriação do natural para satisfazer a necessidades humanas, condição universal do metabolismo entre o homem e a natureza, condição natural eterna da vida humana e, portanto, [...] comum a todas as suas formas sociais. (MARX, 1983, p. 149-150, 153)

Então, o que diferencia o trabalho humano das atividades naturais é a intencionalidade do sujeito, é o fato de o trabalho ser uma atividade teleologicamente direcionada, isto é,

o homem antes de iniciar sua atividade prefigura o resultado de sua ação, o que caracteriza o trabalho como uma objetivação do sujeito que o efetua.

Lukács assevera essa discussão no sentido de que a realização do trabalho só se dá quando essa prefiguração ideal se objetiva, isto é, quando a matéria natural, pela ação material do sujeito, é transformada (NETTO e BRAZ, 2006, p. 32).

O trabalho é, pois, a atividade humana intencionada a um fim (teleológico) que transforma matéria natural em um produto apto a satisfazer uma necessidade (valor de uso[4]); e ao transformar a natureza, o homem se transforma. Podemos sintetizar a definição do trabalho do seguinte modo:

O trabalho é o processo – constituído de prévia ideação e objetivação – por meio do qual o homem transforma a natureza visando atender a uma necessidade pré-existente e tem sempre como resultado um objeto material. Neste processo transformador, o homem estabelece relações com a natureza e com outros homens o que constitui, pois, o processo histórico.

Ricardo Antunes retoma a interpretação de Lukács sobre este o trabalho que origina uma dupla transformação:

Por um lado, o próprio homem que trabalha é transformado pelo seu trabalho; ele atua sobre a natureza; 'desenvolve as potências nela ocultas' e subordina as forças da natureza 'ao seu próprio poder'. Por outro lado, os objetos e as forças da natureza são transformados em meios, em objetos de trabalho, em matérias-primas etc. O homem que trabalha 'utiliza as propriedades mecânicas, físicas e químicas das coisas, a fim de fazê-las atuar como meios para poder exercer seu poder sobre outras coisas, de acordo com sua finalidade. (LUKÁCS apud ANTUNES, 2003, p. 125)

Essa dupla transformação de que fala Lukács consiste em que homem e natureza, ambos são modificados quando da intervenção do homem sobre a natureza, por meio do trabalho, para produzir os bens necessários a sua sobrevivência. A natureza sofre um processo de humanização, pois além de oferecer matéria-prima para as atividades do homem, incorpora os objetos produzidos por ele.

Já o homem, ao atuar sobre a natureza, incorpora conhecimentos transmitidos por gerações por meio da educação e cultura, como também cria novas idéias e necessidades, que tornam-se tão importantes quanto as suas necessidades básicas. Isso permite ao homem a capacidade de inovação de idéias e de formas de executá-las, sem a necessidade de retorno a estaca zero do conhecimento.

Por isso o trabalho possui um caráter central na teoria marxiana, ou seja:

O trabalho mostra-se como momento fundante de realização do ser social, condição para sua existência; é ponto de partida para a humanização do ser social e o "motor decisivo do processo de humanização do homem". Não foi outro o significado dado por Marx ao enfatizar que: "Como criador de valores de uso, como trabalho útil, é o trabalho, por isso, uma condição de existência do homem, independentemente de todas

as formas de sociedade, eterna necessidade natural de mediação do metabolismo entre homem e natureza e, portanto, vida humana". Essa formulação permite entender o trabalho como "a única lei objetiva e ultra-universal do ser social, que é tão 'eterna' quanto o próprio ser social; ou seja, trata-se também de uma lei histórica, à medida que nasce simultaneamente com o ser social, mas que permanece ativa apenas enquanto esse existir". (ANTUNES, 2003, p. 125)

Logo, o trabalho deve ser compreendido como atividade essencialmente humana, 'responsável' pela humanização do homem e que constitui condição sem a qual não existe esse homem, já que tem a função de mediação da relação homem e natureza na produção de sua existência material, caracterizada pela produção de valores de uso.

Lessa (1999, p. 21-24), ao abordar o trabalho enquanto categoria ontológica do ser social, utilizou o fértil exemplo de um homem que necessitava abrir um coco. O homem imagina diversas formas de abrir o coco, tais como: 1) atirando-o ao chão; 2) pondo-lhe fogo; 3) utilizando os dentes; 4) ou mediante a construção de um machado.

A escolha da melhor alternativa pelo homem deu-se a partir da imaginação ou prévia ideação do resultado esperado em cada uma das alternativas possíveis. Assim, uma vez escolhida uma alternativa, o homem irá objetivá-la, isto é, levará a alternativa à prática.

No exemplo acima, o homem optou por construir um machado. No processo de construção do machado, o homem transformou a natureza, isto é, converteu a madeira e a pedra em uma ferramenta. Mas o homem também se transformou na medida em que aprendeu a construir um machado e, na construção de outros machados, a partir do uso do primeiro, poderá saber qual a melhor madeira e a pedra mais adequada para a produção não só de uma ferramenta de boa qualidade, mas também a melhor pedra ou madeira para construção de um abrigo, por exemplo.

Além disso, passam a existir outras necessidades: antes a necessidade era abrir um coco, agora passam a ser necessidades a construção e a manutenção de machados e o ensino da técnica de fabrico e conservação da ferramenta.

Vale ressaltar, ainda, que o processo de trabalho e, conseqüentemente, de produção da existência humana é um processo essencialmente social porque o homem não vive isoladamente, necessitando sempre de outros homens para produzir os bens necessários à sua sobrevivência. Dessa necessidade humana de viver em coletividade, impõe-se sua organização para produzir não só os bens materiais necessários à sua sobrevivência (artefatos, alimentos, instrumentos...), como também leis, costumes e valores.

O Primeiro Manuscrito "Trabalho Estranhado e Propriedade Privada", do texto em estudo, trata do tema do trabalho estranhado, das relações de estranhamento do homem com o seu trabalho a partir da lógica da produção do capitalismo.

A partir da própria economia, com suas próprias palavras, constatamos que o trabalhador baixa à condição de mercadoria (...) e que no final das contas, toda a sociedade tem de decompor-se nas duas classes dos proprietários e dos trabalhadores sem propriedade. (MARX, 2004, p.79)

Nota-se que o trabalho realizado para a produção de mercadorias é um trabalho estranhado. O homem ao produzir não mais para a própria utilização, mas voltado para a acumulação, troca, faz com que o trabalho se torne um objeto, uma existência externa, alheia, independente dele que o produziu. De modo que quanto mais valorizado o produto se torne, mais desvalorizado será o homem. Cita o autor:

O trabalhador se torna tanto mais pobre quanto mais riqueza produz, quanto mais a sua produção aumenta em poder de extensão. O trabalhador se torna uma mercadoria tanto mais barata quanto mais mercadorias cria. Com a *valorização* do mundo das coisas (*Sachenwelt)* aumenta em proporção direta a *desvalorização* do mundo dos homens (*Menschenwelt*). (MARX, 2004, p.80)

Esse trabalho é a origem da propriedade privada, pois os frutos do trabalho pertencem efetivamente a outro homem, que não o trabalhador.

A externalidade do trabalho aparece para o trabalhador como se [o trabalho] não lhe pertencesse, como se ele no trabalho não pertencesse a si mesmo, mas a um outro. (MARX, 2004, p.83)

A autonomização dos produtos do trabalho frente ao trabalhador só é possível porque esse mesmo trabalhador foi privado tanto dos objetos necessários a sua subsistência quanto dos objetos necessários à realização do trabalho. Por isso, o seu produto é propriedade do capital, ficando sob o domínio deste.

Podemos afirmar, então, que o trabalho humano na sociedade capitalista é trabalho alienado porque:

1. O homem se separa dos frutos de seu trabalho (transformados em mercadoria) que são apropriados pelos burgueses;

2. Os frutos do trabalho se apresentam como algo exterior ao indivíduo. Não são reconhecidos como parte constitutiva da “humanidade” porque o trabalho não está voltado para a satisfação das necessidades humanas;

3. O homem é transformado em “ser genérico”. O trabalho que poderia realizá-lo (categoria ontológica) é transformado em trabalho alienado (meio de subsistência);

4. O homem está alienado dos outros homens. Não se reconhecem mais como “agentes da história”, mas como rivais que competem no mercado. A história e a própria vida social são vistas de modo natural. Reconhecê-las como elementos naturalizados significa excluir qualquer possibilidade de transformação uma vez que o que é natural não depende da ação humana.

A alienação, para Marx, é a ação ou estado pelo qual um indivíduo/grupo/ instituição/sociedade torna-se ou permanece alheio aos frutos de sua atividade, à natureza em que vive, a outros seres humanos e a si mesmo (BOTTOMORE, 2001, p.05); "é um estado marcado pela negatividade, situação que só poderia ser corrigida pela oposição de um estado determinado pela positividade emancipadora, cuja dimensão seria, por sua vez, completamente compreendida a partir da supressão do estágio alienado" (RANIERI, 2004, p.15).

Primeiro, que o trabalho é *externo* ao trabalhador, isto é, não pertence ao seu ser, que ele não se afirma, portanto, em seu trabalho, mas nega-se nele, que não se sabe bem, mas infeliz, que não desenvolve nenhuma energia física e espiritual livre, mas mortifica sua physis e arruína o seu espírito. O trabalhador só se sente, por conseguinte e em primeiro lugar, junto a si [quando] fora do trabalho e fora de si [quando] no trabalho. Está em casa quando não trabalha e, quando trabalha, não está em casa. O seu trabalho não é portanto voluntário, mas forçado, *trabalho obrigatório*. (...) Assim, como religião e auto-atividade de fantasia humana, do cérebro e do coração humanos, atua independentemente do indivíduo e sobre ele, isto é, como atividade estranha, divina ou diabólica, assim também a atividade do trabalhador não é a sua auto-atividade. Ela pertence a outro, é a perda de si mesmo" (MARX, 2004, p. 82-83).

Por fim, conclui Marx que o "trabalho exterior, o trabalho no qual o homem se aliena é um trabalho de sacrifício de si mesmo, de mortificação" (MARX, 2004, p. 83).

E, então, privado tanto dos meios que permitem realizar o trabalho, quanto dos meios de subsistência, o trabalhador se torna servo de seu próprio produto, tendo que se afastar dele.

Através do trabalho estranhado o homem engendra (...) o seu próprio produto para a perda, um produto não pertence a ele, ele engendra também o domínio de quem não produz sobre a produção e sobre o produto. Tal como estranha de si a própria atividade, ele apropria para o estranho a atividade não própria deste. (MARX, 2004, p. 87)

Tudo isso esconde uma real relação social de dominação, relação entre pessoas em condições desiguais na sociedade. E é essa desigual situação que imprime autonomia às coisas frente ao trabalhador; e que possibilita o seu estranhamento.

4. O DIREITO EM MARX

Primeiramente, antes de analisar o Direito sob a visão de Marx, deve-se compreender o conceito de sociedade, uma vez que foi a partir desta que houve a possibilidade de pensar aquele.

Segundo Marx, a sociedade é entendida com base em dois conceitos fundamentais: infra-estrutura – base econômica, relações de produção; e superestrutura - formas jurídicas, políticas e as idéias representativas de cada sociedade. Sendo que a primeira também denominada *estrutura econômica* determina a segunda também conhecida *consciência social.* Pode-se afirmar, portanto, que tanto a sociedade quanto o Estado são determinados pelo tipo de produção da vida material desenvolvida.

É importante ressalvar, ainda, que há uma classe social que é detentora da posse dos meios de produção e mantém uma relação de dominação sobre as demais classes. Dominação que não se restringe apenas à questão material, mas também do pensamento.

Essa relação de dominação conduz o homem ao estranhamento. A sociedade do capital, visando sempre à produção de mercadorias, faz com que a sociedade se divida entre proprietários (donos dos meios de produção) e trabalhadores (produtores de mercadorias). E então dividida, começa-se o processo de estranhamento que atinge a classe dos trabalhadores.

Uma vez empregado, cabe ao trabalhador produzir objetos, mercadorias e é esse o processo que aprisiona o homem e o faz escravo do próprio trabalho. Passa a maior parte de sua vida trabalhando, o que nos permite afirmar que esta pertence aos objetos que produz. O problema, porém, é que esses objetos não lhe pertencem, e então a própria vida torna-se estranha.

Foi sob essa ótica de poder que Karl Marx elaborou uma tese em que o Direito, como regra de conduta coercitiva, encontra sua origem na ideologia da classe dominante, que é precisamente a classe burguesa. O Direito surge, portanto, para camuflar, ocultar os conflitos, visa conter a classe trabalhadora da revolução.

Faz-se necessário lembrar que o Direito não é o efeito exclusivo da vontade da classe econômica e sim a síntese de um processo dialético de conflito de interesses entre as classes sociais, que Marx denominava de luta de classes. E aí se insere a Sociologia Jurídica com o intuito de explicar as causas e os efeitos do Direito, uma vez que este se mistura com os fenômenos sociais, construindo e organizando uma hierarquia social em que o poder é exercido de forma legítima pela classe dominante, que é de fato quem legisla, ainda que não ilimitadamente em razão da resistência da classe operária.

Marx acreditava existir uma influência excessivamente forte do poder econômico sobre o Direito, atingindo também a cultura, a história e as relações sociais. Com a Revolução Francesa, ao lado das revoluções industriais, torna-se urgente a regulação das relações sociais, surgindo então o direito comercial e mais adiante o direito do trabalho, configurando-se este num autêntico direito de classes. Assim, a dominação econômica de uns poucos sobre tantos outros se legitima por intermédio de um Estado de Direito, cujo princípio basilar é a lei.

Não se pode esquecer, como lembra Marx, que o processo de dominação encontra suas raízes na origem da humanidade, haja vista que inicialmente deu-se por força do direito

escravagista; depois, feudal; finalmente burguês ou capitalista, acompanhando o desenvolvimento das forças produtivas que vão fazendo história.

Hoje, pode-se ver uma diferença entre o fato social e o Direito, uma vez que o primeiro é dinâmico e multifacetado e o segundo, conservador, consegue abrigar em sua "proteção" somente parte das relações sociais. Nesse sentido, faz-se necessário um aperfeiçoamento do Direito frente à evolução da sociedade, cujas bases devem pautar-se na democracia, na solidariedade e no respeito à dignidade das pessoas.

Verifica-se que o Direito é ao mesmo tempo causa e efeito das relações sociais, visto que se configura em si como um fenômeno social; e não é determinado por si próprio ou a partir de normas ou princípios superiores abstratos, mas por sua referência à sociedade como fenômeno social que produz.

Por fim, é necessário insistir sobre o fato de que Marx defendeu a tese segundo a qual a evolução econômica é ponto de partida para o desenvolvimento político, jurídico, filosófico, religioso, literário etc., mas também afirmou que a base econômica não é causa única do complexo processo de mudança social, uma vez que todas as evoluções encontram-se umbilicalmente ligadas, reagindo umas sobre as outras. Revelou que a vida econômica não é mais do que uma parte integrante da vida social e que a nossa representação do que se passa na vida econômica é falseada precisamente na medida em que não percebemos que atrás do capital, da mercadoria, do valor, dos preços, da distribuição dos bens se esconde a sociedade dos homens que nela participam que serão a *posteriori* pelo direito regulados e, em certa medida, alienados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Marx mostrou-se um estudioso com inigualável atitude crítica, empenhando-se, sem preconceitos, a reconstruir idéias preexistentes.

Inicialmente influenciado pela filosofia de Hegel, diferenciou-se dos demais jovens hegelianos na medida em que soube aproveitar dos conhecimentos obtidos tirando suas próprias conclusões e acrescentando o que lhe surgira como necessário. O mesmo pode ser dito sobre as influências recebidas do materialismo de Feuerbach, do socialismo utópico francês e da economia política clássica britânica.

Mostrou-se preocupado com a estrutura social de sua época, e todos os seus conhecimentos foram voltados para uma melhor compreensão da sociedade a fim de transformá-la. A única maneira de modificá-la seria por meio de uma revolução promovida pela classe proletária, que retiraria os meios de produção das mãos da classe dominante, pondo fim ao processo de estranhamento que toma dos trabalhadores a posse da própria vida, chegando-se futuramente ao socialismo.

O Direito, segundo ele, não seria meio de transformação, mas de ocultamento dos conflitos, para que os trabalhadores não promovessem revoluções.

6. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. Trabalho e estranhamento. In: _____. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 123-136.

BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento marxista**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

COUTINHO, Carlos Nelson. Notas sobre cidadania e modernidade. **Revista Ágora**: Políticas Públicas e Serviço Social, Ano 2, n.3, dezembro de 2005, s/p. Disponível em: <www.assistentesocial.com.br/agora3/coutinho.doc >. Consulta em: 28 jul. 2008.

FERREIRA, Éder; ARANTES, Mariana Furtado; QUERINO, Rosimar Alves. Materialismo histórico-dialético I: Produção e reprodução social – uma leitura do trabalho como categoria ontológica. In: ABRÃO, Maria Bárbara Soares e. **Serviço Social: Etapa 01**. v.3. Uberaba: UNIUBE, 2008, p. 11-29.

_____. Materialismo histórico-dialético II: Luta de classes e revolução social - contribuições marxianas para a crítica e a superação da sociedade capitalista. In: ABRÃO, Maria Bárbara Soares e. **Serviço Social: Etapa 02**. v.2. Uberaba: UNIUBE, 2008, p. 18-33.

LESSA, Sérgio. O processo de produção e reprodução social: trabalho e sociabilidade. In: **Capacitação em Serviço Social e Política Social**: reprodução social, trabalho e Serviço Social, Mód.2. Brasília: CFESS/ABEPSS/CEAD-UnB, 1999, p. 19-34.

LUKÁCS, György. O jovem Marx, sua evolução filosófica de 1840 a 1844. In: _____. **O jovem Marx e outros escritos de filosofia**. Rio de Janeiro: EDUFRJ, 2007, p.89-120.

LUNA, Sérgio Vasconcelos de. **Planejamento de pesquisa**: uma introdução. São Paulo: EDUC, 2002

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **O capital**: crítica da economia política. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **Para a crítica da Economia Política**. Tradução de Edgar Malagodi. São Paulo: Nova Cultura, 1999. (Coleção "Os Pensadores")

NETTO, José Paulo e BRAZ, Marcelo. **Economia política**: uma introdução. São Paulo: Cortez, 2006.

---

[1] Proclamação da República na França.

[2] Alienação segundo Marx é a ação ou estado em que o homem se torna ou permanece alheio ao produto do seu trabalho, à natureza em que vive, a outros seres e à si mesmo.

[3] A *Ideologia Alemã* é uma crítica aos "jovens hegelianos", principalmente a Ludwig Feuerbach, produtor de uma ideologia alemã conservadora. A despeito de seu interesse, não encontrou editor e ficou abandonada, como disseram mais tarde seus autores, "a crítica roedora dos ratos".

MICHAEL WALZER E AS ESFERAS DA JUSTIÇA*

MICHAEL WALZER AND THE SPHERES OF JUSTICE.

Felipe Cavaliere Tavares

RESUMO

Este artigo tem por objetivo identificar os principais aspectos do comunitarismo, cujas idéias sobre justiça social são importantíssimas dentro do debate político e filosófico contemporâneo. Para isso, foram estudados os pontos essenciais da teoria de justiça social de um importante autor comunitarista, Michael Walzer, cujo principal argumento é que a construção de uma teoria de justiça distributiva deve sempre ser relativa aos valores históricos e culturais de cada comunidade em particular. Ao final, concluiu-se que, mesmo apresentando alguns pontos de difícil realização prática, a teoria de Walzer aborda alguns elementos que não podem ser esquecidos ou ignorados por filósofos, juristas ou políticos, na constante busca por uma sociedade mais justa.

PALAVRAS-CHAVES: MICHAEL WALZER, COMUNITARISMO, TEORIA DA JUSTIÇA

ABSTRACT

This article aims to identify the main aspects of the communitarianism, whose ideas about justice and social criticism are very important in the contemporary political and philosophical arguments. In order to that, were studied the essential points of the social justice theory of an important communitarianist author, Michael Walzer, whose main argument is that the construction of a distributive justice theory should be always relative to the historical and cultural values of each community in private. The final conclusion was that, even though the theory of Walzer presents some points of difficult practical achievement, there are others fundamental concepts that cannot be forgotten or ignored by philosophers, law studious or statesmen, in their constant search for a better society.

KEYWORDS: MICHAEL WALZER, COMMUNITARIANISM, THEORY OF JUSTICE

INTRODUÇÃO

O final do século passado é marcado pelas profundas transformações políticas, econômicas e sociais sofridas pela humanidade. Desenvolvimento tecnológico,

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

individualismo exacerbado e padronização cultural tornaram-se a força motriz dessa nova sociedade, fato que teve como conseqüência direta a lamentável situação de desrespeito aos direitos humanos, nas suas mais diversas formas. O desemprego, a miséria, e o preconceito ao que é diferente tornaram-se os efeitos visíveis da nova ordem mundial. É evidente que tal situação de exclusão social provocou a reação daqueles que lutam pelo reconhecimento da dignidade humana, gerando um vigoroso debate sobre as possíveis soluções teóricas para o problema. Entre as teorias discutidas, destaca-se a teoria comunitarista, que surgiu como um movimento de crítica ao liberalismo, principalmente aos aspectos imparciais e universalistas das teorias liberais. Para os comunitaristas, não há como se estabelecer uma teoria de justiça fundamentada em princípios imparciais e universais, muito menos na existência de indivíduos abstratos, sem raízes, livres de qualquer influência histórica ou cultural, conforme defendido pela teoria da justiça de John Rawls, para quem os indivíduos devem escolher os princípios de justiça protegidos pelo "véu da ignorância", ou seja, privados de suas próprias personalidades, contingências históricas e concepções particulares acerca da vida digna[1]. Os comunitaristas entendem que justiça e pluralismo estão interligados pelo reconhecimento da multiplicidade de identidades sociais e culturas étnicas presentes na sociedade contemporânea, pelo reconhecimento das especificidades de cada ambiente social, enfim, pelos valores comunitários.

Assim, considerando a pouca divulgação do comunitarismo no meio acadêmico brasileiro, o objetivo deste artigo é apresentar os pontos fundamentais desta corrente de pensamento, através da análise da teoria de justiça formulada pelo americano Michael Walzer, um de seus principais representantes. Sua teoria, descrita em sua grande obra "esferas da justiça", caracteriza-se pela preocupação com uma humanidade mais justa e com a proteção dos direitos humanos, através da valorização da comunidade e do espaço público, do particularismo histórico e da responsabilidade social.

1. OS BENS SOCIAIS E SEUS DIFERENTES SIGNIFICADOS

Em 1971, Michael Walzer e Robert Nozick ministraram um curso na universidade de harvard, onde debatiam o confronto entre o capitalismo e o socialismo. Desse vigoroso debate, surgiram duas das mais grandiosas obras teóricas da filosofia política contemporânea, a saber, "anarquia, estado e utopia",[2] onde Nozick faz uma intensa defesa do liberalismo radical capitalista, e "esferas da justiça",[3] livro de Walzer que apresenta as principais idéias comunitaristas a respeito da igualdade e do pluralismo de identidades sociais.

A teoria de justiça de Walzer começa com a afirmação de que os homens vivem em uma comunidade distributiva, portanto, a idéia de justiça social tem a ver não só com a produção e o consumo, mas também com o processo de distribuição dos bens sociais. Para Walzer, essa distribuição não é simples. Isso porque não há apenas um bem social, assim como não há apenas um critério de distribuição ou um único agente distribuidor. Muito pelo contrário, a vida em comunidade revela um vasto rol de bens sociais, com diferentes agentes distribuidores e diferentes critérios de distribuição. Assim, para Walzer, qualquer sistema distributivo que não levar em consideração essa complexidade

de fatores não conseguirá alcançar a realidade da pluralidade humana. Além disso, a escolha dos princípios que regulam esse sistema distributivo deve ser feita levando-se em consideração o particularismo de cada comunidade, suas características históricas e culturais. Para Walzer, esse seria o principal problema da teoria da justiça de |John Rawls, já que ela parte do princípio de que os princípios de justiça seriam escolhidos por pessoas ignorantes quanto à própria situação particular de vida.

assim, o que fica evidenciado na teoria de Walzer é que a escolha dos princípios distributivos de justiça deverá sempre estar fundamentado na interpretação que as comunidades fazem quanto aos bens que serão distribuídos, ou em outras palavras, no significado social de cada bem, discutido ou encontrado dentro das diferentes comunidades. Como diz o próprio Walzer:

Quero defender mais do que isso: que os princípios de justiça são pluralistas na forma; que os diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo normas e por agentes diversos; e que toda essa diversidade provém das interpretações variadas dos próprios bens sociais – o inevitável produto do particularismo histórico e cultural.[4]

Se o processo distributivo depende do significado social de cada bem, Walzer conclui que quando este significado é diferente, cada bem social vai constituir uma esfera distributiva autônoma, com critérios, métodos e agentes de distribuição próprios. A justiça distributiva estará assegurada sempre que os critérios internos de cada esfera forem respeitados. Ressalta Walzer, entretanto, que quase sempre a autonomia das esferas é violada, e sua autonomia se torna apenas relativa. Isto porque muitas vezes os critérios distributivos de uma esfera acabam influenciando a distribuição de outra esfera, o que ele vai chamar de invasão indevida de um critério de uma esfera noutra. E é a partir deste momento que Walzer começa a trabalhar com os conceitos de predomínio e monopólio dos bens.

2. PREDOMÍNIO E MONOPÓLIO DOS BENS

Walzer diz que a maioria das sociedades se organiza através de um padrão em que um determinado bem é dominante dentro do sistema distributivo, e influencia a distribuição de outras esferas. Este bem dominante, dada a sua influência, é monopolizado por aqueles que o possuem, monopólio esse garantido através da força. Ele esclarece:

Chamo um bem de predominante se os indivíduos que o possuem, por tê-lo, podem comandar uma vasta série de outros bens. É monopolizado sempre que apenas uma pessoa, monarca no mundo dos valores – ou um grupo, oligarcas – o mantêm com êxito contra todos os rivais. O predomínio define um modo de usar os bens sociais que não

está limitado por seus significados intrínsecos, ou que molda tais significados a sua própria imagem. O monopólio define um modo de possuir ou controlar os bens sociais para explorar seu predomínio. [5]

Walzer diz que este monopólio do bem dominante traz em seu bojo um forte poder de conversão, ou seja, o monopólio do bem dominante é sempre convertido em toda classe de coisas, como prestígio, oportunidades, reputação e poder. A sociedade então passa a viver um conflito social, em que o grupo dominante é desafiado por outros grupos que desejam formas alternativas de conversão. Para walzer, normalmente, as medidas alternativas a essa situação se dividem entre o combate ao monopólio e o combate ao predomínio. No primeiro caso, segundo ele, estariam as teorias filosóficas que lutam por uma igualdade simples e, no segundo, as teorias que defendem uma espécie de igualdade complexa.

Combater o monopólio de um determinado bem predominante significa fazer a redistribuição deste bem de maneira igual entre todos os cidadãos. Para Walzer, isso significaria criar um sistema igualitário absoluto, que ele chamará de regime de igualdade simples. Walzer entende que esse regime de igualdade absoluta não consegue se sustentar na sociedade por muito tempo, pois logo seria influenciado pelas oscilações do mercado, criando novas diferenças e destruindo o sistema de igualdade simples. A única coisa que garantiria efetivamente esta igualdade absoluta seria a atuação incisiva de um estado centralizador, que retomasse a igualdade abslouta sempre que essa fosse alterada pelo mercado. Mas isso seria apenas uma falsa solução, uma vez que o monopólio apenas teria trocado de grupo social, indo parar nas mãos fortes do estado.

A solução, para Walzer, estaria em se evitar o predomínio do bem, e não o seu monopólio. Isso evitaria que os critérios distributivos deste bem predominante se convertessem em critérios de distribuição de outros bens sociais. Para Walzer, não há como se impedir a existência de ricos e pobres, mas pode-se impedir que os ricos oprimam os pobres. Assim, os bens sociais até podem ser monopolizados por algum grupo, mas os critérios de distribuição destes bens monopolizados não devem influenciar os critérios de distribuição de outros bens. Cada processo de distribuição constituirá uma esfera – as tais esferas da justiça que dão título à sua obra – e cada esfera tem os seus próprios critérios de distribuição. É a igualdade complexa de Walzer.

3. AS ESFERAS DA JUSTIÇA

Assim, após determinar de maneira incisiva os motivos pelos quais se deve respeitar as diversas esferas distributivas, Walzer passa a analisar a forma como se deve dar a distribuição dos diversos bens sociais dentro da comunidade, ou seja, passa a analisar cada esfera individualmente. E para ele, a primeira coisa que a comunidade política deve a seus membros é a provisão comunitária de segurança e bem-estar social.

3.1 SEGURANÇA E BEM-ESTAR SOCIAL

Walzer afirma que a comunidade política deve garantir segurança e bem-estar social a seus membros porque estes necessitam destes importantes bens sociais. Mas sabe que a questão não é simples, uma vez que falar de necessidade é falar de um campo onde não há uma objetividade evidente, não é possível se definir com clareza uma hierarquia de prioridades ou graus de necessidade. Desta forma, como a comunidade política pode determinar a quantidade de segurança e bem-estar social que é necessária para atender à necessidade de seus membros?

Walzer entende que esta amplitude deve ser discutida pela própria comunidade política, uma vez que não há uma resposta única para todos os casos, especialmente quando estamos falando de um mundo pluralista e formado por diversas culturas. É crítica o indivíduo racional e universal de Rawls, que, ao escolher os princípios de justiça, está na chamada posição original, protegido pelo véu da ignorância. Para Walzer, essa teoria não é muito útil quando o indivíduo sabe exatamente quem é e onde está.

Walzer quer com isso afirmar que o contrato social deve ser constantemente discutido pelos membros da comunidade política, que assim podem definir – e redefinir, quando necessário, quais as necessidades são socialmente reconhecidas naquela comunidade, ou seja, quais bens sociais fazem parte da esfera da segurança e do bem-estar social. A delimitação da esfera, desta forma, deverá sempre ser feita através de discussões políticas constantes entre os cidadãos, que deverão, juntos, identificar as necessidades da comunidade e assim definir os bens sociais que fazem parte da esfera da segurança e do bem-estar social. Assim, pode-se concluir que a esfera da segurança e do bem-estar social, ou os bens sociais que dela fazem parte, são delimitados pelos valores históricos da comunidade política, que devem ser discutidos constantemente pelos seus membros. A distribuição destes bens deve ser feita a todos os membros, em proporção às suas necessidades. Neste sentido, Walzer é francamente contrário ao sistema da livre iniciativa na assistência médica. Para ele, isto representa a invasão do critério econômico na esfera da segurança e do bem-estar social, o que é um caso de tirania. Como afirma Walzer, o mercado é o grande adversário da esfera da segurança e do bem-estar social. E isto serve de ponte para que Walzer analise outra esfera, justamente a esfera do dinheiro e das mercadorias.

3.2 DINHEIRO E MERCADORIAS

Inicialmente, Walzer afirma que, abstratamente falando, o dinheiro nada mais é do que a representação do valor de alguns bens sociais. Para ele, nem todos os bens podem ser mensurados dessa forma e, por isso, jamais poderiam ser mercantilizados. O intercâmbio monetário desses bens configura invasão de esferas distributivas, que leva a uma situação de predomínio tirânico. Como exemplos desses bens sociais não comercializáveis, podem ser citados os seres humanos, cargos políticos, o amor, poder político, entre outros bens.

Em algumas destas esferas, o critério distributivo será o merecimento, em outras a necessidade, mas nunca o fato de se possuir mais dinheiro do que outra pessoa.

Assim, analisadas as esferas onde o dinheiro não pode ser critério distributivo, Walzer passa a analisar a esfera onde ele é, de fato, um justo critério de distribuição.

além do que normalmente se provê na comunidade, ninguém tem o direito a este ou aquele objeto útil ou agradável. (...) A maneira certa de possuir tais objetos é fabricá-los, cultiva-los ou fornece-los, ou seu equivalente em dinheiro, a outrem. O dinheiro é a escala de equivalência e o meio de troca; essas são as funções corretas do dinheiro e (idealmente) suas únicas funções. É no mercado que o dinheiro opera, e o mercado está aberto a todos.[6]

Esta é, portanto, a função do dinheiro, e também a razão de sua importância: ele é o meio mais adequado para fazer com que o homem possa adquirir os bens que precisa ou simplesmente, deseja. O problema para Walzer começa quando a riqueza passa a ter um significado social que dá status ao seu possuidor, fazendo com que aqueles que não a possuem sejam desmerecedores da própria condição de cidadão. A esfera da riqueza é uma daquelas que mais facilmente transfere seus critérios distributivos para outras esferas, levando a situações de flagrante injustiça social. Para Walzer, é preciso diminuir a poderosa dinâmica do dinheiro, impedir que seu acúmulo tenha outros significados sociais, ou seja, deve-se evitar o predomínio do dinheiro dentro da sociedade, e não o seu monopólio. Para que isso seja possível, o dinheiro ou a riqueza devem ser critério de distribuição apenas dentro de sua esfera, sem invadir outras esferas.

3.3 TRABALHO

Walzer acredita que a tendência atual da sociedade é transformar todos os empregos desejáveis em cargos públicos, o que significa dizer que a distribuição de trabalho cada vez mais se baseia no critério da concorrência pública e da qualificação, em nome da honestidade, da justiça e da igualdade de oportunidades. Ele entende que esta tendência moderna de exigir concorrência pública e qualificação para todos os empregos caracteriza a tão sonhada meritocracia, ou sociedade dos talentosos, onde os talentos são quase sempre descobertos dentro de um processo de seleção que concede oportunidades a todos os cidadãos de demonstrarem suas habilidades. Para Walzer, entretanto, esta meritocracia almejada, que ele chama de funcionalismo público universal, caracteriza na verdade uma forma de igualdade simples, pois "... A soma das oportunidades disponíveis é dividida pelo número de cidadãos interessados, e todos têm as mesmas oportunidades de conquistar um lugar".[7] para Walzer, esta forma de igualdade simples

na esfera do trabalho deve ser substituída por um sistema que reconheça a igualdade complexa na hora da distribuição do trabalho. Idéia central de sua teoria, Walzer entende que a solução não está em se acabar o monopólio dos talentosos, mas sim em se evitar que suas prerrogativas interfiram em outras esferas de distribuição. Assim:

o problema não é acabar com o monopólio dos qualificados, mas impor limites a suas prerrogativas. Quaisquer que sejam as qualidades que resolvamos exigir – conhecimentos de latim, ou a capacidade de passar num exame, fazer um discurso, ou fazer os melhores cálculos de custo/benefício – devemos fazer questão de que não se tornem a base de reivindicações tirânicas de poder e privilégios.[8]

A contratação de pessoas, assim, deve derivar de um sistema misto de seleção, ou seja, alguns tipos de empregos serão preenchidos pelos mais qualificados, enquanto outros não serão influenciados pelo talento dos candidatos. Pode-se dizer, desta forma, que a esfera de trabalhos desejáveis possui dois critérios de distribuição, e apenas um deles baseia-se na qualificação do candidato. Na análise dos cargos cujo critério de distribuição é a qualificação dos candidatos, Walzer faz uma fundamental distinção entre mérito e qualificação, termos que ao seu ver são usados como sinônimos, mas que na verdade referem-se a coisas diferentes. É essencial repetir suas linhas:

O *mérito* implica um tipo bem restrito de merecimento, tal que o título precede e decide a seleção, ao passo que a *qualificação* é uma idéia muito mais vaga. Um prêmio, por exemplo, pode ser merecido porque já pertence à pessoa que teve o melhor desempenho; só falta identificar tal pessoa. As comissões de premiação assemelham-se a júris porque examinam o passado e aspiram a uma decisão objetiva. O cargo, pelo contrário, não pode ser merecido porque pertence às pessoas a quem ele serve, e elas ou seus agentes são livres (...) Para fazer as opções que lhes aprouver. As comissões de seleção diferem dos júris porque os membros olham tanto para o futuro quanto para o passado: fazem previsões acerca do desempenho futuro do candidato e também expressam preferências com relação ao modo como se deve preencher o cargo.[9]

Através desta relevante distinção, Walzer quer esclarecer que a disputa por um emprego qualquer não é uma disputa do tipo que alguém merece ganhar, uma vez que a comissão de seleção não se restringirá a olhar o passado do candidato, mas também fará uma previsão de como será o rendimento deste candidato durante o exercício do cargo. Assim, a meritocracia permitida dentro da esfera dos empregos desejáveis se refere aos qualificados para o emprego e não àqueles que o merecem. E a escolha destes qualificados, diz Walzer, requer importantes cuidados por parte das comissões de seleção: primeiro, elas devem analisar de maneira idêntica todos os candidatos e segundo, devem levar em consideração apenas as qualidades relevantes para o emprego em questão.

Ainda referindo-se aos empregos em que a qualificação do candidato é critério essencial para a sua distribuição, Walzer passa a analisar o significado social destes empregos, ou seja, as recompensas legítimas que o detentor do cargo pode ter por possuí-lo, sem invadir outras esferas. Estas recompensas são quatro: o prazer do exercício do cargo, remuneração condizente com a qualificação, status profissional e relacionamentos de poder. Walzer, porém, diz que estas prerrogativas devem sempre ser limitadas, para impedir que os detentores dos cargos se tornem tiranos, exercendo poder e influência no restante da comunidade. Assim como a posse de dinheiro e mercadorias deve ser importante apenas dentro da própria esfera, o monopólio do talento e os empregos dele decorrentes devem ser restritos à própria esfera. Assim, o prazer pelo exercício do cargo é legítimo, mas seu detentor não pode segregar técnicas ou habilidades, devendo obedecer a rígidos padrões de ética e conduta. A remuneração pode – e deve, ser condizente com a qualificação do detentor do cargo, mas este não pode extorquir o restante da comunidade. Isso significa que para Walzer a diferença de rendimentos entre o detentor de um cargo meritocrático e outro tipo de emprego não pode ser gritante. A honra pelo exercício do cargo também é merecida, mas deve estar intrinsecamente relacionada com o efetivo desempenho do cargo.

Entretanto, como foi dito acima, a igualdade complexa de Walzer implica em um sistema misto de distribuição de empregos desejáveis, ou seja, nem todos os empregos terão como critério de distribuição a qualificação dos candidatos, assim como nem todos exigem uma igual e justa consideração de todos os candidatos. Para Walzer, portanto, há empregos que não devem ser tratados como cargos públicos, cuja política de seleção deve ser de decisão exclusiva do próprio grupo, sem influência do estado. De um modo geral, são os empregos controlados por pessoas ou grupos particulares, como nos casos de estabelecimentos pequeno-burgueses, cooperativa de trabalhadores e empregos decorrentes do clientelismo, ou seja, aqueles dados a associados e correligionários de políticos vitoriosos. Walzer crê que quando estes empregos não exigem habilidades específicas, e contanto que os atuais detentores destes cargos não sejam demitidos, não há nada errado no sistema do clientelismo, uma vez que para certos tipos de empregos governamentais a atividade política é uma qualificação importante. Walzer conclui:

Tentei argumentar que a igualdade de oportunidades é um modelo de distribuição de alguns empregos, não todos. É mais apropriada em sistemas centralizados, profissionalizados e burocráticos, e sua instituição costuma gerar tais sistemas. Nesse caso, o controle comunitário e as qualificações individuais são necessários, e o princípio fundamental é a “justiça”. (...) Mas existem empregos desejáveis que se encontram fora desses sistemas, que são justamente (ou não injustamente) controlados por pessoas ou grupos, e que não precisam ser distribuídos com “justiça”. A existência de tais empregos abre caminho para um tipo de êxito para o qual ninguém precisa de fato estar qualificado, não pode estar qualificado – e, portanto, limita a autoridade dos qualificados.[10]

3.4 EDUCAÇÃO

Walzer inicia seu estudo sobre a esfera distributiva da educação afirmando que as comunidades devem educar suas crianças em nome da sobrevivência da própria comunidade. A educação representa a reprodução, de geração para geração, daquilo que a comunidade entende como valores a serem propagados no futuro. Mas Walzer ressalta que este não é – e nem deve ser, o único papel das escolas. Elas têm um papel fundamental, dentro de sua teoria, de funcionarem como espaço onde se desenvolverá a crítica destes valores, ou seja, onde se reproduzirão os críticos sociais. Assim, as escolas, os professores e as idéias ali desenvolvidas são bens sociais, autônomos, que exigem um processo diferenciado de distribuição, não podendo este se resumir a refletir os padrões econômicos e políticos da comunidade – o que configuraria uma invasão destes bens na esfera da educação. Para Walzer, a educação deve ser dividida em dois momentos distintos: primeiro, uma educação fundamental, que possibilite a todas as crianças dominar o mesmo conjunto de conhecimentos. Depois, uma educação especializada, que respeite as capacidades de cada aluno. E estes dois momentos exigem critérios de distribuição diferentes, como mostrarei a seguir.

a educação fundamental é aquela que tem por objetivo formar cidadãos. Neste sentido, torna-se evidente que nenhuma criança deve ser excluída deste processo, muito pelo contrário, ensinar as crianças a serem cidadãs é tão importante que de fato todas devem estar inseridas no aprendizado, e aprendendo as mesmas coisas. A situação econômica ou política dos pais não pode de modo algum influenciar na distribuição desta educação fundamental. Aqui, o critério de distribuição é muito claro: a igual necessidade de conhecimentos de todos os futuros cidadãos. É evidente que a idéia de uma educação igual para todos representa uma forma de igualdade simples na distribuição desta educação fundamental, e o próprio Walzer admite isso. Adverte ele, entretanto, que esta igualdade simples logo perde sua simplicidade, uma vez que as crianças têm diferentes graus de interesse e capacidade de compreensão, sendo quase impossível que elas não se distingam uma das outras. Mas estas diferenças não impedem a realização da idéia essencial da educação fundamental, qual seja, educação – e cidadania, igual para todos, independente de capacidade econômica ou social.

Enfatiza Walzer, entretanto, que esta cidadania igualitária exige, sim, uma educação fundamental em comum, mas não exige uma carreira educacional uniforme. Depois que a criança já apreendeu aquele núcleo essencial que a tornará uma cidadã, deve-se procurar adaptar a educação aos interesses e capacidades de cada aluno, o que significa dizer que a necessidade individual não é mais critério de distribuição, assim como a igualdade simples torna-se completamente inadequada. Esta educação especializada, na visão de Walzer, equipara-se a um cargo, ou seja, exige a qualificação do aluno para que possa ser distribuída. Como encontrar estes alunos qualificados? Aqui vale o mesmo que foi explicado no capítulo da distribuição do trabalho, ou seja, deve-se encontrar o talento dentro de um processo universal de escolha, que possibilite a todos os cidadãos apresentar suas qualificações e ingressar nas vagas disponíveis para a educação especializada. Se o número de vagas for limitado, será inevitável a frustração daqueles que não conseguirem a vaga. “quanto mais bem-sucedida for a educação fundamental, mais competente será o conjunto de futuros cidadãos, mais intensa será a concorrência por vagas no sistema educacional superior e maior será a frustração dos que não forem

classificados”.[11] este sentimento de frustração, assim, não tem como ser evitado, uma vez que a educação especializada é um bem social que exige a qualificação como critério de distribuição, o que importa em se afirmar que sempre alguns alunos serão escolhidos, e outros recusados. Contudo, Walzer observa que a frustração será menos impactante quando se tiver em mente que a reprovação foi para uma determinada vaga, e não para as recompensas políticas e econômicas desta vaga. Para ele, a escola de especialização deve ser um centro de aprendizado isolado do status e sucesso da profissão, respeitando, desta forma, o valor intrínseco de sua função como escola formadora.

3.5 RECONHECIMENTO

Walzer dá importante destaque à questão da distribuição de reconhecimento dentro da comunidade política. Como esta distribuição pode ser justa? Como impedir que este reconhecimento seja concedido com base em critérios de outras esferas? É o que ele procura responder através da sua igualdade complexa.

Inicialmente, Walzer ressalta o fato de que a sociedade hoje não é mais aristocrática, o que significa afirmar que não existe mais um reconhecimento social com base em títulos e postos. A revolução democrática aniquilou toda a hierarquia de títulos e substituiu-os por um único título, no caso, o de “*mister*”, ou “senhor”, em português. O título único garante a generalização, reitera a idéia de igualdade entre todos, a existência de cidadãos, sem distinções hierárquicas. É esta igualdade que permite, como bem lembra Walzer, que nesta sociedade as carreiras estejam abertas aos melhores, e o reconhecimento àqueles que naturalmente o conquistem. E como todos são iguais, todos podem concorrer a ele. Ressalte-se, contudo, que este reconhecimento não se resume mais à antiga honra aristocrática. A luta agora é por coisas como prestígio, status, admiração, glória, fama, celebridade, valor, distinção, entre outras, inclusive a própria honra. Mas Walzer identifica em todas estas formas de reconhecimento um elemento comum: são reconhecimentos positivos, que dignificam a pessoa e a estimulam a continuar na luta. Evidentemente, há também os reconhecimentos desfavoráveis, que estão sintetizados na desonra e o que é pior, a total ausência de reconhecimento, a indiferença, os seres invisíveis, sem identidade alguma com a comunidade política.

Walzer afirma ainda que, apesar da idéia geral ser a de que há reconhecimento em abundância, este é de fato um bem social escasso. Embora os homens vivam atualmente em uma sociedade de iguais, não lhes dão o mesmo grau de reconhecimento. Para ele, é absolutamente impossível haver uma espécie de igualdade simples na esfera do reconhecimento, ou seja, todos os indivíduos receberem a mesma cota de reconhecimento. Isto porque o reconhecimento é feito com base em qualidades pessoais, talentos e habilidades que são valorizados em determinada época e lugar, e não é possível se saber antecipadamente quais serão estes valores, para que se possa redistribuí-los igualmente entre todos os cidadãos. Mesmo porque, se todos tiverem as mesmas habilidades e o mesmo talento, não haverá motivo para admiração e, conseqüentemente, não haverá necessidade de reconhecimento. Portanto, a atual sociedade de iguais não pode garantir que todos terão o mesmo grau de reconhecimento,

mas pretende permitir a todos que tenham a mesma oportunidade de conquistar este reconhecimento. O problema, para Walzer, é que essa igualdade de oportunidades não acontece na prática. Há uma série de invasões de critérios distintos nessa esfera, principalmente aqueles relacionados à riqueza e ao cargo. Para ele, o critério distributivo do reconhecimento social é o mérito, livremente avaliado pela comunidade, de acordo com seus próprios valores culturais. A homenagem deve pertencer a quem de fato a merece, por uma realização memorável, distinta ou empolgante, ainda que os merecedores não sejam pessoas que convencionalmente seriam consideradas distintas.

3.6 PODER POLÍTICO

A esfera do poder político é essencial dentro de qualquer comunidade política. Historicamente, os homens sempre desejaram e lutaram incessantemente pela posse do poder político, e hoje não é diferente. É fundamental, assim, dentro de uma teoria de justiça distributiva, analisar quais os critérios relevantes para a justa distribuição deste poder político entre os membros da comunidade. Inicialmente, ele diz que o significado social do poder político está intrinsecamente ligado à democracia. Isto porque "... É mais provável que os diversos grupos de indivíduos sejam respeitados se todos os membros de todos os grupos compartilharem o poder político".[12] assim, o critério de distribuição deve ser sempre o interesse da comunidade política, alcançado através da discussão entre os cidadãos.

Walzer, assim, afirma que o poder político deve ser distribuído com base na força do discurso, no poder de convencimento, na persuasão e na força da retórica. E só. Para Walzer, "os cidadãos entram no fórum sem nada além de seus argumentos. Todos os bens não políticos foram depositados do lado de fora: armas e carteiras, títulos e diplomas".[13] Walzer lembra que isto significa afirmar que a democracia – e o poder político – serão monopolizados por aqueles que possuem estes requisitos em abundância – retórica, capacidade de argumentação e poder de convencimento. Há como evitar esse monopólio? Para Walzer, não. Neste ambiente de debate e discussão, é natural que alguns indivíduos se sobressaiam, por terem maior capacidade de oratória e convencimento. Esta desigualdade é permitida, faz parte do jogo democrático, está dentro da esfera do poder político. O que não seria legítimo seria que o poder político fosse dado a determinados cidadãos que vencem as lutas políticas por serem mais ricos ou por serem parentes de alguém no governo. Isso violaria o significado social do poder político dentro da comunidade, seria uma invasão dos critérios de outras esferas dentro da esfera do poder político.

Como diz Walzer, nesta esfera o que se reparte não é o poder, mas sim as oportunidades de se ter este poder. Todo cidadão é um político em potencial, uma vez que todos podem participar da vida política. É a igualdade complexa na esfera do poder político. E é esta possibilidade de participar da vida política que funciona como elemento que dá auto-respeito ao cidadão. Segundo Wlzer, quanto maior for a participação política do cidadão, maior será a consciência que ele terá de sua cidadania, e maior será o respeito que terá de si próprio. Walzer conclui de maneira lapidar:

A política democrática, depois que derrubamos todos os predomínios errados, é um convite perene a agir em público e a reconhecer-se como cidadão, capaz de escolher destinos e assumir riscos por si e pelos outros, e capaz, também, de patrulhar os limites da distribuição e sustentar uma sociedade justa. (...) E o predomínio da cidadania, ao contrário do predomínio da graça (ou do dinheiro, dos cargos públicos, da educação, ou da linhagem), não é tirânico; é o fim da tirania.[14]

CONCLUSÃO

A análise mais acurada da doutrina comunitarista e da teoria de justiça formulada por um de seus principais autores permite a conclusão de que o comunitarismo pode contribuir de forma relevante para o atual debate sobre a justiça social. Ainda que boa parte das questões formuladas por Walzer sejam de difícil realização prática, sua teoria apresenta argumentos fundamentais, que merecem reflexão cuidadosa por parte daqueles que discutem a questão no plano teórico. Primeiro, por exemplo, pode-se citar a defesa dos valores culturais locais. Em tempos de padronização cultural, é extremamente importante que uma teoria de justiça ressalte a necessidade de se respeitar a tradição cultural de cada comunidade.

Porém, acima de qualquer coisa, o principal aspecto da doutrina de Walzer, e que por isso mesmo precisa ser sempre ressaltado, é a construção da verdadeira cidadania, através do resgate do espaço público e da cada vez maior participação dos indivíduos na vida política da comunidade. O futuro da democracia está cada vez mais na participação direta dos cidadãos, e a sua teoria defende ardorosamente a idéia de que somente através do debate público pode-se chegar às verdadeiras necessidades de uma comunidade particular, permitindo, assim, a realização da justiça social.

BIBLIOGRAFIA

ARENDT, HANNAH. A CONDIÇÃO HUMANA. TRADUÇÃO DE ROBERTO RAPOSO. 10.ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE UNIVERSITÁRIA, 2007.

BOLONHA, CARLOS. DUAS PROPOSTAS DE JUSTIÇA: RAWLS E WALZER. IN MAIA, ANTÔNIO CAVALCANTI; MELO, CAROLINA DE CAMPOS; CITTADINO, GISELE; POGREBINSCHI, THAMY (ORG.). PERSPECTIVAS ATUAIS DA FILOSOFIA DO DIREITO. RIO DE JANEIRO: LÚMEN JÚRIS, 2005.

CITTADINO, GISELE. PLURALISMO, DIREITO E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: ELEMENTOS DA FILOSOFIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA. 3.ED. RIO DE JANEIRO: LÚMEN JÚRIS, 2004.

ETZIONI, AMITAI. LA NUEVA REGLA DE ORO: COMUNIDAD Y MORALIDAD EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. TRADUÇÃO DE MARCO AURELIO GALMARINI RODRÍGUEZ. BARCELONA: EDICIONES PAIDÓS IBÉRICA, 1999.

_____. NEW COMMUNITARIAN THINKING: PERSONS, VIRTUES, INSTITUTIONS AND COMMUNITIES. CHARLOTTESVILLE: UNIVERSITY PRESS OF VIRGINIA, 1996.

MACEDO, UBIRATAN BORGES DE. LIBERALISMO VERSUS COMUNITARISMO NA UNIVERSALIDADE ÉTICA: A CRÍTICA DE MICHAEL WALZER A RAWLS. IN SIEBENEICHLER, FLAVIO BENO (ORG.). ÉTICA, FILOSOFIA E ESTÉTICA. RIO DE JANEIRO: UGF, 1997.

NOZICK, ROBERT. ANARQUIA, ESTADO E UTOPIA. TRADUÇÃO DE RUY JUNGMANN. RIO DE JANEIRO: JORGE ZAHAR, 1991.

RAWLS, JOHN. UMA TEORIA DA JUSTIÇA. TRADUÇÃO DE ALMIRO PISETTA E LENITA MARIA RÍMOLI ESTEVES. SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 2002.

SILVA, RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA. A CRÍTICA COMUNITÁRIA AO LIBERALISMO. IN: TORRES, RICARDO LOBO (COORD.) TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2001.

WALZER, MICHAEL. AS ESFERAS DA JUSTIÇA: UMA DEFESA DO PLURALISMO E DA IGUALDADE. TRADUÇÃO DE JUSSARA SIMÕES. SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 2003.

_____. THICK AND THIN: MORAL ARGUMENT AT HOME AND ABROAD. INDIANA: UNIVERSITY OF NOTRE DAME PRESS, 1994.

[1] RAWLS, JOHN. UMA TEORIA DA JUSTIÇA. TRADUÇÃO DE ALMIRO PISETTA E LENITA MARIA RÍMOLI ESTEVES. SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 2002, P.147.

[2] NOZICK, ROBERT. ANARQUIA, ESTADO E UTOPIA. TRADUÇÃO DE RUY JUNGMANN. RIO DE JANEIRO: JORGE ZAHAR, 1991.

[3] WALZER, MICHAEL. ESFERAS DA JUSTIÇA: UMA DEFESA DO PLURALISMO E DA IGUALDADE. TRADUÇÃO DE JUSSARA SIMÕES. SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 2003.

[4] WALZER, MICHAEL. ESFERAS DA JUSTIÇA: UMA DEFESA DO PLURALISMO E DA IGUALDADE. OP.CIT, P.5.

[5] IBID, P.11

[6] IBID, P.140.

[7] IBID, P.179.

[8] IBID, P.183.

[9] IBID, P.185.

[10] IBID, P.223.

[11] IBID, P.287.

[12] IBID, P.390.

[13] IBID, P.417.

[14] IBID, P.427.

A MATRIZ LUHMANNIA DA JUSTIÇA*

THE MATRIX LUHMANNIAN JUSTICE

Fernando Rister de Sousa Lima

RESUMO

A decisão judicial opera com base no código binário lícito/ilícito. A justiça do sistema jurídico é a fórmula de contingência, cuja finalidade é fornecer consistência às decisões judiciais. Para Luhmann, decisão justa é a consistente, portanto, é aquela tomada obrigatoriamente sob o manto da fórmula de contingência. Por esta, entender-se-á a comunicação binária de cada sub-sistema. No caso do Direito de emitir comunicação pelo código lícito/ilícito, mesmo que a comunicação venha de outro sistema parcial. Ele obrigatoriamente a transformará no seu código, em conseguinte, reduzindo a complexidade social.

PALAVRAS-CHAVES: DECISÃO JUDICIAL - TEORIA DOS SISTEMAS - JUSTIÇA

ABSTRACT

The court decision operates on the basis of binary code law/non law. The justice of the legal system is the formulation for contingency, whose purpose is to provide consistency judgments. For Luhmann, fair decision is consistent, therefore, is that taken compulsorily under the cloak of contingency formula. For this, understanding will be binary communication of each sub-system. In the case of law, issue will be communication by the binary code law / no law, even if the letter came from another partial system. He must turn to in your code, thus reducing social complexity.

KEYWORDS: JUDGEMENT - THEORY OF SYSTEMS - JUSTICE

1. Introdução

O vernáculo corrente no cotidiano forense diz respeito à justiça ou à injustiça de determinada decisão. Apesar disso, pouco se questiona a respeito do conteúdo da expressão justiça.[1] Pesquisa esta fundamental, mormente porque, atualmente, não há

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

que se falar em justiça como no passado, onde, com freqüência, encontravam-se diversos significados ao conceito de justiça. Muitas vezes, impostos pelo Estado, pela Igreja, ou mesmo por senhores feudais, geralmente ligados a conceitos ou dogmas; às vezes, materializada na resolução de casos iguais de maneira igual e os desiguais em formato desigual; outras vezes, guiada pelo conceito de riqueza ou pobreza. Ao contrário disso tudo, Luhmann defende a separação do Direito da Moral com escopo de garantir a autonomia do primeiro, para assim, garantir à parcela da população o seu próprio juízo moral, desde que não se choque com os valores resguardados pelas normas jurídicas.

Nesse ambiente social, a função do Direito, num leviano resumo, ao longo da história, tem centrado-se em educar, sanar e punir. O aplicador da norma constrói uma decisão com intuito de educar o infrator, a pena deve ser suficiente, e não mais do que isso, para ensiná-lo a não mais repetir a conduta, segundo clássica conquista iluminista. O Estado obriga o causador do ilícito a indenizar o dano, assim oferece à vítima uma restauração ao estado anterior à lesão. Ora, é preciso punir o agente delituoso, substituindo o particular que o faria pela justiça privada, como uma prestação de contas sociais. As regras foram desrespeitadas é preciso vingar o Estado e a Sociedade. [2]

O desenvolvimento do homem, do Estado e do Direito, de fato, alterou por completo o contexto social e, com ele, a idéia do justo.[3] Por conta dessa alteração, nos dias hodiernos, seguramente afirma-se que o Direito não vem mais fundamentado em valores imutáveis. Pelo contrário, a constante alternância do seu conteúdo passa a legitimá-lo.[4] Essa alteração paradigmática interfere demasiadamente no processo de decisão legal. Doravante, não se pode limitar as interpretações normativas, e, sim, à possibilidade decisional das controvérsias jurídicas. Isto em todos os âmbitos.[5]

O objeto desta pesquisa é justamente identificar qual justiça é possível ser realizada pela decisão judicial. Assim, procurar-se-á identificar o sentido da expressão justiça na decisão judicial na hodiernidade; para tanto, partir-se-á de premissas, a saber:

(i) não se pode mais falar em verdade universal/justiça universal, ao menos no sistema jurídico;

(ii) a principal característica da sociedade atual é a sua complexidade;

(iii) a alteração do conteúdo valorativo do Direito, por meio de decisões, passa a legitimá-lo.

Para desenvolver a pesquisa, utilizar-se-ão conceitos extraídos da teoria dos sistemas, de autoria do sociólogo alemão Niklas Luhmann. Diante desse manancial

teórico, escolheu-se um dado extraído do ordenamento jurídico: a decisão judicial, e, buscar-se-á, mediante instrumento extraído de fora do sistema normativo, responder o problema proposto:

Qual a matriz de justiça possível de ser alcançada na decisão judicial?

A escolha da metodologia justifica-se em razão da teoria dos sistemas ter buscado fornecer subsídios de consistência às decisões judiciais, mediante o autocontrole do subsistema do Direito. Em conseqüência, supera a frágil tese do jusnaturalismo e, ainda, evita o risco do reducionismo da decisão a mero ato decisório sem compromisso com a função do sistema jurídico.[6] Este avanço em relação aos positivistas e a desqualificação daqueles (jusnaturalistas), talvez tenha sido responsável pela sua classificação como neopositivista, com a ressalva de que os luhmannianos não aceitam tal rótulo.

Da matriz luhmanniana da justiça, isto é, da sua fórmula de contingência, extraiu-se qualquer atuação cunhada sob valores, ideais, ou mesmo um Deus único, para simplesmente não entrar em torno de virtude e princípios. Nesse contexto, destoa por completo da alusão ao Direito Natural, ademais, não acredita que a própria natureza seja justa, ao menos compreensível aos olhos nus, daí não existiria obrigatoriamente uma relação entre o justo e o natural. (Luhmann: 2005, p. 280/281), por isto mesmo, em vez de presunções sobre a natureza cria-se suposições de autoespecificações como uma conclusão circular. As fórmulas de contingências, vistas de todos os sub-sistemas, referem-se entre a diferença entre indeterminado e determinado. O caminho para observar o inobservável é substituir uma diferença por unidade, posto que as diversas possibilidades comunicativas (contingência) faz parte também parte do sub-sistema do Direito. (Luhmann: 2005, p. 282). A decisão jurídica, nesse ambiente social e à ótica da teoria sistêmica, é uma norma que representa um critério de solução.

2. Da justiça possível

Pela teorização proposta por Luhmann, não há que se falar em justiça mediante a conquista de valores outrora concebidos como imutáveis. Na sociedade complexa, onde a multiplicidade de escolhas sociais prepondera, é possível esperar uma operação de seletividade, em que os sistemas parciais escolhem os valores que sua comunicação pontuará.[7] A partir delas, a generalização dessas expectativas será o possível de fornecer ao sistema social global. Os programas são conquistas evolutivas

dos sistemas dentro da complexidade do ambiente. Por meio delas, por exemplo, o sistema jurídico emite comunicação jurídica com o intuito de garantir tais valores.

O sistema jurídico deve lutar pela manutenção das expectativas, combatendo as desilusões.[8] Isso significa dizer: o sistema jurídico não aceitará o seu não-cumprimento como certo e continuará a lutar pela sua efetivação. Com isso, manter-se-á, no ambiente social, a expectativa de serem cumpridos os valores escolhidos pelo próprio sistema. Para tanto, Luhmann elege a fórmula de contingência com a tarefa de reduzir a complexidade do ambiente do sistema jurídico, cuja pressão do ambiente social externo é cada vez maior, exigindo prestações que o subsistema do Direito não pode cumprir. Transformar, então, essa elevada complexidade em adequada ao sistema é missão da justiça como fórmula de contingência.[9]

À vista desse quadro social, para o sistema de decisão corresponder melhor ao seu ambiente, o sistema jurídico precisará transformar a complexidade social em comunicação jurídica, para, a partir daí, levá-la à decisão. Somente desta forma, poder-se-á ter uma decisão adequada.[10] O subsistema do Direito absorve, pois, a complexidade e a reduz à comunicação jurídica, que, na seqüência, propicia a emissão da decisão. A própria diferenciação comunicativa, por isso mesmo, veda qualquer tentativa de manter-se aquela velha história de justiça universal. Cada sistema parcial tem a sua própria comunicação e, exclusivamente, por ela agirá: o subsistema da economia comunicar-se-á pela comunicação dinheiro/não-dinheiro. Respectivamente ocorrerá com cada subsistema. Não há que se falar em outra justiça que não a ligada à comunicação do sistema jurídico.[11]

Entretanto, para proporcionar justiça numa sociedade altamente complexa, é preciso adaptar a sua complexidade à sistêmica, vale dizer, moldar a complexidade externa ao sistema jurídico, conseqüentemente produzir comunicação adequada.[12]

A complexidade adequada é produzida à medida da redução comunicativa ao código binário lícito/ilícito em modo de ser possível um decidir consistente.[13] Neste contexto, a positivação do Direito proporcionou ao sistema jurídico diferenciação em nível de decisão que produz comunicação jurídica. Ele é constituído pelas decisões numa única comunicação, cuja reiteração rende a sua autonomia.[14] Essa exposição conceitual é para afirmar que o sistema jurídico transforma outras comunicações em jurídicas e, na cadeia comunicativa, emitirá outras comunicações, contudo sempre jurídicas. Por conseguinte, reduzir a complexidade, mediante seu código binário próprio: lícito/ilícito. Este processo é a própria justiça possível de ser proporcionada pelo sistema do Direito.

Em pormenores, o sistema do Direito está imerso na sociedade. Nesta, por sua vez, encontram-se outros subsistemas que emitem suas próprias comunicações, conforme o sistema parcial do Direito é chamado a ofertar prestações a outros sistemas – como, por exemplo, quando um contrato não é respeitado –, ele recebe a comunicação do ambiente e a transforma em comunicação jurídica e, num processo reflexivo, reduz a complexidade do litígio mediante a emissão de uma comunicação jurídica.

A emissão de nova comunicação não garante, por si só, a obediência a elas. O sistema pode – e não se trata de pouca coisa, vale dizer – via outras comunicações da mesma natureza, fazer com que a expectativa normativa seja mantida ao longo do tempo. Significa afirmar: a justiça proporcionada pelo sistema é também voltada à transformação de outras comunicações, quando necessário, à comunicação jurídica.[15]

3. Do resultado da Pesquisa

Para a frustração da coletividade, o Direito não possui uma varinha de condão, para seu aplicador determinar o desaparecimento da situação ilícita. Ele não pode fazer isso, não tem superpoderes, e nem se intitula como tal; é verdade, entretanto, que, por vezes, o coro social pleiteia o contrário, mas ele sempre é em vão. A modernidade oferece outra idéia sobre sua função, pois que, o ofício do Direito, segundo o sociólogo alemão Niklas Luhmann, está na garantia das expectativas normativas, ao longo do tempo. A sociedade continuará a acreditar na efetivação das normas. As comunicações jurídicas garantirão que as expectativas sejam mantidas.

O Direito atua no plano da expectativa: continuar-se-á a creditar na preservação dos valores contemplados pelas normas. Isso não se trata de pouca coisa, como afirma Campilongo.[16] Nesse aspecto, justiça, para Luhmann, é fórmula contingência, cujo mister é dar consistência às decisões do sistema jurídico, por meio da redução da complexidade social do ambiente. Daí as decisões serão sempre binárias, in caso: lícito/ilícito.

O fato da justiça possível de ser prestada não saciar a vontade social não altera a realidade. Não há como cobrar dos operadores do Direito (advogados, juízes e promotores) outra atitude, ao menos na atualidade. Nesse momento histórico no qual estamos inseridos, o Direito só pode realmente fazer com que a

sociedade continue a acreditar na sua efetivação, mediante reiterações comunicativa binárias, representadas pelo código: lícito/ilícito.

Em suas operações, opera sempre fechado, quer dizer, com base na binariedade suprarreferida. Pois bem, a solução esperada pela sociedade depende muito mais dela própria, do que do Direito, cujo contexto social é apenas uma parte do ambiente social, no qual estamos inseridos. Para solucionar tais situações, é preciso, a bem da verdade, a alteração dos valores sociais, cuja comunicação emanar-se-á também ao Direito, e não acreditar que uma parte (Direito) alterará o todo (Sociedade), donde ele provém.

4. Referências Bibliográficas

CAMPILONGO, Celso. "Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem". In: Raffaele, De Giorgi. *Direito, tempo e memória.* São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 11-26.

_____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial***.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____ . *O direito na sociedade complexa***.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____.*Governo representativo "versus" governo dos juízes:* A "autopoiese" dos sistemas político e jurídico. Belém: UFPA, 1998.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann.* Tradução Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996.

DE CICCO, Claudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito.* 3. ed. Reformulado. Final. São Paulo: Saraiva, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *Scienza del diritto e legittimazione.* Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

_____.Introduzione all´edizione italiana. In: LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto***.** Milão: Società editrice il Mulino, 1990.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____.Pr*oblema da justiça.* 3. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *A ilusão da justiça.* Trad. Sérgio Tellardi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. *EI derecho de Ia sociedad.* Traducción Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia.* Edição e tradução Josetxo Beriain; José María García Blanco. Madri: Editorial Trotta, 1998.

_____. *Introducción a la teoría de sistemas.* Versão espanhola Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Ibero Americana, 1996.

_____. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale.* A cura di Alberto Febbrajo. Milano: Giuffré, 1995.

_____. La observación sociológica del derecho. *Crítica Jurídica.* n. 12. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 1993.

_____. *La differerenziazione del diritto.* A cura di Rafaelle De Giorgi. Milano: Mulino, 1990.

_____. *Sistemi sociali*. Traduzione Alberto Febbrajo; Reinhardt Schmidt. Bolonha: Mulino, 1990.

_____. *Sociologia do direito.* v. 2. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

_____. *Sociologia do direito.* v. 1. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia del diritto.* A cura di Alberto Febbrajo. Roma: Laterza, 1977.

_____. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica.* A cura di Alberto Febbrajo. Bolonha: Mulino, 1974.

_____. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società.* 11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann.* In: Direito e Filosofia: A noção de Justiça na História da Filosofia. Maria Constança Peres Pissarra; Ricardo Nascimento Fabrini (coord.). São Paulo: Atlas, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Brevíssima Retrospectiva Histórica, Para Desembocar no Estado de Direito, No Direito Codificado e na Tripartição das Funções dos Poderes (O Princípio da legalidade e a Necessidade de Motivação das decisões). In: *Controle das decisões judiciais por de recursos de estrito direito e de ação rescisória.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

3. Na temática justiça, pode-se encontrar as mais diversas posições sobre o tema. Tanto isso no plano da Teoria do Direito, da Filosofia ou mesmo da Sociologia Jurídica. Entre tantos, convém mencionar Hans Kelsen: debruçou-se no assunto de forma exauriente, possui diversos trabalhos. Para o mestre de Viena, a justiça absoluta não é cognoscível pela razão humana. Sendo, pois, o ideal de justiça algo subjetivo, chega-se à beira da irracionalidade. Ao presente, ressalta-se livros já traduzidos ao Português: *O que é justiça?* Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998; *O problema da justiça*. 3. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998; *A ilusão da justiça.* Trad. Sérgio Tellardi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Ao contrário, por sua vez, John Rawls, valora a justiça, colocando-a, como condição da mantença às leis. Significa dizer: leis e instituições devem ser reformadas ou abolidas quando são injustas. Porém, ressalta ser uma injustiça tolerável se for crucial para evitar injustiça maior. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Sobre a justiça, ver p. 7, transcreve-se o seguinte trecho: "Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social".

4. DE CICCO, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 3. ed. Reformulado.São Paulo: Saraiva, 2006.

5. Cf. LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. A cura di Rafaelle De Giorgi. Milano: Mulino, 1990, p. 315. Ver ainda, ora sob o foco das decisões judiciais, mas também num enfoque histórico WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Brevíssima Retrospectiva Histórica, Para Desembocar no Estado de Direito, No Direito Codificado e Na Tripartição das Funções dos Poderes (O princípio da legalidade e a Necessidade de Motivação das Decisões). In: *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.13-98. Identifica-se, ainda, na Revolução Francesa – sob a falsa ideologia de fraternidade, igualdade e liberdade – àqueles em serviço aos interesses da burguesia. Sobre a revolução francesa, consultar DE CICCO, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. op. cit., p. 163-175.

6. Cf. LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. op. cit., p. 315-316.

7. Cf. Ibidem, p. 319.

8. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Da ilusão à fórmula de contingência:* a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann, In: Direito e Filosofia: A noção de Justiça na História da Filosofia. Maria Constança Peres Pissara; Ricardo Nascimento Fabrini (coord.). São Paulo: Atlas, 2007, p. 141/142.

9. CAMPILONGO, Celso. *Governo representativo "versus" governo dos juízes:* A "autopoiese" dos sistemas político e jurídico. Belém: UFPA, 1998, p. 56. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedade, p. 281.

10. Cf. LUHMANN, Niklas. La *differenziazione del diritto.* op. cit., p. 348: "Che cosa possa essere la giustizia nella società moderna, non è possibile stabilirlo in guisa dell'interpretazione di una norma o di un valore, ad esempio, mediante esegese del concetto di eguaglianza, ma può risultare solo dall'accordo con altre variabili che determinano il sistema giuridico in dipendenza da determinate condizioni ambientali. Constatazione sulla giustizia dipendono, quindi, anche dal fatto che per il sistema giuridico possano essere operazionalizzate asserzione sulla varietà, I'interdispendenza o la generalizzazione.".

11. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Da ilusão à fórmula de contingência:* a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann In: Direito e Filosofia: A Justiça na História da Filosofia. Maria Constança Peres Pisarra; Ricardo Nascimento Fabrini (coord.). São Paulo: Atlas, 2007, p. 143/144.

12. Cf. LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. op. cit., p. 348-349: "1) Un sistema di decisione corrisponde meglio al suo ambiente nella misura in cui può rappresentare al suo interno complessità esterna e portarla a decisione, vale a dire, può decidere adeguatamente. Ciò richiede una ricostruzione non solo della grandeza e della varietà dell'ambiente, ma anche delle interdipendenze dell'ambiente nel sistema. Una tale comprensione delle interdipendenze esterne, tuttavia, incontra presto difficoltà che, allo stato attuale a quello prevedibile per il futuro della tecnica della decisione, sono considerate insuperabili. Ogni sistema di decisione, perciò, retrocede su criteri e procedimenti di riduzione della complessità.".

13. Ibidem, p. 321.

14. Cf. Ibidem, p. 333-334.

15. Cf. Ibidem, p. 344.

16. Cf. Ibidem, p.346.

17. Sobre a função do Direito na sociedade, ver Ibidem, p. 347: “La funzione specifica del diritto nella società – in altro luogo l’avero caratterizzata come generalizzazione congruente di aspettative di comportamento – si lascia esprimere soltanto nella forma di requisiti ulteriori di compatibilità e adattabilità. Con la possibilità di precisare questi requisiti e di farli valere come funzione sociale contro la pressione ambientale altrimenti specificata, al giurista è data la chancer di affermare socialmente e politicamente la sua autonomia.”.

18. CAMPILONGO, Celso. *Governo representativo “versus” governo dos juízes**:*** A “autopoiese” dos sistemas político e jurídico. op. cit., p. 58. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedade, p. 280.

O ACESSO À DIREITOS ATRAVÉS DO SISTEMA DE JUSTIÇA: APRESENTANDO A CONSTRUÇÃO DE UM OBJETO DE PESQUISA E DAS VARIÁVEIS DE ESTUDO*

THE ACCESS TO RIGHTS TROUGH THE JUDICIAL SYSTEM: TO PRESENT THE CONSTRUCTION OF RESEARCH INDICATORS AND VARIABLES

Ivanilda Figueiredo

RESUMO

O acesso à justiça pressupõe inúmeros debates que podem se travar no campo jusfilosófico (o que é justiça?), processual (procedimentos e regras), constitucional (é um direito fundamental), dentre outros. Meu objeto é apresentar um método de mensuração do acesso à justiça. Na impossibilidade de na pesquisa empírica realizada mensurar todas as variáveis necessárias para tanto, restringi minha análise, ao acesso à direitos através dos sistema de justiça. É o caminho até a delimitação desse conceito, bem como, a criação de indicadores que pretendo explorar neste texto. Criar conceitos e indicadores para se obter uma nova leitura de certos institutos jurídicos é uma tarefa que demanda o uso de instrumentos aos quais os profissionais jurídicos não estão habitualmente familiarizados. No entanto, a pesquisa jurídica não pode ser uma repetição dos usos doutrinários e normativos realizados em petições e sentenças. Tais peças processuais são ricas em debates jurídicos, mas tem seu lugar específico. A pesquisa jurídica merece outro tipo de abordagem. Apresento o modo de construção do conceito de acesso à justiça, acesso à direitos através do sistema de justiça e dos indicadores necessários para mensurar o objeto da pesquisa.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA; ACESSO À DIREITOS ATRAVÉS DO SISTEMA DE JUSTIÇA; CONSTRUÇÃO DE INDICADORES; METODOLOGIA

ABSTRACT

The access to justice assumes many discussions which can be placed at the philosophical ground (what means justice?) procedural (procedures and rules), constitutional (is it a fundamental right?), among many others. My objective is present a mensuration method of Access to justice. At the impossibility to obtain empirical data for so audacious objective, I've decided restrain the analysis for the access to rights through the judicial system. The path walked until to delimitation of the concept and to creation of indicators is what I intend to explore in this paper. It's necessary to pursue a new vision of juridical institutions and for that it's important to building new concepts and indicators which provide some background for new assumptions. Sometimes it's

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

not easy for juridical researchers deal with that. However, juridical research can't be only a repetition of the petitions contents. The suits are an expression of juridical knowledge, but it's a specific place to this kind of manifestation. Juridical research deserves another kind of approach. I present here the path to the construction of a concept of access to justice, access to rights trough judicial system and the indicator to measure that.

KEYWORDS: ACCESS TO JUSTICE; ACCESS TO RIGHTS TROUGH JUDICIAL SYSTEM; INDICATORS CONSTRUCTION; METHODOLOGY

Introdução

Artigos narrando a metodologia do trabalho jurídico seriam ignorados até pouco tempo atrás. Felizmente essa concepção de que a pesquisa jurídica era meramente bibliográfica e no máximo jurisprudencial se modificou. A mudança nessa concepção trouxe um maior interesse nos debates acerca da metodologia da pesquisa no direito. Conhecimentos que eram trabalhados apenas por teóricos das demais ciências sociais passaram a ser agregados à pesquisa jurídica.

Desde as minhas pesquisas à época da graduação tenho sido partidária da necessidade de se agregar dados de realidade com métodos claros e objetivos às análises teóricas. A investida realizada em minha tese de doutorado é bastante ampla. Busca analisar com dados de realidade, jurisprudência e teoria a realização do direito ao acesso à direitos através do sistema de justiça em três países (Índia, Brasil e África do Sul). Para tanto, está sendo necessária a construção de arcabouços teóricos que engendrem os principais conceitos, a formação de variáveis e subvariáveis para a tabulação dos dados e a confrontação de todo esse material com o marco teórico principal.

Como contribuição aos debates do Conpedi pretendo apresentar neste artigo parte do caminho que tenho percorrido para a formação de um dos conceitos principais ("o acesso à direitos através do sistema de justiça") da tese que irei defender em agosto de 2010 na PUC-Rio, bem como, a construção das variáveis e subvariáveis que compõem a pesquisa empírica. Ambas são tarefas ainda em execução. Mas, creio que o caminho percorrido até o momento já é capaz de trazer diversas questões de interesse para o debate da metodologia da pesquisa no direito.

O acesso à direitos através do sistema de justiça é uma forma eficaz de se aprimorar a fruição dos direitos fundamentais, especialmente, por grupos em situação de

vulnerabilidade com uma desvantagem histórica no acesso à direitos ditos universais. Essa é a principal hipótese da análise deste estudo.

Para se conceituar o que chamo de acesso a direitos através do sistema de justiça será necessário partir das discussões a respeito do que significa acesso à justiça. O motivo dessa conceituação gradativa é demonstrar como surgiu para mim o conceito que pretendo trabalhar. Ao iniciar este estudo minha pretensão era estudar o acesso à justiça visualizando-o de um modo holístico e não apenas através do seu viés formal.

No entanto, no decorrer de meus estudos verifiquei que em termos de acesso à justiça os debates apesar de bastante diversificados podem ser abarcados por duas grandes correntes. Uma filia-se a corrente mais formal que visualiza sempre o acesso à justiça na perspectiva do acesso ao judiciário. [1] Outra tem uma visão mais ampla e verifica o acesso à justiça em suas mais diversas nuances e inter-relações.

No escopo desse estudo, no entanto, nenhuma das duas versões seria adequada. Uma inadequada por reducionista. Outra inadequada por envolver mais matizes do que seria capaz de apreender na análise teórico-empírica traçada. [2]

Diante disto, verifiquei que em verdade o objeto estava bem traçado, porém mal conceituado. Não se tratava de debater o acesso à justiça, mas o acesso à direitos através do sistema de justiça com uma análise focada especialmente em grupos em situação vulnerabilidade (embora nada impede que ela seja abrangida para outros agrupamentos).

Para traçar o caminho percorrido utilizei notadamente três autores Bryan Garth, Mauro Cappellletti e Boaventura de Souza Santos. Como eles não compõem o marco teórico principal da pesquisa, mas tão somente auxiliarão na conceituação do objeto me permiti selecionar apenas a parte da bibliografia desses autores que entendo se adequar a esse objetivo. Não irei trabalhar com uma crítica a esses autores, portanto, acredito, não haverá prejuízo a cientificidade do trabalho o recorte teórico realizado na obra dos mesmos.

Quanto a criação das variáveis elas primeiro dependiam dessa conceituação do objeto, pois em última análise elas devem trazer indícios sobre o objeto e as hipóteses criadas em torno dele. Apresentarei no item 2 o modo de criação dessas variáveis. Aqui basta dizer que algumas, como os acórdãos da Suprema Corte serão analisadas de modo quantitativo e qualitativo. Outras se submeterão ao método do estudo de caso.

O estudo de caso permitirá estabelecer relações explícitas entre os elos institucionais determinantes dos processos que ocorrem em cada país. Por isso, a preocupação em chegar a estes casos após uma densa análise multivariada, uma vez que

é preciso conhecer o universo com que se da antes de se realizar a escolhas dos casos que serão estudados.

De acordo com Gerring [3], obedecendo a corretas escolhas metodológicas o estudo de caso é capaz de trazer conclusões generalizáveis com a vantagem de as apresentar com uma profundidade inatingível no estudo orientado para variáveis, desde que obedeçam a alguns critérios que assegurem sua comparabilidade e a generalização dos resultados. As técnicas e critérios estabelecidos pelo autor em sua recente obra formarão a teoria subjacente às escolhas a serem realizadas.

Ressalva-se de que se terá sempre o cuidado de não no momento das generalizações, pois tem-se a consciência do risco de se perder na armadilha de mirar sempre o geral, descuidando-se de contextos específicos que não podem ser abrangidos. Portanto, será objeto de preocupação identificar os contextos específicos generalizáveis [4], estes devem ser buscados pela pesquisa empírica, na medida em que são os que fornecem, a partir do caso particular, dados gerais de comparação.

Depois de feita a opção, os processos serão analisados em profundidade desde seu início à sentença, bem como, recursos e decisões subseqüentes, caso existam. [5] Além disso, os esforços serão concentrados na formação de redes de contatos que permitam a realização de entrevistas semi-estruturadas com os atores do processo (pleiteante, advogados, juiz, gestor de política pública), bem como, se envidará esforços no sentido de identificar beneficiários da política pública oriunda do processo disponíveis para a realização de entrevistas também com estes.

1. O acesso à justiça: um conceito em permanente (re)construção.

São diversos os modos de se compreender *acesso à justiça*, modos que levam a inúmeras abordagenssobre quando e como este direito se torna efetivo. [6] Como bem assevera a Profa. Deborah L. Rhode:

> Em teoria, igual acesso ao direito é difícil de gerar oposição. Na prática, entretanto, se torna difícil em alguns pontos-chaves, começando no significado de justiça. Na maioria das discussões, igual justiça implica igual acesso ao sistema de justiça. Assume-se que justiça social é disponibilizada através da justiça processual. Mas isso, lógico, é uma falácia. Aqueles que recebem seu dia na corte não sentem que a justiça foi feita e com razão. [7] (tradução livre da autora)

Muito tem sido dito e pensado ao longo dos anos para se solucionar a equação acesso à justiça com direito fundamental é igual a... O ponto nelvrágico da questão, em nosso entendimento ainda não foi total e apropriadamente definido. Desta forma, é

preciso demonstrar a importância histórica de certas concepções e de como elas podem auxiliar a se chegar numa nova forma de se apreender o acesso à justiça.

Capelletti e Garth no intuito de tentar desvelar a essência do acesso à justiça começam por expor obstáculos que o impedem, quais sejam: a) valor das custas judiciais; b) valor dos honorários advocatícios e custos derivados da sucumbência; c) as pequenas causas, se não forem tratadas diferentemente, envolvem mais riscos financeiros que as grandes; d) longa duração do processo; e) aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação em sua defesa; f) indisposição psicológica de recorrer a um processo judicial considerado caro, custoso, complicado, etc.; g) facilidade de litigantes habituais lidarem com o sistema (empresas, ex.) em oposição aos litigantes eventuais (consumidores, ex.); h) falta de interesse ativo para a defesa dos direitos difusos. [8]

Como se vê algumas dessas questões como o tratamento diferenciado às pequenas causas e a legitimidade ativa para a defesa dos direitos difusos parecem superadas ante o sistema brasileiro contemporâneo. Não basta dizer que formalmente é indiscutível a superação dessas barreiras, mas que a quebra formal de obstáculos em geral é insuficiente, é preciso também alertar que *"um estudo sério do acesso à justiça não pode negligenciar o inter-relacionamento entre as barreiras existentes."* [9]

Ademais, nesse estudo irei utilizar sempre de exemplos e situações vivenciadas em três diferentes sistemas judiciais [10]: Brasil, Índia e África do Sul [11]. O objetivo é demonstrar que tanto os óbices apontados por esses e outros/as autores/as não foram completamente superados, como também a evolução das discussões sobre o funcionamento do sistema de justiça não seguiu um trânsito regular. Assim, acredita-se traremos uma contribuição para possibilitar uma intercomunicação mais abalizada entre os três países que tanto tem cogitado formar parcerias nos últimos anos.

A exposição de Cappelletti e Garth sobre os três modos de assistência judiciária gratuita [12] também formam um arquétipo interessante para as ponderações que pretendemos gerar com esse estudo. Os autores apresentam o chamado sistema *judicare* com a nomeação de advogados privados para o patrocínio de causas das pessoas em situação de pobreza, bem como, a alternativa de se criar um corpo de advogados oficiais para se atender a este público e a opção mista que se utiliza de ambas as alternativas. [13]

Nos países estudados, podemos encontrar os três modelos. No Brasil, a assistência judiciária gratuita é constitucionalmente definida como de responsabilidade

da defensoria pública, órgão estatal composto de advogados/as responsáveis por atender aos necessitados. [14] Na África do Sul, o sistema é misto: 90% dos/as advogados compõem o *legal aid board*, mas 10% ainda são advogados privados pagos pelos cofres públicos [15]. De acordo com Patrick Hundermark, diretor do legal AID board, a escolha por continuar mantendo certo número de advogados/as privados/as em atuação se dá por razões estratégicas. [16] Em alguns lugares muito distantes seria extremamente dispendioso manter a estrutura de um escritório do *legal aid board*, bem como algumas ações exigem um conhecimento especializado que pode ser melhor trabalhado com o auxílio do corpo advocatício privado. Na Índia, o sistema se mantém totalmente atrelado à advocacia privada. Além de não possuir um corpo de advogados/as próprios/as, o sistema indiano remunera de modo muito aquém do necessários os/s advogados dativos/as [17], portanto, é hoje o sistema de atendimento bastante precário [18].

Voltando a Garth e Cappelletti, os autores percebem três estágios através dos quais é possível se galgar o acesso à justiça: assistência legal gratuita, proteção dos interesses difusos e abordagem de acesso à justiça (justiça informal, reformas legais...) [19] Apesar de como apontado pela Profa. Eliane Junqueira [20] o Brasil não ter passado pelas questões sócio-legais que levaram os autores a definirem as três ondas, hoje a influência destes autores conjugada com diversos outros fatores tem colocado questões relativas às três ondas na pauta do dia do sistema judicial brasileiro. [21]

Não há dúvidas de que as três ondas apontadas pelos autores representam avanços no modo de se visualizar o acesso à justiça. Estados liberais clássicos não tinham na agenda preocupações sobre diferenças entre litigantes no acesso ao sistema. Neles, justiça aberta para todos e leis gerais eram a garantia necessária para o acesso à justiça. Estudos como o deles contribuíram em muito para sedimentar a importância da advocacia de interesse público (como é chamado internacionalmente), ou da assistência judiciária gratuita (como é conhecido no Brasil).

Garth e Cappelletti terem indicado entre os óbices ao acesso à justiça: a) a incapacidade das pessoas para entender suas demandas pessoais como constitutivas de direitos; b) o desconhecimento sobre como se propor uma demanda judicial; e c) a indisposição psicológica dos/as cidadãos/ãs médios/as para se recorrer ao sistema de justiça. Apesar disso, tais preocupações não estão incorporadas de modo substancial nas três ondas. Logicamente, estão presentes de modo subjacente em muitas das

formulações, porém até hoje têm se lutado para demonstrar como a popularização do direito e dos meandros do sistema de justiça é essencial ao acesso.

O Prof. Frans Viljoen do Centro de Direitos Humanos da Universidade de Pretória indicou que um dos maiores problemas para o acesso à justiça, especialmente, das pessoas em maior situação de vulnerabilidade é o não-reconhecimento das violações e demandas como uma questão de direito e justiça. [22] Ou seja, esse ainda é um problema real e, como será demonstrado ao longo do texto, perpassa e influencia o acesso nos três países.

Ocorre que nas três ondas há latente uma concepção um tanto formal de acesso à justiça que se coaduna com uma perspectiva da "adequada oferta". Essa visão da adequada oferta foi adotada na Constituição brasileira a qual se preocupa em estabelecer o acesso à justiça dentre os seus direitos fundamentais em três perspectivas: acesso de todos ao judiciário, celeridade processual e assistência gratuita. É a garantia do procedimento apropriado [23].

As mesmas regras do jogo embora claras e previamente dispostas não asseguram igualdade de armas quando os contendedores estão em situação de extrema disparidade. Para se assegurar a equivalência é preciso explorar questões sociais, econômicas e culturais muito mais amplas. [24] Kim Economides ao se propor a uma releitura de Garth e Cappelletti aponta a necessidade de uma quarta onda na qual se deve olhar para aqueles que prestam a justiça. Pensar sobre o conhecimento jurídico, o ensino jurídico e o acesso a posições estratégicas no sistema de justiça. [25] Cabe razão ao autor uma discussão profunda sobre como o direito é ensinado nas faculdades e como o sistema de justiça é formado é essencial para se entender seu funcionamento e propor mudanças.

Há dez anos, estudar o sistema de justiça com dados sobre formação de seus componentes era uma aventura vivida apenas por alguns estudiosos isoladamente. [26] Felizmente hoje a própria Associação dos Magistrados de Brasileiros reconheceu a importância desse tipo de auto-questionamento [27] e o próprio Executivo avocou para si nos últimos anos a responsabilidade por propor uma Reforma do Judiciário através da modificação de normas constitucionais e infraconstitucionais e para embasar os debates passou a patrocinar e incentivar pesquisas denominadas diagnóstico do judiciário, diagnóstico do ministério público, diagnóstico da defensoria pública. [28] Isso no Brasil. Na Índia e na África do Sul a busca de dados remanesce uma tarefa árdua.

Ainda mais ampla do que a abordagem de Garth, Cappelletti e Economides é a trazida por Boaventura Santos. Ela se propõe dialógica e combina muitos dos elementos

trazidos pelos autores anteriormente citados assim como agrega outros ingredientes. De acordo com ele,

> Na concepção convencional busca-se o acesso a algo que já existe e não muda em conseqüência do acesso. Ao contrário, na concepção que proponho, o acesso irá mudar a justiça a que se tem acesso. Há aqui um sistema de transformação recíproca, jurídico-política, que é preciso analisar. Identifico, de forma breve, os vectores principais dessa transformação:
>
> 1. Profundas reformas processuais;
> 2. Novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça;
> 3. Nova gestão e organização judiciária;
> 4. Revolução na formação de magistrados desde as Faculdades de Direito até a formação permanente;
> 5. Novas concepções de independência judicial;
> 6. Uma relação do poder judicial mais transparente com o poder político e a mídia, e mais densa com os movimentos e organizações sociais;
> 7. Uma cultura jurídica democrática e não coorporativa. [29]

Além de Boaventura trabalhar elementos antes trazidos por Garth, Cappelletti e Economides, ele visualiza o relacionamento com a mídia e os movimentos sociais, como essenciais a uma cultura de acesso à justiça. Essa última é uma das características mais interessantes da abordagem do autor. Ele não realiza uma clivagem social asséptica, considera entre os elementos os conflitos sociais.

Na impossibilidade de se realizar um estudo aprofundado sobre cada um desses itens neste momento. Cada um dos vetores expostos é capaz de embasar um estudo específico com amplas discussões na seara jurídico-social. A leitura que se realiza aqui sobre acesso à justiça se foca em:

- determinados grupos: aqueles em situação de vulnerabilidade que usam o sistema de justiça como um meio de acessar direitos “universais” de forma específica; [30]

- um nicho jurídico específico: o do direito constitucional com uma análise voltada para as normas fundamentais materiais e não num enfoque processual;

- um objetivo determinado: verificar se é possível observar do acesso à justiça, como um dos modos possíveis, de se contribuir para a emancipação de grupos em histórica conjuntura de desvantagem.

Como se vê a defesa do acesso à justiça a partir de uma visão mais enlarguecida como é a proposta por Boaventura Santos se coaduna muito mais aos pressupostos deste estudo, isso ficará cada vez mais claro no decorrer da análise. No entanto, por honestidade intelectual é preciso dizer que o objeto traçado no parágrafo acima, se adotada esta visão ampla, não pode ser considerado como uma análise do acesso à

justiça. É preciso visualizá-lo com a análise de um aspecto do acesso à justiça. Precisamente na lista exposta por Boaventura Santos o foco deste estudo está direcionado ao item 2: *"novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça"*.

O motivo da nossa análise se inserir perfeitamente no item 2 é o fato de não estarmos estudando o acesso à direitos através do sistema de justiça simplesmente. Tanto os direitos quanto os grupos que serão estudados tem uma qualificação específica. Os direitos são direitos sociais tidos como universais sendo demandados por grupos específicos que foram excluídos historicamente do desfrute dessas prerrogativas. Portanto, precisamente estamos falando de grupos vulneráveis que hoje utilizam o sistema de justiça para o acesso à direitos, mas que pode por fatores que serão explicitados posteriormente, não o faziam até então, ou seja, estamos tratando de "novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça".

2. Construção de variáveis para análise de dados empíricos.

Escolhido e conceituado o objeto, me restava optar pela metodologia de análise. Tenho aprendido o quanto é importante ter um método definido e bem traçado para se analisar com propriedade e cientificidade, permitindo-se a verificação do apresentado, especialmente, para aqueles/as que lidam com as ciências sociais onde o objeto é sempre tão fluído. Claro que a apreensão da realidade em diversas situações ultrapassa qualquer método e se forma e conforma através do olhar do/a pesquisador/a. Minha pretensão é ser o mais estritamente obediente ao método quanto possível.

Sendo a principal hipótese de trabalho da tese que desenvolvo a presunção de que o acesso à direitos através do sistema de justiça é uma forma eficaz de se aprimorar a capacidade das pessoas [31], especialmente, de grupos em situação de vulnerabilidade com uma desvantagem histórica no acesso à direitos ditos universais. Precisava encontrar parâmetros para gerar minhas variáveis de estudo.

A instituição na qual a teoria da capacidade encontrou maior guarida tendo sido utilizada para mensuração de dados sociais, bem como, como parâmetro para programas e ações é sem dúvida o Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento – PNUD. Não por acaso, é o PNUD o órgão responsável por mensurar o Índice de Desenvolvimento Humano e por popularizá-lo mundialmente como modo de mensuração da qualidade de vida da população. A teoria da capacidade (*capability approach theory*) tem como autores principais Martha Nussbaum e Amartya Sen. Cada

um com sus versão. A versão de Amartya Sen, no entanto, é mais difiundida. É ela a adotada pelo PNUD. Além disso, Amartya Sen junto como Mahbub ul Haq foi um dos criadores do Índice de Desenvolvimento Humanos (Idh).

Interessante que o próprio Amartya Sen admite ter sido persuadido por Mahbud ul Haq a fazer parte do projeto que criaria o Índice, pois ele inicialmente resistira por considerar que o índice seria insuficiente para aquilatar todos os matizes do desenvolvimento de uma sociedade. [32] No entanto, passou a admitir que embora o Idh não fosse suficiente era melhor do que os índices que se focavam tão somente na renda e aderiu ao projeto.

O Idh representa um indexador possível, ou seja, aquele que pode ser universalizado com um maior número de dados do que a mera renda, pois suas variáveis relativas a renda, educação e saúde são disponibilizadas na maior parte dos países. Portanto, apesar de incompleto, ele é capaz de sopesar algumas *comodites* essenciais a teoria da capacidade. [33] Ainda assim, os seguidores da teoria se dedicam a tentar buscar modos de maior abranger o desenvolvimento humano, tornando o índice mais amplo com a análise de um maior número de funcionamentos. Vejamos a observação de Sakiko Fukuda-Par, professora da The New School e uma das articuladoras da aplicação da teoria da capacidade dentro do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

> Além dos limites impostos pelos dados, o índice está longe de incluir todos os aspectos do desenvolvimento humano. Nesse sentido, não se pode afirmar que, em todos os casos, a qualidade de vida das pessoas melhora com o aumento no valor do Idh. Embora o Idh possa ter crescido, é bem possível que se constate um aumento na repressão política, ou na taxa de violência, ou na discriminação racial. (...) O índice não inclui, explicitamente, três outras capacitações importantes: liberdades políticas, segurança pessoal e participação na vida da comunidade. [34]

Portanto, por a visão do PNUD estar intimamente conectada com meu marco teórico, meu primeiro recorte metodológico buscou isolar os parâmetros propostos pelo PNUD para se avaliar o acesso à justiça. Mais uma vez pode parecer que a noção de acesso à justiça e acesso à direitos através do sistema de justiça se confundem mas não é o caso. O acesso à direitos através do sistema de justiça é espécie da qual o acesso à justiça é o gênero.

O PNUD ao esmiuçar a conceituação de acesso à justiça defende que “acesso à justiça é, então, muito mais do que melhorar o acesso dos indivíduos às cortes, ou garantir representação legal. Deve ser definido nos termos de assegurar que as saídas legais e judiciais são justas e igualitárias. [35] Assim, para sua promoção é preciso: a)

proteção legal; b) consciência legal; c) assistência jurídica e aconselhamento; d) sentenças; e) efetivação; f) sociedade civil e superintendência parlamentar. Tudo conforme descrito na tabela abaixo.

É preciso reiterar que o PNUD debate o acesso à justiça como um todo. Como decidi que iria explorar apenas uma faceta do acesso, expus abaixo toda a tabela. Entretanto, ressalto que os dados empíricos irão se referir apenas as variáveis criadas a partir dos itens 1, 3, 4 e 5 da tabela.

A operacionalização das variáveis de pesquisa se realiza através da construção de indicadores (o que se pesquisa). [36] Assim, abaixo eu apresento a tabela do PNUD com o detalhamento dos tipos de suporte necessários para a garantia do acesso à justiça com a descrição e as variáveis originadas com o intuito de melhor expor o caminho percorrido. Porém, já aqui eu apresento os indicadores gerados. [37] Alguns trarão dados quantitativos. Outros, qualitativos.

1. Proteção Legal

1.1. Texto Constitucional Originário;

1.1.1Normas relativas a direitos sociais

1.1.1.1 ***presença/ausência; quantidade; amplitude****;*

1.1.1.2 Direitos contemplados (quantificação com base em lista previamente formada)

1.1.2 Normas relativas a grupos vulneráveis

1.1.2.1 presença/ausência; quantidade; amplitude

1.1.2.2 Direitos contemplados (quantificação com base em lista previamente formada)

1.2. Texto Constitucional Originado de Reforma Constitucional;

1.2.1Normas relativas a direitos sociais

1.2.1.1 presença/ausência; quantidade; amplitude;

1.2.1.2 Direitos contemplados

1.2.2Normas relativas a grupos vulneráveis

1.2.2.1 presença/ausência; quantidade; amplitude;

1.2.2 Direitos contemplados (quantificação com base em lista previamente formada)

1.3. Normativa Internacional;

1.3.1Normas relativas a direitos sociais

1.3.1.1 presença/ausência; quantidade; amplitude;

1.3.1.2 Direitos contemplados (quantificação com base em lista previamente formada)

1.3.2Normas relativas a grupos vulneráveis

1.3.2.1 presença/ausência; quantidade; amplitude;

1.3.2.2 Direitos contemplados (quantificação com base em lista previamente formada)

1.4. Legislação Infraconstitucional

1.4.1Normas relativas a direitos sociais

1.4.1.1 presença/ausência; quantidade; amplitude;

1.4.1.2 Direitos contemplados (quantificação com base em lista previamente formada)

1.4.2 Normas relativas a grupos vulneráveis

1.4.2.1 presença/ausência; quantidade; amplitude;

1.4.2.2 Direitos contemplados (quantificação com base em lista previamente formada)

2. Consciência legal (não gerou indicadores, pois excede o objeto em estudo)

3. Assistência Jurídica e Consultoria

3.1. Instituições Oficiais de Assistência Jurídica Gratuita;

3.1.1 norma legal regulamentadora (descrição; amplitude);

3.1.2 instituição instalada (descrição; amplitude)

3.1.3 número de advogados envolvidos

3.1.4 teste de meios para atendimento

3.1.5 tipo de demanda trabalhada

3.1.6 número de processos propostos por ano

3.1.7 atuação na corte constitucional

3.2. Sistema de Isenção de Custas Judiciais;

3.2.1 Detalhamento do sistema

3.3. Sistema de Apoio Jurídico Promovido por Organizações Não Governamentais;

3.3.1 listagem das 20 principais organizações por fonte fidedigna;

3.3.1.1 as organizações prestam assistência jurídica?

3.3.1.2 as organizações prestam consultoria?

3.3.1.3 as organizações atuam na Corte Constitucional?

3.4. sistema de apoio judicial nas organizações prisionais;

3.4.1 há instituições oficiais encarregadas do atendimento no sistema prisional?

3.5. Paralegais e Similiares;

3.5.1 há sistema de paralegais?

3.5.2 o sistema é oficial ou da sociedade civil?

3.5.3 há possibilidade de se quantificar o número de envolvidos?

3.5.4 descrição do sistema

3.6. Clínicas jurídicas universitárias

3.6.1 há normal legal regulamentadora?

3.6.2 há parceria com o sistema oficial?

3.6.3 há possibilidade de se quantificar o número de envolvidos?

3.6.4 descrição do sistema

4. Sentença

4.1 Cortes;

4.1.1 detalhamento sobre o funcionamento do sistema

4.1.2 atuação da Corte Constitucional;

4.1.3 número de acórdãos da Corte Constitucional sobre os direitos sociais selecionados e os grupos vulneráveis estudados;

4.1.4 análise de decisões paradigmáticas.

4.2 Comissões Nacionais de Direitos Humanos e **"**Ombudsman**"**;

4.2.1 detalhamento sobre o funcionamento do sistema;

4.2.2 marco legal regulamentador;

4.2.3 há autonomia?

4.3 Mecanismos Alternativos de Resolução de Conflitos;

4.3.1 detalhamento sobre o funcionamento do sistema;

4.3.2 marco legal regulamentador;

4.4 Mecanismos Tradicionais de Resolução de Conflitos;

4.4.1 detalhamento sobre o funcionamento do sistema;

4.4.2 marco legal regulamentador;

4.4.3 solução legal em caso de conflito entre o sistema oficial e o tradicional.

5. Meios Institucionais de Coerção

5.1 Instituições Oficiais (policia e sistema prisional);

5.2 Meios de Coerção Administrativa;

5.3 Meios de Coerção Tradicional.

Tabela 1. TIPOS DE SUPORTE PARA A PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA. [38]		**VARIÁVEIS**
TIPO	**DESCRIÇÃO**	
1. Proteção legal	Prover sustentação legal nas normais legais ou tradicionais, ou em ambas, envolve o desenvolvimento de capacidades para assegurar que os direitos das pessoas em desvantagem são reconhecido dentro do escopo do sistema de justiça, concedendo assim a acesso a direitos através de mecanismos formais ou tradicionais. A proteção legal determina a base legal para todas outras áreas-suporte do acesso à justiça. A proteção legal dos grupos em desvantagem pode ser alcançada via: a)Ratificação de tratados e sua implementação na lei doméstica; b) implementação da lei constitucional; c) legislação nacional; d) implementação de regras, regulações e ordens administrativas; e e) leis tradicionais e costumeiras	*Normativa direcionada grupo escolhido:* - constitucional originário - reforma constitucional; - normativa internacional - legislaç infraconstitucional
2. Consciência legal	Desenvolvimento de capacidades e efetiva disseminação de informação que pode ajudar as pessoas em desvantagem a entender o seguinte: (a) o direito dele/as para procurar reparação através do sistema de justiça; b) as várias instituições oficiais responsáveis por proteger o acesso à justiça deles/as; e c) os passos envolvidos para se iniciar os procedimentos legais. A linha de serviço do PNUD em relação ao acesso à informação prover uma oportunidade para desenvolver capacidades e estratégias para promover consciência legal.	*Mecanismos de disseminação de informação sobre direitos instituições promovidas p Instituições públicas e organizações sociais:* - campanhas; - cartilhas; - presença na mídia Disciplinas nas escolas Disciplinas nas universidades
3. Assistência Jurídica e Consultoria	Desenvolvimento de capacidades (de especialidades técnicas a representação) que as pessoas precisam para permitir que elas iniciem e persigam nos procedimentos de justiça. Assistência jurídica e aconselhamento podem envolver advogados profissionais (como no caso do sistema de defensoria pública e na representação pro Bono), leigos com conhecimento legal (paralegais), ou ambos (como em “advocacia alternativa” e “desenvolvimento da assistência jurídica”).	Sistema de advocacia de interesse público: - instituições oficiais de assistência jurídica gratuit - sistema de isenção de custas judiciais; - sistema de apoio jurídico promovido por organizações não governamentais; - sistema de apoio judicial nas organizações prisionai - paralegais; - organizações da sociedad civil; - clínicas jurídicas universitárias.

4. Sentença	Desenvolvimento de capacidades para determinar o mais adequado tipo de reparação ou compensação. Tipos de sentenças podem ser regulados pela lei formal, como no caso de cortes e outros quase-judiciais e corpos administrativos, ou por sistemas tradicionais legais.	- cortes; - comissões nacionais de direitos humanos e ombudsman; - mecanismos alternativos de resolução de conflitos; - mecanismos tradicionais de resolução de conflitos;
5. Meios institucionais de coerção	Desenvolvimento de capacidades para forçar as ordens, decisões e emergindo ajustes para sentenças formais e/ou tradicionais. É critico suportar as capacidades para compelir decisões da corte e instituir procedimentos de apelo razoáveis contra ações arbitrárias ou decisões.	- processos - instituições oficiais (policia e sistema prisional); - meios de coerção administrativa; - meios de coerção tradicional.
6. Sociedade Civil e Superintendência Parlamentar.	Desenvolvimento da sociedade civil como cão de guarda e monitoramento de capacidades, assim isso pode ser reforçado pela *accountability* dentro do sistema de justiça.	- organizações não governamentais realizando monitoramento e *advocac* - comitês parlamentares permanentes e especiais

Considerações Finais

A formação de conceitos jurídicos não precisa criar novas expressões de designação de institutos, atos e fatos jurídicos. Em geral, não é o invólucro que modifica a abordagem jurídico-social de um instituto. Considero despiciendos os estudos que começam explicando como tal autor nomeia certo instituto de uma forma, mas aquele autor irá trabalhá-lo a partir de uma outra expressão muito mais adequada.

Portanto, o intuito aqui não era criar uma nova expressão jurídica nova, mas demonstrar como para a formação de uma pesquisa em direito temos de agir com coragem, revendo o próprio objeto de pesquisa diversas vezes antes do fim.

Raul Soriano em estudo sobre a metodologia da pesquisa social explica que o marco conceitual tem de estar conectado com a abordagem teórico-empírica que será utilizada, pois *"a concatenação lógica dos aspectos teóricos e conceituais permitirá a fundamentação das hipóteses que respondam (ainda que de forma preliminar) às perguntas formuladas, ou seja, que expliquem o problema, que é variável dependente."* [39]

O acesso à justiça como um todo continua sendo de meu interesse de estudo. No entanto, eu tinha duas opções manter o objeto ligado a alcunha acesso à justiça e ser obrigada a explorá-lo de um modo restrito ideologicamente contrário ao meu

pensamento. Ou admitir que o acesso à justiça é um objeto de tão amplo significado e tantas matizes que no escopo de uma pesquisa individual só vejo duas soluções: estudá-lo apenas no campo teórico (o que também não se adéqua a minha visão de pesquisadora) ou reparti-lo para explorar certas nuances. Desta forma, passei a direcionar os estudos e as coleta de dados empíricos à clarificação de um dos seus aspectos, o acesso à direitos através do sistema de justiça.

Apesar de já estar mais próxima de um conceito final de pesquisa, o objeto de pesquisa está em constante reconstrução ante o desenrolar dos estudos. Ainda de acordo com Soriano [40] há três níveis de trânsito necessário para a elaboração do marco teórico e conceitual . O primeiro lida coma teoria geral e os elementos teóricos particulares. O segundo a informação empírica indireta (pesquisas e relatórios de outros entes). O terceiro trabalha com a informação empírica primária obtida na pesquisa. [41]

Como meu estudo tem uma abordagem teórica forte, mas se sustenta também em pressupostos trazidos dos dados de realidade, resolvi destrinchar esse conceito através das variáveis propostas a partir da proposta do Programa da Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) para a mensuração do acesso à justiça.

As variáveis servem como parâmetros para a coleção dos dados e para a facilitação da análise crítica. Pelo rigor metodológico necessário para que sejam utilizadas entrevistas como dados primários e pela impossibilidade de se realizar um trabalho de campo em três países com o tempo e recurso disponíveis, optei por realizar entrevista exploratórias. Ou seja, entrevistas que me levavam ao conhecimento de casos (jurisprudências, decisões) e dados de realidade, mas que não seriam consideradas per si como dados primários. Desta forma, as variáveis serão “preenchidas” com dados secundários obtidos em relatórios de pesquisa e gestão das organizações pesquisadas, levantamento bibliográfico, dados sociais oriundos de instituições oficiais/institutos de pesquisa e outras de reconhecida idoneidade.

---

[1] Grinover, Cintra e Dinamarco afirmam o seguinte: acesso à justiça significa admissão do processo (sem a exigência de pagamento); devido processo legal; justiça nas decisões, expressa em padrões justos de analise de evidências e utilidade das decisões (dar o direito na medida certa a quem merece). Referencia.

[2] Esse estudo debate o caminho traçado para a conceituação do objeto de minha pesquisa de doutorado a qual se realiza através de uma análise teórica do conceito de acesso à direitos através do sistema de justiça e de um escopo empírico no qual analiso tal acesso em relação a determinados grupos vulneráveis da Índia, Brasil e África do Sul (IBAS).

[3] The main point (of this chapter) is to show how case selection procedures rest, at least implicitly, upon an analysis of a larger population of potential cases. The case(s) indentified for intensive study is chosen from a population, and the reasons for this choice hinge upon the way in which it is situated within that population. (…) It follows that case-selection procedures in case study research may build upon prior cross-case analysis and depend, at the very least, upon certain assumptions about a broader population. This, it turn, reinforces a central perspective of the book: case study analysis does not exist, and is impossible to conceptualize, in isolation from cross-case analysis. GERRING, John. Case Study Research: principles and practices. New York: Cambridge, 2007, pp.88-90.

[4] BOURDIEU, P. O Poder Simbólico. Lisboa, 1989. DIFEL.

[5] O interesse será não apenas entender o desenrolar do caso para verificar se houveram decisões reformadas ou se o direito foi concedido desde o início, mas especialmente para verificar os argumentos utilizados para a requisição, concessão e denegação dos direitos. Tornando assim comparável a argumentação usada nos três países para situações similares.

[6] GARTH and CAPPELLETTI, Acesso à Justiça. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, 2002 (reimpresso), p. 15.

[7] In theory, "equal justice under law" is difficult to oppose. In practice, however, it begins to unravel at key points, beginning with what we mean by "justice". In most discussions, "equal justice" implies equal access to justice system. The underlying assumption is that social justice is available through procedural justice. But that, of course, is a dubious preposition. Those who receive their "day in court" do not feel that "justice has been done" and with reason. RHODE, Deborah L. *Access to Justice, New York:* Oxford University Press, 2004, p. 7

[8] GARTH and CAPPELLETTI, Acesso à Justiça. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, 2002 (reimpresso), pp. 15 a 29.

[9] GARTH and CAPPELLETTI, Acesso à Justiça. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, 2002 (reimpresso), p. 29.

[10] A parte inicial deste texto, por ter um caráter introdutório das considerações que serão mais bem desenvolvidas ao longo do estudo, trará referências rápidas a certas situações encontradas nos três países e depoimentos colhidos ao longo da pesquisa. Mas é preciso dizer que estarei expondo ao longo do estudo dados quantitativos, jurisprudências paradigmáticas e registros doutrinários que irão dar suporte as informações trazidas. Não são elas opiniões isoladas e ideologicamente comprometidas, tenho uma intensa preocupação com o método e a cientificidade dos argumentos e paulatinamente irei trazer as "provas" de cada afirmação exposta ao longo do texto.

[11] Quando estiver tratando dos três países em conjunto, usarei a sigla IBAS (Índia, Brasil e África do Sul) que tem se popularizado na mídia e nas ações governamentais nos últimos anos.

[12] Importante lembrar que os estudos de Garth e Cappelletti fazem parte do chamado **"**Projeto de Florença**"** no qual durante décadas foi realizado um estudo comparativo entre os sistemas de justiça de diversos países, mas nele não se encontra dados sobre nenhum dos países aqui abordados (Brasil, Índia e África do Sul).

[13] GARTH and CAPPELLETTI, Acesso à Justiça. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, 2002 (reimpresso), pp. 35-46
[14] BRASIL. Lei Complementar n. 80/94.
[15] Power Point apresentado por Patrick Hundermark quando da entrevista realizada em 18 de junho de 2009.
[16] Entrevista realizada na sede do legal AID board em Johannesburgo no dia 18 de junho de 2009.
[17] INDIA. Legal Aid Act/87.
[18] Entrevista com Colin Gonsalves, ativista, diretor da Human Rights Law Network quando da pesquisa empírica realizada na Índia em setembro de 2008.
[19] GARTH and CAPPELLETTI, Acesso à Justiça. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, 2002 (reimpresso), p. 31 e ss.
[20] JUNQUEIRA, Eliane. 1994. *A sociologia do direito no Brasil*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
[21] Veja-se: I. a ampliação da Defensoria Pública que hoje existe em nível estadual em todas as unidades da federação e tem ampliado seu contingente em nível federal. II. as discussão a respeito dos direitos coletivos e difusos a partir da ampliação das atribuições do Ministério Público após a Constituição de 1988 e agora da Defensoria Pública com a edição da lei 11.448; III. Os debates em torno de formas alternativas de justiça como os juizados especiais estaduais e federais e a s experiências de justiça restaurativa.

[22] Em entrevista realizada no dia 15 de junho de 2009 na sede do Centro de Direitos Humanos.

[23] Art. 5º, XXXV e LXXIV , LXXVIII da Constituição Federal de 1988, respectivamente: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" e "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos", "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

[24] Boaventura, promessa 106
[25] ECONOMIDES, Kim. In Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": epistemologia versus metodologia? PANDOLFI, Dulce Chaves et al (org.). Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999. 248p. Disponibilizado em: http://www.cpdoc.fgv.br
[26] Ver pioneiro estudo de CUNHA, J. R. ; DINIZ, A. ; GARRIDO, A. . Human Rights and Justiciability: a survey conducted in Rio de Janeiro.. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 3, p. 132-164, 2005.
[27] AMB. Barometro AMB de Confiança nas instituições brasileiras. Junho de 2008. Fornecido por email pela assessoria da AMB.
[28] O trabalho do pesquisador em relação ao sistema brasileiro hoje foi facilitado, mas ele ainda encontra-se longe do ideal. *** desenvolver dados que queria e não tenho
[29] SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma *revolução democrática* da justiça. São Paulo: Cortez, 2007, p. 33
[30] A primeira versão dessa sistematização foi publicada no artigo: NORONHA, Rodolfo ; FIGUEIREDO, Ivanilda . Reconhecidos, mas não garantidos? Dimensão jurídico-moral de grupos vulneráveis. Revista da Faculdade de Direito de Caruaru, v.

40, p. 313-324, 2009. Essa é a versão retrabalhada pelos autores a partir do aprofundamento dos estudos.

[31] Foco meu marco teórico na teoria da capacidade desenvolvida pelo economista Amartya Sen.

[32] Ver afirmação de Sen, em: http://www.pnud.org.br/idh/. Acesso em: 03.05.06

[33] Os conceitos básicos da teoria da capacidade não podem ser descritos numa nota de rodapé. Portanto, para não perdermos o foco da explicação metodológica, gostaríamos apenas de referenciar que tais conceitos serão destrinchados duas páginas a frente.

[34] FUKUDA – PARR, Sakiko. Resgatando o Conceito de Desenvolvimento Humano do IDH: Reflexões sobre uma Nova Agenda, 2005b, p. 99. Disponível em: www.pucminas.virtual.br (acesso restrito alunos) Acesso em 10.10.05

[35] "Access to justice is, therefore, much more than improving an individual's access to courts, or guaranteeing legal representation. It must be defined in terms of ensuring that legal and judicial outcomes are just and equitable." RODE, Debora L. *Access to Justice, New York:* Oxford University Press, 2004, p. 7

[36] SORIANO, Raul Rojas. **Manual de Pesquisa Social.** Petrópolis: Vozes, 2004, p. 141.

[37] Para melhor entendimento na leitura, os indicadores estão no nível 03 e em itálico.

[38] As duas colunas abaixo são a versão traduzida das duas primeiras colunas da tabela apresentada pelo PNUD em: http://www.undp.org/governance/docs/Justice_PN_En.pdf

[39] SORIANO, Raul Rojas. Manual de Pesquisa Social. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 61.

[40] SORIANO, Raul Rojas. **Manual de Pesquisa Social.** Petrópolis: Vozes, 2004, 343p.
pp. 67 e 68.

[41] Em relação ao Projeto de Pesquisa Acesso à Justiça de grupos vulneráveis: um diagnóstico estou na fase 03, analisando os dados para o relatório que será entregue em setembro de 2009. Já no escopo mais amplo da pesquisa para a tese os três estágios ainda se imbricam e só é provável serem superados próximo ao final da tese em julho de 2010.

DIREITO E JUSTIÇA. ANÁLISE A PARTIR DO PENSAMENTO DE HANS KELSEN. PAZ SOCIAL ABSOLUTA OU RELATIVA? *

LAW AND JUSTICE. ANALYSIS FROM THE THOUGHT OF HANS KELSEN. ABSOLUTE OR RELATIVE SOCIAL PEACE?

José Raul Cubas Júnior

RESUMO

O Direito como conhecemos hoje, técnica social específica de coerção social, esteve presente desde as civilizações mais primitivas. Embora distante de um positivismo jurídico o uso da força sempre esteve atrelado à manutenção da vida em sociedade, a fim de regular os comportamentos de seus indivíduos, fosse para estimular determinados atos, ou mesmo para desestimular a execução de outros. No decorrer do estudo analisamos as formas de promover essa regulação de conduta, as sanções de ordem transcendental e aquelas originadas de ordens dadas por autoridade legalmente constituída. No pensamento censo-comum muitas vezes o direito é sinônimo de justiça, embora o que se busque seja a chamada paz social. Nesse sentido a reflexão se dá sobre a impossibilidade de uma paz absoluta quando se usa a força para impedir o uso força. Para reflexão discorremos acerca da possibilidade ou não de paz absoluta quando, na sociedade, para se obter um comportamento desejado se torna obrigatório compelir o homem para determinada ação, sendo certo que a sua conduta não foi voluntária. Seria possível um Estado sem Direito, sem ordem social e, com isso, a possibilidade de paz sem a necessidade de compelir o indivíduo para execução de determinados atos, mas somente com a obediência voluntária, sem sanções no caso de condutas contrárias às regras?

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO – ESTADO – PAZ SOCIAL – USO DA FORÇA – COERÇÃO SOCIAL – OBEDIÊNCIA VOLUNTÁRIA

ABSTRACT

The law as we know, specific social technique of social coercion, since this was the most primitive civilizations. Although far from a legal positivism the use of force has always been tied to the maintenance of society in order to regulate the behavior of individuals, was to stimulate certain acts, or even to discourage the implementation of others. During the study examining ways to enhance the regulation of conduct, the penalties of a transcendental and those originating from orders given by legally constituted authority. In census-thinking the common law is often synonymous with justice, that although the search is called peace. In this sense it is a reflection on the impossibility of an absolute peace when the USA forces to prevent the use force. For discussion talk about the possibility or not of absolute peace when, in society, to

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

achieve a desired behavior becomes mandatory compel a man determined to action, given that its conduct was not voluntary. Would it be possible without a state law, no social order and thereby the possibility of peace without the need to compel the individual to perform certain acts, but only with the voluntary compliance without sanctions for conduct contrary to the rules?

KEYWORDS: LAW - STATE - SOCIAL PEACE - USE OF FORCE - SOCIAL COERCION - VOLUNTARY OBEDIENCE

1. INTRODUÇÃO

Em uma definição básica do Direito obtemos em última análise o fato de ser uma técnica social específica de ordem coercitiva, que regula as relações sociais dos homens de uma mesma comunidade.

A comunidade nada mais é que uma ordem social que regula o comportamento recíproco dos seus indivíduos. Indivíduos pertencentes a certa comunidade ou que formam certa comunidade, estão sujeitos a uma ordem comum que regula seu comportamento recíproco.

Contudo esta relação social não é apenas regulada pelo que chamamos de Direito, mas também por outras ordens sociais como a moral e a religião. Estas últimas, em várias condições, auxiliando o direito na busca pela conduta prescrita pela norma jurídica. Por exemplo: O Direito, a Moral e a Religião proíbem o assassinato. Pelo Direito, se um homem cometer assassinato, estará submetido a uma sanção de caráter coercitiva já prescrita pela ordem jurídica. A Moral se limita a dizer: não matarás. Já as religiosas ameaçariam o assassino com o castigo de uma autoridade sobre-humana, vê-se nesta última ordem o seu caráter transcendental e sua proximidade com o Direito.

Partindo do pressuposto de que toda ordem social busca o comportamento correto dos indivíduos em relação às regras prescritas, acredita-se que, além disso, um dos objetivos de toda ordem social é a busca por uma relativa paz social em conjunto com uma justiça concreta.

Veremos nos capítulos que seguem, como se dão essas relações entre Direito e justiça. Buscar-se-á entender qual é a finalidade do Direito em uma sociedade, e a tentativa de se manter uma relativa paz e justiça social.

2. BREVE NOÇÃO DO CONCEITO DE JUSTIÇA EM ARISTÓTELES

Como filósofo da antiguidade, atribuiu-se a Aristóteles o início de várias ciências, dedicou-se a vários ramos do conhecimento, porém foi o que mais

desenvolveu os temas ligados a filosofia do Direito, lançando as primeiras noções de justiça que abrangia uma perspectiva puramente jurídica baseada na equidade como inspiradora da Lei e do Direito, sendo o precursor deste conceito, ao contrário de outros estudiosos de sua época.

Aristóteles concebia a *Polis* como de extrema importância na estrutura da elaboração da Lei e do Direito necessário a vida grega natural do homem, destacando suas obras no campo da política e da ética, já que considerava o homem como um animal político, pois, era levado a esta caracterização por sua própria natureza.

Segundo Aristóteles, a *Polis* cuida do homem como o organismo cuida de suas partes vitais, nascendo a premissa de que a *Polis* regulava a vida dos homens através da Lei segundo os critérios de justiça

2.1 Os Ângulos da Justiça Aristotélica

Distributiva e corretiva

Para Aristóteles na idéia de justiça distributiva e corretiva a igualdade foi o enfoque principal, porém, aplicada de várias maneiras.

Aristóteles entendia o princípio da Igualdade de duas formas fundamentais que originava duas espécies de justiça: A Distributiva e a Corretiva.

A justiça distributiva tinha por razão fundamental a divisão de bens e honras da comunidade, ao passo que o indivíduo percebia o proveito adequado aos seus méritos. Através de um enfoque metafórico, significava a realização da justiça segundo um critério de progressão geométrico.

Por outro lado, enquanto o princípio distributivo tinha no centro de suas atenções o indivíduo, o princípio corretivo se destinava aos objetos, relegando os méritos, mas medindo impessoalmente o benefício ou o dano que cada qual pode suportar. Este princípio se subdivide ainda em Comutativo (quando a justiça intervém na vontade dos indivíduos) e Judicial (quando se impõe contra a vontade de uma das partes).

Virtude Geral e Especial

Neste, Aristóteles trilha pelo mesmo pensamento de Platão, considerando a justiça sob os aspectos da virtude geral e especial, sendo que as justiças distributiva e corretiva seriam subdivisões da virtude especial.

Segundo Aristóteles a justiça como virtude geral, também chamada de legal, em geral, é a maioria das disposições legais que estão constituídas por prescrições da

virtude total, porque a lei manda viver de acordo com todas as virtudes e proíbe que se viva de conformidade com todos os vícios. As disposições legais servem para produzir a virtude total, todas aquelas estabelecidas sobre a educação para a vida em comunidade. Assim, a lei esgota o domínio ético do cidadão, sendo, por isso, a medida objetiva da justiça no seu mencionado sentido. A justiça geral consiste, pois, no cumprimento da lei. Inversamente, a injustiça total é a sua violação.

Decorre disso que a noção elementar da justiça surja a partir do entendimento do que seja injustiça. O homem justo seria aquele que cumprisse a lei e o injusto aquele que descumprisse, tendo como primazia à Igualdade e a Equidade, pois, a injustiça corresponderia à noção de ilegalidade e desigualdade. Em uma noção mais concreta, nem tudo o que se tem por desigual é necessariamente injusto, a depender das desigualdades reinantes entre os indivíduos integrantes do Estado, ou seja, a desigualdade das partes que compõem o todo.

Na justiça sob o princípio da Virtude Especial Corretiva, Aristóteles afirma que podem ser estabelecidas duas classes de relações entre os cidadãos: Voluntárias (contratuais) e Involuntárias (delitos).

Na justiça contratual (voluntária), temos por essência a prevenção, sendo a justiça prévia que iguala as prestações recíprocas, ao contrário das involuntárias que são de caráter repressivo e segregador da injustiça. As voluntárias não buscam reparar ou indenizar o dano, mas sim, ordenam as relações jurídicas.

Assim, sobre os diferentes enfoques da justiça na visão aristotélica, temos que, em síntese "A justiça corresponde à virtude em sua totalidade, e não só parte desta, revestindo-se também de caráter jurídico".

No jusnaturalismo Aristóteles acredita em uma justiça geral cuja fonte é a natureza, remetendo-nos a existência do Estado a partir do Direito Natural.

O conceito de justiça elaborado por Aristóteles é considerado extremamente importante e avançado, suas lições ainda hoje se encontram em plena harmonia com os princípios de igualdade, de maneira que, é um estudo tão bem elaborado que se pode afirmar, sem receio de erro, que muito pouco se acrescentou, até nossos dias, àquele pensamento original. Suas bases de justiça perante a igualdade e a equidade são amostra disso. Os ordenamentos jurídicos do mundo ocidental prezam pela igualdade de tratamento das partes, em razões de equidade e de justo equilíbrio. E, essa idéia Aristotélica se encontra inclusive em nossa Carta Constitucional, artigo 5º.

3. Motivações para se obter um Comportamento Lícito

Após as breves considerações acerca do conceito de justiça na visão aristotélica, passamos a análise do tema proposto para estudo, qual seja, a correlação entre direito e justiça, a idéia de paz social e a sua relatividade quando do uso da força.

A função de toda ordem social, de toda comunidade – porque a comunidade, como já foi visto anteriormente, é uma ordem social – é motivar certa conduta recíproca dos seres humanos: fazer com que se abstenham de certos atos, que possam ser considerados nocivos à comunidade e fazer com que executem outros que são considerados úteis/necessários.

3.1 Motivando a conduta lícita

Para tal conduta desejável, as ordens sociais se utilizam de certas maneiras para motivar o indivíduo a agir em conformidade com suas normas, podendo ser uma motivação direta ou indireta, onde certa conduta desejável é alcançada através da vantagem prometida, ou, ainda, medo ou ameaça de desvantagem, de forma que coaduna para um único fim, motivar a conduta.

Entretanto assim como existem ordens sociais que impõem de modo ameaçador a conduta desejável ao sistema, existe aquelas ordens sociais que não oferecem vantagens em caso de obediência nem ameaças no caso de desobediências. Nesse caso a simples idéia de uma ordem que decreta esse comportamento é a própria motivação para a conduta humana em conformidade com a norma, embora esse tipo de motivação é raramente encontrado na realidade social.

Em uma análise mais profunda, toda ordem é aplicada de modo sancitivo: "Toda ordem social é, de certo modo, sancionada pela reação especifica da comunidade à conduta de seus membros, em conformidade ou em conflito com a ordem"[1], sendo que as diferenças das sanções aplicadas nas diversas ordens sociais são que certas são providas de sanções definidas e outras podem consistir em uma reação automática da comunidade e, assim, não pré-estabelecidas pela ordem.

Em meio a tantas maneiras utilizadas para motivar o indivíduo a agir em conformidade com a norma jurídica, não se pode expressar com certeza uma motivação que obrigue os homens ao cumprimento de uma regra jurídica, podemos, no entanto, dizer que a motivação de uma conduta lícita não seja apenas o medo de uma sanção legal, mas também o fator de extrema importância para tal motivação é quando junto com o respeito pela ordem jurídica se tem as idéias morais e religiosas em paralelas aos ideais de uma lei de Direito.

3.2 Monopolização do uso da força

Como já foi visto o Direito é uma técnica social específica de uma ordem coercitiva, que consiste em ocasionar a conduta social desejada dos homens por meio da ameaça de coerção no caso de conduta contrária ao estabelecido.

O fato relevante na atuação do Direito é que este possui sanção socialmente organizada, um ato de coerção que uma pessoa determinada pela ordem dirige, de maneira também estabelecida pela ordem, contra a pessoa responsável pela conduta contrária a norma.

Entre os atos de uma ordem de caráter coercitivo está o fato de seu instrumento específico, o ato coercitivo na aplicação da sanção, ser exatamente do mesmo tipo do ato que se busca impedir nas relações dos indivíduos, ou seja, a força é empregada para impedir o emprego da força. Tal contradição é superficial, não devendo o Direito e a força ser compreendidos em desacordo entre si, mas sim, tomando por base de que o Direito é uma organização da força, vinculando certas condições nas relações entre os homens.

“A técnica social que chamamos "Direito” consiste em induzir o indivíduo, por um meio específico, a se abster de intervenção à força nas esferas de interesse alheias; no caso de tal intervenção, a própria comunidade jurídica reage com uma intervenção similar nas esferas de interesse do indivíduo responsável pela intervenção anterior. A intervenção à força nas esferas de interesse de outro, a medida de coerção, funciona como delito e também como sanção. O Direito é uma ordem segundo a qual o uso da força é proibido apenas como delito, isto é, como condição, mas é permitido como sanção, isto é, como conseqüência.”[2]

4. CONCEITO DE JUSTIÇA NO PENSAMENTO CENSO-COMUM

O Direito sendo uma técnica social específica de coerção social independe da moral e da religião para a plena validade e eficácia, porém, podemos dizer que é em até certo ponto amparado por estes. Tal situação é bem evidenciada quando analisada à luz da *Teoria Do Mínimo Ético:*

“A teoria do “mínimo ético” consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social.”[3]

No entanto, quando se intercala o problema do Direito com o da justiça, no pensamento político, portanto não científico, acredita-se que estes dois problemas se reduzem a um só, ou seja, as pessoas normalmente acreditam e até mesmo agem acreditando que o Direito é o modo pelo qual se pode efetivamente chegar a justiça social, onde os direitos individuais que prescrevem a vida humana seriam interpretados de modo justo e, quando certa pessoa os violar, é punida perante uma justiça que seria imposta de tal maneira que se caracterizaria como um efeito do Direito, ou seja, o Direito levaria à justiça.

4.1 CONCEITO DE JUSTIÇA NO PENSAMENTO CIENTÍFICO

Embora saibamos que o Direito e justiça são constantemente confundidos à luz do censo comum, devemos saber dos extremos referentes a esses dois conceitos que são, na verdade, pontos extremamente diferentes, isso por que se o Direito é livre de valores morais e religiosos não se preocupa com o que é justo ou injusto, mesmo por que existem ordens injustas.

Embora o Direito Positivo, o qual está em questão aqui, seja ideologicamente colocado como uma ordem justa, nota-se que é uma tendência de justificá-lo moralmente.

"Existe, porém, na jurisprudência tradicional, uma tendência terminológica de identificar Direito e justiça, de usar o termo Direito no sentido de Direito justo e de declarar que uma ordem coercitiva globalmente eficaz e, portanto, um Direito positivo válido, ou uma norma individual de tal ordem social, não são Direito "real" ou "verdadeiro" se não forem justos."[4]

Dizer que uma ordem é justa seria dizer que ela regula as relações dos homens de maneira satisfatória a todos, o que seria efetivamente impossível, ao passo que é inimaginável uma ordem jurídica que em sua decisão não favorecesse uma pessoa em detrimento de outrem, proporcionando felicidade a todos.

Nesse sentido só seria justa uma ordem jurídica se proporcionasse felicidade a todas as pessoas que estão sob sua observância.

Essa felicidade a que nos referimos é aquela que deve buscar favorecer ao maior número de pessoas possíveis. A felicidade que uma ordem social – em especial a de Direito – é capaz de garantir deve ser entendida no sentido coletivo, onde para o legislador as necessidades dignas de serem satisfeitas, por exemplo, seriam as necessidades de alimentação, vestuário, moradia e etc.

"Se justiça é felicidade, então uma ordem social justa é impossível, enquanto justiça significar felicidade individual. Uma ordem social justa é impossível, mesmo diante da premissa de que ela procure proporcionar, senão a felicidade individual de cada um, pelo menos a maior felicidade possível ao maior número possível de pessoas."[5]

5. Direito frente à realidade Social

Sabendo que o Direito não se preocupa com o que é justo ou injusto, mas sim com o que é lícito ou ilícito, e que, para melhor noção, pode-se dizer que existem ordens jurídicas injustas.

Contudo, o que se cita apenas para fins de argumentação e posterior reflexão, veja-se determinada norma que regulamenta o tráfego de veículo em nosso país:

“Art. 218. Transitar em velocidade superior à máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil, em rodovias, vias de trânsito rápido, vias arteriais e demais vias:

III - quando a velocidade for superior à máxima em mais de 50% (cinqüenta por cento):

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa [3 (três) vezes], suspensão imediata do direito de dirigir e apreensão do documento de habilitação.”

Essa norma é aplicável a todas as pessoas, dentro de certo espaço territorial onde ela é válida.

Seria justo aplicá-la indistintamente a um motorista não profissional – que não faz da direção, seja de moto, carro ou caminhão, um modo de ganhar dinheiro – e também aplicá-la àquele motorista que depende de sua carteira de habilitação para sobreviver e que por um simples descuido pode ter sua carteira suspensa por certo tempo. Nesse caso estaríamos aplicando a noção de igualdade, aquela que sabemos ser necessário levar em consideração a exata medida das desigualdades de cada indivíduo?

5.1 Aonde se encontra a injustiça?

Se as normas que regulamentam o tráfego de veículos em nosso país são aplicadas a todas as pessoas indistintamente, sem levar em consideração a profissão, sem distinguir a vida de cada pessoa, ao invés de uma idéia de justiça teríamos uma desigualdade por classes, dado que só seria igualitária se aplicadas por igual à aquelas pessoas de uma mesma classe, seja de trabalho, social ou política.

Além de desigual, podemos dizer que a justiça é extremamente abalada por tal aplicação e coerção jurídica, dado que no caso citado o fato de ser um motorista profissional, sobrevive dos frutos de sua profissão. Como este cidadão ficaria sem poder exercê-la? Contudo o Direito não admite ingerência nesse campo, o do justo ou injusto.

Ora, observe-se que não estaríamos afastando a culpa dos infratores à medida que seus atos possam lhes trazer desvantagens perante outras pessoas que os cometeram com as mesmas intensidades, mas modificando a sanção, onde o infrator poderia pagar ou reparar seu erro de maneira que não trouxesse problemas ainda maiores para o âmbito da sociedade, dado que tal indivíduo não precisaria ficar sem exercer sua profissão apenas pela obrigatoriedade de reparar seu dano ou ato contrário à norma. Ou seja, talvez serviços prestados à comunidade é uma boa saída, já que o que nos

referimos aqui e sobre uma relativa paz social. Desacordo seria o colocar nas ruas sem poder trabalhar no que efetivamente conhece, mesmo por que pequenos problemas agregados podem se transformar em uma grande batalha.

A diferença não está apenas na medida coercitiva, mas no reflexo que pode advir quando aplicada indistintamente.

5.2 O justo E O injusto

Embora da análise do exemplo proposto, referente à legislação de trânsito, certo é que o Direito não deve se ater ao justo ou injusto para ser efetivamente aplicado.

Podemos mesmo dizer que nem todas as pessoas têm a mesma idéia de justiça, ou seja, cada pessoa admite a justiça não como algo universal e homogêneo, logo com as mesmas características, mas cada indivíduo tem o seu entendimento do que significa justiça. O efeito imediato desse ato é que a justiça passa a ter um juízo de valor, subjetivo a cada pessoa.

"(...), a questão quanto ao que é o Direito positivo, o Direito de certo país ou o Direito em um caso concreto, é a questão de um ato criador de Direito que teve lugar em certo tempo e espaço. A resposta a essa questão não depende dos sentimentos dos sujeitos que respondem; ela pode ser verificada por fatos objetivamente verificáveis, ao passo que a questão quanto a ser justo o Direito de certo país ou a decisão de certo tribunal depende da idéia de justiça pressuposta pelo sujeito que responde, e essa idéia baseia-se na função emocional de sua mente." [6]

O justo ou injusto não requer fórmula ou norma jurídica. Para a norma temos o lícito ou ilícito, para a justiça temos os sentimentos de cada indivíduo quanto ao seu grau de satisfação em certo local e espaço de tempo, critério absolutamente subjetivo.

6. IDEAIS DE PAZ

Comumente no senso-comum o direito é equiparado ao meio pelo qual se pode buscar a justiça e com isso a paz social.

Entrementes, quanto mais analisamos a ciência jurídica, mais precisamente o Direito, em contraposição aos ideais de justiça, mais encontramos ambigüidade do Direito ser ou não ser justo. Na tentativa de evidenciar o Direito instrumento/fonte para se chegar a justiça social, mais podemos nos deparar com a tentativa ideológica de

substituir o ideal de justiça pelo ideal de paz, sendo que se o Direito não é justo, que seja pelo menos um meio para se chegar a uma relativa paz social.

A relatividade da paz social, conforme iremos analisar adiante, é evidente por si, de modo que a paz completa só seria alcançada se acaso não fosse usada a força, o que desqualifica a paz total em uma ordem social que detém o monopólio do uso da força, o Direito.

"A paz é uma condição em que a força não é usada. Nesse sentido da palavra, o Direito provê apenas paz relativa, não absoluta – ele priva o indivíduo do direito de empregar a força, mas reserva-o à comunidade. A paz do Direito não é uma condição de ausência absoluta de força, um estado de anarquia; é uma condição de um monopólio de força da comunidade."[7]

6.1 O APARELHO COERCITIVO NAS COMUNIDADES PRIMITIVAS

Até o presente momento temos a formulação de que a técnica social específica que chamamos de "Direito" consiste no estabelecimento de uma ordem coercitiva, por meio do qual lhe é atribuído o monopólio da comunidade para aplicar as medidas de coerção decretadas pela ordem jurídica. Mas será que essa técnica social específica que chamamos de Direito é indispensável na sociedade?

Determinado pensamento pode nos levar a conclusão que talvez seja possível substituir a técnica específica do Direito (coercitiva) pela motivação direta, obediência voluntária.

Nesse sentido até poderíamos dizer que a necessidade do Direito é a mesma questão da necessidade do Estado, dado que este cerca uma ordem coercitiva, jurídica, relativamente centralizada e soberana. Ou seja, com esses aspectos o Estado passa a ser uma organização política, consistente num elemento coerção.

Contudo a história não apresenta nenhuma situação em que grandes comunidades tenham sido constituídas de outras formas que não por ordens coercitivas. Mesmo as comunidades sociais mais primitivas se apoiavam em ordens coercitivas, em princípio religiosas que depois foram se secularizando.

Ocorre que, mesmos estas comunidades sociais primitivas não podem ser denominadas de Estados simplesmente por que tais comunidades não possuíam um grau de centralização necessário ao que conhecemos como Estado.

Ora, confirma-se que "*ubi societas, ibi jus*".[8]

Por outro lado, o homem sempre desejou que a força mesmo exercida como sanção, não fosse mais exercida pelo homem contra o homem. Este desejo não só foi como de fato ainda é na visão de otimistas e sonhadores políticos um fato efetivamente

possível, para os quais há a possibilidade de uma sociedade livre de toda coerção, na qual não mais haveria Lei e Estado.

Comunidade sem Estado e sem Lei é a expressão que poderíamos denominar de Anarquismo teórico, pressupondo uma ordem social que se difere do Direito positivo pelo fato de não exigir sanção socialmente organizada, sem nenhuma espécie de ordens coercitivas encontradas na realidade histórica.

As pessoas que acreditam na existência de tal ordem social natural, crêem na existência cujo caráter obrigatório resulta diretamente de seu conteúdo, onde a conduta humana é regulamentada em correspondência à natureza dos homens e de suas relações, onde nenhuma medida de coerção é exigida como sanção para a conduta levada a efeito em desacordo com a ordem natural.

Ou seja, a ordem natural é justa, faz todos os homens felizes, e consequentemente sem a necessidade de compelir as pessoas à sua própria felicidade, sem a necessidade de Estado, ou em outras palavras, sem o Direito positivo.

Com efeito, a eficácia dessa ordem social se apoiaria a que denominamos anteriormente de obediência voluntária. Essa idéia de ordem social natural é aquela anarquista da Idade de Ouro, onde Ovídio retrata em seus versos clássicos:

"Áurea prima sata est aetas, quae vindice nullo,

sponte sua, sine lege fidem rectumque colebat.

poena metusque aberant, nec verba minantia fixo

aere legebantur, nec supplex turba timebat

iudicis ora sui, sed erant sine judice tuti." [9]

6.2 COMUNIDADE SEM O USO DA FORÇA. POSSÍVEL?

Se fosse possível à mente humana estabelecer o conteúdo de uma ordem social que pudesse ser chamada de natural, que faria todos felizes, portanto justa, seria difícil compreender porque tal ordem não foi ainda estabelecida.

Pode-se dizer que desde que o homem começou a pensar, as mentes mais ilustres têm lutado para elaborar tal ordem, a qual poderia responder a questão da justiça, porém, tanto no passado quanto na atualidade, essa questão esteve e está longe de ser respondida.

Não se pode dizer que várias tentativas de resolver o problema da técnica social sejam tão satisfatórias, ou seja, próximas da satisfação geral.

Pensamos mesmo que se tal ordem é passível de descoberta, não poderá ser constituída com os anseios de que todos a possam reconhecer imediatamente como justa e que possam estar prontos a obedece-la.

Ou seja, improvável qualquer ordem social nesse sentido, mesmo uma que na opinião de seus criadores assegurasse aos indivíduos todas as vantagens desejadas, para escapar ao risco de ser violada e, portanto, que não necessitasse de precauções contra violadores, efetivos ou potenciais, por meio de medidas coercitivas.

Ora, teria cabimento uma ordem social nesse sentido somente se permitisse a todos os indivíduos, que estivessem sob sua observância, fazer ou abster-se de fazer o que desejassem. Por outro lado nesse caso é que se tem a grande dicotomia: uma ordem dessa seria a suspensão de toda ordem social, seria o restabelecimento de um estado de natureza, ou seja, um estado de anarquia, e, novamente não seria ordem social.

A idéia de uma comunidade sem Direito e sem Estado surge na doutrina do Socialismo Marxista. Em princípio, nesta doutrina, estão presentes o Estado e o chamado Direito "burguês", pelo fato da sociedade ser dividida em classes – uma que possui e outra sem posses, explorada pela primeira – sendo, pois, a única função do "Aparelho" coercitivo manter essa condição. Quando o conflito de classes cessar, por meio da abolição da propriedade privada e da socialização dos meios de produção, logo, quando a sociedade sem classes for alcançada, o "Aparelho" tornar-se-á supérfluo, onde o Estado "morre" e com ele o Direito. A ditadura do proletariado seria apenas uma transição necessária, dado que a teoria política do socialismo marxista pensamos ser o anarquismo puro.

O objetivo de ambas as doutrinas – Anarquismo e Socialismo – é uma comunidade constituída sem coerção, apoiando-se na obediência voluntária dos indivíduos. A diferença entre essas doutrinas está no fato de que os anarquistas acreditam seja possível dispensar o Estado imediatamente, em contraponto, os marxistas ensinam que depois do lugar do Estado capitalista ser tomado pelo Estado socialista – a chamada ditadura do proletariado – o Estado gradualmente desaparecerá por si.

No entanto devemos saber que uma organização econômica tal como a almejada pelo socialismo, deve ter um caráter autoritário. Uma organização desta acreditamos só pode ser gerida por um gigantesco corpo hierarquicamente organizado, de modo que cada indivíduo – sendo um órgão da comunidade – tem uma função definida a desempenhar, regulamentada por uma ordem normativa. É precisamente a observância minuciosa dessas normas que depende a produtividade de todo o sistema, pois seria justamente a produtividade elevada que daria à economia planejada a vantagem sobre a produção capitalista.

Com essa rápida análise, podemos dizer que os cidadãos que fazem parte de uma mesma comunidade, sendo esta capitalista, na maioria das vezes grande parte das causas ensejadoras de conduta contrária à ordem é o fator econômico, segundo o qual havendo uma conduta indesejável se tornaria necessário o uso da medida coercitiva através do "Direito".

Se no regime socialista a comunidade seria homogênea, deixemos de lado o fator econômico, porém, outros motivos poderiam levar a causas de conduta contrária à

regra como, por exemplo, a própria idéia de liberdade, o que torna necessário o uso de medidas coercitivas para punir as possíveis transgressões. A partir de simples idéias, podemos dizer que mesmo o socialismo não pode seguir adiante sem a técnica social chamada "Direito". Mesmo em uma sociedade socialista é verdade que "*ubi societas, ibi jus*".[10]

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora saibamos que o Direito se utiliza de um aparelho coercitivo para ser efetivamente aplicado, o que se busca pelo Direito é fazer com que os indivíduos não ajam em desacordo com as normas jurídicas que prescrevem a conduta humana, mas que se comportem de modo lícito para evitar o uso da força – aparelho coercitivo usado como sanção – na sociedade para punir os transgressores, ou seja, o objetivo do Direito é efetivamente motivar (mesmo por ameaças) os indivíduos que estão sob a observância de certa ordem jurídica a se comportarem de modo lícito para manter uma relativa paz nesta sociedade, sendo que se tal conduta não for observada, a consequência será a submissão à determinada sanção punitiva aos possíveis transgressores.

Para se chegar e posteriormente se manter uma relativa paz social, interagem o Direito, moral e religião. Embora esses últimos não sejam de cunho jurídico obrigatório, os indivíduos em grande parte agem com medo de reprovações morais e de punições por parte de uma autoridade sobre-humana, transcendental. Seria impossível, na atualidade, desenvolvermos uma sociedade em que não se utilizasse o aparelho coercitivo para se manter essa tão importante paz social, e, isto é evidente por si, pois será que em nenhum momento existiria interesses individuais e até mesmo coletivos em conflitos, que necessitassem de uma técnica coercitiva para ser minimizado. O que se pode evidenciar é a mesma afirmação contida no decorrer do estudo: Onde há sociedade, há lei. Logo, o Direito como fonte para se chegar a uma relativa paz social é algo indispensável nas relações humanas, o qual monopoliza a força nas "mãos" do Estado para este intervir quando necessário.

Grande parte da população tem noção equivocada e confusa acerca do Direito, mas que muitas vezes lhe é imposta como algo correto e inviolável, porém em outros casos a imperfeição do entendimento desse conceito parte da própria população, que aferem aos significados se baseando nas palavras e acabando por confundir Direito com justiça.

Nesse sentido o Estado controla a população, quando institui a si mesmo o título de Estado de Direito, onde a lei é justa, logo o Estado é legal. O Direito utilizado como um objeto de manipulação do governo perante a população, pois o Direito e as Leis fazem com que a dominação não seja tida como violência e, por ser legal, deve ser aceito. A lei é direito para o dominante e dever para o dominado, visando uma paz social de caráter efetivo.

Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. KURY, Mário da Gama tradução. **Ética a Nicômacos.** 2ª Ed. Brasília: UnB, 1992.

KELSEN, Hans. **O Que é Justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1995.

REALE, Miguel.**Lições Preliminares de Direito**. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

---

[1] KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** 2ª ed., São Paulo. Martins Fontes, 1995, p. 23.

[2] KELSEN, Hans. **O Que é Justiça?** São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 232.

[3] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 24ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 42

[4] KELSEN, Hans. **O Que é Justiça?** São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 292.

[5] Idem, p. 3.

[6] Idem, p. 294.

[7] Idem, p. 232.

[8] "Onde há sociedade, há lei."

[9] KELSEN, Hans. O Que é Justiça? São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 234. Ovídio, *Metamorfoses*, i, 89-93. "De ouro foi a primeira idade, que, sem ninguém para compelir, sem uma lei própria, conservava a fé e fazia o certo. Não havia medo de castigo nem palavras ameaçadoras a serem lidas em placas de bronze; nenhuma multidão suplicante olhava temerosa o rosto do juiz; mas sem juízes, vivia segura." (Trad. Frank Miller, Loeb Classical Library, Londres, 1916).

[10] "Onde há sociedade, há lei."

O CONCEITO DE JUSTIÇA PARA OS ANTIGOS: SOFISTAS, SÓCRATES, PLATÃO E ARISTÓTELES*

THE CONCEPT OF JUSTICE FOR THE ANCIENT PHILOSOPHERS: SOPHISTS, SOCRATES, PLATO AND ARISTOTLE

Kendra Corrêa Barão

RESUMO

O trabalho visa fazer um aprofundamento temático na Filosofia do Direito na Grécia Antiga e poderá trazer elucidações sobre a problemática: Justiça, Lei, ética e natureza. Serão retomadas as reflexões dos filósofos: Sofistas, Platão e Aristóteles sobre o Direito Natural e Positivo. Muitos jusfilósofos modernos e contemporâneos esqueceram de retornar ao temna, resultando nos descaminhos característicos em relaçao a diversas concepçoes já citadas. Portanto, tal pesquisa atenta poderá preencher as lacunas deixadas nos estudos de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: FILOSOFIA DO DIREITO, JUSTIÇA, DIREITO NATURAL, LEI, DIREITO POSITIVO.

ABSTRACT

The project to go deeper into a subjet matter, the Philosophy of Law in the Ancient Greece ande will be able to clarify abou: Justice, Law, ethics and nature. We will go back to the thoughts of the Phylosophers:Sophists, Platô and Aristotheles about Natural and Positive Law. A lot of moderm and contemporant jusphilosophers have forgotten to do back to the theme, resulting in characteristic mistakes in relation to different conceptions already mentioned. So, this work will be able to fill in tha gaps left in the law studies.

KEYWORDS: LAW PHILOSOPHY, JUSTICE, NATURAL LAW, LAW AND POSITIVE LAW.

1 INTRODUÇÃO

As Cidades-Estados antigas culminaram-se como o horizonte ético do homem grego, a ponto de os cidadãos chegarem a sentir os fins da sociedade como os seus próprios fins, quais sejam: o Direito, a justiça, a felicidade e a virtude. Até o início do século VI a.C.,

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

os gregos viveram um período essencialmente mitológico e religioso. Pelo fato dos gregos se preocuparem no início exclusivamente com a natureza física, a mente helênica não se viu voltada para os problemas éticos, nem tão pouco jurídicos nos primeiros tempos. Assim, a escola Jônica, uma das mais antigas, se preocupou em explicar os fenômenos do mundo sensível e foram representantes desta Tales, Anaximandro, Heráclito, dentre outros.

Por volta das últimas décadas do século VI, os gregos criam o gênero literário chamado tragédia.[1] Tal gênero vem exprimir as contradições do homem grego na pólis democrática, já tão modificada, com novas leis, em relação com a antiga pólis. Esse conflito entre o antigo e o novo levará o poeta trágico a usufruir-se sobretudo da linguagem jurídica, já que mais do que nenhuma outra linguagem, a do Direito se prestava a exprimir os conflitos existentes na cidade, norteando a própria realidade então vivida na polis democrática e desenvolvida.

As novas leis e esse novo vocabulário jurídico (lei *nomos*, justiça *dikes*, direito *to dikaion*) ainda não haviam penetrado totalmente no espírito grego, de modo que se desvinculavam demasiadamente das antigas tradições e das antigas leis.

A filosofia não é puro *logos*, pura razão: é sim uma procura amorosa da verdade.

O ponto de partida da Filosofia é a confiança no pensamento ou no homem como um ser racional, capaz de conhecer-se a si mesmo e, portanto, capaz de reflexão. Ela se volta para as questões humanas no plano da ação, dos comportamentos, das idéias, das crenças e dos valores a ponto de buscar uma aproximação nas definições das virtudes morais e das virtudes políticas, já que estas constantemente norteiam os seres humanos. Cabe a esta ciência buscar um conceito para além das opiniões, a fim de atingir uma verdade invisível, imutável, universal e necessária.[2]

A Filosofia do Direito nada mais é que o resultado de uma reflexão, uma vez que a realidade modifica-se continuamente em relação às condições de cada povo e cada época. O ponto de partida da Filosofia do Direito parte do pensamento grego. Seria então útil a sua pesquisa histórica? Seu conjunto de informações teria algo a informar na atualidade? O *homo juridicus* que adota uma postura mais radical, diria que não. Entretanto, apesar do Direito ser móvel, este possui elementos invariáveis, comuns aos povos na diversidade do tempo e do espaço.[3]

Além disso, todo o tipo de investigação histórica é mister para que se obtenha uma compreensão da cultura contemporânea, ainda mais quando o assunto referencial se trata de filosofia. Direito, justiça e lei são palavras que os modernos já encontraram no meio do caminho e apesar das ciências estarem mirando sempre o futuro, a ciência filosófica é essencialmente retrospectiva.[4]

Segundo Del Vecchio (grande jurisfilósofo, italiano), "(...) o presente, sem o passado, carece de sentido; e o passado revive no presente"[5]. Eis a importância de um estudo voltado para os antigos, já que seria extremamente trágico limitar a história a uma exposição de opiniões.[6] A sabedoria humana é uma soma de experiências de sucessivas gerações, sendo que a sede pelo saber foi constante, embora de tempos em tempos o processo fosse sendo realizado mais lento ou rapidamente.

2 Filosofia do Direito para os Gregos

A generalidade dos gregos os levaram a ver uma ordem, uma unidade, uma harmonia por detrás da multiplicidade caótica das coisas e dos acontecimentos.[7] Platão dizia que "é necessário ir até onde nos leva a Filosofia e o espírito".[8] Assim como a religião envolvia toda a esfera social da vida do grego, o direito conseqüentemente também passou a fazer parte desta atmosfera. O Direito provinha da divindade, dispondo da ordem e da harmonia. O rei recebia themis e cetro (entidades que personificam o direito) de Zeus e segundo a tradição consuetudinária, criava-se as normas que deveriam ser aplicadas.[9]

A mais alta meta para os tempos antigos era a busca de um direito igualitário. Seria então neste momento que surgiria o problema em relação ao peso e medida para o intercâmbio de mercadorias. Procurava-se uma medida "justa" para a atribuição do direito e foi na exigência da igualdade, implícita no conceito de *dike (*sentido de igualdade perante a lei), que se encontrou tal medida. Trata-se aqui da própria factilidade daquilo que é o meu e o teu numa disputa, numa relação.[10] Tudo acontece numa certa igualdade que orienta o juiz na busca do justo.

Uma nova consciência do direito trouxe a palavra genérica *dikaiosyne*, que se traduz por justiça. Esta palavra chegara a Platão e Aristóteles como a mais alta das virtudes, que significava a perfeição do homem. Instaurava-se também a exigência de uma igualdade de todos perante a lei. A lei para os gregos não era algo imposto pelo Estado, como para nós modernos parece ser. A lei para eles provinha de uma tradição oral e consuetudinária. Desta forma, era uma regra nascida no seio da polis, naturalmente.

3 A contribuição dos Sofistas

O movimento sofístico aparece na Grécia no século V. Estes possuíam características particulares, tais como: eram professores ambulantes que iam de cidades em cidades ensinando os jovens, ensinavam por dinheiro, conquistavam grande êxito social devido ao estilo oratório e retórico, mas fundamentalmente pedagogo. Tinham pretensões de que sabiam tudo e tudo ensinavam.

A polis vive um período muito conturbado neste momento, onde a ciência envolvia quase todos os campos de investigação. A vida econômica está mudada em face do alargamento das atividades produtivas e do incremento das relações exteriores. A educação tradicional, à base de música, rítmica e ginástica, tornara-se insuficiente para preparar aqueles que desejavam intervir de maneira eficaz na arena política.

A palavra sofista deriva da mesma raiz *Sofia*, sabedoria. A sofística põe o problema do ser e do não- ser, mas o propósito de si mesma e, portanto, do homem. Ela tinha um caráter público, de modo que fosse dirigida aos cidadãos. Os sofistas de maior importância foram Hípias, Pródico, Eutidemo, Protágoras e Górgias.

O uso da palavra “sofista” é empregado em sentido elogioso pelos escritores do século V. Mas a partir da guerra de Peloponeso (431-404 A.C.) o termo adquire um sentido pejorativo e desfavorável, já que suscitaram reações opostas dos tradicionalistas. Aristóteles qualifica-os de “traficantes de sabedoria aparente, mas não real.” (Soph. EI, I 165 a 21). Platão realça a sua vaidade como “caçadores interessados de gente rica, vendedores caros de ciência não real, mas aparente.” (Mênon 91c; Sofista 231d; Crátilo 403).

O aparecimento da Sofística, no século V A.C., não se registrou por acaso, mas em decorrência do fato histórico da democratização de Atenas que, à época de Péricles renunciara ao regime aristocrático. As necessidades às quais os Sofistas procuravam atender eram de todas as cidades gregas democráticas, onde agora todo e qualquer cidadão podia participar da vida na polis. Péricles abria frente agora para uma virtude política que não mais dependeria da tradição, da família ou do sangue, mas sim de uma nova pedagogia, cujo pressuposto é a igualdade e liberdade de todos os cidadãos.

Foi um período de culto às grandes personalidades e através da necessidade de se educar o jovem cidadão nas mais diversas artes com uma formação mais ampla, acompanhada de um domínio exato da língua e da flexibilidade e agudeza dialética necessárias para derrotar o adversário, nada melhor que os sofistas que sabiam falar sobre tudo para preparar tais jovens para assumir a direção do governo da polis.

Um fato que motivava os sofistas e valorizava as suas orientações era a circunstância de que, na Ágora (reunião dos cidadãos no centro da cidade como um debate para discutir os problemas da polis), os cidadãos expunham oralmente, diante dos juízes, as suas próprias causas.[11] Embora defendessem, algumas vezes, teses absurdas, provocando reações, não tinham o hábito de fundar seus argumentos em princípios religiosos, daí Hans Welzel ter realçado que o aparecimento dos sofistas trouxe para o espírito grego o advento da Ilustração.[12]

Na Filosofia a sofística representa uma crise, na qual a ciência correu o perigo de petrificar-se, convertendo-se em utilitarismo e em retórica vazia. Tanto que os sofistas possuíam um certo relativismo na medida em que fixavam-se na impermanência e pluralidade e eram subjetivistas ao ponto de apreciarem cada coisa como lhes parecesse. Eram céticos e indiferentes quanto a aspectos morais e religiosos. Abusavam de uma frivolidade intelectual onde podiam confiar ilimitadamente no poder da palavra.

Os sofistas conseguiram trazer um giro copernicano na filosofia grega, que abandonou suas investigações cosmológicas pela fase da antropologia. Pelo fato de não terem deixado escritos, suas idéias são conhecidas pelas obras de seus adversários, especialmente pelos diálogos platônicos. Não chegaram a formar uma escola, pois não adotaram uma linha única de pensamento, sendo comum uma divergência de idéias, entretanto, convergiam seu estudo num idêntico alvo: o homem e seus problemas psicológicos, morais e sociais. Eles ensinavam que cada homem possui seu modo próprio de ver e de conhecer as coisas.

Neste sentido o direito, para eles é algo relativo, opinião mutável, expressão do arbítrio e da força:” justo é aquilo que favorece ao mais forte”. Assim, Trasímaco pergunta se a justiça é um bem ou um mal, e responde:” A justiça é na realidade um bem de outrem; é uma vantagem para quem manda, é um dano para quem obedece”.[13]

Em geral, os sofistas eram céticos em moral e mais negadores e destruidores do que construtivos e afirmativos. Pode-se dizer que eles suscitaram a grande filosofia idealistas grega, da qual nenhum outro povo orgulhou-se em pertencer. Eles são uma conseqüência natural daquele momento, de forma que foram eles pela primeira vez que fizeram as perguntas pelo fundamento da lei, pela sua validade, pela definição do direito e da justiça.

Acreditavam que as leis variam de cidade-Estado para cidade-Estado e que para ser cidadão de uma polis, este deveria obedecer às suas leis. Surge então um certo relativismo, já que as leis estão em um aberto confronto com a natureza, com a ordem natural do mundo físico.[14]

A proposição fundamental de Protágoras foi o axioma: "O homem é a medida de todas as coisas, dos que são pelo que são, e das que não são pelo que não são." Tal expressão foi considerada a magna carta do relativismo ocidental e trouxe à tona exatamente o indivíduo singular.[15] Deste modo, o sofista tinha o intuito de preparar todo e qualquer aluno para os conflitos de pensamento ou de ação da vida social, isto é, tratava-se de ensinar a criticar e a discutir, organizando um torneio de razões contra razões.[16]

"Algum estudioso tentou interpretar o princípio protagoriano sustentando que o homem do qual ele fala não é o homem individual, mas a espécie homem, fazendo assim de Protágoras um precursor de Kant; mas todas as nossas fontes antigas excluem decididamente a possibilidade desta exegese."[17]

Segundo Diógenes Laércio, Protágoras afirmava que "em torno de cada coisa existem dois raciocínios que se contrapõem entre si", isto é, que sobre cada coisa é possível dizer e contradizer, aduzir razões que reciprocamente se anulam. Deste modo, o objetivo de Protágoras seria ensinar como é possível sustentar o argumento mais frágil. O que certamente não significa que ele ensinasse a injustiça e a iniqüidade contra a justiça e a retidão, mas simplesmente que ele ensinava os modos com os quais era possível sustentar e levar a vitória o argumento (qualquer que fosse o conteúdo) que, na discussão, em determinadas circunstâncias, podia resultar o mais frágil.[18]

Adotaram um convencionalismo jurídico acentuando a contraposição entre lei e natureza. Não acreditavam em leis imutáveis e eram convencidos de que estas não passavam de convenções dos homens para poder viver em sociedade. A única lei que o homem poderia ter era a "natural" de seus instintos. Como não havia nada justo nem injusto em si, acreditavam num oportunismo político, onde todos os meios são bons para conseguir o fim que cada qual se propõe. Disto temos "o fim justifica os meios".

Em vez do ideal ser o homem bem constituído e dotado, o bom guerreiro, por exemplo, passa a ser o sábio, o homem que tem o *noûs (*mente, inteligência), ou seja, o homem que sabe como proceder e como falar, o bom cidadão. Quando isto se generaliza na Grécia, como cada homem tem *noûs* , o resultado é uma democracia. O principal escopo da sofística era a arte do convencimento.

Pode-se dizer que a Filosofia do Direito nasce com os sofistas. Eles representavam a nova consciência contestadora da ordem jurídica vigente e a grande questão que será trazida à Filosofia do Direito será a oposição entre *physis e nomos**[19]***.O que é grave é

que os sofistas proclamaram a inconsistência das coisas e abandonaram o ponto de vista do ser e da verdade, que mais tarde tratariam Sócrates e Platão de recuperar.

A oposição entre natureza e lei não aparece nos grandes sofistas, exceto em Hípias e Antifonte. Hípias deve ter sido muito famoso (Platão lhe dedicará dois diálogos)[20] e além disso condividia a concepção do fim do ensinamento (educação política). Entre as disciplinas que o seu enciclopedismo didático propunha, as matemáticas e as ciências naturais tinham grande relevo.

Esta oposição radical quebra toda a tradição do pensamento grego até a época dos sofistas. Hípias defendia um conhecimento enciclopédico e costumava dizer: "Homens aqui presentes, eu vos considero consangüíneos, parentes e concidadãos por natureza, não por lei de fato. O semelhante é por natureza parente do semelhante, enquanto lei, que é tirânica dos homens, amiúde de força muitas coisas contra a natureza." (Platão, Protágoras 337).

Neste sentido, a natureza passa a ser apresentada como o que une os homens e a lei, ao invés, como o que os dividem. A natureza, para os helênicos, é um cosmo que deve ser justificado, ou melhor, é uma certa ordem em si mesma, possuindo uma harmonia que lhe é dada por um deus.[21] A partir deste momento nasce a distinção entre o Direito natural e Direito Positivo, onde as leis humanas serão passadas por uma dessacralização e serão tidas como convenções ou arbítrios. A idéia que chegamos aqui é que os gregos não estavam preocupados com a lei mas sim com o fazer justiça.

A lei natural passa a ser a verdade e a lei positiva se torna pura opinião (*doxa*). Deste modo, permitiria-se a transgressão de qualquer das leis dos homens se o motivo fosse seguir e respeitar as leis da natureza. Hípias lançava as bases de um cosmopolitismo, querendo atingir as bases de um direito universal, ideologia que até então não tinha aparecido.

Com a distinção entre Direito Natural (lei de natureza) e um Direito Positivo (lei posta pelos homens), nasce a idéia de que apenas o primeiro é válido e eterno, enquanto o segundo é contingente, e no fundo, não válido. E assim são lançadas as premissas que levarão a uma total dessacralização das leis humanas, que serão consideradas fruto de pura convenção e de arbítrio, e, portanto, frutos indignos do respeito do qual sempre estiveram circundadas.[22]

Hípias tira desta distinção mais conseqüência positivas do que negativas, posto que a natureza dos homens é igual, não tendo sentido as distinções que dividem os cidadãos de uma cidade dos de outra, nem as distinções que no interior das cidades possam ulteriormente dividir os cidadãos: nascia assim um ideal cosmopolita e igualitário, que para a grecidade era não só novíssimo, mas revolucionário.

Muito mais radical, Antifonte, defendia com uma maior veemência as concepções igualitárias e cosmopolitas propostas por Hípias. Esse entende por natureza a natureza sensível, isto é, a natureza pela qual o bem é o útil e o prazer, o mal é o prejudicial e o doloroso, sendo a natureza espontânea e tendo uma liberdade instintiva. Motivo este que a lei era vista como não natural na medida em que passava a constringir, refreiar, por obstáculos ou dores à espontaneidade.

Antifonte chegou a radicalizar o dissídio entre natureza e lei ao limite da ruptura, afirmando, em termos eleáticos, que a natureza é a "verdade" enquanto a lei positiva é pura "opinião" e, portanto, que uma está quase sempre em antítese com a outra e, por conseqüência, deve-se transgredir a lei dos homens, quando se puder fazê-lo impunemente, para seguir a lei da natureza.

As concepções igualitárias e cosmopolitas do homem propostas por Antifonte também são mais radicais. O iluminismo sofístico dissolveu aqui não só os velhos preconceitos de casta da aristocracia e o tradicional fechamento da polis, mas também o mais radical preconceito, comum a todos os gregos, quanto à própria superioridade sobre os outros povos de modo que qualquer cidade é igual à outra, qualquer classe social é igual à outra e qualquer povo é igual a outro, pois todo homem é por natureza igual ao outro.

Deste modo, o homem passa a ser igual independentemente de qualquer circunstância: os homens são, assim, iguais por natureza, quer sejam gregos ou bárbaros.[23] Tal igualdade defendida pelos sofistas seria uma ruptura da ordem da polis, onde tanto ricos como pobres a ela se submeteriam. Tudo isto é conseqüência direta da distorção por eles operada no conceito da natureza.

Alguns dos méritos dos sofistas foram que na Política ampliaram o conceito de lei, muito estreito e particularista até então. Elaboraram o conceito de justiça, além de por a diversidade e o relativismo das leis civis, próprias de cada cidade, sublinhando a contraposição entre natureza, lei e pacto, nas quais baseiam-se respectivamente, o direito natural, o legal e o convencional. Seu conceito de natureza comum a todos os homens serviu para dar à lei um caráter mais universalista.

Na Educação introduziram um ideal pedagógico mais amplo e completo que o tradicional. Na retórica formaram um sistema cultural enciclopédico, preparando os jovens para intervir com êxito nos debates políticos e no governo do Estado. Na gramática trouxeram a importância concedida à palavra que contribuiu para a fina e aperfeiçoar o uso da língua e da oratória e na filosofia romperam com o exclusivo interesse dos filósofos acerca dos problemas da Natureza, refletindo, em vez, sobre os problemas humanos e finalmente aperfeiçoaram a dialética.

Apesar de toda contribuição positiva, esta não foi demasiada importante comparada com o avanço gigantesco que poucos anos mais tarde iria dar a Filosofia por obra dos três grandes gênios: Sócrates, Platão e Aristóteles.

4 A contribuição de Sócrates

Ele defende que a pesquisa filosófica não podia ser levada adiante ou continuada depois dele por um escrito. Achava que nenhum escrito poderia suscitar e dirigir o filosofar. Redireciona a filosofia para os caminhos do ser e da verdade, prática do bem, da justiça, enciclopédia, acreditava que com a política haveria o bem da pólis, acreditava em leis estáveis, normas universais verdadeiras, busca da verdade, incitando seus discípulos a descobri-la.

Apenas é conhecido por depoimentos que não coincidem uns com os outros. Seus testemunhos são contraditórios, mas há dois testemunhos concordantes, os de Platão (*A Apologia de Sócrates*) e Xenofonte (*As Memoráveis*), e um discordante, o de Aristófanes. É muito mais provável que sua figura e seu pensamento correspondam ao protagonista dos diálogos platônicos que ao grotesco personagem de *As Nuvens.**[24]***

A maior oposição de Sócrates foi manifestada contra os sofistas e o mesmo se utiliza de um máximo esforço para provar a inanidade de pressupostas ciência daqueles. Fiel a democracia, seu maior paradoxo foi o de nada ter escrito e muito já ter-se escrito sobre ele, sendo que cada uma dessas obras junta uma condição de dose pessoal de imaginação ou de fascínio.

Nasceu em Atenas, onde terminou seus estudos, adquirindo seu estilo de vida e pensamento nesta cidade. Somente havia saído dela para cumprir as obrigações militares. Desta forma, mostrava um certo tipo de sedentarismo por Atenas, esta pela qual, era o centro de um vasto império político e sobretudo o centro de toda a vida cultural ocidental.

A primeira característica de Sócrates era a de ser ateniense. Mas tal Atenas cujo regimento político e brilho cultural todo o Ocidente louvava, não perdia a sua base tradicionalista e pouco tolerante. A sabedoria da cidade se utilizava de uma moral pragmática, penetrante de um ideal utilitário. Dizer que Sócrates inventa em Filosofia a ética, quer dizer que pela primeira vez ele pensa como ateniense como as armas da Grécia.[25]

Quanto ao Direito, não formulou nenhum sistema sobre, deixando considerações esparsas sobre o problema da lei e da justiça. O grande sábio identificou a justiça com a lei: “Eu digo que o que é legal é justo”; “quem obedece às leis do Estado obra justamente, que as desobedece, injustamente.” Orientava, assim, na plena obediência à lei, proclamando ser um ato de injustiça a sua violação, implicando o desrespeito em quebra de um pacto (concepção contratualista).

Encontram-se também manifestações de natureza jusnaturalista, pois, no diálogo com Hípias, o sábio aborda sobre *leis não escritas de caráter universal e que seriam de origem divina.**[26]*** Acreditava que as leis do Estado haveriam de guardar sintonia com as leis da natureza, em consonância com a vontade dos deuses e da lei. Por isso, em hipótese alguma, os cidadãos deveriam cometer injustiça, mesmo quem a tivesse recebido anteriormente.

Sócrates confessa reconhecer, possuir uma ciência, a ciência própria do homem e é aí que ele inicia a sua missão: reencontrando o velho preceito “conhece-te a ti mesmo” (*Nosce te ipsum*). Desta tomada de atitude de consciência, surge um ensinamento, um método, uma atitude e isso nos faz concluir que os valores são perfeitamente independentes de todo conhecimento constituído. Não será a instrução que formará o juízo nem os professores às virtudes. Cada um tem seu domínio e se apóia em seus títulos.

A reação antiintelectualista se volta facilmente para Sócrates. Múltiplos motivos justificaram pois o processo. O processo se iniciou diante de um júri popular sorteado: 501 juizes. O trio de acusadores fala primeiro. Sócrates fala, não cedendo ás pressões de

seus amigos e recusando-se a preparar sua defesa ou mandar compô-la por um advogado profissional. Sócrates desconfia até o fim da escrita. No momento que se esperava que ele suplicasse ao júri a clemência, eis que se recusava a abaixar-se.

É por 281 votos contra 220 que Sócrates é declarado culpado. Ao invés de propor sua boa vontade ao propor pelo menos uma pesada multa. Antes de morrer, ainda se dá ao trabalho de agradecer aos 140 juizes que o absolveram e de lamentar os outros por seu erro. Apesar de muitos acharem que ele provocou a sua própria morte, não podemos chamá-la de suicídio, pois o suicídio supõe uma fuga, ou ao menos uma ruptura. Mas Sócrates não rompe com nada.

Ao negar a sua fuga aos amigos, disse-lhes que "era preciso que os homens bons cumprissem as leis más, para que os homens maus respeitassem as leis sábias." [27]

5 A contribuição de Platão

O retrato que a história da Filosofia possui de Sócrates foi traçado por seu mais importante aluno e discípulo, o filósofo ateniense, Platão. Foi Sócrates quem abriu caminho a toda especulação filosófica, mas não nos legou o sistema completo, de modo que seu discípulo teria a convicta função de aperfeiçoar e, sem dúvida, Platão aperfeiçoa a maiêutica de Sócrates e a transforma no que ele chama de dialética.

A dialética platônica conserva a idéia de que o método filosófico é uma contraposição. Entende a idéia de que é preciso partir de uma hipótese primeira e depois a ir melhorando à força das críticas, sendo que as críticas melhor se fazem no diálogo, isto é, num intercâmbio de afirmações e negações: e por isso a denomina de dialética.[28]

O encontro com Sócrates foi determinante no pensamento de Platão, no sentido de que aquele supunha possível expressar as essências designadas pelos termos morais – justo, bom, corajoso, etc e mais ainda, sustentava a necessidade de se conhecer *o que é (*por exemplo) a justiça ou a virtude para que uma ação justa ou virtuosa fossem praticadas sem dúvida alguma.

Ele costumava dizer: "Rendo graças a Deus, por ter nascido grego e não bárbaro; livre e não escravo; homem e não mulher; rendo-as, porém, acima de tudo, por ser contemporâneo de Sócrates."[29] Essa busca socrática, legada por Platão, era a radical oposição às idéias no núcleo dos ensinamentos dos grandes sofistas do século V, como veremos adiante.

Descendente de família nobre, Platão recebeu educação esmerada, onde pôde conviver boa parte de sua vida com os ensinamentos de seu mestre. Mais tarde, já aos quarenta anos, após viajar para o Egito e sul da Itália, convivendo com os pitagóricos e Dionísio, retornou a Atenas e ali fundou a sua Academia (nos "jardins de Academo"[30], com os dizeres: "Que ninguém entre aqui se não for geômetra."), na qual se cultivavam as ciências e a Filosofia, permanecendo naquele centro de estudos até o fim de sua existência. "Platão tem a inteligência fina, servido por uma imaginação brilhante e inspirado por um profundo sentimento; temperamento poético e místico, deixa

gostosamente o mundo das contingências para atingir a esfera serena do ideal e entregar-se a especulações elevadas e sutis. Seus "Diálogos" são obras clássicas."[31]

Toda a filosofia de Platão tem uma orientação ética: ela ensina o homem a desprezar os prazeres, as riquezas e as honras, as renúncias aos bens do corpo, desse mundo e praticar a virtude. Este ensinamento moral de Platão não poderia deixar de causar uma profunda impressão entre seus contemporâneos, uma vez que subvertia radicalmente os valores tradicionais. Enquanto no pensamento socrático a ética possui conotação utilitária, pois identificara o bem como o útil e o agradável para o homem, em Platão essa noção se apresenta desprovida de condicionamento, pois o bem teria valor em si mesmo.[32]

O longo diálogo da República será inspirado pelo tema fundamental da justiça, além de ser um diálogo de natureza política. A função educativa que implica seleção e formação com um profundo sentido ético-político tem na cidade platônica uma importância de primeira ordem, pois dela depende que se alcance o ideal da comunidade social. Por este motivo, "A República" deveria denominar-se "O Estado"[33], ou ainda "Politéia", designando "regime ou governo da polis".[34]

No Livro I da República, Sócrates e Glauco vão ao Pireu com o objetivo de fazer orações à deusa e no caminho de volta acabam por ser convidados por Polemarco a ficar na cidade. É na casa do anfitrião que empreendem uma discussão e a crítica dos conceitos vigentes de justiça. Apesar das argumentações de Trasímaco e Glauco, que acreditam, respectivamente, ser a justiça o que convém ao mais forte ou pura convenção dos homens, Sócrates consegue rebater todas estas teorias com o seu jeito humilde de ser. Chegam a conclusão de que "o homem justo é o absolutamente bom e fazer mal aos outros não é função do mesmo. É por isso que os bons ocupam as magistraturas, quando governam, pois vão para o poder como quem vai para uma necessidade. Logo, o justo assemelha-se ao homem sábio e bom, e o injusto, ao mau e ignorante". [35]

No livro II da República Platão confessa que a maioria das pessoas pratica a justiça por causa das aparências, em vista do salário e da reputação que vão adquirir. Foi a partir do momento que as pessoas começaram a cometer injustiças umas para com as outras que se originou o estabelecimento de leis e convenções entre elas. O fato das pessoas se unirem numa cidade formando uma sociedade é devido ao fato delas não serem auto-suficientes. Assim, como um homem necessita do outro, serão tais necessidades que fundarão a Cidade-Estado.

Deste modo, a justificativa para a existência do Estado era o fato deste ser um processo de adaptação criado pelo homem para suprir as suas deficiências, provendo então as mais variadas necessidades. A essência do Estado seria então, não uma sociedade de indivíduos semelhantes e iguais, mas dessemelhantes e desiguais. Sobretudo, a harmonia que deveria imperar na sociedade só seria possível num Estado organizado racionalmente, já que tanto a propriedade como a família eram vistos como fatores de instabilidade social, pois provocam divisões entre os homens e o confronto de interesse geral com o particular.

As entidades sociais intermediárias, que existiam entre o Estado e o indivíduo poderiam ser suprimidas na visão do filósofo. Deste modo, adotava uma família única, capaz de assegurar a completa e perfeita unidade orgânica e harmônica do Estado. Mas tais teses

só valeriam apenas para as duas classes superiores (magistrados e guerreiros) já que eram os que participavam da vida pública. Os guardiões ou filósofos não terão bens próprios, nem casa própria e nem família própria. Tudo isto faz parte do plano platônico de criar a cidade ideal.

Platão acreditava que se os governadores tivessem casas ou terras ou dinheiro próprios, tornar-se-iam zeladores desses bens, em vez de dirigentes da nação; inimigos e tiranos, em lugar de aliados dos outros cidadãos. Todos os filhos da casta governante seriam, ao nascerem, tomados de suas mães e criados juntos, de modo que se perdesse o conhecimento dos parentescos particulares. Porém, defendia dar às meninas as mesmas oportunidades intelectuais que aos meninos, as mesmas probabilidades de elevar-se aos mais altos cargos públicos. "Se a mulher mostrar capacidade para ocupar cargo público, que o ocupe; e se algum homem unicamente se mostrar apto para lavar pratos, que exerça igualmente a função a que a Providencia o destinou."[36]

Isto fica claro no livro III da República, onde percebemos que os guardiões, isentos de todos os outros ofícios, de nada mais se devem ocupar que não esteja relacionado com o Estado, não fazendo e nem imitando nenhuma outra coisa. Também nos é claro que o bom juiz não deve ser novo, mas sim idoso, tendo aprendido tarde o que é a injustiça, e pelo próprio saber possa compreender o mal que ela faz.

De conformidade com os ensinamentos de Sócrates, Platão considera que não é vergonhoso receber a injustiça ou o mal, mas sim comete-los, porque a alma viciada é o pior de todos os males. "Eu afirmo, Cálicles, que a maior das humilhações não é levar sopapos injustamente, nem sofrer mutilações no corpo ou na bolsa; desonra maior e mal pior é bater-me, mutilar-me injustamente o corpo ou os bens; roubar-me, escravizar-me, assaltar-me a casa, em suma, cometer qualquer iniquidade em minha pessoa ou meus bens é pior e mais desonroso para o autor do que para mim, a vítima."[37]

É mais vergonhoso para qualquer um cometer injustiça do que recebe-la. Isso fica claro no Górgias, 469-b: " – assim, pois, tu preferes sofrer uma injustiça a praticá-la? – Para dizer a verdade, eu não quereria nem uma nem outra coisa; mas se fosse imperioso ou praticar ou sofrer uma injustiça, e preferiria sofrê-la a praticá-la."

Para Platão, quem logra os maiores êxitos ao preço da maldade encontra-se no mais fundo abismo da miséria moral, enquanto quem é vítima das mais tremendas adversidades, como conseqüência de sua honestidade e bondade, tem seu verdadeiro prêmio na aprovação de sua consciência. "A alma justa e o homem justo vivem bem, e mal o injusto e quem vive bem é feliz e bem-aventurado; e que não, ao contrário. Portanto, o justo é feliz, o injusto, miserável."[38]

Assim como diz o Teeteto, 176 D –"o castigo da injustiça...não é o que imaginam os homens, ..., aos que às vezes conseguem escapar mesmo cometendo injustiças; antes é castigo ao qual não é possível subtrair-se."[39] Evitar o castigo exterior é fácil, ocultando aos demais suas próprias maldades; mas não o interior, que se realiza na alma e na própria consciência, às quais nunca pode alguém ocultar-se e dessa forma Platão formula o problema moral como problema da felicidade.

Esta teoria platônica segundo a qual a virtude se identifica com o conhecimento, e o Bem, com a Verdade, exercerá grande influência na filosofia grega posterior,

especialmente em Aristóteles, nos estóicos e nos neoplatônicos, e encontrará consensos também entre os autores cristãos, principalmente entre os gnósticos.

O problema da justiça, para Platão, devia ser encarado no Estado, pois, como o próprio filósofo afirma, ali ele pode ser lido mais claramente, já que está escrito em caracteres grandes, ao passo que, em cada homem, está escrito com letras pequenas. O Estado é um organismo completo, em que se encontra reproduzida a mais perfeita unidade. É a virtude quem harmoniza tanto a vida no Estado como a do individuo e a virtude por excelência é a justiça, pois ela exige que cada qual faça o que lhe cumpre fazer com vista ao fim comum.

A cidade justa seria aquela em que todos os seus cidadãos desempenham a função que melhor condiz com sua natureza e talento.[40] Cada um tinha que exercer suas atividades conforma sua aptidões naturais. Aqui entra a concepção de politikon dikaion, ou seja, justiça política envolvendo o direito, onde cada cidadão agiria conforme a sua função mais pertinente. Sendo assim, os filósofos eram os mais capacitados para exercer a função política, governando a cidade, pois eram considerados como quem possui a experiência do pensamento, do prazer e do dinheiro. Só eles conhecem o prazer que resulta da contemplação do ser, ao passo que o dominador só tem a experiência da dominação e o argentário a do dinheiro.

Costumava dizer que seria coisa simples a justiça, se os homens fossem simples; e neste caso bastaria a pratica de um comunismo anarquista. O maior desafio para a Filosofia Política seria impedir que a incompetência e a improbidade se instalassem nos cargos públicos e de selecionar e preparar os melhores para governar em benefício da comunidade.

Deste modo, o filósofo definiu o Direito ao definir a Justiça como aquilo que possibilita que um grupo qualquer de homens, mesmo que bandidos ou ladrões, conviva e aja com vistas a um fim comum. Ao que parece, essa seria uma função puramente formal do Direito, graças a qual ele é simplesmente a técnica da coexistência. Nessa linha, justiça seria maior que o Direito e o que vai determinar os mesmos são as suas finalidades. Direito para Platão é o que irá levar todos a um bem comum. Porém, àqueles que ignoram a sabedoria e a virtude, entregues sempre aos prazeres do corpo, jamais erguem os olhos para cima, jamais se nutrem do ser verdadeiro e fruem o prazer sólido e puro.

Em relação ao Direito Natural, Platão argumenta que, através dele podemos contrapor às leis injustas, não usando o ordenamento jurídico (feito por convenção). O Direito Natural constitui então um tribunal de apelações contra as contravenções. Estaremos definindo o Direito ao definir a Justiça, possibilitando quem um grupo qualquer de homens conviva com um fim comum, porém, o que essencialmente vai determinar o Direito e a Justiça é a sua finalidade. Essa visão do Direito que Platão tem é uma visão técnica, sendo que é ele quem leva todos a um bem comum. Portanto, se algo existe e funciona, é porque possui um ordenamento que deve ser respeitado.

Platão pregava que àqueles que agissem de acordo com a verdade, iriam para os campos elísios, não tendo mais suas almas reencarnadas, pois agora esta recebia um prêmio. Quando o indivíduo agia em plena injustiça, ao ponto de ter-se tornado incurável, receberia um castigo eterno. Se tivesse vivido ora com justiças, ora com injustiças, este

se arrependeria de suas injustiças, sendo castigado temporariamente e depois receberia a recompensa que merecesse.

Os piores males que existem são aqueles que atingem a alma e a injustiça é um exemplo do mesmo. Ao fazer o mal a alguém, Platão acreditava que a pessoa estava fazendo mal a si mesma, de modo que o injusto nunca venceria. É mais feliz o justo no meio dos sofrimentos do que o injusto num mar de delícias. Para se obter a felicidade é necessário renunciar aos prazeres e se dedicar a virtude.

Como justiça para Platão é aquilo que cada qual esteja em seu lugar certo, deste modo, é justo que a classe básica esteja na classe básica. Somente a educação ajudava a nivelar as pessoas. A beleza, a riqueza e juventude desfrutada com os amigos eram condenados como ilusórios e irreais, do ponto de vista da concepção ética. Porém, Platão não chega a uma sistematização das virtudes e dos vícios que serão feitos após por Aristóteles. Mesmo assim, aquele consegue encontrar virtudes intelectuais e morais como a prudência, conhecimento, justiça e temperança, respectivamente.

Devido às preocupações de Platão serem de ordem ética e política, não devemos inscrever o filósofo como um dos precursores do comunismo, já que suas considerações não se estendiam ao setor econômico. Como educador, ele queria explorar a melhor forma de organização social e política, exercitando plenamente as potencialidades de cada indivíduo de sua época.

É preciso ficar claro que a teoria da justiça de Platão é exclusivamente moral, de modo que ela abrange toda a vida moral e social do indivíduo, não havendo, ainda, uma separação nítida do que seja o direito e a moral. Mas, em momento algum, ele confunde a justiça com a lei, ou, o direito com a lei. À justiça cabe atribuir a cada um sua função na cidade; à lei cabe estabelecer as regras de convivência social, aí incluindo os aspectos jurídicos e morais. A justiça política de Platão é, mesmo numa cidade ideal, algo de concreto, e, não, como no sentido moderno, algo que se busca sem nunca se encontrar. Tosa essa visão de justiça, a sua distinção da lei, o valor relativo da lei servem de desenvolvimento para a teoria da Justiça que mais tarde seguiria Aristóteles. [41]

A Cidade- Estado grega que Platão tem em mente consciente ou inconscientemente adquiriu a sua forma típica por volta do século VII-VI aC., com a grande conquista da isonomia ou igualdade perante a lei. E ainda em relação a justiça, percebe-se que ela não consiste em devolver o que se recebeu, nem em dar a cada qual o que lhe deve, ou em fazer bem aos amigos e mal aos inimigos; nem pensar que ela é útil aos mais poderosos. A justiça também não consiste em uma convenção estabelecida, como lei pelos homens, diante da lei natural, para os mais débeis defender-se contra os mais fortes. A justiça na cidade e no indivíduo são a mesma coisa. No indivíduo, consiste em ser uma virtude da alma, consistindo em reinar a ordem e harmonia entre os diversos elementos que o constituem (racional, irascível e concupiscente). Na cidade, consiste em estabelecer a ordem do conjunto e a harmonia entre as distintas partes constitutivas da sociedade.

Ademais, em relação à política, o filósofo procura incansavelmente saber qual a melhor forma de governo da polis e como devia ser estruturada socialmente para que fosse a mais justa. Deste modo, criticava tanto a monarquia como a democracia, em que uma

parte dos cidadãos manda enquanto a outra obedece, propondo uma espécie de síntese de ambas, cujo modelo era, sobretudo, o regime de Esparta, onde ao lado dos reis, havia o Senado e os Eforos. Podemos dizer que foi a política que o levou à Filosofia.

Pregava que a democracia arruína-se pela hipertrofia de si própria. Acreditava que o povo não estava convenientemente preparado pela educação para escolher os melhores a chegar no governo e os mais sábios métodos de governar. Quanto mais meditava a respeito, mais se admirava da loucura de confiar-se ao capricho e à credulidade das multidões a escolha dos dirigentes nacionais. [42] A significação da aristocracia seria ser governada pelos melhores, por isso, nenhum homem poderia exercer cargos sem previa educação especializada e nem ocupar os mais elevados degraus sem antes ter exercido bem os inferiores cargos.

Qualquer homem poderia tornar-se apto para a tarefa administrativa, mas, desde que, antes, desse prova de sua tempera. Assim, acreditava que tanto o filho de um governante como o filho de um engraxate teriam as mesmas condições e que esta democracia era muita mais honesta que a democracia dos pleitos eleitorais.

Em relação à lei escrita, Platão não atribui senão um mínimo valor a mesma, pois a considerava desnecessária, já que o guardião com sua educação perfeita e pelo fato de ser filósofo, saberia o que convém a cidade e quais os melhores meios de preserva-la justa, para a felicidade do cidadão grego. Mas o filósofo amadurece e percebe que a sua teoria sobre a necessidade e valor das leis escritas deveria sofrer uma substancial alteração.

Ele admite que, longe da cidade ideal, tendo em si o mundo real e imperfeito, as leis são necessárias e que sem elas a cidade não pode ser justa, nem o cidadão ser feliz. Porém, agora está diante em um justo relativo e imperfeito assim como a própria cidade.

Platão confessa que as leis são necessárias, pois nenhum homem individual tem a capacidade pela sua própria razão de estabelecer o que é bom e justo para a cidade, além de ser, naquela época, inexeqüível um Estado sem leis, pois os números de magistrados também eram insuficientes.

Platão, ante o fato inevitável da degeneração progressiva, propõe como remédio a substituição do poder pessoal do monarca pelo poder da lei. “Já que é difícil encontrar o rei ideal, o poder do monarca deve substituir-se pela ditadura da lei.” [43] Nas Leis, livro IX, 874 a dizia: “Sem leis, os homens se conduzirão necessariamente como as feras mais perigosas.”

É preciso que as leis sejam elaboradas pela concorrência de outros homens. Sem elas, nenhum cidadão poderia ser educado (Platão reserva para o Estado uma função educadora) nas virtudes essenciais à vida coletiva, em sociedade. Agora, o filósofo, apesar de suas aptidões, não pode governar mais sem as leis.

Neste contexto, a lei não se resume simplesmente numa decisão política, mas sim num fruto da razão. É necessário que o legislador esclareça o “porquê” delas, justificando para que todos as cumpram de bom grado, isto é, os textos deveriam ser acompanhados de exposição relativa à finalidade do ato normativo.[44] O filósofo pensa numa lei constitucional, onde é o governo que tem que se adaptar à ela e não o contrário, ou seja,

a lei era soberana. Por abarcar todos os aspectos da vida humana em sociedade, a ela não se distinguia entre lei moral e lei jurídica, sendo que extrapolava a conotação de lei jurídica que temos atualmente.

Platão procura para a lei um fundamento sólido, estável e universal, independente da diversidade e variedade das normas e costumes de cada cidade. Ele conserva (dos antigos) a noção genérica da lei como procedente dos costumes. A lei guia e corrobora os costumes.[45]

Todo esse amadurecimento do filósofo é exposto no livro "As Leis", composto mais tarde, quando ele já ultrapassava dos setenta anos. No lugar de três classes sociais, Platão reconhece quatro e, cujo o critério se basearia na renda individual. Ele passa a aceitar o casamento monogâmico em todas as classes e também o direito de propriedade sobre a terra, embora com restrições, mas não agora sacrificadas a uma espécie de estadualismo como na "República".

A inspiração das Leis é no fundo idêntica à da República, mas Platão atenua o seu idealismo e atém-se mais à realidade. Ao poder pessoal do monarca ideal, substitui à ditadura da lei. Propõe uma forma mista de governo. Explica a origem da cidade com base no desenvolvimento das famílias, que se agrupam até constituir a comunidade política e descreve uma cidade de caráter essencialmente agrário. As terras são propriedade do Estado, mas a sua exploração é feita por particulares. Platão acentua nas Leis o sentimento religioso: afirmando que o ateísmo é o mais grave dos delitos e os homens são propriedades dos deuses.

Às leis penais atribui fim essencialmente terapêutico. Platão considera os delinqüentes como enfermos (já que segundo o ensinamento socrático, ninguém é voluntariamente injusto) e a lei é o melhor meio para cura-los, sendo a pena o remédio. Assim, pelo delito, nem só o delinqüente revela estar enfermo, como também o Estado se ressente da sua enfermidade. Convém notarmos a diferença dessa concepção com a da moderna Escola de Antropologia Criminal, onde esta considera a delinqüência como um produto da degerenescência física, ao passo que, para Platão, o delinqüente é intelectualmente deficiente (sua ignorância é aberração, ignorância da verdade). [46]

Analisando os diálogos de juventude com os da velhice de Platão, percebemos um filósofo que sempre moveu-se em sintonia entre o pensamento teológico e político, ou seja, os diálogos sempre envolveram um Deus e as realidades específicas da vida política, mostrando uma riqueza de experiência e uma extraordinária imaginação política.

6 A contribuição de Aristóteles

Aristóteles (384-322 a.C.) cresceu e nasceu na periferia do mundo grego. Saiu de casa aos dezessete anos para estudar no centro da cultura grega – a Academia em Atenas, onde se tornou um discípulo predileto do idoso Platão. Com a morte do mestre vinte anos mais tarde, Aristóteles sofre com a amarga perda do mesmo. Posteriormente, funda a sua própria escola no Liceu, onde gostava de ensinar de maneira informal em passeios através dos jardins caminhando e por isso sua escola seria chamada de peripatética.

“O mundo de Aristóteles se desintegrou quando ele chegou aos sessenta e um anos. Entraram em declínio as forças políticas que o haviam protegido. Ele passou a ser visto com suspeita, e foi acusado (tal como Sócrates antes dele) de impiedade. Diferentemente de Sócrates, ele não foi filósofo o bastante para esperar a cicuta; fugiu para a casa de sua mãe em Cálcida. Apesar de ter despistado os inimigos, não escapou da morte – morreu de doença um ano depois...Uma cláusula de seu testamento emancipou alguns de seus escravos.”[47]

A civilização de Aristóteles era simples em termos de organização social, apresentando poucos problemas parecidos com aqueles que infestam o Direito e as ciências sociais de hoje. As cidades-estados gregas eram pequenas e rurais, talvez fáceis de ordenar. Porém, problemas éticos e legais radicais despertavam interesse até mesmo no mundo do filósofo.

A respeito do caráter de Aristóteles, inteiramente recolhido na elaboração crítica de seu sistema filosófico, sem se deixar distrair por motivos práticos ou sentimentais, temos naturalmente muito menos a revelar do que em torno do caráter de Platão, que ao contrário, os motivos políticos, éticos, estéticos e místicos tiveram grande influência. Do diferente caráter dos dois filósofos, dependem também as vicissitudes das duas vidas, mais uniforme e linear a de Aristóteles. Ele foi essencialmente um homem de cultura, de estudos, de pesquisas, de pensamento, enfim, de investigação científica.

A sua filosofia representa um grande esforço para solucionar o problema do ser e da ciência, coisa que em Platão ainda não havia sido resolvido. De todos os filósofos antigos, ele foi quem mais desenvolveu os temas ligados à filosofia jurídica e talvez por isso seja ele considerado o pai da Filosofia do Direito. Até a sua chegada, pode-se dizer que a mesma estava em um estado de formação embrionária, ou de vir-a-ser.

Mostrava uma grande inclinação para a atividade judiciária de Atenas, além de exímio freqüentador dos tribunais. Com ele, encerra-se o chamado período ático da Filosofia grega, iniciado com Sócrates e continuado por Platão. Os séculos V e IVa.C. foram considerados como a idade de ouro da cultura humana.

Afirmava a existência de um direito por natureza (*dikaion phisikon*) e um direito por definição legal (*dikaion nomikon*). Mas o direito natural de Aristóteles não pode ser confundido com o sentido moderno do mesmo que foi originado com os padres da igreja e filósofos do século XVII. Para ele, direito natural é aquele que independentemente do que pareça ou esteja, tem sempre a mesma força.

Aristóteles possui um visão refinada de Direito. Apoiada na teoria de Platão, constrói argumentos para apoiar a teoria de Hípias defendendo o Direito Natural. Para ele, política era a busca da felicidade e o Direito a busca do bem comum. A finalidade do ser humano então seria a busca do bem comum e que só seria possível através da razão humana. A finalidade do Direito seria a felicidade e não a justiça. Ele afirmava que o Direito Natural nos era a garantia de que com ele seremos felizes e é por esta razão que defendia que o Direito Positivo se ligasse àquele. De qualquer modo, considerava o Direito como uma virtude dirigida ao outro.

Defendia o filósofo que, certamente há uma lei verdadeira, conforme à natureza, difundida entre todos, constante, eterna e que comanda e incita ao dever, proibindo e afastando a fraude. Nessa lei não é lícito fazer alterações, nem é lícito retirar dela qualquer coisa, pois será lei única, imutável, governada por todos os povos em todos os tempos. Quem não a obedecer, estará fugindo de si mesmo e, sofrerá as mais graves penas. Felizmente, Aristóteles acredita que o natural do ser humano é agir corretamente, pois a razão nos faz agir de maneira correta. Diferenciava-se de seu mestre no sentido deste não emprestar muita importância às leis, contrariando Aristóteles que acreditava ser a lei a "salvação da cidade". [48]

Acreditava que a vida social tinha um fundamento natural, anterior aos costumes e às leis positivas. "A lei não tem nenhuma força para ser obedecida, a não ser pelo costume, e este não se forma com o transcurso de longo tempo, pelo qual a facilidade para mudar as leis existentes por outras novas é debilitar-se o poder da lei."[49] Neste sentido, as leis referiam-se a todas as coisas da vida social, e por isso, conseguem estabelecer o que convém a todos.

Justo seria o que estivesse de acordo com a lei e injusto o que lhe é contrário. A justiça é tão enfatizada pelo pensador, que passa a ser considerada como uma virtude perfeita. "Justiça é a disposição em virtude da qual os homens praticam o que é justo, agem justamente e querem o justo."[50] "Chamamos justo ao que é de índole para produzir e preservar a felicidade e seus elementos para a comunidade política."[51]

Sem dúvida, Aristóteles afirma ser a justiça a virtude por excelência, e que de certo modo compreende todas as outras, na medida em que introduz a harmonia no conjunto, atribuindo a cada parte a função que lhe corresponde. Todas as virtudes estariam de certa forma subordinadas à justiça. "Uma só justiça contém todas as virtudes." (E.N. VI 12, 1144 B 35). Além disso, trata da mesma como uma virtude moral, de modo que esta resulta na obediências das leis, ajustando então a conduta dos cidadãos.

Neste sentido, o filósofo entende que tanto a virtude como o vício dependem não somente do conhecimento, mas também, da vontade. Então não bastaria conhecer o bem para praticá-lo , como também não bastaria conhecer o mal para deixá-lo de cometer. Na Ética a Nicômaco, II, 1 nos deixa claro que não basta conhecermos o que consiste a virtude, senão que é necessário esforçar-se em praticá-la: "o arquiteto forma-se construindo casas, o músico compondo música, o justo praticando a justiça, o sábio cultivando a sabedoria, o valente exercitando o valor."

Os filósofos que antecederam Aristóteles não chegaram a abordar o tema da justiça com uma perspectiva jurídica, já o próprio, considerou a justiça sob o prisma da lei e do Direito. Na Política, livro III, 15, 1286 a 15, declara: "é melhor ser governado por lei que por excelentes governantes, pois as leis não estão sujeitas às paixões, ao passo que os homens, por muito excelentes que sejam, podem incorrer nelas."

Para o pensador, as leis nada mais faziam que ordenar ações justas e boas, prescrevendo atos de valor, de prudência e temperança dentre outros, por fim ainda proíbem os vícios contrários. Aquele que vivesse exatamente de acordo com as leis, estariam praticando todas as virtudes. Deste modo, a justiça legal tem caráter de virtude integral,já que o bom cidadão, observador das leis, seria também um homem justo e virtuoso.

“O homem mais perfeito não é o que emprega a sua virtude em si mesmo, mas o que a usa para os outros, coisa sempre difícil. E assim pode considerar-se a justiça, não como uma simples parte da virtude, mas sim como toda a virtude, e o seu contrário, a injustiça, que não é parte do vício, mas sim o vício inteiro.” (E.N. V, 3)

. Como complemento da justiça e por preocupar-se com a dificuldade da aplicação da lei abstrata aos casos concretos, Aristóteles assinala a importância do uso da equidade, que constitui um hábito permanente para interpretar e aplicar a lei, determinado o que é justo em cada caso particular, além de ser utilizada como critério de preenchimento de lacunas. Essa preocupação decorria do fato das leis terem um caráter universal, não podendo estas determinarem em concreto todos os casos. A equidade evitava que a lei fosse usada como norma rígida e inumana.

O Estado surge pelo fato de ser o homem um animal naturalmente social e, por sua vez, político. Tanto que é para Aristóteles uma necessidade e não uma simples associação momentânea para atingir fim particular, mas sim uma perfeita união orgânica, sendo a comunhão necessária ao serviço da perfeição da vida. O modo que o Estado tinha para regular a vida dos cidadãos esta através das leis, de modo que estas dominavam inteiramente a vida.

Do ponto de vista social, o homem foi chamado de animal político e somente poderia este atingir tal finalidade na cidade. Considerava que um homem fora da sociedade, ou era um bruto ou um deus. Costumava afirmar que:” se a raça helena pudesse fundir-se em um só Estado, dominaria o mundo.”[52] Entretanto, afirmava ser a escravatura por excelência o que esperava um escravo por natureza, de tal forma que uns nascem para mandar e outros para obedecer. Esta incapacidade de certos homens é justificada pela própria natureza destes, que nascem para submeter-se ao governo do seu senhor no interesse de si próprios. Este não confundia-se com o cidadão *politikon zoon.*

Diferentemente de seu mestre, concebe o Estado com o mais alto grau de convivência humana, mantendo as relação intermediárias entre o Estado e o indivíduo. Sendo assim, o primeiro agregado (a família) transitava-se para o segundo (a tribo), onde a reunião deste dava lugar ao último grau já mencionado. Não obstante à sua concepção ética de Estado, salva o direito privado, a propriedade particular e a família e por isso podemos concluir aqui uma concepção histórica superior à de Platão.

Reforçando este idéia, Aristóteles acreditava que erram os que pensam que há uma diferença quantitativa na forma de governo entre as comunidades, pois assim não haveria maior diferença entre um governante de uma casa com outro de uma cidade. Na verdade, as formas de autoridade se diferenciam de forma qualitativa. Cada sociedade visa a um próprio bem e o exercício de poder em cada uma delas não estará sujeito a mesma aptidão.

Enquanto este escorçou o perfil ideal do Estado, Aristóteles dedicou-se à observação das constituições, sendo ele o primeiro a fazer a distinção entre os vários poderes do Estado (o legislativo, o executivo, e o judiciário). O seu exame recaiu sobre os governos mais adequados às várias situações de fato. Não é à toa que ele foi o único que conseguiu reunir 158 Constituições, das quais resta-nos somente a de Atenas.

Quanto à forma exterior do Estado, o filósofo distinguiu as três principais formas de governo: a monarquia; aristocracia e a democracia, cujas degenerações seriam respectivamente, a tirania, a oligarquia e a demagogia. As preferências do mesmo vão para uma forma de república democrático-intelectual, forma tradicional e particular de Atenas. No entanto, assume Aristóteles que a melhor forma de governo não pode basear-se de forma abstrata, mas sim concreta, sendo acomodada às situações históricas e as circunstâncias de um determinado povo. O mais importante seria que o fim da atividade estatal recaísse sobre o bem comum e não à vantagem de quem governa unicamente. [53] Neste sentido, Aristóteles combate o idealismo de Platão sobre o governo.

Um ponto importante a destacar foi a questão política. Antes mesmo do nascimento desta, os homens já viviam em sociedade. Sobretudo, enquanto estes homens não chegassem a pensar em política como algo que dependesse deles, eles não conseguiriam fazer a mesma. Foi a partir do momento que começaram a pensar em política e a toma-la como objeto, foi que ela sucedeu-se.

A política aristotélica é essencialmente unida à moral, porque o fim último do Estado é a virtude, isto é, a formação moral dos cidadãos e o conjunto dos meios necessários para isso. Porém, a política se diferencia da moral no sentido da segunda ter como objetivo o indivíduo, aquela a coletividade, caracterizando deste modo uma doutrina moral social.

Um grande desafio para Aristóteles seria evitar que as exigências da política se opusessem as da filosofia, já que num determinado período da idade clássica, o pensar demais do filósofo tornou-se uma forte ameaça ao desequilíbrio do cidadão. O provável divórcio entre a filosofia e a cidade atingiria o seu apogeu com a condenação de Sócrates à morte, o que não impediu que Platão se proclamasse o único homem político de seu tempo.

Platão não se interessou em criar a filosofia política, talvez porque considerasse a política como prática do dia a dia e não tomasse isso como conta do filósofo. Tal lacuna levou aos sofistas ao título de verdadeiros pensadores políticos do século V e quanto ao filósofo, cada vez mais se tornava impossível a consignação de uma filosofia política no grande século da cidade.

Ainda em divergência com seu mestre, Aristóteles procurava ligar-se mais aos fatos empíricos, na contemplação dos fenômenos sociais. Muitos dos filósofos que antecederam Aristóteles não abordaram o termo da justiça dentro de uma perspectiva jurídica, mas sim relacionada as relações interindividuais ou coletivas, de modo que não é absurdo considerarmos que Aristóteles legou-nos seu pensamento de forma original.

7 Conclusão

É mister concluir que cada um dos entes tratados nesta Obra reforçam a idéia de que todo indivíduo é resultado integrante do momento econômico, social, cultural e político em que vive. Porém, as idéias dos grandes filósofos clássicos, apesar de confidenciarem um momento histórico único vivido pelos gregos, não esbarram nas limitações do tempo e na evolução científica do mundo contemporâneo.

Neste sentido, se hoje nos perguntarmos qual a importância efetiva de se estudar os gregos, a resposta virá de forma precisa e clara, pois todo o nosso vocabulário e toda a nossa cultura sofrem forte influência dos mesmos. É difícil acreditar que tal idéia tenha surgido de um modo de pensar do século VI antes de Cristo através do surgimento da polis. Mais interessante ainda é que podemos incluir nesta visão a idéia de justiça, lei e Direito.

Apesar de toda contrariedade que os Sofistas adquiriram através do seu modo único de agir, foram primordiais para a inércia do grande advento da Filosofia que iria se desenvolver após sua chegada. Sócrates, através do seu ensinamento indutivo, preocupado com a busca da verdade e pelo conhecimento do ser; Platão, através de seu regime ideal, preocupado com a melhor forma de Estado e utilização da moral e Aristóteles, considerado o grande pai da Filosofia, preocupado em desenvolver uma ciência até então tida como embrionária; são estes filósofos que surgiram da necessidade dos aspectos culturais de sua época, o qual são tratados como ponto de partida para qualquer jurisfilósofo contemporâneo consciente com sede de conhecimento e aptidão.

Sem dúvida, não há como negar a importância que tem o Direito, objeto de estudo nos tempos mais remotos e que se torna necessário hoje, pois sempre onde estiver um homem, ali o mesmo será necessário. A junção entre Direito e Filosofia nada mais é que uma reflexão em torno dos problemas ou pensamentos do conhecimento. Assim como a essencialidade do Direito, a Filosofia é quem ajuda o homem a se encontrar em sua condição, analisando o mundo a sua volta e se tornando enfim um animal político, social e racional essencialmente.

Daí a importância de se compreender a mensagem trazida por cada filósofo. São eles que influenciam os novos rumos da jurisprudência moderna, pelo simples motivo de terem analisado as questões de suas épocas e trazido soluções ou pelo menos fomentarem sobre os elementos invariáveis que pressupõem a base da Filosofia do Direito. A prova dessa competência é o fato de terem se passado mais de dois mil anos, e alguns pensadores serem trazidos à tona como se muito próximo estivessem de todos nós.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires Martins. Filosofando: Introdução à Filosofia. 2. ed. ver. atual. São Paulo: Moderna, 1993

ARISTÓTELES, Ética a Nicômaco. Rio de Janeiro: Coleção Universidade, 2000.

ARISTÓTELES, Metafísica. Tradução de Laconel Vallandro. Porto Alegre: Globo, Biblioteca Séculos, 1969.

ARISTÓTELES. Política. VII 7, 1327 b Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: EDIPRO, Série Clássicos, 1995

BORGES. Arnaldo. Origens da Filosofia do Direito. Sergio Antonio Fabris Editor;

CARTAGNOLA, Luis. Humberto Padovani. História da Filosofia, 2ª ed. São Paulo:Edições Melhoramentos, 1956, p. 82-83.

CHAUÍ, Marilena. Convite à Filosofia: Editora Ática, 12ª edição, 2007 p. 34-39

CORBISIER. Roland. Introdução à Filosofia. 2º ed. Editora Civilização Brasileira, RJ, 1967, p. 104-105.

DURANT, Will. História da Filosofia, volume I. Compainha Editora Nacional, SP, 1938;

GIOVANNI, Reale. História da Filosofia Grega antiga: tradução Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1993;

MALKER, Luís de Raly. Introdução à Filosofia. Editora Herder, 2ª ed. SP, 1969. p. 77.

MOLDONFO. Rodolfo. O homem na cultura antiga. Editora Mestre Jou, SP, p. 364.

MORENTE. Manuel Garcia. Lições Preliminares de Filosofia. Editora Mestre Iou, SP, p. 39.

MORRIS, Clarence. Os Grandes Filósofos do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002. – (Coleção Justiça e Direito), p. 05-06.

NADER, Paulo. Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense.2002 6ª ed. p. 108-109.

PLATÃO. Górgias ou Oratória. Tradução,apresentação e notas do professor Jamie Bruna. 3ªed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

PLATÃO. A República. Tradução de Albertino Pinheiro. 6ª Ed. São Paulo: Atena, Biblioteca Clássica, 1956.

PLATÃO. A Apologia de Sócrates. 8ª Ed. São Paulo: Atena, Biblioteca Clássica, 1960;

PLATÃO. Político.Tradução de Conceição Jardim e Eduardo Nogueira. Lisboa: Presença, Coleção Clássicos, volume 31, 1971.

REALE, Giovanni. História da Filosofia Antiga. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1993, p. 200-201.

TELES, Antônio Xavier Teles. Introdução ao Estudo de Filosofia: Editora Ática. 33ª ed., São Paulo, 1999. p. 22

WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofia del Derecho, 2ª ed. espanhola, Aguilar, Madrid, 1971, p. 6

WOLF, Francis. Sócrates. Editora Brasiliense. 1ª ed., São Paulo: Discurso Editorial, 1987.

---

[1] BORGES, Arnaldo. Origens da Filosofia do Direito: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 33.

[2] CHAUÍ, Marilena. Convite à Filosofia: Editora Ática, 12ª edição, 2007, p. 34-39

[3] NADER, Paulo. Filosofia do Direito: Editora Forense, 6ª ed.,, p. 100

[4] BORGES, Arnaldo. Origens da Filosofia do Direito: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 9-13.

[5] NADER, Paulo. Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense.2002 6ª ed. p. p. 100

[6] Introdução à História da Filosofia, 3ªed., Armênio Amado Editor, Sucessor, Coimbra, 1974, p. 50.

[7] TELES, Antônio Xavier Teles. Introdução ao Estudo de Filosofia: Editora Ática. 33ª ed., São Paulo, 1999. p. 22

[8] PLATÃO. A República. Tradução de Albertino Pinheiro. 6ª Ed. São Paulo: Atena, Biblioteca Clássica, 1956, Capítulo III, p. 394.

[9] BORGES, Arnaldo. Origens da Filosofia do Direito: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 21-25. Mas o abuso tanto da parte do rei como dos nobres ao criar tais leis, trouxe a necessidade de leis escritas. Dike (justiça) aspirava o sentido de igualdade de todos perante a lei e ajudou para que uma nova consciência social fosse formada. A busca de um direito igualitário era de grande desafio para os tempos antigos. Eles buscavam "uma medida justa" para a atribuição do direito. A própria factilidade entre aquilo que é meu e teu numa disputa, revelava, que a preocupação do justo já não mais envolvia um direito abstrato. O juiz era orientado para a busca da medida mais justa. A leis escrita, neste momento, se torna uma realidade na cidade. Porém, a lei (nomos) para os gregos, não era algo imposto pelo Estado, como estamos acostumados a pensar. A lei nada mais era que um conjunto da tradição oral e consuetudinária. A lei não era algo forçoso, mas era sim uma regra nascida naturalmente no seio da polis. Ela reinava na cidade, com um significado que já não podemos perceber, pois o seu significado é muito mais para o costume do que qualquer idéia que façamos da lei em nossos dias. Antes mesmo que surgissem os primeiros filósofos pelo século VI, um vocabulário filosófico-jurídico já existia e felizmente alcançaria o mundo moderno.

[10] BORGES, Arnaldo. Origens da Filosofia do Direito. Sergio Antonio Fabris Editor, p. 23

[11] NADER, Paulo. Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense.2002 6ª ed. p.. 104

[12] WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofia del Derecho, 2ª ed. espanhola, Aguilar, Madrid, 1971, p. 6

[13] VECCHIO, Giorgio Del. Lições de Filosofia do Direito. Coleção Studium, 5ª ed., 34-35

[14] BORGES, Arnaldo. Origens da Filosofia do Direito. Sergio Antonio Fabris Editor. p. 38-39

[15] GIOVANNI, Reale. História da Filosofia Grega antiga: tradução Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1993, p. 200

[16] ROBIN, Storia del pensiero greco, p. 179.

[17] REALE, Giovanni. História da Filosofia Antiga. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1993, p. 200-201.

[18] REALE, Giovanni. História da Filosofia Antiga. Tradução Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1993, p. 202.

[19] BORGES, Arnaldo. Origens da Filosofia do Direito: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 38-39.

[20] O Hípias maior (sobre o belo) e o Hípias menor (sobre a mentira, uma demonstração por absurdo da tese socrática de que ninguém peca voluntariamente).

[21] BORGES, Arnaldo. Origens da Filosofia do Direito: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 28.

[22] REALE, Giovanni. História da Filosofia. Tradução Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1993, p. 230.

[23] BORGES, Arnaldo. Origens da Filosofia do Direito: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 40-41.

[24] CORBISIER. Roland. Introdução à Filosofia. 2º ed. Editora Civilização Brasileira, RJ, 1967, p. 104-105.

[25] WOLF, Francis. Sócrates. Editora Brasiliense. 1ª ed., São Paulo: Discurso Editorial, 1987, p.07-93.

[26] NADER, Paulo. Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense.2002 6ª ed. p.105-106.

[27] NADER, Paulo. Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense.2002 6ª ed. p.105-106.

[28] MORENTE. Manuel Garcia. Lições Preliminares de Filosofia. Editora Mestre Iou, SP, p. 39.

[29] DURANT, Will. História da Filosofia, volume I. Compainha Editora Nacional, SP, 1938, p. 33.

[30] MALKER, Luís de Raly. Introdução à Filosofia. Editora Herder, 2ª ed. SP, 1969. p. 77.

[31] MALKER. Luis de Raly. Introdução à Filosofia.Editora Herder, 2ª ed. SP, 1969, p. 78.

[32] NADER, Paulo. Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense.2002 6ª ed. p. 107.

[33] VECCHIO, Giorgio Del. Lições de Filosofia do Direito. 5ª ed. Coleção Studium. p. 39

[34] BORGES, Arnaldo. Origens da Filosofia do Direito. Sergio Antonio Fabris Editor. p. 49.

[35] PLATÃO. A República. Editora Matin Claret. Coleção: A obra-prima da cada autor. Livro I("...e por isso Platão pregava pela extinção das duas instituições: a propriedade e a família". NADER, Paulo. Filosofia do Direito. Editora Forense. 6ª ed. p. 108.

[36] DURANT, Will. História da Filosofia, volume I. Compainha Editora Nacional, SP, 1939, p. 55-56.

[37] PLATÃO. Górgias ou Oratória. Tradução,apresentação e notas do professor Jamie Bruna. 3ªed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, 508 e.

[38] PLATÃO. A República. Tradução de Albertino Pinheiro. 6ª Ed. São Paulo: Atena, Biblioteca Clássica, 1956, Livro I 353 – e.

[39] MOLDONFO. Rodolfo. O homem na cultura antiga. Editora Mestre Jou, SP, p. 364.

[40] BORGES. Arnaldo. Origens da Filosofia do Direito. Sergio Antonio Fabris Editor. p. 51

[41] BORGES. Arnaldo. Origens da Filosofia do Direito. Sergio Antonio Fabris Editor. p. 53-54.

[42] DURANT, Will. História da Filosofia, Volume I. Compainha Editora Nacional, SP, 1938, p. 41.

[43] PLATÃO. Político.Tradução de Conceição Jardim e Eduardo Nogueira. Lisboa: Presença, Coleção Clássicos, 1971, volume 31, 302 a.

[44] NADER, Paulo. Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense.2002 6ª ed. p 108-109.

[45] PLATÃO. As Leis. 663 c.

[46] VECCHIO. Giorgio Del. Lições de Filosofia do Direito. Coleção Studium. 5ª ed. p. 42-43.

[47] MORRIS, Clarence. Os Grandes Filósofos do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002. – (Coleção Justiça e Direito), p. 05-06.

[48] BORGES, Arnaldo. Origens da Filosofia do Direito: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 59.

[49] ARISTÓTELES. Política. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: EDIPRO, Série Clássicos, 1995. II, 8, 1269 a 20.

[50] ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Rio de Janeiro: Edroiro, Coleção Universidade.2000, 1129 a

[51] ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Rio de Janeiro: Edroiro, Coleção Universidade, 2000,1129 b.

[52] ARISTÓTELES. Política. VII 7, 1327 b Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: EDIPRO, Série Clássicos, 1995, p. 29.

[53] CARTAGNOLA, Luis. Humberto Padovani. História da Filosofia, 2ª ed. São Paulo:Edições Melhoramentos, 1956, p. 82-83.

JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E TEORIA MORAL - UMA ABORDAGEM SOBRE AS VERTENTES UTILITARISTAS E DEONTOLOGICAS DE PETER SINGER E JOHN RALWS*

DISTRIBUTIVE JUSTICE AND MORAL THEORY – A DISCUSSION ABOUT UTILITARIANISM AND DEONTOLOGY MORALS OF PETER SINGER AND JOHN RAWLS

Leonardo Alejandro Gomide Alcântara

RESUMO

O presente estudo trava uma discussão sobre a justiça distributiva no âmbito da filosofia moral. Parte-se de uma breve explanação sobre a ética, percorrendo suas matrizes fundamentais de pensamento como a teleologia, a deontologia e o consequencialismo utilitarista, ressaltando seus aspectos fundamentais e as diferentes percepções de orientação da conduta humana. Em um segundo momento o texto se aprofunda no pensamento de dois autores: John Rawls, substancialmente deontológico, apresentando criticamente a sua proposta de um sistema social de igualdades básicas sustentado por instituições orientadas por princípios de justiça de caráter universal; e Peter Singer, utilitarista, onde se evidencia sua denuncia de que o sistema político-econômico hegêmonico privilegia os direitos de propriedade em detrimento do valor da própria vida humana, imputando o dever ético de agir tanto aos indivíduos quanto às instituições, para solucionar os problemas das assimetrias sócio-econômicas. As duas perspectivas são confrontadas e criticamente contextualizadas.

PALAVRAS-CHAVES: JUSTIÇA SOCIAL, TEORIA MORAL, UTILITARISMO E DEONTOLOGIA

ABSTRACT

The present study meets a discussion about the distributive justice in the sphere of moral philosophy. Begins with a short explanation about ethics, going around to it's fundamental matrix of thinking as the teleology, the deontology and the utilitarianism consequential, highlighting it's fundamental aspects and the different perceptions of human behavior orientation. In a second moment the test deeps in the thoughts of two authors: John Rawls, deontologist substantially, critically introducing his proposal of a social system of basic equalities supported by institutions oriented by justice principles of universal character; and Peter Singer, utilitarianism, where are evidenced his exposure that the hegemonic politics-economic system favors the rights of properties trade off the human life value, imputing the ethical duty of acting for the individual as far as institutions, to solve the problems of socio-economical asymmetries. Both perspectives are confronted and critically contextualized.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: SOCIAL JUSTICE, MORAL THEORY, UTILITARIANISM AND DEONTOLOGY

INTRODUÇÃO

Os males ocasionados pelas desigualdades sociais ou aqueles que poderiam ser, de alguma forma, amenizados a partir de uma justiça distributiva dos bens da sociedade, são uma realidade que ofuscam qualquer idéia de desenvolvimento ou progresso social que os desconsiderem. É uma realidade que grita para ser ouvida, mas que a sociedade de uma forma geral insiste em tapar os ouvidos e os olhos para continuar o seu caminhar com o mínimo de interferência possível no sistema posto.

Contudo essa realidade se impõe, se faz ouvir. Muitas vezes de forma violenta e inconsciente, mas que torna inegável e, habitualmente, intolerável a sua presença. Percorrendo a história humana, as desigualdades, a pobreza, a fome, as moléstias etc. estiveram presentes e provavelmente sempre estarão em maior ou menor grau. No entanto, mais do que para manter a integridade do sistema, ou a coerência dos valores sociais, em grande parte dos contextos, é importante combatê-las.

A sociedade global atual vive uma realidade *sui generis* no que se refere às desigualdades econômicas e os males que dela decorrem. Seja pelo simples número de habitantes humanos do planeta, seja pelas discrepâncias absurdas a que chegam essas desigualdades entre os países ou entre os indivíduos, essa realidade vem se mostrando um ponto importante de ser considerado. Tanto o é que muitos estudos vêm apontando nessa direção, ainda que de maneira insuficiente as mídias, as ações governamentais e não governamentais tem lhe dado relevância. O importante é que esse é um assunto tratado de muitas maneiras, algumas mais consistentes, outras visivelmente equivocadas e algumas até mesmo com certo cinismo, pois visam amenizar as situações no intuito de mantê-las sobre controle e não mudá-las efetivamente.

Dentre as muitas perspectivas a filosofia moral e as construções éticas sempre se fizeram presentes. Embora pouco considerada na prática da sociedade de consumo, as construções teóricas sobre justiça social apontam caminhos de grande pertinência para lidar com esses problemas. O presente estudo possui como objeto analisar a partir de breves considerações sobre as matrizes dos conceitos de justiça, dois autores, John Rawls e Peter Singer, que através de argumentos sólidos enfrentam as questões relativas à justiça distributiva e propõem caminhos embasados em duas distintas perspectivas éticas.

I. MATRIZES DO CONCEITO DE JUSTIÇA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Ao perscrutar as diferentes construções sobre o que é a ética, o pensamento é inundado por uma série de questões que se fazem pertinentes desde os tempos mais remotos da filosofia. Questões que remetem a entendimentos sobre o que é o bem, o justo, a sociedade, o indivíduo, a igualdade etc. ainda permanecem recorrentes, sendo constantemente recobradas, sem, no entanto, atingir respostas e definições que encerrem o debate. Para adentrar no assunto peço a escusa de não enfrentar as posições conceituais que distinguem ética e moral, adotando uma perspectiva de ética abstrata e racionalizada como ciência ou filosofia moral que estuda o comportamento e o ideal moral do homem enquanto ser social.

No presente estudo também não tenho a pretensão de dizer o que é a ética ou o que ela deixa de ser, nem tampouco encerrar questões sobre o que é o "bem", o "justo", a "igualdade", a "liberdade", a "sociedade", o "indivíduo" e as relações de prevalência, antecedência ou prioridade entre eles. Admito, obviamente, que são questões de suma importância para o estudo da moral e que qualquer estudo sobre o tema exige, ainda que de maneira difusa, que tais questões sejam abordadas. Não me furto de evocá-las nas palavras de pensadores que se debruçaram sobre elas e defenderam suas posições. Aliás, o presente tópico se limita a expor algumas perspectivas sobre as matrizes do conceito de justiça no âmbito da filosofia moral que se fazem necessárias para uma breve compreensão do tema objeto deste estudo.

O assunto em questão exige que se tenha em mente algumas idéias que, embora não definam a ética, ou conforme será visto, as várias perspectivas da ética, estão intimamente relacionadas com todas elas. Primeiro em relação à conduta, ou seja, à ação humana. A ética, de certa forma, impõe valores à ação, norteia a conduta, o que remete a uma segunda idéia: pode haver uma conduta "boa" ou "ruim", ou seja, a ética propõe de várias maneiras uma noção de certo e errado ou o que deve ser feito e, de alguma forma, implica em decisão e em juízo moral, ou em um comportamento valorado, ainda que não necessariamente consciente.

Uma terceira idéia, que se apresenta de forma controversa, seria quanto à universalização dos preceitos éticos. Conforme atesta Amartya Sen, a plausibilidade do raciocínio ético requer a "*igual consideração elementar em algum nível visto como crítico*" [1]ou seja, as ações devem ser aceitas ou justificadas, sob o ponto de vista de terceiros (no caso, ao menos de participantes de um mesmo sistema social ou ético), o que pressupõe a consideração da igualdade em algum nível. Singer, na mesma direção afirma que um princípio ético não pode ser justificado em relação a qualquer grupo parcial ou sectário[2]. Ou seja, a realização de um juízo ético requer que os interesses próprios não sejam contados mais do que os interesses dos outros, isso implica na idéia de imparcialidade do emissor, de espectador imparcial ou observador ideal (o que na realidade enfrenta sérias dificuldades, mas não pretendo entrar no assunto nesse momento). Por conseguinte, não é difícil sustentar a idéia de que os preceitos éticos podem ser racionalizados dialeticamente e ponderados em suas várias perspectivas, como de fato o são.

Todas essas idéias e muitas outras que se ligam à ética são refletidas na dicotomia do ser e do dever ser, ou seja, como de fato as coisas são e como elas deveriam ser dentro de nossas acepções valorativas. A ética traduz um ideal que deve ser reproduzido nas ações humanas, ou atingido por elas, conduzindo as sociedades e os indivíduos a uma perspectiva do "certo", que pode ser atingido por construções

racionais e vivências que de alguma forma se ligam ao "bom funcionamento" dos sistemas e relações sociais. As perspectivas de conduta e da natureza dos valores morais são abordadas por concepções distintas de ética. Dessas concepções sustento o estudo sobre três matrizes principais: A ética teleológica, exemplificando através de uma breve análise da ética aristotélica; a ética deontológica, por meio de algumas idéias de seu expoente clássico Immanuel Kant; e por fim a ética conseqüencialista, na vertente utilitarista sob a perspectiva de Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Essas perspectivas éticas não serão aprofundadas, apenas delineadas em seus preceitos lógicos principais e ilustradas com as idéias centrais de seus representantes clássicos.

A ética teleológica parte da concepção de que todas as coisas têm um *télos*, uma finalidade, um fim que traduz toda a sua natureza. Nesse sentido a ética teleológica se caracteriza fundamentalmente por enfatizar a noção de bem (que nos remete ao campo do sensível ou do experimentável). Ou seja, para ética teleológica o "bem" é o fim específico de todas as atividades e práticas humanas, o bem é o fim que deve ser perseguido.

Aristóteles diz que "*para as coisas que fazemos existe um fim que desejamos por ele mesmo e tudo mais é desejado no interesse desse fim; e se é verdade que nem toda coisa desejamos com vista em outras (omissis), evidentemente tal fim será o bem, ou antes, o sumo bem*"[3]. Nesse sentido, o sumo bem é algo de absoluto e de auto-suficiente, sendo aquilo que em si mesmo torna a vida desejável e carente de nada[4]. Esse bem maior é a felicidade, e é nesta que se encontra o fim último da ação, o "viver bem", "*a felicidade deve ser perseguida sempre como um bem em si mesmo*"[5].

Para que a felicidade seja realizada é necessário que se cultue a "virtude", que é o que faz do homem um humano, que propicia ao homem a capacidade de agir humanamente, sendo que as diversas virtudes são hierarquicamente elencadas, devendo ser cultuadas as melhores como a honestidade, a coragem, a amizade etc. A justiça atinge o patamar de virtude completa. Como a inteligibilidade do homem é indissociável da sociedade (*zoon politikon*), a justiça é uma virtude que promove a estabilidade da comunidade política, permitindo que o cidadão realize seu fim.

Quando o homem age virtuosamente, ele age entre o excesso e a falta, ou seja, o meio-termo, uma proporcionalidade relativa que exige um julgamento racional para a ação. É precisamente essa a base da ética aristotélica. Ela não impõe uma decisão para o agente, mas que o individuo saiba que a boa ação é ponderada não em razão de seu benefício próprio, mas em nome da humanidade, da sua condição de ser humano e ser social. Isso implica que o indivíduo deve ter capacidade de julgamento para agir de maneira correta - aspecto compreensivo ou autocompreesivo, uma vez que o indivíduo sabe circunstancialmente o que é o bem - e não ter deficiência de caráter, o que implicaria na incapacidade de contribuir para o bem comum.[6]

A ética deontológica (*deon* de dever), por sua vez, se caracteriza por enfatizar o "justo" prioritariamente ao "bem". Não obstante a difícil abstração do conceito de justo, algo que se aproxima de uma abstração, uma racionalização, uma métrica que se pode formular. O justo, geralmente, é dado através de uma regra, ou conjunto de regras, máximas ou princípios, que conduzem o agir do agente, ou seja, a moral é concebida imperativamente - um dever - a lei moral deve ser observada no agir do agente.

Para Kant - expressão clássica da ética deontológica - a noção de bem, vida boa, ou os fins da vida humana, ou qualquer outra concepção de bem particular não deve estar nas discussões das esferas públicas. O que deve governar a sociedade são princípios justos que antecedem qualquer uma dessas noções. Para ele a busca da felicidade só pode se dar através da experiência prática. A noção de bem e mal é condicionada a fatores empíricos, não podendo servir de base para a moralidade, sendo que, o que define o que é bem e mal é a lei moral e não o contrário. O agir moral não pode ser condicionado empiricamente por fatores que comprometam uma suposta neutralidade e conseqüentemente a pretensa universalização dos preceitos morais.

O agir moral não pode ser empiricamente condicionado, coagido por "imperativos hipotéticos"[7], mas desvinculados das circunstâncias empíricas e embasados em conceitos racionais que não podem ser dados pela experiência, mas *a priori*, pela razão pura desvinculada completamente da experiência. Nesse sentido a obrigação universalista da moral se traduz num "imperativo categórico" em que Kant enuncia sua máxima dizendo: " Age só, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal", *i. e.*, a conduta é orientada de forma que atenda o interesse não apenas do agente, mas o interesse de "todos".

Para Kant, assim como a noção de justo deve ser prioritária à de bem, o individuo também deve preceder aos fins, ou seja, o sujeito é um fim em si mesmo, não um objeto a mercê de uma concepção de bem social, pois é dotado de vontade autônoma verdadeira. O sujeito dá a lei a si mesmo enquanto entidade racional que goza de livre-arbítrio, sendo que, o dever é o limite da ação do sujeito em relação aos outros e sua liberdade é dada sob leis morais transcendentais, frutos de sua racionalidade e personalidade moral. Como o livre-arbítrio se dá a partir do momento em que o ser se despe dos seus impulsos, experiências e sensações, o que determina a vinculação da ação do ser à obrigação moral, não é o seu caráter, formado pelas circunstâncias, experiência, criação, desejos etc., mas a liberdade apartada do mundo empírico e mergulhada no transcendental. É isso que forma o sujeito ideal que, ao realizar determinada ação, a sua obrigação de fazê-la é incondicionada empiricamente, mas vinculada ao princípio universal que a razão objetiva imputa ao agente: o imperativo categórico.

Por fim, a ética conseqüencialista pode-se dizer, tem como ponto de partida determinados objetivos, uma ação é avaliada na medida em que contribui na realização desses objetivos, ou seja, o "certo" ou "errado" de uma conduta está ligada às conseqüências que essa conduta irá produzir - seus resultados. Não há uma linearidade conforme a ética teleológica que busca um fim específico e valora a ação conforme a própria ação. Também não há um ponto fixo que amarra a conduta, como na ética deontológica onde a eticidade da ação é ditada por uma lei ou princípio. A ética consequencialista entende que o que motiva a ação não tem relação direta com sua moralidade[8], ou seja, se numa perspectiva ética uma regra enunciada seja "*não matarás*", a conduta "matar" estaria moralmente errada; para uma ética consequencialista a conduta só estaria errada se os seus resultados se afastassem dos objetivos da mesma.

A mais conhecida das teorias consequencialista é o utilitarismo. A perspectiva clássica da ética utilitarista de Bentham é fundamentada no princípio da utilidade, segundo o qual "*entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a*

tendência que tem a aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo" o que não se refere apenas à ação de um indivíduo particular , mas também a qualquer ato ou medida de governo.[9] Nesse sentido, o individuo somente possui direitos na medida que conduz suas ações para o bem da sociedade como um todo, a comunidade é vista como a soma dos interesses dos indivíduos que a integram.

Na perspectiva de Bentham o interesse da comunidade em geral é compreendido como o resultado de um cálculo hedonístico, a soma dos prazeres e dores dos indivíduos. Tal fato, de certa forma ancora sua perspectiva ética a estados mentais conscientes (subjetivista) - dor e prazer. No entanto, estes são processos evolutivos de extrema importância para um organismo, ligados à preservação da integridade (dor) e a manifestação de comportamentos que levam à manutenção de sua homeostase (prazer)[10]. Não é fácil dimensionar a abrangência dessas manifestações intrincadas nos atos humanos. Por outro lado, ainda vinculado aos estados sensoriais do agente, J. S. Mill propõe certo escalonamento sobre os prazeres, pesando uns mais do que outros e relevando a virtude. De qualquer forma, para ambos era axiomático que nas decisões morais "cada um conte como um e nenhum conte como mais do que um"[11], ou seja, embora a maximização da utilidade fosse objetivo claro, não era o único, pois explicita o objetivo da igual consideração e respeito (princípio de justiça).

Conforme visto, as três perspectivas da ética possuem pontos em comum e também diferenças cruciais. Sem dúvida há uma distancia significativa entre a perspectiva dos clássicos e as versões mais modernas das três concepções de ética estudadas. As mesmas sofreram modificações, adaptações, reestruturações etc. Porém, algumas características que as delimita não se perdem. Dentre essas, algumas concepções merecem destaque, principalmente quanto às perspectivas de como é visto o ser humano e a sociedade dentro de cada uma delas:

A ética deontológica (principalmente a kantiana), além de não admitir a felicidade como critério para a moralidade, parte de uma concepção metafísica de ser humano, atribuindo um valor intrínseco a ele, derivado de sua racionalidade e diz que esse não pode ser suplantado por qualquer outro fim. Afasta-se peremptoriamente de uma perspectiva mais empírica do ser humano atribuindo-lhe características mais próximas de uma divindade. Como esta concepção de ética tem fulcro em parâmetros rígidos (princípios, regras), parte de uma determinação do que é o justo e a universaliza, não esconde a fragilidade de que, em um lapso temporal mais amplo ou contraposto a distintas culturas, suas concepções sejam superadas. Apresenta um poder adaptativo baixo por se apoiar em uma realidade fundamentalmente criada pela razão (mesmo nas versões modernas onde os princípios são bastante complexos e possuem estratégias de solução de conflitos).

Na ética teleológica há uma inversão. A noção de bem, bem-estar, felicidade é posta como fim último do ser humano, partindo de algumas observações do mesmo como: ser essencialmente social, guia suas ações por objetivos etc., mas se sustenta essencialmente na abstração de que as coisas possuem um fim. A sociedade ganha uma ênfase maior em relação aos indivíduos que a compõe - o que é bom para o indivíduo não pode se contrapor ao que é bom para a comunidade.[12]A decisão moral é dada circunstancialmente, empiricamente, busca-se superar a imparcialidade e uma pretensa universalidade ao focar o raciocínio moral como uma compreensão delimitada no espaço e no tempo. Como os fins não são dados por princípios (ou por alguma noção

abstrata de justiça que os fixe), fica difícil enxergar garantias de que eles não serão dados de forma paternalista, sectária ou totalitária (de alguma forma parcial).

Na ética utilitarista clássica o risco de certo paternalismo também está presente, visto que o saldo líquido da felicidade de uma comunidade é um objeto a ser maximizado, ou seja, alguns indivíduos poderiam ter seus interesses violados em nome do bem da coletividade. Para superar esse problema o utilitarismo se aproxima da ética deontológica numa perspectiva mais universalista, calcada em princípios que devem ser considerados nas decisões éticas. Um ponto que as distingue nitidamente, é que o utilitarismo tem maior flexibilidade em casos extremos, pois é guiado pela conseqüência do ato: não se apóia em uma direção finalística ou se fixa a um ponto, mas pode sopesar caminhos para atingir a decisão ética apontando na razão um papel importante nas mesmas. O utilitarismo busca superar um "mundo de ficções" para um "mundo de fatos"[13] ao conceber o ser humano e delimitar o princípio de utilidade, buscando calcar a ética em algo indubitavelmente palpável como a dor e o prazer. Isso acarretou um forte reducionismo que buscou ser superado dando um sentido mais lato para "dor e prazer", que devem ser compreendidos como interesses ou preferências (prazer o que se deseja e dor o contrário), buscando no cômputo das conseqüências das ações defender o interesse dos atingidos.

A partir dessa reflexão, considerando que o objetivo geral dos juízos éticos é orientar a prática e que qualquer teoria ética deve de alguma forma funcionar, independente de sua nobreza teórica, estabeleço o ponto de partida para uma análise mais específica, objeto do presente estudo. Passo então a trata das concepções de justiça distributiva e ética, centradas principalmente nas perspectivas de John Rawls (afim à ética deontológica) e Peter Singer (utilitarista), daí a função elucidativa do presente tópico na busca de uma análise crítica das propostas dos citados autores em enfrentar, através da ética, as questões relativas as desigualdades, distribuição de recursos, miséria e os males que essas disfunções sociais acarretam.

II. A PERSPECTIVA DE JOHN RAWLS: JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Nesse capítulo pretendo de forma sucinta abordar as idéias centrais de Rawls na busca de compreender como o autor enfrenta as questões de justiça distributiva. John Rawls foi um filósofo americano de suma importância para o debate ético e para a filosofia política contemporânea. Sua obra "Uma Teoria da Justiça", que utilizo para explanar a sua teoria logo abaixo, foi um marco na discussão sobre justiça na atualidade trazendo a tona questões "sobre o que é exeqüível politicamente e o que é desejável"[14], retomando a racionalidade no julgamento dos valores.

O autor descreve o papel da justiça na cooperação social e na estrutura básica da sociedade através de uma teoria que generaliza e conduz a um nível mais alto de abstração o conceito de contrato social. Rawls parte da noção de que cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como

um todo pode ignorar. Pressupõe que as liberdades decorrentes da cidadania igual são consideradas invioláveis, não estando sujeitas a negociação política ou a cálculos de interesses sociais.

Partindo da idéia que embora a sociedade seja um empreendimento cooperativo que visa vantagens mútuas, ela é marcada pelo conflito de interesses de pessoas que não são indiferentes no que tange à distribuição dos benefícios produzidos. Dessa forma é necessário um conjunto de princípios que determinem a ordenação social na distribuição dessas vantagens e atinja um acordo entre as partes distributivas adequadas, fornecendo o modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade, definindo a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social. Esse é o objeto primário da justiça, sendo esta a virtude primeira das instituições sociais.

Para atingir os princípios dessa concepção de justiça (na sustentação teórica do autor) é necessário que os cidadãos partam de um consenso original: um acordo em que pessoas livres e racionais, na promoção de seus próprios interesses, aceitem numa posição inicial de igualdade, definidoras dos termos fundamentais de sua associação (idéia contratualista). A idéia de "posição original" é uma idéia hipotética de um *status quo* inicial que assegure que os consensos básicos estabelecidos sejam eqüitativos. Para que isso seja possível é lançada uma outra idéia, a do "véu de ignorância", ou seja, nessa situação hipotética os sujeitos não saberiam qual seriam suas situações ou posições na sociedade, nem como os atributos naturais e materiais seriam distribuídos. Dessa forma optariam racionalmente por princípios que atendessem a todos eqüitativamente, chegando a uma concepção de justiça unânime e de aplicação universal, que se aproximaria de um sistema voluntário onde os cidadãos reconhecem as obrigações que se auto-impuseram.

Através desse exercício de racionalidade abstrata, Rawls atinge seus princípios de justiça, que seriam os princípios que de fato garantiriam à estrutura básica da sociedade um senso moral com fulcro na justiça. Dessa forma, ordenaria as principais instituições da sociedade em esquema de cooperação. São estabelecidas duas categorias de princípios: para os indivíduos e para as instituições.

Os princípios para os indivíduos são:

1º - Princípio da equidade: Cabe a cada pessoa fazer sua parte conforme definem as regras de uma instituição desde que essa observe duas condições: que a instituição seja eqüitativa (observe os princípios da justiça); e que a pessoa tenha voluntariamente aceito os benefícios da organização.

2º - Princípio dos deveres naturais: estes deveres não têm ligação necessária com as instituições e práticas sociais, sendo aplicado às pessoas independente de suas relações institucionais, como, por exemplo, o dever de ajudar o próximo em situação de perigo quando não há risco excessivo para quem ajuda, o dever de não causar sofrimento desnecessário, o dever da justiça.

Os princípios para os indivíduos estão ligados à exigência de apoio e obediência às instituições, ou seja, o dever de cada um dentro do sistema social de forma a garantir sua manutenção a partir da cooperação entre os sujeitos.

Os princípios para as instituições, que merecem maior destaque na teoria de Rawls, são:

1º - Cada pessoa deve ter o direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas que seja compatível com o sistema semelhante de liberdades para as outras. (as liberdades mais importantes são as consagradas num estado democrático de direito).

2º- As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo:a) consideradas vantajosas para todos dentro dos limites do razoável; e b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.[15]

A interpretação dos princípios da justiça se dá de maneira mais adequada num contexto de igualdade democrática - em contraposição a outras três interpretações possíveis que o autor elenca: "sistema de liberdade natural", "interpretação liberal" e "aristocracia natural" - expondo que uma desigualdade (por exemplo, obter vantagem por ter talentos especiais) só pode ser justificável "*se a diferença de expectativas for vantajosa para o homem representativo que está em piores condições*". Encontra uma posição a partir da qual as desigualdades econômicas podem ser julgadas, sendo que, estas devem ser ordenadas de modo a serem ao mesmo tempo: para o maior benefício dos menos favorecidos e vinculadas a cargos e posições abertos a todos em igualdade eqüitativa de oportunidades.

Nessa perspectiva o autor salienta como devem ser avaliadas as expectativas dos cidadãos expondo que embora seja assegurado a todos igual liberdade para que qualquer plano de vida seja seguido, de acordo com o desejo de cada um, é necessário que isso não viole as exigências da justiça. Ou seja, é possível na partilha dos bens primários que alguns possam ter mais, desde que esses bens sejam adquiridos por modalidades que melhoram a situação daqueles que têm menos.

Outro ponto importante abordado pelo autor diz respeito às posições sociais relevantes. Na divisão dos benefícios da cooperação social alguns lugares são favorecidos em detrimento de outros na estrutura básica da sociedade. Essas desigualdades devem ser reguladas pelos dois princípios da justiça. O sistema social é visto a partir de uma posição de cidadania igual e dos vários níveis de renda e riqueza. Se alguns são favorecidos na atribuição de direitos básicos, essa desigualdade só é justificada pelo princípio da diferença se trouxer vantagens para os menos favorecidos. Dessa forma as posições sociais relevantes especificam a forma como os dois princípios da justiça devem ser aplicados, levando em conta o interesse de todos como cidadãos iguais, com lugar na distribuição de renda e riqueza.

Por sua vez, o princípio da diferença dá suporte a outro princípio: o da "reparação", onde as desigualdades como os talentos, dotes naturais, desigualdades de nascimento etc. devem ser compensadas de forma a melhorar as expectativas dos menos favorecidos. O senso comum supõe que as coisas boas da vida deveriam ser distribuídas de acordo com o mérito moral, para Ralws, um sistema justo rejeita essa idéia satisfazendo as expectativas legítimas das pessoas fundadas nas instituições sociais. No caso de uma maior remuneração obtida por talentos naturais, os preceitos da justiça dirigem a habilidade para onde ela favoreça da melhor forma o interesse comum (busca

equalizar as diferenças), nesse sentido afasta a possibilidade de recompensar o mérito ou a virtude (é contrário à meritocracia).

Partindo da idéia de que a justiça como equidade utiliza uma noção de justiça procedimental pura, Rawls sugere como deve ser estruturado o sistema social de modo que a distribuição resultante seja justa, o que requer situar o processo econômico e social dentro de um contexto de instituições políticas e jurídicas adequadas.

No estabelecimento dessas instituições básicas, o governo se divide em quatro setores encarregados da preservação de certas condições econômicas e sociais:

O primeiro, o setor de alocação, se encarrega de manter a competitividade do sistema de preços dentro do limite do factível e impede a formação de um poder sobre o mercado que não seja razoável. Para isso, utiliza-se de impostos e subsídios, podendo rever o alcance e a definição do direito de propriedade.

O segundo, setor de estabilização, tem como objetivo criar um plano de emprego razoável. Quem procura trabalho deve encontrá-lo com livre escolha de ocupação e através de uma demanda efetiva que assegure o desenvolvimento das finanças.

Esses dois setores em conjunto devem manter a eficiência da economia de mercado em termos gerais.

O terceiro setor, o de transferências, atribui a cada setor apenas as tarefas que são compatíveis entre si - o mercado não é adequado para atender as reivindicações da pobreza, portanto estas devem ser atendidas por um organismo separado.

Por último e mais importante, o quarto setor, o setor de distribuição: esse setor preserva uma justiça aproximativa das partes a serem distribuídas por meio da taxação e nos ajustes no direito de propriedade que se fazem necessários. Possui dois aspectos diferenciados: 1º - fixa restrições ao direito de legar através de tributos e normas - doações e herança - corrigindo gradualmente a distribuição da riqueza e impedindo concentrações do poder que prejudicam o valor eqüitativo da liberdade política e da igualdade eqüitativa de oportunidades. 2º - propõe um sistema de tributação que tem o intuito de arrecadar a receita exigida pela justiça, ou seja, o governo deve receber uma parte dos recursos da sociedade para que esse possa fornecer os bens públicos e fazer os pagamentos de transferências necessários para que o princípio da diferença seja satisfeito.

Cabe ressaltar como Rawls lida com o problema da justiça entre gerações. Primeiro este não está ligado ao princípio da diferença, mas a um princípio justo de poupança. A questão da justiça intergeracional se impõe no modo de como as instituições lidam com as limitações naturais e como são estruturadas para tirar vantagens das possibilidades históricas (preferência temporal pura). É necessário que as partes concordem com um princípio de poupança que assegure que cada geração ganhe da precedente o que lhe é devido (uma situação análoga a de um pai pra filho e neto).

Rawls , através de sua ética que prioriza o justo, tece algumas críticas ao utilitarismo acusando-o de ser uma ética teleológica onde o bem se define independente do justo. Rawls aponta no utilitarismo uma consideração insatisfatória dos direitos e

liberdades dos cidadãos, enquanto livres e iguais, uma vez que as instituições são ordenadas a maximizar o princípio da utilidade ou a satisfação dos desejos de forma a contribuir para o bem-estar geral. Outro ponto de distinção é que, enquanto o utilitarista concebe a sociedade como o princípio de escolha racional feita por um individuo, Ralws parte de uma visão contratualista onde há um consenso original sobre os princípios que devem reger a justiça na sociedade.

III. A PERSPECTIVA DE PETER SINGER: MISÉRIA, RIQUEZA E MORALIDADE

O filósofo australiano, Peter Singer, um importante e influente crítico das perspectivas morais ocidentais, sobretudo por contrariar frontalmente muitos dos preceitos judaico-cristãos e depositar no sujeito a responsabilidade de uma postura positiva para lidar com as questões éticas. Singer vem sendo amplamente estudado, principalmente no seu entendimento sobre questões relativas aos animais, ao valor da vida humana e sobre as questões acerca da riqueza e da pobreza, sustentando suas perspectivas por meio de argumentos morais bem sustentados. Na presente abordagem me limito a tratar apenas o terceiro ponto, riqueza e pobreza, com uma breve explanação sobre a perspectiva ética de Singer, extraída do livro "Vida Ética" do autor.

Singer aproxima-se de um utilitarismo "negativo", deve-se buscar reduzir o sofrimento dos que são capazes de percebê-lo, mas também de um utilitarismo de "interesses" ou "preferências", mas mantém relações com as perspectivas hedonistas na sustentação de sua base ética. Contudo, guarda aspectos singulares em sua teoria que tornam essas classificações insatisfatoriamente precisas. Sua ética prática aposta na consciência do indivíduo o caminho para a ação ética e exige que esse a realize. Nesse sentido o aprendizado ganha importância. Na mesma linha das perspectiva de Piaget e Kohlberg[16], o autor acredita ser possível construir racionalmente uma concepção moral universal, onde o correto seria definido pela decisão da consciência de acordo com princípios éticos sustentados na compreensão, consistência e coerência.

Ao sustentar suas propostas Singer apresenta suas idéias de forma bastante simples e as ilustra empiricamente. Pode-se esboçar suas acepções partindo de quatro premissas básicas, que num sentido estrito são inteligíveis pelo senso comum, mas na reflexão de suas conseqüências redimensionam radicalmente as concepções morais ocidentais. São elas:

Primeiro, a noção de sofrimento e fruição, em sentido amplo, como critério ético para os juízos morais. A dor, a aflição e outros tipos de sofrimento são vistos como algo ruim, independente de quem os esteja sentindo, podendo ser avaliado uma maior ou menor quantidade de sofrimento, ainda que essa métrica não se dê com uma precisão absoluta. O sofrimento também não é a única coisa ruim, mas ontologicamente atinge uma boa base de universalização. Infligir sofrimento também não é sempre ruim (como ir ao dentista ou prender um criminoso), mas essa ação só se justifica quando relacionada a uma redução do sofrimento no futuro. A métrica é voltada ao sofrimento.

Embora o prazer e a felicidade sejam consideradas como coisas boas, esses não podem ser buscados em detrimento de terceiros.

Em segundo lugar, a capacidade de sofrimento não é exclusividade humana, o que implica a extensão dos valores morais para além dos sujeitos humanos, ao menos para todos os seres sencientes, pois possuem um interesse genuíno de não sofrer. O princípio da igualdade não requer tratamento igual ou idêntico, mas igual consideração dos interesses. É injustificável do ponto de vista moral obter benefícios próprios as custas do sofrimento alheio, assim como o sexismo e o racismo configuram discriminações arbitrárias, subjugar o interesse de outras espécies pelo simples fato de serem "outras espécies" e serem mais fracas, também é uma discriminação arbitrária. A capacidade de sofrimento também poder ser medida de acordo com a natureza do ser (por exemplo, um ser humano pode se frustrar por ter um projeto futuro inviabilizado - comprar um carro - outros seres não "possuem" essas expectativas futuras).

Terceiro, o ato de se tirar uma vida não pode ser avaliado levando em conta a raça, o sexo ou a espécie a qual pertence o indivíduo, mas as características do ser individual, ou seja, o tipo de vida que é capaz de viver, seu desejo de viver etc. Nesse sentido, Singer analisa casos extremos como doentes terminais que remédios não fazem mais efeitos e vivem uma vida de sofrimento, acidentados graves que vivem sustentados por aparelhos com irreversibilidade da consciência ou não, anencéfalos, morte cerebral, entre outras situações que fragilizam drasticamente o teor sagrado da vida humana.

Por último, a responsabilidade dos nossos atos é compreendida num sentido mais amplo. Somos responsáveis não só pelo que fazemos, mas também pelo que poderíamos ter impedido se fizéssemos algo nesse sentido. A conseqüência do que fazemos deve ser pensada na mesma proporção das conseqüências daquilo que decidimos não fazer. Este princípio e o primeiro conjugados são a base para compreendermos a proposta de Singer para lidar com os problemas relativos à pobreza, à riqueza e à moralidade em seu texto "*Famine, Affuence, and morality - Philosophy and Public Affairs*".

A abordagem de Singer inicia-se relatando fatos acerca de alguns problemas que países em situações miseráveis enfrentam, ou mesmo no interior de países que não são miseráveis. Esses problemas podem decorrer de inúmeras causas: guerra civil, fatores naturais, desigualdades sociais, exploração etc. sendo que, a ênfase é dada no fato de que diariamente milhares de pessoas estão morrendo por causas perfeitamente contornáveis como a fome, doenças simples, subnutrição etc. e que decisões partidas de seres humanos poderiam transformar essa realidade. No entanto essas decisões não são tomadas nem no nível individual e nem no nível governamental de forma satisfatória.

Singer ilustra o quanto as nações mais abastadas despendem em doações às nações carentes comparado a obras corriqueiras que são realizadas no interior dessas nações (praças, rodovias, prédios etc.), ou quanto os indivíduos doam para instituições de combate à miséria comparados aos seus gastos com trivialidades (roupa, carro, festas). Devemos entender doação aqui num sentido mais amplo, de toda ação que contribua de forma efetiva para minorar o sofrimento daqueles que estão extremamente necessitados, o que pode incluir protestos, manifestações, debates etc. Mas, de qualquer maneira é a doação monetária que pode de maneira mais imediata aliviar o sofrimento de muitas pessoas que estão entre a vida e a morte e que a espera de um dia faz toda a

diferença. Falar em educação ou possibilidade de trabalho pra quem, se nada for feito, vai morrer amanhã, não faz sentido, o que não exclui a necessidade de também proporcionar trabalho e educação, o que também não é realizado.

Num primeiro momento, essa perspectiva se assemelha mais a versões de assistencialismo, paternalismo ou caridade do que uma a visão ética mais sustentada. No entanto, traz questões morais que demandam uma revisão dos modos de vida e das perspectivas de "moralmente correto" nas sociedades ocidentais. Partindo do pressuposto de que o sofrimento e a morte decorrente de falta de comida, de abrigo ou de assistência médica são relevantes eticamente (são maus), é anunciado um princípio: *"estando em nosso poder evitar algo de mau, sem com isso sacrificar nada que tenha importância moral comparável, nós devemos, moralmente fazê-lo*", desse princípio extraímos duas assertivas: ele só exige que se evite o que é mau (não exige que promova o bom) e; sem sacrificar ou fazer nada que do ponto de vista moral seja comparavelmente mau. Há a possibilidade de uma interpretação mais restritiva, substituindo o "*algo de importância moral comparável*" por "*algo moralmente relevante*", dessa forma torna-se o princípio mais ameno.

Para a aplicação desse princípio Singer cria uma situação hipotética: "se vou passando junto a um espelho d'água e vejo que uma criança está se afogando ali, devo entrar na água e retirar a criança. A ação significará sujar a minha roupa, mas isso é irrelevante, ao passo que a morte de uma criança seria supostamente uma coisa má". Embora a aplicação desse princípio dê a idéia de algo incontestável do ponto de vista do senso comum, essa idéia não é verdadeira, pois sua aplicação alteraria fundamentalmente nossa sociedade: primeiro, em razão de que o princípio não menciona a proximidade ou a distância do sujeito da ação em relação ao paciente da ação, ou seja, não há diferença moral se a pessoa que necessita ajuda está a um metro ou mil quilômetros de distância. Segundo, não há distinção entre casos em que há uma pessoa capacitada a realizar a ação ou milhões de pessoas na mesma posição. No primeiro caso, se forem aceitos quaisquer princípios, de igualdade, imparcialidade ou universalidade, não se pode discriminar alguém pelo simples fato de estar distante. No segundo, a capacitação para ação não se dá pela oportunidade locacional e nem o fato de haver um ou um milhão de capacitados a fazer a ação exclui o dever individual de cada um, que deve agir independentemente dos outros. Num mundo globalizado onde a velocidade de comunicação é instantânea e de transporte muito rápida, existindo diversas organizações sérias de ajuda humanitária especializadas em combater problemas relacionados a fome, saúde etc. para salvar uma ou várias vidas de pessoas tão necessitadas quanto a mencionada criança que vai se afogar, pode só ser necessário fazer doações (um telefonema, um depósito etc.). Essa ação tem o mesmo significado moral da atitude de salvar a criança se afogando e não realizar a ação também.

Esse argumento possui como conseqüência subverter as categorias morais tradicionais, pois nas concepções tradicionais não há como traçar uma linha divisória entre o dever e a caridade. Quando uma pessoa doa seu dinheiro ela é considerada moralmente generosa, as instituições que recolhem o dinheiro são reconhecidas como de "caridade" até por si mesmas. Dessa forma, não é considerado errado moralmente o ato de não doar. O argumento diz que ao invés de gastarmos nosso dinheiro com coisas supérfluas, deveríamos doá-lo. Essa ação não é nem caridosa nem generosa, tampouco seria um ato supererrogatório - algo que seria bom fazer , mas não seria errado não fazer - ao contrário, o dinheiro deve ser doado, o errado é não doar.

Sob essa perspectiva, o cidadão tradicionalmente respeitado na nossa sociedade - que recebe um bom salário e ostenta carros luxuosos, propriedades, freqüenta restaurantes chiques - o "homem bom da sociedade", na realidade, deve ser repelido moralmente. A sociedade deve preconizar que ninguém tenha mais do que o suficiente enquanto outros têm menos que o necessário para sobreviver, ou seja, do ponto de vista moral, evitar que morram por causas simples milhões de pessoas alheias à nossa sociedade deve ser considerado no mínimo tão premente quanto apoiar as normas de propriedade vigentes no interior de nossa sociedade. Essa perspectiva conduz a uma revisão no direito de propriedade e, a longo prazo, na sociedade de consumo, que entraria em recessão e sucumbiria, uma vez que a economia não poderia ser priorizada em detrimento das necessidades básicas das pessoas.

Toda essa situação remete a outro problema: qual seria a quantia adequada que o indivíduo deve doar? Ou, no caso de uma nação, quanto do seu PIB deve ser doado? Retomemos o caso hipotético: suponha-se que para salvar a criança no espelho d'água perderíamos objetos de extremo valor econômico ou sentimental. Deveríamos ainda assim salvar a criança? Suponhamos agora que para atingir a criança e salva-lá deveremos passar por obstáculos que resultariam em danos físicos para nós. Até quanto deveríamos nos submeter? Singer aponta que não há razões para não se adotar a perspectiva mais radical de seu princípio - "sem com isso sacrificar nada moralmente comparável". Contudo a dificuldade de que isso aconteça de fato na realidade social, tornaria mais viável buscar a perspectiva mais moderada - "sem sacrificar nada moralmente relevante". Nesse sentido, ao longo do tempo, haveria um equilíbrio entre indivíduos e nações na medida em que o supérfluo deveria ser repassado aos mais necessitados.

Conquanto Singer salienta a dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de todos agirem eticamente - ou seja, que as pessoas dêem mais valor a uma vida humana do que aos seus bens materiais - é satisfatoriamente apontado um caminho em que todo tipo de atitude positiva é computado a favor - debate filosófico, acadêmico, manifestações etc. Porém não são suficientes para se dizer que aqueles que estão realizando essas ações, estão agindo plenamente de acordo com a ética.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das duas exposições pretendo, ainda que de forma incipiente, interrelacionar as perspectivas de ambos os autores no intuito de apontar algumas divergências e convergências em suas proposições e seus pressupostos teóricos, ousando algumas especulações em termos de aplicabilidade e resultado, sem, no entanto, ter a pretensão de estabelecer uma hierarquia entre elas ou de apresentar outras soluções.

Primeiro cabe destacar, que ambos partem de concepções distintas de ética, conforme observado no primeiro tópico. Essas concepções levam a caminhos distintos e prioridades distintas, mas não necessariamente, buscam ideais distintos. Também não devemos nos ater a definições estanques, pois tanto em Rawls podemos extrair fortes

elementos consequencialistas, quando a teoria do autor se preocupa com um estado de coisas desejáveis que devem ser buscadas por meio da ação política. Já em Singer são explicitadas noções de justiça como a preocupação com a igualdade de respeito e consideração dos interesses.

Cabe salientar para ambos as diferentes perspectivas em lidar com a questão da justiça distributiva: Rawls tem como enfoque principal a justiça das instituições básicas da sociedade. Ele apresenta uma teoria robusta de justiça que busca dar conta de toda a estrutura de um Estado organizado (sociedade bem ordenada), de maneira que, sua teoria de justiça se adaptaria a essa estrutura, corrigindo suas falhas de justiça. Busca um equilíbrio entre valores políticos como igualdade, liberdade, solidariedade, eficiência etc. abrangendo uma gama de situações em que as idéias igualitárias perpassam, ou impõem reflexão na distribuição dos bens da sociedade. Não apenas as instituições, mas os indivíduos também possuem um papel na execução de sua perspectiva ética, pois precisam estar de acordo com os princípios instituídos de forma a agirem numa sociedade com base na cooperação (apesar de ser um papel reduzido - respeitar as regras das instituições). Por ser uma perspectiva normativa e contratualista a observação dos princípios de justiça são indispensáveis tanto para os cidadãos quanto para as instituições. A ação seria condicionada por esses princípios (aproximando da perspectiva kantiana).

Singer parte de uma perspectiva distinta: não propõe uma teoria de sociedade justa, portanto, não abrange as bases sobre as quais a igualdade deve ser discutida. Foca-se substancialmente nas conseqüências que as desigualdades acarretam dentro de uma mesma sociedade e em sociedades distintas, principalmente no sofrimento causado por esses fatores ou por outros, mas que poderiam ser resolvidos através de uma perspectiva de distribuição de bens. Há uma sobrecarga no indivíduo no dever de agir eticamente a partir da conseqüência de seus atos e também, uma subversão das nossas concepções de dever e caridade que, pela simples coerência, aplicar preceitos já consagrados, implicaria em mudanças revolucionárias na sociedade mundial.

Embora ocorram inúmeras diferenças entre as perspectivas dos dois autores alguns caminhos apontam em direções convergentes. Esses caminhos deveriam ser observados na nossa realidade cotidiana, considerados não apenas nas ciências políticas e econômicas, mas, principalmente, nas instituições jurídicas e nas bases morais de nossa sociedade.

Primeiro, quando Rawls enuncia as instituições básicas da justiça distributiva, dentro da interpretação de justiça procedimental (onde os resultados são justos quando seguem o procedimento), abre-se uma hipótese de estrutura governamental, na minha perspectiva, com grandes possibilidades de ser implementada. Ao menos consideradas, em uma reforma de nossa estrutura estatal sobre a ótica da justiça. O que de certa maneira vem sendo experimentado na realidade brasileira, com algumas ações afirmativas do Estado, como, p. ex., política de quotas, bolsa família etc. Os quatro setores - alocação, estabilização, transferências e distribuição - permitem mudanças no quadro de direitos, principalmente no que se refere aos direitos de propriedade, legatários e tributários que seriam conduzidos para promover a justiça distributiva e a eficiência; e, por sua vez, também permitem que esses direitos sejam efetivados fornecendo a estrutura própria para isso.

O objetivo de se garantir "bens primários" para todos os membros do "contrato social" (os recursos básicos tais como renda, riqueza, oportunidades, auto-estima etc.) através de um pacote comum desses bens para todos os indivíduos, enfrenta, conforme Sen, certa dificuldade na real diversidade humana. Um mesmo pacote fornecido para um pode ter significado e utilidade muito diferente para outro, p. ex., os recursos que uma pessoa sã consome, pode ser inferior aos de uma pessoa que necessita de remédios caros ou cuidados especiais. Deve-se compreender nos sujeitos suas "*diferentes liberdades para buscar suas respectivas concepções de bem*"[17]. Ao considerar fatores como idade, sexo, situação de classe, características herdadas etc. a atribuição de um mesmo "pacote de bens primários" para um pode ser insuficiente, mas para outro, pode ser mais do que suficiente. Talvez o caminho seja um "pacote eqüitativo de bens primários" que considerasse as necessidades variadas dos indivíduos.

Outro ponto na perspectiva de Rawls é que essa somente abrangeria os membros de uma determinada sociedade "bem ordenada", aqueles alheios a essa sociedade não são satisfatoriamente considerados nos seus parâmetros da justiça. Também há um excesso de credibilidade na estrutura democrática formal (que é a democracia constitucional) relegando o papel do indivíduo a um segundo plano. A partir do momento em que as instituições são justas e a sociedade se organiza com base num contrato de aceitação mutua entre os indivíduos é que o indivíduo deve fazer sua parte conforme definem as regras das instituições. Seria como se o indivíduo já "encontrasse" uma democracia "pronta e acabada" a partir da "posição original" e tudo que fez para construí-la foi um acordo. Sabemos que os processos democráticos são de construção ininterrupta e jamais atingida plenamente.

A proposta de Singer, embora caminhe, também, na direção de se garantir o mínimo básico para todos, tem como ênfase a métrica de que ninguém deveria possuir mais do que o básico enquanto todos não detivessem isso. A teoria aponta para um sentido fundamentalmente global ao atribuir a responsabilidade dos países mais abastados para com os países necessitados e da mesma forma com relação aos indivíduos. Ou seja, todos são responsáveis - independente de possuírem relações diretas ou não, de estarem distantes ou não - por aqueles que estão em situações cujo sofrimento pode ser evitado.

Doar o excedente que não é necessário para sobreviver não é caridade, é dever ético. Mas o que é o necessário para viver dentro da variedade humana e das perspectivas subjetivas? Singer aponta a necessidade de se abdicar dos benefícios que a sociedade de consumo traz em razão da ética. Toda a sociedade precisa ser modificada na maneira como enxerga o valor moral das coisas: não é ético ostentar um padrão de vida como fazem os países desenvolvidos enquanto milhões não possuem o necessário para sobreviver. Menos ético ainda, talvez, seja propagar esse padrão de vida, sabendo que os recursos naturais existentes, com a tecnologia existente, não possibilita a uma imensa maioria se aproximar dessa realidade[18]. Singer não responde a questão, mas aponta caminhos.

A questão é que, por essa perspectiva, a ética torna-se muito complexa de ser exercida, deposita-se uma credibilidade muito grande no agir consciente, na "racionalidade" e na coerência, e, sem um sistema coercitivo, torna a proposta fragilizada. Por outro lado, o caminho apontado é de suma importância de ser considerado: de um lado, enquanto nos preocupamos em gastar com trivialidades, ostentamos marcas, cultuamos um paladar requintado, entre outras futilidades, do outro lado, muitos estão morrendo por "causas

perfeitamente contornáveis", como não ter nem o que comer. O que Singer apresenta é uma profunda contradição no campo do direito e da moral, em que o "direito a vida" está num patamar inferior aos "direitos de propriedade". Essa contradição não pode ser enfrentada, a menos que se defenda uma posição em que, de alguma forma, nos isente absolutamente da responsabilidade para com os outros. E de fato esse é o local em que o modelo liberal e a exaltação dos direitos individuais culminou, num individualismo solepcista e no afastamento das responsabilidades para com os outros, tanto do Estado, quanto dos indivíduos.

As duas perspectivas trazem reflexões interessantes e caminham no sentido de propor uma revisão dos direitos de propriedade para atender as exigências de uma sociedade justa. Ambas as teorias possuem como base a concepção de que os direitos de propriedade não poderiam se situar num patamar superior em relação: a) aos direitos que asseguram que as necessidades básicas dos indivíduos devem ser supridas; e b) aos direitos que asseguram que a vida humana seja valorizada de forma suficiente para se evitar mortes por causas frívolas que ações políticas simples contornariam. Essa questão enseja uma mudança significativa no modelo de desenvolvimento da sociedade atual e diz apenas que a vida humana deveria ter ao menos valor igual ao que atribuímos às nossas propriedades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aristóteles. **Ética a Nicômaco. "Os Pensadores",** trad. Vinzenco Cocco. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. "Os Pensadores",** trad. Luiz João Baraúna. São Paulo, 1979.

CASTRO FARIAS, José Fernando. **Ética, Política e Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

CARVALHO, Maria C. M. **Correntes Fundamentais da Ética Contemporânea.** Org. Manfredo A. de Oliveira. Petrópolis: Vozes, 2001

DAMÁSIO, Antônio. **O Mistério da Consciência: Do corpo e das emoções ao conhecimento de si .** trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Comphania das Letras, 2000.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** Trad. Almiro Pesetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000

SEN, Amartya**. Desigualdade Reexaminada.** Trad. Ricardo Mendes. Rio de Janeiro: Record. 2001

SINGER, Peter. ***Vida Ética;* os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade.** Trad. Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro. 2002.

GLOBAL ENVIRONMENT OUTLOOK 3: Past, Present and future perspective. UNEP - ERTHSCAN. London, 2002

---

[1]SEN, Amartya**. Desigualdade Reexaminada.** Trad. Ricardo Mendes. Rio de Janeiro: Record. 2001 p. 48

[2] SINGER, Peter. *Vida Ética;* os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade. Trad. Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro. 2002.p.34

[3] Aristóteles. **Ética a Nicômaco. "Os Pensadores",** trad. Vinzenco Cocco. São Paulo: Abril Cultural, 1979 p.49

[4] idem

[5] CASTRO FARIAS, José Fernando. **Ética, Política e Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.7

[6] CASTRO FARIAS, José Fernando. **Ética, Política e Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

[7]CASTRO FARIAS, José Fernando. **Ética, Política e Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.p. 14

[8] CARVALHO, Maria C. M. **Correntes Fundamentais da Ética Contemporânea.** Org. Manfredo A. de Oliveira. Petrópolis: Vozes, 2001 p. 100

[9] BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. "Os Pensadores", trad. Luiz João Baraúna. São Paulo, 1979. p.4

[10] DAMÁSIO, Antônio. **O Mistério da Consciência: Do corpo e das emoções ao conhecimento de si .** trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Comphania das Letras, 2000. p.107

[11] SINGER, Peter. *Vida Ética;* os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade. Trad. Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro. 2002. p. 33

[12]CASTRO FARIAS, José Fernando. **Ética, Política e Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.52

[13]BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. "Os Pensadores", trad. Luiz João Baraúna. São Paulo, 1979

[14] CASTRO FARIAS, José Fernando. **Ética, Política e Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

[15] RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** Trad. Almiro Pesetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000 p.64

[16] CASTRO FARIAS, José Fernando. **Ética, Política e Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

[17] SEN, Amartya**. Desigualdade Reexaminada.** Trad. Ricardo Mendes. Rio de Janeiro: Record. 2001 p. 38

[18] GLOBAL ENVIRONMENT OUTLOOK 3: Past, Present and future perspective. UNEP - ERTHSCAN. London, 2002.

A ÉTICA E A VIRTUDE COMO MATRIZES DA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA NA FILOSOFIA GREGA CLÁSSICA*

ETHICS AND VIRTUE AS MATRIX DESIGN OF JUSTICE IN CLASSICAL GREEK PHILOSOPHY

Luciano Braz da Silva
Lafayette Pozzoli

RESUMO

Dentro de sua visão lógica e metafísica, Platão entende que o homem deve necessariamente desprezar os prazeres, as riquezas e as honras, como também demonstrar renuncia aos prazeres do corpo assim como do mundo. Em Aristóteles Todas as ações humanas, objetivam "fins" que ao seu modo sejam fatalmente "bens". O conjunto das ações humanas e o conjunto dos fins particulares tendem a um "fim último", que é o "bem supremo" no qual todos os homens concordam em chamar de "felicidade". Correlata a essa idéia, a felicidade também segue encadeada a esfera dos sentidos, uma vez que o homem não é só razão e nem puro espírito mas também carne e sentidos. Sendo assim para que o homem seja realmente feliz é necessário que todas as suas faculdades sejam satisfeitas inclusive a dos sentidos. No uso da razão, o homem torna não só observador da leis, mas compreende a ordem funcional do todo e o seu lugar de atuação como parte do todo, ou seja, o homem se dá conta que tudo obedece as leis da existência. A respeito da virtude, entendia-se que havia um condicionamento no que tange o qualificativo virtuoso ao qual cuidava-se, ou melhor, aperfeiçoava-se por intermédio da razão para que seu exercício fosse engendrado por meio desta em função da alma e de sua "areté". A justiça e a excelência moral são a mesma coisa, pois a justiça não é parte da excelência moral, mas sim, a excelência moral inteira, assim como também a injustiça é a deficiência moral inteira.

PALAVRAS-CHAVES: ÉTICA, HUMANISMO,E DIGNIDADE HUMANA

ABSTRACT

Within his logical and metaphysical vision, Plato understands that man must disdain pleasure, wealth and honor, as well as demonstrate renunciation to body and world pleasures. To Aristotle all of human actions aim at "ends" that in their own way are ultimately "goods". The set of human actions and the set of particular ends tend to an "ultimate end", which is "supreme good" which all men agree on naming as "happiness". Correlated with this idea, also happiness follows on linked to the sphere of senses, since man is not only reason and not even pure spirit, but also flesh and senses. So, for man to be really happy it is necessary that all his faculties be satisfied together with his senses. In using reason, man becomes not only observer of laws, but he

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

understands the functional order of the whole and his functioning place as part of the whole, that is, man becomes aware that everything obeys the laws of existence. As regard to virtue, the understanding was that there existed a conditioning factor with respect to the virtuous qualification taken under attention; rather, it was perfected by means of reason so that his exercise was engendered through it in function of the soul and of his “arête”. Justice and moral excellence is the same thing, for justice is not a part of moral excellence, but the whole of moral excellence, as well as injustice is the whole of moral deficiency.

KEYWORDS: ETHICS, HUMANISM, AND DIGNITY

INTRODUÇÃO

O indivíduo com agente do Estado, como membro político sujeito de Deveres e Direitos é visto como tal desde os tempos remotos da civilização. Suas ações o caracterizam, o definem como bom, ético, imoral ou transgressor da norma. As discussões que envolvem as análises do comportamento humano retroagem a datas bem remotas. As discussões e indagações sempre permearam os campos da religião, da política, da filosofia, do Direito e de tantas outras áreas que na historicidade humana ajudaram a compreender o homem. Ora falar dessas ciência e de tantas outras que estudam o homem, nos possibilita afirmar que são essas ciências que nos informam alguma coisa a respeito do homem, retrocedendo desde os períodos antigos até o período contemporâneo. Dentre as tantas ciências que estuda o homem, devemos destacar a história, de sorte que, certamente não entenderíamos o presente sem antes relermos, por intermédio da história, o passado. E relermos o passado – do homem propriamente dito – devemos estudar também o seus contextos, sua cultura, forma de pensar e de se estruturar como indivíduo, família e Estado.

Como indivíduo político e social, o homem, se estabiliza juntamente com outros indivíduos que compõem as esferas, e os órgãos que estruturam seu contexto social. Por tanto esse mesmo individuo deve desenvolver atos que corroborem ao bom estabelecimento do seu meio social de maneira que suas ações não contenda com os interesses sociais.

O objetivo desse trabalho tem como fim, analisar as matrizes dos conceitos de justiça, e para tanto utilizaremos da filosofia para compreendermos o móbil dos discursos que seguiram em toda a historicidade do Direito buscando implantar uma ciência que visa a justiça como objetivo principal. Sendo assim, analisaremos algumas proporções que compuseram e ainda compõem a estrutura da justiça. Buscaremos compreender a ética nos seus mais variados aspectos, buscaremos nos aproximar o quanto possível a essência dos discursos dos principais filósofos do período clássico grego. Analisaremos a virtude, o individuo como membro do Estado, suas atuações, intento e questionamentos, no que diz respeito a verdade, a ética, a virtude, o bem comum e a justiça. Nos valeremos do raciocínio da lógica da razão, do conhecimento epistemológico, a concepção da dóxa (opinião), a maiêutica de Sócrates, o idealismo platônico, e do empirismo aristotélico. Enfim tramitaremos em vários campos da teoria

do conhecimento para que possamos apresentar uma análise que corresponda às contingências políticas, sociais e sobre tudo do Direito no atual modelo de Estado – Social que vivemos.

1 – ÉTICA E SUA ETIMOLOGIA.

Indagar o que vem a ser a ética, ou estabelecer uma definição do agir ético do - *anqropos agaqos - anthropos agatos – homem bom*, todavia, dentre as inquietações humanas não só individuais, mas também coletivas - *anqropwis agaqwis politikoi - anthropois agthois politikois - o homem bom para a cidade* -, tornara para o homem o grande alento para sua existência. De origem grega, a palavra - eqos - *ethos*, nos traz a idéia de: o *costume*, o *hábito*; portanto a ética, todavia, é o instrumento no qual se determina a valorização dos comportamentos e da ações humanas no intuito de medir-lhes quanto as suas utilidades, finalidades, seus direcionamentos, as conseqüências, os mecanismos, os frutos e,s. Portanto, nas palavras de BITTAR, "Se há que se especular em ética sobre alguma coisa, essa "alguma coisa" é a ação humana" (BITTAR: 2002 – 3).

Ora é evidente que quando falamos em ações humanas, não devemos pensar-las distantes da sociedade, do coletivo urbano, muito embora haja ações que são meta-individuais por ocasião do determinado fim que beneficiará de forma particular o individuo da ação; muito embora o fim da ação seja de interesse particular é evidente que em todo curso ou grande parte da ação outros sujeitos atuaram não de forma teleológica. Entender que o *ethos* é co-extensivo à cultura, e por tanto estante nas ações potencializadas pelos hábitos e costumes, isso significa determinar a natureza essencialmente da ação humana *axio-gênica*, seja no que diz respeito a sua *práxis* – o agir propriamente dito – ou com referência a sua *poiesis* – o fazer. Como ciência filosófica que estuda o qualitativo das ações, e como tal busca compreender não somente o gerenciamento da ação, mas também, a estrutura da ação, mais precisamente o dualismo presente na referida estrutura, podemos destacar como objeto do mencionado dualismo o conteúdo e a significação da ação, entre o dado – objeto intencionado – e a intenção, entre a potencialidade imanente que determina o objeto da ação e o finalismo do agente (LIMA VAZ: 2002 – 33).

Diferentemente do português, no alfabeto grego há vogais longas e breves que infere significado na etimologia das palavras. Em português escrevemos com a mesma vogal a palavra que significa costume: *ethos*. No grego existem duas grafias para a vogal "e": uma breve chamada *épsilon - h*, e outra longa, chamada *éta - e* . *Ethos*, escrita com a vogal longa significa costume; noutro caso, escrita com vogal breve, significa caráter, índole natural, temperamento, ou seja, conjunto das proposições físicas e psíquicas que definem e caracterizam a pessoa o indivíduo. Neste segundo sentido, hqos ethos refere às características pessoais de cada indivíduo que determinam e elucidam quais são de fato as virtudes e vícios que cada um é capaz de praticar. Por tanto referem-se a moral e a consciência ética individual de cada indivíduo a saber suas aplicações naquilo que o inseri o convívio com os demais duma mesma sociedade (MURACHCO: 2003 – 502, 530).

2. ETHOS & *PRÁXIS*

Diferentemente da retidão – concepção que se atrela muito aos preceitos religiosos e também com preceitos imperativos da razão, onde a razão atua previamente estabelecendo e prescrevendo certas ações, ou ainda com algum fim ulterior -, é possível fazermos a leitura moral das nossas ações, enxergando-a com algo que o atrai, como um bem a ser pretendido, do que meramente como um preceito, ou um imperativo da razão. Por tanto toda ação virtuosa é virtuosa por si mesma, de forma que, não podemos utilizar condutas ignóbil com o fim à virtude, a ética ou à moral, a ação não é vista como um preceito de uma razão imperativa, mas como algo bom por si mesmo, e não meramente como uma forma à um bem ulterior (Sidgwick, *in:* RAWLS: 2005 – 3).

Segundo Sidgwick, os principais pontos de controvérsias entre o pensamento antigo (Grécia) sobre a ética e o pensamento moderno, destacam-se sobre tudo numa implantação genérica - de bem - em lugar de uma noção específica - como a retidão – na expressão dos juízos morais comum das ações. " A virtude ou ação justa é comumente vista [pelos gregos] como apenas uma espécie do Bem: assim...a primeira questão...se intentarmos sistematizar a conduta, é como determinar a relação dessa espécie de bem com o restante do gênero (Sidgwick, *in:* RAWLS: 2005 – 4).

A estrutura da ação, mais precisamente o dualismo presente na referida estrutura, podemos destacar como objeto do mencionado dualismo o conteúdo e a significação da ação, entre o dado – objeto intencionado – e a intenção, entre objeto pretendido no curso da ação torna-se a sustentação (*ereisma)* propriamente a síntese presente entre a natureza do objeto e a operação do sujeito.[1] A axiologia da ação se mostra presente na estrutura da ação, mais precisamente, no seu dinamismo, fronte ao desígnio em vista daquilo que o sujeito é, e aquilo que o sujeito pretende ser. O objeto como conteúdo da ação – *ereisma* – a sua integração atuante na composição do sistema que arquiteta as formas e valores que compõem a cultura ou sistema das significações com que a sociedade e o individuo representam e organizam o mundo como mundo humano, logo, o objeto está para o sujeito como condicionante transcendental que atesta o sujeito pela sua ação. Assim sendo, o universo das formas simbólicas diferencia-se assimetricamente ao universo das formas naturais, e a dissimetria entre ambos se manifesta na ocasião em que o excesso do símbolo pela qual a realidade é submetida à sua norma mensurante. Essa norma deve assumir no indivíduo as mesmas proporções contidas no símbolo. Isso significa dizer que as ações, enquanto produtora de símbolos e portadora de significações que advém do objeto, a ação manifesta desta sorte uma propriedade constitutiva da sua natureza: "ela é a medida (*métron*) das coisas e, enquanto tal eleva-se sobre o determinismo das coisas e penetra o espaço da liberdade" (LIMA VAZ: 2002 – 33, 34).

A co-extensividade entre *ethos* e cultura se estabelece justamente a partir do caráter mensurante da ação com respeito à realidade. Se considerarmos que a *práxis* atua estante na face subjetiva da cultura e o seu objeto enquanto *prãgma* (o fato, o ato, a coisa) como a sua face objetiva, isso nos possibilita dizer que a significação ou a expressão simbólica do *prãgma* informa-nos a função mensurante da *práxis*, o dever-ser por ela conferido ao seu objeto. E é justamente na explicitação desse *métron* (a medida) próprio da *práxis* que o *ethos* (hábito, costume) se compõe e se organiza co-extensivamente a todo âmbito da cultura. " No entanto esse nó originário onde se entrelaçam cultura e *ethos* é também o lugar onde a experiência da ação exigirá a explicitação do seu caráter normativo na forma de um *ethos* no sentido estrito que acabará mostrando-se como *métron* ou instância transcendente à própria ação. É como

tal que ele penetrará o sistema inteiro das formas simbólicas ou todo o corpo da cultura" (LIMA VAZ: 2002 – 34, 35).

Analisar a praxe da ética consiste analisar a atuação concreta e encadeada existente entre vontade e razão, portanto, a síntese composta por essas duas proporções, justamente pela interação que há entre ambas, extraem predicados[2] que se corporificam por diversas formas. Uma vez compreendido que as ações humanas são compostas de intencionalidade e finalidade, destarte, reconheçamos a veracidade linear entre atos exteriores e intenções (BITTAR: 2002 – 8).

Stammler toma como ponto de partida na sua pesquisa a consciência, não pelas óticas da psicologia naquilo que concerne suas preeminências, mas como atitude integral do homem perante a si mesmo como também na realidade que se situa. Sendo assim Stammler entende que o homem quando se depara diante de coisas por mais diversas que venham ser, o mesmo o faz, no intuito de contemplá-las, ou, se põe diante da realidade como sendo um objetivo, ou melhor, como sendo um fim a atingir (Stammler, *in:* Reale: 2002 – 335). Percepção e querer (*"wollen"*) são duas proporções universais do espírito das quais não podemos fugir. Resultante dessa lógica em clara evidência reconhecemos um ponto de partida inamovível; como sujeito universal facultativo o homem sempre se deparará fronte a condições que requererão do mesmo duas atitudes possíveis: ou percebe e explica, ou quer segundo fins. Percebe-se indiscutivelmente que dessas duas atitudes fatídicas dá-se duas possibilidades de ordenação do real. Ora ordenamos as coisas *per causas,* ora ordenamos coisas segundo fins. As causalidades e as finalidades configuram as atitudes do homem enquanto se põe perante si mesmo e a realidade suscitando daí explicações pertinentes que o caracterizam. A prévia de nossas ações, está em que, no realiza de quaisquer ações, evidentemente o fazemos por condição do exercício de nossas faculdades psíquicas e intelectuais, ou seja, a consubstanciação finda-se no mundo do querer e da finalidade a saber mundo das realizações. Diga-se de passagem, que a princípio Stammler não busca distinguir o que venha serem fatos jurídicos e não jurídicos. De antemão o enunciado se constrói sobre tudo e a rigor em determinar ou definir acoplado a singularidade à característica comum a todos os fatos humanos como sendo "expressões do querer" (Stammler, *in* REALE: 2002 - 335).

3. ÉTICA SOCRÁTICA.

A prática do erro está posta sobre tudo na ignorância, ou seja, só pratica o mal quem desconhece a virtude. O homem obtendo o verdadeiro conhecimento, evidentemente o seu agir será ético. No pensamento socrático as premissas oriundas de convenções tidas nos costumes não constituem como fonte indelével do saber, uma vez que essa pedagogia se molda a cada contexto e em diferentes circunstâncias de interesse, consequentemente não demonstra obter valia. Todavia o saber necessariamente se dá a partir da elucidação racional, nesse sentido, Sócrates é tido como sendo o fundador da ética. Para filosofia socrática o exercício da razão em análise a toda e qualquer questão moral, obviamente implica denunciar tudo aquilo que se mostra virtuoso, contudo, entretanto não o é (ABRÃO, Bernadette: 2002 – 44, 45).

A peculiaridade de Sócrates que se mostrava de forma absolutamente explícita no uso da maiêutica - diga-se de passagem sua origem se deu com o mesmo - por meio das multiplicas perguntas amiúde obtinha um caracter indutivo com intuito de levar o ouvinte a parir a idéia inata. Diferente daquilo que era exposto pelos sofistas buscou diferenciar o que vem a ser impressão dos sentidos, haja vista, há a subjetividade donde surge o arbítrio, a instabilidade, a acidentalidade individual e a razão onde encontramos na forma engenhosa o conhecimento ao que logicamente não diferencia entre os homens, todavia as definições um tanto limitadas, passa de forma menos precisas até se chegar às definições mais adequadas (VECCHIO: 1979 – 36, 39).

Insatisfeito com o que se ouviu dos últimos naturalistas, Sócrates concentrou definitivamente seus esforços em análise a problemática do homem no que diz respeito suas inquietações. Os naturalistas expuseram suas definições de modo contraditório naquilo onde apresentavam os problemas do "princípio" e da *phyfis.* Os argumentos falaciosos sustentando o tudo e o contrário de tudo (o ser é *uno,* o ser é *múltiplo, nada* se move, *tudo* se move, *nada* se gera e *nem* se destrói, *tudo* se gera e se destrói). Diferentemente dos sofistas que não fizeram mais do que apresentar problemas insolúveis para o homem, Sócrates soube chegar fundo nesta questão, reconhecendo seus limites no que tange a dimensão desse assunto (REALE, Gionanni: 1990 - 87).

A questão primeva para os naturalistas era: "o que é a natureza e a realidade ultima das coisas? ' Sócrates procura responder a questão: "o que é a natureza ou a realidade última do homem"?", ou seja, "o que é a essência do homem?".

Logo obtém-se a resposta de forma precisa e inequívoca: o homem é a sua alma (psiqué). Nisto observa-se sua característica una que o difere de todas as demais cousas. Como alma Sócrates entende a razão a sede de se elaborar as atividades pensantes de forma ética operante. Logo chega-se a seguinte conclusão se a alma é a essência do homem cabe-nos de antemão cuidar absolutamente da alma com maior perspicácia do que para com o corpo, pois sobre aquela está nossa consciência juntamente com nossa personalidade intelectual e moral. Sendo assim Sócrates entendia obter a função de educador ensinando os homens a cuidar da própria alma, função o qual acreditava ter recebido de deus; de certa forma uma apocatástase (MONDIN: 2002 - 223), *"que é isto (...) é a ordem de Deus. E estou persuadido que não há para vós maior bem na cidade do que esta minha obediência a Deus"*.

Essa tese socrática se fundamenta sobre dois pilares: o instrumento que se utiliza e o sujeito que utiliza esse instrumento. Sendo assim percebe-se que o *homem* usa seu próprio *corpo* que é seu instrumento para a elaboração dos seus exercícios facultativos direcionando-os evidentemente a um fim. Logo vê-se que *homem* e *corpo* são coisas distintas entretanto correlatas; suscitando daí a pergunta: o que é o homem? Impreterivelmente não se pode responder ser o corpo, antes sim que é aquilo que se serve de corpo no qual enuncia seu ser, a saber, sua *psyché* – a alma (= a inteligência), de modo a nos advertir: conhece-te a ti mesmo. Certamente só o faremos por intermédio do fenômeno da alma observado no corpo.

4. VIRTUDE

O termo “areté” no grego sua etimologia está relacionada a condição da qual consiste a forma de se tornar uma coisa boa e perfeita naquilo que o é. De forma mais lúcida, seria a forma ou modo de aperfeiçoar cada coisa no seu respectivo exercício para qual fora definitivamente criado, e que doravante resulte dai que aquilo torne de fato aquilo que deve ser na sua absoluta amplitude. Entendiam os gregos que a virtude está posta no ápice da atividade, ou seja, na absoluta execução das atividades de quaisquer que sejam as ações pertinentes a quem de fato por natureza. Vejamos por exemplo: a tarefa do cão é de ser um bom guardião a do cavalo é de correr velozmente e assim segue. No que diz respeito ao homem, a virtude seria exercer com a finco as atividades intelectuais da razão, resultando ao que previamente se pretende o direcionar da alma ao seu estágio pleno na forma que sua natureza determina, isto é, boa e perfeita e que seu fim resulte no bem comum a todos. Para Sócrates a execução se torna possível através da ciência ou conhecimento, em contraposição o vício seria a privação, o desprender da ciência do conhecimento, vale dizer, a ignorância (REALE, Gionanni: 1990 - 88, 89).

A condição supérflua ou malogra das coisas exteriores como riqueza, o poder, a fama; como também os ligados ao corpo, como a vida, o vigor, a saúde física e a beleza em si eram irrelevantes. Mas somente os valores da alma que se resume todos em conhecimento demonstram tamanha relevância para o pensamento socrático. Ocasionalmente não significa que os valores tradicionais tornam-se desse modo “desvalores”; a priori entendia-se que “*em si mesmo*, não tem valor,” estão condicionados por questões externas a sua essência. Entendia-se que havia um condicionamento no que tange o qualificativo virtuoso ao qual cuidava-se, ou melhor, aperfeiçoava-se por intermédio da razão para que seu exercício fosse engendrado por meio desta em função da alma e de sua “areté”. (REALE, Giovanni: 1990 – 88, 89).

No que resulta a tese socrática? *Enkráteia*, ou seja, o auto domínio nos estados de prazer, dor e cansaço, no ápice do calor das paixões e dos impulsos : entendendo o autodomínio como o pilar da virtude, cada homem deveria procurar tê-lo. A mais significativa manifestação por excelência na sua teleologia da *psyché* ou *razão* humana, se dá naquilo que Sócrates denominou “autodomínio” *enkráteia.* Logo autodomínio significa: *domínio de sua racionalidade sobre sua própria animalidade*, ou seja, tornar a alma senhora do corpo e dos instintos ligados ao corpo. Sendo assim, o que é ser livre? O homem livre é o que sabe dominar os seus instintos mantendo-os sobre seu domínio, doutro modo o verdadeiro escravo é o homem que não sabendo dominar seus instintos torna-se vítima deles (REALE, Giovanni: 199090 – 91).

Aristóteles afirmava com tamanha credibilidade que Sócrates suscitou duas grandes descobertas: o método indutivo e a definição (*ou conceito universal*). Por estarem ligadas entre si, estabelece que é por intermédio do método indutivo que se chega ao conceito universal. Sócrates fora o precursor do conceito da idéia universal, consolidando-a de sobre modo fronte a distinção feita em relação à opinião (*Doksa).* Visto que naquilo que difere de indivíduo para indivíduo se estabelece a opinião ao passo que no que diz respeito ao conceito universal é unívoco, *uno,* o mesmo para todos em todos os lugares. Entretanto o meio para se chegar à aquisição do conceito universal, ou seja, o apreender da essência das coisas, a pedagogia que nos possibilita adentrar no aprendizado é por meio do método indutivo (MONDIN. 2002: 49, 50). Na interlocução feita por Sócrates e seus ouvintes, naquilo que se pretendia estabelecer definitivamente como conceitos de justiça, liberdade, santidade, etc., uma vez já apresentadas as definições dos seus interlocutores, Sócrates os refutava demonstrando as insuficiências

e infundadas definições apresentadas por eles, esse método socrático fora conhecido como a maiêutica socrática.

5. A ÉTICA, na filosofia de Platão

Toda a filosofia de Platão é estabelecida a partir de orientações éticas. Dentro de sua visão lógica e metafísica, Platão entende que o homem deve necessariamente desprezar os prazeres, as riquezas e as honras, como também demonstrar renuncia aos prazeres do corpo assim como do mundo. Entretanto os esforços devem se consolidar em buscar somente a prática da virtude no qual o filósofo definiu como sendo a sapiência da vida. Para Platão o homem está na terra momentaneamente como que de passagem sendo que a vida – inferior - que agora leva no mundo da *físis* seria como uma provação no qual o mesmo estaria sendo avaliado para o seu eterno estabelecer num estágio superior – mundo supra-sensível. No Hades sua alma seria julgada a partir dos critérios de justiça e injustiça, da temperança e da intemperança, da virtude e do vício e a cada caso concreto receberia a devida recompensa. A tríplice sentença do juízo se vale da condição na qual se homem tiver vívido em plena justiça, sua alma receberá um prêmio (irá para lugares maravilhosos nas ilhas felizes; por outro lado tendo vívido em plena injustiça ao ponto de ter se tornado irreparável, receberá como recompensa o castigo eterno (será precipitada no tártaro para sempre). No caso de ter cometido injustiças reparáveis, i, é; no caso de ter vívido parte justa e parte injusta e consequentemente tendo se arrependido, a alma será castigada apenas temporariamente (depois de expiada suas culpas receberá a recompensa que merece). A filosofia platônica da natureza do homem provou de fato a existência de uma esfera superior na qual vale a pena viver, seria a esfera do inteligível o imaterial. Já no mundo sensível a alma é prisioneira do corpo e segue em constante peregrinação a procura do bem superior que perdeu em decorrência dos seus vícios (MONDIN: 2002 - 73, 74).

Para Platão a verdade e a busca do bem supremo que constitui a fonte primeva da idéia – *eidos - una* da ética, encontra-se nas esferas das especulações humanas, e não das realizações humanas que comumente – segundo Platão -, são ações capciosas e vulgares. Portanto, verifica-se que há uma grande distância entre o mundo das realizações e o mundo das especulações, destarte o Bem Supremo jamais poderá ser alcançado pelo homem que segue com sua vida alienada ao mundo da *fisis*, logo, a alma está incumbida na logística encerrando-se na contemplação da verdadeira Realidade, de onde se extraem os conhecimentos absolutamente necessários e definitivos para serem seguidos pelos homens (BITTAR: 2002 – 146). Com efeito, as argumentações teleológicas de Sócrates a respeito da virtude acaba favorecendo de sobre modo as lições a respeito da *tékhené – a arte* – na filosofia platônica; consoante matéria, torna o ponto de partida que constituirá a formulação da racionalidade da conduta humana como ciência do *ethos* ((LIMA VAZ: 2002 – 41, 42).

No *fédon*, Platão explica com lucidez sua filosofia, demonstrando a necessidade de se fugir do mundo inferior aplicando todos seus esforços a busca da esfera superior. Para Platão o verdadeiro filósofo anseia a verdadeira vida voltada para si mesma sem obstáculo e anteparos e absolutamente unida ao inteligível o qual o mesmo descrevia como sendo o mundo das verdades. Isso significa que a morte do corpo representa a abertura para a verdadeira vida da alma uma vez que a alma estando ligada ao corpo a

mesma fica presa as delimitações deste. Sendo assim, filosofar ao modo platônico é a prática do exercício autentico das questões sapienciais que remete a vida à dimensão exclusiva do espírito. Fugir do corpo dos vícios atinentes a sua natureza resulta no encontro com o espírito possibilitando-nos a vida real. Este, via de regra, seria o meio pelo qual os homens tornariam virtuosos assemelhando-se a Deus não estando mais escravos aos apetites do mundo da *físis*. Não obstante à essa ideologia, a operação do mal evidentemente não desapareceria absolutamente, de sorte que sempre deveria existir o contrário do bem algo que certamente estaria posto na terra junto de nossa natureza mortal e ínfera. Obviamente seria esta a razão pela qual deveríamos fugir desta realidade malogra objetivando a verdadeira vida que está posta na esfera superior onde os vícios e os males oriundos desse mundo certamente não existem. Essa prática seguiria em assemelharmo-nos a Deus na medida maior de nossas possibilidades humanas absolvendo a nós suas características divinas. Assemelharmo-nos a Deus é adquirirmos justiça, santidade e sabedoria (REALE, Gionanni: 1990 - 154, 155).

6. VIRTUDE EM PLATÃO

A virtude em Platão se configura absolutamente na potencialização, na estabilização da harmonia entre a *tékhne* (arte) *epi-stéme* (a ciência o saber) e a *dynamis* (a força a potência). Das três classes que existe no Estado e das três classes que existe na alma uma vez estabelecido a harmonia entre ambas poderemos ter um Estado e o indivíduo saudável. Assim como o Estado deve ser governado pela classe daqueles que detém a sabedoria, a vida do homem deve ser governada pela parte mais nobre do seu ser a *epi-stéme,* esta, está situada na sua *psykhé (alma).* Ora estando já estabelecido a devida harmonia nas proporções que compõem o Estado e o indivíduo, lógicamente só poderão fazer ou sofrer senão aquilo que os fazem ou sofrer as coisas que os (tomam pela mão, que os agarram – verbo *drássomai)* empolgam. Por conta disso o enunciado expressa a idéia que a harmonia não governa, não direciona os elementos que a compõe, antes sim o seguem em seu objetivo fim, e em caso algum se opõe a esses ao que por certo não existiria harmonia e sim a desarmonia que por fim suscita o vício (PLATÃO, Fédom. 1979. 104 - 107).

Ao contrário da virtude, onde há harmonia, consenso e consciência teleológica, na esfera da atuação dos vícios, encontramos a desordem, as ambições, as guerras, competições e fúrias. De fato, onde predomina o levantes das partes, assimetria de entendimento, ai está implantado o domínio do desgoverno. Na lição apresentada por BITTAR, esse fato é notório pela seguinte questão: "...ora manda o peito, e suas ordens e mandamentos são torrentes incontroláveis (ódio, rancor, inveja, ganância...), ora manda a paixão ligada ao baixo ventre (sexualidade, gula), (CHAUI, *in:* BITTAR: 2002 – 141).

Disto posto, subentende-se que a harmonia existente está condicionada em função da razão, da arte e da força (potência) que resultará na *areté* – virtude-excelência, em suma a *epi-stéme,* no que diz respeito a harmonia, assume a primazia em governá-la, justamente pela questão de que na filosofia platônica e socrática a ciência – a razão se

assemelha aos seres divinos. Sendo assim, a harmonia não tende ao vício no qual é contrário a ciência.(PLATÃO, Fédom. 1979. 104 - 107).

Por tanto, o indivíduo virtuoso para Platão, é o sábio que conscientemente sabe trabalhar com a razão, utilizando desta, para impor o pleno domínio às tendências irascíveis e concupiscíveis humanas, tudo com vistas à supremacia da alma racional. Sendo assim, virtude em Platão significa controle, ordem e equilíbrio, proporcionalidade e, s; em que as almas inferiores – por tanto irascíveis e concupiscentes -, devem, todavia, se submeterem aos comandos da alma racional, esta sim soberana (BITTAR: 2002 – 140).

7. A ÉTICA, a alma e a ordem política no Estado

Para compreendermos a concepção ideológica de Estado em Platão, via de regra devemos atentarmos a sua compreensão teleológica tendo como objetivo central a análise do fim no qual é proposto sua definição de Estado. A busca da idéia do *bem comum,* torna-se a visão teleológica do filósofo. Destarte a justiça e a felicidade dos cidadãos que compõem o Estado é a condicionante para a sustentação dum Estado salutar e permanente. Como fora exposto anteriormente dada a definição de *doxa,* sobre tudo naquilo que seu exercício nos proporciona, a saber, que, por intermédio da opinião (mundo da físis) há a estabilidade da reminiscência direcionando-nos a episteme (razão). De toda argumentação construída por Platão a respeito do Estado, o que se pode ver claramente e até por conta do seu método gnosiológico-filosófico, sua configuração não se deu absolutamente por via duma análise cientifica naturalista da realidade contemporânea de Atenas, haja vista, os preceitos éticos existentes na polis grega observados pelo filósofo estavam se desfalecendo no contexto da práxis social de Atenas. Ora o discurso de Platão se mostrou envolto a um sentimento nostálgico donde a busca à uma identidade virtuosa impreterivelmente seria o prisma da condição natural de cada ente dada sua peculiar importância no organismo estatal. O organismo – Estado se consolida e se sustenta não a partir de interesses particulares egoístas, ou de classes separadas, restringindo-se aristocraticamente, antes sim, do exercício coletivo à estabilização do bem comum entre todos (MORRISON: 2006 - 41, 43). Entretanto, a condição para conhecê-lo e a definição exata do termo, no *àgora* (praça – lugar de discurso) entre os questionamentos assumia o papel protagonista nos discursos. Platão se mostra convencido em poder mostrar um direcionamento para implantação do bem comum, a priori defende a coerção e a "manipulação" para objetivo compreendido, o fim que se almeja com o funcionamento do bem comum necessariamente subjaz a implantação da justiça.

Ao que se pode ver, a justiça assume a primazia entre todas as demais virtudes para a estabilização e funcionamento do bem comum no Estado. Na *República,* Platão estabelece uma leitura congruente à concepção de justiça, observando de forma paralela e conotativa as vero-semelhanças entre o Estado e o indivíduo, resultando num vértice ideológico de justiça, embora, entre ambos amiúde percebe-se destacado diferencial sobre tudo naquilo que concerne em particular à cada qual a extensão da justiça, sua proporção contida e conferida distintamente na estabilidade à ambos Estado -

Indivíduo. Para Platão, o Estado semelhantemente ao homem possui uma logicidade orgânica e como tal se estabelece e se desenvolve sistematicamente, encadeadamente observando leis e princípios. Ora nitidamente podemos ler princípios ideológicos pertinentes a natureza do homem como justiça, ética, virtude e,s; de forma mais acentuada no organismo estatal, haja vista, aqui podemos compreender de forma bem mais clara, uma vez que, está escrito em caracteres grandes por conta da sua fenomenologia que se mostra tanto quanto extrínseca, nítida, diferentemente do homem que está escrito de forma tênue, minimizada, posto que o mesmo é uma partícula do organismo Estado (VECCHIO: 1979 - 39).

O organismo estatal, assim como o homem, possui axiologicamente e em forma encadeada perfeita unidade. Assim como o corpo humano é formado por vários órgãos que se interligam um ao outro estabelecendo sustentabilidade em seu todo, o Estado é constituído por vários indivíduos cada qual com sua ocupação concomitante a sua valia necessária para atividade orgânica do Estado, ou seja, tem-se a virtude, oriunda da harmonia estabelecida entre a parte e o todo e este com a aquela. A virtude mostra-se axiologicamente no fim comum do qual cada um deve cumprir naquilo que lhe é pertinente por natureza sua (*tá eautoû práittein = executa (*imperativo)*de si mesmo)* a devida atividade. A exemplo tomamos como explicação a virtude dos olhos que por excelência é enxergar, a dos ouvidos é ouvir e,s; a justiça é a excelência da virtude, pois consiste na relação harmoniosa entre a parte e o todo objetivando um fim da qual lhe é proposto no qual alcança a todos isonomicamente (VECCHIO: 1979 - 40).

Das considerações observadas no discurso da *República,* fica-nos compreendido que ao corpo não o basta para si próprio somente o ser, evidentemente o corpo possui outras necessidades que alhures serão supridas, haja vista, o corpo é defeituoso e não pode contentar-se a si próprio, destarte, fora incumbido à arte providenciar ao corpo aquilo que lhe é necessário e útil para suas atividades no geral.“*tem cada uma das artes separadamente qualquer outro interesse que não o de promover sua mais alta perfeição?”*(Platão: 1994 - 31) O que vem ser a arte? Onde a encontramos? A quem será dado utilizar da arte? Portanto indagamos naquilo que destoa a compreensão do termo arte. A arte de se corpo é completa por si só, ou requer toda e qualquer arte uma virtude adicional? Como a medicina que é a de curar, a da xama que é a de arder e,s. Os fins nos quais toda arte se mostra com tal, particularmente naquilo que são, está posto que, a condicionante propulsora que elucida a idéia contida, necessita de outra arte que a investigue e proponha a condição para tais fins por ela perseguido. Resultante essa ideologia compreendemos que em cada arte há necessariamente a co-dependência a uma outra arte da qual lhe advém a provisão do seu interesse fim, desta outra arte provisional uma terceira em semelhante função aditiva, e assim sucessivamente segue. Dada lógica se pensa que o fogo enquanto fogo ao fogo não arde, ou seja, a arte de si mesma não se beneficia naquilo que tange sua própria natureza a si. Entretanto naquilo pela qual se deu o conhecer da existência da arte, a saber sua provisão, a mesma não está submetida a um dever-ser, exceto na condição de arte, da qual entendemos que a da justiça é promover justiça a determinado fato, mas a justiça dada à justiça não é arte, porque enquanto arte não há defeitos ou falhas em nenhuma arte. A cura está para o corpo naquilo que entendemos por arte, ou seja, em toda e qualquer arte não há busca a interesses próprios, mas o bem daquilo para qual a arte está posta (Platão: 1994 - 33).

Para Platão, o Estado tem sua origem decorrente da necessidade fatídica onde o homem não bastar-se a si mesmo, a sua sociabilidade enuncia sua co-dependência em relação

aos demais indivíduos que completam a *polis*. Ora é inconcebível a idéia de num só indivíduo constar a condicionante em ser sapateiro, alfaiate, professor, artesão e,s. Em cada individuo, no que tange seu intelecto como toda sua faculdade psíquica e emocional há qualificações que o destaca entre os demais fazendo com que o mesmo reconheça seus adereços em determinada área. Em igual forma assim também o é com todos demais. Vejamos, em todos os indivíduos obviamente há necessidades que divergem a seus modos, fazendo com que cada qual perceba seus limites decorrentes a importância daquilo que necessitam para o exercício do seu viver, assim também como as necessidades para que o mesmo possa conviver no organismo social - Estado. Concomitantemente a essa consoante os homens são levados ao associar-se dividindo as múltiplas ocupações em recíproca o que de certa forma estabiliza o corpo social no qual todos estão inseridos em convivência, lugar esse onde se presa pelo uso da filosofia para estabilização da nova Política e o novo Estado, porque para Platão a filosofia representa a única via segura que conduz a justiça ao bem ao autêntico modelo de Estado (MONDIN: 2002 - 75, 76).

Portanto chegamos a devida compreensão lógica que o Estado suscita através do inter-relacionamento entre os indivíduos que compõem a *polis* um senso ético e de virtude onde necessariamente através da sua implantação chegaremos de fato a estabilização dum Estado salutar. Daí advém os sistemas de trocas, o diálogo, a retórica, a persuasão, a opinião e,s. No que jaz nossas limitações e necessidades vêm-nos a clara evidência que absolutamente não somos autárquicos e jamais poderemos ser, ao que definitivamente nos diz que necessitamos um dos outros à plena estabilização do Estado comum isonômico a perfeita idéia de *República (ton antropon dzoi politicos eisin* = o homem é um animal politico). Em primeiro lugar, no que diz respeito as necessidades vitais de cada indivíduo e nisso sem exceção destarte englobando todas as classes, são imprescindíveis ao todo (coletivo) os serviços daqueles que providenciam a elaboração das matérias primas necessárias para a vida, desde alimentos, vestes para o corpo e à habitação, são esses os artífices e agricultores. Em segundo lugar, para que haja o estabelecimento da ordem e da paz social no Estado há de atribuir a devida importância à existência impreterivelmente de homens dotados de coragem que atuam em guardar e defender a cidade de afrontas e anarquismo que advenham do interior ou do exterior da *polis*. Em terceiro lugar é necessário a dedicação de alguns homens que governem adequadamente a cidade, que estabeleçam as leis, que imponham os ordenamentos devidos para a necessária sustentação orgânica do Estado. Visto a todo o indivíduo ter que se submeter a razão, assim também o Estado deve se comportar fronte a classe dos que detêm a sabedoria, a saber os filósofos.

Ora o que configura a necessária participação do indivíduo no Estado, é a sua natureza em não ser auto-suficiente, disto discorre que para se manter a si-próprio e também em relação com os demais, deve-se todavia se comprometer organicamente, destarte resultará na sustentabilidade necessária de cada qual. O ser perfeito, e auto-suficiente, que domina e abrange o todo, é o Estado; por conta da sua universalidade que em todas suas atividades visa o bem comum a todos os indivíduos dos quais é composto (VECCHIO: 1979 – 39, 40).

Conclui-se então que a cidade necessita de três classes sociais: 1º a dos lavradores, artesão e comerciantes; 2º a dos guardas; 3º a dos governantes.

1) a primeira classe é formada de homens nos quais prevalece o aspecto "concupiscível da alma, que é o aspecto mais elementar. Predominando a virtude da temperança, evidentemente essa classe será boa. Estabelecida a ordem , a disciplina dos prazeres e desejos, atrelado logicamente a capacidade de se submeter as classes superiores de modo como convém e consciente, estabelecida será organicamente a harmonia. As riquezas e os bens administrados exclusivamente pelos membros dessa classe não deverão ser nem muitos nem poucos demais.

2) A Segunda classe é composta pelos homens nos quais prevalece a força "irascível" (volitiva) da alma. A semelhança dos cães de raça, ou seja, dotados de mansidão e ferocidade. A virtude certamente será a coragem ou a fortaleza adestrada conscientemente. Aos guardas cabe a devida atenção no que tange os problemas que possam advir do exterior ou do interior da cidade a ordem e a proteção deve ser estabelecida. Por exemplo, deverão evitar que a classe superior produza exageradamente riquezas (que gera ócio, luxo, amor indiscriminado de novidade) ou demasiada pobreza (que gera vícios opostos). Deverão cuidar também para que o Estado não expanda ou diminua de forma grande. Deverá cuidar da manutenção das tarefas confiadas aos cidadãos por qualificação, vistoriando a índole de cada um para que se consolide a educação conveniente.

3) Finalmente os governantes. Que são aqueles que possuem um sentimento maior para com a cidade, apresentando assim uma forma de governo justa e com significado zelo, onde certamente tenham apreendido a conhecer e contemplar o bem. Sobre esses repousa a alma racional e sua virtude específica é a sabedoria.

Temos aqui então a cidade perfeita onde pode se vê a predominância da temperança da primeira classe social, na Segunda encontramos a fortaleza, a coragem e na terceira a sabedoria. Consequentemente a justiça suscita daí, uma vez estabelecida à harmonia entre essas três classes sucumbirá em virtude. Está ai, nisso repousa a justiça perfeita; no desempenhar com louvor as atividades que lhes são próprias a cada indivíduo juntamente a cada classe social; evidentemente resultará na justiça perfeita, num Estado sólido (REALE, Gionanni:1990 – 162, 165).

Em semelhante forma, estão presentes em cada homem assim como no Estado as três classes sociais. De fato e fronte aos mesmos objetos, existe em nós: a) *desejo,* seria a tendência que nos arrasta para eles; b) *razão,* outra tendência que nos afasta deles e domina os desejos; c) esta não se identifica nem com a razão nem com o desejo. Por esta ficamos irados e nos deixamos inflamar. Se diferencia da razão porque é passional, do desejo porque as vezes se opõem a ele, como por exemplo quando ficamos irados por temos cedido ao desejo no qual tentávamos fugir. Assim como são três as partes do Estado são três as partes da alma: a apetitiva (*apithymetikón*), a irascível (*thymoeidés*) e a racional (*loghistikón*). A "irascível" (no sentido explicado), "por sua natureza, se encontra predominantemente do lado da razão, mas pode ligar-se também à parte mais baixa da alma, caso seja corrompida pela má educação. Existe por tanto, uma correspondência perfeita entre as virtudes da cidade e as virtudes do indivíduo. O indivíduo é "temperante" quando as partes inferiores da alma se harmonizam com a superior e a ela obedecem; é "forte" ou "corajoso" quando a parte "irascível" da alma sabe manter com firmeza os ditames da razão em meio a todas as adversidades; é "sábio" quando a parte "racional" da alma possui a verdadeira ciência do que é útil a todas as partes (ciência do bem). E a "justiça" coincide com a disposição da alma

segundo a qual cada uma de suas partes realiza aquilo que deve e de modo como deve realizar" (REALE, Gionanni:1990 – 164).

8. A ÉTICA EM ARÍSTOTELES.

Todas as ações humanas, evidentemente, objetivam "fins" que ao seu modo sejam fatalmente "bens". O conjunto das ações humanas e o conjunto dos fins particulares tendem a um "fim último", que é o "bem supremo" no qual todos os homens concordam em chamar de "felicidade". As realizações das próprias capacidades sejam elas psíquicas ou intelectuais constituem a felicidade do homem enquanto sujeito na atividade da razão. Aristóteles entendia que a felicidade não está posta nas riquezas, nos prazeres, nas honrarias, uma vez que estas cousas não representa a plena realizações das capacidades humanas, e sim meios para a felicidade. Por realização entende-se o superar-se, transpor o que a priori constitui-se como obstáculo fronte a fins que se almeja.

O homem é um ser racional. Consequentemente o seu bem ou a sua felicidade (*eudaimonia*) estão absolutamente fundamentados na atuação da razão a saber sua parte nobre. Para o filosofo a plena atuação da razão consiste na contemplação que doravante resulta a episteme o saber pleno. Nisso sub-jaz a felicidade do homem os predicados oriundos da atividade da razão. Correlata a essa idéia, a felicidade também segue encadeada a esfera dos sentidos, uma vez que o homem não é só razão e nem puro espírito mas também carne e sentidos. Sendo assim para que o homem seja realmente feliz é necessário que todas as suas faculdades sejam satisfeitas inclusive a dos sentidos. A satisfação dos sentidos chama-se prazer e estes só são possíveis quando pela razão são orientados. Logo, a verdadeira felicidade está na plena harmonia entre prazer e atividade da razão, esta harmonia é o objeto gnoseológico que está para atividade do saber epistemológico (MONDIN: 2002 - 101).

Sobre tudo que fora falado até então, percebemos meios os quais suscitam ao indivíduo a felicidade ou possibilidades que nos aproxima contumaz à ela. Entretanto o que vem a ser a felicidade? A) Para muito seria o prazer, o gozo a satisfação plena dos sentidos, o realizar-se nas atividades. No entanto uma vida gasta pelo prazer torna-nos "semelhante aos escravos", que no seu viver seguem submetidos a uma vida, destituída da razão - premissa essa essencial à realização plena da vida do homem -; Consequentemente por ser avessa se assemelha a vida " digna de animais", porque dos animais toda e qualquer objetivação segue em via única a satisfação e para tanto não utilizam da razão, fato esse que em suas atividades agem sem a mínima cautela, Consequentemente não atentam quanto ao danos que suscitaram de suas atividades irracionais. B) Para outros a felicidade constitui ser a honra (para o homem antigo a honra correspondia ao que é o sucesso para o homem de hoje) a dignidade axiológica do indivíduo. Entretanto ao que se percebe a honra é algo intrínseco ao indivíduo, sendo assim independe de algo exterior ao sujeito homem ou duma condição predicativa do indivíduo homem, antes sim de quem lhe confere valia, ou seja, o próprio ser que utilizando da razão faz uma leitura lógica das proporções que conferem a algo o adjetivo de honra. Portanto vale mais a forma pela qual se adquire a honra do que a própria honra, haja vista ser esta – a honra - resultado ou conseqüência de algo já elaborado. C) Para outros a felicidade está em ajuntar riquezas. Mas o filósofo via esta concepção como sendo a mais absurda das

vidas, chegando mesmo a ser interpretada como vida " contra a natureza", justamente pela questão de que a riqueza é meio para as outras coisas, não podendo valer como fim único (GIOVANNI, Reale: 1990 – 203, 204).

A virtude do homem está posta na supremacia deste em relação ao caos, aos fatos e fenômenos que os encerra nas suas atividades humanas, o homem utilizando da razão, do saber lógico e empírico, contentará a supremacia destarte assentada nas suas faculdades psíquicas e intelectuais sendo que as mesmas são condições absolutamente necessárias às condições que lhes conferem possibilidades às realizações (felicidades). No todo consiste em aperfeiçoar-se enquanto homem, ou seja, na sua qualidade una que o diferencia de todas as demais cousas. Logo o seu viver não pode ser executado simples como tal sem a prévia do saber de causa e efeito ou um viver ignóbil que não se coaduna com a atividade da razão, um viver semelhante a dos vegetais que desconhecem sua existência; nem mesmo viver na vida sensitiva, que é comum também aos animais, entretanto semelhantemente aos vegetais são destituídos da razão. Em suma resta-nos a atividade da razão, pois esta proporção humana nos compele a perscrutar a todo e qualquer fenômeno para que de fato com a atividade da razão saibamos não só compreender, mas também deliberarmos sobre fatos e acontecimentos. Para se viver bem, o homem deve viver sempre segundo a razão, pois esta o delineia as realizações necessárias ao exercício da sua vida. Se idealizarmos ao homem certo tipo de vida, algo como um modelo, impreterivelmente é função do homem executar e concretizá-las com perfeição e afinco. Então o bem do homem, consiste em uma atividade da alma segundo a sua virtude, entretanto quando as virtudes são múltiplas, devemos nos valer segundo a melhor e a mais completa entre todas (GIOVANNI, Reale: 1990 – 203, 205).

9. VIRTUDES.

O homem é principalmente razão, mas não somente isso. Nas proporções da alma , "há algo que difere à razão, que a ela se opõe e resiste", entretanto "participa da razão". Mais precisamente "a parte vegetativa não participa em nada da razão, porém a faculdade do desejo e, em geral, a do apetite se relaciona de alguma forma dela no instante que escuta e lhe obedece." Ora, o controle, o domínio nesta parte da alma devem estar submetidos aos ditames da razão, constituindo desde então a "virtude ética", a saber, a virtude do comportamento prático.

Como se obtém este tipo de virtude? Ora, a busca e a obtenção se executam de forma linear, paulatinamente por intermédio de uma série de repetições sucessivas, culminando num bom hábito. Vejamos, a priori devemos apreender a fazer aquilo que necessariamente devemos fazer antes de fazer: por exemplo, tornamo-nos construtores construindo e tocadores de cítara tocando cítara. "Sendo assim, e por mesma forma, apreendendo e praticando ações justas, tornamo-nos justos; ações moderadas, moderados; ações corajosas, corajosos", semelhantemente devemo-nos dispor a todos os demais adjetivos pertinentes - que antologicamente – determinam uma conduta ilibada. Logo, as virtudes assumem características de "hábitos", "estados" ou "modos de ser" que nós mesmos construímos de forma consciente com o uso da razão. Nossos impulsos

e tendências por demonstrarem características múltiplas, obviamente devem tomar forma ao molde da virtude; o que certamente só o faremos por intermédio da razão. As virtudes éticas também são muitas, entretanto todas enunciam suas essências características singulares, ou seja, pertinentes aos seus valores axiológicos.

Percebe-se nos impulsos, nas paixões, sentimentos que tendem ao excesso ou à falta, que dessas ações ou estados, certamente seu percurso culminaram em vício (ao muito ou ao muito pouco) fazendo com que o homem permaneça de forma inadequada ao meio termo (a posição justa) que lhe é conveniente e necessária à uma vida ilibada (GIOVANNI, Reale: 1990 – 204, 205). Por tanto, a pergunta que devemos fazer a nós mesmos, qual seria o modo ou a condição para que consigamos posicionarmos no meio termos que compreende os extremos? Para Aristóteles a resposta é uma só: a razão sua atividade e seu exercício são as condições e o meio para que possamos nos posicionar na forma adequada. A razão é medianeira entre esses dois pólos, e a operação dos seus juízos e analise resultam na " justa medida" que é "o meio caminho" ou o meu termo entre os extremos. A coragem, por exemplo, é o meio caminho entre a temeridade e a vileza, ao passo que a liberalidade é o justo meio entre a prodigalidade e a avareza. O filosofo diz claramente:

" *a virtude tem a ver com as paixões e ações, nas quais o excesso e a falta, constituem erros e são censurados, ao passo que o meio é louvado e constitui a retidão: e ambas essas coisas são próprias da virtude. Portanto, a virtude é uma espécie de mediania, porque pelo menos, tende constantemente para o meio. Ademais, errar é possível de muitos modos (...). Por essas razões, portanto, o excesso e a falta são próprios do vício, enquanto a mediania é própria da virtude: somos bons apenas de um modo, maus de variadas maneiras."* (GIOVANNI,: 1990 – 165, 166).

A pergunta que se faz fronte a análise das paixões e das ações, sobre tudo com vistas ao móbil do discurso, necessariamente, devemos indagar a natureza de cada qual segundo a finalidade dada a cada existência. Extremamente relevante a análise dicotomista no que diz respeito à atividade em potência das paixões e das ações, ora a voluntariedade e a involuntariedade elucidará a axiologia a todos os atos em louvor assim como também todos atos censuráveis, destarte alhures, para nos aproximarmos ao exímio da etimologia do termo virtude, o filósofo deu a consciência a necessidade da análise (Aristóteles: 1985 - 49).

Dos atos involuntários, estes se perfazem por ignorância ou sob compulsão, na forma em que se algum ato é condicionado por questões externas ao agente, tendo em vista, o móbil periférico que o contextualiza de sorte que o agente é passivo, não participando em intenção com o agente ativo, mas ao contrário, por este é influenciado – por exemplo quando uma pessoa fica acamada por conta de um vírus, ou por conta dum acidente do qual é vítima. Aristóteles vista à voluntariedade e à involuntariedade, entendia que nalgumas ocasiões devem ser tomadas devidas precauções para análise - levando-se em consideração, sobre tudo -, o momento da ação que por sinal poderiam ser voluntárias, involuntárias ou até mesmo mistas; entretanto deve-se observar a finalidade da ação conjunta a faculdade racional na escolha. Tomado do exemplo dado pelo filósofo, na ocasião em que as ações ocorrem por conseqüência de medos maiores ou com vistas a algum objetivo elevado (por exemplo, se um despot, tendo em seu poder os pais e os filhos de uma pessoa e ordenasse que essa pessoa praticasse uma ação ignóbil, sendo que, a condição para a salvação e o livramento dos seus fosse à prática

dessa ação do contrário seriam mortos); ao modo de ver de Aristóteles é relativo se tal atitude é voluntária ou involuntária. Outro exemplo citado ocorre também na hipótese quando numa tempestade em auto mar, lança-se fora da embarcação a bagagem como única forma para sobreviver, ora ninguém em sã consciência faria isso sem um motivo justificável, na verdade o que se pretendeu buscar foi um objetivo maior do que meramente salvar a bagagem. "Tais ações, então são mistas, mas se assemelham mais às voluntárias, pois são objetos de uma escolha no momento de serem praticadas, e a finalidade de uma ação varia de acordo com a oportunidade, de tal forma que as palavras "voluntárias" e involuntárias" devem ser usadas com referência ao momento da ação". (Aristóteles: 1985 - 49). Como exemplificação naquilo que concerne os movimentos dos membros do corpo tais ações dizem respeito à voluntariedade do próprio agente, quando a origem de uma ação está na pessoa, a faculdade em exercê-la ou não está em seu poder, por tanto é voluntária, embora podendo ser involuntária se consideradas de maneira global.

Levando-se em consideração a finalidade das ações, nalgumas vezes algumas ações tidas como ignóbil algo que de alguma forma foram compelidas, entretanto, tendo vista um objetivo importante e nobilitante que constituem em paradoxos; são louvados os homens que as fazem tendo um fim diferente ao ignóbil. Do contrário por mais que as ações sejam "louváveis" mas quanto o seu fim não o são por carecerem de objetivo nobilitante, tais ações são censuradas, seu objetivo malogro, grotesco é próprio de uma pessoa medíocre. Embora nalgumas situações, essas ações merecem serem perdoadas por conta de serem objetos advindos de opressão, que por violentarem em excesso a natureza humana são insuportáveis. "As vezes é difícil decidir o que devemos escolher e a que custo, e o que devemos suportar em troca de certo resultado, e ainda é mais difícil firmar-nos na escolha, pois em muitos dilemas deste gênero o mal esperado é penoso, e o que somos forçados a fazer é ignóbil; por isso o louvor cabe a quem é compelido e a censura a quem não o é." (Aristóteles: 1985 - 50). Por tanto do conteúdo da escolha – não o seu objeto – sua essência a proporção que lhe atribui ou não caráter de voluntária, não é a mesma coisa que voluntário, pois o âmbito deste é mais amplo (ARISTÓTELES. Ética a, 1985 – 52). "De fato, tanto as crianças quanto os animais inferiores são capazes de ações voluntárias, mas não de escolha. Também definimos os atos repentinos como voluntários, mas não como o resultado de uma escolha" (Aristóteles: 1985 – 52).

Aristóteles entende que desejo, paixão ou aspiração não se identificam com escolha, haja vista, escolha não é algo que se possa ver nos irracionais, entretanto paixão e desejo são. Destarte, as pessoas incontinentes, os desejos as potencializam e as fazem agir em suas ações, porém essas não suscitam de escolhas. O que não ocorre em relação às escolhas daqueles que são dotados de continência, pois esses procuram agir contrário aos desejos, uma vez que, os desejos se correlacionam com o agradável e com aquilo que é penoso, mas a escolha não o é; assim como também a escolha não se identifica com a paixão, pois na maioria dos atos movidas pela paixão estes carecem do conteúdo de escolha. Não podemos correlacionar o conteúdo da escolha, ou melhor, suas proporções; com aquilo para qual efetivamente se fez necessário o uso da escolha, dada sua importância axiológica quanto ao seu efeito. Ora não podemos identificá-la com as aspirações, pois estas dizem respeito àquilo que concerne ao fim propriamente dito, certamente algo que diz respeito ao exame teleológico. Quando, "aspiramos" ser saudáveis, dinamizamos essa aspiração via uso da escolha nos direcionamos aos meios que nos possibilitarão sermos aquilo que aspiramos ser.

Com tudo que fora dito até então a cerca da escolha, Aristóteles, suntuosamente desagrupa qualquer idéia de correlacionamento entre escolha e opinião, de forma que a opinião beira o sofisma, há que se ver o antagonismo ontológico em relação à escolha. A opinião se distingue por conta de sua falsidade ou verdade, e não por sua maldade ou bondade como ocorre no campo da escolha (ARISTÓTELES. Ética a,:1985 – 53). É verdade – segundo o pensamento do filósofo - que é nossa escolha que molda nosso caráter e não nossa opinião, a opinião que temos em relação ao bem ou ao mal não participa do engenho do nosso caráter, entretanto, todavia a escolha é absolutamente relevante e protagonista na formação do caráter do indivíduo. Escolhemos evitar ou possuir algo que seja bom ou ruim, porém em relação a opinião, inferimos juízos analíticos a saber o quanto, ou à quem, ou de que forma aquilo possa ser (é) bom. "...dificilmente se pode dizer que opinamos no sentido de obter ou evitar qualquer coisa, e a escolha também é louvada por ser verdadeira. Escolhemos o que é indubitavelmente reconhecido como bom, mas opinamos sobre coisas que não sabemos de forma alguma se são boas." (ARISTÓTELES. Ética a, :1985 – 53).

Dadas análises em relação à escolha, resta-nos ainda indagações, como manifestações da alma podemos defini-la a que modo? Não poderíamos sucumbir ao erro de afirmar ser voluntária, haja vista, nem tudo que é voluntário é objeto da escolha. A escolha se perfaz na preferência, sendo que esta ultima se vale do uso da razão e do pensamento. Aristóteles questiona: será ela então, aquilo que é precedido pela deliberação? Levantada a questão, compete agora a análise daquilo que à nos compete deliberar, ou seja, o homem no uso das suas faculdades pode deliberar sobre tudo, ou há restrições a alguns objetos que por conta da sua própria natureza a atividade humana passa a ser irrelevante no que diz respeito o seu curso natural? E não somente naquilo que compete, mas também como e de que forma deve-se deliberar?

É sabido que todo homem em sã consciência reconhece que em relação a alguns objetos está a quem de condições necessárias para deliberar sobre esses objetos, leis ou fenômenos oriundos do *kosmos.* Por tanto devemos deliberar sobre objetos que estão ao nosso alcance e que de certa forma interferimos dinamicamente seu curso assim como também na sua fenomenologia. Segundo Aristóteles, só podemos chamar de objetos de deliberação algo que está ao nosso alcance, de forma que aquilo que nos foge a compreensão e capacidade é assunto discutido entre os insensatos e loucos: "Ora, ninguém delibera sobre coisas eternas – por exemplo – sobre o universo, .tampouco deliberaríamos sobre corpos em movimento mas que se movimentam sempre de maneira idêntica, seja por necessidade, ou por natureza, ou por qualquer outra causa – por exemplo, os solstícios e a posição dos astros.secas as chuvas." (ARISTÓTELES. Ética a,:1985 – 53). Evidentemente toda deliberação é aplicada somente naquilo que de certa forma – por conta do conhecimento lógico científico – interferirmos, ou seja, coisas e objetos no qual para que possam atingir seu fim dependem do engenho racional do homem. Para o filósofo não deliberamos sobre fins, mas sobre meios, ao que nos parece como exemplo, o médico não delibera para saber se deve curar, pois a cura é uma constante à todos os indivíduos – a cura é o objeto pelo qual o médico exerce a deliberação, este procurará estabelecer meios os quais e a partir da sua deliberação resultará na cura tal como pretendida. Nem um orador delibera para saber se deve convencer antes sim este semelhantemente como o médico, deliberará sobre meios e condições que resultará no convencimento; nem um governo com a intenção de estabelecer a concórdia. Uma vez já estando decidida a finalidade, as pessoas procurarão saber como e por quais meios conseguirão alcançar seus fins, utilizarão do

exercício da razão objetivando definir o modo mais fácil de conseguir atingir seus intentos, e da atividade da razão que deliberando conscientemente definir-se-á por condição dessa atividade gnosiológica um único meio ou mais prático o mais lógico, até que se possa chegar à primeira causa que é a excelência da busca. Como fora dito, as deliberações se perfazem no campo onde atua nossas capacidades, de sorte que, quando desejamos algo, utilizamos de todas nossas capacidades intelectuais e físicas no intuito que consigamos ter aquilo pelo qual deliberamos concomitante a escolha, entretanto quando reconhecemos que não conseguiremos ter aquilo que desejamos, costumeiramente desistimos de tê-lo. Por tanto toda deliberação não deixa de ser também uma investigação, de forma que investigar os meios, as formas de usá-lo ou os modos de realizá-lo, nos faz ver que o homem é a origem de suas ações; e as deliberações se dão acerca das coisas à serem feitas pelo próprio agente homem.

10 - O BEM.

Ora o homem enquanto agente de suas atividades intelectuais e emocionais, visa o bem para si, entretanto, por não viver só deve-se pensar também no bem coletivo, como se pensar viver bem não se importando com os rumores caóticos que o envolve perifericamente, alhures talvez poderia-se pensar (na condição de primata). Reconheçamos da máxima, em se tratando ser o bem aquilo que devamos buscar em si e por si[3], de forma que, também é aquilo em vista do que buscamos outra coisa, de forma que esta outra coisa ontologicamente participa do bem, de sorte que, constitui ser aquilo pelo qual todos os seres dotados de sentimento e sobre tudo razão almejam ter – o bem. Da atividade da razão, como vista ao homem, tudo que a razão fixa a cada ser com relação a todas as coisas é o bem para cada um, ocasião em que, o bem de cada um necessariamente participe em grau isonômico do bem coletivo (Aristóteles. Arte Retórica e,: 2005 - 49).

Podemos pensar que o bem, segundo o filósofo é o estado de realização, de satisfação e independência. Essas proporções advêm duma causa única o bem em si, o bem suscita e salvaguarda estas vantagens e toda atividade contrária ao bem correspondem ao contrário dessas vantagens. O bem se mostra por duas maneiras que advém dum resultado: simultâneo ou posterior. A exemplo, o saber é posterior ao estudo, mas a saúde e a vida são simultâneas. A saúde é um estado contido oriundo de estar sã que por sua vez produz saúde; outras causas que se mostram em condições periféricas e que contribuem teleologicamente são os alimentos que assumem características de concausa ao estado de ser sã que resultam na saúde; a outra são análogas aos exercícios em geral, que também, resultam em saúde.

Posto isto, evidentemente é necessário a aquisição dos bens por todos os indivíduos que pertencem ao Estado, do mesmo modo, concomitantemente devemos nos distanciar o contumaz dos males que nos afetam em particular e consequentemente do coletivo. No segundo caso a resulta é que simultaneamente a essa observação, não teremos que suportar o mal, e no primeiro caso, certamente a práxis nos possibilitará a aquisição do bem. Entretanto o realizar dessa atividade visa a obtenção do bem maior fronte ao bem menor, pois aquele está contido neste. No que diz respeito aos males, a lógica a ser

implantada é a mesma, ou seja, na ocasião de ter que se praticar um mal, devemos praticar o menor possível de todos os males, certamente quando nossas ações coadunam com males de grande intenção, esses males não nos atingirá somente em particular, mas todos os demais indivíduos do coletivo serão atingidos pelos males oriundos das nossas atividades particulares ignóbil. Na medida em que o maior ultrapassa o menor a uma aquisição do bem e um distanciamento do mal (Aristóteles. Arte Retórica e,: 2005 - 49).

Aristóteles nos adverte que no uso da aplicabilidade da razão em querer o bem, devemos utilizar da razão para nos entreter exclusivamente a buscar do bem em excelência, de sorte que, uma vez que considerarmos que duas coisas sejam úteis à aquilo que almejamos, necessariamente devemos nos ater aquela que seja superior a outra, evidentemente que por ser superior, a inferior está contida na superior em potência. Ora, possuindo a superior logicamente obtenho a inferior, pois as proporções que as qualificam, a superior possui um considerado número maior que a outra, portanto sendo as proporções que as caracterizam como tal, possuindo a maior possuo também as proporções da inferior, pois as proporções desta estão também contidas naquela. Portanto, visto ser o bem aquilo que é por si e em si, logo todo indivíduo que possui razão deseja e prefere aquilo que por sua natureza e seu valor axiológico é capaz de gerar e salvaguardar este bem *uno*, pelo qual todas nossas atividade faz referência e também é causa pela qual nossas atividades são exercidas (ARISTÓTELES. Arte Retórica e,: 2005 – 49).

11. A ATUAÇÃO DA ÉTICA NA ESFERA COLETIVA COMO PREDICADO DA JUSTIÇA

A pré disposição da alma à prática da justiça, consiste no agir em plena conformidade com o que é justo, todavia, vislumbra-se nas ações justas a excelência moral perfeita que tem como fim o estabelecimento do “bem dos outros”, de fato, evidentemente isso implica afirmar e reconhecer a necessidade de se estabelecer determinada condição para o bom relacionamento com o outro de forma que o indivíduo justo é aquele que é justo não somente para si, mas é justo para com os outros, conseqüentemente suas ações por serem boas e sobre tudo justas, denunciarão as ações que lhes são contrárias, a justiça é a plenitude da virtude, ou seja, a excelência “moral” em absoluto. Esta característica que a defini como perfeita, situa-se não somente ao indivíduo agente, mas também, aos que se correlacionam com ele. Segundo Aristóteles, das virtudes pertinentes ao homem, a justiça assume a excelência, a maestria, e isso se dá por conta de que na justiça encontramos todas as demais virtudes estantes nos indivíduos. A atuação da justiça visa não somente o indivíduo particular, pois se assim o fosse, estaríamos falando de ambições iníquas, pois que de todo seu móbil está eivado de injustiças. Ora essas ambições definidas como injustas mostra-se nas ações daqueles que transgridem as regras convencionais, de modo que nessas ações, há eminente conflito com as ordens estabelecidas que beneficia o todo do coletivo-social (WOLKMER. Carlos: 2005 - 4, 7).

Efetivamente no relacionar com os outros aquele que deliberadamente age de forma justa, faz o que é justo ao outro e ao que é justo em relação a si mesmo, quer se trate de um governante quer se trate de um membro da comunidade. O pior dos homens, o

insensato que não age pela razão, é o pior de todos os homens, pois na prática dos seus atos injusto, este não somente compromete a si mesmo, como também, compromete os demais. Do contrário, o indivíduo que exerce a justiça, procura por em prática a excelência moral de forma que a práxis dessa atividade atingi não somente a si mesmo como também a comunidade onde está inserido; pois essa é uma árdua tarefa e que compete a todos indivíduos particularmente, pois no instante em que cada qual assumir deliberadamente essa postura, evidentemente teremos um Estado ético e justo, de forma que todas as demais ações que visam esse mesmo fim, certamente serão louváveis. Vejamos que a justiça e a excelência moral são a mesma coisa, pois a justiça não é parte da excelência moral, mas sim, a excelência moral inteira, assim como também a injustiça é a deficiência moral inteira. Entretanto no que diz respeito à essência tanto da justiça quanto da excelência moral ela se distinguem, vemos que a justiça é a boa disposição da alma às ações que visam especificamente uma boa relação com o próximo, ao passo que a excelência moral não se restringe ao próximo, todavia a excelência moral é irrestrita, ou seja, o seu alcance atinge a todos (ARISTÓTELES. Ética a,: 1985 - 90, 93).

Aristóteles fundamenta toda sua filosofia no campo do empirismo, e tratar da justiça, sua fundamentação se mostra na práxis, ou melhor, no campo da atuação do indivíduo. Falar das outras ciências, Aristóteles entende que as aptidões das ciências falam daquilo que consiste sua essência assim como também do contrário que elas são. Porém quando discorremos em análise sobre as aptidões da alma; em se tratando de sua disposição, esta não pode conduzir o indivíduo ao contrário daquilo que se dispôs, ou seja, a sua própria subsistência e manutenção. Consoante análise, vejamos que as circunstâncias de termos saúde não resultam de práticas contrárias a saúde, e sim àquilo que é saudável e as demais circunstâncias que corroboram ao mesmo fim; amiúde dizemos que o homem é saudável quando o mesmo tem comportamentos saudáveis que tendem a suplantar tudo aquilo que lhe é contrário o bom desenvolvimento das suas ações para consigo mesmo e para com os demais que compõem o seu Estado. Por tanto algumas vezes reconhecemos algumas disposições da alma graças a disposições contrárias a moral que vemos estantes nalgumas ações, amiúde, essa fenômenos ocorrem por conta das atitudes dos indivíduos que nalguns casos são ambíguos “justo - injusto” (ARISTÓTELES: 1985 - 90, 93).

Cumpre destacarmos que as análises em torno da justiça no que diz respeito ao indivíduo em ser justo ou injusto, bom ou mau, não se dá pelo fato do conhecimento – que o mesmo possa ter para menos ou para mais antes sim, as análises da justiça visam num primeiro momento o sentimento de justiça que cada indivíduo de forma particular deve trazer consigo, consequentemente, esta ciência visa analisar os comportamentos humanos que se desenvolvem na esfera social.(ARISTÓTELES. A Política. 1995 - 15).

CONCLUSÃO

Tanto o indivíduo, como o Estado têm com fim o bem comum, objetivo este que, uma vez estabelecido obedecendo, todavia os preceitos da ética, da virtude e da justiça possibilitarão a tão almejada justiça participativa ou isonômica.

Ora é bem verdade que para instauração dum Estado ético, virtuoso, que tem como prisma fundamental a justiça, é necessário que todos os indivíduos demonstrem um sentimento de justiça presentes nas suas ações, que todos demonstrem através dos seus atos, escolhas e deliberações, a pré-disposição duma conduta ética, que os preceitos da ética visem não somente os interesses do individuo em particular, mas que todos reconheçam que enquanto indivíduos do Estado, os mesmos são sujeitos de Direitos e Deveres.

Sendo assim, devemos utilizar a razão com o fim de direcionarmos nossos atos e intentos visando o estabelecimento duma sociedade justa, humana, fraterna, e que o humano torne-se o norte das nossas ações. Os conhecimentos que obtemos das artes, os princípios oriundos da reta razão ligados a ética e a virtude, devem todavia, serem a causa das nossas ações. Observando esses princípios, participaremos pedagogicamente à construção duma sociedade justa e humana. A noção de liberdade que devemos possuir, deverás, todavia estar assentada na consciência e por mais que nos sintamos oprimidos e traídos quanto aos nossos direitos não devemos sucumbir ao erro das ações ignóbil contrárias ao bom estabelecimento do Estado e dignidade humana.

REFERÊNCIA

¨ ABRÃO, Bernadette Siqueira e COSCODAI, Mirtes Ugeda. História da Filosofia. São Paulo. Best Seller – 2001;

¨ Aristóteles. Ética a Nicômacos. 3ª Ed, Brasília. UNB. 1985;

¨ _____, Arte Retórica e Arte Poética. 17ª Ed, Rio de Janeiro. Ediouro. 2005;

¨ _____, A Política. Edípro. Bauru, SP. 1995;

¨ BITTAR, Eduardo C.B. ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 2ª Ed. Atlas. São Paulo. 2002;

¨ _____. Curso de Ética Jurídica. Saraiva. São Paulo, 2002;

¨ CHAUI, Marilena. Convite a Filosofia. 12ª Ed. São Paulo. Ática – 2001;

¨ DWORKIN, Ronald. Levando o Direito a Sério. Martins fontes. São Paulo, 2005.

¨ LIMA VAZ, Henrique Claúdio de. Ética & Direito. Loyola; Landy. São Paulo, 2002;

¨ MONDIN, Battista. Curso de Filosofia. São Paulo – Paulus. 11ª Ed, 2002;

¨ MURACHCO, Henrique, Língua Grega. 2ª Ed, Vol 1 Teoria. São Paulo. Vozes – 2003;

¨ _____, Língua Grega. 2ª Ed, Vol 2 Prática. São Paulo. Vozes – 2003;

¨ MORRISON, Waine. Filosofia do Direito – dos gregos ao pós-moderno. São Paulo - Martins Fontes. 2006;

¨ PLATÃO. Fêdon. São Paulo – Abril Cultural – 1972;

¨ _____. MÊnon. São Paulo. Ed, Puc – Rio; Loyola. 2ª Ed, 2003;

¨ _____. O Banquete. São Paulo - Abril Cultural, 1972;

¨ _____. A República. São Paulo. Edipro, 1994;

¨ POZZOLI, Lafayette. Maritain e o Direito.São Paulo: Loyola, 2001.

¨ RAWLS, John. História da Filosofia Moral. Martins Fontes. São Paulo, 2007.

¨ REALE, Giovanni e Dário Antiseri. História da Filosofia. Vol 1, 6ª Ed. São Paulo. Paulus – 1990;

¨ _____. História da Filosofia. Vol 2; 6ª ed. São Paulo - Paulus, 1990;

¨ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. Ed,19ª. São Paulo. Saraiva – 2002;

¨ VECCHIO, Giorgio Del. Lições de Filosofia do Direito. 5ª Ed, Coimbra. Ceira – 1979;

¨ WOLKMER, Antonio Carlos. IDEOLOGIA ESTADO E DIREITO. RT. São Paulo, 2001.

---

[1] Neste caso o objeto da ação é e pragma - tos, *pragma*, enquadrado no acusativo, que traz a idéia não de acusação no sentido de culpa, mas sim de, razão pela qual, é a causa condição. Seria a expressão objetiva da práxis, os fins subjetivos da ação intencionada à utensilidade do objeto.

[2] A idéia de predicado, é a idéia da extensão que é trazida ao lado do objeto.

[3] No grego é a idéia do dativo = estar junto de, e do instrumental = meio pelo qual.

JUSTIÇA, AUTOPOIESE E LEGITIMAÇÃO. IMPEDIMENTOS PARA A REALIZAÇÃO DO DIREITO EM PAÍSES DA MODERNIDADE PERIFÉRICA*

JUSTICE, AUTOPOIESIS AND LEGITIMATION. CONSTRAINT FOR LAW IN THE MODERNITY OF PERIPHERAL

Thaísa Haber Faleiros

RESUMO

O artigo analisa a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos do autor alemão Niklas Luhmann, abordando seu pensamento nos âmbitos as Sociologia geral e jurídica. Para tanto, centra-se em um tema específico: o da legitimidade do direito, que, por sua vez, desdobra-se na problemática da regulação jurídica dos demais subsistemas sociais. Inserindo essa problemática em um contexto analítico mais amplo, o trabalho aborda as perspectivas teóricas de que parte o autor para formar o aparato teórico-metodológico de sua construção doutrinária. Assim, antes mesmo de adentrar no âmbito do direito, o trabalho aponta os caminhos percorridos pelo autor a fim de explicar um fenômeno muito mais complexo: a sociedade. O trabalho também apresenta o contraponto do seu pensamento com o ponto de vista de autores eminentes, que recepcionaram suas lições ou as relativizaram.

PALAVRAS-CHAVES: JUSTIÇA. LEGITIMAÇÃO DO DIREITO. AUTOPOIESE.

ABSTRACT

The article analyzes the theory of autopoietic social systems of the German author Niklas Luhmann, addressing his thinking in the fields of general sociology and law. For that, focuses on a specific topic: the legitimacy of the law which, in turn, breaks down the problems of legal regulation of other social subsystems. Inserting this problem in a broader analytical context, the paper discusses the theoretical perspectives that part of the author to form the theoretical apparatus of its construction doctrine. Thus, even before entering under the law, this work shows the paths traveled by the author to explain a phenomenon much more complex society. The work also presents a counterpoint to his ideas with the view of eminent authors, which it approves their lessons or relativizing

KEYWORDS: JUSTICE. LAW LEGITIMATION. AUTOPOIESIS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO

A compreensão da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos de Niklas Luhmannia de contribuições provenientes dos mais diversos âmbitos, o que a caracteriza , em razão de sua complexidade, exige que se vá além da lógica tradicional. É tributár como multidisciplinar.

Segundo o autor, o sistema da sociedade moderna é diferenciado em sistemas especificados segundo a função. Cada um dos subsistemas satisfaz a própria função e não pode ser substituído por outro.

Como a relação entre um subsistema e outro nunca é de determinação ou regulação direta, mas apenas de choque ou perturbações mútuas, colocam-se, dentre outras, questões relativas à legitimidade do direito e às suas reais possibilidades regulatórias, uma vez que ele, entendido como subsistema funcional de uma sociedade funcionalmente diferenciada, que convive e se relaciona com outros subsistemas autopoiéticos igualmente fechados e auto-referenciais que, por sua vez, são seu entorno, o que lhe obsta qualquer pretensão a uma supremacia, jamais poderá pretender direcionar ou determinar a atividade de outros âmbitos como, por exemplo, o econômico ou o político, nem muito menos legitimar-se noutra instância que não a partir de si mesmo.

Logo, é justamente a autonomia sistêmica dos subsistemas autopoiéticos que se forma dentro do sistema social que te torna bastante delicado o papel do direito, uma vez que não há, nessa ótica, qualquer possibilidade de regulação direta por parte do subsistema jurídico em relação aos demais subsistemas.

Assim, este artigo, ao analisar a teoria de Luhmann no âmbito do direito, estará centrado em um problema específico: o da sua legitimidade, que, por sua vez, desdobra-se na problemática da regulação jurídica dos demais subsistemas sociais.

2. A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN

O propósito essencial das investigações de Luhmann sempre foi o de formular uma teoria da sociedade moderna (DE GIORGI, 1993, p.27) com a pretensão de descrever todo o seu funcionamento. Em meio a uma sociologia que renunciou a pensar a sociedade como um todo, Luhmann enfrenta o problema sob o programa de uma teoria que entende a sociedade como um sistema.

Para a elaboração de suas concepções metodológicas, parte da análise do que se convencionou denominar “funcionalismo americano” e também da Teoria Geral dos Sistemas. Nesse primeiro momento, desde de meados dos anos sessenta até o início da década de 80, o autor formula uma teoria sistêmica funcional-estrutural que tem por

base a diferença entre sistema e ambiente/entorno, destacando que o sistema se define justamente por essa relação com o ambiente, mediante mecanismos de redução da complexidade.

Diferentemente de outros autores porém, ele produz uma teoria social baseada em uma versão nova da Teoria Geral de Sistemas: a chamada "Teoria dos Sistemas Autopoiéticos", cujo desenvolvimento se deveu principalmente aos neurocientistas chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. Desassemelhando-se da Teoria Geral de Sistemas tradicional, que se centra na descrição das estruturas e relações entre os elementos do sistema e destes com o ambiente, a teoria dos sistemas autopoiéticos centra sua análise nos mecanismos de auto-produção e auto-organização do sistema, o que já representa o segundo momento de sua obra.

O ponto de partida da abordagem de Luhmann sobre a sociedade, portanto, é a constatação de que cada tentativa de descrever a sociedade acontece dentro da sociedade (DE GIORGI, 1993, p. 27). Sendo assim, a teoria da sociedade como descrição da sociedade é autológica (DE GIORGI, 1993, p. 27), isto é, a descrição da sociedade tem que incluir uma descrição da própria teoria, que é a base da descrição da sociedade. A descrição da sociedade é um fenômeno social e, sendo assim, faz parte da sociedade. Tal componente autológico em conjunto com a falta de metodologias adequadas para analisar sistemas de alta complexidade é, na opinião de Luhmann, a razão da escassez de uma teoria da sociedade na sociologia contemporânea. (DE GIORGI, 1993, pp. 28-31).

Luhmann arrola três obstáculos epistemológicos que impediriam a sociologia clássica de analisar a contento a sociedade moderna. Seriam eles, a) que a sociedade está constituída por homens concretos e por relações entre os homens (e, por isso, a sociedade somente pode ser constituída ou integrada como resultado de um consenso entre os seres humanos, através da concordância de suas opiniões e objetivos); b) que as sociedades são unidades regionais, territorialmente delimitadas; e c) que sociedades podem, como grupos, ser observados de fora (o que permitiria sua descrição objetiva por meio de um sujeito cognoscente posto diante de um objeto do conhecimento que seria essencialmente passivo).

Sendo assim, as investigações de Luhmann buscam a superação dessas premissas clássicas, que estão adstritas a uma metodologia ultrapassada,

mediante a separação entre sociedade (sistema social, cuja autopoiese se opera com base na comunicação) e indivíduo (sistema psíquico, cuja autopoiese tem por elemento a consciência) que, nesse sentido seriam entorno um para o outro, bem como na adoção de um conceito abrangente de sociedade, que englobaria as diversas "sociedades regionais", encaradas como simples diferenciações de condição de vida no âmbito de um sistema social global e, por fim, através da assunção de uma perspectiva teórica segundo a qual a sociedade seria um sistema auto-referencial que descreve a si mesmo. (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 13)

2.1 Os sistemas sociais autopoiéticos

Luhmann modifica sua teoria sistêmica a partir da teoria da autopoiese elaborada pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, destinada, ao menos em suas origens, a aplicação aos sistemas vivos. De fato, deve-se a Luhmann a extensão do conceito de autopoiese aos sistemas sociais, que, no entanto faz a transposição do conceito de autopoiese para o social, imprimindo-lhe algumas diferenciações em relação ao que, originariamente, elaborara-se na biologia. Contudo, para os propósitos do trabalho, não nos é possível tratar de todas elas, senão mencionar aquelas que consideramos indispensáveis à abordagem que se propôs.

Embora Luhmann tenha importado da biologia o conceito de autopoiesis, sua concepção afasta-se do modelo originariamente concebido por Maturana e Varela. Luhmann, diferentemente do que conceberam os autores chilenos, separa os sistemas vivos dos sistemas de sentido, sendo que estes se subdividem em sistemas psíquicos (segundo Maturana, sistemas de percepção ou autopoiese de segunda ordem, conforme vimos) e sistemas sociais. Dessa forma, Luhmann cria um nível a mais para a autopoiese: cria a autopoiese do social e, assim, a teoria autopoiética deixa de ser unicamente uma teoria explicativa da vida e da percepção para se tornar uma teoria complexa e avançada dos sistemas sociais.

Citando Maturana, Luhmann define os sistemas autopoiéticos como

sistemas que se definem como unidades, como redes de produções de componentes que, recursivamente, mediante suas interações, geram e realizam a rede que os produz e constituem, no espaço em que existem as fronteiras da rede como componentes que participam na realização da rede (LUHMANN, apud GIMENÉZ ALCÓVER, p.80).

Trata-se, portanto, não só de sistemas dotados de uma organização própria e que criam e modificam suas estruturas, senão que ademais a "auto-referência se aplica também à produção de outros componentes" (LUHMANN, apud GIMÉNEZ ALCOVER, p. 80). Assim, sistemas autopoiéticos são aqueles que produzem seus elementos mediante seus próprios elementos, e, a partir daí, produzem também tudo o que identifica o próprio sistema como unidade: sejam elementos, processos, estruturas, operações, inclusive sua identidade como sistema. O sistema é, portanto, um produto de si mesmo.

As operações de um sistema social são as comunicações, que se reproduzem com base em outras comunicações reproduzindo assim a unidade do sistema, porquanto não existem comunicações fora do sistema. Já as operações dos sistemas psíquicos são os pensamentos no interior de uma consciência.

A reprodução autopoiética dos sistemas não é repetição idêntica do mesmo, senão recriação constante de novos elementos ligados aos anteriores. Portanto, a cada comunicação em um sistema não segue uma comunicação idêntica, mas uma nova comunicação, que se enlaça com os códigos comunicativos do sistema, com seu sentido, códigos sempre co-determinados pelas comunicações anteriores ocorridas dentro dele. Assim, os conceitos de autopoiese e auto-reprodução aparecem junto aos de auto-referência, auto-observação e auto-descrição para designar diversas operações sistêmicas, todas elas relacionadas, como mostra o prefixo, com a idéia central de fechamento do sistema.

A diferenciação entre sistema e ambiente é o meio utilizado para definir a identidade do sistema que, por ser composto por determinados elementos que não existem fora dele, demarca suas fronteiras frente ao ambiente.

As unidades elementares da sociedade são as comunicações que se reproduzem com base em outras comunicações, constituindo, dessa maneira, a identidade do sistema por serem diferenciadas de seu ambiente, onde não há comunicações, caracterizando-se, então, em um sistema fechado.

À medida em que esta mesma sociedade evolui, delineia-se, em seu interior, outro limite entre sistema e entorno, produzindo novos sistemas autonômos. Assim, a sociedade passa a ser diferenciada em subsistemas, ou sistemas parciais, de modo que ela própria aparece como ambiente deles. Esses se diferenciam da sociedade e também entre si devido ao fato de cada um deles reproduzir uma operação específica, ou melhor, um modo específico de comunicação que só se realiza em seu interior. Isso se dá através de um esquema binário que delimita o que pertence ou não a ele.

Nesse contexto, a autopoiese desses subsistemas não se realiza do mesmo modo que na sociedade. Enquanto esta tem como elementos comunicações, que não exitem no ambiente, a comunicação, como unidade elementar daqueles, existem também no entorno, posto ser este, o próprio interior da sociedade. Portanto, “para esses sistemas parciais desenvolvem-se não apenas comunicações *sobre* o seu meio ambiente, mas também comunicações *com* o seu meio ambiente” (NEVES, 1994, P.119). Assim,

somente quando um (sub)sistema social dispõe de um específico código-diferença binário é que ele pode ser caracterizado como auto-referencialmente fechado [...]. Por meio do código sistêmico próprio, estruturado binariamente entre um valor negativo e um valor positivo específico, as unidades elementares do sistema são reproduzidas internamente e distinguidas claramente das comunicações exteriores. (NEVES, 1994, p. 119)

2.1.3 Clausura operativa e abertura cognitiva. O fechamento do sistema

Quando se fala de sistemas autopoiéticos fechados, o fechamento se refere, portanto, à organização e não se nega a abertura estrutural do sistema, ou seja, não se retoma um paradigma pré-bertalanffyano de sistemas isolados frente ao ambiente (LUHMANN, 1996, p. 77; LOPES JR., 1993, p. 4). Em outras palavras, para Luhmann, os sistemas autopoiéticos são sistemas fechados e ao mesmo tempo abertos[185]. Essa aparente contradição é desfeita desde que se considere que a clausura dos sistemas auto-referenciais não apenas não impede sua abertura frente ao meio, senão que consiste justamente em sua condição de abertura.

A fim de que os sistemas existam e se mantenham, seu meio possui a mesma importância essencial que suas estruturas; estas apenas existem frente àquele. As estruturas dos sistemas se formam como resposta continuada frente às contínuas irritações provenientes do meio e, só assim, mantém-se a autopoiese do sistema, a produção de seus próprios elementos[186].

Em resumo, o conceito de clausura autopoiética não implica nem em isolamento do sistema, nem emque as causas internas sejam mais importantes que as externas, senão simplesmente que o sistema opera sempre de forma autorecursiva, aplicando suas próprias operações aos resultados de suas próprias operações. Nenhum sistema pode operar fora de suas fronteiras, porque isso suporia a confusão de seus limites e a desaparição do sistema no ambiente.

2.1.4 Acoplamentos estruturais

Uma das mais perturbadoras e controvertidas consequências que se desprendem da teoria dos sistemas autopoiéticos é a aludida exclusão recíproca entre homem e sociedade, que decorre da própria natureza auto-referencial de tais sistemas.

---

[185] "Além de diferenciar-se da teoria biológica da autopoiese, a concepção luhmanniana de fechamento auto-referencial dos sistemas baseados no sentido, especialmente dos sistemas sociais, afasta-se ainda mais claramente da clássica oposição teórica entre sistemas fechados e abertos. [...]. 'Fechamento não significa agora nem falta de meio-ambiente, nem determinação integral por si mesmo'. Trata-se de autonomia do sistema, não de sua autarquia". (NEVES, op. cit., p. 115.)

[186] De fato, existiria direito ali onde não existiram comportamentos humanos ou onde estes não foram ao mesmo tempo contingentes (livres), porém suscetíveis de gerar expectativas?

As críticas que lhe são dirigidas (e que se permeiam pela acusação de que, sob tal enfoque, os sujeitos desaparecem para deixar seu lugar ao auto-desdobramento dos sistemas) Luhmann rebate dizendo que não há que se perder de vista que a clausura de operação não exclui abertura cognitiva. Ademais, conforme se disse anteriormente, esta é pressuposto daquela.

O que Luhmann quer de fato deixar claro é que se deve entender por clusura autopoiética "a organização recursivamente fechada de um sistema aberto" (LUHMANN, apud GIMÉNEZ ALCOVER, p. 80). Isso significa que, enquanto determinados por elementos próprios, à medida que somente estes podem estabelecer as operações que efetua, os sistemas não prescidem de seu entorno: este é pressuposto daqueles.

Assim, a sociedade não poderia existir se não existissem os homens, como síntese de sistema psíquico e sistema vivo. No entanto, o biológico e o psíquico não formam parte, enquanto tais, da auto-referência do sistema.

Mas então, como se dão as "causalidades" entre sistemas sociais e indivíduos (entorno)? Através do que Maturana denominara de **acoplamento estrutural**[187].

Neste sentido, todo sistema, dentro do espaço de possibilidades disponíveis, realiza suas operações em condições de absoluta autonomia. Portanto, o entorno pode afetar o sistema unicamente enquanto produz irritações que se reelaboram internamente. Nessa medida, as irritações também nada mais são que construções internas, que resultam de uma confrontação dos eventos com as estruturas próprias dos sistema. Assim, não existem irritações no entorno do sistema: a irritação é sempre na realidade uma autoirritação, partindo eventualmente de eventos do entorno (LUHMANN, 1995, pp. 214-215).

Os sistemas psíquicos estão, por exemplo, acoplados aos processos neurofisiológicos do próprio sistema, no sentido de que unicamente podem existir se o sistema orgânico ao qual estão conectados se encontre vivo. Não obstante, isso não significa que se devam adaptar a ele, ou que os pensamentos são reflexos do estado do organismo: esses não se percebem quase nunca, ou se percebem muito seletivamente em formas psíquicas específicas (por exemplo como dor).

---

[187] Luhmann aproveita o conceito de acoplamento estrutural desenvolvido pelos biólogos chilenos, que o utilizam para analisar o modo pelo qual o sistema se relaciona com seu entorno; contudo o modifica para poder expressar a inter-relação entre diversos sistemas autopoiéticos. Para uma análise mais pormenorizada desses conceitos em Luhmann, ver, entre outros, *Social systems*, op. cit., 1995. cap. 6 e *Introducción a la teoria de sistemas*, op. cit., 1996. p. 97-113; 201-208.

Os sistemas sociais, por sua vez, acoplam-se estruturalmente às consciências: se elas não existissem não seria possível o processo de comunicação. Os conteúdos psíquicos não são, por isso conteúdos comunicativos, e os pensamentos não são os elementos da comunicação. Os limites do sistema psíquico não são os limites da sociedade e vice-versa, de maneira que aquilo que é socialmente possível não deve necessariamente ser compreendido em cada uma das consciências, enquanto que nem tudo aquilo que se pensa pode chegar a expressar-se na comunicação. Os pensamentos conscientes acompanham sempre as contribuições da comunicação, diregem-nas e procuram controlá-las: refletem, buscam as palavras, registram os êxitos e fracassos, etc., sem que tudo isso se traduza em comunicação. Mas também as referências e as conexões atualizadas pela comunicação em sua total complexidade, nunca se podem perceber e criar-se pelas reduzidas capacidades de uma cosnciência individual.

O acoplamento estrutural dos sistemas sociais com os sistemas psíquicos apresenta, ademais o aspecto particularmente relevante de que a comunicação pode ser irritada somente pelas consciências, e não pelos eventos físicos, químicos ou neurofisiológicos enquanto tais (que podem eventualmente destruí-las). Unicamente os sistemas psíquicos, de fato, podem perceber e ademais podem logo expressar essas percepções de forma comunicativa.

Quando ocorre um acoplamento estrutural entre dois sistemas, não significa que exista uma fusão entre eles ou que haja uma coordenação estável das operações respectivas (LUHMANN, 1995,p. 215. O acoplamento estrutural se realiza em correspondência com um evento, o qual desaparece no mesmo momento de sua aparição: a coincidência é só momentânea e não conforma uma fusão entre as operações dos sistemas colididos, enquanto que se voltam a separar imediatamente depois de seu encontro.

O acoplamento estrutural, entendido desse modo, é completamente compatível com a hipótese da clausura autopoiética dos sistemas de sentido, enquanto que intervem só no nível das estruturas e não da auto-reprodução: a completa independência dos sistemas na constituição dos próprios elementos e na determinação de suas conexões permanece intacta, enquanto que, ao mesmo tempo, observa-se uma coordenação entre estruturas recíprocas.

2.1.5 Auto-referência

O conceito de auto-referência está na base da teoria dos sistemas autopoiéticos. Em certo sentido, a auto-referência é inerente à própria elaboração de tal teoria, pois não há como conceber um sistema autopoiético (que se caracteriza pela capacidade de produzir

e reproduzir seus próprios elementos a partir da sua rede interna de elementos, ou, dito de outra forma, de criar seus elementos mediante um processo interno) que não seja auto-referencial (LUHMANN, 1995, p. 435).

Segundo Luhmann, as possibilidades de auto-referência são ao menos três (LUHMANN, 1995, p. 443). A auto-referência que se refere à diferença entre elemento e relação denomina-se **auto-referência basal** e apresenta-se como a "forma mínima de auto-referência". No caso dos sistemas sociais, essa forma de auto referência se dá pelo fato de as comunicações não possuírem outra referência que não comunicação, e só com base nessa referência permitem a autopoiesis do sistema. Já quando se refere à distinção entre "antes e depois" ou entre "sistema e meio ambiente", estamos diante de outros dois momentos da autopoiese (LUHMANN, 1995p. 443), que são, respectivamente, a **reflexividade** e a **reflexão**. A reflexividade consiste no reforço da seletividade do processo mediante a aplicação do processo a si mesmo, antes do objeto que se processa. Assim se apresenta o aprender a aprender que, ao invés de referir-se diretamente ao objeto da aprendizagem, refere-se ao próprio processo de aprendizagem, e reforça sua capacidade de seletividade. No caso da reflexão, o sistema se refere a si mesmo mediante suas próprias operações e isso requer que o sistema se possa distinguir a si mesmo do externo, ou seja, de seu entorno. A distinção que guia, nesse caso, a auto-referência é a que se dá entre sistema e entorno.

Dessa forma, ao se constituírem a partir da diferença sistema/entorno, uma vez que sua auto-referência está baseada nessa própria diferença, tais sistemas auto-referenciais e autopoiéticos, dotados de clausura operacional, serão determinados de forma essencialmente **paradoxal**: a auto-referência do sistema somente se pode realizar se tal sistema se identifica a si mesmo como diferenciado daquilo que ele não é.

Contudo, Luhmann considera que o paradoxo da auto-referencialidade depende do uso que se faça dele, podendo ser incorporado produtivamente a uma teoria que ofereça mecanismos que não permitam que ele seja um impedimento à análise.

Luhmann observa que essa problemática ao âmbito da teoria da sociedade, em sua ânsia por unidade, sempre tentou refutar o paradoxo a todo custo. Nesse sentido, a religião seria, pelo menos até o século XVIII, a grande instância desparadoxizadora da maioria das sociedades ocidentais, pois Deus, considerado pela teologia como o critério explicativo de todas as diferenças, será entronizado como a unidade elementar que subjaz lógica e ontologicamente a todas as diferenças.

Contudo, a evolução da sociedade rumo à diferenciação funcional irá arrebatar essa função desparadoxizadora da religião, remetendo tal função a outras instâncias, tais como a ciência e a arte[188].

Com isso, chega-se à caracterização, já referenciada anteriormente, de uma sociedade acêntrica e policontextual, no sentido de ser diferenciada em inúmeros subsistemas funcionais auto-referenciais e autopoiéticos que operam simultaneamente a partir de codificações próprias que encaminham funções específicas, as quais, por seu turno, não podem ser escalonadas hierarquicamente.

Em uma sociedade, concebida nesses termos, em que os subsistemas auto-referenciais e autopoiéticos são dotados de clausura operacional a partir da qual operam seleções de sentido fundadas na orientação fornecida por seus respectivos códigos binários, planta-se a questão de como pensar nas funções que tradicionalmente são atribuídas ao direito.

Em primeiro lugar, o direito, enquanto subsistema funcional de sentido, não poderá estar fundado noutra coisa senão na própria comunicação, que é o elemento básico da autopoiesis social, sendo que tal como ocorre com a sociedade, o homem será o entorno do direito. Portanto, propostas psicologizantes, que buscam no homem a definição de direito não podem ser aceitas. Da mesma forma, o direito como sistema autopoiético, em virtude de sua auto-referência constitutiva, não poderá buscar sua legitimidade noutra instância que não em si mesmo, uma vez que isso implicaria sobrepor referência externa à auto-referência. Assim, toda a tradição jusnaturalista, bem como aquelas com carga ontológica, não seriam compatíveis com o direito autopoiético. Por outro lado, enquanto subsistema funcional de uma sociedade plural, acêntrica e funcionalmente diferenciada, o direito autopoiético não é compatível com perspectivas que o entendam como superestrutura orientada por determinações advindas de uma estrutura de base.

Da mesma forma, que em sua teoria social, também em sua análise do direito, que ademais nada mais é do que a aplicação dos elementos teóricos elaborados na teoria da sociedade a um subsistema específico, Luhmann levará a extremos de radicalização todas as consequências advindas da estruturação da teoria sobre o paradoxo da auto-referência. Como decorrência, o direito, sobretudo em uma sociedade funcionalmente

[188] Desde logo, é curioso notar o quanto a análise de Luhmann se aproxima da idéia weberiana de desencantamento promovido pelo processo de racionalização, pois da mesma forma que de tal processo decorre a perda do primado da religião enquanto instância unificadora e fornecedora de uma visão global de mundo e a consequente separação das esferas culturais de valor, tais como a ciência, o direito, a economia, etc., também o processo que leva a sociedade a assumir uma diferenciação funcional implica pela perda da unidade outrora fornecida pela teologia. Esse argumento será melhor desenvolvido nos primeiros epígrafes do capítulo seguinte.

diferenciada, terá sua auto-reprodução pautada pela paradoxal necessidade de somente ser capaz de se manter mediante sua contínua transformação.

Assim, o direito, visto como um sistema auto-referencial e autopoiético, também será paradoxal, cabendo à teoria que o analisa fornecer os mecanismos teóricos necessários à utilização produtiva de tal paradoxo. Luhmann acredita que apenas a teoria dos sistemas detém um tal aparato teórico. Resta saber se, no que tange ao direito, ele de fato tem razão.

3. O DIREITO NA TEORIA DE LUHMANN

Luhmann diz que

> o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. Na *dimensão temporal* essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização. Frente à crescente complexidade social isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas, além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações. Na *dimensão social* essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros. Dada a crescente complexidade social isso exige cada vez mais suposições fictícias do consenso e também a institucionalização do ato de institucionalizar através de papéis especiais. Na *dimensão prática* essas estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente através de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas. Dada a crescente complexidade social isso exige uma diferenciação de diversos planos de abstração. Para podermos dispor de um conceito mais amplo sobre as necessidades dessas três dimensões, falaremos a seguir da *generalização de expectativas comportamentais* [...] (1983, PP. 109-110).

O conceito de generalização supõe a superação, em cada uma das dimensões, das descontinuidades existentes e a eliminação dos riscos ou perigos típicos de cada dimensão. Generalização é a "imunização simbólica das expectativas contra outras possibilidades; sua função apóia o necessário processo de redução ao possibilitar uma *indiferença inofensiva*" (LUHMANN, 1983, p. 110).

Os mecanismos de generalização em cada uma das dimensões são de natureza diversa. Na dimensão temporal a generalização se consegue fixando expectativas no tempo, assegurando-lhes duração apesar das frustrações. Para superar essas frustrações e permitir a manutenção das expectativas existem diversos mecanismos equivalentes, dependendo de quais são os expectadores e quais são suas expectativas.

Na dimensão social, o problema que se coloca é outro, já não se trata de proporcionar duração às expectativas, senão consenso. As expectativas estão generalizadas socialmente quando, apesar da existência de indivíduos que não as compartilham, se lhes supõem consenso. Os mecanismos generalizadores, nessa dimensão, têm a função específica de repartir um consenso que é, de fato, limitado.

Na dimensão material, generalizam-se os conteúdos, os temas nos quais se baseiam as expectativas. Para isso se obtêm pontos de referência suficientemente abstratos para garantir às expectativas uma certa identidade apesar de sua diversidade material.

A própria existência das três dimensões limita, em certo grau, as possibilidades de compatibilização das expectativas. Não é qualquer conteúdo que pode se normatizar: quanto mais concreto é o conteúdo de uma expectativa, mais sujeita está esta a frustrações e mais difícil é sua institucionalização. Os mecanismos de generalização das três dimensões são muito heterogêneos e não atuam de forma coordenada por "natureza". "Nesse caso, que corresponde à concepção do direito natural, não seria possível qualquer desenvolvimento do direito" (LUHMANN, 1983, p. 110). A heterogeneidade desses mecanismos faz com que nas diversas dimensões se generalizem expectativas incompatíveis e que estas se obstaculizem umas a outras.

Essa incongruência entre os mecanismos das distintas dimensões e, em conseqüência, a generalização de expectativas não compatíveis "formam um problema estrutural de qualquer sociedade, *e é face a esse problema que o direito constitui sua função social*" (LUHMANN, 1983, p. 110) .

O direito não é um ordenamento coativo, senão uma forma de facilitar (alívio) e possibilitar expectativas mediante generalizações congruentes que diminuem o risco, sempre presente em expectativas que se fixam como resistentes aos fatos, de frustração ou imunizam simbolicamente o expectante contra os efeitos dessa.

A coação do direito reside na obrigatoriedade de selecionar expectativas, a qual pode motivar a imposição de determinados comportamentos.

Nesse sentido, a evolução do direito nada mais é do que a seleção de formas de generalização nas três dimensões cada vez mais adequadas e compatíveis entre si.

Ou seja, ainda quando o direito não nasce em um momento histórico determinado, senão que, segundo a definição luhmanniana, está presente em qualquer sociedade, pois do ponto de vista da generalização congruente, em toda sociedade há direito, a variável evolutiva do mesmo não reside em uma mudança de função, ou quando mesmo em sua função básica, senão nos mecanismos historicamente selecionados para levar a cabo essa função.

A partir da incorporação do paradigma da autopoiese em sua teoria dos sistemas, Luhmann passa a descrever o direito positivo moderno como um subsistema (ou sistema parcial) funcional, auto-referencial e autopoiético, que compõe, ao lado de outros subsistemas funcionais (política, economia, ciência, sistema educacional, etc), uma

sociedade, entendida como sistema social global que se reproduz autopoieticamente a partir de um processo comunicativo.

Essa mudança paradigmática fornecerá a Luhmann instrumentos analíticos mais precisos que para refletir sobre as análises já realizadas anteriormente, forçando sua retomada de forma mais radical, mas não contraditória. Verifica-se, assim que o advento da teoria dos sistemas autopoiéticos será menos uma ruptura na obra de Luhmann do que uma afinação de seu instrumental analítico e teórico.

Já sob o enfoque do novo paradigma de Luhmann, as análises que serão realizadas sobre o direito, caracterizado enquanto sistema autopoiético que compõe uma sociedade funcionalmente diferenciada, demandam que se tenha em mente sempre que os sistemas autopoiéticos, não importa se são sistemas vivos, psíquicos ou sociais, são sempre sistemas auto-referenciais, no sentido de que produzem e reproduzem não apenas suas estruturas, mas seus próprios elementos constituintes a partir de seus próprios elementos e estruturas e mediante operações recursivamente fechadas. Em decorrência da clausura operacional, tais sistemas somente poderão operar dentro de seus próprios limites e nunca fora deles, e, ademais, como conseqüência lógica desse postulado, não poderão importar de seu entorno as estruturas e os elementos que os compõem. Luhmann é intransigente a esse respeito. Para ele, os sistemas ou são autopoiéticos ou não o são.

É claro que clausura operacional não implica isolamento ou indiferença em relação ao seu entorno[189]. O sistema é uma forma (paradoxal, diga-se de passagem) composta por dois lados: o sistema e o entorno, de modo que este não é excluído, mas pressuposto pelo sistema. O que ocorre é que o sistema se delimita perante seu entorno mediante operações recursivamente fechadas, a partir das quais é capaz de produzir seus componentes por meio da sua própria rede interna de componentes.

A transposição dessa descrição geral para o plano dos sistemas sociais e, mais especificamente, para o do sistema jurídico, caracterizado como subsistema funcional autopoiético que compõe o sistema social global (sociedade), permitirá descrever o direito como um sistema que, não podendo importar seus componentes (elementos e estruturas) do exterior (entenda-se por tanto o entorno intra-social do direito – sociedade e demais subsistemas funcionais – quanto o seu entorno extra-social – o homem

[189] Luhmann ressalta que é um equívoco imaginar que a autopoiese do sistema jurídico implicaria ema espécie de solipsismo jurídico. O fato de a sociedade se tornar entorno do direito não acarreta o isolamento ou a ruptura deste em relação àquela.

enquanto síntese se sistema psíquico e sistema vivo), terá de produzi-los por si mesmo, mediante operações recursivamente fechadas.

O direito, visto enquanto um subsistema funcional, terá a comunicação (síntese de três operações seletivas, a saber: emissão, informação e compreensão) como elemento básico de sua autopoiese. Contudo, a definição do direito enquanto um subsistema funcional implica ainda que ele, de alguma forma, seja diferenciado da sociedade da qual faz parte, pois, caso contrário, a comunicação jurídica simplesmente se dissolve em meio ao fluxo de comunicação geral da sociedade e o direito desaparece ou, como descreve Teubner, torna-se socialmente difuso.

Assim, a partir da consideração do fato de que o direito está inserto num sistema social global que abrange todas as comunicações possíveis (sociedade) é preciso que sejam apontadas quais são as características específicas que o definem. Isso implica a alusão, ainda que breve, a alguns de seus principais conceitos constitutivos, tais como os de sua clausura operacional, código, função, binômio abertura/fechamento, programa condicional, observação de segunda ordem, diferença entre sistema/entorno, tanto no que tange ao entorno intra-social do direito – que é composto pela sociedade entendida como sistema social global e pelos demais subsistemas funcionais – quanto no que diz respeito ao seu entorno extra-social, que é composto pelo homem, etc.

É preciso, entretanto, ressaltar que a relação entre direito e sociedade não exaure a complexidade da problemática que envolve a autopoiese jurídica, pois a sociedade é apenas o entorno/envolvente intra-social do direito. Além dela há o entorno extra-social do direito que abrange tanto o homem (síntese se sistema psíquico e sistema vivo) e o mundo com seus fenômenos físicos e biológicos.

Disso decorre que o homem não é uma realidade indiferente para o direito, uma vez que, sendo entorno, ainda que extra-social, é parte da forma que tem por lado interno o direito. Portanto, críticas que buscam enfatizar o caráter desumanizador de um direito concebido como subsistema de uma sociedade sem homens não merecem guarida, pois simplesmente desconsideram o fato de que o direito (tal como ocorre com a sociedade) está estruturalmente acoplado aos sistemas psíquicos mediante o mecanismo da linguagem. Isso significa que, mesmo que se critiquem os efeitos dessa teoria em termos de um déficit de normatividade, não há como postular seriamente que ela simplesmente exclui o homem da sociedade[190].

[190] Luhmann ressalta que "no nos obstinamos em la absurdidad de afirmar que haya derecho sin sociedad, sin hombres, sin lãs condiciones físico-químicas de nuestro planeta. Únicamente afirmamos que el

É, portanto, necessário indicar quais são as operações por meio das quais o sistema jurídico produz e reproduz seus elementos que, tal como concebe Luhmann, não podem ser outra coisa senão comunicação, só que de tipo especial: a comunicação jurídica. Melhor dizendo, para haver sistema jurídico é preciso que haja pelo menos comunicação, uma vez que sem ela não haveria autopoiese dos sistemas sociais. Contudo, a simples existência de comunicação não é suficiente para que haja um sistema jurídico. Esse somente surge a partir de uma comunicação orientada pelo código binário direito/não-direito, o qual, ao garantir a auto-adjudicação das operações ao sistema, garante sua própria clausura operacional, uma vez que o esquematismo binário exclui a possibilidade de advento de um outro código ou a interposição de outros valores no código já existente. Desse modo, a definição do código do direito, na medida em que assegura a sua própria unidade operativa, é essencial à especificação da função de tal sistema, que consiste, conforme já indicado, no processamento de expectativas normativas mediante sua estabilização contrafática. Isso ocorre porque a função de estabilização de expectativas implica um esquematismo que indique quais expectativas devem ser mantidas contrafaticamente em caso de frustração. Verifica-se, assim, que o código e a função do direito estão conectados internamente e são fundamentais à sua clausura operacional e diferenciação sistêmico-social.

A codificação binária da comunicação jurídica será compreendida por Luhmann como a forma estrutural que garante a própria autopoiese do sistema, pois, ao instituir um valor positivo (direito) e um valor negativo (não-direito), o código, que ademais somente pode ser manejado no plano da observação de segunda ordem, permite ao sistema jurídico classificar as condutas como estando de acordo ou em desacordo com o direito. Trata-se de um esquema bivalente do qual o direito se vale para estruturar suas operações e distingui-las de outros assuntos, uma vez que, por meio do código, o sistema tem a possibilidade de desenvolver suas operações a partir apenas de dois estados: positivo/negativo, reduzindo situações altamente complexas que se encontram em seu entorno. Trata-se de uma estrutura que, ao promover a clausura operacional, está claramente relacionada com a auto-referencialidade dos sistemas autopoiéticos e, nesse sentido, é também ela paradoxal[191]. A esse respeito, cumpre notar que é justamente para

---

sistema produce las relaciones con dicho entorno a partir de sus proprios esfuerzos, a partir de la efectuación de sus propias operaciones" (1993. p. 54).

[191] Luhmann ressalta que, do ponto de vista objetivo/material/prático, o código é uma tautologia que, se aplicada a si mesma, gera um paradoxo. O código é tautológico, pois os dois valores que o compõem são intercambiáveis mediante uma negação que não significa nada. Isto é, o código simplesmente

não ter que se valer das soluções tradicionais que buscam numa hierarquização remeter a solução do paradoxo a níveis superiores de dotação de sentido que Luhmann recorre à distinção entre código e programa. Essa distinção também será fundamental à análise de um direito como subsistema autopoiético de uma sociedade funcionalmente diferenciada, pois permitirá contrabalançar a rigidez e invariabilidade que caracterizam os códigos binários dos subsistemas funcionais, mediante a introdução de programas que permitem estabelecer os critérios para a correta atribuição dos valores dos códigos. Nesse sentido, ao complementar a codificação mediante o preenchimento de seu conteúdo, o programa, ao decidir acerca da adjudicação dos valores que compõem o código, terá uma função essencial no que se refere à possibilidade de abertura cognitiva do sistema, pois é ele que determina quais aspectos do sistema teriam que processar cognições e em que ocasiões isso aconteceria.

O código assegura a unidade operacional do sistema, pois é partir de especificidade que o sistema se distingue de seu entorno. Contudo, o código por sis só não permite que o sistema se feche, mas sim apenas que ele crie os enlaces de suas operações (LUHMANN, 1993, p. 67). É assim que o código precisa ser complementado pelos programas (leis, regramentos e demais premissas de decisão do direito), os quais, ao estabelecerem as regras de adjudicação dos valores do código, fixam as condições concretas de correção na atribuição de tais valores (LUHMANN, 1993, p. (146-147) permitindo, por exemplo, que num dado litígio se indique quem ostenta expectativas conforme o direito e quem não as ostenta. É por isso que Luhmann dirá que código e programas são momentos da autopoiese do sistema e não entidades existentes por si só.

Contudo, ainda que o direito, a partir da perspectiva de Luhmann, deixe de carregar o fardo da integração social (LUHMANN, 1993, p. 93), para ter sua função reduzida à pura e simples estabilização contrafática de expectativas, nem por isso ele deixa de ter uma clara pretensão regulatória, mesmo porque, conforme visto anteriormente, o direito somente consegue obter a estabilização de expectativas normativas por meio da regulação da generalização congruente das mesmas nas dimensões temporal, social e material de sentido. Luhmann ressalta, entretanto, que a função do direito, entendida como estabilização de expectativas normativas, ultrapassa a simples regulação de conflitos (LUHMANN, 1993, 103-104). No entanto, mesmo que a função do direito não

---

afirma que o direito não deve ser não-direito e que o não-direito não deve ser direito. Por outro lado, quando aplicado a sim mesmo, isto é, quando se indaga acerca de sua própria conformidade ou desconformidade com o direito, o código gera um paradoxo, que consiste em dizer que é (ou não) conforme o direito aplicar a distinção entre direito e não-direito. (1993, p. 145).

seja redutível à simples regulação dos conflitos, conforme Luhmann faz questão de frisar, é certo que a estabilização de expectativas normativas implica que o direito, de alguma forma, possa interferir, influenciar ou pelo menos perturbar de modo regulatório os demais subsistemas sociais. O próprio Luhmann admite que, embora não seja capaz de assegurar que todas as expectativas normativas por ele protegida sejam satisfeitas,

> *el derecho debe tener altas posibilidades de que se imponga, ya que de outro modo más bien uno se doblegaría ante los hechos. Las cosas no pueden suceder de tal manera que a la persona cuyas expectativas de derecho se frustraran, se le confortara con solo decirle: sin embargo usted se mantuvo en la expectativa correcta. Debe suceder algo a favor de una imposición real o compensatoria de su derecho*. (1993, 103-104).

Por tanto, ainda que tenha sua função centrada na estabilização contrafática de expectativas, o direito precisará, em alguma medida, se impor e, nesse sentido, regular os conflitos de expectativa, indicando quais expectativas têm um respaldo social e quais não. A própria estrutura da expectativa normativa parece depender dessa capacidade do direito em se impor regulatoriamente perante seu entorno, seja na consecução de sua função social, seja na prestação aos demais subsistemas, pois, do contrário, conforme ressalta o próprio Luhmann, "ao invés da generalização de normas, produzir-se-ia então uma generalização da frustração" (LUHMANN, 1983, v.2, p. 82 e 1993, p. 101). É bem verdade que Luhmann não está preocupado com as motivações que levam ao cumprimento das normas que visam assegurar as expectativas normativas. A orientação da motivação da ação não é relevante para a consecução da função do direito, que consiste em estabilizar as expectativas mediante mecanismos que permitam sua generalização simbólica nas três dimensões de sentido e que, em se tratando do direito positivo moderno, são, conforme visto anteriormente, a sanção (dimensão temporal), os procedimentos (dimensão social) e os programas condicionais de decisão (dimensão material).

Feita essa breve e fragmentária reconstrução dos traços mais gerais do direito enquanto subsistema funcional da sociedade moderna, podemos introduzir agora a temática central do presente trabalho: a problemática da legitimação de um direito concebido como subsistema funcional e auto-referencial e autopoiético.

4. A PROBLEMÁTICA REFERENTE À LEGITIMIDADE DO DIREITO

Num contexto, em que não é mais possível definir as expectativas recíprocas de comportamento a partir de normas fundadas num *ethos* socialmente compartilhado, que em última análise estariam legitimadas pelo enquadramento institucional, o direito não poderá mais recorrer a fundamentos dessa natureza (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p 209). Com o advento de sociedades caracterizadas por visões pluralistas de mundo, o

direito perderá seus antigos marcos inquestionáveis de legitimação[192]. Contudo, não poderá prescindir de pretensão de legitimidade (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 209), pois excluído de seu fundamento material e social, o direito passa a integrar o plano da razão instrumental e simplesmente se reduz ao cumprimento da norma em função de um cálculo estratégico acerca das conseqüências que podem advir do descumprimento da mesma. Esse enfoque objetivador do direito (HABERMA apud VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 209), a partir do qual esse se coloca apenas em termos de limitação externa ao espaço de opção de agentes que agem estrategicamente, reduz-no à sua mera facticidade, pois o direito perde um mecanismo importante de sua estabilização, "sobretudo num contexto em que, como decorrência de sua positivação, ele aparece como essencialmente mutável" (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 209).

Assim, o direito precisa sempre demonstrar ao menos uma pretensão à legitimidade, ainda que apensas para conferir "aparência de legitimidade ao poder ilegítimo"[193]. "A legitimidade é, portanto, o momento constitutivo do direito" (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 210).

Mas como lidar com a legitimidade do direito numa sociedade em que ruíram todas as bases de interpretação de mundo limitadas pela moral, pela religião, ou pela metafísica? Portanto, vê-se que a atualmente, "a problemática da legitimidade é alçada ao seu mais alto grau de improbabilidade" (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 210).

Transporta a questão da validação das normas para o interior do circuito autopoiético do sistema jurídico, cujo fechamento operacional se dá justamente com o escopo de que esse possa, a partir de sua codificação binária e de seus programas decisórios condicionais, levar a cabo sua função que consiste em estabilizar expectativas normativas de modo contrafático (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 226).

> Contudo, uma tal estabilização implica a generalização congruente de tais expectativas nas dimensões temporal, social e material/prática de sentido. Ora, a problemática se coloca justamente no momento em que se pretende generalizar expectativas normativas, na dimensão social, mediante um direito que é estabelecido e validado por decisões (direito positivo) (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, pp. 226/227).

---

[192] Em sociedades tradicionais que eram tributárias de um direito natural ainda era possível identificar o lastro das representações teistas do mundo. O direito era visto como perene: fundado no passado e vigorando desde sempre. O homem não poderia mudá-lo. O direito natural revela uma falta de confiança na capacidade de o sistema social para criar e dotar-se de direito. Por outro lado, o direito natural não conhece "uma separação nítida entre as expectativas cognitivas e normativas

[193] Ibid., p. 62.

Luhmann faz uma a conciliação entre auto-referencialidade sistêmica e legitimação a partir da proposta de legitimação pelo procedimento, o que cuja proposta implica em uma série de considerações e redefinições a fim de que possa ser bem compreendida.

> Em primeiro lugar, há que se observar que a problemática da legitimação está posta essencialmente na sociedade, o que, se por um lado parece trivial, por outro, acarreta sensíveis conseqüências que não podem ser desconsideradas. Luhmann ressalta que, em virtude da separação entre sistemas sociais e sistemas psíquicos, pouco importa a motivação subjacente à aceitação das normas, mesmo porque isso é um assunto que está posto naquilo que se poderia chamar de entorno extra-social do direito. (VILLAS BÔAS, 2006, p. 228).

Com isso não se quer dizer que se exclua o homem do universo do direito, mas simplesmente que este deve ser capaz de se legitimar não com base nas motivações, valores ou no consenso dos homens. "A motivação que faria com que o cumprimento da norma se desse em decorrência de uma pretensão de validade deontológica passa a ser irrelevante. Para Luhmann a norma ou bem se cumpre ou não se cumpre. O enfoque é efetivamente objetivador (...). (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 228).

Nesse contexto, Luhmann irá definir legitimidade como sendo "disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância" (LUHMANN, 1980, p. 30). Trata a legitimidade a partir de sua função, que consiste na implementação fática do direito e no controle da decisão jurídica (LUHMANN, 1983, v. 2, p. 70).

> Enquanto subsistema funcional de uma sociedade funcionalmente diferenciada, o direito visa apenas desenvolver sua função que, conforme já foi indicado, consiste na estabilização contrafática de expectativas normativas. Nesse contexto, a definição de legitimidade em termos de disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido é totalmente compatível com a função que o direito visa desenvolver, pois, ao garantir uma tal disposição para a aceitação das decisões, ela garante a implementação fática do direito e, para uma teoria funcionalista, isso basta. (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 229).

Para se garantir a força vinculante de um sistema jurídico contingente e mutável é preciso a obtenção de uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido. (VILLAS BÔAS FILHO, 2006 p. 230).

O mecanismo de que o direito se vale para obter essa disposição é a utilização de procedimentos, concebidos como mecanismos que permitem a institucionalização do direito na dimensão social de sentido e a, conseqüente generalização social das expectativas normativas. (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 230).

Por meio dos procedimentos é possível obter a legitimação do direito a partir de um prisma sistêmico.

> O sistema se legitima a si mesmo a partir de procedimentos que permitem obter uma predisposição generalizada de aceitação de decisões de conteúdo ainda não definido. É bem verdade que isso exclui do direito uma função socialmente integradora (...) mas, como se viu,

para Luhmann, a função do direito é a estabilização contrafática de expectativas normativas e, para isso, o que importa é a preservação da clausura operacional do sistema jurídico, que permite sua autopoiese a partir da auto-reprodução comunicativa orientada pelo código binário direito/não direito e pelos programas condicionais, que adjudicam concretamente os valores do código[194].

O código legal/ilegal dá ao sistema sua clausura operativa, pois nenhum outro sistema trabalha com ele. Ao mesmo tempo, introduz os dois pólos de uma diferença. Com o que se produz uma primeira limitação da contingência: sempre o que se oponha ao antijurídico será jurídico, e vice-versa; e sempre que algo se afirme como jurídico não poderá afirmar-se ao mesmo tempo como antijurídico, e vice-versa. Mas para dirimir a designação dos valores desse código aos dados exteriores a ele, os programas decisórios são necessários. Todo o direito positivo é "programa", as normas não são nada além de programas. Por assim estar programado em uma norma, o voto para os maiores de dezesseis é legal e para menores, ilegal.

É a presença simultânea de código e programas que permite ao sistema ser por sua vez aberto e fechado. É normativamente fechado, porém cognitivamente aberto. Não existem normas jurídicas fora dele, mas seu funcionamento, a reprodução de seus elementos, vincula-se a acontecimentos externos cuja averiguação requer uma atividade cognitiva: o juiz que julga um furto não apenas comprovará que existe uma regra jurídica aplicável que faz do furto um ato ilícito, senão que também terá que comprovar que o furto ocorreu materialmente e nas circunstâncias previstas, isto é, "programadas" nessa norma.

O código é insubstituível, pois é a base da autonomia do sistema e é pré-requisito de todo programa nesse sistema. Os programas, pelo contrário, são substituíveis uns por outros, podem ser mudados, com respeito aos requisitos (normativos) do próprio sistema, quando as circunstâncias assim aconselham. Assim se procede nas instâncias legislativas na hora de dotar de conteúdos as normas que criam. Porém, uma vez criadas, tais normas são "programas condicionais", e como tais regem para aqueles que as aplicam, sem aqui caiba "aprendizagem" ou adaptação, salvo dentro de limites bastante restritos. O juiz, por exemplo, não atua em razão de fins, senão a partir do

[194] Vale notar que, ao descrever o direito moderno como subsistema autopoiético que se auto-reproduz a partir de sua rede recursiva de operações, Luhmann se aproximará muito da fórmula kelseniana de um direito que regula ele mesmo sua própria criação. Contudo, apesar das afinidades entre ambos, deve-se tomar cuidado diante da tentação de identificar ou aproximar demasiadamente tais propostas. Para uma análise em que Luhmann diferencia dua teoria das teoria de Kelsen e Hart, ver, por exemplo, suas seguintes obras: *Sociologia do direito*. v. 2. p. 192-199; *El drecho de la sociedad*. p. 19; 26; 49; 51-52; 72-81.

cumprimento de certas condições desencadeadoras: as previstas na hipótese da norma. Afirma Luhmann que desconhecer este dado e introduzir elementos teleológicos, ponderação de conseqüências, discricionariedade judicial, etc., significa dificultar a função do direito como assegurador de expectativas, obstaculizar a redução de complexidade que com a divisão de tarefas entre legislador e aplicadores das normas se leva a cabo, e questionar, inclusive a autonomia do sistema frente aos outros sistemas, como o político, o econômico, etc.

Assim, para Luhmann, o direito válido é aquele que pode ser mudado, enquanto que fruto de uma decisão ocorrida dentro do sistema jurídico e que pode ser modificada por uma decisão posterior. O direito é contingente e vale em razão dessa contingência. Na medida em que vale dessa forma é direito positivo.

Esta validez do direito como contingente se explica pelo fato de que é o direito mesmo que regula as condições de sua própria modificação: até a alteração de normas é regida por normas.

Dentro do sistema jurídico, a validez se opera, portanto, como produto de decisões submetidas ao mesmo sistema. Não pode o sistema questionar os recursos de validez de seus elementos, quando é o próprio sistema que lhes "imputa" essa validez. O direito é válido em razão das decisões que estabelecem sua validez. Para o direito não tem importância análise valorativas externas às do sistema. Essa contingência dos conteúdos jurídicos, que deriva do fato da validez não ser mais que a permanente disponibilidade que o sistema possui sobre seus próprios elementos, fica facilitada pelo funcionamento legitimador dos mecanismos institucionais. Há uma institucionalização dos mesmos mecanismos institucionais, de maneira que se estende o consenso pressuposto para tudo o que derive do procedimento de criação e modificação dos conteúdos jurídicos. Em suma, a legalidade é a única legitimidade.

Daí que para Luhmann, questões como a de "justiça" tem a ver com os caracteres estruturais do sistema que não são nenhum gênero de valoração moral de seus conteúdos. A sociedade pressiona o sistema jurídico para que este abarque proporções cada vez maiores de sua complexidade. Isto requer um aumento da complexidade do sistema, traduzido em uma maior quantidade de normas, um caráter mais minucioso de suas regulações, câmbios normativos mais freqüentes, etc. A complexidade do sistema será adequada e se poderá dizer, para Luhmann, que é justo, quando seu grau de complexidade seja o máximo compatível com as conseqüências das decisões dentro do sistema. O direito poderá aumentar sua complexidade, mas somente até o ponto em que

não impeça que as decisões que nele recaem sejam consistentes, isto é, que se tratem os casos de forma igual. Por exemplo, um direito puramente casuístico, que atendesse a todas as variáveis concorrentes em cada problema que se julga, não cumpriria com esse requisito. E sem ele não seria o direito garantia de expectativas confiáveis e estáveis.

4.1 A análise da teoria luhmanniana no contexto cultural da modernidade periférica.

Introduzindo-na num contexto cultural que nada tem a ver como aquele em que está forjada, Marcelo Neves, propõe a relativização da teoria luhmanniana[195], fundamentando, basicamente, seu pensamento no fato de que há sistemas em que a positividade sobre o fundamento da autonomia do sistema não faz sentido, o que faz com que haja a quebra da circularidade entre regras e decisões, ou, na linguagem dos juristas, entre norma jurídica e norma de decisão, bem como o bloqueio na concretização do direito constitucional.

Segundo o autor, o advento da sociedade mundial contemporânea tem encadeado uma disparidade de desenvolvimento entre regiões em escala global e esta disparidade não pode ser subestimada, pois ela é a causa das diferenças de reprodução social e jurídica. Certas regiões, superdesenvolvidas, são marcadas por uma complexidade social estruturada de maneira satisfatória pela proeminência da diferenciação funcional e pela preferência predominante pela inclusão. As regiões menos desenvolvidas, ao contrário, são marcadas por uma complexidade insuficientemente estruturada, por sérios limites à diferenciação funcional e por uma tendência à exclusão de grandes porções da população, constituindo assim os países periféricos (NEVES, 2004, p. 147)[196]. Aqui, a ausência de fronteiras claras entre os diversos domínios de ação e de experiências prejudica a identidade e a autonomia do direito em relação ao seu contexto social.

Ocorre que na reprodução social desses países "verifica-se uma miscelânea social decorrente do entrelaçamento dos códigos de preferências [...] e dos critérios ou programas dos diversos campos de comunicação" (NEVES, 2004, PP. 147-148), sendo que "códigos e critérios de um domínio de ação invadem permanentemente e cotidianamente os outros campos de ação [...] de tal maneira que a complexidade social

[195] Critica o provincianismo empírico de Teubner e Luhmann, alegando que ambos desconhecem a maioria dos contextos de comunicação e práticas jurídicas da sociedade mundial do presente. (NEVES, 2004. p. 146).

[196] "Evidentemente, não se trata aqui da diferenciação pré-moderna entre centro e periferia, mas sim de um problema da sociedade mundial moderna, de uma bifurcação paradoxal". Do mesmo autor, ver também "*Entre subintegração e sobreintegração*: a cidadania inexistente" e " *Do pluralismo jurídico à miscelânia social*: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina".

permanece insuficientemente estruturada" (NEVES, 2004, p. 148). Esse contexto proporciona a existência de códigos (mais) fortes e códigos (mais) fracos, sendo que, em regra, o código binário do direito é frágil em face dos códigos 'poder/mão-poder' (política) e do código 'ter/não ter' (economia) (NEVES, 2004, p. 148). Isso ocasiona um bloqueio da reprodução consistente do direito, que é invadido e superexplorado por exigências imediatas de outros domínios de comunicação (NEVES, 2004, p. 148), tornando-o incapaz de traduzir "com relevância prática, a linguagem social, especialmente a linguagem política e a econômica, em uma linguagem especificamente jurídica".

Tal situação faz com que as próprias expectativas normativas de comportamento passem a orientar-se primariamente em outros modelos sociais de conduta e não mais na semântica jurídica dos modelos textuais da Constituição e das leis. Essa superexploração e invasão do domínio jurídico acarreta a transformação do paradoxo do direito que não mais se coloca na forma "lícito porque não ilícito", passando a figurar como "lícito porque poderoso, "lícito porque rico", "lícito porque amigo", etc. "Em conseqüência o direito torna-se incapaz de expropriar da sociedade o *décimo segundo camelo* e de atribuir-lhe um valor jurídico alienado do social, obtendo, com isso, uma mais valia"[197].

Ressalva-se que o autor não pretende rechaçar a concepção de Luhmann sobre o direito, mas apenas relativizá-la para verificar que

> no contexto da reprodução jurídica e social da modernidade periférica, a positividade do direito é, no mínimo insuficientemente realizada, porque há uma tendência, com efeitos paralisantes,

[197] O autor faz referência ao artigo de Luhmann, intitulado "A restituição do décimo segundo camelo. Do sentido de uma análise sociológica do direito, mencionada nos *Aspectos Teóricos Metodológicos* desse trabalho. Para proceder às suas análises sobre o direito nesse artigo, Luhmann se vale da seguinte história fictícia: "Um rico beduíno estabeleceu a sucessão por testamento a seus três filhos. A partilha foi estabelecida em torno de seus camelos. O filho mais velho, Achmed, deveria receber a metade. O segundo filho, Ali, ficaria dom um quarto do previsto. O filho mais novo, Benjamin, teria apenas um sexto. [...]. Entretanto, e devido a imprevistos, o número [total] de camelos foi reduzido consideravelmente antes da morte do pai. [Assim], quando ele morreu, restavam apenas onze camelos. Como deveriam dividir? [...]. O conflito foi levado ao juiz, o qual fez a seguinte oferta: eu ponho um camelo meu à vossa disposição, e vocês restituir-me-ão, se Alá quiser, o mais rápido possível. Com doze camelos a divisão ficou simples. Achmed recebeu a metade, quer dizer, seis. Ali recebeu eu quarto, ou seja três. Benjamin não foi prejudicado, recebendo seu sexto, ou seja, dois. Assim os onze camelos foram divididos e o décimo segundo pode ser devolvido". LUHMANN, op. cit., 2004. p. 33-34. Vê-se que o décimo segundo camelo "é apresentado por Luhmann como a expressão simbólica do fechamento operacional e da abertura cognitiva do sistema jurídico, representando a unidade dos diversos mecanismos de desenvolvimento dos paradoxos e da desparadoxização do direito; [...] a questão da decidibilidade expressa simbolicamente no décimo segundo camelo refere-se à existência de um direito funcionalmente diferenciado, no qual estão presentes formas específicas de paradoxos e desparadoxização mediante distinções e assimetrias internas ao sistema [...]" . Cf. NEVES, op. cit., p. 145.

não só à falta de um décimo segundo camelo alienado ficticiamente do social, mas também a 'furtos' dos camelos jurídicos 'reais' pela sociedade, sonegando-se, com base em variáveis políticas e econômicas, direitos básicos de parcela da população, mediante a negação do 'direito-ao-discurso' (Diskursrecht) do domínio jurídico por tendências expansivas dos sistemas sociais.(NEVES, 2004, p. 149).

Essa invasão do direito pelo seu contexto social, sem a delimitação das fronteiras que diferenciem o jurídico em face do não-jurídico expressa a falta de autopoiese do direito, "[...] podendo-se mesmo falar de alopoiese jurídica, tendo em vista que a reprodução jurídica é impulsionada diretamente por fatores extrajurídicos, diluindo-se na autopoiese da sociedade" (NEVES, 2004, 150).

Assim,

o décimo segundo camelo não se apresenta como expressão construtiva do indeterminismo e incerteza do direito, mas a sua potencial falta leva a uma orientação difusa e incongruentemente destrutiva das expectativas normativas com base em outras variáveis sociais" (NEVES, 2004, p. 151)[198].

Em um tal contexto, a insegurança jurídica que se manifesta chega aos limites do insuportável, embora uma parte da população se beneficie dela.

O autor propõe também uma reflexão sobre a questão da relação circular entre regra e decisão. Para além da explicação da teoria de Luhmann a esse respeito, diz ele que

o problema nos países da modernidade periférica reside no fato de que o círculo auto-referencial entre regra e decisão não é simplesmente interrompido, mas antes bloqueado ou mesmo rompido na prática cotidiana do direito e da política. [...] A decisão desvincula-se das regras constitucionais e legais, subordinando-se à constelação particularista de interesses que invadem o campo jurídico (NEVES, 2004, p. 151).

Trata-se de uma

quebra da circularidade e da reprodução autônoma do direito, que, na falta do fechamento operacional, não é capaz de uma abertura cognitiva adequada ao contexto social. A inconsistência jurídica das decisões e práticas dos operadores jurídicos impossibilitam uma estabilização das expectativas normativas com base em regras gerais, que permanecem como 'letra morta' nos textos constitucionais ou legais (NEVES, 2004, p. 154-155).

Em casos assim importante sse torna a distinção entre norma e texto de norma[199], onde esse é descaracterizado semântica e pragmaticamente no processo decisório. Ou seja, a decisão dos tribunais passa a não corresponder a nenhuma norma passível de ser construída e generalizada a partir do respectivo texto normativo em questão e "as

[198] O autor exemplifica dizendo não raro se ouvem frases como "é preciso subornar o policial ou o juiz para que o procedimento tenha andamento ou fique paralisado, pagar propinas ao funcionário administrativo, ou ter boas relações como o chefe político para que se tenha chance numa licitação"; uns são punidos ilegalmente só porque são frágeis política ou economicamente, outros permanecem impunes só porque são fortes política ou economicamente".

[199] O texto da norma refere-se a um dos sentidos possíveis do texto da espécie normativa em pauta, já a norma é aquela criada pelo juiz no julgamento do caso concreto imputável ao mesmo texto.

expectativas normativas orientam-se, em grande parte, à margem dos textos constitucionais e legais, mesmo no âmbito dos órgãos e estatais encarregados da aplicação jurídica" (NEVES, 2004, p. 156). Assim, ocorre a usurpação política do domínio jurídico, que atinge a própria concretização constitucional.

Marcelo Neves destaca também a importância da Constituição na caracterização da autonomia do sistema jurídico, assim como na manutenção da relação entre esse e a política. Diz ele que a Constituição, como conquista evolucionária da sociedade moderna conduz que, na sociedade altamente complexa e contingente do mundo atual, não orientada por uma moral compartilhada e válida em todas as esferas da vida, é o instrumento que evita a manipulação política arbitrária do direito. Nesse sentido, cita Luhmann para quem "a Constituição fecha o sistema jurídico, enquanto o regula como um domínio no qual ela mesma reaparece. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado através do reingresso no sistema" (LUHMANN, apud NEVES, 2004, 156-157). O direito constitucional, portanto, funciona como limite sistêmico interno para a capacidade de aprendizagem (abertura cognitiva) do direito positivo.

> O direito pode ser alterado nos termos do direito constitucional. Este pode, por sua vez, ser alterado dentro dos limites autopostos e esses limites são protegidos pelos regimentos do parlamento, os quais não permitem que sejam tratadas violadoras da autolimitação da emenda constitucional. (NEVES, 2004, p. 157).

Segundo Marcelo Neves,

> esse caráter cognitivo do direito constitucional expressa-se explicitamente através do procedimento específico de reforma constitucional, mas também se manifesta no decorrer do processo de concretização constitucional. Não se trata, por conseguinte, de uma hierarquização absoluta (NEVES, 2004, p. 157),

pois o direito infraconstitucional, representado pelas leis ordinárias e decisões dos tribunais determinam o sentido e a vigência das normas constitucionais.

A Constituição serve como acoplamento estrutural entre direito e política, evitando as ingerências não mediatizadas entre ambos, mas, ao mesmo tempo, fazendo crescer a possibilidade de influência recíproca, condensando-se as chances de aprendizado para esses dois subsistemas.

No entanto, nos países da modernidade periférica (objeto de preocupação do autor), o processo de concretização constitucional é bloqueado por fatores os mais diversos, destacando-se os particularismos políticos, que subordina o direito à política com base nas próprias leis constitucionais. Num contexto onde os procedimentos e argumentos especificamente jurídicos não têm relevância funcional em relação aos fatores do meio-ambiente, ocorre o bloqueio permanente e estrutural de concretização dos programas

jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos de preferência, de tal maneira que, no plano constitucional, ao código 'lícito/ilícito', sobrepõem-se.

Em suma, portanto, entende o autor que em países onde ocorrem os fatores acima descritos, o direito é invadido e superexplorado pela sociedade, de tal maneira que o décimo segundo camelo simbólico permanece antes sob o domínio de uma política selvagem, não domesticada juridicamente, que, por sua vez, é corrompida pelo dinheiro. Com isso, os camelos reais, enquanto expressão dos direitos básicos, são sonegados pela sociedade, especialmente em face das imposições de uma política economicamente corrompida, sendo que o resultado é a injustiça estrutural, caracterizados por uma cultura política da ilegalidade e pela grande fragilidade do direito perante o expansionismo destrutivo do meio dinheiro em uma economia globalizada.

Portanto, sem adentrar, pontualmente, no tema da legitimidade, mas antes mesmo de chegar a essa questão, Marcelo Neves nos coloca diante do fato de que, o modelo luhmanniano de autopoiese é instransponível à realidade jurídica da modernidade periférica e, portanto, do Brasil. Em nosso país, as sobreposições particularistas dos códigos político e econômico às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade do sistema jurídico.

Isso significa que não surge uma esfera de juridicidade apta a, de acordo com seus próprios critérios e de forma congruentemente generalizada, filtrar as influências advindas dos sistemas econômico e político.

Usando a terminologia da teoria dos sistemas autopoiéticos, podemos dizer que o intrincamento do código jurídico com outros códigos sociais obstaculiza a construção própria da identidade do sistema jurídico. Se tal identidade pode ser vista, eventualmente, no plano da estrutura dos textos normativos, ela é destruída gradativamente durante o processo de concretização jurídica. Assim sendo, não se obtém generalização congruente de expectativas normativas a partir dos textos constitucionais e legais.

Nesse contexto de falta de direitos congruentemente generalizados, ou, no mínimo, topicamente congruentes, a problemática em torno da legitimidade parece ser uma questão a ser analisada *a posteriori*. Assim sendo, para esse autor, as indagações deveriam se voltar para a busca de alternativas para o funcionamento insatisfatório do direito positivo. Nessa direção, rechaça qualquer discurso ético-social, nos moldes do que propõe Boaventura de Souza Santos (NEVES, 1994, p. 263), por entender que, no contexto social descrito, a existência de muitas unidades sociais dispondo de diferentes

códigos ‘lícito/ilícito” não leva a uma racionalidade jurídica tópica, mas, antes, a uma extrema insegurança jurídica, cuja manutenção está relacionada, contraditoriamente, à conservação de privilégios. Em outras palavras, “esse tipo de situação não representa nenhum pluralismo como alternativa ao legalismo, mas sim reações difusas à falta de legalidade” (NEVES, 1994, 263). Entende que o caminho a ser trilhado é aquele que “passa pela construção de um espaço público da legalidade que, de um lado, promova a identidade do Estado perante os interesses privados e, de outro, possibilite a integração jurídica igualitária de toda a população na sociedade” (NEVES, 1994, 263).

Assim, quando essa esfera de ação, própria do direito, tiver atingido sua autonomia nos moldes luhmannianos, para Marcelo Neves, também a questão da legitimidade será reduzida a um mero problema funcional.

5. CONCLUSÃO

A obra de Niklas Luhmann se insere num contexto analítico muito amplo, podendo ser considerada, portanto, sob diversos ângulos: sociologia geral e do direito, teoria da comunicação, da evolução social, etc. É um pensamento multifacetado que, sem dúvida, reflete a comprexidade da sociedade que pretende observar e descrever. Sendo assim, ao se querer adentrar nesse universo não foi possível prescindir da análise de diversas perspectivas sociológicas de que parte o autor para formar o aparato teórico-metodológico de sua construção doutrinária.

Além disso, para delinear o tema central do trabalho, foi preciso também incursionar pontualmente no pensamento do autor sobre temas correlatos, visto que os mesmos são fundamentais para uma compreensão mais profícua e correta do fenômeno jurídico. Isso quer dizer que não houve como avançar no âmbito do direito sem antes passar pelos caminhos percorridos pelo autor a fim de explicar um fenômeno muito mais complexo: a sociedade.

Diante disso, é possível dizer que o tema deste trabalho (a abordagem da questão da legitimidade do direito) representa uma dentre as várias possibilidades de atingir esse universo. Não obstante não ser a única forma de alcançá-lo, a escolha se deve ao grau de complexidade que o tema atinge no âmbito de sua teoria e também à importância dada a ela em diversos outros enfoques teóricos.

Vê-se, portanto, que o enquadramento jurídico normativo que a questão suscita resulta tanto da dificuldade de se equacionar a multiplicidade dos fatores nela intervenientes, quanto da sua recíproca interconexão. Junte-se a isso a produtiva dificuldade de não haver correntes absolutas na compreensão do problema o que leva a que o desenho do

próprio quadro que procuramos compreender esteja determinado pelos ângulos ou prismas que assumamos para a sua própria compreensão, a permitir com que se multipliquem os espaços teóricos onde é possível construir modelos explicativos e compreensivos do tema proposto.

Portanto, se se é levado a concluir que a legitimação do direito terá de ser produto do próprio sistema e não ser dada a partir de fora, não entendendo ser o consenso ou a conformidade com valores morais o que legitime uma decisão jurídica, mas, sim, o funcionamento normal dos mecanismos internos do sistema o que acarreta para suas atuações reconhecimento social necessário, decisão legítima será aquela que goza de um consenso inferido do funcionamento institucional através do procedimento.

No entanto, se contrariamente, considera-se que na sociedade, além da legitimidade formal, que se confunde com a mera legalidade, deve-se buscar uma legitimidade material em instâncias como as da moral, da ética ou do direito natural, decisão legítima será aquela que atender a pressupostos dessa natureza, ainda que seja muito difícil obter hegemonia e consenso nessas instâncias.

Assim sendo, tudo não passa de uma opção por enfoques teóricos.

Se do ponto de vista de uma epistemologia geral, a obra de Niklas Luhmann inscreve-se no seio de uma história que se move no sentido do abandono da soberania do sujeito na ordem do pensamento e a esse respeito é acusada de anti-humanista, no que se refere às implicações jurídicas que engendra, pode-se dizer que se trata de uma ousada tentativa de buscar novas respostas para antigas questões.

Portanto, se esse enfoque teórico merece críticas, não se pode negar que sua postura proporciona um rico debate sobre o direito e, de forma mais ampla, da sociedade. Ademais, as críticas mais freqüentes que recebe são, na sua maioria, de cunho ideológico e não científico, atribuindo-lhe a marca do conservadorismo. A elas Luhmann responde, argumentando que questões valorativas desse naipe estão, para ele, fora do âmbito do subsistema da ciência, que apenas entende o código de “verdade” e “não-verdade”. Aquele que valora e desconfia, não atua como um cientista, mas, antes, como um “crente”.

Se no Brasil, só há pouco tempo esse autor começa a ser melhor estudado, talvez o mais prudente a fazer, ainda que tenhamos nossas ressalvas, é refletirmos profundamente sobre seu pensamento que, ao que parece, está a prosseguir seu curso, longe de ser dado como concluído.

6. BIBLIOGRAFIA

DE GEORGI, Raffaele; LUHMANN, Niklas. ***Teoria de la sociedad***. Trad. Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos e Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.
DE GIORGI, Raffaele. ***Ciência del derecho y legitimación***. México: Universidad Iberoamericana, 1998.
GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. ***El derecho em la teoria de la sociedad de Niklas Luhmann***. Barcelona: Bosch, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, v. I e II.
_____. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
_____. **Social systems**. Trad. John Berdnarz Jr. e Dirk Baecker. Califórnia: Standford University, 1995.
_____. **El derecho de la sociedad**. Trad. provisória para o espanhol por Javier Torres Nafarrate. Mimeografado, (s.d).
_____. ***Teoria de la sociedad***. Trad. Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos e Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.
MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. ***El árbor del conocimiento***. Santiago de Chile: Universitária, 1984.
NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. Guarulhos: Acadêmica, 1994.
VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O direito na Teoria dos sistemas de niklas Luhmann. São Paulo: Max Limonad, 2006.

CRITÉRIOS LÓGICO-RACIONAIS DE ESTIPULAÇÃO DA LÓGICA JURÍDICA E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES. A RELAÇÃO ENTRE IGUALDADE E JUSTIÇA*

CRITERIOS LOGICO RACIONALES DE PRODUCCION DE LA LOGICA JURIDICA Y LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Thiago Azevedo Guilherme

RESUMO
A mutação da estrutura social também tem repercussão em atributos humanos aparentemente desconectados das dinâmicas da sociedade. A alteração das noções de produção da verdade há mais de 2.500 anos teve conseqüências na própria concepção sócio-política da humanidade. A aceitação da exigência de uma igualdade entre os indivíduos foi fundamental para a mutação da estrutura de produção do discurso racional e verdadeiro, bem como para o surgimento da noção de democracia. Contudo, o discurso racional baseado unicamente na igualdade formal não mais se sustenta sendo necessária construção de um novo modo de produção da verdade, baseado em discursos racionais que considerem a desigualdade existente entre os homens. O conceito de justiça também participa desta mutação.
PALAVRAS-CHAVES: VERDADE PROCESSUAL. RACIONALIDADE. LEGITIMAÇÃO. DISCURSO JURÍDICO. FUNDAMENTAÇÃO.
RESUMEN
La mutación de la estructura social también repercute en rasgos humanos aparentemente sin conexión con lãs dinâmicas de la sociedad. La alteración de nociones de producción de verdad desde hace más de 2.500 años tuvo consequencias en la propia concepción sociopolítica de la humanidad. La acceptación de exigência de una igualdad entre los individuos fue fundamental para la mutación de la estructura de producción del discurso racional y verdadero, y tambien para el florecer de la democracia. Todavia, el discurso raccional basado unicamente em la igualdad formal no se sostenta siendo necesaria la construccion de una nueva manera de produccion de la verdad.
PALAVRAS-CLAVE: VERDAD PROCESAL. RACIONALIDAD. LEGITIMACIÓN. DISCURSO JURÍDICO. FUNDAMENTACIÓN.

I. Introdução

O presente artigo buscará, de forma tão sucinta quanto possível, apontar os elementos filosóficos e os conceitos jurídicos que influenciam-se mutuamente na construção da relação filosófico/jurídica '*verdade processual-fundamentação-racionalidade'*. Em outras palavras, sempre buscando uma melhor intelecção dos conceitos, o objetivo deste trabalho é, num primeiro momento, apontar historicamente o desenvolvimento da racionalidade ocidental enquanto ferramenta do conhecimento da verdade e seus reflexos no idéia de estipulação do justo e fundamentação das decisões, dentre as quais

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

podemos apontar a fundamentação (justificação racional) das decisões judiciais. Esta relação, aparentemente obscura, pode ser facilmente compreendida quando utilizamos a ferramenta da análise da prova judiciária e sua evolução, entendida esta e suas mutações como a conseqüência natural do desenvolvimento do modelo da racionalidade humana no ocidente e suas formas de compreensão da realidade e da verdade. Todavia, nosso objetivo não se limita à este exercício filosófico, o qual seria inegavelmente complexo mas não atenderia os anseios da análise jurídica a que se propõe. Buscar-se-á, num segundo estágio, tecer comentários úteis para a operação jurídica baseando-se a todo tempo na análise da "lógica" e "economia" das provas no processo civil clássico e suas conseqüências na argumentação justificadora das decisões. Num terceiro momento, pretender-se-á validar e fundamentar a superação das presunções de igualdade - meramente formais – que guiaram o raciocínio ocidental durante todo um período, em benefício de um sistema substancial, que verifique a isonomia e se utilize da racionalidade (ou de uma nova forma de racionalidade), não em busca da fria verdade (nos fatos ou no processo), mas em apreço aos ideais de justiça.

Mesmo antes de se passar a discorrer acerca dos conceitos, é preciso que se justifique a preferência por este método. Entende-se, para tanto, que o exercício da "*jurisdictio*" passa, necessariamente, por uma compreensão da verdade dos fatos que embasarão o direito a ser dito. Assim, à toda Jurisdição pressupõe-se uma definição da "verdade" dos fatos e da relevância destes fatos no procedimento. Esta, por sua vez, se dá mediante uma economia de provas judiciais previamente determinadas e que reflete, necessariamente, a compreensão de determinado povo ou civilização, neste e noutros tempos, acerca da possibilidade (e até mesmo da utilidade) da compreensão da realidade pelo homem, ou seja, reflete uma teoria do conhecimento. Ao mesmo tempo, a estrutura da economia das provas judiciais também reflete uma compreensão predeterminada do conceito de igualdade, o que também buscar-se-á demonstrar. Considera-se que as relações de igualdade entre os indivíduos e a racionalidade daí advinda estão nas bases de nossas concepções de justiça. Todavia, até mesmo a noção de justiça é algo mutante e deve aceitar a discrepância entre os indivíduos como um elemento fundamental na atual noção de estipulação do justo. Esta racionalidade presente na dicotomia verdade/justiça é o principal caminho orientador do trabalho.

II. Verdade e Racionalidade

Muito além de poder, mediante suas decisões, alterar o destino de vidas, patrimônios, famílias e até mesmo Estados inteiros, o procedimento judicial, bem como a decisão e a *jurisdictio*, refletem muito mais sobre um determinado povo ou civilização. Também reflete uma concepção filosófica acerca do justo e do injusto, do verdadeiro e do falso[1] e, mais do que tudo, acerca da possibilidade ou necessidade de o ser humano conhecer a realidade que lhe cerca, ou seja, reflete uma modalidade da teoria do conhecimento[2]. Esta relação sujeito-objeto que o ser humano mantém com a realidade é sensivelmente notada no processo judicial mediante o sistema de prova judiciária existente em cada país ou realizado por cada povo, bem como pelo conteúdo do discurso legitimador da decisão em determinado momento histórico.

Note-se que esta relação sujeito-cognoscente/objeto-cognoscível é necessariamente um atributo usualmente interpretado como a característica humana por excelência, qual seja, a razão. Por tal motivo, torna-se imprescindível para o desenvolvimento do presente trabalho que se pontue de forma inequívoca essa relação racionalidade/procedimento judicial, bem como o juízo valorativo advindo dessa relação.

Esta característica humana (racionalidade, ou razão), é preciso que se diga, não pode ser tida como um objeto em si. Caso assim fosse, em si considerada, somente poder-se-ia compreendê-la como sendo eterna e, portanto, como uma forma imutável, a - histórica,

da humanidade, ela própria forma imutável e a - histórica. Neste sentido, cogitar acerca do conceito de razão é o mesmo que cogitar acerca da humanidade, vez que, neste aspecto, ao menos, ambos os conceitos seriam totalmente interligados. Estar-se-ia a buscar uma essência metafísica da razão, o que não se pode admitir[3].

Por outro lado, e à contrariedade, não se pode também buscar o atributo racional como tendo um início, um ponto de partida, em algum momento da história da humanidade, ou seja, numa concepção evolucionista da razão. Não há, por assim dizer, um momento de nascimento da razão. Isso se denota pela impossibilidade de se falar em mais 'racionalidade' no ato de construir uma armadilha, realizado por um hominídeo, ou uma bomba de hidrogênio, em nossos tempos. A mutação na complexidade da racionalidade não denota a existência de um momento a - racional do ser humano, nem num futuro de uma racionalidade muito mais evoluída, considerações que implicam na inexistência de uma única modalidade de racionalidade.

Feita esta ponderação, somente poderíamos falar da racionalidade, não enquanto uma essência humana, nem mesmo como um faculdade do *homo sapiens* historicamente constituída. A racionalidade, ou razão, somente se mostra como sendo um objeto de estudo quando "vinculado à história dos sistemas de pensamento, a história dos modos de seleção dos discursos socialmente legítimos, a história das técnicas da verdade"[4].

Este florescer de novos modos de racionalidade se mostra presente em certos momentos da história da humanidade (momentos de ruptura), sempre que ocorre uma mutação no sistema de aceitação e aferição da verdade[5] e dos discursos legítimos e socialmente aceitos.

Francis Wolff[6], bem como outros filósofos como Foucault, identificam como sendo um desses momentos de ruptura e alvorecer de uma nova modalidade ou sistemática de razão o da Grécia do século V a.C., momento no qual se dá a "passagem do mito à razão", decorrente de uma mudança nos valores e de uma nova ordem de saber[7]. Esta nova ordem – uma nova racionalidade, com novos métodos de aferição da verdade e da legitimidade – faz uso de novos "modos de validação e reconhecimento dos discursos verdadeiros" e teve como fundamentos a possibilidade da demonstração matemática, a investigação física e cosmológica, a investigação histórica, tudo em detrimento do mito como elemento explicador do mundo[8].

É como decorrência dessa mutação na compreensão da verdade[9] e da inserção social da compreensão da realidade[10] que se elabora, à época, um novo sistema de direito civil e penal que nada mais deve aos valores religiosos, como a pureza, ou às práticas rituais, como o ordálio, e no qual se constitui uma nova economia da prova judiciária, fundada, agora, na argumentação e na investigação dos fatos[11].

Não é outra a observação realizada por Michel Foucault, para quem o início da civilização grega trouxe consigo uma ruptura entre modelos de conhecimento e aferição da verdade. Passou-se de um modelo em que a "verdade" era reconhecida pela legitimidade de quem a dizia, para um modelo de verdade em que esta era reconhecida por seus atributos racionais aferíveis[12]. Não obstante, muito além do sistema de 'economia de provas' proposto pela análise foucaultiana, está-se, nesse momento, diante de uma nova economia do "discurso legitimador das decisões, sejam elas judiciárias ou não.

Pois nessa quadra da história da humanidade, apontada no tempo e no espaço, em que se reestrutura o modo de conhecimento do mundo, elabora-se, paulatinamente, um novo sistema de prova judiciária baseado no conhecimento da realidade, numa nova ordem de pensamento e numa nova estrutura do conhecimento - a qual busca a verdade mediante a análise dos fatos e não pela intervenção dos deuses. A este novo *modus operandi* da aferição da verdade no processo judicial pode-se chamar de racional (o que vincula,

desde já, processo judicial e racionalidade) pelo fato de possuir, necessariamente, duas características, uma positiva e outra negativa. Negativamente, é a rejeição de toda autoridade prévia ou antecedente ao julgamento de cada um (preconceitos, tradições, crenças a priori, discurso do mestre, texto sagrado, etc.). Positivamente, é uma capacidade de universalização: uma conduta, uma crença, um discurso são geralmente qualificados de racionais se são universalizáveis, isto é, se dependem, cada um deles, apenas de sua faculdade discursiva, ou seja, de um discurso por direito enunciável e aprovável por todos[13].

No que se refere ao efetivamente instituído pelos novos modos de racionalidade, e suas conseqüências para o modo de aferição da verdade e da legitimidade discursiva, mormente no que tange ao procedimento judiciário, podemos apontar três características que denotam as transformações: purificação do enunciado verdadeiro, independência do enunciado à autoridade, e necessidade de reconhecimento da verdade por parte do destinatário. Todas estas características são conseqüências da migração do elemento legitimador do "Mestre da Verdade[14]" para a racionalidade atribuível e esperada do interlocutor ou daquele a quem se quer demonstrar a verdade de uma proposição, dentro ou fora de um procedimento judicial.

Nas práticas arcaicas de demonstração da verdade (tenham ocorrido na Grécia, ou, como menciona Mittermaier, na estrutura probatória do direito germânico) o discurso verdadeiro jamais é puro, uma vez que nas práticas discursivas deste período, o discurso não é senão o elemento, uma parte apenas, de um sistema de enunciação ritualizado, que jamais é separável do conjunto das circunstâncias formalizadas que o tornam possível e das marcas de distinção que assinalam seu poder de veridicidade. Neste período, o discurso verdadeiro é aquele "pronunciado por quem de direito e segundo o ritual prescrito"[15].

Mesmo a relação existente entre a "verdade" e a "realidade" não é, nessa época, necessariamente de conexão e identidade, uma vez que não necessariamente o discurso verdadeiro constatará e dirá sobre o real, podendo o discurso verdadeiro "fazer" a verdade. Enquanto no discurso racional a realidade condiciona a verdade (ignorando-se o intérprete/sujeito, já que todos são iguais), no discurso arcaico as coisas "são" o que o Mestre diz que são. A verdade não se dissocia daquele que a profere.

O terceiro traço de oposição entre os dois tipos de práticas discursivas diz respeito à relação do discurso verdadeiro com seu destinatário. O do discurso arcaico é puramente passivo na constituição da verdade: num procedimento judiciário, por exemplo, que fosse guiado pelo sistema das ordálias, o jurisdicionado escutaria a palavra dita pelo Mestre da Verdade e a admitiria como verdadeira pelo fato de se submeter à autoridade do Mestre e enxergar o ritual legitimador. Ele não precisa nem opinar, nem mesmo crer. Todavia, no modo racional de aferição da verdade, valendo-se de um discurso de bases racionais, jamais haverá verdade possível sem que haja a possibilidade do assentimento dos interlocutores, sejam estes jurados, uma platéia ou o próprio jurisdicionado, o qual poderá, ao menos, impugnar a interpretação que se faz do fato. Não por outro motivo é que se diz que a aprovação, pela platéia – num primeiro momento entendida como imutável – do discurso e da interpretação é uma condição de veridicidade. Por isso, dizer a verdade é antes de tudo fazer com que aqueles a quem nos dirigimos também admitam como verdadeiro, por racional, o que dizemos[16].

Assim temos: Purificação do enunciado verdadeiro das condições em que é proposto; independência do enunciado verdadeiro em relação à autoridade daquele que o propõe; necessidade, para aquele a quem o enunciado verdadeiro é proposto, de reconhecê-lo como verdadeiro. A isto pode-se resumir o sistema da racionalidade ocidental clássica e todo o método e sistema de prova judiciária e de aferição da verdade, bem como de

legitimação da decisão à qual se busca atribuir a idéia de 'justa'. Não por outra razão, desde já se afirma que processo e procedimento clássicos são "sinônimos" de método racional clássico de aferição da verdade. Não por outro motivo, verifica-se de modo contundente a aproximação entre o discurso legitimador do 'justo' e o discurso de aferição da 'verdade'. A verdade e a justiça mudam de forma com a racionalidade e se transformam mutuamente.

De plano se percebe que a principal conseqüência da transformação do método de aferição da verdade em um procedimento racionalizado com base em fatos demonstrados, ao se excluir a figura do Mestre da Verdade, é a de colocar todos os homens num plano de igualdade. Se a verdade se percebe pela análise e discussão sobre a realidade, e considerando – o que, ao menos procedimentalmente não se pode negar - que não há homens mais ou menos racionais que outros, a igualdade entre os seres humanos passa a ser condição *sine qua non* da racionalidade e de todo sistema de verificação da verdade. Deste modo, vemos que estão indissociáveis o método racional, o sistema processual de aferição da verdade e a igualdade entre os homens – conseqüentemente os argumentos de justiça aplicáveis pelos homens.

Mas de que igualdade se fala quando se entrelaçam o conceito de racionalidade e o conceito de verdade?

III. Procedimento Judicial e Igualdade

Pudemos ver ao longo do já explanado que a racionalidade não é uma essência e nem mesmo uma faculdade inerente a alguns seres humanos. Não é também um atributo presente somente no modo ocidental de compreensão fenomenológica do ambiente. É, isso sim, um modo, dentre muitos possíveis, de intelecção da realidade e seus reflexos discursivos. Não por outro motivo, esta mesma razão pode ser compreendida como uma conseqüência natural de modos de conhecimento surgidos àquela época e até hoje em processo de desenvolvimento, bem como sendo o corolário de maneiras de inserção deste conhecimento em práticas sociais. Por tais razões pode-se dizer que a "razão" surgida com os gregos, o procedimento de busca e definição da verdade guiado pela argumentação acerca dos fatos e sua percepção e a compreensão da igualdade entre os seres humanos não pode ser dissociada de um processo histórico iniciado no período da Grécia Arcaica e que perdura até nossos dias (não sem intervalos, como o da Inquisição Medieval, por exemplo): trata-se da paulatina democratização das instituições políticas e a igualdade inerente à este processo. A justiça presente na igualdade e em seu discurso mostra aqui sua faceta política.

Se, seguindo a linha até agora traçada, a compreensão da verdade deixa de ser vinculada a um atributo daquele que a profere, passando a ser um fruto discursivo da compreensão individual e igualitária da realidade por todos os membros da comunidade ou dos jurados de um processo, tanto a decisão judicial e a aferição da realidade mediante as provas, quanto a definição dos rumos da *polis* ou da nação pressupõe a ocorrência de uma discussão aberta, com a confrontação explícita das posições das partes presentes e a exposição a todos os presentes de todas as razões válidas para o estabelecimento comum dos valores que para todos valerão. Neste aspecto, torna-se impossível dissociar a mutação da aferição da verdade no processo judicial com a definição dos rumos da comunidade no jogo democrático, sendo, em ambos os casos, a igualdade o pressuposto maior de validade da decisão.

Como se vê, tanto no processo judicial quanto no sistema democrático, duas característica são imprescindíveis para a configuração da igualdade pretendida. Em ambos cenários, para que se consiga obter um resultado válido decorrente da discussão deve-se pressupor a igualdade dos cidadãos (ou jurados) de duas formas: em primeiro lugar uma igualdade de possibilidade de manifestação acerca dos pontos que se pretende

discutir (seja dos problemas efetivos de uma comunidade, seja dos pontos controvertidos de um processo judicial); e em segundo lugar a igualdade de poder de crítica sobre todo o manifestado pelos outros concidadãos. Assim, fica claro que o poder do discurso da verdade (do que é e do que será) não fica a critério de qualquer espécie de Mestre da Verdade, sendo distribuído entre os homens (ao menos presumivelmente) de forma igualitária. É este modelo de verdade oriunda do discurso que se mostra, em sua faceta política no funcionamento democrático da cidade; em sua faceta cognitiva no novo regime de aferição da verdade baseado no funcionamento racional da cognição; e em sua faceta judiciária ele é o fundamento e corolário da igualdade das partes, refletidas em garantias que um dia denominaríamos de "ampla defesa", "contraditório" e "devido processo legal", este último compreendido em sua forma embrionária clássica[17], sendo também e por conseqüência elemento inarredável da concepção do 'justo' no discurso legitimador.

É esta igualdade, com todos seus percalços, que se mostrará como a grande base de sustentação da evolução tanto do procedimento judicial, quanto das estruturas democráticas de auto-governo. Todo caminho percorrido desde uma noção de igualdade meramente formal em direção a uma igualdade (dentro do possível) material se inicia com alguns pressupostos básicos e inarredáveis dos homens[18].

Se todos os homens são iguais, isto pressupõe a capacidade de todos se manifestarem visando o convencimento da platéia. No que se refere ao procedimento judicial, isto se reflete na suposição de que todos exerçam seus direitos de, igualmente, expor seu ponto de vista diante de todos, com o fito de persuadir a todos. Esta é a regra que pretende garantir as regras – formais – da instituição judiciária no direito clássico, devendo a verdade "surgir" pela simples aplicação da regra da manifestação acerca dos fatos.

Não obstante, supõe-se, ainda, que, além de poder falar sobre tudo, a igualdade conferida ao homem lhe outorga o poder e a habilidade pressupostas de se manifestar criticamente sobre tudo que for dito pelos seus pares. O poder e a habilidade para a aferição da verdade não pressupõe, portanto, somente um poder de fala, mas também um poder judicativo, ou seja, uma habilidade de crítica, um direito e um dever de jamais admitir como verdadeiro senão o que outro a quem nos dirigimos admite como tal, e reconhecer a qualquer outro o direito igual de ser este interlocutor legítimo[19].

Fica, deste modo, evidente que a elevação da igualdade à qualidade de direito e garantia fundamental do homem não é apenas um elemento retórico, nem mesmo uma ilusão ou utopia como pensada por muitos. A igualdade (antes formal e, necessariamente, num momento posterior, no que possível, material, isonômica) é um pressuposto do modelo de racionalidade humana clássica que se desenvolveu em uma determinada época[20], que convalida decisões políticas, jurídicas e que é a ferramenta por excelência, nos últimos vinte e três séculos de aferição da correição do raciocínio humano[21] e da legitimidade de seus discursos. E enquanto elemento da própria racionalidade, ela alimenta e influencia a concepção humana sobre a correta distribuição das coisas, inserindo-se na própria idéia humana acerca da justiça (não sem motivo a vinculação da balança com a igualdade e justiça).

Todavia, como já insinuado, o problema da igualdade, seja dentro do processo, mormente no seu aspecto processual, é extremamente controverso. A crítica principal, como sabido, é a que afirma não ser a igualdade formal um elemento hábil a criar as condições de justiça que se pretende com o processo judicial ou mesmo na própria vida da sociedade[22]. Caso se pretenda atingir um mínimo de justiça social (entendida necessariamente como um reflexo da igualdade em todos os seus aspectos), não se pode ficar sujeito ao "faz de conta" pretendido pelas regras da igualdade formal nos tempos atuais[23]. É óbvio que aqui não se nega, por tudo o que já foi dito, as maravilhas que

os pressupostos da igualdade formal foram capazes de realizar e da própria revolução que causou nos métodos de pensamento da humanidade desde os gregos. Todavia, os desafios do mundo moderno pressupõem um modelo de raciocínio que, em vez de ignorá-las, passe a enxergar as características do ser humano, ou seja suas peculiaridades[24]. Em outras palavras, não se pode fingir que a humanidade é igual, quando esta afirmação – muito embora desejada - não corresponde à realidade dos fatos. Já se verificou que a simples igualdade formal é totalmente incapaz e inócua quando o objetivo é minimizar as diferenças provenientes das incontestáveis discrepâncias matérias que assolam a humanidade. Esta desproporção, de cunho primeiramente econômico, não fica restrita à esfera dos bens materiais. Atinge todas as demais formas de "bens" que se possa imaginar, seja, intelectual, social, e até de saúde. Todavia, seus reflexos se mostram evidentes no 'mínimo múltiplo comum' da pecúnia. É visando superar esta fraqueza da igualdade formal que Canotilho, assim como outros, propõe que se atinja a uma "igualdade material através da lei" devendo tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual.

Todavia, como já se vislumbra, o problema que surge é o do critério valorativo a ser utilizado na diferenciação entre os indivíduos, já entendidos como diferentes entre si. Como podemos analisar essa mutação do conceito de justiça que deixa de estar vinculado ao elemento formal e passa a ligar-se a critérios materiais de distribuição de bens. Como se dá o reflexo da mutação da idéia de igualdade que embasa o "justo" e como esta mutação se faz sentir no plano discursivo?

IV. Igualdades formais e materiais e argumentação racional no processo judicial e na busca da decisão 'justa'

Dentre as questões que aparecem quando se supera a estrutura da igualdade formal clássica, pela qual, como dito, a proposição deveria ser desprovida de um sujeito (ou seja, sua validade ou invalidade teria aferição somente diante de uma concepção universalista), a principal é a da criação do critério valorativo ensejador da exceção. Em outras palavras, como estabelecer um critério racional (nova racionalidade?) dos juízos de valor para que se possa legitimamente tratar os desiguais desigualmente sem que se atente contra as bases do conceito de justiça? E no que tange especificamente à prova judiciária e à argumentação racioanl, como criar um critério que permita ao operador do direito subverter a lógica milenar da "proposição sem sujeito" e inverter o ônus processual, sem que isso signifique o exercício do arbítrio[25]. Como legitimar sua decisões que atentam contra a pretensão de igualdade formal?

Ainda que extremamente difícil, tanto pela exigüidade do espaço, como pela complexidade do tema, deve-se fazer uma ponderação. Impossível ignorar que a constatação das desigualdades entre as partes de um processo é inevitável por um julgador. Há, no caso, uma dicotomia que, muitas vezes, pode ensejar uma mudança do discurso e uma ponderação na própria interpretação legal em virtude de seu distinatário, fato que seria inadmissível caso se mantivesse a visão clássica.

Podemos, à guisa de exemplo e de como se dá a ponderação da aplicação da lei mediante um discurso justificador tendo em vista a disparidade entre os jurisdicionados, analisar a possibilidade judicial da inversão do ônus, citar o artigo 6º da Lei Federal 8.078 de 1990, conhecido como Código de Defesa do Consumidor, o qual garante como direito básico do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências". Vê-se, como dito, que o critério para a validação do juízo realizado pelo magistrado, caso entenda pela inversão do ônus, somente se legitima pelas regras de experiência com as quais o juiz fundamentar sua decisão. Não é a lei que inverte o *onus*

probandi. Ela apenas delega tal possibilidade ao juiz da causa que somente poderá proceder tal inversão mediante um juízo valorativo da hipossuficiência ou da verossimilhança da alegação, o qual deverá ser justificado não com base em critérios universalistas que desconsideram as peculiaridades do indivíduo, mas mediante um exercício de convencimento racional baseado nas particularidades do caso.

Deste modo, e considerado o exemplo supra, como validar e fundamentar logicamente o *descrímen*? Como fazer com que este não se confunda com o arbítrio? Como inverter o ônus de um caso e não de outro e fazê-lo de forma a legitimar a decisão e dela retirar a pecha de arbitrariedade?

A superação da validação da lógica formal (sem sujeito, pressupondo a igualdade formal) somente se pode fazer mediante a argumentação[26]. O discurso não se valida mais somente pela solenidade de sua pronunciação, nem de uma possível e esperada validade perante todos, mas sim por sua validade diante das peculiaridades, justificadas pela busca da justiça. Substitui-se assim a presunção de uma onipotência procedimentalista em benefício de uma validação substancialista, mediante a qual, através da retórica, os operadores do direito – num trabalho de hermenêutica, realizado por todos os sujeitos do processo – validam os juízos de valor que orientam as decisões[27].

Isso não faz pressupor que o adágio *iura novit curia* tenha sido relegado ao passado. O juiz, além de conhecer o direito, deve interpretá-lo, fazendo-o, ainda mais, com o auxílio dos demais sujeitos processuais[28]. É com a colaboração das partes que surge o direito, mesmo porque a "sentença é o produto de um método dialético, operacionalizado pela garantia constitucional do contraditório (art. 5º., inc. LV, CF).

E não se pode negar, neste processo, que aí está plasmada uma mutação não só dos conceitos humanos acerca da igualdade, mas ainda, da própria noção de justiça a qual se mostra mutante, assim como o ser humano o é.

V. Conclusão

Pretendemos pelo presente trabalho, num exercício de análise histórica e de crítica, compreender, por um lado o desenvolvimento dos modos de racionalidades em sua relação com o processo judicial e a busca da verdade e dos discursos legítimos sobre a realidade.

Dentre as constatações atingidas, encontra-se a da superação da compreensão da igualdade formal como pressuposto da lógica jurídica. Esta superação se dá em nome da consideração das desigualdades e da necessidade de se municiar o operador do direito de ferramentas lógicas que lhe possibilitem a superação do paradigma legalista, sempre tendo em vista a busca pela justiça.

VI. Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na ética e na ciência**. Editora Saraiva. São Paulo. 1996.

CAMBI, Eduardo, **A Prova Civil: admissibilidade e relevância**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª Edição. Almedina. Coimbra

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no mundo moderno**. Companhia das Letras. São Paulo. 2006

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Porto Alegre. L&PM Editora. Porto Alegre. 2004

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 19ª Edição. Edições Graal. São Paulo. 2004.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 13ª Edição. Edições Loyola. São Paulo. 2006
FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as formas jurídicas**. 3ª Edicão. Puc Editora. Rio de Janeiro. 2005
MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2008.
MITTERMAIER, Karl Josef Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. Bookseller. Campinas.1997
PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 5ª Edição. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2005
PERELMAN, Chaim . **Lógica Jurídica**. 2ª Edição. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2004.
SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A Inversão do ônus da prova**. 2ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006.
SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. 2ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2006.
WOLFF, Francis. Nascimento da Razão, origem da crise. *In* **A crise da razão**, org. Adauto Novaes. Companhia das Letras. São Paulo, 2006.

---

[1] Inevitável que nos lembremos que, por ser uma ciência moral, o "valor" é elemento inafastável da análise jurídica.
[2] João Maurício Adeodato define a Teoria do Conhecimento (ou Gnoseologia) como a ciência que "cuida, em suma, de investigar este tipo de relacionamento bem peculiar que o ser humano estabelece com o mundo e que chama de *conhecimento*" (Grifos no Original). Afirma ainda o autor pernambucano que o modelo ocidental de teoria do conhecimento, indissociável do conceito de 'filosofia científica', pressupõe um tipo de conhecimento, hoje definido como científico, "que se pretende verdadeiro, racional, sistematizável, transmissível, etc". Por este modelo de conhecimento do mundo, qual seja, o científico, se dá uma "descrição de fenômenos, objetos, fatos, relações, como se queira chamar a multiplicidade de percepções, incluindo o processo de estabelecer laços conceituais entre os objetos observados dentro de uma teoria em certa medida coerente, sistematizável, transmissível, como dito". (ADEODATO, João Maurício. Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na ética e na ciência. Editora Saraiva. São Paulo.1996. Pág.3).
[3] WOLFF, Francis. Nascimento da Razão, origem da crise. *In* A crise da razão, org. Adauto Novaes. Companhia das Letras. São Paulo, 2006, pág.68.
[4] Idem, pág.68.
[5] Observemos que esta verdade pode ser tanto a afirmação proveniente da boca do observador dentro ou fora do processo.
[6] Francis Wolff é professor de filosofia na Universidade Paris 10 e na Escola Normal Superior de Paris.
[7] Ibid.
[8] Ibid.
[9] "A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua "política geral" de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles

que tem o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro".(FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 19ª Edição. Edições Graal. São Paulo. 2004. Pág.12).

[10] Ovídio Batista, analisando de modo semelhante este processo mutante, afirma, valendo-se da obra de Francis Bacon: "Estamos nos primórdios do movimento depois conhecido como racionalismo, para o qual o indivíduo, valendo-se apenas da razão, evitando as influências dos *ídolos*, inteiramente desligado de seus laços culturais e livre da tradição e das doutrinas filosóficas tradicionais, seria capaz de atingir as verdades absolutas" (SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. 2ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2006. pág.6).

[11] De se ressaltar, como salientou Mittermaier, que os ordálios, as provas de fé, as quais buscavam sua compreensão dos fatos mediante um sistema de verdade baseado, não na razão, mas na fé, não se extinguiram de todo com o fim do pensamento mitológico na Grécia Arcaica, o que comprova a inexistência de uma linearidade contínua nas modalidades de racionalidade. Espécies de ordálios permaneceram como sendo utilizados mesmo durante o século X pelo direito germânico. Nas palavras do mestre alemão, ao analisar o antigo direito germânico: "A verdade material nos tempos mais antigos sobretudo, não era o fim principal, e pouco importava que, como agora, por exemplo, fossem as testemunhas interrogadas com escrúpulo e consciência. Demais, isso se concebe: então tinha o acusado o direito de justificar-se pelo juramento; então os *Conjuratores* ou Eideshelfer, que representavam a família, a associação ou a antiga comunidade, vinham assisti-lo em juízo; e os Juízos de Deus e o duelo decidiam do bom ou mal fundamento da imputação. Estas diversas práticas, porém, não podem deixar de ser tidas como verdadeiras regras para a produção de prova, porque o juiz era obrigado a tê-las em consideração por ocasião de sua sentença".(MITTERMAIER, Karl Josef Anton. Tratado da prova em matéria criminal. Bookseller. Campinas.1997. pág.19-20).

[12] Esta a afirmação de Foucault: "Nas sociedades indo-européias do leste mediterrâneo, no final do segundo e início do primeiro milênios, o poder político era sempre detentor de um certo tipo de saber. O rei e os que o cercavam, pelo fato de deterem o poder, detinham um saber que nao podia e nao devia ser comunicado aos outros grupos sociais. Saber e poder eram exatamente correspondentes, correlativos, superpostos. Não podia haver saber sem poder. E não podia haver poder político sem a detenção de um certo saber especial. (...) O saber dos deuses, o saber da ação que se pode exercer sobre os deuses ou sobre nós, todo esse poder mágico religioso está presente na função política. O que aonteceu na origem da sociedade grega do século V, na origem de nosa civilização, foi o desmantelamento desta grande unidade de um poder político que seria ao mesmo tempo um saber. Foi o desmantelamento desta unidade de um poder mágico-religioso que existia nos grandes impérios assírios, que os tiranos gregos, impregnados de civilização oriental, tentaram reabilitar em seu proveito e que os sofistas dos séculos V e VI ainda utilizaram como podiam, em forma de lições retribuídas em dinheiro. Assitimos a essa longa decomposição durante os cinco ou seis séculos da Grécia arcaica.(FOUCAULT, Michel. A Verdade e as formas jurídicas. 3ª Edicão. Puc Editora. Rio de Janeiro. 2005).

[13] WOLFF, Francis. Nascimento da Razão, origem da crise. *In* A crise da razão, org. Adauto Novaes. Companhia das Letras. São Paulo, 2006, pág.68

[14] O "Mestre da Verdade" 'e compreendido como toda autoridade político-religiosa com conhecimentos superiores aos do restante da população que, por seu contato direito com os rituais sagrados e com os deuses, seria capaz de "conhecer" a verdade e dizê-la.

[15] Esta a lição completa de Foucault: "Certamente, se nos situamos no nível de uma proposição, no interior de um discurso, a separação entre o verdadeiro e o falso não é nem arbitrária, nem modificável, nem institucional, nem violenta. Mas se nos situamos

em outra escala, se levantamos a questão de saber qual foi, qual é constantemente, através de nossos discursos, essa vontade de verdade que atravessou tantos séculos de nossa história, ou qual é, em sua forma muito geral, o tipo de separação que rege nossa vontade de saber, então é talvez algo como um sistema de exclusão (sistema histórico, institucionalmente constrangedor) que vemos desenhar-se. Separação historicamente constituída, com certeza. Porque, ainda nos poetas gregos o século VI, o discurso verdadeiro – no sentido forte e valorizado do termo – o discurso verdadeiro pelo qual se tinha respeito e terror, aquele ao qual era preciso submeter-se, porque ele reinava, era o discurso pronunciado por quem de direito e conforme o ritual requerido; era o discurso que pronunciava a justiça e atribuía a cada qual a sua parte; era o discurso que, profetizando o futuro, não somente anunciava o que ia se passar, mas contribuía para sua realização, suscitava a adesão dos homens e se tramava assim com o destino. Ora, eis que um século mais tarde, a verdade a mais elevada já não residia mais no que *era* o discurso, ou no que ele *fazia*, mas residia no que ele *dizia*: chegou um dia em que a verdade se deslocou do ato ritualizado, eficaz e justo, de enunciação, para o próprio enunciado: para seu sentido, sua forma, seu objeto, sua relação e sua referência". (FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 13ª Edição. Edições Loyola. São Paulo. 2006. Pág.14/15).

[16]Cumpre ressaltar que, num primeiro momento, pela imprescindível presunção de total igualdade entre todos os locutores e auditórios possíveis (igualdade formal), não se considerava a possibilidade de adaptação do discurso à platéia.

[17] Afirma textualmente Ovídio Baptista discorrendo acerca da superação de mitos e ídolos em direção ao racionalismo: "É indispensável considerar os reflexos, no processo civil, do apogeu e decadência dessa ideologia. A luta contra a tradição – compreendida como sendo a cultura medieval, que a modernidade esforçava-se por destruir -, levada ao extremo, como depois se viu com Descartes, tornou-se precondição para que o *indivíduo*, descontextualizado de seu meio cultural, valendo-se do poder da razão, se tornasse o alicerce do liberalismo" (SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. 2ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2006. pág.6).

[18] Afirma Canotilho, não sem certo tom de crítica: "Um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais é o princípio da igualdade. Igualdade é, desde logo, a igualdade formal ("igualdade jurídica", "igualdade liberal") estritamente postulada pelo constitucionalismo liberal: os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Por isso,se considera que esta igualdade é um pressuposto para a uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico. A igualdade jurídica surge, assim, indissociável da própria *liberdade* individual". (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª Edição. Almedina. Coimbra. pág.426).

[19] Podemos encontrar, séculos mais tarde, o desenvolvimento de tais desdobramentos da capacidade de critica outorgada a todos os humanos condensada no primeiro parágrafo de "Discurso do Método" de Descartes, onde se lê: "O bom sendo é a coisa do mundo melhor partilhada: pois cada um pensa estar tão bem provido dele, que mesmo os mais difíceis de contentar em qualquer outra coisa não costumam desejar tê-lo mais do que o têm. Não é verossímil que todos se enganem nesse ponto: antes, isso mostra que a capacidade de bem julgar e distinguir o verdadeiro do falso, que é propriamente o que se chama o bom senso ou a razão, é naturalmente igual em todos os homens; e, assim, que a diversidade de nossas opiniões não se deve a uns serem mais racionais que os outros, mas apenas a que conduzimos nossos pensamentos por vias diversas e não consideramos as mesmas coisas. Pois não basta ter o espírito bom, o principal é aplicá-

lo bem. As maiores almas são capazes dos maiores vícios, assim como das maiores virtudes; e os que andam muito lentamente podem avançar muito se seguirem sempre o caminho reto, ao contrário dos que correm e dele se afastam". (DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Porto Alegre. L&PM Editora. Porto Alegre. 2004).

[20] Neste ponto cabe uma ressalva: é imprescindível que consideremos que temos a tendência a pensar nossas instituições (sejam governamentais, sejam processuais) como sendo construções a-históricas, o que, à exemplo de nossa racionalidade, é descabido.

[21] Neste sentido, a afirmação de Canotilho: "O princípio da igualdade, no sentido de igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características.devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos" Pág.427.

[22] "Deve-se, assim, assentar em definitivo,, conforme a proclamação solene da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que todos os homens são absolutamente iguais na partilha da comum dignidade de pessoas, merecendo, portanto, rigorosamente o mesmo respeito, não obstante as diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, e apesar da enorme desproporção patrimonial que apresentam as famílias, classes sociais ou povos, quando comparados uns com os outros. Em se tratando, contudo, da justiça punitiva, do provimento de cargos públicos, ou do respeito aos direitos fundamentais de ordem econômica, social ou cultural, não se pode nunca deixar de aplicar o critério da igualdade proporcional; ou seja, há que se tratar desigualmente os desiguais, na exata proporção da desigualdade verificada". (COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no mundo moderno**. Companhia das Letras. São Paulo. 2006. pág.560).

[23] Afinal, todos sabemos que os homens não são todos igualmente capazes de criticar uma idéia (ainda que potencialmente o sejam), nem mesmo de propor idéias. Tais desigualdades – que podem ser equalizadas – são pressupostos de uma visão da igualdade que busca a superação das desigualdades.

[24] A grande pergunta que se faz presente quando se observa a proposição da igualdade material é a seguinte: Se, como afirmado, todo o edifício da racionalidade humana do ocidente se construiu sobre a proposição dos "discursos e enunciados desprovidos de sujeito", ou seja, válidos para todos, independentemente de suas características específicas, então a assunção da necessidade de se observar o elemento humano, com suas especificidades seria a negação automática de nossa história de gradual libertação dos arbítrios?

[25] "Para o sistema, a norma jurídica deverá ter, consequentemente, sentido *unívoco*. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente "compreende-la" mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema "algébrico" da descoberta de sua "vontade". Compreende-se, portanto, as razões que, no século XIX, fizeram com que os autores dos Códigos procurassem impedir que sua obra fosse interpretada. Reproduziu-se no século XIX a tentativa de Justiniano de impedir a compreensão da hermenêutica de suas leis. (...) A intenção que sustenta esse propósito é a mesma que, no início da Era Moderna, procurou eliminar a *Retórica*, enquanto ciência argumentativa, do campo do Direito, basicamente do campo do Processo. A idéia de perfeição do direito criado, que se oculta sob essa conduta, foi revelada por Agnes Heller, ao mostrar o *pathos* tirânico, consequentemente antidemocrático, que se oculta sob a pretensão de criarem-se sistemas jurídicos perfeitos" (Silva, Ovídio Araújo Baptista. Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. 2ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2006. Pág. 17).

[26] Analisando o tema, argumenta Perelman: "A concepção positivista tinha como conseqüência inevitável restringir o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão

a problemas de conhecimento puramente teóricos, negando a possibilidade de um uso prático da razão. Opunha-se, por isso, à tradição aristotélica, que admitia uma razão prática, que se aplica a todos os domínios da ação, desde a ética até a política, e justifica a filosofia como a busca da sabedoria. Pessoalmente, sempre procurei estender o papel da razão, e foi nessa perspectiva que encetei, há mais de trinta anos, minha análise da noção de justiça; Aplicando a esta noção um método de análise de inspiração positivista, obtive um primeiro resultado: pude evidenciar uma noção de justiça formal que corresponde à regra de justiça, segundo a qual é justo tratar do mesmo modo situações essencialmente semelhantes. Esta regra, que é central em toda aplicação de uma norma a situações particulares, é indispensável em qualquer concepção positivista de direito. Ela parece, à primeira vista, alheia a qualquer juízo de valor. Mas, assim que se quer utilizar essa regra, é preciso decidir se uma situação nova é ou não essencialmente semelhante à outra que poderia servir de precedente, e torna-se inevitável o recurso a um juízo de valor: de fato, cumpre declarar que as diferenças que distinguem os dois casos são ou não negligenciáveis. (...) De fato, se nos ativermos ao método positivista, a idéia de uma escolha, de uma decisão, de uma solução *razoável*, que implique a possibilidade do uso prático da razão, deverá ser excluída. Mas mesmo que fôssemos além da abordagem positivista, não bastava desejar uma concepção mais ampla da razão: cumpria também elaborar uma metodologia que permitisse pô-la em prática, elaborando uma lógica dos juízos de valor que não os fizesse depender do arbítrio de cada um. (...) Pois, embora o raciocínio do juiz deva empenhar-se para chegar a soluções que sejam eqüitativas, razoáveis, aceitáveis, independentemente de sua conformidade às normas jurídicas positivas, é essencial poder responder à questão: 'Mediante quais procedimentos intelectuais o juiz chega a considerar tal decisão como eqüitativa, razoável ou aceitável, quando se trata de noções eminentemente controvertidas? (...) Na ausência de técnicas argumentativas unanimemente admitidas é que se impõe o recurso aos raciocínios *dialéticos* e *retóricos*, raciocínios que visam estabelecer um *acordo* sobre os valores e sobre sua aplicação, quando estes são objeto de uma controvérsia. Vê-se aparecer assim o caráter central da noção de acordo, tão desprezada pelas filosofias racionalistas ou positivistas, nas quais o que importa é a *verdade* de uma proposição, vindo o acordo por acréscimo, uma vez que a verdade foi estabelecida pelo recurso à intuição ou à prova. Mas a noção de acordo torna-se fundamental quando os meios de prova inexistem ou são insuficientes, principalmente quando o objeto de debate não é a verdade de uma proposição, mas o valor de uma decisão, de uma escolha, de uma ação, consideradas justas, eqüitativas, razoáveis, oportunas, louváveis, ou conformes ao direito". (PERELMAN, Chaim . **Lógica Jurídica**. 2ª Edição. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2004. Pág. 136/140).

[27] Deveras útil que se traga a lição de Chaim Perelman, o qual afirma a necessidade da justificação e da motivação, por parte do magistrado, de suas decisões, como sendo a única forma de aferição, por parte do auditório a quem a decisão se dirige, de seus argumentos racionais. Neste sentido, afirma: "Detentor de um poder, num regime democrático, o juiz deve prestar contas do modo como o usa mediante a motivação. Esta se diversifica conforme os ouvintes a quem se dirige e conforme o papel que cada jurisdição deve cumprir. (...) Concluindo, motivar uma sentença é justificá-la, não é fundamentá-la de um modo impessoal e, por assim dizer, demonstrativo. É persuadir um auditório, que se deve conhecer, de que a decisão é conforme às suas exigências. Mas estas podem variar com o auditório: ora são puramente formais e legalistas, ora são atinentes às conseqüências; trata-se de mostrar que estas são oportunas, eqüitativas, razoáveis, aceitáveis. O mais das vezes, elas concernem aos dois aspectos, conciliam as exigências da lei, o espírito do sistema, com a apreciação das conseqüências. (...) O

direito é simultaneamente ato de autoridade e obra de razão e de persuasão". (PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 5ª Edição. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2005. Pág.568/569).

[28] CAMBI, Eduardo, **A Prova Civil: admissibilidade e relevância**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006. Pág. 272.

MODELO CONSTITUCIONAL DO DIREITO TRIBUTARIO

A CONSTITUCIONALIDADE DA TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL SÓCIO-AMBIENTAL: REFLEXOS NA INTERVENÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL*

LA CONSTITUCIONALIDAD DE FISCALIDAD EXTRAFISCAL SOCIO-AMBIENTAL: REFLEXIONES SOBRE LA INTERVENCIÓN DE LA ORDEN ECONÓMICO Y SOCIAL

Ana Paula Duarte Ferreira Maidana
Maria de Fátima Ribeiro

RESUMO

O Estado deve desempenhar papel relevante com a tributação ambiental, via incentivos fiscais entre outros subsídios legais que fomentem o desenvolvimento sustentável, independentemente da função arrecadatória. A análise passa pela discussão do papel do Estado contemporâneo no desenvolvimento econômico, e, sua posição intervencionista, estimulando ou desestimulando determinadas condutas ou atividades, com vistas à proteção ambiental ou para inibir ações que podem comprometer o meio ambiente. Considerando que o Estado é o responsável pela garantia dos princípios do artigo 170 da Constituição, é seu o papel, intervir na economia para induzi-la à proteção ambiental. Dessa forma, deve garantir que o desenvolvimento econômico se dê dentro de níveis aceitáveis de proteção ambiental, em atenção aos ditames estatuídos pelo art. 225 da Constituição Federal. Para tanto, fica demonstrada a necessidade de constante criação e de implementação de políticas públicas preventivas em matéria tributária, com destaque também para a educação ambiental bem como subsídio de projetos e ações que correspondam com tais políticas. Ainda, deve o Estado dispor de políticas públicas mais agressivas em relação aos incentivos com ações restauradoras do meio ambiente. Os incentivos fiscais concedidos, nos termos da legislação aplicável, devem guardar estreita sintonia com os princípios da ordem econômica e social, especialmente a livre iniciativa e a livre concorrência. Tais incentivos não devem ser apenas instrumentos de intervenção na economia, e sim, medidas que possam caracterizar efetivamente a função social do tributo, com ações integradas para o desenvolvimento econômico sustentável. Conclui então, que não há necessidade de criar novos tributos, e sim, distribuir adequadamente os recursos arrecadados previstos no Sistema Tributário Nacional vigente para atender finalidades sócio-ambientais. Desta forma, os recursos devem ser aplicados na implementação de políticas públicas em todos os níveis de governo, para oferecer melhores condições para compatibilizar o direito ao desenvolvimento com o direito à proteção do meio ambiente, garantidos constitucionalmente.

PALAVRAS-CHAVES: EXTRAFISCALIDADE AMBIENTAL – ORDEM ECONÔMICA – DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

RESUMEN

El Estado debe desempeñar un papel importante en la fiscalidad medioambiental a través de incentivos fiscales y otros subsidios que fomentan el desarrollo jurídico, independientemente de arrecadatória función. El análisis incluye la discusión de la función del desarrollo económico contemporáneo, y su posición intervencionista, alentar o desalentar ciertas conductas o actividades con miras a la protección del medio ambiente o para inhibir las acciones que puedan poner en peligro el medio ambiente. Considerando que el Estado es responsable de garantizar los principios del artículo 170 de la Constitución, es su papel para intervenir en la economía para inducir a la protección del medio ambiente. Por lo tanto, debe garantizar que el desarrollo económico se da dentro de niveles aceptables de protección del medio ambiente, en respuesta a los dictados de las leyes por medio del arte. 225 de la Constitución. Para ello, se demuestra la necesidad de constante creación y aplicación de políticas preventivas en los impuestos, especialmente también para la educación ambiental y proyectos de subvención y acciones que se corresponden con esas políticas. Sin embargo, el Estado debe tener políticas más agresivas en relación a los incentivos con acciones de restauración del medio ambiente. Los incentivos fiscales concedidas en virtud de la legislación aplicable, debe mantener estrecha armonía con los principios de orden económico y social, especialmente de la empresa libre y la libre competencia. Estos incentivos no sólo los instrumentos de intervención en la economía, pero las medidas que efectivamente se puede caracterizar la función social del impuesto, con acciones integradas para el desarrollo económico sostenible. Llega a la conclusión de que no hay necesidad de crear nuevos impuestos, sino que, distribuir adecuadamente los ingresos contemplados en el sistema fiscal nacional a las exigencias actuales con fines sociales y ambientales. Así, los recursos deben emplearse en la aplicación de políticas públicas en todos los niveles de gobierno para ofrecer mejores condiciones para que coincida con el derecho al desarrollo con el derecho a la protección del medio ambiente, garantizado por la Constitución.

PALAVRAS-CLAVE: EXTRAFISCALIDADE MEDIO AMBIENTE - ORDEN ECONÓMICO - DESARROLLO SOSTENIBLE.

1. Introdução

O Estado busca recursos financeiros, por meio da tributação, para dar frente às despesas públicas. No entanto, deve desempenhar papel relevante na integração das normas tributárias às novas exigências ambientais, com a tributação ambiental, via incentivos fiscais entre outros subsídios legais que fomentem o desenvolvimento sustentável, independentemente da função arrecadatória.

Desta forma, o Estado exerce a função fiscal quando busca na tributação a arrecadação de recursos financeiros, e, exerce a função extrafiscal quando visa com a tributação, o atendimento da função sócio-econômica do tributo.

A análise passa pela discussão do papel do Estado contemporâneo no desenvolvimento econômico, e, sua posição intervencionista, estimulando ou desestimulando determinadas condutas ou atividades, com vistas à proteção ambiental ou para inibir ações que podem comprometer o meio ambiente.

Considerando que o Estado é o responsável pela garantia dos princípios do artigo 170 da Constituição, é seu o papel, intervir na economia para induzi-la à proteção ambiental. Dessa forma, deve garantir que o desenvolvimento econômico se dê dentro de níveis aceitáveis de proteção ambiental, em atenção aos ditames estatuídos pelo art. 225 da Constituição Federal.

Para tanto, fica demonstrada a necessidade de constante criação e de implementação de políticas públicas preventivas em matéria tributária, com destaque também para a educação ambiental bem como subsídio de projetos e ações que correspondam com tais políticas. Ainda, deve o Estado dispor de políticas públicas mais agressivas em relação aos incentivos com ações restauradoras do meio ambiente.

2. Política Tributária e a Função Social do Tributo e o Papel do Estado no Desenvolvimento Econômico

A tributação, sendo a base financeira do Estado, tem expressiva repercussão sobre a economia do país. Assim, se a tributação não estiver em sintonia com os princípios constitucionais poderá ser um obstáculo ao crescimento econômico.

Por meio da tributação o Estado exerce influência nas relações de produção e circulação da riqueza. O desenvolvimento econômico pressupõe a distribuição dessa riqueza em favor do bem-estar social e a participação da sociedade. Não é apenas crescimento econômico e nem tampouco distribuição de riqueza.

O Sistema Constitucional Tributário deve estar em harmonia com o ordenamento econômico e financeiro, com as propostas e metas de desenvolvimento nacional, visando à mesma finalidade: satisfação das necessidades da população e o desenvolvimento econômico e social de forma sustentável.

Por isso, merece destacar o estudo da ordem econômica e da ordem social e a importância da política tributária para o desenvolvimento econômico e social do país. Assim, pode-se aferir que, por ordem econômica pode ser designado, como o conjunto de relações pertinentes à produção e à circulação da riqueza. Já, por sua vez a ordem social é considerada como o conjunto de relações pertinentes à distribuição de riquezas visando o bem comum.

A intervenção do Estado na economia pode ocorrer tanto com tributação mais acentuada ou menos expressiva, inclusive com incentivos fiscais com finalidades de estimular a ampliação do parque industrial, o comércio de bens e serviços entre outros, com políticas fiscais estabelecidas em conformidade com os ditames constitucionais. Daí as observações de Machado (1987, p. 12) de que *não constitui novidade a afirmação de que o tributo é uma arma valiosa de reforma social.*

A tributação tem demonstrado que é forte instrumento para o direcionamento da economia, vez que permite que sejam alcançados os fins sociais. O tributo é instrumento da economia de mercado, da livre iniciativa econômica. (MACHADO, 1987, p. 13/4)

Quanto às implicações da tributação com o desenvolvimento econômico, é patente de que a questão essencial não reside, somente, na menor ou na maior carga tributária, mas no modo pelo qual a carga tributária é distribuída. Todo tributo incide, em última

análise, sobre a riqueza. Com isso, afirma Baleeiro (1981, p. 171): *Uma política tributária, para ser racional, há de manter o equilíbrio ótimo entre o consumo, a produção, a poupança, o investimento e o pleno emprego. Se houver hipertrofia de qualquer desses aspectos em detrimento dos outros, várias perturbações podem suceder com penosas conseqüências para a coletividade.*

E neste patamar o Poder Público deverá verificar se é possível aumentar ou diminuir a carga tributária, e a possibilidade de redistribuir a renda sem prejuízo do desenvolvimento econômico. Nesta feita, sustenta Machado que o Estado deve intervir no processo de desenvolvimento econômico, pela tributação, não para conceder incentivos fiscais à formação de riqueza individual, mas para ensejar a formação de empresas cujo capital seja dividido por número significativo de pessoas, de sorte que a concentração de capital se faça sem que necessariamente isto signifique concentração individual de riqueza. O Estado, como órgão do poder político institucionalizado, certamente deve intervir na atividade econômica. Mas deve fazer com o mínimo de sacrifício para a liberdade. (1987, p. 28)

Ao lado das medidas de natureza tributárias, são indispensáveis medidas no plano da despesa pública. Isto requer que o produto da arrecadação de tributos seja empregado preferentemente nos setores sociais, de saúde pública entre outros interesses da sociedade. E mais: Um dos temas centrais da discussão da repercussão dos tributos está na justiça social, em cujo núcleo está a questão da justiça tributária.

Uma política tributária orientada para o desenvolvimento econômico e justiça social, que não tiver na sua essência o estímulo ao trabalho e à produção, *compensando a redução de encargos pela tributação sobre acréscimos patrimoniais, termina por não provocar desenvolvimento econômico nem justiça social e gera insatisfações de tal ordem que qualquer processo de pleno exercício dos direitos e garantias democráticas fica comprometido*. (MARTINS, I., 1992, p. 6/7)

De certa forma, para o desenvolvimento econômico nacional neste contexto de globalização, deve ser salientada a redução dos gastos públicos, com um processo de diminuição da carga tributária, capaz de permitir uma maior disponibilidade de recursos para a poupança, investimento ou consumo.

A justa repartição do total da carga tributária entre os cidadãos é imperativo ético para o Estado Democrático de Direito. A política fiscal tem de ser política de justiça e não mera política de interesses. Por isso, se tem que o legislador fiscal não pode editar leis de qualquer maneira. Deve observar os princípios de justiça. Leis fiscais sem relação alguma com a justiça não fundamenta o Direito Tributário.

A arrecadação de tributos é importante para a economia nacional e internacional, não apenas como fonte de riqueza para o Estado, mas também como elemento regulador da atividade econômica e social.

Nesta linha de raciocínio deve ser destacado que para alcançar uma justiça fiscal, os ditames do princípio constitucional da proporcionalidade devem estar aliados ao princípio da progressividade de alíquotas, na maioria dos tributos. Desta forma estar-se-á alcançando os objetivos da natureza social do tributo com a efetiva aplicação destes princípios constitucionais, possibilitando que o Estado alcance com tributação mais

elevada sobre os mais ricos, e, de forma menos acentuada aqueles que possuem baixo poder aquisitivo, podendo, inclusive, conceder a estes uma isenção no pagamento de tributos. Vale aí o destaque dos cânones de Adam Smith: justiça, certeza, comodidade e economia dos impostos.

A relação entre o Estado e o contribuinte foi caracterizada durante muito tempo como relação de poder e de coerção. Com o constitucionalismo assegurado em meados do Século XVIII, tem-se registro de delimitações das funções do Estado. As Constituições passaram a conter dispositivos que asseguravam os direitos fundamentais evitando o abuso do Estado nas relações jurídicas tributárias. (VINHA; RIBEIRO, 2005, p. 658)

Em termos constitucionais, destacam-se os princípios que visam delimitar a atuação estatal. Esta atuação insere-se no contexto da política tributária. A política tributária é o processo que deve anteceder a imposição tributária. É, portanto a verificação da finalidade pela qual será efetivada ou não a imposição tributária.

Mello assevera que a política tributária deve ser analisada pelos seus fins, pela sua causa última, pela sua essência. Atendendo as perspectivas e finalidades do Estado estar-se-á executando política tributária. (1978, p. 5)

Deve ser ressaltado que a política tributária, embora consista em instrumento de arrecadação tributária, necessariamente não precisa resultar em imposição. O governo pode fazer política tributária utilizando-se de mecanismos fiscais através de incentivos fiscais, de isenções entre outros mecanismos que devem ser considerados com o objetivo de conter o aumento ou estabilidade da arrecadação de tributos.

Assim, a política tributária poderá ter caráter fiscal e extrafiscal. Entende-se como política fiscal a atividade de tributação desenvolvida com a finalidade de arrecadar, ou seja, transferir o dinheiro do setor privado para os cofres públicos. O Estado quer apenas obter recursos financeiros.

Através da política extrafiscal, o legislador fiscal, poderá estimular ou desestimular comportamentos, de acordo com os interesses da sociedade, por meio de uma tributação regressiva ou progressiva, ou quanto à concessão de incentivos fiscais. Pode-se dizer que através desta política, a atividade de tributação tem a finalidade de interferir na economia, ou seja, nas relações de produção e de circulação de riquezas.

Derzi ensina que não é fácil distinguir as finalidades fiscais e extrafiscais da tributação. Seus limites são imprecisos. Assim, entende que a extrafiscalidade somente deverá ser reconhecida para justificar carga fiscal muito elevada, quando se ajustar ao planejamento, definido em lei, fixadora das metas de política econômica e social. (1989, p. 153)

A política fiscal poderá ser dirigida no sentido de propiciar a evolução do país para objetivos puramente econômicos, como seu desenvolvimento e industrialização, ou também para alvos políticos e sociais, como maior intervenção do Estado no setor privado. A determinação do objeto da política fiscal integra as políticas governamentais.

É ponto pacífico, que cabe à política tributária se ocupar do planejamento e análise dos tributos que devem ser instituídos e cobrados, e, determinar que eles devam ser

instrumentos indicados para alcançar a arrecadação preconizada pela política financeira, sem contrariar os objetivos maiores da política econômica e social que orientam o destino do país.

Para fins de compreensão da expressão função social do tributo, deve-se, primeiramente, considerar que, do preâmbulo da Constituição Federal, constam como destinação do Estado Democrático, por meio dela constituído, assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

É importante notar que há um distanciamento da realidade social e do disposto em lei. O justo tributário é um conceito complexo e subjetivo, mas que deve, obrigatoriamente, passar pela questão da justiça social, pelo contexto constitucional e pela educação tributária da população, assim como pela participação da população nas questões atinentes ao orçamento público, não podendo o Direito Tributário se restringir aos atos de arrecadação de valores para os cofres públicos.

A tributação representava apenas um instrumento de receita do Estado. Apesar desta missão, por si só, ser relevante, na medida em que garante os recursos financeiros para que o Poder Público bem exerça seus objetivos, a verdade é que, pouco a pouco, descobriu-se outro aspecto não menos importante na tributação. Atualmente, com a predominância do modelo do Estado Social, a despeito dos fortes movimentos no sentido do ressurgimento do liberalismo, não se pode abrir mão do uso dos tributos como eficazes instrumentos de política e de atuação estatal, nas mais diversas áreas, sobretudo na social e na econômica. (LEONETTI, 2009)

Somente com a socialização dos tributos, através da sua aplicação como instrumento social é que será possível desenvolver uma política social justa e distributiva, nos anseios da população e como forma de se alcançar as finalidades a que o Estado se prestou a desenvolver através de sua Carta Constitucional, e, que devem nortear todo o procedimento da administração pública.

Desse modo, para que o Estado alcance suas finalidades sócio-econômicas e desenvolva uma política governamental em prol dessas finalidades, faz-se necessário o respeito ao princípio da justiça fiscal, o qual somente poderá ser alcançado mediante a conjugação dos princípios da igualdade, em conjunto com o princípio da função social do tributo, permitindo aos cidadãos viver com dignidade, possibilitando o desenvolvimento econômico adequado ao contexto social.

Tanto o Estado Liberal quanto o Social mostram modelos diferenciados na disciplina jurídica sobre a incidência dos tributos, arrecadação e sua destinação. Na atualidade, busca-se um terceiro modelo de Estado, mais eficiente que os outros dois. Faz-se necessário que este não perca o seu compromisso com a justiça social, mas que seja menos oneroso e mais eficiente, sem com isso deixar de garantir as liberdades individuais.

3. **Desenvolvimento Sustentável e Repercussões Tributárias na Ordem Econômica e Social**

O art. 170 da Constituição Federal trata da Ordem Econômica, reiterando a valorização do trabalho humano, da livre iniciativa, e de seus princípios que definem parâmetros ao desenvolvimento, delineando o processo desenvolvimentista, e apresentando objetivos a serem alcançados. Portanto, estes parâmetros e valores constitucionais que dão o contorno e o conteúdo da extrafiscalidade no direito positivo brasileiro.

Com vistas ao desenvolvimento econômico, o legislador cria reduções de alíquotas, benefícios fiscais, incentivos à inovação tecnológica, entre outros.

Além dos valores econômicos, a referida Carta destaca no artigo 6° os direitos sociais referentes à educação, à saúde, o trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância entre outros. Tais valores devem integrar toda a ordem econômica e social.

O Sistema Tributário brasileiro dispõe sobre tais valores via imunidades, benefícios fiscais, isenções entre outros subsídios previstos nas legislações infraconstitucionais.

Tais questões econômicas e sociais estão relacionadas em diversas passagens constitucionais. O artigo 1º da Constituição Federal, em seu inciso III, dispõe que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República, enquanto o artigo 170, a destaca como fundamento da ordem econômica brasileira.

Já o artigo 3º, por sua vez, ressalta que os objetivos fundamentais da República consistem na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos.

Dessa forma, os tributos, que são a maior fonte de recursos financeiros do Estado, devem lhe proporcionar o alcance das metas previstas no preâmbulo da Constituição Federal, observando os fundamentos da República e seus objetivos, não se limitando à simples arrecadação de valores. Ou seja, os tributos devem cumprir com sua função arrecadatória e com sua função social simultaneamente.

O artigo 170 da Constituição Federal, principalmente no que se refere aos fundamentos, aos objetivos e aos princípios da ordem econômica e financeira, está diretamente relacionado à política ambiental prevista no art. 225. A ordem econômica não pode ficar desvinculada dos preceitos de proteção ao meio ambiente em razão do fator inerente a qualquer atividade produtiva: o fator natureza. Não há atividade econômica sem influência no meio ambiente, e a manutenção dos recursos naturais é essencial à continuidade da atividade econômica e à qualidade de vida da sociedade.

Martins, R., ressalta que a aplicação do tributo tão somente na sua função arrecadatória, tem como conseqüências a inibição da produção de bens e serviços em razão da diminuição da capacidade econômica, advinda do aumento da tributação; a diminuição dos níveis de emprego; a redução do poder aquisitivo do cidadão-contribuinte; a redução do consumo e, também, a diminuição da competitividade do país em relação ao mercado externo. Ou seja, pode causar um prejuízo econômico e social para o país do que decorre a necessidade de, novamente, se promover um aumento da carga tributária.(2002, p. 33)

O art. 170 ainda traz uma série de princípios referentes à Ordem Econômica, mas que, na verdade, são instrumentos de persecução dos objetivos e de cumprimento dos fundamentos do Estado brasileiro, *para que os fundamentos sejam concretizados e para que os fins sejam alcançados, necessário se faz adotar alguns princípios norteadores da atividade da ação do Estado*. (FONSECA, 1998, p. 87/8) Desse modo, os princípios norteadores da Ordem Econômica determinam quais deverão ser as condutas dos particulares em suas práticas comerciais, sempre no intuito de se preservar os valores inseridos no Texto Constitucional e que representam os anseios de toda a sociedade.

Dentre as modalidades de intervenção do Estado nas atividades econômicas, a constituição possibilita duas modalidades de intervenção, direta e indireta. A intervenção direta ocorre quando o Estado atua na atividade econômica como agente econômico, ou seja, passa a ser sujeito de direito, como se fosse um particular. Atua de forma direta quando *faz o papel de agente produtivo, criando empresas públicas ou actuando através dela, (...) de modo a não desequilibrar o mercado interno*. (MONCADA, 1988, p. 36/7) A segunda modalidade de interferência do Estado na ordem econômica é a intervenção indireta na economia. Diferentemente da modalidade direta, onde o Estado atua como agente econômico, na intervenção indireta, sua atuação ocorre por meios externos, através da fiscalização, regulação e planejamento das atividades das pessoas de direito privado. Para Moncada, *o Estado não se comporta como sujeito económico, não tomando parte activa e directa no processo económico. Trata-se de uma intervenção exterior, de enquadramento e de orientação que se manifesta em estímulos ou limitações, de várias ordens, à actividade das empresas*. (1988, p. 285)

Essa integração entre a ordem econômica, social e ambiental é fundamental para se alcançar os ideais previstos no Texto Constitucional, na medida em que a economia impulsiona toda a sociedade e possibilita ao Estado a geração de recursos para por em prática suas políticas sociais, possibilitando ao cidadão uma vida digna, fundada no seu completo bem-estar social, pois *o próprio desenvolvimento social, cultural, educacional, todos eles dependem de um substrato econômico. Sem o desenvolvimento econômico dos meios e dos produtos postos à disposição do consumidor, aumentando destarte seu poder aquisitivo, não há forma para atingirem-se objetivos também nobres, mas que dependem dos recursos econômicos para a sua satisfação*. (BASTOS, 2003, p. 110)

Figueiredo (2005, p. 565) ressalta que o tema do desenvolvimento e ecologia vem apresentando cada vez mais interesse em todo mundo, diferentemente do passado, em que se imaginava que os conceitos de meio ambiente e desenvolvimento eram antagônicos.

Nesse mesmo sentido Derani (2005, p. 642 e seg.) afirma que a natureza é o primeiro valor da economia, e que, as políticas ambiental e econômica fazem parte de uma política social única.

Convém ressaltar que *a proteção do meio ambiente é necessária do ponto de vista da própria eficiência dos comportamentos econômicos. É que se estes não respeitarem o meio ambiente, estarão causando danos ao próprio sistema econômico, porque serão necessários recursos pra corrigir as distorções do ambiente, da estrutura natural. Eficiente deve ser o comportamento que, além de gerar desenvolvimento, aumentar*

riquezas e minimizar perdas, não crie novos custos para a economia que lhe serve de base, inclusive para o Estado. (ELALI, 2007, p. 88)

Assim, só existirá desenvolvimento econômico, com a busca do pleno emprego e em especial, com a redução das desigualdades com a proteção da do meio ambiente.

4. A Constitucionalidade da Tributação Extrafiscal Sócio-ambiental

A concessão de incentivos fiscais previstos no art. 151, I, da Constituição Federal, destinada a promover o equilíbrio socioeconômico entre as diferentes regiões do País, está em harmonia com a ordem econômica e financeira estatal, que dispõe entre seus fundamentos a redução das desigualdades regionais e sociais, utilizando-se de mecanismos que coíbem as distorções regionais e sociais entre os entes políticos da Federação.

Tais incentivos fiscais, destacando-se os de natureza ambiental, estão diretamente relacionados aos princípios constitucionais e ao modelo de Estado brasileiro, tanto no exercício da atividade fiscal quanto na função extrafiscal.

Elali ressalta que *as normas tributárias indutoras, para o fim de regular ar ordem econômica, a partir do modelo proposto na Constituição, podem instituir benefícios e/ou agravamentos, visando a realização de comportamentos mais desejáveis pelos agentes econômicos. Assim, os incentivos fiscais são os instrumentos hábeis para servir à indução econômica nas hipóteses de benefícios que passam a ser outorgados para incentivar comportamentos específicos.* (2007, Neutralidade, p. 48)

Assim, referidas normas indutoras, são instrumentos hábeis para a concessão de incentivos fiscais, desde que sejam observadas as competências tributárias específicas de ente da Federação.

Ao dispor sobre a ordem econômica, o artigo 170 da Carta constitucional, enumera entre outros princípios, no Inciso VII a redução das desigualdades regionais e sociais.

Para alcançar os objetivos do desenvolvimento nacional é necessária a análise conjunta também do artigo 225 que dispõe de várias inovações para que se tenha uma efetiva proteção do meio ambiente, dando importância constitucional ao tema, fazendo com que haja uma maior possibilidade de implementação de medidas de proteção nos âmbitos federal, estadual e municipal.

Mostra-se clara a necessidade de medidas de proteção nas três esferas de governo, vez que, trata-se de um interesse coletivo. A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, se constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos.

Assim, a competência para legislar sobre o meio ambiente é concorrente, devendo a União traçar normas de caráter nacional, podendo os demais entes federados tratar daquilo que for de seu interesse.

A Constituição brasileira prevê que a gestão ambiental é uma atribuição conjunta da União, dos Estados e dos Municípios (art. 225). Além das disposições do capítulo

destinado ao meio ambiente (desenvolvimento sustentável – art. 225 da Constituição Federal), deve este ser interpretado em conjunto com o art. 170 do mesmo diploma legal, que trata da ordem econômica, ressaltando a intervenção do Estado nas atividades econômicas que podem gerar impactos ambientais. Tais princípios que informam a ordem econômica ambiental e o Direito Ambiental buscam compatibilizar o desenvolvimento econômico com a proteção ambiental e a adequação dos propósitos, meios e fins dos conteúdos jurídicos.

Destas considerações, pode-se verificar que continua sendo um grande desafio, na ordem econômica, a implementação do princípio do desenvolvimento sustentável, disposto no artigo 225 da Carta constitucional brasileira.

Por isso mesmo, é possível afirmar que as questões ambientais estão interligadas com as questões econômicas e sociais, e que a efetividade da proteção ambiental depende do tratamento globalizado e conjunto de todas elas, pelo Estado e pela sociedade.

Daí os dizeres de Derani: *Qualidade de vida, proposta na finalidade do direito econômico, deve ser coincidente com a qualidade de vida almejada nas normas de direito ambiental. Tal implica que nem pode ser entendida como apenas o conjunto de bens e comodidades materiais, nem como a tradução do ideal da volta à natureza, expressando uma reação e indiscriminado despreza a toda elaboração técnica e espiritual. Portanto, qualidade de vida no ordenamento jurídico brasileiro apresenta estes dois aspectos concomitantemente: o do nível de vida material e o do bem-estar físico e espiritual*. (2007, p. 81)

Nesta linha de entendimento, deve-se ter em conta, e adaptada à realidade brasileira de que a Política Nacional de Educação Ambiental estabelece como um dos objetivos fundamentais da educação ambiental, o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente, em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos.(Lei nº 9.795/99, art. 5º, I)

Neste contexto, deve ser observada a obrigatoriedade do Poder Público, nos termos dos artigos 205 e 225 da Constituição Federal, ao definir políticas públicas que incorporem a dimensão ambiental. Verifica-se neste contexto a importância da educação ambiental no ensino em todos os níveis de formação educacional. É imprescindível que se desenvolva a consciência ambiental em todos os setores e seguimentos da sociedade. Essa dimensão ambiental deve ser incorporada, não apenas nas políticas públicas de governo, mas também nas ações da iniciativa privada e de toda sociedade, e com a preocupação de que o desenvolvimento sustentável seja implementado no sentido do desenvolvimento humano.

Qualquer tributação que envolva o meio ambiente bem como isenções ou outros benefícios fiscais devem adequar-se a Constituição Federal. Tal legislação instituidora deve se dar no âmbito das competências das entidades tributantes, estabelecidas na Constituição Federal. A Constituição Federal, no artigo 170, também prevê o desenvolvimento sustentável na medida em que consagra o princípio de defesa do meio ambiente como ponto de orientação da ordem econômica e financeira. Pode-se afirmar que com esta previsão, o desenvolvimento econômico, fundado na valorização do

trabalho humano e na livre iniciativa, não é legítimo caso ignore a proteção ambiental. (SPAGOLLA, 2008, p. 362)

O principal objetivo do desenvolvimento sustentável é superar a falácia de que o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental estão em pólos diversos, de forma que um se torne empecilho para a realização do outro. A defesa do meio ambiente e a exploração dos recursos naturais podem e devem coexistir, afinal, é justamente destes recursos que o homem retira toda a sua sobrevivência, conforme ensina Spagolla. (2008, p. 361)

Sobre a necessária coexistência harmônica entre a economia e o meio ambiente como objetivo precípuo do desenvolvimento sustentável salienta Derani: *Quando se usa a expressão desenvolvimento sustentável, tem-se em mente a expansão da atividade econômica vinculada a uma sustentabilidade tanto econômica quanto ecológica [...] Desenvolvimento sustentável implica, então, no ideal de um desenvolvimento harmônico da economia e ecologia que devem ser ajustadas numa correlação de valores onde o máximo econômico reflita igualmente um máximo ecológico*. (2007, p. 132)

Pode-se, então, considerar que existe uma antinomia entre o desenvolvimento e a proteção do meio ambiente? Ao contrário, eles são complementares, uma vez que não existe desenvolvimento se os recursos naturais não estiverem preservados, à disposição do ser humano como fator de produção de riquezas; e o meio ambiente equilibrado é um dos pressupostos para que a qualidade de vida seja alcançada, afirma Spagolla. (2008, p. 361)

O princípio do desenvolvimento sustentável aponta ainda para outro aspecto importante: deve-se assegurar a satisfação das necessidades da presente geração sem que se comprometa a capacidade das gerações futuras de acesso aos recursos naturais. A presente geração tem o dever de deixar para as futuras gerações um meio ambiente de igual ou de melhor qualidade do que aquele que herdou da geração anterior. (AMARAL, 2007, p. 33)

O artigo 151 da Constituição Federal veda a instituição de tributo que não seja uniforme em todo território nacional, admitindo a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país.

De igual porte, tem-se que qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos aos tributos somente poderá ser concedido por lei específica (art. 150 - § 6º da CF). O art. 175 do Código Tributário Nacional destaca que a isenção é uma forma de exclusão do crédito tributário, juntamente com a anistia entre outros institutos tributários.

Os incentivos estão no campo da extrafiscalidade. Através dos incentivos fiscais a pessoa política tributante estimula os contribuintes a fazer ou não fazer algo que a ordem jurídica considera conveniente, interessante ou oportuno. Algumas vezes os incentivos fiscais se manifestam através de imunidades ou sob a forma de isenções.

5. Extrafiscalidade Ambiental: Aspectos Relevantes

Para Ataliba a extrafiscalidade consiste no uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados. (1990, p. 233)

É lícito recorrer aos tributos com o intuito de atuar diretamente sobre os comportamentos sociais e econômicos dos contribuintes, seja fomentando posicionamento ou inibindo certos procedimentos. São os tributos extrafiscais, que podem ser traduzidos em agravamentos ou benefícios fiscais dirigidos ao implemento e estímulo de certas condutas.

Os incentivos fiscais manifestam-se, assim sob várias formas jurídicas, desde a forma imunitória até a de investimentos privilegiados, passando pelas isenções, alíquotas reduzidas, suspensão de impostos, manutenção de créditos, bonificações, créditos especiais e outros tantos mecanismos, cujo fim último é, sempre, o de impulsionar ou atrair, os particulares para a prática das atividades que o Estado elege como prioritárias, tornando, por assim dizer, os particulares em participantes e colaboradores da concretização das metas postas como desejáveis ao desenvolvimento econômico e social por meio da adoção do comportamento ao qual são condicionados. (ATALIBA; GONÇALVES, 1991, p. 167)

A extrafiscalidade, como forma de intervenção estatal na economia, apresenta uma dupla configuração: de um lado, a extrafiscalidade se deixa absorver pela fiscalidade, constituindo a dimensão finalista do tributo; de outro, permanece como categoria autônoma de ingressos públicos, a gerar prestações não tributárias. (TORRES, 2001, p. 167)

A Constituição Federal de 1988 determina como uma das metas a serem atingidas pelo Estado brasileiro a promoção do desenvolvimento nacional e a justiça social. Assim, a tributação no Brasil configura um instrumento poderoso da ação estatal sobre a economia, o que dá grande importância às técnicas extrafiscais adotadas, tendo em vista a realização das metas de desenvolvimento e justiça social.

O Estado brasileiro, ao estabelecer como um dos seus princípios fundamentais fazer justiça social e diminuir as desigualdades econômicas tornou necessária a sua intervenção nas relações sociais para atingir esses objetivos. Assim, a extrafiscalidade adquire singular importância.

O Poder Público tem na extrafiscalidade tributária uma maneira de conciliar desenvolvimento econômico e defesa do meio ambiente, vez que a Constituição Federal estabelece no art. 170, incisos III e VI combinados com o art. 225, a busca pelo desenvolvimento sustentável.

A tributação ambiental adequada, considerando o valor constitucional a que foi prestigiado o meio ambiente, pode ser um dos instrumentos para se alcançar um desenvolvimento preocupado com as gerações, tanto presentes, quando futuras.

Aspecto relevante que deve ser considerado no tocante aos incentivos fiscais ambientais, principalmente, é a sua abrangência não só no âmbito territorial brasileiro. Com o processo de integração entre os blocos econômicos e os tratados internacionais,

com vistas à quebra de barreiras vem favorecendo aos países aproximarem as legislações, ampliar as discussões para melhorar cada vez mais a qualidade de vida dos habitantes. Para tanto, está em discussão a própria questão da soberania dos Estados e as recomendações das organizações internacionais, destacando-se a OMC (Organização Mundial do Comércio).

6. Conclusões

Não basta que a Constituição Federal dispor sobre a proteção das pessoas. É necessário que o Estado garanta a elas uma existência digna (art. 1º, inciso III da Constituição Federal) e o seu bem estar (art. 3º, inciso IV) somente é possível com um meio ambiente saudável, direito reconhecido como fundamental.

Como incentivo à proteção ambiental, seria interessante e oportuno, por exemplo, que o governo desenvolvesse vantagens fiscais para aquelas empresas que protegem o meio ambiente em suas propriedades.

Esse posicionamento é visto, por muitos, com relutância, ao argumento de que preservar o meio ambiente e a sadia qualidade de vida é uma obrigação, não podendo haver estímulo econômico.

Nesse caso, é preciso se atentar para a efetividade das medidas já existentes e desenvolver políticas de maior incentivo à preservação ambiental.

Além da fundamental importância dos ditames das políticas tributária e social, deve ser destacado que o sistema tributário justo é aquele que contempla a sua implementação com base nos princípios constitucionais tributários, norteadores da conduta pública.

É dever do Estado a promoção do desenvolvimento econômico nacional, principalmente com o objetivo de redução das desigualdades regionais. Para tanto poderá utilizar normas indutoras através da implementação de políticas públicas de prevenção e de preservação do meio ambiente com a finalidade de atendimento dos ditames constitucionais.

A Constituição Federal alberga dois princípios aparentemente conflitantes. O inciso II do artigo 3º determina que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é garantir o desenvolvimento nacional. E o artigo 225 prevê a proteção ambiental, nos termos ali descritos.

Convém ressaltar que o Estado deve incentivar o desenvolvimento. Deve ser observado que o conceito de desenvolvimento adotado pela Constituição Federal é um conceito moderno (art. 225). Referido conceito apresenta o desenvolvimento como crescimento econômico, com vistas à globalização, como desregulamentação e redução do papel do Estado, como direito humano inalienável e o meio ambiente equilibrado (art. 170).

O Brasil apresenta desequilíbrios regionais expressivos, sendo, portanto, necessários instrumentos que viabilizem a correção desse cenário, estabelecendo mecanismos que promovam um novo equacionamento das vantagens comparativas para a realização de investimentos produtivos.

A Constituição Federal abriu novos espaços para as ações de proteção ao meio ambiente e, no que se refere aos direitos e garantias individuais, à organização do Estado, à tributação, e, ainda à ordem econômica e social do País.

Referida Constituição não estabeleceu nenhum tributo ambiental específico, embora possibilite no seu texto, condições nas espécies tributárias já existentes, para estabelecer mecanismos e instrumentos de tributação, enfocando o meio ambiente para efeito de preservação a ele dirigida.

Não há necessidade de criar novos tributos, e sim, distribuir adequadamente os recursos arrecadados previstos no Sistema Tributário Nacional vigente para atender finalidades sócio-ambientais. Desta forma, os recursos devem ser aplicados na implementação de políticas públicas em todos os níveis de governo, para oferecer melhores condições para compatibilizar o direito ao desenvolvimento com o direito à proteção do meio ambiente, garantidos constitucionalmente.

É preciso que o meio ambiente seja preservado, não através de uma tributação acentuada e sim com estímulos ou benefícios, entre eles destacando-se aqueles projetos que contemplam planejamentos ambientais que preservem ou recuperem o meio ambiente degradado.

Seja qual for o objeto da aplicação da tributação ambiental, a sua regulamentação deverá de ser discutida em profundidade, analisando detalhadamente todos os aspectos econômicos e ambientais pertinentes, de forma que a tributação ambiental seja realmente eficiente e gere os benefícios sociais esperados.

Os incentivos fiscais concedidos, nos termos da legislação aplicável, devem guardar estreita sintonia com os princípios da ordem econômica e social, especialmente a livre iniciativa e a livre concorrência. Tais incentivos não devem ser apenas instrumentos de intervenção na economia, e sim, medidas que possam caracterizar efetivamente a função social do tributo, com ações integradas para o desenvolvimento econômico sustentável.

Assim, só existirá desenvolvimento econômico, com a busca do pleno emprego e em especial com a redução das desigualdades, com a proteção do meio ambiente.

7. Referências

- ALMEIDA, Maria Cecília Ladeira de. *A Tutela ambiental como instrumento da garantia do desenvolvimento na ordem constitucional.* In Revista da Faculdade de Direito da Fundação Armando Penteado. Ano I, n. 1, 2002.
- AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito tributário ambiental.* São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.
- ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito ambiental.* 2ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998.
- ATALIBA, Geraldo. *IPTU: progressividade*. Revista de Direito Público, v. 23, n. 93, p.233-238, jan./mar., 1990.
- ATALIBA, Geraldo; GONÇALVES, José Arthur. Crédito-prêmio de IPI: direito adquirido; recebimento em dinheiro. *Revista de direito tributário*, v.15, n.55, p.162-179, jan./mar., 1991.

- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças,* 13ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- BASTOS, Celso. *Curso de direito econômico*. Celso Bastos Editora, São Paulo, 2003.
- CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito. Uma visão crítica.* 2008.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico.* 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2007.
- DERANI, Cristiane. Aplicação dos princípios do direito ambiental para o desenvolvimento sustentável. In TORRES, Heleno Taveira (org.) *Direito tributário ambiental*.
- DERZI, Misabel. *Família e tributação. A vedação constitucional de se utilizar o tributo com efeito de confisco.* Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1989, v. 32.
- DOMINGUES, José Marcos (coord.). *Direito Tributário e Políticas Públicas.* MP Editora, São Paulo, 2008.
- ELALI, André. *Tributação e regulação econômica.* MP, São Paulo, 2007.
- ELALI, André. *Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico*: A questão da redução das desigualdades regionais e sociais. In Incentivos Fiscais, Coord. Ives Gandra da Silva Martins et al. MP Editora, SP, 2007.
- FIGUEIREDO, Marcelo. A Constituição e o meio ambiente: os princípios constitucionais aplicáveis à matéria e alguns temas correlatos. In: TORRES, Heleno Taveira (org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo, Malheiros, 2005.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FONSECA. João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- LEONETTI, Carlos Araújo. *Humanismo e tributação: um caso concreto*. Disponível em http://www.idtl.com.br/artigos/68.html, 12 de julho de 2009.
- MACHADO, Hugo de Brito. *A função do tributo nas ordens econômica, social e política, in* Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza, 28 (2), julh-dez, 1987.
- MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro,* 16ª. Ed**.** São Paulo: Malheiros, 2008.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito econômico e tributário – comentários e pareceres*. Ed. Resenha Tributária, SP, 1992.
- MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. A Política Tributária como Instrumento de Defesa do Contribuinte. *A Defesa do contribuinte no direito brasileiro.* São Paulo: IOB, 2002.
- MELLO, Gustavo Miguez de. Uma visão interdisciplinar dos problemas jurídicos, econômicos, sociais, políticos e administrativos relacionados com uma reforma tributária. In *Temas para uma nova estrutura tributária no Brasil*. Mapa Fiscal Editora, Sup. Esp. I Congresso Bras. de Direito Financeiro, 1978, RJ;
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente – a gestão ambiental em foco*. São Paulo: 5 ed., Revista dos Tribunais, 2007.
- MINICHIELLO, André Luiz Ortiz e Maria de Fátima Ribeiro. *O Município brasileiro e a proteção ao meio ambiente no desenvolvimento econômico sustentável à luz do estatuto da cidade, in* Dimensões de Direito Público, Coord. Alexandre Sturion de Paula, Editora Russel, Campinas, 2006, p. 43 a 77.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico*. 2. ed., rev. e atual. Coimbra:
- RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes (coord.) *Estudos de Direito Tributário.* 1ª. Edição, editora Caminha Consultoria, Manaus, 2006.

- RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). *Direito tributário e segurança jurídica*. MP Editora, São Paulo, 2008.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, FERREIRA, Jussara S. Assis B. N. *Reflexões sobre a tributação ambiental como instrumento de políticas públicas para o desenvolvimento econômico sustentável.* Editora Malheiros, SP, 2005.
- SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo ambiental - extrafiscalidade e função Promocional do direito*. Juruá Editora, 2006.
- SPAGOLLA, Vânya Senegalia Morete. *Tributação ambiental e sustentabilidade, in* Empreendimentos Econômicos e Desenvolvimento Sustentável, Arte e Ciência, SP, 2008.
- TORRES, Heleno T. (coord.) *Direito tributário ambiental*. Reflexões sobre a Tributação Ambiental como Instrumento de Políticas Públicas para o Desenvolvimento Econômico Sustentável. *Maria de Fátima Ribeiro e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira*. Editora Malheiros, SP, 2005.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VINHA, Thiago Degelo e Maria de Fátima Ribeiro. *Efeitos Socioeconômicos dos tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais*. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães e FERNANDES, Edison C. (Coords.). Tributação, Justiça e Liberdade. Juruá: Curitiba, 2005.
- ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. *Empresa na ordem econômica. Princípios e função social.* Juruá Editora, Curitiba, 2009.

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: EFICÁCIA E EFETIVIDADE. UMA ANÁLISE A PARTIR DO CONCEITO JURÍDICO*

THE PRINCIPLE OF CONTRIBUITING CAPACITY: EFFICACY AND EFFECTIVENESS. AN ANALYSIS ACCORDING TO THE JURIDICAL CONCEPT

Ana Rita Nascimento Cabral

RESUMO

No Sistema Constitucional Tributário, o principio da capacidade contributiva é meio para que os ideais de igualdade sejam atingidos. O indivíduo na proporção dos seus haveres, deve pagar tributos. Através da progressividade de alíquotas, encontra-se o caráter pessoal do imposto, e o princípio da capacidade contributiva é atendido. Quanto maior a base de cálculo, maior haverá de ser a alíquota aplicável para que a prestação devida pelo indivíduo adeque-se a sua capacidade de contribuir. A eficácia do principio da capacidade contributiva, no Sistema Jurídico Brasileiro, reside no poder de vincular os órgãos legislativos e judiciais e de paralisar as normas inferiores contrastantes com seu sentido.

PALAVRAS-CHAVES: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA.

ABSTRACT

On Tributary's Constitucional System, the capacity to contribuite is a principle that makes possible the equality. The person has to pay tributes proporcionate to his ownerships. The personal character of the tax can be found throught calculates in progression (how much bigger the capacity to pay, bigger the amount of tax), so the principle of the capacity to contribuite will be attended. The efficacy of the principle of the capacity to contribute, on Brazilian Juridical System, is on the power to link the legislators and the juridical organs and to paralise the inferiors norms in opposition to its sense.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL PRINCIPLES. CAPACITY TO CONTRIBUITE. TRIBUTARY'S LAW. BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

O princípio da capacidade contributiva é uma limitação ao Poder de tributar. Quando atendido, faz com que se cumpra o princípio da igualdade. Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nas devidas proporções. No Direito Tributário, o principio da capacidade contributiva é meio para que os ideais de igualdade sejam atingidos. O indivíduo, na proporção dos seus haveres, deve pagar tributos. Contudo, as indagações que surgem são: Como identificar, para o cálculo de cada tributo devido pelo contribuinte, o seu índice de riqueza ? Como ou quais são os meios para que os impostos sejam graduados conforme a capacidade de pagar do indivíduo? Em que reside o caráter pessoal dos impostos e qual sua relação com o cumprimento do principio da capacidade contributiva ?

Nestas breves linhas, buscaremos, ao menos, tecer uma introdução ou iniciar respostas àquelas questões. A capacidade de contribuir, já ensinou Carrazza (2008) está diretamente associada aos fatos que fazem presumir que o indivíduo realizador destes tem riqueza. São pois os fatos-signos, presuntivos de riqueza que denotam a capacidade contributiva da pessoa.

O artigo 145, §1º/CF define uma necessária correlação entre os impostos e a capacidade contributiva, ao firmar que os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Parte da doutrina defende ser esta capacidade, a que faz alusão a Constituição, objetiva, fundada não em condições econômicas reais do contribuinte, mas em seus sinais exteriores de riqueza. Em contrapartida, há doutrinadores como Sacha Calmon Navarro Coelho (1990) que defendem a capacidade contributiva como subjetiva, em que leve-se em consideração a capacidade econômica real do contribuinte, ou seja, sua aptidão concreta de suportar o ônus do imposto.

Na realidade, como bem leciona Roque Antônio Carrazza (2008), a capacidade contributiva pode revelar-se através do patrimônio ou bens que a pessoa possua, não necessariamente pois, relacionar-se a capacidade econômica real do contribuinte. Exemplifica o autor que um jovem, ainda sem economias próprias, que venha a ser contemplado, em sorteio, com um automóvel de luxo tem o dever de pagar o imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA), do contrário há de sofrer as penas pelo inadimplemento. Ressalta Carrazza (2008, p. 91):

Em relação aos impostos sobre a propriedade (imposto territorial rural, imposto predial e territorial urbano, imposto sobre a propriedade de veículos automotores etc.), a capacidade contributiva revela-se com o próprio bem, por que a riqueza não advém apenas através da moeda corrente, mas do patrimônio, como um todo considerado. Se uma pessoa tem, por exemplo, um apartamento que vale um milhão de dólares, ela tem capacidade contributiva ainda que nada mais possua. Apenas, sua capacidade

contributiva está imobilizada. A qualquer tempo, porém, a pessoa poderá transformar em dinheiro aquele bem de raiz.

É razoável, pois, a defesa da capacidade de contribuir como objetiva, pelo menos quanto aos impostos que recaem sobre os bens. Contudo, onde residiria nestes impostos o caráter pessoal? Na verdade, o que se deve entender por caráter pessoal, conforme o disposto no art. 145, § 1º/CF ? Veremos que a pessoalidade, no tocante a graduação dos impostos, guarda estreitas relações com a progressividade. Quanto maior a base de cálculo, maior haverá de ser a alíquota aplicável para que a prestação devida pelo indivíduo adeque-se a sua capacidade de contribuir.

Assim, quanto aos impostos que recaem sobre os bens, o atendimento ao princípio da capacidade contributiva está diretamente relacionada não ao exame de sua conta bancária, mas à base de cálculo atrelada de forma indissociável ao valor do bem. Quanto maior o valor do bem, maior a base de cálculo e maiores devem ser as alíquotas. De forma que assim através da progressividade das alíquotas, encontra-se atendido o princípio da capacidade contributiva no que diz respeito aos impostos sobre propriedades. Mas, é bom lembrar que, em que pesem as mais diversas realidades (municipal, estadual ou federal), é o legislador ordinário, destinatário imediato do princípio da capacidade contributiva.

A Constituição Federal partilha o poder de tributar entre os entes federativos ao atribuir competência. Estes entes criarão os tributos quando do exercício de suas competências. Quanto aos impostos a Magna Carta pré-estabelece os fatos geradores. Estes fatos exibem conteúdo econômico. O legislador ordinário há de firmar estes fatos, na lei criadora do imposto, estabelecendo assim, a hipótese de incidência deste tributo segundo os moldes constitucionais. Papel importante será o de firmar as bases de cálculo e a(s) alíquota(s) de modo que se faça cumprir o princípio da capacidade contributiva.

A metodologia utilizada neste trabalho deu-se através de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa: Bibliográfica: através de livros, revistas, publicações especializadas e artigos; Pura, visto que terá como único fim a ampliação de conhecimentos; qualitativa, pois que se aprofundará na compreensão das ações relações humanas e nas condições e frequências de determinadas situações.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: CONCEITOS E FUNÇÕES.

Conforme lições de Sérgio Sérvulo da Cunha (2006, p. 5), o termo princípio, de raiz latina, *principium*, *principii*, associado ao que os gregos denominaram por *arque*, significa o lugar de onde se parte, o inicio, a origem. O autor lista onze acepções para o termo, baseado nas idéias de Gilles Gaston Granger (1988), Martin Heidegger (1992) e André Lalande (1956). Nas perspectivas ontológica e deontológica. Vejamos.

A primeira noção atribuída ao termo princípio é a de começo, início, associada à concepção grangeriana de termo final de toda a regressão. Define Sérgio Sérvulo da Cunha (2006, p. 7) ser tal pensamento, inspirado por Gilles-Gaston Granger (1988), de natureza lógica. Outra idéia ou conceito de princípio dessa natureza, parte de Martin Heidegger (1992) que defende ser um princípio, em contraste com uma mera condição negativa, uma proporção em que é posto um fundamento para a verdade possível ou que basta para suportar a verdade do juízo.

Para Martin Heidegger (1992) um juízo verdadeiro parte de um princípio, sendo pois princípio, um ou o fundamento de uma proposição. Da acepção heideggeriana de natureza lógica, André Lalande (1956) propõe um conceito de principio de caráter axiomático-ontológico, mas também concebendo principio como fundamento, posto no inicio de uma dedução, a qual não se deduz de qualquer outra no sistema considerado.

Sérgio Sérvulo da Cunha (2006) assevera, em seu estudo comparativo de idéias, algumas já acima citadas, que a noção de princípio como fundamento, também é encontrada em Platão, em Aristóteles e em Kant. Ressalta o autor, referindo-se a estes pesquisadores respectivamente:

Diz o primeiro: "Um principio é algo de não-engendrado; porque é necessariamente a partir de um principio que vem à existência tudo que aí vem, enquanto o principio não provem de nada: se um principio viesse a existir a partir de alguma coisa, não seria a partir de um principio que viria a existir aquilo que existe." Para Aristóteles, "são 'verdadeiras' e 'primeiras' aquelas coisas nas quais acreditamos em virtude de nenhuma outra coisa que não seja elas próprias (...)". Kant, por fim, apresenta os princípios como "juízos a priori", "que têm esse nome não apenas por que são o fundamento outros juízos, mas também por que não se fundam em outros conhecimentos mais gerais e elevados". (DA CUNHA, 2006, p.p. 7-8)

O supra citado autor (2006, p. 8) ainda cita Émile Littré que em seu, *Dictionnaire de la Langue Française*, conceitua princípios como "todas as causas naturais em razão das quais os corpos se movem, agem e vivem". Essa uma concepção ontológica de princípio.

O caráter deontológico de princípio, afirma Sérgio Sérvulo da Cunha (2006, p.10), reside na idéia de que não somente as coisas são dotadas de fundamento, mas também, as ações. Há, portanto, princípios prescritivos ou deontológicos que orientam o comportamento humano.

Na hodierna Constituição Federal Brasileira de 1988, há dispostos princípios explícitos e implícitos, nominados e enunciados. O princípio constitucional em comento no presente trabalho, qual seja, o da capacidade contributiva, temo-lo por explícito e enunciado, já que não somente citado na Constituição, mas explicado e pormenorizado quando da relação com espécies tributarias dispostas na Carta (v. arts. 145, §1º; 150, II; 153, §4º, I/CF). Mas seja qual for o princípio, seja ele explícito ou implícito, nominado ou não, se constante na Magna Carta, qual sua função? Entendamos.

Roque Antônio Carrazza (2008, p.39) ao dissertar sobre o tema, informa que princípio jurídico é um enunciado lógico que, por sua generalidade, ocupa posição de preeminência no Direito e vincula o entendimento e aplicação das normas jurídicas a ele conectados.

Os princípios, como origem ou ponto de partida, necessariamente são gerais e ocupam posição sobrelevante no ordenamento jurídico. Daí serem dotados do poder de vincular a aplicação da norma ao centro de sua idéia, esta uma função vinculatória-informadora. No dizer de Roque Antônio Carrazza (2008, p. 41) os princípios são os pontos de apoio normativos para a boa aplicação do Direito.

São portanto funções dos princípios constitucionais, além daquela acima citada, no dizer de Sérgio Sérvulo da Cunha (2006, p.191):

a) gerar normas (função nomogenética); b) orientar a interpretação (função hermenêutica); c) inibir a eficácia de norma que os contrarie (função inibitória); d) suprir a falta de norma (função supletiva); e) regular o sistema (função de regulação do sistema); f) projetar o texto sobre a sociedade (função de projeção).

Ora, as normas devem ser a pormenorização dos princípios. Através daquelas o propósito da existência destes princípios hão de ser cumpridos ou realizados. Humberto Ávila (2007, p.35) ao dissertar sobre o tema, ressalta a posição de Karl Lorenz que ao definir princípios os concebe como aqueles que estabelecem fundamentos normativos

para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo direta ou indiretamente, normas de comportamento. Da abstração ou generalidade dos princípios portanto emergem-se normas.

Quanto à função hermenêutica, esta diretamente relaciona-se àquela vinculatória-informadora. O legislador haverá de sempre, quando da elaboração da lei, fazê-la tendo como bússola os valores contidos nos princípios, cabendo ao intérprete, quando da aplicação desta lei, ser orientado por estes mesmos valores, os concebendo, sempre, como marco ou norte a ser perseguido.

Caso o legislador não seja fiel aos valores ou idéia central dos princípios, ao criar a lei, esta haverá de ser repudiada de modo que não adentre no mundo jurídico, bem como seja impedida de produzir efeitos no mundo fático. Sendo esta mais uma função dos princípios, inibir a eficácia das normas que os contrariem.

É sabido que no Sistema Jurídico Brasileiro, os princípios gerais suprem a falta das normas, no sentido tratado pela Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-lei no. 4.657/42) que dispõe em seu art. 4º que "quando a lei foi omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com os princípios gerais do Direito, além da analogia e dos costumes". Os princípios portanto em nosso Sistema são dotados, também, de uma função suplementar ou supletiva. Associado à isto, pode-se afirmar que os princípios são reguladores do sistema, já que o informa, o orienta e o suplementa.

Nos mundos jurídico e fático, portanto, são notáveis a influência de valores urgidos com os princípios estabelecidos. Estes, quando firmados no sistema, são projetados acima de tudo e todos. São valores-guia. Consoante Paulo Bonavides (2005, p.57) "estamos inseridos em um verdadeiro estado principiológico, no qual os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes". Neste mesmo sentido, afirma Geraldo Ataliba (2007, p. 34):

Princípios são as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo. Expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariadas; tem que ser prestigiadas até as últimas conseqüências.

Pois bem, façamos, agora, alusão específica ao princípio da capacidade contributiva, importante no Sistema Constitucional Tributário Brasileiro.

2. O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA/1988

Já com a primeira Constituição Brasileira, em 1824, vimos expresso o principio da capacidade contributiva com o preceito de que ninguém estaria 'exempto' de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres (v. art. 179, inciso XV). A Carta de 1891 manteve-se omissa quanto ao tema, mas em contrapartida, a de 1934 avançou no sentido de reportar-se à progressividade dos impostos incidentes sobre a transmissão de bens por herança ou legado.

Desde lá até os dias presentes, a busca pela graduação dos impostos em respeito à capacidade econômica do individuo tem sido, ao menos, lembrada. Lembrança esta que, uma vez como preceito constitucional, alcança status de mandamento. Mandamento que há de ser guardado e efetivamente cumprido pelos que criam e aplicam a norma instituidora ou majoradora do tributo.

A Magna Carta de 1988 trouxe-nos em seu artigo 145,§1°:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A capacidade de que trata o referido preceito normativo, diz respeito "à disponibilidade de riqueza do contribuinte ou à sua indicação de elementos econômicos-financeiros, símbolos presuntivos de riqueza", no dizer de Sacha Calmon Navarro Coelho (1990, p. 37). Capacidade econômica não há de ser confundida com capacidade contributiva. A primeira relaciona-se a disposição de riqueza do indivíduo e a segunda a aptidão do contribuinte para suportar o ônus do tributo. Na lição de José Maurício Conti (1997, p. 35):

A capacidade econômica é aquela que todos - ou quase todos - têm. É a aptidão dos indivíduos de obter riquezas - exteriorizada sob a forma de renda, consumo ou patrimônio. Já a capacidade contributiva (...) refere-se à capacidade dos indivíduos de arcar com o ônus tributário, de pagar tributos.

Arremata o autor asseverando que a capacidade contributiva é uma capacidade econômica específica, que se refere a aptidão de suportar determinada carga tributária. Portanto enfatizemos que o art. 145, §1º/CF faz sim alusão indireta à capacidade contributiva do indivíduo, princípio hospedado nas dobras da idéia entendida por capacidade econômica do contribuinte.

O pensamento de que capacidade contributiva é capacidade econômica específica é escorreito e sadio. Contudo, não contrário a este pensamento, é possível afirmar que pode o indivíduo, a despeito de ostentar capacidade econômica, não ser plenamente apto para suportar o ônus tributário, ou seja, não contar com capacidade contributiva subjetiva, associada às condições inerentes à pessoa do contribuinte. Exemplo: O indivíduo realiza o fato gerador do IPTU, pelo simples fato de ser proprietário de bem imóvel situado na zona urbana, todavia é isento do pagamento do referido tributo por seu bem estar localizado em zona periférica. Identificado pelo legislador que proprietários residentes naquela área não são dotados de capacidade contributiva subjetiva. Caso elucidativo, também, é o do Imposto de Renda, em que aqueles que auferem proventos até determinada faixa estabelecida em lei, são dispensados do pagamento do Imposto.

O princípio da capacidade contributiva, pois, na Constituição Brasileira hodierna guarda também ampla conexão com o preceito firmado no art. 150, II da Carta, o que seja, o principio da igualdade no Sistema Constitucional Tributário. Os contribuintes que se encontram em situação jurídica equivalente não podem ser discriminados quando da aplicação da lei e aqueles inseridos em situação jurídica diversa devem ser discriminados na medida de suas desigualdades.

Um dos objetivos primeiros de qualquer Estado democrático é o ideal de justiça e o tratamento isonômico entre os indivíduos. Nas lições de Carlos Palao Taboada (1978, p. 127), "a relação entre o principio da capacidade contributiva e o da igualdade comporta três fases". Na primeira, a idéia de capacidade contributiva confundir-se- ia com o próprio principio de justiça. Numa segunda fase, a capacidade de contribuir seria entendida como instrumento de realização do principio da igualdade. E na terceira fase, o principio da capacidade contributiva, apesar de guardar íntimas relações com o principio igualitário, seria concebido como autônomo e de conteúdo determinado.

2.1 A Eficácia do Princípio da Capacidade Contributiva. E a Efetividade?

Iniciemos afirmando que a eficácia não pode ser confundida com a efetividade. O conceito de eficácia diz respeito à capacidade da norma de produzir efeitos ou à aptidão para incidir. O plano da eficácia insere-se no mundo jurídico, enquanto que o plano da efetividade, no mundo fático. A efetividade, pois, está conexa a idéia de alteração e produção de modificações na realidade. Sobre isto ensina Sérgio Sérvulo da Cunha (2006, p. 198):

O objetivo da norma é alterar a realidade, produzir modificações no mundo fático. Mas ela pode ter incidido, produzindo seus efeitos no mundo jurídico, sem que haja produzido automaticamente a correspondente modificação no mundo fático. Ao ouvirmos falar em eficácia, nosso olhar se dirige imediatamente para aqueles resultados, para o plano da realidade social (...). Se assim fizermos, porém, estaremos saltando por cima de outro plano da realidade (o plano lógico relativo aos conceitos, classes, (...), sem o qual não é possível a produção daqueles efeitos.

Ora, o entendimento, portanto, é de que anterior às alterações no mundo fático, ou seja, à efetividade da norma, necessariamente há de se perpassar pelo mundo jurídico onde se operam a incidência das normas pertencentes ao plano lógico da eficácia. Pontes de Miranda (1966, p. 16) é categórico ao afirmar que: "A incidência da lei, pois que se passa no mundo dos pensamentos, (...) é, portanto, infalível. A incidência das regras jurídicas nada tem com o seu atendimento: é fato do mundo dos pensamentos".

A eficácia do princípio da capacidade contributiva no Sistema Jurídico Brasileiro relaciona-se ao poder de vincular os órgãos legislativos e judiciais e paralisar as normas inferiores contrastantes com seu sentido. Leva-se, pois, em consideração, seus efeitos no mundo jurídico ou no plano lógico. Tal principio se irradia sobre muitos dos preceitos constitucionais tributários. Vejamos alguns deles.

O art. 153, §4º, II/CF declara imunes à tributação quanto ao imposto sobre propriedade territorial rural, as pequenas glebas rurais exploradas por proprietário que não possua outro imóvel. Outro caso constitucional que reflete a influência do principio da capacidade contributiva é o constante no art. 153, §2º, II/CF que protege os rendimentos, provenientes de aposentadorias e pensões recebidos por pessoas com idade superior a 65 anos, da tributação por meio do imposto de renda. E ainda no art. 153, §3º, I/CF, a questão da seletividade no IPI em função da essencialidade dos produtos da primeira necessidade devem receber tratamento tributário ameno.

Portanto, a eficácia do principio da capacidade contributiva reside na vinculação do legislador infraconstitucional à instituição de fatos geradores de obrigações tributárias providos de suporte econômico respeitado o mínimo vital de existência. Assim como une-se por laços, este princípio, com o administrador, executor da lei, e também com o juiz, zelador da inteireza das normas. O primeiro deve se recusar à realização de qualquer ato que viole a lei ou infrinja o principio. E o segundo deve, necessariamente, adotando uma postura concreta, velar para que seja garantido o principio da capacidade contributiva. A efetividade do principio em tela, encontra-se a um passo da eficácia deste. Permeada a idéia da capacidade de contribuir no texto constitucional, que há de ser seguido pelo legislador ordinário, basta que os aplicadores e mantenedores da lei, no exercício de suas tarefas, cumpram- na e assim façam com que os resultados, no mundo fático, emerjam.

3. O CARÁTER PESSOAL DOS IMPOSTOS E O ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: PESSOALIDADE, PROGRESSIVIDADE E SELETIVIDADE.

O art. 145, §1º/CF já comentado, preceitua que os impostos, sempre que possível, terão caráter pessoal. Contudo, a doutrina admite a divisão dos impostos em pessoais e reais, sendo os primeiros os que melhor identificam ou cumprem com o princípio da capacidade contributiva.

Impostos pessoais são aqueles que guardam correspondência direta com as condições particulares do contribuinte. Impostos reais, aqueles associados a uma relação indireta, no sentido de que são graduados segundo a presunção de quem hão de ser os destinatários do bem sobre o qual recairá o ônus tributário. Esclarecendo: impostos pessoais são os que recaem sobre bases econômicas vinculadas à condição particular do indivíduo, as quais denotam capacidade de contribuir ou não da pessoa. Sendo impostos reais aqueles que incorrem em bases econômicas, nas quais enorme é a dificuldade de identificação do índice de riqueza pessoal do indivíduo, sendo a seletividade, em função da essencialidade do bem, o meio através do qual o obstáculo será ultrapassado.

Classificação paralela a esta é a da divisão de impostos diretos e indiretos. Os impostos pessoais são impostos diretos, aos quais não se questiona a possibilidade de aferição da capacidade contributiva, como no caso do imposto de renda. Já os impostos reais sendo indiretos, o dever de arcá-los recai sobre uma pessoa que é, nas palavras de Edilson Pereira Jr. (2001, 67), "contribuinte de direito diversa da que, efetivamente, suporta seu encargo (contribuinte de fato)". Aqui, segundo o autor, em consonância com nosso

pensamento, surge a indagação quanto a possibilidade de ser cumprido o objetivo constitucional (do principio da capacidade contributiva), já que difícil a verificação das qualidades do verdadeiro sujeito passivo. Pois bem, é nesse contexto que encontramos a pessoalidade, a progressividade e a seletividade como instrumentos de realização ou atendimento do principio da capacidade contributiva.

É fato que os impostos de caráter, puramente, pessoal melhor ou mais facilmente realizam o principio da capacidade contributiva, enquanto que os impostos, nos quais a graduação aos moldes da pessoalidade é de difícil acesso, para que atendam ao principio em tela, carecem de meios ou instrumentos que ao menos presumam a condição de contribuir do indivíduo. A seletividade é um destes meios ou instrumentos.

Sobre isto aduz Edilson Pereira Júnior (2001, p. 68):

Da seletividade decorre que os bens indispensáveis ao mínimo de subsistência dos cidadãos hão de ser onerados com as mais baixas alíquotas, ou dispensados da tributação, enquanto que os menos necessários, ditos supérfluos, deverão ser tributados com os percentuais mais elevados, haja vista denotarem a presença, por parte de seus adquirentes, de maior poder aquisitivo, de superior capacidade contributiva.

O art. 153, §3º, I/CF apregoa que o imposto sobre produtos industrializados, imposto real e indireto, será seletivo, em função da essencialidade do produto. Bem como o art. 155, §2º, III/CF firma que o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços. Roque Antônio Carrazza (2008, p. 98) leciona que:

O principio da seletividade tem por escopo fornecer aos consumidores finais, que são os que, de fato, suportam a carga econômica do IPI e do ICMS. Daí ser imperioso que sobre produtos, mercadorias e serviços essenciais haja tratamento fiscal mais brando, quando não total exoneração tributária (...).

A seletividade dos produtos, mercadorias e serviços em função de sua essencialidade, pois, faz com que o princípio da capacidade contributiva seja atendido pelos impostos reais e indiretos, mesmo sob condições adversas. Já a progressividade diz respeito à maiores bases de cálculo, maiores alíquotas. O percentual das alíquotas aplicadas é diretamente proporcional a base de cálculo. Quem mais riqueza possui, mais deve concorrer para os gastos públicos. O *quantum debeatur* é constituído através de maiores alíquotas quanto maiores forem as bases de cálculo.

O art. 153, §2º, I/CF positiva que o imposto sobre a renda será informado pelo critério da progressividade. A progressividade de aqui aliada ao objeto de nosso estudo. Roque Antônio Carrazza (2008, p.118) informa-nos que em alguns países as alíquotas do Imposto de Renda das pessoas físicas oscilam entre 5% e 55%, estando a classe média submetida a uma tributação de aproximadamente 10% sobre os rendimentos auferidos. No Brasil, temos uma categoria de contribuintes do IR submetidos a uma alíquota de 27,5%, contudo são as palavras do supracitado autor:

Tais alíquotas variam de acordo com o total dos rendimentos líquidos auferidos. A progressividade não se manifesta na simples aplicação destas alíquotas nominais à base de cálculo, mas, sim, quando entra no processo de apuração de um terceiro fato: a parcela a deduzir deste produto. Aí, sim, as alíquotas nominais passam a ser efetivas. (CARRAZZA, 2008, p. 119)

Roque Antônio Carrazza (2008, p. 119) exemplifica que um sujeito A cuja a remuneração anual é de R$ 27.912,00 e um sujeito que percebe anualmente R$ 80.000,00, ambos serão submetidos a uma alíquota nominal de 27,5%, sendo deduzidos R$ 5.584,20 dos dois. O primeiro pagará de IR, não havendo deduções pessoais a fazer, R$ 2.091,60, o que leva a uma alíquota efetiva de 7,49%. Já o segundo pagará de IR, nas mesmas condições de não haver deduções pessoais, R$ 16.415,80, que levam a uma alíquota efetiva de 20, 51%. A progressividade atua portanto como instrumento de realização do principio da capacidade contributiva. Os legisladores ordinários, os intérpretes e aplicadores da lei, atentos à seletividade e à progressividade, cumprem com o princípio constitucional em discussão.

4. UM RESSALTE SOBRE O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E OS TRIBUTOS VINCULADOS

Alguns doutrinadores indagam-se se a capacidade contributiva diz respeito somente aos impostos ou como é possível adequar o princípio aos tributos vinculados, especialmente às taxas.

Hugo de Brito Machado (1989, p. 45) defende que "o principio da capacidade contributiva se dirige unicamente aos impostos, tendo o legislador liberdade de respeitá-lo ou não quando da instituição de outras espécies tributárias". José Marcos Domingues (1998, p. 81) rebate esta idéia ao afirmar que, apesar do artigo 145, §1º/CF alvitar o princípio ao falar literalmente de impostos, "nada justifica negar-lhe incidência frente aos demais tributos".

Ora, no que pese a interpretação literal do art. 145, §1º da Carta Magna, entendemos que o princípio em questão guarda aplicação mais ampla quanto aos impostos, no entanto, é extensivo as outras modalidades de tributos. Cremos que a compatibilização do princípio com os tributos vinculados, dar-se-á através de aspectos negativos como a redução ou dispensa total da carga tributária relacionada. Não se aplicam, pois, na ótica de Edilson Pereira Nobre Júnior (2001, p. 83), os critérios de mensuração da capacidade contributiva típicas dos impostos, como a graduação de acordo com a condição pessoal do contribuinte, a progressividade e a seletividade.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, procuramos, dissertar sobre a importância do estudo dos princípios, especialmente, o da capacidade contributiva, meio para que os ideais de igualdade sejam atingidos, no tocante à tributação. Os princípios, como origem ou ponto de partida, necessariamente são gerais e ocupam posição sobrelevante no ordenamento jurídico. Da abstração ou generalidade dos princípios portanto emergem-se normas.

Mesmo com a distinção entre as capacidades econômica e contributiva, no entender doutrinário, o artigo 145, §1º/CF define uma necessária correlação entre os impostos e a capacidade contributiva, ao firmar que os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

A eficácia do principio da capacidade contributiva reside na vinculação do legislador infraconstitucional à instituição de fatos geradores de obrigações tributárias providos de suporte econômico respeitado o mínimo vital de existência. Assim como une-se por laços com o administrador, executor da lei, e também com o juiz, zelador da inteireza das normas. Já a efetividade está conexa a idéia de alteração e produção de modificações na realidade. A pessoalidade, a progressividade e a seletividade, meios utilizados para o atendimento do princípio em questão, quando aplicados, tornam o princípio efetivo.

A seletividade dos produtos, mercadorias e serviços em função de sua essencialidade, faz com que o principio da capacidade contributiva seja atendido, mesmo sob condições adversas, pelos impostos reais e indiretos. Já a progressividade diz respeito à maiores bases de cálculo, maiores alíquotas. O percentual das alíquotas aplicadas é diretamente proporcional a base de cálculo.

Entendemos que o princípio em questão guarda aplicação mais ampla com os impostos, no entanto, é extensivo as outras modalidades de tributos. Cremos que a compatibilização do princípio com os tributos vinculados, dar-se-á através de aspectos negativos como a redução ou dispensa total da carga tributária relacionada.

Concluímos e reafirmamos, pois, que, permeada a idéia da capacidade de contribuir no texto constitucional, esta há de ser seguida pelo legislador ordinário, cabendo aos aplicadores e mantenedores da lei, no exercício de suas tarefas, serem fiéis cumpridores do mandamento constitucional e, assim, permitirem que os resultados, no mundo fático, emerjam.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: Sistema tributário.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade.** São Paulo: Dialética, 1997.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios Constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 2006.

DOMINGUES, José Marques. **Direito Tributário: capacidade contributiva.** 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. **Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

TABOADA, Carlos Paloa. **Isonomia e Capacidade Contributiva.** São Paulo: Revista de Direitos Tributários, ano II, nº. 4, 1978.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Decreto-lei no. 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução ao Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 set. 1942.

DOS FUNDAMENTOS DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO "IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO – IPTU" SOBRE INSTITUIÇÕES DE ENSINO ENQUANTO LOCATÁRIAS DE IMÓVEIS URBANOS*

THE GROUNDS OF IMMUNITY TRIBUTARY FROM "MUNICIPAL PROPERTY TAX - IPTU" ON EDUCATION INSTITUTIONS AS TENANTS OF URBAN REAL ESTATE

Antônio Carlos Diniz Murta

RESUMO

A despeito da previsão constitucional para o exercício da competência tributária pelos entes federados, foram, considerando uma opção do constituinte face à importância dos destinatários da exação tributária, criadas várias limitações a uma cobrança exarcebada ou mesmo contrária ao interesse da coletividade. Dentre as limitações estabelecidas, encontra-se a imunidade tributária dos impostos sobre patrimônio, renda e serviços sobre as instituições de ensino. No entanto, quando dada instituição de ensino celebra, como locatária, contrato de locação imobiliária urbana, em que ocorre a transferência do encargo do IPTU do proprietário para o possuidor, a jurisprudência e doutrina majoritária, partindo da premissa que o locatário não exerce a posse com "ânimo de domínio", lhe veda a legitimidade para discutir a relação jurídico-tributária. Porém, o locatário-possuidor, a teor da legislação complementar e ordinária, exerce a posse do imóvel locado na condição de possuidor "a qualquer título", podendo, portanto, se insurgir, como contribuinte do imposto, contra a sua cobrança. Ultrapassada esta possibilidade de considerar o locatário como possuidor "a qualquer título" poder-se-ia, outrossim, afirmar que a lei do inquilinato, em perfeita correspondência com o Código Tributário Nacional, permite, em convenção particular, a transferência do encargo do IPTU do proprietário-locador para o possuidor-locatário, albergando-lhe, também, legitimidade para discutir a referida imposição tributária.

PALAVRAS-CHAVES: IMUNIDADE / IPTU / INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO / LOCAÇÃO

ABSTRACT

Despite of the constitutional foresight for exercise of tributary competence by federated entities, considering a constituent's option regarding the importance of the tributary exaction's addressees, some limitations to exacerbated - or even contrary to the collective interest - charging were created. Among the established limitations we can find tributary immunity of the taxes on patrimony, income and services on the education institutions. However, when a certain education institution celebrates, as a tenant, a lease contract of urban estate, in which occur the transference of the IPTU's

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

encumbrance from proprietor to possessor, the jurisprudence and majority doctrine, considering that tenant doesn't exert the ownership with "domain spirit", it forbids the legitimacy to discuss the legal-tributary relationship. However, the tenant-possessor, according to complementary and ordinary legislation, exerts the ownership of the leased property as "to any title" possessor, and can, therefore, oppose, as a taxpayer, against its charge. Exceeded the possibility of considering the tenant as "to any title" possessor, one could, likewise, affirm that the landlord-tenant law, in perfect correspondence with the national tributary code, allows, in particular convention, the transference of the IPTU's encumbrance from proprietor-landlord to possessor-tenant, also giving him legitimacy to discuss the cited tax imposition.

KEYWORDS: IMMUNITY / IPTU / EDUCATION INSTITUTION / LEASING

Introdução

O Sistema Tributário Nacional, inserto no texto constitucional, nos apresenta um rol de competências tributárias, hipóteses de tributação e, simultaneamente, instrumentos de coibição de seu incremento desmedido.

É de conhecimento amplo que a tributação brasileira é intensa, complexa e, infelizmente, em contínuo crescimento a despeito dos malefícios advindos ao desenvolvimento nacional, emperrando a atividade econômica, e a vida econômica das pessoas comuns.

No entanto, o legislador constituinte, ao mesmo tempo em que permitiu ao legislador ordinário dos entes políticos, dotados de competência impositiva tributária, instituir tributos, buscando, sobretudo, extrair parcela do patrimônio privado; tratando-se de verdadeira mudança de titularidade de propriedade, apresentou mecanismos de contra-pesos que, se bem trabalhados e observados, permitiriam uma pseudo-contenção do avanço da alienação compulsória do ente privado ao ente público, mediante a discutida tributação.

Estes contrapesos se consubstanciam de normas constitucionais direcionadas ao poder tributante. Ou seja, ao mesmo tempo em que permite a cobrança de tributos, estabelece premissas rígidas para fazê-lo sem as quais a tributação se queda ilegal e, sendo assim, inviável.

Acontece que dentre estes mecanismos de contenção constitucional da tributação, verifica-se alguns que necessitam de uma depuração ou análise mais cuidadosa na medida em que sua leitura, pura e simples, não denota ou revela qualquer efeito prático, pelo menos imediato, para resguardar a coletividade contra efeitos nocivos de uma tributação inadequada e dissociada da realidade econômico-social nacional.

Dentre eles os referidos mecanismos, considerado por muitos autores como verdadeiro cânone ou princípio constitucional de observação e respeito obrigatório, nos deparamos com a regra prevista no artigo 150, inciso VI, alínea "c" e § 4º, da Constituição Federal que veda a instituição de impostos sobre "*patrimônio, renda ou serviços sobre instituições de ensino*".

Sem embargo de seu impacto terminológico quando de sua leitura, a interpretação deste denominado princípio constitucional de contenção de tributação desmedida, dissociada de uma apreensão de seu conteúdo valorativo, abrangência material e jurídica e impacto prático nas relações jurídico-tributárias acarretaria sua imprestabilidade já que envolto de aspecto de difícil mensuração e compreensão.

Buscaremos, portanto, apresentar, pelos limites deste trabalho, um sintético painel da tributação no Brasil, princípios constitucionais que a limitam e, em seguida, um quadro perfunctório, com nosso entendimento, do princípio que veda a cobrança de impostos sobre instituições de educação, considerando, especialmente, uma interpretação normativa sistemática englobando não só o texto constitucional, mas também o Código Tributário Nacional, o Código Civil Brasileiro e a lei do inquilinato; tangenciando a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria

1. DESENVOLVIMENTO

1.1. O Sistema Tributário na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 dispõe sobre o Sistema Tributário, especialmente entre os artigos 145 e 162; representando um esforço de aperfeiçoamento, simplificação e modernização das relações entre o fisco e com contribuinte, objetivando, também, reduzir injustiças fiscais e corrigir os desequilíbrios regionais.

No entanto, a despeito da previsão constitucional sobre as competências impositivas tributárias e as respectivas espécies tributárias, uma preocupação expressa do legislador constitucional foi estabelecer, junto às diretrizes de potencial criação dos tributos, limitações para o seu exercício partindo de um pressuposto de ciência política que nos ensina que "*aquele que detém o poder, tende a abusar do poder*".

Diante de tal constatação, erigiram-se várias limitações constitucionais ao poder de tributar, consubstanciadas em verdadeiros princípios constitucionais, estabelecendo-se verdadeiras barreiras jurídico-constitucionais para conter esta verdadeira ansiedade estatal em criar e mesmo majorar tributos.

1.2. Limitações ao poder de tributar e princípios constitucionais

Os princípios constitucionais revelam regras de garantia dos direitos individuais e coletivos, expressos, inclusive, no próprio preâmbulo da Constituição Federal. O texto constitucional de 1988 consagrou como não poderia deixar de fazê-lo, os princípios tradicionais da história tributária brasileira que se sucedem, com suas vicissitudes e modificações terminológicas, desde os primórdios da 1ª Constituição, ainda sob o Império Brasileiro.

Não obstante as dificuldades de estabelecer a amplitude da definição de princípio, mormente sua repercussão na seara tributária, sua leitura e aplicação se matiza conforme a ótica de seu intérprete, conforme ensina Paulo de Barros Carvalho, ao afirmar que:

O vocábulo "princípio" porta, em si, uma infinidade de acepções, que podem variar segundo os valores da sociedade num dado intervalo da sua história. No direito, ele nada mais é do que uma linguagem que traduz para o mundo jurídico-prescritivo, não o real, mas um ponto de vista sobre o real, caracterizado segundo padrões de valores daquele que o interpreta.[1]

Na verdade poderíamos defender o entendimento que qualquer princípio, implícito ou explícito, expresso em lei ordinária (fato raro) seja no texto constitucional (hipótese mais provável), deve servir como norte ao intérprete de um caso jurídico concreto que lhe é apresentado, uma vez que seria o ponto de partida para a apreensão e compreensão do conjunto ou do todo a ser apreciado e, finalmente, interpretado, conforme visão de Sacha Calmon Navarro Coêlho, *in verbis*:

O que caracteriza os princípios é que não estabelecem um comportamento específico, mas uma meta, um padrão.Tampouco exigem condições para que se apliquem. Antes, enunciam uma razão para a interpretação dos casos. Servem, outrossim, como pauta para a interpretação das leis, a elas se sobrepondo.

.....omissis...

Pois bem, quando o princípio é constitucional, a sua aplicação é obrigatória. Deve o legislador acatá-lo, e o juiz, adaptar a lei ao princípio em caso de desrespeito legislativo*...omissis...**[2]***

Em matéria tributária, os princípios visam, exclusivamente, restringir o poder estatal de tributar; com isso, assegurando os direitos fundamentais do sujeito passivo à segurança, ao bem-estar, planejamento familiar, à propriedade, atividade econômica e o próprio desenvolvimento sustentável do País, dentre outros. Nesta esteira, *exempli gratia*, foi instituído, o princípio da legalidade dos tributos que, por sua vez, influi na anterioridade e na anualidade. A eficácia desses princípios é *extra-lege*, sendo assim, não dependem de qualquer lei ordinária que os regulamente, podendo ser invocados a qualquer tempo.

E mais, por serem cláusulas pétreas da Constituição, esses princípios não podem ser alterados nem mesmo por Emenda Constitucional.[3]

Já Hugo de Brito Machado cria um divisor de águas quando estabelece a possibilidade de algumas normas, insertas no Sistema Tributário Nacional, serem, efetivamente, cláusulas pétreas e outras não o serem; por simplesmente se inserirem em um contexto mais abrangente quando ensina que:

Assim, como o direito é na verdade um sistema de limites, todas as normas que integram a denominada legislação tributária, em sentido amplo, são limitações ao exercício do poder impositivo. E todas as normas que, na Constituição, tratam da tributação, constituem limitações constitucionais ao poder de tributar. Tomada, assim, a expressão limitações constitucionais ao poder de tributar, nesse sentido abrangente, certamente não se pode dizer que essas limitações constituem cláusulas pétreas. Mas existem normas sobre tributação que, sendo limites, como são, dizem respeito aos direitos fundamentais.[4]

Abstraindo entendimentos distintos acerca de quais as limitações ao poder de tributar poderiam ser considerados cláusulas pétreas e enfatizando a importância dos princípios na senda tributária, Luciano Amaro ressalta que :

... alguns dos chamados princípios tributários não são, como dizíamos, meros enunciados gerais carentes de normatização posterior para acentuar sua concretude; são já proposições que atingem um grau praticamente exaustivo de normatividade. Por exemplo, o princípio da anterioridade é uma regra de precisão matemática; a lei ou foi ou não foi editada até o último dia do exercício, o que se apura segundo critério puramente cronológico, que já decorre do próprio enunciado constitucional do dito "princípio", sem que haja necessidade de uma norma que dê contornos mais nítidos à proposição.[5]

Por sua vez, ao contrário dos princípios calcados no trinômio legalidade/anterioridade/ irretroatividade, a Constituição Federal nos apresenta princípios cuja exegese demanda do intérprete uma interlocução e ponderação mais cuidadosa considerando, especialmente, sua interpretação literal, descolada de uma situação concreta qualquer, cuja conclusão muitas vezes é inane.

Vejamos, por exemplo, o princípio da isonomia tributária[6]. Este princípio nada mais nada menos é do que o princípio da igualdade - inserto no artigo 5º, inciso I, do texto constitucional - aplicado no campo das relações jurídico-tributárias.

Mas como dimensionar esta igualdade nestas relações? Tratamos neste campo do direito de inúmeras exações tributárias, derivadas de vários entes políticos autônomos cujo espectro de irradiação se volta para incontáveis hipóteses ou potencialidades tributáveis cujas respectivas leituras podem criar dificuldade das mais diversas para o intérprete da lei cotejado o caso concreto.

O mesmo raciocínio se voltaria para a interpretação do princípio que veda a limitação do tráfego por meio de tributos.[7] Nesta limitação ao poder de tributar, nos parece que o legislador constituinte deixou claro que a liberdade de ir e vir, ou mesmo circulação, jamais poderão ser cerceadas ou mitigadas por imposição tributária, seja ela de pessoas ou bens; entretanto a interpretação deste dispositivo constitucional exige do intérprete conhecimento dos vários e possíveis aspectos materiais de fatos geradores que poderiam**,** caso não restringidos, alcançar e impedir a mobilidade nacional.

O que causa espécie é o fato de que neste mesmo dispositivo se faz presente alusão a uma exceção. O denominado pedágio. No entanto, o pedágio instituído e cobrado no Brasil hodierno, tem natureza essencialmente contratual (preço público) causando, com isso, mais dificuldade ainda quanto ao alcance desta limitação ao poder de tributar.

Já em relação ao princípio que veda a utilização do tributo com efeito de confisco nos deparamos com sutilezas terminológicas de difícil depuração.

Todo tributo é na verdade um confisco à parte da propriedade do sujeito passivo ou de quem ele substitua. O legislador não pretendeu vedar este tipo de confisco que continua valendo e prevalecendo nas relações entre quem paga (a sociedade) e quem recebe (o Estado).

O desiderato do legislador constituinte foi estabelecer vedação para um padrão de confisco que ultrapassasse determinados limites de, digamos, razoabilidade.

Na mesma seara impeditiva do poder estatal de tributação nos deparamos com hipóteses constitucionais que, expressamente, vedam a tributação; traduzindo-se em verdadeira atribuição de competência tributária negativa.[8]

A *contrario sensu* as imunidades tributárias não infirmariam a competência tributária já que delimitariam o campo material da incidência tributária, estabelecendo a extensão da competência e não, simplesmente, reduzindo-a, como ensina José Souto Maior Borges:

A rigor, portanto, a imunidade não subtrai competências tributárias, pois essa é apenas a soma das atribuições fiscais que a Constituição Federal outorgou ao poder tributante e o campo material constitucionalmente imune nunca pertenceu à competência deste. A competência tributária já nasce limitada.[9]

São as imunidades tributárias verdadeiras opções político-constitucionais dirigidas ao ente tributante, impedindo-o, parcialmente, do exercício pleno da competência que lhe foi outorgada.

Neste sentido informa Andrei Pitten Velloso, sobre o primado essencial das imunidades tributárias:

Ao vedar a instituição de impostos sobre certas materialidades e entidades, o artigo 150, VI, da CF, veicula genuína *imunidades*. Consagra expressamente a incompetência

tributária das pessoas políticas, obstando que os legisladores federal, distrital, estaduais e municipais instituam impostos incidentes sobre as entidades, arroladas nas alíneas *a* e *c* (imunidades subjetivas) e sobre as materialidades indicadas nas alíneas *b* e *d* (imunidades objetivas).[10]

Portanto devemos considerar que as imunidades tributárias consistem em, sobremaneira, determinação ao legislador tributário para que não volte a sua aptidão em criar obrigação tributária para pessoas e bens que revelam, em sua essência, hipóteses que o Estado, até mesmo por sua estrutura sócio-política, não tem interesse ou razão econômica em tributar, como defende Luciano Amaro:

O fundamento das imunidades é a preservação de valores que a Constituição reputa relevantes (a atuação de certas entidades, a liberdade religiosa, o acesso à informação, a liberdade de expressão, etc.), que faz com que se ignore a eventual (ou efetiva) capacidade economia revelada pela pessoa (ou revelada na situação), proclamando-se, independentemente da existência da capacidade, a não-tributabilidade das pessoas ou situações imunes.[11]

As imunidades tributárias, portanto, representam grande conquista nas relações travadas entre o fisco e os contribuintes já que, em sua maioria, reforçam a defesa, contra a intromissão do Estado, via tributação, de valores indissociáveis da proteção à democracia, fomento à cultura, liberdade religiosa e assistência social no país.

1.3. Imunidade tributaria sobre as instituições de educação

Não se pode falar em segurança jurídica no Brasil sem atentarmos para a possibilidade de multifárias exações tributárias, de todos os entes tributantes (União Federal, Estado membro, Município e Distrito Federal), interferirem na vida (econômica) das pessoas (físicas e jurídicas); causando transtornos, dificuldades e empecilhos dos mais variados matizes.

Na medida em que a obrigação tributária (principal) busca parcela do patrimônio pecuniário do sujeito passivo, percebe-se que qualquer projeto de vida (pessoa física) ou objetivo empresarial (pessoa jurídica) tem que levar, necessariamente, em consideração, sobremaneira redução de suas contingências econômicas para lograr sucesso a vista dos tributos que serão recolhidos no decorrer desta empreitada.

A sociedade, como um todo, tem pleno conhecimento da necessidade do adimplemento da carga tributária que lhe é imposta *vis-à-vis* a existência de um Estado carente de recursos financeiros para desenvolver suas inúmeras tarefas constitucionalmente previstas. No entanto, como já se salientou, criaram-se mecanismos, através de limitações ao poder de tributar, de proteção para que a interferência tributária sobre a

vida das pessoas não seja arbitrária, absoluta ou absurda; permitindo que a convivência sociedade-tributo seja a menos traumática possível.

Dentre os mecanismos criados se apresenta aquele que estabelece um impedimento, digamos, radical contra a "*agressão*" do tributo contra a propriedade privada no Brasil.

Nesta esteira, no bojo das limitações constitucionais ao poder de tributar, foram criadas, conforme acima apontado, as imunidades tributárias.

No entanto o que, de fato, nos interessa neste perfunctório estudo, é apresentar e estabelecer as lindes sobre a imunidade de impostos sobre patrimônio[12], renda e serviços de "*instituições de educação*", considerando preenchidos os requisitos constitucionais e legais para a fruição deste benefício fiscal.[13]

Como preleciona Ives Gandra da Siva Martins:

É que a imunidade, nas hipóteses constitucionais, constitui o instrumento que o constituinte considerou fundamental para, de um lado, manter a democracia, a liberdade de expressão e a ação dos cidadãos e, por outro lado, atrair os cidadãos a colaborarem com o Estado, nas suas atividades essenciais, em muitas vezes, o próprio Estado atua mal ou insuficientemente, como na educação, na assistência social etc.(...) as imunidades relativas a entidades de educação e assistência social, objetivam atrair os cidadãos a suprir as ineficiências do Poder Público, decorrentes na maior parte das vezes, da incompetência administrativa, dos desperdícios, da corrupção e da luta sem ética pelo poder.[14]

Nesta esteira, esta imunidade tributária cumpre importante tarefa no desenvolvimento econômico do país na medida em que fomenta a atividade educacional, permitindo às instituições de educação maior "fôlego" financeiro, para arcar não só com a infra-estrutura de suas instalações, a qualificação de seus docentes, a pesquisa científica, como também a contrapartida social ao prestar relevantes serviços à comunidade carente, através de núcleos de assistência jurídica, psicológica, odontológica, médica, etc.

O escopo desta imunidade é, justamente, permitir que a educação tenha maior probabilidade de incremento e melhoria já que as instituições beneficiadas, cumpridos as disposições legais, terão uma reserva de dinheiro, que deveria ser, em princípio, carreada para os cofres públicos, que lhes proporcionará melhores condições de ação, alcançando uma parcela da população não servida pelo ensino público gratuito.

A rigor, o Estado, ao não tributar com impostos, o patrimônio, renda e os serviços das instituições de educação, está dando continuidade ao seu papel de promotor da educação considerando, sobretudo, a impossibilidade de fornecer à toda coletividade a educação necessária para a melhoria das condições sócio-econômicas dos brasileiros.

Mesmo que se alegue que as instituições de educação, alcançadas pela imunidade, cobrem mensalidades pelos seus serviços, abstraindo o rigoroso cumprimento das condições impostos pela Constituição Federal e o CTN, poder-se-ia imaginar que se não houvesse esta renúncia fiscal, estatuída constitucionalmente, haveria um menor número de opções de estudo para os estudantes e, sem dúvida, os valores cobrados, a título de mensalidade, seriam maiores como forma de compensação pelo pagamento de tributos; sendo assim, haveria uma elitização - maior do que já existe - do ensino no país.

As instituições de educação, beneficiárias da discutida imunidade, cumprem um dever que, originalmente, é do Estado, assim entende Paulo de Barros Carvalho:

As instituições de educação e de assistência social desenvolvem atividade básica, que, a princípio, cumpriria ao Estado desempenhar. Antevendo as dificuldades de o Poder Público vir a empreendê-la na medida suficiente, o legislador constituinte decidiu proteger tais iniciativas com a outorga da imunidade. Tanto uns quanto outros, não sofrendo imposição por tributos vinculados, mas na condição de observarem os quesitos estabelecidos por lei.[15]

1.4. Aplicação da imunidade tributária do imposto sobre propriedade imóvel urbana sobre Instituições de educação locatárias de imóveis urbanos. Perfunctória análise jurisprudencial, doutrinária e legal do artigo 34 do Código Tributário Nacional e legislação correlata.

Não se pode olvidar que toda exoneração tributária tem um objetivo político-social. Se a exoneração tributária se dá mediante a discutida figura da "imunidade tributária' afere-se que o desiderato buscado ultrapassa aqueles previstos em legislação infraconstitucional, como seria o caso da isenção, estabelecida rotineiramente por legislação ordinária, ou mesmo a denominada "alíquota zero", muitas vezes calibrada através de atos administrativos como nas hipóteses onde o Poder executivo da União Federal pode, a teor do artigo 153, § 1º, da CF, alterar as alíquotas do imposto de importação, exportação, operações financeiras e produtos industrializados.

A rigor, a imunidade tributária apresentaria o último e mais intenso grau de exoneração tributária, na medida em que, através de dispositivo constitucional específico, se vedaria, peremptoriamente, ao poder político legiferante o exercício pleno de sua competência tributária.

Poder-se-ia dizer que a imunidade tributária, por alcançar situações e hipóteses de ingente e considerável interesse da sociedade, representaria o ponto de partida do próprio Sistema Tributário Nacional, partindo da premissa que a própria Constituição Federal é um acordo ou pacto político de convivência social. Neste bojo normativo, teríamos, também, um ajuste consensual entre o Estado e o cidadão no que pertine à submissão, mediante tributação, do segundo pelo primeiro, o "*marco zero*" desta intromissão estatal sobre propriedade privada (e, excepcionalmente, pública) seria as

vedações estruturais ao poder de tributar balizadas e instrumentalizadas pelas imunidades tributárias.

Neste diapasão, a exegese que se faz das diversas figuras da imunidade tributária deve seguir, necessariamente, absoluto rigor e, jamais, fugir de uma interpretação teleológica e sistemática. Por isso, constata-se, freqüentemente, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar ações cuja essência envolva a abrangência da imunidade tributária, seja ela qual for, não o faz partindo, apenas, de uma interpretação literal ou gramatical (que seria, comumente, a 1ª tentativa de compreensão do que o legislador, constitucional ou não, pretende normatizar).

Vale afirmar que, na interpretação de uma imunidade tributária, busca-se não só a compreensão do jogo ou cruzamento dos vocábulos construídos para sua formatação. Busca-se, inarredavelmente, o que há por trás, à frente ou além das palavras.

A exegese da imunidade tributária deve, necessariamente, levar em consideração o objetivo colmatado pelo legislador constituinte, qual seja evitar que a entidade beneficiada seja sobrecarregada por determinados tributos. Reiteradas vezes a literalidade da norma constitucional ou infraconstitucional, ao regular as limitações ao poder de tributar, pode, ao contrário do que deveria, causar ingente injustiça ou mesmo ignorar, por completo, seus objetivos.

Já os tribunais demonstram absoluta ortodoxia no julgamento de casos cuja vertente é justamente a possibilidade de extensão da imunidade tributária para as entidades (sejam elas instituições de educação ou não) cuja posição, em dado contrato, seja de locação, seja de comodato, etc., se configure como mero possuidor, sem intuito de domínio.

Olvidam-se, muitas vezes, sob pressupostos radicalmente diferentes, do preciso objetivo da imunidade tributária e cerseam qualquer possibilidade de aferir o que denominamos "*imunidade reflexa*", se atendo, unicamente, à leitura, literal e conservadora, do disposto no CTN, especialmente em seus artigos 34 e 123.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, no REsp nº 254.471-SP, se pronunciou, cabalmente, sobre a matéria, quanto ao comodatário, como nos mostra o seguinte excerto:

Examinando-se o artigo 34 do CT, pode-se ter uma errônea idéia, por apontar o artigo como contribuinte o possuidor a qualquer título.

Doutrinariamente, distingue-se a oriunda de direito real, situação em que assume o possuidor o ônus do proprietário, da posse oriunda de direito pessoal, quando detém o possuidor esse título pela existência de um contrato, tal como a locação, comodato, etc.

O certo é que somente contribui para o IPTU o possuidor de que tenha *animus domini*.

Assim, jamais poderá ser chamado como contribuinte do IPTU o locatário ou comodatário. [16]

Já o REsp nº 172.522-SP, tratando de pressuposto processual, apresenta, com voto vencido, as seguintes conclusões:

O artigo 34 do Código Tributário Nacional, efetivamente, dispõe que "contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título". Entenda-se, há um só contribuinte, do imposto predial e territorial urbano, que pode ser o proprietário do imóvel, o titular do domínio útil ou o possuidor, nesta ordem. Não havendo proprietário, ou não localizado, o município pode lançar o imposto contra o titular do domínio útil ou contra o possuidor, se não houver titular do domínio útil ou não for localizado. [17]

O interessante a notar nestas decisões - da mesma corte - é que muito embora não permitam ao locatário a possibilidade de ingressar em juízo - almejando imunidade tributária - o fazem por motivos diversos, interpretando o mesmo artigo 34 do CTN.

Antes de discutir estas decisões, devemos nos reportar ao fato gerador do IPTU, descrito no *caput* do artigo 32 do CTN[18] onde, expressamente, o legislador complementar, em reforço ao artigo 109 e 110 do mesmo Código, estabelece que as hipóteses de subsunção material do discutido imposto (propriedade, titularidade do domínio útil e a posse) devem ser definidas pela lei civil.

Assim a materialidade do fato gerador, considerando os fatos ou atos econômicos descritos pelo CTN, quando por outorga de competência da CF, nos revela a identidade do contribuinte.

Assim sendo, o artigo 34 do CTN, em absoluta coerência com o seu artigo 32, estabelece os contribuintes do IPTU, a partir do elemento material do respectivo fato gerador, qual seja: propriedade- proprietário, domínio útil - seu titular e, finalmente, posse- possuidor.

Acrescenta, no entanto, neste particular, um "*plus"* já que não se contentou com a menção solitária do vocábulo "possuidor".

Agregou ao referido vocábulo "*a qualquer título"*. O que deveria fazer com que a exegese do artigo 34, quando se refere ao contribuinte "possuidor" fosse para lhe dar efetiva amplitude, alguns julgados e mesmo parte da doutrina, faz, estranhamente, interpretação, diametralmente oposta.

Voltemo-nos, então, ao entendimento do STJ. A 1ª decisão exclui, radicalmente, qualquer possibilidade do possuidor direito (locatário) em ingressar em juízo para discutir a relação jurídico-tributária sob o enfoque de que não exerce o *animus domini.*

Noutro giro, a 2ª decisão estabelece um escalonamento de sujeição passiva a teor das três figuras previstas no *caput* do artigo 34 do CTN (proprietário, titular do seu domínio

ou o possuidor a qualquer título). Não permite que o possuidor - locatário ou outros tenham legitimidade para se insurgir contra exação de IPTU quando houver proprietário do imóvel. Em não havendo esta hipótese seria aceitável, sob o prisma utilizado, portanto, esta legitimidade. Entretanto, em se tratando de imóvel urbano, destinatário do aspecto material do IPTU, tal situação se revelaria se não impossível, pouco provável.

A rigor, *concessa maxima venia*, ambas as decisões são calcadas no desconhecimento da melhor interpretação a ser dada ao caso.

Inicialmente vale lembrar que muito embora o direito tributário beba da doutrina de outras áreas do Direito, não cabe aos doutrinadores civilistas estabelecerem parâmetros para delimitar o que seja a posse suscetível de enquadramento na sujeição passiva tributária prevista no artigo 34 do CTN.

Sobretudo, causa espécie este divisor de águas quando a leitura do *caput*, do discutido artigo 34, é de transparência ímpar. Se o legislador complementar apresenta a possibilidade de considerar o possuidor "*a qualquer título"* como possível sujeito passivo do IPTU o faz justamente para que não surjam interpretações sem qualquer fundamento jurídico-tributário denotando que somente o possuidor-proprietário seria sujeito passivo e os demais não o seriam.

Disserta a professora Misabel Abreu Machado, em claro equívoco, sobre a natureza da posse a ensejar a sujeição passiva tributária do IPTU:

Não entendemos possível perder de vista o conceito de propriedade. Esse conceito deve restringir a idéia de posse, que é tributável enquanto e na medida em que se concilia com a de propriedade. Não se deve entender que o CTN tenha instituído impostos autônomos sobre o domínio útil e a posse. Ao contrário, o núcleo único e central, em torno do qual giram os demais, como manda a Constituição, é a propriedade. O domínio útil somente é tributável por se uma quase-propriedade, e a posse, apenas quando é exteriorização da *propriedade*, que pode vir a se converter em propriedade. Não podem configurar fato gerador do IPTU a posse a qualquer título, a precária ou clandestina, ou a direta do comodatário, do locatário, do arrendatário, do detentor, do usuário e habitador, do usufrutuário, de administrador de bem de terceiro, etc., que jamais se tornarão propriedade. A posse há de ser a ostentação e a manifestação do domínio. [19]

O que de fato defende a renomada autora, nestas palavras, seria a inconstitucionalidade da expressão "*posse a qualquer título*", prevista no artigo 34 do CTN, como se o Supremo Tribunal Federal ou mesmo tribunais inferiores já tivessem manifestado, expressamente, tal entendimento. O que realmente não se tem conhecimento.

Esta equivocada interpretação simplesmente ignora a redação do artigo 110 do CTN onde o legislador complementar veda à lei tributária (ou a interpretação que se dê à mesma) alterar os institutos de direito privado.[20]A definição de "*posse a qualquer título*" é feita pelo direito civil e não é, ao contrário do entendimento da r. tributarista, uma interpretação restritiva.

Célio de Freitas Batalha, rara hipótese na doutrina, entende que possa ser eleito sujeito passivo do IPTU, o locatário, o comandatário, usufrutuário, o enfiteuta, e assim por diante, pessoas que, enfim, são havidas pelo direito como relacionadas ao estado de fato sobre o qual recai a competência municipal, a saber, propriedade imobiliária.[21]

Nesta esteira, não se nega o fato que a definição de posse, sua abrangência, sua classificação e efeitos, deva ser dada pelo direito civil, se possível por norma específica. Se ausente lei específica que estabeleça a diferenciação de posse "'*a qualquer título"* ou posse com outra natureza, deveremos, necessariamente, identificar dispositivo legal, especialmente no que se refere à posse-locação, do Código Civil de 2002 ou mesmo de legislação especial[22], que, pelo menos, se aproxime desta bi-partição entre posse direta e indireta.

Segundo José Carlos Moreira Alves, ao citar Ihering, o que valeria para a posse, abrangendo a expressão "*a qualquer título"*, engloba a possibilidade de utilização econômica da coisa, o exercício de fato de alguns dos direitos inerentes à propriedade. Quem tivesse tais direitos sobre a coisa é possuidor dela, ainda que não tenha sob dominação direta[23].

A maioria absoluta da doutrina civilista não distinguiria a posse direta da indireta para fazer crer que a expressão "*a qualquer título"* representasse apenas posse com *"animus domini"*. Ocorre justamente o contrário, o desdobramento da posse, através de contrato ou não, não anula a posse do proprietário, no entanto dá gênese a outra classificação de posse, integrante, por obviedade a interpretação a ser dada a posse "*a qualquer título"*. Ambas as posses revelam ou possibilitam o exercício de alguns dos direitos inerentes à propriedade. Tal conclusão foi dada por Carlos Roberto Gonçalves ao interpretar o artigo 1.197 do Código Civil vigente:

A relação possessória, no caso, desdobra-se. O proprietário exerce a posse indireta, como conseqüência do seu domínio. O locatário, por exemplo, exerce a posse direta por concessão do locador. Uma não anula a outra. Ambas coexistem no tempo e no espaço e são posses jurídicas (*jus possidendi*), não autônomas, pois implicam o exercício de efetivo direito sobre a coisa.[24]

Não seria mais razoável crer na teoria da exclusividade da sujeição passiva do possuidor-real, afastando o possuidor-pessoal (locatário, etc.) se a previsão do artigo 34 fosse apenas possuidor e não possuidor "a *qualquer título"* ? Se o legislador agregou a expressão *"a qualquer título"*, teve uma razão clara para fazê-lo. Ou seja, abarcar a possibilidade de qualquer possuidor, independente de ser a titulo real ou pessoal. Nos causa extrema espécie os julgados alegarem que a leitura levaria a uma errônea idéia. Como assim? É justamente o oposto do que se apregoa nestas decisões. Não há diferença, para efeito da qualificação do possuidor como sujeito passivo do IPTU, se ele é possuidor- proprietário ou possuidor-contratante.

O que estes julgados fazem é excluir o mero possuidor como sujeito passivo do IPTU. Entende-se que para qualificar o possuidor como sujeito passivo, ele deve ser proprietário, então se faz inócua a previsão do artigo 34, *in fine*, do "*possuidor a qualquer título*". Não haveria, assim, hipótese de sujeição passivo do possuidor, nesta

condição. Já o possuidor-proprietário seria sujeito passivo pela sua mera condição de proprietário e não possuidor indireto quando deslocada, nas hipóteses contratuais, a posse direta.

Neste diapasão revela-se incompreensível o entendimento jurisprudencial quando afasta, como possível sujeito passivo tributário o possuidor-pessoal.

Quanto ao entendimento que poderia o possuidor, não se revelando a que título, poderá ser chamado a responder na condição de sujeito passivo apenas se não houver proprietário - como outrora dito hipótese deveras remota na medida em que a propriedade urbana normalmente revela um titular, seja público ou privado - também peca por fragilidade.

De fato, a Constituição Federal, em seu artigo 146, inciso III, alínea "a", delega à lei complementar - *in casu* o CTN - a competência para estabelecer quais seriam os contribuintes dos impostos discriminados em seu texto. Em relação ao IPTU, como sabido, cabe ao artigo 34 fazê-lo, enumerando o "*proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título*".

Na medida em que o legislador usa, ao final de sua previsão, a conjunção "ou" (e não "e"), percebe-se que o legislador complementar - CTN - deixou ao alvedrio do legislador ordinário, o Município, a decisão, quando da edição de uma lei ordinária instituindo o IPTU, estabelecer, como sujeito passivo o proprietário do imóvel, isoladamente; o proprietário do imóvel e titular do seu domínio, conjuntamente, em solidariedade ou subsidiariedade; e, finalmente, o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio e o possuidor a qualquer título, não podendo o legislador ordinário retirar aquela expressão, seja em solidariedade ou subsidariedade.

Afirmar que apenas uma destas figuras é sujeito passivo, permitindo ao fisco municipal cobrar dos demais apenas se a imediatamente precedente inexistir, nos parece uma interpretação sem qualquer fundamentação.

Cabe ao legislador ordinário municipal estabelecer a abrangência desta sujeição passiva tendo como ponto de partida o artigo 34. Neste sentido, ao contrário do entendimento do STJ, se por exemplo, a lei municipal prever a possibilidade de cobrança de todas aquelas figuras, em solidariedade passiva, previstas no artigo 34, poderá o Município, ao seu talante, operar lançamento de ofício contra qualquer um deles, mormente, nos remetendo para o artigo 124 do CTN que não só fala de solidariedade prevista em lei como também naquela calcada no interesse comum no fato gerador.

Por isso não cabe à jurisprudência negar vigência ao artigo 34 do CTN, criando óbices para a autonomia municipal ao estipular sujeição passiva tributária.

Porém, partamos da hipótese, mais comum, em que o legislador ordinário simplesmente transcreve a literalidade ou quase-literalidade do artigo 34 do apontado CTN e nada mais diga, como nos ilustram as legislações de algumas capitais brasileiras, abaixo transcritas;

IPTU - Belo Horizonte/Minas Gerais (Lei nº 5.641/89)

Art. 67. Contribuinte do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou seu possuidor (grifos nossos).

IPTU - Rio de Janeiro/ Rio de Janeiro (Lei nº 691/1984)

Art. 62. Contribuinte do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial urbana é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título (grifos nossos).

Parágrafo único. São também contribuintes os promitentes-compradores imitidos na posse, os posseiros, ocupantes ou comodatários de imóveis pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios, ou a quaisquer outras pessoas isentas do imposto ou a ele imunes.

IPTU - São Paulo/São Paulo (Lei nº 6.989/ 1966)

Art. 9º Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título (grifos nossos).

Art. 10. O imposto é devido, a critério da repatriação competente:

I - por quem exerça a posse direta do imóvel, sem prejuízo da responsabilidade solidária dos possuidores indiretos;

II - por qualquer dos possuidores indiretos, sem prejuízo da responsabilidade solidária dos demais e do possuidor direto.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ao espólio das pessoas nele referidas.

IPTU - Vitória/Espírito Santo (Lei nº 4.476/97)

Art. 6º - Contribuinte do imposto é o proprietário, titular do domínio útil ou possuidor do imóvel a qualquer título (grifos nossos).

IPTU - Salvador/Bahia (Lei nº 7.186/ 2006)

Art. 63. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título (grifos nossos).

§ 1° Respondem pelo imposto os promitentes-compradores, os cessionários, os comodatários e os ocupantes a qualquer título do imóvel, ainda que pertencente à pessoa física ou jurídica de direito público ou privado isenta do imposto ou imune.

§ 2° São ainda responsáveis o espólio e a massa falida pelo pagamento do imposto incidente sobre os imóveis que pertenciam ao "*de cujus*" e ao falido, respectivamente.

IPTU - Curitiba/Paraná (Lei Complementar n° 40/ 2001)

Art. 34. O contribuinte do imposto é o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor do imóvel (grifos nossos).

Parágrafo único. Quando um imóvel possuir mais de um proprietário, titular do domínio útil ou possuidor, o imposto será lançado, à critério da Administração, em nome de um destes, o qual assumirá a qualidade de responsável solidário tributário.

Verifica-se, portanto, que enquanto alguns Municípios, no *caput* do respectivo artigo que cuida da sujeição passiva, reproduzem *ipsis litteris* o disposto no artigo 34 do CTN (Rio de Janeiro, São Paulo, Salvador e Vitória), outros optaram em modificá-lo parcialmente; excluindo, quando se referem ao possuidor, a expressão "*a qualquer título"* (no caso de Belo Horizonte e Curitiba).

O interessante é notar que a legislação municipal do Rio de Janeiro, São Paulo, Salvador e Curitiba, nos parágrafos que se seguem ao respectivo *caput*, reforçam, sobremaneira, a possibilidade, no caso o fato, da sujeição passiva do ITPU abarcar o possuidor, inclusive com menção à possuidores de imóveis isentos ou imunes.

Neste sentido a legislação destes Municípios contemplaria, inclusive, a possibilidade de possuidores de imóveis públicos (imunes pela constituição federal) serem obrigados a pagar IPTU, como, por exemplo, nos enfiteutas dos imóveis integrantes dos denominados "*terrenos de marinha*", enfatizando e reforçando, de forma indiscutível, a figura do "*possuidor a qualquer título"*.

Não se tem conhecimento que estas legislações foram consideradas inconstitucionais por afrontar o CTN - mesmo por que o reproduzem - ou mesmo a parte da Constituição Federal que trata do IPTU.

No entanto seria interessante saber a razão do legislador ordinário municipal de Belo Horizonte ou mesmo de Curitiba (ou de outros municípios), ter, ao criar a figura do contribuinte do IPTU, excluída a expressão "*a qualquer título"*. Independente das razões para tal procedimento não poderíamos, a partir desta redação, concluir que a interpretação a ser dada ao possuidor seja para qualificá-lo como aquele que exerce a posse com *"animus domini"* ou que ele só responda pelo IPTU obedecendo-se um despropositado do benefício de ordem.

Poderíamos, assim, afirmar que em havendo subsidiariedade, deveria, primeiro, o Município cobrar do proprietário, depois do titular do domínio útil e só assim do possuidor; não importando sua natureza (real ou pessoal). Como ressaltado alhures, neste caso, não sobraria quase que nenhuma possibilidade para que o possuidor - não proprietário - fosse chamado para responder, como sujeito passivo, pelo adimplemento do IPTU. Teríamos, em quase a totalidade dos casos, o proprietário, cadastrado nos registros municipais e cartorários, sendo identificado como sujeito passivo, não havendo espaço de cobrança para as demais figuras prevista em lei.

De fato, a cobrança do IPTU, rotineiramente, feita ao proprietário, através de um lançamento de ofício, encaminhando-se a guia de pagamento ao endereço do imóvel se faz por absoluta conveniência administrativa face às informações que fisco municipal dispõe.

Seguindo a regra da subsidiariedade o possuidor-pessoal, neste caso o locatário, não seria sujeito passivo na medida em que teríamos um sujeito precedente, qual seja: o proprietário.

Sendo assim poderia o locatário se insurgir contra o IPTU nas hipóteses que entendê-lo indevido? Devemos, antes, apresentar duas situações diametralmente distintas que levariam à conseqüências, também, distintas.

Na 1ª hipótese, quando no contrato de locação não há transferência do encargo do IPTU para o locatário, falece ao locatário qualquer interesse de agir para se voltar contra a legalidade da cobrança do referido imposto. Se o locatário não tem o ônus do tributo e o próprio locador, na condição de proprietário, é qualificado como sujeito passivo, não há espaço para qualquer incursão do possuidor direto para infirmar a relação jurídico-tributária. Isto mesmo sabendo que o locador tente a transferir, de forma escamoteada, o valor do IPTU para as prestações de aluguel.

No entanto, sabe-se que a 1ª hipótese é quase que inexistente nas relações contratuais de locação no Brasil. Neste sentido caminhamos para a 2ª hipótese. Nesta hipótese afere-se que na relação contratual de locação, o locador, através de contratos de adesão, estipulados por imobiliárias, faz prever uma *cláusula padrão* onde ocorre a transferência contratual do ônus do imposto. Tal situação é tão comum no Brasil que dificilmente encontraremos contrato de locação sem esta previsão.

Se partirmos de um fato corriqueiro no país - transferência do ônus contratual do IPTU nas relações de locação - sabemos que tal procedimento ocorrerá, também, quando as entidades imunes de IPTU sejam locatárias. Podemos ignorar tal fato? Nunca. Sob pena de subvertemos todo o ordenamento constitucional que estabelece limitações ao poder de tributar, em especial o instituto da imunidade tributária.

Por isso a análise que fazemos parte de uma constatação simples. O locatário, seja imune ou não, arca com ônus do IPTU. Se o locatário não for imune, poderá simplesmente não pagar o imposto, alegando o artigo 123 do CTN, se sujeitando ao ônus do inadimplemento contratual, possibilitando, até uma rescisão contratual, havendo apenas a potencialidade de uma discussão "*inter partes*".

E se for o locatário imune? Partindo do fato que nas relações de locação imobiliária no Brasil ocorre efetiva transferência do encargo contratual do IPTU, poderia, outrossim, como no caso de outros locatários, poderia alegar o artigo 123 e não se submeter ao IPTU previsto contratualmente? No mundo real tal fato não sói acontecer já que os contratos de locação prevêem cláusulas penais nas hipóteses de inadimplemento total ou parcial de suas cláusulas.

Se a entidade de educação, imune ao IPTU, na condição de locatária, não paga o IPTU alegando que o artigo 123 veda esta transferência obrigacional, o locador vai, pura e simplesmente, por força do contrato, rescindir o contrato e buscar a retomada do imóvel, como ilustram cláusulas contratuais integrantes de contrato de locação de instituições de educação:

CASO A

CONDIÇÕES GERAIS

DA LOCAÇÃO DO IMÓVEL - ENCARGOS DA LOCAÇÃO

A. Além do aluguel mensal, pagará o locatário, e nos termos do parágrafo do artigo 23 da lei 8.245, todos os impostos e taxas que incidem ou vierem a incidir sobre o imóvel (grifos nossos)...*omissis*....O imposto predial será pago à vista ou mensalmente junto com o aluguel...*omissis*...

F. O locatário, no ato do pagamento dos aluguéis, obriga-se a comprovar a quitação plena de todos os débitos que constituam encargos da locação, sob pena de, a critério da administradora, ser imediatamente promovida a competente ação de despejo, com rescisão do respectivo contrato (grifos nossos).

CASO B

CLAÚSULA TERCEIRA

Além do aluguel, são encargos do LOCATÁRIO:

A. O imposto predial e taxas acessórias (grifos nossos)...*omissis*....

- PARÁGRAFO 2º:

O imposto predial e a taxa de condomínio referente ao imóvel locado poderá ser pago pelo LOCADOR, sujeitando-se o LOCATÁRIO neste caso aos acréscimos que o poder público ou condomínio tiver direito, inclusive multas, juros e correção monetária (grifos nosssos)...*omissis*....

- PARÁGRAFO 4º:

O LOCATÁRIO se obriga a apresentar à administradora, mensalmente e por oportunidade do pagamento do aluguel respectivo, os comprovantes dos pagamentos,

nos originais, do IPTU, taxas de condomínios e demais encargos da locação pena de, não o fazendo, constituir-se em falta gravíssima, autorizatória da rescisão deste contrato (grifos nossos).

Nestes exemplos apresentados percebemos que, na hipótese em que o locatário imune se insurja contra o pagamento do IPTU, não o pagando, alegando a vedação do artigo 123 do CTN, ele será, de plano, conforme cláusula padrão dos contratos de locação, considerado inadimplente, sendo despejado e, concomitante, na hipótese de pagamento do IPTU por parte do locador, objeto de uma ação de cobrança, não só do valor do imposto quanto da multa, juros e honorários dos advogados.

Pergunta-se: Se uma instituição locatária qualificada como imune ao IPTU, desejaria se insurgir contra a regra contratual e ser despejada? É óbvio que não. Sendo assim restaria à locatária imune se voltar contra a própria incidência do IPTU sobre o imóvel locado sob pena de fazer tábula rasa do dispositivo constitucional da imunidade tributária das instituições de educação.

1.5. DA POSSIBILIDADE E IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 123, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO ONDE OCORRA TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO DO IPTU

Pretendemos apresentar duas teorias que fundamentam a possibilidade do locatário-possuidor se insurgir ou contestar a cobrança do IPTU.

Vale lembrar que o desiderato deste artigo é defender a tese de que a instituição de educação, beneficiária da imunidade tributária sobre patrimônio, serviços e renda, preenchidos os requisitos legais e constitucionais para tal mister, possa, frente ao fisco municipal, discutir relação jurídico-tributária, qualificando-se, na condição de ente imune, como indevido destinatário da exação tributária do IPTU.

Ab initio, dando sequência ao tópico anterior, condizente com a teoria de que o possuidor-locatário é integrante do gênero possuidor "*a qualquer título"*, apresentamos alguns elementos de convicção para esta ilação.

Em seguida, abstraindo tal hipótese, considerando, portanto a premissa, equivocadamente seguida pela doutrina tributarista e tribunais de que o possuidor-locatário não é possuidor "*a qualquer título"*, devendo, para isso, apresentar ânimo de domínio, sustentamos a tese que a modificação da sujeição passiva tributária, nos precisos termos da expressão "*salvo disposição de lei em contrário"*, no intróito do artigo 123 do CTN, poderá ser ocorrer, por cláusula expressa nos contratos de locação imobiliária urbana, por disposições contidas na lei 8.245/91.

1.5.1. O possuidor-locatário como hipótese de possuidor "*a qualquer título*"

Muito se fala sobre a impossibilidade da transmissão, *ex voluntate*, da sujeição passiva tributária sobretudo a partir da leitura do artigo 123 do CTN.[25]

Não se pretende, de forma alguma, defender a idéia da inconstitucionalidade deste artigo ou mesmo sua imprestabilidade como instrumento de política tributária. Inclusive, entendemos que este dispositivo é de extrema pertinência para que não haja qualquer dúvida sobre a sujeição passiva tributária, evitando-se, principalmente, subterfúgios ou fraude no pagamento dos tributos.[26]

No entanto, equivocadamente[27], grande parte da doutrina tributária e da jurisprudência, que se repete muitas vezes por inércia ou conservadorismo, ao entender que falta ao locatário interesse de agir para se insurgir contra o lançamento tributário, deposita tal entendimento na literalidade do artigo 123 do CTN, com remissão ao artigo 34 do mesmo diploma legal, sob a premissa que o locatário não é possuidor com ânimo de domínio, não podendo ser qualificado ou considerado contribuinte de IPTU; e, com isso, o locador não poderia transferir-lhe, via contratual, como soe frequentemente acontecer, o ônus do imposto.

O que tentamos demonstrar antes é que a expressão possuidor "*a qualquer título*" abrange, indubitavelmente, a figura do possuidor-direto, neste sentido o locatário, não podendo entendimentos fincados em argumentos insustentáveis no direito civil permitir uma interpretação restritiva da figura do contribuinte possuidor do IPTU.

Neste sentido se manifestou Hugo de Brito Machado Segundo:

Data venia, não nos parece acertado negar ao inquilino legitimidade ativa para discutir a validade de uma cobrança de IPTU. A questão nada tem a ver com o artigo 123 do CTN, pois não se trata de alterar a sujeição passiva, mas sim de reconhecer legitimidade processual, também, a terceiro que tem todo o interesse (jurídico) em discutir os termos da relação tributária. [28]

No REsp nº 117.771, muito embora, tenha sido voto vencido o Sr. Ministro Gomes de Barros apresentou sua interpretação sobre a questão de forma absolutamente equilibrada e lúcida, ao, assim, se pronunciar:

Na hermenêutica do artigo 34 do Código Tributário Nacional, o intérprete deve ter em vista os arts. 109 e 110 do CTN, a indicarem que os institutos de direito privado nas leis tributárias sejam considerados na acepção que lhes é reservada naquele ramo do direito.

Na hipótese, cumpre-nos verificar se a expressão "*possuidor a qualquer título"* alcança o locatário do imóvel.

Em atenção aos dispositivos dos artigos 109 e 110, nossa pesquisa terá sede no Direito privado, vale dizer: Código Civil.

A pesquisa não encontra dificuldade: a solução está no Art. 486 do Código Civil, cuja redação é claríssima, no sentido de que o locatário "*exerce temporariamente a posse direta"*. Tal posse - frisa o Art. 486 - não anula a posse direta do locador.

Assim, a ninguém é lícito ignorar que a locação transfere a posse direta sobre o bem alugado.

Em verdade, o imóvel sob locação submete-se a duas espécies de posses, a saber: direta (exercida pelo inquilino) e indireta (reservada ao proprietário).

Enquanto dura o aluguel, o locatário, é possuidor mais efetivo que o titular do domínio. Este, lhe outorgou o exercício de dois dos atributos do propriedade: o *jus utendi* e *jus fruendi*.

Não vejo, assim, como se lhe possa negar o *status* de contribuinte do IPTU.

Sob outro enfoque, observa-se que o Art. 166 do Código Tributário Nacional consagra a regra de que só repete quem solve.

A teor de tal princípio, se o locatário, obrigado pelo contrato, paga o IPTU, somente ele pode reclamar a devolução do que foi recolhido indevidamente (CTN, Art. 165). O proprietário senhorio apenas terá direito a repetição de indébito, se o inquilino - efetivo contribuinte - o autorizar expressamente.

Ora se o inquilino pode o mais (repetir o indébito), por que não poderia o menos (discutir o lançamento)?

Vedar ao inquilino o direito de discutir o lançamento do IPTU que ele irá pagar é gerar paradoxo em que:

- o proprietário não pode discutir, por não ser contribuinte de fato;
- ao inquilino também é defesa a discussão, porque não é contribuinte de direito

Semelhante anomalia, quando encarada sob enfoque pragmático, revela odiosa iniqüidade: o inquilino (contribuinte de fato) não pode impugnar o lançamento; de sua parte, dono do imóvel não o pode fazer, porque não é contribuinte de fato.

A vingar tal orientação, estaremos diante de supina injustiça: o senhorio, que não paga o imposto, não tem interesse em discutir-lhe o valor; enquanto isto nega-se ao inquilino, que sofre os ônus do tributo, o direito de reclamar. Isto significa: o inquilino há de pagar, sem fugir, nem mugir.

Nem se argumente com a regra do Art. 123 do CTN, para dizer que o contrato de locação não pode ser oposto ao fisco, para modificar definição legal de contribuinte. Semelhante raciocínio envolveria falácia.

O sofisma desmonta-se, quando se observa que o contrato de aluguel, não modifica a identificação do contribuinte. Dele resulta simplesmente a identificação de contribuinte definido pelo Art. 34.

Em outras palavras: a definição do inquilino como contribuinte do IPTU não resulta do contrato. Ela decorre do sistema legal, ou seja, da conjunção entre o Art. 34 do CTN e o Art. 486 do Código Civil.[29]

Note-se, por último, que a existência do inquilino não retira do proprietário sua condição de contribuinte: enquanto durar a locação, convivem o possuidor direto e o indireto - ambos expostos ao lançamento.[30]

Neste diapasão o possuidor-locatário pode ser considerado como efetivo contribuinte de IPTU; portanto, com nítida legitimidade e interesse de agir quando sofre o ônus de sua cobrança, não havendo modificação, por convenção ou contrato, da sujeição passiva daquele imposto.

1.5.2. Modificação da sujeição passiva do IPTU pela lei do inquilinato. Presença de disposição de lei em contrário.

Ultrapassando a argumentação da abrangência do locador-possuidor como contribuinte de IPTU por exercer a posse nas condições estipuladas pelo CTN em conjugação perfeita com a legislação civilista ordinária (seja o Código Civil seja a lei do inquilinato), poderíamos afirmar, inclusive, nos precisos termos do artigo 123 do CTN, que existe disposição de lei em contrário que permite a transferência da sujeição passiva do IPTU através de convenção particular.

Se não é possível, como sabemos, transferir a sujeição passiva tributária, via convenção particular, como regra, sabemos que o mesmo artigo sufraga exceção. A presença de lei ordinária, já que a lei complementar quando se refere ao vocábulo lei, só poderá ser lei ordinária, excepcionando, albergaria esta transferência.

A lei do inquilinato - lei 8245/91 - apresenta, expressamente, uma série de artigos que dão efetividade à esta exceção contemplada pelo Código Tributário. Causa espécie os tributaristas ou mesmo a jurisprudência simplesmente desprezarem esta conhecida previsão legal.

A apontada lei 8.245/91 apresenta os seguintes artigos pertinentes à nossa exposição:

Lei 8.245/91

Art. 22. O locador é obrigado a:

VII - pagar os impostos e taxas, e ainda o prêmio de seguro complementar contra fogo, que incidam ou venham de a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário ou contrato (grifos nossos).

Art. 23. O locatário é obrigado a:

I -- pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ...*omissis*....

Art. 25. Atribuída ao locatário a responsabilidade pelo pagamento dos tributos, encargos e despesas ordinárias de condomínio, o locador poderá cobrar tais verbas juntamente ...*omissis*....

A interpretação sistemática *in casu* é imperativa. Se o costume contratual nas relações locatícias imobiliárias urbanas, mormente albergado pela legislação de regência, permite, indubitavelmente, através de vários artigos, a transferência dos encargos relativos aos impostos incidentes sobre o imóvel (leia-se IPTU) e se o CTN prevê a hipótese excepcional, prevista em lei ordinária, da modificação da sujeição passiva da obrigação tributária correspondente, por que negar ao locatário a legitimidade para se insurgir contra o lançamento do crédito tributário do IPTU ou mesmo buscar, administrativamente ou em juízo, a repetição de valores pagos indevidamente?

Estamos habituados a nos deparar com inúmeros comentários doutrinários, encampados pela jurisprudência repetitiva do STJ, lacônicos e desprovidos de maior reflexão, afirmando carecer ao locatário legitimidade ou interesse de agir para discutir o lançamento tributário fincados no fato do mesmo não ser possuidor com ânimo de domínio. No entanto olvida-se da expressão contida no artigo 123 do CTN (salvo disposição de lei em contrário) que faculta, por opção legislativa ordinária, a transferência do encargo entre o locador-proprietário (tido pela maioria dos tributaristas como exclusivo contribuinte do IPTU) e o locatário-possuidor direto.

Se estes dispositivos transcritos da lei 8.245/91 são imprestáveis para tal integração legislativa, podemos afirma que a discutida expressão é "*letra morta*" e não existe, no direito positivo brasileiro, qualquer hipótese de modificação de sujeição passiva.[31]

Não se pode negar o fato e o direito.

O fato; a maioria, se não todos, dos contratos de locação imobiliária urbana no país, é contrato de adesão onde consta cláusula padrão de transferência da responsabilidade do pagamento do IPTU do locador para o locatário.

O direito; o artigo 123 do CTN permite disposição de lei em contrário para a modificação da sujeição passiva do IPTU. A legislação, objetiva e específica, sobre a matéria é a lei 8.245/91.

Chegamos à uma conclusão inafastável. Se aliarmos o fato com o direito, através de uma interpretação lógica e sistemática, buscando a melhor solução de justiça aplicável à espécie, podemos afirmar que o locatário, por expressa previsão contratual, pode se tornar sujeito passivo de IPTU e, por isso, qualificar-se como parte legítima para contestar sua legalidade ou mesmo inconstitucionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Tributário Nacional, previsto na Constituição Federal, a despeito de conter uma séria de disposições que outorgam competência tributária aos entes que integram a República Federativa do Brasil, apresenta, também, verdadeiros contrapesos normativos delimitando ou impedindo uma tributação desmedida ou abusiva.

Dentre este rol de vedações constitucionais ao poder de tributar, encontramos as denominadas imunidades tributárias cujo maior escopo é estabelecer o alcance do exercício da competência tributária relativo à determinadas pessoas e bens, considerando sua importância político-social.

A imunidade tributária de impostos de patrimônio, renda e serviços sobre instituições de educação são uma hipótese desta delimitação de competência dada ao papel fundamental que estes entes exercem sobre o desenvolvimento nacional.

No entanto, constata-se que, muitas vezes, por não dispor de patrimônio próprio, as Instituições de educação, para cumprir seu *munus* constitucional, se vêem obrigadas a celebrar contratos de locação imobiliária urbana onde se constata cláusulas de adesão transferindo o encargo do IPTU do locador para o locatário.

A despeito deste encargo assumido, os tribunais e a doutrina tributária, em sua maioria, de forma arcaica e superficial, vedam ao locatário a legitimidade para discutir a legalidade do IPTU, alegando, sobretudo, que o locatário imobiliário não exerce posse *"a qualquer título"*, nos termos do artigo 34 do CTN, já que ausente o *"animus domini"*.

No entanto este artigo tenta demonstrar, utilizando-se da interpretação sistemática da Constituição Federal, Código Civil brasileiro e legislação especial, que a posse direta do locatário-possuidor enquadra-se, perfeitamente, na hipótese de possuidor "*a qualquer título"* do artigo 34 do CTN, qualificando-o como sujeito passivo do IPTU; e, caso isso não ocorra, a lei do inquilinato, em total correspondência com o preâmbulo do artigo 123 do CTN, contém uma série de dispositivos expressos que facultam a transferência do encargo do IPTU do locador para o locatário.

Neste sentido a legitimidade do locatário-possuidor do imóvel urbano para discutir a legalidade ou constitucionalidade do IPTU se constataria seja de uma maneira ou de outra.

Considerando como pressuposto para a Instituição de educação, na condição de locatária imobiliária, assumindo contratualmente a obrigação de adimplir o IPTU, se

insurgir contra a cobrança deste imposto, já que beneficiária da imunidade tributária sobre impostos de patrimônio, sua legitimidade calcada seja na sua qualificação como contribuinte - possuidor *"a qualquer título"* seja pela transferência de sujeição passiva, albergada pela integração do artigo 123 do CTN com a lei do inquilinato, entendemos que o escopo do legislador constituinte originário, ao criar a imunidade em questão, só se fará valer se, de fato, não nos deixarmos levar por interpretações desatentas ou mesmo ignaras quanto às suas malévolas conseqüências para o desenvolvimento da educação nacional.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse.** Rio de Janeiro: Forense, 1985.

AMARO, Luciano. **Direto tributário brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

AMARO, Luciano. **Direto tributário brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BORGES, José Souto Maior. **Isenções tributárias.** 2. Ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

BRASIL, **Código Tributário Nacional.** Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

BRASIL. **Código Civil**. **Lei nº 10.406/2002.** Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei do Inquilinato.** Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acessado em: 15 de ago. de 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, linguagem e método.** 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Nota de Atualização.** In: BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. Forense, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.

MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* **Curso de direito tributário.** São Paulo: Saraiva, 1982.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Imunidades tributárias.** São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Limitação ao poder impositivo e segurança jurídica.** São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2005.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Código Tributário Nacional**: anotações à constituição, ao código tributário nacional e às leis complementares 87/1996 e 116/2003. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2007.

VELLOSO, Andrei Pitten, **Constituição tributária interpretada.** São Paulo, Atlas, 2007.

---

[1] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, pg. 248.

[2] COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, pg. 93.

[3] Vide artigo 60/CF - A constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direito e garantias fundamentais.

Vide artigo 150/CF - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios

[4]MARTINS, Ives Gandra. **Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica** - Pesquisas tributárias. Nova série: 11, pg. 113.

[5] AMARO, Luciano. **Direto tributário brasileiro.** 12ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, pg. 110.

[6] Vide artigo 150/CF - *Sem prejuízo...omissis...é vedado ....omissis:*

II- instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos..

[7] Vide artigo 150/CF - *Sem prejuízo...omissis....é vedado...omissis:*

V- estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvado a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

[8] A despeito de alguns autores inserirem a imunidade tributária como técnica de exoneração tributária, entendemos que tal natureza não lhe é peculiar; ao contrário, por exemplo, da isenção e da alíquota zero que exigem efetivo exercício da competência tributária, outorgada pela Constituição Federal, para sua concessão, na Imunidade não há possibilidade, por expressa vedação constitucional, do exercício da competência tributária para determinadas situações; sendo assim, não há exoneração tributária naquela hipótese justamente por não haver "*ônus tributário*".

[9] BORGES, José Souto Maior Borges. **Isenções tributárias**, 2ª ed. Sugestões Literárias, 1980, p. 181.

[10] VELLOSO, Andrei Pitten, **Constituição tributária interpretada**. São Paulo: Atlas, 2007, pg. 168.

[11] AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 151.

[12] O CTN estabelece, em seu livro primeiro, capítulo III, em seu artigo 32, 33 e 34, o IPTU como imposto sobre o patrimônio.

[13]Vide CF - Art. 150, inc. VI, alínea "c" e seu § 4º, conjugado com o artigo 14 do CTN.

[14] MARTINS, Ives Gandra. **Imunidades tributárias.** São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 1998. p.32-33.

[15] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método.** 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, pg. 350

[16] www.stj.gov.br

[17] www.stj.gov.br

[18] Conforme expressa determinação da Constituição Federal, em seu artigo 146, inciso II, alínea "a", cabe ao CTN, na condição de lei complementar, tratar dos fatos geradores dos impostos discriminados em seu texto.

CTN: Art. 32 - "*O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, domínio útil ou a posse do bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizada na zona urbana do Município."*

[19] DERZI, Misabel Abreu Machado. **Nota de atualização.** In: BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, p. 245-246.

[20]Vide art. 110/CTN - *A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas leis orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias*.

[21] MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al*. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva. 1982. p. 530.

[22] Vide Código Civil de 2002 --

Art. 1.197. *"A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto."*

Art. 565. "*Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder a outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição."*

Lei 8.245/91 (locação imobiliária urbana) -

Art. 22. "*O locador é obrigado a:*

- I- *entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina.*

[23] ALVES, José Carlos Moreira Alves. **Posse.** V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 445

[24] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro***:* **direito das coisas**. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 61.

[25] Vide CTN:

Art. 123 - "*Salvo disposição de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo da obrigação tributária."*

[26] Acreditamos que, a rigor, este dispositivo seria inócuo já que a sujeição passiva tributária, seja ela relativa ao contribuinte seja ao responsável, tem expressa previsão lega. Neste sentido a previsão de hipotética sujeição passiva, que não em lei, deve ser simplesmente desprezada.

[27] O interessante é que até mesmo este articulista, interpretando desavisada mente o artigo 123 do CTN, antes de se aprofundar sobre o tema, entendia que o contrato de locação, através de cláusula expressa, não poderia transferir o ônus do IPTU para o locatário, olvidando-se que não ocorre transferência de sujeição passiva quando ambos o transferente e o transferido navegam na mesma canoa; ou seja são, pela letra do CTN e, se não de todas, da maioria esmagadora das leis municipais no Brasil, contribuintes. Portanto, parafraseando Raul Seixas, nada como ser uma "*metarmofose ambulante*", esperando que os doutrinadores e julgadores também, se revendo suas arcaicas posições, que reflitam , com maior acurácia, sobre o tema.

[28] SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e a leis complementares 87/1996 e 116/2003.** São Paulo, Atlas, 2007, pg. 227.

[29] www.stj.gov.br

[30] Quanto à possibilidade do locador, nas hipóteses que não é contribuinte de fato do IPTU, como nos caso de locação, repetir o indébito, o STJ tem acolhido a sua legitimidade entendendo que não se aplica o artigo 166 do CTN no caso, em razão daquele imposto ser direto e não indireto, não havendo possibilidade de transferência, por sua natureza, do encargo tributário. Vide, por exemplo, o Resp nº 757.897, 652.497 e 687603. No entanto, *concessa maxima venia*, o r. tribunal fecha os olhos para a premissa básica de uma repetição de indébito, independente de suas considerações sobre a natureza do IPTU. Não é o locador que pagou o IPTU. Como então pleitear sua restituição ? Incidiria uma regra básica aprendida com os romanos que veda o locupletamento sem causa.

[31] Aparentemente a lei 10.257/2001 nos daria outra hipótese de modificação da sujeição passiva.

CIRCULAÇÃO DE PESSOAS E MERCADO DE TRABALHO*

THE CIRCULATION OF PEOPLE AND LABOR MARKET

Antonio Walber Matias Muniz

RESUMO

Cuida este estudo sobre tributação no comércio internacional informal. Entre os seus objetivos investigam-se os impactos da atividade rabidante no Brasil, o seu enquadramento jurídico e conseqüente tratamento tributário dispensado a essa relação de comércio. A partir de dados obtidos em pesquisa de campo feita junto aos rabidantes em Fortaleza aliado a referências bibliográficas e documentais pretende-se conferir se a legislação brasileira encontra-se adequada a esta nova realidade comercial, ou, se há "vácuo jurídico" que proporcione benefícios a alguns indivíduos, cuja meta seja a de se aproveitar de falhas na legislação tributária nacional em detrimento da política de incentivos tributários ao comerciante exportador, concedidos pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVES: TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL. TRIBUTOS E COMÉRCIO INTERNACIONAL. RABIDANTES DE CABO VERDE.

ABSTRACT

This study discuss taxations in the informal international trade. Among their objectives the impacts of the activity rabidante are investigated in Brazil, his juridical framing and consequent released tax treatment the that trade relationship. Starting from data obtained in field research done the rabidantes close to in Fortaleza allied to bibliographical and documental references intends the Brazilian legislation to be checked she is appropriate the this new commercial reality, or, there is been "vacuous juridical" that provides benefits the some individuals, whose goal is the one of taking advantage of flaws in the national tax legislation to the detriment of the politics of tax incentives to the merchant exporter, granted by the State.

KEYWORDS: INTERNATIONAL TAXES. TRIBUTES AND INTERNATIONAL COMMERCE. RABIDANTES OF CAPE VERDE.

INTRODUÇÃO

Como fundamentos deste estudo retomaram-se questões de natureza teórica sobre comércio internacional, resgatando-se o modelo de Eli Hecksher e Bertil Ohlin, que

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

focaliza como o principal requisito para existência do comércio internacional a ocorrência de diferenças dos custos relativos de produção dos diversos produtos, incluindo os tributos nos mais variados países, no que, desse cenário o Brasil não está excluído, sendo, portanto, um complemento à Teoria das Vantagens Comparativas de *David Ricardo*. Essa questão tributária, presente na atividade *rabidante*, influiu na opção destes comerciantes por escolher o Brasil, mais precisamente o Ceará para comprar, haja vista seus lucros não serem onerados em virtude da não incidência de tributos na circulação e embarque dos produtos, que os mesmos aqui adquirem.

Busca-se, dessa forma, nesse estudo, discorrer sobre a questão atinente aos tributos que incidem na atividade comercial em recinto alfandegado, de acordo com os casos previstos pela legislação nacional e sobre a específica incidência destes nas relações comerciais entre *rabidante* [1] com comerciantes e empresas exportadoras, alicerçando o seu conteúdo a partir dos princípios tributários previstos na Constituição Brasileira, alcançando a questão da incidência de tributos na circulação de mercadorias e excesso de bagagens embarcadas no aeroporto de Fortaleza, até a descrição dos impactos provocados pela atividade *rabidante* [2].

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES À ATIVIDADE TRIBUTÁRIA

A ordem constitucional tributária é resguardada por princípios próprios e gerais, tais como o da estrita legalidade (art.150, I), da igualdade (art. 150, II), da anterioridade (art. 150, III, b), da irretroatividade (art. 150, III, a), da uniformidade geográfica (art. 151, I), da vedação do confisco (art. 150, IV), da liberdade de tráfico (art. 150, V), e outros de caráter especial (arts. 145, §2º, 151, 152, 154), específicos (arts. 153 e155) e pessoal (art. 145 § 1º). Porém, no presente estudo, para adequação da idéia de comércio informal nele desenvolvida, busca-se evidenciar, no caso brasileiro, os princípios constitucionais que guardam perfeita consonância com as práticas de comércio e o pleno desenvolvimento dos indivíduos da sociedade, dispostos na Carta Constitucional de 1988, da seguinte forma: a) o princípio da dignidade humana (Art. 1º, III), do desenvolvimento nacional (Art. 3º, II), da erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais (Art. 5º, III) das necessidades vitais (Art. 7º, IV) e da capacidade contributiva.

Ressalte-se que os princípios da erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (bem caracterizadoras do mercado informal) justificam a necessidade que o Estado tem de promover a expansão do comércio e de estimular a

produção, estabelecendo redução de tributos ou de renúncia fiscal a determinados setores e atividades, como ocorre na seara do comércio internacional, advindas das relações internacionais com outros países. Dessa forma, deve ele fazer uso efetivo desses princípios para justificar a tributação, inclusive no mercado informal. Não se advoga aqui que o mercado informal, por ser fomentado pelas desigualdades sociais, não deva sofrer controle fiscal, haja vista quando de sua prática aparecer um fato gerador.

1.1 Tributos na atividade de comércio

Com base no texto constitucional, os impostos e as contribuições sociais que incidem sobre as atividades de comércio estão assim descritos e repartidos por quem tem competência para instituí-los:

Tributos Federais: COFINS: destinado a atender programas sociais do Governo Federal. CSLL: tributo sobre o Lucro Líquido das empresas ou sobre o Faturamento/Receita Bruta das pessoas jurídicas. 9% para empresas e 18% para instituições financeiras. IPI: imposto cobrado das indústrias sobre o total das vendas de seus produtos e das pessoas jurídicas responsáveis pela importação de produtos em geral. IRPJ: tributo pago pelas pessoas jurídicas não imunes/isentas sobre seu Lucro Real (alíquota única de 15% e adicional de 10% acima da base de cálculo de R$ 20.000/mensal). PIS: as pessoas jurídicas são obrigadas a contribuir com uma alíquota variável (de 0,65% a 1,65%) sobre o total das receitas. II: Imposto sobre a importação de produtos estrangeiros. IE: Imposto sobre a exportação para o exterior de produtos nacionais ou nacionalizados. IOF: Imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro e relativas a títulos e valores mobiliários.

Tributo Estadual: ICMS: Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, também chamado de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. É um imposto estadual não-cumulativo. É a grande fonte de receita do Distrito Federal e dos Estados. Sua alíquota é de 7% a 33% (na média, 17%).

Tributo Municipal: ISS: Imposto Sobre Serviços é um tributo municipal. Incide sobre a prestação, por pessoas físicas e jurídicas, de serviços listados sujeitos ao imposto. A alíquota varia conforme a legislação de cada Município, indo de 2% a 5%.

Quanto à incidência desses tributos, os indicadores descritos na Tabela 1 abaixo quantificam em porcentual os valores que o Estado arrecada com os maiores tributos decorrentes das atividades praticadas pelo comércio, incluindo os valores dos impostos sobre os salários, INSS e FGTS:

Tabela 1 Quanto se arrecada com os maiores tributos

Ano/Tributo	ICMS	IR	CSLL	COFINS	PIS	ISS	INSS	FGTS	DEMAIS
2007	22%	15,2%	2,9%	10,6%	3%	1,5%	14,9%	4,6%	17,9%
Total	**22%**	**15,2%**	**2,9%**	**10,6%**	**3%**	**1,5%**	**14,9%**	**4,6%**	**17,9%**

Fonte: APIMEC. Dados de 2007 adaptados pelo autor.

A questão é identificar a possibilidade de esses tributos incidirem na atividade *rabidante* a partir das relações de compra e circulação de mercadorias entre estes com comerciantes e empresas exportadoras.

1.2 Tributos que regulam a atividade exportadora

Apesar da instituição de impostos descritos no texto constitucional, a legislação brasileira contempla os exportadores com benefícios tributários de modo que na atividade exportadora não incida nenhum imposto, conforme o entendimento dos dispositivos a seguir elencados:

a) No Art. 153, inciso II, CF: "Compete à União instituir impostos sobre exportação *para o exterior,* de produtos nacionais ou nacionalizados".

b) No Art. 62, §2º, CF: "O Presidente da República, nos casos de relevância e urgência, poderá adotar medida provisória, com força de lei, que implique em instituição ou majoração de impostos previstos no Art. 153, inciso II [...]"

c) No Art. 153, §1º, CF: "É facultado ao Poder Executivo,[...] alterar as alíquotas dos impostos enumerados no inciso II [...]"

d) No Art. 155, inciso II, CF: "Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços [...] ainda que as operações e prestações se iniciem no exterior".

e) No Art. 155, inciso X, letra a, CF: "- não **incidirá:** a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior [...]". (Refere-se à não incidência de ICMS e ISS na exportação).

f) No Art. 155, inciso XII, letras e, f, CF: "cabe à lei complementar: e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, letra a; (Exclusão de incidência do ICMS e ISS nas exportações)". Alterado pela EC 42/2003, inciso X, letra a.

g) O artigo 91 do Ato das disposições constitucionais transitórias, também alterado pela EC 42/2003, que trata dos créditos a serem repassados aos Estados e Distrito Federal pela União, inclusive nas atividades de importação e exportação.

1.3 Tributos sobre bagagens em recinto alfandegado

O território aduaneiro é todo o território nacional. É a base territorial da alfândega e se divide em duas zonas. A Zona primária, art. 2º, inciso I, letra b, compõe a área terrestre dos aeroportos alfandegados, e a Zona secundária o restante do território, incluindo águas e espaço aéreo. Recinto alfandegado é local dentro do território aduaneiro, onde se realizam os serviços aduaneiros propriamente ditos, com a presença da autoridade aduaneira acompanhando a operação objeto de controle fiscal. Neste caso a Receita Federal do Brasil (RFB), por meio de seus agentes, cujas competências são definidas nos incisos III, IV e V do art. 18 do decreto 4.543/2002 (RA), é autoridade para atuar na fiscalização aduaneira. No recinto alfandegado, integrantes da zona

primária, por meio de ato administrativo, a autoridade aduaneira está autorizada a exercer o controle das seguintes operações:

> [...]
> Carga, descarga, armazenagem, *passagem de mercadorias* procedentes do exterior ou a ele destinadas.
> Embarque, desembarque e trânsito de viajantes, procedentes do exterior ou a ele destinados.

Quanto às bagagens, a Instrução Normativa IN nº 117 RFB, de 6 de outubro de 1998, alterada pela IN RFB nº 538, de 20 de abril de 2005, em seu artigo 1º, diz que: "os bens de viajante procedente do exterior ou a ele destinados serão submetidos a tratamento tributário e aos procedimentos aduaneiros estabelecidos nesta Instrução Normativa".

Por essa referida Instrução Normativa são definidos os conceitos de "bagagens" e "não bagagens". Um de seus dispositivos diz: **são excluídos do conceito de bagagens** "bens cuja quantidade, natureza ou variedade configure importação ou exportação com fim comercial ou industrial" (art. 3º, inciso. I, da IN RFB 538/2005). Noutro dispositivo, diz-se que "é isenta de impostos a bagagem acompanhada do viajante procedente do exterior que seja contida de roupas e outros artigos de vestuário, artigos de higiene e calçados para uso próprio do viajante, compatíveis com a duração e a finalidade da sua permanência no exterior". No caso dos *rabidantes*, uma semana completa.

A tributação definida, para os casos que se operam fora dos limites de isenção, é sujeição ao pagamento do imposto de importação com a alíquota de 50%. Quando da falta ou inexatidão de notas fiscais ou fatura, o valor da base de cálculo do imposto será arbitrado pela autoridade aduaneira.

2 INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

No tocante à incidência, diz-se que se trata de uma previsão legal de uma situação fática necessária e suficiente para originar a obrigação tributária e, na imunidade, a previsão legal para não gerar a obrigação. Para Coelho (2000, p. 93), a não incidência ocorre em relação a todos os outros fatos não abrangidos pela hipótese de incidência que leva o nome de fato gerador.

Os dados contidos na Tabela 2 abaixo demonstram o quanto se arrecada por base de incidência na expectativa de se gerar, a título ilustrativo, comparação do quanto o Estado abre mão de tributos ao politicamente incentivar o comércio exportador.

Tabela 2 Quanto se arrecada por base de incidência

Ano/Tributo	Renda/ Lucro	Comércio Exterior	Folha salarial	Patrimônio	Bens e serviços	Demais

2007	18,1%	1,5%	19,4%	3,1%	45,4%	12,5%
Total	**18,1%**	**1,5%**	**19,4%**	**3,1%**	**45,4%**	**12,5%**

Fonte: APIMEC. Dados de 2007 adaptados pelo autor.

Entretanto, a legislação brasileira contempla aos exportadores os seguintes benefícios tributários, incluindo não incidência, imunidades e isenções:

a) **Não incidência** do ICMS na exportação, de acordo com a previsão constitucional do art. 155, parágrafo segundo, inciso X, letra a, CFB/88, originada da EC n. 42/2003, e por meio do art. 3º. inciso II, da Lei complementar 87/1996 (Lei Kandir) de produtos primários, retirando dos estados a possibilidade de aplicação de sua legislação ordinária tributária sobre esta matéria;

b) **Não incidência** do ISS sobre as exportações de serviços para o exterior, exceto os serviços pagos por residentes no exterior, mas cujo resultado aqui se verifique, com lastro jurídico no art. 2º, inciso I, da Lei complementar 116/03.

c) **Imunidade da incidência** do IPI nos produtos destinados ao exterior (art. 153, § 3º, inciso III, CFB/88) contemplando todos os produtos, de origem nacional ou estrangeira, podendo o exportador creditar-se do IPI pago na aquisição de insumos que industrializou;

d) **Isenção** do PIS e da COFINS nas exportações desde 1º de fevereiro de 1999, de acordo com o art. 14, inciso II, da medida provisória 2158-35, de 24.08.2001, e têm reguladas as suas isenções por meio do art. 45 da IN RFB N. 247, alterada pela IN RFB 464, de outubro de 2004;

A partir desses benefícios concedidos a quem exporta, busca-se verificar neste estudo que se faz sobre atividade *rabidante* se o empresário, cuja finalidade seja exportar, está comerciando com um estrangeiro dentro do território brasileiro como se exportando estivesse. E com isso se beneficiando dessas vantagens quanto à não incidência tributária.

3 A ATIVIDADE *RABIDANTE*

No desenvolvimento de suas atividades, os *rabidantes* se deslocam de Cabo Verde até o Brasil, compram mercadorias de seu interesse pagando indevidamente com moeda estrangeira, levam a mercadoria adquirida, embarcando-a sem ônus, à exceção do pagamento por excesso de peso nas bagagens. Desse modo encontraram os *rabidantes* terreno fértil no Ceará para seus negócios, sendo essa a motivação quanto à pretensão em se verificar se estariam eles desobrigados tributariamente e se o não registro de suas mercadorias ou clandestinidade seria uma característica dessa nova relação de comércio no Brasil, entre Cabo Verde e Ceará.

Em princípio, pode a atividade *rabidante* no Ceará ser delineada por dois aspectos: o primeiro como extensão de suas práticas comerciais em consonância com as

teorias que remontam as vantagens no comércio internacional, também com as definições de comércio internacional e de comércio exterior. O segundo aspecto, do ponto de vista local pode ser estudado quando da relação existente dos *rabidantes* com os comerciantes e empresas exportadoras cearenses.

No primeiro aspecto delineado, excluído o arremate feito sobre teorias do comércio internacional e suas vinculações com a atividade *rabidante*, busca-se a partir das definições de comércio internacional e comércio exterior enquadrar essa atividade comercial com o fito de comprovar o devido respaldo jurídico de acordo com o que se pode dizer diante das finalidades previstas em ambas as definições.

No segundo aspecto, o estudo detém-se sobre as vendas feitas sem nota fiscal por comerciantes e vendas praticadas por empresas exportadoras aos *rabidantes* na jurisdição fiscal do estado, considerando a possibilidade de emissão de nota fiscal como se a empresa exportando estivesse. Com isso, inibindo a possibilidade do Estado de obter o crédito tributário frente ao possível fato gerador na circulação local de mercadorias, embora vendida a um estrangeiro. Pelo que se percebe, "grosso modo", trata-se de uma possível brecha na legislação com a conseqüente sonegação aos cofres do estado arrecadador e incentivador dessas relações entre os envolvidos nessa atividade *rabidante*.

Aparentemente, a relação entre as partes envolvidas neste cenário comercial, em princípio, pode ser entendida como uma relação simplesmente informal e de descomprometidos compradores estrangeiros, considerado apenas o ato de realização de compras feitas pelos *rabidantes* nos comércio do tipo mercado livre, (beco da poeira), onde a transação se dá, na quase totalidade dos casos, sem apresentação de registro de compras.

Aparentemente, também, quando se verifica sobre o regresso do *rabidante* ao seu destino, Cabo Verde, no momento em que este se dirige ao *chek-in* da companhia aérea TACV em Fortaleza e despacha volumosas quantidades de mercadorias aqui adquiridas. Tais mercadorias, considerado o peso de 64 kg incluído a franquia a que tem cada um deles direito, são aceitas e tarifadas como se fossem excesso de bagagem e, por cada excesso, é pago o valor de US$ 115,00 dólares, conforme tabela de preços seguida pela operadora aérea, disponível no guichê de despacho de bagagens. Diante de tal procedimento, não se constata o devido controle, fiscalização e tributação por parte dos agentes aduaneiros em recinto alfandegado, bem diferente dos procedimentos seguidos

no embarque quando da passagem e demais documentos de mercadorias registradas, no setor de cargas do aeroporto de Fortaleza.

Entretanto, isso não pode ser entendido de tal forma, pois, a partir do momento em que os *rabidantes* são atraídos e aqui recebidos por corretores no aeroporto, e conduzidos por estes a estabelecimentos comerciais devidamente registrados, empresas de confecção, por exemplo, verifica-se que há indícios de uma prática comercial nociva ao Estado exatamente quando os *rabidantes* realizam compras, mesmo estando em solo local, como se importadores fossem, pagando com moeda estrangeira, e o comerciante ou empresa exportadora emitindo nota fiscal do produto por eles aqui adquirido como se estivesse exportando.

No tocante à pesquisa feita sobre a atividade *rabidante*, além dos resultados da amostra coletada na pesquisa de campo, outros números circulam dando conta de sua quantificação. São dados sobre atividade *rabidante*, reconhecidos e publicados pela embaixada de Cabo Verde no Brasil no ensaio sobre "As relações Ceará - Cabo Verde e as questões em pauta". (2007, *online*, p.2-3), nesse crescente e já significativo volume de negócios, por eles é dito que:

> O volume deste comércio não está aqui quantificado em sua exacta medida, porquanto se torna difícil a sua mensuração. Estima-se que o valor de carga de mercadorias cearenses embarcadas nos vôos da TACV estejam em torno de 15 milhões de USD ao ano, valor que não apresenta registro de compra, nem de exportação.

Diz mais:

> O círculo informal protagonizado por *rabidantes* de parte a parte movimenta milhões de dólares que passa à margem do controlo e entendimento das autoridades comerciais, fiscais e aduaneiras, tanto do Ceará como de Cabo Verde. Com a segunda freqüência de vôo directo da TACV, esse volume de negócios aumentou exponencialmente. (EMBAIXADA DE CABO VERDE, 2007, *online*, p.3). [3]

Foram os dados desses levantamentos que chamaram a atenção para a questão da incidência tributária na atividade *rabidante*, a qual enseja este estudo, atividade que veio a fundamentar a análise desses dados e a quantia levantada, haja vista o momento em que toda a arquitetura desse tipo de relação comercial informal passa a ser realizada numa dimensão internacional, país a país, e com sérias implicações tributárias para um dos Estados-parte, cuja finalidade é a de patrocinar as demandas orçamentárias da coletividade, pela qual ele é o responsável.

4 A QUESTÃO DA INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA NA ATIVIDADE *RABIDANTE*

Diante desses dois aspectos descritos e nas evidências suscitadas acima faz-se oportuno levantar algumas questões pertinentes a essa atividade *rabidante*, as quais estão a merecer explicações quanto à incidência tributária. São elas:

4.1 Na venda realizada por exportadores em solo Brasileiro

A primeira questão versa sobre as operações de venda por exportadores contemplados pela legislação brasileira com isenções nas operações de exportação.

"De acordo com a nossa legislação tributária admite-se a não incidência de ICMS e ISS, a isenção de PIS e do COFINS, a imunidade do IPI nas operações de vendas realizadas por empresas exportadoras a estrangeiros em solo cearense"?

Em decorrência do fluxo comercial informal praticado por *rabidantes* no Brasil, a primeira questão a ser analisada diz respeito à classificação da forma de comércio por eles praticada. Dada a condição de estrangeiros dos mesmos, presentes em território brasileiro, seria essa prática de comércio classificada como exportação direta ou indireta? A Lei 9.529/97 refere-se ao alargamento das políticas econômicas e define o que viria a ser exportação direta e exportação indireta. A *exportação direta* ocorre quando o próprio produtor-exportador a realiza de modo a estabelecer uma relação sem intermediação com a outra parte compradora, o que faz por intermédio de mecanismos institucionais tipo Exporta-Fácil vinculado ao sistema brasileiro de correios. A exportação *indireta* decorre da relação produtor *versus* comprador, por meio de um interveniente com fim específico de exportar a mercadoria negociada e devidamente descrita na nota fiscal.

A resposta à indagação quanto à forma de comércio praticada por *rabidantes* é a de que ele não se enquadra em nenhuma das opções referentes à condição de exportadores e sim de consumidores normais, já que estão em solo brasileiro. Logo, sobre toda e qualquer transação entre eles e as empresas exportadoras, para caracterizar-se como ato regular de comércio, devem incidir os tributos inerentes à operação. Devem, desta forma, os agentes de venda abster-se da prática de emissão de nota fiscais que venham a caracterizar exportação nesse tipo de negociação, com o fito de se beneficiar da hipótese de não incidência de tributos respectivos, de quem está na condição de exportador.

A legislação prevê não incidência, imunidades e isenção somente nas operações que destinem mercadoria para o exterior. Portanto, a legislação não fala que o estrangeiro comprando no Brasil e conduzindo ele próprio para o exterior seja exportação. Tal atitude não configura exportação.

4.2 Na venda a pessoas não residentes no país, sem ICMS

A segunda questão trata da possibilidade de pagamento com moeda estrangeira nas compras por estrangeiros aqui realizadas.

"Em que casos o governo de qualquer estado, e nesse estudo o do Ceará, por meio de sua legislação, permite a venda por pessoa jurídica, com pagamento em moeda estrangeira, no mercado interno, a não residente no país, sem a incidência de ICMS"?

O decreto nº. 26.572/2002 dispõe sobre a venda de pedras preciosas e semipreciosas, metais preciosos, com pagamento em moeda estrangeira, realizada no mercado interno a não residentes no país, cuja operação não incide ICMS. Constitui-se assim na única exceção em que essa forma de exportação pode ser legalmente realizada e que não se enquadra como exportação direta ou indireta. Por esta dicção do dispositivo descrito, os *rabidantes*, quando adquirirem qualquer coisa em solo brasileiro fazendo uso deste mesmo mecanismo de exportação, atribuem às empresas submissão à devida tributação, ignorando assim a não incidência de tributos.

4.3 Na emissão de nota fiscal por empresas exportadoras

A terceira questão versa sobre a emissão de nota fiscal aos que estão inseridos na atividade *rabidante*, como se estivesse exportando para alguém em Cabo Verde.

"Estaria o estado do Ceará ou qualquer outro da federação sendo prejudicado se o comerciante ou empresa exportadora, mesmo vendendo a rabidante em solo brasileiro, emitisse nota fiscal como se estivesse exportando"?

O Estado deixa de arrecadar nesses casos. O que poderia chamar a atenção nessa situação seria a fragilidade da relação entre o Estado e o indivíduo, principalmente quanto à fiscalização das atividades que envolvem emissão de notas fiscais.

Se no mercado formal é comum a prática de se burlar a fiscalização como bem ilustram os dados (Tabela 3) sobre sonegação, imagine-se no mercado informal, precisamente na atividade *rabidante* totalmente desprovida da percepção de existência clara e segura das relações entre o Estado brasileiro e o caboverdiano.

Tabela 3 Índices de sonegação no mercado formal no Brasil:

Ano/Tributos	ICMS	IR	CSLL	PIS/ COFINS	IPI	INSS
2007	26,9%	27,0%	24,8	23,4	18,8	29,4
Total	**26,9%**	**27,0%**	**24,8**	**23,4**	**18,8**	**29,4**

Fonte: Disponível em: <www.ibpt.com.br>. p.78. Dados adaptados pelo autor.

4.4 Configuração de sonegação por empresa exportadora

Nesta questão visa-se constatar a pertinência em termos de sonegação de impostos por parte das empresas exportadoras que vendem aqui como se estivessem exportando.

"Nesse caso, esse tipo de relação comercial configura sonegação fiscal por parte do empresário exportador"?

Há indícios de violação à Lei 8.137/90 que cuida da sonegação fiscal. Diante dessa prática, tal artifício permitiria que se falasse em sonegação de tributos. Porém é de se indagar como os órgãos responsáveis pela fiscalização e arrecadação do tributo tomariam conhecimento. Quanto aos *rabidantes* nada se pode dizer, pois os mesmos em nada se beneficiariam com essa atitude dos empresários. Os dados da Tabela 4 sinalizam para a simulação de quanto seria sonegado pelo empresário exportador na atividade *rabidante* com base nos dados da Embaixada de Cabo Verde. (U$15 milhões)

Tabela 4 Índices de sonegação por exportadoras na atividade *rabidante*

Tributos	ICMS	PIS/ COFINS	IPI
Por não Incidência	26,9%	-	-
Por Isenção	-	23,4%	-
Por Imunidade	-	-	18,8%
TOTAL	**26,9%**	**23,4%**	**18,8%**
TOTAL EM (mi) R$	**4.03mi**	**3.51mi**	**2.82mi**

Fonte: Disponível em: <www.ibpt.com.br>. p.78. Dados adaptados pelo autor.

4.5 No embarque de volumosas quantidades de mercadorias

A questão refere-se à excepcionalidade quanto ao volume de bagagem despachada e embarcada sem restrições fiscais.

"Só são considerados bagagem os bens cuja quantidade, natureza ou variedade não configurem fim comercial. Por essa razão qual seria o tratamento tributário aplicável no embarque de volumosas quantidades de mercadorias"?

No caso dos *rabidantes*, quando retornam a Cabo Verde e despacham a visível e volumosa quantidade de mercadorias como bagagens, pagando excesso por elas, no que se refere à IN 538/2005, estão praticando uma situação não contemplada juridicamente do ponto de vista tributário, visto que o inciso I do art. 3º da referida Instrução Normativa não considera como bagagem os bens cuja quantidade, natureza ou variedade configure importação ou exportação com fim comercial.

Na verdade, o que os *rabidantes* chamam de bagagem, a legislação brasileira considera **não** bagagem. Portanto, obrigatória a incidência de tributos, pois também não se enquadram no tratamento tributário aplicável à bagagem previsto no art. 4º da IN 538/2005, que diz: "não incidiram impostos sobre os bens compreendidos no conceito de bagagem de origem nacional ou estrangeira". A questão mais significativa, neste caso, é aquela em que eles não estão enquadrados nem nas regras internacionais, nem nas nacionais, como já se disse, pois não são parte integrante de acordo internacional, nem podem ser alcançados pela legislação nacional, que regula o comércio exterior.

Dessa forma, constata-se que quem deveria intervir, a título de fiscalização tributária no recinto alfandegado, está impossibilitado juridicamente de fazê-lo.

5 IMPACTOS DA ATIVIDADE *RABIDANTE* NA ECONOMIA

Presume-se que o comércio internacional informal seja, por um lado, benéfico para algumas camadas menos favorecidas da população, oportunizando a captação de divisas internacionais e o aumento dos postos de trabalho. Por outro lado, maléfico para esses mesmos atores, haja vista a dificuldade de inserir-se esse indivíduo no sonhado mercado de trabalho formal com a garantia de pleno emprego e de direitos sociais e previdenciários assegurados, capazes de prover o mínimo necessário para a sua sobrevivência.

5.1 Impactos positivos

Os impactos principais e benéficos proporcionados pela atividade *rabidante* na circulação de mercadorias são: a geração de emprego e renda e a movimentação no mercado de trabalho informal. Estes para a indústria se traduzem no aumento na venda de matéria-prima. Para o Estado, é impactante para a movimentação da economia, enquanto para a companhia aérea e gerentes de viagem, hotéis, significa a certeza de expansão de seus negócios e de consolidação de suas posições comerciais.

Do ponto de vista das relações internacionais brasileiras e locais, terminam elas focando-se o estímulo à oportunidade de emprego e renda e fomentando a geração de emprego formal como conseqüência.

5.2 Impactos negativos

É negativo para o Estado a perda de arrecadação com a impossibilidade de cobrar o tributo. Também é negativo para a população, pois a inexistência de mais recursos que poderiam ser captados pelo Estado não permite que este contribua para a sua melhoria social. Considerados os números divulgados pela Embaixada de Cabo Verde quanto ao movimento da atividade *rabidante,* com a circulação de mercadorias sem registros no aeroporto de Fortaleza, só em 2006, os valores não arrecadados (Tabela 5) seriam bem mais expressivos, consoante a possibilidade de regulação nos moldes do mercado formal brasileiro.

Tabela 5 Quanto se arrecadaria pelos dados da Embaixada de Cabo Verde (em milhões de reais)

Tributos	**ICMS**	**IR**	**CSLL**	**COFINS**	**PIS**
Incidência %	22%	15,2%	2,9%	10,6%	3%
Embaixada	42mi	42mi	42mi	42mi	42mi

Não arrecada	**9.24mi**	**6.38mi**	**1.21mi**	**4.45mi**	**1.26mi**

Fonte: Dados adaptados pelo autor convertidos em R$ Real. US$ 15 milhões x 2.80 = R$ 42 milhões

Com relação aos impactos gerados pelo embarque de mercadorias como se fossem excesso de bagagem, são 760 toneladas de mercadorias embarcadas e a tarifa cobrada de US$ 115 dólares por excesso só beneficia a companhia aérea. E não há como o Estado interceder, haja vista não dispor de mecanismos jurídicos para tal mister.

Voltando ao art. 150 CFB/88, surge a questão: Como tributar a atividade *rabidante* sem lei que o estabeleça, quer por meio de acordos internacionais ou pela legislação nacional?

O "vácuo jurídico" que permeia a atividade *rabidante* poderia ser atribuído à diplomacia subnacional como dito no texto divulgado no *link* da Embaixada de Cabo Verde no Brasil? Seria o caso de se averiguar noutra oportunidade, inclusive, a pertinência do termo. Pois, canalizando a inexistência de arrecadação dos tributos por quem está envolvido neste comércio informal, tem-se que o Estado é lesado ante toda a arquitetura de arrecadação a que ele mesmo planejou e viabilizou para sanar demandas sociais. Os *rabidantes* nada recolhem. Nas mercadorias não incidem tributos, pois não há registro nem bens declarados. Nem sequer pode-se falar de insubmissão do indivíduo perante o poder do Estado, pois nada lhe é cobrado.

O Estado, ao incentivar as relações comerciais internacionais, precisa estar juridicamente preparado sob pena de os benefícios que o mesmo se propõe gerar não recaiam somente nas mãos de alguns que se aproveitam de brechas na legislação para obter ganhos para si, o que termina por descaracterizar todo o esforço e poder de atuação do Estado. Portanto, fazem-se necessários mecanismos fiscais que inibam tal prática, e que o Estado, utilizando-se de sua soberania, livre das amarras jurídicas reguladoras do comércio internacional, e, juntamente com as partes, em um acordo internacional ou alterando a legislação nacional, adapte suas normas a esta nova realidade comercial.

Por fim, deve também o Estado, no uso do art. 52, XV CFB/88, avaliar periodicamente a funcionalidade do sistema tributário e o desempenho das administrações tributárias da União, não esquecendo que o art. 37, XVIII, CFB/88 atribui competência à RFB e à PF para fiscalizar o trânsito de mercadorias e bagagens em recinto alfandegado, seja na importação, na exportação, seja em volumes acima do que é permitido por lei, independente de se o agente transportador esteja ou não na

condição de parte integrante do comércio internacional ou do comércio exterior, ou que aqui venha em busca de vantagens absolutas, comparativas e de tributos.

REFERÊNCIAS

BORGES, José Souto Maior. **Isenções tributárias**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Colaboração de Antônio Luiz Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 40. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. São Paulo: Rideel, 2007.

BRASÍLIA. Receita Federal do Brasil. **Instrução normativa nº 117 de 06/10/1998.** Dispõe sobre tratamento tributário aos bens de viajante. Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2006.

_____ Receita Federal do Brasil. **Instrução normativa nº 534 de 20/04/2005.** Dispõe sobre tratamento tributário aos bens de viajante. Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 15 nov.2006.

_____ Ministério da Indústria e Comércio do Brasil. Brasília: Esplanada dos ministérios. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br>. Acesso em: jun. 2006.

CABO VERDE. Ministério da Coordenação Econômica. **Estudo nacional de perspectiva em longo prazo. Cabo Verde 2020**. Praia: FNUAP, 1996.

_____ Programa de cooperação 2000-2004: **Análise da situação da criança e mulher em Cabo Verde**. Praia: FNUAP, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 5. ed. Rio lde Janeiro: Forense, 2000.

EMBAIXADA DA REPÚBLICA DE CABO VERDE NO BRASIL. **As relações Ceará – Cabo Verde e as questões em pauta.** Disponível em: <http://www.embcv.org.br/portal/> Acesso em: 10 jun. 2008.

GRASSI, Marzia. **Rabidantes do mercado Sucupira em Cabo Verde**. Lisboa: ISCTE, 2002.

_____ **Rabidantes. Do comércio espontâneo ao transnacional em Cabo Verde**. Lisboa: ICS, 2003.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICAS DE CABO VERDE – INE. CENSO de 2000. Disponível em: <http://www.ine.cv>. Acesso em: 07 jul. 2006.

MUSGRAVE, R.A. **Teoria das finanças públicas**. São Paulo: Atlas, 1976.

O IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA E A SUA EFETIVIDADE EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL*

THE PHYSICAL PERSON'S INCOME TAX AND ITS EFFECTIVELY IN CONSTITUTIONAL SUBEJCT

Cassandra Libel Esteves Barbosa Boggi

RESUMO

A questão do presente estudo volta-se a tributação do Imposto de Renda da Pessoa Física praticada no Brasil em face aos princípios da legalidade, da capacidade contributiva, da progressividade, da igualdade e do não-confisco, bem como, de outros relacionados à matéria. Princípios estes, positivados constitucionalmente. Abordou-se a importância do tributo como meio de sobrevivência do Estado, uma vez que sua exigência trás ao Estado recursos para atingir seus fins. O entendimento de renda é conferido para averiguar o que de fato pode ser tributado, entretanto a Constituição Federal de 1988 não trás expressamente o conceito de renda. Dá-se a renda o entendimento de "acréscimo patrimonial" ou riqueza nova. A relevância jurídica, econômica e social revela-se na relação entre a matéria tributária e a ordem econômica, no que tange mais precisamente às desigualdades sociais. Como objetivo central buscou-se demonstrar que o sistema de tributação do imposto sobre a renda não atende os preceitos capitais. O princípio da estrita legalidade assevera que para se exigir ou aumentar um tributo primeiramente a lei deve estabelecer. Foram citadas algumas receitas que não são revestidas de renda ou provento tributável. Estudou-se que os princípios da capacidade contributiva e da progressividade se pautam na análise da igualdade em matéria tributária. Enfatiza-se que o imposto sobre a renda deve ater-se a dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial. Utilizou-se o método dedutível e indedutível, e diversas fontes doutrinárias para sustentar que a capacidade contributiva e a progressividade não estão tendo o devido tratamento na legislação do imposto de renda da pessoa física vigente, afrontando assim, o artigo 145, § 1°, artigo 3°, inciso I, artigo 1°, inciso III, e o artigo 170, inciso VII, da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVES: IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA. PROGRESSIVIDADE. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

ABSTRACT

The question of present study directs to the taxation of Physical Person's Income Tax practiced in Brazil according to legal principles, contributive capacity, the progress, and the equality and non- confiscation, such as, other related to the subject. These principles constitutionally made positive. It came to grips with tribute importance like State's

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

survive way, once its demand brings to the State resource to reach its purposes. The income understanding is conferred to verify what of fact can be imposed a tax; however Federal Constitution from1988 does not bring expressly the income concept. It gives the income the understanding of “patrimonial addition” or new wealthy. The juridical, economic and social relevance reveals in the relation between tributary subject and the economic order, in that refers to more accurately to social inequality. Like main goal got to demonstrate that the taxation system of tax on income does not consider the capital precept. The legality strict principle asserts to demand or increase a tribute, first the law must establish. Some receipts were mentioned that are not invested of income or benefit can be imposed a tax. It has studied the contributive capacity principles and the progress adjusts to the equality analysis in tributary subject. It gives emphasis the tax on income must rely on the human being’s dignity and minimum existential. It has used the deductive and inductive method and several doctrinal resources to support that the contributive capacity and progress are not having the right treatment in the physical person legislation present, so facing, article 145, § 1st, article 3rd, item I, article 1st, item III, and the article 170, item VII, from Federal Constitution.

KEYWORDS: PHYSICAL PERSON’S INCOME TAX. PROGRESS. CONTRIBUTIVE CAPACITY.

INTRODUÇÃO

Este artigo, intitulado **O Imposto de Renda da Pessoa Física e a sua Efetividade em Matéria Constitucional**, traça um paralelo entre o imposto de renda da pessoa física que se aplica na atualidade ao que deveria estar sendo aplicado como forma de atender a igualdade em matéria tributária.

A comprovação disso está na ausência real da progressividade, da aferição da capacidade contributiva do indivíduo e na ineficiência da tabela progressiva do imposto sobre a renda, nas quais se destacam: as faixas de rendas presumidas, o mínimo isento para a incidência e as alíquotas fixas.

O sistema vigente de incidência afronta não só o artigo 145, § 1°, mas o artigo 3°, inciso I, o artigo 1°, inciso III, e o artigo 170, inciso VII, da Constituição Federal de 1988.

Abordou-se a necessidade da arrecadação do tributo para a gestão pública, pelas razões da própria efetivação do seu exercício. Antes de adentrar-se no imposto sobre a renda, analisou-se o que de fato é considerado renda para a incidência deste imposto. Os princípios correlatos ao imposto sobre a renda foram destacados, principalmente o princípio da progressividade e da capacidade contributiva.

1 A NOTORIEDADE DO TRIBUTO

O Brasil não é diferente de outros países, quanto à prática da cobrança de tributos que se faz necessário para o exercício da gestão pública com o intuito de atingir os seus fins, seja inerente a estrutura da administração pública, ou das atividades sociais.

Entretanto, não cabe ao Estado praticar a atividade econômica, sendo esta pertinente a área privada, salvo se houver questões que abranjam a segurança nacional ou de grande interesse coletivo, ambos sustentados no artigo 173, da Constituição Federal, desta forma o Estado apenas realiza a atividade financeira.

É inegável a imprescindibilidade da existência do tributo, Machado [4] explica a necessidade da tributação dizendo que é um instrumento de sobrevivência no qual o Estado valida a economia capitalista, mesmo porque, na falta do tributo o Estado não conseguiria realizar seus fins sociais, a não ser que, a atividade econômica fosse por ele monopolizada, sendo assim, o tributo é um meio que impede a estatização da economia.

Dentre as espécies tributárias estudar-se-á neste artigo a espécie – imposto, mais precisamente o imposto sobre a renda da pessoa física, consubstanciado aos princípios constitucionais correlatos a matéria.

2 A RENDA E SUA COMPREENSÃO JURÍDICA

Entender o que é renda é de suma importância para definir o imposto sobre a renda e o objetivo é partir da própria Constituição Federal, com o intuito de analisar o objeto procurando a matriz da hipótese de incidência deste estudo.

No primeiro enforque, dar-se-á atenção ao Regulamento do Imposto de Renda (RIR) – Decreto n. 3000, de 26 de março de 1999 – que em seu artigo 2º delimita o sujeito passivo apresentando a que se refere a renda e confirmando a obrigação tributária do imposto de renda. Observe-se que, *in verbis:*

> Art. 2º As **pessoas físicas** domiciliadas ou residentes no Brasil, **titulares de disponibilidade econômica** ou jurídica **de renda ou proventos de qualquer natureza**, inclusive rendimentos e ganhos de capital, são contribuintes do imposto de renda, sem distinção da nacionalidade, sexo, idade, estado civil ou profissão (Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, art. 1º, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 43, e Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, art. 4º). [5]

O sujeito passivo, no estudo em questão é a “pessoa física”, a renda é a “disponibilidade econômica” e a confirmação da obrigação tributária “são contribuintes do imposto de renda”.

Porém, é no artigo 153, inciso III, § 2°, da Constituição Federal, que flagra o que de fato seria a renda. Conquanto não traga o conceito expresso de renda, trás em seu texto a delimitação do âmbito do entendimento da renda e proventos de qualquer natureza facilitando o estudo do objeto, *in verbis*:

> **Art. 153** – Compete à União instituir impostos sobre:
> [...]
> **III** – **renda e proventos de qualquer natureza**;
> [...]
> **§ 2º** - O imposto previsto no inciso III:
> **I** – será informado pelos critérios da **generalidade**, da **universalidade** e da **progressividade**, na forma da lei; [6]

Esse dispositivo diz que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza deve ser informado, nos termos da lei, pelos critérios da *generalidade*, *universalidade* e *progressividade*, consoante se encontra o ensino de Carrazza [7] que expõe em síntese: que a universalidade refere-se a todas as rendas e proventos; a generalidade relaciona-se a quaisquer pessoas; e a progressividade está para o acréscimo patrimonial, ou seja, se maior a renda, maior será a alíquota aplicável.

O artigo 153, inciso III, da Constituição Federal, mostra que a incidência do imposto deve ocorrer sobre a renda e proventos de qualquer natureza, não abarcando qualquer outro elemento. A renda e proventos de qualquer natureza, para Carrazza [8] resumem-se em: “[...] ganhos econômicos do contribuinte gerados por seu capital, por seu trabalho ou pela combinação de ambos e apurados após o confronto das entradas e saídas verificadas em seu patrimônio, num certo lapso de tempo”

O Código Tributário Nacional nasceu com a Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, advindo da reforma iniciada através da Emenda Constitucional n. 18, de 1º de dezembro de 1965, surgindo o Sistema Tributário Nacional. O Código buscou definir o fato gerador e a base de cálculo de cada imposto previsto na Emenda Constitucional n. 18/1965 a fim de resultar no conceito de renda.

Ao analisar a renda vê-se que nem os financistas e economistas chegam a um conceito formado de renda. No Código Tributário Nacional a renda dispõe-se como um produto ou um resultado, quais sejam do trabalho ou do capital ou ainda de ambos e

com um adendo, os proventos de qualquer natureza, considerados como os demais acréscimos patrimoniais, dentro de um período de tempo (lapso temporal).

Quanto ao conceito de renda e proventos de qualquer natureza não há uma consonância na doutrina, encontram-se diversas teorias, quais sejam, econômica e fiscal, entretanto há corrente divergente.

A Teoria Econômica explica que a renda refere-se notavelmente sempre a uma "riqueza nova", podendo ser material ou imaterial, provindo de uma fonte produtiva que resulta nesta riqueza. A Teoria Fiscal se subdivide em: teoria de renda e produto; teoria da renda acréscimo patrimonial; e teoria legalista. [9]

A mesma autora [10], ao comentar sobre a Teoria de Renda e Produto, informa que é a riqueza de provir de fonte produtiva em que o homem a explore, porém que seja durável. Parte-se da "renda líquida", sendo admitidas as deduções dos gastos necessários a fim de atender a conservação e reconstrução do capital, então, não cabem os gastos relacionados à aquisição deste capital. Esta renda pode ser tanto monetária quanto em espécie.

Já na Teoria da Renda Acréscimo Patrimonial García Belsunce [11] salienta que esta teoria não está baseada em um conceito econômico de renda em razão de visar atender os fins fiscais levando a um conceito bastante abrangente de renda, resultando em toda entrada (consumida ou investida) desde que avaliável em moeda, inclusive os benefícios advindos de uso de bens próprios podendo ser, periódico, transitório ou excepcional, contrário *sensu* Gianinni [12]. A renda líquida apurar-se-á da renda bruta deduzida dos gastos para a obtenção da entrada e da manutenção da fonte.

Por fim a Teoria Legalista concentra sua tese na própria lei, ou seja, renda será o que a lei estabelecer, observando os objetivos econômicos e sociais da legislação tributária. Segundo Lenke [13] esta teoria se subdivide em sentido estrito e em sentido amplo. Dando continuidade a teoria legalista, em sentido estrito oferece-se a autonomia da ordem jurídica para determinar o que é renda, em que a legislação ordinária deve estar atenta aos preceitos constitucionais.

Em contrapartida, no sentido amplo exprime que a lei ordinária pode livremente determinar o que venha a indicar o que é renda para o efeito da incidência do imposto sobre a renda. Estas teorias se observadas na atualidade resumem-se na verdade, em teoria renda-produto (refere-se à utilidade econômica do bem dentro de um período) e teoria da renda acréscimo patrimonial (tem influência da prática contábil na determinação do lucro).

Mosquera [14], por meio do exame da palavra “renda” e da palavra “proventos de qualquer natureza”, no qual aparecem na Constituição Federal por vinte e duas e vinte e quatro vezes, respectivamente, finaliza que o conceito constitucional de renda e proventos de qualquer natureza é “acréscimo patrimonial” apurado em um determinado lapso de tempo, nesta generalidade dever-se-á considerar as entradas (ingressos) e as saídas, apurando o saldo seja ele positivo ou negativo, enfim no acréscimo patrimonial líquido.

Queiroz, L. [15] parte da premissa que a Constituição Federal é rígida no tocante às competências tributárias e suas repartições entre os entes políticos, e da declaração efetiva que a Constituição possui conceito de limites máximos no que cabe a repartição da competência tributária no qual não se confundem “rendas” de “proventos de qualquer natureza”.

O autor ainda completa que é necessário interpretar a Constituição Federal observando os princípios constitucionais imprescindíveis para o conceito do objeto, cita-os, princípio da igualdade, da universalidade, da capacidade contributiva, do mínimo existencial e da vedação da utilização de tributo com efeito de confisco. Como a ausência de consenso na doutrina é visível e presente na conjuntura de renda, revela-se a renda como fonte de tributos, sendo esta a medida ideal para a capacidade contributiva.

Neste estudo, entende-se ser necessária a periodicidade em decorrência de ser um acréscimo patrimonial naquilo que já era pré-existente, enfim, trata-se de riqueza nova resultante de uma variação patrimonial positiva considerando inclusive os decréscimos. Para Queiroz, M. a definição de renda e proventos mais próxima aos preceitos constitucionais se estabelece da seguinte forma:

> i) Incide sobre as rendas e proventos de qualquer natureza que constituam acréscimos patrimoniais, riquezas novas, para o beneficiário (os excedentes às despesas e custos necessários para auferir os rendimentos e à manutenção da fonte produtora e da sua família), sobre os quais ele haja adquirido e detenha a respectiva posse ou propriedade e estejam à sua livre disposição, econômica ou juridicamente;
> ii) Deve ser dimensionada levando em consideração a periodicidade necessária à sua quantificação, por meio da progressividade, a fim de atender à pessoalidade, de modo a aferir a real capacidade contributiva de quem a lei incumbe o ônus do imposto, no sentido de que aqueles que tenham mais contribuam mais; cuja incidência deverá ser de forma igual, universal e genérica para todos; e que a tributação tributária respeite o mínimo vital necessário à sobrevivência e à

> dignidade humana e não produza o efeito de exaurir ou resultar no esgotamento de respectiva fonte em prestígio ao não-confisco, à legalidade, à isonomia e à segurança jurídica. [16]

O presente estudo coaduna com o pensar de Queiroz, M. [17] para esta linha conceitual, em razão de se verificar, a concretização da Constituição Federal em dar limites ao legislador infraconstitucional, vedando qualquer alegação que venha ultrapassar os princípios limitativos constitucionais, já mencionados e os decréscimos que devem ser considerados mediante as entradas.

3 RECEPÇÃO RESTRITIVA DA LEGALIDADE E AOS PRINCÍPIOS CORRELATOS

O princípio da estrita legalidade tributária está tipificado no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal que reproduz o princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso II, do mesmo diploma, este por sua vez visa garantir os direitos e deveres do indivíduo no âmbito individual e coletivo, pois a legalidade é um princípio fundamental do Estado de Direito.

Segundo Carrazza [18] o princípio da legalidade foi reforçado na esfera tributária pelo princípio da estrita legalidade, previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, vedando à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; e de acordo com o inciso do dispositivo tem-se “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça” [19].

Observa Carrazza [20] que os tributos para serem criados ou aumentados necessitam de lei ordinária exceto quanto aos empréstimos compulsórios, aos impostos residuais da União e às contribuições sociais elencadas no artigo 195, § 4º, da Constituição Federal, estas para terem validade dependem de lei complementar.

Precisamente o princípio da estrita legalidade traz a garantia ao contribuinte do direito no campo tributário de não tolerar nada além do que a lei estabelecer, no mesmo sentido esse mesmo autor [21] diz que somente a lei cabe definir os tipos tributários e ainda de forma minuciosa, ou seja, para ocorrer à instituição do tributo é necessário que a lei traga em seu bojo todos os elementos e supostos da norma jurídica tributária, quais sejam, as *hipóteses de incidência*, os *sujeitos* (ativo e passivo), as *bases de cálculo* e as *alíquotas*, enfim, estabelece-se esta norma.

O princípio da legalidade exige que tanto ao criar ou majorar o tributo há

necessidade da existência de lei prevendo a hipótese de incidência, base de cálculo, alíquota e sujeitos. A lei que institui ou majora o tributo deve ser constitucional. Se analisar os rendimentos tributáveis que a legislação brasileira entende ser, vê-se que algumas receitas não são revestidas de renda ou de provento tributável segundo a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional.

Desta forma, o princípio da legalidade não está protegido da maneira que deveria estar, esta situação de acordo com Leonetti [22] fere a atuação do imposto como um instrumento de justiça social. Em consonância ao autor, expõem-se abaixo algumas receitas que não se revestem de natureza de renda ou provento tributável:

a) **Férias e licenças-prêmio transformadas em pecúnia, não gozadas em razão de serviço** – artigo 43, incisos II e III, da RIR/1999:

> Art. 43. São tributáveis os rendimentos provenientes do trabalho assalariado, as remunerações por trabalho prestado no exercício de empregos, cargos e funções, e quaisquer proventos ou vantagens percebidos, tais como (Lei nº 4.506, de 1964, art. 16, Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 4º, Lei nº 8.383, de 1991, art. 74, e Lei nº 9.317, de 1996, art. 25, e Medida Provisória nº 1.769-55, de 11 de março de 1999, arts. 1º e 2º):
> [...]
> II - férias, inclusive as pagas em dobro, transformadas em pecúnia ou indenizadas, acrescidas dos respectivos abonos;
> III - licença especial ou licença-prêmio, inclusive quando convertida em pecúnia; [23]

Inicialmente entende ser remuneratória por trazer benefício advindo do trabalho, porém cabe observância quando o não gozo é alheio à vontade do trabalhador, ocorrendo em virtude da necessidade do próprio serviço, tornando assim, uma obrigação para o trabalhador.

Neste caso é notório que o caráter é **indenizatório**, inclusive esta natureza foi recepcionada pela jurisprudência através das Súmulas n. 125 – "O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço não está sujeito à incidência do Imposto de Renda" e n. 136 – "O pagamento de licença-prêmio não gozada por necessidade do serviço não está sujeito ao imposto de renda" do Superior Tribunal de Justiça (STJ) [24].

b) **Verbas, dotações ou auxílios, para representações ou custeio de despesas necessárias para o exercício de cargo, função ou emprego** – artigo 43, inciso X, da RIR/1999: a natureza **indenizatória** é clara quanto ao seu fim, em função do emprego, do cargo ou da função.

Contudo a legislação brasileira não explicita limite para a tributação, diferenciando apenas o valor recebido pelo contribuinte do valor despendido para o exercício profissional, afirma-se que é dever obrigatório excluir dos rendimentos tributáveis as despesas imprescindíveis ao resultado da renda ou proventos, sendo este um entendimento dominante nas Ciências Econômicas e no Direito.

Nota-se que existe tratamento diferenciado aos contribuintes que se enquadram em "não-assalariados", pois para estes são permitidas as deduções de despesas necessárias referente ao custeio da atividade, uma vez que forem devidamente registradas em Livro Caixa, conforme disposto no regulamento, artigo 75, inciso III, da RIR/1999. Os "assalariados" também possuem despesas que acabam por custear o resultado final de sua renda, então, fica evidente o tratamento diferenciado entre estes contribuintes.

c) **Atualização monetária, juros de mora e quaisquer outras indenizações pelo atraso no pagamento dos rendimentos do trabalho assalariado** –artigo 43, § 3º e 72, da RIR/1999: não configuram acréscimo patrimonial, seu caráter é **indenizatório**, pois o objetivo é ressarcir os prejuízos por não ter percebido no período correto.

d) **10% do valor venal do imóvel objeto de cessão de uso gratuita, exceto se para o cônjuge ou parente do primeiro grau** – artigo 49, § 1º, com concordância do artigo 39, inciso IX, da RIR/1999: é descabido esta tributação, uma vez que a cessão foi a título gratuito, desta forma, inexiste rendimento para se tributar. Para Leonetti [25] e Machado [26] "[...] a intenção do legislador foi a de desestimular a locação travestida de cessão gratuita, com o que acabou por ferir o bom senso e a Constituição [...]".

e) **Atualização monetária, juros de mora, multas e outras compensações pelo atraso no pagamento de alugueres** – artigo 49, § 2º, da RIR/1999: neste caso, estamos diante de natureza **ressarcitória**, que busca em razão de recebimento atrasado de alugueres repor perdas sofridas pelo contribuinte-locador.

f) **Os juros compensatórios e moratórios de qualquer natureza e quaisquer outras indenizações por atraso de pagamento de rendimentos tributáveis** – artigo 55, inciso XIV, da RIR/1999: possuem caráter **indenizatório**, buscam o ressarcimento oriundo de prejuízos pertinentes aos atrasos do pagamento, não havendo acréscimo patrimonial.

g) **Heranças, legados, doações em adiantamento de legítima e dissolução da sociedade conjugal** – artigo 119, da RIR/1999: quando a transferência do bem ou direito para o herdeiro, legatário, donatário ou ex-cônjuge ocorrer pelo preço de

mercado, a legislação estabelece que incidirá imposto sobre a diferença entre o valor declarado na declaração anual de imposto de renda da pessoa física e o valor apurado no mercado.

h) **Indenizações decorrentes de desapropriações, exceto se para fins de reforma agrária** – artigo 120, inciso I, e 123, § 4º, da RIR/1999: também se relacionam a natureza **indenizatória**, visa apenas trazer o patrimônio ao *status quo ante*. Em virtude do artigo 184, § 5º, da Constituição Federal, a legislação retira do campo de incidência do imposto sobre a renda somente as verbas pagas em detrimento da desapropriação com fim de reforma agrária.

Vale dizer que o imposto sobre a renda das pessoas físicas já teve problemas no passado com os princípios da **anterioridade** e da **irretroatividade** em razão de regência de tributo, onde boa parte da doutrina e da jurisprudência dominante entendia que a lei a ser aplicável era aquela vigente no ano em que o contribuinte deveria apresentar a declaração de rendimento.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) formalizou o entendimento por meio da Súmula n. 584: "Ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente **no exercício financeiro** em que deve ser apresentada a declaração" [27]. Esta súmula violava o **princípio da anterioridade**, entretanto não mais é utilizada.

Quanto ao **princípio da irretroatividade** o tratamento não era diferente, pois o problema voltava-se na determinação da ocorrência da hipótese de incidência, sabe-se que o imposto sobre a renda é periódico, sendo assim, decorre de diversos fatos que se formam no decorrer do mês ou do ano, assim, é justo que a aplicação da legislação deva ser àquela que sua vigência iniciou antes do ano-calendário que o contribuinte percebeu seus rendimentos.

Critica Leonetti [28] que no passado a doutrina sustentou tese diversa amparada no artigo 105, do Código Tributário Nacional; sendo que neste dispositivo: "A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e **aos pendentes**, assim entendidos aqueles cuja **ocorrência tenha tido início, mas não esteja completa** nos termos do Art. 116" [29]. Este dispositivo nunca chegou a retroagir a lei tributária.

Quanto ao caráter do imposto de renda, entende-se ser pessoal, assim deve atender o princípio da pessoalidade previsto no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, onde os impostos sempre que possível, serão graduando conforme a capacidade

contributiva do contribuinte, ou seja, sobre as características pessoais do indivíduo.

4 O PERFIL DA PROGRESSIVIDADE NO IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA

A tributação do imposto de renda da pessoa física será exercida sobre todos que vierem a auferir renda ou proventos de qualquer natureza, devendo obedecer a certa progressividade.

Quando a Constituição Federal determina que a tributação do imposto sobre a renda deve ser progressiva, está expressamente dizendo que na medida em que a renda do contribuinte aumenta maior deverá ser a alíquota incidente do imposto, consoante previsão do artigo 153, § 2º, inciso I, da Constituição brasileira. Coelho [30] aduz neste sentido: "A progressividade é instrumento técnico e também princípio, na dicção constitucional, que conduz à elevação das alíquotas à medida que cresce o montante tributável, indicativo da capacidade econômica do contribuinte".

A bandeira defendida pelo princípio da progressividade está voltada **para quanto maior a renda, maior será a alíquota do imposto**, não significando prejuízo aos direitos fundamentais, contrariamente a isso, acaba por aludir o princípio da igualdade, com intuito de justificar as desigualdades econômicas existentes.

O princípio da progressividade decorre do princípio da igualdade, sendo que, esta igualdade no tocante a área tributária se expressa de forma diferente, ou seja, esta igualdade não deve ser vista de forma absoluta, mas ser visualizada de modo a tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. O tratamento desigual é para àqueles considerados hipossuficientes financeiramente, levando assim, a uma igualdade real.

Quanto menor a renda do indivíduo menor deve ser a sua obrigação tributária, afinal todas as pessoas que auferem renda acima da base de isenção entram no rol da obrigação tributária do imposto sobre a renda, devendo contribuir aos cofres públicos em prol da coletividade, entretanto nem todos possuem a mesma disponibilidade econômica, assim devem merecer tratamento diferenciado.

Voltando a questão da progressividade, encontra-se no histórico do imposto sobre a renda na Receita Federativa do Brasil a quantidade de alíquotas existentes antes da simplificação do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF):

> A tabela progressiva que no exercício de 1989, ano-base de 1988,

> comportava nove classes e alíquotas variáveis de 10% a 45% passou no ano seguinte para **três classes**, inclusive a de **isenção**, e duas alíquotas: **10%** e **25%**. [31]

As alíquotas variavam conforme o montante da renda líquida. As diversas alíquotas existentes foram substituídas com a Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que posteriormente foi alterada pela Lei n. 9.250, de 26 de dezembro de 1995, ficando apenas duas quanto à aplicação: 15 e 25%. Além disso, houve outras alterações no regramento do imposto de renda das pessoas físicas trazidas por esta lei, em que as alterações ocorreram na intenção de simplificar o imposto de renda da pessoa física.

Outrossim, as alterações contrariaram o disposto no artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal, retirando do imposto o seu caráter pessoal, bem como a sua progressividade, contradizendo igualmente o seu artigo 153, parágrafo 2º, inciso I, mas, ressalta-se que há doutrinadores que assim não entendem, como Zilveti e Tipke e Yamashita [32], onde consideram a questão da progressividade na tributação da renda uma forma de política social tributária.

Quando se observam as alíquotas adotadas pelo Brasil para o imposto de renda das pessoas físicas desde 1978, destacada Queiroz, M. [33], em sua obra atualizada até o dia 30 de agosto de 2009, através do quadro demonstrativo abaixo se verá impreterivelmente sua variação:

Período de vigência	**Quantidade de classes de renda (faixas)**	**Alíquotas (%)**
1979 a 1982	12	0 a 55
1983 a 1985	13	0 a 60
1986 a 1987	11	0 a 50
1988	9	0 a 45
1989 a 1991	2	10 e 25
1992	2	15 e 25
1995	3	15 a 35
1996 a 1997	2	15 e 25
1998 a 2008	2	15 e 27,5
2009 a ____	4	7,5 a 27,5

Quadro 1 - Demonstrativo da progressividade do imposto sobre a renda, pessoa física, das alíquotas vigentes no Brasil.

Obs.: Atualizado conforme dados da RFB.

Fonte: Queiroz, M. (2004, p. 41).

A progressividade andou bem até 1988, depois foi reduzida para apenas duas alíquotas, essa mudança ocorreu logo após a Constituição de 1988, sendo que esta havia

estabelecido expressamente a progressividade. Este princípio vai de encontro ao da capacidade contributiva que acaba mensurando a igualdade ou desigualdade na relação tributária entre o fisco e o contribuinte. Atualmente há as alíquotas de 7,5, 15, 22,5 e 27,5%.

É tão certo dizer que a progressividade brasileira da renda não atendia o preceito constitucional do imposto progressivo, que o imposto de renda da pessoa física, ano-base 2009, exercício 2010 agregou mais duas alíquotas de incidência.

A tabela de incidência fora corrigida em cerca de 4,5%, esta correção está prevista na Lei n. 11.482, de 31 de maio de 2007, alterada pelo artigo 15, da Medida Provisória n. 451, de 15 de dezembro de 2008, com a inclusão de duas novas alíquotas (7,5 e 22,5%), ainda ínfima, lembrando que a tabela ora especificada ficara seis anos sem correção. [34]

A inflação oficial pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), em 2007, foi de 4,46% e em 2008 foi de 5,9%, os economistas acreditam que a defasagem do imposto sobre a renda ainda está por volta de 30%. [35] A idéia de progressividade da renda é trazer benefícios para todas as classes de renda, entretanto as quatro alíquotas de incidência ainda trás uma progressividade tímida uma vez que não existem apenas quatro grupos de classes de renda no Brasil.

A simplificação do imposto de renda da pessoa física facilita a vida dos contribuintes, mas compromete o caráter pessoal e a capacidade contributiva, deixando assim de aferir o imposto real daquele contribuinte em específico. Cumpre salientar que, se faz necessário que sejam criadas novas alíquotas, todavia, para que se efetive uma maior progressividade (aumento de alíquotas) o Estado deve corresponder com retorno de melhorias, na qualidade de da prestação de serviços e da assistência prestada à sociedade.

Na doutrina hodierna não fora evidenciado até o presente a quantificação correta de alíquotas para o atendimento do princípio, ou seja, não há de fato um consenso entre os doutrinadores a respeito da quantidade de alíquotas que deveria existir para atender a progressividade, entretanto Queiroz, M. preleciona que:

> Como parâmetro, poderia ser tomada a progressividade que existia antes do ano de 1988 (eram 9 faixas de alíquotas, que iam de 0% a 45%). Ressalta-se que tal princípio foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 e, no ano seguinte, 1989, a lei ordinária reduziu a progressividade a somente duas alíquotas (15% e 25%, posteriormente aumentada para 27,5%). [...] **não há como reconhecer o caráter de**

> **progressividade, imprescindível para dar efetividade aos princípios dos quais é corolário**. [36]

Atender a progressividade da pessoa física, também se faz necessário, considerar as despesas oriundas a efetivação da manutenção da produção dos rendimentos. Essa mesma autora [37] defende que a ausência de estrutura de fiscalização da máquina arrecadadora do Estado não deve servir de justificativa para a não utilização das despesas de produção.

O Estado não deve apegar-se apenas a questão da diminuição da sonegação, caso contrário, manter-se-á as distorções na incidência do imposto sobre a renda da pessoa física, assim, a atual estrutura não deveria ser defendida e nem mantida, mas reestruturada, de tal forma que os bons contribuintes, em especial os assalariados não fossem mais lesados.

O que se nota no Brasil é que a primeira opção do Estado está sempre no aumento da carga tributária não havendo nenhuma preocupação em reduzir custos trazendo um equilíbrio entre despesa e receita, em conseqüência desta política vê-se uma cobrança de tributos cada vez mais onerosa afetando diretamente àqueles com menor capacidade financeira haja vista que, as alíquotas existentes não atendem o verdadeiro sentido da progressividade.

5 A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Tanto o princípio da capacidade contributiva quanto o da progressividade influenciam no imposto de renda da pessoa física, desta forma, devem ser bem interpretados para que não haja falsa direção, afinal são os princípios os norteadores de solução dos problemas jurídicos.

O princípio da capacidade contributiva está previsto no texto constitucional disposto no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal vigente, *in verbis*:

> Sempre que possível, os impostos terão **caráter pessoal** e **serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte**, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. [38]

Para Derzi [39] o artigo 145, § 1°, da Constituição trás expressamente o

princípio da capacidade econômica, na qual a autora destaca que há mais de dois séculos o alemão Von Iusti já o preconizava e Adam Smith o difundia. Completa ainda que, o princípio da igualdade e da vedação do confisco são inafastáveis da capacidade econômica, sendo normas imodificáveis através de emenda constitucional, dotadas de eficácia plena e imediata.

Em concordância, no Capítulo I dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, tem-se o disposto no § 1° do artigo 5° da Constituição, in *verbis:* "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". [40]

É importante registrar que o princípio da igualdade em matéria tributária, quando invocado, confere tratamento conforme o artigo 150, inciso II, da Constituição Federal, significando dizer que, o tratamento igual deve ser dado para àqueles equivalentes, e tão certo dizer que, aos desiguais deve haver um tratamento desigual, com isso as desigualdades diminuem e o tratamento está sendo igualitário.

Quando se observa o sistema constitucional, vê-se que o imposto de renda está plenamente condicionado aos princípios da igualdade, da pessoalidade e da capacidade contributiva. Estes três princípios estão influindo profundamente no imposto sobre a renda da pessoa física, pois o princípio da igualdade norteia o legislador quanto à pessoalidade do imposto e ao mesmo tempo invoca a questão da sua graduação que por sua vez deve estar condicionada a capacidade contributiva do contribuinte.

Baseando-se no princípio da universalidade cabe ao imposto sobre a renda incidir sobre todas as rendas auferidas pelos contribuintes no período–base, com o devido respeito ao princípio da capacidade contributiva, excetuando-se os casos de isenção, pois devem ser justificados em detrimento dos próprios princípios constitucionais, haja vista que a universalidade é um princípio geral.

Justamente o princípio da progressividade é que determina a existência das alíquotas para o imposto sobre a renda, onde a mesma se destacará em função da faixa de renda que o contribuinte encontra-se. De tal modo, o valor a pagar de imposto sobre a renda terá uma variabilidade não apenas em razão da base de cálculo, mas igualmente com a variação da alíquota, tem-se presente o critério quantitativo da Regra Matriz da incidência tributária.

Como já afirmado as alíquotas existentes para a incidência do imposto não conseguem atender à progressividade, à pessoalidade e à finalidade de fazer incidir uma maior carga tributária perante àqueles que percebem mais, diante disto, o princípio da capacidade contributiva é afrontado, tendo em vista que aqueles que possuem mais se

enquadram na mesma alíquota daqueles que se encontram com rendimentos medianos, contudo superiores a R$ 3.582,00 [41].

Alguns doutrinadores entendem que estas alíquotas não ferem o princípio da progressividade, como Zilveti [42] e Tipke e Yamashita [43] já referenciando anteriormente, conseqüentemente da capacidade contributiva, bem como os demais, dizendo que, o montante assumido por um é diferentemente de outro proporcionalmente, e que na cadeia da parcela a deduzir existem diversas alíquotas implicitamente embutidas, conhecidas como alíquotas efetivas.

Destarte, há outros doutrinadores que assim não entendem como Machado [44], Carrazza [45], Queiroz, M. [46], dentre outros. Para Queiroz, M. [47],por exemplo, existe uma quebra dos princípios constitucionais, no que concerne a legalidade, a igualdade, a progressividade, a universalidade, a generalidade e a pessoalidade, dificultando a verdadeira aferição da capacidade contributiva da pessoa física.

Prosseguindo, a autora assenta que, ao analisar o Imposto de Renda na Fonte (IRRF), pode-se partir de duas situações, a primeira, do trabalhador que aufere os rendimentos, está-se diante de um empréstimo compulsório, na segunda, a fonte pagadora, que possui o dever de retenção, tem-se de fato uma obrigação acessória ou simplesmente um dever instrumental, mesmo porque, a não realização da retenção ocasiona sansão.

A incidência do imposto sobre a renda implica inclusive na violação da própria isonomia, principalmente quando atinge o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, enfim, a própria segurança jurídica.

Para os positivistas a segurança jurídica é um ideal inatingível, abordando um conceito “relativo e de gradação”. [48] Ao ver dos positivistas, neste contexto, Adeodato enfatiza que, “[...] a perspectiva positivista implica necessariamente uma postura antiética sobre a dignidade da pessoa humana, ou mesmo o abandono definitivo dessa idéia [...]”. [49]

Acertadamente, Machado entende que “A segurança jurídica é um dos valores fundamentais da humanidade, que ao Direito cabe preservar. Ao lado da justiça, tem sido referida como os únicos elementos que, no Direito, escapam à relatividade no tempo e no espaço”. [50]

Falar em mínimo existencial e na dignidade da pessoa humana é um tanto subjetivo, mas o direito em si é também subjetivo, inclusive na questão da justiça, que é

uma grande propulsora da ciência do direito. Ao tratar de direitos e garantias fundamentais faz sentido imperar a dignidade da pessoa humana, devidamente prevista no texto constitucional, artigo 1°, inciso III, que acaba por exprimir, inclusive, a fruição do mínimo existencial.

Sarlet em síntese desenvolveu o seguinte entendimento sobre a dignidade da pessoa humana:

> ‘Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos’. [51]

Na repercussão da área tributária o princípio da dignidade da pessoa humana relaciona-se ao mínimo existencial, pode-se referir a percepção da renda, dos bens de consumo, do patrimônio necessário para se alcançar uma vida digna, respeitando a regra de imunidade tributária para àqueles que percebem somente o indispensável para sua sobrevivência.

Por esta razão há previsão de isenção, que retira o contribuinte do campo da incidência do imposto sobre a renda da pessoa física. No ano-base 2009, a base de cálculo que isenta o contribuinte soma-se o montante mensal de R$ 1.434,59 [52]. Entende-se que, a base de cálculo de isenção não é satisfatória, mesmo porque, a falta de correção da tabela da incidência do imposto de renda não supriu a defasagem sofrida por anos sem a correção devida.

Sendo nesta ocasião, indispensável considerar que, a cada ano mais e mais pessoas físicas passam da categoria de isentos para contribuintes do imposto sobre a renda sem ao menos agregar riqueza nova ou simplesmente melhorar sua capacidade econômica, razões estas, que levam a crer, que a correção por ora, continua sendo insuficiente e ineficaz quanto à progressividade.

Há violação da isonomia tributária, transgredindo a capacidade contributiva, fato este da não progressividade devida, resultando um maior ônus nos encargos tributários para àqueles com menor capacidade financeira. Outro fator de extrema relevância é a questão da vedação e a limitação da dedução de determinadas despesas,

que impedem de forma grosseira a aferição do *quantum* real dos contribuintes. Por fim, do chamado "acréscimo patrimonial" [53].

Diante do cenário demonstrado, depara-se com o fato que a incidência do imposto de renda da pessoa física não quer e não faz menção sobre as peculiaridades pessoais, sendo assim, o que seria a **Capacidade Contributiva**? Nogueira aduz que:

> O princípio da capacidade contributiva é um conceito econômico e de justiça social, verdadeiro pressuposto a lei tributária. Trata-se de um desdobramento do Princípio da Igualdade, aplicado no âmbito da ordem jurídica tributária, na busca de uma sociedade mais igualitária, menos injusta, impondo uma tributação mais pesada sobre aqueles que têm mais riqueza. [54]

Visto que, a incidência do imposto de renda permeia através de alíquotas fixas previstas em poucas faixas de rendas "presumidas" pelo Estado, se, considerar estas duas premissas: alíquotas fixas e faixas presumidas de rendas, como hipóteses exclusivas de análise de capacidade contributiva e da progressividade, o direito fundamental da igualdade é ferido, afinal não há possibilidade de aferir a real capacidade contributiva do indivíduo neste sistema atual, pode-se até dizer que todos estão sendo tributados de igual modo sem observar as desigualdades.

O princípio da capacidade contributiva é objeto de divergências doutrinárias no tocante a sua compreensão, com duplo sentido: seja objetivo ou subjetivo, no primeiro, entende ser a caracterização da espécie tributária do imposto, e no segundo se refere ao *quantum* que o contribuinte pode suportar levando em conta o critério pessoal de cada um (carga tributária). No que concerne ao assunto, Coêlho discorre:

> A capacidade econômica de pagar tributos [...] é objetiva quando leva em conta a pessoa (capacidade econômica real). É objetiva quando toma em consideração manifestações objetivas da pessoa (ter casa, carro do ano, sítio numa área valorizada etc.). Aí temos "signos presuntivos de capacidade contributiva". Ao nosso sentir, o constituinte elegeu como princípio a capacidade econômica real do contribuinte. [55]

Em observância, ao critério adotado para a análise da capacidade contributiva existente, apura-se: o valor ínfimo apresentado como mínimo isento; as alíquotas fixas insuficientes; e as poucas faixas presumidas de rendas de incidência e articuladas pela Receita Federativa do Brasil. Sob esta ótica, há literalmente afronta não só ao artigo 145, § 1°, mas inclusive ao artigo 3°, inciso I, ao artigo 1°, inciso III, e ao artigo 170,

inciso VII, da Constituição Federal.

Portanto, é importante frisar, que existe a necessidade de instituir leis tributárias que asseguram uma justa tributação do imposto sobre a renda da pessoa física, positivando deste modo uma redução da desigualdade social significativa para a ordem econômica, alavancando inclusive o desenvolvimento e não somente o crescimento da economia no país.

6 A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL DO NÃO-CONFISCO APLICADO AO IMPOSTO DE RENDA

No texto constitucional disposto no artigo 150, inciso IV, tem-se o princípio do não-confisco, este tem a função de limitar e direcionar o legislador para que não institua norma tributária que possa resultar no exaurimento do patrimônio. Carrazza [56] diz que o tributo pode ser confiscatório quando esgota ou pode vir a esgotar a riqueza tributável das pessoas não considerando a capacidade contributiva destes contribuintes.

A preocupação da Constituição foi amparar e proteger os cidadãos dos possíveis excessos do Poder Público. Este princípio trás proteção à propriedade, ao patrimônio, à ordem jurídica, bem como ao Estado de Direito. Carrazza confirma que a lei impede o efeito do confisco e assevera:

> [...] em função dela, **nenhuma pessoa, física** ou jurídica, **pode ser tributada por fatos que estão fora da *regra-matriz constitucional* do tributo** que lhe está sendo exigido, porque isto faz perigar o direito da propriedade.
> Portanto, o **princípio da não-confiscatoriedade** exige do legislador conduta marcada pelo equilíbrio, pela moderação e pela medida na quantificação dos tributos, tudo **tendo em vista um direito tributário justo**. [57]

Assim, o princípio do não-confisco é na verdade uma fiscalização da tributação desmedida a ponto de engolir o bem ou a renda, desrespeitando dentre vários princípios constitucionais o da capacidade contributiva. Em razão da inteligência deste princípio Queiroz, M. ensina que:

> O princípio do não-confisco, no âmbito tributário, veda que o Estado, por meio a imposição de tributos, exproprie bens da propriedade privada, ou exija imposto sobre rendas e bens além da capacidade contributiva das pessoas. O ônus tributário imposto aos cidadãos deverá obedecer a critérios de razoabilidade e não poderá implicar

> reduzir ou esgotar, mesmo que paulatinamente, o próprio patrimônio ou a fonte produtora dos rendimentos. Igualmente, os tributos não podem exceder a capacidade contributiva dos indivíduos, devendo ser estabelecida uma compatibilização entre a carga a ser assumida e a hipótese de incidência da lei. [58]

Destarte, para que haja uma correta incidência do imposto sobre a renda da pessoa física, mister se faz que o total das "rendas" ou "proventos" e das respectivas despesas sejam computadas no seu conjunto, no momento da ocorrência da hipótese de incidência, para que se possa aferir, com maior precisão o *quantum* do "acréscimo patrimonial" e determinar inclusive a inclusão do contribuinte em uma classe da progressividade averiguando sua capacidade contributiva.

Um fator relevante para se apontar, tange ao Estado, que não oferece nem tão pouco garante um salário mínimo necessário para a sobrevivência digna do ser humano. Neste estudo, o Estado mostra que usurpa a cada ano mais e mais os contribuintes que acabam tendo uma menor capacidade contributiva e ainda abarca para a obrigatoriedade do imposto sobre a renda muitos outros considerados isentos anteriormente.

Ressalta-se que, constitui também, um verdadeiro confisco, o que corrompe o próprio cerne do que deve ser a tributação da renda ou provento como acréscimo patrimonial, ao deparar com a vedação da dedução de certas despesas indispensáveis e essenciais à própria existência e manutenção da fonte produtora e à produção dos rendimentos. Para se ter um imposto de renda íntegro à população brasileira basta atender a Constituição Federal, pois a efetividade deste imposto está totalmente norteada na matéria constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro enfoque, apresenta que ao Estado cabe a gestão do exercício público, sendo inquestionável a necessidade do tributo, mesmo porque, através da arrecadação o Estado promove seus fins, sejam os fins da estrutura administrativa ou fins sociais. Este artigo prendeu-se a apenas uma espécie tributária denominada de imposto, mais precisamente estudou-se o imposto sobre a renda da pessoa física.

O Código Tributário Nacional dispõe que a renda é o resultado do trabalho ou do capital, inclusive podendo ser a combinação de ambos, considerando ainda, os proventos de qualquer natureza como os demais acréscimos patrimoniais, respeitados dentro de um lapso temporal.

Por sua vez, a Constituição Federal não trás explicitamente o que seria renda, porém esboça a delimitação do entendimento da renda e dos proventos de qualquer natureza, estes são informados pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, que significa dizer respectivamente, todas as rendas e proventos, quaisquer pessoas e acréscimo patrimonial. Este último também é denominado de riqueza nova.

Os princípios basilares do imposto sobre a renda denotam proteção ao contribuinte diante do legislador e da administração pública. O princípio da estrita legalidade prevê a necessidade de lei para se criar ou majorar tributos, onde a mesma deve abarcar a hipótese de incidência, a base de cálculo, a alíquota e os sujeitos.

O imposto sobre a renda é um imposto de caráter pessoal no qual é graduado conforme a capacidade contributiva do contribuinte. A graduação deve ser vislumbrada através da progressividade que conduz a elevação das alíquotas na medida em que a renda auferida é aumentada, identificando com isso a capacidade contributiva da pessoa física.

A progressividade brasileira ainda não é atendida, sendo esta mínima diante de tantas desigualdades econômicas, assim, não se pode aferir a real capacidade contributiva do contribuinte que já se encontra na hipótese de incidência do imposto sobre a renda. Esta simplificação do imposto por um lado é sedutora, por facilitar a vida de todos, porém compromete o caráter pessoal e consequentemente a capacidade contributiva do indivíduo.

O cenário apresentado da estrutura da incidência do imposto de renda deixa claro que a igualdade em matéria tributária não está sendo aplicada corretamente. Consubstanciado a tudo isso têm um flagrante de larga repercussão negativa na esfera da dignidade da pessoa humana que afeta inclusive o mínimo existencial, uma vez que, a base de cálculo proposta como isenta, pela legislação do imposto sobre a renda, é insatisfatória para a maioria da população brasileira.

A cada ano mais e mais indivíduos se tornam contribuintes diretos do imposto sobre a renda. Não significa dizer que estes concretizaram riqueza nova, e tampouco aumento da capacidade contributiva. O fato está ligado a própria ordem da administração pública que deixou de corrigir por vários anos as bases de cálculos de incidência do imposto sobre a renda.

Recentemente, a tabela de incidência sofrera correção de 4,5%, conforme Lei n. 11.482, de 31 de maio de 2007, alterada pelo artigo 15 da Medida Provisória n. 451,

de 15 de dezembro de 2008, agregando inclusive mais duas alíquotas de incidência (7,5 e 22,5%). Na legislação vigente há quatro alíquotas de incidência.

De uma forma geral, duas conclusões se destacam, a primeira é que o modelo de tributação do imposto de renda aplicado no Brasil não atende aos princípios constitucionais da matéria, no qual o sacrifício do pagamento deste imposto dispensado a todos os contribuintes ainda não funciona como inibidora da desigualdade, ao contrário esta desigualdade presente na população brasileira está aumentando, na medida em que o tratamento igualitário em matéria tributária não vem sendo sopesado.

A segunda conclusão refere-se que a arrecadação do imposto de renda da pessoa física não apresenta uma distribuição da carga tributária adequada entre os contribuintes, haja vista que, a tabela do imposto de renda, possui poucas faixas de incidência de renda, fazendo com que a carga tributária deste imposto não seja progressiva, mas aparentemente regressiva, uma vez que, a capacidade contributiva não está sendo relevantemente considerada.

Por fim, menciona-se a supremacia do não-confisco, devendo a razoabilidade estar presente quando analisada o ônus tributário do contribuinte, para isso poderia considerar que as despesas oriundas e inerentes ao resultado da renda e proventos de qualquer natureza da pessoa física, são necessárias para uma real análise de acréscimo patrimonial.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Tolerância e conceito de dignidade da pessoa humana no positivismo ético*. Mestrado em Direito, Osasco, ano 8, n. 2, p. 213-226. Disponível em <http://www.fieo.br/edifieo/index.php/rmd/article/viewFile/244/314>. Acesso em: 2 set. 2009.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. Decomposição da Inflação, 2008. *Relatório de Inflação*, Brasília, DF, v. 11, n. 1, p. 1-176, mar. 2009a. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/htms/relinf/port/2009/03/ri200903b8p.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2009.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. *Alíquotas do Imposto de Renda Retido na Fonte – a partir do exercício de 2006.* Brasília, DF, 2009b. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/aliquotas/ContribFont.htm>. Acesso em: 30 ago. 2009.

BRASIL. Código Tributário. In: *Vade Mecum Saraiva 2009*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009c.

BRASIL. Constituição (1988). In: *Vade Mecum Saraiva 2009*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009d.

BRASIL. Superior Tribunal de Federal. Súmulas. In: *Vade Mecum Saraiva 2009*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas. In: *Vade Mecum Saraiva 2009*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009f.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. *IN fixa valores de correção da tabela do Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF 2009*. Brasília, DF, 2008. Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/AutomaticoSRFSinot/2008/12/30/2008_12_30_20_07_09_348729398.html>. Acesso em: 30 ago. 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário.* 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos).* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Prefácio. In: LEONETTI, Carlos Araújo. *O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil.* São Paulo: Manole, 2003. p. xi.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. (Professor Gilmar Mendes, v. 2).

LEMKE, Gisele. *Imposto de renda - os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica*. São Paulo: Dialética, 1998.

LEONETTI, Carlos Araújo. *O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil.* São Paulo: Manole, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004a.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004b.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza*: o imposto e o conceito constitucional. São Paulo: Dialética, 1996.

NÓBREGA, Cristóvão Barcelos da. *Oitenta anos do imposto de renda no Brasil – um enfoque da pessoa física*. Brasília, DF: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2004.

Não paginado. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Historico/80AnosIR/Livro/Default.htm>. Acesso em: 30 ago. 2009.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PENHA, José Ribamar. Tributação das pessoas físicas. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Coord.). *Regulamento do imposto de renda*: anotado e comentado – *2006*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 26-414.

QUEIROZ, Luiz César Souza de. *Imposto sobre a renda*: requisitos para uma tributação constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

QUEIROZ, Mary Elbe. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.* Barueri: Manole, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZILVETI, Fernando Aurelio. Progressividade, justiça social e capacidade contributiva. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Coord.). *Revista dialética de direito tributário n. 76*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 27-43.

---

[1] Protagonistas de processos ligados a relações econômicas e sociais. Trata-se de mulheres africanas responsáveis pela sobrevivência econômica de um agregado familiar, concebidas como empreendedoras e que desenvolvem atividades empresariais em ambiente de comércio informal. Marzia Gassi. Lisboa, 2003

[2] “fluxo livre e sem registro de mercadorias que não são submetidas a despacho ou desembaraços em recintos alfandegados” Conceito construído pelo autor em razão do contexto estudado.

[3] US$ 15 milhões de dólares anuais (dados de 2007) é o valor estimado de mercadorias embarcadas nos vôos da TACV sem registro de compra nem de exportação dito pela própria embaixada de Cabo Verde no Brasil. Para as autoridades políticas e para os operadores comerciais, culturais e educacionais de Cabo Verde, o Ceará passou a ser uma referência internacional. Essas autoridades afirmam que essa relação Ceará – Cabo Verde é uma relação atípica, um verdadeiro paradigma de “diplomacia subnacional”, mas de relação externa entre o estado do Ceará e a República de Cabo Verde

[4] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 4-5.

[5] PENHA, José Ribamar. Tributação das pessoas físicas. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Coord.). *Regulamento do imposto de renda*: anotado e comentado – *2006*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 26-414. p. 26. grifo nosso.

[6] BRASIL. Constituição (1988). In: *Vade Mecum Saraiva 2009*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009d. p. 52. grifo nosso

[7] CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 65-68.

[8] CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37.

[9] LEMKE, Gisele. *Imposto de renda - os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 17-18.

[10] Ibidem, p. 21.

[11] GARCÍA BELSUNCE, 1967 apud LEMKE, Gisele. *Imposto de renda - os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 23.

[12] GIANINI, 1974 apud LEMKE, Gisele. *Imposto de renda - os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 23.

[13] Ibidem, p. 30.

[14] MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza*: o imposto e o conceito constitucional. São Paulo: Dialética, 1996. passim.

[15] QUEIROZ, Luiz César Souza de. *Imposto sobre a renda*: requisitos para uma tributação constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2003. passim.

[16] QUEIROZ, Mary Elbe. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.* Barueri: Manole, 2004. p. 88-89.

[17] Ibidem, p. 88-89.

[18] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário.* 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 244.

[19] BRASIL. Constituição (1988). In: *Vade Mecum Saraiva 2009*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009d. p. 52.

[20] CARRAZZA, op. cit., p. 245.

[21] Ibidem, p. 259.

[22] LEONETTI, Carlos Araújo. *O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil.* São Paulo: Manole, 2003. p. 179-183.

[23] PENHA, José Ribamar. Arts. 1 a 145. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Coord.). *Regulamento do imposto de renda*: anotado e comentado – *2006*. São Paulo: MP Editora, 2006. passim.

[24] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas. In: *Vade Mecum Saraiva 2009*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009f. p. 1.795 e 1.796.

[25] LEONETTI, Carlos Araújo. *O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil*. São Paulo: Manole, 2003. p. 181.

[26] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004a. p. 250.

[27] BRASIL. Superior Tribunal de Federal. Súmulas. In: *Vade Mecum Saraiva 2009*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009e. p. 1.784.

[28] LEONETTI, Carlos Araújo. *O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil*. São Paulo: Manole, 2003. p. 47.

[29] BRASIL. Código Tributário. In: *Vade Mecum Saraiva 2009*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009c. p. 724.

[30] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 374.

[31] NÓBREGA, Cristóvão Barcelos da. *Oitenta anos do imposto de renda no Brasil – um enfoque da pessoa física*. Brasília, DF: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2004. Não paginado. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Historico/80AnosIR/Livro/Default.htm>. Acesso em: 30 ago. 2009. grifo nosso.

[32] TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002. passim.

[33] QUEIROZ, Mary Elbe. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. Barueri: Manole, 2004. p. 41.

[34] BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. *IN fixa valores de correção da tabela do Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF 2009*. Brasília, DF, 2008. Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/AutomaticoSRFSinot/2008/12/30/2008_12_30_20_07_09_348729398.html>. Acesso em: 30 ago. 2009.

[35] BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. Decomposição da Inflação, 2008. *Relatório de Inflação*, Brasília, DF, v. 11, n. 1, p. 1-176, mar. 2009a. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/htms/relinf/port/2009/03/ri200903b8p.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2009.

[36] QUEIROZ, Mary Elbe. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. Barueri: Manole, 2004. p. 374. grifo nosso.

[37] Ibidem, p. 376.

[38] BRASIL. Constituição (1988). In: *Vade Mecum Saraiva 2009*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009d. p. 50-51. grifo nosso.

[39] DERZI, Misabel Abreu Machado. Prefácio. In: LEONETTI, Carlos Araújo. *O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil.* São Paulo: Manole, 2003. p. xi.

[40] BRASIL, op. cit., p. 11.

[41] BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. *Alíquotas do Imposto de Renda Retido na Fonte – a partir do exercício de 2006.* Brasília, DF, 2009b. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/aliquotas/ContribFont.htm>. Acesso em: 30 ago. 2009.

[42] ZILVETI, F. A. Progressividade, justiça social e capacidade contributiva. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Coord.). *Revista dialética de direito tributário n. 76.* São Paulo: Dialética, 2002. p. 27-43. passim.

[43] TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002. passim.

[44] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004a. passim.

[45] CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos).* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. passim.

[46] QUEIROZ, Mary Elbe. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.* Barueri: Manole, 2004. p. passim.

[47] Ibidem, p. 417.

[48] DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. (Professor Gilmar Mendes, v. 2). p. 198-199.

[49] ADEODATO, João Maurício. *Tolerância e conceito de dignidade da pessoa humana no positivismo ético*. Mestrado em Direito, Osasco, ano 8, n. 2, p. 213-226. Disponível em <http://www.fieo.br/edifieo/index.php/rmd/article/viewFile/244/314>. Acesso em: 2 set. 2009. p. 222.

[50] MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004b. p. 123.

[51] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60.

[52] BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. *Alíquotas do Imposto de Renda Retido na Fonte – a partir do exercício de 2006.* Brasília, DF, 2009b. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/aliquotas/ContribFont.htm>. Acesso em: 30 ago. 2009.

[53] QUEIROZ, Mary Elbe. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.* Barueri: Manole, 2004. p. 372.

[54] NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 12.

[55] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 82.

[56] CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos).* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 110.

[57] Ibidem, p. 111. grifo nosso.

[58] QUEIROZ, Mary Elbe. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.* Barueri: Manole, 2004. p. 46.

ASCENÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO*

ASSUMPTION OF CONSTITUTIONALIZATION IN BRAZILIAN TAX LAW

Débora Maciel Alevato

RESUMO

O presente trabalho procura identificar, na concepção estatal, os motivos que deram base à atual Constituição e as razões que tornaram tão necessária a função dos princípios constitucionais na organização dos demais direitos infra-constitucionais. Tendo o homem como centro de toda regularização normativa, apresenta justificativa a respeito do Estado e sua função na sociedade, assim como apresenta os instrumentos utilizados para manutenção do mesmo e as formas encontradas para que este Estado preencha e satisfaça as necessidades socio-econômicas presentes na sociedade, tomando para si a responsabilidade de provimento de garantias e cumprimento de deveres previstos em comum acordo aos membros de uma sociedade.

A Constitucionalização do direito em caráter geral retrata a preocupação em tornar dispositivos de caráter fundamental em dogmas seguidos e presentes em toda a demais legislação, e em especial no direito tributário, devido sua funcionalidade dentro da sociedade e a razão que o legitima a favor do Estado, e que de todas as maneiras, deve ter como principal motivação a satisfação das garantias constitucionais a favor da coletividade, e que encontra na tributação, como sua razão de ser, a realização de princípios basilares como a igualdade, a legitimidade, a solidariedade e a legalidade.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO, SOLIDARIEDADE.

ABSTRACT

This present work seeks to identify, under state conception, the reasons that based on the constitution and the reasons become so necessary in light of constitutional principles in the organization of other constitutional rights infrastructure. Taking people as the center of all regulatory settlement, presents the justification for the rule and their role in society, and presents the tools used for maintenance, and ways found for this state to fill and satisfy the needs of socio-economic at present society, taking on the responsibility for provision of guarantees and performance of duties imposed by common agreement the members of a society.

The constitutionalization of the right in general character portrays the concern to make devices of a fundamental dogma in a row and present in all other legislation, particularly in tax law, because its functionality within the company and the reason for the legitimacy of the state, and in every way, must have as its main motivation to meet

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

the constitutional guarantees for the community, and that is taxation, as its reason for being, carrying out basic principles such as equality, legitimacy, legality and solidarity.
KEYWORDS: STATE, CONSTITUTIONALIZATION, SOLIDARITY.

Introdução

Como justificativa de uma evolução lógica do homem, o raciocínio de uma forma de organização em grupo, traduzindo-se em sociedade foi o primeiro passo para a formação do que conhecemos hoje como Estado.

Com o desenvolvimento da estrutura estatal, regras de convivência seriam indispensáveis para estabelecer limitações, o que seria este o próximo passo a ser desenvolvido para possibilitar a reunião de pessoas sob esta estrutura e que ao mesmo tempo respeitasse cada indivíduo separadamente. Com este desenvolvimento, muitas normas foram regularizadas, muitos deveres impostos, porém, faltava ainda aquilo que daria vazão a mais sublime necessidade do homem: a liberdade.

A busca por este princípio fundamental viria a ser o grande motivo da origem de revoluções e inúmeras guerras, entre as principais e de maior repercussão, a Revolução Francesa.

Como conseqüência da Revolução, uma nova página na estrutura política do Brasil se iniciava seguido da Independência do Estado brasileiro e de sua organização como uma democracia, adotando sob forma escrita a declaração dos direitos e de separação dos poderes, titulado tal documento de Constituição.

Durante o período em que o Brasil passou a ser república, contam-se sete textos constitucionais ao todo, cada um deles representando um momento da história da sociedade brasileira, sendo a ultima de 1988, ano em que os princípios constitucionais adquiriram força, após um período de ditadura militar.

Nesta nova constituição, princípios constitucionais revestiram-se de forças antes inexistentes e passaram a servir de base e sustentação para toda a legislação nacional que viria a ser desenvolvida e proposta. Uma nova consciência de uma nova etapa se vislumbrava. Uma nova visão sobre os direitos do homem seria capaz de reiniciar o processo de desenvolvimento do país.

A principal característica desta nova Constituição é a sua abordagem dos princípios e garantias fundamentais, pétreos e supremos, propiciando o que seria chamado de constitucionalização do direito, ou seja, adequando toda a legislação nacional às prescrições advindas destes princípios constitucionais, ao mesmo tempo, unificando todas as normas sob um mesmo prisma, o da Constituição principiológica. Com a constituição definida em seu contexto principal, o Estado tem sua definição traçada.

O Estado como provedor de garantias é também detentor de premissas normativas, garantindo a este a possibilidade de ser interventor, seja no exercício de poderes ou na organização da economia. A identificação do indivíduo com a lei é o principal elo que conduz à eficácia, validade e aceitação legislativa.

Essa identificação é primordial quando nos referimos a tributos, sendo o caráter solidário o único meio de subsistência estatal e sem identificação do contribuinte com o Estado e suas necessidades, ocorre a rejeição a estas normas, dificultando todo o processo de arrecadação de recursos para o erário.

A solidariedade é requisito constitucional e um dos valores básicos do Direito. Solidários são os contribuintes e os beneficiários das prestações estatais, em conjunto[1].

Justificativa Histórica

O direito tem como principal objeto de análise as necessidades naturais do homem como ser individual e único, e também, a propriedade deste homem, que procura impor limites e restrições para protegê-la.

A evolução histórica do homem é capaz de explicar o momento e as razões que transformaram o que antes era propriedade coletiva para o que passou a ser propriedade do Estado. Grupos sociais primitivos tinham como atividade econômica um método comum de manter a subsistência de todo o grupo, assim, organizando-se de forma solidária e indiscricionária todo o trabalho naquilo que, segundo a linguagem marxista, poderia ser chamado de “comunismo primitivo”.

Aquém disto, outras formas de produção foram se desenvolvendo, os meios de produção foram se individualizando, e a propriedade, acompanhando esta evolução, foi mudando sua forma de ser vinculada, passando a ter limitações.

A mudança dos grupos sociais, antes nômades, e agora sedentários, foi fundamental nesta nova forma de organização dos grupos. A posse de determinados espaços de terra utilizados por determinada família passou a ser reconhecida.

Conforme essas áreas eram delimitadas e pequenos grupos eram constituídos, o espaço para a subsistência de outros ficou escassa, sendo necessário aumentar os domínios de terra para áreas ocupadas por outros grupos desconhecidos, dando início assim, às guerras entre povos devido ao aumento da densidade demográfica e o esgotamento de terras férteis para cultivo. Surgia a propriedade privada, acompanhada do nascimento do Estado totalitário, onde chefes militares eram elevados a rei, com natureza divina e poderes absolutos.

A partir deste momento, tudo passou a pertencer ao Estado, personalizado no monarca. O que antes pertencia ao povo era agora propriedade Estatal. Guerras e revoluções aconteceriam muito tempo posteriormente, carregando em sua essência o sonho de não mais depender de um Estado autoritário, e de determinar por si as próprias razões, traduzido em palavras por liberdade.

A liberdade seria a base de todas as batalhas em que de um dos lados estivesse o Estado e do outro o povo, e com ela, a necessidade de reconhecimento de outros direitos e garantias fundamentais à vida.

A transposição do Estado social característico dos sistemas totalitários para o Estado social democrático tem como principal característica o oferecimento de garantia tutelar dos direitos da pessoa humana. Foi uma evolução gradativa, ressaltando aos poucos o valor do indivíduo como sendo a bússola norteante de um novo pensamento.

Tendo sua origem experimental na Revolução Francesa (1789 – 1799), o primeiro Estado jurídico foi formulado pela burguesia, antes classe dominada e depois passando a ser classe dominante, com seus primeiros princípios referentes às liberdades individuais e à participação total e indiscriminada do homem na formação da vontade estatal. A burguesia transformou seus anseios particulares no anseio de toda a sociedade na busca de seus direitos e garantias individuais. O princípio liberal suscitaria um princípio democrático.

Ainda sob as rédeas de uma monarquia estrangeira, os reflexos da Revolução francesa ecoaram com idéias modernas também no Brasil, trazendo ao vocabulário tupiniquim palavras como Constituição, democracia e república. Com impossibilidade de impedimento, deu-se a independência brasileira, porém, com o poder ainda controlado por um monarca.

Uma declaração constitucional de direitos do homem e uma idéia de estrutura de poder descentralizado suscitaram em revoluções federalistas por todo o país, saindo estes vitoriosos, resultando na proclamação da República, em 1889, e o surgimento de um regime democrático garantidor os direitos fundamentais ao homem. A constituição nacional tomava sua forma escrita e rígida, assegurando sua garantia.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, uma nova preocupação sobre os direitos do homem tomou conta do mundo ocidental, reaproximando a idéia de democracia à prioridade de direitos e princípios constitucionais.

No Brasil, essa constitucionalização se deu somente com a Constituição de 1988, quando o desejo de liberdade e garantias pôde ser exteriorizado com a queda do militarismo (1964 – 1985), que será detalhado a seguir.

Com o advento do Golpe Militar no ano de 1964, foi instaurado um regime nacional-populista que consistia na tentativa de instauração de uma reforma agrária, ampliação da sindicalização, redistributivismo econômico da renda nacional, regulamentação de investimentos de capital estrangeiro, crescente estatização, entre outros, tornou-se real ao Brasil a possibilidade de amadurecimento, no âmago da sociedade brasileira, de expectativas sociais e principiológicas, impulsionado pela intervenção militar, que adquiria um caráter de movimento de contenção[2]. A livre empresa proposta pelo golpe ia de encontro à orientação favorável ao estatismo econômico atribuído ao governo deposto. Ao final de vinte e um anos, uma estrutura capitalista e voltada para o mercado externo se firmada ao modelo de estado nacional e indicava novos passos a serem percorridos para o desenvolvimento deste novo ideal.

A política adotada pelos militares foi baseada na estabilidade social com dinamismo econômico, obtendo a "tranqüilidade política" através de repressão social, possibilitando a retomada do desenvolvimento.

Apesar de todo o desenvolvimento trazido com a política dominadora do regime militar, esta foi incapaz de resolver questões de base, no momento em que o desenvolvimento econômico mobilizou socialmente esta "massa" popular, porém, sem jamais organizá-la de fato, educando-a ou capacitando-a para que reivindicasse não somente o pão, mas também a liberdade[3].

E esta era a intenção deste movimento. Fornecer recursos imediatos, de modo a fraquejar qualquer impulso revolucionário que pudesse ameaçar o domínio político exercido sobre o estado de exceção que fora formado. Com o rompimento do ciclo militar, o desejo de liberdade e de democracia superaria as restrições impostas, e isso geraria numa reestruturação social, e daria vida à uma nova Constituição, agora priorizando os direitos fundamentais.

Após a queda do militarismo em 1985, e com a nova elaboração de uma Constituição livre e justa, capaz de satisfazer essas novas expectativas sociais, pôde-se atentar a uma nova consciência de direitos. A sociedade caminhava então para a descoberta de uma forma de governo pró-população e garantidora do bem-estar social.

Estado Democrático de Direito

A Constituição de 1988 foi responsável pela promoção do estado brasileiro de um regime anteriormente autoritário e repressor para um regime de Estado democrático de direito[4]. Surge no país um novo "sentimento de identidade constitucional", um ponto de vista universal e pluralista, de respeito a uma legislação justa, que trouxe em seu teor garantias fundamentais, característica esta peculiar de uma real democracia. Pode-se entender como democracia a possibilidade instrumental de meios institucionais de controle do poder político submetido aos seus destinatários, a população. Outra possível definição de democracia seria "a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais".[5]

Até então, o Estado brasileiro tinha para com a legislação um distanciamento fático, onde a norma não fazia parte do cotidiano, sendo a constituição simplesmente um documento político que reflete a sociedade atuante. Após a elaboração e aplicação da Constituição de 1988, essas diretrizes legais passaram a ocupar a realidade, e toda a sociedade passou a ter participação efetiva no andamento de construção da nação como um todo, tomando conhecimento de direitos e garantias antes até mesmo existentes, entretanto, desconhecidas ou ineficazes.

Destaca-se a forma com que os Estados tomam para si algumas responsabilidades fundamentais de assistência, em especial o Estado brasileiro, que inclui na sua abrangência não somente obrigações sociais fundamentais, mas também todas as outras garantias inerentes à sobrevivência e à estabilidade social de um indivíduo pertencente a um meio social. Nestas responsabilidades encontram-se não só garantias fundamentais

como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, mas também tantas outras que são exclusividades desta pátria-mãe, como o amplo direito à saúde, moradia e educação. São garantias importantes, que representam um avanço social, porém representa também maior onerosidade estatal, e comprometimento de eficácia na disponibilidade.

Importante frisar que a democracia tratada na Constituição não é apenas um governo exercido pelo povo, mas também se trata de um governo exercido para o povo, visando promover seu bem-estar.

A constitucionalização prioriza essas garantias em todos os outros ramos do direito, colocando o indivíduo no patamar de todas as obrigações estatais e no centro de todos os benefícios e obrigações.

Constitucionalização do Direito

A Constituição, como sendo o escalão mais elevado da ordem jurídica, é a materialização da forma do direito. Contudo, a mera redução do Direito à formalização legiferante não é suficiente para entender o processo de constitucionalização ocorrente. A constitucionalização do direito identifica-se na vinculação de normas ordinárias às de direito fundamental, ou seja, uma adaptação legislativa das normas gerais às normas constitucionais principiológicas[6]. Assim, a legislação ordinária, por meio de uma reforma legislativa, adapta-se para corresponder aos preceitos fundamentais previstos na constituição. Na concepção de Virgílio Afonso da Silva, a constitucionalização do direitos corresnpode à "irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito".[7]

Com sua definição originada do direito alemão, a constitucionalização do direito tem como principais autores desta teoria Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke, que propõem como formas principais de constitucionalização o meio por Reforma Legislativa, que consiste na adaptação da legislação ordinária às prescrições constitucionais, e a por Irradiação do Direito Constitucional, que é referente à solidificação da submissão dos ramos do direito aos ditames constitucionais, o que se deve ao fato de até pouco tempo atrás era possível encontrar autores que afirmavam ser o ramo do direito privado independente das regras constitucionais.[8]

O Estado Constitucional

"A Constituição é uma proposta de instauração de um desenho social que, naquilo em que não existir, deve ser buscado" [9]. Com esta máxima de Marco Aurélio Greco, veremos que a busca por uma reforma tributária deve ter como máxima importância a estruturação de um modelo de arrecadação que alcance o objetivo de redistribuição de renda e o financiamento dos gastos públicos com um menor custo administrativo possível.

O Estado Constitucional traduz por uma reunião de leis sob um único instrumento, a constituição, que limita poderes e abrange direitos e deveres e que deverá sempre estar no topo de todo ordenamento jurídico.

O Estado é constituído por três elementos principais: o território, a população e o poder concedido por estes. Toda a organização destes elementos se faz por meio de normas válidas, aceitas e respeitadas pela sociedade, que encontra neste sistema uma forma de manter-se em equilíbrio.

A ordem jurídica é caracterizada por normas de diferentes níveis, algumas sendo superiores às outras, dependendo de sua natureza. Podemos citar como norma superior a norma tida como fundamental, que é segundo palavras de Kelsen "o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora[10]".

Como fonte de normas fundamentais de direito positivo temos a constituição, que em sua forma escrita ou consuetudinária representa a base legal de um Estado, instituindo seus costumes como fato produtor de direitos.

A Constituição tem por finalidade e razão resumir os direitos e obrigações assumidos pelo Estado, e que passa a representar os "mesmos desejos" de obrigações e direitos da sociedade. No fim, Estado e sociedade se confundem na busca pelo bem comum e na satisfação dos mesmos interesses.[11]

Kelsen também descreve, em relação ao valor de uma norma, que quando uma determinada conduta humana é desejada ela é correspondente a uma norma boa ou então a uma norma objetivamente válida. Na teoria, poderíamos aplicar este raciocínio às normas tributativas, condenando seu descumprimento ou qualquer ação negativa a elas. Mas o problema tributário não se encontra na legislação, que talvez seja incisiva demais, mas sim em um momento anterior à aceitação destas normas. Está no momento que o indivíduo não reconhece esta conduta, e não se identifica a ela.

A identificação da pessoa com o direito é o principal elo que conduz à eficácia, validade e aceitação da norma jurídica.

As despesas públicas tendem sempre a aumentar sem nunca decrescer, o que impossibilita que a carga tributária seja justa, já que esta nunca diminui. Isto somente poderia ser amenizado caso a aplicação das arrecadações fosse pouco mais coerente. A receita advinda da tributação é, segundo Aliomar Baleeiro, a de maior importância dentre as receitas públicas originárias e derivadas.[12]

Não existe dúvida de que a tributação seja necessária para fim de cobrir os gastos públicos, entretanto, a desmedida cobrança faz com que a utilização desses recursos seja questionada sobre a necessidade e eficiência com que o Estado os emprega. A má utilização de recursos públicos e a não adequação dos gastos às receitas seriam as maiores causas dos atritos entre Estado e contribuinte.

Segundo teoria kelseniana, as normas devem ser sancionatórias, garantindo sua eficácia. No caso específico das normas tributárias, a sanção é imprescindível quando a possibilidade do não cumprimento pareça ao agente um dano sem "conseqüências graves", atingindo, numa visão mais simples, somente aos cofres públicos.

O estudo do direito tributário sempre esteve atrelado à ríspida análise legal e normativa, não cabendo até então aplicação prática de teorias sociais para avaliar a eficácia destas normas, ou qualquer averiguação de eficiência e justiça.

Intervenção do Estado no Domínio Econômico

A premissa de que a propriedade individual seja admitida garante um Estado, mesmo que minimamente, intervencionista. O grau de intervenção pode variar, partindo do simples exercício de poderes gerais e uma legislação garantidora da ordem pública, até uma que assuma completamente a organização e direção da economia do país.[13]

A intervenção do Estado deve ter natureza puramente emergencial, com a precaução de que isto não ameace o curso natural da economia.

Direitos não são gratuitos. O ato de garanti-los constitucionalmente se concretiza somente quando a máquina administrativa encontra-se abastecida, capaz de ser geradora de direitos e garantias, arrecadadora de proventos necessários para fazê-la funcionar. Quanto mais direitos, mais se faz necessária a captação e participação de contribuintes. Contudo, a capacidade contributiva sem sempre é respeitada ou calculada corretamente e justificadamente, conduzindo para que a justiça tributária muitas vezes se encontre equivocada.

Não há lógica racional nos meios utilizados pelo Estado para efetivar sua arrecadação de tributos. A tributação é feita aleatoriamente, mesmo havendo a constitucional garantia de sua especificidade e pessoalidade, objetivando o fim sem maiores preocupações com os meios, gerando desigualdade na incidência tributária por culpa das formas empregadas serem incisivas para uma minoria pagante, enquanto há um relaxamento para outras classes agraciadas com isenções e lacunas legais, surgindo com isso uma negativa identificação do contribuinte.

O Estado possui legitimidade na arrecadação de tributos e isso faz parte de uma democracia calcada na solidariedade e na busca pelo bem comum, cabendo a todo cidadão gerador de riqueza e com capacidade para contribuir que constitua como parte fundamental na construção de um país que procura amenizar as desigualdades sociais objetivas através da distribuição de garantias fundamentais e necessárias àqueles que não possuem condições de buscar suas próprias, mesmo que essa busca ainda permaneça apenas na ideologia e na lei. E a lei é clara ao transcrever que:

Art. 3° Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária. (grifo do autor)[14]

O problema enfrentado pela sociedade brasileira, assim como em outros países também, está no limite desta participação ativa e no alcance destas leis de incidência arrecadatória sobre parcela da população, que enfrenta obstáculos para a própria manutenção, recaindo sobre seus ombros o fardo de sustentar uma nação.

As garantias constitucionais, a partir da Constituição de 1988 tornaram-se direitos de maior notabilidade e aplicabilidade, deixando para a história um período de autoritarismo e desrespeito à pessoa humana com seus plenos direitos e deveres, agora irrefutáveis.

Este novo caminho adotado deu-se no período de uma década, o que se pode considerar uma pequena parcela de tempo, ressaltando tamanha a mudança realizada nos âmbitos legais e também de conscientização social. Da década de 1980 em diante, todo cidadão brasileiro pôde reconhecer-se como sujeito dotado de direitos e obrigações, de garantias e representatividade, num país onde a vontade e a necessidade da maioria prevalecem.

Solidariedade Social na Legislação tributária brasileira

A afirmação de Cláudio Sacchetto de que "a crise do princípio da capacidade contributiva é um epifenômeno da crise do princípio da solidariedade que é sua matriz político-ideológica[15]" já deixa mais claro o próprio significado da palavra utilizada para compará-los. A solidariedade está associada também ao centralismo estatal e ao controle deste de todas as garantias fundamentais, além de outras não tão fundamentais assim, ao menos para a maioria dos países mais desenvolvidos e com melhor infra-estrutura.

A máxima eficácia dos princípios Constitucionais está ligada à medida de sua possibilidade, ressaltando com esse preceito de que a tributação não pode contrariar tal objetivo, bastando que contenha o máximo de valor solidário possível. Somente isto, qualifica a avaliação da constitucionalidade do ordenamento tributário a respeito da solidariedade social.

Os direitos fundamentais exigidos e de obrigação do Estado são diretamente ligados ao dever fundamental de pagar os tributos, condição esta irrefutável para a própria existência de um Estado, fruto da ação humana em sociedade.

Vale lembrar que a simples exploração do patrimônio estatal não é suficiente para custear os gastos com o atendimento de deveres provisionais da população, tornando o pagamento de tributos indispensável, advindo desta a idéia de Estado Fiscal[16], sendo aquele que necessita de tributos.

Para Marco Aurélio Greco, não há princípio predominante entre liberdade e solidariedade, embora ambos pareçam conflitantes sob a ótica capitalista, mas há a necessidade de compô-los unificadamente. Com o desenvolvimento do Estado social, o indivíduo em sociedade contribui para a diminuição das tensões sociais, procurando garantir a todos capacidade de existência, cultural e econômica com o mínimo de dignidade da pessoa garantidos, além de propiciar medidas de segurança, tanto preventivas quanto punitivas, à toda a sociedade.

Não deve fugir de nossa compreensão que a solidariedade possui raízes profundas na sociedade contemporânea, entrelaçada inclusive à religião.

De qualquer forma, verifica-se a constitucionalização latente deste princípio normativo e também religioso, que também se justifica pelo princípio da capacidade contributiva, base do Direito Tributário.

Conclusão

A normatização das regras de convivência traduz a ocorrência da constitucionalização no direito tributário, visando obrigar o sujeito social a compreender os direitos do homem como o centro da própria razão de ser da lei, e que este busque visualizar sua vontade individual com a vontade coletiva. Os direitos dos indivíduos devem conviver harmonicamente com os direitos coletivos, e sua conscientização e respeito é fundamental, ressaltado palavras de Chantal Mouffe:

"Não podemos dizer: aqui termina os meus deveres como cidadão e começa a minha liberdade como indivíduo. Estas duas identidades existem numa tensão permanente, que nunca pode ser conciliada. Mas é precisamente a tensão entre a liberdade e a igualdade que caracteriza a democracia moderna. É a própria vida de um tal regime e qualquer tentativa para impor uma harmonia perfeita, para realizar uma 'verdadeira' democracia, só pode conduzir à sua destruição. É por isso que um projeto de democracia plural e radical reconhece a impossibilidade de uma completa realização da democracia e a conquista final da comunidade política. O seu objetivo é utilizar os recursos simbólicos da tradição democrático-liberal para lutar pelo aprofundamento da revolução democrática, sabendo que se trata de um processo interminável."[17]

Em toda obrigação legal está implícito um respeito a si próprio e a seus próprios direitos, impondo limites necessários à convivência social. A solidariedade é requisito o ser humano perde sua identificação humana e valoriza a matéria em detrimento de seu semelhante. Um Estado tem a função básica de sustentação da sociedade e de amparo às lacunas provocadas pelo próprio homem em razão de sua ambição e detrimento do seu próximo.

O Estado deve suprir as demandas sociais, e se apóia numa legislação tributária para tanto. Nas palavras de Klaus Tipke[18]: "O Estado social não pode, como Estado tributário, subtrair o que, como Estado Social, deve devolver". O Estado, antes de tudo, deve ser democrático e solidário.

Os princípios constitucionais, dentro do direito tributário justificam a própria tributação e explica o que está além da contribuição imposta. A Constitucionalização do direito tributário oferece uma nova visão sobre uma norma repudiada socialmente, tornando mais humana até mesmo a área tida como mais racional da legislação.

[1] TORRES, Ricardo Lobo. Existe um Princípio estrutural da solidariedade? São Paulo: Dialética, 2005, p. 199: “Os direitos sociais, ou direitos de segunda geração como preferem outros, dependem dos vínculos da fraternidade”.

[2] FILHO, Alberto Venâncio. A intervenção do Estado no domínio econômico. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1968.

[3] CARDOSO, Fernando Henrique. O regime político brasileiro. Trabalho apresentado em seminário realizado na Universidade de Yale em 23 de Abril de 1971.

[4] BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. Editora Malheiros, 2007.

[5] MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2000. Pág. 43.

[6] BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Extraído do site JusNavegandi: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547. Em: 12 de outubro de 2008.

[7] SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Pág. 38.

[8] SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Pág. 39.

[9] GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade Social e Tributação. In GRECO, Marco Auréilo; GODOI, Marciano Seabra de. Solidariedade social e tributação. São Paulo, Dialética, 2005, p. 184.

[10] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução: João Baptista Machado. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[11] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução: João Baptista Machado. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[12] BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. 14ª Ed. Rio e Janeiro: Forense, 1995.

[13] FILHO, Alberto Venâncio. A intervenção do Estado no domínio econômico. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1968.

[14]Constituição Federal de 1988. Solidariedade advinda de um ideal de distribuição igualitário de recursos, princípio que legitima o poder de tributar.

[15] SACCHETTO, Cláudio. Solidariedade Social e tributação. In GRECO, Marco Auréilo; GODOI, Marciano Seabra de. Solidariedade social e tributação. São Paulo, Dialética, 2005. Pág. 10.

[16] “Na verdade, a simples existência de um Estado fiscal convoca desde logo uma idéia de justiça". NABAIS, José Casalta Solidariedade Social e tributação. . In GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. Solidariedade social e tributação. São Paulo, Dialética, 2005. Cit. p. 128.

[17] MOUFFE, Chantal. O regresso do Político. Pág. 99.

[18] TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

DA POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO "EX OFFICIO" DA PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS*

ABOUT THE POSSIBILITY OF "X OFFICIO" DECLARATION OF PRESCRIPTION IN FISCAL ADMINISTRATIVE PROCEDUE

Deraldo Dias de Moraes Neto

RESUMO

O presente artigo versa sobre a necessidade de se estabelecer condições organizativas e funcionais para que o Estado se torne plenamente efetivo, notadamente no tocante a possibilidade de declaração ex officio da prescrição em sede administrativa. Bem como da necessidade de flexibilizarmos o princípio da legalidade administrativa, para torná-lo o propulsor de uma maior dinamicidade e controle por parte da autoridade fazendária. Em seguida, tratamos da valoração do interesse público como princípio orientador de onde se origina toda a cadeia dialética que fundamenta o trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: PRESCRIÇÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL; PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE; PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA; LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ; DESBUROCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

ABSTRACT

This article adresses the convenience of establishing organizational and functional conditions for the state to become totally efficient, especially regarding the possibility of ex officio declaration of prescription. To that end, we need to import flexibility to the principle of administrative legality, so as to allow fiscal authorities greater dynamism and control. Finally, we defend the valorization of public interest as the source of the whole dialectic chain fundamental to this paper.

KEYWORDS: PRESCRIPTION IN FISCAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE; REASONABLENESS PRINCIPLE; EFFICIENCY PRINCIPLE; BAD FAITH LITIGATION; DEBUREAUCRATIZATION OF PUBLIC ADMINISTRATION.

INTRODUÇÃO

O texto a seguir, propõe-se a refletir sobre o intrigante problema da possibilidade de declaração *ex officio* da prescrição tributária em processos administrativos fiscais com o objetivo não só de alertar sobre os riscos decorrentes do afastamento dos princípios da

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

razoabilidade na duração dos processos e da conseqüente ineficiência na recuperação dos créditos fiscais; como também, na eventual possibilidade de que, num futuro remoto e distante venhamos a ser condenados por litigância de má-fé, e, ainda, no fato de que existe esperança para a solução desta questão através da desburocratização da Administração Pública.

Por sua vez, a proliferação de artigos doutrinários e de acórdãos jurisprudenciais sobre este tema já justificariam a necessidade de um estudo aprofundado sobre o mesmo, bem como da discussão do seu respectivo resultado no XVIII CONPEDI. Ademais, o momento é extremamente oportuno posto que ainda não teve seu entendimento pacificado, o que possibilita a adoção de uma posição de vanguarda pelos programas de pós graduação em direito que optarem por pesquisar este tema.

O cerne de toda questão consiste no fato de estarmos tratando de um instituto processual que o devedor pode utilizar uma causa extintiva do crédito tributário a ser reconhecida administrativamente pela autoridade fazendária, diante da verificação da ocorrência da prescrição, evitando assim o prosseguimento de uma demanda executiva que, ao final, poderá vir a ser extinta pelo Poder Judiciário.

Por sua vez, vale ressaltar que deveria haver um juízo de ponderação que sobrepesasse os valores garantidos e buscados pelo o Estado com o interesse público, e é nesse sentido que os argumentos apresentados lastreiam a perspectiva de concretização dos princípios constitucionais incidentes na possibilidade aqui deslindada. Daí não podermos nos furtar do exame dessas questões como modo alternativo ao enfrentamento das controvérsias que dizem respeito à prescrição em sede administrativa, à vista das asserções a seguir expostas.

Por fim, em nossa investigação optamos por trilhar um caminho que se inicia no rompimento do dogma da impossibilidade de reconhecimento da prescrição tributária *ex officio,* por falta de lei em sentido estrito para a incorporação da idéia da efetividade dos princípios constitucionais, bem como da necessidade de aperfeiçoamento da Administração Fazendária e da Fazenda Pública no processamento célere e eficiente dos processos administrativos fiscais.

1 – DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA *EX OFFICIO* COMO FORMA DE GARANTIR A EFICIÊNCIA E RAZOABILIDADE DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Faz-se necessário, antes de mais nada, discorrermos sucintamente sobre o instituto da prescrição para, *a posteriori*, aprofundarmos no tema. Tal instituto tem sua relevância, no Direito Público e Privado, como instrumento hábil para impedir a inércia do credor, a fim de que situações indefinidas não se eternizem, em contraposição ao princípio da segurança jurídica. Assim, acentua o tributarista Luciano Amaro, *in fine*: *"É óbvio que*

essa relação não pode eternizar-se, o que leva a reconhecer-se o efeito extintivo da ***inércia do credor durante certo espaço de tempo****."*[1]

Habitualmente, a Fazenda Pública tem entendido que na qualidade de credora, não poderia renunciar à prerrogativa constante do art. 40, § 1º e 4º c/c art. 25 da lei nº 6.830/80, posto que se trata de direito indisponível do ente público, já que se refere a interesses sociais (crédito público) dos quais o agente público funcionaria apenas como gestor e não seu titular. Conforme entendimento de Hely Lopes Meirelles , abaixo transcrito:

No desempenho dos encargos administrativos o agente do Poder Público não tem a liberdade de procurar outro objetivo ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade. Não pode, assim, deixar de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, nem renunciar a qualquer parcela dos poderes e prerrogativas que lhe são conferidos. Isso porque os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim para serem utilizados em benefício da comunidade administrada.

Descumpri-los ou renunciá-los equivalerá a desconsiderar a incumbência que aceitou ao empossar-se no cargo ou função pública. Por outro lado, deixar de exercer e defender os poderes necessários à consecução dos fins sociais que constituem a única razão de ser da autoridade pública de que é investido, importará renunciar os meios indispensáveis para atingir os objetivos da Administração.

Em última análise, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens licitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros. [2]

A noção equivocada de que a Administração pública dependeria de lei em sentido estrito é que levou ao posicionamento doutrinário da impossibilidade absoluta de poder renunciar às prerrogativas que possui para a satisfação do crédito tributário, em face dos interesses da coletividade, a qual necessita da arrecadação dos tributos para satisfação das necessidades públicas. Daí a necessidade de recuperarmos o crédito tributário, mas não a qualquer custo, ou seja, não podemos insistir na idéia de uma Constituição que não possui efetividade em face do caráter programático de suas normas; isto porque, com o desenvolvimento do neoconstitucionalismo ficou evidente a força normativa da Constituição.

Sendo assim, há de se fazer aqui uma análise mais acentuada a esse respeito e colocar, paralelo a isso, o próprio interesse público, em via análoga, mas por meio de outro viés, contemporâneo ao novo Estado de Segurança Fiscal, que tem como parâmetros a análise de questões relativas a custo/benefício, ponderação, razoabilidade, *ex vi* na descrição escorreita de Ricardo Lobo Torres: *"O Estado de Segurança Fiscal se apóia em novos princípios de legitimação: transparência, responsabilidade, custo/benefício e ponderação"*. [3]

Ora, para que tenhamos um Estado responsável, o gestor público terá que ponderar não só sobre os custos-benefícios oriundos da arrecadação fiscal; mas também, na legalidade desta cobrança, sobre pena de vir a ser condenada mais tarde em custas e honorários advocatícios derivados do ajuizamento de execuções fiscais manifestamente inviáveis juridicamente. Tanto isso é verdade que a Administração Fazendária já vem

reconhecendo, quando do controle de legalidade, a decadência do lançamento; e, por que não, admitir, também, a prescrição tributária em sede administrativa?[4]

Na verdade, o receio de vir a ser condenado pelo Tribunal de Contas não pode justificar a adoção de comportamentos irracionais e que levam a prejuízos muito maiores como o descumprimento de um direito fundamental a duração razoável do processo radicados na dignidade da pessoa humana e acobertados pela Constituição, conforme demonstra o texto *in fine:*

Se o próprio Estado limita temporalmente o seu poder de punir, incluído aí o poder administrativo, por meio de uma lei, lei essa que vem a concretizar um princípio fundamental de qualquer Estado de Direito, o da segurança jurídica, impõe-se que tanto as autoridades judiciais como as autoridades administrativas existentes nesse Estado reconheçam a perda de toda e qualquer pretensão punitiva pelo decurso do tempo, ainda que tal reconhecimento não seja expressamente pleiteado pela parte a quem ele mais interesse. Nesse caso, o **interesse público**, por isso mesmo maior, em ver as relações jurídicas estabilizadas deve prevalecer.[5]

Deste modo, tomando como cerne o interesse público, discorremos a seguir acerca das vertentes que remontam a esse aspecto e dispensam fundamentos inquestionáveis a respeito da possibilidade da declaração da prescrição de ofício por parte da autoridade fazendária:

1. 1 – Da prescrição enquanto questão de ordem pública

O interesse social acaba por exigir que tenham soluções definitivas as situações jurídicas que forem contrárias ao direito, e mais, se o credor permanece inerte, sem tomar as devidas providencias para exercitar o seu direito, faz estabelecer-se uma incerteza, uma situação duvidosa a qual a ordem jurídica condena, não tolerando, pois, que permaneça esse estado contrário aos interesses superiores da ordem pública. [6]

“Ora, na prescrição, dando-se o sacrifício do interesse individual do titular do direito, pelo interesse público da harmonia social, que exige a estabilidade do direito tornado incerto, é evidente que sua instiruição obedeceu, direta e principalmente, à utilidade pública e que a norma que a estatuiu é de ordem pública”. [7]

La prescrition est-ellle ordre public? [8]

É claro que a prescrição configura um problema de ordem pública, haja vista que as partes não podem ignorar a sua existência; tanto isso é verdade que as vantagens, dela derivadas, poderiam ser suprimidas por acordo, possibilitando assim, a renúncia depois de sua consumação. Ademais, Ranieri sugere a adoção de orientações eqüitativas com vistas a oferecer uma maior flexibilidade aos efeitos extintivos[9].

A incorporação de uma flexibilidade baseada em critérios objetivos e racionais daria maior segurança para que a autoridade fazendária exercesse-se sua autonomia[10] funcional para declarar de ofício a prescrição tributária. Desta forma, evitaria-se o ajuizamento de ações profícuas, que poderiam ser combatidas em sua origem por um corpo administrativo ágil, impedindo, portanto o abarrotamento de processos inviáveis em sede judicial, afinal: *"a ordem jurídica deve se curvar diante da autonomia, cujo afastamento será legítimo, só por circunstânciadas exceções."* [11]

O tropismo da liberdade ultrapassa os limites de uma economia jurídica tutelar. A liberdade só estará efetivamente reconhecida ao homem, quando se lhe assegurarem poderes ousados e compatíveis com a condição de adulto. E que pressupõe, certo, a prática eventual do erro, mas que lhe permitem, sobretudo, de modo verdadeiramente insubstituível, atingir o patamar de construção do próprio destino. [12]

Contudo, não podemos confundir inércia da Fazenda pública com inércia do Poder Judiciário, posto que, conforme é de conhecimento público, o Estado não tem priorizado o aparelhamento dos Tribunais para que os mesmos possam prestar uma justiça célere, segura e eficiente; mas que não suprima os direitos e garantias fundamentais a exemplo do princípio do contraditório.

1. 2 – Do princípio fundamental a razoabilidade do processo

Desde a Magna Carta de João Sem Terra (1215), quando proclamava que "a ninguém venderemos, negaremos ou protelaremos o Direito ou a Justiça", do mesmo modo, as Constituições brasileiras de 1934 e 1946 também asseguravam o direito ao rápido andamento dos processos nas repartições públicas (art.113, item 35, e 141, § 36, I respectivamente).[13]

Hodiernamente, a razoabilidade do processo está prevista no artigo 5º, inc. LXXVIII da CF, como direito fundamental inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Desta forma, o direito à duração razoável exige prestações positivas seja por parte do legislador, do administrador ou do juiz[14], ao tempo em que *"o direito a duração razoável incide sobre todas as espécies de processos jurisdicionais, e, inclusive, sobre o processo administrativo, como deixa o próprio inciso LXXVIII."* ***[15]***

A razoabilidade do processo, seja ele judicial ou administrativo, significa que o mesmo só deve existir enquanto for necessário e dentro de um prazo satisfatório para que opere seus efeitos de modo eficiente e correspondente aos anseios das partes envolvidas no cotejo. Vide texto abaixo, nesse sentido:

Numa perspectiva, o processo deve garantir às partes oportunidades para alegarem e provarem o necessário à defesa dos seus interesses, materializando, com isso, parte do conteúdo do devido processo legal e, nesta perspectiva, deve ser evitada qualquer aceleração que viole o respeito ao contraditório e a ampla defesa, enquanto noutra

perspectiva o processo não deve prolongar-se além do necessário, sob pena de causar danos às partes e prejudicar a tutela do direito a ser protegido, tornando ineficaz o provimento jurisdicional a ser proferido. ***[16]***

Há de se notar que a proteção das pretensões devem ser admitidas dentro de um juízo muito além do de admissibilidade, o feito, seja ele administrativo ou judicial, deve corresponder as suas perspectivas quando angariados de fundamentos que permitem senão lograr êxito, aproximar-se disso, ou seja, deve haver razões ponderadas para que permitam o ajuizamento de ações, não é qualquer pretensão, senão a amparada juridicamente que poderá ser levada para apreciação pelo judiciário. Vê-se, desse modo, que, muito mais que razoável quanto ao limite temporário, o princípio da razoabilidade vai muito além, abarca o bom senso, o tratamento cordial entre as partes e o afastamento de litígios descabidos que venham a gerar conflitos e dissipar a paz das relações sociais. "*Porém entender que a duração é razoável quando se consome o tempo que em outros casos vem sendo gasto constitui equívoco lógico, pois a prática reiterada do errado não o transforma em certo ou razoável"* [17].

"A legitimidade destes motivos foi acolhida pelo '*Bundesverfassungsgericht'* alemão, que advertiu, no entanto, que, tratando-se de uma ingerência na esfera jurídica da parte, uma derrogação ao princípio geral da audiência prévia somente pode ser admitida quando resultar indispensável para o alcance do escopo do próprio provimento" [18].

Com isso, não estamos a propor uma extinção em massa de processos administrativos fiscais, mas sim a adoção de filtros capazes de evitar uma exposição desarrazoável da Fazenda Pública aos seus devedores, que com certeza irão se aproveitar desta falha administrativa para obter polpudas indenizações, as quais, diga-se de passagem, englobariam não só custas em honorários, como também, em certos casos, danos materiais e morais decorrentes, por exemplo, do abalo de crédito e até do encerramento das suas atividades empresariais.

1.3 – Da relação custo/benefício (diminuição de custos X execução inviável)

Necessário se faz notar que o dever que tem a União e os Estados de exigirem todo e qualquer crédito transcrito pela Lei de Responsabilidade Fiscal, acaba por engessar a atividade da Administração enquanto órgão executivo[19], conquanto exaurem-se seus recursos em cobranças inócuas, sem força exigível ou de valor tão ínfimo que não compensa frente à despesa para sua iniciação e continuidade.

Divididas entre cumprir a exigência legal de efetivar, em caráter universal, a cobrança judicial da dívida ativa e concentrar esforços na cobrança de devedores cujos débitos são altos e os sinais exteriores indiquem capacidade de pagamento, as procuradorias não cumprem nem uma nem outra função com eficiência. [20].

Mister se faz, portanto, a elaboração de um planejamento estratégico que leve em conta os custos de manter um cadastro de dívida ativa com débitos prescritos, para, ao final, focar nos processos cuja relação custo/benefício seja alta. Logo, a Fazenda Pública

deverá organizar-se para que, uma vez inscrito o crédito tributário em dívida ativa, o qual já demandou muito esforço e custo da máquina pública, seja imediatamente executado, nos termos do art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, interrompa-se o prazo prescricional. [21]

Entretanto, além de expressa previsão legal, na qual disciplina que a prescrição extingue o crédito (CTN, art. 156, V) e juntamente a obrigação tributária da qual decorreu (CTN, art. 113, § 1º), na prática, em atenção aos princípios da economicidade e da razoabilidade, de nada adianta o Estado estar com os seus cadastros da dívida ativa abarrotados de inscrições de créditos tributários prescritos sem nada poder fazer, a não ser esperar pacientemente que, por acaso, venham contribuintes de "boa vontade" pagá-los, o que, na verdade, comumente só acontece com aqueles que pouca informação têm e com débitos de baixo valor, ou, ainda, serem os referidos débitos cancelados por meio de esdrúxulas legislações.[18]

Não seria melhor abandonar a prática viciosa das anistias fiscais para criar alternativas jurídicas capazes de desestimular o comportamento contumaz dos maus devedores que se elocupretam do ICMS embutido em suas mercadorias, através da adoção de medidas eficientes como o protesto da certidão da dívida ativa, bem como na aceleração dos processos executivos por meio de mutirões e leilões conjuntos, e ainda, na difusão das medidas cautelares como a penhora on-line, para inibir a sonegação fiscal?

1.5 – A conseqüente celeridade frente aos demais processos, advinda da diminuição de ações profícuas

Vale notar que, mais que um juízo de moralidade, há que se fazer um juízo de eficiência para fundamentar a possibilidade de a Administração Fazendária declarar, *ex officio*, a prescrição de dívida tributária, ao tempo em que esta tem o efeito da decadência (objeção substancial) e prescinde de provocação. [22]

Há, ainda, a sua incumbência de realizar essa cobrança judicial com o máximo de eficiência na arrecadação, ainda que, para isso, determinados créditos tenham de ser priorizados em relação aos demais. É o que preconiza, por exemplo, a Procuradoria da Fazenda Nacional, segundo o qual é preciso buscar um modelo de cobrança com o objetivo de ganhar flexibilidade, agilidade, capacidade de foco, atribuindo responsabilidade aos procuradores.[23]

É evidente que uma diminuição da demanda decorrente da não impetração de ações executórias já prescritas, terá como conseqüência, um afrouxamento nas atividades dos cartórios, sejam elas de cunho administrativo ou jurisdicional, facilitando, por conseguinte, o desempenho dos magistrados e servidores cartorários frente aos demais processos, na medida em que se pouparão do atendimento desnecessário a pretensões não mais persistentes e que não encontram respaldo jurídico a contento.

O juízo só deverá ser demandado quando em ultima *ratio*, e mais, quando a pretensão alegada for suficiente para dar prosseguimento a um processo em sede judicial. Com isso, sobrará mais tempo para que a administração adote medidas salutares e preventivas para a recuperação da dívida ativa, como por exemplo, obrigar os contribuintes a se

recadastrarem semestralmente on-line ou por meio magnético, bem como através de desmaterialização do processo, isto é, da implementação de um processo administrativo-fiscal eletrônico.

1.6 – Impedirá responsabilização eventual e futura do Estado, bem como do Procurador do Estado por litigância de má-fé.

Como é de conhecimento cediço, a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a responsabilidade objetiva do Estado, baseada na teoria risco administrativo, conforme se extrai do seu art. 37, § 6º, *in verbis*:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: *(Redação da EC nº 19/98)*

(...)

6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa." (grifamos)

Nesse sentido, não é remota a possibilidade de aplicação dessa responsabilidade para os casos em que a Fazenda Pública vier a causar dano ao administrado, quando podendo, não declare de ofício a prescrição do crédito tributário, mantendo-se inerte. Isto porque, toda a ação engendrada sem respaldo jurídico, além de gerar transtornos a parte contrária, causa-lhe danos materiais, ao tempo em que gera despesas referentes a despesas, taxas e diligências cartorárias.

Outrossim, como bem adverte o artigo supramencionado, condenado o ente público, poderá exercer esse direito à ação de regresso frente ao agente causador do dano, motivo pelo qual, resta evidente que em um futuro não muito distante, será o procurador da Fazenda o responsável pelo ressarcimento aos cofres públicos dos prejuízos que forem abarcados pelo Estado frente ao particular. Assim vejamos entendimento já emanado, que abre um precedente para pretensões futuras quando geradas sob a mesma base argumentativa:

REsp 904330 / PB/ RECURSO ESPECIAL: 2006/0257838-0

Ministro LUIZ FUX (1122)/DJe 03/11/2008

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 83/STJ. INDENIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais ajuizada em desfavor da União, com fulcro nos artigos 37, § 6º da CF, em face da indevida inscrição do nome do autor na dívida ativa, em cujo bojo restou reconhecida a conduta indevida da Administração Tributária, insindicável nesta Corte (Súmula 07/STJ).

2. O ajuizamento indevido de execução fiscal poderá justificar o pedido de ressarcimento de danos morais, quando ficar provado ter ocorrido abalo moral. Precedentes: REsp 773.470/PR, DJ 02.03.2007; REsp 974.719/SC, DJ 05.11.2007; REsp 1034434/MA, DJ 04.06.2008.

3. É inadmissível o recurso especial manejado pela alínea 'c' do permissivo constitucional quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.(Súmula 83/STJ).

4. Inequívoca a responsabilidade estatal, consoante a legislação infraconstitucional e à luz do art. 37 § 6º da CF/1988, bem como escorreita a imputação dos danos morais, nos termos assentados pela Corte de origem, verbis:"(...) Verificado que contra o autor foi movida ação de execução fiscal para a cobrança do crédito tributário correspondente, em razão da indevida inscrição do seu nome em Dívida ativa, não há como desconsiderar a participação da União no dano causado ao demandante.(...).

6. Recurso especial não conhecido. [24]

Ademais, além da responsabilidade objetiva do Estado acima elencada, há de se fazer menção, ainda, a possibilidade de condenação da autoridade fazendária por litigância de má-fé, afinal já há dispositivos legais suficientes para tanto, independentemente de encontrarem-se acobertados ou não pela Lei de Execuções Fiscais (Lei. 8.630/80). Assim leciona Cândido Rangel Dinamarco[25]:

"[...] o Código de Processo Civil brasileiro, que se mostra particularmente empenhado em cultuar a *ética no processo*, traz normas explícitas quanto aos limites da combatividade permitida e impõe sanções à deslealdade; o dever de manter comportamentos condizentes com os mandamentos éticos está sintetizado na fórmula ampla e genérica *proceder com lealdade e boa-fé*, contida no inc. II de seu art. 14."

Em outros termos ratifica Carreira Alvim[26] também é enfático ao afirmar que todos os deveres do art. 14 estão contidos no dever de lealdade e boa-fé do inciso II daquele artigo:

"Neste sentido, exigem-se das partes e seus procuradores determinados *comportamentos*, elencados nos incisos I a V do art. 14, estando todos eles compreendidos no **inciso II, que impõe às partes *proceder com lealdade e boa*-fé**, pois, assim agindo, devem, em conseqüência, expor os fatos em juízo conforme a verdade (inciso I); não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento (inciso III); não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito (inciso IV); e cumprir com exatidão os

provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final (inciso V)."

E nesse sentido, a Lei n. 10.358/01 acrescentou ao art. 14 do Código de Processo Civil um inciso V e um parágrafo único, que estabelecem:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

(...)

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado."

Do artigo acima esposado, subtende-se que poderá haver a aplicação de multa, "sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis". No presente cotejo, será possível ainda a aplicação das penas reservadas ao "litigante de má-fé", como sanção processual prevista nos arts. 16 a 18 do CPC e, por fim, caberá, ainda, a "responsabilização civil extracontratual", facultada a parte prejudicada, com fulcro art. 186 do CC. Com efeito, diz o artigo 18, do CPC, in verbis: "O litigante de má-fé indenizará à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou".

Outrossim, preceituam, sobre a boa-fé objetiva e subjetiva, os artigos do Novo Código Civil[27]:

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

Assim vejamos o posicionamento recente dos Tribunais Superiores a esse respeito, *in verbis*:

EMB. DECL. NOS EMB. DIV. NOS EMB.DECL. NO AG. REG. NO AI N. 567.171-SE

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

E M E N T A: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - RECURSO MANIFESTAMENTE INFUNDADO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA À PARTE RECORRENTE (CPC, ART. 557, § 2º) - PRÉVIO DEPÓSITO DO VALOR

DA MULTA COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DE NOVOS RECURSOS - VALOR DA MULTA NÃO DEPOSITADO - DEVOLUÇÃO IMEDIATA DOS AUTOS, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO RESPECTIVO ACÓRDÃO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS.

MULTA E ABUSO DO DIREITO DE RECORRER.

- A possibilidade de imposição de multa, quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, encontra fundamento em razões de caráter ético-jurídico, pois, além de privilegiar o postulado da lealdade processual, busca imprimir maior celeridade ao processo de administração da justiça, atribuindo-lhe um coeficiente de maior racionalidade, em ordem a conferir efetividade à resposta jurisdicional do Estado.

A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC, possui inquestionável função inibitória, eis que visa a impedir, nas hipóteses referidas nesse preceito legal, o exercício irresponsável do direito de recorrer, neutralizando, dessa maneira, a atuação processual do "improbus litigator".

O EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

- O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual.

O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé - trate-se de parte pública ou de parte privada - deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo. [28] (grifos nossos)

Nunca é por demais frisar que o nosso objetivo ao discorrer sobre litigância de má-fé não foi o de rogar pragas contra a Administração pública, nem tampouco amedrontar os colegas que militam na área fiscal; até porque, o entendimento majoritário dos tribunais superiores tem resguardado o exercício da advocacia pública no tocante a aplicação da Lei de Execuções Fiscais. Entretanto, os números que nos tem chegado sobre a paralisação de processos aliados à atitudes temerárias de certos magistrados na adoção indiscriminada da prescrição intercorrente *inaudita altera partis* tem sinalizado para uma possibilidade remota de mudança nos paradigmas até então adotados para o afastamento da tese em epígrafe.

2 – A desburocratização da Administração Pública como meio de transcender à dicotomia existente entre governo organizações administrativas

A Administração Pública tem como escopo a concretização dos direitos fundamentais e dos interesses públicos definidos pelo Estado Democrático de Direito, e, para tanto se pode valer de inúmeros mecanismos nessa atuação, visando sempre à eficiência por meio da desburocratização do sistema administrativo que se encontra sob o paradigma burocrático-legal dominante, assim "(...) deve-se admitir a premência de configurações administrativas menos rígidas, mais flexíveis, organizadas em função das atribuições que lhes compete perseguir".[29]

Contudo, não se trata de tarefa fácil, vez que se depara com o obstáculo da dicotomia entre governo e organizações administrativas, fundamentada na disparidade existente entre formulação e execução de políticas públicas.

A Administração é vista sob a forma de um *longa manus* do Poder Executivo, cuja função principal consiste em aplicar leis, ou seja, é vista como um órgão executor frio e que exerce atividades em sentido estrito e intensamente vinculado a lei sem a propositura de valores baseados em discricionariedade, tampouco na ponderação de interesses.

Este "ethos negativo" [30] revela-se de forma bem clara na importância quase exclusiva que confere aos controles dos processos administrativos, sem, contudo, também conferir maior atenção sobre a eficácia e a eficiência das atuações administrativas no que diz respeito a obtenção de resultados concretos e à realização de direitos e valores fundamentais. [31]

Isto tudo se fundamenta numa racionalidade estritamente legal que financia a burocracia pública insistente na aplicação da lei em sentido estrito, pouco se atendo aos princípios constitucionais, em dissonância com os parâmetros de um Estado Democrático de Direito que tem como premissa fundamentadora a concretização dos direitos fundamentais e princípios elencados na Carta Maior.

E aqui cabe uma reflexão: como tornar eficiente o sistema administrativo se este depende da concretização dos direitos fundamentais a serem efetivados por políticas públicas que se encontram no poderio burocrático e insipiente das organizações sociais?

Em resposta a essa indagação, acordamos com o magistério do professor Robertônio Santos Pessoa[32] quando afirma ser premente a instituição de uma organização administrativa profissional da função pública, com a finalidade de concretizar as políticas públicas e consequentemente realizar efetivas melhorias nas condições de vida da população.

Afinal, do contrário, permitir-se-ia uma complacência com uma estrutura político-partidária que abalroa os interesses públicos e os direitos fundamentais. Assim, notadamente, percebe-se que deve haver uma desconstituição desse sistema burocratizado, transposto pelas organizações administrativas, que há muito se encontra distante da responsabilidade social, isso se daria por meio de uma despolitização da administração pública, a fim de conferir maior autonomia decisória e operacional aos entes administrativos frente aos interesses de dos seus destinatários.

Esta autonomia deverá permitir aos agentes públicos integrantes de determinada organização administrativa atuarem com maior independência política e técnica. Esta

duas vertentes da autonomia funcional poderão ser reforçadas com a adoção de instrumentos aptos a conferir a determinadas organizações, em determinados casos, também uma independência financeira e gerencial ampliada. [33]

Ainda que perdure uma concepção anacrônica[34] de que a juridicidade administrativa concebe a lei, e não a Constituição, como centro do ordenamento jurídico, quando torna assente a idéia de legalidade em sentido estrito para o trato das questões que envolvem a Administração pública, todavia, deve-se ater para o fato de que a administração tem de se valer de meios que permitam, acima de tudo, a concretização dos direitos fundamentais, em obediência ao princípio da supremacia da Constituição sobre as leis de qualquer natureza.

É nesse liame, que a legalidade *lato sensu* encontra seu eixo aplicativo equipotente aos anseios de uma vida política, social e administrativa complexa, que sempre incutiu na Administração atribuições muito amplas e variadas, que em nada dizem respeito a meras concretizações de comandos legais, afinal:

(...)a atividade administrativa, em especial por sua estreita vinculação com os órgãos políticos de governo (executivo e legislativo), democraticamente legitimados, e por força de sua incontornável instrumentalidade, sempre gozou de um extenso espaço de conformação e liberdade decisória na realização dos interesses públicos. [35]

Como bem coaduna Garcia Enterría: *"o administrador poderia fazer não apenas aquilo que a lei expressamente autorizasse, senão também aquilo que a lei não proibisse"*. ***[36]*** A superação da legalidade administrativa só ocorrerá com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade. [37]

Vale acrescentar que a finalidade última da Administração encontra-se na realização da idéia material de direito que caracteriza as funções legislativa e judicial e está consubstanciada na concretização da Constituição e, segundo Canotilho, "a reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição" [38], isto é, a realização do bem da pessoa (a dignidade da pessoa humana) e do bem comum (bem de todos). Afinal, "a Constituição vale para o poder estatal todo em todas as suas manifestações" [39]. Nesse aspecto vejamos o que diz o professor Pedro José Jorge Coviello[40] apud Fallos:

Y esa interpretación no puede partir, como lo dijo reiteradamente, de uma visión estática de la Constitución, sino dinâmica, a punto de afirmar que el excesivo apego ao tradicionalismo jurídico há sido catalogado como uno de los más sérios obstáculos al êxito de la promocion de la expansión econômica y de la justicia social.

Isto posto, com base no postulado de Konrad Hesse acerca da força normativa da Constituição, esta se transforma em força motriz quando as tarefas forem efetivamente realizadas, se existirem disposições orientadoras da própria conduta segundo a ordem nela emanada, se a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. [41] Essa idéia provém do chamado neoconstitucionalismo que trouxe os direitos fundamentais para o centro epistemológico da ordem política e jurídica, arraigado no princípio da dignidade da pessoa humana. [42]

Dessa forma, à medida que a Administração se programa a si mesma, acaba tendo que abandonar a neutralidade no trato com as normas e assumir algumas das tarefas do legislador, devendo decidir, por conta própria, problemas de fundamentação e aplicação de normas.[43] Motivo pelo qual, se faz necessária uma juridicidade administrativa, com fundamento na Constituição, como forma de redimensionar a legalidade administrativa, afastando, portanto, a posição de centralidade prevalente. [44]

Resta evidente, pois, que tais questões já não podem mais ser decididas sob o ponto de vista da eficácia e exigem uma abordagem racional: na moderna administração de prestações, a solução dos problemas exige o "escalonamento dos bens coletivos, a escolha entre fins concorrentes e a avaliação normativa de casos particulares"[45]

Y es así que nuestros tribunales encontraron em el principio de razoanabilidad uma forma de controlar y hasta invalidar lãs leyes. Así, por ejemplo, em uma oportunidad sostuvo nuestro Alto Tribunal, haciendo suya la doctrina de procurador Fiscal ante lê Corte que lãs grandes metas de la política del Estado están fijadas em el Preâmbulo de la Constitución. La acción del poder político estatal para lograr esas metas no es revisable judicialmente em cuanto decision política. Pero como ésta, necessariamente, debe intrumentarse mediante normas jurídicas – *ubi socitas ibi ius* - . Y bajo este aspecto, prosseguió el Procurador em su dictamen, cabe la valoración judicial de los médios empleados. Esto, concluyó com su critério el Procurador, no es outra cosa que constatar la validez del instrumento jurídico empleado para la consecución de lo que se considera um bien social em um momento dado; Y esses médio será admissible si no suprime ni hiere substancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional. [46]

Sendo profícuo, desse modo, a existência de processos análogos aos judiciais quanto ao teor decisório, "destinados à legitimação de decisões, eficazes *ex ante*, os quais, julgados de acordo com seu conteúdo normativo, substituem atos da legislação ou da jurisdição."[47]

CONCLUSÃO

1 - Desta forma, subtende-se que a necessidade de declaração de ofício da prescrição tributária em sede administrativa é latente, quando propaga a excelência do interesse público.

2 - Para alcançar esse objetivo, a Administração Pública deverá lançar mão de instrumentos hábeis e flexíveis, que permitam a autoridade fazendária exercer sua autonomia funcional, estabelecendo condições organizativas e funcionais para que o Estado Democrático de Direito torne-se plenamente efetivo.

3 - É necessário revisar os dogmas da legalidade estrita abarcada por uma Administração burocratizada e ineficiente para introduzir os paradigmas do neoconstitucionalismo voltados para a implementação dos princípios da duração

razoável do processo administrativo fiscal e da busca de uma gestão eficiente para a recuperação do crédito público.

4 - Outrossim, na medida em que se ampara o interesse público, propicia-se um ambiente favorável ao exercício de um juízo de ponderação, o qual se tornaria prevalente frente as demais pretensões do Estado, haja vista que é dele que emana os anseios de um Estado Democrático de Direito.

5 - De tudo quanto exposto, não restam dúvidas da possibilidade de declaração de ofício da prescrição tributária pela autoridade fazendária em momento anterior a provocação jurisdicional, em face da natureza de ordem pública da prescrição.

6 – Ademais, com este procedimento assegura-se a duração razoável dos processos; como também, possibilita a ponderação custo/benefício por parte da Administração Pública; e ainda, afasta a possibilidade futura da responsabilidade do Estado e da condenação por litigância de má-fé da autoridade fazendária.

7 – Enfim, a busca da tão sonhada desburocratização da Administração Fazendária levará a uma maior eficiência e celeridade dos seus processos tributários.

Referências

1. AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro.* 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2000.

2. ALVIM, J.E. Carreira. *Alterações do código de processo civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

3. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

4. CANTACUZÈNE, Mathieu. *L avie – lê droit – la liberte.* **Revue trimestrielle de droit civil**, Paris, 1929, t. 28.

5. COVIELLO, Pedro José Jorge. *Los princípios generales del derecho frente a ley y el reglamento em el derecho administrativo argentino*. **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 10, nº 50, p. 138-164. julho/agosto. 2008

6. DANTAS, Santiago. *Programa de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

7. DE PAGE, Henri. *Traite élémentaire de doitr civil belge*. 2. éd. Bruxelles: Bruylant, 1946.

8. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma***.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

9. ENTERRÍA, Eduardo García; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1995, v. 1.

10. COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE. *LOS PRINCÍPIOS GENERALES DEL DERECHO FRENTE A LEY Y EL REGLAMENTO EM EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO*. INTERESSE PÚBLICO. BELO HORIZONTE, ANO 10, Nº 50, P. 138-164. JULHO/AGOSTO. 2008.
11. HABERMAS, JÜRGEN. DIREITO E DEMOCRACIA: ENTRE FATICIDADE E VALIDADE. TRAD. FLAVIO BENO SIEBENEICHLER. RIO DE JANEIRO: TEMPO BRASILEIRO, 1997.
12. HABLE, JOSÉ. *PRESCRIÇÃO E RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO DE OFÍCIO*.ENCONTRADO EM: HTTP://JUS2.UOL.COM.BR/DOUTRINA/TEXTO.ASP?ID=11177, CONSULTADO EM: 23.07.09.

13. HESSE, Konrad. *Força normativa da constituição*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1991.

14. LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

15. MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito fundamental a duração razoável do processo*. Interesse Público. Belo Horizonte, Ano 10, nº51, p. 42-61, set./out. 2008.

16. MAURER Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14 ed. São Paulo: Manole, 2009.

17. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 1994.

18. Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário. *Estudo sobre execuções fiscais no brasil*. São Paulo. Agosto/2007.

19. NETO, Nelson Monteiro. *Pode agora, com a Lei nº 11.051, o juiz pronunciar de ofício a prescrição intercorrente em processo de execução fiscal.* **Revista Dialética de Direito Tributário**, nº 117.

20. PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. *A caminho da superação do dogma da irrenunciabilidade antecipada à prescrição*. In: *Doutrina e pareceres – jurisprudência civil – jurisprudência penal – crônicas e estudos e comentários –* legislação. **Revista Forense**. Vol. 390.

21. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, v. 1.

22. PESSOA, Bertônio Santos. *Neoconstitucionalismo político e administração pública – dilemas a serem enfrentados.* **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 8, nº 39, p. 43-80, set./out. 2006.

23. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2000, t. VI.

24. PRATES, Marcelo Madureira.*Prescrição Administrativa na Lei nº 9.873, de 23.11.1999: entre Simplicidade Normativa e Complexidade Interpretativa.* **BDA** – Boletim de Direito Administrativo – Agosto/2005, ANO XXI, nº 8.

25. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da Rocha. *Duração razoável dos processos judiciais e administrativos*. **Interesse Público**, BH, ano 8, nº 39, set/out de 2006, p. 74.

26. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado: principalmente do ponto de vista prático*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. 3.

27. TORRES, Ricardo Lobo. *Mutações do Estado fiscal*.In: OSÓRIO, Fábio Medina & SOUTO, Marcos Jurena Villela (Coords.). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

28. TROCKER, Nicolò. *Processo civile e constituzione*. Milano: Giufré, 1974.

29. VILLELA, João Baptista. *Liberdade versus Autoridade no Estatuto Patrimonial do Casamento*. 1984. Tese (Professor Titular) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

30. VOLKWEISS, Roque Joaquim. *Decadência e Prescrição em matéria tributária*. **Interesse Público**. Belo horizonte, ANO 6, nº 28, nov/dez.,

---

[1] AMARO, Luciano, *Direito tributário brasileiro.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

[2] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

[3] TORRES, Ricardo Lobo. *Mutações do Estado fiscal*. In: OSÓRIO, Fábio Medina & SOUTO, Marcos Jurena Villela (Coords.). Ed. Lumem Júris. Rio de Janeiro. 2006, p. 1071.

[4] PARECER Nº 202/2006. ASSUNTO: Reconhecimento Administrativo de Prescrição *ex officio.* Encontrado em : http://74.6.239.67/search/cache?ei=UTF-8&p=EMENTA:+A+PRESCRIÇÃO+EM+MATÉRIA+TRIBUTÁRIA+TEM+OS+

MESMOS&y=Buscar&fr=sfp&u=lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/p202_06.doc&w=ementa+prescricao+em+materia+tributaria+tem+os+mesmos&d=IpFlXBlMS8OI&icp=1&.intl=cd, consultado em 27/07/09, p. 34.

[5]PRATES, Marcelo Madureira. *Prescrição Administrativa na Lei nº 9.873, de 23.11.1999: entre Simplicidade Normativa e Complexidade Interpretativa.* **BDA** – Boletim de Direito Administrativo – Agosto/2005, ANO XXI, nº 8.

[6]SANTOS, J. M. de Carvalho. Código civil brasileiro interpretado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. 3, p. 372.

[7]LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 18-19.

[8]DE PAGE, Henri. *Traite élémentaire de doitr civil belge*. 2. éd. Bruxelles: Bruylant, 1946, t. 7, p. 1.031.

[9]PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. *A caminho da superação do dogma da irrenunciabilidade antecipada à prescrição*. In: *Doutrina e pareceres – jurisprudência civil – jurisprudência penal – crônicas e estudos e comentários* – legislação. **Revista Forense**. v. 390, p. 536.

[10]*"L'autonomie individuelle (...) est plus qu'um concept, c'est um príncipe éternel de vie sans lequel I'idée de droi ne saurait se concevoir"*. (CANTACUZÈNE, Mathieu. *L avie – lê droit – la liberte. In: Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, 1929, t. 28, p. 700).

[11]PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. *A caminho da superação do dogma da irrenunciabilidade antecipada à prescrição*. In: *Doutrina e Pareceres – Jurisprudência Civil – Jurisprudência Penal – Crônicas e Estudos e Comentários* – Legislação. **Revista Forense**. v. 390, p. 538.

[12]VILLELA, João Baptista. *Liberdade versus Autoridade no Estatuto Patrimonial do Casamento*. 1984, Tese (Professor Titular) – Universidade Federal de Minas Gerais, p. 75-77.

[13]ROCHA, Silvio Luís Ferreira da Rocha. *Duração razoável dos processos judiciais e administrativos*. **Interesse Público**, BH, ano 8, nº 39, set/out de 2006, p. 74.

[14] MARINONI, Luiz Guilherme. Direito *fundamental a duração razoável do processo*. **Interesse Público**. Belo Horizonte, Ano 10, nº51, p. 42-61, set./out. 2008, p.43.

[15] MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito fundamental a duração razoável do processo*. **Interesse Público**. Belo Horizonte, Ano 10, nº51, p. 42-61, set./out. 2008, p. 55.

[16] Palestra proferida no painel destinado a discutir “Mecanismos de resolução de conflitos administrativos” no XX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Goiânia, de 23 a 25 de agosto de 2006.

[17] MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito fundamental a duração razoável do processo*. **Interesse Público**. Belo Horizonte, Ano 10, nº51, p. 42-61, set./out. 2008, p. 49.

[18] TROCKER, Nicolò. *Processo civile e constituzione*. Milano: Giufré, 1974, p. 406.

[19] Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário. *Estudo sobre execuções fiscais no brasil*. São Paulo. Agosto/2007. p. 65.

[20] Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário. *Estudo sobre execuções fiscais no brasil*. São Paulo. Agosto/2007. p. 65.

[21]HABLE, JOSÉ. *PRESCRIÇÃO E RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO DE OFÍCIO*.ENCONTRADO EM: HTTP://JUS2.UOL.COM.BR/DOUTRINA/TEXTO.ASP?ID=11177, CONSULTADO EM: 23.07.09.

[22] PARECER Nº 202/2006. ASSUNTO: Reconhecimento Administrativo de Prescrição *ex officio*. Encontrado em : http://74.6.239.67/search/cache?ei=UTF-8&p=EMENTA:+A+PRESCRIÇÃO+EM+MATÉRIA+TRIBUTÁRIA+TEM+OS+MESMOS&y=Buscar&fr=sfp&u=lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/p202_06.doc&w=ementa+prescricao+em+materia+tributaria+tem+os+mesmos&d=IpFlXBlMS8OI&icp=1&.intl=cd, consultado em 27/07/09, p. 34.

[23] Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário. *Estudo sobre execuções fiscais no brasil*. São Paulo. Agosto/2007. p. 65/66.

[24]http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+responsabilidade+civil+do+estado+tribut%E1rio+&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10

[25] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma***.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

[26] ALVIM, J.E. Carreira. *Alterações do Código de Processo Civil***.** 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

[27] *http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm*

[28] http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo534.htm

[29] PESSOA, Bertônio Santos. *Neoconstitucionalismo político e administração pública – dilemas a serem enfrentados*. **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 8, nº 39, p. 43-80, set./out. 2006, p. 51.

[30] "Ethos negativo": importante no combate à patrimonialização da administração pública, deve ser completado por um "ethos positivo", de caráter pós-burocrático, mais propositivo, apto a desencandear a efetivação de políticas públicas centradas na promoção de direitos fundamentais.

[31] PESSOA, Bertônio Santos. *Neoconstitucionalismo político e administração pública – dilemas a serem enfrentados*. **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 8, nº 39, p. 43-80, set./out. 2006, p. 52.

[32] PESSOA, Bertônio Santos. *Neoconstitucionalismo político e administração pública – dilemas a serem enfrentados*. **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 8, nº 39, p. 43-80, set./out. 2006, p. 45.

[33] PESSOA, Bertônio Santos. *Neoconstitucionalismo político e administração pública – dilemas a serem enfrentados*. **Interesse Público**.. Belo Horizonte, ano 8, nº 39, p. 43-80, set./out. 2006, p. 50.

[34] PESSOA, Bertônio Santos. *Neoconstitucionalismo político e administração pública – dilemas a serem enfrentados*. **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 8, nº 39, p. 43-80, set./out. 2006, p. 44.

[35] PESSOA, Bertônio Santos. *Neoconstitucionalismo político e administração pública – dilemas a serem enfrentados*. **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 8, nº 39, p. 43-80, set./out. 2006, p. 45.

[36] ENTERRÍA, Eduardo García; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*, Madrid: Civitas, 1195, v. 1, p. 437.

[37] PESSOA, Bertônio Santos. *Neoconstitucionalismo político e administração pública – dilemas a serem enfrentados*. **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 8, nº 39, p. 43-80, set./out. 2006, p. 45.

[38] MAURER Hartmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, p. 22.

[39] MAURER Hartmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, p. 22.

[40] COVIELLO, Pedro José Jorge. *Los princípios generales del derecho frente a ley y el reglamento em el derecho administrativo argentino*. **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 10, nº 50, p. 138-164. julho/agosto. 2008, p.160.

[41] HESSE, Konrad. F*orça normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 19.

[42] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 836.

[43] PARECER Nº 202/2006. ASSUNTO: Reconhecimento Administrativo de Prescrição *ex officio*. Encontrado em: http://74.6.239.67/search/cache?ei=UTF-8&p=EMENTA:+A+PRESCRIÇÃO+EM+MATÉRIA+TRIBUTÁRIA+TEM+OS+MESMOS&y=Buscar&fr=sfp&u=lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/p202_06.doc&w=ementa+prescricao+em+materia+tributaria+tem+os+mesmos&d=IpFlXBlMS8OI&icp=1&.intl=cd, consultado em 27/07/09.

[44] PESSOA, Bertônio Santos. *Neoconstitucionalismo político e administração pública – dilemas a serem enfrentados*. **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 8, nº 39, p. 43-80, set./out. 2006, p. 45.

[45] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 184.

[46] COVIELLO, Pedro José Jorge. *Los princípios generales del derecho frente a ley y el reglamento em el Derecho Administrativo Argentino*. **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 10, nº 50, p. 138-164. julho/agosto. 2008, p.161.

[47] HABERMAS, op. cit.

O FEDERALISMO BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DA EVOLUÇÃO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO*

THE BRAZILIAN FEDERALISM IN THE PERSPECTIVE OF THE CONSTITUTIONAL TAX SYSTEM EVOLUTION

Gabriel Antonio de Abreu Vieira

RESUMO

O objetivo deste estudo é investigar o federalismo brasileiro na perspectiva da evolução do sistema constitucional tributário. A análise elaborada examina o desenvolvimento histórico da interligação entre a forma federativa de Estado e as normas constitucionais tributárias, desde a primeira Constituição republicana (1891) até a atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, verificando-se a distribuição da competência legislativa em matéria tributária, a repartição nacional das receitas oriundas de tributos, o objetivo da redução de desigualdades regionais, o problema da guerra fiscal entre os Estados da Federação, que possuindo o objetivo do desenvolvimento econômico, aplicam, por vezes, visando atingir essa finalidade, mecanismos de isenção tributária e benefícios correlatos, considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, existe o projeto de reforma tributária (substitutivo à PEC nº. 31-A/2007 e a todas as propostas a ela apensadas), defendida como solução que visa eliminar a guerra fiscal, promover a harmonia econômica entre as regiões e reduzir a elevada carga tributária existente no Brasil. Ao final, é realizada uma síntese do estudo, sob a forma de considerações, nas quais se ressalta que, em conjunto com a reestruturação do sistema tributário nacional, deve-se elaborar e implementar políticas visando o desenvolvimento econômico nacionalmente integrado e equilibrado.

PALAVRAS-CHAVES: FEDERALISMO. SISTEMA TRIBUTÁRIO. DESIGUALDADES REGIONAIS. DESENVOLVIMENTO EQUILIBRADO. INTEGRAÇÃO NACIONAL.

ABSTRACT

The aim of this study is to investigate the Brazilian federalism in the perspective of the constitutional tax system evolution. The elaborated analysis examines the historical development of the interconnection between the federative form of State and the constitutional tax norms, since the first republican Constitution (1891) until the current Constitution of the Federative Republic of Brazil, promulgated in 1988, verifying the distribution of legislative competence in tax matters, the national distribution of revenues from taxes, the objective of reducing regional inequalities, the problem of the fiscal war among the Federation States, that having the objective of the economical

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

development apply, sometimes, aiming to reach this finality, mechanisms of tax exemption and related benefits, deemed unconstitutional by the Federal Supreme Court. In this context, there is the project of tax reform (substitute to PEC. 31-A/2007 and all attached proposal) defended as a solution to eliminate the fiscal war, to promote economic harmony among regions and to reduce the high tax burden that exists in Brazil. At the end, a synthesis of the study is carried out, under the form of considerations, in which it is emphasized that, together with the restructuring of the tax national system, it must be elaborated and implemented politics aiming the nationally integrated and balanced economic development.

KEYWORDS: FEDERALISM. TAX SYSTEM. REGIONAL INEQUALITIES. BALANCED DEVELOPMENT. NATIONAL INTEGRATION.

INTRODUÇÃO

No estudo do federalismo, que é uma das formas de organização dos Estados nacionais, deve-se possuir a compreensão da atividade estatal da tributação. Pela etimologia, que é o estudo da origem e da evolução das palavras, constata-se que o substantivo masculino "federalismo" é a união do adjetivo "federal" com o sufixo "ismo", por sua vez, o vocábulo "federal", origina-se do latim *foederalis*, formado do radical latino *foedus,?ris* 'tratado, aliança' adicionado ao sufixo *al* [1]. Enquanto que, o substantivo feminino "tributação" corresponde a ação de "tributar", que no seu significado de verbo transitivo direto, é a atividade de impor e cobrar tributo, advindo do latim *trib?tum* possuindo como um dos significados a contribuição monetária imposta pelo Estado ao povo [2]. Na evolução histórica do federalismo, a tributação é elemento essencial, pois em relação aos entes federados é imprescindível para assegurar a sua autonomia, e no que diz respeito à União Federal, é voltada no sentido de reunir recursos para as necessidades da federação como um todo.

Existiram experiências de aliança com fins de colaboração mútua entre unidades políticas, ao longo da história da formação das civilizações, conforme explica Celso Ribeiro Bastos [3], tais como, na Antiguidade, as que ocorreram entre as Cidades-Estados gregas; contudo, as unidades políticas participantes detinham sua soberania, podendo separar-se conforme as circunstâncias que se apresentassem, portanto, essas uniões possuíam características confederativas.

A primeira união que exprime um modelo de aliança federalista, tal como é estudado pela Ciência Política, ou seja, como um sistema político em que há reunião de entes federados dotados de autonomia e titulares de determinadas competências formando um Estado Federal dotado de soberania e possuidor também de competências específicas, conforme doutrina majoritária, foi a que ocorreu com os Estados oriundos das ex-colônias inglesas na América do Norte no século XVIII.

O processo histórico da formação da federação norte-americana evoluiu ao longo dos séculos XVII e XVIII, período em que as colônias inglesas se desenvolveram com

relativa autonomia; ocorre que durante os anos de 1756 a 1763, desenrolou-se a denominada Guerra dos Sete Anos entre a França e a Inglaterra, e não obstante a Inglaterra saísse vencedora do conflito, conquistando novas áreas colônias como o Canadá e a Índia, foram altos os custos da guerra, e, portanto, visando aumentar a arrecadação, intensificou a tributação sobre as colônias, o que fez com que as colônias norte-americanas se unissem declarando a independência a 4 de julho de 1776.

Nos Estados Unidos da América, o modelo confederativo foi o utilizado no curso da guerra que se seguiu à declaração de independência; sendo que, com o término do referido conflito com a Inglaterra, foi convocada a Convenção de Filadélfia para elaboração da Constituição, estabelecendo-se dois grupos políticos: os Republicanos, cujo líder foi Thomas Jefferson, na defesa de um modelo confederativo e os Federalistas liderados por Alexander Hamilton e George Washington, cuja tese foi a vencedora, instituindo-se a forma federativa de Estado nacional pela Constituição de 1787.

Os argumentos que fundamentaram a decisão pelo modelo federativo basearam-se nos fatos, conforme explicam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coêlho, e Paulo Gustavo Gonet Branco [4], de que enquanto os Estados norte-americanos formavam uma confederação, as deliberações do Congresso tinham na prática, a eficácia de meras recomendações, somente era possível legislar para os Estados e não para os cidadãos, havendo dificuldade para conseguir recursos humanos e financeiros para os objetivos comuns, não sendo possível impor tributos nacionais, e, além disso, para resolver os conflitos jurídicos que surgissem entre os Estados e unificar a interpretação do direito comum aos Estados, era, também, necessária a criação de um tribunal supremo de jurisdição nacional.

Concretizou-se o modelo de estruturação da forma federal do Estado, portanto, a partir da idéia básica, que se consubstanciou no princípio federativo, de que, visando ao bem comum, era necessário o estabelecimento de um Estado Nacional indissolúvel pela união de entidades políticas que preservassem a sua autonomia.

A compreensão da interligação entre o princípio federativo e a tributação pode ser entendida sob dois aspectos: o primeiro, pelo estabelecimento de uma união indissolúvel de Estados com governo e congressos centrais com força para impor tributos de âmbito nacional, possibilitando dessa forma a arrecadação necessária para a consecução de objetivos nacionais; e o segundo está relacionado ao fato de que a autonomia das entidades federativas é manifestada duplamente, ou seja, com um estatuto jurídico-político próprio, isto é, uma Constituição, e também financeiramente, pela possibilidade arrecadação de receitas próprias, tais como aquelas oriundas da instituição de seus próprios tributos.

Há também interligação entre os modelos ideológicos de Estado, a classificação dos tipos de federalismo e a tributação. Nesse sentido, o modelo ideológico de Estado Liberal apresenta federalismo dual, ou seja, com entes federados de arrecadação não partilhada; enquanto que, o federalismo cooperativo, no qual há repartição de arrecadação tributária, está relacionado ao modelo ideológico de Estado Social.

Durante a fase na qual o liberalismo foi a ideologia predominante no mundo ocidental, ou seja, de fins do século XVIII até o início de século XX, o federalismo foi concebido de forma dual, ou seja, com uma divisão de competências privativas, também, chamada

de repartição horizontal de competências para a União e para as demais unidades da federação, cada qual com a arrecadação advinda de tributos próprios.

No início do século XX, o questionamento dos problemas sociais advindos do capitalismo liberal, agravado com o grande desemprego surgido com a crise econômica de 1929, fizeram com que fosse fortalecida a ideia de que o Estado deveria assumir um papel de intervenção na economia para prevenção e superação das crises, sendo este modelo denominado de Estado Social, e tendo como correspondente no plano federativo, o modelo de federalismo cooperativo, em que sem abandonar a técnica de repartição horizontal, pois a característica de autonomia das unidades federadas justifica a existência de competências privativas, é adotada repartição vertical das competências, em que existem competências concorrentes, na qual a União, com as atribuições aumentadas divide com as unidades federadas as atribuições necessárias para a realização do bem comum, utilizando também a técnica de partilha do produto da arrecadação tributária entre as unidades federadas conforme parâmetros constitucionais.

1 FEDERALISMO E TRIBUTAÇÃO NO BRASIL

A formação da federação brasileira ocorreu, como explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho [5], de forma diferente da americana, pois, enquanto que a formação do federalismo norte-americano realizou-se por meio de um processo de união de unidades políticas, o federalismo brasileiro foi implantado pelo Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, pelo qual as Províncias do Império foram transformadas nos Estados da República, passando o Brasil de uma forma unitária para uma forma federal.

Em 1891, a denominada Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, adotou o modelo de federalismo dualista e, quanto à matéria tributária determinou:

> - o princípio da legalidade, no sentido de que os impostos de qualquer natureza somente poderiam ser cobrados em virtude de lei que os autorizassem (artigo 72, § 30);
>
> - princípio da uniformidade dos impostos decretados pela União para todos os Estados (artigo 7º, § 2º);
>
> - a competência exclusiva da União para decretar impostos sobre a importação de procedência estrangeira, taxas de selo e taxas dos correios e telégrafos federais (artigo 7º);
>
> - a competência exclusiva dos Estados para decretar: a) impostos sobre a exportação de mercadorias de sua própria produção; b) impostos sobre imóveis rurais e urbanos; c) impostos sobre transmissão de propriedade; d) impostos sobre indústrias e profissões; e) taxas de selos quanto aos atos emanados de seus respectivos Governos e negócios de sua economia e f) contribuições concernentes aos seus telégrafos e correios (artigo 9º);

- a imunidade de impostos, no Estado por onde se exportava, a produção dos outros Estados (artigo 9º, § 2º);

- que somente seria lícito a um Estado tributar a importação de mercadorias estrangeiras, quando destinadas ao consumo no seu território, revertendo, porém, o produto do imposto para o Tesouro Federal (artigo 9º, § 3º);

- vedações para os Estados e União: de criar impostos de trânsito pelo território de um Estado, ou na passagem de um para outro, sobre produtos de outros Estados da República ou estrangeiros, e, bem como, sobre os veículos de terra e água que os transportassem (artigo 11, nº 1); de estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos (artigo 11, nº 2); e de prescrever leis retroativas (artigo 11, nº 3);

- além das fontes de receita discriminadas nos artigos 7º e 9º, que era licito à União como aos Estados, cumulativamente ou não, criar outras quaisquer, não transgredindo, o disposto nos artigos 7º, 9º e no item nº1 do artigo 11.

No regime de federalismo dualista da Constituição de 1891, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho [6], observou-se que as desigualdades entre os Estados-membros se aprofundaram, haja vista a deficiência econômica de muitos Estados, o que resultou na luta destes pela ampliação das atribuições da União.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, advinda da Revolução de 1930, como informa Manoel Gonçalves Ferreira Filho [7], substituiu um federalismo dualista por um federalismo cooperativo, com preponderância da União em face dos Estados-membros, sendo que os Estados foram privados provisoriamente de uma efetiva autonomia, com a nomeação de interventores para exercer a governança, destacando-se quanto ao aspecto tributário:

- a competência privativa da União para decretar impostos: a) sobre a importação de mercadorias de procedência estrangeira; b) de consumo de quaisquer mercadorias, exceto os combustíveis de motor de explosão; c) de renda e proventos de qualquer natureza, excetuada a renda cedular de imóveis; d) de transferência de fundos para o exterior; e) sobre atos emanados do seu Governo, negócios da sua economia e instrumentos de contratos ou atos regulados por lei federal; f) nos Territórios os que a Constituição atribui aos Estados; e também para cobrar taxas telegráficas, postais e de outros serviços federais; de entrada, saída e estadia de navios e aeronaves, sendo livre o comércio de cabotagem às mercadorias nacionais, e às estrangeiras que já tivessem pago imposto de importação (artigo 6º);

- a competência privativa dos Estados para decretar impostos sobre: a) propriedade territorial, exceto a urbana; b) transmissão de propriedade causa mortis; c) transmissão de propriedade imobiliária inter vivos, inclusive a sua incorporação ao capital da sociedade; d) consumo de combustíveis de motor de explosão; e) vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive os industriais, ficando isenta a primeira operação do pequeno produtor, como tal definido na lei estadual; f) exportação das mercadorias de sua produção até o máximo de dez por cento ad valorem, vedados quaisquer adicionais; g)

indústrias e profissões; h) atos emanados do seu governo e negócios da sua economia ou regulados por lei estadual; cobrar taxas de serviços estaduais (artigo 8º);

- a uniformidade do imposto de vendas, de competência dos Estados, sem distinção de procedência, destino ou espécie dos produtos (artigo 8º, § 1º);

- o imposto de indústrias e profissões de competência dos Estados, arrecadado pelo Estado e pelo Município em partes iguais (artigo 8º, § 2º);

- a competência concorrente da União e dos Estados para criar outros impostos, além dos que lhes eram atribuídos privativamente (artigo 10, VII);

- a arrecadação dos impostos, que se referia o inciso VII do artigo 10, seria feita pelos Estados, que entregariam, dentro do primeiro trimestre do exercício seguinte, trinta por cento à União, e vinte por cento aos Municípios de onde tenham provindo, sendo que se o Estado faltasse ao pagamento das cotas devidas à União ou aos Municípios, o lançamento e a arrecadação passariam a ser feitos pelo Governo federal, que atribuiria, nesse caso, trinta por cento ao Estado e vinte por cento aos Municípios (artigo 10, parágrafo único);

- a vedação da bitributação, prevalecendo o imposto decretado pela União quando a competência fosse concorrente, e sem prejuízo do recurso judicial que coubesse, incumbiria ao Senado Federal, de ofício ou mediante provocação de qualquer contribuinte, declarar a existência da bitributação e determinar a qual dos dois tributos caberia a prevalência (artigo 11);

- além participação dos Municípios nos impostos previstos no § 2º do artigo 8º e no parágrafo único do artigo 10, e dos que lhes fossem transferidos pelo Estado, pertenceriam aos Municípios: a) o imposto de licenças; b) os impostos predial e territorial urbanos, cobrado o primeiro sob a forma de décima ou de cédula de renda; c) o imposto sobre diversões públicas; d) o imposto cedular sobre a renda de imóveis rurais; e) as taxas sobre serviços municipais (artigo 13, § 2º);

- a vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de cobrar quaisquer tributos sem lei especial que os autorizasse, ou fazê-lo incidir sobre efeitos já produzidos por atos jurídicos perfeitos (artigo 17, VII);

- a vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de cobrar, sob qualquer denominação, impostos interestaduais, intermunicipais de viação ou de transporte, ou quaisquer tributos que, no território nacional, gravassem ou perturbassem a livre circulação de bens ou pessoas e dos veículos que os transportassem (artigo 17, IX);

- a vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de tributar bens, rendas e serviços uns dos outros, estendendo-se a mesma proibição às concessões de serviços públicos, quanto aos próprios serviços concedidos e ao respectivo aparelhamento instalado e utilizado exclusivamente para o objeto da concessão (artigo 17, X);

- a vedado à União de decretar impostos que não fossem uniformes em todo o território nacional, ou que importassem distinção em favor dos portos de uns contra os de outros Estados (artigo 18).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 advinda do golpe que instituiu o Estado Novo, e embora afirmasse no seu artigo 3º que "O Brasil é um Estado Federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios", na realidade, pelo artigo 9º, continuou-se na prática da nomeação de interventores, com nova privação de autonomia para os Estados.

No tocante à tributação, a Constituição de 1937 manteve basicamente as mesmas competências descritas na Constituição de 1934, ocorrendo uma ampliação da competência da União, pois, no que diz respeito ao imposto de renda e proventos de qualquer natureza foi retirada a exceção da renda cedular dos imóveis, e com relação ao consumo, os Estados deixaram de possuir a competência para instituir impostos sobre consumo de combustíveis de motor de explosão, passando à União ter competência para instituir impostos sobre consumo de quaisquer natureza, sem exceções; valendo ressaltar que, com relação aos impostos, conforme o artigo 13, o Presidente da República não poderia expedir decretos-lei para instituí-los.

Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 o federalismo é reafirmado, há porém um tendência centralizadora decorrente da preocupação de reduzir as desigualdades regionais e promover o desenvolvimento por meio do planejamento nacional.

A estruturação das competências tributárias dispostas na Constituição de 1946 era, em sua conformação inicial, bastante semelhante a da Constituição de 1937, ocorre que a Emenda Constitucional nº 18, promulgada pelo Congresso Nacional em 1º de dezembro de 1965, se incorporou-se à Constituição de 1946 e realizou a sistematização tributária, sendo considerada, na expressão de Rogério Vidal Gandra da Silva Martins e José Rubem Marone [8], "no primeiro conjunto de normas caracterizadoras de um sistema tributário nacional", pois:

- organizou a matéria tributária em capítulos e seções;

- definiu como espécies tributárias, o imposto, a taxa, a contribuição de melhoria (artigo 1º) e colocou como competência exclusiva da União a instituição, em casos excepcionais, de empréstimo compulsório por lei complementar (artigo 4º);

- afirmou os princípios: a) da legalidade tributária, b) da anterioridade quanto aos impostos sobre o patrimônio e a renda, c) da liberdade tributária de tráfego, d) da imunidade recíproca quanto aos impostos com relação aos entes federados, extensivo às autarquias, tão somente no que se refere ao patrimônio, à renda ou aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais, ou delas decorrentes, e) da imunidade quanto aos impostos sobre templos de qualquer culto, f) da imunidade quanto aos impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços de partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos fixados em lei complementar, e g) da imunidade quanto

aos impostos sobre o papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros (artigo 2º, seus incisos e parágrafos);

- determinou à União que estava vedado instituir tributo que não fosse uniforme em todo o território nacional, ou que importasse distinção ou preferência em favor de determinado Estado ou Município (artigo 3º, I); e aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios vedação de diferença tributária entre bens de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou de seu destino (artigo 3º, II);

- definiu que os impostos componentes do sistema tributário nacional eram exclusivamente os que constavam da Emenda nº 18/1965, com as competências e limitações nela previstas (artigo 5º);

- estabeleceu que competia ao Distrito Federal e aos Estados não divididos em Municípios, cumulativamente, os impostos atribuídos aos Estados e aos Municípios (artigo 6º, I); e que competia à União, nos Territórios Federais, os impostos atribuídos aos Estados, e, se aqueles não fossem divididos em Municípios, cumulativamente os atribuídos a estes (artigo 6º, II);

- estabeleceu a competência da União para instituir: a) imposto sobre a importação de produtos estrangeiros (artigo 7º, I); b) imposto sobre a exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais ou nacionalizados (artigo 7º, II), c) o imposto sobre a propriedade territorial rural (artigo 8º, I), d) o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (artigo 8º, II), e) o imposto sobre produtos industrializados - IPI (artigo 11), f) imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores imobiliários (artigo 14, I), g) imposto sobre serviços de transportes e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal (artigo 14, II), h) impostos especiais sobre uma dentre as operações previstas e excluindo qualquer outros tributos, sejam quais forem sua natureza ou competência, sobre a produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de combustíveis e lubrificantes líquidos ou gasosos de qualquer origem ou natureza (artigo 16, I); sobre produção, importação, distribuição ou consumo de energia elétrica (artigo 16, II); e sobre produção, circulação ou consumo de minerais do País (artigo 16, III); i) impostos extraordinários, temporários, na iminência ou no caso de guerra externa, compreendidos ou não em matéria de sua própria competência (artigo 17);

- estabeleceu a competência dos Estados para instituir: a) o imposto sobre a transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza ou por cessão física, como definidos em lei, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia (artigo 9); b) o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por comerciantes, industriais e produtores (artigo 12), criando-se, portanto, a competência legislativa do ICM que foi o precursora da atual competência legislativa do ICMS; -

- substituiu-se, portanto, o IVC (Imposto sobre Vendas e Consignações) criticado pelos juristas e economistas como um tributo cumulativo de múltipla incidência, gerador de inflação, verticalizador da atividade econômica, e que colocava impedimentos ao desenvolvimento da Federação, pelo ICM (Imposto

sobre Circulação de Mercadorias) um imposto no qual se adotou a técnica da "não-cumulatividade" inspirada, conforme observa Sacha Calmon Navarro Coêlho [9] no modelo dos impostos europeus, sobre valores adicionados, agregados ou acrescidos, com incidência sobre bens e serviços de expressão econômica, denominados IVAs;

- estabeleceu a competência dos Municípios para: a) instituir imposto sobre a propriedade predial e territorial urbanas, b) cobrar o ICM, com base na legislação estadual por alíquota não superior a 30% (trinta por cento) da instituída pelo Estado; c) instituir o imposto sobre serviços de qualquer natureza ISS, não compreendidos na competência tributária da União e dos Estados;

- determinou, também, regras para a partilha das receitas tributárias entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigos 20 a 24).

A Constituição do Brasil de 1967 modificada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, denominada de Constituição da República Federativa do Brasil, e suas emendas posteriores introduziram um federalismo fortemente centralizador que foi denominado pela doutrina, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho [10], de federalismo de integração, e quanto aos aspectos tributários foi estabelecido:

- a competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para instituir impostos, taxas e contribuições de melhoria e que somente a União, nos casos excepcionais definidos em lei complementar, poderia instituir empréstimo compulsório (artigo 18, *caput*, incisos I e II, e §3º);

- que lei complementar deveria estabelecer normas gerais de direito tributário, dispor sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regular as limitações constitucionais do poder de tributar (artigo 18, § 1º);

- que as taxas não poderiam ter como base de cálculo que tenha servido para a incidência dos impostos (artigo 18, § 2º);

- que ao Distrito Federal e aos Estados não divididos em Municípios competiam, cumulativamente, os impostos atribuídos aos Estados e aos Municípios; e à União, nos Territórios Federais, os impostos atribuídos aos Estados e, se o Território não fosse dividido em Municípios, os impostos municipais (artigo 18, § 4º);

- os princípios: a) da legalidade, b) da anterioridade, c) da liberdade de tráfego, d) da imunidade recíproca de impostos com relação aos entes federados, sobre o patrimônio, a renda ou os serviços, extensivo às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais, e) da imunidade de impostos sobre templos de qualquer culto, f) da imunidade de impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços de partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos fixados em lei complementar, g) da imunidade de impostos sobre o livro, o jornal e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão (artigo 19);

- a vedação à União para instituir tributo que não fosse uniforme em todo o território nacional ou que implicasse distinção ou preferência em relação a qualquer Estado ou Município em prejuízo de outro (artigo 20, inciso I);

- a vedação à União para tributar a renda das obrigações da dívida pública estadual ou municipal e os proventos dos agentes dos Estados e Municípios, em níveis superiores aos que fossem fixados para as suas próprias obrigações e para os proventos dos seus próprios agentes (artigo 20, inciso II);

- a vedação aos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer diferença tributária entre bens de qualquer natureza, em razão da sua procedência ou destino (artigo 20, inciso III);

- a competência à União para instituir imposto sobre: a) a importação de produtos estrangeiros, facultado ao Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, para alteração de alíquotas ou bases de cálculo; b) a exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais ou nacionalizados, facultado ao Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, a alteração de alíquotas ou bases de cálculo; c) a propriedade territorial rural; d) a renda e proventos de qualquer natureza, salvo ajuda de custo e diárias pagas pelos cofres públicos na forma da lei; e) produtos industrializados, facultado ao Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, a alteração de alíquotas ou bases de cálculo; f) operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários; f) serviços de comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal; g) produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e de energia elétrica, imposto com incidência única sobre qualquer dessas operações, excluída a incidência de outro tributo sobre elas; h) a extração, a circulação, a distribuição ou o consumo dos minerais do País enumerados em lei, imposto com incidência única sobre qualquer dessas operações, excluída a incidência de outro tributo sobre elas; transportes, salvo os de natureza estritamente municipal (artigo 21);

- a competência à União para, na iminência ou no caso de guerra externa, instituir, temporariamente, impostos extraordinários compreendidos, ou não, em sua competência tributária, os quais seriam suprimidos gradativamente, cessadas as causas de sua criação (artigo 22);

- que a União poderia, desde que não tivessem base de cálculo e fato gerador idênticos aos dos previstos na Constituição, instituir outros impostos, além dos especificamente indicados como os de sua competência, que não fossem da competência tributária privativa dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, assim como transferir-lhes o exercício da competência residual em relação a impostos, cuja incidência seja definida em lei federal (artigo 18, § 5º);

- a competência dos Estados e do Distrito Federal para instituir impostos sobre: a) a transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e acessão física e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre a cessão de direitos à sua aquisição; b) operações relativas à circulação de mercadorias realizadas por produtores, industriais e comerciantes (ICM), imposto que não-

cumulativo se deduzindo, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado, sendo que a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicaria crédito de imposto para abatimento daquele incidente nas operações seguintes; c) a propriedade de veículos automotores, vedada a cobrança de impostos ou taxas incidentes sobre a utilização de veículos (artigo 23);

- a competência dos Municípios para instituir imposto sobre: a) propriedade predial e territorial urbana; e b) serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar (artigo 24);

- a distribuição pela União de 33% (trinta e três por cento) do produto da arrecadação dos impostos de renda e proventos de qualquer natureza, sendo que 14% (quatorze por cento) para o Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; 17% (dezessete por cento) para o Fundo de Participação dos Municípios; e 2,0% (dois por cento) para Fundo Especial com aplicação regulada em lei. (artigo 25, incisos I, II e III, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 27, de 1985);

- regras para a partilha das receitas tributárias entre Estados e Municípios no caso: do ITBI (artigo 23, § 10), do ICM (artigo 23, §§ 8º e 9º) e do IPVA (artigo 23, § 13).

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 volta-se a um federalismo de cooperação, sendo que o princípio federativo está presente como cláusula pétrea no artigo 60, parágrafo 4º, inciso I, instituindo-se como inovação a inclusão dos Municípios como unidades federativas.

No federalismo de cooperação da Constituição de 1988 existe:

- a competência administrativa privativa da União (artigo 21 e seus incisos);

- a competência legislativa privativa da União (artigo 22 e seus incisos, com ressalva no parágrafo único, no sentido de que lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas);

- a competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 23 e seus incisos, determinando o parágrafo único que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional);

- a competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (artigo 24 e seus incisos, sendo que os parágrafos do mencionado artigo estabelecem um delineamento no sentido de que no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, o que não exclui a competência suplementar dos Estados, e quando não existir lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades, sendo que a superveniência de lei

federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário);

- as competências reservadas aos Estados são aquelas que não sejam vedadas pela Constituição, sendo estabelecidas de forma residual (artigo 25, § 1º), além disso, cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação (artigo 25, § 2º), e também os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (artigo 25, § 3º);

- as competências municipais estão elencadas no artigo 30 e seus incisos, onde há uma mescla de competências privativas (legislar sobre assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo; promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano) com competências de cooperação (manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual).

Quanto ao federalismo em matéria tributária, destacam-se alguns pontos, em linhas gerais:

- que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: a) impostos; b) taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; c) contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas (artigo 145);

- que a União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: a) para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (artigo 148, I); ou b) no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional (artigo 148, II), observado nesse último caso o princípio da anterioridade;

- a competência exclusiva da União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas (artigo 149, *caput*) e contribuições sociais específicas para a seguridade social (artigo 195);

- que os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública (artigo 149-A, *caput*);

- que cabe à lei complementar: dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária (artigo 146);

- que competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; e ao Distrito Federal cabem os impostos estaduais e municipais (artigo 147 e 155);

- os princípios: a) da legalidade; b) da isonomia; c) da irretroatividade; d) da anterioridade, observado o prazo de noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, com exceção para alguns tributos; e) da vedação ao confisco; f) da liberdade de tráfego, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público; g) da imunidade de impostos recíproca com relação aos entes federados, extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais, h) da imunidade de impostos sobre templos de qualquer culto, f) da imunidade de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; g) da imunidade de impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão (artigo 150);

- as vedações à União para: a) instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País (artigo 151, inciso I); b) tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes (artigo 151, inciso II); c) instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (artigo 151, inciso III);

- a vedação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino (artigo 152);

- a competência à União para instituir impostos sobre: importação de produtos estrangeiros (artigo 153, inciso I); exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (artigo 153, inciso II); renda e proventos de qualquer natureza (artigo 153, inciso III); produtos industrializados (artigo 153, inciso IV); operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou

valores mobiliários (artigo 153, inciso V); propriedade territorial rural (artigo 153, inciso VI); grandes fortunas, nos termos de lei complementar (artigo 153, inciso VII);

- a competência aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos - ITCMD (artigo 155, inciso I); operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior - ICMS (artigo 155, inciso II); propriedade de veículos automotores – IPVA (artigo 155, inciso III);

- quanto ao ITCMD: a) relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal (artigo 155, § 1º, inciso I); b) relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal (artigo 155, § 1º, inciso II); c)terá competência para sua instituição regulada por lei complementar quando o doador tiver domicilio ou residência no exterior ou quando o de *cujus* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior (artigo 155, § 1º, inciso III); d) terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal (artigo 155, § 1º, inciso IV);

- quanto ao ICMS: a) a não-cumulatividade, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal (artigo 155, § 2º, inciso I); b) a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação: não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes e acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores (artigo 155, § 2º, inciso II); c) a possibilidade da seletividade, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços (artigo 155, § 2º, inciso III); d) a resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação (artigo 155, § 2º, inciso IV); e) a faculdade ao Senado Federal para estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros e fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros (artigo 155, § 2º, inciso V); f) as alíquotas internas, salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais (artigo 155, § 2º, inciso VI); g) em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á: a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto (cabendo ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual) e a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele (artigo 155, § 2º, inciso VII);

- que, também, quanto ao ICMS, cabe à lei complementar: a) definir seus contribuintes; b) dispor sobre substituição tributária; c) disciplinar o regime de compensação do imposto; d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços; e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além das operações que destinem mercadorias para o exterior e serviços prestados a destinatários no exterior; f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias; g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará a não incidência; i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço (artigo, 155, § 2º, inciso XII);

- quanto ao IPVA: a) terá alíquotas mínimas fixadas pelo Senado Federal (artigo, 155, § 6º, inciso I);; b) poderá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo e utilização (artigo, 155, § 6º, inciso II);

- a competência aos Municípios para instituir impostos sobre: a) propriedade predial e territorial urbana (artigo, 156, inciso I); b) transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição (artigo, 156, inciso II); c) serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência dos Estados, definidos em lei complementar (artigo, 156, inciso III);

- a presença de regras, especificadas na Seção VI (artigos 157 a 162) do Capítulo concernente ao Sistema Tributário Nacional, destinadas a repartição das receitas tributárias: a) da União para os Estados, Distrito Federal e Municípios; b) dos Estados para os Municípios .

O federalismo fiscal estruturado na Constituição de 1988 corresponde à manifestação financeira do federalismo político, e nesse sentido possui a finalidade de ordenação das finanças públicas visando sua concretização desse federalismo político.

Os instrumentos do federalismo fiscal no âmbito constitucional delineados no Sistema Tributário Nacional, segundo explica José Marcos Domingues [11], visam concretizar dois princípios constitucionais: a autonomia e a solidariedade, que estão essencialmente vinculados ao princípio federativo:

- o princípio da autonomia é vislumbrado no estabelecimento das competências tributárias da União Federal, dos Estados e do Distrito Federal, e dos Municípios;

- o princípio da solidariedade é manifestado pela repartição das receitas tributárias, no qual, consoante parâmetros constitucionalmente estabelecidos, a União Federal distribui parcelas de suas arrecadações com determinados

impostos com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; e por sua vez, os Estados fazem o mesmo com relação aos Municípios.

Portanto, o federalismo fiscal pode ser definido como o conjunto de instrumentos, tanto no âmbito constitucional quanto o legal, voltados ao financiamento dos diversos entes federados, objetivando, além do custeio administrativo, a implementação de serviços e políticas públicas visando ao bem da coletividade.

2 DESENVOLVIMENTO REGIONAL E GUERRA FISCAL

Os tributos possuem, por sua natureza, função de arrecadar recursos financeiros visando custear as atividades do Estado e atender às necessidades conjunturais e estruturais de interesse público, pelo implemento de políticas econômicas, tanto no caso de cada ente federado quanto no âmbito nacional.

Vale ressaltar, que garantir o desenvolvimento e reduzir as desigualdades regionais sociais e econômicas, são objetivos fixados pelo constituinte originário, estabelecidos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, e instituidos como princípio da ordem econômica no inciso VII do artigo 170, cabendo à União Federal, segundo observa Monica Tonetto Fernandez [12], visando preservar o equilíbrio e a paz na Federação, a missão de estabelecer políticas públicas nesse sentido, conforme se pode constatar pelos artigos do texto constitucional, a seguir mencionados:

- o inciso IX do artigo 21 estabelece que é competência da União elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

- o *caput* do artigo 43 determina que, para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando ao seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais;

- o inciso III do parágrafo 2º do artigo 43 estabelece que os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei, as isenções, as reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas;

- o inciso IV do artigo 48 fixa como atribuição do Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;

- o parágrafo primeiro do artigo 174 determina que a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento, trata-se, no caso de uma lei nacional, do âmbito do Congresso Nacional, que dispõe sobre matérias de competência da União.

No âmbito dos Estados-membros, a busca pelo desenvolvimento pode apresentar como consequência uma política de atração de investimentos privados com a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, de seu principal tributo, o ICMS, de forma que determinadas atividades economicamente benéficas para o Estado se desenvolvam, tais como instalação de indústrias e de empreendimentos comerciais.

Pela lógica do texto constitucional se extrai a regra geral de que quem possui competência para tributar, possui também a competência exonerativa, pois, como explica Gustavo F. Cavalcanti Costa [13], ambas são manifestações da competência legislativa em matéria tributária, ou seja, quem possui a competência para instituir e majorar o tributo, também tem o poder de conceder isenções, incentivos e benefícios fiscais concernentes ao referido tributo.

Porém, a referida regra geral da competência exonerativa, que é deduzida do texto constitucional, comporta importantes limitações com relação ao ICMS, que é prevista no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição da República, no sentido de que cabe à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu no § 3º do artigo 34, que promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios já poderiam editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto, sendo que o segundo o § 4º, a produção dos efeitos das leis editadas seria a partir da entrada em vigor do sistema tributário nacional previsto na Constituição, determinando o § 5º do citado artigo que, vigente o novo sistema tributário nacional, ficava assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não fosse incompatível com a legislação referida nos §3º e § 4º e com o Sistema Tributário Nacional previsto na Constituição da República.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo que possui a competência de prolatar em única (controle concentrado) ou última (controle difuso) instância a compatibilidade normativa com a Constituição Federal, já proclamou em diversas ações declaratórias de inconstitucionalidade, tais como as de números 1179-1/SP, 1308-4/RS, 3246-1/PA, 3312-3/MS e 3809-5/ES que para efeito do disposto no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição da República, a Lei Complementar nº 24/75 foi recepcionada pela ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988.

Além disso, segundo observa Roque Antonio Carrazza [14], por ocasião da sanção da Lei Complementar nº 87/96, o artigo 27 da referida lei complementar, que tratava da forma de como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, existiriam as concessões e revogações de isenções, incentivos e benefícios fiscais, foi vetado pelo Presidente da República, sendo declarado literalmente, nas razões do veto que a matéria continua regulada pela Lei Complementar nº 24/75.

A Lei Complementar nº 24 foi sancionada em 7 de janeiro de 1975 e publicada em 9 de janeiro de 1975, na vigência da Constituição da República de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, determinou no seu artigo 1° e parágrafo único, com relação ao então imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias,

que as isenções e benefícios fiscais (redução da base de cálculo; à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros; concessão de créditos presumidos) bem como quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus, serão concedidos ou revogados nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, sendo que, conforme artigo 2º, os convênios serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo Federal.

No dia 12 de dezembro de 1997, na Cidade do Rio de Janeiro, o Ministro de Estado da Fazenda e os Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal, tendo em vista o disposto na Lei Complementar n° 24, de 7 de janeiro de 1975, celebraram o Convênio nº 133/97 determinando que o colegiado, para as reuniões mencionadas pela referida Lei Complementar, denomina-se "Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ", e estabelecendo o Regimento vigente do citado Conselho.

Vale destacar, que a Lei Complementar n° 24/75 determina que:

> - dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação dos convênios no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação, o Poder Executivo de cada unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no referido prazo (artigo 4º, *caput*), sendo que isso também se aplica-se também às unidades da Federação cujos representantes não tenham comparecido à reunião em que hajam sido celebrados os convênios (artigo 4º, § 1°)
>
> - o convênio considerar-se-á rejeitado se não for expressa ou tacitamente ratificado pelo Poder Executivo de todas as unidades da Federação ou, nos casos de revogação pelo Poder Executivo de, no mínimo, quatro quintos das unidades da Federação (artigo 4º, § 2º);
>
> - os convênios ratificados obrigam todas as unidades da Federação, inclusive as que, regularmente convocadas, não se tenham feito representar na reunião (artigo 7º);
>
> - a inobservância dos dispositivos da citada Lei Complementar acarretará, cumulativamente: a) a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria; b) a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente; e além disso, quanto as sanções, poderá também haver a presunção de irregularidade das contas correspondentes ao exercício, a juízo do Tribunal de Contas da União, e a suspensão do pagamento das quotas referentes às repartições tributárias (artigo 8º, incisos I e II, e parágrafo único).

Roque Antonio Carrazza [15] defende que a celebração de convênios, deve ser efetuada pelo Poder Executivo de cada Estado e Distrito Federal, e o que foi estabelecido pelo

Convênio, para que se transforme em direito interno de cada uma dessas pessoas políticas, deverá ser por estas ratificado, sendo que o instrumento idôneo para a ratificação não é o Decreto do Governador e sim o Decreto Legislativo.

Ives Gandra da Silva Martins e Ruben Marone [16] observam que existe uma postura crítica dos Estados com relação às políticas de incentivos fiscais sem estarem apoiadas nos convênios celebrados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, porém, paradoxalmente, a prática da guerra fiscal, ou seja, da concessão pelos Estados-membros de incentivos fiscais sem fundamento em convênios é generalizada.

3 A PROPOSTA DE REFORMA TRIBUTÁRIA DA FEDERAÇÃO

A reforma tributária vem sendo defendida como uma necessidade para eliminar a guerra fiscal entre os entes federados, reduzir a elevada carga tributária existente no Brasil e promover o equilíbrio econômico entre as regiões.

Solucionar as questões decorrentes do ICMS é um dos objetivos da reforma, tanto pelo fato de que uma das causas da onerosidade da carga tributária deve-se à geração de distorções cumulativas que elevam o custo das mercadorias, assim como pela situação de guerra fiscal entre Estados da Federação, que concedem isenções e benefícios fiscais com relação ao mencionado tributo de forma inconstitucional, visando com isso à atração de investimentos.

Em 1965, segundo informa Sacha Calmon Navarro Coêlho [17], pretendeu-se adotar o IVA de criação européia, na França nomeado de *La taxe sur la valeur ajoutée*, na Itália chamado de *Imposta sul valore aggiunto*, e na Espanha designado de *Impuesto sobre el valor añedido*, ou seja, Imposto sobre o Valor Adicionado, Agregado ou Acrescido, porém não se adotou o modelo de um imposto nacional que tributasse por uma via única a produção, a circulação de mercadorias e a prestação de serviços, optando-se pela adoção, com a Emenda nº 18/1965 à Constituição Federal de 1946, de um modelo em que ocorreu uma repartição de competências: a) IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados, não cumulativo, de competência da União; b) ICM – Imposto sobre a Circulação de Mercadorias, não cumulativo, de competência dos Estados; c) ISS – Imposto sobre Serviços, cumulativo, de competência dos Municípios.

Na Constituição Federal de 1967, manteve na repartição de competências tributárias: a) IPI de competência da União; b) ICM de competência dos Estados; c) ISS de competência dos Municípios; sendo que, com o advento da Constituição Federal de 1988 o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias passou a abranger também as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior – ICMS.

A estrutura atual da tributação da produção, da circulação de mercadorias e da prestação de serviços gera distorções cumulativas, segundo observa Leonardo Lima Cordeiro, como no caso do seguinte exemplo: um industrial que seja tomador de serviços

necessários ao seu processo produtivo, não pode se creditar do ISS, pois o ISS é cumulativo, e, portanto, o valor do ISS pago incorpora-se ao custo do produto; por sua vez, o comerciante que adquire o produto desse industrial é consumidor final em relação ao imposto sobre produtos industrializados - IPI, sendo esse imposto um novo custo, que é adicionado ao produto, ampliando a base de cálculo do ICMS.

No que concerne à Proposta de Emenda Constitucional (PEC) visando à reforma tributária da Federação, segundo o Portal da Câmara dos Deputados referente a consulta da tramitação da Proposta de Emenda Constitucional nº 31-A/2007 [19], as principais informações são as seguintes:

- em 9 de abril de 2007, a PEC nº 31-A/2007 foi apresentada, sendo que em 9 de maio de 2007, a PEC nº 45/2007 foi apensada à PEC nº 31-A/2007, e em 22 de abril de 2008, a PEC nº 233/2008 foi também apensada à PEC nº 31-A/2007;

- em 29 de maio de 2008, foi encerrado o prazo para apresentação de emendas à PEC nº 31-A/2007, tendo sido apresentadas 485 (quatrocentas e oitenta e cinco) emendas;

- em 9 de junho de 2008 foram apensadas mais propostas à PEC nº 31-A/2007, que são as PECs de nºs.: 91/2007, 98/2007, 106/2007, 129/2007, 165/2007, 166/2007, 167/2007, 219/2008, 225/2008, 226/2008, 227/2008, 230/2008 e 242/2008;

- em 19 de junho de 2008, a requerimento do Deputado Federal Otavio Leite e outros deputados federais, foi desapensada da PEC nº 31-A/2007 a PEC nº 98/2007;

- em 29 de outubro de 2008, o relator Deputado Sandro Mabel ofereceu substitutivo (proposta que substitui a PEC nº 31-A/2007 e todas as propostas a ela apensadas), sendo aprovado pela Comissão Especial, com algumas modificações, resultante da reunião de 19 de novembro de 2008 encerrada no dia seguinte;

- em 25 de novembro de 2008, foi publicado no Diário da Câmara dos Deputados (Ano LXIII, Suplemento ao nº 199, Volumes I a V) o parecer da Comissão Especial que aprova e adota o substitutivo, com complementação e reformulação de voto do relator Deputado Sandro Mabel.

A proposta de reforma tributária na forma substitutivo oferecido pelo Deputado Sandro Mabel aprovado e adotado pela Comissão Especial, com algumas alterações aborda, em linhas gerais, os seguintes temas:

- que a ação penal pública, relativa aos crimes contra a ordem tributária, somente será promovida após proferida a decisão final na esfera administrativa;

- a edição de lei complementar para estabelecer código de defesa do contribuinte, dispondo sobre seus direitos e garantias;

- a inclusão das cerealistas na relação de entidades passíveis de recolher contribuição substitutiva para a Seguridade Social, de forma a assegurar isonomia em relação a cooperativas rurais e agroindústrias;

- o tratamento privilegiado, relativamente à compensação de saldos credores do IPI, do imposto federal sobre o valor adicional e do ICMS, para contribuintes que utilizem nota-fiscal eletrônica e escrituração contábil e fiscal por sistema público digital;

- a limitação da carga tributária do imposto de renda, do imposto federal sobre o valor adicionado e do ICMS, mediante redução linear de alíquotas ou, alternativamente, redução das alíquotas dos alimentos, produtos de higiene e limpeza e outros de consumo popular;

- a previsão de defesa do meio ambiente (os princípios do poluidor-pagador e do protetor poderão ser considerados na instituição e na gradação de tributos; a vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de tributar operações de reciclagem que sejam obrigatórias por força de legislação aplicável em todo o território nacional; e a repartição de receitas tributárias poderá levar em conta critérios que considerem a proteção ambiental);

- o fortalecimento da base de cálculo da compensação financeira a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios, bem como a órgãos da Administração Direta da União, decorrente da exploração de outros recursos minerais (diferentes do petróleo, gás ou energia elétrica) no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, passando a ser cobrada sobre o faturamento bruto;

- a previsão de lei complementar para estabelecer as normas gerais aplicáveis às administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dispondo inclusive sobre direitos, deveres, garantias e prerrogativas de seus servidores, titulares das carreiras específicas de administração tributária;

- a transação prevista como forma idônea de concessão de anistia e de remissão, nos limites e condições autorizados em lei federal, estadual, distrital ou municipal;

- a previsão de que o tratado internacional firmado pela União que conceda isenção de impostos estaduais ou municipais deve ser por aprovado por maioria de votos equivalente à exigida para aprovação de lei complementar;

- a previsão de competência da União para criação de imposto sobre operações onerosas com bens e prestações de serviços (imposto sobre valor adicionado federal) ainda que se iniciem no exterior podendo, também incidir em caráter excepcional sobre operações não onerosas expressamente previstas em lei, para substituir, em ambos os casos, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, a Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, e a Contribuição para o Salário-educação;

- a extinção da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), a partir da exigência do imposto de renda da pessoa jurídica majorado para compensar a referida extinção;

- a previsão, com o objetivo de conferir explicitamente dignidade constitucional a dispositivo já expresso na lei complementar nº 116/2003, de que lei complementar do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISSQN fixará o local de incidência do imposto, definirá estabelecimento prestador, para os fins de fiscalização, cobrança e arrecadação, bem como fará a previsão da incidência sobre serviços provenientes do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País;

- a modificação do artigo 92 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentando 20 (vinte) anos ao prazo fixado no artigo 40 do referido ato, concernente à duração da Zona Franca de Manaus, bem como determinando que somente por lei federal podem ser modificados os critérios formais que disciplinaram ou venham a disciplinar a aprovação dos projetos na Zona Franca de Manaus, e, que também, no mencionado prazo, a manutenção da característica da Zona Franca de Manaus como área de incentivos fiscais implica que quaisquer alterações, diretas ou indiretas no regime da Zona Franca de Manaus não prejudicarão a competitividade dos bens, mercadorias ou serviços nela produzidos ou prestados, em relação a congêneres de origem nacional ou estrangeira.

- a reformulação do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior – ICMS;

- alterações do sistema de repartição e distribuição das receitas tributárias.

As reformulações do ICMS visam, dentre outros objetivos, a eliminação da possibilidade de guerra fiscal, com sua instituição por lei complementar e uniformidade em todo o território nacional, abrangendo as isenções, incentivos ou benefícios fiscais, salvo nas situações excepcionais previstas também por lei complementar.

As alterações do sistema de repartição e distribuição das receitas tributárias objetivam o financiamento do desenvolvimento e a valorização do planejamento regional, sendo exemplo disso, a destinação pela União de percentuais do produto da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza, do imposto sobre produtos industrializados, do novo imposto sobre operações onerosas com bens ou serviços, ainda que se iniciem no exterior, e de impostos que venham a ser instituídos por lei complementar em decorrência do exercício a competência residual da União, para:

- o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

- o Fundo de Participação dos Municípios;

- o Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional;

- o Fundo de Equalização de Receitas, para entrega aos Estados e ao Distrito Federal.

A proposta para destinação dos percentuais do Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional é a seguinte:

- um inteiro e cinco décimos por cento para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, por meio de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, assegurando-se ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à região, na forma que a lei estabelecer;

- cinco décimos por cento para aplicação em programas de desenvolvimento econômico e social, segundo diretrizes estabelecidas pelos organismos regionais a que se refere o art. 43, § 1º, II da Constituição Federal, nas regiões onde existirem, assegurados, no mínimo, noventa por cento nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;

- onze centésimos por cento para transferência a fundos estaduais, para aplicação em investimentos voltados ao desenvolvimento econômico das áreas menos desenvolvidas do País nas Regiões Sul e Sudeste;

- oito décimos por cento para transferência a fundos estaduais e distrital de desenvolvimento das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, para aplicação em investimentos em infraestrutura voltados para a manutenção e atração de empreendimentos do setor produtivo, incluindo subvenções econômicas e financeiras, na forma da lei estadual ou distrital.

Visando ainda, coibir a guerra fiscal, o artigo 10 da proposta de emenda constitucional, prevê para as unidades da Federação que, após a promulgação da referida emenda vierem a instituir benefícios ou incentivos fiscais ou financeiros relativos ao ICMS, em desacordo com as normas estabelecidas para sua concessão, as seguintes sanções:

- não terão direito, enquanto vigorar o benefício ou incentivo, à transferência de recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, do Fundo de Equalização de Receitas, do Fundo Nacional de Desenvolvimento

-também não terão direito às transferências voluntárias realizadas pela União.

Conforme § 2º do artigo 60 da Constituição Federal, a referida proposta de emenda constitucional será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Vale ressaltar, que embora, esteja tramitando na Câmara dos Deputados, a reforma tributária é também objeto de análise no Senado Federal, no âmbito da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), sendo que no relatório aprovado pela subcomissão temporária em 17 de dezembro de 2008, o Senador Francisco Dornelles [20], seu relator, propõe em linhas gerais, conforme informação constante em sua página na Internet:

- adotar o IVA Nacional, com competência legislativa exclusiva da União, incorporando vários tributos: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS , a Contribuição Social do Salário-educação, a Contribuição para Programa de Integração Social - PIS, e as contribuições para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) e o Fundo Tecnológico para o Desenvolvimento das Telecomunicações (FUNTTEL);

- partilhar as receitas oriundas do IVA Nacional entre União, Estados e Distrito Federal;

- incorporar ao Imposto de Renda - IR a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL;

- criar um único imposto sobre a propriedade imobiliária, com competência atribuída aos Municípios, resultado da fusão do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU com o Imposto Territorial Rural – ITR;

- manter e ampliar os fundos de participação de financiamento para desenvolvimento regional, e criar um fundo de compensação para a União cobrir eventuais perdas dos Estados ou do Distrito Federal com a mudança do sistema tributário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil é um país de dimensões continentais, com vários contrastes econômicos e sociais entre suas regiões, e nesse sentido a busca da superação das desigualdades regionais existentes está presente em vários dispositivos da Constituição Federal (inciso III do artigo 3º; artigo 43 com seus parágrafos e incisos; § 7º do artigo 165; e inciso VII do artigo 170).

Os entes federados, almejando o desenvolvimento, concedem exonerações tributárias, fora dos parâmetros constitucionais, como ocorre no caso do ICMS, com a finalidade de atrair investimentos privados, sendo que essa situação gera a denominada guerra fiscal, uma disputa tributária com o oferecimento de incentivos e benefícios fiscais para atrair indústrias e empresas mercantis para se instalarem nos Estados-membros.

O Supremo Tribunal Federal tem sido ativo em combater a guerra fiscal, declarando inconstitucionais leis estaduais que contrariem o parâmetro constitucional que está disposto no artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea “g”, ou seja, o estabelecimento, por Lei complementar da forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. A Lei Complementar nº 24/1975 é instrumento normativo recepcionado pela Constituição de

1988, que determina que as isenções, e demais benefícios fiscais somente poderão ser concedidos nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal.

Resolver a problemática que envolve o ICMS é um dos focos da reforma tributária, tanto em decorrência da guerra fiscal, como também devido às distorções cumulativas existentes no Sistema Tributário Nacional. Nesse sentido, as diversas propostas de reforma fiscal indicam várias alterações constitucionais, tais como: a proposta de Emenda que está tramitando na Câmara dos Deputados, cujo substitutivo foi aprovado na Comissão Especial como resultado da reunião de 19/11/2008, que propõe, dentre várias medidas, a unificação da legislação do ICMS, ou até mesmo a idéia desenvolvida no Senado Federal com relatório aprovado em 17/12/2008 pela Subcomissão da Reforma Tributária e apresentado em 18/12/2008 na Comissão de Assuntos Econômicos – CAE para a criação do Imposto de Valor Adicionado – IVA Nacional que incorpora vários tributos, dentre eles, o ICMS.

A redução tanto das desigualdades econômicas entre as regiões quanto da elevada carga tributária existente no Brasil também são focos da reforma tributária, reclamando a equilibrada reestruturação do Sistema Tributário Nacional, o que poderá ser alcançado com mecanismos que propiciem incentivos fiscais para determinadas regiões e atividades que deles necessitem uma adequada repartição e a distribuição de receitas tributárias, bem como, reduzam as distorções cumulativas.

Ao concluir, vale ressaltar, que em conjunto com a reestruturação do Sistema Tributário Nacional, é também essencial a atividade de planejamento através de políticas econômicas nacionalmente coordenadas, utilizando-se dos instrumentos orçamentários (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias, e lei orçamentária anual), na qual se insere a atuação das autarquias especiais, integrantes do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal: a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM (Lei Complementar nº 124/2007), a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE (Lei Complementar nº 125/2007) e a Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste – SUDECO (Lei Complementar nº 129/2009), todas no objetivo da redução das desigualdades regionais, visando um desenvolvimento econômico harmônico em todo o território nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Constituições**. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Tramitação da Proposta da Emenda nº 31/2007 à Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=347421>. Acesso em: 15 set. 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORDEIRO, Leonardo Lima. O ICMS no foco da reforma fiscal. **Custo Brasil: soluções para o desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 2 , n. 9, p. 62-65, jun/jul. 2007.

COSTA, Gustavo F. Cavalcanti. O Conflito de competência exonerativa em matéria de ICMS: uma abordagem político-jurídica sobre a "guerra fiscal" na Federação Brasileira. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, v. 10, n. 42, p. 85-99, jan/fev. 2002.

DOMINGUES, José Marcos. Federalismo fiscal brasileiro. **Nomos: revista do curso de mestrado de direito da UFC**, Fortaleza, v. 26, p. 137-143, jan/jun. 2007.

DORNELLES, Francisco Oswaldo Neves. **Síntese do Relatório aprovado em 17/12/2008 na Subcomissão da Reforma Tributária e apresentado em 18/12/2008 na Comissão de Assuntos Econômicos – CAE do Senado Federal**. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2009.

ELALI, André. O federalismo fiscal brasileiro: algumas notas para reflexão**. Revista tributária e de financas públicas**, São Paulo, v. 14, n. 69, p. 7-25, jul/ago. 2006.

FERNANDEZ, Monica Tonetto. O ICMS e a guerra fiscal. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo , v. 6 , t. 8, páginas 361-370, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, MARONE, José Ruben. O Perfil jurídico da guerra fiscal e das variações das relações jurídicas dos estímulos de ICMS. **Revista dialética de direito tributário**, n. 134, páginas 48-58, nov. 2006.

MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva, MARONE, José Ruben. Comentários dos artigos 1º a 15. In. NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.) **Comentários ao código tributário nacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOTAS

[1] HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1319.

[2] Ibid., p. 2765.

[3] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 287.

[4] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.797.

[5] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 57.

[6] Ibid., p. 57.

[7] Ibid., p. 57.

[8] MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva, MARONE, José Ruben. Comentários dos artigos 1º a 15. In. NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.) **Comentários ao código tributário nacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 15-16.

[9] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 388.

[10] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 57.

[11] DOMINGUES, José Marcos. Federalismo fiscal brasileiro. **Nomos: revista do curso de mestrado de direito da UFC**, Fortaleza, v. 26, p. 137-143, jan/jun. 2007, p.139.

[12] FERNANDEZ, Monica Tonetto. O ICMS e a guerra fiscal. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 6 , t. 8, páginas 361-370, 2002, p. 362-365.

[13] COSTA, Gustavo F. Cavalcanti. O Conflito de competência exonerativa em matéria de ICMS: uma abordagem político-jurídica sobre a "guerra fiscal" na Federação Brasileira. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, v. 10, n. 42, p. 85-99, jan/fev. 2002, p. 89.

[14] CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 856.

[15] Ibid., p. 855.

[16] MARTINS, Ives Gandra da Silva, MARONE, José Ruben. O Perfil juridico da guerra fiscal e das variações das relações jurídicas dos estímulos de ICMS. **Revista dialetica de direito tributário**, n. 134, páginas 48-58, nov. 2006, p. 48-51.

[17] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **op. cit.**, p. 388-389.

[18] CORDEIRO, Leonardo Lima. O ICMS no foco da reforma fiscal. **Custo Brasil: soluções para o desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 2 , n. 9, p. 62-65, jun/jul. 2007, p.63.

[19] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Tramitação da Proposta da Emenda nº 31/2007 à Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=347421>. Acesso em: 15 set. 2009.

[20] DORNELLES, Francisco Oswaldo Neves. **Síntese do Relatório aprovado em 17/12/2008 na Subcomissão da Reforma Tributária e apresentado em 18/12/2008 na Comissão de Assuntos Econômicos – CAE do Senado Federal**. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2009.

O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E SEUS REFLEXOS NA INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DAS PESSOAS JURÍDICAS COMO COOBRIGADOS NA EXECUÇÃO FISCAL*

THE CONSTITUTIONAL MODEL OF THE ADMINISTRATIVE TAX PROCESS AND ITS IMPACT ON THE INCLUSION OF REPRESENTATIVES OF CORPORATIONS AS CO-OBLIGORS IN TAX ENFORCEMENT

Henrique Machado Rodrigues de Azevedo
Felipe Lobato de Carvalho Mitre

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o processo administrativo tributário e seus reflexos da responsabilidade tributária pessoal dos representantes das pessoas jurídicas, mormente no que se refere à inclusão de seus nomes na Certidão de Dívida Ativa, na condição de coobrigados pelo crédito tributário apurado pelo Fisco. Referido estudo dar-se-á no segundo as noções hermenêuticas inerentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito, com enfoque no modelo constitucional de processo e levando-se em consideração a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que consolidou o entendimento no sentido de que, na hipótese de coobrigados previamente incluídos na CDA, o direcionamento da execução fiscal para qualquer um deles independe de comprovação, por parte do Fisco, dos requisitos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. DIREITO TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

ABSTRACT

The present article has for objective to analyze the administrative process on tax issues and their consequences of the personal tax liability of the representatives of corporations, especially as regards the inclusion of their names in the Tax Debt Certificate (CDA), in the condition of co-obligors of tax credit established by the Treasury. Related study will develop according to the hermeneutic rules inherits of paradigm of the Law and Constitutional Democracy, with approach in the constitutional model of process and taking in consideration the jurisprudence of the Brazilian Superior Court (STJ) that consolidates the understanding that in the case of co-obligors previously included in the CDA, the focus of tax enforcement for any of them independent of proof, by the Treasury, of the requirements set in the article 135, item III, of the National Tax Code.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: LAW AND CONSTITUTIONAL DEMOCRACY. TAX LAW. ADMINISTRATIVE TAX PROCESS. PERSONAL TAX LIABILITY.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade tributária de terceiros, mormente dos sócios e representantes legais do contribuinte, é tema recorrente tanto no debate doutrinário, como no âmbito dos Tribunais, com destaque para os recentes julgamentos ocorridos no Superior Tribunal de Justiça que, como será abordado no presente trabalho, acirraram sobremaneira as discussões a respeito da matéria.

Muito embora o Código Tributário Nacional estabeleça as normas gerais sobre a responsabilidade dos representantes das pessoas jurídicas, seguindo justamente determinação constitucional (art. 146, inciso III, "b", CR/88), a questão é ainda bastante controvertida, eis que se inicia não com a cobrança judicial do débito, mas desde sua própria constituição, através do indispensável processo administrativo tributário.

Entretanto, até mesmo em razão do grande número de feitos executivos fiscais e da diversidade de entes tributantes com competência constitucionalmente determinada, a divergência de interpretação e aplicação do instituto da responsabilidade tributária acaba implicando em imprecisões técnicas e, consequentemente, em afrontas diretas ao texto constitucional.

Tendo em vista esse quadro e tendo como base as pretensões dos aplicadores do direito no contexto do paradigma democrático, o presente trabalho abordará o Processo Administrativo Tributário, segundo o modelo condizente com as garantias previstas na Constituição, com ênfase em seus reflexos na responsabilidade tributária dos representantes das pessoas jurídicas e, principalmente, na inclusão de seus nomes na Certidão de Dívida Ativa (CDA), na qualidade de coobrigados pelo crédito tributário até então apurado pelo Fisco.

A proposta ora apresentada visa analisar o problema desde o nascedouro da obrigação tributária até a sua exigência pela via judicial através da Execução Fiscal, isso sob a ótica de um processo "constitucionalizado", inerente à compreensão atual da dogmática processual.

Nesse sentido, a partir de um modelo constitucional de processo e, consequentemente, de processo administrativo tributário, com inarredável observância aos princípios consagrados na Carta Magna, analisar-se-á a responsabilidade tributária dos representantes das pessoas jurídicas, em decorrência, principalmente, da aplicação do artigo 135 do Código Tributário Nacional, bem como as conseqüências na formação do título executivo extrajudicial (CDA) e no desenvolver de todo feito executivo fiscal.

2. O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o processo deixa sua concepção de mero instrumento e passa a ser reconhecido como garantia fundamental.

Em leitura ao artigo 5º, LIV e LV da Constituição da República, é notória a recepção destacada ao processo, sendo perceptível a relevância do tratamento que lhe foi conferido, tornando-se o meio democraticamente legitimador do direito.

Portanto, o processo, embasado na garantia fundamental do devido processo legal e composto de outras garantias constitucionais, dentre as quais se destacam o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e a fundamentação das decisões, é o meio idôneo para efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Sobre o processo e a Constituição, inevitável em razão de sua a importância, os autores Héctor Fix-Zamudio[1], Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera[2], e no Brasil, destacadamente, José Alfredo de Oliveira Baracho, com a proposta de um modelo geral constitucional do processo.

Como esclarece o mestre pátrio: *"O processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais"**[3]***.

Fato é que após as contribuições dos citados autores não é mais possível defender a noção de que apenas o direito material deveria estar em consonância com o Texto

Maior. No contexto atual, o próprio processo, para efetivamente cumprir os ditames da Constituição, deve encampar os princípios ali consagrados. E tal modelo de processo constitucional abrange, por conseqüência, não apenas o processo judicial, mas também o processo legislativo e o processo administrativo, seja tributário ou não[4].

A própria Carta Magna expressamente conferiu ao processo administrativo os princípios que o ilustre professor Baracho considerou como basilares para o ora defendido modelo constitucional de processo, quer dizer, a garantia do contraditório e da ampla defesa, "com os meios a ela inerentes" (art. 5º, inciso LV, CR/88). Portanto, é possível afirmar que a observância à princípios como a ampla defesa, o contraditório, a isonomia e a motivação é inerente a qualquer processo, administrativo ou judicial.

Especificamente sobre o processo administrativo tributário, mesmo com algumas ressalvas à chamada "função judicante", mister citar o entendimento de Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas:

Ao elevar para a Constituição o processo administrativo, equiparando-o ao judicial para obediência aos princípios processuais maiores da ampla defesa e do contraditório, a razoabilidade e os méis que garantam a celeridade na tramitação, o Constituinte deu ao processo administrativo tributário status de função judicante, cuja valorização inegavelmente o coloca como meio de acesso à ordem jurídica justa.[5]

No mesmo sentido são as considerações de James Marins em obra específica sobre o Direito Processual Tributário:

O rol das garantias individuais abaixo nominadas (sob a forma de princípios do processo administrativo) representa, em seu conjunto, verdadeira *conditio sine qua non* da validade constitucional do processo administrativo tributário brasileiro, justamente por encontrarem radicação constitucional no art. 5º, incisos LIII, LIV e LV, da CF/88: a) direito de impugnação administrativa à pretensão fiscal (art. 5º, LIV); direito à autoridade julgadora competente (art. 5º, LIII); direito ao contraditório (art. 5º, LV); d) direito à cognição formal e material ampla (art. 5º, LV); e) direito à produção de provas (art. 5º, LV); direito a recurso hierárquico (art. 5º, LV).[6]

Cabe ressaltar que as concepções ora defendidas têm por base, além do próprio texto expresso da Constituição, todo o caminhar evolutivo do Estado de Direito, até o contexto atual. Nesse percurso, percebeu-se que toda construção sobre os direitos individuais realizada no modelo liberal foi um avanço fundamental, mas seu simples

reconhecimento formal não garantiu a autonomia privada dos cidadãos. Ademais, tornou-se possível compreender que a materialização de direitos sociais pretendida pelo Estado Social, por si só, também não garantiu a liberdade e a democracia pretendidas pelas sociedades plurais da modernidade.

Os paradigmas jurídicos que antecedem o do Estado Democrático de Direito simplesmente buscaram valorizar a pretensão de um bem-estar dos cidadãos que se apresentavam, ora como cidadãos-proprietários, num primeiro estágio, ora como cidadãos-clientes do Estado, no segundo, mas em nenhum momento pretenderam inseri-los como atores efetivos nos processos de tomadas de decisões.

Na atualidade, o que se pretende é justamente unificar os avanços ocorridos em cada um dos paradigmas anteriores, através do reconhecimento, pelo Estado, das autonomias pública e privada dos cidadãos. Em outras palavras, busca-se a legitimidade do Direito através de procedimentos que façam com que os destinatários das normas jurídicas considerem-se, ao mesmo tempo, como seus próprios autores.

É exatamente nesse contexto que o presente estudo propõe que seja analisado o processo administrativo tributário, seguindo o modelo constitucional de processo e com arrimo na mais democrática participação dos agentes envolvidos na relação jurídica tributária. Tudo isso possibilitando que o Estado Arrecadador possa se valer da garantia de acesso à jurisdição, através da Execução Fiscal, permitindo que ela atinja os fins para os quais foi criada, mas sem que tal instituto dizime princípios constitucionais inerentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito, tais como a ampla defesa, o contraditório, a isonomia e a garantia da propriedade privada.

3. OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA MOTIVAÇÃO NO ÂMBITO DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Embora o contraditório, a ampla defesa e até mesmo a obrigatoriedade de motivação das decisões sejam frequentemente abordados pela doutrina e pela jurisprudência, importa ressaltar que a noção comumente aplicada a esses primados merece um aprofundamento, principalmente levando-se em consideração que o presente trabalho pretende analisá-los de modo a tentar construir uma noção de processo administrativo tributário capaz de satisfazer os anseios de legitimidade democrática da atual sociedade plural.

Dessa forma, tem-se que para o efetivo respeito ao princípio do contraditório, no contexto atual, não basta que seja simplesmente oportunizado ao contribuinte o direito de se manifestar no processo, como também não é suficiente para reconhecer a eficácia do princípio da ampla defesa meras alegações unilaterais, mas corriqueiras nas lides administrativo-tributárias, de que "as provas constantes dos autos seriam suficientes para comprovar a materialidade da obrigação tributária". Ora, freqüentes são os indeferimentos da realização de provas periciais única e exclusivamente com argumentos nessa linha de raciocínio.

Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa não podem ser compreendidos como mera orientação advinda da Constituição, pelo contrário, todo o esforço do constitucionalismo moderno se volta justamente a conferir força normativa (cogente) aos primados constantes do Texto Maior.

Tendo como orientação o paradigma atual, é possível afirmar que a interpretação dos princípios como mandamentos meramente norteadores não se adequa à hermenêutica constitucional contemporânea. A derrocada do Estado Social e suas promessas culminaram no afastamento das doutrinas baseadas em normas meramente programáticas, já combatidas pelo célebre constitucionalista português Joaquim José Gomes Canotilho. Todavia, importa frisar que o próprio Canotilho, na segunda edição de sua obra "Constituição dirigente e vinculação do legislador", parece rever sua teoria, adotando um modelo denominado de "constitucionalismo moralmente reflexivo"[7], justamente por defender que a Constituição não será plenamente respeitada enquanto suas normas forem entendidas como meros programas, ou mesmo como simples e diretas ordens. O mundo atual, cabe reiterar, demanda a participação da sociedade como efetivos atores, sendo essa a forma de conferir legitimidade ao Direito, fato que eleva o processo (inclusive na seara administrativa) ao fundamental papel de nortear o discurso jurídico.

Logo, um dos pilares para a compreensão do processo constitucionalizado é reconhecer a força cogente dos princípios, sendo, portanto, incabíveis quaisquer interpretações que prejudiquem a parte no exercício do contraditório e da ampla defesa.

Dierle José Coelho Nunes aponta que o princípio do contraditório tem sua previsão expressa na lei fundamental alemã, em seu artigo 103, § 1º. Entretanto, tal primado naquele contexto acabou sendo delimitado como "o direito de ser ouvido".[8]

No entanto, referida noção do contraditório estático[9] visa atender uma estrutura procedimental centrada na decisão final pelo julgador, o que não atende ao processo constitucional, visto que nessa seara todo procedimento deve ser desenvolvido em contraditório pelos interessados[10].

O contraditório ocorre pela dialogicidade[11] entre as partes, que necessariamente deverão influenciar a decisão final e, com efeito, o contraditório constitui uma verdadeira *garantia de não surpresa*[12], que impõe ao julgador o dever de provocar o debate acerca de todas as questões.

Entrementes, cumpre dizer que não apenas o contraditório deve ser recebido como vértice do processo constitucional, mas também a ampla defesa, visto que pode ser tida quase como sua coextensão. Ora, como o processo se desenvolve pelo debate das partes, estas deverão ter o tratamento isonômico para requerer e produzir todas as provas lícitas justificadas, sendo inaceitável a sobreposição de interesses.

Nessa linha, a decisão do processo deverá ser norteada pelo contraditório produzido pelas partes, devendo ocorrer a efetiva fundamentação de qualquer decisão, para que a ampla defesa continue sendo garantida à parte derrotada, ou mesmo para torne-se legítima em caso de provimento final.

Não por acaso, o princípio da fundamentação das decisões, previsto no artigo 93, IX da Constituição da Republica, impõe a fundamentação de todas decisões, sob pena de evidente inconstitucionalidade.

Ademais, a fundamentação das decisões deverá ser a decorrência lógica do processo constitucional, pois se o mesmo se desenvolve em contraditório, a decisão final deve ser justificada pelo julgador no processo, sobre as razões pelas quais aquela decisão foi proferida[13].

Sendo assim, para alcance ao princípio da fundamentação das decisões não bastam meros argumentos coordenados, mas, revela-se imprescindível a observância ao contraditório produzido entre as partes, donde emerge a legitimação do direito pelo processo, atuando as partes na construção da decisão proferida.

Essa noção de legitimação pelo processo é fundamental para a discussão que aqui se pretende, pois caso o processo administrativo tributário não respeite o contraditório na concepção do devido processo constitucional, a conclusão por ele alcançada carecerá da

devida aceitabilidade racional das partes, além de ser eivada de latente inconstitucionalidade.

Em outros dizeres, tão somente com a garantia de não surpresa conjugada com a certeza que o contribuinte colaborará incisivamente na construção da decisão final administrativa, é possível reconhecer a constitucionalização do processo administrativo tributário.

No Estado Democrático de Direito a busca pela noção de aceitabilidade racional das decisões administrativas e judiciais, ainda que tarefa árdua, é pilar fundamental, pois para a consolidação da democracia é essencial a participação dos destinatários do direito. É justamente nesse sentido que o processo constitucional, tanto na elaboração das leis como para efetivação ao poder de tributar do Estado, configura-se como agente legitimador.

Em suma, com a concepção do modelo constitucional de processo é que deve ser analisado o processo administrativo tributário e, conseqüentemente, a apuração da responsabilidade tributária dos representantes da pessoa jurídica contribuinte. Somente nesse prisma, tendo em vista todas as garantias do modelo constitucional de processo, é possível conceber, legalmente, a inclusão dos terceiros como coobrigados na Certidão de Dívida Ativa que lastreia os feitos executivos fiscais.

4. APONTAMENTOS SOBRE A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A constituição do crédito tributário tem seu início com o nascimento da obrigação tributária que, por sua vez, ocorre através do enquadramento da previsão legal ao fato concreto realizado pelo sujeito passivo (fato gerador)[14].

A apuração do fato gerador pelo sujeito ativo (Administração) e o enquadramento da norma legal aplicável ao sujeito passivo é realizado pelo ato administrativo denominado pelo Código Tributário Nacional de lançamento (art. 142, do CTN).

A respeito do lançamento tributário, esclarece Botallo:

Assim, a obrigação tributária, já indica o crédito tributário, que, entretanto, deve ser tornado certo quanto à sua existência e determinado quanto ao seu objeto - o que é alcançado por meio do lançamento, cuja virtude consiste em acrescentar o requisito da exigibilidade à relação jurídica que emerge da ocorrência do fato imponível.

[...] o lançamento tributário dá liquidez, certeza e exigibilidade à obrigação tributária, que lhe é lógica e cronologicamente anterior[15].

Cabe ressaltar algumas particularidades do lançamento tributário. O CTN prevê três modalidades desse procedimento, quais sejam: o lançamento por declaração do sujeito passivo, o lançamento de ofício e o lançamento por homologação.

O lançamento por declaração tem previsão no artigo 147 do CTN e consiste na declaração prévia prestada pelo sujeito passivo que, posteriormente, será utilizada para o lançamento a ser efetivado pela Fazenda Pública.

Por outro lado, o lançamento de ofício tem previsão no artigo 149 do CTN, sendo que o sujeito passivo realizará o pagamento após realização do ato administrativo e da respectiva notificação.

Já no lançamento por homologação, previsto no artigo 150 do CTN, afora as críticas realizadas à nomeclatura utilizada pelo Código Tributário Nacional, pode sintetizar que ocorre essa modalidade quando o sujeito passivo antecipa o pagamento do tributo, sem prévio exame da autoridade administrativa, que posteriormente promoverá a homologação.

A respeito dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, cabe destaque para o entendimento, principalmente de nossos Tribunais Superiores, sobre a dispensa do prévio procedimento administrativo para a lavratura da Certidão de Dívida Ativa.

Apesar da evidente incompatibilidade entre esse posicionamento e o modelo constitucional de processo ora defendido, fato é que tal discussão não é objeto do presente trabalho. Contudo, impende registrar que o STF[16] e o STJ[17] são uníssonos na dispensa do processo administrativo nesses casos em razão de que o próprio sujeito passivo teria confessado sua dívida, constituindo o crédito tributário (chamado "crédito tributário não contencioso").

As considerações sobre a dispensa do prévio processo administrativo nos tributos sujeitos à sistemática do lançamento por homologação são de suma importância quando o presente trabalho abordará especificamente o cerne da questão proposta, ou seja, a apuração da responsabilidade tributária dos representantes das pessoas jurídicas e a inclusão de seus nomes, na condição de coobrigados, no título executivo extrajudicial (CDA).

5. A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS REPRESENTANTES DAS PESSOAS JURÍDICAS E O ENTENDIMENTO DO STJ

A responsabilidade tributária objeto de estudo é aquela prevista no artigo 135, III do CTN, em que há a transferência da obrigação ao pagamento do tributo da pessoa do contribuinte (pessoa jurídica) para seus representantes legais, normalmente considerada como responsabilidade pessoal dos sócios.

Sacha Calmon explica sobre a responsabilidade tributária por transferência:

Transferência 'ocorre quando a obrigação tributária depois de ter surgido contra uma pessoa determinada (que seria o sujeito passivo direto), entretanto, em virtude de um fato posterior, transfere-se para outra pessoa diferente[18].

Para a ocorrência da transferência de responsabilidade, é imprescindível que o suposto responsável incorra nas hipóteses descritas expressamente no citado artigo 135, inciso III do CTN, que assim determina:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Logo, ao analisar o objeto específico deste trabalho, a responsabilidade dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas, a previsão legal evidencia a necessidade

da caracterização de ato praticado com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

Com efeito, em minuciosa análise verifica-se que não basta para a responsabilização pessoal que a pessoa exerça algum cargo de gerência, mas necessário que em concomitância configure o excesso de poder ou infração à lei ou contrato social e exerça a função de diretor, gerente ou representante.

Salienta-se que a responsabilidade pessoal dos sócios e administradores de que trata o artigo citado acima é medida excepcionalíssima, que depende de comprovação dos requisitos instituídos pelo próprio dispositivo legal em comento.

Ademais, cumpre frisar que responsabilidade pessoal, longe de representar uma possibilidade de se atribuir solidariedade entre os sócios, a empresa e seus administradores, visa apenas consignar que aquele que realmente contribuiu expressamente para a realização do ato ilícito seja obrigado a responder com seu próprio patrimônio por suas implicações tributárias.

Nesse sentido, importante transcrever a lição do ilustre tributarista Sacha Calmon Navarro Coelho, *in verbis*:

O artigo 135 retira a solidariedade do artigo 134. Aqui a responsabilidade se transfere inteiramente para terceiros, liberando os seus dependentes e representados. A responsabilidade passa a ser pessoal, plena e exclusiva desses terceiros. Isto ocorrerá quando eles procederem com manifesta malícia (mala fides) contra aqueles que representam, toda vez que for constatada a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatuto[19].

Assim, excepcionalmente, quando sócios ou dirigentes agirem com excesso de poderes ou infração de lei, há responsabilidade pessoal destes, até porque, nesses casos, o ato reputa-se praticado pelas pessoas físicas, e não pela pessoa jurídica, conforme entendimento uníssono da doutrina[20].

A respeito dos requisitos legais para a configuração da responsabilidade pessoal dos representantes das pessoas jurídicas, importante ressaltar que o mero inadimplemento da

obrigação tributária não tem o condão de determinar a aplicação do art. 135, inciso III, do CTN, conforme já pacificado em nossos tribunais[21].

Isso porque, caso realmente fosse considerada a falta de recolhimento de tributos como infração a lei para fins de responsabilização pessoal dos sócios, a exceção prevaleceria sobre a regra, ou seja, o que a lei estabelece como regra (responsabilidade limitada dos sócios e administradores) será totalmente anulada pela exceção (responsabilidade pessoal dos sócios e administradores), o que é completamente insustentável.

O tributarista Renato Lopes Becho argumenta que se verdadeira fosse esta interpretação: *"(...) qualquer infração à lei - como uma devolução de cheque sem correspondente fundos, aplicação de multa de trânsito, atraso de pagamento de duplicata ou de qualquer obrigação -, transferiria a responsabilidade para o administrador (...)"*, mitigando indevidamente a separação entre a pessoa jurídica e a pessoa física.

Dessa forma, a responsabilidade tributária pessoal somente pode ser instituída nos exatos ditames do Código Tributário Nacional, ou seja, quando restar inequivocamente comprovada a realização, por parte dos representantes legais dos contribuintes, de atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Salientando-se que o mero inadimplemento da obrigação tributária não enquadra nessas situações.

6. AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO E A RESPONSABILIZAÇÃO DOS REPRESENTANTES DAS PESSOAS JURÍDICAS

No ordenamento jurídico-tributário pátrio, sendo concluída a formalização definitiva do crédito tributário, pelo encerramento do contencioso administrativo fiscal de forma favorável à Administração Fazendária, ou pelo não questionamento do ato de lançamento pelo sujeito passivo obrigacional, prossegue-se o desenvolvimento do aspecto procedimental da norma jurídica tributária, com a inscrição do valor devido na denominada dívida ativa tributária. Tal procedimento permite a extração do título executivo extrajudicial para o ajuizamento da ação judicial apropriada, denominada no direito brasileiro de execução fiscal.

Nesse diapasão, atingida a inscrição do crédito tributário em CDA, nos termos do artigo 2º da Lei 6.830/80, inicia-se a chamada fase judicial, com a proposição da execução fiscal.

Pois bem, a questão central analisada no presente texto cinge-se à discussão acerca dos reflexos do processo administrativo tributário na responsabilização pessoal dos representantes das pessoas jurídicas, mormente no que se refere à sua inclusão na CDA, com a conseqüente legitimação para suportar o ônus da execução fiscal, seja desde o início da cobrança fiscal ou mesmo com o famigerado "redirecionamento" proposto pela Fazenda Pública.

Inúmeros são os exemplos existentes nos tribunais de casos em que, não surtindo efeitos a execução fiscal em face da empresa devedora, com a efetividade almejada pela penhora de bens, há o pedido de inclusão dos representantes legais na lide.

Não restam dúvidas de que tal fato gera grandes controvérsias. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento dos chamados "recursos repetitivos", manifestou-se, em três oportunidades, sobre a possibilidade de inclusão dos sócios na execução fiscal em andamento, sendo despicienda a apresentação de quaisquer provas acerca dos requisitos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, quando o nome desses representantes já se encontra inserido na Certidão de Dívida Ativa.

Os três julgamentos mencionados foram os dos Recursos Especiais n°s 1.101.728, 1.110.925 e 1.104.900.

O Resp nº 1.104.900 com Relatoria da Ministra Denise Arruda, tem a redação mais clara, sendo oportuno a citação da ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA, CUJOS NOMES CONSTAM DA CDA, NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1.A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos "com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos" (...).

4.Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, ccc a Resolução 8C2008 - PresidênciaC/STJ.

(REsp 1104900/ES, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 01/04/2009)

Em síntese, a orientação fixada pelo STJ é que, tendo o nome do representante legal constado na CDA, como em favor desta milita a presunção de legitimidade, o sócio está incumbido do ônus da prova, a fim de afastar a incidência da responsabilidade prevista no artigo 135, III do CTN.

Logo, como se faz necessária a produção de prova para afastar a incidência da responsabilidade, necessariamente o sócio deverá apresentar bens em garantia à execução, visto que o meio de defesa cabível é a apresentação de embargos à execução.

Entrementes, importante também consignar que, o entendimento do STJ também é uníssono que cabe exceção de pré-executividade unicamente para discutir questões de ofício, que dispensam a produção de prova.

Decorre dos dois entendimentos acima que, caso o nome dos representantes legais constem da CDA, necessariamente, deverão ser penhorados bens em garantia, para a discussão do débito.

A primeira vista, as razões apresentadas pelo STJ poderiam pacificar as controvérsias em torno da inclusão dos representantes legais no pólo passivo da execução fiscal, pois constando seu nome na Certidão de Dívida Ativa e a se considerar a presunção de certeza e liquidez, seria razoável o entendimento de que os requisitos do artigo 135, III, do CTN já teriam sido verificados.

Entretanto, é exatamente esse o ponto central da discussão que ora se propõe, ou seja, para a inserção do nome de um responsável na CDA, pelo menos em algum momento da constituição do crédito tributário devem ser comprovados, inequivocamente, os requisitos legais que ensejam a responsabilidade pessoal dos representantes por débitos da pessoa jurídica.

Assim, no contexto do processo constitucionalizado, é imprescindível a existência prévia de um processo administrativo, com a possibilidade de discussão ampla da responsabilidade tributária, como única fonte legitimadora para a cobrança judicial do suposto coobrigado inserido no pólo passivo da execução fiscal.

Sob esse prisma, o processo administrativo tributário, principalmente com o entendimento pacificado do STJ supramencionado, deve ser, mais do que nunca, o norte para a função arrecadatória do Estado, visto que o mesmo ganha inquestionável importância acerca da constatação da responsabilidade dos representantes legais das pessoas jurídicas.

Ora, se na esfera judicial a presunção de certeza e liquidez pende para o lado do Fisco, inclusive no tocante ao ônus probatório dos requisitos legais do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, pode-se afirmar que, será na fase administrativa da discussão do débito que ocorrerá todo o debate acerca da responsabilidade pessoal que, consequentemente, culminará na possibilidade da inclusão ou não dos representantes legais como coobrigados, podendo figurar o pólo passivo de execuções fiscais ajuizadas contra as pessoas jurídicas que representam.

Por conseguinte, é forçoso que o processo administrativo tributário seja definitivamente inserido no modelo constitucional de processo, para que os princípios constitucionais, destacadamente, o contraditório, a ampla defesa e a fundamentação das decisões sejam obedecidos, sob pena de rompimento com o Texto Maior e inviabilidade jurídica de toda a cobrança.

Não basta que haja um processo administrativo tributário "fictício", que aparentemente possibilite o contraditório, mas que simplesmente seja decidido de acordo com o questionável interesse público[22].

Como já exposto, o modelo constitucional do processo visa legitimar o direito pela participação das partes, que são os destinatários das decisões e, com efeito, por estarem compreendidos na perspectiva do Estado Democrático e de Direito, deverão participar dos processos de tomada de decisões, desde a criação das leis (processo legislativo), até as decisões administrativas e judiciais.

Para constarem os sócios na CDA é imprescindível que os supostos coobrigados tenham efetivamente participado do processo administrativo tributário, com a garantia de todos os princípios ressaltados em nossa Carta Política e que delimitam o modelo constitucional de processo ora defendido. Somente assim, no paradigma atual, é possível afirmar a legitimidade para inclusão desses tidos "responsáveis" na Certidão de

Dívida Ativa e, consequentemente, poder-lhes ser direcionada a execução judicial do crédito tributário

Caso contrário, não tendo sido possibilitada a participação dos representantes legais no processo administrativo tributário, com sua efetiva intimação para integrar a lide e a manutenção de todas as garantias do modelo constitucional de processo, sendo amplamente discutida a ocorrência dos requisitos ensejadores da responsabilidade tributária pessoal, restará frustrada toda a busca pela legitimidade do procedimento, resultando em evidente incompatibilidade com o paradigma atual.

A inscrição dos representantes das pessoas jurídicas na Certidão de Dívida Ativa deverá retratar fielmente a apuração da responsabilidade ocorrida no processo administrativo tributário, sendo completamente vedada, no modelo de processo ora defendido, qualquer responsabilização pessoal, com fulcro no artigo 135, III do CTN, sem que antes tenha sido oportunizado o contraditório e a ampla defesa, culminando-se, destacadamente, em uma decisão administrativa devidamente fundamentada com os argumentos jurídicos que conduziram o julgador administrativo a concluir pela ocorrência das situações previstas no dispositivo legal em comento.

No Estado Democrático de Direito não há espaço para o solipsismo absoluto do Poder Público, tampouco para decisões advindas de uma metajurídica. Nesse diapasão, ao inscrever em CDA o nome dos representantes legais das pessoas jurídicas, a Fazenda Pública deverá retratar exclusivamente o que foi apurado no processo administrativo tributário. Inexistente a discussão sobre a responsabilidade tributária na fase administrativa, não há como se proceder o redirecionamento da execução fiscal para os representantes legais da pessoa jurídica sem que o próprio Fisco, na esfera judicial, comprove cabalmente a ocorrência dos requisitos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Ademais, importante ressaltar que se o entendimento do STJ assentou que a CDA tem presunção de certeza e liquidez com relação à inclusão dos responsáveis tributários, não podem constar os nomes dos representantes legais das pessoas jurídicas sem qualquer discussão acerca dos requisitos previstos no Código Tributário Nacional sobre a responsabilidade pessoal, sob pena de responsabilização civil, criminal e administrativa do agente público.

7. A RESPONSABILIDADE PESSOAL E OS TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO FRENTE AO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Demonstrada a impossibilidade da inscrição do nome dos supostos coobrigados na Certidão de Dívida Ativa sem a sua prévia e efetiva participação no processo administrativo tributário, outro ponto conexo deve ser discutido.

Ora, partindo da premissa adotada pela jurisprudência pátria de que nos tributos sujeitos à homologação, que foram devidamente declarados e não pagos ("crédito tributário não contencioso"), seria dispensável o processo administrativo tributário, como seria possível conferir legitimidade jurídica e democrática à inclusão dos sócios nesses casos, eis que inexiste a possibilidade de se verificar a ocorrência ou não de responsabilidade pessoal?

Muito embora nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação possa haver a expressa declaração do sujeito passivo, é impossível constatar que seu representante legal tenha agido com excesso de poderes ou infração ao contrato social.

Nesse sentido, considerando-se o modelo constitucional de processo, pode-se afirmar que, mesmo nos casos de débitos declarados e não pagos, é imprescindível para a apuração da responsabilidade pessoal dos sócios, administradores e gerentes, que haja o processo administrativo tributário, cercado de todas as garantias constitucionais ressaltadas no presente trabalho, para apurar a ocorrência das hipóteses previstas no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional.

O entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça mencionado no presente texto reforçou a presunção de certeza e liquidez da CDA, sendo decorrência lógica desse fato e inafastável no paradigma atual, a obrigatoriedade da discussão, no seio do processo administrativo tributário, da responsabilidade dos supostos coobrigados, mesmo nos casos de "crédito tributário não contencioso", refletindo-se na possibilidade ou não de direcionamento do feito executivo para os representantes legais do contribuinte.

Diante do acima referido, o processo administrativo tributário necessariamente deve ser interpretado em consonância aos preceitos constitucionais, fato que ganha ainda mais relevo com as citadas decisões do Superior Tribunal de Justiça, inclusive sendo a discussão administrativa do débito passível intervenção judicial no caso de descumprimento das garantias ao devido processo impostas pela Constituição.

8. CONCLUSÃO

Em razão dos argumentos expostos no presente trabalho, depreende-se que embora o Colendo Superior Tribunal de Justiça, por meio de decisões tomadas com a utilização do instituto dos "recursos repetitivos", tenha apresentado avanço no sentido de estabilizar a discussão acerca da responsabilidade tributária pessoal dos representantes das pessoas jurídicas, o tema ainda merece ser analisado sob outros ângulos, principalmente quando inserimos a questão no contexto do modelo constitucional de processo (e de processo administrativo tributário), com as garantias a ele inerentes.

Conforme ressaltado anteriormente, a Corte Superior firmou o entendimento de que caso os representantes das pessoas jurídicas já constem da Certidão de Dívida Ativa sua defesa na esfera judicial só poderá ocorrer pela via dos embargos à execução, com a comprovação da inocorrência dos requisitos do art. 135, III, do CTN. Tal fato implica na constrição de seu patrimônio, causando prejuízos somente escusáveis com a participação de todos os envolvidos em um processo administrativo tributário efetivamente dotado de todas as garantias constitucionais e que tenha culminado em uma decisão juridicamente motivada, mesmo nos casos envolvendo os chamados "créditos tributários não contenciosos" (declarados e não pagos).

É possível afirmar, portanto, que o prévio processo administrativo tributário é indispensável para a apuração da responsabilidade tributária pessoal dos representantes legais das pessoas jurídicas, somente podendo figurar como coobrigados na Certidão de Dívida Ativa aqueles que, após discussão dialógica e isonômica, tenham sido responsabilizados pelos créditos tributários das empresas que representam.

Assim, pretendeu-se no presente trabalho realizar uma análise da responsabilidade tributária pessoal em consonância com modelo constitucional de processo e com o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre a presunção de certeza e liquidez da CDA, inclusive quanto à inscrição dos coobrigados. Nesse contexto, conclui-se ser completamente incabível a mitigação do contraditório, com a impossibilidade de discussão prévia da responsabilidade tributária antes da própria lavratura da CDA.

Importa salientar que, no paradigma do Estado Democrático de Direito o processo ganha status de propiciador do discurso, sendo o mecanismo mais propício para

participação dos agentes nas tomadas de decisões e, conseqüentemente, para a busca pela aceitabilidade racional das decisões, pilar da idéia de legitimidade democrática.

Assim, defende-se que a ausência do prévio processo administrativo, cercado de todas as garantias do modelo constitucional de processo, impede a inclusão dos nomes dos representantes da pessoa jurídica na Certidão de Dívida Ativa, impossibilitando que o feito executivo lhes seja direcionado sem a realização de quaisquer diligências probatórias por parte do Fisco.

Fato é que, no modelo defendido no presente trabalho, o prévio processo administrativo é condição indispensável para a formação do título executivo extrajudicial. Entretanto, ainda que assim não se entendesse, a ausência de discussão sobre a ocorrência dos requisitos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional na esfera administrativa, somente pode conduzir para a conclusão de que, nesses casos, o ônus probatório das hipóteses de responsabilização pessoal jamais pode ser transferido para os supostos coobrigados.

A CDA deve retratar o que foi apurado no processo administrativo tributário, de forma que, caso não tenha sido apurada a responsabilidade dos sócios, gerentes ou administradores das pessoas jurídicas, esse título executivo não pode ser lavrado com a inclusão de seus nomes na condição de coobrigados. Com efeito, qualquer inclusão indevida na Certidão de Dívida Ativa gera, ao prejudicado, o direito de indenização no âmbito cível, bem como a possível responsabilização administrativa e, se for o caso, até mesmo penal (excesso de exação), dos agentes públicos envolvidos na equivocada lavratura da CDA.

Por fim, cabe frisar que, no modelo ora defendido, todo o procedimento está sujeito à plena observância dos princípios constitucionais garantidores do devido processo, destacadamente o contraditório, a ampla defesa e da fundamentação das decisões. Portanto, na hipótese de haver qualquer ofensa aos primados apontados é totalmente possível a intervenção do Poder Judiciário a fim de obstar as máculas constatadas em cada caso.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costitucionale del proceso civil italiano*. G. Giappicheli, Editore, Torino, 1990.

ANDRADE, L.B. DE. *Dívida Ativa Inscrição*. São Paulo: RDT 57/127-144, 1991.

ARRUDA ALVIM NETO, J.M. DE Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre o Processo Tributário. São Paulo: RT, 1995.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, V. I, nº 7, outubro, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br. Acesso em: 25 de novembro de 2008.

BARACHO, José Alfredo de. *Processo Constitucional*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARACHO, José Alfredo de. *Processo Constitucional*. Revista Forense v. 337, p.105-123, Rio de Janeiro, jan/mar 1997.

BONILHA, Paulo Celso B. *Da Prova no Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: LTR, 1992.

BOTALLO, Eduardo Domingos. *Curso de Processo Administrativo Tributário*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra. 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) *Crise e desafios da constituição*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem é método*, 2ª ed., São Paulo: Noeses, 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários ao Código Tributário Nacional*, São Paulo: Forense, 2003.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CONRADO, Paulo Cesar. *Processo Tributário*. 2ª Ed., São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CORDEIRO LEAL, André. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DABUL, Alessandra. *Da prova no processo administrativo tributário*. Curitiba: Juruá, 2005.

DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo*, 1ª ed. Fórum, Belo Horizonte, 2003.

DI PIETRO, M. S. Z. DE. *Processo Administrativo Garantia do Administrado*. São Paulo: RDT 58/113-118, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIREDO. L. V. *Devido Processo Legal e fundamentação das decisões*. São Paulo: RDT 63/211-216, 1993.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GORDILLO, A. *Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: RDT 9-10/277.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. I e II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

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

LIMA, Marcos Vinícius Neder de; Lopes, M.T.M. *Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado*. São Paulo: Dialética, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. A Execução Fiscal e a Responsabilidade de Sócios e Dirigentes de Pessoas Jurídicas. In: *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre: Instituto de Estudos Tributários, nº 23, jan-fev/2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Estudos de Processo Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1991.

MARINS, James. *Direito processual brasileiro*: (administrativo e judicial). 3ª ed., São Paulo: Dialética, 2003.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Processo Administrativo Tributário*: Pesquisas Tributárias - Nova Série, 2ª ed., São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Processo Judicial Tributário* (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Dívida Ativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso*: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação das partes. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo A Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. *Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PANDOLFO, Rafael. *Fundamentos do direito processual tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PAULA, Rodrigo Francisco de (Org.). *Processo administrativo fiscal federal*. 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Processo administrativo tributário em perspectiva de cidadania democrática. In: ROCHA, Sérgio André (coord.). *Processo administrativo tributário* - Estudos em homenagem ao professor Aurélio Pitanga Seixas Filho, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

[1] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*, 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 13. "Mostra Fix-Zamudio as deduções que surgem acerca do processo ordinário e das garantias constitucionais, para chegar-se à concepção do processo estritamente constitucional, como instrumento ou meio de tutela dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente".

[2] CORDEIRO LEAL, André. *O contraditório e a fundamentação das decisões*, p. 87. "Andolina e Vignera vão além de Fazzalari e se ocupam do estudo do processo como modelo constitucionalizado a vincular a estruturação dos procedimentos preparatórios dos provimentos jurisdicionais".

[3] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*, 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 57.

[4] A respeito do modelo constitucional de processo legislativo, confira-se: CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001 e DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo*, 1ª ed. Fórum, Belo Horizonte, 2003. Sobre a fundamentação como princípio inerente ao processo administrativo, consultar: ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

[5] RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Processo administrativo tributário em perspectiva de cidadania democrática. In: ROCHA, Sérgio André (coord.). *Processo administrativo tributário - Estudos em homenagem ao professor Aurélio Pitanga Seixas Filho*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 390.

[6] MARINS, James. *Direito processual brasileiro*: (administrativo e judicial). 3ª ed., São Paulo: Dialética, 2003, p. 191.

[7] Confira-se: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra. 2001.

[8] NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação das partes*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 144.

[9] ANDOLINA, Ítalo. VIGNERA, Giuseppe *apud* NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação das partes*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 145.

[10] Aroldo Plínio Gonçalves baseia-se na teoria do processo como procedimento em contraditório desenvolvida por Elio Fazzalari e assim esclarece: "O processo é o procedimento que se desenvolve em contraditório entre os interessados, na fase de preparação do ato final e entre o ato inicial do procedimento de execução até o ato final, aquele provimento pelo qual ela é julgada extinta, está presente o contraditório, como possibilidade de participação simetricamente igual dos destinatários do ato de caráter imperativo que esgota o procedimento" (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 127).

[11] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 97.

[12] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, Curitiba: Juruá, 2008, p. 229.

[13] Cf. BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 146.

[14] Em razão do corte metodológico realizado no presente trabalho, deixa-se de analisar a questão da subsunção do fato à norma tributária face aos avanços da ciência após a giro lingüístico, constatadas desde as "Investigações Filosóficas" de Ludwig Wittgenstein. Para maiores considerações a respeito do estudo da linguagem na seara tributária, confira-se: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem é método*, 2ª ed., São Paulo: Noeses, 2008.

[15] BOTALLO, Eduardo Domingos. *Curso de Processo Administrativo Tributário*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 24.

[16] *"EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL ARTS. 153, PARAGRAFO 2 CF, 219 E 458 DO CPC NÃO PREQUESTIONADOS - SUMULAS 282 E 356. NÃO INCIDE NOS PROCESSOS CÍVEIS O DISPOSTO NO PARAGRAFO 15 DO ART. 153, CF QUE ASSEGURA AMPLA DEFESA A QUEM SEJA ACUSADO AG. 108.962 (AGRG). E VALIDO O LANCAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OU AUTOLANCAMENTO, INDEPENDENTEMENTE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. (RE 93,039 - RTJ 103/667-671). RE NÃO CONHECIDO. (RE 113798, Relator(a): Min. DJACI FALCAO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/1987, DJ 18-12-1987 PP-29145 EMENT VOL-01487-05 PP-01025)*

[17] *PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. FINSOCIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. NOTIFICAÇÃO. PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO.*

DESNECESSIDADE. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI VIGENTE À ÉPOCA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. PRECEDENTES.

1. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, é despicienda a prévia notificação ou processo administrativo, tornando-se exigível o crédito tributário a partir do momento da declaração pelo contribuinte [...]."

(AgRg no REsp 671.018/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009)

DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LANÇAMENTO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE.

ENCARGO DE 20%. LEGALIDADE. SÚMULA 83/STJ.

1. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e o não pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo [...]."

(AgRg no Ag 1089270/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009)

[18] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 598/599.

[19] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários ao Código Tributário Nacional*, São Paulo: Forense, p. 578.

[20] MACHADO, Hugo de Brito. A Execução Fiscal e a Responsabilidade de Sócios e Dirigentes de Pessoas Jurídicas. In: *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre: Instituto de Estudos Tributários, nº 23, jan-fev/2002, p. 124.

[21] EDcl no AgRg no REsp 1095672/SP, EDcl no REsp 1098361/RS, AgRg no Ag 971.741/SP, dentre vários outros julgados.

[22] Contundente e bem fundamentada crítica ao chamado "Princípio da Supremacia do Interesse Público" é realizada por Humberto Hávila. Confira-se: ÁVILA, Humberto. *Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br.

O SIGILO BANCÁRIO E A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA: UM ENFOQUE NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

THE BANK SECRECY AND THE TAX ADMINISTRATION: AN APPROACH IN THE PARADIGM OF THE DEMOCRATIC STATE

Leonardo Varella Giannetti

RESUMO

Este artigo afirma que o sigilo bancário não é oponível ao Fisco, devendo ser superado o entendimento majoritário da doutrina nacional, que defende que os dados resguardados pelo sigilo não podem ser compartilhados nem solicitados pelo Estado, por refletirem parte da intimidade e privacidade.

A concepção adotada pela doutrina majoritária está amparada em uma perspectiva liberal, deixando de enfrentar uma questão prévia, que é a função da tributação no Estado Democrático de Direito e qual é o objetivo deste Estado e da sociedade neste ambiente.

As ideias desenvolvidas por diversos autores demonstram que o tributo é o preço que pagamos para viver em uma sociedade organizada, amparada na liberdade. Atualmente, o tributo se justifica pela ideia de solidariedade e que é condição mínima para a realização dos direitos fundamentais, não só os individuais como os sociais. Esse tema não pode ser desconsiderado na análise dos limites do poder de fiscalização do Fisco, dos quais se destaca o sigilo bancário.

PALAVRAS-CHAVES: SIGILO BANCÁRIO – TRIBUTO – DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS – INTIMIDADE E PRIVACIDADE

ABSTRACT

This article affirms that the secrecy banking can not be opposed to the Treasury department, having to be surpassed the majority agreement for the national doctrine, who defends that the data protected for the secrecy banking cannot be shared nor requested by the State, because they reflect part of the privacy.

The conception adopted for the majority doctrine is supported in a liberal perspective, leaving to face a previous question, that is the function of the taxation inside of a Democratic State and which is the objective of this State and the society in this situation.

Thus, the ideas developed by several authors have demonstrated that the tax is the price we pay to live in an organized society, supported in freedom. Actually, the tax is justified for the solidarity's idea and that is the minimum condition for the accomplishment of the basic rights, which is the individual ones, as the social ones. This

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

subject cannot be disrespected in the analysis of the limits of the power of fiscalization of the Treasury department, which distinguishes the secrecy banking.

KEYWORDS: SECRECY BANKING - TRIBUTE - RIGHT AND BASIC DUTIES – PRIVACY

I. Introdução

O sigilo bancário e sua relação com a atividade tributária é tema bastante discutido tanto na doutrina como na jurisprudência. Seu enfoque ressurgiu em 2001, com a entrada em vigor da Lei Complementar n° 105.

Como o Supremo Tribunal Federal ainda não julgou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade que foram ajuizadas contra a mencionada lei complementar e o decreto que a regulou, permanece aceso o debate que envolve essa parcela da privacidade das pessoas frente à pretensão do Estado de aferir se os contribuintes estão cumprindo as leis tributárias e oferecendo à tributação toda a riqueza obtida.

O presente trabalho está estruturado da seguinte forma: inicialmente, será demonstrado como a doutrina tradicional trata a questão; em segundo lugar, ver-se-á a visão tradicional da jurisprudência do STF sobre o tema; após, serão tratados temas que a doutrina pátria majoritária não traz ao debate, quais sejam, o papel da tributação no Estado Democrático de Direito, a existência de deveres fundamentais ao lado dos direitos fundamentais e o princípio da solidariedade social, tudo dentro de um contexto distinto do paradigma liberal que prevalece nas manifestações da doutrina brasileira.

Tais questões são fundamentais para legitimar o acesso direto pelos órgãos de fiscalização tributária aos dados bancários dos contribuintes.

Uma última explicação merece ser feita. Apesar de haver manifestações tanto doutrinária [1] como jurisprudencial [2] que entendem que a intimidade e a privacidade não protegem os dados bancários resguardados pelo sigilo - excluindo-os, “a priori”, do âmbito de proteção dos mencionados direitos fundamentais - tal questão não será tratada neste artigo. A concepção que será aqui defendida é que, mesmo que os dados bancários estejam inseridos na proteção dos direitos de intimidade e privacidade, é possível sua restrição em face de outros argumentos de sede constitucional.

Isso porque, uma situação pode, *prima facie*, ser protegida por um determinado direito fundamental, contudo, diante da situação concreta e frente a argumentos que a fundamentam, determinada intervenção estatal poderá ser considerada constitucional. [3]

II. A posição da doutrina pátria tradicional

O entendimento de que o sigilo bancário reflete parte da intimidade e privacidade e é, portanto, um direito da personalidade, não podendo esses dados ser compartilhados nem solicitados por terceiros (inclusive o Estado), foi acolhido por grande parte da doutrina brasileira. [4]

Para esta parcela da doutrina, a consequência imediata dessa posição é de que, como os incisos X e XII do art. 5º da CF/88 resguardam a intimidade e a vida privada, o sigilo bancário passa a ter *status* constitucional, sendo considerado um direito fundamental. Mesmo configurado como direito fundamental, a doutrina entende que o mesmo não é absoluto, mas relativo, podendo ser afastado em situações excepcionais. [5] É nesse ponto, justamente, que paira a grande controvérsia do tema.

Alguns trabalhos doutrinários chegam a enfrentar o artigo 145, § 1°, da Constituição da República, que diz que é facultado à Administração Tributária, para assegurar a observância da tributação conforme a capacidade contributiva do contribuinte, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do sujeito passivo, desde que tal atividade fiscalizatória respeite os direitos individuais e seja feita dentro da legalidade. [6]

Contudo, para esta parcela da doutrina, como o sigilo está inserido na cláusula genérica de proteção à intimidade e privacidade, sendo, assim, um direito fundamental e com assento constitucional, o mencionado § 1° do artigo 145 também não daria permissão para que o Fisco obtivesse diretamente os dados bancários. [7] O dever de segredo somente pode ser afastado por ato do Poder Judiciário e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), estas últimas em razão da permissão expressa descrita no art. 58, § 3°, da Constituição.

Apesar de essa opinião ter sido dada em textos escritos antes da LC 105/2001, ela ainda é reafirmada pela doutrina pátria majoritária. O que se observa de grande parte da doutrina majoritária é uma preocupação em assegurar de forma mais efetiva possível (quase uma 'adoração') os direitos individuais contra as "investidas" do Estado, [8] pois, para essa corrente, caso o Estado passe a ter acesso direto aos dados bancários, ele poderá fazer o que bem entender. [9] Ilustra tal proposição a opinião dada por José Delgado para justificar a atribuição de quebra do sigilo apenas ao Poder Judiciário:

"A administração tributária, por melhor que seja a sua estrutura e os seus propósitos, não está emocionalmente preparada para conhecer e aplicar os princípios que sustentam a cidadania fiscal. Isso ocorre, primeiramente, por o fisco ter como missão exclusiva exercer a função de arrecadar tributos. É a sua meta essencial, por ser atribuição que na organização administrativa estatal está obrigado a desempenhar. Não lha cabe administrar o tributo arrecadado, limitando-se, unicamente, a envidar esforços para o cumprimento das metas impostas para imprimir aumento na arrecadação tributária. O sucesso da administração tributária é medido pelo maior volume de recursos fiscais atraídos para os cofres do Governo, nunca pelo respeito que exerça para com os direitos

fundamentais do contribuinte. É uma questão de cultura administrativa, de distribuição de funções no sistema estatal, difícil de ser mudado só por sugestões doutrinárias. Necessita vontade política." [10]

Vemos em outros textos que a relação entre o Estado e o contribuinte é sempre vista como uma "luta", uma "briga", se valendo, inclusive, de termos e "armas" relacionadas a estes eventos. [11]

Para essa corrente doutrinária, o tributo é uma *norma de rejeição social*, pois não possui acolhida no direito natural. Ao contrário de normas de aceitação social – como o respeito à vida – a norma de rejeição social só se faz efetiva em razão da existência de uma sanção. Assim, um contribuinte, que seria incapaz de matar alguém, mesmo que não houvesse qualquer penalidade, é muitas vezes tentado a não recolher os tributos, só o fazendo em razão do temor em sofrer a sanção cominada na lei. [12]

Essa concepção do tributo traz consequências tanto na *interpretação* do direito como no *papel* que a atividade tributária possui dentro do Estado. Para Ives Gandra, por se tratar de norma de rejeição social, deverão ser invocados princípios hermenêuticos próprios daqueles ramos que implicam restrição de direitos (como o Direito Penal), como o da tipicidade fechada e legalidade estrita, da retroatividade benigna, da não-adoção da interpretação analógica apenadora e das interpretações extensivas 'in pejus', "*técnicas exegéticas próprias da defesa do cidadão contra a idolatria do Estado*." [13]

Como corolário, a Constituição sempre é vista e interpretada como a única "salvação" do cidadão contra a "fúria arrecadatória" estatal. [14] E a fiscalização nunca poderia possuir um *status* constitucional ou mesmo por em "perigo" um direito individual.

Nessa ordem de ideias, realmente, a tributação e a figura do Estado estariam inseridos em uma concepção ideológica que torna o sigilo bancário oponível ao Fisco. É compreensível a preocupação da doutrina, pois, apesar da Constituição ter entrado em vigor há 20 anos, a figura do Estado burocrático que perdurou no regime militar e a figura autoritária do agente fiscal ainda estão presentes. Do mesmo modo, existe, ainda, o "estigma" cultural inserido na sociedade de que o Estado é mero gastador e que o tributo é analogicamente tratado como uma "pena", uma sanção.

Tal concepção é reafirmada cotidianamente quando vemos notícias de corrupção em todos os poderes que compõem a República e exemplos absurdos de ilegalidade e imoralidade. Entretanto, apesar de existir uma realidade que não nos agrada e coloca o próprio ordenamento jurídico e suas instituições em crise, indaga-se se isso seria suficiente para que a tributação seja concebida realmente como *norma de rejeição social.*

Em suma, a questão em foco, antes de ser apenas um debate sobre se o sigilo bancário é protegido ou não por um direito fundamental, passa pela análise de qual é o papel da tributação dentro de um Estado Democrático de Direito e qual é a função deste Estado e da sociedade neste ambiente. Esse tema será tratado nos tópicos seguintes. Mas, antes, é importante resumir a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

III – A posição do STF sobre o sigilo bancário

Em síntese, o STF acompanha a doutrina majoritária brasileira e entende que o sigilo bancário possui amparo constitucional e está inserido no direito à intimidade e vida privada. [15] Ele não é um direito absoluto, mas relativo, cedendo *"diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social."* [16] Entretanto, a discussão de quem teria poderes para afastar o dever de sigilo ainda não teve solução final.

No MS 21.729, Relator o Ministro Marco Aurélio, e Relator para o acórdão o Ministro Néri da Silveira, julgado pelo Pleno do STF em 05.10.1995, a questão da possibilidade de quebra do sigilo bancário sem a intervenção do Poder Judiciário voltou à cena. O voto vencedor não adentrou na questão da efetiva necessidade da autorização judicial para a quebra do sigilo bancário, pois esse não era, propriamente, o cerne da questão. Todavia, alguns votos se manifestaram sobre esse tema, mostrando um primeiro posicionamento do Tribunal a respeito da matéria.

Entendeu a Corte, por escassa maioria (6 votos contra 5) que o Banco do Brasil não podia negar informações ao MP quando estas disserem respeito a empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal. Nesse caso, aplicaram o princípio da publicidade, previsto no art. 37 da Constituição da República.

O voto vencedor, subscrito pelo Ministro Néri da Silveira, não entrou no problema do sigilo bancário e de sua proteção. Entretanto, *cinco Ministros* manifestaram posicionamento exigindo, *em qualquer caso*, a intervenção do Poder Judiciário para deferir o afastamento da intimidade e privacidade do cidadão. O Ministro Ilmar Galvão expressamente ressaltou o seguinte:

"Veja-se que nem sequer ao Fisco, a quem incumbe prevenir a sonegação de impostos, notadamente os que recaem sobre rendimentos auferidos pelos contribuintes, outorgou a Constituição o poder de devassa das contas bancárias, havendo, ao revés, no art. 145, § 1º, da CF, ao facultar-lhe o poder de identificar o patrimônio, os rendimentos e atividades econômicas do contribuinte, consignado a ressalva – 'respeitados os direitos fundamentais' -, cláusula que vale pela indicação de que o poder investigatório, próprio do Fisco, encontra limite na intimidade, na vida privada, na casa, na correspondência e nas comunicações em geral, mesmo de dados, valores que se encontram ao abrigo da garantia constitucional da inviolabilidade.

Trata-se de limite somente afastável pela via judicial, em devido processo legal, e diante de razões bastantes para justificarem a decisão do Juiz."

Além dos Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Celso de Mello e Ilmar Galvão, o Ministro Carlos Velloso também defendeu essa posição, manifestando que como o

direito protegido possui *status* constitucional, sua violação *não poderá ser efetuada por quem não tenha o dever de imparcialidade*. A questão da imparcialidade voltou a ser analisada no RE 215.301, relator o próprio Ministro Carlos Velloso, DJ 28.5.99, quando restou negado ao Ministério Público o direito de obter diretamente (sem intervenção do Poder Judiciário) os dados bancários sigilosos.

Toda a jurisprudência do STF foi construída antes da entrada em vigor da LC 105/2001, sendo certo que as ADI´s 2386, 2390 e 2397, apesar de ajuizadas em 2001, ainda não foram julgadas pelo STF. Após a entrada em vigor da LC 105/2001, por duas vezes, o STF concedeu liminar em ação cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto pelo contribuinte e suspender qualquer medida tomada pelo Fisco, bem como impedir que a Fazenda Pública, com base na mencionada lei complementar, requisitasse diretamente aos bancos as movimentações financeiras do correntista. Tais decisões embasaram-se em vários precedentes, dentre os quais os mencionados neste trabalho. [17]

Entretanto, diante da relevância e a atualidade do tema, a 2ª Turma, ao julgar, em 01/04/2008 (DJ 01/08/2008), o Agravo Regimental no RE 261.278, resolveu prover o recurso da União para anular decisão monocrática proferida pelo Ministro Carlos Velloso e afetar ao Pleno o julgamento do recurso extraordinário. A decisão anulada havia acolhido o recurso do contribuinte para reformar acórdão que entendera ser legítima a quebra do sigilo bancário feita diretamente pelo Fisco. [18]

E em 2008, o Conselho Federal da OAB, utilizando os argumentos doutrinários e os precedentes citados nesta peça, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4010) contra o art. 5º da LC 105/2001, que trata da possibilidade do Poder Executivo disciplinar os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à Administração Tributária da União as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, tarefa esta que foi feita com a edição da IN 802, de 27/12/2007. [19]

O tema, assim, é atual e ainda está sem definição. Contudo, os precedentes proferidos antes de 2001 ainda possuem força na jurisprudência do STF.

De toda forma, nota-se, inicialmente, que o STF ainda não enfrentou a questão do sigilo tomando como base o papel da tributação dentro de um Estado Democrático de Direito. A interpretação dada ao art. 5º, X e XII, bem como ao art. 145, § 1º, da CR, é apenas parcial, havendo uma lacuna quanto a outro aspecto já bastante discutido na doutrina estrangeira, qual seja, o papel atual da tributação e a realidade de que não existe Estado de Direito sem tributos.

IV. O papel do tributo no Estado Democrático de Direito

Como dito, não se discutirá, neste trabalho, se o sigilo bancário está ou não inserido no art. 5°, X e XII, da Constituição da República. O enfoque é outro. Isso porque, apesar das posições da doutrina e jurisprudência relatadas, não é possível desconsiderar neste debate o atual papel do Estado – que foi ampliado em razão da evolução do

constitucionalismo – bem como a necessidade da participação da pessoa humana para concretizar os diversos objetivos postos na Constituição.

Como já adiantado, mesmo que se entenda que os dados bancários são, em tese, protegidos pela intimidade e privacidade, isso, por si só, não quer dizer que eles estejam submetidos a uma cláusula de reserva de jurisdição, nem que as administrações fazendárias estejam impedidas de ter acesso direto aos mesmos.

A primeira e importante consideração é a de que, ao lado dos direitos fundamentais, existem os *deveres fundamentais do cidadão*. Eles representam a face oculta dos direitos constitucionais do indivíduo. [20] Direitos e deveres estão no mesmo plano constitucional, sendo que integram e formam o estatuto constitucional da pessoa. Esse tema ficou esquecido, pois a doutrina européia – tal qual no Brasil depois de 1988 - sempre realçou o papel dos direitos fundamentais.

Para José Casalta Nabais, os deveres fundamentais constituem uma categoria própria, mas que integra o domínio dos direitos fundamentais, *"na medida em que este domínio ou esta matéria polariza todo o estatuto (activo e passivo, os direitos e os deveres) do indivíduo."* [21] Esse indivíduo, logicamente, por ser uma *pessoa*, será sempre detentora de direitos e deveres (*simultaneamente livre e responsável*). Esses deveres fundamentais residem na Constituição e, portanto, são *numerus clausus*. Aqueles que não estão no texto constitucional, podem ser criados pelo legislador, mas serão apenas deveres legais. Historicamente, os deveres fundamentais foram surgindo à medida que os direitos foram se formando. Eles são decorrentes ou exprimem a soberania do Estado, mas de um Estado que está fundado na primazia da pessoa humana. Esse fato, por si só, já demonstra que a existência de deveres não torna o Estado onipotente, mas que possui pleno limite.

Entretanto, tais deveres necessitam ser concretizados pelo legislador, pois não operam diretamente. Contudo, não são meras normas programáticas, pois são dotadas de certa eficácia, até por integrarem a Constituição. Assim, na temática dos custos dos direitos, o Estado moderno está necessariamente pautado em deveres fundamentais, que são os *custos* em sentido amplo que dão o suporte para a existência e funcionamento desta comunidade, que é amparada na liberdade e na concretização dos direitos fundamentais. E um dos custos deste Estado são justamente os financeiros públicos, suportados por tributos. [22]

Nessa última concepção, os tributos (em especial os impostos) são o preço que pagamos para termos a sociedade existente, assentada na idéia de liberdade. Todos os direitos têm seus custos para a comunidade [23] e mesmo aqueles que a doutrina denomina de *direitos negativos ou de 1ª geração*, para serem efetivados, possuem *custos*. Tanto a liberdade como a propriedade não existiriam sem prestações positivas estatais. Flávio Galdino assinala inclusive que *"o Estado não reconhece simplesmente a propriedade: o Estado verdadeiramente cria a propriedade."* [24] Realmente, o direito de propriedade depende de uma estrutura muito grande: ele existe e é garantido em razão da atuação contínua e perene de agentes dos três poderes, cada qual dentro de sua esfera de competência. Afinal, o que seria dele sem a existência de um Poder Judiciário? Na linha do que está sendo desenvolvido, Liam Murphy e Thomas Nagel ressaltam que:

"… numa economia capitalista, os impostos não são simples método de pagamento pelos serviços públicos e governamentais: são também o instrumento mais importante por meio do qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva." [25]

Esses autores buscam discutir o papel do tributo e sua vinculação com a realização de justiça. Eles enfrentam e inovam um tema de grande importância ao direito: a de que a propriedade privada é uma convenção jurídica cuja existência e validade dependem da tributação. Afirmam também que *"os impostos têm de ser avaliados como um elemento do sistema geral de direitos de propriedade que eles mesmos ajudam a criar."* [26]

Não haveria, para eles, um direito *natural* à propriedade, pois o sistema tributário é um elemento importante que estabelece condições que criam um conjunto de bens proprietários. Assim, *"os direitos de propriedade são direitos que as pessoas têm sobre aquilo que lhes resta depois de cobrados os impostos, e não antes."* [27]

Como a principal fonte de receitas do Estado atual advém da tributação, assinala Nabais que todos os direitos têm por suporte fundamental a figura dos impostos. [28] É certo que esse "preço" não pode ser muito elevado, sob pena de não ser preservada a liberdade, que é pressuposto do Estado servir. A carga fiscal deve ter limites (preço aceitável e limitado). Entretanto, e é o que interessa neste ponto, por estarmos inseridos no Estado Fiscal, os tributos constituem um "*indeclinável dever de cidadania, cujo cumprimento a todos nos deve honrar."* [29] Dessa forma, eventual repúdio a um tributo não é motivo suficiente para que a tributação seja vista como uma ameaça ao cidadão.

O próprio triunfo do liberalismo levou ao fim dos Estados patrimoniais, ou seja, aqueles cujas receitas decorrem do patrimônio público ou do exercício estatal de atividades econômicas. Afinal, na medida em que se instaurou uma economia de mercado, a sustentação do Estado passou a ser dar justamente pela tributação. De outro lado, a liberdade econômica depende da participação dos indivíduos não só na formação de políticas econômicas**,** como também na "*qualidade de destinatários do dever fundamental de pagar impostos na medida da respectiva capacidade contributiva*." [30]

Nesse entendimento, o Estado Fiscal implica uma cidadania de liberdade cujo *preço* reside em sermos, todos, destinatários do dever fundamental de pagar impostos. Cidadania que é definida pelo autor como a qualidade dos indivíduos que, enquanto membros de um Estado, são titulares de direitos e deveres universais. [31] Assim, cidadania não se limita o direito de votar ou ser votado. Nela se insere também a *cidadania fiscal*, que consiste no dever de pagar impostos, dever que constitui o preço a pagar por termos uma sociedade assente na idéia de *liberdade*. Para o autor, "*nenhum membro da comunidade pode ser permitido excluir-se de contribuir para o suporte financeiro da mesma."* [32]

A importância da tributação, o seu papel no Estado moderno e a exigência de uma cidadania fiscal são temas defendidos também por Vitor Faveiro, outro autor português, que ressalta que o *dever de contribuir* é *inato* à pessoa na qualidade de ser social, que é o ator principal das relações tributárias. [33]

Não desconhece o autor a existência na sociedade de uma "aversão" ao tributo[34]. Entretanto, mesmo que haja abusos e ilegalidade, não é essa concepção de "discórdia" descrita pelo autor português que devemos, hoje, ter sobre o Estado e a tributação, pois não foi esta a ideologia adotada na Constituição.

Cabe à sociedade buscar rever esses pressupostos e alterar a realidade construída intersubjetivamente, e não a partir de perspectivas autoritárias ou individualistas. E uma das reformas necessárias envolve uma mudança na *mentalidade*, que importa na criação, no *homem-cidadão*, do sentimento de ser social, evolutivo, propenso a outros valores humanos, e, como tal, de contribuinte. Tal reforma, logicamente, realmente, depende da participação ativa do Estado, inclusive por meio de ações de formação *cívica e cultural de cidadania*, o que impõe ao integrante da sociedade estar ciente e consciente da sua posição neste meio em que não só vive, mas *participa de forma responsável.* [35]

Em face disso, a análise tributária deve se libertar de um liberalismo denominado de 'vulgar', que é fundado, entre outros, nos seguintes aspectos: de que há um direito moral à propriedade da renda pré-tributária; de que os tributos "tomam nosso dinheiro"; e de que a questão de justiça tributária resume-se à distribuição dos sacrifícios segundo a capacidade contributiva. Ao contrário, a justiça do sistema tributário não se resume à forma de imposição, mas também ao modo que o dinheiro arrecadado é gasto - o que reafirma a função distributiva da renda.

A indagação sobre quais os fins legítimos do governo e quais são os meios que o mesmo possui para realizá-los mostra que o governo não é neutro, mas interfere na sociedade, pois o Estado não se limita a regular a vida das pessoas, mas ele é responsável pelo *tipo de vida que as pessoas podem levar.* [36]

Apesar da economia capitalista de mercado ser o melhor meio para gerar empregos, criar e circular riquezas (em especial o capital), ela gera, sem dúvidas, grandes desigualdades econômicas e sociais. Isso sem esquecer a questão hereditária, que gera desigualdades sem um respaldo moral. Caberá ao governo encontrar soluções que, sem prejudicar o poder produtivo do sistema, limitem ou reduzam os danos que inevitavelmente atingiram aqueles que saíram perdendo na competição do mercado, especialmente por não terem tido, no início da vida, qualquer oportunidade.

Dessa forma, ganha evidência a importância da tributação como instrumento de redistribuição de renda e redução das desigualdades. Nesse sentido, será por meio de ações estatais (entre as quais estão as políticas públicas) que se dará aos mais carentes meios para nivelarem socialmente. A justiça estará, assim, na busca pela igualdade de oportunidades. [37]

Segundo Ronald Dworkin, a legitimidade de um governo depende que ele *"demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade."* Essa *consideração igualitária* é denominada pelo filósofo como *a virtude soberana da comunidade política,* sendo que a distribuição desigual das riquezas demonstra que o Estado não *considera* com igualdade os cidadãos. Ressalta ainda que *a distribuição das riquezas é produto de uma ordem jurídica,* na medida que depende das leis promulgadas na comunidade, entre elas das leis de previdência, fiscais, de direitos políticos, etc. [38]

Igualdade, assim, é tratar os indivíduos *como iguais* ou com a mesma consideração, no sentido de que eles possuem o mesmo valor como pessoa e merecem o mesmo respeito e consideração como cidadãos. [39]

O que os autores aqui indicados buscam é justamente mostrar que não deve mais prevalecer a concepção da tributação como simples *necessidade financeira*, cujo destino é desconhecido e sem qualquer elemento transformador ou reformador; e também, que o poder tributário é determinado pela *autoridade*, estando o contribuinte sempre em uma posição defensiva; e, por fim, que inexiste ou é sem relevância uma relação direta do tributo com a realização dos direitos fundamentais.

O fato de este Estado muitas vezes falhar na realização desses objetivos não é suficiente para, retirar do tributo a força e a importância que desempenha no Estado Democrático de Direito. Afinal, mesmo com as múltiplas crises que enfrenta, ele ainda é o *"principal garantidor dos direitos fundamentais"*, tendo de criar novas instituições e remodelar as já existentes, tendo de estar devidamente "aparelhado" para realizar suas diversas funções. [40] Nota-se, portanto, que a questão debatida possui íntima relação com o afastamento do sigilo bancário diretamente pelo Fisco. Além dela, é importante tratar de um tema de estreita conexão com o *dever de contribuir*: a solidariedade social.

V. Do princípio da solidariedade.

Apesar de o ideal burguês ter se inspirado na tríade *liberdade, igualdade e fraternidade*, esta última está vinculada muito mais a uma idéia de *filantropia ou caridade* do que a um valor que deve ser observado para o êxito da comunidade. Da mesma forma, a solidariedade não poderia se identificar com mero assistencialismo. As mudanças no papel e no modelo de Estado fazem com que a sociedade passe a ser o centro da ciência jurídica, fazendo com que surja o conceito de solidariedade social, que assume grande importância nos debates jurídicos. [41]

Uma das facetas da cidadania é justamente a solidária, que implica no empenho tanto do Estado como do indivíduo na permanente inclusão de todos os membros na referida comunidade, de modo a todos partilharem de um interesse comum. [42] Não mais prevalece a concepção liberal, baseada na igualdade formal e no entendimento de que a solidariedade não era um princípio normativo, mas apenas uma virtude humana. Deve a postura jurídica tradicional se libertar do individualismo e passar a "*lançar mão do 'nós', pronome plural e coletivo que consubstancia a construção de um espaço de inclusão do outro, sempre com vistas à efetivação e solidificação da dignidade da pessoa humana."* [43]

Afinal, não é possível retirar a força normativa dos artigos 1° e 3° da Constituição, que proclamam que o Brasil é uma república e um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana e possui como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos. O próprio preâmbulo da Constituição - que, apesar de não

se situar no âmbito do Direito, reflete posição ideológica do constituinte e espelha os princípios e objetivos descritos na Carta – diz que o Estado Democrático de Direito instituído em 1988 destina-se a assegurar o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna. [44]

Não era assim na Constituição de 1967, que se estruturava, inicialmente, nos elementos do *Estado*. Houve, sim, uma alteração de paradigma com a atual Carta, que primeiro se preocupa em "*definir o perfil básico da sociedade civil e de quem participa do processo de manifestação da vontade da coletividade.*" [45]

Em razão disso, o STF já consagrou que a liberdade de iniciativa pode sofrer interferência do Estado, sendo que os valores positivados, em vários casos, servem como diretriz para a interpretação e aplicação do direito no caso concreto [46] e que "*a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988*", ressaltando, neste e em outros votos, o princípio da solidariedade, [47] inclusive na esfera fiscal, como ocorreu no julgamento da contribuição dos inativos. [48]

O que também está por trás de toda a teoria liberal é a absoluta separação entre o Estado e a sociedade, perspectiva que não é mais defendida por parte da doutrina. [49] O Brasil não é um simples Estado de Direito nem um Estado Social apenas: ele é os dois ao mesmo tempo, na medida em que agrega valores liberais (liberdade e segurança) e sociais (igualdade, solidariedade). Por isso, não cabe o prestígio apenas de um dos valores, mas a solução passa por prestigiar ambos, naquilo que puderem conviver. [50]

Assim, liberdade e igualdade não são valores ou ideias antagônicas, mas aspectos do mesmo ideal de associação política. Em outras palavras, ambas são condições para a cooperação na deliberação democrática. O paradigma liberal e individualista de outrora foi substituído pelo paradigma da intersubjetividade, que compreende a interação e intercompreensão. A ideia de democracia exige participação, tanto do Estado como da sociedade, que não devem mais ser vistos como elementos distantes e em constante confronto, como se fossem opostos ou adversários. Também não devem ser analisados como elementos estáticos, mas, ao contrário, em permanente interação produtora de uma intersubjetividade, discursivamente partilhada. [51]

Por fim, a importância da tributação também foi discutida no STF que, afastando a alegação de ofensa à livre iniciativa e à liberdade econômica e amparando-se na livre concorrência, entendeu pertinente e razoável a aplicação da penalidade de fechamento a uma indústria de cigarros que queria permanecer comercializando seus produtos, não obstante o inadimplemento sistemático da obrigação de pagar o IPI. [52]

Assim, nota-se não haver dúvida que o princípio da solidariedade social possui íntima relação com o Direito Tributário, na medida em que a cidadania se expressa também no *dever de contribuir* - pautado na capacidade contributiva - sendo os impostos – logicamente cobrados seguindo uma pauta legal – o preço que pagamos para ter uma sociedade organizada e baseada na economia de mercado. [53]

Tudo o que foi exposto é necessário para a compreensão da questão que envolve a quebra do sigilo bancário, pois o ponto de partida da discussão não é apenas a busca

pela proteção de direitos fundamentais, mas, antes disso, passa pelo reconhecimento do papel que, de fato, possui a tributação no Estado Democrático de Direito, que deve ser visto em um contexto em que estão inseridos valores e objetivos constitucionalmente protegidos e que permite, via legislação, estabelecer determinada intervenção estatal.

VI - A quebra do sigilo fiscal diretamente pela Administração Pública: instrumento para a realização de uma tributação mais adequada aos objetivos constitucionais - Aplicação do princípio da eficiência

A questão envolvendo a tributação e o sigilo bancário, no Brasil, passa pela correta interpretação do art. 145, § 1°, da Constituição. Indaga-se se a interpretação dita *liberal* adotada pela doutrina majoritária prestigia a concepção de que o tributo possui um papel reformador na sociedade.

Pois bem, não se asseguram apenas direitos aos indivíduos, mas também se impõem *deveres*, pois a cidadania exige contribuição e participação, na qual, juntamente com o Estado, buscar-se-á a realização dos objetivos postos na Constituição, entre eles a realização da pessoa humana. Não há dúvida, assim, de que se houve um alargamento das funções a serem desempenhadas pelo Estado, é necessária a ampliação dos mecanismos de realização desses fins e dos instrumentos jurídicos de controle.

Nesse contexto, não bastam leis criando os tributos e estabelecendo as obrigações dos contribuintes. A eficácia social de uma lei está condicionada à sua regular observância pelos membros da sociedade. Dentre os instrumentos que o Estado possui para realizar seus fins está o exercício do poder de polícia, no qual se inclui a fiscalização, que se traduz no controle das atividades do contribuinte, verificando se o mesmo a está exercendo dentro da legalidade. Em algum momento, a Administração deve certificar se o contribuinte está ou não cumprindo com as suas obrigações tributárias. [54]

No exercício da fiscalização, além das funções de comprovação, inspeção e de liquidação – que ocorre com o lançamento tributário ou com a simples cobrança, no caso de tributo declarado e não pago – há, antes disso, outra importante função, que é a de *obter as informações*. [55]

Por meio das informações obtidas, a fiscalização irá conferir se o contribuinte está cumprindo ou não suas obrigações. As informações relativas à realidade econômica do sujeito passivo devem ser entregues ao fisco (declarações), devidas em razão do dever de colaboração do contribuinte. [56]

Todavia, como a fiscalização obterá tais informações se o contribuinte não as fornecer? Tal questionamento fica difícil de solucionar quando vemos que hoje prevalece a autoliquidação do tributo, ou seja, o próprio contribuinte, sem qualquer ato prévio da administração tributária, verifica se ocorreu o fato gerador, calcula o tributo e o recolhe, informando, posteriormente, ao Fisco, a atividade realizada. [57]

A administração, por isso, é cada vez mais *vigilante*. Ela deixou de ser a aplicadora das normas de imposição e tributação e passou a ser fundamentalmente a fiscalizadora do cumprimento dessas normas por parte dos particulares. Isso faz com que se questionem os atuais poderes de fiscalização, especialmente para conter a fraude e a evasão fiscal. Em face dessa realidade, Casalta Nabais constata que, "*para levar a cabo adequadamente essa missão fiscalizadora ou inspectiva, a administração fiscal há de dispor dos correspondentes instrumentos ou meios.*" [58]

As informações das realidades econômicas do contribuinte estão apenas consigo mesmo ou com os bancos, verdadeiras entidades que se fazem presentes na vida de todos – sejam pessoas físicas ou jurídicas. A vida econômica de uma pessoa sempre passa por uma ou mais instituições financeiras, fato que torna a tarefa a cargo da Administração Tributária nada fácil. A necessidade de obtenção direta dos dados bancários faz-se presente na medida em que como se fiscalizará o contribuinte se os documentos ou informações com que se poderia eventualmente provar a falta de correspondência entre a realidade declarada ao fisco e a realidade vivida pelas empresas ou pelos profissionais estão basicamente fora do alcance da administração.

Essa realidade é vivenciada por quase todos os países cujos gastos são suportados pelas receitas tributárias. Em razão disso, e tendo como ponto de partida a ideia de que há um dever fundamental de pagar tributo, fundamentado na solidariedade e na capacidade contributiva, e de que não há Estado sem direitos, nem direitos sem impostos, Saldanha Sanches e João Taborda da Gama afirmam que a *vaca sagrada* do segredo tributário deve ceder em face da administração tributária. [59]

Realmente, como a renda ou os rendimentos, bem como as receitas ou o faturamento, devem ser conhecidos pelo Fisco bem como comparados com as declarações recebidas, a efetividade da fiscalização fica comprometida se a derrogação do sigilo bancário tiver como pressuposto um procedimento judicial. O procedimento pode e deve ser administrativo, pois o Estado possui prerrogativas, entre as quais o poder de fiscalizar, tarefa esta que deve ser realizada com as devidas cautelas daquelas que envolvem outros atos administrativos que caracterizam o poder de polícia. Reconheceu-se, assim, a necessária conexão entre a declaração e o controle das informações bancárias:

"se existe para o sujeito passivo uma obrigação de declarar a totalidade dos seus rendimentos (princípio da sujeição ilimitada ou 'world wide taxation'), a verificação da conta bancária serve apenas para verificar a veracidade dessa declaração, pois os dados contidos na conta bancária só poderão acrescentar alguma coisa aos elementos já comunicados à Administração quando se tiverem verificado violações do dever de declarar." [60]

Além disso, a alegação de que a quebra do sigilo bancário diretamente pelo Fisco viola a intimidade é um pouco contraditória quando se compara com a obrigação de enviar declarações sobre renda, patrimônio e faturamento impostas aos contribuintes, sejam pessoas físicas, sejam jurídicas. Saldanha Sanches e João Taborda assim expressaram sobre tal questão:

“O controle das contas bancárias ou dos sinais exteriores de riqueza constitui uma mera atividade de verificação das declarações tributárias e por isso uma crítica coerente do acesso administrativo às contas bancárias deveria abranger a tributação do rendimento com base na declaração, ou, mais exatamente, a tributação do rendimento e, por acréscimo, a criação de direitos sociais que impliquem o conhecimento do Estado do rendimento do cidadão. Uma vez que a determinação do rendimento pessoal é única forma de saber se alguém tem direito a uma pensão de reforma, ou ao *quantum* de uma prestação estadual por doença, por exemplo, todos os instrumentos assistencialistas seriam, por assentarem no conhecimento do rendimento de cada um, inconstitucionais.”[61]

Realmente, declara-se ao Fisco a totalidade da vida econômica do contribuinte: as receitas e rendimentos auferidos, a origem, as variações patrimoniais apuradas no ano (o que vendeu e comprou e para quem ou de quem), os empréstimos tomados ou concedidos, o dinheiro existente e, eventualmente, aplicado no banco, os títulos mobiliários que o contribuinte possui em seu nome, os ganhos de capital auferidos, ganhos com atividade rural, dados que, segundo a doutrina majoritária brasileira, fazem parte da *privacidade e intimidade das pessoas*, sendo que *ninguém questiona a constitucionalidade desta obrigação.* Cumpre ressaltar que a ausência dessas declarações pode acarretar na imposição de multas, que poderão ser agravadas na hipótese de intuito de fraude e, ainda, pode configurar crime (Lei 8137/90, art. 2°, I), penalidades também *não questionadas* pela doutrina.

Diante dessa constatação, fica a dúvida se, na essência, há diferença entre a obrigação de declarar com a possibilidade de a fiscalização obter tais dados econômicos diretamente das instituições financeiras, dados estes que ficarão sujeitos a sigilo fiscal, ou seja, não poderão ser repassados a terceiros.

Creio que não há diferença substancial entre as hipóteses mencionadas para considerar como inconstitucional *apenas* a questão vinculada à lei que prevê a possibilidade do Fisco ter acesso direto aos dados bancários, bem como a que dispõe sobre a obrigação dos bancos de informar, periodicamente, os valores das transações e operações bancárias feitas pelas pessoas. É importante ressaltar que apenas são informados os valores envolvidos (quanto se gastou) e não os objetos das operações (com o que se gastou). Saber apenas a realidade econômica é bem diferente de ter conhecimento do modo como a pessoa gasta seu dinheiro.

Toda a argumentação desenvolvida neste trabalho busca justamente observar a racionalidade do ordenamento jurídico constitucional, bem como sua ideologia constitucionalmente adotada para mostrar que, atualmente, não mais prosperam teses que compreendem o tributo como uma agressão à liberdade e à propriedade. Nota-se, assim, que os limites do sigilo bancário merecem ser revistos, especialmente porque as instituições jurídicas não podem permanecer rígidas, inflexíveis, mas, ao contrário, amoldar-se às circunstâncias e peculiaridades de cada época, de forma a se harmonizarem com os valores de cada período histórico.

A efetividade dos princípios da capacidade contributiva, da igualdade e da solidariedade passa pela ampliação do poder de fiscalizar com o intuito de identificar o patrimônio, os rendimentos e a atividade econômica do contribuinte. [62] Nesse contexto, surge na discussão outro importante princípio que deve ser observado pela administração pública, qual seja, o da *eficiência*.

Como explicam Saldanha Sanches e João Taborda, a derrogação do sigilo pela própria Administração é realizada em nome dos próprios contribuintes que vão suportar as despesas do Estado, pois estes têm o *direito de exigir uma Administração eficiente e isso implica o legislador, sem restrição inaceitável dos direitos fundamentais de qualquer cidadão, … encontrar as formas mais eficientes e baratas de controlar a aplicação da lei, o que, numa sociedade moderna, implica o controle administrativo da informação financeira."*[63]

O princípio da eficiência descrito no art. 37 repercute em várias áreas da administração pública, inclusive no âmbito fiscal. Trata-se de mais uma exigência a ser considerada pela mesma quando age para a realização do bem comum, o que implica, logicamente, na realização dos fins propostos na Constituição. [64] Parte da doutrina entende que a *eficiência* está voltada para os *meios* a serem utilizados, enquanto *eficácia* é termo ligado aos resultados. [65] Apesar da distinção, a eficiência, como princípio, não está dissociada dos resultados, sendo um *dever jurídico* de atuação *otimizada*, em que considera tanto os objetivos, como a adequada relação entre os meios e os fins a que se propõe alcançar.

Nota-se, assim, que obrigar a administração pública a requerer judicialmente o afastamento do sigilo bancário é medida contraproducente, que redunda na ineficiência do Estado. Ora, se este é obrigado a adotar os melhores meios e instrumentos para realizar suas tarefas e prerrogativas, logicamente as atividades vinculadas à tributação – entre elas a de controle das atividades econômicas - estão inseridas neste dever. E a importância da ação do Estado no *controle da tributação* é indiscutível, pois, além de ser um dever, este mesmo Estado depende dos tributos para realizar as diversas tarefas descritas na Constituição, entre as quais a realização dos direitos fundamentais. [66]

Reforçam esse raciocínio três dispositivos constitucionais que tratam do tema. O primeiro é o inciso XXII do art. 37 - que foi veiculado com a EC 42/2003 - e ressalta o importante papel das administrações tributárias dos entes da Federação ao qualificá-las como atividades essenciais ao funcionamento do Estado, que terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de informações fiscais e de dados cadastrais.

Corolário desse dispositivo, o art. 167, IV, CF, excepcionando a regra geral, prevê a possibilidade de vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa para realização de atividades da administração tributária**.** Além disso, o inciso XVIII dispõe que a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos.

Essas diretrizes constitucionais induzem que a estrutura administrativa que cuida da tributação possui grande importância, não podendo ser relegada a um segundo plano. Ao lado disso, os valores constitucionais demonstram que deve haver uma mudança de

concepção do fenômeno tributário, que não deve mais ser visto como mera agressão ao patrimônio, mas como um instrumento vinculado à solidariedade social.

Tal tema já foi debatido pelo Tribunal Constitucional Espanhol que, ao proferir a Sentença 110/1984, considerou a existência do dever da sociedade de sustentar o Estado uma limitação ao segredo bancário, decisão esta reafirmada posteriormente pelo Tribunal Espanhol, em 1990 e em 2005, (sentenças 76/1990 e 233/2005). Dito tudo isso, nota-se que a alegação de que os incisos X e XII do art. 5° da Constituição da República protegem os dados acobertados pelo sigilo bancário não é suficiente para afastar a possibilidade de a administração tributária obter diretamente os dados bancários.

VII - Conclusão

Assim, voltando ao começo do trabalho, compreende-se que o tema proposto tem como ponto de partida a visão que devemos ter, a *partir do texto constitucional*, da tributação. E o texto constitucional não só impõe aos cidadãos um dever de contribuir com os gastos públicos como coloca a tributação como um importante instrumento para a realização dos direitos fundamentais e dos objetivos traçados na Constituição.

Infelizmente, o próprio Estado, ao não procurar formar o cidadão-contribuinte, auxilia na preservação deste sentimento de "discórdia". [67] Contudo, a utilização de um poder de fiscalização não transforma todos os cidadãos em *sonegadores em potencial*, como faz crer parte da doutrina. [68] O uso dessa prerrogativa estatal busca apenas dar concretude à aplicação correta e igualitária da lei, inclusive em respeito àqueles que cumprem fielmente as leis tributárias e pagam os impostos em dia.

Não é possível interpretar a Constituição sob um paradigma exclusivamente liberal, não prestigiado pela Constituição atual, ou, ainda, dar uma solução ao caso por temor e justo receio de que alguns servidores públicos venham a abusar e cometer uma ilegalidade. Eventuais abusos deverão ser objeto de controle, coibindo tais práticas e punindo as eventualmente praticadas.

Certo é que esse temor não pode nem reduzir a importância da atividade desempenhada pela administração tributária, nem vincular uma interpretação restritiva, capaz de desprestigiar os valores e os princípios constitucionais, entre os quais o de solidariedade das pessoas e a tributação conforme a capacidade contributiva.

Não é porque o Estado falha ao cumprir o seu papel social que os integrantes da sociedade devem se negar a cumprir com o seu. Esta é toda base da ética. O que se deve fazer é exigir que o Estado passe a melhor administrar os recursos arrecadados, tornando eficaz o principal valor da ética fiscal pública que é a solidariedade.

Uma reforma do sistema tributário, por si só, não seria suficiente. Mesmo que ele se torne o sistema tributário como um todo mais justo, são necessárias ações estatais e da sociedade para mudar a mentalidade das pessoas.

Em conclusão, a Constituição atual dá respaldo a uma lei que faculte à administração tributária o poder de requisitar diretamente os dados bancários que estão na posse das instituições financeiras, bem como contempla a obrigação destas mesmas empresas de informarem periodicamente ao Fisco os valores das operações e transações realizadas por seus clientes.

Referências bibliográficas

ABRÃO, Carlos Henrique. Sigilo Bancário e Tributário. *III Colóquio Internacional de Direito Tributário.* Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo/Buenos Aires/Bogotá: La Ley/IOB, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. Sigilo Bancário. *Estudos e Pareceres - Direito Público*. SP: RT, 1993, p.57/72.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. *O poder de polícia fiscal.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 2001.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática na concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea.* Belo Horizonte: Fórum, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro e DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário Aplicado* Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MALERBI, Diva. Sigilo Bancário e Tributário. *III Colóquio Internacional de Direito Tributário.* Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo/Buenos Aires/Bogotá: La Ley/IOB, 2001.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo. Parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração.* Bahia: Jus Podium, 2008.

DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. *III Colóquio Internacional de Direito Tributário.* Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo/Buenos Aires/Bogotá: La Ley/IOB, 2001.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade.* Tradução Jussara Simões. SP: Martins Fontes, 2005.

_____. *Is democracy possible here: principles for a new political debate.* Princeton University Press, 2006.

FAVEIRO, Vitor. *O Estatuto do contribuinte. A pessoa do contribuinte no Estado Social de Direito:* Coimbra Editora, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito Constitucional. Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas.* São Paulo: Manole, 2007.

FOLMANN, Melissa. *Sigilo bancário e fiscal à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001.* Curitiba: Juruá, 2001.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – Direitos não nascem em árvores.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIANNETTI, Leonardo Varella. Deveres de informação tributária – fiscalização e sigilo *in O STF e o Sistema Tributário Nacional.* Coord. Marciano Seabra de Godoi. São Paulo: Dialética, 2002, p. 113/135.

_____. O sigilo bancário. *In Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena – CAAP –* nº 4, 1998, p. 95/113.

GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário.* São Paulo: Dialética, 1999.

_____. Tributo e solidariedade social. *Solidariedade Social e tributação.* Coordenadores. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi. São Paulo: Dialética, 2005, 141/167.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária.* São Paulo: Dialética, 1998.

_____. Solidariedade tributária e tributação. *Solidariedade Social e tributação.* Coordenadores. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi. São Paulo: Dialética, 2005, 168/189.

HOLMES, Sthephen, SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes.* New York: W.W. Norton and Company, 1999.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Interesse público e direitos do contribuinte.* São Paulo: Dialética, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo Bancário. *Revista Dialética de Direito Tributário.* n°.1 - out/1995, p. 15/25.

_____. Sistema Constitucional Tributário. *In Curso de Direito Tributário*. Vol. 1. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. 5.ed. Belém: Cejup e CEU, 1997.

_____. Teoria da imposição tributária. *In Curso de Direito Tributário*. Vol. 1. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. 5.ed. Belém: Cejup e CEU, 1997.

MURPHY, Liam, NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade. Os impostos e a justiça.* Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NABAIS, José Casalta. *Por um Estado Fiscal suportável – Estudos de Direito Fiscal.* Coimbra: Almedina, 2005.

_____. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. *Solidariedade Social e tributação.* Coordenadores. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi. São Paulo: Dialética, 2005, p. 110/140.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático. Controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Direito à privacidade e sigilo fiscal e bancário. *in Direito Público Moderno. Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho.* Coord. Luciano Ferraz e Fabrício Motta. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Sigilo Bancário e Tributário. *III Colóquio Internacional de Direito Tributário.* Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo/Buenos Aires/Bogotá: La Ley/IOB, 2001.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário e direito à intimidade.* Curitiba: Juruá, 2001.

SANCHES, J.L. Saldanha, GAMA, João Taborda. Pressuposto administrativo e pressuposto metodológico do princípio da solidariedade social: a derrogação do sigilo bancário e a cláusula geral anti-abuso. *Solidariedade Social e tributação.* Coordenadores. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi. São Paulo: Dialética, 2005, p. 89/109.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo Bancário e Tributário. *III Colóquio Internacional de Direito Tributário.* Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo/Buenos Aires/Bogotá: La Ley/IOB, 2001.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *Interesses públicos versus Interesses privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público.* Organizador Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23/116.

_____. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais.* Coordenador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251/314.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. O sigilo bancário e o direito à intimidade e privacidade das pessoas. *III Colóquio Internacional de Direito Tributário.* Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo/Buenos Aires/Bogotá: La Ley/IOB, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia.* SP: Malheiros, 2009.

TÁCITO, Caio. Sigilo Bancário - Parecer - *Revista de Direito Administrativo* n.188 - abril/junho 1992, p. 375/378.

TAVARES, André Ramos. O sigilo bancário e o interesse público. *In Direitos Fundamentais – Estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres.* Org. Daniel Sarmento e Flávio Galdino. RJ: Renovar, 2006, p. 61/88.

_____. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais.* Vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, jan/mar. 2007, p. 79/102.

TAVARES, Juarez. A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* nº 1 - jan/mar. 1993, p. 101/109.

WALD, Arnoldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do Sistema Financeiro e na Lei Complementar nº 70. *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. nº 1* - out/dez. 1992, p. 196/209.

---

[1] Conferir FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito Constitucional. Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas.* São Paulo: Manole, 2007, p. 171/176. Para este autor, a cláusula constitucional da intimidade e privacidade busca preservar os direitos de *liberdade* do cidadão, e *não a propriedade*. Assim, estão alcançadas pelo sigilo aquelas informações transmitidas que, em termos de privacidade, são constitutivas da integridade moral da pessoa. A privacidade alcançaria o *ser* e *não o ter*, protegendo a liberdade de crença, sexual, gostos e escolhas pessoais, e não os dados que, não obstante necessitarem de proteção legal, apenas veiculam informações relativas à vida econômica da pessoa. Conferir também ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário e direito à intimidade.* Curitiba: Juruá, 2001.

[2] O entendimento de Tércio Ferraz, citado na nota anterior, foi seguido pelo Ministro Francisco Resek, quando do julgamento do MS 21.729/DF e alguma dessas idéias foram recentemente colocadas no voto da Ministra Carmen Lúcia, proferido no RE 461.366, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 03/08/2007.

[3] SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia.* São Paulo: Malheiros, 2009. Esse autor ressalta que um modelo baseado em um suporte fático amplo não se preocupa com o que se inclui e o que não deve ser incluído no âmbito de proteção do direito fundamental, mas com a argumentação possível no âmbito da fundamentação constitucional das intervenções (p. 94).

[4] Entre eles Ives Gandra, Celso Bastos, Arnoldo Wald, Sacha Calmon e Misabel Derzi, cujos textos estão indicados na bibliografia. Para se ter uma síntese do pensamento nacional, conferir os diversos artigos publicados na coletânea coordenada por Ives Gandra da Silva Martins, fruto de seminário sobre o assunto, realizado em 17 de agosto de 2001 no Centro de Extensão Universitário (CEU), em São Paulo: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário.* São Paulo/Buenos Aires/Bogotá: La Ley/IOB, 2001.

[5] Conferir TAVARES, André Ramos. O sigilo bancário e o interesse público. *In Direitos Fundamentais – Estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres.* Org. Daniel Sarmento e Flávio Galdino. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 71/84.

[6] Conferir TAVARES, André Ramos. O sigilo … *ob. cit.* p. 84.

[7] Nesse sentido RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Sigilo Bancário e Tributário. *in III Colóquio … ob. cit.* p. 182/183.

[8] Diva Malerbi, por exemplo, escreve que *"em nome de um combate eficaz à ocultação ou dissimulação de bens, não cabe ao Estado Democrático de Direito promover medidas ou decisões fiscalizadoras que possam ruir ou abalar os mais elementares princípios da segurança do cidadão e do respeito aos direitos humanos."* MALERBI, Diva. Sigilo Bancário e Tributário. *in III Colóquio … ob. cit.* p. 84.

[9] Segundo Carlos Henrique Abrão, *"preconizar uma margem maior de liberdade à Administração Pública sob o pálio do interesse coletivo pode representar uma via inesgotável de abuso e desvios de finalidade, sem uma conotação precisa da intervenção, diante dos limites a serem respeitados."* ABRÃO, Carlos Henrique. Sigilo Bancário e Tributário. *in III Colóquio … ob. cit.* p. 144.

[10] DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. *In III Colóquio … ob. cit.* p. 67.

[11] É frequente lermos trechos como o seguinte: *"A falta de legislação não beneficia o Fisco, mas, exclusivamente, o contribuinte. Tem o fisco o direito de brandir a espada da imposição, mas tem o contribuinte o direito de se defender com o escudo da lei."* (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sistema Constitucional Tributário. *In Curso de Direito Tributário*. Vol. 1. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. 5.ed. Belém:Cejup e CEU, 1997, p.19.

[12] MARTINS, Ives Gandra da Silva. Teoria da imposição tributária. *In Curso de Direito Tributário*. Vol. 1. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. 5.ed. Belém:Cejup e CEU, 1997, p.15.

[13] MARTINS, *Curso de Direito Tributário*. *ob. cit.* p. 17.

[14] Assim afirmou Ives Gandra: "*Estou convencido de que o atual sistema, como o anterior, é mais uma carta de direitos do contribuinte contra a excessiva e reconhecida carga tributária da Federação tripartida que é o Brasil, …. É, portanto, o sistema plasmado mais uma carta do contribuinte do que em Estatuto do Poder Tributante, nada obstante hospedar considerável aumento da carga tributária, que já não era pequena, à luz do velho sistema.* MARTINS, *Curso de Direito Tributário … ob. cit.* p. 19

[15] Conferir GIANNETTI, Leonardo Varella. Deveres de informação tributária – Fiscalização e sigilo. *In Sistema Tributário Nacional na Jurisprudência do STF*. SP: Dialética, 2002, p. 113/135.

[16] PET 577, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 23.04.93; no mesmo sentido MS 23.452, j. 16.09.1999, rel. Min. Celso de Mello.

[17] Conferir AC 33. rel. Min. Marco Aurélio, j. 05/07/2003 e AC 415, rel. Min. Cézar Peluso, j. 09/09/2004. Na 1ª ação cautelar (AC 33), o Pleno ainda não referendou a liminar, sendo que, enquanto os Ministros Marco Aurélio e Cézar Peluso confirmavam a liminar, os Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto a negavam. Os autos estão com o Ministro Gilmar Mendes. Quanto à segunda cautelar (AC 415), esta foi julgada prejudicada, pois o RE não foi conhecido.

[18] O mencionado recurso, até setembro de 2009, ainda não tinha sido novamente julgado.

[19] A liminar não foi apreciada. A Ministra Ellen Gracie, no plantão, solicitou informações ao Presidente da República e ao Congresso Nacional. O relator da ADI 4010 é o Min. Menezes Direito.

[20] Esse tema foi tratado em dois artigos de José Casalta Nabais, ambos publicados no livro *Por um Estado Fiscal suportável – Estudos de Direito Fiscal.* Coimbra: Almedina, 2005 e denominados "A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos" e "Estado Fiscal, cidadania fiscal e alguns dos seus problemas". Tais textos foram posteriores à sua principal obra: *O Dever fundamental de pagar impostos.* Coimbra: Almedina, 1998. Sobre o tema conferir também FAVEIRO, Vitor. *O Estatuto do contribuinte. A pessoa do contribuinte no Estado Social de Direito:* Coimbra Editora, 2002, especialmente p. 823/826.

[21] NABAIS, A face oculta … *ob. cit.* p. 14.

[22] NABAIS utiliza sempre o termo *impostos*, mas creio que, em razão do nosso sistema tributário, podemos ampliar para tributos, pois se incluem, ao menos, as contribuições.

[23] Tal ideia também é defendida por Sthephen Holmes e Cass Sunstein, no livro *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, obra citada pelo Nabais e objeto de estudo por Flávio Galdino.

[24] GALDINO, Flávio. *Introdução á Teoria dos custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 207. Ver também p. 226/227.

[25] MURPHY, Liam, NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade. Os impostos e a justiça.* Trad. Marcelo Brandão Cipolla. SP: Martins Fontes, 2005, p. 5.

[26] MARPHY, *et al. ob. cit.* p. 11.

[27] MURPHY *et al. ob. cit.* p. 51; 240.

[28] No Brasil, creio que podemos falar em *tributos*, pois, além dos impostos, deve-se mencionar, ao menos, a figura das contribuições sociais.

[29] NABAIS, José Casalta. Estado Fiscal, cidadania fiscal e alguns dos seus problemas. *ob. cit.* p. 44.

[30] NABAIS, Estado Fiscal, … *ob. cit.* p. 57.

[31] NABAIS, Estado Fiscal, … *ob. cit.* p. 58.

[32] NABAIS, Estado Fiscal, … *ob. cit.* p. 59. Conferir também VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF*. SP: Malheiros, 2006, p. 606/628.

[33] FAVEIRO, *ob. cit.* p. 101/121.

[34] FAVEIRO, *ob. cit.* p. 120.

[35] Vitor Faveiro afirma, inclusive, que existe um *dever-direito*, pois *"é o dever que determina o direito, não sendo naturalmente possível a invocação dos direitos quando eventualmente omitidos os deveres de que aqueles decorrem."* (*ob. cit.* p. 17.

[36] MURPHY *et al. ob. cit.* p. 56.

[37] Afirmam MURPHY e NAGEL: *"é impossível fazer com que todos tenham a mesma oportunidade na vida."* O objetivo mais palpável será tentar *"garantir que todos os membros da sociedade tenham pelo menos uma qualidade de vida minimamente decente"*, como, por exemplo, uma infância que não seja em um ambiente familiar miserável, ou decorrente da falta de abrigo, alimento ou cuidados médicos (MURPHY *et al. ob. cit.* p. 249). Tal afirmação, contudo, merece uma reflexão, pois o "minimamente aceitável" varia conforme o lugar e o momento/contexto histórico, sendo, assim, algo cotidianamente construído pela sociedade. Não é um dado 'pronto' e acabado.

[38] DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade.* Trad. Jussara Simões. SP: Martins Fontes, 2005, p. IX/X.

[39] Conferir GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário.* SP: Dialética, 1999, p. 105/110.

[40] Conferir SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *In Jurisdição constitucional e os Direitos Fundamentais.* Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 308.

[41] GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. *In Solidariedade Social e tributação*. Coord. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi. SP: Dialética, 2005, p. 144.

[42] NABAIS, José Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. *in Solidariedade Social e tributação. ob. cit.* p. 125/126.

[43] BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática na concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea.* Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 181.

[44] Conferir ADI 2076, rel. Min. Carlos Velloso, j. 15.08.2002, DJ 08.08.2003.

[45] GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade Social e Tributação. *in Solidariedade Social e Tributação … ob. cit.* p. 171. SILVA, *ob. cit.* p. 66.

[46] Conferir, entre outros, ADI 319, rel. Min. Moreira Alves, j. 03/03/93; ADI 3540, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.09.2005; ADI 1950, rel. Min. Eros Grau, j. 03.11.2005.

[47] RMS 26071, rel. Min. Carlos Britto, j. 13/11/2007. Esse caso versava sobre o tratamento diferenciado em concurso público a deficiente físico. Conferir também ADI 1.003-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.08.94, *DJ* de 10-9-99; ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08.05.2008, DJU 17.10.2008, que ressalta os objetivos descritos no art. 3° da CR.

[48] ADI 3105, rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso.

[49] Conferir BREUS, *Políticas públicas … ob. cit.* p. 38/48; 59/60.

[50] GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária.* SP: Dialética, 1998, p. 28/29. Verificar também SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *In Interesses públicos versus Interesses privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público.* Org. Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 70/79.

[51] Conferir PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais.* Vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, jan/mar. 2007, p. 79/102.

[52] Caso *American Virginia*, conferir **AC-MC 1657/RJ, Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, j. 27/06/2007.**

[53] Verificar FAVEIRO, *ob. cit.* p. 828/829.

[54] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O poder de polícia fiscal.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p.225.

[55] Nesse sentido BATISTA JÚNIOR, *O poder … ob. cit.* p. 226. FAVEIRO, *ob. cit.* p. 655.

[56] FAVEIRO, *ob. cit.* p. 860/862.

[57] NABAIS, *Estado Fiscal … ob. cit.* p. 68/70

[58] NABAIS, *Estado Fiscal … ob. cit.* p. 75/76.

[59] SANCHES, J.L. Saldanha, GAMA, João Taborda. Pressuposto administrativo e pressuposto metodológico do princípio da solidariedade social: a derrogação do sigilo bancário e a cláusula geral anti-abuso. *In Solidariedade Social … ob. cit.* p. 89/103.

[60] SANCHES, *et. al. ob. cit.* p. 98. Para Aurélio Pitanga Seixas Filho, ninguém tem o direito subjetivo de não ser fiscalizado por uma autoridade tributária, mesmo que não exista indício de erro ou falha no recolhimento dos tributos. SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. O sigilo bancário e o direito à intimidade e privacidade das pessoas. *In III Colóquio … ob. cit.* p. 156.

[61] SANCHES, *ob. cit.* p. 97.

[62] Conferir SANCHES, *ob. cit.* p. 100; BATISTA JÚNIOR, *O poder … ob. cit.* p. 230/240.

[63] SANCHES *et. al. ob. cit.* p. 93/94.

[64] Conferir GRECO, Solidariedade … *ob. cit.* p. 173/174.

[65] CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo. Parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração.* Bahia: Jus Podium, 2008, p. 187/188; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 112/113.

[66] Nesse sentido, enfatizando o princípio da eficiência neste debate, conferir ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Direito à privacidade e sigilo fiscal e bancário. *in Direito Público Moderno. Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho.* Coord. Luciano Ferraz e Fabrício Motta. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 357/358.

[67] Conferir FAVEIRO, *ob. cit.* p. 26/27.

[68] Conferir FOLMANN, Melissa. *Sigilo bancário e fiscal à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001.* Curitiba: Juruá, 2001, p. 97/103.

O DIREITO TRIBUTÁRIO INTERPRETADO PELO STJ – ANÁLISE DOS ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTAM A EXIGÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES AO SESC E AO SENAC DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS [*]

TAX LAW INTERPRETED BY THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT (STJ) – ANALYSIS OF THE ARGUMENTS WHICH JUSTIFY THE COLLECTION OF CONTRIBUTIONS TO SESC AND TO SENAC FROM SERVICES PROVIDERS

Marciano Seabra de Godoi
Luciana Goulart Ferreira Saliba

RESUMO

A antiga visão do tributo como algo odioso implicava a interpretação literal e restritiva das normas tributárias. Contra essa visão formalista da norma tributária surgiram as escolas da interpretação econômica e funcional do direito tributário, segundo as quais o fato gerador é sempre uma relação econômica privada cuja existência é suficiente para determinar o nascimento da obrigação tributária, qualquer que seja o envoltório jurídico da referida relação econômica. O radicalismo inicial da interpretação econômica foi posteriormente abandonado e atualmente prevalecem para o direito tributário os critérios normais da hermenêutica jurídica, consistentes na fixação do mais restritivo e mais extensivo sentido literal possível da norma e na definição do seu sentido por meio da aplicação dos critérios lógico-sistemático, histórico e teleológico. O STJ, nas decisões que reconheceram a legalidade da exigência das contribuições ao SESC e ao SENAC das empresas prestadoras de serviços, abandonou a tradicional interpretação literal ou gramatical do direito tributário e adotou os critérios sistemático, histórico e teleológico de interpretação, sendo que alguns ministros fizeram remissão indevida à versão primitiva da interpretação econômica do direito tributário.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO TRIBUTÁRIO; SUPERAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO ULTRA-FORMALISTA; INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA; JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES AO SESC E AO SENAC DEVIDAS PELAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS.

ABSTRACT

The old perception of taxes as something hateful implied the literal and restrictive interpretation of the tax rules. The schools of economic and functional interpretation of tax law, which were created against this formalistic perception of the tax rules, stated that the tax triggering event is always a private economic relationship whose existence is enough to determine the birth of the tax liability, whatever is the legal shape of such economic relationship. The initial radicalism of the economic interpretation was later

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

abandoned and the normal criteria of legal interpretation currently prevail for tax law. Those criteria consist of the determination of the most possibly restrictive and extensive literal sense of the rule and also of the determination of its sense through the application of logical-systematic, historical and teleological criteria. STJ, in the decisions which accepted the lawfulness of collection of the contributions to SESC and to SENAC from services providers, abandoned the traditional literal or grammatical interpretation of the tax law and adopted the systematic, historical and teleological criteria of interpretation, considering that some justices made erroneous reference to the old version of the economic interpretation of tax law.

KEYWORDS: TAX LAW; SURPASS OF THE ULTRA-FORMALIST INTERPRETATION; ECONOMIC INTERPRETATION; CASE LAW OF STJ ON THE CONTRIBUTIONS TO SESC AND TO SENAC DUE BY SERVICES PROVIDERS.

1 – Introdução

O objeto do presente estudo é a análise dos critérios hermenêuticos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais 431.347, 326.491 e 895.878, nos quais se discutiu se as empresas prestadores de serviços são consideradas "estabelecimentos comerciais" para fins de recolhimento das contribuições destinadas ao SESC – Serviço Social do Comércio e ao SENAC – Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio.

Nossa análise pretende demonstrar que o Superior Tribunal de Justiça, nesse caso específico, afastou-se do critério gramatical ou literal (o qual é ainda muito presente na jurisprudência brasileira) e aplicou, corretamente, regras de hermenêutica que privilegiam o paradigma do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, nosso estudo pretende argumentar que alguns ministros fundamentaram indevidamente os seus votos na "versão forte" da interpretação econômica do direito tributário.

2 – Superação da interpretação ultraformalista do direito tributário

Na grande maioria dos países, há muito tempo o tributo deixou de ser considerado algo odioso e passou a ser visto como um instrumento indispensável à própria existência do Estado de Direito. Ezio Vanoni (1973, p. 140), no início do século XX, alertava que jamais poderia ser odioso aquilo que se revela necessário à própria existência da comunidade jurídica:

“Os tributos livremente votados e conformes à necessidade do Estado representam a ordem, a liberdade, a justiça, a segurança, a beneficência, o exército, a marinha, a independência e a honra da pátria. Falar em odiosidade do tributo em si significa desconhecer o vínculo indissolúvel entre a existência do Estado e a tributação”.

Parte da doutrina brasileira, contudo, continua vendo o tributo como algo a ser meramente “tolerado”, algo que não traz consigo qualquer carga de justiça. Para essa corrente doutrinária, a norma tributária é uma norma de rejeição social, e sua interpretação deve se dar de forma literal (como se a interpretação literal fosse necessariamente restritiva).

Essa linha ultraformalista da interpretação do direito tributário não tem encontrado amparo na jurisprudência do STF. Nos casos (a) da imunidade dos jornais e do papel destinado à sua impressão (REs 190.761 e 174.476), (b) da imunidade das operações interestaduais com petróleo, lubrificantes, combustíveis e energia elétrica (RE 198.088), (c) da imunidade das operações relativas a energia elétrica, telecomunicações, derivados de petróleo e minerais (REs 230.337, 233.807 e 227.832) e (d) da incidência do IPVA sobre aeronaves e embarcações (REs 134.509 e 255.111), por exemplo, o STF reconheceu que o critério literal ou gramatical não era suficiente e adotou critérios históricos, lógico-sistemáticos e teleológicos para alcançar o sentido e o espírito das normas interpretadas.

Essa postura do STF é consentânea com as teorias mais modernas da interpretação do Direito Tributário, que reconhecem que a interpretação jurídica é uma tarefa que não se pode cumprir sem uma considerável “carga criativa” (DWORKIN, 1995, p. 87-113) e sem que frequentemente entrem em ação determinadas convicções do intérprete sobre *o que é* e *quais são* os fundamentos do direito.

Um ministro do STF que considere que o direito existe principalmente para assegurar a paz social e, intervindo o menos possível na vida privada dos cidadãos, garantir a certeza e a previsibilidade nas relações entre os indivíduos, provavelmente decidirá muitos casos de forma diametralmente oposta à de outro ministro que, aplicando a mesma Constituição, acredite que o fim supremo do direito é promover a justiça e dar a todos os cidadãos igualdade de oportunidades para desenvolverem sua personalidade e seus talentos pessoais.

O mesmo ocorre com relação ao Direito Tributário. Se um juiz considera que a principal função da forma atual de nosso Estado é, intervindo o menos possível na ordem social, promover segurança e certeza jurídicas para que as pessoas físicas e jurídicas possam exercer livremente sua autonomia privada desde que tal exercício não prejudique a autonomia dos demais cidadãos, então sua concepção sobre o papel do tributo, do sistema tributário e da própria interpretação do direito tributário será uma concepção bem distinta da de um juiz que considere que o paradigma atual de Estado exige a transformação das condições sociais de modo a que todos os cidadãos tenham uma liberdade o mais igual possível no que diz respeito ao nível de participação na definição dos rumos políticos da sociedade (autonomia pública) e uma igualdade equitativa de oportunidades para a busca e a realização de seus projetos pessoais de vida (autonomia privada).

Isso não quer dizer que o ordenamento jurídico seja uma massa informe que possa ser livremente moldada pelas mãos de intérpretes que não foram eleitos pelo povo. O princípio democrático e a divisão dos poderes garantem que as decisões tomadas pelos legisladores das diversas entidades federativas condicionem em grande medida as interpretações que conformarão o conteúdo concreto das normas jurídicas do ordenamento. Mas é uma ilusão pensar que o direito já sai pronto dos corredores dos órgãos legislativos ou dos gabinetes dos órgãos executivos. Como observa Dworkin (1995, p. 349-50), a história do direito começa bem antes do momento canônico em que uma lei é sancionada ou um decreto é assinado, e continua por muito tempo depois, pelo tempo necessário para que a realidade social – de um lado – e a atividade valorativa dos intérpretes – de outro lado – conformem – e depois voltem a alterar uma e outra vez – o conteúdo concreto de cada norma jurídica.

É necessário, portanto, que os aplicadores do direito conheçam profundamente (a) os condicionamentos históricos e culturais da experiência jurídica concreta vivida em determinado país, (b) as relações fático-sociais relevantes para determinada regulação jurídica e (c) a evolução jurisprudencial responsável por cristalizar o conteúdo das normas jurídicas.

3 – A interpretação do direito tributário não é diferente da interpretação dos demais ramos do direito

Durante muitos séculos, o tributo significou de fato e de direito um autêntico jugo social, um agravo à liberdade de quem o pagava, uma degradação da cidadania de quem o devia. Até o estabelecimento, a partir de fins do século XVIII, do chamado Estado Fiscal, o tributo era algo excepcional em dois sentidos: no sentido de que não era a forma comum e ordinária de ingresso e financiamento público, e no sentido de que era percebido como uma exceção à regra de que a norma jurídica se inspira em princípios gerais tidos como justos na consciência coletiva de um povo, e não em puras razões de conveniência dos governantes (VANONI, 1973, p. 29-30).

No século XIX, já em pleno Estado Fiscal, ainda prevalecia a opinião doutrinária e jurisprudencial de que, dado o caráter restritivo e odioso do tributo, as normas de incidência tributária deveriam ser interpretadas de maneira literal e, na dúvida, sempre a favor do contribuinte.

A partir do século XX, quando se tornou muito claro que o tributo é a forma mais democrática e igualitária para se financiarem as atividades e os gastos públicos capazes de tornar efetivos os direitos individuais e sócio-econômicos dos cidadãos, o direito tributário perdeu a pecha de excepcional e passou a ser considerado como um direito comum, ordinário, que não demanda métodos especiais para sua interpretação. A doutrina brasileira do direito tributário, sendo toda ela produzida a partir da segunda metade do século XX, nunca pôs em questão esse caráter ordinário e comum do direito tributário.

Sobre a superação do caráter restritivo e odioso do direito tributário, são expressivas as palavras de Rubens Gomes de Sousa (1975[1], p. 55-56), para quem "a tributação deixa de ser uma limitação da propriedade e dos direitos dela decorrentes, para ser apenas uma condição de seu exercício, imposta pelo interesse coletivo". Sua conclusão é de que

"o direito tributário não é excepcional, justamente porque corresponde à consciência coletiva: se esta considera necessária a existência do Estado, tem de admitir também a necessidade dos tributos, porque o Estado precisa de meios financeiros para realizar seus fins; logo, o direito tributário é direito comum".

4 – O significado original da interpretação econômica do direito tributário e seu sentido atual

Nas primeiras décadas do século XX, na Alemanha e na Itália foram desenvolvidas as escolas da interpretação econômica e da interpretação funcional do direito tributário. A tese principal dessas idéias é de que o fato gerador dos tributos é sempre uma "relação econômica privada" cuja existência "é por si mesma suficiente para determinar o nascimento da obrigação impositiva, qualquer que seja a disciplina jurídica do direito civil" (JARACH, 1996[2], p. 145).

Considerando que o direito tributário tem finalidades próprias e atende a interesses distintos daqueles protegidos pelo direito privado, e considerando ainda que o direito tributário se explica e se justifica como atividade normativa dirigida a fazer cumprir o dever geral de contribuir para o financiamento dos gastos públicos com base na capacidade econômica dos indivíduos e das empresas, autores como Dino Jarach (1996) insistem que se deve interpretar e aplicar a hipótese de incidência tributária com os olhos postos nas relações econômicas privadas subjacentes aos atos e negócios jurídicos, privilegiando os propósitos empíricos das partes (*intentio facti*) e não as formas jurídicas adotadas por elas.

Essa presunção absoluta de que o legislador tributário nunca define o fato gerador dos tributos em função de determinada forma jurídica estava relacionada à teoria – mais sociológica do que propriamente jurídica – da causa da obrigação tributária desenvolvida por Benvenuto Griziotti[3] e à forte influência teórica àquela época exercida pela Jurisprudência dos Interesses[4].

Ocorre que não faz sentido essa presunção absoluta de que o legislador sempre grava as relações econômicas privadas com completa abstração das formas jurídicas. Há muitas razões pelas quais o legislador pode decidir tomar o caminho inverso: a busca de uma maior simplicidade na formulação da norma ou de mais certeza na sua aplicação, a maior dificuldade de estabelecer um conceito de cunho econômico sobre o que se quer gravar, e ainda outros motivos de natureza extrafiscal[5].

Após a etapa inicial da “interpretação funcional” (Griziotti; Jarach) e da “consideração econômica” (Enno Becker), a interpretação econômica evoluiu para posições bem mais equilibradas (Blumenstein; Hensel), que propiciam um grau muito maior de segurança jurídica. A partir da segunda metade do século XX, abandonou-se o radicalismo inicial da interpretação econômica. Autores como o italiano Antonio Berliri (1964) demonstraram que eram equivocados tanto o fetichismo formalista, que impunha que o intérprete sempre desse maior peso aos conceitos formais do que à intenção prática dos contribuintes, quanto o radicalismo da interpretação econômica, segundo o qual o legislador concederia ao intérprete o amplo poder geral de investigar as relações econômicas que constituem o fato gerador da obrigação tributária, com abstração das formas jurídicas previstas na lei.

Sem negar a autonomia do direito tributário para criar seus próprios conceitos com independência dos institutos e formas de direito privado, e sem negar a necessidade de uma interpretação teleológica das leis tributárias (as quais já não eram vistas como leis odiosas ou restritivas de direitos, tal como ocorria no século XIX e na primeira década do século XX), autores como Albert Hensel (2005[6], p. 145-152) rechaçavam com total razão a presunção de que o legislador tributário sempre que se refere a institutos do direito privado em verdade quer se referir à substância econômica subjacente à formalização jurídica.

A partir de então se generalizou a postura de que não se pode dar uma resposta apriorística ao problema da prevalência ou não dos conceitos civilísticos na interpretação da norma tributária. Devem ser utilizados os critérios normais da hermenêutica jurídica em cada caso concreto (fixando-se o mais restritivo e o mais extensivo sentido literal possível e decidindo-se entre eles – ou entre as diversas gradações entre eles – mediante a aplicação dos critérios lógico-sistemático, histórico e teleológico – Larenz, 1994, p. 316 et seq.) para verificar se, no contexto específico de uma norma tributária concreta, a menção a formas e institutos do direito privado tem uma função exemplificativa – auxiliar – ou uma função exaustiva (HENSEL, 2005, p. 147; BERLIRI, 1964, p. 97-117). Portanto, o acatamento da lei tributária ao sentido originário dos termos de outros ramos jurídicos (notadamente do direito privado) deve ser não a premissa, e sim a conclusão de um processo normal de interpretação. A prevalência de um conceito distinto do direito privado poderá ser a conclusão de um processo interpretativo que levará em conta a teleologia concreta da legislação tributária, mas nunca uma premissa abstrata calcada na teoria causalista do tributo.

Contudo, o mais comum é que os autores optem por uma entre duas alternativas: na ausência de disposição expressa ou inequívoca por parte do legislador tributário, prevalece para alguns o conceito civilista (COMBARROS-VILLANUEVA, 1984, p. 496-497) e para outros o conceito propriamente tributário (BEISSE, 1984, p. 23-24).

Combarros-Villanueva (1984, p. 485-533), estudando as vicissitudes evolutivas da doutrina da interpretação econômica na Alemanha, afirma que esta doutrina se mantém viva e influente atualmente, devendo ser entendida como uma interpretação teleológica da legislação tributária. Johnson Barbosa Nogueira, submetendo a interpretação econômica do direito tributário a uma crítica lúcida e equilibrada, observa que os criadores da doutrina deveriam ter se dedicado a criticar a teoria geral da interpretação jurídica e não a criar um método intramuros para a interpretação do direito tributário, o que é inclusive contraditório com outra bandeira que esses autores defendiam: a de que

o direito tributário não é especial ou excepcional e que portanto deveria ser interpretado da mesma forma que o direito comum (NOGUEIRA, 1982).

5 – A teoria do abuso das formas jurídicas (ou da fraude à lei tributária) como uma das variantes da idéia de interpretação econômica do direito tributário

Atualmente, não há autores que defendam a formulação original da teoria da interpretação econômica, segundo a qual se deve interpretar e aplicar a hipótese de incidência tributária com os olhos postos nas relações econômicas privadas subjacentes aos atos e negócios jurídicos, privilegiando sempre os propósitos empíricos das partes (*intentio facti*) e não as formas jurídicas adotadas por elas.

Hoje em dia, prevalece o entendimento de que é a interpretação de cada lei tributária, segundo seu espírito e finalidade, balizada pelo mínimo e pelo máximo sentido literal possível da formulação linguística adotada pelo legislador, que indicará – em cada caso concreto – se os comandos foram ou não configurados com submissão a formas jurídicas e institutos privados. Em caso positivo (formulação da norma em função de formas jurídicas ou institutos oriundos do direito privado), o intérprete/aplicador deve qualificar os fatos e atos segundo as formas jurídicas utilizadas pelos contribuintes, a não ser que os contribuintes tenham distorcido ou violentado tais formas jurídicas (abuso das possibilidades de configuração oferecidas pelo direito) para praticar uma fraude à lei tributária.

Vale dizer, se o contribuinte age em fraude à lei, o intérprete/aplicador já não está mais obrigado a qualificar a realidade conforme as formas jurídicas adotadas pelo contribuinte. Se partir do próprio contribuinte a iniciativa de distorcer as formas e negócios do direito privado e utilizá-los num contexto notoriamente artificioso, a resposta do ordenamento será autorizar o intérprete/aplicador da norma tributária a avaliar e qualificar a realidade segundo uma visão substancial/econômica, desvinculada das formas jurídicas artificiosamente utilizadas pelo contribuinte. Essa forma de combater a elusão foi a adotada pelo Código Tributário alemão de 1919 (artigos 4.º e 5.º, transformados em 1931 nos artigos 9.º e 10.º), diploma jurídico que nada tem de “autoritário” ou “nazista”, mas, ao contrário, é tido como o precursor da ciência contemporânea do direito tributário, marcando a transição da relação tributária "que de 'relação de poder' passou a ser vislumbrada como 'relação jurídica'” (MARINS, 2002, p. 17).

Ao contrário do que afirma Alfredo Augusto Becker, a interpretação econômica defendida pelo alemão Enno Becker não influenciou a sistematização da fraude à lei (ou de outras normas gerais) como ferramenta de combate da elusão tributária. Muito pelo contrário. Os autores adeptos dessa versão radical da interpretação econômica consideravam errôneo utilizar a fraude à lei como arma de combate da elusão tributária.

Dino Jarach (1996), por exemplo, criticou duramente a postura do suíço Blumenstein, que apoiava a solução do Código Tributário alemão de 1919. Se a lei desenha o fato gerador do tributo fazendo referência a atos ou negócios provenientes do direito privado

e a interpretação teleológica não indica objetivamente que a lei toma como relevantes as relações econômicas subjacentes, Blumenstein sustentava que somente nos casos de elusão/fraude à lei o aplicador estava autorizado a exigir o tributo fazendo abstração das formas utilizadas pelo contribuinte. Jarach (1996, p. 148), fiel adepto da interpretação econômica em sua versão original, criticava duramente essa posição: "Não há razão jurídica para que a concorrência da finalidade de evadir o imposto, mediante o uso de formas jurídicas anormais, junto com o resultado conforme aos desejos das partes, seja suficiente para tornar tributável um fato que por si mesmo não o seria ou o seria de outra maneira".

Enno Becker, por sua vez, preferia combater as elusões apelando para uma "correta interpretação" da lei tributária, sem utilizar o procedimento especial da fraude à lei previsto no art. 5.º do Código Tributário alemão de 1919 (HENSEL, 2005, p. 231, nota 167). Isso demonstra que os adeptos da interpretação econômica em sua versão forte na verdade rejeitavam as normas gerais anti-elusão (como a da fraude à lei, hoje prevista no art. 42 do Código Tributário alemão de 1977).

6 – A doutrina brasileira sobre a interpretação econômica do direito tributário

Os primeiros estudiosos do direito tributário brasileiro, cujas obras começaram a ser editadas nas décadas de 50 e 60 do século XX, tinham uma postura nada formalista acerca da interpretação da norma tributária.

Rubens Gomes de Sousa (1975, p. 79-80) propõe em seu Compêndio de Legislação Tributária (1.ª edição de 1952) um modelo de interpretação da norma tributária muito parecida com a versão original da escola da interpretação econômica. Gomes de Sousa rechaça as visões "apriorística" e "literal-estrita" da interpretação tributária, e apóia as linhas da "interpretação moderna do direito tributário". Essa "interpretação moderna" vinha a ser, em grande medida, a versão original da interpretação econômica do direito tributário:

"Os atos, fatos, contratos ou negócios previstos na lei tributária como base de tributação devem ser interpretados de acordo com os seus efeitos econômicos e não de acordo com a sua forma jurídica; este é o princípio básico e dele decorrem os restantes [...] Por conseguinte, os atos, contratos ou negócios cujos efeitos econômicos sejam idênticos devem produzir efeitos tributários também idênticos, muito embora as partes lhes tenham atribuído formas jurídicas diferentes; [...] a lei fiscal tributa uma determinada situação econômica, e, portanto, desde que esta se verifique, é devido o imposto, pouco importando as circunstâncias jurídicas em que se tenha verificado."

Amílcar de Araújo Falcão produziu duas obras em que o tema da interpretação do direito tributário é tratado de maneira sistemática. Na primeira obra, publicada

originalmente em 1959, Falcão caminha na mesma senda de Rubens Gomes de Sousa e apóia a teoria da consideração econômica do direito tributário à maneira de Dino Jarach. Segundo Falcão, a referência da lei tributária aos atos negociais é feita, sempre, à relação econômica subjacente, no sentido de que os fatos, circunstâncias ou acontecimentos indicados no fato gerador são "sempre considerados pelo seu conteúdo econômico", interessando ao direito tributário somente a vontade empírica, ou seja, a *intentio facti*[7]:

"Motivos de conveniência, de utilidade, o interesse de dar maior concisão e simplicidade ao texto podem levar o legislador, quando for o caso, a reportar-se à fórmula léxica através da qual aquela relação econômica vem sempre traduzida em direito. Trata-se porém, de uma fórmula elítica [...] ao direito tributário só diz respeito a relação econômica".

Já em obra posterior publicada originalmente em 1964, Falcão abandona a versão original da interpretação econômica (à maneira de Dino Jarach e apoiada no Compêndio de Gomes de Sousa) para filiar-se ao pensamento de autores como Blumenstein e Hensel (que admitem a chamada "interpretação econômica" tão somente como uma forma de combater abusos ou atos de elusão tributária). Veja-se a seguinte passagem:

"Depurada de excessos e impropriedades, que se encontram em certos autores, a chamada interpretação econômica da lei tributária consiste, em última análise, em dar-se à lei, na sua aplicação às hipóteses concretas, inteligência tal que não permita ao contribuinte manipular a forma jurídica para, resguardando o resultado econômico visado, obter um menor pagamento ou o não pagamento de determinado tributo" (FALCÃO, 1995, p. 17)

Falcão cita expressamente a obra de Blumenstein (exatamente na parte em que Blumenstein é criticado por Jarach) para concluir que o emprego da interpretação econômica só se faz "para corrigir situações anormais artificiosamente criadas pelo contribuinte". Falcão aproveita para deixar claro que a interpretação econômica não significa adotar-se o método da livre indagação por parte do aplicador da norma tributária:

"Por outras palavras, através dela [interpretação econômica] não se pode chegar ao resultado de, na generalidade dos casos, alterar ou modificar, por considerações subjetivas que o intérprete ou o aplicador desenvolveram no que respeita à justiça fiscal, um conceito adotado pelo legislador. É a isso que se faz alusão, quando se assevera que a interpretação econômica não pode ter o efeito de uma *interpretatio abrogans*" (FALCÃO, 1995, p. 35)

Geraldo Ataliba, em um Seminário na PUC de São Paulo organizado por ele mesmo em 1971, também se manifestou favorável ao combate dos abusos de forma perpetrados pelos contribuintes, mediante uma interpretação/aplicação da norma tributária que desconsiderasse as formas artificiosas postas em prática pelos contribuintes:

"A interpretação é jurídica, mas, sustentamos que a 'assim chamada' interpretação econômica – aquela que prestigia o conteúdo econômico, acima da forma – só tem cabimento (estamos com Amílcar Falcão) quando se trata de fraude ou de manifesto abuso de forma, em particular. Daí sim, o fisco não pode assistir àquilo indiferente, porque há um princípio constitucional, lembrado pelo Prof. Monteiro de Barros, da igualdade de todos. Ora, se suas pessoas estão em igual situação e uma delas abusa de formas jurídicas de direito privado para subtrair-se à tributação, o Estado tem o dever de assegurar a plenitude do princípio da igualdade, recorrendo à 'chamada' interpretação econômica, para tributar aquele fato. [...] Poder-se-ia adotar como conclusão: Interpretação é sempre jurídica. A chamada interpretação econômica é válida como recurso subsidiário, em geral, e como recurso principal para repressão da fraude e abuso de forma" (ATALIBA *et al*., 1975, p. 193, 197).

Ruy Barbosa Nogueira escreveu em 1963 uma obra específica sobre a interpretação da norma tributária. Nesta obra, o autor adota uma posição equilibrada, rechaçando ao mesmo tempo a tendência de "resolver questões tributárias por meio de puras concepções de Direito Privado" (NOGUEIRA, 1974, p. 50-51) e as concepções mais radicais da interpretação econômica (tais como a de Enno Becker e Dino Jarach).

Barbosa Nogueira (1974, p. 55) observa muito bem que é o exame de cada norma em concreto que revelará se a norma tributária se refere a um instituto "de pura estrutura de Direito Privado", de "estrutura mista, isto é, alterada pelo Direito Tributário" ou ainda de "exclusiva estrutura de Direito Tributário".

Tal como Falcão, Ruy Barbosa Nogueira (1974, p. 66) demonstra conhecer a posição da doutrina alemã segundo a qual o contribuinte não pode "abusar do direito ao uso das formas jurídico-privadas", empregando formas anormais e artificiosas para "impedir ou fraudar a tributação, tributação esta que, ao contrário, se o contribuinte tivesse seguido o caminho jurídico-privado correto, seria devida". Após afirmar que estas formas artificiosas seriam inoponíveis ao fisco, Barbosa Nogueira lembra que isso não se aplica na "hipótese em que a estrutura jurídico-privada, ou mesmo a tributária, por meio de opções, ofereça várias formas jurídicas e o contribuinte escolha a menos onerosa", pois neste caso não há abuso, manipulação ou desvio, mas apenas escolha de uma das formas legítimas.

Ao contrário de Amílcar Falcão, que demonstrava total convicção de que a vedação do "abuso de formas" prevalecia inclusive no direito tributário brasileiro, Barbosa Nogueira é reticente quanto à possibilidade de aplicar esse instituto em nosso país. Após citar o Código alemão e a doutrina que separa a elisão legítima (sem abuso de formas)

da evasão mediante abuso, Barbosa Nogueira (1974, p. 70) afirma que “no Brasil a legislação sobre este tema é ainda incipiente”, ressaltando (sem deixar clara a sua posição a respeito do problema) “a delicadeza do problema entre nós, quando se pretenda afastar a forma jurídica apenas através da chamada interpretação do conteúdo econômico [...], pois no Brasil, por força da Constituição, o imposto só pode ser criado por lei”.

Não se sabe bem ao certo se o autor faz referência – com suas dúvidas – à interpretação econômica em sentido radical (Becker; Jarach) ou à aplicação da doutrina do abuso das formas. Como em seu Curso de Direito Tributário, escrito alguns anos depois, Barbosa Nogueira (1994, p. 201) não faz ressalvas à aplicação da doutrina do abuso de formas no Brasil, talvez a “delicadeza do problema” (mencionada em sua obra de 1963) diga respeito à interpretação econômica à maneira de Dino Jarach ou Enno Becker.

Poder-se-ia pensar que esses autores que manifestavam posturas nada formalistas acerca da interpretação da norma tributária fossem contrários à posição tradicional de que o intérprete não pode se valer da analogia na aplicação da norma tributária que trata das hipóteses de incidência do tributo. Contudo, todos esses autores rechaçavam a analogia como método de integração “quando dela resulte a criação de débito tributário” (FALCÃO, 1993[8], p. 84). Rubens Gomes de Sousa (1975, p. 81), contudo, invertia a terminologia tradicional e chamava de “interpretação extensiva” o que a maioria da doutrina considera “interpretação analógica”[9].

Vê-se, portanto, que o pensamento jurídico daqueles que podem ser chamados “os primeiros tributaristas do Brasil” tinha um forte conteúdo antiformalista e tal característica se deve em grande medida aos efeitos da norma do art. 202 da Constituição de 1946, que estatuía em sua parte final que os tributos “serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”. Em autores como Amílcar Falcão (1993, p. 15, 76) e Ruy Barbosa Nogueira (1974, p. 26, 43-44), percebe-se a nítida influência deste dispositivo não só sobre a atividade do legislador tributário como também sobre a atividade do intérprete e aplicador do direito tributário.

Mas grande parte da doutrina atual do direito tributário se aferra a uma noção bem diferente do que significava a interpretação do direito tributário para a doutrina clássica brasileira. Com base em Alfredo Augusto Becker, que publicou dois livros nos quais o tema da interpretação da norma jurídica ocupa lugar de destaque[10], a doutrina atual insiste na visão da interpretação jurídica como uma “ciência” que permite ao intérprete “descobrir” o “único” e “imutável” sentido da norma. Os juízes, segundo essa visão, apenas investigam se houve (ou não) a incidência da regra jurídica e analisam (esclarecem) os efeitos jurídicos dela decorrentes.

A interpretação econômica do direito tributário, portanto, é comumente considerada no sentido pejorativo da presunção absoluta de que os conceitos de direito privado mencionados pela norma tributária têm sempre um conteúdo distinto do conceito privado, ou no sentido de permitir ao intérprete a livre investigação dos fatos a fim de aplicar o mesmo tratamento tributário a situações economicamente semelhantes.

7 – Os critérios hermenêuticos utilizados pelo STJ nos Recursos Especiais 326.491, 431.347 e 895.878

Não obstante a forte influência que a doutrina formalista do direito tributário exerce sobre a jurisprudência do Superior Tribunal Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais 326.491 (2ª Turma – julgado em 06-06-2002), 431.347 (1ª Seção – julgado em 23-10-2002) e 895.878 (1ª Seção – julgado em 08-08-2007) o STJ abandonou o sentido literal mais evidente da norma tributária em exame e recorreu a considerações de natureza sistemática, histórica e teleológica.

A questão de fundo discutida pelo STJ nesses recursos especiais era o enquadramento ou não das empresas prestadoras de serviços no conceito de "estabelecimento comercial". Se o STJ decidisse que esse enquadramento não era possível, as empresas prestadoras de serviços estariam desobrigadas do recolhimento das contribuições ao SESC – Serviço Social do Comércio e ao SENAC – Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio. Essa decisão implicaria a redução da carga tributária suportada pelas prestadoras de serviços filiadas ao SESC e ao SENAC e, segundo o voto do Ministro Luiz Fux no RESP 431.347, a perda dos benefícios concedidos a seus empregados e familiares (escolas, assistência médica, lazer, formação profissional, etc.).

O SESC e o SENAC foram instituídos pelos Decretos-leis 8.621/46 e 9.853/46, que estabelecem que as suas respectivas contribuições são devidas pelos "estabelecimentos comerciais" cujas atividades, de acordo com o quadro a que se refere o artigo 577[11] da Consolidação das Leis do Trabalho, estiverem enquadradas nas Federações e Sindicatos coordenados pela Confederação Nacional do Comércio.

O Quadro de Atividades e Profissões referido pelo art. 577 da CLT prevê como integrantes da Confederação Nacional do Comércio diversas categorias econômicas do setor de serviços, tais como hotéis, empresas de turismo, empresas de processamento de dados, casas de diversão, hospitais, clínicas e casas de saúde.

O que alegavam as empresas prestadoras de serviços era a inaplicabilidade dos Decretos-leis 8.621/46 e 9.853/46 às suas atividades, uma vez que as contribuições instituídas por tais atos normativos são devidas apenas pelos "estabelecimentos comerciais" vinculados às Federações e aos Sindicatos coordenados pela Confederação Nacional do Comércio.

Inicialmente, a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e do próprio STJ (REsp 322.952 e REsp 168.892) entendia que as empresas prestadoras de serviços de fato não estavam obrigadas ao recolhimento das contribuições ao SESC e ao SENAC. O principal argumento dessas decisões era a impossibilidade de enquadramento das prestadoras de serviços como "estabelecimentos comerciais", sob pena de ofensa ao princípio da legalidade tributária (o conhecido axioma da tipicidade cerrada).

No caso concreto analisado no RESP 431.347, por exemplo, a sentença havia concedido a segurança para afastar a exigência das contribuições ao SESC e ao SENAC sob o entendimento de que a entidade hospitalar "presta serviços na área de saúde e possui seus atos constitutivos registrados no Ofício Bazzanella – Registro Civil Títulos e

Documentos Pessoas Jurídicas de Rio do SuluSC". Entendeu a sentença que, como as atividades hospitalares não têm natureza comercial, "e inexistindo prova contrária, não pode a impetrante ser sujeito passivo das contribuições ao SESC e SENAC" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 431.347. Relatório).

O STJ, contudo, nos Recursos Especiais 326.491, 431.347 e 895.878, afastou a alegação dos contribuintes sob o entendimento de que as empresas prestadoras de serviços se enquadram no conceito moderno de "estabelecimento comercial" e que por isso estão sujeitas ao recolhimento das contribuições ao SESC e ao SENAC.

Na decisão proferida no RESP 326.491, relatado pelo Ministro Franciulli Netto, a 2ª Turma do STJ entendeu que sob a ordem constitucional inaugurada em 1988, a expressão "estabelecimento comercial" deve ser interpretada de molde a incluir as empresas prestadoras de serviços. Ainda que as prestadoras de serviços não pratiquem "atos de comércio", *strictu sensu*, não há dúvida de que tais entidades se incluem no conceito moderno de empresa, o qual abrange a exploração econômica da produção ou circulação de bens e serviços.

Em seu voto, o Ministro Franciulli Netto fez questão de afastar a eventual alegação de interpretação extensiva do direito tributário, "vedada pelo princípio da tipicidade cerrada ínsita a esse ramo do Direito". Ressaltou o Ministro Franciulli que "o que se verifica é a mera interpretação atual do mesmo conceito de 'estabelecimento comercial' contemplado pelos decretos de 1946 que instituíram as contribuições para o SESC e o SENAC, que, como é de convir, adquiriu novos contornos".

O voto proferido pelo Ministro Franciulli Netto no julgamento do RESP 326.491 embasou a decisão posterior da 1ª Seção do STJ no RESP 431.347. O STJ novamente rechaçou a interpretação estritamente gramatical da expressão "estabelecimentos comerciais" e, citando um parecer de Modesto Carvalhosa, decidiu que

"[...] a expressão 'estabelecimentos comerciais', contida no art. 3º do Decreto-Lei n.º 8.953, de 1946, deve ser interpretada segundo a noção moderna de comércio, qual seja, de atividade econômica. Invocar, para os efeitos de contribuição parafiscal, a questão escolástica de quem poderá ser considerado comerciante, não tem qualquer fundamento no sistema jurídico brasileiro vigente" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 431.347. Voto do Ministro Luiz Fux).

O STJ também entendeu que, considerando a atual estrutura sindical brasileira, na qual toda e qualquer atividade econômica deve estar vinculada a uma das confederações previstas na CLT, não havendo uma confederação específica para os prestadores de serviços, essa atividade econômica deve ser incluída na noção mais ampla de comércio ou de estabelecimento comercial (interpretação sistemática). Ademais, as empresas de prestação de serviços sempre estiveram vinculadas à Confederação Nacional do Comércio (interpretação histórica).

O STJ considerou ainda a finalidade das contribuições ao SESC e ao SENAC (interpretação teleológica) e os nefastos efeitos decorrentes da suspensão dos respectivos benefícios concedidos aos empregados e familiares das empresas prestadoras de serviços (interpretação prospectiva). Em diversos trechos do voto do Ministro Luiz Fux no Recurso Especial 431.347 restou consignado que as contribuições previstas no art. 240[12] da Constituição, entre as quais se incluem as contribuições ao SESC e ao SENAC, visam a (a) concretizar o princípio da "valorização do trabalho humano", encartado no artigo 170[13] da Constituição, (b) garantir o "direito universal do trabalhador" de ter acesso aos serviços sociais e (c) "contribuir para o bem estar social do empregado e a melhoria do padrão de vida do mesmo e de sua família, bem como implementar o aprimoramento moral e cívico da sociedade, beneficiando todos os seus associados, independentemente da categoria a que pertençam".

Com base na "natureza constitucional de cunho social e protetivo do empregado", entendeu o STJ, no RESP 431.347, que as empresas prestadoras de serviços somente poderiam deixar de recolher as contribuições ao SESC e ao SENAC se estiverem integradas em outro serviço social, "para não deixar ao desamparo os trabalhadores do seu segmento, em desigualdade com os demais, gerando situação de *summus jus summa injuria*". Por outro lado, não é relevante se os contribuintes "colhem ou não os bônus dos serviços inerentes ao SESC e ao SENAC", uma vez que "deflui da *ratio essendi* da Constituição, na parte relativa ao incremento da ordem econômica e social, que esses serviços sociais devem ser mantidos 'por toda a coletividade' e demandam, a *fortiori*, fonte de custeio" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 431.347. Voto do Ministro Luiz Fux).

As decisões proferidas nos Recursos Especiais 326.491, 431.347 e 895.878 são um claro exemplo de afastamento do sentido literal mais evidente da norma em prol da aplicação de critérios hermenêuticos que privilegiam o espírito e a finalidade da norma interpretada. A interpretação puramente literal da norma, decorrente do axioma da tipicidade cerrada do direito tributário, levaria ao reconhecimento da ilegalidade da exigência das contribuições ao SESC e ao SENAC das empresas prestadoras de serviços. Como os Decretos-leis 8.621/46 e 9.853/46 aludem a "estabelecimentos comerciais", a interpretação estritamente gramatical implicaria a impossibilidade de enquadramento das empresas prestadoras de serviços nesses dispositivos normativos.

Mas a interpretação sistemática, histórica e teleológica, bem empreendida pelo STJ, possibilitou o alcance do verdadeiro espírito da expressão "estabelecimentos comercias". Não faz sentido, de fato, considerar que a interpretação de normas editadas em 1946 não deve considerar as atuais atividades negociais e a moderna concepção de "estabelecimento comercial". A interpretação do direito tributário não pode deixar de considerar os aspectos histórico-evolutivos da realidade empresarial, como já destacava Ezio Vanoni no início do século XX.

Não obstante o acerto do STJ no julgamento dos Recursos Especiais 326.491, 431.347 e 895.878, há que se destacar que o Ministro Luiz Fux utilizou indevidamente a interpretação econômica em sua versão original como um dos fundamentos do seu voto. Conforme demonstrado anteriormente, a versão de Enno Becker e Dino Jarach, segundo a qual se deve interpretar e aplicar a hipótese de incidência tributária considerando as relações econômicas privadas subjacentes aos atos e negócios jurídicos, privilegiando sempre os propósitos empíricos das partes (*intentio facti*) e não as formas jurídicas

adotadas por elas, foi superada pela versão moderada da interpretação econômica e atualmente não encontra mais adeptos.

O Ministro Luiz Fux citou em seu voto um trecho da obra de Amílcar Falcão que espelha a posição inicial desse autor acerca da interpretação econômica do direito tributário e que foi posteriormente alterada. Conforme indicado anteriormente, a primeira concepção de Falcão era muito parecida com a versão original da interpretação econômica. Posteriormente, Falcão passou a admitir a interpretação econômica apenas nos casos de abuso de direito ou de fraude à lei tributária (versão moderada da interpretação econômica). Essa diferença, contudo, não foi percebida pelo Ministro Luiz Fux, que citou a anterior posição de Falcão sobre a interpretação econômica (versão forte) sem atentar para o fato de que essa versão não é mais aceita pela doutrina.

Essa indevida invocação do primeiro pensamento de Amílcar Falcão (interpretação econômica em sua versão forte) parece ter influenciado os votos da Ministra Eliana Calmon nos Recursos Especiais 431.347 e 895.878, nos quais ela alterou o entendimento anteriormente manifestado no julgamento do RESP 326.491. Inicialmente, a Ministra Eliana Calmon entendia que o tratamento isonômico das empresas comerciais e das prestadoras de serviços deveria ceder em face do princípio da legalidade: "[...] não se pode eleger contribuinte por simetria, isonomia ou equidade, sendo tal imposição matéria de absoluta legalidade, pois só a lei pode eleger sujeito passivo de obrigação tributária ou similar" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 326.491).

Nos Recursos Especiais 431.347 e 895.878, contudo, a Ministra Eliana Calmon reviu sua posição nos seguintes termos:

"Na época, entendia que, em Direito Tributário se aplicava a tipicidade fechada e que, em não havendo a inclusão específica das empresas prestadoras de serviço, não era possível estender a aplicação da norma que fazia incidir a contribuição para o Sesc e para o Senac. Posteriormente, entretanto, com as ponderações do excelente voto do Sr. Ministro Franciulli Netto, revi minha posição, única e exclusivamente, com base no princípio maior da razoabilidade ou da proporcionalidade, o que me permitiu aplicar a isonomia. Essas empresas não poderiam ficar isentas, uma vez que as outras pagavam a contribuição" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 431.347).

Esses votos da Ministra Eliana Calmon, em linha com o voto do Ministro Luiz Fux na parte em que aplicou a interpretação econômica em sua versão original, são passíveis de críticas. A isonomia não pode ser utilizada para estender o tributo a casos em que a lei assim não tenha determinado, e os argumentos da Ministra muito se aproximam da interpretação analógica do direito tributário (no sentido da exigência de tributo não previsto em lei). O entendimento da Ministra foi de um extremo ao outro: inicialmente afastou a exigência das contribuições ao SESC e ao SENAC com base numa interpretação restritiva e formalista (considerando que prestador de serviço não é estabelecimento comercial) e num segundo momento chancelou essa exigência com base no princípio da isonomia ("estendendo" a exigência das contribuições aos

prestadores de serviços), como se a aplicação de um princípio excluísse o outro. O argumento de que "essas empresas não poderiam ficar isentas, uma vez que as outras pagavam a contribuição" (RESP 431.347) parece entender que a isonomia permite estender a obrigação tributária a hipóteses não previstas pela lei.

Tal como o Ministro Luiz Fux, a Ministra Eliana Calmon decidiu acertadamente a lide quanto ao resultado alcançado (legalidade da exigência das contribuições ao SESC e ao SENAC das empresas prestadoras de serviços), mas fundamentou incorretamente o seu entendimento.

8 – Conclusão

Ao decidir que as empresas prestadoras de serviços são consideradas "estabelecimentos comerciais" para fins de recolhimento das contribuições destinadas ao SESC e ao SENAC, o Superior Tribunal de Justiça afastou-se do critério gramatical ou literal e aplicou, corretamente, os critérios de interpretação histórica, sistemática e teleológica (Recursos Especiais 431.347, 326.491 e 895.878).

Apesar de tais critérios hermenêuticos serem suficientes para fundamentar a decisão do STJ, o Ministro Luiz Fux lançou mão da interpretação econômica em sua versão original como um dos fundamentos do seu voto (RESP 431.347). O Ministro Fux adotou o ultrapassado entendimento de que a hipótese de incidência tributária deve ser interpretada e aplicada considerando as relações econômicas privadas subjacentes aos atos e negócios jurídicos, privilegiando sempre e necessariamente os propósitos empíricos das partes e não as formas jurídicas adotadas por elas. Tal versão da interpretação econômica do direito tributário não prevalece na doutrina da generalidade dos países e implica grave risco à segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo *et al.* **Interpretação no Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1975.

ATALIBA, Geraldo. **Noções de Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval tributário**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BEISSE, Heinrich. O critério econômico na interpretação das leis tributárias segundo a mais recente jurisprudencia alemã. In: MACHADO, Brandão (Dir.). **Direito Tributário –** estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1984.

BERLIRI, Antonio. **Principios de Derecho Tributario**. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1964. v. I.

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452/43**. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 15 ago. 2009.

BRASIL. Decreto-lei 8.621/46. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 15 ago. 2009.

BRASIL. Decreto-lei 9.853/46. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 15 ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 134.509. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/inicio>. Acesso em: 15 ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 168.892. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/inicio>. Acesso em: 15 ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 174.476. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/inicio>. Acesso em: 15 ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 190.761. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/inicio>. Acesso em: 15 ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 198.088. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/inicio>. Acesso em: 15 ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 227.832. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/inicio>. Acesso em: 15 ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 230.337. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/inicio>. Acesso em: 15 ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 233.807. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/inicio>. Acesso em: 15 ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 255.111. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/inicio>. Acesso em: 15 ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 322.952. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/inicio>. Acesso em: 15 ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 326.491. Julgado em 06-06-2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Recurso Especial nº 431.347. Julgado em 23-10-2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Recurso Especial nº 895.878. Julgado em 08-08-2007.

COMBARROS-VILLANUEVA, Victoria Eugenia. La interpretación económica como criterio de interpretación jurídica (algunas reflexiones a propósito del concepto de 'propiedad económica' en el Impuesto sobre el Patrimonio). **Revista Española de Derecho Financiero**, n. 44, p. 496-497, 1984.

DWORKIN, Ronald. **Law´s empire**. 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FALCÃO, Amílcar. **Introdução ao Direito Tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

HENSEL, Albert. **Derecho Tributario**. Tradução da 3. ed. alemã (1933) de Andrés Báez Moreno, María Luisa González-Cuéllar Serrano e Enrique Ortiz Calle. Madri-Barcelona: Marcial Pons, 2005.

JARACH, Dino. **El hecho imponible** – Teoría general del derecho tributario sustantivo. 3. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

LARENZ, Karl. **Metodología de la Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

MARINS, James. **Elisão tributária e sua regulação**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Teoria da imposição tributária**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa. **A interpretação econômica no Direito Tributário**. São Paulo: Resenha Tributária, 1982.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Da interpretação e da aplicação das leis tributárias**. São Paulo: Bushatsky, 1974.

SÁINZ DE BUJANDA, Fernando. **Notas de Derecho Financiero**. Madrid, 1966.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975. (Ed. póstuma – 1. ed. de 1952).

VANONI, Ezio. **Natureza e interpretação das leis tributárias**. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Edições Financeiras, 1973.

---

[1] A 1. ed. de 1952.

[2] A 1. ed. da obra é de 1943.

[3] Segundo as teses de Griziotti, do mesmo modo que no contrato de compra e venda a causa é a correspondência entre o bem que se transfere ao comprador e a quantia paga por este ao vendedor, a causa do tributo é a correspondência entre o interesse dos particulares na realização dos serviços públicos e a obrigação dos mesmos particulares em transferir ao fisco parte de seu patrimônio. No caso das taxas essa correspondência é direta e no caso dos impostos a *capacidade contributiva* (daí o apego incondicional à substância e nunca à forma dos atos jurídicos) constitui um indício da existência do interesse do particular na prestação dos serviços públicos. Ainda que a obrigação tributária seja estabelecida abstratamente na lei, seu nascimento concreto supõe que em cada caso concorra o elemento causal, pois do contrário ocorreria um enriquecimento sem causa vedado pelo direito. Esta teoria na maioria dos casos geraria uma maior arrecadação tributária. Contudo, a coerência na sua formulação implica a existência de perdas arrecadatórias sempre que no caso concreto o contribuinte pratique o fato gerador mas não demonstre uma efetiva e real capacidade contributiva. A teoria da causa do tributo formulada por Griziotti confunde o fundamento ou a *ratio legis* da eleição legal do fato gerador com a questão do nascimento da obrigação tributária em cada caso concreto. – cfr. SÁINZ DE BUJANDA, Fernando. **Notas de Derecho Financiero**. Madrid, 1966, p. 449-519.

[4] Na teoria de Vanoni, a diferença de finalidades e interesses tutelados pelo direito tributário e pelo direito civil justificava a afirmação de que os conceitos de direito civil, quando utilizados pela norma tributária, mudassem necessariamente de conteúdo. – cfr. VANONI, Ezio. **Natureza e interpretação das leis tributárias**. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Edições Financeiras, 1973.

[5] BERLIRI, Antonio. **Principios de Derecho Tributario**. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1964, v. I, p. 106. Citando seu irmão Luigi Vittorio Berliri, Antonio Berliri ressalta que o legislador tributário pode perfeitamente "valorar o pro e o contra e decidir "perder em justiça absoluta o que ganha em certeza e simplicidade de determinação – *op. cit.*, p. 108.

[6] Tradução da 3.ª edição alemã (1933) de Andrés Báez Moreno, María Luisa González-Cuéllar Serrano e Enrique Ortiz Calle.

[7] FALCÃO, Amílcar. **Introdução ao Direito Tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 76. Em obra de 1964, Geraldo Ataliba apóia quase que integralmente o pensamento defendido por Amílcar Falcão, a ele fazendo referência expressa em várias passagens de seu livro. Contudo, a afirmação de Ataliba de que quando o direito tributário se refere a institutos de outros ramos "importa considerá-los [esses institutos] com o sentido que possuem originalmente [nesses outros ramos], salvo expressa exclusão dessa responsabilidade, pela própria lei tributária" (ATALIBA, Geraldo. **Noções de Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 36) é claramente oposta ao pensamento de Amílcar Falcão.

[8] 1.ª edição dessa obra é de 1959.

[9] "é preciso distinguir entre interpretação *extensiva* e interpretação *analógica*: a primeira é a que, partindo de um texto de lei, cria uma norma jurídica nova e a aplica a uma situação *diferente* da prevista na lei; a segunda é a que, partindo de um texto de lei, faz incluir as situações análogas, embora não expressamente referidas no texto. Por conseguinte, a interpretação extensiva não é admissível no direito tributário, porque implica criar tributos sem lei, o que, como já vimos (§ 13) é proibido até mesmo pela Constituição. Ao contrário, a interpretação analógica é admissível, porque não cria direito novo mas apenas completa o alcance do direito existente: se rejeitássemos esta forma de interpretação, voltaríamos a exigir que a lei tributária enumerasse expressamente todos os casos" (SOUSA, 1975, p. 81).

[10] BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972 (a 1.ª edição é de 1963); BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval tributário**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999 (a 1.ª edição publicada pela Saraiva é de 1989).

[11] "Art. 577. O Quadro de Atividades e Profissões em vigor fixará o plano básico do enquadramento sindical".

[12] "Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical".

[13] “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.

APONTAMENTOS ACERCA DO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E SUA FUNÇÃO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS*

SOME NOTES ABOUT THE TAX POWER AS A MECHANISM OF EFECTIVATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Pablo Dutra Martuscelli

RESUMO

Os estudos sobre Direito Tributário não tem uma classificação coerente ou suficientemente clara acerca do conceito de competência tributária, confundindo-o, muitas vezes com o conceito de Poder de Tributar. Ver-se-á que o conceito de competência tributária deve ser analisado partindo-se da estrutura federativa de estado e de uma concepção democrática de exercício do poder, como fonte inicial de legitimação. O presente artigo versa sobre alguns problemas inerentes à correta compreensão do conceito de competência tributária quando confrontado com o conceito de poder em suas várias acepções, tendo como viés de discussão a necessária correlação lógica entre a noção de competência tributária como um dos mecanismos constitucionais de efetivação de direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA, PODER, FEDERAÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

Most of the studies about Tax Law doesn't have as coherent classification or a sufficiently clear notion about the concept of tax power, confusing it with the notion of a "power to tax". It woult be shown that the concept of tax power must be analised starting from the very federative structure of the State and from a democratic comprehention of the power, as the initial source of legitimation. The present article proposes a discussion about some problems linked to a proper interpretation of the concept of tax power when its confronted to de concept of power in its many significations, taking the discussion to the level of a necessary logical correlation betwen the notion of tax powers as one of many constitucional mechanisms intended to efectivate constitutional rights.

KEYWORDS: TAX POWER, POWER, FEDERATION, FUNDAMENTAL RIGHTS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. Introdução

A aparente simplicidade com que o tema das competências tributárias constitucionais é tratado pela doutrina nacional aponta para a necessidade de revisão das premissas doutrinárias até então existentes. [1]

Apesar da aparente cisão conceitual entre a temática do exercício das competências constitucionais e a temática do Poder, ambos são conceitos análogos e interdependentes.

O presente trabalho resgata, justamente, a devida correlação entre o conceito de "Poder", como manifestação fundante de uma dada ordem constitucional, e o conceito de "competência" e, ainda, o conceito de competência tributária, que aponta para uma especialização funcional daquele, geralmente atribuída a entes, agentes ou estruturas estatais específicas aqui subjetivamente considerados "Administração Tributária".

A análise do sistema constitucional de repartição de competências, legislativas e administrativas, ou, em outras palavras, da distribuição interna do Poder dentro do Estado é um dos critérios determinantes de aferição qualitativa de uma ordem constitucional que se propõe, como no caso Brasileiro, democrática e garantidora de direitos fundamentais[2].

No mesmo viés, a análise doutrinária concernente ao tema, além de pobre, não apresenta uma classificação coerente das competências tributárias, o que gera distorções, inclusive, no processo de aprendizado da disciplina.

O interesse pela abordagem é amplificado quando nos deparamos com uma organização federativa ímpar, em que três núcleos ou âmbitos constitucionais de competências exercem o poder de forma concorrente e, ao menos de forma romântica, cooperativa. [3]

O presente trabalho busca apresentar um modelo de repartição de competências tributárias coerente e ajustado ao perfil atual da Constituição de 1988.

Embora haja um vasto material bibligráfico acerca da teorização das competências no âmbito do Direito Constitucional, percebe-se uma quase completa ausência de obras específicas sobre a temática quando esta se apresenta inserida no contexto da matéria administrativa e, especificamente, tributária.

Geralmente, os teóricos do Direito Tributário relegam à matéria alguns poucos capítulos ou algumas páginas, de forma singela e sem idealismo ou novidade, em seus manuais[4]. Como consequência deste fato, percebe-se que a abordagem conferida à temática das competências tributárias é apartada de sua matriz constitucional e é trazida para dentro da lógica da incidência tributária, quando não é trabalhada como um mero acidente dentro da lógica do federalismo clássico e seus desdobramentos.

O estudo das competências tributárias restaria subdividido em dois grandes sub-temas: um primeiro, acerca da legitimação constitucional para que os entes políticos possam instituir suas fontes de receita e um segundo, relativo à natureza dessas normas constitucionais conferidoras de um poder expropriatório legítimo aos entes políticos.

Como será abordado alhures, a lógica de divisão e entrega de tais poderes aos entes políticos foi determinada, no caso brasileiro, pela matriz federativa de organização estatal, criando-se um intrincado modelo de repartição de poderes ou atribuições em matéria tributária em vários níveis, a várias pessoas políticas, cada qual situado e titular de um âmbito de validade individual e distinto.

Esse modelo de repartição de poderes ou atribuições em matéria tributária[5] passou a ser concebido pela doutrina pátria como um complexo de normas jurídicas específicas e, como dito a algumas linhas atrás, analisado através da lógica da estrutura da norma jurídica, já tendo sido denominado, inclusive, de ordenamento jurídico-tributário.

A afirmação é tão verdadeira que em relação ao exercício negativo da competência tributária (exonerações e imunidades), há aqueles[6] que as compreendem como hipóteses de não-incidência, retratando em preto e branco uma categoria multifacetária e de uma riqueza em tonalidades constitucionais e políticas incrível, dando-se ênfase à análise estrutural da norma quando da criação do conceito.

A Constituição Federal de 1988 refere-se, a partir da Seção II do Título VI, a um poder de tributar conferido às pessoas políticas. Quis dizer de forma solene que os entes políticos possuem uma classe especial de competências ligadas à idéia de instituição de tributos para o custeio do aparato estatal mediante a criação de leis específicas.

O exercício do poder, quando referido a um conceito razoável do que é uma Constituição e quais seriam as suas finalidades, nunca poderá ser relegado, ainda que em prestígio a um cômodo purismo científico, a uma de suas facetas que é a legislação, apenas. Da mesma forma, criar-se uma taxionomia ligada a aspectos meramente normativos seria de todo superficial.

O exercício do poder quando concebido como competência constitucional, aponta para uma especialização orgânico-funcional que tem ou teve, em algum momento da história, uma finalidade específica (HORTA, 1995).

O modelo de repartição das competências tributárias brasileiro, por exemplo, teve um fundamento histórico[7] e político determinado, não só por uma opção de organização interna do Estado, mas por inúmeras outras variantes que deveriam ser consideradas para efeito de compreensão do sistema tributário nacional e dos limites a serem impostos a cada ente político de forma a potencializar a sua finalidade constitucional, que é, de mais a mais, a efetivação de direitos e garantias fundamentais[8].

Sendo assim, tanto a explicação quanto a justificação da forma de estruturação de um dado modelo de repartição de competências não poderia, jamais, ser resumida a um mero produto da opção federativa de organização do Estado, embora seja esta o ponto de partida de sua análise. Deveria, sim, estar ligado ao estudo sistemático da Constituição e de suas normas definidoras de objetivos, direitos e garantias fundamentais, sendo a opção pelo modelo federativo um de seus elementos ou condições de efetividade.

Pode-se antecipar que a análise do modelo de repartição de competências de um dado Estado aponta para uma opção fundamental do que sejam direitos e garantias fundamentais nesse mesmo contexto político.

A forma de estruturação e exercício do poder dentro do estado possui determinados fundamentos e objetivos constitucionalmente determinados, ligados a um ideal de maximização de direitos e garantias, de cooperação, coordenação e auxílio recíproco dos entes políticos na consecução de suas finalidades constitucionais (BERCOVICI, 2008).

Assim sendo, compreende-se a importância do estudo da temática das competências tributárias sob as luzes do conceito de poder [legítimo], harmonizando-as ao seu berço de origem que é a própria Carta da República, sendo elas, de mais a mais, os mecanismos viabilizadores da concreção das potencialidades da constituição.

Raul Machado Horta (1995, p. 348) nos mosta interessante argumento quando dispõe que " a decisão a respeito da repartição de competências condiciona a fisionomia do Estado Federal, para determinadr os graus de centralização e de descentralização do poder federal".

O interessante é notar que a correlação entre o fenômeno de centralização de competências [tributárias] e a assunção de tarefas de efetivação de direitos e garantias constitucionalmente assegurados não é uma regra proporcional, visto que os estados e municípios são incumbidos de diversas tarefas constitucionais [ligadas à tal idéia de efetivação de direitos e garantias] que serão efetivadas com recursos federais. Estados e municípios passariam a se situar em um patamar de inferioridade constitucional dentro da lógica do federalismo, visto que seriam meros executores de políticas globais.

2. As Competências Constitucionais e a sua correta definição. A matriz constitucional das normas definidoras de competências

Quando se fala acerca da temática das competências, fala-se necessariamente sobre a questão federativa.

Já foi dito que a questão das competências constitucionais é a chave da estrutura do poder federal[9], visto que analisar se uma dada constituição concentra ou não poderes relativamente à definição dos campos de atuação dos entes políticos revelará sua tendência centralizadora ou não.

Em breve histórico, a opção constitucional de organização política por meio de uma federação é fato que acompanhou o Estado brasileiro desde 1834. A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo primeiro acerca da organização política do Estado, bem como, em seu parágrafo único, acerca da origem popular da legitimação do Poder.

A concepção não é mais liberal e sim democrática, sendo a efetivação de tal princípio, em seu grau de amplitude máximo, norma fundante de toda a interpretação do direito pátrio.

A divisão política do Estado brasileiro em uma federação encontra sua razão de ser na descentralização política e territorial do poder de decisão e deliberação política, aproximando o Estado do cidadão e este dos núcleos de decisão e deliberação, acompanhando o modelo clássico de federação. No âmbito tributário, a opção federativa

e a atribuição de competência tributária aos entes políticos aponta para uma tendência de descentralização das fontes de financiamento das pessoas políticas, o que é essencial para a efetivação de sua autonomia política.

O estudo do federalismo revela que, historicamente, são recorrentes dois modelos de repartição de competências: um primeiro, denominado modelo clássico, trazido pelo exemplo americano, onde optou-se pela enumeração dos poderes no âmbito da União e a manutenção ou reserva dos demais poderes, não enumerados, aos Estados Membros. Há todavia, um modelo moderno, ou ligado temporalmente ao pós-guerra[10] onde verificou-se uma mutação qualitativa no campo das atribuições da União, que passou a tratar de assuntos ligados às novas características do mundo, do mercado, da economia e dos novos direitos ligados à área social, bem como atrelada ao ideal de uniformização do direito nacional através de um processo de federalização da legislação mais relevante.

Embora seja perceptível a inflação material de competências no âmbito da União, percebe-se que a doutrina relega a um segundo plano a questão de que é a própria estrutura constitucional de fundo, essa opção que a cada dia se renova e que implica na revisão do complexo de direitos e garantias fundamentais, que força a renovação e reestruturação de um dado complexo de competências.

Logo, o surgimento das novas espécies de competências, especificamente aquelas denominadas de competências de cooperação, ligadas à idéia do federalismo cooperativo e que, sem maiores esforços argumentativos, está umbilicalmente atrelada à interpretação de que as finalidades constitucionais dos entes políticos são idênticas, embora com escopos diferenciados, deriva de uma mutação constitucional.

Por meio de tal interpretação, as competências deixam de ser meras normas legitimação e passam a ser vistas como normas de efetivação. Assim, fácil é perceber que o exercício de competências que não tenha por objetivo a efetivação de direitos e garantias constitucionais não é legítima.

Trazendo à lume a questão da centralização das competências, ainda que esta não seja o cerne do presente trabalho, verifica-se atualmente a centralização material destas no âmbito da União, tornando perceptível o retorno do que Raul Machado Horta (1995, p. 360) denominava “Federalismo Hegemônico”, em alusão aos processos de centralização de competências apreensíveis desde a Constituição de 1934 no âmbito federal. O fenômeno em questão também foi percebido nos Estados Unidos da América, em função da amplificação da intervenção direta do Estado na esfera privada.

Noutro giro, Estados-membros e municípios esvaziam-se de sua autonomia em franco prejuízo aos processos de efetivação democrática que seriam levados a cabo por meio da participação popular no debate político em matérias de relevância regional ou local. A federação deixa de ser um mecanismo de efetivação do debate democrático e perde sua razão primordial de existência e prol de interesses nacionais.

De volta aos trilhos, a atribuição de prerrogativas legislativas e administrativas aos entes políticos é pressuposto de existência de qualquer federação, visto ser inerente à efetivação do que se denomina “autonomia” federativa. Não há entes políticos que não

detenham prerrogativas administrativas e legislativas; prerrogativas de criação abstrata de normas e de sua efetivação.

Postas que estão de diferentes modos nos diversos ordenamentos jurídicos alienígenas, a definição do campo de atuação pública das pessoas jurídicas de direito público será estabelecida conforme o modelo de estado que se pretende instaurar e, ainda, ao tipo de constituição desse determinado contexto político.

Há países como a Inglaterra que não possuem constituição escrita, mas que não deixam de possuir um complexo de atribuições indicados aos entes públicos e que se denominam "*powers*" ou competências, impondo-lhes tarefas públicas e especificando os seus limites de atuação.

Na experiência americana, propagou-se o modelo federal de estado, situação política esta que se valeu, conforme descrito pela doutrina, de uma técnica de repartição de atribuições que levaria em conta poderes enumerados, remanescentes e concorrentes.

A Constituição Americana adota a técnica de poderes enumerados e reservados, preservando a autonomia dos estados componentes da federação, deixando a seu cargo todas as atribuições, nominando apenas as competências que seriam entregues ao novo ente então criado, a União, em função da natureza das atribuições que a mesma desempenharia no novo contexto que se delineava.

Todavia, pela cláusula dos poderes implícitos, o perfil de repartição de tais competências foi radicalmente modificado por meio da construção jurisprudencial da Suprema Corte Americana, levando-se em consideração a profundidade e extensão dos dispositivos constitucionais por esta interpretados, ampliando-se o expectro de atuação da União.

Logo, as competências são poderes constitucionalmente definidos e atribuídos a pessoas específicas, denominadas "entes políticos", para que os mesmos realizem as potencialidades da Constituição, abstrata ou concretamente.

Mas haveria distinção entre os conceitos de competência e poder?

3. Do conceito de poder e a sua indeterminação

O Poder[11] não é conceito jurídico. É um dado pré-jurídico, pisado e repisado pela Ciência Política, História, Sociologia e Economia. É, todavia, fundamental para compreender-se o fenômeno jurídico e qualificar as suas conseqüências.

Para a Constituição de Brasileira de 1988, a fonte e origem do Poder é a vontade popular legitimadora, nos termos do disposto no parágrafo único do artigo 1.º [12], a saber:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

As formas de exercício e legitimação do Poder[13], historicamente consideradas, têm como referencial a sua origem autoritária ou não, o que repercutiu e ainda repercute sobremaneira nas características das ordens jurídicas modernas e inclusive na brasileira, dada a novidade do processo de democratização contemporâneo.

Ainda, formas concentradas ou descentralizadas de manifestação do Poder apontaram para distintas formas de organização territorial e política dos Estados[14].

De sua origem divina, culminando nos excessos absolutistas, a dessacralização do Poder foi gradativamente levada a cabo pelos ideais modernos atrelados ao movimento renascentista e ao antropocentrismo iluminista. Tais ideais, alimentados pelo dogma da racionalidade, afastaram em grande parte os fundamentos metafísicos do Direito e da Ciência e, no que é pertinente ao primeiro, justificaram-no pela racionalidade do homem, sua liberdade e sua capacidade de exteriorização da vontade.

Assim, relegou-se à vontade humana um papel fundamental nos processos de legitimação política e a lei, como produto "perfeito" da razão humana, fundamento e fim do Estado Moderno.

Nesse cenário fértil, surgem as obras de Rousseau, Locke, Maquiavel e Hobbes, que pretendiam apresentar uma justificação razoável dos fenômenos jurídico-políticos até então verificáveis e, especificamente, caracterizar os Estados então existentes, o exercício do Poder, as suas formas de legitimação e as relações entre o homem moderno e o Estado. [15]

Todavia, naquele tempo, havia uma redução dos conceitos de legitimidade, validade e eficácia do ordenamento jurídico, o que é objeto de estudos modernos sobre o tema.[16]

O Professor Giuseppe Duso (2005, p. 465), titular da cadeira de História da Filosofia Política da Universidade de Pádova, deitou seu olhar sobre a temática do Poder e sua evolução ao longo da história dos Estados e da sociedade e isso é fundamental para separar-se a concepção de Poder da de competência.

Preocupou-se o autor em manter um eixo epistemológico atrelado à historicidade, salientando, primordialmente que a história do Poder encontra-se entrelaçada com a história dos principais conceitos políticos e sociais.

Assim, afirma:

A partir dos anos vinte e trinta do século XX, inicia-se uma nova fase em que, por um lado, a realidade política na sua complexidade e no pluralismo de suas forças cabe cada

vez menos nos aparatos tradicionais e nas dimensões do Estado, e, por outro lado, os conceitos políticos e a doutrina do poder mostram as suas aporias internas, favorecendo uma série de reflexões que, mais do que a apresentação de um novo quadro de categorias, são, antes e frequentemente, expressões emblemáticas das dificuldades e da crise. Cada vez mais, o plano das relações públicas e o das relações privadas aparecem como separáveis entre si e se colocam num campo comum em que se mede a sua politicidade. Mas são justamente essa politicidade e o poder que nela se exprime que não podem mais ser expressos através da linguagem tradicional própria da antiga identificação entre público e estatal. Assim, acontece que os processos que produzem fatos politicamente significativos já não podem mais ser captados através da reconstrução de itinerários normativos e de acordo com procedimentos constitucionalmente definidos.

A transcrição acima aponta para uma superação de um modelo tradicional de interpretação do Direito, tomando-se como vetor o referencial de um conteúdo constitucional que não se encontra apenas na literalidade dos textos legais.

Nesse sentido, as manifestações do poder constitucionalmente definido e aqui denominadas de "competências" devem guardar correlação estreita com o conteúdo material da Constituição e a seus fundamentos jurídico-políticos e, no caso, à própria concepção de Poder em sua concepção legitimadora, historicamente considerado.

Em arremate, impõe ressaltar que a expressão cunhada de "poder tributário" ou "poder de tributar" não seria correta. Como afirmado por CARRAZZA (2008, p.489) de maneira lapidar:

Como veremos em seguida, cada uma das pessoas políticas não possui, em nosso País, poder tributário (manifestação do ius imperium do Estado), mas competência tributária (manifestação da autonomia da pessoa política e, assim, sujeita ao ordenamento jurídico constitucional).

Para os teóricos e aplicadores do Direito, a interpretação meramente normativa do conceito de competência, inclusive a tributária, gera perplexidades e transfere o eixo do debate para a discussão acerca da legitimação do direito por ele próprio. Em outras palavras, as competências seriam normas jurídicas produzidas pelo sistema jurídico e necessárias sob o ponto de vista da fundamentação de validade do ordenamento infraconsitucional. Nada mais.

A imprecisão doutrinária acerca do conceito de Poder[17] como algo criado pelo Direito ou submetido a uma legitimação jurídica pré-existente, atrelada ao desprestígio da Constituição como instrumento de sua legitimação, efetivação e controle e, em acréscimo, a autonomização da lei como *razão-em-si* do Estado, gerou o que se poderia denominar de "desconstitucionalização do complexo de competências constitucionais".

Em outras palavras, o complexo de atribuições estatais encontra hoje sua definição, guardadas as devidas proporções, em um conjunto de normas infraconstitucionais que deveriam fazer reverência ao conteúdo da Constituição. [18]

Os limites materiais impostos à lei implicam em que o instrumento legislativo ordinário não defina competências; apenas as pormenorize, detalhe e crie meios de sua

concretização. Mesmo porque, a definição do poder e a sua divisão são tarefas do Constituinte e não do legislador infraconstitucional. Entender-se de outra forma seria adotar, em pleno Séc. XXI, a Teoria Pura do Direito em toda a sua plenitude e sem qualquer reflexão crítica.

Em gracioso exemplo, Rodolfo Viana Pereira (2008, p. 82) nos alumia o caminho:

Dois caminhos majoritários se apresentaram na doutrina em uma relação de contraposição. Duas compreensões constitucionais que, em termos analíticos, representam, grosso modo, as polaridades teóricas mais debatidas nas ultimas cinco décadas. Podemos resumi-las da seguinte maneira: de um lado, o modelo da Constituição pré-ordenante, impositiva, eis que sustentada sobre uma legitimação substancial, um núcleo ético-moral bem definido acerca dos valores fundamentais da sociedade e dos objetivos prioritários do Estado; de outro lado, o modelo da Constituição pós-ordenante, dialógica, eis que sustentada sobre uma legitimação procedimental, um núcleo ético-discursivo, aberto à multiplicidade dos valores sociais e dos objetivos fundamentais.

As normas constitucionais carregam em si o gérmen, a matéria essencial da qual o legislador infraconstitucional se valerá para criar o regramento infraconstitucional.

O produto legislativo, então, deverá fazer referência ao núcleo fundamental da Constituição. Uma suposta necessidade de Estado, relevância ou urgência poderiam atenuar tal regra, mas não aniquilá-la, sob pena de transformar-se a Constituição em um programa de valores não cogentes e meramente informativos.

Nesse sentido, deve-se aferir a compatibilidade das normas estruturantes às normas garantidoras, em função até de uma correta compreensão acerca do núcleo intangível da Constituição, que impõe que as normas de competência do Estado não podem estar em dissonância com as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, sob pena de a Constituição contradizer-se a si própria. Tomamos por empréstimo o exemplo das imunidades tributárias descritas no art. 150 da Constituição Brasileira de 1988, que nada mais são do que reflexos de grandes direitos e garantias fundamentais plasmados na alma da Constituição da República.

Assim, não é lógico entender-se que a legislação infraconstitucional defina competências.

A norma definidora de competências é a Constituição, ainda que em sentido material, determinando-lhe o núcleo temático de atribuições, ou com eficácia reduzida em função da necessidade de detalhamento posterior.

O legislador infraconstitucional possui a faculdade de materializar e dotar de eficácia social os conteúdos da Constituição, compatibilizando-os, entretanto, de forma sistemática.[19] Assim, jamais poder-se-á perder de vista que toda e qualquer norma de competência tem matriz constitucional e é expressão das opções fundantes de um dado Estado.

Estamos com Mizabel Derzi (2003, p.122) quando apregoa:

De acordo com a Constituição em vigor no Brasil, todos os direitos fundamentais e demais subprincípios tributários devem ser implementados sob a égide do Estado Democrático de Direito e do Federalismo cooperativo de participação (ou de equilíbrio). Na verdade, tanto a forma de governo, como a forma de estado adotadas no País, devem assegurar as liberdades públicas, que têm suas raízes nos direitos humanos.

Norma de competência é, pois, sempre, norma constitucional e não poderia ser conceituada apenas como norma legitimadora da criação de tributos em abstrato.

4. Das chamadas competências legislativas e administrativas

Voltando aos trilhos do que se propõe explorar, se não há conceito satisfatório de competência na doutrina pátria, a ocorrência se espraiará por outros ramos do Direito e, por motivos metodológicos, ao Direito Administrativo e Tributário.

Sob o ponto de vista constitucional, o conceito de competência está ligado a uma parcela de poder concedida a uma estrutura estatal. A temática das competências constitucionais, administrativas e tributárias, pela própria noção de administração pública, foi trabalhada por sobre a concepção de que há dois gêneros de competências: as legislativas, que criam atos abstratos, gerais e obrigatórios; e as administrativas, que seriam competências de aplicação da lei ou, melhor dizendo, de concretização de seus comandos.

As competências legislativas, também denominadas de competências abstratas ou materiais foram associadas, conforme a matriz de sua legitimação, ao conceito de competências políticas ou de produção ou exercício de atribuições de natureza política.

É por isso que se diz que as pessoas são “políticas”, justamente para diferenciá-las de outros entes de direito público que não detém a prerrogativa de criação de normas gerais e abstratas, tais como os entes autárquicos.

Já as competências administrativas são denominadas competências de aplicação, de concretização ou competências instrumentais. É através delas que o comando legal é concretizado é apreendido pelos sentidos humanos ou se exterioriza no mundo da vida, efetivando-o.

5. Da importância de uma correta compreensão do conceito de competência em matéria tributária

A temática acerca da competência tributária não é das mais festejadas na doutrina. Aparentemente, o tema competência é daqueles que se nos apresentam pressupostos e encontrar-se-iam na base do discurso jurídico, talvez, não necessitando conceituação.

Tanto que poucos se dedicam ao tema, ainda que sob o ponto de vista normativo e por meio de um corte epistemológico que aponta para um purismo científico aniquilador da real natureza do instituto. [20]

Muitas das vezes, a confusão conceitual entre "Competência em Matéria Tributária" e "Poder de Tributar" é patente. A escola paulista do Direito Tributário, carreada por CARVALHO (1996) procede à análise do tema deixando de lado as questões mais importantes acerca da temática do Poder de Tributar.

Curiosamente, o debate acerca das competências tributárias é centrado apenas na questão envolvendo a repartição material de competências impositivas, pouco ou nada se falando acerca da legitimidade de seu exercício.

O estudo do tema não poderia ser situado apenas na análise estrutural de uma norma especial, a norma de competência (BALEEIRO, 1997). A análise teleológica do fenômeno tributário extravasa as fronteiras do dogmatismo reinante, não mais cabendo a abordagem corriqueira do fenômeno tomando-se por base um purismo científico baseado na lógica do legalismo.

Seu estudo deveria centrar-se nas questões envolvendo os processos de legitimação do exercício da competência tributária, constitucionalmente delineado, visto serem as normas de competências normas constitucionais de efetivação.

Apesar da classificação esposada, percebe-se ainda que o fenômeno de centralização de poder no âmbito da União, recorrente nas federações mundiais, gera uma interessante consequência referida ao perecimento constante dos processos de legitimação quando do exercíco da competência tributária.

A estrutura federativa brasileira, por exemplo, acentua a aproximação entre o conceito de competências legislativas (em decorrência de uma centralização material de competência no âmbito da União) e competências administrativas, uma vez que aos Estados-membros e municípios relegou-se a função federativa de meros gestores de recursos federais e executores de uma legislação que, de mais a mais, não foi por eles criada. [21] Se são meros executores, sua tarefa seria a de concretização da vontade da União, ainda que mediante interposta legislação adaptativa.

Percebe-se, então, que fenômeno interessante se revela: a transformação das competências legislativas dos estados-membros e municípios em competências administrativas ou, em uma classificação por nós proposta, legislativas "impróprias". E o processo de legitimação do exercício da competência tributária estadual e municipal restaria ligado à observância não da Constituição Federal, mas de normativas infraconstitucionais emanadas pelo poder central, que é a União.

Em função da centralização de atribuições já descrita, estados-membros e municípios foram carregados de competências administrativas, ou seja, competências de concretização normativa. São eles os grandes executores de políticas nacionais e federais, mantendo-se através de repasses governamentais e de uma insuficiente receita tributária.

Embora gestores, as fontes de legitimação do exercício de tais competências, pelo menos no nível estadual e municipal perdem importância qualitativa, em prejuízo ao espírito da Constituição de 1988, que é o da garantia de um estado federal em que a participação das ordens de poder intrafederativas fosse realmente efetiva.

Nesse sentido, perdem sentido as classificações referentes à privatividade ou não das competências tributárias e, sob o manto de uma noção de cooperação, esvaem-se os resquícios de autonomia herdados pelas ordens parciais da federação.

6. Considerações Finais

A sistematização e exercício das competências tributárias no âmbito do Estado Brasileiro tendem a vulnerar direitos e garantias fundamentais, visto que as definições de Poder e competência tributária encontram seu referencial epistemológico ainda fundado em concepções ultrapassadas do fenômeno jurídico.

O próprio Direito ainda se vale da legalidade como seu pilar primordial e, gradativamente, o distanciamento do referencial material da constituição induz à criação de uma legislação infraconstitucional ilegítima, mas que se pretende norma de competência.

A Administração Pública, então, encontra sua razão de ser e suas finalidades apenas na lei e algumas das manifestações de poder na seara tributária não são tratadas como competência tributária.

Assim, violações a direitos e garantias fundamentais perpetradas no âmbito do exercício de competências tributárias ocorrem em função da desvinculação entre a própria concepção constitucional de Poder e a fonte de sua legitimação e a dignificação absoluta do exercício de competências tributárias como fim em si mesmo.

Do que consta, os conceitos de competência tributária e Poder de tributar passaram a ser entendidos sob uma perspectiva unitária, limitando-se a uma concepção pobre ligada à idéia de diretivas de observância obrigatória quando, na verdade, dever-se-ia buscar as fontes históricas de legitimação do ordenamento e adaptar a opção fundamental às necessidades atuais do cidadão e ao moderno projeto de Estado que se pretende manter.

7. Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. A Constituição aberta. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htmAcesso em 18 jan. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário, São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 1996.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Controle da constitucionalidade e do poder de tributar na Constituição de 1988. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

COSTA, Alcides Jorge. História da Tributação no Brasil. In: Princípios e Limites da Tributação. Coordenador: Roberto Catalano Botelho Ferraz. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Tratado de Derecho Tributario. Palestra Editores: Lima, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2006.

_____, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRARA, Francesco. Como aplicar e interpretar as leis. Belo Horizonte: Líder, 2002.

FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.) – Princípios e Limites da Tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005

FIORAVANTI, Maurizio. Constitución. De la antigüedad a nestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LOWENSTEIN, Karl. Teoría de La Constitución. Barcelona: Ariel, 1970, p. 356.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues. Princípios de direito financeiro e tributário – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres / Adilson Rodrigues Pires e Heleno Taveira Tôrres (organizadores). – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Direito Constitucional Democrático – Controle e Participação como Elementos Fundantes e Garantidores da Constitucionalidade. Rio de janeiro: Lumen Iuris, 2008.

---

[1] ALMEIDA, 1991, pg. 32.

[2] OLIVEIRA, 2006, p. 63.

[3] Usa-se, aqui, o termo "concorrente" no sentido de que todos os entes de Direito Público Interno podem exercer competências em matéria tributária.

[4] GODOI, Marciano Seabra de. Sistema Tributário Nacional na jurisprudência do STF/Coordenador Marciano Seabra de Godoi. São Paulo: Dialética, 2002, pg. 22; COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pg. 129; SOUZA, Hamilton Dias de. A Competência Tributária e seu Exercício: A racionalidade como Limitação ao Poder de Tributar. In: Princípios e Limites da Tributação . São Paulo: Quartier Latin, 2005. Pg. 259.

[5] Prefere-se a utilização da expressão em função do fato de que, no uso corrente, a expressão competência tributária significaria, apenas, a prerrogativa constitucional de inovar abstratamente o ordenamento jurídico por meio da criação de uma hipótese legal de incidência tributária.

[6] A exemplo de Sacha Calmon Navarro Coelho, em sua famosa classificação das isenções e imunidades como sendo, respectivamente, hipóteses de não incidência legalmente qualificadas e constitucionalmente qualificadas.

[7] COSTA, 2005, pg. 41.

[8] Interessante notar que o contexto histórico é relevante para a compreensão do sistema tributário nacional e, inclusive, servindo de subsídio ao intérprete da

constituição no momento em que define a extensão de uma prerrogativa constitucional. O Supremo Tribunal Federal, julgando acórdão acerca do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, fez essa referência, relativamente à sucessão, da Taxa Rodoviária Única, pelo IPVA (INSERIR REFERÊNCIA).

[9] LOWENSTEIN, Karl. Teoría de La Constitución. Barcelona: Ariel, 1970, p. 356.

[10] HORTA, Raul Machado. Op. Cit. Pg. 350.

[11] A propósito, vide Hannah Arendt e sua diferenciação entre Poder e Força. In: ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. Ainda, vide: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 23ª ed. Tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal. 2001.

[12] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htmAcesso em 18 agosto de 2009.

[13] WEBER, M. **Os três tipos puros de dominação legítima**. In: COHN, G. (org.). Max Weber: sociologia. 3ª ed. Col. "Grandes Cientistas Sociais". São Paulo: Ática, 1986. p. 128-141.

[14] HORTA, 1995, Pg. 345 a 361.

[15] MORRIS, Clarence. ***Os Grandes Filósofos do Direito**: leituras escolhidas em direito/* tradução Reinaldo Guarany; revisão da tradução Silvana Vieira, Cláudia Berliner; técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. – (coleção justiça e direito). Ainda, vide: HOBBES, Tomas. ***Leviatã***. Organizado por Richard Tuck. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pg. 40.

[16] A propósito, vide LAFER, Celso. O sistema político brasileiro: estrutura e processo. São Paulo, 1975, p. 38 et seq.

[17] A propósito, vide: MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Pg.214: *"O Estado surge em virtude de se instituir um Poder, que transforma uma coletividade em povo. Esta instituição é (como salientamos), um fenômeno jurídico – ainda quando nasce à margem de actos previstos em normas ordenadas a esse resultado; e a própria criação revolucionária do poder é* portadora de juridicidade plena, pois que não só define relações jurídicas entre os cidadãos, como se funda no Direito Natural ou, se se preferir, na idéia do Direito dominante na colectividade em certas circunstancia."

[18] O termo é intencional, caracterizando a submissão do legislador infraconstitucional ao núcleo material intangível da Constituição e, apropriando-se parcialmente da tipologia Kelseniana, tal submissão a um fundamento de validade pré-existente e dedutível de uma norma hierarquicamente superior ou com maior grau de generalidade.

[19] Aqui encontra-se um grande desafio da Constituição atual: a compatibilização vertical das competências a finalidades que refogem a um esquema meramente geométrico. Embora os entes políticos disponham de um detalhamento de seu complexo

de competências, os fins por estes perseguidos deverão ser sempre os mesmos, sob pena de falência da federação. A própria noção de "federalismo cooperativo" aponta para a incapacidade isolada de consecução dos fins políticos pretendidos pela Constituição, por um dado ente de Direito Público Interno.

[20] Vide CARRAZZA, Roque A. Curso de Direito Constitucional Tributário. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003; MENDONÇA, Cristiane. Competência Tributária. 1.ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

[21] Seria interessante perceber que o que se poderia considerar propriamente como competência legislativa seria aquela que implicaria em uma inovação material e qualitativa do ordenamento jurídico.

FEDERALISMO FISCAL: ANÁLISE DO SISTEMA BRASILEIRO DE ICMS À LUZ DA PEC 31-A DE 2007*

FISCAL FEDERALISM: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN ICMS UNDER THE PEC 31-A, 2007.

Rafhael Frattari Bonito
Júlio César Mota Mourão

RESUMO

O presente trabalho pretende investigar os efeitos da proposta de alteração constitucional no modelo de exigência do Imposto sobre circulação de mercadorias e de prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de serviços de comunicação, nas operações interestaduais, especialmente com a prioridade da tributação no destino. Através da projeção de modelos com base na arrecadação efetiva do ano de 2007, concluiu-se que os prováveis efeitos do modelo previsto na PEC 31-A implicarão na queda de arrecadação do Estado de Minas Gerais, bem como nos repasses constitucionais devidos aos Municípios mineiros.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO; REFORMA TRIBUTÁRIA; IMPOSTOS INDIRETOS; IMPOSTOS SOBRE O CONSUMO; ICMS.

ABSTRACT

This article aims to investigate the effects of the new constitutional amendment 31-A on the principal consumption tax in the Brazilian tax law, the ICMS. This way the article studies especially the traces of the different models of indirect taxation on the commercial trades which involves more than one State. By designing graphic models based on actual data of 2007, concluded that the likely effects of the system used for the PEC-31A will mean on a decrease in the income of the State of Minas Gerais, as well in a decrement on the constitutional transfers due to the City's.

KEYWORDS: CONSTITUTION; INDIRECT TAXATION; CONSUMPTION TAX; ICMS.

1. Introdução

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS – é imposto sobre consumo, de competência estadual, plurifásico e não-cumulativo. No Brasil, o ICMS representa o pilar da tributação indireta, já que a soma do montante arrecadado pelos Estados-membros supera a de qualquer outro tributo, o que o torna a principal fonte de receita dos Estados, e também de muitos Municípios, através das receitas transferidas a eles decorrentes da arrecadação do imposto.[200]

Em razão dessa importância, o sistema de arrecadação do ICMS é o tema mais discutido nos projetos de reforma tributária[201], sobretudo em vista das disputas fiscais entre os Estados-membros e das perplexidades envolvidas na exigência do imposto, especialmente em virtude de um único mercado nacional, no qual convive uma pluralidade de fazendas públicas responsáveis pelo recolhimento do tributo.

Historicamente, o sistema constitucional tributário brasileiro é marcado pela competência estadual na tributação sobre o consumo[202]. Na contramão da experiência internacional[203] e com o intuito de diminuir a dependência dos Estados-membros em relação à União Federal, o Brasil optou por fragmentar os impostos sobre o consumo, atribuindo à competência estadual o principal tributo indireto. Conquanto tenha fortalecido o federalismo, a opção histórica deu azo a inúmeros problemas, sobretudo nos últimos anos, com o acirramento das disputas entre os Estados-membros, através de benefícios fiscais concedidos unilateralmente[204], ao largo do CONFAZ[205]. A situação tornou-se tão caótica, que qualquer proposta de reforma tributária tem o tema dos entreveros fiscais como fundamental.

O mesmo ocorre com a Proposta de Emenda Constitucional 31-A, que propõe o combate às concessões irregulares de benefícios fiscais pelos Estados-membros, por

---

[200] COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p 479.

[201]Confira-se: PEC 175/95; PEC 285/2004; PEC 228/2004; PEC 233/2008. Disponíveis em: www.camara.gov.br/sileg Acesso em: 12 de setembro de 2009

[202] Histórico constitucional construído a partir do estudo detalhado da sucessão das Constituições brasileiras. Apenas na Constituição de 1934 os Estados conquistam a competência tributária, nesse mesmo momento, incluem dentre suas atribuições a tributação sobre as vendas e consumo.

[203] Confira-se a opção feita pelo direito alemão em: FRATTARI, Rafhael**.** As Receitas Tributárias no Federalismo Alemão. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*, Rio de Janeiro, n. 13, nov./dez. 2001.

[204] No contexto específico da tributação sobre o consumo, as vantagens fiscais mais concedidas à revelia do CONFAZ são: anistia, remissão, moratória, parcelamento, prazos especiais e concessão de créditos presumidos.

[205] O CONFAZ, ou Conselho Nacional de Política Fazendária, é órgão colegiado constituído por representantes de todos os Estados, do Distrito Federal e da União, cuja função precípua é interpretar a legislação do ICMS e conceder benefícios fiscais de forma controla e harmônica.

meio de agressiva redistribuição de receitas entre as unidades federadas, levada a cabo pela alteração no regime de cobrança do ICMS.

O trabalho pretende discutir exatamente os eventuais efeitos da mudança pugnada pela PEC 31-A, que transfere gradualmente o recolhimento do ICMS aos Estados em que os produtos são consumidos, privilegiando o princípio do destino na tributação indireta. O problema da imposição da carga tributária do ICMS na origem ou no destino envolve principalmente 3 (três) elementos básicos: o combate à guerra fiscal, a manutenção da dinâmica do mercado e a redistribuição da receita proveniente das operações interestaduais sujeitas ao imposto.

Há mais de uma década, Misabel Derzi já colocava a questão analisada entre os problemas que deveriam ser enfrentados na sistemática atualmente em vigor:

> O caminho que começamos a trilhar, na busca de um imposto de consumo ideal e neutro, está longe de terminar. As isenções freqüentes e as alíquotas interestaduais diferenciadas quebram também a neutralidade do imposto, reforçando a necessidade de se repensar o ICMS em um contexto mais amplo. São vícios graves das normas em vigor: a) desencadear créditos sistemáticos estruturais; b) propiciar evasão fiscal; c) não compensar adequadamente os Estados mais pobres da Federação, que continuam a financiar o ICMS, pago aos mais ricos.[206]

O debate sobre as reformas do estatuto constitucional do ICMS abrange além dos interesses de Estado, a dinâmica do mercado, uma vez que, a eficiência das práticas comerciais, a liberdade de tráfego e a própria integração do mercado interno variam de acordo com o modelo aplicado[207].

Uma visão mais precisa da magnitude da matéria abordada é possível a partir da declaração do Sr. Eduardo Refinetti Guardia. Ainda em 2004, o Ex-Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo alertava para os problemas de se alterar a sistemática dos princípios de cobrança do ICMS:

---

[206] DERZI, Misabel Abreu Machado. Reforma Tributária, Federalismo e Estado Democrático de Direito. In: REZENDE, Condorcet. *Estudos Tributários.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 445.

[207] "O que se proíbe no art. 150, item V, é a instituição de tributo em cuja hipótese de incidência seja elemento essencial a transposição das fronteiras do Estado, ou do Município. Tal dispositivo constitucional não proíbe a cobrança de impostos em operações de circulação de mercadorias de um para outro Estado, ou de um para outro Município, desde que tal cobrança não tenha como pressuposto de fato indispensável a transposição das fronteiras. Em outras palavras, pode ser cobrado imposto em circulação interestadual de mercadorias, desde que também incida tal imposto na circulação interna." MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 121.

> Acabou com a guerra fiscal: se está no destino não conseguimos fazer guerra fiscal, pois ela é feita na alíquota interestadual. Mas há dois problemas fundamentais aqui, para ir para o destino: um, é uma questão federativa que traz o problema fiscal: implica uma realocação da partilha entre os Estados que é brutal. Eu sempre cito o exemplo de São Paulo, que perde de 13 a 15% da sua receita total. Então como o Estado irá viver com menos 13 a 15% da receita, com todas as restrições que temos hoje? Não dá. Quebra o Estado.[208]

Instigado pelo problema descrito, o presente trabalho busca perquirir os efeitos da Proposta de Emenda Constitucional 31-A, elaborada pelo Deputado Federal Virgílio Guimarães, ao erário dos Estados produtores, utilizando o exemplo específico de Minas Gerais, e a eficiência do modelo proposto para o combate à guerra fiscal do ICMS.

2. **Implicações do sistema do ICMS em um estado federativo.**

Seguindo longo caminho histórico-constitucional, o constituinte de 1988 alçou o sistema de Estado federativo como dogma constitucional inafastável, já que previsto entre as matérias consideradas cláusulas pétreas no artigo 60, § 4º, inciso I da Constituição da República. Dessa maneira, o legislador garantiu respeito absoluto à distribuição de competências entre os Entes Políticos.[209]

Uma vez que os tributos constituem a principal fonte de abastecimento dos cofres públicos[210], é desdobramento direto do Princípio Federativo a garantia de autonomia financeira aos Entes Políticos[211], o que sugere que qualquer modificação na distribuição das competências tributárias deve ser feita em observância à Constituição Federal.

Contrariando a experiência estrangeira, a tributação indireta brasileira determinou complexa distribuição de competência entre os membros da Federação, prevendo 3 (três) impostos sobre a circulação de bens e serviços, enquanto o direito alienígena optou, em regra, por um único imposto sobre o valor agregado (IVA).

No Brasil, a atribuição de competência aos Estados-membros para a instituição e a arrecadação do ICMS trouxe inegáveis problemas à sistemática do tributo, já que a neutralidade econômica desejada para o imposto é constantemente prejudicada pela

---

[208] GUARDIA, Eduardo Refinetti. Reforma Constitucional Tributária – ICMS – Origem X Destino. *Revista de Direito Tributário Internacional*, Belo Horizonte, v. 2, 2004, p. 109.
[209] STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado.* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 159.
[210] ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 28.
[211] REIS, Élcio Fonseca. *Federalismo Fiscal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 63.

guerra fiscal, e a livre iniciativa frequentemente mitigada pelos benefícios fiscais irregulares concedidos por alguns Estados em detrimento de outros.

Na tributação analisada a carga tributária é suportada pelo consumidor final, sendo o valor recolhido a título de imposto integrado ao preço do produto. Assim, quaisquer benefícios fiscais concedidos afetam diretamente o preço final da mercadoria.[212]

Por outro lado, em mercado integrado a circulação de mercadorias e de serviços não deve encontrar quaisquer artifícios que, de alguma maneira, impossibilitem a livre concorrência.

A simples opção pela outorga de competência do ICMS aos Estados, contrariando sua natural vocação nacional, *a priori*, não deveria prejudicar a harmonia ao pacto federativo, pois a própria Constituição Federal prevê a deliberação conjunta e unânime dos Estados-membros no CONFAZ para a concessão de quaisquer benefícios fiscais[213]. Entretanto, a indisposição dos Estados em seguir as deliberações do CONFAZ criou ambiente de recíprocas concessões arbitrárias[214], que ocasionam perda de receitas e injustificada ingerência na livre concorrência entre as empresas[215]. O órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, a quem cabe proteger e concretizar o pacto federativo, já se manifestou sobre o problema, pela pena do ex-Ministro Sepúlveda Pertence, ao apreciar Ação Direita de Inconstitucionalidade contra Lei paulista que concedia benefícios fiscais aos seus contribuintes sobre a alegação do tratamento igualitário, visto que os contribuintes cariocas e capixabas já dispunham de tal benefício:

> A peculiaridade do federalismo brasileiro levou, então, o constituinte federal a fixar via lei complementar, um mínimo de consenso entre os Estados-membros, relativamente ao ICMS, em ordem a preservar os interesses recíprocos e nacionais e impedir a guerra fiscal entre as unidades federadas, pois, o excesso de liberalidade na concessão de benefícios fiscais ou do

---

[212] TORRES, Ricardo Lobo. *Revista Internacional de Direito Tributário,* Belo Horizonte, v. 2, Del Rey, 2004, p. 118.

[213] Conforme alertou Flávio Couto Bernardes: "O princípio da legalidade, base estrutural do sistema constitucional tributário, não foi observado pelos Poderes Executivo e Judiciário no que concerne à regulamentação do ICMS através dos Convênios editados pelo CONFAZ. Isto porque a Lei Complementar n. 24/75, quando recepcionada pela Carta Magna vigente, teria obrigatoriamente que ser adequada aos parâmetros da legalidade definidos na nova norma fundamental, ou seja, inadmissível que as regras estipuladas pelos representantes do Poder Executivo pudessem ser aplicadas aos cidadãos sem a prévia ratificação por parte do Poder Legislativo." BERNARDES, Flávio Couto. Conflito de Competência no ICMS: os Convênios o Princípio da Legalidade e Reforma tributária. In: SILVA, Paulo Roberto. FONSECA, Maria Juliana. *Tributação sobre o Consumo*. São Paulo, Quartier Latin, 2008.

[214] GODOI, Marciano Seabra. CARDOSO, Alessandro Mendes. FERREIRA FILHO, Fernando Guedes. Federalismo Fiscal. In: GODOI, Marciano Seabra. *Sistema Tributário Nacional da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 161.

[215] MARTINS, Ives Gandra. *Reforma Tributária - ICMS:* Origem x Destino. *Revista Internacional de Direito Tributário,* Belo Horizonte, v. 2, 2004, p. 123.

> exercício da competência exonerativa do tributo, sob escusa do princípio da territorialidade da lei tributária, ou da própria autonomia da unidade federada, provocaria danosas consequências, passando ICMS, rompida com a concessão isolada e unilateral desoneração tributária, a alteração introduzida na legislação paulista afeta diretamente equilíbrio federativo desde o momento em que passou a gerar eficácia, pois atua em prejuízo das empresas situadas em outros Estados, circunstâncias essas que tornam de extrema conveniência o provimento cautelar pleiteado.[216]

No modelo vigente, as operações interestaduais de circulação de mercadorias envolvem dois Estados que podem ser escolhidos pelo legislador para que tributem a manifestação de riqueza apresentada. Isso pode criar dificuldades na determinação de critérios claros para a distribuição de competências tributárias.

O problema não diz respeito apenas aos Estados da Federação, já que a complexidade do sistema de ICMS, bem como a concessão irregular de benefícios, afeta também a receita dos Municípios, uma vez que os Estados devem repassar a eles 25% do montante arrecadado do imposto, modelo mantido no relatório da Proposta de Emenda Constitucional 31-A:

> Os percentuais de transferências de receitas dos impostos estaduais para os Municípios mantiveram-se inalterados: 25% do ICMS e 50% do IPVA.[217]

Para demonstrar o impacto da alteração proposta, partiremos do exemplo de Minas Gerais, comparando o atual modelo de cobrança com aquele proposto pela PEC 31-A. Antes disso, discutamos os princípios que regem as modalidades de distribuição de competências.

3. **Princípios da Cobrança.**

Em mercados nacionais, a atribuição da competência para o imposto sobre consumo aos membros da Federação e não ao Poder Central traz o problema evidente da definição de qual deles poderá exigir o tributo, se o Estado onde está situado o produtor/vendedor da mercadoria ou o Estado onde está o consumidor/adquirente.

---

[216] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2377-2. Pleno. Min. Rel. Sepúlveda Pertence. Julgado em 22/02/2001. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 03/05/2009.

[217] COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER A CERCA DA PEC 31-A DE 2007. Relatório da Comissão ao tratar da PEC 31-A que altera o sistema tributário nacional, unifica a legislação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Comunicação e Transporte Intermunicipal e Interestadual e dá outras providências. p. 13.
Disponível : http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias53/especial/pec03107/?searchterm=pec%2031-a.
Consulta em: 9 de setembro de 2009.

Em regra, o tributo deve ser exigido pela organização política em cujo território ocorreu o fato gerador[218]. Porém, na hipótese das operações interestaduais sujeitas ao ICMS esse critério isolado se torna ineficiente, pois uma mesma manifestação de capacidade contributiva abrange o território de mais de um Estado-membro.[219]

Para permitir escolha legislativa racional, foram elaborados princípios que disciplinam a competência do recolhimento do tributo incidente sobre as operações interestaduais. É dizer, para que a mesma manifestação de riqueza não estivesse sujeita a dupla tributação, foram construídos critérios que permitissem definir para qual Estado seria recolhido o imposto. A esses critérios damos a denominação de Princípios da cobrança na origem e no destino.

3.1 Princípio da Cobrança na origem.

O Princípio da cobrança na origem – ou simplesmente Princípio da origem - determina a cobrança do imposto no Estado produtor/exportador, determinando que a Administração Fazendária apta ao recolhimento do tributo referente à operação interestadual é a do Estado em que foi produzida a mercadoria ou, no caso de prestação de serviço, o da sede do prestador. Ao determinar a competência do produtor, o Princípio da origem prevê a desoneração do imposto no Estado de destino, onde se dará o consumo.

Em regra, o Princípio da origem não é celebrado no comércio internacional. Salvo exceções - como a exportação de petrolíferos em alguns países – o Estado exportador desonera a exportação como meio de garantir a competitividade de seus produtos e o país consumidor onera suas importações para proteger seu mercado interno, já que as mercadorias importadas não foram tributadas nos seus respectivos países de produção. As imunidades tributárias relacionadas com as exportações de bens e serviços comprovam que o Brasil também aderiu ao sistema internacional.

O Princípio da origem é o mais adequado a mercados integrados, uma vez que dinamiza as relações comerciais. Isso significa que, quando a mercadoria é tributada na

---

[218] MOREIRA FILHO, Aristóteles. A "antecipação parcial" do ICMS nas operações interestaduais e a crise do federalismo fiscal no Brasil: critério da origem VS. critério de destino na teoria e na prática da tributação sobre valor agregado. In: CAMPILONGO, Paulo. *ICMS*: Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 204.

[219] RONZANI, Guilherme Della Garza. Princípios da Tributação na Origem e da Tributação no Destino no Contexto da "Guerra Fiscal". In: SILVA, Paulo Roberto Coimbra; BERNARDES, Flávio Couto; FONSECA, Maria Juliana. *Tributação sobre o consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 191.

origem ela fica desimpedida das posteriores barreiras fiscais. Assim, a mercadoria pode percorrer livremente todos os demais Estados até o momento do consumo.[220]

Se o produto é tributado na origem – e é desonerado no destino - não importa a quantidade de Estados pelos quais a mercadoria percorre até o seu consumo, pois o tributo já foi recolhido. Caso contrário, se o produto é tributado no destino, sempre que ele cruza uma fronteira, surge a Administração Fazendária pronta para fiscalizar a operação - muitas vezes inutilmente, pois o consumo e o recolhimento dar-se-ão em outro Estado. Desse modo, o Princípio do destino abre oportunidade para que os Estados instituam barreiras fiscais, como brilhantemente exemplifica Paulo de Pitta Cunha:

> Em França, por exemplo, foi instituído há anos um imposto de taxa muito elevada, aplicável às transacções que tinham por objecto automóveis de alta potência. No estabelecimento desse imposto, houve a preocupação de não prejudicar a indústria automobilística francesa, que se dedicava à construção de veículos de potência inferior. É óbvio que a aplicação de tal tributo aos automóveis importados, a título de encargo compensatório, constituía um factor de protecção dos interesses econômicos nacionais.[221]

No estudo desse caso, mesmo que a majoração do imposto não fosse incidente sobre a mesma mercadoria ou exatamente sobre a mesma classe de produtos, o país do destino - no exemplo, a França utilizou-se da competência tributária para instituir uma barreira fiscal aos automóveis estrangeiros.

Com base nesse exemplo, devemos nos reportar à questão que é a força motriz da discussão da tributação na origem ou no destino no âmbito nacional. Em verdade, a PEC 31-A, ao propor um novo sistema de tributação das operações interestaduais, busca um modelo que iniba a guerra fiscal no caso do ICMS.

Enquanto o modelo da tributação na origem é campo fértil para a utilização do ICMS como instrumento de incentivo ao desenvolvimento do setor produtivo. O modelo da tributação no destino possibilita a concessão de benefícios fiscais irregulares como instrumento de fomento ao comércio regional.

Na primeira situação –sistema da origem- a mercadoria produzida em um Estado e que seja objeto de incentivo fiscal em desacordo com o CONFAZ, pode percorrer o mercado de todos os Estados-membros com preço menor, logo, com vantagem clara na competitividade. Na segunda hipótese –sistema do destino- a mercadoria objeto do incentivo irregular ficaria adstrita ao mercado do Estado infrator.

---

[220] CUNHA, Paulo e Pitta. *Aspectos Fiscais da Integração Economia Internacional.* Lisboa: Editora Lisboa, 1964, p. 64.

[221] CUNHA, Paulo e Pitta. *Aspectos Fiscais da Integração Economia Internacional.* Lisboa: Editora Lisboa, 1964, p. 40.

Logo, o incentivo é de menor relevância e tem menor repercussão no interesse dos demais Estados.

Embora reconheçamos o avanço, cabe aqui uma ressalva quanto à promessa de solução da guerra fiscal entre os Estados-membros no âmbito do ICMS. Apesar da veracidade do argumento supracitado, devemos esclarecer que no Princípio da Cobrança no destino há a possibilidade da utilização irregular do tributo como meio de intervenção na economia. Em sistema fiscal fundamentado na cobrança no Estado de destino, a concessão irregular de benefícios fiscais não representa fomento à indústria, porém fortalece diretamente o comércio regional com a criação de certa "zona franca". Assim, mesmo em sistemas baseados na cobrança no destino, é essencial a harmonização das alíquotas como meio de evitar discrepâncias econômicas.

No sistema de IVA europeu, as chamadas operações intracomunitárias são cobradas essencialmente no Estado do destino. Dessa maneira, as diretivas comunitárias prevêem harmonização das alíquotas de todas as operações tributadas pelo IVA – inclusive as internas – e determinam como órgão jurisdicional competente ao controle do respeito a tais alíquotas o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias.[222]

Assim, podemos utilizar a experiência européia como base para afirmarmos que, mesmo em um sistema regido pelo Princípio do destino, a prática da guerra fiscal não é incomum.

Como indício deste posicionamento, registre-se o número de vezes que o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias se manifestou sobre o desrespeito à Harmonização de alíquotas do IVA. Desde 1995, segundo a indexação do próprio tribunal, o TJCCE se manifestou 727 vezes sobre o desrespeito às alíquotas previstas para o IVA.[223]

Mesmo com a consciência de que a indexação de tal jurisprudência seja por vezes imprecisa, temos como indício que a aplicação do Princípio da cobrança no destino não representará solução mágica e definitiva para as práticas irregulares dos Estados-membros em sede do ICMS. No panorama nacional, o combate à guerra fiscal é a verdadeira força-motriz da discussão das propostas dos regimes de cobrança do ICMS; entretanto, acreditamos que, mesmo em sistema regido pela cobrança no destino, ainda haveria espaço para a utilização irregular do tributo, embora com a eficiência limitada.

---

[222] RAMIREZ, Salvador Gomez. *El Impuesto sobre El Valor Añadido.* Madri: Editorial Civitas S.A, 1994, p 27.

[223] Pesquisa realizada no sítio do respectivo tribunal sobre os caracteres: harmonização, desrespeito, IVA. Disponível em: HTTP//cúria.europa.eu//jurisp/HTML/text.htm

A identidade regional entre o Estado recolhedor e o produtor ou prestador de serviço constitui também superioridade técnica essencial. No Princípio do destino, a Administração Fazendária se mostra vulnerável a simulações de operações interestaduais que efetivamente constituem operações internas. Isto é, a circulação da mercadoria é desonerada na origem a título de operação interestadual que deveria ser tributada no destino, porém o contribuinte pratica irregularmente uma operação interna. Assim, essa operação interna se realiza sem o recolhimento do respectivo imposto, uma vez que é desonerada na origem e é consumida antes de chegar ao Estado de destino.[224]

Esta conseqüência jurídica é tão visível que mesmo os partidários da tributação no destino reconhecem que alguma receita deve permanecer ao Estado de origem. O próprio texto da PEC em questão prevê a parcela de 2% ao Estado de origem:

> Art. 155-A. Compete conjuntamente aos Estados e ao Distrito Federal, mediante instituição por lei complementar, o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.
> § 3º Relativamente a operações e prestações interestaduais, nos termos de lei complementar:
> I - o imposto pertencerá ao Estado de destino da mercadoria ou serviço, salvo em relação à parcela de que trata o inciso II;
> II - a parcela do imposto equivalente à incidência de dois por cento sobre o valor da base de cálculo do imposto pertencerá ao Estado de origem da mercadoria ou serviço, salvo nos casos de:
> a) operações e prestações sujeitas a uma incidência inferior à prevista neste inciso, hipótese na qual o imposto pertencerá integralmente ao Estado de origem;
> b) operações com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, hipótese na qual o imposto pertencerá integralmente ao Estado de destino[225]

3.2 Princípio do destino

O Princípio da cobrança no destino elege como Estado apto ao recolhimento do ICMS - ou IVA - O Estado consumidor da mercadoria. Segundo esse critério, a Fazenda competente ao recolhimento será a do território onde ocorreu o consumo da mercadoria ou serviço, desonerando-os da tributação no Estado de origem da mercadoria.[226]

---

[224] MOREIRA FILHO, Aristóteles. A "antecipação parcial" do ICMS nas operações interestaduais e a crise do federalismo fiscal no Brasil: critério da origem VS. critério de destino na teoria e na prática da tributação sobre valor agregado. In: CAMPILONGO, Paulo. *ICMS*: Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 213.

[225] BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional 31- A. Altera o sistema tributário nacional e dá outras providências. Disponível em: www.presidencia.gov.br. Consulta em: 09 de setembro de 2009.

[226] RONZANI, Guilherme Della Garza. Princípios da Tributação na Origem e da Tributação no Destino no Contexto da "Guerra Fiscal". In: SILVA, Paulo Roberto Coimbra; BERNARDES, Flávio Couto; FONSECA, Maria Juliana. *Tributação sobre o consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.199.

Isso esclarece porque o Princípio do destino é o mais utilizado no comércio internacional. O Estado-Nacional que desonera sua exportação deixa seus produtos e serviços mais competitivos frente aos demais, e o Estado-Nacional que tributa suas importações com o IVA ou ICMS garante a igualdade de condições entre o produto nacional tributado e o estrangeiro.[227]

A tributação no destino é característica de mercados desintegrados, uma vez que, sempre que a mercadoria atravessa a fronteira de um Estado, é necessário que Administração Fazendária fiscalize a operação comercial. Nesse modelo de cobrança, as mercadorias encontram recorrentes embaraços administrativos, o que dificulta a eficiência das operações comerciais.

Conforme averbado, a principal justificativa para a atual discussão da alteração do critério de arrecadação do ICMS em operações interestaduais é a necessidade de se coibir a recorrente prática da guerra fiscal entre os Estados. No atual modelo de tributação na origem, há ampla margem para a guerra fiscal porque a alíquota interestadual é – em regra – de 12% e representa a maior parte da incidência do imposto. Assim, como a guerra fiscal é levada á cabo por meio de distorções na alíquota das operações interestaduais, quanto menor a parcela de recolhimento na origem, menor será o impacto de eventual incentivo concedido. Logo, se o produto tem benefício irregular concedido sobre a alíquota de 2%, que é a parcela pretendida pela PEC, esse benefício é quase irrelevante frente ao que poderia ser dado sobre a alíquota de 12%, que é a atual. Dessa maneira, diminuindo-se a parcela de recolhimento na origem, reduz-se a amplitude para prática da guerra fiscal do ICMS.

Em qualquer reforma tributária, que não preveja aumento da carga dos tributos, privilegia-se determinado Ente político em detrimento de outro. A discussão sobre a mudança da tributação na origem para a tributação no destino é tão intensa porque resulta essencialmente na redistribuição de receitas entre os Estados. De acordo com a própria Comissão Especial formada para avaliar a PEC 31-A, esse seria um instrumento

[227] "A primeira, mais utilizada, é a de optar pelo princípio da tributação exclusiva no Estado do destino, solução própria dos mercados não integrados e aquela que se pratica no comércio internacional, em geral; a segunda, que foi a solução brasileira, também adotada na Constituição de 1988 e única ajustada a um mercado perfeitamente integrado, é a adoção do princípio da tributação única no Estado de origem (embora, financeiramente, haja uma repartição entre um e outro Estado ou compensação). O que falta, em nossa Constituição, é a previsão de uma técnica compensatória eficiente, que assegure ao Estado do destino a restituição do imposto por ele suportado. Para isso, não são suficientes as alíquotas diferenciais por região." DERZI, Misabel Abreu Machado. Reforma Tributária, Federalismo e Estado Democrático de Direito In: REZENDE, Condorcet. *Estudos Tributários.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 443.

de diminuição das desigualdades regionais[228]. Dessa maneira, os Estados preponderantemente exportadores perderiam receitas em prol daqueles preponderantemente importadores.

Desse modo, apesar da perda de eficiência do mercado interno, a medida proposta pela PEC pode representar a emancipação econômica de alguns Estados-membros. A melhor distribuição de receitas entre os Estados envolvidos é conseqüência do princípio do destino reconhecida também pelo direito europeu, que, mesmo em prejuízo da consolidação plena do Mercado Único Europeu, optou pela arrecadação no destino em favor dos Estados-Nacionais menos desenvolvidos.[229] É o que diz a exposição de motivos da Lei Espanhola 37/1992 que estabelece o regime de IVA na Espanha:

> "La creación del Mercado interior, que iniciará su funcionamiento el día 1 de enero de 1993, supone, entre otras consecuencias, la abolición de las fronteras fiscales y la supresión de los controles en frontera, lo que exigiría regular las operaciones intracomunitarias como las realizadas en el interior de cada Estado, aplicando el principio de tributación en origen, es decir, con repercusión del tributo de origen al adquiriente de deducción por éste de las cuotas soportadas, según el mecanismo normal del impuesto. Sin embargo, los problemas estructurales de algunos Estados miembros y las diferencias, todavía importantes, de los tipos impositivos existentes en cada uno de ellos, incluso después de la armonización, han determinado que el pleno funcionamiento del Mercado interior, a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, sólo se alcance después de superada una fase previa definida por el régimen transitorio. En el régimen transitorio, que tendrá, en principio, una duración de cuatro años, se reconoce la supresión de fronteras fiscales, pero se mantiene el principio de tributación en destino con carácter general[230]."

Por essa e outras valiosas contribuições da experiência européia com o regime de IVA, vamos dedicar o próximo capítulo ao entendimento da evolução da tributação indireta no âmbito das Comunidades Européias.

4. A experiência européia com o modelo IVA.

---

[228] COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER A CERCA DA PEC 31-A DE 2007. Relatório da Comissão ao tratar da PEC 31-A que altera o sistema tributário nacional, unifica a legislação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Comunicação e Transporte Intermunicipal e Interestadual e dá outras providências. p. 13. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias53/especial/pec03107/?searchterm=pec%2031-a. Consulta em: 9 de setembro de 2009.

[229] FERREIRO, José Juan Lapatza. CLAVIJO Francisco Hernades. MARTIN, Juan Queralt. PEREZ, Fernando Royo. TEJENIZO, Jose Manuel Lopez. *Curso de Derecho Tributario*. Madri: Marcial Pons, 1996, p 571.

[230] ESPANHA, Lei 97/1992. Exposição de motivos da lei que institui o regime comunitário do Imposto sobre o Valor Acrescentado na Espanha. Disponível em: http://vlex.com/vid/ley-diciembre-impuesto-valor-152683. Consulta em: 06 de junho de 2009.

A compreensão do modelo do Imposto sobre o Valor Acrescentado europeu é de grande importância ao estudo da sistemática origem x destino na tributação indireta, porque, ao contrário do modelo brasileiro de ICMS, o modelo europeu de IVA pretende avançar para a tributação na origem. Assim, enquanto entre nós o ICMS é preponderantemente cobrado na origem e as propostas são de exigi-lo no destino, na Comunidade Européia, o IVA é cobrado no destino e as propostas são de instituí-lo na origem.

Antes de falarmos propriamente na evolução histórica da tributação do IVA, devemos lembrar que o debate entre a tributação na origem ou no destino nunca foi desvinculado da questão da harmonização das alíquotas do IVA entre os países europeus. Porém, como o objeto deste trabalho é a busca da compreensão dos problemas advindos da dicotomia destino/origem, apenas levantaremos os aspectos mais relevantes da evolução da harmonização de alíquotas.

Sendo sistema supranacional de tributação indireta, o IVA responde ao projeto de integração de mercados. Esse projeto iniciou-se em 11 de abril de 1967 e continua na pauta de prioridades da CEE. Ocorre que, em razão do desnível entre as economias nacionais, o mercado europeu não se encontrava, de início, preparado para a tributação na origem. Assim, foi proposto um modelo de IVA de aplicação gradual, tendo sido estabelecida inicialmente a tributação no destino, para posteriormente se estabelecer a tributação na origem.

Ao início da integração econômica, os mecanismos que possibilitariam o exercício do direito à dedução do imposto já pago em outros estágios de produção ainda não haviam sido efetivamente harmonizados. Em virtude da incidência em todas as etapas de produção, a harmonização do direito à dedução e dos mecanismos de aplicação do Princípio da Neutralidade é tão importante ao mercado quanto a própria harmonização das alíquotas. Assim, são claros os motivos que incentivaram aqueles que projetaram o modelo tributário do IVA a optar por uma fase transitória regida pelo Princípio do destino: o desequilíbrio entre as economias dos Estados europeus e as diferenças entre os sistemas tributários nacionais.[231]

Em 1977, por meio da Sexta Diretiva 77/388/CEE, o Conselho sofisticou a harmonização no campo do IVA, adotando o modelo que melhor contemplava a neutralidade concorrencial e estabeleceu regras quanto às isenções, aos sujeitos

[231] NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal.* 4 ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 612.

passivos, às operações tributáveis, aos regimes especiais e aos já referidos mecanismos de dedução. Porém, os Estados conservaram a competência para fixação das alíquotas e, via de consequência, o domínio da função arrecadatória do imposto. Nesse ponto, é visível a dicotomia que sempre permeou a harmonização no cenário europeu, pois, se de um lado apresenta-se o interesse comunitário e a necessidade de transpor barreiras e divergências fiscais, de outro, tem-se a relutância dos Estados-membros em abrir mão de sua autonomia em matéria fiscal.[232]

As propostas *Cockfield* de 1987 representam bem o receio dos Estados-membros em abdicar de sua autonomia em matéria de alíquotas de IVA. As propostas do então comissário Cockfield estipulavam tanto uma aproximação das alíquotas de IVA – estipulando alíquota normal entre 14% e 30% por cento e a alíquota reduzida entre 4% a 9% por cento – quanto a substituição do Princípio do destino pela tributação na origem. Os Estados, entretanto, temerosos dos efeitos inflacionários ou preocupados com a redistribuição e com a compensação de receitas, rejeitaram as propostas.[233]

Em 1989, apesar de tímidas, as propostas *Scrivener* possibilitaram uma aproximação dos diversos sistemas nacionais de IVA, limitando-se a fixar como limite mínimo a alíquota de 15% para a alíquota normal, não mencionando limites às alíquotas máximas e permitindo a manutenção de alíquota zero**.** Além dessa aproximação das alíquotas do imposto, as propostas de 1989 repunham a tributação no destino em certas operações.[234]

A história da CEE mostra a relutância entre a autonomia dos Estados Nacionais e a necessidade de integração. Ao tratar da matéria em sua obra, Aliomar Baleeiro cita precisa decisão alemã que trata de um elemento próprio do sistema comunitário: a tributação direta da renda gerada pela produção. Essa disposição, apesar de não se aplicar ao sistema brasileiro, é de grande importância para a compreensão do sistema IVA:

> No princípio do Estado de destino, que está hoje em vigor na CE, apenas o Estado do destino obtém receitas e o Estado de origem renuncia a uma tributação de sua exportação. No princípio da comunidade (ou Estado de origem), que deve valer em um mercado interno completamente integrado, não só o Estado de destino, mas também o de origem obtêm receita, na medida da mais valia produzida em seu território.

---

[232]CUNHA, Paulo De Pitta. *A Harmonização Fiscal Européia e o Sistema Fiscal Português*. Lisboa: Conferência, 1992. p. 26.
[233]CUNHA, Paulo De Pitta. *A Harmonização Fiscal Européia e o Sistema Fiscal Português*. Lisboa: Conferência, 1992. p. 26.
[234]CUNHA, Paulo De Pitta. *A Harmonização Fiscal Européia e o Sistema Fiscal Português*. Lisboa: Conferência, 1992. p. 26.

> De acordo com o ponto de vista da Comissão (CE) o imposto sobre a mais valia comum, todavia, deve continuar a correr para o Estado do destino, por razões político-administrativas. Um Estado preponderantemente exportador não deve ficar em uma posição melhor frente à distribuição de receita até agora aplicada, nem um Estado preponderantemente importador deve ser colocado em posição pior.
> As propostas da Comissão para a adoção do princípio do Estado de origem... 'prevêem a necessidade de pagamentos de compensação posteriores do Estado preponderantemente exportador ao Estado preponderantemente importador. Os pagamentos não devem correr, todavia, de um Estado a outro, segundo o ponto de vista da Comissão. Antes devem todos os Estados se reportar a um Fundo de Compensação. Estados-Membros, que são importadores líquidos, obteriam pagamentos do Fundo de Compensação e Estados-Membros, que, como a República Federal Alemã, são exportadores líquidos, fariam pagamentos ao Fundo de Compensação.[235]

O texto acima realça algumas diferenças substanciais entre o IVA europeu e o ICMS nacional. Primeiramente, é fácil perceber que, no sistema comunitário, o IVA é um imposto nacional regido por regras supranacionais.

Assim, quando falamos na opção pela tributação no destino ou na origem, devemos nos lembrar de que os Estados Nacionais que tributam o IVA também são aqueles que tributam a mais-valia gerada pela produção da mercadoria ou pela prestação do serviço.

Isso justifica em parte a demora da CE em substituir os Princípios de cobrança, pois se um Estado exportador perde receita pela tributação no destino, continua a recolher os tributos diretos (imposto de renda, por exemplo) referentes à relação de produção necessária à exportação.

No caso do ICMS, isso não acontece, uma vez que o responsável pelo recolhimento do tributo incidente sobre os rendimentos é a União Federal. Nesse enfoque, se aplicássemos o Princípio do destino ao ICMS, o prejuízo para os Estados exportadores não teria essa compensação, uma vez que esses não recolhem o tributo sobre a renda.

O caráter *sui generis* do modelo de ICMS permite que, apesar da tributação preponderante se realizar na origem, o Estado consumidor continue recolhendo receitas sem a necessidade de uma Câmara de compensação. Esse ponto é de notável superioridade técnica em relação à proposta européia, uma vez que a desconfiança de modelo que necessite de um Fundo de compensação é uma das barreiras à mudança na modalidade de cobrança comunitária[236].

---

[235] BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. Atual. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 443.

[236] MARTINS, Ives Gandra. *Revista Internacional de Direito Tributário:* Associação Brasileira de Direito Tributário. v 2. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 123.

Devido às atipicidades e à especial relevância para esta pesquisa do modelo de ICMS, vamos dedicar o próximo capítulo à descrição minuciosa do sistema de cobrança do ICMS incidente sobre as operações interestaduais.

5. O modelo brasileiro de cobrança do ICMS nas operações interestaduais

O ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar das operações interestaduais sujeitas ao ICMS, elaborou um modelo próprio e atípico de distribuição de receitas entre os Estados envolvidos na relação de consumo.

O sistema de cobrança do ICMS no ordenamento brasileiro é constituído por vários diplomas, desde o Texto Constitucional, passando pelas normas gerais postas por leis complementares, até as diversas legislações estaduais e deliberações do CONFAZ. Desse modo, começaremos a exposição do peculiar sistema nacional pelas disposições constitucionais acerca do tributo.

A Constituição da República determina a competência para estabelecer as alíquotas do ICMS incidente sobre operações interestaduais ao Senado Federal. Assim prescreve o texto constitucional:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior
> § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
> IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação[237]

Pelo dispositivo, já é possível compreender porque o sistema brasileiro é distinto dos demais. No modelo vigente, a alíquota do ICMS incidente sobre operações interestaduais é estabelecida pelo Senado Federal, enquanto no sistema europeu cada Estado determina sua alíquota de IVA, desde que não resulte em desrespeito à harmonização fiscal ou proporcione tratamento desigual dos produtos estrangeiros.

Utilizando essa prerrogativa, o Senado Federal estabeleceu o que se pode denominar de sistema misto de distribuição de receitas do ICMS. De maneira simplificada, o sistema é baseado na simples subtração entre a tributação obtida mediante a aplicação das alíquotas interna e interestadual sobre as bases de cálculo.

[237]BRASIL. Constituição Federal de 1988. Substitui a Constituição Federal de 1967.

Assim, a alíquota interna deve ser sempre maior que a interestadual e a diferença determina a arrecadação do Estado consumidor[238].

Com base na Resolução Senatorial 22, de 19/05/1990, estabeleceram-se as seguintes alíquotas para as operações interestaduais:

> Art. 1 - A alíquota do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, nas operações e prestações interestaduais, será de 12% (doze por cento).
> Parágrafo único: Nas operações e prestações realizadas nas Regiões Sul e Sudeste, destinadas às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo, as alíquotas serão:
> I- Em 1989, 8%(oito por cento);
> II- A partir de 1990, 7% (sete por cento).[239]

Nesse modelo, o Estado de origem tributa o ICMS com base na alíquota interestadual, enquanto o Estado de destino calcula o ICMS devido de acordo com sua alíquota interna, abatendo desse valor o montante previamente recolhido ao Estado exportador. Esse simples sistema resolve grande parte dos problemas gerados pela condição especial das operações interestaduais.

Assim, no modelo nacional, a justiça fiscal é sofisticadamente contemplada, tanto na distribuição regular das receitas quanto no privilégio concedido aos Estados menos desenvolvidos. A distribuição das receitas é feita de plano, sem a necessidade de fundos de compensação entre os Estados. A sistemática adotada inibe a evasão fiscal, ao envolver duas Fazendas Públicas no processo de recolhimento do tributo.

Para fins didáticos, vamos supor que um contribuinte estabelecido em Estado da Região Sul ou Sudeste[240] realize operação de circulação de mercadoria com destino a outro contribuinte estabelecido em Estado da Região Nordeste. Nessa hipótese, a alíquota aplicada na operação interestadual seria de 7%, enquanto a alíquota interna regular seria de 18%. Nesse simples exemplo, temos, de forma simplificada, uma noção da efetiva distribuição das receitas de ICMS, haja vista que a diferença entre as alíquotas, 11%, reflete a arrecadação mínima no Estado do consumidor.

Dessa forma, não podemos classificar o modelo brasileiro como regido plenamente pelo Princípio da origem. Tecnicamente, temos um regime misto, que altera

---

[238] BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. ed 11. Atual. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 445.
[239]SENADO FEDERAL. *Resolução Senatorial 22 de 19 de maio do ano de 1990. Determina as alíquotas do ICMS incidente sobre as operações interestaduais e nas operações de exportação. Disponível em:http://www.senado.gov.br/sf/.*
[240] Exceto o Estado do Espírito Santo.

as alíquotas de acordo com a origem e com o destino da mercadoria, mantendo sempre a distribuição das receitas.

Além da descrição do funcionamento da cobrança do ICMS nas operações interestaduais, três situações especiais merecem atenção.

No estatuto constitucional do ICMS, as operações que envolvem petrolíferos têm disposições específicas que determinam sistema diverso daquele aplicável às demais mercadorias. Na situação específica dos petrolíferos, as operações interestaduais são desoneradas de ICMS[241]. Assim, o Princípio celebrado é o do destino puro, uma vez que o Estado consumidor recolhe o tributo integralmente de acordo com sua alíquota interna para a mercadoria[242].

Nas operações advindas ou destinadas exclusivamente ao comércio internacional, opera-se a aplicação pura do Princípio do destino, a fim de permitir a maior competitividade dos seus produtos e serviços, pois os Estados-Nacionais desoneram os produtos e serviços exportados, e com o objetivo de proteger o mercado interno, recolhem integralmente os tributos devidos pelas entradas das mercadorias e serviços estrangeiros.

Por fim, de acordo com a atual dinâmica do ICMS, as operações interestaduais que destinam mercadorias a não-contribuintes, são tributadas integralmente na origem. Nessa situação, por motivos de política legislativa, temos a aplicação pura do Princípio da origem.

Assim, nessas três situações é perceptível a utilização singular dos Princípios de Cobrança, em detrimento da regular distribuição de receitas que compõem o sistema misto do ICMS.

6. Alterações celebradas pela Proposta de Emenda Constitucional 31-A de 2007.

A autêntica redação da PEC 31-A decorre da primitiva PEC 233 de 2007, que apenas com algumas correções resultou na proposta que é objeto de nosso estudo. Assim, a PEC 31-A propõe diversas alterações no sistema tributário nacional, constituindo-se em verdadeira reforma tributária. Analisaremos apenas as alterações

[241]Confira-se a respeito em: COELHO, Sacha Navarro Calmon; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário Atual:* Pareceres. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p 149.

[242] Confira-se a respeito em: GODOI, Marciano Seabra. *Questões Atuais do Direito Tributário na Jurisprudência do STF*. São Paulo: Editora Dialética, 2006. p. 14.

pertinentes ao ICMS e, mais restritamente, as implicações nas operações interestaduais sujeitas a esse imposto.

Inicialmente, devemos nos reportar á unificação da legislação incidente sobre o ICMS. No sistema atual cada Estado, além do Distrito Federal, tem uma regulamentação própria do tributo. Em seu artigo 155-A, § 5º, a citada proposta, institui:

> § 5º O imposto terá regulamentação única, sendo vedada a adoção de norma estadual, ressalvadas as hipóteses previstas neste artigo.[243]

Dessa maneira, um dos objetivos claros da reforma é a regulamentação única do tributo, como medida balizadora das diversas legislações tributárias estaduais, o que certamente trará maior racionalidade ao sistema.

Esclarecida a evidente intenção da reforma de unificar a legislação do ICMS, importa investigar as alterações específicas ao regime de tributação incidente sobre as operações interestaduais.

A PEC 31-A estabelece uma progressiva diminuição das alíquotas interestaduais incidentes sobre as operações interestaduais sujeitas ao ICMS. Neste enfoque, a proposta é constituída por uma gradativa substituição da tributação incidente na origem, por um sistema regido pelo Princípio do destino.

Assim, a Proposta aponta dois possíveis sistemas de distribuição das receitas. O primeiro similar ao sistema atual, porém, com alíquotas de 2% ao Estado de origem e o restante de competência do Estado de destino.[244] O segundo sistema é inteiramente novo e prevê o recolhimento completo na origem, com um posterior repasse das verbas ao Estado de destino através de câmara de compensação entre os Estados.

> § 3º Relativamente a operações e prestações interestaduais, nos termos de lei complementar:
>
> I - o imposto pertencerá ao Estado de destino da mercadoria ou serviço, salvo em relação à parcela de que trata o inciso II;
>
> II - a parcela do imposto equivalente à incidência de dois por cento sobre o valor da base de cálculo do imposto pertencerá ao Estado de origem da mercadoria ou serviço, salvo nos casos de:
>
> a) operações e prestações sujeitas a uma incidência inferior à prevista neste inciso, hipótese na qual o imposto pertencerá integralmente ao Estado de origem;
>
> b) operações com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, hipótese na qual o imposto pertencerá integralmente ao Estado de destino;
>
> III - poderá ser estabelecida a exigência integral do imposto pelo Estado de origem, hipótese na qual:

---

[243] BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional 31- A. Altera o sistema tributário nacional e dá outras providências. Disponível em: www.presidencia.gov.br

[244] Salvo em casos específicos taxativamente previstos. PEC 31-A, art 155-A, § 3º, inciso II.

> a) o Estado de origem ficará obrigado a transferir o montante equivalente ao valor do imposto de que trata o inciso I ao Estado de destino, por meio de uma câmara de compensação entre as unidades federadas;
>
> b) poderá ser estabelecida a destinação de um percentual da arrecadação total do imposto do Estado à câmara de compensação para liquidar as obrigações do Estado relativas a operações e prestações interestaduais.[245]

Nesse dispositivo da pretendia reforma, são perceptíveis duas exceções ao sistema padrão de recolhimento do ICMS em operações interestaduais. Isto é, hipóteses taxativamente previstas nas alíneas a e b do inciso II, nas quais o tributo é recolhido exclusivamente através de um critério.

Na hipótese prevista pela alínea *a*, o ICMS é devido exclusivamente ao Estado de origem, sempre que a alíquota aplicável à mercadoria não exceder o percentual de 2%. Por outro lado, a alínea *b* consolida dispositivo já previsto no sistema atual, sempre que as operações interestaduais sujeitas ao ICMS forem devidas por operações com petrolíferos e energia elétrica a tributação será realizada exclusivamente na unidade federada consumidora.

A redistribuição de receitas fica clara no disposto pela PEC, e o benefício aos Estados importadores é proporcional à perda de receitas dos Estados exportadores. Por sua vez, outra medida relevante dessa Proposta é a criação de instrumentos de que tentam inibir a guerra fiscal e colocam instrumentos de fiscalização mútua entre as unidades federadas.

Na estreita de instituir um arcabouço nacional ao ICMS, a referida PEC visa estabelecer regulamentação federal única para o tributo, bem como, instituir o Senado Federal como órgão competente à definição das alíquotas das operações internas e interestaduais. Além desse dispositivo, a reforma também prevê a criação do "Novo CONFAZ" com largas atribuições e capacidade para determinar penalidades aos Estados que descumprirem as normas que disciplinam o exercício da competência do tributo e aos respectivos governantes infratores. Dessa maneira, estabelece o texto da PEC:

> § 7º Compete a órgão colegiado, presidido por representante da União, sem direito a voto, e integrado por representante de cada Estado e do Distrito Federal:
>
> I - editar a regulamentação de que trata o § 5º;
>
> II - autorizar a transação e a concessão de anistia, remissão e moratória, observado o disposto no art. 150, § 6º;
>
> III - estabelecer critérios para a concessão de parcelamento de débitos fiscais;

[245] BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional 31- A. Altera o sistema tributário nacional e dá outras providências. Disponível em: www.presidencia.gov.br

> IV - fixar as formas e os prazos de recolhimento do imposto;
> V - estabelecer critérios e procedimentos de controle e fiscalização extraterritorial;
> VI - exercer outras atribuições definidas em lei complementar.[246]

A fim de atribuir maior credibilidade às deliberações do "Novo CONFAZ" e estabelecer o respeito pleno das disposições gerais do novo sistema de ICMS, a proposta de reforma tributária institui larga margem de fiscalização recíproca e penalização dos Estados infratores.

O texto da PEC cria sistema punitivo ímpar no Direito Tributário, uma vez que, além de prescrever penalidades financeiras aos Estados infratores, o modelo celebrado prevê punição destinada aos governantes que irresponsavelmente descumprirem o novo estatuto constitucional do ICMS.

> § 8º O descumprimento das normas que disciplinam o exercício da competência do imposto sujeitará, na forma e gradação previstas na lei complementar, a:
> I - no caso dos Estados e do Distrito Federal, multas, retenção dos recursos oriundos das transferências constitucionais e seqüestro de receitas;
> II - no caso dos agentes públicos dos Estados e do Distrito Federal, multas, suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.[247]

Nas matérias que disciplinam a distribuição de receitas de ICMS em favor dos municípios a PEC 31-A não estabelece qualquer mudança no texto constitucional. Logo, continua sendo devido aos Municípios o repasse de 25% da receita recolhida a título de ICMS. O método do cálculo da distribuição de recursos entre os Municípios de um mesmo Estado também permanece sem alteração, a saber, ¾ em razão da movimentação econômica no território do Município e ¼ a ser regulamentado pela Lei estadual.

É com base nesses dispositivos do texto da PEC 31-A que elaboramos prognóstico da arrecadação mineira, referente ao exercício fiscal de 2007, que estipula os efeitos arrecadatórios da progressiva diminuição das alíquotas interestaduais ao erário estadual. Assim, dedicaremos o próximo capítulo à análise dos efeitos ao Estado de Minas Gerais.

7. Análise do efeito do modelo celebrado na PEC 31-A na arrecadação do Estado de Minas Gerais.

[246]BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional 31- A. Altera o sistema tributário nacional e dá outras providências. Disponível em: www.presidencia.gov.br

[247] BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional 31- A. Altera o sistema tributário nacional e dá outras providências. Disponível em: www.presidencia.gov.br

Com base nesse cenário jurídico, a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais elaborou, por meio da Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais, detalhado estudo a respeito dos efeitos arrecadatórios do novo modelo celebrado pela PEC 31-A.

Esse trabalho estabelece prospecção da arrecadação mineira através das diversas reduções das alíquotas nas operações interestaduais ao longo da fase de implementação do sistema proposto. Assim, o estudo elaborado pela SAIF/SEF-MG criou planilha explicativa dos efeitos da PEC aos 50 maiores setores da economia mineira no exercício fiscal de 2007.

Os gráficos em anexo representam a redução progressiva nas receitas do Estado de Minas Gerais, bem como definem a importância das operações interestaduais ao erário estadual e o impacto total na arrecadação proveniente de tributos do Estado.

Devemos começar a análise dos gráficos anexos a partir do entendimento dos elementos gerais da projeção fornecida pela SEF. Os dados que possibilitaram a construção da planilha e a posterior criação dos gráficos são todos referentes ao exercício fiscal do ano de 2007. Assim, algumas flutuações são possíveis, uma vez que, não há um estudo que determine uma série histórica ao longo dos últimos anos.

Não podemos nos furtar a oportunidade de esclarecer pequenas imprecisões na projeção elaborada pela Secretaria. Por falta de dados confiáveis a presente prospecção exclui duas hipóteses que possivelmente diminuiriam o impacto da redução de alíquotas ao erário.

Inicialmente, a prospecção exclui de seus quadros uma das principais razões que motivaram a Proposta de Emenda Constitucional 31-A, a recuperação da receita não auferida pela utilização indevida de créditos de ICMS. Desse modo, esse estudo não contempla os efeitos que o fim da guerra fiscal atualmente praticada traria ao erário estadual. Assim, como é próprio da guerra fiscal a perda de receitas e o novo modelo promete por fim às concessões irregulares de benefícios, essa variável excluída pela pesquisa amenizaria a perda de receitas do Estado de Minas Gerais.

Outro aspecto desse estudo que deve ser analisado é o descarte das operações interestaduais a não-contribuinte. Por falta de dados confiáveis e referentes ao mesmo exercício fiscal de 2007, a Secretaria optou por fazer o trabalho sem a inclusão dos dados referentes a operações interestaduais a não-contribuinte. Essas operações são aquelas nas quais a circulação da mercadoria inicia em um estabelecimento comercial

de um Estado e se dirige diretamente ao consumidor final em outro Estado. Nessa hipótese, caso o recolhimento passe ao destino, teríamos um ganho líquido de receitas ao Estado de Minas Gerais, uma vez que, nessa modalidade específica de comércio o Estado é um importador líquido. Logo, o resultado seria uma perda mais amena de receitas ao longo da implementação do regime da PEC 31-A.

O gráfico 1 ilustra a projeção futura da evolução do superávit no recolhimento das operações interestaduais ao Estado de Minas Gerais. Neste contexto, superávit é a diferença entre o valor que o Estado deixa de recolher na operação interna por força de créditos de outros Estados e o valor recolhido nas operações destinadas a outras unidades federadas. Logo, de acordo com o gráfico, em 2007, houve superávit de R$ 2.291.209.300,00. Ao fim da fase de implementação, com a consolidação definitiva da alíquota interestadual em 2%, o superávit referente às operações interestaduais cai para R$ 559.069.850,00. Ou seja, a perda real de receitas resulta em um impacto de R$ 1.732.573.967,00.

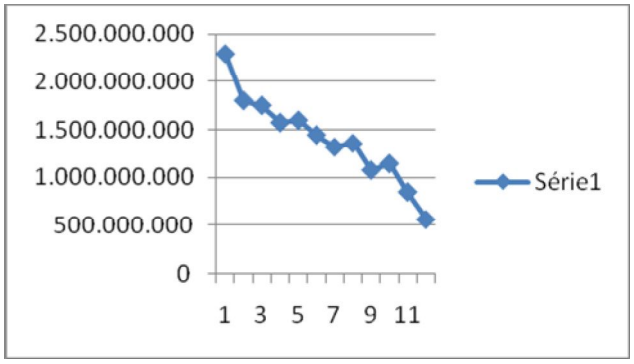

Nessa esteira, fica clara a mudança agressiva no modelo econômico-tributário. No gráfico subsequente o impacto da aplicação plena do novo modelo é comparado frente ao total da arrecadação tributária mineira no mesmo exercício. Assim, a perda final de receitas representa quase 7% da arrecadação tributária do Estado de Minas Gerais.

A análise da planilha fornecida pela SEF-MG indica a queda substancial na arrecadação no Estado de Minas Gerais. Como o Estado, ao exemplo de São Paulo, é

um exportador líquido, a receita proveniente das operações interestaduais representa um total de 9% da arrecadação tributária total do Estado. Por isso, surge uma queda de 7% da receita tributária estadual de Minas Gerais com a adoção plena do modelo proposto pela PEC 31-A. Através de análise detalhada da progressiva queda nas alíquotas de tributação na origem, a prospecção construída pela Secretaria da Fazenda aponta uma diminuição constante no total da receita tributária apurada pelo Estado de Minas Gerais. Neste trabalho a fase de remanejo das alíquotas é ilustrada pelo próximo gráfico[248].

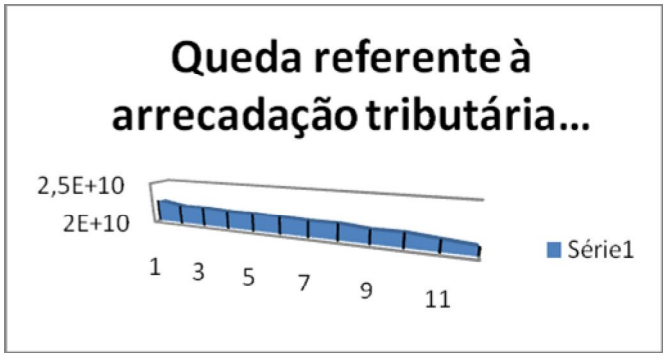

8. Conclusões.

Teoricamente, os modelos de cobrança discutidos apresentam distinções importantes. A doutrina tem manifestado a sua predileção pelo Princípio da origem, considerando-o mais adequado às necessidades de um mercado integrado.

No contexto brasileiro, a aplicação de sistema misto resultou em modelo complexo, que procura estabelecer o equilíbrio entre as necessidades do mercado e a compensação de receitas aos Estados importadores. Assim, as peculiaridades do sistema nacional são as características que aplicam a isonomia à matéria do ICMS, já que a distribuição das receitas em favor dos Estados importadores trata de equilibrar as diferenças regionais, melhorando a distribuição regional de riquezas. Entretanto, o desrespeito às deliberações do CONFAZ, subverteu a finalidade do modelo de ICMS, trazendo graves problemas ao federalismo fiscal pátrio.

Assim, a busca de novos modelos é claramente uma tentativa de restabelecer o pacto federativo, transformando o ICMS em tributo de feição nacional. A perspectiva da PEC 31-A de unificar a legislação do ICMS e de atribuir a competência para estabelecer as alíquotas ao Senado Federal é uma medida clara a favor da definição de estatuto

[248] Note-se que a escala adotada pelo gráfico é de 1 bilhão, como unidade base.

constitucional mais rigoroso ao ICMS, que seja capaz de amenizar que a influência de interesses próprios de cada Estado sobrepuje a racionalidade do sistema.

Em contrapartida, envolta na discussão acerca dos meios jurídicos de defesa do federalismo fiscal, estão propostas reformas profundas na distribuição de receitas dos Estados. Apesar de estabelecer prazo de 12 anos para a aplicação da redistribuição plena das receitas referentes às operações interestaduais, a PEC surtirá efeitos diretos e imediatos nos cofres públicos estaduais. Exemplo claro é o caso mineiro, no qual o Estado, apenas no primeiro ano da entrada em vigor do sistema da PEC, teria uma perda real aproximada de R$ 490 milhões de reais.

Assim, o diagnóstico da magnitude da alteração do sistema proposto é visível através das cifras do impacto do novo modelo ao erário dos Estados exportadores.

Dessa maneira, como a PEC 31-A dificulta que os Estados possam continuar praticando posturas fiscais irregulares, entendemos que a contribuição dessa proposta é inegável. Porém, acreditamos que para tanto não seria necessário remanejamento de receitas tão agressivo.

9. **Referências.**

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária.* 6. ed. 9. tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. Atual. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

CAMPILONGO, Paulo A. Fernandes. *ICMS:* Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.

CARRAZA, Roque Antonio. *ICMS*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

COÊLHO, Sacha Navarro Calmon. *Curso de Direito Tributário Brasileiro.* 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

COÊLHO, Sacha Navarro Calmon; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário Atual:* pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CORREIA, Arlindo N. M. *O Sistema Comum de IVA na União Européia:* Um Sistema de IVA Adaptado às Exigências do Mercado Único. Conferência, 1992.

CUNHA, Paulo de Pitta. *Aspectos Fiscais da Integração Económica Internacional.* Editora Lisboa, 1964.

CUNHA, Paulo De Pitta E. *A Harmonização Fiscal Européia e o Sistema Fiscal Português*. Conferência, fev., 1991.

DERZI, Misabel Abreu de Machado. Reforma Tributária, Federalismo e Estado Democrático de Direito. In: REZENDE, Condorcet. *Estudos Tributários.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FRATTARI, Rafhael. As Receitas Tributárias no Federalismo Alemão. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*, Rio de Janeiro, n. 13, nov./dez, 2001.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Apontamentos Sobre o ICMS Patrimônio Cultural*. Cadernos Do CEHC Número 4. 2002.

GIANNINI. A.D. *Instituzioni di Diritto Tributario.* Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

GODOI, Marciano Seabra. CARDOSO, Alessandro Mendes. FERREIRA FILHO, Fernando Guedes. Federalismo Fiscal. in. *Sistema Tributário Nacional na Jurisprudência do STF*. Org. GODOI, Marciano Seabra. São Paulo: Dialética, 2002.

GODOI, Marciano Seabra. *Questões Atuais do Direito Tributário na Jurisprudência do STF*. São Paulo: Dialética, 2006.

GOMEZ, Salvador Ramirez. *El Impuesto sobre Valor Añadido.* Madri: Editorial Civitas, S.A, 1994.

GUARDIA, Eduardo Refinetti. Reforma Tributária –ICMS- Origem x Destino. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 2, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JORGE, Társis Nametala Sarlo. *Manual do ICMS*. 2 ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008.

LAPATZA, José Juan Ferreiro. HERNANDEZ, Francisco Clavijo. QUERALT, Juan Martin. ROYO, Fernando Perez. LOPEZ, Jose Manuel Tejerizo. *Curso de Derecho Tributario.* Madri: Marcial Pons, Ediciones Juridicas y Sociales, S.A, 1996.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988.* 5 Edição. São Paulo: Dialética, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Reforma Constitucional: ICMS – Origem e Destino. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 2, 2004.

MOREIRA FILHO, Aristóteles. A ‘antecipação parcial’ do ICMS nas operações interestaduais e a crise do federalismo no Brasil: critério da origem Vs. critério do

destino na teoria e na prática da tributação sobre o valor agregado. In: CAMPILONGO, Paulo. *ICMS:* Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

PAIVA FILHO, André Luis Barreto de. Reforma Tributária e Federalização do ICMS. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 2., jul./dez, 2007.

RAPOSO, Maria Emília. *A Harmonização Tributária na União Européia*, 2006.

REIS, Elcio Fonseca. *Federalismo Fiscal.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

REZENDE, Condorcet. *Estudos Tributários.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RONZANI, Guilherme Della Garza. Princípios da Tributação na Origem e da Tributação no Destino no contexto da "Guerra Fiscal". In: SILVA, Paulo Roberto Coimbra; BERNARDES, Flávio Couto; FONSECA, Maria Juliana. *Tributação sobre o consumo.* São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. BERNARDES, Flávio Couto. FONSECA, Maria Juliana. *Tributação sobre o Consumo.* São Paulo: Quartier Latin, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. MORAIS José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado.* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. Reforma Tributária –ICMS- Origem x Destino. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 2, 2004.

A VEDAÇÃO DO CONFISCO TRIBUTÁRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

SEALING A TAX FOR CONFISCATION AS A FUNDAMENTAL RIGHT

Raimundo Frutuoso de Oliveira Junior

RESUMO

As demandas sociais cada vez maiores exigem dos governos um acréscimo no volume de recursos financeiros para fazer frente a estes gastos. Desta forma, são necessários freios para que a voracidade arrecadadora dos fiscos não adentre na esfera patrimonial dos contribuintes e não provoque uma paralisia da atividade econômica. O princípio da vedação do confisco tributário foi estabelecido no art. 150, IV da Constituição, como uma forma de proteção ao contribuinte contra estes excessos. Contudo, há dúvidas quanto a conceituação e a abrangência do confisco tributário, bem como quanto ao seu status de direitos fundamentais. É sobre esta temática que nos debruçaremos, objetivando, com este trabalho, fazer um breve histórico da vedação do confisco tributário no Brasil, conceituar o princípio da vedação do confisco, apreciar o alcance deste princípio, estabelecer as premissas para que uma norma seja considerada fundamental, para, finalmente, concluirmos que o direito à vedação do confisco tributário é um direito fundamental. A metodologia é bibliográfica, descritiva e exploratória. A abordagem do tema é relevante para que os direitos fundamentais tributários sejam investigados com mais profundidade e tenham uma aplicabilidade prática mais efetiva.

PALAVRAS-CHAVES: VEDAÇÃO ; CONFISCO TRIBUTÁRIO ; DIREITO FUNDAMENTAL

ABSTRACT

The increasing social demand from governments require increased financial resources to deal with these expenses. Thus, it is necessary to brake the voracious collecting of tax assets not within the mandate of the contributors and do not cause a paralysis of economic activity. The principle of sealing the confiscation tax was established in art. 150, IV of the Constitution as a form of protection for taxpayers against these excesses. However, there are doubts about the concept and scope of tax forfeiture, as well as to their status of fundamental rights. It is on this topic have to look to with this work, do a brief history of the seal of the confiscation tax in Brazil, conceptualize the principle of the confiscation of the fence, assess the implications of this principle, to establish the premises for which a standard is considered essential to ultimately conclude that the right to seal the confiscation tax is a fundamental right. The methodology we used is bibliographical, descriptive and exploratory. The approach of the topic is relevant to the fundamental rights tributaries are investigated in more depth and have a more effective practical applicability.

KEYWORDS: SEAL; CONFISCATION TAX; FUNDAMENTAL RIGHT

INTRODUÇÃO

Desde as mais remotas épocas, a história registra reações vigorosas às exações engendradas pelos governos. A sanha infinita dos fiscos em arrecadar cada vez mais provocaram verdadeiras revoluções que marcaram para sempre o curso da história. A percepção de que a administração deve ter limites é condição essencial para que se tribute de maneira justa e eficaz.

É preciso ter a perspectiva de que os tributos não podem sufocar a economia a ponto de asfixiá-la, paralisando o fluxo de mercadorias, bens e serviços, inviabilizando a atividade econômica e causando uma diminuição do fluxo produtivo.

Os governos têm extrapolado os limites de sua competência tributária, exaustivamente delineados na Carta Magna, aumentando cada vez mais a carga tributária que, em 2008, atingiu o patamar de 36.56% do Produto Interno Bruto (PIB).[i] Tal carga é superior a alguns países desenvolvidos como: Japão, Estados Unidos e Estados Unidos.[ii] Ressalte-se que, nestes países, percebesse que há um retorno em bens e serviços através de serviços governamentais de boa qualidade, o que, infelizmente, não ocorre no Brasil.

A Constituição de 1988 declarou explicitamente o princípio da vedação do confisco no seu art. 150, IV. Não que ele não existisse, mesmo que implicitamente, nas Constituições anteriores, como será visto. Porém, a partir da Constituição atual, ele está disposto na Seção II - Das Limitações ao Poder de Tributar do Capítulo VI, que versa sobre tributação e orçamento, o que o coloca dentro de uma posição de destaque dentro do ordenamento jurídico.

Dentro deste enfoque, algumas questões merecem ser apreciadas. O princípio da vedação do confisco se aplica somente aos tributos em si ou também às multas? O princípio da vedação do confisco pode ser aplicado para a carga tributária como um todo ou para os tributos de forma individualizada? O princípio da vedação do confisco em matéria tributária pode ser considerado um direito fundamental?

Para esta empreitada, será feita pesquisa abrangendo a origem e a evolução do princípio da vedação do confisco no âmbito nacional, analisando as concepções doutrinárias sobre este princípio, além de ser realizada uma apreciação das tendências jurisprudenciais sobre o seu conteúdo.

Serão utilizadas obras voltadas para o estudo das normas constitucionais, tanto nacionais quanto alienígenas, principalmente aquelas atinentes à Teoria dos Direitos Fundamentais, além de literatura que trata especificamente do princípio da vedação do confisco para podermos fazer uma relação deste mandamento constitucional com a sua possível natureza de direito fundamental.

A necessidade desta investigação se mostra relevante, vez que a comprovação da fundamentabilidade do princípio da vedação do confisco no âmbito tributário é essencial para uma maior proteção ao contribuinte de inserções indevidas do Estado no seu patrimônio, responsáveis pela inviabilização da atividade negocial e tendentes a ocasionar uma certa paralisia na economia com danos nefastos para todos.

1 HISTÓRICO DA VEDAÇÃO DO CONFISCO TRIBUTÁRIO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Segundo Paulo Cesar Baria de Castilho, a primeira Constituição a tratar explicitamente do princípio da vedação do confisco tributário foi a de 1988. Nas anteriores, tal princípio estava implícito no direito de propriedade, sendo que na Constituição de 1946 também estava implícita a vedação à confiscatoriedade no princípio da capacidade contributiva.[iii]

No mesmo sentido Luiz Felipe Silveira Difini, que afirma, ainda, que o princípio da capacidade contributiva, colocado pela primeira vez numa carta constitucional por meio do art. 202 da Constituição de 1946, tem uma melhor dicção do que o da atual Constituição, proporcionando tanto a extração do princípio da vedação do confisco tributário, como demonstrando uma maior clareza na aplicação da graduação aos tributos instituídos.[iv]

Aliomar Baleeiro, atendo-se ao fato de que Direito Constitucional também é Direito Político, destaca que o caráter avançado da Constituição de 1946 está relacionado à composição de sua Assembléia Constituinte, formada, em mais de 80% do total, por constituintes modelados em instituições de ensino superior, que, por sua formação e nível de instrução, proporcionaram a feitura de uma Carta moderna e protetora da propriedade sem perder de vista a sua função social.[v]

Tais considerações servem para realçar o fato de que, antes da Constituição atual, foi na Constituição de 1946 que o princípio da vedação do confisco tributário, mesmo implicitamente, demonstrou um maior vigor interpretativo. Esta conclusão decorre do ambiente democrático no qual estas Constituições foram formuladas, já que ambas foram promulgadas após períodos ditatoriais longos em que a sociedade ansiava e exigia por reformas que preservassem os direitos fundamentais e resguardassem o direito à liberdade e à propriedade.

Na Constituição cidadã, o citado princípio adquiriu um formato próprio encartado numa série de limitações ao poder tributante. Porém, tal formalização carrega um alto grau de indeterminação, o que dificulta, em muito, a sua aplicação. Este assunto será tratado no tópico seguinte.

2 CONCEITO DE PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO CONFISCO TRIBUTÁRIO

Roque Carrazza indica o princípio da não- confiscatoriedade como um limitador do direito que as pessoas políticas têm de expropriar bens privados. A graduação dos impostos deve ser feita de modo a não incidir sobre as fontes produtoras de riquezas ao ponto de secá-las, atingindo a consistência originária das suas fontes de ganho. [vi]

Baleeiro entende a proibição de tributos confiscatórios como ações impostas pelo ente tributante capazes de absorver todo o valor da propriedade, aniquilando a empresa e

tirando desta qualquer possibilidade de exercício de sua atividade de forma lícita e moral.[vii]

Luciano Amaro diz que a transferência da riqueza do contribuinte para o Estado é legítima e não confiscatória até determinado ponto a partir do qual o Estado começa a anular a riqueza privada. Não se trata de um preceito matemático, contudo é um critério informador da atividade do legislador e do Judiciário no sentido de que, tendo em vista o caso concreto, possa ser verificado se determinado tributo invade ou não o território do confisco.[viii]

Ao nosso ver, o princípio de vedação do confisco pode ser definido como aquele que, por sua taxação extorsiva, corresponde a uma verdadeira absorção, total ou parcial, da propriedade particular pelo Estado, sem o correspondente pagamento da indenização ao contribuinte.

Trata-se, conforme Humberto Ávila, de uma restrição estatal com a finalidade de não permitir que a instituição de tributos não possa ir tão longe a ponto de aniquilar os direitos de liberdade. Para ele, essa limitação material decorre da proibição de excesso.[ix]

Mas qual seria este ponto a partir do qual um tributo passaria a ser confiscatório? Percebe-se, em todas as definições aqui citadas, que todas carregam um alto grau de indeterminação, o que dificulta, em muito, a sua aplicação. Assim, o subjetivismo e a visão pessoal de cada um pode ocasionar resultados diferentes para um mesmo fato a ser interpretado. Para um intérprete mais defensor dos direitos dos contribuintes um tributo pode apresentar um caráter confiscatório, enquanto que, para outro mais simpatizante dos interesses do fisco, o mesmo tributo está longe de atingir o confisco.

Saber o que é confisco não é difícil. O grande problema é saber quando um tributo passa a ser confiscatório. Paulo de Barros Carvalho assim fala sobre o assunto:

A temática sobre as linhas demarcatórias do confisco, em matéria de tributo, decididamente não foi desenvolvida de modo satisfatório, podendo-se dizer que sua doutrina ainda está por ser elaborada. Dos inúmeros trabalhos de cunho científico editados por autores do assim chamado direito continental europeu, nenhum deles logrou obter as fronteiras do assunto, exibindo-as com nitidez que a relevância da matéria requer. Igualmente, as elaborações jurisprudenciais pouco têm esclarecido o critério adequado para isolar-se o ponto de ingresso nos territórios do confisco. Todas as tentativas até aqui encetadas revelam a complexidade do tema e, o que é pior, a falta de perspectivas para o encontro de uma saída dotada de racionalidade científica. [x]

Diante disto, tudo corrobora no sentido de se entender que o poder constituinte originário consagrou um valor importantíssimo na Constituição, que é o de resguardar o contribuinte de possíveis avanços do poder estatal no seu patrimônio. O grande problema é que este valor não apresenta uma forma segura de ser aplicado, o que acarreta a sua pouca aplicabilidade prática, trazendo prejuízos incomensuráveis aos contribuintes que possuem uma proteção que não alcança os resultados esperados.

O princípio da vedação do confisco tem como destinatários o legislador infraconstitucional que deve obedecer este princípio quando da instituição e do aumento

de tributos, assim como o Judiciário, que deve utilizá-lo como parâmetro para decidir quanto ao caráter confiscatório de um tributo. No entanto, nem mesmo a jurisprudência alemã, sempre inovadora, forneceu-nos, até agora, respostas para este intrincado problema. A Suprema Corte da Argentina apontou para uma decisão que, voltada para a proteção da propriedade, considerou que se converte em confisco o tributo que atinge mais de 33% do produto anual de um imóvel que esteja sendo devidamente explorado. Porém, tal decisão foi calcada no puro empirismo, não estabelecendo critérios palpáveis para subsidiar novos julgados.[xi]

Portanto, estamos diante de uma lacuna do conhecimento que merece ser investigada mais profundamente. Contudo, a incerteza e a nebulosidade que cercam a vedação do confisco tributário não impede que este direito seja garantido, tanto por parte do poder estatal como pelo Judiciário. Apesar de este não ser o objetivo deste trabalho, compartilhamos da idéia de que a melhor solução para este problema seria a aplicação conjunta dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que, assim, este instrumento protetor do cidadão-contribuinte atinja os objetivos para os quais foi criado.

3 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO CONFISCO TRIBUTÁRIO- ALCANCE

A idéia de limitação do poder está incrustada no princípio da vedação do confisco (art. 150, IV da Constituição Federal). Ele impõe uma vedação explícita para que a União, os Estados e os Municípios não exacerbem no seu direito-dever de cobrar tributos, adentrando no direito de propriedade dos contribuintes e limitando o livre exercício de suas atividades econômicas. No entanto, dúvidas pairam sobre a abrangência desta proteção. É o que iremos abordar a partir de agora.

A primeira questão a ser enfrentada é saber se o princípio da vedação do confisco deve ser aplicado somente ao tributo em si ou, também, às multas. José Souto Maior Borges defende que tal dispositivo pode ser também aplicado às multas. Ancora o seu entendimento no art. 5º, XXII da Carta Magna, o qual assegura o direito de propriedade, e no art. 5º, XXIV do mesmo Diploma Legal. Este, por sua vez, dispõe que o proprietário só pode ser despojado através de processo regular expropriatório, na forma da lei, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social. Desta forma, defende que, implicitamente, a propriedade só pode ser retirada por desapropriação nos termos da lei, o que não permite que uma exigência fiscal elevada correspondente a uma multa possa funcionar como um instrumento de supressão da propriedade privada.[xii]

No mesmo sentido Paulo Cesar Baria de Castilho, que acrescenta o art. 1º, que fundamenta o Estado Democrático de Direito, e o art. 170, II (princípio da propriedade privada), ambos da Constituição Federal, como instrumentos que reforçam a idéia de que a multa tributária confiscatória também está contemplada pelo princípio da vedação do confisco.[xiii]

Luiz Felipe Silveira Difini, para sustentar este entendimento, diz que, embora a multa não seja tributo, o art. 113, parágrafo 1º do Código Tributário Nacional (CTN)[xiv] confere a esta o mesmo tratamento de tributo, o que possibilita a aplicação do princípio vedação do confisco em matéria tributária às multas.[xv]

Concordamos, porém, com o mestre Hugo de Brito Machado ao afirmar que a multa e o tributo não se confundem, por ter a primeira característica punitiva, tendo a ilicitude como pressuposto para sua aplicação. O art. 150, IV da Constituição Federal se refere somente a tributo e o art. 3º do Código Tributário Nacional, na definição clássica de tributo elaborada por Rubens Gomes de Sousa, exclui da definição de tributo as sanções de atos ilícitos, ou seja, as multas. Não deveria ser de outra forma, pois as multas são penalidades pecuniárias impostas ao contribuinte por estes cometerem condutas que comprometem a arrecadação dos tributos. São, portanto, ações que repercutem negativamente na atividade arrecadatória, lesando o Estado e implicando, muitas vezes, em condutas de sonegação que devem ser devidamente combatidas com a finalidade de resguardar os cofres públicos, inibir atos ilícitos e preservar aqueles que cumprem religiosamente com as suas obrigações tributárias. Continua o ilustre doutrinador cearense, asseverando que a utilização de qualquer elemento de interpretação conduzirá a ilação da não aplicação do princípio da vedação do confisco às multas tributárias. No elemento literal temos que o art. 150, IV só se refere a tributos. O elemento teleológico não nos permite outra interpretação, vez que a finalidade das multas é desestimular práticas ilícitas com intuito tanto preventivo como punitivo. O uso do elemento lógico-sistêmico também não chega a uma conclusão diferente, pois o não-confisco tributário existe para preservar a garantia do livre exercício das atividades negociais, não comungando com a permissão de atitudes ilícitas que ocasionam uma ofensa ao princípio da isonomia.[xvi]

Na verdade, um tratamento diferente do ora relatado permite que alguns contribuintes internalizem, nos seus custos operacionais, o valor a ser pago atinente a autos de infração pelo descumprimento de obrigações principais e acessórias que, por não possuírem valor vultosos, são responsáveis por um estimulo a práticas irregulares danosas, que acarretam uma concorrência desleal dentro do setor econômico no qual estes contribuintes estão inseridos.

Os Tribunais Superiores apresentam posições antípodas no tocante a esta matéria. O Supremo Tribunal Federal (STF) apresenta uma posição favorável para que as multas tributárias sejam alcançadas pela princípio da vedação do confisco. Colacionamos a decisão abaixo para evidenciar esta tendência:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
ADI 551 / RJ - RIO DE JANEIRO
Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2.º E

3º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE

JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO

NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS

ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA

DA REPÚBLICA. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua conseqüência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente.[xvii]

Nesta decisão, o STF julgou inconstitucional artigo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que previa uma penalidade exacerbada para o não recolhimento de imposto, sendo que a previsão de tal penalidade foi considerada uma inobservância ao princípio da não utilização do tributo com efeito confiscatório.

Já o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se mostra reticente a esta tese, entendendo que o princípio da vedação do confisco não se aplica às multas. Dentre as muitas decisões, colacionamos a abaixo mencionada por considerá-la bastante elucidativa:

REsp 419156 / RS

RECURSO ESPECIAL

2002/0027848-7

Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

Ementa

TRIBUTÁRIO. FRAUDE. NOTAS FISCAIS PARALELAS.

PARCELAMENTO DE DÉBITO.

REDUÇÃO DE MULTA. LEI Nº 8.218/91. APLICABILIDADE.

INOCORRÊNCIA DE CONFISCO. TAXA SELIC. LEI Nº 9.065/95.

INCIDÊNCIA.

1. Recurso Especial contra v. Acórdão que considerou legal a

cobrança da multa fixada no percentual de 150%

(cento e cinqüenta por cento) e determinou a incidência da Taxa SELIC sobre os débitos objeto do parcelamento.

2. A aplicação da Taxa SELIC sobre débitos tributários objeto de parcelamento está prevista no art. 13, da Lei nº 9.065, de 20/07/1995.

3. É legal a cobrança de multa, reduzida do percentual de 300% (trezentos por cento) para 150% (cento e cinqüenta por cento), ante a existência de fraude por meio de uso de notas fiscais paralelas, comprovada por documentos juntados aos autos. Inexiste na multa efeito de confisco, visto haver previsão legal (art. 4º, II, da Lei nº 8.218/91).

4. Não se aplica o art. 920, do Código Civil, ao caso, porquanto a multa possui natureza própria, não lhe sendo aplicável as restrições impostas no âmbito do direito privado.

5. A exclusão da multa ou a sua redução somente ocorrem com suporte na legislação tributária.

6. Recurso não provido.[xviii]

Constatamos, atualmente, que a nossa posição está consoante com a exposta pelo STJ. Apesar de este órgão não ser o foro eleito pelo constituinte originário para discussão de matéria relacionada à inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais e infralegais, seu posicionamento deve merecer crédito e servir, pelo menos, para uma reflexão mais atenta para esta questão, já que se trata de assunto ainda incipiente na doutrina e jurisprudência pátria, sendo recomendável a sua análise pelos mais diversos enfoques interpretativos, não devendo haver um engessamento de pensamentos que impede o avanço da ciência jurídica.

No que tange à aplicação do princípio da vedação do confisco para o total da carga tributária imposta aos contribuintes, tal possibilidade se mostra de difícil consecução prática. O problema consiste na dificuldade de se apurar qual o ente tributante que está sendo responsável pela imposição da tributação excessiva. A questão da carga tributária total exigida pelo Sistema Tributário Nacional passa pela gestão da política fiscal a ser implementada pelo Estado. A Constituição Federal demarcou, de forma exaustiva, a competência dos entes federados para exigir tributos de acordo com o sistema federativo consagrado constitucionalmente, sendo que cada ente tributante pode exercer suas competências sem atender a restrições, desde que demarcadas pela chamada Carta das Competências.[xix]

Além disto, já foi falado sobre a dificuldade de se determinar com precisão a zona de confisco, ou seja, aquele determinado ponto a partir do qual se adentra na esfera da propriedade privada de forma extorsiva e abusiva contrariando os interesses econômicos individuais e coletivos. Ora, se temos um termo vago, marcado pela indeterminação e que, por isto mesmo, dificulta a identificação de quando um tributo passa a ter efeito confiscatório, imagine uma situação em que está sendo analisada a carga tributária como um todo, com uma enormidade de tributos e diversas alíquotas e bases de cálculo a serem analisadas para definição de uma tributação confiscatória. Tal quadro, no nosso entendimento, não permite que seja colmatada esta nebulosa área de indefinição, na qual as variáveis são muitas e a possibilidade do estabelecimento de parâmetros confiáveis para a solução do problema é mínima. Adite-se o fato de que, pesa contra qualquer tentativa para a definição da linha demarcatória de confisco tributário nestas condições, a impossibilidade prática de saber qual foi o ente tributante que, efetivamente, utilizou o seu tributo com fins confiscatórios.

Por fim, queríamos ressaltar que, apesar desta impossibilidade, o princípio da vedação do confisco tributário pode ser perfeitamente efetivado para cada tributo em separado, sendo que, para isto, há de ser analisado o aspecto quantitativo do tributo sob análise, o que envolve não só a imposição de alíquotas acima do limite razoável, como também o estabelecimento arbitrário de bases de cálculo, muitas vezes superiores aos preços praticados no mercado. Sem a averiguação destes dois aspectos, um tributo utilizado com efeitos confiscatórios pode passar despercebido, pela imposição de uma alíquota baixa em conjunto com uma base de cálculo fora da realidade econômica.

4 NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

Neste momento, procuraremos estabelecer as características marcantes da norma de direito fundamental. O nosso intuito é chegar às premissas necessárias para se identificar se um determinado direito é ou não fundamental.

Robert Alexy assim define as normas de direitos fundamentais:

Normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Para as normas diretamente estabelecidas normalmente é suficiente uma referência ao texto constitucional. Uma fundamentação mais profunda, que demonstre por que aquilo que a Constituição diz é válido, normalmente tem, para a práxis da fundamentação referida a direitos fundamentais, um interesse apenas teórico. Isso demonstra que a generalização da definição baseada em uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais não elimina, de forma nenhuma, a diferença entre normas de direitos fundamentais estabelecidas direta e indiretamente. No caso de uma norma diretamente estabelecida,uma fundamentação correta é sempre diferente da fundamentação no caso de uma norma indiretamente estabelecida.[xx]

Assim, o ilustre doutrinador alemão abre a possibilidade para fundamentação tanto pela via direta, facilmente demonstrável com o uso do texto constitucional, como pela indireta, a qual requer um maior aprofundamento teórico.

Já Carl Schmitt recorreu a dois critérios formais para caracterização dos direitos fundamentais:

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional.

Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau

mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.[xxi]

Neste caso, além da previsão constitucional, outra premissa necessária para que um direito adquira o *status* de norma de direito fundamental é a sua imutabilidade ou a sua dificuldade de alteração, a qual só pode ser feita através de emenda constitucional.

Alexy, em outro trabalho, afirma que, no universo dos estados democráticos de direito, as constituições modernas contemplam dois tipos ou categorias de normas. A primeira se refere à constituição e à organização da elaboração do poder legislativo, do executivo e da jurisdição, atividades que compõem o Estado. Já a segunda são aquelas normas que limitam e conduzem o poder estatal, sendo que os direitos fundamentais pertencem a esta categoria de normas.[xxii]

Willis Santiago Guerra Filho aduz que a natureza deôntica da norma de direito fundamental é de princípio e que este é uma norma jurídica que positiva um valor.[xxiii]

Diante do exposto, entendemos que as seguintes premissas devem ser atendidas para que um direito receba o *status* de fundamental: estar positivado constitucionalmente, constituir um princípio com conteúdo valorativo, estar relacionado a uma limitação do poder estatal, apresentar uma fundamentação atinente a direitos fundamentais e ter um caráter de imutabilidade ou de difícil alterabilidade, a qual só pode ser efetuada através de emenda constitucional.

A partir destas premissas é que elaboraremos a nossa justificativa para a comprovação de que o princípio da vedação do confisco tributário constitui um direito fundamental. Contudo, isto é assunto para o próximo tópico.

5 O DIREITO FUNDAMENTAL À VEDAÇÃO DO CONFISCO TRIBUTÁRIO

Iremos provar que o princípio da vedação do confisco é um direito fundamental com base no atendimento das premissas estabelecidas no final do item anterior.

O art. 150, IV está topologicamente situado na Seção II- Das Limitações ao Poder de Tributar pertencente ao Título VI- Da Tributação e do Orçamento da Constituição Federal. Trata-se, como visto, de um comando normativo para a União, os Estados e os Municípios se absterem de instituir tributos com efeito de confisco. Os legisladores infraconstitucionais e o Judiciário devem ter em mente que este dispositivo constitucional serve para conter imposições indevidas dos fiscos que afetem, de forma

exacerbada, o patrimônio dos contribuintes. Portanto, a primeira premissa está atendida, isto é, o princípio da vedação está formalmente disposto na Constituição.

Da própria dicção do art. 150, IV, constata-se que este dispositivo expressa um princípio: o princípio da vedação do confisco. Trata-se de uma proteção ao contribuinte que resguarda dois valores: a propriedade e a liberdade de exercício de atividade econômica. A idéia de limitação do poder também faz parte da essência deste preceito constitucional, cujo o objetivo principal não é só garantir o direito de propriedade, que já está resguardado pelo art. 5º, XXII e pelo art. 170, II da Constituição, mas limitar o poder de tributar. Repare que o caput do art. 150 dá, como dito, uma advertência bem clara para que o legislativo e o executivo não elaborem legislações que invadam o patrimônio dos sujeitos passivos da relação tributária, aniquilando a propriedade privada e ceifando a atividade produtiva dos contribuintes responsáveis pelo pagamento do tributo utilizado com efeito confiscatório. Desta forma, mais duas premissas foram atendidas. A vedação do confisco tributário é um princípio com conteúdo valorativo bem expresso e está relacionada a uma limitação do poder estatal.

A questão relativa à ligação do princípio da vedação do confisco à dignidade da pessoa humana já foi abordada, positivamente, pelo Supremo Tribunal Federal(STF), numa decisão acerca da possibilidade do controle concentrado desta matéria. Confira o trecho deste julgado retirado do Código Tributário Anotado de Hugo de Brito Machado Segundo:

No mesmo sentido, e esclarecendo que tal análise (da natureza confiscatória) pode ser feita no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade , e que igualmente se aplica às contribuições: ‘A jurisprudência do Supremo tribunal Federal entende cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de a Corte examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não confiscatoriedade, consagrado no art. 150, IV, da Constituição. Precedente : ADI 2.010-MC/DF,Rel Min. Celso de Mello. A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes , comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita, ou ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais(educação, saúde e habitação, por exemplo). .....

O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade’(STF, Pleno, ADC 8- MC, Rel. MIn. Celso de Mello, j. em 13/10/1999, v.u., DJ DE 4/4/2003, p.38).[xxiv]

Tal decisão não é surpreendente, pois, com base na cláusula de abertura insculpida no art. 5º, parágrafo 2º da Lei Maior, o STF já decidiu que o princípio da anterioridade também constitui um direito fundamental, apesar de não constar no Título II da Constituição. Esta dedução advém do fato de que existem direitos fundamentais que decorrem do regime e dos princípios adotados pelo texto constitucional. George

Marmelstein adverte que toda limitação ao poder de tributar tem o tratamento de direito fundamental, senão vejamos:

No caso do princípio da anterioridade tributária – de diversas outras garantias do contribuinte -, a norma constitucional positiva precisamente uma limitação ao poder de tributar. Ela representa, portanto, uma proteção do cidadão-contribuinte contra o desejo sempre crescente de arrecadação do Fisco.[xxv]

Ingo Wolfgang Sarlet reitera este pensamento, abrindo ainda mais o leque de reconhecimento de direitos fundamentais:

Outro aspecto de transcendental importância para a compreensão do papel cumprido (ou a ser cumprido) pelo princípio da dignidade da pessoa humana, designadamente na sua conexão com direitos fundamentais, diz com sua função como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional. Com efeito, não é demais relembrar que a Constituição de 1988, na esteira da evolução constitucional pátria desde a proclamação da república e amparada no espírito da IX emenda da Constituição norte-americana, consagrou a idéia de abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, isto quer dizer que para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Igualmente - de acordo com a expressa dicção do art. 5º, parágrafo 2º, da nossa Carta Magna – foi chancelada a existência de direitos não-escritos decorrentes do regime e dos princípios da nossa Constituição, assim como a revelação de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naquele expressamente positivados.[xxvi]

Assim, o art. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal traz uma abertura para a inclusão de direitos fundamentais não dispostos formalmente no texto constitucional, o que não é o caso do princípio da vedação do confisco tributário, que, como já foi demonstrado, possui expressa disposição constitucional. Dentro da perspectiva de direitos fundamentais reconhecidos através de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, o Pacto de São José da Costa Rica consagra direitos em matéria tributária, vislumbrando-se no art. 21, 1 e 2 tal proteção, conforme prescrição abaixo:

Art. 21.Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei..[xxvii]

Ambos os dispositivos acima mencionados garantem o direito à propriedade, atrelando o gozo deste direito ao atendimento da função social da propriedade, e prevendo a perda desta somente no caso de expropriações com o pagamento de justa indenização. Percebe-se, pois, que a propriedade está protegida contra a exigência de tributos confiscatórios, vez que esta modalidade de perda de bem não está prevista neste tratado. Assim, baseado na doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet e de acordo com a previsão do art. 5º, parágrafo 3º da Constituição, este é mais um argumento favorável a inclusão do princípio da vedação do confisco como direito individual e, conseqüentemente, de natureza fundamental. Tal dispositivo constitucional dispõe que os tratados internacionais de direitos humanos, quando incorporados ao direito interno, possuem força de norma constitucional.

Desta forma, a premissa de uma fundamentação relativa a direitos fundamentais foi plenamente atendida. Agora, passaremos para a última premissa que é a imutabilidade constitucional ou a possibilidade de alteração da norma de direito fundamental somente por meio de [xxviii]emenda constitucional.

Neste aspecto, a vedação sob estudo está inserida no rol das cláusulas pétreas, não podendo ser modificada ou suprimida nem através de emenda constitucional. Conforme já ficou demonstrado, o princípio da vedação do confisco se inclui entre os direitos e garantias fundamentais. Ora, se o art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição dispõe que os direitos e garantias individuais se incluem entre as matérias que não pode ser abolidas nem por emenda constitucional, fica devidamente comprovada o caráter imutável do princípio da vedação do confisco tributário. Inclusive o STF, no julgamento da ADI/DF 939, considerou o princípio da anterioridade tributária como direito fundamental e cláusula pétrea. Vejamos o que diz Hugo de Brito Machado Segundo:

Tendo em vista o art. 60, parágrafo 4º, IV, da CF/88, que veda a edição de emendas constitucionais tendentes a abolir direitos e garantias individuais, e considerando que o rol dos direitos e garantias individuais não se exaure no art. 5º da CF/88, o STF tem arestos nos quais considera o princípio da anterioridade da lei tributária como integrante do chamado núcleo imodificável da CF/88.

.....

A propósito o entendimento de que emendas não podem afastar a aplicação do princípio da anterioridade foi manifestado pelo STF no julgamento da validade do IPMF, instituído com autorização na EC 3/93 (Pleno, ADI 939/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, j. 15/12/1993, m.v, DJ de 18/3/1994, p. 5165, RTJ 151-3/755).[xxix]

Verdadeiramente, o princípio da anterioridade está insculpido no mesmo artigo 150 da Constituição Federal no qual está inserido o princípio da vedação do confisco tributário, isto é, ambos foram consagrados pelo constituinte originário como imutáveis por constituírem cláusulas pétreas, uma vez que constituem direitos individuais. Tal artigo funciona como um verdadeiro estatuto de defesa do contribuinte, configurando-se em um desdobramento dos direitos e garantias fundamentais voltados especificamente para proteção dos contribuintes contra os excessos dos fiscos.

Por fim, com o preenchimento do último requisito por nós elencado, entendemos não existir nenhuma dúvida que o poder constituinte originário consagrou um valor

importantíssimo na Constituição, que é o de resguardar o contribuinte de possíveis avanços do poder estatal no seu patrimônio.

CONCLUSÕES

O art. 150, IV consagrou o princípio da vedação do confisco tributário de forma explícita na Constituição de 1988, porém, nos textos constitucionais anteriores, ele poderia ser extraído, implicitamente, como decorrência do direito da propriedade, sendo que, na Constituição de 1946, com a introdução no constitucionalismo brasileiro do princípio da capacidade contributiva, a idéia de vedação à confiscatoriedade estava implícita, também, neste princípio

Confisco tributário é um conceito indeterminado, que possui uma área nebulosa e cinzenta, uma grande área de incerteza. A indefinição se deve ao fato de que não se sabe, com certeza, quando uma tributação passa a adquirir contornos de confiscatoriedade. Tal dificuldade leva ao subjetivismo e a decisões judiciais baseadas no empirismo. O Judiciário alemão ainda não encontrou uma resposta plausível para o problema, sendo que a Suprema Corte da Argentina apontou para uma decisão com uma estipulação numérica não calcada em critérios científicos. Com isto, este tema merece uma investigação mais profunda no sentido de se identificar critérios que balizem os operadores do direito quanto a sua efetiva aplicabilidade. Entendemos que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade podem oferecer respostas condizentes para esta problemática.

O princípio da vedação do confisco alcança o tributo em si, não abrangendo as multas tributárias. A utilização de qualquer elemento de interpretação conduzirá a esta conclusão. No elemento literal temos que o art. 150, IV só se refere a tributos. O teleológico não nos permite outra interpretação, pois a finalidade das multas é desestimular práticas ilícitas com intuito tanto preventivo como punitivo. O uso do elemento lógico-sistêmico também não chega a uma conclusão diferente, já que o não-confisco tributário existe para preservar a garantia do livre exercício das atividades econômicas, não se coadunando com a permissão de atitudes ilícitas que ocasionam uma ofensa ao princípio da isonomia. A carga tributária como um todo não pode ser objeto de controle por este princípio devido a dificuldades práticas de se identificar qual o ente tributante que utilizou seu tributo com efeito de confisco.

Para uma norma ser considerada fundamental as seguintes premissas devem ser atendidas: possuir positivação constitucional, apresentar um conteúdo principiológico impregnado de valor, representar uma limitação ao poder estatal, proporcionar uma fundamentação atinente a direitos fundamentais e ter um caráter de imutabilidade ou de difícil alterabilidade, a qual só pode ser efetuada através de emenda constitucional.

O princípio da vedação do confisco preenche todos estes requisitos. É um princípio plasmado no art. 150, IV da Constituição que protege a propriedade privada dos contribuintes de tributações excessivas impostas pelos fiscos, permitindo o exercício da livre iniciativa. É um direito individual por se incluir na cláusula aberta do art. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal. Desta forma, é cláusula pétrea, já que o art. 60,

parágrafo 4º, IV da nossa Constituição veda a edição de emendas constitucionais tendentes a abolir direitos e garantias individuais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo:Malheiros, 2008.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Tradução de Luis Afonso Heck .Porto Alegre: Livraria do Advogado,2008.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ÁVILA, Humberto.**Sistema constitucional tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BARIA DE CASTILHO, Paulo Cesar. **Confisco tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 15. ed. São Paulo: Malheiros,2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Proibição de tributos com efeito de confisco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FALCÃO, Raimundo Bezerra; BRASILEIRO DE OLIVEIRA, Maria Alessandra (Orgs.). **Direito tributário:** estudos em homenagem a Hugo de Brito Machado. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2003.

FISCHER, Octavio Campos (Coord.). **Tributos e direitos fundamentais**.. São Paulo:Dialética, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003**. São Paulo: Atlas, 2007.

MARMELSTEIN,George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

---

[i] Tal dado foi recolhido de estudo feito pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), no qual foi constatado também que cada brasileiro pagou R$ 5.572,00 em impostos com um aumento de R$ 652,00 sobre os valores pagos em 2007. Disponível em: http://www.ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_id=13651&PHPSESSID=3511487c8e27ae8e26227a7a2009c144. Acesso em: 15 jun. 2009.

[ii] Em 2006, a revista Veja fez um estudo comparativo da carga tributária brasileira com outros países, constatando-se que a nossa carga tributária é comparável a da Espanha e da Alemanha, nações onde os benefícios sociais prestados são bem superiores aos realizados pelo governo brasileiro. Disponível em: http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/impostos-carga-tributaria/contexto2_g2.html. Acesso em: 15 jun. 2009.

[iii] BARIA DE CASTILHO, Paulo Cesar. **Confisco tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.64.

[iv] DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Proibição de tributos com efeito de confisco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 58-59.

[v] BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 238-239.

[vi] CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 15. ed. São Paulo: Malheiros,2000, p. 75.

[vii] BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 237.

[viii] AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 144-145.

[ix] ÁVILA, Humberto.**Sistema constitucional tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 105.

[x] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 158.

[xi] DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Proibição de tributos com efeito de confisco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34-58.

[xii] BORGES, José Souto Maior. Relações entre tributos e direitos fundamentais**.** In**:** FISCHER, Octavio Campos (Coord.). **Tributos e direitos fundamentais**.. São Paulo:Dialética, 2004, p 220-221.

[xiii] BARIA DE CASTILHO, Paulo Cesar. **Confisco tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.124.

[xiv] Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

Parágrafo 1º. A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento e tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente (CTN).

[xv] DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Proibição de tributos com efeito de confisco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 244.

[xvi] MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 116-119.

[xvii] Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=150,%20IV%20e%20multa&base=baseAcordaos. Acesso em: 16 jun. 2009.

[xviii] Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=419156&b=ACOR . Acesso em: 16 jun. 2009.

[xix] BARIA DE CASTILHO, Paulo Cesar. **Confisco tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.103.

[xx] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 76.

[xxi]SCHMITT, Carl. Verfassungslehre. Berlim: Neukoeln,1954, p. 163-173 apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 561.

[xxii] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Tradução de Luis Afonso Heck .Porto Alegre: Livraria do Advogado,2008, p. 105.

[xxiii] GUERRA FILHO, Willis Santiago. A norma de direito fundamental e o direito tributário. In FALCÃO, Raimundo Bezerra; BRASILEIRO DE OLIVEIRA, Maria

Alessandra (Orgs.). **Direito tributário:** estudos em homenagem a Hugo de Brito Machado. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2003, p. 315.

[xxiv] MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003.**São Paulo: Atlas, 2007, p. 41-42.

[xxv] MARMELSTEIN,George . **Curso de Direitos Fundamentais..** São Paulo: Atlas, 2008, p. 194.

[xxvi]SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 108-109.

[xxvii] Disponível em: http://www.portaldafamilia.org.br/artigos/texto065.shtml. Acesso em: 17 jun. 2009.

[xxviii]

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003.**São Paulo: Atlas, 2007, p. 39.

A INTERPRETAÇÃO DOS SIGNOS TRIBUTÁRIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL*

INTERPRETING TAX TERMS IN THE FEDERAL COSNTITUTION

Raphael Manhães Martins

RESUMO

O presente trabalho parte da do pressuposto que a interpretação dos signos insculpidos na Constituição Federal é o primeiro passo para a realização de qualquer analise hermenêutica. Para tanto, na primeira parte do trabalho, busca-se qualificar a relação entre os signos constitucionais e os conceitos subjacentes, e o processo pelo qual tais conceitos ingressam no texto constitucional. Na segunda parte, buscamos alinhavar e agrupar, através de uma analise de julgados do Supremo Tribunal Federal, quais os argumentos empregados na interpretação dos signos constitucionais e definir quais os que devem ter prevalência quando contextualizados no Sistema Tributário Constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: SITEMA TRIBUTÁRIO CONSETITUCIONAL; SIGNOS E CONCEITOS CONSTITUCIONAIS; HERMENEUTICA

ABSTRACT

This paper starts with the basic idea that interpreting the terms of the brazilian Federal Constitution is the first step in any serious hermeneutic analysis. Therefore, in the first part of this paper we study the relation between the constitutional terms and their concepts, and the process through which these concepts are introduced into the constitution text. In the second part we analyze and group the arguments commonly used by the Federal Supreme Court in order to interpret a given constitutional term and try to given a criteria of which arguments should have more weight in the Constitutional Tax System.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL TAX SYSTEM; CONSTITUTIONAL TERMS AND CONCEPTS; HERMENEUTIC

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal elenca em seus artigos 145 a 162 as denominadas regras de competência, assim entendidas as regras que buscam delimitar o comportamento a ser adotado pelos entes federados ao instituírem tributos. Desta função básica das regras de competência decorre a questão problemática fundamental que é definir qual a sua elasticidade, isto é, quais os limites, a partir dos quais a manifestação do poder de tributar mostra-se abusivo.

O problema agrava-se na mediada em que, se por um lado, tais regras devem possuir maleabilidade (textura aberta) suficiente para enquadrar cada um dos tributos autorizados pelo Sistema Tributário Nacional, por outro, devem apresentar limites cognoscíveis ao legislador, com rigidez suficiente para garantir a segurança jurídica do contribuinte e coibir eventuais excessos arrecadatórios do fisco.

Nessa atribuição de fixar os limites do exercício do poder tributário, ao lado de limitações formais (legalidade, irretroatividade, não-confisco, anterioridade, etc.) e materiais (proporcionalidade, razoabilidade, capacidade contributiva), o legislador constituinte, como técnica legislativa, redigiu tais regras de competência mediante o emprego de determinados signos (expressões linguísticas), com o objetivo de delimitar as possibilidades hermenêuticas do aplicador da lei constitucional[1]. A título exemplificativo, são signos desta natureza: "imposto", "receita", "produtos industrializados", "livro", "faturamento", "folha de salários" etc.

A despeito desta clara intenção legislativa de dotar o Sistema Tributário Constitucional de rigidez suficiente para impedir uma maior liberdade legislativa sobre quais fatos podem ser objeto de tributação, o que se tem verificado é que tanto o legislador infra-constitucional quanto o judiciário encontraram neste conjunto de signos justamente o oposto, isto é, uma abertura maleável o suficiente para, de forma obtusa, superar os limites impostos pelo sistema tributário constitucional.

Tal fato ocorre, principalmente, em virtude de deficiências dogmáticas na interpretação ou análise do conteúdo significativo dos signos constitucionais, o que impede um maior controle inter-subjetivo em relação às arbitrariedades cometidas no processo de análise e atribuição de significado a tais signos[2].

Afinal, a análise dos signos constitucionais possui complexidades próprias, não limitadas à mera análise filológica ou, como preferem alguns, simplesmente "olhar o dicionário"[3]. A atividade hermenêutica do jurista não se resume a uma mera compreensão de determinado signo ou norma constitucional. Sua finalidade é antes determinar a força e o alcance de tais signo, através de um processo de correlação entre este signo e o conceito abstrato que lhe subjaz, objetivando sua operabilidade e aplicabilidade[4].

A ausência de uma técnica aliada à falta de compreensão sobre esse verdadeiro *munus* do jurista ao trabalhar com os signos e conceitos normativos criam uma miríade de situações-problema, que ainda não foram satisfatoriamente resolvidos[5].

Em primeiro lugar, mais de um conceito pode normalmente ser relacionado (subsumido) a um signo lingüístico. Afinal, tal signo pode fazer referência tanto a um conceito técnico quanto a um conceito vulgar. Mais ainda, mesmo que se resolva excluir a possibilidade de utilização do sentido vulgar quando da análise de signos constitucionais, continuamos com o problema quando encontramos mais de um conceito técnico que possa ser atribuído ao mesmo signo. E não raro encontramos mais de um destes significados técnicos sendo consagrados em diversos diplomas da legislação infra-constitucional.

Nesse sentido, qual o conceito do que seria "empregado"? Para a legislação trabalhista "empregado" é aquele que presta "serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário", tal como definido no *caput* do art. 3º, da Consolidação das Leis Trabalhistas. Para a legislação previdenciária, "empregado" é aquele que se enquadra em uma das situações estabelecidas no inciso I, do artigo 11, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Num sentido vulgar, por outro lado, "empregado" pode ter ainda uma terceira, quarta ou quinta acepções, com elementos próprios, coincidentes ou não com os anteriores. Neste caso, a definição do conceito por trás do signo constitucional de "empregado" determinará quem deverá financiar a seguridade social, nos termos do artigo 196, II, da constituição federal, em sua redação original[6].

Uma vez determinado qual o conceito aplicável, entretanto, surge um segundo problema que é determinar quais as "notas características" (*Merkmale*) ou elementos comuns que fizeram parte do processo de construção do conceito. Afinal, o conceito (abstrato) pressupõe a limitação destas características, mediante as quais os objetos (concretos) podem ser classificados como semelhantes ou dessemelhantes, coincidentes ou não-coincidente. Isto a fim de determinar, através do raciocínio inverso, quais os objetos que podem ser subsumidos ao conceito identificado. Assim, é necessário determinar quais as características mínimas em comum necessárias para enquadrar determinado objeto em um conceito pré-determinado.

Tal fato fica mais claro quando tentamos responder à singela questão: "O que é um 'livro'?" ou, dito de outra forma, "O que não é um 'livro'?". Longe de ser um mero jogo lingüístico, esta é fundamentalmente a pergunta que temos que responder para determinar se determinada publicação - como uma revista de figurinhas, um catálogo de telefone, um informe publicitário ou um texto em formato digital - podem fazer jus à imunidade prevista no art. 150, IV, d, da Constituição Federal.[7]

Um terceiro problema é o fato de que, ainda que consigamos determinar qual o conceito que subjaz a determinado signo lingüístico e as notas de um tal conceito, temos que aceitar que os elementos caracterizadores de determinados conceitos se alteram, de forma que a fixação do conteúdo significativo de determinado signo, em determinado momento, pode já estar desatualizada quando da análise de uma nova situação[8].

Apesar dessa pouca atenção dispensada pela doutrina à análise dos signos (expressões e vocábulos) utilizados no texto constitucional nacional, fato é que tal apatia não teve ressonância em nossas cortes superiores. Ao contrário, há tempos que tal análise é um tema recorrente nas decisões, principalmente, do Superior Tribunal Federal ("STF")[9].

Portanto, tendo como base os debates travados nestas decisões, dois são os objetivos do presente trabalho: em primeiro lugar, analisar o processo formação dos conceitos

constitucionais; e, em segundo, identificar e sopesar os argumentos utilizados tanto para correlacionar os signos constitucionais aos seus conceitos, quanto para delimitar tais conceitos, identificando suas "notas características".

Assim, na primeira parte deste trabalho, será realizado um mapeamento do problema, identificando, de forma sucinta, o que seriam os signos, conceitos e conceitos jurídicos, para, em seguida, analisar o seu processo de constitucionalização, isto é, quais as peculiaridades que estes conceitos adquirem ao integrar o texto constitucional.

Na segunda parte, far-se-á um levantamento dos argumentos utilizados pelo STF para identificação dos conceitos que subjazem aos signos do Sistema Tributário Constitucional, buscando: i) entender qual a conseqüência da escolha deste ou daquele argumento; e ii) valorar qual dos critérios deve ter prevalência sobre os demais, considerando o direito constitucional tal como positivado em nossa Constituição Federal e as especificidades Sistema Tributário Constitucional em relação ao restante do texto constitucional.

A. DOS SIGNOS AOS CONCEITOS CONSTITUCIONAIS

1. SIGNOS, CONCEITOS E CONCEITOS JURÍDICOS

Para enfrentar a questão de como atribuir conteúdo significativo aos signos lingüísticos positivados em nossa constituição federal, faz-se necessário partir de duas questões prévias, quais sejam, "o que é um conceito jurídico?" e "como se relacionam/diferenciam os conceitos jurídicos, os conceitos em geral, e seus signos?".

O pressuposto para responder as duas questões é o reconhecimento de que o Direito é fundamentalmente uma ciência comunicativa, seja para ordenar conflitos, seja para instrumentalizar políticas.

Para tanto e a fim de alcançar o máximo de efetividade, este precisa valer-se de determinadas palavras e expressões jurídicas a fim de serem referenciáveis por terceiros. Tais palavras e expressões usadas no discurso jurídico, entretanto, possuem origens diversas[10] - do discurso vulgar, da própria ciência jurídica ou incorporados de outras ciências - de forma que o seu emprego em determinada situação nada mais é do que um juízo quanto a sua convencionalidade, isto é, decorrente do uso e de uma certa aceitação dessa fixação. Nesse sentido, a subsunção de determinado objeto a uma expressão lingüística nada mais é do que uma arbitrariedade, cuja convencionalidade decorre exclusivamente do reiterado uso lingüístico do mesmo[11].

Ocorre que, se por um lado, o ato de associar, por exemplo, um objeto carro a esta palavra num contexto não técnico não possui - na maioria dos casos - maiores conseqüências práticas, para o jurista esta associação não é um pressuposto, mas parte do problema. Na medida em que se emprega a palavra "carro", esta deve ser utilizada

apenas para se referir a determinado objeto e não qualquer outro (uma motocicleta ou carroça, por exemplos)[12].

A questão fundamental para o jurista é, portanto, encontrar a forma técnica, ou melhor, inter-subjetivamente controlável, de correlacioná-los. O caminho para tanto parte do reconhecimento de que as palavras nada mais são do que um mero referencial ou mediador entre estes objetos e os conceitos que lhes subjazem[13].

Afinal, num exemplo um tanto banal, caso se queira proibir a entrada de determinados veículos em um parque (conforme o conceito abstrato que o administrador do parque tenha), poder-se-ia colocar uma placa com os dizeres: "É proibida a entrada de carros, motocicletas, tratores, caminhões, etc. bem como tudo aquilo que possua as seguintes características: possuir rodas, ter mobilidade, propulsão por motor, etc."; ou simplesmente fazer a referência de que "É proibida a entrada de veículos"[14].

Neste exemplo, fica evidente que o signo lingüístico ("veículos") assume uma dupla função: de um lado, permite a denotação dos objetos e fatos que eventualmente abranjam[15]; de outro, serve para a identificação visual do conceito, isto é, como seu referencial. Mas, em qualquer caso, o signo é apenas esta referência.

A discussão a ser travada, portanto, é identificar qual é, em cada caso, o conteúdo significativo de um signo lingüístico. Este problema não se resume a encontrar a definição de determinada palavra - o que se resolveria com uma simples busca no dicionário - mas identificar qual o conceito que se correlaciona com cada signo em determinado caso concreto e qual o conjunto de atributos que compõe tal conceito - e, portanto, diferenciam um conceito do outro ainda que eventualmente sejam referenciáveis pelo mesmo signo.

Para tanto, é importante notar que os conceitos nada mais são do que o resultado de um processo de abstração ou, como diria Ernst Cassirer, um "processo espiritual mediante o qual se opera a elevação do singular ao genérico, a passagem das percepções e representações particulares a um conceito genérico"[16].

Desta forma o conceito se constitui pela compreensão e apreensão de um certo número de características comuns a determinados objetos[17]- sintomático, neste sentido, é que, em alemão, conceito (*Begriff*) tem sua origem nos verbos apreender, compreender ou tomar com as mãos (*begreiffen*). Estas características semelhantes são "reunidas no pensar", abstraindo-se suas características heterogêneas, retendo unicamente aquilo que é homogêneo, comum aos diversos objetos[18]: suas propriedades, notas e atributos.

No exemplo acima citado, a definição de um conceito para o signo "veículos" implicou na seleção de determinadas características (notas) comuns a carros, motocicletas, tratores, caminhões, e demais objetos que estariam proibidos de entrar no parque, quais sejam: possuir rodas, ter mobilidade, propulsão por motor, fazer barulho, emitir poluição, etc.

Os conceitos jurídicos tem uma estrutura peculiar, em relação aos conceitos em geral. Isso, na medida em que ao invés de objetos, os conceitos e signos referem-se a significações, ou, dito de outra forma, ao jurista não importa descobrir a essência de uma coisa (como o biólogo perguntaria "o que é determinado animal?", ou um químico

indagaria sobre "o que é água?"), mas o seu significado. Cabe ao jurista, enunciando o contexto em que o conceito se insere, buscar uma definição "operacional (funcional) - e não essencialista - dele"[19].

Tal fato decorre de que o conceito jurídico não possui - ou melhor, não necessariamente possui - um objeto "em si", mas antes têm como conteúdo significações atribuíveis a estados, situações ou coisas. Os conceitos jurídicos são usados não para definir as características essenciais dos objetos, mas para permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas[20].

Uma vez atribuído a determinada coisa, estado ou função, quanto a ela aplicar-se-ão determinada norma jurídica, caso todas as suas notas sejam subsumíveis na coisa, estado ou situação à qual se o vai atribuir[21].

2. A constitucionalização dos conceitos

Da forma como foi exposta a determinação dos signos e conceitos constitucionais, no ponto anterior, o problema de identificar qual o conceito que melhor se adequa a cada signo parece um exercício de divagação intelectual. Bastaria ao jurista pensar, elucubrar qual o conjunto de características que ele gostaria que o conceito tivesse e, *voilá*, ter-se-ia um novo conceito possivelmente aplicável.

É evidente que o campo de possibilidades hermenêuticas, na seara constitucional, não pode ser tão amplo, na medida em que, se assim o fosse, restaria impossível qualquer consenso sobre a análise dos signos constitucionais. Ao contrário, o campo que delimita o conjunto de argumentos válidos para a identificação dos conceitos constitucionais deve encontrar respaldo no próprio sistema jurídico ou no contexto social em que a norma insere-se.

Afinal, não pode o intérprete desprezar a escolha lingüística do legislador constitucional e, a seu bel alvedrio, desprezando o texto, criar a sua própria norma. Trata-se, conforme Ana Paula de Barcellos de que "nada obstante se possa, e efetivamente se deva, somar à norma outros elementos - como a interpretação orientada pelos princípios e o próprio controle da constitucionalidade ou da razoabilidade acima - não se tratará nunca de uma superação da legalidade, mas de um passo à frente que, partindo da lei, agrega-lhe outras considerações."[22]

Isso porque, em prol do princípio da segurança jurídica, entende-se que se o constituinte quisesse criar um conceito inexistente no plano fático-normativo para o seu texto, ele o deveria ter explicitado, a fim de que, conforme acima ressaltado, tal conceito pudesse ser *referenciado* pelo aplicador da norma.

Sem tais conceitos em nosso Sistema Constitucional[23], resta ao interprete, em primeiro lugar, investigar os conceitos do sistema constitucional em duas fontes: ou na linguagem comum, isto é, aquele(s) conceito(s) utilizados pelo "homem-da-rua", ou existentes na linguagem técnica, que, por sua vez, podem ser de duas naturezas: a jurídica ou decorrente de ciências afinas[24]. Num segundo momento, caberá averiguar

qual o efeito da constitucionalização de tal conceito, isto é, se o fato deste penetrar no sistema constitucional implica, necessariamente, na sua transformação.

Dessa forma, o conjunto de conceitos utilizáveis na interpretação dos signos constitucionais podem pertencer a dois grandes grupos, segundo a sua origem[25]:

A) os conceitos constitucionais autônomos, assim entendidos aqueles conceitos que não guardam paralelo com conceitos extra-constitucionais, seja por serem: A.1) conceitos constitucionais autônomos *strictu sensu*, isto é, aqueles criados pelo legislador constitucional[26]; ou A.2) conceitos pré-existentes modificados. quais sejam, aqueles conceitos que, quando incorporados ao texto constitucional adquiriram um novo conteúdo, por determinação do legislador (modificação expressa) ou por efeitos de sua inserção no sistema normativo constitucional (modificação tácita); ou

B) conceitos constitucionais recepcionados, assim entendidos aqueles conceitos que foram recepcionados pela constituição e guardam paralelo com o respectivo conceito extra-constitucional, podendo, quanto à sua origem, serem; B.1) conceitos jurídicos infra-constitucionais, cuja origem reside no sistema legal infra-constitucional; B.2) conceitos extrajurídicos técnicos, cuja origem decorre de outros ramos do saber; ou B.3) conceitos extrajurídicos vulgares, quais seja, aqueles conceitos que não se originam de um contexto técnico mas do uso corrente da linguagem e das convenções sociais.

Considerando inexistirem, em nosso sistema constitucional conceitos constitucionais autônomos *strictu sensu*, nem conceitos pré-constitucionais expressamente modificados[27], o foco dos debates tem sido identificar o conceito paralelo ao constitucional e averiguar se suas características foram alteradas, ou melhor, conformadas, no processo de sua constitucionalização.

B. DOS CONCEITOS CONSTITUCIONAIS AOS SIGNOS

1. Sistematizando os argumentos: interpretando os signos constitucionais

Apesar da natureza humana ser infinita em sua capacidade criativa, é certo que ela tende a seguir determinados padrões, como atestam as recentes construções teóricas sob a denominação de "Teoria dos Jogos". Assim sendo, se a tarefa de encontrar quais os possíveis argumentos invocáveis na análise de determinada situação seria - na maior parte dos casos - impossível, é perfeitamente aceitável enquadrá-los em grandes categorias, que corresponderiam a tais padrões.

Aplicando-se esta premissa ao problema da identificação dos conceitos constitucionais, verifica-se que os argumentos invocáveis nesse sentido podem ser agrupados[28], considerando os diferentes elementos de contextualização utilizados pelo intérprete. Nesse sentido e tomando por paradigma a análise de argumentos utilizados pelo STF para identificar qual o conceito aplicável a determinado signo constitucional, é possível dividir tais argumentos nos seguintes grupos: i) consistência onomástica; ii)

sistemáticos constitucionais; iii) sistemáticos-infra-constitucionais; iv) histórico-evolutivos; v) genético-formativos; e vi) não institucionais[29].

Esclareça-se, entretanto, que com a referida divisão não se busca criticar ou desprezar os critérios utilizados para a interpretação legal, seja os tradicionais ou aqueles adotados em formulações mais recentes[30]. Trata-se, ao contrário, de uma tentativa de sistematizar e categorizar os argumentos utilizados pelo nosso Supremo Tribunal Federal na decisão de casos concretos, identificando o racional lógico destas tomadas de posições para, posteriormente, valorá-las e criticá-las à luz dos princípios que regem o sistema constitucional-tributário brasileiro.

(i) Consistência onomasiológica

Conforme lição remansosa sobre hermenêutica jurídica, o primeiro passo na interpretação de uma norma é verificar o sentido dos vocabulários do texto e a sua correspondência com a realidade que ele designa. Trata-se, no caso dos conceitos, de buscar o seu aspecto semântico ou "onomasiológico, isto é, o uso corrente da palavra para a designação do fato."[31]

Nesse sentido, os argumentos de natureza onomástica dizem respeito ao significado lingüísticos do signo empregado, a partir do qual buscar-se-á delimitar as notas de determinado conceito. Sua importância decorre da aceitação de duas premissas hermenêuticas, quais sejam: "(1) que o conteúdo vinculante de uma norma deve ser o conteúdo semântico dos seus enunciados lingüísticos, tal como eles são mediatizados pelas convenções lingüísticas relevantes; (2) a formulação lingüística da norma constitui o limite externo para quaisquer variações de sentido jurídico-constitucionalmente possíveis"[32].

Argumentos de ordem onomástica são amiúde utilizados pelo STF, em especial o Ministro Marco Aurélio: "De início, lanço a crença na premissa de que o conteúdo político de uma Constituição não pode levar quer ao desprezo do sentido vernacular das palavras utilizadas pelo legislador constituinte, quer ao técnico, considerados os institutos consgrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, por força dos estudos acadêmicos e pela atuação do pretórios [...]"[33].

Mas cite-se também o manifestação de voto do Ministro Celso Mello, no mesmo julgado: "As expressões empregador, salários e empregado, Sr. Presidente, refletem noções conceituais largamente consolidadas no plano de nossa experiência jurídica. Desse modo, e não obstante o sentido comum que se lhes possa atribuir, esses conceitos encerram carga semiológica que encontra, no discurso normativo utilizado pelo legislador constituinte, plena correspondência com o seu exato, técnico e jurídico significado, do qual não pode o legislador ordinário divorciar-se ao veicular a disciplina de qualquer espécie tributária [...]"[34].

Apesar de ser o porto mais seguro para o intérprete de determinado signo constitucional, na medida em que a análise onomástica resolverá a maior parte das dúvidas hermenêuticas, ela pode não ser suficiente para dirimir todas as questões.

Afinal, caso um signo refira-se, exclusivamente a um conceito, é preciso determinar quais as notas deste conceito, o que nem sempre será uma tarefa unívoca. Isso porque os conceitos, assim como as normas em geral[35], além de englobar determinadas notas que são incontestes e que poderíamos denominar de notas-centrais, podem possuir determinadas notas que, por se colocarem marginais ao conteúdo onomástico do signo, sejam discutíveis. Pense-se no signo "faturamento" utilizado do artigo 195, I, da Constituição Federal, por exemplo, seria a emissão de fatura uma nota necessária para a sua configuração?

Mas afora essa situação específica em que o signo remete a apenas um conceito, o conteúdo onomástico dos signos constitucionais podem conduzir a uma pluralidade conceitos validamente referíveis[36]. Tal situação pode ocorrer, como já analisado, tanto por haver na legislação infra-constitucional o emprego do mesmo signo com conceitos diversos, quanto por existirem conceitos técnico-jurídicos, técnicos extra-jurídicos e vulgares que se valem de um mesmo signo[37].

A insuficiência do argumento onomástico demanda a utilização de outros argumentos para se chegar a um consenso sobre a delimitação do conceito dos signos constitucionais.

(ii) Sistemático-Constitucionais

Não é possível ignorar que os signos devem ser interpretados de acordo com o contexto em que se inserem, seja este determinado pelo conteúdo sintático do signo (relacionado à estrutura gramatical em que se insere), pelo conteúdo significativo do enunciado[38] em que está sendo utilizada, ou pelo sistema do qual o signo - e por sua vez, seu enunciado - participa[39]. Os argumentos sistemático-constitucionais estão relacionados, portanto, a tais esforços contextuais dentro do sistema constitucional.

Para aclarar como tais argumentos são utilizados, tomemos o signo "faturamento", como exemplo. Se este estiver empregado ao lado de signos que não sejam da mesma espécie (p. ex. "folha de salários, o faturamento e os lucros"), num enunciado com o escopo de delimitar a competência tributária (p. ex. "a base de cálculo do imposto será exclusivamente o faturamento do empregador") ou em um sistema onde o princípio da legalidade tenha preponderância, haverá uma interpretação restritiva do conceito, mediante o reconhecimento de um maior número de notas albergadas pelo mesmo - na medida em que quanto maior o número de notas de um determinado conceito, menor o seu campo de incidência[40].

Por outro lado, se o mesmo signo estiver empregado ao lado de signos da mesma espécie (p. ex. "a receita ou o faturamento"[41]), num enunciado cujo significado seja a de conferir amplitude à competência tributária do poder público (p. ex. "o imposto incidirá,

dentre outras receitas, sobre o faturamento") ou em um sub-sistema onde outros princípios, como da solidariedade social, tenham preponderância, haverá uma interpretação menos restritiva do conceito, excluindo determinadas notas consideradas não essenciais, a fim de ampliar a sua hipótese de incidência.

Assim foram alguns dos argumentos sistemático-constitucionais utilizados no RE 390.840/MG[42]:

"Ora, o fato de o artigo 195, § 4º, da Constituição da República, ao dar competência suplementar à União para instituir contribuições sociais inespecíficas, dependentes '*de outras fontes destinadas à manutenção ou expansão da seguridade*', já prova que, ao aludir a 'faturamento', além de 'folha de salário' e 'lucro', empregou essa palavra em sentido predeterminado, pois de outro modo a previsão daquela competência residual perderia todo o senso, ao admitir-se fossem vagos e imprecisos os conceitos de faturamento, de folha de salário e de lucro!"[43].

"A Constituição dizia, anteriormente à EC 20/98, que a seguridade social seria financiada, entre outros, mediante recursos provenientes de contribuição social 'dos empregados, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e os lucros' (art. 195, I). A EC 20/98 alterou o preceito, para afirmar que essa mesma contribuição incidirá sobre a folha de salários e outros rendimentos do trabalgo, sobre 'a receita ou o faturamento' e sobre o lucro [...] A alteração no texto da Constituição aparentemente, mas não necessariamente indica alteração no campo de incidência da contribuição. A emenda, ao referir 'a receita ou o faturamento' poderia estar a tomar receita como sinônimo de faturamento e faturamento como sinônimo de receita"[44].

"Tudo estaria pacificado não fosse o advento da Lei ordinária 9.718, de 1988, fruto da conversão da Medida Provisória 1.724, de 1998, que equiparou os termos 'faturamento' e 'receita bruta', não exclusivamente operacional [...] Poderia fazê-lo? Unir o que a Constituição não uniu? Este é o cerne da questão. Minha resposta é, parodiando o Ministro Marco Aurélio, 'desenganadamente não'. Neste interregno, entretanto, sobreveio a Emenda Constitucional 20/98 e separou o que a Constitucional originária não o fez. Criou a conjunção disjuntiva 'ou a receita ou o faturamento'"[45].

"Foi preciso, portanto, superar, do contrário, chegaríamos ao absurdo de identificar atividades que não teriam faturamento, portanto estariam isentas ou imunes a essa contribuição, embora pujantes do ponto de vista financeiro. E, vejam, faltando com o dever de solidariedade social no contexto da seguridade."[46]

Importante observar, entretanto, que não pode o interprete, com a desculpa de interpretar, ignorar os próprios limites impostos pelos signos utilizados. Dessa forma, os argumentos de ordem sistemático-constitucionais possuem um papel relevante para a determinação do significado e alcance dos signos constitucionais, mas neste signo reside o seu limite[47].

(iii) Sistemático-infra-constitucionais

Os argumentos de ordem sistemático-infra-constitucionais invocam o conteúdo significativo dos signos infra-constitucionais iguais ou semelhantes aos signo constitucionais. Trata-se da alegação de que o legislador infra-constitucional, ao adotar um signo lingüístico pré-existente no ordenamento jurídico, teria incorporado conceito deste, constitucionalizando-o.

Os argumentos de tal natureza suscitam, entretanto, a desconfortável alegação de uma eventual "interpretação da constituição conforme as leis" (*gesetzeskonform Verfassungsinterpretation*). Se tal admoestação for fundada, o conteúdo da norma constitucional seria atribuído pela norma infra-constitucional, numa clara violação ao princípio da supremacia da constituição.

Tal entendimento, entretanto, desconsidera que uma das marcas da ordem jurídica contemporânea - entendendo-se por ordem jurídica "a globalidade de normas jurídicas vigentes num determinado Estado" - é a sua configuração como um sistema complexo, por meio do qual "os seus elementos e as suas partes constitutivas - as normas, as instituições, os direitos - interagem de uma forma imbricada e intricada, não podendo os resultados da interacção ser previstos em termos totalmente rigorosos."[48]

Assim, os signos lingüísticos constitucionais somente podem ser adequadamente compreendidos se o intérprete levar em consideração os correlatos signos infraconstitucionais[49], o que, se por um lado, implica no reconhecimento de uma "interpretação da constituição conforme a lei", por outro decorre de uma necessária exigência da própria unidade do Direito[50].

É o que Ricardo Lobo Torres já apontou: "as peculiaridades da interpretação da Constituição, todavia, não a levam a se afastar dos métodos hermenêuticos empregados nos demais ramos de Direito nem a interromper drasticamente a comunicação com as leis ordinárias e com vida social, sob pena de se conspurcar o próprio princípio da unidade do Direito."[51]

Um segundo problema a ser enfrentado, ainda em relação aos argumentos desta natureza, reside na questão da mutação da ordem infra-constitucional superveniente à promulgação da constituição.

Nessa situação, portanto, os argumentos sistemático-infra-constitucionais não se referem apenas ao sistema infra-constitucional anterior à Constituição e que foram incorporados, mas também à possibilidade da mutação dos conceitos infra-constitucionais uma vez "constitucionalizados".

Em tal caso, resta saber se tal mutação implicaria numa correspectiva alteração do conceito constitucional ou este, uma vez criado, mostrar-se-ia cristalizado e imutável e a alteração no conceito infra-constitucional mostrar-se-ia, quando conflitante com a norma constitucional, incostitucional.

Assim e conforme o voto do Ministro Celso de Mello no RE 390.840/MG[52], fazendo referência tácita ao artigo 110, do Código Tributário Nacional[53]: "considerando os termos da discussão em torno da noção conceitual de faturamento, que a legislação tributária, emanada de qualquer das pessoas políticas, não pode alterar a definição, o conceúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados,

expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, para definir ou limitar competências tributárias".

No mesmo sentido, o Ministro Cezar Peluso se manifestou: "É claro que o preceito [Artigo 110, do CTN] não serve a interpretar a Constituição, mas tem eficácia enquanto predica sanção de invalidez às normas tributárias que a contrariem nos aspectos enunciados. E não deixa de confirmar que a Constituição da República usa, implicitamente, conceitos de direito privado para definir ou limitar competências tirbutárias. Ao outorgar à União competência para instituir contribuição social sobre o faturamento, o constituinte originário indicou-lhe desde logo, de modo expresso, o fato gerador (hipótese de incidência) e a base de cálculo possíveis, interditando *ipso facto* à lei subalterna alargar ou burlar tais limites mediante subterfúgios lingüísticos ou conceituais, como, p. ex., alteração dos significados normativos incorporados pela Constituição."[54]

(iv) Histórico-Evolutivo

Os argumentos de natureza histórico-evolutiva[55] partem da concepção de que os conceitos não são blocos monolíticos que se mantêm estanques desde o ato de sua criação em diante, mas, ao contrário, sofrem uma evolução em decorrência dos próprios usos e costumes da sociedade. Afinal, conforme Miguel Reale apontou: "fácil é perceber que [...] uma norma jurídica, uma vez emanada, sofre alterações semânticas, pela superveniência de mudanças no plano dos fatos e valores", até que não mais é possível a adaptação do texto, tal como se encontra e faz-se necessária a sua revogação[56].

Esse caráter evolutivo dos conceitos foi bem apanhado pelo Ministro César Peluso, em seu voto no RE 390.840/MG[57]: "A Constituição Federal não explicita o sentido nem o alcance da palavra *faturamento*, como tampouco o faz em relação a 'tributo', 'propriedade', 'família', 'liberdade', 'vida', 'crime', 'cidadão', 'sufrágio', etc. Ou seja, não há, no texto constitucional, predefinição ou conceituação formal dos termos aí usados, nem seria conveniente que o houvesse em todos os casos, pois o texto deve adaptar-se à necessidades históricas da evolução socioeconômica, segundo sua vocação de abertura permanente"[58].

Da mesma forma, cite-se a intervenção, ainda que com propósitos retóricos, do Ministro Gilmar Mendes: "Sabemos muito bem, no campo da propriedade, como se dá essa evolução, a ponto de, por exemplo, hoje, também na jurisprudência do direito comparado, entender que o conceito de propriedade é abrangente das poupaçãs, das pensões. Por quê? Porque a própria sociedade evolui e se vê que as pessoas, hoje, já não estão mais afetas à propriedade imobiliária, mas precisam desta garantia para sua relações normais da vida."[59]

(v) Genéticos-Formativos

Os argumentos genético-formativos dizem respeito à gênese do texto legal, isto é, quais as condições que circundavam a criação de determinada norma e levaram o legislador constitucional a adotar determinado conceito. Busca-se não a *mens legis* mas uma provável *mens legislatoris*, através de uma análise e pesquisa dos debates travados em plenário, das justificativas para a apresentação de determinada emenda ao texto constitucional, dos caminhos e descaminhos do processo legislativo[60], etc.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, invocando manifestação anterior assim ponderou: "Nessa breve história legislativa da COFINS, percebe-se, desde logo, que já sob o regime da Lei Complementar de 1991 a acepção de faturamento adotada pelo legislador não correspondia àquela usualmente adotada nas relações comerciais". Da mesma forma, o Ministro Marco Aurélio, em uma de suas intervenções, assim argumentou: "Então, Presidente, o legislador percebeu que fora muito adiante do que autorizado pela Carta da República e editou a Emenda constitucional nº 20, para, com isso, placitar o deslize já verificado.

Os argumentos de natureza genético-formativos, entretanto, estão cada vez mais em desuso, tendo em vista o ocaso da doutrina que lhe é subjacente, isto é, a subjetivista[61]. Conforme Rafael Bielsa já nos chamava a atenção: "existe una prática que por diversos motivos debe deplorarse, y es la de ir a los debates legislativos en procura de la verdadera significación de la ley. Por lo pronto, ello suele agrava la confusión, porque una cosa es indagar la *ratio legis* de una disposición, y otra es indagar la verdadera significación y el valor filológico del vocablo. Además, no es muy recomendable eso de tener que leer diarios de sesiones para saber cómo entendió el legislador X un concepto o una palabra."[62]

(vi) Argumentos não-institucionais

Sob a denominação de argumentos não-institucionais, assim Humberto Ávila os qualificou: "Os argumentos não-institucionais não fazem referência aos modos institucionais de existência do Direito. Eles fazem apelo a qualquer outro elemento que não o próprio ordenamento jurídico. São argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob pontos de vista econômicos, políticos e/ou éticos. As conseqüências danosas de determinada interpretação e a necessidade de atentar para os planos de governo enquadram-se aqui"[63].

Tratam-se, portanto, daqueles argumentos nos quais resplandecem muito mais a cosmovisão (*Weltanschauung*), isto é, o conjunto de suas percepções político-filosóficas, do que uma preocupação com a dogmática jurídica. Argumentos dessa natureza invocam, por exemplo, a necessidade de desburocratizar o Direito, preocupações com eficiência e eficácia dos atos administrativos ou com os impactos sócio-econômicos de uma decisão em determinado sentido.

Tais argumentos, entretanto, apesar de amiúde invocados (ainda que às vezes com o propósito meramente retórico) são de todos os mais indevidos. É que o interprete, ao utilizá-lo, ao invés de interpretar a constituição está, na verdade, ignorando-a. Nesse sentido, lapidar é a posição Ministro Sepúlveda Pertence: "Argumentos de necessidade, por mais relevantes que possam ser, não devem prevalecer sobre o império da Constituição. Razões de Estado, ainda que vinculadas a motivos de elevado interesse social, não podem legitimar o desrespeito e a afronta a princípios e valores sobre os quais tem assento o nosso sistema de direito constitucional."

2. Sopesando os argumentos: uma análise à luz do direito positivo

Um leitor que desconhecesse o sistema constitucional brasileiro poderia imaginar uma série de critérios para definir aquele, dentre os grupos de argumentos supra referidos, que teria preponderância. Poderia alegar que aquele invocado pelo Ministro mais antigo na Casa teria prevalência (a força da autoridade do intérprete), que aquele invocado pelo maior número de magistrados teria prevalência (a força da maioria)[64], ou mesmo que não haveria um argumento melhor, sendo a determinação do resultado algo aleatório (a força da neutralidade).

Ocorre que tais possíveis critérios e pseudo-critérios, apesar de encontrarem certa ressonância em outros campos do saber, não se coadunam com a ordem constitucional brasileira. Isso na medida em que a reconhecemos não como um mero texto normativo mas um verdadeiro "sistema normativo de regras e princípios"[65].

Essa tomada de posição em relação à Carta constitucional brasileira implica em uma série de conseqüências metodológicas. Dentre elas, a mais relevante para o presente trabalho consiste no reconhecimento de que, embora todas as normas (princípios ou regras) tenham igual dignidade, elas possuem funções sistêmicas distintas. Os princípios, diferentemente das regras, possuem o que José Joaquim Gomes Canotilho denominou de uma "dimensão constitutiva", isto é, eles "na sua 'fundamentação principal', exprimem, indicam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional"[66].

Em outras palavras, os princípios são normas primariamente complementares, ou seja, embora não tenham uma pretensão de gerar uma solução específica para o caso concreto, contribuem para a tomada de decisão, através da atribuição de um peso para as diversas razões em conflito[67].

Assim sendo, embora no plano meramente abstrato os argumentos não possuam um valor intrínseco, ao serem utilizados em relação ao plano constitucional eles passam a ser sopesados conforme a força (peso) que os princípios constitucionais lhes atribuam. Não também no plano abstrato, mas dentro do sistema e de seus sub-sistemas consagrados na constituição[68].

Assim sendo, num subsistema marcado pelo princípio da solidariedade, por exemplo. no Título VIII da Constituição Federal, que trata da ordem social, grupos de argumentos que favoreçam o alargamentos de um conceito para incluir situações semelhantes teriam um maior peso do que aqueles que, presos a uma interpretação mais onomástica,

favorecessem sua exclusão. Por outro lado, em um subsistema marcado pelos princípios da legalidade e da segurança jurídica[69], como no Título VI da Constituição Federal, que trata da tributação e do orçamento, o vetor seria outro, conforme o seguinte gráfico:

- Argumentos Onomásticos

- Argumentos Sistemático-constitucionais e Sistemático-infra-constitucionais

-Argumentos Histórico-Evolutivos

- Argumentos Genético Formativos

- Argumentos Não-institucionais

Neste sentido, pela prevalência dos aludidos princípios na ordem tributária, os argumentos de ordem lingüística e sistemáticos teriam prevalência ou maior peso, sobre os demais. Não se trata que em todos os casos os demais grupos de argumentos serão sempre refutados, mas sim o fato de que estes terão um menor peso em relação aos outros. Conforme explicitado por Humberto Ávila: "A conjugação desses fatores conduz à prevalência dos argumentos lingüísticos e sistemáticos sobre os meramente práticos. Essas regras de prevalência são os argumentos relacionados à necessidade de aumentar a arrecadação ou à importância do financiamento da saúde, não poderão prevalecer sobre os argumentos lingüísticos e sistemáticos, como são aqueles que se deixam conduzir à esturtura d Sistema Tributário Nacional e às regras de competência."[70]

E, apesar das divergências sempre suscitadas, este entendimento tem encontrado a mais larga guarida. Conforme ementado no RE nº 166.772/RS: "**INTERPRETAÇÃO - CARGA CONSTRUTIVA - EXTENSÃO. Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação a ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do interprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe "inserir na regra de direito o próprio juízo - por mais sensato que seja - sobre a finalidade que "conviria" fosse por ela perseguida" - Celso Antônio Bandeira de Mello - em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele. CONSTITUIÇÃO - ALCANCE POLÍTICO - SENTIDO DOS VOCABULOS - INTERPRETAÇÃO. O conteúdo político de uma Constituição não e conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios."**[71]

Considerações Finais

Como coloca Tercio Sampaio Ferraz Jr., a natureza problemática do ato interpretativo são as múltiplas vias que o interprete pode escolher para basear sua decisão, ou dito de outra maneira, a liberdade do interprete é um dos pressupostos fundamentais da interpretação jurídica.

Para balizar esta liberdade, é necessário identificar, ao menos, qual o "ponto de partida da interpretação"[72] de onde o interprete deverá seguir e que constituirá o dogma, ou o critério objetivo mínimo de toda interpretação que se queira válida.

Apenas da tensão entre esta liberdade e este critério objetivo mínimo é que é possível defender que exista um sentido que prepondere e ponha um fim (prático) à cadeia das múltiplas possibilidades interpretativas. "O critério para entender-se este fim é a própria questão que anima a ciência jurídica: o problema da decidibilidade, isto é, criar-se condições para uma decisão possível"[73].

Para tanto e sem desprezar a existência de uma pluralidade de argumentos, é condição necessária para uma interpretação válida, isto é, inter-subjetivamente controlável, a definição de critérios a fim de sopesar os argumentos utilizados. Cabe estabelecer, não no plano abstrato ou ideal, mas no plano concreto e constitucional, qual dentre os argumentos, aqueles que possuem primazia sobre os demais.

Nesse esforço, o intérprete constitucionalmente consciente não pode se olvidar do papel dos princípios tal como positivados no sistema constitucional. Isso na medida em que "a realização dos princípios constitucionais deve viabilizar-se também pela argumentação: efetivar os princípios fundamentais é incorporar, na própria argumentação aquelo que eles próprios determinam"[74].

Bibliografia

ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Osório. **Interpretação conforme a Constituição e Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**: de acordo com a Emenda Constitucional n. 51, de 14.02.2006. 2a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência. **Revista brasileira de Direito Público**, n. 23, São Paulo, pp. 9-30, out./dez. 2008.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**. Disponível em: . Acesso em 20 de março de 2009.

BAPTISTA, Marcelo Caron. **ISS: do texto à norma**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BARCELOS, Ana Paula de. O Princípio republicano, a Constituição brasileira de 1988 e as formas de governo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 356, pp. 3-20, jul.-ago. 2001.

BARRETO, Vicente. Interpretação constitucional e Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, pp. 11-23, jan.-mar. 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BIELSA, Rafael. **Los conceptos jurídicos y su terminología**. 2a ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1954.

BORGES, José Souto Maior. Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. **Revista de Direito Público**, v. 1, São Paulo, Malheiros, 1993.

BOUVIER, Hernán; GAIDO, Paula; SÁNCHEZ BRIGIDO, Rodrigo. Estudio preliminar. Teoría del derecho y análisis conceptual. *In*: RAZ, Joseph; ALEXY, Joseph; BULYGIN; Eugenio. **Una discussión sobre la teoría del derecho**. Madrid: Marciel Pons, 2007.

BYDLINSKI, Peter. Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig? **Archiv für die civilistische Praxis**, 198. Band, Helt 2-3, pp. 287-328, april 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. Proposta de modelo interpretativo para o Direito tributário. **Revista de Direito Tributário**, v. 70, São Paulo, Malheiros.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 14a ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASSIRER, Ernst. **Linguagem e Mito**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**: comentários à Constituição e ao Códito tributário nacional, artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. **A ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1990.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRAU, Eros Roberto. Os conceitos jurídicos e a doutrina real do Direito. **Revista da faculdade de direito**, v. LXXVII, São Paulo, jan.-dez. 1982, pp. 221-234.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. **Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas**. org. A. Kaufmann e W. Hassemer. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, ?.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 4a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005.

MARGOLIS, Eric; LAURENCE, Stephen. **Concepts**. Disponível em . Acesso em 07 de julho de 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 16a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OLIVECRONA, Karl. **Lenguaje jurídico y realidad**. Méxido D.F.: Fontamara, 1998.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 7a ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2005.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito**: situação atual. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning.Cambridge: Harvard University, 2009.

SCHREIER, Fritz. **Conceptos y formas fundamentales del derecho**: esbozo de una teoría formal del derecho y del estado sobre base fenomenológica. Buenos Aires: Losada, 1942.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. **Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas**. org. A. Kaufmann e W. Hassemer. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, ?

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do Direito Tributário**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e competências tributárias**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2004.

---. **Conceitos e competências tributárias**. Dialética: São Paulo, 2005.

1Se, privilegiando o princípio da segurança jurídica, partirmos do pressuposto de que o texto constitucional não é aleatório na escolha de determinada técnica, não podemos ter por gratuito o fato de que o legislador constitucional criou "regras de competência", a fim de delimitar o poder de tributar, e construiu tais regras com a incorporação de signos suficientemente definidos. Seria algo diversos se, ao invés de regras e conceitos,

tivéssemos "princípios" ou "diretivas" (V. Ávila, Humberto. **Sistema constitucional tributário**: de acordo com a Emenda Constitucional n. 51, de 14.02.2006. 2a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. pp.159-160).

2Se abundam estudos tendo por objeto a interpretação de normas constitucionais, não há uma maior reflexão crítica sobre como trabalhar com seus signos, isto é, como atribuir significado aos signos inscritos no texto constitucional sem ser através de uma abordagem meramente filológica ou onomástica. Apesar de os clássicos manuais de hermenêutica jurídica colocarem a análise dos signos como a primeira etapa do trabalho de interpretação de uma norma, a problemática desta etapa é reduzida à análise dos seus elementos onomásticos ou filológicos. Neste sentido: "Portanto, o primeiro esforço de quem pretende compreender pensamentos alheios orienta-se no sentido de entender a linguagem empregada. Daí se originou o processo verbal, ou filológico, de exegese. Atende à forma exterior do texto; preocupa-se com as acepções várias dos vocábulos; graças ao manejo relativamente perfeito e ao conhecimento integral das leis e usos da linguagem, procura descobrir qual deve ou pode ser o sentido de uma frase, dispositivo ou norma." (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 16a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. pp. 106-107). Exceção a esta regra, na própria seara tributária, é o profundo trabalho de VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e competências tributárias**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2004.

3FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. **A ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1990. pp. 74-75.

4FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. Op. cit. p. 74.

5Sem contar os resultados nefastos que esta falta de consciência crítica provocam, permitindo desvios e deturpações, principalmente na seara tributária. Exemplos abundam: a criação de normas "interpretativas" para os signos tributários; a ampliação ou restrição do campo de incidência de determinado conceito mediante juízos dos impactos de tais medidas; ou simplesmente adotando dentre as diversas possibilidades de significado que um signo pode ter (conforme será exposto mais adiante) aquele que melhor atende aos interesses envolvidos.

6Sobre o tema, V. Recurso Extraordinário nº 166.772, Plenário, rel. Min. Marco Aurélio. DJ. 12/05/1994.

7Sobre este tema, V. ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**. Disponível em: . Acesso em 20 de março de 2009. Para o posicionamento do Superior Tribunal Federal sobre o tema, V. Recurso Extraordinário nº 221.239. Segunda Turma, rel. Min. Ellen Gracie. DJ. 06/08/2004; Recurso Extraordinário nº 109.484, Segunda Turma, rel Min. Célio Borja. DJ. 22/04/1988; Recurso Extraordinário nº 213.094, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 22/06/1999; e Recurso Extraordinário 101.441, Plenário, rel. Min. Sydney Sanches, DJ. 19/08/1988.

8Miguel Reale relata um caso, que retrata de forma peculiar como esta mudança dos fatos se processa: o empresário de determinado estabelecimento comercial resolveu derrubar uma parede do imóvel que alugava para aumentar sua oficina. Sabendo deste evento, o locador que lhe alugava o imóvel promoveu uma ação de despejo, porque

havia cláusula no contrato que proibia alterações no imóvel locado, sendo que o código civil, então vigente, apenas autorizava a remoção de tapumes e parede divisórias. Em sustentação oral, o indigitado autor assim alegou: "Ilustres Desembargadores, o que houve foi uma mudança essencial no plano dos fatos. O Código Civil Brasileiro foi feito numa época em que as paredes sustentavam edifícios, mas, hoje em dia, quando os edifícios têm estrutura metálica, ou de cimento armado, as paredes internas são removíveis como se fossem tapumes, não afetam a estrutura interna do edifício. Quando o inquilino sair, no término do contrato, ele reporá a parede no lugar." (REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**: situação atual. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 127). Ganhou a causa.

9Fazemos referência, a título meramente exemplificativo, aos seguintes julgados, todos so Supremo Tribunal Federal: RE nº 166.772/RS, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 16.12.1994; RE 116.121/SP, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Octavio Galotti, DJ 25.05.2001; RE 227.832-1, Segunda Turma, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ 28.06.2002; RE 171.626/RS, Primeira Turma, Relator: Ministro Sydney Sanches, DJ 02.09.1994; RE nº 221.239, Segunda Turma, Relator: Ministra Ellen Gracie, DJ 06.08.2004; e RE 144.971/DF, Segunda Turma, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ 27.09.1996.

10Conforme lembra Eros Grau, referindo-se a Carrió, "no uso da linguagem juríidica [...] lançamos mão de palavras e expressões da linguagem natural ou definíveis em termos dela. Tomamos os termos de que fazemos uso da linguagem natural, até porque não praticamos o hábito - ou isso não nos é permitido - de cunhar palavras novas para expressar determinados significados, hábito desenvolvido pelos especialistas de outros ramos do conhecimento." (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 197).

11Ibidem. pp. 194 e ss..

12Numa comunicação não técnica a associação entre uma carroça (objeto) à expressão lingüística "automóvel de passageiro", por exemplo, não seria de todo problemática e, uma vez identificada a associação entre os dois, a comunicação seria eficaz. Algo diverso ocorre com o Direito, ao empregar a mesma expressão num contexto de redução de determinado imposto (vide, por exemplo, o Anexo I do Decreto nº 6.809, de 30 de março de 2009). A tentativa de subsumir o objeto carroça à referida expressão seria, de todo, inapropriada.

13"El lenguaje - se ha dicho - es el instrumento del pensamiento; él traduce ideas a palavras, juicios o razonamientos a expresiones o frases." (BIELSA, Rafael. **Los conceptos jurídicos y su terminología**. 2a ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1954. p. 10).

14Este exemplo é trabalhado por Frederick Schauer (**Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning.Cambridge: Harvard University, 2009. *passim)*, tendo por base o debate entre Füller e Hart sobre o tema.

15FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. Op. cit. p. 70.

16CARRIRER, Ernst. **Linguagem e Mito**. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 42.

17GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. cit. pp. 200 e ss.

18Logo, "o conceito (*notio, conceptus*) é a idéia que representa a totalidade das características essenciais, ou seja, a essência dos objetos em questão)" CARRIRER, Ernst. Op. cit. p. 42.

19GRAU, Eros Roberto. Os conceitos jurídicos e a doutrina real do Direito. **Revista da faculdade de direito**, v. LXXVII, São Paulo, jan.-dez. 1982, p. 232.

20Conforme Eros Grau, passa-se com os conceitos jurídicos o mesmo que ocorre com os números, por exemplo, que não tem um objeto. Não há qualquer sentido, por exemplo, em pesquisar a naturalidade de um número ou de uma hipoteca (Loc. cit.). Em sentido semelhante, pondera Karl Olivecroma "Hablamos de estas cosas como si estuvieran realmente presentes. Nuestros derechos nos parecen perfectamente reales. La negación de su existencia excita nuestra ira. Los deveres, al menos los de los demás, nos parecen también reales. En cuanto a las calidades jurídicas, ¿no es algo muy real estar casado, ser juez, obispo o professor? Sin embargo, es obvio que los derechos y deberes, al igual que las calidades y potestades jurídicas, no pertenecen al mundo sensible, al mundo de los hechos." (OLIVECRONA, Karl. **Lenguaje jurídico y realidad**. Méxido D.F.: Fontamara, 1998. p 8.)

21GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. cit. p. 209.

22BARCELOS, Ana Paula de. O Princípio republicano, a Constituição brasileira de 1988 e as formas de governo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 356, p. 15, jul.-ago. 2001.

23Nada impediria que o legislador constitucional, ao empregar determinado signo, explicitasse qual o conceito a que aquele se refere, no que convencionou-se denominar de "norma-interpretativa". Ocorre que tais normas-interpretativas não existem no sistema Constitucional Brasileiro. Ao contrário, nas hipóteses em que não havia um conceito para ser utilizado, o legislador preferiu remeter ao legislador ordinário a tarefa de sua criação, como é o caso, por exemplo, do conceito do signo consumidor (Art. 5º, XXXII, da Constituição Federal), que foi dado pelo artigo 2º, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

24Trata-se, conforme apontado pelo Ministro César Peluso, em seu voto no RE 390.840/MG, do fato de que "na grande maioria dos casos, porém, os termos são tomados de significado vernacular corrente, segundo o que traduzem dentro do campo de uso onde são acolhidos, seja na área do próprio ordenamento jurídico, seja no âmbito das demais ciências, como economia (juros), biologia (morte, vida, etc.) e, até, em outros estratos lingüísticos, como o inglês (software, internet, franchising, leasing), sem necessidade de processo autônomo de elucidação [...] se se escusou a constituição de o definir [faturamento], tem o intérprete de verificar, se, no próprio ordenamento, havia algum valor semântico a que pudesse filiar-se o uso constitucional do vocábulo, sem explicitação de sentido particular, nem necessidade de futura regulamentação por lei inferior. É que, se há correspondente semântico na ordem jurídica, a presunção é de que a ele se refere o uso constitucional. Quando uma mesma palavra, usada pela

constituiçaõ sem definição expressa nem contextual, guarde dois ou mais sentidos, um dos quais já incorporado ao ordenamento, porque será esse, não outro, seu conteúdo semântico, porque seria despropositado supor que o texto normativo esteja aludindo a objeto extrajurídico." (Tribunal Pleno, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 15/08/2006)

25Este esquema é discutido e desenvolvido por VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e competências tributárias**. Dialética: São Paulo, 2005. pp. 260 e ss.

26Que, conforme acima referido, inexistem no plano constitucional brasileiro, sendo, portando, seu interesse meramente acadêmico (V. nota 23).

27Ibidem. p. 262.

28A tentativa de agrupar os argumentos utilizáveis serve não apenas a um esforço analítico, mas, principalmente, para identificar o *animus decidenci*, isto é, justificar a escolha das premissas utilizadas na interpretação de determinado conceito constitucional.

29É relevante, contudo, a advertência de Humberto Ávila de que: "classificações dos argumentos empregados na interpretação jurídica existem várias, e de consistência. Há mais discordância com relação à nomenclatura da distribuição em classes do que disparidade com relação à construção do grupo. Divergências fundamentais existem quanto à relação entre os argumentos e quanto às regras atinentes à prevalência de um sobre o outro." (**Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico**, cit. p. 6).

30Neste sentido, V. Paulo de Barros Carvalho. **Curso de Direito tributário**. 14a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 92-99.

31SAMPAIO JR. Tércio Sampaio. Op. cit. p. 74-75.

32CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1218.

33RE 166.772/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16/12/1994.

34RE 166.772/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16/12/1994.

35Tratando das normas em geral, o filósofo H. L. A. Hart traçou a distinção entre o que seria o centro indiscutível de uma norma e o que seria a sua zona de penumbra, isto é, aquelas situações em que não haveria uma certeza sobre se haveria, ou não, a incidência de uma norma. Sobre o tema vide SCHAUER, Frederick. Op. cit. p. 19.

36Vide, por exemplo, o voto vencido do Ministro Carlo Velloso no RE 166.772/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16/12/1994: "Advirta-se, em primeiro lugar, que não me parece razoável a afirmação de que o termo 'salário', posto no inciso I, do art. 195, da Cosntituição, tem sentido técnico-jurídico trabalhista, unicamente. A uma, porque, conforme falamos, a linguagem da Constituição não é, comumente técnica; a duas, porque o conceito de 'salário', em direito previdenciário, não tem o sentido técnico do conceito de salário em direito do trabalho. 'Salário', em direito previdenciário, tem o sentido de remuneração, aquilo que recebe o segurado, certo que segurado não é somente o empregado, mas o trabalhador, de modo geral."

37Conforme pondera Rafael Bielsa: "Convengo en que un caso es la acepción del diccionario de la lengua y otra la acepción científica o técnica - o a veces consuetudinaria - de un término jurídico. Pero por mucho que debamos respetar o acatar los dictados académicos sobre el idioma, es forzoso hacer en ciertos casos alguna reserva fundada y justificada. Ciertamente que la significación gramatical o lexicográfica es lo primero; mas hay palabras cuyo empleo razonado y concordante con su etimología, principalmente latina (explicación lexicológica), debe preferirse a cualquier otro, porque sólo ese empleo da una significación cabal de la idea que se tiene de una institución, elaborada ya por la jurisprudencia, ya por la doctrina, a lo largo de siglos de aplicación más o menso concreta." (BIELSA, Rafael. **Los conceptos jurídicos y su terminología**. 2a ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1954. p. 9.)

38É importante, neste ponto, a distinção entre texto e norma. Segundo Humberto Ávila: "Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispostitivos se cosntituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado". (**Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 23).

39"A interpretação sistemática, quando tomada em sentido não-formal, envolve sempre uma teleologia. Há um sentido normativo a ser determinado, e este sentido implica a captação dos fins para os quais a norma é construída. A percepção dos fins não é imanente a cada norma tomada isoladamente, mas exige uma visão ampliada da norma dentro do ordenamento." (FERRAZ JR. Tercio Sampaio. Op. cit. p. 79).

40Retomando o exemplo de "veículos", se a única nota para tal conceito for a possibilidade de locomoção, enquadrar-se-iam neste conceito navios, carros, bicicletas, pessoas, animais, etc. Na medida em que novas notas são incluídas (locomoção por propulsão mecânica, emissão de poluição, estrutura metálica, etc.) a quantidade de elementos subsumíveis ao conceito restringe-se.

41Neste sentido o voto do Ministro Eros Grau, à interpretação do artigo 195, I, após a Emenda Constitucional nº 20: "Ora, se a receita bruta [= receita da venda de mercadorias e da prestação de serviços] coincide, qual afirmou esta Corte, com a noção de faturamento, a inserção do termo de um outro conceito --- "receita" --- no texto constitucional há de estar referindo outro conceito, que não o que coincide com a noção de faturamento. Para exempligicar, sem qualquer comprometimento com a conlusão: receita como totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, snedo irrelevante para a determinação dessa totalidade o tipo de atividade por ela exercida, e a classificação contábil adotada para tais receitas."

42Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 15/08/2006.

43Ministro Cersar Peluso em seu voto (grifo no original)

44Ministro Eros Grau em seu voto.

45Ministro Carlos Brito, em seu voto.

46Ministro Gilmar Mendes, em seu voto.

47"Tampouco se pode aceitar a idéia de que os princípios constitucionais, por meio de uma interpretação sistemática, poderiam modificar as hipóteses constitucionais, para além do significado mínimo das suas palavras, nos âmbitos normativo em que os problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder devem ser evitados. É certo que, se as reras não forem meramente conceituais e vinculadas a valores eminentemente formais, mas, em vez disso, materiais e vinculadas à promoção de finalidades específicas, a sua interpretação teleológica pode ampliar ou restringir as suas hipóteses por meio das chamadas extensão e restrição teleológicas. Isso, porém, não pode ir, no plano constitucional e para casos ordinários, além do significado mínimo das hipóteses das regras. Entender dessa forma é acabar com as funções das regras, que são as de eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder" (ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência. **Revista brasileira de Direito Público**, n. 23, São Paulo, pp. 14-15, out./dez. 2008). No mesmo sentido é a sempre citada observação do Ministro Luiz Gallotti: "Sr. Presidente, é certo que podemos interpretar a lei, de modo a arredar a inconstitucionalidade. Mas interpretar interpretando e, não, mudando-lhe o texto, e, menos ainda, criando um imposto novo, que a lei não criou. Como sustentei muitas vezes ainda no Rio, se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema constitucional tributário inscrito na Constituição." (Recurso Extraordinário 71.758/GB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Thompson Flores, DJ 31/08/1973).

48CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1143.

49"É extremamente delicada a investigação da relevância da legislação infraconstitucional (e de seus conceitos) para a interpretação constitucional, porquanto, pela primazia da constituição, é o significado das leis que deve ser determinado com base nesta (interpretação conforme a constituição *latu sensu*), não o inverso. No entanto, diversos signos linguísticos constitucionais somente podem ser adequadamente compreendidos se o intérprete levar em consideração os correlatos signos infraconstitucionais, o que impõe o reconhecimento de certo espaço à interpretação da Constituição conforme a legislação infraconstitucional" (VELLOSO, Andrei Pitten. Op. cit. p.).

50 Conforme o já referido voto do Ministro Cézar Peluso: "[...]se se escusou a constituição de o definir [faturamento], tem o intérprete de verificar, se, no próprio ordenamento, havia algum valor semântico a que pudesse filiar-se o uso constitucional do vocábulo, sem explicitação de sentido particular, nem necessidade de futura regulamentação por lei inferior. É que, se há correspondente semântico na ordem jurídica, a presunção é de que a ele se refere o uso constitucional. Quando uma mesma palavra, usada pela constituiçaõ sem definição expressa nem contextual, guarde dois ou mais sentidos, um dos quais já incorporado ao ordenamento, porque será esse, não outro, seu conteúdo semântico, porque seria despropositado supor que o texto normativo esteja aludindo a objeto extrajurídico." (RE 390.804/MG, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 15/08/2006).

51E continua o indigitado autor: "A interpretação da Constituição e da lei ordinária se aproximam, sob um primeiro ponto de vista, na medida em que a lei ordinária, sendo ela própria fruto do programa constitucional ou da atualização da Constituição, não pode

ficar à margem do processo de compreensão desta. Aproximam-se, por outro lado, porque via de regra não se interpretam as normas abstratas da Constituição, mas as normas das leis ordinárias em confronto com as constitucionais. Em outras palavras, controla-se a constitucionalidade da lei ordinária, e não a da própria Constituição." Op. cit. p. 96.

52Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 15/08/2006.

53Comentando tal dispositivo, assim entendeu Sacha Calmon: "O legislador não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de Direito Privado [...] com o fim de alargar *pro domo sua* os fatos geradores previstos na Constituição. É dizer, os institutos, cenceitos e formas de Direito Privado utilizados pela Constituição Federal [...] para estabelecer e limitar competências tributárias não podem ser alterados. Tais conceitos, institutos e afins são *recebidos* pelo Direito Tributário tal qual são no Direito Privado." (COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**: comentários à Constituição e ao Códito tributário nacional, artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 575-576).

54Em sentido contrário, Cf. o voto vencido do Ministro Gilmar Mendes, no mesmo processo.

55Luís Roberto Barroso denominou o processo de interpretação mediante a aplicação de argumentos desta natureza de "interpretação evolutiva", entendido como "um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes." (**Interpretação e aplicação da Constituição**. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 146).

56Op. cit. p. 101.

57Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 15/08/2006.

58Grifos no original.

59RE 390.840/MG, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 15/08/2006.

60O que era apontado por Nelson Jobim, ao achar atenção para o fato de que: "A tentativa de afirmar que os conceitos são únicos na Constituição é falsa, no sentido histórico, porque a Constituição não se produz através de um texto único, e sim da forma de vários textos que se vão produzindo, isoladamente, através do trabalho que se produz no corpo legislativo" (

61Conforme Tércio Sampaio Ferraz Jr. aponta: "A doutrina subjetivista insiste em que, sendo a ciência jurídica uma ciência hermenêutica, toda interpretação é basicamente uma compreensão do pensamento do legislador; portanto, uma interpretação *ex tunc* (desde então, isto é, desde o aparecimento da norma, ressaltando-se o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhe são apropriadas [...]" (Op. cit. p. 70).

62BIELSA, Rafael. Op. cit. p. 9.

63**Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico**. p. 18.

64O que não seria de todo inverossímel, na medida em que as decisões, em cortes colegiadas como o STF, são tomadas pela maioria de seus membros.

65Conforme José Joaquim Gomes Canotilho: "Este ponto de partida carece de 'descodificação': (1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica* (Caliess) traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'; (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um *sistema de regras e de princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de *regras*." (Op. cit. p. 1159. grifos no original).

66CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1184.

67A distinção entre princípios e regras através do "critério da medida de contribuição para a decisão" é desenvolvido, fundamentalmente, por ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios, cit. pp. 68-69. Conforme o indigitado autor: "Esse tópico realça a *maior* interdependência entre os princípios. Daí se enfatizar a relação de imbricamento ou entrelaçamento entre eles. Isso se dá justamente porque os princípios estabelecem diretrizes valorativas a serem atingidas, sem descrever, de antemão, qual o comportamento adequado a essa realização. Essas diretrizes valorativas cruzam-se reciprocamente, em várias direções, não necessariamente conflitantes. Os princípios possuem, pois, *pretensão* de complementaridade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. *Os princípios são, pois, normas com pretensão de complementaridade e parcialidade*" (Loc. cit. p. 69. grifos no original).

68Conforme Luís Roberto Barroso: "O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus afins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie." (Op. cit. p. 151).

69Conforme explicitado pelo artigo 150, I, da Constituição Federal

70ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**, cit. p. 162.

71Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio, DJ 16.12.1994.

72"O dogma inicial pode ser colocado em diferente níveis. Por exemplo, parte-se da norma positiva, visto como dogma, mas também podemos questioná-la do ponto de vista da justiça, caso em que uma concepção de justiça passa a ser o novo ponto de vista; ou podemos questioná-la do ângulo da sua efetividade, caso em que a possibilidade de produção de efeitos passa a ser o ângulo diretor e o ponto de partida do postulado; ou podemos ainda reconhecer pontos de partida pluridimensionais, comparáveis entre si. O importante é que a interpretação jurídica tenha sempre um ponto de partida tomado como indiscutível." (FERRAZ, Jr. Op. cit. pp. 72-73).

73FERRAZ Jr. Op cit. p. 73.

74ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**, cit. p. 162.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS À LUZ DA RESPONSABILIDADE SOCIAL AMBIENTAL EMPRESARIAL*

THE TAX PUBLIC POLICIES IN THE LIGHT OF THE SOCIAL ENVIRONMENTAL AND BUSINESS RESPONSIBILITY

Thábata Biazzuz Veronese

RESUMO

A globalização, nos moldes da sociedade pós-moderna, apresenta muitos efeitos nefastos para o desenvolvimento da humanidade. Embora os fatores de progresso tecnológico realizados pelas empresas tenham seu aspecto benéfico de facilitar o cotidiano das pessoas, o modo como as empresas procuram alcançar seus intentos tem um histórico mais de egocentrismo econômico do que de consciência de sua responsabilidade neste processo globalizante. Suas características decorrentes do desenvolvimento do capitalismo consumista, com supedâneo, notadamente, no progresso dos meios de informação e de transporte, implicam nas mais variadas formas de interferência no meio ambiente. Diante desta nova panorâmica, o Estado Constitucional de Direito exige a intervenção do Estado no domínio econômico para não permitir que se busque o crescimento econômico sem a devida preservação ambiental. O presente artigo pretende demonstrar como a promoção de políticas públicas tributárias pode ser direcionada à tutela ambiental, a fim de se reestruturar a atividade empresarial de acordo com seu papel dentro da realidade social, e, numa perspectiva de atuação conjunta entre Estado e empresa, promover o verdadeiro desenvolvimento sustentável.

PALAVRAS-CHAVES: GLOBALIZAÇÃO; RESPONSABILIDADE SOCIAL AMBIENTAL EMPRESARIAL; POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS.

ABSTRACT

The globalization, in the molds of the society modern-powders, presents many ominous effects for the development of the humanity. Though the factors of technological progress carried out by the enterprises have his beneficial aspect to make easy the daily life of the persons, they try for the way as the enterprises to reach his intentions a historical one has more of economical egocentrism of which of conscience of his responsibility in this process globalized. His characteristics resulting from the development of the consumerist capitalism, with footstool, especially, in the progress of the ways of information and of transport, tease in the most varied forms of intervention in the environment. Before this new survey, the Constitutional State of Right demands the intervention of the State in the economical power not to allow that the economical growth is looked without the proper environmental preservation. The present article intends to demonstrate like the promotion of public tax politics can be oriented to the environmental protection, in order that the business activity is re-structured in

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

accordance with his paper inside the social fact, and, a perspective of joint acting between State and enterprise, to promote the true sustainable development.

KEYWORDS: GLOBALIZATION; SOCIAL ENVIRONMENTAL BUSINESS RESPONSIBILITY; PUBLIC TAX POLITICS.

1 INTRODUÇÃO

Em um contexto de globalização nos moldes de uma sociedade capitalista, permeada pela política neoliberal, a expansão empresarial caminha sem se atentar para os efeitos negativos causados pelas externalidades do processo de industrialização. As grandes empresas, na ânsia de ampliarem sua dominação dos mercados, usam sua racionalidade voltada para a eficiência econômica, entoando apenas índices numéricos e olvidando os aspectos qualitativos.

O problema reside na história de dominação do homem sobre a natureza, porque sempre agiu de forma a satisfazer suas necessidades, como se os recursos naturais fossem infinitos. Entretanto, a maneira inconseqüente como a sociedade caminhou foi responsável pelo colapso ambiental hodierno, em que se destacam os males decorrentes do desmatamento, do aumento do efeito estufa, do degelo dos pólos, da poluição, da escassez dos recursos naturais, e outros efeitos indiretos, derivados da dominação de uma minoria sobre a maioria, como o desemprego estrutural, a falta de acesso à informação, à educação e à saúde, entre outros mais graves que colocam em xeque a própria vida humana.

Com o reconhecimento do direito fundamental do meio ambiente na Constituição Federal de 1988, a qual instituiu o Estado Democrático de Direito, a intervenção do Estado no domínio econômico surge como recurso necessário para assegurar a efetivação desse direito. O papel do Estado no domínio econômico consiste em adequar o papel dos agentes econômicos com as diretrizes enunciadas no texto constitucional.

Nesse sentido, a eficiência empresarial movida pela racionalidade econômica adquire novos contornos com a inserção do fator ambiental. Hoje, a concorrência empresarial atingiu um estágio em que a hegemonia econômica encontra seus limites e se perde. O contexto atual já demonstrou que a pretensão de crescimento econômico sem a correspondente preservação ambiental não se sustenta, desenvolvendo-se aquilo que se denominou desenvolvimento sustentável[1].

Trata-se de uma questão de eficiência, que envolve, primeiramente, os resultados financeiros da empresa, para, através deste, que é o único ponto de toque da conduta empresarial, promover, paulatinamente, uma mudança de paradigmas, passando a empresa a ter consciência de sua responsabilidade social ambiental dentro da sociedade.

Para a alteração comportamental empresarial, o Estado pode usar de seu poder de intervenção no domínio econômico através das políticas públicas tributárias, que podem se voltar para além de seu aspecto financeiro para almejar outros objetivos não meramente arrecadatórios, como, por exemplo, através do aspecto extrafiscal dos tributos, que pode servir para estimular as empresas a internalizarem os custos ambientais visando fins mediatos, como, principalmente, o de se manter no mercado, e com isso, promover o desenvolvimento sustentável.

O auxílio das políticas públicas de incentivos fiscais à atividade empresarial pode exercer grande influência nesse papel de legitimação democrática, porque pode estimular a conscientização ecológica em longo prazo. Assim, o planejamento empresarial ultrapassa as metas de números demonstrativos da produção de maior riqueza e abrange os ditames da ética, do desenvolvimento sustentável e da responsabilidade socioambiental. O Direito, enquanto disciplinador das condutas humanas, deve sistematizar suas políticas públicas tributárias com o enfoque socioambiental para legitimar sua própria positivação, de forma a atender sua função social.

2 MEIO AMBIENTE E GLOBALIZAÇÃO

O meio ambiente encontra sua definição legal no inciso I do artigo 3º da Lei Federal n.º 6.938/81, segundo o qual o meio ambiente consiste no "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Esta definição legal ampla converge para a concepção do meio ambiente como uno, no sentido de abranger todos os aspectos que lhe sejam factíveis, como o natural, o artificial, o cultural e todos aqueles que permitem, abrigam e regem a vida.

O homem, desde a sua origem, possui uma intensa relação com o meio ambiente. Assim como nenhum homem pode viver sozinho, pois "homem nenhum é uma ilha" [2], também nenhum homem pode pretender viver sem depender do meio ambiente. Mesmo inconscientemente, sempre destacou a importância do meio ambiente em sua vida, e foi percebendo aos poucos que sua ação poderia trazer alterações desastrosas para a natureza, o que o levaria a introduzir, ainda nos primórdios da sua organização social, elementos que disciplinassem sua relação com o meio.

Contudo, o racionalismo trazido pela modernidade resultou em que montanhas, plantas, rios, astros e animais fossem morrendo, sendo reduzidos a equações matemáticas e outros elementos físicos do universo (GLEISER, 2006).

O impacto do desenvolvimento industrial ilimitado, sem freios técnicos e científicos, fez surtir os efeitos advindos em conseqüência deste comportamento, aos quais se assiste hoje em dia. Assim, os avanços da ciência e da tecnologia mais contribuíram para a degradação ambiental do que ajudaram a sanar as necessidades sociais.

O problema reside no paradigma adotado pelo sistema capitalista, que potencializa aquilo que se poderia chamar de concretude do homem, o qual passou a ser visto apenas como produtor e consumidor, valendo pelo que possui e não pelo que essencialmente é.

Este problema adquire maior dimensão quando tomado sob a perspectiva realista do fenômeno da globalização, pois a evolução da tecnologia e dos meios de comunicação produz uma mistura de culturas e valores de várias partes do globo, fazendo com que haja uma espécie de denominador comum de consumo, tornando globalizada a tendência consumista (MARQUES NETO, 2002, p. 107).

Assim, a globalização[3], como processo de integração econômica, social, política e cultural entre os países, em sua busca infinita pelo aumento do mercado, acabou por influenciar sobremaneira na atual situação caótica do meio ambiente.

A disseminação dessa cultura consumista acarreta a propagação da imagem de necessidade cada vez maior de cada vez mais bens materiais mais diversificados para se ser aceito socialmente. Essa cultura alimenta o processo industrial em sua procura incessante pelo atendimento das demandas sociais[4], almejando apenas satisfazer o mercado consumidor para, com isso, obter maior lucratividade e dar continuidade a este ciclo.

Todavia, a ausência de preocupação das empresas com sua função social tem sido suavemente diminuída diante da cobrança exercida pela sociedade de risco[5], que passa a cobrar uma atuação empresarial mais coadunada com a sustentabilidade. A insegurança oriunda desta incerteza sobre os reais riscos e conseqüências deste comportamento materialista desmedido acorda a sociedade de risco de um sonho de supremacia do homem sobre a natureza.

Quando os meios de comunicação em massa disseminam aos quatro cantos do mundo as notícias de eventos como desmatamentos, queimadas, degelo dos pólos, aumento do efeito estufa, enchentes, aquecimento global, escassez dos recursos naturais, extinção de espécies da fauna e da flora, doenças oriundas da poluição, dentre outros, a população se questiona até que ponto sua interferência no meio ambiente pode ser considerada responsável por todos esses incidentes danosos à sadia qualidade de vida.

Cite-se como exemplo o relatório divulgado em 02 de novembro do corrente ano pela Organização Não-Governamental – ONG – World Wildlife Found – WWF, segundo o qual o aquecimento global pode elevar o nível do mar em mais de um metro até 2100, comprometendo potencialmente mais de um quarto da população mundial. O documento explica que o solo congelado do Ártico armazena o dobro da quantidade de carbono do que a atmosfera, e, se o aquecimento global ocasionar o derretimento, haverá a liberação deste carbono na forma de dióxido de carbono e metano, perfazendo-se o ciclo vicioso do efeito estufa e do risco da sustentabilidade no planeta Terra.[6]

Segundo Giddens “a reflexividade social diz respeito a uma sociedade em que as condições em que vivemos são cada vez mais o resultado de nossas próprias ações, e, inversamente, nossas ações vivem cada vez mais a administrar ou enfrentar os riscos e oportunidades que nós mesmos criamos” (GIDDENS, 2000, p. 20).

Diante da crescente cobrança da sociedade para que as empresas cumpram sua responsabilidade socioambiental, percebe-se uma multiplicação na mídia da divulgação de propagandas de empresas que se dizem responsáveis sociais e ambientalmente. Todavia, muito há que se questionar sobre o teor de verdade dessas propagandas, o que será discutido mais adiante. Por ora, cumpre advertir que ainda que sejam verdadeiras e que haja reais boas intenções, muito há o que se fazer.

O fato é que hoje em dia não mais a sociedade se adapta ao Direito, mas o Direito se adapta à sociedade, porque a influência que o meio ambiente globalizado exerce sobre os dirigentes dos Estados nacionais destoa muitas vezes dos posicionamentos tomados na condução das políticas públicas. A economia globalizada exige um esforço sobrenatural dos agentes públicos para que não sejam excluídos das negociações políticas globais, o que faz com que muitas vezes eles deixem de cumprir suas conquistas legislativas de seu país para favorecer interesses políticos, acreditando que essa flexibilização lhes será benéfica.

Os Estados mantêm significativos poderes, mas estes têm sido usados para promover apenas a globalização financeira e econômica, através do aumento do controle de capitas e da diminuição das barreiras tarifárias. Com isso, nas últimas décadas, a flexibilização política conduziu a um aumento da desigualdade entre os Estados, tendência difícil de desfazer também no interior dos Estados, sendo que a história mostra que as sociedades igualitárias são as mais bem sucedidas no mercado (THERBORN, 2001, p. 89-90).

Por outro lado, tendo em vista uma ação dirigida à promoção da igualdade, surgem embriões de reconhecimento da importância da preservação do meio ambiente, diante da universalização do problema, originando vários textos normativos internacionais, além da multiplicação de organismos internacionais criados em defesa do meio ambiente e a crescente repercussão de seus relatórios no cenário internacional.

Tudo isso tem influenciado os Governos na consecução de suas políticas públicas, atentando para a importância da precaução em encontrar meios que não enrijeçam essas conquistas legais limitando-as ao texto escrito, mas ultrapassem o texto normativo e sejam aplicadas efetivamente na prática.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada, além da Constituição cidadã, e derivada desta, a Constituição ecológica, porque ergueu à categoria de direito fundamental o direito ao meio ambiente, em seu artigo 225[7], além de colocar a preservação ambiental como um dos pilares da ordem econômica no artigo 170[8].

Propõe-se, então, a construção de uma outra globalização, mais humana, capaz de dar novos contornos ao mundo contemporâneo, utilizando-se das próprias bases materiais do período atual, como a unicidade da técnica, a convergência dos momentos e o conhecimento do planeta. A diferença estaria no direcionamento destas bases, que, ao invés de serem catalisadas para a construção do grande capital monopolizado, seriam ingredientes a mais na mistura de povos, raças, culturas, filosofias e gostos em todos os continentes a fim de se estabelecer uma revanche das massas, através da união das populações dos diversos pontos do planeta em prol da construção de uma verdadeira sociodiversidade universal. Nessas pegadas, os dados históricos podem servir de explicação para a situação atual e também permitir a descoberta das possibilidades de se

escrever uma nova história mais humana e verdadeiramente universal (SANTOS, 2008, p. 20-21).

3 O PAPEL DO ESTADO NO MEIO AMBIENTE GLOBALIZADO

Desde o surgimento do Estado, vários contornos foram dados à sua figura. Primeiramente, formou-se o Estado absolutista, como forma de assegurar a propriedade dos cidadãos, garantindo-lhes segurança, em que o monarca concentrava todo o poder na sua pessoa, confundindo-se Estado e governante.[9] A valorização das liberdades individuais, enaltecidas com a Revolução Inglesa de 1689, a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789, fez surgir o Estado liberal, onde houve a diminuição do poder estatal e o aumento das liberdades individuais[10]. A partir do início do século passado, iniciaram-se alguns movimentos revolucionários, como aqueles que deram origem à Constituição Mexicana de 1917 e à Constituição de Weimar de 1919, inaugurando os novos pilares do que seria o Estado, menos ausente e mais preocupado com os anseios sociais, sendo, pois, mais intervencionista na vida privada dos cidadãos no sentido de lhes reconhecer e prestar mais os direitos sociais.

Em cada fase do desenvolvimento estatal, percebe-se nitidamente a função do Estado na sociedade da época. Contudo, hoje, no Brasil, a Constituição de 1988, ainda possui alguns lampejos do Estado liberal, mas se apresenta, no geral, como uma tentativa frustrada de se implementar o Estado social.

A sociedade moldada pelos imperativos capitalistas, com a ascensão da burguesia, primeiro exigiu um fortalecimento do Estado com o propósito de firmar as condições necessárias ao seu firmamento no mercado, para depois requerer um afastamento do Estado de todas as questões afetas ao direcionamento das atividades econômicas, pois uma vez firmado o capitalismo, acreditavam que as regras impostas pelo Estado poderiam liquidar com suas possibilidades de crescimento econômico.

O paradoxo confuso da convivência dicotômica entre liberalismo e socialismo, dentro do chamado neoliberalismo, acelerou o processo de desestruturação da sociedade. Nos últimos decênios, verificou-se uma constante disputa entre Estado e sociedade civil, cada qual reafirmando sua importância e pretensa sobreposição sobre o outro, de tal forma que colocou a própria sociedade em dúvida até que ponto o Estado deveria intervir na racionalidade mercadológica.

A última crise econômica mundial vivenciada recentemente, da qual ainda se fazem sentir seus efeitos, arrematou esta questão acerca da intervenção da autonomia pública sobre a autonomia privada. A crise que colocou em colapso a sociedade, ocasionando a demissão em massa de trabalhadores em todo o mundo, numa tentativa desesperada das empresas de não sucumbirem financeiramente, fez com que estas empresas invertessem sua posição de repúdio para a de socorro aos Estados, e, estes, surpreendentemente, tiveram força suficiente para socorrê-las, bem como para implantar novas políticas públicas de reestruturação da economia para ajudar também sua população.

Mais adiante da questão da relação entre a autonomia pública e a autonomia privada, esta crise serviu para mostrar como o mundo está imbricado pelo avanço da globalização, o que foi denominado por Habermas de "constelação pós-nacional" (HABERMAS, 2001). A crise desencadeada nos Estados Unidos veio à tona com a aparição em cena da União Européia, e espantosamente viu-se o pedido de ajuda até mesmo aos países em desenvolvimento, como, por exemplo, o Brasil.

O fato é que hoje um país não pode se enxergar isoladamente, sob pena de adentrar num ostracismo econômico, que influenciará as esferas políticas, sociais e culturais. Os problemas não podem ser vistos como locais, pois sua repercussão é global, e, por isso, somente a busca de soluções conjuntas podem produzir algum resultado positivo.

A mão invisível inerente à irracionalidade do mercado, defendida por Adam Smith, não mais pode ser sustentada no atual estágio de globalização. A mão visível do Estado irrefutavelmente se afirmou como imprescindível para a realização das verdadeiras necessidades humanas.

Nesse sentido, o Fórum de Davos de 2009 reconheceu os riscos do livre mercado e de um neoliberalismo insustentável, e rendeu-se à necessidade da intervenção estatal, propondo o bem-estar e o planejamento responsável.[11]

Em que pese essa verdade inegável da necessidade de intervenção estatal, ainda há muito que se estruturar na maneira como o Estado deve intervir. Isto porque muitas vezes o Estado relativiza sua atuação para não contrariar os interesses políticos em jogo, preterindo, com esse seu desvirtuamento de função, os verdadeiros interesses públicos, frustrando a proposta constitucional de um Estado social[12].

Ocorre que as mudanças socioeconômicas surgidas com o avanço da globalização geraram um conjunto de inúmeras novas necessidades sociais, das quais o Estado não conseguiu atender, ocasionando o surgimento de novos atores sociais, como associações, organizações, corporações e os blocos econômicos, cuja conseqüência foi a transnacionalização do poder decisório estatal. Estes novos atores sociais passam a atuar na sociedade de modo a compartilhar o espaço decisório existente, fazendo com que o Estado tenha que compor interesses com estes organismos, quando não se veja impelido a se afirmar coercitivamente, dependendo das condições políticas que se verifiquem na ocasião (MARQUES NETO, 2002, p. 103).

O poder absoluto de império do Estado, característico da noção de soberania, devido às influências exercidas pelas pressões advindas dos interesses econômicos transnacionalizados e dos interesses sociais múltiplos e complexos organizados, cede lugar a um papel mais "de intermediação e garantidor de soluções pactuadas em arenas extraparlamentares e extrajudiciais" (FARIA, 1994, p. 27-29 *apud* MARQUES NETO, 2002, p. 132).

Como conclusão deste processo de crise, tem-se que a soberania não é mais o elemento base do Estado e do Direito, não podendo mais ser considerada "um *locus* natural e privilegiado de direção, deliberação, alocação de recursos e imposição de comportamentos obrigatórios, limitando-se a atuar como simples mecanismos de coordenação, de adequação de interesses e de ajustes pragmáticos" (MARQUES NETO, 2002, p. 133).

Contudo, a boa notícia é que a ingerência estatal tende a ser afastada com o auxílio destes novos atores sociais, pois estes estão atuando de forma a fomentar o déficit da capacidade estatal no sentido de concretizar os direitos conquistados, além de impactarem as bases estatais para reconhecerem novos direitos.

Destaca-se aqui a questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que tem sofrido as conseqüências desta globalização, em razão da busca incessante pelos recursos naturais que servirão de matérias-primas para a confecção dos bens materiais objetos de desejo do mercado consumidor, sem a devida atenção para as conseqüências desastrosas vindouras ao longo do tempo.

Destarte, a globalização começa a ganhar novos contornos, conforme vão sendo reconhecidos esses diretos e seus correlatos problemas universais, os dirigentes das diversas nações passam a se reunir continuamente em conferências onde se buscam soluções para a preservação de tais direitos, assim como tem ocorrido com as problemáticas econômica e ambiental, que, agora, passam a serem reconhecidas como indissociáveis.

Neste sentido, o papel do Estado neste meio ambiente globalizado deve ser realçado em razão de seu poder de império de identificar as necessidades socioeconômico-ambientais para transformá-las em normas positivadas, cujo descumprimento acarreta uma sanção, além de formar as bases para a implementação de políticas públicas tributárias em face da premente tutela ambiental.

No Estado absolutista, os representantes do Estado se identificavam com ele a ponto de haver uma completa confusão entre as duas riquezas. No Estado social, as propriedades se separaram, originando a dependência fiscal do Estado em relação à sociedade, para a arrecadação de fundos que possam realizar as atividades de fomento.

“O problema do Estado parece ser, nesse caso, o da sua ‘recapitalização’, baseada nos impostos fiscais, ou seja, o da arrecadação e da concentração de capital de propriedades públicas, que permitirá a solução dos mais urgentes problemas sociais” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1994, p. 404).

Não há mais dúvida sobre a importância da presença estatal nos mais diversos campos de interesse social. Toda a história mostra que os Estados mais bem-sucedidos são aqueles que têm suas economias bem estruturadas e guiadas pelo Estado, comprovando a importância da presença estatal no crescimento econômico e em todo o desenvolvimento nacional.

Uma vez pacificada a imprescindibilidade da intervenção estatal, da arrecadação fiscal, da interdependência entre os mercados e da tutela ambiental, resta, agora, conduzir a interdisciplinaridade destas searas a fim de se promover a sustentabilidade.

A dúvida agora se restringe em como conduzir o papel do Estado diante do meio ambiente globalizado, de forma a não deixar que interesses externos e estritamente econômicos sucumbam os verdadeiros interesses sociais conquistados positivamente. O Estado precisa se posicionar de forma a eliminar as causas mais do que os efeitos, pois a atenuação dos conflitos sem uma verdadeira reforma fiscal que direcione a economia e

as finanças públicas para o enfoque ambiental globalizado não será suficiente para proporcionar uma melhor qualidade de vida e se alcançar a justiça socioambiental.

4 A RESPONSABILIDADE SOCIAL AMBIENTAL EMPRESARIAL

Na cultura capitalista neoliberal em que se encontra mergulhada a sociedade, a atividade empresarial sempre caminhou sem se atentar para as externalidades decorrentes do processo industrial. As empresas seguiram idealizando a ampliação do mercado consumidor, empregando toda a sua racionalidade de modo a aumentar seus lucros, sem uma efetiva preocupação com as conseqüências de sua intervenção no meio ambiente.

Contudo, hoje, a concorrência empresarial atingiu um estágio em que a hegemonia econômica encontra seus limites e se perde. Como resposta às indagações acerca dos motivos causadores da atual crise, muitos divagam sobre os contornos da dinâmica do mercado, entoando apenas os fatores econômicos. Contudo, a força-motriz de toda essa questão está na escolha de paradigmas, porque o paradigma exclusivamente financeiro não mais satisfaz. A crise fez pensar na necessidade de se desviar do império do dinheiro para repensar os valores que entoam os verdadeiros interesses sociais, e, entre eles, está o valor ambiental, indispensável para a sadia qualidade de vida.

Nesse sentido, a sociedade de risco, produto da globalização, imersa nesta crise de paradigmas, desenvolve um consenso acerca dos benefícios gerados pelas empresas – basicamente, geração de emprego e aumento de renda – em contraposição ao peso da moral ecológica, não mais aceitando os danos ambientais como fatalidades inerentes ao processo de industrialização necessário ao desenvolvimento social. Essa conscientização político-social tem forçado os empresários a buscar soluções que permitam o desenvolvimento sustentável.

O pensamento neoclássico busca a solução pela incorporação à dinâmica do mercado do que está fora dele. Porém, a própria história do capitalismo mostra que o desaparecimento de espécies vivas e de recursos naturais não renováveis é resultado de sua incorporação à órbita do capital. Para não ir mais longe, o solo, como tal, há muitos séculos tem preço, e nem por isso se evita a erosão rural e/ou a aglomeração urbana. Nossa crítica, não obstante, não segue por aí. Colocamos o enfoque na própria lógica e na realidade das externalidades. Se existem externalidades é porque as relações capitalistas restringem os objetos econômicos àqueles que têm preço. Não se trata de um problema de vontade, mas de relações sociais objetivas. Os produtos que adquirem preço são os que se incorporam à lógica do mercado. Os recursos naturais (renováveis ou não) que não foram monopolizados, ou não são passíveis de monopólio, tendem a ser depredados ou poluídos, com o que se gera um lucro extraordinário. Vende-se por um preço o que não tinha valor. Pode-se, mediante de política econômica, impor preços a alguns desses elementos naturais (a outros será mais difícil ou impossível), porém não se pode evitar que a contabilidade capitalista considere exclusivamente o que tem preço. São as próprias relações capitalistas que conduzem ao absurdo de que a base mesma de

sustentação de sua economia, os recursos naturais, não importe senão como preço e não em seu conteúdo material de renovável ou não, ou segundo o rendimento energético. Por isso é que a economia neoclássica e a keyseniana devem estar permanentemente corrigindo, agregando preços, porque as relações capitalistas se enfrentam "naturalmente" no ciclo ecológico. Com isso mostramos a debilidade do delineamento neoclássico (FOLADORI, 2001, p. 159-160).

Assim, as empresas começam a tomar consciência dessa nova contextualização social e procuram adequar suas condutas a essa nova realidade, a fim de não serem banidas da concorrência, que, agora, adquire novos contornos, moldados pelo desenvolvimento da conscientização ecológica, num novo conceito de eficiência. Assim, o planejamento empresarial ultrapassa as metas de números demonstrativos da produção de maior riqueza e abrange os ditames da ética, do desenvolvimento sustentável e da responsabilidade socioambiental.

Muitas empresas têm divulgado nas diversas mídias sua atuação responsável social e ambientalmente. Todavia, há que se questionar o quanto de verdade destas afirmações, porque muitas empresas confundem função social com responsabilidade social. Neste contexto, impõe-se o cuidado de não permitir a utilização deste marketing apenas como uma estratégia de mercado sem o respaldo legítimo de tais afirmações.

Quando se fala em responsabilidade social é preciso cuidado para não confundi-la com a função social ou obrigação social imposta pela legislação às empresas. Uma empresa somente pode ser considerada socialmente responsável quando vai além da obrigação de respeitar as leis, pagar tributos e observar as condições adequadas de segurança e saúde para os trabalhadores. A obrigação social corresponde, portanto, àquilo que a empresa faz pelo social em vista de uma previsão legal. Já a responsabilidade social pressupõe que a empresa considere as metas econômicas e sociais nas suas decisões e vá além dos limites da legislação (BASSOLI; CIRINO, 2008, p. 180). [13]

Desenvolve-se uma conscientização ecológica no seio social que faz com que o homem não se veja mais como um ser soberano sobre a natureza, mas sim como componente desta, de forma a ensejar novas condutas mais harmoniosas nesse conviver socioambiental. A consciência ecológica desperta o senso de interligação planetária impossível de ser afastada ou ignorada sem as conseqüências desastrosas que têm se verificado no caos atual desvelado pela prática do modelo neoliberal clássico.

Na construção da responsabilidade social ambiental empresarial, podem ser mencionadas as políticas públicas tributárias de incentivos fiscais, as quais podem servir de mudança de atitude das pessoas em dois sentidos: por um lado, com a possibilidade de aliviar o montante tributário a ser pago, incentivaria de imediato as atitudes ambientalistas; e, por outro lado, acabaria fazendo com que as pessoas ampliassem seus horizontes para além do consumo e do agora e passassem a enxergar o mundo em que vivem de forma diferente, enxergando-se não como o centro dele, mas como

componentes de uma comunidade global interligada que sente a cada dia os efeitos de seu comportamento.

Assim, diante da impossibilidade de se esperar uma mudança voluntária de comportamento empresarial, o direito deve ocupar o lugar da ética, de forma a instaurar uma moralidade de cima para baixo, fazendo com que o direito cumpra seu papel regulador do comportamento social, tendo a ética como seu pressuposto, para, ao final, desenvolver a cidadania ética em cada cidadão, ciente e fazedor de seus direitos e obrigações.

Sendo assim, necessita-se de políticas públicas de incentivos fiscais visando à instituição de sistemas de precaução, prevenção e reparação dos danos ambientais (AMARAL, 2007, p. 73-74). Portanto, a extrafiscalidade, por sua função ordinatória ou regulatória da atividade econômica, deve ser vista, agora, pela ótica ambiental.

Nesse sentido, apresenta-se indiscutível o recurso à ética para demonstrar que o lucro almejado pelas empresas não pode ser buscado a qualquer custo, distorcendo-se os valores realmente importantes. A ética vem fazer com que a racionalidade empresarial possa persistir buscando o lucro de acordo com essa nova realidade que prima pelo desenvolvimento sustentável. Toda a ética, como fundamentação dos juízos morais, direciona-se ao propósito da vida, que é a felicidade. Assim, a empresa que abraçar a causa da responsabilidade social ambiental estará contribuindo para o alcance da felicidade geral, já que está contribuindo para a preservação de um meio ambiente sadio para se viver.

É verdade que a racionalidade técnica da empresa se volta para o fim da eficiência, do sucesso e do lucro, não tendo uma real preocupação com o fim do bem comum. Mas justamente a orientação para o fim do lucro, paradoxalmente, coloca a estratégia da necessidade da diminuição imediata do lucro em prol da internalização dos custos ambientais, tendo em vista um resultado mediato de manutenção da empresa no mercado, em razão do novo conceito de eficiência, de forma que, no fim, ainda busca o objetivo do sucesso do lucro.

Isso não significa que os dirigentes empresariais não estejam atentos aos fins humanitários e, especificamente, ambientais, mas as questões humanitárias, e, especialmente, as ambientais, podem ser analisadas em conjunto com as questões relativas aos interesses empresariais. A racionalidade humana não se reduz à racionalidade fática, mas inclui a racionalidade moral. A racionalidade moral importa no modo como os diretores empresariais agem nessa ação coordenada ao fim do desenvolvimento sustentável. A partir do momento em que o discurso sai da esfera individual para se disseminar no âmbito coletivo, estabelece-se um pacto, construído por uma linguagem técnica e fundado na ação estratégica voltada ao fim dos interesses que são estabelecidos.

Segundo Cortina, “a empresa se rege pela racionalidade estratégica, enquanto que a ética se atém à comunicativa [...]. Só se superarmos tais obstáculos expondo as razões pelas quais a ética empresarial é possível e necessária poderemos continuar com nossa tarefa” (CORTINA, 2005, p. 75).

A globalização, impulsionada pelo desejo de interligar os mercados, inicialmente munida apenas pelo anseio de produção de riquezas, encontra-se numa nova fase, em que a concorrência empresarial tem em vista um novo desafio para se manter no mercado globalizado. Hoje, não bastam os indicadores de maior poder econômico, mas interessa mais a conciliação do desenvolvimento tecnológico e industrial à preservação do meio ambiente. As empresas que não sustentarem esse discurso de responsabilidade social ambiental em sua base estarão eliminadas do mercado diante da tomada de consciência ecológica por parte da sociedade de risco que passa a exigir produtos ambientalmente corretos.

A partir da inclusão da ética empresarial em seu código de conduta, a responsabilidade social ambiental da empresa surge como conseqüência natural. Assim, o direito deve exercer seu papel de regulador dos comportamentos humanos para inserir em suas diretivas o fator ético como meio de legitimar sua própria positivação. O auxílio das políticas públicas de incentivos fiscais à atividade empresarial pode exercer grande influência nesse papel de legitimação democrática, porque pode estimular a conscientização ecológica em longo prazo e assim se poder ter alguma esperança de concretização do ideal de justiça socioambiental.

5 AS POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS EM FACE DA TUTELA AO MEIO AMBIENTE

A história do desenvolvimento da atuação estatal demonstra a evolução das finalidades atribuídas à figura estatal, sendo que para cada espécie de finalidade houve a inauguração de um novo modelo de Estado. Assim, em suma, surgiu o Estado absolutista, com o fim de conter os conflitos sociais; o Estado liberal, com o propósito de assegurar as liberdades individuais; e, por fim, o Estado social, com o intuito de proteger os direitos fundamentais de forma mais intervencionista (MEDAUAR, *apud* BREUS, 2007, p. 212).

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, dando contornos peculiares ao Estado social, por estabelecer diversos princípios e diretrizes norteadores da atuante ação estatal em vistas de metas sociais desenvolvimentistas.

Unindo a idéia de diretrizes programáticas constitucionais à idéia da fiscalidade estatal para cumprir as metas estatais estabelecidas, tem-se o delineamento do atual Estado brasileiro. Assim, o Estado brasileiro caracteriza-se por um Estado social democrático, que reconhece os direitos fundamentais dos cidadãos, estando entre eles o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme a previsão do artigo 225 da Constituição Federal. Além disso, o Estado brasileiro republicano requer a instituição e a arrecadação de tributos para o custeio estatal dos meios necessários para proporcionar e manter a garantia dos direitos fundamentais constitucionais, como a preservação ambiental.

Uma das características do Estado moderno consiste no incremento da implementação de políticas públicas no intuito de intervenção do Estado na sociedade civil a fim de

cumprir seus deveres de concretizar os direitos sociais assim reconhecidos na Constituição Federal.

Políticas públicas podem ser definidas como "programas de ação governamental que visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados" (FRANCO *apud* BREUS, 2007, p. 221).

Em síntese, "políticas públicas são os programas de ação do governo, para a realização de objetivos determinados, num espaço de tempo certo" (BUCCI, *apud* BREUS, 2007, p. 232).

Neste sentido, fica claro como o Estado pode estabelecer políticas públicas para a proteção do direito fundamental do meio ambiente.

A intervenção estatal por meio de políticas públicas pode se dar através da utilização de seu poder de tributar, dentro das limitações impostas pela Constituição. Numa sociedade capitalista, que tanto valor dá ao dinheiro, nada mais eficiente do que implantar políticas públicas que afetem a capacidade econômica dos contribuintes como forma de induzir as pessoas a cumprirem sua responsabilidade social, já que não a cumprem espontaneamente.

No que tange às políticas públicas a serem instituídas em face da tutela ambiental, as políticas públicas tributárias apresentam-se como as mais eficientes, principalmente se tomadas pelo seu aspecto extrafiscal.

A tributação ambiental pode ser utilizada tanto em seu aspecto arrecadatório, através do investimento do numerário arrecadado, quanto em seu aspecto extrafiscal, induzindo os contribuintes à adoção de condutas ambientalmente corretas (BARICHELLO; ARAÚJO, 2007, p. 116).

Pode-se definir a tributação ambiental como "o emprego de instrumentos tributários para orientar os comportamentos dos contribuintes a protesto do meio ambiente, bem como para gerar recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental" (COSTA, 1998, p. 297).

Portanto, a implementação de políticas públicas tributárias em face da tutela do meio ambiente pode possibilitar meios eficientes de concretizar o objetivo proposto porque induz o comportamento das pessoas instantaneamente e prepara uma nova cultura de preservação ambiental.

No âmbito empresarial, a instituição de políticas públicas tributárias de incentivos para empresas ambientalmente responsáveis proporciona o desenvolvimento sustentável, medida urgente para evitar o colapso do sistema como um todo.

5.1 A tributação como forma de intervenção do Estado no domínio econômico em defesa do meio ambiente

Na atualidade, as empresas tem se utilizado do marketing comercial para divulgar sua responsabilidade social ambiental. Todavia, a verdade é que os dirigentes empresariais cumprem sua função social ambiental, que consiste apenas em cumprir as determinações legais, e pensam equivocadamente estarem cumprindo a responsabilidade social ambiental. Cumprir as regras de segurança do trabalho, do direito do consumidor, da concorrência e do meio ambiente, conforme a determinação do regime jurídico econômico constitucional nada mais significa do que cumprir as obrigações legais, que se dirigem a todos indistintamente. Para serem social e ambientalmente responsáveis, as empresas devem ter atitudes que ultrapassem aquelas previstas minimamente como obrigações – ou seja, sua função social – e praticar atividades às quais não estejam obrigadas, como, por exemplo, investir em programas ambientais ou financiar projetos ambientais de Organizações Não Governamentais – ONGs.

Considerando a racionalidade mercadológica, dificilmente se poderá obter essa conscientização se não for através da intervenção do Estado no domínio econômico, que existe exatamente para controlar a atividade econômica a fim de gerir os recursos escassos permitindo a condução do mercado de forma saudável.

O artigo 170 da Constituição Federal institui o regime jurídico econômico, estabelecendo em seus incisos os princípios norteadores da atividade econômica. Nesse sentido, cabe ao Estado intervir, nos limites do artigo 174[14], para a condução da atividade econômica em conformidade com os valores reconhecidos no artigo 170.

Especificamente, o inciso VI do artigo 170 traz a proteção ao meio ambiente como um dos princípios basilares das relações socioeconômicas, tendo em vista o fato do meio ambiente ser um direito fundamental por ser condição de vida.

Como a ordem econômica tem uma atuação devastadora sobre o meio ambiente, impõe-se a intervenção estatal a fim de inserir na educação social outros valores além daqueles materialistas, imediatistas e individualistas inerentes à cultura capitalista consumista. Devem ser cultivados valores éticos, mediatos e integrativos da sociedade como um todo, encontrando-se entre esses valores a preservação ambiental.

Ocorre que, embora os dirigentes empresariais tenham despertado para a importância de se preservar o meio ambiente, pressionados pela exigência da sociedade de risco, bem como pelo risco de colapso do sistema, eles ainda não sabem diferenciar função social e responsabilidade social, e acabam se dizendo responsáveis ambientalmente quando na verdade não o são.

Nesse sentido, impende a intervenção do Estado na ordem econômica para que façam serem respeitados os princípios encartados no artigo 170 da Constituição. Somente a intervenção estatal através de seu poder de império pode incutir na conduta empresarial a lógica ética responsável, equilibrando as forças do mercado e propiciando a dignidade de todos.

Assim, a doutrina tradicional sempre dissertou sobre as formas mais tradicionais de intervenção do Estado na ordem econômica, comentando a atuação estatal como agente

econômico, em que age explorando diretamente as atividades tipicamente privadas, nos termos do artigo 173[15] da Constituição Federal, ou como agente regulador, em que intervém na prestação de serviços públicos econômicos de interesse social, dentro das possibilidades do artigo 174 da Constituição Federal. Nos últimos tempos, tem se dado maior destaque para as atividades de fomento, através das quais o Estado interfere no comportamento social com apoio em estímulos e desestímulos, fornecidos, sobretudo, pelo instituto da tributação.

Destarte, o histórico tributário brasileiro demonstra o desenvolvimento e o funcionamento desse relacionamento entre economia e tributação, donde podem ser citados a título de exemplos os impostos ditos regulatórios, porque podem ter sua alíquota majorada ou minorada, por ordem do Executivo, de acordo com o interesse nacional, incentivando ou instigando o mercado, em razão de sua função extrafiscal de regular a ordem econômica e fiscal do país, como o são o Imposto de Importação – II, o Imposto de Exportação – IE, o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI – e o Imposto sobre Operações Financeiras – IOF, todos relativizando os princípios da legalidade estrita e da anterioridade, conforme autorização expressa do texto constitucional[16].

Ademais, não somente os impostos regulatórios, mas vários outros tributos passam a ser utilizados em exceção aos princípios da legalidade estrita e da anterioridade, sendo prestados aos mesmos fins fomentadores, podendo-se reduzir as alíquotas que depois serão restabelecidas. Constituem exemplos dessa assertiva o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI – dos automóveis, a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – Cide – sobre os combustíveis, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS – sobre os combustíveis, a dedução do Imposto de Renda – IR – para a formalização dos trabalhadores domésticos, a função social do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU – e do Imposto Territorial Rural – ITR, entre outros.

"N*os momentos de grande demanda, e nos momentos de crise, atua incentivando, instigando o mercado. É por isso que se tem, no nosso sistema, bem como na maior parte do mundo, o Estado como agente normativo e regulador da ordem econômica"* (BASTOS, 2004, p. 258).

Nesse contexto, a tributação adquire relevância porque possui além de seu aspecto fiscal, arrecadatório, pelo qual cobra e recebe recursos para custear as atividades de fomento, seu aspecto extrafiscal, ordinatório, pelo qual pode, através da promoção de incentivos fiscais, incentivar comportamentos desejáveis e inibir comportamentos indesejáveis.

Analisada sob a ótica ambiental, a tributação pode utilizar-se de seu aspecto extrafiscal para estimular a atividade empresarial a adotar políticas ambientalmente responsáveis, de forma que essa cultura de conscientização ecológica seja disseminada ao longo do tempo, para, no final, poder se vislumbrar uma sociedade mais humana e digna.

Assim, o contorno atual de um Estado social democrático de Direito, caracterizado pela intervenção no domínio econômico para a garantia dos fins instituídos constitucionalmente, exige o reconhecimento da relação entre as funções estatais e o poder de tributar, para que uma sistematização desses dois institutos possibilite a

convivência harmônica dos diversos setores sociais, de forma a propiciar o verdadeiro desenvolvimento sustentável nacional, e, assim, uma melhoria da qualidade de vida.

Portanto, a defesa do meio ambiente na ordem econômica expressa claramente o princípio do desenvolvimento sustentável, posto que estabelece um controle do Estado sobre as atividades econômicas que ultrapassem os limites razoáveis de exploração ambiental, obrigando uma harmonização entre esferas até pouco tempo considerada independentes, de modo a alcançar uma qualidade de vida saudável para todos, lembrando que a intensificação ou diminuição deste controle é um assunto político vinculado às prioridades de quem estiver no exercício do governo (GRAU *apud* SANSON, 2006).

5.2 As políticas públicas tributárias para as empresas ambientalmente responsáveis

As políticas públicas surgiram como resposta estatal à modernização da sociedade, devido ao crescimento populacional e ao progresso da humanidade, cujas características decorrentes do processo de urbanização e de industrialização passaram a exigir uma postura mais atuante do Estado para a preservação de condições de vida dignas compatíveis com a pretensa democracia.

A emergência de um Estado interventor foi resultado da proliferação de novas necessidades sociais em decorrência do desenvolvimento da sociedade. “Necessidades nunca antes sentidas passaram a reclamar ações do poder público, muitas de natureza prestacional, atingindo áreas da vida pessoal e social que estavam fora do âmbito da política” (SALDANHA *apud* APPIO, 2009, p. 142-143).

As políticas públicas consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico (GOUVÊA *apud* APPIO, 2009, p. 143-244).

A intervenção do Estado na vida privada dos cidadãos deve se guiar pelos princípios asseguradores dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, com a cidadania e a democracia como direitos fundamentais que devem embasar todas as relações entre o Estado e sua comunidade.

Nessa perspectiva, o próprio texto constitucional traz todos os parâmetros limitativos à intervenção estatal. Assim, no capítulo atinente à ordem econômica, os princípios basilares do regime jurídico econômico constitucional, estabelecidos no artigo 170, colocam limites ao livre mercado, que, por exemplo, não pode depredar o meio ambiente, extinguindo as condições de sustentabilidade do próprio sistema como um todo.

Também o texto constitucional traz as limitações ao poder de tributar, quando o Estado pretender usar seu poder de arrecadar tributos para o fim de atender as necessidades sociais a que se comprometeu com a instauração de um Estado social nos moldes da Constituição Federal de 1988.

O modelo do Estado brasileiro contemporâneo concentra grande poder nas mãos do Executivo, tendo a possibilidade de implantar as políticas públicas tributárias de incentivos, porque, segundo a clássica separação de poderes de Montesquieu, o Executivo é o quem tem condições de avaliar as receitas públicas de modo a não comprometer o orçamento público.

Nessa linha, quando surgem as discussões nas esferas privadas sobre a necessidade de se promover o desenvolvimento sustentável, destacando-se na atualidade as idéias oriundas, principalmente, nas audiências públicas e nos relatórios de organizações não-governamentais, na tentativa de impactar a esfera pública no sentido de instituir incentivos fiscais ambientais, deve-se ter certo cuidado. Isso porque a instituição desses incentivos não se perfaz de forma tão simples, mas requer detalhados estudos sobre seu impacto na receita orçamentária estatal, seja no âmbito federal, estadual ou municipal.

Contudo, essa preocupação pode ser resolvida com o estudo preventivo desde a elaboração do Plano Plurianual. Quando se selecionam as primeiras necessidades a serem determinadas como as primeiras metas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, estudos e pareceres demonstrativos de cálculos pormenorizados podem acompanhar a lei, discriminando os objetivos, as políticas públicas destinadas a tais objetivos e o custo destas políticas públicas.

Não sobejam dúvidas de que a democracia brasileira conforme o tamanho do Estado desenhado na Constituição Federal de 1988 se legitima com a prestação de garantias aos direitos fundamentais, estando, entre eles, o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Outrossim, a natureza fiscal do Estado se apresenta como meio indispensável para o atendimento das necessidades sociais às quais se comprometeu. Assim, a junção do papel da tributação com a função socioambiental deu origem ao que de denominou de tributação ambiental.

A tributação ambiental consiste na adoção de instrumentos e mecanismos tributários utilizados de forma a influenciar o comportamento dos contribuintes voltados à preservação do meio ambiente, bem como gerar recursos para a prestação de serviços públicos de proteção ambiental (COSTA, 1998, p. 297).

O aspecto fiscal visa à obtenção de recursos a serem utilizados em ações públicas voltadas à defesa do meio ambiente, através da aplicação do princípio do poluidor-pagador, que permite ao Estado cobrar do poluidor valor referente à sua ação depredatória ao meio ambiente. Já o aspecto extrafiscal permite a introdução de condutas ambientalmente corretas e desejáveis, através do estímulo produzido por incentivos fiscais ou isenções. Assim, a tributação ambiental apresenta-se mais vantajosa quando aplicada por seu aspecto extrafiscal, porque permite que se crie uma conscientização das pessoas acerca de seu comportamento, de forma a mudar a cultura para as próximas gerações.

Destacam-se, pois, as políticas públicas de incentivos fiscais à atividade empresarial responsável ambientalmente. No Estado de Direito, já se vê, nenhum dos tributos é incondicionado, nem mesmo se pode dizer que existem sempre, ou existem exclusivamente como ônus ou como favor concedido ao contribuinte. Os incentivos fiscais são favores concedidos aos interesses públicos, vale dizer, à função desempenhada e não ao sujeito que a desempenha. Neste diapasão, o aspecto extrafiscal dos tributos, sejam impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições de intervenção do domínio econômico ou empréstimos compulsórios, para induzir as empresas a praticarem atividades que ajudem a preservar ou recuperar o meio ambiente.

Todas as dúvidas sobre a viabilidade e a eficiência das políticas públicas tributárias em prol do meio ambiente podem ser sanadas com os estudos e programas prévios à implementação de tais políticas. O texto constitucional está disposto de forma a facultar a adequação dos tributos à proteção e à garantia de um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, possibilitando o desenvolvimento da tributação ambiental. Alguns programas nacionais e estaduais já deram início a essa corrida legislativa, conjugando economia, tributação e preservação do meio ambiente. A assunção definitiva deste processo pode desencadear soluções para muitas mazelas ambientais no país. Agora, as bases estão lançadas e o futuro dirá se foram suficientes.

6 CONCLUSÃO

Na pós-modernidade, há uma mudança das crenças e pressuposições acerca da natureza dos problemas que se impõem. O surgimento de novas necessidades antes impensadas exige uma adaptação do Estado. Desse modo, acompanhando a evolução da humanidade, o Estado também evoluiu, passando por diversas fases desde o Estado absolutista até o atual Estado social.

Dentro dessas diversas fases, houve diversos rearranjos entre os fenômenos econômico e jurídico, de acordo com o modelo estatal de cada período, sendo o momento atual aquele que mais corresponde com o ideal de um Estado democrático.

Todavia, as conquistas sociais sucumbem diante do desmantelamento do ideal estatal pelo desvirtuamento das funções públicas em contraposição aos interesses estrangeiros. A condução do mercado pela irracionalidade da mão invisível preconizada por Adam Smith desencadeou algumas crises econômicas, remanescendo ainda o gérmen propulsor de novas crises. A última delas pacificou a questão da necessidade de intervenção do Estado, demonstrando a importância de um grau maior para o alcance do prometido bem-estar social.

Neste diapasão, cabe às normas jurídicas o papel de adotar as condutas que conduzam as empresas a adotarem comportamentos que mantenham o meio ambiente equilibrado e sadio, sem impedir a livre concorrência, conforme assegurado constitucionalmente, para que atenda a premente necessidade de se promover um desenvolvimento sustentável.

Os problemas ambientais conseqüentes do progresso da humanidade, permeado pelo avanço da tecnologia e dos meios de comunicação inerentes ao processo industrial, combustível retroalimentado no sistema neoliberal capitalista utilitarista, impõem uma revisão dos valores dominantes na racionalidade social, fazendo com que a sociedade de risco exija uma nova postura por parte de todos os setores da sociedade.

Nesse sentido, uma vez que as empresas, maiores responsáveis pelo avanço da degradação ambiental, não têm consciência da diferença entre função social e responsabilidade social, cumpre aos governos se utilizarem de suas armas normativas para instaurar com vigor uma forte tributação ambiental, consubstanciada em incentivos fiscais ambientais, como mecanismo de se implantar políticas públicas de preservação ambiental.

Nesse contexto, o artigo 174 da Constituição possibilita a intervenção do Estado na ordem econômica, através da implementação de políticas públicas ambientais que redirecionem a racionalidade da atividade empresarial para a prática de processos industriais e comerciais que conciliem lucratividade com preservação ambiental, internalizando os custos ambientais e propagando uma cultura ambientalmente desejável.

A eficiência de instrumentos econômico-tributários em face da tutela ambiental pode ser sentida e comprovada pelas experiências estrangeiras trazidas do Direito Comparado, onde países desenvolvidos perceberam há mais tempo a imprescindibilidade deste posicionamento e cujas políticas públicas experimentadas comprovaram excelentes resultados. A instituição de tributos ou a concessão de incentivos fiscais em outros países induziram a conscientização das pessoas a adotarem práticas ambientalmente corretas.

No Brasil, a realidade econômica e social estruturada no regime jurídico tributário instituído pela Constituição Federal de 1988, possui certo preconceito quanto à instituição de novos tributos ambientais, razão pela qual a política tributária ambiental no Brasil deve ocorrer por intermédio de incentivos fiscais, que, na verdade, constituem os instrumentos mais indicados para estimular condutas ambientalmente responsáveis, inclusive, perpetuáveis ao longo do tempo.

A função do Estado de regular e controlar a atividade econômica tem como fim propiciar a seu povo uma melhoria da qualidade de vida e não o contrário. Por isso a importância de se encontrar o ponto de equilíbrio entre os interesses públicos e as pressões dos grupos econômicos de plantão.

As políticas públicas tributário-ambientais, dirigidas à atividade empresarial ambientalmente responsável, se utilizadas fielmente ao interesse público proposto, podem, num futuro próximo, colaborar para a concretização dos ideais democráticos de uma sociedade mais justa, fraterna, solidária, responsável e feliz.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Paulo Henrique do. **Direito Tributário Ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2009.

BARICHELLO, Stefania Eugenia; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso. **Tributação Ambiental:** o tributo extrafiscalcomo forma de proteção ao meio ambiente. *In:* Scientia Iuris – Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Londrina/ Departamento de Direito Público e Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina – Vol. I, N.1 (Jul./Dez. 2007). Londrina: Eduel, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional.** 2ª ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASSOLI, Marlene Kempfer; CIRINO, Sâmia Moda Cirino. **Direito Tributário Ambiental:** benefícios fiscais às empresas para proteção do direito fundamental ao meio ambiente. *In* Scientia Iuris: Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Londrina, Eduel, v. 01, n. 12, p. 177-198, jul./dez. 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BOBBIO, Norberto. MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *et. Alli.* **Dicionário de Política.** Trad. de Carmem C. Varrialle, Caetano Mônaco, João Ferreira (coord. da trad.), Luis Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 6ª ed. Brasília: UnB, 1994.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CORTINA, Adela. **Ética de la empresa:** claves para uma nueva cultura empresarial. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2005.

COSTA, Helena Regina. Tributação Ambiental. *In:* FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). **Direito Ambiental em Evolução. Curitiba: Juruá, 1998.**

DERRETIMENTO no Ártico pode afetar um quarto da população mundial, diz WWF. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/09/090902_wwfmarg.shtml. Acesso em: 02/09/2009.

FOLADORI, Guillermo. **Limites do desenvolvimento sustentável.** Trad. Marise Manoel. Campinas: Editora da Unicamp, São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo; FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Resumo de Direito Tributário.** 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GIDDENS, Anthony; PIERSON, Christopher. **Conversas com Anthony Giddens**. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

GLEISER, Marcelo. **A Dança do Universo:** dos mitos de criação ao Big Bang. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional:** ensaios políticos. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MERTON, Thomas. **Homem Algum é Uma Ilha.** Tradução de Timóteo Amoroso Anastácio. Campinas: Versus, 2003.

SANSON, Alexandre. **O princípio do desenvolvimento sustentável como limitação ao poder econômico.** Disponível em: http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2839/O-principio-do-desenvolvimento-sustentavel-como-limitacao-do-poder-economico. Acesso em: 08/09/09.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização:** do pensamento único à consciência universal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

THERBORN, Göran. **Globalização e desigualdade**: questão de conceituação e esclarecimento. *In:* Globalização excludente. Pablo Gentili (org.). 5ª ed. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO, 2008, pp. 63-94.

---

[1] A Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento conceituou desenvolvimento sustentável como aquele que atende às necessidades da geração presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem também as suas próprias necessidades.

[2] Esta frase do poeta inglês John Donne, adotada por Thomas Merton, demonstra bem o princípio da solidariedade, que deve se enveredar pela seiva a nutrir as relações humanas a fim de fundamentar a adoção de condutas socialmente responsáveis com o planeta, porque este princípio rebate o individualismo e permite ao homem se enxergar como membro componente da natureza. Cf. MERTON, Thomas. **Homem Algum é Uma Ilha.** Tradução de Timóteo Amoroso Anastácio. Campinas: Versus, 2003.

[3] A globalização pode ser definida como o processo de integração econômica, política e cultural, que avança pela necessidade de expansão dos mercados pelos países cujo mercado consumidor esteja saturado, transformando o planeta numa aldeia global.

[4] Neste ponto, importante lembrar a diferença entre necessidades sociais e demandas sociais, sendo que muitas demandas sociais são tratadas inadvertidamente como necessidades sociais, contribuindo para a inversão de valores vivenciada na atualidade.

[5] Sociedade de risco foi a denominação encontrada para definir a sociedade pós-moderna, produto da globalização, imersa na insegurança das condições futuras de vida devido ao caos gerado pelo modelo de produção adotado pelo neoliberalismo jungido à cultura capitalista consumista, que sempre cultuou a procura dos recursos naturais de forma desmedida para o processo industrial, agrícola, e outros empenhados em satisfazer as demandas sociais, sem se preocupar com as principais necessidades sociais, como a importância de se preservar o meio ambiente para a sadia qualidade de vida.

[6] Os membros da WWF acreditam que estas informações podem influenciar o novo acordo mundial sobre mudanças climáticas, que será negociado na Dinamarca, em dezembro do corrente ano, como seqüência do Protocolo de Kyoto. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/09/090902_wwfmarg.shtml. Acesso em: 02/09/2009.

[7] Art. 225 da Constituição Federal: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[8] Artigo 170 da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:” [...] “VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

[9] A maior expressão do Absolutismo foi o rei francês Luis XIV, que ficou famoso por sua frase “O Estado sou eu” e que tinha o Sol como seu símbolo pessoal. “Muito elogiado pelos historiadores pela sua habilidade para governar e sua habilidade para o poder, o Rei Sol mantinha rotina diária impressionante, dedicando-se com afinco às coisas do governo e de lazer. Sua cunhada mandou para uma amiga uma descrição de um dia típico na Corte: “Caçamos toda a manhã, voltamos por volta de 3 horas da tarde, trocamo-nos, subimos para jogar até às 7, depois fomos à peça, que nunca acaba antes das 10:30 horas, então à janta e depois para o baile até às 3 da manhã (...). Assim vês quanto tempo tenho para escrever”. (História em Revista, Poderes da Coroa, da equipe *Times/Life*, USA, 1992, *apud* FÜHRER, 2003, p. 15).

[10] Os Estados Unidos constituem o maior exemplo do Estado liberal. Naquele país, sabe-se que a população não tem o garantismo típico dos Estados sociais, como o Brasil.

[11] A Revista Carta Capital de 14 de fevereiro de 2009 estampa na capa a imagem do planeta Terra com estes dizeres e traz em seu bojo uma reportagem de dez páginas sobre a atual crise econômica e o papel do Estado sendo chamado a intervir, destacando a nova dimensão da atuação estatal.

[12] Nesse sentido, interessante a seguinte passagem: “Em meio aos escombros, existe no Brasil toda uma geração de pessoas engajadas, que sonharam o sonho socialista, que acreditavam estar comprometidas com a causa da humanidade e se supunham passageiras do futuro. Compreensivelmente abalada, esta geração vive uma crise de valores e de referencial. De fato, onde se sonhou a solidariedade, venceu a apropriação coletiva, prevaleceu o lucro. Onde se pensou a apropriação coletiva, prevaleceu o lucro. Quem imaginou a progressiva universalização dos países, confronta-se com embates nacionalistas e étnicos. Pior que tudo: os que viveram o sonho socialista não viam a hora de acordar e livrar-se dele. É indiscutível: Eles venceram.” (BARROSO *apud* BARROSO, 2006, p. 14).

[13] As autoras explicam ainda que o termo responsabilidade social “abrange tanto as ações especificamente sociais (como educação, lazer, cultura, qualificação profissional), como aquelas voltadas à proteção do meio ambiente” (BASSOLI; CIRINO, 2008, p. 179).

[14] Artigo 174 da Constituição Federal: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

[15] Artigo 173 da Constituição Federal: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

[16] Artigo 153 da Constituição Federal: “Compete à União instituir impostos sobre: I - importação de produtos estrangeiros; II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; III - renda e proventos de qualquer natureza; IV - produtos industrializados; V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; **VI** - propriedade territorial rural; VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.” §1º “É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

MODERNIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXOS E TENDÊNCIAS DO INSTITUTO DO CONCURSO PÚBLICO*

JUDICIAL ACTIVISM AND PUBLIC ADMINISTRATION CONTROL: A STUDY OF THE PUBLIC COMPETITION FOR ACESS TO PUBLIC JOBS

Aline Sueli de Salles Santos

RESUMO

A Constituição de 1988 trouxe para seu texto a exigência de concursos públicos como regra para provimento dos cargos efetivos e empregos públicos (art. 37, II a IV), no contexto da definição dos traços fundamentais do regime jurídico administrativo no Estado Democrático de Direito. Isto, junto com os direitos e garantias fundamentais amplamente presentes no texto constitucional, levou a uma judicialização da vida brasileira e a uma paulatina postura ativista do Judiciário, refletindo no controle judicial da Administração Pública, que, ao que pese a quase total ausência de regulamentação legal, vem mudando profundamente o instituto dos concursos públicos e os direitos que dele se originam.

PALAVRAS-CHAVES: CONCURSOS PÚBLICOS; ATIVISMO JUDICIAL; CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

ABSTRACT

The Brazilian Republic Constitution of 1988 defines the rule the process of competition for effective public employment (Article 37, II to IV) as a fundamental features of the public administration in a democratic state. This fact, together with the wide presence of public rights and fundamental guarantees in the Constitutional text led to a judicialization of the Brazilian public life and to a progressive activist posture of the judiciary on the rights interpretation, reflecting on an increasing judicial control of the Public Administration Acts. As consequence of both Constitutional regulation and judicial control, and besides the absence of textual regulation to the Constitutional dispositions on public competitions, the Brazilian legal practice about it is deeply changing the access to public jobs and their connected rights.

KEYWORDS: PUBLIC COMPETITION, PUBLIC EMPLOYMENT, JUDICIAL ACTIVISM, PUBLIC ADMINISTRATION CONTROL.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

“Venha para o XxxxCursos, seja o mais competitivo e tenha o governo como patrão.” Esta frase de publicidade é dita inúmeras vezes por dia em rádio de grande audiência no Distrito Federal. E não podia ser diferente. Pelo olhar dos “concurseiros”, Brasília é a Meca dos concursos públicos.

Em Brasília ou fora dela, para aqueles que atuam na docência em Direito, a reverência aos concursos não é novidade (e muito menos deve ser para os alunos!).[1] Fora da área jurídica, o apelo também é significativo. Os anos do governo Lula, na contramão da reforma gerencial iniciada por seu antecessor, vem se caracterizando por uma ampliação do número de servidores, configurando-se como a “Era de ouro” dos concursos públicos.[2] A Associação Nacional de Proteção e Apoio aos Concursos (ANPAC) estima que, em 2005, o mercado ligado à preparação para concursos públicos (cursinhos, materiais didáticos, publicações etc.) movimentou mais de R$ 100 milhões e envolvia cerca de 500 mil pessoas interessadas em prestar concursos. Prevê, até 2015, a abertura de 250 mil vagas na esfera federal.[3]

Curiosamente, apesar do apelo social dos concursos (não só na comunidade jurídica), a legislação e a doutrina não se preocuparam muito com o tema, deixando a cargo do Judiciário o desenvolvimento de um marco regulador, por meio da jurisprudência, provocada a partir de inúmeras controvérsias entre a Administração Pública e os candidatos.

A análise do panorama jurídico-político nacional, envolvendo a judicialização da política e o ativismo judicial, se dá no contexto em que se desenrola o paradigma atual de Estado Democrático de Direito e impacta no controle judicial da administração pública e seus atos. Um dos institutos que mais despertam este controle é o dos concursos públicos, pelo interesse social que desperta e escassez de maior regulamentação. Busca-se, então, apresentar o instituto do concurso público na história e no paradigma atual brasileiro e refletir sobre as decisões e tendências que vêm se desenvolvendo.

1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: UMA REALIDADE BRASILEIRA

Se o Poder Judiciário foi considerado no seu nascimento nos Estados de Direito um Poder que se qualificava como neutro, nulo, técnico, assim se manteve durante muito tempo. Mas, depois de um par de séculos (e vários ciclos políticos) em que o poder estatal se concentrou ora no Legislativo, ora no Executivo, o Judiciário passa a ocupar um lugar de proeminência no Estado e na sociedade brasileira.

Neste meio século que nos distancia do último conflito mundial, os três Poderes da conceituação clássica de Montesquieu se têm sucedido, sintomaticamente, na preferência da bibliografia e da opinião pública: à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra, e que

trouxe centralidade aos estudos sobre a burocracia, as elites políticas e a máquina governamental, seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida ??Justiça. (VIANNA, 1996, p. 1)

Esta correlação de forças, no entanto, é de fundo mais político que jurídico, de modo que a Constituição de 1988 (CF/1988) traz no seu art. 2º que os três Poderes são independentes e harmônicos entre si. Mas uma leitura mais atenta e sistemática do texto constitucional dará a dimensão das imensas responsabilidades (possibilidades?) que passam a corresponder ao Judiciário, especialmente no que se refere à garantia dos direitos fundamentais, agora muito mais numerosos e complexos.

A expansão da cobertura constitucional, com o reconhecimento de direitos sociais e difusos, além dos direitos civis e políticos, atrelada à previsão de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV; CF/1988), é fácil explica o porquê da questão do acesso à Justiça ser essencial neste momento do Estado de Direito.

Percebe-se, então, que a Constituição de 1988 e seus desdobramentos vão se preocupar com a questão do acesso à justiça, fazendo com que as três ondas propostas por Cappelletti e Garth (1993) viessem banhar o panorama jurídico e social nacional, como:

- assistência judiciária para os pobres: a criação e estruturação das Defensorias Públicas e a ampliação significativa dos serviços de assistência judiciária (com a exigência de prática jurídica real nos cursos de Direito); indiretamente, a criação de tribunais especiais (de pequenas causas cíveis, criminais e federais);

- representação dos interesses difusos: o redimensionamento do papel do Ministério Público e a criação e ampliação de instrumentos processuais para a tutela coletiva de direitos e para a tutela de interesses coletivos;[4]

- um novo enfoque, mais amplo, de acesso à justiça para além de acesso ao Judiciário: projetos de Justiça Itinerante, mutirões judiciais, simplificação da linguagem jurídica ("juridiquês"), incentivo a formas alternativas de resolução de conflitos, entre outros[5].

Há, então, um conjunto de subsídios que possibilitam maior efetividade dos direitos fundamentais e reforçam o poder-dever do Judiciário de garanti-los, controlando, inclusive, a atuação omissiva ou comissiva dos Poderes Executivo e Legislativo.

Soma-se a todo este arcabouço jurídico e institucional a "demanda reprimida" por direitos em um país pós-ditadura militar, e não podia ser diferente o papel de protagonista que o Judiciário e o STF assumiram após a Constituição de 1988, como, ademais, vem acontecendo em grande parte do mundo ocidental.

Atualmente este fenômeno é conhecido como "judicialização" da vida, ou da política e das relações sociais, significando esta ampliação do raio de (atu)ação do Judiciário.

Vallinder e Tate (1995, *apud* CARVALHO, 2004, p. 117) chamam a atenção para o fato de que uma das condições necessárias para a expansão do poder judicial é o ambiente

democrático, sendo incompatível a judicialização com regimes autoritários. Na mesma linha, Giselle Cittadino defende a judicialização como um reforço na lógica democrática.

É importante ressaltar, em primeiro lugar, que esse processo de "judicialização da política" – por mais distintas que sejam as relações entre justiça e política nas democracias contemporâneas – é inseparável da decadência do constitucionalismo liberal, de marca positivista, exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada. O crescente processo de "juridificação" das diversas esferas da vida social só é compatível com uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade-dignidade humanas e com a participação político-jurídica da comunidade. Em segundo lugar, ainda que o processo de judicialização da política possa evocar um vínculo entre "força do direito" e "fim da política" – ou seja, a idéia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras –, é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político. Finalmente, é importante considerar que se a independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade – o juiz só se manifesta mediante provocação –, os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhe são apresentadas. (2004, p. 106)

Para Luís Roberto Barroso,

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. (2009, p. 6)

O Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF traz uma sistematização feita por Keenan Kmiec dos usos atuais do termo "ativismo judicial" em sede doutrinária e jurisdicional:

a) prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros poderes; b) estratégia de não-aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar da *"sala de sessões"*; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultado pré-determinado. (*apud* VALLE, 2009, p. 21)

Mauro Cappelletti já percebia este movimento do Judiciário em meados da década de 1980, quando perguntava "Juízes legisladores?", afirmando que "embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui um fenômeno do nosso século" (1993, p. 31)

Inequivocamente uma das principais características e conseqüências da judicialização da política e do ativismo é a intromissão do Judiciário em espaços tradicionalmente reservados ao Legislativo e Executivo, de tal forma que não são poucas os críticos e as críticas quanto a esta postura judicial. Lênio Streck, Vicente Barreto e Rafael Oliveira (2009) também tecem críticas contundentes sobre a atuação da Corte Constitucional nacional, acusando-a de permitir a realização de um "terceiro turno constituinte". Para Oscar Vieira Vilhena, o Brasil caminha para uma "Supremocracia" (2008), apontando a autoridade do STF em relação às demais instâncias do Judiciário e em detrimento dos Poderes.

Na Alemanha, Ingeborg Maus, em um enfoque mais psicanalítico, vê na expansão da Corte Constitucional "a nova imago paterna [que] afirma de fato os princípios de uma 'sociedade órfã'" (2000, p. 201). E nos EUA, Ran Hirschl (2004, apud VIEIRA, 2008, p. 57) aponta a expansão do sistema de mercado como motor do fortalecimento de uma "Juristocracia".

Ao que pese as críticas, sem dúvida pertinentes, não se pode deixar de constatar que o perigo da ingerência de um Poder sobre os demais, o déficit de legitimação democrática, a ausência de controle social e a imprevisibilidade das decisões não são críticas pertinentes apenas ao Poder Judiciário. É certo que é o Poder Judiciário que ganha proeminência no panorama jurídico e social contemporâneo e, justamente por isso, merece um acompanhamento próximo e um olhar atento de todos, mas não se pode deixar de constatar a crise (funcional, de legitimidade, de efetividade) por que passam as instituições majoritárias, o Legislativo e o Executivo. A sociedade não pode ficar a mercê da conveniência e oportunidade destes Poderes em questões que afetam sua vida e seus direitos e interesses. É assim que "alguns tribunais, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de negarem uma decisão, são obrigados a pôr um fim em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político." (CARVALHO, 2004, p.120)

Como pano de fundo para este cenário, as teorias neoconstitucionalistas e pós-positivistas[6] são elementos importantes na construção do paradigma emergente do Estado Democrático de Direito e seu compromisso com os direitos fundamentais, que impactam diretamente no controle judicial da Administração Pública.

2 CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No decorrer do séc. XX, o Estado de Direito passou por diversas e profundas modificações, partindo de um paradigma liberal, com uma atuação absenteísta por parte da Administração Pública, passando para o Estado de Bem-estar Social, exigindo uma postura prestacional e interventora, até chegarmos ao paradigma emergente do Estado Democrático do Direito, marcado pela entrada de uma fase pós-positivista.

Estes três grandes paradigmas de Estado

tendencialmente se sucedem, em um processo de superação e subsunção (*aufheben*), muito embora aspectos relevantes dos paradigmas anteriores, inclusive o da antigüidade, ainda possam encontrar, no nível fático, curso dentre nós, a condicionar leituras inadequadas dos textos constitucionais e legais. (CARVALHO NETO, 2000).

Esta é a riqueza da noção de paradigma, originalmente cunhado por Thomaz Kuhn, na forma em que é utilizado por Menelick de Carvalho Neto (2000). Se por um lado o paradigma apresenta a possibilidade de se compreender o modelo de desenvolvimento (científico, para Kuhn, do Estado, para Carvalho Neto) e sua lógica por meio de seus aspectos centrais, resumidos em grandes esquemas gerais, e suas rupturas; de outro, reconhece que padece de simplificações e que, por isto, só é válido se apresenta os pressupostos contextuais sobre os quais se assenta.

Gustavo Binenbojm também adota esta abordagem analisar a crise por que passa o Direito Administrativo. Ele lembra que

há momentos específicos em que dado ao acúmulo de *anomalias* não solucionadas dentro do paradigma, surgem teorias subversivas do próprio paradigma, que põem em xeque a sua legitimidade e propõem novas formas de conceber o objeto e a própria metodologia de trabalho da ciência jurídica. O que tradicionalmente era aceito como premissa passa ao centro do debate científico, travando-se uma batalha teórica ente *desafiantes* e *desafiados*. Nestas circunstâncias [...] trata-se de um momento de *crise de paradigma*. (2009, p. 26-28)

Tendo como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito as idéias de democracia e direitos fundamentais, ele (BINENBOJM, 2009, p. 23-45) identifica 4 antigos paradigmas e propõe, em substituição, outros novos para a disciplina.

- Dever de proporcionalidade (como forma de cedência recíprocas entre interesses públicos e privados legítimos), em detrimento da supremacia do interesse público sobre o interesse privado;

- Princípio da juridicidade administrativa (constitucionalização do Direito Administrativo), e não mais apenas a sujeição à legalidade administrativa como vinculação positiva à lei (submissão total do agir Administrativo);

- Teoria dos graus de vinculação à juridicidade (em desfavor da dicotomia ato vinculado *versus* ato discricionário), em desfavor da intangibilidade do mérito administrativo (incontrolabilidade das escolhas discricionárias da Administração);

- Administração Pública policêntrica (com o surgimento de agências independentes), sobrepondo-se a um Poder Executivo unitário (relações de subordinação hierárquica).

Esta mudança de paradigmas foi fortemente impactada, se não impulsionada, pela migração dos contornos gerais da Administração Pública e do Direito Administrativo para a Constituição de 1988, dedicando-lhe todo o Capítulo VII (art. 37-43), além de vários outros dispersos pelo texto (como os que tratam de concessões e permissões de serviço público – art. 175; bens públicos – art. 20/29; ordenamento urbano – art. 182,

entre muitos outros), possibilitando, nas palavras de Alexandre de Moraes (2002), uma Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo.

Tendo como eixo central o art. 37, esta Constituição inaugura a apresentação expressa de alguns princípios que vinculam toda a Administração Pública. "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:" e segue uma longa lista de incisos.

O mesmo texto que impingiu à Administração a observância destes princípios (e outros, de forma implícita, como é o caso da razoabilidade e proporcionalidade, que decorrem do devido processo legal[7], previsto no art. 5º, LIV), manteve ao Judiciário o poder-dever de zelar pela proteção dos indivíduos e da sociedade quando dispôs "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV).

Há, então, um impacto na forma como o controle da Administração Pública pelo Judiciário vem operando no contexto do Estado Democrático de Direito, ampliando suas fronteiras, borradas pela crise de paradigmas e pelo seu papel nesta nova ordem. "Apesar da assimetria existente entre os poderes (LIJPHART, 1989), o Judiciário vem ocupando um lugar estratégico no controle dos demais, principalmente do Executivo." (CARVALHO, 2004, p.115)

Apenas como exemplos deste momento jurídico-político de controle judicial da Administração Pública no Brasil, pode se apontar inúmeros casos de obrigação de implantar (ou ampliar) políticas públicas ou oferecer prestações específicas (STF, SL/235; AgRegRE/393175; STA/268), que acabou por provocar no STF a realização de uma audiência pública para a área da saúde; a vedação de nepotismo (Súmula Vinculante nº 13), a demarcação das terras indígenas Raposa-Serra do Sol (STF, Pet./3388).

Os certames públicos, em que a Administração busca selecionar parceiros para dela fazerem parte como servidores públicos é tema importante e amplamente discutido em âmbito judicial, haja vista os princípios constitucionais envolvidos, o interesse da sociedade nas relações decorrentes das competições realizadas e os recursos públicos envolvidos. São estas disputas, especialmente as chamadas de concursos públicos, que vai se analisar daqui em diante

3 SELEÇÃO DE PESSOAL PARA O ESTADO E PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A submissão a concurso público (de provas ou de provas e títulos) é o modo pelo qual o Estado brasileiro contemporâneo optou para selecionar, em regra, seus futuros

servidores públicos. Esta não é, no entanto, a única fórmula conhecida para recrutar as pessoas (físicas) que prestarão serviços para o Estado, denominadas agentes públicos.

José Cretella Jr. (2006, p. 352) aponta vários meios que foram utilizados pelos povos ao longo da história: compra e venda, herança, arrendamento, sorteio, nomeação, eleição e concurso. Destes, os três primeiros não são mais formas legítimas de investidura na função pública, ficando relegados a um modelo de Estado patrimonial, com sua confusão típica entre o patrimônio privado (da autoridade) e público (do povo, da sociedade).

Os demais, no entanto, continuam tendo sua utilidade, em maior ou menor grau, para os diferentes grupos de agentes públicos. O sorteio pauta-se nas "leis do acaso", e pode ser puro e simples ou condicionado, quando se dá entre pessoas que apresentem determinadas condições. Ainda é utilizado como critério final de desempate em concursos públicos e demais certames administrativos.

A nomeação refere-se à designação para que determinada pessoa ocupe cargo público feita por um único órgão ou por meio da manifestação de mais de mais de um órgão (ato complexo).

A escolha pelo sufrágio (direto ou indireto) é o que caracteriza a eleição, enquanto que o concurso pode ser entendido como

a série complexa de procedimentos para apurar as aptidões pessoais apresentadas por um ou vários candidatos que se empenham na obtenção de uma ou mais vagas e que submetem voluntariamente seus trabalhos e atividades a julgamento de comissão examinadora. (CRETELLA JR., 2006, p. 356)

Importante ressaltar que esta definição proposta por Crettela Jr. é mais abrangente e atemporal, não incorporando elementos específicos compatíveis pelo contexto atual do Estado Democrático de Direito brasileiro, como se verá abaixo.

Vê-se que o concurso rege-se pela idéia de meritocracia, entendida como "um sistema que privilegie o mérito e as pessoas que efetivamente trabalham." Neste sentido, "a questão da meritocracia e da sua avaliação é polêmica para toda a teoria da administração moderna e envolve uma dimensão política não só no Brasil como em outros países também." (BARBOSA, 1996, p. 58-59) A existência de um sistema meritocrático, ao mesmo tempo em que se constitui em uma forma isônomica de valorização do bom trabalhador, também busca captar e manter os melhores quadros para a entidade que ele se vincula(rá).[8]

O uso destes métodos para seleção varia conforme a classe de agente público que se deseja recrutar. Eles podem ser classificados em quatro tipos, de acordo com Maria Sylvia di Pietro (2003): agentes políticos, particulares em colaboração com a Administração Pública, servidores públicos e militares.

Os primeiros são aqueles que desempenham função política, no sentido de formar a vontade superior do Estado. São tradicionalmente os membros do Poder Executivo e Legislativo, e, mais recentemente, também os membros do Poder Judiciário e até do Ministério Público. Estes agentes são investidos por meio de eleições (chefe do

Executivo e membros do Legislativo), nomeações (ministros e secretários no Executivo, membros dos Tribunais e chefes dos Ministérios Públicos) e concursos. Ressalte-se que no que se refere ao vínculo laboral dos membros do Judiciário e do Ministério Público, eles se equiparam a servidores públicos, ainda que com estatutos próprios.

O segundo tipo indica aqueles que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração, podendo fazê-lo sob títulos diversos, como delegação do Poder Público; requisição, nomeação e designação; e gestão de negócios. Aqui o vínculo é, em geral, transitório e não obedecendo, necessariamente, aos meios tradicionais de seleção (ainda que o sorteio seja uma realidade para convocar jurados e mesários, por exemplo).

E os militares, ao que pese possuírem regimes estatutários próprios, calcados nos princípios da hierarquia e da disciplina característicos destas corporações, não apresentam, conceitualmente, diferenças significativas com a categoria dos servidores públicos.

Os servidores públicos são "as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos" (DI PIETRO, 2003). Englobam servidores estatutários, os empregados públicos e os servidores temporários.

É justamente para a seleção dos servidores públicos que o concurso se presta com maior intensidade, no contexto de um Estado burocrático, que busca assegurar a isonomia e a impessoalidade entre os cidadãos, e até mesmo de um Estado gerencial, com vistas ao alcance da eficiência. É por isto que os concursos públicos alcançaram desde muito status constitucional no ordenamento brasileiro e são, hoje, regra para o ingresso no serviço público. Mas nem sempre foi assim, como se verá no percurso histórico-constitucional.

4 OS CONCURSOS PÚBLICOS NA HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

O instituto dos concursos não é novo no panorama jurídico-administrativo brasileiro. Mesmo sob domínio português, na Colônia, sob a égide das Ordenações reais, já é possível apontar um embrião: a "leitura dos bacharéis", pelos quais a Casa de Suplicação, órgão superior com funções judiciais, administrativas e políticas do Estado Português absolutista, controlava o acesso à Magistratura, por meio de uma habilitação que envolvia não só conhecimentos técnico-jurídicos, mas também relativos à origem e história familiar do candidato. Ao que pese o caráter desigual que compunha parte da "leitura dos bacharéis", esta forma de seleção contrastava com os outros métodos de recrutamento naquele momento, e insinuava, para alguns setores, o início de "uma administração profissional, com especialização, assalariamento e definição estatutária

de funções. Um desses segmentos, já 'burocráticos' é a carreira judicial." (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 248-249)

A independência do Brasil e a criação de um Estado de Direito vai se apoiar no princípio da igualdade de todos perante a lei[9], o que pode ser observado, sob o ângulo do funcionalismo público, no disposto da Constituição de 1824: "todo o cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja dos seus talentos, e virtudes." (do art. 179, XIV) Este mandamento, sob variadas redações, vai aparecer em todas as constituições, até a atual.

Isto não levou, no entanto, a que meios de seleção sob esta ótica fosse uma regra geral no Estado brasileiro. Suas primeiras constituições deixavam a critério do chefe do Poder Executivo o exercício das suas competências de "nomear magistrados" e "prover os demais empregos civis e políticos" (art. 102, III e IV), conforme a Constituição Imperial, de 1824; e "prover os cargos civis e militares de caráter federal, salvas as restrições expressas nesta Constituição" (art. 48, 5º), nos dizeres da 1ª Constituição Republicana, de 1891. Percebe-se que permanece aí um forte traço patrimonialista[10].

Mais próximo da atual configuração dos concursos, o Direito Constitucional brasileiro conhece expressa previsão desde o governo Vargas e o início de um estado burocrático no Brasil[11], onde se podia ler na Constituição de 1934:

Art. 170 O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor:

[...]

2º a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos; (grifos nossos)

Note-se que a extensão da exigência de concursos públicos é bastante restrita, já que ela só vale para a primeira investidura (sendo possível provimentos derivados, sem que se desse novo concurso); dos cargos de carreira (e não para os cargos isolados); com a avaliação podendo ser feita exclusivamente na modalidade de títulos (sem a realização de provas).

É possível encontrá-los ainda em outras passagens, como a garantia de estabilidade depois de 2 anos aos funcionários nomeados em função de concursos (10 anos para a estabilidade dos demais) (art. 169), a exigência de concursos para os cargos do magistério oficial (art. 159), de juízes estaduais (art. 104, a) e de membros do Ministério Público Federal (art. 95, § 3º), daí decorrendo garantias específicas para cada um dos cargos.

Depois de 1934, a previsão da exigência de concurso público para o provimento de cargos públicos povoam todos os textos constitucionais nacionais, quer tenham sido promulgados ou outorgados.

Apesar da entrada para um regime ditatorial (Estado Novo de Vargas), não se encontrará mudança relevante na previsão geral de concursos na Constituição de 1937

(manutenção de concursos de provas ou títulos, para primeira investidura, em cargos de carreira, com estabilidade após 2 anos – art. 56, “b”, “c”; e exclusão da exigência expressa de concurso para o Ministério Público Federal e magistério oficial).

A redemocratização veio com outra Constituição, em 1946, onde, em linhas gerais, repetiu-se o que estava previsto em 1934, indicando que eles não são apenas para a primeira investidura em cargos de carreira, mas também para todos que a lei determinar (art. 186). Mantém a estabilidade em dois anos, volta a exigência para categorias específicas, como as que encontramos na primeira Constituição da Era Vargas (Magistratura estadual, com participação da OAB - art. 124, III; Ministério Público Federal – art. 127; professores catedráticos – art. 168, VI) e dispõe sobre a situação dos funcionários interinos (art. 23).

Na Constituição de 1967 já se pode perceber uma maior abrangência e rigidez na exigência de concursos, quando se lê que “a nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.” (art. 95, § 1º, grifos nossos). Ou seja, já não se trata mais apenas de primeira investidura, nem se cinge a cargos de carreiras, valendo para assumir qualquer cargo, excluindo os cargos em comissão (art. 95, § 2º). Também ficou vetada a realização de concursos apenas por títulos. A aquisição da estabilidade manteve o prazo de dois anos, mas vetou a efetivação e a estabilidade daqueles que não aprovassem em concurso (art. 99).

Magistratura federal e estadual, Ministério Público Federal e magistério mantêm dispositivos específicos (arts. 118; 136, I; 138, § 1º; 168, V; respectivamente).

Este texto apresenta uma curiosidade no que se refere aos concursos: ele está previsto, de forma geral, dentro da Seção VIII (Dos Funcionários Públicos) do Capítulo VII, que trata do Poder Executivo. O art. 106 estende este regime aos demais Poderes e esferas da Federação.

Com o recrudescimento do regime ditatorial civil-militar, é feita a Emenda Constitucional 1/1969, que a maior parte da doutrina constitucional nacional entende como uma nova Constituição. Além de fortes restrições aos direitos civis e políticos[12], os concursos públicos também sofreram um refluxo, voltando a serem exigidos apenas para a primeira investidura (art. 97, § 1º), não trazendo o veto de estabilidade para não-aprovados em concursos (art. 100). No que resta, segue a Constituição precedente, com exceção de uma novidade que inaugura no Direito constitucional brasileiro: o prazo máximo de validade de 4 anos, contados da homologação (art. 97, § 3º, incluído pela EC 8/1977).

É com este *background* que o Estado e a sociedade brasileira chegam ao processo constituinte de 1986, que resultou na Constituição de 1988 e em uma configuração da Administração Pública e do seu funcionalismo muito diferentes do que se tinha até então no panorama nacional.

5 CONCURSOS PÚBLICOS PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

Podem-se analisar os concursos públicos no contexto do Estado brasileiro contemporâneo sob duas perspectivas: uma jurídica e outra social.

Num momento em que o mundo, inclusive o Brasil, enfrenta uma grave crise no mundo do trabalho, representada pela precarização e flexibilização das relações trabalhistas e um forte aumento do desemprego, a estabilidade oferecida aos detentores de cargo público passa a ser um grande atrativo. Além disso, tem-se os altos salários normalmente atribuídos às clássicas carreiras jurídicas e outras tantas da área técnica, administrativa ou fiscal, que, exigindo apenas a titulação de nível superior, também oferecem uma remuneração muito atraente frente aos valores praticados pela iniciativa privada. Como exemplo, o concurso em andamento para Analista Judiciário – área judiciária, do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão (TRE/MA), promovido pelo CESPE em 2009, com a exigência de bacharelado em Direito, teve uma procura de mais de 400 candidatos por vaga (para outras áreas administrativas, cuja formação superior poderia ser variada, a concorrência passou dos 850 por vaga). A remuneração inicial dos aprovados será de cerca de R$ 6600,00.

O acesso ao serviço público por meio de concursos também não exige diplomas de escolas conceituadas; experiência profissional; relações, contatos e indicações profissionais; determinadas características físicas, psicológicas e mentais, que normalmente são requisitos observados pelo mercado de trabalho e que deixa muitos grupos sociais alijados da atuação na área privada.

Não se pode afastar, também, a própria valorização atribuída pela sociedade aos concursos, vistos efetivamente como instrumentos de moralidade e isonomia, possibilitando ascensão social e inserção profissional. Ademais, a história do Brasil mostra que tradicionalmente nunca foi extirpado de fato os ranços patrimonialistas do Estado, como provam os recentes escândalos de atos secretos no Senado e a própria edição da Súmula Vinculante nº 13 e as manifestações raivosas de agentes públicos que ela provocou.

Ao que pese o enorme impacto social dos concursos, não houve a construção de um arcabouço legal que trouxesse uma regulação mais abrangente ao tema. Sob a ótica jurídica, os concursos públicos são quase órfãos, estando regrados em alguns poucos incisos na Constituição vigente dentro da Seção I, do Capítulo VII, que trata das Disposições gerais sobre a Administração Pública. Na esfera federal, os concursos receberam tratamento em dois artigos da Lei º 8112/1990, que institui o Estatuto do Servidor Civil Federal.

È verdade que recentemente alguns entes federativos vêm tentando regulamentar os concursos, como o governo federal que editou o Decreto 6944/2009, e se verá abaixo, e a Lei nº 3697/2005 do Distrito Federal, julgada inconstitucional por vício de iniciativa. Também órgãos de controle interno de carreiras, como o CNJ e o CNMP, estão regulamentando os concursos ligados à magistratura e ao Ministério Público (Resolução/CNJ nº 75/2009 e Resolução/CNMP nº 14/2006), mas o resultado ainda é bastante tímido.

Os concursos públicos tampouco conseguiram maior sucesso junto à academia[13] e à doutrina. Estão disponíveis no mercado infindáveis materiais para concursos (didáticos e de auto-ajuda), apenas recentemente vai-se encontrar uma tímida produção sobre o assunto, especialmente na área de Direito Administrativo e voltada a uma abordagem mais pragmática[14]. Honrosas exceções são o livro "Concurso público e Constituição", coordenado por Fabrício Motta (2005), congregando artigos de importantes administrativistas brasileiros que refletem vários aspectos do instituto além de uma coletânea da série OAB Ensino Jurídico, "Formação jurídica e inserção profissional" (2003).

Mas vejamos o que diz a Constituição de 1988:

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

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

[...]

VII - a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Logo, os concursos públicos devem, inequivocamente, ser realizados no âmbito de toda a Administração, direta e indireta (inclusive pessoas jurídicas de direito privado), de todos os Poderes, de todos os entes federativos, e estão sujeitos aos princípios que regem a Administração, em especial os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*).

Ela buscou garantir, como todas as demais, a universalidade do acesso ao serviço público como agente do Estado, conforme o disposto no art. 37, I, nos limites que a lei exige para cada cargo, emprego ou função. Esta limitação está condicionada ao que dispõe o art. 7º, XXX, com respeito aos direitos dos trabalhadores ("proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil") e o art. 39, § 3º ("Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII,

XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.”)

A extensão do direito de acesso a estrangeiros (ainda que não universal) é uma inovação desta Constituição e foi fruto da Reforma Administrativa ocorrida na década de 1990, que culminou na edição da Emenda Constitucional nº 19/1998[15]. Este acesso, no entanto, é condicionado à aprovação em concurso público, nos moldes ali previstos.

Os concursos são exigidos para que o cidadão seja investido na função pública, quer sejam cargos públicos efetivos (cujas relações de trabalho serão estatutárias e com previsão de estabilidade, após 3 anos de efetivo exercício – art. 41), quer sejam de empregos públicos (cujo vínculo é celetista). A partir deste dispositivo, ficou proibido que um servidor passe a um cargo de carreira diferente daquela que ele ingressou por concurso (por meio de ascensão ou transferência, por exemplo).

A Constituição permite a contratação sem concurso para casos específicos, quais sejam:

- cargos em comissão e funções de confiança, ambos declarados em lei de livre nomeação e exoneração, destinados apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. As funções só são acessíveis a servidores efetivos e os cargos devem ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei (que ainda não existe) (art. 37, II c/c V);

- contratação por tempo de serviço para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX), nos moldes da Lei nº 8745/1993, que exige que o recrutamento seja feito, em regra, “mediante processo seletivo simplificado, sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União” (art. 3º);

- membros dos STF (art. 101), do STJ (art. 104), dos Tribunais Regionais Federais, dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (art. 94), dos Tribunais de Conta (art. 73, § 2º), com ingresso por meio do quinto constitucional.

A Constituição traz ainda o prazo de validade de cada concurso, limitando-o a 2 anos, prorrogáveis por igual período (art. 37, III), dando ao aprovado o direito a ser convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira, durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação (art. 37, IV). A decisão de prorrogar ou não está dentro do campo da discricionariedade da Administração Pública, que, como foi visto, passa por profunda revisão dos seus contornos e de sua sindicabilidade. Da mesma forma, o direito do aprovado a ser convocado extrapolou o direito de preferência previsto constitucionalmente, conforme entendimento jurisprudencial que vem se consolidando. Os reflexos destas mudanças no concurso público serão analisados a seguir.

Por fim, a Constituição trouxe uma conquista da cidadania para as pessoas deficientes. Este direito está também previsto na Lei nº 7853/1989, a Política Nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, na Lei nº 8112/1990 (art. 5º, § 2º - reserva de até 20%), e regulamentada pelo Decreto nº 3298/1999.

Quanto à disciplina da Lei nº 8122/1990, pouco avança com relação ao que já estava instituído.

Art. 11. O concurso será de provas ou de provas e títulos, podendo ser realizado em duas etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira, condicionada a inscrição do candidato ao pagamento do valor fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas.

Art. 12. O concurso público terá validade de até 2 (dois) anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período.

§ 1º O prazo de validade do concurso e as condições de sua realização serão fixados em edital, que será publicado no Diário Oficial da União e em jornal diário de grande circulação.

§ 2º Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado.

Indica que o concurso pode se dar em duas etapas, que a participação está condicionada ao pagamento de taxa prevista no edital (cujo valor deve guardar correspondência com o custeio do certame) e veta a abertura de novo concurso enquanto houver um válido com aprovados. A isenção do pagamento das taxas de inscrição em concursos no âmbito do Poder Executivo Federal está regulamentada pelo Decreto nº 6593/2008.

É fácil perceber que temas sensíveis e corriqueiros do universo dos concursos públicos não encontram guarita na Lei. A exigência de submissão a exames de aptidão física e psicotécnico, o prazo mínimo para publicação de datas e locais de prova, requisitos de características individuais específicas, os concursos para cadastro de reserva entre outros, sem falar de uma organização dos direitos e deveres dos concursandos e da Administração Pública, até com a previsão de sanções administrativas e penais.

A fim de enfrentar (ou minimizar) estas questões, o Poder Público Federal emitiu muito recentemente (final de agosto) o Decreto nº 6944/2009, que veio a regulamentar vários destes temas acima elencados, entre seus art. 10 a 19.[16] Tem relevo aqui alguns pontos como:

- limite de nomeação de candidatos aprovados em até 50% a mais do número de vagas previsto no edital (art. 11);

- organização das fases, provas e critérios para avaliação no concurso (art. 13);

- sessões públicas e gravadas das provas orais e defesa de memorais (art. 13, § 3º);

- exigência de previsão legal (e editalícia) para provas de aptidão física, conhecimentos práticos específicos e exame psicotécnico, bem como a indicação em edital de técnicas, metodologias etc. (para os primeiros) (art. 13 e 14);

- restrição do uso do exame psicotécnico a questões “que possam vir a comprometer o exercício das atividades inerentes ao cargo ou emprego disputado no concurso”, não sendo mais possível a aferição de “perfil profissiográfico” (art. 14);

- prazo de no mínino 60 dias da publicação do edital e realização das provas (ressalvados casos devidamente motivados pelo Ministro) (art. 18, I e § 2º);

- dispositivos exigidos no edital, enfatizando que a comprovação de escolaridade e experiência profissional, se exigidas, devem ser comprovadas apenas quando da posse (art. 18, parágrafo único).

Ao mesmo tempo que a edição deste decreto estabelece e uniformiza regras gerais de concursos em toda a esfera do Executivo Federal (devendo influenciar os outros Poderes e esferas da Federação), também indica a necessidade de uma normativa mais estável e abrangente de modo a dar mais segurança e transparência para os concurseiros de todo país. Questões sensíveis como o direito subjetivo à nomeação dentro das vagas previstas no edital, composição de bancas, preparação e correção de provas não foram abordadas neste decreto ou deixaram larga margem de discricionariedade, como a abertura de concursos para cadastro de reserva (art. 12).

Os muitos Projetos de Lei que tramitam na Câmara dos Deputados referentes a concursos públicos enfocam muitas destas situações, mas não há indicativos claros que breve serão motivo de deliberação e aprovação. Há projetos dispondo sobre isenção de taxas de inscrição (PL 777/2003); normas gerais (PL 252/2003); direito à nomeação (PL 4109/2008); crime de fraude a concurso público (PL 1086/1999), entre tantos outros, todos com vários apensos.

Se por um lado cresce o interesse da sociedade sobre os concursos públicos, o grande espaço normativo vazio tem possibilitado muitas desavenças entre concursandos e Administração Publica, e como o Legislativo não responde, o Judiciário é chamado a intervir. E não tem se furtado a fazê-lo.

6 OS REFLEXOS DO ATIVISMO JUDICIAL SOBRE OS CONCURSOS PÚBLICOS

Se a judicialização e o ativismo judicial são fenômenos do nosso tempo, os concursos públicos, apesar de sua previsão constitucional desde 1934, também o são, como se buscou demonstrar.

Qual o resultado desta interação? Como o antigo instituto do concurso público vem sendo reconstruído sob o paradigma do Estado Democrático de Direito?

Como não podia deixar de ser, o panorama legal (bastante lacunoso) e social (valorização e interesse) dos concursos públicos propiciou uma intensa judicialização deste assunto. A crise do Direito Administrativo, sua constitucionalização e o xeque a antigos dogmas como a supremacia do interesse público e a impossibilidade de controle judicial da discricionariedade administrativa, cedendo em favor da ponderação e

respeito a direitos individuais formam o pano de fundo que possibilitam ao Judiciário exercer seu ativismo no que se refere aos concursos.

Mesmo antes da constitucionalização da Administração Pública, o STF tem sido demandado a decidir sobre diversos aspectos dos concursos públicos. Já foram editadas várias súmulas envolvendo os concursos públicos, das quais merece destaque:

- Súmula 15: Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

- Súmula 683: O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

- Súmula 684: É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público.

- Súmula 685: É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Nota-se, até pela distância numérica, que a primeira súmula não foi editada recentemente, tem como base legal a Constituição de 1946. Ou seja, claramente não é produto da judicialização da política nem do ativismo judicial daquele órgão. Seu conteúdo, inclusive, não vai além de um desdobramento lógico da idéia de classificação, inerente aos certames de concurso.

Já as 3 últimas são de 2003. Os precedentes citados para a edição das súmulas, no entanto, são mais antigos, quase todos praticamente decididos pelos ministros da composição anterior do STF, alguns até com base na Constituição de 1967. Da leitura dos acórdãos não é possível encontrar ali, no conjunto dos acórdãos relacionados a cada súmula, um discurso de viés pós-positivista e/ou ativista: não há qualquer ênfase na defesa dos direitos fundamentais e nem fundamentação baseada em princípios; na maioria esmagadora deles, estes temas nem sequer aparecem.

Vale perceber que a Súmula 683, ao que pese indicar especificamente a possibilidade de limitação em função de idade, vem sendo utilizada, em conjunto com o art. 39, XXX (que exige previsão legal), para auferir a possibilidade de outras discriminações no edital.

Mas ainda que o ativismo não tenha atingido (ainda) estes instrumentos processuais, ele vem sendo expresso nas decisões que vem criando uma jurisprudência naquele órgão sobre concursos.

Face à ausência de lei regulamentadora dos cargos comissionados exigida pelo art. 37, V, da Constituição, o STF já decidiu com base nos princípios da proporcionalidade, moralidade e impessoalidade, pela manutenção da declaração de inconstitucionalidade de lei que criava cargos em comissão, não entendendo pertinente o argumento da separação de poderes e da impossibilidade de controle do mérito administrativo.

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO.

I – Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam.

II – Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local.

III – Agravo improvido. (STF, RE/365368, j. em 22.05.2007)

Outro tema importante que o STF vem decidindo sob o manto do ativismo é o reconhecimento do direito subjetivo à nomeação de aprovados em concursos públicos, ainda sob determinadas condições.

DECADÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO OMISSIVO. Tratando-se de ato omissivo - no caso, a ausência de convocação de candidato para a segunda fase de certo concurso -, descabe potencializar o decurso dos cento e vinte dias relativos à decadência do direito de impetrar mandado de segurança, prazo estranho à garantia constitucional.

CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PARÂMETROS - OBSERVÂNCIA BILATERAL. A ordem natural das coisas, a postura sempre aguardada do cidadão e da Administração Pública e a preocupação insuplantável com a dignidade do homem impõem o respeito aos parâmetros do edital do concurso.

CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - VAGAS - PREENCHIMENTO. O anúncio de vagas no edital de concurso gera o direito subjetivo dos candidatos classificados à passagem para a fase subseqüente e, ao lfim, dos aprovados, à nomeação. Precedente: Recurso Extraordinário nº 192.568-0/PI, Segunda Turma, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 13 de setembro de 1996. (STF, RMS/23657, j. em 21.11.2000)

Esta e outras decisões indicam que quando há previsão editalícia e surgem novas vagas durante a vigência do concurso, ou quando elas sendo preenchidas por servidores temporários, deve se garantir o direito à nomeação.

Vê-se já na leitura da ementa de acórdão paradigmático do tema a adoção de uma argumentação baseada na dignidade da pessoa humana. Da leitura do voto encontram-se os princípios da moralidade e da impessoalidade, do concurso público e entende que a Administração deve respeito ao concursando a partir das leis do edital.

No mesmo acórdão o STF discute o grau de discricionariedade da Administração Pública de prorrogar os concursos públicos, indicando que havendo vagas a serem preenchidas abertas na vigência do concurso, candidatos aprovados e previsão editalícia, a discricionariedade Administração é minimizada no tocante à prorrogação do prazo de validade do concurso.

Percebe-se no voto do relator, Ministro Marco Aurélio, a linha que norteou seu posicionamento (vencedor, por maioria):

A República Federativa do Brasil, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, tem como um dos fundamentos, [sic] a dignidade da pessoa humana – art. 1º, inciso III da Constituição Federal. Na realização de um concurso público, que muito tem a ver com este direito natural do homem, as normas de regência fazem-se direcionadas ao equilíbrio na relação jurídica candidato-Estado.

O tema está mesmo na pauta do dia, exigindo decisões do STF, de tal modo que se reconheceu repercussão geral, nos moldes estipulados pós-EC 45/2004 para a apreciação de Recurso Extraordinário (art. 102, § 3º), no RE 598099, assim ementado: "DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO ENTRE AS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL." O Ministro Menezes Direito, relator, assim se manifestou:

Considero que a matéria constitucional presente nestes autos extrapola o interesse subjetivo das partes, na medida em que se discute a limitação do poder discricionário da Administração Pública em favor do direito de nomeação dos candidatos que lograram aprovação em concursos públicos e que estão classificados até o limite de vagas anunciadas no edital que regulamenta o certame.

A questão possui repercussão, notadamente, no aspecto social ao atingir diretamente o interesse de relevante parcela da população que participa dos processos seletivos para ingressar no serviço público.

Afeta, também, a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal que, a partir da decisão emanada por esta Suprema Corte, poderá elaborar e realizar os concursos públicos ciente da extensão das obrigações que possui em relação aos candidatos aprovados e incluídos no rol das vagas ofertadas no processo seletivo.

Assim, considero presente a repercussão geral. (STF, RE/598099, j. em 24.04.2009)

Assim, em um futuro próximo é possível que se tenha uma decisão mais definitiva (na medida em que uma decisão de RE pode ser considerada como tal) sobre este tópico dos concursos públicos, que, sem dúvida, é uma das mais sensíveis e caras aos concursandos. A julgar pelos precedentes, é possível esperar que eles, em breve, estarão mais protegidos do arbítrio (disfarçado de discricionariedade) da Administração.

Navegando pela mesma maré, mas parece que à frente do posicionamento do STF, o STJ acaba de decidir pelo direito subjetivo à nomeação dos aprovados dentro da quantidade de vagas indicada pelo edital, independente de qualquer irregularidade no provimento do cargo, independente, inclusive, do concurso ainda estar em sua validade[17].

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) avançou na questão relativa à nomeação e posse de candidato aprovado em concurso público. Por unanimidade, a Quinta Turma garantiu [no RMS 27311, j. em 04.08.2009] o direito líquido e certo do candidato aprovado

dentro do número de vagas previstas em edital, mesmo que o prazo de vigência do certame tenha expirado e não tenha ocorrido contratação precária ou temporária de terceiros durante o período de sua vigência. (STJ, 2009)

Além desta decisão, o STJ tem um amplo repertório de julgamentos relativos a concursos públicos, com posicionamento sobre exames psicotécnicos, prova de aptidão física, correção de provas, vagas reservadas a pessoas com deficiência, entre outros tantos temas, soltos em meio de mais de 3600 acórdãos que voltam como resultado de pesquisa de jurisprudência sobre o tema no site do STJ. Teria o concursando, como cidadão comum, condições de descobrir seus direitos?

CONCLUSÃO

São sabidos os potenciais problemas do avanço do ativismo judicial, da qual vale relembrar os riscos à legitimidade democrática, desviando os focos de decisão dos lugares tradicionalmente de deliberação majoritária; riscos à politização da Justiça, no sentido de que o Judiciário não pode agir de forma livre, partidária ou tendenciosa, devendo, muitas vezes, agir de forma contra-majoritária; e o limite à capacidade institucional do Judiciário, na medida em que as demandas se tornam mais complexas, será o poder judicial o mais apto a dar as melhores respostas? (BARROSO, 2009) Mas, frente o atual momento por que passa o instituto do concurso público e a sociedade brasileira, não se pode negar o papel essencial que o Judiciário vem desempenhando, barrando excessos legislativos e omissões e abusos administrativos.

Não se pode perder de vista, todavia, que o que de fato a sociedade precisa é da construção de um regime geral de concursos públicos, que só pode se dar por meio de Lei. Certamente a existência de parâmetros mais seguros, deve desafogar um pouco o Judiciário quanto a este tema, ainda que não vai blindá-lo, como sói acontecer com qualquer situação que passa a ser regida por uma norma (mais leis, mais possibilidades de questionamentos com base nela).

Os concursos alcançaram uma grande valorização social, quer pela conjuntura econômica e laboral, quer seja pelos princípios de isonomia e meritocracia que eles encerram. O instituto clama por uma regulamentação abrangente que leve em conta os novos paradigmas inaugurados pelo Estado Democrático de Direito e suas repercussões na relação da sociedade e do indivíduo com a Administração Pública.

Também é necessário se pensar em aprimorar as avaliações dos concursos a fim de torná-los mais aptos a avaliar e a selecionar o agente de acordo com seus méritos e com as necessidades e perfil do cargo e da entidade, visando a eficiência. Com isto o interesse público será preservado e o cidadão vai ser duplamente respeitado: como concursando e como administrado. E afinal, são estes, ao fim e ao cabo, as razões de ser do próprio Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ garante nomeação de aprovados em concurso público dentro do número de vagas.** Publicado em 10.08.2009. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93099&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=concurso%20p%FAblico>. Acesso em 12 ago.2009.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidade Jurídica:** revista eletrônica da OAB, Brasília, n. 4, janeiro/fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 2 jun. 2009.

_____. A reconstrução democrática do direito publico no Brasil. In: _____ (org.). **A reconstrução democrática do direito publico no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARBOSA, Lívia. Meritocracia à brasileira: o que é desempenho no Brasil? **Revista do Serviço Público,** ano 47, vol. 120, n.3, Set-Dez 1996. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Terceiros-Papers/96-Barbosa,Lívia47(3).pdf>. Acesso em 12 ago. 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo.** 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, 23, nov. 2004, p. 115-126. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acesso em 2 ago. 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick. **Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado, vol. 3. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2000.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais,** vol. 12, n.34, junho/1997. http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista ALCEU**, v.5, n.9, jul./dez. 2004, p. 105-113. Disponível em: <http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em 2 ago. 2009.

CRETELLA JR. José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista de Direito do Estado,** Rio de Janeiro: Renovar, a. 1, n.4, p. 3-22, out./dez. 2006a.

_____. **Constituição e política.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006b.

HESSE, Konrad**. A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO JR., Agapito. **Concursos públicos.** Atlas: São Paulo, 2008.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". **Novos estudos CEBRAP**, n. 58, Nov. 2000, p. 183-202.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** São Paulo: Nova Cultural, 2000. v. I.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2002.

MOTTA, Fabrício (coord.). **Concurso público e Constituição.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

OAB ENSINO jurídico: formação jurídica e inserção profissional. Brasília: OAB, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Alexandre Garrido da. Pós-positivismo e democracia: em defesa de um neoconstitucionalismo aberto ao pluralismo. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XV, Manaus, 2006. **Anais...** Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_garrido_da_silva.pdf>. Acesso em 02 set. 2009.

SPITZCOVSKI, Celso. **Concursos públicos.** São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

TOURINHO, Rita. O concurso público no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal:** Laboratório de Análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. Poder Judiciário, “positivação” do direito natural e política. In: **Estudos Históricos**, vol. 9, nº 18, 1996. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/195.pdf>. Acesso em 01 set. 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito do Estado,** Rio de Janeiro: Renovar, a.3, n.12, p. 55-75, out./dez. 2008.

WEBER, Max. **Economia e sociedade.** São Paulo: Editora da UnB; Imprensa Oficial, 2004. v. 2.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial***:* o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

---

[1] Diferente da maioria dos cursos superiores, o curso de Direito não habilita imediatamente seus egressos a nenhuma profissão específica, mas constitui-se em pré-requisito essencial para o desempenho de várias profissões (Magistratura, Ministério Público, advocacia, para ficar só nas carreiras jurídicas constitucionalmente citadas) e um grande trunfo para uma infinidade de funções, especialmente no poder público (muitas delas, com ótima remuneração). As possibilidades são vastas, mas todas vão depender de aprovação em concurso púbico (ou exame público, no caso da OAB). Estas imbricações vêm provocando fortes impactos nos cursos de Direito, objeto da pesquisa do doutorado da autora.

[2] “Nos seis anos e cinco meses do governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o número de servidores ativos teve um aumento de 53.800 - cerca de 100 mil chegaram a ser contratados e a tomar posse, mas quase a metade pediu demissão por uma série de razões, entre elas transferência de local ou aprovação em concursos realizados pelos poderes Judiciário e Legislativo ou por estatais.” (O Estado de São Paulo, 13/05/2009)

[3] Corroborando (talvez ultrapassando) a previsão da ANPAC, em 2 de setembro de 2009, o jornal Correio Braziliense trouxe, em reportagem de Letícia Nobre, a seguinte manchete: “77.782 vagas para o funcionalismo público: o total será preenchido por concurso e atenderá às necessidades dos Três Poderes, Ministério Público da União e Conselho Nacional do Ministério Público. Em 2010, 56.861 selecionados deverão ser contratados”.

[4] Podem ser aqui elencados no primeiro grupo o mandado de segurança coletivo (art.5º, LXX) e as ações civis públicas (art. 129, III); e no segundo grupo, as ações de controle concentrado (art. 102-103) e incidental de constitucionalidade, a argüição de descumprimento fundamental (art. 102), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação popular (art. 5º, LXXIII); além dos instrumentos para garantir direitos individuais, como o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), o *habeas data* (art. 5º, LXXII) e o mandado de segurança individual (art.5º, LXIX), entre outros.

[5] Estas várias iniciativas de acesso à justiça vêm no bojo da criação do prêmio Innovare, por parte de vários órgãos de classe de profissões jurídicas (como AMB, CONAMP, ANPR, OAB e outras) para "identificar e difundir práticas pioneiras e bem sucedidas de gestão do Poder Judiciário brasileiro que contribuam para a modernização, melhoria da qualidade e da eficiência dos serviços da Justiça". O prêmio mesmo é um exemplo desta proposta. Já está em sua VI edição. Maiores informações em: <http://www.premioinnovare.com.br/>.

[6] Para uma aproximação sobre o tema do neoconstitucionalismo, confira Alexandre Garrido da Silva (2006), e sobre o pós-positivismo, veja Luis Roberto Barroso (2007)

[7] Há autores que não distinguem estes dois princípios e outros que sim. A respeito desta controvérsia, conferir PEREIRA, 2006.

[8] Não se irá perquirir, neste trabalho, qual é a concepção de mérito que informa o recrutamento de servidores para a Administração Pública e em que medida os procedimentos e as avaliações praticadas nos concursos públicos são, de fato, capazes de realizar esta seleção. Também não se pode olvidar que o sistema meritocrático não se encerra na seleção, devendo perpassar toda a estrutura funcional, com avaliações de desempenho periódicas como parte da cultura institucional.

[9] Não se desconhece que, no caso brasileiro, este princípio basilar do liberalismo clássico que informa a criação dos Estados de Direito, sofreu uma profunda restrição com a manutenção da escravidão negra.

[10] Para Max Weber (2004, p. 240), o patrimonialismo é uma forma de dominação derivada da dominação patriarcal, quando se o poder político é exercido da mesma forma que o poder doméstico. "O funcionalismo patrimonial, com a progressiva divisão das funções e racionalização, sobretudo com o aumento das tarefas escritas e o estabelecimento de uma hierarquia ordenada de instâncias, pode assumir traços burocráticos. Mas em seu caráter sociológico, o cargo genuinamente patrimonial distingue-se tanto mais do burocrático quanto mais puro se apresenta em cada um deles o respectivo tipo. Ao cargo patrimonial falta sobretudo a distinção burocrática entre a esfera 'privada' e a 'oficial'. Pois também a administração política é tratada como assunto puramente pessoal do senhor, e a propriedade e o exercício de seu poder político, como parte integrante de seu patrimônio pessoal, aproveitável em forma de tributos e emolumentos." (WEBER, 2004, p. 253),

[11] Segundo, ainda, o entendimento de Max Weber (2004, p. 198-200), o funcionalismo burocrático rege-se por: competências oficiais fixas ordenadas mediante regras; hierarquia de cargos e da seqüência de instâncias; base em documentos cujo original é guardado por funcionários subalternos; atividade oficial especializada pressupondo uma intensa instrução na matéria; emprego da plena força de trabalho dos funcionários; administração dos funcionários com base em regras fixas e abrangentes de conhecimento do corpo burocrático.

[12] Estas perseguições impactaram no próprio instituto do concurso, uma vez que muitos perseguidos foram impedidos de assumir em concursos públicos que tinham sido aprovados e cujas nomeações alcançaram sua classificação, razão pela qual a Lei nº 10559/2002, que regulamenta a anistia política no Brasil prevista no art. 8º do ADCT,

prevê: “Art. 2º São declarados anistiados políticos aqueles que, no período de 18 de setembro de 1946 até 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política, foram: [...] XVII - impedidos de tomar posse ou de entrar em exercício de cargo público, nos Poderes Judiciário, Legislativo ou Executivo, em todos os níveis, tendo sido válido o concurso.”

[13] Além do Direito, os concursos públicos também não são objeto importante de estudo em nenhuma área do conhecimento, sendo raros os trabalhos em disciplinas afins (como Psicologia, Administração, Sociologia, Educação, Economia, entre outros)

[14] Neste sentido SPITZCOVSKI, 2004; TOURINHO, 2008; MACHADO JR., 2008.

[15] A Lei nº 9515/1997 incluiu na Lei nº 8112/1990 (Estatuto dos servidores públicos federais): “Art. 5º, § 3º As universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais poderão prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros, de acordo com as normas e os procedimentos desta Lei.”

[16] O Decreto nº 6944, de 21 de agosto de 2009 tem como ementa: “Estabelece medidas organizacionais para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, dispõe sobre normas gerais relativas a concursos públicos, organiza sob a forma de sistema as atividades de organização e inovação institucional do Governo Federal, e dá outras providências.” Como se vê, não é exclusivo sobre concursos públicos.

[17] Acórdão ainda não publicado até 17.08.2009.

AGÊNCIAS REGULADORAS MULTISSETORIAIS COMO CONTROLE DAS FALHAS DE MERCADO*

MULTISECTOR REGULATORY AGENCIES HALTING MARKET FAILURE

Ana Luísa Celino Coutinho
Aluisio Mario Lins Souto

RESUMO

Este estudo intitulado "Agências reguladoras multissetoriais como controle das falhas de mercado" analisa o contexto de reforma do Estado e a necessidade de uma atuação regulatória arrojada. Num momento em que a economia é afetada por uma crise a própria atuação regulatória é posta em xeque. Na atualidade a razão das crises é concebida como a ineficácia da regulação, e nos momentos em que a economia passa por turbulências, a criatividade humana aflora e novas formas de atuação são necessárias para minimizar os efeitos negativos de mercado. Para tanto, é questionado se o modelo de regulação atualmente aplicado é o mais indicado, necessitando-se apenas certa re-estruturação, ou se o modelo regulatório mais apropriado seria outro, sendo necessária uma completa reforma do marco regulatório. Nessa perspectiva, este trabalho estabelece uma visão crítica dos modelos regulatórios existentes, principalmente, o modelo setorial, e propugna por um multissetorial brando, o qual pretende sobrepujar os comportamentos oportunistas das empresas no Capitalismo global. Ainda é imprevisível saber se uma mudança de atuação regulatória nas grandes economias do mundo minimizará os efeitos negativos de mercado, entretanto percebe-se a necessidade de efetividade regulatória. Num ambiente informacional assimétrico apenas uma atuação regulatória que gerencie melhor essas informações poderá proporcionar uma regulação eficaz.

PALAVRAS-CHAVES: AGÊNCIAS REGULADORAS. ATUAÇÃO MULTISSETORIAL. FALHAS DE MERCADO.

ABSTRACT

This study tittled "Multisector regulatory agencies halting market failure" analyzes the context of the State reform and the need of a bold regulatory action. When the economy is affected by a crisis, the regulatory action itself is in checkmate. Nowadays the reason for crises is conceived as regulation inefficiency, and in moments which economy get through turbulences, human criativity emerges and new ways of action are needed to minimize the market failures. To do so, wonders if the actual regulation model is the most indicated, requiring only restructuration. Or if the most apropriate regulation model would be another one, being needed a total reformulation of the regulatory mark. In this way, this study stabilishes a critic view of the existing regulation models, mainly,

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

the sectorial, and defend a softened multisector one, which intends to surpass the oportunists behaviors of the companies in the global Capitalism. It is still unpredictable to know if a change on the regulatory action in the great economies of the world will minimize the market failures, however regulatory effectiveness is needed. In an assimetric informacional environment only a regulatory action improving the management of these informations shall provide an effective regulation.

KEYWORDS: REGULATORY AGENCIES. MULTISECTOR ACTION. MARKET FAILURES.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, importantes transformações estruturais e institucionais têm sido observadas em diversos países. Esse período foi marcado por uma intensa reconstrução dos instrumentos de intervenção do Estado na economia e pela mudança nas condições de competição no mercado. Como consequência, a doutrina econômica passou a incorporar, formalmente, as questões concernentes à regulação. Com a crise do Estado do bem-estar social, de natureza predominantemente intervencionista, e o avanço do processo de globalização econômica e financeira, começou a se consolidar um projeto de participação minimalista do Estado no domínio econômico. A privatização e a desestatização foram etapas marcantes para a efetivação de um Estado híbrido, ao mesmo tempo demonstrava ser um agente de políticas socializantes e liberais, de perfil regulador. Como disse Canotilho[1], menos intervencionista e mais regulador. Esse fenômeno ocorreu por volta da década de oitenta do século XX, no segundo momento das políticas neoliberais. O objetivo era programar um novo estilo de crescimento econômico, cujo dinamismo de longo prazo resultará, em tese, na inovação tecnológica, do investimento privado e de mecanismos institucionais que promovessem a distribuição social dos frutos do progresso técnico. A participação estatal como agente dos ativos no setor produtivo vem sendo fortemente reduzida.

Não obstante essas transformações, um aspecto comum entre o período anterior e o atual reside na importância estratégica dos investimentos em infraestrutura no processo de crescimento. Tais mudanças rompem com o modo de organização industrial que determinou a expansão desses setores durante muito tempo. Como no passado, a expansão e a qualidade de serviços ofertados em setores estratégicos continuam sendo primordiais para sustentar o crescimento econômico em longo prazo. As economias de escala no intuito de aproveitar a fase de retomada de crescimento do pós-guerra, promoveram o papel do Estado sob os seguintes aspectos: operação e financiamento da expansão; na regulação; e na coordenação das redes infraestruturais. Dessa forma, o Estado procura minimizar as falhas de mercado nos setores de infraestrutura conforme alocava seus investimentos.

Com a atuação concomitante e garantida do Estado em diversas frentes, e viabilizando o máximo aproveitamento da capacidade expansiva das economias de escala, e de certa forma, uma certa condução das escolhas tecnológicas, principalmente a captação de recursos financeiros. Porém, apesar de formalmente distintas, essas atuações regulatórias apareciam muito interdependentes, sendo até confundidas. Com o aparecimento de empresas públicas, mitigou-se o espaço da regulação nos moldes tradicionais europeus. Com a reforma do Estado, foram acrescidas novas funções à atuação ministerial, tais como: regulação, planejamento setorial, decisões estratégicas empresariais e, até mesmo, de política macroeconômica. Nessa perspectiva, os espaços referentes a cada função eram delimitados pelo ente público. Considerando as reformas dos anos noventa, a possível transferência dos direitos de propriedade em setores de infraestrutura para a iniciativa privada requer um fortalecimento do papel da regulação, de modo a assegurar o cumprimento das funções de resguardos do interesse público.

Poderemos tomar como ponto de partida as observações mencionadas para explicar o aparecimento de vários órgãos de regulação em diversos ramos da economia na maioria dos países. Ainda que haja variantes significativas de um país a outro, considerando seus contextos institucionais e jurídicos distintos, as agências reguladoras passaram a assumir maior importância a cada dia. Estes aspectos modificam de maneira significativa as práticas de regulação do mercado.

Estudos anteriores caracterizaram as últimas décadas como uma transição inacabada entre o modelo estatal e o modelo privado com regulação. Nossa investigação adentra neste ponto, procurando, por oportuno, apresentar uma análise, pontuando alguns aspectos, da influência do mercado na regulação estatal. Assim como estudar certas peculiaridades do comportamento da regulação e sua tendência na atualidade, considerando as reviravoltas do cenário econômico mundial na atualidade.

Portanto, num primeiro momento serão introduzidos aspectos econômicos concernentes à regulação. Tais aspectos são de suma importância para a devida contextualização do assunto, assim como servindo de suporte no entendimento. Posteriormente, desenvolve-se uma análise minuciosa sobre aspectos pontuais das principais falhas de mercado relacionadas à regulação. Por fim, faz-se uma análise dos principais modelos regulatórios, suas principais características e demais aspectos correlatos.

1. Regulação e a relação economia e Estado

A regulação econômica pode ser definida como a atuação do Estado com a finalidade de limitar os graus de liberdade que os agentes econômicos detêm no seu processo de tomada de decisão. Este é, seguramente, um dos principais pontos da agenda econômica

mundial na atualidade. Nos termos de Vital Moreira, o conceito operacional de regulação da economia seria: "O estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos."[2]

Para a formulação desse conceito o referido autor partiu da dupla acepção etimológica da palavra regulação. Numa primeira perspectiva, regulação estaria relacionada à ideia de estabelecimento e implementação de normas. Numa segunda, a ideia de manter ou restabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema.

A polaridade regulamentação x desregulamentação passa a existir a partir da noção do mercado como instituição distinta e de comportamento autônomo diante das outras instituições sociais. No tocante a discussão de qualquer tema que envolva as relações entre Estado e economia, a noção do mercado como elemento que pode ser analisado isoladamente do resto da sociedade, revela um artifício que pretende simplificar o problema, conduzindo a um "reducionismo" equivocado. Como efeito, o debate é empobrecido, e acaba produzindo conclusões que pouco avançam para além de um aperfeiçoamento banal de teses político-partidárias.

Em função dessa dicotomia, ocorre uma oposição crescente no meio acadêmico, no que concerne ao estudo dos processos regulatórios. Dessa forma, a discussão será aqui desenvolvida numa constante preocupação com a questão da desregulação e regulação do mercado. Entendida como uma instância sócio-econômica condicionada e integrada aos processos de natureza política e histórica que afetam toda a sociedade. A seguir, será apresentada uma abordagem tradicional da regulação. Devemos resumir as principais conclusões que traçam as perspectivas futuras do debate sobre regulação.

1.1 O Suposto Equilíbrio dos Mercados

Numa breve discussão sobre o conceito de mercado, relacionando-o com as chamadas imperfeições de mercado, ou falhas de mercado (market failures), tal como se apresentam na doutrina econômica, pretendemos alcançar uma maior compreensão de sua importância, adquirindo ferramentas úteis para a análise de mercado e sua influência na regulação econômica mundial.

Podemos dizer que mercado é uma palavra utilizada por muitos, mas cuja conceituação padece de imprecisão. Partindo da análise etimológica, do latim *mercatus*, fazia referência ao lugar público onde eram encontrados os produtos, inicialmente,

alimentícios. Na antiguidade, mais precisamente no Império Romano, o fluxo de produtos estava a cargo de pessoas que utilizavam de sociedades de transporte[3]. Esse sentido foi preservado ao longo da Idade Média.

No final da Idade Média, com o desenvolvimento da classe comerciante e da própria especialização do comércio, um grande número de novos produtos passou a ser negociado junto ao mercado público. No Século XIX, todas as grandes cidades mercantis europeias eram dotadas de mercados especializados, não apenas em produtos alimentícios, mas também em diferentes produtos: couro, tecidos, metais, minérios, meios de transporte, assim como de inúmeros serviços. Nessa perspectiva, os mercados passaram a ser relacionados à ideia de um local onde se encontravam produtos e serviços comercializáveis.

Quando os economistas se apropriaram da palavra, num primeiro patamar, não se importaram tanto com o desenvolvimento de seu conceito, pois para muitos sua compreensão era de senso comum e de referência ampla. A palavra mercado permaneceu sendo utilizada, sem maiores distinções, seja para uma determinada forma de organização social, em que teoricamente deveria predominar a livre formação dos preços (economia de mercado), ou ainda, para designar o fluxo incorporado de oferta e procura de bens, ou até com referência a produtos específicos. A grande maioria dos economistas da Escola Clássica é o exemplo mais evidente dessa afirmativa. Aceitaram essa diversidade de significados e usaram a palavra quando se referia a qualquer dos três fenômenos.

"... os economistas entendem por mercado não um lugar determinado onde se consumam as compras e as vendas, mas toda uma região em que compradores e vendedores se mantêm em tal livre intercâmbio uns com os outros que os preços das mesmas mercadorias tendem a nivelar-se fácil e prontamente." [4].

Essa conceituação se encaixava muito bem na época em questão, ao qual se situa num período em que a Economia Política, como ramo autônomo do conhecimento e até como ciência, era incipiente (estava engatinhando). Portanto, os pensadores dessa época tinham como objetivo primordial a explicação e análise dos fenômenos socioeconômicos. Sem falar que o momento histórico era o de intensas transformações das relações entre feudos em que as relações mercantis impulsionavam a formação e consolidação dos Estados nacionais. Essa conjuntura guiava os esforços dos economistas clássicos aos problemas de gestão, tanto pública quanto privada. Dessa forma, as atividades relacionadas a finanças e tesouraria adquiriam predominância.

Nesse enredo, as questões de ordem prática atraiam maior atenção, em detrimento dos de ordem teórica pura e simplesmente. Era assim que os precursores da então doutrina econômica (os economistas clássicos) voltavam sua atenção, pois estes possuíam formação teórica e prática muito distinta de nossos atuais economistas. A atuação econômica desses pensadores não era o de construir modelos abstratos de análise, mas sim, o desenvolvimento e a aplicação de políticas concretas, envolvendo tributação, câmbio, atuação direta no comércio, entre outros. Entretanto, como a atuação prática acarretava reflexos que contribuíam no âmbito teórico, as teorias vieram naturalmente como consequência de suas atuações na gestão da economia. Essas teorias cobririam a necessidade de dar amparo aos atos políticos relacionados à gestão monetária, flexibilização dos atos de comércio, à prática tributária, à análise dos preços etc. Poderíamos nos atrever em dizer que a economia política decorre em sua essência da política econômica, ou seja, partiu-se da atuação prática para se amadurecer no aspecto teórico.

No final do Século XIX, com o surgimento da Escola Neoclássica, não se alcançou a precisão necessária ao conceito de mercado. Salientamos que os méritos dessa escola se deem na utilização sistemática da linguagem matemática na economia (argumento lógico) requerendo certo rigor formal. Para não criarmos uma ideia errônea, não pretendemos desmerecer as transformações introduzidas pela Escola Neoclássica, mas simplesmente evidenciar que o desenvolvimento teórico acerca do conceito de mercado se deu de forma contínua e lenta. Foram necessários inúmeros estágios na doutrina econômica do Século XIX, no qual os problemas surgiam sem serem testados ou até cogitadas as possíveis consequências, e (com a escola Neoclássica) os fenômenos econômicos passaram a ser examinados de forma mais sistemática, baseando-se em modelos abstratos.

Salientamos que os marginalistas realizaram uma ruptura, alterando a trajetória proposta pelos clássicos. E nesse momento do desenvolvimento da economia, as novas ideias permearam a forma do pensamento econômico. Para muitos como uma direta continuação do pensamento ricardiano[5]. Se de um lado os neoclássicos não definiram mercado, por outro alcançaram grandes avanços no conhecimento sobre as chamadas estruturas de mercado.

Com o início da revolução marginalista, encabeçada por Jevons[6] no final do século XIX, a perspectiva de que o mercado viesse a apresentar estruturas diferenciadas ainda não foi discutida. Mas, antecipando a discussão sobre estrutura dos mercados, diz que um mercado só será teoricamente perfeito exclusivamente quando todos os comerciantes tiverem perfeito conhecimento das condições de oferta e procura, e da relação de troca consequente.

Percebemos claramente que a teoria de Jevons visava descartar a ricardiana do valor, em seu lugar viria a teoria da utilidade marginal. Assim, formulou a lei da variação da utilidade, num gráfico no qual o grau de utilidade variaria com a quantidade do bem, e diminuiria na medida em que a quantidade aumentasse. Apesar de certas imprecisões, Jevons deu o primeiro passo na formulação de uma curva de demanda, e de um modelo de equilíbrio de mercados.

Outro economista político, Marshall[7], debateu-se com certas dificuldades analíticas e por um caminho diferente determinou o equilíbrio. Para isso, deve-se isolar um produto dentro do sistema econômico e determinar certas condições de equilíbrio desse mercado particular. Portanto, considerando os preços dos fatores de produção utilizados pela indústria em questão; as funções de produção das empresas dessa indústria; e a curva de demanda do produto. Chegando a funções simples de oferta e procura, sendo possível determinar os preços e quantidades transacionadas em condições virtuais de equilíbrio do mercado.

Nesse rumo, Marshall construiu uma curva de demanda[8] a partir da variação do grau de utilidade nos termos da teoria de Jevons. Para isso, introduz uma simplificação, a de que a utilidade marginal do dinheiro é constante. Ainda que frágil, tal hipótese permitiu-lhe desenvolver uma curva de demanda negativamente inclinada.

Esses apontamentos servem principalmente para demonstrar a complexidade concernente à problemática do equilíbrio dos mercados. Como conclusão da análise da teorização do equilíbrio dos mercados, percebemos que os principais eventos econômicos da história humana não passam de uma sucessão de desequilíbrios. (grifos nossos)

A dificuldade de estabelecer modelos aplicáveis à realidade é tremenda, pois é preciso conhecer tanto como os agentes econômicos se decidem em face da incerteza, como também a maneira em que os erros de previsão passados afetam as previsões para o futuro.

2. Falhas de Mercado e seu papel na regulação

Para boa parte da doutrina que faz uma análise econômica da sociedade e têm o governo como meio para seus fins, o governo seria uma organização cuja função precípua é corrigir "falhas de mercado". Em outras palavras, quando o livre funcionamento da economia de mercado não é capaz de resolver algum problema, o governo intervém na

tentativa de saná-lo. Como o setor privado não é motivado pela baixa lucratividade em desenvolver mecanismos de infraestrutura, o governo os faz. Isso permite que os usuários se beneficiem, por exemplo, de uma estrada. Nessa perspectiva, o governo é um ente que complementa o mercado privado.

No intuito de identificar as circunstâncias em que o governo pode suprir as carências do setor privado é preciso, inicialmente, identificar quais as principais características que distinguem o setor privado do setor público. Dentre tantas, se destacam: a legitimidade proveniente do processo eleitoral dos dirigentes das organizações governamentais seja direta, ou indiretamente; e o poder de coerção, típico da pessoa estatal.

Na prática, isso significa que o governo possui motivações distintas das organizações privadas procurando atender aos eleitores enquanto as empresas procuram atender a necessidade de produzir lucro. Além disso, o governo tem instrumentos diferentes, a coercitividade permite atos dos quais o setor privado não dispõe. A devida compreensão de quais os pontos fortes e fracos[9] do governo e do setor privado é o que nos proporciona a devida delimitação das funções de cada um numa economia capitalista em regime democrático. Necessita-se de um governo que estabeleça em lei as regras de convivência e que garanta o cumprimento dessa lei por meio do Poder Judiciário e do aparato de repressão policial e de punição aos infratores.

Uma falha de mercado bastante considerável ocorre quando não há livre concorrência entre empresas na venda e produção de algum serviço ou produto. Com a formação dos chamados monopólios e oligopólios como uma consequência inerente ao desenvolvimento econômico, e dessa forma proporcionando prejuízo aos consumidores. Nessa perspectiva, as empresas detentoras do poder de mercado passam a produzir em menor quantidade e estabelecendo um controle forçado do preço de forma elevada aos consumidores. Diferentemente seria se estivessem em um sistema concorrencial.[10]

No intuito de proporcionar um maior bem-estar à sociedade, os governos devem estabelecer mecanismos de controle do poder de mercado dos oligopólios e monopólios. Essas políticas podem ser feitas de várias formas: agências reguladoras (serviços essenciais estratégicos e lucrativos); agências de defesa concorrencial; estatização da produção (serviços essenciais de base com baixa atratividade lucrativa); ou desenvolvimento de legislação que proporcione a concorrência, como exemplo, permitir ao usuário de telefone celular mudar de companhia sem a necessidade de alterar o seu número.

Ainda que a legislação de proteção da concorrência e de regulação de monopólios seja de âmbito federal (tanto no Brasil como em outros países), os governos das demais

esferas federais devem escolher entre prestar serviços públicos (como os de água e esgoto) por meio de companhias estatais, ou por meio de concessões a empresas privadas. Assim, elaboram contratos em busca do maior benefício ao consumidor.

Outra falha de mercado que exige a intervenção do Estado refere-se aos "bens públicos". Estes têm como característica o fato de que não podem ser vendidos em mercado (pelo menos num primeiro momento - alienabilidade condicionada), em tese, por não ser possível limitar o seu consumo às pessoas que venham a pagar por esse bem. Por exemplo: quando a Secretaria de Meio-Ambiente de um estado executa determinada política que resulta em melhoria da qualidade do ar, esse ar mais puro beneficiará a todas as pessoas que estão no estado. E é aí que o governo entra, na produção desse bem de consumo coletivo, e usar da coercitivadade (da qual o setor privado não dispõe) para arrecadar impostos da população e proporcionar o financiamento desses bens públicos. Inúmeros serviços e bens têm algum grau de "consumo coletivo", como exemplo: iluminação pública, parques e jardins, rodovias, segurança nacional, sinalização de ruas.

Entre as diversas falhas de mercado, podemos destacar a ocorrência de externalidades negativas. Estas ocorrem quando as atitudes de um indivíduo ou grupo acarretam consequências negativas para terceiros. Quando tais ações geram consequências positivas, temos uma externalidade positiva.

A maior razão para que a existência de externalidade venha a proporcionar a necessidade de intervenção do governo reside no fato de que seus causadores (empresas, população, etc.) não se preocupam com as consequências geradas pela externalidade negativa, ou até, com o benefício gerado pela externalidade positiva. São movidos pela perspectiva egoística dos próprios interesses sob a ótica mais pura do capitalismo. Então, apenas lhes interessa os custos e benefícios próprios. Seguindo esse pensamento, existe uma tendência ao desenvolvimento de ações geradoras de externalidade negativa para além do moralmente permitido, e de externalidades positivas aquém do "ótimo social"[11].

Outra importante falha de mercado a ser corrigida pela ação do governo é a desigualdade de renda e a pobreza. O mercado privado é um excelente sistema para se produzir bens e serviços de qualidade e ao menor custo possível[12]. Mas esse sistema é incapaz de lidar com os problemas gerados pela desigualdade de renda e a pobreza. Cabe ao governo realizar políticas que proporcionem à população menos privilegiada condições de sair da pobreza. Assim, serviços públicos de educação, saúde e assistência social têm por finalidade lidar com essa falha de mercado.

Outras tantas falhas de mercado, que justificam a intervenção do Estado, poderiam ser aqui analisadas, mas preferimos destacar a assimetria de informação, que será analisada em tópico posterior. As situações aqui descritas são suficientes para estabelecer a principal ideia dessa seção: todo gestor público, antes de dar início a um novo programa ou atividade, deve se perguntar qual é a falha de mercado que determinada política se propõe a sanar.

Devemos ressaltar que em várias ocasiões o impulso inicial de uma política pública decorre, preponderantemente, do *lobby* de determinado grupo da sociedade. Este grupo vem a se beneficiar daquela movimentação política, e muitas vezes essa atitude não está voltada para o saneamento de uma falha de mercado. Por exemplo, constrói-se uma ponte desnecessária porque a empreiteira possui influência política para construir a ponte, situação na qual o interesse público resta comprometido.

2.1 Assimetria de informação

Entre todos os problemas a serem enfrentados na regulação setorial, a assimetria de informações entre a agência reguladora e a empresa regulada é dos mais preocupantes.

Para que o Estado atue de forma a alcançar a transparência da empresa e a prestação do serviço de forma eficiente, são necessárias informações minuciosas sobre as atividades econômico-financeiras das firmas. Inquestionavelmente, a melhor forma de obtenção de tais informações são as próprias empresas reguladas, por serem detentoras das informações as quais se pode avaliar sua saúde financeira.

Por outro lado, essa maneira de conseguir informações pode acarretar outras consequências, como a chamada "captura do regulador"[13]. A busca de informação é um procedimento oneroso para o órgão regulador, e na maioria dos casos, não é do interesse dos regulados ceder tais informações. Afinal, qual empresa gostaria de compartilhar informações muitas vezes sigilosas e que denotem possíveis fraquezas de determinada instituição. Ademais, as formas como os órgãos reguladores lidam com essa situação pode acarretar sérios problemas para a empresa.

Nosso trabalho propõe uma reflexão sobre a importância da assimetria de informações, pormenorizando algumas de suas consequências para os diversos setores da economia. Assim como uma nova abordagem das agências reguladoras visa eliminar essa falha de mercado. Nessa perspectiva, na seção posterior serão analisados os conceitos de captura

do ente regulador e de assimetria de informações, enfatizando sua aplicação nas relações entre agência reguladora e as várias empresas reguladas.

Dessa forma, apesar do surgimento de um grande número de agências reguladoras nos últimos anos em diversos países, as questões concernentes à regulação não se esgotam. Diante dos novos comportamentos estratégicos dos principais entes envolvidos, percebeu-se um aumento considerável da assimetria de informações, proporcionando maiores dificuldades à atividade regulatória.

Para a análise do conceito de assimetria de informação e captura, partimos da acepção de que a justificativa tradicional para a atuação regulatória é a necessidade de corrigirem falhas de mercado (assimetria de informação, externalidades negativas, etc.). Possivelmente, o maior dos dilemas na temática de regulação nos dias de hoje seria a de como a regulação demonstra ser bem sucedida em seus objetivos (prevenir falhas de mercado). É evidente que a regulação implica custos (custos de regulação[14]), diretos e indiretos. Entretanto, estabelecer esse paralelo é de tamanha complexidade na prática, por que a estimação de boa parte destes custos, ainda mais os indiretos é muito difícil. E muitos deles são imprecisos, impossibilitando uma avaliação prévia falha, e com isso, aspectos políticos determinam as formas de implementação das políticas regulatórias.

Além da dificuldade de estabelecer tarifas razoáveis e assegurar o devido acesso aos serviços, existe outro problema de difícil solução a ser enfrentado pelas instituições regulatórias, qual seja, a assimetria de informações entre o regulado e o regulador, de modo a preservar os interesses da sociedade. O ente regulado tem pleno conhecimento das atividades que exerce, etapas produtivas e análise financeira. Por outro lado, o regulador não tem plena compreensão de tais informações. Na prática, boa parte das decisões do regulador dependem do dossiê fornecido pelas empresas reguladas. Assim, a agência reguladora fica completamente à mercê da empresa para a produção dessas informações, não dispondo de instrumentos para aferir quão transparentes os regulados estão procedendo. (grifos nossos)

Dessa forma, a criação de um modelo de regulação equilibrado[15] para sanar a assimetria de informação é imprescindível para estabelecer formas com que a empresa venha a ser transparente. Portanto, enviando informações confiáveis com as quais o regulador possa exercer com eficiência seu papel, produzindo efeitos positivos para a sociedade, consumidores e também para seus investidores.

Em razão dessa imperfeição de mercado o ente regulador é obrigado a recorrer a outra forma para obter as informações. Entretanto, essas medidas têm certo custo, tendo em vista que os órgãos reguladores necessitam de grande aparelhamento moderno, ainda

mais em relação ao atual sistema de regulação setorial (majoritário no mundo ocidental), de modo a reduzir as assimetrias de informações quanto aos aspectos econômicos, técnicos e financeiros das empresas. É necessário ressaltar que os problemas concernentes à assimetria de informações dificilmente serão eliminados.

Portanto, é importante que o regulador elabore as bases de sua atuação, para causar certo impacto aos agentes envolvidos. Isto será alcançado se houver a convergência de medidas pelo regulador, demonstrando que sua função é exercida de forma séria e eficaz.

Considerando as formas de organização interna para a atividade da regulação, são várias as formas assumidas pelas entidades que a exercem. Exemplos tradicionais desses arranjos são as Comissões de Utilidade Pública (PUC's) americanas, os Departamentos ministeriais, etc. Nessas diversas formas de organização podemos apurar fatores englobados por ambos: existem sempre três personagens envolvidos, quais sejam, empresas reguladas, o Estado e a agência reguladora. A regulação entre órgão regulador e empresas reguladas se evidencia, na maioria dos casos, num contrato de concessão (só não ocorre quando o setor é exercido por um monopólio de empresa pública). E com base nos três atores principais, percebe-se um conflito de interesses no papel do regulador, dado que ele deve atender aos interesses da sociedade. Assim como assegurar direitos inerentes aos contratos de concessão das empresas reguladas. Deriva-se alguns problemas dessa última situação, como na possibilidade de existirem desvios tanto em favor de grupos de pressão, assim como em favor das empresas reguladas.

Num aspecto que vai além da questão do conhecimento técnico, a assimetria afeta de forma considerável nessa relação regulado-regulador, pois não há como o regulador conhecer as minúcias da atividade de uma empresa. Essa situação torna a atividade regulatória quase insustentável. Resta um questionamento, como o ente regulador fará com que a firma cumpra seus objetivos sociais sem o devido controle e conhecimentos plenos de suas atividades? Essa situação limita a efetividade das ações do regulador acarretando efeitos distintos daqueles esperados.

Essa situação se mostra mais relevante quando um número significativo de empresas busca novas formas de valorização do capital através da internacionalização e diversificação de suas atividades. Essa manobra de diversificação dificulta a identificação e análise das informações técnicas, econômicas e financeiras relacionadas aos contratos celebrados na atuação de uma determinada atividade ou serviço público. Tal procedimento (internacionalização e diversificação de atividades) tem se tornado cada vez mais frequente o que é uma tendência natural de empreendimentos bem sucedidos em expansão. Nos termos da internacionalização nas empresas *multi-utilities*, definido no Brasil como "multi-monopólio"[16]. Nesses casos, a melhor solução é estabelecer a separação contábil das empresas, no intuito de tentar identificar subsídios

cruzados que viessem a trazer elementos de uma competição desleal, e consequentemente, abusos de preços em mercados pouco flexíveis ao preço.

Neste sentido, devemos aprofundar a discussão das consequências da informação assimétrica, destacando os aspectos determinantes levantados na doutrina sobre o tema e concernente à regulação econômica.

2.1.1 Consequências decorrentes da informação assimétrica

É evidente que a informação é uma variável fundamental dentro das relações econômicas, ainda mais, num ambiente concorrencial. Nas decisões estratégicas das empresas a informação sempre foi uma variável prioritária, pois o conhecimento sobre a própria empresa e sobre suas competidoras define as estratégias a serem tomadas. Para as agências reguladoras, a informação sobre as empresas reguladas é ainda mais importante para as agências reguladoras. Mas qual é o custo de obtenção das informações relevantes?

É conveniente às empresas colocar em sigilo as informações a seu respeito, para que suas concorrentes não venham a se beneficiar dessas informações (numa hipótese de vazamento de informação pelo agente regulador). Nessa perspectiva, cada empresa tentaria resguardar as informações que dizem respeito a sua estrutura de custos, pesquisa e desenvolvimento, capacidade financeira e outros aspectos que possam influenciar nas estratégias de suas concorrentes.

A disposição das informações se relaciona diretamente à formação de estratégias de cada empresa, em diversos modelos tradicionais na economia havia a ideia de que as firmas tinham conhecimento quase pleno a respeito de seus concorrentes. Essa hipótese se revelou muito aquém do que acontecia na realidade em ambientes competitivos. Assim, a inserção da assimetria de informações num ambiente em que os agentes se comportam de forma estratégica faz com que variáveis diversas entrem em jogo. Não apenas o que os agentes sabem, mas o que eles imaginam que os seus concorrentes sabem. Assim como aquilo que eles acham que seus concorrentes saibam a seu respeito e o que eles pensam que os outros agentes sabem com relação às informações que eles detêm.

No âmbito da regulação, o controle da informação[17] é determinante, pois é através dela que as agências reguladoras poderão tomar ações que visem, em tese, estimular a empresa regulada a operar de forma eficaz e promovendo o equilíbrio da economia.

A necessidade do conhecimento da estrutura de custo das empresas é mais importante a cada dia, acarretando ao processo regulatório um custo elevado, e muitas vezes impreciso. É comum nos contratos de concessão que as empresas reguladas devam disponibilizar todas as informações que o regulador necessite e requisite, sempre que este deseje. Entretanto, a presença dessa cláusula nunca eliminaria a assimetria de informações entre regulador e a empresa regulada, pois ainda que o regulador tenha acesso a todas as informações contábeis (quando até estas podem ser maquiladas), estas não refletem de forma precisa as possíveis decisões de atuação das empresas.

O estudo e a inserção da informação assimétrica na teoria econômica trouxeram novas perspectivas de como as chamadas falhas de mercado podem ser enfrentadas através de mecanismos de controle externos ao mercado, buscando o aumento de bem-estar da coletividade. Dentre as consequências mais relevantes da existência de informação assimétrica, ainda mais presente numa relação contratual, se dá na presença de comportamentos sorrateiros entre os agentes da relação econômica. Obviamente por aqueles que possuem um maior estoque de informações íntegras. As maiores problemáticas das informações assimétricas, exaustivamente trabalhadas, pela doutrina são: a seleção adversa; e o risco moral.

2.1.1.1 A seleção adversa[18]

Problema derivado do custo de acesso à informação. A seleção adversa se manifesta quando a seleção do produto a ser demandado se dá de forma ineficiente, e assim, adversa, em razão da assimetria de informação entre aqueles que ofertam e os que demandam determinado produto.

Um exemplo evidente desta falha de mercado se apresenta na medida que uma agência de seguros não poderia se basear na taxa média de incidência de acidentes para estabelecer uma tabela de preços. Dessa forma, a seguradora acabaria realizando uma *seleção adversa* de consumidores e, dentro de algum tempo, poderia vir até a se prejudicar. No intuito de evitar essas consequências, a seguradora estabelece o preço considerando o custo de ocorrência do acidente entre os consumidores mais propensos. Com isso, inúmeros potenciais consumidores deixariam de participar do mercado, pois teriam que desembolsar um preço muito alto em relação ao risco de necessitarem da utilização do seguro.

Sob a ótica contratualista, a origem da *seleção adversa* advém de comportamentos oportunistas decorrente de assimetria de informações numa fase pré-contratual.

Portanto, uma parte depende de informações precisas e íntegras relativas à natureza da outra, o que não ocorre quanto deveria. Dessa forma, certas informações são omitidas no momento da definição do contrato.

Devemos ter em mente que quaisquer tentativas de mitigar a assimetria informacional, inclusive a *seleção adversa,* os custos serão elevados. Ainda que a atuação vise à melhoria da qualidade e do fluxo de informações. Assim o órgão regulador deve elaborar soluções criativas, muitas vezes inusitadas, para alcançar no menor custo possível informações íntegras com as quais poderá estabelecer suas políticas de controle.

2.1.1.2 O risco moral[19] (moral hazard)

Se de um lado o problema da *seleção adversa* reside em assumir riscos diferenciados entre os agentes econômicos, por outro lado, o caso do risco moral está baseado nas ações dos agentes. Estas acabam por influenciar esse risco. Assim, o que está em questão neste aspecto é a *moral* dos consumidores, que ao assumirem certos comportamentos vêm a aumentar ou diminuir a probabilidade na ocorrência do evento em questão. Dessa forma, a assimetria informacional se apresenta na medida que o usuário, para proveito próprio, não compartilha as informações íntegras e plenas com os demais agentes. Risco moral, portanto, seria o não compartilhamento voluntário de informações imprescindíveis para a relação entre agentes econômicos.

Tomemos como exemplo a indústria automobilística na venda de carros. Diversos consumidores que comprarem um carro terão comportamentos distintos quanto ao cuidado com o bem adquirido, essa situação modificará a probabilidade de ocorrência de falhas ou problemas entre eles. Dessa forma, ao estabelecer a garantia do veículo por determinado tempo, será considerada a forma de cuidado com o qual cada consumidor teve com o produto. Para elucidar a questão, vislumbremos um frequente problema em carros que é o desgaste da engrenagem da caixa de marchas, ou seja, determinado consumidor exercendo o direito de garantia do veículo que com pouco tempo de uso apresentava problemas ao trocar de marchas, ao se averiguar que o problema se deu pelo uso indevido do produto pelo consumidor (mesmo alegando ter utilizado o produto de forma devida - configuração do risco moral) não poderá exercer seu direito à garantia. As seguradoras procuram discriminar seus usuários segundo suas ações e a influência que estas têm sobre a possibilidade de danos, mas o conhecimento dessas ações é oneroso. Por esta razão, os consumidores vão ter que acabar assumindo parte do risco não assumido pela indústria automobilística. A existência de um manual de uso e formas de conservação do produto ocorre no sentido de estabelecer condições que se não forem cumpridas eximem de responsabilização a empresa, forçando os consumidores a serem cautelosos no uso de seus bens.

Na esfera contratual, o risco moral resulta de comportamentos oportunistas posteriores à elaboração do contrato, decorrendo muitas vezes também de um comportamento imprevisto ao longo da execução do contrato. Assim, a informação assimétrica não se refere a características desconhecidas aos agentes, mas a um comportamento oportunista, do qual a outra parte não detinha de meios para conhecê-lo no momento de sua elaboração.

2.2 Falhas da regulação setorial frente a comportamentos empresariais

Muitos são os fatores concernentes à regulação econômica que favorecem as empresas reguladas, a assimetria informacional é evidentemente a maior delas. No intuito de exercer uma regulação eficiente, com todas suas peculiaridades, visando alcançar a manutenção do serviço de forma constante com preço e qualidade razoáveis, sustentando um mercado competitivo, necessita-se de um vasto leque de informações. E para consegui-las deve-se arcar com certos custos, os chamados "custos de regulação", essa necessidade determina as nuanças das agências reguladoras.

O sistema de regulação unissetorial (modelo brasileiro de regulação) é aquele em que existe um órgão regulador para cada ramo da economia, ou seja, para o setor das telecomunicações existe a ANATEL, para a aviação civil a ANAC, entre outros. Com isso, certos comportamentos empresariais adotados pelas empresas tornam o processo regulatório mais difícil de distintas maneiras. Quando o desenvolvimento das empresas de determinado setor tendem a permanecer restrito àquele ramo da economia. Mais precisamente as empresas que trabalham em ramos menos especializados da economia, a regulação unissetorial alcança resultados satisfatórios. Entretanto com a atual tendência de mercado e constante diversificação de investimentos, assim como, a crescente necessidade do dominar todo o processo produtivo, dentre outros aspectos concernentes à globalização, a regulação unissetorial se mostra ineficiente. Existe uma tendência cada vez maior de que grandes conglomerados transnacionais atuam em mais de um setor, comprometendo de forma significativa a atuação regulatória das agências unissetoriais.

Considerando a situação em que o desenvolvimento da empresa não se dê necessariamente em razão da expansão do mercado, vários comportamentos estratégicos podem ser vislumbrados. Maurício França Fabião[20] elenca os seguintes comportamentos: (i) processo de integração vertical[21] (dentro do próprio setor); (ii) internacionalização[22]; e (iii) diversificação[23] (atuação em atividades não correlatas).

Dentre essas possíveis estratégias de atuação a integração vertical dentro do próprio setor não acarreta distorções ao processo regulatório tendo em vista que além de permanecer sob a égide do mesmo órgão regulador não serão necessários maiores dispêndios no melhoramento da estrutura. Que fique claro que o problema da informação assimétrica ainda existe nessas situações, entretanto mais facilmente apuradas. As consequências mercadológicas serão diversas, como a dificuldade da manutenção da concorrência. Nessa perspectiva, a agência reguladora deve assumir ações conjuntas com órgãos responsáveis pela defesa da concorrência, por exemplo, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

Quanto ao segundo e terceiro aspectos, a internacionalização e a diversificação das atividades, em decorrência das complexidades concernentes ao processo regulatório são significativamente mais elevadas. A consequência mais aparente que decorre dessas estratégias é a inegável perda do poder de atuação do órgão regulador setorial sobre as empresas reguladas. Quando da aquisição de participação de uma empresa em outra, de país diverso, resta evidente a ausência de controle sobre as ações da empresa adquirente no país estrangeiro. Tal perda de controle acontece da mesma forma no caso da diversificação das atividades da empresa, tendo em vista que a agência se destina apenas a controlar as atividades num único ramo da economia, por ser um modelo de regulação setorial (como é no Brasil e em outros tantos países). Dessa situação surgem ainda outros reveses como a questão da fronteira de competência entre as diversas agências setoriais, essa situação é mais visível quando as atividades de determinada empresa permeiam mais de um setor.

Em decorrência do processo de diversificação de atividades, no qual muitas empresas têm se tornado *multi-utilities,*definido no Brasil como "multi-monopólios"[24] o problema de fronteira de competências assume problemáticas ainda mais conturbadas. As estratégias de internacionalização e diversificação não apenas dificultam a tarefa regulatória, como também acarretam maiores custos para a regulação tendo em vista que a busca de informação se torna mais onerosa e aumentam o fornecimento de informações assimétricas entre regulador e empresas reguladas.

Podemos analisar de forma bastante sistemática como o órgão regulador perde o controle e o poder de atuação sobre determinadas empresas, quando a empresa adota um vasto leque de estratégias de crescimento, conforme demonstramos ao longo do nosso trabalho. Outro mecanismo de apuração para avaliar a eficiência do processo regulatório se dá através da natureza de remuneração da empresa em questão, tendo em vista que esta refletirá necessariamente o grau de diversificação das empresas atuantes. Isso aumenta de forma a assustadora o risco de captura do ente regulador. Dessa forma, conforme o pensamento institucionalista são necessários mecanismos de coordenação, supervisão e cooperação para que haja um processo regulatório eficiente.

3. Natureza da Regulação Multissetorial

De forma genérica, regulação multissetorial pode ser compreendida como o funcionamento de uma única agência reguladora cuja responsabilidade é de fiscalizar vários setores da economia como, por exemplo, energia, água e telecomunicações. Nessa perspectiva, a primeira experiência em regulação multissetorial nos remete às *State Public Utility Commissions* nos Estados Unidos, conhecidas como PUCs, devemos salientar, inclusive, que muitas dessas precederam as comissões federais de comunicação americanas, as quais são tidas como as mais antigas agências reguladoras do mundo no ramo das telecomunicações.

A origem do nome das PUCs advêm de uma associação ferroviária, intitulada *National Association of Railroad and Utility Commissioners*, atualmente conhecida por *National Association of Regulatory and Utility Commissioners* (NARUC). Algo que eram agências independentes com a função de regular as ferrovias passou a acumular gradualmente os setores de energia, água e telecomunicações, setores essencialmente de base.

Assim surge um questionamento em relação ao processo histórico da regulação multissetorial. Qual seria a razão de à regulação de ferrovias serem concedidas funções adicionais? O que podemos perceber de forma geral é que as funções adicionais concedidas à regulação ferroviária apresentam um aspecto comum, que seria o fato de serem formas de comunicação e de infraestrutura. Ou seja, num estágio inicial o impulso que proporcionou a criação de agências multissetoriais foi justamente a necessidade de interligar setores de infraestrutura, pois com cada nova cidade ou agrupamento de pessoas surge a necessidade de proporcionar meios de transporte, energia e água. No mínimo, essa é a justificativa mais plausível.

Em outra perspectiva, a regulação multissetorial pode ter se desenvolvido em razão não de uma necessidade exógena ao mercado, mas sim, em razão de uma situação natural em que grandes empresas diversifiquem sua atuação em setores da economia que não haja certa convergência nem dos fatores de produção, muito menos de consumidores. Isso ocorre quando sistemas regulatórios proporcionam vantagens da atuação dessas empresas em mais de um setor, esse fenômeno ocorre, por exemplo, em setores de infraestrutura, particularmente, por se caracterizarem como investimentos de baixa lucratividade e de retorno em longo prazo. E essa estratégia empresarial (diversificação) acabou por incentivar uma atuação multissetorial na medida em que a iniciativa privada criava situações que uma atuação regulatória unissetorial sequer vislumbrava. E se os órgãos reguladores não se adequassem, a própria regulação seria inócua.

3.1 Regulação Multissetorial no Controle das Falhas de Mercado

Apesar da naturalidade com a qual essa questão é feita, muitos complicadores envolvem essa problemática. É necessário ter em mente que essa é uma questão muito delicada e muitas são as consequências decorrentes de cada modelo regulatório. Cada um tem suas vantagens e desvantagens, e ponderar se os prós sobrepõem os contras num modelo mais que no outro é um dos maiores problemas da regulação econômica na atualidade.

Tendo em mente que nosso trabalho não visa fornecer respostas definitivas a essas questões, mas almeja incrementar a discussão acerca de políticas e temáticas concernentes a regulação. De fato, os efeitos da aplicação de determinado modelo de regulação será diferente em cada país. Assim, não poderíamos dizer que haveria uma única fórmula a ser utilizada em vários países. Entretanto, os países terão de determinar formas de aproximação entre diversos setores (converged) tendo em vista a gama de estratégias corporativas utilizadas pelas empresas na atualidade.

3.2 Vantagens: regulação multissetorial X unissetorial

Para a aplicação de cada modelo de regulação teremos, de um lado, vantagens bem particulares, de outro desvantagens. As constantes alterações no pensamento econômico, assim como, atuação da regulação não determinam uma tendência unificadora em um modelo comum. E em meio a essa discussão quanto a qual modelo de regulação é o que mais se adéqua a realidade peculiar de cada país na atualidade, busca-se, então, novas abordagens frente as nuanças do mercado.

Quanto as vantagens da regulação multissetorial podemos destacar: (i) não duplicação dos meios; (ii) economia de recursos, com a melhor distribuição entre os setores, acarretando um menor custo direto de regulação; (iii) compreensão mais apurada dos efeitos da integração horizontal; (iv) maior visão macroeconômica; (v) minimização do risco de captura[25] do ente regulador.

A primeira dessas vantagens remete a ideia de que uma agência multissetorial dificilmente exerceria seu papel regulador sobre determinada empresa mais de uma vez no mesmo momento. Para elucidar essa situação, tomemos como exemplo uma empresa que venha a atuar em mais de um setor da economia. Na regulação unissetorial, as agências "A" e "B" empregariam esforços semelhantes para regular a referida empresa. Na regulação multissetorial, a única agência não empregaria o mesmo duas vezes, como ocorre na regulação unissetorial. Essa perspectiva ratifica a segunda vantagem, e a

própria estrutura multissetorial permite uma melhor avaliação das necessidades de cada setor, sendo possível a melhor divisão de recursos a serem empregados.

A integração horizontal se relaciona a ideia de diversificação de atividades, e para a agência multissetorial esse comportamento empresarial é indiferente, pois aquela atuará em todos os setores relevantes da economia. Como conclusão direta, percebemos que esse tipo de agência possui uma maior visão macroeconômica, o que permite uma melhor definição das decisões políticas estratégicas nos diversos ramos da economia. Em razão dessa relativa onisciência macroeconômica a agência se previne quanto ao risco de captura.

Quanto as vantagens das regulação unissetorial devemos destacar: (i) objetivos setoriais mais precisos (especialização); (ii) facilidade em estabelecer aspectos transparentes; (iii) captura com menos efeitos sobre a regulação global; (iv) consequências negativas proporcionam danos a setores particulares; (v) frente a empresas ou setores pouco especializados, reduz a assimetria informacional.

Certas peculiaridades da atuação unissetorial proporcionaram com que esta se tornasse dominantes em países de economias complexas. A especialização de uma agência para cada setor acarreta significativa celeridade das decisões, assim como na identificação das suas necessidades. Em razão desta atuação regulatória se comportar através de várias células independentes entre si, é mais fácil estabelecer critérios de fiscalização de transparência da própria atuação da agência reguladora. Ademais, como reflexo desse peculiar isolamento dos setores, da mesma forma se comporta as hipóteses de risco de captura, na medida que o risco de captura afetará cada ramo da economia. Esse isolacionismo demonstra grande eficiência em setores ou empresas pouco especializadas, pois nessa hipótese, a gestão das informações entre os diversos agentes de mercado tende a ser mais confiável, ou pelo menos, alcançada a um menor custo, reduzindo significativamente a assimetria informacional.

A enumeração de algumas vantagens não representa o esgotamento dos aspectos positivos de um ou de outro modelo de regulação. Esse estudo elencou as principais, e estas, poderão proporcionar uma discussão mais efetiva na temática de atuação das agências reguladoras.

Das vantagens da atuação multissetorial, podemos concluir que a economia de recursos viria do compartilhamento da equipe técnica e do corpo administrativo, assim como das instalações. Sem falar que haveria um grande desenvolvimento da experiência em regulação (ideal para países de pouca experiência em regulação). Assim como o aprendizado das empresas no desenvolvimento de seu papel na regulação, tendo em

vista que os aspectos essenciais da regulação serão os mesmos: controle de preços; estímulo a concorrência em setores tradicionalmente monopolistas; e a preservação dos direitos dos consumidores.

Outra importante vantagem da regulação multissetorial é a redução do risco de influência tanto política como empresarial. Como uma das principais características das agências reguladoras, a independência, em sua dupla perspectiva, permite que se alcancem seus fins precípuos. Num primeiro momento se as empresas e os órgãos reguladores estabelecem um relacionamento próximo demais, o risco do esforço do regulador pode ser desviado, favorecendo os fins da empresa em detrimento do interesse público. Na perspectiva política, a atuação da empresa reguladora como uma extensão da autoridade política acarreta uma dependência insustentável para uma regulação eficiente. Assim uma agência concentrada, com maiores poderes, tende a se equiparar às grandes forças políticas de um país como os ministérios ou secretarias.

A regulação multissetorial também se mostra mais eficiente em sanar as distorções econômicas. Devemos ter em mente que existe uma forte competição entre os diferentes setores por recursos para investimento. E nessa disputa pelos recursos, os órgãos reguladores devem atuar de forma a prevenir essas distorções de investimentos. Ainda que consideremos que certas questões de regulação são peculiares de certos setores, muitos aspectos são inerentes a vários, como o controle de inflação. Portanto deve haver uma abordagem efetiva para evitar essas distorções.

Além dos diversos aspectos positivos elencados, existe a facilidade de gerenciamento na atuação regulatória quando setores se associam entre si diante de uma tática empresarial conhecida como diversificação (tratada anteriormente). Percebemos que ocorre uma tendência crescente de determinada empresa atuar em mais de um setor em razão de vantagens empresariais estratégicas da atuação de um setor em outro. Para o modelo regulatório unissetorial as consequências dessa estratégia são catastróficas. Não ter a verdadeira noção da amplitude de atuação da empresa regulada permite a incidência mais frequente de subsídios cruzados, assim como todos os problemas decorrentes do acesso limitado pelo regulador das informações necessárias à regulação. Dessa forma, assimetria informacional e o risco de captura aumentam exponencialmente.

Os defensores mais tradicionais do modelo de regulação unissetorial asseveram que os pontos negativos das agências multissetoriais superam suas vantagens. Um argumento é que a agência multissetorial pode perder o enfoque e a especialização sobre determinado setor. Entretanto, uma agência multissetorial bem estruturada deve estabelecer câmaras temáticas por setor ou por setores convergentes cujas decisões seriam emanadas de um nível hierárquico superior e com o apoio técnico de unidades especializadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de concentração da regulação em uma única agência acarreta um temor real que reside na possibilidade da agência vir a falhar como um todo, acarretando danos a diversos setores. Entretanto, analisando a atuação das agências reguladoras a partir daquele que melhor possui e controla a informação estará susceptível a uma melhor regulação. É inquestionável que a agência multissetorial administra as informações de forma mais eficaz, tornando a possibilidade de falhas de mercado muito menores que nas unissetoriais.

Em se analisando os modelos de regulação praticados até hoje, é inegável que os multissetoriais se mostraram mais bem sucedidos em economias de pequeno porte, assim como, em países pequenos. Entretanto, essa discussão está longe de chegar a um consenso. A favor das agências multissetoriais está o exemplo do estado da Califórnia, cuja regulação de diversos setores se dá pela Californian Public Utility Comission. E esse estado é dos mais ricos dos Estados Unidos, assim como dos mais populosos.

Nesse impasse, cresce o número de adeptos de uma solução intermediária que colocaria um fim a essa discussão visando angariar as principais vantagens de ambos modelos. A convergência de setores afins já é utilizada no Reino Unido, onde uma agência de setores convergentes rege setores como água, energia e saneamento, simultaneamente.

Uma iniciativa original vem sendo discutida nos EUA. Foi enviado ao Congresso estadunidense um projeto de lei no intuito de alterar a atuação regulatória das agências federais americanas. Esse projeto propõe a criação de três grandes agências temáticas. Significa que o próprio referencial da regulação seria alterado, deixando de se basear em setores da economia para assumir três pilares de atuação. Seria criada uma agência para regular todas as questões concernentes a movimentação financeira, outra para proteção dos investidores ou fomento de investimentos e uma terceira para a proteção dos consumidores.

Portanto, na atualidade, passamos por um momento de grandes transformações nos marcos regulatórios, algo que acarretará consequências em toda sociedade, na atuação das empresas, dos órgãos reguladores e na economia de modo geral.

REFERÊNCIAS

ABICALIL, Marcos Thadeu. A natureza econômica dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Curso de Gestão Urbana e Municipal, promovido pela ESAF, WBI, IPEA e CEF em agosto de 1999. Disponível na internet: . Acesso em 19/12/2008.

ALENCAR, Maria Luiza Pereira. Paradigmas Inconclusos: Os contratos entre a autonomia privada, A regulação estatal e a Globalização dos Mercados. Coimbra: Coimbra, 2007. 620 p.

ALVES, Sandro Leal. Entre a proteção e a eficiência: evidências de seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar após a regulação. II Prêmio SEAE - 2007. Disponível na internet: acesso em 11 de janeiro de 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do Novo Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BALDWIN, Robert. CAVE, Martin. Understanding Regulation - theory, strategy and practice. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BARROS, Carlos. Aula sobre economia pública. III - externalidades e sua correção. Disponível na internet: acesso em 11 de janeiro de 2009.

BATOR, Francis M., The anatomy of market failure. The Quarterly Journal of Economics, vol.72, p. 351-379, tema 3.

BELEZA, Hugo. UE e Brasil celebram "parceria estratégica". IOL Diário Portugal. 04.07.07. Disponível na internet: acesso em 11 de janeiro de 2009.

BREGMAN, Daniel. Algumas questões sobre a captura regulatória. Seminário internacional de regulação econômica: Reestruturação e regulação do setor de energia elétrica e gás natural. Rio de janeiro. Agosto 2008. Disponível na internet: acesso em 10 de janeiro de 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CAVALCANTI, Artur Osmar Novaes Bezerra. Legalidade e a Regulação pelas Agências no Direito Brasileiro. Acesso Na Internet Via Url: http://www.teiajuridica.com/regulag.htm

CAVALCANTI, José Carlos. O risco da privatização das telecomunicações no Brasil. Revista de economia política, vol. 14, nº2, abril-junho(94). Disponível na internet: acesso em 10 de janeiro de 2009.

COURNOT, Antoine Augustin. Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie dês Richesses, 1838.

DUXBURY, Neil. Patterns of American Jurisprudence. Oxford: Claredon Press, 2001.

EIJLANDER, Philip. Possibilities and Constraints in the use of Self-Regulation and co-Regulation in Legislative Policy: Experiences in the Netherlands - Lessons to be Learned for the EU? *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9.1 (January 2005). Disponível na internet: . Acesso em 10 de janeiro de 2009.

FABIÃO, Maurício França. O Negócio da Ética: um estudo sobre o terceiro setor empresarial. Disponível na internet: <http://www.ethos.org.br/docs/comunidade_academica/premio_ethos_valor/trabalhos/238_Mauricio_Fabiao.doc> Acesso em 10/01/2009.

FIANE, Ronaldo. Uma abordagem abrangente da regulação de monopólios: exercício preliminar aplicado a telecomunicações. Revista: Planejamento e Políticas Públicas, nº19, junho de 1999. Disponível na internet: acesso em 11 de janeiro de 2009.

GAZIER, François, e CANNAC, Yves. Lês autorités administratives indépendantes. Conseil d'État. 1983-1984, nº 35, p.13.

GROTTI, Dinorá A. Musetti. As Agências Reguladoras. Revista brasileira de Direito Público - RBDP. Belo Horizonte, ano 2, n 4, p. 187-210, jan/mar, 2004.

Hahn, F. Equilibrium and macroeconomics. Cambridge, MIT Press, 1984.

HEWITT, Ansord E. The Search for Optimal Institutional Design for Utilities Regulation: Is the Multi-Sector Model Still Viable. 2nd. Organization of Caribbean Utility Regulator (OCCUR) Conference. Novembro/2004, Baía Montego, Jamaica. Disponível na internet: Acesso em 22 de março de 2009.

IORIO, Ubiratan J. Falhas de Mercado versus Falhas de Governo. Direito Administrativo em Debate. Rio de Janeiro, agosto, 2008. Disponível na internet: Acesso em 10 de janeiro de 2009.

LEVEQUE, François. Economie de la réglementation. La Découverte, Paris. 2004.

LIMA, Clóvis Ricardo M. de. Assimetria de Informações e Regulação de Mercados. Disponível na internet via URL: Acesso em 19 de março de 2009.

MAIA, Ana Carolina; ANDRADE, Mônica Viegas; OLIVEIRA, Ana M. H. Camilo. O risco moral no sistema de saúde suplementar brasileiro. Associação Nacional dos Centros de Pós-graduação em Economia - ANPEC. Disponível na internet: acesso em: 14 de janeiro de 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. Revista brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 4, n 15, p. 147-166, abr/jun. 2006.

MOREIRA, Vital Martins. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedin, 1997.

O Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos. Brasília: TCU, 2002. Palestra proferida no seminário "O Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos (Seminário realizado em Brasília em outubro de 2001)". Disponível na internet: . Acesso em 19 de março de 2009.

PHILLIPS, Ronnie J. "The Regulation and Supervision of Bank Holding Companies: An Historical Perspective." Disponível via URL: . Acesso em 08 de maio de 2009.

POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. Disponível na internet: Acesso em 10 de janeiro de 2009.

SAMARAJIVA, Rohan. HENTEN, Anders. Rationales for Convergence and Multisector Regulation. Delft University of Technology & Technical University of Denmark The Netherlands. World Discussion on regulation (WDR) - discussion paper #0204, 2002. Disponível na internet: . Acesso em 22 de março de 2009.

SERRANO, Estrela. O espaço público e o papel do Estado na sociedade global da informação. Escola Superior de Comunicação Social. Instituto Politécnico de Lisboa. Disponível na internet: acesso em 14 de janeiro de 2009.

SUNFIELD, Carlos Ari (Coord.). Direito administrativo econômico. São Paulo. Malheiros 2002.

VOCABULÁRIO BÁSICO DE MEIO AMBIENTE. FEEMA, Rio de Janeiro: FEEMA., 1990.2ª ed. p.246.

WEBER, M.: História geral da Economia. São Paulo: Abril Cultural. (Série "Os Pensadores", v. XXXVII). 1974.p. 125

WILLEMANN, Ana Cristina. A interferência das agências reguladoras nas empresas concessionárias de serviços públicos. Disponível na internet: . Acesso em 08 de maio de 2009.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. *The Corporate Control and Business Behavior: An Inquiry into The Effects of Organizational Form on Enterprise Behavior*. New Jersey, Prentice Hall.1970.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. The Economic Institutions of Capitalism. New York: Free Press.1985.

WIRICK, David W. DAVIS, Vivian Witkind. Transforming Public Utility Commissions in the New Regulatory Environment: Some Issues and Ideas for Managing Change. The National Regulatory Research Institute. The Ohio State University. July 1996. Disponível na internet: . Acesso em 17 de maio de 2009.

---

[1] CANOTILHO, José Joaquim Gomes . Direito Constitucional. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

[2] MOREIRA, Vital Martins. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedin, 1997.

[3] WEBER, M.: História geral da Economia. São Paulo: Abril Cultural. (Série "Os Pensadores", v. XXXVII). 1974.p. 125

[4] COURNOT, Antoine Augustin. Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie dês Richesses, 1838.

[5] David Ricardo, junto a Adam Smith e Thomas Malthus, são os maiores representantes da teoria clássica, defendeu o liberalismo econômico. Sua teoria se baseou em como dois países podem se beneficiar em razão de um comércio livre entre eles. Tomou como exemplo o comércio entre a Inglaterra e Portugal. Estabeleceu os marcos iniciais para o comércio internacional.

[6] William Stanley Jevons, economista político, um dos maiores representantes do marginalismo (marginal utility theory of value), seu livro, The Theory of Political Economy(1871) junto a trabalhos similares de Carl Menger e Léon Walras abriram um novo período do pensamento econômico.

[7] Alfred Marshall foi professor de economia política em Cambridge desenvolveu estudos comércio internacional e problemas decorrentes do protecionismo. Apesar de certa influência de Jevons seu trabalho representou uma continuação dos estudos de Jonh Mill, Adam Smith e David Ricardo.

[8] Curva de demanda é a relação entre preços e quantidades. Graficamente, ela tem declividade negativa por que a preços elevados, o consumior compraria somente um pequena quantidade de X, mas a preços baixos, você compraria mais de X.

[9] IORIO, Ubiratan J. Falhas de Mercado versus Falhas de Governo. Direito Administrativo em Debate. Rio de Janeiro, agosto, 2008. Disponível na internet: Acesso em : 10 de janeiro de 2009.

[10] POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. Disponível na internet: Acesso em: 10 de janeiro de 2009.

[11] Ótimo social ou Ótimo de Pareto: ponto onde o bem-estar é maximizado sendo que ninguém poderá melhorar a sua situação sem que alguém seja prejudicado. O conceito de maximização de utilidade é empregado comumente na literatura de economia. DUXBURY, 2001, p. 390.

[12] CAVALCANTI, José Carlos. O risco da privatização das telecomunicações no Brasil. Revista de economia política, vol. 14, nº2, abril-junho (94). Disponível na internet: acesso em 10 de janeiro de 2009.

[13] BREGMAN, Daniel. Algumas questões sobre a captura regulatória. Seminário internacional de regulação econômica: Reestruturação e regulação do setor de energia elétrica e gás natural. Rio de janeiro. Agosto 2008. Disponível na internet: acesso em 10 de janeiro de 2009.

[14] FIANE, Ronaldo. Uma abordagem abrangente da regulação de monopólios: exercício preliminar aplicado a telecomunicações. Revista: Planejamento e Políticas Públicas, nº19, junho de 1999. Disponível na internet em acesso em 11 de janeiro de 2009.

[15] BELEZA, Hugo. UE e Brasil celebram "parceria estratégica". IOL Diário Portugal. 04.07.07. Disponível na internet: < http://diario.iol.pt/noticia.html?id=828836&div_id=4071> acesso em 11 de janeiro de 2009.

[16]ABICALIL, Marcos Thadeu. A natureza econômica dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Texto fornecido pela ESAF, oriundo do Curso de Gestão Urbana e Municipal, promovido pela ESAF, WBI, IPEA e CEF em agosto de 1999. Disponível na internet: http://www.eg.fjp.mg.gov.br/vgestaourbana/cursos/papers2000compacto/01texto2000c.html. Acesso em 19/12/2008.

[17] SERRANO, Estrela. O espaço público e o papel do Estado na sociedade global da informação. Escola Superior de Comunicação Social. Instituto Politécnico de Lisboa. Disponível na internet: acesso em 14 de janeiro de 2009.

[18] ALVES, Sandro Leal. Entre a proteção e a eficiência: evidências de seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar após a regulação. II Prêmio SEAE - 2007. Disponível na internet: acesso em 11 de janeiro de 2009.

[19] MAIA, Ana Carolina; ANDRADE, Mônica Viegas; OLIVEIRA, Ana M. H. Camilo. O risco moral no sistema de saúde suplementar brasileiro. Associação Nacional dos Centros de Pós-graduação em Economia - ANPEC. Disponível na internet em: www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A099.pdf > acesso em 14 de janeiro de 2009.

[20] FABIÃO, Maurício França. O Negócio da Ética: um estudo sobre o Terceiro Setor Empresarial. Disponível na internet em : . Acesso em 10 de janeiro de 2009.

[21] O processo de integração vertical se dá quando determinada empresa atua nas diversas etapas de produção num mesmo setor.

[22] A internacionalização ocorre quando determinada empresa resolve expandir suas atividades para mercados não integrados entre si. É mais comumente conhecida como o procedimento pelo qual a empresa se torna transnacional.

[23] A diversificação de atividades promove às empresas uma maior estabilidade frente a crises em setores específicos da economia, e ao mesmo tempo, as coloca em posição mais estratégica na tomada de decisões.

[24] ABICALIL, Marcos Thadeu. *Op. Cit.*

[25] Captura do ente regulador normalmente ocorre quando determinada empresa alimenta as agências reguladoras com informações imperfeitas de modo a criar uma realidade artificial para que a agência reguladora desconheça a verdadeira situação econômico-financeira da empresa. A pior das consequências da captura do ente regulador é que pode acarretar a perda de credibilidade da agência, e indiretamente gera o aumento dos custos e diminuição da eficácia da regulação.

AGÊNCIAS REGULADORAS: LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E CONTROLE JUDICIAL*

REGULATORY ANGENCIES: DEMOCRATIC LEGITIMICY AND JUDICIAL CONTROL

Carlos Henrique de Aragão Cavalcante
Raimundo Frutuoso de Oliveira Junior

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo estudar algumas questões relativas às agências reguladoras. Para tanto, estudamos a possibilidade constitucional de independência destas agências, a legitimidade democrática de suas decisões e a possibilidade de controle judicial de seus atos. Primeiramente, foi necessário compreender o contexto no qual o modelo administrativo das agências reguladoras surgiu. Depois, analisamos o tópico relativo à participação democrática nas agências reguladoras, bem como sua localização na estrutura constitucional. Assim, percebemos que o modelo das agências pode ter legitimidade democrática, desde que utilize os instrumentos que possibilitem a participação de forma efetiva do maior número possível de setores da sociedade que se vêem atingidos pela atividade de regulação. A possibilidade de controle judicial dos atos das agências reguladoras está em consonância com a tarefa do judiciário de controlar a legalidade e a constitucionalidade dos atos administrativos.

PALAVRAS-CHAVES: AGÊNCIAS REGULADORAS, LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA, CONTROLE JUDICIAL.

ABSTRACT

The present article has as subject to study some questions related to the regulatory agencies. For this purpose, it was studied the constitutional possibility of independency of this agencies, the democratic legitimacy of its decisions and the possibility of judicial control of its acts. Initially, it was necessary to understand the context in which the administrative model of the regulatory agencies comes up. In sequence, it was analyzed the topic related to the democratic participation of the regulatory agencies, as well as its localization in the democratic structure, since it use the instruments that makes possible the effective participation of the major possible number of the society sectors that are pointed by the regulation activity. The possibility of judicial control of the regulatory agencies acts is in consonance with the judiciary task of controlling the legality and constitutionality of the administrative acts.

KEYWORDS: REGULATORY AGENCIES, DEMOCRATIC LEGITIMACY, JUDICIAL CONTROL.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO.

O intuito deste artigo é estudar algumas questões que envolvem as agências reguladoras e seu contexto, e como as funções que lhes são imputadas podem ser compreendidas frente à estrutura constitucional de tripartição das funções estatais e de participação democrática na gestão de questões com acentuado teor público e político, como também examinar a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos destas agências reguladoras sob o ângulo da construção hermenêutica da normatividade dos princípios.

As agências reguladoras estão situadas num contexto complexo de reforma do aparelho do Estado. Inseridas na administração gerencial, surgem como solução para a fiscalização e normatização de setores da economia que, antes estatizados pelo modelo do Estado-empresário, foram transferidos para a iniciativa privada. Esta transferência não significa, contudo, que o Estado entregou completamente estas esferas do mercado à iniciativa privada. Como o Estado não poderia se eximir completamente destas esferas estratégicas do mercado, pelo eminente interesse público que representam, sob inspiração norte-americana, foram criadas as agências reguladoras com o intuito de regulamentar seus respectivos setores econômicos agora privatizados.

Primeiramente analisaremos o contexto no qual surgiram as agências reguladoras. Estudaremos o fenômeno da transnacionalização dos mercados e a insuficiência do modelo de Estado intervencionista frente a uma economia globalizada e suas irradiações na estrutura administrativa do Estado. Em pós, estudaremos como a independência das agências reguladoras pode estar em consonância com o desenho constitucional de um Estado que necessita da legitimidade democrática para suas ações, e por fim, analisaremos a possibilidade de controle dos atos administrativos destas agências realizados sob a roupagem da independência e da discricionariedade técnica.

1 ESTADO *KEYNESIANO* E REFORMA DO APARELHO DO ESTADO.

O Estado-empresário, também denominado Estado *keynesiano* ou intervencionista, desponta na década de 90 com uma incapacidade de gerir o complexo de tensões sociais. Surgido nos anos 30 com o *new deal*, expandindo-se no pós-guerra e chegando ao apogeu nos anos 50 e 60, o Estado *keynesiano* é abalado nos anos 70 por uma crise de governança. Envolto numa atmosfera *kafkiana*, ocasionada em parte pelo aumento expressivo de tarefas políticas e sociais (na tentativa de neutralizar os conflitos entre capital e trabalho, com o conseqüente aumento do aparelho burocrático), o Estado intervencionista padece numa incapacidade de planejar racionalmente sua intervenção na rápida transformação pela qual passa a sociedade. Deste modo, uma onda neoliberal de privatizações e de não intervenção no mercado, propõe a superação do Estado intervencionista pelo Estado regulador. Este último age baseado na flexibilidade dos procedimentos e na transferência de determinadas incumbências para outros setores da

sociedade. Com a mudança de paradigma de um Estado intervencionista para um Estado regulador, a concepção de administração pública também se transforma de uma estrutura burocrática weberiana para uma estrutura de flexibilidade gerencial.

A administração gerencial é o modelo de administração e concepção do aparelho do Estado que permite a existência das agências reguladoras. Esse modelo realiza, ao menos no plano teórico, a possibilidade de superação do arcaísmo burocrático e de sua conseqüente falta de eficiência na prestação dos serviços públicos. A administração gerencial propõe a renovação de aspectos que não mais se adequam à realidade competitiva e de concorrência ocasionada pela globalização, sem contudo liberar-se de todos os princípios da administração burocrática típica.

Na década de 90, por meio de emendas constitucionais e legislação infraconstitucional, o Estado brasileiro passou por uma reestruturação ampla, com o intuito político de combater a ineficiência e desonerar o já tão frágil orçamento público. Assim, através da flexibilização dos monopólios estatais realizada pela EC 05/95 e a edição da lei 8.301/90, substituída pela lei 9.491/97, que instituiu o Plano Nacional de Privatização, o Brasil apegou-se ao movimento mundial de não mais considerar o Estado como um protagonista na esfera econômica, ou melhor, de tirar-lhe a atuação direta, reservando-lhe uma atividade de fiscalização e regulamentação.

É neste contexto que surgem as agências reguladoras. O trabalho de regulação desenvolvido por estas agências pode ser entendido num sentido amplo, como um amálgama de atividade fiscalizadora, normativa e de composição de conflitos. Percebe-se, assim, que as agências reguladoras desempenham um importante papel político.

Passaremos a analisar como as decisões das agências reguladoras podem encontrar legitimidade em relação a uma participação democrática.

2 PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

Podemos iniciar este tópico fazendo a seguinte indagação: qual a base de legitimidade na qual estão alicerçadas as ações do Estado? Certamente a noção de respeito e promoção dos direitos fundamentais representa um pressuposto de toda ação estatal. Se esta noção, contudo, derivasse apenas de políticas decididas em *bureaus* governamentais, ainda faltaria a noção de construção da cidadania, por meio da participação democrática que envolve a sociedade. Sabe-se que as bases argumentativas metafísicas não possuem mais a força agregadora para legitimar decisões políticas nas sociedades modernas. Também o formalismo positivista esvaziado de conteúdo ético, após a Segunda Guerra Mundial, revela-se insuficiente . Neste sentido, o tônus legitimador da ação estatal está, segundo Habermas, em “um processo de formação da opinião e da vontade, que se presume racional”.

Nesse sentido, o foco para averiguar a força consensual fundante do ordenamento jurídico e das ações estatais nas sociedades pós-industriais complexas está no processo democrático de tomada de decisões e feitura das leis. Uma das funções do Direito, a de

estabilização das relações sociais, pode ser claramente vista quando o Direito confere forma impositiva a objetivos coletivos, positivando no corpo jurídico as diretrizes políticas. As diretrizes, sob o respaldo do processo democrático e sua cristalização na forma do Direito, ganham grande importância como estratégias para a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil. Frente a esta concepção de legitimidade, levanta-se a problemática de como compreender a função normativa das agências reguladoras. Destarte, uma tarefa que consta na agenda de competências destas agências é a de expedir normas que regulem a atividade econômica de seu respectivo setor. Podemos levantar a questão de como é possível extrair-se, deste modelo administrativo, uma legitimidade democrática. A discussão acerca do poder das agências reguladoras de criar normas que venham a regular toda a atividade de um setor da economia é, de outro modo, vista como o risco de se ocasionar, na esfera em questão, um esvaziamento na competência legitima tradicional de produção do direito positivo. Os argumentos do conhecimento técnico, da neutralidade e independência não se apresentam como suficientes para fundamentar decisões e ações neutras e desprovidas do caráter político, porque o exercício de qualquer poder estatal deve poder ser remetido à soberania popular.

A dificuldade de participação democrática nas agências reguladoras pode ocasionar uma dificuldade de controle político dos atos destas entidades. Em seguida, analisaremos esta questão.

3 SINDICÂNCIA JUDICIAL, DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E CONTROLE POLÍTICO.

Outro ponto importante a ser destacado é a atividade de composição de conflitos desenvolvida pelas agências reguladoras. No Brasil, a função jurisdicional é una, cabendo ao Judiciário a última palavra no controle de legalidade de todos os atos da Administração Pública. A possibilidade deste controle de legalidade ser efetivado sem que haja intromissão de um poder em outro, isto é, sem que seja afetado o equilíbrio da fórmula da tripartição de funções, é ponto pacífico.Contudo, uma questão mais delicada surge quando se fala em controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. A discricionariedade administrativa é tratada por Germana Oliveira Moraes nestes termos:

O caráter jurídico normativo da discricionariedade administrativa não impede que ela seja apresentada como uma das expressões da autonomia do Poder Executivo, isto é, da margem de liberdade conferida por lei à Administração para complementar o tipo aberto descrito na norma de competência, mediante o aditamento de pressupostos de fato aos que já se encontram contidos na hipótese normativa ou a determinação dos efeitos jurídicos para além dos parcialmente previstos no conseqüente da norma.

O núcleo discricionário é a própria essência das decisões na atividade executiva. No Estado Liberal, a consolidação do princípio da legalidade transformou a atividade executiva numa câmara hermética, isto é, se o administrador público cumpre literalmente a disposição constante de uma lei, quando da realização de um ato executivo, ao Poder Judiciário era vedada a realização de juízos que possuíssem como objetivo avaliar a qualidade jurídica de tal decisão, de tal ato administrativo. Tal apego à letra da lei, juntamente com a hermenêutica tradicional que a fundamentava, sofreram duros golpes após a segunda guerra mundial. Nascia a Nova Hermenêutica Constitucional. Esta nova hermenêutica realiza-se no pós-positivismo, que supera o "direito por regras" para erigir um "direito por princípios", dando ao Judiciário uma consistente fundamentação para a sindicância judicial da discricionariedade administrativa. Germana Oliveira Moraes leciona:

A admissibilidade do controle jurisdicional da atividade administrativa não vinculada, como controle de juridicidade e não apenas de legalidade, revela a superação do positivismo legalista, que pretendia reduzir o Direito à exegese apenas das leis escritas.

O que se depreende, portanto, do exposto acima, é que ao Poder Judiciário cabe a tarefa de averiguar não só a legalidade dos atos não vinculados da Administração Pública, mas também a sua consonância com outros princípios constitucionais distintos da mera legalidade. Quanto a este ponto específico, é interessante averiguar a possibilidade do controle jurisdicional dos atos discricionários das agências reguladoras, dando especial ênfase a uma discricionariedade típica destas agências, a denominada discricionariedade técnica."Não se trataria propriamente do exercício de uma discricionariedade ordinária, derivada dos conceitos indeterminados ou de atribuição legal específica, mas do proferimento de decisões insindicáveis devido às suas peculiaridades técnico-científicas".

O interesse de estudar este ponto surge, pois embora respaldada a possibilidade de aferição judicial dos atos administrativos em relação aos princípios constitucionais pela Nova Hermenêutica Constitucional, ainda persiste o problema em relação à discricionariedade técnica.

Eva Desdentado Daroca afirma sobre a aparição das agências reguladoras:

En primer lugar, su aparición como organizaciones independientes parece implicar la génesis de um cuarto poder del Estado hasta entonces inexistente. **Um cuarto poder no democrático, sino tecnocrático** y cuja existência supone la sustracción a la voluntad del pueblo de decisiones nada baladíes y la imposibilidad de exigir responsabilidades políticas por las mismas. (Grifo nosso).

A discricionariedade técnica é apontada como um elemento "natural" na atuação executiva estatal em uma sociedade complexa, onde uma decisão administrativa precisa levar em consideração vários fatores, tendo ressonância em âmbitos distintos e não se

limitando apenas à sua esfera originária. O argumento que retira do controle judicial o juízo acerca da discricionariedade técnica pode ser utilizado se situarmos as agências reguladoras como uma alternativa para a solução de determinados problemas sociais que não são comportados pelas margens da democracia em seu modelo clássico. No sentido de ser necessário compreender que numa democracia existem decisões políticas e decisões técnicas, ou de que, sem chegar ao ponto de distinguir uma da outra, cada vez mais se exige a qualificação técnica das decisões políticas. Em outras palavras: de que a decisão política majoritária, além de respeitar a moldura dos direitos fundamentais, deve ser não só a mais apta a produzir o efeito desejado, mas também a que menor irradiação negativa leve aos outros elementos do contexto na qual está situada. Deste modo, a complexidade na sociedade em rede abre espaço para o argumento de que o conhecimento técnico é o mais apto a tomar decisões coletivas, já que possui uma visão científica dos fluxos e refluxos que uma decisão deste porte pode ocasionar.

De outro modo, a qualificação técnica das agências reguladoras também pode ser vista como um movimento de retirada das questões econômicas do debate democrático.

Gilberto Bercovici afirma:

O processo de mundialização econômica está causando a redução dos espaços políticos, substituindo a razão prática pela técnica. Há um processo de tentativa de substituição dos governos que exprimem a soberania popular pelas estruturas de *governance*, cujos protagonistas são organismos nacionais e internacionais "neutros" (bancos, agências governamentais "independentes", organizações não-governamentais, empresas transnacionais, etc) e representantes de interesses econômicos e financeiros. **A estrutura da *governance*, portanto, é formada por atores técnicos-burocráticos sem responsabilidade política, cujo objetivo é excluir as decisões econômicas do debate político**. (Grifo nosso).

Apesar da possibilidade de compreensão meramente técnica das agências reguladoras, abre-se a possibilidade de se compreender sua função política. Contudo, esta, na nossa visão, passa pela implementação e concretização das políticas públicas definidas pelo poderes Executivo e Legislativo, através do exercício de uma atividade caracterizada pela independência e imparcialidade, mas que não está a margem de um controle por parte do Poder Judiciário, vez que não deve existir poder que não possa ser controlado.

4 AGÊNCIAS REGULADORAS: FUNÇÕES E CARACTERÍSTICAS.

No direito brasileiro, podem ser distinguidos dois tipos de agências reguladoras com funções bem distintas. O primeiro se refere aos órgãos que exercem um típico poder de polícia, definido legalmente, que é responsável pela imposição de limitações administrativas de cunho fiscalizatório e repressivo. Neste grupo, podemos citar os

seguintes exemplos: Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA), criada pela Lei nº 9.872, de 26/01/1999; Agência Nacional de Saúde Pública Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961, de 28/01/2000 e a Agência Nacional das Águas(ANA), criada pela Lei nº 9.984, de 17/07/2000. Já o segundo é formado por órgãos responsáveis pela regulação e controle das atividades que constituem o objeto de concessão, permissão ou autorização do serviço público ou de concessão para exploração de bem público. Neste caso, podemos citar alguns exemplos, como a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

Como o primeiro tipo já existia no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como exemplos o Banco Central, a Secretaria da Receita Federal, o Conselho Monetário Nacional, entre outros, depreende-se que a inovação realmente se dá com o surgimento do segundo tipo de órgãos que, inspirado no direito norte-americano, possuem uma função bastante diferente dos primeiros, pois pretendem exercer um controle efetivo e uma supervisão das empresas que atuam no mercado, sob o qual possuem ingerência institucional, através da determinação de tarifas, solução de conflitos entre os usuários/ consumidor e o ente regulado, acompanhamento do cumprimento do contrato no que tange ao seu objeto e ao seu aspecto financeiro, regulamentação das atividades setoriais com o objetivo de preservação da concorrência leal, além de outras atividades regulatórias.

A previsão genérica da regulação econômica está plasmada no art.174 da Constituição Federal. Porém, somente duas agências têm dispositivos constitucionais que explicitam a necessidade de sua instituição a ANATEL e a ANP, previstas, respectivamente, no art. 21, inciso XI e art. 177, parágrafo 2º, inciso III do texto constitucional. Assim, as agências reguladoras estão sendo criadas por leis ordinárias esparsas, o que está contribuindo para a extrapolação de sua competência no exercício de suas atividades de regulação.

Estes novos organismos de regulação econômica possuem características marcantes que nos permitem aquilatar a sua importância na atual dinâmica econômica do Estado Brasileiro. São elas a sua constituição como autarquias especiais afastadas da estrutura hierárquica ministerial, o que permite um afastamento da influência política direta dos governos e gera um alto grau de independência; autonomia financeira, administrativa e, principalmente, a atribuição de poderes normativos complementares à legislação do setor; poderes amplos de fiscalização com instâncias administrativas próprias para dirimir litígios sobre matéria da sua competência; poder para estipulação de metas de desempenho fixadas para as atividades dos prestadores de serviço de acordo com as diretrizes do governo e em defesa do consumidor.

Das características acima citadas, podemos extrair duas exigências principais para que as agências reguladoras desempenhem de forma eficaz as suas atividades, são elas a eficiência e a independência. A eficiência decorre de que toda atividade da administração pública deve ser pautada pelo atendimento ao princípio da eficiência que está insculpido no art. 37 da Carta Magna, e é da prestação eficiente dos seus serviços que as agências reguladoras encontraram a legitimação para o exercício de suas atividades. Já a independência é necessária para evitar a captura do órgão regulador tanto pelo poder concedente como pelo ente regulado. Tal objetivo só será alcançado através de uma atividade pautada pela autonomia para manejar os instrumentos

regulatórios e caracterizada por uma independência administrativa capaz de conferir às agências os meios para efetivar as suas competências. Portanto, para ser eficiente há a necessidade de que as agências reguladoras exerçam as suas funções de forma independente. Até que ponto vai esta independência? Como a eficiência pode contribuir para legitimação das agências reguladoras? São a estas indagações que tentaremos responder nos próximos tópicos.

5 POSSIBILIDADE DE LEGITIMAÇÃO DAS ATIVIDADES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

Para muitos, o serviço público é ineficiente na sua essência e não atende às necessidades básicas da população. A otimização da sua ineficiência seria um ganho sem precedentes para os que pensam desta maneira. Contudo, esta visão não se coaduna com a realidade atual do Estado Brasileiro, principalmente depois da reforma administrativa empreendida pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, a qual foi responsável por mudanças na máquina governamental que passou a ser mais leve e eficiente. Foi dentro deste contexto que as agências reguladoras surgiram como instrumentos de regulação dissociados da administração direta, desvinculados de influências políticas e tendo as suas atividades condicionadas pelas finalidades expostas no seio das leis que as criaram.

Na verdade, as agências reguladoras surgiram, como visto, num ambiente de mudanças radicais na estrutura sócio-econômica mundial. A globalização foi responsável por mudanças em diversos setores do conhecimento humano e o constitucionalismo clássico não ficou imune a tais transformações. Contudo, fica difícil admitir a existência de um órgão capaz de editar normas com força de lei e que não apresenta nos seus quadros membros eleitos pelo voto popular.

Realmente, nestas autarquias de regime especial os seus servidores ou são concursados ou são indicados pelo Poder Executivo, porém tal constituição se deve à exigência da eficiência da atividade reguladora. São atividades extremamente complexas, responsáveis pela regulação da conduta de mercados vitais para o desenvolvimento econômico do país e que, necessitam, pois, de profissionais capazes de lidar com definição de tarifas, minimização de assimetria de informação, ineficiência alocativa e produtiva de forma técnica e eqüidistante em relação aos interesses envolvidos.

A necessidade premente de eficiência e de especialidade em alguns órgãos das atividades estatais fizeram com que houvesse uma mitigação da legitimação popular, principalmente nas agências reguladoras que necessitam de uma discricionariedade técnica livre das influências políticas para o desenvolvimento eficiente de suas atividades. Porém, esta pode ser suprida, em parte, através do uso de instrumentos jurídicos que permitam uma interação com todos os agentes do setor, incluindo o poder público, agentes regulados e consumidores/usuários, proporcionando uma fonte de legitimação das atividades destas agências. Isto faz crescer a importância da consolidação de normas procedimentais e dos institutos que permitam a participação dos agentes econômicos e dos consumidores/usuários dos serviços regulados na forma e no exercício do poder fiscalizatório. Exemplos destes tipos de participação são as

consultas e as audiências públicas, assim como as ouvidorias com autonomia ante a direção das agências e o Poder Executivo.

Deste modo, podemos chegar a ilação de que a eficiência exigida das agências reguladoras não é infensa aos processos democráticos que estimulem a legitimação de suas atividades, sendo necessário apenas que se estimule a criatividade dos administradores públicos no sentido de formularem a adoção de mecanismos e ferramentas que permitam o atingimento de tal desiderato.

6 CONTROLE DOS ATOS REGULATÓRIOS PELO JUDICIÁRIO.

A independência das agências reguladoras se traduz numa maior autonomia em relação à Administração Direta, conjugada com a estabilidade de seus dirigentes e a garantia do exercício de um mandato fixo, o qual só perdem nas hipóteses previstas em lei e afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*, bem como a garantia de que as decisões finais das agências reguladoras não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública. Além destas prerrogativas, as agências reguladoras possuem o poder de editarem normas com força de lei para regularem o mercado que é objeto de sua competência. A independência das agências reguladoras em relação ao Poder Judiciário praticamente não existe. A agência pode dirimir conflitos em última instância como os outros órgãos administrativos, porém estas decisões não são imunes ao exame do judiciário, de acordo com o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, já que o Brasil adotou o sistema de unidade de jurisdição, ao contrário da França que privilegiou o sistema de dualidade de jurisdição em que as decisões dos órgãos administrativos possuem força de coisa julgada.

Sobre esta questão, não há muitas dúvidas. O grande problema está no controle dos atos normativos das agências reguladoras. A função reguladora, importada sem muito critério do direito norte-americano, propicia a possibilidade de as agências reguladoras editarem normas, com força de lei, que podem extrapolar as finalidades para as quais estas agências foram criadas.

A título de exemplificação, vamos mostrar como, às vezes, os excessos cometidos pelas agências reguladoras, no exercício de sua atividade normativa de regulação do mercado, podem causar sérios problemas para o sistema jurídico como um todo, requerendo do poder judicante a sua ação imediata para controlar e minimizar os abusos cometidos.

No dia 14 de agosto de 2009, a ANVISA editou a resolução de nº 44/2009 que, entre outras medidas, restringiu a venda de outros produtos diversos de medicamentos nas farmácias e drogarias. Como sabemos, estas empresas, atualmente, funcionam como verdadeiras lojas de conveniência comercializando uma gama enorme de produtos das mais variadas marcas e espécies que não apresentam relação com a atividade principal exercida por este tipo de comércio.

Tal norma está gerando uma considerável polêmica no ramo do comércio de produtos farmacêuticos, pois entende-se que esta atitude da ANVISA trará conseqüências

nefastas para este setor econômico, ocasionando uma diminuição absurda no faturamento das farmácias que acarretará o fechamento de muitos destes estabelecimentos comerciais, o que, por conseqüência, levará a um grande dispensa de funcionários.

A ANVISA se defende afirmando que a medida é necessária para evitar a automedicação e que a venda de outros produtos, diversos de medicamentos, em farmácias funciona como um chamariz para o consumidor adquirir remédios sem prescrição médica. Ressalta, ainda, que a resolução tem por fim acabar com a prática de se colocar remédios em locais de fácil acesso, misturados com outras mercadorias que nada têm a ver com o objeto do negócio dos estabelecimentos varejistas de medicamentos.

Este imbróglio já acarretou a edição de leis estaduais, como a Lei nº 4.353 de 01/07/2009 do Distrito Federal, que foi publicada antes da citada resolução da ANVISA como forma de inibir a sua eficácia nesta unidade federativa. Esta lei explicita quais os artigos de conveniência podem ser comercializados pelas farmácias e drogarias do Distrito Federal, ou seja, regula este setor econômico autorizando o comércio varejista de produtos farmacêuticos a vender outros produtos diferentes de medicamentos. Há, neste caso, uma notória invasão de competência do Distrito Federal na competência atribuída a ANVISA pela Lei que a criou.

Um ponto importante a ser destacado nesta situação é que, há a possibilidade de outras unidades da federação também utilizarem deste artifício para burlar o cumprimento da Resolução nº 44/2009, gerando um efeito cascata de produção normativa incentivada pelos setores econômicos prejudicados por este ato normativo regulatório, o que levará a um desarranjo de todo sistema normativo atinente à regulação do setor de medicamentos. Tal conflito poderá chegará aos tribunais, que terão de solucionar esta questão.

Entendemos que houve no caso acima relatado um excesso no uso do poder de regulação concedido à ANVISA. Para demonstrarmos tal afirmação recorreremos ao princípio da proporcionalidade com a finalidade de mostrarmos que houve um descompasso entre o meio empregado e o fim colimado pelo órgão regulatório.

Robert Alexy assim doutrina:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

No caso em tela, vamos nos socorrer ao princípio da proporcionalidade para justificar a nossa posição de que houve uma medida exacerbada da ANVISA para atingir o objetivo de inibir a automedicação pela população. Willis Santiago Guerra Filho, como um dos

propagadores da doutrina alemã em nosso país, dividiu o princípio da proporcionalidade em 3 (três) subprincípios: princípio da adequação, princípio da exigilidade ou máxima do meio mais suave e princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou máxima do sopesamento. Com relação aos dois primeiros, afirma que estes estão relacionados à escolha, dentro do faticamente possível, do meio que se preste para atingir o fim estabelecido de forma eficaz e menos danosa aos direitos fundamentais. No que concerne à proporcionalidade em sentido estrito, o doutrinador alencarino afirma que este determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado e o meio empregado com a finalidade de que seja juridicamente a melhor opção possível e que, havendo desvantagens para, digamos, o interesse das pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem são superiores aquelas desvantagens.

Voltando ao estudo do problema em questão, verifica-se que a norma editada pela ANVISA não é o meio menos gravoso para coibir a automedicação, já que poderiam ser veiculadas campanhas educativas em diversos meios de comunicação alertando a população quanto aos perigos da compra de remédios sem receita médica, além da imposição da obrigatoriedade de distribuição, pelas próprias farmácias, de informativos produzidos pela ANVISA que teriam um conteúdo informacional de esclarecimento dos males causados pela automedicação. Poderia, a resolução criar punições mais severas para o descumprimento das normas da ANVISA quanto à venda de medicamentos sem prescrição médica, que seriam efetivadas com o planejamento de fiscalizações relâmpago em grandes redes de farmácia com o intuito de punir aqueles que agem em desacordo com as normas estatuídas por este órgão regulador. Ou seja, existem diversas ações menos traumáticas e invasivas no mercado de medicamentos do que a tomada. Parece-me que a medida da ANVISA está mais ligada a intenção de atacar o problema com uma saída mais fácil. Ao invés de se tomarem estas atitudes acima relatadas e coibir as irregularidades por meio da fiscalização *in loco*, prefere-se apenas optar pela simples proibição por uma questão de economia para os cofres públicos, já que uma maior atividade fiscalizatória implica na contratação de novos servidores através de concurso público com o conseqüente aumento da folha de pessoal da União.

Contudo, o mais grave é que os efeitos colaterais resultantes da vigência desta nova legislação estatuída pela ANVISA causam mais desvantagens do que vantagens para sociedade, pois pode ocasionar uma onda de desemprego no setor varejista de medicamentos devido à diminuição das vendas das farmácias em virtude de estas terem, na sua composição do faturamento, uma boa parte dos produtos que foram proibidos de serem comercializados pela Resolução nº 44/2009 .

Por fim, este ato regulatório fere o princípio da livre iniciativa plasmado nos arts. 1º, inciso IV e 170 da Constituição Federal. Eros Roberto Grau afirma que “uma das faces da livre iniciativa se expõe, ninguém o contesta, como liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa.

Isto significa que o empresário não deve ser tolhido de exercer as suas atividades mercantis. Não deve haver restrição à venda de determinados produtos, a não ser que estes sejam contrabandeados ou objeto de alguma ilicitude criminal. A atividade empresarial deve ser livre por ter o Estado Brasileiro consagrado constitucionalmente o regime capitalista e a economia de mercado, sendo estes relativizados apenas pelo

princípio econômico da livre concorrência disposto no art. 170, inciso IV da Carta Magna.

Portanto, o fundamento da regulação econômica não deve perder de vista o respeito à liberdade de iniciativa, conforme assevera Floriano Marques Neto:

A regulação estatal, embora (...) esteja expressamente admitida na Constituição constitui circunstância excepcional, excludente da matriz de liberdade de iniciativa. Para justificar essa exceção, haverá sempre que existir razões suficientemente densas e relevantes a ponto de derrogar, parcialmente, o princípio da livre iniciativa. Apenas a presença (e conseqüente demonstração) dessa finalidade pública, essa razão de interesse público, é que torna legítima e justificável a restrição da liberdade econômica mediante incidência da regulação. Somente diante dessas finalidades é que se pode fechar a equação posta pela Constituição, calibrando a liberdade de empresa com regulação econômica.

Assim, na questão proposta fica claro que o princípio da proporcionalidade não foi respeitado por não terem sido atendido nenhum dos seus subprincípios, conforme demonstrado. Resta ao judiciário, quando provocado, dar a resposta condizente com o caso, que é a declaração da inconstitucionalidade da Resolução nº 44/2009.

Deve ser frisado ainda que, apesar da independência dada às agências reguladoras para o desenvolvimento de suas atribuições como forma de prevenir a cooptação dos seus membros pelos altos interesses envolvidos no processo de regulação, tal atividade não deve está livre do clivo do judiciário, o qual deve procurar a preservação da obediência das agências reguladoras ao princípio da proporcionalidade quando da edição de seus atos normativos regulatórios.

CONCLUSÂO.

Ao término deste estudo, concluímos que as agências reguladoras estão situadas em um amplo contexto de reforma da administração pública, sendo compatíveis com o modelo gerencial, que importa maior flexibilidade nos procedimentos frente às exigências de uma sociedade instrumentalizada pela transnacionalização dos mercados. Assim, as agências reguladoras se apresentam como instrumentos para a regulamentação de setores da economia que, antes estatizados, foram transferidos para a iniciativa privada pelo projeto político de privatizações ocorrido no Brasil no início da década de 90, e realizado no âmbito normativo por meio de emendas constitucionais e legislação infra-constitucional.

Concluímos também que a independência das agências reguladoras, bem como a possibilidade de participação democrática em suas decisões pode ser compatível com o

desenho constitucional da tripartição dos poderes desde que sejam criados ou mesmo efetivados procedimentos como a realização ampla de audiências públicas, com a maior participação possível de setores diferentes da sociedade. Além disto, sabemos que a Carta Política de 1988 afirma a possibilidade de sindicância judicial sempre que houver lesão ou ameaça a direito. As agências reguladoras estão, portanto, sujeitas a este mandamento constitucional, cabendo ao Poder Judiciário decidir sobre a legalidade e a constitucionalidade dos atos destas agências. Ainda quanto à sindicância judicial, utilizando os instrumentos da Nova Hermenêutica Constitucional, o Poder judiciário pode realizar o controle dos atos das agências reguladoras por meio de uma argumentação e justificação da necessidade deste controle amparando-se em princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO. Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Forense Jurídica, 2003.

_____, **As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes – uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Ano 90, Vol. 786.

_____, **O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito**. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 37. nº 148. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal, out./dez. 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de direito administrativo, n.240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BERCOVICI. Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____, **Da Estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____, **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CASTELLS. Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura – A Sociedade em Rede.** 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós-Moderno**. Editora Mandamentos. Belo Horizonte, 2003.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA. José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO Marcelo. **As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 5ª Ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988.** São Paulo: RT, 1990.

GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**, 12ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MASI. Domenico De (Org.). **A Sociedade Pós-industrial**. 4ª Ed. São Paulo: Senac, 2003.

MORAES. Germana Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

ORGANIZAÇÃO DIREITO RIO. **Direito econômico regulatório. v.2**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar; Saddi, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da administração. In: **Revista de Direito Administrativo,** n. 221, jul./set, 2000.

Na esfera federal, são exemplos de Agências Reguladoras: a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL – Lei 9.472/96), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL – Lei 9.472/9), a Agência Nacional do Petróleo (ANP – Lei 9.478/97), dentre outras.

"A matriz original que inspirou o desenho institucional do regime regulatório emergente no Brasil foi o modelo americano, com alguma inspiração na experiência britânica pós-privatização". AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução.** 2 ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Editora UNESP, 2007, p. 197.

Nesse sentido, ver FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

Sem levar em conta a vertente interpretativa existencial, que enxerga no Processo de Franz Kafka a expressão da culpa interior, a longa jornada de Josef K. em busca de uma explicação acerca de seu processo pode ser interpretada como uma visão obscura e labiríntica da burocracia, que realça seus ritos absurdos e incompreensíveis.

Dentro da administração publica gerencial, a flexibilização é ponto fundamental. Flexibilização de procedimentos que, num modelo de administração burocrática weberiana, não seria compatível com a estrutura dita fechada e voltada para si.

"(...) os setores vinculados ao sistema capitalista transnacional e em condições de atuar na 'economia mundo' pressionam o Estado a melhorar e ampliar as condições de

competitividade sistêmica". *In* FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 25.

São características particulares de uma burocracia típica, segundo Giddens: "Existe uma hierarquia definida de autoridade(...); Regras escritas regem a conduta dos funcionários em todos os níveis da organização(...); Os funcionários trabalham em tempo integral e são assalariados(...); Existe uma separação entre as tarefas de um funcionário dentro da organização e a vida externa deste(...); Nenhum membro da organização possui os recursos materiais utilizados no trabalho(...)". GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 285.

"A Emenda Constitucional n. 5 pôs termo ao monopólio estatal da exploração e distribuição dos serviços locais de gás canalizado, permitindo doravante, o estabelecimento do regime de concessão, cuja regulamentação se fará na forma da lei.

(...)

A Emenda Constitucional n. 6 insere-se no esquema de desnacionalização da economia brasileira, fomentada pelo neoliberalismo instalado no poder.

(...)

A Emenda Constitucional n. 8, por sua vez, não foge ao espírito que move o constituinte da reforma: o da remoção de todos os ingredientes nacionalistas da Lei Magna, em nome de uma abertura completa, e certamente inadvertida, da riqueza nacional aos capitais externos, absolvidos e legitimados nessa ocupação da economia brasileira com o argumento da globalização". BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 612 e 613.

No Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, são apontados como objetivos gerais: "Aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos;Limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado para a iniciativa privada;??Transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local: só em casos de emergência cabe a ação direta da União; Transferir parcialmente da União para os estados as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os estados e a União". BRASIL. **Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado**.

"...a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha". BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 324 e 325.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, p. 317.

Para um panorama da sociedade pós-industrial ver MASI, Domenico De. **A Sociedade Pós-industrial**. 4ª Ed. São Paulo: Senac, 2003.

MORAES. Germana Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2 Ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 34.

"O conhecimento jurídico tradicional, que se abebera nas fontes romanas e tem como pontos culminantes a produção científica de Savigny, no século passado, e de Hans Kelsen, neste século, exibe como traços marcantes o formalismo e o dogmatismo. O elemento básico na idéia de formalismo é a premissa de que a atividade do intérprete se desenvolve por via de um processo dedutivo, onde se colhe a norma no ordenamento e faz-se a subsunção dos fatos relevantes.

(...)

O direito é concebido como uma ciência, com objeto específico e acentuado grau de auto-suficiência. Rigorosamente separado da política, não se inclui na sua esfera própria de atuação qualquer questionamento acerca da legitimidade e da justiça das leis". BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 277 e 278.

MORAES. Germana Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2 Ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 212.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 202.

DAROCA, Eva Desdentado. **La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la Regulación Pública y Administraciones Independientes**. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, 140 e ss *apud* FIGUEIREDO Marcelo. **As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 208.

Cf. CASTELLS. Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura – A Sociedade em Rede.** 10ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BERCOVICI. Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008,p. .

"Também o aparelho estatal, por todas as suas agências, sempre simultaneamente políticas e econômicas, além de administrativas, é levado a reorganizar-se ou 'modernizar-se segundo as exigências do funcionamento mundial dos mercados, dos fluxos dos fatores da produção, das alianças estratégicas entre corporações. Daí a internacionalização das diretrizes relativas à desestatização, desregulamentação, privatização, abertura de fronteiras, criação de zonas francas". *In* IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**, 12 Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 59.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 403.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante paro o setor público e indicativo para o setor privado.

TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da administração. In: **Revista de Direito Administrativo,** n. 221 221, jul./set, 2000, p. 3-4.

Assimetria de informação ocorre quando uma das partes em uma transação sabe mais sobre as condições em que se realiza a transação- por exemplo, as características de um bem ou serviço sendo transacionado- do que a outra parte. PINHEIRO, Armando Castelar; Saddi, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p.285.

ORGANIZAÇÃO DIREITO RIO. **Direito econômico regulatório. v.2**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008, p. 106-107.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15 Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 404-406.

Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2009/pdf/180809_rdc_44.pdf. Acesso em: 14 set. 2009.

Disponível em: http://sileg.sga.df.gov.br/default.asp?arquivo=http%3A//sileg.sga.df.gov.br/legislacao/Distrital/leisordi/LeiOrd2009/lei_ord_4353_09.htm. Acesso em: 14 set. 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116-117.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 5ª Ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 88-89.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988.** São Paulo: RT, 1990, p. 238.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos.** São Paulo: Malheiros, 2002, p.79.

EFICIÊNCIA E LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA*

EFFICIENCY AND LEGALLETY IN THE BRAZILIAN MODERN PUBLIC ADMINISTRATION

Carlos Magno de Souza Paiva

RESUMO

Trata-se de uma breve análise sobre os princípios da eficiência e da legalidade dos atos da Administração Pública no Brasil contemporâneo à Luz do Estado Democrático de Direito. O texto tem uma preocupação especial com conceituação dos institutos e prerrogativas utilizadas, e abre espaço para a discussão e proposta de uma nova abordagem dos princípios mencionados. Aponta ainda algumas qualidades e deficiências próprias da legalidade e da eficiência como hábeis para a legitimação do agir administrativo e finalmente aponta algumas considerações sobre como deve recair a «análise», pelo poder judiciário, dos atos administrativos, invocando, sobremodo, a inserção social no processo de controle e de decisão.

PALAVRAS-CHAVES: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ATOS ADMINISTRATIVOS, LEGALIDADE, EFICIÊNCIA, CONTROLE

ABSTRACT

This is a brief analisys about the basis of efficiency and legallety of the actions from the Public Administration in modern Brazil enlightened by the concepts of a democractic and Legal State. The text has a special concern with the concepts of institutes and prerogatives used and opens a field to discuss and to offer a new approach to the mentioned principals. It points some qualities and uneficient cases from the legality and efficiency itself as to act administrative and finally pointssome considerations about how it should be analyzed the subject by the Judicial Authorities obseriving administrative acts, calling, specially, the society participation in the process of control and decision of the Public Administration.

KEYWORDS: PUBLIC ADMINISTRATION, PUBLIC ACTS, LEGALITY, EFFICIENCY, EXTERNAL CONTROL

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Já a alguns anos, tomando como marco a obra de Jürgen Habermas, a Mudança Estrutural da Esfera Pública (1962), que boa parte de todo o esforço intelectual/criativo da Teoria do Direito contemporâneo tem se voltado para a justificação racional da ordem política, e em consequência, também do Poder Administrativo. A conclusão mais recente, segundo o professor Rainer Forst, é que "os indivíduos sujeitos ao Direito tem que ter, ao mesmo tempo, a possibilidade e serem exortados a se verem como autores do direito e, assim, como participantes em uma prática política do entendimento[1]. Ora, abandona-se, ou pelo menos, relativiza-se a busca por um rastro legitimador do agir administrativo em elementos compreendidos apenas no próprio sistema administrativo, para buscar o fundamento do Estado de Direito, especialmente sua atuação legiferante e executiva, a partir de um processo discursivo de argumentação e entendimentos livres e iguais[2].

O presente texto, pretende rediscutir os princípios da eficiência e da legalidade como hábeis componentes legitimadores do Poder Público, no entanto, nos dizeres do professor Mangabeira Unger, a análise crua destes princípios, para o fim a que se propõe este estudo, equivale a meros fragmentos de concepções mais abrangentes ao estilo de modelos teóricos, eles seriam pouco mais do que bases melhoradas para a comparação e distinção analógicas[3]. Nestes termos é que se pretende avaliar não somente a normativa dogmática expressa mesmo que constitucionalmente, mas também considerar aspectos sensíveis da atual teoria comunicatica e também da democracia representativa. É saber, nesta fase inaudural do estudo que o Estado não é apenas fonte do direito, é simultaneamente produto do direito[4], não podendo se escusar da busca permanente de legitimidade dos seus atos.

No Brasil, desde que a Emenda Constitucional 19, de 04 de Junho de 1998, entrou em vigor, passou-se a ter, definitivamente e extirpando antigas discussões, a "eficiência" como um dos princípios orientadores da Administração Pública em todas as suas esferas e níveis do poder federado. Entretanto, seria interessante questionar, neste primeiro momento, se até então, a "eficiência" já não podia ser considerada um elemento vinculante dos atos administrativos[5]. Será que somente após o aditamento constitucional é que finalmente passou-se a concluir o "óbvio" - todo ato administrativo deve ser eficiente? A resposta a esta pergunta vai justamente de encontro ao que se predende discorrer neste artigo: a relação entre os princípios da eficiência e da legalidade e o controle de jurisdicionalidade sobre os atos da Administração, à luz do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Posto isto, a primeira colocação que se entende oportuna neste debate é aquela, levantada pelo Ministro Eros Roberto Grau[6], e que critica a noção viciada que os juristas brasileiros insistem em difundir, colocando o Estado em situção de oposição direta aos anceios e fins da Sociedade; Uma confusão que somente dificulta a compreensão do verdadeiro papel do Estado - diga-se Sociedade organizada - face a imperiosidade de uma ordem jurídica que não distingue, ou melhor, não hierarquiza o Estado, tão pouco o intrumentaliza como mero mecanismo burocrático. O Estado é a própria sociedade compreendida em um segundo momento, conforme palavras do Ilustre Ministro, e neste sentido, nos vemos obrigados a concordar com esta proposição, caso se pretenda evidenciar a necessidade contínua de envolvimento social em cada ato de poder da Administração Pública.

Seguindo ainda este raciocínio inaugural do presente trabalho, não se pode ouvidar uma breve análise sobre a palavra - ou expressão - da moda em nossos dias, que é o termo "Estado Democrático de Direito". Ora, muitos autores tem utilizado o vocábulo quase que de forma indiscriminada, sem atender para o real sentido da expressão ou a sua melhor colocação em um con(texto) jurídico. Sendo assim, antes de adentrar os problemas a que nos propomos especificamente neste estudo, façamos uma breve análise do sentido que ousamos fixar para a idéia de "Estado Democrático de Direito" face a realidade brasileira.

O professor José Luiz Quadros de Magalhães bem anota e comenta Foucalt quando dintigue «força» de «poder». Segundo o professor mineiro, o poder deve ser conceituado sempre a partir do sujeito que se subordina à vontade de outrem. Essa sujeição é uma faculdade e nunca uma obrigação, o que, neste último caso, configuraria a «força». Essa consideração é o primeiro passo para se compreender um Estado de Direito onde seus cidadãos têm o interesse de se sujeitarem somente aos atos de império democraticamente emanados.

Considerando o agir admistrativo, ou seja, a externalização da vontade Estatal por via dos seus agentes, vemos que na primeira metade do século XX, especialmente na Europa Ocidental - mas também no Brasil, movimento Getulista - a legitimidade na origem foi suficiente para conformar a resignação social do exercício do poder. Sendo assim, os atos da autoridade nomeada/empossada de maneira legítima seriam então inquestionavelmente válidos e soberanos. Ora, é inegável que esse entendimento foi um importante passo rumo ao desenvolvimento da democracia contemporânea, afinal, esta postura desautorizava os atos daqueles que exerciam o poder sem o mandato popular, entretanto, as Décadas de 30 e 40 do Século XX mostraram que essa concepção limitada da idéia de democracia, fundamentou parte das maiores atrocidades cometidas pelo homem em desfavor de si próprio e formatadas sob os traços dos regimes totalitários.

No mundo ocidental, o fim dos regimes autoritários na Europa e na América Latina, na segunda metade do Século XX, suscitou uma nova forma de pensar o substrato de legitimidade do agir administrativo, a partir, inclusive, da experiência anterior. Neste momento, o conceito de legitimidade se aproxima bastante da noção de legalidade administrativa, sendo então legítimo, ancorado pelo aporte popular, somente os "atos de poder" perfeitamente subsumidos pela norma jurídica. Ademais, tem-se aqui, mais um importante passo rumo à construção de um ideal democrático: a tomada de consciência na qual seria preciso combater as desigualdades regionais - falamos da realidade brasileira - e garantir a todos os cidadãos os intrumentos necessários de controle dos atos públicos, de modo a estabelecer meios para que o cidadão pudesse fiscalizar/controlar se a conduta do administrador estaria adistrita à lei. A descentralização do poder, o voto universal, os instrumentos constitucionais populares de controle dos atos da Administração, fazem parte dessa nova rotina democrática, porém ainda incipiente.

Nos dias atuais, em meio às fortes crises que questionam a presença e a própria necessidade da figura do Estado, face a uma realidade mundializada - com a consolidação do terceiro setor, ascenção das agências independentes, a autonomia de entidades supra-nacionais - e marcada por movimentos políticos que sugerem até mesmo o fim do poder constituinte, os atos administrativos sofrem e demandam um amparo de legitimidade mais forte, coerente com a nova realidade de busca por

resultados numa economia de mercado; onde a figura do administrado se aproxima de um cliente ou consumidor do Serviço Público. Nestes termos, a legitimidade, considerada mera faceta da legalidade positivista, é vista como burocrática, personalista e acomodada. Em uma realidade dinâmica e competitiva, a gestão pública "ideal" é aquela voltada para resultados, e consequentemente, os atos administrativos legítimos são aqueles capazes de atingir os melhores resultados de gestão, em outras palavras, a eficiência passa a justificar e fundamentar os atos administrativos.

Interessante notar a completa inversão de sentidos que presenciamos nesta breve exposição da realidadade administrativa moderna. Se houve uma época, como foi dito, em que se buscava a legitimidade dos atos administrativos a partir de sua origem, hoje, buca-se essa mesma legitimidade, dos atos administrativos, considerando o seu "fim", ou se preferirem, os resultados que os mesmos alcançam. Ora, de fato, é muito tentadora a proposta que vincula a legitimidade de um ato ao melhor resultado atingido, conforme o interesse do Estado enquanto reflexo do próprio interesse público, no entanto, essa idéia justificadora da atuação pública também carece de conteúdo democrático suficiente. A eficiência administrativa, por vezes, se aproxima por demais do tecnocentrismo especializado, voltado para os resultados e extanque às considerações e debates políticos.

O Estado Democrático de Direito é a coroação do envolvimento popular nas tomadas de decisões públicas do Poder Administrativo. Não é atoa que uma das correntes atuais da Teoria do Direito, cujo um dos grandes expoentes é o estudioso alemão Jürgen Habermas, é conhecida - em sua tradução portuguesa - como procedimentalista. Aqui, legítimas são as decisões que mantêm constante diálogo de fundamentação frente aos administrados, ou seja, a legitimidade não está apenas na origem ou no fim do ato, mas principalmente nos processos de decisão. A democracia é exercida continuamente por meio da participação popular nas tomadas públicas. Legitima-se a conduta que, de acordo com o Direito, considera e dialoga com a comunidade (ação comunicativa), e para isso é preciso criar canais de comunicação próprios, de acesso e envolvimento popular.

Aqui está a grande distinção do Estado Democrático de Direito, considerando a proposta anterior de organização do poder, o Estado Social: não basta criar os meios para que todos possam ser, teoricamente, cidadãos (teoria comunitarista), é preciso estabelecer formas e instrumentos de participação democrática para que todos se "sintam" cidadãos em condições de dirigir as decisões públicas. Isso implica um esforço de organização político-social e também de criatividade regional capaz de pensar mecanismos, canais de comunicação hábeis ao envolvimento popular. Não basta garantir o sufragio universal, disponibilizar as ferramentas de controle dos atos públicos ou buscar insistentemente os melhoreres resultados comuns, sobretudo é preciso, para a consolidação desta nova proposta de Estado de Direito, estabelecer linhas de comunicação direta com o sujeito, de modo a considerar e principalmente estimular o seu envolvimento político.

I. Eficiência vs Legalidade

Pautados nas linhas anteriores, conscientes do que se espera da realidade de um Estado Democrático de Direito, observa-se que tanto a eficiência como a legalidade foram mecanismos utilizados, em diferentes tempos, para legitimar o agir administrativo, entretanto, em breves linhas, mostrou-se que tanto um princípio quanto o outro se mostraram frágeis neste sentido. A legitimidade administrativa que se espera em um Estado Democrático de Direito é aquela que busca uma constante reflexão entre a atuação do Estado e a consciência social, como se o Poder Público, antes de agir, caressesse do estímulo nervoso ativado pela vontade comum[7].

Sendo assim, e adentrando um pouco mais a questão da fragilidade destes princípios enquanto aptos a legitimar os atos do Poder Público, pode-se, entretanto, a partir de uma análise mais acurada, relacionar os pontos fortes e débeis em favor e em desfavor de cada um deles. A começar pela observância do Princípio da Legalidade, nota-se que o Estado contemporâneo nunca se mostrou tão incapaz de regulamentar toda a complexidade das relações sócio-econômico e políticas. Hoje, insistir na idéia de subsunção normativa máxima dos atos administrivos seria o mesmo que engessar o Direito Público e condená-lo a um contínuo caráter de transitoriedade.

I.1. A Legalidade

Contemporâneamente, a consolidação do Estado Regulador ganha cada vez mais espaço em detrimento a presença do Estado Gestor. Posto este panorâma, bom que se diga que a atividade reguladora pressupõe uma dupla frente de atuação instrumental, onde o Poder Público: *(I)* regula os padrões/condições e necessidades básicas e essenciais da sociedade, bem como *(II)* as distorções e falhas do mercado econômico. Para tanto é preciso um esforço de criatividade jurídica em busca de um funcionamento equilibrado e otimizado, onde as necessidades e expectativas públicas, constantemente mutáveis, convivam com uma economia de mercado e de concorrência efetiva. Nestes termos, o princípio da legalidade não deve ser relativizado ou minimizado em prol da dinâmica social, a regulação e a observância às normas jurídicas continua a ser determinante para a sobrevivência do atual modelo de governança pública. Essa nova realidade carece, isso sim, é de um consistente aparato legal onde o princípio da legalidade é reconsiderado e compreendido de maneira diversa do seu conceito clássico. A demanda atual sugere que o ato administrativo - agora encarado mais como gestão pública - e sua relação com a legalidade, se aproximem mais do sentido e conformidade com o Direito como um todo e não apenas em atenção a uma norma jurídica em específico.

A própria *sociedade de risco*, nos moldes atuais em que se apresenta, onde "o risco pode ser definido como um modo sistemático de lidar com perigos e inseguranças da própria modernidade"[8], não comporta o princípio da legalidade encarado como um pressuposto onde à Administração Pública só é lícito fazer o que a lei autoriza[9]. Quando se fala em *sociedade de risco*, não se trata apenas de probablilidades possíveis de ocorrência de um malefício. Por vezes, e de forma mais marcante nos dias atuais, o próprio malefício e sua causa sequer são conhecidos publicamente, sendo absolutamente imprescindível que a Administração tenha condições de atuar em um ambiente onde o papel subsuntivo da lei não obste a pronta e recomendada intervenção estatal.

Por fim, ainda atentos aos pontos débeis que envolvem o conceito clássico de legalidade, enquanto substrato para a consolidação do rastro político-democrático do ato administrativo, não poderia deixar de ser evidenciado aqui os novos contornos fixados pela mundialização[10] econômica e cultural que vivemos hoje. Ora, em tempos que a soberania interna do Estado é revista e compartilhada com múltiplos atores supra-nacionais, não se pode desprezar que o princípio da legalidade, considerado dentro do Direito Público, precisa ser, gradativamente, pensado também no Direito Privado. Não falamos apenas nas concessões de serviço público para empresas multinacionais privadas. A preocupação é com a nova realidade internacional onde cada vez mais os organismos supra-nacionais são fonte de leis e ações internas no Estado de Direito. Atos de poder paralelos à soberania do Estado, que são válidos e necessários, e que carecem de fundamento legitimador tanto quanto os demais atos administrativos. Desse modo, a legalidade da Administração Pública deve ser encarada e reforçada como a legalidade do Direito Público, onde a condição de sujeito de direito privado não obste o respeito às normas que regulam, isso sim, os serviços públicos.

Se, por um lado, o princípio da legalidade, em sua concepção clássica, apresenta deficiências no contexto do Estado Democrático de Direito, nem por isso o mesmo deve ser abolido enquanto princípio configurador dos atos administrativos. Pelo contrário, é possível que hoje, face as inseguranças e instabilidades da vida moderna, a maior observância à legalidade seja efetivamente e justamente o que sustente o Estado Nacional como figura central nas relações jurídico-sócio-econômicas.

O princípio da legalidade, deve ser encarado como legalidade face a Constituição Brasileira. Essa que institui a legitimidade de origem, mas também a legitimidade de exercício, em âmbito horizontal (extensão quantitativa de apoio) e vertical (profundidade ou intensidade do apoio, grau de aceitação), o que se relaciona com o aspecto material do poder - vinculação das decisões e das ações à Constituição democraticamente postas e fiscalizadas, e ordenação de seu exercício para as finalidades que constituem sua razão de ser.

O professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz nos lembra, com maestria, que o postulado “segurança jurídica” não é um princípio jurídico sujeito à ponderação de direitos em conflito, tais como o seriam, por exemplo, o princípio da eficiência ou o princípio da publicidade. Segundo o professor mineiro, a “segurança jurídica” é pressuposto da própria existência de uma ordem jurídica. Em outras palavras, se existe o «Direito» ou o «Estado de Direito» este o seria justamente, para estabelecer a “segurança jurídica”, e posto isto, o princípio da legalidade ganha especial destaque, pois é o meio mais ordinário e habitual onde se traduz a segurança jurídica.

I.2. A Eficiência

Diferentemente do Brasil, interessante notar como que, nos Estados Unidos, o princípio da eficiência sempre assumiu grande influência sobre os atos da Administração Pública. Na verdade, a realidade histórica norte-americana construiu essa característica. Já no final Século XIX, os norte-americanos pensaram uma forma diversa de administração

por via das agências independentes. A necessidade de criação de um mecanismo de controle e regulação de setores produtivos e de prestação de serviços públicos independente dos interesses do Governo demandou a constituição de organismos de especialização técnica capazes de dirimir as controvérsias e regular padrões e condições de prestação destes serviços. Entretanto, em razão de um déficit de legitimidade quanto a origem, afinal, a liberdade decisória e a autonomia das Agências Independentes nunca gozou da prerrogativa democrática, passou-se a construir o entendimento que sua eficiência em resultados, quando comparada à gestão governamental, autorizaria e garantiria o empenho popular à sua existência.

Já no Brasil, a nossa matriz governamental, em meados do século XX, influenciada pela consolidação da social democracia européia, viu no Estado Social - Gestor - a melhor e talvez a única opção de roupagem para a Administração Pública em um país marcado pelos imensos contrastes sociais e precariedade de suprimento das necessidades básicas elementares. Definitivamente, era ao Estado, e a ninguém mais, quem caberia a obrigação de suprir as demandas vitais da sociedade; e nestes termos, parece que a eficência foi preterida à reserva do possível e ao fato do monopólio estatal do serviço público lhe dar condições de priorizar ou considerar tão somente a conveniência e oportunidade dos seus atos. Posto isto é que ousamos afirmar que até 1988 a eficiência não era considerada, formalmente, e mesmo materialmente, um princípio norteador da Administração Pública em nosso país.

Recentemente este quadro alterou, e a avassaladora demanda por serviços públicos em termos quantitativos «face a uma nova ordem de necessidades públicas, que passa, inclusive, pela inclusão digital» e em termos qualitativos «o administrado visto como cliente do serviço público», determinou a necessidade de reforma do Aparelho do Estado em moldes inéditos no país até então. Os atos de poder, agora sob a égide regulatória, superam a mera vinculação subsuntiva e passam a erigir a eficiência como justificadora à exigência majoritária. Nos dizeres do jurista Felipe de Paula:

"o mote argumentativo, novamente ressalte-se, é o de que a soma do *expertise* ao profissionalismo, à consistência e à estabilidade fornecidos pela independência, aos objetivos públicos legalmente definidos, aos requisitos processuais de atuação estritos, à transparência e à publicidade, à possibilidade de controle judicial, à disciplina orçamentária, e eventualmente ao monitoramento das atividades por grupos de interesse (quando não pela própria participação de interessados nos entes) acaba por montar um ótimo sistema de controle e responsabilização, a superar ou contrabalançar a exigência majoritária"[11].

Nestes termos, a legitimidade que suporta o ato de poder administrativo, em qualquer de suas vertentes, discricionária ou vinculada, passa a justificar-se na técnica, no procedimento e nos resultados. Em nosso país, essa virada institucional da gestão pública apresentará consequências marcantes, principalmente relacionadas à antiga desconfiança frente às ingerências político-partidárias. A criação das primeiras agências reguladoras no país, a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), ANP (Agência Nacional do Petróleo) e a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), em

1997, marca essa mudança e inevitavelmente levanta as discussões sobre o aparato legitimador dos atos praticados por estes órgãos, a princípio, independentes face o governo. Ademais, mesmo dentro da administração pública direta e indireta, o tecnicismo se expandiu de modo expressivo, renegando, cada vez mais, as opções políticas e os debates públicos, o que representa, indubitavelmente, um grande espaço para a transgressão do princípio da soberania popular.

Desse modo, todo o nosso argumento a favor da efetivação de um Estado Democrático de Direito, constituído sobre uma base democrática aberta e participativa, onde se exige não apenas uma legitimidade de origem ou de resultado, mas principalmente, de exercício, é suplantada face a "única" decisão técnica aceitável para se alcançar determinado resultado. Ora, insistimos que a participação popular deve ser aquela capaz de efetivamente influenciar as decisões públicas, em termos procedimentais, onde os cidadãos se envolvam com todo o processo da dinâmica decisória.

A despeito deste procedimentalismo participativo e a possibilidade deste método comprometer a tão objetivada eficiência de resultados, bom que se coloque que a definição de metas públicas não é, e nem deve ser, estabelecida por técnicos, e sim, pelo público. Somente assim, as decisões e atos administrativos têm condições de se tornar otimamente «efetivos» pois que previamente conhecidos e aceites pela população e não somente por especialistas técnicos.

Apesar da desconfiança gerada pelo princípio da eficiência como legitimador dos atos administrativos, é inegável que a consideração desta nova aporia orientadora da Administração brasileira traz alguns saltos rumo a consolidação de uma governança pública. Não se pode deixar de mencionar a possibilidade do controle de jurisdicionalidade de todos os atos administrativos, adentrando, inclusive o âmbito do seu mérito e apurando eventuais responsabilidades e atos de improbidade; e ainda a consolidação de uma gestão pública mais transparente, apartada das influências político-partidárias e pautada em metas pluri-anuais, com condições de acompanhamento e fiscalização popular mais concretas a partir da observação destas metas governamentais e o seu cumprimento.

II. A apreciação dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.

É um equívoco pensar que a estreita observância do princípio da legalidade ou da eficiência elidem a responsabilidade da Administração por todos os seus atos praticados. A evolução destes princípios, ao olhar do Estado Democrático de Direito, evidencia a importância do controle de jurisdicionalidade e também o controle popular. Neste caso, não se trata de ingerência ou rompimento do nosso sistema de pesos e contrapesos. Talvez fosse até melhor utilizar o vocábulo «apreciação», ao invés, de «controle». Não cabe ao Poder Judiciário controlar os atos do Poder Executivo em suas várias vertentes, Direta, Indireta e Independente. Os órgãos judicantes devem apenas apreciar a "qualidade" do ato executório para confirmar, ou não, a sua validade. Posto isto, surgem duas perguntas: *a)* pode o Poder Judiciário rever e responsabilizar o ato

administrativo exarado exatamente conforme determina a lei? *b)* Pode o Poder Judiciário rever e responsabilizar o ato administrativo que foi eficiente?

Veja que os problemas que se colocam vão um pouco além de saber se pode ou não a esfera judiciária apreciar os atos "supostamente"[12] discricionários do Poder Executivo. Primeiramente é preciso superar a noção de ato administrativo enquanto ato praticado exclusivamente pelo Poder Público. Dada a recente reforma da organização do Estado e a nova dimensão da prestação dos serviços públicos, bom seria se passássemos a considerar o ato administrativo como aquele praticado em razão da função pública envolvida, e nestes termos, sejam empresas privadas concessionárias, sejam agências independentes, seja a própria administração direta e indireta, o que importa, na verdade, é a função desempenhada e não quem a desempenha.

A relação entre apreciação judicial dos atos administrativos com o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito é muito mais séria que a mera confecção de um jargão pretensionista. Isto posto em razão de três níveis de consolidação da democracia participativa que, se efetivados, torna essa tarefa mais fundamentada e ao mesmo tempo "fecha" o círculo de debates e envolvimento popular nas decisões públicas. Posto isto, o esforço de compreensão sobre a possibilidade de ingerência jurisdicional sobre os atos de função administrativa deve constatar se o ato praticado possui consonância com os interesses protegidos na constituição (legalidade), também se o ato prezou pela otimização dos meios quanto a qualidade do agir final (eficiência), mas principalmente, se esse agir público possibilitou uma legitimidade de exercício, compreendida como o efetivo estímulo e influxo social nas decições políticas decisórias.

Por fim, podemos concluir que, mesmo o atendimento/observância de todos os princípios previstos no Art. 37 da Constituição da República, em especial, o princípio da eficiência e da legalidadade, não elide o Administrator de submeter, à apreciação do Poder Judiciário e dos cidadãos, todos os seus atos já praticados e mesmo os que estão por praticar. A consolidação do Estado Democrático de Direito erigiu um novo princípio - o da legitimidade democrática de exercício - que além de impor um novo dever ao Poder Público quando da tomada de decisões, sob pena de ter seu atos anulados, pode funcionar, incluse, como remédio para eventuais e, isoladamente consideradas, deficiências de legalidade ou eficiência.

Referências.

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008;

- ALKMIM, Marcelo. *Teoria da Constituição.* 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2009;

- BECK, Ulrich. *Risk Societ. Towards a New Modernity*. Londres: Sage Publications, 1992;

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC/94916. Paciente: Tatiana Rosa Pretto. Impetrante: Katiuscia Machado da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Publicado: DJ nº 236 em 12 de Dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=94916&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 11 de Agosto de 2009;

- FORST, Rainer. *Jürgen Habermas: Facticidade e Validade*. *In*: Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

- GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, Igualdade e Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1999;

- GRAU, Eros Roberto. O Estado, a Liberdade e o Direito Administrativo. In: *Revista da Faculdade de Direito*. V. 97. São Paulo, Janeiro/Dezembro de 2002;

- GUSTIN, Miracy Barbosa S. e DIAS, Maria Tereza Fonseca. (RE)Pensando a Pesquisa Jurídica. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006;

- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Teoria da Constituição*. Tomo I. Mandamentos. Belo Horizonte, 2001;

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995;

- _____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005;

- CARVALHO NETTO, Menelick. *In: Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

- MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. *In: Revista Diálogo Jurídico*. Ano I. Vol. I. nº 2. Centro de Atualização Jurídica. Salvador, Maio de 2001;

- OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. *O Fundamento do Direito em Espinosa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009;

- PAIVA, Carlos Magno de Souza. *(Comemoração?) dos 70 anos da Lei de Proteção do Patrimônio Cultural Brasileiro. O Projeto de Lei 47/2004 e os Criminosos Mineiros*. In: Estado de Minas. Caderno Direito e Justiça. Edição de 17/12/2007;

- PAULA, Felipe de. *O Desenho Jurídico-Institucional do Estado Regulador: Apontamentos Sobre Eficiência e Legitimidade.* 2008. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Coimbra. Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídico-Políticas II;

- RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004;

- TÁCITO. Caio. *Temas de Direito Público*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997;

- WALZER, Michael. *Da Tolerância. São Paulo*: Martins Fontes, 1999;

Notas.

1 Cfr. FORST, Rainer. *Jürgen Habermas: Facticidade e Validade*. *In*: Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 181.

2 *Idem, ibidem*, p. 181 e ss.

3 O professor Mangabeira Unger destaca que juntamento com os princípios ligados às políticas públicas é preciso haver uma análise racionalizadora das teorias de apoio ao direito em direção à ordem conceitual de teorias prescritivas abrangentes. Estas podem ser teorias de mercado, ou da democracia representativa «essa é a que mais nos interessa», ou das responsabilidades recíprocas a que cada um se obriga na vida comum. UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 90 e ss.

4 Nos dizeres de Gustav Radbruch que completa dizendo que: "O Estado e o direito público não são duas coisas distintas, não são causa e efeito ou efeito e causa, mas uma única coisa sob diversos pontos de vista, tão pouco separados entre si quanto um organismo e sua organização. RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 37.

5 Vários autores, entre os quais Paulo Modesto e também Hely Lopes Meirelles, entendem que o princípio da eficiência já estava previsto de forma implícita na Constituição da República de 1988 mesmo antes da Emenda 19, de 04 de Junho de 1998. O professor Paulo Modesto entende que mesmo de forma explícita já era possível absorver tal entendimento, considerando alguns dispositivos como o Art. 74 e o Art. 144, § 7º da CR. Já o administrativista Hely Lopes Meirelles reconhece a precocidade do princípio da eficiência como orientador dos atos administrativos quando em sua obra mais expoente, 20ª ed. de 1995, apontava o chamado "dever de eficiência" como sendo o "mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros". MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 90. e MODESTO, Paulo. *Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência*. In: Revista Diálogo Jurídico. Ano I. Vol. I. nº 2. Salvador: Centro de Atualização Jurídica. Maio de 2001.

6 Segundo o Professor recentemente aposentado da USP e Ministro do STF: "O Estado moderno é ainda determinado por certos particularismos, antagônicos a outros. Ainda se confunde, por uma larga parte, com o Estado do exterior, o Estado da necessidade e do entendimento, isto é, carrega características da sociedade civil, que, logicamente suprassumida no sistema hegeliano, ainda não encontrou a sua plena realização nas estruturas engendradas pela modernidade. Nele se constrói a paz burguesa, dotada de caráter temporário na medida em que o dissenso entre os particularismos antagônicos é apenas mediado, superado pela conveniência — o que, no direito, não consubstancia, a rigor, nenhuma mediação efetiva, nem suprassunção, mas justaposição conflitante." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC/94916. Paciente: Tatiana Rosa Pretto.

Impetrante: Katiuscia Machado da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Publicado: DJ nº 236 em 12 de Dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=94916&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 11 de Agosto de 2009.

7 Neste sentido, comungamos da idéia e recomendação do Professor Eros Roberto Grau que enfatiza a necessidade de romper com antigos antagonismos de ordem jurídico-política, principalmente aqueles que colocam Estado e Sociedade como "entes" contrapostos. Ora, nos dizeres do professor paulista, o Estado é a própria sociedade em um segundo momento. GRAU, Eros Roberto. *O Estado, a Liberdade e o Direito Administrativo*. In: Revista da Faculdade de Direito. V. 97. São Paulo, Janeiro/Dezembro de 2002;

8 BECK, Ulrich. *Risk Societ. Towards a New Modernity*. Sage Publications, Londres, 1992. p. 21 (tradução nossa).

9 O professor Hely Lopes Meirelles define o princípio da legalidade nos seguintes termos: "A legalidade, como princípio da Administração (Art. 37, Caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso". MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30ª ed. Malheiros. São Paulo, 2005.

10 Aqui, preferimos utilizar a expressão mundialização, ao invés daquela que poderia ser mais comum, a globalização, por enxergamos esta última como sendo o aumento da interdependencia econômico-cultural entre os diversos Estados e povos do planeta e aquela como sendo, o aumento da dependência de alguns Estados e povos em relação a outros. Desse modo, ainda que a globalização seja evidente por seu aspecto inter-relacional vinculativo, entendemos que a mundialização enfatiza um lado dessa relação que evidencia o maior grau de submissão de uns países em relação a outros.

11 PAULA, FELIPE DE. *O DESENHO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DO ESTADO REGULADOR: APONTAMENTOS SOBRE EFICIÊNCIA E LEGITIMIDADE*. TEXTO NÃO PUBLICADO APRESENTADO NO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, 2006. P. 32-33.

12 Fala-se em atos “supostamente” discricionários, dado o debate mais recente que questiona a utilidade de disitinção entre atos administrativos vinculados e discricionários, afinal, se a finalidade do ato será sempre o interesse público e se a discricionariedade se limita à opção do administrador em agir conforme duas ou três ou quatro condutas vinculadas. Não seriam então todos os atos vinculados em sua origem?

O COMBATE AO DENGUE PELO ESTADO E O PRINCÍPIO DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO*

THE FIGHT AGAINST DENGUE BY THE STATE AND THE PRINCIPLE OF INVIOLABILITY OF THE DOMICILE

Daniel Barros Garcia

RESUMO

Um dos problemas práticos enfrentados pela vigilância epidemiológica para a prevenção do dengue é o fato de sua eficácia depender do acesso dos agentes sanitários aos ambientes privados para descoberta e combate dos focos do Aedes aegypti. Muitas vezes, em virtude de alguns imóveis se encontrarem fechados ou abandonados, as inspeções sanitárias ficam quantitativamente prejudicadas e os focos do mosquito não são identificados, nem tratados. Para que, no futuro, não recaia sobre si a pecha de desidioso ou omisso, o Estado, fazendo uso do poder de polícia que lhe é inerente, tem ingressado forçosamente nestes ambientes privados como forma de preservar a saúde pública. Porém, tais intervenções não podem ser realizadas fora da órbita constitucional, devendo respeitar o princípio da inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inciso XI, da CR/88).

PALAVRAS-CHAVES: DENGUE. AEDES. PODER DE POLÍCIA. AUTO-EXECUTORIEDADE. INVIOLABILIDADE. DOMICÍLIO. RESERVA JURISDICIONAL. DESASTRE. PRESTAÇÃO DE SOCORRO. PONDERAÇÃO.

ABSTRACT

One of the practical problems faced by the epidemiological surveillance for prevention of dengue is that their effectiveness depends on the access of health workers to private places for discovery and response to outbreaks of Aedes aegypti. Often, because of some properties they were closed or abandoned, health inspections are quantitatively affected and outbreaks of the mosquito are not identified or treated. For the future, does not lie with themselves to be branded or idle on the part missing, the State, making use of police power that is inherent, has entered forcibly in these private places so as to maintain public health. However, such interventions can not be performed outside the orbit Constitution, respecting the principle of inviolability of domicile (Article 5º, section XI of CR/88).

KEYWORDS: DENGUE. AEDES. POLICE POWER. SELF-ENFORCEABILITY. INVIOLABILITY. DOMICILE. COURT RESERVATIONS. DISASTER. PROVISION OF RELIEF. WEIGHTING.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 INTRODUÇÃO

Todo início de ano, com a chegada do verão e do período chuvoso, o dengue se torna uma ameaça à saúde pública no Brasil.

Trata-se de uma doença infecciosa causada por um *arbovírus*, cujo principal transmissor é a espécie de mosquito *Aedes aegypti*.

De origem africana, tendo sido introduzido no país provavelmente no início do século XIX, o *Aedes aegypti* "[...] é um mosquito doméstico, antropofílico, com atividade hematofágica diurna e utiliza-se preferencialmente de depósitos artificiais de água limpa para colocar os seus ovos. Eles têm uma alta capacidade de dessecação, mantendo-se viáveis na ausência de água por até 450 dias" (TAUIL, 2002, p. 868).

Além do elevado poder de resistência, o mosquito transmissor do dengue encontrou nos dias atuais uma série de condicionantes que favorecem a sua proliferação e disseminação, tais como: 1) a necessidade de armazenamento de água para consumo pela população periférica das grandes cidades, em virtude do saneamento básico precário; 2) o estímulo ao uso de embalagens descartáveis, sem o adequado recolhimento após a sua utilização; 3) o aumento do número de pneus usados dispostos inadequadamente no meio ambiente, em função do incrível crescimento da produção de veículos automotores; 4) a ausência de produtos inseticidas, eficazes e ecologicamente seguros, capazes de combaterem os criadouros dos insetos.

Diante deste quadro alarmante, o Poder Público não pode se manter inerte. Afinal, de acordo com o art. 196, da Constituição da República de 1988, a saúde é dever do Estado, cabendo a ele executar os serviços de saúde pública de forma eficiente e implementar programas de prevenção e combate ao vetor, sob pena de se configurar a sua responsabilidade civil por omissão.

Dentre as diversas ações empreendidas pelo Poder Público para o combate ao *Aedes aegypti*, a que mais tem gerado discussões, principalmente no âmbito jurídico, são as visitas domiciliares em todos os imóveis dos municípios, realizadas pelos agentes de vigilância sanitária, objetivando a eliminação dos potenciais criadouros do mosquito.

As grandes e médias cidades possuem áreas de difícil acesso aos domicílios pelos servidores públicos, tanto em bairros de população mais rica, como naqueles mais pobres. As ações de campo são feitas durante o dia e muitos imóveis encontram-se fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador.

Dessa forma, surge um dilema para o Estado, pois como combater os focos do dengue, se uma parcela da população não está disposta a colaborar? Pode o Estado, em prol do interesse público, exercer seu poder de polícia e impor às pessoas o dever de suportar o ingresso de agentes sanitários nos ambientes privados? Por outro lado, o particular, com base no princípio da inviolabilidade do domicílio, pode se recusar a esta intervenção estatal?

Sem querer esgotar o tema, o presente artigo busca, em um primeiro momento, estudar valores que, a princípio, aparentam ser antagônicos entre si, mas que, quando analisados sob o prisma da ponderação de interesses, podem nos nortear nas respostas dos questionamentos propostos.

2 O CONTROLE EPIDEMIOLÓGICO DE DOENÇAS ATRAVÉS DO PODER DE POLÍCIA DO ESTADO

No início do século XX, o Estado de Direito, que até então só tinha restringido o exercício dos direitos individuais para garantir a ordem pública, assume uma postura mais intervencionista e estende seus braços sobre a ordem econômica e social.

Diante deste fenômeno do agigantamento da máquina estatal, o poder de polícia "[...] passou a atuar em setores não relacionados com a segurança, atingindo as relações entre particulares, anteriormente fora do alcance do Estado [...]" (DI PIETRO, 2004, p. 110), tais como o meio ambiente, as relações de consumo, o patrimônio histórico e artístico nacional e, obviamente, a saúde.

Dentro deste novo paradigma, a noção de interesse público se expande e o poder de polícia se torna a principal atividade do Estado para que ele possa condicionar, de forma legal e legítima, o exercício das liberdades individuais em prol do bem-estar coletivo.

Para colocar o seu poder de polícia em ação, o Estado, tendo como pressuposto-mor, o princípio da legalidade, cria atos normativos gerais e abstratos, por meio do Poder Legislativo, estabelecendo limitações administrativas ao exercício dos direitos e das atividades individuais.

Na área da saúde, mais notadamente no que diz respeito à vigilância epidemiológica, a Lei Federal nº 6.259, de 30 de outubro de 1975, por exemplo, obriga que as pessoas físicas e as entidades públicas ou privadas se submetam às medidas sanitárias indicadas para o controle da doença, sob pena de cometerem infrações à legislação da saúde (Lei Federal nº 6.437/77).

Aprofundando melhor o assunto, Carlos Ari Sundfeld assim nos ensina:

As ações de vigilância epidemiológica estão reguladas pela Lei Federal nº 6.259, de 30 de outubro de 1975, segundo a qual compete à autoridade sanitária: a) "proceder à investigação epidemiológica pertinente para [...] averiguação da disseminação da doença na população sob o risco" (art. 11, *caput*); b) "exigir e executar investigações, inquéritos e levantamentos epidemiológicos junto a indivíduos e a grupos populacionais determinados, sempre que julgar oportuno visando à proteção da saúde pública" (art. 11,

parágrafo único); e c) “adotar, prontamente, as medidas indicadas para o controle da doença, no que concerne a indivíduos, grupos populacionais e ambiente” (art. 12).

A Lei nº 6.259/1975 foi expressa ao impor o dever de atender às imposições da autoridade sanitária destinadas ao controle de doenças transmissíveis. De acordo com o art. 13, “as pessoas físicas e as entidades públicas ou privadas, abrangidas pelas medidas referidas no art. 12, ficam sujeitas ao controle determinado pela autoridade sanitária”. A inobservância desse dever ficou submetida às conseqüências previstas na lei sobre infrações à legislação de saúde. De acordo com o art. 10 da Lei nº 6.437/1977 constituem infrações sanitárias, entre outras, “impedir ou dificultar a aplicação de medidas sanitárias relativas às doenças transmissíveis [...]” (inc. VII), “obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades sanitárias competentes no exercício de suas funções” (inc. X), bem assim a “inobservância das exigências sanitárias relativas a imóveis, pelos seus proprietários, ou por quem detenha legalmente a sua posse” (inc. XXIV). (SUNDFELD, 2002, p. 103/104)

Além da legislação federal, considerando que a Constituição da República de 1988 confere competência legislativa a todos os entes federados, o controle epidemiológico pode ser ainda disciplinado pelos Poderes Legislativos estaduais e municipais.

Porém, não basta a existência de leis. É preciso que o Estado verifique se, de fato, o particular está se sujeitando às restrições que lhe são impostas. Assim, parte do poder de polícia do Estado é destinada ao Poder Executivo para que ele possa regulamentar as leis e controlar a sua aplicação, preventivamente ou repressivamente, por meio de atos administrativos e operações materiais.

Para que a medida de polícia possa produzir os efeitos desejados, a doutrina costuma elencar alguns atributos inerentes a ela. São os seguintes: a discricionariedade, a presunção de veracidade e de legalidade, a imperatividade ou coercibilidade e a auto-executoriedade. Há que se esclarecer, contudo, que estas características não precisam estar simultaneamente presentes para que se configure um ato de polícia, bastando apenas a presença de algumas delas.

A discricionariedade ocorre quando a lei reguladora da matéria deixa para a Administração Pública uma apreciação que comporta certo grau de subjetivismo, de liberdade. No caso, por exemplo, do controle epidemiológico, podemos notar que o art. 12 da Lei Federal nº 6.259/75, tratada a pouco por nós, concede à autoridade sanitária a faculdade de determinar quais serão as medidas adotadas para o controle da doença. Isto ocorre, pois o legislador não sabe de antemão que moléstia irá se tornar uma epidemia, nem tão pouco a profilaxia adequada para o seu combate.

Da mesma forma, será a autoridade administrativa quem irá graduar a penalidade imposta ao particular em caso de descumprimento de determinada medida sanitária, uma vez que somente ela tem a oportunidade de vivenciar a realidade dos fatos (vide art. 6º, da Lei nº 6.437/77).

Apesar das medidas de polícia, em sua grande maioria serem dotadas do atributo da discricionariedade, nem sempre tal característica estará presente. Em determinados casos, a lei encarrega de prescrever, com detalhes, se, quando e como o administrador público deverá agir, estabelecendo um único procedimento a ser tomado pelo Poder Público (exemplo: basta ter os requisitos necessários ao exercício de certa atividade para que o órgão sanitário conceda a licença ao particular). Nesse caso, a medida de polícia será vinculada.

Ao contrário da discricionariedade, a presunção de veracidade e de legalidade é um atributo presente em todos os atos de polícia e consiste na qualidade de que se revestem os atos administrativos para se presumirem verdadeiros e conformes ao direito, até prova em contrário.

A imperatividade ou coercibilidade, por sua vez, é a qualidade pela qual a Administração Pública pode impor ao particular uma obrigação, independentemente de sua aquiescência. Enquanto no direito privado vigora, nas relações entre as partes, o princípio da autonomia da vontade, no direito público prevalece o interesse público, podendo o administrador estabelecer restrições, ônus, deveres, penalidades aos administrados em benefício do bem-estar coletivo.

Nesse sentido, quando a Administração, por exemplo, determina a adoção de medidas sanitárias para se evitar a proliferação de doenças (exemplo: vacinação de animais domésticos, limpeza de lotes vagos, proibição da comercialização de alguma mercadoria ou produto), não pode o particular, de início, se furtar ao seu cumprimento. Caso se sinta lesado, compete a ele, adotar as medidas cabíveis, seja na via administrativa ou judicial, para tentar sustar os efeitos do ato de polícia a ele imposto.

Por fim, o atributo da auto-executoriedade deve ser entendido como "[...] a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir 'materialmente' o administrado, sem precisar buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação" (MELLO, 2001, p. 384).

A primeira vista, a auto-executoriedade pode parecer uma qualidade um tanto perigosa, pois na medida em que a Administração Pública, sem o controle do Poder Judiciário, coage o administrado a fisicamente praticar, ou se abster de realizar um ato ou tarefa, estar-se-ia abrindo espaço para o cometimento de ilegalidades ou de abuso de poder.

Ocorre que tal atributo não deve ser analisado à margem do paradigma do Estado Democrático de Direito, nem da ordem constitucional vigente, onde os direitos e garantias fundamentais tornam-se um dos seus pilares básicos.

Dentro desta sistemática, a auto-executoriedade das medidas de polícia só seriam admissíveis em duas únicas hipóteses: 1) quando houver previsão legal para o seu exercício; ou 2) "[...] quando houver urgência e não for possível à Administração Pública – quando não houver tempo hábil – buscar junto ao Judiciário uma ordem judicial" (PIRES, 2008, p. 310).

Ainda assim, mesmo na segunda hipótese, não está o Poder Público completamente liberado do princípio da legalidade, pois se presume que a

Administração Pública estará agindo dentro de sua esfera de competência, respeitará, ainda que a *posteriori*, os princípios do contraditório e da ampla defesa e somente atuará naqueles casos em que restar nitidamente comprovado o nexo de causalidade entre a urgência anunciada e o substrato fático ao qual se reporta.

Ora, com base no arcabouço jurídico apresentado, não restam dúvidas de que o Estado, em princípio, no uso do seu poder de polícia, poderia adentrar compulsoriamente aos ambientes privados para implementar programas de combate a epidemias, a exemplo do que vem ocorrendo com o dengue.

Entretanto, não bastam que as ações estatais tenham embasamento legal. É preciso que, dentro de uma ordem democrática, elas sejam legítimas. E, somente poderemos aferir a legitimidade da intervenção estatal, se levarmos em conta o princípio da inviolabilidade de domicílio previsto em nosso texto constitucional.

3 A INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A casa é um prolongamento da nossa personalidade. É o lugar onde as liberdades tomam sua dimensão máxima, quer se trate das liberdades da pessoa física, da expressão de pensamento, de trabalho ou de lazeres. Enfim, a casa é um dos poucos recintos em que ainda podemos ser senhores de si mesmos.

Por causa disso, os povos livres e civilizados sempre valorizaram o respeito que o Estado deve ao domicílio de todos os cidadãos.

No caso do direito brasileiro, as nossas Constituições foram fiéis a este pensamento e, desde o Império, vieram consagrando em seus textos, a incolumidade do domicílio como asilo inviolável.

Erigida como direito fundamental do indivíduo, a inviolabilidade do domicílio encontra-se no art. 5º, inciso XI, da Constituição da República de 1988 com a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

De acordo com Alexandre de Moraes:

No sentido constitucional, o termo *domicílio* tem amplitude maior do que no direito privado ou no senso comum, não sendo somente a residência, ou, ainda, a habitação com intenção definitiva de estabelecimento. Considera-se, pois, domicílio todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preserva-se, mediatamente, a vida privada do sujeito. (MORAES, 2005, p. 49)

A Constituição da República, porém, estabelece exceções à inviolabilidade domiciliar. Afinal, "[...] se a inviolabilidade do domicílio é norma de suma relevância para a segurança e tranqüilidade individual e familiar, esta mesma regra, tornada absoluta, sem exceções, poderá revelar-se prejudicial, quer em razão do interesse público, quer em razão do interesse do próprio morador" (GROTTI, 1993, p. 109).

Nesse sentido, mesmo sem o consentimento do morador, pode-se penetrar na casa, a qualquer hora do dia ou da noite, nos casos de flagrante delito, desastre ou prestação de socorro. Além dessas hipóteses, cabe o ingresso, durante o dia, por determinação judicial.

Não tendo o texto constitucional definido flagrante delito, coube à doutrina e à lei delimitar o seu conceito. Em linhas gerais, a expressão "flagrante delito" significa o delito no instante mesmo de sua perpetração e as hipóteses de sua ocorrência estão enumeradas no art. 302, do Código de Processo Penal.

Situação mais complexa, no entanto, ocorrem com as excludentes de prestação de socorro e desastre, pois configuram verdadeiros conceitos jurídicos indeterminados, recebendo, por conseguinte, várias definições, conforme as premissas que se adotem.

De toda forma, podemos entender por desastre, qualquer acontecimento catastrófico que ponha em risco ou perigo a vida ou a saúde de alguém, tais como desabamento, inundação, incêndio.

Por sua vez, a prestação de socorro, seja por profissional (médico, enfermeiro, bombeiro), seja por particular, ocorre quando, mesmo não tendo acontecido um desastre, o morador se encontra em uma situação de perigo eminente em que necessita da ajuda de terceiros.

Além dos casos já especificados, conforme o texto constitucional em vigor, durante o dia, a casa pode ser invadida mediante a autorização judicial.

Enquanto que nas ordens constitucionais pretéritas prevalecia a cláusula da reserva legal, em que a lei ordinária poderia, respeitados os parâmetros constitucionais, editar regras jurídicas, estabelecendo os casos e as formas de violabilidade domiciliar, na Constituição atual, além das exceções ali previstas, somente o Poder Judiciário tem competência para autorizar a penetração, durante o dia, na casa. É a chamada cláusula de reserva de jurisdição.

Cláusula que, por sinal, já foi amplamente debatida e aceita pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se infere dos seguintes trechos de julgados:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Trecho do voto proferido pelo Min. Celso de Mello: [...] nem a Polícia Judiciária nem o Ministério Público, nem a administração tributária, nem a Comissão Parlamentar de Inquérito ou seus representantes, agindo por autoridade própria, podem invadir o domicílio alheio com o objetivo de apreender, durante o período diurno, e sem ordem judicial, quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público. Esse comportamento estatal representará inaceitável afronta a um direito essencial assegurado a qualquer pessoa, no âmbito de seu espaço privado, pela Constituição da República [...]. Mandado de Segurança nº 23.452-1/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 16 de setembro de 1999. *DJ* 12-05-2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Trecho do voto proferido pelo Min. Celso de Mello: [...] a essencialidade da ordem judicial para efeito de realização das medidas de busca e apreensão domiciliar nada mais representa, dentro do novo contexto normativo emergente da Carta Política de 1988, senão a plena concretização da garantia constitucional pertinente à inviolabilidade do domicílio [...]. Ação Penal nº 307-3/DF. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 13 de dezembro de 1994. *DJ* 13-10-1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisões da Presidência. A Carta Federal, pois, em cláusula que tornou juridicamente mais intenso o coeficiente de tutela dessa particular esfera de liberdade individual, assegurou, em benefício de todos, a prerrogativa da inviolabilidade domiciliar. Sendo assim, ninguém, especialmente a autoridade pública, pode penetrar em casa alheia, exceto (a) nas hipóteses previstas no texto constitucional ou (b) com o consentimento de seu morador, que se qualifica, para efeito de ingresso de terceiros no recinto doméstico, como o único titular do respectivo direito de inclusão e exclusão. [...] Sendo assim, nem os organismos policiais e nem a Administração Pública, afrontando direitos assegurados pela Constituição da República, podem invadir domicílio alheio, sem a prévia e necessária existência de ordem judicial, ressalvada a ocorrência das demais exceções constitucionais. [...] O respeito (sempre necessário) à garantia da inviolabilidade domiciliar decorre da limitação constitucional que restringe, de maneira válida, as prerrogativas do Estado e, por isso mesmo, não tem o condão de comprometer a ordem pública, especialmente porque, no caso, como é enfatizado, as liminares em referência não impedem o Governo do Distrito Federal de exercer, com regularidade, o poder de polícia que lhe é inerente, circunstância esta que lhe permite adotar as providências administrativas necessárias à evacuação da área,

desde que observadas as concernentes prescrições constitucionais. Suspensão da Segurança nº 1.203/DF. Distrito Federal versus Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Presidente Celso de Mello. Brasília, 08 de setembro de 1997. *RDA*, vol. 210, p. 270.

Dentro desse contexto, portanto, o controle epidemiológico do dengue nos ambientes privados, quando desprovido do consentimento do morador, somente poderia ser feito pelo Estado se tivesse embasado por alguma das exceções constitucionais ao princípio da inviolabilidade de domicílio.

Ponto ao qual nos deteremos com maior cuidado no próximo tópico.

4 O COMBATE AO DENGUE PELO ESTADO E O PRINCÍPIO DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO

No presente estudo, se de um lado temos o princípio do interesse público visando preservar a vida e a saúde das pessoas, do outro temos um princípio não menos importante que é o da inviolabilidade de domicílio.

Diante de um conflito entre princípios de mesma hierarquia, a Hermenêutica Jurídica nos tem ensinado que a melhor forma de se buscar uma solução é através do critério da ponderação. Isto é, o intérprete, depois de colocar os princípios colidentes em uma balança, realizará um juízo de ponderação para verificar qual princípio irá prevalecer sob o outro.

Nesse sentido, inclusive, são os ensinamentos de Kildare Gonçalves Carvalho:

Já o conflito entre princípios leva a solução distinta das regras. Assim, os princípios, por encerrarem mandados de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses, conforme seu peso, e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes.

Os princípios não obedecem, portanto, à lógica do tudo ou nada. Destarte, se em determinado caso concreto algo é permitido por um princípio, mas negado por outro, um deles deve recuar, sem que se declare inválido o outro, resolvendo o conflito na dimensão do valor e não da validade.

Desse modo é possível, em um determinado caso, não se aplicar certo princípio, mas sim outro conflitante, o que não significa que o princípio perdeu a validade, já que os princípios mesmo quando em conflito, podem coexistir. Outro modo de solucionar conflitos entre princípios se dá pela ponderação de interesses, priorizando-se, em um determinado caso, um princípio em detrimento do outro. (CARVALHO, 2006, p. 441)

Em matéria de vigilância epidemiológica para prevenção do dengue, a ponderação de princípios tem caminhado ao bel sabor do intérprete, havendo tanto posicionamentos favoráveis ao Estado, quanto ao indivíduo.

Carlos Ari Sundfeld, por exemplo, acredita que nada impediria ao Estado, desde que houvesse uma lei conferindo auto-executoriedade e coercibilidade à medida de polícia, de adentrar compulsoriamente nos ambientes privados onde não se obteve o consentimento do morador:

Essas ponderações e perplexidades são suficientes para a conclusão de que o acesso compulsório aos ambientes privados pelos agentes da vigilância epidemiológica incumbidos do programa de combate à dengue não depende da autorização judicial a que se refere o art. 5.º, XI, da Constituição Federal. (SUNDFELD, 2002, p. 75)

Para ele, a reserva jurisdicional sempre foi vista por nossos tribunais sob um prisma individualista. No entanto:

O ingresso forçado no contexto de um programa de vigilância epidemiológica em que se busque a cobertura total (como no caso da dengue) é uma situação muito diferente. A medida é claramente geral, envolvendo todos os ambientes de uma dada região. Não há um endereço específico, nem cunho de pessoalidade. Na decisão de vistoriar não se leva em conta qualquer característica individual do morador, o qual pode permanecer no anonimato; dele nada se subtrai, contra ele nada se produz. Daí a impertinência do mandado judicial. (SUNDFELD, 2002, p. 74)

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro adota um posicionamento diferente. Para ela, o Estado, mesmo com a existência de leis autorizativas, só estaria franqueado a ingressar no domicílio do cidadão se estivesse amparado por alguma das excludentes previstas no art. 5º, inciso XI, da Constituição da República de 1988, como, por exemplo, a hipótese de desastre proveniente de uma epidemia de dengue:

Significa o dispositivo que, diante do desastre ou da calamidade já ocorrida, ou durante a sua ocorrência, ou quando esteja em vias iminentes de ocorrer, é lícito à autoridade pública investida do poder de polícia penetrar na casa particular e adotar as medidas de polícia necessárias, mesmo compulsoriamente, independentemente de recurso às vias judiciais.

No caso de medidas preventivas de perigos previsíveis mas não iminentes, fica mais difícil a autoridade de polícia auto-executar a sua decisão (sem recurso ao Poder Judiciário), quando não haja previsão legal expressa. No caso da invasão de domicílio, a permissão legal é apenas para as hipóteses previstas no dispositivo constitucional, não sendo dado à norma infra-constitucional dispor de forma diversa.

A invasão do domicílio, fora das hipóteses previstas na Constituição, caracteriza verdadeira via de fato, ensejando a responsabilidade civil do Estado e a responsabilidade civil, penal e administrativa do servidor. (DI PIETRO, 2002, p. 64)

Luis Manuel Fonseca Pires, seguindo a trilha percorrida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, adota entendimento semelhante, admitindo o ingresso forçado do Estado em lugares privados em situações de urgência que se qualifiquem como necessárias à "prestação de socorro":

Consideremos como exemplo que é constatado que certa casa encontra-se sem moradores, que há casos recentemente apurados de vizinhos que apareceram com sintomas da doença, e portanto urge haver o ingresso neste determinado domicílio para a localização de eventual foco do desenvolvimento do mosquito da dengue. Em caso de omissão legislativa o fundamento à auto-executoriedade é *a urgência* de "prestar socorro", nos termos do inciso XI, do art. 5º da Constituição Federal. (PIRES, 2008, p. 314)

Particularmente, acreditamos que as medidas de polícia que determinam o acesso compulsório na casa dos indivíduos, em regra, só são válidas dentro do ordenamento jurídico quando apresentarem previsão legal e estiverem amparadas pela tutela jurisdicional.

Isto é, a reserva jurisdicional não impede que o Poder Público, no exercício de suas competências estatais, aprove leis que autorizem a penetração no domicílio. Porém, a efetivação dessa providência dependerá sempre de mandado judicial, pois a invasão domiciliar é protegida pelo texto constitucional e deverá ser respeitada.

Excepcionalmente, no entanto, se a epidemia de dengue já tomou uma proporção avassaladora, tornando-se verdadeiro caso de calamidade pública, poderá o Poder Público, amparado pelas excludentes constitucionais de "desastre" ou "prestação de socorro", adentrar forçadamente em ambientes privados sem a necessidade de aguardar a tramitação de uma medida judicial.

Todavia, é muito importante deixar claro que mesmo nesses casos de urgência, a execução forçada, ainda que necessária e adequada para impedir o dano ao interesse público, deve ser realizada respeitando certos limites de aceitabilidade.

Como todo ato administrativo, a medida de polícia precisa estar revestida de todos requisitos de validade, tais como agente competente, finalidade pública, motivo, forma imposta pela lei e objeto lícito, certo e moral.

Além disso, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello, é necessário que o Poder Público tenha cautela na sua atuação "[...] nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei" (MELLO, 2001, p. 367).

Dessa forma, na medida em que cada princípio cede um pouco de sua essência, é possível fazer uma harmonização entre valores aparentemente antagônicos entre si, de modo que tanto o interesse público quanto o particular possam ser respeitados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do texto, podemos perceber que o dengue é hoje a principal doença re-emergente no mundo. Na ausência de uma vacina preventiva eficaz, de tratamento etiológico e quimioprofilaxia efetivos, o único meio disponível para reduzir a sua transmissão é combater o seu principal vetor, o mosquito *Aedes aegypti*.

Juntamente com a efetiva participação da população, o combate ao *Aedes aegypti* depende, fundamentalmente, das ações empreendidas pelo Poder Público, sob pena de ficar configurada a sua responsabilidade civil por omissão.

Dentre as diversas medidas realizadas pelo Estado, a que mais merece destaque é a visita domiciliar pelos agentes sanitários aos ambientes privados, como habitações e estabelecimentos, para descoberta e controle dos focos do mosquito.

Na maioria dos casos, os moradores resistem à medida, seja porque não se encontram em casa no momento da fiscalização, seja porque seus imóveis encontram abandonados ou até mesmo porque não dão a devida importância à doença.

Independente do motivo, à frente da resistência dos cidadãos, o Estado, acostumado a utilizar do seu poder de polícia para limitar as liberdades individuais, opta por ingressar forçosamente nos domicílios alheios.

Apesar de tal conduta, normalmente, vir amparada por lei, de modo a conferir auto-executoriedade e coercibilidade à medida de polícia, nem sempre ela será legítima, diante de ofensa direta ao princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inciso XI, da CR/88).

A casa, enquanto extensão da personalidade do indivíduo, continua sendo um espaço sagrado e que deve ser respeitado por todas as pessoas, inclusive, o Estado. Nesse sentido, mesmo que ele não obtenha o consentimento do morador para ali

penetrar, não poderá ingressar forçadamente sem antes requerer a tutela jurisdicional, uma vez que dentro da nova sistemática adotada pela Constituição da República de 1988, somente ao Poder Judiciário é dada a oportunidade de apreciar os casos de violabilidade domiciliar.

Contudo, excepcionalmente, a reserva jurisdicional poderá ser mitigada se ficar comprovado que a intervenção estatal era urgente e não havia via jurídica de igual eficácia à disposição do Poder Público para atingir o fim almejado pelo Direito. Assim, se a epidemia de dengue já se tornou verdadeiro caso de calamidade pública, é legítimo à autoridade sanitária exercer seu poder de polícia para penetrar na casa do indivíduo, sem a necessidade de recorrer ao Judiciário.

Trata-se de medida extrema que, mesmo quando realizada pelo Estado, não poderá derrogar outros postulados jurídicos, tais como os critérios de validade do ato administrativo e os princípios do contraditório, da ampla defesa, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Assim, com tal entendimento, preserva-se o equilíbrio entre valores fundamentais em conflito, garantindo-se tanto a liberdade individual na esfera privada, quanto à proteção e defesa da saúde pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo. 12 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 1078p. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004. 751p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Abrangência e limites da atividade de ordenação da Administração Pública em matéria de saúde pública. *In*: BRASIL. Ministério da Saúde. *Programa Nacional de Controle da Dengue: suporte legal à execução das ações de campo: pendências referentes a imóveis fechados, abandonados e com entrada não permitida pelo morador*. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002. Faculdade de Saúde Pública da USP. Biblioteca do Centro de Informação e Referência. Disponível em: <http://www.fsp.usp.br>. Acesso em: 2009.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicilio na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993. 178 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. 870p.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1986. 514 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005. 918p.

PIRES, Luis Manoel Fonseca. O controle epidemiológico da dengue e a inviolabilidade do domicílio. *In*: Fernanda Marinela; Fabrício Bolzan. (Org.). *Leituras complementares de direito administrativo*. Salvador: Jus Podium, 2008, v. 1, p. 299-318.

SUNDFELD, Carlos Ari. Vigilância epidemiológica e direitos constitucionais. *In*: BRASIL. Ministério da Saúde. *Programa Nacional de Controle da Dengue: suporte legal à execução das ações de campo: pendências referentes a imóveis fechados, abandonados e com entrada não permitida pelo morador*. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002. Faculdade de Saúde Pública da USP. Biblioteca do Centro de Informação e Referência. Disponível em: <http://www.fsp.usp.br>. Acesso em: 2009.

TAUIL, Pedro Luiz. Aspectos críticos do controle da dengue no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v.18, n.3, p.867-871, maio./jun.2002.

Em caso similar, o Ministério Público Federal ingressou com uma ação civil pública visando a responsabilização do Estado pela omissão no combate à “leishmaniose visceral”, tendo a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Quinta Região acolhido a pretensão ministerial, conforme se infere da ementa do julgado: BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Quarta Turma. Ementa: Constitucional, civil e processual civil. Ação civil pública. Epidemia de 'calazar'. Legitimidade do MPF ante o direito à saúde (art. 129, III, CF). Responsabilidade estatal caracterizada pela 'faute de service'. 1 - A Constituição de 1988 conferiu legitimidade ao Ministério Público para a tutela judicial dos interesses difusos e coletivos, entre os quais está o direito à saúde (art. 129, III c/c art. 196, caput); 2 - A responsabilidade estatal por omissão, também chamada de 'faute de service', é de caráter subjetivo, caracterizando-se quando a Administração deixa de agir na forma da lei e como ela determina; 3 - A ausência de ações administrativas eficazes de prevenção da leishmaniose visceral ('calazar'), imprescindíveis em face das condições sociais e sanitárias de diversos municípios do Estado do Rio Grande do Norte, resultaram na vertiginosa proliferação da doença, inclusive com a ocorrência de óbitos; 4 - Caracterizado o mau funcionamento do serviço público de saúde, cuja prestação é atributo dos demandados (art. 198, §§ 1.º e 2.º, CF/88), implicando na responsabilidade do poder público na forma do art. 37, §6.º, da Lei Máxima; 5 - Apelações e remessa oficial improvidas. Apelação cível nº 2006.05.00.028399-3. Ministério Público Federal versus Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro. Recife, 08 de agosto de 2007. *DJ* 04-01-2008.

É preciso deixar claro, que as funções administrativas do Estado, no campo da saúde, não se restringem somente ao poder de polícia. Além dele, há a prestação do serviço público de saúde e a atividade de fomento á iniciativa privada (DI PIETRO, 2002, p. 55).

A União, Estados e o Distrito Federal possuem competência legislativa concorrente por determinação expressa do art. 24, XII, da Constituição da República de 1988. Já a competência dos Municípios decorre da interpretação do art. 30, I, da Carta Magna, pois

o controle epidemiológico pode ser considerado assunto de interesse local, já que a proliferação de uma doença irá variar de cidade para cidade em função de diversos fatores, tais como condições sócio-econômicas e geográficas.

A noção de dia ou noite deve ser desvinculada do critério cronológico. Para Celso de Mello, “[...] deve ser levado em conta o critério físico-astronômico, como o intervalo de tempo entre a aurora e o crepúsculo” (MELLO, 1986, p. 442).

PREGÃO PRESENCIAL: DESNECESSIDADE DE PRESENÇA FÍSICA DO LICITANTE*

AUCTION IN PERSON: THE PHYSICAL PRESENCE OF THE UNNECESSARY OF BIDDER

Eduardo Hoffmann
Adriane Haas

RESUMO

Trata-se de uma análise acerca do instituto do pregão, passando desde a obrigatoriedade da aquisição pela Administração Pública, mediante a realização de licitação, bem como, procedendo-se um histórico sobre este instituto. O ponto principal deste trabalho é a sistemática de funcionamento do pregão presencial, sendo o cerne do trabalho a não obrigatoriedade de comparecimento do licitante à sessão do pregão.

PALAVRAS-CHAVES: ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – PREGÃO – SESSÃO – LANCES VERBAIS – NÃO COMPARECIMENTO DO LICITANTE

ABSTRACT

Treated from a analysis as for of the institute of the auction, undergoing after the mandatory from acquisition by Public administration, intermediary the realization of bid, as well as, if proceeding to a historical on the subject of institute. The pixel principal this work is the systematic of the auction observe, being the backbone of the work the no mandatory of attendance of the bidder on the session of the auction.

KEYWORDS: ADMINISTRATIVE – BID – AUCTION – SESSION – BIDDINGS BUDGET – NO-SHOW OF THE BIDDER

INTRODUÇÃO

Este estudo trata da modalidade de licitação pregão, a qual visa adquirir bens e serviços comuns pelo menor preço, mediante um processo de licitação mais simplificado. Neste tipo de modalidade, diferentemente das demais, ocorre à inversão de fases, ou seja, primeiramente abrem-se as propostas e, de forma posterior, há a abertura do envelope de documentação do licitante que apresentou o menor preço, possuindo ainda prazos mais reduzidos e procedimentos mais simplificados.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Busca-se assim apresentar de forma primária a necessidade do ente público em proceder a licitação para contratação de bens e serviços, demonstrando a aplicabilidade dos princípios gerais do direito administrativo ao procedimento licitatório.

Após, faz-se um histórico do nascedouro do instituto pregão, analisando sua criação, para então estudar sua sistemática, onde há a explicitação do desenvolvimento de todas as fases do pregão, desaguando no ponto central deste trabalho, ou seja, da não necessidade do comparecimento do licitante à sessão do pregão.

Por fim, após a análise da obrigatoriedade de licitar, dos princípios aplicáveis, da modalidade de licitação pregão, aponta-se a solução adequada, tanto para elaboração do edital de licitação na modalidade pregão, quanto ao não comparecimento do licitante nesta sessão.

1 LICITAR É A REGRA

A contratação de obras, serviços, aquisição de produtos ou alienação de bens, no âmbito da administração pública direta ou indireta, deve obrigatoriamente obedecer a um processo administrativo prévio e meticulosamente descrito na lei.

Referido processo, chama-se licitação e, se encontra estipulado no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento).[1]

MELLO (2007, 503), conceitua licitação como

(...) um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa, às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser tratada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.[2]

São duas as finalidades da realização de um processo licitatório prévio a realização do negócio jurídico, sendo que num primeiro momento, busca-se a obtenção da proposta mais vantajosa, ou seja, aquela que melhor atenderá, em especial em termos financeiros aos interesses do órgão licitante e, num segundo momento visa-se resguardar a igualdade de oportunidade aos que desejam contratar com o poder público.[3]

O procedimento licitatório, está presente no direito público brasileiro há mais de 140 anos, desde que foi introduzido na administração pública pelo Decreto nº 2.926, de 14.05.1862, que era o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

Após, com a Lei Orçamentária nº 2.221, de 30 de dezembro de 1909, em seu art. 54, fixou-se as regras a serem observadas no processo das concorrências, e as Leis 3.232, de 05 de janeiro de 1917 (art. 94), 4.454, de 06 de janeiro de 1918 (art. 170), e 3.991, de 05 de janeiro de 1920 (art. 73), e Decreto nº 4.555, de 10 de agosto de 1922 (art. 87), sendo em fim consolidadas todas as regras no Decreto nº 4.536, de 28.01.22, que organizou o Código de Contabilidade da União (arts. 49 a 53).

Contudo, foi em 1967, pelos termos dos artigos 125 a 144 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, é que se regulamentou o processo licitatório na Administração Pública.

Somente no ano de 1968, por meio da Lei nº 5.456, de 20.06.68, é que se passou a aplicar '*aos Estados e Municípios das normas relativas as licitações previstas no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma Administrativa*'.[4]

Por fim, foi com a Constituição Federal de 1988, que se determinaram as bases da licitação, mediante o estabelecimento de seus princípios reguladores. Deste ponto em diante é que se pode elaborar um estatuto completo, sendo editada a Lei nº 8.666, em 21 de junho de 1993, que regulamentou a matéria, criando, conceituando e delineando o processo licitatório, que até os dias de hoje está em vigor.

1.1 Dos princípios esculpidos na Lei nº 8.666, de 20 de junho de 1993

Na definição de Celso Antonio Bandeira de Mello, princípio,

(...) é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelcção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.[5]

É sob este manto que o artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 estabelece os princípios basilares do processo licitatório. Confira-se:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Grifou-se.

A seu respeito, Marçal Justen Filho pontifica:

O art. 3º sintetiza o espírito da Lei, no âmbito da licitação. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o interprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º. Se existir mais de uma solução compatível com ditos princípios, deverá prevalecer aquela que esteja mais de acordo com eles ou que os concretize de modo mais intenso e amplo. Essa diretriz deve nortear a atividade tanto do administrador quanto do próprio Poder Judiciário. O administrador, no curso das licitações, tem de submeter-se a eles. O julgador, ao apreciar conflitos derivados de licitações, encontrará a solução através desses princípios, mas respeitando as regras adotadas.[6]

Convém ressaltar a posição do Tribunal de Contas da União, ao praticamente determinar que a Administração Pública *observe rigorosamente as disposições contidas no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 3º da Lei 8.666/1993, obedecendo aos princípios constitucionais da publicidade, da igualdade, da isonomia e da impessoalidade, de modo a impedir restrições à competitividade.*[7]

Faz-se necessário o estudo dos princípios que regulamentam o processo licitatório neste momento, em face de que, serão estes os balizadores de todo o estudo acerca da

possibilidade de não haver pessoa credenciada perante o pregoeiro para ofertar lances na sessão do pregão.

1.1.1 Princípio da legalidade

Consta no artigo 4º da Lei nº 8.666/1993, de forma plena o princípio da legalidade, sendo assim descrito:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública. Grifou-se.[8]

Traduz-se no fato de que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, às exigências do bem comum e, deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade administrativa, civil e criminal, conforme o caso.

Nesse sentido, toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei e do direito. É o que diz o inciso I do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.784/99. Assim, fica evidente que, além da atuação conforme a lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.[9]

1.1.2 Princípio da impessoalidade

Este princípio *encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração.**[10]***

1.1.3 Princípio da moralidade e probidade administrativa

O princípio da moralidade e probidade administrativa é um dos pressupostos de validade de todo ato emitido pela Administração Pública.

Explica, Hely Lopes Meirelles que,

*Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo o que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: 'non omne quod licet honestum est'. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.**[11]***

Ou seja, em um procedimento licitatório, este terá que se desenvolver dentro de padrões éticos prezáveis, o que impõe, tanto para Administração quanto para o licitante, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte. [12]

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive já reconheceu a ilegalidade de contrato firmado com a administração pública, quando ofende ao princípio da moralidade e da probidade administrativa:

PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PRESSUPOSTOS. ILEGALIDADE. LESIVIDADE. 1. A ação popular é meio processual constitucional adequado para impor a obediência ao postulado da moralidade na prática dos atos administrativos. 2. A moralidade administrativa é valor de natureza absoluta que se insere nos pressupostos exigidos para a efetivação do regime democrático. (...) 7. A moralidade administrativa é patrimônio moral da sociedade. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem proteger esse patrimônio de modo incondicional, punindo, por mínima que seja, a sua violação. 8. "Na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato impugnado" (STF, RE 160381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.08.94, p. 20052). (...) 13. Invalidação do contrato firmado em 11.09.79, entre a PETROBRÁS e a PAULIPETRO. Ilegalidade reconhecida. Lesividade presumida. 14. Embargos de divergência conhecidos, porém, rejeitados.[13]

Por fim, não se pode esquecer que *os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível* (CF, art. 37, § 4º). ***[14]***

Assim, *os atos ímprobos são, portanto, considerados ilícitos pela Constituição Federal de 1988, artigos 15, inciso V e 85, inciso V, bem como pelas Leis Federais nºs 8.429/92, 8.112/90 e 8.666/93, pois a conduta da Administração Pública deve pautar-se no dever de probidade, enquanto elemento qualificador de seus atos.*[15]

1.1.4 Princípio da igualdade

Consta do § 1º do artigo 3º da Lei 8.666/1993:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; Grifou-se.

O contido, no supra citado dispositivo, nada mais é do que o próprio princípio da igualdade, que se traduz no dever de não apenas *tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.**[16]***

Em julgado do Tribunal de Contas da União, este fez constar que a Administração deve atentar *para a necessária observância de princípios fundamentais da licitação, em especial da igualdade e impessoalidade, a fim de garantir, também, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, consoante preceitua o art. 3º da Lei de Licitações, e impedir a desclassificação de empresas que atendam às exigências contidas no Edital de Licitação relativas à especificação do objeto licitado, com conseqüente violação do comando contido no inciso IV do art. 43 dessa mesma Lei (...).*[17]

1.1.5 Princípio da Publicidade

É a obrigatoriedade de publicação dos atos administrativos relativos ao processo licitatório para que todos tenham conhecimento do que acontece.

Está previsto no § 3º do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, onde designa que *a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura*.

Possui dupla finalidade:

Primeiramente, objetiva permitir o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto, à universalidade da participação no processo licitatório. Depois, a publicidade orienta-se a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo

*ilimitadas as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos. Perante a CF/88, a garantia foi ampliada (art. 5º, inc. XXXIII).**[18]***

É o direito de petição garantido a todos pela Constituição Federal de 1988, conforme constante no artigo 5º, inciso XXXIII[19], bem como, é o dever de transparência, implícito que o administrador público possui em face da população.

1.1.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Previsto no artigo 3º da Lei nº. 8.666/1993, é reafirmado no artigo 41 desta mesma lei, ao estatuir que *a administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada*.

Hely Lopes Meirelles ao tecer seus comentários acerca deste princípio, arremata sua finalidade, posto que,

Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu. Assim, estabelecidas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento. Se no decorrer da licitação a Administração verificar sua inviabilidade, deverá invalidá-la e reabri-la em novos moldes, mas, enquanto vigente o edital ou convite, não poderá desviar-se de suas prescrições, quer quanto à tramitação, quer quanto ao julgamento[20]

A este respeito preconiza o Tribunal de Contas da União, fazendo constar em suas decisões que se *observe o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto nos artigos 3º e 54, § 1º, da Lei 8.666/1993, abstendo-se de prever nas minutas de contratos regras distintas das fixadas no edital.* ***[21]***

E recomenda ainda que se *observe rigorosamente o princípio da vinculação ao edital, previsto nos arts. 3º e 41 da Lei n. 8.666/1993, abstendo-se de efetuar prorrogações de contratos não previstas (...).*[22]

1.1.7 Princípio do julgamento objetivo

É expressão deste princípio o contido nos artigos 44 e 45 da Lei nº. 8.666/1993, posto que, no julgamento das propostas, a Comissão de Licitação levará em consideração os

critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei (art. 44, Lei nº. 8.666/1993).

Visa-se com este princípio, evitar a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes (§ 1º do art. 44, da Lei nº. 8.666/1993).

Com base no princípio do julgamento objetivo não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes (§ 2º do art. 44, da Lei nº. 8.666/1993).

Preceitua ainda citado princípio, que o julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e, de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle (art. 45, Lei nº. 8.666/1993).

2 PREGÃO PRESENCIAL

Modalidade de licitação externa à Lei nº. 8.666/1993, sendo criada posteriormente, através da Lei nº. 10.520/2002, para aquisição de bens e serviços comuns.

2.1 Histórico do pregão

A modalidade de licitação conhecida como pregão foi instituída inicialmente no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Na época, a disciplina do pregão, foi regulada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997***[23]***. Por longo período, foi considerado como um procedimento interno da Agência Nacional de Telecomunicações para *fornecimento de serviços e bens comuns*, sendo então difundida sua aplicabilidade a toda a administração pública em vista da economia gerada.

A par destas ocorrências, foi instituído pela Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000, *no âmbito da União, nos termos do art. 37, inciso XXI, a Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns*. [24]

2.2 Conceito de pregão

Para conceituação deste instituto, melhor que se traga a baila à própria expressão legal. Consta do artigo 1º e parágrafo único da Lei nº 10.520/2002 que, pregão é modalidade de licitação para *aquisição de bens e serviços comuns*, sendo que, *consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*.

Celso Antonio Bandeira de Mello, explica que o pregão,

(...) é uma forma de leilão não para alienar, mas para adquirir 'bens e serviços comuns'. Apresenta como característica distintiva em relação às modalidades da concorrência, tomada de preços e convite, previstas na Lei 8.666, pelo menos duas muito salientes. Uma, a de que, ao contrário delas, em que o valor é determinante de suas variedades, o pregão é utilizável qualquer que seja o valor do bem ou serviço a ser adquirido; outra, a de que o exame da habilitação não é prévio ao exame das propostas, mas posterior a ele.[25]

Como conceito de bem e serviços comuns, traz-se a lição de Marçal Justen Filho, que explica que para um bem ou serviço se caracterizar como comum, deverá ele estar disponível no mercado próprio, havendo uma padronização deste e que a qualidade seja circunstancial e não atributo essencial do bem ou serviço.

Ressalta ainda que, quando o produto estiver disponível no mercado, sem qualquer dificuldade, poderá ser adotada a modalidade pregão pela administração pública exemplificando:

Um programa de computador pode ser um bem comum, quando se tratar do chamada 'software de prateleira'. Suponha-se que a Administração resolva adquirir um aplicativo para processamento de texto, reconhecendo a ausência de necessidade de qualquer especificação determinada. Existem diversos produtos no mercado, que podem ser fornecidos à Administração sem qualquer inovação ou modificação. A hipótese configura um bem comum. Imagine-se, no entanto, que a Administração necessite o desenvolvimento de um programa destinado a fins especiais, tal como um gerenciador de banco de dados para aposentados. Deverá produzir-se a contratação de serviços especializados, cujo resultado poderá não ser único – mas que envolverá uma prestação sob medida para a administração. Esse não será um serviço licitável por meio de pregão.[26]

Deve-se entender que a disponibilidade no mercado e a possibilidade de aquisição do bem ou serviço a qualquer momento, pressupõe a existência de atividade empresarial contínua.

Como segundo requisito para sua conceituação, deve haver a padronização deste bem ou serviço, ou seja, quando *são predeterminados, de modo objetivo e uniforme, a qualidade e os atributos essenciais de um bem ou serviço.* [27]

Com relação à qualidade circunstancial,

(...) não é um atributo essencial do bem ou serviço, mas se trata de uma qualidade externa ao bem ou serviço. Portanto, não é possível reconhecer a existência de um bem ou serviço comum pelo exame dele próprio. Tal como acima afirmado, somente se podem licitar por meio de pregão os bens ou serviços disponíveis no mercado. Daí se segue a necessidade de examinar o mercado, para verificar se o objeto está ou não disponível.[28]

Assim, nas palavras de Marçal Justen Filho, *poderia dizer-se que bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a qualquer tempo, num mercado próprio.*[29]

O Tribunal de Contas da União entende como bem ou serviço comum aqueles

(...) produtos cuja escolha pode ser feita tão-somente com base nos preços ofertados, haja vista serem comparáveis entre si e não necessitarem de avaliação minuciosa. São encontráveis facilmente no mercado. São exemplos de bens comuns: canetas, lápis, borrachas, papéis, mesas cadeiras, veículos, aparelhos de ar refrigerado etc. e de execução de serviços: confecção de chaves, manutenção de veículos, colocação de piso, troca de azulejos, pintura de paredes, etc.[30]

Convém, ainda, destacar parte do relatório e do voto do Ministro do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler, no acórdão nº 313/2004 do Plenário daquela corte que fez constar:

(...) Tendo em vista o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, acima citado, bem comum é aquele para o qual é possível definir padrões de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado. Destarte, o bem em questão não precisa ser padronizado nem ter suas características definidas em normas técnicas. Da mesma forma, não se deve restringir a utilização do pregão à aquisição de bens prontos, pois essa forma de licitação também pode visar à obtenção de bens produzidos por encomenda. (Relatório do Ministro Relator)

(...)

(...) Concluindo, saliento que, ao perquirir se um determinado bem pode ser adquirido por intermédio de um pregão, o agente público deve avaliar se os padrões de desempenho e de qualidade podem ser objetivamente definidos no edital e se as especificações estabelecidas são usuais no mercado. Aduzo que o objeto da licitação deve se prestar a uma competição unicamente baseada nos preços propostos pelos concorrentes, pois não haverá apreciação de propostas técnicas. Caso essas condições sejam atendidas, o pregão poderá ser utilizado. (Voto do Ministro Relator)[31]

2.4 Procedimento do pregão

Assim como as demais modalidades de licitação, há no pregão duas fases: a fase interna ou prévia e a fase externa, onde se realizam os atos licitatórios, tais como, a

apresentação das propostas, o julgamento, a classificação, a homologação e a conseqüente contratação, as quais serão tratadas separadamente.

2.4.1 Fase interna

Nesta fase, é definido o objeto, a modalidade de licitação, e as exigências necessárias à contratação, entre outras, aplicando-se no que não conflitar o disposto na Lei nº 8.666/1993.

Na modalidade pregão, sua fase preparatória é descrita no artigo 3º da Lei nº 10.520/2002 de forma pormenorizada, devendo ser observado o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

Quanto ao objeto, já averbou o Tribunal de Contas da União que:

*Previamente à realização de pregão em qualquer uma das formas, presencial ou eletrônica, a exemplo de projeto básico, o setor requisitante deve elaborar termo de referência, com indicação precisa, suficiente e clara do objeto, sendo vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização.**[32]***

Prossegue o contido no artigo 3º da Lei nº 10.520/2002, expondo em seus incisos II e III o seguinte:

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

O Tribunal de Contas da União, com relação ao orçamento entende que deve ser providenciado *na modalidade pregão, orçamento atualizado e detalhado que possa subsidiar o preço de referência e assegurar, desta forma, o princípio da economicidade, nos termos do art. 8°, inciso II, do Decreto n° 3.555/2000.*[33]

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

*§ 1º A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.**[34]***

§ 2º No âmbito do Ministério da Defesa, as funções de pregoeiro e de membro da equipe de apoio poderão ser desempenhadas por militares.

De se levar em conta orientação do Tribunal de Contas da União quanto à descrição do objeto. Consta da Súmula nº 177 deste Tribunal que:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão. Grifou-se.

2.4.2 Fase Externa

Superada a fase interna e, estando estabelecidos o *objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento,* passa-se a segunda fase.

Nesta fase, conhecida como externa, é que se notam as principais características da modalidade, bem como, a diferença das demais, posto que há, em verdade, uma inversão de fases.

Conforme já dito, o pregão possui como única forma de julgamento das propostas, o menor preço. Sendo assim, diante dos licitantes interessados no certame, primeiramente obter-se-á aquele que detém o menor preço, através da apresentação de sua proposta e, subsequentemente, com o oferecimento de lances concatenados entre os licitantes pelo menor preço.

Feito isto, aquele que for declarado detentor de menor preço para o bem ou serviço que pretenda a administração adquirir, terá sua documentação examinada. Em sendo constatado o preenchimento dos requisitos exigidos, será então declarado vencedor e, poderá ser contratado pela administração pública para firmar contrato.

O artigo 4º da Lei nº 10.520/2002[35], disciplina a fase externa do pregão, estabelecendo de forma pormenorizada todos os acontecimentos. A seu respeito comenta Marçal Justen Filho:

O art. 4º apresenta redação bastante complexa, eis que o legislador optou por nele condensar a maior parte das regras que dão individualidade ao pregão. Lembre-se que a interpretação do art. 4º deve fazer-se à luz dos princípios e regras da Lei nº 8.666.

Isso significa que as normas gerais ali contidas acerca do procedimento licitatório deverão ser aplicadas sempre que não existir regra explícita ou implícita ao contrário.[36]

Assim dispõe o artigo 4º da Lei nº. 10.520/2002: *A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...).*

No edital, deverão constar todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso (inc. III), sendo que para o julgamento das propostas, *será adotado o critério de menor preço*, observando-se os prazos máximos para fornecimento, bem como, das especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade constantes no edital (inc. X).

Elaborado o edital de licitação, na modalidade pregão, deste deverá ser extraído um aviso, que nada mais é do que um resumo *do objeto da licitação*. Em referido aviso, deverá ainda constar *a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital* (inc.II).

No edital da modalidade pregão, é vedado, por expressa disposição legal exigir: *I - garantia de proposta; II - aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame; e III - pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso* (Art. 5º, Lei nº. 10.520/2002).

Confira-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça a este respeito:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREGÃO. LEIS NºS 8.666/93 E 10.520/02. CUMULAÇÃO DE EXIGÊNCIAS. IMPOSSIBILIDADE (ARTIGO 31, § 2º DA LEI DE LICITAÇÕES). I - À licitação modalidade pregão, aplicam-se, subsidiariamente, disposições da Lei nº 8.666/93. II - O artigo 31, § 2º da Lei de Licitações determina que a Administração eleja um dos três requisitos, na fase de habilitação, em termos de exigência de comprovação da qualificação econômico-financeira da empresa licitante, para depois estabelecer que tal requisito também será suficiente a título de garantia ao contrato a ser posteriormente celebrado. III - Ao cumular dois requisitos, um na fase de habilitação, outro na fase do contrato, a Administração culminou por afrontar o supracitado dispositivo da Lei nº 8.666/93, deixando ainda de observar o disposto no artigo 5º, I da Lei nº 10.520/02, devendo ser garantida à empresa recorrente, a não exigência da garantia na fase do contrato. IV- Recurso parcialmente provido.[37]

Deve-se observar que, a modalidade pregão possui prazo próprio e diferente das demais modalidades. Neste caso, o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis (inc. V). Leva-se em conta para a contagem dos prazos, a regra geral disposta no artigo 110 da Lei nº 8.666/1993.

Com relação à forma de publicação deste aviso, *a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado*

ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação (inc. I).

Dever-se-á ainda observar, que *cópias do edital e do respectivo aviso serão colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta e divulgadas na forma da Lei no 9.755, de 16 de dezembro de 1998* (inc. IV).

Inovação trazida por esta lei é a possibilidade de utilização de meios eletrônicos como forma de divulgação dos certames. Contudo, cabe lembrar que a mera divulgação em meio eletrônico não substitui a tradicional forma de divulgação em jornal de grande circulação ou de Diário Oficial. Assim, há verdadeira sinergia entre a divulgação tradicional e o meio eletrônico que vem em muito a contribuir a difusão dos atos administrativos, como um todo, desde a realização da licitação até mesmo quem foi o vencedor de referido certame.

Assim, efetuadas as devidas publicações, bem como, dada a devida ciência aos interessados, *no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame* (inc. VI).

O Tribunal de Contas da União entende que:

*Em caso de pregão presencial, o mandato de procuração, ou documento equivalente, deverá dar plenos poderes ao outorgado para oferecer ofertas e lances verbais, negociar preços, declarar a intenção ou renunciar ao direito de interpor recurso, enfim, para praticar em nome do licitante todos os atos necessários durante a licitação. Se o representante legal da empresa não se credenciar perante o pregoeiro, ficará impedido de participar da fase de lances verbais e de praticar os atos concernentes ao pregão.**[38]***

Para melhor exame e compreensão da matéria, bem como, por ser o cerne deste trabalho, voltar-se-á examinar este tópico mais adiante, sendo que neste momento, será tratado tão somente o procedimento, sem se esgotar suas particularidades.

Assim, identificado o representante legal do licitante, caso se faça presente, procedem-se os trabalhos competindo aos *interessados ou seus representantes*, apresentarem *declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e* entregarem *os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório* (inc. VII).

Com relação à declaração de cumprimento dos requisitos de habilitação, deverá o edital de licitação, o exigir sob pena de desclassificação, pois em assim não o fazendo, não pode a administração desclassificar o licitante que não apresentou tal declaração, sob pena de ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Cumpridos os requisitos anteriores, serão abertos os envelopes das propostas, sendo que, *no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com*

preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor (inc. VIII).

Caso não haja pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos (inc. IX).

Deste modo, examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade (inc. XI). Após, esta etapa serão ordenadas as ofertas, sendo que *o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital* (inc. XII).

Todos os licitantes devem apresentar em envelope devidamente identificado, a documentação da habilitação. Contudo, somente será analisada a documentação daquele licitante que foi declarado vencedor, ou seja, o detentor do menor preço.

A análise da documentação da *habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira* (inc. XIII).

Há a possibilidade de os licitantes deixarem de apresentar os documentos de habilitação caso estes já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes (inc. XIV).

Após, em sendo *verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor* (inc. XV).

Caso se verifique que a oferta não é aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação e, assim sucessivamente, até a apuração de um proponente que atenda aos requisitos do edital, sendo este declarado vencedor (inc. XVI). Esta regra também se aplicará caso *o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato* (inc. XXIII). Nestes casos e, na situação do inciso XI, *o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor* (inc. XVII).

Após, *declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos* (inc. XVIII).

Deve-se atentar às peculiaridades do pregão quanto à recorribilidade das decisões. Primeiramente, recorde-se que o prazo é inferior ao disposto na regra geral da Lei nº 8.666/1993, ou seja, prazo de 03 (três) dias úteis para recorrer.

Na sessão, deverá o licitante descontente com a decisão do pregoeiro, manifestar seu inconformismo, fazendo argumentação fático-jurídica acerca de suas razões. Manifestando o inconformismo, é ao licitante aberto o prazo de 03 (três) dias para apresentar suas razões.

Vera Monteiro a este respeito informa que

*Deve haver uma vinculação entre aquilo que o licitante indicou como sendo seu descontentamento com o pregão ao final da sessão e suas razões recursais. Somente os recursos que observarem esta regra é que podem ser conhecidos pela Administração. É evidente, no entanto, que eventuais nulidades alegadas nos recursos escritos, ainda que não tenham sido levantadas oralmente na sessão, deverão ser levadas em consideração pela Administração...**[39]***

Apresentado o recurso, no prazo estipulado, iniciar-se-á com o fim deste prazo, novo prazo, agora para os demais licitantes, contra-arrazoarem o recurso apresentado. Isto ocorre de forma automática, e sem qualquer manifestação da administração pública.

Estando formalizada esta fase, o recurso e suas respectivas contra-razões serão julgadas, sendo que, *o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento* (inc. XIX). Após, com a decisão dos recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor (XXI).

Aplica-se o mesmo, caso não haja a apresentação durante a sessão de intenção de recorrer pelos licitantes participantes, o que, importará na *decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor* (inc. XX).

Havendo ou não recurso, será ao final, adjudicado o objeto pelo pregoeiro ao vencedor do certame. Em seguida, será a licitação homologada pela autoridade competente e *o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital* (inc. XXII), sendo que, caso não haja estipulação em contrário no edital, este prazo será 60 (sessenta) dias, conforme artigo 6º da Lei nº 10.520/2002.

Por fim, consta da ainda Lei nº 10.520/2002 que *os atos essenciais do pregão, inclusive os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados no processo respectivo, com vistas à aferição de sua regularidade pelos agentes de controle, nos termos do regulamento previsto no art. 2º.*

3 PRESENÇA FÍSICA DO LICITANTE NA SESSÃO DO PREGÃO

Até o presente momento foi tratado das peculiaridades do processo licitatório da modalidade pregão.

Diante do estudo desta modalidade, é que surge o questionamento que se pretende apontar a solução, isto é, há necessidade da presença física de representante do licitante na sessão do pregão presencial?

São variados os apontamentos que surgem a este respeito, tais como: a) em vista de ser tratado como pregão presencial, por sua natureza, bem como por seu próprio nome, deve o representante do licitante comparecer à sessão; b) só pode haver credenciamento, se houver representante presente na sessão; c) não há respaldo legal para recebimento dos envelopes pela via postal; e d) poderia haver prejuízo ao pregão, caso não mais comparecerem licitantes para ofertarem lances verbais, ofuscando assim a competitividade, uma das premissas básicas para os lances verbais.

Diante destas afirmativas contrárias à não presença do licitante na sessão do pregão, é que se buscará apontar soluções. Para tanto, detrai-se do contido no artigo 4º da Lei nº 10.520/2002, a respeito da sessão pública para recebimento das propostas, especificamente os incisos que tratam a este respeito:

VI - no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

3.1 Tratamento constitucional da matéria

Dispõe o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. [40] Grifou-se.

Com redação clara e límpida, a Constituição Federal estatui que somente pode ser exigido no processo de licitação documentos comprobatórios de qualificação técnica e econômica, que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Neste sentido, não se considerará constitucional a exigência de que o licitante compareça na sessão do pregão, sob pena de sua inabilitação. Somente podem ser exigidos do licitante os documentos comprobatórios de sua qualificação técnica e econômica, desde que estes sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações assumidas.

Sendo assim, com base no dispositivo constitucional, não se pode exigir o comparecimento do licitante na sessão pública de pregão, nem se pode imputar ao licitante a inabilitação em face de sua ausência na sessão.

3.2 Disposição da Lei nº 8.666/1993

Façamos uma análise da aplicação da Lei nº 8.666/1993, quanto à presença física do licitante na sessão do pregão. Referida lei possui aplicabilidade com relação ao pregão, em vista do contido no artigo 9º da Lei nº 10.520/2002, ou seja, aplica-se de forma subsidiária*, para a modalidade de pregão.*

Nos termos do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993,

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. Grifou-se.

A licitação visa então, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Por maior vantagem, entende Jair Eduardo Santana que esta *consiste na busca do melhor contrato, ou seja, a aquisição ou contratação por preço mais baixo, dentre os praticados no mercado, de um produto de qualidade. Para nós, almeja-se sempre o menor melhor preço.*

Pergunta-se: qual será a vantagem para a Administração em desclassificar um licitante pelo simples fato de não haver comparecido à sessão do pregão? Evidente, que não trará qualquer vantagem à Administração. Pelo contrário, pode ocorrer que a proposta de menor preço, seja aquela que eventualmente foi rejeitada pela Administração sob o argumento de não comparecimento do representante na sessão do pregão, haja vista ser este o objetivo do pregão (aquisição de bens ou serviços comuns pelo menor preço).

Nesta senda, diante do contido no inciso I do § 1º do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, bem como, do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, é que é vedado aos agentes públicos, que primeiro restrinjam a competitividade incluindo cláusulas ou

mesmo exigências desnecessárias e, segundo, que haja um prestígio aos licitantes do município ou dos arredores em detrimento aos competidores de fora do município.

Neste sentido, o agente público ao prever no edital a obrigatoriedade do comparecimento à sessão do pregão, estará incluindo cláusula que restringe a competitividade e, ao mesmo tempo, estará prestigiando aos licitantes do município ou de certa localidade.

Tal prática, de prestigiar as empresas locais, em que pese muitas vezes incentivar o mercado local, é vedada, posto que, com o tempo, não havendo competição, bem como, pelo fato de serem os únicos licitantes que comparecem à sessão do pregão, haverá verdadeiro conluio entre os licitantes com o fim de vender cada vez mais caro ao ente público. Deste modo, estará afastado o princípio da competitividade e instalado um cartel de empresas pré-combinadas para vender ao ente público, causando maior prejuízo a este órgão.

Diante disto, vê-se que a inclusão no edital de cláusula de comparecimento obrigatório à sessão do pregão, ao invés de prestigiar a competitividade entre os licitantes e incentivar o mercado local, ante a possibilidade de redução do preço pelos lances verbais, na verdade veda a participação de licitantes de locais mais distantes. Exemplificando: o licitante, mesmo não comparecendo à sessão pública do pregão e enviando sua proposta via correio, pode ter seus preços menores do que empresas da região, afastando estas, inclusive de ofertar lance verbal, ante o preço apresentado.

Incentivar o mercado local é prática louvável pela administração. Contudo, a ausência de competitividade entre as empresas, pode levar ao gasto público desmesurado, em prejuízo de todos contribuintes, isto é, beneficiando uns poucos comerciantes.

3.3 Posicionamento do Tribunal de Contas da União

Com relação à presença física de representante na sessão pública de abertura dos envelopes, o Tribunal de Contas da União, assim vem se manifestando acerca do tema:

No caso de pregão, o licitante interessado em participar da fase de lances verbais, além de entregar os envelopes com a documentação e as propostas por escrito, deve credenciar seu representante legal com poderes para oferecer novos preços. Caso não tenha interesse em participar da fase de lances verbais, pode remeter os envelopes ao órgão ou entidade licitadora da melhor forma que encontrar.[41]

E mais,

Em pregão presencial, o não-credenciamento do representante legal impede o licitante de oferecer lances verbais, podendo continuar no certame com a proposta escrita.[42]

Convém citar o comentário de Jair Eduardo Santana, com relação à decisão emanada pelo Tribunal de Contas da União:

A decisão nº 920/02, Plenário, trata de representação formulada por licitante de pregão realizado pela Agencia Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, para contratação de empresa de prestação de serviços de vigilância e brigada de incêndio.

Afirma a empresa representante que, apesar de ter ofertado o menor lance, foi desclassificada devido a exigências infundadas de documentos para habilitação, tendo sido declarada vencedora empresa que sequer ofereceu lances verbais.

Após detida análise, o TCU entendeu correta a decisão da pregoeira, pois a então representante não havia atendido às condições de habilitação previstas no instrumento convocatório.

Ressaltou ainda que a segunda classificada, ao contrário do afirmado pela representante, participou da fase de lances e, ainda que não o tivesse feito, isto não constituiria óbice à sua condição de vencedora do certame, em decorrência do disposto no artigo 11, X, do Decreto nº 3.555/00, com as alterações efetuadas pelo Decreto nº 3.693/00. [43]

Deve-se levar em consideração que, nos termos do artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal, abaixo transcrito, compete à União, privativamente, legislar acerca de normas gerais de licitação:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III.[44]

Em sendo a Lei nº. 10.520/2002 norma de caráter geral, conforme já acima assinalado, deve prevalecer o contido na decisão do Tribunal de Contas da União, por força de aplicação da Súmula 222 deste mesmo Tribunal que dispõe:

As decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Deste modo, já havendo entendimento consolidado por parte do Tribunal de Contas da União de que, em não querendo ofertar lances verbais, poderá o licitante remeter seus envelopes ao órgão público e, que nestes casos, não há óbice para a participação no certame. Assim, não há como qualquer ente público exigir em edital a presença física do licitante, sob pena de desclassificação, ante a interpretação do Tribunal maior.

3.4 Das reais conseqüências do não comparecimento do licitante à sessão do pregão

O não comparecimento do licitante na sessão do pregão, não gera sua desclassificação ou inabilitação. Haverá tão-somente, no caso de ausência do licitante à sessão do pregão a sua expressa renúncia ao direito de formular lances verbais nos temos do inciso VIII do artigo 4º da Lei nº 10.520/2002, bem como, haverá sua abdicação do direito de eventualmente recorrer da decisão tomada, visto que, o recurso no caso de pregão, conforme inciso XVIII do artigo 4º da Lei nº 10.520/2002, deve ser manifestado *imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso*.

Assim, não estando presente o licitante na sessão pública do pregão, somente não poderá ofertar lances e recorrer de eventual decisão desfavorável.

Referidas condutas – lance verbal e recorrer – são faculdades do licitante. Ora, pode muito bem o licitante, mesmo estando presente à sessão do pregão, não ofertar lances verbais. Não está obrigado a tal prática, sendo sua faculdade. No mesmo sentido, é o direito de recorrer. Pode ou não fazê-lo, pois não é obrigado a recorrer da decisão do pregoeiro, pode muito bem acatá-la.

Neste mesmo sentido já se manifestou Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, pontuando o seguinte:

O licitante não é obrigado a credenciar representante.

A simples interpretação literal da norma conduz inarredavelmente a essa conclusão:

...

VI – no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

Se o licitante não credenciar um representante abdica 'ipso facto' do direito de fazer lance e, principalmente, de recorrer dos atos do pregoeiro.

A primeira conseqüência é compreensível pois ocorre de o licitante já trazer o preço mínimo que se dispõe a aceitar na licitação. Em tais circunstâncias, havendo qualquer outro licitante presente, com representante credenciado, poderá apresentar lance e tornar-se vencedor do certame, até por diferença mínima. É o risco que corre o licitante que não credencia representante, mas é inegavelmente direito seu.

A segunda, é que ficará impedido de recorrer dos atos do pregoeiro. Explica-se: no 'pregão', a manifestação do direito de interpor recurso é feita, imediata e motivadamente, após a declaração do vencedor de forma oral pelos presentes à sessão. O recurso é também direito do licitante e pode ele abdicar do direito simplesmente deixando de credenciar um agente seu com esse propósito específico.

Ao contrário do que pode parecer, muitas vezes o licitante não tem interesse em credenciar representante, mas tem interesse em oferecer proposta. Confia integralmente na seriedade e ética dos agentes da Administração Pública; em outras, sabe de antemão que na localidade não há concorrentes.

A ausência de credenciamento não traz prejuízo para o interesse público, porque o pregoeiro não pode abdicar do seu dever de manifestar-se quanto a aceitabilidade da proposta e, portanto da regularidade do preço.

*Havendo credenciamento cabe ao credenciado comprovar perante a Administração Pública a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de não ser admitido como tal na licitação. Nessa circunstância sempre poderá participar da sessão, mas na condição de cidadão assistindo ato público, sem poderes de intervir ou recorrer.**[45]***

Diante do exposto, é inconstitucional, ilegal e imoral a inclusão de cláusula em edital de licitação, na modalidade pregão que obrigue o comparecimento do licitante à sessão pública do pregão, sob pena de desclassificação.

Comparece o licitante que quiser, e, em não comparecendo, terá tão-somente renunciado à faculdade de ofertar lances verbais e de eventualmente recorrer de uma decisão desfavorável do pregoeiro.

CONCLUSÃO

Diante de todo o acima exposto, não se pode, em pleno século XXI, haver complacência com a idéia de que o licitante deve obrigatoriamente comparecer à sessão de abertura do pregão. Não se considera crível, diante de tantos meios de comunicação postos a disposição de toda a população que não se aceite o envio dos documentos por correio.

Ora, basta pensar que, o Poder Judiciário, detém formalidades exacerbadamente técnicas de observância obrigatória e que vêem, a cada dia que passa, buscando novos moldes de simplificação do processo. De se notar ainda, a instauração em várias instâncias do Poder Judiciário do processo digital. Neste pensar, se o Poder Judiciário, que é detentor de maiores formalidades está buscando a simplificação do andamento de seus processos, por que o Poder Executivo, que possui uma formalidade mais amena, trabalharia ao inverso?

Assim, não se pode mais aceitar a inabilitação de um licitante, por sua ausência na sessão do pregão. Ao faltante haverá tão-somente a abdicação do direito de ofertar lances e de recorrer de eventual decisão. Compete frisar, que abdica o licitante faltante apenas de suas faculdades, ou seja, está a sua disposição para exercer ou não este direito.

Nesta senda, não se pode mais tolerar este formalismo imposto por alguns entes públicos, que se utilizam destes pequenos artifícios para prestigiar uma casta de licitantes de sua cidade.

Em havendo previsão editalícia acerca desta exigência, deve-se impugnar o edital na forma da lei, ou comparecer à sessão de pregão e, recorrer desta decisão. Por outro lado, em havendo a inabilitação por sua ausência à sessão, deve-se socorrer ao Judiciário, pela via do mandado de segurança, para se combater esta ilegalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº. 5.456, de 20 de junho de 1968. Dispõe sôbre a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas as licitações previstas no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sôbre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 20 de junho de 1968.*

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 de junho de 1993.*

BRASIL. Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 17 de julho de 1997.*

BRASIL. Medida Provisória nº. 2.026, de 04 de maio de 2000. Institui no âmbito da União, nos termos do art. 37, inciso XXI, a Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de maio de 2000.*

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços

comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 18 de julho de 2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos : orientações básicas.* – 3ª ed. rev. atual. e ampl. Brasília : TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. Pág. 35.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Podendo ser acessado pelo site www.stj.gov.br.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Podendo ser acessado pelo site www.tcu.gov.br.

CHIAMENTI, Ricardo Cunha. *Curso de direito constitucional.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FILHO, Marçal Justen. *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos.* 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

FILHO, Marçal Justen. *Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico).* 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2005.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão.* Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo.* 11ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUIMARÃES, Angélica.*Competência municipal em matéria de licitações e contratos administrativos.* 2ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JÚNIOR, Jessé Torres Pereira. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. São Paulo: Renovar,1994.

JÚNIOR, José Cretella. *Das Licitações Públicas*. 8ª ed. São Paulo: Forense.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MONTEIRO, Vera. *Licitação na modalidade de pregão.* São Paulo: Malheiros, 2003.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos: comentário à lei n. 8.666/93, com as alterações da lei n. 9.648/98 e análise das licitações e contratos na E.C. n. 19/98 (reforma administrativa).* 5ª ed. atual. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle.* Belo Horizonte: Fórum, 2006.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. Pregão: uma nova modalidade de licitação – comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

[1] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 de outubro de 1988.

[2] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. Pág. 503.

[3] GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo.* 11ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. Pág . 471.

[4] BRASIL. Lei nº. 5.456, de 20 de junho de 1968. Dispõe sôbre a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas as licitações previstas no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sôbre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 20 de junho de 1968.*

[5] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. Págs 922/923.

[6] FILHO, Marçal Justen. *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos.* 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. Pág. 58.

[7] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 819/2005 Plenário Pág. 18.

[8] BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 de junho de 1993.*

[9] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pág. 87.

[10] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. Pág. 512.

[11] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pág. 89.

[12] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. Pág. 514.

[13] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 14868/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 09.03.2005, DJ 18.04.2005 p. 206.

[14] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 de outubro de 1988.

[15] GUIMARÃES, Angélica. *Competência municipal em matéria de licitações e contratos administrativos.* 2ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2006. Pág. 128.

[16] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. Pág. 512.

[17] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 369/2005 Plenário. Pág. 19.

[18] FILHO, Marçal Justen. *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos.* 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. Pág. 73.

[19] Constituição Federal de 1988. Artigo 5º, inciso XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

[20] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. págs. 274/275.

[21] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 668/2005 Plenário. Pág. 18.

[22] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1705/2003 Plenário. Pág. 19.

[23] BRASIL. Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 17 de julho de 1997.*

[24] BRASIL. Medida Provisória nº. 2.026, de 04 de maio de 2000. Institui no âmbito da União, nos termos do art. 37, inciso XXI, a Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de maio de 2000.*

[25] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. Pág. 544.

[26] FILHO, Marçal Justen. *Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico).* 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2005. Pág. 26.

[27] FILHO, Marçal Justen. *Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico).* 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2005. Pág. 27.

[28] FILHO, Marçal Justen. *Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico).* 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2005. Pág. 28.

[29] FILHO, Marçal Justen. *Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico).* 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2005. Pág. 30.

[30] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos : orientações básicas.* – 3ª ed. rev. atual. e ampl. Brasília : TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. Pág. 35.

[31] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos : orientações básicas.* – 3ª ed. rev. atual. e ampl. Brasília : TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. Pág. 36.

[32] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos : orientações básicas.* – 3ª ed. rev. atual. e ampl. Brasília : TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. Pág. 68.

[33] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 845/2005 Segunda Câmara

[34] Informa o Tribunal de Contas da União que *No caso de pregão, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio são designados pela autoridade competente dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação.* Pág. 22.

[35] BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 18 de julho de 2002.

[36] FILHO, Marçal Justen. *Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico).* 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2005. Pág. 89.

[37] REsp 822.337/MS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.05.2006, DJ 01.06.2006 p. 168

[38] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos : orientações básicas.* – 3ª ed. rev. atual. e ampl. Brasília : TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. Pág. 167.

[39] MONTEIRO, Vera. *Licitação na modalidade de pregão.* São Paulo: Malheiros, 2003. Págs. 159/160.

[40] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 de outubro de 1988.

[41] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos : orientações básicas.* – 3ª ed. rev. atual. e ampl. Brasília : TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. Pág. 162.

[42] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos : orientações básicas.* – 3ª ed. rev. atual. e ampl. Brasília : TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. Pág. 168.

[43] SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle.* Belo Horizonte: Fórum, 2006. Pág. 167.

[44] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 de outubro de 1988.

[45] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão.* Belo Horizonte: Fórum, 2003. Pág. 505/507.

A FACE MODERNA DO DIREITO ADMINISTRATIVO: PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CRISE DA LEGALIDADE*

LA FACE MODERNA DE LO DERECHO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA E LA CRISE DE LEGALIDAD

Erica Ludmila Cruz Barros

RESUMO

É fato incontestável que enquanto não existia o império da lei, manteve-se firme o império dos soberanos, contudo, hoje com as mudanças na face do Estado e no próprio Direito Público, a lei cedeu lugar para a Constituição. Nesse ponto recorda-se de Hans Kelsen, quando ensinou que a Constituição, a Carta Maior de uma nação, existe para ser a sua lei fundamental, ou seja, todas as demais leis do Estado a teriam como espelho para serem válidas. Também é objeto desse artigo a relação entre o Estado de Direito e a Crise da legalidade, bem como os princípios da administração pública, destacando a importância do princípio da eficiência.

PALAVRAS-CHAVES: CRISE DA LEGALIDADE, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EFICIÊNCIA.

RESUMEN

Es fato incontestble que encuanto no existia el imperio de la lei, mantuve-se firm lo imperio de los soberanos, contudo hoy, con los cambios en la face del Estado y en próprio derecho publico, la lei cedio lugar para la constituicion. Em este punto recuerdase de Han Kelsn, cuando enseñou que la Constituicion, la Carta Magna de una nacion, existe para ser su lei fundamental, o sea, todas las de demás leis del estado la tendriam como un espello para serem validas. Tambien es objeto de lo presente artigo la relacion entre Estado de derecho e la Crise de Legalidad, bien como los princípios de la administracion publica, destacando la importância del principio de la eficiencia.

PALAVRAS-CLAVE: CRISE DE LEGALIDAD, ADMINISTRACION PUBLICA, EFICIENCIA

1. INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Não se fala mais sobre a normatividade dos princípios. O pós-positivismo encerrou de uma vez por todas essa discussão, restando claro que o discurso axiológico para o Direito é bem vindo. Afirmar a importância de um constitucionalismo inspirado em valores, de forma alguma representa um retrocesso aos pensamentos jusnaturalistas.

Claro que a inserção da temática sobre princípios também teve reflexos e conseqüências para o direito administrativo, para se ter idéia, a Constituição Federal de 1988 traz cinco princípios explícitos de importância fundamental para a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Contudo, ainda há inúmeros outros em variadas disposições constitucionais que precisam ser atendidos pelo Poder Público.

No presente trabalho ter-se-á a oportunidade de debater sobre o Estado de Direito e a crise da legalidade. Ora, é fato incontestável que enquanto não existia o império da lei, manteve-se firme o império dos soberanos, contudo, hoje com as mudanças na face do Estado e no próprio Direito Público, a lei cedeu lugar para a Constituição. Nesse ponto recorda-se de Hans Kelsen, quando ensinou que a Constituição, a Carta Maior de uma nação, existe para ser a sua lei fundamental, ou seja, todas as demais leis do Estado a teriam como espelho para serem válidas.

Posteriormente um tópico tratará do princípio da eficiência, mostrando a sua importância em um Estado onde a burocracia e a falta de interesse em proporcionar satisfação aos usuários dos serviços públicos é um fato indiscutível e corriqueiro. Além disso, nesse artigo será mostrada uma flagrante necessidade de se promover mudanças na consciência dos administradores e governantes para que a eficiência abandone a simples “folha de papel”, onde está insculpida formalmente, para se tornar real, viva na sociedade.

Por fim, será discutido a respeito do significado de interesse público. Far-se-á uma tentativa de revelar os seus contornos, mesmo que de forma breve e sucinta. Quem sabe seja possível aos leitores visualizá-lo não como um conceito ideal, mas como uma finalidade que precisa ser alcançada e materializada pela Administração Pública.

2. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Incluir uma discussão sobre valores no Direito não significa um retrocesso ao jusnaturalismo clássico do século XIX. Esta doutrina alegava que a origem e o fim do Direito encontrava-se na natureza, outrossim, para os jusnaturalistas as normas jurídicas estariam plenamente justificadas através de critérios abstratos da justiça e também da moral.

De fato, uma ciência do direito baseada tão somente em valores, encontra dificuldades semelhantes às que buscam justificativas em doutrinas eminentemente positivistas.[1] Com efeito, quando o tema é direito administrativo, tem-se na Constituição Federal os parâmetros para a atuação da Administração Pública. [2]

A Constituição Federal de 1988 dedicou o *caput* do art. 37 aos princípios da administração, são esses: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ensina Alexandre de Moraes que a previsão expressa dos princípios da administração permitiu ao judiciário um melhor controle dos atos administrativos. A seguir as observações:

A importância da idéia da constitucionalização do direito administrativo é flagrante, pois sendo um passo fortemente jurisprudencial, passou a influência dos métodos de hermenêutica constitucional, mais abertos em face da principiologia sempre presente no texto constitucional, e, inegavelmente, por se tratar de métodos mais politizados...

A Constituição da República de 1988, ao constitucionalizar os princípios básicos da Administração Pública, permitiu um alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos, consagrando a plena incidência da ampla revisão judicial. [3]

Contudo, além dos princípios que estão expressos na Constituição, existem outros princípios implícitos dos quais a Administração Direta e Indireta precisa obedecer. Cita-se como exemplo: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da razoabilidade, princípio da finalidade, princípio da motivação, princípio do devido processo legal e da ampla defesa, princípio do controle judicial dos atos administrativos, dentre outros.

3. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUIÇÃO: A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Para melhor exposição da temática, mostra-se interessante vislumbrar a eficácia das normas constitucionais já no cenário pós-moderno. É evidente que no direito administrativo o passar dos anos trouxe-lhe inúmeras diferenças que podem ser percebidas da prática aos bancos da faculdade, “há, indubitavelmente, um novo direito administrativo em emergência e que ainda está se definindo no torvelinho de transformações, que continuam a nos surpreender por serem incrivelmente céleres e profundas”[4]

Direito Administrativo e Direito Constitucional estão umbilicalmente vinculados, na medida em que se originaram como uma necessidade de limitação do Estado de Direito como conseqüência das revoluções liberais burguesas. Todavia, apesar de unidos na origem, separaram-se no desenvolvimento.

No século XIX, na Europa e América Latina, as constantes quebras de regimes pediam por uma nova constituição,sem dúvida, esse foi um fator que atrapalhou a evolução do Direito Constitucional. Enquanto em situações políticas semelhantes o Direito

Administrativo conseguiu desenvolver-se e manter-se como disciplina em relação ao direito privado e as outras disciplinas do direito público. [5]

Mas é indiscutível que houve uma ligação entre o direito administrativo e o direito constitucional, ainda que se discuta como tal vinculação ocorre. Por isso, referir-se ao tema da efetividade das normas constitucionais é válido tanto para os constitucionalistas como para os estudiosos do Direito Administrativo.

Voltando-se para questões constitucionais, Ferdinand Lassalle ainda em 1863 ofereceu uma conferência que veio a se tornar uma obra clássica do direito constitucional. "A Essência da Constituição" ensina que uma constituição que não é cumprida, não passa de uma folha de papel, sem nenhum efeito. No seu estudo sociológico o autor mostra que o povo não consegue impor a sua vontade por ser um poder não organizado, apesar de ser maioria. A constituição representa a soma dos fatores reais de poder, contudo, a constituição escrita para ser boa deverá corresponder à constituição real.

São as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Como nas lições de Ferdinand Lassalle, os problemas constitucionais devem ser considerados problemas de poder, daí os publicistas contemporâneos sentirem necessidade de se familiarizarem como as diversas expressões deste fenômeno nas sociedades contemporâneas, como a política, a econômica e a social, sem o quê, o distanciamento entre a letra constitucional e a vivência do constitucionalismo prejudicará, simultaneamente, o desejado rigor científico e a utilidade que se espera de seu conhecimento. [6]

De fato, quando os pensamentos de Lassalle são utilizados como inspiração, nota-se que realizar a constituição está muito além de dar a carta existência física. Com efeito, é forçoso realizar as normas jurídicas no mundo dos fatos.

A participação da sociedade é bem-vinda, logo, as normas constitucionais existem para trazer justiça e bem-estar ao povo, é natural que este faça uso das garantias institucionalizadas para a vivência dos direitos. Aqui pode-se citar instrumentos como o habeas corpus, habeas datas, mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, ação popular e ação civil pública.

As promessas da modernidade que não foram cumpridas adequadamente pelo Estado ainda pedem por concretização. Mostra-se interessante a proposta de Lênio Streck para uma "teoria da constituição adequada aos países de modernidade tardia" – TCDAMPT, ou simplesmente, teoria da constituição dirigente para países periféricos. Afinal, inúmeros são os desafios a serem superados em países como o Brasil, onde a fome, o desemprego e a miséria permanecem como elementos corriqueiros para boa parte da população.

Na pós-modernidade os ideais conquistados na Revolução Francesa não são suficientes para garantir o tão perseguido, mas nunca conquistado a contento, progresso. Nova época para o constitucionalismo, até mesmo se as constituições dirigentes são criticadas dentro dos Estados, parece que um dirigismo constitucional "extra-murros",

transferido para os tratados internacionais, ganha força e adeptos e é plenamente aceitável como bom.

Estar-se no século XXI, tempo de transformações econômicas, sociais, políticas e tecnológicas. Mas muito ainda há para mudar, melhorar ou mesmo enfrentar:

A obsessão da eficiência tem elevado a exigência de escolaridade, especialização e produtividade, acirrando a competição no mercado de trabalho e ampliando a exclusão social dos que não são competitivos porque não podem ser. O Estado já não cuida de miudezas como pessoas, seus projetos e sonhos, e abandonou o discurso igualitário ou emancipatório. O desemprego, o sub-emprego e a informalidade tornam as ruas lugares tristes e inseguros.[7]

Ademais, para que a Constituição cumpra com suas metas dispostas em suas normas, é preciso que o Estado e a sociedade cooperem. Já se fala em um Estado anti-social como aquele em que a pobreza, miséria, marginalização, parecem corriqueiros e até conseguem convencer a população de que tais mazelas fazem parte de qualquer Estado.

É a posição de Luciano Sotero Santiago: "por conseguinte, ao contrário do que se divulga, o cenário de miséria e de desigualdade econômica e social não é natural, mas provocado pelo próprio Estado Brasileiro, que ao se guiar em uma parcela de interesses de uma parcela ínfima da população deixa descobertos milhares e milhares de brasileiros." [8]

Foi com a constituição dirigente que novas temáticas conquistaram espaço, afinal, antes tal debate cingia-se a esfera privada. Essa publicização ocorreu porque a Constituição Brasileira alterou a "teoria das fontes que sustentava o positivismo, e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra agora tem um princípio que não a deixa desentranhar do mundo prático), é porque também o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que dar lugar a um novo paradigma interpretativo."[9]

Nesse cenário social tão instável quanto repleto de mudanças, garantir efetividade às normas constitucionais é um dos meios para se conseguir alcançar progresso e justiça. Compreende-se como efetividade: "a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais, e simboliza a aproximação tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social". [10]

4. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Desde a Antiguidade a lei era conhecida, contudo, totalmente diferente da concepção que temos hoje. Naquela época a desobediência à lei significava uma afronta ao que era sagrado, por natureza intocável, e tinha drásticas conseqüências.

Cabe à atividade legislativa inovar no ordenamento jurídico, observando a Constituição Federal e, por sua vez, criando direitos e deveres, órgãos e pessoas estatais, competências, etc.[11]

Por isso, é inquestionável a importância desse princípio, não se podendo esquecer que ainda na "Constituição Brasileira de 1988, por exemplo, além de cláusula geral decorrente do Estado de Direito (art. 1°) e da previsão como garantia individual (art. 5°, II), a legalidade foi inserida como princípio vetorial da Administração Pública".[12]

Portanto, dispõe o art. 5°, II da Constituição Federal: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II, CF). Como foi dito acima, essa determinação formaliza o princípio da legalidade, e conduz à conclusão que apenas a lei serve como mandamento estatal inaugural obrigatório e deve ser seguida pelo próprio Estado e pelos particulares. Dito isso, qualquer outra determinação estatal para cingir-se de obrigatoriedade, pelo menos, precisa ser fundada em lei.

A atividade administrativa como ordenadora da vida privada está vinculada essencialmente ao princípio da legalidade.[13] Ora, cabe a Administração atuar com base na lei, sob pena de cometer arbitrariedades e abusos, sempre lembrando que o ato administrativo não tem poder para inovar no ordenamento jurídico. Os cidadãos devem observar a lei, na qual como norma geral e abstrata, é criada pelo poder legislativo.[14]

Celso Antônio afirma que apesar de Hely Lopes Meirelles quando se refere ao princípio da legalidade deixar de subordinar o agente público, não há dúvidas de que este também precisa segui-lo. Afirma o autor:

"O autor citado não quis, certamente, restringir o princípio da legalidade ao agente, isto é, ao administrador, embora haja se referido expressamente a ele. O princípio que formulou com tanta clareza, diz respeito à Administração em si, à atividade administrativa como um todo, englobando é certo, os seus agentes."[15]

Importa registrar que o dispositivo constitucional em nenhum momento citou outros instrumentos normativos, a exemplo do decreto, portaria, regulamento, ou seja, foi explícito em citar a lei. Com posição idêntica Celso Antônio adverte:

Em estrita harmonia com o dispositivo referido e travando um quadro cerrado dentro do qual se há de circunscrever a Administração com todos os seus órgãos e auxiliares personalizados, o art. 84, IV, da CF, ao se referir à competência do Chefe do Poder Executivo para expedir regulamentos, explicita que as suas emissões destinam-se à fiel execução das leis.[16]

Foi com a *rule of Law* dos povos anglo-saxões que se teve a garantia da previsibilidade em relação ao comportamento dos seres humanos, afinal, a lei funciona como

condicionamento de ações. Ora, a idéia clássica de *rule of Law* se liga a noção de segurança jurídica. [17]

Graças a equiparação racional-iluminista a lei deixou de ser encarada como Direito, vista por si só. Dessa maneira vislumbrou-se que para a lei não bastava a sua mera existência, sendo-lhe apreciada a validade. A lei não poderia ser fundamento jurídico de si própria. [18]

Celso Antônio lembra as lições do Direito Grego por Michel Stassinopoulos: "Em um Estado de Direito a Administração encontra-se não apenas na impossibilidade de agir contra legem ou extra legem, mas é obrigada a agir sempre secundum legem". [19]

É evidente que a interpretação ao princípio da legalidade precisa ser rigorosa, vez que o artigo em análise faz referência tão somente a "lei", por conseguinte, ampliar o entendimento para abarcar decretos, regulamentos ou qualquer outro tipo de instrumento normativo seria afrontar diretamente à Constituição.

O ato administrativo não encontra respaldo constitucional para inovar no mundo jurídico. Com o princípio da legalidade existe uma verdadeira mudança de paradigma, pois todos estão submetidos ao governo das leis, não às regras dos homens. Nesse sentido:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o presidente da república, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais, fixadas pelo poder legislativo, pois esta é a posição que lhe compete no Direito Brasileiro.[20]

Tradicionalmente crê-se que a lei é expressão da vontade do povo, logo, quando o Estado a segue o faz em obediência ao povo, enquanto este o faz em obediência a si mesmo.[21] É natural que o princípio da legalidade tenha surgido próximo ao Estado de Direito, logo, o Estado que se submete às leis para conter os abusos do absolutismo, por isso, pode-se dizer que o princípio da legalidade oferece identidade ao Estado de Direito.

A lei é o instrumento para inovar na ordem jurídica; e cabe ao administrador aplicá-la de ofício. Com efeito, quando o administrador administra não é a sua vontade que deverá prevalecer, mas as imposições legais. Nesse sentido:

"A atividade pública não é propriedade de quem a exerce, significando apenas o exercício de dever-poder, indissoluvelmente ligado a finalidade estranha ao agente. Ademais, ninguém exercerá atividade pública que não emane da lei." [22]

A Administração ao travar relações genéricas com os particulares, regula a vida privada destes, mas para isso a lei é de extrema importância, vez que se não houver permissão legal, a Administração estará impedida de atuar.[23]

Quando a discussão é voltada para o Estado:

a submissão de agir a uma norma é sempre e onimodamente exigida, pois o poder público não pode agir de outro modo que o vincule à lei e ao Direito... Esta é a razão de ser, o que se tem como Estado de Direito, uma dádiva do princípio da legalidade, expressão aqui tomada em seu sentido mais amplo de juridicidade , que é, por definição, aquele em que o Estado se submete à sua própria ordem jurídica , daí a expressão consagrada de Leon Duguit - "suporta a lei que fizeste (legem patere quam fecisti) – que o enunciado em síntese, uma vez que, ao declarar o direito, o Estado por ele se autolimita, assegurando à sociedade que o criou e o mantém para organizá-la e dirigi-la essa preciosa dádiva: da certeza jurídica . [24]

Pode-se dizer que este princípio é o remédio correto contra o poder oligárquico ou monocrático, portanto, a sua fundamentação encontra-se na soberania popular. [25] Sendo que o princípio da legalidade como hoje a doutrina o descreve, teve seus contornos aprimorados pelo tempo.

Não é nenhuma novidade para a consolidação do Estado de Direito, que a idéia de uma sociedade protegida pelos mandamentos legais não seria eternamente suficiente para dar tranqüilidade aos cidadãos contra os abusos dos detentores do poder.

Afirma José dos Santos Carvalho Filho que o princípio da legalidade é importante inclusive para os indivíduos, no que tange aos seus efeitos. Visto que proporciona conforto aos cidadãos, pois podem conferir se as atividades administrativas estão conforme a lei, ou seja, quando se sobrepõe a conduta e a lei, se aquela for diferente do que esta exige, a última prevalecerá.

Ademais, no Estado Moderno há duas funções, a legislativa, como responsável pela criação da lei e a função administrativa e a jurisdicional, que tem como tarefa típica a execução da lei, mas essa depende obrigatoriamente daquela. [26]

5. BREVES APONTAMENTOS SOBRE O ESTADO DE DIREITO

Foi na metade do século XIX que no plano teórico nasceu o Estado de Direito na Alemanha, conhecido como *Rechtstaat*, posteriormente adotado pela doutrina francesa. Com efeito, pode-se dispor de uma visão tripartide para compreender o Estado de Direito:

a)Visão formal, onde se vincula a ação do Estado ao Direito, ou seja, a atuação do Estado é jurídica, exercitando-se através de regras jurídicas; b) visão hierárquica, na

qual a estruturação escalonada da ordem jurídica impõe ao Estado a sua sujeição ao Direito; c) visão material, que implica a atribuição de atributos intrínsecos ao Direito, ou seja, aqui, a ordem jurídica estatal produz-se tendo uma certa substancialidade como própria. Há uma qualificação do Estado pelo Direito e deste por seu conteúdo.[27]

A idéia de Estado de Direito nas últimas décadas do século XX, representou uma fórmula bem sucedida da filosofia política e jurídicas ocidentais. [28] O surgimento de um Estado capaz de impedir o autoritarismo e o abuso por parte dos detentores do poder, tinha por cerne impor ao soberano obrigações e deveres que antes não existiam, ou seja, foi o início de um plexo normativo que a partir de então, funcionaria como vetor da justiça.

Explicando o Estado de Direito, Danilo Zolo:

O Estado de Direito pode ser considerado uma "ordem política mínima", essencialmente limitada à garantia dos direitos civis. Isto pode significar duas coisas distintas: por um lado que se trata de uma estrutura normativa e institucional rebus sic standibus [estando assim as coisas] sem alternativas no ocidente e que seria bastante arriscado tentar abolir ou simplesmente contrastar em nome de ideologia anárquicas, autoritárias ou totalitárias. Por outro lado, pode significar que em contraposição à tutela dos direitos civis que pertence, por assim dizer, à normalidade fisiológica do Estado de Direito, apenas uma pressão conflitiva pode fazer com que o nível mínimo seja superado: apenas o conflito é capaz de restituir efetividade ao exercício dos direitos políticos, resgatando-os da sua condição de puro cerimonial eleitoral, e de garantir sucesso às expectativas e reivindicações ulteriores, em escala nacional e internacional. [29]

Pois bem, o Estado de Direito, de fato, surgiu para proteger os indivíduos contra o arbítrio do poder, contudo, para isso, foi necessário a inspiração de Montesquieu e seus ensinamentos sobre as divisões dos poderes do Estado, em legislativo, executivo e judiciário, sendo cada qual responsável por sua função típica.

O Direito Administrativo para Celso Antônio Bandeira de Mello, nasce com o Estado de Direito. Segue a explicação do autor:

O Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o direito que regula o comportamento da Administração. É ele que disciplina as relações entre a Administração e administrados, e só poderia mesmo existir no momento em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito deste mesmo quadro normativo estabelecido genericamente. Portanto, o direito Administrativo não é um direito criado para subjulgar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos Estados... É, pois, sobretudo, um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder. [30]

Discordando do posicionamento acima, Binenbojm crê que a construção teórica do direito administrativo, não teve como justificativa nem o advento do Estado de Direito ou mesmo a separação histórica do princípio da separação dos poderes. [31]

A noção de governo das leis e não dos homens foi levada a sério pelos constituintes americanos, mas ironicamente são os homens que necessitam lidar com as leis, por isso, "mesmo na mais perfeita 'república das leis' afirmava Carl Schmitt, governam os homens e não as leis, soberanos são os intérpretes e não os legisladores". [32]

Não há como se pensar em Direito sem o Estado, na verdade, um depende do outro. Se cabe ao Estado a tarefa de criar o Direito, sendo a sua única fonte, não há como negar a supremacia da lei em face da autoridade pública.

Imperioso observar que se do ponto de vista formal a lei funciona como sustentáculo do Estado de Direito, não obstante, há também uma preocupação com a proteção de um núcleo de direitos fundamentais. Nesse sentido:

O Estado de Direito não é mais considerado somente como um dispositivo técnico de limitação de poder, resultando do enquadramento do processo de produção de normas jurídicas; é também uma concepção que funda liberdades públicas, de democracia, e o Estado de Direito não é mais considerado apenas como um dispositivo técnico de limitação do poder resultante do enquadramento do processo de produção de normas jurídicas. O Estado de direito é, também, uma concepção de fundo, acerca das liberdades públicas, da democracia e do papel do Estado, o que constitui o fundamento subjacente da ordem jurídica. [33]

Com efeito, a legitimação do Estado de Direito não é apenas formal, em que a hierarquia das leis identifica-o por completo, além disso, é de extrema importância à proteção aos direitos fundamentais. "Assim o Estado de Direito irá se apresentar ora como liberal em sentido estrito, ora como social e, por fim, como democrático. Cada um deles molda o direito com o seu conteúdo, como veremos a seguir, sem que, no entanto, haja uma ruptura radical nessas transformações ".[34]

A idéia de Estado de Direito vincula-se com três princípios fundamentais: "a supremacia constitucional, a generalização do princípio da legalidade e a universalização da Constituição. Daí derivou a concepção de que as atividades políticas desenvolvem-se dentro dos limites jurídicos, sendo impossível reconhecer outro fundamento de validade dos atos estatais senão a validade." [35]

Bonavides aponta um segundo Estado de Direito, que teve origem da revolução constitucional, outrossim, entre 1939 e 1945, ganha vida e importância o princípio da proporcionalidade. [36] Nesse momento histórico as declarações de Direito perderam o caráter eminentemente filosófico ou contemplativo, para ganharem força vinculante.

Percebe-se que um estado legalista, preocupado com a proteção dos direitos fundamentais e garantias individuais para todos os indivíduos, e não apenas para um determinado grupo, deve também expor suas leis para que todos tenham acesso a elas. Logo, de nada valeria um Estado de Direito onde todos, cidadãos e autoridades,

submetem-se às normas jurídicas, se estas são secretas ou só podem ter acesso classes privilegiadas.

Outro ponto fundamental é que graças ao conhecimento das leis, é possível aos cidadãos saber quais as conseqüências dos atos ilegais por eles cometidos, e a partir daí, discernir se vale a pena contrariar o Direito.

6. A CRISE DA LEGALIDADE

Seguindo as lições de Paulo Bonavides, nota-se que o legislador na segunda fase do Estado de Direito não gozada da mesma liberdade do primeiro Estado de Direito. Assim, em fase mais recente, era possível o controle dos atos do poder legislativo, sem, contudo, ferir a separação de poderes sugerida por Montesquieu.

Assim ganha o juiz uma maior margem de liberdade para controlar os atos do poder legislativo, evitando abusos e controlando a aplicação das normas.

De último, com a instauração doutrinária do segundo estado de Direito, o juiz, ao contrário do legislador, atua por um certo prima em um espaço mais livre, fazendo, como lhe cumpre, o exame e controle da aplicação das normas; espaço aberto em grande parte também – sobretudo em matéria de justiça constitucional – pelo uso das noções de conformidade e compatibilidade. Esta última, deveras aberta e maleável, é por isso mesmo mais apta a inserir, enquanto método interpretativo de apoio, o princípio constitucional da proporcionalidade.[37]

Com a evolução do Estado de Direito, não era mais a lei o seu ponto central e primordial, e sim, a Constituição.

Alguns autores tratam da “crise da lei”, afirmam que atualmente não mais se acredita que a lei representa a vontade de um povo, ou mesmo é o padrão esperado de comportamento para a vida pública e privada. Com efeito, então, seria a crise da lei um fenômeno tão amplo quanto o próprio princípio da legalidade. Ademais, a crise da lei estaria evidente nos países de tradição jurídico romano-germânica, os quais atribuíram à lei escrita o dever de representar a vontade do povo. [38]

Com as mudanças naturais no Estado, os indivíduos não estavam mais protegidos apenas com a existência da lei, esta que se identificava com o Direito. Agora o princípio da legalidade tem vários destinatários, tais como, o legislador infraconstitucional, o administrador público e quem lhe faça as vezes, o Estado juiz, as entidades ou entes criados pelo Estado, e os Particulares. [39]

Quando se parte da idéia de que a lei, apenas esta, é o “norte” e o “sul” de um povo, fica evidente que essa compreensão não é mais suficiente para o Estado Moderno. Ora, faz-

se imprescindível um novo modelo onde Administrar seja muito mais do que “aplicar a lei de ofício”.

Binenbojm aponta cinco razões para a crise da lei e da legalidade, como sendo: a) a propagação da inflação legislativa; b) a constatação histórica de que a lei pode ser instrumento para veicular a injustiça, e ainda, mais grave, servir como fundamento para a barbárie; c) parece evidente que a lei não é mais a principal e mais importante forma de manifestação da vontade geral de um povo.; d) proliferam-se atos normativos infraconstitucionais, e estes, são suficientes para servirem de fundamento à atuação administrativa e, por fim; e) o Executivo parece em muitos aspectos controlar o processo legislativo, assim, se ao Executivo não há atribuição normativa de que este poder necessita, não resta ao legislativo muito espaço de atuação independente.[40]

Importa comentar os apontamentos feitos por Binenbojm como causas da crise da legalidade. Tem-se que concordar que a propagação legislativa, o excesso das leis é altamente prejudicial, porque além de impedir que todos os cidadãos tenham acesso a ela, dar efetividade a todas essas normas é uma tarefa impossível.

A lei tem sido interpretada como a única resposta para os problemas que ultrapassaram a modernidade e encontram-se ainda sem solução. Nas lições de Binenbojm:

O excesso de lei é uma realidade em todas as nações civilizadas, notadamente nos países de tradição romano-germânica. O mito positivista de completude do ordenamento jurídico, aliado ao aumento significativo das funções do Estado social, inspirou os parlamentos a tratarem de qualquer assunto, sendo corolário deste movimento a noção (muito evidente no senso comum) de que a lei seria apta a resolver todos os problemas sociais. Banalizou-se a lei, o que fez com que se esvaziasse o sentimento de respeito que se lhe nutriu no período iluminista. [41]

Com efeito, não é com a proliferação de leis que se alcançará a plenitude do ordenamento jurídico, ora, é evidente que o Direito é dinâmico, e o momento da aplicação das normas é diferente do instante em que foram criadas, outrossim, é dever do intérprete buscar forma de preencher as lacunas que naturalmente haverão de surgir:

Para quem defende a tese da plenitude do ordenamento jurídico, fica evidente que o dinamismo do ordenamento jurídico permite a sua realização, afinal, se o sistema jurídico fosse estático, seria impossível pensar na existência de normas suficientes para dar-lhe completude. Existem métodos dispostos pelo próprio ordenamento jurídico que visam suplantar as lacunas que porventura apareçam, logo, o direito nunca deixa de renovar-se. [42]

O segundo motivo apresentado por Binenbojm para a crise da legalidade é que a lei nem sempre é justa, podendo ser, inclusive, instrumento para a barbárie.

Quando Hans Kelsen escreveu o clássico “teoria pura do direito”, não se preocupou com o conceito de justiça para as normas jurídicas, aliás, trabalhou com a idéia de validade, esta sim, foi o ponto central dos seus ensinamentos. Em várias ocasiões, no Brasil, esse pensamento foi levado ao extremo, entendendo-se que a lei por ser produto do Estado

era suficiente para ser considerada como boa, mesmo que eventualmente se afastasse da concepção de justiça.

De fato, a lei escrita pode ser injusta, por isso, é importante tirar desse instrumento o caráter de sagrado como resquício da antiguidade. Nessa linha de pensamento: "a lei, expressão da vontade geral cujo conteúdo independe de maiores questionamentos, foi capaz de legitimar as práticas nazi-facistas, que criaram talvez a maior cicatriz do século passado".[43]

O desgaste da lei escrita é um fenômeno apontado por vários estudiosos, seja em razão da inflação legislativa, seja porque não é possível garantir que a lei obedecida tem um conteúdo além de válido, justo. Sabe-se que validade e justiça são conceitos por vezes separados pelo legislador.

Sobre o conteúdo das normas são as observações de Hans Kelsen, mostrando que a sua preocupação era essencialmente com a validade das normas, e para isso bastaria espelharem-se em uma norma fundamental:

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela as normas jurídicas cuja as normas são criadas de conformidade com essa norma fundamental.[44]

A quarta razão para a crise da legalidade é uma constatação do autor de que a lei não é mais a principal e mais importante forma de manifestação da vontade geral de um povo. Outrossim, essa mudança de paradigma da lei para a Constituição não precisa ser interpretada ou entendida de forma negativa.

Dito isto, pode-se definir a Constituição como sendo:

A Constituição, nesse ambiente, representa o documento catalisador dos ideais e das exigências modernas no sentido de garantir a racionalização da disciplina do poder – sua desmistificação, estruturação, regulamentação e controle – e, via de conseqüência, a garantia do espaço de desenvolvimento do indivíduo – unidade ética por excelência – notadamente pela declaração dos seus direitos fundamentais.[45]

Voltando aos ensinamentos de Kelsen, a Constituição estaria no ápice da pirâmide, e todas as normas posteriores tinham que, obrigatoriamente, não contrariá-la, só assim, o ordenamento jurídico seria estruturado com base em uma norma fundamental.

A quinta e última razão refere-se ao poder Executivo, este que parece em muitos aspectos controlar o processo legislativo, dessa maneira, se ao Executivo não há

atribuição normativa de que este poder necessita, não resta ao legislativo muito espaço de atuação independente.

Os exemplos para essa última hipótese são: as reservas de iniciativa legislativa de matéria relevantes, com a impossibilidade inclusive de emendas parlamentares, que aumentem as despesas; a possibilidade de trancamento da pauta de deliberações do Congresso Nacional pelo chefe do Executivo, e ainda, as formações de sólidas bases parlamentares capazes de aprovar qualquer projeto de interesse governamental.[46]

Em suma, é relevante lembrar que as matérias de competência do Poder Executivo são variáveis a depender do modelo de Constituição de cada Estado. É ainda muito polêmico o tema relativo ao poder regulamentar que a Constituição assegura ao presidente da República para que estabeleça formular que facilitem a aplicação da lei. [47]

7. A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

No pós-positivismo os princípios possuem normatividade inquestionável, ao contrário das normas, possuem conteúdo aberto e forte perfil axiológico, por isso, alguns conceitos dependem da visão de mundo ou da experiência do intérprete. Por sinal, eficiência é um desses conceitos.

Previsto no art. 37, da Constituição Federal, em razão da emenda constitucional 19/98, o princípio da eficiência é bem próximo do princípio da boa administração designado no direito italiano.

Para o direito administrativo moderno o Estado deve mostrar eficiência em seus atos, não bastando à mera eficácia, aqui compreendida como o simples desempenho dos órgãos públicos, faz-se imperioso que exista à boa satisfação dos usuários dessas atividades. “Em conseqüência, surge à demanda por subsidiariedade, ou seja, passa a ser necessário que o atendimento prestado pelo Estado seja atribuído racionalmente aos entes ou órgãos mais aptos a atuar com racionalidade, presteza e proximidade, sendo esta desejável sempre que possível”. [48]

Na doutrina de Vladimir França:

O cidadão brasileiro encontra-se, desde há muito tempo, exausto pela péssima qualidade dos serviços que lhes são prestados pelo Estado. Embora o "emendão" tenha sofrido todo um conjunto de fortes críticas por parte dos estudiosos do direito público, a introdução expressa da eficiência como princípio jurídico abre novos horizontes para o estudo das questões relacionadas com a ação administrativa.[49]

Atuar de maneira racional e trazer satisfação aos usuários, também é uma maneira de alcançar o interesse público. Por conseguinte, interessante ressalvar que mesmo para os

países que possuem constituições dirigentes como Brasil e Portugal, nem sempre a definição de interesse público mostra-se semelhante, ou faz menção aos preceitos dispostos constitucionalmente. [50]

Uma das possíveis conclusões para a inclusão do princípio da eficiência em nível constitucional,foi a insatisfação da sociedade em face dos serviços prestados pelo Estado, só assim, poderia a Administração sofrer um maior controle pelo judiciário até mesmo quando não cumprisse com o seu dever de boa administração, ou seja, quando não fosse eficiente.

Alexandre de Moraes tratou sobre a possibilidade do controle de mérito dos atos administrativos, pelo poder judiciário, sem que isso significa abusos por parte do judiciário. Conclui o jurista que:

o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários deverá ser realizado tendo como parâmetros os princípios constitucionais da Administração Pública, inclusive o princípio da eficiência, em especial em seu sentido de direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem-comum, pois a Constituição Federal prevê no inc. IV, do art. 3° que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Repita-se porém que não caberão ao poder judiciário o planejamento e a execução das políticas públicas, tampouco a edição dos conseqüentes atos administrativos discricionários de implantação dessas medidas, mas, sim, o controle jurisdicional de eventuais abusos praticados pelo administrador público que ignore o princípio constitucional da eficiência. [51]

Na verdade a eficiência sempre foi um dever da administração, mesmo antes da sua positivação constitucional, e infelizmente não adiantará tê-lo trazido para a Lei Maior se os administradores não sentirem que oferecer um serviço de qualidade e agradar os usuários é uma obrigação. Contudo, ao ganhar materialidade constitucional, muitas foram as questões que surgiram. Qual o critério para determinar se uma determinada atividade administrativa é ou não eficiente? [52]

Aqui se utiliza o conceito de eficiência oferecido por José Afonso da Silva: eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas, qualifica atividades. Numa idéia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC 19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados.[53]

Na verdade a eficiência sempre foi um dever da administração, mesmo antes da sua positivação constitucional, e infelizmente não adiantará tê-lo trazido para a Lei Maior se

os administradores não sentirem que oferecer um serviço de qualidade e agradar os usuários é uma obrigação.

Por fim, se na Constituição Brasileira existe um princípio explícito que exige do Poder Público à prestação de serviços com eficiência, logo, isso significa que a Administração é obrigada a buscar a satisfação dos usuários, com serviços de qualidade. Dito isto, é imperioso vislumbrá-lo como mais uma ferramenta normativa em favor do povo brasileiro, que tanto sofreu pelo que não lhe foi oferecido, ou seja, pelo descaso consciente e proposital do Poder Público.

Quem sabe com a conscientização dos administradores que a eficiência não é um favor, mas um dever, uma imposição, o tão sonhado "bem comum" deixe o mundo dos sentidos e invada o mundo das idéias concebido por Platão...

8. DESVENDANDO O SIGNIFICADO DE INTERESSE PÚBLICO PARA A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

A supremacia do interesse público, princípio que durante muitos anos foi visto pelos doutrinadores como essencial ao Direito Administrativo, encontra-se em xeque. Sua função é a de tornar legítimo o desequilíbrio existente entre os interesses particulares e o interesse da Administração, contudo, o último interesse, teoricamente, seria o mais importante. Na prática, a existência das cláusulas exorbitantes, previstas nos contratos com a Administração Pública representa um bom exemplo. [54]

Até mesmo em países como Brasil e Portugal que possuem um modelo dirigente de constituição, ou seja, aquela que determina finalidades para o Estado e para a sociedade, ainda assim, há várias conceituações para interesse público, mas na maioria das vezes sem se referir as determinações constitucionais. "No mais das vezes, o discurso de autonomia científica serviu de pretexto para liberar os administradores públicos da normatividade constitucional." [55]

Parte-se da conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello para interesse público:

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigam também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais. [56]

O interesse público apresenta-se como o interesse comum de vários indivíduo, embora essa definição não possa ser confundida com um interesse público determinado pelo administrador, mas como uma "grandeza autônoma pluralista".

Binenbojm comentando Celso Antônio afirma que: “Assim, na medida em que procura enfatizar a existência de um elemento de ligação entre ambos os interesses (público e privado), rejeita a dissociação completa dos conceitos. Ao adotar uma concepção orgânica da relação entre indivíduo e coletivo, apresenta como inerente aos conceitos de sociedade e de Estado de Direito, conclui o autor de que as idéias de interesse público e coletivo são sinônimos.”

De fato, será se existe um princípio da supremacia do interesse público? Patrícia Baptista citando Humberto Bergmann Ávila assim dispõe:

De acordo com o professor gaúcho, os princípios jurídicos, normas-princípio, ao contrário dos princípios-axioma, devem encontrar fundamento de validade no direito positivo. de modo expresso ou implícito, e, além disso, devem permitir a sua concretização e o seu balanceamento, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso, vez que não constituem regras prontas de comportamento. Assim, para afirmar a existência de um princípio jurídico da “supremacia do interesse público” seria indispensável que se pudesse extrair o seu fundamento do ordenamento jurídico, bem como que a sua concretização pudesse ser efetuada de forma gradual, admitindo ponderação no caso de tensão com outros princípios. Nada disso ocorreria com o fato da supremacia do interesse público sobre o particular. [57]

Acima se percebe que o professor Humberto Ávila não concorda com a existência do princípio da supremacia do interesse público. Outro problema para a sua existência seria a dificuldade de ponderação se houver um conflito e outros princípios envolvidos. [58]

Uma questão ainda mais específica desperta interesse da doutrina, fala-se da eficácia do interesse público. A posição de Diogo de Figueiredo é a de que somente de maneira excepcional algum interesse público que consta de forma genérica na Lei Maior, não terá eficácia imediata, só assim, será necessária uma cláusula de reserva legal de eficácia, para desenvolver-se à normatividade infraconstitucional, na medida que a matéria sofrerá regulação adequada.

Adiante o autor afirma que não será possível ao poder legislativo restringir o elenco de interesses públicos submetidos à Administração, mas “por atendimento ao possível há de se entender o que se conforme à realidade e o que se obedeça à prioridades expressas ou implicitamente consignadas na própria Constituição”. [59]

Outrossim, as normas de direito público serão compreendidas como aquelas em que “embora possam ter por objeto matéria patrimonial, são alheias aos intuitos especulativos às preocupações de lucro. Regulam então, questões pecuniárias como meio para atingir imediatamente o interesse geral, o bem comum.” [60]

Observações de Diogo de Figueiredo:

A vinculação ao interesse público, mais do que uma noção orientadora de uma das modalidades de atuação do poder público no cumprimento de sua destinação

administrativa, consolidou-se, ao longo de dois séculos, como um dogma, capaz de inibir não apenas a possibilidade de controle do mérito administrativo, ante sua invocação peremptória, como de construir-se em um intransponível obstáculo à admissibilidade de qualquer negociação entre poder público e cidadãos em última instância administrativa sobre a melhor maneira de realizar-se o seu atendimento. [61]

Por conseguinte, a vinculação entre interesse público e efetividade nos levará ao conceito de "constitucionalismo de resultado", este que supera o constitucionalismo programático. Importa nessa relação o resultado visto como finalidade a ser obtido pelo Poder Público. Com efeito, se o resultado for compreendido como meta a ser alcançada, a eficiência é inafastável. [62]

Enfim, pode-se afirmar com certeza que o Estado Democrático de Direito atual coloca em questão o interesse público como supremo em relação aos interesses particulares, este que já foi acima explicado como a congregação de interesses individuais.

Finalmente, no que se refere aos impactos dos direitos fundamentais e da participação sobre o conceito tradicional de supremacia, esta não poderia ser do Estado, visto que não é possível sacrificar um direito fundamental em prol da prelazia de um mero instrumento. Muito menos seria possível falar-se em supremacia, quando os direitos fundamentais antecedem e prevalecem sobre quaisquer outros direitos, e para a solução do conflito, apenas seria possível uma aplicação ponderada, vez que se poderia maximizar o atendimento de todos os interesses, sem prejudicá-los ou ignorá-los. [63]

9. CONCLUSÃO

Não há que se temer a discussão sobre valores no Direito, afinal, em nada isto significa um retrocesso ao jusnaturalismo clássico do século XIX. Portanto, falar sobre as mutações no direito administrativo inclui a importância dos princípios constitucionais que resulta do processo de constitucionalização da Administração Pública.

O princípio da legalidade materializado na Constituição e decorrente do liberalismo, regime que defendia a liberdade individual, determina que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II, CF). A partir deste enunciado, conclui-se que apenas a lei serve como mandamento estatal inaugural obrigatório e deve ser seguida pelo próprio Estado e pelos particulares. Qualquer outra determinação estatal para cingir-se de obrigatoriedade, pelo menos, precisa ser fundada em lei.

Ainda na Constituição Brasileira existe um princípio explícito que exige do Poder Público à prestação de serviços com eficiência, mas para que se alcance-a, a Administração é obrigada a buscar a satisfação dos usuários, com serviços de qualidade. É necessário vislumbrá-lo como mais uma ferramenta normativa em favor do povo

brasileiro, que tanto sofreu pelo que não lhe foi oferecido, ou seja, pelo descaso consciente e proposital do Poder Público.

O referido princípio depende para se concretizar da conscientização dos administradores, pois a eficiência não é um favor, mas um dever, uma imposição, a fim de que o tão sonhado "bem comum" deixe o mundo dos sentidos e invada o mundo das idéias concebido por Platão...

Conclui-se que quando as lições de Lassalle são utilizadas como inspiração, torna-se fácil a compreensão de que realizar a Constituição está muito além de dar-lhe existência física. Com efeito, é imperioso materializar as normas jurídicas no mundo dos fatos. A participação da sociedade é bem-vinda, logo, as normas constitucionais existem para trazer justiça e bem-estar ao povo, é natural que este faça uso das garantias institucionalizadas para a vivência dos direitos. Cita-se, como exemplos, o habeas corpus, habeas data, mandado de segurança individual, mandado de segurança coletivo, ação civil pública e ação popular.

O direto administrativo contemporâneo revelou que o caráter eminentemente legalista do Estado de Direito não se mostrava satisfatório para alcançar suas metas, inclusive, a inflação legislativa e o conteúdo nem sempre justo da lei, foram razões para a deflagração de um problema maior. Quando a lei passa a ser um instrumento comum, corriqueiro, perde-se o caráter "especial". Foi anunciada a "crise da legalidade"! A partir daí ficou claro que não só a lei, pura e simplesmente, merecia às atenções de todos, mas sim, e principalmente, a Constituição. Não só os cidadãos seriam apresentados a essa Lei Maior como a carta de identidade do Estado, contudo, este também, ou seja, o próprio Estado deveria curvar-se às normas constitucionais.

Por fim, ainda tratando das transformações pelas quais pode ser vislumbrado um direito administrativo muito diferente, pertencente ao direito contemporâneo, o novo paradigma de Estado Democrático coloca em xeque o interesse público como supremo em relação aos interesses particulares. Não se mostra mais indispensável falar em interesse público como supremo no direito administrativo, mesmo porque o que se entende por este, nada mais é do que o reflexo do interesse de vários indivíduos, logo, uma grandeza autônoma pluralista.

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasilia, v. 142, n. 36, p.35-52, jun. 1999. Disponível em: . Acesso em: 20 jun. 2009.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos . Manual de Direito Administrativo. 17ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007.

COSTA, Pietro; ZOLA, Danilo (Org.). O Estado de Direito: História, teoria e crítica. 6ª edição São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [org]. Canotilho e a Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FIGUEREDO, Marcelo As agências reguladoras. As Agências Reguladoras: o Estado de Direito Democrático no Brasil e sua Atividade Normativa. São Paulo: Malheiros.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal . Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: . Acesso em: 3 jul. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras. São Paulo: Dialética, 2002.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e Estado Constitucional:** Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. 6ª edição São Paulo: Editora Dos Tribunais, 2009. Vários autores.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar. 2006

SILVA, João Fernando Vieira da. O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio. Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 01.06.2009

SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed, São Paulo:Malheiros, 1998

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 31ª Ed. Malheiros 2008.

---

[1] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

[2] A doutrina moderna tem se detido, para a obtenção do melhor processo de interpretação, no estudo da configuração das normas jurídicas. Segundo tal doutrina – nela destacamos os ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin – as normas jurídicas admitem classificação em duas categorias básicas: os princípios e as regras. As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no plano da validade : aplicáveis ambas a uma mesma situação, uma delas apenas regulará, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não excluem do ordenamento jurídico em hipótese de conflito: dotados que são de determinado valor ou razão, o conflito entre eles admite o critério de ponderação de valores (ponderação de interesses), vale dizer, deverá o interprete avaliar a qual deles, na hipótese sub examine, será atribuído o grau de preponderância. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007. p. 16).

[3] MORAES, Alexandre. Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional. P. 418

[4] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 223.

[5] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36

[6] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. P. 57.

[7] BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro . Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: . Acesso em: 9 jul. 2009.

[8] SANTIAGO, Luciano Sotero. Direito do Estado. P.82.

[9] Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. p. 139

[10] BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 82.

[11] SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. P.29.

[12] BAPTISTA, Patrícia. Op.cit. p. 94)

[13] SUNDFELD, Carlos Ari. Op.cit. p. 28

[14] Existiu um certo momento em que o Estado precisou dar espaço para o indivíduo conquistar a sua liberdade e realizar-se no meio social, por isso, por motivos históricos é possível compreender que o algumas relações jurídicas visavam o bem individual, não o coletivo. Com isto, era mais conveniente o Estado ceder perante a autonomia privada, do que participar dessas relações. Posteriormente, quando tais relações passaram a ser de interesse da coletividade, então, o Estado passou a funcionar como parte, mas não em posição de igualdade entre os cidadãos, e sim, de superioridade. (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais do Direito Administrativo. 3ª Ed. Vol. I. Malheiros, 2007. P.44.)

[15] BANDEIRA DE MELO. op.cit. p.76.

[16] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Revista Trimestral de Direito Público. N. 49/50. Malheiros. P.9

[17] FIGUEIREDO, Marcelo. As agências reguladoras: o Estado Democrático no Brasil e sua atividade normativa. Malheiros: São Paulo. 2005. p. 23.

[18] Op.cit.p. 23.

[19] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Revista Trimestral de Direito Público. N. 49/50. Malheiros. p.5.

[20] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 25 ed. Malheiros. São Paulo. p. 101.

[21] ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2ª Ed. Malheiros. São Paulo. p. 122

[22] SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo ordenador. Malheiros. São Paulo. p. 29.

[23] SUNDFELD, Carlos Ari. Op.cit. p. 29.

[24] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. P. 276.

[25] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 25 ed. Malheiros. São Paulo. p. 100.

[26] CARVALHO FILHO, José dos Santos . Manual de Direito Administrativo. 17ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007. p. 17.

[27] STRECK, Lênio Luiz. Ciência política &Teoria do Estado. p. 91.

[28] ZOLO, Danilo. O Estado de Direito. História, teoria, crítica. p.5

[29] ZOLO, Danilo. op.cit. p.90

[30] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op.cit. P. 47

[31] Nesse contexto, é correto afirmar que a dogmática administrativa estruturou-se a partir de premissas teóricas comprometidas com a preservação do princípio da autoridade, e não com a promoção das conquistas liberais e democráticas. O direito administrativo, nascido da superação histórica do antigo regime, serviu como instrumento retórico para a preservação daquela mesma lógica de poder. (BINENBOJM, Gustavo. A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 501).

[32] ZOLO, Danilo. Op.cit. p. 89.

[33] STRECK, Lenio Luiz; José Luiz Bolzan de Morais. Ciência Política e Teoria do Estado. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.93

[34] Idem, ibidem, p. 94.

[35] JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras. São Paulo: Dialética, 2002, p. 16.

[36] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p.363.

[37] BONAVIDES, Paulo. op.cit. P. 363.

[38] BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo. 2006. P. 125 - 126.

[39] Posteriormente, desfeita a equiparação racional-iluminista da lei ao direito, pela compreensão de que a lei, não é, só por si, o direito – já que ela não é só direito, podendo inclusive, manifestar-se em contradição com ele -, a validade da lei vai implicar valorações do Direito exógenas a sua gênese e estrutura; pois a lei não pode ser já o fundamento normativo de si própria; caminhamos, assim, para a análise dos princípios jurídicos fundamentais, ao serviço dos quais estará agora a generalidade, sendo as leis juridicamente inválidas se desconformes (se absolutamente incorretas no dizer de Karl Larenz) de tais princípios. (FIGUEREDO, Marcelo As agências reguladoras. O Estado de Direito Democrático no Brasil p. 25).

[40] BINENBOJM, Gustavo. op.cit. P 127-134.

[41] BINENBOJM, Gustavo. op. cit. p. 128.

[42] FIGUEIREDO, Marcelo. Temas de Direito Administrativo. p. 100.

[43] BINENBOMJ, op.cit. p. 129

[44] KELSEN. HANS. Teoria Pura do Direito. P. 221.

[45] PEREIRA, Rodolfo Viana. Hermenêutica filosófica e constitucional. 2ªed. 2007. P.89.

[46] BINENBOMJ, Gustavo. op.cit. p. 135.

[47] FIGUEIREDO, Marcelo. As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e suas agências reguladoras. p. 143.

[48] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. P. 231-232.

[49] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal . Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: . Acesso em: 3 jul. 2009.

[50] BARROSO, Luís Roberto. A rstrução Democrática do Direito Público. P. 500

[51] LEITE, George Salomão; Ingo Wolfgang Sarlet. (org.) op.cit. p. 430 [artigo de autoria de Alexandre de Moraes. Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários].

[52] CARVALHO FILHO, José dos Santos . Manual de Direito Administrativo. 17ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007 p. 23

[53] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 31ª Ed. Malheiros 2008. P. 670

[54] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. p. 103

[55] BARROSO, Luís Roberto (org). op.cit. p. 500

[56] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op.cit. p. 60

[57] ÁVILA, Humberto Bergmann aput BAPTISTA, Patrícia. Op.cit.p. 186

[58] Patrícia Baptista faz uma colocação interessante: A substituição da Administração pelo legislador na missão de definir o interesse público secundário representou, assim, sem dúvida alguma , um significativo avanço no sentido da submissão da Administração Pública pelo direito. Ao arbítrio do legislador sobreveio à escolha da lei, legitimada pelo princípio da participação política. Tal cenário, no entanto, apresentou significativas mudanças a partir nas últimas décadas do século XX. Em primeiro lugar, encontram-se os fatores ligados à crise da lei formal, já investigados no capítulo terceiro primeira parte. (BAPTISTA, Patrícia. op.cit. p. 193-194).

[59] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. p. 327

[60] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Op.cit. p. 42

[61] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op.cit. 324.

[62] "Como se pode observar, conjugando agora as observações sobre efetividade com o novo conceito constitucional de interesse público, chega-se hoje ao conceito de constitucionalismo de resultado... Também observável e de modo muito especial, nesse processo de definição jurídica de interesse público sobressai a introdução do resultado da ação administrativa como parte essencial do conceito de finalidade pública e, nele, a evolução da eficácia à eficiência, e desta à efetividade. Na dogmática clássica a característica jurídica de eficácia dos atos do Poder Público não continha em si qualquer apreciação quanto ao resultado concreto da ação mas, apenas, a de sua aptidão para produzi-lo em abstrato... (MOREIRA NETO. Op.cit. p. 328-329).

[63] MORERIRA NETO, Diogo de Figueiredo. op. cit. p.330.

MODERNIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA QUE AFASTA A EXCLUSÃO SOCIAL*

MODERNIZATION OF PUBLIC HEALTH AWAY FROM SOCIAL EXCLUSION

Guilherme Ribeiro[249]
Ana Carolina Izidório Davies[250]

RESUMO

Introdução. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988, suas diretrizes, princípios, regras e mandamentos constitucionais. Os direitos sociais, dispositivos específicos que tratam do tema e o novo enfoque impresso na Constituição de 1988. O contraponto entre este direito e as diretrizes da universalidade e da integralidade do Sistema Único de Saúde. O enfoque judicial atual neste tema e a natureza deste direito. A modernização da Administração Pública destinada a concretizar o acesso à saúde diante deste contexto desastroso. A constatação de que somente a universalidade com igualdade pode gerar a eqüidade, coso contrário, uns terão o desnecessário e outros não terão o essencial. Dados estatísticos que retratam o quadro atual da saúde num país em desenvolvimento como o Brasil, em especial, demonstram que a concessão judicial reiterada na área da saúde para o fornecimento de medicamentos ou tratamentos muitas das vezes acarretam maiores injustiças na área social. Demonstração do perfil do cidadão que, em regra, pleiteia este direito judicialmente. Configuração da dificuldade para a Administração Pública em concretizar políticas públicas diante do desequilíbrio gerado por tais concessões judiciais, que por vezes motiva fraudes. Demonstração dos regramentos básicos inerentes ao Sistema Único de Saúde que na maioria das vezes não são observados pelas várias esferas de poder, em especial o Judiciário. Integralidade e universalidade do acesso à saúde como um dos principais destes critérios e medidas concretas da Administração Pública voltada a evitar a exclusão social. Considerações finais.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO À SAÚDE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. INTEGRALIDADE E UNIVERSALIDADE. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

ABSTRACT

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

[249] **Coordenador do Curso de Direito e Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade La Salle em Mato Grosso (UNILASALLE/MT). Mestrando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (IT/SP). Especialista em Direito Ambiental (PUC/MG) e em Direito Constitucional (FESMP/MT)**

[250] **Procuradora do Estado de São Paulo (PGE/SP) e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE/SP)**

Introduction. The right to health in the Constitution of 1988, its guidelines, principles, rules and constitutional provisions. Social rights, specific devices that deal with the new focus and printed in the 1988 Constitution. The contrast between this law and the guidelines of the universality and integrity of the Unified Health System The current judicial approach on this issue and the nature of this right. The modernization of public administration designed to achieve access to health before this context disastrous. The finding that only the universality of equality can generate equity, otherwise, some have the unnecessary and others will not have the key. Statistics that show the current picture of health in a developing country like Brazil, in particular, show that the granting court reiterated in health for the supply of medicines or treatments often cause more injustice in the social area. Demonstration of the profile of the citizen, as a rule, pleads that right in court. Setting the difficulty for the Administration in implementation of government policies before the imbalance created by such court awards, which sometimes encourages fraud. Income regramentos basic inherent in the National Health System that in most cases are not observed by the various spheres of power, especially the judiciary. Completeness and universal access to health as one of the main criteria and measures of public administration aimed at avoiding social exclusion. Remarks.

KEYWORDS: RIGHT TO HEALTH. SINGLE HEALTH SYSTEM. COMPLETENESS AND UNIVERSALITY. PUBLIC ADMINISTRATION

INTRODUÇÃO

Este trabalho se destina a traçar linhas gerais sobre os princípios e diretrizes do direito à saúde e contextualizá-los na inevitável modernização da Administração Pública destinada a efetivar o direito social da saúde em sua maior amplitude e dimensão. Esta atualização/modernização tornou-se fatal diante do ativismo judicial ao conceder medicamentos/tratamentos de maneira irrestrita que, por conseqüência gera sérios comprometimentos aos cofres públicos e profundas exclusões sociais.

O tema constitui uma das nuances do direito fundamental mais importante resguardado por todas as Cartas políticas que é o direito à vida, na perspectiva de sua essencialidade. Relaciona-se também com um dos fundamentos constitucionais mais citados da atualidade que é o da dignidade da pessoa humana.

Será demonstrado que por diversas vezes ao conceder a tutela jurisdicional específica se contraria princípio e diretrizes do sistema público de saúde e numa visão mais ampla constata-se a criação de maiores desigualdades e exclusões sociais. Neste contexto, enfatiza-se alguns aperfeiçoamentos da Administração Pública a fim de se

efetivar o direito à saúde de forma mais equânime e evitar a exclusão social, bem como racionalizar o gasto público e diminuir a litigiosidade.

Ressalta-se a natureza social do direito à saúde, e como tal, deve ser viabilizado de forma mais difusa possível para que o Estado atinja todos efetivamente e que, com maior atenção, atinja os mais necessitados e hipossuficientes para que cumpra a função do verdadeiro Estado Social que é.

O DIREITO SOCIAL À SAÚDE E SEUS PRINCÍPIOS INTEGRADORES

De início, oportuno se faz a conceituação dos direitos sociais por José Afonso da Silva que, desde logo condiciona a sua existência à finalidade de justamente evitar a exclusão social:

(...) podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2001, p. 285-286)

Também na lição de PIETRO ALARCÓN, após a superação do Estado Liberal, surgem os direitos sociais

(....) diante da precariedade de vida dos trabalhadores do princípio daquele século, se verificava entre os direitos, liberdades e garantias emanados dos períodos das revoluções burguesas (e que proclamavam a autonomia das pessoas) e **os novos direitos sociais, que preenchiam o vazio do Estado como construtor e condutor de condições materiais e culturais** dignas para as pessoas. Por isso, o mesmo autor lusitano manifesta que **essa procura consistia, igualmente, em articular igualdade jurídica e igualdade social** e segurança jurídica com segurança social (ALARCON, 2004). (grifos nossos)

Portanto os direitos sociais ligam-se umbilicalmente ao princípio da igualdade, sendo tais direitos compositores de uma igualdade substancial, material, social complementadora daquela igualdade meramente formal, jurídica construída pelo Estado Liberal.

Justamente com o advento dos Direito Sociais é que pôde formar inteiramente o conteúdo do princípio da igualdade. Ressalte-se que o princípio da igualdade foi em conjunto com o princípio da legalidade baluartes do Estado Liberal. Acrescente-se, ainda, que o princípio da igualdade inaugura o rol de direitos e garantias individuais, como expressamente se vê no *caput* do art. 5º da CRFB/88.

Portanto, falar em princípio da igualdade (direito fundamental de caráter individual, expressamente petrificado pela CRFB/88) é, inexoravelmente, referir-se aos Direitos Sociais na medida em que estes dão a completude necessária ao aludido princípio.

A Constituição de 1988 enuncia os primeiros Direitos Sociais em seu Capítulo II do Título II, embora haja previsão de outros direitos sociais dispersos ao longo do *Lex Mater*, sendo exemplo o Título VIII do mesmo texto que trata "Da Ordem Social", com maior particularidade do direito à saúde.

Este direito é esculpido na Constituição Federal e possui um sistema idealizado, o Sistema Único de Saúde - SUS - definido como um conjunto de ações e serviços públicos, organizados em rede regionalizada e hierarquizada, de execução em três esferas de governo. Possui também princípios e diretrizes básicas que devem servir de norte em toda República Federativa do Brasil.

São cinco artigos (art. 196 a 200) em que o tema é especificamente delineado, sem prejuízos de outros dispositivos. O art. 196 do diploma constitucional versa que a saúde é direito de todos e dever do Estado devendo ser garantido o acesso universal igualitário. Constata-se a natureza difusa que o constituinte quis imprimir a este direito ao dispor expressamente de que se trata de um direito de todos, ou seja, são seus titulares sujeitos indetermináveis, independentemente de qualquer relação jurídica subjacente e que tem como objeto um bem jurídico indivisível.

O princípio do acesso universal e igualitário mencionado neste artigo garante o alcance deste direito a todo e qualquer cidadão de forma idêntica e independentemente de contraprestação à previdência social, como outrora (ARAUJO, 2006, p. 484)

O grande desafio é atender esta universalidade sem gerar injustiças maiores, mormente em casos judiciais de assistência farmacêutica. O direito existe, é inegável, mas deve ser viabilizado sem proporcionar outras injustiças. E ainda, o que está de fato inserido como obrigação constitucional para a Administração Pública em questão de saúde pública, acessível de fato a todo o público e em especial os excluídos sociais.

Seguindo os dispositivos, o art. 197 dispõe que as ações e serviços de saúde são de relevância pública e faculta à iniciativa privada a sua execução nos moldes determinados pelo poder público. Ressalta-se ainda que a menção ao termo "relevância pública" traduz-se num princípio-garantia em favor do cidadão. (ROCHA, 1999, p. 53) No ensinar de Canotilho

...os princípios-garantia, visam instituir direta e imediatamente uma garantia aos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante. Como se disse, estes princípios traduzem-se no estabelecimento direto de garantias para os cidadãos e daí que os autores lhe chamem 'princípios em forma de norma jurídica' e considerem o legislador estreitamente vinculado a sua aplicação. (CANOTILHO, 1998, p. 1041)

O art. 198 institui o Sistema Único de Saúde - SUS - , expõe suas diretrizes e critérios (descentralização, prioridade preventiva e participação da comunidade) e determina o seu financiamento pela seguridade social que, além da saúde compreende a previdência e a assistência social e ainda a repartição orçamentária entre os entes federados. O art. 199 apresenta dispositivos explicativos sobre a execução da saúde pela iniciativa privada.

E o art. 200 dispõe ainda de outras atribuições do Sistema Único de Saúde: fiscalização de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros.

O tratamento oferecido ao tema é inigualável se comparado às demais Constituições desta federação. Apesar de ser de conhecimento notório que toda a

estrutura mencionada ainda não seja perfeitamente aplicada na prática, deve-se louvar que, historicamente, ao menos na Carta Constitucional deu-se a devida atenção a este direito fundamental e que sua implementação encontra-se em processo de desenvolvimento, como o país. Nas palavras de Germano A. Schwartz e Ricardo J. Gloeckner

é um sistema racional, entrelaçado endogenamente ao Direito, receptivo às variadas mutações pelas quais passam os demais sistemas sociais e, ativamente consolidado como direito fundamental do homem, alicerçado na cidadania e como tal, pilar que atua como sustentáculo da Justiça distributiva imanente ao Estado Democrático de Direito. (SCHWARTZ, 2001, p. 47)

Conclui-se que a saúde é um direito fundamental consagrado no *caput* do art.5º ao garantir o direito à vida, um direito social (art. 6º) e ainda um direito de todos (art.196). Este tratamento inédito dedicado à saúde não podia ser diferente ante toda a unidade da Constituição Federal de 1988. Isto porque dentre os fundamentos desta Constituição está a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º , IV). Estes dispositivos estão logo no primeiro Título da Constituição Federal e devem ser considerados preceitos fundamentais para a perfeita compreensão e correta interpretação do texto constitucional.

Em contraponto a esta amplitude não se pode deixar de mencionar a escassez dos recursos da Administração Pública e o caráter universal e igualitário já mencionado. As circunstâncias sociais presentes a cada momento devem eleger as prioridades até mesmo no campo da saúde. Vale dizer, não há como garantir todas as espécies de remédios, exames, próteses ou tratamentos, como por exemplo contra a calvice ou cirurgias para a mudança de sexo a todos, sem qualquer custo direto para o cidadão. É preciso eleger as prioridades. (HERNÁNDEZ, 2005, p. 85). Nesta toada a Administração Pública é compelida a agir de forma racional e sistêmica na implementação deste direito.

A UNIVERSALIDADE E A INTEGRALIDADE

Visto que a integralidade e a universalidade são algumas das diretrizes dos serviços de saúde pública, cabe analisá-los de forma detida e prática: qual o seu real significado, como é aplicabilidade prática destas diretrizes e como se dá a sua regulamentação, levando-se em conta que, assim como qualquer outro direito fundamental não pode ser considerado absoluto de plano, mesmo quando se trata do direito à vida, como o objeto

deste estudo. Ele deverá ser equilibrado com o direito à vida de todos e não somente do indivíduo e também sopesado com os demais direitos.

A princípio é possível deduzir de logo que "a universalidade exterioriza o direito que todos têm à cobertura e ao atendimento, isto é, não pode gerar exclusões indevidas, tratamentos diferenciados para o mesmo tipo de cidadão, sendo direito absoluto que todos os brasileiros deveriam ter acesso, não só para cobertura de suas necessidades, sempre que subordinados à Seguridade, como para o atendimento." (MARTINS, 2000, p.19). E ainda "a saúde não é um privilégio de uns poucos, como ocorria nas democracias gregas, antes de Cristo, onde só tinham direitos a certos benefícios os cidadãos; os demais ou eram escravos ou pertenciam a plebe quase servil." (MARTINS, 2000, p. 154). Porém salienta que "uma verdadeira democracia liberal e justa, os que têm maior poder aquisitivo devem ser atendidos pelo Estado em segundo plano, pois possuem recursos para se auto-sustentar, devendo a ação social prioritária ser dedicada àqueles que dela mais necessitam." (MARTINS, 2000, p. 156).

No entanto, assim como em qualquer outro país do mundo não é possível conceder com universalidade todas as possíveis e imaginárias formas ações e serviços de saúde pois toda viabilidade de direitos possui um custo que deve ser previamente administrado em termos legais. E também porque há uma infinidade de avanços tecnológicos na medicina e na farmácia, alguns até mesmo que esbarram no limite da ética e outros ainda que tempo depois são retirados de comercialização em virtude dos danos causados à saúde.

A lei e seus regulamentos devem impor "estas proporções, sem, contudo, é óbvio, cercear o direito à promoção, proteção e recuperação da saúde. E aqui o elemento delimitador deverá ser o da dignidade humana". (LENIR, 2005, p. 5) Assim, a lei deve fazer esta limitação inicial e, na sua ausência o Judiciário deverá integrar o sistema com critérios, sempre de acordo com os princípios e diretrizes gerais do sistema constitucional de saúde.

"A integralidade da assistência não é um direito a ser satisfeito de maneira aleatória, conforme exigências individuais de cada cidadão ou de acordo com a sua vontade do dirigente da saúde, mas sim de um resultado do plano de saúde, que por sua vez, deve ser conseqüência de um planejamento que leve em conta a epidemiologia e a organização de serviços e conjugue as necessidades da saúde com as disponibilidades de recursos, além da necessária observação do que ficou decidido nas comissões intergovernamentais trilaterais ou bilaterais, que não contrariem a lei" (SANTOS,2005, p. 9)

Outro requisito essencial, em especial para o direito à assistência farmacêutica é o atendimento do paciente pela saúde pública, ou seja por profissional integrado no Sistema Único de Saúde, pois somente este profissional que agirá de acordo com os protocolos e regulamentos técnicos da saúde pública. Também porque para fazer uso do sistema - Sistema Único de Saúde - é pressuposto que esteja integrado a ele. Vê-se muito hoje no Brasil pleitos de pacientes que exigem medicamentos/tratamentos sem contudo nunca terem utilizado o Sistema Único de Saúde. Trata-se de um sistema que possui esta condicionante: a porta de entrada pelo serviço público.

Esta é a integralidade do sistema. O Sistema Único de Saúde não é complementar ao setor privado, mas sim integral. E se alguém opta pelo setor privado deve pagar por ele. É assim em qualquer país do mundo, se você opta pelo serviço público deverá submeter-se a regramentos, protocolos técnicos e administrativos para poder ser custeado integralmente pelo Estado.

" O direito à integralidade da assistência terapêutica não pode ser aleatório e ficar sob a mais total independência reivindicatória do cidadão e da liberdade dos profissionais de saúde indicarem procedimentos, exames, tecnologias não incorporadas no sistema, devendo a conduta profissional pautar-se por protocolos, regulamentos técnicos e outros parâmetros técnico-científico-biológico. E esses documentos, orientadores do sistema, devem ser elaborados de forma a serem capazes de conjugar tecnologia, recursos financeiros e as reais necessidades terapêuticas, sem acrescentar o que possa ser considerado supérfulo ou desnecessário ou retirar o essencial ou relevante." (SANTOS, 2005, p. 9)

O cidadão não pode se socorrer do SUS apenas para obter um medicamento ou um exame, sem estar inscrito no sistema e dele participar. As demandas judiciais atuais demonstram que 60,63% das prescrições médicas que fundamentam o pedido são provenientes de médicos particulares o que viola o sistema público de saúde.[1]

Não se quer justificar a ineficiência da saúde pública, limitar sua atuação e também não se quer amarrar as mãos do Judiciário em atuações que se relacionam diretamente com políticas públicas. Pretende-se apenas demonstrar racionalmente como funciona o sistema, como foi idealizado e a forma como as autoridades das mais variadas esferas de poder devem agir, levando-se em conta sempre a natureza social do direito à saúde e não somente a situação individualizada.

Fazendo uma analogia com uma situação cotidiana, o funcionamento da saúde pública seria como a administração de um lar familiar com três filhos. O provedor(a) da família deve administrar seus recursos da melhor forma pra oferecer a melhor educação e saúde possível aos seus filhos. Sabe-se, contudo que, para uma família de classe média não será possível a matrícula no melhor colégio e nem mesmo, se enfermo, o atendimento no hospital da iniciativa privada mais caro. Dentro de suas possibilidades econômicas o responsável pela família oferecerá a melhor educação e a melhor assistência médica que esteja ao seu alcance. Também não será possível atender todos os desejos materiais dos filhos, até mesmo pelas infinidades de objetos de consumo que o mercado oferece. Também neste quesito o pai/mãe deverá eleger dentre alguns aqueles viáveis à sua capacidade financeira sem descontentar em demasia as crianças. Todo este contexto, lembrando sempre que são três filhos e todos devem ser igualmente atendidos. Ainda que pareça um raciocínio simples, esta também deve ser a base do entendimento na saúde pública.

É preciso primeiro lembrar que todo direito possui um custo, logo o valor dos recursos deve ser levado em consideração. Posteriormente, deve despir-se do pensamento individualista que assola cada vez mais os indivíduos e incorporar a idéia que o direito à saúde é um direito coletivo e como tal viabilizado sempre de forma que esteja acessível a todos, de maneira a atender a universalidade. Nesta idéia incute-se o pensamento de que somente a universalidade com igualdade pode gerar a eqüidade, coso contrário, uns terão o desnecessário e outros não terão o essencial. Neste sentido:

"Não podemos conviver, num mesmo sistema de saúde, com o acesso a um aparato tecnológico que muitas vezes, ao invés de garantir qualidade de vida até irá afastá-la, a um custo que certamente prejudicará a organização do sistema em sua totalidade, convivendo lado a lado, pessoas que não tem acesso a uma consulta de especialidade e que morre por desidratação com pessoas que, muitas vezes, em razão de tantas intervenções médicas e cirúrgicas podem até ser qualificadas como biônicas.

Este liame é de difícil precisão. Não é fácil definir o que deve e o que não deve ser colocado à disposição da população. Mas, nem mesmo os países ricos que mantém sistemas públicos de saúde, de acesso universal, oferecem tudo a todos. Oferece para todos aquilo que, com seriedade e de acordo com os critérios técnicos, científicos, médicos, biológicos entende como necessário à garantia da assistência integral, sem o excesso do mundo tecnológico-capitalista que mais pretende vender do que curar. Aliás a indústria muitas vezes é mais da doença do que da cura. Estudos e análises de profissionais, que devem ouvir os reclamos da população e conhecer a sua real demanda, são imperiosos num sistema público de saúde que tenha como pauta respeitar a dignidade das pessoas.

Não queremos com isso dizer que as pessoas não devem ter acesso a serviços de ponta, de qualidade, com o direito de prolongamento de suas vidas, mas sempre com os olhos voltados para um sistema que deve ser coerente, conseqüente, igualitário, equânime e humano. A indicação de determinadas condutas profissionais

deve pautar-se por parâmetros, diretrizes, protocolos que visem garantir a todos a dignidade humana." (SANTOS, 2005, p. 11)

É preciso que a universalidade e a integralidade sejam justas e equânimes. Não se pode garantir o direito de um cidadão fazer um tratamento de daltonismo no exterior e ao mesmo tempo deixar de evitar a morte de recém-nascidos por desnutrição ou por falta de leitos na UTI neonatal. É preciso uma justa medida uma razoabilidade centrada em parâmetros éticos e de acordo com os recursos orçamentários da saúde pública de um país em desenvolvimento.

Nestes termos é que se deve ter critério na concessão de uma medida judicial em matéria de saúde pública. Caso a caso, deve-se analisar o objeto da demanda individual conjugado com o direito social da saúde, as diretrizes do Sistema Único de Saúde e as políticas públicas em atuação. "A justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebra-se a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça." (AMARAL, 2001, p. 39)

Se assim não for, a medida judicial concessiva contribuirá apenas aumentar a desigualdade existente, não para a construção de um saúde pública justa! Nos dizeres de Lenir Santos "não estamos defendendo uma saúde pobre para todos. Mas se não se organiza o sistema público, fatalmente teremos uma saúde pobre para todos".

Inserido no direito à saúde está o fornecimento de medicamentos inerentes ao tratamento nos termos da Constituição Federal e Lei 8080/90, art. 6, inciso I, alínea d. Como exposto acima e por estar contido no Sistema Único de Saúde, para obter esta qualidade de assistência deve-se, antes de mais nada estar inserido neste sistema, ter sido atendido por profissionais dele e observar aos demais regramentos técnicos e administrativos.

Tanto é este o intuito do sistema e do legislador que o idealizou que na esfera legislativa há apenas uma exceção prevista em lei específica (Lei nº 9.313/96): no caso da AIDS, o medicamento a ser garantido pelo Estado deve ser fornecido gratuitamente independentemente do tratamento ser realizado por médicos cadastrados nos serviços públicos de saúde. Isto se justifica por razões epidemiológicas e interesse maior na contenção de sua disseminação.

Além disto, em termos de saúde pública a integralidade da assistência farmacêutica deve abranger somente os medicamentos regulados e aprovados pelo ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, pois tais drogas passaram por avaliações e testes antes serem aprovados e serem considerados seguros para o fornecimento gratuito a população pelo Estado.

Nota-se que, por vezes, ao conceder a tutela jurisdicional os magistrados não observam estes pressupostos e acabam por conceder direitos como medicamentos receitados por médicos do setor privado ou ainda medicamentos que sequer foram aprovados pela ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária e estão em fase de experimentação por laboratórios farmacêuticos.

Nos dizeres de Jonh Rawls "Uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior". É possível utilizar esta premissa na problemática atual genérica de efetivação das políticas públicas por meios judiciais, em especial no quesito saúde.

Ressalta-se de plano que não se quer aqui justificar a ineficiência administrativa na realização de políticas públicas que, por vezes se prolongam na inércia de dos governantes. Nem tampouco criticar genericamente os deferimentos judiciais em concessão de medicamentos. Apenas refletir sobre a problemática e, logo mais, demonstrar algumas condutas da Administração Pública que convergem para a saúde universal e igual para todos, não apenas para aqueles que tem acesso ao Judiciário.

Quer-se demonstrar que é preciso eqüidade e critérios para se deferir inclusive direitos fundamentais para que injustiças maiores não sejam realizadas, afinal de contas, nenhum direito fundamental é absoluto e deverá sempre ser sopesado com os demais.

Sem fazer uma digressão longa a respeito da matéria, não se questiona a natureza da norma constitucional do direito à saúde e sua relevância, a separação de poderes ou as previsões orçamentárias. Tais argumentos também são de relevo mas o enfoque que se deseja é outro: existe todo um Sistema Único de Saúde que deve ser rigorosamente observado por ocasião da concessão judicial pois este Sistema é universal, acessível a todos e em consonância com todos os demais princípios da Constituição Federal.

Em outras palavras, o Estado oferece um sistema de saúde que deve ser utilizado, pois este é o sistema possível para oferecer a todos em condições de

igualdade. Daí pode-se concluir que são injustas concessões de medicamentos importados, se for fornecido pelo Estado outros similares; concessões judiciais de tratamento de daltonismo no exterior quando o Estado deve se voltar para suprir enfermidades de maior gravidade ainda não erradicada no país. Enfim, é injusto quando a Secretaria da Saúde acaba tendo que contingenciar verbas destinadas a decisões judiciais para determinados indivíduos e deixa de aplicar os recursos de uma forma mais abrangente e coletiva.

Para se ter uma idéia o exemplo mais drástico que ocorre atualmente no Estado de São Paulo é o seguinte. O Estado possui três programas de fornecimento de medicamentos: Programa Dose Certa, Programa Medicamentos Estratégicos e Programa Medicamentos de uso excepcional. De todos, o mais dispendioso é o de uso excepcional que abrange os aidéticos e doenças oncológicas. Pois bem, atualmente gasta-se R$ 400.000.000,00 em ações judiciais para a concessão de medicamentos em geral, de baixo, médio e alto custo, para atender apenas 25.000 pessoas; ao passo que se gasta R$ 838.000.000,00 para atender 380.000 pacientes apenas levando-se em conta a dispensação administrativa (sem ação judicial) e de medicamentos de alto custo que é o que mais onera o Estado.[2] Ou seja, na esfera administrativa gasta-se o dobro para atender mais de quinze vezes o número de pacientes que são atendidos mediante ordem judicial. Isto gera um descompasso gigantesco no orçamento da saúde e, por conseguinte uma injustiça enorme reflexa, mas também direta, no Sistema Único de Saúde.

Fazendo uma analogia para a melhor compreensão, seria como se o diretor da escola tivesse certa quantia para adquirir vacinas a serem ministradas a todos os seus alunos e tivesse que escolher uma de duas opções. Adquire-se uma vacina de ponta no mercado mas destinada apenas a metade dos alunos ou adquire-se uma vacina de qualidade mediana e aplica-se a todos os alunos. Sem dúvida que a segunda opção é a mais justa e adequada pois atinge a totalidade dos alunos de forma equânime, e ainda que aparente a primeira vista ser uma injustiça esta será plenamente tolerável para se evitar uma injustiça ainda maior.

Outros dados interessantes que demonstram que o Judiciário ao conceder medicamento individualizado gera uma desigualdade maior ainda. Veja: numa pesquisa realizada no interior da Farmácia de São Paulo de dispensação de medicamentos concedidos judicialmente apurou-se os seguintes números[3]:

- 60,63% das receitas médicas que fundamentam o pedido judicial são provenientes de médicos particulares;

- 38,75%, a maior percentagem apurada, das ações são patrocinadas por advogados particulares;

- 60% dos pacientes que muniam receitas públicas afirmaram que se utilizaram o SUS apenas e tão somente uma única vez para a obtenção da receita necessária para instruir a ação judicial;

- 23,75%, a maior percentagem apurada, possuía uma renda per capita familiar ente dois e cinco salários mínimos, o que em termos brasileiros é considerada alta levando em conta ainda que para fins previdenciários é considerado pobre aquela família que possui renda per capita inferior a um terço do salário mínimo;

- 36% das pessoas possuíam nível de escolaridade médio e 25 %, nível superior;

Após estes números pode-se deduzir que ao inobservar os regramentos e diretrizes do Sistema Único de Saúde o Judiciário acaba, em regra beneficiando os mais ricos e instruídos. Por conseguinte na ilusão de concretizar uma norma programática ou efetivar uma política pública algumas decisões judiciais acabam gerando mais desigualdade na medida em que não se atentam à universalidade com eqüidade. Aumenta-se a exclusão social.

É o denominado duplo sacrifício da equidade, isto é, além de desequilibrar o sistema público de saúde, concede benefícios individuais, por vezes improcedentes, que acaba por desfavorecer ainda mais o hipossuficiente que sequer tem acesso ao Judiciário.

Nesse contexto, há um duplo sacrifício aos princípios da universalidade e eqüidade em saúde. Os que já possuem condições de saúde comparativamente melhores em virtude de suas condições socioeconômicas avantajadas são beneficiados ainda mais por conta de seu acesso mais fácil ao Judiciário. De política pública universal e igualitária tendente a minimizar as desigualdades de saúde decorrentes das desigualdades sociais o SUS se transforma, por meio das ações judiciais, em perpetuador e contribuinte do já elevado déficit de eqüidade em saúde do país.[4]

Outra consequência originária da concessão judicial e irrestrita de medicamentos é o surgimento de grupos fraudadores da saúde pública que se aproveitam da constante procedência das ações para auferir vantagens econômicas. O litigioso mercado de medicamentos e a concorrência de laboratórios são de notório conhecimento, de maneira que fazer com que o Estado pague pela preferência de determinado remédio resultante de um arranjo prévio de profissionais de diversas áreas não é difícil de imaginar.

"Tais ações ainda podem acobertar os interesses de determinados laboratórios farmacêuticos, responsáveis pela comercialização de inovações terapêuticas inacessíveis financeiramente aos autores" (DALLARI; MARQUES, 2007, p. 101).

Não o bastante, esta espécie de esquema já foi desvendada algumas vezes no Estado de São Paulo, sendo que a mais recente se deu na cidade de Marília.[5] As quadrilhas se destinam, em especial, aos medicamentos mais onerosos, que geram alto custo para o Estado. Os envolvidos são de toda a ordem, desde médicos e advogados até representantes comerciais de laboratórios ou mesmo integrantes de associações criadas especificamente para atender pacientes de determinadas doenças.

Neste caso de Marília, na operação Garra Rufa, muitas receitas foram forjadas e a Secretaria de Saúde informou que somente no ano anterior, em 2008, foram atendidas 3800 ordens judiciais que determinavam a entrega de medicamentos caros contra a psoríase. Do total, o governo crê que ao menos 2500 tiveram origem fraudulenta, o que acarretou um prejuízo estimado de R$ 63.000.000,00 (sessenta e três milhões de reais).

O Estado de São Paulo em moléstias como psoríase oferece gratuitamente três espécies de medicamentos de custo que variam entre R$ 50,00 (cinquenta reais) a R$ 1.000,00 (mil reais) mensais, sendo que, em geral, as ações pleiteavam um medicamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). No ato do desvendamento do golpe foram constatados que dois, dos quinze pacientes que já estavam recebendo os remédios, portavam receitas forjadas. Os outros treze demais recebiam os medicamentos mais caros, sendo que poderiam perfeitamente fazer uso dos medicamentos mais baratos que, por sinal, produzem menos efeitos colaterais ao organismo. Tanto é que, destes pacientes, três acabaram contraindo tuberculose.[6]

Sabe-se que as demandas que pleiteiam medicamentos, em sua maioria, são devidas, até por conta do nosso sistema público de saúde, que muito tem a aprimorar ainda. No entanto, ocorridos como estes devem ser veiculados e refletidos, pois demonstram o abuso de uns, valendo-se do direito de outros. Ou ainda, aproveitam-se da deficiência de um sistema para se locupletar ilicitamente.

O Judiciário precisa estar atento também a este tipo de golpe, além dos demais critérios mencionados ordenadores para que a integralidade e a universalidade do direito à saúde sejam realizadas da forma mais equânime possível.

MODERNIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

Em atenção a este quadro desastroso, à Administração Pública não resta outra alternativa, senão adotar medidas executivas no âmbito da gestão da saúde pública a fim de, num primeiro plano se efetivar o direito à saúde de forma justa e equânime e, num segundo momento, diminuir a litigiosidade provocada pelas demandas desta natureza, sem mencionar a racionalização dos gastos públicos.

A exemplo, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo[7] desenvolveu uma parceria inovadora juntamente com a Coordenação de Demandas Estratégicas do Sistema Único de Saúde da Secretaria de Saúde do Estado, com a finalidade de amenizar o fenômeno da judicialização das políticas públicas.

Este projeto também empreendeu uma união responsável em prol do interesse público entabulando um diálogo entre Poder Executivo, Pode Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública.

Com o crescente aumento das demandas envolvendo o fornecimento de fármacos e outros, estimou-se que, no decorrer do ano de 2008, o governo paulista gastou mais de R$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais).

Desta parceria foi criado o *Sistema de Controle Jurídico* - SCJ em que se cadastra toda determinação judicial recebida e elabora-se um relatório técnico de fácil compreensão com informações a respeito da moléstia, a pertinência da terapia e as opções ou alternativas terapêuticas disponibilizadas pelo SUS. Deste banco de dados é possível apurar e monitorar os medicamentos e insumos reclamados em cada ação ajuizada, possibilitando apurar a alta demanda de casos que, se seguros e aprovados, podem ser incorporados ao Programa de Saúde do Estado, para a dispensação a todos aqueles que precisarem e não apenas àquele, afortunado por ter acesso ao Judiciário, os obtém judicialmente.

Desta ação nasceram os seguintes Programas de Dispensação de Medicamentos Especiais no Estado de São Paulo:

a) *Prevenção da Infecção pelo Vírus Sincicial Respiratório* - Resolução SS-249, de 13 de julho de 2007;

b) *Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica - DPOC* - Resolução SS-278, de 26 de julho de 2007;

c) *Norma Técnica para a utilização de Aripiprazol* - Resolução SS - 295, de 04 de setembro de 2007;

d) *Protocolo para Tratamento dos Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar* - Resolução SS-321, de 30 de outubro de 2007;

e) *Norma Técnica para o Tratamento de Hepatite B Crônica* - Resolução SS-40, de 31 de março de 2006;

f) *Norma Técnica para o Tratamento de Hepatite C Crônica* - Resolução SS-39, de 31 de março de 2006;

g) *Protocolo Clínico de Dispensação de Fórmulas Infantis para Pacientes com Alergia à Proteína do Leite de Vaca* - Resolução SS-3436, de 27 de novembro de 2007.

O resultado deste trabalho que implantou um olhar especial da Administração à saúde pública é nítido, pois já houve uma redução das demandas judiciais ajuizadas na Capital de 25% (vinte e cinco por cento) no ano de 2009 comparado ao mesmo período do ano de 2008.

Entretanto, observa-se que, ainda de forma tímida, os tribunais já têm se dado conta do real quadro atual do direito à saúde pública. Nota-se que sentenças e acórdãos que, em quase sua totalidade eram manifestamente favoráveis à pretensão começam a condicionar o direito ao exigir que a prescrição médica seja de natureza pública, vale dizer, originário de um médico integrante do Sistema Único de Saúde o que reforça o caráter de sistema da saúde pública.

Antecipação de tutela para fornecê-los à pessoa que não se trata na rede pública, no SUS. - O Estado apenas está obrigado a desenvolver políticas públicas na área da saúde, sem que o particular tenha ação para compeli-lo a entregar medicamentos fora das políticas por ele desenvolvidas - O Estado vem se organizando para atender apenas os

carentes, da rede pública, do SUS, sem que possa amparar aqueles que têm condições de custear os próprios tratamentos - Liminar revogada - Recurso provido.[8]

E, para que forneça os remédios e insumos, o interessado terá que exibir requisição firmada por médico da rede pública, que prescreverá os produtos e a dosagem adequada ao paciente, desde que aprovados os produtos pelo ministério da Saúde e que estejam disponíveis no país.[9]

Medicamentos - Ação para obrigar o Estado a fornecer medicamentos importados, fora dos disponíveis na rede estadual de saúde, a portador de hepatite c - Inviabilidade do uso no país de medicamentos importados sem prévio registro no ministério da Saúde (Lei nº 6.360/76 - art. 12) - Particular que não tem ação contra o Estado para obrigá-lo a fornecer medicamentos fora das políticas públicas ou programas por ele estabelecidos - Não tem o Judiciário condições de avaliar, sem perícia confiável, se os medicamentos receitados ao autor seriam mais eficientes que os fornecidos pela rede estadual de saúde - Direito líquido e certo ausente - Segurança denegada - Recursos providos (oficial e voluntário).[10]

Infere-se que alguns julgados começam a considerar o Sistema Único de Saúde como um sistema, com suas diretrizes, princípios, porém o caminho de interpretação de grande parte da jurisprudência é no sentido contrário e resulta numa inversão trágica dos seus reais objetivos. De política minimizadora das desigualdades em saúde que espelham as iniquidades sociais, transforma-se em instrumento auxiliar da perpetuação dessas iniquidades.

Os números apresentados são o reflexo do atual quadro de concessão judicial excessiva que desequilibra o sistema além de aumentar a exclusão social. É necessário efetivar o direito à saúde de acordo com o seu caráter social e de forma mais justa e equânime. A universalidade, integralidade e igualdade devem caminhar juntas e paralelas para que haja equidade e não gere ainda mais injustiças.

A medida apontada acima, com algumas adaptações, também foi implantada em outros Estados como o Rio de Janeiro e apresentou resultados satisfatórios.

É fundamental esta conscientização dos operadores do direito como um todo do real alcance do direito à saúde pública brasileira e também o profundo respeito às políticas públicas implantadas, a exemplo da retro citada.

Ações sistêmicas como a mencionada, que envolvam as diversas esferas de poder e autoridades de naturezas diferentes (Judiciário, Procuradorias do Estado, Gestores Públicos, Defensoria Pública e Ministério Público) irão por fim, em concreto efetivar o acesso à saúde.

É visível que a implantação de programas não tão complexos viabiliza a racionalidade na concessão de um direito social.

Condutas da Administração Pública direcionadas à sistematização da concessão de medicamentos/tratamentos proporciona em larga escala o concreto atendimento universal e igualitário dos cidadãos que recorrem à saúde pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se com este trabalho focalizar a problemática atual da saúde e a dificuldade que a Administração Pública enfrenta em concretizar este direito com eqüidade. De há muito fala-se em reserva de possível, princípio da separação dos poderes, mínimo existencial e outros para fundamentar a defesa da Administração Pública em demandas referentes a este tema.

No entanto, sob outro enfoque foi demonstrado que por uma interpretação mais adequada dos próprios princípios e diretrizes esculpidos na Constituição Cidadão de 1988 é possível deduzir a lógica do sistema público de saúde. Principalmente, levando-se em conta o histórico da saúde que, anos atrás sequer era universal, havia o pressuposto de inscrição e contribuição no sistema previdenciário. Porém, após 1988 com a implantação da integralidade e da universalidade é necessário entender e adequar estes pressupostos para se efetivar sem maiores injustiças o direito social da saúde.

Lembra-se também que como todo direito fundamental, o direito à saúde não é absoluto e, em especial, por ser um direito social deve ser visualizado e efetivado no coletivo e não pura e simplesmente como um direito individualizado.

Conclui-se que os direitos sociais, como a saúde, não podem ser analisados simplesmente pelo seu viés teórico, deve-se analisar a prática. E o ativismo judicial isolado, sem considerar as políticas públicas existentes, pode vir a gerar ainda maiores desigualdades sociais e acabar por inviabilizar a ampliação de tais políticas públicas. É preciso acabar com esta idéia de que o ativismo judicial pode implementar os direitos sociais e gerar uma justiça social. Tratando-se de direito social não se pode ignorar seu caráter coletivo, sendo que sua implementação depende de um equacionamento de gastos entre Legislativo e Executivo.

Assim, ante a infinidade de medicamentos e tecnologias na área da saúde, dessume-se que a saúde pública deve ter como balizamento a lei e esta deve ter como referência o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana proporcionando igualdade com eqüidade sem gerar maiores desigualdades.

Nesta conjuntura a Administração Pública é impelida a atualizar-se adotando condutas urgentes dedicadas a efetivação a política pública de concessão de medicamentos/tratamentos (sistemas de informatização e parcerias), minimização de gastos desordenados e convencimento dos operadores do direito por meio da eficácia das medidas a desnecessidade de recurso ao Judiciário.

Desta forma, ações da Administração Pública como o Sistema de Controle Jurídico e parcerias com as demais esferas de poder e autoridades, pretendem modernizar o sistema de saúde pública com real igualdade pois oferecido a todos que dele precisar e não apenas àqueles que litigarem por vias judiciais.

De outro lado, esta modernização/atualização da Administração Pública não sobrevive de forma isolada, deve contar com a atuação conjugada e coordenada das demais esferas de poder e das diferentes formas de autoridade, sob pena de sua inviabilização. Em outras palavras, políticas públicas quando existentes devem ser rigorosamente respeitadas.

Somente com este enfoque e prestigiando ações administrativas como esta é que será possível oferecer à população brasileira que, em peculiar pertence a uma nação em desenvolvimento, o ideal sistema público de saúde e não um sistema individual de saúde direcionado apenas àqueles que recorrem ao Judiciário. Por fim, esta é a modernização da saúde pública que afasta a exclusão social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolhas: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AITH,Fernando.Curso de Direito Sanitário.A proteção do Direito da Saúde no Brasil.São Paulo: Quartier Latim, 2007

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALARCÓN, ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Migalhas. disponível em <http:migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582>. Acesso em 22 jan. 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERTOLLI FILHO, Cláudio. História da saúde no Brasil. São Paulo: Ática, 2001.

CAMPOS, Rodrigo Augusto de Carvalho. O princípio da proporcionalidade como critério para decisão judicial acerca de pretensões incidentes sobre políticas públicas. Monografia apresentada no XXIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado. Porto Seguro, 2007.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado.. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CLÉVE, Clémerson Merlin. Eficácia dos Direitos Sociais. Revista Crítica Jurídica, Curitiba, v.22, p. 17-29, jul/dez 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e cidadania. São Paulo: Moderna, 1998.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Os Estados brasileiros e o Direito à Saúde. São Paulo: Hucitec, 1995.

_____. A participação popular e o direito à saúde no sistema nacional de saúde brasileiro. Revista de Direito Sanitário, São Paulo: LTr, v.6, n. 1/2/3, p. 9-24, 2005.

_____. MARQUES, Silvia Badim. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. Revista de Saúde Pública, São Paulo, vol 41, n. 1, p. 132-152, fev. 2007.

FARIA, José Eduardo (organizador). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. VIEIRA, Fabíola Sulpino Vieira. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 23 abr. 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FORTUNA, Affonso de Aragão Peixoto Fortuna. As responsabilidades quanto à prestação de ações e serviços públicos de saúde.Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 23 abr. 2009.

GOUVEIA, Carlos Eduardo. Ampliação do acesso a medicamentos.Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 23 abr. 2009.

GUERRA, Pedro Augusto Costa. NEVES, Luciana Barreto. FRANÇA, Wilson. Considerações sobre o sistema único de saúde e as demandas judiciais envolvendo prestação dos serviços de saúde no âmbito do município de Salvador. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 23 abr. 2009.

GUIMARÃES, Cláudia Pereira de Aguiar. A Saúde na Federação Brasileira. Dissertação de mestrado apresentada ao Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru, Bauru. 2002.

HERNÁNDEZ, Eduardo Martinez y; PERULLES, Luis Francisco García; CRESPO, Enrique Barón. Tratado del Derecho a la Protección de la salud. 2 ed. Madrid: Laxes, S.L. Fotocomposición, 2004.

KELLER, Arno Arnoldo. O descumprimento dos direitos sociais. São Paulo: LTr, 2001.

KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e direitos internacionais.BArueri: Manole, 2005.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos funadamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUNES, Vidal Serrano Nunes Júnior. A Cidadania Social na Constituição de 1988. São Paulo: Verbatim, 2009.

PAULA, Alexandre Sturion de (coordenador). Ensaios Constitucionais de Direitos Fundamentais.Campinas: Servanda, 2006.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Usuários de Serviços Públicos. São Paulo: Saraiva,2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 12 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PIOVESAN, Flávia. VIEIRA,Renato Stanziola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. Araucária, Sevilla, ano 8,n. 15, p. 128-146, 2006.

QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais. Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. O princípio da não reversibilidade dos direitos sociais. Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANTOS, Lenir. Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde. Jus Navigandi. Teresina, ano9, n. 821, 2 out. 2005. disponível em <http:jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7378>. Acesso em 09 fev. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2008.

SCHWARTZ, Germano. Direito à saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A tutela antecipada no Direito à Saúde. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SILVA, Francisco Viegas Neves da. Considerações sobre a judicialização do acesso à saúde. Monografia submetida ao Prêmio Ajuris - Direitos Humanos. Pelotas, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19 ed. São Paulo Malheiros, 2001.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, volume 798, p.23-50, abril, 2002.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito do Estado, n.4, p. 23-51, out/dez, 2006.

_____. Direitos fundamentais e relações entre particulares. Revista Direito GV, São Paulo, v.1, n.1, p. 173-180, maio, 2005.

SILVA, Patrícia Fernandes. WAISSMAN, Willian. Normatização, O Estado e a saúde: questões sobre a formalização do direito sanitário. Revista Ciência e Saúde Coletiva:Rio de Janeiro, v.10, n. 1, p. 237-244, jan/mar 2005.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. Direito da Saúde: Direito Sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 1999.

TOJAL, Sebastião Batto de Barros. Constituição Federal Dirigente de 1988 e o Direito à Saúde.. In: Os dez anos da Constituição Federal - Temas Diversos. Coordenação de Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999.

VARALDO, Carlos. Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública.Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 23 abr. 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. XIConferência Internacional da Associação Latino-Americana e Caribe de Direito e Economia (ALACDE), Berkeley, dez, 2006.

WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

WERNER, Patrícia, Ulson Pizarro. Concretização dos direitos fundamentais socais e a interpretação da Constituição. O direito à saúde: extensão e limites. 381f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2008.

---

[1] Dados estatísticos obtido em palestra proferido pelo Prof. Virgílio Afonso da Silva com o tema "Direitos socais, políticas públicas e o Judiciário" em 29/11/2007 no 43º Curso de Atualização Jurídica da PGE/SP.

[2] Dados retirados de palestra proferida no Instituto Brasileiro de Advocacia Pública no dia 01/10/2007 - "Fornecimento de Medicamentos:cidadania e escassez" por Mirian Gonçalves Dilguerian, Procuradora do Estado de São Paulo.

[3] Dados estatísticos obtido em palestra proferido pelo Prof. Virgílio Afonso da Silva com o tema "Direitos socais, políticas públicas e o Judiciário" em 29/11/2007 no 43º Curso de Atualização Jurídica da PGE/SP

[4] Texto apresentado por Otávio Luiz Motta Ferraz e Fabiola Sulpino Vieira, **Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade**: os riscos da interpretação judicial dominante, para instrução da audiência pública sobre saúde pública realizada no Supremo Tribunal Federal nos dias 27,28 e 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009.

[5] Polícia prende suspeitos de fraude de R$ 63 milhões em compra de medicamentos. Quadrilha convencia doentes a pedir medicamentos na Justiça em São Paulo. Médicos, representantes comerciais e advogados foram presos. Nove pessoas foram presas na madrugada desta segunda-feira, dia 01/05/2009 no interior de São

Paulo. Suspeitas de fazer parte de uma quadrilha que causou um prejuízo de cerca de R$ 63 milhões ao Estado. O dinheiro foi usado na compra de remédios fora do protocolo do Ministério da Saúde, usados para o tratamento de psoríase, doença causada por inflamações na pele. Os medicamentos não eram disponibilizados gratuitamente pelo governo. Segundo a Secretaria de Segurança Pública, o grupo atuava na região de Marília, a 435 Km de São Paulo. A chamada operação Garra Rufa, realizada em conjunto com a Secretaria da Saúde de São Paulo, descobriu que os golpistas convenciam portadores da doença a ingressar com ações na justiça, obrigando o governo do Estado de São Paulo a comprar medicamentos de laboratórios envolvidos no golpe. Entre os presos, estão médicos, representantes comerciais e advogados. Na manhã desta segunda-feira, a Polícia Civil cumpre doze mandados de busca em Marília. Os presos foram encaminhados à Delegacia Seccional da cidade (Notícia publicada no *site*: <http://www.globo.com> e também veiculada na televisão em dois jornais de grande público).

[6] "O grande lucro ficava com os laboratórios que vendiam muito mais", afirmou o delegado Paulo Pinho Alonso, de Marília. Os laboratórios repassavam parte do lucro à ONG, aos advogados e aos médicos. A ONG recebia R$ 150,00 (cento e cinqüenta reais) por paciente. Os pacientes e os juízes não sabiam da fraude, segundo a polícia. Um dos pacientes usados no esquema foi o marceneiro de 28 anos. Ele ficou assustado quando ficou sabendo ontem do caso, por jornalistas. "Na associação, assinei um documento para a advogada fazer o pedido do remédio. Achei que era simples, não que era pra entrar na Justiça. Pensei que era uma coisa séria", diz ele, que tem psoríase desde a infância (Notícia veicula na *Folha de São Paulo*, de 02/09/2008).

[7] Este trabalho denominado "Uma parceria inovadora para fazer frente ao fenômeno da 'Judicialização das Políticas Públicas de Saúde - A Otimização da Gestão Pública" foi um dos vencedores da 5ª edição do Prêmio Governador Mário Covas, na categoria "Inovação em Gestão Pública", em 08/04/2009.

[8] TJSP, Agr Instr nº 580.310-5/4-00 - Rel. Urbano Ruiz.

[9] TJSP, Apelação nº 691.277-5/7-00 - Rel. Des. Corrêa Vianna - V.U.

[10] Idem.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*

LIABILITY OF CONCESSIONAIRES PUBLIC SERVICE: A CRITICAL ANALYSIS OF UNDERSTANDING SIGNED BY THE FEDERAL SUPREME COURT

Helena Telino Monteiro

RESUMO

O presente artigo faz uma análise crítica do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilidade civil das concessionárias de serviço público perante terceiros não usuários do serviço através de um contraponto com os artigos constitucionais correlatos à matéria. Tais considerações vão desde um breve histórico da responsabilização do Estado, a análise da transferência do serviço para o particular através da concessão e sua responsabilidade, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e culminam com o estudo da responsabilidade do ente estatal quando do inadimplemento das suas contratadas, a fim de verificar se, mesmo diante do contrato de concessão remanesce alguma responsabilidade para a Administração que delegou o serviço.

PALAVRAS-CHAVES: RESPONSABILIDADE. ESTADO. CONCESSIONÁRIAS SERVIÇO PÚBLICO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ABSTRACT

This article makes a critical understanding of the Supreme Court poin of view on the civil liability of public service concession to third parties who did not use the service and also offers a review to the constitutional articles related to the matter. Such considerations range from a brief history of the accountability of the state, the analysis of transfer of public service for particular through the issue and their responsibility, the applicability of the Code of Consumer Rights and ending with the study by the state entity when the default of its contractors to verify that, even with the concession contract remains some responsibility for the administration to be delegated the service.

KEYWORDS: RESPONSIBILITY. STATE. DEALERS PUBLIC SERVICE. SUPREME COURT.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Introdução

A temática da responsabilidade civil das concessionárias de serviços públicos é bastante rica pois envolve o estudo da responsabilidade civil do Estado (que lhe dá embasamento e sustentáculo), da responsabilidade civil presente no Código de Defesa do Consumidor, na Constituição Federal e na Lei 8.987/95, noções de privatização e reflexões sobre responsabilidade solidária e subsidiária do Poder Público nas atividades delegadas.

Longe de pensar em esgotar o tema, o presente trabalho tem a pretensão de trazer um estudo integrado do assunto, sempre com a reflexão acerca das decisões dos tribunais pátrios e da doutrina mais atualizada na matéria, aproximando as discussões das situações do dia-a-dia forense.

Dessa forma, abrange este artigo a discussão acerca da evolução da responsabilidade civil do Estado, da responsabilidade civil das concessionárias de serviço público e, por fim, da responsabilidade do Poder Público frente aos danos causados pelas concessionárias.

Na expectativa de contribuir para uma reflexão mais aprofundada do tema, o presente trabalho dá especial enfoque a decisão proferida no Recurso extraordinário n° 262651/SP em que foi Relator o Ministro Carlos Velloso, que abre importante precedente diferenciando as formas de colocação da responsabilidade das concessionárias de serviço público diante de seus usuários e de terceiros. Estudo que está a depender de maiores reflexões por parte do Supremo Tribunal Federal e da doutrina como um todo.

1. Breves considerações acerca da teoria da responsabilidade civil e o panorama atual com enfoque na jurisprudência pátria

Para introduzir a discussão, é imprescindível que se inicie pela responsabilidade extracontratual da Administração Pública, pois daí decorrerá o fundamento para a consolidação da teoria da responsabilidade civil das concessionárias de serviço público perante terceiros.

Rui Stoco, afirma que: “não há responsabilidade sem prejuízo advindo de dano” (STOCO, 1999). Orlando Soares, por sua vez, assevera, “a reparação exprime o ressarcimento, a indenização ou retribuição pecuniária – de natureza econômica – devida pelo agente que causou o dano a terceiro” (SOARES, 1999).

Para Orlando Soares, a responsabilidade civil pode ser dividida em dois tipos básicos: Responsabilidade civil contratual, decorrente do inadimplemento contratual que segue a norma do art. 389 do Código Civil, e a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, ou seja, aquela em que o agente causador do dano não está ligado ao ofendido/vítima por laços contratuais.

O estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado passou, assim como a maioria dos institutos de direito contemporâneo, por profundas alterações no decorrer de sua aplicação. Desde uma afirmativa geral de irresponsabilidade estatal até a acepção de que o Estado deveria suportar as indenizações reparando danos pela teoria do risco integral, vários foram os doutrinadores que se debruçaram sobre o tema.

Em verdade, a teoria da irresponsabilidade encontra-se atualmente superada já que Estados Unidos e Inglaterra (as duas últimas nações que a sustentavam) abandonaram-na em 1946 e 1947 (MEIRELES, 2006), respectivamente.

A teoria da culpa civil comum vem perdendo adeptos (ao menos no que toca à responsabilidade por atos comissivos) e, pela atual Carta Constitucional, a obrigação do Estado em reparar danos está baseada na teoria da responsabilidade sem culpa, ou, em outras palavras, teoria objetiva da responsabilidade civil, com lastro no art. 37, §6º da Constituição Federal.

O Código Civil, na mesma linha da Constituição Federal, abandonou a orientação subjetivista contida na codificação anterior e trouxe em seu art. 43 o seguinte comando:

“Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvando direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Para Kiyoshi Harada:

Pela teoria da culpa administrativa a obrigação de o Estado indenizar decorre da ausência objetiva do serviço público em si. Não se trata de culpa do agente público, mas de culpa especial do Poder Público, caracterizado pela falta de serviço púbico. Cabe à

vítima comprovar a inexistência do serviço, seu mau funcionamento ou seu retardamento. Representa o estágio de transição entre a doutrina da responsabilidade civilística e a tese objetiva do risco administrativo (HARADA, 2000, *in jus navigandi*).

A jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, caminha no seguinte sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ESTADO DO PARANÁ. ALIENAÇÃO DE TERRAS DEVOLUTAS DA UNIÃO. IRREGULARIDADE. ANULAÇÃO DOS TÍTULOS DOMINIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÚLTIMO ADQUIRENTE DO IMÓVEL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Ação declaratória de nulidade de título dominial cumulada com indenização e perdas e danos proposta por GERDELINA JUVINA MAROCHI contra o ESTADO DO PARANÁ, em que se requer a condenação do Estado do Paraná ao pagamento dos prejuízos experimentados pela autora e a declaração de nulidade dos títulos expedidos originariamente pelo réu. Sentença julgando parcialmente procedente o pedido, declarando nulos os títulos dominiais nominados na inicial e condenando o Estado ao pagamento de indenização por perdas e danos. Interpostas apelações pelas duas partes, o TJPR proveu o reexame necessário e a apelação da ré, julgando prejudicado o apelo da autora por entender que o STF firmou entendimento no sentido de que, em casos como o presente, por tratar-se de responsabilidade contratual, o Estado só responde perante aquele a quem conferiu o título de domínio pleno do imóvel; havendo, no caso de revendas sucessivas, ausência de nexo causal para que o último adquirente, abstraindo compradores que o antecederam, possa voltar-se contra quem expedira o título de domínio. Dessa forma, falece tanto à autora apelante como ao Estado do Paraná legitimação para figurarem, respectivamente, no pólo ativo e passivo da relação processual, acolhendo-se a preliminar de carência de ação por ilegitimidade das partes. No recurso especial, alega-se violação dos arts. 15 e 1.107 do Código Civil de 1916, além de dissídio jurisprudencial, sob o fundamento de que a linha central da análise jurídica, em hipóteses como a dos autos, é a culpa anônima do serviço público e não a responsabilidade contratual balizada pelo instituto da evicção, havendo responsabilidade objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, que impõe a obrigação de indenizar sem cogitar sobre a identificação do causador do dano, porque a indagação de culpa ou dolo do agente da autoridade é justificável apenas em se tratando de ação de regresso contra o responsável (art. 37, § 6°, CF). Em suas contra-razões, sustenta o Estado do Paraná que a questão discutida foi resolvida exclusivamente à luz do art. 107 da Constituição anterior, vigente à época dos fatos ensejadores do pedido indenizatório, sendo incabível o recurso especial. Afirma, ainda, que não foi interposto simultâneo recurso extraordinário e que os acórdãos paradigmas trazem hipótese fática distinta da dos autos ou orientação já superada do STF pelo Plenário daquele Tribunal.

2. A responsabilidade de o Estado reparar o dano que tenha causado, por si, diretamente, ou por seus agentes, é objetiva, leitura que se faz do artigo 15 do Estatuto Civil de 1916, da Constituição de 1967 e, também, da vigente Carta Federal, que assim dispõe em seu artigo 37, § 6º.

3. Na hipótese, o Estado do Paraná alienou a particulares, indevidamente, terras devolutas da UNIÃO. No momento seguinte buscou a anulação de seu próprio ato administrativo, mas não deixou, assim, de causar prejuízo à parte que, situada na última posição da cadeia dominial, foi desapossada do imóvel e teve o título de propriedade desconstituído.

4. Comprovada nos autos a existência do nexo de causalidade entre a atuação do Estado e o prejuízo experimentado pela recorrente, impõe-se reconhecer a responsabilidade do Poder Público pela reparação do prejuízo que, nessa qualidade, inflingiu à recorrente. Precedentes.

5. Recurso especial conhecido e provido com a finalidade de que, desconstituído o acórdão impugnado, sejam reeditados os termos lançados na sentença de fls. 588/590, caracterizado o dever de indenizar que se impõe ao Estado do Paraná.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 175.287-PR, Relator: Min. José Delgado. Brasília, DF 21.02.2006, *Diário da Justiça da União,* 13 mar. 2006.).

No que pertine à indenização por atos omissivos do Estado, há dupla possibilidade de condenação, a primeira pela teoria do risco administrativo, naqueles casos em que o Estado tem o dever de guarda e vigilância, fica obrigado a responder independentemente de perquirição de culpa (ou *faute du service* dos franceses) são os casos de danos que ocorrem em estabelecimentos prisionais e escolas públicas; por outro lado, quando o Estado não estava na obrigação direta de zelar pela vida e segurança do sujeito lesado, especificamente, responde pelos seus atos omissivos mediante aferição de culpa. Esse é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, capitaneado pelos seguintes arestos exemplificadores:

EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. **3. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos**. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 272839-MT, Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF. *Diário da Justiça da União* 08 abr. 2005 (Grifos de agora).

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDIÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. **Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade,**

justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 409203-RS, Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF. *Diário da Justiça da União*, 20 abr. 2007(Grifos de agora).

Feita uma breve análise dos recentes posicionamentos das Cortes Superiores acerca da responsabilidade civil estatal, passa-se a analisar a responsabilidade civil das concessionárias de serviço público, tema deste trabalho.

2. A responsabilidade civil das concessionárias de serviço público

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a concessão de serviços públicos está inserida num conceito amplo de privatização, veja-se:

Isto se justifica porque ela é um dos instrumentos de que o Poder Público pode utilizar-se para diminuir o tamanho do Estado, pela transferência de atribuições para o setor privado. Ainda que a concessão se faça por contrato administrativo, portanto, regido pelo direito público, e, ainda uqe o Pode Público conserve a plena disponibilidade sobre o serviço, exerça a fiscalização e cobre tarifa, a execução do serviço estará entregue a uma empresa privada, que atuará pelos moldes das empresas privadas, livre de procedimentos como concursos públicos, licitação, controle pelo Tribunal de Contas e outros formalismos que emperram hoje a atuação da Administração Pública Direta e Indireta (DI PIETRO, 2002)

A concessão de serviços públicos tem previsão constitucional em diversos dispositivos constitucionais, especialmente no art. 175, *verbis:*

Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único: A lei disporá sobre: I – regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – obrigação de manter serviço adequado.

Por determinação constitucional, foi editada a Lei 8.987/95 que estabeleceu as normas gerais sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos. Posteriormente, a Lei 9.074/95 alterou alguns dispositivos da anterior e regulou a concessão dos serviços de energia elétrica e, por último, veio a Lei 9.648/98 que, por seu turno, alterou dispositivos das anteriores.

É importante ressaltar que se aplica subsidiariamente, naquilo em que não contrariar essas leis, os dispositivos da lei 8.666/93, *ex vi* do seu art. 124. É, portanto, a lei de licitações a base para a solução das omissões da legislação anterior, integrando a interpretação do sistema de concessões e permissões administrativas.

Feitas essas breves observações, interessa, mais de perto, o detalhamento da natureza das concessões administrativas e sua distinção perante outras formas de contrato entre Administração e particulares. Na definição de Hely Lopes Meireles, as concessões administrativas se enquadram dentre os atos negociais da administração que:

são praticados contendo uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a pretensão do particular, visando à concretização de negócios jurídicos públicos ou à atribuição de certas vantagens ao interessado. (MEIRELES, 2006)

Dentre outros atos negociais, têm-se as permissões e autorizações que diferem basicamente das concessões uma vez que a permissão é "ato unilateral e precário, *intuito personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada" *(*TEPEDINO, 2004) e a autorização, por sua vez: *é o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo como regra, caráter precário" (*TEPEDINO, 2004).

Há, ainda, outra distinção predominantemente no que toca ao interesse prevalecente, já que nas autorizações o interesse é predominantemente particular e, nas permissões, público.

Assim, e tendo em vista que a delegação de serviços públicos e realização de obras públicas fazem-se, basicamente, por meio de concessões, ganha maior importância o estudo da responsabilidade civil das concessionárias.

Alexandre de Moraes assevera que: *"a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público ou privado, quando prestadoras de serviços públicos, baseia-se no risco administrativo, sendo desta forma objetiva"*. Para o mesmo autor, são exigidos os seguintes requisitos para se configurar a responsabilidade objetiva, quais sejam: *"a ocorrência do dano, a ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e a ausência de causa* excludente da responsabilização estatal" (MORAES, 2002).

É assente na doutrina que a responsabilidade das concessionárias de serviço público é objetiva e decorre do mesmo comando constitucional aplicável ao Estado (art. 37, §6° da Constituição Federal). Esse é o texto constitucional:

"Art. 37. §6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Como se pode observar a lógica da responsabilidade objetiva do Estado perpassa as pessoas jurídicas de direito público e atinge as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, sempre que o dano for decorrente da prestação de serviço público.

No caso de responsabilidade civil das concessionárias de serviço público há um precedente muito interessante do Supremo Tribunal Federal que distingue os casos em que os danos foram causados aos usuários dos que os que o foram a terceiros. O entendimento atual é o seguinte:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, § 6º, da C.F. II. - R.E. conhecido e provido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 262651-SP, Relator: Min. CARLOS VELLOSO. Brasília.*Diário da Justiça da União* 06 mai. 2005.

Pelo direcionamento acima esposado, as concessionárias só seguem a regra do art. 37, §6º da Constituição Federal quando o lesado for usuário do serviço público, nos casos em que o prejudicado não for usuário, haveria a necessidade de perquirição de culpa. Em outras palavras, a responsabilidade das concessionárias de serviço público só seria objetiva frente aos seus usuários, uma vez que, relativamente a terceiros, a sua responsabilização dependeria da verificação da culpa. Nesse sentido foi o voto do relator do recurso extraordinário:

Essa me parece, na verdade, a melhor interpretação do dispositivo constitucional, no concernente às pessoas privadas prestadoras de serviço público: o usuário do serviço público que sofreu um dano, causado pelo prestador do serviço, não precisa comprovar a culpa deste. Ao prestador do serviço é que compete, para o fim de mitigar ou elidir a sua responsabilidade, provar que o usuário procedeu com culpa, culpa em sentido largo. É que, conforme lição de Romeu Bacellar, *"é o usuário detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal"*. A **ratio** do dispositivo constitucional que estamos interpretando parece-me mesmo esta: porque o *"usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal"*, não se deve exigir que, tendo sofrido dano em razão do serviço, tivesse de provar a culpa do prestador desse serviço.

Fora daí, vale dizer, estender a não-usuários do serviço público prestado pela concessionária ou permissionária a responsabilidade objetiva —— CF, art. 37, § 6º —— seria ir além da ratio legis. Grifos de agora

Outro fato inédito, e relevante no estudo do entendimento acima é o de que, neste voto, o Min. Carlos Velloso afirma que, ante a omissão da doutrina sobre o tema, enviou carta a Celso Antônio Bandeira de Mello, pedindo que se manifestasse sobre o termo "terceiros" mencionado no art. 37, §6º, da Constituição Federal e expressasse seu entendimento quanto ao assunto. Em resposta ao pedido, o Ministro afirma que Celso Antônio Bandeira de Mello teve entendimento divergente do seu:

Celso Antônio Bandeira de Mello, conforme acima mencionado, não chega a cuidar do tema no seu "Curso de Direito Administrativo". Dirigi-lhe carta, pedindo o seu pronunciamento a respeito. Celso Antônio, gentilmente, respondeu-me:

"(...) Quando o Texto Constitucional, no § 6º do art. 37, diz que as pessoas 'de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes nesta qualidade causarem a terceiros', de fora parte a indispensável causação do dano, nada mais exige senão dois requisitos para que se firme dita responsabilidade: (1) que se trate de pessoa prestadora de serviço público; (b) que seus agentes (causadores do dano) estejam a atuar na qualidade de prestadores de serviços públicos. Ou seja: ***nada se exige quanto à qualificação do sujeito passivo*** *do dano; isto é: não se exige que sejam usuários, nesta qualidade atingidos pelo dano. Com efeito, o que importa, a meu ver, é que a atuação danosa haja ocorrido enquanto a pessoa está atuando sob a titulação de prestadora de serviço público, o que exclui apenas os negócios para cujo*

desempenho não seja necessária a qualidade de prestadora de serviço público. Logo, se alguém, para poder circular com ônibus transportador de passageiros do serviço público de transporte coletivo necessita ser prestadora de serviço público e causa dano a quem quer que seja, tal dano foi causado na qualidade de prestadora dele. Donde, sua responsabilidade é a que está configurada no § 6º do art. 37."

José Cretella Júnior dissertou a respeito. Sua opinião parece-me coincidente com a de Celso Antônio, ao escrever, comentando o § 6º do art. 37 da CF: *"326. Terceiros. No texto, 'terceiros' são as pessoas que sofrem dano, causado por agente de pessoa jurídica pública, ou privada, esta última prestando serviços públicos."* (Comentários à Constituição Brasileira de 1988", Forense Universitária, 2ª ed., vol. IV, pág. 2.352).

Dessa forma, fica claro que, Celso Antônio Bandeira de Melo, ao ser questionado sobre o alcance e significado da palavra terceiros constante da redação do §6º do art. 37, da Constituição Federal, firma o posicionamento de que a responsabilidade civil das concessionárias de serviço público é sempre objetiva, uma vez que a norma constitucional, ao disciplinar a matéria, não faz qualquer distinção entre usuário e não usuário, não exigindo nenhuma qualificação do sujeito passivo do dano.

Ainda assim, Carlos Velloso não se convenceu e acabou entendendo que, quando a Constituição Federal, no art. 37, §6° fala "terceiros", estaria na verdade querendo dizer "usuários". A posição vencedora no Supremo não parece acertada e tendo em vista que foi dada por maioria, dentre os divergentes, cite-se o voto do Min. Joaquim Barbosa nesse recurso extraordinário, seguindo a linha contrária da exposta no voto vencedor:

Daí vem a indagação crucial que faço: quando o Estado, mediante contrato administrativo, transfere ao particular uma parcela das suas múltiplas atividades, ocorre uma transformação substancial na natureza dessas atividades? Seria essa transformação de tal monta, a ponto de extirpar do serviço prestado pelo particular as características que lhe são próprias, ou seja, as de um típico serviço público, do qual a coletividade como um todo se beneficia? Penso que não. Em primeiro lugar, porque **o serviço público, quando delegado ao particular, não deixa de ser público.** A Administração continua a deter sua titularidade. Tanto que nas hipóteses de falência ou eventual insolvência do concessionário, vem à tona a responsabilidade subsidiária do poder concedente. Entendo que a primeira e incontornável reflexão que se impõe, quando postulada uma reparação por danos causados por concessionários de serviço público, é a seguinte: nas mesmas circunstâncias em que produzido o dano, caso estivesse envolvida não uma concessionária, mas a própria Administração, estaria a vítima legitimada a receber indenização? Se positiva a resposta, o dever de indenizar é imperativo. Isso porque, como já dito, **é a natureza da atividade causadora do dano, isto é, o fato de que ela é exercida em prol da coletividade, que conduz à obrigação de indenizar o particular. Ora, o fato de a prestação do serviço ser transferida temporariamente a uma empresa privada concessionária não tira da atividade sua natureza eminente público-estatal. Na concessão, é bom não esquecer, o particular concessionário**

apenas "faz as vezes do Estado", isto é, ele "*agit pour le compte de l'Etat*", como bem diz René Chapus. Portanto, Senhor Presidente, discordo respeitosamente do ilustre relator quando S. Exa. diz o seguinte: "*A responsabilidade objetiva das pessoas privadas prestadoras de serviço público ocorre em relação ao usuário do serviço e não relativamente a pessoas não integrantes dessa relação.*" Penso ser incabível tal distinção em matéria de responsabilidade civil do Estado. **Para fins de fixação dessa responsabilidade, é inteiramente irrelevante uma ou outra qualidade ou condição pessoal da vítima dos danos.** Penso, pois, que **introduzir uma distinção adicional entre usuários e não-usuários do serviço significa um perigoso enfraquecimento do princípio da responsabilidade objetiva, cujo alcance o constituinte de 1988 quis o mais amplo possível.** Note-se que, para boa parcela da doutrina nacional, a natureza das atividades administrativas não se altera pela simples delegação ao particular de certos serviços públicos. Os professores Mário Masagão5, Celso Antônio Bandeira de Mello6 e Ruth Helena Pimentel de Oliveira7 assim abordam a questão: "(...) *quanto aos serviços concedidos, o princípio da responsabilidade civil é o mesmo, porque o serviço público, embora executado de forma indireta, conserva seu caráter. Apenas, o poder concedente não é o responsável e sim o cessionário, pois a este competem os riscos da exploração.*"8 "(...) *a prestação indireta de serviços não pode ser meio transverso de exonerar o Estado da responsabilidade objetiva a que se submeteria se os desempenhasse diretamente. Por isso, quem quer que exerça serviço público equipara-se a um agente do Estado e deve, por tal razão, submeter-se ao mesmo regime de responsabilidade do Estado, sob pena de fraudar-se o princípio da responsabilidade objetiva.*"9 "*Assim a responsabilidade do concessionário e do permissionário de serviço público é regida por normas e princípios de direito público, pois, esses entes desempenham serviços públicos, estão investidos de poderes próprios do Poder concedente e a atividade objetiva atender às necessidades da coletividade. Se a prestação do serviço público é transferida ao concessionário e ao permissionário, naturalmente acompanha-a a responsabilidade por atos decorrentes dessa prestação e segue a mesma natureza. Logo, a responsabilidade de tais entes delegados de serviços públicos é a mesma imposta ao Poder Público, caso realizasse a atividade diretamente.*"10 "*No entanto, para que seja instaurada a responsabilidade objetiva dos entes prestadores de serviço público, é necessário que o dano esteja ligado a uma atividade de desempenho ou de prestação do serviço concedido. Qualquer prejuízo provocado por atividade do concessionário desvinculada da prestação do serviço não é informado pela responsabilidade objetiva, nos moldes do mencionado dispositivo constitucional, mas rege-se pelas normas de responsabilidade do direito privado. Nesse sentido, Odete Medauar afirma que em relação às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público incide a responsabilização objetiva somente nas atividades vinculadas ao serviço público prestado, ficando sob a égide do direito privado os danos advindos de outras atividades.*"11 "*Essa hipótese, portanto, não se refere a prejuízos decorrentes da execução do serviço, mas àqueles que se tenham originado das relações privadas entre o concessionário e terceiros. Nesse caso incidem as regras que regulam o direito privado. A contratação entre o concessionário ou o permissionário e terceiro, tendo como objeto atividades acessórias, não configurará contrato administrativo, mas negócio jurídico sujeito ao direito privado, constituindo relação jurídica estranha ao Poder concedente e, portanto, não produz efeitos perante o concedente, salvo naquilo que tenha ligação com o serviço público em suas manifestações com os usuários.* ***O art. 25 da Lei nº 8987/95 estabelece a responsabilidade do concessionário de serviço público pelos danos ocasionados em decorrência da execução do serviço concedido ao Poder concedente, aos usuários ou***

a terceiros, e que a fiscalização exercida pelo Poder concedente não exclui nem atenua essa responsabilidade."12 **Em síntese, minha divergência decorre dos seguintes fundamentos: Tendo a Constituição brasileira optado por um sistema de responsabilidade objetiva baseado na teoria do risco, mais favorável às vítimas do que às pessoas públicas ou privadas concessionárias de serviço público, no qual a simples demonstração do nexo causal entre a conduta do agente público e o dano sofrido pelo administrado é suficiente para desencadear a obrigação do Estado de indenizar o particular que sofre o dano, deve a sociedade como um todo compartilhar os prejuízos decorrentes dos riscos inerentes à atividade administrativa, em face do princípio da isonomia de todos perante os encargos públicos. Dessa forma, parece-me imprópria a indagação acerca dessa ou daquela qualidade intrínseca da vítima para se averiguar se no caso concreto está ou não está configurada hipótese de responsabilidade objetiva, já que esta decorre da natureza da atividade administrativa, a qual não se modifica em razão da simples transferência da prestação dos serviços públicos a empresas particulares concessionárias do serviço.** Grifos de agora

O Ministro Joaquim Barbosa, em algumas linhas, conseguiu demonstrar, acertadamente que, se a Administração, ao executar aquele mesmo serviço tem a obrigação de indenizar objetivamente um terceiro, não é lógico que pelo simples fato do serviço ter sido concedido a um particular, ele se exima de também assim o fazê-lo. É um raciocínio simples que, levado à última análise, traduz que quem tem o bônus, também deve suportar o ônus.

Outrossim, o voto divergente adota o entendimento que a delegação do serviço não o desnatura, permanecendo, pois, em sua essência, público. Por sua vez, também releva a importância da teoria do risco na proteção da parte mais fraca quando em confronto com o Poder Público.

Em outras palavras, e seguindo a linha adotada por Celso Antônio Bandeira de Melo exposta acima, o Ministro Joaquim Barbosa afirma a ausência de norma constitucional que qualifique o sujeito passivo, tendo em vista a abrangência gramatical do termo terceiros – qualquer pessoa, inclusive usuários – e, ressalta, ainda, a aplicação da lei 8987/95 às prestadoras de serviço público.

Ademais, interpretação diversa vai de encontro à interpretação literal da Constituição que estabelece, *verbis:*

"Art. 37. §6º: **As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros**, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". Grifos de agora.

Outrossim, a responsabilidade da concessionária de serviços públicos em relação aos seus usuários é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei 8.987/95. Pelo CDC, a responsabilidade por danos causados ao consumidor já é objetiva, o que esvaziaria o conteúdo da norma constitucional, caso estivesse se referindo apenas a usuários dos serviços.

Nesse sentido, é de se refletir que os usuários do serviço público delegados são, em sua essência, consumidores, e a eles se aplicam todas as normas da legislação consumerista, em especial a que trata da responsabilidade do fornecedor perante seus clientes.

Afinal, as concessionárias de serviço público estão englobadas pelo conceito de fornecedor do referido código, *verbis:*

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

E pelo regramento consumerista, tem-se que:

"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, **independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços,** bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos". Grifos de agora.

Pelo disciplinamento acima, tem-se que as concessionárias, enquanto fornecedoras, respondem objetivamente frente aos usuários pelo simples fato de estar, no caso, configurada a relação de consumo e de ser aplicada a legislação protetiva do consumidor, com todas as suas nuances. Destarte, a jurisprudência pátria entende,desde há muito, que se aplica o CDC aos consumidores dos serviços públicos concedidos, como o de fornecimento de água, energia, telefonia, entre outros.

Na esteira do entendimento de que a concessão de serviços caracteriza relação de consumo frente aos seus usuários com aplicação de todas as regras consumeristas, a jurisprudência deixou assentado que:

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO – ENERGIA ELÉTRICA – INADIMPLÊNCIA.

1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica.

2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços público.

3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio.

4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão.

5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta).

6. Hipótese em que não há respaldo legal para a suspensão do serviço, pois tem por objetivo compelir o usuário a pagar diferença de consumo apurada unilateralmente pela Cia de Energia.

7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 914.828-RS, Relatora: Min. ELIANA CALMON. Brasília.*Diário da Justiça da União*, 17 mai. 2007). Grifos de agora.

Dessa forma, entendendo-se por aplicável o CDC à espécie é de se lembrar que mesmo relativamente a terceiros, algumas vezes, o fornecedor responderá pelos danos também na forma objetiva, ou seja, sem perquirição da existência de culpa ou falta do serviço. É o caso do conceito de "consumidor por equiparação" encontrado no art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, *verbis:* "Art. 17. Para os efeitos dessa seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento." A seção, a que o artigo se refere é intitulada: "Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço".

Por todo o exposto, é de se concluir que a concessionária, perante seus usuários/consumidores já tem sua responsabilidade objetiva fixada pelo Código de Defesa do Consumidor que traz em favor do hipossuficiente várias outras benesses, como a inversão do ônus da prova, por exemplo. Outrossim, mesmo diante de terceiros, a responsabilidade da concessionária, pelo CDC ainda será objetiva, nos casos em que se tem o conceito de "consumidor equiparado", o que demonstra o desacerto do precedente do STF ao interpretar a Carta Magna contrariando o seu texto expresso.

Noutro pórtico, a própria lei 8.987/95, em seu art. 25, como mencionou o Min. Joaquim Barbosa em seu voto divergente, estabelece a responsabilidade do concessionário de serviço público pelos danos ocasionados em decorrência da execução do serviço concedido ao Poder concedente, aos usuários ou a terceiros, e que a fiscalização exercida pelo Poder concedente não exclui nem atenua essa responsabilidade. Ademais, pelo próprio conceito de concessão de serviço público, tem-se que o fornecimento se dá por conta e risco da concessionária, o que reforça a idéia de que juntamente com o bônus do contrato de concessão, vem o ônus de arcar com as responsabilidades nos mesmos moldes da responsabilidade estatal. Veja-se:

Art. 2o Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. Grifos de agora.

Portanto, a lei 8.987/95 também estabelece a responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público perante usuários e não-usuários, prescindindo-se da análise do mau funcionamento do serviço, os requisitos contemplados na averiguação da possibilidade de indenização restringem-se ao nexo causal, ação e dano experimentado.

É claro que o Código de Defesa do Consumidor, a lei 8.987/95 e tampouco a Constituição Federal em seu art. 37, §6º não adotaram a teoria do risco integral, o que torna sempre possível a aferição de causas excludentes como a culpa exclusiva da vítima e a inexistência de defeito no serviço prestado. Nesse sentido, o art. 14, §3° do CDC: "O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I –que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

Vê-se, portanto, que nem a culpa concorrente do consumidor é suficiente para afastar o dever de indenizar. Nesta seara, resta, ainda, a discussão acerca da possibilidade de redução do *quantum* ante a concorrência de culpas. O Código Civil, em seu art. 945 autoriza: "Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano".

De fato, ao que parece, esse artigo pode ser aplicado para atenuar o valor da indenização na culpa concorrente por ser medida de melhor justiça, apesar da ausência de qualquer disciplinamento nesse sentido dentre as normas de direito de consumidor.

É importante frisar que o art. 56, VIII do Código de Defesa do Consumidor dispõe que eventuais infrações das normas referentes à defesa do consumidor ficam sujeitas à sanção administrativa de revogação de concessão ou permissão de uso, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas. O art. 59, §1° acrescenta que: "A pena de cassação será aplicada à concessionária de serviço público, quando violar obrigação legal ou contratual".

Pelo exposto, conclui-se que, diferentemente do precedente aberto pelo Supremo Tribunal Federal no RE 262651/SP, a melhor interpretação e integração perante o sistema de responsabilidade adotado no país é a de que a responsabilidade objetiva aplicada às concessionárias de serviço público abrange a usuários e não-usuários, deixando-se apenas a ressalva de que aos usuários também serão aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor, em toda sua amplitude.

3. A responsabilidade do Poder Público frente aos danos causados pela concessionária

O tema é bastante controvertido e a doutrina diverge no tocante ao grau de responsabilidade do Poder Público e forma de responder pelos danos causados: solidária ou subsidiariamente.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende a tese da responsabilidade subsidiária do Estado, porém distingue duas situações: 1) danos resultantes da atividade ligada ao serviço concedido, caso em que incide a responsabilização subsidiária do Estado e 2) danos no patrimônio de terceiros oriundo de comportamento da concessionária alheio à prestação do serviço em si, caso em que o Estado não responderia sequer subsidiariamente. Para elucidar o raciocino, transcreve-se:

Pode dar-se o fato de o concessionário responsável por comportamento danoso vir a encontrar-se em situação de insolvência. Uma vez que exercia *atividade estatal*, conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros *por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe pôs em mãos. Isto é, os prejuízos que causar poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal. Neste caso, parece indubitável que o Estado terá que arcar com os ônus daí provenientes. Pode-se, então, falar em responsabilidade subsidiária* (não solidária) existente em certos casos, isto é, naqueles – como se expôs – em que os gravames suportados por terceiros hajam procedido do exercício, pelo concessionário, de uma atividade que envolveu poderes especificamente do Estado.

É razoável, então, concluir que os danos resultantes de *atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço*, ainda que realizado de modo faltoso, acarretam, *no caso de insolvência do concessionário, responsabilidade subsidiária do poder concedente.*

O fundamento dela está em que o dano foi efetuado por quem agia *no lugar do Estado* e só pôde ocorrer em virtude de estar o concessionário no exercício de atividade e poderes incumbentes ao concedente.

Exauridas as forças do concessionário, desaparece o intermediário que, por ato do concedente, se impunha entre o terceiro prejudicado e o próprio concedente. Este, por conseguinte, emerge espontaneamente na arena jurídica, defrontando-se diretamente com o lesado, para saldar compromissos derivados do exercício de atuação que lhe competiria.

Já os prejuízos de terceiros oriundos de comportamentos do concessionário alheios à própria prestação do serviço – ainda que assumidos a fim de se instrumentar para a prestação dele – não são suportáveis pelo concedente no caso de insolvência do concessionário. Quem contrata ou se relaciona com este, tanto como em suas relações com qualquer outra pessoa, deve acautelar-se com respeito às condições de solvência da outra parte. Não pode, em suma, contar antecipadamente com que o Estado respalde economicamente o concessionário, pois tal não se dá. O concessionário, pessoa jurídica de Direito Privado, de objetivos econômicos, está, ao agir nesta qualidade, sujeito, como qualquer empresa, aos percalços naturais da atividade empresarial; terceiros não podem deixar de levar em consideração este fato (MELLO, 2004)

Do mesmo entendimento compartilha Sérgio Cavalieri Filho, ainda que por argumentos diversos, pois também defende a responsabilidade subsidiária do Estado, entretanto, alerta para o fato de que a solidariedade não se presume, mas, sim, decorre da lei ou do contrato veja-se:

Essas entidades de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos, *respondem em nome próprio com o seu patrimônio,* e não o Estado por elas e nem com elas. E assim é pelas seguintes razões: 1) o objetivo da norma constitucional, como visto, foi estender aos prestadores de serviços públicos a responsabilidade objetiva idêntica a do Estado, atendendo reclamo da doutrina ainda sob o regime constitucional anterior. Quem tem os bônus deve suportar os ônus; 2) as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos

têm personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios. São seres distintos do Estado, sujeitos de direitos e obrigações, pelo que agem por sua conta e risco, devendo responder por suas próprias obrigações; 3) nem mesmo de *responsabilidade solidária* é possível falar neste caso, porque a solidariedade só pode advir da lei ou do contrato, inexistindo norma legal atribuindo solidariedade ao Estado com os prestadores de serviços públicos. Antes pelo contrário, o art. 25 da Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabelece responsabilidade direta e pessoal da concessionária por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros; 4) no máximo, poder-se-ia falar em *responsabilidade subsidiária* do Estado à luz do art. 242 da Lei das Sociedades por Ações, que, expressamente, diz que a pessoa jurídica controladora da sociedade de economia mista responde *subsidiariamente* pelas suas obrigações.

Em conclusão, o Estado responde apenas subsidiariamente, uma vez exauridos os recursos da entidade prestadora de serviços públicos. Se o Estado escolheu mal aquele a quem atribuiu a execução de serviços públicos, deve responder subsidiariamente caso o mesmo se torne insolvente(CAVALIERI FILHO , 2005)

Dentre os opositores da tese da subsidiariedade do Estado, pode-se citar: Gustavo Tepedino e Yussef Said Cahali, cada qual com argumentos diversos, uma vez que Gustavo Tepedino parte do pressuposto do Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 18, ao disciplinar a responsabilidade solidária entre fornecedores, determina:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinamou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Tepedino assim se posiciona:

A responsabilidade subsidiária vem sendo sustentada com base na regra geral da não presunção de solidariedade no direito civil (art. 896, caput, CC) ou a partir da independência patrimonial entre as pessoas física e jurídica: (...) - reproduz trecho do livro do Sergio Cavalieri acima transcrito -.

O argumento, entretanto, em que pese o respeito de que é merecedor, não se mostra convincente. A uma, porque o fato de serem pessoas distintas, antes de afastar a solidariedade, constitui-se no seu pressuposto: só há solidariedade porque há pessoas jurídicas distintas e independentes, não se podendo cogitar de co-responsabilidade – conjunta ou solidária – em se tratando de uma única pessoa. Demais disso – e mais importante –, a responsabilidade subsidiária em razão da má escolha equivaleria, do

ponto de vista técnico, à reinserção da culpa *in vigilando* no âmbito da responsabilidade objetiva, com o quê, definitivamente, não se pode concordar.

Assim é que, sem desconhecer a complexidade da matéria, há de se considerar solidária a responsabilidade dos entes público e privado, no caso do art. 37, §6º, não prevalecendo, nesta hipótese, a regra geral do art. 896 do Código Civil. Parece, ao revés, haver previsão legislativa expressa aplicável à espécie: o Código de Defesa do Consumidor admite, como fornecedor, "toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira" (art. 3º, Lei nº 8.078/90). A prestação de serviços públicos constitui, portanto, relação de consumo, sendo a vítima dos danos provocados pela Administração Pública o consumidor final ou equiparado (art. 17, Lei nº 8.078/90), o que atrai para tais hipóteses a disciplina dos acidentes de consumo, de modo a gerar a solidariedade dos diversos entes públicos e privados que se apresentem como fornecedores dos respectivos serviços, prestados (direta ou indiretamente) pela atividade estatal.

Yussef Said Cahali, por sua vez, atribui responsabilidade solidária ao Estado fundamentando-se na presunção absoluta de culpa, por falha na escolha da concessionária, ou falta da fiscalização devida e, no tocante, aos danos oriundos de comportamentos alheios ao contrato de cessão de serviço público, estar-se-ia diante de responsabilidade subsidiária, em face da omissão culposa na fiscalização da atividade. Esse é o entendimento abaixo transcrito:

Quanto ao primeiro aspecto – danos causados por força do próprio exercício da atividade delegada – algumas pontuações devem ser registradas. Assim:

a) A exclusão da responsabilidade *objetiva* e *direta* do Estado (da regra constitucional) em reparar os danos causados a terceiros pelo concessionário (como também o permissionário ou o autorizatário), assim admitida em princípio, não afasta a possibilidade do reconhecimento de sua responsabilidade *indireta* (por fato de outrem) e *solidária*, se, em razão da má escolha do concessionário a quem a atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço foi concedida, ou de desídia na fiscalização da maneira como este estaria sendo prestado à coletividade, vem a concorrer por esse modo para a verificação do evento danoso.

A questão insere-se em contexto mais amplo, de perquirição da "responsabilidade do Estado por omissão na fiscalização"; aqui, a responsabilidade do Poder Público é de ser deduzida em função da omissão de fiscalização na execução pela empresa privada de serviço concedido, autorizado ou permitido, sujeito a fiscalização.

Examinada a questão sob o enfoque da responsabilidade subjetiva, as soluções jurisprudenciais têm-se revelado contraditórias, embora mais adequadamente devesse ser examinada sob o princípio da causação adequada, posto na base da responsabilidade objetiva.

(...)

Tratando-se de concessão de serviço público, permite-se reconhecer que, em função do disposto no art. 37, §6º, da nova Constituição, o Poder Público concedente responde objetivamente pelos danos causados pelas empresas concessionárias, em razão da

presumida falha da Administração na escolha da concessionária ou na fiscalização de suas atividades, desde que a concessão tenha por objeto a prestação de serviço público, atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço público; responsabilidade direta e solidária, desde que demonstrado que a falha na escolha ou na fiscalização possa ser identificada como a *causa* do evento danoso.

b) Tratando-se de danos oriundos de comportamentos alheios à própria prestação do serviço público (ou privado autorizado), a responsabilidade do Poder Público reveste-se de caráter subsidiário ou complementar, porém não em função de uma eventual insolvência da empresa concessionária, mas em função de omissão culposa na fiscalização da atividade da mesma.

Admissível, portanto, a responsabilidade da Administração pelos danos oriundos de comportamentos até mesmo alheios à própria prestação do serviço público, desde que demonstrado o nexo de causalidade entre o fato danoso e a conduta omissiva culposa do ente público, na fiscalização que lhe compete exercer (CAHALI , 1995).

Mesmo diante do cenário de divergência entre os estudiosos, parece que a jurisprudência já firmou o entendimento pela atribuição de subsidiariedade da responsabilidade estatal em casos tais. Citem-se:

APELAÇÃO CÍVEL. **RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. PODER CONCEDENTE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIARIA.** ACIDENTE DE TRANSITO COM VÍTIMA FATAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS.

Comprovado que o preposto da concessionária prestava o serviço público no momento da ocorrência do dano, não há como se afastar o nexo causal e, conseqüentemente, a responsabilidade objetiva do mesmo. Cumpre ao julgador analisar todo o contexto probatório, partindo do fato em si e extraindo da prova o que ela mantém de coerente com o evento, caso em que deve ser afastada a alegação de "error in judicando". (...)

Responsabilidade civil de natureza objetiva, nos termos do art. 37, par. 6., da CF, sendo primária em relação a concessionária e subsidiária em relação ao Poder Público, caso a primeira não possa adimplir a obrigação. Recurso improvido. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2001.001.24871. Relator: Des. Jose C. Figueiredo, Rio de Janeiro, Julgamento: 22 mai. 2002). Grifos de agora

RESPONSABILIDADE CIVIL DE MUNICÍPIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PUBLICO. FATO CAUSADO POR EMPREGADO DE CONCESSIONÁRIA NO USO DE BEM PUBLICO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO.

É da índole dos contratos de concessão de serviços públicos que sejam eles prestados por conta e risco do concessionário, razão que inspirou o legislador a equiparar-lhe a responsabilidade civil a do poder concedente. **Tem o concessionário responsabilidade civil primária pela reparação do dano causado por empregado seu quando no uso de bem público de domínio do poder concedente cuja posse lhe foi cedida por forca do contrato de concessão e para execução dos serviços concedidos. Responsabilidade apenas subsidiária do poder concedente. Ilegitimidade passiva**

reconhecida para responder a ação de ressarcimento de danos. Recurso voluntário provido. Sentença reformada em reexame, necessário para extinguir-se o processo sem exame do mérito. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 1999.001.08937. Relator: Des. Carlos Raymundo Cardoso, Rio de Janeiro, Julgamento: 31 ago.1999) Grifos de agora.

PROTESTO INDEVIDO DE TITULO. APONTE DO NOME COMO DEVEDOR INADIMPLENTE. DÍVIDA JÁ PAGA. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIARIA DO ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA

Ação de indenização por danos morais. Protesto de título e nome da empresa no cadastro de inadimplentes, após a quitação da dívida. **Responsabilidade objetiva do oficial de registro e subsidiária do Estado. Ilegitimidade passiva do Estado reconhecida. A responsabilidade do Estado é subsidiária e não solidária pelos danos causados a terceiros pelos notários e registradores e só deve responder em casos de insolvência do delegatário**. Assim, tendo a empresa Autora alegado ter sofrido danos por atos do titular do cartório de notas, **somente após exauridos os recursos da entidade prestadora de serviços públicos, pode buscar do Estado a indenização que afirma fazer jus.** Recurso provido.(RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2003.001.10272. Relator: Des. Elisabete Filizzola, Rio de Janeiro, Julgamento: 08 out. 2003). Grifos de agora

RESPONSABILIDADE CIVIL. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. INOCORRÊNCIA. ERRO DO OFICIAL DO REGISTRO DE IMÓVEIS. DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA AFASTADA.

Inobstante o serviço notarial seja exercido em caráter privado, trata-se de atividade pública explorada por delegação do agente público, no caso o Estado do Rio Grande do Sul, resultando daí sua legitimidade subsidiária para responder por eventuais danos causados pelos agentes privados prestadores de serviços públicos. Trata-se de ação de indenização movida contra o Estado do Rio Grande do Sul e contra o Oficial do Registro de Imóveis de Caxias do Sul pelo fato de que o último teria emitido certidões equivocadas acerca de determinado devedor do autor, causando-lhe prejuízos de ordem material. Situação em que, embora tenha sido demonstrado o erro cartorário no fornecimento de certidão, tal fato ocorreu depois dos alegados prejuízos, o que exclui o nexo causal entre a conduta do Oficial e o dano sofrido, o que leva à improcedência da ação. APELOS PROVIDOS, PRELIMINAR REJEITADA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70008453367, Relator: Des. Luiz Ary Vessini De Lima, Julgado em 07 out. 2004) Grifos de agora.

De fato, aqui, mais uma vez, vale o brocardo de que quem tem o bônus, deve arcar com o ônus. Não é justo que a concessionária, que recebe pagamento pelo contrato que possui junto ao Estado se exima de responder em primeiro plano e se impute diretamente ao Estado a indenização que decorre de ato praticado diretamente por outrem – concessionárias de serviço público.

Ademais, qual seria o interesse em delegar se a Administração continuasse diretamente responsável pelos ônus da concessão, de forma direta e solidária? Pragmaticamente ainda há outra questão a ser posta: Não há qualquer vantagem em demandar diretamente o Poder Público tendo em vista a imensa dificuldade de recebimento pela fila dos precatórios, com exceção, por óbvio, dos casos em que a concessionária é insolvente, mas, como visto, em casos tais, o Estado já poderia ser responsabilizado subsidiariamente, o que enfraquece a tese de responsabilidade solidária, ao menos na prática forense.

4. Conclusão

Por todo o exposto, e como dito anteriormente, o presente trabalho tem a pretensão apenas de aguçar o debate sobre o tema, trazendo a lume considerações sobre a responsabilidade civil do Estado e suas influências sobre a responsabilidade civil das concessionárias de serviço público.

Tendo em vista a riqueza do debate, algumas considerações foram feitas a partir da legislação infraconstitucional, da doutrina e dos julgados mais recentes e relevantes para melhor apreciação da matéria.

A idéia foi enfatizar a diferenciação que foi feita em precedente importante julgado pelo Supremo Tribunal Federal e trabalhar na desconstrução da tese posta, igualando a responsabilidade objetiva das concessionárias tanto perante seus usuários, quanto perante terceiros. Faz-se a ressalva, entretanto, de que perante seus usuários, também considerados consumidores, aplica-se, em tudo, o Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, vale ressaltar que o presente trabalho partiu do estudo da responsabilidade civil do Estado e a ela voltou ao se posicionar favoravelmente à tese da subsidiariedade da responsabilidade estatal pelos atos causados pelas concessionárias de serviço público, fechando, assim, o ciclo de estudo sobre a temática abrangida.

Referências

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995;

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002;

HARADA, Kiyoshi. Responsabilidade civil do Estado . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=491>. Acesso em: 20 jun. 2007;

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006;

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

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**, São Paulo: Atlas, 2002;

SOARES, Orlando. **Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro***:* teoria, prática forense e jurisprudência. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999;

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4ª ed., São Paulo: RT, 1999;

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 175.287-PR, Relator: Min. José Delgado. Brasília.*Diário da Justiça da União,* 13 mar. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 272839-MT, Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF. *Diário da Justiça da União,* 08 abr. 2005

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 409203-RS, Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF. *Diário da Justiça da União,* 20 abr. 2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 262651-SP, Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília.*Diário da Justiça da União,* 06 mai. 2005

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 914.828-RS, Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília.*Diário da Justiça da União,* 17 mai. 2007

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2001.001.24871. Relator: Des. Jose C. Figueiredo, Rio de Janeiro, Julgamento: 22 mai. 2002

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 1999.001.08937. Relator: Des. Carlos Raymundo Cardoso, Rio de Janeiro, Julgamento: 31 ago.1999

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2003.001.10272. Relator: Des. Elisabete Filizzola, Rio de Janeiro, Julgamento: 08 out. 2003

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70008453367, Relator: Des. Luiz Ary Vessini De Lima, Julgado em 07 out. 2004

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.lei.adv.br/8078-90.htm> Acesso em: 30 ago. 2007.

BRASIL. Lei de Licitações. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8666cons.htm> Acesso em: 30 ago. 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 30 ago. 2007.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 30 ago. 2007.

BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.sef.rj.gov.br/legislacao/financeira/basica/leis_federais/lei_fed_8987.shtml > Acesso em: 30 ago. 2007.

BRASIL. Lei 9.074, de 7 de julho de 1995. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/legislacao/Ferrovias/Lei9074-95-ConcServPublicos.pdf> Acesso em: 30 ago. 2007.

BRASIL. Lei 9.648, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.vieiraceneviva.com.br/biblio/legisla/lei9648.html> Acesso em: 30 ago. 2007.

O referido entendimento possui divergência na doutrina, podendo-se citar, dentre os opositores dessa tese : TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 210/212

A GESTÃO DEMOCRÁTICA DAS CIDADES NO BRASIL: CONSTRUINDO UMA SOCIEDADE PARTICIPATIVA*

THE DEMOCRATIC MANAGEMENT OF THE CITIES IN BRAZIL: CONSTRUCTING A SOCIETY PARTICIPATIVA

Janaina Machado Sturza
Viviane Teixeira Dotto Coitinho

RESUMO

A participação ativa dos atores sociais na gestão democrática da cidade surge como instrumento basilar na consecução da política urbana. Assim, planejar é o princípio básico da atividade estatal, pois quem impulsiona e exerce essa ação de ordenação precisa ter consciência do que seja desejável para o local sob o qual exerce a administração, mas também do que razoavelmente pode lograr com os meios de que dispõe. Assim, a espantosa urbanização ocorrida nos últimos anos nas cidades criou inúmeras demandas sociais e urbanas, visto que, muitas destas cidades possuem seu território ocupado em desacordo com a legislação urbanística, não disponibilizando de infra-estrutura e serviços urbanos básicos. Diante disso, verifica-se atualmente a existência de inúmeros princípios tendentes a regular a participação direta da sociedade na produção e gestão democrática das políticas públicas, ampliando-se, sobretudo, os instrumentos destinados à administração municipal para sua implantação em âmbito local. Portanto, a gestão democrática das cidades tem como escopo principal a promoção de políticas públicas que visem primordialmente o desenvolvimento e o planejamento urbanístico das cidades brasileiras.

PALAVRAS-CHAVES: GESTÃO DEMOCRÁTICA. SOCIEDADE PARTICIPATIVA. ESTATUTO DAS CIDADES

ABSTRACT

The active participation of social actors in the democratic management of the city emerges as basic instrument in achieving urban policy. So, planning is the basic principle of state activity, because who drives and performs this action needs to be aware of what is desirable for the place where it is practiced the administration, but also of what can reasonably achieve with the available means. Thus, the astonishing urbanization that occurred in recent years in the cities has created numerous urban and social demands, due to the fact that many of these cities have been occupied, in disagreement with the planning legislation, not providing infrastructure and basic urban services. Considering this, it is verified the existence of several principles designed to regulate the direct participation of society in the production and democratic management of public policies, extending, mainly, the instruments destined to the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

municipal administration to its implementation locally. Therefore, the democratic management of cities has as main purpose the promotion of public policies which aims primarily the urban planning and development of cities.

KEYWORDS: DEMOCRATIC MANAGEMENT. PARTICIPATIVE SOCIETY. CITIES STATUTE.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo de gestão é uma função orgânica básica da administração, consubstanciando-se nos mais diversos processos com o intuito de estabelecer quais as ações de gestão são desejáveis e como as mesmas serão elaboradas. O conceito de gestão, analisado sob a ótica da administração, relaciona-se com o conjunto de recursos e atividades destinadas ao ato de gerir. Nas palavras de Tavares[1], gestão é fazer administração nas organizações e, para tanto, procura reunir planejamento estratégico e administração em um único processo.

O ato de governar, portanto, se torna um processo interativo, tendo em vista que nenhum agente social possui, isoladamente, conhecimento e recursos para resolver estes problemas, havendo, portanto, a criação de redes e de parcerias públicas-privadas, que nada mais são do que processos políticos, cada dia mais dominantes no novo mundo urbano fragmentado e essencial dentro deste agir governamental.

Desta forma, a gestão urbana também pode ser entendida como uma atividade intervencionista da administração sobre o urbano[2], apresentando, nesse sentido, um novo conceito em gestão pública e política, no qual se conjugam os conceitos tradicionais do princípio da autoridade estatal, juntamente com novas tendências de uma gestão compartilhada e interinstitucional que envolve o Poder Público, a sociedade e a iniciativa privada. Caracteriza-se, portanto, como o conjunto de recursos e instrumentos para serem aplicados na cidade como um todo, visando a qualificar a infra-estrutura e os serviços urbanos, propiciando melhores condições de vida e aproximando os cidadãos nas decisões e ações do poder público e utilizando-se para isso de recursos da tecnologia, da informação e da comunicação, como forma de efetivação de uma democracia participativa.[3]

Nesta conjuntura, planejar é o princípio básico da atividade estatal, seja na área política, financeira, social ou urbana, pois quem impulsiona e exerce essa ação de ordenação

precisa ter consciência do que seja desejável para o local sob o qual exerce a administração, mas também do que razoavelmente pode lograr com os meios de que dispõe, ou seja, utilizar-se adequadamente dos instrumentos na consecução das suas ações.[4]

Assim, a espantosa urbanização ocorrida nos últimos anos nas cidades criou inúmeras demandas sociais e urbanas, visto que, muitas destas cidades possuem seu território ocupado de forma irregular, ou seja, em desacordo com a legislação urbanística, não disponibilizando de infra-estrutura e serviços urbanos básicos. Diante disso, verifica-se atualmente a existência de inúmeros princípios tendentes a regular a participação direta da sociedade na produção e gestão democrática das políticas públicas, ampliando-se, sobretudo, os instrumentos destinados à administração municipal para sua implantação em âmbito local.

Diante disto, o sentido da palavra gestão surge com uma grande amplitude de responsabilidade de coordenação e planejamento, implicando a gestão democrática das cidades, a participação dos seus cidadãos e habitantes nas funções de direção, planejamento, controle e avaliação das políticas públicas urbanas.[5] O desafio está, pois, em identificar os complexos problemas e as diversas demandas que compõe o caos urbano no Brasil e buscar, a partir do equilíbrio dos recursos e dos meios disponíveis, planejar e gerir os processos e instrumentos de desenvolvimento e produção tanto do espaço urbano, quanto do social.

Em matéria de desenvolvimento, organização e planejamento urbanístico, nossa Carta Constitucional foi inovadora, definindo o plano diretor como instrumento básico da política urbana e da consecução da função social da propriedade urbana e da cidade, bem como estabelecendo ao poder público municipal a responsabilidade pela sua execução, podendo, para tanto, contar com a cooperação da iniciativa privada e dos demais setores da sociedade.

Necessário se fez, para os governos municipais executarem as políticas urbanas, a regulamentação do texto constitucional, fato que logrou êxito a partir da Lei n° 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada de Estatuto da Cidade, o qual ingressou no mundo jurídico portando um arsenal de novidades de direito urbanístico. E entre suas importantíssimas disposições incluiu normas que buscam democratizar o processo de gestão das cidades brasileiras.

Diante do desenvolvimento das cidades, a efetiva participação popular na gestão democrática da cidade surge como importante instrumento na consecução da política urbana, sobretudo através do Estatuto da Cidade, onde certamente suas disposições

surpreenderam muitos, especialmente os que encaram a democratização como um processo que pressupõe *condições e requisitos*, que invariavelmente nunca estão devidamente preenchidos pela sociedade brasileira. A estes fica, desde já, oposta a constatação de que, se fosse possível a consolidação de um regime democrático sem a prática democrática, nossa nação seria exemplo universal de democracia.

O Estatuto da Cidade, portanto, inova o ordenamento jurídico pátrio em vários aspectos. Traz inovações ansiosamente aguardadas, permitindo a aplicação de diversos dispositivos constitucionais igualmente inovadores, a utilização de instrumentos urbanísticos modernos, enfim traz um ferramental absolutamente fundamental para que tenhamos, em nossos diversos Municípios, uma política urbana, haja visto que atingir os objetivos fundamentais desta política, estabelecidos pelo artigo 182 da Constituição Federal - ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes - está diretamente condicionado pela gestão democrática das cidades, a qual caracteriza-se como a razão da própria existência do Estatuto da Cidade.

Fundamentos constitucionais da gestão democrática das cidades

Uma democracia participativa, no planejamento e na gestão urbana, será alcançada através dos elementos normativo-regulatórios de gestão democrática das cidades. Para isso, iniciamos pelos fundamentos constitucionais a respeito desta temática, onde teremos a base do ordenamento jurídico de um Estado no que se refere à maneira como se relacionam os poderes constituídos e a sociedade.

É a Constituição que, ao definir as características do Estado, estabelecendo seus objetivos fundamentais, já define também os traços fundamentais dos instrumentos, meios e modos de atuação de seu ramo executivo, especialmente no relacionamento com os cidadãos.[6]

Todavia, antes mesmo da fundamentação constitucional e posterior regulamentação pelo Estatuto da Cidade, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, considerava a participação política um direito fundamental de todas as pessoas, asseverando no seu artigo XXI que “[...] todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos [...]” e, ainda, que “[...] a vontade do povo será a base da autoridade do Governo [...]”.[7]

Na condição essencial para a gestão democrática das questões urbanas, a participação popular não foi expressamente prevista no capítulo da Carta Constitucional referente à política urbana. Entretanto, ao iniciarmos uma análise pelo preâmbulo e pelo artigo 1º e seu parágrafo único, verifica-se que o constituinte autodenomina-se *representante do povo brasileiro*, de onde afirma *emanar todo o poder político* do *Estado Democrático de Direito* que proclama instituído, sob a forma *republicana*. A democracia, então, é o resultado da delegação de poder do povo aos seus representantes eleitos e pode expressar-se também por meio da participação popular direta e de instrumentos de práticas democráticas.[8]

Estas proclamações, portanto, não constituem apenas declarações políticas vagas e imprecisas, mas sim verdadeiros princípios constitucionais, que *"[...] ocupam o lugar mais alto e nobre na hierarquia dos ordenamentos jurídicos [...]"***[9]** e norteiam a interpretação e aplicação tanto das próprias regras constitucionais, como de toda a legislação infraconstitucional, inclusive, das normas sobre gestão participativa na cidade veiculadas pelo Estatuto da Cidade. Assim, quanto à relevância dos princípios constitucionais, pode-se afirmar que:

Os princípios constitucionais são importantes vetores para a realização de transformações qualitativas nos espaços urbanos, para a melhoria da qualidade de vida de grande contingentes populacionais, para a proteção e salvaguarda do meio ambiente, para a consecução de espaços urbanos dignos à habitação, recreação, circulação e trabalho. [10]

O princípio da soberania popular, da democracia e da república são os princípios constitucionais que refletem importantes conseqüências, sobretudo quanto à legitimação do povo para o exercício de uma participação direta na condução da coisa pública:

A legitimação popular, sem dúvida, decorre lógica e diretamente da forma de governo (República), do tipo de Estado (Democrático de Direito) eleito pelo constituinte, além é claro da titularidade do poder que lhe foi conferida. Mas não só disso. A cidadania, parece-nos, é o grande fator de legitimação do povo, permitindo que haja em defesa das instituições democráticas.[11]

Desta forma, um dos princípios de maior importância para o desenvolvimento de políticas urbanas é o da soberania popular, expressão da democracia, sistema de governo que, no caso brasileiro, reflete a consecução da participação direta e indireta dos cidadãos, em iguais condições políticas, na administração e gestão da coisa pública, sendo elemento indispensável para a escolha e o direcionamento de opções e ações das políticas estatais.[12]

Assim, a democracia vista pelos juristas, como verdadeiro princípio jurídico-constitucional, igualmente fundamenta a exigência de participação popular ao propugnar a chamada identidade democrática:

Logo, a primeira conseqüência do princípio democrático será, realmente, a necessidade de tornar, tanto quanto possível, efetiva, real essa “identificação” entre governantes e governados, vale dizer, “tornar mais ampla possível a participação do povo no governo”.[13]

Seguindo esta abordagem, a opção do constituinte de 1988 foi pela adoção de um sistema democrático semidireto ou participativo, em que, pela análise sistemática dos princípios e normas constitucionais que se referem ao tema, apontam para um sistema que se aparta da representatividade tradicional,[14] sobretudo com a modificação de redação experimentada pelo artigo 1º, parágrafo 1º da Carta Constitucional, que revela uma modificação substancial na forma de exercício do poder político, deixando de lado o tradicional *"Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido"* para, mantendo-se a soberania popular, alterar-se a forma de exercício do poder que passa a ser exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Assim, seguem-se outros mandamentos constitucionais que visam agregar esta característica de democracia participativa, como o artigo 14 da Constituição da República Federativa do Brasil que estabelece, em rol exemplificativo, outras formas de exercício direto da soberania popular, concorrentemente ao sufrágio universal. Nesta ceara, o direito de participação popular é expressamente referido em diversas outras passagens, como na exigência de participação das associações representativas no planejamento municipal (artigo 29, XII), no gerenciamento da seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII), da saúde (art. 198, III), da assistência social (artigo 204, II) e da educação (artigo 206, VI), entre outros inúmeros dispositivos que se ligam, direta ou indiretamente, ao tema.

Portanto, o texto constitucional estabelece um sistema de exercício do poder político, onde a tradicional representação e a intervenção direta do povo conjugam-se no sentido de os "particulares, os cidadãos e os destinatários finais das ações estatais paulatinamente estão deixando de ser considerados como intrusos nas atividades administrativas, especialmente nos processos de tomada de decisões".[15]

A participação popular, além de ser uma forma de exercício do poder político no Estado, ou de um mecanismo de correção das atividades estatais, é mecanismo que

garante a eficácia social da Constituição, cuja inaplicabilidade acaba perpetuando o estado de desigualdade presente não somente no espaço urbano territorial, mas dentro da sociedade. Nos termos como está concebida, ela deverá ter lugar em todos os níveis de exercício do poder político, sendo, porém, o nível local, por excelência, seu habitat natural

A proximidade entre o povo e os governantes, principalmente nas comunidades menores, constituídas pela grande maioria dos municípios, é elemento incentivador e facilitador da participação:

Como célula política da organização nacional, é no Município que se apresentam as condições propícias à participação popular, não só pela existência de uma relativa homogeneidade na composição de cada comunidade local como pela maior possibilidade de identificação dos interesses comuns e dos meios a serem utilizados para a sua realização.[16]

Desta forma, pode-se afirmar que o fortalecimento do poder local, através do município, como condição de existência da democracia, assume grande relevância ao demonstrar a importância das regras sobre gestão democrática das cidades para a efetividade da democracia participativa, estabelecida pela nossa Constituição Federal.

Fundamentos específicos da gestão democrática das cidades

Não somente os princípios constitucionais embasam o redimensionamento da gestão urbana para uma base mais democrática, mas também normas especiais dentro do ordenamento jurídico seguem neste sentido. Assim, é com o ingresso no mundo jurídico do Estatuto da Cidade, Lei n° 10.257, de 10 de julho de 2001, que temos a inclusão de normas específicas que buscam, além de instituir diretrizes e instrumentos urbanísticos, democratizar o processo de gestão das cidades brasileiras.[17]

O objetivo proposto no Capítulo IV acaba vindo *ao encontro* de importantes postulados constitucionais como o da soberania popular, do Estado Democrático de Direito, da representação e da participação popular e *de encontro* com aqueles que encaram a democratização como um processo que pressupõem condições e requisitos, nem sempre possíveis de serem preenchidos pela sociedade brasileira.[18] Assim:

Uma visão elitista antepõe diversos tipos de pressupostos que julga necessários à existência e realização da democracia. [...] A contradição é evidente, pois supõe que o

povo deve obter tais requisitos para o exercício da democracia dentro de um regime não democrático; que as elites devem conduzi-lo a uma situação que justamente se opõe aos interesses delas e as elimina. Teremos, enfim, a singularidade de aprender a fazer a democracia em um laboratório não democrático. [...] A democracia não precisa de pressupostos especiais. Basta a existência de uma sociedade. Se seu governo emana do povo, é democrática; se não, não o é.[19]

As normas referentes à gestão democrática das cidades, dispostas no Estatuto da Cidade estão diretamente relacionadas com a democracia participativa acolhida no texto da nossa Constituição vigente. Neste sentido, o texto constitucional deve funcionar não somente como simples fundamento político, mas como verdadeiro norteador tanto do processo interpretativo do Estatuto da Cidade, quanto da legislação que lhe venha complementar.[20]

A utilização efetiva dos instrumentos criados pela Constituição Federal e que foram regulamentados pelo Estatuto da Cidade, principalmente daqueles que se referem à gestão democrática participativa, que é um símbolo de democracia e proporciona um certo grau de fiscalização da máquina pública e divide as responsabilidades dualmente, entre o setor público e privado, e juntamente com uma partilha eqüitativa dos recursos tributários reservados às cidades, implicarão na transformação das diretrizes e dos instrumentos do Estatuto da Cidade em verdadeira filosofia, com sua devida aplicação.[21]

A gestão democrática da cidade vem especificamente tratada no Capítulo IV e alcança a formulação e execução dos seus instrumentos pelo artigo 43, a participação no orçamento pelo artigo 44 e a participação nos organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, segundo o artigo 45 do Estatuto da Cidade, extraindo-se a idéia de legitimação da gestão pública através do procedimento. Nesse sentido:

Pelo processo administrativo supera-se a idéia de imperatividade da Administração. O cidadão deixa de ser visto súdito para ser colaborador, inclusive, o vocábulo administrado vem sendo evitado por indicar estado de sujeição. Afinal, o cidadão deve ser considerado como titular do poder, pois na democracia o poder pertence ao povo. É esse reconhecimento que promove a legitimação do poder.[22]

A criação de instrumentos público-privados para a consecução da gestão democrática da cidade no processo de ordenação e planejamento do espaço urbano é, atualmente, de grande valia. Destacaremos, a seguir, os principais aspectos que formam cada um destes instrumentos, inclusive a sua importância para a implementação de políticas públicas urbanas de desenvolvimento e planejamento nas cidades brasileiras.

Inicialmente, a redação do artigo 43 acaba arrolando nos seus incisos, os instrumentos que deverão ser utilizados para garantir a gestão democrática das cidades, sendo que se trata de um rol meramente exemplificativo, diante do uso da expressão “entre outros”, em seu *caput.* Historicamente, a inexistência da interlocução popular produziu planos e leis urbanísticas, cujos padrões e parâmetros refletem apenas a maneira como as elites se instalam na cidade. Alguns instrumentos contidos no Estatuto da Cidade são especificamente desenhados para incluir os diversos setores da sociedade no debate da política urbana, previstos pelo Estatuto da Cidade em todos os âmbitos de governos.[23]

Como primeiro instrumento apresentam-se os *órgãos colegiados de política urbana*, nos níveis nacional, estadual e municipal, os quais o próprio legislador não definiu sua caracterização, porém, baseados nas experiências em matéria de gestão democrática, já ocorridas no país, pode-se extrair dois modelos básicos: aqueles com participação exclusiva da sociedade civil, denominados de Conselhos Populares e aqueles compostos por representantes do Poder Público e da sociedade civil, em composição paritária (representantes da sociedade e do governo) ou tripartite (representantes do governo, da sociedade civil organizada e de representantes escolhidos pela população).[24]

A composição do órgão deve garantir a participação de todos os segmentos sociais relevantes no município, o que, inclusive, pode ser pleiteado através de ações judiciais patrocinadas pelos próprios interessados. Desta forma, a liberdade para a instituição de tais *órgãos colegiados* é grande, e cada município poderá adotar a estrutura quelhe for conveniente. Nesse sentido:

O princípio da participação popular tem como elemento, para identificar o seu cumprimento, o exercício do direito à igualdade, pois não pode haver exclusão de qualquer segmento da sociedade nos processos de tomada de decisões de interesse da coletividade. Portanto, qualquer pessoa e em especial os grupos sociais marginalizados têm o direito de participar do processo de planejamento municipal, ou seja, do processo do plano diretor.[25]

Todavia, deve ficar consignado que alguns requisitos mínimos devem ser observados, tais como os que são extraídos da interpretação sistemática e teleológica do Estatuto e de suas bases constitucionais. Assim, a prerrogativa de indicar os membros de tais órgãos deve ser atribuída ou às sociedades civis que nele têm assento, ou à população, no caso da composição tripartite acima mencionada. Não é cabível a atribuição de tal poder ao Chefe do Executivo ou a qualquer órgão governamental, pois isso desvirtuaria o caráter de colegiado democrático que a legislação objetivou imprimir a tais conselhos.[26]

O Estatuto da Cidade, no inciso II do artigo 43, impõe que sejam realizados, no processo de elaboração, acompanhamento e controle da política urbana, debates, audiências e consultas públicas, que possuem o objetivo de atingir a fase de gestação dos atos de governo, diante da premissa de que, na ausência da participação popular, o resultado das deliberações será inválido. Nestes casos, as hipóteses de obrigatoriedade da realização de audiências, debates e consultas serão previstas no Plano Diretor e na própria legislação administrativa disciplinadora de sua elaboração, sendo que o próprio Estatuto da Cidade, segundo disposto no artigo 2º, XIII, já prevê o caso de audiência obrigatória, que a torna imprescindível nos processos de instalação de empreendimento ou atividades com efeitos potencialmente danosos, seja para o meio ambiente, como para a segurança da população[27], bem como na elaboração do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual, o chamado *orçamento participativo*.[28]

Com base no preceito constitucional do planejamento participativo, por meio da cooperação das associações representativas no planejamento municipal (artigo 29, inciso XII), as audiências públicas se tornam obrigatórias no Legislativo Municipal para a aprovação dos instrumentos de planejamento municipal que são o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias, orçamento anual e o Plano Diretor. As audiências públicas cumprem o papel de tornar transparente o processo de tomada de decisão, ao promover a publicidade dos objetivos e de medidas previstas nesses instrumentos, assegurando o direito dos cidadãos à informação.

Já o inciso III do referido artigo 43 trata das conferências sobre assuntos de interesse urbano, sendo, para Bucci, "[...] foros para a formação de uma cultura de participação popular e consulta democrática na formulação de políticas, do que propriamente como um expediente legal vinculante".[29] Ainda, devem ser realizadas no âmbito nacional, estadual e municipal.

Este instrumento colocado à disposição da gestão democrática das cidades visa a assegurar um processo amplo e democrático de participação da sociedade na elaboração e avaliação de uma política pública, possuindo como objetivo a mobilização do Governo e da sociedade civil para a discussão, a avaliação e a formulação das diretrizes e instrumentos de gestão das políticas públicas, definindo um planejamento para a consecução das prioridades da cidade.[30] Desta forma configura-se como um espaço público privilegiado para estabelecer parcerias e legitimar as ações e medidas referentes à política urbana, além de ser um instrumento de participação popular que pode possibilitar um processo democrático nas cidades.[31]

A iniciativa popular de projeto de lei, planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano vem prevista no inciso IV. Neste último, a norma inova ao diferenciar a iniciativa de *projetos de lei* daquela referente a *planos, programas e projetos* de desenvolvimento urbano, sem, entanto desvincular as políticas públicas da estrita legalidade, visto que, no Brasil, “todo plano urbanístico há de ser aprovado por lei”.[32] Mas nos parece que o legislador instituiu uma verdadeira *iniciativa da gestação de políticas públicas*, a ser manifestada perante o executivo. Através dela, portanto, a população desencadearia um processo de planejamento urbano, dentro da Administração.

Desconsiderando os posicionamentos doutrinários que insistem em valorizar o princípio representativo, nosso texto constitucional é bem claro ao adotar a democracia participativa como princípio fundamental, reflexo direto da soberania popular, portanto, a iniciativa popular é cabível ainda que a matéria do projeto seja de iniciativa privativa do Chefe do Executivo.[33]

Neste sentido, a democracia participativa tem como pressuposto o direito de participação do cidadão no campo das políticas públicas, o que significa o direito de apresentar propostas de lei, de programas, planos, projetos de interesse público e social, como aqueles destinados à implantação de equipamentos, infra-estruturas e serviços nos espaços urbanos que demandam uma gestão e um planejamento adequado, com o objetivo de solucionar os problemas causados pelo caos urbanístico.[34]

O plebiscito e o referendo deveriam fazer parte do artigo 43 do Estatuto da Cidade em seu inciso V, como instrumentos de gestão democrática, no entanto, foram vetados. A razão principal do veto é a existência da Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998, que já regula tais institutos.[35] Apesar do veto, tais instrumentos continuam arrolados no artigo 4º do Estatuto, como instrumentos de política urbana, e deverão ser objeto de legislação municipal que delimitará os "temas que podem ser objeto de referendo e plebiscito e as matérias referentes à fase de solicitação e da aprovação destes pela Câmara Municipal".[36] Os Municípios, com base na competência constitucional de legislar sobre assuntos de interesse local, e de suplementar a legislação federal no que couber (artigo 30, I e II), podem legislar sobre o referendo e o plebiscito.

No artigo 44, o Estatuto da Cidade estabelece o que vem sendo chamado de *gestão orçamentária participativa*. A realização de audiências públicas, debates e consultas sobre as propostas das três leis orçamentárias, é alçada ao nível de verdadeira *condição de procedibilidade* do orçamento. Sem a realização de tais providências democratizantes, não poderá haver a aprovação das leis do orçamento pelo Legislativo.

Em verdade, a participação popular no orçamento, por exemplo, passa a ser obrigatória, o que leva à conclusão de que, em sua ausência, o processo de elaboração do orçamento é viciado, podendo ensejar disputa judicial. Imagine-se que não tenha havido qualquer audiência pública, não pode o juiz entender inexistente o orçamento ou ser ele nulo? Poderá, em ação civil pública, conceder liminar a fim de o prefeito ou a Câmara proceder nos termos da lei, ouvindo a comunidade? Será que isso não é ingerência de um poder no outro? Parece-nos que a lei erigiu a participação popular (por qualquer forma que se a entenda) como condição obrigatória para aprovação do orçamento e, pois, requisito de validade, o que admite o controle judicial, uma vez que se cuida de legalidade do ato que venha a ser emanado.[37]

O Estatuto da Cidade, portanto, erigiu a participação popular como condição obrigatória para aprovação do orçamento, como requisito de validade, o que admite o controle judicial, uma vez que se cuida da legalidade do ato que venha a ser emanado. O fundamento para a instituição deste instrumento de controle das finanças públicas no âmbito da União, Estados e Municípios são os princípios constitucionais da participação popular e da democracia direta, preconizados no parágrafo único do artigo 1° da Constituição Federal de 1988. Ainda, na seção referente à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, a Constituição Federal de 1988, pelo § 2° do artigo 74, confere legitimidade para qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.[38]

Portanto, para o cidadão exercer o seu direito de fiscalização das finanças públicas, especialmente da execução dos orçamentos públicos, é requisito essencial o direito à participação na elaboração e execução dos orçamentos, o que significa direito à obtenção das informações sobre as finanças públicas, bem como à participação nas definições das prioridades da utilização dos recursos públicos e na execução das políticas públicas.[39]

Já em seu artigo 45, o Estatuto da Cidade dispõe que os Estados Federados, a quem cabe, em conformidade com o § 3° do artigo 25 da Constituição Federal, instituir, mediante lei complementar, regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, que os organismos gestores tenham significativa participação popular e de associações civis nas deliberações e no acompanhamento de suas determinações, ou seja, que também deverá haver a participação da população na elaboração dos planos urbanísticos metropolitanos ou regionais, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.[40]

Os conceitos de *região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião* não são pacíficos na doutrina e na legislação, constituindo-se em agrupamentos de municípios limítrofes que passam a integrar a organização, o planejamento e a execução de funções

públicas de interesse comum.[41] Somente nelas, pois, terá lugar o organismo gestor referido no artigo 45 do Estatuto, o que explica a falta de referência às microrregiões. Cabendo aos Estados que têm a competência para legislar e organizar as regiões metropolitanas, disporem sobre os mecanismos de participação popular nesse âmbito, como por exemplo, os conselhos metropolitanos, comitês de bacias hidrográficas, conselhos metropolitanos de saneamento, transporte e habitação.

O *controle direto das atividades*, objetivado no final do artigo, relaciona-se ao controle social, referido no artigo 4°, § 3°, do Estatuto da Cidade e soma-se ao controle externo sobre as atividades de cada um dos Poderes, exercido pelo Poder Legislativo, com auxílio dos Tribunais de Contas (artigos 70 e 71 da Constituição Federal), e ao controle interno, exercido pelos Poderes Públicos sobre suas próprias atividades (artigos 70 e 74).[42]

A idéia de *pleno exercício da cidadania* remete, entre outras, à noção de controle judicial dos atos emanados dos organismos gestores, sendo que uma das manifestações nesse sentido é a proposição de ação popular, hoje prevista no artigo 5°, LXXIII, da Constituição Federal, sem falar nas reclamações sobre serviços públicos, no acesso à informações, no direito de representação (artigo 37, § 3° da Constituição Federal) e no controle da improbidade administrativa (artigo 37, § 4° da Constituição Federal), bem como em todas as formas legais de controle dos atos administrativos e de governo, de iniciativa de cidadãos ou entidades representativas da sociedade civil.[43]

Fundamentos esparsos da gestão democrática das cidades

As normas referentes à gestão democrática das cidades não se encontram somente no Capítulo IV do Estatuto da Cidade, há, todavia, diversas normas esparsas que se afinam com a forma compartilhada de gestão municipal. No artigo 2°, incisos II, III e XIII encontram-se as primeiras referências à gestão democrática em consonância com as suas diretrizes gerais, afirmando que a *gestão democrática, a cooperação entre governo, iniciativa privada e população no processo de urbanização e a obrigatoriedade de audiência do poder público municipal e da população interessada para a implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população* são, na realidade, princípios jurídicos, vetores para a interpretação do Estatuto e da legislação que lhe dá complemento.[44]

Nos dispositivos referentes aos chamados *instrumentos de política urbana*, o Estatuto traz regramentos relacionados à gestão democrática: a gestão orçamentária participativa (artigo 4º, II, "f", esmiuçada no artigo 44); o plebiscito e o referendo (artigo 4º, II, "s") e

os estudos prévios de impacto de vizinhança – EIV, e de impacto ambiental - EIA (artigo 4º, VI). Ainda, o parágrafo 3º do artigo 4º também estabelece o *controle social do dispêndio de recursos*, no qual é exigida a participação da comunidade no controle da utilização dos instrumentos de política urbana que demandem o dispêndio de recursos públicos.[45]

O artigo 33, VII, exige que a lei específica que aprove a constituição de uma *operação urbana consorciada* preveja controle compartilhado da operação com a sociedade civil. O artigo 37, parágrafo único, exige a publicidade dos documentos integrantes do Estudo de Impacto de Vizinhança. A mesma exigência de publicidade é repetida com relação ao Plano Diretor, no artigo 40, § 4º da lei sob comento.[46]

O acesso às informações é elemento primordial para a democratização da gestão da cidade, que deverá ser utilizado por qualquer cidadão e não apenas pelos órgãos da administração municipal, permitindo eliminar a apropriação indevida do conhecimento sobre a cidade por pequenos grupos de técnicos e servidores da máquina estatal, que atendem apenas os interesses da minoria privilegiada que sempre teve acesso às instâncias do poder municipal.[47]

O processo de elaboração do Plano Diretor também é objeto das preocupações democráticas do Estatuto, estabelecendo o artigo 40, § 4º, obrigações que atingem tanto o Poder Executivo como o Poder Legislativo, sendo, portanto, obrigatória a realização de audiências e debates no âmbito de ambos os poderes. Com efeito, a lei estabeleceu verdadeiro *requisito de validade* do Plano Diretor, em estreita vinculação com o estabelecido no artigo 29, XII, da Constituição Federal.[48]

Ora, o §4º do art. 40 obtém sua legitimidade no próprio texto constitucional, mais precisamente no art. 1º e seu § 1º da C.F., no inciso XII, do art. 29, da C.F e no direito de petição inscrito no art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, da C.F. Portanto, a lei que instituir o plano diretor, sem levar em conta os direitos da cidadania, previstos no §4º do art. 40 do Estatuto será inconstitucional e, como tal, nula de pleno direito. Portanto o veto foi absolutamente inócuo.[49]

Diante das normas específicas sobre a gestão democrática da cidade, bem como dos instrumentos colocados à disposição pelo Estatuto da Cidade para sua consecução, é importante ciatr os principais aspectos do processo de democratização da gestão urbana. Neste sentido, o Estatuto da Cidade inova o ordenamento jurídico pátrio em vários aspectos, principalmente quando sua função, de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes está diretamente condicionada pela gestão municipal democrática. Portanto:[50]

A constituição de um sistema de gestão democrática da cidade no Município, é condição essencial para os objetivos da política urbana serem atingidos, através da aplicação do plano diretor, uma vez que o processo de formulação e execução das políticas públicas, o planejamento municipal e o modelo de gestão da cidade são matérias vinculantes para a execução do plano diretor.[51]

A gestão democrática remete à idéia de um novo pacto territorial, em que o Direito não se distancie da justiça, mas garanta que a cidade seja espaço de convivência de todos os seus habitantes, onde cada um possa desenvolver plenamente suas potencialidades, caracterizando-se numa fórmula que seja portadora da máxima não apenas do "governo pelo povo", mas também do "governo da cidade para o povo", ampliando cada direito que se relaciona com a vida urbana.[52] No mesmo sentido afirma-se a importância da gestão democrática dentro do Estatuto:

A realização do processo democrático na gestão das cidades é a razão da própria existência do Estatuto da Cidade, que resulta, ele próprio, de uma longe história de participação popular, iniciada na década de 80, e que teve grande influência na redação do capítulo da política urbana da Constituição Federal (art. 182-183).

[...]

A plena realização da gestão democrática é, na verdade, a única garantia de que os instrumentos de política urbana introduzidos, regulamentados ou sistematizados pelo Estatuto da Cidade (tais como o direito de preempção, o direito de construir, as operações consorciadas etc.) não serão meras ferramentas a serviço de concepções tecnocráticas, mas ao contrário, verdadeiros instrumentos de promoção do direito à cidade para todos, sem exclusões.[53]

Portanto, é válido salientar que a participação popular é instrumento de legitimidade para a consolidação de políticas urbanas bem como se perfaz em canal de legitimação de interesses e direitos não realizados ou implementados pelo poder estatal. É, pois, por meio do diálogo "Estado-Sociedade", que se torna possível uma nova visão e interpretação do direito, mais aberta, justa e consciente dos problemas sócio-urbanos, motivo por que a participação popular é essencial para uma nova leitura e aplicação dos instrumentos jurídicos para a justiça social.[54]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a consecução de políticas urbanas, a participação popular é requisito indispensável para a validação e eficácia dos atos do Poder Público, sendo que somente o povo pode apontar as necessidades e urgências para uma vida com maior qualidade nos espaços urbanos. Os planejamentos, programas e regras devem ser determinados pelas necessidades do povo, e estas só poderão ser reveladas pelo contato com os cidadãos, por meio de uma abertura política que viabilize a gestão urbana com a participação de todos os atores sociais, e conseqüentemente, com a democratização do processo decisório e do poder.[55]

Dentro deste contexto, as premissas da nova forma de gestão urbana devem incluir o ordenamento do desenvolvimento do espaço urbano sem a destruição do meio ambiente, a implementação de equipamentos, infra-estrutura e serviços urbanos compatíveis com as necessidades de cada local, o fortalecimento da democracia e a gestão integrada e participativa entre o Poder Público e a sociedade. Ademais, o conhecimento e a informação sobre a gestão do espaço urbano, sobretudo do processo de implementação das políticas públicas urbanas, aumentam a consciência da população urbana, qualificando-a para participar, cada vez mais ativamente, dos processos decisórios.

A participação democrática significa o envolvimento do cidadão na gestão pública, podendo ocorrer em todos os níveis de governo (local, regional, estadual e nacional) e de forma passiva ou ativa. A definição do nível de participação dos cidadãos na formulação das políticas públicas dependerá do tipo de liderança escolhida pelos governos. Eles poderão optar por uma liderança que ignore as preocupações e as contribuições diretas dos cidadãos ou inserir maior legitimidade às suas ações, através de uma participação ativa da comunidade, criando uma liderança equilibrada entre comando e entendimento. Esta escolha está entre os pontos importantes para a busca do desenvolvimento de uma gestão democrática em nossas cidades.

É necessário que, no espaço municipal, o Poder Público possa viabilizar a participação democrática nas cidades como forma de construir, gradualmente, uma nova cidadania, em que os cidadãos possam administrar os interesses municipais juntamente com o Poder Público local, bem como participar também do processo legislativo de criação das leis para o desenvolvimento urbano municipal, onde “a ampliação da soberania popular é o ponto de confluência que uma constituição democrática deve manter para assegurar o seu próprio desenvolvimento”. Em contrapartida, a vontade geral do respectivo povo sempre deve ser mediatizada, dividida e temporalizada.[56]

Desta forma, o Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001) surgiu como um instrumento que instituiu processos de gestão democrática e participativa nas cidades, possibilitando aos cidadãos participarem na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Do mesmo modo, trata da gestão orçamentária participativa, com a realização de debates, audiências e consultas públicas

como condição obrigatória para aprovação das propostas das peças orçamentárias municipais.

Hoje, verifica-se no Brasil que a gestão democrática das cidades, com a conseqüente participação dos habitantes das cidades, representa ao Poder Público municipal, em parceria com os diversos setores da iniciativa privada, subsidiado pelo Estatuto da Cidade e pelo Plano Diretor, um importante instrumento urbanístico, ímpar e altamente estruturado para a consecução de políticas públicas de desenvolvimento e planejamento urbanístico nas cidades brasileiras, sobretudo visando a reconstrução e reordenação do espaço urbano.

Portanto, a gestão democrática das cidades tem como escopo principal a promoção de políticas públicas que visem primordialmente o desenvolvimento e o planejamento urbanístico das cidades brasileiras, objetivando alcançar, nos espaços urbanos existentes, a consecução das transformações urbanísticas necessárias em termos de infra-estrutura, melhorias sociais e a valorização ambiental, surgindo neste processo como um importante instrumento de justiça social.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Direito Constitucional - estudos em homenagem a Paulo Bonavides.* 1. ed., 2. tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BECKER, Evandro Luis. *A implementação dos instrumentos de gestão democrática da cidade como forma de consecução de políticas públicas para a solução do caos urbanístico nas cidades brasileiras*. Monografia de Especialização. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2006.

BERGER, Maria Luiza Dias de Almeida. *A democracia participativa e o papel dos atores sociais.* Sociais e Humanas, v. 5, dez./1990, Santa Maria.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. *Estatuto da cidade:* guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

CARVALHO, Paulo Cesar Pires; OLIVEIRA, Aluísio Pires de. *Estatuto da cidade:* anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001. Curitiba: Juruá, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. In: R*evista de Informação Legislativa.* Brasília: Senado Federal, ano 36, n. 141, jan./mar., 1999.

DIAS, Daniella S. *Desenvolvimento urbano:* princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2002.

DIAS, Luiz Cláudio Portinho. A democracia participativa brasileira. In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998, Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=61>. Acesso em: 29 dez. 2005.

FLORES, Patrícia Teixeira Rezende; SANTOS, Bernadete Schleder dos. *Comentários ao estatuto da cidade.* Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da cidade comentado.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

MATTOS, Liana Portilho. Da Gestão Democrática da Cidade. In: MATTOS, Liana Portilho (org.). *Estatuto da Cidade comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MOURÃO, Laís de Almeida (coord). *Gestão municipal democrática*. São Paulo: FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA – CEPAM. Unidade de Produção de Pareceres e Informações Jurídicas – UPPIJ, 2001.

MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MUKAI, Toshio. *Direito Urbano-Ambiental Brasileiro*. 2. ed., rev. atual. e amp., São Paulo: Dialética, 2002.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PETRUCCI, Jivago. *Gestão democrática da cidade: delineamento constitucional e legal*. Jus Vigilantibus, Vitória, 23 jun. 2004. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/766>. Acesso em: 27 nov. 2007.

SANTOS, Marília Lourido dos. Noções gerais acerca do processo administrativo e da Lei nº 9.784/99. In: R*evista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 38, n. 149, jan./mar., 2001.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Do Plano Diretor. In MATTOS, Liana Portilho (org.). *Estatuto da Cidade comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. *Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. *Novas perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro:* ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. rev. e atual. por Maria Garcia, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

---

[1] TAVARES, Mauro Calixta. *Gestão estratégica.* São Paulo: Atlas, 2000, p. 156.

[2] CARVALHO, Paulo Cesar Pires; OLIVEIRA, Aluísio Pires de. *Estatuto da cidade:* anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001. Curitiba: Juruá, 2002, p. 91.

[3] BECKER, Evandro Luis. *A implementação dos instrumentos de gestão democrática da cidade como forma de consecução de políticas públicas para a solução do caos urbanístico nas cidades brasileiras*. Monografia de Especialização. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2006.

[4] SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 16.

[5] BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da cidade*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 323.

[6] DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. In: R*evista de Informação Legislativa.* Brasília: Senado Federal, ano 36, n. 141, jan./mar., 1999. p. 79.

[7] MATTOS, Liana Portilho. Da Gestão Democrática da Cidade. In: MATTOS, Liana Portilho (org.). *Estatuto da Cidade comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 295.

[8] DIAS, Daniella S. *Desenvolvimento urbano:* princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2002, p. 161.

[9] BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 301.

[10] DIAS, Daniella S. *Desenvolvimento urbano:* princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2002, p. 161.

[11] DIAS, Luiz Cláudio Portinho. A democracia participativa brasileira. In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998, p. 04. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=61>. Acesso em: 29 dez. 2005.

[12] DIAS, op. cit., p. 160.

[13] TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. rev. e atual. por Maria Garcia, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 462.

[14] AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Direito Constitucional - estudos em homenagem a Paulo Bonavides.* 1. ed., 2. tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 51.

[15] DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. In: R*evista de Informação Legislativa.* Brasília: Senado Federal, ano 36, n. 141, jan./mar., 1999, p. 82.

[16] MOURÃO, Laís de Almeida (coord). *Gestão municipal democrática*. São Paulo: FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA – CEPAM. Unidade de Produção de Pareceres e Informações Jurídicas – UPPIJ, 2001, p. 17.

[17] BECKER, Evandro Luis. *A implementação dos instrumentos de gestão democrática da cidade como forma de consecução de políticas públicas para a solução do caos urbanístico nas cidades brasileiras*. Monografia de Especialização. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2006.

[18] BECKER, Evandro Luis. *A implementação dos instrumentos de gestão democrática da cidade como forma de consecução de políticas públicas para a solução do caos urbanístico nas cidades brasileiras*. Monografia de Especialização. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2006.

[19] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 130-132.

[20] PETRUCCI, Jivago. *Gestão democrática da cidade: delineamento constitucional e legal.* Jus Vigilantibus, Vitória, 23 jun. 2004. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/766>. Acesso em: 27 nov. 2007.

[21] BECKER, op. cit.

[22] SANTOS, Marília Lourido dos. Noções gerais acerca do processo administrativo e da Lei nº 9.784/99. In: R*evista de Informação Legislativa.* Brasília: Senado Federal, ano 38, n. 149, jan./mar., 2001, p. 250.

[23] BRASIL. *Estatuto da cidade:* guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 193.

[24] PETRUCCI, Jivago. *Gestão democrática da cidade: delineamento constitucional e legal*. Jus Vigilantibus, Vitória, 23 jun. 2004. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/766>. Acesso em: 27 nov. 2007.

[25] SAULE JÚNIOR, Nelson. Do Plano Diretor. In MATTOS, Liana Portilho (org.). *Estatuto da Cidade comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 271.

[26] PETRUCCI, op. cit.

[27] BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 335.

[28] FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da cidade comentado*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 266.

[29] BUCCI, op. cit., p. 336.

[30] PETRUCCI, Jivago. *Gestão democrática da cidade: delineamento constitucional e legal*. Jus Vigilantibus, Vitória, 23 jun. 2004. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/766>. Acesso em: 27 nov. 2007.

[31] BECKER, Evandro Luis. *A implementação dos instrumentos de gestão democrática da cidade como forma de consecução de políticas públicas para a solução do caos urbanístico nas cidades brasileiras*. Monografia de Especialização. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2006.

[32] SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico brasileiro*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 85.

[33] BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 337.

[34] BECKER, op. cit.

[35] Razões do veto: "Tais instrumentos de exercício da soberania popular estão disciplinados na Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, que, em seu art. 6º, admite a sua convocação por parte de Estados e Municípios, na forma determinada pela Constituição Estadual ou Lei Orgânica Municipal. Há, portanto, no ordenamento jurídico pátrio, permissivo legal para a utilização destes mecanismos por parte dos Municípios, desde que observados os ditames da Lei Orgânica Municipal, instrumento constitucionalmente habilitado a regular o processo político em âmbito local. Instituir novo permissivo, especificamente para a determinação da política urbana municipal, não observaria a boa técnica legislativa, visto que a Lei nº 9.709/98 já autoriza a utilização de plebiscito e referendo popular em todas as questões de competência dos Municípios."

[36] SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro:* ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 257.

[37] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

[38] BECKER, Evandro Luis. *A implementação dos instrumentos de gestão democrática da cidade como forma de consecução de políticas públicas para a solução do caos urbanístico nas cidades brasileiras*. Monografia de Especialização. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2006.

[39] Ibidem.

[40] FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da cidade comentado.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 273.

[41] FLORES, Patrícia Teixeira Rezende; SANTOS, Bernadete Schleder dos. *Comentários ao estatuto da cidade.* Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002, p. 124.

[42] BECKER, Evandro Luis. *A implementação dos instrumentos de gestão democrática da cidade como forma de consecução de políticas públicas para a solução do caos urbanístico nas cidades brasileiras*. Monografia de Especialização. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2006.

[43] Ibidem.

[44] MATTOS, Liana Portilho. Diretrizes Gerais. In MATTOS, Liana Portilho (org.). *Estatuto da Cidade comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 95.

[45] PETRUCCI, Jivago. *Gestão democrática da cidade: delineamento constitucional e legal.* Jus Vigilantibus, Vitória, 23 jun. 2004. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/766>. Acesso em: 27 nov. 2007.

[46] Ibidem.

[47] SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro:* ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 275.

[48] BECKER, Evandro Luis. *A implementação dos instrumentos de gestão democrática da cidade como forma de consecução de políticas públicas para a solução do caos urbanístico nas cidades brasileiras*. Monografia de Especialização. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2006.

[49] MUKAI, Toshio. *Direito Urbano-Ambiental Brasileiro*. 2. ed., rev. atual. e amp., São Paulo: Dialética, 2002, p. 255.

[50] BECKER, op. cit.

[51] SAULE JÚNIOR, Nelson. *Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 118.

[52] BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 325.

[53] BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 323-324.

[54] COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 87.

[55] BERGER, Maria Luiza Dias de Almeida. *A democracia participativa e o papel dos atores sociais.* Sociais e Humanas, v. 5, dez./1990, Santa Maria, p. 25.

[56] MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 41.

A INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE PRIVADA E SUA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS QUE REGEM A ATUAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO: UM ESTUDO DE CASO NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE*

THE INTERVENTION IN THE PRIVATE PROPERTY AND ITS RELATION WITH THE ADMINISTRATIVE PRINCIPLES THAT MANAGE THE ACTION OF THE PUBLIC DIRECTOR: A CASE STUDY IN THE AMBIT OF FORTALEZA COUNTY/CE

Katherinne de Macedo Maciel Mihaliuc
Thales Jose Pitombeira Eduardo

RESUMO

Com a implantação da política de ordenamento e desenvolvimento urbano na Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico pátrio instituiu, em seu bojo normativo, diplomas que impuseram condições à propriedade privada. Para a execução desta restrição, a participação do gestor público nos atos administrativos que determinam a fiscalização das relações que envolvem propriedade é de tamanha importância para que não haja excesso, bem como omissão no exercício do poder de polícia. Por fim, verifica-se que as restrições ao direito de propriedade são fundadas nos princípios que norteiam a atuação do administrador público, como se analisa nos casos concretos averiguados acerca da relação existente entre o ente municipal e a propriedade.

PALAVRAS-CHAVES: INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE PRIVADA. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. GESTOR PÚBLICO. ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE

ABSTRACT

With the implementation of the planning policy and urban development in the Federal Constitution of 1988, the native legal planning instituted, in its normative core, laws which imposed conditions on the private property. For the implementation of this restriction, the participation of the public manager in the administrative acts which determine the control of relations involving property is of such importance that there is no excess, as well as omission in the exercise of the police force. Finally, it's verified that the restrictions on property rights are founded on the principles which guide the work of the public administrator, as discussed in the real cases investigated about the relationship between the municipal entity and property.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: INTERVENTION IN THE PRIVATE PROPERTY. ADMINISTRATIVE PRINCIPLES. PUBLIC DIRECTOR. AMBIT OF FORTALEZA COUNTY/CE

Introdução

A pesquisa sobre a importância dos princípios administrativos no tocante a intervenção na propriedade privada e a sua relação com a imposição de limites na atuação do gestor público municipal é tema de fundamental relevância, possibilitando o estudo sobre a "evolução" do conceito de propriedade e o tratamento que o ente público deverá atribuir a este direito fundamental, uma vez que a concepção moderna do exercício do direito sobre a *res* estende-se ao interesse público, como forma de promoção do bem-estar social.

O que se pretende com este trabalho, em sentido amplo, é analisar o intuito do ordenamento jurídico brasileiro em impor condições aos direitos e garantias fundamentais relativos à propriedade, buscando averiguar a observância dos princípios constitucionais administrativos na atuação estatal.

Em sentido estrito, espera-se comprovar, diante do confronto da lei, jurisprudência, doutrina e casos reais, que os institutos jurídicos que condicionam o direito de propriedade se apresentam normatizados de forma proporcional e razoável, respeitando os princípios basilares do direito administrativo que norteiam a atuação do gestor público. Perquire-se também a análise quanto aos poderes de propriedade, limitados pela Administração Pública, concluindo-se com o estudo das possibilidades em que o particular poderá se insurgir às imposições trazidas pela legislação infraconstitucional.

Por fim, almeja-se estudar casos em que o município de Fortaleza atuou em decorrência de sua competência constitucional e legal para intervenção na propriedade privada.

1 Institutos jurídicos restritivos ao direito de propriedade

Quando da formação do Estado, como instituição reguladora e solucionadora dos conflitos da sociedade, dentre as várias competências que se estabeleceram historicamente para sua atuação, considerou-se a possibilidade de intervenção na relação entre particulares e nas relações sociais, havendo alargamento gradativo desta ingerência estatal, inclusive no que diz respeito à propriedade privada.

Segundo Petrônio Braz (2006, p. 226), na ocasião em que o estado português apossou-se das terras brasileiras, estas passaram, em sua origem, a ser de domínio público. Naquela época, como as funções do Estado confundiam-se às da Igreja, notadamente às diretrizes papais, as monarquias reconheciam seus direitos sobre as terras descobertas através de Ato do Papa, lavrando-se escritura pública com assinaturas dos procuradores.

Em outro momento, o então Rei de Portugal concedeu arrendamentos de terras aos particulares através das cartas forais, como forma de ocupação do solo e arrecadação, havendo pagamento de foro ou pensão à Coroa Portuguesa e proteção da colônia às ameaças e invasões estrangeiras, conforme salienta Petrônio Braz (2006, p. 226).

Ou seja, embora a propriedade fosse tida como direito e garantia individual, esta não mais estaria vinculada ao seu proprietário de forma absoluta, pois surgiam as primeiras formas de tocá-la em nome de um princípio de maior valia.

A manutenção do direito de propriedade e sua inviolabilidade estavam garantidas em sua plenitude até o surgimento, primeiramente, da necessidade pela preservação do público. A este tempo, o legislador favoreceu o direito de propriedade, contudo, admitiu, por autorização normativa, cerceá-lo, retirando o bem do foco meramente privatístico, passando a suportar uma determinada natureza social.

Na própria Constituição Federal de 1988, "vê-se que é o interesse coletivo e não mais o particular que assegura a intocabilidade do direito de propriedade", considerando-o sublime, por estar assegurado e inscrito no rol de garantias individuais (artigo 5º, XXII, da Lei Maior), podendo, no entanto, sofrer restrições em caso de uso indevido e quando configurada a necessidade e interesse público, conforme ensinamentos de Petrônio Braz (2006, p. 227).

Neste diapasão, surge a necessidade do interesse coletivo se sobrepor ao privado e, consequentemente, perde a propriedade seu caráter ilimitado e absoluto e parte em busca do bem-estar social.

Dicotômico é averiguar que, com a mesma intensidade com que o Estado disponibiliza meios suficientemente eficazes para que o proprietário se utilize com o objetivo de reivindicar de quem injustamente detenha a posse indevida do bem, garante a possibilidade de outrem tomar para si os poderes inerentes àquele, seja o particular, através da usucapião, seja o ente federativo, intervindo na propriedade privada, através da desapropriação, servidão e limitação administrativas, tombamento, unidades de conservação, instituição de zonas especiais, concessão do direito real de uso, concessão de uso especial para fins de moradia, parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, direito de superfície e preempção, outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, transferência do direito de construir, operações urbanas consorciadas, regularização fundiária, ocupação temporária, requisição, intervenção sancionatória e cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano progressivo.

Todos estes elementos acima descritos visam controlar o comportamento dos proprietários que, no exercício de seu direito, intencionam macular os interesses da coletividade. Além disso, verifica-se, também, que estes institutos balizam a atuação do proprietário, a fim de fazer cumprir a função social da propriedade, pois os direciona à concreção de atitudes no exercício de seu direito patrimonial para o cumprimento do ônus social. Cite-se, como exemplo, o IPTU progressivo, que possui maleabilidade para conferir ao Poder Público coercibilidade para atender às finalidades do urbanismo e da justiça social, conforme relata Edmilson de Almeida Barros Júnior (2004, p. 74).

Assim, o Poder Público encontra atuação na seara do poder de polícia quando toma atuações concretas para fazer cumprir as limitações administrativas impostas nas leis extravagantes, impedindo que o particular destrua o bem, não o utilize para algum fim ou use-o de forma incompatível com a sua natureza e suas características ou, ainda, para evitar que o proprietário atinja algum interesse protegido.

Consoante Marçal Justen Filho (2008, p. 483), estes meios são utilizados pela atuação estatal como forma de exercício do poder de polícia para restringir e/ou limitar o exercício do direito do particular, na fruição do direito de propriedade, em decorrência do princípio maior da função social da propriedade.

Corroborando esta idéia, Diogenes Gasparini (2008, p. 793) ensina que o Estado impõe tais regras sancionatórias com o objetivo de repudiar o comportamento anti-social do particular, permitindo-se intervir no imóvel alheio para promoção da satisfação do interesse público.

Entretanto, a atuação da Administração Pública não acontece de forma desenfreada, pois segue critérios de adequação, uma vez que a medida utilizada deverá está condizente com a finalidade a ser alcançada e a necessidade de se impor determinado constrangimento ao particular. Caso haja outra forma de alcançar a finalidade pela qual busca o Poder Publico que seja menos gravosa ao proprietário, esta deverá ser utilizada.

A proporcionalidade, em sentido estrito, também direciona a atuação do gestor público, confrontando o valor dos direitos restringidos com o valor das finalidades buscadas, de modo que aquele tem que estar abaixo ou em igual patamar a este. Ou seja, se o direito sacrificado for superior a finalidade não há proporcionalidade.

Neste diapasão, esta conduta fiscalizatória da Administração Pública tem o objetivo de aplicar o princípio administrativo da supremacia do interesse público sobre o privado, sujeitando bens particulares a uma afetação coletiva, não sendo forma de camuflar a arbitrariedade do ente federativo, uma vez que, conforme Diogenes Gasparini (2008, p. 20), "[...] a Administração deve obediência ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, segundo prescreve a Lei Maior da República, no art. 5º, XXXVI."

Não obstante alguns meios interventivos não estarem previstos como forma sancionatória no texto do artigo 182, § 4ª, da Constituição Federal de 1988, embora arrolados no artigo 4º, V, do Estatuto da Cidade, são limitações que perfazem relação com o princípio da função social da propriedade, conforme doutrina de Márcia Walquiria Batista dos Santos (2006, p.426):

Destarte, pudemos observar que as limitações administrativas, em geral, são limitações sobre uso, ocupação e modificação da propriedade, para atendimento do interesse público. Nota-se que o interesse público está diretamente relacionado à função social, dado que esta se configura exatamente para que os interesses da coletividade sejam sempre atendidos da melhor maneira, facilitando o convívio dos homens em sociedade.

Assim, para atender a um interesse maior, garantindo o bem-estar social e, consequentemente, a utilização da propriedade privada à luz da Constituição Federal de 1988, utilizam-se de tais meios, sem que caracterize arbitrariedade do ente federativo quando respeitadas as sujeições e os limites legais.

2 Princípios administrativos inerentes à atuação do gestor público

Embora a Lei Fundamental e os princípios gerais de direito permitam ao gestor público a intervenção na propriedade privada, houve a preocupação da norma geral e abstrata de regular a atuação daquele na prática de seus atos administrativos.

Não se admite no direito pátrio que o condicionamento à propriedade pelo interesse social seja pesado de forma grave e arbitrário ao particular, sem que o gestor público respeite o patrimônio alheio e os direitos que o particular exerce sobre o bem.

2.1 O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade

Consoante Marçal Justen Filho (2008, p. 483), as limitações estatais impostas ao gozo dos direitos e das liberdades, que devem ser fruídos pelos particulares, são orientados pelo *princípio da proporcionalidade e razoabilidade*.

Ou seja, pelo simples motivo da função social da propriedade não pode o ente público despropositada e absurdamente se sobrepor aos direitos de uso, gozo e disposição do particular frente ao seu imóvel. O intuito maior da municipalidade deverá está condicionada, segundo ensinamento de Marçal Justen Filho (2008, p. 483), na "adoção das providências estritamente adequadas e necessárias a evitar a infração aos interesses protegidos, respeitada a substância econômica da propriedade privada".

Como exemplo, Marçal Justen Filho (2008, p. 507-508) cita a possibilidade de invalidação da desapropriação no caso do ente não motivar de forma evidente que se trata da única forma adequada para o cumprimento do mister.

Além disso, cumpre acrescer que a afetação destinada ao bem deve ser integralmente cumprida, pois, caso a destinação ao bem expropriado for diversa ou incompatível com o interesse público, a desapropriação poderá revertida e a propriedade devolvida ao particular, cabendo responsabilidade civil neste contexto.

Ou seja, não configurada a afetação destinada ao bem, havendo, portanto, desvio de finalidade, terá o particular direito à retrocessão[1] que, para a corrente majoritária, inclusive defendida por Diogenes Gasparini (2008, p. 834), só admite na forma de perdas e danos, conforme artigo 389 e 519 do Código Civil, uma vez que o artigo 35 do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, não admite reivindicação quando o bem incorpora ao patrimônio público, devendo qualquer ação se resolver em perdas e danos.

Seria um procedimento bastante complexo, receoso e temerário se um bem público retornar ao domínio particular. Há de se sopesar a insegurança e instabilidade que tal ato geraria, pois poderia desencadear uma gama de ações com o objetivo de aferir a legalidade e revisão dos atos expropriatórios, *lato sensu*, simplesmente pela existência de quaisquer vícios, dada a inconformidade notória do proprietário que teve seu bem expropriado, o que ocasionaria abarrotamento da máquina judiciária com processos de natureza delicada.

Há, também, outra situação em que o particular terá direito ao ressarcimento por perdas e danos. Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2005, p. 240-241) explica que, inicialmente, os atos decorrentes do caráter público que impliquem em prejuízos ao

particular no exercício da função urbanística não geram dever de indenizar, todavia, tal direito restaurador estará presente quando resultar prejuízo sensível de uso e gozo do bem ao proprietário, impossibilitando a utilização da coisa ou havendo a supressão do seu valor econômico.

Neste diapasão, gerará dever de reparação de danos quando configurada a redução do uso e gozo do bem conferida ao seu particular, notadamente um incomodo gerado por atos urbanísticos que afrontem o direito constitucionalmente garantido, qual seja, o da propriedade, uma vez que o proprietário do bem não poderá suportar sozinho, pois o direito pátrio não admite a locupletação e a esperteza em detrimento de outrem, tudo em nome do princípio da isonomia.

Tal situação verifica-se quando a Administração Pública desapropria um bem ou aplica alguma intervenção em razão da necessidade social. Contudo, o empreendimento acaba afetando o direito de uso, gozo ou disposição do proprietário do imóvel vizinho, no caso, por exemplo, da obra de um viaduto reduzir o preço de mercado do bem e gerar desconforto em razão do barulho produzido pelo trânsito, o que, certamente, impactará no poder de uso, já que a estadia no imóvel não proporcionará mais tranquilidade, no poder de gozo e disposição, pois dificilmente alguém terá interesse em alugar referido bem ou comprá-lo. E, mesmo que demonstre interesse na compra, o fará em valor consideravelmente inferior à época em que o viaduto ainda não havia sido construído.

Verifica-se, portanto, a importância que a norma civilista eleva o direito de propriedade, e, por isso, é dado ao proprietário o direito de se insurgir à atuação da Administração Pública, resolvendo-se em perdas e danos.

Diogenes Gasparini (2008, p. 24) acentua que a razoabilidade é importante vetor na análise de comportamento quando a Administração Pública estiver no exercício da atividade discricionária.

Ou seja, quando não há previsão normativa para o caso, o gestor público deverá seguir critérios razoáveis para legitimar seu ato administrativo, pois a discricionariedade não está ilimitada, já que se vincula aos critérios de aferição para legitimação do ato administrativo, conforme se relaciona abaixo.

A *necessidade pública* deverá está presente quando a Administração Pública, ante um problema inadiável e premente, não tem outros meios para solucioná-lo senão incorporar o bem particular ao patrimônio estatal. Remete-se aqui a idéia da exceção. Ou seja, a intromissão na propriedade privada não é a regra, trata-se de medida excepcional para promoção da tutela social quando o particular não atende às sujeições legais da função social ou configurada a necessidade e o interesse público.

A *utilidade pública* é evidenciada quando o bem particular mostra-se conveniente e vantajoso à promoção do interesse coletivo. O bem sujeito ao controle estatal não ficará desafetado, sem nenhuma serventia ou proveito à coletividade. Ou seja, o bem foi escolhido por uma conveniência social, pois, diferentemente dos outros, tem mais vantagens para a afetação de determinada atividade pública em razão de suas características próprias. Há, portanto, uma justificativa para se proceder à desapropriação, por exemplo.

Por último, tem-se o *interesse social*, evidenciado pelos problemas sociais, onde o poder público converterá o bem do particular às camadas mais pobres da população, melhorando as condições de vida, favorecendo a distribuição de riqueza e atenuando as desigualdades sociais.

2.2 O Princípio da legalidade

Tal atuação da Administração Pública se sujeita a requisitos pontuais trazidos pela lei e pelos princípios gerais de direito, traduzindo o significado daquela está fadada a exercer sua atividade em conformidade com os mandamentos legais, ou seja, *princípio da legalidade*. Analisem-se as linhas de Diogenes Gasparini (2008, p. 8):

A esse princípio também se submete o agente público. Com efeito, o agente da Administração Pública está preso à lei, e qualquer desvio de sua competência pode invalidar o ato e tornar seu autor responsável, conforme o caso, *disciplinar, civil e criminalmente.* [...] Essa regra, todos sabem, se de um lado prestigia e resguarda o particular contra investidas arbitrárias da Administração Pública, de outro exige lei ou ato equivalente, como é a medida provisória, para os comportamentos estatais, pois qualquer desses comportamentos, por mínimo que sejam, podem alcançar o particular.

Somente por via de lei, e por ela justificada, a vontade estatal de intervir na propriedade privada se torna obrigatória ao particular proprietário do bem. Através da norma, o ente municipal legitima a atuação, possuindo a capacidade de submeter seus desígnios à vontade privada do particular.

Dessa forma, o particular estaria obrigado a cumprir o determinado no ato administrativo em virtude deste representar uma mera expressão executória do que a lei prevê em seu arcabouço normativo.

A norma perfaz tanto a obrigação de cumprimento por parte dos particulares quanto a legitimação para a ação do ente público. Este binômio encontra-se presente de forma concomitante, respaldando a necessidade de intervenção estatal na propriedade que se mostra relevante ao desenvolvimento de determinado setor da sociedade local.

Tem-se, ainda, que ressaltar acerca do controle de legalidade que as normas infraconstitucionais sofrem. A lei municipal que estabelece restrições ao direito de propriedade deve está em consonância com a Constituição Federal, sob pena de ser declarada inconstitucional e, consequentemente, torna-se inválido o ato administrativo que interveio na propriedade particular respaldado na norma declara inconstitucional.

Registre-se, por oportuno, que a lei infraconstitucional poderá até tocar em um direito e garantia individual devidamente expresso no rol de direitos fundamentais, porém só poderá o fazê-lo se a Lei Magna previr essa possível invasão.

Nesse diapasão, verifica-se que a atuação do gestor público não deve perfazer características arbitrárias, ainda mais se tratando de propriedade imobiliária, pois esta está atrelada à própria condição de existência do individuo, sendo-lhe necessária para o mínimo de dignidade. A lei, portanto, será seu vetor, de forma que o exercício de suas

funções estará vinculado ao cumprimento normativo, fazendo acontecer a proteção do interesse público e, para isso, seguindo formalmente os rumos traçados pela norma.

2.3 O Princípio da impessoalidade

O *princípio da impessoalidade* significa que a conduta do agente público, quando do desempenho da atividade administrativa, deve se mostrar imparcial, devendo somente atender a um interesse, qual seja, o público.

Imperiosos mostram-se os ensinamentos de Katherinne de Macêdo Maciel Mihaliuc (2004, p.87-88) quanto ao referido princípio:

O princípio da impessoalidade prima por exigir a imparcialidade do agente público no desempenho de suas atividades administrativas. A neutralidade é o grande núcleo deste princípio, que direciona os atos administrativos ao interesse público e o distancia de anseios particulares, não permitindo ao administrador conferir marca pessoal ou subjetivismo ao exercício de suas funções.

Ou seja, no ato administrativo que impõe limites ao direito ou a garantias do administrado, deve o gestor público primar pela impessoalidade sem permitir que seus anseios e vontades particulares fiquem em evidência, pois somente o raciocínio pelo objetivo do bem-estar social é que deve sobressair. Ensina, também, Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994 *apud* PAZZAGLINI FILHO, 2003, p. 27):

A impessoalidade administrativa é rompida, ultrajando-se a principiologia jurídico-administrativa, quando o motivo que conduz a uma prática pela entidade pública não é uma razão jurídica baseada no interesse público, mas no interesse particular do seu autor. Este é, então, motivado por interesse em auxiliar (o que é mais comum) ou beneficiar parentes, amigos, pessoas identificadas pelo agente e que dele mereçam, segundo particular vinculação que os aproxima, favores e graça que o Poder facilita, ou, até mesmo, em prejudicar pessoas que destroem do seu círculo de relacionamentos pessoais e pelos quais nutra o agente público particular desafeição e desagrado.

A injusta intervenção pública no bem particular, quando em caso de favorecimento secundário ao do interesse público, cite-se, por oportuno, o nepotismo ou rivalidades políticas, ofende frontalmente o princípio da impessoalidade, cabendo, como já citado, responsabilidade independentes nas três esferas: administrativa, civil e penal.

A imparcialidade deverá ser vetor na instrumentalização do ato administrativo que se sobrepõe à propriedade do particular, o que otimizará o cumprimento do mister social por parte do gestor público no que tange ao interesse público.

2.4 O princípio da moralidade

O *princípio da moralidade* traduz o entendimento que o gestor público deverá ter o mínimo de ética e profissionalismo na prática da conduta administrativa. Esta deverá

atender aquilo que a coletividade entende ser eticamente adequado e moralmente aceito. Conforme ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 154):

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isso ocorre, quando o conteúdo de determinado ato contraria o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins de atingir; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos.

A honestidade do gestor público em não locupletar-se da lei para intervir na propriedade alheia para atingir fins que não sejam legais e importantes à sociedade configuram respeito à moralidade.

Os atos que expressam a bondade, a legalidade, a justiça, a conveniência e a honestidade dificilmente carregarão a pecha da imoralidade, pois retrataram fielmente a intenção positiva do administrador em promover o bem-estar social.

Por isso, sempre que o ato administrativo ofender a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios que regem à igualdade entre os indivíduos e a idéia comum de honestidade está eivado de vícios.

Vale ressaltar que o desvio de poder e finalidade do ato administrativo que executa a prescrição normativa de intervenção na propriedade é um dos exemplos mais comuns da prática de atos que ofendem o princípio da moralidade.

Assim, percebe-se que o agente público, na prática do ato administrativo que impõe condições ao bem particular, deverá se valer de meios moralmente legítimos para atender aos fins publicamente necessários. Não perfaz, neste contexto, embora o interesse seja público, que o administrador se abstenha de buscar meios pundonorosos, cuidadosos e suportados pelo decoro, pois o binômio para cumprir referido princípio se traduz nos meios e fins, ou seja, cumulativamente ambos devem ser respeitados.

2.5 O princípio da finalidade

O *princípio da finalidade* diz respeito ao dever precípuo da administração pública de promover o interesse público. Ou seja, a finalidade primordial que o agente público executivo visa atender está atrelada aos interesses da coletividade e à promoção do seu bem-estar. O afastamento deste sentido ocasiona desvio de finalidade e, consequentemente, torna nulo o ato. Diogenes Gasparini (2008, p.14) exemplifica no caso da "desapropriação de bens para doá-los a particular ou como medida de mera vingança".

Ressalte-se que o interesse público constitui valores defendidos pelo todo social, da coletividade, enfim, que imponham ao ato para uma necessidade coletiva e um beneficio comum.

Para exemplificar o interesse geral, Diogenes Gasparini (2008) cita o caso da desapropriação de um terreno para a construção e implantação de uma escola de ensino fundamental para o cumprimento do dever imposto ao Estado pela Constituição Federal no artigo 205.

Ou seja, o resultado prático obtido com a realização do ato administrativo deve alcançar a toda sociedade, não somente a relativo grupo de pessoas, a determinada família ou a um determinado grupo de empresas, embora todas revelem o mesmo interesse.

Para exemplificar uma conduta da Administração Pública que não perfaz o interesse público, Diogenes Gasparini (2008, p. 15) cita o caso da Administração Pública promover a doação de um terreno público para uma empresa alargar suas dependências. Certamente, esta decisão do ente federativo não perfaz a finalidade pela promoção do interesse público, porque mais importante que beneficiar uma empresa privada está a necessidade de construção de hospitais, escolas, conjunto habitacionais, entre outras importâncias.

Assim, o resultado prático perquirido pelo administrador público deverá está totalmente vinculado à finalidade social, que diz respeito ao interesse coletivo pelo mesmo aspecto, ficando o administrador público vinculado no exercício de seu ato a cumprir este ditame principiológico.

2.6 O princípio da motivação

O *princípio da motivação* diz respeito à imposição dada aos agentes públicos do executivo no dever de justificar a prática do ato, assinalando as razões de fato e de direito que amparam seu entender.

Neste contexto, estudos interdisciplinares, decisões administrativas, laudos, relatórios e documentos em geral são peças perfeitamente passíveis e suficientes de fundamentação fática e jurídica dos motivos levados a tomar determinada decisão pelo administrador.

Calcado no artigo 93, IX da Lei Maior, a ausência do cumprimento do referido princípio importa em nulidade do ato, até mesmo porque impedirá que o particular lesado exercite o seu direito de recorrer da decisão de forma administrativa, já que não terá como discordar sem que haja na decisão fundamentos.

Relevante a análise da doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 82): "[...] A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos [...]."

Ou seja, suprimir a motivação do ato administrativo importa em imputação de obstáculo ilegal para a realização do controle de legalidade, causando, assim, uma omissão quanto aos fundamentos do ato decisório que não demonstra a disposição legal ou os fatores que legitimaram a conduta do gestor público, entre outros, o que gera insegurança no controle da legalidade pelas autoridades responsáveis.

Analisem-se as linhas de Diogenes Gasparini (2008, p. 24) acerca do princípio da motivação: "[...] A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato [...]."

Por fim, resta claro a necessidade da motivação da decisão administrativa quando o administrador público profere alguma decisão, tudo com o intuito de averiguar se as justificativas fáticas e legais representam de fato a finalidade social buscada.

2.7 O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

No que tange às restrições ao bem imóvel particular pelo plano diretor, o princípio que mais traduz a justificativa deste condicionamento é o da *supremacia do interesse público sobre o privado*. Neste diapasão, o bem comum é primordialmente preservado. Conforme ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 218-219):

Além de inspirar o legislador, inclusive na criação de novos institutos, o princípio vincula a Administração Pública ao aplicar a lei, no exercício da função administrativa. Assim é que, se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse público. Em consequência, se, ao usar desses poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará praticando ato ilegal, por desvio de poder.

O interesse público, portanto, caracteriza-se como primordial, ainda que haja prejuízo a um particular, porém havendo um mínimo de respeito ao interesse privado, uma vez que não se deve desviar o entendimento de que a propriedade sofre a limitação em busca de um bem maior.

Pelo exposto, verifica-se que o gestor administrativo possui dever jurídico de boa gestão. Além de se utilizar da forma e da medida técnica admissível ao ato administrativo, o administrador público deverá primar pelas soluções dos problemas sociais, estribado, assim, na promoção do interesse da coletividade. O decorro e a probidade deverão segui-lo no desempenho de suas funções, o que, certamente, trará bons resultados ao interesse público.

Caso haja prática de ato administrativo que importe em intromissão ao direito de propriedade do particular, sem que os princípios acima especificados sejam respeitados, além do compêndio normativo pertinente ao caso, é direito do proprietário se insurgir e consequentemente repudiar a intromissão do ente político em razão de vícios que eivam esta atuação ilegal.

3 Relatórios da análise de processos administrativos e judiciais da atuação da Administração Pública na intervenção da propriedade no âmbito do município de Fortaleza/CE

No estudo dos casos a seguir relatados, fez-se uma pesquisa casuística acerca da problemática envolvendo a intervenção administrativa na propriedade privada nos casos em que o ente municipal foi provocado a tomar decisões acerca das limitações ao direito de propriedade e sua relação com o plano diretor, fazendo-se, ao final, uma confrontação doutrinária e jurisprudencial.

3.1 No âmbito da Procuradoria Geral do Município e à 5ª Vara da Fazenda Pública

Na análise da ação civil pública de número 2008.0025.9541-5, que tramita na 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, constatou-se que o Ministério Público do Estado do Ceará propôs referida demanda contra o Município de Fortaleza e o proprietário de um bem imóvel, tendo como fundamento a denúncia formulada por um particular, em razão da construção do bem ir de encontro à legislação municipal (Lei de Uso e Ocupação do Solo e Código de Obras e Postura).

Em resposta as requisições formuladas pelo *Parquet*, a municipalidade, através da Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Controle Urbano (SEMAM) e Secretaria Executiva Regional (SER II), não consideraram como irregular a edificação.

Porém, para confirmar as informações prestadas, foi requisitado relatório de vistoria ao técnico ambiental pelo Ministério Público que concluiu parecer contrário ao posicionamento dos órgãos municipais, ou seja, que havia irregularidade na construção, conforme mandamentos da lei municipal.

A mácula da obra encontra-se nas dimensões laterais, frontais e finais do bem, o que representa uma apropriação indevida do espaço público de uso comum do povo, provocando, inclusive, transtornos à vizinhança, além de ser área de interesse ambiental (Dunas).

O Ministério Público condena, inclusive, o acordo celebrado como ajustamento de conduta entre o município de Fortaleza e o proprietário do imóvel, pois o mesmo não discrimina as adequações a serem adotadas, o que inviabiliza a fiscalização.

A discordância ministerial atinge seu ponto máximo ao questionar a retificação do alvará de construção, caso o projeto tenha sido aprovado erroneamente, pois, com isso, a construção irregular aprovada pela minuta equivocada passaria a ser regular com anuência do órgão fiscalizador. Ou seja, nada deveria ser retificado, mas reprovado.

Na peça vestibular, foi requerida a demolição da obra em relação ao proprietário do bem e a obrigação de fazer consistente na fiscalização das adequações necessárias à regularização da obra em relação ao município de Fortaleza, inclusive perícia, em razão dos erros graves de aprovação do projeto.

Após manifestação de ambos os réus, o juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, deferindo o pedido formulado pela Procuradoria Municipal da mesma *urbe*, incluiu o município no pólo ativo da demanda, excluindo do passivo, pois, embora demonstrada a falha de fiscalização, o ente federativo possui interesse

condizentes com o autor da ação, não obstante, repita-se, haja indícios fortes que a obra ainda não foi paralisada e que a fiscalização municipal não está sendo eficaz.

Para alguns doutrinadores, esta deficiência de fiscalização dos problemas de ordem social, econômica e política por parte da municipalidade têm motivo de ordem estrutural, conforme leciona Petrônio Braz (2006, p. 90):

Todavia, como esclarece Ana Maria Brasileiro, *o município, a quem tem cabido, tradicionalmente (e mais de direito do que de fato) o papel de controlar e orientar o crescimento das cidades, pouco tem podido fazer neste sentido, face a um processo crescente de enfraquecimento político e financeiro. Este se depara ainda com demandas cada vez maiores por serviços e controle trazidos pela urbanização e pela ampliação da presença do poder público em assuntos antes restritos à iniciativa privada* (itálico original).

A ação civil pública ainda tramita no juízo *a quo*, pendendo julgamento final acerca da manutenção ou demolição da obra, objeto de parecer e vistoria, concluída por irregular.

3.2 No âmbito da Comissão de Gestão de Projetos Especiais vinculada ao Gabinete da Prefeita

Na análise do processo administrativo de número 2008.11-2766, que trata da autorização para execução do projeto de rebaixamento da Estação Ferroviária de Parangaba[2], constatou-se que tal monumento foi tombado pelo Patrimônio Histórico do município de Fortaleza, formalizado através do Decreto 12.313, de 13 de dezembro de 2007.

O Ministério Público Estadual ajuizou uma ação civil pública de número 2007.0010.8664-0, que tramitou na 18ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, em face da Companhia Cearense de Transportes Metropolitanos (METROFOR), onde resultou na concessão da liminar, às folhas 387 (trezentos e oitenta e sete) do caderno processual, verificada agressões à estrutura do imóvel e a constatação de que a continuidade da atividade poderia afetar a estrutura do imóvel.

Em razão disso, as obras do metrô foram paralisadas, pois, segundo àquele juízo, afetam à estrutura da Estação Ferroviária de Parangaba, tombada provisoriamente, à época da decisão, pelo Poder Executivo Municipal pelo Decreto nº 12.099, de 21 de setembro de 2006, tudo de acordo com os artigos 11 e 20 da Lei nº 8.023, de 20 de junho de 1997.

Na fundamentação da decisão do juízo *a quo*, foi demonstrada sua importância ao serviço do Patrimônio Histórico e Artístico da cidade pela intervenção concreta do Estado na propriedade privada para limitar o exercício de direitos de utilização e disposição gratuita, permanente e indelegável, uma vez que os bens tombados são destinados à preservação, sob o regime especial de cuidados, em razão de seu valor histórico, arqueológico, artístico ou paisagístico.

Foi citado, ainda, que caracterizava competência do ente municipal, disposta no artigo 23, IV da Lei Fundamental, a preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural impedir a destruição, evasão ou descaracterização.

Não satisfeita, a METROFOR recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, através do recurso agravo de instrumento, que recebeu o número 2008.0017.8387-0/0, objetivando cassar a liminar concedida na ação civil pública proposta pelo *Parquet*.

Na decisão, a desembargadora relatora Maria Sirene de Souza Sobreira entendeu que a obra do metrô estava em harmonia com o plano diretor de desenvolvimento urbano, sendo a obra aprovada antes do processo de tombamento do monumento, já prevendo o aproveitamento da área.

Haveria, portanto, que se sopesar o interesse pela preservação do patrimônio histórico, artístico e paisagístico ou o desenvolvimento do transporte. Porém não podia o ente municipal sofrer o risco de inadimplir os compromissos já assumidos e os prazos inicialmente estipulados para a condução dos trabalhos e de subversão aos empregos e ao aproveitamento das verbas públicas destinadas ao implemento da edificação respectiva, pois o desenvolvimento tecnológico e a otimização dos transportes urbanos, bem como a boa gestão dos investimentos públicos, são valores igualmente indispensáveis tais como a preservação do patrimônio histórico, cultural e paisagístico.

Assim, concluiu a juíza de segundo grau que o mesmo indivíduo possuidor do direito à preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural, também faz jus ao progresso e à funcionalidade dos serviços públicos, havendo uma base de equilíbrio existente na concretização de um interesse não poder pressupor a confirmação de outro de mesma índole. Não haveria entre eles uma disputa pelo mais valioso, mas em qual se concentra a maior satisfação ao interesse público.

Sugerindo alternativas para compatibilizar e harmonizar os interesses, não sendo a permissão para o aviltamento de uma edificação tombada, porque a obra colocaria em risco a integridade física e estrutural da estação, pois se está tombada não poderá ser destruída, modificada, demolida ou mutilada, a magistrada de segunda instância determinou o restabelecimento das obras sob a condição de não desrespeitar o decreto municipal que teve por objeto o tombamento da Estação Ferroviária de Parangaba.

A partir desta decisão, a municipalidade iniciou processo administrativo para aferir qual projeto desenvolveria para compatibilizar a continuidade das obras do metrô e a preservação do bem tombado.

O Conselho de Tombamento opinou pela preservação da integridade do imóvel, excluindo a possibilidade de construção de réplica ou qualquer outra espécie de marca representativa do imóvel que importasse em demolição, inclusive a Estação Ferroviária de Parangaba compartilha a mesma paisagem urbana da região, pois nas proximidades há outro bem de mesma época, também tombado, a saber: a Igreja do Bom Jesus dos Aflitos.

Aprovado pelas diversas faces da Administração Municipal, quais sejam, Secretarias Regionais, Procuradoria Municipal, entre outras, foi autorizado pelo Gabinete da

Prefeita o projeto de rebaixamento da Estação Ferroviária de Parangaba, preservando-se na integra o imóvel tombado.

O relatado processo administrativo encontra-se na Comissão de Gestão de Projetos Especiais vinculado ao Gabinete da Prefeita ainda em tramitação para iniciação da fase de execução do projeto.

Importante analisar a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região quanto ao tombamento e construção em áreas próximas pelo particular:

[...] A construção irregular, em área próxima de bem tombado em razão de suas características históricas e arquitetônicas, justifica a decisão judicial de demolição, pois o interesse individual do proprietário deve ceder diante do interesse social do poder publico na preservação do bem cultural. Decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento aos apelos e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Desembargador Relator Edgard Antônio Lippmann Júnior. (BRASIL. TRF4. Apelação Cível nº 200372010006766/SC, decidido em 18/06/2008, publicado em 30/06/2008).

Pelo que foi explanado no capítulo segundo, verificou-se que o Poder Público também estaria vinculado à lei e ao planejamento urbanístico, junto com o particular. Assim, verifica-se que, pela jurisprudência acima, estaria o ente municipal impedido de construir nas proximidades de um bem tombado.

Referida problemática já foi vivenciada pelo município de Fortaleza na construção do Centro Cultural Dragão do Mar, quando estava em discussão a viabilidade do tombamento dos armazéns daquela área.

Não obstante o ocorrido acima, a problemática com a comunicação entre os diversos setores da Administração Pública Municipal de Fortaleza continua causando percalços na estruturação espacial da cidade, senão analisem-se as linhas doutrinárias de Manoela Valença Queiroz (2000, p. 192; 194):

Afora o fracasso do Centro, há um problema enfrentado pela administração pública e por ela mesma criado: a desarticulação, a falta de intercomunicação que pode comprometer a realização do interesse coletivo no tocante à preservação dos bens culturais. Enquanto um órgão desenvolve um projeto sem o conhecimento ou a participação dos demais, as ações restam isoladas e a efetivação dos projetos pode ser prejudicada, senão eliminada. [...] Dentro desse contesto, apresentamos algumas sugestões para a otimização do instrumento do tombo em particular: [...] articulação dos órgãos responsáveis pelo tombamento com os órgãos encarregados do Plano Diretor do Município, posto que devem necessariamente caminhar em coordenação, desenvolvimento urbanístico e planejamento de proteção cultural.

Cumpre, em arremate final, tecer breves comentários sobre a situação estrutural do município de Fortaleza, pois, embora haja melhorias em setores específicos, ainda há necessidade de complementação de algumas obras.

De certo, a lei complementar que institui o plano diretor de Fortaleza regulamenta os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais relativos às incumbências da Administração Pública em prover a execução das atividades essenciais, porém o que se percebe é a falta de fiscalização na execução das normas regulamentadoras.

Conforme leitura de reportagem extraída da revista Comércio (2004, p. 30), apesar de quase cinco anos tenha passado, vislumbra-se a mesma situação de calamidade pública, principalmente na temporada de inverno, quando se depara com ruas alagadas, pela falta de drenagem, congestionamento no trânsito, casas tomadas pelas águas, em razão da ocupação temporária às margens dos rios, deslizamentos de barreiras em áreas de risco, entre outras.

A TV Verdes Mares, em reportagem exibida em 19 de janeiro de 2009, reafirmou a situação acima apontada quando comenta acerca dos rastros deixados na avenida Heráclito Graça, bem como próximo ao Ginásio Paulo Sarasate, em que o acúmulo de água chega a atingir um metro de altura, inclusive invadindo lojas.

O aumento da temperatura da cidade, além dos efeitos trazidos pela crise ambiental que assola a população mundial, certamente tem seu efeito contribuído pela presença das enormes torres e aranhas-céus localizados em toda orla da Praia de Iracema que, seguramente, atrapalham a ventilação da cidade como um todo.

A especulação imobiliária e os interesses privatísticos de certo grupo de pessoas certamente, em determinados aspectos, está prevalecendo, o que fere de morte o princípio do direito administrativo da supremacia do interesse público sobre o privado.

Considerações Finais

Chega-se ao fim desta pesquisa, acreditando-se ter alcançado os objetivos propostos neste trabalho. Nesse sentido, diante da incumbência garantida constitucionalmente à municipalidade no que tange ao cumprimento da função social da propriedade pelo plano diretor, o gesto público passou, portanto, a exercer um imperioso papel na execução da política de planejamento espacial e ordenamento urbano e é, também, nesse sentido que caminha a doutrina no sentido de dispor princípios administrativos que servem de bússola para que o administrador municipal execute a intencionalidade da Lei Maior sem incorrer em excessos ou omissões.

De certo, verificou-se, ainda, que há casos em que o particular poderá se insurgir às limitações impostas a seu bem seja de que natureza for, quando os princípios administrativos não são observados pelo gestor público, fazendo, muitas vezes, *jus* à indenização por perdas e danos ou reaver seu imóvel caso ainda não o tenha incorporado ao patrimônio público.

Por sua vez, na análise casuísticas, demonstrou-se que, para cumprir o seu mister, o gestor municipal deverá promover tanto a instituição da lei quanto fiscalizá-la, não satisfazendo uma ou outra ação em caráter solitário.

Neste diapasão, muitas vezes, a própria Administração Municipal é a responsável pela ausência de ordenação espacial, seja por não fazer cumprir o disposto nas normas, ou seja, incorre em omissão de fiscalização, seja por não pôr em prática o que também está previsto legalmente, seja, ainda, por não compatibilizar e harmonizar os interesses, onde se deveriam manter articulações entre os órgãos responsáveis pelo planejamento urbanístico a fim de que não houvesse problemas na execução da política de ordenamento espacial urbano.

Assevera-se, finalmente, que os gestores públicos devem estar atentos para a nova realidade implantada pela política de ordenamento espacial urbano, trazida pela Constituição Federal de 1988, visto que a sua aplicação está intimamente ligada às funções que a cidade exerce perante seus administrados, quais sejam, recrear, habitar, circular e trabalhar, com o objetivo de promoção do bem-estar social local.

Portanto, concluí-se que a Lei Magna, apesar de delegar a função de ordenação espacial urbana à municipalidade, não está sendo cumprida e seus objetivos não estão sendo seguidos, muitas vezes, pelo fato do gestor público que administra o ente municipal não atentar para a responsabilidade a ele trazida e não lançar meios eficazes para fazer cumprir a lei, seja fiscalizando ou implantando projetos de urbanização.

Nisto o maior prejudicado é o administrado que acaba sofrendo as conseqüências desta omissão ou inércia, tendo, muitas vezes, seu imóvel restrito sem a contra-prestação de um espaço territorial ordenado.

Conclui-se, portanto, que os objetivos da norma (Constituição Federal, Estatuto da Cidade e plano diretor) não foram atendidos, de forma satisfatória, pela Administração Pública, uma vez constatada a omissão quanto ao cumprimento das leis acima no que tange à análise feita da ação civil pública, bem como da reportagem apreciada.

Referências

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. O IPTU progressivo como instrumento essencial ao estatuto da cidade e da política urbana. **Revista Cearense Independente do Ministério Público,** Fortaleza, v.6, n. 21-22, p. 69-84, abr./jul. 2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 200372010006766/SC, julgada pela 4ª Turma, sob a relatoria do desembargador Edgard Antônio Lippmann Júnior, RS, 18 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.jf.jus.br>. Acesso em: 24 jan. 2009.

BRAZ, Petrônio. **Direito Municipal na Constituição**. 6. ed. Leme: Mizuno, 2006.

CHUVA em Fortaleza já causa transtornos em avenida. TV Verdes Mares, Fortaleza, 19 de jan. 2009. Disponível em:. Acesso em: 29 jan. 2009.

COMÉRCIO. Fortaleza: v. 5, n. 55, abr. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito municipal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIHALIUC, Katherinne de Macêdo Maciel. **Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados**: estudos em face de um paradigma constitucional. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PARANGABA: beleza, formosura. **O Povo Online**, Fortaleza, 12 fev. 2008. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios constitucionais reguladores na administração pública**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

QUEIROZ, Manoela Valença. Tombamento - necessidade de revigoração. In: MORAES, Germana de Oliveira (Org.). **Temas Atuais de Direito Administrativo.** Fortaleza: ABC, 2000. p.181-196.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. A propriedade e a evolução da sua função social. **Boletim de Direito Administrativo BDA,** São Paulo, v. 22, n. 4, p. 422-426, abr. 2006.

1 "A retrocessão [...] é um direito pessoal que proporciona ao expropriado, tão-só, perdas e danos, caso o expropriante não lhe ofereça o bem quando desistir de utilizá-lo num fim de interesse público." (GASPARINI, 2008, p. 834).

2 "[...] Porangaba, Vila Nova de Arronches e finalmente Parangaba, área que remonta aos tempos da colonização lusitana em 1603. Parangaba - (em tupi-guarani significa beleza, formosura), situada nas margens da lagoa do mesmo nome, foi um dos mais antigos povoados do Ceará, o chamado aldeamento indígena de Porangaba, que os jesuítas fundaram no séc. XVI. A vila foi criada a 26 de Maio de 1758 e inaugurada a 25 de outubro de 1759. Dentre os principais equipamentos instalados no bairro ainda no século XIX, têm-se a implantação da via férrea Fortaleza-Baturité e a construção de uma estação em 1873. A estação foi a segunda a ser construída no Estado depois da

Estação Central, sendo demolida em 1939 e reerguida em 1941. Sua construção fortaleceu o comércio de farinha, gado e couro na área. Parangaba era o ponto coletor de parte da produção dos roçados de Fortaleza e de boa parte da farinha, do gado e couro das fazendas adjacentes, além de ser ponto de convergência de estradas que se dirigiam às serras úmidas de Maranguape, Pacatuba e Baturité. O trem consolidou e incrementou seu desenvolvimento [...]." (PARANGABA: beleza, formosura. O Povo Online).

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SETOR DA SAÚDE[*] [**]

PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ

Manoel Messias Peixinho
Carolina Altoé Velasco

RESUMO

Contemporaneamente é visível a importância conferida às questões de saúde pública. A fim de que o desenvolvimento de políticas públicas se torne efetivo, é necessário que haja esforços das esferas de governo para a efetiva melhoria da qualidade de vida da sociedade de modo equânime. Com base nas deficiências que o setor da saúde apresenta, o artigo propõe a possibilidade de implementação das parcerias público-privadas na área da saúde, de forma a atrair o setor privado a investir em projetos de interesse comum. Em outros termos, significa aproximar a iniciativa privada a fim de que seja fornecido o seu expertise para a construção de obras ou a prestação de serviços de interesse público e, em contrapartida, receber a remuneração devida pela execução e/ou gestão do objeto do contrato. No Brasil, as parcerias público-privadas foram introduzidas pela Lei 11.079/04 no âmbito Federal, mas há diversas leis estaduais e municipais que regulam a matéria em seus respectivos âmbitos de competência.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS; PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS; SAÚDE.

RESUME

Est à la fois visible l'importance attachée aux questions de santé publique. Afin que le développement de la politique publique devient effective, il doit y avoir des efforts des niveaux de gouvernement pour l'amélioration efficace de la qualité de vie d'une société juste. Sur la base des carences dans le secteur de la santé, l'article propose la possibilité de mettre en œuvre des partenariats public-privé dans la santé, afin d'attirer le secteur privé à investir dans des projets d'intérêt commun. En d'autres termes, cela signifie amener le secteur privé afin qu'il a apporté son expertise à la construction de travaux ou la prestation d'intérêt public et en retour, recevoir une rémunération pour l'exécution et / ou gestion de la licence. Au Brésil, les partenariats public-privé ont été introduites par la loi 11.079/04 au niveau fédéral, mais il ya plusieurs États et locales en vigueur régissant la matière dans leurs domaines de compétence respectifs.

MOT-CLES: DROITS FONDAMENTAUX ; PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ, SANTÉ.

---

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.
[**] Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Candido Mendes.

INTRODUÇÃO

No plano dos direitos fundamentais, a Constituição foi responsável pela consolidação de valores imprescindíveis ao bem-estar individual e social. A importância do valor "dignidade da pessoa humana" alcançou merecido destaque e permeou novos matizes.

Apesar do avanço proporcionado em aspectos particularizados no campo da saúde e educação, por exemplo, há incontáveis débitos. Subsiste um abismo de desigualdade no que tange à distribuição de renda, acesso *universal* aos serviços de saúde com qualidade, dentre outros.

Mais do que outrora, vislumbra-se a emergente importância conferida às questões de saúde pública. Para tanto, imprescindível o desenvolvimento de políticas públicas que visem a melhoria da qualidade de vida da sociedade de modo equânime.

Apesar do conhecimento de deficiências em inúmeros setores que envolvem a saúde no país, o tema que se passa a analisar adquire importância em virtude da preocupação com o direito à saúde – direito constitucionalmente assegurado a todo cidadão – e das irradiações financeiras que o mesmo acarreta ao Estado.

Desnecessário enfatizar que os recursos destinados à saúde são escassos e por isso mesmo devem ser distribuídos com razoabilidade, seriedade e equidade em um país de dimensões continentais.

As parcerias público-privadas são mecanismos de contratação muito utilizados no direito comparado, especialmente na Inglaterra, Estados Unidos, Portugal e Espanha. O objetivo principal para a adoção desse modelo de contratação é atrair o setor privado para investir em projetos de interesse comum. Em outros termos, significa aproximar a iniciativa privada a fim de que seja fornecido o seu expertise para a construção de obras ou a prestação de serviços de interesse público e, em contrapartida, receber a remuneração devida pela execução e/ou gestão do objeto do contrato. No Brasil, as parcerias público-privadas foram introduzidas pela Lei 11.079/04 no âmbito Federal, mas há diversas leis estaduais e municipais que regulam a matéria em seus respectivos âmbitos de competência.

Assim, o objetivo do artigo é propor a implementação das parcerias público-privadas na saúde, com destaque para as relações que tenham por atores o Sistema Único de Saúde (SUS) e portadores do vírus HIV-AIDS, principalmente para possibilitar seu acesso às técnicas de reprodução assistida.

2. DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Um dos principais avanços trazidos pela Constituição brasileira de 1988 foi a positivação de vários direitos fundamentais sociais, dentre os quais se destaca a consagração do direito fundamental à saúde.

No que tange a esses direitos, a Constituição de 1988 inovou porque inseriu o tema não no capítulo dedicado à Ordem Econômica e Financeira ou à Ordem Social. Ao contrário, conferiu aos direitos contemplados no artigo 6º, denominados de direitos sociais, (direito à saúde – expressamente tratado por direito à proteção da saúde – ; direito ao trabalho; direito ao lazer; direito à moradia, incorporado posteriormente pela Emenda Constitucional 26, de 2000; direito à educação; direito à previdência; direito à segurança; direito à assistência aos desamparados; direito à proteção da infância e direito à proteção da maternidade) caráter de direitos fundamentais. Tais direitos encontram-se consubstanciados no texto constitucional em razão da demanda e de movimentos sociais. São, portanto, expressão de reivindicação social. Sociedade esta que anseia pela efetividade desses direitos.

Nas palavras de Hannah Arendt, os direitos não são um dado, mas construções; são invenções humanas em constante processo de construção e reconstrução.

A Constituição de 1988 demarca, no âmbito jurídico, o processo de democratização do Estado brasileiro consolida a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964. Introduz sensível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. Inova, também, ao ampliar a dimensão dos direitos e garantias e incluiu no rol de direitos fundamentais – além dos direitos civis e políticos – os direitos econômicos, sociais e culturais. Sustenta-se, portanto, que os direitos fundamentais integram-se em um conjunto harmônico.

Diante do conceito de saúde positivado na Constituição ("a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação"), abandona-se um sistema que considerava a saúde pública apenas como forma de prestação do Estado e assume-se por seu dever a garantia da saúde mediante formulação e execução de políticas econômicas e sociais, além da prestação de serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação. É o que o texto constitucional expõe no art. 196. Cabe, assim, ao Estado, executar medidas voltadas à proteção das pessoas, de forma a concretizar o direito em sua dimensão positiva. Tal direito somente será cumprido pelas instâncias governamentais quando as mesmas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação da determinação constitucional.

Com respaldo no texto constitucional, infere-se que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata e eficácia plena, o que não autoriza ao legislador infraconstitucional mitigar seus efeitos (art. 5º, § 1º, CRFB/1988).

Com fundamento no exposto, denomina-se o momento atual por fase de redemocratização na esfera da saúde. É debatida, em diversas perspectivas, a real universalização dos serviços públicos de saúde.

Do ponto de vista federativo, a Constituição de 1988 atribuiu *competência concorrente* à União, Estados e aos Municípios *para legislar sobre proteção e defesa da saúde* (arts. 24, XII e 30, II, CRFB/1988). À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, § 2º) e aos Municípios, legislar sobre assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II).

Já quanto à possibilidade de *formular e executar políticas públicas de saúde*, a Constituição atribuiu *competência comum* à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Assim, no âmbito da União, a direção do SUS ficará a cargo do Ministério da Saúde; nos Estados e no Distrito Federal, das Secretarias de Saúde ou de órgãos equivalentes; e nos Municípios, da Secretaria de Saúde local ou de qualquer entidade correspondente. Entretanto, conforme destaca Luis Roberto Barroso, embora se esteja diante de uma atribuição de competência comum, isso não significa que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos tivessem competência integral na prestação de serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas. Para ele, o que o art. 23, parágrafo único da CRFB/1988 elenca é o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional, que será concretizado através da *cooperação* entre as esferas de governo.

Em setembro de 1990, após a entrada em vigor da Constituição, houve aprovação da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), que estabelece a estrutura e o modelo operacional do Sistema Único de Saúde (SUS). Portanto, o SUS é concebido como forma de acesso à saúde por parte de toda a sociedade brasileira, independentemente de estar vinculado a algum regime de trabalho. Esse sistema compreende o conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público (art. 4º da Lei 8.089/90).

Além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estatui os princípios pelos quais sua atuação deve se pautar. Dentre seus princípios norteadores, destacam-se o da *universalidade* (art. 7º, I) e o da *descentralização político-administrativa* (art. 7º, IX e 16 a 19, todos da Lei 8.080/90).

Em virtude da importância social conquistada pelo SUS, permite-se destacar, ainda, sua condição jurídico-constitucional.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o SUS assume condição de “autêntica garantia institucional fundamental”. Ao basear seu fundamento na doutrina alemã, o autor sustenta que a partir do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado), em razão de sua relevância social, deveriam receber, por extensão, a proteção jusfundamental, a fim de resguardar, ao menos, o núcleo essencial das garantias institucionais. Dessa forma, o SUS não estaria sujeito a medidas de caráter retrocessivo. Eventuais medidas tendentes a aboli-lo ou esvaziá-lo formal e substancialmente deverão ser consideradas inconstitucionais. Isso porque não apenas o direito à saúde é protegido, mas o próprio SUS, na condição de instituição pública, é salvaguardado pela tutela constitucional protetiva.

3. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA SAÚDE

A partir de 1996, graças ao desenvolvimento das pesquisas no que tange à elaboração de medicação antiviral, a AIDS deixa de ser considerada doença mortal e passa a ser considerada doença crônica, com longa sobrevida para os portadores.

Em 2005 houve veiculação por parte dos meios de comunicação e, em destaque, pelo sítio eletrônico do governo federal do Programa Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, no qual casais soropositivos poderiam realizar seus projetos parentais por meio de técnicas de reprodução assistida. Isso somente se tornou possível graças ao avanço alcançado pela biotecnociência na área de reprodução humana. A idéia é oportuna, uma vez que confere oportunidade de constituição familiar de forma planejada e segura, o que de outro modo seria impensável para os portadores de doenças genéticas e infecto-contagiosas. É importante destacar, ainda, que o programa respeita a autonomia dos portadores de HIV, bem como os interesses essenciais da criança, dentre os quais o de não nascer infectada pelo mesmo vírus.

A Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, lançada em março de 2005 (mas somente implementada no segundo semestre do mesmo ano) prevê o apoio do SUS para o tratamento da *infertilidade*. Percebe-se que o objetivo do programa é bem amplo. Alcança, portanto, pessoas que sofrem de infertilidade, esterilidade e inclui a realização das técnicas de reprodução assistida a portadores de doenças genéticas e infecto-contagiosas a fim de que não transmitam esses fatores aos parceiros e filhos.

A proposta do programa, a princípio, era atender de forma gradativa a todos os estados da federação. Foi noticiado que os Estados de *São Paulo*, *Brasília* e *Rio Grande do Sul* já utilizam alguns serviços prestados, mas ao que parece, o atendimento das atividades indicadas por essa política nacional está longe de se tornar efetiva. Inúmeros fatores concorrem para que o desenvolvimento do programa seja vagaroso, como, por exemplo, o levantamento e diagnóstico correto dos problemas enfrentados por cada pessoa (isso porque a mesma doença, vírus ou causa determinante pode se manifestar de forma diversa em cada organismo), o alto custo dos medicamentos, exames, técnicas e a capacitação profissional adequada para o bom deslinde e resultado das atividades.

Por outro lado, antes mesmo da implantação do programa, severas críticas foram direcionadas aos objetivos perseguidos pelo mesmo. Em decorrência dos elevados custos, há receio de que esse projeto inviabilize outras ações de prevenção e tratamento da AIDS ou mesmo programas básicos de saúde. A título exemplificativo, a técnica de reprodução utilizada em *homens soropositivos* que desejam a paternidade é a mais cara dentre as técnicas de reprodução assistida. Em clínicas particulares, cada tentativa de inseminação artificial pode custar R$ 18 mil (o que equivaleria quatro vezes mais do que a mesma terapia em condições normais). Para mulheres soropositivas, entretanto, não há técnica totalmente segura, uma vez que durante a gestação há comunicação direta entre placenta e feto, o que favorece a contaminação. O mais indicado, nesses casos, seria a realização da inseminação artificial, administração de coquetel anti-retroviral, dose adicional de AZT durante o parto e nas primeiras semanas de vida do bebê e o não-aleitamento. Com esses cuidados, o risco da criança se tornar soropositiva é de até 2%.

Conforme o artigo 2º da Portaria nº 426/GM (de 22 de março de 2005), a política nacional seria instituída entre o *Ministério da Saúde*, as *Secretarias de Estado de Saúde* e as *Secretarias Municipais de Saúde*. É evidente que assumir o controle de um programa de alcance nacional é árduo e dispendioso. Crê-se que o gasto efetivo com políticas públicas em saúde deveria ser encarado como *investimento*, já que a Carta Magna segue o modelo de atenção universalista em saúde pública. É responsabilidade do Estado a promoção de programas voltados ao acesso, proteção e recuperação da saúde através de ações e serviços públicos de caráter universal.

Diante dos aspectos expostos, propõe-se, portanto, a aplicação das parcerias público-privadas no âmbito da saúde. O Estado aliado à iniciativa privada apresentaria melhores condições de prestação de serviços adequados, de forma *efetivamente universal* e de abrangência nacional em menor lapso temporal.

Ao contrário do que muitos doutrinadores ponderam, as parcerias público-privadas devem ser consideradas instrumentos de inclusão social.

De forma ampla, a parceria público-privada pode ser considerada um ajuste entre a Administração Pública e o particular com fim de viabilizar a realização de empreendimentos vinculados ao desenvolvimento socioeconômico do país e ao bem-estar da sociedade. Seria um acordo bilateral firmado entre o setor público e o setor privado. Ente as partes, portanto, é firmado contrato que contém obrigações e direitos de cada envolvido.

Com base na Lei Federal nº 11.079/2004, define-se parceria público-privada por (i) contrato administrativo de concessão por prazo certo e compatível com o retorno do investimento privado; (ii) celebrado entre a Administração Pública e certa entidade particular; (iii) possibilidade de remuneração do parceiro privado conforme a modalidade de parceria firmada; (iv) destinada a regular a prestação de serviços públicos ou a execução de serviços precedidos de obras públicas ou, ainda, a prestação de serviços em que a Administração Pública é usuária direta ou indireta, respeitando sempre o risco assumido.

Sob a perspectiva que visa a diminuição da transmissão vertical e/ou horizontal de doenças infecto-contagiosas e genéticas e estabilização da margem de segurança nos procedimentos que envolvam a possível transmissão de riscos à saúde das pessoas é que se adota a tendência global de atração da iniciativa privada para a concretização de serviços públicos, aptos a estabelecer relações de complementaridade na repartição dos investimentos, riscos, responsabilidades e ganhos nas atividades desenvolvidas.

Em que pese a Constituição brasileira mencionar o *direito à saúde* de forma universal, esse mesmo direito esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades do administrador público. Ademais, o artigo 6º da Constituição brasileira refere-se, de modo expresso, que o direito à saúde é um direito social. Sua implementação, portanto, deve ser um dever do Estado.

Ademais, expresso está na Carta Magna (artigo 196) que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita *diretamente* ou *através de terceiros* e, também, por pessoa física ou jurídica de *direito privado*. Aqui está,

portanto, o elemento que justifica e possibilita a realização de parcerias público-privadas no âmbito da saúde no Brasil.

No Estado do Rio de Janeiro houve a edição da Lei nº 5.068, de 10 de julho de 2007. Tal norma institui o programa estadual de parcerias público-privadas (PROPAR), destinado a promover a realização de PPPs no âmbito da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, observadas as normas gerais estabelecidas pela Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

De acordo com a legislação estadual, dentre as inúmeras áreas de incidência das PPPs, vislumbra-se expressamente sua aplicação na área da saúde. Entretanto, para que sejam implementados projetos nas áreas pretendidas, é condição que fique demonstrado (i) o fundamental interesse público, considerando a natureza, relevância e valor de seu objeto; (ii) a vantagem econômica e operacional da proposta e a melhoria da eficiência no emprego dos recursos públicos; (iii) as metas e os resultados a serem atingidos, as formas e os prazos de execução e de amortização do capital investido, bem como a indicação dos critérios de avaliação ou desempenho a serem utilizados; (iv) a efetividade dos indicadores de resultado a serem adotados; (v) a viabilidade de obtenção pelo ente privado, na exploração do serviço, de ganhos econômicos e financeiros suficientes para cobrir seus custos; (vi) a forma e os prazos de amortização do capital a ser investido pelo contratado; (vii) o cumprimento dos requisitos fiscais e orçamentários previstos no art. 11 da Lei Federal nº 11.079/2004.

Ainda sobre a matéria de PPP na saúde, interessante ressaltar a iniciativa do governo federal, no que tange à produção nacional de medicamentos. Foi anunciado (em abril/2009) pelo atual Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, a articulação de nove parcerias público-privadas entre sete laboratórios oficiais e dez empresas privadas na produção de medicamentos utilizados pelos pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, estima-se uma economia de R$ 160 milhões nos gastos do Ministério da Saúde com a aquisição dos fármacos.

Com essa política pretende-se fortalecer a indústria fármaco-químico brasileira, economizar recursos com gastos na compra de medicamentos e geração de empregos. Na lista dos fármacos, usado por pacientes portadores do vírus HIV. estão incluídos os para asma, tuberculose, hemofilia, transplantes, redução de colesterol, aintipsicóticos e anticoncepcionais de última geração. Há ainda planos para a produção do Tenofovir

Nas últimas décadas muitos países têm recorrido a modelos de parceria público-privada para o desenvolvimento de projetos de investimento de interesse público com dois objetivos principais: (i) atração de capitais privados para o financiamento de despesas de investimento público e (ii) aproveitamento das capacidades técnicas e especializadas de entidades privadas na construção e/ou na gestão de serviços destinados a satisfazer necessidades coletivas, num contexto de equilíbrio dos riscos associados às atividades.

No direito estramgeiro, as experiências de parcerias com o setor privado no âmbito dos sistemas públicos de saúde têm sido ampliadas. Durante a década de 1990 emergiram basicamente três modelos diferenciados em condições distintas (grau de envolvimento do setor privado, grau de transferência de risco para o operador privado, amplitude do objeto contratual, mecanismos de pagamento e mecânica de funcionamento da parceria e do contrato): (i) o modelo do **Reino Unido**, baseado na prestação, por parte do

operador privado, de um pacote de serviços que compreende os serviços de infra-estrutura e os serviços de *hard* e *soft facillity management*. Nesse modelo o operador privado não é responsável pela prestação de cuidados de saúde, pela gestão hospitalar e clínica. Esse contrato tem duração de 25 ou 30 anos. (ii) O modelo do estado de Vitória, na **Austrália**, que envolve a contratação dos serviços clínicos e o desenvolvimento das infra-estruturas hospitalares pelo operador privado, mas sem prever a sua reversibilidade para o setor público no termo do contrato. A duração dos contratos é de 15 a 20 anos e a forma de pagamento é baseada no sistema de financiamento por GDHs (grupos de diagnósticos homogêneos) e no *case mix* (conjunto de casos tratados). (iii) Na **Espanha** o modelo é o de concessão administrativa, que abrange a concepção, construção, financiamento da nova unidade hospitalar e a prestação dos serviços clínicos por um período de 10 anos (renováveis por até 15 anos) e prevê a transferência da unidade hospitalar para o setor público no termo do contrato.

Com base nos três modelos apresentados (Reino Unido, Austrália e Espanha), **Portugal** aparece como um quarto modelo, que se baseia em um contrato de gestão cujo objeto envolve atividades de construção, financiamento, conservação e exploração dos ativos infra-estruturais e gestão geral do hospital, a incluir a prestação de serviços clínicos.

Nesta pesquisa houve a opção pelo exame da PPP adotada na saúde em Portugal, vez que seu Tribunal de Contas emitiu (em abril de 2009) relatório da auditoria feita ao Programa de Parcerias Público Privadas na Saúde (Relatório nº 15/2009 AUDIT). No entanto, o resultado final da auditoria não foi positivo. Esse foi o motivo da escolha para destaque nessa pesquisa: apresentar os aspectos e elementos negativos do projeto em Portugal para que o Brasil não incorra em erros semelhantes quando da implementação das PPPs na saúde em território nacional.

O quadro jurídico das PPPs em Portugal é recente e contempla os contratos com as entidades privadas, designadas por parceiros privados, os quais se obrigam perante um parceiro público a assegurar o desenvolvimento de uma atividade que atenda a necessidade coletiva.

Em Portugal, a legislação nacional sobre a matéria define parcerias público-privadas por "contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado".

Os primeiros projetos de PPPs na área da saúde foram lançados e aprovados ao abrigo do Decreto-lei nº 185/2002, de 20 de agosto, que estabelece por objeto a associação duradoura de entidades dos setores privado e público à realização direta de prestações de saúde, ao nível dos cuidados de saúde primários, diferenciados e continuados, ou ao apoio direto ou indireto à sua realização no âmbito do serviço público de saúde assegurado pelo Serviço Nacional de Saúde (SNS). Esses projetos foram (i) o do Centro de Atendimento do SNS (com duração contratual de 4 anos) e (ii) do Centro de Medicina e Reabilitação Física do Sul (com duração contratual de 7 anos).

Posteriormente, com o Decreto-lei nº 86/2003, de 26 de abril, foram aprovados e lançados projetos de PPPs de quatro hospitais, que previam duração de 30 anos para a

parte infra-estrutural (construção, gestão e manutenção do edifício hospitalar) e de 10 anos para o suporte clínico (que seria a prestação de cuidados hospitalares). Em apertada síntese, o programa visa (i) a melhoria geral do acesso aos cuidados básicos e especializados de saúde por parte das populações das áreas beneficiadas; (ii) a melhoria da qualidade dos serviços prestados, em termos de padrões de atendimento, acolhimento e humanização; (iii) a construção de modernas unidades hospitalares, de acordo com uma lógica de investimento mais racional e capaz de introduzir inovações infra-estruturais e técnicas suscetíveis de favorecerem a prestação dos serviços de saúde na ótica do usuário; (iv) a adoção de um modelo de gestão de natureza empresarial, globalmente mais econômico e eficiente, baseado na transferência de riscos para os operadores privados.

A auditoria realizada pelo Tribunal de Contas para apurar a origem dos "atrasos" na contratação das parcerias público-privadas da saúde concluiu que o Estado foi ineficaz nesse processo. Os trabalhos de auditoria ocorreram no período de 11 de abril a 16 outubro de 2008, cuja análise foi realizada com fundamento nas informações disponíveis até esta data.

Nesse ponto serão tomadas por base as conclusões gerais expostas pelo Tribunal de Contas português. (i) Após 7 anos da criação da Estrutura de Missão Parcerias em Saúde e 5 anos depois do lançamento do primeiro concurso não houve implementação definitiva de qualquer processo de contratação completo; (ii) de acordo com as impressões das entidades privadas interessadas, as expectativas iniciais transmitidas pelo Estado à sociedade não se concretizaram; (iii) segundo as entidades privadas, que cumpriram as condições acertadas, o Estado não realizou com disciplina a gestão dos processos concursais; (iv) o Estado, que não possuía experiência prévia em PPP, optou pela implementação de um modelo de parceria complexo e sem paralelo no campo internacional; (v) não foi utilizado um projeto-piloto que possibilitasse testar não só o modelo e o desempenho dos procedimentos de contratação, mas também a capacidade de gestão do próprio Estado; (vi) na fase de avaliação de propostas houve grande incidência de atrasos (entre 13 e 23 meses, enquanto a meta inicial era de 5 meses); (vii) na fase de avaliação de propostas verificou-se falta de clareza das peças concursais e a inexplicável ótica subjacente aos cadernos de encargos, muito próxima de uma contratação tradicional; (viii) em função das fragilidades destacadas, foram feitas alterações aos procedimentos, não apenas em grande parte dos concursos que ainda não ocorreram, como nos da segunda vaga de PPPs hospitalares; (ix) diante de tantas alterações, o próprio modelo de PPP inicial foi modificado, vez que a segunda vaga de PPP deixará de incluir no objeto de concurso a gestão clínica. Houve, portanto, alteração no modelo de PPP – inicialmente definido – sem que tenha sido executado. Isso é afirmado com clareza uma vez que quando se procedeu à sua alteração, não existia contrato algum em execução; (x) nenhum dos objetivos de contratação inicialmente definidos foi, até o momento, atingido – por ineficácia por parte do Estado.

Em última análise, após essa breve reflexão proposta, julga-se pertinente salientar que o acesso às técnicas de reprodução assistida nos casos ventilados é devido de modo irrestrito, pois configura direito à saúde, regido pelo princípio do acesso universal igualitário (CRFB/1988, artigo 196). Tal princípio implica respeito e observância às diferentes situações vividas pelos portadores do vírus HIV – AIDS quando do desenvolvimento das políticas públicas. O comprometimento em propiciar acesso à saúde de forma universal e igualitária significa, na medida do possível, considerar a

diversidade cultural, social e econômica presente nos indivíduos e grupos sociais, tornando o sistema de fornecimento de serviços de saúde capaz de atendê-los dignamente.

CONCLUSÃO

As parcerias público-privadas aplicadas especificamente às técnicas de reprodução assistida, ainda que não encontrem amparo legal na lei 11.079/2004, podem ser utilizadas no sentido de parcerias amplas entre o setor público e o setor privado cujo objeto poderia ser aperfeiçoado por meio de futura legislação. As legislações estaduais que regulamentam as parcerias público-privadas já preveem a aplicabilidade destas modalidades de delegação a diversas áreas de interesse do Estado, a exemplo de educação, administração de presídios, esporte, cultura, dentre outras.

As técnicas de reprodução assistida, que são ainda inacessíveis às populações excluídas social e economicamente, podem ser viabilizadas mediante a celebração de parcerias público-privadas em que hospitais e clínicas privados poderiam celebrar com o Estado contratos para a universalização das técnicas acima referidas, o que possibilitaria aos cidadãos despossuídos economicamente a concretização o planejamento familiar de forma segura e digna.

A suposta objeção de que os cidadãos portadores do vírus HIV – AIDS não teriam condições (referidas aqui no contexto de saúde) de gerar filhos sem vestígio de sua carga viral e, portanto, não teriam o direito à filiação, constitui verdadeira afronta ao direito constitucional ao planejamento familiar, além de violar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Finalmente expõe-se uma síntese das idéias expostas no artigo:

1. A Constituição brasileira, do mesmo modo que reconheceu o surgimento de novos conceitos familiares, estabeleceu o princípio da liberdade de planejamento familiar e da paternidade responsável como vertentes das relações do Estado com os indivíduos que, por sua vez, traduz-se na impossibilidade de ingerência do poder público na formação do núcleo familiar.

2. As técnicas de reprodução assistida são uma esperança para aqueles indivíduos que desejam realizar o projeto parental com segurança.

3. No ano de 2005 foi criado o Programa Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, no qual casais soropositivos poderiam realizar seus projetos parentais por meio de técnicas de reprodução assistida. Isso somente se tornou possível graças ao avanço alcançado pela biotecnociência na área de reprodução humana.

4. A proposta do governo federal na qual o Sistema Único de Saúde ofereceria técnicas de reprodução assistida a casais soropositivos e sorodiscordantes infelizmente não obteve o resultado pretendido. Crê-se que inúmeros fatores tenham concorrido para que

o lento deslinde do programa, como por exemplo, o levantamento e diagnóstico correto dos problemas enfrentados por cada indivíduo (uma vez que a mesma patologia pode se manifestar de forma diversa em cada organismo); o alto custo dos medicamentos, exames, técnicas e capacitação profissional adequada para o bom desempenho das atividades.

5. Em sede nacional, a parceria público-privada pode ser considerada um ajuste entre a Administração Pública e o particular com o fim de viabilizar a realização de empreendimentos vinculados ao desenvolvimento socioeconômico do país e ao bem-estar da sociedade.

6. Sob a perspectiva que visa a diminuição da transmissão vertical e/ou horizontal de doenças infecto-contagiosas e genéticas e estabilização da margem de segurança nos procedimentos que envolvam a possível transmissão de riscos à saúde das pessoas é que se adota a tendência global de atração da iniciativa privada para a concretização de serviços públicos, aptos a estabelecer relações de complementaridade na repartição dos investimentos, riscos, responsabilidades e ganhos nas atividades desenvolvidas.

7. A exemplo de Portugal é preciso avaliar a diversidade das PPPs selecionadas segundo o tipo de projeto, necessidade e setor, em que a mesma deve ser utilizada somente quando apropriado e nas opções em que oferecer claramente vantagens e benefícios.

8. As PPPs devem ser encaradas por uma opção entre uma série de alternativas possíveis, quando a situação e as características dos projetos forem viáveis e onde fiquem demonstrados benefícios e vantagens efetivas.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões, in CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ANKIER, Cila. *Aspectos éticos na reprodução assistida de casais hetero e homossexuais HIV positivos*. Disponível em <http://www.arquivoshelli.com.br/revista/02_021105/021105_ahellis_01.pdf> Acesso em 18 jul 2008.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. 2. ed. Companhia das Letras: Rio de Janeiro, 1979.

AUDITORIA ao Programa de Parcerias Público Privadas da Saúde: primeira vaga de hospitais. Relatório nº 15/2009 AUDIT. Disponível em

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em . Acesso em 26 jul 2009.

COLLUCCI, Cláudia. *SUS vai oferecer fertilização a soropositivos*. Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u106327.shtml. Acesso em 14 ago 2007.

DIREITO Legítimo. Disponível em <http://www.giv.org.br/noticia.php?codigo=1053>

GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel; DINIZ, Débora. *Saúde Pública, Bioética e Equidade.* Disponível em http://www.portalmedico.org.br. Acesso em 25 fev. 2009.

PARCERIAS público-privadas viabilizam produção nacional de 24 fármacos. Disponível em <http://www.fiocruz.br/ccs/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=2456&sid=9> Acesso em 1º ago 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde nos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, nº 67, 2008.

SIMÕES, Jorge Abreu. As parcerias público-privadas no sector da saúde em Portugal. In: *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, v. temático, nº 4, Lisboa: ENSP, 2004.

TÉCNICAS de reprodução assistida podem ajudar o homem HIV-positivo a conceber um filho livre da infecção do vírus. Disponível em http://www.gestospe.org.br. Acesso em 09 ago 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Tribunal de Contas de Portugal. IV ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS ISC DA CPLP. Maputo, 19-21 Julho 2006-06-14. Disponível em Acesso em 1º de agosto de 2009.

VENTURA, Miriam (Org.). *Derechos sexuales y derechos reproductivos em la perspectiva de los derechos humanos: síntesis para gestores, legisladores y operadores del derecho*. Traducción de Osvaldo Vergili y Martha Selhay de Vergili. Rio de Janeiro: ADVOCACI, 2003.

O termo "equidade" é aqui empregado no sentido de ser a base ética capaz de guiar o processo decisório de alocação de recursos. Nos dizeres de Volnei Garrafa, Gabriel Oselka e Débora Diniz, "é somente através deste princípio [equidade], associado aos princípios da responsabilidade (individual e pública) e da justiça, que conseguiremos fazer valer o valor do direito à saúde. A equidade, ou seja, o reconhecimento de necessidades diferentes, de sujeitos também diferentes, para atingir direitos iguais, é o caminho da ética em face da realização dos direitos humanos universais, entre eles o do direito à vida representado, neste debate, pela possibilidade de acesso à saúde". Cf. GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel; DINIZ, Débora. *Saúde Pública, Bioética e Equidade.* Disponível em <http://www.portalmedico.org.br>. Acesso em 25 fev. 2009.

Com relação ao acesso universal à saúde e caracterização do direito à saúde por direito fundamental, transcreve-se posicionamento do Supremo Tribunal Federal: "O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. ***O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida.*** O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a

organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-09-00, DJ de 24-11-00). No mesmo sentido: RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-12-06, DJ de 2-2-07. (Disponível em Acesso em 05 ago 2009). (Sem grifos no original).

No que concerne ao direito à saúde, destacam-se (a título exemplificativo) alguns dispositivos protetivos: Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DIDH/ONU), de 1948, arts. 22 e 25 (direitos à segurança social e a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa); Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, art. 12 (direito ao mais alto nível possível de saúde); Convenção Americana de Direitos Humanos (também conhecido por "Pacto de São José da Costa Rica"), arts. 4º e 5º (direitos à vida e à integridade física e pessoal); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ou "Protocolo de São Salvador"), art. 10 (direito à saúde).

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. 2. ed. Companhia das Letras: Rio de Janeiro, 1979.

Conforme pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, o conceito de direitos sociais no âmbito constitucional é amplo, capaz de incluir em seu núcleo tanto posições jurídicas tipicamente prestacionais (direito à saúde, educação, assistência social), quanto uma gama diversa de direitos de defesa. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 182).

De acordo com Ricardo Lobo Torres, "o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, assegurado no art. 196 da Constituição, transformado em gratuito pela legislação infraconstitucional, é utópico e gera expectativas inalcançáveis para os cidadãos". (*Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 287).

Artigo 196, CRFB/1988.

Artigo 9º, Lei nº 8.089/90 (Lei Orgânica da Saúde).

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.* Disponível em . Acesso em 26 jul 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde nos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo: RT, nº 67, 2008, p. 125-172.

Sítio eletrônico do Programa Nacional de DSTs/Aids (http://www.aids.gov.br).

"Milhões de adultos jovens, em idade reprodutiva, estão angustiados com o vírus HIV. Com o progresso das opções de tratamento dos pacientes com HIV e do aumento da expectativa de sua vida, não é surpresa que muitos deles desejem ter filhos. As tecnologias da reprodução assistida podem assistir aos casais sorodiscordantes a alcançar a gravidez enquanto que, ao mesmo tempo, minimizam o risco da transmissão do HIV ao parceiro não infectado. Diversas clínicas européias de fertilidade possuem uma grande experiência em fornecer tanto inseminações intra-uterinas, quanto fertilização *in vitro* aos casais sorodiscordantes sem soroconversão das parceiras não infectadas. Esta é tanto uma questão médica quanto ética. As diretrizes relacionadas a este tema têm mudado no decorrer dos anos como resultado das mudanças do prognóstico da doença como das tecnologias reprodutivas. (In: ANKIER, Cila. *Aspectos éticos na reprodução assistida de casais hetero e homossexuais HIV positivos*. Disponível em <http://www.arquivoshelli.com.br/revista/02_021105/021105_ahellis_01.pdf> Acesso em 18 jul 2008).

Política instituída através da Portaria nº 426/GM em 22 de março de 2005. Disponível em <http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2005/GM/GM-426.htm>

Para ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões, in CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 229, "a infertilidade é a incapacidade, de um ou mais cônjuges, de gerar gravidez por um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de contraceptivo e com vida sexual normal, quer por causas funcionais ou orgânicas. A esterilidade acontece quando os recursos terapêuticos disponíveis não proporcionam cura".

Ricardo Pio Marins adverte que em decorrência da longevidade e qualidade de vida dos portadores do vírus HIV, o desejo de constituição familiar torna-se natural. E mais, a reprodução assistida seria uma forma de evitar que mais pessoas sejam contaminadas por meio de relações sexuais desprotegidas com o objetivo de gravidez ou durante a gestação. (In: DIREITO Legítimo. Disponível em http://www.giv.org.br/noticias/noticia.php?codigo=1053. Acesso em 05 ago 2007).

"Para casais em que o homem é portador do vírus HIV e a mulher é soronegativa existe a possibilidade de concepção de um bebê totalmente livre de doença. Trata-se do beneficiamento do sêmen, técnica viável por meio da fertilização *in vitro.* O método que se resume numa filtragem seminal se deu por meio da combinação de técnicas

relativamente simples e conhecidas de preparação seminal, que consistem em 'lavar' o espermatozóide. Introduzida no Brasil pelo especialista em reprodução assistida Edson Borges Jr., a técnica aperfeiçoada pelo médico, até hoje, tem garantido que nenhum bebê ou mãe seja infectado pelo vírus HIV. Segundo Borges, a nova técnica é realizada por meio de cultivos especiais e centrifugação em partículas muito pequenas (percoll). Dessa forma é possível separar o espermatozóide do plasma seminal, o que permite o recolhimento de células livres do vírus. 'Após o procedimento, tanto é possível realizar a inseminação artificial como a fertilização *in vitro'*. [...] 'Os tratamentos que envolvem as técnicas da medicina reprodutiva requerem um investimento alto para a maioria desses casais e o sistema de saúde pública não oferece este tipo de tratamento', salienta Borges. (In: TÉCNICAS de reprodução assistida podem ajudar o homem HIV-positivo a conceber um filho livre da infecção do vírus. Disponível em http://www.gestospe.org.br. Acesso em 09 ago 2007).

COLLUCCI, Cláudia. *SUS vai oferecer fertilização a soropositivos*. Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u106327.shtml. Acesso em 14 ago 2007.

Sobre direito à saúde, Miriam Ventura assevera que "el derecho a la salud contempla tanto el derecho a la autonomía y la libertad, como el derecho al acceso a los servicios públicos de salud. El derecho a la autonomía y la libertad comprende el derecho de la persona de tener el control sobre su cuerpo y su salud, incluyendo la libertad sexual y reproductiva, así como el derecho a no ser sometido a interferencias indebidas, a la tortura, a tratamientos y experimentos médicos no consentidos o no suficientemente seguros. Por su parte, el derecho al acceso a los servicios de salud, a ser prestados como un deber del Estado, representa el derecho a un sistema de salud universal y de buena calidad que contemple la igualdad de oportunidades para que todos gocen del más elevado modelo de salud". (In: VENTURA, Miriam (Org.). *Derechos sexuales y derechos reproductivos em la perspectiva de los derechos humanos: síntesis para gestores, legisladores y operadores del derecho*. Traducción de Osvaldo Vergili y Martha Selhay de Vergili. Rio de Janeiro: ADVOCACI, 2003, p. 65).

De acordo com o art. 4º da Lei Estadual nº 5.068/2007, o PROPAR poderá ser aplicado nas seguintes áreas: (i) educação, cultura, saúde e assistência social; (ii) transportes públicos; (iii) rodovias, pontes, viadutos e túneis; (iv) porto e aeroportos; (v) terminais de passageiros e plataformas logísticas; (vi) saneamento básico; (vii) destino final do lixo (Centro de Tratamento de Resíduos); (viii) dutos comuns; (ix) sistema penitenciário, defesa e justiça; (x) ciência, pesquisa e tecnologia; (xi) agronegócios e agroindústria; (xii) energia; (xiii) habitação; (xiv) urbanização e meio ambiente; (xv) esporte, lazer e turismo; (xvi) infra-estrutura de acesso às redes de utilidade pública; (xvii) infra-estrutura destinada à utilização pela Administração Pública; (xviii) incubadora de empresas; (xix) desenvolvimento de atividades e projetos voltados para a área de pessoas com deficiência.

Parcerias público-privadas viabilizam produção nacional de 24 fármacos. Disponível em http://www.fiocruz.br/ccs/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=2456&sid=9. Acesso em 1º ago 2009.

Os fármacos incluídos nas parcerias público-privadas estão na lista dos produtos prioritários para o SUS, definidos na Portaria nº 978, publicada em maio de 2008.

Tenofovir é um dos medicamentos usados para o tratamento anti-retroviral. Também conhecido por bis-POC PMPA ou Viread, o tenofovir é patenteado pela Gilead. Além de combater o vírus HIV, o tenofovir ajuda no controle do vírus da hepatite B. (Informações disponíveis no sítio eletrônico da Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS, http://www.abiaids.org.br). Saliente-se que atualmente o Tenofovir é utilizado por cerca de 40 mil pacientes como alternativa à zidovudina (AZT).

Tem-se notícia de que no Reino Unido, até o ano de 2003, foram assinados 25 contratos relativos a projetos hospitalares, dos quais 19 já estão em fase operacional e 39 novos projetos em pleno processo concursal.

Os serviços de *hard facillities* compreendem, por exemplo, o estacionamento, a jardinagem e manutenção de espaços verdes, manutenção do edifício.

Já os de *soft facillities* compreendem a higiene, limpeza, lavanderia, alimentação, segurança de pessoas e bens.

SIMÕES, Jorge Abreu. As parcerias público-privadas no sector da saúde em Portugal. In: *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, v. temático, nº 4, Lisboa: ENSP, 2004, p. 84-85.

O relatório pode ser encontrado no sítio eletrônico do próprio Tribunal de Contas de Portugal (http://www.tcontas.pt)

Decreto-lei nº 86/2003, de 26 de Abril, artigo 2º, nº 1 (Diploma que estabeleceu as características e as regras a que devem obedecer ao lançamento das PPPs em Portugal). Posteriormente foi alterado pelo Decreto-lei nº 141/2006.

Tribunal de Contas de Portugal. IV ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS ISC DA CPLP. Maputo, 19-21 Julho 2006-06-14. Disponível em Acesso em 1º de agosto de 2009.

SIMÕES, Jorge Abreu. As parcerias público-privadas no sector da saúde em Portugal. In: *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, v. temático, nº 4, Lisboa: ENSP, 2004, p. 81-82.

As técnicas mencionadas não foram citadas aleatoriamente, mas pelo fato de se enquadrarem às hipóteses elencadas no estudo. Portanto, para os portadores de doenças genéticas e do vírus HIV devem ser empregadas as técnicas de inseminação artificial homóloga ou heteróloga e, ainda, a utilização de “contrato” de criopreservação de embriões (termo que foi empregado no texto de forma ampla).

PROVA EMPRESTADA: A UTILIZAÇÃO DA PROVA PENAL NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES*

EVIDENCE LOANS: USE OF EVIDENCE IN CRIMINAL ADMINISTRATIVE PROCEDURES DISCIPLINARY

Mirian Pamplona Machado
Mauro Cesar Maggio Sturmer

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo discutir a possibilidade de utilização da prova carreada em procedimento penal como prova emprestada para o processo administrativo disciplinar, previsto na Lei 8.112/90 (Estatuto do Servidores Públicos Civis da União). Para tanto se vislumbrou primeiramente o processo administrativo, sua conceitualização, finalidades, princípios e fases, passando para o estudo da prova com todas as suas peculiaridades, e logo em seguida, examinou-se a prova emprestada e sua relação com a prova no procedimento penal, através de uma visão doutrinária e jurisprudencial acerca da matéria. A escolha do tema tem como justificativa a crescente demanda de decisões jurisprudenciais que abarcam tal assunto, visando aproximar as contribuições doutrinárias do cenário prático idealizado pelo judiciário brasileiro. O método de abordagem foi hipotético-dedutivo e o método de procedimento bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVES: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. LEI 8.112/90. PROVA EMPRESTADA. PROVA PENAL.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the possibility of using the evidence adduced in criminal proceedings as evidence loaned to the administrative disciplinary proceedings provided for in Law 8112/90 (Statute of Civil Servants Union). For that we first saw the administrative process, its conceptualization, goals, principles and stages, going to study the evidence with all its peculiarities, and soon after, we examined the evidence and lent its relation to evidence in criminal proceedings through a doctrinal and jurisprudential view on the subject. The choice of topic is justified by the growing demand for court decisions covering this issue, aiming to approximate the contributions of doctrinal practical setting designed by the Brazilian judiciary. The method of approach was hypothetical-deductive method and procedure literature.

KEYWORDS: DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE PROCEEDING. LAW 8112/90. PROVIDE LOANS. CRIMINAL TRIAL.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

Cabe evidenciar, inicialmente, que este artigo busca descrever o processo administrativo em seus principais pontos, seu conceito, finalidades, princípios e fases. Trata também do processo administrativo disciplinar e suas peculiaridades, elencando, ainda, a importância deste para o direito. Em seguida cuida-se da análise da prova. Nesse aspecto verifica-se a importância do conceito, objeto, meios, classificação, sistema valorativo e os princípios atinentes à matéria. Ao final, adentra-se na questão da prova emprestada e na utilização da prova penal nos procedimentos administrativos, em especifico, nos disciplinares, destacando, sobremaneira, o entendimento jurisprudencial hodierno.

Nada mais atual que verificar, mesmo que de maneira sucinta (caso deste breve estudo) que a utilização da prova emprestada no procedimento administrativo disciplinar, é uma possibilidade real, e de suma importância para a construção de uma nova perspectiva jurisdicional.

1. PROCESSO ADMINISTRATIVO: Conceito, finalidades, princípios e fases.

Primeiramente cabe salientar que nem sempre a totalidade de atos administrativos são publicados instantaneamente por seus entes. Dessa forma, em alguns casos a legislação prevê a primazia de uma cadeia concatenada de etapas, as quais têm por escopo a edição de um ato administrativo. Portanto, alguns desses atos administrativos são resultados de um processo administrativo.

O processo[1] administrativo distingue-se pelo desempenho dos interessados, em oposição, tanto perante a Administração, quanto relativamente a outro sujeito, como por exemplo, o licitante e o contribuinte, todos, dessa forma, colacionando seus direitos diante da Administração.

O Estado está obrigado a processar, com as carecidas garantias, os pedidos proporcionados na via administrativa. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, preceitua que o conceito de processo administrativo aceito hodiernamente seria *"a sucessão de atos racionalmente dispostos para convergirem na obtenção de um resultado jurídico desejado"*[2]. Com isso é importante destacar que o direito administrativo processual, tem por finalidade a análise de princípios, regulamentos e técnicas jurídicas que tem por desígnio a ordenação, de maneira mais acautelada e eficaz, a atividade da administração, tendo sempre por escopo a concretização de um ato final, que distingue e nomeia cada processo.

O que se tem de concreto é que o procedimento administrativo não pode ser efetivado somente sob o respaldo dos princípios constitucionais do processo

propriamente dito. Pois não se pode esquecer que existem discrepâncias insubstituíveis entre a atividade jurisdicional e a atividade administrativa. Dessa maneira, certas especialidades inerentes ao processo jurisdicional não podem ser empregadas no processo administrativo.

A regulação infraconstitucional acerca do procedimento administrativo não pode ser atacada por meio da argüição de incompatibilidade com as regras que disciplinam a atividade jurisdicional do Estado. Enfim, o Estado-Administração não desempenham atividade jurisdicional[3].

Como finalidades do processo administrativo é essencial ressaltar que tais propósitos mostram-se cumulativos, entretanto não se eliminam, muito embora sejam apresentadas de forma distinta, como requisição ordenada no meio científico. Podemos destacar a garantia, o melhor conteúdo das decisões, a legitimação do poder, o correto desempenho da função, a justiça na Administração, a aproximação entre Administração e cidadãos, a sistematização de atuações administrativas e a facilitação no controle da Administração.

Destarte, evidenciar que o processo administrativo, relativamente à sua finalidade garantista, tem por escopo o apoio jurídico dos servidores e dos particulares, pois resguarda direitos que o ato administrativo possa comprometer. Medauar destaca que: *"a atividade administrativa tem de canalizar-se obrigatoriamente por parâmetros determinados, como requisito mínimo para ser qualificada como legítima"* [4]. Com isso, a sociedade encontra uma administração disciplinada no seu desempenho.

Numa perspectiva universal é possível afirmar que a processualidade está intrinsecamente ligada ao exercício do poder. Nessa baila, é imprescindível destacar a relevância dos períodos de concepção da decisão como a regularização do poder em concreto. Desse modo, o processo administrativo conduz à efetivação da justiça, pois a admissão da processualidade denota uma mutação no ponto de vista do Direito Administrativo, conforme Marcelo Harger, podemos dizer que ocorre "a passagem do primado da autoridade para o primado do consenso" [5].

No tocante aos princípios do processo administrativo, a doutrina mais abalizada, diverge quanto ao número, entretanto, o conteúdo que os abarca, resumem-se em cinco grandes grupos, quais sejam: o princípio do contraditório e da ampla defesa, da gratuidade, do formalismo moderado, da verdade material, e o da oficialidade.

O princípio do contraditório e da ampla defesa tem sua aplicabilidade consagrada no inciso LV do art. 5° da Constituição Federal. Ambos os princípios são tratados conjuntamente, pois estes estão conectados intimamente, e a existência de um depende do outro.

O contraditório versa sobre a segurança do administrado de que lhe será ofertada a possibilidade de elucidação e de ampla defesa, com a exibição do conteúdo probatório e do acompanhamento de todo o procedimento, "sempre que o processo verse sobre interesses em cuja proteção lhe foi assegurada: individuais, coletivos ou difusos."[6]

Ainda sobre esse princípio é possível elucidar que a sua formação se dá através de dois subsídios: o direito de informação e o direito de ação[7]. Para tanto é elementar que seja proporcionada ciência, através das intimações e notificações, àquele que interessar os fatos, assuntos e documentos agregados ao processo.

Por certo que o contraditório é princípio incondicional, ou seja, não é possível exclusões. O seu desrespeito poderá ocasionar a nulidade do processo, visto que é ele quem determina que a parte seja efetivamente ouvida e que seus argumentos serão realmente levados em conta no momento da decisão[8].

No que tange ao princípio da ampla defesa[9] é notável que a Carta Política, assegura a todos os litigantes, tanto no domínio judicial quanto administrativo, a possibilidade de defesa, com os meios a ela intrínsecos. Com isso é possível asseverar que o direito de defesa incide na possibilidade de resistência em relação às pretensões oportunizadas pela outra parte. Sendo impraticável qualquer desobediência a ampla defesa prevista constitucionalmente.

Aqui se insere uma temática que causa muita divergência entre os doutrinadores, pois muitos afirmam que o princípio da ampla defesa não seria de todo compatível com o processo administrativo, conforme Harder[10], as justificativas seriam: "a) a urgência no atendimento ao interesse público; b) a existência do poder discricionário; c) a auto-executoriedade dos atos administrativos." Mesmo diante dessas particularidades, que não podem ser ignoradas, a ampla defesa perdura no processo administrativo[11].

Quanto ao princípio da gratuidade é importante destacar que esse preceitua que o processo administrativo não acarrete nenhum custo aos administrados. Muito embora não se aplique integralmente, pois só será efetivado nos processos que objetivem a cominação de penalidade ou tenha por foco a limitação de um direito. Dessa maneira, a obrigatoriedade, por parte da administração, pelo pagamento de taxas ou depósitos, como condição de aceitação do recurso administrativo, acarreta desobediência à ampla defesa[12].

Tratando-se do princípio do formalismo moderado[13] é possível depreender que esse tem por foco a utilização de procedimentos e rituais simples, conforme Medauer, desde que estes sejam, "suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa."[14]. Também podendo significar, em segundo plano, na obrigatoriedade de ser mantida uma interpretação mais branda e acertada quanto às formalidades, evitando, desta maneira, que estas sejam encaradas como foco principal do processo administrativo, desvirtuando, assim, os verdadeiros propósitos.

Já o princípio da verdade material deve ser analisado em conexão com o princípio da oficialidade, pois ele demonstra que a Administração deve chegar as suas decisões baseada nos fatos como são apresentados pelas partes. Conforme Harger:

Isso não significa que a autoridade administrativa possa decidir com base em elementos existentes fora dos autos, mas que deve carrear para estes todos os elementos que julgar pertinentes ao deslinde da questão que lhe foi proposta. A Administração tem plena liberdade para produzir as provas que julgar necessárias[15].

Assim, o princípio da oficialidade[16] pode ser encarado como aquele que procede da própria função da Administração Pública. Esse princípio alude que "a Administração Pública deve tomar todas as providências ao trâmite contínuo para que se chegue, sem delongas, à decisão final." [17]. Emana, portanto, do próprio ente administrativo a obrigação de aplicar a lei de ofício.

No que tange as fases do processo administrativo é possível dividi-lo em três, quais sejam: a fase introdutória ou inicial, a fase preparatória e a fase decisória. Entretanto é importante salientar, que essa nomenclatura e a denominação sofrem variáveis na doutrina.

A primeira fase é conectada por atos que desencadeiam o procedimento. Segundo Medauar, "o processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou por iniciativa de interessados (particulares, individualmente ou em grupo e servidores para pleitear direitos, pro exemplo)." [18]. É nesse momento que se dá a instauração do procedimento, que segundo Justein Filho, "envolve a divulgação a todos os interessados da perspectiva de produção de uma decisão administrativa sobre determinado tema e que abrange o direito de manifestação de todos os possíveis interessados." [19].

A fase preparatória[20] é aquela na qual é feita a colheita de todas as informações, tanto de fato como de direito, que permitam que a decisão seja ostentada de forma justa e condizente com a realidade.

A última fase, decisória, é o instante em que a autoridade administrativa define o conteúdo do ato que exprime a decisão e o torna formal. Nessa fase a administração "analisa todas as manifestações e produz uma escolha entre os diversos interesses e alternativas, determinando a solução para o caso concreto" [21]. Existe a possibilidade de nesta fase inserir-se a fase recursal.

2. A PROVA: Conceito, objeto, meios, classificação, sistemas de valoração e princípios.

A Prova pode ser vista como atividade probatória, como resultado ou como meio. Enquanto atividade probatória seria o ato ou complexo de atos que tendem a formar a convicção da entidade decidente sobre a existência ou não de uma situação fática, já quanto ao resultado pode ser vista como a convicção da entidade decidente formada no processo sobre a existência ou não de uma situação fática e enquanto como meio seriam os instrumentos aptos a formar a convicção do juiz quanto à existência ou não de uma situação fática (como meios existem os nominados e os inominados não previsto em lei mais que podem ser usados, desde que não violem a moral e os bons costumes;

Fernando Capez conceitua prova como sendo:

Um conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar o magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.[22].

Provar, então, significa demonstrar, endoprocessualmente, a existência ou a inexistência de algo, visando, com isso, comprovar o que se alega ou sustenta, podendo, ainda, ser considerada como um mecanismo pelo qual se busca comprovar uma verdade.

O termo prova, segundo Guilherme de Souza Nucci[23], origina-se do latim *probatio*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Derivando então o verbo provar. A prova tem com objeto a reconstrução histórica de um fato criminoso. Sendo, portanto, objeto de prova todos aqueles fatos, acontecimentos, coisas e circunstâncias relevantes e úteis para formar a convicção do julgador.

Há, porém, fatos que não precisam ser provados como, por exemplo, os fatos notórios que derivam do princípio *notorium non eget probatione*, ou seja, o notório não necessita de prova; os fatos axiomáticos ou intuitivos que são aqueles evidentes; as presunções legais; e os fatos inúteis – princípios do *frusta probatur quod probatum not relevat*, sejam eles verdadeiros ou não, jamais influenciam na solução da causa.

Por outro lado, mesmo sabendo que o direito não precisa ser provado, pois se presume que o juiz o conheça, existem algumas exceções, uma vez que devemos provar sempre: as leis estaduais e municipais; o regulamento e as portarias; os costumes (direito consuetudinário) e a legislação estrangeira (direito alienígena).

Imperioso aqui mencionar que no sistema jurídico, processual penal, a previsão legal de provas (art. 158 a 250 do Código de Processo Penal), é um rol meramente exemplificativo, pois se admitem as chamadas provas inominadas, ou seja, aquelas que não estão previstas expressamente na legislação processual[24].

Convém ressaltar que para a produção de prova necessita-se que a prova seja: admissível, aquela permitida pela lei e pelos costumes judiciários; pertinente, que tenha relação com o processo; e concludente, que objetiva esclarecer uma questão controvertida e possível de ser realizada[25].

Inadequado seria olvidar a proibição, hoje prevista constitucionalmente[26] e com a última reforma do Código de Processo Penal, através da lei 11.690[27] de 09 de junho de 2008, também legalmente, da utilização das provas obtidas por meios ilícitos. Essa disciplina legal da prova emprestada veio em boa hora e é relevante que *"a lei processual penal fixa as balizas da regra constitucional"*, conforme a exposição de motivos do anteprojeto.

Em consonância com a lição sempre precisa de Uadi Lammego Bulos:

*"(...) provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos possuem a natureza formal e material. A ilicitude formar ocorrerá quando a prova, no momento introdutório for produzida a luz de um procedimento ilegítimo, esmo se for lícita a sua origem. Já a ilicitura material delineia-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório, com as hipóteses de invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, constrangimento físico, psíquico ou moral a fim de obter a confissão ou depoimento de testemunha etc.**[28]**."*

É de ser revelado que a prova vedada comporta duas espécies, a saber: prova ilegítima e a prova ilícita. Esta seria aquela obtida por ser produzida em afronta as normas de direito material, ou seja, aquela cuja a produção de deu com o cometimento de um delito (seja crime, seja contravenção penal), ou mesmo aquele oriunda de alguma violação ao direito civil, comercial ou administrativo: confissão mediante tortura (Lei 9.455/97[29]), apreensão de documentos mediante invasão de domicílio etc. Quanto a prova ilegítima seria aquela cuja afronta tiver natureza processual, como por exemplo quando junta-se um documento na fase das alegações finais, na segunda fase do julgamento pelo Tribunal do Júri ou o depoimento da testemunha que tenha o dever de guardar o sigilo por dever funcional.

Oportuno se torna dizer que, para evitar incidir em erro, o melhor seria considerar, ou mencionar, a prova vedada como sendo a "prova ilegal", pois desta forma não há como incidir em erro, pois esta nomenclatura seria o gênero do qual as duas acima (ilícita ou ilegítima) seriam as espécies.

Segundo a melhor doutrina meio de prova é tudo quanto possa servir para, direita ou indiretamente, demonstrar a verdade que se objetiva com o processo, podemos citar, para exemplificar, o meio de prova testemunhal, documental, pericial etc.

Tendo em vista os princípios da verdade real, vigente em nosso direito processual penal, é pacífico que o rol do Código de Processo Penal é meramente exemplificativo, podendo ser produzidas provas fora das modalidades apresentadas. Imperioso mencionar que esta liberdade, no entanto, não é absoluta, exemplo disso é o parágrafo único do artigo 155 do CPP que determina: "*somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil***[30]***"*, ou seja, somente provo, na esfera penal, que o casamento, a morte e o parentesco através das competentes certidões emitidas pelos cartórios de pessoas naturais; outro exemplo seria o necessário exame de corpo de delito nas apurações do delitos que deixarem vestígios. Sem esquecer ainda na impossibilidade de utilização de provas ilícitas[31] (art. 5ª, LVI da CF e art. 155 do CPP).

Cumpre observar, preliminarmente, que muitas são as classificações da prova, a fim de racionalizar o presente artigo ficamos com a trazida por Capez[32]. Quanto ao objeto da prova (ou seja: quanto ao fato que necessita ser provado) a prova pode ser: a) direta: quando a prova refere-se diretamente ao fato a ser provado; b) indireta: quando alcança se alcança o fato que precisa ser provado através de um raciocínio lógico-dedutivo, pode ser exemplificada no caso do álibi. Já quanto ao efeito ou valor da prova

temo: a) prova plena: convincente ou necessária para a formação do juízo do magistrado; b) não plena ou indiciária: traz um juízo de mera probabilidade, vigorando nas fases processuais onde não se exige um juízo de certeza (no recebimento da denúncia pelo magistrado). Outra classificação diz respeito ao sujeito ou causa: a) real: tem como fonte de apreciação elemento físico distinto da pessoal; b) pessoal: encontram sua origem na pessoa humana.

Finalmente, Capez[33] apresenta a classificação quanto à forma ou aparência da prova: a) testemunhal: resultante de um testemunho prestado; b) documental: produzida por documentos; c) material: obtida por meio químico, físico ou biológico (ex.: exames, vistorias etc.).

Podemos classificar os sistemas valoração/apreciação da prova em quatro grandes grupos: a) Sistema Irracional ou sistema ordálio: foi adotado na antiguidade. Baseava-se na veracidade das informações sendo entregue a um ser sobrenatural (o ordálio). A parte era submetida a uma "prova" e de acordo com o resultado desta era decidida a lide. Exemplo: submissão a prova do ferro em brasa, caso este fosse segurado e não queimasse a parte era inocente. b) Sistema da certeza moral, da íntima convicção do juiz – permite que o juiz avalie a prova com ampla liberdade, decidindo ao final de acordo com sua livre convicção, sem necessidade de fundamentar a decisão. Temos como vantagem o fato de o Juiz ter liberdade na apreciação da prova e como defeito que o mesmo não precisa fundamentar essa decisão. Imperioso aqui informar que tal Sistema ainda vigora em nosso direito quando das decisões do Tribunal do Júri, onde os jurados não fundamentam suas decisões. c) Sistema da verdade legal, tarifado de provas: neste Sistema a lei atribui um valor a cada prova, cabendo ao juiz simplesmente fazer um cálculo aritmético, tem como vantagem, certa segurança e como desvantagem o fato de o juiz não pode analisar a prova. Não vige no BR, temos, porém, algumas exceções: art. 158 do CPP quanto ao exame de corpo de delito nas infrações que deixarem vestígios e a do § único do art. 155 do CPP referente à prova do estado da pessoa ser feita exclusivamente na forma da lei civil (certidões cartorárias). d) Sistema do livre convencimento motivado, da persuasão racional do juiz: o juiz tem ampla liberdade na valoração das provas, mas deve fundamentar seu convencimento, foi o sistema adotado pelo art. 93, IX, CF, neste sistema ocorre um equilíbrio entre os dois acima. O Magistrado possui liberdade para analisar as provas, mas deve fundamentar, ou seja, a referida liberdade não é absoluta. Em apertada síntese o Juiz pode livremente decidir com base nas provas apresentadas, mas deve explicar motivadamente as razões de sua decisão.

Cumpre observar, preliminarmente, que muitos são os princípios passíveis de adoção junto ao processo penal, tendo em vista serem estes verdadeiros marcos ordenadores de nosso direito, mas para fins didáticos vamos apresentar apenas os, a nosso ver, de maior importância para o presente artigo.

a) *princípio da auto-responsabilidade:* segundo este princípio as partes assumem as conseqüências de seus erros, atos intencionais e até mesmo de sua inatividade.

b) *princípio da audiência contraditória:* neste sentido sustenta-se que toda a prova admite contra prova, ou seja: não podemos produzir uma prova sem dar conhecimento da mesma a outra parte.

c) *princípio da aquisição ou comunhão da prova:* por este princípio conclui-se que no campo penal não existe prova pertencente a uma ou outra parte no processo, as provas produzidas são do interesse da justiça.

d) *princípio da oralidade:* predominância da palavra. Depoimentos são orais.

e) *princípio da concentração:* unido ao princípio da oralidade, busca-se produzir toda a prova em audiência.

f) *princípio da publicidade:* os atos judiciais (ai incluída a produção de provas) são públicos, tendo como exceção apenas os casos de segredo de justiça.

g) *princípio da livre convencimento motivado:* segundo estes princípios as provas não são valoradas pelo Legislador, ou magistrado/julgador tem ampla liberdade para valoras as provas constantes dos autos, desde que apresente a necessária fundamentação.

3. PROVA EMPRESTADA: O emprego da prova colhida em Processo Penal como Prova Emprestada para o Processo Administrativo Disciplinar.

Conceitualmente a prova emprestada, dentro de um contexto de economia processual, segurança jurídica e isonomia, se evidenciam duas situações. A primeira refere-se na possibilidade de aproveitar a prova em dois ou mais processos em curso simultâneo, realizando-a de uma só vez, a segunda diz respeito a usar uma prova já efetivamente construída em um processo para outro, através de cópia, poupando-se de realizá-la duas vezes.

Podemos conceituar prova emprestada como sendo aquela "*produzida em determinado processo e a ele destinada, depois transportada, por translado, certidão ou qualquer meio autenticatório, para produzir efeitos como prova em outro processo*" ***[34]***. Ou como aquela produzida em uma ação e transportada para outro processo.

Necessário aqui trazer a ressalva feita pela doutrina de que o magistrado deve ter cuidado no uso da prova emprestada uma vez que ela somente pode ser utilizada contra quem tenha figurado como uma das partes em seu processo de origem.

Isso acontece, a necessária presença de uma das partes no processo originário, em razão porque, na presunção da boa condução do processo originário, esta foi coletada sobre o mando do contraditório e da ampla defesa, em resumo: no primeiro processo foi franqueado à parte as necessárias garantias constitucionais. Nesta situação, onde se ofertou o contraditório à parte, dentro do processo originário, a prova é integralmente válida no processo de destino da prova emprestada, trazendo todo seu valor do primeiro processo.

Convém notar, igualmente, em que pese tenha sido ofertado o contraditório no momento de produção da prova no processo originário, a doutrina é uníssona ao afirmar

que tal garantia deve ser novamente assegurada a parte quando da juntada, no processo secundário, da prova emprestada.

Cabe aqui ressalva de que a prova emprestada, quando vem ao processo secundário, não perde a totalidade de seu valor probante, senão vejamos: uma perícia realizada em um processo onde, formal e materialmente, foi assegurado às partes o contraditório e a ampla defesa não pode vir para o segundo processo, onde uma das partes é a mesma, ser considerado apenas como mera prova documental e ser assim considerada pelo julgador. A nosso sentir essa prova traz, e muita, carga probante de valor pericial devendo assim ser valorada pelo julgador.

É de ser revelado que, caso a prova seja produzida em algum procedimento onde o contraditório seja postergado, como no caso de um Inquérito Policial, esta seja vista como prova documental, pois para que tais provas embasem uma condenação devem ser vistas em conjunto e em harmonia com as demais provas colhidas no processo ou, ao menos, tenham sido confirmadas quando da sua judicialização.

No campo do direito administrativo – objeto deste artigo – as formas da instrução processual probatória não são taxativamente prevista e não lá também a vedação ao uso da chamada prova emprestada.

Observadas as especificidades acima analisadas, como por exemplo, a ofertada do contraditório no primeiro processo, bem como ser, pelo menos, uma das partes a mesma nos dois processos tanto a doutrina como a jurisprudência aceita o uso da prova penal emprestada nos procedimentos administrativos disciplinares, assim apresentado no primeira parte deste artigo.

A doutrina, no dizeres do professor Francisco Xavier da Silva Guimarães, assim se manifesta *"A prova também pode ser emprestada, isto é, colhida em um processo, onde foi produzida e assim trazida para o procedimento disciplinar, por ser aplicável ao caso em apuração"* ***[35]***

Inadequado seria esquecer a verdadeira lição apresentada por Antonio Scarance Fernandes, para quem, apresentando a questão, ainda mais controvertida, da utilização da interceptação telefônica com prova emprestada, aduz:

Pode-se admitir a prova produzida em outro processo criminal como prova emprestada, com a exigência de que se trate do mesmo acusado, para não haver ofensa ao princípio do contraditório e à ampla defesa. Mais discutível ainda é o uso da prova emprestada no processo cível, pois a constituição não permite interceptação para se obter informação para fins não criminais. Há, contudo, razoável entendimento no sentido de que a prova poderia ser aceita porque a intimidade, valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas, já teria sido violada de forma lícita. Não haveria razão, então, para se impedir a produção de prova, sob o argumento de que, por via oblíqua, seria desrespeitado o texto constitucional.[36]

Convém aqui mencionar que, ao contrário do específico tipo probatório apresentado na transcrição supra – interceptação telefônica – o presente artigo trata de

qualquer prova emprestada, mas preferiu-se colacionar tal posição por ser a mais controvertida. Neste diapasão perfeitamente seria possível afirmar que sendo a interceptação – prova demasiado controvertida – aceita, as demais não teriam porque não ser.

Para Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dalarai, dentro do processo administrativo, o qual é norteado pela verdade material, "*não há razão para dificultar o uso da prova emprestada, desde que, de qualquer maneira, se abra a possibilidade ao interessado de questioná-la.*".***[37]***

Já a jurisprudência de nossos Tribunais, senão vejamos:

STJ. Mandado de Segurança n.º 9.850. Ementa: A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à prova emprestada, não havendo que suscitar qualquer nulidade, tendo em conta a utilização de cópias de inquérito policial que corria contra o impetrante. Constatado o exercício do contraditório e da ampla defesa[38].

Mais específico apresenta-se este julgado do Superior Tribunal de Justiça:

STJ. Mandado de Segurança 13.111 Relatório (...) quanto à prova emprestada faze necessário que o impetrante apresente seus argumentos de modo detalhado e com base em elementos constantes da prova pré-constituída. Assim, a mera alegação de que a prova emprestada não teria observado o devido processo legal não pode prosperar. Este Superior Tribunal tem admitido a prova emprestada em alguns casos. Na hipótese, tanto as informações com o relatório final de comissão disciplinar noticiam que a quebra de sigilo bancário ocorreu nos autos de uma ação penal cujo conteúdo foi devidamente utilizado no PAD[39].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo das ponderações analisadas, importante salientar que é possível sustentar a utilização da prova penal como prova emprestada nos procedimentos administrativos disciplinares, desde que respeitadas algumas formalidades, como que a prova seja produzida no processo originário sob o manto do contraditório e da ampla defesa; que em ambos os processo tenhamos pelo menos uma das partes presentes, pois seria inadmissível gerar efeitos contra quem não participou de sua primeira formatação; e que, ao ingressar esta prova emprestada no segundo processo, seja novamente, ofertada à parte a possibilidade de sobre ela manifestar-se.

Importante frisar, entretanto, que a não observância do princípio do contraditório e da ampla defesa, acarretaria o prejuízo do valor da prova trazida ao novo procedimento, sustentando a doutrina, mais abalizada, que ela teria apenas valor documental.

Denota-se claramente que, mesmo de forma sumária, é possível sim, desde que, respeitadas as devidas formalidades, trazer ao processo administrativo disciplinar as provas carreadas em um procedimento penal, e com elas aplicar uma punição ou absolver um servidor público submetido a tal procedimento. Claro que se está colocando aqui de maneira sumária a pesquisa, merecendo, inclusive, um viés mais aprofundado, todavia, é mister que se repense a utilização de tal meio probante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* 35° ed. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____ Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança 9.850/DF*, julgado em 09 de maio de 2005. Ministro José Arnaldo da Fonseca (relator). Disponível em http://ww2.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RSTJ.font.+ou+RSTJ.suce.&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=522. Acesso em: 05 set. 2009.

_____ Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança 13.111/DF*, julgado em 27 de fevereiro de 2008. Ministro Felix Fischer (relator). Disponível em http://www.fernaojuris.com.br/002/apendicec22.pdf. Acesso em: 05 set. 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada.* São Paulo: Saraiva, 2001.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13° ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2001.

GUIMARAES, Francisco Xavier da Silva. *Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União.* São Paulo: Forense, 2006,

HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6°. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Código de Processo Penal Comentado*. 6° ed. Revista. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

---

[1]A Constituição Federal de 1988 consagrou o termo processo para significar a processualidade administrativa. Por isso, encontra-se esse termo no inc. LV do art. 5. "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Em outros dispositivos, a Constituição usa o termo processo para atuações no meio administrativo: no inc. XXI do art. 37 - processo de licitação – e no parágrafo primeiro do art. 41 – processo administrativo (disciplinar). MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.201.

[2]MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p.570.

[3] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.221.

[4] MEDAUAR, Odete. op. cit., p.203.

[5]HARGER, Marcelo. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 79.

[6]MOREIRA NETO, op. cit., p.571.

[7] HARGER, op. cit., p.157.

[8]O princípio do contraditório deve ser observado efetivamente em todas as oportunidades, pois o contraditório, além de direito, pode ser ônus da parte. E o termo ônus é utilizado por duas razoes. Em primeiro lugar, porque o sujeito deve aceitar a atuação no processo de outros sujeitos interessados, com idênticos direitos. Em segundo lugar, porque, em relação aos direitos disponíveis, a parte pode optar por não se manifestar. Nesses casos não se pode alegar ofensa ao contraditório. HARGER, op. cit., p.159.

[9]A Constituição Federal utiliza a expressão "ampla defesa" com o objetivo de melhor assegurar sua observância" e impedir a interpretação restritiva deste princípio. Dirige-se, o princípio, também ao legislador que não pode editar normas restritivas ao direito de defesa. A ausência de dispositivo legal expresso, dando maior grau de concretização ao princípio, por outro lado, não tem o condão de impedir sua aplicação. HARGER, op. cit., p.151.

[10]HARGER, op. cit., p.152.

[11]As questões de urgência podem servir para mitigar o direito a ampla defesa. Isso não significa que, por essa razão, o princípio possa ser considerado incompatível com o processo administrativo. É que situações de urgência também existem no processo judicial, no qual é possível a concessão de medidas liminares, sem a oitiva da parte contraposta, e ninguém afirma que o princípio seja inaplicável a este. A questão da discricionariedade também pode ser solucionada a partir do momento em que esta seja considerada como uma faculdade conferida por lei. Partindo desse pressuposto, haveria antes um dever do que propriamente um poder discricionário. Discricionariedade, portanto, não é o mesmo que arbítrio e isso acarreta a necessidade de observância de um processo administrativo para a elaboração de atos dessa espécie. A questão da auto-executoriedade é um pouco mais complexa, mas também pode ser solucionada. É que essa noção tem sua origem em épocas pouco democráticas e, a exemplo do que ocorre com a "idéia de discricionariedade", precisa ser revista para que possa se enquadrar corretamente em um Estado Democrático de Direito. Cabe ressaltar que a auto-executoriedade não é atributo de todos os atos administrativos e deriva sempre de autoridade não é atributo de todos os atos administrativos e deriva sempre de autorização legal explícita ou implícita. HARGER, op. cit., p.152.

[12]HARGER, op. cit., p. 174.

[13]O princípio do formalismo moderado é citado na doutrina também com o nome de princípio do informalismo. Porém, não parece correta essa última expressão, porque dá a entender que não há ritos e forma no processo administrativo. Há ritos e formas inerentes a todo procedimento. MEDAUAR, op. cit,. p.211

[14]Ibidem, p.211.

[15]HARGER, op. cit., p.174.

[16]O administrador público atua com base em competência e não tem a faculdade de ficar inerte, quando surgem os fatos ensejadores da sua atuação. Pode-se dizer, por isso, que a oficialidade é decorrência direta do próprio princípio da legalidade. Ibidem, p.172.

[17]MEDAUAR, op. cit., p.210.

[18] MEDAUAR, op. cit., p. 213

[19] JUSTEIN FILHO, op. cit., p.228.

[20] Nessa fase se incluem os atos e fatos relativos às provas, a formulação de pareceres jurídicos e técnicos, as audiências públicas (como no licenciamento ambiental), relatórios, alegações, escritas com caráter de defesa ou não, enfim todos os elementos que levam a um conhecimento mais acurado da questão tratada no processo, com o objetivo de conduzir a uma decisão correta quanto aos fatos e ao direito. MEDAUAR, op. cit., p.213.

[21] Ibidem, p.213.

[22] CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2006. p.282.

[23]NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 335.

[24]CAPEZ, op. cit., p.285.

[25]Ibidem, p.284.

[26]Art. 5º, LVI da CF: *"são inadmissíveis, no processo as provas obtidas por meios ilícitos"*. O legislador quis referir-se a provas ilegais (gênero) e não ilícitas (espécie – ao lado das ilegítimas).

[27]A referida lei trouxe nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal, prevendo expressamente a proibição das provas ilícitas, entendo que estas seriam aquelas obtidas por em violação a normas constitucionais e legais.

[28]BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada. São Paul: Saraiva, 2001. p.224.*

[29]Define os crimes de tortura e dá outras providências. "Art. 1º Constitui crime de tortura: I- constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; (...)"

[30]Redação determinada pela Lei 11.690 de 09 de junho de 2008.

[31]Melhor redação, como já exposto, seriam provas ilegais, uma vez que esta seria o gênero do qual teríamos espécies: a ilícita (violando direito material) e ilegítima (violando direito processual).

[32]CAPEZ, op. cit. p.291

[33] Ibidem, p.293

[34]CAPEZ, op. cit., p.299 e 361.

[35]GUIMARAES, Francisco Xavier da Silva. *Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União.* São Paulo. Ed. Forense, 2006, p. 148.

[36]FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* São Paulo. Ed Revista dos Tribunais, 2007.

[37]FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo.* São Paulo. Ed. Malheiros, 2001.

[38]MS 9.850/ DF. (2004/0106179-7). Terceira Seção, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. DJ. 09.05.2005 STJ. Endereço eletrônico: http://ww2.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RSTJ.font.+ou+RSTJ.suce.&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=522. Conteúdo acessado em 05/09/2009.

[39]MS 13.111/ DF. (2007/0230465-5). Terceira Seção, Relator Ministro Felix Fischer. DJ. 27.02.2008. STJ. Endereço eletrônico: http://www.fernaojuris.com.br/002/apendicec22.pdf. Conteúdo acessado em 05/09/2009.

O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR*

THE DUAL DEGREE OF JURISDICTION IN THE ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PROCESS

Naira Neila Batista de Oliveira Norte

RESUMO

Na atualidade, no contexto do processo administrativo disciplinar, em se tratando de recurso, o entendimento prevalecente é de que o mesmo não se consolida no âmbito de reexame por instância administrativa superior, não encontrando guarida nos comandos da Constituição Federal pátria, sobretudo no que concerne ao princípio do duplo grau de jurisdição, corolário do devido processo legal, não se podendo confundir os contextos administrativo e judicial, ambos vislumbrados na Carta Magna. O princípio do duplo grau de jurisdição, ainda que não contenha previsão expressa no texto constitucional brasileiro, aos olhos dos doutrinadores está implícito no ordenamento maior. Sendo então este princípio, entendido, na concepção doutrinária, como mecanismo garantidor constitucional, com vistas à proteção dos direitos suscetíveis de ofensa por parte de abusos legislativos e de poder, então dissonantes com o princípio da dignidade da pessoa humana, como estabelece o Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Dentre os fundamentos constitucionais, verifica-se o controle de legalidade da administração pública por via da inafastabilidade de controle jurisdicional do Poder Judiciário. Portanto, objetiva-se a análise do instituto do duplo grau de jurisdição e da sua possibilidade de aplicação ou inviabilidade na esfera administrativa, a partir de uma visão prática e efetiva que permita despertar a consciência jurídica e do entendimento das posições adotadas por correntes teóricas antagônicas, no que se refere ao duplo grau de jurisdição em matéria processual administrativa disciplinar. Ao final, serão apresentadas as considerações finais acerca do tema abordado.

PALAVRAS-CHAVES: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. CONTROLE JURISDICIONAL.

ABSTRACT

Nowadays, in the context of administrative disciplinary process, when we're talking about appeal the prevailing sense is that this doesn't consolidates by the review in a higher administrative instance, not finding garantees in commands of the Federal Constitution, especially the principle of dual degree of jurisdiction, corollary of due legal process and confuse the judicial and administrative contexts, both contemplated in the Federal Constitution. The principle of dual degree of jurisdiction, although it is not in constitutional text, for in the eyes of the and jurists this is implicit in law. Then, of

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

course, being this principle in doctrinaire, as a mechanism to constitutional rights susceptible of offence by legislative and power abuse, discordant with the principle of human dignity, laid down in article 1, III of the Federal Constitution of 1988. Among the constitutional foundations, the control of the legality of public administration by the judicial control. Therefore, this paper objectives analysis of the institute of dual degree of jurisdiction and their applicability in the administrative instance, from a practical and effective vision enabling legal awareness and understanding of current theoretical positions adopted by antagonistic, as regards the dual degree of administrative procedural jurisdiction disciplinary proceedings. In the end, will be presented the final thoughts by the theme.

KEYWORDS: ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PROCESS. DUAL DEGREE OF JURISDICTION. JUDICIAL CONTROL

1 INTRODUÇÃO

Em conformidade com os ditames da jurisprudência atual, vem prevalecendo o entendimento de que o recurso administrativo não se traduz em garantia textualizada na Constituição Federal de 1988, dada a inexistência de princípio ou indicativo confirmatório do duplo grau de jurisdição na seara do processo administrativo disciplinar.

Por outro lado, em virtude de previsão legal no que diz respeito aos recursos administrativos, reveste-se de fundamental importância a reapreciação, por parte da Administração Pública, das decisões exaradas no âmbito dos processos administrativos disciplinares, posto o risco de eventuais vícios, tornando-se, então, primordial o reexame com vistas à tomada de decisão mais justa, adequada à concretude do caso, de modo a refletir transparência e interesse de resolução perante o inconformismo do agente ou administrado.

A reapreciação poderá ocorrer através de recurso hierárquico próprio, interposto perante autoridade ou instância superior, no âmbito do mesmo órgão administrativo. Ainda, através de recurso hierárquico impróprio pelo qual o recorrente se reporta a autoridade ou órgão diverso da repartição signatária do ato. Elenca-se, também, o pedido de reconsideração que consiste no requerimento feito à autoridade prolatora da decisão, para o exercício de reexame da matéria punitiva, objetivando-se a modificação ou invalidação do ato. Por fim, tem-se a revisão destinada ao reexame, desde que se carregue consigo fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

O controle da legalidade do processo administrativo poderá ocorrer de forma intrínseca, por via de recurso administrativo, vislumbrada a possibilidade de reexame a qualquer tempo, e extrínseca, pelo Poder Judiciário, através de via ordinária ou mandado de segurança, podendo acarretar a anulação, a retificação ou a manutenção do ato administrativo. Ressalte-se, porém, que não cabe ao Judiciário o exame acerca da

sanção imposta, de modo a substituí-la, agravar ou abrandar o ato punitivo. Poderá tão-somente decidir pela manutenção ou anulação do processo administrativo.

O presente trabalho abordará a questão da aplicabilidade ou não do princípio do duplo grau de jurisdição no campo do processo administrativo disciplinar.

A abordagem terá início com uma análise do processo administrativo disciplinar através da definição do que vem a ser esse instituto, sua contextualização no ordenamento jurídico administrativo, bem como sua aplicação efetiva na prática, tomando-se como base o exemplo do processo administrativo disciplinar regido pela Lei nº 8.112/90, que institui o Regime Jurídico Único dos servidores federais.

Após, tratar-se-á do princípio do devido processo legal como mecanismo protetivo da liberdade e dos bens dos administrados, em especial dos processados, coibindo perdas sumárias no âmbito dos seus direitos, bem como abusos do poder estatal.

Em seguida, será realizada uma análise acerca da ampla defesa e do contraditório enquanto garantia constitucional que comporta como destinatário o acusado judicial ou administrativamente.

Abordar-se-á o recurso administrativo, vislumbrando-se de modo sucinto os recursos criminais e cíveis como forma de estabelecimento de uma noção comparativa desse instituto processual.

Na seqüência, será realizada uma análise acerca do duplo grau de jurisdição, contemplada a necessidade e a utilidade de sua aplicação em sede de processo administrativo disciplinar.

O trabalho será baseado em pesquisa bibliográfica e ao longo de todo o estudo serão apresentados os entendimentos de doutrinadores sobre a matéria, seguindo-se a necessária reflexão acerca do tema.

2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A administração pública, com vistas na regulação de conduta de seus agentes, bem como no registro dos atos em geral, buscando solução para as divergências apresentadas, socorre-se do processo administrativo, o qual é composto de diversas etapas as, quais, tal como em um processo judicial, são denominadas de procedimento.

De acordo com MEIRELLES:

Processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual.[1]

De seu turno, ROCHA menciona que “em nosso sistema jurídico as noções de processo e procedimento encontram-se por vezes tão próximas que em alguns casos fica difícil distinguir as duas figuras”. Prossegue o autor mencionando que ainda “não fazemos a perfeita distinção periférica entre estes fenômenos, como ocorre no direito Português” e cita J. J. Gomes Canotilho, para o qual “em termos genéricos o procedimento é a transformação em acto do poder legislativo (e também administrativo) ou, se se quiser, a concretização da competência legislativa (e administrativa), enquanto o processo é o modo de desenvolvimento da função jurisdicional (ou, noutra perspectiva, a concretização da competência jurisdicional.[2] É possível, portanto, se estabelecer distinção entre processo (judicial ou administrativo) de mero procedimento, sendo que este último não culmina em conseqüências jurídicas tais como decisões ou aplicação de sanções, que afetem a esfera do investigado, ao contrário do processo administrativo disciplinar, como se verá adiante.

O processo administrativo, então, é deflagrado com a finalidade de se alcançar os fins inerentes ao interesse público do Estado, tendo como fundamentos os princípios que o norteiam, quais sejam os princípios da moralidade, da lealdade e da boa fé, da eficiência, da ética e da verdade material.

O processo, portanto, poderá tomar diferentes caminhos legalmente previstos, ou seja, adotar diversos procedimentos conforme a necessidade da pretensão a ser litigada e os resultados de sua decisão jurisdicional.[3]

No campo prático administrativo, toda sequência de atos destinados à justa composição, por um órgão imparcial de autoridade, de um conflito de interesse ou litígio, recebe o nome de processo, seja ele ou não revestido de natureza jurisdicional. Distinguindo-se os processos administrativos próprios dos impróprios, tem-se que estes se constituem em simples expediente rotineiro, enquanto aqueles se voltam à resolução de um litígio entre a administração e o servidor ou o administrado. Em regra, a sua tramitação é oficial e pública, somente se admitindo o caráter sigiloso em exclusiva exceção, nos casos pertinentes à segurança nacional.

No contexto das modalidades do processo administrativo, tem-se o processo administrativo disciplinar, o qual comporta fundamentação constitucional no princípio da moralidade, em virtude da obrigação de agir da autoridade administrativa que tome ciência de infração funcional, no sentido de instauração do atinente procedimento administrativo para apuração da falta disciplinar cometida. Tem-se, então, que o processo administrativo disciplinar é espécie do gênero processo administrativo.

O processo de punição é aquele promovido pela administração pública com o objetivo de apurar infração à lei ou contrato, cometida por servidor, administrado, contratado ou por quem esteja submetido a vínculo especial de sujeição, e aplicar a correspondente penalidade,[4] observados o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, sob pena de nulidade da punição imposta.

O processo administrativo disciplinar constitui, portanto, o instrumento à disposição da administração pública com o fito de apuração de falta e consequente penalização de seus agentes. Observa-se que o processo administrativo muitas vezes é denominado

também de processo disciplinar ou inquérito administrativo, sendo considerado impróprio o último termo, já que o inquérito administrativo representa um elemento formador do processo disciplinar, mas este não comporta a feição de mero procedimento inquisitorial, devendo submeter ao crivo do contraditório e da ampla defesa, enquanto que o inquérito administrativo possui as mesmas características do inquérito policial, comportando este natureza jurídica eminentemente inquisitória.

No âmbito da União, tem-se a definição de processo disciplinar na redação do Art. 148 da Lei 8.112/90, a qual estabelece o Regime Jurídico Único dos Servidores Federais. Referido dispositivo diz, *ipsis verbis*:

O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontra investido.

O Art. 146 do mesmo diploma legal, por sua vez, estabelece que:

Sempre que o ilícito ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.

Observa-se, assim, que a instauração de um processo disciplinar mostra-se imprescindível nos casos em que couber a imposição de penalidade mais severa, caso da suspensão por mais de trinta dias, demissão, cassação da aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão, nesse último caso, para efeito de apuração da infração, já que o cargo em comissão em de nomeação e exoneração *ad nutum*, mas o ocupante equipara-se ao servidor efetivo em suas obrigações, sendo considerado servidor público *lato sensu.*

A condução de um processo disciplinar se dará através de comissão composta de três servidores estáveis, designados pela autoridade competente que indicará dentre eles o seu presidente, devendo este ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.[5]

O desenvolvimento de processo disciplinar, de acordo com o Art. 151 da Lei 8.112/90, ocorrerá nas seguintes fases:

I – Instauração, com a publicação do ato que constituiu a comissão;

II - Inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;

III - Julgamento.

É de salientar que há previsão legal de prazo para a conclusão do processo disciplinar, conforme prevê o Art. 152 da Lei n. 8.112/90, não podendo este exceder os sessenta dias, contados da publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.

O fato autorizador de instauração de processo administrativo disciplinar pela administração pública comporta sua base em dois fundamentos: um constitucional, com guarida no Art. 5º, LV da CF/88, o qual garante aos acusados o contraditório e a ampla defesa, bem como no Art. 41,§ 1º, II da CF/88, que determina a instauração de processo administrativo para a demissão de servidor estável, sendo-lhe assegurada ampla defesa. Outra determinação, desta feita de ordem supraconstitucional, é a consolidada no Art. 143 da lei 8.112/90, o qual prescreve que a autoridade que tiver ciência de irregularidades no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Devido Processo Legal também conhecido como *Due Process of Law*[6] constitui o princípio consagrado constitucionalmente que inspira a obrigatoriedade de condutas formais para a garantia dos acusados serem processados sob a égide de normas processuais prévias cabíveis a cada caso,[7] assegurando-lhes a observância do rito procedimental legalmente prescrito, previsto com o objetivo de propiciar a plena defesa ao processado.

Destarte, o Devido Processo Legal consiste no princípio mais importante do direito constitucional brasileiro, dele decorrendo os demais princípios, conforme Nelson Nery Júnior, que acrescenta:

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes, o direito a um processo e a uma sentença justa. É,por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécie.[8]

Saliente-se que o princípio se aplica tanto ao processo judicial, quanto ao processo administrativo, no perímetro administrativo, farta e pacífica é a jurisprudência a respeito, sendo possível apresentar a seguinte aresta do Supremo Tribunal Federal

Ementa: policial militar. Praça. Punição disciplinar. Licenciamento "ex officio", a bem da disciplina. Necessidade de observância, pelo poder público, da garantia do "due process of law". Nulidade do ato punitivo que não respeitou essa garantia constitucional. Recurso improvido.[9]

Pelo devido processo legal todas as formalidades processuais deverão ser observadas, devendo se garantir ao acusado, o contraditório e a ampla defesa de modo a inexistir dúvidas quanto ao seu estado de defesa. É possível se notar que o princípio do devido processo legal encontra-se, de forma substancial, presente em todos os ramos do direito, como forma de garantia da legalidade e dos administrados contra os abusos do poder governamental.[10]

4 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO CAMPO ADMINISTRATIVO

A partir Constituição Federal de 1988, é possível se verificar que o contraditório e a ampla defesa,[11] como corolários do devido processo legal, na condição de garantias constitucionais processuais, se estenderam ao processo administrativo, determinando-se assim, à Administração Pública o cumprimento do rito assegurador ao acusado de infração o direito ao pleno exercício de defesa em face das alegações contra si impostas.

As decisões do Supremo Tribunal Federal de forma pacífica apontam nesse sentido, como no exemplo a seguir:

Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis. A cientificação deve ser pessoal, sendo admitida a feita mediante publicação oficial (*Diário Oficial*) nas hipóteses em que a parte interessada estiver em lugar incerto e não sabido (Art. 26 § 4º da Lei 9.784/99), sob pena de lesão ao contraditório e à ampla defesa.[12]

O princípio do contraditório, também conhecido como audiência bilateral, é aquele que permite às partes contrapor as acusações contra si imputadas, visando estabelecer igualdade entre as partes na relação processual. O contraditório prevê a defesa o direito de oposição a todos os atos produzidos pela acusação, apresentando versão ou entendimento jurídico diverso da pretensão do autor.

A ampla defesa permite ao acusado a utilização de todos os meios processuais disponíveis para provar o que se alega, produzindo uma defesa a seu favor, ou seja, são as condições que possibilitem ao réu carrear ao processo o conjunto probatório em busca da verdade, sendo-lhe permitido, ainda, caso seja necessário, calar-se ou omitir, no intuito de ver respeitado o seu direito de defesa no âmbito dos atos processuais.

Existem entendimentos, contudo, de que não prevalece a completa inafastabilidade do contraditório, enquanto completa audiência contraditória, no processo administrativo, mas tão-somente de um de seus elementos, que é o exercício do direito de defesa. É o que observa, por exemplo, no Acórdão da 7ª CDPúb. do TJSP, no julgamento da AC 130.183-5/6-00, da Relatoria o Desembargador SÉRGIO PITOMBO, de cujo teor se extrai a seguinte passagem:

"Não se afirma, pois, a inafastabilidade do contraditório, nos processos e procedimentos administrativos; mas, a exigência de uma de suas peças, a saber: o exercício do direito de defesa, sempre que ocorra uma imputação qualquer. Dizendo de outro modo: o contraditório - dito princípio da audiência contraditória, - contém, por necessário, a ampla defesa. Ela, contudo, de modo prevalecente, nos procedimentos administrativos, que precedem a ação, ou a preparam, deve exercitar-se; seja, a tempo e a hora, sabendo-lhe de atos e termos; seja impugnando; seja, ainda, pleiteando, ou seguindo a colheita e a produção de meios de prova. A amplitude de defesa modula-se pela increpação. Vige, pois, a regra da proporcionalidade...".

No que se refere à defesa da aplicação do contraditório e como seu corolário, da ampla defesa faz-se relevante transcrever a opinião de ROGÉRIO LAURIA TUCCI:

Ora, tratando-se de procedimento administrativo, e como qualquer outro da mesma natureza, inclui-se a sua realização na previsão contida no inciso LV do art. 5º da mesma CF. E isso significa, obviamente, que não pode ser constituído e desenvolvido sem conhecimento e participação da pessoa física ou jurídica que deva, eventual e oportunamente, sofrer os efeitos da propositura da ACP a que dirigido: inibe-o, por certo, não só o enfático enunciado do colacionado preceito constitucional, como do antecedente inciso LIV, que, regrando a inafastabilidade, em situações que tais, do devido processo legal, exige a paridade de armas entre os litigantes e, por via de conseqüência, o contraditório ínsito à ampla defesa do agente ao qual é imputado o fato ou os fatos objeto da investigação prévia. [13]

O autor menciona não haver dúvida sobre a inafastabilidade de contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos dela integrantes, em qualquer processo judicial, ou administrativo, em virtude da acepção ampla que o preceito constitucional citado encerra do que possa ser considerasado acusado, para efeitos da proteção ali garantida.

5 OS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

O recurso, em sede administrativa, se perfaz através da manifestação do inconformismo do interessado ante uma decisão administrativa, objetivando uma tomada de decisão revestida de segurança, sobretudo quanto à motivação e os fundamentos do ato, de modo a torná-lo cristalino, com a serenidade e a imparcialidade que espera da administração pública no que tange à resolução de litígios envolvendo os seus agentes e administrados.

No que concerne ao processo administrativo disciplinar, o recurso consolida o seu fundamento no gravame experimentado pelo acusado cuja decisão foi imposta contrariamente à sua pretensão, consistindo, assim, no instrumento dotado de habilidade propiciadora ao reexame do *decisum*, no âmbito interno, pela própria via administrativa.

Segundo CARVALHO FILHO:

Recursos administrativos são os meios formais de controle administrativo através dos quais o interessado postula, junto a órgãos da Administração, a revisão de determinado ato administrativo.[14]

O direito ao recurso se embasa no direito de petição previsto no texto constitucional.[15] A esse respeito, CARVALHO FILHO menciona, ainda, que:

A noção que encerra o direito de petição é ampla e logicamente abrange também os pedidos revisionais como são os recursos administrativos. Podemos, assim, concluir que os recursos são uma forma de exercer o direito de petição, não podendo os indivíduos, em conseqüência, encontrar óbices para sua interposição.[16]

No campo criminal, no quando a parte vencida não se conformar com a decisão proferida em seu desfavor, poderá pedir à instância superior o reexame da matéria, pedido esse constituído em recurso no qual ao julgador a quem se recorre, caberá retroceder, examinando o processo em ordem cronológica decrescente para que possa prolatar a manutenção ou a nova decisão.

Quanto ao processo civil, a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público, tanto como parte quanto fiscal da lei, podem interpor recurso. O terceiro prejudicado demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.[17]

Em sede de processo administrativo disciplinar o recurso hierárquico constitui instrumento pelo qual o servidor público para submete à autoridade superior da própria administração o reexame da decisão que lhe é desfavorável, proferida por outra autoridade, subordinada hierarquicamente à primeira. Esse recurso, em regra, tem efeito devolutivo, podendo, excepcionalmente, ser-lhe conferido o efeito suspensivo, desde que seja previsto de forma expressa em lei ou regulamento ou ainda no despacho de recebimento do recurso.

Torna-se necessário então, vislumbrar a classificação dos recursos hierárquicos que se dividem em próprios e impróprios, constituindo-se este no pedido de reexame dirigido à autoridade superior de seção diversa daquela signatária do ato recorrido. Devendo esta autoridade julgadora comportar competência expressada legalmente para tal mister. Enquanto que aquele consiste no pedido de reexame dirigido à autoridade superior àquela, porém da mesma repartição, daquela que exarou o ato punitivo.

Conforme MEIRELLES:

Recurso hierárquico próprio é o que a parte dirige à autoridade ou instância superior do mesmo órgão administrativo, pleiteando revisão do ato recorrido. Este recurso é consectário da hierarquia e da gradação de jurisdição que se estabelece normalmente

entre autoridades e entre uma instância administrativa e sua imediata; por isso mesmo, pode ser interposto ainda que nenhuma norma o institua expressamente, porque, como já disse, nosso ordenamento jurídico-constitucional não admite decisões únicas e irrecorríveis. Recurso hierárquico impróprio é o que a parte dirige à autoridade ou órgão estranho à repartição que expediu o ato recorrido, mas com competência julgadora expressa, como ocorre com os tribunais administrativos e com os chefes do Executivo federal, estadual e municipal.[18]

Verifica-se, ainda, no ordenamento jurídico pátrio, o pedido de reconsideração consiste no requerimento feito à autoridade prolatora da decisão, para o exercício de reexame da matéria punitiva, com a finalidade de modificação ou invalidação do ato. O pedido de reconsideração, uma vez deferido ou indeferido, total ou parcialmente, inadmite novo pedido, nem possibilita modificação pela autoridade reexaminadora do ato. [19]

Verifica-se ainda, o instituto da revisão que se traduz no instrumento utilizado para reexame do ato punitivo destinado ao servidor ou administrado, a pedido ou de ofício, desde que se aduzam fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.[20]

Cabe ressaltar que a revisão pode ser requerida, a qualquer tempo, sendo processada em autos apartados, apensada aos autos principais com instrução e decisão que poderá elidir a pena ou minorar o seu rigor,[21] sendo vedado o agravamento da sanção, ou seja, o *reformatio in pejus.*

6 O DUPLO GRAU DE JURISDICÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Dentre os princípios constitucionais corolários do devido processo legal está o duplo grau de jurisdição, o qual viabiliza à parte inconformada, o direito ao reexame da decisão proferida.

O princípio do duplo grau de jurisdição objetiva alcançar a segurança jurídica no âmbito das decisões, com vistas à possibilidade de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional do Estado-Juiz.

No âmbito administrativo, tem prevalecido o entendimento jurisprudencial no sentido de que o duplo grau de jurisdição administrativo não se traduz em garantia constitucional, logo, não sendo possível se considerar nula uma decisão administrativa sancionatória que não tenha sido submetida a reexame por autoridade de nível superiora à autoridade prolatora do ato punitivo.

Acerca do temo, exemplifica-se com a seguinte ementa, que reflete o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Multa por degradação do meio ambiente. Exercida defesa previa à homologação do auto de infração, não padece de vício de inconstitucionalidade a legislação municipal que exige o depósito prévio do valor da multa como condição ao uso de recurso administrativo, pois não se insere, na Carta de 1988, garantia do duplo grau de jurisdição administrativa. Precedentes: ADI 1049, sessão de 18-5-95, RE 210.246, 12-11-97. Contrariedade não configurada, do disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição. Recurso extraordinário de que, por esse motivo não se conhece. RE 169077 / MG - MINAS GERAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI Julgamento: 05/12/1997.

No entanto, apesar da prevalência do entendimento majoritário do não reconhecimento da necessidade de aplicação do duplo grau de jurisdição nos limites do processo administrativo, parte da doutrina vislumbra que nada obsta o exercício de reapreciação da conduta dos subordinados, agentes e administrados, por parte de autoridade ou órgão administrativo hierarquicamente superior.

De acordo com MELLO:

O processo administrativo disciplinar pode ser a qualquer tempo revisto, de ofício ou a pedido, perante fatos novos ou elementos não apreciados no processo suscetíveis de judtificar seja a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.[22]

É importante frisar que inexiste qualquer aspecto legal impeditivo de propositura do recurso administrativo, devendo este ser sempre manejado de modo a propiciar a responsável atuação da administração pública, ressaltando-se a possibilidade de trâmite pelos órgãos componentes do sistema organizacional administrativo, onde o pedido se veja resolvido, ou seja, exaurido na senda administrativa.

Segundo os defensores do duplo grau de jurisdição no âmbito administrativo, esse instituto não consiste exatamente numa garantia constitucional, mas sendo equiparado à garantia prevista nos processos judiciais, figura como princípio implicitamente acostado ao texto da Constituição, autorizador da reapreciação das decisões exaradas pela administração pública nos processos administrativos.

Todavia, não se pode descartar o fato de que a Administração Pública, em razão do princípio da autotutela, é legalmente competente para rever seus próprios atos, sendo-lhe possível a anulação dos atos ilegais e a revogação dos atos inoportunos, independentemente de controle do Poder Judiciário.

7 CONCLUSÃO

A questão da aplicação do duplo grau de jurisdição em sede de processo administrativo constitui tema palpitante, gerador de inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, embora haja corrente dominante em nosso país pela sua não incidência, com fundamento na inexistência de previsão constitucional.

Em conformidade com o entendimento jurisprudencial pátrio é possível se verificar a não obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição no contexto administrativo, ou seja, a prescindibilidade do recurso administrativo perante as decisões administrativas com resolução em instância única sem que reste ferido qualquer dispositivo constitucional. Significa dizer que a via administrativa restará exaurida tanto pelo interessado que percorrer todas as instâncias, como por aquele que usando somente uma delas, deixe transcorrer *in albis* o prazo para recurso ou que renuncie à sua interposição, demonstrando que não deseja continuar utilizando a via administrativa.[23]

Acrescenta a corrente teórica de defesa do duplo grau de jurisdição administrativo, que o mesmo, ainda que não seja vislumbrado em forma de garantia constitucional propriamente dita, deverá ser enxergado na condição de princípio reflexo, pois, se pela própria Constituição o processo é originário do Supremo Tribunal Federal, quer dizer, ele começa naquele órgão de máxima hierarquia, não existe outro grau de jurisdição para reformá-lo. Com isso não haveria um duplo grau de jurisdição possível.[24]

Portanto, conclui-se, ainda que presentes todas as possibilidades legais de interposição de recurso no processo administrativo, a não ocorrência do duplo grau de jurisdição no patamar da administração pública, não acarretará a invalidação do ato punitivo decorrente de decisão prolatada em instância administrativa única, isso, em virtude do princípio constitucional de inafastabilidade de controle do Poder Judiciário,[25] mecanismo protetivo de que deverá se valer o servidor ou o administrado que, tomado pelo inconformismo, vislumbre a contrariedade dos seus interesses perante algum ato da administração pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 janeiro, 1973.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 dezembro, 1990.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o Processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 1º fevereiro, 1999.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ag. 306.626. Relator Ministro Celso de Melo, 27 de novembro de 1996.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2006.

ROCHA, Ibraim. Natureza Jurídica do Inquérito Civil Público: Um Breve Estudo do Seu Ocaso e o Ministério Público do Trabalho. **In: Juris Síntese nº 31 - SET/OUT de 2001.**

SALLES, Carlos Alberto de. **I Seminário de Direito Administrativo – TCMSP**, "Processo Administrativo", de 29 de setembro a 03 de outubro de 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação Civil Pública: abusiva utilização pelo ministério público e distorção pelo poder judiciário. **In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 18 - JUL-AGO/2002, pág. 5.**

---

[1]MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 664.

[2]ROCHA, Ibraim. Natureza jurídica do inquérito civil público: um breve estudo do seu ocaso e o ministério público do trabalho. In: **Juris Síntese** nº 31 - SET/OUT de 2001.

[3]Cf. MEIRELLES. Eis a opinião do autor: "afaste a errônea idéia de que decisão jurisdicional ou ato de jurisdição é privativo do Judiciário. Não é assim. Todos os órgãos e Poderes têm e exercem Jurisdição, nos limites de sua competência institucional, quando aplicam o Direito e decidem controvérsia sujeita à sua aplicação. Privativa do Judiciário é somente a decisão judicial, que faz coisa julgada em sentido formal e material, erga omnes. Mas a decisão judicial é espécie do gênero jurisdicional, que abrange toda decisão de controvérsia no âmbito judiciário ou administrativo. In: **MEIRELLES, Hely Lopes**. **op. cit.,** p. 664.

[4]GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 10. ed. rev.. e atual. São Paulo: saraiva, 2005, p. 872.

[5]Artigo 149 da Lei 8.112/90.

[6]Cf. Nelson Nery Jr., devido processo legal significa, na verdade, *devida adequação ao direito*, tradução de conteúdo mais aproximado à cláusula oriunda do direito constitucional anglo-saxônico. A tradução, maleita, da expressão *due process of law* como sendo "devido processo legal"tem levado o intérprete a enganos, dos quais o mais significativo é o erro de afirmar-se que a cláusula teria conteúdo meramente processual. A cláusula se divide em dois aspectos: o devido processo legal substancial (*substantive due process clause*) e o devido processo legal processual (*procedural due process clause*). In: **NERY JÚNIOR, Nelson e NERY Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2006, p. 1146.

[7]O Artigo 5º, LIV da CF/88 estabelece: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

[8]NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2000, p. 31.

[9]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. 306.626**. Relator Ministro Celso de Melo, 27 de novembro de 1996.

[10]CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 1201, vol. II, n. 446.

[11]Artigo 5º, LV da CF/88 – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

[12]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. pleno. REsp. 157.905-6. RT 759/151. Ag. 306.626. Informativo 253, com ampla citação de precedentes. Relator Ministro Celso de Melo, 27 de novembro de 1996. In: **MEIRELLES, Hely Lopes**. **op. cit.,** p. 669.

[13]TUCCI, Rogério Lauria. Ação Civil Pública: abusiva utilização pelo ministério público e distorção pelo poder judiciário. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil** nº 18 - JUL-AGO/2002, pág. 5.

[14]CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 763.

[15]O Artigo 5º da CF/88 estabelece: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a – o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

[16] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **op. cit.,** p. 764.

[17] Artigo 499 do CPC.

[18]MEIRELLES, Hely Lopes. **op. cit.,** p. 659/660.

[19] Pode haver situações e, que o recurso venha a possibilitar o juízo de retratação, caso em que a mesma autoridade que proferiu poderá rever a decisão, modificando-a ou anulando-a.

[20] Artigos 174 a 182 da Lei 8.112/90.

[21]GASPARINI, Diogenes. **op. cit.,** p. 887.

[22] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

[23] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **op. cit.,** p. 773.

[24]Nesse sentido Carlos Alberto de Salles em palestra proferida no I **Seminário de Direito Administrativo – TCMSP,** "Processo Administrativo", de 29 de setembro a 03 de outubro de 2003.

[25] O Art. 5º, XXXV da CF/88 prevê: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

PARTICIPAÇÃO POPULAR E EFICIÊNCIA NAS AGÊNCIAS REGULADORAS: FUNDAMENTOS, LIMITES E CONFLITOS*

POPULAR PARTICIPATION AND EFFICIENCY IN REGULATORY AGENCIES: FUNDAMENTALS, LIMITS AND CONFLICTS

Patricia Borba Vilar Guimarães
Rafael Diogo Diogenes Lemos

RESUMO

As agências reguladoras têm, cada vez mais, ganhado espaço no Estado brasileiro, com o objetivo de dinamizar e conferir mais eficiência ao setor regulado. Utilizam de métodos de democracia direta para legitimar-se, uma vez que sua autoridade não provém diretamente do voto popular, apesar de ter amplo poder normativo. Assim, as leis instituidoras das mais diversas agências reguladoras federais estabelecem – seguindo princípio constitucional – a necessidade da participação popular na Administração Independente. Esta participação pode entrar em conflito com a eficiência, um dos principais fundamentos das agências. Assim, pretende-se, neste trabalho, identificar os fundamentos da participação popular e da eficiência nas principais agências reguladoras e estabelecer soluções para o aparente conflito entre os dois princípios.

PALAVRAS-CHAVES: AGÊNCIAS REGULADORAS; EFICIÊNCIA; PARTICIPAÇÃO POPULAR; CONFLITOS; LIMITES.

ABSTRACT

The regulatory agencies have increasingly gained space in the Brazilian state, aiming to boost efficiency and make the industry more regulated. Using methods of direct democracy to legitimize itself since its authority does not come directly from the popular vote, despite the wide margin rules. Thus, the laws of the settlor several federal regulatory agencies establish - according to a constitutional principle - the need for popular participation in the Independent Administration. This involvement may conflict with efficiency, one of the cornerstones of agencies. Thus, the intention of this work is to identify the fundamentals of popular participation and efficiency in the main federal regulatory agencies and provide solutions to the apparent conflict between these two principles.

KEYWORDS: REGULATORY AGENCIES; EFFICIENCY; POPULAR PARTICIPATION; CONFLICT, BOUNDARIES.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 INTRODUÇÃO:

O fenômeno da heteroregulação vem crescendo de importância a cada dia no Brasil, com o surgimento de agências reguladoras nos mais diversos setores – econômicos, sociais e mesmo ambientais – provocando uma mudança de paradigmas no estudo do Direito Administrativo no Brasil.

Por ser fenômeno ainda recente – a estrutura destas entidades, tal qual as conhecemos é do final da década de noventa – a questão ainda gera diversos debates, discussões e intrigados questionamentos em seu redor. Tais conflitos não são puramente acadêmicos, tendo diversas aplicações práticas; prova disto é o grande número de ações de inconstitucionalidade impetradas no Supremo Tribunal Federal e outros Tribunais que discutem aspectos normativos das mais diversas agências, no âmbito federal e estadual.

Alguns destes problemas foram abordados há tempos em países com maior tradição em regulação – como, por exemplo, os Estados Unidos da América, França e Espanha – e, agora, estão chegando ao Brasil, com algumas particularidades próprias do nosso ordenamento.

A principal questão abordada no presente trabalho será o da legitimidade na atuação das agências reguladoras, enfocando o tradicional princípio da participação popular. Esta, segundo a visão de muitos, é o elemento que confere legitimidade a estas autarquias no cenários jurídico brasileiro.

Isto porque as agências reguladoras são integrantes da Administração Pública, mas seus dirigentes não passam pelo sufrágio popular; ainda assim, possuem ampla competência normativa no setor regulado, além de função judicante e administrativa. Assim, uma vez que a Constituição Federal de 1988 institui que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, a legitimidade destas agências só poderia advir da participação popular, através de procedimentos da democracia direta.

Por outro lado, a criação destas agências é parcela de um fenômeno social da especialização cada vez mais vertical em determinados setores. Assim, uma Administração Pública desburocratizada, setorial e eficiente é uma demanda da sociedade e, assim, a eficiência destas autarquias é que lhes confere legitimidade.

Este trabalho busca encontrar os princípios constitucionais que regem a atuação das agências reguladoras, focando naqueles que alcançam maior relevo, quais sejam, o princípio da eficiência e o da participação, ambos insertos no art. 37 da CF/88. Visto ambos serem normas constitucionais positivadas, não se pode aplicar apenas um deles, ou deixar que um sobreponha-se completamente ao outro; a interpretação será no sentido de que ambos devem conviver harmonicamente na atividade das agências reguladoras.

Assim, buscaremos investigar, no plano normativo, os limites da participação popular nas principais agências reguladoras brasileiras, apontando os fundamentos desta participação, bem como seus limites, de modo a promover uma interpretação integradora destes dois princípios constitucionais da Administração Pública – eficiência e participação – consolidando, assim, a legitimidade da atuação destas entidades.

2 O FENÔMENO DO ESTADO REGULADOR

O denominado "Estado Regulador" não é uma antítese ou uma negação do Estado de Direito. Ao contrário, o pressupõe, à medida que as medidas de regulação nos mais diversos campos – econômico, social e ambiental – são, antes de tudo, medidas normativas.

É evidente que o Estado sempre possuiu – e monopolizou, durante longo período – a regulação, entendendo este fenômeno como a direção das condutas entre indivíduos. O termo ganha, especialmente nas últimas décadas, nova conotação, traduzindo um fenômeno não apenas jurídico, mas socioeconômico de regulação heterônoma de setores específicos utilizando não apenas de meios convencionais (como a sanção negativa, por exemplo) bem como novas alternativas, como o fortalecimento da participação popular, da consensualidade e uma maior preocupação com a indução.

Todavia, este "Estado Regulador", que advém com a derrocada fiscal de um Estado providencialista ainda é fenômeno mais ideológico do que propriamente normativo, ao menos no tocante ao Estado Brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veio para suplantar um regime ditatorial presente no Brasil desde 1964 até 1988, quando tiveram início os trabalhos constituintes, preocupando-se não apenas em implantar e solidificar a

democracia no seio do Estado brasileiro mas, seguindo a tradição de outras constituições, também positivando diversos direitos fundamentais e sociais, os quais exigem, por natureza, ampla atuação estatal para sua implementação.

Implementou-se, assim, no Brasil, o chamado "Estado do bem-estar social", no qual o Estado assume funções de modelação da vida social, transformando-se de mero prestador de serviços públicos em empresário, desbravando setores comerciais e industriais, renovando estruturas sociais e econômicas e se fazendo presente em áreas como o lazer, moradia, dentre outros que se afastam do clássico Estado Liberal.

Por positivar diversas melhorias à qualidade de vida da população, o *welfare state* proposto pela CF/88 alcançou, inicialmente, os resultados esperados: houve uma melhora gradativa nas condições de vida da sociedade brasileira e conferiu à Carta Constitucional a legitimidade necessária para se estabilizar socialmente e legitimar um novo regime, pondo por terra o perigo de uma volta de um governo ditatorial.

Este êxito trouxe consigo as causas de sua inviabilização. Ao passo que eram concedidos mais e mais direitos e vantagens à população, era necessária uma maior atuação do Estado e, consequentemente, um maior investimento deste. Sendo os recursos limitados, o montante de recursos vai se tornando insuficiente e a crise parece inevitável ao Estado. Entrando o Estado em crise e não mais podendo assegurar (ou ampliar) as melhorias na qualidade de vida da população, ou mesmo dos serviços mais essenciais, a atuação estatal passa a perder legitimidade e a manutenção de sua base começa a ficar ameaçada. O *welfare state* proposto pela CF/88 traz consigo as causas de sua própria derrocada.

Visando a reparar a crise econômico-financeira em que se encontrava o Estado, iniciou-se o processo de desestatização, não apenas no âmbito federal, bem como no âmbito dos estados (apenas como exemplo, a Lei 2.831/97 do Estado do Rio de Janeiro, Lei Complementar n. 143 de 1996, do Estado do Rio Grande do Norte, Lei 10.707 de 1995 do Estado do Rio Grande do Sul) que propiciaria uma maior concentração de esforços estatais em áreas em que seja fundamental sua presença e que não sejam tão atrativas para o particular, a redução da dívida pública, a ampliação dos investimentos da iniciativa privada e a contribuição para o fortalecimento do mercado de capitais.

Ao passo que houve uma profunda reforma na estrutura do Estado brasileiro, não ocorreram alterações constitucionais, de modo que temos novas estruturas, com legislação infraconstitucional adequada ao novo cenário sócio-econômico e um choque com uma Constituição ainda sob um modelo antigo, não totalmente compatível com a realidade atual.

O Estado Regulador se caracteriza por uma redução do Estado, em comparação com o *welfare state*, havendo uma concepção de subsidiariedade na atuação estatal, e, por outro lado, intervindo enfaticamente no mercado por intermédio de instrumentos verticais e horizontais. Embora o "Estado Regulador" seja conceito polissêmico, não admitindo apenas uma definição – por isso a impossibilidade de importarmos automaticamente "modelos" prontos – é fato que a Constituição Federal de 1988, tal qual se nos apresenta atualmente, após 57 (cinqüenta e sete) emendas a seu texto, ainda não perdeu suas características de promoção do bem estar social, sendo híbrida, oscilando entre um Estado Regulador e um Estado do *welfare state*, possuindo, contudo, mais características deste último. Ainda que contenha elementos variados, não podemos perder de vista que tais nomenclaturas são, como afirmado anteriormente, mais frutos de ideologias do que de posições propriamente jurídicas.

Assim, devemos analisar o Estado não sob a forma de um "Estado Regulador", "Estado do Bem Estar Social" ou mesmo um "Estado *neoliberal"*. Perfilhando ensinamentos de Alexandre Aragão, acreditamos que "a denominação mais adequada para uma manifestação jus-política tão complexa e dinâmica é a de 'Estado Democrático de Direito", denotadora da possibilidade do surgimento de diversos outros submodelos que detalhem o seu conteúdo."

2.1 As agências reguladoras no Direito Brasileiro

O aparecimento de entidades independentes não constitui elemento completamente novo no Direito brasileiro, sendo exemplo disto a criação do Instituto do Café, em São Paulo, em meados da década de vinte. Há ainda institutos com diversas semelhanças ao que hoje denominamos "agências reguladoras" no Brasil, como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Banco Central do Brasil (BCB). Por questões metodológicas, abordaremos neste tópico tão somente as agências reguladoras *modernas*, iniciadas com a criação da ANEEL, ANATEL e ANP, detalhando os instrumentos jurídicos de sua criação, especificidades e natureza jurídica das mesmas.

Com a impossibilidade material de se cumprir todos os programas propostos pela Constituição, na década de 90 o Estado passou a se reestruturar, dando início a um processo de *desestatização*. Tendo saído de alguns setores, o Estado não podia, contudo, deixar de impor uma certa regulação setorial com a finalidade de que Estado e particulares, em conjunto, busquem um mesmo objetivo previamente imposto pela Constituição Federal. Assim, iniciou-se um processo de criação de agências, após o permissivo da Emenda Constitucional n. 8 e o advento da Lei 9.427 de 26.12.1996 que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica, seguida pela Lei 9.472 de 16.7.1997, instituindo a Agência Nacional de Telecomunicações e a Lei 9.478 de 6.8.1997 criando a Agência Nacional do Petróleo.

Paulatinamente, ocorreu a criação de novas agências, como a Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS), criada pela Lei 9.961/00, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), instituída pela Lei 9.782/99, Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Lei 10.233/01, Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), criada pela mesma lei, Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Lei 11.182/05, dentre outras de âmbito estadual.

Alguns traços são comuns às agências reguladoras, tais como a independência dos dirigentes frente ao poder político, sua setorização bem como a natureza jurídica de autarquia em regime especial.

A independência, por evidente, não quer dizer que estas estão livre de controle ou de fiscalização. Visando a implantar políticas públicas propostas democraticamente pelo Poder Legislativo, as agências devem manter-se independentes frente a este e ao próprio Poder Executivo, para que possa implementá-las da forma mais eficiente possível. Assim, esta independência visa, na visão de Alexandre Santos de Aragão, a compensar alguns dos inconvenientes do princípio majoritário, corrigindo eventuais distorções para as parcelas da população que não estiverem de acordo com as posturas adotadas pela maioria.

Esta independência tem diversas facetas, quais sejam: a) independência dos dirigentes frente ao Poder Executivo, por intermédio de mandatos por tempo determinado, não coincidentes com os mandatos do Poder Executivo, sendo vedada a livre exoneração; b) independência econômica e administrativa, tendo as agências suas próprias receitas provenientes, geralmente, do próprio setor regulado, bem como liberdade para contratar seu pessoal, sob o regime estatutário e celetista (dependendo do cargo); c) independência *processual*, sendo inadmitido o recurso hierárquico impróprio.

Esta independência não pode ser tomada literalmente e entendida como se estas pudessem inovar primariamente a ordem jurídica. O poder normativo destas é inegável; contudo, apenas poderão exercê-lo visando a complementar as *normas-quadro* (ou *Standards*) impostos pelo Poder Legislativo. O princípio da legalidade deve ser entendido de maneira ampla – princípio da *juridicidade*, escrevem alguns - de maneira que os atos da agência são compreendidos exercendo função administrativa, devendo respeitar não apenas à Constituição, mas a lei que autorizou a expedição destes atos. Ademais, a supremacia destes entes não é uma *supremacia geral*, tal qual a do Estado frente a seus administrados, mas uma *supremacia especial*, onde uma característica (ou um conjunto de características) reúne um grupo de pessoas sob uma mesma condição, demandando tratamento diferenciado de quem não detém tais características.

A setorização a que nos referimos resume a função judicante, normativa e administrativa que possuem as agências reguladoras para dirigir o respectivo setor. Devemos ressaltar que a tais poderes não se encontram livres de amarras, recebendo controle – embora um controle diferenciado do usual – quer do Poder Legislativo, Executivo e, principalmente, do Poder Judiciário, face ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Gustavo Binenbojm explica referido fenômeno afirmando que a clássica estrutural piramidal hierarquizada da Administração Pública está ruindo, dando lugar ao que ele denomina "Estado policêntrico", orientado pelo princípio da eficiência. A legitimidade de tais agências, para o autor, dar-se-ia não somente pela necessidade da eficiência na condução de alguns setores estratégicos, bem como no controle social exercido sobre tais agências e pelo procedimento.

As agências reguladoras exercem atividades de supremacia estatal, como práticas típicas de polícia, razão pela qual devem ingressar no ordenamento jurídico pátrio como sujeito de direito público, constantes da Administração indireta. Por demandarem uma certa autonomia, as agências reguladoras assumem *status* de autarquia que, conceitualmente, significam autogoverno, no sentido de pessoa jurídica administrativa com capacidade para gerir interesses próprios. Não basta, todavia, a independência comum a toda autarquia, demandando as agências um grau mais intensificado de autonomia, como impossibilidade de demissão *ad nutum* dos dirigentes (com mandatos em tempo distinto dos mandatos dos chefes do Executivo), inexistência de recursos administrativo impróprio, dentre outras características. Assim, se fala que as agências reguladoras possuem, no direito brasileiro, natureza jurídica de *autarquia em regime especial*.

Embora a expressão "autarquia especial" ou "autarquia em regime especial" seja multifacetária, por comportar diversas possibilidades (a independência conferida pode ser maior ou menor, conforme a lei criadora da agência), faz-se mister ressaltar que apenas mediante a análise do instrumento legal específico de criação da agência, podemos verificar com maior precisão o grau de independência de determinada agência.

2.2 A legitimidade das agências reguladoras

Tema bastante tormentoso no estudo das agências reguladoras é a questão da legitimidade de sua atuação, em especial no tocante à sua atuação normativa. Isto porque os dirigentes das agências não passam por qualquer crivo democrático-eleitoral, ao contrário dos membros do Poder Legislativo e do chefe do Poder Executivo, o que impossibilitaria estas entidades independentes a emitir atos normativos.

Estas críticas são provenientes de autores que acreditam que apenas os órgãos dotados de soberania popular, tal qual apregoada à época da Revolução Francesa, ou seja, os mandatários eleitos pelo povo, teriam legitimidade para emitir normas.

É neste sentido que criou-se a teoria – amplamente aceita – da legitimidade das agências reguladoras através da participação popular. Impõe-se que, exatamente por regular setores da atividade social, as agências reguladoras deveriam buscar sempre a participação popular, quer na execução das políticas públicas ou mesmo em sua atividade judicante. A participação popular teria o condão, ainda, de criação de uma conexão imediata entre regulador e regulado.

Ainda, a participação popular consistiria em corolário do princípio da propocionalidade, através de seu subprincípio da necessidade, visto que uma norma negociada traria menos custos para sua implantação (menor necessidade de se recorrer a sanções, visto que todos concordariam com sua expedição) bem como maior adesão a esta, pois elaborada em concordância de todos os autores sociais.

As agências reguladoras brasileiras, em geral, adotaram amplamente a participação popular, como é o caso da ANP (art. 18 da Lei 9.478/97), ANEEL (art. 4º Lei 9.247/96), ANATEL (art. 19, III, 39, 42 Lei 9.472/97) dentre outras.

Vale ressaltar que a participação pública no processo regulatório ocorre especialmente em sua fase preparatória , o que leva à crítica de alguns autores que afirmam que esta tem caráter “absolutamente marginal, quase inapreciável e uma reduzida funcionalidade pois normalmente restringe-se a uma atividade consultiva.”

Outra teoria que vem a explicar a legitimidade das agências reguladoras é a revisitada Teoria dos Poderes Neutrais. De acordo com esta teoria, há a necessidade, ao lado dos poderes democraticamente eleitos, de criação de órgãos com autonomia para, “fora do círculo político eleitoral, controlar e equilibrar as relações entre os titulares dos cargos eletivos para assegurar a observância dos valores maiores da coletividade.”

Ainda consoante esta teoria, as agências reguladoras, longe de serem contrárias à democracia, a fortaleceria, na medida em que garantiria que os poderes eleitos democraticamente respeitassem fielmente os direitos fundamentais previstos na Constituição, o que poderia não ocorrer se este controle se desse por poderes eleitos pelo povo, quando este poderia vir a representar só a parcela da população que o elegeu,

e olvidar a minoria. A democracia é, antes do governo da maioria, o respeito pelas minorias.

As agências, assim, seriam os *loci* neutros e técnicos de execução de políticas públicas, garantidos por sua autonomia organizacional e financeira e independência frente aos demais poderes. Assim, tais entes independentes teriam uma relação hierárquica imprópria com os bens (positivados) que tutelam, uma vez que os concretizam e garantem, independentemente de eventual posição discordante do órgão representante do povo.

A nosso ver, a denominada "Teoria dos Poderes Neutrais" explica de modo mais detalhado e completo a legitimidade das agências reguladoras do que aquela que busca explicá-la através da participação popular. Isto porque a participação popular é dispensável em atos executivos – as agências reguladoras, embora emitam atos de natureza judicante, executivos e normativos os fazem com o fito de *executar* políticas públicas, de modo que são órgãos eminentemente *executivos* – sendo mesmo variável nas mais diversas leis que instituem as agências reguladoras, o que tornaria tais agências "mais" ou "menos" "legitimadas".

2.3 Princípios atinentes à atividade regulatória

Os princípios atinentes á atividade regulatória são vários e não se limitam aos três – legalidade, eficiência e participação – doravante explanados. Evidentemente, as agências reguladoras devem seguir os princípios constitucionais, mormente aqueles positivados no art. 37 que são os princípios da Administração Pública. Os três princípios escolhidos, todavia, recebem contornos distintos na atividade regulatória, de modo que explicá-lo-emos nas páginas seguintes, não de modo geral, mas especificamente na atividade das agências reguladoras.

2.3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, previsto na Constituição Federal pelo art. 37 *caput*, expressamente para a Administração Pública, é o princípio norteador da atividade administrativa, sendo ainda um dos principais instrumentos de garantia dos direitos fundamentais do cidadão. Entendido de maneira diametralmente oposta ao princípio da legalidade no tocante ao cidadão – enquanto para este, a legalidade assume a feição de

legalidade negativa, ou seja, lhe é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe expressamente – cabe à Administração Pública fazer tão somente aquilo que a lei expressamente lhe autoriza ou ordena.

O princípio da legalidade marca a submissão do Estado à norma, de forma que Estado e ordenamento jurídico são dois conceitos umbilicalmente interligados que não sobrevivem um sem o outro, à medida em que apenas o Estado pode garantir coativamente o ordenamento jurídico e este é que delimita a atuação e os limites do Estado.

O princípio da legalidade não se confunde com o princípio da reserva de lei e, em verdade, faz parte de um princípio maior, qual seja, o da juridicidade. Assim, cabe à Administração não apenas realizar tudo o que a lei – em sentido formal e material – lhe obriga, mas o que a Constituição e as normas infraconstitucionais o fazem. Ademais, é a interpretação e a concretização harmônica e lógica da juridicidade que definirão o interesse público, que deverá ser buscado pelo Estado. A juridicidade constitui, desta forma, os limites da atuação do Estado assim como sua concretização traduz-se em seu dever fundamental.

O princípio da legalidade assume, pois, um novo viés, não se restringindo à lei formal, bem como à lei em sentindo material. Assim, todo preceito jurídico, que contém um enunciado de *dever-ser*, integra este conceito de *juridicidade*, devendo a Administração a ele se ater, sendo certo que algumas normas jurídicas inovarão primariamente o Direito e outras o farão apenas de forma secundária. Simone Goyard-Fabre, escudada nos ensinamentos de Hans Kelsen, assim leciona:

Em cada patamar da pirâmide jurídica, a regra é portadora de dever-ser; é um mandamento cujo enunciado, investido, explicitamente ou não, de obrigatoriedade, deve dar lugar à execução; quando menos, toda regra possui uma força de diretividade. De fato, ela faz referência ao que é devido, isto é, a um comportamento que adquire forma de modelo de conduta em razão de sua exemplaridade. Por conseguinte, ela se impõe como um cânone de um tipo de comportamento, cuja inobservância implicará uma sanção.

Assim, a análise das normas constitucionais que abordam a legalidade – art. 5º, II, 37 e 84 IV – leva ao questionamento se os atos normativos emanados pelas agências reguladoras – que não são lei, em sentido formal – podem inovar primariamente a ordem jurídica, instituindo deveres e obrigações para os cidadãos.

Em virtude da inexistência, no Direito pátrio, de regulamento autônomo, a resposta para esta pergunta seria negativa; todavia, se a lei (em sentido material e formal) instituidora da agência reguladora, expressamente autoriza tal instituição de deveres e obrigações pela agência reguladora, esta criação é possível. Explica-nos Vladimir da Rocha França que:

A atividade legislativa somente pode ser exercida pelo Poder Executivo quando a Constituição lhe conceder tal atribuição ou permitir, em situações excepcionais e restritas, que lhe seja concedida tal atribuição. Obedecido o devido processo para a criação do regulamento, contudo, pode a Administração, por essa via normativa, constituir os particulares em direitos e obrigações, naquilo que não afrontar o núcleo constitucional de direitos e garantias fundamentais.

2.3.2 Princípio da Eficiência

A eficiência veio a ser positivada no texto constitucional pátrio como princípio na Emenda Constitucional n. 19 de 1998, adicionando ao art. 37, ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, a eficiência. Esta veio a ser positivada tanto quanto resposta às críticas de ineficiência e corrupção do Estado bem como por imposição da globalização.

A eficiência, na Constituição Federal de 1988, não é entendida tão somente como um alcance de finalidades; esta ganha feições de eficiência socioeconômica, denotando a importância da produção de bens e serviços da melhor qualidade o mais rápido, na maior quantidade possível e com custos mais módicos para a sociedade, de modo a atender eficientemente suas necessidades.

O Direito assume, assim, uma visão funcionalista, em que são buscados resultados legítimos e eficientes, pouco importando para a sociedade se quem atinge estes resultados é o Estado ou se entidades privadas ou paraestatais. Com isso, ganha fôlego a idéia de *subsidiariedade*, que, no Direito Administrativo, traduz a idéia de que só cabe ao Estado atuar quando o particular não tem interesse ou não tem condições de realizar a atividade a contento; privilegia-se a atividade privada, de modo a desonerar o Estado e permitir como que este realize as atividades que lhe couberem de forma mais eficiente. Com isso, continua apontando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, começa a reduzir a velha e dócil tolerância cultural com a ineficiência do setor público.

A eficiência não pode ser alçada ao cume da atividade administrativa, a ponto de sobrepujar-se aos outros princípios; Vladimir da Rocha França alerta que

A ânsia de se alcançar as metas legalmente estipuladas pode, não raras vezes, induzir ao administrador à indevida "flexibilização" das normas que regulam o procedimento administrativo previsto para o caso concreto. (...) Somente há o respeito e a observância do princípio da eficiência quando o administrador respeita o ordenamento jurídico, mesmo diante da finalidade legal efetivamente atingida. Por mais que esteja bem intencionado o administrador, este não pode afastar os preceitos do regime jurídico-administrativo sob o argumento de que os mesmos atrapalham o próprio interesse público.

As agências reguladoras constituem fenômeno claro da concretização do princípio da eficiência, quer em âmbito administrativo, quer em âmbito normativo ou mesmo judicante. A uma, porque as agências são centros especializados de concretização de políticas públicas; a duas, pois são capazes, através do permissivo legal da *deslegalização*, emitir normas mais rápidas e mais técnicas sobre um determinado caso concreto e, por fim, no tocante ao aspecto judicante, pois são capazes de resolver conflitos eminentemente técnicos de maneira mais rápida do que o Judiciário e julgando através de *experts* na matéria controversa e não apenas por juristas.

2.3.3 Princípio da participação popular

O princípio da participação popular é mais uma novidade introduzida pela Emenda Constitucional n. 19, denominada "Reforma Administrativa", que alterou o caput do parágrafo terceiro do art. 37, adicionando-lhe, ainda, três incisos que compõem a moldura constitucional da participação popular no âmbito administrativo brasileiro.

A participação popular veio também com a importante função de retificar o distanciamento da organização administrativa em relação ao cidadão, trazendo aquela mais próxima deste, legitimando mais sua atuação.

Referida norma constitucional tem o condão de dispor sobre os elementos mínimos da participação popular que devem ser normatizados em legislação infraconstitucional, quais sejam, as reclamações relativas aos serviços públicos em geral, sendo assegurada a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica da

qualidade dos serviços, o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre os atos de governo e a disciplina da representação contra o exercício abusivo ou negligente do cargo, emprego ou função na administração pública.

Entendemos que, embora o art. 37 §3º afirme que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública, no tocante à atuação das agências reguladoras, a participação popular não poderá ir além do que fora previsto na Constituição Federal, visto que existe um claro conflito entre os princípios da participação e da tecnicidade, doravante exposto. Vale ressaltar que, embora em caso distinto, o Supremo Tribunal Federal parece adotar posição de que a os limites da participação popular na administração pública deve ser o previsto no dispositivo constitucional supracitado.

3. Limites à participação popular

A inclusão da participação popular como direito dos administrados não é isenta de crítica, uma vez que a participação desmedida pode deixar a administração pública – órgão *administrativo* e não político – refém da vontade popular, bem como pode ser um entrave à eficiência, não apenas pela maior lentidão em processos decisórios que, por vezes, demandam soluções velocíssimas, ou mesmo pela influência indevida de não técnicos em alguma matéria que requeira um maior conhecimento.

No tocante à participação popular nas agências reguladoras, esta problemática ganha um relevo ainda maior, uma vez que esta participação direta dos administrados na atuação das agências é o que, segundo alguns autores, confere legitimidade à sua atuação, bem como as agências reguladoras, mais do que qualquer outro órgão da Administração Pública direta ou indireta, têm por sua característica principal a tecnicidade na matéria regulada.

3.1 Participação *vs.* Eficiência administrativa

Consoante afirmamos em linhas anteriores, a inclusão da participação como vetor do regime jurídico-administrativo não é isento de críticas e a principal delas é que a participação sempre colide com o princípio da eficiência, o que os tornaria incompatíveis. Inicialmente, cumpre firmarmos posição de que ambos são normas principiológicas e, como tal, permanecem no sistema, não havendo conflito *a priori*¸ sendo este resolvido quer pela lei, quer no caso concreto, utilizando-se do princípio da proporcionalidade. Assim, uma vez que nenhum dos dois princípios possui prevalência prévia sobre o outro, o cerne deste estudo é identificar limites legais à participação popular no ordenamento jurídico pátrio.

O Direito Administrativo brasileiro aceita diversas espécies de participação popular, desde a realização de audiências públicas em licenciamentos ambientais até consultas prévias a algumas normatizações por parte das agências reguladoras. Isto fez com que surgissem diversas classificações, de distintos autores, sobre a participação popular. Utilizaremos, doravante, a tripartição idealizada por García de Enterría, classificando a participação popular em orgânica, funcional e cooperativa.

Na participação orgânica, os cidadãos integram órgãos administrativos, colaborando para seu funcionamento, como ocorre, *v.g.*, nos Conselhos das mais diversas agências reguladoras brasileiras. A participação funcional considera a atuação do cidadão em funções administrativas a partir de sua posição privada, como ocorre nos procedimentos de consultas públicas ou audiências públicas de licenciamento ambiental, por exemplo. Por derradeiro, na participação cooperativa, os cidadãos desempenham funções materialmente públicas, sem deixar sua qualificação de sujeitos privados, como instituições de assistência social e fundações destinadas à promoção de interesses gerais. No presente trabalho, abordaremos com maior ênfase a participação orgânica, por ser a mais presente nas agências reguladoras e a que mais crítica recebe devido ao conflito com o princípio da eficiência.

O primeiro ponto controverso é que a adoção de procedimentos participativos, seja pela criação de conselhos com representantes das mais diversas classes, seja por intermédio de audiências ou consultas públicas, tornaria mais lentos e caros os processos decisórios da Administração Pública. Este “custo democrático” – redargúem os defensores de uma ampla participação popular – conferiria maior legitimidade à atuação estatal, além de não restar demonstrado ou, sequer, quantificado a existência efetiva de algum custo adicional à Administração Pública para a adoção destes meios.

Não há que se falar em uma extinção da participação popular ou mesmo da eficiência; ambos são princípios positivados na Constituição Federal e devem ser cumpridos. Cabe, tão somente, ao legislador ou ao intérprete conciliá-los em cada caso concreto, aplicando em harmonia tais normas.

Cremos, todavia, que esta participação popular, tal qual ocorre nos procedimentos das agências reguladoras brasileiras, não é suficiente para legitimar sua atuação, sendo esta mais legitimada pela eficiência do que propriamente por um *procedimento democrático participativo*. Marcelo Figueiredo já aponta este fenômeno, afirmando que a participação popular no direito administrativo pátrio tem papel ínfimo, reduzido a um trabalho consultivo.

Outros riscos apontados à participação popular são o que os norteamericanos denominam de *overintrusion* e *underprotection*. A intromissão excessiva dos interesses sociais mais organizados nos processos participativos provocará o desequilíbrio e a mácula da participação popular, desamparando interesses individuais ou daqueles com inferior capacidade de mobilização. Por outro lado, a Administração não poderia ficar inerte e passiva nos procedimentos participativos; sem um papel atuante e interventor, estimulando a atuação de todos os interesses, há a *overintrusion*.

Fácil perceber que são vícios interligados; a *underprotection*, ou seja, uma débil atuação do Estado no processo participativo pode provocar a *overintrusion*, uma intromissão excessiva de alguns interesses mais organizados; por outro lado, havendo uma atuação excessiva do Estado, perde o interesse da participação popular e esta passa a não mais existir, voltando a haver apenas uma atuação unilateral por parte do Estado.

Portanto, os conflitos que podem existir entre a participação popular e a eficiência são incontáveis, razão pela qual o conteúdo de ambos os princípios deve estar bem delimitado de modo a não haver choque – situação ideal – ou, havendo, em número reduzido e facilmente contornado pela Administração Pública.

3.2 A lei como limite à participação popular

Conflitos entre os princípios da eficiência e da participação popular irão existir, mesmo porque impossível que o legislador ou o administrador consiga prever todas as situações que possa existir este conflito. Todavia, as normas infraconstitucionais que tratam especificamente de regulação, antecipando este conflito, traçam diretrizes específicas para a participação popular de modo que esta não prejudique a eficiência, elemento caracterizador da atuação destes entes estatais.

Desta forma, entendemos que a norma criadora das agências reguladoras – e eventuais normas infralegais que dispõem sobre a matéria – resolverão o conflito participação popular *vs*. tecnicismo, de modo que tais normas é que balizarão a atuação dos cidadãos na Administração Pública, mais especialmente, nas agências reguladoras; qualquer tipo de participação popular que extrapole os limites previstos na norma, colidirão frontalmente com o tecnicismo, sendo ilegal por clara afronta à lei bem como por lesão ao princípio da tecnicidade que norteia a atividade regulatória.

A lei como limite à participação popular vem a ser não apenas uma resolução do conflito principiológico entre eficiência (através do tecnicismo das agências), de um lado, e participação popular, do outro, bem como vem a impedir que a vontade de alguns sobreponha-se à vontade geral (lei), de tal modo que o papel da participação popular na Administração Pública é subalterna à lei (*lato sensu*), fonte maior de legitimidade e de atuação do Poder Público.

Neste tópico, abordaremos pontualmente as três primeiras agências reguladoras federais, quais sejam, a ANATEL, ANP e ANEEL, por entendermos que são modelos que inspiraram as demais agências criadas posteriormente – tanto em âmbito federal quanto em âmbito estadual – procurando traçar os limites participativos em cada uma delas.

A Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, que cria a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Bicombustíveis, aborda em seu art. 11º que a ANP será dirigida, em regime de colegiado, por uma Diretoria composta por um Diretor-Geral e quatro Diretores, sendo estes nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III *f* da Constituição Federal de 1988.

Este dispositivo legal pouco – ou nada – diz sobre a qualificação destes agentes, sendo certo apenas concluirmos que a participação popular, na diretoria da ANP, é bastante restrita (ou inexistente), se tratarmos o conceito de *povo* como qualquer cidadão, independentemente de ser aprovado pelo Senado Federal ou nomeado pelo Presidente da República, bem como não possuir qualquer vínculo formal com a agência reguladora.

O art. 11 da referida lei deve ser lido em conjunto com o art. 5º da Lei 9.986/00 que afirma que o Diretor Geral de agências reguladoras será brasileiro, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais será nomeado.

A condução dos negócios da ANP, todavia, não se limitam à sua diretoria; a lei 9.478/97 também criou o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE – sendo que uma das principais funções da ANP é dar apoio técnico ao Conselho (art. 2º, §1º) bem como executar as políticas emanadas deste Conselho.

A estrutura e o funcionamento deste conselho foram regulamentadas pelo decreto presidencial n. 3.520 de 21 de junho de 2000, sendo seus integrantes (art. 2º): Ministro de Estado de Minas e Energia, que o presidirá, Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministro de Estado da Fazenda, Ministro de Estado do Meio Ambiente, Ministro de Estado de Desenvolvimento, Indústria, e Comércio Exterior, Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República, Ministro de Estado da Integração Nacional, Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, representante dos Estados e do Distrito Federal, um representante da sociedade civil especialista em matéria de energia, um representante de universidade brasileira especialista em energia e o presidente da Empresa de Pesquisa Energética.

Além de uma composição mais plural, o CNPE também admite a constituição de Grupos de Trabalho e Comitês Técnicos para analisar e opinar sobre matérias específicas sob sua apreciação, sendo estes grupos e comitês tendo a participação de representantes da sociedade civil, agentes e dos consumidores (art. 3º). Consoante explicita o art. 3º, estes grupos se restringem tão somente a *analisar* e *opinar* sobre matérias específicas, sendo decisão discricionária do CNPE a constituição destes grupos ("O CNPE *poderá*..." art. 3º), não sendo suas opiniões vinculativas para o Poder Público.

Além desta participação mais plural no CNPE, a ANP também permite audiências públicas, sendo seu público considerado ainda bastante restrito, diante do vasto domínio do setor energético.

A Lei 9.472 de 16 de julho de 1997 dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações bem como prevê a criação de um órgão regulador para o setor, cabendo ao Poder Executivo fixar-lhe a estrutura organizacional através de decreto (art. 10). Este decreto fora criado menos de três meses depois, em 7 de outubro de 1997, Decreto n. 2.338/97.

O Conselho Diretor da ANATEL será composto por cinco conselheiros, brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, escolhidos pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal (art. 20). O Conselho Consultivo da citada agência possui uma composição

mais plural, sendo formado por dois conselheiros indicados pelo Senado Federal, dois conselheiros indicados pela Câmara dos Deputados, dois conselheiros indicados pelo Poder Executivo, dois indicados pelas entidades de classe das prestadoras de serviço de telecomunicações, dois indicados pelas entidades representativas dos usuários e, por final, dois indicados pelas entidades representativas da sociedade.

A Agência terá, ainda, um ouvidor, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, que constitui uma figura receptora de anseios sociais, funcionando como um elo entre o Poder Público e a sociedade.

A Anatel promove, ainda, diversas audiências públicas, onde, após explicações de técnicos da agência, são coletadas informações e propostas dos participantes que serão analisadas pela agência. Aqui, assim como as audiências públicas na ANP, é registrado baixo número de participantes da sociedade, sendo que a maior parte dos participantes ainda é de representantes de empresas de telefonia. As atas das audiências são disponibilizadas no sítio eletrônico da agência, aumentando a possibilidade de conhecimento e controle por parte da sociedade civil.

No tocante à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – criada pela lei 9.247 de 26 de dezembro de 1996, seu art. 4º trata de sua composição, qual seja, um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado.

A lei é lacônica no tocante à participação popular mas, tal qual as demais agências reguladoras, são realizadas constantemente audiências públicas para apresentações técnicas, votações acerca de tarifas e outros temas similares. Embora não haja um edifício normativo próprio, a praxe destas audiências demonstra que possuem teor meramente opinativo.

4. CONCLUSÕES

1. O denominado “Estado Regulador” não é uma antítese ou uma negação do Estado de Direito. Ao contrário, o pressupõe, à medida que as medidas de regulação nos mais diversos campos – econômico, social e ambiental – são, antes de tudo, medidas normativas.

2. O êxito do *welfare state* proposto pela Constituição Federal de 1988 trouxe, consigo, as causas de sua derrocada. Ao passo que eram concedidos mais e mais direitos e vantagens à população, era necessária uma maior atuação do Estado e, consequentemente, um maior investimento deste. Sendo os recursos limitados, o montante de recursos vai se tornando insuficiente e a crise parece inevitável ao Estado. Entrando o Estado em crise e não mais podendo assegurar (ou ampliar) as melhorias na qualidade de vida da população, ou mesmo dos serviços mais essenciais, a atuação estatal passa a perder legitimidade e a manutenção de sua base começa a ficar ameaçada.

3. Com a impossibilidade material de se cumprir todos os programas propostos pela Constituição, na década de 90 o Estado passou a se reestruturar, dando início a um processo de *desestatização*. Tendo saído de alguns setores, o Estado não podia, contudo, deixar de impor uma certa regulação setorial com a finalidade de que Estado e particulares, em conjunto, busquem um mesmo objetivo previamente imposto pela Constituição Federal. Assim, iniciou-se um processo de criação de agências, após o permissivo da Emenda Constitucional n. 8 e o advento da Lei 9.427 de 26.12.1996 que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica, seguida pela Lei 9.472 de 16.7.1997, instituindo a Agência Nacional de Telecomunicações e a Lei 9.478 de 6.8.1997 criando a Agência Nacional do Petróleo.

4. A independência das Agências Reguladoras não pode ser entendida como uma falta de limites, mas apenas uma maior liberdade para sua atuação em setores estratégicos para o Estado. Esta independência tem diversas facetas, quais sejam: a) independência dos dirigentes frente ao Poder Executivo, por intermédio de mandatos por tempo determinado, não coincidentes com os mandatos do Poder Executivo, sendo vedada a livre exoneração; b) independência econômica e administrativa, tendo as agências suas próprias receitas provenientes, geralmente, do próprio setor regulado, bem como liberdade para contratar seu pessoal, sob o regime estatutário e celetista (dependendo do cargo); c) independência *processual*, sendo inadmitido o recurso hierárquico impróprio.

5. Para explicar a legitimidade da atuação das agências reguladoras, são utilizadas a teoria da participação popular, pela qual sua legitimidade advém de uma democracia mais participativa, um exercício mais forte da cidadania, bem como a Teoria dos Poderes Neutrais, segundo a qual as agências reguladoras, longe de serem contrárias à democracia, a fortaleceria, na medida em que garantiria que os poderes eleitos democraticamente respeitassem fielmente os direitos fundamentais previstos na Constituição, o que poderia não ocorrer se este controle se desse por poderes eleitos pelo povo, quando este poderia vir a representar só a parcela da população que o elegeu, e olvidar a minoria.

6. O princípio da legalidade, na atualidade, sofre uma profunda reestruturação, devendo ser entendido mais como um princípio da *juridicidade*, conjugando Constituição, leis e normas infralegais como vetores da atuação administrativa, devendo-se ressaltar, ainda, que normas infralegais não inovam primariamente no ordenamento jurídico, fazendo-o, tão somente, de forma secundária.

7. No tocante à eficiência, princípio alçado ao *status* de norma constitucional com a EC n. 19, esta não é entendida tão somente como um alcance de finalidades; ganha feições de eficiência socioeconômica, denotando a importância da produção de bens e serviços da melhor qualidade o mais rápido, na maior quantidade possível e com custos mais módicos para a sociedade, de modo a atender eficientemente suas necessidades.

8. A participação popular veio com a importante função de retificar o distanciamento da organização administrativa em relação ao cidadão, trazendo aquela mais próxima deste, legitimando mais sua atuação.

9. Acreditamos que a participação popular, tal qual ocorre nos procedimentos das agências reguladoras brasileiras, não é suficiente para legitimar sua atuação, sendo esta mais legitimada pela eficiência do que propriamente por um *procedimento democrático participativo*. Outro perigo para a participação popular sem limites normativos é a *overintrusion* e a *underprotection*.

10. As agências reguladoras necessitam de limites mais claros e precisos para a participação popular em sua atuação. Em geral, são lacônicas neste sentido, sendo que apenas a praxe determina qual o papel do cidadão na condução dos negócios desta agência. Sendo a Administração Pública vinculada à lei, é direito subjetivo do cidadão ter delimitado o campo de sua participação, sob pena que esta extrapole, colocando por terra a eficiência e o tecnicismo, próprios destas entidades, ou aniquilando a participação popular, importante fonte de conhecimento dos anseios e necessidades do povo.

6. REFERÊNCIAS

Livros

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos humanos, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações do Direito Administrativo: Constitucionalização e Participação na Construção de uma Dogmática Administrativa Legitimadora.** Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Estadual do Rio de

Janeiro sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Braga Galvão. Rio de Janeiro. 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 21 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FABRE, Simone Goyard. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica.** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa no Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativo.** São Paulo: Malheiros, 2005

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 3ª ed. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública.** 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Direito Regulatório: A alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

Artigos

ARAGÃO, Alexandre Santos. *in* BINENBOJM, Gustavo. *Coord*. **Agências Reguladoras e Democracia.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência Administrativa na Constituição Federal.** Disponível em:< http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-10-JUNHO-2007-VLADIMIR%20FRAN%C7A.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. **Participação Administrativa.** *In* OSÓRIO, Fabio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Coords*. **Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo De Figueiredo Moreira Neto.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

XAVIER, Yanko Marcius de Alencar e LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. **Da Evolução do Serviço Público de Saneamento Básico: a Importância da Consensualidade do Novo Marco Regulatório Sanitário.** Apresentação oral no XVIII Conpedi. Maringá: Julho, 2009.

Sites da Internet

http://www.stf.gov.br

http://www.planalto.gov.br

http://www.sbpcnet.org.br/livro/57ra/programas/SENIOR/RESUMOS/resumo_762.html

http://www.anatel.gov.br

http://www.anp.gov.br

http://www.aneel.gov.br

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

Apenas para exemplificar, a crise financeira vivida pelo Estado brasileiro, especialmente até 1999, com a moratória argentina, seguida da moratória do Estado de Minas Gerais tendo como causa (embora não unicamente) o fenômeno acima descrito.

JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit. p. 19*

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 55

Para um estudo de entidades semelhantes às agências reguladoras no Brasil, ver JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

Não estamos afirmando que a agência reguladora seja sinônimo de privatização ou o contrário. Mostramos, apenas, o momento histórico em que advieram referidas entidades reguladoras.

Incluímos aqui o poder normativo e o poder de dirimir conflito, apontado por autores como Conrado Hubner Mendes, visto que sintetiza estes dois que são limitados aos setores que visam regular.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *op. cit. p.* 88

V. Lei 10.871/04

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública.** 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa.** São Paulo: Malheiros, 2005. p. 285.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos humanos, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.

Idem, ibidem.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 21 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 444

Para uma análise das leis de criação da maioria das agências reguladoras no âmbito federal, ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório: A alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *in* BINENBOJM, Gustavo. *Coord.* **Agências Reguladoras e Democracia.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativo.** São Paulo: Malheiros, 2005. p. 255

ARAGÃO, Alexandre Santos. *op. cit.* p. 17

XAVIER, Yanko Marcius de Alencar e LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. **Da Evolução do Serviço Público de Saneamento Básico: a Importância da Consensualidade do Novo Marco Regulatório Sanitário.** Apresentação oral no XVIII Conpedi. Maringá: Julho, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 3ª ed. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa no Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FABRE, Simone Goyard. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica.** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *op. cit. p.* 61-62

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *op. cit. p.* 87

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit. p.* 103.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit. p.* 109

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência Administrativa na Constituição Federal.** Disponível em:< http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-10-JUNHO-2007-VLADIMIR%20FRAN%C7A.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2009.

MEDAUAR, Odete *apud* OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. **Participação Administrativa.** *In* OSÓRIO, Fabio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Coords*. **Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo De Figueiredo Moreira Neto.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

ADI 244, Rel. Min. Sepúlevda Pertence, julgado em 11.09.02. Disponível em:<HTTP://www.stf.jus.br>. Acesso em: 08 jul. 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações do Direito Administrativo: Constitucionalização e Participação na Construção de uma Dogmática Administrativa Legitimadora.** Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Estadual do Rio de Janeiro sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Braga Galvão. Rio de Janeiro. 2001.

GORDILLO, Augustín *apud* BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *op. cit. p.* 104.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativo.** São Paulo: Malheiros, 2005. p. 255

ENTERRÍA, Eduardo García. *Apud* BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *op. cit. p.* 105

MENDONÇA, Fabiano, QUEIROZ, Lizziane Souza, COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros. **As Audiências Públicas Realizadas pela Agência Nacional do Petróleo.** Disponível em:< http://www.sbpcnet.org.br/livro/57ra/programas/SENIOR/RESUMOS/resumo_762.html>. Acesso em: 12 jul. 2009

MODERNIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O EMPODERAMENTO SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS*

MODERNIZATION OF PUBLIC ADMINISTRATION: THE SOCIAL EMPOWERMENT AS A TOOL FOR EFFECTIVE PUBLIC AUDIENCES

Ricardo Hermany
Diogo Frantz

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo colaborar para a compreensão do fenômeno de uma nova estrutura de modernização da Administração Pública através da participação e de estruturação do social na era da informação, dada a influência das novas tecnologias nas sociedades, destacando o paradigma tecnológico da "sociedade em rede" e, consequentemente a necessidade de resgatar a participação na esfera local, de forma que se possa tirar verdadeiro proveito da revolução das tecnologias na Administração Pública. Assim, temos por finalidade apresentar uma abordagem a respeito das novas tecnologias, tendo como destaque as audiências públicas eletrônicas. Por conta disso, o presente trabalho enfatiza a necessidade de (re) valorizar a participação social, reestruturando os espaços e as instituições de decisão local, que devem ser redefinidos, de forma que coincidam com as instâncias de decisões significativas, fomentando a efetiva participação do indivíduo nas questões que lhe dizem respeito, enfatizando o desenvolvimento tecnológico como contributo no espaço social. A partir de então, a necessária articulação do local, interligando a administração pública aos cidadãos na sociedade como uma rede comunicacional de decisões e de informações; e, por fim, gerando a cidadania ativa pelo empoderamento social e local.

PALAVRAS-CHAVES: TECNOLOGIA; EMPODERAMENTO; AUDIÊNCIAS PÚBLICAS ELETRÔNICAS; MODERNIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; PODER LOCAL.

ABSTRACT

This paper aims to contribute to understanding the phenomenon of a new structure for the modernization of Public Administration through participation and social structure in the information age, known the influence of new technologies in societies, highlighting the "network society" technological paradigm and therefore the need to rescue the participation at the local level so that it can take real advantage of the technology revolution in Public Administration. Thus, we intended to present an approach about new technologies, highlighting electronic public audiences. For this reason, this paper emphasizes the need to (re) enhance social participation, restructuring the spaces and

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

institutions of local decision that must be redefined so that they coincide with the instances of significant decisions, encouraging the active participation of individuals about issues that concern them, emphasizing the technological development as a contribution in social space. Since then, the necessary relationship of the locate, linking the government to society as a network communication of net decisions and information, and, finally, creating an active citizenship by the social and local empowerment.

KEYWORDS: TECHNOLOGY; EMPOWERMENT; ELECTRONIC PUBLIC AUDIENCES; MODERNIZATION OF PUBLIC ADMINISTRATION; LOCAL AUTHORITY.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfatiza a necessidade de (re) valorizar a participação social, reestruturando os espaços e as instituições de decisão local, que devem ser redefinidos, de forma que coincidam com as instâncias de decisões significativas, fomentando a efetiva participação e empoderamento do indivíduo nas questões que lhe dizem respeito. Assim, tem por finalidade apresentar uma abordagem a respeito do direito, enquanto meio de implementação de audiências públicas eletrônicas municipais, onde tendo como escopo o aumento da participação dos cidadãos nas audiências públicas via eletrônica em, vista da necessidade de maior participação desses atores sociais nessas prerrogativas.

Sendo assim, o tema Governo Eletrônico nasce sob a chancela da multidisciplinaridade, materializando a conexão direta entre aspectos destacados das áreas das Ciências Sociais Aplicadas, onde se encontra o Direito, e da Tecnologia com a Informática.

Diante das mudanças globais, sociais, econômicas e políticas, as cidades estão requerendo novos modelos de gestão, bem como modernos instrumentos, procedimentos e formas de ação, a fim de permitir que os gestores urbanos tratem das mudanças da sociedade local. Por um lado, é necessário encontrar respostas e soluções rápidas para problemas cujas causas ficam muitas vezes fora da esfera de influência do administrador público, mas cujas consequências precisam ser enfrentadas pelo poder local. Por outro lado, é uma tarefa essencial explorar e disponibilizar as chances e oportunidades relacionadas a tais transformações, em favor tanto da administração pública, quanto da própria população.

1 A RESTRUTURAÇÃO (DO) SOCIAL NA ERA DA INFORMAÇÃO

Para trabalhar com os conceitos trazidos por Castells, importante que se esclareça que o seu ponto de partida para a análise da influência das novas tecnologias na sociedade é o final do século XX, momento em que, segundo ele, ocorreu "a transformação de nossa 'cultura material' pelos mecanismos de um novo paradigma tecnológico que se organiza em torno da tecnologia da informação"[1] . De acordo com o autor:

Como tecnologia, entendo, em linha direta com Harvey Brooks e Daniel Bell, "o uso de conhecimentos científicos para especificar as vias de se fazerem as coisas de uma maneira *reproduzível*". Entre as tecnologias de informação, incluo, como todos, os *conjunto convergente* de tecnologias em microeletrônica, computação (*software* e *hardware*), telecomunicações /radiodifusão, e optoeletrônica. Além disso, diferentemente de alguns analistas, também incluo nos domínios da tecnologia da informação a engenharia genética e seu crescente conjunto de desenvolvimento e aplicações.[2]

Como se observa, a partir dessa (nova) cultura informacional, pode-se perceber a constituição de uma "forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico".[3]

Vive-se, atualmente, numa sociedade em que os lugares já não representam mais o grande referencial para a identificação do funcionamento de centros de decisões que irão interferir diretamente em todo o mundo. O espaço físico, do lugar, transformou-se em espaço de fluxos.[4] Esses fluxos passariam a constituir a própria sociedade, podendo apresentar-se como "fluxos de capital, fluxos de informação, fluxos de tecnologia, fluxos de interação organizacional, fluxos de imagem, sons e símbolos".[5]

Os fluxos definem-se como a expressão dos processos responsáveis por dominar a vida econômica, política e simbólica das pessoas. O suporte material para esses processos dominantes da sociedade são todos os elementos responsáveis por sustentar os fluxos e propiciar a sua articulação em tempo real. Castells[6] propõe que existe uma nova forma espacial peculiar às práticas sociais, responsáveis por dominar e moldar a sociedade, transformando-a em uma rede, conforme as palavras do autor:

o espaço de fluxos. *O espaço de fluxos é a organização material das práticas sociais de tempo compartilhado que funcionam por meio de fluxos*. Por fluxos, entendo as seqüências intencionais, repetitivas e programáveis de intercâmbio e interação entre

posições fisicamente desarticuladas, mantidas por atores sociais nas estruturas econômica, política e simbólica da sociedade.[7]

Verifica-se, assim, que o espaço dos fluxos apresenta-se como uma maneira de constituição da sociedade que passa, então, a ser caracterizada por mecanismos que se ligam uns aos outros, formando nós, ou seja, "centros de importantes funções estratégicas e centros de comunicação".[8] Portanto, em uma rede, não existe um lugar por si mesmo, as posições se definem através de intercâmbios entre os fluxos da rede. Nesse sentido, a rede de comunicação torna-se uma configuração espacial imprescindível, já que os lugares não desaparecem, tudo acaba sendo absorvido pela rede.[9]

O que passa a constituir a sociedade é, portanto, a rede de relações por meio das quais o exercício do poder ocorre, situação que pode determinar a limitação do acesso aos meios de decisão dos processos que envolverão toda uma sociedade.

Observa Castells que:

A infra-estrutura tecnológica que constrói a rede define o novo espaço como as ferrovias definiam as "regiões econômicas" e os "mercados nacionais" na economia industrial; ou as regras institucionais de cidadania específicas das fronteiras (e seus exércitos tecnologicamente avançados) definiam as "cidades" nas origens mercantis do capitalismo e da democracia. Essa infra-estrutura tecnológica é a expressão da rede de fluxos, cuja arquitetura e conteúdo são determinados pelas diferentes formas de poder existentes em nosso mundo. [10]

A partir desses fluxos é que se verifica onde está concentrado o poder e como serão decididas as mais diversas questões envolvendo a humanidade. Esse espaço de fluxos pode ser caracterizado por um lugar, não precisa estar apenas constituído por uma abstração de conexões, embora:

[...] A sua estrutura lógica o seja. Está localizado [o espaço de fluxos] em uma rede eletrônica, mas essa rede conecta lugares específicos com características sociais, culturais, físicas e funcionais bem definidas. Alguns lugares são intercambiadores, centros de comunicação desempenhando papel coordenador para a perfeita interação de todos os elementos integradores na rede. Outros lugares são os nós ou centros da rede, isto é, a localização de funções estrategicamente importantes que constroem uma série de atividades e organizações locais em torno de uma função chave na rede. A

localização no nó conecta a localidade com toda a rede. Os nós e os centros de comunicação seguem uma hierarquia organizacional de acordo com seu peso relativo na rede. Mas essa hierarquia pode mudar dependendo da evolução das atividades processadas. Na verdade, em alguns casos, alguns lugares podem ser desconectados da rede, e seu desligamento resulta em declínio imediato e, portanto, em deteriorização econômica, social e física. As características dos nós dependem do tipo de funções desempenhadas por uma rede determinada.[11]

Locais são ligados por meio dessa rede social que acaba por estabelecer uma hierarquia entre os diferentes lugares de acordo com as condições de processamento de informação que apresentam. Em contrapartida, ao mesmo tempo em que o espaço de fluxos pode determinar quais os centros ou nós mais importantes de acordo com determinada hierarquia, pode ocorrer o simples desligamento de um desses locais, fator que culmina com a sua completa exclusão da rede. Para Castells a teoria do espaço de fluxos estabelece que as sociedades devem se organizar "de maneira assimétrica em torno de interesses dominantes específicos a cada estrutura social".[12]

Nesse sentido, na medida em que ocorre a determinação de padrões a serem seguidos pela elite dominante, verifica-se, também, a falta de mobilização por parte de grupos dominados:

[...] Grupos da sociedade que, embora constituam maioria numérica, vêem (se é que vêem) seus interesses parcialmente representados apenas dentro da estrutura do atendimento dos interesses dominantes. A articulação das elites e a segmentação e desorganização da massa parecem ser os mecanismos gêmeos de dominação social em nossas sociedades. O espaço desempenha papel fundamental nesses mecanismos. Em resumo: as elites são cosmopolitas, as pessoas são locais. O espaço de poder e riqueza é projetado pelo mundo, enquanto a vida e a experiência das pessoas ficam enraizadas em lugares, em sua cultura, em sua história. Portanto, quanto mais uma organização social baseia-se em fluxos aistóricos, substituindo a lógica de qualquer lugar específico, mais a lógica do poder global escapa ao controle sociopolítico das sociedades locais/nacionais historicamente específicas.[13]

No momento em que se observa que essa lógica de organização por meio de fluxos apresenta-se como um apelo à não preservação da identidade do local é que se passa a questionar o quanto esta nova estruturação da sociedade apresenta-se de forma benéfica e quais os mecanismos que podem ser avaliados para que não ocorra um processo de desvalorização de uma cultura e das características de uma comunidade. De acordo com Castells, verifica-se que uma "[...] tendência importante da distinção cultural das elites na sociedade informacional é a de criar um estilo em todo o mundo, consequentemente substituindo a especificidade histórica de cada local". Ocorre um ritual, que é adotado pela elite em qualquer parte do mundo, formando "uma cultura internacional cuja

identidade não está ligada a nenhuma sociedade específica, mas aos membros dos círculos empresariais da economia informacional em âmbito cultural global".[14]

Neste contexto, o autor alerta para o fato de que:

[...] As pessoas ainda vivem em lugares. Mas, como a função e o poder em nossas sociedades estão organizados no espaço de fluxos, a dominação estrutural de sua lógica altera de forma fundamental o significado e a dinâmica dos lugares. A experiência, por estar relacionada a lugares, fica abstraída do poder, e o significado é cada vez mais separado do conhecimento. Segue-se uma esquizofrenia estrutural entre duas lógicas espaciais que ameaça romper os canais de comunicação da sociedade. A tendência predominante é para um horizonte de espaço de fluxos aistórico em rede, visando impor sua lógica nos lugares segmentados e espalhados, cada vez menos relacionados uns com os outros, cada vez menos capazes de compartilhar códigos culturais. A menos que, deliberadamente, se construam pontes culturais, políticas e *físicas* entre essas duas formas de espaço, poderemos estar rumando para a vida em universos paralelos, cujos tempos não conseguem encontrar-se porque são trabalhados em diferentes dimensões de um hiperespaço social.[15]

Num processo em que a vida em uma comunidade pode ser prejudicada pela hipervalorização de uma estrutura que funciona por meio da edificação de âmbitos de alcance limitados à maioria das pessoas, ou seja, reservados apenas aos grandes centros de decisão econômica, política e social, deve-se agir com uma postura de crítica e de enfrentamento das situações que atualmente acontecem.

Há que se atentar, contudo, que a estruturação social dessa configuração em redes não é nada simples. Pode-se muito bem verificar a situação de desvalorização do local em favor do global, num contexto em que ao local estaria reservado o papel de ficar estacionado em termos de progresso tecnológico. Mas outras situações também podem ocorrer: o local pode simplesmente ser caracterizado pelo aperfeiçoado mediante a adoção de novas tecnologias; no entanto, essa inovação pode se dar sem o devido respeito à identidade da comunidade e sem trazer desenvolvimento para essa. Outra hipótese que pode ocorrer é a valorização de algum ponto do local em detrimento do restante que não se apresenta como interessante para a economia global.[16]

Assim, pode-se concluir que a complexidade da sistemática da nova estruturação social traz consigo uma situação paradoxal; pode, muitas vezes, excluir incluindo e, outras tantas vezes, incluir excluindo. Outras vezes, pode simplesmente ocorrer a conexão ou a desconexão de determinado local. Quanto a este fato, manifesta-se Castells, fazendo alusão à Internet:

O que caracteriza a lógica de interconcexão embutida na infra-estrutura baseada da Internet é que os lugares (e as pessoas) podem ser tão facilmente desligados quanto podem ser ligados. A geografia das redes é uma geografia tanto de inclusão quanto de exclusão, dependendo do valor atribuído por interesses socialmente dominantes a qualquer lugar dado.[17]

O risco que está presente, neste cenário de espaço de fluxos, é a utilização do local somente quando interesse ao global, pois - diante desta perspectiva - o local poderia ficar esquecido. Como os fluxos se processam por meio de redes, no momento em que esses não são alcançados por determinada região ou localidade, ela pode ficar "desligada" das informações e das decisões que são tomadas em âmbito global.[18] Esse processo é caracterizado, segundo Castells, por:

Um novo dualismo urbano [que] está surgindo da oposição entre o espaço de fluxos e o espaço de lugares: o espaço de fluxos, que conecta lugares à distância com base em seu valor de mercado, sua seleção social e sua superioridade infra-estrutural; o espaço de lugares, que isola pessoas em seus bairros em decorrência de suas chances exíguas de acesso a melhores locais (por causa de barreiras de preço), bem como à globalização (por causa da falta de conectividade adequada). Isso é, contudo, apenas uma tendência estrutural, porque as pessoas reagem efetivamente contra sua exclusão e afirmam seus direitos e valores, muitas vezes usando a Internet para resistência e em apoio a seus projetos alternativos [...]. Entretanto, na ausência de mobilização social e de políticas norteadas pelo interesse público, as redes fragmentadoras, conseqüência da desregulação excessiva das telecomunicações e da Internet, ameaçam contribui para uma nova e fundamental clivagem social: a divisão digital global.[19]

Num contexto em que o mundo digital - das novas tecnologias em geral - passa a direcionar, inclusive, os padrões de comportamento, podendo gerar opiniões e consensos, conclui-se que, ou se busca a inclusão nessa nova estrutura social, ou se estará fadado a uma exclusão informacional.

Muitas vezes, pode até ocorrer a união de regiões e locais para estruturar uma forma de integração nas redes globais, até porque é preciso entender que a cidade global não é apenas um lugar, mas um processo, por meio do qual se conectam em uma rede global os centros de produção e de consumo, juntamente com os atores sociais.[20]

Salientam Borja e Castells[21], nesse sentido, que:

[...] El espacio de los flujos está globalmente integrado, el espacio de los lugares está localmente fragmentado. Uno de los mecanismos esenciales de dominación en nuestro tiempo histórico es el predominio del espacio de los flujos sobre el espacio de los lugares, que da lugar a dos universos distintos en los que se fragmentan, diluyen y naturalizan las tradicionales relaciones de explotación. Las ciudades sólo podrán ser recuperadas por sus ciudadados en la medida en que reconstruyan, de abajo a arriba, la nueva relación história entre función y significado mediante la articulación entre local y global [22].

Logo, uma alternativa para resgatar o valor da opinião de cada cidadão, o valor de cada local é uma reestruturação das comunidades que venha acompanhada de um processo que busque harmonizar local e global. Nesse contexto, faz-se necessário compreender os processos que envolvem a relação entre local e global, o que se pode realizar com o auxílio de Castells.

[...] De um lado, as elites globais dominantes que habitam o espaço de fluxos tendem a ser formadas por indivíduos sem identidades específicas ("cidadãos do mundo"); ao passo que, de outro lado, as pessoas que resistem à privação de seus direitos econômicos, culturais e políticos tendem a se sentir atraídas pela identidade comunal. Nesse contexto, devemos ainda acrescentar mais uma camada à dinâmica social da sociedade em rede. Juntamente com aparatos do Estado, redes globais e indivíduos em si próprios, existem também comunidades formadas a partir da *identidade de resistência*. [23]

Assim, para fazer frente a essa estruturação da sociedade com base em fluxos que circulam numa rede global e que podem, assim, representar a estruturação de ligações desvinculadas das origens, das tradições do local, surge uma cultura de resistência. Tal resistência é caracterizada pela busca da reestruturação das exigências locais e da valorização do espaço comunitário mitigado pelo espaço dos fluxos.

Nesse diapasão, a identidade do território encontra-se nos governos locais e regionais, aparecendo no mundo todo como atores importantes, em termos de representatividade e intervenção. Afinal, estão bem mais posicionados, e por isso conseguem se ajustar às "incessantes variações dos fluxos globais".[24]

Como bem explica Castells:

[...] As comunidades locais construídas por meio da ação coletiva preservadas pela memória coletiva, constituem fontes específicas de identidades. Essas identidades, no entanto, consistem em reações defensivas contra as condições impostas pela desordem global e pelas transformações, incontroláveis em ritmo acelerado. Elas constroem abrigos, mas não paraísos [25].

Faz-se necessário buscar a organização em comunidades porque o poder da informação pode gerar a exclusão diante da concentração de fluxos nas mãos de alguns, mas pode também representar o grito de resistência de pequenas comunidades, não somente buscando a inclusão em processos tecnológicos, mas, especialmente, preservando o local dos ataques de destruição da cultura, das tradições, da paisagem, da história em geral.

De acordo com Castells:

A nova forma de poder reside em si nos códigos da informação e nas imagens de representação em torno das quais as sociedades organizam suas instituições e as pessoas constroem suas vidas e decidem o seu comportamento. Este poder encontra-se na mente das pessoas. Por isso o poder na Era da Informação é a um só tempo identificável e difuso. Sabemos o que ele é, contudo não podemos tê-lo, porque o poder é uma função de uma batalha ininterrupta pelos códigos culturais da sociedade. Quem, ou que quer que vença a batalha das mentes das pessoas sairá vitorioso, pois aparatos rígidos e poderosos não serão capazes de acompanhar, em um prazo razoável, mentes mobilizadas em torno do poder detido por redes flexíveis e alternativas. Tais vitórias podem ser efêmeras, pois a turbulência dos fluxos de informação manterão os códigos em constante movimento. Por isso as identidades são tão importantes e, em última análise, tão poderosas nessa estrutura de poder em constante mutação - porquanto constroem interesses, valores e projetos, com base na experiência, e recusam-se a ser dissolvidas estabelecendo uma relação específica entre natureza, história, geografia e cultura. As identidades fixam as bases de seu poder em algumas partes da estrutura social e, a partir daí, organizam sua resistência ou seus ataques na luta informacional pelos códigos culturais que constroem o comportamento e, consequentemente, novas instituições.[26]

Vive-se numa sociedade caracterizada pela adoção de novas tecnologias de informação, as quais não são apenas ferramentas que devem ser aplicadas, mas processos que devem ser construídos. Nesse sentido, usuários e criadores podem acabar se confundindo, e os usuários podem acabar assumindo o controle da tecnologia, como aconteceu com a internet. No entender de Castells "pela primeira vez na história, a mente humana é uma força direta de produção, não apenas um elemento decisivo no sistema produtivo".[27]

Assim, se as pessoas do local tiverem acesso a esse poder da informação, poderão utilizá-lo para propiciar a preservação e a reestruturação das comunidades e para evitar e reverter um processo de exclusão no tocante aos novos mecanismos que movem a sociedade. Ladislau Dowbor ressalta, no mesmo sentido, a importância da informação e da constituição de uma organização em redes que faça o poder local participar:

O que se apresenta como linha de trabalho, portanto, é um trabalho simultâneo de reforço da organização dos sistemas locais de informação, e de organização das redes que deverão valorizar esta informação e gerar efeitos multiplicadores. E a filosofia do trabalho, dentro de uma visão de informação compartilhada, consiste em gerar, sistematizar e circular a informação tendo como principal referencial a utilidade que este esforço representa para os próprios atores sociais que desenvolvem o trabalho.[28]

Dowbor defende que a comunidade, o espaço local, é que pode resgatar o que a globalização afastou/destruiu. Em vez de relegar e deixar totalmente abandonado o espaço local, esse pode auxiliar a reestruturar a sociedade e reconstruir valores imprescindíveis para que se possa pensar em participação e em desenvolvimento de uma sociedade mais proporcional em distribuição desse novo poder que surge com a sociedade em rede.[29]

O local e o global podem, assim, trabalhar em busca de um equilíbrio, porque será extremamente necessário que o local tenha acesso às tecnologias e informações que são processadas em âmbito global, mas sem que isso interfira em toda a estruturação de sua identidade. Deverá ser mantida a identidade das pequenas localidades para que a interface entre local e global possa, de forma harmônica e sem deixar seqüelas, ser organizada:

Não há dúvida que para muitos o tema da comunidade "cheira" a passado, a *bom selvagem* de Rousseau. Na realidade, basta atentar para o fato da pessoa hoje, para ser cidadão, precisar pertencer a uma instituição, ter um emprego, para sentir a dimensão da perda de cidadania ao se desarticular o espaço comunitário. Na linha dos aportes de John Friedmann, o "empowerment", ou recuperação de cidadania, através do espaço local, do espaço de vida do cidadão, é essencial. Caminhamos para a reconstituição das comunidades, em outro nível, incorporando e capitalizando as próprias tecnologias hoje desagregadoras.[30]

Assim, nesse primeiro momento, a intenção do presente texto foi a de analisar o quanto os fluxos de informação podem trazer malefícios, proporcionando exclusão e

desestruturação do local em privilégio do global. Mas, também, de defender o quanto a inovação em informações e tecnologias, nas comunidades, pode propiciar um processo de intercambiação entre local e global, no qual ambos serão valorizados. Diante dessa perspectiva, percebe-se que no âmbito local é que reside a possibilidade não somente de fazer frente a um processo de globalização negativa, que simplesmente descarta a cultura do local, mas também de desencadear um processo de fomento da participação e do maior conhecimento para a tomada de decisões. No momento em que se implementar o espaço local, incentivando e possibilitando o acesso à informação, poder-se-á pensar em efetiva democratização nesta sociedade caracterizada por novas tecnologias de informação.

1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Como decorrência dos direitos de cidadania, temos como direito a participação, aqui em especial no que tange à esfera pública, onde cada cidadão deve buscar sua integração. Essa participação deve acompanhar de forma eficaz o que está sendo realizado e discutido nesse *locus*, tanto no âmbito Executivo como Legislativo, para que cada cidadão possa participar do planejamento das políticas públicas e, consequentemente, intervir de forma argumentativa nesses espaços de participação.

Decorrente desses direitos, temos as audiências públicas que são canais de "participação administrativa aberta aos indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei", com a finalidade de expressar as preferências e tendências dos segmentos, e que seja capaz de "conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual" para a sociedade[31].

Assim, o fundamento prático da realização da audiência pública consiste do interesse público em produzirem-se atos legítimos, do interesse dos particulares em apresentar argumentos e provas anteriormente à decisão, e, pelo menos em tese, também do interesse do administrador em reduzir os riscos de erros de fato ou de direito em suas decisões, para que possam produzir bons resultados.

As audiências públicas não devem ser consideradas como mera formalidade a ser cumprida pelo Estado-administração, mas devem ser canais de abertura democrática, com a finalidade de qualificar a gestão pública, visto serem um instrumento de consulta aos cidadãos administrados, onde o governo possa visualizar o que pretende a sociedade em termos de investimentos, programas e ações políticas, e, principalmente, informar pedagogicamente todos os dados contábeis, financeiros, orçamentários e operacionais do poder Estatal, inclusive à avaliação de resultados e verificação do cumprimento de metas determinadas no processo de planejamento. Dessa forma, podemos afirmar que as

audiências públicas permitem aos cidadãos fiscalizar, acompanhar e decidir sobre as ações governamentais futuras e, em andamento.

Em vista de a audiência pública estar intimamente ligada às práticas democráticas, constitui-se em um exercício de poder pelo povo junto à Administração Pública, pois através desse mecanismo o cidadão não mais é visto como mero administrado, mas como um "parceiro do administrador público"[32]. Mas é através da Lei de Responsabilidade Fiscal que a realização das audiências públicas tornou-se prática obrigatória em todos os níveis de Administração, abrangendo a integralidade das leis orçamentarias. Com a previsão de forma expressa, o instituto tem-se difundido como elemento fundamental de gestão, incorporando-se à agenda de debates e difundindo as discussões sobre a formulação de políticas públicas.

A previsão na Lei de Responsabilidade Fiscal relaci¬ona-se de forma efetiva com a ideia de controle social no âmbito das decisões públicas *lato sensu*, pois envolve tan¬to a etapa desenvolvida no âmbito do Poder Executivo, de essência administrativa, quanto o processo legislativo específico de elaboração das leis orçamentárias, sendo a audiência pública fase específica e imprescindível para a regularidade da tramitação legislativa. Quanto à etapa administrativa, a audiência pública é exigida em duas hipóteses distintas: no controle das metas fiscais e na elaboração das leis orçamentárias.

De fato, é nas leis orçamentarias (PPA, LDO, LOA) que a participação da população mostra-se, conforme referido, obrigatória tanto na fase de elaboração, coordenada pelo Poder Executivo, quanto na discussão dos respectivos projetos de lei, o que acontece no Poder Legislativo, caracterizando uma discussão especial relativa a essas matérias.

Contudo, é fundamental analisar a extensão e a profundidade das discussões realizadas nas audiências públicas, pois de nada adianta transformá-las em simples ato formal para atender ao disposto na citada Lei, tendo em vista que essas audiências, da forma vaga como estão previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, podem legitimar as decisões tomadas pelo corpo tecnocrático que compõe a Administração, especialmente em nível federal, pois poderão servir como fóruns de aclamação de decisões pré-formuladas, o que não contribui para a concretização do direito social.

Nesta ótica, não é suficiente a realização das audiências, se estas não vêm acompanhadas de uma efetiva participação da cidadania, representada pelas entidades, mas principalmente de forma direta. Soma-se a isso a necessidade de estas audiências servirem para o esclarecimento da população acerca dos inúmeros fatores determinantes da elaboração orçamentaria, inclusive quanto aos limites de gastos específicos com educação e saúde, previstos na Carta Constitucional, sem olvidar os demais dados

relativos às finanças públicas, que devem servir de base para a elaboração destes projetos.

Este último aspecto deve-se materializar, dentre outras formas, através de indicadores de desempenho a serem inseridos nos projetos orçamentados, o que permite um efetivo controle das decisões pêlos cidadãos, pois, além de oportunizar uma melhor avaliação da necessidade da inclusão dessas propostas como políticas prioritárias, servirá para o posterior acompanhamento da execução orçamentaria. O plano plurianual, por exemplo, que abrange um quadriénio, deixa de traduzir mera carta de intenções e passa a se constituir num instrumento hábil para uma gestão planejada e passível de controle social.

Neste novo paradigma, as obras públicas devem, em sua totalidade, estar inseridas nos instrumentos de planejamento orçamentário, o que reduz o âmbito da discricionariedade e, por conseguinte, facilita o acompanhamento ao longo da gestão. As políticas públicas, com a exigência das audiências, tanto no Executivo quanto no Legislativo, passam a ser planejadas com a população, que terá conhecimento prévio dos programas que serão desenvolvidos a longo prazo, através do plano plurianual e, a curto prazo, através das leis de diretrizes orçamentarias, e dos índices de desempenho a serem atingidos, o que permite uma gestão mais transparente e passível de controle social. A partir do planejamento, será mais fácil o acompanhamento e a posterior cobrança pela responsabilidade em sua execução.

No entanto, é preciso avançar em relação ao regimento interno dos Poderes Legislativos das diferentes esferas da Federação, a fim de permitir que tais audiências sirvam, de fato, para a construção compartilhada de políticas públicas, não se constituindo apenas em foros homologatórios de complexas peças resultantes do trabalho tecnocrático. Dentre os aspectos a serem salientados, destaca-se a atual impossibilidade de os cidadãos apresentarem emendas aos projetos, o que é competência exclusiva dos parlamentares, situação que, além de desestimular a participação da sociedade, restringe a eficácia do controle e da co-gestão.

Após breves comentários acerca das audiências públicas, deve-se ressaltar um ponto muito importante que leva ao cabo esse trabalho, a forma de realização dessas audiências públicas que, notadamente, são realizadas apenas formalmente, e não substancialmente, com ampla discussão e participação. Isso permite-nos afirmar que não é suficiente, para a construção de um direito social, traduzido pela legitimação das decisões públicas a partir de uma qualificação do relacionamento entre Estado e sociedade, a existência de novos mecanismos, se forem aplicados com uma visão dogmático-reducionista. De nada adianta existir audiência pública como requisito de validade para as leis orçamentárias, se essas forem meramente cartoriais, resultantes de convocações em espaços de publicações legais na imprensa, além de analisarem

projetos fechados, sem a possibilidade de emendas populares, a partir de deliberações por aclamação.[33]

Mas o principal fator impeditivo para a legitimação do processo orçamentário a partir da efetiva participação da cidadania ainda está nas restrições que a população encontra em participar das audiências públicas nas esferas mais distantes da Federação, principalmente a nacional. Nestas, a concepção de um direito social caracterizado pela apropriação do espaço público estatal de parte da sociedade permanece ainda distante, principalmente em face da dificuldade material de presenciar os processos decisórios.

Para atingirmos os resultados propostos por esse instrumento, é preciso garantir o maior número possível de representação. Para tanto, é fundamental a realização das audiências públicas em datas e horários que facilitem o comparecimento da população em, locais de fácil acesso, com ampla divulgação e efetivo chamamento da população, e etc. Mas, todos esses aspectos resultam no esvaziamento da participação, visto serem obstáculos à promoção da efetiva participação.

Para tanto, a proposta alternativa seria a realização de audiências públicas eletrônicas, onde essas se iniciariam em hora e lugar definidos anteriormente, e após permanecessem abertas on-line em sites do Poder Executivo ou Legislativo, e , em locais de fácil acesso, onde após algum período de tempo fossem encerradas novamente no local de abertura. Certamente isso, oportunizaria maior participação e eficiência nas audiências públicas.

Entende-se, assim, como essencial novos canais de aberturas e estratégias de participação, tema que será proposto adiante, sob a perspectiva do Governo Eletrônico, que surge como um novo canal de participação, capaz de transformar as audiências públicas nessa nova perspectiva.

3 E-GOVERNO: UMA NOVA PERSPECTIVA DE GESTÃO PARTICIPATIVA

O uso das novas tecnologias da informação pelos governos na prestação de serviços e informações para cidadãos, fornecedores e servidores constitui o que se convencionou chamar de *e-governo* ou governo eletrônico. No Brasil, a melhor estratégia para disseminação do uso da *Internet* na função pública e a definição de qual é o papel do Estado no setor vêm sendo objeto de crescente debate, e, paralelamente, uma série de iniciativas já foram introduzidas em todos os níveis de governo.

A inovação de instrumentos de gestão, proporcionada pelas novas tecnologias da informação e comunicação, atingiu também a esfera governamental e suas diversas instâncias. Tal evolução proporcionou avanços em termos de participação, transparência, interatividade e cidadania, os quais resultaram numa nova figura - o governo eletrônico[34]. Essa virtualização do ambiente governamental, e sua consequente apropriação do espaço cibernético, possibilitaram que os diversos atores envolvidos, especialmente cidadãos e setor privado, aperfeiçoassem suas interações com o governo, passando a ampliar o espectro de nós que formam a rede do governo. Esse processo pode ser mais bem visualizado através da consecução de seus objetivos: a implementação de infraestrutura de comunicação de dados; a modernização da gestão administrativa e dos sistemas de informação; a prestação dos serviços públicos; a transparência nas ações governamentais; e a racionalização dos gastos públicos. Mas a proposta desse trabalho é implementação de audiências públicas eletrônicas.

Nesse sentido, a emergência de novas tecnologias de informação e de comunicação tem sido objeto de grande atenção por parte dos governantes na medida em que afeta o processo de tomada de decisões. O reconhecimento de que o surgimento desses fatores exige mudanças na condução de governos democráticos e na forma de relacionamento entre o setor público e a sociedade civil tem suscitado um amplo debate em torno de como utilizar as novas tecnologias, em particular a *Internet*, para colocar em prática as mudanças requeridas pelo novo ambiente.

As tecnologias de informação e de comunicação, de fato, abriram oportunidades para transformar o relacionamento entre governo, cidadãos, sociedade civil organizada e empresas, contribuindo para alcançar a boa governança, especialmente na dimensão transparência. A tecnologia da informação auxilia a implementação da política pública a tomar a decisão, mas também favorece o monitoramento da implementação, o controle da política e a avaliação dos resultados, em termos da aplicação dos recursos, mas, principalmente, na efetividade da política implementada. Ainda, em *e-administração*, pode-se incluir a integração de políticas públicas entre as várias esferas de governo.

Dessa forma, reconhecendo as novas potencialidades relacionadas à ampliação dos atores sociais envolvidos na gestão pública, a literatura vem crescentemente enfatizando o tema de "governança" (*governance*), salientando novas tendências de administração pública e de gestão de políticas públicas, particularmente a necessidade de mobilizar todo conhecimento disponível na sociedade em benefício da melhoria da *performance* administrativa e da democratização dos processos decisórios locais. De acordo com a concepção de governança urbana, a melhoria da qualidade de vida nas cidades não é negócio exclusivo de governo, mas sim tarefa e responsabilidade compartilhada entre todas as organizações e os cidadãos que constituem o tecido institucional e social da cidade.[35] Assim, a proposta de audiências públicas eletrônicas pode se tornar uma nova ferramenta de mobilização da opinião pública, capaz de inovar o campo das

audiências públicas, sendo uma forma de qualificar e esse instrumento de participação.

4 A NESSESSIDADE DA ABERTURA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS INOVADORAS

No contexto das políticas públicas, o poder local necessita de modelos de gestão inovadores, para que os gestores urbanos tratem das mudanças que a sociedade exige. Dessa forma, a informação se torna um recurso estratégico cada vez mais importante para a gestão urbana participativa. Como veremos adiante, o tema governo eletrônico está na pauta da discussão sobre a aplicação das tecnologias de informação e comunicação no setor público já há algum tempo, sendo explorado nas suas várias dimensões, ou seja, como recurso tecnológico; comunicacional; de prestação de serviço; como dispositivo informacional; para a democracia eletrônica, entre outras.[36]

O conceito de governo eletrônico não se restringe apenas à incorporação de novas tecnologias para ampliar a capacidade de conexão entre governo e cidadão. As relações dentro do próprio governo também se reinventam. O governo, nas suas mais diferentes instâncias, passa a atuar em rede. Cada Poder, cada esfera, e seus respectivos desdobramentos, trabalham como extensões, atuando como nós desta rede de governo. O advento do governo eletrônico é resultado da aproximação dos nós entre todos os atores: governo eletrônico, cidadãos, empresas, terceiro setor. Este conceito pode ser mais bem visualizado a partir do estabelecimento dos objetivos do governo eletrônico: implementação de infra-estrutura de comunicação de dados, integrando as redes de todos os envolvidos no processo; a modernização da gestão administrativa e dos sistemas de informação; a prestação online ao cidadão de todos os serviços públicos; a adoção de transparência nas as ações governamentais que não exijam sigilo; racionalização dos gastos públicos; e a disponibilização de computadores em locais específicos que permitam que o cidadão acesse os serviços do governo através da internet. Objetivos que pressupõem que o governo eletrônico precisa funcionar em rede.[37]

Dentre as diversas tecnologias da informação que acabam por impulsionar este processo, é a *Internet* aquela que se destaca como instrumento de interação entre os vários setores da sociedade, e ainda, como principal responsável pelo desenvolvimento de uma infraestrutura governamental que abre espaço para novos, serviços, negócios e atividades. Assim ao incorporar essas novas tecnologias da informação e comunicação à sua máquina administrativa, as organizações governamentais conectam-se entre si, proporcionando interatividade das informações e deflagrando o governo eletrônico[38].

Cabe aqui uma determinação pontual: o conceito de governo abrange a gestão do poder público em seus três poderes e nas três esferas (municipal, estadual e federal), enquanto

"eletrônico" refere-se aos "qualificativos digitais". Assim, tem-se que governo eletrônico é "um governo qualificado digitalmente, por ferramentas, mídias e procedimentos, [...]".[39]

Nesse sentido, o desenvolvimento de programas de governo eletrônico tem como princípio a utilização das modernas tecnologias de informação e comunicação (TICs) para democratizar o acesso à informação, ampliar discussões e dinamizar a prestação de serviços públicos com foco na eficiência e efetividade das funções governamentais. No Brasil, a política de governo eletrônico segue um conjunto de diretrizes que atuam em três frentes fundamentais: junto ao cidadão; na melhoria da sua própria gestão interna; e na integração com parceiros e fornecedores.[40]

Assim, ao se utilizar as TICs para o relacionamento com os cidadãos, a ação dos governos passa a ter incidência sobre as práticas e visões de cidadania existentes na sociedade civil. Consequentemente, essa incidência não é mecânica, nem pode ser considerada de maneira determinista. "Muito menos há neutralidade nas relações estabelecidas. Mesmo que se valha de formas relativamente semelhantes, no nível do aparato técnico e tecnológico, as práticas de relacionamento entre governo e cidadãos podem assumir diferentes conteúdos" e, com isso, influenciar distintamente os processos de prática de cidadania. "A qualidade e profundidade das relações estabelecidas, em termos individuais e coletivos, interagem com os processos sociais mais amplos". O escopo dessas relações vai desde a relação individual do cidadão com o governo, em busca de serviços públicos, até as relações de governança entre governos e a sociedade organizada. Então, "para se compreender as possibilidades de relacionamento entre governos e indivíduos ou a sociedade organizada por meio da *Internet* do chamado governo eletrônico é preciso deslocar o olhar para além dos recursos tecnológicos" oferecidos e situá-lo sobre processos sociais concretos em que os cidadãos e a sociedade interagem com o Estado na disputa pela construção de direitos. "Trata-se, portanto, de evitar a redução do tema a um objeto meramente técnico, que despolitiza o problema". A saída é estabelecer como ponto de referência os direitos de cidadania para disputar o conteúdo e as formas de gestão dos usos das TICs na relação entre governos e cidadãos. Não é de "melhores práticas" que se fala, mas de conquista de direitos.[41]

As possibilidades de promoção da cidadania por meio da *Internet* podem ser entendidas como aquelas que permitem a facilitação do acesso e o exercício de direitos. "É possível estabelecer uma tipologia de direitos que podem receber impactos do uso de portais ou *websites* governamentais", como: direito à informação de interesse particular; direito aos serviços públicos; direito ao próprio tempo; direito a ser ouvido pelo governo; direito ao controle social do governo; direito à participação na gestão pública.[42]

O direito a ser ouvido pelo governo "materializa-se tanto em nível individual, favorecendo o contato do cidadão com o governo, quanto em termos coletivos, por meio

de canais de contato com a sociedade organizada". Sua abrangência também incorpora desde demandas particulares até aquelas envolvendo direitos coletivos e difusos.

Para a promoção desse direito é possível empregar recursos de interatividade como ouvidorias pela Internet, centrais de atendimento eletrônico ou telefônico, fóruns eletrônicos, pesquisas de opinião e avaliação de serviços públicos via Internet. A existência de canais permanentes de contato voltados a assegurar ao cidadão o direito a ser ouvido é um recurso que não garante necessariamente que os cidadãos e suas organizações intervenham sobre as ações dos governos. Entretanto, cria condições preliminares e um ambiente propício para que o exercício do direito à participação cidadã e ao controle social do governo sejam efetivados.[43]

O controle social do governo está diretamente associado à promoção da transparência, ao permitir o acompanhamento da formulação de políticas e das iniciativas de governo pelos cidadãos e por suas organizações. "Cria condições para o estabelecimento de relações de confiança entre governados e governantes e legitima as ações destes últimos. Por outro lado, requer a existência de mecanismos de prestação de contas dos atos governamentais". Diante disso, a categoria de direitos promovidos pelo uso da Internet, inclue as iniciativas que permitem essa prestação de contas e sua apropriação pela sociedade. Portanto, "incorpora iniciativas de acesso de cidadãos a informações sobre as ações do governo, fundadas na noção de direito à informação pública permitindo-lhes acompanhar, avaliar e controlar o desempenho governamental". Podem-se citar como exemplos disso: a publicação de demonstrativos financeiros, relatórios de atividades de órgãos públicos, planos de governo, andamento de obras e divulgação de licitações.[44]

Ao contrário do controle social do governo, de caráter basicamente coletivo, a participação cidadã materializa-se pela ação individual dos cidadãos ou de suas organizações, enquanto atores sociais dotados de projetos próprios. Iniciativas de comunicação interativa entre governos e cidadãos que permitam a estes intervir de alguma forma, na gestão dos serviços e das políticas públicas, em tese podem materializar-se e fortalecer o direito à participação política no âmbito do governo. Incluem-se aqui as possibilidades de "participar de processos de discussão coletivos por meio de recursos de interatividade presentes nos portais, as possibilidades de opinar sobre projetos do governo e até mesmo as experiências de votação por meio da *Internet*", ainda não disseminadas. Ainda podem ser classificadas nessa categoria as ações de divulgação e estímulo à atuação em processos participativos promovidos pelo governo, como, por exemplo, o Orçamento Participativo, as audiências públicas, as consultas e as orientações sobre os requisitos para participação.[45]

Sendo assim, a tendência da formulação do conceito e da prática em governo eletrônico é abordá-lo na perspectiva do uso da *Internet* e, mais especificamente, na criação e disponibilização de *sites*. Como recurso de conectividade e comunicação, a *Internet* e o *site* são, atualmente, indispensáveis. Não obstante, alguns autores[46] convergem sobre

o tema ao afirmarem que um governo eletrônico não se institui somente pelo uso da *Internet*. É necessário promover transformações de forma interligada e com influências recíprocas, visando propiciar um ambiente informacional adequado. Essas ações voltam-se para: a) mudanças organizacionais; b) mudanças nos processos de trabalho; c) substituição do aparato tecnológico; d) mudanças culturais.[47]

Essas mudanças remontam às argumentações da reforma do aparato do Estado e do modelo de administração pública. Dessa forma, Joia[48] afirma que "o sucesso de governo eletrônico anda *pari-passu*, com o sucesso da reforma do próprio Estado, sendo dois conceitos complementares".

O princípio fundamental e relevante das mudanças necessárias é a "qualidade dos serviços prestados na perspectiva do usuário", ou o foco no cidadão. "Um *site* do governo eletrônico descolado do processo de transformação das práticas no âmbito interno das organizações estatais corre o risco de reproduzir práticas burocráticas com outra interface". Nesse sentido, pode-se adotar a definição de governo eletrônico como a "contínua otimização da prestação de serviços do governo, da participação dos cidadãos e da administração das relações internas e externas através da tecnologia, da *Internet* e dos novos meios de comunicação".[49]

A noção de governo eletrônico é um objeto ainda em disputa. Abordagens mais conservadoras tendem a depositar sobre ele expectativas de aporte de maior eficiência e alcance na participação e no controle social, nos moldes em que a sociedade já se organiza. Trata-se, portanto, de uma visão de modernização conservadora das relações entre sociedade civil e governos, em que a participação é instrumentalizada em função da eficiência alocativa ou da construção ideológica de legitimação de governos[50].

Em termos das ações dos governos para estimular a participação cidadã por meio da Internet, o ponto de partida é o entendimento da informação como direito do cidadão, bem público e fundamento para o acesso a uma série de outros direitos, dispondo de um caráter de promotora de uma "alavancagem" destes. A participação e o controle social sobre o governo dependem da circulação de informação. Não se trata, no entanto, unicamente de uma questão de montante de informação veiculado, mas também da forma de sua apresentação, de maneira a atingir um público amplo e de fortalecer processos políticos. A Internet pode funcionar como "um canal a mais" na relação do Estado com o cidadão, sem ser capaz de substituir outras formas de relacionamento.[51]

Nesse sentido, a cidadania é beneficiada pela absorção desse processo evolutivo das tecnologias na esfera governamental, colocando a *Internet* como principal responsável por essa democratização das relações entre o Estado e o cidadão, "possibilitando a inversão total da relação de *ex parte principis* para *ex parte populis*, acabando com os últimos vestígios do segredo e do poder invisível". Os Poderes Judiciário, Legislativo e

Executivo mais contribuirão para o fomento da cidadania quanto mais estiverem aparelhados e se utilizarem dessas tecnologias: "A *Internet* se transformará na grande ONG virtual. Seremos partícipes da governabilidade".[52]

Os institutos eletrônicos interpõem-se então, como verdadeiro objeto de favorecimento para interconexão entre governo e cidadão, oportunizando maior participação social na gestão governamental. O cidadão inscreve sua identidade neste sistema, afastando a padronização de condutas, outrora sedimentadas, que tinham fulcro na postura dominante do governo, quaisquer que fosse sua esfera. Nesta proposição, a tendência autoritária governamental conhece a variável da transparência e da comunicação. As relações entre as partes, cidadão e governo, reinventam-se em intensidade, extensão e confiabilidade.[53]

Dessa forma, ao introduzirem as modernas tecnologias da informação em seu âmbito, as sociedades democráticas ampliam a possibilidade de transparência nos atos dos governantes, "permitindo o exercício da participação de todos. Através dos recursos tecnológicos tornou-se viável o acompanhamento do cidadão em momentos decisivos do País," como na elaboração e votação de leis, decretos, emendas; na fiscalização da aplicação dos recursos financeiros; nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Consoante a isso, a privacidade da *Internet* se "diluirá" na transparência e disponibilidade de dados e das ações públicas.[54]

Em síntese, o governo eletrônico representa uma nova maneira de gerenciar e ofertar o serviço público, ou seja, "a transformação dos serviços governamentais e da governança, visando ao beneficio dos consumidores e cidadãos, é o alvo principal do governo eletrônico".[55] Dessa forma, o governo eletrônico se insere em um contexto que evidencia sua importância segundo três fatores: o crescimento das expectativas dos clientes; a globalização e o progresso tecnológico; e a reforma/reinvenção do governo. O primeiro e o último fatores estão diretamente relacionados com a dimensão da governança e com a prestação de serviço, evidenciadas pelo governo eletrônico.[56]

Sendo assim, pode-se compreender que o governo eletrônico é muito mais que um *site*. Ele pode ser concebido como recurso, forma e meio de relação entre organizações do Estado e a sociedade civil; uma relação que visa, permanentemente, superar a lógica do guichê de atendimento, onde a razão é monológica. De forma coerente, um governo eletrônico, baseado na relação dialógica entre Estado e cidadão, só se efetiva se a desconstrução dos guichês for uma iniciativa adotada em todo o aparato do Estado. O governo eletrônico deve inserir-se no contexto das transformações nas organizações do Estado e representá-las em seu site, entendendo o *site* do governo eletrônico como um recurso de atendimento ao cidadão.[57]

5 CIDADANIA ATIVA E EMPODERAMENTO SOCIAL LOCAL

A cidadania ativa está vinculada a uma sociedade específica e que também deve gerar nos seus membros um sentimento de pertencimento e reconhecimento das necessidades humanas e básicas suas e do outro. No entanto, na prática tal premissa não é tão simples, pois há de se ter certas reservas e cautelas com os discursos disseminados na sociedade contemporânea, assim como compreender o quanto distantes estão as pessoas de se identificarem pertencentes a uma comunidade, não considerando os seus semelhantes como "mero estranhos".

Dentro da atual conjuntura, observa-se que a globalização tem contribuído sistematicamente para romper com as fronteiras estatais por um lado; já de outro lado, tem criado mecanismos de distanciamento e aumento significativo das desigualdades sociais entre as sociedades contemporâneas, pois, o ritmo vivido nesse contexto fragiliza as estruturas e instituições sociais de cada sociedade[58].

Ao se falar em redes devemos ter em mente, nas visões delineadas no presente ensaio, as relacionamentos dentro de um ideário democrático, participativo e de cidadania ativa. Numa primeira concepção podemos vislumbrar o entendimento de Rose Marie Inojosa, que nos ensina que:

[...] rede é parceria voluntária para a realização de um propósito comum. Implica, nesse sentido, a existência de entes autônomos que, movidos por uma idéia abraçada coletivamente, livremente e mantendo sua própria identidade, articulam-se para realizar objetivos comuns. As redes se tecem através do compartilhamento de interpretações e sentidos e da realização de ações articuladas pelos parceiros.[59]

Ou seja, para a autora se nota o respeito pela autonomia do sujeito (ou ente), articulando-se para objetivos comuns do grupo, desempenhando ações que vinculam os parceiros ao requerido objeto almejado. Ao se manter a identidade própria, nota-se a permanência do ideário de horizontalidade no trato gestacional dos laços que se ligam os atores sociais dentro da rede.

Castells nos ensina que "em uma rede, por definição, não tem centro, mas apenas nós de diferentes dimensões e relações internodais que são frequentemente assimétricas. Entretanto, em última instância, todos os nós são necessários para a existência da rede."[60]

Entende-se com isso que não há um centro único e propulsor da rede, mas pequenos núcleos "nós" capazes de fomentar e emitir decisões para os outros pontos da rede. Quando se fala em redes, é de notar que não há dirigismos, sob pena de cairmos em centros de controle, os quais não permitiriam o livre desempenho das atividades, servindo para obstruir a devida comunicação.

Na atualidade, é imprescindível, dentro de uma política pública que busque a emancipação social local (empoderamento), que a atuação seja horizontalizada em rede. Afinal, em ambientes em que haja dirigismos coativos, não haverá a devida expressão da vontade dos atores sociais que compõem o tecido formativo das redes sociais.

O termo empoderamento é visto sob a ótica de um verbo transitivo e intransitivo. Labonte[61] nos ensina que o verbo empoderar, transitivamente, pode ser visto com o significado de "dar poder a outros" e, intransitivamente, como um processo de aumento de auto estima e influência sobre a vida das próprias pessoas.

Antes de qualquer coisa, devemos salientar que empoderamento social local está vinculado ao capital social, não sendo sinônimos de uma mesma coisa. Primeiro se devem afastar as dúvidas de que capital social não é sinônimo de empoderamento. O capital social é um dos catalisadores passíveis de interagir na construção de um maior empoderamento social. Veja nas palavras de Durston:

El empoderamiento ha sido definido como el proceso por el cual la autoridad y la habilidad se ganan, se desarrollan, se toman o se facilitan (STAPLES, 1990). Alternativamente, el énfasis está en que el grupo y las personas protagonizan su propio empoderamiento, no en una entidad superior que les da poder (SEN, 1998). Es la antítesis del paternalismo, y la esencia de la autogestión mediante la pedagogía constructivita, que construye sobre las fuerzas existentes de una persona o grupo social - sus capacidades - para <<potenciarías>>, es decir, aumentar y realizar esas fuerzas potenciales preexistentes.[62]

Prossegue o autor delimitando que é em ambientes com maior capital social que podemos vislumbrar uma amplitude de possibilidades de empoderamento social na consecução de ideários favorativos frente aos detentores do poder político. É através da organização, do associativismo e da ampliação de redes de inter-relação social que as comunidades podem desempenhar melhor seu papel na construção de sua emancipação social.

Nesse sentido podemos citar o professor Ferdinand Cavalcanti Pereira que nos ensina que:

Empoderamento significa em geral a ação coletiva desenvolvida pelos indivíduos quando participam de espaços privilegiados de decisões, de consciência social dos direitos sociais. Essa consciência ultrapassa a tomada de iniciativa individual de conhecimento e superação de uma situação particular (realidade) em que se encontra, até atingir a compreensão de teias complexas de relações sociais que informam contextos econômicos e políticos mais abrangentes. O empoderamento possibilita tanto a aquisição da emancipação individual, quanto a consciência coletiva necessária para a superação da "dependência social e dominação política". Enfim, superação da condição de desempoderamento das populações pobres, as quais, segundo Nyerere (1979), não podem se desenvolver se não tiverem poder.[63]

A criação de redes na formação de maior capital humano, gerado através do capital social, permite uma maior construção do empoderamento social local no trato da *res publica*. Não se procura mais a manutenção do *status quo* ante, mas a participação efetiva dos atores sociais na construção de maior vínculo associativo no que lhes diz respeito.

CONCLUSÃO

Tal perspectiva, visa colocar o governo ao alcance de todos, ampliando a transparência das suas ações e incrementando a participação cidadã por meio eletrônico nas audiências públicas.

Acredita-se que a utilização da *Internet* como ferramenta de abertura democrática é um instrumento capaz de realizar a prestação de serviços com eficiência e eficácia, pois representa um caminho para melhorar os serviços prestados aos cidadãos. Por meio desses expedientes, julga-se ser possível atender a demandas mais específicas da população, permitindo que ela possa ter uma participação mais efetiva na gestão pública, tanto definindo prioridades quanto fiscalizando e controlando as ações do governo.

Dessa forma, só é possível falar de governança eletrônica como uso das tecnologias da informação e comunicação (TICs), aplicado à relação entre governo e sociedade organizada a partir do entendimento das possibilidades tecnológicas ofertadas pelos recursos do chamado "governo eletrônico". Em que pesem diferenças de enfoque, todos os autores compartilham a mesma noção de governo eletrônico como aplicação

intensiva das TICs aos processos de prestação de serviços e relacionamento dos governos com os cidadãos pela intermediação eletrônica, contínua e remotamente.

Portanto, o surgimento do governo eletrônico serve como forma de ampliar a institucionalização da cidadania, que é seu pressuposto essencial, e essa tendência teve seu salto quântico quando da virtualização do ambiente governamental. Podemos afirmar, que essa reconfiguração de E - Governo não pressupõe um novo instituto, pois o governo ainda continua sendo o mesmo; apenas amplia as possibilidades de participação do cidadão no atendimento às suas necessidades. Dessa forma, a formatação eletrônica das audiências públicas certamente seria um diferencial participativo e qualitativo e, em consequência, agregaria rapidez e resolutividade nas ações governamentais que atingiriam mais transparência e controle social, desburocratizando a Administração Pública e tornando-a mais aberta e interativa com a sociedade.

REFERÊNCIAS

BNDES. Modernização da gestão. E - Governo: o que ensina a experiência internacional. *Informe-se*, Secretaria para Assuntos Fiscais - SF, n. 17, ago. 2000.

BAUMAN, Zygmund. *Identidade*: entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2005.

BONELLA. Danielle Soncini. *Espaço público e cidadania: a participação popular em audiências públicas no município de Santa Maria-RS.* Dissertação (Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2008.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Governo Eletrônico*. 2008. Disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br>. Acesso em: 19 set. 2008.

BORJA, Jordi; CASTELLS, Manuel. *Local y global:* la gestión de las ciudades en la era de la información. 5.ed. Madrid: Santillana, 2000.

CASTELLS, M. *A sociedade em rede. A era da informação:* economia, sociedade e cultura, v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. v.1. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet:* reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

Disponível em: http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br. Acesso em: 04 de abril de 2009.

DOWBOR, Ladislau. *Redes de informação de gestão local.* São Paulo: mar. 2001. Disponível em: <http://ppbr.com/ld/infomunic.asp> Acesso em: 24 ago. 2009.

DURSTON, J. *Capital social. Parte Del problema, parte de La solución. Su papel en La persistencia y en La superación de La pobreza en América Latina y El Caribe.* Documento de Referência, Santiago de Chile: Comisión Econômica para America Latina y Caribe, 2001.

FERDINAND, Cavalcanti Pereira. *O que é empoderamento?* Disponível em http://www.fapepi.pi.gov.br/novafapepi/sapiencia8/artigos1.php. <acesso em 10 de Jul, 2008>.

FERGUSON, M. Estratégias de governo eletrônico: o cenário internacional em desenvolvimento. In: EISENBERGER, J.; CEPIK, M. *Internet e política:* teoria e prática da democracia eletrônica. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

GONZÁLES DE GÓMEZ, M.N. Novos cenários políticos para a informação. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 31, n. 1, p. 27-40, jan./abr. 2002.

GRECO, Marco Aurélio; DE GODOI, Marciano Seabra. Solidariedade social e tributação. In: NABAIS, José Casalta (Org.). *Solidariedade social, Cidadania e Direito Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2005.

HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch.* Santa Cruz do Sul: UNISC, 2007.

HOESCHL, H.C. Cenário evolutivo: o futuro do governo eletrônico. *Revista Consultor Jurídico*, 22 out. 2002.

INOJOSA, Rose Marie. *Redes e redes sociais: versão preliminar*. São Paulo: FUNDAP, 1998.

JOIA, L.A. *O que é governo eletrônico*. Fundação Getúlio Vargas. Instituto Pólis, 2002. Disponível em: <http://www.polis.org.br/publicacoes/artigos>. Acesso em: 19 set. 2008.

Ministério de Planejamento e Gestão. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretaria. Acesso em: 04 abril de 2009.

LABONTE, R. Health promotion and empowerment: reflections on professional practice. Health Education Quarterly, v. 21,1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política:* legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

POMAR, C.; HOESCHL, H.C.; GARCIA, T.H.B.; COELHO, C. R. *O governo eletrônico respondendo às propensões da presença da administração pública no ciberespaço*. In: II CIBERÉTICA, Simpósio Internacional de Propriedade Intelectual, Informação e Ética; VIII ENIDJ, Encontro Nacional de Informação e Documentação Jurídica, Florianópolis, 2003.

PUTNAM, R. *Bowling alone:* the collapse and revival of american community. New York: Simon & Schuster, 2001.

RIBEIRO, C.A. Governo eletrônico na Reforma do Estado: inter-relações e perspectivas. *Informática Pública*, v. 7, n. 1, p. 71-84, 2005.

ROVER, A.J. (Org). *Direito, sociedade e informática*. Limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

SCHERER-WARREN, I. *Cidadania sem fronteiras:* ações coletivas na era da globalização. Rio de Janeiro: Hucitec, 1999.

SOARES, A.P.F.M. *Instrumentos gerenciais utilizados na administração pública com foco no cidadão*. Dissertação (Mestrado) - Fundação Getúlio Vargas, 2002.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação de participação (cidadania, direito, Estado e Município)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VAZ, J.C. *Governança eletrônica:* para onde é possível caminhar? Fundação Getúlio Vargas. Instituto Pólis, 2005. Disponível em: <http://www.polis.org.br/artigo_interno.asp?codigo=96>. Acesso em: 19 set. 2008.

VAZ, J.C.; MARTINEZ, F.; CARTY, W. Usar a Internet no orçamento participativo. In: *Dicas - Idéias para a Ação Municipal*, n. 214, 2004. Disponível em <http://polis.org.br/publicacoes/dicas/241209.html>. Acesso em: 19 set. 2008.

---

[1] CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. v.1. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 67.

[2] CASTELLS, *Ibidem*, p. 67.

[3] CASTELLS, *Ibidem*, p. 65.

[4] CASTELLS, op. cit., p. 501.

[5] CASTELLS, *Ibidem*, p. 501.

[6] CASTELLS, *Ibidem*, p. 501.

[7] CASTELLS, *Ibidem*, p. 501.

[8] CASTELLS, *Ibidem*, p. 502.

[9] CASTELLS, op. cit., p. 502.

[10] CASTELLS, *Ibidem*, p. 502.

[11] CASTELLS, op. cit., p. 503.

[12] CASTELLS, *Ibidem*, p. 504.

[13] CASTELLS, *Ibidem*, p. 504-505.

[14] CASTELLS, op. cit., p. 506.

[15] CASTELLS, *Ibidem*, p. 517-518.

[16] "[...] O fenômeno da cidade global não pode ser reduzido a alguns núcleos urbanos no topo da hierarquia. É um processo que conecta serviços avançados, centros produtores e mercados em uma rede global com intensidade diferente e em diferente escala, dependendo da relativa importância das atividades localizadas em cada área vis-à-vis a rede global. Em cada país a arquitetura de formação de redes reproduz-se em centros locais e regionais, de forma que o sistema todo fique interconectado em âmbito global. Os territórios em torno desses nós desempenham uma função cada vez mais subordinada, à vezes, perdendo a importância (ou até mesmo a função)" (Castells, 2002, p. 470-1).

[17] CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet:* reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 196.

[18] CASTELLS, 2003, *Ibidem*, p. 196.

[19] CASTELLS, 2003, op. cit., p. 197-198.

[20] CASTELLS, 2002, op. cit., p. 476.

[21] BORJA, Jordi; CASTELLS, Manuel. *Local y global:* la gestión de las ciudades en la era de la información. 5.ed. Madrid: Santillana, 2000, p. 67.

[22] Tradução livre: "[...] O espaço dos fluxos está globalmente integrado, o espaço dos lugares está localmente fragmentado. Um dos mecanismos essenciais de dominação no nosso tempo histórico é o predomínio do espaço dos fluxos sobre o espaço dos lugares, que dá lugar a dois universos distintos nos quais se fragmentam, diluem e naturalizam as tradicionais relações de exploração. As cidades somente poderão ser recuperadas por seus cidadãos na medida em que reconstruam, de baixo para cima, a nova relação histórica entre função e significado mediante a articulação entre local e global".

[23] CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. v.1. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 419-420.

[24] CASTELLS, 1999, op. cit., p. 421.

[25] Castells, 1999, *Ibidem*, p. 422.

[26] CASTELLS, 1999, op. cit., p. 423-424.

[27] CASTELLS, 2002, op. cit., p. 69.

[28] DOWBOR, Ladislau. *Redes de informação de gestão local.* São Paulo: mar. 2001. Disponível em: <http://ppbr.com/ld/infomunic.asp> Acesso em: 24 ago. 2009.

[29] DOWBOR, Ladislau. *Da globalização ao poder local: a nova hierarquia dos espaços*. São Paulo, jun. 1995. Disponível em: <http://ppbr.com/ld/5espaco.asp> Acesso em: 24 jul. 2008.

[30] DOWBOR, 1995, *Ibidem*.

[31]MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política:* legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 129.

[32]SOARES, Fabiana de Menezes. Direito administrativo de participação de participação (cidadania, direito, Estado e Município). Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 169

[33] HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch.* Santa Cruz do Sul: UNISC, 2007.

[34] O desenvolvimento de programas de Governo Eletrônico tem como princípio a utilização das modernas tecnologias de informação e comunicação (TICs) para democratizar o acesso à informação, ampliar discussões e dinamizar a prestação de serviços públicos com foco na eficiência e efetividade das funções governamentais. No Brasil, a política de Governo Eletrônico segue um conjunto de diretrizes que atuam em três frentes fundamentais: junto ao cidadão; na melhoria da sua própria gestão interna; e na integração com parceiros e fornecedores. O que se pretende com o Programa de

Governo Eletrônico brasileiro é a transformação das relações do Governo com os cidadãos, empresas e também entre os órgãos do próprio governo de forma a aprimorar a qualidade dos serviços prestados; promover a interação com empresas e indústrias; e fortalecer a participação cidadã por meio do acesso a informação e a uma administração mais eficiente. Disponível em: http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br. Acesso em: 04 de abril de 2009.

[35] PUTNAM, R. *Bowling alone:* the collapse and revival of american community. New York: Simon & Schuster, 2001; SCHERER-WARREN, I. *Cidadania sem fronteiras:* ações coletivas na era da globalização. Rio de Janeiro: Hucitec, 1999; CASTELLS, M. *A sociedade em rede. A era da informação:* economia, sociedade e cultura, v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

[36] RIBEIRO, C.A. *Op. cit.*, p. 74.

[37] POMAR, C.; HOESCHL, H.C.; GARCIA, T.H.B.; COELHO, C.R. *O governo eletrônico respondendo às propensões da presença da administração pública no ciberespaço*. In: II CIBERÉTICA, Simpósio Internacional de Propriedade Intelectual, Informação e Ética; VIII ENIDJ, Encontro Nacional de Informação e Documentação Jurídica, Florianópolis, 2003, p. 2.

[38] POMAR, C.; HOESCHL, H.C.; GARCIA, T.H.B.; COELHO, C.R. *O governo eletrônico respondendo às propensões da presença da administração pública no ciberespaço*. In: II CIBERÉTICA, Simpósio Internacional de Propriedade Intelectual, Informação e Ética; VIII ENIDJ, Encontro Nacional de Informação e Documentação Jurídica, Florianópolis, 2003,

[39] HOESCHL, H.C. Cenário evolutivo: o futuro do governo eletrônico. *Revista Consultor Jurídico*, 22 out. 2002, p. 11.

[40] BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Governo Eletrônico*. 2008. Disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br>. Acesso em: 19 set. 2008.

[41]VAZ, J.C.; MARTINEZ, F.; CARTY, W. Usar a Internet no orçamento participativo. In: *Dicas - Idéias para a Ação Municipal*, n. 214, 2004. Disponível em <http://polis.org.br/publicacoes/dicas/241209.html>. Acesso em: 19 set. 2008.

[42] VAZ, J.C. Governança eletrônica:... Op. cit.

[43] VAZ, J.C. Governança eletrônica: para... *Op. cit*.

[44] Idem, ibidem.

[45] VAZ, J.C. Governança eletrônica: para... *Op. cit*.

[46] JOIA, L.A. *O que é governo eletrônico*. Fundação Getúlio Vargas. Instituto Pólis, 2002. Disponível em: <http://wwwpolis.org.br/publicacoes/artigos>. Acesso em: 19 set.

2008; SOARES, A.P.F.M. *Instrumentos gerenciais utilizados na administração pública com foco no cidadão*. Dissertação (Mestrado) - Fundação Getúlio Vargas, 2002.

[47] SOARES, A.P.F.M. *Op. cit*.

[48] JOIA, L.A. *Op. cit*.

[49] FERGUSON, M. Estratégias de governo eletrônico: o cenário internacional em desenvolvimento. In: EISENBERGER, J.; CEPIK, M. *Internet e política:* teoria e prática da democracia eletrônica. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 105.

[50] VAZ, J.C. Governança eletrônica: para... *Op. cit*.

[51] VAZ, J.C.; MARTINEZ, F.; CARTY, W. Usar a Internet no orçamento participativo... *Op. cit.*

[52] ROVER, A.J. (Org). *Direito, sociedade e informática*. Limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2000, p. 36.

[53] POMAR, C.; HOESCHL, H.C.; GARCIA, T.H.B.; COELHO, C.R. *Op. cit*., p. 5.

[54] ROVER, *Op. cit*., p. 32.

[55] FERGUSON, M. *Op. cit*., p. 120.

[56] Idem, p. 106.

[57] RIBEIRO, C.A. *Op. cit*., p. 80-81.

[58] BAUMAN, Zygmund. *Identidade*: entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2005, p.58.

[59] INOJOSA, Rose Marie. *Redes e redes sociais: versão preliminar*. São Paulo: FUNDAP, 1998, p. 1-2.

[60] CASTELLS, 2002, op. cit.

[61] LABONTE, R. Health promotion and empowerment: reflections on professional practice. Health Education Quarterly, v. 21,1994, p. 253 - 268.

[62] DURSTON, J. *Capital social. Parte Del problema, parte de La solución. Su papel en La persistencia y en La superación de La pobreza en América Latina y El Caribe*. Documento de Referência, Santiago de Chile: Comisión Econômica para America Latina y Caribe, 2001, p. 187.

[63] FERDINAND, Cavalcanti Pereira. *O que é empoderamento?* Disponível em http://www.fapepi.pi.gov.br/novafapepi/sapiencia8/artigos1.php. <acesso em 10 de Jul, 2008>

GOVERNO ELETRÔNICO (ASPECTOS GERAIS) E AS COMPRAS GOVERNAMENTAIS *

ELETRONIC GOVERNMENT (GENERAL ASPECTS) AND THE GOVERNMENT ACQUISITIONS

Simone Zanotello

RESUMO

Este estudo possui como objetivo promover uma análise dos principais aspectos do governo eletrônico, que surgiu num panorama de modificações da forma de administrar as atividades governamentais, numa gestão com foco gerencial, tendo a visão do cidadão como um cliente do Estado.
Será verificado como o uso da tecnologia da informação tem sido importante para as ações governamentais, tendo em vista a necessidade de se ter uma administração pública mais eficiente.
O estudo também nos mostrará a evolução do e-gov no Brasil nos últimos anos, por meio de projetos de destaque, demonstrando que o país deu início em muitas políticas, mas que ainda há muitas ações a serem implementadas.
As compras governamentais via internet também representam um projeto de destaque no governo eletrônico, as quais foram implantadas no Brasil, com vários exemplos de sucesso, principalmente por meio do pregão eletrônico, introduzido por legislação.
Por fim, será importante destacar que as compras governamentais via internet representam uma oportunidade de negócios para as empresas, principalmente para as pequenas e médias, pois há uma tendência legal para a ampliação do uso do pregão eletrônico nas compras governamentais de todo o país.

PALAVRAS-CHAVES: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO - GOVERNO ELETRÔNICO – COMPRAS GOVERNAMENTAIS VIA INTERNET - PREGÃO ELETRÔNICO

ABSTRACT

This study has the objective to promote an analysis of the main aspects of the electronic government, that emerged in the panorama of modifications in the way of to administer the government activities, with focus in the public management, and have the view of the citizen as a client of the State.
Will be verified how the use of the information technology has been important to the government actions, seeing the necessity to have a public administration more efficient.
The study also will show us the evaluation of the e-gov in Brazil in the last years, with emphasized projects, demonstrating that the country has been start in many policies, but it's necessary to improve many actions.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

The government acquisitions by internet is also represent a main project in the electronic government, that were implemented in Brazil, with many examples of the success, mainly with the use of the electronic auction, introduced by legislation.

At least, will be important to emphasize that the government acquisitions represent the business opportunity to the companies, specially the small and the medium, because there is a legal tendency to improve the use of the electronic auction in the government acquisitions all over the country.

KEYWORDS: PUBLIC ADMINISTRATION – INFORMATION TECHNOLOGY – ELECTRONIC GOVERNMENT – GOVERNMENT ACQUISITIONS BY INTERNET – ELECTRONIC AUCTION.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem sofrido uma série de modificações, notadamente nas últimas duas décadas, passando de uma estrutura burocratizada para uma forma de gestão com foco gerencial, tendo a visão do cidadão como um cliente do Estado[1], imprimindo aos administradores públicos a necessidade de implementação de uma nova forma de governar.

Nesse histórico, contamos com a Constituição Federal de 1988, que trouxe uma série de dispositivos que tratam dos direitos fundamentais do cidadão e da coletividade, especialmente voltados para a proteção de sua dignidade e para a satisfação de suas necessidades mínimas. Esses direitos fundamentais, definidos na doutrina como sendo de 2ª. geração, abrangem direitos sociais, econômicos e culturais, e apresentam-se como direitos positivos, pois exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação de carências individuais e sociais.

Conforme nos ensinam Luiz Aberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a Constituição apresenta-se com um grande número de dispositivos que palmilham claramente o caminho para o exercício da cidadania:

Segundo essa ótica, a Constituição identificou como objetivos fundamentais da República, dentre outros, a construção de uma sociedade justa, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais. Tais objetivos foram incorporados, ainda uma vez, pelas regras constitucionais da economia (art. 170 e s.), que, por

disposição textual, ficou jungida à valorização social do trabalho e à realização da justiça social. Além disso, a educação e a saúde deixaram de ser tratadas como programas de caráter indicativo, para integrar o rol de Direitos Fundamentais do cidadão. [2]

Além disso, tivemos, pela Emenda Constitucional nº. 19, de 04 de junho de 1998, que tratou da reforma do aparelho estatal, o acréscimo do princípio da eficiência aos demais princípios da Administração Pública, previstos no art. 37, da Carta Magna, acabando com a discussão doutrinária sobre a sua existência implícita.

Esse princípio possui como premissa a transparência administrativa, por meio de uma participação pública nas ações governamentais, fomentando o exercício da cidadania e, consequentemente, fortalecendo a democracia.

Com isso, passou-se a ser exigida uma nova postura do administrador, com o objetivo de propiciar a implementação de políticas públicas de forma satisfatória, atendendo às necessidades da população, visto que por meio de uma administração eficiente, é possível salvaguardar os direitos e garantias dos indivíduos e da coletividade, abarcados constitucionalmente, ao passo que a ineficiência do Estado, sem dúvida alguma, constitui-se em barreira para que o cidadão usufrua de seus direitos.

Nas palavras de Maria Silvia Zanella Di Pietro, o princípio da eficiência deve estar presente não só nas ações dos agentes públicos, mas também no modo de estruturação da máquina administrativa:

*O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.**[3]***

Outro fator que também foi significativo, diz respeito à Lei de Responsabilidade Fiscal, promulgada no ano de 2000, que exigiu que os administradores mantivessem suas finanças em ordem, obrigando-os a adotar novos caminhos com o objetivo de buscar uma administração mais eficiente, sob pena de sofrer sanções bem severas, e até incorrer em crime de improbidade administrativa.

Nesse sentido, para fazer frente a essas demandas, a busca de experiências do setor privado, para implementação na esfera pública, parece ser um dos caminhos encontrados por alguns órgãos públicos, com o objetivo de tentar modificar sua situação de ineficiência. Como exemplo, podemos citar o Programa de Qualidade e Participação na Administração Pública, promovido pelo Ministério do Planejamento do Governo Federal. Nesse foco, Ana Paula Paes de Paula, dispõe, *in verbis*:

Nesse programa são valorizados os mesmos princípios dos programas de qualidade total implementados no setor privado, que são: satisfação dos clientes, constância de propósitos, melhoria contínua, gestão participativa, envolvimento e valorização dos servidores públicos. [4]

Portanto, não restam dúvidas de que está na hora do administrador moderno repensar sobre as filas da previdência, sobre o atendimento precário nos hospitais públicos, sobre a demora na resposta de um requerimento, sobre a gestão do dinheiro público, sobre os mecanismos de redução de custos na administração da máquina, dentre inúmeras outras ocorrências que poderiam ser citadas; afinal, o cidadão é o elemento mais importante em qualquer atividade governamental, podendo-se até dizer que se constitui na própria razão de existência do Estado.

Nas palavras de Florencia Ferrer:

*O desafio para o setor público torna-se cada vez maior, tendo que responder a crescentes demandas sociais com orçamentos públicos cada vez mais apertados, sempre focados na prestação de serviços de melhor qualidade à população. Para isso, é necessário diminuir custos e buscar novas formas de atuação apoiadas no uso intensivo da tecnologia da informação.**[5]***

Com isso, espera-se que os administradores públicos tenham novas posturas, devendo possuir não apenas uma visão política, mas uma abordagem técnica na arte de gerir a coisa pública; do contrário, não haverá uma gestão nos moldes em que se deseja. E a tecnologia da informação e comunicação vem para auxiliar nessa tarefa.

1. **O USO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO DAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS**

Nesse cenário de desenvolvimento da Administração Pública, traçada no tópico anterior, surgiu o uso das novas tecnologias de informação e comunicação (TICs), imprimindo uma nova forma de gestão governamental com foco na melhoria dos processos internos, na otimização dos gastos e no atendimento ao cidadão.

Portanto, essas ferramentas vieram para auxiliar o administrador público em sua tarefa de prestar serviços à população, bem como para gerir a máquina estatal, o que fez surgir a figura do governo eletrônico (*e-gov*).

Segundo Martin Ferguson, na criação do governo eletrônico deve-se se levar em consideração "*a otimização da prestação de serviços do governo, da participação dos cidadãos e da administração pública pela transformação das relações internas e externas através da tecnologia, da internet e dos novos meios de comunicação"*.[6]

Diante desse panorama, o governo eletrônico enseja uma mudança na forma de gerir as atividades governamentais, numa idéia de reforma da máquina estatal. Segundo Florencia Ferrer e Cristian Lima:

Assim, o governo eletrônico é um meio de modernização da gestão pública, mas depende fundamentalmente da mudança de gestão. O governo eletrônico deve ser devidamente inserido numa política mais ampla de reforma do Estado, que contemple a análise e a reformulação de processos da estrutura administrativa, do marco regulatório, do relacionamento entre os agentes, das funções do próprio Estado e do relacionamento do Estado com a sociedade civil etc.[7]

O governo eletrônico também envolve o conceito de governança eletrônica, pois, ao passo que a governança define-se *"como o modo ou processo de conduzir uma sociedade para melhor atingir suas metas e interesses*"[8], o governo eletrônico surge como a ferramenta para se efetuar essa tarefa, por meio do uso da tecnologia da informação. Então, é possível afirmar que o governo eletrônico está contido no conceito de governança.

Nessa mesma linha de pensamento, temos Ali Chahin:

Essa área de governo eletrônico contempla, entre outras atividades, todo o suporte digital para a elaboração de políticas públicas, para a tomada de decisões, para as 'public choices' e para o 'workgroup', entre os vários gestores públicos, financeiros, humanos, informacionais e de conhecimento, patrimoniais e outros. Os desafios ainda são imensos, mas na década de 90 o Brasil avanço inegavelmente em governança eletrônica. ***[9]***

De acordo com Partha Pratim Sarker[10], citando pesquisa das Nações Unidas, do ano de 2002, o governo eletrônico apresenta alguns princípios:

- criar serviços que respondam à escolha dos cidadãos;

- tornar mais acessíveis o governo e seus serviços;

- promover a inclusão social;

- fornecer informações de forma responsável;

- utilizar a tecnologia da informação e os recursos humanos de forma eficiente e eficaz.

Nesta oportunidade, fazemos uma observação especial com relação a este último princípio, que imprime a necessidade de utilização da tecnologia da informação e dos recursos humanos de forma "eficiente" e "eficaz", isso porque nem sempre que uma atividade é eficiente, ela é ao mesmo tempo eficaz. Como exemplo, podemos citar uma ação governamental de promover inscrições para vagas em creches por meio da internet, facilitando o acesso da população. No entanto, encerrado o processo de inscrição, uma grande parte da população recebe um *e-mail* informando sobre a inexistência de vagas. Sem dúvida, tratou-se de uma ação "eficiente", no entanto ela não restou "eficaz".

Nesse novo panorama da Sociedade da Informação, com os uso da tecnologia da informação, é imprescindível que o cidadão seja o foco das atenções. A corroborar

sobre a importância da tecnologia da informação nas atividades, inclusive governamentais, convém trazer à baila o entendimento de Adalberto Simão Filho:

Este é exatamente o cerne de nossa proposta. Um retorno à ética clássica e aos princípios gerais do direito para a formação de um costume próprio para a Sociedade da Informação em cuja base encontram-se os preceitos da boa-fé e da responsabilidade social. A "Internética", neste sentido proposto, seria resultante da iniciativa privada, com o beneplácito das políticas governamentais, adotadas pela empresas (privadas e públicas) que possuem interesses nas atividades do espaço virtual, tomadas dentro das exigências de ordem pública e do bem comum, observando-se padrões éticos e da boa-fé em todos os seus ditames e ações virtuais, sem nunca perder de vista o cidadão como o maior destinatário dos avanços tecnológicos. (grifo nosso) [11]

A atuação do governo eletrônico poderá ocorrer em três focos[12]:

- *G2C - Government to citizen* - governo e a sua interação com os cidadãos;
- *G2B - Government to business* - governo e a sua interação com os negócios;
- *G2G - Government to government* - governo e a sua interação com outras esferas governamentais.

Mas todos eles, segundo Rejane Esther Vieira, devem realmente estar voltados para uma inter-relação, e não para uma atuação unilateral do governo:

*Compreende-se que o E-Governo (e-gov) não é simplesmente um portal de informações e serviços do governo, mas um sistema de inter-relações, criado para desenvolver e emancipar a sociedade nas novas tecnologias digitais. Entende-se que o governo eletrônico tem entre seus objetivos contribuir com o aumento da transparência e participação da sociedade nas ações governamentais.**[13]***

Ele também necessita ser idealizado como um facilitador das atividades governamentais. Naquelas que envolvem ações internas, de iniciativa dos funcionários, é preciso o uso da internet, da intranet e da extranet (sistemas internos). Nas atividades externas, que abrangem os cidadãos, empresas e outros setores do governo e da sociedade, deverá ser concretizado por meio da internet.

Ao passo que o governo eletrônico surge como uma idéia de facilitador, ele também pode ser responsável pelo aparecimento de outra categoria - os excluídos digitais. É uma via de mão dupla, pois de nada adianta o governo disponibilizar serviços aos cidadãos, por meio eletrônico, se estes não tiverem condições de acesso. Conforme disposto no livro "Sociedade da Informação no Brasil - livro verde":

*No novo paradigma gerado pela sociedade da informação, a universalização dos serviços de informação e comunicação é condição fundamental, ainda que não exclusiva, para se construir uma sociedade da informação para todos. É urgente trabalhar no sentido de buscar soluções efetivas para que as pessoas dos diferentes segmentos sociais e regiões tenham acesso à Internet, evitando assim que se crie uma classe de "info-excluídos".**[14]***

Portanto, o governo eletrônico necessita da implementação de políticas públicas para a universalização do acesso, e isso é um desafio, principalmente para os países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

2. O GOVERNO ELETRÔNICO NO BRASIL

O governo eletrônico deu passos significativos no Brasil a partir do ano de 2000, embora desde 1996 já tivéssemos algumas tímidas ações voltadas para o uso da tecnologia da informação, como a votação eletrônica e o envio parcial de declarações de imposto de renda via internet.

O ano de 2000 foi marcado pela criação do Grupo de Trabalho Interministerial, que tinha como função examinar e propor políticas, diretrizes e normas para o uso da tecnologia da informação.

Nesse ano também houve a publicação do Livro Verde da Sociedade da Informação, pelo Ministério da Ciência e Tecnologia do Governo Federal, com a participação de cerca de 150 especialistas na área de gestão governamental por meio da tecnologia da informação.

O Livro Verde trata de políticas públicas que definem o conhecimento como fator de superação de desigualdades, de agregação de valor, de criação de emprego qualificado e de propagação do bem-estar, e seu conteúdo reflete um conjunto de ações para impulsionar a Sociedade da Informação.

Os principais aspectos dessas políticas estão voltados para a ampliação do acesso, a disponibilização de meios de conectividade, a formação de recursos humanos, o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento, o comércio eletrônico e as novas aplicações.

Dentre os *cases* de sucesso de governo eletrônico no Brasil, podemos destacar:

- a votação eletrônica, que teve início em 1996, de forma parcial, atingindo sua totalidade em 2002. Refere-se a uma ação de reconhecimento mundial, pelos resultados positivos que proporciona.

- o Correiosnet, implantando no ano de 2000, que tem por objetivo disponibilizar terminais de acesso nas agências dos Correios, para uso pela população.

- o IPVA eletrônico, no Estado de São Paulo, disponibilizado em 2003, que apresentou resultados significativos em seu custo interno de confecção e processamento, com uma redução de 91,59%[15], quando comparados ao processo tradicional.

Tais exemplos demonstram que as ações de governo eletrônico são importantes e acabam por trazer resultados significativos para esse novo modelo de gestão.

Mas o Brasil ainda está dando seus primeiros passos rumo a uma excelência em governo eletrônico. Nem todos os entes federados estão fazendo uso dele, e os que o fazem, às vezes não esgotam sua potencialidade, transformando seus portais em meras revistas eletrônicas informativas. Segundo Florencia Ferrer:

Assim, vemos que o governo eletrônico realmente não é o mesmo que 'reestruturação' em si. Ele é, de fato, um catalisador de mudanças e um melhorador de processos, mas para ser efetivo e relevante, existe a necessidade de um campo fértil para que ele produza. Nesse caso, estamos analisando o campo da administração pública, o qual, no momento, tem grandes dificuldades de aproveitar os frutos do governo eletrônico, salvo raras exceções. ***[16]***

Portanto, o governo eletrônico precisa de amadurecimento, para que realmente atinja seu principal objetivo, que é promover uma administração mais eficiente e eficaz, com o envolvimento do cidadão.

3. AS COMPRAS GOVERNAMENTAIS VIA INTERNET

Uma das políticas públicas de maior impacto nas esferas governamentais, envolvendo o governo eletrônico, tem sido a realização de compras via internet - o *e-procurement*, na atuação *G2B - Government to business.* Elas ainda não abrangem todas as modalidades de licitação previstas no nosso ordenamento jurídico, mas abarcam uma boa parte delas. Atualmente, as compras governamentais via internet abrangem as pequenas aquisições, feitas por meio de dispensa de licitação, cujo limite de valor é de R$ 8.000,00, as licitações realizadas pela modalidade convite, com valor até R$ 80.000,00, e os pregões, destinados à aquisição de bens e serviços comuns, sem limite de valor.

Essas inovações ainda não são uma realidade em todo o país, mas podemos destacar alguns portais que realizam trabalhos significativos nesse tema. Como os principais podemos destacar o *Comprasnet* do Governo Federal, o *Licitações-e* do Banco do Brasil, a *BEC - Bolsa Eletrônica de Compras* do Estado de São Paulo, o *Compra Aberta* da Prefeitura do Município de Jundiaí, dentre outros. Para os entes federados que não possuem sistemas próprios e nem parcerias com outros sistemas já existentes, existe a possibilidade de realizar as compras via internet por meio da intermediação de Bolsas de Mercadorias, conforme previsão contida no art. 2º., § 2º. da Lei 10.520/02, que regula a modalidade de licitação denominada "pregão".

Para demonstrar a eficácia das compras governamentais pelo meio eletrônico, pela redução de valores que elas proporcionam, não só nos preços pagos, mas também nos custos internos, vejamos a verificação feita pela BEC - Bolsa Eletrônica de Compras do Estado de São Paulo[17], no ano de 2003: o custo interno de um processo de compras tradicional girava em torno de R$ 1.074,09, ao passo que o custo de um processo eletrônico foi de aproximadamente R$ 188,49, Isso representou uma economia na ordem de 82,45%. Além disso, registrou-se uma redução de preços pagos em torno de 17%.

Ademais, temos a avaliação do governo federal, com relação ao sistema de aquisições eletrônicas denominado *Comprasnet*, que vem ao encontro do que já foi exposto:

*É passo fundamental para a modernização e a desburocratização dos processos de aquisição, tendo como objetivo principal dotar a sociedade de um instrumento que utilize as inovações tecnológicas da Internet, para oferecer facilidades aos fornecedores e, ao mesmo tempo, gerar economia para o Governo Federal, por intermédio da adoção de novos padrões de qualidade e produtividade.**[18]***

Diante desses dados, fica evidente que o uso da tecnologia da informação para a realização das compras governamentais representam um avanço na forma de gerir as verbas públicas.

4. O PREGÃO - ASPECTOS GERAIS

O pregão é uma modalidade de licitação que teve início em 1998, com a ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações. Posteriormente, no ano de 2000, o Governo Federal, por meio da Medida Provisória 2.206, introduziu o pregão como modalidade de licitação, com aplicação somente para ele. Apenas em 2002, por meio da Lei Federal 10.520, é que o pregão passou a se constituir uma nova modalidade de licitação, com aplicação para todos os entes federados.

No âmbito do Governo Federal, o pregão foi regulamentado pelo Decreto n°. 3.555, de 08 de agosto de 2000, que foi posteriormente alterado pelo Decreto n°. 3.694, de 20 de dezembro de 2000 e pelo Decreto n°. 3.784, de 06 de maio de 2001. Para fazer frente à nova realidade no que tange à utilização da tecnologia da informação no pregão, o Governo Federal expediu o Decreto n°. 3.697, de 21 de dezembro de 2000, dispondo todo o procedimento do pregão eletrônico, realizado via Internet, o qual foi substituído pelo Decreto n°. 5.450, de 31 de maio de 2005.

Outro fator relevante a ser considerado é que, embora o pregão seja regulado pela Lei Federal 10.520/2002, de acordo com o art. 9º da referida Lei, aplicam-se subsidiariamente as normas da Lei Federal 8.666/93 para regular essa modalidade, visto que essa nova legislação não abrangeu os vários aspectos atinentes ao procedimento licitatório como um todo, detendo-se somente a questões de conceito e de uso da modalidade na etapa de abertura e julgamento.

Segundo o art. 1º da Lei Federal 10.520/2002, o pregão é a modalidade de licitação destinada à aquisição de bens e serviços comuns, que podem ser considerados como

aqueles cujos padrões desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado. Segundo Marçal Justen Filho:

O núcleo do conceito de bem ou serviço comum reside nas características da prestação a ser executada em prol da Administração Pública. O bem ou serviço é comum quando a Administração não formula exigências específicas para uma contratação determinada, mas se vale dos bens e serviços tal como disponíveis no mercado. Poderia afirmar-se que a "disponibilidade no mercado" é a primeira característica que dá identidade ao bem ou serviço qualificável como comum. [19]

Com essa definição, podemos ter uma visão de que os bens e serviços comuns são os de "prateleira" ou "*standard*", que não necessitam ser fabricados ou planejados para atender às necessidades da Administração. E nesse conceito, a padronização, que inclusive se constitui num princípio da licitação, representa um caminho bastante eficiente para a definição desses bens e serviços.

Ao analisarmos o que são bens e serviços comuns, outro aspecto a ser extraído é que as obras, as locações imobiliárias e as alienações em geral não podem ser processadas por pregão, e devem continuar contando com a utilização das demais modalidades tradicionais de licitação.

Com relação à utilização do pregão eletrônico para serviços de engenharia, fazemos uma observação quanto à legislação. A Lei 10.520/2002 não fez qualquer vedação no que tange a essa utilização. Na realidade, somente o Decreto Federal n. 3.555/2000 dispõe expressamente essa impossibilidade aos pregões presenciais. Mas o Decreto Federal 5.450/2005, que regulamenta o pregão eletrônico, no âmbito do governo federal, em seu art. 6º., dispõe que a licitação na modalidade pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de **obras** de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, ou seja, os **serviços** de engenharia não contaram com vedação nesse decreto. Sendo assim, conclui-se que por meio de pregão eletrônico (ao contrário do que ocorre com o pregão presencial, que possui vedação expressa), junto ao governo federal, é possível realizar contratações para serviços de engenharia, desde que se caracterizem como **comuns.** No que tange aos demais entes federados, como a lei federal do pregão não faz vedação, se os serviços de engenharia puderem ser descritos de forma objetiva no edital, por meio de exigências usuais de mercado para aquela atividade, sem complexidades, propiciando um julgamento pelo "menor preço", enquadrando-se, portanto, como serviços "comuns", frisamos nosso entendimento no sentido de não haver óbice à utilização da modalidade pregão para a sua contratação (tanto presencial quanto eletrônica), exceto se houver vedação expressa na norma regulamentadora do próprio órgão licitador. Como exemplo, podemos verificar que o Estado de São Paulo e o Município de Jundiaí licitam alguns serviços de engenharia, tidos como comuns, por pregão.

Quanto à obrigatoriedade ou não de se utilizar o pregão em detrimento das demais modalidades, verifica-se que a Lei Federal 10.520/2002 dispõe que, para a aquisição de bens e serviços comuns, a Administração "poderá" adotar a licitação na modalidade de pregão. Num primeiro momento, denota-se que a escolha da modalidade de pregão seria uma faculdade do administrador, como parte de seu poder discricionário. No entanto, pelas vantagens que esse procedimento tem demonstrado em algumas esferas, esse "poder" se converte num "poder-dever", de acordo com o entendimento de Carlos Pinto Coelho Motta:

... cumpre consignar que a expressão "poderá" significa, literalmente, uma faculdade deferida ao administrador. Entretanto, esta converte-se em "poder-dever", na medida em que a modalidade pregão, comparativamente com as demais modalidades previstas no art. 22 da Lei 8.666/93, evidenciar-se mais ágil e menos onerosa. [20]

O pregão possui como principais características, que o diferenciam das demais modalidades de licitação: um menor prazo de divulgação do edital (oito dias úteis), a inversão de fases, com a abertura primeiramente das propostas, verificando-se a documentação somente do licitante que ofertar o menor preço, possibilidade de negociação de preços em diversas fases da licitação, concentração da fase recursal e condução por pregoeiro habilitado, auxiliado por uma equipe de apoio. Conforme expõe Vera Scarpinella:

*A conseqüência de um rito com tais características é a 'celeridade' no processo de contratação e a possibilidade de celebração de um melhor negócio para o Poder Público. O procedimento do pregão é rápido, em comparação com as tradicionais modalidades licitatórias existentes na Lei Geral de Contratações Públicas (Lei 8.666/1993). O pregão amplia a participação de fornecedores na disputa e desburocratiza os meios de aquisição, porque seu procedimento é simplificado em relação aos demais previstos na legislação.**[21]***

Portanto, o pregão surgiu para modificar o panorama das compras públicas, e imprimir um novo ritmo nos processamento das licitações, nas busca da proposta mais vantajosa para o interesse público.

5. O PREGÃO ELETRÔNICO

Para fazer frente à necessidade de inserir as atividades governamentais num cenário de eficiência, o art. 2º., § 1º. da Lei Federal 10.520/02, dispôs a possibilidade de realização

do pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, não obstante o governo federal já realizasse pregões eletrônicos desde o ano de 2000, por força do Decreto n°. 3.697, de 21 de dezembro de 2000, que foi substituído pelo Decreto n°. 5.450, de 31 de maio de 2005.

Mas, com relação a esse decreto, é importante se fazer uma ressalva, pois, como norma federal, e não nacional, ele não tem abrangência nas esferas estaduais e municipais. Segundo Diógenes Gasparini:

O decreto do pregão eletrônico só é obrigatório para os órgãos da administração federal direta, os fundos, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e para as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, como previsto no parágrafo único de seu art. 1º. Não é obrigatório para Estados, Distrito Federal e Municípios, que, dotados de lei própria sobre essa modalidade licitatória, poderão regulamentar o pregão eletrônico segundo seus interesses. Enquanto isso não acontecer, podem valer-se da legislação federal para a realização de seus pregões presenciais e eletrônicos. [22]

Nesse contexto, o pregão eletrônico é feito em ambiente virtual, em tempo real, por meio de portais de compras ou bolsas de mercadorias, podendo ser acessado por todos os participantes, e também pela população, que poderá verificar o que o órgão está comprando e quanto está pagando.

Trata-se de um sistema com acesso por meio de *login* e senha, que mantém a inviolabilidade da proposta até a sua abertura, bem como a identificação dos participantes somente ao final da sessão, o que lhe traz mais transparência e credibilidade.

O procedimento do pregão eletrônico engloba duas fases: uma preliminar, na qual o licitante lança sua proposta inicial, e uma fase posterior, na qual os licitantes podem dar novos lances, menores que os anteriores, para tentar arrematar a venda. O encerramento do pregão é realizado por um mecanismo denominado "tempo randômico", que ao ser acionado, produz a finalização do pregão em tempo aleatório, definido pelo próprio sistema, o qual não é de conhecimento de nenhum dos atores envolvidos no processo, o que faz com que os lances intensifiquem-se nesse momento, a fim de se verificar quem será o vencedor do certame. Somente após concluída essa etapa é que são analisados os documentos de habilitação, nos termos do edital, da empresa que ofertou o menor lance.

Como aspectos positivos para a utilização do pregão eletrônico, podemos citar:

- a redução de custos operacionais, tanto para a Administração quanto para o fornecedor, que não precisará deslocar-se para verificar a existência de licitações e realizar suas vendas;

- a diminuição dos preços pagos, visto que, por ser realizado por meio eletrônico, possibilita a participação de empresas dos mais diversos lugares, ampliando a competitividade;

- a transparência das ações de compras, pois é possível se observar como estão sendo gastas as verbas públicas, promovendo-se, assim, um exercício de cidadania;

- a disposição de informações sistematizadas, visando ao melhor gerenciamento das compras;

- a mudança do perfil do servidor, que transforma suas atividades operacionais em gerenciais, auxiliado pelo uso da ferramenta;

- a segurança e a credibilidade nas transações, em razão das características que o sistema possui; e

- a inclusão de pequenas e médias empresas no cenário das compras públicas, em razão da facilidade na participação.

No entanto, as compras governamentais via internet ainda apresentam algumas dificuldades para que realmente se tornem uma realidade nacional, abrangendo a gama de municípios existentes no país. Dentre essas dificuldades podemos citar o custo da implantação de um sistema eletrônico, principalmente nos municípios menores. Outra questão diz respeito à cultura dos principais atores do processo - servidores e fornecedores, mudando-se o paradigma de atuação, por meio da inclusão digital. Isso porque o Brasil possui realidades totalmente diferenciadas, e a tecnologia da informação ainda não alcançou alguns rincões. Como já expusemos neste estudo, o governo eletrônico é um caminho de mão dupla. Sendo assim, de nada adiantará implantar sistema de compras eletrônicas, se servidores e, principalmente, fornecedores, não fizerem uso dele - será mais um aparato tecnológico sem qualquer utilidade prática.

Ademais, não obstante o pregão eletrônico propiciar a participação de empresas de diversas localidades do país, ampliando a competitividade, não há como se esquecer da necessidade de fomentar o comércio local, pois é esse que gera renda e emprego para os municípios.

A pluralidade de legislação infralegal é outra dificuldade encontrada no pregão eletrônico, pois como a lei do pregão dispõe somente um parágrafo que trata do uso da

tecnologia da informação, cada ente federado, ao regular a referida modalidade, acaba por criar suas próprias regras, trazendo algumas diferenças, principalmente com relação ao uso do sistema, dificultando a participação dos licitantes, pela ausência de unificação e padronização.

Por fim, outra dificuldade encontrada diz respeito à fragilidade encontrada em alguns sistemas, para a concretização do contraditório e da ampla defesa na fase recursal, que ocorre imediatamente após o término da sessão do pregão. Isso porque, não são raras as vezes em que o pregoeiro não poderá efetivar a "declaração do vencedor" na própria sessão do pregão, porque a habilitação é feita em momento posterior, após essa sessão, daí um ou dois dias, pois o órgão não possui sistema automatizado de cadastramento de fornecedores, como o Sistema de Cadastro de Fornecedores (SICAF), por exemplo, pertencente ao governo federal, para verificações *"on line"* das condições de habilitação do licitante. Nesse caso, o pregoeiro dependerá do envio da documentação física do licitante que ofertou o menor preço, por meio de fax, correio ou outros meios, efetuando uma verificação *"off line"* dos requisitos de habilitação.

Diante dessa hipótese, como os demais licitantes interessados poderão manifestar sua intenção de recurso se eles ainda não conhecem os documentos de habilitação do licitante vencedor, bem como os eventuais documentos técnicos apresentados em razão da proposta (catálogos, planilhas detalhadas, etc.)? E se ele estiver em outro Estado?

De acordo com Luciano Ferraz:

À guisa de conclusão, cabe destacar que o pregão eletrônico é reflexo das mutações da era das comunicações. Os avanços na área de informática propiciaram alterações significativas nas relações de consumo, criando verdadeiro mercado virtual por intermédio da rede mundial de computadores, a Internet. (...) Todavia, não cabe ao Estado fazer do pragmatismo cibernético o dado essencial, transformando a informática - e seus avanços - em fator de legitimação de todo e qualquer comportamento dos aparatos do poder; ainda quando princípios jurídicos (republicano, federativo e isonomia) estejam em jogo. Compete à Administração Pública em todos os níveis perceber a importância desse processo e utilizar, responsavelmente, os mecanismos à disposição, sem se desvelar dos objetivos fundamentais da licitação - isonomia e economicidade, cientes de que os 'hackers' aí estarão para desfiar a seriedade do certame virtual" [23]

Portanto, são com essas dificuldades que os operadores do Direito devem trabalhar, para que as compras governamentais realizadas via pregão eletrônico realmente se tornem ferramentas indispensáveis para um bom uso do dinheiro público, e não se transformem em ações que possam afrontar o ordenamento jurídico.

6. AS COMPRAS GOVERNAMENTAIS COMO UMA OPORTUNIDADE DE NEGÓCIOS

O Brasil é composto de 5.564 Municípios, 27 Estados e o Distrito Federal, todos eles compostos por órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, Autárquica e Fundacional, sendo que todos eles realizam aquisições significativas de materiais e serviços. Diante disso, não restam dúvidas de que as compras governamentais representam uma oportunidade de negócios para as empresas, sendo atualmente as transações financeiras muito mais seguras, notadamente em questões de pagamento, em virtude da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Além disso, as microempresas e as empresas de pequeno porte, por força da Lei Complementar n. 123/06 (Novo Estatuto das ME e EPPs), passaram a ter tratamento diferenciado nas licitações (o que inclui o pregão), como forma de fomentar seu crescimento e sua participação nesse mercado público consumidor. De acordo com Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães:

No tocante às alterações na disciplina jurídica das licitações, a tratativa desta matéria encontra-se consignada nos artigos 42 a 45 e 47 a 49 da mencionada Lei Complementar. A partir de uma análise sistemática de tais dispositivos, é possível constatar que ditas alterações se resumem em três grandes categoriais: (i) alteração na fase de habilitação (artigos 42 e 43); (ii) alteração no julgamento das propostas, com a criação de um empate ficto e critério de desempate (artigos 44 e 45); (iii) licitações/contratações diferenciadas (artigos 47 a 49). [24]

Portanto, as empresas devem estar preparadas para participar das compras governamentais via internet, atualizando o seu parque de informática, providenciando um endereço eletrônico, treinando seus funcionários para o uso da ferramenta, bem como visitando diariamente *sites* de compras e efetuando seu cadastro neles.

Com relação aos direcionamentos governamentais para o uso do pregão, o Governo Federal editou o Decreto 5.504/2005, o qual dispõe em seu art. 1º. que os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios (ou outros instrumentos congêneres), que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União, deverão conter cláusula que determine a necessidade de realização de licitação, sendo que nos

casos de bens e serviços comuns, essa licitação deverá ser processada por meio da modalidade pregão, **preferencialmente na forma eletrônica.**

O governo do Estado de São Paulo, por sua vez, estipulou no art. 2º. do Decreto 51.469/2007, a obrigatoriedade da utilização da modalidade **pregão eletrônico** para a aquisição de bens e serviços comuns por toda a administração pública estadual. Ademais, municípios também vêm primando pela utilização do pregão eletrônico.

Por fim, também é importante trazer o conteúdo do Projeto de Lei n. 32/2007 (n. 7.709/2007 na Casa de origem), que prevê alterações na Lei de Licitações, estendendo a utilização dessa modalidade e tornando-a obrigatória para licitações do tipo "menor preço", com valor até R$ 3.400.000,00, o que incluirá as obras, e ampliando seu uso também para as licitações do tipo "técnica e preço", o que é até então vedado.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que foi exposto, o *e-gov* realmente se constitui num "caminho sem volta", pois os contribuintes estão cada vez mais exigentes, até pela carga de tributos que pagam anualmente, exigindo uma atividade prestacional do Estado, e o administrador público precisa de uma nova forma de gestão da *res publicae*, sob pena de não atender a essas exigências, o que pode ter reflexos políticos negativos.

Mas ainda há muito o que se fazer, pois o governo eletrônico ainda não pode ser considerado uma realidade nacional, e para que seja, é preciso investimentos em P&D (Pesquisa e Desenvolvimento), para universalizar o acesso à tecnologia, aliados a políticas publicas que promovam a inclusão digital do cidadão.

E esse cenário não é diferente para as compras governamentais via internet. Vemos que a legislação está cada vez mais intensificando a necessidade do uso do pregão, principalmente por meio eletrônico. Mas, ao que parece, as ações de disponibilização de tecnologia, para que a letra da lei transforme-se em realidade, não estão na mesma proporção, principalmente em municípios pequenos e mais afastados.

Além disso, há algumas dificuldades no uso da ferramenta que precisam ser vencidas, visto que, sem dúvida alguma, o pregão eletrônico surgiu para imprimir uma nova dinâmica ao processo de compras governamentais, sempre criticado em virtude de sua demora na concretização e por nem sempre resultar em aquisições vantajosas para o interesse público.

A fortiori, é fato que esse fenômeno deve respeitar os princípios que regem os processos de compras públicas, para a realização de um trabalho com ética e responsabilidade, pois eles sempre devem nortear as ações do governo e, se forem desrespeitados, transformam a tecnologia em um simples aparato moderno, sem qualquer utilidade prática, com a agravante de afrontar a norma.

Em suma, o governo eletrônico, notadamente as compras via internet, devem ir ao encontro do pensamento de Mário Covas: "*Chega de desperdício com o dinheiro do contribuinte. O recurso arrecadado com impostos precisa voltar às suas origens, através de políticas sociais*".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2005.

BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. **Sociedade da informação no Brasil - livro verde.** Organizado por Tadao Takahashi. Brasília : Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

CHAHIN, Ali et al. **e-gov.br : a próxima revolução brasileira : eficiência, qualidade e democracia : o governo eletrônico no Brasil e no mundo.** São Paulo : Prentice Hall, 2004

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 14. ed. São Paulo : Altas, 2002.

FERGUSON, Martin. *Estratégias de governo eletrônico : o cenário internacional em desenvolvimento. In EISENBERG, José. & CEPIK, Marco (orgs.).* ***Internet e política : teoria e prática da democracia eletrônica****. Belo Horizonte : UFMG, 2002.*

FERRAZ, Luciano. *Pregão eletrônico***.** *In* **Pregão presencial e eletrônico.** Coordenado por Diógenes Gasparini. Belo Horizonte : Fórum, 2006.

FERRER, Florencia; SANTOS, Paula (org.). **e-government : o governo eletrônico no Brasil**. São Paulo : Saraiva, 2004.

_____. **Gestão pública eficiente : impactos econômicos de governos inovadores.** Rio de Janeiro : Elsevier, 2007.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico.** 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei Federal 10.520/02. São Paulo : Dialética, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos : estudos e comentários sobre as leis 8.666/93 e 8.987/95, a nova modalidade do pregão e o pregão eletrônico; impactos da lei de responsabilidade fiscal, legislação, doutrina e jurisprudência.** 9. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 2002.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública : limites e potencialidades da experiência contemporânea.** Rio de Janeiro : Editora FGV, 2007.

SANTANA, Jair Eduardo & GUIMARÃES, Edgar. **Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa : reflexos práticos da LC n. 123/06.** Belo Horizonte : Fórum, 2007.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico : manual de implantação, operacionalização e controle.** 2. ed., rev. e atual., nos termos do Estatuto das Microempresas (Lei Complementar n. 123/06). Belo Horizonte : Fórum, 2008.

SARKER, Partha Pratim. **Governança eletrônica em rede. Disponível em http://vecam.org/article527.html - Acessado em 26/03/2009**

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de preção (lei 10.520, de 17 de julho de 2002).** São Paulo : Malheiros Editores, 2003.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Sociedade da informação e seu lineamento jurídico*. In. **Direito na sociedade da informação**. Coordenado por Liliana Minardi Paesani. São Paulo : Atlas, 2007

TEIXEIRA, Aníbal. **Reengenharia no governo**.São Paulo : Makron Books, 1996.

VIEIRA, Rejane Esther. **Governo eletrônico na administração pública brasileira.** Disponível em http://www.artigonal.com.br - Acessado em 02/04/2009.

ZANOTELLO, Simone. **Manual de redação, análise e interpretação de editais de licitação**. São Paulo : Saraiva, 2008.

_____. **Recursos administrativos nas licitações**. Curitiba-PR : Editora Negócios Públicos, 2008.

ZUGMAN, Fábio. **Governo eletrônico**. São Paulo, Livro Pronto, 2006

[1] Expressão utilizada por Aníbal Teixeira, na obra **Reengenharia no governo**. São Paulo : Makron Books, 1996, p. 72-4.

[2] ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 93.

[3] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 14. ed. São Paulo : Altas, 2002, 84.

[4] PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública : limites e potencialidades da experiência contemporânea.** Rio de Janeiro : Editora FGV, 2007, p. 131.

[5] FERRER, Florencia (org.). Gestão pública eficiente : impactos econômicos de governos inovadores. Rio de Janeiro : Elsevier, 2007, 165.

[6] FERGUSON, Martin. Estratégias de governo eletrônico : o cenário internacional em desenvolvimento. In EISENBERG, José. & CEPIK, Marco (orgs.). **Internet e política : teoria e prática da democracia eletrônica**. Belo Horizonte : UFMG, 2002, p. 104.

[7] FERRER, Florencia & LIMA, Cristian. **Gestão pública eficiente : impactos econômicos de governos inovadores.** Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 26-7

[8] SARKER, Partha Pratim. **Governança eletrônica em rede.** http://vecam.org/article527.html = Acessado em 26/03/2009

[9] CHAHIN, Ali et al. **e-gov.br : a próxima revolução brasileira : eficiência, qualidade e democracia : o governo eletrônico no Brasil e no mundo.** São Paulo : Prentice Hall, 2004, p. 45.

[10] SARKER, Partha Pratim. **Governança eletrônica em rede.** http://vecam.org/article527.html = Acessado em 26/03/2009.

[11] SIMÃO FILHO, Adalberto. *Sociedade da informação e seu lineamento jurídico*. In. **Direito na sociedade da informação**. Coordenado por Liliana Minardi Paesani. São Paulo : Atlas, 2007, p. 26/27.

[12] ZUGMAN, Fábio. **Governo eletrônico**. São Paulo, Livro Pronto, 2006, p. 86.

[13] VIEIRA, Rejane Esther. **Governo eletrônico na administração pública brasileira.** http://www.artigonal.com.br - Acessado em 02/04/2009.

[14] BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. **Sociedade da informação no Brasil - livro verde.** Organizado por Tadao Takahashi. Brasília : Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. 31.

[15] Dados obtidos em FERRER, Florencia. **Gestão pública eficiente : impactos econômicos de governos inovadores.** Rio de Janeiro : Elsevier, 2007, p. 80.

[16] FERRER, Florencia. **Gestão pública eficiente : impactos econômicos de governos inovadores.** Rio de Janeiro : Elsevier, 2007, p. 31.

[17] Dados obtidos em FERRER, Florencia; SANTOS, Paula (org.). **e-government : o governo eletrônico no Brasil**. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 184-94.

[18] BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. **Sociedade da informação no Brasil - livro verde.** Organizado por Tadao Takahashi. Brasília : Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. 76.

[19] JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Dialética, 2003, p. 27.

[20] MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as leis 8.666/93 e 8.987/95, a nova modalidade do pregão e o pregão eletrônico; impactos da lei de responsabilidade fiscal, legislação, doutrina e jurisprudência.** 9. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 2002, p. 645.

[21] SCARPINELLA, Vera. Licitação na modalidade de pregão (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002). São Paulo : Malheiros Editores, 2003, p. 13.

[22] GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 582.

[23] FERRAZ, Luciano. *Pregão eletrônico*. *In* **Pregão presencial e eletrônico.** Coordenado por Diógenes Gasparini. Belo Horizonte : Fórum, 2006, p. 240.

[24] SANTANA, Jair Eduardo & GUIMARÃES, Edgar. **Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa : reflexos práticos da LC n. 123/06.** Belo Horizonte : Fórum, 2007, p. 24.

DA EVOLUÇÃO DO SERVIÇO PúBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO: A IMPORTÂNCIA DA CONSENSUALIDADE NO NOVO MARCO REGULATÓRIO SANITÁRIO

THE EVOLUTION OF THE SANITATION PUBLIC SERVICE: THE IMPORTANCE OF THE CONSENSUALITY IN THE NEW SANITATION LAW

Rafael Diogo Diógenes Lemos
Yanko Marcius de Alencar Xavier

RESUMO
A Lei 11.445/07 representou um avanço no tratamento da questão sanitária brasileira, tratando-a sistematicamente, ressaltando a importância ambiental, social e econômica da matéria. Acompanhando a evolução do Direito Administrativo brasileiro, a Lei 11.445/07 também previu a regulação setorial, instituindo princípios básicos, bem como direitos e obrigações dos usuários e prestadores de serviços. Com a instituição da regulação, prevê a consensualidade, de modo a legitimar a regulação por intermédio da democracia participativa, e, com isso, seus limites, de modo a conferir legitimidade à atividade regulatória sem dela retirar seus principais atributos, quais sejam, a tecnicidade e a celeridade nas decisões. Estes limites serão estudados no presente texto.
PALAVRAS-CHAVES: Saneamento básico;Regulação;Consensualidade.

ABSTRACT
The 11.445/07 law represented a breakthrough in the treatment of Brazilian sanitation issue, treating it systematically, highlighting the environmental importance, the social and economic matters. Following the evolution of the Brazilian Administrative Law, the Law also provided the sector regulation, establishing basic principles and rights and obligations of users and service providers. With the imposition of regulation, the 11.445/07 law provides a consensus in order to legitimize the regulation through the participatory democracy, and thereby its limits in order to give legitimacy to the regulatory activity it without removing its main attributes, namely, the technical and speed in decisions. These limits will be studied in this paper.
KEYWORDS: Sanitation;Regulatory;Consensuality

1. Introdução

A Lei 11.445/07 representou uma verdadeira evolução no trato da questão sanitária do Brasil, passando a abordá-la em um aspecto multidisciplinar, exigindo ainda que sejam elaboradas políticas públicas, planos e diretrizes para que sejam efetivados os princípios contidos, sobretudo, no art. 2º do referido diploma legal. O saneamento básico – consistindo em, basicamente, abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente, consoante art. 2º, III – a partir do advento do novo marco regulatório é tema a ser tratado nos níveis ambiental, municipal, sanitário, regulatório e, sobretudo, do político, com a elaboração das políticas públicas do setor.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Outro ponto importante da Lei 11.445/07 é que esta segue a tendência do Direito Administrativo moderno, quer na previsão da instituição de agências reguladoras para o setor, quer na gradual substituição do modelo imperativista clássico do Direito Administrativo, para o consensualismo.

Enquanto a instituição de agências reguladoras traduz-se numa evolução natural do Direito Administrativo, com a percepção que o Estado é incapaz de assumir e realizar a contento todas as funções clássicas do *welfare state* sem onerar em demasia o contribuinte, delegando, desta forma, alguns serviços aos particulares, mantendo, todavia, um controle técnico e eficiente sobre estes serviços, de modo a que sejam prestados com qualidade, eficiência, continuidade e com modificidade das tarifas.

Por outro lado, a consensualidade vem cada vez mais a substituir o poder de império do Estado – vale ressaltar que a derrocada completa do imperativismo é impossível, visto que esta é imprescindível em vários campos de atuação do Estado, devendo o consensualismo estar presente nos campos restantes – qualificando a legitimidade da atuação Estatal e fortalecendo, em última análise a própria democracia.

O presente trabalho científico pretende abordar a importância da regulação no setor sanitário, com ampla participação popular – efetivando, assim, diretrizes positivadas na Lei 11.445/07 – apontando, todavia, limites desta participação para que esta não desqualifique o tecnicismo necessário em qualquer órgão regulador.

1. A Regulação do setor sanitário no Brasil

A Lei 11.445 de 5 de janeiro de 2007 veio a regular o setor sanitário brasileiro que, até então, era praticamente esquecido, tratado de modo puntiforme e isolado, sem maiores planejamentos ou políticas públicas direcionadas, recebendo seus contornos jurídicos da lei 6.528 de 1978, que dispunha da matéria de forma superficial, sem considerar o saneamento básico como direito de todo cidadão, deixando este ao bel prazer dos interesses políticos.

Logo em seus primeiros artigos, o novel dispositivo legal de saneamento básico brasileiro estabelece os princípios da universalização do acesso, da integralidade, da adoção de técnicas compatíveis com as particularidades locais, da eficiência, sustentabilidade econômica, do controle social, da segurança, qualidade e regularidade dos serviços.

Enquanto normas programáticas, os princípios inseridos no art. 2º da lei sanitária necessitam de diversas outras normas e atos específicos para sua concretização. Alguns deles somente serão efetivados por intermédio de políticas públicas no setor – como é o caso da universalização do acesso – sendo que outros encontram sua previsão legal no próprio corpo da lei, como é o caso da previsão do controle social nos arts. 21 e seguintes, que tratam sobre a regulação do setor.

A previsão da instituição de uma regulação setorial consiste em mais uma importante novidade do novo marco regulatório, acompanhando a evolução do Direito Administrativo moderno que, após o êxito da criação das primeiras agências reguladoras, vem estabelecendo o controle jurídico, econômico e social de setores relevantes para o Estado por meio de autarquias em regime especial denominadas agências reguladoras.

É neste diapasão que o art. 21 estabelece as diretrizes essenciais da regulação do saneamento básico, quais sejam, o de independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira das respectivas agências reguladoras (art. 21, I) bem como a transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.

Estes dispositivos sequer necessitariam vir positivados, pois são da essência da própria atividade regulatória. Enquanto a independência decisória, autonomia administrativa financeira, orçamentária e administrativa são essenciais para a constituição e independência das agências reguladoras (GOMES, 2006, p. 39), a tecnicidade, celeridade e a objetividade são as razões principais de criação das agências, aliados à

transparência, que visa a conferir legitimidade às escolhas do órgão regulador.

Nos arts. 22 e 23, a Lei 11.445/07 promove uma *deslegalização* (GOMES, 2006, p. 39, MOREIRA NETO, 2007, p. 215) da matéria, ou seja, estabelece *standards* legais, dentro dos quais o órgão regulador estabelecerá critérios normativos. A deslegalização não constitui uma simples abstenção do Legislativo de regular certa matéria; este estabelece critérios políticos e amplos para se alcançar um determinado fim. Cabe ao órgão técnico especializado – as agências reguladoras – preencherem *tecnicamente* aquelas diretrizes políticas de modo que a finalidade seja alcançada de maneira mais eficiente possível. Nas palavras de García de Enterría, a deslegalização constitui em(SOUTO, 2005, p. 122):

> La operación que efectúa uma ley que, sin entrar em la regulación material de um tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la postetad reglamentaria de la administración.

Esse fenômeno constitui em mais uma clara evidência da transformação pela qual o Estado vem passando ao longo das últimas décadas. Por diversos motivos, tornou-se idéia comum a convicção de que o Estado está hipertrofiado, sendo notória sua incapacidade, alarmante sua ineficiência econômica sendo mínima a qualidade de seus serviços, acabando por prejudicar o próprio cidadão.(GROTTI, 2006, p. 43)

É precisamente esta ineficiência estatal, conjugada com a idéia de que não existe um serviço eminentemente público por natureza (GROTTI, 2006, p. 45) bem como com a necessidade do *welfare state* de garantir alguns direitos básicos aos cidadãos, que surge a necessidade da regulação em alguns setores de especial relevo econômico e social, sendo o saneamento básico – com todas suas implicações sanitárias, municipais e ambientais – um serviço que demanda uma regulação específica. A previsão da regulação do setor constitui, pois, uma importante faceta do novo marco regulatório sanitário.

Assim, cabe à entidade reguladora editar normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, abrangendo, pelo menos, os padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços, requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas, metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos, regime, estruturas e níveis tarifários e outros itens previstos no art. 23 da Lei 11.445/07.

Embora prevendo a tecnicidade do órgão regulador do setor sanitário, o legislador optou por não criar uma entidade regulatória própria, deixando aos Estados a liberalidade de criarem ou delegarem a função de regulação do setor sanitário a alguma entidade reguladora já existente dentro dos limites do respectivo Estado (art. 23, §1º). Esta alternativa vem sendo utilizada em larga escala no Estados, sendo que apenas 11 (onze) Estados organizaram agências para o abastecimento de água e esgotamento sanitário, quais sejam, Paraíba, Ceará, Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro, Acre, Mato Grosso do Sul, Goiás, Alagoas, Mato Grosso, Pernambuco e Amazonas. (REZENDE, 2008, p. 346) Destas onze, algumas delas ainda encontram-se inseridas no contexto das *agências reguladoras gerais*, como é o caso do Ceará, que instituiu a Agência Reguladora dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará. Os demais Estados da Federação não apresentam órgão de regulação para o tema – quer órgão específico, quer órgão geral – o que vem a prejudicar o controle da prestação do serviço de saneamento básico.

Os arts. 25 a 27 da Lei 11.445/07 prevêem a publicação de relatórios e dados relativos às informações sobre o serviço prestado, tanto pelos órgãos reguladores quanto pelo próprio prestador dos serviços. Esta é uma forma – insuficiente, conforme demonstraremos em páginas posteriores – não apenas de conferir publicidade da atividade, bem como de participação popular, permitindo que esta conheça seus direitos bem como tenha conhecimento do nível de qualidade dos serviços que lhe estão sendo prestados.

Conjugados com os artigos específicos que tratam sobre a regulação, no bojo da lei brasileira de saneamento básico, esta não será perfeitamente compreendida sem também se analisar os Capítulos VII, VIII e IX que englobam os artigos 43 ao 53. Por ser um dos objetivos primordiais do presente trabalho, o capítulo VIII será abordado no tópico seguinte, tratando acerca da participação popular na regulação do saneamento básico e a necessidade da consensualidade para legitimar a prestação deste serviço público,

estudando ainda seus contornos jurídicos bem como seus limites.

O capítulo VII da citada lei, que trata dos aspectos técnicos da prestação do serviço de saneamento básico constitui mais um exemplo do fenômeno da *deslegalização*, citado anteriormente. A lei prevê alguns requisitos mínimos para a prestação do serviço público – requisitos comuns aos serviços públicos de maneira geral, já positivados na Lei 8.987, ao conceituar serviço público adequado – quais sejam, a qualidade e a regularidade do serviço prestado bem como requisitos mínimos relativos ao atendimento dos usuários e às condições operacionais e de manutenção dos sistemas, de acordo com as normas regulamentares e contratuais.

Os requisitos mínimos relativos ao atendimento dos usuários e, especialmente, às condições operacionais e de manutenção dos sistemas não podem ser definidos politicamente, pela própria incapacidade técnica do ente político de definir tais balizas. Ademais, com as diversas tecnologias próprias do setor, avançando quase que diariamente, o Legislativo não estaria apto, não apenas por sua atecnicidade bem como por sua lentidão de praxe, acompanhar tais mudanças, o que acabaria por prejudicar a qualidade do serviço prestado à população. Cabe ao órgão regulador, por ser o mais apto tecnicamente e dispor da celeridade necessária para a edição de normas específicas para a matéria – tanto por sua própria natureza, quanto por disposição legal – dispor sobre estas matérias previstas pela lei 11.445/07.

Cabe, aqui, uma crítica à possibilidade da regulação do setor se dar por entidades já existentes no âmbito estatal, que passariam a abordar também a questão sanitária.(art. 23, §1º) Por mais que esta agência disponha de técnicos na área, esta não será uma agência *especializada* no setor, com um corpo técnico e auxiliar voltado para os problemas bem como para as evoluções da matéria, novas tecnologias, demandas sociais dentre outros aspectos que seriam tratados de maneira mais eficiente caso existisse um órgão específico para a matéria. Caminha bem, por exemplo, o Distrito Federal, com a instituição da ADASA – Agência Reguladora de Águas e Saneamento Distrital – que aborda especificamente a questão de saneamento básico e recursos hídricos – que está umbilicalmente ligada àquela questão – no Distrito Federal.

1. A importância da consensualidade na regulação setorial e sua previsão nas agências brasileiras

Por constituir fenômeno ainda bastante recente, as agências reguladoras ainda são alvos de diversas críticas, não só aqui no Brasil, bem como em outros países onde estas são mais evoluídas, como, por exemplo, nos Estados Unidos da América, especialmente no tocante à sua posição frente à clássica tripartição de "poderes" bem como sua legitimidade em um Estado Democrático. A consensualidade está umbilicalmente relacionada à crítica no tocante à legitimidade das agências, razão pela qual aborda-la-emos de forma mais detida.

O ponto central da democracia representativa é que o povo é o detentor do poder, elegendo representantes para que defendam seus interesses. Os representantes do povo, através de um mandato eletivo, criam normas, sempre visando a alcançar o interesse geral. Esta idéia encontra-se positivada no art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal, que prevê a existência da democracia representativa bem como a democracia direta.

As agências reguladoras, exercendo funções normativas, judicantes e executivas, violariam este preceito constitucional, visto que editam normas específicas para o setor regulado sem que seus membros encontrem-se revestidos de legitimidade popular, sem serem submetidos a eleições para sua investidura política democrática.

O primeiro ponto que deve ser ressaltado é que as agências reguladoras são entes dotados de funções administrativas e não políticas(MOREIRA NETO, 2003, p. 153). Assim como, *verbis gratia*, assessores e outros funcionários administrativos do Poder Executivo não são eleitos, mas nomeados de acordo com sua

capacitação técnica com a matéria, assim os membros das agências reguladoras terão o papel primordial de executar eficientemente as políticas públicas setoriais previstas e, previamente, deslegalizadas pelo Poder Legislativo, este sim, eleito democraticamente. Esta divisão entre política e administração ganha não apenas em especialização na execução das políticas públicas (administração) bem como no distanciamento político-partidário da administração, dificultando, ainda, a corrupção da administração. (MOREIRA NETO, 2003, p. 154)

Outro importante fator capaz de solucionar a indagação acerca a legitimidade das agências reguladoras é a consensualidade que está presente em todas as agências reguladoras no Brasil e pode ser apontada como uma alteração no papel do Estado, que abriu mão da imperatividade em todas as situações, optando pela consensualidade em algumas delas de modo a incrementar a legitimidade de sua atuação. (MOREIRA NETO, 2007, p. 90) Ademais, a preferência pela consensualidade pode representar sempre um ônus menor de restrição ao administrado, devendo ser preferível à imperatividade. Alexandre dos Santos Aragão explica que (ARAGÃO, 2009, p. 110)

> Muitas vezes esses objetivos [*objetivos do Estado Democrático de Direito consignados nas leis]* podem ser melhor alcançados de forma consensual do que coercitiva, não fazendo sentido que a Administração tenha sempre que necessariamente optar por mecanismos regulatórios verticais, não tão eficientes e mais gravosos para os interesses envolvidos. Noutras palavras, o que deve guiar a Administração Pública é a satisfação dos interesses sob sua tutela através do menor ônus possível aos agentes econômicos.

A consensualidade, tal como a trataremos doravante, subdivide-se em participação popular – quer na fiscalização da atuação das agências reguladoras, quer na participação da elaboração das normas – bem como na negociação dos interesses entre os participantes (empresários do setor regulado e consumidores) na elaboração de uma determinada norma ou mesmo na solução de dissídios.

Em verdade, a previsão da consensualidade nas mais diversas leis que instituem agências reguladoras denota uma evolução da democracia: do “formalmente democrático”, ou seja, a mera eleição de

representantes seria suficiente para qualificar um regime de democrático, para o “substantivamente democrático”, aquela democracia que se atinge pela participação e pela eficiência técnica.(MOREIRA NETO, 2003, p. 155) Esta participação, por seu turno, será obtida pelo procedimento que, atualmente, pode ser visto como uma ferramenta idônea na disciplina entre administradores e administrados, fortalecendo a democracia participativa. (MEDAUAR, 1992, p. 211)

A idéia da consensualidade também está ligada à noção de Estado policêntrico. Em substituição à inflação legislativa, típica dos Estados sociais ou do *welfare state*, são admitidas regulações específicas para setores distintos, com normas que valem exclusivamente para aquele setor, fazendo com que seus participantes tenham consciência plena das normas editadas, dada sua especialização e contato diário com a matéria. Evita-se, pois, a edição de normas *gerais* para setores específicos, que não serão conhecidas pela maioria da população e, quiçá, nem mesmo por aquela parcela diretamente afetada por esta norma. A consensualidade, neste caso, unirá partes antagônicas de um mesmo setor – consumidores de telefonia e empresas telefônicas, por exemplo – na tentativa de ser alcançado eficientemente o interesse público. (BINEMBOJM, 2006, p. 144)

As vantagens apontadas da utilização da consensualidade substituindo a coerção seriam: maior eficiência; existência de freios contra o poder de interesses escusos sobre o governo; a garantia de que nenhum interesse seja negligenciado na tomada de decisões; a maior legitimidade nas decisões; o fortalecimento do civismo e, por derradeiro, para tornar o produto governamental mais aceitável, reduzindo o risco de descontentamento. (ARAGÃO, 2009, p. 114)

As principais agências reguladoras brasileiras prevêem, em sua lei de criação, ampla participação popular, seja no Conselho Consultivo, na elaboração das normas ou na fiscalização da atuação da agência, além de prever mecanismos de negociação na aplicação de penalidades.

A Lei 9.472 de 16 de julho de 1997, que institui a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) prevê, em seu art. 34 a composição do Conselho Consultivo, órgão de participação

institucionalizada da sociedade na agência (art. 33), sendo integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, Câmara dos Deputados, Poder Executivo, entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, entidades representativas dos usuários e entidades representativas da sociedade. Caberá ao Conselho Consultivo, nos termos do art. 35, opinar, antes de seu encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o plano geral de outorgas, plano geral de outorgas, plano geral de metas para universalização dos serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações; aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação do serviço público; apreciar relatórios anuais do Conselho Diretor e requerer informações e fazer proposição a respeito das ações referidas no art. 22.

Já o Decreto 3.520 de 21 de junho de 2000, prevê a estrutura e o funcionamento do Conselho Nacional de Política Energética, estabelecendo a participação, de representantes do Poder Executivo Federal, representantes dos Estados e do Distrito Federal, bem como um cidadão brasileiro especialista em matéria de energia e um representante de universidade brasileira, especialista em matéria de energia. A Lei 9.457/97 dispõe que a CVM pode suspender o procedimento administrativo sancionatório, se o indiciado assinar termo de compromisso, obrigando-se a corrigir irregularidades apontadas, obtendo, voluntariamente, o comprometimento da outra parte, em um claro exemplo da aplicação do consensualismo substituindo com eficiência a coercibilidade.

No caso específico da regulação do setor de saneamento ambiental, é de se ressaltar que não há uma agência *nacional* deste setor, havendo, contudo, algumas agências estaduais (específicas ou gerais, conforme já apontado em capítulo anterior). A Lei 11.445/07 prevê a participação dos usuários no art. 27, assegurando-lhes amplo acesso a informações sobre os serviços prestados, prévio conhecimento de seus direitos e deveres, acesso a manual de prestação de serviços e de atendimento ao usuário e acesso a relatório periódico sobre a qualidade da prestação dos serviços.

1. O consensualismo e a tecnicidade: contradições e limites à participação popular

Consoante ressaltamos, a tecnicidade das agências e de suas decisões é seu ponto de destaque, em especial no Estado policêntrico (BINENBOJM, 2006), garantindo uma maior legitimidade das decisões e das normas, em uma clara *democracia da eficiência*(MOREIRA NETO, 2003, p. 158).

A participação popular – inclusive na elaboração de normas ou na definição do planejamento setorial, como ocorre na ANATEL – foi a forma encontrada pelos norteamericanos para suprir a lacuna da legitimidade, visto que os membros das agências não eram eleitos democraticamente. Lá, essa participação é constante, desde uma oitiva prévia da população acerca do projeto de uma determinada norma, passando pela votação desta norma até mesmo à fiscalização de seu cumprimento.

O poder normativo das agências no Brasil é limitado pelo fenômeno da *deslegalização,* ou seja, deve preencher tão somente a moldura prevista pelas diretrizes e objetivos impostos pelo Poder Legislativo. Seguindo a idéia de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, as agências reguladoras, no Brasil, cumprem mais uma atividade de administração do que propriamente uma atividade política. (MOREIRA NETO, 2003, p. 153)

Assim, a consensualidade tão presente no Direito Administrativo moderno – e, de forma mais evidente, nas agências reguladoras – englobando a participação popular na elaboração e fiscalização das normas e, até mesmo, uma *negociação* na imposição de sanções (como previsto na lei da CVM, acima exposto) são os métodos mais utilizados para conferir a legitimidade à atuação das agências, cujos dirigentes não são eleitos democraticamente.

Ainda, esta participação sobrepõe a mera democracia indireta, impondo uma democracia participativa no âmbito agencial, fortalecendo, em última instância, o civismo, convidando os cidadãos a conhecerem mais de perto a atuação do Estado bem como fiscalizar diretamente a aplicação das normas e outras matérias referentes ao setor regulado. A consensualidade já se encontra tão arraigada ao direito regulatório que Moreira Neto chega a afirmar que a impositividade – anteriormente, regra na atuação estatal, dada sua supremacia sobe o interesse privado – deve ser vista como *ultima ratio*, só devendo ser

utilizada quando exauridas todas as instancias de busca do consenso e, mesmo assim, com a devida motivação. (MOREIRA NETO, 2003, p. 181)

No Brasil, as leis que instituem as mais diversas agências reguladoras – tanto no âmbito federal quanto no estadual – não prevêem uma participação popular tão incisiva quanto a praticada nos Estados Unidos da América. Ao contrário, algumas prevêem mesmo a consensualiadade limitada a aspectos de fiscalização do cumprimento da norma e de violações a estas.

Este aspecto visa a conferir legitimidade às agências, por intermédio da participação popular, sem se descuidar de uma das razões básicas de sua existência, qual seja, a necessária especialização no assunto regulado bem como a velocidade e dinamismo na atuação, quer administrativa, normativa ou judicante.

As agências reguladoras, como se disse, age em um aspecto bastante limitado pela lei de deslegalização. É uma atuação basicamente de execução de políticas públicas que já foram previamente instituídas pelo Poder Legislativo. Assim, as matérias a cargo de deliberação das agências normativas são matérias extremamente específicas ao setor, devendo ser tratadas por técnicos especialistas na área, decidindo por opções de maior eficiência e economicidade, bem como tempo de prestação do serviço, duração de um determinado equipamento e outros aspectos afins.

A participação popular nestas matérias não se mostra benéfica por três razões: a) a tecnicidade das decisões estaria comprometida e a própria legitimidade destas, já que hoje fala em uma legitimidade não apelas pela participação, mas pelo resultado(MOREIRA NETO, 2003); b) o próprio dinamismo também seria colocado em xeque, visto que audiências populares ou votações por demais extensas de uma determinada norma ou atuação administrativa demandaria tempo excessivo, sendo o setor econômico conhecido pela necessidade da celeridade das decisões; c) por derradeiro, não contribui com a legitimidade das decisões, visto que a participação popular poderá – e deverá – ser imposta por outras formas, sendo a mais comum a fiscalização da atuação das agências e dos setores regulados, no tocante ao cumprimento das

normas setoriais.

Na lei 11.445/07, a participação popular na regulação do saneamento é prevista especialmente nos arts. 26 e 27. O art. 26 estabelece a obrigatoriedade na publicação de relatórios, estudos, decisões e instrumentos equivalentes que se refiram à regulação ou a fiscalização dos serviços. O *caput* bem como os parágrafos o art. 26 da referida lei disponibiliza informações importantes à população, para que esta tenha conhecimento não só da atuação da agência e da prestadora de serviço, bem como tenha meios de saber se a fiscalização do setor está sendo feita de forma eficiente, não havendo prejuízo aos direitos dos usuários. Constatando prejuízo ou lesão a direitos metaindividuais, o Ministério Público ou outra associação legalmente legitimada pode propor uma Ação Civil Pública ou qualquer cidadão pode intentar uma Ação Popular, nas hipóteses previstas nas respectivas leis.

O art. 27, por seu turno assegura que é direito dos usuários não apenas o amplo acesso a informações sobre o serviço público de saneamento, bem como o prévio conhecimento de seus direitos e deveres, acesso a manual de prestação dos serviços e de atendimento ao usuário e acesso a relatório periódico sobre a qualidade da prestação do serviço público. Desta forma, a participação popular é incentivada, limitando-se à fiscalização da prestação dos serviços e à atuação da agência e da prestadora de serviços.

1. Conclusões

A Lei 11.445 de 5 de janeiro de 2007 representou um inegável avanço no tratamento da questão sanitária no Brasil que, até então, era tratada de maneira esparsa e divergente, não havendo políticas públicas consistentes no setor, inexistindo, também, maiores controles sobre a prestação do serviço, quer quando prestado pelo próprio poder público, quer quando prestado por particular.

Ao passar a tratar o saneamento básico como questão ligada ao meio ambiente, aos municípios, à saúde e, ainda, ressaltando sua importância econômica, a Lei 11.445/07 acompanha, também, o atual

estágio do Direito Administrativo brasileiro prevendo a regulação própria para o setor, instituindo alguns princípios básicos, direitos e obrigações das prestadoras bem como direitos dos usuários.

Prevendo a existência de regulação específica para o setor – apesar de inexistir no âmbito federal órgão regulador específico para a matéria, demonstrou-se acima que existem diversas agências reguladoras estaduais que tratam da matéria embora, na maioria dos casos, não de maneira exclusiva, escudado pela própria Lei 11.445/07 – o novo marco regulatório sanitário previu, ainda, mecanismos de consensualidade. Esta consiste em um ponto comum a todas as agências reguladoras, sendo importante instituto para lhe conferir legitimidade, seja pela participação direta dos cidadãos, seja redução do poder imperativo do Estado.

Ao contrário do denominado "direito de agências" norteamericano, a lei sanitária brasileira, assim como outras leis que instituem órgãos reguladores, instituiu limites para esta participação popular. Esta não pode ser levada ao extremo, sob a alegação de conferir mais legitimidade ao sistema, desvirtuando a principal característica das agências reguladoras, qual seja, sua especialização na matéria, que conduz, ainda, à necessária celeridade, objetividade, apoliticidade e tecnicidade das decisões.

O referido dispositivo legal, então, tenta conciliar dois vetores aparentemente contraditórios mas de extrema importância para conferir legitimidade ao órgão regulador, qual seja, a participação popular e a especialização na matéria dos integrantes deste órgão. Esta conciliação é positivada especialmente nos arts. 26 e 27 da Lei 11.445/07 que institui a legitimidade da participação popular na regulação do setor sanitário no Brasil, limitando esta participação ao acesso a informações sobre os serviços prestados, relatório sobre a qualidade dos serviços e atuação do órgão regulador.

Estes mecanismos de participação popular não exigem maior conhecimento técnico na matéria, permitindo um maior número de cidadãos para fiscalizar o serviço prestado, não interferem no necessário dinamismo que o setor exige, seja na atividade normativa, executiva ou judicante da agência, ao mesmo tempo que fortalece o civismo dos cidadãos, que são convidados a fiscalizar o serviço prestado e, ocorrendo

alguma irregularidade, podem não somente procurar o órgão regulador bem como, preferindo, demandar judicialmente, por intermédio de Ações populares ou Ações civis públicas.

Assim, a problemática dos limites da participação popular na regulação do saneamento básico – temática ainda não abordada pela doutrina – encontra-se resolvido mediante análise da própria lei que regula o tema, sendo estes limites satisfatórios para conferir legitimidade à regulação sem se descuidar da especialização dos integrantes da regulação e da celeridade das decisões, que são as principais causas de existir das agências reguladoras.

6. Referências

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Direito do Saneamento: Introdução à Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (Lei Federal n. 11.445/07).** Campinas: MIllenium, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalismo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências Reguladoras: A "metamorfose" do Estado e da Democracia (Uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado).** *In* BINENBOJM, Gustavo. *Coord*. **Agências Reguladoras e Democracia.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação.** *In* SUNDFELD, Carlos Ari. *Coord*. **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo.** 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Direito Regulatório: A alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REZENDE, Sonaly Cristina, HELLER, Léo. **O saneamento no Brasil: Políticas e interfaces.** 2 ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

SAKER, João Paulo Pellegrini. **Serviços Públicos e Saneamento.** Porto Alegre: SAFE, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução às Agências Reguladoras.** *In* SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006.

O DIREITO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

PODER DA MÍDIA: UMA ANÁLISE DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO*

POWER OF MEDIA: AN ANALYSIS OF CRIMINAL LAW IN THE INFORMATION SOCIETY

Auriney Uchôa de Brito

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar aos leitores uma análise do poder da mídia na chamada Sociedade da Informação, apresentando algumas de suas características e como elas podem influenciar o direito, em especial o Direito penal. Demonstrando, no seu corpo, algumas reações do direito penal face à essa influência, assim como, alguns movimentos sociais de resistência à este poder.

PALAVRAS-CHAVES: PODER DA MÍDIA – DIREITO PENAL – SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.

ABSTRACT

This article aims to present readers with an analysis of media power in so-called Information Society, including some of its features and how they can influence the law, especially criminal law. Demonstrating in your body, some reactions of the criminal law in the face of this influence, as well as some social movements of resistance to this power.

KEYWORDS: POWER OF MEDIA – CRIMINAL LAW – INFORMATION SOCIETY.

INTRODUÇÃO

Vivemos hoje na Sociedade da Informação, entendendo esta, não mais como uma comunidade em que se obtém, se produz e se distribui informação. Tal simplicidade ficou para trás. Formamos atualmente um modelo de sociedade em que a informação passou a ser vista como fonte inesgotável de lucro e constituição de poder.

Diversas características se apresentam como relevantes, mas é a cultura midiática, a característica deste momento social que mais preocupa a comunidade jurídico-penal contemporânea. Percebe-se que a mídia, principalmente a televisionada, vem gerindo um espetáculo permanente, onde a vida, a honra e a intimidade de muitas pessoas sofrem lesões incomensuráveis.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Os meios de comunicação em massa - que neste artigo denominamos "mídia" - representam hoje o mais poderoso sistema de produção ou divulgação de informações. Por isso é que, mais do que nunca, discute-se a importância da sua função social, que deveria estar orientada precipuamente, pela representação popular na fiscalização dos negócios do Estado.

Contudo, em muitos casos, tem-se verificado um desvirtuamento dessa função social, quando, ao invés de informar para fomentar a participação, as empresas que monopolizam o poder informacional, orientadas por impulsos exclusivamente capitalistas influenciam decisões nas três esferas de poder, principalmente no legislativo e no judiciário, oportunidade em que fatos ocorridos são cinematograficamente expostos à sociedade, gerando medo, insegurança e sentimento de impunidade.

Despertado o clamor público, passa-se a assediar o Estado com a exigência de providências rápidas, rigorosas e eficazes de controle social, com a finalidade de atenuar os riscos enumerados pelos meios de comunicação de massa.

A partir daí, num primeiro momento, o Legislativo, ao invés de exercer sua atividade típica nos ditames de um plano de política criminal, analisando *ex ante* os principais fatores que contribuem para o aumento da criminalidade, é forçado a trabalhar em caráter de urgência para atender aos anseios sociais imediatos.

Não cabe aqui discutir a legitimidade dos cidadãos exigirem providências de seus representantes - o que é próprio de uma sociedade democrática -, mas a forma como essa pressão é feita e a causa dessa movimentação repentina e generalizada.

Muitas leis têm sido produzidas de "afogadilho", com efeitos meramente simbólicos, direcionados tanto para a parte da sociedade que se acredita carente de justiça, quanto para a imprensa que manipula as opiniões, evidentemente a parcela responsável pela promoção dos parlamentares afinados" com o que lhes é conveniente e evidentemente rentável.

Num segundo momento, em razão da ineficácia e inefetividade dessas leis simbólicas, e contaminado pelo sentimento popular de vingança, o Poder Judiciário se transforma em derradeiro destinatário da pressão midiática e social, tendo que se valer de uma hermenêutica tendente à criminalização dos acusados, especialmente para suprir todas as falhas antecedentes e apresentar uma resposta satisfatória em detrimento, muita vez, do devido processo penal.

Aqui sim, cabe uma ressalva quanto à legitimidade da sociedade em exigir respostas do Judiciário, pois já não se pode falar em representantes do povo. Em verdade, trata-se de servidores públicos investidos de poder jurisdicional em sua quase totalidade por concurso, não para promover justiça social, mas para orientar uma correta aplicação da lei penal, em obediência aos limites previamente impostos pela Constituição Federal.

A Sociedade da Informação apresenta algumas características peculiares que não se verificam noutras sociedades menos desenvolvidas. A massificação e disseminação de informações em tempo real, características viabilizadas pelo desenvolvimento social e tecnológico, e o monopólio dessa atividade pelas empresas de comunicação em massa, vêm desvirtuando suas funções democráticas em razão de um interesse financeiro, o que

acaba por tornar os cidadãos vítimas de um mercado cujo produto principal é a informação.

O conflito entre interesses e princípios constitucionais gerado pelo tratamento que os veículos mídia vem dispensando às informações a que tem acesso não pode ser ignorado por juristas, sociólogos, antropólogos e demais profissionais ligados ao tema.

Diante deste problema, ganha especial relevância um estudo que investigará a influência dos meios de comunicação em massa nos processos legislativos, assim como nos processos criminais, onde, no "banco dos réus" se encontra um cidadão que, como veremos, nesse momento já foi declarado "inimigo" da sociedade.

E foi com o intuito de verticalizar o estudo da atual situação, que elegemos, dentro deste contexto de interferência da mídia, a análise do direito penal brasileiro, como objeto para um percuciente estudo sobre as características, a legitimidade e as consequências de um processo de criminalização impulsionado pela sociedade da informação, apresentando ao final, algumas propostas de resistência social à este movimento.

1 - Sociedade da Informação e a idéia de mídia como quarto poder

O tempo da sociedade atual está marcado pela convergência informacional mundializada. Os processos de integração da economia mundial geraram consequências incomensuráveis nas relações sociais ao ponto de não se vislumbrar solução em determinados casos.

Um dos grandes problemas verificados é o tratamento dispensado às informações, o que, no passado representou fomento à liberdade de expressão e instrumento da democracia, hoje tornou-se um mercado descontrolado e inconsequente, onde a informação foi transformada em mercadoria e os cidadãos em consumidores contumazes.

A informação tornou-se um bem, que além de ser fonte de conhecimento e riqueza, tornou-se também instrumento de poder. Por essa característica da sociedade atual é que muitos autores denominam essa realidade de Sociedade da Informação, como afirma o professor Irineu Barreto Junior:

A sociedade contemporânea atravessa uma verdadeira revolução digital em que são dissolvidas as fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação de massa e informática. Convencionou-se nomear esse novo ciclo histórico de sociedade da informação, cuja principal marca é o surgimento de complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas à produção e ao uso da informação, que alcançam ainda sua distribuição através do mercado, bem como as formas de utilização desse bem para gerar conhecimento e riqueza.[1]

No mesmo sentido é a lição do jurista e antropólogo Marco Antonio Barbosa, quando afirma que:

A mídia, provavelmente a principal indústria de ponta do século XXI, transforma o conhecimento e a cultura derivados e embasados na informação em objeto de consumo cultural. Produzir informação é ao mesmo tempo processo de produção do próprio produtor, isto é, do trabalhador que valoriza a informação e, ao mesmo tempo, descarta de imediato o objeto informacional comunicado e, nisto desvalorizado.[2]

A idéia de mídia como o "quarto poder" surgiu na Inglaterra no início do século XX, quando, na sede no parlamento inglês, criou-se uma galeria para receber os repórteres que acompanhariam as decisões dos representantes dos três poderes da época, o poder temporal, o poder espiritual e o poder dos comuns. Assim, a presença das pessoas que dariam publicidade àquelas decisões passou a ser conhecida como "quarto poder".

A expressão popularizou-se nas democracias ocidentais até ficar relacionada com os conhecidos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Até aqui, os responsáveis pela visibilidade dos negócios públicos formavam um poder fiscalizador e essencial para viabilizar a manifestação de pensamento e liberdade de expressão dos cidadãos. A atividade era a de vigilância cidadã em nome do íntegro exercício da democracia.

No contexto relativizador da sociedade da informação, o Estado entra em uma verdadeira crise organizacional, caracterizada por não mais se conseguir apresentar uma resposta satisfatória para a sociedade em muitas situações, gerando afastamento dos cidadãos das questões e negócios do Estado, mesmo nos que lhe interessam diretamente.

A democracia representativa entra em crise, porquanto o sufrágio universal - que é o seu maior expoente, transforma-se em objeto de mercado e o próprio sistema de representação fica maculado, pois já não se verifica efetividade das medidas em nome do povo.

Como consequência dessa crise, a democracia participativa também perde uma de suas principais características e os cidadãos passam a ser individualistas - para não dizer egoístas - e passam a cuidar apenas dos seus interesses, que por sua vez se confunde com os demais coexistentes, mas que, individualmente, não tem o condão de reverter qualquer situação.

Nesse caos organizacional, os meios de comunicação em massa surgem como um grande poder que buscará de todas as formas estabilizar a situação. Entretanto, o interesse subjacente já não é mais o de "representação neutra do povo na fiscalização do poder estatal". Ao contrário, pois o denominado "quarto poder" ressurge como verdadeiro empreendimento sedento por lucro.

Ao invés de visibilidade, pensamento e democracia, a mídia transforma o fato em mercadoria que será consumida pelos espectadores hipnotizados com a "cinematografia da notícia", gerando com isso mais um novo produto, a opinião pública. O que era tão caro à democracia, agora é disponibilizado pelas empresas de comunicação a quem quiser e puder pagar.

A mídia forma, informa e, querendo, deforma a opinião pública, que por seu turno, passa a ser opinião publicada. Existe, na realidade, um poder de desinformação, ao invés de informação. Esse foi o fundamento utilizado pelo articulista da revista Veja Stephen Kanitz quando fez a seguinte afirmação:

Discordo profundamente desses gurus, estamos na realidade na 'Era da Desinformação', de tanto lixo e 'ruído' sem significado científico que nos são transmitidos diariamente por blogs, chats, podcasts e internet, sem a menor vigilância epistêmica de quem os coloca no ar. É mais uma conseqüência dessa visão neoliberal de que todos têm liberdade de expressar uma opinião, como se opiniões não precisassem de rigor científico e epistemológico antes de ser emitidas.[3]

A idéia de Kanitz está ligada à internet, mas não se teme ao afirmar que a maior desinformadora é a televisão, em razão da credibilidade e do poder de persuasão que acompanha esse *media*, o que a torna efetivamente um "novo poder" e, quiçá, o mais poderoso deles.

A internet, apesar de incrementar diretamente essa problemática, poderá ser, como veremos no momento oportuno, um dos principais meios de resistência à esse monopólio da difusão da informação.

2 - O direito penal midiático e a fabricação do inimigo

Ultimamente temos visto com mais freqüência e clareza a existência de um "novo poder", mas sua interferência não é de hoje nos processos de criminalização, tanto no momento de elaboração de leis penais, quanto no processamento de crimes que ficaram famosos.

A lei dos crimes hediondos que é de 1990 foi elaborada sob forte pressão da mídia que deu ênfase a alguns casos ao ponto de deixar a população apavorada e clamando por justiça e segurança de imediato.

Sobre a criação da referida lei, o professor Miguel Reale Junior afirmou que:

A lei dos crimes hediondos, aprovada de afogadilho, foi uma resposta penal de ocasião, para dar satisfação diante do seqüestro de Roberto Medina. Sem que o legislador sopesasse as vantagens em matéria de execução de pena das limitações impostas, que quebram o sistema do código penal (...)[4]

O deputado Plínio Arruda Sampaio, requereu o adiamento da votação dessa lei e como justificativa disse que:

Tenho todo interesse em votar a proposição, mas não quero fazê-lo sob ameaça de, hoje à noite, na TV Globo, ser acusado de estar a favor do seqüestro. Isso certamente

acontecerá, se eu pedir o adiamento da votação. Todos me conhecem e sabem que eu não sou a favor disso.[5]

No dia 06 de setembro de 1994, em razão da morte da atriz Daniela Perez e as chacinas da candelária e de Vigário Geral no Rio de janeiro, após um intenso movimento publicitário sobre os fatos, o homicídio simples quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio e o homicídio qualificado tornaram-se hediondos através da lei 8.930/94.

Os escândalos sobre a falsificação de medicamentos que foi potencializado pela mídia, chegou a levar parte da população ao extremo de preferir ficar doente a comprar remédios nas farmácias locais. Diariamente se falou nos casos da pílula de farinha "Microvilar", do antibiótico "Amoxil" e do remédio para o tratamento de câncer de próstata "Androcur", até que em 02 de julho de 1998 foi promulgada a lei 9.677/98 que incluiu o delito de "falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos alimentícios ou de produtos para fins terapêuticos ou medicinais" do art. 273 do código penal no rol dos hediondos.

A lei de tortura, não foi diferente. A partir do registro de arbitrariedades praticadas por policiais militares na Favela Naval, em Diadema-SP, em março de 1997, a imprensa decidiu que mais uma lei deveria ser feita, e deu início a nova campanha. No dia 08 de Abril de 1997 foi publicada no diário oficial da união a lei 9.455.

Não se é contra a existência dessas leis, só não se deve tolerar o chamado "Direito penal de Emergência" como única modalidade de política criminal, pois, sua principal característica é a edição de leis "de ocasião" para dar força a sua única função que é a atribuição de um valor "simbólico" às normas penais, o que no leva a ter uma impressão de que a imprensa hoje tem o poder de controlar o Legislativo quando lhe convém.

Por outro lado, não se pode exigir dos legisladores que antevejam todos os problemas sociais de uma só vez e os regulem em leis constitucionais. É impossível a regulação de condutas na velocidade da abstração dinâmica da sociedade. Mas é necessário, no mínimo, que se faça antecipadamente uma análise sistemática para verificar a compatibilidade das novas regras com o sistema jurídico como um todo.

Recentemente foi criada a lei 11.464/07. Ora, o assassino do garoto João Hélio de fato não poderia progredir de regime com o cumprimento de 1/6 da pena, e o novo sistema de progressão até que se mostrou razoável, mas estas falhas devem ser identificadas e solucionadas antes dos fatos e não esperar que ocorra uma tragédia para que um parlamentar se aproveite das circunstâncias para que se promova politicamente.

No contexto da sociedade da informação, também chamada de sociedade pós-moderna, pode-se desde já afirmar que quem possui a capacidade de gerir o conteúdo das informações, possui um poder incomensurável que pode modificar todo o futuro político, econômico e social de um povo. E, pelo que se percebe, a mídia deixou há muito de ser um legítimo poder fiscalizador, e passou a ser um poder manipulador e controlador de todos os outros.

Independentemente da classificação, mostra-se como uma atividade extremamente rentável para os empresários da comunicação social, funcional para controlar os marginalizados, bem-sucedida entre eles e satisfatória para as classes médias degradadas, que se iludem com a idéia de que uma lei acabará com a criminalidade, discurso utilizado pelos formadores de opinião.

Os políticos disputam entre si pelos discursos apresentados pela mídia, uns por interesse pessoal, outros por medo de serem desqualificados publicamente pelo "poder", que sem dúvida é capaz de impedir que o mesmo se reeleja ou até mesmo seja forçado a abandonar o cargo antes do término do mandato.

Situação que pôde muito bem ser observada nas últimas notícias veiculadas sobre o mandato do Senador José Sarney, que, claramente, foi vítima de uma campanha midiática contra a sua permanência na presidência do Senado Federal, quando, de forma absolutamente repudiável e descontrolada, teve sua vida pública, sua honra, sua imagem e de toda sua família, gravemente lesionados, por um poder que demonstrou interesses que vão muito além do simples dever de informar.

Recentemente, em razão do apelo e sensacionalismo dedicado aos, popularmente denominados "crimes de pedofilia", e principalmente após a transmissão de uma reportagem dedicada a mostrar a exploração sexual de crianças e adolescentes no estado do Pará, em que um repórter chegou a negociar com a mãe de uma adolescente um programa pelo valor de 500 reais, foi acelerada a edição da lei 12.015/2009 que aumentou o rigor das penas dos crimes "contra a liberdade e o desenvolvimento sexual.

Sobre esse problema o professor argentino Eugênio Raúl Zaffaroni nos apresenta uma novidade que se enquadra perfeitamente na presente discussão:

Com freqüência instrumentalizam-se vítimas ou seus parentes, aproveitando, na maioria dos casos, a necessidade de desviar culpas e elaborar o dolo, para que encabecem campanhas de *lei e ordem,* nas quais a vingança é o principal objetivo. As vítimas assim manipuladas passam a opinar como técnicos e como legisladores e convocam os personagens mais sinistros e obscuros do autoritarismo penal *VÖLKISCH* ao seu redor, diante dos quais os políticos amedrontados se rendem, num espetáculo vergonhoso para a democracia e a dignidade da representação popular.

E continua o juiz da Suprema Corte argentina afirmando que:

Como o Estado enfraquecido dos países que levam a pior na globalização não pode resolver os sérios problemas sociais, seus políticos optam por fingir que os resolvem ou que sabem como fazê-lo, tornam-se *maneiristas afetados*, a política passa a ser um espetáculo e o próprio Estado se converte num espetáculo. Os políticos - presos na essência competitiva de sua atividade - deixam de buscar o *melhor* para preocupar-se apenas com *o que pode ser transmitido de melhor* e aumentar sua clientela eleitoral.[6]

A estratégia é de que, junto com a provocação de preconceitos e vingança, a notícia implante o medo, insegurança e sentimento de impunidade para que esse mesmo discurso possa ser vendido a parlamentares interessados em se promoverem pessoalmente, isso quando eles não são os próprios donos da empresa que criou a situação.

Ou quando, numa segunda hipótese, mas não menos grave, são forçados a editar leis criminalizadoras ou agravadoras de pena, como se viu anteriormente, a ter seus mandatos desqualificados, ou até mesmo acusados de ser favoráveis à criminalidade, situação que ocorre também com os juízes de direito que se vêem no papel de decidir sobre a liberdade e absolvição dos "inimigos".

Outro ponto importante que se observa hoje, é a criação de Comissões Parlamentares de Inquérito - CPI's para apuração de fatos apresentados como fruto de "reportagens investigativas", oportunidade em que alguns parlamentares, mais que buscar a verdade e resolver o problema, aproveitam para de alguma forma aparecer e como afirmou ZAFFARONI "ver o que pode ser transmitido de melhor" e usar esse importante instituto constitucional com ferramenta de campanha eleitoral.

É fácil apresentar um rol de exemplos que ratificam essa afirmação, mas concentramos a análise apenas da última "iniciativa" de criação da uma CPI que é a que está na iminência de ser criada para apurar a origem e o destino dos recursos que abastecem os cofres da entidades ligadas ao movimento dos trabalhadores ruais sem-tem - MST.

Seria uma ótima iniciativa, se tivesse partido de um dos senadores, mas "coincidentemente" uma semana antes, a revista VEJA[7], como a fundamentação de uma sentença penal condenatória, afirmou que parte do dinheiro recebido pela Organizações não governamentais, obtido através de milionários convênios e de grandes doações enviadas do exterior foi utilizado para financiar atividades criminosas dos integrantes do MST.

Quanto à eventuais influências no poder judiciário, percebe-se que algumas decisões, especialmente para os casos que causam maior comoção social, demonstram que os juízes também são alvos diretos da eloqüência deste discurso. Suas sentenças serão expostas e estigmatizadas junto com suas figuras caso resolvam agir de modo diverso. O clamor público que vimos reiteradamente fundamentando mandados de prisões preventivas, por exemplo, são na maioria das vezes causados pelo espetáculo promovido pela imprensa.

Outros, assim como alguns membros do Ministério Público, assumem descaradamente que a regra é lei e ordem e escolhem seus *inimigos*.

Muitos criticaram a Teoria do *Direito Penal do Inimigo*[8], do alemão Gunther Jakobs, por ser absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito, mas a teoria parte justamente da idéia de uma "*guerra*" entre o Estado e os criminosos, onde a regra é uma antecipação da punibilidade, penas desproporcionais, e principalmente a relativização e supressão de garantias constitucionais.

Após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, o jurista alemão viu o melhor momento para lançar a teoria que criava um Direito Penal especial para os inimigos da

sociedade. Numa análise perfunctória, a teoria sugere a criação de medidas de neutralização dos inimigos que terão seus direitos fundamentais diminuídos ou até mesmo suprimidos, a partir do momento em que decidirem não mais se submeter ao sistema posto, quando declaram guerra contra o Estado.

É uma teoria que não encontra muitos adeptos declarados, principalmente pela radicalidade na relativização de direitos fundamentais da pessoa humana, mas que apresenta alguns pontos que coincidentemente são percebidos em prática dentro deste modelo de ideais falaciosos que se convencionou chamar de Estado Democrático de Direito.

Pela aderência ao tema, destaca-se, portanto, a técnica de "fabricação do inimigo da vez", que ocorre quando a empresas de comunicação social vêem "cifrões" num fato criminoso e o expõe cinematograficamente visando especialmente o lucro, mas, como consequência, acabam por despertar um clamor público e o desejo de vingança por parte da população que sente na própria pele a dor das vítimas.

A consequência disso é a edição de leis de ocasião com efeitos meramente "simbólicos", sem nenhum estudo prévio de política criminal, e de decisões judiciais forçosamente prejudiciais e violadoras de princípios constitucionais reconhecidos internacionalmente como é o caso da presunção de inocência.

Muito disso se deve, também, aos grupos de pressão da mídia, por alguns chamados de "gestores atípicos da moralidade", que se unem em nome de algum objetivo, como os movimentos feministas e de proteção ambiental, *v.g*, e de forma organizada institucionalizam uma campanha de pressão contra o Estado até que este apresente uma resposta satisfatória para eles.[9]

Fabricado o "inimigo" e despertados os sentimentos mais preconceituosos da sociedade, a busca não será mais de limitação do poder punitivo do Estado, e sim de um instrumento de vingança com o objetivo de acalmar a sociedade provocada e assustada previamente.

3 - Movimentos sociais de resistência ao poder da mídia

Mesmo quando se tratava apenas de um poder fiscalizador que atuava em nome do povo, já se pensava em limites para a atividade desenvolvida pelos meios de comunicação em massa, assim como, a criação de órgãos específicos para a sua fiscalização. E agora, apresentando-se como um poder descontrolado deve-se, mais do que nunca, refletir sobre algumas formas de resistência a toda essa manipulação do sistema.

Sociologicamente, em primeiro lugar, reconhece-se que o controle na recepção do discurso da mídia por cada cidadão, pode vir a ser a primeira e melhor forma de resistência. É o que Kanitz chamou de "vigilância epistêmica". Uma forma de filtro das informações que estão sendo passadas a cada instante. Os cidadãos alertas transformam o discurso em debate e passam a apresentar questionamentos que levarão à diminuição do poder persuasivo da imprensa.

Outra forma de resistência seria a criação de instituições formadas por cidadãos organizados com a finalidade de vigiar a atividade midiática no Brasil. Já existem organizações nesse sentido formadas por profissionais da própria comunicação social, como o Instituto Gutemberg[10] e o Observatório da Imprensa[11], que desenvolvem importante trabalho no controle da atividade midiática.

Os movimentos sociais de contrapoder representam nesse contexto, ao lado da resistência cidadã apontada, um forte grupo de combate ao poder da mídia na sociedade da informação.

Destacam-se os chamados "novos movimentos sociais" no terceiro setor, como as organizações não governamentais, e a criação de institutos fiscalizadores, junto com estratégias de democratização da difusão de informações - que podem ser feitas principalmente com o uso da rede mundial de computadores -, quebram os ideais capitalistas das empresas de comunicação social.

No âmbito econômico, a potencialização da "economia do gratuito" (freeconomics), e da "arma de colaboração em massa" (Crowdsourcing), são exemplos claros da força que os cidadãos unidos através da internet podem exercer em oposição ao poder da mídia.

Enfraquecendo a base capitalista das empresas de comunicação em massa já se dá um grande passo em busca da restauração da verdadeira missão da mídia que é a representação neutra da vigilância cidadã em nome de um efetivo e transparente exercício da democracia.

Politicamente, a atividade dos frequentadores do congresso nacional brasileiro deve estar pautada, acima de tudo, na representatividade, seja do povo, seja dos estados, mas desde que seja de forma digna e livre de qualquer influência da mídia e desprovido de qualquer interesse pessoal ou temor ao "novo poder".

E, finalmente, na esfera jurídica, os operadores do direito, em especial os juízes de direito, devem constituir a principal frente de resistência diante da interferência dos meios de comunicação em massa no direito, não permitindo a execução de leis inconstitucionais e muito menos a prisão ou condenação de acusados por "crimes famosos", apenas por pressão midiática, sem demonstrar nenhum fundamento jurídico plausível.

Ainda no âmbito jurídico, é de extrema importância que as autoridades policiais, por serem, via de regra, os primeiros à tomarem conhecimento de um fato criminoso, devem ter um cuidado especial com a divulgação das informações referentes ao caso. Cada autoridade responsável pela investigação, deve, na medida do possível, controlar todos os envolvidos para que não sejam transmitidas à mídia mais informações que o necessário para o desenvolvimento regular do seu trabalho, sob pena de ver prejudicada a investigação, fomentar a reiteração da conduta por outras pessoas, e o que pior, acabar com a vida de um cidadão, seja ele inocente ou culpado, que sofre danos irreversíveis, difíceis até de se calcular um equivalente pecuniário que o satisfaça.

4 - Considerações finais

Viu-se que a mídia já desempenhou um importante e necessário papel perante a sociedade, mas que com o passar do tempo e em decorrência de problemas identificados na Sociedade da Informação, assumiu outras funções que, ao inverso da primeira, só vêm trazendo problemas, que como foi destacado, são das mais variadas ordens.

Por outro lado, restou demonstrado que não é um problema sem solução, e que simples medidas, como a vigilância epistêmica no recebimento das informações, podem se tornar uma importante arma de resistência a esta nova manifestação de poder.

Se existem os referenciais constitucionais de devido processo legislativo e devido processo penal, toda decisão que porventura desrespeite esses mandamentos deve ser analisada cientificamente para que se busquem respostas e se apresentem medidas idôneas de proteção aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

O que se percebe, é que as liberdades de expressão, pensamento e imprensa estão entrando num contundente conflito com o princípio constitucional-penal da presunção do estado de inocência e os direitos à honra, imagem e a vida privada de pessoas suspeitas pela práticas de crimes.

A presunção de inocência não é um mandamento de otimização apenas para a ordem jurídica, o é, antes disso, uma norma de orientação para a ordem social. A opinião pública, e principalmente a mídia que a alimenta, deve, antes de tratar as informações referentes à um fato criminoso, lembrar que aquele acusado, independente da "monstruosidade" cometida, é um cidadão possuidor de direitos fundamentais, dentre eles, o de ser considerado inocente até sentença condenatória transitada em julgado.

O conflito entre princípios constitucionais, como a liberdade de expressão e pensamento com a presunção de inocência e a inviolabilidade da honra e da imagem dos acusados, deve se analisado de forma ponderativa para que se encontre um ponto de harmonia que atinja a coexistência pacífica na Sociedade da Informação.

É um tema que sempre está na ordem do dia e cabe, portanto, aos cientistas do direito e da comunicação social, a continuação das incursões doutrinárias em busca de novas formas de se fazer resistência e buscar o melhor projeto de reengenharia das mídias para que se exerça a atividade de forma profissional, ética, em nome do povo e desprovida de qualquer vinculação política que possa influenciar nas esferas legítimas de poder.

5 - Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Vírgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Marco Antonio. **Poder na Sociedade da Informação**. *In* **O direito na Sociedade da Informação**. Coord. Liliana Minardi Paesani. São Paulo: Atlas, 2007. p. 51.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Atualidade do Conceito de Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica**. *In* **O direito na Sociedade da Informação**. Coord. Liliana Minardi Paesani. São Paulo: Atlas, 2007. p. 61.

BECARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BECK, Ulrich, **O que é Globalização?** Ed. Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Noberto. **A era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRITO, Auriney Uchôa de. **Direito Penal Tributário e a missão do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.** *In* Revista dos Tribunais. Ano 98. v. 886. RT: São Paulo, 2009.

COSTA ANDRADE, Manoel da. **A Dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal como Referências de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime**. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, n. 2. Coimbra, 1992.

COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só**. 4ª edição. São Paulo: RT, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A Racionalidade das Leis Penais**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão - Teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 34. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

FORBES, Jorge; REALE JR, Miguel; JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **A invenção do Futuro: Um debate sobre a pós-modernidade e a hipermodernidade**. São Paulo: Manole, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

GIORGETTI, Camila. **Poder e Contrapoder.** São Paulo: Fapesp, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; e BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na era da globalização**. São Paulo, RT, 2002.

MOTTA, Luiz Gonzaga, Org. **Imprensa e Poder**. Brasília: Ed. UNB, 2002.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. 6. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAMOS, Silvia e; PAIVA, Anabela. **Mídia e Violência**. Rio de Janeiro: IUPRJ, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2007.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2 .ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: J. de Oiveira, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do Direito Penal - Aspectos da Política Criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Direito Penal neo-constitucionalista: equilíbrio entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 73. São Paulo, 2008.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TAVARES, Juarez. **Critérios de seleção de crimes e cominação de penas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ed. Especial de Lançamento, 1992.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

1 BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Atualidade do Conceito de Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica**. *In* **O direito na Sociedade da Informação**. Coord. Liliana Minardi Paesani. São Paulo: Atlas, 2007. p. 61.

2 BARBOSA, Marco Antonio. **Poder na Sociedade da Informação**. *In* **O direito na Sociedade da Informação**. Coord. Liliana Minardi Paesani. São Paulo: Atlas, 2007. p. 51.

3 Stephen Kanitz. **Revista veja**, n. 39, 03 de outubro 2007.

4 **REALE JR. Miguel. Estudos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: RT, 1992. P. 275.**

5 **Diário do Congresso Nacional, 29.06.1990, p. 8.233.**

6 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 75.

7 **Revista VEJA**, Edição 2129 de 9 de setembro de 2009.

8 CF. JACKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. 3. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

9 CF. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do Direito Penal - Aspectos da Política Criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A Racionalidade das Leis Penais**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.

10 Endereço eletrônico do Instituto: www.igutemberg.org

11 Endereço eletrônico do Instituto: www.observatoriodaimprensa.com.br

A CULTURA DO SIMULACRO NA SOCIEDADE DO ESPETÁCULO E OS NOVOS MECANISMOS DE SIMULAÇÃO ESPETACULAR*

CULTURE OF SIMULACRO SOCIETY OF SPECTACLE AND NEW MECHANISMS OF SIMULATION SPECTACULAR

Azor El Achkar

RESUMO

O homem sempre buscou formar de representar uma falsa imagem. O sistema capitalista aliena e produz simulação e espetáculo. O simulacro tornou-se cultura, onde simular e dissimular são as regras do jogo. O hiperreal é onde está a verdade, cujo princípio encontra-se cenificado. A mídia é o veículo para efetivação do simulacro. A sociedade espetacular prefere a imagem a coisa real, a cópia ao original. O espetáculo é propagado pela publicidade induzindo o consumo. A mercadoria domina o espetáculo e o reproduz. A televisão sempre foi o principal meio de produção do simulacro. A revolução produzida pela internet criou outros meios de simulação, sendo o Second Life um dos principais. No fim, tudo é representação. O ser humano não vive mais, não compartilha mais, encarcerado no mundo da ilusão e alienação.

PALAVRAS-CHAVES: CULTURA DO SIMULACRO, SOCIEDADE DO ESPETÁCULO, SECOND LIFE.

ABSTRACT

Man has always sought ways to represent a false image. The capitalist system alienates and produces simulation and spectacle. The simulation has become culture, which simulate and disguise are the rules of the game. The hyperreal is where the truth lies, whose principle is cenificado. The media is the vehicle for realization of the simulacrum. The spectacular society prefers the image to the real thing, a copy of the original. The show is propagated by advertising inducing consumption. The commodity dominates the show and the play. Television has always been the main means of production of the simulacrum. The Internet revolution has created other means of simulation, and the Second Life one of the main. In the end, everything is represented. The human being is no longer living, does not share more, shut up in the world of illusion and alienation.

KEYWORDS: CULTURE OF SIMULATION, SOCIETY OF THE SPECTACLE, SECOND LIFE.

1. INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Desde há muito tempo o homem busca modos de ser o que não é. Não é de hoje que os meios para simular situações, objetos, personagens e outras formas de passar uma falsa impressão da realidade existem nos mais diferentes meios, classes sociais e contextos. É só lembrar-se do teatro grego e o subterfúgio das máscaras, dos textos assinados por pseudônimos ou anônimos.

Com a evolução dos tempos, o teatro permaneceu vigorante, fazendo e levando essa imagem distorcida da realidade. Outros elementos foram incorporados como a música, as poesias, as fantasias, os bailes de máscara, as guerras, enfim, um crescente de eventos e acontecimentos todos relacionados com a criação de novas imagens, novos personagens, causando falsas e delirantes impressões.

Entretanto, todos esses fatos relacionados com a vinculação de imagens e falsas aparências que aconteceram antes da revolução industrial eram de certa forma, inocentes, sem a intenção de persuadir ou alienar. Antes da revolução industrial não se estava submetido ao sistema capitalista de produção de bens, o que tornava a criação e simulação de aparências e imagens bem menos preocupante que nos dias atuais.

Eram simulações numa sociedade menos interessada a com a acumulação de capital e mais preocupada em disputas de poder político, disputas amorosas e disputas territoriais. A falsa idéia da realidade se desenvolvia em moldes temporários, às vezes em querelas entre reinos e outras ligadas ao poder soberano do rei diante de seus súditos. Não havia a televisão nem a tecnologia digital, não havia ainda a procura da fuga total e permanente da realidade, nem a confusão entre o que era real e o que era simulado.

A revolução industrial inaugura uma nova fase da civilização humana. Não mais os homens fazem os trabalhos, mas as máquinas tomam seu lugar e a produção em massa e em série toma forma e corpo, num caminho sem volta. Ao longo de mais de 250 anos esse processo de substituição não teve fim. Além disso, esse novo processo de produção de bens e mercadorias se tornou a única razão de ser da humanidade. A meta é produzir em grande quantidade e em larga escala, de modo que todo o mundo venha a se tornar consumidor e tudo seja transformado em mercadoria.

O século XX foi por demais significativo para esta nova (ir) realidade. Comprovadamente o sistema funcionou e funciona muito bem. Quase todos agora têm acesso as mercadorias, que são produzidas em diversas cores, tamanhos, modelos, formas, valores e gostos. A produção, contudo, está centralizada em sociedades de poder oligárquico hegemônico monopolista e na mão de poucas famílias e conglomerados econômicos. E foi justamente neste século que as teorias contestatórias, críticas e analíticas deste sistema começaram a ser formuladas.

O tema deste ensaio é comparar, apontar e atualizar com exemplos duas das principais correntes contestatórias das conseqüências trazidas pelo modelo capitalista de produção: a produção do simulacro e a instituição da sociedade espetacular. Fazendo esse retrospecto histórico percebe-se que na comparação com o passado a realidade atual tornou-se não realidade, ou ainda passou a não existir mais. Atualmente é difícil distinguir o que seja verdade, o que efetivamente existe daquilo que é puro simulacro, falsidade ou enganação.

Em que pese esta situação crítica, que configura mesmo uma crise, dia após dia ela se ampliada, com mais mecanismos e possibilidades de fuga da realidade, de criação do simulacro e fortalecimento da sociedade onde o espetáculo é a tradução no normal, do legal, do ético e do correto.

2. A CULTURA DO SIMULACRO

Neste sistema comandado pelo capital há uma forte tendência no encaminhamento dos padrões a um sistema de modelo estanque e estático que indiretamente é absorvido sem percepção nem contestação. Como uma mancha que cobre a todos, este padrão poucas vezes torna-se compreensível, sendo apenas por algumas exceções compreendido.

Uma das visões paralela do *status quo,* e a que interessa, revela uma sociedade submetida ao jugo da falsa noção da realidade. Como um escravo cego que não percebe sua submissão a um estado de dependência, as pessoas já não têm mais o referencial de nenhum assunto, de nenhum tema.

Todas as verdades pronunciadas carecem da essencialidade do mais fundamental princípio da veiculação de informações: a base de certeza e verificabilidade. Todas as noções e entendimentos do mundo fático vem impregnada de uma áurea de incertezas, relativismos e simulacros.

Não há um só espaço de existência social onde haja a garantia de encontrar algo profundo, de conhecimento sólido, sem intenções ilusórias ou falsas expectativas. Os ambientes estão infestados de idéias privadas, favorecimentos indignos e ganhos estratosféricos. Motivos humanos para hábitos humanos voltados contra os humanos. Mas com reflexos na obra completa.

A tradução sociológica e filosófica deste pensamento tem como principal representante o inquietante Jean Baudrillard. Suas idéias extrapolaram a noção material dos objetos e situações e transferem para um outro patamar os limites da compreensão deste universo de existência humana.

Suas concepções alertam da existência de uma dimensão hiperreal da realidade. Primeiro acontece a liquidação de todas os possíveis modelos de referencia. Em seguida o real é superado por uma falsa idéia deste real, representada por signos. E por fim, uma operação de dissuasão transfigura o processo em duas realidades, operando simultaneamente, mas sobrepostas.

O processo de dissuasão opera como uma máquina. Realiza sua missão diuturnamente, sem descanso nem férias. Seu trabalho é reprodutivo, multiplicado em todas as situações; é programática, pois disposta para todos os interesses; é impecável, por fazer o serviço sem deixar pistas nem evidências, oferecendo ao final, os signos do real.

A dissuasão acaba por operar em duas lógicas: (a) dissimular, ao fingir não existir o que na verdade existe; (b) simular, ao fingir existir o que não existe. São estes os meios de

funcionamento da dissuasão atual. Por este modo e nesta altura o questionamento deve ser geral: onde está o verdadeiro e o que é falso, onde está o real e o que é imaginário?

O real foi extinto, perdendo de vez a chance de se produzir. Seus vestígios sobreviveram inseridos em um deserto, o deserto do real, num ambiente inóspito e inabitado. O simulacro vem preceder a nova dimensão. O simulacro encontra no hiperreal seu vasto e concreto campo de atuação. Desprovido de origem e de realidade, toma a forma da verdade e apropria-se de seus elementos de constituição. Destrona o princípio da verdade.

A manifestação vem em forma de imagem, de um signo. Simulacros de imagens estão dispostos em todos os lados, substituindo a realidade. Signos que absorvem e remetem a profundidade de um sentido. Modificando-se este signo, modifica-se também o sentido, podendo operar por simples desejo do sistema. Neste sentido, a representação não consegue absorver a simulação, pois esta envolve todo o edifício da representação, tomando-o como um simulacro.

Os signos até tornarem-se simulacros seguem a seguinte seqüência: (1) iniciam ao transmitirem um reflexo da realidade; (2) mascaram e desnaturalizam uma realidade que se faz profunda; (3) em seguida, eles mascaram a ausência desta realidade profunda; (4) o novo signo já não tem nada a ver com nenhum tipo de realidade envolvida; (5) e por fim, passa a ser seu próprio simulacro.

Por toda parte vive-se num universo extremamente parecido com o mundo original. As coisas, todavia, aparecem dobradas por sua própria cenificação. Opera-se, assim, a ocultação da realidade, expurgada ao deserto do real, onde esta já não é mais realidade, derrocada junto com o princípio da verdade.

Assim sendo, a operatividade dos signos realiza o milagre do engano visual, que ressurge sobre todo o mundo real circulante, revelando-nos que a realidade nada mais é que um mundo hierarquicamente cenificado. Objetiva-se de acordo com as regras de profundidade. Neste momento constata-se que a realidade é um princípio cuja observância se regula toda a pintura, a escultura, a arquitetura. Mas mesmo sendo um princípio, é ainda um simulacro que buscar por fim a supersimulação experimental do engano visual.

Diversos escândalos são apenas expressões de dissimulação. Muitas vezes são tramas feitas pelo próprio sistema aos seus adversários. As simulações consistem em criar fatos com o fim de polemizar questões e regenerar situações escondidas ou ocultar verdades comprometedoras. Revela-se verdadeira negatividade operativa, onde nesses cenários de dissuasão busca-se restaurar um princípio moribundo mediante um escândalo, um especismo ou uma morte simulada.

Nesta seara surge o princípio da realidade política. Segundo Baudrillard, a lógica da simulação é diferente da lógica dos fatos. A simulação se caracteriza por uma precedência do modelo sobre o mais mínimo dos fatos. Os fatos não têm sua própria trajetória, mas na interseção dos modelos apenas um fato pode ser absorvido por todos os modelos de uma vez.

Esta confusão do fato com o modelo é que dá lugar a todas as interpretações possíveis, inclusive as mais contraditórias, onde sua verdade consiste em intercambiar-se. A imagem é semelhante aos modelos de que procedem, num ciclo generalizável interminável.

Todos os poderes e instituições falam de si mesmas por negação, tentando escapar da agonia real. O poder busca cenificar a sua própria morte para recuperar algum sinal de existência e legitimidade.

A produção dos valores e mercadorias já há muito tempo carecem de sentido próprio, pois a sociedade, ao continuar produzindo e super produzindo, somente busca ressuscitar o real que lhe escapa ao deserto. Por isso, esta produção material se converte em hiperreal. O trabalho se transformou numa necessidade. O seu cenário se monta para ocultar que o real do trabalho, a produção, desapareceu. Assim sendo, o trabalho segue apenas para ocultar que não há trabalho.

Neste contesto a informação passa a corresponder a um simulacro de espaços e perspectivas que vem a julgar o projeto do real. Os veículos do *mass media* representam uma espécie de código genético que conduz a mutação do real em hiperreal. A televisão, por sua vez, ao penetrar em nossos lares, nos observa, nos informa e nos manipula.

São, no fim das contas, pseudoacontecimentos. Guerras, crises do petróleo, da energia, de fato, nunca chegaram mesmo a existir, ou mesmo que tivessem um fundo real, configuram-se sempre como peripécias artificiais, truques históricos, catástrofes e crises destinadas a manter pela hipnose um cerco histórico.

A questão passa em provar o real com o imaginário, a verdade com o escândalo, a lei com a transgressão, o trabalho com a greve, o sistema com a crise, o capital com a revolução. No momento em que tudo se transforma no seu termo contrário para sobreviver a sua forma expurgada, a simulação inicia uma implosão de sentidos. Por fim, somos todos cúmplices e o *mass media* também em manter a ilusão da possibilidade de certos fatos, da realidade de opções de uma finalidade histórica, da objetividade dos fatos: cúmplices em tentar salvar o princípio da realidade.

3. A SOCIEDADE DO ESPETÁCULO

Durante a década de sessenta do século passado levantes revolucionários se formaram por toda a Europa, mas principalmente na França. Constituídos por operários e impregnados pelos ideais marxista, estes coletivos acreditavam na luta revolucionária como alternativa ao fim da submissão ao sistema vigente. Um destes grupos extremistas era a Internacional Situciacionista.

Foi em auxílio a este grupo, buscando fortalecê-los com um conhecimento teórico para fins práticos, que Guy Debord inspirou e destinou a teoria do espetáculo. Seguindo as mesmas idéias promulgadas por Marx, a contestação deveria ser revolucionária para

exterminar a sociedade moderna, mediante a revolta das classes para uma sociedade sem classes.

Contemporâneo a Baudrillard, fiel ao seu raciocínio e fonte inspiradora, Debord inicia dizendo que em nosso tempo, há uma preferência da imagem a coisa real, da cópia ao original, da representação a realidade, da aparência ao ser.

Tudo parece ser um grande espetáculo, ou seja, uma relação social entre pessoas mediadas por imagens. A sua manifestação está: (a) na própria sociedade; (b) numa parte da sociedade, que concentra todo o olhar e toda a consciência, onde o espetáculo é o instrumento da unificação, pelo fato de estar separado. É o lugar do olhar iludido e da falsa consciência.

A manifestação espetacular da sociedade é o projeto e resultado do modo de produção existente. Nas sociedades onde reinam as modernas condições de produção, a vida se apresenta como uma imensa acumulação de espetáculos, onde tudo que era vivido diretamente torna-se representação. O espetáculo torna-se o modelo atual da vida dominante na sociedade, sendo propagado por meio da informação, da propaganda e da publicidade, induzindo o consumo de divertimento.

O sistema produziu a separação do mundo, que restou cindido em realidade e em imagem. A inversão do real pelo espetáculo constitui-se em um produto, no momento em que a realidade surge no espetáculo e o espetáculo é real, onde esta alienação recíproca é a essência e a base da sociedade existente. O espetáculo torna-se a afirmação da aparência e de toda a vida humana como simples aparência.

As transformações realizadas pelo sistema econômico de produção primeiramente deslocaram a essencialidade do ser para o ter. Na fase atual, o ter foi substituído pelo parecer, de modo que o ter deve extrair seu prestígio imediato e função última. As realidades individuais tornaram-se sociais, dependente de suas forças. Assim, o sistema somente permite aparecer aquilo que ele não é. No fim, quando o mundo real se transforma em imagem, estas se tornam seres reais.

O espetáculo passa a ser o discurso ininterrupto que a ordem atual faz a respeito de si mesma, onde os meios de comunicação *mass media* representam a manifestação superficial mais esmagadora do espetáculo.

A perda da unidade do mundo levou ao surgimento do espetáculo. O trabalho e a produção são o espetáculo, onde o modo de ser é a abstração. E nesta fábula de representação, o espectador, quanto mais contempla menos vive, quanto mais aceita reconhecer-se nas imagens dominantes da necessidade, menos compreende sua própria existência e desejos. O processo gera alienação, pois o espetáculo é a sua fabricação concreta.

O mundo que o espetáculo mostra e faz mostrar é o mundo da mercadoria dominando tudo o que é vivido. No sistema de capital de produção a mercadoria tornou-se a força que ocupa a vida social. A mercadoria desde então, ocupou todos os espaços, pois tudo foi transformado nela. O dinheiro tornou-se o equivalente geral abstrato de todas as mercadorias. E é na sociedade do espetáculo que a mercadoria contempla a si mesma no mundo que ela ajudou a criar.

O tempo foi transformado em uma mercadoria consumível. O tempo é agora pseudocíclico, pois modificado pela indústria. É o verdadeiro tempo espetacular. É tanto o tempo de consumo das imagens, como imagem do consumo do tempo. O tempo do consumo de imagens corresponde ao meio de ligação de todas as mercadorias, é o campo inseparável em que os instrumentos do espetáculo são executados. Já a imagem social do consumo do tempo é exclusivamente dominada pelos momentos de lazer e férias, momentos representados a distância e desejáveis por definição como toda mercadoria espetacular, onde no final, o espetáculo é a falsa consciência do tempo.

A produção capitalista transformou também o espaço. Na sociedade espetacular, o espaço foi unificado, formando um processo extensivo e intensivo de banalização. O espaço deve ser livre para o fluir da mercadoria. O turismo reflete bem este quadro, pois como subproduto da circulação de mercadorias, a circulação humana resume-se fundamentalmente no lazer de ir ver o que se tornou banal.

A mercadoria incorporou a cultura como mais um de seus produtos na sociedade do espetáculo. Sendo a esfera geral do conhecimento e das representações do vivido, a cultura ganha independência e inicia um movimento imperialista de enriquecimento, levando ao declínio de sua liberdade e autonomia. A cultura tornou-se a mercadoria vedete na sociedade espetacular.

O espetáculo é ideologia por excelência, pois expõe e manifesta em sua plenitude a essência de todo o sistema ideológico: o empobrecimento, a sujeição, a negação da vida real. O espetáculo é a expressão da separação e do afastamento entre o homem e o homem. O espetáculo conserva e impõe ao mesmo tempo no pseudoconcreto de seu universo, os caracteres ideológicos do materialismo – que concebe o mundo como representação – e do idealismo – por meio da mediação técnica de signos e sinais, que materializam um material abstrato.

O espetáculo vem representar o apagamento dos limites do eu e do mundo pelo esmagamento do eu que a presença – ausência do mundo assedia. É também a supressão dos limites do verdadeiro e do falso pelo recalcamento de toda verdade vivida, diante da presença real da falsidade garantida pela organização da aparência.

4. NOVOS SISTEMAS DE FUGA DA REALIDADE

O mundo restou virtualizado. Cada vez mais as relações deixam de ser pessoais e passam a ser estabelecidas numa outra dimensão, onde o contato físico é substituído pela tecla e tela do computador pessoal. O início dessa revolução foi com o advento da televisão, que trancafiou as pessoas na sua frente e as algemou ao controle remoto. As pessoas perderam diversos hábitos de relacionamento, como encontros para discussão de temas polêmicos, reuniões familiares e agrupamentos de amigos.

A verdade legítima passou a ser aquela divulgado pela telinha, as discussões agora são as relações que acontecem na novela, o modelo a ser seguido é o propalado pelos atores,

os gostos são os ditados pelos programas de auditórios e as informações são apenas as divulgadas nos telejornais. Tudo que se encontra fora da televisão não está no mundo.

Mas a televisão viu surgir, na década de noventa do século passado, um concorrente a altura e de peso. A propagação da rede mundial de computadores, internet, fez aparecer um novo tipo de escravo alienado, aquele que passa o dia em frente a um *personal computer*. A comunicação via redes interligadas como uma teia roubou diversos clientes da televisão e operou de modo mais eficiente ainda, criando simulacros e espetacularizando com mais intensidade a vida.

A rede internet trouxe outros tipos de fuga da realidade. Prolifera-se a manifestação de informações falsas, errôneas, confusas, alarmistas e mentirosas. Atingindo um número incontável de pessoas, a veiculação de notícias via *web* precisa constantemente ser confirmada por outros sítios eletrônicos. São histórias que já viraram verdadeiras lendas na internet. É a difusão de falsos vírus, de acontecimentos que não existiram, de pessoas que não morreram. O sítio Quatro Cantos tem um portal dedicado exclusivamente a desvendar este tipo de informação e alertar o usuário.

O novo espaço cibernético tende a inscrever na sua estrutura virtual o espaço da vida, abrangendo todos os locais, como o espaço da visão e das paixões. A tendência é a fusão das máquinas com as paixões, por meio da imagem, mostrando que a resposta passa pela divisão, pela desagregação, pelos pequenos vincos que se possa fazer nessa superfície extensa e ligada do ciberespaço. Um novo tipo de realidade virtual apareceu em 1999. Um verdadeiro mundo virtual foi criado, vendendo-se a possibilidade de poder ser quem se quiser ser.

É mais uma possibilidade de as pessoas comuns exporem a sua intimidade, mesmo que falsa. A vida real foi totalmente transportada para uma vida imaginária, totalmente virtual, idealizada como a verdadeira vida física nunca poderia proporcionar. É um processo de esquecimento do ser, consistindo num veículo que produz uma experiência irreal, mas efetivamente vivida pelos indivíduos como certa, num ambiente onde no seu interior a existência passa a ser cotidianamente construída, desconstruída e reconstruída.

Este novo universo ganhou o nome de *Second Life.* Não se trata da exteriorização de uma interioridade, uma vez que, tendo se constituído, decide se expor. Mas antes, é uma subjetividade que se constitui no ato de se fazer visível ao outro, como exterioridade. É a subversão do sentido de intimidade e exterioridade. Neste ambiente, a intimidade se volta para fora, num movimento de conquista de um olhar alheio que lhe proporcione a visibilidade requerida para a sua constituição e sentido, quando neste momento a intimidade passa a constituir uma matéria artificialmente assistida e produzida na presença explícita do olhar do outro.

Um mundo que imita integralmente a vida. Assim pode ser definido o *Second Life*. Inclusive esta “nova” Terra sofre com problemas de governança, onde seu administrador já foi chamado de ditador benevolente. Composto por regras próprias, este jogo em forma de produção de uma nova sociedade tem atraído todas as atividades desenvolvidas no mundo de verdade. Existe uma moeda de troca, chamado de *Linden Dollars*. Hoje este espaço virtual universalizado possui mais de dois milhões de residentes. Tem movimentado diariamente mais de US$ 1.000.000,00. Neste mundo é

possível adquirir bens. Inclusive já fez sua primeira milionária, Anshe Chung, um dos avatares do *Second Life*.

É a nova sensação do momento. Nesta comunidade virtual a vida é reproduzida fielmente, além de serem criadas situações surrealistas, fictícias ou que já estejam prevendo como será o futuro. Formado por gráfico incrementados, o *Second Life*, parece um jogo tridimensional, mas "lá dentro" é possível conversar e interagir com outras pessoas é possível freqüentar bares, fazer compras em lojas, visitar parques e conhecer outros lugares criados exclusivamente para este mundo virtual.

Para "nascer" neste universo virtual paralelo, é preciso configurar seu avatar, que pode assumir um personagem homem ou mulher, com todas as suas características que serão desenhadas pelo usuário. A interação é bem realista, bastando se aproximar de um outro avatar e digitar algumas palavras para iniciar uma conversa. É possível ainda gritar, gesticular, manter bate papos reservados e trocar cartões pessoais.

Neste mundo as atividades e eventos variam enormemente, como no mundo real. Existem listas de festas e encontros realizados diariamente, pode-se ir a uma boate ou a um bar, pode-se fazer um encontro de pára-quedistas, que fazem fila para saltar de um avião simulado, ou ainda desfrutar fantasias eróticas, quando uma casa noturna realiza um concurso de topless, oferecendo premio em dinheiro, inclusive.

Outras finalidades são previstas por esta nova plataforma de comunicação. Mesmo sendo administrado por uma empresa privada, o mundo criado em *Second Life* também tem sido visado para formulação de pesquisa acadêmica e políticas públicas urbanas. Um centro de pesquisa ligado a uma Faculdade de Direito criou um ciberespaço chamado de Ilha da Democracia. Seu objetivo é estimular os avatares a personalizar a área com suas sugestões e criatividade. Os mentores do projeto vão guardando todas as idéias numa base de dados, e deste modo pretendem analisar formas de autogovernança, lançamento de novos produtos, pesquisas de opinião, entre outras. Um dos maiores receios, entretanto, será a dificuldade em avaliar se o *Second Life* poderá realmente se tornar fonte de pesquisa, principalmente devido ao desvio de comportamento gerado pelas identidades virtuais, que estão em habitats onde tudo pode acontecer.

Outra possibilidade criada pelo programa é a prática do turismo. Por estar constantemente sendo construído pelos próprios usuários, há nesta comunidade virtual lugares curiosos, exóticos e surpreendentes para se explorar. É possível encontrar ilhas paradisíacas, chalés nas montanhas, cassinos e shopping centers. Para prática do turismo pode-se comprar ou alugar aeronaves e embarcar em excursões pré-programadas com destino a alguns pontos turísticos interessantes. Independente desta opção, todos podem voar e se teletransportar por conta própria.

Quem parece estar mais interessado em freqüentar este mundo virtual é o mercado. Já são diversas as empresas que compraram espaços imóveis e utilizam este ambiente para as mais diversas finalidades. A Adidas criou uma loja exclusivamente para lançamento de seu novo tênis. Sua estratégia é permitir que os avatares dêem enormes saltos virtuais e comprem uma versão do tênis feita de bits. A Nissan promoveu campanha de seu novo veículo, o Sentra, por meio da aquisição de uma ilha. Contratou programadores e criou um circuito virtual, elaborou carros digitais onde os avatares pudessem dirigir, além de painéis e outras ações promocionais, encorajando visitantes a sua ilha. A MTV

lançou o Virtual Laguna Beach, onde fãs de seus programas podem passear pelos sets virtuais. Reebok, Nike, Amazon e American Apparel montaram lojas para vender versões digitais e reais de seus produtos.

A IBM parece ser a empresa mais interada ao ambiente virtual *Second Life*. Prevendo um investimento de US$ 10 milhões em 12 meses, seu objetivo é reforçar a presença lá dentro. O primeiro passo é ampliar os laços institucionais. Recentemente a empresa promoveu um encontro nesta simulação do mundo real com a participação de 7 mil funcionários. A IBM tem usado o habitat para treinamento e simulações. Sua meta comercial é desenvolver uma intranet 3D privada, para discussão de informações de negócios e fortalecer o chamado *v-businnes*, ou virtual *businnes*, inclusive já tendo realizado encontros com vinte dos seus maiores clientes.

5. VIVENDO O SIMULACRO NO ESPETÁCULO

A contemporaneidade dos ensinamentos de Guy Debord e Jean Baudrillard impressionam. Apontando características daquela sociedade indicaram os acontecimentos que estavam por acontecer. O advento de universos virtuais completa agora dez anos de existência, fidedignamente reproduzindo e criando novas possibilidades de existência social. O primeiro protótipo de um universo virtual paralelo apareceu em 1999, chamado *Active Worlds*. Ainda persiste, mas o *Second Life* apareceu como a grande sensação deste século.

Em que pese os veículos analisados pelos autores para comprovar suas teorias, como a televisão, a medicina, a mercadoria, as guerras, a corrida espacial, o trabalho, a globalização, a religião, a ciência, os escândalos políticos, o *mass media* e a publicidade, este novo universo veio desbancar todos estes e reafirmar o poder de suas idéias.

Se a proposta e as intenções da Linden Lab realmente se confirmarem, todos serão obrigados a despir a sua verdadeira identidade e assumir avatares. O mundo real será efetivamente o mundo virtual, onde será possível ser quem se quiser, fazer o que se desejar e simular o que a criatividade permitir. Não haverá limites. Não haverá mais no que acreditar ou confiar. Tudo será representação ou simulação, não de algo real, pois este deixará de existir, mas de algo que a nossa capacidade considerar e desejar como real.

Simulação e dissimulação se imbricarão e no fundo perderão sentido, pois não havendo realidade, não haverá o que fingir não ter o que se tem ou fingir ter o que não se tem, visto que tudo pode se ter. Neste ambiente, muito mais que ter, o importante é parecer. Como os avatares assumem as feições mais esdrúxulas possíveis, a imagem torna-se a principal referência e revela toda a pseudopersonalidade deste ser simulado.

Seguindo fielmente a transformação da realidade em hiperrealidade proposta por Baudrillard, a comunidade virtual já operou automaticamente o processo de dissuasão, transfigurando os estados em duas realidades, neste caso, simulacro de realidade. A

materialidade perde totalmente o sentido e finalidade, sendo radicalmente substituída por signos sem referência, visto que esta se perdeu antes mesmo do processo de construção da hiperrealidade.

O princípio da verdade, que já havia sido destronado, agora é apagado, enterrado e velado. O deserto do real some completamente, sem deixar vestígios ou rastros. A cenificação é sucedida pelo duplo operativo de todas as coisas, onde no ambiente virtual a reprodução é muito mais intensa, muito menos real e muito mais simulada. Não há porque haver confusão. A cópia não é mais da realidade, mas sim a própria imagem dissuadida.

Percebe-se que Debord estava certo ao afirmar que em nosso tempo há uma preferência da imagem a coisa real, da representação a realidade, da aparência ao ser. O universo de mundo virtual cria um novo tipo de relação social, congregando vários usuários no ciberespaço. A necessidade de comunhão e interação comunitária do ser humano permanece, entretanto o ser físico foi trocado por uma imagem, um signo, um avatar. Neste contexto não há mais separação entre realidade e imagem. Tudo agora é imagem. Tudo agora é espetáculo. Tudo agora é simulacro.

O espetáculo finalmente ganhou seu palco efetivo e verdadeiro. O *Second Life* é o espetáculo vivo, onde as realidades individuais são permitidas justamente por aparecer aquilo que não são. As imagens são seres reais, interagindo profunda e realisticamente, como um simulacro de intenções e desejos. A fábula da representação ocupa o lugar que antes pertencia ao real, tornando a abstração o modo de ser. O ser humano, preterido a sua imagem, não vive mais, não compartilha mais, encarcerado no mundo da ilusão e alienação.

A mercadoria assume de vez a sua missão de ordenadora do mundo espetacular. A imagem produzida vira uma mercadoria. Tudo que está no novo mundo virtual é mercadoria. Tudo pode ser vendido, trocado, alugado. Todos os espaços são ocupados pela mercadoria, que tudo regula e tudo padroniza. E na sua missão, nos ilude separando e afastando o homem do homem. Apaga os limites do eu e do mundo, onde o virtual agora é o real garantido pela organização da aparência.

6. FINALMENTES

No mundo invertido, a verdade é um movimento do que é falso. O espetáculo é a principal produção da sociedade atual. Com a internet, esta produção foi potencializada. Esta recente ferramenta de comunicação e interação está revolucionando o mundo. Entretanto, suas estruturas permanecem fragilizadas e monopolizadas. A rede mundial de computadores é governada por uma empresa privada norte americana, a Icann, que tem um acordo com o governo local.

Em recente discussão junto a Organização das Nações Unidas, países emergentes como Brasil, Índia e China reivindicaram a transferência da gestão da rede para um organismo supra nacional, composto por representantes de diversos países e empresas. O órgão

ligado a ONU responsável pelo tema, a União Internacional de Telecomunicações praticamente ignorou a demanda e postergou qualquer decisão para outra oportunidade.

O *Second Life* tende a transformar o mundo virtual no local de vivência dos seres humanos no futuro. Representando a ponta de um gigante *iceberg*, a tecnologia de simulação virtual de situações reais pode vir a se tornar num dos eventos mais importantes para a internet e para a sociedade. Por não apresentar limites do que possa ser criado e construído, essa plataforma virtual gera expectativas positivas e negativas. Ao mesmo tempo que amplia as possibilidade de comunicação, interação, aplicação da criatividade, reproduz com maestria e perfeição a sociedade espetacular mediada por signos e imagens. Os usuários são mercadorias mergulhados nos mais diversos produtos, a procura das mais diversas sensações. Afastando-nos da realidade, produz a sua própria realidade espetacular.

O conjunto dos conhecimentos que continua a se desenvolver atualmente como pensamento do espetáculo deve justificar uma sociedade sem justificativas e constituir-se em ciência geral da falsa consciência.

É a existência social que determina a consciência social dos homens e não o contrário. Não há como dominar a consciência dos povos enquanto mais e mais são arrastados pela exploração. Em outro turno, a consciência social atua sobre a vida social que a engendrou e ao enfrentar condições sociais adversas, as opiniões, idéias e teorias revolucionárias surgem produzidas e sistematizadas por milhões de homens. Por não serem espontâneas, mas organizadas, as idéias podem se transformar em ação, força, tradição e poder.

Desmantelar sucessivamente os mecanismos da sociedade do espetáculo que unificam a circulação das mercadorias em torno das imagens que dominam os mundos virtuais é algo por si valioso como contraposição à alienação contemporânea.

É evidente que nenhuma idéia pode levar além do espetáculo existente, mas apenas além das idéias existentes sobre o espetáculo. Para destruir a sociedade do espetáculo, é preciso que os homens ponham em ação uma força prática. Para tanto, necessário se faz uma auto-emancipação. É preciso emancipar-se das bases materiais da verdade invertida. É preciso instaurar o princípio da verdade no mundo.

REFERÊNCIAS

BAUDRILLARD, Jean. *Cultura y simulacro*. Barcelona: Kairós, 1978.

DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

BAUDRILLARD, Jean. Cultura y simulacro. Barcelona: Kairós, 1978. p. 15.

Id., ibid., p. 20.

Id., ibid., p. 25.

Id., ibid., p. 28.

Id., ibid., p. 31.

Id., ibid., p. 35.

Id., ibid., p. 48.

Id., ibid., p. 55.

Id., ibid., p. 58.

Id., ibid., p. 62.

Id., ibid., p. 69.

Id., ibid., p. 73.

Id., ibid., p. 75.

Id., ibid., p. 81.

Id., ibid., p. 94.

DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 25.

Id., ibid., p. 34.

Id., ibid., p. 47.

Id., ibid., p. 61.

Id., ibid., p. 79.

Id., ibid., p. 88.

Id., ibid., p. 94.

Id., ibid., p. 102.

Id., ibid., p. 125.

Id., ibid., p. 149.

Id., ibid., p. 151.

Disponível em: <http://www.quatrocantos.com/lendas/>. Acesso em: 15 jan 2008.

MIRANDA, José Bragança de. **O fim do espetáculo**. Disponível em: <http://www.rizoma.net/interna.php?id=154&secao= potlatch>. Acesso em: 15 jan 2008.

Disponível em: <http://secondlife.com/>. Acesso em: 10 jun 2008.

BRUNO, Fernanda; PEDRO, Rosa. **Entre Aparecer e Ser**: tecnologia, espetáculo e subjetividade contemporânea. Disponível em: <http://www.intexto.ufrgs.br/n11/a-n11a9.html>. Acesso em: 25 jun 2008.

Disponível em: <http://salu.cesar.org.br/~meirablog/wordpress/?p=304>. Acesso em: 22 jul 2008.

É como são chamadas as pessoas dentro deste mundo virtual.

Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u16926.shtml>. Acesso em: 21 jan 2008.

Id.

Id.

Encontro de dois mundos. Disponível em: <http://www.fndc.org.br/internas.php?p=noticias&cont_key=2100>. Acesso em: 15 jan 2008.

Mundos online não explorados com caminhadas e excursões: turismo virtual é opção para conhecer recantos distantes e curiosos. Disponível em: <http://www.link.estadao.com.br/index.cfm?id_conteudo=5993>. Acesso em: 15 abr 2008.

Adidas abre loja no mundo virtual *Second Life*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/tecnologia /informatica/noticias/2006/set/22/200.htm>. Acesso em: 15 jan 2008.

Um mundo virtual, mas com dinheiro real. Atrás de consumidores, empresas como Sony, Nissan e Adidas investem na realidade virtual. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Negocios/0,,AA1320262-5600,00.html>. Acesso em: 15 jan 2008.

IBM fortalece presença em mundo virtual *Second Life*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ ult124u20955.shtml>. Acesso em: 10 ago 2009.

Disponível em: <http://www.worlds.com/>. Acesso em: 15 jan 2008.

ONU descarta mudar controle da internet. Disponível em: <http://www.mundoinfo.com.br/informatica/noticias/noticias/principal?codnoticia=07-1301-onu&princ=07-0101-internet2007>. Acesso em: 15 jun 2008.

DEBORD, op. cit. p. 166.

MIRANDA, op. cit.

FRIDMAN, Luis Carlos. **Imagens e subversões**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid =S 0104-59701998000200012>. Acesso em: 05 jul 2008.

E-COMMERCE E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO*

E-COMMERCE AND THE RIGHT TO RETURN UNWANTED MERCHANDISE

Fábio de Barros Bruno

RESUMO

O direito de arrependimento é a prerrogativa instituída pelo art. 49 do Código de Defesa do Consumidor mediante a qual é facultado ao consumidor desistir, no prazo de sete dias e sem qualquer ônus, do contrato que tenha efetuado fora do estabelecimento comercial do fornecedor. Este instituto tem por objetivo básico garantir a conveniência e a oportunidade no ato de consumo, tanto suprindo a falta de contato prévio do consumidor com o produto ou serviço que adquire fora do estabelecimento do fornecedor, como coibindo as práticas comerciais eivadas de marketing agressivo. Os limites de sua aplicabilidade no comércio eletrônico, todavia, devem ser traçados a fim de se estabelecerem regras claras para os participantes da relação de consumo. O exercício do direito de arrependimento deve ocorrer em conformidade com princípios que regem o sistema, como meio de harmonização das relações de consumo no comércio eletrônico e, por conseqüência, como instrumento para a ampliação do número de pessoas incluídas na rede mundial de computadores. A metodologia utilizada nesta pesquisa é bibliográfica, teórica, descritiva e exploratória.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DE ARREPENDIMENTO; COMÉRCIO ELETRÔNICO; E-COMMERCE; CONSUMIDOR E INTERNET; PRAZO DE REFLEXÃO; ARTIGO 49 DO CDC; CONTRATOS ELETRÔNICOS.

ABSTRACT

Article #49 of the Brazilian Consumer Bill of Rights (CDC – Law 8.078/1990) establishes consumers' right to return unwanted merchandise to suppliers within a period of 7 days for a full refund in the case of distance contracts. This law is intended to ensure consumers' convenience and opportunity at the moment of purchase, compensate for consumers' lack of familiarity with the product or service purchased, and protect consumers against particularly aggressive marketing practices. In e-commerce dealings the unrestricted exercise of this right can lead to significant losses on part of the suppliers. But, far from ignoring consumers' rights suppliers often underscore them, though the actual scope and applicability of these rights remain to be clearly established. If consumers' rights to return unwanted merchandise are exercised within the principles informing the legal system, they will eventually become a means of harmonizing e-commerce relations and, consequently, of encouraging participation in

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

worldwide computer networks. Methodology used in this paper is bibliographical, theoretical, descriptive and exploratory.

KEYWORDS: RIGHT TO RETURN UNWANTED MERCHANDISE; E-COMMERCE; CONSUMER AND INTERNET; REFUND PERIOD; CDC ARTICLE 49; DISTANCE CONTRACTS.

INTRODUÇÃO

Impulsionado por milhares de empresas, o chamado comércio eletrônico é uma realidade inquestionável. Comprar e vender bens e serviços pela Internet é uma atividade cada vez mais corriqueira para vários setores da população.

O comércio eletrônico, contudo, sob a óptica jurídica, apresenta alguns problemas relevantes, sobretudo quanto à interpretação e à aplicação do ordenamento pátrio vigente às novas situações nascidas em seu ambiente. Dentro deste contexto, destaca-se o chamado direito de arrependimento preconizado pelo Código de Defesa do Consumidor.

O direito de arrependimento, expressão atribuída pela doutrina consumerista, constitui prerrogativa instituída pelo art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, mediante a qual é facultado ao consumidor desistir, no prazo de sete dias, do contrato que tenha efetuado fora do estabelecimento comercial do empresário.

Uma vez aplicado ao comércio eletrônico, o consumidor poderá contratar e, caso o produto ou serviço não atenda as suas conveniências ou expectativas, poderá se arrepender e simplesmente devolvê-lo ao empresário. Notadamente, tal prerrogativa só tende a difundir o comércio eletrônico, haja vista que o direito de arrependimento supre a falta de contado prévio do consumidor com o produto ou serviço e coíbe as práticas de venda eivadas de marketing agressivo.

De acordo com uma interpretação gramatical do art. 49 do CDC, no primeiro momento, salvo o lugar onde foi firmado o contrato e o prazo de reflexão, aparentemente não existiria qualquer outro limite para que o consumidor exerça o direito nele descrito. Em suma, basta que o produto ou o serviço tenha sido adquirido fora do estabelecimento comercial e que o direito de arrependimento seja exercido no prazo de sete dias.

Desta forma, o objetivo deste artigo, em poucas linhas e sem qualquer pretensão de exaurir o tema, é justamente, em razão da escassa bibliografia sobre o tema, analisar e estabelecer uma interpretação mais adequada desse instituto; uma técnica hermenêutica que busque não só um ponto de equilíbrio na aplicabilidade do direito de arrependimento fundamentado no próprio sistema jurídico, mas também desperte os consumidores a se valerem desta prerrogativa, sobretudo no comércio eletrônico. Para tanto, utiliza-se pesquisa bibliográfica, teórica, descritiva e jurisprudencial. O caminho trilhado de forma dedutiva, passa tanto pela análise do conceito do direito de arrependimento, quanto pelo exame das principais hipóteses de sua incidência, para, ao final, traçar possíveis limites extrínsecos e intrínsecos de sua aplicabilidade no comércio realizado pela rede mundial de computadores.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DE ARREPENDIMENTO

O Código de Defesa de Consumidor, ao tratar da contratação à distância, estabeleceu o chamado, pela doutrina consumerista, *direito de arrependimento*. Trata-se da faculdade conferida ao consumidor de desistir do contrato que tenha efetuado fora do estabelecimento comercial do fornecedor, desde que o faça no prazo de reflexão de 7 dias, contados estes da assinatura do contrato ou do ato de recebimento do produto ou serviço. [1]

A expressão *direito de arrependimento* foi adotada pela doutrina por causa do parágrafo único do referido artigo. Todavia, autores há que adotam expressões diferentes como: *direito de recesso*[2], talvez por já existir no Direito Civil a previsão expressa de um direito de arrependimento no art. 420 do Código Civil que trata das arras penitenciais[3].

A razão principal que levou o legislador a proteger o consumidor na contratação à distância foi resguardar a *discricionariedade no consumo*. Esta discricionariedade, a seu passo, é *a conveniência e a oportunidade do consumidor no ato de consumir*.

O consumidor, diferentemente do que habitualmente ocorre dentro do estabelecimento comercial do fornecedor, quando contrata à distância, estará ainda mais sujeito a consumir determinado produto ou serviço sem a devida reflexão. Isto é, ao consumidor será ainda mais difícil, em tal hipótese, avaliar se o produto ou o serviço que pretende adquirir irá corresponder realmente as suas necessidades ou aspirações. Poderá ele ser levado a consumir por impulso, a adquirir um produto ou um serviço sem a devida liberdade, a contratar motivado ou constrangido por técnicas agressivas de venda, ou ainda, estará ele sujeito a comprar algo que desconhece, a que não lhe foi dado oportunidade de ter contato prévio.

A falta de reflexão do consumidor no ato de consumo, como bem assinala Cláudia Lima Marques[4], contribui no sentido de lhe gerar uma série de problemas, como o superendividamento, a insolvência, dentre outros.

Logo, para garantir a devida oportunidade e conveniência no ato de consumir, ou seja, para assegurar a discricionariedade no consumo, é que o CDC, visando a impedir abusos por parte de fornecedores e equilibrar a relação consumerista, estabelece o direito de arrependimento do consumidor, quando este contratar fora do estabelecimento comercial do fornecedor.

Note-se que o Código adotou um critério objetivo, ou seja, o local da feitura do contrato, para presumir uma hipótese de falta de discricionariedade do consumidor. Em outros termos, o Código assumiu, a princípio, a idéia de que todos e quaisquer contratos firmados pelo consumidor fora do estabelecimento comercial do fornecedor sujeitam-no (o consumidor) a uma possível falta de conveniência e oportunidade no ato de consumir, o que nem sempre é verdade.[5]

A falta de discricionariedade na contratação na relação de consumo resulta basicamente de dois fatores: I - do emprego de técnicas de *marketing* agressivo. II - do desconhecimento prévio do consumidor do produto ou serviço.[6]

No primeiro caso, isto é, no emprego de técnicas de *marketing* agressivo, o consumidor tem sua discricionariedade maculada pelo fato de o fornecedor, ao utilizar tais técnicas, interferir, de certa forma, na vontade do consumidor, fazendo com que ele consuma independentemente de sua necessidade ou conveniência. Percebe-se que a conduta do fornecedor, e não a conduta do consumidor, determinou o consumo; consumo esse não espontâneo, mas sim induzido por tais técnicas. Sendo assim, nada é mais justo do que esta conduta seja albergada pelo risco da atividade empresarial.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, o *marketing* agressivo consiste "na utilização de técnicas de venda que, em diferentes graus, inibem a reflexão sobre a conveniência e oportunidade do ato de consumo".[7] São métodos que, segundo o autor: a) procuram precipitar a decisão da compra, reduzindo o tempo para o consumidor meditar sobre a real necessidade do produto ou serviço, hipótese do famoso: "ligue já e ganhe inteiramente grátis"; b) levam o consumidor a consumir por mero constrangimento, como no caso de reuniões feitas na casa de amigos onde são oferecidos produtos pelos anfitriões; c) utilizam técnicas ligadas à exacerbação de vantagens do negócio aliadas a um clima de festividade, como é o caso dos contratos de multipropriedade ou *time-sharing*.

Vale ressaltar que técnicas de *marketing* agressivo também são utilizadas por alguns fornecedores no comércio eletrônico. Como exemplo, podemos destacar os *banners* de propaganda em um *site* que trazem uma contagem regressiva para o clique do consumidor, ou o uso excessivo de páginas que se abrem sem solicitação, conhecidas como *pop-ups*. Tais páginas, uma vez que tragam uma oferta, poderiam, por exemplo, ficar incessantemente se abrindo à medida que o consumidor navega por determinado *site*.

Além das técnicas agressivas de *marketing*, a falta de conhecimento prévio do produto ou serviço também atinge a discricionariedade no consumo. Nestes casos, todavia, diferentemente do que ocorre com a utilização do *marketing* agressivo, o consumidor não será incitado a consumir; pelo contrário, agirá livre e espontaneamente, mas estará sujeito a adquirir um produto ou serviço que desconhece. Ao consumir à distância, geralmente, a análise do produto ou serviço pelo consumidor é prejudicada. O consumidor, em tais casos, não pode se valer de seus sentidos para verificar se produto ou serviço atende as suas expectativas, isto é, tocar, ver, cheirar, provar ou escutar aquilo que deseja adquirir.

Importante é ressaltar que nem sempre isto, ou seja, a análise completa do produto ou serviço, também será possível quando a relação de consumo ocorrer dentro do estabelecimento comercial. Ainda que não possível, porém, em todos os casos no mundo físico, no comércio eletrônico, com efeito, o consumidor não poderá utilizar todos os sentidos para avaliar o produto ou serviço que pretende adquirir. O Código, contudo, não leva em conta tal fato, considerando passível do direito de arrependimento, em regra, qualquer contrato de consumo, desde que firmado fora do estabelecimento comercial do fornecedor.

O que deve ficar evidente, no entanto, é que a intenção do legislador, ou seja, a teleologia normativa, foi a de garantir a discricionariedade no consumo. Sendo assim, em regra, não se justifica o exercício do direito de arrependimento, quando esta discricionariedade não for afetada, seja pela conduta do fornecedor ao utilizar técnicas agressivas de *marketing*, seja pelo desconhecimento do produto ou serviço ocasionado pela contratação à distância. Fala-se, em regra, porque haverá casos em que, em virtude da natureza da atividade econômica desenvolvida, o arrependimento será possível, independentemente de violação da discricionariedade no consumo. É a hipótese, por exemplo, da venda de bilhetes de passagens aéreas à distância, onde a possível desistência de passageiros já é prevista, sendo inerente à natureza do negócio.

2 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO

O fato de o *caput* do art. 49 CDC mencionar no seu final a expressão *especialmente por telefone ou a domicílio* para designar os contratos fora do estabelecimento comercial sujeitos ao arrependimento do consumidor não exclui outros contratos realizados fora do estabelecimento do fornecedor.

Como bem assinala Nelson Nery, trata-se de elenco meramente exemplificativo, podendo a contratação ser efetuada fora do estabelecimento comercial das mais variadas formas. Segundo o autor, "o caráter de *numerus apertus* deste elenco é dada pelo advérbio 'especialmente', constante da norma. Esta expressão indica claramente o propósito da lei de enumerar exemplos e não hipóteses taxativas".[8]

A obra de Rizzatto Nunes[9] oferece um elenco bastante vasto de hipóteses de contratações efetuadas fora do estabelecimento do fornecedor em que o direito de arrependimento poderá ser exercido pelo consumidor. Tomando por base a sua lição, destacam-se algumas hipóteses mais comuns em que o consumidor, com base no artigo 49 do CDC, poderá, unilateralmente, arrepender-se do contrato de consumo firmado. São elas: a) os contratos de consumo realizados em seu *domicílio* ou resultantes da venda de *porta em porta*[10]; b) contratos de consumo realizados por *telefone* decorrentes das vendas por *telemarketing* ou, ainda, das ofertas em veiculadas por TV, *sites* na Internet, mala direta, dentre outros; c) contratos de consumo realizados por *correspondência* decorrentes de repostas do consumidor a ofertas usualmente feitas por mala direta; d) contratos de consumo resultantes de *vendas emocionais* de *time-sharing* ou multipropriedade; [11] e por último, o objeto desta pesquisa, e) contratos de consumo realizados por *meio eletrônico*, isto é, os contratos eletrônicos de consumo efetuados pela Internet, pelos caixas eletrônicos, pelos telefones celulares, pelo sistema de TV a cabo, dentre outros.

É importante ter em mente a noção de que os contratos por meio eletrônico ou contratos eletrônicos não se restringem aos contratos firmados pela Internet. Hoje, já contratamos pelo sistema de TV a cabo, pelos telefones celulares, pelos mais diversos tipos de terminais eletrônicos espalhados pelas cidades e, certamente, com o continuar da evolução da tecnologia, muitos outros meios não mencionados aqui surgirão. O que deve restar claro, todavia, é o fato de que este tópico diz respeito a todo e qualquer

contrato de consumo, firmado a distância, por meio capaz de transmitir e registrar eletronicamente a vontade das partes.

Não se pode duvidar de que os contratos eletrônicos ainda representam uma certa novidade para o Direito, pois, a despeito de, tanto a doutrina, como a jurisprudência, caminharem no sentido de se amoldar às novas relações jurídicas nascidas com a revolução tecnológica, alguns temas, como o próprio direito de arrependimento, ainda demandam melhor análise.

O arrependimento do consumidor ao contratar nessas hipóteses, em regra, também será possível, no entanto, em razão das peculiaridades impostas por esta nova forma de contratação, a interpretação até hoje estabelecida pela doutrina para as relações construídas no mundo físico, como veremos, não serão as mesmas quando a relação de consumo for estabelecida por meio de contrato eletrônico.

Em outros termos, os limites ao exercício do direito de arrependimento serão os mesmos, não há qualquer dúvida, pois eles sempre existirão e continuarão a existir para qualquer relação de consumo que atente contra a discricionariedade no consumo. A interpretação de tais limites, contudo, é que variará em função das peculiaridades existentes nos contratos firmados por meio eletrônico.

3 LIMITES DE APLICABILIDADE DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO AO COMÉRCIO ELETRÔNICO

No comércio eletrônico, o direito de arrependimento será também, assim como o é nas relações no mundo físico, um direito subjetivo do consumidor. Tal fato se revela habitualmente por uma razão simples: o consumidor no comércio eletrônico, mesmo não sendo alvo de *marketing* agressivo (e, como visto, nada impede que seja), comumente não tem como aferir as reais características do produto e serviço que irá consumir ou realmente atestar se estes se adéquam as suas necessidades ou satisfazem as suas expectativas. O consumidor, com já exposto, no comércio eletrônico, freqüentemente, também não terá como consumir com plena discricionariedade no seu ato, isto é, não terá total conveniência e oportunidade no seu consumo. Sendo assim, para impedir abusos por parte de fornecedores e equilibrar a relação de consumo, é que o Código de Defesa do Consumidor igualmente possibilita que o consumidor se arrependa do contrato, nesses casos, no prazo de 7 dias.

Nenhum exercício de direito subjetivo, entretanto, é absoluto. O próprio ordenamento jurídico cuida de estabelecer limites ao exercício dos mais variados direitos que estabelece. É caso do exercício do direito de arrependimento pelo consumidor, que por mais ilimitado que possa parecer à primeira vista, sobretudo no comércio eletrônico, por não exigir a exposição de qualquer motivo por parte do consumidor para o seu exercício, também possui limites estabelecidos pelo próprio sistema.

Eles se encontram dentro da própria redação do artigo 49 e no micro sistema de normas de defesa do consumidor traçadas pelo CDC. Os limites ao direito de arrependimento

contidos expressamente na redação do art. 49 do CDC serão aqui chamados de *limites intrínsecos* e os demais limites, exteriores à redação do artigo, de *limites extrínsecos*, como serão analisados adiante.

3.1 Limites Intrínsecos

Os limites intrínsecos ao exercício do direito de arrependimento serão o *limite espacial* e o *limite temporal*, isto é, o critério objetivo do local da contratação e o prazo de reflexão de 7 dias, respectivamente.

3.1.1 Limite espacial

O art. 49 do CDC adotou um critério objetivo para estabelecer a violação à discricionariedade no ato de consumo. Assumiu o legislador a noção de que todo e qualquer contrato efetuado *fora do estabelecimento comercial do fornecedor* sujeitaria o consumidor a adquirir um produto ou um serviço sem a devida necessidade ou conveniência. Sendo assim, em regra, basta que o consumidor contrate fora do estabelecimento fornecedor para que tenha direito de arrepender-se no prazo de 7 dias. O consumidor poderá então se arrepender quando contratar por telefone, por correspondência, em seu domicilio, ou quando efetuar um contrato eletrônico.

O Código Civil de 2002 define o estabelecimento comercial, ou melhor, já dentro da teoria da empresa por ele adotado, o estabelecimento empresarial, em seu artigo art. 1.142, *in verbis*: "considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária".

Ora, o estabelecimento é um complexo de bens, ou seja, é um conjunto de bens corpóreos (loja, mobília, carros, máquinas, mercadoria etc.) e incorpóreos (marcas, invenções, nome empresarial, etc.) organizado e utilizado pelo empresário, pessoa física ou jurídica, para exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Da análise de ambos os artigos (art. 49 do CDC e art. 1.142 do Código Civil), percebe-se claramente que o conceito espacial de *dentro* e *fora* do estabelecimento não mais se coaduna com o atual conceito do que seja estabelecimento empresarial, haja vista que o art. 49 do CDC se refere, na realidade, ao local onde o empresário exerce a sua atividade.

Na relação de consumo, tal local será a loja, o restaurante, a concessionária de veículos, a farmácia, o supermercado, dentre outros. O artigo, na verdade, cuida do ponto comercial ou empresarial, ou seja, do local (ordinariamente um imóvel) onde o fornecedor oferece seus produtos e serviços. Tal local estará contido no conceito de

estabelecimento empresarial, mas o conceito de estabelecimento é bem mais amplo e, todavia, não se restringirá ao lugar onde é exercida a atividade empresarial.

À época da entrada em vigor do CDC, mormente 1990, a lei ainda não trazia expressamente o conceito de estabelecimento comercial, ficando ao cargo da doutrina tal obrigação, o que de certa forma até justifica a escolha da referida expressão pelo legislador.

Hoje, no entanto, percebe-se facilmente uma atecnia na redação do art. 49, que, ao se referir a estabelecimento comercial, na realidade pretende tratar, não de um conjunto organizado de bens para o exercício da atividade econômica pelo empresário, mas sim do local físico (ponto empresarial[12]) onde o fornecedor desenvolve a sua atividade e onde o consumidor pode entrar ou dele sair. O Código parte do princípio de que, em tal local, o consumidor ? uma vez que terá contato direto não só com os vendedores do empresário, como também com os produtos e serviços oferecidos por este ? não terá, em regra, a sua discricionariedade no consumo maculada.

Melhor seria que a redação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor não condicionasse o exercício do direito de arrependimento ao critério da compra ser efetuada dentro ou fora do estabelecimento comercial e sim, ao critério da compra ser feita à distância.

Melhor ainda, porém, seria se o CDC adotasse como critério o fato de o contrato ser firmado sem a devida discricionariedade por parte do consumidor e explicasse em um parágrafo as hipóteses em que tal discricionariedade seria violada, mormente quando houvesse a utilização de técnicas de *marketing* agressivo por parte do fornecedor, ou quando o consumidor, em função da distância, não pudesse ter contato prévio com o produto ou serviço que pretende adquirir.

Na falta de uma lei mais detalhada sobre o tema, caberá à doutrina e à jurisprudência de nosso País suprir as possíveis lacunas na aplicação do direito de arrependimento. Esta última, como observado, já caminha nesse sentido, ao permitir o arrependimento do consumidor nos contratos de consumo resultantes de *vendas emocionais* de *time-sharing* ou multipropriedade, independentemente do fato de serem eles firmados dentro ou fora do estabelecimento comercial do fornecedor.[13]

Percebe-se que jurisprudência brasileira, à falta de um tratamento mais específico do tema pela lei, acertadamente, afasta o critério objetivo do local do contrato de consumo para adotar um critério subjetivo, ou seja, a falta de discricionariedade de consumo ocasionada pela utilização de técnicas agressivas de *marketing*, mesmo no caso em que a contratação acontece dentro do estabelecimento do fornecedor.

Alguns autores[14], todavia, na tentativa de resguardar o empresário que atua no comércio eletrônico, apegam-se à idéia de que o consumidor, ao efetuar um contrato de consumo na Internet, o faz *dentro* do estabelecimento comercial do fornecedor. O que ocorre, na realidade, segundo a referida corrente, é a diferença no acesso ao estabelecimento, que, no meio virtual, não se dá de forma física, mas sim por meio da conduta do consumidor em, ao navegar pela Internet, acessar determinado endereço eletrônico pelo seu computador. O acesso do consumidor ao estabelecimento do fornecedor é assim virtual e não físico.

Vê-se que, ao adotar esta interpretação, nega-se qualquer possibilidade de arrependimento do consumidor decorrente da falta de contato prévio deste com o produto ou serviço que adquire. Notadamente, trata-se de uma tentativa de resguardar o empresário da aplicação indiscriminada do direito de arrependimento causada pela confusa redação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor.

Como visto, quando o art. 49 do CDC fala de contratação firmada *fora* do estabelecimento comercial, em verdade está se referindo ao local físico onde o fornecedor desenvolve a sua atividade econômica. Não se pode dizer que o local físico onde o fornecedor exerce sua atividade é igual ao lugar virtual, isto é, ao *website* do fornecedor. O *site*, quando muito, poderia ser comparado a um catálogo de vendas, mas não a um catálogo estático feito de papel, e sim a um catálogo interativo, onde o consumidor, por meio de cliques do botão do *mouse*, poderia, de acordo com sua vontade, examinar ofertas de produtos e serviços ao navegar por páginas eletrônicas.

Uma coisa, entretanto, é entrar no estabelecimento físico do fornecedor e tocar, ver, cheirar, provar, em suma, analisar produtos; outra é acessar ofertas inseridas no seu *website* por meio de um computador conectado à Internet. Tais experiências de consumo são totalmente diferentes. Se há de se comparar a relação de consumo ocorrida na Internet como qualquer outra, que se compare com os contratos de consumo nascidos da aceitação do consumidor as ofertas de produtos e serviços feitas por catálogos e não com os contratos efetuados dentro do estabelecimento do fornecedor.

Os contratos relacionados às ofertas feitas por catálogo impresso, a seu passo, são contratos realizados à distância, ou seja, que se concretizam, em última instância, por telefone, em domicílio ou por correspondência, ou até mesmo pela Internet (correio eletrônico, por exemplo), sendo plenamente possível o arrependimento do consumidor.

Não se pode dizer, contudo, é que o consumidor contratou dentro do estabelecimento comercial do fornecedor apenas pelo fato de ter acessado o *site* deste na Internet. Se assim fosse, estaríamos incentivando a venda por catálogo em detrimento da venda feita pela Internet, porque, no primeiro caso, o consumidor poderia se arrepender e no segundo não.

Acessar um catálogo eletrônico interativo e firmar um contrato não é a mesma coisa que contratar *dentro* do estabelecimento comercial do fornecedor. O consumidor, em regra, uma vez dentro do estabelecimento do fornecedor, pode averiguar com maior clareza a necessidade e a conveniência no consumo de determinado bem ou serviço. O consumidor, dependendo das peculiares características do produto ou do serviço, estando dentro do estabelecimento, poderá ver, tocar, cheirar, escutar ou provar aquilo que pretende consumir. Sua discricionariedade será ? salvo exceções ligadas à natureza do produto ou serviço negociado ? completa, diferentemente de quando contrata à distância e, por conseqüência, não tem oportunidade de ter contato prévio com o bem ou serviço que busca adquirir.

3.1.2 Limite temporal: o prazo de reflexão

O art. 49 do Código de Defesa do Consumidor estabelece como prazo de reflexão o período de 7 dias. Trata-se do limite temporal para o exercício do direito de arrependimento, haja vista que, uma vez ultrapassado, o consumidor não poderá mais se arrepender do contrato que tenha firmado fora do estabelecimento comercial do fornecedor.

Não se sabe ao certo o que levou o legislador a escolher o prazo específico de 7 dias e não de 10, 20, 30 dias, ou qualquer outro. Talvez a escolha tenha se dado pelo fato de o referido prazo, em sua fluência, sempre contemplar um final de semana. Certamente, neste período de descanso, os consumidores, submetidos à agitação e ao estresse comuns nas grandes cidades, podem refletir de um modo mais tranqüilo e sensato sobre os contratos de consumo que tenham firmado durante os dias da semana. Segundo assinala Nelson Nery, "o legislador brasileiro optou por conceder o prazo de sete dias, de relativa exigüidade, de modo a evitar eventuais abusos que possam ser cometidos pelo consumidor".[15]

Da análise do art. 49 do CDC, percebe-se ainda que o termo inicial para contagem do prazo de reflexão será a data da assinatura do contrato ou a data em que o produto ou serviço for recebido pelo consumidor. São, com efeito, duas situações diversas, pois nem sempre a assinatura do contrato coincidirá com a entrega do produto ou serviço, devendo, em regra, a contagem do prazo sempre ser iniciada com o último desses eventos, caso ocorram em datas distintas.

Seria o caso da assinatura de um contrato de compra e venda em domicílio, em que o consumidor paga o preço e, somente após o decorrer de um mês, recebe o produto em sua casa. Ora, caso se contasse o prazo de reflexão da assinatura do contrato, o direito de arrependimento do consumidor cairia por terra, uma vez que, com a entrega do produto, o prazo já estaria extinto.[16]

Uma vez fixado o termo inicial, aplica-se supletivamente o artigo 132 do Código Civil para se contar o prazo de reflexão de 7 dias. Sendo assim, exclui-se o dia do início e inclui-se o último dia. Se o dia inicial da contagem do prazo cair em dia não útil ou feriado, inicia-se a contagem a partir do próximo dia útil subseqüente. Da mesma maneira, se o dia final do prazo cair em dia não útil ou feriado, prorroga-se o seu vencimento para o primeiro dia útil posterior.

Importante ressaltar que o prazo de 7 dias estabelecido pelo CDC é um prazo mínimo, isto é, nada impede que seja ampliado pelo fornecedor. [17] O que não pode ocorrer, todavia, será a existência de cláusula contratual que estabeleça um prazo menor do que 7 dias. Tal cláusula, se existente, será tida por abusiva e, por conseqüência, nula nos termos do art. 51 do CDC.

O consumidor que intente se arrepender deverá, dentro do prazo de reflexão de 7 dias, manifestar ao fornecedor a sua desistência do contrato de consumo, nada impedindo que essa manifestação ocorra no último dia do prazo, ou seja, no sétimo dia útil.

O Código não determina nenhuma forma especial mediante a qual o consumidor deverá comunicar a sua desistência ao fornecedor. Logo, ao consumidor é facultado utilizar qualquer meio de comunicação para manifestar sua desistência.[18] Logicamente, sua escolha deve se pautar no fato de que talvez tenha que comprovar em juízo o dia exato

em que desistiu do contrato, para tornar seu arrependimento eficaz. Sendo assim, considerando a facilitação da prova, talvez a utilização de carta registrada seja a solução mais adequada.[19]

O Código também não exige qualquer justificativa do consumidor ao manifestar a sua desistência, ou seja, pouco importa os motivos que levaram o consumidor a desistir do contrato do consumo, bastando que, em regra, o contrato tenha sido firmado fora do estabelecimento comercial do fornecedor e que o consumidor manifeste a desistência do contrato ao fornecedor dentro do prazo de reflexão.[20]

3.2 Limites Extrínsecos

Os limites extrínsecos ao exercício do direito de arrependimento (não contidos na redação do artigo 49 do CDC) serão os limites social e material, isto é, o *princípio da boa-fé objetiva* e *a relação de consumo*, respectivamente.

3.2.1 O limite social: o princípio da boa-fé objetiva

O artigo 49 do CDC busca proteger a discricionariedade no consumo, ou seja, visa a assegurar a conveniência e oportunidade do consumidor no ato de consumir, garantindo que a sua vontade seja livremente manifestada. Ao fazer isso, pode-se dizer, em uma última análise, que o referido artigo, com efeito, procura assegurar a boa-fé na relação de consumo, possibilitando o arrependimento do consumidor tanto nos casos da utilização, por parte do fornecedor, de técnicas de *marketing* agressivo, quanto nos casos em que o consumidor, ao contratar à distância, não tiver oportunidade de ter contato prévio com o produto ou serviço que pretende adquirir.

O Código visa a assegurar que tanto consumidores quanto fornecedores ajam de boa-fé, ou seja, manifestem-se de uma forma honesta e leal ao firmarem o contrato de consumo. Esta boa-fé na relação de consumo, que motiva o CDC a estabelecer o possível arrependimento do consumidor nas hipóteses que cuida, encontra expressão no próprio texto do Código, mormente no seu art. 4°, inc. III.[21]

O referido inciso, outrossim, é uma manifestação clara do princípio da boa-fé objetiva. Fala-se em boa-fé objetiva em razão da existência de uma boa-fé subjetiva, a qual com aquela não se confunde.

A boa-fé subjetiva é um estado psicológico. É a crença de uma pessoa de que está agindo corretamente, sem qualquer intenção de causar dano ou prejuízo a quem quer que seja e sem qualquer intuito de infringir a lei, a moral ou os bons costumes, com o seu comportamento. O indivíduo, em sua mente e para todos os efeitos, acredita estar se portando de forma íntegra e honesta. É uma boa-fé interna, uma boa-fé íntima,

relacionada a um comportamento sem qualquer mácula que o agente, em seu pensamento, acredita estar cumprindo.[22]

Plínio Lacerda Martins cita como exemplo típico de boa-fé subjetiva o caso de uma pessoa que, ao alienar um bem, desconhece a existência de vícios ocultos e realiza o negócio acreditando praticar o ato conforme o Direito.[23]

Já a boa-fé objetiva não é um estado psicológico, mas uma regra de conduta. Trata-se do dever das partes de se comportar de uma forma leal e honesta no sentido de respeitar a outra, evitando causar-lhe prejuízos desnecessários ou obstar o correto cumprimento do contrato. Este princípio, vale ressaltar, deve ser observado pelas partes da relação de consumo, tanto na fase preliminar de negociações quanto na fase de conclusão do contrato e mesmo após a sua execução.[24] É um princípio dinâmico que se impõe por toda a vida do contrato e continua mesmo após a sua morte.[25]

É mister destacar o fato de que o princípio da boa-fé objetiva dirige-se tanto aos consumidores quanto aos fornecedores. Em outras palavras, a boa-fé na relação de consumo é uma via de duas mãos, ou seja, não só o fornecedor deve estar de boa-fé, mas também o consumidor, sobretudo quando exerce o direito de arrependimento.

Ao contrário do que se pensa, facilmente o consumidor poderá ferir o princípio da boa-fé objetiva quando exercitar o direito de arrependimento, muitas vezes por pensar que esta é uma prerrogativa sem qualquer parâmetro, haja vista que a lei não exige qualquer demonstração dos motivos de sua desistência.

Ronaldo Alves de Andrade[26] aponta interessantes exemplos de violação do princípio da boa-fé objetiva pelo consumidor no comércio eletrônico. O primeiro é o caso de um consumidor que adquire, numa loja virtual na Internet, inúmeros CD´s de músicas e, após gravar apenas as músicas que lhe interessam, arrepende-se do contrato firmado no prazo de 7 dias. Outro exemplo é, segundo o autor, um caso verídico, mas que não chegou a ser discutido em juízo, em que um consumidor se arrependeu, no prazo de reflexão, da compra de um automóvel popular que efetuou pela Internet, após receber o veículo, isto é, depois de retirá-lo da concessionária. Em ambos os exemplos, o jurista assinala não caber o exercício do direito de arrependimento por parte do consumidor, por haver clara violação ao princípio da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva é um dos principais limites ao exercício do direito de arrependimento pelo consumidor no *e-commerce*. Com base no princípio da boa-fé objetiva, percebe-se que o exercício do direito de arrependimento no comércio eletrônico não deve ocasionar prejuízos injustos para o empresário e muito menos para o consumidor. No entanto, cada relação de consumo deve ser analisada caso a caso com base na característica do produto ou serviço e, sobretudo, com vistas à natureza do negócio para determinar-se se o comportamento do consumidor em arrepender-se representa uma violação ao referido princípio. Em outros termos, a violação ao princípio da boa-fé objetiva deverá ser aferida pelo juiz no caso concreto, pois se trata de um conceito aberto.[27]

Apesar das dificuldades que esta tarefa possa representar a princípio, é possível determinar um caminho lógico para se avaliar quando o exercício do direito de

arrependimento pelo consumidor representa violação ao princípio da boa-fé objetiva, sobretudo no comércio eletrônico.[28]

O primeiro passo é identificar se houve ou não intervenção do consumidor no produto e se esta produziu um injusto prejuízo ao fornecedor. O segundo é perceber se o próprio exercício do direito de arrependimento, pelo fato da natureza da atividade econômica desenvolvida ou pela própria característica do produto ou serviço, por si só, não importa violação ao princípio da boa-fé objetiva.

Ao se devolver um produto, o arrependimento do consumidor poderá ser extremamente lesivo ao fornecedor, pois, uma vez que o produto devolvido esteja inutilizado, ou ainda tenha o seu valor excessivamente diminuído pelo simples fato da intervenção do consumidor, o fornecedor, independentemente de qualquer motivo, terá que suportar todos os prejuízos advindos da devolução.

Ora, como é habitual, dependendo do tipo de produto, a maioria dos consumidores precisa olhar, tocar, vistoriar, experimentar, em suma, precisa certificar-se de que realmente o produto atende as suas expectativas. Não que isto seja possível em todos os casos no mundo físico, mas no comércio eletrônico, sobretudo na Internet, inegavelmente, o consumidor não pode exercer todos os seus sentidos em relação ao produto ou serviço que pretende adquirir.

Em outras palavras, o consumidor no comércio eletrônico, geralmente, apenas pode ver o produto por meio de uma foto digitalizada, que na maioria das vezes não representa claramente seu tamanho real, sua cor ou sua forma. Além disso, ele, dependendo do produto, não os pode tocar, cheirar ou provar. Essas sensações obviamente influenciam na compra e na conseqüente satisfação ou não do consumidor.

Como visto, quando o consumidor não tiver a oportunidade do contato prévio com o produto ou serviço, logicamente, poderá exercer o direito de arrependimento. Consoante já expresso, entretanto, o exercício desse direito deve estar necessária e estritamente limitado pelo princípio da boa-fé objetiva.

Assim, entende-se que nas hipóteses em que a conveniência e a oportunidade no consumo do produto ou serviço são as mesmas, isto é, quando a discricionariedade no consumo for igual, tanto no mundo físico quanto no mundo virtual, no caso de uma intervenção no produto que o inutilize ou diminua excessivamente o seu valor, entendemos que não há, em regra, de se falar em direito de arrependimento.

Haverá casos, todavia, em que o consumidor, uma vez que possua interesse, poderá até mesmo se arrepender se assim desejar, mas, em contrapartida, deverá ele ressarcir o fornecedor pelos prejuízos causados.[29]

Apesar de esta solução ir também ao encontro do princípio da boa-fé objetiva e, consequentemente, do equilíbrio da relação de consumo, a aferição do cabimento ou não do exercício do direito de arrependimento do consumidor dependerá sempre da análise do caso concreto, podendo esse, inclusive, ser negado, quando houver desvalorização ou inutilização do produto decorrente de intervenção do consumidor ou mesmo pelo simples fato da natureza da atividade econômica desenvolvida ser incompatível com o

exercício do direito de arrependimento do consumidor (compra e venda de ações da bolsa feita pela Internet, por exemplo).

No comércio eletrônico, quando existir uma conduta ativa e livre do consumidor, ou seja, quando o fornecedor não utilizar técnicas de *marketing* agressivo, o direito de arrependimento poderá ser negado, quando não houver diferença na discricionariedade do consumo entre a relação no mundo virtual e a relação firmada no mundo físico, ou mesmo no caso de simples incompatibilidade do direito de arrependimento com a natureza do produto ou serviço negociado, ou, ainda, com a atividade econômica desenvolvida.

Ao comprar uma garrafa de vinho pela Internet em um supermercado virtual, por exemplo, pela característica do produto, e pela natureza do negócio, o consumidor poderá exercer o direito de arrependimento no prazo de reflexão legalmente estipulado, desde que não tenha aberto o vinho, ou seja, não tenha intervindo no produto de modo a inutilizá-lo ou diminuir excessivamente o seu valor. Ao devolver uma garrafa não aberta, não haverá qualquer prejuízo que não seja albergado pelo risco da atividade econômica desenvolvida pelo empresário.

Se o consumidor abrir a garrafa de vinho, contudo, ele não poderá se arrepender depois porque, ao interferir no produto, estará inutilizando-o, e por conseqüência, violando o princípio da boa-fé objetiva. Ocorrerá nesse caso um prejuízo indevido ao empresário (fornecedor), na media em que o vinho aberto não poderá ser negociado novamente pelo supermercado virtual. Desta feita, mesmo que diante de outros motivos plausíveis decida desistir do contrato, sendo seu arrependimento acatado em juízo, o consumidor deverá ser condenado, em contrapartida, a ressarcir os prejuízos causados ao fornecedor.

Ora, o consumidor, ao comprar o mesmo produto no estabelecimento físico, ou seja, no supermercado, ordinariamente não o pode abrir, quanto mais o experimentar. Logo, ao adquirir pela Internet o mesmo produto, também não poderá experimentá-lo. Assim, caso o consumidor compre o vinho, abra-o e o experimente, ficará clara a violação ao princípio da boa-fé objetiva caso queira devolver o produto. A intervenção no produto e sua conseqüente devolução, por si só, já caracterizam violação ao princípio da boa-fé objetiva na relação contratual.

Notadamente, a própria característica do produto e a natureza do negócio, no caso exposto da compra de uma garrafa de vinho no supermercado virtual, impõem que o produto não seja aberto caso se queria devolvê-lo. Dessa forma, o arrependimento do consumidor após abrir o produto representa um injusto prejuízo ao empresário fornecedor e, por conseqüência, uma violação ao princípio da boa-fé objetiva.

Vale ressaltar que, se o consumidor compra não uma, mas uma caixa com doze garrafas de vinho, e decide desistir do contrato de consumo após abrir apenas uma garrafa, poderá arrepender-se do contrato, sem qualquer ônus, em relação às demais (onze garrafas), uma vez que não haverá qualquer prejuízo ao empresário não albergado pelo risco da atividade empresarial desenvolvida.

Se o consumidor compra um vinho em um *website* de uma loja especializada na venda de vinhos, no entanto, em que são oferecidas degustações aos clientes em sua sede física, o consumidor, mesmo o abrindo, poderá devolvê-lo, pois, nesse caso, a própria

natureza do negócio desenvolvido permite o arrependimento. Ora, alguém que tem por atividade específica a venda de vinhos e oferece degustações, sabe que tanto no mundo físico como no mundo virtual se deparará com clientes insatisfeitos com o produto adquirido e terá que suportar a sua devolução. Nesse caso, sem dúvida, existirá um risco inerente à natureza da atividade econômica desenvolvida.

Esse empresário, ao propor-se vender vinhos pela Internet, assumirá os riscos e estará sujeito ao direito de arrependimento, pois a natureza de sua atividade impõe que assim proceda. Nessa hipótese, caso ele se recuse a receber um vinho aberto comprado em seu *website*, estará ele, a seu turno, violando o princípio da boa-fé objetiva.

Vale ressaltar que, logicamente, se o vinho estiver estragado, é claro que, independentemente da natureza do negócio desenvolvido, o consumidor poderá devolver o produto, mas nesse caso trata-se de devolução por vício no produto, ou seja, de rescisão do contrato por vício de fornecimento[30] e não de direito de arrependimento[31]. Da mesma forma, se o consumidor comprar um sofá em um *website* de uma loja de móveis pela Internet, caso não goste da dureza da espuma, logicamente poderá devolver o sofá.

Vale atentar ao fato de que, nesse caso, diferentemente da hipótese da garrafa de vinho, a intervenção não causa nenhum prejuízo injustificável, pois a intervenção de sentar no sofá não inutiliza o produto, ou sequer diminuiu excessivamente o seu valor. Ora, ao se comprar um sofá, é manifesta a noção de que a maioria dos consumidores o experimenta. Logo, se o consumidor, privado de tal sensação, adquire um sofá pela Internet e, por motivos pessoais não goste da dureza da espuma do estofado, poderá arrepender-se do contrato, mesmo intervindo no produto, ou seja, sentando nele, ou até abrindo-o de sua caixa ou proteção.

O empresário que se propõe a vender móveis pela Internet assumirá o justo risco de encontrar consumidores que não gostem deles mesmos após a entrega, devendo suportar os prejuízos de sua devolução (embalar novamente o produto, perda da venda para outro consumidor, despesas com entrega etc). Os riscos, nesse caso, serão novamente inerentes à natureza da atividade empresarial desenvolvida.

Já diante de um contrato de corretagem de valores mobiliários, por exemplo, mormente da compra e venda de ações negociadas na bolsa de valores feita pela Internet por intermédio de empresas de corretagem virtuais, o exercício do direito de arrependimento do consumidor, no caso de prejuízo, claramente, violará o princípio da boa-fé objetiva. Ora, se o consumidor obtivesse lucro, logicamente, não teria razão alguma para desistir do contrato. Percebe-se nesta hipótese, de forma manifesta, que a natureza da atividade econômica desenvolvida, apesar de ser realizada a distância, é incompatível com o direito de arrependimento do consumidor.

Não cansa lembrar, todavia, que haverá casos em que a desistência do consumidor, ao contrário do exemplo anterior, já faz parte do negócio, independentemente de qualquer violação à discricionariedade no consumo. O arrependimento, nestas hipóteses, é um risco inerente à natureza da atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor. É o caso da venda de bilhetes de passagens aéreas feita pela Internet.

O exercício do direito de arrependimento do contrato, em suma, poderá ser exercido pelo consumidor no comércio eletrônico, em regra, toda vez que sua discricionariedade no ato de consumir for, de alguma forma, maculada, respeitado o limite imposto pelo princípio da boa-fé objetiva e nos casos em que o arrependimento for da própria natureza no negócio; isto é, o consumidor poderá arrepender-se nos casos em que a sua desistência já é permitida, nos casos de utilização de técnicas de *marketing* agressivo, ou ainda, quando não tiver a oportunidade prévia de ter contato com o produto ou serviço, *desde que não ocorra violação ao princípio da boa-fé objetiva.*

Ocorrerá violação a esse princípio quando o exercício do direito de arrependimento ocasionar injustos prejuízos ao empresário. Tais prejuízos, por sua vez, serão injustos e, por conseqüente, estarão fora do risco da atividade econômica, quando o exercício do direito de arrependimento importar na *inutilização*, ou mesmo na *diminuição excessiva do valor do produto*. E, finalmente, ao se avaliar tais prejuízos, hão de ser ainda observadas *a natureza do negócio, as características do produto ou serviço oferecido* e *a ocorrência, ou não, de intervenção do consumidor* no produto.

3.2.2 Limite material: a relação de consumo

A própria relação de consumo será um limite ao exercício do direito de arrependimento do consumidor, pois, logicamente, não havendo dita relação, não se aplica o CDC e, conseqüentemente, há de se falar na desistência do consumidor, no prazo de 7 dias, dos contratos que tenha firmado fora do estabelecimento comercial do fornecedor.

Para demarcar as balizas da relação de consumo, é necessário analisar as definições dos sujeitos que a compõem, ou seja, o significado jurídico dos termos *consumidor* e *fornecedor*, bem como o seu *objeto*. Os sujeitos da relação de consumo serão, assim como o seu objeto, obviamente, os mesmos relacionados ao exercício do direito de arrependimento. O próprio CDC se encarrega de estabelecer o conceito de consumidor em seu art. 2°:

Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Sendo assim, o sujeito do direito de arrependimento será uma pessoa natural ou jurídica que, como destinatário final, contrata a prestação de um serviço ou adquire determinado produto fora do estabelecimento comercial.

O conceito de consumidor, todavia, não se restringe ao que reza o *caput* do referido art. 2° do Código. Ainda haverá os consumidores por equiparação nos termos do parágrafo único do art. 2°, bem como nos casos dos arts. 17 e 29, todos do CDC[32]. Como o

exercício do direito de arrependimento, entretanto, depende da existência de um contrato firmado entre consumidor e fornecedor, tais consumidores ficam de fora do tema, uma vez que não dependem de qualquer contrato para serem considerados como tal.

Outro ponto da definição importante para o comércio eletrônico é o fato de ser considerado consumidor somente aquela pessoa que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, isto é, para seu uso pessoal ou de sua família, não comercializando o produto ou serviço, ou mesmo não os utilizando como insumos para a produção ou prestação de outros produtos ou serviços, respectivamente. [33]

Sendo assim, deve-se ter em mente a idéia de que os negócios jurídicos por meio eletrônico que envolverem em ambos os lados apenas empresários — comércio eletrônico B2B (*business-to-business*) — bem como apenas consumidores — comércio eletrônico C2C (*consumer-to-consumer*) — não são relações de consumo, ficando excluída, em tais casos, qualquer possibilidade de arrependimento, fundada no art. 49 do CDC.

Percebe-se, todavia, que, assim como ocorre no comércio tradicional, no comércio eletrônico, tanto a identificação do consumidor e da relação de consumo quanto a possibilidade do exercício do direito de arrependimento pelo consumidor dependerão sempre da análise do caso concreto.

Logo, haverá casos em que, apesar do negócio assumir à primeira vista características de comércio eletrônico B2B ou C2C, na realidade o que ocorrerá no caso concreto será um comércio eletrônico B2C (*business-to-consumer*), ou seja, uma típica relação de consumo, com plena aplicabilidade do direito de arrependimento. Como exemplo, destacamos o caso de pessoas naturais que, de forma habitual e profissionalmente, vendem seus produtos por meio dos chamados *sites* de leilão virtual.[34] Em contrapartida, estariam excluídos do alcance do direito de arrependimento os contratos firmados em leilões virtuais[35], onde figurarem apenas consumidores e outros negócios entre particulares, como a venda de veículos por meio de anúncios feitos em classificados *on-line*.

Da mesma maneira que fez com o conceito de consumidor, o CDC também trouxe expressamente o conceito de fornecedor em seu art. 3°, abaixo:

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

Insta notar que o CDC buscou ser o mais abrangente possível, considerando como fornecedores não só quaisquer pessoas naturais e jurídicas, mas até mesmo entes despersonalizados, desde que, em suma, desenvolvam atividade econômica regular ou eventual que vise, direta ou indiretamente, à produção ou à circulação de produtos ou prestação de serviços.

O conceito de fornecedor sujeito ao direito de arrependimento, todavia, dependerá ainda de outros dois fatores também tratados pelo artigo em questão, a saber: o produto ou o serviço. Estes, a seu passo, serão os objetos do contrato alvo do arrependimento, isto é, do qual o consumidor, como visto, poderá eventualmente desistir, desde que, em regra, tenha contratado fora do estabelecimento comercial do fornecedor e exerça tal prerrogativa dentro do prazo de reflexão.

O CDC é claro ao estabelecer o direito de arrependimento do consumidor, tanto em relação aos *produtos* que adquire quanto aos *serviços* que contrata, quando firma relação de consumo à distância. Nos termos do art. 49, o consumidor poderá desistir do contrato "sempre que a contratação de *produtos* e *serviços* ocorrer fora do estabelecimento comercial". (destaque nosso).

O arrependimento do consumidor, todavia, não se dará sobre qualquer serviço ou produto, pois, dependendo do caso concreto, este não será admissível ou será inviabilizado por ensejar uma responsabilidade do próprio consumidor. Em outros termos, seja por haver clara incompatibilidade entre o referido direito e a própria natureza do produto ou serviço, ou mesmo com a natureza da atividade econômica desenvolvida, seja por haver clara intervenção do consumidor no produto que traz prejuízo e, por conseqüência, traz injustos prejuízos ao fornecedor, violando o princípio da boa-fé objetiva, haverá hipóteses em que o exercício do direito de arrependimento não será possível, ou ainda, mesmo que concedido, será inviável por ensejar uma responsabilização posterior do consumidor pelos danos causados.

O CDC traz as definições de produto e serviço nos parágrafos 1° e 2° do seu art. 3°, respectivamente. O primeiro objeto mencionado pelo artigo 49, isto é, o produto, nos termos do parágrafo primeiro é "qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial".

O produto nos termos do Código será qualquer *bem*, isto é, qualquer coisa suscetível de apreciação econômica. Mesmo os recursos encontrados em abundância na natureza poderão vir a ser bens. A água, por exemplo, hodiernamente, é engarrafada e vendida nos mais variados estabelecimentos empresariais. O próprio ar, uma vez associado a um serviço, também pode ser tido como um bem, como no caso da venda e carga de cilindros de ar comprimido para mergulho autônomo.

José Geraldo Brito Filomeno assinala que produto é "qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final".[36]

Além disso, percebe-se ainda que os produtos, segundo o referido parágrafo, poderão ser *bens materiais ou imateriais*. Logo, com efeito, no caso do comércio eletrônico, resta clara a possibilidade do exercício de direito de arrependimento do consumidor em relação aos negócios à distância que envolvam a compra de *softwares*[37], ou bens imateriais, outros, como músicas, fotos, livros, filmes, artigos, revistas, jornais, desde que em formato eletrônico.

O Código, ainda, no artigo 26, inc I e II, cuidou da classificação de produtos em *duráveis* e *não duráveis*. Dentro desta outra classificação, é importante salientar que a intervenção do consumidor, dependendo do tipo de produto, ou seja, ser durável ou não,

poderá ocasionar violação ao limite social do direito de arrependimento, isto é, ao princípio da boa-fé objetiva.

No caso de bens duráveis, em regra, mesmo ocorrendo qualquer intervenção do consumidor, não haverá qualquer violação do princípio da boa-fé objetiva, uma vez que ocorra a desistência do contrato pelo consumidor. Nestas hipóteses, a intervenção não produzirá nenhum prejuízo que já não esteja albergado pelo risco da atividade econômica.

Produtos não duráveis, a seu passo, por se extinguirem com o seu uso, de ordinário, não poderão ser objeto de intervenção do consumidor que deseje se arrepender. São os casos de produtos como alimentos, bebidas, remédios, produtos de higiene pessoal, dentre outros. Em tais hipóteses, o consumidor que pretende desistir do contrato de consumo firmado a distância deverá zelar pela integridade do produto adquirido, cuidando para que este não seja inutilizado ou não seja alvo de qualquer tipo de desvalorização, sob pena violar o princípio da boa-fé objetiva e, por conseqüência, ver negado em juízo o seu direito de arrependimento, ou mesmo ter que arcar com os prejuízos advindos do seu ato, caso este, mesmo assim, seja concedido.

Merece destaque o fato de o Código, ao tratar da definição de produto, ainda faz menção aos *bens móveis* e *imóveis*. Sendo assim, depara-se com o seguinte questionamento: será possível que o consumidor exerça o direito de arrependimento no caso de contrato de consumo no comércio eletrônico cujo objeto seja um bem imóvel?

Apesar da existência de opiniões contrárias[38], mais acertada é a posição defendida pelo doutrinador Rizzatto Nunes, no sentido de que o direito de arrependimento, dependendo do caso concreto, será plenamente aplicável quando a relação de consumo tiver como objeto bem imóvel.[39]

A lei veda, por exigir a forma solene (escritura pública), que sejam realizados contratos eletrônicos de compra e venda de imóveis. Contudo, a venda de imóveis não se restringe ao contrato de compra e venda que demanda escritura pública. Existem outros contratos, envolvendo bem imóvel, que poderão ser firmados entre consumidor e fornecedor fora do estabelecimento comercial, isto é, no domicílio daquele, pelo telefone ou, inclusive, pela Internet. Nada impede, por exemplo, que o consumidor firme um contrato eletrônico pela Internet cujo objeto seja o pagamento de uma entrada para se adquirir determinado terreno.[40] Sendo assim, na relação de consumo no comércio eletrônico que envolva bem imóvel, o direito de arrependimento, dependendo do caso concreto, poderá ser plenamente cabível.

No que tange ao segundo objeto mencionado pelo artigo 49, isto é, o contrato de consumo que envolva a prestação de serviços, o exercício do direito de arrependimento, apesar de previsto e possível, envolve uma série de peculiaridades quando este serviço é prestado no comércio eletrônico.

O ponto de fundamental importância em relação ao direito de arrependimento dos contratos cujo objeto seja um serviço diz respeito ao momento da desistência por parte do consumidor. Na prestação de serviços, sobretudo os de execução imediata, o arrependimento do consumidor deve ocorrer, em regra, antes da prestação do serviço, sob pena de o consumidor, ao fazê-lo após a sua conclusão, violar o princípio da boa-fé

objetiva e tornar seu arrependimento inviável por ter de ressarcir os possíveis prejuízos gerados ao fornecedor com a sua conduta.

Ora, quando o fornecedor presta um serviço ao consumidor, uma vez que este seja concluído, não há como mais se voltar atrás, não há mais como se desfazer o móvel pronto e acabado, como tirar a tinta da parede pintada, como desconsertar o aparelho de televisão consertado, em suma, como retornar o serviço já prestado ao *status* anterior a sua prestação. Sendo assim, não que o retorno ao *status* anterior seja obrigatório, uma vez que a o artigo 49, simplesmente, diz que o consumidor poderá desistir do contrato. Qualquer arrependimento posterior a prestação do serviço, no entanto, em regra, produzirá injusto prejuízo ao fornecedor, prejuízo este não alcançado pelo risco da atividade econômica por ele desenvolvida. Logo, mesmo que se arrependa, o consumidor terá que arcar com os prejuízos causados ao fornecedor, o que, em tese, poderá até inviabilizar o próprio arrependimento.[41]

Por outro lado, extrai-se que, mesmo no caso de serviços, haverá hipóteses em que o arrependimento do consumidor se justificará. Estas hipóteses dizem respeito aos contratos de prestação de serviços continuados. Em tais episódios, será plenamente justificável que o consumidor, querendo romper com o vínculo contratual, tencione arrepender-se, dentro do prazo de reflexão. Poderá ele assim, após a prestação de um serviço continuado, por não gostar deste, arrepender-se do contrato no prazo de 7 dias contados da primeira prestação de serviço. Seria o caso, por exemplo, de um consumidor que adquire um telefone celular com desconto pela Internet atrelado a um plano de tarifas que o condiciona a adquirir uma quantidade predeterminada de minutos de conversação mensalmente durante o período de um ano. Caso o consumidor ateste, por exemplo, que a cobertura oferecida pela operadora não satisfaz seus interesses, poderá desistir do serviço de telefonia contratado, no prazo de reflexão. Em contrapartida, o consumidor terá que devolver o telefone, ou pagar a diferença sobre o preço do produto sem o plano e habilitá-lo em outra operadora. Note-se que o arrependimento, na segunda hipótese, acontecerá apenas com relação ao serviço contratado e não, necessariamente, em relação ao produto adquirido.

A definição de serviços feita pelo Código ainda abrange os serviços públicos, sendo plenamente possível o direito de arrependimento nesses casos, inclusive no comércio eletrônico. Desta forma, nada impede, por exemplo, que determinado bacharel em Direito, após realizar sua inscrição em determinado concurso público pela Internet, arrependa-se, nos termos do art. 49, no prazo de 7 dias e antes da realização do concurso (prestação do serviço), da inscrição efetuada, devendo o valor da taxa ser devolvido a ele pela instituição responsável pelo concurso.

CONCLUSÃO

Diante da breve investigação realizada, conclui-se que no comércio eletrônico, assim como no comércio tradicional, o direito de arrependimento pelo artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor é plenamente aplicável.

Constata-se, outrossim, que este direito existe para garantir a devida oportunidade e conveniência do consumidor, ou seja, para assegurar a discricionariedade no consumo, sendo certo que a falta de discricionariedade na contratação na relação de consumo resulta basicamente de dois fatores: do emprego de técnicas de marketing agressivo ou do desconhecimento prévio do consumidor do produto ou serviço.

Percebe-se ainda que a interpretação das normas consumeristas — por buscar, à luz do espírito traçado pelas normas constitucionais e pelas normas do próprio CDC, a harmonia entre a relação de consumo e a atividade econômica, o equilíbrio entre fornecedor e consumidor — impõe limites ao exercício do direito de arrependimento, sobretudo, no comércio eletrônico. Tais limites estão presentes tanto na redação do próprio do art. 49 do CDC (limites intrínsecos), como no micro sistema de normas de defesa do consumidor traçadas pelo CDC (limites extrínsecos - exteriores à redação do artigo). Estes seriam os limites social e material, isto é, o princípio da boa-fé objetiva e a relação de consumo, respectivamente, enquanto aqueles seriam o limite espacial e limite temporal, ou seja, o critério objetivo do local da contratação e o prazo de reflexão de 7 dias.

Por derradeiro, imperioso ressaltar que o aplicador do Direito deve buscar confrontar o caso concreto com os limites intrínsecos e extrínsecos aqui analisados para determinar o real alcance e as possibilidades de arrependimento do consumidor no comércio realizado por meio da grande rede mundial de computadores. A legislação possui orientações, vetores normativos que serão utilizados pelo intérprete no momento da aplicação, em virtude da dialética do Direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. Barueri, SP: Manole, 2004.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARPENA. Heloísa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 3. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações de consumo. 4. ed. rev., atul. e ampl. 2. tir., São Paulo: RT, 2004.

MARTINS, Plínio Lacerda. **O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOLIN, César Viterbo Matos. **A eficácia probatória dos contratos por computador**. São Paulo: Saraiva, 1995.

---

[1] Art. 49 do CDC. "O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados".

[2] ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.** Barueri, SP: Manole, 2004, p.107-116.

[3] Art. 420 do Código Civil: Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito à

indenização suplementar. (Destaque nosso). O Código Civil ainda menciona o termo arrependimento nos artigos 463, 725 e 1417.

[4] Nas palavras da autora, "a decisão irrefletida, não preparada, emocional do consumidor está ligada fatidicamente a uma série de perigos, vale lembrar os fenômenos atuais de superendividamento, insolvência, abusos contratuais, frustração das expectativas legítimas etc. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor***:* o novo regime das relações de consumo. 4. ed. rev., atul. e ampl. 2. tir., São Paulo : RT, 2004, p.717.

[5] Num contrato de compra de uma passagem aérea pela internet, o consumidor terá praticamente a mesma discricionariedade se efetuar a compra numa agência de viagens.

[6] Como bem assinala Nelson Nery, "quando o espírito do consumidor não está preparado para uma abordagem mais agressiva, *derivada de práticas e técnicas de vendas mais incisivas, não terá discernimento suficiente para contratar ou deixar de contratar, dependendo do poder de convencimento empregado nessas práticas mais agressivas*. Para essa situação é que o Código prevê o direito de arrependimento. *Além da sujeição do consumidor a essas práticas comerciais agressivas, fica ele vulnerável também ao desconhecimento do produto ou serviço, quando a venda é feita por catálogo, por exemplo. Não tem oportunidade de examinar o produto ou serviço, verificando suas qualidades e defeitos etc".* (Destacamos). GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 494.

[7] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil - Lei n. 10.406, de 10.1.2002. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3, p.47.

[8] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. op. cit. p. 495.

[9] NUNES, Rizzatto**. Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005.

[10] Terminologia adotada por Cláudia Lima Marques. MARQUES, Cláudia Lima. op.cit., p.704.

[11] Como bem assinala Cláudia Lima Marques, não obstante estes tipos de contratos acontecerem dentro do estabelecimento comercial, eles são equiparados pela jurisprudência a relações de consumo ocorrentes fora do estabelecimento do fornecedor. MARQUES, Cláudia Lima. op.cit., p. 716-717. Neste sentido *vide* ainda: Apelação Cível Nº 196115299, Nona Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, julgado em 10/09/1996 e Apelação Cível Nº 70001471523, Décima Sétima Câmera Civil, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Elaine Harzheim Macedo, julgado em 03/10/2000.

[12] Segundo Sérgio Campinho, o ponto empresarial "consiste no lugar, no espaço físico onde o empresário encontra-se situado e para o qual converge sua clientela". CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 324. Waldo Fazzio Júnior traz o termo *ponto de negócio*

como sinônimo de *ponto empresarial*, sendo, para o autor, não apenas o local onde se localiza a empresa, mas determinado imóvel acrescido de valor imaterial resultante da organização empresarial, resultado da existência do próprio estabelecimento empresarial nele situado. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 67

[13] Apelação Cível Nº 196233506, Nona Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 17/12/1996.

[14] Fábio Ulhoa Coelho, por exemplo, entende que "a compra de produtos ou serviços através da internete realiza-se 'dentro' do estabelecimento (virtual) do fornecedor. Por isso, o consumidor internetenáutico não tem direito de arrependimento, a menos que o empresário tenha utilizado em seu website alguma técnica agressiva de marketing, isto é, tenha-se valido de expediente que inibe a reflexão do consumidor sobre a necessidade e conveniência da compra". COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil - Lei n. 10.406, de 10.1.2002. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3, p.50. César Santolim, ao analisar o art. 49 em obra pioneira sobre contratos eletrônicos, também adota uma linha de pensamento contrária à aplicação do direito de arrependimento a tais contratos. SANTOLIN, César Viterbo Matos. **A eficácia probatória dos contratos por computador.** São Paulo: Saraiva, 1995, p.39.

[15] GRINOVER, Ada Pellegrini et al, op. cit**.,** p.492.

[16] Neste sentido é a lição de Nelson Nery, que, com propriedade, assinala: "Se o produto ou serviço for entregue ou prestado no dia da assinatura do contrato, a partir daí é que se conta o prazo para o exercimento do direito de arrependimento. Caso o contrato seja assinado num dia e o produto ou serviço entregue ou prestado em época posterior, o prazo de reflexão tem início a partir da efetiva entrega do produto ou prestação do serviço. Isso porque, na maioria das vezes, as compras por catálogo ou por telefone são realizadas sem que o consumidor esteja preparado para tanto, e, ainda, sem que tenha podido ter acesso físico ao produto. Quando recebe o produto encomendado, verifica que está aquém de suas expectativas, pois, se o tivesse visto e examinado, não o teria comprado. GRINOVER, Ada Pellegrini et al, op. cit**.,** p.493.

[17] Segundo Rizzatto Nunes, "[...] como a oferta vincula o fornecedor e como o prazo de 7 dias do art. 49 é um mínimo legal, nada impede que ele seja ampliado pelo fornecedor. Se isso foi feito, passa a valer, então, como prazo de reflexão aquele garantido na oferta do vendedor". NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005, p.543.

[18] Rizzatto Nunes arrola uma série de meios pelos quais o consumidor poderá manifestar a sua desistência ao fornecedor, dentre eles: telefone, Internet, correspondência entregue pelos correios ou pessoalmente no domicílio do fornecedor, preposto ou representante, telegrama e notificação extrajudicial via Cartório de Títulos e Documentos. Ibid.,p.544.

[19] Neste sentido, opina a professora Cláudia Lima Marques. MARQUES, op.cit., p. 713.

[20] Conforme assinala Rizzatto Nunes, “[...] a norma não exige qualquer justificativa por parte do consumidor: basta a manifestação objetiva da desistência, pura e simplesmente. No íntimo, o consumidor terá suas razões para desistir, mas elas não contam e não precisam ser anunciadas. Ele pode não ter simplesmente gostado da cor do tapete adquirido pelo telefone na oferta feita pela TV, ou foi o seu tamanho que ele verificou ser impróprio. O consumidor pode apenas não querer gastar o que iria custar o bem. Ou se arrepender mesmo. O fato é que nada disso importa. Basta manifestar objetivamente a desistência”. NUNES, op. cit., p.543.

[21] **Art. 4º** A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (destaque nosso).

[22] Segundo Rizzatto Nunes, "A boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito. É, pois, a falsa crença acerca de uma situação pela qual o detentor do direito acredita em sua legitimidade, porque desconhece a verdadeira situação. Neste sentido, a boa-fé pode ser encontrada em vários preceitos do Código Civil, como, por exemplo, no art. 1.561, caput, quando trata dos efeitos do casamento putativo, nos arts. 1.201 e 1.202, que regulam a posse de boa-fé, no art. 879, que se refere à boa-fé do alienante do imóvel indevidamente recebido, no art. 113, que trata da intenção e do comportamento efetivo das partes na conclusão do negócio jurídico etc”. Ibid., p.117-118.

[23] MARTINS, Plínio Lacerda. **O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 75.

[24] CARPENA. Heloísa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.85.

[25] Cláudia Lima Marques, boa-fé objetiva significa “[...] uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.” Esclarece ainda a autora que a boa-fé objetiva não se contrapõe à má-fé. “[...] a *boa-fé objetiva* é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé *subjetiva* do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada” MARQUES, op.cit., p. 181.

[26] ANDRADE, op.cit., p.107.

[27] Ronaldo Alves de Andrade salienta que “a boa-fé, em realidade, constitui conceito juridicamente indeterminado e competirá ao julgador, no caso concreto, colmatar esse tipo aberto. Para efetuar uma perfeita colmatagem, o julgador deverá analisar os aspectos exteriores do ato, como as práticas comerciais usadas para celebrar um contrato de compra e venda, a forma de publicidade e o comportamento anterior à realização do contrato — relação pré-contratual —, pois dificilmente poderá apreciar os aspectos subjetivos de determinado ato ou negócio jurídico”. Ibid., p.105.

[28] Esta interpretação fundamentada na intervenção do consumidor no produto e na natureza do negócio também poderá ser utilizada como base para aferir a violação ao principio da boa-fé objetiva nos demais casos de arrependimento do consumidor.

[29] Neste sentido é a solução apontada por Cláudia Lima Marques, ao tratar da vendas e porta em porta, para os casos em que existe dano ou desvalorização do produto. Segundo a autora, se o consumidor pretende exercer o direito de arrependimento, deve “[...] cuidar para que o bem não pereça e não sofra qualquer tipo de desvalorização, devendo evitar usá-lo ou danificá-lo (abrir o pacote, experimentar o shampoo, manusear e sujar a enciclopédia etc.). Se o fizer, [...] poderá até desistir do vínculo obrigacional, liberando-se das obrigações assumidas, (por ex.: pagamento da segunda prestação, recebimento mensal dos fascículos da enciclopédia etc.), mas como não pode mais devolver o produto nas condições que recebeu (volta ao *status quo*), terá que ressarcir o fornecedor pela perda do produto ou pela desvalorização que o uso causou, tudo com base no princípio do enriquecimento ilícito”. MARQUES, op. cit., p. 711.

[30] Artigos 18, § 1°, II, 19 e 20 do Código de Defesa do Consumidor.

[31] Artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor.

[32] Parágrafo único do art. 2°, art. 17 e art. 29 do CDC:

Art. 2° [...].

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

[33] José Geraldo Brito Filomeno salienta que “[...] o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter *econômico*, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial”. GRINOVER, Ada Pellegrini et al, op. cit**.,** p.26.

[34] www.mercadolivre.com.br; www.arremate.com; dentre outros.

[35] Salvo quando ficar caracterizado que uma das partes do negócio atua como empresário.

[36] GRINOVER, Ada Pellegrini et al, op. cit., p. 44.

[37] A proteção aos *softwares* é disciplinada pela lei nº 9.609, de 19.02.98 (lei dos *softwares*) que, nos seus termos, "dispõe sobre a proteção de propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências".

[38] GRINOVER, Ada Pellegrini et al, op. cit., p.495.

[39] Segundo Rizzato Nunes, "tem-se entendido, de maneira equivocada, que o art. 49 não tem aplicação na aquisição de imóvel, sob o argumento de que a compra e venda de imóvel é celebrada, de regra, no recinto do Cartório de Notas, na presença do oficial. Acontece que, em primeiro lugar, não existe nenhum impedimento legal para que mesmo um imóvel seja vendido no televendas da TV e adquirido por telefone – sendo que a escritura será feita a posteriori – [...]. O erro de quem pensa em excluir o imóvel está atrelado à idéia da escritura. Claro que um dia ela será lavrada no tabelionato. Mas até lá é possível fazer compromisso de compra e venda, recibo de sinal e princípio de pagamento, reserva com entrada, e tudo se encaixa perfeitamente, como uma luva, no texto do art. 49, que fala expressamente na assinatura do contrato [...]". NUNES, op. cit., p.545-546.

[40] Ibid. p. 546.

[41] Neste sentido, Cláudia Lima Marques, ao tratar da questão dos serviços nas vendas de porta em porta, assinala que "[...] o direito de arrependimento é independente da possibilidade física de volta ao *status quo*, o direito assegurado é para liberar o consumidor do vínculo contratual, sem ônus, devendo porém, restabelecer o seu parceiro contratual, o fornecedor, na situação que se encontrava antes da contratação. Neste sentido, seria possível ao consumidor exercer seu direito de arrependimento, mas teria que ressarcir o fornecedor pelo serviço já prestado. A pergunta que fica, portanto, é qual seria o interesse do consumidor em exercer este direito nos casos de contratação de serviços prestados a domicílio, daqueles de execução imediata. Se o consumidor não se obrigou a nada mais que ao pagamento do serviço, manter o vínculo contratual lhe será de maior interesse, porque facilita a reclamação do serviço eventualmente defeituoso ou incompleto". MARQUES, op. cit., p. 715.

O EXERCÍCIO DA CIDADANIA DIGITAL NO PROCESSO LEGISLATIVO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS*

THE DIGITAL CITIZENSHIP IN THE LEGISLATIVE PROCESS

Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire
Tainah Simões Sales

RESUMO

A articulação e a manifestação da sociedade civil têm sido ampliadas pelo uso das novas tecnologias, seja por meio da inserção nas práticas do governo eletrônico, seja pela expansão da capacidade de veiculação e conexão de interesses comuns engendrada pela cibercultura. O presente artigo pretende discutir o exercício da cidadania digital e a consolidação de um governo eletrônico a partir da análise de um caso concreto, albergado pela possibilidade de envio por via digital de propostas normativas à Câmara Federal, atividade da Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados, entre os anos de 2007 e 2008. O envio de propostas é facultado a associações previamente cadastradas. A consolidação da proposta de governo eletrônico, prevista desde 2000 pelo Livro Verde, e sua evolução, bem como a análise da organização da sociedade civil na construção de uma democracia digital ou ciberdemocracia são os objetos do presente trabalho. A pesquisa utilizará os conceitos de governo eletrônico, cidadania digital e ciberdemocracia, confrontando-os com as práticas e documentos solicitados à Comissão de Legislação Participativa que demonstram o uso do meio digital na construção de propostas normativas de forma participativa e transparente.

PALAVRAS-CHAVES: FCIBERDEMOCRACIA. CIDADANIA DIGITAL. GOVERNO ELETRÔNICO. COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA

ABSTRACT

The articulation and manifestation of civil society have expanded the use of new technologies, either by inserting the practices of e-government, either by expanding the capacity of transmission and connection of common interests engendered by cyberspace. This article discusses the practice of digital citizenship and the consolidation of e-government based on the analysis of a case, hosted by the possibility of policy proposals transmission by digital way to the parliament, activity of the parliament's Participative Legislation Committee, between 2007 and 2008. The submission of proposals is allowed to associations previously registered. The e-government proposal consolidation, provided since 2000 by the Green Book, and its evolution, as well as the analysis of the civil society organization in building a digital democracy or cyberdemocracy are the objects of the present study. The research will

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

use the concepts of electronic government, digital citizenship and cyberdemocracy, confronting them with the practices and documents requested from the Participative Legislation Committee that demonstrate the use of digital media in the construction of policy proposals in a participatory and transparent way.

KEYWORDS: FCYBERDEMOCRACY. DIGITAL CITIZENSHIP. ELECTRONIC GOVERNMENT. PARTICIPATIVE LEGISLATION COMMITTEE

1. Introdução

As transformações no mercado, nas relações pessoais, nas comunicações e nos deslocamentos, na formação e na constante atualização de conhecimentos são marcadas pelo uso onipresente das novas tecnologias, que mediam as relações sociais, bancárias, comerciais e afetivas. Mais presentes e palpáveis que as transformações políticas, as transformações nas sociabilidades e comportamentos se sobressaem. Entretanto é fato que as tecnologias alteram o fazer político. O Brasil consolida-se como o país que utiliza, de forma pioneira e mais ampla, o sistema de voto eletrônico (e-voting), implantou, por Decreto Legislativo, o governo eletrônico em 2000, pulveriza telecentros (cerca de 5.493) e possui um programa de inclusão digital em expansão.

Desde 2000, o programa de implantação de uma Sociedade da Informação, conhecido como Livro Verde, tem pautado as inovações no setor público e privado na tessitura de uma sociedade do conhecimento. Esse importante documento define o objetivo do Programa da Sociedade da Informação no Brasil:

> O objetivo do Programa Sociedade da Informação é integrar, coordenar e fomentar ações para a utilização de tecnologias de informação e comunicação, de forma a contribuir para a inclusão social de todos os brasileiros na nova sociedade e, ao mesmo tempo, contribuir para que a economia do País tenha condições de competir no mercado global. (2000, p. 10)

Não há uma posição unívoca entre os que refletem sobre a sociedade da informação, mas entre os teóricos que se debruçam sobre as vantagens libertadoras das novas tecnologias está André Lemos (2003), que afirma que a cultura contemporânea é tão associada à modernidade e à era digital que deve ser chamada de Cibercultura, e Pierre Lévy (2002), que entende que o ciberespaço proporciona maior visibilidade e transparência na esfera pública.

A comunicação coletiva através da Internet torna possível a mutação de uma democracia em ciberdemocracia. Sobre a idéia da construção de uma nova forma de democracia online, democracia digital ou ciberdemocracia é possível indagar-se: até onde vai a participação digital na gestão pública? Os cidadãos podem colaborar com a elaboração de políticas públicas mediante a utilização da Internet?

A Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados proporciona aos cidadãos o envio de sugestões de leis complementares, ordinárias, decretos legislativos, resoluções, requerimentos e emendas aos projetos de lei já em tramitação, aos projetos de lei do plano plurianual e aos projetos de lei de diretrizes orçamentárias pelo site ou e-mail da instituição, facilitando os caminhos para a formação de uma sociedade democrática digital (BRASIL, 2008). Resta analisar o real alcance, os limites e o estágio de desenvolvimento, além da eficácia desta forma de exercer a democracia.

Dessa forma, a pesquisa foi realizada com o objetivo de analisar o governo eletrônico brasileiro sob a ótica da participação da sociedade no processo legislativo por meio da Internet. Como objetivo específico, a pesquisa proporcionou análise do nível de interação entre os cidadãos e o poder Legislativo, mediante a possibilidade de elaboração e modificação de propostas normativas no portal da Câmara dos Deputados.

A reflexão sobre a influência das novas tecnologias e a necessidade do Direito de acompanhá-la, o avanço da transparência e do acesso à informação mediante o surgimento do governo eletrônico e da ciberdemocracia são campos com incipiente reflexão teórica, mas que merecem um olhar pormenorizado atualmente. Foi a partir da preocupação com a evolução da sociedade brasileira e com as formas complexas com as quais a democracia se apresenta que a pesquisa foi realizada. É preciso entender o desenvolvimento dessas novas experiências para que seja possível encontrar caminhos inovadores de participação e inclusão social.

O entrelaçamento de ações governamentais, empresariais e da sociedade civil marca a definitiva inovação que as tecnologias representam nas relações sociais, políticas, econômicas e afetivas. O alcance das transformações políticas está imbricado na capacidade de utilização das ferramentas das novas tecnologias em prol da sociedade sustentável e democrática e na constante discussão dos instrumentos, limites e potencialidades engendrados pelas novas tecnologias. No parlamento brasileiro se vislumbra alguns caminhos inovadores para a democracia digital, que serão tratados a seguir.

2. Metodologia

A pesquisa é descritiva e explicativa acerca da instauração do governo eletrônico brasileiro e sua relação com a formação de uma cidadania digital participativa no processo legislativo. O estudo contou com análise de caso concreto, referente à Comissão de Legislação Participativa, criada pela Câmara dos Deputados, com pesquisa sobre sua atuação e eficácia, mediante relatórios fornecidos pela Comissão. Como instrumento de coletas de dados, realizou-se acesso ao portal da Câmara dos Deputados e entrevista com servidores da referida Comissão por e-mail, telefone e mediante visita à Comissão.

3. Processo da pesquisa

Inicialmente, foi realizado, no período de abril e maio de 2009, estudo bibliográfico sobre o desenvolvimento do governo eletrônico no Brasil, das normas aplicadas à sua estrutura, das novas tecnologias e a sua repercussão no âmbito social, dos caminhos para participação popular digital e da transformação da democracia em ciberdemocracia.

Realizou-se pesquisa no portal da Câmara dos Deputados, bem como em seu Regimento Interno, outras legislações e em documentos da instituição, que possibilitaram a compreensão do funcionamento e da fundamentação jurídica da Comissão Permanente de Legislação Participativa.

Posteriormente, houve coleta de dados e elaboração de gráficos e tabelas, visita a Comissão para diálogo com os funcionários, compilação de documentos e esclarecimento das dúvidas sobre os documentos cedidos, possibilitando a comparação dos resultados práticos da atuação da Comissão de Legislação Participativa desde a sua criação até os dias atuais.

4. Ciberdemocracia

A democracia surge na Grécia antiga, forjada pelo recrudescimento das cidades, chamadas de pólis gregas. O termo cidadania, portanto, imbricava-se ao sentimento de pertencimento à cidade, à comunidade e à busca pelo bem comum. A sabedoria era condição para a virtude, nas palavras do filósofo grego Sócrates, e a maiêutica informava o compartilhamento do saber em praça pública e o exercício das interrogações para a consolidação do saber.

Neste contexto da valorização do saber, do encontro da diferença nas cidades e do apogeu econômico, que propiciava mais tempo aos cidadãos, surgem as idéias democráticas que influenciam todas as organizações políticas da contemporaneidade. Entretanto é possível indagar-se: os ideais de virtude, sabedoria, liberdade e democracia podem ser transpostos para o cenário construído pelo ciberespaço atual?

O ciberespaço proporciona a ampliação desses ideais, de uma maneira única e inovadora. As discussões em fóruns e comunidades virtuais, a possibilidade de o Estado fornecer serviços online e de o cidadão adquirir informações ou participar ativamente da gestão pública, a diminuição de distâncias, a liberdade de expressão amplamente divulgada por portais criados pelos próprios internautas reinventam o conceito de democracia e os meios de participação popular.

Pierre Levy conceitua de forma ampla a ciberdemocracia:

> A verdadeira democracia eletrônica consiste em encorajar, tanto quanto possível – graças as possibilidades de comunicação interativa e coletiva oferecidas pelo ciberespaço -, a expressão e a elaboração dos problemas da cidade pelos próprios cidadão, a auto- organização das comunidades locais, a participação nas deliberações por parte dos grupos diretamente afetados pelas decisões, a transparência das políticas públicas e sua avaliação pelos cidadãos. (...) Colocar a inteligência coletiva no posto de comando é escolher de novo a democracia, reatualizá-la por meio da exploração das potencialidades mais positivas dos novos sistemas de comunicação (LEVY, 1999)

Pierre Levy relaciona o surgimento da democracia grega ao invento do alfabeto grego e à popularização da escrita, necessária para a ampla discussão das leis. Estabelece, ainda, a relação do renascimento da democracia, a partir das Revoluções Inglesa e Francesa ao advento da imprensa e a expansão desta, e afirma que a internet, novo suporte de difusão de informações e conhecimento, irá consolidar uma democracia planetária e mais profunda: a ciberdemocracia. O autor (2002, p. 30) afirma:

> Graças à nova rede de comunicação global, a própria natureza da cidadania democrática passa por uma profunda evolução que, uma vez mais, a encaminha no sentido de um aprofundamento da liberdade: desenvolvimento do ciberactivismo à escala mundial (notavelmente ilustrado pelo movimento de antimundialização), organização das cidades e regiões digitais em comunidades inteligentes, em ágoras virtuais, governos electrónicos cada vez mais transparentes ao serviço dos cidadãos e voto eletrônico.

A democracia nunca foi um tema tão presente e unânime como na atualidade, no entanto, é pungente o desinteresse da maioria da população pelas práticas democráticas, é crescente o número de abstenções nas eleições e o descaso com a democracia, que parece ser um exercício reduzido ao ato do voto. Sobre o assunto, Wilson Gomes (2005, p. 5) afirma:

> há faltas diretamente relacionadas aos meios, modos e oportunidades de participação civil na vida política. Há, antes de tudo, a questão dos mecanismos de participação política, considerados fundamentais para uma democracia onde a esfera civil tenha uma presença forte.

A desconexão entre a sociedade e a esfera pública, entre os cidadãos e o exercício cotidiano da política pode ser superada com o uso das novas tecnologias. O aumento das informações, capazes de subsidiar as decisões políticas; a comodidade e conforto para a participação propiciadas pelas novas tecnologias; a superação de espaço e tempo para o exercício da participação; a acessibilidade à informação que proporciona transparência; a possibilidade de vozes plúrimas e de legitimação das minorias pelo acesso às novas tecnologias e na participação de um diálogo construído coletivamente; a ausência de controles; o aumento das liberdades e, por fim, a interatividade são as vantagens, apontadas por Gomes, trazidas pelo uso das novas tecnologias na transformação do fazer político para o alcance de uma democracia mais profunda e legítima (GOMES, 2005, p. 15):

> Acessibilidade é uma espécie de palavra mágica nesta literatura. Supõe, por contrariedade, a superação de uma situação de segredo, de reserva ou de indisponibilidade - fieira semântica que serve para a referência comum a algumas das maiores ameaças a qualquer regime democrático e que, ademais, aponta na direção das temíveis idéias de governos invisíveis, decisão a portas fechadas e tirania. Por isso se insiste sobremaneira no fato de a internet constituir uma oportunidade, possivelmente inalcançável por outros meios, de disponibilidade, abertura e transparência. Em primeiro lugar, trata-se do acesso à res publica, ao Estado naquilo que nele deve estar sob o controle cognitivo direto do público: atos, procedimentos, registros, circunstâncias, processos legislativos e administrativos etc. Em segundo lugar, acesso a informação política de toda a natureza, em todos os seus formatos e de diversas proveniências.

As palavras de Gomes são de 2005, no entanto, parecem proféticas ao ser analisado o fenômeno OBAMA, atual presidente dos Estados Unidos, que, ao utilizar as novas tecnologias, transformou-se em um ícone da nova política inserida no ciberespaço e, com isso, arrebatou milhares de jovens ao exercício do voto, que não é obrigatório no país, promoveu filas enormes nos locais de votação e mantém um diálogo com a sociedade por meio do uso de ferramentas do ciberespaço como o Twitter (rede social que utiliza um microblog), entre outros. Na eleição de 2008, cerca de 125 (cento e vinte e cinco) milhões de norte americanos foram às urnas, verificando-se um aumento de mais de 9 (nove) milhões de eleitores, em relação às eleições de 2004, de acordo com pesquisa realizada pelo New Yor Times. Houve um crescimento significativo no número de votos: aproximadamente 7,75%.

4. 1. Cidadania Digital

É importante ressaltar que a conectividade não implica no desaparecimento da cidadania tradicional As relações interativas possibilitam a otimização dos direitos dos cidadãos, permitindo-lhes contato imediato, apesar da distância, com os agentes públicos. A cidadania tem várias acepções e, como conceito histórico e não estático, tem se modificado ao longo dos tempos (PINSKY, 13:2003).

Hauben cunhou a expressão *netizens* em 1992 no ebook *Netizens: On the Impact and History of Usenet and the Internet*, afirmando que não é o fato de estar interligado à rede que nos torna um *netizen*, mas a disposição de colaborar para o aumento do conhecimento coletivo e a intenção de ajudar e trocar informações úteis para a construção de um mundo melhor. Hauben (1992) afirma que a distância geográfica é compensada pelo espaço virtual (CARTAXO, 2009).

A cidadania interativa se encontra em ampla expansão. A cada dia, a construção da esfera pública, o engajamento à participação e as influências na opinião pública são mais mediados pelas novas tecnologias. Santos (2004, p. 209) define a cidadania interativa:

> Por cidadania interativa entendemos a situação na qual indivíduos dispõem dos recursos simbólicos necessários para

> estabelecer relações interativas na sociedade, consideradas aqui como uma pré-condição indispensável para o reconhecimento do individuo por uma determinada comunidade.

Ou seja, está em formação e em rápida aceleração a consolidação de comunidades e grupos de pressão que, só por meio da internet, celulares e outras formas propiciadas pelas novas tecnologias, são capazes de articulação e ação concreta. Segundo Lévy (2002, p. 32), "os destinos da democracia e do ciberespaço estão amplamente ligados". Entre as críticas ao autor, destaca-se o fato de a maioria da população mundial ainda não ter acesso à Internet. Como falar, então, em ciberdemocracia, se nem todos os cidadãos estão conectados?

Embora a rede ainda não seja acessível a toda a população, não há como negar que a internet revolucionou os caminhos de interação entre os cidadãos e o poder público e entre as diversas comunidades globais. "A chamada Sociedade de Informação propicia um novo passo nas relações entre as nações, influenciando sistemas políticos e econômicos e a própria soberania de cada povo" (BARRETO JUNIOR, 2007, p. 65-66). Cientes de tal revolução, os governos federais e estaduais estão realizando, ainda que a passos lentos, programas de inclusão digital às camadas mais pobres da população. Sérgio Amadeu da Silveira (2002, p. 74) completa:

> Os governos eletrônicos que estão se formando devem preocupar-se em organizar políticas de inclusão social que viabilizem o acesso da sociedade ao cotidiano de uma sociedade em rede. As políticas de modernização administrativa, informatização do Estado e 'internetização' precisam caminhar juntas com a abertura de pontos de acesso e orientação básica à população socialmente excluída.

Assim, a partir do implemento de políticas públicas com o objetivo de levar à classe pauperizada o acesso à informação pelas novas tecnologias e com programas e serviços online de interação entre o cidadão e o poder público, é possível chegar à transformação, proposta por Lévy, de uma sociedade democrática em ciberdemocrática. Apesar de ser possível identificar uma ampla população à margem do ciberespaço, é importante ressaltar que a expansão da internet tem sido mais de três vezes mais rápida do que foi o rádio ou a TV. Werthein (2000) afirma que:

> O ritmo do avanço tecnológico no alvorecer do novo paradigma tem sido, sob qualquer ótica, extraordinário. O ritmo de expansão da Internet no mundo levou apenas um terço do tempo que precisou o rádio para atingir uma audiência de 50 milhões de pessoas.

Em pesquisa realizada pela Internet World Stats, em 2000 havia, aproximadamente, 360.985.482 de usuários da internet no mundo. Em 2009, esse número chegou a 1.668.870.408, ou seja, em nove anos, a quantidade de pessoas que passou a utilizar a internet aumentou quase cinco vezes! Dessa forma, a estatística demonstra que, embora não haja acesso para todos, o crescimento e desenvolvimento de tecnologias acessíveis estão ocorrendo com uma rapidez nunca vista anteriormente.

5. Governo eletrônico

O Livro Verde, documento elaborado por equipe multidisciplinar no Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), é o esteio para o desenvolvimento de um Governo ao Alcance de Todos (capítulo 6 do Livro), por meio da Sociedade da Informação, cujas linhas de ação são: universalização dos serviços, governo ao alcance de todos e infra-estrutura avançada. Esse documento alicerça o fundamento inicial e a importância da inserção das ações governamentais na implantação de uma Sociedade da Informação:

> (...) porque o governo, com o ***uso exemplar*** de tecnologias de informação e comunicação em suas atividades, pode acelerar grandemente o uso dessas tecnologias em toda a economia, em função da maior ***eficiência e transparência*** de suas próprias ações.
> Esta linha de ação aborda o uso de tecnologias de informação e comunicação ***interno*** ao governo, para:
> • informatizar suas operações e serviços;
> • aproximar-se do cidadão. (2000,p.69)

Foi nesse contexto que surgiram as primeiras tentativas de instauração de um governo eletrônico no Brasil, a partir do ano 2000. Segundo Zugman (2008), no portal do governo federal era possível encontrar serviços que auxiliavam a interação com o cidadão, bem como a administração interna, configurando as primeiras transformações da passagem para o século XXI, com a chamada Era da Informação e do Conhecimento. Aos poucos, os governos estaduais, municipais e os demais órgãos da Administração Pública passaram a utilizar a Internet como meio de transmissão de informações e de prestação de serviços online.

O Livro Verde esclarece que o programa Sociedade da Informação busca contribuir, de forma efetiva, para a construção de uma sociedade mais justa, em que sejam observados princípios e metas relativos à preservação da cultura, fundada na diversidade, na sustentabilidade e que busque o equilíbrio regional e a efetiva participação social, sustentáculo da democracia política (2000, p.11). Portanto a preocupação com a consolidação de uma democracia diferenciada marcou os primeiros passos que delineia o surgimento do governo eletrônico no país.

Segundo Fábio Zugman (2008), a partir de 2000 foram criados os Modelos de Gestão de Tecnologia da Informação (TI) no Setor Público e o Grupo de Trabalho em Tecnologia da Informação para estudar as novas formas de comunicação, analisar projetos, diretrizes e normas com o objetivo de proporcionar à população portais de informações e serviços e adequar a estrutura governamental ao modelo moderno de Estado, com a instauração do governo eletrônico.

O marco legal foi a publicação de um Decreto, sem número, em 3 de abril de 2000, que institui um Grupo de Trabalho Interministerial para examinar e propor políticas, diretrizes e normas relacionadas com as novas formas eletrônicas de interação. Logo após foi publicado Decreto, em 18 de outubro de 2000, que restringe o alcance do governo eletrônico à prestação de contas e informação ao cidadão:

> Art. 1º Fica criado, no âmbito do Conselho de Governo, o Comitê Executivo do Governo Eletrônico, com o objetivo de formular políticas, estabelecer diretrizes, coordenar e articular as ações de implantação do Governo Eletrônico, voltado para a prestação de serviços e informações ao cidadão. (Brasil, 2000)

É importante salientar o contexto do surgimento do governo eletrônico inserido como uma das principais formas de modernização do Estado. O modelo é global, teve inicio nos Estados Unidos, em 1993, e no Canadá em 1997, e reflete a tentativa de promover maior eficiência, transparência e redução de custos por meio da concentração dos esforços no desenvolvimento de políticas e definições padrões, nos processos de assimilação de tecnologia da informação e comunicação (TIC), agilizando a maneira com que o governo interage com outros governos, com empresas e com o cidadão. (CARTAXO e FEITOSA,2007)

No Brasil, foi criado o portal único do governo federal, www.redegoverno.gov.br, que oferecia diversos serviços *on line*, como acompanhamento de processos judiciais e entrega de declarações de Imposto de Renda.

Posteriormente, o acesso à informação foi ampliado, bem como a quantidade de serviços prestados pelo Estado mediante a utilização da Internet, havendo uma verdadeira política integrada de *e-goverment*, que consiste numa "revolução em várias dimensões do relacionamento dos cidadãos e organizações com seus governos, abrindo um novo horizonte às ossificadas e desacreditadas organizações públicas" (ZUGMAN, 2008, p.15).

Em 2002, o *site* já oferecia 1.700 tipos de serviços. Aos poucos, os estados federados também iniciaram as ações de governo eletrônico, sendo importante destacar os modelos de Minas Gerais, Paraná, Bahia, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo como os mais avançados. (ZUGMAN, 2008).

A inclusão do poder público no sistema digital permite uma maior interação entre a população e as diversas entidades governamentais, sendo absolutamente necessário, atualmente, que o Estado proporcione acesso rápido e fácil a informações e prestações de serviços via Internet. Sérgio Amadeu Silveira (2002, p.72), neste sentido, ressalta:

> Ao atingir o ciberespaço, o Estado em rede ou governo eletrônico pode ganhar mais eficiência na prestação de serviços e informações; para tal terá que utilizar a TI para se reorganizar internamente visando se adequar à velocidade da comunicação em rede. Todavia, os governos eletrônicos podem ir além da dimensão da eficiência. Uma das características centrais da comunicação mediada por computador é a interatividade. Se os governos eletrônicos devem absorver e se adequar às características presentes na rede, governos eletrônicos deveriam ser governos necessariamente interativos.

O Poder Legislativo também implantou mudanças internas com o objetivo de se modernizar e se adequar aos reclamos da Sociedade da Informação. O portal da Câmara dos Deputados permite que o cidadão realize diversas consultas, informe-se sobre as sessões legislativas e o cotidiano dos parlamentares, além de disponibilizar um espaço para sugestões, contato com a instituição e fóruns para debates. A grande inovação da Casa Legislativa foi a criação da Comissão de Legislação Participativa, que permite à sociedade civil organizada a participação no processo de elaboração das normas que integram o ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 2008).

6. Análise do caso concreto: A Comissão de Legislação Participativa

O Congresso Nacional tem seu funcionamento gerido pelas Comissões, constituídas conforme seu regimento, como se infere da analise do *caput* do artigo 58, da Constituição Federal (2005): "O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar a sua criação." Dessa forma, atualmente existem 20 comissões permanentes, da qual faz parte a Comissão de Legislação Participativa, desde 2001, composta de 18 membros titulares e 18 membros suplentes.

A Comissão Permanente de Legislação Participativa encarrega-se de conferir à sociedade espaço para envio de sugestões das diferentes normas que integram o ordenamento jurídico do Brasil, como os Projetos de leis complementares, ordinárias, decretos legislativos, resoluções, projetos de consolidação, requerimentos de audiências públicas, emendas aos projetos de lei em tramitação nas outras Comissões da Câmara dos Deputados, aos projetos de lei do plano plurianual e de diretrizes orçamentárias, devendo apreciá-las e, caso aprovadas, transformá-las em proposições normativas. Como proposições normativas, devem submeter-se ao procedimento previsto na Constituição Federal para se tornarem leis, com aprovação das Casas Legislativas e sanção e promulgação da lei pelo Presidente da República. Algumas proposições têm iniciativa vedada pela Comissão de Participação, como proposta de Emenda a Constituição (PEC), proposta de instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) ou de Fiscalização e Controle (PFC).

A Resolução nº 21, que criou a Comissão Permanente de Legislação Participativa, mediante inclusão do inciso XII no art. 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (2006), delimita quais as entidades poderão enviar sugestões. Apenas as sugestões apresentadas por organizações não governamentais, associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto partidos políticos, e órgãos e entidades da Administração Pública que tenham participação paritária na sociedade civil poderão ser apreciadas pela Comissão.

Os meios de encaminhar as sugestões normativas são a correspondência postal, mediante papel impresso, datilografado, disquete ou *CD-ROM* com o arquivo de texto; o fax e a correspondência eletrônica, pelo *e-mail: clp@camara.gov.br* ou pelo *site* da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2008).

A possibilidade de contribuir com o ordenamento jurídico do país pela internet é um avanço na construção da chamada ciberdemocracia, aproximando o cidadão dos parlamentares. De acordo com Wilson Gomes (2005, p.16), "a estrutura e os

dispositivos mais comuns da internet, particularmente a Web e o correio eletrônico, fazem com que ela forneça eficientes canais perfeitamente adaptados para fluxos de comunicação e informação em mão dupla entre cidadãos e sociedade política". O autor comenta, ainda, a importância de um canal onde o cidadão se informa sobre aqueles que exercem as funções do Estado e estes podem saber o que a população necessita.

A crise da democracia representativa perpassa a distância cada dia mais abissal entre representantes e representados. Portanto, iniciativas como essa, da Câmara Legislativa, traçam novos caminhos de participação e alternativas à interação e aproximação do cidadão ao fazer político. A idéia não é inovadora, visto que o Parlamento Europeu adota um modelo semelhante: é a chamada Comissão de Petições do Parlamento Europeu (BURGOS, 2007, p. 14).

A Comissão teve como primeira presidente a Deputada Luiza Erundina (PSB/São Paulo), fundadora da Comissão criada para facilitar o processo participativo previsto na Constituição de 1988, que não alcança seus objetivos por requerer um grande número de assinaturas para as iniciativas populares. Atualmente, seriam necessárias cerca de um milhão e trezentas mil assinaturas, distribuídas por todo o país, considerando uma estimativa de cento e trinta milhões de eleitores no Brasil. Essa dificuldade resultou em apenas duas propostas de emendas populares enviadas à Camara Legislativa, enquanto a Comissão de Legislação Participativa tem conseguido abranger inúmeros estados da federação e mais de uma centena de organizações da sociedade civil que participam no processo legislativo de forma interativa e direta.

Segue, abaixo, tabela indicando o número de sugestões recebidas pela Comissão desde o ano de seu surgimento até 2008.

SUGESTÕES ENVIADAS À COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA

SUGESTÕES	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Total
Projetos de Lei e Requerimentos	24	59	57	28	107	69	93	34	471
Emendas à Lei Orçamentária	11	21	16	12	21	45	-	-	126

Anual									
Emendas ao Plano Plurianual	-	-	01	-	-	01	-	-	02
Emendas à Lei de Diretrizes Orçamentárias	-	-	-	-	05	07	26	16	54
TOTAL	35	80	74	40	133	122	119	50	653

FONTE: Câmara dos Deputados, Brasil.

Pela tabela apresentada, em 2007, por exemplo, 119 (cento e dezenove) sugestões foram enviadas à Câmara, sendo que nem todas se tornaram proposições normativas, por terem sido rejeitadas pela Comissão. E, dentre essas 119 sugestões, apenas 16 foram enviadas por meio eletrônico. Já em 2008, 50 (cinqüenta) sugestões foram enviadas, sendo que 25 (vinte e cinco) foram por meio eletrônico.

O número de participações por meio da internet tem crescimento visível, demonstrando o espaço e as potencialidades na participação *on line*. Essa constatação revela a assimilação, por parte da sociedade civil, no uso das novas tecnologias, facilitando e ampliando a participação.

Como demonstra os gráficos abaixo, a participação online é a que mais cresce na Comissão Permanente de Legislação Participativa:

Sugestões recebidas pela Comissão de Legislação Participativa em 2007

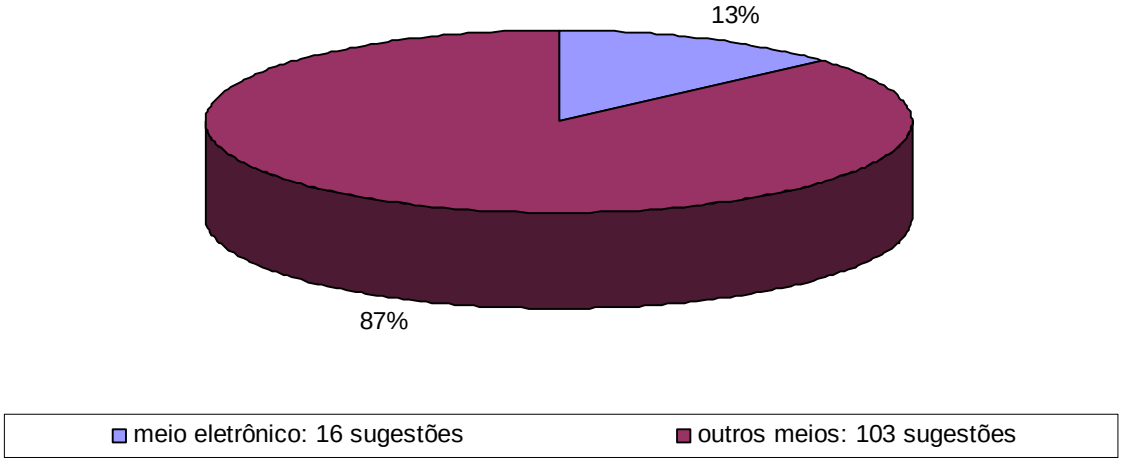

Sugestões recebidas pela Comissão de Legislação Participativa em 2008

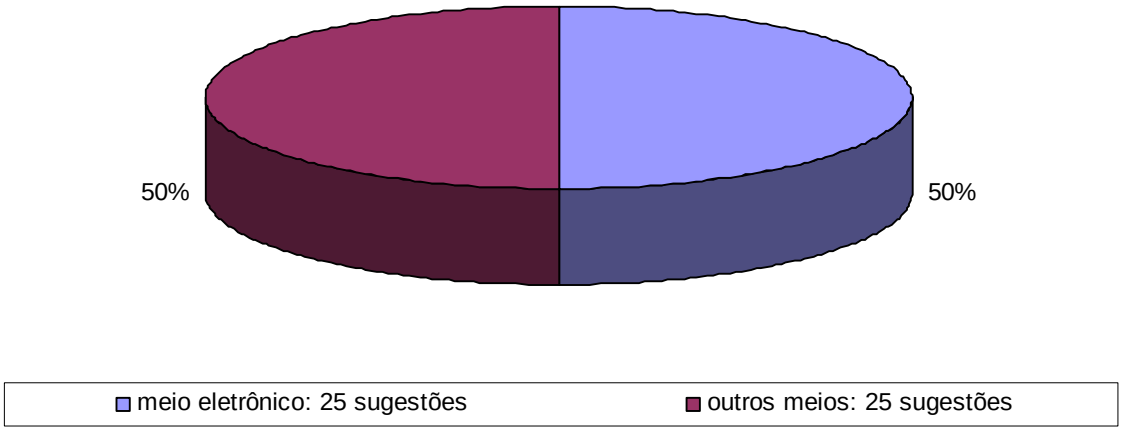

A Câmara Federal se situa, neste sentido, numa posição de ponta no fazer político, ao proporcionar à sociedade espaços para participação interativa, cômoda e barata, pois evita deslocamentos, ampliando, assim, seu alcance. Como afirma GOMES (2005, p. 15-17), a interação é o passo mais inovador dado pelo ciberespaço:

> uma estrutura multilateral, dotada de fluxos multidirecionais de informação e comunicação, é sintoma de uma estrutura política onde se reconhece que a esfera civil tem algo a dizer e pode influenciar diretamente a decisão política, de uma estrutura onde governos e legislativos são sensíveis à vontade e à opinião da cidadania. A noção de interatividade política ancorada na internet se refere a uma comunicação contínua e de iniciativa recíproca entre esfera civil e agentes políticos, uma comunicação que deve servir para um recíproco feedback entre cidadania e sociedade política (Hacker, 1996).

O alcance à possibilidade de escutar a voz plural da sociedade civil pode ser demonstrado pela diversidade de associações cadastradas na Comissão, nos mais diversos setores. A análise das 258 associações cadastradas na Comissão Permanente de Legislação Participativa demonstra que os setores econômicos, do poder público, da sociedade civil organizada e dos trabalhadores têm bastante representatividade. Apesar de todas estarem sob o setor entitulado "sociedade civil" no registro da Comissão, foi elaborada a seguinte segmentação para melhor compreensão da participação:

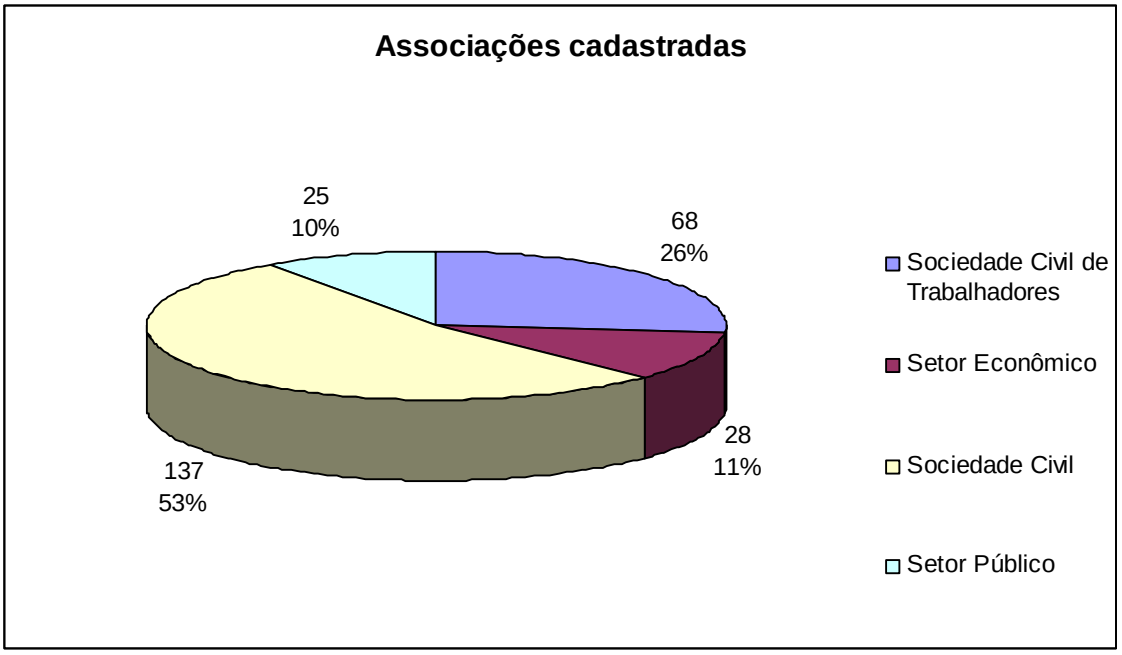

Certamente, a Comissão de Legislação Participativa é um avanço na construção de um Estado cada vez mais democrático, uma vez que permite à população ampla possibilidade de participação mediante envio de sugestões normativas, sobretudo por meio eletrônico. A utilização da internet para a formação de leis pela população ainda não apresenta resultados tão significativos, se comparada com o número de

proposições apreciadas pela Câmara anualmente (em 2008, por exemplo, 653 projetos foram objeto de discussão), seja pela falta de divulgação do serviço, afinal, poucas são as pessoas que têm conhecimento da atuação da Comissão, seja pela ausência da concreta formação de uma ciberdemocracia nacional, que ainda está em desenvolvimento.

Entretanto, não se pode negar que a possibilidade de enviar sugestões normativas pela internet representa um forte meio de exercício da democracia e um avanço na formação do governo eletrônico. São necessárias, ainda, políticas públicas com o objetivo de levar à população socialmente excluída amplo acesso à internet e às novas tecnologias, bem como divulgar esse meio de participação popular. Somente com a devida preocupação do Estado e conscientização das massas, os cidadãos poderão utilizar a internet para exercer a democracia e a Comissão de Legislação Participativa poderá atuar efetivamente no processo de formação de leis.

7. Conclusão

A pesquisa objetivou o estudo do avanço do governo eletrônico e a formação de uma ciberdemocracia nacional, uma vez que são temas ainda pouco abordados e de absoluta relevância tendo em vista o desenvolvimento das novas tecnologias e a necessidade de o Estado e a população compreendê-lo para melhor utilizar as suas ferramentas. A análise do contexto do surgimento do governo eletrônico, que coincide com a implementação da Comissão de Legislação Participativa, confirma um deslocamento e uma influência decisiva das novas tecnologias no fazer político.

O processo democrático, desde seu surgimento na Grécia, esteve fundado na possibilidade de diálogo e de acesso a informações plúrimas, valores fortalecidos no ciberespaço. É clara a composição renovada da democracia revestida por inéditas ferramentas de atuação e articulação, engendradas pelas novas tecnologias.

A pesquisa e levantamento de dados na Comissão de Legislação Participativa demonstram de forma inequívoca o crescente uso das novas tecnologias e o aumento do envio de propostas normativas por meio eletrônico, confirmando a facilitação e alcance de um novo fazer democrático em erguimento. É importante ressaltar, entretanto, que a maioria da população não tem acesso à internet e às novas tecnologias, dificultando o

desenvolvimento do serviço de envio eletrônico de sugestões normativas fornecido pela Comissão.

Dessa forma, são necessárias medidas de iniciativa do Estado com a finalidade de levar à população amplo acesso à informação e às novas tecnologias, de modo que seja possível falar no avanço da sociedade da informação e da ciberdemocracia sem exclusão da maioria dos cidadãos.

Destaca-se, ainda, apesar da alta exclusão vivenciada no país, que é possível identificar mais de 250 entidades cadastradas na Comissão de Legislação Participativa, refletindo um amplo segmento da sociedade, distribuída em diversos setores (trabalhadores, sociedade civil organizada, setor econômico e setor público).

Há evidências que a cultura política e o interesse dos cidadãos pelos assuntos políticos também têm sido transformados por meio do uso das novas tecnologias, como é o caso do fenômeno OBAMA, que elevou em nove milhões de cidadãos o número de eleitores, principalmente entre os jovens, devido ao uso das mídias sociais, novas tecnologias e do ciberespaço.

Com o estudo, foi possível concluir que somente com a atuação do Estado no sentido de levar à população amplo acesso à internet e às novas tecnologias e com a conscientização das pessoas de que elas são partes integrantes no desenvolvimento da democracia e por isso devem utilizar os meios disponíveis de participação popular para exercer seu poder será possível falar na concreta formação de um governo eletrônico, na efetiva atuação da Comissão de Legislação Participativa e na transformação de uma democracia em ciberdemocracia, como sugere Lévy.

Referências Bibliográficas

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do Conceito de Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (org). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007; pp. 61-77.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Legislação Participativa. **O menor caminho entre os interesses da população e a Câmara dos Deputados.** 2. ed**.** Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados.** Aprovado pela Resolução n. 17, de 1989. 7. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006.

BRASIL.Sociedade da informação no Brasil : Livro Verde / organizado por Tadao Takahashi. – Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

BURGOS, Cristiano. **O Processo de participação da sociedade civil na elaboração de políticas públicas: a experiência da Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados de 2001 a 2005.** [Tese de Mestrado]. Brasília: Universidade de Brasília; 2007.

_____. Câmara dos Deputados. **Comissão de Legislação Participativa**. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/comissoes/clp>. Acesso em 08 jun. 2009.

CARTAXO, Geovana. CIDADANIA PLANETÁRIA: ANÁLISE DA SMARTMOB A HORA DO PLANETA. Artigo apresentado no IX Encontro de Pos Graduação e Pesquisa da UNIFOR, em Outubro de 2009.

CARTAXO, Geovana e FEITOSA, Gustavo. **Cyberdemocracia: limites e fragilidades do governo eletrônico na construção da democracia.** VI Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política. 2007.

Census Bureau; Bureau of Labor Statistics; Association of Religion Data Archives. **Elections Results 2008.** The New York Times, 2008. Disponível em: <http://elections.nytimes.com/2008/results/president/explorer.html>. Acesso em 07 set. 2009.

_____. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Wilson. Internet e Participação Política em Sociedades Democráticas. **V Encontro Latino de Economia Política da Informação, Comunicação e Cultura**,

2005. Disponível em: <http://www.gepicc.ufba.br/enlepicc/pdf/WilsonGomes.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2009.

LEMOS, André. Cibercultura. Alguns pontos para compreender a nossa época. In: LEMOS, André; CUNHA, Paulo (orgs). **Olhares sobre a Cibercultura**. Porto Alegre: Sulina, 2003; pp. 11-23.

LEVY, Pierre. **Ciberdemocracia.** Lisboa: Editions Odile Jacob. 2002.

LEVY, Pierre. **O que é virtual.** Trad. São Paulo: Ed. 34, 1996.

LEVY, Pierre. **Cibercultura.** São Paulo: Editora 31, 1999.

Miniwatts Marketing Group. **Internet Usage Statistics**. Internet World Stats. Disponível em: < http://www.internetworldstats.com/stats.htm> . Acesso em: 11 set. 2009.

SANTOS, Hermílio. Cibercidades e o exercício da cidadania interativa, In: André Lemos. (org.). **Cibercidades: as cidades na cibercultura**. Rio de Janeiro: E-papers, 2004.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Governo Eletrônico e Inclusão Digital. In: HERMANNS, Klaus (org). **Governo Eletrônico – Os Desafios da Participação Cidadã.** Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2002; pp. 69-81.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da Informação e seus desafios. Ci. Inf., Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000

ZUGMAN, Fábio. **Governo Eletrônico: Saiba tudo sobre essa revolução.** São Paulo: Livro Pronto Editora, 2008.

NOVAS TECNOLOGIAS APLICADAS À JUSTIÇA E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO À PRIVACIDADE*

NEW TECHNOLOGIES APPLIED TO THE JUSTICE AND THEIR IMPLICATIONS IN THE RIGHT TO PRIVACY

Gustavo Raposo Pereira Feitosa
Fernando Moura Linhares

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar as diversas formas de divulgação de informações processuais por meio das novas tecnologias da informação e da comunicação, dentro de um contexto de reforma e transformação do Judiciário, investigando suas implicações sobre os direitos da privacidade e publicidade. Partindo deste ponto, serão estudados alguns aspectos das formas adotadas pelos tribunais brasileiros para a busca e à consulta às informações processuais, cotejando as características das opções tecnológicas utilizadas com os princípios constitucionais da privacidade e da publicidade. Esta discussão mostra-se ainda mais importante após a permissão legal de implantação do processo virtual através da lei 11.419/2006 e do crescimento exponencial da quantidade de dados processuais gerados pelo Judiciário e, em grande medida, disponibilizados pela internet. A pesquisa foi desenvolvida através de um estudo bibliográfico, centrado na leitura crítica de livros e artigos acadêmicos sobre o tema, da análise dos usos das novas tecnologias pelos tribunais e da investigação de leis e documentos relacionados ao tema. A pesquisa permitiu concluir que a proteção à privacidade do jurisdicionado sofre relativa restrição diante do modelo adotado para a exposição ampla de algumas partes do processo. Não obstante, a construção de mecanismos mais refinados e prudenciais permite conciliar os benefícios das novas tecnologias e a proteção equilibrada dos direitos à publicidade e à privacidade.

PALAVRAS-CHAVES: PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE; PRINCÍPIO DA PRIVACIDADE; ATOS PROCESSUAIS VIRTUAIS

ABSTRACT

This article has as objective analyzes the several forms of popularization of processual information through the new information and communication technologies, inside a reform and transformation context of the Judiciary, investigating their implications about the privacy and publicity rights. Leaving this point, will be studied some aspects in the ways adopted by the Brazilian tribunals for the search and consultation to the processual information, comparing the characteristics of the technological options used with the constitutional privacy and publicity principles. This discussion is still more important after the legal permission of implantation of the virtual process through the law 11.419/2006 and the exponential growth of the amount of procedural data generated

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

by the Judiciary and, in great measure, made available by the internet. The research was developed through a bibliographical study, centered in the critical reading of books and academic articles on the theme, of the analysis of the uses of the new technologies for the tribunals and of the investigation of laws and documents related to the theme. The research allowed to conclude that the protection to the privacy of the justice user suffers relative restriction by the model adopted for the wide exhibition of some parts of the process. In spite of, the construction of more refined and prudencials mechanisms allows to reconcile the benefits of the new technologies and the balanced protection of the rights to the publicity and privacy.

KEYWORDS: PUBLICITY PRINCIPLE; PRIVACY PRINCIPLE; VIRTUAL PROCESSUAL ACTS

1. Introdução

A partir da década de 90, houve a popularização dos computadores pessoais e a sua transformação em objetos de uso corriqueiro pelas famílias e empresas. Foram desenvolvidas tecnologias que permitiram a ligação destes computadores pessoais a grandes redes de computadores de alcance mundial, permitindo a intercomunicação entre eles e possibilitando a troca quase instantânea e facilitada de informações. Esta grande rede foi denominada Internet e tem revolucionado a forma como as pessoas interagem, alterando sobremaneira as relações pessoais e profissionais. Este fator impactante nas relações humanas não demorou a ter impactos jurídicos, influenciando até a própria forma de realizar a função jurisdicional.

O presente estudo inicia com uma descrição dos mecanismos utilizados para realização de buscas em redes públicas como a Internet e como estes podem ser utilizadas na divulgação das informações processuais. Em seguida, serão analisadas diversas possibilidades de configuração dos sistemas processuais virtuais de modo a proporcionar a realização de consultas de forma segura e ágil. A partir desta análise, verificar-se-á a possibilidade do surgimento de conflito entre o princípio da publicidade e o princípio da privacidade na divulgação destas informações. Neste trabalho, desenvolver-se-á, ainda, um exame acerca do tema, inicialmente explicitando as características dos processos judiciais virtuais e a ampla publicação de dados processuais por meio da internet.

A partir deste ponto, as teorias sobre os princípios constitucionais fornecerão uma base teórica para a construção da argumentação sobre o tema. Far-se-á uma diferenciação entre princípios e regras existente na doutrina contemporânea, como instrumento para contextualizar e apresentar soluções aos conflitos aparentes de normas exacerbados pela aplicação das novas tecnologias pelo Judiciário.

Em seguida, abordar-se-ão aspectos históricos e doutrinários de cada um dos princípios em questão, inserindo-os no ordenamento constitucional brasileiro e diferenciando-os dos demais conceitos relacionados.

O estudo permitirá verificar a tênue fronteira que separa a exigência de proteção à privacidade da preservação do princípio da publicidade processual. A análise identificará situações em que na divulgação dos atos processuais virtuais prevalece o princípio da privacidade, obstaculizando o acesso amplo ao seu conteúdo pelas redes, bem como aquelas em que prevalece o princípio da publicidade e as informações devem ter livre acesso.

1. O processo virtual e suas peculiaridades

No processo tradicional, os autos são consultados localmente nas secretarias dos fóruns, saindo somente quando conclusos ao Juiz, por carga dos advogados das partes e para vistas ao Ministério Público. Para outros interessados só se encontram disponíveis na própria secretaria. Quando em segredo de justiça, o acesso mostra-se ainda mais restrito. Em geral sempre há um número limitado e controlado de pessoas que podem consultar os autos, todos identificados ou identificáveis.

No processo eletrônico, a situação muda totalmente, já que, em princípio, sendo os sistemas dos tribunais acessíveis pela Internet, os autos de um processo poderiam ser consultados por qualquer pessoa que possua acesso à rede mundial de computadores, independentemente do país em que resida. Assim, as argumentações dos advogados, as decisões dos juízes e a exposição dos detalhes do interesse em discussão poderiam se encontrar disponíveis para todos (CUNHA, 2002, p.47-48).

Observando o processo eletrônico de uma forma mais ampla, levando em consideração todos os processos que se encontram em andamento em um determinado Tribunal e em seus órgãos subordinados, identifica-se outra diferença relevante do processo tradicional: a disponibilização de *mecanismos de busca*. Estes mecanismos permitem localizar processos não somente pelo seu número no Tribunal, mas também pelo nome da parte, nome do advogado, nome do juiz, tipo de ação, intervalo de datas ou uma combinação destes *parâmetros de busca*, temáticas e palavras-chave.

Os mecanismos de busca oferecem não somente busca aos processos eletrônicos, mas também se aplicam aos tradicionais, desde que suas informações estejam disponíveis (processo parcialmente digital). O processo totalmente eletrônico permite, diferentemente do processo tradicional, além da busca prevista acima, a busca por um conjunto de termos nos textos dos autos do processo, já que estão eletronicamente armazenados todos os atos. Por exemplo, pode-se procurar o termo “princípio da publicidade” em todos os autos dos processos em andamento num Tribunal específico. Esta busca não é possível nos processos parcialmente digitais, pois nestes há apenas a informação sobre os dados básicos do processo ou a digitalização[1] dos documentos armazenados em formato de imagem e não em texto, não permitindo, assim, em regra, o acesso direto ao conteúdo pelos *mecanismos de busca*. Resumindo, todas as informações disponíveis nos sistemas computacionais do tribunal, em tese, podem ser buscadas, especialmente no processo totalmente digital, incluindo aí, o conteúdo dos autos.

O processo eletrônico pode permitir também a criação de *links*[2] que oferecem acesso direto a dados de uma determinada ação. Esta tecnologia possibilita a um desafeto preparar uma página (*webpage*) com textos falsos ou até verdadeiros sobre a vida de uma pessoa ressaltando uma característica negativa e, para dar verossimilhança às acusações, disponibilizar ligações (*links*) para todos os processos existentes no *site* de um Tribunal relacionados a esta característica, por exemplo, processos de cobrança de dívidas.

A deturpação na utilização do processo virtual agrava-se com a utilização de *mecanismo de busca*[3] como o *Google* (páginas utilizadas para localizar outras páginas), criando associações entre as palavras existentes em uma página e a própria página (esta associação é feita automaticamente por um programa de computador denominado *motor de busca*). Ao digitar alguma destas palavras em um local apropriado, este mecanismo retorna uma lista das páginas que possuam as mesmas e permite acessá-las. Desta forma, todas as vezes que se efetuar uma busca pelo nome da pessoa, surgirá uma referência à página do desafeto e todos os seus argumentos depreciativos (ALMEIDA FILHO, 2007, p.94).

A pessoa estará marcada por aquela referência, restando ao prejudicado apenas a via judicial para retirada da página do ar, procedimento este dificultado pela possibilidade da localização da página em outros países e pela rápida difusão das informações característica da internet. Se a referência for para o processo que está no Tribunal o problema pode ser amenizado, já que informará todos os lados do processo (acusação e defesa), contudo o peso relativo da simples verificação de que existem processos contra determinada pessoa gera efeitos imprevisíveis sobre múltiplas dimensões da vida do cidadão. Estas características permitem a disponibilização de informações parciais e opinativas, exigindo um maior discernimento dos internautas e a verificação da credibilidade das fontes, o que não é praxe nos usuários da Internet.

As ferramentas de buscas permitem outras formas de utilização das informações. Algumas pessoas hoje já utilizam este recurso nas consultas aos *sites* dos tribunais para saber que processos existem contra determinada empresa antes de fechar negócio, consultam processos envolvendo cirurgiões plásticos antes de realizar uma operação e até namorados antes de tomar uma decisão de casamento. As possibilidades são infinitas, já que descortinam inúmeros aspectos da vida privada das pessoas. Surge então a pergunta: o processo é privado ao ponto de dever esconder aspectos e peculiaridades da conduta e personalidade de uma pessoa potencialmente lesivos à sua imagem e honra, mesmo que revelem traços de comportamento repudiados socialmente?

O art.8° da lei 11.419/06 que dispõe sobre a informatização do processo judicial estabelece:

Art. 8° Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas

Cada tribunal pode desenvolver seus próprios sistemas automatizados de processo eletrônico, com as informações e as buscas que julgar convenientes, definindo os

procedimentos que achar necessários e utilizando as tecnologias que entender mais adequadas desde que siga os parâmetros genéricos definidos na lei 11.419/06 (THEODORO JÚNIOR, 2007, p.256). Esta forma de disposição, ao tentar aproveitar ao máximo as características de todos os sistemas já existentes e disseminar a cultura da automatização judicial, abriu possibilidade de criação de novos sistemas com a combinação de recursos bastante variados.

Quanto às buscas para localização de um processo pode-se prever como algumas possibilidades:

§ Buscas disponibilizadas na Internet; busca ampla pelo texto dos autos;

§ Busca somente pelo nome das partes, tipo de processo, juiz ou advogado;

§ Impedir que *motores de busca* acessem dados dos processos e portanto não seja permitido a localização do processo pelos *mecanismos de busca*;

§ Limitar a realização de buscas somente após a identificação e a verificação de permissão por autenticação digital do solicitante;

§ Permitir buscas somente a partir de uma rede computacional interna do tribunal, não conectada à Internet.

Quanto às informações disponibilizadas sobre o processo:

§ Somente informações básicas do processo, como tipo de processo, partes, advogados, juiz e situação atual do processo;

§ Atos processuais realizados e sua seqüência cronológica;

§ Todas as peças dos advogados das partes, decisões dos juízes e conteúdo de todos os atos processuais;

§ Somente os conteúdos das decisões dos juízes e atos processuais sem acesso às peças processuais;

§ Acesso possível a todos os interessados após identificação, mas independente de autorização;

§ Permissão após a devida identificação e somente às pessoas autorizadas;

§ Acesso somente a partir de uma rede computacional interna do tribunal.

Os sistemas utilizados para automatização processual resultarão da combinação das características enumeradas acima, além de outras, como aquelas relacionadas à segurança contra acesso não autorizado e aos procedimentos de cópia de segurança das informações.

Dependendo de como um Tribunal organiza as características de suas buscas e quais informações são disponibilizadas relativas aos processos que correm sob sua jurisdição,

em determinados tipos de processo pode estar permitindo a exposição de algumas informações problemáticas que venham a ferir o direito constitucional à intimidade e à vida privada.

Há um caso exemplar na Justiça do Trabalho. Ao disponibilizar a consulta processual pelo nome da parte, o tribunal permitia aos empregadores consultar os nomes dos reclamantes que passaram a formular uma *lista negra* daqueles que buscavam a proteção judicial de seus direitos. Neste caso, o Tribunal não disponibilizava consulta aos autos do processo, mas apenas aos nomes dos reclamantes e reclamados. Estes trabalhadores, ao procurar emprego em outras empresas, tinham seu pedido negado simplesmente porque em seu emprego anterior havia solicitado ao Estado a defesa dos seus direitos e este, obrigado pelo dever de publicidade disponibilizava informações sobre a tramitação dos processos na Internet (LIMA, 2007, p.358). Ao mesmo tempo em que respeitava o princípio da publicidade, prejudicava os trabalhadores, não se podendo afirmar que divulgava dados da intimidade dos mesmos.

Por outro lado, uma concessionária de serviço público que atende a toda a população de uma determinada cidade ou estado e que possui vários processos em seu desfavor por não atendimento ao código de defesa do consumidor, tem direito à privacidade da mesma forma que uma pessoa física comum? À mesma é permitido o esquecimento das infrações cometidas no julgamento de novos processos, principalmente se baseados na mesma falta? Não seria o caso de dar publicidade completa ao processo e aos autos (ALMEIDA FILHO, 2006, p.167-168)?

Diante das inúmeras formas de acesso ao processo utilizando os meio eletrônicos, cada uma com suas implicações em termos de publicação de informações que ora ferem o direito à privacidade, ora restringem o dever de dar publicidade ao processo, surge uma questão basilar: qual a forma de organização do processo virtual que melhor atende aos diferentes objetivos e permite harmonizar os princípios constitucionais potencialmente antinômicos?

1. Princípios

Tentar-se-á dar um direcionamento no sentido de solucionar a questão acima através de uma abordagem principiológica do problema. Para atingir este intento, será apresentado agora a doutrina dos princípios e seu posicionamento nos ordenamentos jurídicos modernos.

Princípios são o conjunto de idéias e valores intrínsecos a um determinado ramo do conhecimento obtidos da sua configuração fática e do seu ideal de ser, delimitando-o e orientando a sua evolução e especialização.

Princípios jurídicos, como espécie de princípios em geral seguem a mesma linha, mas adaptados à área de conhecimento jurídico, com a característica do alto conteúdo axiológico, reforçando a sua importância.

Espíndola (2002, p.53)

designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam

Para Crisafulli (apud BONAVIDES, 2003, p.257),

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Os princípios jurídicos não vêm necessariamente expressos na lei, e normalmente não o vem, sendo obtidos pela análise do direito posto, dissecando suas linhas mestras e seus valores orientadores para aplicação na interpretação e integração do próprio ordenamento jurídico e sua utilização nos casos concretos. Segundo Jeammaud (apud ESPÍNDOLA, 2002, p.58) os princípios gerais do direito são utilizados inúmeras vezes pela jurisprudência para fundamentar decisões. Tais princípios são descobertos no ordenamento positivo, passando de princípios descritivos a princípios positivados de inspiração doutrinal através do ato decisional que os veiculou.

Para Crisafulli (apud ESPÍNDOLA, 2002, p.59) cada ordenamento jurídico possui em estado de latência seus próprios princípios gerais do direito. E complementa Clemente de Diego (apud ESPÍNDOLA, 2002, p.59) estes princípios devem estar restritos em estado latente na ordem jurídica em questão.

1. Regras e Princípios

Na doutrina contemporânea, norma é um gênero que possui como espécies as regras e os princípios. Analisar-se-á agora as diferenças entre as mesmas e seu interrelacionamento. Apresentar-se-á também a teoria da solução de conflitos entre regras que será utilizada como contraponto às soluções para os conflitos entre princípios, que é onde buscamos subsídios para o problema proposto do choque entre o princípio da publicidade e da privacidade no acesso às informações do processo virtual.

As regras são os comandos definidos expressamente nas leis e aplicáveis a uma situação jurídica determinada. Assim, no momento em que ocorrer uma situação no mundo real, uma determinada lei será aplicada, e deverá ser seguido o seu ditame, sem nenhum grau de discricionariedade. Cabe ao intérprete analisar apenas a situação fática e indicar quais leis serão aplicadas em detrimento de outras. Na prática, o procedimento é mais complexo, já que surgirão diversas situações em que o fato jurídico previsto na lei não tem adequação exata ao fato na vida real, necessitando de adaptações e ajustes na interpretação. Uma das importantes funções dos princípios é, devido a sua característica

valorativa e seu grau de abstração, servir como parâmetro orientador e solucionador de antinomias, apontando caminhos para a adaptação do mandamento legal ao fato concreto.

Os sistemas normativos estão organizados de forma hierárquica, ocupando a constituição uma posição principal, possuindo preponderância e servindo de orientação à compreensão de todas as outras normas. Na constituição encontraremos não somente os comandos presentes no texto, mas um conjunto de princípios que se caracterizam por um alto grau de abstração, densificados por sub-princípios menos abstratos até chegar às regras concretas. Esta organização hierárquica paralela, entre princípios e regras, está presente em todas as normas do sistema jurídico, possuindo cada área seu conjunto de princípios orientadores.

Esta organização possibilita a existência de um sistema normativo aberto, acompanhando o evoluir da sociedade, como deve ser o Direito e com parâmetros objetivos para a solução dos casos concretos. Segundo Canotilho (2005, p.1162) :

"[...] um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. [...] O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios [...] levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflituantes, a dependência do «possível» fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. [...]".

Havendo conflito entre regras uma delas prevalecerá excluindo totalmente a aplicação da outra, sendo cumprida ou não, sem deixar espaço para outra solução. Não se admite a existência de regras conflitantes e válidas. A decisão sobre qual regra será válida utiliza o critério hierárquico (prevalece a regra situado em um nível hierarquicamente superior na pirâmide legal), o critério da especialidade (quando uma regra está inscrita em uma matéria regulada especialmente, prevalece sobre outra que esteja inscrita em uma matéria mais geral) ou o critério cronológico (prevalece a regra publicada por último).

No conflito de princípios constitucionais, não é aplicável nenhum dos parâmetros para solução de conflito entre regras acima, já que são regras de mesma hierarquia, mesmo nível de especialização e por fazerem parte da mesma constituição, não há prevalência pelo critério cronológico, assim outros critérios devem ser buscados.

Um princípio constitucional não anula o outro, sendo levado em conta de acordo com seu peso relativo na avaliação daquela situação concreta, permitindo o balanceamento de valores e interesses. O princípio que protege o bem jurídico de maior relevância no caso em questão prevalece sobre o outro de menor valor.

"A colisão entre princípios não conduz à exclusão da ordem jurídica de uma das normas conflitantes. Nestes casos, segundo Dworkin, o aplicador do direito opta por um dos princípios, sem que o outro seja rechaçado do sistema, ou deixe de ser aplicado a outros casos que comportem sua aceitação. Esta decisão é realizada segundo o peso e a importância dos princípios considerados. Em cada caso, se armam diversos jogos de princípios, de sorte que diversas soluções e decisões podem ser alcançadas, umas

privilegiando a decisividade de certo princípio, outras a recusando." (ESPÍNDOLA, 2002, p.73)

e ainda

"[..]*as regras são concreções dos princípios*[grifo nosso]; são especificações regulatórias desses. Assim, não se manifestam antinomias, conflitos, colidências entre princípios e regras. Desta forma, quando em confronto dois princípios, um prevalece sobre o outro e as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas e essas não se aplicarão a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas validamente no ordenamento jurídico. (Grau)." (ESPÍNDOLA, 2002, p.75)

Utiliza-se alguns princípios orientadores para a solução do choque entre princípios que reduzirão bastante a discricionariedade da escolha:

O primeiro é o princípio da unidade da constituição. Significando que todas as normas presentes na constituição têm igual valor, não havendo diferenças hierárquicas dentro da mesma. Assim, os mandamentos constitucionais formam um todo harmônico e integrado, devendo ser interpretado de modo a ser compatível com outras regras e princípios existentes na própria constituição.

O segundo é princípio da concordância prática. Neste, a interpretação deve proteger ao máximo os bens jurídicos defendidos pela constituição, tentando harmonizá-los de forma a ter uma solução otimizada no caso concreto. Segundo Canotilho (2005, p.1185), "[...] estes princípios [estruturantes] actuam imbricadamente, completando-se, limitando-se e condicionando-se de forma recíproca.". Assim, os princípios devem ser considerados, tentando idealizar uma resultante que identificará os pontos de contato[4] e os harmonizará decidindo qual deve prevalecer e em que grau. Caracteriza-se por uma atividade tanto mais subjetiva quanto mais se levar em conta os valores pessoais em detrimento dos valores inscritos nos princípios.

O terceiro é o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. Tem inscrito em seu cerne o conceito de bom-senso, razão, justiça, aquilo que é razoável se pensar, decidir. Barroso (2004, p.224) diz "É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar". A doutrina moderna tem desenvolvido este conceito com bastante sucesso. Ao analisar uma norma jurídica, deve-se verificar que circunstancias levaram à produção da norma; qual a sua finalidade, o que ela objetiva regular, qual bem jurídico deseja proteger ou regular; quais os meios empregados para obter este objetivo. A razoabilidade deve ser aferida na adequação entre estes três aspectos da norma.

A razoabilidade interna é aquela ditada na análise dos aspectos acima em relação à própria norma. Se, por exemplo, o meio empregado é hábil para atingir ao fim colimado, então é uma norma que segue a proporcionalidade. Outro aspecto a ser analisado é a razoabilidade externa, que conforma a norma ao texto constitucional. Para Barroso (2004, p.224), "Se a lei contravier valores expressos ou implícitos no Texto Constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o seja internamente". Se uma norma, apesar de com o meio definido atingir o seu fim, mas este meio vier de encontro a qualquer mandamento constitucional ou se o fim desejado

não é adequado a estes mandamentos, é uma norma que não segue a razoabilidade sendo assim ilegal.

O princípio da proporcionalidade é informado por três sub-princípios: pertinência ou aptidão, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu.* A pertinência diz respeito a que, com a norma, se possa atingir ao fim almejado, que segundo Bonavides (2003, p.397) "[...] esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio [...]". A necessidade informa que a regulamentação legal deve se restringir ao necessário para o atingir os fins desejados. Os meios empregados não devem extrapolar aos objetivos com regras inúteis ou em excesso ou ainda que não estejam relacionadas com o fins desejados. A proporcionalidade *stricto sensu* verifica se entre os meios disponíveis para atingir ao fim, é escolhido aquele que atinja ao objetivo de forma mais plena possível e com menor gravame. Para Barroso (2004, p.229), "é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos".

A decisão deve assim, em resumo, manter a unidade do sistema normativo, harmonizar e preservar ao máximo os bens protegidos constitucionalmente, podendo alcançar o resultado desejado e é o meio mais eficaz e que limita ao mínimo o direito fundamental preterido e atende ao máximo o direito fundamental preponderante.

Para solucionar o conflito entre princípios, segundo Edilson Pereira de Farias (apud Monteiro, 2007, p.30):

"Verificada a existência de um autêntico choque de direitos fundamentais, cabe ao intérprete-aplicador realizar a ponderação dos bens envolvidos, buscando o mínimo sacrifício dos direitos em jogo. Nesta tarefa deve guiar-se pelos princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade".

1. Princípio da Publicidade

Analisaremos agora, características do princípio da publicidade, sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive relacionando sua aplicação no processo em geral.

Este princípio dita que todos os atos dos agentes do estado devem ser públicos. Já vem sendo desenvolvido e é reconhecido desde longa data, para tentar informar e dar transparência aos cidadãos das ações dos agentes do Estado, facilitando o controle da legalidade dos atos, disponibilizando-os ao conhecimento e ao crivo de todos e consequentemente impedindo o arbítrio destes agentes. É essencialmente um princípio que acompanha todas as democracias, onde a ação estatal é realizada em função dos interesses do povo.

Na França, há mais de dois séculos, já se discutia a importância deste princípio, como vê-se em Cunha (2002, p.48):

“Nunca é demais lembrar a célebre frase de Mirabeau, dita durante a Assembléia Geral, no momento em que se discutia o fim dos juízos secretos e inquisitórios do 'ancién régime': 'dêem-me o juiz que quiserem: parcial, corrupto, meu inimigo inclusive, se vocês quiserem, pouco importa, visto que ele não pode fazer nada na frente do público'”.

E complementa Rahal (2004, p.271):

“O grito de Mirabeau era um grito que se opunha a processos secretos já que em termos históricos o segredo serviu como instrumento para processos injustos, que mutilavam qualquer possibilidade de defesa dos cidadãos. Na Inquisição, por exemplo, o processo penal era baseado no mais absoluto segredo e as execuções públicas espetáculos apreciados pela multidão”.

O princípio da publicidade foi um fator chave na superação destes processos injustos e cruéis, limitando a ação dos agentes estatais, forçando-os a uma conduta pública e sujeita ao escrutínio popular.

Este princípio vem positivado na Constituição Federal de 1988 da seguinte forma:

Art. 5º XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Os órgãos públicos são obrigados a disponibilizar informações armazenadas em seus arquivos sobre determinada pessoa que a solicite, sobre informações de interesse de um conjunto individualizado de pessoas por alguma característica em comum ou informações de caráter geral, desde que não se enquadre nos casos em que objetivando proteger a sociedade ou o Estado, o sigilo seja necessário.

A Carta Magna de 1988 previu expressamente a publicidade dos atos processuais:

Art. 5º LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Como espécie de ato administrativo, os atos processuais também são públicos, mas além de sigilosos quando objetivam proteger a sociedade e o Estado, também são sigilosos quando protegem a intimidade da pessoa.

Para Monteiro (2007, p.50):

“O interesse ao acesso aos autos é difuso, porque de toda a sociedade e próprio do princípio constitucional da publicidade, reflexo do controle que a sociedade deve, e pode, exercer sobre todos os atos estatais, sejam administrativos, legislativos e jurisdicionais”.

E a mesma Constituição detalhou em seu art. 93 inciso IX como é regulado a publicidade nos julgamentos:

Art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Aqui a constituição prevê que os julgamentos também, em regra, serão públicos e destaca um aspecto importante quando diz que pode haver limitação na presença pública a determinados atos desde que a preservação do direito à intimidade se sobreponha ao interesse público, devendo assim ser analisada caso a caso esta ocorrência.

Ressalta Rahal (2004, p.48) "A presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados. "

A regra do ordenamento jurídico pátrio é a publicidade plena. E esta é segundo Cunha (2002, p.48) "a garantia do controle popular sobre as decisões judiciais e atos processuais, bem como sobre os atos do Ministério Público e dos advogados, constituindo importante mecanismo de prevenção do arbítrio e da ilegalidade".

Destaca-se ainda que a publicidade é uma característica intrínseca aos atos da administração pública, previsto expressamente no art.37 da Constituição Federal de 1988. Para a atividade estatal, a publicidade é um dos requisitos de validade do ato, sendo importante para dar transparência e possibilidade de fiscalização destes atos.

A aplicação do princípio da publicidade deve ser limitada quando invade a intimidade de um terceiro e torna publico informações privadas dos clientes do sistema judiciário, desenhando-se desde já o conflito entre os princípios da privacidade e publicidade.

1. Princípio da Privacidade

O direito à privacidade surgiu no século XVI na Inglaterra protegendo a inviolabilidade dos domicílios passando a ter uma evolução mais acelerada a partir do século XVIII. O grande marco doutrinário foi nos Estados Unidos em 1890 com o artigo *Right to Privacy* de Samuel Dennis Warren e Louis Demitz Brandeis, que a partir de decisões da Suprema Corte do EUA defenderam o direito de o indivíduo estar só com seus pensamentos, emoções e sentimentos, independentemente da forma de expressão. Está previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem da seguinte forma: "Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências e ataques". (VIEIRA, 2007, pp.32-33).

O direito à privacidade está previsto na Carta Magna brasileira da seguinte forma: "Art.5º X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"

Far-se-á agora uma distinção doutrinária entre intimidade e vida privada. A intimidade reflete os sentimentos, emoções, pensamentos secretos, memórias, nunca compartilhados ou compartilhados com um grupo muito restrito de pessoas. Já a vida privada, diz respeito à vida pessoal e familiar do indivíduo, abrangendo todos os fatos sobre sua vida que deseja manter privado. Este tem um âmbito de abrangência maior que aquele. Na doutrina alemã se desenvolveu a teoria das esferas, cada uma mais restrita que a outra. A primeira e mais abrangente corresponde à da vida privada. A intimidade foi repartida em duas partes: uma mais abrangente em que as informações são compartilhadas com pessoas mais íntimas e a mais restrita, em que não há compartilhamento com ninguém. A nossa constituição não faz referência a esta divisão da intimidade. Esta doutrina, apesar da dificuldade de encontrar um critério objetivo para a separação dos níveis de privacidade, foi aplicada pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Segundo Vieira (2007, p.23), "o direito à privacidade traduz-se na faculdade que tem cada pessoa de obstar a intromissão de estranhos na sua intimidade e vida privada, assim como na prerrogativa de controlar suas informações pessoais evitando acesso e divulgação não autorizados".

Sobre os fundamentos do direito à privacidade, Ferraz Junior aduz:

"Um de seus fundamentos reside no princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt com base em Kant. Esse postulado comporta essencialmente três exigências: 'a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência do sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações'" (FERRAZ JÚNIOR apud MONTEIRO,2007,p.31)

A privacidade pode ser entendida sob quatro aspectos que a detalham: a física, do domicílio, das comunicações, decisional e informacional. A física protege a privacidade do corpo contra procedimentos invasivos sem a devida permissão.

A privacidade do domicílio impede a invasão do domicílio do indivíduo, este considerado a residência ou qualquer outro local em que se ocupe com a intenção de se estabelecer e está prevista na Constituição Brasileira da seguinte forma:

Art.5º XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

A privacidade das comunicações, segundo Vieira (2007, p.26):

Protege todas as espécies de comunicação contra interceptação por terceiros e contra o próprio Estado, admitindo-se a intromissão na privacidade apenas quando houver decisão judicial ou para salvaguardar outros interesses públicos.

Está previsto na Constituição Brasileira em vigor:

Art.5º XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas

hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A privacidade decisional também conhecida como o direito à autodeterminação, diz respeito ao direito do indivíduo de tomar decisões sobre a própria vida, sua orientação sexual, onde estudar, trabalhar, como se divertir, enfim decidir os rumos da sua própria vida.

A privacidade informacional, diz respeito ao direito que o indivíduo possui de decidir se deseja manter cada uma das informações a seu respeito privadas ou quais deseja tornar públicas. Trata-se do direito de decidir sobre as informações a nosso respeito.

O direito à privacidade é uma das espécies dos direitos da personalidade. Este, seguindo o ensinamento de Vieira (2007, p.37), "fazem incidir o foco de proteção no indivíduo em si, conferindo-lhe um direito subjetivo de exigir dos outros o respeito ao seu ser, sem o que não poderia livremente, desenvolver a sua personalidade".

O direito da personalidade decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Brasileiro. Esta "imbui-se da pretensão ao respeito à pessoa por parte das demais, sendo considerada um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente, possam ser aceitas limitações à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem – espécies de direito da personalidade" (MORAIS, ALEXANDRE apud VIEIRA, 2007, p.39).

7. Publicidade versus privacidade nos atos processuais virtuais

Assim como o princípio da privacidade é um dos direitos de personalidade que também compõe a dignidade da pessoa humana (VIEIRA, 2007, p.39), o princípio da publicidade também é um dos componentes que permitem a existência de um governo do povo (estado democrático) e este não é um fundamento do estado brasileiro, mas faz parte da própria essência do mesmo. Assim temos no art.1º da constituição brasileira: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito*[...]". Como poderá existir um governo do povo, que atue ativamente na solução dos problemas, se este não tem acesso às decisões tomadas e não conhece os conflitos existentes nesta mesma sociedade de tal modo que tenha papel ativo na construção da mesma, isto é, seja um *cidadão*, este sim um dos fundamentos do nosso Estado? Para se conhecer os conflitos existentes e para que se possa atuar formando opinião e utilizando os mecanismos democráticos existentes é necessário que a divulgação de informações, principalmente da atuação estatal, deve ser amplo. Também a atuação estatal, mas não somente, pois existe na sociedade uma série de decisões que são tomadas tanto entre particulares como entre o Estado e o particular mas com repercussão no campo público.
Até a dignidade do ser humano, um dos argumentos utilizados para manter a privacidade, tem inerente a necessidade de o indivíduo ser um cidadão.

A mesma importância do princípio da publicidade vêm implícita nos objetivos da nossa república: Para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem quaisquer preconceitos, necessitamos tornar não somente o Estado, mas também a sociedade mais transparentes de forma a entender os conflitos existentes nesta sociedade, não esperando somente a ação do estado para que possamos atuar, exercendo pressão e utilizando outros mecanismos à nossa mão para atingir os objetivos enumerados acima.

Para não ficar refém de boatos divulgados pelos meios de comunicação e para que as informações processuais que deveriam ser públicas (CF, art.5º, LX) fiquem restritas a um número restrito de pessoas, devemos disponibilizá-las através dos sistemas processuais todos os atos dos juízes e as informações do processo como partes, tipo de ação, etc. já que a lei só os pode restringir quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Reparemos que a Constituição não citou a vida privada, mas apenas o círculo mais restrito da *intimidade*. Ao mesmo tempo, no art.5 º,X diz que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, neste caso, assegurando o direito à indenização quando houver violação.

Ambos os institutos podem ser perfeitamente compatibilizados (CANOTILHO, 2005, p.1236-1241 e BONAVIDES, 2003, p.396-398), desde que se defina quis tipos de processo a publicidades das informações violem a intimidade e quais processos, por interesse social devem manter em sigilo seus atos processuais. Os que violem os outros aspectos da vida privada, honra e imagem devem ser protegidos através de indenização pelo dano material ou moral. Aqui temos um entendimento prejudicial com relação a estas indenizações, já que o nosso ordenamento jurídico praticamente tornou inóquo este importante mecanismo, esquecendo da função educativa e desrespeitosa com o próprio ordenamento, prolatando condenações com indenizações irrisórias após anos de espera pela decisão, inclusive incentivando o possível infrator, principalmente quando se trata de grandes corporações, sopesar se vale a pena se manter cometendo abusos, já que uma quantidade ínfima de pessoas resistem e vão até o fim em ações deste tipo e ainda tem a opção de realizar uma composição. Violar, no caso, não significa simplesmente tomar conhecimento ou divulgar, mas deve também causar algum dano material ou moral.

De posse de todo o ferramental teórico para o deslinde do caso, passemos agora à utilização deste no caso concreto da divulgação das informações processuais.

Inicialmente, devemos identificar quais as situações em que há conflito entre os princípios da publicidade e da privacidade. A primeira questão se trata da definição de dever-se disponibilizar buscas aos processos pela internet e como é aceitável fazer isto. A segunda questão a analisar define quais informações devem ser disponibilizadas quando deseja-se ver e acompanhar os detalhes sobre o processo.

No primeiro caso, ao analisar o dever de publicidade da administração pública (CF, art.37) juntamente com a necessidade de publicidade dos julgamentos do poder judiciário (CF, art.93, IX) somente limitados pelo direito à intimidade e desde que não prejudique o interesse público à informação apresentando-se neste caso como limitação subsidiária. Ao se tentar atender ao princípio da proporcionalidade (ALMEIDA FILHO, 2007, p.171) verifica-se a prevalência da publicidade para buscas processuais pelo nome

das partes, juízes, advogados, tipo de causa ou número do processo. Este entendimento mantêm a unidade do sistema normativo, preserva e harmoniza os bens protegidos constitucionalmente, desde que os processos que correm em segredo de justiça não façam parte destas buscas, e assim atendendo ao mandamento da publicidade e limitando a sua abrangência e conseqüentemente o abuso contra a intimidade.

Quanto ao caso da utilização da informação de quem está em lide para fins escusos, como na utilização dos reclamantes na Justiça do Trabalho para limitar o acesso ao emprego, a solução não está na limitação à publicidade, mas no desenvolvimento de mecanismos que os punam e os inviabilizem como a solução rápida de conflitos judiciais e a aplicação de indenizações mais substanciosas. O sopesamento dos princípios neste caso deve dar preponderância ao interesse maior da publicidade das ações do judiciário.

No segundo caso, a respeito das informações que devem ser disponibilizadas, adentra-se em um terreno mais pantanoso. Na divulgação dos atos processuais, observa-se a característica de as peças processuais conterem informações sobre a intimidade e a vida privada das pessoas, inclusive sem preocupação com a imparcialidade quando produzida pela parte contrária. Assim, apesar de em uma situação ideal de democracia plena, em que todos possam divulgar a sua opinião e seu ponto de vista a respeito de um tema em que haja conflito e o observador tire suas próprias conclusões, inclusive o Juiz, com pleno conhecimento do Direito, na sociedade e na lei atual há uma limitação à divulgação destas informações, presumindo-se a violação à intimidade e à vida privada. Em tese pode causar dano material ou moral e sendo uma informação mais detalhada da lide causar um dano maior em que prevalece o interesse pelo princípio da privacidade em relação à publicidade, mantendo-se ainda, para ferir ao mínimo o interesse à publicidade, o acesso total a todos aqueles atos a quem o juiz autorizar e aos órgãos de fiscalização como as corregedorias (ALMEIDA FILHO, 2007, p.172).

Na divulgação dos atos processuais, apresenta-se outro aspecto a considerar. Os atos dos juízes e do ministério público e aqueles que simplesmente dão andamento ao processo, possibilitando o conhecimento da seqüência cronológica dos atos do processo. Nestes casos prevalece a publicidade e todos devem ser disponibilizados, já que o interesse principal é na transparência da administração e a possibilidade de controle dos atos pelo cidadão em geral além de, conhecendo os conflitos existentes na sociedade, e os maiores sempre irão acabar no judiciário, permitirá uma maior compreensão dos problemas e uma atitude mais ativa e coerente.

1. Conclusão

Verifica-se que o Brasil e as sociedades capitalistas modernas dão preponderância ao princípio da privacidade, restringindo demasiadamente o campo de atuação do princípio da publicidade quando ambos entram em conflito, esquecendo da formação de cidadãos participantes da sociedade e envolvidos ativamente na solução dos problemas. Para que os indivíduos se transformem em cidadãos, um dos pré-requisitos é o conhecimento da sociedade e seus conflitos, o que só é possível com a ampla divulgação de informações.

Diante dos argumentos postos acima, defende-se a divulgação total das informações processuais até o limite onde não adentre ao círculo mais restrito da intimidade das pessoas. Assim, conclui-se da possibilidade da permissão total das buscas de todas as espécies de processo com exceção daqueles que tramitam em segredo de justiça, por nome da parte, nome do juiz, nome dos representantes e tipo de ação, neste caso preponderando o princípio da publicidade.

Quanto às informações disponibilizadas nos *autos* do processo virtual, somente estarão disponíveis aquelas que permitem o controle e a fiscalização dos atos dos agentes públicos, quais sejam os atos dos Juízes, Ministério Público e dos serventuários da justiça, liberando a consulta ampla para todos os interessados nos atos ordinatórios, sentenças, decisões interlocutórias e despachos e quaisquer outros atos, excetuando-se aqueles das partes, em que prevalece a aplicação do princípio da privacidade e daqueles processos que correm em segredo de justiça.

1. Bibliografia

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. O princípio da publicidade no processo frente à EC 45/2004 e o processo eletrônico. **Revista de Processo**. v.31, n. 142, p. 89-105, dez. 2006.

_____. A segurança da informação no processo eletrônico e a necessidade de regulamentação da privacidade de dados. **Revista de Processo**. v.32, n. 152, p. 165-180, out. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed.rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CUNHA, André Luiz Nogueira. ACESSO AOS AUTOS E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE – ALCANCE. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, v.5, n.9, p.47-50, 2002.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais :** elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Firmino Alves. Comentários à lei n° 11.419/2006, que trata da informatização do processo judicial - uma visão para a justiça do trabalho. **Revista Legislação do Trabalho : LTr***, v. 71, n. 3,* p. 351-360, mar. 2007.

MONTEIRO, Carina Villela de Andrade. DIREITO À PRIVACIDADE VERSUS DIREITO À INFORMAÇÃO: considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos

fornecerem a terceiros informações pessoais de agentes públicos. **Revista de Informação Legislativa**, v.44, n.173, p.27-40, jan./mar. 2007.

RAHAL, Flávia. PUBLICIDADE NO PROCESSO PENAL: a mídia e o processo. **Revista brasileira de ciências criminais**, v.12, n.47, p.270-283, mar./abr. 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.1.

VASCONCELOS, Elaine Machado. ENTRE A PRIVACIDADE E A PUBLICIDADE: o uso abusivo de informações processuais via internet. **Revista de direito do trabalho**, v.9, n.5, p.23-25, mai. 2003.

VIEIRA, Tatiana Malta. O DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 2007, 247f. Dissertação (Mestrado em direito, estado e sociedade. Brasília) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

---

[1] As informações digitadas, são armazenadas em uma forma codificada (um código para cada caractere) que permite fácil organização e busca rápida e segura destas informações pelos recursos computacionais. Já a digitalização é realizada normalmente por *scanners*, mecanismos óticos semelhantes a uma máquina copiadora, que forma a imagem a partir de um conjunto de pontos que não permite um busca rápida e fácil de informações existentes em seu conteúdo.

[2] Links são referências existentes em uma página web que a ligam a outra página web, contendo o endereço em que esta segunda página pode ser localizada e recuperada.

[3] Com a grande disseminação de *páginas web*, contendo os mais diversos tipos de informações em todas as partes do mundo, se disseminou o que chamamos de *sites de busca*. Estes sites utilizam informações das diversas páginas da web organizando-as como um índice que permite localizar as páginas relacionadas com determinado assunto. São mecanismos que permitem localizar páginas na Internet que tenham determinadas características.

[4] Para Canotilho (2005, p.1186) “As modificações relativas à compreensão do conteúdo de um princípio são susceptíveis de produzir refrações quanto ao correcto entendimento do outro”.

DIREITO A UMA PUBLICIDADE CONTROLADA*

THE RIGHT OF A CONTROL PUBLICITY

Gustavo Silva Calçado

RESUMO

O trabalho que se segue visa contribuir com aqueles mais críticos e, ao mesmo tempo, preocupados com o papel da publicidade ou a influência que traz em uma sociedade, valendo-se muitas das vezes de métodos rasteiros. Hoje a informação não encontra barreiras, a publicidade e a propaganda estão em todos os lugares – televisão, internet, rádio, outdoor, malas-ditera, carros, cinema – tornando acessível a todos de maneira muito explícita. O empenho para a venda, o esforço para o resultado positivo de negócios, não raras vezes se valem de mecanismos desonestos e irresponsáveis, pois se deixa de qualificar o produto, valorizando outros aspectos tendenciosos e irreais, causando danos aos consumidores. Surge a partir daí a necessidade de se controlar a publicidade, uma vez que a proteção ao consumidor é princípio da ordem econômica brasileira insculpida na Constituição Federal de 1988. Portanto o leitor encontrará a seguir alguns desses apontamentos e, ao final, espera-se contribuir com os debates sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTIUIÇÃO FEDERAL DE 1988, CONSUMIDOR, PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA, DIREITO, CONTROLE.

ABSTRACT

This work is aimed at contributing towards those critics and at the same time worried about the role of advertising or the influence it brings to the society, most of the time making use unfair methods. Today information has no barriers, advertisements and propaganda is everywhere – on television, internet, radio, outdoors, mail shots, cars, cinema – making it accessible to all in a very explicit way. Commitment to the sale, the effort for a positive result in business, rarely spare dishonest and irresponsible mechanisms, however they forget to qualify the products, valuing other trendy and unreal aspects, causing damage to consumers. From this arises the need for controlling advertisements, once the consumer protection is the principle of Brazilian economic order inscribed in the Federal Constitution of 1988. Thus the readers will find some of these remarks and in the end I hope to have contributed towards the debate on the subject.

KEYWORDS: FEDERAL CONSTITUTION OF 1988, CONSUMER, ABUSIVE AND DECEIVING PUBLICITY, LAW, CONTROL.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

"A democratização das nossas sociedades se constrói a partir da democratização das informações, do conhecimento, das mídias, da formulação e debate dos caminhos e dos processos de mudança". Betinho - Hebert de Souza[1].

- 1. INTRODUÇÃO

Paira sobre as cabeças dos cidadãos brasileiros uma névoa densa e carregada, e doutro modo, inexplicavelmente, imperceptível quase inexistente. O óbice à compreensão desse paradoxo torna-se vivo na medida em que não se conseguirá achar a solução rápida para a mídia de massa no Brasil, perigosamente tendenciosa agindo na calada, motivada pela máxima: consumo, logo existo!

A inclusão desse debate na sociedade é iminente. Deve-se especular uma via pela qual a discussão atinja o povo. Nessa linha, não se encontrará adiante leitura atira-pedras, expor as mazelas é importante, contudo implementar políticas rompidas com o paradigma do consumismo desvairado é a intenção deste estudo. Para que haja a ruptura do padrão, sabe-se do inafastável e indubitável interesse social; esse, infelizmente, é a maior das inquietações. A apatia coletiva é o cenário perfeito para a crescente manipulação de massa, patrocinado por empresas de publicidade e propaganda induzindo os cidadãos a adquirir produtos inconscientemente. Algumas iniciativas governamentais, é verdade, poderiam intervir no sentido de controlar a prática, com o fim de preservar a dignidade da pessoa humana bem como o direito ao acesso à informação.

No desenrolar da leitura verificaremos um panorama desses limites estatais ao avanço dessa cultura do consumo desnecessário fruto do capitalismo moderno, financiado principalmente pelo império estadunidense. Abordaremos também o papel de organismos não governamentais no combate a essa patologia social, bem como inserir nesse contexto, a posição dos tribunais brasileiros sobre o tema.

Tudo isso certo de que os apontamentos que serão feitos dependerão, para sua efetiva aplicabilidade, de um complexo de interesses, méritos quase sempre conflitantes. Portanto, a busca de um espaço consensual entre os agentes políticos, sociedade, empresas de propaganda e indústrias de produtos é imprescindível para que alcancemos a efetividade dos direitos fundamentais e a proteção do cidadão; não olvidando que a revolução deve ser cultural e de consciência, pois seria equivocado o entendimento que uma a lei resolveria o problema.

- 2. CONSUMO, CONSUMISMO E O PAPEL DA MÍDIA

Tão certo é o entendimento do importante papel da Revolução Industrial para desenvolvimento da humanidade, quanto às consequências desse salto evolutivo na relação de consumo no mundo. De uma produção manufaturada de difícil acesso a uma fabricação numerosa em série de produtos, incontestavelmente iniciou um processo de abertura consumerista para as camadas mais pobres da sociedade. O modelo de economia adquiriu feição liberal, que nos dias atuais traduziu-se em um consumismo alienado, somado a um cenário contemporâneo infectado pela mídia de massa, responsável por uma realidade paralela, onde as informações são manipuladas,

sonegadas e direcionadas, envolvem crianças e famílias, criam conceitos estereotipados desqualificando valores sociais, tornando indigna a vida de grande parte da sociedade. Busca-se vender a todo o custo.

Consumo e consumismo. Palavras com conceitos aparentemente iguais trazem um limiar que as distinguem, enquanto a primeira expressa o significado estático de aquisição de produtos, a outra apregoa um movimento, uma agitação às compras. Como se, em uma sequência de atos, saíssemos de uma aquisição necessária - consumo - para uma busca desvairada e irracional a produtos supérfluos ou dispensáveis - consumismo - muitas vezes manifestada por uma patologia comportamental compulsiva.

Caminhando em passos largos, a tecnologia da informação parece o caminho natural adotado pelas empreses que almejam alcançar o mercado consumerista, almejar maior competitividade e alavancar rendimentos vultosos. As empresas policiam os principais *sites* visitados pelo usuário e vinculam, em janelas, produtos que enquadram no seu perfil e modo de vida. Sem saber e sem querer, este cidadão sente-se atraído e quase compelido a consumir, tudo na calada, inconscientemente. Age o *spyware*, consiste num programa automático de computador, que recolhe informações sobre o usuário, sobre os seus costumes na Internet e transmite essa informação a uma entidade externa na Internet, sem o seu conhecimento muito menos o consentimento. Tem-se aí uma "arapongagem" legalizada, uma afronta ao direito à privacidade.

Não é forçado entender essa realidade como uma violência. Muniz Sodré de Araújo Cabral[2] conceitua esse tipo de agressão como violência sociocultural.

Violência sociocultural: resultante de um contexto de prevalência dos valores associados ao poder masculino e, portanto, à discriminação de gênero, encaminhando variantes em direção à discriminação racial, étnica, econômica, ideológica, sexual, etc., às vezes de modo sutil, desenhando-se como violência essencialmente simbólica. [3]

O conceito acima é esclarecedor, nos convencendo do efeito causado pela mídia de massa. Há um desvirtuamento depreciativo de valores sociais, direcionado, por exemplo, ao conceito de família. Acompanhe situação exposta pela professora Helena Sporleder Côrtez[4] em revista organizada pela PUC/RS chamada de 'Brasil e o Mundo: Temas em Debate na Mídia:

A propaganda de um novo e caro modelo de automóvel, que mostra cenas em que várias crianças impedem seus pais de deixá-las, de carro, à porta de uma movimentada festa, culminando com uma que faz questão de ser vista, ao chegar, porque está no carro anunciado, remete a necessidade de se possuir esse modelo (e exibi-lo como conquista), como condição de aceitação entre as pessoas bem-sucedidas. Além disso, quando o mesmo comercial indica os dois primeiros pré-adolescentes sendo conduzidos, não só num outro veículo de menor prestígio, mas apenas por um só dos progenitores, enquanto o personagem central é levado por pai e mãe, juntos, reforça-se a idéia de família unida e feliz como associada ao sucesso financeiro e social. Tem-se, novamente, a proposta de consumo como elemento básico (o que seria de se esperar de um comercial), mas o exercício de uma violência simbólica que impõe um padrão de estrutura familiar, associado a um apelo de *status*, dos quais a maioria também será excluída[5].

A verdade é que a televisão é o meio de comunicação mais difundido, levando-se em conta que nem todos possuem acesso à internet, a TV é o instrumento ou canal mais direto que as empresas possuem para vender seus produtos ou oferecer seus serviços. Isso porque a TV se apresenta a determinados esquemas mentais, nichos sociais de variadas capacidades cognitivas. Pela manhã acompanhamos programas voltados às crianças; à tarde, donas de casa e etc. Nada mais é que um ataque estratégico de acordo com a capacidade de absorção das informações pelo cidadão.

Acreditem ou não, mas as pessoas ficam atreladas aos programas televisivos de massa e a manipulação se faz presente, o aprimoramento da criticidade ou do senso reflexivo é facilmente comercializado pela mídia. Comercializado porque empresas compram espaço de propaganda, querem, obviamente, vender seus produtos; por isso, são co-responsáveis pela cegueira intelectual do povo, " a propaganda ainda subestima a inteligência do consumidor, porque as pessoas que criam os comerciais são, geralmente, tão imbecis quanto as pessoas com as quais elas acreditam estar se comunicando[6]" (JONES, 1999, p.93 apud FEMINA, 1970, p.26). O ambiente está todo infectado pela intoxicação da mídia, a dependência deste feudalismo marqueteiro é a idéia central de uma estratégia montada para se ver funcionar, efetivamente, a relação existente entre empresas que querem vender a qualquer custo, o lucro e as idéias.

- 3. EFICÁCIA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

Fala-se no poder normativo das Constituições, precipuamente matéria relativa à eficácia das normas programáticas. Antes de adentrarmos ao objeto e ao papel da mídia na cultura de massa bem como suas consequências, torna-se importante sustentar estudos relacionados às normas-tarefa do Estado, pois verificando as propostas doutrinárias tendentes à atribuir maior efetividade, conseguiremos idealizar limites ou espaços de consenso entre o interesse dessas empresas fomentadoras do consumismo e a proteção da sociedade.

Nesse ponto, o estudo proposto por José Joaquim Gomes Canotilho é referência no Direito Constitucional. Considerado por muitos como o maior constitucionalista vivo, o catedrático português reorganiza a metodologia estrutural jurídica constitucional, indicando uma vertente interpretativa às normas tarefa capaz de diminuir a distância que separa o *law in the books* ao *law in action*. Saliento, neste diapasão, que o raciocínio de Canotilho evidencia uma verdadeira ruptura à doutrina clássica, no momento em que afugenta o entendimento das normas programáticas como simples tarefas, objetivos abstratos ou apelos ao legislador.

Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição (...). Concretizando melhor, a positividade jurídica constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-la em consideração como ditectivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução e jurisdição); (3) vinculação na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos,

justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam. (CANOTILHO, 2003, p.1176 e 1177) [7].

A inteligência do doutrinador lusitano nos remete a uma inversão de valores. É equivocado o pensamento de que as normas programáticas não possuem eficácia por serem carecedoras de regulamentação, correto é o contrário, o legislador deve ater-se ou vincular-se a essas normas para desempenhar sua típica função, ou seja, só se produz leis em consonância com princípios. Daí deriva-se o parâmetro de constitucionalidade, ratificando a idéia de que a aplicação das normas-tarefa são imediatas ou diretas.

Percebe-se que, diante de tais apontamentos, o debate travado entre o princípio da dignidade da pessoa humana, como tese de defesa do cidadão, da família, da sociedade, contra o consumo desvairado patrocinado pela mídia de massa, aproxima-se da realidade. Na medida em que se verifica uma legislação permissiva, tolerante à exploração de crianças em comerciais de televisão, sujeitando, a todo o momento, com mensagens potencialmente direcionadas ao público infantil, pais de família ao constrangimento de não possuir dinheiro para adquirir um ou outro produto, fica evidente a afronta à princípios constitucionais. *Consume or get out!*

Contudo, a aplicabilidade dos princípios constitucionais ou a força normativa da Constituição é objeto de debate ao longo dos séculos. Paulo Bonavides cita Rui Barbosa:

Não há, numa Constituição, clausulas a que se deva atribuir meramente o valor de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo seu critério, os habilite a exercerem. [8] (BONAVIDES, 2006, p. 489)

Logo o império dessas normas dá-se pelo efeito vinculante ao legislador, bem como citado acima, J.J. Gomes Canotilho.

Sobre a efetividade e aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso da Silva assevera:

A Constituição é expressa quanto ao assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender da legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que substanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicação indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoa e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais (SILVA, 2006, p.180) [9].

Importa trazer entendimento constante na obra de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, sobre a efetividade dos direitos presentes na Constituição:

Essa característica da constitucionalização dos direitos fundamentais traz consequências de evidente relevo. As normas que o abrigam impõe-se a todos os poderes constituídos, até ao poder de reforma da Constituição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.245) [10].

Portanto não é impróprio afirmar que as leis devem ser extraídas das regras e dos princípios constitucionais; o inverso, ou seja, completá-los com o fim de dar verdadeira efetividade, seria um equívoco. O legislador deve pautar-se na dogmática constitucional ao elaborar regramentos legais.

No plano infraconstitucional, nosso país possui normas que regulamentam circunstâncias que envolvem crianças, mormente às vinculadas à exploração, ao abuso, à opressão; algumas mais específicas, mas que guardam elo, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor ao admitir um conceito amplo para consumidor. Nada mais é do que um reflexo do direito constitucional de proteção afirmativa dos consumidores, inserto nos artigos 5º, XXXII e 170, V.

Admite-se a introdução do Direito do Consumidor em três vertentes:

A primeira é através de sua origem constitucional, que poderíamos chamar de introdução sistemática através do sistema de valores (e direitos fundamentais) que a Constituição Federal de 1988 impôs no Brasil. A segunda é através da filosofia de proteção dos mais fracos ou do princípio tutelar (...) poderíamos chamar de dogmático-filosófica. A terceira maneira é através da sociologia do direito, ao estudar as sociedades de consumo de massa atuais, a visão econômica dos mercados de produção, de distribuição e de consumo, que destaca a importância do consumo e de sua regulação especial (...) poderíamos denominar de introdução sócio-econômica ao direito do consumidor (BENJAMIM, MARQUES, BESSA, 2009, p 26) [11].

O CDC impõe limites à publicidade de produtos e serviços. A redação inserta nos parágrafos do artigo 37 evidencia a preocupação com a divulgação, ao considerá-la, ocasionalmente, enganosa e/ou abusiva. Aquela modalidade de informação falsa, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor é entendida como enganosa; já será abusiva outra que possua caráter discriminatório, que incite violência e explore o medo ou, enfaticamente, explore a deficiência de julgamento e experiência da criança capaz de induzi-lo a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Publicidade e propaganda possuem conceitos diversos. Adquire finalidade comercial a publicidade, enquanto a propaganda está focada na mera divulgação de idéia, cujo exemplo clássico é o da propaganda política.

A publicidade pode ser enganosa tanto pelo que diz quanto pelo que não diz. Enquanto na publicidade enganosa comissiva qualquer dado pó produto ou serviço se presta para induzir o consumidor em erro, na publicidade enganosa, por omissão, só a ausência de

dados essenciais é reprimida. O fundamental, neste caso, é que a parcela omitida tenha o condão de influenciar a decisão do consumidor (OLIVEIRA, 2002, p. 140-141) [12].

E ademais, poderá a autoridade administrativa ou judicial compelir o infrator à contrapropaganda, com o fim restabelecer a verdade dos fatos.

- 4. O PAPEL DO GOVERNO NO CONTROLE DA PUBLICIDADE

Neste tópico do artigo verificaremos as preocupações, refletida em ações, do governo voltadas para o combate às publicidades abusivas e enganosas.

Partilhamos da idéia que nosso país possui uma infinidade de leis, regulamentos e regras em geral. Contudo tais normas, não raras vezes, não possuem efetiva aplicabilidade. Poderíamos nos preocupar, por hora, com um estudo voltado às origens ou desvendar o porquê desse fenômeno no Brasil, entretanto esse não é o foco do trabalho. Partindo da idéia de que o quê temos não é o melhor, mas é o quê temos; raciocínio partilhado com a real consciência do povo e dos agentes que movimentam a máquina social - digo, os principais atores: políticos, empresários, e, especificamente, os profissionais da publicidade - torna-se essencial e imprescindível a necessidade de um controle contencioso e de fiscalização mais interessado e comprometido com a eficácia das normas.

Não se está inovando em nada buscar um maior monitoramento das publicidades. A Constituição de 1988, notadamente dirigente em seus dispositivos programáticos, orienta o Estado brasileiro zelar e proteger o consumidor. Tal passagem se dá, em um primeiro momento nas normas do ADCT, quando se exige o comprometimento em codificar regras consumeristas. O texto constitucional trata a proteção do consumidor como dever do Estado, esculpindo-o como núcleo imutável inserto no art. 5º XXXII. Outra passagem se dá quando a constituição impõe a obrigatoriedade de informar aos consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços, força do art. 150 §5º. Por último, é princípio da atividade econômica no Brasil o respeito ao consumidor, dispositivo inserto no art. 170, inciso V.

Portanto a Carta contextualiza o panorama geral, traça a direção pela qual a República Federativa do Brasil deve evoluir, principalmente com a implementação de programas incentivadores, criação de leis que regulem tal comando geral.

Diante dessa temática, deve o governo, por gerir o Estado brasileiro, conduzir essas diretrizes, impor regras para que a publicidade não prejudique, obviamente, os consumidores. Assim a publicidade ganha mais um contorno, além da importância econômica e social, adquire a faceta uma jurídica, pois, nos dias atuais, a relação consumerista não se limita ao ato da compra, mas inicia-se com a oferta do produto ou serviço e acaba com a relação de pós venda, materializado por uma assistência técnica capacitada e eficiente. Nesta realidade não se pode olvidar do desafio colocado pela evolução da sociedade de consumo tendo como protagonista as modificações de técnicas de publicidade, ao Direito.

O acepção do direito do consumidor é muito recente, mais precoce ainda é a proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva no Brasil, ou pelo menos não davam a tratavam devidamente.

Em uma análise remota, nos leva ao tratamento dado pelo direito privado quando se faz menção aos vícios de consentimento em um contrato e a publicidade abusiva era tolerada como *dolus bônus.* Contudo não se tutelava a coletividade, os efeitos da condenação eram restritos e limitados.

Atualmente já não de admite um tratamento restrito à proteção do consumidor de forma geral, muito menos à publicidade de forma específica. Hoje, como já exposto linhas acima, a matéria possui *status* constitucional.

Portanto o embate travado contra os males da publicidade é mais acertado, ou encontra melhor saída, limitando-a e não a excluindo.

Quatro são os fundamentos principais apontados para o regramento do fenômeno publicitário. Não se excluem entre si, refletindo, ao revés, enfoques distintos de uma mesma preocupação. Controla-se a publicidade com o intuito de: a) favorecer e ampliar a concorrência entre os diversos agentes econômicos (*modelo concorrencial*); b) garantir um fluxo adequado de informações sobre produtos e serviços (*modelo informativo*); c) evitar abusos no exercício do seu poder de persuasão (*modelo da manipulação de preferências*); e, d) limitar seu potencial de modificação de padrões culturais (*modelo cultural*)[13].

Em apertada síntese a partir do estudo de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamín, o controle a publicidade pelo *modelo concorrencial* é verificado "na medida em que o mau anunciante, pela utilização de argumentos enganosos, adquiriria, indevidamente, uma posição de vantagem"(BENJAMÍN, p.25). Percebe-se, contudo que tal mecanismo de controle não se limita a proteger só os consumidores, reconhecidamente hipossuficientes na relação, mas também os próprios fornecedores. Decorrente do princípio da informação esculpido na Carta Constitucional e no Código de Defesa do Consumidor, o *modelo informativo* cujo maior objetivo é a informação plena, captada pelo destinatário no contrato, no rótulo e na publicidade. Não é o bastante informar as regras do contrato ao consumidor, a publicidade do produto ou da prestação de serviço deve condizer fielmente com o contrato. A celeuma encontra guarida quando o apelo da publicidade leva o consumidor assinar um contrato com regras limitadoras conhecidas por ele futuramente. O *modelo da manipulação de preferência*, é o mais preocupante, pois é, a meu ver, o procedimento mais rasteiro por ser tão oportunista quanto alheio a valores naturais de todo ser humano como o princípio da dignidade. Percebe-se com clareza "o abandono da informação, em favor da persuasão" (BENJAMÍN, p. 32), alimentando o consumo desnecessário. Por último, o *modelo cultural* está intimamente ligado ao modelo anterior, pois se trata em reconhecer a dimensão cultural e estrutural da publicidade, que leva o consumidor a ter dificuldades de pensar criticamente.

Portanto fica registrada a imprescindibilidade de uma participação estatal efetiva com o fim de regular a publicidade no Brasil. Contudo, é importante não esquecer que esse trabalho de coerção legal deve objetivamente atingir não só os atores, mas também os conteúdos das publicidades. O CDC impõe pena privativa de liberdade para aqueles que fazem ou promovem publicidade que sabe ou deveria saber enganosa ou abusiva

(artigos 66,67 e 68), menos gravosa, porém altamente eficaz, a imposição de contrapropaganda também é medida inserta no rol de sanções administrativas do artigo 56.

4.1. Do Projeto de Lei nº 5.921/01

Nesta linha, não obstante aos ditames da norma consumerista, é debatido no Congresso Nacional um projeto de lei de 2001 que visa regulamentar questões mais específicas quanto à propaganda direcionada às crianças e aos adolescentes, nada mais é do que uma tentativa de frear a faceta draconiana da publicidade.

Trata-se do PL 5.921. Iniciativa, indubitavelmente, nasce da preocupação da qual estamos a debruçar neste trabalho, qual seja, do papel e da influência da mídia de massa no processo consumista (e não de consumo, pois aquele se refere à alienação de consumir) da sociedade. Pois bem, a iniciativa legiferante explora alguns apontamentos dentre os quais reputo alguns, como merecedor de maior relevo.

Tal projeto nasce de uma proposta de simples inclusão de um parágrafo ao artigo 37 do CDC, por mais desarrazoado e desproporcional, acompanhemos:

§ 2° A- É também **proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis**, assim aqueles destinados apenas à criança. (grifado)

O raciocínio exordial mostra-se extremista, afinal de contas o público infantil é um segmento social, contudo o que será nosso objeto de estudo é a análise dos métodos pelos quais a publicidade se vale. Ao longo das discussões nas comissões do Congresso Nacional, aquela proposta voltada a uma inserção de um parágrafo no artigo 37 do CDC, ganhou robustez passando a tratar de outros apontamentos igualmente importantes.

O projeto de lei não deixou ao esquecimento uma prática comum verificada em produtos direcionados às crianças, qual seja a vinculação de brindes. Veda a oferta de produtos atrelados a prêmios e brindes. A matéria é encontrada no artigo 3º, parágrafo 1º, inciso VIII:

VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil;

Essa prática evidencia como os valores estão deturpados. Não importa o valor nutricional do alimento, que seria a essência do produto oferecido, mas sim o brinde como atrativo às crianças, ou seja, o primordial é vender o produto independente de sua finalidade, pode ser também que ele seja considerado pelos próprios produtores tão ruim, mas tão ruim que se a propaganda fosse direcionada para o fim nutricional, não vendia nenhum.

O texto considera abusivo enviar publicidade por correio eletrônico ou pelo celular, veicular *merchandising* durante programa de entretenimento dirigido à criança, como por exemplo, desenhos animados. Diz o parágrafo 3° do artigo 3° do PL:

§ 3º Não será permitido qualquer tipo de publicidade ou de comunicação mercadológica na televisão, na internet ou no rádio **quinze minutos antes, quinze minutos depois e durante a programação infantil** ou a programação cuja audiência seja na sua maioria constituída pela criança. (grifado)

Na publicidade voltada às crianças, não são raros os casos em que se nota um comparativo de atitudes daqueles que consomem o produto frente aos impotentes que não o tem. Impõem certa superioridade à criança que comprou o tênis, adquiriu o relógio ou consumiu o alimento. A reflexão é imperiosa, ou seja, a criança que compra o produto é levada a ara de veneração tornando-se insuperável, quase inalcançável pelo garoto que não pode adquirir o objeto.

Pretende o legislador evitar claramente a desnecessária cultura consumista. Acompanhemos com um exemplo, vejamos: um desenho animado do personagem infantil Bob Esponja passa na tela da TV; durante o intervalo dos quadros, momento em que os anúncios dos patrocinadores são apresentados, estaria proibida a vinculação da oferta de produtos do mesmo personagem, digo, jogos, tênis e brinquedos estampados. Naquele momento da programação infantil, a criança está quase enfeitiçada pelo desenho animado, contribuindo para uma situação de total vulnerabilidade aos anúncios dos produtos daquela animação. Portanto age bem o legislador ao preocupar-se com a condição de hipossuficiência da criança. Por outro lado ajuda também aqueles que sequer possuem condição de comprar o tênis do Bob Esponja, ou a não se sentirem acuados frente aqueles que o adquiriram.

Nesta exegese, prudentemente trata o PL de outros limites, fixado-os nos incisos II e V do artigo 5°, acompanhemos:

II - o uso de quaisquer **técnicas na elaboração da publicidade que possam induzir ao entendimento de que o produto ou serviço pode oferecer mais do que na realidade oferece**;

V - **sugerir que a aquisição do produto ou serviço tornará o adolescente superior a seus semelhantes.** (grifado)

A informação mercadológica é invasiva, alimenta sem dúvida sentimento de altivez e prepotência nas crianças, não contribuindo com valores fincados na humanidade e convívio social. Não objetiva a discussão cambiar para a formação familiar dos filhos, e sim consolidar a idéia de que a mentalidade empresarial voltada à informação está capenga e, na maioria das vezes, investida de da mais profunda má-fé, sob a máxima do *all or nothing.*

Não são raras vezes depararmos com publicidades que evidenciam uma viagem transcendental, para outro mundo, no momento que a criança consome o produto. O personagem do comercial entra em outra dimensão quando bebe o leite ou come bolo. Muitas vezes o fabricante cria um personagem que representa o produto e dá, à criança, a oportunidade de manipulá-lo em joguinhos na *internet*, uma vez que dar relevo a importância nutricional nos comerciais fica em segundo, terceiro ou quarto plano, perde-se a importância, e a demais, tais informações devem ser voltadas aos pais e não às crianças. Sem dúvida as crianças são as mais vulneráveis, entretanto, muitas vezes, os adultos são também induzidos.

- 5. CONCLUSÃO

Portanto, diante do estudo levantado conclui-se que de fato estamos vivenciando um período de corrida às lojas, êxodo alimentado por uma cultura de massa consumista. Movida principalmente pela máxima do *all or nothing*, ou seja, buscam-se vender a qualquer custo, as empresas de publicidade desafiam o Direito com novas técnicas de abordagem ao público, não raras vezes manipuladoras, antiéticas e desonestas, contribuem com a deterioração de valores sociais constitucionalmente assegurados como o da dignidade da pessoa humana.

A publicidade está em todos os cantos. Hoje não se fala em barreiras para se adquirir produtos ou contratar serviços. Trata-se de um fenômeno de massas dirigido à coletividade de consumidores, como conjunto indeterminado e desorganizado de pessoas. Essa ascensão eleva como consequência, o Direito; antes, limitado na esfera particular das relações, hoje, alcança uma tutela difusa e coletiva.

A matéria afeta ao Direito consumerista é tratada no âmbito constitucional, indubitavelmente dá-se ao tema importância merecida, pois a Carta de 88 já contempla uma nova vertente do direito moderno, do qual se almeja proteger uma coletividade de pessoas ou grupos. Neste contexto a publicidade é fundamental para construir um consentimento, mas poderá, noutra faceta, gerar prejuízo ou causar dano material ou moral ao consumidor. Insere a partir daí a consciência da importância do controle legal da publicidade.

Contudo se percebe um esforço governamental com visão de controlar a publicidade voltada aos consumidores, principalmente as crianças, quem, indubitavelmente, são as principais vítimas deste mercado capitalista selvagem. Importante será a efetiva aprovação do PL nº 5921/2001, sobre o qual recairá importante instrumento de combate aos abusos publicitários. Tal empenho não só favorece a sociedade, mas também dá guarida aos próprios fornecedores, quando repele ações de publicidade abusivas, nas quais se sustenta empresas desonestas sob o ponto de vista concorrencial.

- 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABRAL, Muniz Soares de Araujo, *Sociedade, Mídia e Violência*, Ed. Porto Alegre: EDIPUCRS/Sulina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*, 7ª edição, Editora Almedina, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BENJAMÍN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *O controle Jurídico da Publicidade*, http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/8981/1/O_Controle_Jur%C3%ADdico_da_Publicidade.pdf,

BENJAMÍN, Antônio Herman de Vasconcellos, **MARQUES**, Cláudia Lima, **BESSA**, Leonardo Roscoe, *Manual do Direito do Consumidor*, Editora RT, 2ª edição, 2009.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 18ª edição, 2006.

CÔRTEZ, Helena Sporleder, Revista 'Brasil e o Mundo: Temas em Debate na Mídia, Editora Edpuc/RS.

JONES, John Philip, *Quando a Propaganda Funciona: novas provas de que a publicidade estimula as vendas*, tradução: Olga Regina Raphaelli, Editora Globo, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira, **COELHO**, Inocêncio Mártires, **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição, Editora Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, José Carlos de, *Código de Defesa do Consumidor - doutrina, jurisprudência e legislação complementar*, editora Lemos e Cruz, 3ª edição, 2002.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 26ª edição, Editora Malheiros, 2006.

[1] **Herbert José de Sousa**, conhecido como **Betinho**, nascido em 3 de novembro de 1935, foi um sociólogo e ativista dos direitos humanos brasileiro. Concebeu e dedicou-se ao projeto *Ação da Cidadania contra a Miséria e Pela Vida*. Integrou as forças que resultaram no impeachment do Presidente da República Fernando Collor. Morreu já bastante debilitado pela AIDS em 9 de agosto de 1997.

[2] Muniz Sodré de Araújo Cabral é professor titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro, possui cerca de 30 livros publicados nas áreas de Comunicação e Cultura.

[3] **CABRAL**, Muniz Soares de Araujo, *Sociedade, Mídia e Violência*, Ed. Porto Alegre: EDIPUCRS/Sulina, 2002, v. 1, p.110.

[4] É professora da FACED/PUC-RS.

[5] CÔRTEZ, Helena Sporleder, Revista 'Brasil e o Mundo: Temas em Debate na Mídia, Editora Edpuc/RS.

[6] **JONES**, John Philip, *Quando a Propaganda Funciona: novas provas de que a publicidade estimula as vendas*, tradução: Olga Regina Raphaelli, Editora Globo, 1999, p. 93.

[7] **CANOTILHO,** J.J. Gomes, *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*, 7ª edição, Editora Almedina, p. 1176, 1177.

[8] **BONAVIDES,** Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 18ª edição, p. 236 apud Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, II, p.489.

[9] **SILVA,** José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 26ª edição, Editora Malheiros, 2006, p. 180.

[10] **MENDES,** Gilmar Ferreira, **COELHO**, Inocêncio Mártires, **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição, Editora Saraiva, 2008, p.245.

[11] **BENJAMIM**, Antônio Herman, **MARQUES**, Cláudia Lima, **BESSA**, Leonardo Roscoe, *Manual do Direito do Consumidor*, Editora RT, 2ª edição, 2009, p. 26.

[12] **OLIVEIRA,** José Carlos de, *Código de Defesa do Consumidor - doutrina, jurisprudência e legislação complementar*, editora Lemos e Cruz, 3ª edição, 2002, p. 140-141.

[13] **BENJAMÍN,** Antônio Herman de Vasconcellos e, *O controle Jurídico da Publicidade*,
http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/8981/1/O_Controle_Jur%C3%ADdico_da_Publicidade.pdf, p. 26.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O DIREITO À EDUCAÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO*

PERSONALITY RIGHTS AND THE RIGHT TO EDUCATION IN THE INFORMATION SOCIETY

Ivan Dias da Motta
Cássio Marcelo Mochi

RESUMO

Os direitos de personalidade se manifestam de forma mais incisiva dentro de um determinado momento histórico, ou seja, pós 2ª Grande Guerra. Mas manifesta-se já de longa data, os fundamentos para a sua existência, tendo como referencial principal o mundo grego e o romano Os ordenamentos jurídicos mais conhecidos e estudados apresentam perspectivas de análises muito próximas, tendo como ponto pacífico, o direito à vida, que é o cerne para a existência dos direitos de personalidade e mais recentemente, o direito à educação, como uma das formas de promoção do homem, numa sociedade tecnológica, onde conhecimento assume características de poder, domínio e ao mesmo tempo, de sobrevivência digna.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS DE PERSONALIDADE; DIREITO A EDUCAÇÃO; SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.

ABSTRACT

Personality rights are manifested stronger within a given historical moment, i.e. post second war. But is already longstanding, the reasons for their existence, having as main Greek referential and the Roman world the most popular and studied have very close analysis perspectives on the Pacific, the right to life, which is the core for the existence of the rights of personality and more recently, the right to education as a way of promoting technological man in a society where knowledge assumes power characteristics, domain, and at the same time, dignified survival.

KEYWORDS: PERSONALITY RIGHTS; THE RIGHT TO EDUCATION; THE INFORMATION SOCIETY.

1. APONTAMENTOS INICIAIS

1.1 A Teoria Geral dos Direitos da Personalidade: origem e conceito

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A teoria geral dos direitos da personalidade não é resultado de um único e determinante momento histórico, e tão pouco traz em seu bojo um problema que seja exclusivo da modernidade, ou pós-modernidade. Para Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa[1], ainda que de forma parcial possa ser encontrado tratamento restrito de alguns direitos da personalidade, desde a Índia até o Egito antigo, é no mundo grego e romano onde algumas perspectivas mais abrangentes e específicas receberão tratamento diferenciado.

O Mundo grego clássico irá introduzir entre outros, um conceito que será fundamental para o desenvolvimento e transformação do homem, no aspecto mais amplo de sua existência física, espiritual, ontológica, é a *Paidéia**[2]***. Para Jaeger, ao estudar a história e formação do povo grego, "todo povo que atinge um certo grau de desenvolvimento sente-se naturalmente inclinado à prática da educação. Ela é o princípio por meio do qual a comunidade humana conserva e transmite a sua peculiaridade física e espiritual"[3]. A substituição do convencimento pela simples força bruta, e colocando o diálogo e o poder da palavra como elementos centrais da vida grega, permitiu a criação e o refinamento de outros conceitos, como por exemplo, a distinção entre as leis divinas, naturais, e aquelas criadas pelos homens, com a finalidade de resolver os problemas por eles mesmos criados. Mas estas condições, assim como desenvolvimento da filosofia, só foram possíveis porque os gregos aprenderam nos primórdios de suas origens, o valor da *Paidéia.*

Na análise da tragédia da Trilogia Tebana de Sófocles, em especial Antígona, já é possível perceber a consciência do mundo grego de que o direito é uma criação humana, quando o conflito entre Antígona, que invoca um direito divino e Creonte, o rei, que invoca o valor de um decreto criado por ele, termina por conduzir a reflexão de um dos direitos da personalidade existentes nos das atuais; o direito ao cadáver e de dar a ele, um fim nobre e justo.

No período do Império Romano, constituído de oscilações entre os extremos do uso da força e da razão, equilibrado em alguns períodos, destaca-se, segundo Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, a lei das XII Tábuas que regulava somente "as normas respeitantes à esfera jurídica do cidadão individual. Regulava-se com muito detalhe o direito processual civil, de forma a permitir a todos o acesso à justiça"[4]. Era o pragmatismo romano, aliado com as necessidades do Império, e às vezes regido pelo poder carismático do Imperador.

Seguindo a linha de pesquisa desenvolvida por Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, foi com a *lex Aquilia* que tratava das questões "relativas à tutela face as lesões contra os escravos"[5] e a *lex Cornelia*, que versava "sobre as injúrias com agressões físicas e a violação de domicílio"[6], num contexto que incluía em seu fundamento o conceito de *hybris**[7]** grega*, "a injúria romana constituiu o embrião do direito geral de personalidade"[8].

A medievalidade, marcada pelo declínio do Império Romano e a ascensão do cristianismo, trouxe novas perspectivas para o desenvolvimento da teoria dos direitos da personalidade, principalmente, nas palavras de Bittar, porque foi "no cristianismo em que se assentou a idéia da dignidade do homem"[9]. No mundo ocidental não se

questiona, ao menos de forma não velada, de que o homem é constituído de corpo e alma, e que o corpo é o templo de Deus, e assim sendo, não se pode tratá-lo de qualquer jeito. Não é simples matéria, e tão pouco se contém somente na sua definição de pessoa jurídica. O homem é algo mais, e necessita garantir através das leis, o respeito a um conjunto de direitos que ainda não estão delineados, mas que o cristianismo gesta, juntamente com outros expoentes da história do pensamento humano.

As relações entre o Rei e o Papa, nem sempre foram amistosas e carregadas de intencionalidades que difundissem sobre o povo, direitos que lhes eram devidos. Existia sempre uma relação de intenções de poderes não reveladas, conforme nos diz Ernest Kantorowiczs[10], as intenções de cumprir a palavra revelada, ou seja, os ensinamentos da Bíblia Sagrada, sempre existiram, mas as intenções necessárias à preservação do poder político, nem sempre permitiram as realizações explícitas dos direitos da personalidade, e tão pouco, aqueles referentes à dignidade da pessoa humana. Ora eram os Reis exercendo o poder do gládio sobre o povo, e ora a Igreja exercendo o poder do cajado, normalmente revestidos sobre a idéia de uma Santa Inquisição. Ainda que Santo Agostinho, Duns Scotus, Marsílio de Pádua, e o próprio Tomas de Aquino[11] tenha tratado de forma parcial, alguns direitos referentes à personalidade, foi o Renascimento, e italiano, de forma mais marcante, quem vem "potencializar estas idéias humanistas ou, se se quiser, pré-humanistas, assumindo antropocetricamente a condição humana e questionando o destino do homem, se bem que nele coexistisse a idéia e a imperiosidade da ordenação divina"[12], se bem que esta questão poderia ser resolvida, adotando-se o princípio do livre arbítrio, já desenvolvido em Santo Agostinho[13], sendo assim, o homem, próximo ou distante de Deus, seria o responsável pelos seus atos.

A medievalidade, no qual o Renascimento é apenas um dos seus períodos internos, levou a uma discussão aprofundada e doutrinariamente complexa, na discussão do jusnaturalismo e do direito positivista, que procurava trazer as discussões do campo metafísico para o da racionalidade apregoada pelo iluminismo. Sendo assim, neste período, também chamado de baixa medievalidade, ou seja, quando a medievalidade se declina ao ocaso, gesta-se o Estado Moderno, e a Revolução Francesa em 1789, será o marco histórico para ume delimitação entre os limites de cada um dos poderes, inclusive o controle sobre o poder absolutista da monarquia.

Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa[14] professa que se a Revolução Francesa trouxe junto de si, entre outras contribuições para o mundo jurídico, a Declaração Universal dos Direito do Homem e do Cidadão, principalmente no artigo 1º proclamava que "os homens nascem e são livres e iguais em direitos", e ainda no artigo 2º que "o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem", na prática tais garantias não foram tuteladas pelo Estado, prevalecendo exclusivamente os interesses de um Estado liberal, onde a preocupação central eram as relações econômicas.

Mas o direito segue a sua jornada histórica, pois como nos ensina Rudolf Von Ihering "a vida do direito é a luta, a luta de povos, de governos, de classes, de indivíduos"[15]. Com a Revolução Francesa, de caráter político, seguindo em paralelo com a Revolução Industrial, de caráter econômico, a humanidade caminha de mãos dadas com uma racionalidade que nos conduzirá ao extremo de sua crise e aplicação: as duas primeiras grandes guerras mundiais, principalmente após a segunda guerra mundial, que conduzirá a humanidade a uma profunda reflexão, pois mostrou o quanto

devastador por ser a “subalternização do indivíduo humano face aos desígnios da estrutura do poder detentora do aparelho do Estado”[16].

Tomando como orientação a linha de raciocínio professada por Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa[17], foi a Constituição Alemã de 1949, quem deixou de forma jurídica mais nítida, a efetiva proteção à dignidade da pessoa humana. Tal fato pode ser verificado na referida Constituição quando nos diz que: “(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”[18]. É claro o legislador alemão quando se situa como “obrigação” e não como possibilidade de execução, todos os meios necessários às garantias da dignidade humana. É dever no sentido de imperativo categórico. Ainda que na França em 1951, com a discussão da reforma do Código Civil, em Portugal, no ano de 1966 com o novo Código Civil, na Constituição Lusa de 1976 e suas reformas em 1982 e 1989, conforme nos assevera Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, foi o direito alemão quem primeiro tratou destas questões, transportando-as para o campo do direito subjetivo, ou seja, retirando-as apenas do campo de direito objetivo.

Se a Constituição Alemã explicitava a obrigação de proteção à dignidade da pessoa humana, por parte do Estado, segundo Wanderlei de Paula Barreto, foi o Tribunal Constituição Federal Alemão, em 12.03.51, quem

desenvolveu-se, justamente como reação ao tripúdio sobre os direitos fundamentais da pessoa humana, no e pelo recém destruído Estado nacional-socialista, a teoria denominada Drittwirkung, vale dizer, a aplicabilidade do direito objetivo da personalidade também para obrigar terceiros, particulares, e de responsabilizá-los pelos danos defluentes de lesões a tais direitos.[19]

Sendo assim, de forma efetiva, concedeu a todos as pessoas físicas e mesmo jurídicas, a possibilidade de reparação por terceiros, a danos causados de forma intencional ou não, à sua personalidade. Na linha de visada adotada por Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, o “direito geral de personalidade é sobretudo uma instituição de direito civil, embora juridicamente conexionada com outros ramos da nomenclatura jurídica, particularmente com o direito penal e o direito constitucional”[20]. Estes não são campos limitadores, mas onde a teoria geral da personalidade encontra-se o seu sustentáculo fundante, principalmente no campo dos instrumentos da tutela jurídica.

Inúmeros são os conceitos apresentados sobre os direitos da personalidade, para Adriano De Cupis, “todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se de ‘direitos da personalidade’”[21], abrindo-se assim um horizonte amplo para este conceito, no entanto,

existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.[22]

São os direitos mínimos sem os quais os homens não realizariam nem a sua existência jurídica, quanto mais a ontológica que requer a sua tutela. Na busca de um conceito que permita encontrar um ponto comum entre as diversas correntes, Barreto

nos diz que, “a pessoa vale porque é, e é com a finalidade de valer, de ter o seu valor como ser humano reconhecido por todos e também pela ordem legal”[23], sendo assim, ao garantir os direitos da personalidade o direito realiza parte de sua própria essência, que é um conhecimento criado e desenvolvido pelo homem, com a finalidade de aplacar as injustiças e garantir antecipadamente, que outras possa ser cometidas. Parafraseando Pontes de Miranda, se o homem é o sujeito fático da relação jurídica, esta só existe porque a priori, existe uma pessoa, no campo dos direitos da personalidade,

a pessoa é, pois, o sujeito, o titular dos direitos da personalidade; a personalidade é o fundamento ético, é a fonte, é a síntese de todas as inúmeras irradiações, da pletora de emanações possíveis dos direitos da personalidade (direito à vida, à liberdade, à honra, etc).[24]

Estabelece-se assim, a quem o direito de personalidade deve tutelar, e para quem a sua existência é essencial e toda a sua razão de ser. Os direitos de personalidade procuram expor a sua teoria e as formas de tutela, do elemento mais intrínseco à própria natureza da pessoa humana.

1.2 Os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos de personalidade

Para uma melhor compreensão sobre os direitos de personalidade, assim como a relação intrínseca com os direitos humanos, é necessário conhecer como se constituem e o que são os chamados direitos fundamentais, que no ordenamento jurídico moderno, permite num primeiro momento, a existência objetiva dos direitos humanos e de personalidade.

Nos ensina Robert Alexy que “siempre que alguiem posee um derecho fundamental, existe uma norma válida de derecho fundamental que Le otorga este derecho”[25], não sendo possível a existência do seu inverso. Um direito fundamental só existe tomando como ponto de partida a existência de uma Lei Fundamental, ou seja, a existência de uma Constituição, sendo que, nem todos os enunciados desta, sejam necessariamente direitos fundamentais[26]. Robert Alexy investiga nas obras de Carl Schimitt, um conceito que possa ser abrangente o suficiente para resolver este problema conceitual, procurando uma construção harmônica tanto de ordem material como formal, sendo assim, os direitos fundamentais “solo aquellos derechos que pertenecem al fundamento mismo Del Estado y que, por lo tanto, son reconocidos como tales em La Constitucíon”[27], e a teoria de que os direitos fundamentais não antecedem ao Estado, mas se origina a partir deste, como forma de garantir como direito objetivo e subjetivo, condições mínimas, sem as quais o Estado, na sua essência ontológica não tem razão de ser.

No entanto, dado as características da dinâmica, da complexidade e da própria miserabilidade e precariedade das ações humanas, principalmente nos séculos XIX e XX, fizeram com que o direito produzisse significativas alterações com relação aos direitos fundamentais, inclusive ampliando os seus horizontes, dentro de uma

conjuntura, no caso do respeito aos direitos humanos, ultrapassassem as dimensões da Constituição, estabelecendo-se inclusive, como normas supra-constitucionais.

Quando se refere à direitos fundamentais, o homem é o foco central e unitário desta discussão. O referencial teórico para as origens dos direitos fundamentais, podem sofrer mudanças significativas, dependendo da vertente adotada, ou seja, para a jusnaturalista, os direitos do homem são inatos e pertencem à sua própria essência, para os positivistas, os direitos do homem são aqueles originários da norma estatal, no entanto, a discussão da base originária, pouco colaboraria para a proteção desses direitos, pois "os direitos humanos seriam frutos de momentos históricos diferentes e a sua diversidade já apontaria para a conveniência de não se concentrarem esforços na busca de uma base absoluta, válida para todos os direitos em todos os tempos"[28], mas sim formas reais de garantir os direitos em cada caso concreto.

Para José Afonso da Silva, quando se diz direitos fundamentais é necessário ater-se ao conceito do que venha a ser "fundamentais", portanto, "no qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive"[29], em outras palavras, são os direitos mínimos para que os homens possam ter condições de realizarem as potencialidades inerentes à sua própria existência ontológica.

Que os direitos humanos se manifestam como uma conquista histórica dos homens, ao longo de uma jornada existencial complexa, com inúmeros momentos de escassez em todos os sentidos, e em alguns de abundância restrita, não é novidade na seara do direito. O ponto marcante da definição dos direitos humanos na modernidade, ou ainda, dos direitos do homem[30], é a Revolução Francesa e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que na própria introdução deixa clara as suas intenções, quando expressa

Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres [...].[31]

Fica claro o marco decorrente das condições históricas daquele momento, e que não nos parece ser diferente nos dias atuais, do desprezo não da pessoa jurídica, mas *a priori*, do homem na sua essência elementar. Surge a positivação da necessidade desta proteção, como forma de explicitar os limites que o Estado e outros, podem exercer para com a ação humana.

Sendo assim, conforme nos diz Fábio Konder Comparato, os direitos humanos, ou do homem, "trata-se, afinal, de algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos"[32], tendo uma abrangência universal do conceito. No próprio Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, novamente pode-se perceber a extensão da universalidade deste conceito, quando nos diz que

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, [...].[33]

Portanto, as duas Declarações o caráter de universalidade e aspecto geral dos direitos humanos. Definido o escopo conceitual dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, será necessário mostrar que existe uma distinção entre direitos da personalidade e direitos fundamentais, pois conforme nos ensina Sílvio Romero Beltrão que "os direitos fundamentais demarcam em particular a situação do cidadão perante o Estado, com a preocupação básica da estruturação constitucional"[34]. Quanto aos direitos da personalidade e seus reflexos, "estes exprimem aspectos que não podem deixar de ser conhecidos sem afetar a própria personalidade humana"[35], continuando a sua exposição sobre estes direitos, ao mesmo tempo em que amplia os horizontes de análise e aplicação destes direitos, professa que

os direitos da personalidade, como primeiro conceito afim dos direitos fundamentais, são posições jurídicas do homem que ele tem pelo simples fato de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem, e ainda condições essenciais ao ser e dever ser.[36]

Segundo Silvio Romero Beltrão, expondo as suas reflexões sobre a obra de Carlos Rogel Vidal diz que enquanto os direitos fundamentais tratam da relação entre o Estado e o homem, e, portanto situam-se na esfera do Direito Público, os direitos da personalidade situam-se no campo do direito privado[37]. Os direitos da personalidade preocupam-se com a existência individual, embora o resultado de suas reflexões possa servir como balizamento para todos aqueles que, de uma forma ou de outra, tenham qualquer elemento componente de sua personalidade, ofendido, usurpado ou ainda, simplesmente ameaçado.

Na linha de raciocínio desenvolvida por Santos Cifuentes, citando Castán Tobeñas, este nos diz que "el hombre es eje y centro de todo sistema jurídico"[38], e sendo o eixo e centro do sistema, "com esfera de actución propia, debe tener medios de defesa y protección de los bienes que el derecho contempla"[39]. Dentro dos direitos garantidos ao homem, não como objeto insensível e tão pouco negociável como os demais elementos da natureza, pois "los derechos personalísimos son uma defensa de reconecida trascendencia. Negarlos hoy implica permitir que se violen. Sería desconecer la dignidad de la persona. Omitirlos imperidiría su avance em el camino de La libre y necesaria expansión individual"[40]. Os direitos da personalidade permitem que o ser individual tenha preservada a potencialidade das realizações de seus desejos e anseios, sem perder a perspectiva de que, ao viver em sociedade está inserido dentro de um campo normativo que tem por uma de suas funções, harmonizar os desejos antagônicos próprios da existência humana.

2. MUDANÇAS DE CONCEITOS

2.1 Mudanças estruturais pós 2ª Grande Guerra: uma revisão do conceito de direito de personalidade

Para Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa[41], a Segunda Guerra Mundial e suas conseqüências funestas nas mais diversas esferas da ação humana, assim como o desenvolvimento tecnológico, demonstraram os riscos que os homens podem correr quando concentram grande poder ao Estado, ou mesmo aos privados, levaram a sociedade a refletir sobre a condição humana, e as dimensões constitutivas da personalidade, que contribuem para a existência do homem como um sujeito de direito e deveres.

Nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves Farias, em reflexões sobre a necessidade imperiosa de direitos de personalidade devidamente protegidos, temos que

somente após a II Grande Guerra Mundial, consideradas as atrocidades praticadas pelo nazismo contra a individualidade da pessoa humana e contra a humanidade como um todo, sentiu-se a necessidade de proteção de uma categoria básica de direitos reconhecidos à pessoa humana. Era preciso assegurar uma tutela fundamental, elementar, em favor da personalidade humana, salvaguardando a própria raça.[42]

Sendo assim, este é um marco histórico dado às dimensões destas atrocidades. Ainda que a construção dos direitos de personalidade anteceda ao momento histórico decorrente da Segunda Guerra Mundial, conforme nos assevera Bittar e o ingresso no direito público tenha seu marco como "sagração legislativa a começar pela Declaração norte-americana, que refletia a tradição puritana das antigas colônias, de liberdade de consciência frente ao Estado"[43], foram as atrocidades decorrentes do nazismo e também das forças aliadas, por exemplo, Hiroshima e Nagasaki, quem produziram efeitos mais profundos e colaboraram para o desenvolvimento de uma teoria geral dos direitos da personalidade.

Inicialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos[44] já destaca que o homem é o centro de atenção e preocupação de todas as relações, e para que ele desenvolva as suas potencialidades é necessário garantir à pessoa humana, direitos mínimos, sem os quais é praticamente impossível a concretização de seus anseios. Neste aspecto, ainda que não reconhecendo uma teoria geral dos direitos da personalidade, para Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa[45] é a Constituição Alemã de 1949, quem já faz previsão da exigência de um direito que se deve ter tutelado e de responsabilidade do Estado e do povo em respeitá-lo, nos seguintes termos:

I. Derechos fundamentales

Artículo 1

[Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales]

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de La paz y de la justicia en el mundo.

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.[46]

Sendo assim, fica expressa a necessidade e obrigação da dignidade humana ser protegida e respeitada pelo Estado, produzindo reflexos em todas as suas instâncias de competência.

No entanto, o que existia eram apenas os direitos de personalidade atomizados, tratados dentro de casos específicos à medida que os casos concretos surgiam no mundo jurídico. Como por exemplo, nos diz Carlos Alberto Bittar[47], com o Código Civil italiano de 1942, previa algumas possibilidades de promover ação quanto à disposição indevida do corpo, da imagem, o direito ao nome, mas o fazia de forma parcial e não congregava a possibilidade de uma teoria geral dos direitos de personalidade.

Mas, no entanto, segundo Wanderlei de Paula Barreto, apenas cinco anos mais tarde, ou seja, depois de promulgada a Constituição Alemã de 1949 é que o Superior Tribunal Alemão mudou seu posicionamento,

somente no ano de 1954, por meio da famosa decisão “carta do leitor” (“Leserbrief ”-Entscheidung), o BGH, o Superior Tribunal Federal alemão, procedeu a uma mudança radical de paradigma e constituiu, por construção judiciária do direito, o direito geral da personalidade, na medida em que emancipou a tutela contra publicações indesejadas da dependência de uma característica de obra protegida pelo direito autoral.[48]

Portanto, fundamenta-se doravante, o direito de personalidade como uma teoria geral, que serviria de suporte e arcabouço de conhecimentos, para a compreensão dos direitos de personalidade como direitos absolutos, ainda que, por questões processuais, fosse necessária a existência de classificações e tipificações das mais diversas origens, colocadas dentro de cada um dos ordenamentos jurídicos, onde o direito se estabelece como forma de conter os excessos do Estado, assim como entre os privados também. Para Santos Cifuentes é incontestável que a Alemanha tenha sido a “madre de la teoria”[49] dos direitos de personalidade, até porque a sua Constituição explicita a importância onto-valorativa da existência humana, quando no seu artigo 2 nos diz o seguinte:

(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

(2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley.[50]

Portanto, trata-se de proteger o desenvolvimento da personalidade na sua plenitude, assim como impedir o arbítrio, a não ser em virtude de lei, da possibilidade de restrição da liberdade necessária para tal desenvolvimento.

No entanto, apenas criar um direito não é o suficiente, pois de nada adianta ter um direito que não produza relações de deveres, para consigo mesmo ou para terceiros, ou ainda, se não existir a possibilidade deste direito produzir a eficácia necessária. A Constituição Alemã de 1949 no artigo 1, 3 diz que "Os seguintes direitos fundamentais vinculam aos poderes legislativos, executivo e judicial como direito diretamente aplicável" praticamente restringindo a eficácia no âmbito do Estado, ainda que a sua aplicação seja direta, ou seja, não tenha necessidade de leis que regulamentem a sua aplicação no caso concreto, mas nos assevera Wanderlei de Paula Barreto que

foi no âmbito da justiça trabalhista alemã que pioneiramente se levantou a tese da eficácia imediata em relação a terceiros (unmittelbare Drittwirkung), fundada na impositividade do respeito à ordem pública não só pelo Estado, senão igualmente pelos particulares.[51]

No campo da eficácia os reflexos e irradiações dos direitos de personalidade inserem-se dentro da classificação em eficácia horizontal, na relação entre o Estado e o Cidadão, e em eficácia horizontal, quando a partir da norma fundamental, e da teoria geral dos direitos de personalidade, irradiam-se entre os privados, conforme exemplifica Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, no "Caso Lüth"[52].

Que os direitos humanos, os direitos de personalidade foram conquistas históricas da luta da sociedade, depois de atravessar por uma série de crises de conseqüências nefastas, entre as quais, as duas primeiras guerras mundiais, é fato e não hipótese. Mas quanto se trata de Direitos do Homem é possível expressar aos que asseveram não ser este um direito absoluto, com as seguintes palavras de Norberto Bobbio:

não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.[53]

Sendo assim, foi e continua sendo necessário, uma postura firme, mas sempre aberta ao diálogo que permita ampliar e nunca restringir, a construção continua dos direitos de personalidade, como forma de garantir a realização ontológica do homem em todas as potencialidades, que não entrem em conflito com a norma fundamental, ou qualquer outro tipo de norma, que tenha por característica nuclear a proteção da humanidade. Os direitos da personalidade podem ser estudados nos seus mais diversos aspectos, no entanto, a manifestação da existência humana, no mundo contemporâneo e capitalista, faz emergir com necessidade imperiosa a educação, como forma de amenizar e possibilitar a solução das diferenças sociais, assim como obtenção de condições materiais para uma vida digna.

3. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A EDUCAÇÃO

3.1. Educação: em busca de um conceito

Num primeiro momento, entendemos ser necessário definir o conceito daquela ação humana que será o ponto central de nossa análise, ou seja, a educação. O que se pretende é resgatar o conceito clássico de educação, para então construir os fundamentos necessários a uma crítica do direito à educação no Ensino Superior. Conceito este que estabelece a educação como um ideal constituinte da própria essência do ser humano, e que se realiza quando todas as condições mínimas necessárias se materializam, e se colocam à disposição do homem.

Para recuperar este conceito é preciso retornar à Grécia antiga, quando segundo Muniz[54], a educação era composta de duas fases distintas, mas que agiam de uma só forma. Para os gregos a ação de educar era reservada ao pedagogo, pois se inseria no âmbito do éthos, no movimento interior para o qual o homem, por natureza tende a buscar o seu fim, na virtude, na prudência e na felicidade, conforme nos ensina Aristóteles, na obra Ética à Nicômaco. Segundo Pereira, na Grécia Antiga, inicialmente, o ensino assumia a função de instrução militar, pois a defesa da pólis seria garantida por esta arte. Com o estabelecimento do aparato administrativo necessário para o harmonioso funcionamento da pólis, o mundo grego entende ser imprescindível que este mesmo guerreiro, tenha "um sistema de desenvolvimento harmônico das faculdades"[55].

A educação no mundo grego não surge por acaso, e nem como resultado do fim ou início de um único período, mas como uma conquista, pois inicialmente, temos apenas o ensino da ginástica[56], tarefa esta de incumbência do mestre de educação física, a seguir o mestre que ensina a tocar cítara, e depois o mestre para o ensino da arte de ler e escrever. Contudo, a educação do grego não se restringia somente a estas disciplinas, pois precisa do convívio ocasional com os demais membros da pólis, entre os quais, os grandes debates na ágora, que parecem se iniciar da análise das coisas fúteis da vida, e que acaba por ser conduzido a um tema relevante do dia a dia, tal qual nos diz Sócrates, ou seja: o que é a justiça? O que é o amor? O que são as leis? O que é o conhecimento? É pela sutileza, consistência, pelo logos do diálogo, que se mede a formação do homem grego.

Então surge um elemento fundamental na educação grega, e se faz necessário apresentar algumas considerações. Qual a importância do diálogo na formação e educação do mundo grego? Para Goldschmidt "o diálogo quer formar de preferência a informar. [...] Longe de ser uma descrição dogmática, o diálogo é a ilustração viva de um método que investiga e que, com freqüência, se investiga"[57], sendo assim, pode-se inferir ser a educação exigente na formação do cidadão como um todo, e não só em uma determinada arte, mas antes de tudo fundamentada na existência do outro, na necessidade do diálogo vivo, dinâmico, que se esforça por compreender o universal, mas reconhece as limitações do contingente.

Outro fato importante emerge da civilização grega, o surgimento dos Sofistas que inicialmente receberá de Sócrates, um sinônimo pejorativo, pois ensinavam os gregos mediante remuneração, o que era veementemente combatido por Sócrates, e também por Platão e Aristóteles, os quais pregam que o conhecimento deve ser disponível a

todos[58]. A educação sofista compreende disciplinas renovadas: a dialéctica; a eloqüência [...]; a crítica literária; a gramática; a prosa artística, em ático, que é criação deles, e comporta figuras de retórica e ritmo próprio, distinto do da poesia. Reconhecem ainda o valor formativo da matemática e do ensino teórico[59].

Os sofistas buscavam uma forma de conhecimento universal, pois professavam a possibilidade de adaptar o seu método às mais diversas circunstâncias, tal qual um caleidoscópio, na arte da dialética ensinavam como podemos convencer a outra parte, partindo de princípios cuja fundamentação não apresentassem consistência, era o que os antigos chamavam de "fazer prevalecer a causa pior sobre a melhor"[60] .

Temos ainda o Renascimento Italiano que também contribuiu para com a educação, o qual se caracteriza pelo que Burckhardt[61] chamou de reflorescimento da antiguidade, e foi composto por elementos das mais variadas ordens, como, político e social, entre outros. No entanto, este reflorescimento surge mesmo antes do período renascentista propriamente dito, e seu precursor mais importante é Dante Alighieri (1265-1321) que "projetou a antiguidade para a cultura nacional"[62]. Ele vai desenvolver "uma realeza centrada no homem"[63], provocando uma profunda cisão com os medievalistas de sua época, que defendiam uma realeza "centrada na idéia de Deus-homem" (Ibidem). Mas qual seria a importância do humanismo para o Renascimento, e para a educação? Segundo Cambi[64], o grande mérito humanista é que eles tinham um plano didático contendo os chamados jogos, desafios praticados nos salões dos nobres, e que exigiam de seus praticantes certo domínio da cultura como um todo, e a arte da oratória, pois os participantes tinham que expor aos demais as suas idéias através de diálogos, assim como o faz Castiglione (1997), n'O Cortesão.

A educação desenvolvida e apresentada pelos humanistas procurava tratar o homem enquanto homem, tinha uma tendência a "cultivar em todos os seus aspectos a personalidade humana, os físicos não menos que os intelectuais, os estéticos não menos que os religiosos"[65], era uma educação formal e integral, uma vez que procurava educar o homem como um todo.

As características da Educação Clássica Grega e do Renascimento Italiano é que ambas traziam um ideal libertário, sonhavam com a liberdade, almejavam e viam possibilidade de buscá-la, e esta forma era a educação. O ideal grego e o renascentista, tinha como referência o bem estar coletivo, mesmo que em alguns momentos possamos inferir que alguns desejos individuais eram suprimidos pela força da pólis ou das cidades-estados, ainda assim a busca do bem estar coletivo deveria prevalecer sobre todos os demais. Mas a história irá produzir mudanças radicais nesta forma de pensamento, e a educação levará consigo marcas incontestáveis da contribuição do Renascimento Italiano.

3.2 A Educação como Instrumento de Produção na Sociedade da Informação

Precisamos recuperar algumas características culturais e sociais da medievalidade, para uma melhor compreensão da importância do Renascimento Italiano, e sua contribuição para o mundo ocidental, em destaque para a educação, foco central de nossa análise. Naquele período (medieval), a principal característica é que o leitor (membro de uma seleta elite) recebia, de modo bastante restrito e controlado pela Igreja Católica, as obras clássicas comentadas e sendo assim, na maioria dos casos traziam no seu interior, o ponto de vista do comentador, normalmente uma pessoa, cujas idéias estavam alinhadas com as da Igreja Católica. Estas interpretações eram dogmáticas e não apresentavam pontos em que os clássicos possivelmente pudessem expor conceitos, diferentes àqueles adotados pela Igreja. O homem era um pecador inveterado, deveria ser infeliz nesta vida para resgatar as suas dívidas para com o criador, precisava se submeter aos dogmas para se converter. Ele não tinha condições de contestar qualquer possível "emanação divina" revelada à "homens iluminados por Deus", em outras palavras, o homem em si, era destituído de qualquer tipo de prazer, de liberdade, de pensamento, senão aquele de interesse da Igreja. A razão da sociedade era a religião e as leis que regiam as relações humanas, emanavam dos pontífices. O pecado é utilizado como instrumento de castigo e de exclusão social, pois os demais cidadãos não poderiam prestar assistência a um pecador condenado pela Igreja, e diga-se de passagem, com a chamada "Santa Inquisição", a grande maioria destes pecadores eram queimados na fogueira, pois assim o fogo purificaria as suas almas.

O Renascimento deseja fugir deste dogmatismo rigoroso, pretende um retorno à cultura grega e romana, no entanto, quer se desfazer dos comentadores dogmáticos e sob coordenação direta da religião dominante. Tinham como meta, realizar uma leitura a partir dos escritos originais, ou seja, querem ler a obra e não o comentário, e de preferência na sua língua original, neste caso, o grego, o latim e o hebraico em alguns casos. Ele restaura a possibilidade das especulações filosóficas, e recupera o conceito romano de homem de "virtù".

Para Bryan Magee[66], no Renascimento Italiano temos três características marcantes. A primeira é a descoberta do mundo, pois a partir de 1400 temos as chamadas grandes navegações e as grandes descobertas, entre as quais podemos citar: em 1492, Colombo descobre a América e em 1500, Cabral descobre o Brasil. No campo da ciência, temos em 1507 a divulgação da teoria copernicana sobre o sistema solar, em que o sol passa ser o centro do universo. Sendo assim, Copérnico dá uma nova visão sobre o homem e sua relação com o universo, a terra não é mais o centro do universo, o homem também perde a sua visão privilegiada, a partir deste momento histórico teremos "Deus no topo; a base na terra e os homens e os anjos no meio". A segunda característica é a descoberta do homem, e o reconhecimento de suas capacidades, principalmente através da pintura, da escultura e das artes em geral. Temos a genialidade de Michelangelo (1475-1564), cujas obras representam muito mais do que um simples valor estético, e expressam um conhecimento profundo das formas do homem, de sua anatomia e sua relação com a natureza. Este gênio das artes, ao esculpir a Estátua de Davi e terminar, admira-a, contempla a sua obra, vê em si mesmo a potencialidade de ser um criador, e com o cinzel dá uma leve pancada na mesma e diz "parla", como se estivesse dizendo a estátua: levanta, caminha, fale, pois depositei em ti a perfeição existente em minha alma. O terceiro aspecto é a renovação pelas obras clássicas da literatura, e estudam as artes humanas como um processo de criação oposto a Deus, ou seja, bela é a natureza produzida por Deus, mas belo, e na mesma intensidade, são as obras produzidas pelos homens, uma vez que ele é feito a imagem e

semelhança de Deus, segundo os interpretadores literais da Bíblia de sua época. Eles procuram com o espírito do investigador científico incansável, recuperar e restaurar as obras clássicas, mas agora destituída da subjetividade e da possível interferência do comentador, até porque este deveria se restringir as regras estabelecidas pela Igreja Católica, uma vez que um dos grandes responsáveis pela perpetuação dos clássicos foram os mosteiros, normalmente situados em regiões distantes da influência dos grandes centros, e regidos por uma rígida disciplina monástica.

Até o ano de 1400 o foco central do mundo europeu era a busca por novas rotas para comércio com a Ásia e alguns povos do leste africano, mas a partir desta data, impelidos pela necessidade de maior produtividade e de recuperar o seu poderio, a nobreza, juntamente com a burguesia ascendente, irá patrocinar a busca e descoberta de novos impérios, de novas terras, e teremos o início das grandes navegações, e de modo ainda singelo, um processo de globalização. O feudalismo ainda persistirá por algum tempo, mas o Renascimento Italiano e outros fenômenos sociais irão determinar outro rumo na história da humanidade

Com o fim do feudalismo[67] e a afirmação da burguesia como classe constituinte da nova estrutura social, as grandes descobertas nos anos de 1500 d.C., cujas conseqüências estarão situadas principalmente no campo da economia, uma vez que a descoberta de novos mercados de obtenção de matéria prima, o aumento da área de domínio (principalmente Portugal, França, Inglaterra e Espanha), a possibilidade de expansão de mercados consumidores, o início do fim do Estado Absolutista, a conquista de direitos e estabilidade jurídica exigidas pela burguesia, e as revoluções que produzirão grandes mudanças no mundo europeu, irão impulsionar o desenvolvimento do capitalismo, este trará consigo mudanças significativas para a humanidade, principalmente nas relações de trabalho.

A Revolução Industrial Inglesa (1760-1820) produz grandes transformações nas relações humanas, com o acentuamento do capitalismo e a possibilidade da exploração em massa de trabalhadores, que não tendo nada mais a vender, só lhes resta vender, a preço vil, a sua força de trabalho. Num primeiro momento a educação será desprezada, em função dos maquinários ainda primitivos, que necessitavam mais de força bruta, do que trabalho intelectual, mas num segundo momento, será o elemento necessário e imprescindível na movimentação e crescimento do capital. Temos então, em 1848[68], o surgimento das revoltas sociais na Europa, e os principados, de um modo geral, na tentativa de conter estas revoltas, criam as constituições e estas, geram certa sensação de estabilidade nas relações entre os homens e o Estado, em outras palavras, parte do era que um ideal libertário é positivado na Constituição, ou Carta Magna, Carta Régia, e outros tanto nomes que os estudiosos do direito e outros pensadores, irão utilizar. Troca-se um ideal, por uma promessa, uma perspectiva legal de que o homem será respeitado em toda a extensão de sua natureza. Mas é apenas uma promessa e não uma realização real.

O foco agora não mais será o estudo do homem e suas qualidades intrínsecas, mas sim a análise da influência da sociedade e seus aspectos sociais na constituição do universo que cerca e forma o homem. O positivismo Comtiano e seu objetivo de reduzir as ações do homem a uma análise sistêmica e matematizada, o materialismo histórico de Karl Marx, que reduz as relações entre os homens como a luta pelo poder e a divisão de classes e estas se dão pela economia, a análise do fato social de Durkheim, que irá

mostrar as influências coercitivas no homem que recebe um mundo já pronto e acabado, e contra certos fatos sociais, nada podemos fazer, a sociologia da religião de Max Weber, que admite a influência da economia, mas vê na formação religiosa protestante, a chave para a compreensão do capitalismo e suas relações intrínsecas.

Temos o Estado que se organiza depois dos movimentos de revoltas sociais de 1800, e passa a exercer o poder coercitivo, ou a força bruta legalizada, com a justificativa de conter os excessos e preservar a ordem, como se a simples aplicação das leis fossem capaz de prever e garantir todas as formas de transgressão ou desvio de comportamento. Doravante, a sociedade como um todo estará preocupada mais em conter os efeitos, do que procurar as causas, pois o capitalismo não nos permite tempo para reflexões sobre o homem, e sim a sua capacidade de produção.

É este o novo objetivo da educação: preparar o homem para o setor produtivo, imprimindo em sua formação, os elementos técnicos necessários ao exercício da finalidade para a qual o capitalismo o prepara, ou seja, produzir mais, com menor custo e as mudanças em sua vida não mais será norteado pelo ideal de libertação, e sim pelo ideal de inserção no campo da produtividade, uma vez que este homem não quer ser livre, quer apenas ter a possibilidade de entrar para o sistema, de ser um elemento importante dentro de um mundo globalizado no mercado de consumo, mas dividido quanto às possibilidades de conquistas reais, e abandonando a perspectiva revolucionária. Temos agora países (poucos e seletos) que produzem componentes sofisticados e de alta tecnologia, e países consumidores desta tecnologia, cuja economia, política e educação, jamais terão a oportunidade de ascender à outra posição, uma vez que a globalização impõe limites para o desenvolvimento tecnológico, e exige as fronteiras abertas para a colocação de seus produtos, e educação é um produto na visão do capitalismo, não um produto necessário às satisfações e desejos do homem em simplesmente conhecer, um elemento intrínseco e tão humano, quanto nos relata Aristóteles, quando nos diz que "todos os homens têm, por natureza, desejo de conhecer"[69], mas assumindo uma condição imperiosa de conhecer para poder sobreviver, o que garantirá a sua inserção na chamada Sociedade do Conhecimento, e que segundo Lízia Helena Nagel, "é a forma brasileira de traduzir Sociedade da Informação ou Super Estrada da Informação"[70].

Mas o que seria o objetivo desta Sociedade da Informação? Seguindo a linha de raciocínio de Nagel, nada mais seria do que a forma organizada do capitalismo, em criar formas rápidas de disseminação do conhecimento, no entanto, os mesmos ficariam sob a tutela dos grandes oligopólios privados, e expressariam os interesses destes, induzindo os educadores "a advogar a favor da sociedade do conhecimento como uma organização superior de práticas políticas e pedagógicas socializadoras do saber, quando, na verdade, a construção dessa sociedade da informação é meta do capitalismo em seus desdobramentos mais sofisticados"[71]. É o conhecimento, e como conseqüência inevitável, a educação sendo transformada em mercadoria e instrumento de ideologia.

O capitalismo defende a participação ativa da universidade como grande pólo de desenvolvimento de tecnologia, não como centro de formação de homens integrados ao bem estar coletivo. O conteúdo das disciplinas acadêmicas está cada vez mais inserido dentro dos chamados conteúdos necessários ao mercado, elas passaram a ser o instrumento do capitalismo na formação da mão-de-obra imprescindível à sua manutenção, assumem caráter de informação e não de formação, de conhecimento, pois

“o simples ato de informar-se não viabiliza, por si só, qualquer competência reflexiva para perceber o transitório, examinar a multiplicidade de relações, acompanhar as conexões que podem elucidar a intimidade do universal com o particular, próprias do ato de conhecer”[72], pois o conhecer implica em estabelecer conexões com o todo, e a partir desta, reconstruir o conhecimento que forma o sujeito, é um movimento contínuo de reflexões destas relações e sua conseqüente reconstrução, não é o pensar somente sobre o objeto, mas das possíveis relações dos objetos com o sujeito e com o mundo. O informar tem apenas impacto imediato, para uma suposta aplicação também imediata, no qual o importante não é a razão fundante da informação, mas apenas se posso ou não aplicá-la naquele momento. Se pudermos realizar esta aplicação, então esta justifica a sua necessidade, se não podemos, descartamos e tudo cai no vazio, pois não carece de reflexão, até porque ela se apresenta de forma desconexa, e o mundo precisa produzir, não importa o que e para que, desde que tenha pessoas dispostas a consumir.

O liberalismo e todas as suas correntes sucessórias, como o neoliberalismo, pós-neoliberalismo, e outras que possam existir, trazem em seus fundamentos as novas formas de organização do capital e a intenção clara de destruir, ou ao menos reduzir, a possibilidade do surgimento de ideais e correntes de pensamento, capaz de enfrentar o sistema de frente, e mostrar de forma clara e objetiva, quais as reais intenções que se encontram por trás desta economia de mercado, utilizando um termo já abordado por Karl Marx em suas obras, ou seja, é preciso compreender quais são os verdadeiros objetivos da economia, e como esta irá afetar as nossas vidas, e no nosso caso em específico, a educação brasileira.

Na Grécia Clássica, e mesmo no Renascimento Italiano, os cidadãos ainda tinham um ideal, um modelo de cidadão, de educação e de sociedade a ser conquistado. A educação, em especial, era voltada não para ser um produto de consumo, mas um elemento constituinte do conjunto de valores intrínsecos do homem, da sua essência. Estudando os diálogos platônicos, podemos encontrar elementos determinantes de que a busca pelo conhecimento se situava no campo do prazer intrínseco do próprio homem, era um deleite, pois o diálogo no mundo grego e renascentista também, requer sempre o outro, mas não o outro que apenas ouve, mas que fala, concordar ou discordar, é mera conseqüência, o importante é o estar com o outro, como nos diz Francis M. Cornford, ao analisar a obra platônica nominada de Teeteto, que Sócrates

Como a parteira, que não tem missão de fazer filhos, a função de Sócrates não é produzir suas próprias idéias e impor aos demais, senão liberar as mentes dos demais, de pensamentos com os quais estão trabalhando habitualmente, e logo verificar se esses pensamentos são filhos legítimos ou meros fantasmas.[73]

Ao contrário da educação neoliberal, na qual “o conhecimento a ser ensinado nas escolas é definido a partir de sua operacionalidade”[74], pois não é necessário o aluno aprender mais do que o necessário para operar o universo tecnológico que o cerca. O conhecimento passa a ser um mero valor de troca, é um capital que é relevante para o processo produtivo, transforma-se em qualificação, é temporário e descartável porque a última tecnologia é a que tem valor. O conhecimento na educação neoliberal, não é agente de transformação, mas apenas um dos elementos que agregam valor na mão-de-obra, e um dos garantidores de que o produto final terá qualidade.

Conhecer na educação neoliberal, além de exigir título, tem como condição imperativa demonstrar produtividade, não enquanto elemento de abstração, mas como materialização, mas também não garante emprego, pois é evidente na mídia, e quase que diário, a demonstração do aumento de desemprego no setor bancário, justamente um dos setores que possuem mão-de-obra de melhor qualidade, dado a exigência do tipo de serviço. Conhecimento que é era caracterizado de forma totalmente diferente, como por exemplo, no Renascimento Italiano, quando Erasmo de Roterdã (1466-1536), na obra *De Civilitate morum puerilium*[75], nos diz "que outros pintem leões, águias e outras criaturas em suas cotas d'armas. Nobreza mais autêntica é possuída por aqueles que podem gravar em seus escudos tudo o que conseguiram pelo cultivo das artes e das ciências"[76].

Sendo assim, a educação transformou-se num produto, numa mercadoria que pode ser obtida da mesma forma com que adquirimos qualquer outro bem de consumo. O véu que o capitalismo coloca sobre a educação é que esta será um dos fatores determinantes para a formação dos países detentores de tecnologia, e dos países consumidores, de tecnologia. Aos primeiros, as perspectivas de exploração do conhecimento podem ser ilimitadas, deste de que geram expectativas de produção e consumo em massa, aos segundos, a educação se limita ao necessário para consumir e manusear os produtos acabados. Ainda que a educação tenha no decorrer do tempo dilapidada parte de sua função essencial, ou seja, de possibilitar ao homem buscar a compreensão e resgate de seus valores ontológicos, o ordenamento jurídico brasileiro, de forma incisiva a partir da Constituição Federal de 1988, possibilitou em conjunto com outras normas, alguns meios de tutelas destes direitos, assim como delineou aspectos mínimos, que antes nem existiam.

3.3. O Direito à Educação como Realização dos Direitos de Personalidade

A Contemporaneidade, Pós-Modernidade ou ainda, Modernidade de 3ª Fase trouxe consigo uma série de transformações significativas para as relações humanas de todas as ordens, gerando tanto aspectos positivos, quanto negativos. Principalmente após a Segunda Guerra Mundial quando o acentuamento do processo de globalização, que de forma efetiva obrigou o homem a enveredar-se pelo fascinante campo da tecnologia. Como conseqüência direta a Educação sofreu profundas modificações e outras necessidades surgiram, principalmente com a elaboração ou mudanças nas Constituições, Tratados Internacionais e Normas infra-constitucionais, que permitiram ao Estado monopolizar de forma mais incisiva parte da formação educacional do cidadão. O Estado precisa preparar mão-de-obra qualificada para ser inserido dentro de uma economia competitiva, onde o fator tecnológico é preponderante.

Este conjunto de ordens diversas faz com que o país adentre a era da informação e da sociedade do conhecimento. A informação tanto pode ser categorizada como conjunto de dados aparentemente desconexos e sem aplicação prática, ou ainda, que não pode ser utilizada como pilar fundante para o desenvolvimento da sociedade; como aqueles dados necessários a aplicação de nosso cotidiano, mas que no decorrer de sua existência exerce apenas função "automatizada" para a realização de determinados

fins. No entanto, a informação pode ser transformada em conhecimento, quando através de um processo de reflexão e associação com outros saberes, produz e/ou transforma conhecimentos. Todo conhecimento é resultado de uma ação reflexiva e crítica de um conjunto de informações, mas nem toda informação é conhecimento.

Atenta às necessidades desta sociedade da informação e do conhecimento, a Constituição Federal de 1988 explicitou de forma incontestável a preocupação, ainda que formal, com a Educação inserindo-a nos Dos Direitos Sociais, de forma mais específica no artigo 6º onde nos diz que "são direitos sociais a educação, a saúde, a moradia, o lazer [...]", e também no artigo 23, quando estabelece as competências comuns entre União, Estado e Municípios, para que todos tenham acesso a cultura e a educação. De forma mais incisiva ainda, no artigo 208 reforça o "dever do Estado com a educação", tutelando diversos direitos. Diante da perspectiva de que um cidadão sem o mínimo grau de escolaridade e de conhecimento não possa ser inserido dentro de um mercado de trabalho cada vez mais exigente, antes de "dever ser" onde temos a expectativa de que as coisas poderão "ser assim", o Estado tem que assumir a responsabilidade de um dever subjetivo, já garantido por um direito objetivo, e devidamente esclarecido pelo poder constituinte. O Estado tem uma "obrigação intransferível" de fornecer aos cidadãos todos os meios e recursos necessários à informação e ao conhecimento necessário a inclusão do cidadão numa sociedade globalizada e restritiva em termos de formação escolar.

No entanto, diante dessa "obrigação intransferível", onde as normas referentes à educação não podem estar inseridas dentro das nominadas "normas programáticas", pois o tempo é um fator significativo na vida do cidadão, sendo assim, podemos inserir essas tutelas de direitos à educação como tutelas antecipatórias, conforme nos diz Elimar Szaniawski[77] e apontam um conflito com os direitos da personalidade. Se a educação é um direito social que visa resguardar a dignidade da pessoa, e no instituto da dignidade insere-se o direito da personalidade, que são "intransmissíveis, indisponíveis e irrenunciáveis"[78], qual o encaminhamento dentro de nosso ordenamento jurídico, seja com relação ao direito positivo, jurisprudencial ou doutrinário, que devemos dar ao caso em que um pai, ou mesmo um sujeito de direito no exercício de todas as suas capacidades jurídicas, exercendo o seu direito de personalidade, e não concordando com o método educacional, ou ainda, com as precárias e evidentes condições materiais das Escolas Públicas, até agravado por um quadro de violência escolar, resolve educar o seu filho em casa? O Estado previu juridicamente a obrigação dele próprio e da sociedade, em educar o cidadão, mas não lhe forneceu alternativas, senão aquela imposta pelo mesmo. Qual a solução apresentada pelo mundo jurídico onde um direito social entra em conflito com o direito da personalidade, e ambos buscam dentro do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade resolver uma questão delicada como é o caso da Educação? Contudo, também não se pode falar em direitos da personalidade, sem direitos sociais. São temas imbricados.

Para construir a base teórica da proposta do pré-projeto, ainda que de forma sintética é necessário fazermos resgates históricos para a construção da mesma. O mundo clássico grego, ainda que dentro de seu contexto histórico e cultural, já tinha determinado a educação como uma construção do homem e de sua história, encontrando na mesma, um instrumento eficiente e único, para a transformação dos homens em cidadãos virtuosos e preparados para a vida conflituosa, que é a vida em sociedade. Se as preocupações eram efetivamente discutidas entre inúmeros literatos como Homero,

Hesíodo, Sófocles, também o era entre grandes expoentes da filosofia grega, principalmente nas figuras de Platão e Aristóteles, para quem o homem, enquanto "zoon politikon", que tinha necessidade de vive em sociedade, também tinha o desejo e a necessidade de conhecer, conforme nos relata a sua obra Metafísica. Por motivos diversos, a cultura grega não transferiu essas preocupações para o mundo jurídico. Assim como, no mundo romano, conforme nos relata Cícero na obra *Dos Deveres*, o homem público virtuoso precisa estar em contato não somente com as armas, mas com o conhecimento, e se preocupar em conhecer os grandes clássicos e ter uma formação universalista, estas não foram abordadas com primazia na seara do direito romano.

Na medievalidade, tendo o cristianismo como centro de todas as relações políticas, econômicas, militares e sociais, a educação ficara restrita a uma pequena elite pertencente ao clero, e com menor extensividade à nobreza. O cristianismo já tinha se apercebido muito cedo de que "conhecer é ter poder", premissa essa que a modernidade e pós-modernidade saberá muito bem como tirar proveito, conduzindo o "conhecimento", conforme os interesses que agora tem como prevalência, um Estado Moderno e regulador da grande maioria das atividades da vida do homem. Embora a contribuição jurídica da medievalidade seja incontestável, nem o direito à personalidade, e tão pouco o direito à educação assumiram as preocupações necessárias no mundo jurídico. Épocas distintas, preocupações diversas, contextos ímpares.

A modernidade caracterizada pela Revolução Francesa em 1789, com a criação do Estado Moderno prevalece ao menos no campo teórico, a necessidade da existência de uma Constituição que venha a garantir ao povo, principalmente, o avanço desmesurado do Estado sobre a figura do "cidadão", traz consigo consideráveis mudanças estruturais. Embora fique mais clara à relação de suposta proteção dos direitos positivos dado aos homens, numa posição crítica podemos dizer que na realidade estas acabaram ficando muito mais no campo de uma "promessa" a ser realizada, do que no campo de uma norma imperativa, de um "dever ser" que não permite ao Estado tangenciar ou fugir de suas responsabilidades. Outro complicador e ao mesmo tempo o "motor" que nos permitiu ter uma vida mais confortável (se é que possamos chamar o nosso atual estado de "confortável"), gestou-se praticamente junto da Revolução Francesa, ou seja, a Revolução Industrial. Nas palavras de Eric Hobsbawm[79], na sua obra a *Era das Revoluções*, a primeira produziu as mudanças políticas do período absolutista na figura de um Monarca, para outro momento, que é o absolutismo exercido pelo Estado. Na realidade as mudanças estruturais parecem-nos que não foram tão significativas assim. A segunda Revolução produziu mudanças significativas no campo econômico, pois tirou parte da capacidade produtiva antes restrita ao homem, para depositá-la sob a responsabilidade da máquina. O homem antes artesão e que necessitava utilizar a sua capacidade de abstração para o processo de criação e transformação, agora assume a característica de um "controlador de botões". É necessário apenas decorar a seqüência de ações necessárias, seguindo um manual. Mas também podemos apontar aspectos positivos neste processo de mudança da forma de ser da estrutura da sociedade, pois para Elimar Szaniawski[80], é na Inglaterra no final do século XVIII num Estado notoriamente liberal é que surgem os primórdios da "proteção da pessoa humana".

Como resultado do conjunto destas duas Revoluções, teremos mudanças significativas no mundo jurídico, e de forma mais específica no tocante ao homem e seus direitos, entre os quais a personalidade e a educação, dois componentes

inseparáveis para que possamos compreender e resgatar o homem na sua essência ontológica. Os movimentos sociais resultantes de um processo histórico de profundas mudanças em todas as esferas da vida humana, o contentamento de uma minoria que exerce a pressão necessária à sua manutenção no poder, assim como a insatisfação de uma legião de protegidos pela formalidade jurídica, mas abandonados pelo Estado e pela prática de políticas públicas consistentes e não apenas paleativas e momentâneas, conduzirão o mundo inicialmente a Primeira Guerra Mundial, associada à Revolução Russa, a queda da Bolsa de Valores em 1929 e depois a Segunda Guerra Mundial, fatos históricos aparentemente dissociados, mas na sua estrutura intrinsecamente dependentes[81].

A Contemporaneidade, Modernidade de 3ª fase ou Pós-Modernidade ainda são conceitos polêmicos e amplamente discutidos no mundo acadêmico, pois na sua essência não tivemos um rompimento com as estruturas implementadas pela modernidade. O que ocorreu fora apenas um aprofundamento das crises, e a solução e surgimento de outros problemas, mas sempre resultantes de um processo iniciado com a modernidade. O termo Pós-Modernidade surgiu segundo Perry Anderson[82], na década de 1930 na Espanha, como um movimento literário, capitaneado por Federico de Onís que usou o termo "postmodernismo" para "descrever um refluxo conservador dentro do próprio modernismo". Outro expoente das reflexões sobre a nossa relação com o momento histórico atual, é o sociólogo Zygmunt Bauman que nomina este momento de "modernidade líquida"[83] . O pensador polonês nos diz que "os líquidos não mantém as formas" e que no nosso imaginário representam a possibilidade de "leveza", de descompromisso com as estruturas fundantes da modernidade, pois esta "busca a profanação do sagrado"[84], o repúdio e a destruição do passado. O tempo já não é mais o tempo histórico associado ao homem ontológico, mas o tempo necessário para o consumo e o seu descarte, não num futuro muito próximo, mas num presente eminente. Para Zygmunt Bauman o grande problema da "modernidade líquida" é um drama resultante da própria conquista da liberdade almejada pela construção do Estado Moderno, ou seja, "como fazer da melhor maneira possível aquilo que tenho e que não posso deixar de fazer"[85]. Estabelecem-se então as habilidades necessárias ao desenvolvimento de nossas atribuições, associadas ao maior grau de eficiência, com o menor grau de desperdício de tempo e de matéria prima. Em que o Estado Moderno busca o elemento capaz de contribuir significativamente com esse processo? É na educação transformadora, ainda que as suas intenções sejam pragmáticas, alguns de seus pontos de análise não podem deixar de fazer parte das reflexões necessárias à compreensão de sua real função e do caminho para o qual ela nos conduz.

O Estado contemporâneo, ainda que mais centrado no formalismo do que nas ações propriamente práticas, apresenta-nos a Educação como um Direito Social, conforme postula a Constituição Federal de 1988, considerada pelos cientistas do direito, e de outras áreas do conhecimento também, como a "constituição cidadã"[86], ou ainda, uma "constituição de caráter eminentemente social". Um dos problemas é encontrar uma saída, dentro do Estado Democrático de Direito, para que as promessas expressas pelo Estado sejam efetivamente cumpridas e não apenas resultado das chamadas normas programáticas. Mais do que programas de governo, a Educação mostra-se como um componente imprescindível para a formação do homem, possibilitando inclusive, o que seria as suas reais intenções, resgatar o homem na sua ontologia.

No entanto um problema se apresenta diante do mundo jurídico: o direito à educação é um direito social, ou um direito da personalidade, compreendendo no seu sentido mais interior, conforme nos ensina o mundo grego, que é a educação que transforma o homem num ser melhor, num cidadão mais digno e virtuoso? Observando a história da educação brasileira, principalmente aquela preconizada pós Golpe Militar de 1968, pelas leituras dos acordos e cartas do FMI, Banco Mundial e outros agentes externos de financiamento, podemos verificar a predominância de uma educação formativa e restritiva ao campo tecnológico, onde o cidadão, cuja educação seria tutelada pelo Estado, receberia um conjunto de informações e conhecimentos, dirigidos quase que exclusivamente a um ensino técnico. Outra questão surge e necessita de uma reflexão mais profunda: será o Estado o único sujeito de direito, capaz de impor a educação como um direito objetivo, um "dever ser" na perspectiva de um imperativo categórico kantiano, sem levar em consideração um cidadão, detentor de direitos da personalidade em que os seus anseios e desejos não são respeitados, pois as políticas públicas de educação visam exclusivamente garantir a satisfação de uma formação exigida por um mercado, onde a ação reflexiva e crítica têm o seu campo limitado, pois conduz o homem a emancipação, conforme nos ensinam os fundadores da Escola de Frankfurt?

Urge o momento de buscarmos novas perspectivas teórico-jurídicas capaz de apontar os horizontes que nos defrontamos, numa "modernidade líquida", onde segundo Zygmunt Baumam, nos diz que "nossa política de vida deriva da pragmática do comprar" e nessa perspectiva, a educação é apenas um dos "produtos"[87] oferecidos pelo mercado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas seriam algumas das questões de uma pesquisa que ainda encontra-se em fase de desenvolvimento, assim como o estudo e o aprofundamento da legislação pertinente e seus reflexos na construção de uma educação, que mais do que preparar o homem para o mercado de trabalho, possa lhe permitir um reencontro com a sua própria essência ontológica, e permitir encontrar no outro, a grande realização da existência humana.

É necessário pesquisar e compreender até que a ponto a educação é um direito social, com reflexos diretos nos direitos de personalidade e quais os reais interesses que orbitam neste plano, como por exemplo, a educação tendo como prioridade a forma do Estado disseminar a sua ideologia de poder, ou ainda, num outro campo, mas de vertente oposta, a educação como instrumento de libertação, neste caso, quais os limites de tutela do Estado?

O cidadão compra um "pacote fechado", até porque, o Estado já estabeleceu não apenas o mínimo *minimorum* necessário, como também o tipo de formação social que interessa a economia que movimenta a sua própria forma de ser.

Diante do exposto a presente pesquisa procura buscar os desdobramentos científicos jurídicos, partindo de três pontos: 1) a possibilidade da educação dos filhos

pela família sem a interferência direta do sistema oficial, ainda que o ordenamento jurídico, fundamentado na LDB e outras normas infra-constitucionais exijam avaliações para aferimento dos conhecimentos; 2) se o direito da personalidade pode ser compreendido como um direito subjetivo dentro do sistema educacional, inclusive com a exigibilidade por parte do sujeito de direito, para que o estado cumpra as obrigações constitucionais, abstendo-se de forma irrevogável ao argumento da realização da "reserva do possível"; 3) quais seriam os argumentos a favor do Estado, uma vez que supostamente, os direitos sociais têm uma dimensão coletiva, uma vontade coletiva manifestada num Estado Democrático de Direito, mas que o direito da personalidade traz para o campo do individual, como uma necessidade e desejo particular, ainda que essas ações possam se converter num futuro muito próximo, em um bem a ser partilhado pela sociedade como um todo, mas tal pensamento insere-se no campo das hipóteses e não nos oferece segurança jurídica necessária, na visão do positivismo jurídico, que é a corrente dominante no direito brasileiro.

5. REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. & VISALBERGHI, A. **Historia de la pedagogia. Traducción de Jorge Hernández Campos**. 15 ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 2001.

AGOSTINHO, Santo. **O Livre-arbítrio**.São Paulo: Editora Paulus, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALTMANN, Helena. Influências do Banco Mundial no Projeto Educacional Brasileiro. In: Revista da Faculdade de Educação da USP – Educação e Pesquisa, São Paulo, v.28, n.1, p.77-89, jan/jun. 2002, p. 83.

ANDERSON, Perry. As Origens da Origens da Pós-Modernidade. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar Editor, 1999.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Vincenzo Cocco. São Paulo: Abril S/A Cultural e Industrial, 1973.

BARRETO, Wanderlei de Paula. **Inovações sobre a personalidade jurídica e os direitos da personalidade no novo Código Civil brasileiro.** *In:* Mitteilungen der Deutsch – Brasilianischen Juristenvereinigung. Disponível em: www. dbjv.de/dbjv-high/mitteilungen/04-02/DBJV_Mitteilungen_02-2004.pdf. Acessado em 10/05/2009.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar Editor, 2001.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade – De Acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo (SP): Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOBBIO. Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 1992.

BURCKHARDT, Jacob. **A Cultura do Renascimento na Itália**. Trad. de Vera Lúcia de Oliveira Sarmento & Fernando de Azevedo Correa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

CAMBI, Franco. **História da Pedagogia. Trad. de Álvaro Lorencini**. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

CHAUI, Marilena. Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CHAUÍ, Marilena. **A Reforma do Ensino. Revista Discurso**. São Paulo, Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. (8): p.45-56, mai., 1978, p. 159-160.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORNFORD, Francis M. La Teoria Platonica del Conocimiento – El Teeteto y el Sofista: traducción y comentário. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1974

CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade.** 1ª ed. Campinas (SP): Romana Jurídica, 2004.

Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acessado em 15/06/2009.

DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ELIAS, Norbert. O Processo Civilizador. Vol. 1. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1992, 2v.

FACHIN, Zulmar. 20 Anos da Constituição Cidadão. São Paulo: Editora Método, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves & ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

GOLDSCHMIDT, Victor. **Os Diálogos de Platão – Estrutura e Método Dialético**. Trad. Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HOBSBAW, Eric. A Era das Revoluções. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito.** Trad. J. Cretella Jr. & Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 27.

JAEGER, Werner. **Paidéia – A Formação do Homem Grego.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

KANTOROWICZ, Ernest. **Os Dois Corpos do Rei – Um Estudo Sobre Teologia Política Medieval**. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01/Constituicao/grundgesetz__espanol__down,property=Daten.pdf. Tradução Oficial da Embaixada Alemã no Brasil. Acessado em 10/05/2008.

PEREIRA, Maria Helena da Rocha. **Estudos de História da Cultura Clássica**. I vol. – Cultura Grega. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

MAGEE, Bryan. História da Filosofia. Trad. Marcos Bagno. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraia, 2009.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. O Direito à Educação. Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar, 2002.

NAGEL, Lízia Helena. A Sociedade do Conhecimento no Conhecimento dos Educadores. Texto Aprovado e Publicado nos Anais do I Encontro Internacional de Educação, Cianorte, Paraná, em 2001.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVA, Francisco C. Teixeira da. Sociedade Feudal – Guerreiros, Sacerdotes e Trabalhadores. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade: dissertação de doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

---

[1] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade: dissertação de doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 27-47.

[2] Para Marilena Chaui (2002, p. 507), a *Paidéia* é a "educação ou cultivo das crianças, instrução, cultura. O verbo *paideúo* significa: educar uma criança, instruir, formar, dar formação, dar educação, ensinar os valores, os ofícios, as técnicas, transmitir idéias e valores para formar o espírito e o caráter, formar para um gênero de vida."

[3] JAEGER, Werner. **Paidéia – A Formação do Homem Grego.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001, p. 3.

[4] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. cit. p. 48.

[5] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. cit. p. 53.

[6] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. cit. p. 53.

[7] No mundo grego a *Hýbris* ao se opunha ao conceito de *phýsis* e *kosmos*, pois ambos traziam uma idéia de mundo organizado e regido por leis perfeitas, enquanto que a *hýbris* é "tudo o que ultrapassa a medida, excesso, desmedida; em geral, indica algo

impetuoso, desenfreado, violento, um ardor excessivo. Nos seres humanos é insolência, orgulho, soberba, presunção" (CHAUI, 2002, p. 502).

[8] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. cit. p. 54.

[9] BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 19.

[10] KANTOROWICZ, Ernest. **Os Dois Corpos do Rei – Um Estudo Sobre Teologia Política Medieval**. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

[11] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. cit. p. 62.

[12] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. cit. p. 62-63.

[13] AGOSTINHO, Santo. **O Livre-arbítrio**.São Paulo: Editora Paulus, 1997.

[14] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. cit. p. 69-70.

[15] IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito.** Trad. J. Cretella Jr. & Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 27.

[16] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. cit. p. 84.

[17] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. cit. p. 85.

[18] Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01/Constituicao/grundgesetz__espanol__down,property=Daten.pdf. Tradução Oficial da Embaixada Alemã no Brasil. Acessado em 10/05/2008. Tradução Livre: "(1) A dignidade humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público".

[19] BARRETO, Wanderlei de Paula. **Inovações sobre a personalidade jurídica e os direitos da personalidade no novo Código Civil brasileiro.** *In:* Mitteilungen der Deutsch – Brasilianischen Juristenvereinigung. Disponível em: www. dbjv.de/dbjv-high/mitteilungen/04-02/DBJV_Mitteilungen_02-2004.pdf. Acessado em 10/05/2009.

[20] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. cit. p. 92.

[21] DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade.** 1ª ed. Campinas (SP): Romana Jurídica, 2004, p. 23.

[22] DE CUPIS, Adriano. Op. cit. p. 24.

[23] BARRETO, Wanderlei de Paula. **Inovações sobre a personalidade jurídica e os direitos da personalidade no novo Código Civil brasileiro.** Op. cit. p. 12.

[24] Ibidem.

[25] ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 47. Tradução livre: "sempre que alguém possue um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe ortoga este direito".

[26] ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Op. cit. p. 62-63.

[27] ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Op. cit. p. 63. Apud SCHMITT, Carl. **Grundrechte und Grundpflichten** (1932), 2 ed. Berlín, 1973, p. 190. Tradução Livre: "são aqueles direitos que pertencem 'ao fundamento mesmo do Estado, e que portanto, são reconhecidos como tais pela Constituição".

[28] MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraia, 2009, p. 269.

[29] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 164.

[30] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 57.

[31] Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acessado em 15/06/2009.

[32] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Op. cit. p. 57.

[33] Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf. Acessado em 15/06/2009.

[34] BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade – De Acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo (SP): Atlas, 2005, p. 47.

[35] Idem, p. 47.

[36] Idem, p. 47-48.

[37] Idem, p. 48.

[38] CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 108. Tradução livre: "o homem é o eixo e o centro de todo sistema jurídico".

[39] CIFUENTES, Santos. Op. cit. p. 108. Tradução livre: "com esfera de atuação própri, deve ter meios de defesa e proteção dos bens que o direito contempla".

[40] CIFUENTES, Santos. Op. cit. p. 109. Tradução livre: “os direitos de personalidade são uma defesa de reconhecida transcendência. Negá-los hoje implica permitir que os violem. Seria desconhecer a dignidade da pessoa. Omiti-los impediria seu avanço no caminho da livre e necessária expansão individual”.

[41] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. cit. p. 84-85.

[42] FARIAS, Cristiano Chaves & ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 100.

[43] BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 19.

[44] Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf. Acessado em 18/06/2009.

[45] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. cit. p. 85.

[46] Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01/Constituicao/grundgesetz__espanol__down,property=Daten.pdf. Tradução Oficial da Embaixada Alemã no Brasil. Acessado em 10/05/2008. Tradução Livre: “Direitos Fundamentais – Artigo 1 (Proteção à dignidade humana, vinculação dos direitos públicos e fundamentais. (1) A dignidade humana é intangível (inviolável). Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público; (2) O povo Alemão, por si mesmo, reconhece os direitos humanos invioláveis e inalienáveis como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo; (3) Os seguintes direitos fundamentais vinculam aos poderes legislativos, executivo e judicial como direito diretamente aplicável”.

[47] BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 35.

[48] BARRETO, Wanderlei de Paula. **Os Direitos da Personalidade na Jurisprudência Alemã Contemporânea**. Conferência Proferida no IV Congresso Nacional de Direito Civil – Associação dos Magistrados do Paraná – Auditório do Museu Oscar Niemayer, 2009.

[49] CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 41. Tradução livre: “a mãe da teoria”.

[50] Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01/Constituicao/grundgesetz__espanol__down,property=Daten.pdf. Tradução Oficial da Embaixada Alemã no Brasil. Acessado em 10/05/2008. Tradução Livre: “(1) Toda pessoa tem direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade sempre que não viole os direitos dos outros, nem atente contra a ordem constitucional ou a lei moral; (2) Toda pessoa tem direito a vida e a integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restritos em virtude de uma lei”.

[51] BARRETO, Wanderlei de Paula. **Inovações sobre a personalidade jurídica e os direitos da personalidade no novo Código Civil brasileiro**, op. cit. p. 14.

[52] DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 261-279.

[53] BOBBIO. Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 1992, p. 25.

[54] MUNIZ, Regina Maria F. **O Direito à Educação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 8.

[55] PEREIRA, Maria Helena da Rocha. **Estudos de História da Cultura Clássica**. I vol. – Cultura Grega. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 367.

[56] PEREIRA, Maria Helena da Rocha. **Estudos de História da Cultura Clássica**. I vol. – Cultura Grega. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 369-370.

[57] GOLDSCHMIDT, Victor. **Os Diálogos de Platão – Estrutura e Método Dialético**. Trad. Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 2-3.

[58] CHAUÍ, Marilena. **A Reforma do Ensino. Revista Discurso**. São Paulo, Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. (8): p.45-56, mai., 1978, p. 159-160.

[59] Idem, p. 439.

[60] Idem, p. 441.

[61] BURCKHARDT, Jacob. **A Cultura do Renascimento na Itália**. Trad. de Vera Lúcia de Oliveira Sarmento & Fernando de Azevedo Correa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991, p. 105.

[62] PEREIRA, Maria Helena da Rocha. Op. Cit. p. 441.

[63] KANTOROWICZ, Ernst H. **Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval**. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 273.

[64] CAMBI, Franco. **História da Pedagogia. Trad. de Álvaro Lorencini**. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 226.

[65] ABBAGNANO, N. & VISALBERGHI, A. **Historia de la pedagogia. Traducción de Jorge Hernández Campos**. 15 ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 2001, p. 213.

[66] MAGEE, Bryan. História da Filosofia. Trad. Marcos Bagno. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

[67] SILVA, Francisco C. Teixeira da. Sociedade Feudal – Guerreiros, Sacerdotes e Trabalhadores. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

[68] HOBSBAW, Eric. A Era das Revoluções. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

[69] **ARISTÓTELES**. *Metafísica*. Trad. Vincenzo Cocco. São Paulo: Abril S/A Cultural e Industrial, 1973.

[70] NAGEL, Lízia Helena. A Sociedade do Conhecimento no Conhecimento dos Educadores. Texto Aprovado e Publicado nos Anais do I Encontro Internacional de Educação, Cianorte, Paraná, em 2001.

[71] Idem.

[72] NAGEL, Lízia Helena. A Sociedade do Conhecimento no Conhecimento dos Educadores. Texto Aprovado e Publicado nos Anais do I Encontro Internacional de Educação, Cianorte, Paraná, em 2001.

[73] CORNFORD, Francis M. La Teoria Platonica del Conocimiento – El Teeteto y el Sofista: traducción y comentário. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1974, p. 31.

[74] ALTMANN, Helena. Influências do Banco Mundial no Projeto Educacional Brasileiro. In: Revista da Faculdade de Educação da USP – Educação e Pesquisa, São Paulo, v.28, n.1, p.77-89, jan/jun. 2002, p. 83.

[75] Traduzido para o português como Da Educação do Príncipe.

[76] ELIAS, Norbert. O Processo Civilizador. Vol. 1. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1992, 2v., p. 86.

[77] SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua Tutela. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 61.

[78] DE CUPIS, Adriano. Os Direitos da Personalidade. Trad. Afonso Celso Furtado Resende. Campinas, SP: Romana, 2004, P. 51.

[79] HOBSBAW, Eric. A Era das Revoluções. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

[80] SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua Tutela. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 24.

[81] STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

[82] ANDERSON, Perry. As Origens da Origens da Pós-Modernidade. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar Editor, 1999.

[83] BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar Editor, 2001.

[84] Idem, p. 90.

[85] Idem, p. 73.

[86] FACHIN, Zulmar. 20 Anos da Constituição Cidadão. São Paulo: Editora Método, 2008.

[87] BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 73.

LÓGICA, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E COMÉRCIO ELETRÔNICO*

LOGIC, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND E-COMMERCE

José Renato Gaziero Cella
Danilo Cesar Maganhoto Doneda

RESUMO

O trabalho propõe o recurso a sistemas legais especialistas baseados em lógica paraconsistente para elaborar um Agente Inteligente capaz de negociar contratos, em especial contratos de massa, modalidade de contratação que costumeiramente proporciona pouco espaço para uma interação de fato entre as partes de um contrato. Em tais contratos, diversos ordenamentos consideram a posição da parte que adere às condições contratuais pré-especificadas como uma posição fraca e, portanto, merecedora de um tratamento especial e privilegiado pela lei. Este fato contribui a tornar menos seguros os termos nos quais o contrato foi de fato redigido, tornando-o, portanto, menos previsível e gerando um custo potencial a ser absorvido pelas partes.

O recurso aos Agentes Inteligentes para a negociação pode proporcionar espaço para uma maior autonomia da parte mais fraca - o consumidor -, que, com a possibilidade de interagir com o A.I. e aproximar os termos do contrato de suas reais necessidades, pode previnir a inserção de cláusulas que podem ser consideradas abusivas bem como diminui a disparidade de sua posição em relação ao fornecedor - reduzindo a possibilidade potencial de revisão contratual. O perfil do A.I. a ser utilizado leva em consideração a técnica do precedente para reduzir a discricionariedade na interpretação e aplicação da lei, técnica esta fortalecida pelo recurso às lógicas paraconsistentes, segundo modelos desenvolvidos por Newton da Costa.

PALAVRAS-CHAVES: COMÉRCIO ELETRÔNICO, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, LÓGICA, CONTRATOS

ABSTRACT

This work considers the use of legal expert systems based on paraconsistent logic in order to assemble an Intelligent Agent capable of contract's negotiation, particularly regarding mass contracts, contracts that leave little – if any – room for a real interaction between the contractual parts before the agreement is made.

On dealing with this situation, several law systems evaluated the position of the contractual part that has just the option between yes or no as a weaker part, and therefore considered that this part deserved an special treatment by law. This fact makes

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

these contracts more expensive and insecure, as the agreement provisions every now and them do not match the actual material content of the contract.

The use of Intelligent Agents (I.A.) in the negotiations is thus proposed as a means to make room to an actual negotiation in some contracts which previously have long lost this phase, giving consumers' more power to elaborate the contract that best fits their interest, as well as reducing the probability of having an agreement considered unfair by a judge that took notice of some abuse in the its standard – und previously unchangeable – provisions.

The profile of the I.A. that are considered considers the utilization of the precedent technique as a rule of reason that aims to exclude or, at the least, minimize the discretionarity in the interpretation and application of Law, a technique that can be improved by the use of legal expert systems built from the proposal and creation of digitalized models based in paraconsistent logics. This logics, as developed by Newton da Costa, is used by showing the possibility of application of formal logic to Law and the application of paraconsistent logic calculations in the building of a legal expert system that can serve as a tool of control of the rationality and as an instrument capable of interaction with the consumer in a specific A.I. devoted to negotiate contracts.

KEYWORDS: ELETRONIC COMMERCE; ARTIFICIAL INTELLIGENCE; LOGIC; CONTRACTS

1. Introdução

A rápida difusão das plataformas digitais e interativas como meio para a realização de contratos proporcionou grande impulso ao comércio eletrônico. Por outro lado, ressaltou uma assimetria que já era típica do comércio massificado, que diz respeito à definição unilateral do conteúdo contratual, motivada pela ausência de uma real e efetiva interação entre as partes negociantes. A isto veio se somar o desnível em que se encontram fornecedores e consumidores nas relações de consumo, que é relevante a tal ponto que justifica a existência de normas especialmente formuladas para a proteção do consumidor, procurando remediar essa assimetria - mormente a Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor.

A ausência da interação presencial nos contratos eletrônicos, no entanto, pode ser de certa forma contrabalanceada caso certas possibilidades do contrato eletrônico sejam desenvolvidas com vistas a favorecer a transparência e ampliar a gama de possibilidades de negociação por meio eletrônico. Neste sentido, destacam-se as possibilidades de ampliar a oferta de informação clara e relevante para o consumidor em níveis que, por vezes, podem até mesmo ser equiparados ou superar o nível de informação que o consumidor razoavelmente obtém em uma transação presencial; outra possibilidade - que é justamente o objeto do presente trabalho - relaciona-se à possibilidade da utilização de Agentes Inteligentes (AI)[1] na negociação com o consumidor, com a finalidade de aumentar a gama de opções que lhe são disponibilzadas, adequando o contrato às suas efetivas necessidades de forma que não

seria possível com um contrato padronizado[2]. Neste trabalho, verificaremos os fatores que justificam a viabilidade de um tal sistema a partir da consideração das características do contrato massificado contemporâneo, para a seguir tratarmos dos seus pressupostos lógico-jurídicos e de características básicas para que o sistema possa operar.

2. Comércio de Massa e Contratos de Adesão

A teoria contratual nos ordenamentos do sistema romano-germânico apresentou, nos últimos séculos, como referência obrigatória à passagem de um modelo baseado no primado da autonomia da vontade, cuja eficácia era equiparável à da própria lei - no modelo que se tornou emblemático do liberalismo jurídico, descrito pelo *Code Napoleón*[3] - para um modelo no qual outros fatores assumem relevância. Entre estes, contam-se as regras destinadas a proteger partes consideradas desfavorecidas em uma relação contratual, ou então práticas que priorizam o dinamismo da contratação em detrimento da livre atuação da vontade, somente para mencionar alguns exemplos[4].

A industrialização e a orientação gradual da economia em torno de sistemas de produção de massa foram provavelmente dos primeiros fatores que contribuíram para essa mudança de paradigma. A produção massificada de bens e a abertura de novos mercados para o escoamento dessa produção, entre várias consequências, contribuíram também para forjar um novo modelo de contrato, mais simples e dinâmico, porém ao mesmo tempo, conforme se ressaltou, menos afeito a negociações preliminares minuciosas e longas[5].

O que passaria a ser o contrato emblemático do consumo de massa surgiu dessa mudança fundamental nas estruturas de produção. A uma produção de massa correspondia também um contrato massificado e padronizado, no qual havia pouco espaço para particularidades e especificidades ditadas por conveniências individuais e polarizados pelos vetores da eficiência e rigidez.

O perfil jurídico de um contrato nestes moldes, à parte discussões sobre sua natureza cujo âmago foge às pretensões deste texto, foi paulatinamente enquadrado no conceito do contrato de adesão, para mencionar a figura contratual que mereceu maior atenção pela doutrina e pela própria legislação brasileira[6].

Tais contratos se incorporaram na rotina e na própria dogmática jurídica, ainda que a efetiva igualdade entre as partes para a negociação de um contrato, um dos requisitos essenciais para a validade do contrato típico do modelo liberal, não estivesse caracterizada de forma clara. Contratos pré-redigidos e também rígidos, impassíveis de negociação posterior sobre aspectos fundamentais, adequavam-se melhor às necessidades especificas da então nova economia, porém transformavam a fase que precedia à contratação em algo como um óbice a ser suprimido.

Com o tempo, a lacuna deixada pela ausência da livre negociação em uma série de contratos, bem como a constatação de que uma série de fatores

conjunturais e não estritamente jurídicos revelavam a ausência da igualdade material entre as partes em vários contratos, causando desde a desconfiança em relação ao contrato como instrumento típico para a autodisciplina dos interesses privados - e pavimentando o caminho que foi seguido em futuros diagnósticos sobre uma eventual "morte do contrato"[7], ou a modificação radical das suas bases - não faltando os autores que vislumbram em determinadas práticas hoje típicas da sociedade de consumo como práticas não redutíveis à noção de contrato[8].

Não foi somente a massificação das relações econômicas que determinou uma mudança no perfil do contrato. Também houve a crescente intervenção do Estado no domínio econômico, mediante a inserção de normas com força cogente em uma disciplina que antes era quase um apanágio da liberdade, com o que foi chamado por muito tempo de dirigismo contratual. Nessa tendência, o contrato passou a ser menos um instrumento polarizado com base no vetor da liberdade individual para passar a refletir também outros valores presentes no ordenamento jurídico e, dessa forma, funcionar também como instrumento para a realização destes. Tome-se, por exemplo, os casos de responsabilidade contratual objetiva, que iniciavam a ser incorporados em nossa legislação há certo tempo, ou, mais recentemente, o claro exemplo das normas referentes à defesa do consumidor, cujo objetivo, por meio da imposição de normas cogentes em determinados contratos e da vedação de outras que considera abusivas, é reequilibrar a relação entre consumidor e fornecedor. Essa iniciativa tem como fundamento o diagnóstico de que as relações de consumo padecem de um desequilíbrio estrutural no qual o fornecedor está quase sempre em situação de vantagem[9] - desse modo realizando de forma específica o valor da igualdade material e, mais especificamente, realizando a garantia referente à defesa do consumidor, nos termos da Constituição Federal.

O ordenamento jurídico se adaptou, portanto, a essa nova formulação do contrato, assimilando lenta porém gradualmente sua tendência à massificação bem como absorvendo a pressão por um maior dirigismo contratual e consequente limitação material do seu conteúdo, ao mesmo tempo em que o contrato, em si, preservava seus contornos fundamentais.

Tal adaptação, ressalte-se, não foi realizada somente dentro e por meio da transformação do instituto do contrato. No caso da proteção ao consumidor, por exemplo, a própria Lei nº 8.078/1990 estabelece uma série de procedimentos cuja finalidade última é a tutela do consumidor, cujo caráter por vezes extrapola o próprio direito civil (como no caso da estrutura administrativa do Sistema Nacional de Proteção ao Consumidor ou mesmo das normas penais que versam sobre os crimes contra o consumo, somente para citar dois exemplos de maior contraste).

Para contrabalançar a excessiva rigidez e a ausência da vontade livre de ambos os contratantes na realização do contrato, o legislador inseriu no direito dos contratos uma série de regras que buscam equilibrar a posição das partes. Para tal, recorre à revisão contratual, fundamentada em fatores como a excessiva onerosidade do contrato, a ausência da boa-fé objetiva e a lesão, por exemplo.

Essa ampla possibilidade de revisão dos termos do contrato diminui a sua previsibilidade e faz com que o risco relativo a essa incerteza seja embutido nos termos e custos da própria contratação. Naturalmente, se não existe a certeza de que

uma determinada prestação será cumprida, é preciso que a equação econômica do contrato, ao ser calculada, tome esse fato em consideração, quantificando-se o risco ao qual as partes se submetem.

A ordem de problemas aqui levantada assume particular relevância ao se tratar da contratação realizada por meios eletrônicos, no chamado comercio eletrônico. Neste, a ausência de interatividade física entre as partes já é um pressuposto, e a interação entre ambas é estritamente dependente das possibilidades do próprio meio no qual as declarações de vontade são transmitidas. E, como nos demais contratos massificados, o custo do risco integralizado no preço total pago pelo consumidor, estipulado para que as empresas possam antecipar parte dos gastos com os ônus jurídicos conforme previsto, reduz a competitividade das empresas que oferecem produtos e serviços por meio de plataformas digitais e interativas.

O ponto a ser levantado é justamente a possibilidade de, lançando-se mão de ferramentas tornadas possíveis pelo desenvolvimento das tecnologias de informação, efetivar-se uma nova mudança no perfil da contratação de massa, aproximando-a tanto quanto possível de um instrumento capaz de propor uma maior margem para a negociação e, portanto, para a efetiva atuação da autonomia privada, revertendo algumas tendências presentes desde o início da massificação do contrato. Em última análise, pode-se afirmar que a mesma tecnologia que permite essa abrangência da contratação em massa poderia também ser utilizada para proporcionar ao consumidor uma contratação consciente, leal e efetivamente negociada, reduzindo sua desvantagem conjuntural entre este e o fornecedor e, com isso, afastando o fantasma da revisão contratual.

A modificação de parâmetros estruturais da contratação mediante a criação de um novo ambiente para a realização dos contratos pode ser tratada a partir da célebre equiparação que fez Lawrence Lessig do "código" à lei[10]. O "código", para Lessig, seriam os comandos presentes em um programa para computador, dispostos em instruções executáveis que estipulariam um determinado "output" para o usuário final e, consequentemente, condicionariam as suas opções sobre o que seria possível fazer em um determinado ambiente informatizado. Neste sentido, o código compara-se à arquitetura de um determinado ambiente - no sentido de que a arquitetura determina as utilizações possíveis de um determinado espaço físico.

Afirma-se que a configuração de um determinado ambiente informático pode modificar as opções e possibilidades de um indivíduo que se utiliza deste sistema. Tomando-se a situação típica do contrato eletrônico, no qual o ambiente em que as declarações de vontade são externadas é justamente o meio eletrônico, é possível vislumbrar o recurso à tecnologia não somente como um vetor capaz de impulsionar a escala e a dinamicidade da contratação em si, mas também como uma ferramenta que permita aumentar o rol de opções para a pessoa que contrata por meio de um sistema informatizado, aproximando-a de suas reais intenções e necessidades.

Este fortalecimento da posição do consumidor pode se dar, como notou Giovanni Sartor, pela implementação de protocolos que impeçam o Agente Inteligente de realizar práticas comerciais abusivas ou, no que toca diretamente aos fundamentos da tutela do consumidor, de realizar de forma particular e individualizada negociações sobre cláusulas que, caso fossem meras cláusulas de adesão constantes em

um formulário padrão, seriam consideradas *a priori abusivas* - favorecendo desta forma a autonomia privada e a própria liberdade do consumidor na adequação do contrato às suas necessidades[11].

Tal modificação pode proporcionar, por um lado, a maior adequação do contrato massificado aos preceitos constitucionais, bem como, por outro lado, maior previsibilidade e segurança em relação tanto ao cumprimento em si do contrato quanto à efetividade de suas cláusulas, reduzindo ou afastando a necessidade da revisão contratual.

Com esse objetivo, intenta-se a seguir tratar das dificuldades lógicas para o desenvolvimento de um sistema inteligente que permita uma maior interação entre as partes no momento da celebração do contrato, bem como apontar um possível caminho por meio da utilização de lógicas não-clássicas na configuração de um tal sistema.

2. Inteligência Artificial e Comércio Eletrônico

Os conflitos que o Direito é chamado a solucionar têm distintos graus de complexidade, indo dos mais fáceis - que em geral englobam os casos corriqueiros - até os mais difíceis, sendo que em relação a estes últimos a possibilidade de se chegar, pela via da racionalidade objetiva, a uma solução correta dentre as várias possíveis é problemática.

Com efeito, enquanto nos casos corriqueiros se exige apenas um raciocínio lógico-dedutivo a justificar a solução dada para pôr termo ao conflito respectivo, vez que em casos tais as premissas postas são acatadas sem maiores problemas, nos casos complexos, ao contrário, as premissas a ser utilizadas para se chegar a uma solução para o conflito necessitam de justificação: a denominada justificação externa.

Vale dizer que os argumentos necessários para justificar a aplicação de uma premissa em detrimento das várias passíveis de ser invocadas nem sempre decorrem de um juízo objetivo, sendo que muitas vezes a tentativa de usar apenas a razão parece impossível.

Essa situação contribui para a confirmação daquilo que muitos teóricos passaram a qualificar como *a crise da razão*. No entanto, será que a razão é deficiente justamente nos casos em que mais se necessita de seu auxílio? Ora, os casos difíceis invariavelmente requerem, para a solução de conflitos, a opção dentre dois ou mais valores caros à sociedade, os quais são em geral especialmente tutelados pelos ordenamentos jurídicos existentes.

Por exemplo, quando direitos fundamentais entram em conflito, com a exigência da aplicação de uns em detrimento de outros, está-se diante de um caso difícil que certamente exigirá uma justificação externa pelo órgão que tem o dever de resolver

o problema. E, na linha das observações acima, justamente nesses casos, que são os mais importantes e polêmicos em face dos interesses em jogo, a razão se torna insuficiente?

Pretende-se apresentar as possibilidades e limites da razão objetiva, em especial por meio da demonstração de que os horizontes do raciocínio se ampliam quando deixado de lado o princípio lógico da não-contradição, que, por sinal, é um dos postulados mais fortes albergados pela grande maioria dos cientistas do Direito, que defendem que a pressuposição de coerência e consistência são *conditio sine qua non* para a interpretação de um Sistema Jurídico.

Neste sentido, será lançada a idéia de que as lógicas paraconsistentes podem servir como lógicas subjacentes na apreciação de casos jurídicos difíceis, permitindo o uso da razão além do ponto em que os sistemas de lógica clássica entram em colapso, incorporando as contradições e inconsistências como partes integrantes do sistema, a partir do que se pode desenvolver uma plataforma de inteligência artificial a serviço de maiores garantias de segurança jurídica; e no caso do presente trabalho com vistas ao aperfeiçoamento dos contratos de consumo.

3. Hard Cases e Justificação Externa

Parte-se do pressuposto de que os casos mais importantes submetidos à apreciação judicial coincidem, na maior parte das vezes, com os denominados casos difíceis, em que a aplicação pura e simples do método lógico-dedutivo não é suficiente para resolver questões dessa natureza.

Isso permitiu que várias correntes do pensamento jurídico concluíssem pela impossibilidade de se utilizar a lógica dedutiva (uma racionalidade objetiva) para a solução de conflitos judiciais, destacando-se dentre essas correntes a dos realistas americanos.[12]

Há também o ponto de vista de Theodor Viehweg[13], segundo o qual o método para a solução dos conflitos judiciais não é - e nunca foi - axiomático ou dedutivo da lógica, a não ser o estilo (que nesse caso se sobrepõe ao método) da tópica[14], ou seja, a chave do raciocínio jurídico não se encontra no caminho das premissas à conclusão, mas sim no estabelecimento das premissas.

De qualquer forma, o pensamento crítico em relação à possibilidade de utilização do método da lógica dedutiva no raciocínio jurídico leva a algo que é certo: a insuficiência da lógica clássica para dar conta de todos os aspectos da argumentação jurídica.

No entanto as críticas estão equivocadas ao pretenderem dissociar a lógica dedutiva da argumentação jurídica. O erro consiste no fato de que as teorias críticas não conseguiram distinguir o que vem a ser explicar e justificar uma decisão e,

ainda, que há uma diferença entre justificação interna e justificação externa. A distinção entre explicar e justificar é muito bem definida por Manuel Atienza:[15]

"Para esclarecer o primeiro par de conceitos [explicar e justificar], pode-se lançar mão de uma distinção que procede da filosofia da ciência, entre o contexto de descobrimento e o contexto de justificação das teorias científicas. Assim, por um lado a atividade consistente em descobrir ou enunciar uma teoria e que, segundo a opinião generalizada, não é suscetível a uma análise de tipo lógico; a única coisa que cabe aqui é mostrar como se gera e se desenvolve o conhecimento científico, o que constitui uma tarefa que compete ao sociólogo e ao historiador da ciência. Mas, por outro lado , está o procedimento consistente em justificar ou validar a teoria, isto é, em confrontá-la com os fatos a fim de mostrar sua validade; esta última tarefa requer uma análise de tipo lógico (ainda que não só lógico) e está regida pelas regras do método científico (que, portanto, não são de aplicação no contexto de descobrimento)."

Vale dizer que essa distinção pode ser utilizada no campo da argumentação jurídica, daí por que é possível concluir que uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão, o que é bem diferente do procedimento que consiste em justificar referida premissa ou conclusão.

Saliente-se que, em geral, os órgãos jurisdicionais não têm que explicar os motivos pelos quais decidiram dessa ou daquela forma, devendo apenas justificar suas decisões.[16]

Portanto, tendo em vista a distinção é fácil verificar o equívoco em que incorreram as críticas acima referidas, segundo as quais o processo de tomada de decisão dos órgãos judiciais não se efetua segundo um modelo lógico.[17]

O segundo aspecto que as teorias críticas não levaram em conta foi o fato de não terem percebido, conforme mencionado acima, que há uma diferença entre justificação interna e justificação externa.

A justificação interna é o caminho que vai da premissa normativa (premissa maior), na qual deve ser subsumida a premissa fática (premissa menor), até ser deduzida uma conclusão válida.[18]

Nenhuma decisão jurídica pode prescindir desse tipo de justificação.

Pois bem, a justificação interna só é suficiente quando nem a norma, nem a comprovação dos fatos suscitam dúvidas razoáveis.[19]

Ocorre que nos casos difíceis o estabelecimento da premissa normativa e/ou da premissa fática implica uma questão problemática, fazendo-se necessários argumentos adicionais em favor das premissas que se pretenda utilizar, argumentos estes que provavelmente não serão puramente dedutivos. Esse tipo de argumentação é o que se denomina justificação externa.

A hermenêutica jurídica aponta uma série de passos na tarefa de solucionar os casos difíceis, o que não tem nenhum interesse para os fins a que se propôs o presente trabalho. Aqui a ideia é provocar uma discussão acerca da possibilidade de se aplicar lógicas paraconsistentes na argumentação que faz parte da justificação externa em casos difíceis, o que permitiria uma ampliação dos limites da racionalidade, a qual fica bem restrita ao respeitar princípios lógicos clássicos tais como o da não-contradição.

Sendo assim, aponta-se para a utilização de lógicas não-clássicas para o desenvolvimento de sistemas computacionais de inteligência artificial para garantir maior segurança contratual nas relações consumeristas.

Posto isso, será feita, de início, uma tentativa de demonstrar a lógica subjacente ao conjunto contraditório das soluções, em especial com a aplicação de lógicas paraconsistentes originalmente propostas pelo filósofo brasileiro Newton Carneiro Affonso da Costa.[20]

5. Lógica Deôntica Paraconsistente e Decisões Jurídicas Contraditórias

Um dos desenvolvimentos recentes no campo da lógica deôntica é a formulação de sistemas de lógica deôntica paraconsistente com operadores deônticos bidimensionais, ou seja, operadores morais e jurídicos distintos. Para a formulação de tais sistemas contribuíram várias motivações, como a elaboração de uma lógica comportando noções normativas e valorativas e a análise de conexões puramente lógicas entre conjuntos de enunciados morais, jurídicos e axiológicos, sem prejulgar relações de outra natureza que possam existir entre estes conjuntos.[21]

Pretende-se aqui apontar outras motivações para o desenvolvimento de tais sistemas, além das mencionadas acima, que indicam a relevância de tais sistemas para a análise do raciocínio e da argumentação jurídica.

Em casos difíceis é possível visualizar nitidamente a dinâmica da argumentação jurídica. A característica que ressaltamos aqui é a possibilidade de exprimir de maneira aproximada algumas das conclusões possíveis a ser dadas em casos dessa natureza, decisões estas incompatíveis entre si dentro de um mesmo sistema de lógica deôntica paraconsistente. Tal possibilidade vem atestar a relevância do estudo de tais sistemas lógicos não-clássicos para a argumentação e para a peculiar racionalidade jurídica, que diuturnamente lida com situações e decisões contraditórias.

Dentre os diversos sistemas lógicos existentes na atualidade, será indicado, a título de exemplificação, o cálculo L_1 para representar formalmente tais decisões[22].

O SISTEMA L_1

L_1 é construído sobre o cálculo C1 de Da Costa[23] (é uma extensão conservativa de C1) como cálculo proposicional standard mais Om (obrigatório moralmente) e Oj (obrigatório juridicamente) como operadores primitivos, Fj (proibido juridicamente), Fm (proibido moralmente), Pj (permitido juridicamente), Pm (permitido moralmente) como operadores derivados e possui os seguintes postulados específicos[24]:

- Postulados deônticos

Om (A→B) →(OmA→OmB)

OmA→¬Om¬A

OmA→(OmA)°

A/OmA

- Postulados legais

Oj (A→B) →(OjA→OjB)

OjA→¬Oj¬A

OjA→(OjA)°

A/OjA

- Postulados mistos

OjA→OmA

OmA→PjA

Teorema 1

Em L_1 é possível derivar:

Onde: FmA=def Om¬A

FjA=def Oj¬A

~FmA=defOm~A

~FjA=defOj~A

(↓ PmA →PjA

(↓FmA→¬OjA

(↓ FjA→FmA

(↓ OjA→PmA

(↓ Om (OjA→OmA)

(↓ Oj (OjA→OmA)

Teorema 2

São teoremas de L_1

T1	OmA→Om(AvB)
T2	OjA→Oj(AvB)
T3	FmA^A°→¬OmA
T4	FjA^A°→¬OjA
T5	OmB→Om(AvB)
T6	OjB→Oj(AvB)
T7	A°→¬(OmA^FmA)
T8	A°→¬(OjA^FjA)
T9	Om~A→~OmA
T10	Oj~A→~OjA
T11	Om(A^B)↔ OmA^OmB
T12	Oj(A^B)↔ OjA^OjB

T13 OmA^Om~A→OmB

T14 OjA^Oj~A→OjB

T15 ~(OmA^~OmA)

T16 ~(OjA^~OjA)

T17 OmA^Om(A→B) →OmB

T18 OjA^Oj(A→B) →OjB

Teorema 3

Em L_1 não são válidos os seguintes esquemas:

1- Om¬(A^¬A)

2- Oj¬(A^¬A)

3- Om (A^¬A)→OmB

4- Oj (A^¬A)→OjB

5- OmA^Om¬A→OmB

6- OjA^Oj¬A→OjB

7- FmA^Fm¬A→OmB

8- FjA^Fj¬A→OjB

9- FmA→¬OmA

10- FjA→¬OjA

11- ¬(FmA^PmA)

12- ¬(FjA^PjA)

13- Om (¬A^¬¬A)→OmB

14- Oj (¬A^¬¬A)→OjB

15- $FmA \wedge Fm\neg A \rightarrow FmB$

16- $FjA \wedge Fj\neg A \rightarrow FjB$

Na justificação da primeira posição poder-se-ia invocar conteúdos morais tanto em termos ontológicos quanto em termos jurídico-positivos, como superiores a quaisquer outros direitos. Basicamente é esse o significado claro do postulado misto de L_1 , indicado acima, $OmA \rightarrow PjA$. Esse postulado faz de todo dever moral uma permissão jurídica, embasando as correntes iusnaturalistas e "pós-positivistas" que consideram que as normas morais implicam a invalidade das normas jurídicas incompatíveis. Nesse caso, o direito natural é considerado superior às ordens positivas, revogando a moral autônoma do indivíduo. Ressaltem-se duas principais características do sistema L_1 : 1- o sistema não exclui situações moralmente ou juridicamente contraditórias (também denominados dilemas deônticos[25]) e; 2- para este sistema, de uma contradição não é possível derivar qualquer proposição, como acontece com a lógica clássica.

As duas características estão expressas pelo Teorema 3. As fórmulas 1, 2, 9, 10, 11 e 12 demonstram a primeira característica, e as fórmulas restantes demonstram a segunda característica. Em geral, o princípio clássico da não contradição $\neg(A \wedge \neg A)$ não é uma fórmula válida no sistema. Assim é possível afirmar que a lógica subjacente à apreciação judicial dos casos jurídicos difíceis é constituída por um sistema como L_1. Nesse sistema, as soluções números 1, 2 e 3, contraditórias entre si, podem ser representadas intuitivamente dentro do mesmo sistema lógico, sem que isso cause o colapso do sistema, principalmente a posição intermediária número 2. Em sistemas de lógica deôntica standard, as fórmulas do Teorema 3 de L_1 são válidas, o que não permite a representação e a admissão de situações e decisões contrárias entre si. Nesses sistemas, ao se admitir quaisquer umas das três decisões, dever-se-ia necessariamente excluir as outras do sistema, o que não ocorre no caso da adoção de sistemas de lógica deôntica paraconsistente, que admitem contradições sem que se perca o valor lógico das inferências (a condição de não-trivialidade). Além dessa grave limitação, sistemas de lógica deôntica standard originam os conhecidos paradoxos do Bom Samaritano, da obrigação derivada e de Ross, dentre outros, e excluem situações e decisões contraditórias, como, por exemplo, uma ação que é obrigatória e não é ao mesmo tempo $(OA \wedge O\neg A)$.

Assim, L_1 pode expressar indiretamente, em seu conjunto de fórmulas válidas, os esquemas de raciocínios utilizados por juristas e diversos órgãos jurisdicionais, na solução de um caso difícil, explicitando as relações pressupostas entre o Direito e a Moral, assim como não excluindo as diferentes soluções e decisões, na maioria das vezes, contraditórias entre si.

6. Aplicação de Lógicas Não-Clássicas em Sistemas Inteligentes para o Comércio Eletrônico

O recurso às lógicas não-clássicas podem ser uma solução para sanar a carência de flexibilidade na negociação e a incerteza no cumprimento das prestações. Aliada à tecnologia informática de que se dispõe na atualidade, juntamente com a grande massa crítica de decisões de nossos tribunais, é possível moldar contratos mais próximos às necessidades do consumidor e, ao mesmo tempo, proteger o fornecedor contra as incertezas derivadas das decisões judiciais.

Isolado o problema-alvo a ser enfrentado, considera-se que tal resultado pode ser alcançado ao se fornecer a possibilidade do consumidor negociar diretamente com um Agente Inteligente (AI). Este agente é um sistema computacional com capacidade de decisão, agindo de forma autônoma a partir de suas capacidades de comunicação com outros agentes e/ou humanos para desempenhar a sua função específica. É, portanto, "[...] um programa de computador, ou um meio eletrônico ou automatizado, usado por uma pessoa para desencadear uma ação, ou para responder a mensagens ou atuações, em nome de uma pessoa sem revisão ou ação por um indivíduo no momento da ação ou resposta para a mensagem ou atuação"[26].

Em síntese, os Agentes Inteligentes são caracterizados pelos seguintes atributos: autonomia - operam sem a intervenção direta de seres humanos ou de outros Agentes e têm algum tipo de controle sobre as suas ações e estado interno; mobilidade - são capazes de se deslocar no seu Ambiente, dentro de redes de computadores; reatividade - têm a percepção do seu ambiente e respondem rapidamente às alterações que nele ocorrem; pró-atividade - não se limitam a agir em resposta ao seu ambiente, são capazes de tomar a iniciativa e ter um comportamento direcionado por objetivos; habilidade social e cooperação - são capazes de interagir com outros Agentes (e com seres humanos) através de uma dada linguagem de comunicação.

O A.I. pode fortalecer a posição do consumidor no mercado - e, dessa forma, contribuir para que seja atingida uma das metas constitucionalmente previstas para o nosso Estado, que é a tutela do consumidor e o fomento do mercado sob os auspícios da solidariedade e equidade - bem como tender a outra demanda habitual do mercado, que é a redução dos custos de transação por meio de uma ferramenta que aumente a previsibilidade dos efeitos de um contrato de consumo.

Não existe, conforme se ressaltou, efetiva negociação quando um consumidor adquire algum bem no mercado de consumo por meio das plataformas digitais e interativas. Na prática, assinam-se contratos sem a possibilidade de modificar as suas cláusulas e, por vezes, sem nem mesmo lê-los. Esse fenômeno é o resultado de uma constante evolução do contrato como instrumento de trocas econômicas, trocas essas que vieram a se massificar e perder o seu caráter pessoal mais rapidamente no âmbito da Sociedade da Informação.

Essa característica de massificação dos contratos se deve a elementos conjunturais da economia em escala, na qual se insere grande parte dos contratos contemporâneos. A produção em massa, para ser escoada, demanda contratos em massa. Alguns resultantes da massificação dos contratos são virtualmente inafastáveis.

As políticas de Estado podem assegurar esse elevado nível de defesa dos consumidores. A programação dos Agentes Inteligentes pode permitir que se dote

os contratos com padrões de comportamento ético-jurídicos, tanto em termos de Boa-fé objetiva e Boa-fé subjetiva.

O recurso aos A.I. se justifica pela inviabilidade econômica de que as negociações contratuais sejam efetivamente levadas a cabo por funcionários ou prepostos das empresas que fornecem o serviço, dada a especialização e responsabilidade contidos nessa tarefa. Além disso, a celeridade é importante, tudo isso contribuindo com que contratos cujo conteúdo poderia variar em conformidade com as características e finalidades de cada consumidor acabem recebendo tratamento rígido e imutável.

7. Conclusão

A contratação por meio de Agentes Inteligentes pode permitir, conforme observado, uma redução radical dos custos de transação por meio da negociação individualizada desses mesmos contratos.

Esse Agente Inteligente pode ser dotado de mecanismos de inteligência artificial com lógicas não-clássicas subjacentes dedicadas à negociação contratual, que pode ser constantemente alimentado com a jurisprudência mais recente e os dados sobre as práticas negocias correntes, a fim de que essas imperfeições de mercado sejam reduzidas. Dessa forma é possível: (i) identificar nos contratos propostos cláusulas com o potencial risco de serem julgadas abusivas ou inválidas, podendo retirar eficácia ao contrato; e (ii) proporcionar ao consumidor uma maior e efetiva liberdade na negociação, diminuindo a disparidade entre ele e o fornecedor e permitindo a este último a segurança de que o contrato teve, tanto quanto possível, espaço para que fossem levadas em conta as reais necessidades e particularidades de cada situação específica.

Para tanto, viu-se que a argumentação jurídica não prescinde completamente da lógica dedutiva em casos jurídicos difíceis ou complexos, que envolvam conflitos de direitos, e que em sua maioria podem originar decisões dos diversos órgãos jurisdicionais contraditórias entre si. Nesses casos há maior exigência de justificação externa, para a qual a lógica paraconsistente se mostra apta a servir como lógica subjacente. São equivocadas as críticas que descartam a lógica dedutiva do raciocínio e das decisões judiciais, pois não fazem a importante distinção entre explicar e justificar, entre justificação interna e externa.

No contexto jurídico, procurou-se demonstrar que as contradições não devem ser necessariamente excluídas da racionalidade jurídica, pois elas não são contrárias à razão. A lógica paraconsistente mostra-se apta a servir como lógica subjacente às decisões judiciais e como ferramenta de Inteligência Artificial na celebração de contratos de massa, já que "em dado contexto, a Lógica subjacente é única".[27] A lógica paraconsistente possui um limite mais amplo que o da lógica clássica, demonstrando que contradições podem fazer parte de contextos racionais.

Com isso não se pretende dizer que é possível axiomatizar ou reduzir as decisões judiciais e os contratos a cálculos lógicos, mas que estes cálculos podem ter uma função heurística e analítica na apreciação dos raciocínios que fundamentam as decisões e garantem a segurança contratual.

8. Referências Bibliográficas

ATIENZA, Manuel. **Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento**

CALAYS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consommation**. Dalloz, Paris, pp. 2003 **jurídico**. Barcelona: Ariel, 1993.

COSTA, Newton C.A. da. **Ensaio sobre os fundamentos da lógica**. 2ª ed., São Paulo: Hucitec, 1994.

_____. **Sistemas Formais Inconsistentes**. Curitiba: UFPR, 1993. Inclui: KRAUSE, Décio. **Apresentação de Sistemas Formais Inconsistentes**.

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New York: Anchor Books, 1930.

GILMORE, Grant. **The death of contract**. Ohio: Ohio University Press, 1995.

GRANA, Nicola .**Logica Deontica Paraconsistente**. Napoli: Liguori, 1990.

IRTI, Natalino. "Scambi senza accordo", in: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1998

LESSIG, Lawrence. **Code and other laws of cyberspace**. New York: Basic Books, 1999

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 5a. ed. São Paulo: RT, 2006

MASSENO, Manuel. **Que proteção para os consumidores diante de máquinas inteligentes? Uma perspectiva européia**. Apreentação realizada no *XII Congresso Ibero-Americano de Direito e Informática*, realizado em Zaragoza, Espanha, 16 de maio de 2008.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: Novos paradigmas**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

PUGA, Leila Z.; COSTA, Newton C. A.; VERNENGO, Roberto J. **Derecho, moral y preferencias valorativas**, in Theoria, Segunda Época, ano V, nº 12-13, novembro de 1990.

PUGA, Leila Z. **Uma lógica do querer: preliminares sobre um tema de Mally**. Tese de Doutorado em Matemática. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1985.

SARTOR, GIOVANNI. "Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto". In: Contratto e

impresa (2002), pp. 57-91.

VERNENGO, Roberto José. **Sobre algumas relações lógicas entre sistemas normativos jurídicos e morais**. in Revista Brasileira de Filosofia, XXXVIII, nº 155. São Paulo: 1989.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2ª ed., Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: DIN, 1979.

9. Apêndice

Apresenta-se de maneira abreviada a parte sintática do cálculo C_1. Na verdade, os cálculos que servem de base para os sistemas paraconsistentes constituem uma hierarquia de cálculos Cn ,$1 \leq n \leq \omega$, sendo cada um mais fraco que os precedentes, desenvolvidos originalmente por N.C.A. da Costa. Os cálculos devem satisfazer as seguintes condições: I - conter o máximo possível de esquemas e regras de dedução do cálculo clássico; II - o princípio da não contradição, $\neg(A \wedge \neg A)$, não deve ser válido e; III - de duas fórmulas contraditórias, $A \wedge \neg A$, não dever ser possível, em geral, deduzir uma fórmula arbitrária.

C1 possui os seguintes postulados, onde A° é a abreviação de $\neg(A \wedge \neg A)$:

1- $A \rightarrow (B \rightarrow A)$

2- $(A \rightarrow B) \rightarrow ((A \rightarrow (B \rightarrow C)) \rightarrow (A \rightarrow C)$

3- $A, A \rightarrow B / B$

4- $(A \wedge B) \rightarrow A$

5- $(A \wedge B) \rightarrow B$

6- $(A \rightarrow (B \rightarrow (A \wedge B))$

7- $A \rightarrow (A \vee B)$

8- $B \rightarrow (A \vee B)$

9- $(A \rightarrow C) \rightarrow ((B \rightarrow C) \rightarrow (A v B \rightarrow C))$

10- $A v \neg A$

11- $\neg\neg A \rightarrow A$

12- $B° \rightarrow ((A \rightarrow B) \rightarrow ((A \rightarrow \neg B) \rightarrow \neg A))$

13- $A° \wedge B° \rightarrow (A \rightarrow B)°$

14- $A° \wedge B° \rightarrow (A \wedge B)°$

15- $A° \wedge B° \rightarrow (A v B)°$

Teorema 1

Em C1 todas as regras de dedução do cálculo proposicional clássico do Teorema 2 do livro de Kleene Introduction to Metamathematics são verdadeiras, com exceção da regra de redução ao absurdo, que em C_1 enuncia-se:

Se Ã,A??B°, Ã,A??B e Ã,A?? ¬B, então Ã?? ¬A.

Teorema 2. Entre outros, os seguintes esquemas não são válidos em C_1.

$\neg A \rightarrow (A \rightarrow B)$,

$A \rightarrow (\neg A \rightarrow B)$,

$(A \wedge \neg A) \rightarrow B$,

$(A \rightarrow B) \rightarrow ((A \rightarrow \neg B) \rightarrow \neg A)$,

$(A \leftrightarrow \neg A) \rightarrow B$,

$\neg(A \wedge \neg A)$,

$(A \rightarrow B) \rightarrow (\neg A v B)$,

$(A \rightarrow B) \rightarrow (\neg B \rightarrow \neg A)$,

$\neg A \rightarrow (A \rightarrow \neg B)$,

$A \rightarrow (\neg A \rightarrow \neg B)$,

$(A \wedge \neg A) \rightarrow \neg B$,

$A \rightarrow \neg\neg A$,

$(A \leftrightarrow \neg A) \rightarrow \neg B$,

$((A \vee B) \wedge \neg A) \rightarrow B$,

$A \leftrightarrow \neg\neg A$.

Demonstração: Empregando as matrizes seguintes, onde os valores distinguidos são 1 e 2:

$A \wedge B$:

A	B	1	2	3
1		1	1	3
2		1	1	3
3		3	3	3

$A \vee B$:

A	B	1	2	3
1		1	1	1
2		1	1	1
3		1	1	3

$A \rightarrow B$:

A	B	1	2	3
1		1	1	3
2		1	1	3
3		1	1	1

$\neg A$:

A	¬A
1	3

2 1
3 1

Em C1 a classe das proposições é decomposta em proposições de dois tipos: na classe das bem comportadas, toda fórmula válida no cálculo clássico também é válida em C1; se A for mal comportada, é possível ter A^¬A. Também são distinguidas duas classes de negações: a negação forte, que possui as mesmas propriedades da negação clássica, e a negação fraca, que admite contradições. Dependendo do contexto, pode-se empregar uma ou outra negação.

Assim, os cálculos paraconsistentes não foram elaborados para eliminar a lógica clássica, mas para ampliar seus domínios e incluí-la como um caso particular.

Remetemos ao leitor interessado em maiores detalhes técnicos sobre C1 a consulta às obras de N. C. A da Costa, Sistemas Formais Inconsistentes e os Apêndices de Ensaio sobre os Fundamentos da Lógica.

---

[1] Os Agentes Inteligentes são programas de computador capazes de agir com autonomia dentro de ambientes complexos, habilitados a tomar decisões próprias com base em sua valoração de uma série de circunstâncias. Sobre o tema, v. Giovanni Sartor, "Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto". In: *Contratto e Impresa* (2002), p. 57.

[2] Manuel Masseno apresentou esta possibilidade em sua apresentação "Que proteção para os consumidores diante de máquinas inteligentes? Uma perspectiva européia", realizada no XII Congresso Ibero-Americano de Direito e Informática, realizado em Zaragoza, 16 de maio de 2008. Masseno inspirou-se, para tanto, no trabalho de Giovanni Sartor, citado à nota 3.

[3] De fato, o artigo 1134 do referido *Code Napoleón* previa que "os acordos realizados na forma da lei terão força de lei para quem os realizar" (tradução livre).

Art.1134, Codigo Civil francês: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (...)"

[4] Sobre o tema v., entre outros, Teresa Negreiros. *Teoria do contrato: Novos paradigmas.* 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[5] Claudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5a. ed. São Paulo: RT, 2006, pp, 163 - ss.

[6] Note-se que, em outros países, como Portugal e Alemanha, outros conceitos afeitos ao do contrato de adesão são frequentemente evocados para representar situações com certa semelhança, como o das condições gerais dos contratos ou os contratos standard.

[7] Tema abordado, entre outros, em: Grant Gilmore, *The death of contract.* Ohio: Ohio University Press, 1995.

[8] Tome-se o exemplo de um autor contemporâneo como Natalino Irti, para o qual o diálogo entre as partes é a tal ponto necessário para a caracterização do contrato que o levou a identificar em práticas como os contratos-padrão pou por formulários pré-formatados não como contratos, porém como uma série de atos unilaterais aos quais é dada certa eficácia jurídica. Natalino Irti. "Scambi senza accordo", in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1998, pp. 347 - ss.

[9] Jean Calais-Auloy, Frank Steinmetz. *Droit de la consommation*. Dalloz, Paris, pp. 2003, pp. 1-2.

[10] Lawrence Lessig. *Code and other laws of cyberspace.* New York: Basic Books, 1999.

[11] Sartor fornece os exemplos de cláusulas que, negociadas individualmente através de Agentes Inteligentes, limitassem a responsabilidade do comerciante ou delimitassem de forma restritiva o foro contratual. Giovanni Sartor, "Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto", cit., p. 86.

[12] "O juiz não parte de alguma regra ou princípio como sua premissa maior, toma logo os fatos do caso como premissa menor e chega a sua resolução mediante um puro processo de raciocínio. O juiz - ou os jurados - tomam suas decisões de forma irracional - ou, pelo menos, arracional - e posteriormente as submetem a um processo de racionalização. A decisão, portanto, não se baseia na lógica, mas nos impulsos do juiz que estão determinados por fatores políticos, econômicos, sociais e, sobretudo, por sua própria idiossincrasia", in FRANK, Jerome. Law and the modern mind. New York: Anchor Books, 1930.

[13] Ver VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. 2ª ed., Barcelona: Gedisa, 1997; e VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência.* Brasília: DIN, 1979.

[14] A tópica pode ser conceituada como uma técnica para inventar premissas, não para demonstrar quando se pode passar das premissas a uma determinada conclusão.

[15] ATIENZA, op. cit., pág. 125.

[16] Dizer que o juiz tomou sua decisão devido a fortes crenças religiosas ou por razões políticas e ideológicas significa enunciar uma razão explicativa, ao passo que dizer que o juiz se baseou em determinada interpretação de um dispositivo legal significa enunciar uma razão justificativa.

[17] "O erro consiste, precisamente, em haver confundido o contexto de descobrimento e o contexto de justificação. É muito possível que, de fato, as decisões se tomem precisamente como eles [os críticos] sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá

da conclusão às premissas e não ao revés, e inclusive cabe pensar que a decisão (ao menos em alguns casos) é, sobretudo, fruto de juízos prévios; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão, nem tampouco converte essa tarefa em algo impossível", in ATIENZA, op. cit., pág. 126.

[18] Quem aceita as premissas deve aceitar também as conclusões, ou, dito de outro modo, para quem aceita as premissas a conclusões delas decorrente está justificada.

[19] Conforme noticiado na introdução, a lógica dedutiva é necessária e suficiente como mecanismo de justificação para os casos jurídicos fáceis e rotineiros.

[20] Para uma visão geral da lógica paraconsistente, que não pressupõe conhecimentos técnicos, ver Apresentação de Sistemas Formais Inconsistentes, de Décio KRAUSE.

[21] Roberto J. VERNENGO, Sobre algumas relações lógicas entre sistemas normativos jurídicos e morais.

[22] O sistema L_1 aqui apresentado é o sistema desenvolvido na obra de Nicola Grana, Lógica Deôntica Paraconsistente, p. 74-77. Nessa obra podem ser encontrados maiores detalhes sobre os diversos sistemas de lógica deôntica paraconsistente e desenvolvimentos recentes, bem como o cálculo C1 de Da Costa, que lhe servem como sistema de base.

[23] Apresentado ao final, no Apêndice.

[24] Aº abrevia ¬ (A ^ ¬ A), em que ¬ é chamada negação fraca e ~ é chamada negação forte, equivalente a negação da lógica proposicional clássica, cf. Apêndice.

[25] Para maiores detalhes sobre dilemas deônticos, ver o trabalho de Leila Z. Puga, Uma lógica do querer: preliminares sobre um tema de Mally.

[26] UCITA - *Uniform Computer Information Transactions Act* (2001) - EUA. Esta lei uniforme está em vigor em dois estados norte-americanos, Virginia e Maryland.

[27] N.C.A. da COSTA, apud Nicola GRANA, op. cit., pg. 19.

OS CRIMES ELETRÔNICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO*

ELECTRONIC CRIMES IN BRAZILIAN LAW

João Araújo Monteiro Neto
Francisca Jordânia Freitas da Silva

RESUMO

As facilidades e vantagens proporcionadas pelo uso das Tecnologias da informação causaram uma crescente informatização das atividades cotidianas na era pós-industrial, fazendo dessa forma surgir a sociedade da informação. Esse novo contexto social modificou sensivelmente as esferas de relações econômicas e jurídicas. Como consequência desta vinculação da sociedade às tecnologias da informação, a criminalidade passou por processo semelhante, tornando-se apta a praticar ilícitos em meio eletrônico. Diante dessa nova realidade criminosa discute-se a evolução da sociedade da informação e as suas consequências na esfera penal e processual penal. O presente trabalho busca analisar os nuances jurídicos dos Crimes Eletrônicos, principalmente no que tange a necessidade da construção de normas penais específicas que abordem o tema para suprir a existência de lacunas jurídicas. Para apoiar tal ideia e investigar o tema, a pesquisa caracteriza-se como bibliográfica, documental, pura, qualitativa, descritiva e exploratória, posto que visa abordar os crimes e as condutas atípicas cometidas através TIC no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: TECNOLOGIAS. DIREITO PENAL. CRIMES ELETRÔNICOS.

ABSTRACT

The facilities and advantages afforded by the use of information technology have caused a growing computerization of daily activities in the post-industrial, making appear the information society. This new social context has changed significantly the relations betwen economic and legal spheres. As a result of binding of the information technology society, crime has gone through similar process, becoming able to practice illegal in electronic media. Confonting this new criminal reality discusses the evolution of information society and its consequences in the penal and criminal procedure. This paper analyzes the legal aspect of the Electronic Crimes, principalemnte with respect to need for the construction of criminal provisions that specify the TIC criminal treatment. To support this idea and investigate the topic, the research is characterized as bibliographical, documentary, pure, qualitative, descriptive and exploratory, since it aims to study the crimes and atypical behaviors committed by ICT in Brazil.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: TECHNOLOGIES. CRIMINAL LAW. COMPUTER CRIMES

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, a ciência possibilitou a criação de dispositivos mecânicos que hoje facilitam a realização das atividades diárias do ser humano. A sociedade contemporânea, que chegou ao século XXI conhecendo diversas inovações tecnológicas, participa dessa evolução adquirindo os implementos eletrônicos oferecidos no mercado.

Essas novidades constituíram novos bens jurídicos cuja obtenção, utilização e preservação, fez com que novos interesses surgissem, ao mesmo tempo em que novas relações sociais foram se estabelecendo. Isto ocorreu com as tecnologias de informação e comunicação (TIC) que, mediante sistemas de computação visam o tratamento de informações.

Nesse aspecto, a informática é ciência fundamental, posto a praticidade que oferece tão necessária em vários setores da sociedade. Tal ciência, quando associada à Rede Mundial de Computadores, ganha ainda mais eficiência na consumação daquela finalidade, onde por meio da rede o cruzamento de informações não se limita ao território de um único país.

O espaço criado pelas TIC misturou diversas culturas, provocou a globalização e está presente em todos os lugares proporcionando não somente lazer, mas sendo também um instrumento de trabalho e até de movimentação de riquezas. Porém, a vulnerabilidade do próprio sistema informacional abriu margem à inovação de ações criminosas.

Destarte, comparando-se o dinâmico desenvolvimento da informática, verifica-se que o mesmo não acontece com o Direito que, considerado sob o prisma positivo, isto é, visto como conjunto de regras escritas evolui lentamente, gerando por vezes discrepância entre a realidade dos fatos sociais emergentes e o tratamento jurídico dos mesmos.

No Brasil, a questão da regulamentação das TIC não diz respeito somente a normas obsoletas ou à adaptação hermenêutica daquelas aos institutos tradicionais do Direito. No que se refere à tipificação de algumas condutas anti-sociais, o problema é exatamente a ausência de previsão legal nesse sentido, constatando-se lacunas no

ordenamento jurídico vigente, uma vez que a descrição da conduta penal é sempre uma tipificação restrita.

É, portanto, a partir deste contexto problemático que convém analisar os chamados "crimes eletrônicos", identificando as modalidades de crimes comuns que são cometidas por meio das TIC; averiguando as condutas delituosas praticadas através dessas tecnologias, mas que não estão tipificadas na atual legislação penal pátria; e, examinando, por conseguinte, a possibilidade da elaboração de uma norma específica que regulamente o tema.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de analisar o tema central da pesquisa, é imprescindível abordar alguns aspectos extrajurídicos atinentes às TIC uma vez que, para determinar as implicações dos crimes eletrônicos no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário compreender as peculiaridades da chamada "sociedade da informação".

1.1 A evolução histórica das TIC

O desenvolvimento das TIC é considerado breve em virtude da realidade tecnológica atual ser resultado de uma evolução histórica que basicamente se constituiu nas três últimas décadas do século XX. Conciso, porém intenso, o progresso tecnoinformacional é apreciado como uma revolução, tal qual a Revolução Industrial do século XVIII.

Nesse sentido, Caracteriza a revolução informacional a aplicação do conhecimento na criação de mecanismos para o processamento de dados. Tal aprimoramento foi gerido por meio da difusão de mecanismos eletrônicos entre os usuários, que deles se apropriam e os inovam constantemente, como na idéia de Immanuel Kant: "o conhecimento é um processo de síntese, no qual o intelecto proporciona a forma e a experiência oferece o conteúdo" [1].

Os precursores industriais da informática podem ser encontrados antes da década de 1940. No entanto, pouco ou quase nada de significativo foi desenvolvido no tratamento de informações até a Segunda Guerra Mundial, quando ficou conhecido o primeiro computador eletrônico à válvula: o *Colossus*, cuja função precípua era decifrar códigos inimigos. Logo após a guerra, John Mauchly e John Eckert desenvolveram a primeira

versão de computador para o uso geral: o ENIAC, uma máquina de 30 toneladas, 2,75 metros de altura, 70 mil resistores e 18 mil válvulas a vácuo [2].

Pouco tempo depois, em 1947, foi criado o transistor, dispositivo que possibilitou o processamento de impulsos elétricos com maior velocidade, facilitando a posterior criação dos chips. Com a microeletrônica, o material utilizado na produção de transistores mudou para o silício, mais apropriado para a fabricação dos transistores em larga escala. Com a inovação, o computador ganhou dimensões menores, de maneira que, em 1949 foi criado na Inglaterra o primeiro computador capaz de armazenar programas: o EDSAC, uma calculadora de armazenamento automático, e em 1951, o processamento de dados foi expandido com a primeira versão comercial do computador primitivo: o UNIVAC-1.

Posteriormente, em 1955, a força aérea americana inaugurou o primeiro circuito de detecção, decisão e resposta em tempo real entre computadores interconectados. Logo em seguida, o circuito integrado foi idealizado. Quando o design dos chips foi aprimorado, já na década de 60, foi produzido o circuito integrado em miniatura, mais rápido e mais barato.

Na mesma década, a IBM passou a dominar a indústria de computadores com o modelo Mainframe 360/370, um computador ainda de grande porte. Bill Gates relembra que em 1968 ainda não era possível ter um desses em casa, mas era possível ter outro tipo: o PDP-8, da DEC, que custava 18 mil dólares, pesava 113 quilos e possuía 1,80 de altura [3].

No final dos anos 60, a *Bell Laboratories* produziu o primeiro computador eletrônico: o ESS-1 com sistema operacional UNIX, que possibilitava o acesso de computador a computador. A primeira rede a funcionar com essa capacidade foi a *Advanced Research Project Angecy Network* (ARPANET), patrocinada pela Agência de Projetos de Pesquisa Avançada do Departamento de Defesa dos EUA (DARPA).

Em 1971, no Vale do Silício (EUA), a difusão da microeletrônica dilatou-se intensamente quando o engenheiro Ted Hoff arquitetou o microprocessador, fazendo com que o processamento de informação pudesse ser instalado em todos os lugares. Foi então que desapareceu o computador analógico e surgiu o computador digital.

No ano de 1973, Vinton Cerf, do Departamento de Pesquisa Avançada da Universidade da Califórnia registrou o Protocolo de Controle da Transmissão / Protocolo Internet

(TPC/IP) - um código que permitiu várias *networks* (redes de emissoras afiliadas) incompatíveis por programas e sistemas se comunicarem entre si.

Já em 1975, Ed Roberts, engenheiro fabricante de calculadoras do Novo México, construiu o Altair - finalmente um computador de pequena escala com um microprocessador. A partir de então, a computação passou a necessitar de um programa que fosse adaptado aos sistemas operacionais do computador, isto é, um *software.* Foi então que Bill Gates e Paul Allen, até então estudantes da Universidade de Havard, ajustaram o *software* BASIC para operar no Altair 8800. Com base nesse modelo, em 1976, a *Apple Computers* lançou os modelos *Apple I* e *Apple II*, sendo este, o primeiro microcomputador de sucesso comercial.

Em 1981, a IBM inseriu no mercado a versão de microcomputador mais popular da história: o Computador Pessoal (PC), com 64 Kbytes de memória e um único acionador de disquetes. Atendendo ao convite dessa empresa, a *Microsoft* de Bill Gates aceitou o desafio de escrever o sistema operacional para o PC. Depois de várias modificações, o sistema operacional criado transformou-se no Sistema Operacional de Disco, o MS-DOS.

No mesmo ano, a própria *Microsoft* levou a computação gráfica para o IBM/PC através de um produto chamado *Windows*. O objetivo era criar um *software* capaz de ampliar o MS-DOS, permitir o uso do *mouse*, empregar imagens gráficas na tela apresentando uma série de janelas, cada uma executando um programa diferente.

Somente em 1984 os cientistas conseguiram ter acesso àquela rede de comunicações criada em 1969. Foi neste ano que houve a divisão da rede em ARPANET com escopo científico e MILNET, voltada estritamente aos objetivos militares. Custeada pelo departamento de defesa e operada pela Fundação Nacional da Ciência, a rede que interligou todas as redes passou a se chamar INTERNET, rede das redes conexas.

A utilização do sistema operacional UNIX foi ampliada quando pesquisadores adequaram a ele o protocolo TCP/IP. Enfim a novidade foi acrescida em 1989 pelo Laboratório Europeu de Física de Altas Energias de Genebra (Itália). Lá nasceu o *Wold Wide Web* (www ou W3), facilitador da rede de computadores de alcance mundial.

Observando a nova realidade tecnológica então gerida, Bill Gates anunciou em 1995 a repercussão social da evolução histórica das tecnologias de informação e comunicação: "Todos os computadores vão se unir para se comunicar conosco e por nós.

Interconectados globalmente, formarão uma rede que está sendo chamada de estrada da informação" [4].

1.2 O novo paradigma tecnológico e a sociedade da informação

Em face do exposto, percebe-se que um novo paradigma tecnológico foi instaurado pelas TIC, trazendo uma gama de novos bens que, gerando novas relações sociais, suscitam disciplina legal. Para analisar a influência do padrão tecnoinformacional sobre a criminalidade contemporânea é necessário identificar as peculiaridades da sociedade da informação.

Nesse contexto, Manuel Castells [5] avalia a interferência da tecnologia no surgimento de novos processos sociais e os efeitos destes no indivíduo. Para o autor, novos processos sociais não surgem como conseqüência da simples transformação tecnológica, pois outros fatores intervêm nessa relação e o resultado final depende também da influência destes.

Analisando o momento histórico do nascimento das TIC, o autor afirma que a busca por novas descobertas tecnológicas no final do século XX não combinavam com a tradição do mundo corporativo da época, de maneira que a revolução tecnoinformacional difundiu inconscientemente pelas culturas das sociedades o espírito libertário dos movimentos dos anos 60, gerando involuntariamente efeitos sociais.

Justificando tal entendimento, o autor relembra que a finalidade primeira da internet, enquanto ARPANET era simplesmente uma estratégia militar de defesa contra os inimigos no período de guerras, e que somente em meados dos anos 90 a rede passou a realizar a comunicação horizontal global, sendo apropriada por pessoas do mundo inteiro.

Por outro lado, Castells concorda que o relacionamento da sociedade com a tecnologia influencia suas características mesmo que isto não determine por si só uma transformação social. Em outras palavras, a tecnologia absorve a capacidade de transformação da sociedade, onde o indivíduo "é um produto das relações sociais" [6].

Pela teoria de Castells, encontra-se uma lógica embutida no paradigma tecnológico: o conhecimento age na criação de novas tecnologias e estas agem sobre a informação; os

efeitos desse processo penetram as atividades humanas, que se organizam e estruturam conjuntos de relações em redes; a flexibilidade das redes tem capacidade de reconfiguração do sistema e a convergência de tecnologias específicas encontra-se num sistema integrado.

O ciclo apontado acima representa o alicerce de uma sociedade peculiar chamada por Castells de "sociedade em rede". Essa expressão é identificada como "sociedade do conhecimento" por Carlos Vogt [7]; todavia, para indicar o mesmo fenômeno, o termo mais conhecido é "sociedade da informação", apontado por Nicolau Youssef e Paz Fernandez [8].

Em inglês, "sociedade da informação" traduz a expressão *Global Information Society*, onde o termo "global" é sinônimo de *holistic* - nome que designa totalidade ou unidade sistemática. Assim, "sociedade da informação" é a expressão designa o caráter da sociedade contemporânea, resultado da explosão informacional da década de 60 - quando se deu o início da "era da informação", segundo Armand Mattelart [9].

Embora a noção dessa sociedade tenha se originado nos EUA, hoje seu conceito se refere à comunidade internacional, mesmo considerando as particularidades que cada país reserva em relação ao desenvolvimento tecnológico. Na verdade, o sentido cabal de sociedade da informação não se resume na configuração tecnológica do termo nem se baseia na definição de informação estritamente física, quantitativa ou estatística; os traços da estrutura dessa sociedade são bens imateriais: a informação e o conhecimento. Foi por meio dessas ferramentas que as TIC anularam distâncias de tempo e lugar, encolhendo o espaço [10].

Detalhando o fenômeno, Liliane Paesani [11] apura que os instrumentos informáticos penetraram de tal modo na sociedade que têm modificado não só a linguagem das pessoas, mas também o estilo de vida, incidindo profundamente nas relações interindividuais, constatando-se o surgimento de novas relações sociais, mediadas por telas eletrônicas.

Se as TIC influenciaram a interconexão generalizada das sociedades, conforme avalia Fábio Podestá [12], falar em sociedade da informação reporta a idéia de sociedade homogênea composta por comunidades estreitamente ligadas por meio de redes. Além de influenciar os hábitos sociais, a revolução tecnológica e a explosão da comunicação universalizaram hábitos, culturas e formas de produção e consumo, provocando a globalização como conseqüente implicação sociopolítica. Todo esse processo estabeleceu o sistema econômico atual, já chamado de capitalismo informacional.

Em face desse cenário, dize-se que a informatização colabora com a resolução de problemas sociais no que diz respeito à inclusão do indivíduo na sociedade. Entretanto, as novas relações interpessoais criadas pelas TIC possuem vantagens e riscos comuns às relações sociais. Nesse sentido, quem está à margem da tecnologia sofre "exclusão digital".

A possibilidade de efeitos negativos provenientes da má utilização das TIC já era previsível em 1988, quando Nicolau Youssef e Paz Fernandez alertavam: "Se não houver um nível satisfatório de reflexão a respeito da informatização da sociedade e das alterações por ela produzidas, pode-se caminhar para uma situação que ofereça graves riscos sociais" [13].

Por sua vez, Benedito Hespanha [14] pondera que o acesso da sociedade contemporânea à internet é a realidade irreversível de um fenômeno tecnológico que globalizou as comunicações em todos os continentes. Verifica-se, pois, que um conjunto de implicações funestas atreladas a essas tecnologias incide na sociedade resultados deletérios e indesejáveis.

Por fim, Fábio Podestá [15] avalia a repercussão das mudanças sociais na estrutura psicológica do homem, dizendo que a potencialidade da informatização aumenta o desejo e a ambição com direcionamento desenfreado a alimentar o consumismo, que na essência nada mais é do que inverter a hierarquia das motivações: o 'ser' vale menos do que o 'ter'. Destarte, constata-se: as TIC são fortes instrumentos para executar ilícitos - civis e criminais.

1.3 A informática e o Direito Penal

A informática se tornou fator de suma importância nas relações econômicas e sociais, ou seja, em situações jurídicas de natureza diversas. Colocar em risco tais relações, que movimentam vultosas quantias, é uma afronta à regulamentação social. É nesse contexto que aflora a importância da relação entre a Informática e o Direito Penal.

Concordando com esse entendimento, Henry Bosly [16] estabelece a existência de três esferas distintas de relações entre a informática e o Direito Penal: a informatização da documentação penal; a informatização dos procedimentos administrativos e judiciais; a informática a serviço da delinqüência.

A informática a serviço da delinqüência comporta as infrações eletrônicas e as infrações comuns cometidas através de sistemas eletrônicos. Eduardo Muylaert introduz a problemática: "O controle da Internet é difuso e cooperativo, para não dizer anárquico. Ela cresceu livre da censura. Apesar disto o uso que tem sido feito da Internet suscita uma pluralidade de questões do ponto de vista da ética e também do Direito Penal" [17].

O uso da informática pode ser considerado um fator criminógeno por que: abre novos horizontes ao delinqüente; permite não só o cometimento de novos delitos, mas também a potencialização dos delitos tradicionais; dá ensejo, de outro lado, não só aos delitos cometidos com o computador, senão também os cometidos contra o computador.

Por este motivo, extremamente necessário é o desenvolvimento do Direito Penal Eletrônico para que este discipline a matéria evitando assim a ampliação da situação periclitante que gera a sensação de que o ambiente virtual é carente de regulamentação, constituindo território anárquico e fértil para a prática de ilícitos.

Por outro lado, é indispensável primeiramente o estudo aprofundado do mundo virtual para que se possa disciplinar juridicamente a matéria através da elaboração de mecanismos jurídicos que acompanhem a evolução tecnológica da informação, evitando-se dessa forma os perigos de uma inflação legislativa relacionada à matéria.

Desta feita, a legislação aplicável ao tema estaria revestida de um embasamento doutrinário que evitaria o seu "engessamento" em face do avassalador desenvolvimento tecnológico podendo ser aplicável e eficaz mesmo com o surgimento de inovações alteradoras da realidade fática atinente ao assunto. Assim não cairiam em desuso, uma vez que se adequariam as novas realidades vindouras, não se tornando "letra morta" [18].

O estudo das condutas lesivas na nova ordem social reputa ser um dos novos desafios do Direito Penal moderno. Deste modo, a análise pormenorizada do contexto social e tecnológico deve ser realizada de forma acurada, a fim de que se possa delinear as condutas que devam ser criminalizadas através da estruturação dos chamados crimes eletrônicos.

1.4 O uso das TIC para a prática de crimes

Verificando como a atividade informacional começou a ser empregada como meio ou fim de atos ilícitos, Mário Furlaneto e José Augusto Guimarães [19] lembram que a atividade informacional mais se ligava ao acesso a estoques e à entrega de pacotes. Nesta época já se podia observar uma dimensão jurídica em face da utilização das TIC: a responsabilidade civil por danos causados ao usuário pela disseminação de informações incorretas.

Atualmente os problemas decorrentes do mau uso das TIC não se resumiram simplesmente à difusão de informações erradas. Uma vez que as TIC também são formas de movimentação de riquezas, e tudo que envolve riqueza aproxima o crime [20], os problemas da nova realidade ultrapassaram a esfera cível e alcançaram a esfera penal.

Destarte, constatou-se a vulnerabilidade dos dispositivos da tecnologia, onde começaram a emergir problemas quanto à segurança que os computadores oferecem às informações dos usuários, podendo a internet ser porta de saída de informações sobre a família, como senhas de banco, horários, alarmes ou rotinas dos moradores" [21].

A criminalidade informática surgiu em meados da década de 60, ainda com as primeiras máquinas apresentadas alhures. Constata-se que os primeiros casos de uso do computador para a prática de crimes apareceram na literatura científica justamente durante essa época. A expansão das TIC proporcionou tão logo a diversificação de ações criminosas, de maneira que na década de 80 tornaram-se comuns a manipulação de caixas bancários e a pirataria de programas de computador [22].

A criminalidade informática possui as mesmas características da informatização: a) *transnacionalidade* - todos os países fazem uso da informatização, independentemente do seu grau de desenvolvimento econômico, social ou cultural; b) *universalidade* - o acesso aos produtos informáticos são cada vez mais acessíveis, e já integram todos os níveis sociais e econômicos, e não somente a "classe média", como diz Rodrigo Guimarães Colares [23]; c) *ubiqüidade* - a informatização está presente em todos os setores da sociedade.

Genericamente, convencionou-se dar ao autor de condutas ilícitas executadas em ambientes informatizados o nome de *hacker* [24] . Embora considerado criminoso eletrônico, o *hacker* não é o violador imoral do ambiente virtual; ao contrário, é uma pessoa especializada em programas de computador que se dedica à integridade e da segurança do sistema que, devido ao domínio de técnicas avançadas, invade os sistemas para detectar falhas. Em contrapartida, existe *hacker* não ético, o *cracker*. Pela semelhança dos termos, são freqüentemente confundidos.

Túlio Vianna [25] informa que, ao contrário do que a maioria das pessoas imagina, os *crackers* nem sempre são grandes gênios da informática que se utilizam de profundos conhecimentos técnicos para o mal. Na verdade, alguns deles se vale de técnicas simples. O autor analisa que isso torna a situação mais delicada, haja vista que o número de pessoas capazes de praticar ilícitos é maior do que se pode imaginar, havendo por isso, vários métodos utilizados pelos *crackers*: dedução, engenharia social, tentativa e erro, invasão do servidor.

Atualmente, por causa da internet, diversas pragas cibernéticas ganharam relevo em decorrência de seu potencial ofensivo. De acordo com Arthur José Concerino os meios de ataque mais utilizados pelos *crackers* para "atormentar a vida daquele que se propõe a 'navegar' na Web" [26] são os vírus, os *worms* [27] e os *trojan horses* [28].

2 OS CRIMES ELETRÔNICOS

Conforme explanado, além de propiciar vantagens, as redes informacionais se revelaram um extremo facilitador da perpetração de ilícitos, uma vez que os meios existentes para práticas de delitos eletrônicos são inúmeros. Dada as características dessas infrações, os vestígios deixados são mínimos, tornando a sua persecução e a repressão tarefa árdua.

2.1 Nomenclatura

Há uma intensa variedade de denominações usadas para designar as práticas ilícitas cometidas no âmbito da tecnologia. Apesar das diversas nomenclaturas, as ações criminosas são identificadas por seu objeto ou pelos meios de atuação, que apresentam as TIC como um denominador comum em todas as terminologias.

Na literatura sobre o tema é possível encontrar, para designar o mesmo fenômeno, as seguintes denominações: "crime de computação", "criminalidade mediante computadores", "crimes por computador", "crimes telemáticos", "crimes na internet", "crimes informáticos". "delitos digitais", "crimes eletrônicos".

Convém esclarecer que, neste artigo, optou-se por compreender as TIC envolvendo não somente as máquinas, mas também os dispositivos de comunicação, os sistemas

informatizados e as tecnologias aplicadas no tratamento de informações. Por este motivo, é oportuno dizer que doravante adotar-se-á a nomenclatura "crimes eletrônicos" para indicar todos e quaisquer crimes e condutas delituosas cometidas em relação às TIC.

2.2 Conceito

Assim como há uma vasta gama de denominações, há igualmente um abundante rol de conceitos para os crimes eletrônicos. Como o assunto envolve conhecimento paralelo em torno de questões interdisciplinares de duas áreas completamente distintas - Direito e Informática - os aspectos criminais das TIC ainda têm esclarecimento precário.

Apesar de já se encontrar trabalhos a respeito do tema, não há uma definição universal de crime eletrônico. Alguns autores resumiram o conceito ao entendimento da Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento da ONU, dizendo que "delito do computador é qualquer comportamento ilegal aético ou não autorizado envolvendo processamento automático de dados e/ou transmissão de dados" [29].

Entretanto, dentre todos os conceitos encontrados, a definição mais técnica foi estabelecida por Ivette Senise Ferreira, pois destaca as características do crime sob o aspecto formal: "constitui crime de informática toda ação típica, antijurídica e culpável cometida contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão" [30].

Ora, se sob o aspecto material, crime é a violação de um bem penalmente protegido, e, sob o aspecto formal, é um fato típico e antijurídico, pode-se afirmar que a lesão de um bem penalmente desprotegido constitui um fato atípico. Em outras palavras, se a tipicidade é um requisito indispensável à configuração de um crime, pode-se concluir que qualquer ação, ainda que imoral ou aética, não é considerada crime se não houver tipificação.

Nesse contexto, conceitua-se crime eletrônico como sendo toda ação típica e antijurídica cometida contra sistemas informatizados com a utilização de recursos da tecnologias da informação e comunicação. Todavia, além desses, realmente há condutas com caráter delitivo que não encontram tipificação penal no hodierno ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 Classificações

Por se tratar de matéria nova no cenário jurídico, não possuindo ainda bases doutrinárias sólidas, afluem diversas formas de classificações acerca dos crimes eletrônicos. Diversos autores se utilizam de vários critérios para efetuarem suas classificações. Dentre os existentes destacam-se os mencionados abaixo.

Partindo da forma de atuação do autor, Ulrich Sieber, citado por Maria Helena Reis [31] estabelece a seguinte classificação: a) Fraude por manipulação de computador contra um sistema de processamento de dado; b) Espionagem informática e furto de *software*; c) Sabotagem Informática; d) Furto de tempo; e) Acesso não autorizado; f) Ofensas tradicionais.

Rompendo essa linha de pensamento, Marc Jaeger [32] ao invés de utilizar a expressão "crime informático" utiliza em sentido amplo o termo "Fraude Informática" para designar as ações ilícitas ou anti-sociais ligadas ao uso de sistemas eletrônicos, classificando tais ações em: a) Fraudes propriamente ditas; b) Atentados à vida privada.

Tomando como parâmetro a finalidade do delito e excluindo os crimes comuns Jean Pradel e Cristian Feuillard [33] classificam: a) Manipulações para obtenção de dinheiro; b) Manipulações para obtenção de informações. Tal classificação é bem elaborada, pois exclui os delitos abarcados pelo ordenamento jurídico, classificando tão somente os verdadeiros delitos eletrônicos; porém, não abraça todos os possíveis ilícitos cometidos contra sistemas informacionais, já que muitos deles são praticados sem o intuito de obtenção de vantagem, mas somente com o objetivo de causar dano ao equipamento.

Em outro contexto, vem se consagrando na doutrina internacional o sistema binário de conceituação proposta por Hervé Croze e Yves Bismuth [34]: a) Atos dirigidos contra um sistema de informática, independentemente da motivação do autor; b) Atos que atentam contra outros valores sociais através de um sistema informático.

Dessa classificação obtêm-se o entendimento da existência de duas situações fático-jurídicas distintas. Existem condutas praticadas por meio de sistemas eletrônicos contra outros bens jurídicos, funcionando o sistema informacional como instrumento da ação; e existem atos que são praticados contra dados ou informações armazenados, em processamento ou em transmissão, ou contra a integridade do próprio sistema, sendo estes objetos materiais da ação.

São os atos praticados contra um sistema informacional os delitos eletrônicos autênticos, pois o sistema funciona como instrumento e objetivo da ação, sendo meio e meta do ato, podendo esta recair sob os dados e informações armazenados, bem como sob a própria máquina, seu suporte lógico e até os periféricos. Nos atos que lesam outros valores sociais, o sistema eletrônico é apenas a ferramenta executória do crime fim.

Absorvendo os avanços doutrinários internacionais, os autores nacionais passaram a acatar quase com unanimidade os elementos básicos da classificação exposta. Luis Flávio Gomes divide os crimes informáticos em duas categorias semelhantes, quais sejam os crimes praticados contra o computador em sentido amplo e crimes por meio de computador [35].

No mesmo sentido, Damásio de Jesus classifica os crimes informáticos em: crimes informáticos puros ou próprios e crimes informáticos impuros ou impróprios. Os primeiros são aqueles praticados por meio de um sistema eletrônico, onde o resultado da conduta se opera em meio eletrônico, sendo o sistema informacional o bem jurídico protegido. Os crimes informáticos impuros ou impróprios são aqueles em que o sistema funciona como ferramenta para a prática de condutas lesivas a bem jurídicos já protegidos por outras normas penais incriminadoras, não relacionados com a os bens informacionais [36].

Verifica-se que a maioria dos sistemas de classificação podem ser condensados nas categorias elencadas por Croze e Bismuth ou por Damásio de Jesus, resumindo-se em condutas que atentem contra os sistemas eletrônicos ou a atos que lesem outros bem jurídicos já penalmente protegidos. Contudo, ao proceder-se análise à cerca das classificações propostas, se percebe que o objetivo alcançado por estas foi somente distinguir o crime eletrônico do crime tradicional cometido por meio de um sistema informatizado.

O uso do sistema eletrônico para a perpetração de condutas ilícitas já tipificadas não é capaz de conferir a natureza de crime eletrônico à conduta praticada, isto porque o sistema eletrônico funcionou como um novo meio de execução de conduta já descrita em norma penal incriminadora que protege valor alheio aos bens informacionais ou eletrônicos.

Desta feita, percebe-se que os esforços em busca da classificação dos crimes eletrônicos não alcançaram o seu desiderato de forma completa, pois tão somente ajudaram a

sedimentar a distinção entre crime eletrônico e crime comum, ressaltando-se a importância do caráter didático destas classificações. Logo, faz-se necessário a reformulação dos sistemas de classificação extirpando-se dos seus conteúdos os crimes já abarcados por normas penais protetoras de outros interesses jurídicos que não os eletrônicos, como por exemplo:

a) Quantos aos efeitos dos crimes eletrônicos: I - Crimes eletrônicos de efeitos tangíveis; II - Crimes eletrônicos de efeitos intangíveis. Classificam-se como crimes eletrônicos de efeitos tangíveis aquelas condutas que apesar de serem perpetradas em meio eletrônico produzem também efeitos diretos no mundo real [37]. As ações que debelam crimes eletrônicos intangíveis lesam tão somente os elementos imateriais formadores do sistema informacional com os dados armazenados, em processamento ou em transmissão.

b) Quanto aos objetivos: I - Crimes eletrônicos de mero acesso; II - Crimes eletrônicos de dano ou lesão. Os crimes eletrônicos de mero acesso consubstanciam-se com o simples acesso ao sistema informacional, não necessitando que do referido ato resulte algum dano a dados ou ao próprio sistema. Por outro lado os crimes eletrônicos de dano ou lesão são aqueles que de maneira direta danificam o sistema sem necessidade da obtenção de alguma vantagem econômica ilícita para o autor [38].

Classificações nesse sentido facilitam o estudo e divisão da matéria, não se desmerecendo o valor doutrinário e didático dos sistemas classificatórios enunciados neste trabalho. Deve-se ressaltar que estes sistemas serviram para evidenciar a distinção entre crimes comuns e crimes eletrônicos, uma vez que o uso dos sistemas eletrônicos para praticar condutas já incriminadas por tipos penais não pode ser considerado um crime eletrônico.

Se o sistema informacional não passou de um meio de execução, isto no máximo poderia render a alteração da pena do crime. Nesses casos, cabe ao legislador a criação de qualificadoras e elementos majorantes genéricos para as condutas perpetradas por computador que atentem contra bens juridicamente já protegidos, evitando-se a criação de tipos penais extremamente específicos unicamente pelo surgimento de um novo meio de execução.

2.4 Espécies

A gama de crimes que podem ser perpetrados mediante as TIC é bastante vasta. Dentro de cada categoria apontada na classificação, há um rol de espécies de crimes. Muitas condutas já tipificadas nas leis penais brasileiras são realizadas com a utilização das TIC, cuja finalidade do meio empregado é atingir mais prontamente o resultado pretendido pelo agente.

Essas condutas afetam bens jurídicos de diversas categorias, classificados de acordo com a prevalência do bem ao qual se dirige a tutela da lei. Como já comentado, não se trata propriamente de crimes eletrônicos, mas de crimes comuns em que o sistema informatizado ou dispositivo de comunicação é apenas o instrumento utilizado na sua consecução.

Os tipos penais vetustos tipificados pelo CP brasileiro vigente, que mais são efetuados via TIC são: a) Crimes contra a pessoa: Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; Ameaça; Calúnia, Difamação, Injúria; Violação de correspondência e Divulgação de segredo; b) Crimes contra o patrimônio: Estelionato; c) Crimes contra a propriedade imaterial: Violação de direito autoral e Usurpação de nome ou pseudônimo alheio; d) Crimes contra os costumes: Corrupção de menores; Favorecimento da prostituição, Escrito ou objeto obsceno; Pedofilia e Divulgação de pornografia infantil; e) Crimes contra a paz pública: Incitação ao crime; Apologia de crime ou criminoso; f) Crimes contra a fé pública: Falsa identidade.

Há outros crimes, também passíveis de execução por meio das TIC que estão tipificados na legislação penal extravagante, que são: Crimes contra a segurança nacional; Crimes contra ordem tributária; Tráfico de drogas e Concorrência desleal.

Determinados delitos praticados também por meio das TIC se referem especificamente aos sistemas de tratamento de informações. Diferentemente dos chamados crimes eletrônicos impróprios ou impuros, poucos são os tipos de condutas atualmente tipificadas no ordenamento jurídico brasileiro que se referem exatamente a sistemas informáticos ou dispositivos de comunicação.

Inseridas no conjunto de normas brasileiras, esses crimes encontram-se de maneira esparsa em alguns tipos penais contidos em normas específicas de determinado ramo do Direito, como por exemplo, no Direito Eleitoral. Nesse sentido, a Lei nº 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo estabelece:

Art. 2º. Constitui crime da mesma natureza: V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Além de constituir violação contra a ordem tributária, se trata de crime eletrônico porque o programa utilizado para processar os dados inseridos no sistema altera o correto tratamento dos mesmos fazendo com que o resultado do processo seja maculado. Em outras palavras, os dados corretos são processados por um programa alterado que, objetivando fraudar as informações processadas, modifica o resultado.

Verifica-se ademais, que se trata de tipo penal específico, haja vista que só ocorre quando o interesse da fazenda pública é violado. Contudo, tal conduta, qual seja, a utilização de programa modificado para alteração dos resultados do processamento, pode ser perpetrada contra inúmeros sujeitos passivos distintos do fisco, e nestes casos, por falta de regulação legal, são condutas carentes de punição, apesar do juízo reinante de reprovabilidade social.

Regulando o art. 5°, XII, CF/88 [39], a Lei nº 9.296/96, que regula a interceptação telefônica, estabelece no art. 10 um crime de natureza informática: "Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei".

O dispositivo legal acima colacionado estabelece como crime o ato de interceptar comunicações, mas não é qualquer tipo de comunicação, até porque o ser humano possui inúmeras formas de se comunicar. Assim, a mencionada lei enumera quais os tipos de interceptação são passíveis de punição em face de serem consideradas ilícitas. Dentre os tipos arrolados está a interceptação de comunicação eletrônica.

Logo, qualquer interceptação não autorizada de comunicação realizada entre sistemas computacionais e eletrônicos constitui ato ilícito tipificado pelo artigo 10 da Lei nº 9.296/96. Exemplo singular da interceptação da comunicação informática, ou seja, da troca de informações ou de dados feitas por meios informáticos, é a violação de *e-mails*.

Visando proteger os sistemas informáticos utilizados pela Justiça Eleitoral, a Lei nº 9.504/97 prevê três delitos eletrônicos [40], mas que devido a especificidade dos tipos penais só podem ser perpetrados contra sistemas eletrônicos utilizados pela Justiça

Eleitoral, se tratam de condutas que de forma genérica podem ser praticadas contra qualquer sistema informacional. Entretanto, em face do "engessamento" cometido pelo legislador, estas situações ficaram desprotegidas uma vez que somente o caso específico foi regulamentado.

Esses três delitos são extremamente restritos, pois somente se aplicam a atos que atentem contra sistemas eletrônicos ou equipamentos envolvidos no processo eleitoral. Isto causa uma enorme lacuna no ordenamento jurídico penal, já que deixa sem punição condutas perfeitamente adequadas aos elementos incriminadores dispostos na norma penal, que por não atingirem sistemas eletrônicos a serviço da Justiça Eleitoral não são puníveis.

Com a escalada da criminalidade eletrônica, afora os delitos praticados na esfera do Direito Eleitoral, a Lei nº 9.983/00 visou proteger e coibir a prática de ilícitos apenas contra os sistemas eletrônicos utilizados pela Administração Pública, introduzindo no CP brasileiro os artigos 153, § 1º-A, 313-A, 313-B e 325, § 1º, I e II.

3 IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS PERTINENTES

É direito-dever do Estado, punir as transgressões que abalam a paz da sociedade. Praticada uma infração penal, cumpre ao Estado a apuração e o esclarecimento dos fatos e de suas circunstâncias, a fim de ser aplicada a sanção penal adequada.

3.1 Persecução penal

O direito de punir do Estado só pode ser concretizado através do processo, e é na ação penal que deve ser deduzida em juízo a pretensão punitiva. Para que se proponha a ação penal é imperativo que o Estado disponha de um mínimo de elementos probatórios que indiquem a ocorrência da infração penal e de sua autoria. O meio mais comum para a captação desses elementos é o inquérito policial, cujo objeto é a apuração dos elementos probatórios que configurem a infração penal, para então servir de base à ação penal. O inquérito policial é necessário, mas não é imprescindível à propositura da ação penal.

À soma da atividade investigatória com a ação penal se dá o nome de persecução penal. Esta significa "ação de perseguir o crime" [41], e é composta por formas preestabelecidas porque o sistema processual penal brasileiro impera o princípio *nulla poena sine*

judicio: "o Estado tem obrigação de não punir o agente senão nos moldes determinados pela *sanctio juri*, ao passo que o criminoso tem o direito de não ser punido além daqueles limites" [42].

No que se refere aos crimes eletrônicos, sua execução possui as facilidades oferecidas pela Internet, um espaço de que se aproveitam os usuários com intenções criminosas. Destarte, o acesso anônimo aos sistemas de informação e comunicação favorece o uso indevido da tecnologia por usuários com propósitos de cometimento de crimes.

Diante disso, nota-se que nos crimes eletrônicos há grande dificuldade de realizar a persecução criminal, já que a internet dispõe de recursos que favorecem a impunidade, tais como o anonimato dos usuários e a ausência de um órgão central de controle da rede que colabore nas investigações. Depois que um crime eletrônico ocorre, as mesmas características que facilitaram a conduta lesiva dificultam a identificação do sujeito ativo da infração, "afinal o indivíduo não precisa ir ao local do crime e sem identificá-lo a quem vamos processar?". [43]

De acordo com Ana Mara dos Santos [44], quando alguém comete um crime eletrônico, são-lhe necessários apenas dois elementos identificadores: o endereço da máquina que envia as informações e o da que recebe tais dados, ou seja, os IP's, representados por números que nada revelam sobre o usuário nem sobre os dados que estão sendo transmitidos. Desta forma, o meio de identificação através do endereço de IP nem sempre é eficaz, pois podem até identificar o computador usado na prática ilícita, mas o desconhecimento do autor permanecerá, se o computador utilizado for público como de bibliotecas, escolas, *lan houses.*

Quanto à atribuição da autoria de documentos e mensagens, os problemas processuais persistirão, salvo quando o usuário do computador faça uso de uma assinatura digital, sem a qual dificilmente será possível determinar quem praticou determinada conduta. Mesmo assim, a assinatura digital apenas confere credibilidade ao documento ou mensagem, através da qual se "presumirá" a autoria da conduta investigada, e no Direito Penal, não se admitem presunções, ainda mais quando se admite a possibilidade de uma condenação.

Diante das proporções da criminalidade existente por meio das TIC, o poder estatal não pode deixar de preservar os direitos dos cidadãos e de prevenir e reprimir os crimes, para que nesse âmbito todos possam ter acesso seguro à comunicação e às informações, sem que a sua privacidade, intimidade e integridade sofram violações e lesões.

Comentando sobre o criminoso eletrônico, Alexandre Jean Daoun e Renato Blum dizem: "O cidadão do mundo virtual é, antes de tudo, um cidadão do mundo real e da mesma forma deve ser encarado o agente criminoso" [45]. Desta forma, independentemente da classificação que se adote, é mister criar-se elementos para identificar os autores desses crimes, a pessoa humana que pratica a conduta lesiva.

Em consonância com Ana Mara dos Santos [46], o único método realmente seguro de identificação é o que se funda no exame da autuação do responsável penal quando este se tenha valido de elementos corporais para obter acesso a redes ou computadores, ou seja, quando utiliza mecanismos que somente validam o acesso mediante a verificação de dados biomético do indivíduo. As formas mais comuns são a análise do olho do usuário ou a leitura eletrônica de impressão digital, ou ainda, a análise da voz do usuário.

3.2 Delimitação da competência

Quando um conflito de interesses opostos não é resolvido pelas próprias partes, surge a necessidade de que o Estado o resolva através do processo, uma vez que, no ordenamento jurídico brasileiro, em regra, é vedado a autotutela. Assim, ao Estado pertence a função de compor os litígios, reintegrando a ordem e a paz do grupo.

O cumprimento da tarefa de dar a cada uma das partes o que é seu, o Estado cumpre através da jurisdição. A jurisdição não pode ser exercida ilimitadamente por qualquer juiz, e um juiz não pode julgar todas as causas. Devido a este motivo, a jurisdição é distribuída por lei entre os vários órgãos do Podre Judiciário, através da repartição de competências. A distribuição de parcelas da jurisdição em competências deriva da própria CF/88, na cláusula assecuratória do art. 5º, LIII [47], cujo objetivo é operacionalizar a administração da justiça [48].

A fixação da competência se realiza em razão da causa criminal e dos atos processuais. Pelo primeiro, a competência é delimitada tendo em vista a natureza do litígio, que é determinada conforme a causa a ser julgada; essa é a competência material. Pelo segundo elemento, o poder de julgar é distribuído de acordo com as fases do processo ou o objeto do juízo, ou ainda, com o grau de jurisdição; essa é a competência funcional.

Na competência material, a concretização do poder jurisdicional abstrato sofre delimitação em três aspectos: em razão do território; em razão da natureza da infração e

em razão da qualidade da pessoa do réu. Nesses termos, o art. 69, CPP estabelece que determinará a competência jurisdicional o lugar da infração; o domicílio ou residência do réu; a natureza da infração; a distribuição; a conexão e ou continência; a prevenção; a prerrogativa de função.

Celso Henrique Vallim [49] identifica que o grande problema ao se trabalhar com o conceito de jurisdição e territorialidade na internet reside no caráter internacional da rede, já que nesta não existem fronteiras, de maneira que um artigo publicado nela estará disponível no mundo inteiro. Assim, a implicação processual penal em relação à jurisdição e à competência na internet se deve ao fato de que esta criou um espaço indefinido e sem limites territoriais, onde a comunicação e a troca de informações e ocorre ilimitadamente.

Na complexidade do espaço internet, a delimitação da jurisdição competente para a propositura da competente ação penal pode apresentar-se como problema, fazendo surgir controvérsias na delimitação da jurisdição competentes para analisar o caso concreto do crime ocorrido por meio das TIC. Porém, olhando-os essa questão sob a égide as regras penais e processuais penais, conclui-se que essa questão pode ser dirimida com facilidade.

A controvérsia gira em torno do fato de que na maioria das vezes os crimes eletrônicos constituem crimes à distância ou são crimes plurilocais; em outras palavras, é possível que a ação e/ou a consumação de um crime eletrônico ocorram lugares diversos. Se uma delas se opera fora do território nacional, ocorre o crime à distância; se ambas ocorrem no território nacional, mas em unidades diferentes da Federação, ocorre o crime plurilocal.

Nessa questão a doutrina é pacífica: nos crimes à distância se aplica o art. 6º, CP, que se refere ao local do crime para o efeito da extraterritorialidade [50]. O artigo demonstra que o CP brasileiro adotou a teoria da ubiqüidade para definir o lugar do crime: quando um crime tem início em território estrangeiro e se consuma no Brasil, é considerado praticado no Brasil. Do mesmo modo, tem eficácia a lei penal nacional quando os atos executórios do crime são praticados no território brasileiro e o resultado se produz em país estrangeiro.

Nos crimes plurilocais a regra aplicável é o art. 70, CPP [51]. Ao invés da teoria da ubiqüidade, a regra processual aceitou a teoria do resultado para a determinação da competência como regra, referindo-se ao lugar da consumação. Assim, a competência para a apuração de um crime plurilocal é determinada pelo lugar da produção do

resultado, ou seja, pelo local do fato em que se reunirem todos os elementos da definição legal.

3.3 Coleta de provas

Para que o juiz declare a existência da responsabilidade criminal e imponha sanção penal a uma determinada pessoa é necessária a certeza de que se foi cometido um ilícito penal e que ela seja a autora. Objeto da prova é aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento para resolver o litígio; é o fato criminoso e sua autoria, e não somente isso, mas todas as circunstâncias objetivas e subjetivas, todos os acontecimentos relevantes que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou de medida de segurança.

Meios de prova são as ações utilizadas para investigar, conhecer ou comprovar a verdade real dos fatos, da autoria e das circunstâncias do crime. Por este motivo não há limitação dos meios de prova. Como o processo penal visa o interesse publico ou social de repressão ao crime, a investigação deve ser a mais ampla possível e assim nada impede que se utilizem provas com a utilização de meios técnicos ou científicos, como gravações em fitas magnéticas, fotos, filmes, videofonograma, desde que obtidas licitamente.

No processo penal, a falta de verificação da identidade do autor e o conseqüente nexo de causalidade entre a conduta e o resultado descaracterizam a culpabilidade do agente e a ilicitude do tipo. Nesse contexto, o maior problema da investigação criminal relacionado aos crimes eletrônicos é a pouca ou quase nenhuma presença de evidências que provem a conduta delituosa praticada pelo autor ou autores indiciados.

Geralmente, a conduta antijurídica praticada pelos *crackers* permanece sem provas porque a invasão de um sistema informático não deixa nenhum vestígio, e na obscuridade da rede de computadores a autoria desse procedimento fica à sombra do anonimato. Mesmo uma perícia minuciosa pode deixar de apontar evidências e, em conseqüência, a prova do delito pode permanecer sem identificação por falta total de pistas.

Liliane Paesani [52] relembra que a preocupação dos investigadores para a verificação e controle da prova no processo por crime eletrônico está voltada para a ação dos criminosos quando agem para causar prejuízos pessoais e danos materiais aos usuários, divulgando informações ofensivas, invadindo computadores, disseminando vírus

eletrônicos. A ação do agente através de vírus eletrônico ou manipulação de dados deixa a polícia sem provas.

A questão se torna delicada quanto ao valor pericial dos dados obtidos em meio eletrônico. De acordo com Ariel Foina e Igor Reis [53], a prova pericial oriunda da análise de computadores, principalmente no que tange à invasão de sistemas e ao processo de rastreamento, pode ser produzida basicamente:

I) por meio de perícia feita por especialista direto no sistema que foi vítima. Os autores dizem que seria a condição ideal para a perícia técnica, pois constitui no todo um procedimento técnico que deve ser feito no computador, tentando congelar e registrar todos os dados existentes num determinado computador, no exato momento em que ele fora invadido. Porém, o rigor dessas condições para a coleta de provas não ocorre na prática; ou,

II) com base em registros de sistema produzidos e fornecidos pelos respectivos administradores. Os autores revelam que, pela dificuldade das condições ideais apontadas acima, comumente o perito acaba trabalhando em cima de registros eletrônicos fornecidos pelos administradores de sistema, na tentativa de produzir um laudo pericial que aponte para o possível autor dos delitos.

A prova eletrônica em si não constitui uma prática plenamente confiável e, por isso, nem todas são recepcionadas pelo Direito como documento eletrônico com validade jurídica. No Brasil, o Instituto Nacional de Tecnologia é o órgão incumbido de atribuir validade jurídica a documentos eletrônicos, conferindo a autenticidade e integridade.

A Resolução 51/162 da Assembléia Geral das Nações Unidas diz que para o documento eletrônico ter o mesmo valor probatório que o documento físico é preciso conter o mesmo grau de segurança. Um dos métodos para garantir a autenticidade do assinante é a criptografia, porém, no documento eletrônico não há como se distinguir a cópia do original.

A utilização de documento eletrônico como meio probatório é um ponto controverso no ordenamento jurídico brasileiro. A corrente majoritária entende por sua admissibilidade. Neste ponto, discute-se se o documento eletrônico deve ser classificado como prova pericial ou documental. A teoria mais consentida é que ele seja tido como prova pericial, pois as provas que podem ser apresentadas para a indicação de autoria de ilícito

executado por meio eletrônico são vestígios materiais do crime que necessitam de perícia técnica.

4 REGULAMENTAÇÃO LEGAL NO BRASIL

O panorama tradicional das telecomunicações ainda não havia conhecido tão rápida interligação de pessoas no mundo inteiro até o advento das TIC. Nesse sentido, Liliana Paesani[54] chama a internet de "anomalia das telecomunicações", cuja estrutura dificulta a disciplina do controle, da censura e da distribuição da informação. Há até quem pense que a internet não é passível de regulamentação, como André Felipe Tredinnick:

A *Internet* é, de fato, insuscetível de ser sujeitada a qualquer tipo de lei ou controle, não apenas do ponto de vistas jurídico-constitucional, mas, sobretudo do ponto de vista real porque não há como cercear o usuário da '*infovia'*, exatamente porque com um simples *laptop* e um *modem*, uma linha telefônica e uma senha de acesso (e, muitas vezes, nem isso) é possível ingressar na *Internet*. [55]

No entanto, em todos os sistemas jurídicos a segurança é vital para que as relações intersubjetivas estejam em graus mínimos de admissibilidade pelo grupo social. A vida coletiva exige condutas pautadas por normas comuns, que sirvam de critérios norteadores para as atividades individuais; a função ordenadora do Estado é essencial à vida da sociedade.

Sabendo que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, no qual a interpretação das leis e a sua aplicação pelos órgãos jurisdicionais são essenciais à prevenção e à repressão de crimes, José Afonso da Silva defende que é por meio da lei, que "o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses" [56].

No que diz respeito aos crimes eletrônicos, isto implica dizer que a forma da via executória de um delito não deve obstar o direito-dever de punir do Estado. Portanto, ainda que um crime seja perpetrado por meio do "ciberespaço", incumbe ao Estado promover o bem-estar da sociedade. Logo, é cogente que as lesões aos interesses considerados mais importantes para a comunidade sejam prevenidas e se ocorrem devem ser repreendidas.

Um dos desafios para auferir tal incumbência é a elaboração de leis que acompanhem o avanço tecnológico e contemplem a presença dos instrumentos de tratamento de informação no cotidiano dos brasileiros, já que se vive na sociedade da informação. Por este motivo, é fundamental que haja proteção e segurança jurídica em face das novidades tecnológicas.

Com o passar do tempo, alterações legislativas se fazem necessárias; e quando novas formas de delinqüir surgem por causa de novos interesses da sociedade, a criação de uma norma específica se faz preciso. A questão não se trata de apoiar um positivismo legal exacerbado, aumentando o numero de leis; pretende-se apenas evitar que lacunas no ordenamento jurídico brasileiro conduzam à impunidade.

Na esfera das TIC, além dos crimes que podem ser ajustados às normas penais vigentes, é possível encontrar condutas ofensivas que claramente não se adaptam às figuras penais existentes na atual legislação brasileira. Isto traz à baila a notícia de que novos bens chegaram à sociedade e por eles novas relações jurídicas se estabeleceram.

Vale lembrar que no Brasil a analogia é um meio de integração legal proibido na esfera penal por contrariar o princípio constitucional da reserva legal. Por outro lado, outro princípio, também constitucional, assevera que os brasileiros não podem permanecer desprovidos da tutela jurídica. O referido princípio é estabelecido no art. 5º, XXXV, CF/88: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

São condutas atípicas peculiares às TIC que muito freqüentemente tem ocorrido: a) Difusão mal-intencionada de programa que leve alguém a fornecer seus dados ou informações pessoais, para a obtenção de qualquer vantagem ilícita; b) Acesso indevido ou não autorizado a dispositivo de comunicação ou sistema informatizado; c) Manipulação indevida ou não autorizada de dado ou informação eletrônica obtida em dispositivo de comunicação ou sistema informatizado; d) Divulgação de informações privadas depositadas em banco de dados; e) Dano causado por vírus eletrônico que destrói, inutiliza ou dificulta o funcionamento de dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Uma vez que se observam novidades de caráter criminal na sociedade da informação, onde o uso das TIC foi direcionado à prática de novas condutas penalmente reprováveis, a regulamentação objetiva destas pode ser uma solução pacífica. Várias proposições legislativas já foram elaboradas e discutidas no Congresso Nacional a respeito do tema e muitos projetos de lei foram apresentados com o objetivo de normatizar o combate os crimes eletrônicos.

Dentre os projetos, três se destacam por disporem sobre sua definição, tipificação e penalidades; são eles: o PL da Câmara nº 89/03, do Deputado Luiz Piauhylino; o PL do Senado nº 137/00, do Senador Leomar Quintanilha; e, o PL no Senado nº 76/00 do Senador Renan Calheiros. Atualmente tramita no Congresso uma proposição que une as três sugestões: trata-se de um PL substitutivo, cuja elaboração contou com a participação de diversos especialistas em Direito Penal e em tecnologia de informação comunicação.

Acompanha o substitutivo um parecer do Senador Eduardo Azeredo, relatando a importância da matéria e analisando os três projetos de lei referidos. Em 20 de junho de 2006 a primeira versão do substitutivo foi aprovada pela Comissão de Educação do Senado, que considerou as propostas pertinentes, votando pela aprovação do PLS 76/00, incorporando parcialmente o PLC 89/03 e o PLS 137/00 na forma do substitutivo.

Assim, o novo projeto aglutinou as três proposições para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, de rede de computadores, ou que sejam praticadas contra rede de computadores, dispositivos de comunicação ou sistemas informatizados e similares, além de dá outras providências. Para isso, o PL substitutivo, com dezesseis artigos, altera o CP, o CP Militar, o CPP, o CDC (Código de Defesa do Consumidor), a Lei de Interceptação Telefônica e, por fim, a Lei n. º 10.446/02.

As novidades que devem chegar com a aprovação do PL é a tipificação das seguintes condutas, enumeradas abaixo com a respectiva sugestão de alteração do CP:

Conduta delituosa	**Sugestão do Projeto de Lei Substitutivo**
Acesso indevido a dispositivo de comunicação	Art. 154-A. acessar indevidamente, ou sem autorização, dispositivo de comunicação. Pena: reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem fornece a terceiro meio indevido ou não autorizado a dispositivo de comunicação ou sistema informatizado. .§ 3º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se vale de anonimato, de nome suposto ou da utilização de identidade de terceiros para a prática de divulgação.

Manipulação indevida de informação eletrônica	Art. 154-B. Manter consigo, transportar ou fornecer indevidamente ou sem autorização, dado ou informação obtida em dispositivo de comunicação ou sistema informatizado. Pena: detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.
Divulgação de informações depositadas em banco de dados	Art. 154-D. Divulgar, ou tornar disponíveis, para finalidade daquela que motivou a estruturação do banco de dados, informações privadas, direta ou indiretamente, a dados econômicos de pessoas físicas ou jurídicas, ou a dados de pessoas físicas referentes a raça, opinião política, religiosa, crença, ideologia, saúde física ou mental, orientação sexual, registros policiais, assuntos familiares ou profissionais, além de outras de caráter sigiloso, salvo por decisão de autoridade competente, ou mediante expressa anuência da pessoa a que se refere, ou de seu representante legal. Pena: detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se vale de anonimato, de nome suposto ou da utilização de identidade de terceiros para a prática de divulgação.
Deixar de manter dados e conexões realizadas	Art. 154-E. Deixar de manter, aquele que torna disponível o aceso a rede de computadores, os dados de conexões e comunicações realizadas por seus equipamentos, aptas a identificação do usuário, endereços eletrônicos de origem e destino no transporte dos registros de dados e informações, data e horário de início e término da conexão, incluindo protocolo de internet ou mecanismo de identificação equivalente, pelo prazo de cinco anos. Pena: detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) meses, e multa.
Permitir acesso por usuário não identificado e não autenticado	Art. 154-F. Permitir, aquele que torna disponível o acesso a rede de computadores, a usuário, sem a devida identificação e autenticação, qualquer tipo de acesso ou uso pela rede de computadores. Pena: detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.
Dano por difusão de vírus eletrônico	Art. 163-A. Criar, inserir ou difundir vírus em dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, com a finalidade de destruí-lo, inutilizá-lo ou dificultar-lhe o funcionamento. Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se vale de anonimato, de nome suposto ou da utilização de identidade de terceiros para a prática de divulgação.
Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública	Art. 265. Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força, calor, informação ou telecomunicação, ou qualquer outro de utilidade pública. (grifou-se)
Interrupção ou perturbação de	Art. 266. Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico, telefônico, telemático ou de telecomunicação,

serviço telegráfico ou telefônico	impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento. (grifou-se)
Difusão maliciosa de código	Art. 266-A. Difundir, por qualquer meio, programa, conjunto de instruções ou sistema informatizado com o propósito de induzir alguém a fornecer, espontaneamente e por qualquer meio, dados ou informações que facilitem ou permitam o acesso indevido ou sem autorização, a dispositivo de comunicação ou a sistema informatizado, ou a obtenção de qualquer vantagem ilícita. Pena: detenção, de 1 (um) a 2 (anos). Parágrafo único. A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se vale de anonimato, de nome suposto ou da utilização de identidade de terceiros para a prática de divulgação.
Falsificação de telefone celular ou meio de acesso a sistema eletrônico	Art. 298-A. Criar ou copiar, indevidamente ou sem autorização, ou falsificar código; seqüência alfanumércia; cartão inteligente; transmissor ou receptor de rádio freqüência ou telefonia celular; ou qualquer instrumento que permita o acesso a dispositivo de comunicação ou sistema informatizado. Pena: reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Quadro das condutas tipificadas sugeridas pelo projeto de lei substitutivo

Recentemente o PL substitutivo foi aprovado no plenário do Senado Federal, tendo sido remetido novamente à Câmara dos Deputados em virtude de alterações em seu texto original. No mais, atualmente tem-se que, ao se falar de ilícito eletrônico, a conduta lesiva mesmo não prevista em lei penal definindo-a como crime, poderá ensejar reparação cível com multas variáveis de acordo com o resultado obtido, a ser estipulada pelo juiz.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento de novas tecnologias sempre influenciou a sociedade, quer em suas estruturas quer em seus valores. Os avanços decorrentes da explosão tecnológica ocorrida na última metade do século XX modificaram o contexto social mundial. Como conseqüência da adoção de valores econômicos e sociais pautados na importância da informação e da utilização da tecnologia, se organizou a "Sociedade da Informação".

O processo de transformação social contemporâneo baliza-se por dois grandes paradigmas: o fenômeno globalizante e a disseminação de instrumentos tecnológicos

relacionados à informação. As potencialidades oriundas do novo modelo de organização social também impactaram diretamente as relações econômicas e culturais.

Essas modificações foram tão profundas que exigiram a busca por proteção aos interesses envolvidos com a regulamentação jurídica das novas relações sociais. Notadamente, o primeiro âmbito de influência normativa dessa nova situação fática foi na seara constitucional. A Constituição Federal, enquanto elemento normativo-político, estruturante e organizador do Estado assimilou as nuances da nova realidade social e principiou a tutelar em seu âmbito esse novo contexto.

Dessa forma, as ordens constitucionais modernas procuram estabelecer um conjunto de regras mínimas que visem resguardar as novas relações surgidas do novo modelo de organização social, econômico e cultural. Assim, além de estabelecer normas asseguradoras ao direito à informação, a inovadora CF/88 reconhece a liberdade informacional, garantindo no art. 220 que todos podem utilizar qualquer meio para obter informações ou se comunicar, inclusive aqueles oriundos dos meios eletrônicos.

Destarte, a CF/88 reconheceu a necessidade de se conferir ao cidadão proteção contra a má utilização dos meios eletrônicos informacionais. Isto porque, além de poder infringir direitos fundamentais como a intimidade e a privacidade, algumas condutas poderiam violar um dos pilares da ordem político-jurídica brasileira: a dignidade da pessoa humana.

Ao tutelar essas novas relações, a Constituição reconheceu o surgimento de novos bens jurídicos que precisam ser protegidos em nível infraconstitucional. Dentre as novas medidas de proteção destaca-se de forma evidente a necessidade de coibir as práticas criminosas surgidas com o advento do modo informacional de organização da sociedade.

As atividades decorrentes da utilização desvirtuada das TIC começaram a colocar em risco a própria estrutura de organização social que estava surgindo. Em decorrência de fragilidades diagnosticadas nas estruturas de funcionamento dos meios eletrônicos, a base essencial da sociedade da informação ficou vulnerável a pratica de condutas lesivas aos novos bens e valores jurídicos apontados pelo novo paradigma tecnológico.

Desta forma, a tutela penal dos interesses jurídicos oriundos das relações econômicas e sociais informacionais fez-se extremamente necessária, visto que a utilização de mecanismos que coibissem a prática de infrações penais por meio do mero senso de

prevenção tornou-se insuficiente para a sustentação do modelo de organização social vigente. Por outro lado, a regulamentação penal encontra duas grandes barreiras: uma de ordem normativa teórica; outra de natureza normativa prática.

O primeiro caso existe por força dos preceitos constitucionais estabelecidos no art. 5º, XXXIX, CF/88: o princípio da reserva legal. Há a necessidade de se estabelecer normas penais incriminadoras específicas à realidade eletrônica, uma vez que a estrutura normativa penal não permite a utilização da interpretação analógica para a incriminação de condutas. Logo, amiúde a não existência de normas penais aplicáveis à matéria instala-se um verdadeiro "velho oeste eletrônico", onde a ausência de normas incriminadoras torna as condutas atípicas, criando um ambiente sem lei.

Em segundo momento, mesmo que existam normas incriminadoras, as características dessas novas práticas criminosas ensejam óbices à aplicação das normas penais por parte do Estado, ou seja, mesmo diante da existência de normas incriminadoras, surge a possibilidade da conduta não ser punida ante a impossibilidade do Estado de aplicar concretamente as suas normas. Nesse sentido, a idéia de Estado soberano sofre uma mitigação, pondo em risco a própria idéia de soberania. A construção de um sistema repressivo às condutas eletrônicas vincula-se como uma resposta a essa forma de criminalidade globalizada, que também merece a construção de uma rede de colaboração internacional.

Por mais que no contexto atual da ordem jurídica brasileira seja evidente a necessidade de implementação legislativa mediante um diploma incriminador, tal como a aprovação do PL Substitutivo, interessante seria estruturar-se uma rede mundial de combate a criminalidade eletrônica. Baseada em pactos internacionais que, essa rede poderia estabelecer condutas típicas comuns, além de mecanismos de colaboração entre os Estados para efetivar de forma concreta a punição dos infratores eletrônicos internacionais.

Como fora visto, a globalização fortemente influenciada pela tecnologia gerou modificações profundas na sociedade. A reorganização social trouxe consigo um conjunto de aspectos antagônicos: de um lado produziu avanços que facilitaram inúmeras atividades humanas, tornando mais simples e eficientes atividades antes consideradas complexas; de outro lado, o desvirtuamento da utilização dessas novas tecnologias ocasionou o surgimento de inúmeras condutas lesivas aos bens jurídicos oriundos da recontextualização da sociedade.

Desta forma, em face de todo o exposto, figura-se indispensável a elaboração de norma específica aos crimes eletrônicos, além da organização de mecanismos de cooperação

internacional para a estruturação de um sistema de proteção aos bens e valores jurídicos oriundos ou influenciados pela reorganização social tecnoinformacional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Augusto Lins da Costa. A internet e o direito. **Consulex,** Brasilia, ano II, n. 24, p. 52-53, dez. 1998.

ARANHA FILHO, Adalberto José Q. T. de Camargo. Crimes na internet e a legislação vigente. São Paulo: **Revista Literária de Direito,** v.9, n.44, p. 23-25, out/dez. 2002.

AZEREDO, Eduardo. A tipificação de crimes na internet. **Ciência Jurídica,** Belo Horizonte, v.20, n.132, p.336-358, nov/dez. 2006.

BLUM, Renato; DAOUN, Alexandre Jean. Cybercrimes. In: LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e Internet.** São Paulo: Edipro, 2000.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação.** Tradução Roneide Venancio Majer. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, v.1.

COLARES, Rodrigo Guimarães. **Cybercrimes.** Pernambuco, 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3271>. Acesso em: 01 out. 2007.

CONCERINO, Arthur José. Internet e segurança são compatíveis? In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e internet.** Bauru: Edipro, 2000.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet.** São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA, Marco Aurélio Rodrigues da. **Crimes de informática.** Rio Grande do Sul, 1999. Disponível em: . Acesso em 11 nov. 2007.

DAOUN, Alexandre Jean. **Os novos crimes de informática.** Disponível em: . Acesso em: 11 nov. 2007.

DUPAS, Gilberto. **Ética e poder na sociedade da informação.** São Paulo: Unesp, 2000.

ELIAS, Paulo Sá. A questão da reserva legal no Direito Penal e as condutas lesivas na área da informática e da tecnologia**. Jus Navigandi**, Ed. 12, out. 2001. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2038>. Acesso em: 23 out. 2007.

FERREIRA, Ivette Senise. A criminalidade informática. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e internet.** Bauru: Edipro, 2000.

_____. Os crimes da informática. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (Coord.). **Estudos Jurídicos**. São Paulo: RT, 1992.

FOINA, Ariel G.; REIS, Igor de V. Cavalcante. Das provas de crimes na internet: as questões do cibercrime e da rede para o Direito Penal e seu processo. **Universitas Jus,** Brasília, n.10, p.57-67, ago. 2004.

FURLANETO NETO, Mário; GUIMARÃES, José Augusto Chaves. Crimes na internet. **Centro de Estudos Judiciários: CEJ,** Brasília, v.7, n. 20, p. 67-73, mar. 2003, p. 68.

GATES, Bill. **A estrada do futuro.** Tradução Beth Vieira et al. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HESPANHA, Benedito. O poder normativo da internet e a regulamentação dos crimes virtuais. **Justiça do Direito,** Rio Grande do Sul, v. 1, n. 16, p.29-64, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal.** São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática.** Tradução Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MACHADO, Ulysses. Virando lei: projeto de lei que tipifica os crimes de informática é prioridade entre as matérias relativas ao setor de TIC que tramitam no Congresso Nacional. **Tema: a revista do serpro.** v. 30, n.187, p. 46-51, set/out, 2006.

MATTELART, Armand. **História da sociedade da informação**. Tradução Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2002.

MILAGRE, José Antonio. Riscos do uso inadequado dos recursos de TI: tele-trabalho e boas práticas de direito digital. Espírito Sant: **Imasters,** ano 1, p. 58-65, jul. 2007, p. 61.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo penal.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, Edgar de Magalhães. **Curso de direito processual penal.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal.** 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de informática.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito e Internet.** São Paulo: Atlas, 2003.

PEROZIM, Lívia. Super-hackers. **Educação,** São Paulo, v. 9, n. 108, p. 31-34, 2006.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade na internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e internet.** Bauru: Edipro, 2000.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REIS, Maria Helena Junqueira. **Computer crimes.** São Paulo: Del Rey, 1997.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Brevíssimas considerações sobre delitos informáticos. **Caderno Jurídico,** São Paulo, n. 4, ano 2, jul. 2002.

SANTOS, Ana Mara Hoffmam dos. **Crimes contra a honra na internet.** Disponível em: . Acesso em 11 nov. 2007.

SCHAFF, Adam. **A sociedade informática.** Tradução Carlos Eduardo Jordão Machado e Luís Arturo Obojes. 4. ed. São Paulo: UNESP, 1995.

SCHOLZ, Cley. Perigos reais no espaço virtual. **Veja,** São Paulo, v. 35, n. 23, p. 128-129, jun. 2002.

SILVA, Evandro Andrade da. Crimes na internet. São Paulo: **Dissertar,** v.3, n.6, p. 54-61, jan/jul. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VALLIM, Celso Henrique de C. Baptista. **Crimes contra a honra na internet.** Santa Catarina. Disponível em: Acesso em: 11 nov. 2007.

VIANNA, Túlio Lima. **Dos crimes por computador.** Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2007.

VOGT, Carlos. **Sociedade da informação - inclusão e exclusão.** São Paulo, 2001. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/socinfo/info01.htm>. Acesso em: 11 out. 2007.

YOUSSEF, Antonio Nicolau; FERNANDEZ, Vicente Paz. **Informática e sociedade.** 2. ed. São Paulo: Ática, 1988.

NOTAS

1 KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática.** Tradução Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 178.

2 CASTELLS, Manuel. **A era da informação.** Tradução Roneide Venancio Majer. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, v.1, p. 55.

3 GATES, Bill. **A estrada do futuro.** Tradução Beth Vieira et al. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 23-24.

4 GATES, Bill. **A estrada do futuro.** Tradução Beth Vieira et al. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 14.

5 CASTELLS, Manuel. **A era da informação.** Tradução Roneide Venancio Majer. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, v.1, p. 78-79.

6 SCHAFF, Adam. **A sociedade informática.** Tradução Carlos Eduardo Jordão Machado e Luís Arturo Obojes. 4. ed. São Paulo: UNESP, 1995, p. 100.

7 VOGT, Carlos. **Sociedade da informação - inclusão e exclusão.** São Paulo, 2001. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/socinfo/info01.htm>. Acesso em: 11 out. 2007.

8 YOUSSEF, Antonio Nicolau; FERNANDEZ, Vicente Paz. **Informática e sociedade.** 2. ed. São Paulo: Ática, 1988, p. 49.

9 MATTELART, Armand. **História da sociedade da informação**. Tradução Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2002, p. 8.

10 DUPAS, Gilberto. **Ética e poder na sociedade da informação.** São Paulo: Unesp, 2000, p. 56.

11 PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de informática.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 17.

12 PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade na internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e internet:** aspectos jurídicos relevantes. Bauru: Edipro, 2000, p. 57.

13 YOUSSEF, Antonio Nicolau; FERNANDEZ, Vicente Paz. **Informática e sociedade.** 2. ed. São Paulo: Ática, 1988, p. 49-50.

14 HESPANHA, Benedito. O poder normativo da internet e a regulamentação dos crimes virtuais: uma análise crítica à legislação penal brasileira. **Justiça do Direito,** Rio Grande do Sul, v. 1, n. 16, p.29-64, 2002.

15 PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade na internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e internet:** aspectos jurídicos relevantes. Bauru: Edipro, 2000, p. 158.

16 FERREIRA, Ivette Senise. Os crimes da informática. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (Coord.). **Estudos Jurídicos**. São Paulo: RT, 1992, p. 142.

17 REIS, Maria Helena Junqueira. **Computer crimes.** São Paulo: Del Rey, 1997, p. 53.

18 BLUM, Renato; DOUN, Alexandre Jean. Cybercrimes. In: LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). Bauru: Edipro, 2000, p.121.

19 FURLANETO NETO, Mário; GUIMARÃES, José Augusto Chaves. Crimes na internet. **Centro de Estudos Judiciários: CEJ,** Brasília, v.7, n. 20, p. 67-73, mar. 2003, p. 68.

20 MILAGRE, José Antonio. Riscos do uso inadequado dos recursos de TI: tele-trabalho e boas práticas de direito digital. Espírito Sant: **Imasters,** ano 1, p. 58-65, jul. 2007, p. 61.

21 SCHOLZ, Cley. Perigos reais no espaço virtual. **Veja,** São Paulo, v. 35, n. 23, p. 128-129, jun. 2002.

22 Ivette Ferreira (FERREIRA, Ivette Senise. A criminalidade informática. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e internet.** Bauru: Edipro, 2000, p. 209) relembra que delitos tais como manipulações, espionagem e o uso abusivo de computadores e sistemas informáticos foram denunciados na imprensa brasileira da época, sobretudo em matérias jornalísticas; entretanto, foi somente na década de 90 que se iniciaram estudos sistemáticos e científicos empregando-se métodos criminológicos para analisar os delitos informáticos noticiados.

23 COLARES, Rodrigo Guimarães. **Cybercrimes:** os crimes na era da informática. Pernambuco, 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3271>. Acesso em: 01 out. 2007.

24 Segundo Adalberto José Aranha Filho (ARANHA FILHO, Adalberto José Q. T. de Camargo. Crimes na internet e a legislação vigente. São Paulo: **Revista Literária de Direito,** v.9, n.44, p. 23-25, out/dez. 2002) a definição de *hacker* foi determinada na

edição de 1994 do *New Hacker's Dictionary* como "aqueles que gostam de explorar sistemas programáveis e como estender suas capacidades; alguém que programa computadores entusiasticamente, até mesmo obsessivamente"

25 VIANNA, Túlio Lima. **Dos crimes por computador.** Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2007.

26 CONCERINO, Arthur José. Internet e segurança são compatíveis? In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e internet.** Bauru: Edipro, 2000, p. 135-141.

27 Os *worms* (vermes) podem ser do tipo *worms* de Internet e *worms* de *Internet Relay Chat* (IRC). Os primeiros são programas que se propagam de um sistema para outro automaticamente, através de auto-reprodução, sem interferência do usuário infectado. Os últimos são os mesmos vermes, mas se alastram por meio de canais de bate-papo IRC.

28 Com os *Trojan Horses* (Cavalos de Tróia), o *cracker* oferece à vítima, um programa de computador sob forma de jogo ou algo parecido. A vítima o executa em seu computador e se contamina com um pequeno programa que permite ao *cracker* se conectar diretamente ao computador, que se torna servidor do computador do *cracker*. Através disto é possível copiar arquivos com as senhas da vítima, bem como realizar tarefas em seu nome.

29 ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Brevíssimas considerações sobre delitos informáticos. **Caderno Jurídico,** São Paulo, n. 4, ano 2, jul. 2002.

30 FERREIRA, Ivette Senise. A criminalidade informática. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e internet.** Bauru: Edipro, 2000, p. 209.

31 SIEBER, Ulrich apud REIS, Maria Helena Junqueira, São Paulo: Del Rey, 1997, p.29.

32 JAEGER, Marc apud FERREIRA, Ivette Senise. A Criminalidade Informática. In: LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.), Bauru: Edipro, 2000, p. 214.

33 PRADEL, Jean; FEUILLARD, Cristian apud FERREIRA, Ivette Senise. A criminalidade informática. In: LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.), op. cit, 2000, p.214.

34 BISMUTH, Yves e CROZE, Hervé apud FERREIRA, Ivette Senise. A criminalidade informática. In: LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.), op. cit, 2000, p. 215.

35 GOMES, Luis Flávio apud ELIAS, Paulo Sá. A questão da reserva legal no Direito Penal e as condutas lesivas na área da informática e da tecnologia. **Jus Navigandi**, Ed. 12, out. 2001. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2038>. Acesso em: 23 out. 2001.

36 JESUS, Damásio E. de apud ARAS, Vladimir. Crimes de Informática. **Jus Navigandi**, Ed. 12, out. 2001. Disponível em: < http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2250 >. Acesso em: 02 out. 2001.

37 Exemplo destes ilícitos é a ação de sabotagem informática que além de danificar ou inutilizar os dados efetua danos muitas vezes irreparáveis na máquina.

38 É o que ocorre na sabotagem informática ou na disseminação de vírus.

39 Art. 5º, XII, CF. É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

40 Art. 72. Constituem crimes, puníveis com reclusão, de cinco a dez anos: I - obter acesso a sistema de tratamento automático de dados usado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos; II - desenvolver ou introduzir comando, instrução, ou programa de computador capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa ou provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral; III - causar, propositadamente, dano físico ao equipamento usado na votação ou na totalização de votos ou a suas partes.

41 MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo penal.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 166.

42 JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal.** São Paulo: Saraiva, 2002. v.1, p. 166.

43 REIS, Maria Helena Junqueira. **Computer crimes.** São Paulo: Del Rey, 1997, p. 54.

44 SANTOS, Ana Mara Hoffmam dos. **Crimes contra a honra na internet.** Disponível em: . Acesso em: 11 nov. 2007.

45 DAOUN, Alexandre Jean; BLUM, Renato M. S. Opice. Cybercrimes. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e internet:** aspectos jurídicos relevantes. Bauru: Edipro, 2000, p. 118.

46 SANTOS, Ana Mara Hoffmam dos., op. cit.

47 Art. 5º, LIII. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

48 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal.** 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 175.

49 VALLIM, Celso Henrique de C. Baptista. **Crimes contra a honra na internet.** Santa Catarina. Disponível em: Acesso em: 11 nov. 2007.

50 Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

51 Art. 70, CPP. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

52 PAESANI, Liliane Minardi. **Direito e Internet.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 37-40.

53 FOINA, Ariel G.; REIS, Igor de V. Cavalcante. Das provas de crimes na internet: as questões do cibercrime e da rede para o Direito Penal e seu processo. **Universitas Jus,** Brasília, n.10, p.57-67, ago. 2004, p. 59.

54 PAESANI, Liliane Minardi. **Direito e Internet.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 36.

55 TREDINNICK, André Felipe A. Costa *apud* PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade na internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e internet.** Bauru: Edipro, 2000, p. 167.

56 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 121.

A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN E O DIREITO À INFORMAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. O "FURTO" DE CAMELOS JURÍDICOS REAIS NA DOMESTICAÇÃO DO DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO ÂMBITO DA INTERNET*

NIKLAS LUHMANN'S SOCIAL SYSTEMS THEORY AND THE RIGHT OF INFORMATION IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM. THE "THEFT" OF REAL LEGAL CAMELS AT THE DOMESTICATION OF INTELLECTUAL PROPRIETY CYBERLAW

João Victor Rozatti Longhi

RESUMO

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann trouxe uma nova abordagem metodológica à Sociologia do Direito. Partindo de uma complexidade crescente e necessária cuja autorreferencialidade é ponto chave à sua evolução, conclui-se ser imperiosa a aproximação entre ambos os campos da ciência. E sob esse prisma que se desenvolveu este trabalho. Trata-se de uma breve heterobservação acerca da atual tentativa de tratamento do direito fundamental à informação por meio do o Projeto de lei substitutivo do Senado Federal nº 89/03, de autoria do Senador Eduardo Azeredo (PSDB), que visa criminalizar a troca de arquivos P2P por meio da Rede. Com base na alegoria dos "camelos" como partes integrantes do sistema, ilustra-se a dominação do Direito por outros códigos de preferência, especialmente o político e o econômico, na disciplina jurídica da propriedade intelectual em face de suas transformações na atualidade. Um choque entre velhos interesses e a necessidade de dissuasão da informação como bem de todos, o que se reflete em uma política legislativa típica de um sistema jurídico da modernidade periférica, carente de diferenciação funcional.

PALAVRAS-CHAVES: TEORIA DOS SISTEMAS – NIKLAS LUHMANN – DIREITO À INFORMAÇÃO –PROPRIEDADE INTELECTUAL – SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO – DOWNLOAD P2P – ALOPOIESIS.

ABSTRACT

Niklas Luhmann's systems theory brought a new kind of methodological approach onto the Sociology of Law. With a growing and necessary complexity in which the self-reference is the key to the evolution, we conclude that an approximation between both sciences is more than necessary. And this is the main point of view of this paper. A brief vision from outside about the new limits of the fundamental right of freedom of information almost being introduced by the Senate's Draft number 89/03, by the Senator Eduardo Azeredo (PSDB) that tries to criminalize peer-to-peer downloads. Based on the Luhmann's camels allegory as parts of the system, we illustrate the Law's

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

domination by other codes of preference like the political or the economical in the treatment of Intellectual Propriety Law nowadays. A deep chock between old interests against the information as a common, naturally reflected in a typical peripheral legal system which the functional differentiation is still uncompleted.

KEYWORDS: SYSTEMS' THEORY – NIKLAS LUHMANN – RIGHT OF INFORMATION – INTELLECTUAL PROPRIETY –INFORMATION SOCIETY – DOWNLOAD P2P – ALOPOIESIS.

1 Breve intróito à teoria dos sistemas de Luhmann

Sociologia e Direito, tradicionalmente, constituíam ramos diversos do conhecimento. Presos à ótica tradicional, muitas vezes os estudiosos de ambas as disciplinas as segregavam, desenvolvendo seus trabalhos e respectivas conclusões científicas uns de costas para os outros. A Sociologia do Direito, assim, tomava um papel secundário nas reflexões e atividades quotidianas dos juristas, ao passo que o direito era visto pelos sociólogos como algo cada vez mais fechado em si mesmo e desconexo da realidade em que se encontrava inserido.

Este não é o viés da teoria luhmanniana. Partindo do pressuposto da morte do "velho" pensamento europeu, que via as ciências como compartimentos estanques, tal como de uma sociologia jurídica jungida a análises empíricas isoladas e desconexas, típica nos EUA, o emérito catedrático da Universidade de Bielefeld, na Alemanha, constata na complexidade o elo de coerência e unidade em um contexto jurídico-sociológico de interdependência recíproca entre a sociedade e o direito. Assim, tida "como a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido"[2], a complexidade é um dos alicerces de sua teoria dos sistemas.

Afirmam **André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulce** que quão mais complexo é um sistema, seja ele qual for, mais eficaz se torna sua "pilotagem" por meio dos métodos propostos pela escola. Dessa forma, a corrente rompe com toda a tradição metodológica pretérita, a qual visava reduzir a complexidade para simplificar a representação.

Outrossim, explicam que um sistema tem dois aspectos: um estrutural e outro funcional. Ao passo que o primeiro compreende as suas fronteiras e elementos, o segundo permite a descrição de um sistema em suas interações com o meio. Nesse diapasão, o sistema se especifica segundo os tipos de entradas e saídas, de aberturas e fechamentos a elementos externos. Esse arsenal mune o pesquisador de meios para explicar e compreender melhor seu funcionamento.[3]

Dessa forma, pode-se afirmar que o jurista deve se atentar não apenas ao lícito, mas também ao ilegal, sendo sensível ao ambiente externo. Em contrapartida, deve o

sociólogo, ao se debruçar sobre as relações jurídicas, superar a dogmática jurídica tradicional em uma abordagem interdisciplinar construída mediante uma dialética crítica, buscando algo situado entre o legalmente permitido e o meramente ilícito. Essa é sua essência e a partir disso serão pormenorizados alguns de seus aspectos pertinentes à temática do estudo ora levado a cabo.

1.1 A diferenciação funcional como dever-ser

Brevemente introduzida a essência do pensamento que norteará nossas considerações, passa-se à análise de alguns de seus elementos em apartado. Partindo-se, então, da idéia de uma complexidade necessária e crescente, veremos a maneira com que o sistema, e especificamente o sistema jurídico, diferencia-se do seu meio e faz surgir subsistemas internamente distintos.

Faz-se mister, preliminarmente, a ilustração da idéia de *autopoiesis* como um novo paradigma evolutivo. Coube aos chilenos **Humberto Maturana e Francisco Varela** sua explanação. A palavra deriva da aglutinação de dois vocábulos de origem grega: *autós*, que significa "por si próprio"; e *poiesis*, a qual denota criação, produção. "Esta era uma palavra sem uma história e que poderia denotar estritamente o que deve ser levado em conta na dinâmica da autonomia característica dos sistemas vivos"[4], afirma Maturana.

Isto quer dizer que um sistema, qualquer que seja, autoproduz-se e se autocompleta, retirando de seus próprios elementos os meios necessários para evoluir. Completa **Evaristo Pietro Navarro**: "Lo mismo sucede con todos los elementos de los sistemas autopoiéticos, como las células de los organismos vivos, las neuronas de un sistema nervioso, o las normas en el sistema jurídico."[5]

Dessa forma, sabe-se que um dos modos de progressão dos sistemas é o aumento de sua complexidade interna. Isto deve ocorrer, entretanto, por intermédio de um processo denominado diferenciação funcional. No concernente especificamente ao Direito, enquanto um sistema autônomo em suas relações com o entorno, o meio social, o sistema jurídico se autobserva e sente as pressões ou ruídos do meio ambiente. Nesse *iter*, seleciona aqueles elementos passíveis de integrar seu próprio sistema e os que devem permanecer de fora.

Essa seletividade, por sua vez, tende a reduzir a complexidade do entorno ao passo que aumenta sua complexidade interna. Eis aí o paradoxo da entropia sistêmica, dado que o sistema constrói a si mesmo por intermédio de movimentos autorreferenciais, ou seja, circulares. Daí a constatação de **André Fernando dos Reis Trindade**: "[...] os sistemas sociais são sistemas autopoiéticos, que operam de forma fechada em seu interior e que ao mesmo tempo são abertos às entradas e pressões do entorno com que se comunica."[6]

E o Direito, por seu turno, ao adotar um sentido, conclui sua diferenciação funcional, ao se constituir em um sistema aberto e fechado ao mesmo tempo, reforçando

sua *autopoiesis* por estar aberto ao entorno, mas funcionando de forma hermética. Em contrapartida, há de se mencionar que tal processo é árduo e pouco peremptório. Tarda muitas vezes a acontecer.

Duas objeções, por ora, fazem-se misteres. A primeira delas é a de que a teoria dos sistemas de Luhmann não vê a sociedade como um conjunto de indivíduos (ou sistemas psíquicios), mas como um complexo de comunicações. "Isto porque a comunicação é o único elemento que permite transcender a clausura individual do sistema psíquico, somente a comunicação pode por em contato sistemas psíquicos fechados."[7]

Por seu turno, a segunda observação é a de que o sistema opera através de uma linguagem própria de códigos binários. Dessa maneira, cada sistema contém formas de paradoxos e desparadoxização por meio de distinções e assimetrias internas, tal como direito/não-direito, sistema/ambiente externo, regra/decisão, direito material/direito processual, etc., as quais demarcam seu chamado código de preferência.

Sucede que a diferenciação funcional, conforme supra-mencionado, não pode ser vislumbrada em todos os sistemas jurídicos da atualidade encontrando-se em diversos estágios de acordo com os respectivos entornos. Mais especificamente, pode-se notar, conforme será analisado posteriormente[8], que, hodiernamente, a diferenciação funcional não é verificada em muitos países, prejudicando gravemente a determinação dos reais interesses de cada subsistema do meio social, assim como a fixação dos reais limites do entorno do sistema jurídico, em detrimento de outros com o político e o econômico e, por conseguinte, o estabelecimento das expectativas que devem fazer dele um sistema normativamente fechado e cognitivamente aberto.[9]

Logo, a diferenciação funcional do sistema jurídico há de ser compreendida não como algo natural e pressuposto, mas como o resultado do esforço tanto de juristas como de sociólogos do Direito em seus respectivos trabalhos de auto e heterobservação, principalmente em países como o Brasil. Ainda, deverá ser tomada como pressuposto para o cerre de sua *autopoiesis,* sob pena de degeneração, como veremos a seguir.

1.2 As expectativas do direito e sua clausura operativa

Dito que o sistema social constitui-se de comunicações e que é próprio da *autopoiesis* do Direito ser um sistema aberto e fechado ao mesmo tempo, convém avançarmos delimitando alguns aspectos de seu *modus operandi.* Dessa forma, confirmando sua entropia por meios de aberturas pontuais ao entorno, selecionando quais "ruídos" podem vir a fazer parte do sistema jurídico, o Direito torna-se aberto, e, paradoxalmente, confirma sua autonomia. A este mecanismo dá-se o nome de clausura operativa.

Mas antes de adentrar propriamente ao conceito, é imperioso estabelecer a diferença inevitável entre autonomia e independência. Na primeira, um sistema é operacionalmente fechado, mas necessariamente deve estar aberto ao entorno,

funcionalizando os elementos externos através do aumento de sua própria complexidade. Logo, não é independente, pois invariavelmente deve se relacionar com o meio ambiente, não podendo dele simplesmente se desconectar.[10]

Dessa forma, ao passo que os indivíduos são obrigados a conviver em sociedade, as expectativas de comportamento decorrentes das relações interssubjetivas são inúmeras, e que, aos poucos devem ter sua complexidade amortizada por intermédio das chamadas sínteses comportamentais, forma adotada pelo sistema social para reduzir a infindável quantidade de possibilidades. Essas sínteses almejam reduzir a complexidade da sociedade permitindo ao indivíduo seguir uma generalização de expectativas que simplifica o convívio social e dá sentido ao sistema social.[11]

OS SISTEMAS SOCIAIS UTILIZAM UM OUTRO ESTILO DE REDUÇÃO. ELES ESTABILIZAM EXPECTATIVAS OBJETIVAS, VIGENTES, PELAS QUAIS "AS" PESSOAS SE ORIENTAM. AS EXPECTATIVAS PODEM SER VERBALIZADAS NA FORMA DO DEVER SER, MAS TAMBÉM PODEM ESTAR ACOPLADAS A DETERMINAÇÕES QUALITATIVAS, DELIMITAÇÕES DA AÇÃO, REGRAS DE CUIDADO, ETC."[12]

Ou seja, "já que não se pode participar diretamente da consciência das pessoas, a expectativa das expectativas só é possível através da mediação de um mundo comum, no qual estão igualmente fundamentadas todas as expectativas"[13]. É a chamada dupla contingência, em que uns limitam suas expectativas pela alheia, delineando, assim, seu comportamento pelas expectativas tidas como gerais. E justamente na interseção entre a minha expectativa e a expectativa que tenho sobre a expectativa de outrem que reside a função da norma jurídica, a positividade do Direito.[14]

Feita essa breve digressão, adentra-se, finalmente, à distinção entre expectativas normativas e expectativas cognitivas, intimamente ligada com a função do Direito, a qual, conforme visto, diferencia-o enquanto subsistema autônomo no meio social. Assim, pode-se dizer que, ante a frustração de uma expectativa, há duas atitudes possíveis. Por um lado, o indivíduo pode responder de forma adaptativa, aprendendo com o ocorrido. Por outro, pode optar por manter sua expectativa, desenvolvendo uma atitude abertamente frontal à aprendizagem. Obviamente, aquelas são as cognitivas e estas as normativas.

No que concerne ao sistema jurídico, é por meio da clausura operativa, que ele se faz sempre aberto ao meio, ainda que deva responder normativamente àqueles que frustram suas expectativas, o qual deve ter sempre uma atitude que o torna apto a evoluir. Sua função se resume a três níveis de generalização das expectativas normativas. O primeiro deles, temporal, figura como garante dessas, procurando preservá-las perante um futuro incerto e ameaçador. O segundo deles, o social, é aquele que pretende proteger as expectativas por meio de uma base consensual, que seriam as normas de procedimento, de propostas normativas unificadas, válidas interssubjetivamente. Por derradeiro, a generalização objetiva se dá pelo fato de que as

expectativas possam ser protegidas pela norma com a ajuda a referências simbólicas como os fins, os valores, os programas, etc.[15]

Dessa forma, pode-se sintetizar o atual excerto mediante a formulação hipotético-estrutural feita pelo próprio mestre **Luhmann**, quem conclui que

O SISTEMA SOCIAL, NA MEDIDA EM QUE AUMENTA SUA COMPLEXIDADE, É REESTRUTURADO NO SENTIDO DA FORMAÇÃO DE SISTEMAS PARCIAIS FUNCIONALMENTE ESPECÍFICOS LEVANDO A UMA MAIOR VARIEDADE, À SUPERPOSIÇÃO DE POSSIBILIDADES DE EXPERIMENTAÇÃO E DE AÇÃO, INCLUSIVE PROJETOS NORMATIVOS NOS SISTEMAS PARCIAIS, FORÇANDO ASSIM UMA MAIOR SELETIVIDADE. CONSEGUINTEMENTE, AO OCORRER A SELETIVAMENTE, ESSE DESENVOLVIMENTO É LEVADO À ESFERA DO DIREITO ATRAVÉS DA DIFERENCIAÇÃO DE SISTEMAS (PROCESSOS) ESPECIAIS DE INTERAÇÃO, ESPECÍFICOS AO DIREITO, AOS QUAIS SE TORNAM SUSTENTÁCULOS SOCIAIS, CRESCENTEMENTE AUTÔNOMOS, DAS DECISÕES JUDICIAIS IMPERATIVA. E, POR ÚLTIMO, QUE O PRÓPRIO DIREITO É AUTOMATIZADO AO NÍVEL DA SOCIEDADE ATRAVÉS DA CRESCENTE SEPARAÇÃO ENTRE EXPECTATIVAS COGNITIVAS E NORMATIVAS, SENDO QUE O ARCABOUÇO DE SUAS DEFINIÇÕES DE SENTIDO ASSUME REPRESENTAÇÕES MAIS ABSTRATAS (MAIS RICAS EM VARIAÇÕES) NO LUGAR DE NOÇÕES CONCRETAS.[16]

1.3 A função do décimo segundo camelo

Preliminarmente, como intróito ao presente excerto, é necessário traçar um breve panorama evolutivo da obra luhmanniana. Jurista de formação, dedicou-se posteriormente aos estudos de sociologia em várias instituições, dentre elas na Universidade de Harvard[17]. Costuma-se cindir sua doutrina em duas fases, ou momentos, não obstante, afirme **Dalmir Lopes Jr.** que “o pensamento de Luhmann não deve ser dividido em fases uma vez que não há descompassos em sua obra. O que ocorreu foi incorporações(sic*) de novos elementos para complementar antigas incursões teóricas.”[18]

Pertence a essa última parte de sua carreira o marco teórico para o presente trabalho.[19] Luhmann parte de um clássico conto da literatura árabe. Em suma, a estória é a de um rico beduíno que possuía muitos camelos e testamentou a sucessão de seu patrimônio a seus três filhos. O mais velho, Achmed, deveria ficar com a metade, o segundo, Ali, com um terço e Benjamin, o terceiro, por sua vez, com um sexto. Sucede que o pródigo pai dilapidou seu patrimônio, sobrando, ao final, apenas onze camelos para a partilha. Pela inexatidão da divisão entre o número total de camelos na proporção de cada herdeiro, ante a impossibilidade de solução, levou-se o caso a um juiz que assim

o resolveu: “empresto-lhes um camelo e, se Alá quiser, vocês me devolverão o mais rápido possível.” Naturalmente, com mais um camelo, o caso foi facilmente liquidado. Ali ficou com seis, Achmed com três e Benjamin com dois, conforme quisera o falecido progenitor. Além disso, sobrou um camelo para que fosse devolvido ao juiz.

Utilizando-se da ilustração, passa-se às elucubrações. Formulada uma série de questionamentos acerta da função do décimo segundo camelo e sua pertinência ao sistema jurídico, Luhmann conclui, preliminarmente, ser ele ao mesmo tempo necessário e dispensável. O décimo segundo camelo, por ora, é tido como a fundamentação, por alguns como legitimidade (ao que chama de expressão de moda[20]), mas conclui por afirmar que a função precípua do décimo segundo camelo é a de simbolizar a positividade do direito. Ou seja, seu escopo é o garantir a efetividade das decisões.

Não obstante, o texto aponta, ainda, outro viés. Dado que o décimo segundo camelo é trazido ao direito como algo externo, diferentemente da fábula, a tendência dos juristas é a de não devolvê-lo. Segundo o próprio professor, é ínsito ao sistema jurídico apoderar-se de fundamentos que inicialmente não pertencem a ele como modo de justificar suas decisões. Por conseguinte, afirma que o camelo extra é parte imprescindível à clausura operativa do sistema jurídico, vez que é por meio dele que o Direito garante sua *autopoiesis* abrindo-se ao entorno como forma de autoafirmar sua entropia, aumentando sua complexidade interna por intermédio da diferenciação funcional.

Uma alusão sempre pertinente, todavia, é a da necessidade de se considerar a existência de algo relevante entre um extremo e outro do código binário do sistema jurídico (direito/não-direito), uma espécie de “mais ou menos direito”[21]. Contudo, o jurista, por estar dentro do sistema, muita vezes não consegue enxergá-lo pelo recurso da autobservação. Nessa auréola, faz-se imperiosa uma heterobservação, realizada pelo sociólogo, quem é capaz de detectar a insuficiência e trazer ao sistema jurídico seu décimo segundo camelo[22]. Posto isto, há de se aclararem alguns de seus pormenores.

Diz-se que o sistema jurídico se diferencia de outros sistemas sociais por permitir a coerção, dela se utilizando para responder à frustração de suas expectativas normativas. Dessa maneira, seria o camelo sobressalente a violência. Embora pertença invariavelmente ao direito, como contraface à violação das expectativas normativas, sucede, por um lado, que um direito fulcrado somente na violência, em um dado momento, a violência por si só não corresponde ao elemento extrínseco necessário a justificar o porquê do rechaço às condutas contrárias às expectativas normativas.[23]

Torna-se necessário, nessa auréola, que uma aproximação entre o jurista e o sociólogo do direito e que aquele confie a este a função de “guardião do décimo segundo camelo”. Somente por meio de uma qualitativa aproximação com esse condão é capaz de anabolizar o processo de diferenciação funcional. Em linhas gerais,

[...] o contato do direito com seu ambiente social deve ser tratado [...] como sendo suas oportunidades políticas, sua utilidade econômica, sua perturbação pelo contato do sistema em movimento, etc. [...]. A função do sistema jurídico consiste

em: assegurar a possibilidade de articulações jurídicas na sociedade e para a sociedade, e essa função só pode ser percebida após a diferenciação do sistema jurídico, mas não antes disso."[24] (grifos nossos)

Por derradeiro, Luhmann enfrenta o tema das relações entre os sistemas político e jurídico. Em breves linhas, afirma agir a política como uma espécie de terceiro intruso no código do sistema jurídico. Um parasita, que mesmo após sua suposta funcionalização, assim continua agindo, intervindo negativamente em seu funcionamento e atravancando sua diferenciação funcional. Outrossim, apregoa que nos últimos dois séculos o problema foi parcialmente solucionado com a criação do Estado de Direito, que convive com os privilégios, mas como direito de privilégios. A solução para o problema foi encontrada. Hoje, "sistema jurídico tornou-se um sistema de uma alta complexidade, que contém em si as condições de sua própria modificabilidade"[25].

Logo, é premissa de que "a diferenciação social de sistemas funcionais torna-se possível através da codificação de seu paradoxo"[26] e que isso somente ocorrerá completamente se o sistema for ao mesmo tempo cognitivamente aberto e normativamente fechado para que, autopoieticamente, seu código possa refletir, de forma cada vez mais complexa, suas expectativas. Diferenciação essa que tem sido encarada como uma aquisição civilizacional.

1.4 As dificuldades encontradas nos sistemas jurídicos da modernidade periférica.

Entretanto, não é de tão simples constatação esse fato. Contextualizando a obra de nosso mestre, é por bem que se diga que toda sua construção teórica é feita, inevitavelmente, tendo-se em mente ordenamentos jurídicos de alta complexidade, construídos em longo processo histórico, em nações cujo desenvolvimento social e econômico é patente. Malgrado, em sistemas jurídicos de países da dita modernidade periférica, nem sempre é assim. Corrobora conosco **Marcelo Neves**:

Na reprodução social nos países da modernidade periférica, verifica-se uma miscelânea social (ter/não ter, poder não poder, lícito/ilícito, verdade/falsidade, transcendente/imanente, amor/desamor, etc.) e dos critérios ou programas de diversos campos de comunicação.[27]

Dessa maneira, pela existência de códigos mais fracos ou mais fortes, ocorre uma verdadeira sobreposição de sistemas sociais, tais como o econômico e o político e por muitas vezes sobre o sistema jurídico. Nos países da América Latina, por exemplo, nota-se certa cultura da impunidade, em que, naturalmente, cumprir a lei é sinônimo, no

mais das vezes, de fraqueza social, ao passo que descumpri-la demonstra poder, força, astúcia[28]. A cultura do "você sabe com quem está falando?"[29], denota claramente arraigada a verificação, no Brasil, de tais assertivas.

Vai-se mais além. Nessa atmosfera social, são também notáveis as dificuldades de se estabelecer uma plena *autopoiesis*, visto que nem sempre sua clausura operativa se dá de forma satisfatória. Fala-se, então em *alopoiesis*. Da junção dos vocábulos de origem grega *alo* (outro, diferente) e *poiesis* (produção, criação), a palavra designa a reprodução de um sistema por critérios a ele alheios. [30]

Dessa forma, Direito alopoiético seria aquele em que a diferenciação funcional é deficitária. Sua clausura operativa não se completa, vez que seu código não mais é capaz de determinar de maneira clara as fronteiras entre o entorno e o sistema, restando prejudicadas as expectativas normativas e cognitivas tal como sua respectiva operacionalização no processo produtivo e reprodutivo autorreferencial do sistema jurídico.

En la medida en que, al contrario, los agentes del sistema jurídico estatal ponen de lado el código-diferencia "lícito/ilícito" y los respectivos programas y criterios, conduciéndose u orientándose principal y frecuentemente basándose en prescripciones directas de la economía, del poder, de las relaciones familiares etc., cabe, sin duda, sostener la existencia de la alopoiesis del Derecho.[31]

A abertura cognitiva do sistema jurídico, nesse viés, é vilipendiada. O Direito acaba por se tornar refém dos percalços impostos pelo ambiente social. A fragilidade do código binário próprio do sistema jurídico tem como uma das muitas drásticas conseqüências a ereção de obstáculos à aquisição de direitos e deveres. E a relação com o décimo segundo camelo se dá dessa maneira.

Tendo sido afirmado que ele é o símbolo da positividade do direito, utilizado para justificar o cumprimento das decisões jurídicas, é nítida a patologia no caso em pauta. Logo, "os intrincamentos entre direito e outras esferas de comunicação, na modernidade periférica, são intrinsecamente destrutivos e heterodestrutivos, afetando a autonomia/identidade dos próprios discursos [...]", gerando verdadeira "insegurança nas expectativas normativas".[32]

A ilustração feita é a de um Direito invadido, em que não só o décimo segundo camelo está indisponível, mas seus "camelos reais", ou seja, aqueles onze que ainda constituíam o espólio do pobre beduíno, são expropriados, retirados do sistema para comporem outros, principalmente o econômico e o político. O direito é, assim, domesticado pela economia e pela política e as decisões passam a se orientar por outros critérios, que não os presentes nos textos legais e nem mesmo o Constitucional. Se encarado como um observador externo, o camelo não consegue fazê-lo. Se visto, por seu turno, como a positividade, fica prejudicada sua autonomia enquanto sistema de comunicação.

In fine, um direito dominado por práticas políticas de corrupção, movido por interesses econômicos escusos, somente implica sua domesticação, realidade desafortunadamente flagrante em nosso país e em tantos outros do capitalismo tardio. [33] Entretanto, é possível, ainda, recuperar parte desse terreno. É o que se procurará demonstrar no caso da regulamentação da Propriedade Intelectual na seara da Internet.

2. A Internet e os desafios da propriedade intelectual no século XXI

Feito um breve apanhado geral acerca da teoria dos sistemas e pontuados especificamente alguns aspectos de uma sociologia das relações jurídicas nela baseada, avança-se rumo à delimitação do tema deste trabalho, qual seja: o tratamento dos Direitos do Autor e conexos (*Copyright*) frente à emergência dos meios de comunicação de massa na atualidade.

Ínsito ao agir humano, o ato de comunicar-se trocando informações é o que nos diferencia dos demais seres, tal como os respectivos sistemas sociais. Aliás, conforme apregoa **Leonel Severo Rocha**:

A sociedade como sistema social é possível graças à *comunicação*. Por sua vez, a comunicação depende da linguagem, das funções, das diferenciações e das estruturas. Isto torna possível a evolução social, porém decisiva nesse sentido é a *diferenciação*.[34] (grifos no original)

A história dos meios de comunicação, assim, confunde-se com a própria história da humanidade. Pós-renascença, viveu-se a primeira experiência de massificação dos meios de comunicação, a imprensa escrita. Mas é de **Marshall Mcluhan e Bruce R. Powers** a feliz expressão "aldeia global", que ilustra bem a revolução sofrida pela seara das comunicações no século XX[35], cujas conseqüências não demorariam a ser sentidas no sistema jurídico. E, naturalmente, também a história da proteção das obras criativas, ou Propriedade Intelectual.

Convém fazer-se um breve parênteses. Utilizam-se as expressões Direitos Autorais e Propriedade Intelectual, por vezes, equivocadamente. Há marcantes diferenças entre elas. Propriedade intelectual, lato senso, refere-se ao chamado direito das criações intelectuais. Com efeito, a categoria dos direitos às criações intelectuais, tal como a dos direitos da personalidade, representou, no século XIX, a emersão de duas novas categorias a romperem com a sistemática tríplice de origem romana: a) *jus in persona*, que abrangem os direitos pessoais, da pessoa em si e em suas relações familiares; b) *ad persona*, ou seja, obrigacionais e negociais, da pessoa em relação com outras pessoas, e; c) *in re*, abarcando os direitos reais, de pessoas com a coletividade ou em relação com outras coisas.[36] Dessa forma, os *jura in re intelectuali*, mais tarde, sofreriam a divisão em dois grandes ramos. Um se dedica ao estudo dos direitos

autorais, e, dentro das disciplinas jurídicas, aloca-se no Direito Civil; ao passo que o outro é chamado de propriedade industrial e tem seu estudo sistematizado principalmente no âmbito do direito comercial, vulgarmente chamado de "marcas e patentes".[37] Em termos práticos, as disciplinas são tratadas, estudadas e, ademais, regulamentadas de forma diversa. No Brasil, os Direitos do Autor e conexos são regidos pela lei 9.610/96 ao passo que a Propriedade Industrial o é pela lei 9.279/96. Respectivamente, os artigos 7º[38] e 2º[39] delimitam seu objeto de proteção. Dessa maneira, pontuada a distinção, Direito de Autor e Propriedade Intelectual serão empregadas como sinônimas, excluído o Direito Industrial.

Outrossim, há de afirmar preliminarmente que a proteção aos direitos do autor e conexos, como hoje concebida nos países de sistema romano-germânico ou de *civil law*, estão diretamente ligadas aos Direitos da Personalidade. Consoante nos ensina **Carlos Alberto Bittar**:

Ora, a colocação da obra na negociação normal envolve, assim, duas ordens de interesse: moral e pecuniário. Daí o caráter híbrido que se lhe atribui: direito da personalidade, pelo atributo moral, e direito patrimonial, quanto ao aproveitamento econômico da obra, em função da especificidade entre autor e obra.[40] (grifos nossos)

De diferente *ratio*, por seu turno é o chamado *copyright*, de matiz anglossaxônica. Foi concebido com o escopo de limitar o direito de cópia na baixa idade média, pela possibilidade de afronta ao poder real, concedendo direito de exclusividade para impressão de textos. Assim, à medida que o sistema continental vela por uma maior proteção do autor, verdadeiro criador da obra intelectual, o sistema inglês naturalmente acaba por ter no retorno do investimento seu vetor principal. Não obstante, categoricamente se afirma que a *ultima ratio* extraída de ambos os sistemas é o da promoção de um progresso artístico, cultural ou que, pelo menos, não haja óbices à livre circulação das idéias.[41]

Entretanto, essa perspectiva romântica cai por terra se confrontada com a realidade social da atualidade. Embora soe tautológico negar que "as idéias são de uso comum e por isso não podem ser aprisionadas pelo titular dos direitos autorais", é nítido que as legislações de ambos os sistemas criam mecanismos que privilegiam a apropriação dos direitos de autor, fazendo com que nem se proteja o verdadeiro detentor da idéia criativa nem mesmo se obtenha um retorno dos meios empreendidos e investidos, mas sim se tutele uma voraz mercantilização, muitas vezes nefasta tanto para autores como para a sociedade. Nos dizeres de Luhmann, o próprio sistema jurídico incorpora técnicas econômicas, diferenciando-as funcionalmente para que o integre, em uma operação de abertura ao entorno. O que, desafortunadamente, nem sempre se dá de maneira salutar.

No caso do Brasil, por seu turno, ao passo que a Magna Carta preveja como direito fundamental o direito à livre informação[42], é também flagrante que o sistema político crie seus mecanismos para perpetuar os interesses dos poderosos

conglomerados que atuam no mercado de bens intelectuais. E a Internet, trouxe à baila novas situações, as quais, porém, vêm sendo reguladas de maneira anacrônica. Novos personagens com velhos interesses em jogo. E para melhor compreendê-los, segue uma breve explanação acerca do fenômeno da Internet e suas tentativas de regulamentação, consubstanciando arcabouço para serem enfrentados alguns pontos nevrálgicos que fortemente influenciaram a propriedade intelectual no século XXI.

2.1 Formas de regulamentação e gestão da Internet

A Internet, quiçá, foi o último grande fenômeno das comunicações do século passado, cujos reflexos se fazem sentir no cotidiano de toda a sociedade. Suas origens remontam ao período histórico conhecido como guerra fria, com o projeto militar norteamericano ARPANET, desenvolvido no intuito de salvaguardar informações estratégicas ante um suposto ataque nuclear soviético. Para sua consecução, desenvolveu-se a técnica denominada *packet swiching*, que fragmenta as mensagens durante o caminho, fazendo com que se una no destino final.

Após a abertura comercial nos anos noventa, em todo o mundo alastrou-se o seu uso, impulsionado também pela crescente demanda de microcomputadores.[43] E foi nessa época que se deram os primeiros embates acerca do melhor meio para se regulamentá-la. **Carlos Alberto Rohrmann** nos aponta as quatro tendências doutrinárias que emergiram, principalmente nos Estados Unidos (naturalmente, por seu pioneirismo)[44]. São elas: corrente libertária, que previa uma completa ausência de regulamentação[45]; corrente da "escola da arquitetura da rede, a qual pretendia uma normatização baseada na tecnologia, a *lex informatica**[46]***; a escola do direito internacional, que, pela própria natureza transfronteiriça das relações traçadas em seu âmbito, atenta para a necessidade de normas de Direito Internacional sobre a Rede[47] e, por derradeiro; a corrente tradicional, que apregoa que os Estados, por meio de sua legislação interna, são os que devem traçar as normas que regem os comportamentos na Rede.[48]

Influências de todas elas podem ser sentidas hoje. Comitês Gestores da Internet, instituições como a ICANN, *softwares* com filtros de conteúdo, instrumentos supranacioanais de regulamentação, Legislações nacionais das mais variadas. como tratados multilaterais, Diretivas e Regulamentos da Comunidade Européia.`Por isso, perquire-se, hoje, acerca de um modelo ideal ou pelo menos do mais eficaz. Basicamente, pode-se afirmar sem muitos esforços que o Direito Virtual, Direito de Internet, Direito Digital, e tantas outras denominações, caracteriza-se por ser um direito policêntrico, de muitas fontes de regulação, ainda em formação ou em processo de diferenciação funcional paulatina, que, em muitos casos, depende de fatores exógenos, como, e especialmente no Brasil, ao menos a aprovação de uma legislação específica. Enquanto isso, muitas das transformações sociais, quando colididas com os entornos do sistema jurídico, obtém resposta jurisprudencial fazendo, assim, *sine qua non* considerar-se a criação pretoriana como instrumento de estudo.

2.2 Modelos estrangeiros de Propriedade Intelectual e os vetores para um modelo brasileiro

No que concerne especificamente à Propriedade Intelectual e sua regulamentação na Internet, convém serem feitas, preliminarmente, duas observações. A primeira delas é que os sistemas de comunicação são construídos sobre três camadas: física, lógica e de conteúdo. Na Internet não é diferente, porém, o que a faz divergir é que nela todas as esferas estão submetidas ao regime do proprietário liberal. Nesse viés, tanto as estruturadas de *backbone*, cabos, roteadores, hardware, etc., assim como os sistemas operacionais, *softwares*, e, ainda, as informações protegidas por direitos autorais, estão todos sujeitos à apropriação privada.

A segunda é que pode ser estabelecida a distinção entre três espécies de bens: competitivos, não competitivos e *commons*. Dessa forma, ao passo que os sistemas de comunicação humana são feitos de bens naturalmente tidos como *commons*, é inegável que o modelo massivo de disposição de conteúdo na Internet vai de encontro à sua própria raiz ontológica, seu modo de ser. "Sem *commons* é impossível conceber a possibilidade de inovação e desenvolvimento continuados, especialmente porque o principal *common* em jogo é a informação" [49], *ultima ratio*, conforme supramencionado, do regime de proteção jurídica das criações intelectuais.

Por outro lado, é de **Lawrence Lessig** a expressão "*code*" enquanto fonte normativa regulamentadora no espaço Virtual. Em sua obra paradigmática, o ilustre professor da Universidade de Stanford afirma, inicialmente, que há quatro meios de se reger comportamentos e normatizar condutas: a lei, entendida como todo o conjunto normativo estatal ou emanado por uma autoridade superior; normas sociais, que não só os usos e costumes, mas qualquer situação contingencial de conduta predeterminada em determinada comunidade; o mercado, como mecanismo de acesso a bens econômicos e, por derradeiro; a arquitetura, ou seja o aspecto estrutural, de como as coisas funcionam e ocorrem.

Na Internet, por seu turno, acaba-se por provar que as formas de regulamentação mediante aspectos estruturais predelimitados como filtros de conteúdo, *softwares* de proteção *copyright*, são modos de regulamentação na maioria das vezes muito mais eficazes do que as normas tradicionais, colocando em cheque, por um lado, a própria autonomia da ciência jurídica. Por seu turno, coloca em risco o próprio sistema democrático, à medida que relega a interesses privados, no mais das vezes, a normatizaçãao das condutas.[50]

Por isso, à guisa do que apregoa **Ronaldo Lemos**, deve-se velar por um modelo de regulamentação intermediário, que não privilegie apenas os interesses daqueles que gerem os respectivos códigos fonte, que delineiem seu arquétipo lógico, mas que não se deixe de lado os métodos tradicionais não só de normatização, mas que também a ciência jurídica como milernamente concebida seja capaz de ajudar a reduzir as injustiças cometidas em seu âmbito.[51]

Contudo, essa realidade parece cada dia mais distante. Principalmente quando o assunto é a sanção às violações ao *copyright* nos diversos sistemas jurídicos ao redor do

globo, assim como, o que se vem sendo construído no Brasil. *Verbi gratia*, a Diretiva 96/9/CE, que cuida da proteção dos bancos de dados, dos programas de computador e outros aspectos da propriedade intelectual os quais, principalmente no tocante ao chamado Direito *sui generis*.[52] Sabe-se que, na atualidade, é muito raro que certo banco de dados detenha originalidade como criação do espírito merecedora da tutela pelo *Droit d'auteur*. Entretanto, consoante afirma **José de Oliveira Ascenção**, é altamente criticável insistir-se no fortalecimento da proteção dessas bases, ampliando os direitos de acesso e utilização em favor dos produtores.[53] Ademais, apontam-se outros problemas, tais como o aumento dos custos sem benefícios sociais, a impossibilidade de prova de investimento ou incremento no valor, ou, ainda, a criação de mais óbices a bancos de dados autônomos.[54]

Outro aspecto preocupante é o teor das disposições do *Digital Millenium Copyright Act*, o famigerado DMCA, legislação norteamericana sobre a responsabilidade dos provedores de serviço de Internet por conteúdos ilícitos, dentre eles os decorrentes de violação aos direitos do autor e conexos e sua possível aplicação (ainda que velada) frente ao sistema jurídico brasileiro. Embora, conforme já aviltado, o Brasil careça de legislação acerca de temas atinentes à Rede, além da aceitação de certas premissas contidas no DMCA. Em linhas mestras, suas disposições "ampliaram de forma significativa os tradicionais, tais como forjados no século XIX."[55] (grifo nosso). São as opções de políticas legislativas baseadas em suas disposições que, por exemplo, tendem a criminalizar condutas dos que violam as aos mecanismos de proteção eletrônica contra cópias, por exemplo, a "chamada pirataria".

E sobre isso, **Lawrence Lessig** tem muito a nos dizer. Sua última linha de pesquisa e atuação aponta para o que chama de "corrupção", embora seja lícito e corriqueiro o fenômeno em seu país. Constata que ante o alastramento no uso da Internet e a inevitável troca de arquivos em vilipêndio ao *copyright*, os grandes conglomerados do entretenimento americanos passaram a manter financeiramente lobistas dentro do congresso americano, os quais passam a ser ferrenhos defensores do sistema posto, lutando dia após dia para ampliar a tutela individualista dada aos proprietários. Regados a milhões de dólares, segundo ele.[56]

A dita "pirataria", seja pela tradicional cópia de meios corpóreos de expressão e difusão do conhecimento, seja pela sua forma de redução à linguagem binária dos computares, os arquivos, por meio do compartilhamento P2P[57], prática tão comum nos dias de hoje, é veementemente combatida. "Esqueça tatuagens e não se preocupe com piercings — nossos ?lhos estão se tornando ladrões!", afirma.[58]

E a covarde política legislativa de combate à livre difusão da informação chega aos limites do Direito Criminal. Já afirmava a doutrina que os Direitos da Personalidade podem ser objeto de tutela pelo direito penal. Porém, é nítido que o sistema hoje privilegia os poderosos interesses dos grupos detentores de direitos autorais e conexos. A *ratio* não é a da nobre proteção da criação do espírito do autor nem do retorno do investimento ao empreendedor da atividade, mas sim a tutela dos proventos percipiendos pelos reais proprietários. Sob o manto de frágeis argumentos econômicos consequencialistas, mantém-se o sistema posto, anacrônico, evidenciando que velhos interesses egoísticos estão em voga, ainda que revestidos de engenhosos e sofisticados meios de expressão.

E no Brasil, não é diferente. Dito como não se deve fazer, talvez devêssemos passar adiante no escopo de construir um modelo próximo do ideal que, ademais, refletisse nossa realidade social de um país em desenvolvimento, com sérias desigualdades sociais e econômicas, palco de uma exclusão cultural avassaladora. Porém, infelizmente, não é o que se verá. Há uma infinidade de projetos de lei que tramitam anos a fio em nosso parlamento, retardando o preenchimento de lacunas legislativas que, conforme comentado supra, vêm sendo objeto de rebuscadas construções jurisprudenciais, ainda que, por vezes, à míngua de critérios sólidos. Segue-se com a análise de um deles especificamente, o Projeto de lei 84/99 da Câmara dos Deputados, com o Substitutivo do Senado nº 89/03, conhecido pelos internautas e por toda a sociedade brasileira como "Projeto Azeredo". Sem perder de vista o marco teórico original do trabalho, convém, entretanto, fazer-se uma leitura desta iniciativa parlamentar à luz da teoria dos sistemas de **Niklas Luhmann**.

2.3 "Lei Azeredo": o Direito invadido.

Chega-se, por derradeiro, ao caso, quiçá, motivador do presente trabalho.

Foi dito que o Direito é um subsistema social. Funciona autopioeticamente, ou seja, evolui por meio de um processo de complexidade crescente, incorporando fatores referentes ao entorno. Isto reforça cada vez mais sua autonomia em relação aos demais sistemas, evidenciada pela clausura operativa, devendo ser necessariamente aberto para que funcione sempre autonomamente, diferenciando-se dos demais por sua função. Já na fase mais madura de seus estudos, Luhmann recorre a uma singela ilustração para dissertar sobre como o sistema jurídico justifica e cumpre suas decisões fundamentais, afirmando sua positividade. É o "décimo segundo camelo", ao qual só se pode chegar por meio da observação feita por um elemento exógeno ao sistema (heterobservação), pertencente ao macrossistema em que o sistema jurídico está inserto, ou seja, a sociedade.

Entretanto, o sistema jurídico tem a necessidade de retenção desse camelo. Em pormenores, na relação entre Direito e Política, viu-se que esta, ao longo da história, atua como um "parasita" do sistema jurídico, pois nunca havia sido "convidada" a fazer parte das decisões contidas e positivadas no código jurídico, das relações entre direito e não-direito, ainda que nelas interferisse decididamente. Sob o manto do Estado de Direito, o sistema jurídico pôde, finalmente "chamá-la à mesa", em uma operação que a apenas reforça sua autonomia por meio de uma diferenciação funcional quanto aos demais sistemas sociais.

Por outro lado, viu-se que toda a construção deve ser contextualizada para que seja mais bem compreendida. Em uma observação mais minuciosa da realidade, é nítido que os diversos sistemas jurídicos ao redor mundo não se encontram em pé de igualdade com aqueles de países ditos desenvolvidos, ou do chamado capitalismo nuclear. Dessa forma, os sistemas da modernidade periférica têm sérios problemas na consecução de operações autorrefenciais que o diferenciem, principalmente na tensa relação com outros sistemas sociais como o político e o econômico. Em outros termos, os chamados

códigos de preferência, nos quais o sistema decide o que é ou não aceitável. Logo, a lógica do poder/não poder, proprietário/não proprietário passam a se sobrepor sobe a do lícito/ilícito, comprometendo por completo o funcionamento do sistema como um todo.

Assim se pode verificar no tratamento dos direitos de autor no século XXI, frente à expansão e popularização da Internet. A Rede das Redes, como também é chamada, reduz a praticamente zero o custo de transações nas relações interprivadas na atualidade[59]. A supressão do meio físico como único para se propagar as informações trouxe inegáveis inovações, para muitos de caráter irreversível. Nova realidade que, por seu turno, põe em jogo interesses incongruentes e conflitantes. De um lado, os proprietários de direitos conexos, grandes conglomerados da indústria do entretenimento e, em posição diametralmente oposta, a sociedade. E mais uma batalha parece estar próxima do fim.

O Projeto de Lei Substitutivo do Senado Federal, que se encontra em fases finais de tramitação, prevê a criminalização de uma prática corriqueira de usuários na internet, a permuta de arquivos P2P, alterando o Código Penal Brasileiro[60]. Conforme já aviltado, é apenas mais uma ilustração de como os detentores de interesses econômicos se utilizam da política para positivar suas expectativas, fazendo-as valer como síntese comportamental. Conforme dito, no Brasil, o código de preferência atinente à política (poder/não poder) mescla-se com o econômico (proprietário/não proprietário) como forma de subjulgar um sistema jurídico ainda não completamente diferenciado funcionalmente.

A positividade do Direito é prejudicada, evidenciando-se pela fragilidade do código lícito/ilícito. Explica-nos **Marcelo neves**:

Portanto, se o décimo segundo camelo é usurpado e, em conseqüência, os camelos reais são sonegados por uma política selvagem corrompida pelo dinheiro, o resultado é a injustiça estrutural, tal como ocorre nos países da modernidade periférica, caracterizados por uma cultura da ilegalidade e pela grande fragilidade do direito perante o expansionismo destrutivo do meio dinheiro em uma economia globalizada.[61]

Em feliz expressão, diz que o Direito é invadido.

Em contrapartida, toma-se como exemplo paradigmático de um sistema jurídico diferenciado funcionalmente o caso francês. No ano de 2009, tramitava no parlamento um projeto de lei que visava alterar a legislação de Direitos Autorais local, prevendo uma série de medidas restritivas aos download P2P, tais como a proibição de acesso a usuários infratores sem prévia autorização judicial, impondo aos provedores o dever geral de vigilância de seus usuários, dentre muitas outras. Entretanto, o Conselho Constitucional do país declarou inconstitucional alguns de seus dispositivos, com base tanto em sua Carta Magna como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. E qualquer lei declarada inconstitucional pelo órgão, o mais alto do controle

preventivo de constitucionalidade francês, não pode ser promulgada nem implementada (art. 61, Constituiçao Francesa de 1958).[62]

Sabe-se que a Constituição, nessa sistemática, deve representar um filtro entre a política e o direito, pois nela está contida a forma como deve ser aquela domesticada, funcionalizada segundo os interesses atinentes ao código jurídico de preferência, consubstanciando um acoplamento estrutural interpenetrando sistemas sociais autônomos. Sucede que, especialmente no Brasil, as forças políticas se utilizam de suas normas programáticas como álibi para não cumpri-la. A Constituição torna-se, então, um símbolo, mantendo os interesses dominantes sempre próximos ao poder.[63] Espera-se que, mais uma vez, isso não ocorra no que tange ao projeto de lei em voga, afinal, hoje, mais do que nunca, sabe-se da importância da Carta Magna como centro irradiador de valores democráticos e solidários com os que o proposto texto legal é inteiramente incompatível.

3. Considerações finais

Do exposto, pode-se dizer, em linhas gerais que a Propriedade Intelectual no Século XXI encontra-se diante de um impasse. E o sistema jurídico, que sempre deve estar apto a aprender para reiterar sua função social, não pode estar de costas para essa realidade.

Afinal, não se pode esquecer que por detrás deste jogo de interesses políticos e econômicos estão milhões de vidas humanas ao redor de todo o mundo. Se por um lado muitos se beneficiam com o sistema posto, o que se quer colocar é que com ele muitos ficam impedidos de ter acesso à informação, bem indispensável ao livre desenvolvimento da personalidade e, outrossim, veículo de uma liberdade que traz ganhos sociais inestimáveis se não tolhida como se está propondo. Por isso que não procedem os argumentos meramente econômicos vez que outras soluções vem sendo apresentadas. A propósito, **Liliana Minardi Paesani**:

ENTRE AS MODALIDADES EXTREMADAS [*COPYRIGHT* E *COPYLEFT*] FORAM INTRODUZIDAS AS LICENÇAS *CREATIVE COMMONS* (CC). A APLICAÇÃO DESSAS LICENÇAS POSSIBILITA LIMITAR OU AMPLIAR O DIREITO DE AUTOR. A CC ADMITE OU IMPEDE A COMERCIALIZAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR, E SE FOR PRESCRITA "NÃO-DERIVAÇÃO", ALGUNS DIREITOS SERÃO PRESERVADOS E PERMANECEM INTOCÁVEIS.[64]

Outras vias, ainda, vem sendo apontadas. São crescentes as iniciativas de formas colaborativas, como a Wikipédia.[65] É apenas mais uma forma de reiterar que com o uso responsável da liberdade e com a difusão de idéias solidárias é que o sistema

jurídico poderá realizar sua função social, o que não se faz criminalizando comportamentos triviais, aprisionando a criatividade. O sistema jurídico deve estar apto a conhecer e a manipulação equivocada das expectativas normativas é nociva à sua autorreferencialidade operacional e obstáculo à sua *autopoiesis*, prejudicando gravemente sua diferenciação funcional. Assim deve ser lido o projeto de "lei Azeredo" às luzes da teoria de **Niklas Luhmann**, uma errônea expropriação de "camelos jurídicos reais", um sistema jurídico dominado por escusos interesses políticos e econômicos, um Direito invadido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNAUD, Andre-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASSOCIATION OF RESEARCH LIBRIARIES. **European Union database Directive sets dangerous precedents for librarians worldwide.** ARL, Washington, DC.Last Modified: May 21, 1998. Disponível em: http://www.arl.org/arldocs/pp/ppcopyright/copyresources/dbaseleg/105congress/iff1.pdf. Acesso em: 29 ago.2009.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BENKLER, Yochai. **From Consumers to Users:** Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access. in 52 Fed. Comm. L.J. 561. Disponível em: http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v52/no3/benkler1.pdf. Acesso em: 28 ago.2009.

_____. **Coase's Penguin, or Linux and the Nature of the Firm.** Yale Law Journal 369 (2002).

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor.** 3. ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2001.

_____. **Os direitos da personalidade.** 7. ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2006.

DA MATTA, Roberto. **O que faz do brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

CONSELHO CONSTITUCIONAL DA REPULICA FRANCESA

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/version-pdf-de-la-decision.42677.html. Acesso em: 28 ago.2009.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. **ITU:** T in brief. [2208b]. Disponível em: http://www.itu.int/net/ITU-T/info/Default.aspx. Acesso em: 28 ago.2009.

INTERNET SOCIETY. **A brief history of the Internet.** Disponível em: http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml. Acesso em: 28 ago.2009.

LE MONDE. **Hadopi:** le Conseil constitutionnel censure la riposte graduée. Disponível em: http://www.lemonde.fr/technologies/article/2009/06/10/hadopi-le-conseil-constitutionnel-censure-la-riposte-graduee_1205290_651865.html. Acesso em: 29 ago.2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O direito constitucional francês. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1656, 13 jan. 2008. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10851. Acesso em: 29 ago.2009.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Sociedade.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

_____. **Propriedade intellectual.** Roteiro de curso 2009.1 Rio de Janeiro: FGV, 2009.

LESSIG, Lawrence. **Code 2.0.** 2. ed. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

_____. **Cultura Livre.** Trad. Fábio Emílio costa. Penguin, 2004.

LONGHI, João Victor Rozatti. **Liquidação dos danos decorrentes de violações a direitos da personalidade no âmbito da Internet.** Franca: UNESP, 2008.

LOPES JR., Dalmir; ARNAUD, André-Jean. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

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

_____. **Sociologia do Direito II.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **A realidade dos meios de comunicação.** Tradução Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Editora Paulus, 2005.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **Autopoiesis and cognition: the realization of the living.** Reidel, 1980.

MCLUHAN, Marshall; POWERS, Bruce R. **La aldea global**. Barcelona: Gedisa, 1989.

MENEZES, Joaquim Eugênio de Oliveira . **As formas de percepção e as mudanças culturais.** in Revista NIFE, São Paulo, v. 5, p. 193-196, 1999.

NEVES, Marcelo. **De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho.** in Doxa Cuardenos de Filosofía Del Derecho, Alicante, v. 19, p. 403-420, 1996.

O'DONNELL, Guillermo. **Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America.** in Latin American Studies Association, Chicago, September, 1998. Disponível em http://lasa.international.pitt.edu/LASA98/O'Donnell.pdf. Acesso em: 27.ago.2009.

PAESANI, Lilian Minardi. **O direito na sociedade da informação.** São Paulo: Atlas: 2007.

POST, David G.; JOHNSON, David R. Law and Borders: the rise of law in cyberspace. **Standford Law Review,** Buffalo, NY, v. 48, n. 5, p. 1367, may 1996. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=535. Acesso em: 28 ago.2009.

PRIETO NAVARRO, Evaristo. **La teoria de sistemas de Niklas Luhmann y el derecho.** in AMADO, Juan António Garcia (org.),. El derecho en la teoria social, Madrid, Dykinson, 2001.

REIDENBERG, Joel R. Lex informatica: the formulation of information policy rules through technology. **Texas Law Review,** Austin, Tex., v. 76, p. 584, 1998.

ROHRMANN, Carlos A. **The dogmatic function of law as a legal regulation model for cyberspace.** The UCLA Online Institute for Cyberspace Law and Policy, Los Angeles, 2004. Disponível em: http://www.gseis.ucla.edu/iclp/crohrmann.pdf. Acesso em: 28 ago. 2009.

BIEGEL, Stuart. **Estações espaciais:** indivíduos e grupos que "controlam" a internet. Tradução de Carlos Alberto Rohrmann. Belo Horizonte: Instituto Online para o Direito Virtual, 1996. Disponível em: http://www.direitodarede.com.br/EstacoesSB.pdf. Acesso em: 28 ago. 2008.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral.** São Paulo: Elsevier, 2008.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

WIKIPEDIA, a enciclopédia livre. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia. Acesso em: 30 ago.2009.

---

[1] Mestrando em Direito Civil pela UERJ. Bacharel em Direito pela UNESP-Franca em 2008. Aluno intercambiário da Universidad de Santiago de Compostela (2007/2008). Pesquisador bolsista FAPERJ e ex-pesquisador FAPESP nível IC. Advogado. Currículo lattes: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4133716J5

[2] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 13.

[3] Cf. ARNAUD, Andre-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 302-303.

[4] *This was a Word without a history, a Word that could directly mean what takes place in the dynamics of the autonomy proper to living sistems.* Tradução livre. MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **Autopoiesis and cognition: the realization of the living.** Reidel, 1980. p. XVIII.

[5] PRIETO NAVARRO, Evaristo. **La teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el derecho.** in AMADO, Juan António Garcia (org.),. El derecho en la teoria social, Madrid, Dykinson, 2001.

In: p. 335.

[6] TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 70.

[7] LOPES JR., Dalmir. Introdução. in LOPES JR., Dalmir; ARNAUD, André-Jean. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 8.

[8] Item 1.4

[9] Cf. NEVES, Marcelo. E se faltar o décimos segundo camelo? Do dirieto expropriador ao direito invadido. in LOPES JR., Dalmir; ARNAUD, André-Jean. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 145-6.

[10] "A autonomia não é um objetivo desejado, mas uma necessidade fatal". LUHMANN, Niklas. Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeiner Theorie, Frankfurt, 1984 *apud* ARNAUD, Andre-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 326.

[11] Cf. TRINDADE, André Fernando dos Reis. op. cit. p. 42.

[12] Continua, exemplificando: "'Horário de Visitas: domingo entre 11 e 12:30 horas' – essa regra é anônima e impessoal, ou seja, tem validade independente de quem espera ou não espera. Ela é estável no tempo, aplicável de domingo a domingo sem necessitar certificações renovadas, e ela é objetivamente tão abstrata que pode compatibilizar as expectativas recíprocas de visitantes e visitados com uma mais ou menos grande amplitude de modos comportamentais. Ela não serve apenas, e nem mesmo principalmente, para tornar os comportamentos previsíveis – [...] pode-se esperar um comportamento correspondente por parte dos visitados, ou pelo menos esperar que eles esperem essa expectativa de expectativas – ou seja, que eles não perguntem ao mensageiro como o próprio visitante, que eles não façam o mensageiro ir buscar visitante propriamente dito, e assim por diante." LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 52.

[13]Idem. p. 94

[14] Cf. TRINDADE, André Fernando dos Reis. op. cit. p. 45.

[15] Cf. PRIETO NAVARRO, Evaristo. op. cit. p. 340-343. Afirma, assim, o autor que "la clausura operativa que la *autopoiesis* del sistema jurídico auspicia, no acarrea la ceguera del sistema jurídico al entorno y sus irritaciones, sino que lejos de ello, cimenta la posibilidad de cualquier observación externa.". id. P. 342.

[16] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** cit. p. 175. Texto adaptado.

[17] À época, foi aluno de **Talcott Parsons**, maior expoente da teoria denominada funcionalismo, quem influenciou, segundo ele próprio, as considerações de Luhmann. Entretanto, o professor alemão superou seu marco teórico inicial, vertendo-se em grande crítico das lições da sociologia norteamericana. Ao tecer comentários em aula, afirmou Luhmann, que o professor Parsons sempre dizia "*it fits quite nicely into my theory*". Por óbvio, extrai-se da obra luhmanniana que seus estudos embora sejam influenciados pelo

funcionalismo, em muito dele difere superando-o metodológica e epistemológicamente.

[18] LOPES JR., Dalmir. Introdução. in LOPES JR., Dalmir; ARNAUD, André-Jean. op. cit. p. 2. Nota nº 5.

[19] Trata-se de LUHMANN, Niklas. **A restituição do décimo segundo camelo:** do sentido de uma análise sociológica do direito. in LOPES JR., Dalmir; ARNAUD, André-Jean. **Niklas Luhmann:** do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 33-107.

[20] LUHMANN, Niklas. **A Restituição (cit.).** p. 6.

[21] BLANDERUNG, Erhard. **Recht als gradualisiertes Konzept: Begriffsdimensionen de Diskubion** in **Verrech lichtung und Entrerechtlichung, Jarbuch für Rechboziologie und Rechtstheorie,** 6, (1980), p. 83-98. apud LUHMANN, Niklas. **A restituição (cit.).** p. 56.

[22] "[…] é a sociologia que vai dispor agora do camelo, emprestando-o e tomando-o de volta. Sem pretensões pastorais, contudo!" LUHMANN, Niklas. id. p. 54. Registre-se que a formulação luhmanniana não fica imune a críticas. Nesse momento, é de se salientar a da multiplicidade de "camelos" na era da pós-modernidade. Cf. TEUBNER, Gunther. **As múltimplas alienações do direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo.** in LOPES JR., Dalmir; ARNAUD, André-Jean. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 109-145. *passim.*

[23] "[...] a força física como 'garantia' do poder pol\itico, a qual é distribuída pelo direIto, não é congruente com o direito como um todo." LUHMANN, Niklas. **A restituição (cit.).** p. 49.

[24] Idem. p. 60

[25] Id. p. 95. A ilustração do autor, nesse momento, parte da idéia de direito e não-direito estarem sentados à mesa, e a política, como valor, torna-se um terceiro não convidado, como "parasita". O estabelecimento de um Estado de Direito, estabelecendo um sistema que controla as decisões coletivas obrigatórias, típicas da política, assim, seria uma "condição de aceitação do parasita na própria casa do anfitrião." Cf. Id. p. 95.

[26] Id. p. 59.

[27] NEVES, Marcelo. E se faltar o décimos segundo camelo? Do dirieto expropriador ao direito invadido. in LOPES JR., Dalmir; ARNAUD, André-Jean. **Niklas Luhmann:** do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 147-8.

[28] "When a shady businessman recently said in Argentina, 'to be powerful is to have [legal] impunity,' he expressed a presumably widespread feeling that, first, to voluntarily follow the law is something that only idiots do and, second, that to be subject to the law is not to be the carrier of enforceable rights but rather a sure signal of

social weakness." O'DONNELL, Guillermo. **Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America.** in Latin American Studies Association, Chicago, September, 1998.

Disponível em http://lasa.international.pitt.edu/LASA98/O'Donnell.pdf. Acesso em: 27.ago.2009.

[29] Clássicas são as tragicômicas palavras do antropólogo **Roberto da Matta**: "[...] o jeitinho é um ato de força que no Brasil é conhecido como o famoso e escondido 'sabe com quem está falando?' [...] não se busca uma igualdade simpática ou uma relação contínua com o agente da lei [...]. Mas, isso sim, busca-se uma hierarquização inapelável entre o usuário e o atendente. De tal modo que, diante do 'não pode' do funcionário, encontra-se um 'não pode do não pode' feito pela invocação do 'sabe com quem está falando? Sou filho do Ministro!', e pronto!, gera-se logo um tremendo impasse autoritário que dependerá, para a sua solução, dos devidos trunfos de quem está implicado no drama [...]."DA MATTA, Roberto. **O que faz do brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986. p. 68.

[30] Cf. NEVES, Marcelo. **De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho.** in Doxa Cuardenos de Filosofía Del Derecho, Alicante, v. 19, p. 403-420, 1996. p. 413.

[31] Idem. p. 416.

[32] NEVES, Marcelo. **E se faltar (cit.)**. p. 151.

[33] Id. p. 166.

[34] [...] A comunicação para Luhmann articula-se com a discussão a respeito dos chamados *Meios de Comunicação Simbolicamente Generalizados*. A Comunicação, para Luhmann, é uma síntese entre a informação, o ato de comunicação e a compreensão. ROCHA, Leonel Severo.Verbete LUHMANN, Niklas. BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 552.

[35] Mcluhan é chamado por muitos de "profeta da modernidade". Não raras são as premonições feitas por ele, em companhia de Powers, que viriam a se concretizar nos tempos hodiernos. Desde as perspectivas para a imigração nos estados Unidos, até a magistral divisão da história, chegando-se ao retorno à comunicação oral, característica do tribalismo primitivo. Faz uma minuciosa análise da comunicação em sua obra, apresentando o modelo tétrade de recepção das mensagens, sendo que o bordão que o caracteriza é que "a mensagem está no meio", sendo pioneiro no estudo dos diversos meios de comunicação que se sobrepuseram à imprensa escrita. Cf. MCLUHAN, Marshall; POWERS, Bruce R. **La aldea global**. Barcelona: Gedisa, 1989. *passim*. V. também MENEZES, Joaquim Eugênio de Oliveira . **As formas de percepção e as mudanças culturais.** in Revista NIFE, São Paulo, v. 5, p. 193-196, 1999.

[36] Cf. BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor.** 3. ed. **a**tualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2001. p. 1.

[37] Cf. LEMOS, Ronaldo. **Propriedade intellectual.** Roteiro de curso 2009.1 Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 5.

[38] Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II - as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; III - as obras dramáticas e dramático-musicais; IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra; VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII - os programas de computador; XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. § 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis. (lei 9.609/96) § 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras. § 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

[39] Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II - concessão de registro de desenho industrial; III - concessão de registro de marca; IV - repressão às falsas indicações geográficas; e V - repressão à concorrência desleal.

[40] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 7. ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2006. p. 144. O autor cita o clássico *arrêt* Rosa Bonheur, de 1985, o qual reconheceu ao autor a proximidade da espécime aos direitos da personalidade, que converteu em perdas e danos a obrigação inadimplida por um pintor que decidiu de não entregar um quadro encomendado e pago. Cf. BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor.** Op. cit. p. 2.

[41] Cf. TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral.** São Paulo: Elsevier, 2008. p. 13.

[42] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[43] Para maiores informações v. WIKIPEDIA, **History of Internet.** Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_the_Internet. Acesso em: 28 ago.2009. V.

também **A brief history of the Internet.** In: INTERNET SOCIETY. Disponível em: http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml. Acesso em: 28 ago.2009.

[44] Cf. ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Capítulo 1. p. 1-48. V. também o nosso capítulo primeiro de LONGHI, João Victor Rozatti. **Liquidação dos danos decorrentes de violações a direitos da personalidade no âmbito da Internet.** Franca : UNESP, 2008.

[45] Emblemáticas são as palavras de **David R. Johnson e David G. Post,** grandes expoentes da corrente doutrinária**: "**O espaço virtual ultrapassa radicalmente a relação entre realidade virtual e localização física. O crescimento de uma Rede global de computadores está destruindo a ligação entre localização geográfica e: (1) o poder dos governos locais de exercer controle sobre o comportamento *online*; (2) Os efeitos do comportamento online em indivíduos e bens; (3) a legitimidade de determinado poder soberano local para regulamentar uma realidade global; (4) a capacidade de qualquer entidade física de declarar quais regras devem ser aplicadas." Tradução livre. POST, David G.; JOHNSON, David R. Law and Borders: the rise of law in cyberspace. **Standford Law Review,** Buffalo, NY, v. 48, n. 5, p. 1367, may 1996. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=535. Acesso em: 28 ago.2009.

[46] A expresão se deve a **Joel R. Reideberg:** "A busca por regras tecnológicas que personifiquem fluxos flexíveis de informação maximiza as opções de políticas públicas e, ao mesmo tempo, a capacidade de embutir uma regra imutável em um sistema arquitetônico que permita a preservação dos valores de ordem pública". Tradução Livre. REIDENBERG, Joel R. Lex informatica: the formulation of information policy rules through technology. **Texas Law Review,** Austin, Tex., v. 76, p. 584, 1998.

Nessa vertente, porém, por sua ousadia e pioneirismo, a posição do emérito professor da Universidade de Stanord. **Lawrence Lessig**, autor da obra *Code and other laws of cyberspace*, originalmente publicada em 1999, foi re-editada e hoje se encontra em sua segunda edição. *Code 2.0*, pela velocidade com que a Rede se transformou desde então seria "uma tradução de um antigo texto", segundo o próprio autor. Cf. LESSIG, Lawrence. **Code 2.0.** 2. ed. Nova Iorque: Basic Books, 2006. p. IX. Seus estudos são marco teórico para o estudo de muitos juristas ao redor do mundo, tal como para as asseverações a serem tecida à seara da Propriedade Intelectual, conforme *supra*, item 2.2.

[47] Nesse sentido, claros são, incluso , os esforços da Organização das Nações Unidas, com a *International Telecommunicacions Union*, uma espécie de agência internacional de telecomunicações. Cf. INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. **ITU:** T in brief. [2208b]. Disponível em: . Acesso em: 28 ago. 2009.

[48] Nesse direcionamento, **Carlos Alberto Rohrmann** e **Stuart Biegel**. Cf. ROHRMANN, Carlos A. **The dogmatic function of law as a legal regulation model for cyberspace.** The UCLA Online Institute for Cyberspace Law and Policy, Los Angeles, 2004. p. 23. Disponível em: http://www.gseis.ucla.edu/iclp/crohrmann.pdf. Acesso em: 28 ago. 2009. e BIEGEL, Stuart. **Estações espaciais:** indivíduos e grupos que "controlam" a internet. Tradução (devidamente autorizada pelo autor) do original em inglês "Space Stations: Persons and Groups that 'control' the Internet". Tradução de Carlos Alberto Rohrmann. Belo Horizonte: Instituto Online para o Direito Virtual,

1996. p. 1. Disponível em: http://www.direitodarede.com.br/EstacoesSB.pdf. Acesso em: 28 ago. 2008.

[49] LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Sociedade.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p. 19. V. também BENKLER, Yochai. **From Consumers to Users:** Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access. in 52 Fed. Comm. L.J. 561. Disponível em: http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v52/no3/benkler1.pdf. Acesso em: 28 ago.2009.

[50] Cf. LESSIG, Lawrence. op. cit. Capítulo 5 – Regulating Code –. Denuncia o professor: "If code is law, then, as William Mitchell writes, “control of code is power”: “For citizens of cyberspace code is becoming a crucial focus of political contest. Who shall write that software that increasingly structures our daily lives?” As the world is now, code writers are increasingly lawmakers. They determine what the defaults of the Internet will be; whether privacy will be protected; the degree to which anonymity will be allowed; the extent to which access will be guaranteed. They are the ones who set its nature. Their decisions, now made in the interstices of how the Net is coded, define what the Net is.” p. 79.

[51] Cf. LEMOS, Ronaldo. op. cit. p.9.

[52] CAPÍTULO III

DIREITO SUI GENERIS

Artigo 7º

Objecto da protecção

1. Os Estados-membros instituirão o direito de o fabricante de uma base de dados proibir a extracção e/ou a reutilização da totalidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do conteúdo desta, quando a obtenção, verificação ou apresentação desse conteúdo representem um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo.[...]

4. O direito previsto no nº 1 é aplicável independentemente de a base de dados poder ser protegida pelo direito de autor ou por outros direitos. Além disso, esse direito será igualmente aplicável independentemente de o conteúdo da base de dados poder ser protegido pelo direito de autor ou por outros direitos. A protecção das bases de dados pelo direito previsto no nº 1 não prejudica os direitos existentes sobre o seu conteúdo.

[53] Cf. ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 677.

[54] Para o inteiro teor das críticas, v. ASSOCIATION OF RESEARCH LIBRIARIES. **European Union database Directive sets dangerous precedents for librarians worldwide.** ARL, Washington, DC.Last Modified: May 21, 1998. Disponível em: http://www.arl.org/arldocs/pp/ppcopyright/copy resources/dbaseleg/105congress/iff1.pdf. Acesso em: 29 ago.2009.

[55] LEMOS, Ronaldo. op. cit. p. 32.

[56] LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre.** Como a mídia usa as tecnologias para barrar a criação intelectual e controlar a criatividade. Trad. Fábio Emílio Costa. Editora Trama Virtual. Licença Creative Commons 1.0 "Some Rights Reserved". p. 194. "Pois esse é o núcleo da corrupção em nosso presente sistema de governo. "Corrupção" não no sentido de que os representantes estão subornáveis. De fato, "corrupção" no sentido de que o sistema induz os bene?ciários das leis do Congresso para levantarem e darem dinheiro ao Congresso para os induzirem a passarem as leis. Há muito pouco tempo e tanto o que o Congresso deve fazer. Por que não limitar suas ações àquilo que eles deveriam fazer — e a coisas que irão render? Ampliar períodos de *copyright* rendem."

[57] P2P, no jargão informático, significa "plataforma-a-plataforma" e significa a possibilidade de um usuário conectar-se diretamente a outro, compartilhando informações, geralemente arquivos. v. Nota do Tradutor 7 em LESSIG, Lawrence. ibidem. p. 33.

[58] Id. p. 33.

[59] Cf. BENKLER, Yockai. **Coase's Penguin, or Linux and the Nature of the Firm.** in Yale Law Journal 369 (2002). "Dizer que o custo social de seu uso por uma pessoa é 'zero' é apenas uma outra maneira de se afirmar que o bem é 'não competitivo'- que seu uso por uma pessoa não obsta ao uso por outra." Tradução livre. Nota 73. p. 37.

[60] Art. 285-B. Obter ou transferir, sem autorização ou em desconformidade com autorização do legítimo titular da rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado,

protegidos por expressa restrição de acesso, dado ou informação neles disponível: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Se o dado ou informação obtida desautorizadamente é fornecida a terceiros, a pena é aumentada de um terço.

[61] NEVES, Marcelo. **E se Faltar (cit.).** p. 168.

[62] Cf. LE MONDE. **Hadopi : le Conseil constitutionnel censure la riposte graduée**. Disponível em: http://www.lemonde.fr/technologies/article/2009/06/10/hadopi-le-conseil-constitutionnel-censure-la-riposte-graduee_1205290_651865.html. e GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O direito constitucional francês. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1656, 13 jan. 2008. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10851. Acesso em: 29 ago. 2009. A íntegra da brilhante decisão está disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/version-pdf-de-la-decision.42677.html. Acesso em: 29 ago.2009.

[63] Cf. NEVES, Marcelo. **E se faltar (cit).** p. 159-160.

[64] PAESANI, Lílian Minardi. **A flexibilização dos direitos:** Software Livre e Licença *Copyleft.* in PAESANI, Lílian Minardi. **O direito na sociedade da informação.** São Paulo: Atlas: 2007. p. 181. A licença Creative Commons teve como

idealizador o professor **Lawrence Lessig** e vem se apresentando como importante via intermédia em face do totalitarismo atual dos detentores de direitos autorais. Para mais informações, v. http://www.creativecommons.org.br/. Acesso em 30 ago.2009.

[65] Wiki, em havaiano significa “rápido”. A wikipédia é uma enciclopédia de cunho colaborativo, em que os próprios usuários inserem os verbetes e controlam seu conteúdo. Sua difusão e popularização foi avassaladora e conta, em português, com mais de 500.000 verbertes, sendo que em ingles já passa de um milhão. Para maiores informações, v. http://pt.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia. Acesso em 30 ago.2009.

DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO AO DIREITO: CAMINHOS PARA SE PENSAR A EQUIDADE DO ACESSO À PRODUÇÃO CIENTÍFICA*

INFORMATION SOCIETY TO RIGHT: WAYS TO THINK ABOUT EQUITY OF ACCESS TO SCIENTIFIC KNOWLEDGE

Katherine Lages Contasti Bandeira
Isa Maria Freire

RESUMO

Essa comunicação, fruto da pesquisa dissertativa desenvolvida no PPGCI da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, tem como objetivo justificar a importância da legitimação do espaço virtual no que se refere à comunicação científica em Direito, tendo em vista as peculiaridades desse ramo científico, se fazendo como uma das ciências de maior impacto social. Para tanto, narramos o nascimento da internet, discutimos políticas de inclusão digital, a sociedade informacional dentro desse contexto e destacamos a importância da comunicação científica, inclusive, na construção da democracia e suas facetas e por fim, como percebemos a participação do campo jurídico nessa proposta.

PALAVRAS-CHAVES: SOCIEDADE INFORMACIONAL; PRODUÇÃO CIENTÍFICA; DIREITO

ABSTRACT

This communication, the result of research dissertativa developed in PPGCI Federal University of Paraíba - UFPB, aims to justify the importance of the legitimacy of the virtual space in relation to the scientific law, in view of the peculiarities of this branch of science, is doing as a science of greater social impact. To this end, we narrate the birth of the Internet, discuss policies for digital inclusion, the information society within this context and highlight the importance of scientific communication, including the building of democracy and its facets and finally, as we see the participation from the legal field that proposal.

KEYWORDS: INFORMATION SOCIETY; PRODUCTION; LAW

1. Introdução

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Fruto da pesquisa dissertativa desenvolvida no PPGCI da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, o presente trabalho visa discutir na perspectiva democrática desde o nascimento da sociedade informacional até a produção científica, a inserção das novas tecnologias a favor da comunicação científica e justificar a importância da participação do campo jurídico.

2. Da revolução industrial à internet

Veremos a seguir nas narrativas a colocação da história econômica como um elemento verossimilhante da história do desenvolvimento da ciência e da tecnologia, notadamente no desenvolvimento econômico como lugar do desenvolvimento científico, ou seja, o galgar da sociedade industrial a pós industrial nos leva a compreender a sociedade da informação/conhecimento. Nessa busca, a compreensão desse fenômeno nos dá base para pensar, em termos amplos o tema. Gosto de pensar numa passagem descrita por Levý (2008, 13) que diz o seguinte:

> Durante uma entrevista nos anos 50, Albert Einstein declarou que três grandes bombas haviam explodido durante o século XX: a bomba demográfica, a bomba nuclear e a bomba das telecomunicações. Aquilo que Einstein chamou de bomba das telecomunicações foi chamado, por meu amigo Roy Ascott (um dos pioneiros e principais teóricos da arte em rede), de "segundo dilúvio", o das informações.

A sua natureza exponencial reveste a informação e seus meios de uma importância intelectiva e factual que nos obriga a considerá-la sempre que se fala em sociedade atual, emergente, principalmente se quer considerar os novos saberes e a automação deles em relação ao novo sujeito que se forma e do sujeito que faz nascer novos saberes. Hoje, a tecnologia tomou conta de nossas vidas, a ponto de encarar a ausência de determinados instrumentos como impensáveis para uma boa existência, categorizados, inclusive, como parte da idéia de corpo, de vida, como acentua Castells (2009, p.69) "assim, os computadores, sistemas de comunicação, decodificação e programação genética são todos amplificadores e extensões da mente humana". Nessa perspectiva, os anseios e velhas e novas necessidades se expressam em bens, serviços, tecnologia, dentre outros mecanismos, para saciar o humano.

Castells (2009) afirma o que há de mais moderno hoje na compreensão da informação, é o entendimento de que ela carrega em si a função de transmitir conhecimento, mas aprofunda essa questão quando diz que a característica da atual revolução tecnológica não está centrada unicamente na informação e conhecimento, mas na aplicação desse conhecimento e dessa informação para a geração de

conhecimento e de dispositivos de conhecimento/ comunicação da informação cumulativo e auto-sustentável entre inovação e seu uso. Temos o exemplo do que ocorre com a internet, mesmo em contextos institucionais/culturais distintos, pois possuem lógica própria, caracteriza-se pela capacidade de tornar todas as informações em um sistema único de informação.

Historicamente, o ponta pé inicial, para se pensar tecnologia nos moldes hodiernos, foi dado pela Revolução Industrial teve início no séc. XVIII, pela Inglaterra,- apesar de suas raízes intelectuais poderem ser encontradas em toda a Europa- com a mecanização da produção, se contrapondo aos moldes da Idade Média onde se dava de maneira artesanal. Com os instrumentos necessários para mover novos instrumentos sociais (como a energia do carvão mineral, matéria prima que era o ferro, aliados a mão de obra disponível em função da Lei de Cercamentos de Terras) a redução dos custos produtivos e sua celeridade fortaleceu decisivamente o avanço tecnológico. Segundo Outhwaite & Bottomore (1996, p. 722) assinala as características mais freqüentemente usadas para definir a sociedade industrial, que são:

> 1) Uma mudança na natureza da economia de tal forma que um setor primário muito pequeno pode alimentar uma população envolvida nos setores secundários e terciários;
> 2) A preponderância da produção mecânica nas fábricas;
> 3) A urbanização da sociedade;
> 4) O crescimento da alfabetização em massa;
> 5) A aplicação do conhecimento científico à produção;
> 6) O recrudescimento da regulamentação burocrática de todos os aspectos da vida social.

Muitas outras características foram mencionadas, esporadicamente, mas algo é senso comum nos pensadores, o surgimento da sociedade industrial assinala uma mudança profunda nos assuntos humanos, o poder humano amplificado maciçamente traduz-se na colocação da natureza a mercê do homem e não o contrário. Logicamente, muitas outras discussões no aspecto econômico e político surgiram, como por exemplo, que o processo industrializador, ou o desenvolvimento, desemboca num perigoso estado de autoritarismo político ante as necessidades e vantagens geopolíticas de industrialização, a banalização do humano frente à evolução maquinária, mais-valia, por outro lado, foi possível a construção de uma nova postura do Estado na interferência sobre o indivíduo, situar a competência para reger as relações trabalhistas e comerciais, dando um salto enorme para posteriormente alcançar as consumeristas.

Para Outhwaite & Bottomore (1996, p. 752), a sociedade pós industrial, no significado atual, foram criados por Daniel Bell e Alain Touraine nas descrições de

novas estruturas e movimentos sociais que marcaram a evolução das sociedades industriais do final do século XX, ou ainda como colocou Jean-François Lytoard, a sociedade pós moderna, caracterizada pela mudança econômica de produção de bens à produção de serviços e no plano ocupacional, a ascensão de técnicos, profissionais liberais, além da ampla difusão da "tecnologia intelectual. Foi sustentado por Bell e Touraine que "essa sociedade é altamente instruída, e a idéia-chave de uma sociedade de conhecimento é central para todas as várias versões teóricas" (OUTHWAITE & BOTTOMORE, 1996, p. 752).

Tanto foi assim que na visão de alguns historiadores, na narrativa de Castells (2009, p.71) houve ao menos duas revoluções industriais: aquela iniciada pelas máquinas a vapor, a fiadeira, ou seja, todas as máquinas que substituem as ferramentas manuais e a segunda, dependente do conhecimento científico, tendo lugar nos EUA e na Alemanha onde ocorrem mudanças evolutivas na produção química, na eletricidade e na telefonia, um século depois, dando guisa ao crescimento econômico e a qualidade de vida. Ambas as perspectivas foram colocadas para que utilizassem a lógica motriz que as aproxima, como fica evidente nas macroinvenções até as microinvenções, ou seja, para cada salto evolutivo, evidencia-se a importância da base evolutiva que a antecede.

Essa perspectiva foi muito sentida com o espírito da pós modernidade ou sociedade pós industrial, nesse momento nascem novas classes: trabalhadores de colarinho branco, funcionários de escritório e os trabalhadores da informação/conhecimento. Nesse sentido, a importância das universidades é muito sentida, o papel da pesquisa se destaca nas questões produtivas e gerenciais da sociedade, muito embora, Outhwaite & Bottomore (1996, p. 726) apontem a previsão de Touraine acerca do "aprofundamento do conflito entre aqueles (professores e estudantes) que defendem os valores humanistas da educação liberal e uma casta diferente de seus pares que guarnecem a maquinaria tecnocrática, dedicada ao objetivo do crescimento econômico".

Segundo descreve Lévy (2008b, p.101) "o primeiro computador, o Eniac dos anos 40, pesava várias toneladas. Ocupava um andar inteiro em um grande prédio, e para programá-lo era preciso conectar diretamente os circuitos, por intermédio dos cabos, em um painel inspirado em padrões telefônicos", ocorreu na microengenharia da eletrônica e informação que curiosamente, ou mesmo por ironia da história, foi na II Guerra e no período sucessor que se deram as principais descobertas tecnológicas acerca da microeletrônica, computadores e telefonia. A própria internet surge (CASTELLS,

2009, p.82) e se desenvolve como fruto de uma fusão estratégica militarista, científica, tecnológica e inovações da contracultura, um trabalho de gênese da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (ARPA) do Departamento de Defesa dos EUA, com ousadas iniciativas preconizando a Era da Informação, dentre as quais, um sistema de comunicação imune aos ataques nucleares, e nesse galgar, pouco a pouco vai sendo retirado o controle das rotas de mensagens, elemento base da comunicação global horizontal.

> Ironicamente, esse método da contracultura de usar a tecnologia teve conseqüências semelhantes na estratégia de inspiração militar das redes horizontais: viabilizou os meios tecnológicos para qualquer pessoa com conhecimentos tecnológicos e um PC, o que logo iniciou uma progressão espetacular de força cada vez maior e preços cada vez mais baixos ao mesmo tempo. O advento da computação pessoal e a comunicabilidade das redes, incentivou a criação dos sistemas de quadros de avisos (bulletin board systems – BBS), primeiro nos Estados Unidos e depois no mundo inteiro. Os BBS não precisam de redes sofisticadas de computadores, só de PCs, modems e linha telefônica. Assim, tornaram-se os fóruns eletrônicos de todos os tipos de interesses e afinidades, criando o que Howard Rheingol chamava de "comunidades virtuais". Em fins da década de 1980, alguns milhões de usuários de computadores já estavam usando as comunicações computadorizadas em redes cooperativas ou comerciais que não faziam parte da Internet. Em geral, essas redes usavam protocolos que não eram compatíveis entre si, portanto adotaram os protocolos da Internet, mudança que, na década de 1990, garantiu sua integração com a Internet e, assim, a expansão da própria Internet. (CASTELLS, 2009, p.87)

A invenção da *Word Wide Web*- WWW ocorreu na Europa em 1990 no *Centre Européen poour Recherche Nucleaire* (CERN) em Genebra, um dos mais destacados centros de pesquisa física do mundo, chefiados por Tim Berners Lee e Robert Cailliau, desafiando as tradições quando abriram as portas as contribuições na década de 1970 dos *hackers*. Foi criado um formato de documento para os documentos de hipertexto (*hipertex markup language* – HTML) e configuraram a transferência desse hipertexto, propondo uma padronização, distribuindo esse software gratuitamente.

Os primeiros e grandes sítios foram criados por centros de pesquisa científica e ao final da década de 1990, o poder de comunicabilidade lançado na internet não poderia mais ser contido, notadamente com a ascensão da telefonia móvel liderada pela Nokia e Ericsson em 1997, aliada ao aumento da capacidade de transmissão com a tecnologia de comunicação e banda larga, levam os cientistas a buscar sempre a sua superação em estender para todos os aspectos de nossa vida, tecnologias informacionais, reconfigurando definitivamente a mola propulsora desse desenvolvimento: a economia. Numa perspectiva desenvolvimentista, esses novos rumos se justificam pela visibilidade

posta pela Internet e a expansão de empresas “ponto com”, demarcando o significado das novas formas de produção, consumo e conhecimento.

Tanto que a ciência e o desenvolvimento imbuído como retribuição das pesquisas, estão refletidas pelo aspecto econômico, como a informática, a biotecnologia, pois foi em modelos econômicos industriais e pós industriais que muitas pesquisas foram financiadas, no entanto, isso não anula ou mesmo desmerece os cientistas e industriais que permitiram a tessitura das bases para a então sociedade da informação.

3. Implicações da sociedade da informação

Quanto ao termo “sociedade da informação”, muito embora não haja um consenso, não o caracteriza como uma problemática, mas formas denominadas de ver o fenômeno, ou ainda, os pontos de partida vão influenciar na qualificação nominal, como veremos abaixo nas palavras de Aquino (2007, p.203)

> Nesse complexo turbilhão de informações e conhecimento, diferentes nomes têm sido utilizados por autores de variadas tendências para designarem a nova sociedade e suas mutações socioculturais: sociedade pós-industrial (BELL, 1973); Terceira onda (TOFFLER, 2000); sociedade do conhecimento (MATOS, 1982); sociedade da informação (MASUDA,1982); sociedade informática (SCHAFF, 1990); sociedade pós-capitalista (DRUCKER, 1980); sociedade digital (NEGROPONTE,1995); sociedade informacional (CASTELLS, 1996;1999), sociedade aprendente (ASSMANN,2000), sociedade da aprendizagem (BURNHAM, 2000); sociedade em rede, sociedade informacional, sociedade de fluxos (CASTELLS, 1996; 1999); sociedade de controle (DELEUZE,2000).

Já para Wertheim (2000) o termo “Sociedade da Informação” passou a ser usual a partir dos últimos anos do século XX em detrimento do termo “sociedade pós industrial”, por traduzir o conteúdo do novo paradigma técnico-econômico, o paradigma da tecnologia da informação, e nesse termo nos afiliamos por uma questão muito mais por representar o objeto mais amplo, do que não atentar para os argumentos válidos e pertinentes. A informação é hoje muito mais do que um dos aspectos influentes da economia, do desenvolvimento social, é um instrumento que tem o poder de definir o grau de inclusão dos indivíduos e sua participação na vida administrativa estatal, na autodeterminação individual e, sobretudo, na construção de sua identidade como cidadão em acesso aos seus direitos. Bessa, Nery e Terci (2003, p.04) alertam que

> [...] a difusão diferenciada das novas tecnologias, quando não reforça, repete os padrões de exclusão social presentes em sociedades com profundas diferenciações distributivas. Nesse contexto, a questão da “exclusão digital” ou da “infoinclusão” surge como temática privilegiada que enfatiza a necessidade de políticas públicas voltadas não apenas para universalização ao

> acesso às novas tecnologias de comunicação e informação, mas também aos benefícios globais da sociedade do conhecimento.

O campo de aplicações das novas tecnologias nos leva necessariamente a questões como o impacto do desenvolvimento e difusão das Tecnologias da Informação sobre a vida econômica e social, ensejando novas regulamentações, incentivos obviamente, constituem novos saberes. Nessa perspectiva, temos a constatação de Patrícia Mallman Pereira (2009, p.12) por ocasião de seu trabalho dissertativo, que diz o seguinte

> A exclusão digital pode se dar pela falta de acesso às tecnologias de informação e de comunicação (TICs), especialmente à internet, assim como pela dificuldade de uso das informações acessadas. Ela é ampliada pelas desigualdades sociais: nível de renda, nível educacional, questões regionais (nível sócio-econômico da região, nível de urbanização), entre outras. O Brasil possui um desafio duplo no combate a exclusão digital, pois possui uma grande disparidade no acesso às TICs e no nível de alfabetização, que também é um problema importante na exclusão digital, pois um bom nível de leitura e de compreensão de textos é decisivo para o uso efetivo de informações.

Estar desconectado ou conectado de maneira superficial à internet, nos moldes apontados acima significa estar à margem do sistema global, regional, e a certa medida localmente. Wertheim (2000) traz cinco características fundamentais da sociedade informacional:

a) **A informação como matéria-prima**: As tecnologias se desenvolvem para permitir o homem atuar sobre a informação propriamente dita, ao contrário do passado quando o objetivo dominante era utilizar informação para agir sobre as tecnologias, criando implementos novos ou adaptando-os a novos usos. (WERTHEIN, 2000, p. 72);
b) **Penetrabilidade**: a informação é integrante de todas as atividades humanas, individuais e coletivas que são afetadas diretamente pelas novas tecnologias. Como reitera Saracevic (1999), historicamente, a informação sempre foi um fator social importante, mas é bem verdade que o seu papel vem paulatinamente e incessantemente migrando para o centro das convergências sociais assumindo a centralidade no cotidiano em todos os aspectos. Uma pesquisa feita pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto br – NIC.br em 2006 acerca da proporção de domicílios que possuem equipamentos TIC chegou aos seguintes números:

TABELA 1- PROPORÇÃO DE DOMICÍLIOS QUE POSSUEM EQUIPAMENTOS TIC

Percentual (%)		Televisão	Antena parabólica	TV por assinatura	Rádio	Telefone fixo	Telefone móvel	Celular com acesso à internet	Console de jogo	Computador de mesa	Comp. portátil	Comp. de mão
Total		97,03	15,93	5,36	89,61	49,69	67,64	17,78	16,30	19,30	0,61	0,09
REGIÕES DO PAÍS	SUDESTE	97,80	13,36	7,82	92,66	58,59	70,33	18,04	22,56	23,83	0,56	0,13
	NORDESTE	95,89	18,29	1,73	85,63	31,21	53,90	13,06	4,93	8,38	0,23	0,01
	SUL	96,86	16,53	4,60	94,73	53,91	75,20	21,48	17,90	24,24	0,94	0,08
	NORTE	95,70	18,84	2,74	75,66	34,62	61,66	14,66	8,31	9,97	0,60	0,14
	CENTRO-OESTE	96,71	20,46	3,22	83,80	51,76	81,36	22,37	14,14	18,35	0,93	0,08
RENDA FAMILIAR	ATÉ R$300	86,76	10,27	0,00	77,27	8,89	26,59	4,33	2,42	1,57	0,00	0,00
	R$301-R$500	95,93	11,45	0,90	84,85	23,31	46,98	9,30	5,71	2,36	0,08	0,00
	R$501-R$1000	97,86	14,44	2,71	90,49	50,51	69,47	16,24	13,33	13,73	0,07	0,01
	R$1001-R$1800	98,53	21,94	9,82	95,59	71,67	85,23	25,96	28,40	36,27	1,14	0,13
	R$1801 ou mais	99,82	25,26	20,57	96,34	85,17	95,11	36,83	37,32	59,00	4,20	0,60
CLASSE SOCIAL	A	100,00	21,51	45,73	99,58	98,49	99,58	46,86	43,84	82,79	15,55	3,43
	B	99,93	25,27	17,00	99,13	85,65	94,50	36,08	40,49	62,18	1,80	0,19
	C	99,74	16,62	4,51	95,14	59,20	76,44	20,61	19,19	18,55	0,31	0,05
	DE	93,31	11,76	0,79	80,62	26,28	48,67	7,66	4,06	2,76	0,01	0,00

Fonte: NIC.br - jul/ago 2006

Observamos alguma participação em todas as classes populares, evidentemente que nas menos favorecidas de maneira mais tímida pelas circunstâncias óbvias de disposição de recursos, mas que vem corroborar a postura de González de Gómez (2002, p.30), quando afirma que os "[...] fenômenos, processos, atividades de informação passaram a ser reconhecidos como um plano constitutivo de todas as atividades e manifestações econômicas, sociais e culturais, de um modo como nunca antes o tinham sido";

c) **Flexibilidade**: a tecnologia propicia reversibilidade, podendo haver modificação por reorganização de componentes e tem alta capacidade reconfigurativa. Segundo Castells (2000), desde o princípio, as descobertas e as aplicações interagiram e foram testadas em um repetido processo de tentativa e erro, ocorrendo à aplicação imediata desses conhecimentos e dessa informação no próprio desenvolvimento da tecnologia gerada, em um ciclo constante e cumulativo entre a inovação e uso;

d) **Convergência tecnológica**: para o autor, "o ponto central aqui é que trajetórias de desenvolvimento tecnológico em diversas áreas do saber tornam-se interligadas e transformam-se as categorias segundo as quais pensamos todos os processos" (WERTHEIN, 2000, p. 72);

e) **Preponderância lógica de redes**: ante as novas tecnologias, essa lógica pode ser implementada materialmente em qualquer tipo de processo. A internet é a infra-estrutura tecnológica e o meio organizativo que permite o desenvolvimento de uma série de novas formas de relação social que não

têm sua origem na internet, mas que não poderiam desenvolver-se sem ela (CASTELLS, 2000). Por isso a importância da expansão dos acessos à rede. Em 2006, por ocasião do desdobramento da pesquisa do NIC.br, concluiu-se que apenas 19,93% (tabela 2) dos domicílios brasileiros possuem computador.

A desigualdade social é marca constante em sociedades capitalistas e no Brasil isso pode ser sentido, carrega o vergonhoso título de um dos campeões em desigualdade social no mundo, herança de injustiça social, a pobreza é uma questão urgente sempre, não é nova, sendo pauta a cerca de pouco mais de 50 anos, como democracia. Segundo Henriques (2003, p.65), temos cerca de 55 milhões de brasileiros pobres e desses 24 milhões em condição de extrema pobreza, enquanto que o nosso vizinho, o Uruguai tem a menor taxa de desigualdade da América Latina e comparando com 92 países o Brasil só perde em desigualdade para a Malawi e a África do Sul, muito embora a renda *per capita* não faça do Brasil um país pobre, contrário a isso, encontra-se no quarto lugar de mais rico do mundo, é extremamente incômodo pensar que 77% da população mundial vivem em países com renda *per capita* inferior ao caso brasileiro. Atentemos para o gráfico (1) abaixo:

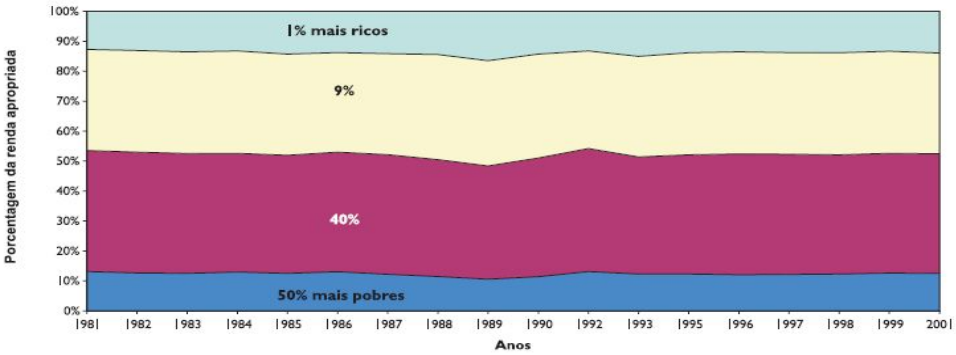

Fonte: Barros, Henriques e Mendonça "A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil" in Henriques, R.(Org.) com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) - 1981 a 2001.
Nota: PNAD não foi coletada em 1991, 1994 e 2000.

Aqui, a renda média dos 10% mais ricos representa 28 vezes a renda média dos 40% mais pobres. Demonstra nossa perversa simetria social onde os 10% mais ricos se apropriam de 50% do total da renda das famílias e, como por espelhamento, os 50% mais pobres possuem cerca de 10% da renda. Além disso, 1% da população, o 1% mais rico, detém uma parcela da renda superior à apropriada por metade de toda a população brasileira. Entre as diversas dimensões de inclusão dos pobres, assegurando igualdade de oportunidades e condições mínimas de cidadania, sabemos com certeza que a educação é a principal explicação da desigualdade. Nessa perspectiva a inclusão digital aparece então como mais um mecanismo de redução, quiçá, supressão dessas

desigualdades. Na pesquisa realizada pelo Nic.BR demonstra que a existência do computador não vincula necessariamente ao acesso à internet, tanto que do universo pesquisado, dos domicílios que possuem PC, apenas 14,49% possuem acesso à internet.

O debate sobre a importância das tecnologias da informação, ou seja, as TICs, tem levado a uma ampla discussão a respeito das alterações nas convenções estatísticas necessárias para medir a relevância dos novos processos desenvolvidos no âmbito do que se convencionou chamar de "Sociedade da Informação" ou "Sociedade do Conhecimento". Segundo González de Gómez (2002), um regime de informação está configurado, em cada caso, por plexos de relações plurais e diversas: intermediáticas (a exemplo da internet, TV, jornais, conversas informais, dentre outros), interorganizacionais (empresa, universidade, domicílios, associações etc.) e intersociais (como os atores comunitários e/ou coletivos, profissionais, agências governamentais). Coelho (2000, p. 03) diz:

> Assim, no contexto da sociedade da informação e do conhecimento existe uma enorme expectativa de criação de bem-estar social, pelas oportunidades oferecidas pela expansão da economia digital e pelas novas áreas de actuação abertas pelas tecnologias de informação e das comunicações, na cultura, na educação, no saber, no entretenimento e no aumento de eficiência da administração. A Sociedade da Informação para a qual caminhamos é um produto da criatividade humana que assenta na convergência de três tecnologias digitais: As tecnologias da informação, das comunicações e dos *media*.

Levando em consideração os muitos problemas associados aos custos e logísticas próprios das mídias tradicionais, como rádio, televisão, revistas, a internet se constitui como um ambiente privilegiado, haja vista a sua agilidade e baixo custo, de modo que é considerada pelos "cyberotimistas" (grifo nosso), como traz Heloisa Dias Bezerra (2008, p.420) "como uma grande janela de oportunidades para uma mudança quantitativa e qualitativa da participação política da sociedade, inclusive quanto à criação de fóruns decisórios típicos de uma democracia direta". Em 2008 também foi feito pelo NIC.br podemos identificar mudanças

Tabela 2 - PROPORÇÃO DE DOMICÍLIOS QUE POSSUEM EQUIPAMENTOS TIC-2008

Percentual (%)		Televisão	Antena parabólica	TV por assinatura	Rádio	Tel. fixo	Tel. celular móvel	Celular com acesso à internet	Console de jogo	Comp. de mesa	Comp. portátil	Comp. de mão
TOTAL BRASIL		**97**	**20**	**6**	**86**	**36**	**72**	**21**	**13**	**23**	**3**	**-**
ÁREA	**URBANA**	98	19	7	87	40	76	23	15	27	3	-

	RURAL	91	28	1	84	15	52	9	5	7	1	-
REGIÕES DO PAÍS	**SUDESTE**	98	18	11	89	49	77	25	19	31	3	-
	NORDESTE	96	22	1	83	17	60	12	4	10	1	-
	SUL	97	20	5	94	38	77	24	14	28	3	-
	NORTE	93	26	1	70	22	67	17	7	13	2	-
	CENTRO-OESTE	96	28	6	82	37	87	26	15	28	5	-
RENDA FAMILIAR	**Até R$415**	90	16	1	76	8	39	6	2	2	-	-
	R$416-R$830	97	20	2	85	21	65	14	6	9	-	-
	R$831-R$1245	99	22	5	89	42	81	21	15	24	1	-
	R$1246-R$2075	99	22	10	91	56	91	34	22	43	3	-
	R$2076-R$4150	99	24	20	92	75	95	41	31	64	12	1
	R$4151 ou mais	97	26	37	94	83	98	56	47	79	26	-
CLASSE SOCIAL	**A**	100	33	53	98	90	97	58	58	89	31	-
	B	100	27	19	96	75	94	41	32	66	11	-
	C	99	20	5	90	40	81	23	14	24	1	-
	DE	92	18	1	76	13	51	8	3	3	-	-

[1] Base: 20.020 domicílios entrevistados . Respostas múltiplas e estimuladas.
Fonte: NIC.br - set/nov 2008

No entanto, em países onde existem profundas desigualdades sociais, necessário se faz avaliar como a população está tendo acesso à internet. Vale mencionar, que interessante estudo foi desenvolvido de ao longo de quatro anos pelo projeto de pesquisa **Janelas da cultura local: Quissamã/RJ** envolvendo vários pesquisadores de instituições basilares para a Ciência da Informação, sob a coordenação da Profa. Isa Maria Freire, que sentindo essa problemática, desenvolveu ações informativas no escopo da inserção da comunidade na sociedade da informação.

O baixo acesso à tecnologia pode ser constatado também no modo como conseguem fazer uso da web, pois, considerando a tendência à convergência digital por parte dos atores governamentais, é expressivo constatar que 82% dos domicílios não têm acesso à internet, ou seja, a maioria dos brasileiros habita a categoria dos excluídos do fluxo informacional via web, total ou parcialmente. O acesso no local de trabalho, em escolas e *lan houses* oferece possibilidades limitadas, sendo que, no caso do mercado não gratuito, os usuários pagam por hora de acesso e para impressão de documentos. No aspecto educativo, para uma pesquisa hoje, a internet é um mecanismo que encurta distâncias e acelera o processo de conhecimento por disponibilizar documentos e informações que somente seria possível se fosse *in loco*.

Muitas vezes a disponibilidade de um computador e num segundo nível acesso à internet garante completa inclusão, deve ser observada o seguinte: uso adequado, pela falta de vivência, pois o fato de haver e idas esporádicas a *lan house* não deve ser

considerado como um fator preponderante para efeitos de inclusão, levantando-se a figura das barreiras de comunicação da informação. Freire (1991, p.51) refaz a classificação das barreiras proposta por Wersig da seguinte maneira:

> a) **ideológicas**, em dois níveis: (1) entre países com formas diferentes de ordem social, onde diferentes ideologias orientam a vida social; (2) entre grupos sociais em uma mesma sociedade, mas que possuem ideologias diferentes;
> b) **econômicas**: baseadas no fato de o conhecimento ter adquirido **valor** de propriedade privada para seu produtor, e sua publicação e uso dependem do poder ou da negociação com o produtor;
> c) **legais**: representadas pelas restrições estabelecidas ao acesso e uso da informação, especialmente a **informação tecnológica** (aplicável à produção de bens e serviços);
> d) **de tempo**, em dois aspectos:
>
> > (1) pelo fato de a informação "envelhecer", tornar-se obsoleta como bem cultural ou de produção, o que obriga o usuário a estar atento à oferta de conhecimento, de modo a encontrar novos dados que complementem seu conjunto de informações;
> > (2) pelo fato de que, freqüentemente, muito tempo é gasto entre a produção da informação e sua disseminação por um meio de comunicação eficiente;
>
> e) **de eficiência**, de dois lados:
>
> > (1) do ponto de vista do agente que transfere a informação (comunicador), que pode ser identificada na relação entre **esforço para informar** e **usos/efeitos da informação**;
> > (2) do ponto de vista do usuário, na medida dos esforços empreendidos para usar os serviços de informação (custos financeiros, tempo, estratégias de busca e outros esforços);
>
> f) **financeiras**, considerando que, enquanto mercadoria, a informação tem um preço relativo aos seus custos e à demanda do mercado;
> g) **terminológicas**, pois nem sempre usuários e agentes de informação usam o mesmo código de linguagem no processo de recuperação do conhecimento, podendo ocorrer, especialmente na transferência de informação para o setor produtivo, que a terminologia utilizada dificulta a compreensão da mensagem pelos usuários finais;
> h) **de idioma**, que pode ser facilmente superada pela tradução para língua compreendida pelo usuário:
> i) **de capacidade de leitura**, que diz respeito à capacidade de o usuário selecionar o material informativo relevante para atender sua necessidade de informação, podendo ser superada pelo treinamento;
> j) **de consciência e conhecimento da informação**, o que significa que o agente atender à demanda apenas com informação conhecida ou ampliar suas fontes no limite da exaustividade;
> k) **de responsabilidade**, pois o uso da informação depende da atividade do usuário e de sua capacidade para fazer uso ativo do conhecimento técnico-científico no seu trabalho.

Então, para aqueles que ainda não estão envolvidos no processo de inclusão de maneira plena, podemos considerar como proposta as colocadas pelo Livro Verde que dá a tarefa aos arquivos e bibliotecas, museus e centros de informação (muito embora,

parte deles estejam sem suportes da TICs) são estrategicamente viabilizadoras para aqueles que não estão conectados ou os que não tem acesso ao conteúdo da internet (TAKAHASHI,2000,p.65). No Brasil, no que se refere a políticas públicas, um marco interessante foi à tessitura e publicização do Livro Verde que contempla um conjunto de ações para impulsionam a Sociedade da Informação no Brasil em todos os seus aspectos: ampliação do acesso, meios de conectividade, formação de recursos humanos, incentivo à pesquisa e desenvolvimento, comércio eletrônico, desenvolvimento de novas aplicações, reconhecendo o papel fundamental do Estado para com a efetividade dessa proposta e reconhece seu ponto frágil (TAKAHASHI, 2000,p.05)

> Não é livre de ***riscos***, entretanto. Noventa por cento da população do planeta jamais teve acesso ao telefone. Como evitar, então, que as novas tecnologias aumentem ainda mais a disparidade social entre as pessoas, as nações e os blocos de países? Os países e blocos políticos, desde meados da década de 90, defrontam-se com as oportunidades e os riscos que cercam o futuro e, reconhecendo a importância estratégica da sociedade da informação, vêm tomando iniciativas para assegurar que essa nova era venha em seu benefício.

A desigualdade no Brasil é tema antigo e delicado como vimos anteriormente, a construção desse espaço hoje nacional, foi dado a partir da subjugação, exploração e depredação, então, não é que a Sociedade da Informação promova desigualdade, mas como elas existem, com esse novo molde elas serão salientadas, e não poderia ser diferente, somente políticas de redução de desigualdades nessa perspectiva, com medidas de longo, médio e curto prazo pode mudar o quadro. Esse cenário, que se perpetua pelos próprios natos hodiernamente, a cultura do “jeitinho brasileiro” nas ruas até as cadeiras dos nossos representantes políticos ferem e maculam a distribuição de serviços obrigatórios do estado, como educação, saúde, dentre outros direitos básicos. Logo, iniciativas como essa desponta como um mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais, como expõe Takahashi (2000,p.07)

> A inserção favorável nessa nova onda requer, entretanto, além de base tecnológica e de infra-estrutura adequadas, um conjunto de condições e de inovações nas estruturas produtivas e organizacionais, no sistema educacional e nas instâncias reguladoras, normativas e de governo em geral. O impacto positivo que a “nova economia” pode gerar para o País depende ainda da participação do maior número possível de pessoas, organizações e regiões como usuárias ativas das redes avançadas de informação. Todas essas constatações e reflexões sublinham a importância do Programa aqui apresentado. O Programa busca contribuir, de forma efetiva, para:
> • a construção de uma sociedade mais justa, em que sejam observados princípios e metas relativos à preservação de nossa identidade cultural, fundada na riqueza da diversidade;
> • a sustentabilidade de um padrão de desenvolvimento que respeite as diferenças e busque o equilíbrio regional;
> • a efetiva participação social, sustentáculo da democracia política.

Uma das medidas governamentais é o Projeto Cidadão Conectado – Computador para Todos, idealizada em 2003, viabilizada pela Lei nº 11.196/05 ou Lei do Bem, iniciativa decorrente do Programa Brasileiro de Inclusão Digital, que tem como objetivo principal viabilizar para que a população que não tem acesso ao computador, possa adquirir uma máquina de qualidade, com sistema operacional e aplicativos em software livre, atendendo ao máximo, aos usuários, inclusive ao acesso à internet. A contra partida governamental é dada por financiamentos vantajosos, firmando convênios com empresas e dando-lhe incentivos fiscais, de acordo com a previsão legal. O Projeto não apenas disponibilizará o acesso às tecnologias, como também permitirá que toda uma cadeia produtiva venha a ser reforçada no Brasil, por tabela, inibe o mercado "cinza", que não paga impostos, nem contrata mão-de-obra com garantias trabalhistas.

A democratização da informática é, portanto, um meio para um fim maior, dado que os recursos computacionais e telemáticos são apenas ferramentas que podem potencializar a disseminação da informação, como a informação científica, ao eliminar velhas barreiras espaciais e temporais que limitavam o fluxo informacional entre sociedades até a segunda metade do século XX. No que concerne a informação científica, é um equívoco pensar que somente a disseminação da tecnologia digital irá levar à completa democratização da informação científica. A primeira forma representa apenas uma contribuição para a segunda, a qual constitui um processo mais amplo e que envolve não apenas os conteúdos informacionais disponíveis na Internet, mas toda a informação produzida na sociedade, registrada nos mais diferentes suportes e de interesse público. O acesso à informação científica desponta como um mecanismo poderoso no combate às desigualdades sociais, no controle social e na desenvoltura do indivíduo quanto cidadão, o que nos leva até o próximo ponto.

4. Relevância da propagação da produção científica

No artigo da professora Ana Pavani (2007), intitulado “A produção científica disponível ao mundo: a tecnologia, a vontade e os acessos”, ela faz uma retrospectiva da história dos escritos oriundos da produção científica, e é a partir dele que buscarei fazê-lo de modo mais sucinto. Em sua narrativa, Pavani aponta a Biblioteca de Alexandria, fundada antes mesmo da era cristã como uma das mais antigas manifestações de produção e registro de conhecimento e, portanto, diante das tecnologias disponíveis, era

guardiã de incríveis números - contundentes entre alguns autores -, que variam entre quase meio milhão e 700 mil rolos. Descreve ainda que (PAVANI, 2007, p.105)

> Na época da Biblioteca de Alexandria, o suporte era papiro ou couro, o registro era manuscrito e as cópias feitas, manualmente, uma a uma. Somente um lado do suporte era escrito e os documentos tinham a estrutura física de rolos, com o acesso à informação feito de maneira seqüencial, tal como nas fitas de computador ou nas fitas cassete. Uma observação interessante é que os rolos não ficam em pé, como os livros, por isso eram guardados deitados e esta situação implicava no modo como deveriam ser identificados e acessados. Esta era a tecnologia de informação e comunicação de então, mas o desejo pelo acesso a todo o conhecimento era o mesmo. A combinação de ambos gerou as soluções possíveis, impactando na maneira como as obras eram descritas, identificadas e armazenadas.

Destaca alguns avanços tecnológicos como foi à introdução do códice em Roma no início da era cristã, que tinham folhas feitas de papiro ou pergaminho e eram encadernados, permitindo a escrita dos dois lados e o acesso randômico. Na Idade Média foi pensado, mas não levado a efeito, a criação de um catálogo coletivo das obras residentes dos monastérios, mas a grande revolução se deu com Johannes Gutenberg e sua invenção da prensa somada a figura de Martin Luther, líder religioso que difundiu a idéia de intimidade com Deus através da leitura de sua palavra: a Bíblia. Evidentemente, que, se poderia ler e compreender o Livro Sagrado poderia ler qualquer outra coisa, e o estímulo do gosto pela leitura e o seu mercado, aparece em todas as camadas sociais, estimulando a "vulgarização" do letramento, até então, destinados a poucos. Nessa outra fase, conto com o apoio imprescindível de Marta Ferreira Abdala Mendes que fez um trabalho no mínimo imperdível para quem quer desvendar a história da ciência e sua divulgação, em sua tese de doutorado.

Até meados do século XVII, a comunicação científica era restrita a conversações no formato de cartas entre os pesquisadores e uma publicação ou outra de panfletos e livros. Não havia um centro que se responsabilizasse pela transmissão dessas publicações, relegando ao anonimato muitos trabalhos e cientistas, apontando Ziman (1968) que por sua vez considera que as revistas científicas, criadas pelas Sociedades Reais e Academias Nacionais, desempenharam um papel fundamental na disseminação dos escritos científicos, permitindo que, de posse de características como a regularidade, agilidade e de acesso a inúmeras pesquisas, acabava por estimular novos trabalhos e o avanço científico. A pesquisa ganha força, porque as publicações representam um momento ulterior que é decorrente daquela, ou seja, o objetivo da comunicação científica é revestir de legitimidade e definir novas disciplinas, além de dar visibilidade

à ciência pela disseminação do conhecimento aos cientistas, favorecendo a prática de pesquisas, corroborando/refutando ou apresentando novas propostas diante dos resultados.

Segundo Mendes (2006, p.95), a partir da década de 1940, surgem alguns estudos investigativos sobre a estrutura social da ciência, desenvolvendo a idéia de que a comunicação é uma parte fundamental da ciência, notadamente a comunicação das idéias científicas para o público leigo, sendo, inclusive, "recompensados" por essa sociedade por publicar suas idéias e descobertas na literatura científica. O mesmo não aconteceu em meados da década de 1960, onde foi incorporado o modelo linear, sem levar em consideração qualquer tipo de resposta desse processo, e mais a frente, durante os anos seguintes, os estudos fincaram na descrição processual das idéias científicas saídas dos laboratórios.

Os anos de 1970 trazem consigo estudos críticos acerca das práticas cotidianas dos cientistas e, a forma como o conhecimento científico era produzido, sendo instrumento privilegiado e destinado aos poucos detentores desse, ou seja, a idéia de que a ciência é criada em uma esfera e, então, disseminada em outra passou a ser questionada, enfatizando-se o modo pelo qual a informação científica é moldada pelas várias audiências para qual é direcionada. (MENDES, 2006, p.96). De acordo com esse argumento, a comunicação científica se justifica como um empreendimento público.

O texto de Bueno (1985, p.1420) cita Pasquali (1978), para quem a difusão científica, no campo conceitual seja vasto, pode ser entendida como processo ou recurso de veiculação de informações científicas e tecnológicas, alcançando os periódicos especializados, bancos de dados, reuniões científicas etc. Ou seja, a ciência pode ser difundida tanto para os pares ou para qualquer um sem que isso macule o significado de difusão, que pode se dar em três perspectivas: disseminação, divulgação e o jornalismo científico. Essa distinção foi trazida por Mendes (2006, p. 18) e que propõe o seguinte:

No primeiro plano temos a figura da disseminação científica que seria a comunicação dentro da comunidade científica, a fim de difundir os resultados científicos, podendo ser realizada em dois níveis: 1) Intrapares: dirigida ao público especializado de uma mesma área do conhecimento e 2) Extrapares: as informações circulam para especialistas de outras áreas de conhecimento. Já o termo divulgação científica estaria relacionado com a comunicação pública da ciência, por intermédio de processos e recursos que permitam a tradução da linguagem especializada para a não-especializada a fim de permitir a compreensão do que se quer dizer por quem não tem a

linguagem científica e específica da área. Para Calvo Hernando (1992, p.72) a divulgação científica

> [...] compreende toda atividade de explicação e difusão dos conhecimentos, da cultura e do pensamento científico e técnico, com duas condições, duas reservas: a primeira, que a explicação e a divulgação se façam fora do marco do ensino oficial ou equivalente, a segunda, que estas explicações extra-escolares não tenham como objetivo formar especialistas ou aperfeiçoá-los em seu próprio campo, pois o que se pretende, pelo contrário, é complementar a cultura dos especialistas fora de sua especialidade.

Quanto ao jornalismo científico é a propagação massiva das descobertas, conceitos e tratamento científico para determinado tema, tendo como maior contra ponto o aspecto mercadológico, podendo desvirtuar a proposta científica do seu real foco. Um trabalho interessantíssimo é o de Ana Maria S. Mora (2003, p.13) que traz a comunicação científica como a "recriação do conhecimento científico, para torná-lo acessível ao público", tendo, portanto, a preocupação de combinar conhecimento científico com sensibilidade e imaginação para despertar o prazer e o interesse independente do tema. Para a autora, na divulgação científica, o "conhecimento é partilhado, e não comunicado" (Mora, 2003, p.99), ainda que seu sentido primordial seja o de comunicar (Mora, 2003, p.101). Mendes (2006, p.29) comenta ainda

> Nesta perspectiva, a divulgação científica está inserida no pressuposto de que a ciência é uma instituição social e sua prática se constitui pela comunicação pública da produção científica, negando a idéia de anterioridade e independência da produção científica em relação à atividade de divulgação científica. [...] Questionando o postulado da independência e da anterioridade da produção científica em relação à atividade de comunicação ou de divulgação, as questões relacionadas às ciências e ao público vêm sendo discutidas na perspectiva que considera as ciências como atividades sociais indissoluvelmente cognitivas e de comunicação. As ciências e a divulgação científica não são mais diferenciadas de forma dicotômica, mas sim entendidas como um *continuum* dinâmico e interativo de gêneros de exposição do trabalho científico, desde a apresentação dos resultados intra-pares até a difusão ao grande público, passando pela educação científica no nível superior e em outros níveis de escolaridade, assim como pelas obras didáticas e paradidáticas.

E como resultados desse incentivo a novas produções e disseminação da produção finalizada têm uma estrutura pública para financiamento da produção científica, dentre elas: a formação do pesquisador e a fomentação de incentivos à pesquisa científica. Estas categorias estão muito ligadas, podemos dizer até que são co-dependentes, e apresenta um custo relativamente alto, como mostram Craveiro, Machado e Ortellado (2008 e p.33) em relatório sobre os custos oriundos para se produzir uma dissertação de mestrado e tese de doutorado na Universidade de São Paulo (USP) com apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do estado de São Paulo

(FAPESP): para uma dissertação de mestrado, o investimento público total é de R$78.409,53 e para uma tese de doutorado é de R$ 155.344,04.

Nessa perspectiva, somada ainda a crescente busca por qualificação em mestrado e doutorado, como apontas as súmulas dos censos da Capes na área jurídica e ainda com os dados relacionados à produção científica nessas instâncias, oriundas do confronto de idéias e teorias e do aperfeiçoamento acadêmico, está distante da maioria dos indivíduos. Segundo Craveiro, Machado e Ortellado (2008 e p.25):

> [...] a estimativa aponta uma surpreendente quantidade de livros produzidos por autores trabalhando em instituições públicas em regime de dedicação integral ou exclusiva, seja como docentes, seja como pesquisadores. Isso significa que os livros foram originalmente publicados enquanto os autores trabalhavam em tempo integral para uma instituição pública, sendo, portanto produtos diretos do investimento público em pesquisa e ensino. [...] nossa estimativa mostra que na área científica nos cursos de excelência acadêmica, surpreendentes 86% dos livros cujos autores atuam no Brasil, são fruto de investimento público direto e mesmo entre os cursos profissionais em instituições de sucesso comercial, cerca de um quarto desses livros foram escritos por pesquisadores e docentes trabalhando em regime integral em instituições públicas.

Inúmeras questões se levantam relacionadas ao papel da divulgação, a formação do pesquisador, a relação ciência-divulgação-educação, dentre outros, como indicadores considerados para formular e implementar políticas públicas de C&T até num plano das questões que envolvem a função social da ciência, é um debate bastante aquecido no contexto da Ciência da Informação no tocante a responsabilidade social da informação, que segundo Araújo Freire (2006, 17)

> Nesse contexto, um dos objetivos da ciência da informação seria contribuir para a informação se tornar, cada vez mais, um elemento de inclusão social, trazendo desenvolvimento para as pessoas e nações. [...] Dessa forma, podemos imaginar que a ciência da informação deva continuar sua epopéia para descobrir novas formas de pensar e agir de maneira ativa nos diversos processos de comunicação na sociedade. Sociedade onde existem cada vez mais pessoas que precisam ter acesso à informação, nas mais diversas fontes e através dos mais variados canais. O que, em se tratando de atividades de informação, pode significar a busca de uma tecnologia entre o real e o virtual, valorizando o que de mais importante existe no processo de comunicação da informação, os seres humanos, principal personagem nessa narrativa.

Essa responsabilidade social da informação como objeto de estudo, como consciência de pesquisa para a CI não veio de um dado fenômeno, mas se refere a necessidade oriunda da problematização social, foi sentida e discutida por Wersig e Neveling (1975 *apud* Freire, 2001, p. 34) ou seja "a transmissão de conhecimento para aqueles que dele necessitam é uma responsabilidade social, e essa responsabilidade social parece ser o fundamento em si para a ciência da informação". Desse modo, os

cientistas e a própria Ciência da Informação se tornam relevantes para o desenvolvimento da sociedade, já que se propõe a facilitar a comunicação entre usuários de conhecimento e as fontes, viabilizando novos processos, “novas oportunidades para transferência efetiva da informação e do conhecimento podem ser criadas, de modo a apoiar atividades que fazem parte do próprio núcleo de transformação da sociedade” (FREIRE, 2001, p. 35).

5. A possibilidade do espaço virtual

O espaço virtual é hoje, muito mais presente nos indivíduos do que poderíamos supor, ou tentar aqui, dimensioná-lo. Uma experiência muito interessante me ocorreu nesse ano em visita a Rádio Comunitária de Tavares-PB, exatamente no dia 08 de março, para falar sobre violência doméstica para os seus ouvintes e debater com representantes de diversos segmentos sociais, a exemplo da secretária de educação municipal até a presidente do clube de mães. Aquela tecnologia disponível tem um grande impacto para aquela comunidade e sua redondeza e me questiono se, não seria esse um espaço também de virtualidade. Pois bem, o que me chamou muito a atenção é que três pessoas das dez haviam buscado informações na internet sobre o tema, uma inclusive, trabalhadora rural, uma das coordenadoras do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Flores- PE tinha discutido com amigos que estavam na Itália e na Alemanha.

Essa situação é simbólica, muito embora não seja uma situação comum, notadamente no meio rural, mas ela acontece e revela a magnitude das tecnologias da informação. A necessidade de busca por informação na internet, pela possibilidade que ela produz: disponibilidade de conteúdos, interoperabilidade, interatividade e, sobretudo de reduzir a desigualdade de acesso aos conteúdos científicos, como foi feito pelos participantes acima, se dá para qualquer um que o fizer. Evidentemente que, somente ter o computador, ou mesmo um computador com acesso à internet, não significa que os problemas de desigualdades estão solucionados, mas que é um começo interessantíssimo é o que reforça a validade e importância de projetos governamentais como o Cidadão Conectado. Com isso, objetivamos iniciar, ou apresentar a importância do espaço virtual para disseminar a produção científica e nesse contexto, Araújo e Freire (1996, p. 53), quando a discussão sobre a Internet como canal de comunicação ainda era relativamente incipiente no Brasil, apostaram o aspecto híbrido, formal e informal da rede, que constitui o que as autoras denominaram “um canal formal de comunicação informal”.

Na perspectiva cultural, Lévy (2008, p. 92) define a Internet como ciberespaço, um "espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores". O conceito causa, todavia, estranhamento quando se pensa na desterritorialização promovida por esse mesmo ciberespaço, e por isso há de observar esse novo lugar de comunicação científica. Neles, despontam como estrelas de um novo universo os periódicos de acesso livre on line. Bem, e o que vem a ser a proposta de Acesso Livre? Existem duas principais conceituações, a primeira foi dada pela Declaração de Budapeste (Unesco, 1999, p. 06), que diz

> Por "acesso livre" a essa literatura, nós queremos dizer, sua livre disponibilidade na Internet pública, permitindo a todos os usuários lerem, fazerem o download, copiar, distribuir, imprimir, buscar ou fazer links ao texto completo desses artigos e o crawling para indexação [...]. A única restrição na reprodução e distribuição e o único papel para o direito autoral nesse domínio devem se dar ao autor o controle sobre a integridade de seu trabalho e o direito de ser apropriadamente reconhecido e citado [...].

Essa definição implica na disponibilidade de acesso livre na Internet de textos completos, seu uso e distribuição respeitando os direitos autorais. A Declaração de Bethesda datada de 11 de abril de 2003 amplia a questão quando menciona o repositório, dizendo o seguinte:

> Una Publicación de Acceso Abierto es la que cumple las dos condiciones siguientes:
> 1) El/los autor/es y el/los propietario/s de los derechos de propiedad intelectual otorgana los usuarios un derecho libre, irrevocable, universal y perpetuo de acceso y licencia para copiar, utilizar, distribuir, transmitir y presentar el trabajo públicamente y hacer y distribuir obras derivadas, en cualquier soporte digital para cualquier finalidad responsable, sujeto a la apropiada atribución de la autoría, así como el derecho de hacer una pequeña cantidad de copias impresas para su uso personal.
> 2) Una versión completa de la obra y todos los materiales suplementarios, incluyendo una copia de los permisos citados anteriormente, en un formato electrónico estándar apropiado se depositará de forma inmediata a la publicación inicial en al menos un repositorio en línea apoyado por una institución académica, una sociedad de intelectuales, una agencia gubernamental, o cualquier otra organización debidamente establecida que persiga facilitar el acceso abierto, la distribución sin restricciones, la interoperabilidad y el archivado a largo plazo.[251]

[251] Para ser considerada uma publicação de Acesso Livre, devem ser observados os seguintes requisitos: 1) O autor e detentor de direito autoral garantem a todos os usuários o direito ao acesso perpétuo no mundo inteiro e licença para copiar, utilizar, distribuir, transmitir e apresentar o trabalho publicamente e fazer, bem como distribuir obras derivadas em qualquer suporte digital para qualquer propósito responsável, sujeito a atribuir apropriadamente o direito autoral e também o direito a fazer uma pequena quantidade de cópias impressas para uso pessoal;2)A versão completa da obra e todo material suplementar, incluindo a cópia de permissão como estipulado acima, num formato eletrônico, de padrão conveniente é depositado imediatamente após a publicação em ao menos um repositório on line mantido por uma instituição ou sociedade acadêmica, agência governamental ou outra agência devidamente estabelecida que busque facilitar o acesso livre, a distribuição irrestrita, a interoperabilidade e o arquivo por longo tempo. (Tradução nossa).

Mas essa alternativa passa a ser constantemente pertinente. Ora, vejamos, a partir dos anos de 1950, os periódicos começam a serem comercializados, os altos valores atribuídos a assinatura deflagraram a grave crise dos periódicos durante a década de 70 que se instaurou definitivamente nos anos posteriores a 1980, devido à impossibilidade das bibliotecas universitárias americanas manterem suas coleções de títulos de periódicos atualizadas, bem como adquirir número suficiente de fascículos para atender à demanda crescente dos usuários, novas possibilidades começam a se constituir, a exemplo da experiência de *Los Alamos*, iniciada em 1971 no Novo México. Quando pesquisadores das áreas de física e matemática, dentre outras, enviaram seus trabalhos para um repositório central e informaram aos interessados que os textos estavam disponíveis para acesso livre. Esse exemplo foi seguido, tanto pelos repositórios de *e-prints* para áreas específicas, quanto pelos repositórios institucionais onde pesquisadores, após publicarem seus trabalhos, ou mesmo quando ainda estavam sob avaliação (em raríssimas exceções), disponibilizaram seu material sem custos para os usuários. Os primeiros periódicos eletrônicos surgiram nos anos de 1990, sejam por assinatura ou de acesso livre, e seu formato estava muito próximo ao que se usava no modelo impresso. Alguns periódicos mantiveram as duas versões, impressa e eletrônica, a fim de justificar o pagamento das assinaturas, mas o autor ou a sua instituição é que pagavam para que o trabalho fosse disponibilizado livremente (MUELLER, 2006, p.32). Foi assim que, como esclarece Freire (2002, p.6):

> Na história da sociedade contemporânea, a ciência tornou-se [...] a principal forma de conhecimento sobre os mistérios do mundo, fundando a base para o desenvolvimento das tecnologias digitais que transformaram os meios de produção. Nesse contexto, o campo científico pode ser visto como estrutura que atende à necessidades de organização da sociedade, fazendo parte do seu sistema de comunicação e trocas econômicas. Uma característica marcante desse campo é sua especialização por áreas de interesse. É o caso do aparecimento das novas ciências, como a ciência da informação.

Em 1968, Borko, um dos pioneiros da Ciência da Informação (MORAES, 2002), apontava como uma característica predominante a interdisciplinariedade, tendo como área de interesse um conjunto de conhecimentos relacionados com a origem, coleção, organização, armazenamento, recuperação, interpretação, transmissão, transformação e utilização da informação além de inserir "a investigação das representações da informação nos sistemas naturais e artificiais, a utilização de códigos para transmissão eficiente da mensagem, o estudo de instrumentos e técnicas de processamento da informação" (BORKO, 1968, p.3). A análise de Freire (2002, p.8) acerca da postura

conceitual de Borko, manifesta-se concordante a partir do ponto central da interdisciplinariedade somada a inter-relação entre teoria e prática, elegendo esse aspecto como gerador das correlações com outros campos científicos. Contudo, novos valores se agregam ao campo da Ciência da Informação, e atualmente podemos vislumbrar sua função social e seu papel como partícipe fundamental na mediação entre uma informação relevante e o usuário ou grupo de usuários para os quais essa informação representa a possibilidade de criação de um novo conhecimento. Como ressalta Freire (2002, p.10):

> A área de atuação [da Ciência da Informação] se define [...] a partir da *função social* de facilitar a comunicação de mensagens entre um emissor e um receptor humanos. Isso implicou na inserção do seu objeto de estudo no domínio dos fenômenos da comunicação social, em particular a comunicação entre uma fonte emissora de mensagens contendo conhecimento científico capaz de promover mudanças nas estruturas cognitivas de um receptor.
> [...] Nessa perspectiva, no processo de comunicação a *informação* contida em um *texto organizado* por um emissor com o *propósito* de transformar as *estruturas cognitivas* de um receptor, interage com essas estruturas de modo a assegurar a compreensão do sentido da mensagem que lhe está sendo enviada. E enquanto processo de comunicação, esse fenômeno ocorre com-e-nos indivíduos e sociedades humanas, sejam elas neolíticas ou pós-modernas. Em uns e outras, é no contexto social que os seres humanos tecem as categorias e formas de expressão da cultura, como um fio que pode começar num mito ou num enunciado científico.

Entretanto, a sociedade da informação desponta como oportunidade no que se refere ao uso dos novos métodos e técnicas para o processamento e comunicação da informação, sem os quais esse recurso não teria adquirido o caráter de fenômeno na pós-modernidade. No ciberespaço, a tecnologia digital interliga não apenas pessoas, culturas, como também sensações, podendo muito bem ser utilizada como ponte de acesso livre entre o indivíduo e seus direitos.

É por meio desses recursos tecnológicos que o poder público pode interagir mais com a sociedade, conhecendo novas demandas e proposições políticas de grupos sociais antes limitados em seus canais de comunicação com o Estado. Ou seja, a disponibilidade de compreender o papel da informação, da responsabilidade dos gestores e do impacto sobre os grupos sociais, deve ser encarada como um espaço fundamental para o estudo e aplicação de políticas públicas para inserção dos indivíduos na sociedade da informação. Nesse sentido, Ferreira (2003,p.37) afirma que os países em desenvolvimento devem buscar

> [...] Oportunidade de investir em ciência e tecnologia, a fim de que o conhecimento produzido seja revertido na qualidade de vida da população. De ampliar o acesso do cidadão à educação, com a participação de sindicatos, empresas privadas, ONGs e outras formas organizativas da sociedade

> comprometidas com o desenvolvimento da cidadania. Cidadania cuja prerrogativa do seu exercício passa, necessariamente, pelo direito de acesso à informação, como condição elementar para a conquista de novos direitos políticos, civis e sociais, em uma sociedade cada vez mais caracterizada pela velocidade das mudanças que nela ocorrem, exigindo, assim, grande capacidade adaptativa das instituições e grupos sociais que a constituem.

Nas palavras de Lévy (2008, p.195) "Na era do planeta unificado, dos conflitos mundializados, do tempo acelerado, da informação desdobrada, das mídias triunfantes e da tecnociência multiforme e onipresente, quem não sente que é preciso repensar os objetivos e os meios da ação política?", ora, em sociedades que se dizem democráticas deve ser reconhecido que processos políticos importante se desenvolvem tanto nos organismos científicos, departamentos de pesquisas e desenvolvimento, quanto no Congresso ou na rua. Então pensar medidas sociabilizadoras e, portanto, democráticas no que se refere ao acesso ao conhecimento científico, é levar a democracia as últimas conseqüências, ou no dizer de Lévy (2008, p. 185), a tecnodemocracia[252]. Com a Lei do Bem sancionada, houve o lançamento de um pacote de redução de impostos para computadores com preços até R$ 4 mil (desktops e notebooks), com isso, houve uma queda na participação do "mercado cinza", que hoje só chega a 32% do mercado de PCs, porque anteriormente, praticamente dominava este comércio. Segundo dados da Abinee o mercado brasileiro de PCs (desktops e notebooks) movimentou 2,5 milhões de unidades no primeiro trimestre deste ano. O estudo da Abinee aponta que as vendas de PCs atingirão 11,7 milhões de unidades em 2008, o que representa um crescimento de

[252] Nesse rastro, podemos citar iniciativas interessantes, como o Portal da Transparência, uma iniciativa da Controladoria-Geral da União (CGU) para assegurar a boa e correta aplicação dos recursos públicos e tem como principal objetivo dar mecanismos informacionais, estimulando o controle social dos recursos e portanto, o combate a corrupção. Lançado em novembro de 2004, funciona como canal pelo qual o cidadão pode acompanhar a execução financeira dos programas de governo, em âmbito federal. Estão disponíveis informações sobre os recursos públicos federais transferidos pelo Governo Federal a estados, municípios e Distrito Federal – para a realização descentralizada das ações do governo – e diretamente ao cidadão, bem como dados sobre os gastos realizados pelo próprio Governo Federal em compras ou contratação de obras e serviços, por exemplo. Ao acessar informações como essas, o cidadão fica sabendo como o dinheiro público está sendo utilizado e passa a ser um fiscal da correta aplicação do mesmo. O cidadão pode acompanhar, sobretudo, de que forma os recursos públicos estão sendo usados no município onde mora, ampliando as condições de controle desse dinheiro, que, por sua vez, é gerado pelo pagamento de impostos. Outra iniciativa é o recente Blog do Planalto lançado dia 31 de agosto de 2009, com a proposta de compartilhar informações sobre o cotidiano da Presidência da República, desde eventos, atos e a agenda do Presidente para que todos possam compreender melhor as ações, programas e políticas do governo. Para tanto, são usados textos, fotos, vídeos, áudios e infográficos para ilustrar as mensagens, na tentativa de estabelecer um diálogo cada vez mais próximo e informal entre governo e sociedade.Ver : http://blog.planalto.gov.br. O mais interessante é que site homônimo foi lançado dia 01 de setembro do corrente ano reproduzindo todas as informações do oficial Blog do Planalto, contendo uma diferença fundamental para o universo da internet: o espaço para comentários. A criadora Daniela Silva o fez justo pela ausência desse requisito básico do Blog. Ver: http://planalto.blog.br/.

17% em relação a 2007. Esses números evidenciam uma grande conquista, mas salienta que o espaço cibernético deve ser considerado como legítimo veiculador na difusão do conhecimento científico.

A resistência a proposta do Acesso Livre normalmente é fundada em aspectos mercantilistas ou na ignorância/ desconhecer a questão em seus reais termos, apontando-a como elemento que destitui dos autores os seus direitos. Existem duas vertentes de concretude: os repositórios institucionais e a submissão em revistas com formato de acesso livre. Segundo Kuramoto (2009, p 22) a média de crescimento de Repositórios Institucionais num único dia (pesquisa feita em Agosto de 2008) chega a ser no mundo 1131 registros, nos países em desenvolvimento 173 e na América Latina e Caribe 100 registros de RIs .Esse crescimento pode ser sentido pelos gráficos que se apresentam extraído do site de Registry of Open Access Repositories (ROAR) em 30 de julho de 2009 e obtivemos as seguintes medidas:

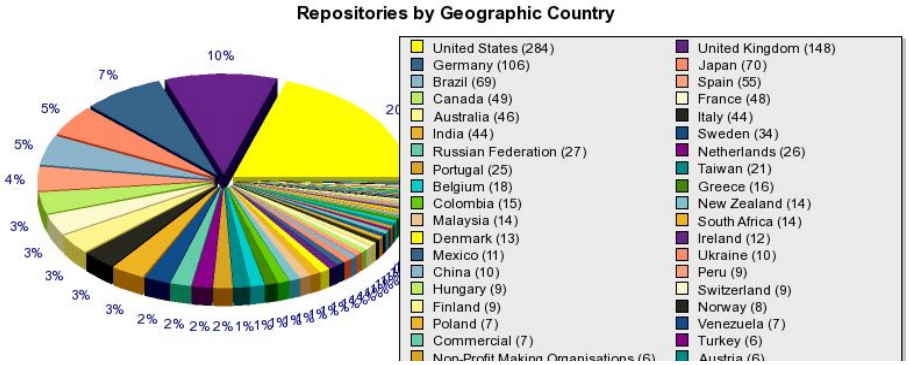

Fonte: http://roar.eprints.org

Essas são respostas a iniciativas supranacionais, internacionais e nacionais. Como iniciativas supranacionais veremos a atuação da UNESCO desde o final da década de 1990, em defesa do acesso aberto, através de declarações como a de Budapeste em 1999, programas e de financiamentos e a *International Federation of Library Associations and Institutions* - IFLA, que se destacou pelas recomendações feitas em 2002 com o IFLA Internet Manifesto, em 2003 fez nova declaração sobre acesso aberto, tendo como mecanismo de implementação a soma de esforços, em 2006 com a UNESCO. No ano posterior assina a Declaração de Cronenberg. Terezinha Elisabeth da Silva e Adriana Rosecler Alcará (2008, p. 03) em comunicação apresentada no IX Enancib elencam as iniciativas governamentais e no tocante a IFLA dá destaque a Declaração publicada em dezembro de 2003, ressaltando os papeis dos envolvidos nessa poderosa empreitada do acesso aberto à literatura acadêmica que

> [...] o reconhecimento do papel desempenhado por todos os atores – autores, editores, bibliotecas e instituições – envolvidos no processo de registro e disseminação da pesquisa e define a adoção dos seguintes princípios de acesso aberto: a) o reconhecimento e a defesa dos direitos autorais, em especial dos direitos de atribuição e integridade; b) a adoção do processo de revisão por pares, visando assegurar a qualidade da literatura acadêmica, independentemente da forma de publicação; c) a oposição à censura governamental, comercial ou institucional das publicações originadas de pesquisas e bolsas de estudos; d) a disponibilização em formato de domínio público de toda a literatura acadêmica e documentos de pesquisa após a expiração do *copyright* determinado pela lei; e) a implementação de medidas para superar a desigualdade de acesso à informação; f) o apoio às iniciativas que promovem o desenvolvimento de modelos de publicação de acesso aberto sustentáveis; e g) a implementação de mecanismos legais, contratuais e técnicos para assegurar a preservação e a disponibilidade perpétua, usabilidade e autenticidade de toda a literatura acadêmica e documentação de pesquisa.

O que fica claro é a evidência do acesso à literatura científica como mecanismo de apreender o seu estar no mundo e do próprio mundo, além de apontar uma saída para a desigualdade, alerta que o acesso aberto garante a integridade do sistema de comunicação científica, já que assegura que todos os resultados de pesquisa estarão disponíveis permanentemente para o irrestrito exame e, quando relevantes, elaboração ou refutação (SILVA; ALCARÁ, 2008, p. 03). No âmbito internacional, teremos iniciativas no EUA, na Comissão Européia, no Reino Unido, Alemanha, França, Austrália, Canadá, Portugal, China, Rússia, Índia, Bélgica e África do Sul. No caso brasileiro, temos alguns exemplos, como as iniciativas do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT) de promoção do “acesso aberto” ou “livre” à produção científica, primeiramente com o Manifesto Brasileiro de apoio ao Livre Acesso à Informação Científica em 2005. Em seguida temos a Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD), o Portal Brasileiro de Repositórios e Periódicos de Acesso Livre - OASIS.BR - e demais ações que visam articular e sensibilizar os diversos autores e a difusão da importância do Acesso Livre.

Para Silva e Alcará (2008, 11) não pode ser esquecida três iniciativas ainda, a primeira é Carta de São Paulo de dezembro de 2005, que contou com a assinatura de professores, pesquisadores, bibliotecários, alunos, cidadãos e representantes de organização civil e chama a responsabilidade todos os envolvidos, direta ou indiretamente para implantar ações de ampliação do acesso a produção científica. A segunda é a Declaração de Florianópolis de maio de 2006 que vem reforçar num caráter mais local o que foi pensado pela Declaração de Bethesda. A última é o Projeto de Lei 1120/2007 do deputado Rodrigo Rollembrg que dispõe acerca da disseminação da

produção técnico-científica pelas instituições de ensino superior e das unidades de pesquisa de caráter público de maneira obrigatória, fora a criação de um Comitê de Alto Nível para "discutir e sugerir a elaboração de uma política nacional de acesso livre à informação científica" (SILVA e ALCARÁ, 2008, p.11)

Podemos mencionar ainda o Portal Domínio Público do Ministério da Educação (MEC); a política da Coordenadoria de Aperfeiçoamento do Ensino Superior (CAPES), que em fevereiro de 2006 estabelece em Portaria a obrigatoriedade das IES de disponibilizar on line todas as teses e dissertações brasileiras[253], colocando o Brasil na posição de detentor do maior banco do mundo, além do incentivo ao uso de "licenças livres" em diversos tipos de conteúdos fomentados pelo Ministério da Cultura (MinC). No entendimento de Ferreira (2003, p.40) a sociedade da informação:

> [...] representa para o Estado os desafios e as oportunidades de um novo arranjo político, social, econômico e tecnológico. Desafio que o leva a rever sua legislação civil, comercial e penal, para dar conta dos novos comportamentos sociais que emergem de uma ordem agora informacional. A pensar formas de educação inovadoras para o ensino público, com o advento dos computadores pessoais e da telemática. A buscar novos mecanismos de fazer política, com a participação popular e o livre acesso do cidadão à informação pública. A capacitar os recursos humanos do aparelho estatal para o trabalho informacional. A produzir conteúdos nacionais qualitativos, de interesse público e com valor agregado, capazes de promover o desenvolvimento político e cultural da coletividade.

Creio que essa citação representa muito bem o espírito que deve nortear a agenda governamental e a responsabilidade das agências de fomento em incentivar a quebra de parâmetros antiquados acerca do que é legítimo ou não em termos de canais de publicação. Agora, existem problemas, naturalmente, na efetividade dessa sistemática em algumas instituições, embora sejam adotados padrões internacionais promovidos pelo Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT) do Ministério da Ciência e Tecnologia, publicando na Internet a Biblioteca Digital de Teses e Dissertações e fornecendo o sistema operacional para outras instituições disponibilizarem suas teses e dissertações, por exemplo.

O quadro acima revela que há ainda muito pela frente para "explicar" acerca do Acesso Livre, sobre repositórios, apesar do grande número de participantes. Há um texto da Profa. Suzana Pinheiro Mueller (2006, p. 28) que discute a questão da legitimidade como principal impedimento posto pela comunidade científica aos

[253] As dissertações produzidas no PPGCI da UFPB estão disponíveis em: http://dci2.ccsa.ufpb.br:8080/jspui/handle/123456789/2. É possível pesquisá-las por assunto, autor, título ou data.

periódicos on line, com suas palavras, a associação dos conceitos legitimação e legitimidade a poder, teremos inúmeros entendimentos, “autoridade versus consenso, crenças, normas e leis, conformidade, estabilidade, controle social, desvio, repressão”. Mas o fato é que em qualquer comunidade existem sistemas hierárquicos, regras próprias e na comunidade científica, não poderia ser diferente na área jurídica, pela própria cultura da área são muito bem definidas nas vivências que o perpetua em vários graus. Logo, se a legitimação confere poder, de modo que conduz voluntariamente a determinados comportamentos de conformidade aos canais, meios e tipos discursivos que se enquadra nos padrões valorativos estabelecidos, isso será estendido às publicações que enredam a tradição das áreas científicas.

Não digo que a área jurídica não acate o espaço virtual como legítimo, tanto que veremos várias produções on line, acreditamos na resistência a ele, mas que vem paulatinamente sendo repensado, a própria Capes, na proposta da área de Direito na construção do *Qualis* de periódico do triênio 2007-2009 e metas 2010, aponta a formato on line como meta a ser cumprida pelos periódicos até 2010.

> Um periódico científico é uma publicação seriada, arbitrada e dirigida prioritariamente a uma comunidade acadêmico-científica. Para ser considerado um periódico científico, o mesmo deve conter, obrigatoriamente, os seguintes itens:
> **Para 2008:**
> · Editor responsável.
> · Conselho Editorial.
> · ISSN.
> · Linha editorial.
> · Normas de submissão
> · Periodicidade mínima semestral.
> · Avaliação por pares.
> · Publicar pelo menos 14 artigos por volume.
> · Afiliação institucional dos autores.
> · Afiliação institucional dos membros dos Conselhos.
> · Resumo e Abstract dos artigos.
> · Descritores em português e inglês.
> · Data de recebimento e aceitação de cada artigo.
> · Pelo menos um número do ano anterior publicado.
> **Para 2010:**
> · Disponibilidade em formato digital, com acesso *on line* e garantia por agente certificador auditável de preservação e acesso ao acervo em casos de catástrofes e obsolescência tecnológica.

Isso demonstra que pouco a pouco a área jurídica vai cedendo espaço ao virtual como campo privilegiado de divulgação científica e se propõe a efetivar, com os mesmos critérios estabelecidos para a publicação impressa. E isso demonstra o compromisso dos cientistas jurídicos em levar o conteúdo das pesquisas, seus resultados, a um público mais amplo, sendo assim, sugerimos a necessidade de dar

atenção ao tema, mas, num outro nível, que vai além do nosso objeto, os Creative Commons[254] reforçam nossa postura quando dissemos acima que o objetivo ou conseqüência do Acesso Livre não passa perto de colocar os pesquisadores/autores em saia justa quanto aos seus direitos. Em linhas gerais, representam uma proposta de relativização dos direitos autorais, um trabalho mais aprofundado foi desenvolvido na dissertação de mestrado de Evelyn Cristina Pinto (2006).

Hoje existem revistas de acesso pago como a Consulex, boa parte dos conteúdos do IBCcrim e outras não, como a Revista Liberdades , também do IBCcrim, como também existem revistas que cobram pela publicação do artigo aceito como a BMC que em 2002 começou a cobrar U$500 , nesses casos, há instituições que pagam a revista para que seus pesquisadores possam publicar. Uma iniciativa brasileira que tem grande relevo internacional é o Scielo que é um sistema eletrônico de portais para acesso a coleções digitais de revistas de textos completo, com mais de 630 Periódicos e 13.751 Fascículos oriundos do Brasil, América Latina e Caribe, Espanha, Portugal e em desenvolvimento África do Sul e Costa Rica, viabilizando essa difusão, que de outro modo só era possível com acesso pessoal nas bibliotecas, com incrível aumento do fator de impacto[255] entre 1998 e 2001 de 42%, ostentando mais de 4.053.453 citações.

6. Conclusão

A principal motivação do Acesso Livre é estabelecer políticas de informação, reduzir a exclusão cognitiva, reduzir as desigualdades sociais, maximizar a visibilidade da pesquisa e acelerar o desenvolvimento científico do país, esses elementos para combater esses problemas identificados, inclusive, por um estudo realizado pelo WHO em 2003 (KURAMOTO,2009, p.27) conclui que de 75 países com renda *per capita* anual menor que US$ 1,000, deixaram de fazer assinaturas de revistas científicas 56% das instituições nos últimos 5 anos e nos casos de países com renda *per capita* anual na

[254] Significa oferecer alguns dos seus direitos para qualquer pessoa, mas somente sob determinadas condições. Elas se distribuem assim: Atribuição - Uso Não Comercial - Não a Obras Derivadas (by-nc-nd) ; Atribuição - Uso Não Comercial - Compartilhamento pela mesma Licença (by-nc-as); Atribuição – Uso Não Comercial (by-nc); Atribuição - Não a Obras Derivadas (by-nd), Atribuição - Compartilhamento pela mesma Licença (by-sa) ; Atribuição (by).

[255] O valor do fator de impacto é obtido dividindo-se o número total de citações dos artigos, acumulados nos últimos dois anos, pelo total acumulado de artigos publicados pela revista no referido período. Somente os periódicos indexados no ISI são considerados para o cálculo do fator de impacto internacional. Para que um periódico seja contemplado a ingressar nesta base de dados ele deve reunir requisitos como pontualidade de publicação e cumprimento das normas internacionais de editoração (título informativo, correção das referências citadas, informações completas dos autores, pelo menos conter título, resumo e descritores em inglês e processo de revisão dos artigos a serem publicados por pares – *peer review*). (MARZIALE e MENDES, 2002, p. 467)

faixa de US1,000 – 3,000 , 34% não tinha assinatura de revistas científicas e 34% tinha uma média de 2 assinaturas de revistas científicas por ano. Ou seja, não se trata de uma problemática exclusivamente acadêmica, mas de ordem de inclusão para reduzir as desigualdades sociais. Seguindo a guisa dos objetivos fundamentais dessa República, como deixa claro o art. 3° da nossa Carta Magna

> Art. 3°Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II – garantir o desenvolvimento nacional;
> III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com essas premissas finalizamos essa etapa da explanação da nossa abordagem, esperando que a possibilidade do espaço virtual como um espaço legítimo da divulgação científico-jurídica seja pensada num plano de responsabilidade social dessas produções e do papel do pesquisador, apoiando o Acesso Livre, como mecanismo de concretização dos Direitos Humanos, construindo uma sociedade livre e igualitária.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Mírian de Aquino. A problemática dos indivíduos, suas lutas e conflitos no turbilhão da informação. **Perspectivas em Ciência da Informação**, v. 12, p. 202-221, 2007.

ARAÚJO, Vânia Maria R. H.; FREIRE, Isa Maria. A rede Internet como canal de comunicação na perspectiva da Ciência da Informação. **Transinformação.** Campinas, v.8, n. 2, maio/ago. 1996.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA ELÉTRICA E ELETRÔNICA. **Panorama econômico e desempenho setorial 2009.** Abinee, 2009. Disponível em: <http://www.abinee.org.br/abinee/decon/decon40.htm >. Acesso em: 27 de junho de 2009.

BESSA, Vagner; NERY, Marcelo Batista; TERCI, Daniela Cristina. Sociedade do conhecimento. **São Paulo em Perspectiva.** São Paulo, v.17, n.3-4, 2003.

BORKO, Harold. Information science: what is it? **American Documentation**, v. 19, n. 1, 1968.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede (**A Era da Informação**: economia, sociedade e cultura).vol.1 Trad. Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 4 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

COELHO, José Dias. **A sociedade da informação e do conhecimento: um desafio epistemológico nos sistemas de informação.** Disponível em: www.fesrvsd.fe.unl.pt. Acesso em: 18 de junho de 2009.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação no Brasil: TIC Domicílios e TIC Empresas 2006. Coordenação executiva e editorial Mariana Balboni. São Paulo: CGI.br, 2007.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação no Brasil: TIC Domicílios e TIC Empresas 2008. Coordenação executiva e editorial Alexandre F. Barbosa. São Paulo: CGI.br, 2009.

CRAVEIRO, Gisele; MACHADO, Jorge; ORTELLADO, Pablo (coord.) **O mercado de livros técnicos e científicos no Brasil:** subsídio público e acesso ao conhecimento. Bauru: Canal 6, 2008.

DECLARACIÓN DE BETHESDA SOBRE PUBLICACIÓN DE ACESSO ABIERTO. Disponível em: <http://ictlogy.net/articles/bethesda_es.html.> Acesso em:12 de novembro de 2008.

FERREIRA, Rubens da Silva. A sociedade da informação no Brasil: um ensaio sobre os desafios do Estado. *In* **Ciência da Informação**. v. 32, n. 1, jan./abr. Brasília,2003. Disponível em: < http://revista.ibict.br/ciinf/index.php/ciinf/issue/view/25/showToc> . Acesso em: 20 de outubro de 2008.

FREIRE, Isa Maria. Barreiras na comunicação da informação tecnológica. **Ciência da Informação.** v.20, n.1, jan./jun. Brasília,1991. Disponível em: <http://www.isafreire.pro.br/FREIREBarreiras.pdf>. Acesso em:12 de março de 2009.

_____. Conhecimento e responsabilidade social: o olhar do cientista da informação. **Comunicação & Comunidade.** Rio de Janeiro, v. 7, 2001. Disponível em: http://www.facha.edu.br/necc/revista/ed_07/ed_07.pdf . Acesso em 28 de julho de 2009.

_____. Da construção do conhecimento científico à responsabilidade social da Ciência da Informação. **Informação & Sociedade: Estudos**, João Pessoa, v.12, n.1, 2002. Disponível em: <http://www.ies.ufpb.br/ojs2/index.php/ies/article/view/158/152>. Acesso em: 20 de outubro de 2008.

_____. A responsabilidade social da Ciência da Informação na perspectiva da consciência possível.*In* **DataGramaZero**, Rio de Janeiro, v.5, n.1, fev. 2004 . Disponível em: <http://www.dgz.org.br/fev04/Art_02.htm>. Acesso em : 20 de outubro de 2008.

GÓMEZ, Maria Nélida González de. Novos Cenários Políticos para a Informação. **Ciência da Informação**. Brasília, v. 31, n. 1, p. 27-40, 2002. Disponível em: < http://dici.ibict.br/archive/00000213/01/Ci%5B1%5D.Inf-2004-582.pdf> . Acesso em: 08 de julho de 2009.

HENRIQUES, Ricardo. Desnaturalizar a desigualdade e erradicar a pobreza no Brasil. *In*. NOLETO, Marlova Jovchelovitch; WERTHEIN, Jorge (orgs). Pobreza e desigualdade no Brasil: traçando caminhos para a inclusão social. Brasília: UNESCO, 2003.

KURAMOTO, Hélio. **Acesso livre**: um novo paradigma para a comunicação científica. In Workshop sobre Acesso Livre e Informação no CTI. Campinas, março, 2009. Disponível em: http://kuramoto.blog.br/. Acesso em: 21 de novembro de 2008.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** Trad. Carlos Irineu da Costa. 7 reimp.São Paulo: 34, 2008.

MENDES, Marta Ferreira Abdala. **Uma perspectiva histórica da divulgação científica: a atuação do cientista-divulgador José Reis (1948-1958).** Tese de doutorado. Pós-Graduação em História das Ciências e da Saúde da Casa de Oswaldo Cruz-FIOCRUZ,2006.

MORA, Ana Maria Sánchez. **A divulgação da ciência como literatura.** Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2003.

MORAES, Alice F. de. Os pioneiros da ciência da informação nos EUA. **Informação & Sociedade: Estudos**, João Pessoa, v.12, n.2, maio/ago. 2002.

MUELLER, Suzana Pinheiro Machado. A comunicação científica e o movimento de acesso livre ao conhecimento. **Ciência da Informação**, Brasília, v.35 n.2.maio/ago. 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Declaração sobre ciência e o uso do conhecimento científico de Budapeste.** Hungria, UNESCO, 1999. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ue000111.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2009.

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

PAVANI, Ana M.B. A produção científica disponível ao mundo: a tecnologia, a vontade e os acessos. **Revista Eletrônica Biblioteconomia e Ciência da Informação.** Florianópolis, n. esp., 1º sem. 2007.

PEREIRA, Patrícia Mallmann Souto. **Necessidade e uso de informação no contexto da inclusão digital**: uma visão da política de inclusão digital de Quissamã/RJ. (Dissertação de mestrado) .

PINTO, Evelyn Cristina. Repensando os *Commons* na comunicação científica.(Dissertação de mestrado) . Universidade de São Paulo- USP, 2006.

SARACEVIC, Tefko. Ciência da informação: origem, evolução e relações. **Perspectivas em Ciência da Informação**. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan./jun. 1996. Disponível em: http://www.eci.ufmg.br/pcionline/index.php/pci/article/viewFile/235/22. Acesso em: 22 de junho de 2009.

_____. Information Science. **Journal of the American Society for information Science**. v. 50, n. 12, 1999. Disponível em: <http://www.scils.rutgers.edu/~tefko/JASIS1999.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2008.

SILVA, Terezinha Elisabeth da; ALCARÁ, Adriana Rosecler. Políticas de acesso aberto à informação científica: iniciativas governamentais. In Anais do IX ENANCIB – Diversidade cultural e políticas de informação. São Paulo:USP, 2008.

TAKAHASHI, Tadao (org.). **Sociedade da informação no Brasil :** livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

WERTHEIN, Jorge. A Sociedade da informação e seus desafios. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 29, n. 2, maio/ago, 2000. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf> . Acesso em: 08 de julho de 2009.

O DIREITO DE AUTOR DIANTE DAS NOVAS FORMAS DE CRIAÇÃO E DIFUSÃO MUSICAL: A QUESTÃO DO SAMPLING*

THE COPYRIGHT AND THE NEW FORMS OF MUSICAL CREATION AND DIFFUSION: THE SAMPLING QUESTION

Marco Antônio Sousa Alves
Richard-Paul Martins Garrell

RESUMO

A sociedade da informação e a era digital conformam um momento histórico de intensa transformação tecnológica e social, com grandes implicações políticas, econômicas e culturais. O direito não pode ficar alheio a esse processo, posto que é sistematicamente chamado a se posicionar diante dos novos conflitos e das novas demandas sociais. O presente trabalho pretende assumir uma pequena parte desse desafio, relacionada mais especificamente com as novas formas de produção e difusão de criações musicais. Além de apresentar em linhas gerais a importância das mudanças em curso e o impacto delas em alguns pilares da atual legislação autoral, sobretudo sobre as noções de autor, obra e originalidade, o trabalho pretende focalizar um tipo específico de criação musical, baseada no sampling, tentando indicar suas origens e seu significado cultural. Acreditamos que essa prática de criação musical ilustra bem a idéia de que a atual "proteção" conferida aos autores não responde às novas demandas dos criadores e funciona mais como um freio e obstáculo do que como combustível e fomento à criação intelectual. Além disso, entendemos que se trata de uma imposição eurocêntrica moderna que ignora e reprime outras tradições culturais e suas formas de criação e difusão cultural, baseadas no trabalho coletivo e na abertura e fragmentação das obras.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO AUTORAL. CRIAÇÃO MUSICAL. SAMPLING. ERA DIGITAL. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.

ABSTRACT

The information society and the digital age make up a historic moment of intense technological and social transformation, with major political implications, economic and cultural. The law cannot remain indifferent to this process, since it is routinely called upon to stand in front of new conflicts and new social demands. This paper intends to play a small part of this challenge, discussing more specifically about the new forms of production and dissemination of musical creations. In addition to outlining the importance of ongoing changes and their impact on some pillars of current copyright law, particularly on the notions of author, work and originality, the paper intends to focus on a specific type of music creation, based on sampling, trying to indicate their origins and their cultural significance. We believe that this practice of musical creation illustrates the idea that the current "protection" given to the authors does not satisfy the demands of creators and artists, serving more as an obstacle than promoting the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

intellectual creation. Furthermore, we understand that it represents a modern eurocentric imposition, which ignores and represses other cultural traditions and their forms of intellectual creation and diffusion, based on collective work and the opening and fragmentation of work.

KEYWORDS: COPYRIGHT. MUSICAL CREATION. SAMPLING. DIGITAL AGE. INFORMATION SOCIETY.

INTRODUÇÃO

Vivemos em um período de intensa transformação tecnológica com relação aos meios de produção e difusão das criações do intelecto humano, o que leva muitos a falarem em uma nova era de nossa civilização, a chamada "era digital", e também em uma nova socialização, a chamada "sociedade da informação". A abrangência dessas mudanças é imensa (e ainda em grande medida desconhecida) e constitui objeto de estudo para diversos domínios do saber, como a teoria da comunicação, a sociologia, a teoria da arte, a teoria literária e os mais variados estudos inter e transdisciplinares. Como não podia ser diferente, o direito é também chamado a se pronunciar, uma vez que mudanças radicais na técnica e nas formas de socialização acarretam novos conflitos e necessidades, demandando por sua vez novas regras e controles.

O presente trabalho pretende analisar uma pequena parcela dessa grande transformação, atinente aos direitos relativos às criações intelectuais. As novas formas de criação e difusão dos bens espirituais suscitam os mais diversos problemas jurídicos, relativos sobretudo aos direitos autorais. O meio digital e a rede mundial de computadores provocam uma alteração tão radical nas possibilidades de criação, cópia e difusão (sem necessidade de qualquer aparato industrial dispendioso e limitado), que muitos juristas chegaram a pensar que seria impossível qualquer regulação dos direitos autorais nesse novo cenário. Outros, em sentido oposto, simplesmente radicalizaram as formas de proteção autoral existentes desde o século XVIII, em claro anacronismo com o atual estado da arte. Entendemos que o direito não deve adotar nenhum dos dois caminhos, ou seja, não deve considerar-se impotente e deixar espaço para a anarquia, nem deve apegar-se desesperadamente às formas de regulação do passado.

Para responder adequadamente aos desafios de hoje, entendemos que o direito deve aproximar-se mais da realidade social, ou seja, deve levar em consideração a maneira como as criações intelectuais são feitas no meio digital e como são distribuídas e recebidas através da internet. Além desse estudo descritivo do contexto atual, o direito deve ainda colocar-se questões prescritivas, acerca do que seria possível e desejável que fosse feito. É preciso que o direito deixe de simplesmente repetir velhas receitas que atendem mais aos interesses comerciais de uma determinada indústria cultural e de uma pequena fatia dos autores (agraciados pelo *star system*). A idéia mesma de uma *sociedade da informação* implica em uma acelerada modificação nos meios e ferramentas utilizados na comunicação, gerando como conseqüência, entre outras coisas, uma nova atividade econômica, política e cultural. O direito não deve insistir na imposição de modelos que não mais respondem às demandas sociais do momento, e muito menos servir de instrumento para a defesa e manutenção de antigas práticas mercantis e formas de exploração comercial. Entendemos que o momento exige novas

soluções, que priorizem os interesses dos criadores e do público. É dentro desta perspectiva que o presente estudo se situa, como uma tentativa modesta de contribuição nesse debate.

Dada a extensão e complexidade da questão, o trabalho que se segue limita-se a abordar uma área específica da criação intelectual: a musical. Dentro desse universo, outra restrição foi feita: concentraremos nosso estudo na questão do *sampling*, amplamente utilizado em várias criações musicais contemporâneas. Como foi ressaltado acima, entendemos que o direito só conseguirá apreciar adequadamente a questão autoral nos dias de hoje se compreender como se dá o processo de criação e difusão. Sendo assim, o trabalho realizará um estudo mais detalhado do surgimento do *sampling*, suas modalidades e seu significado.

Para bem conduzir a exposição do tema, dividiu-se o texto em duas partes. A primeira limita-se a introduzir a questão em seus traços mais gerais, analisando as profundas alterações geradas pela era digital e a internet. Pretende-se ainda aprofundar um pouco as conseqüências dessas mudanças para as noções de *autor* e *obra*, que constituem a base da atual proteção das criações intelectuais. Na segunda parte, realizar-se-á um estudo mais detalhado do *sampling*, buscando compreender sua origem e seu significado em um contexto social eminentemente pós-moderno, urbano e transnacional. Pretende-se mostrar como sua emergência vai muito além de uma simples aplicação de uma nova tecnologia em desrespeito às formas consolidadas de proteção autoral, pois nos permite perceber a existência de enfoques distintos da questão da autoria, vindos de outras tradições musicais e culturais e mesmo de nossas raízes populares ou de nosso passado antigo e medieval.

1. O autor e a criação artística digital: direito e autoria ontem e hoje

A criação intelectual é compreendida e realizada à luz de diversos discursos e práticas que se formam e se entrecruzam ao longo do tempo nas diferentes culturas. Devemos evitar a naturalização de conceitos e práticas que são apenas culturais, específicos de uma época e de um povo. A discussão sobre direito autoral tende, sobretudo por parte dos juristas, a tornar evidentes e naturais noções como o *autor*, a *obra* e a *originalidade*. É claro que toda obra tem sua origem e seu criador, mas a maneira como esta origem e criação serão compreendidas, isto já não é nada claro e depende do discurso que se tem sobre a criação intelectual. Ressaltando o caráter histórico e cultural da noção de *autor* e de seu papel na produção e circulação dos discursos, Foucault (1992) é enfático ao rejeitar o caráter espontâneo e natural dessa figura. Nem sempre e nem todos os discursos organizam-se em função do autor. Como ressalta Foucault (1992), o *autor moderno* foi engendrado entre os séculos XIV e XVIII, fruto, dentre outras coisas, do discurso renascentista, da invenção da prensa tipográfica, da Inquisição, da retórica romântica e do direito autoral.

Nesse ponto, é preciso evitar uma leitura apressada e equivocada: “seria absurdo negar, é claro, a existência do indivíduo que escreve e inventa” (FOUCAULT, 1996, p.28). Não devemos confundir o mero fato de haver um criador ou escritor com a função desempenhada pelo autor na circulação e no funcionamento de certos discursos no interior de uma determinada sociedade, conferindo um modo específico de ser dos discursos. É nesse segundo sentido que se pode falar em algo culturalmente

determinado, e é também nesse segundo sentido que se localiza a discussão jurídica sobre o direito dos “autores”.

A noção de *autor*, entendido como o criador *ex nihilo* de uma obra, é fruto de uma visão específica e culturalmente delimitada da criação artística ou literária, típica da modernidade européia a partir do renascimento e, mais especificamente, do romantismo alemão. Para caracterizar o romantismo, cito OSBORNE (1978, p.180):

Entre as mais prestigiosas atitudes a cuja luz encontram o seu lugar e atingem alguma coerência novas tendências da teoria da arte associadas ao chamado movimento romântico, figuram: a elevação do artista; a exaltação da originalidade; o novo valor imputado à experiência, com destaque especial dado aos seus aspectos afetivos e emocionais; e a nova importância conferida à ficção e à invenção.

Idéias que eram periféricas na cultura ocidental, como a de gênio, imaginação criadora, originalidade e expressão, assumiram uma importância central no movimento romântico do século XVIII e trouxeram consigo uma nova atitude diante da arte, com novos conceitos de suas funções e novos padrões de avaliação. A inspiração poética que era antes atribuída às musas ou a Deus, ganha na modernidade européia um novo sentido, encarnando-se na figura do artista e do gênio, que não é mais concebido como alguém possuído ou inspirado por forças do além. E esse artista-gênio, por sua vez, é essencialmente original e merece, moral e juridicamente falando, ser o legítimo proprietário de sua criação.

É inegável que a base do direito autoral moderno, tanto em sua vertente inglesa (o *copyright*) quanto francesa (o *droit d’auteur*), foi feita sobre esse tipo de concepção da criação artística e literária em geral. O direito autoral brasileiro, herdeiro dessa tradição vinda sobretudo do século XVIII e XIX, também coloca em suas bases os princípios da protegibilidade da forma estética original (acentuando o caráter diferente, novo, original e único da obra) e da perpetuidade do vínculo autor-obra (dando destaque ao critério da pessoalidade e à singularidade de pensamento e da personalidade de um determinado idealizador). A Lei de Direitos Autorais em vigor no Brasil (lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998) fala, por exemplo, em obra originária caracterizada pela “criação primígena” (art. 5º, VIII, f) e define o autor como “a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica” (art. 11).

A partir do século XX, a noção de *autor* entra em crise: seus contornos, sua autoridade e sua função são questionados. Esse processo se acelera com o meio digital e a rede mundial de computadores, que traz consigo uma variedade de novos modelos de autoria e diferentes formas de colaboração e criação artísticas. A nova tecnologia jogou luz naquilo que o discurso moderno (com seus gênios solitários e suas obras originais) sistematicamente ocultava: o caráter interativo, fragmentário, aberto e cooperativo da criação artística e, em particular, da criação musical. Como observa SERELLE (2006, p.61-2):

Como um dos procedimentos modernos de ordenação e delimitação dos discursos, o estatuto do autor vem sofrendo mutações nesse cenário, num gradiente que abrange, entre outros espaços, a dissolução de entidades empíricas e jurídicas, as possibilidades

freqüentes de experiências coletivas de criação e a multiplicação e conseqüente vulgarização de focos autorais.

É preciso ressaltar que a autoria colaborativa não é nenhuma novidade em nossa cultura. Não se trata apenas de algo exógeno, vindo das mais remotas e exóticas tradições africanas e indígenas. Não se trata também de um simples traço da cultura popular e folclórica, do artesanato e das manifestações rituais de outrora. A própria tradição européia foi, durante milênios, marcada pelo caráter coletivo, fragmentário e aberto das criações intelectuais. Como ressalta MANOVICH (2004, p.249): "a autoria colaborativa é, numa perspectiva histórica, uma norma e não uma exceção. Inversamente, o modelo romântico de um único autor solitário tem menos importância na história da cultura humana".

Quem são os "autores" das cantigas populares, das coreografias das danças indígenas ou dos projetos das catedrais medievais? Não se sabe. Ou, para ser mais exato, não há, nessas criações, a figura organizadora e autoritária do autor. Não faz sentido, portanto, perguntar por ele. Antes de Leonin e Perotin, nos séculos XII e XIII, não havia assinatura na música. Na tradição medieval, não há propriamente "autores", sendo a cópia manuscrita e a criação intelectual mescladas em um mesmo processo no qual vários textos, de origens e épocas diferentes eram colocados juntos e comentados livremente pelo leitor/copista/escritor. Como observa CHARTIER (1998, p.32):

[...] o livro manuscrito é uma junção, uma mistura de textos de origem, natureza e datas diferentes, e onde, de forma alguma, os textos incluídos são identificados pelo nome próprio de seu autor. Para que exista autor são necessários critérios, noções, conceitos particulares.

Essas considerações nos fazem perceber que as mudanças atualmente em curso, motivadas pela internet e pelo meio digital, caminham paradoxalmente no sentido de reavivar antigas práticas de criação intelectual, além de velhos discursos e conceitos menos individualistas e proprietários dos bens espirituais. As novas tecnologias digitais elevam significativamente a possibilidade de criações colaborativas, valendo-se de novas ferramentas criativas e novos modelos de distribuição e interação. Embora muitas criações digitais mantenham o autor como uma espécie de mestre de cerimônia ou "ciberpolicial", outras levam mais adiante as possibilidades abertas e realizam algo similar ao que Lévy (1999) chamou de *inteligência coletiva*, entendida como a sinergia entre imaginações e competências intelectuais organizadas em redes abertas interativas.

O papel do autor muda radicalmente: o artista eletrônico não se confunde com o autor-gênio da alta cultura européia moderna e nem com o *pop star* da indústria cultural. Ele é mais um editor, ou seja, alguém que disponibiliza e faz circular informações. A fronteira entre o criador e o público perde sua nitidez. A arte não é mais recebida por um consumidor passivo, mas fruída por um público ativo. Assim como a cópia manuscrita medieval era, ao mesmo tempo, uma leitura, uma cópia e uma criação (através da junção de textos diversos e do acréscimo de comentários), a navegação na internet é também uma prática conjunta de leitura, recortes, cópias, colagens e acréscimos, mas agora com ferramentas mais poderosas que atingem uma escala global e permitem uma intensa interação. Como ressalta o CRITICAL ART ENSEMBLE (2001, p.94-5):

Dessa forma, produção, distribuição e consumo são implodidos em um único ato, sem início nem fim, apenas circulação ininterrupta. Da mesma maneira, o texto *on line* flui em uma corrente ininterrupta pela rede eletrônica. Não pode haver lugar para lapsos que criem unidades descontínuas na sociedade da velocidade. Conseqüentemente, noções de origem não têm lugar na realidade eletrônica. A produção do texto pressupõe sua distribuição, seu consumo e sua revisão imediatos. Todos que partilham da rede também partilham da interpretação e da mutação da corrente textual. O conceito de autor não morreu exatamente, é mais uma questão de ter simplesmente cessado de funcionar. O autor se tornou um agrupamento abstrato que não pode ser reduzido à biologia ou à psicologia da personalidade.

Além do autor, muda a noção, que lhe intimamente relacionada, de *obra*: não há um começo bem definido e uma unidade bem determinada, mas antes vários acessos possíveis, múltiplos percursos e infinitas possibilidades. Fala-se, então, em uma primazia do leitor ou do público. Ao invés de o autor ou criador definir de antemão os limites de sua obra, impondo um caminho linear a ser percorrido pelo receptor e exercendo sobre sua criação sua autoridade (protegida juridicamente pelo direito moral de respeito à integridade da obra), o ambiente digital torna a obra flexível, manipulável pelo público, que trafega livremente em um espaço multimidiático e repleto de conexões ou *hiperlinks* a serem percorridos. Sintetizando as alterações em curso, cito SERELLE (2006, p.65):

Podem-se identificar, no ciberespaço e na lógica comunicacional por ele engendrada, pelo menos quatro características que minam os princípios constituintes da função-autor [...]: a possibilidade reticular da comunicação todos-todos; a mutação na economia das produções culturais; a cultura do modelo aberto de criação; a fragmentação da unidade coerente da obra.

Convém colocar a questão de como podemos proteger os criadores e fomentar a criação nesse novo cenário, propondo um direito sensível às novas possibilidades criativas e aos novos meios de difusão. O atual direito autoral parte de noções românticas (como originalidade, genialidade, individualidade criadora e obra como expressão da subjetividade) para, a partir delas, elaborar um sistema de proteção da propriedade intelectual. Com os novos meios tecnológicos, estes processos econômicos, sociais e culturais são questionados não apenas pelos seus efeitos perversos (uma vez que restringem o acesso aos bens culturais e remuneram mal a grande maioria dos autores), mas sobretudo pela inconsistência de suas bases, posto que se operou um deslocamento radical em relação às formas modernas de criação e difusão da arte em geral e, em especial, da música.

Não pretendemos, neste modesto trabalho, oferecer uma resposta geral para a questão. Entendemos que só encontraremos uma saída razoável para os conflitos vivenciados na atualidade após uma detida análise do novo cenário da criação intelectual. Além disso, entendemos que não haverá uma "solução mágica", que consiga dar conta de toda a complexidade envolvida no tema. Sendo assim, é preciso pensar pontualmente, caso a caso, como faremos a seguir, tratando da questão do *sampling*.

2. Direito e criação musical: a questão do *sampling*

A criação artística contemporânea, incluindo a musical, vem sofrendo significativas mudanças em sua forma de produção e circulação. Apesar de sua diversidade, há um traço muito característico e presente nas novas criações: a interatividade, a circulação virótica por redes planetárias e a instantaneidade. Em razão dessas características, cunhou-se o termo "ciberarte", o que inclui diversas formas de criação intelectual contemporâneas, como a videoarte, a multimídia, a arte informática, as poesias visuais e a música tecno-eletrônica. Indiferente ao que poderíamos considerar como "obras originais", esse contexto criativo ressalta a circulação de informações e a interação em tempo real. O papel do artista muda, tornando-se ele uma espécie de editor, que compila e faz circular informações em um ambiente aberto, comunitário e interativo. Como ressalta LEMOS (2003, p.213):

A arte na era eletrônica vai abusar da interatividade, das possibilidades hipertextuais, das colagens (*sampling*) de informações (*bits*), dos processos fractais e complexos, da não linearidade do discurso... a idéia de rede, aliada à possibilidade de recombinações sucessivas de informações e à uma comunicação interativa, tornam-se os motores principais dessa "ciberarte". A arte eletrônica é uma arte da comunicação.

É nesse contexto que propomos aqui uma análise do *sampling*, como uma ilustração do que foi dito acima e também um estudo preparatório para pensarmos em um novo direito que atenda às necessidades dos criadores e à demanda de acesso aos bens culturais em um contexto já muito distante do existente na Europa do século XVIII.

O significado de *sample* indica uma amostra, uma porção ou um exemplo. Embora a expressão não trate exclusivamente de um contexto musical, será nesse sentido que será utilizado no presente artigo. Desse modo, um *sample* (musical) representa determinado trecho de uma música, ao passo que a expressão *sampling*, ou conforme a adaptação ao português "samplear", denota o ato de extrair ou retirar determinada parcela de música para a utilização na criação de uma nova composição, distinta daquela ou daquelas cujas porções ou "blocos" de sons serviram de matéria-prima para sua construção. A questão do *sample* musical encontra-se no olho do furacão das discussões a respeito da propriedade intelectual e infrações ao copyright das últimas décadas, requerendo uma análise mais detalhada.

Embora a controvérsia seja hoje transnacional, considerando a implosão de fronteiras proposta pela expansão da internet no que tange a determinados ramos da produção cultural, como é o caso da música, juridicamente o *sample* se posiciona como uma questão debatida e problematizada de maneira exaustiva nos Estados Unidos da América. Não obstante seja impossível traçar de maneira categórica sua origem como técnica nos EUA, é lá que os casos mais emblemáticos e relevantes para uma análise jurídica e histórica ocorreram, e dessa feita, será o foco da análise.

Sob uma perspectiva artística, o *sampling* posiciona-se próximo da colagem. Essa técnica é caracterizada pela combinação de determinados fragmentos (originalmente de natureza gráfica) para a criação de uma nova obra. O movimento cubista e dadaísta, no início do século XX, fez uso intenso desse recurso. No domínio musical, a vanguarda também realizou algo semelhante a uma colagem de sons, como a "arte do barulho" dos futuristas italianos e a música concreta francesa do pós-guerra. Mas foi a partir da década de 1960, em razão das inovações tecnológicas, que a colagem de sons vai realmente ganhar corpo. Segundo Lindenbaum (1999), o primeiro experimento de

colagem (ou *sampling*) pode ser atribuído ao compositor norte-americano James Tenney, que em 1961 criou a música *Collage #1* ("Blue Suede") a partir da música *Blue Suede Shoes* do artista norte-americano Elvis Presley.

Posteriormente, criações semelhantes foram realizadas por grupos tão distantes ideologicamente e cronologicamente como os britânicos dos *Beatles*, ao comporem a música *Revolution 9* de 1968, que contém *samples* de compositores como Jean Sibelius, Robert Schumann e Ludwig van Beethoven, e o grupo norte-americano *Negativland* com seus discos da década de 1980 que, dentre outros elementos, foram construídos com *samples* de propagandas de marcas de refrigerante como Pepsi e Coca-Cola. Assim, a colagem se posiciona como técnica contemporânea, presente na música há cerca de quatro décadas.

Historicamente, a tradição musical pós-moderna norte-americana, na qual o *rock n´roll* e o *rap* destacam-se como principais manifestações, é marcada por um processo de apropriação e genuína redefinição de contexto, que se posiciona de uma maneira fronteiriça, por vezes até oposta, às definições padrão do *copyright* no ordenamento jurídico dos Estados Unidos.

O *rock n´ roll* é um gênero musical originalmente oriundo da cultura afro-americana, construído a partir de elementos do *jazz* e do *blues*. De estilo musical associado a determinado grupo étnico, o *jazz* tornou-se um fenômeno cultural comum e de certa forma agregador dos Estados Unidos da América da década de 1950, ainda marcado fortemente por questões raciais. Esse fenômeno deu-se mediante um processo de apropriação, assimilação e transformação que não se importou muito com questões de natureza autoral. Como explica VAIDHYANATHAN (2001, p. 119, tradução nossa):

Em 1956, Elvis Presley revolucionou a música popular ao introduzir um ritmo sulista de blues, cadenciado e poderoso, para o grande público branco ao redor do mundo. Ele conseguiu esse feito ao gravar músicas que artistas afroamericanos haviam distribuído com um sucesso reduzido apenas alguns anos antes.

Dessa forma, ocorreu a expansão de um gênero musical considerado demasiadamente agressivo e sujeito a sanções decorrentes de supostas violações ao *copyright*, em decorrência de uma ausência de padronização no estabelecimento de créditos e pagamento de direitos de uso. De fato, a idéia de um resgate e de uma valorização de ritmos populares que foram abandonados pelo grande público provocou, de maneira paradoxal, um desrespeito e uma violação ao *copyright* desse material. Posteriormente a Elvis, como observa Vaidhyanathan (2001), artistas como Eric Clapton e a banda *Led Zeppelin* efetuaram resgates, transformações e apropriações semelhantes, por vezes sem o devido reconhecimento de crédito e sem a autorização e a remuneração do titular do *copyright*.

É importante ressaltar que, conforme alerta Vaidhyanathan (2001), não se trata de uma questão de matiz maniqueísta e simplória, na qual jovens artistas brancos exploraram velhos artistas negros que não obtiveram o devido reconhecimento de um mercado racista. Na realidade, trata-se de uma questão que traz a baila enfoques distintos sobre a questão da autoria. O que está em jogo não é propriamente um desrespeito aos autores

ou à “obra original”, pois nesses casos estamos diante de uma outra forma de relação com a autoria, em que o caráter coletivo e aberto das criações fica evidenciado.

O *jazz* e o *blues* são herdeiros de uma tradição musical de forte traço comunitário, na qual a manifestação de autoria não decorre da propriedade sobre a criação de determinada canção, mas da maneira em que a mesma é executada. Dessa feita, os *jazzistas* Charlie Parker e Dizzy Gillespie elevaram o gênero a um outro patamar após suas interpretações dos clássicos *I Got Rhytmn* e *How High the Moon*, imprimindo personalidade e autoria em músicas consideradas até então canônicas e padrões desse estilo. Há uma forte relação dialética entre o intérprete e sua audiência, um elemento que, de uma maneira talvez simplista, representa um elemento de ancestralidade comunicadora típica da tradição estética e estilística da música da África Ocidental. Conforme VAIDHYANATHAN (2001, p. 125, tradução nossa):

Antropólogos e musicólogos têm enfatizado a importância do "círculo" como o local de reunião criativa e comunitária nas culturas africanas. A música, letras de música e dança que emanam do círculo refletem muitas vezes estes atributos: complexidade e ritmo síncope; improvisações individuais e estilo próprio; chamada e resposta; envolvimento entre os indivíduos e a comunidade em geral; comentários sob a forma de sátira, paródia ou desafio, e um senso de consciência do grupo.

É fundamental observar que essa concepção de música não é refratária à idéia de proteção aos direitos do autor, como se, de uma maneira preconceituosa e etnocêntrica, determinadas correntes musicais fossem de alguma maneira incapazes de submeterem-se ao ordenamento jurídico de um Estado de Direito. Pelo contrário, sob uma perspectiva de Estado Democrático de Direito, no qual a democracia é uma construção social comum e discursiva, é razoável que os direitos do autor não se manifestem única e exclusivamente em conformidade com a idéia de propriedade sobre a música, característica de uma tradição cultural específica, de um determinado *ethos* europeu e romântico que não deve ser naturalizado e tornado evidente e necessário de modo a silenciar e reprimir outras formas de criação e manifestação culturais existentes em nossas sociedades marcadas pelo pluralismo e multiculturalismo.

É importante destacar também que nesses gêneros musicais comunitários, nos quais a autoria se expressa muito mais na execução do que no domínio sobre a composição, há ainda a possibilidade de se desenvolver uma indústria e uma forma de negócio que permita a remuneração dos criadores. Talvez entre em colapso um certo modelo de indústria musical, mais centralizado e economicamente poderoso, que dá origem às *majors* americanas atuais. Por outro lado, é preciso considerar a ocorrência de fenômenos reversos, com o fortalecimento de iniciativas menores, mais pulverizadas, porém também organizadas e industriais, embora em proporções distintas dos grandes conglomerados do entretenimento. É o que ocorre, por exemplo, na Jamaica, como será explicado a seguir.

A questão do *sampling* atinge seu ponto crítico no *rap*. Para uma compreensão do *rap*, é necessário empreender uma reflexão sobre as músicas caribenhas, em particular aquelas da Jamaica, que de uma maneira talvez paradoxal para a teleologia das legislações vigentes de direito autoral, conseguiu simultaneamente reunir uma tradição musical comunitária e possuir uma indústria musical ativa e proporcional ao seu mercado consumidor, de maneira auto-sustentável e produtiva.

Culturalmente, a Jamaica foi um ponto de convergência de linhas musicais distintas, devido a sua posição geográfica e conformação histórica. Lá se constituiu uma musicalidade própria, influenciada pela música norte-americana, inglesa e africana ocidental. A expressão musical jamaicana foi marcada também pela ascensão dos sistemas de som mecânico em substituição às bandas de música ao vivo, como observa Chang (2005). Equipes munidas de caixas de som domésticas e amplificadores organizavam festas comunitárias comandadas por *selectors*, responsáveis pela seleção musical (e análogos à figura do *Disc Jockey* ou DJ, aquele responsável por selecionar as músicas na pista de dança de uma discoteca), inicialmente composta do *rhytm-and-blues* norte-americano e posteriormente direcionada a gêneros locais, como o *calypso*, o *ska*, o *rocksteady*, o *lovers rock* e, mais tarde, o *reggae*.

A Jamaica nas décadas de 1960 e 1970 vivia um período de turbulência política e agitação social, decorrente da independência da ilha da dominação do Reino Unido em 1962. O *reggae* despontou nesse contexto como uma forma de música de protesto da juventude jamaicana. Os sistemas de som competiam entre si por audiência, inicialmente recorrendo à busca por discos exclusivos, sobretudo norte-americanos, e passando a produzir e gravar discos de artistas locais na década de 1960, marcando a expansão da indústria musical jamaicana. Os discos locais eram prensados em acetato, material mais barato que o vinil, sendo denominados *dubplates*. Em 1967, Duke Reid, chefe de um sistema de som, e seu engenheiro de estúdio cometeram um erro ao preparar um *dubplate* da música *On the Beach* do grupo *The Paragons* para a gravação: esqueceram de ajustar os vocais da música, produzindo um disco feito apenas a partir dos elementos componentes instrumentais. Ao alternar em seu sistema de som entre a versão completa da música e aquela composta apenas pelos instrumentais, Reid causou comoção entre os freqüentadores de sua festa e deu origem a uma genuína revolução musical, a idéia de que uma determinada música gravada apenas uma vez pode ter inúmeras versões: *dubs* , *riddims*, *remixes* e, décadas depois, *mash ups*.

Os *dubplates* passaram a apresentar sempre os *dubs* de determinada música. Posteriormente, com o advento na década de 1980 de um sub-gênero do *reggae* denominado *dancehall reggae*, caracterizado pela adição de elementos sintetizados e eletrônicos e um vocal rimado e cadenciado característico, denominado *toasting*, torna-se muito importante a produção dos denominados *riddims*, uma gíria para a palavra inglesa *rhytm* ou ritmo. O que une essas técnicas musicais é justamente a possibilidade de reconstrução, recontextualização e reinterpretação de uma determinada música, um processo inegavelmente criativo e artístico, além de forma de exercício de uma diáletica cultural com um determinado círculo de ouvintes e , porque não, consumidores, em um genuíno exercício de democratização cultural.

Assim como a Jamaica na época da criação do *reggae* e do *dub*, o sul do Bronx, grande área metropolitana da cidade norte-americana de Nova York, era na década de 1970 um ponto de convergência cultural, onde se encontrava uma grande quantidade de afro-americanos e de imigrantes hispânicos, porto-riquenhos e caribenhos. Era também um local marcado por violência crescente, guerra de gangues e disputas imobiliárias. Nesse contexto marginal e desfavorecido, floresceu a denominada cultura *hip hop*, da qual o *rap* e o *disc jockey* são elementos componentes.

De origem jamaicana, o DJ Kool Herc organizava pequenas festas comunitárias, *block parties* ou “festas de quarteirão”, em que montava um sistema de som próprio,

selecionava e tocava discos de *funk*. Em uma festa em 1973, Kool Herc “descobriu” o que passou a ser denominado um *break* ou “quebra”: aquele momento de genuína ruptura na música *funk*, em que a melodia, o coro e o canto são rompidos e a música entra em um momento acelerado, instrumental e dançante. A partir desse momento, o *disc jockey* passou a selecionar discos à procura justamente dos *breaks*, que, ao serem tocados indefinidamente, serviram de base instrumental para que *masters of cerimony* ou *MCs*, cantores da comunidade, executassem rimas de uma maneira não muito diferente dos *toasters* jamaicanos.

Dessa feita, foi apenas questão de tempo até que um grupo de *MCs* selecionasse o trecho instrumental dançante de uma música, seu *break*, e executassem um *sampling* do mesmo para criar seu próprio *rap*. Foi o que fez o grupo *Sugarhill Gang* em 1979, com o *sample* de uma música *disco*, dando origem àquele que é hoje reconhecido como sendo um dos primeiros e mais relevantes *raps* da história: *Rapper´s Delight*. Assim, o *sample* tornou-se a matéria-prima da produção de um *rap*.

O barateamento e popularização da tecnologia e expansão das *sampler machines*, equipamentos para extração de *samples*, muitos com memórias de baterias eletrônicas, permitiu que os jovens produtores, quase sempre desprovidos de recursos, utilizassem a riqueza musical escondida em décadas de discos para comporem suas músicas. Esse resgate das coleções de discos e o processo minucioso de extração de *samples* representam muito mais do que o simples surgimento e popularização de uma nova forma de criação musical. Trata-se, sobretudo, de retomar em novos termos antigas tradições musicais, comunitárias e culturais, nas quais as noções de *autoria* e de integridade da *obra originária* são radicalmente questionadas.

Os *samples* são elementos de conexão entre o contemporâneo e o passado, podendo representar uma homenagem genuína, uma manifestação de nostalgia, um posicionamento político, uma expressão de ironia e paródia e, muito possivelmente, todas essas opções simultaneamente. Desse modo, tal qual a colagem, o *sampling* é um veículo complexo e profundo de expressão criativa, no qual a utilização de uma ou mais música não representa um furto do que foi produzido previamente, mas uma transformação e contextualização própria.

A relativa simplicidade de produção e necessidade de poucos recursos faz com que a técnica se posicione como fator de democratização da cultura musical, e seu aspecto de resgate histórico também se torna particularmente relevante quando o *sampling* é analisando sob uma de educação comunitária, sendo responsável por trazer à música *pop* (decorrente da idéia de popular, referindo-se a sua abrangência e espectro de alcance) sonoridades e discos que, de outra feita, dificilmente estariam acessíveis ao grande público. Nesse sentido, posiciona-se VAIDHYANATHAN (2001, p.137-8, tradução nossa):

Muitas vezes, a escolha do *sample* é uma expressão de apreço, a dívida ou influência. Outras vezes é apenas uma questão do produtor se divertir procurando o som ambiente certo, timbre ou a sensação correta. Certamente os sucessos *funk* de Rick Jame's do final dos anos 1970 e início de 1980 influenciaram não apenas os artistas da década de 1980, mas também as suas audiências. O *sampling* é uma maneira de um artista declarar: "Ei, eu ouvi isso também". Ela ajuda a formar uma conexão direta com os ouvintes, da mesma forma que um cineasta poderia inserir um sucesso da gravadora Motown em

uma trilha sonora. (...) O *sampling* ajuda a formar uma "comunidade discursiva" entre os fãs de música. (..) O *sampling* pode ser transgressivo ou demonstrar apreço, ser humorístico ou sério. Ele dá a uma canção de um outro nível de significado, estabelecendo um outro plano de comunicação entre o artista, artistas anteriores e a platéia.

Por anos, os *samples* prosperaram na produção do *rap*, sem a submissão ao que se passou a denominar de processo de *cleaning* ou limpeza do *sample*, no qual os direitos de uso daquele som gravado e daquela composição são negociados separadamente (destacando-se que se tratam de direitos distintos), acrescidos de uma taxa fixada pelo artista cuja música está sendo utilizada no processo de *sampling*.

Esse período de criação livre de preocupação com o *copyright* converge com o que se convencionou denominar "Era de Ouro do *rap*", tendo dado origem a obras clássicas desse gênero musical, como o disco *Paul´s Boutique*, do grupo *Beastie Boys*, composto exclusivamente por *samples* não-autorizados em 1989. Com a expansão da cultura *hip hop* e a transformação do *rap* em uma indústria bilionária, seria ingênuo acreditar que a utilização livre dos *samples* não-autorizados permanecesse uma prática corriqueira da indústria. O fim dessa era ocorreu em 1991, com o *leading case* Grand Upright Music, Ltd. v. Warner Bros. Records Inc. O rapper Biz Markie utilizou, sem autorização, um *sample* de aproximadamente vinte segundos de uma música do artista irlandês Gilbert O´Sullivan. O resultado do julgamento foi devastador, também em razão dos argumentos pouco sólidos utilizados pela defesa de Biz Markie, uma vez que nem a duração do *sample* nem a idéia de *fair use* foram mencionadas. O magistrado do caso proferiu uma sentença de fortes contornos morais, que passou a constituir o argumento clássico de combate ao *sampling*: a associação entre a prática e o furto (de fato, o juiz chegou a enviar o processo ao promotor do distrito), retirando qualquer conteúdo artístico do *sampling* e tratando a questão mediante um enfoque puramente técnico. Como apresentou VAIDHYANATHAN (2001, p.143, tradução nossa):

"Não roubarás"; foi um mandamento seguido desde a aurora da civilização. Infelizmente, no mundo moderno dos negócios este mandamento nem sempre é seguido. Na verdade, a defesa nesta ação de violação dos direitos autorais tentou fazer esse órgão acreditar que o roubo é galopante no mundo da música e, por essa razão, sua conduta aqui deve ser desculpada. A conduta dos réus aqui, contudo, viola não só o Sétimo Mandamento, mas também as leis de direitos autorais deste país [...] A partir de todas as provas produzidas em audiência, é evidente que os réus sabiam que estavam violando direito do requerente, bem como os direitos dos outros. Seu único objetivo era vender milhares e milhares de discos. Este insensível desrespeito pela lei e pelos direitos dos outros exige não apenas a concessão da liminar pretendida pela recorrente, mas também medidas severas.

Essa visão depreciativa de várias manifestações culturais, de característica comunitária e aberta e de origem africana e popular, deixa bem evidente a coloração eurocêntrica moderna que a "proteção autoral" possui. Os juristas, influenciados por uma determinada concepção de criação artística originada na alta cultura européia do século XVIII e presente também, de forma distorcida, na indústria cultural do capitalismo tardio, facilmente criminalizam práticas de criação cultural distintas. Para ilustrar esse desconhecimento com relação a outras práticas culturais e também a tendência de se

ridicularizar as novas criações contemporâneas (reproduzindo um mito romântico de criação intelectual), citamos CABRAL (1998, p.158-9):

É claro que hoje, com mais facilidade, é possível, num computador, ampliar o sorriso enigmático da Monalisa e até fazê-la gargalhar, bem assim como transformar a Pietá de Michelangelo, alterando a dor lancinante da mãe que comove a mundo, num riso debochado. Mas, a quem interessa isto? Trata-se, apenas, de uma curiosidade. O que a humanidade quer é apreciar a arte produzida por quem a criou em toda a sua grandeza. Nada neste mundo substituiria o que a Pietá nos transmite: o sofrimento da mãe ante a morte dolorosa do filho. É um sentimento imortal e único. Com as novas tecnologias, será mais fácil produzir obras derivadas? Infinitamente mais fácil, enquanto alguém estiver *brincando* ao fazer alterações em obras de arte, em textos, letras ou músicas, para seu prazer pessoal. É como cantar no banheiro, modificando letras e notas musicais para seu prazer ou relax. Comum, fácil e compreensível. Mas quando se pretender colocar isto no comércio, estamos entrando num caminho diferente, perfeitamente capitulado na legislação atual.

Após a sentença devastadora mencionada mais acima, foi feito um acordo entre as partes, e esta passou a ser a prática vigente para utilização de *samples* nos Estados Unidos. O processo de *cleaning* de um *sample*, ou seja, a obtenção de autorizações de artistas, através da negociação de taxas de autorização e utilização daquela composição e daquele som gravado, tornou-se a medida segura para evitar processos. A judicialização do *sampling* não conteve a sua utilização, mas reduziu significativamente sua presença, tornando proibitiva a construção de obras compostas apenas por *samples*, e talvez o mais importante e danoso, rompeu com a idéia de jovens artistas compondo músicas de maneira independente, barata e livre, que marcou os primeiros anos de produção do *hip hop*. Embora a carga artística e cultural inerente ao *sampling* tenha permanecido, é inegável que ela tornou restrita e mitigada.

Outro caso emblemático que merece ser mencionado, dado sua influência no cenário musical brasileiro, é o protagonizado pelo grupo *2 Live Crew*, um dos conjuntos de *rap* mais controversos do *hip hop*, por suas letras bem humoradas mas também sexistas e pornográficas. Produziam um subgênero de *rap* conhecido como *miami bass*, caracterizado por um tempo mais acelerado, dançante e com uma bateria marcada. O *miami bass* serviria de base para a produção do *funk* carioca no Brasil. Em 1994, o conjunto figurou no caso Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc, no qual foram acusados de infringirem o *copyright* da música *Oh, Pretty Woman* de Roy Orbison. O *2 Live Crew* havia solicitado a autorização de *sampling* para a detentora dos direitos da música, a empresa Acuff-Rose Music, Inc , o que foi negado. Ainda assim, optaram por utilizar os *samples* desejados e, quando a questão foi levada à apreciação do Judiciário norte-americano, utilizaram como argumento que se tratava de uma situação de *fair use*, uma vez que a música "sampleada" foi utilizada em sentido de paródia.

Embora derrotados em instâncias inferiores, o *2 Live Crew* acabou vitorioso na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que, ao analisar separadamente cada um dos critérios que caracteriza o *fair use*, constatou que uma paródia poderia se enquadrar na categoria, e que se tratava, efetivamente, de um processo criativo no qual uma nova contextualização é dada a algo anterior mediante um processo de transformação. Nesse sentido, expressou o voto (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 1994, Syllabus f, p.8-12):

Paródia, assim como outras críticas, pode solicitar o *fair use*. Conforme o primeiro dos incisos do §107, "o propósito e finalidade da utilização, incluindo se tal uso é de natureza comercial...", o inquérito visa verificar se o novo trabalho apenas substitui os objetos da criação original, ou se em que medida ele é transformador, alterando o original mediante uma nova expressão, significado ou mensagem. Quanto mais transformador o novo trabalho for, menor será a importância de outros fatores, como a finalidade comercial do mesmo, que poderia pesar contra a constatação do *fair use*. O cerne da demanda de um parodista para exercer sua criação a partir de um material existente é o uso de alguns elementos da composição de um autor prévio para criar uma obra nova, obra esta que pelo menos em alguma medida, fará referência ao trabalho anterior da qual deriva. Mas isto é de pouco auxílio para os tribunais traçarem uma linha de definição [entre o que é e o que não é sujeito ao *fair use*]. Assim, como outros usos, a paródia tem que trabalhar da sua maneira, em conformidade com seus próprios fatores relevantes.

O problema com relação ao recurso ao *fair use* é sua necessidade de análise casuística. Desse modo, não é possível recorrer ao mesmo de maneira segura para garantir uma produção musical baseada em *samples.* Ao invés de efetivamente representar um elemento do mundo fenomênico, ao qual o direito deveria atender, o *fair use* acaba atuando como uma tábua de salvação ou última alternativa antes da derrota judicial que incidirá em indenizações elevadas. Dessa feita, não é também um sistema que apresenta soluções confiáveis para a questão.

Conclusão

Ao longo do texto, pretendemos mostrar como a sociedade da informação e a era digital trazem consigo novas formas de criação e circulação dos bens intelectuais, acarretando importantes e profundas alterações nas noções de autor, obra e originalidade. Os fundamentos do direito autoral são atingidos e antigas formas comunitárias e abertas de criação intelectual são assim reavivadas e transformadas em um novo cenário no qual o *autor moderno* europeu cede lugar ao criador/copista/editor. É nesse sentido que a análise do *sampling* se mostra fecunda, pois ilustra uma nova forma de produção musical, herdeira de antigas tradições africanas, caribenhas e mesmo do medievo ocidental, que coloca em segundo plano a noção do autor da “obra original”. Ainda há, como fica evidente, criadores e criações musicais, mas o destaque é dado à execução, à interpretação e à colagem recontextualizadas, que tomam de “empréstimo” o legado do passado.

A judicialização do *sampling* através do processo de obtenção de autorizações dos autores considerados “originais”, consiste em uma má solução, pois impõe um modelo específico e eurocêntrico de criação intelectual, que pressupõe o autor-gênio e sua obra única e original. Assim, desconsidera-se, ou mesmo se criminaliza, outras práticas culturais e tradições musicais de natureza coletiva e aberta, nas quais não há claramente autoria determinada e nem respeito à integridade da obra, que é sempre aberta, fragmentária e recriada a cada execução.

Além disso, a exigência das autorizações dos titulares dos direitos autorais impõe um fardo financeiro que limita muito as possibilidades de criação, fazendo com que jovens criadores alternativos sejam colocados na marginalidade do mundo digital. Mais uma vez fica claro como a proteção propiciada pela legislação autoral em vigor atende mais

aos interesses da grande indústria do entretenimento, que possui amplos recursos materiais e vários advogados para viabilizar legalmente seus produtos culturais. Enquanto isso, a grande maioria não recebe qualquer incentivo por parte da "proteção autoral", que na verdade impõe aos criadores um grande freio à sua liberdade criativa e os obriga a transitar sempre à margem e no temor de um possível processo judicial.

É necessário ressaltar que as técnicas de produção artística aqui brevemente debatidas têm sido utilizadas nos próprios "eurocentros" dos quais se emanou originalmente os paradigmas utilizados para a criação desse tipo de norma. Em outras palavras, não há mais fronteiras para o *sample* ou para a criação musical colaborativa e dialética, se tratando muito mais de um choque de efetivação de direitos e busca por sistemas jurídicos democráticos e eficazes, em harmonia com um paradigma constitucional moderno, que propriamente uma questão de natureza étnica como poderia ser observado de maneira simplória e míope.

Assim, não há nem mesmo mais o que se falar em regionalismos para definir um fenômeno que mesmo que se posicione de alguma forma em uma teia cultural tão abrangente que conecta por vias oblíquas e abstratas os monges europeus medievais aos *griots* (músicos intinerantes e poetas africanos ocidentais), uma vez que hoje formas de construção cultural democráticas e participativas se fazem presentes em qualquer lugar do mundo em que exista meios de produção musical baratos e artistas dispostos a criar.

O que deve ser questionado é se o modelo vigente de legislação de direito autoral encontra-se em harmonia a realidade do mundo fático, onde a idéia de uma democracia semiótica, com as próprias audiências interferindo e criando um conteúdo criativo e colaborativo comum é a genuína realidade fática, ou se as vigentes posicionam-se como um modelo atrasado retrógado que não é mais capaz de proteger o autor e nem oferecer alguma segurança jurídica para a própria indústria musical.

Concluindo o artigo, pretendemos indicar algumas iniciativas que caminham em uma direção que consideramos interessante e que permitem vislumbrar novas possibilidades para o direito na sociedade da informação. É preciso ressaltar, contudo, que o presente trabalho não tem a pretensão de oferecer uma resposta detalhada e bem articulada ao problema, como já foi anteriormente dito, mas apenas contribuir para o debate com a modesta análise do *sampling*. Mesmo assim, convém ao menos mencionar alguns caminhos que estão sendo trilhados.

Podemos crer, se formos otimistas, que os novos meios de criação e difusão incentivarão valores bastante esquecidos, como a solidariedade e o espírito cooperativo. O criador pode ser recompensado por seu trabalho sem necessidade de exercer sobre sua obra um monopólio de exploração comercial. Essa é a aposta do movimento *copyleft*, que flexibiliza o *copyright* e abre novas possibilidades para a utilização dos bens intelectuais e a criação de obras derivadas. Himanen (2001) chega a falar em uma "ética *hacker*", fomentada pelos novos meios digitais, que valoriza o espírito colaborativo da rede, o compartilhamento, e promove como princípio a descentralização do saber e da arte. A ética *hacker* tem a virtude de atingir a idéia tornada evidente de *autor* e vislumbrar novas concepções de textos, imagens e sons em que as criações culturais surjam coletivamente e circulem como *commons* ou propriedades comuns (como já foi há tempos atrás), mas agora como uma intensidade de interação nunca vista. Essa mentalidade é muito bem ilustrada pelo movimento do *software livre*, que se pauta no

modelo de produção intelectual do bazar (coletivo e aberto) em oposição ao modelo da catedral (centralizador e fechado), como propõe Raymond (2000). No direito, o projeto *Creative Commons*, desenvolvido por Lessig (2004) nos Estados Unidos e trazido por Lemos (2005) para o contexto brasileiro, busca exatamente criar um ambiente jurídico capaz de abrigar essa mentalidade cooperativa.

Estamos em uma época de transição e incertezas, na qual o dever da reflexão se impõe. Devemos, como teóricos e operadores do direito, encarar de frente esse processo, descortinando e lutando pelas possibilidades emancipatórias. Fruto da técnica da impressão e do espírito romântico e individualista europeu moderno, o direito autoral, embora esteja arraigado em nosso sistema econômico e em nossa mentalidade, é um instituto parcial e insatisfatório, contribuindo pouco e até restringindo a diversidade e o experimentalismo essenciais ao desenvolvimento da ciência e da arte. De fato, destaca-se que este necessário progresso cultural é tutelado como direito fundamental de segunda geração a décadas no constitucionalismo moderno, sendo indiscutível a necessidade de sua proteção, fomentação e debate tanto quanto outros direitos fundamentais.

Até quando sobreviverá o direito autoral? O que virá em seu lugar? O que queremos que seja a sociedade da informação: uma sociedade de apropriação proprietária por parte de grandes grupos econômicos e de controle e criminalização de várias práticas criativas, ou uma sociedade efetivamente plural e inclusiva, que fomenta as criações intelectuais e permite o amplo acesso à cultura?

Bibliografia

BRASIL. *Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l9610.htm >. Acesso em 12 de setembro de 2009.

CABRAL, Plínio. *Revolução tecnológica e direito autoral*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

CHANG, Jeff. *Can´t Stop Won´t Stop*: A History of the Hip Hop Generation. New York: St. Martin's Press, 2005.

CHARTIER, Roger. *A aventura do livro*: do leitor ao navegador. Tradução de Reginaldo de Moraes. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

CRITICAL ART ENSEMBLE. *Distúrbio Eletrônico*. Tradução de Leila de Souza Mendes. São Paulo: Conrad, 2001.

FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?* Tradução de José A. Bragança de Miranda e António Fernando Cascais. Lisboa: Passagem, 1992.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996.

HIMANEN, Pekka. *The hacker ethic and the spirit of the information age*. New York: Random House, 2001.

HOWARD-SPINK, Grey Tuesday, online cultural activism and the mash-up of music and politics Sam. Disponível em <http://firstmonday.org/...>. Acesso em 15 de setembro de 2009.

LEMOS, André. Arte eletrônica e cibercultura. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado (orgs.). *Para navegar no século XXI*. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina/Edipucrs, 2003. p.212-230.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura* . Rio de Janeiro: Ed FGV, 2005. Disponível em <http://www.overmundo.com.br/banco/livro-direito-tecnologia-e-cultura-ronaldo-lemos>. Acesso em 12 de setembro de 2009.

LESSIG, Lawrence. *Free culture*: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. Penguin Books, 2004. Disponível em <http://www.free-culture.cc>. Acesso em 12 de setembro de 2009.

LINDENBAUM, John. *Music Sampling and copyright law*. 134p. Senior Thesis – Faculty of the Wilson Scholl of Public and International Affairs, Center for Arts and Cultural Policy Studies, Princeton University, 1999. Disponível em <http://www.princeton.edu/~artspol/studentpap/undergrad%20thesis1%20JLind.pdf>. Acesso em 12 de setembro de 2009.

MANOVICH, Lev. Quem é o autor?: sampleamento / remixagem / código aberto. In: BRASIL, A. et al. *Cultura em fluxo*: novas mediações em rede. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2004. p.248-263.

OSBORNE, Harold. *Estética e teoria da arte*: uma introdução histórica. Tradução de Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1978.

RAYMOND, Eric Steven. *The cathedral and the bazaar*. Revision 1.57. O'Reilly Media Publisher, 2000. Disponível em <http://www.catb.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar>. Acesso em 12 de setembro de 2009.

SERELLE, Márcio. Redes Anônimas: aspectos de dissolução do autor no ciberespaço. In: PINTO, Júlio; SERELLE, Márcio (orgs.). *Interações Midiáticas*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006. p.61-75.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Campbell v. Acuff-Rose Music (92-1292), 510 U.S. 569 (1994). Decided March 7, 1994. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZS.html>. Acesso em 12 de setembro de 2009.

VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and Copywrongs*: The Rise of intellectual Property and How It Threateans Creativity. New York / London: New York University Press, 2001.

Nesse sentido, muitos juristas defendem a aplicação a todo custo da legislação vigente, mesmo que isso acarrete a criminalização de inúmeras práticas criativas contemporâneas. Ilustrando essa posição, cito CABRAL (1998, p.69-70): “Com efeito, a tecnologia não pode ser colocada a serviço do crime. Encarar as facilidades da reprografia como elemento para violar direitos é o mesmo que destinar e justificar a sofisticação de determinadas armas como elemento para assaltos e roubos. Num e noutro caso, o desenvolvimento não teve como fim a violação dos direitos dos cidadãos e a ruptura do ordenamento social que deve pautar-se pelo respeito à lei”.

É comum aos juristas tomarem essas noções de maneira absolutamente acrítica, como conceitos evidentes, naturais e universais. Nesse sentido, é lapidar a afirmação feita por CABRAL (1998, p.163) na última frase de seu livro: “O direito autoral estará presente – hoje e sempre – porque ele se esteia na lógica absoluta de que o pensamento criador de um ser humano a ele pertence. E só a ele”. Ë incrível o desconhecimento histórico e o eurocentrismo moderno demonstrado por essa passagem.

No original: “In 1956, Elvis Presley revolutionized popular music by introducing stripped-down, high-power southern rhytm and blues to mainstream white audiences around the world. He did so by recording some songs that African American artists had distributed to lesses acclaim just a few years before (...)”.

No original: “Anthopologists and musicologists have emphasized the importance of the “circle” as the site of both creativity and community in African cultures. The music, lyrics, and dance that emanate from the circle often reflect these attibutes: rhytmic complexity and syncopation; individual imprvisation and stylization; call-and-response; engagement between individuals and the community at large; commentary in the form of satire, parody or boastful competition; and a sense of group consciousness”.

Na música jamaicana, um *dub* é uma palavra polissêmica que representa, ao mesmo tempo, um gênero musical próprio e um estilo de produção. É possível caracterizar o *dub* como versões de músicas *reggae* feitas sem vocais, com os instrumentais distorcidos e manipulados pelo engenheiro de som ou produtor, mediante adição de elementos como reverberações, ecos e alterações no tempo, com grande enfoque em linhas de baixo, na bateria e percussão.

Os *riddims* são músicas instrumentais produzidas em relativa larga escala, em freqüência variável e no máximo anual, as quais *dee jays* ou *masters of cerimony* (ambas as expressões designando cantores) irão utilizar como base para suas apresentações. Embora um *riddim* seja único, cada *dee jay* imprime seu estilo em sua versão daquele ritmo, não apenas mediante sua apresentação, letras e vocal próprio que caracterizam seu estilo, mas também efetuando pequenas alterações na própria estrutura do *riddim*, incluindo ou suprimindo efeitos, por exemplo, de modo a transformar e recontextualizar a música.

Um *remix* pode ser definido como uma nova mixagem de determinada música, embora sem entrar em detalhes técnicos da produção musical, é mais acertado defini-lo como a reconstrução da mesma com outros elementos. O remix é tolerado e mesmo apreciado pela indústria da música, sendo comuns artistas remixarem de maneira legal canções de outros músicos, imprimindo dessa forma sua personalidade e estilo musical, permitindo uma transcendência de uma única música entre vários círculos culturais distintos, como

remixes que aproximam o rock do rap ou o rock do electro, um gênero de música dançante, direcionada para discotecas.

O *mash up*, também denominado *bastard pop* ou *bootleg* é técnica de colagem que ganhou proeminência rap, onde a parte rimada ou cantada de determinada música, seu vocal ou *acapella*, é aplicada sobre a base instrumental de outra música. O *mash up* é uma reconstrução que bebe diretamente de uma linha musical contemporâneo e popular, sendo quase sempre imbuído de algum aspecto crítico ou bem humorado, contrastando artistas em uma única música que, de outra forma, dificilmente estariam presentes em uma canção única. Discos de *rap* frequentemente são produzidos com faixas instrumentais e *acapella* independentes, de forma que um DJ habilidoso possa criar um mash up ao vivo, de forma performática. A questão autoral assume relevância quando o *mash up* é produzido em estúdio, muitas vezes sendo a *acapella* ou os instrumentais extraídos de uma música de maneira artesanal e não autorizada, mediante *sampling.*

A palavra *rap* surge da compressão da expressão *rhytm and poetry*. Assim, os *masters of ceremony* rimam, enquanto o *disc jockey* toca os discos que compõem a base instrumental da música de uma maneira performática, aplicando técnicas que permitem extrair sonoridades e timbres distintos dos discos em vinil, utilizando-se para tanto da manipulação dos discos com a mão e a equivalência de batidas por minuto de duas músicas distintas, técnica conhecida como *beat juggling*, utilizada para executar transições suaves entre uma música e outra, de forma que o ritmo da dança em uma discoteca não seja quebrado.

No original: “Often, the choice of the sample is an expression of appreciation, debt or influence. Other times it´s just a matter of having some fun or searching for the right ambient sound, tone or feel. Certainly Rick Jame´s funky hits of the late 1970s and early 1980s influenced not only artists of the 1990s but their audiences. Sampling is a way an artist declares, “Hey I dug this, too”. It helps form a direct connection with listeners, the same way a moviemaker might throw in a Motown hit in a soundtrack. (...) Sampling helps forge a “discursive community” among music fans. (..) Sampling can be transgressive or appreciative, humorous or serious. It gives a song another level of meaning, another plane of communication among the artist, previous artists and the audience”.

No original: “Thou shalt not steal” has been a an admonition followed since the dawn of civilization. Unfortunately, in the modern world of business this admonition is not always followed. Indeed, the defendents in this action for copyright infringement would have this court believe that stealing is rampant in the music business and, for that reason, their conduct here should be excused. The conduct of the defendants herein, however, violates not only the Seventh Commandment, but also the copyright laws of this country [...] From all of the evidence produced in the hearing, it is clear that the defendants knew that they were violating the plaintiff´s right as well as the rights of others. Their only aim was to sell thousands upon thousands of records. This callous disregard for the law and for the rights of other requires not only preliminary injunction sought by the plaintiff but also sterner measures”.

No original: “Parody, like other comment and criticism, may claim fair use. Under the first of the four §107 factors, "the purpose andcharacter of the use, including whether such use is of a commercial nature . . . ," the enquiry focuses on whether the new work

merely supersedes the objects of the original creation, or whether and to what extent it is "transformative," altering the original with new expression, meaning, or message. The more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use. The heart of any parodist's claim to quote from existing material is the use of some elements of a prior author's composition to create a new one that, at least in part, comments on that author's work. But that tells courts little about where to draw the line. Thus, like other uses, parody has to work its way through the relevant factors”.

DIREITO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: A CONFIANÇA COMO BASE DE PODER DA GOOGLE[*] [**]

LAW OF INFORMATION SOCIETY: THE TRUST AS A BASE OF POWER OF GOOGLE

Marcos Antonio Madeira de Mattos Martins
Karla Cristina da Costa e Silva Matos Ferragi

RESUMO

Na medida em que a era da informação avança, as tecnologias que a alimentam se tornam cada vez mais úteis, cada vez mais sofisticadas. Nesse contexto, a Internet é o canal de comunicação mais utilizado para difundir ideias pessoais, atingir um número cada vez mais diferente de universos e de culturas. Para conhecer o mundo, propor mudanças, conhecer a história e interagir com outras pessoas, não há necessidade de sair de casa: basta estar conectado.

A busca pelo conhecimento aliado a busca pelo poder de dominação, pluralizou a quantidade de informações disponíveis de tal forma que a incapacidade de gerenciamento e assimilação de todas as informações, exige uma ferramenta que disponibilize ao usuário a informação necessária em menos tempo possível.

Num mercado de consumo cada vez mais crescente na Internet, observa-se que as vendas de bens e produtos e a oferta de serviços são oferecidas por empresas e as organizações que, necessariamente, devem estar inseridas nessa rede virtual.

A Google oferece um conjunto de ferramentas que liga o consumidor a essas empresas. O site de busca mais famoso do mundo oferece de graça, um serviço de busca aos usuários e recebe em troca, informações que se transformam em controle e poder.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO; COMÉRCIO ELETRÔNICO; PODER; GOOGLE

ABSTRACT

Extent that the information age progresses, the technologies that fuel are becoming more useful, more and more sophisticated. In this context, the Internet is the communication channel used to broadcast more personal ideas, to reach an increasing number of different worlds and cultures. To know the world, proposing changes, the history and interact with other people, there is no need to leave home: you are

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

[**] Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito das Universidades Metropolitanas Unidas.

connected.

The search for knowledge coupled with the search for power and domination, pluralize the amount of available information so that the inability to manage and assimilate all the information, requires a tool that offers the User the necessary information in less time is possible.

In market consumption as so far increasing at the Internet, it is observed that sales of goods and the provision of services are offered by companies and organizations that necessarily must be included in this virtual network.

Google offers a suite of tools that connects consumers to these companies. The most famous site of search of the World is offering of grace, a search service to users and receives in return, information that in turn control and power.

KEYWORDS: LAW IN THE INFORMATION SOCIETY, E-COMMERCE, POWER, GOOGLE.

Introdução.

O desenvolvimento dos microcomputadores introduziu uma linha divisória na história da economia e da sociedade. A tecnologia da informação passou a ser a “menina dos olhos” dos investidores, uma vez que, quanto menor o tempo despedido para se obter uma resposta ou solucionar um problema, maior o investimento nesses tipos de ferramentas e programas tecnológicos.

Na visão de Manuel Castells[1], a revolução da tecnologia da informação “contribuiu para a formação de meios de inovação onde as descobertas e as aplicações interagiam e eram testadas em um repetido processo de tentativa a erro: aprendia-se fazendo.”

Os ambientes de rede de informação, notadamente, aqueles disponibilizados pela Internet, eram cultivados por empresas de tecnologia avançada a fim de auxiliar os fornecedores a buscar alternativas diferentes de produtos, proverem bens e serviços de redes de empresas, estimularem a divulgação de nomes, de marcas, de logomarcas para inserção no mercado virtual anunciado pelos pioneiros da expansão de programas capazes de atingir todos os níveis sociais.

Em meados dos anos 70, os empresários norte-americanos começaram a investir em um mercado cujo método de expansão da economia estava fundado na promessa de se atingir um número maior de consumidores com um menor custo.

Nessa ocasião, o vale do Silício atraía dezenas de milhares de mentes jovens e brilhantes de todas as partes do mundo, marchando para um novo marco tecnológico. Reuniam-se em clubes para a troca de informações sobre os avanços tecnológicos, sempre em busca da evolução de sistemas e resolução de problemas.[2]

Thomas L. Friedman[3] ressalta que a propagação de computadores pessoais, aparelhos de fax, programas como Windows e modems conectados a uma rede telefone global se juntou “no fim dos anos 1980 e início dos anos 1990 para criar a plataforma básica que deu início à revolução global da informação.”

O esforço comum, naquela ocasião, era o de combinar todos os aparelhos de comunicação e os programas e sistemas de rede, transformando-os em um único sistema operacional, capaz de atender todos os anseios de seus usuários.

Como cada vez mais as pessoas conectavam seus computadores com um programa Windows à plataforma de comunicação global, esse sistema operacional passou a ser paulatinamente traduzidos para 38 idiomas, a fim de que todos os cantos do mundo pudessem a se familiarizar com o computador em sua próprias línguas.[4]

Enquanto o Ocidente se preparava para interagir com o resto do mundo, a Europa via cair o Muro de Berlim, fato ontológico ocorrido em 09 de novembro de 1989, reunificando as duas Alemanhas. Despontava, daí, o início do fim da guerra fria emergido após a Segunda Guerra Mundial.

Quando o Muro de Berlim caiu e a China e a Índia começaram a se abrir para a economia global, não havia nada capaz de impedir a representação e a interação digital de tudo – palavras, música, fotos, dados, vídeo.

Em meados de 1990, a era Windows havia alcançado seu ápice. Era maravilhoso que pessoas em todo o mundo pudessem criar seu próprio conteúdo em formato digital.[5]

Esperava-se, entretanto, algo que permitisse a cada um gravar conteúdo digital e enviá-lo a qualquer lugar do mundo a um baixo custo. A ideia era compartilhar arquivos, textos, poesias, fotos, enfim, tudo o que fosse possível por meio de um canal de interação contínua. Aguardava-se, pois, uma nova forma de comunicação e de troca de informações com pessoas, sem fronteiras.

O evento marcante que possibilitou a realização desse sonho foi o surgimento da Internet. A World Wide Web[6] nasceu como um instrumento virtual de comunicação. Nela os indivíduos podiam publicar seu conteúdo digital para qualquer pessoa, em qualquer lugar, poder acessar.

Com o aprimoramento dessa ferramenta, tornou-se possível a disseminação do comércio virtual. A Internet deixou de ser apenas um instrumento pessoal de comunicação para ingressar, de vez, no mundo dos negócios, movimentando, sobremaneira, com toda a economia mundial.

Direcionados a esse cunho econômico, muitas empresas de tecnologia da informação apostaram na criação de programas, sites (locais na Internet representados por um nome de domínio único) e outras ferramentas de interface para aproximar as pessoas. Bens e serviços começaram a ser oferecidos na Internet. Pessoas começaram a se conhecer através da Internet. O mundo ficou achatado, único e onipresente.

Em razão do avanço tecnológico, redução dos preços dos computadores, facilitando o acesso de inúmeras pessoas na rede mundial e diante da propagação incontrolável de

informações, haveria necessidade de se compilar as centenas de milhares de acesso através de sites que permitissem o usuário a efetivar busca de informações com maior agilidade, eficiência e segurança.

Dessa simples necessidade dos usuários, vale notar, a busca de informações, numa garagem localizada no Menlo Park[7], Sergey Brin e Larry Page fundaram a empresa Google e começaram a desenvolver ferramentas e criar sistemas integrados de comunicação, tornando-se uma das maiores organizações da internet.

O presente artigo visa discutir o poder exercido pela Google na Sociedade da Informação, a forma pela qual somos conduzidos à buscar informações na rede virtual e o como as ferramentas criadas pelas Google possibilita a criação de valores econômicos em benefício próprio, transformando os recursos disponibilizados na rede para oferta das mesmas informações e conhecimentos a terceiros.

1. O Direito e o abuso do poder econômico.

O direito depende da economia, da sociologia e de outras áreas que estudam as condutas humanas. Os fatos sociais e econômicos traduzem-se em textos jurídicos para que tenham influência sobre e controle na sociedade.

O direito prescinde, ainda, dos efeitos sociais de certas regras ou instituições jurídicas. Essa dependência do direito à realidade transforma-o como direito "vivo", isto é, tal como se desenvolve realmente na vida da comunidade.[8]

No final da década de 20, o colapso do capitalismo mercantilista e a grande depressão levaram a economia a mudar num ritmo muito mais acelerado do que a capacidade de se conceber teorias e sistemas econômicos para se identificar, avaliar e processar mudanças tão complexas e heterogêneas que acabam repercutindo nas ciências jurídicas.

Orlando Gomes observava que "a tese marxista da origem dos institutos jurídicos não esclarece completamente a ligação entre Direito e Economia." Até no particular da criação das leis, tem-se entendido que a conexão entre infra-estrutura e superestrutura não é rigorosamente de causa e efeito. Inaceitável, assim, a explicação simplista de que o Direito é mero subproduto da Economia. [9]

A economia e o desenvolvimento social estão, nesse ponto, alinhados a uma ordem jurídica que possa conjugar e regulamentar as relações de trabalho, tendo como valor fundamental o homem que vende sua liberdade em troca de um valor.

Adam Smith, ao fazer relação entre a propriedade e trabalho, alertava-nos que "a propriedade que cada pessoa tem em sua própria ocupação (...) é o fundamento original de toda e qualquer outra propriedade", e "da mesma forma constitui a propriedade mais sagrada e inviolável". [10]

Karl Marx pregava que na produção social que os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes de sua vontade, “relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais.” [11]

Na relação capital versus trabalho, é notória a concepção de que o poder diretivo de uma empresa, na verdade, transborda, muitas vezes, num poder social, oriundo do capitalismo econômico.

A atual sociedade em que se vive revela as condições que provocam o desmoronamento paulatino da modernidade causadora de um contexto de múltiplas falências institucionais, de práticas incoerentes e desumanas, de incongruências sociais e desatinos econômicos geradores de estado de crise, inegável e perceptível, em diversos níveis e sob diversos focos de análise, atributos este inerente ao estado atual da pós-modernidade. [12]

Como tentativa de esclarecer a denominação da sociedade pós-moderna, Krishan Kumar ressalta que o “pós-modernismo pode ser para a sociedade pós-industrial ou do capitalismo tardio o que o modernismo é para a sociedade industrial em sua fase moderna ou classicamente capitalista.” [13]

Portoghesi vinculou seu conceito de pós-modernismo à “era da informação”, tornada possível pela “nova tecnologia eletrônica”. Segundo o autor, “a arquitetura posmodernista refletiria a sociedade de informação no sentido de ser uma “arquitetura de comunicação”. [14]

Com o surgimento da sociedade pós-industrial, a informação começou a transformar as organizações. As informações transformam as pessoas e, quando elas estão no comando das empresas, elas detêm poderes de transformar coisas. Essas transformações modificam todo o complexo exterior do mundo, sendo alvo de estudo e implicações profundas no estudo do Direito.

As organizações possuem muito poder social. Elas necessitam do poder para tomar decisões a respeito de pessoas – quem contratar, quem demitir, quem promover. Elas necessitam de poder para estabelecer as regras e a disciplina necessárias à produção dos resultados. [15]

As decisões pessoais e empresariais, sobretudo na atual conjuntura, são tomadas de acordo com as informações colhidas. As organizações têm sua base na informação, pois tudo o que fizer ou deixar de fazer, acarretará conseqüências positivas ou negativas para elas, transformando-as, nesse novo milênio, em verdadeiras empresas com responsabilidades sociais.

Segundo Drucker, “a organização baseada no conhecimento requer que cada um assuma responsabilidade pelos objetivos e pelas contribuições desta, bem como por seu comportamento.”

Isso quer dizer que todos os membros de uma empresa devem definir muito bem seus objetivos e assumir responsabilidade por seus atos.

Por essa razão, o Direito está totalmente voltado aos passos da economia. Na economia é que o capital mostra sua face, revelando distorções e injustiças que devem ser reguladas por atos cometidos por homens que detém muitas riquezas àqueles que vendem seu trabalho em troca de condições de subsistência.

Do mesmo modo, o consumidor que utiliza a Internet está cada vez mais vulnerável diante das incertezas contidas em inúmeras ofertas de produtos e de serviços, de ferramentas de controle e de segurança, carecendo, pois, diante dessas novas relações que surgem diurturnamente, de normas que preservem e tutelem seus interesses, pois ele é, de maneira inexorável, a parte mais frágil da relação econômica.

2. A Sociedade da Informação e a proposta de um "Direito Digital".

O conceito de Sociedade da Informação adquiriu importância em escala mundial nos últimos anos, fundamentado na crença de que sua consolidação favorece a integração global nos diferentes âmbitos que se desenvolve vida humana, na economia, no conhecimento, na cultura, no comportamento humano e nos valores[16].

O aperfeiçoamento dos meios de produção, a partir da sociedade industrial, possibilitou a montagem e produção de produtos em série, privando o consumidor de ver reconhecido seu direito de reparação por dano ou defeito de produtos e serviços, e até mesmo do direito de restituição do valor pago.

A criação de nova tecnologia e a transformação dos processos produtivos acabaram trazendo à sociedade repercussões socioeconômicas de muita grandeza, diferente do que ocorria na sociedade industrial.

Os ordenamentos jurídicos, intimamente agregados à evolução da sociedade e buscando solucionar os impasses havidos nas relações sociais, tiveram que interferir nas novas relações exsurgidas com a transnacionalização e o surgimento de blocos econômicos, resultados do movimento socioeconômico de integração mundial, forçando as empresas a focarem na produção de acordo com os interesses econômicos de cada continente e não somente em face das necessidades locais.

Segundo Roberto Senise Lisboa[17], essa integração mundial, fomentada pelo avanço tecnológico, acabou criando possibilidades de compra e venda de bens e serviços pelo sistema eletrônico, chamados *e-commerce*.

Esse sistema, a despeito de trazer aos usuários muita economicidade de tempo e dinheiro, possibilitando a transferência eletrônica de dados, ocasionou a criação de sites para comparação de preços e até a discussão de temas de extrema relevância no cenário mundial. No entanto, acabou-se criando novos fatos que deveriam ser investigados pela ordem jurídica, como, por exemplo, problemas da atribuição da autoria de documentos eletrônicos e da assinatura digital, problemas de validade de documento eletrônico original e copiado, proteção dos direitos intelectuais, proteção do consumidor por adesão a contratos celebrados eletronicamente, entre outros.

Essa nova era de troca de informações simultâneas fez surgir uma nova sociedade, não de característica industrial, mas pós-industrial, também denominada de sociedade da informação.

Para Roberto Senise Lisboa, sociedade da informação

"(...) é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e da distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utiliza dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para realização de atos e negócios jurídicos." [18]

Os meios de informação não são somente aqueles relacionados ao computador ou a um canal eletrônico específico, mas a todo o sistema integrado de comunicação, como por exemplo, meios de comunicação telepresenciais difundidos a cabo, via satélite, por rádio, teleworking, telefones, celulares, enfim, canais conectivos de longo alcance.

A economia da sociedade baseada no conhecimento está sedimentada em três pilares, a saber: (a) o conhecimento impregna tudo que se vende, compra e produz; (b) o capital intelectual passa a ser mais valoroso para as empresas que os ativos financeiros e físicos; (c) para prosperar na nova economia e explorar esses novos ativos significa a maior utilização de novas técnicas de gestão, novas tecnologias, preestabelecidas em um planejamento estratégico.[19]

José de Oliveira Ascensão observa que "a sociedade da informação não vive só de novos produtos. É essencial a disponibilidade de veículos ou meios de comunicação aperfeiçoados. E com isso nos surge o papel decisivo das auto-estradas da informação" [20]

Dentro desse enfoque, a busca constante pela informação possibilitou a criação de novas empresas com objetos de exploração em nichos de comunicação e de penetração em massa em diversos lugares, representando uma verdadeira mola propulsora da economia em outros segmentos de mercado.

O computador foi o grande agente causador de mudança de uma sociedade industrial para uma sociedade pós-industrial. Com ele as pessoas puderem se interconectar a uma rede virtual e nela estabelecer relações de múltiplas faces.

Diante dessa nova situação, a sociedade da informação deve ser tratada de um modo bem mais amplo do que simples ambientes de atuação digital de pessoas, em ambientes virtuais, mas com um novo contexto de valorização do conhecimento.

Os reflexos do acesso facilitado à informação encontram-se em todos os meios de comunicação, e não apenas no meio virtual. [21]

Todos os veículos de comunicação que estão à serviço da sociedade passaram, portanto, a ter relevância jurídica a partir do momento em que se tornaram instrumentos de comunicação de massa, pois foi a massificação do comportamento que exigiu o ingresso do Direito para regulação das regras que estavam em desconformidade com princípios fundamentais de cada cidadão.

Na proposta de Patrícia Peck[22], em decorrência da disseminação de inúmeros negócios jurídicos celebrados pela rede virtual, indispensável o surgimento de leis, de "normas" ligadas a um "Direito Digital" que possam regular a forma pela qual os usuários, servidores, empresas fornecedoras de bens e serviços, enfim pessoas físicas e jurídicas devem se ajustar.

O "Direito Digital", então, traria a oportunidade de se aplicar, dentro de uma lógica jurídica uniforme, uma série de princípios e soluções que já vinha sendo aplicadas de modo difuso. Essa idéia levaria, no pensar de Peck, o Estado a alcançar resultados práticos, e "preencher lacunas nunca antes resolvidas, tanto no âmbito real quanto no virtual, uma vez que é a manifestação de vontade humana em seus diversos formatos que une estes dois mundos dentro do contexto jurídico".[23]

Há de se refletir sobre a necessidade ou não de uma codificação especial, exclusiva às relações virtuais (digitais), posto os conflitos existentes na rede podem ser resolvidos à luz do que dispõe das normas vigentes nos diplomas civil, consumerista, antitruste, além das leis esparsas que buscam garantir a transparência das relações interpessoais, preservar o equilíbrio concorrencial e conservar o preceito da livre concorrência.

Para auxiliar nessa reflexão, Ricardo Lorenzetti[24] observa que na economia da informação, não de pode valorizar a informação "somente levando em consideração o grau de conhecimento que deve ser posto ao alcance das partes no processo de contratação, mas também como bem comercializável." Ou seja, deve ser levado em conta que existe "um mercado em que os sujeitos não são contratantes não informados, mas apenas produtor de informação e adquirente desta."

3. A relativização do consumidor no mercado informacional.

O consumo é visto e sentido de forma diferente. A imaginação para se consumir, comprar algo, é bem mais forte na expectativa, tornando-se cada vez mais vazio o uso. Por força da própria evolução da tecnologia e dos inúmeros artefatos colocados à disposição no mercado, a *"economia de hoje reforça essa espécie de paixão autoconsumptiva, tanto nos shopping centers quanto na política"*.[25]

De fato, a mudança nas burocracias do trabalho demonstra a fragilidade do controle do indivíduo sobre determinado lugar numa instituição reconhecida. Não há como explicar, diante da ausência de controle do ser humano, a razão para tanto consumo sem causa ou sem necessidade.

Parece que o próprio consumo ou o ato de consumir aleatoriamente ficou supérfluo. Mas, então, podemos indagar por que o consumidor continua a buscar informações na Internet, por mais supérfluas que elas sejam?

É atrás do problema da informação que está o problema da manifestação da vontade. Para que a informação seja compreensível e assimilável pelo receptor da mensagem, ela

deve ter um ingrediente de novidade que chame a atenção do receptor e que ao mesmo tempo não se transforme em novidade indecifrável.

A válvula propulsora de quem “navega” na Internet é o despertar a atenção do receptor. Uma novidade desperta a atenção, porém esta novidade não pode ser indecifrável.

Uma novidade relativa e absoluta. A mensagem só gera eficiência quando desperta a atenção e se torna compreensível a ponto de proporcionar a mudança de comportamento do receptor.

A informação veiculada através de uma mensagem tem que ter uma eficiência pouco importando o meio de comunicação. No comércio virtual se compra mais pelo que se vê do que pelo que se lê.

A novidade, então, tem que atingir um nicho em princípio bem maior de pessoas. Ela tem ainda que despertar a atenção dentro de um nível de compreensão do público alvo. A mensagem utilizada pelo emissor é de cativação e nesse sentido o consumidor compra mais pela emoção do que pela razão.

Na sociedade pós-moderna o que justifica a obsessão do consumidor é a informação adequada. A informação na Internet está ligada a segurança do meio. O poder passa a ser o poder não focado nos ativos materiais, mas no poder de quem detém a informação.

O homem leigo não pode se defender da manipulação da informação. A relativização da segurança no universo virtual. Sempre precisam atualizar os meios de segurança por causa de invasões. Quanto mais sofisticado o meio, mais relativizada a segurança se torna. Mais complexo o meio de segurança mais complexo o meio de segurança e mais indefesa fica a pessoa que recebe a mensagem.

Uma dessas ferramentas mais utilizadas no mundo é a desenvolvida pela empresa Google. Justamente sobre as ferramentas de busca e subferramentas que possibilitam a economicidade do tempo e otimização de dados criados pela empresa Google é que o artigo proposto visa discutir sobre a forma pela qual o poder econômico está se ajustando a um novo meio virtual, em uma nova economia que exsurge na rede globalizada.

4. O significado da Google num mundo pós-moderno.

Larry Page e Sergey Brin, em janeiro de 1996, iniciaram um projeto chamado “BackRub” que inicialmente rastreava links[26] na Internet em busca de informações. Os amigos fundaram, em 1998, dentro de uma garagem, o primeiro centro de processamento e armazenamento de dados da Google, que, com o passar do tempo, acabou ganhando popularidade entre os usuários da rede.

Após o apoio e suporte de investidores, e em Maio de 2000, após o recebimento de dois prêmios, a Google torna-se o maior portal de buscas da web, ao atingir o surpreendente número de um bilhão de sites em seu índice. Na mesma época, um sistema

revolucionário de anúncios era criado. Logo viriam os primeiros lucros, por meio do o AdWords. Hoje a Google conta com mais de 25,270,000,000[27] páginas indexadas.

O sistema de buscas AdWords funciona numa forma de leilões de palavras, em que palavras-chaves são vendidas para induzirem a um link de uma determinada empresa. Assim, por exemplo, a palavra-chave "Paris" após digitada no sistema de busca, pode levar a um link de um site de uma companhia aérea.

É um suprimento ilimitado de anunciantes de forma que se em um mês o anunciante comprou determinada palavra de acordo com a previsibilidade de acesso de determinado usuário, no outro mês, o interesse do usuário pode ser por outra palavra e assim por diante, ocasionando uma redução no valor da palavra.

A quantificação monetária da palavra-chave depende do comportamento do usuário. Quanto maior o interesse do usuário por uma palavra-chave, mais caro a empresa anunciante pagará para elencar um link de seu site a ela, na página inicial de busca. Isso porque 70% dos usuários que utiliza buscador não passam da terceira página.[28]

O objetivo da Google é entender o que as pessoas fazem, do que gostam de saber e com isso oferecer melhores produtos, através da análise dos dados disponibilizados pelos usuários e armazenados em um banco de dados de registros. Para o usuário, apenas a disponibilização de informações, para a Google, a vontade do usuário lhe faz render dinheiro.

Mais que isso, segundo o atual presidente da Google, Eric Schmidt[29], a empresa busca manter registros das pesquisas dos clientes para melhorar os serviços disponíveis na rede e, ainda manter segurança na base de dados do sistema.

Indagamos, então, até que ponto as informações disponibilizadas na rede, armazenadas num grande cérebro virtual, reproduz um valor econômico homérico capaz de revolucionar a própria economia pós-moderna?

A própria empresa, através de seu presidente, está discutindo aos reflexos globais gerados pela ausência de normas de controle de condutas que giram em torno do tema privacidade na esfera globalizacional. A autorregulação com freqüência funciona melhor que a legislação, sobretudo em mercados cada vez mais acirrados nos quais as pessoas podem trocar de serviço simplesmente digitando algumas letras num computador. [30]

Diante desse universo cada vez mais virtual e incipiente nas vidas dos seres humanos, a partir da premissa que os excessos devem ser regulados pela ciência jurídica a fim de evitar conflitos de interesses – e, nesses casos, em proporções sem limites – há necessidade de se questionar o que está por trás de empresas que buscam entregar ao consumidor uma "pseudo-confiança" em troca de informações.

Ao citar Giddens, Stuart Hall[31] fortalece o entendimento de que a globalização implica um "movimento de distanciamento da idéia sociológica clássica de 'sociedade' como um sistema bem delimitado e sua substituição por uma perspectiva que se concentra na forma como a vida social está ordenada ao longo do tempo do espaço".

Se as identidades nacionais e outras identidades tidas como “locais ou particularistas” estão sendo reforçadas pela resistência à globalização, temos, em outras localidades, países ou nações, o fato de que as identidades nacionais estão em declínio, posto que novas identidades – agora híbridas – estão tomando seu lugar.[32]

O surgimento de uma nova identidade global tem como uma das bases a diminuição do espaço e do tempo criada por ferramentas na rede virtual que possibilita estar, com todos, mesmo separados, por um canal de comunicação virtual, mas plenamente eficaz.

Quando a Google dispõe suas ferramentas para alimentar o sistema virtual, o faz pensando muito mais além do que imaginamos, pois o que ela quer e precisa obter, é a confiança de seus usuários para que esses possam navegar em seus mares da informação virtual, sem qualquer interferência danosa, sem riscos de afogamento.

5. A confiança como base do poder da Google.

Na nova economia não há espaço para produtos massificados, mas sim produtos que preenchem o desejo de nichos diferentes de pessoas. Foi-se a época em que se podia comprar um carro Ford desde que o mesmo fosse preto. Nesse sentido, Sennet[33] aborda que o “consumidor busca o estímulo da diferença em produtos cada vez mais homogeneizados.”

A satisfação constante dos desejos dos consumidores permite que se venda mais e que defenda cada vez mais uma marca de determinado produto.

Com o advento da internet, a opinião do consumidor sobre o produto circula mundialmente em apenas segundos, fazendo com que a empresa passasse a não determinar um produto ao usuário, mas a ser determinada do que deve fabricar e para quem. O consumidor passou a manifestar seus anseios, seus desejos.

A Google simplesmente reflete uma nova era de economia em que a empresa dá confiança ao usuário de forma que este, em troca, lhe dê informação, seja sobre sua vida, seu perfil, seus desejos como consumidor. Quando se confia, perde-se uma parte do controle, e corre-se o risco inerente a materialização do objeto confiado.

Nesse sentido, a Google através de sua linguagem passou a dar confiança ao usuário seja na forma de proteção de dados, ou na disponibilização de funcionalidades inovadoras de pesquisa, de forma que o usuário seduzido pelas facilidades, pudesse através de links na pagina inicial de busca, definir seus gostos, anseios, desejos e avenças, sempre contribuindo para reunião de toda essa informação no banco de dados Google.

Os usuários deixaram de ter confiança pelas instituições e agora passaram a exigir confiança das novas empresas. A partir do momento em que a confiança foi transferida

ao usuário, ele transfere a empresa controle. No instante em que há o clique em um link na página de busca da Google, ele associa os dados com os demais usuários, numa forma de banco de informação.

Todos os dados gerados pelos usuários são utilizados pela Google de forma que, o mesmo tente antecipar o que se deseja e prefere, criando novas funcionalidades inovadoras, como resultado disso, usuários fiéis. É a representação de dados em vontades, isso faz com que, todas as atitudes do Google sejam justificadas em dados numéricos, gerando um império de informações.

Ricardo Lorenzetti[34] reforça esse entendimento quando assim pondera:

"Os consumidores não têm segurança quanto à utilidade e à qualidade do bem se não o utilizam, em razão disso se diz que estes são 'bens-de-experiência' ou produtos para experimentar porque não se saberá se o livro ou jornal é bom antes de lê-lo. Para neutralizar este aspecto, a marca e o prestígio têm uma grande importância, e, com isso, a proteção da imagem, da marca e da reputação. Neste sentido, já se observou que o ponto central da criação de valor na web é a confiança, uma vez que o usuário não tem meios empíricos ou sensíveis para verificar, mas pode confiar no prestígio de uma marca ou na fiabilidade de um comportamento repetido".

Logo, parece-nos que a confiança criada pela Google em seu nicho mercadológico é batizada, dia-a-dia, minuto por minuto, pela proliferação da marca incutida nos sites e pela forma pela qual a Google se apresenta no mercado.

6. A linguagem sublinhar da Google.

Ao utilizarmos a ferramenta de buscas da Google, estamos, inconscientemente, criando valores para terceiros. Criamos valores para a Google por meio de informações e, de certa forma, tornamo-nos uma nova "classe trabalhadora" na sociedade informacional.

As informações, de certo modo, são os produtos de comercialização da empresa Google. Através desse imenso banco de informações suprido por cada usuário, ela obtém um universo incomensurável de elementos que a possibilita deter um controle sobre o que pensam, o que procuram as pessoas. Além disso, a Google obtém uma gama de dados sobre o mercado que toda empresa (organização como um todo) gostaria e pagaria para saber. Somente através do desejo do consumidor que uma sociedade empresarial se sobrepõe a outra num mundo capitalista, em que o consumo é a marca latente do pensamento humano, sobretudo na sociedade pós-moderna.

Num estudo mais específico sobre o ato de comprar, Sharon Zukin [35] definiu que o *"consumidor não tem, sobre a produção, o conhecimento que ora dominado por gerações anteriores."* Por essa razão, Zukin depreende que a pessoa que quer fazer

compras de maneira inteligente precisa conhecer o processo produtivo e a necessidade do produto, alcançar um novo entendimento das realidades físicas.

Perguntamos, então, se o consumidor não tem conhecimento sobre a produção e gerenciamento de dados do mundo virtual, e partindo do princípio que uma empresa para sobreviver deve obter ganhos razoáveis para manter-se em um mundo cada vez mais competitivo, como a Google, empresa que teve um crescimento astronômico na última década, conseguiu obter lucros invejáveis com o oferecimento de ferramentas de busca de informações na Internet, sem cobrar algo do usuário?

Parece-nos, por consequência, que o consumo movimentou a Internet de tal modo que as ferramentas de buscas (lê-se aqui qualquer tipo de busca, seja loja, endereço, nome, até mesmo palavras antes mesmas desconhecidas) tornaram-se a ponte que liga o usuário à loja ou local aonde ele quer chegar.

Zygmunt Bauman alerta para um fato marcante na atual sociedade que ele chama "de consumo". Existe um excesso e um desperdício econômico (e também de tempo) no consumismo, transformando a atual economia em um verdadeiro "engano". Esse excesso tem origem na "irracionalidade dos consumidores, e não em suas estimativas sóbrias e bem informadas; estimula emoções consumistas e não cultiva a razão".[36]

O acesso à Internet pelas pessoas tornou-se algo tão comum que é como ligar a televisão para assistir algo. Mas, na verdade, "assistir" um programa ou "ver" algo numa emissora de televisão é algo tão corriqueiro que não pensamos que na Internet, o "clicar" em um link poderá conduzir-nos ao consumo tão rapidamente.

A compra de bens e serviços pela Internet já se tornou costume nos países desenvolvidos e emergentes. Enquanto o usuário trabalha na rede virtual – exercendo sua profissão, tarefa ou estudo profissional - ele acaba abrindo novas janelas em um mundo cheio de ofertas. Em seguida, muitas vezes de forma inconsciente, ele compra bens e serviços em segundos, ao mesmo tempo em que lê informações e compara preços.

A ponte que liga esse consumidor (racional ou irracional) à empresa fornecedora de bens e serviços é base de poder que alimenta as ferramentas de buscas na Internet.

Sabendo utilizar essas ferramentas de modo lógico e cada vez mais repleto de opções que envolvem os mais diversos tipos de sentimentos agradáveis ao usuário, a Google conquistou um poder quase que absoluto nessa atmosfera virtual.

Esse poder nasce na medida em que a Google tem o controle sobre as informações e sabe como utilizá-lo para seu próprio interesse – seja em forma política, seja econômica, seja, simplesmente, ideológica.

Há uma questão ainda maior sobre a forma pela qual estamos sendo utilizados pela Google para fomentar sua riqueza. Ao digitarmos uma palavra na aba de "busca", gerando, assim, um novo dado a ser preenchido pelo sistema integrado de sua ferramenta, somos tidos como "matérias-prima" da informação ou meras "mercadorias"?

Bauman[37] entende que o consumo, da forma imposta em nossa economia pós-moderna, torna os homens “as próprias mercadorias” no mercado de informação.

A velocidade e o ritmo acelerados dos processos virtuais e a forma pela qual ocorreu a formação de uma sociedade de consumidores, levaram a formação de uma nova sociedade virtual, cuja linguagem está centrada no “medo de ficar só.”

A Google oferece “ajuda” ao usuário da rede, pois sabe que ele necessita de “algo” que preencha essa solidão. Os usuários potenciais são estimulados a migrar para os serviços de Internet como uma “opção mais segura e controlada”; que lhes permite evitar “o risco e a imprevisibilidade dos encontros face a face.[38]

O que o usuário parece não compreender é que essa “ajuda” leva a Google a se tornar, no mundo capitalista, não somente uma das empresas mais ricas do mundo, mas uma das mais promissoras para deter o poder, de forma quase monopolizada, em um mundo globalizado e repleto de conflitos sociais, culturas e econômicos.

Conclusão.

Os usuários da Internet passaram a ser de simples operadores de um terminal de um computador para verdadeiros consumidores de produtos. Como consumidores, são mimados pelo mercado, que sempre se apresenta amigável ao usuário, prometendo tornar segura qualquer transação que ele faça na rede virtual, com baixos custos transacionais. Para o consumidor, no comércio eletrônico, poupa-se tempo, há maior opção de compra bem como meios e ferramentas ágeis de pesquisa de preços e de mercado.

A Google captou um nicho do mercado virtual e especializou-se, de tal forma, a vincular o usuário a um sistema de ferramentas de buscas capaz de criar e emoldurar novos signos, sinais, imagens e culturas em troca de uma fidelização inconsciente.

Essa fidelização de buscas no site da Google, ou por meio de suas ferramentas, nutriu a empresa de recursos financeiros e de conhecimento de tal montante que sua dimensão, parece-nos, não pode ser medida nem por seus diretores e nem por seus gestores. A sociedade da informação pode ter uma nova organização com poderes jamais refletidos, e poucos sabem o quanto isso pode significar para o mundo dos negócios.

Os protagonistas dessa ebulição no comércio on-line e nas redes de relacionamento são os próprios usuários, consumidores de produtos e serviços criados para alimentar o poder da informação, do conhecimento. Não existe mais a conotação de um simples “clicar” ou “abrir telas”, mas sim de gerar valores, pois quem detiver mais informação e souber utilizá-la, obterá poder na sociedade.

Pergunta-se, então, como o Direito na Sociedade da Informação poderá regular essa linguagem sublinhar imposta aos nossos consumidores, a fim de evitar que a concentração do poder recaia somente em algumas mãos e de forma quase invisível? Será que o uso inconsciente da rede virtual e a ausência de uma identidade cultural na pós-modernidade poderão ser regulados por uma única ordem jurídica mundial, capaz de equilibrar o consumo, a economia e o poder?

BIBLIOGRAFIA.

ARIDA, Pérsio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. **Direito e Economia.** Coordenadores ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**. 2 ed. RJ: Renovar, 2001.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**, São Paulo: LTr, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.**

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. Tradução: Roneide Venâncio Majer. 11. edição. São Paulo: Paz e Terra, 2008.**

DRUCKER, Peter. **Sociedade pós-capitalista**. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. São Paulo: Pioneira: Publifolha, 1990.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FRIEDMAN, THOMAS L. **O mundo é plano**. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2007.

GOMES, Orlando. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____ Revista LTr – nº 38, janeiro de 1974.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro, 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós- moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo.** Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora. 1997.

LISBOA, Roberto Senise. **A livre iniciativa e os direitos do consumidor. Direito Empresarial Contemporâneo.** Coordenação de Adalberto Simão Filho e Newton de Lucca. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

_____ **Direito da Sociedade da Informação.** Revista dos Tribunais, ano 95, vol. 847, maio de 2006. São Paulo: 2006, p. 85

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Tradução de Fabiano Menke com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARX, Karl. **Para a crítica da economia política**. Tradução de Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

PARETO, Vilfredo. **Sociologia.** Organizador: José Albertino Rodrigues. Coordenador: Florestan Fernandes. Tradução Ruy R. Cunha. São Paulo: Ática, 1984.

PECK, Patrícia. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Bauru/SP: EDIPRO, 2003.

SENETT, Richard. **A cultura do novo capitalismo: a política do consumo**. Traduzido por Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Ed. Record. 2006.

SCHMIDT, Eric. **O desafio de criar novas regras**. São Paulo: Revista Veja. Editora Abril, edição 21215, ano 42, 12 de agosto de 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de Luiz João Baraúna, vol. I, 3.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de**. Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SZTAJN, Rachel. **Direito e economia.** Revista de Direito Mercantil nº 144. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

TELLES, André. **Geração digital**. São Paulo: Editora Landscape, 2009.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

[1] CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. Tradução: Roneide Venâncio Majer. 11. edição. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 103.**

[2] Idem. Idibem, p. 102.

[3] FRIEDMAN, THOMAS L. **O mundo é plano**. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2007, p. 73

[4] FRIEDMAN, Thomas L. op. cit., pp. 72-73

[5] Idem, p. 76

[6] **World Wide Web** significa "rede de alcance mundial", em inglês; também conhecida como Web e WWW) é um sistema de documentos em hipermídia que são interligados e executados na Internet. Os documentos podem estar na forma de vídeos, sons, hipertextos e figuras. Para visualizar a informação, pode-se usar um programa de computador chamado navegador para descarregar informações (chamadas "documentos" ou "páginas") de servidores web (ou "sítios") e mostrá-los na tela do usuário. O usuário pode então seguir as hiperligações na página para outros documentos ou mesmo enviar informações de volta para o servidor para interagir com ele. O ato de seguir hiperligações é comumente chamado de "navegar" ou "surfar" na Web. Disponível no Dicionário Babylon, in http://www.babylon.com/definition/World_Wide_Web/Portuguese. Acesso em 12/set/2009.

[7] Menlo Park é uma cidade localizada no Estado americano da Califórnia, no Condado de San Mateo.

[8] ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003, p. 26.

[9] GOMES, Orlando. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 9-10

[10] SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de Luiz João Baraúna, vol. I, 3.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 104.

[11] MARX, Karl. **Para a crítica da economia política**. Tradução de Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultura, 1999, p.52.

[12] Idem, ibidem.

[13] KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós- moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora. 1997, p. 124.

[14] *Apud* KUMAR, Krishan, op. cit., p. 125.

[15] DRUCKER, Peter. **Sociedade pós-capitalista**. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. SãoPaulo: Pioneira: Publifolha, 1990, p. 93.

[16] SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de**. Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17

[17] LISBOA, Roberto Senise. **Direito da Sociedade da Informação.** Revista dos Tribunais, ano 95, vol. 847, maio de 2006. São Paulo: 2006, p. 85

[18] Idem, p. 85.

[19] Texto retirado do Livro Verde da Sociedade da Informação no Brasil, obra elaborado pelo Ministério de Estado da Ciência e Tecnologia, oficialmente lançado pelo governo federal em 15/12/1999. Disponível em http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/18970.html. Acesso em 15/ set/ 2009.

[20] *Apud* LISBOA, Roberto Senise. **Direito da Sociedade da Informação.** Revista dos Tribunais, ano 95, vol. 847, maio de 2006. São Paulo: 2006, pp p. 87.

[21] LISBOA, Roberto Senise. **Direito da Sociedade da Informação.** Revista dos Tribunais, ano 95, vol. 847, maio de 2006. São Paulo: 2006, p.89.

[22] PECK, Patrícia. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 27.

[23] Idem. op.cit. p. 27.

[24] LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Tradução de Fabiano Menke com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.55.

[25] SENETT, Richard. **A cultura do novo capitalismo: a política do consumo**. Traduzido por Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Ed. Record. 2006, pp. 128-129.

[26] Link significa uma hiperligação, uma referência em formato de texto que direciona a outro documento, ou quando combinada com uma rede de dados, pode se ter acesso a outros site ou conteúdos.

[27] Disponível em http://www.undergoogle.com/blog/2006/geral/histria-da-google.html. Acesso em 14/ set/2009.

[28] TELLES, André. **Geração digital**. São Paulo: Editora Landscape, 2009, p. 48.

[29] SCHMIDT, Eric. **O desafio de criar novas regras**. São Paulo: Revista Veja. Editora Abril, edição 21215, ano 42, 12 de agosto de 2009, p. 84.

[30] Idem, p. 84.

[31] HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro, 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. p. 68

[32] Idem, p. 69.

[33] SENETT, Richard. Op. cit., p. 137.

[34] LORENZETTI, Op. cit., pp. 59-60.

[35] *Apud* LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Tradução de Fabiano Menke com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132.

[36] BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 65**

[37] BAUMAN, Zygmunt. Op. cit. p. 13

[38] Idem, p. 24.

DIREITO À IDENTIDADE VIRTUAL*

RIGHT TO VIRTUAL IDENTITY

Regiane Alonso Angeluci

RESUMO

As novas tecnologias de informação auxiliam na socialização das identidades reais e formam as identidades fictícias, criadas especialmente ao ambiente do ciberespaço. As tecnologias de informação possuem várias funções, estão presentes no trabalho, na escola, nas residências, permitem a comunicação com o mundo através da internet e proporcionam interatividade ilimitada. Todavia, há aqueles que entendem que esse proveito ultrapassa a linha utilitária para projetar os ideais, as fantasias e exteriorizar suas verdadeiras identidades. Um mundo completamente diferenciado ou totalmente semelhante com o que se vive hoje pode ser criado e vivido a partir do computador. A simulação tridimensional é tão perfeita que é capaz de refletir como um espelho a vida real para dentro da tela do computador.

PALAVRAS-CHAVES: AVATAR, IDENTIDADE VIRTUAL, METAVERSO

ABSTRACT

The new information of technologies help to socialize and make real identities of the fictitious identities, created especially to the environment of cyberspace. Information technologies have different functions, are present at work, at school, at home, allowing communication with the world by the Internet and provide unlimited interactivity. However, there are those who believe that cross the line from utilitarian to design the ideal, the costumes and externalize their true identities. A world completely different or completely similar to what is happening today can be created and lived from the computer. The three-dimensional simulation is so perfect that it is able to reflect as a mirror real life into the computer screen.

KEYWORDS: AVATAR, VIRTUAL IDENTITY, METAVERSE.

I – Introdução

A evolução da tecnologia computacional acompanha o desenvolvimento da sociedade da informação, proporcionando novas experiências que ultrapassam a

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

margem estabelecida pelo espaço físico e pelo tempo, entre elas, pode-se citar a criação de "mundos paralelos", conectados à rede de computadores, que seduzem seus usuários ao apresentar mesmo que virtualmente situações da vida real.

O surgimento de ambientes virtuais posicionados no ciberespaço, como: *Orkut, Facebook, Myspace, Second Life, Twitter*, entre outros, acompanha a evolução da sociedade da informação, uma vez que o crescente desenvolvimento dessas novas formas de comunicação ocorre graças ao baixo custo dos computadores pessoais e a simplicidade no manuseio das plataformas, que permitem o acesso entre as diferentes culturas, sem restrições de limites geográficos.

O ciberespaço, contudo, trouxe muito mais do que o comércio eletrônico e uma interatividade ilimitada e sem fronteiras. Proporcionou a exteriorização de algo que ultrapassa a linha divisória entre a máquina e o ser humano, que é a criação de uma nova identidade, denominada identidade virtual, cujas referências serão aqui apresentadas.

II - Metaversos ou Mundos Virtuais

A revolução tecnológica é marcada pela liberdade de informação e de comunicação, princípios basilares de uma democracia. A Internet valorizou tais princípios, possibilitando a transformação da informação em conhecimento, o bem mais precioso dessa nova era, aproximando-os das pessoas.

As novas tecnologias também proporcionaram a denominada *virtualização*. O mundo imaginário criado pela tecnologia computacional, posicionado no espaço virtual, parecia estar longe de se tornar realidade. Contudo, um mundo totalmente diferente do que vivemos, e ao mesmo tempo igual em sua essência, pode atualmente ser criado com a ajuda das novas tecnologias da informação. A digitalização de textos, imagens e som, em conjunto com a interatividade disponibilizada pela Internet, fez o improvável se tornar possível, ou seja, a existência de um mundo virtual[1] posicionado no ciberespaço[2].

Vale observar que o ciberespaço possui características próprias, capazes de armazenar qualquer tipo de informação digitalizada, em que os átomos são desprezíveis e os códigos binários encarregam-se de formar a simulação perfeita para que o ser

humano se sinta imerso nesse novo ambiente, capaz de refletir a vida real de quem o experimenta.

Neste contexto, pode-se dizer que os mundos virtuais, também denominados metaversos são "plataformas sociais que dispõem de todos os graus de liberdades do mundo real construídos em co-participação de seus usuários"[3]. Nesses ambientes, as pessoas são representadas por identidades virtuais ou avatares[4].

Acrescenta-se ainda, que as identidades virtuais, bem como, os metaversos, são constituídos por meio de programas de computador considerados simuladores de ambientes físicos, capazes de simular, entre outros, casas, edifícios, igrejas, bares, parques, centros comerciais, escolas, ruas de uma cidade, uma cidade inteira, carros, árvores, animais e pessoas.

Estudiosos[5] dedicam-se à análise desses mundos paralelos conectados à Internet, que possuem moeda e economia diferenciada, e simulam todos os aspectos do mundo real. Vale ressaltar, no entanto, que ainda não existe cientificamente uma denominação cem por cento correta para classificar tal fenômeno, posto que ele ainda se encontra em franco processo de evolução.

O *mundo virtual* ou *metaverso* no conceito oferecido por F. Gregory Lastowka, professor da Universidade de Direito Rutgers, de Nova Jersey, Estados Unidos é:

... um lugar que você pode co-habitar com centenas de milhares de pessoas simultaneamente. Esse mundo existe independente de sua presença, e suas ações podem moldar esse ambiente. O fato de você existir juntamente com outras pessoas reais do globo inteiro acrescenta um novo nível de imersão, que só pode ser vivido quando experimentado.[6]

Há diferentes tipos de mundos virtuais, cada um, face às suas peculiaridades, capazes de apresentar distintas e variadas relações jurídicas, que decorrem, entre outras coisas, do seu desenvolvimento constante e de seu simples funcionamento. Essas relações têm início a partir do momento em que o usuário efetua o cadastro *on-line* com todos os dados pessoais (nome, endereço, etc) que lhe permitirá ter acesso ao ambiente virtual, e que é normalmente disponibilizado por uma empresa privada.

A natureza jurídica das atividades desenvolvidas pelos proprietários dos metaversos é a de provedor de serviços. Entre os serviços disponibilizados, está o próprio acesso ao ambiente, bem como a todos os recursos de que ele dispõe, tais como a criação de um perfil ou avatar, o armazenamento de dados, a organização de pastas, o envio e recebimento de mensagens *on-line* e *off-line*, e os recursos de interatividade multimídia e ambiente tridimensional.

III - Identidade Virtual

Os metaversos ou mundos virtuais são "habitados" por distintos usuários, cujas experiências ali compartilhadas extrapolam os aspectos materiais, para interferir na esfera do ser humano, que é representado nesses mundos por uma identidade diferenciada, mas não menos real.

Nos dias atuais, a identidade virtual, também conhecida como identidade *on-line*[7], é tão importante quanto a identidade real ou *off-line*. A pessoa, ao longo do tempo, vai desenvolvendo uma boa ou má reputação de sua identidade virtual, seus parceiros *on-line* irão lhe atribuindo valores, tal como acontece na vida real.[8]

A identidade virtual toma forma principalmente por ser a representante da pessoa no ciberespaço. Alguns *sites* como "Mercado Livre" ou "eBay" utilizam as informações da identidade[9] *on-line* para atribuir adjetivos de bom-pagador ou bom-vendedor aos seus usuários, aspectos esses muitas vezes determinantes para possibilitar a realização de bons negócios na Internet.

Devemos ressaltar que as identidades virtuais ganharam aliados importantes para se desenvolver, que são metaversos como a *Second Life*, *World of Warcraft*, *Ultima Online* etc. Tais ambientes virtuais estão se tornando mais poderosos que a televisão, rádio etc., já que o ser humano tem uma profunda dependência de interagir com as demais pessoas, o que lhe é facilitado nos metaversos[10].

São milhões de usuários que passam várias horas por semana utilizando esse tipo de ambiente virtual para fins diversos, tais como, estudar, manter relações sociais, profissionais e afetivas, comprar e vender itens reais ou virtuais, trabalhar, lazer, etc.

Sendo que a interação entre os usuários e o ambiente virtual só é possível mediante a criação de uma espécie do gênero da identidade virtual que é o avatar[11]. O avatar, como mencionado anteriormente, é a denominação que se dá ao representante virtual do ser humano no metaverso; é por meio desse personagem que o usuário tem acesso ao mundo virtual[12].

Avatares são interativos, vêm em diferentes dimensões, e - tal como as pessoas - observam o mundo a partir de diferentes perspectivas. Às vezes, o avatar é uma foto, por vezes, é um desenho, que pode ser baseado na aparência de uma pessoa real ou ser totalmente diferente. Normalmente, o avatar é uma mistura do real e do imaginário. Eles representam o usuário na Internet. O avatar permite a interatividade com um sistema de computador e/ou com outras pessoas.[13]

O avatar proporciona, muitas vezes, um sentimento de segurança àquele que o está controlando como se sua intimidade estivesse protegida por uma máscara. Baseada nessa suposta segurança, a interação com outros avatares torna-se mais fácil. Estatísticas revelam que mais de 75% (setenta e cinco por cento) dos usuários se sentem seguros ao utilizar o avatar, embora essa segurança não exista de fato. Fiados nela, contudo, muitas pessoas são levadas a revelar com maior facilidade seus anseios, desejos e o que realmente pensam, já que a intensidade das relações se torna mais profunda no ambiente *on-line*. Por supor que estão "protegidos" pela máscara imaginária, os usuários deixam de proteger-se, ficando totalmente expostos[14].

O avatar é, portanto, essencial para as experiências que serão adquiridas nos metaversos, e, além de representar "fisicamente" a pessoa nesses ambientes *on-line*, também será um ser sociável no seu próprio círculo de convivência, onde terá uma correspondente posição social, reputação, honra etc.[15].

Além dos aspectos acima apresentados, ressalte-se o fato de o avatar ser também um investimento, pois os usuários dos metaversos investem tempo e recursos financeiros para criar seus avatares. Esse investimento pode ser num grupo social, com a manutenção de relações pessoais, ou financeiras, tal como ocorre quando das aquisições de itens virtuais[16].

O avatar pode ser gerado à semelhança de seu criador, com as mesmas características físicas do ser humano, ou ter forma de animais ou personagens fictícios (monstros, guerreiros, gnomos, bruxos, dragões etc.). Cabe ao usuário escolher como deseja ser no mundo virtual, e as opções são diversas, desde características físicas como sexo, formato do corpo, cor da pele etc., até a escolha do nome e sobrenome do avatar, que irão completar sua identidade virtual.

Tecnicamente, o avatar pode ser considerado um direito autoral, já que é constituído por um amontoado de códigos computacionais que dá origem a um programa gráfico tridimensional, visualizado na tela do computador, cuja função é a de interagir com outros avatares e com o ambiente. Porém, para milhões de usuários que se utilizam dessa representação virtual, o avatar possui uma conotação mais profunda[17], sendo considerado por muitos como a verdadeira personalidade exteriorizada no ambiente virtual[18].

Presumidamente, o avatar é a manifestação da própria pessoa que está sendo representada virtualmente. As ações desenvolvidas pelo avatar irão refletir-se na elaboração de sua reputação virtual, ou seja, o avatar é, na verdade, o centro da reputação virtual, do mesmo modo que a pessoa é o centro da reputação da vida real[19].

Avatar é a nominação que se atribui à representação virtual que irá refletir principalmente a personalidade de seu detentor. Ele possui uma identidade única, capaz de ser reconhecida pelos demais avatares não apenas pelo nome ou por sua aparência "física", mas também por suas manifestações escritas, faladas e gestuais, que refletem a vontade de seu representado e, por isso, tendem a modificar o mundo atual.

No mundo virtual, tudo é desenvolvido pensando no avatar. Os avatares são responsáveis pela comunidade, comércio e criação de itens virtuais, ou seja, sem eles os negócios não acontecem, razão pela qual toda a economia gira em torno deles. Desta forma, é necessário estudar quais são suas necessidades, o que precisam e como utilizam os objetos. Apesar de o usuário controlar o avatar, as necessidades dos avatares são diferentes das pessoas que os detêm. Eles não assistem televisão, não necessitam de meio de transporte para se locomover, seus hábitos são outros, sua cultura[20] é diferenciada, além do fato de eles provirem de diversas nacionalidades e ter diferentes idades. Assim, um mesmo "produto" deve agradar e atender tanto um americano como um chinês, cuja idade pode variar entre 15 e 55 anos[21].

Sob tal perspectiva, o avatar não é somente uma representação gráfica tridimensional em um metaverso. Certo que recebe um tratamento diferenciado por pertencer a um determinado círculo social, ou por auferir um importante posicionamento dentro dessa realidade social, tornando-se um "cidadão virtual" em um mundo virtual, com efeitos refletidos na vida real.

Personalidades notórias utilizam-se da sociabilidade dos avatares para auferir vantagens. Citamos, a título de exemplo, políticos como Nicolas Sarkozy, Ségolene Royal, Barack Obama, Hillary Clinton e Rudy Giuliani, que, em época de campanha eleitoral, criaram avatares em diferentes mundos virtuais.[22]

IV – Direito à Identidade virtual

O ciberespaço tende a intensificar as relações interpessoais, principalmente em virtude da pluralidade de culturas que se unem para formar diversas comunidades virtuais. As experiências vivenciadas nesses ambientes formam uma nova classe de identidade, diferente ou semelhante à identidade real.

Essa interação nos diversos ambientes virtuais proporciona uma mudança na vida real das pessoas, em decorrência das modificações apresentadas nas identidades criadas e mantidas virtualmente. E as múltiplas personalidades (ou identidades coletivas)[23] são facilmente desenvolvidas graças às novas tecnologias, que permitem o acesso a diferentes comunidades no ciberespaço e oferecem infinitas possibilidades de relacionamentos, que não deixam de ser menos reais por serem virtuais[24].

A observância de direitos como a proteção à honra, à dignidade da pessoa humana, à privacidade, à intimidade, à identidade etc., vistos sob a ótica das novas tecnologias, potencializa a preocupação com a sua tutela. Tal tema, aliás, está diretamente vinculado à Sociedade da Informação. Assim, a identidade virtual também merece uma proteção legal por envolver, além das questões comerciais, as questões sociais.

Sobre a Sociedade da Informação, cita-se o conceito apresentado por Lisboa:

"Sociedade da informação" também denominada de "sociedade do conhecimento", "é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utiliza dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos..[25]

O direito à identidade[26] faz parte de um dos direitos subjetivos da pessoa, inserido nos direitos da personalidade[27]/[28], ou seja, direitos comuns da existência, como o direito à vida, à liberdade, à imagem, à sociabilidade, à reputação, à honra, à autoria, à privacidade etc.

Consoante Clóvis Beviláqua, identidade "é o conjunto de atributos ou qualidades essenciais com que a pessoa aparece na sociedade. Abrange o nome, a nacionalidade, a filiação, o estado civil, a profissão, também, o domicílio, o pseudônimo e o título".[29]

Assim, devemos observar algumas implicações relacionadas aos avatares, e que atingem diretamente as pessoas a eles vinculadas. Explicamos: a criação de uma identidade virtual, dependendo do metaverso, apresenta-se de forma extremamente complexa, que demanda muitas horas, meses ou anos, para ser desenvolvida. Além dos aspectos econômicos envolvidos na criação do avatar, devem ser consideradas as questões relacionadas ao tempo que o usuário despendeu na sua criação.

Desta forma, até o ponto em que tratamos dos aspectos financeiros, é perfeitamente possível a discussão em juízo de uma indenização por danos materiais, caso ocorra, por exemplo, a expulsão[30] arbitrária do avatar do ambiente virtual em que ele foi inicialmente desenvolvido; porém, devem-se ressaltar, também, as implicações referentes à reputação granjeada pelo avatar, pois em caso de banimento, perdem-se muito mais do que simples valores econômicos, situação essa que deve ser analisada[31].

Os direitos morais relativos à identidade não podem sofrer limitações, posto que pertencem à categoria dos direitos da personalidade. Assim, identificado que o avatar é uma criação intelectual, espécie do gênero de identidade virtual, que representa a pessoa no metaverso, este adquire características próprias inconfundíveis, como identificação única, reputação, valores e imagem, que devem ser protegidos na categoria dos direitos da personalidade da pessoa que os detêm. Por conseguinte, tais identidades não podem pertencer aos proprietários dos metaversos apenas pelo fato de serem eles os detentores das paredes que cercam o ambiente *on-line*, mesmo que isso esteja previsto em contrato, já que é arbitrário.

Goffman sugere que a identidade é "tal como uma série de performances, em que usamos 'impressão de gestão' para nos retratar adequadamente em diferentes ambientes"[32]. Algumas partes da identidade são controladas pelo indivíduo, mas a maior parte dela é criada pelo meio onde a pessoa está. Cada um de nós possui várias identidades[33]: a identidade virtual é apenas mais uma delas[34].

4.1 – A reputação do avatar no metaverso

A confiança é a base da sociedade. Na Internet, assim como na vida real, isso é algo que deve ser conquistado. No entanto, em virtude da diversidade e da multiplicidade de pessoas e situações, na rede de computadores, a confiança é mais difícil de ser adquirida do que na vida *off-line*, pois na existe carência do contato físico, externado pela expressão corporal e facial.

No ciberespaço, outrora palco ao anonimato seguro, a pessoa estava acobertada pela tela do computador, sempre intransponível e impossível de ser revelada. Todavia, equivocam-se aqueles que acreditam ser a Internet um porto seguro.

Ademais, o anonimato, antes aclamado, perdeu sua função à posição adversa, ou seja, as relações virtuais, principalmente de comércio eletrônico, estão propiciando uma necessidade natural de revelação da identidade verdadeira, seja ela apenas virtual ou não, na exata medida em que a confiança e a reputação mostram-se imprescindíveis a determinadas ocorrências vivenciadas no ciberespaço.

Nessa mesma linha, nas redes sociais, a identidade virtual vale-se de sua reputação para fornecer segurança aos demais membros da comunidade, tanto nos relacionamentos interpessoais quanto nas relações comerciais. Deve-se ressaltar, ainda, que no ciberespaço a confiança é mais difícil de ser mantida, pelo mesmo motivo que mais duramente é conquistada. Isto devido ao número expressivo de pessoas que utilizam o mesmo espaço virtual[35].

A reputação[36] *on-line* nem sempre está interligada com a reputação *off-line*. A maioria das comunidades virtuais[37] oferece aos seus membros a possibilidade de avaliar as condutas de seus pares, negativa ou positivamente, recebendo créditos aqueles que apresentam uma boa reputação. A confiança e a reputação atribuídas no ciberespaço são adjetivos atraídos pelos mesmos parâmetros presentes na sociedade real, ou seja, devem ser conquistados dentro de limites éticos e com valores preservados.

... o self não é visto nem como produto de um sistema simbólico externo, nem como uma entidade fixa que o indivíduo pode imediatamente e diretamente apanhar; muito mais do que isto, o self é um projeto simbólico que o indivíduo constrói ativamente. É um projeto que o indivíduo constrói com os materiais simbólicos que lhe são

disponíveis, materiais com que ele vai tecendo uma narrativa coerente da própria identidade. Esta é uma narrativa que vai se modificando com o tempo, à medida que novos materiais, novas experiências vão entrando em cena e gradualmente redefinindo a sua identidade no curso da trajetória de sua vida. Dizer a nós mesmos e aos outros o que somos é recontar as narrativas - que são continuamente modificadas neste processo - de como chegamos até onde estamos e para onde estamos indo daqui para a frente. Somos todos biógrafos não oficiais de nós mesmos, pois é somente construindo uma história, por mais vagamente que a façamos, que seremos capazes de dar sentido ao que somos e ao futuro que queremos.[38]

Os *sites* "Mercado Livre" e "eBay" são exemplos de que a reputação de seus membros é extremamente importante nos negócios lá efetuados, já que se mostra decisiva nas operações de compra (se a reputação do vendedor é inadequada, dificilmente conseguirá fazer boas vendas; por outro lado, caso tenha conseguido conquistar uma reputação confiável, presume-se que irá conseguir fechar bons negócios). Esses *sites* utilizam-se de mecanismos em que os usuários expõem suas impressões sobre os demais, isto é, registram o início de uma reputação boa ou ruim, que também a alcança quem compra (é a reputação de bom pagador).

Outros exemplos de problemas relacionados com a identidade virtual e a reputação são comentados por *Noveck*[39]. Um dos fatos narrado por essa autora ocorreu no Texas, com *Colin Hepburn*, após oito anos de construção de sua reputação no *site* de anúncios "*Ebay" Colin* teve sua conta de usuário do *site* cancelada, por um requerimento feito pela empresa *Sony Online Entertainment*. *Colin* era usuário do metaverso *Everquest*, cujos direitos autorais pertencem à *Sony*. Após frequentar durante muitos anos esse metaverso, Colin adquiriu uma variedade de itens virtuais, alguns com valores representativos no mercado externo. Ele, então, resolveu vender um de seus itens no *site* de anúncios *Ebay*, o que gerou todo o conflito. No entendimento da empresa *Sony*, esse item virtual não poderia ser vendido, sob pena de o usuário violar as leis de direitos autorais e o "Contrato de Serviços", *in casu*, pertencentes à empresa detentora do mundo virtual.

Assim sendo, a *Sony*, com a justificativa de que *Colin* estaria vendendo um bem intangível que não lhe pertencia, teria infringido as leis de direitos autorais e as regras do contrato do *site Ebay*, que não permitem a venda de produtos protegidos por lei. Desta forma, os proprietários do *site*, em atenção ao pedido da empresa, e para evitar a inclusão deles como co-réus em ação judicial, cancelaram a conta de *Colin Hepburn* e, com isso, uma reputação de oito anos foi destruída.

Conforme relatado por *Noveck*, *Colin*, que fazia parte de uma comunidade, teve prejuízos que atingiram muito mais que as perdas financeiras causadas por possíveis vendas não efetuadas e os lucros cessantes. Sua maior perda, na verdade, foi

de natureza moral, consistente no dano causado à reputação de seu avatar e na sua exclusão do convívio social, no ambiente virtual que era algo muito especial para ele. Além disso, *Colin* usava a boa reputação de sua identidade virtual para aumentar os valores de seus produtos e ganhar a confiança dos demais membros[40].

É imprescindível observar que para *Colin* e para a maioria dos usuários que se esforçam em manter bons negócios nessas comunidades, os pontos ali conquistados são extremamente importantes, principalmente para manter uma ilibada reputação *on-line*, que termina por acrescentar-se como uma extensão da identidade real [41].

É preciso pensar na possibilidade de assegurar os direitos decorrentes do crescimento das identidades virtuais que atuam nos metaversos e que representam as pessoas físicas. Existe a proteção à identidade *off-line* relacionada às atividades *on-line*, como a proteção dos direitos da personalidade (honra, privacidade, intimidade, direitos morais do autor, garantias constitucionais, consumeristas etc.). Nesse cenário está ausente, entretanto, a proteção das próprias identidades virtuais, criadas com o intuito precípuo de representação do indivíduo nos metaversos, que exigem essa forma diferenciada de representatividade que é o avatar[42].

A reputação da identidade virtual não é conquistada individualmente, pois a coletividade garante o nascimento dessa reputação e a mantém viva para garantir sua permanência. É por influência da comunidade criada virtualmente que a identidade ganha e enriquece sua reputação. Em outras palavras, mesmo que se garanta uma proteção à identidade virtual, devem assegurar-se mecanismos para que seu suporte não se desfaça sem critérios[43].

À luz dessa orientação, é relevante analisar o aspecto da integridade do ambiente virtual para garantir a permanência das identidades criadas através dele. As grandes comunidades são desenvolvidas por entidades privadas, e seus proprietários ditam as regras que devem ser respeitadas pelos usuários ou membros. Ocorre que, da mesma forma que são criadas, essas comunidades podem ser extintas, desfazendo todas as relações interpessoais ou negociais que estão abaixo delas, conquistadas por intermédio das identidades virtuais.

O proprietário da plataforma, que sustenta uma comunidade, poderá destruir milhões de identidades virtuais, pelo simples fato de ser o criador desse ambiente virtual. Deve-se pensar na proteção dessas identidades virtuais subordinadas à vontade arbitrária do proprietário do metaverso, porque o interesse coletivo, motor que impulsiona essas comunidades, precisa ser legalmente preservado.

As pessoas gastam tempo e recursos financeiros para construir perfis em comunidades sociais como *Orkut*, *Myspace*, *Hi5*, ou em metaversos como *Second Life*, *Everquest e Ultima Online*, e precisam ter seus direitos protegidos também no que se refere às identidades virtuais. Por exemplo, os proprietários desses ambientes virtuais não podem ter o poder ilimitado de extinguir a comunidade. Vários fatores devem ser observados, como os itens adquiridos no decorrer da vigência da comunidade e as identidades virtuais construídas, com todos os seus desmembramentos em relacionamentos interpessoais, reputação etc.

A reputação *on-line* afeta a reputação real da pessoa. Muitos utilizam os *sites* de busca da Internet, como o "*Google*", para encontrar *sites* capazes de fornecer a verdadeira identidade de uma pessoa, para saber detalhes de sua vida ou se sua reputação *on-line* está ou não condizente com o que a pessoa realiza no mundo real, relacionados esses à profissão ou aos ambientes sociais que frequenta e até informações judiciais e opiniões postadas em *sites*. Desta forma, é preciso preocupar-se com a dupla reputação da identidade, a real e a virtual.

A reputação conquistada na vida virtual pode, ou não, ser diferenciada da vida *off-line*. Certamente muitas pessoas passam mais horas conectadas ao computador do que às suas vidas reais. Os trabalhos nas empresas estão migrando para ambientes virtuais, os relacionamentos pessoais (amigos/família) fazem parte dos *sites* de redes sociais e de entretenimento, como músicas, filmes, livros e jogos, da mesma forma que estão na rede as notícias e as informações.

O contexto relativo à proteção da identidade virtual abrange diferenciados direitos, pois trata de circunstâncias individualizadas que carecem de uma cautela especial. Por exemplo, uma boa reputação virtual pode facilitar o comércio eletrônico, ou pode iniciar vários relacionamentos interpessoais.

Ao proteger a identidade virtual, as relações comerciais eletrônicas serão facilitadas, pois o fator confiança estará intimamente relacionado às transações bem sucedidas, da mesma forma que as redes sociais e os metaversos irão auferir uma quantidade maior de adeptos e de relações negociais dentro desses ambientes, pois certamente serão atraídos pela segurança oferecida às garantias individuais.[44]

V - Conclusão

Os metaversos auxiliam muito para o crescimento e desenvolvimento das identidades virtuais, pois a representação gráfica tridimensional proporcionou um aspecto mais realista aos avatares, que na mesma via atraiu milhões de usuários ávidos em experimentar uma nova vida no ambiente virtual.

Pode-se considerar que a linha divisória entre a vida *on-line* e a vida *off-line* é extremamente tênue, ou, por vezes, inexistente. Isto porque a identidade virtual nada mais é do que uma extensão da vida real da pessoa, ou seja, é apenas uma representação individual em outro ambiente. Assim, é possível afirmar que o avatar merece ser protegido da mesma forma que a reputação real de seu criador.

Entre as funções atribuídas ao avatar pode-se citar a social, que está na essência da identidade virtual, o desempenho na sociedade na qual ele está inserido. O avatar atua na sociedade virtual como um verdadeiro cidadão, e sua liberdade de manifestação e expressão deve ser protegida, assim como o direito de informação e os direitos de personalidade, uma vez que, nos mundos virtuais, o avatar é a voz que representa a vontade da pessoa humana.

As identidades virtuais são tão importantes que muitas pessoas se preocupam mais em manter uma boa reputação *on-line* do que o contrário. Alguns julgados começam a despontar nos Tribunais de diversos países tratando de conflitos que envolvem as identidades virtuais e a tendência é uma demanda crescente sobre esse assunto que merece estudos mais aprofundados.

VI - Bibliografia

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor**. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

ANGELUCI, Regiane Alonso; SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo. **Sociedade da Informação: O mundo virtual *Second Life* e os Crimes Cibernéticos**. Proceedings of the Second Internacional Conference of Forensic Computer Science, ICoFCS 2007, Vol. 2, Number 1, p. 56-63, 2007.

ASCENSÃO**,** José de Oliveira. **Direito da Internet e da sociedade da informação: estudos.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BALKIN**,** Jack M.; NOVECK, Beth Simone (Org.). ***The State of Play: law, games, and virtual world*s**. New York: New York University Press, 2006.

BITTAR**,** Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOELLSTORFF, Tom. ***Coming of age in second life: an anthropologist explores the virtually human***. New Jersey: Princenton University Press, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura**, vol. I. 6ª ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999.

_____. **A Galáxia da Internet. Reflexões sobre a Internet, os negócios e a Sociedade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CASTRONOVA, Edward. ***Synthetic worlds: the business and culture of online games***. Chicago, 2005.

_____. ***On Virtual Economies***, CESifo Working paper n. 752. Industrial Organisation, July, 2002.

_____. ***Teory of the Avatar***. Cesifo working paper, n. 863: USA, 2003.

DAMGAARD, Ida. ***Legal Implication of the Project Entropia: Conducting Business in Virtual Worlds***. Göteborgs Universitet, 2002.

DELLA TORRE, Massimiliano (a cura di). ***Diritto e informatica***, Milano: Giuffrè Editore, 2007.

DERTOUZOS**,** Michael L. **O que será: como o novo mundo da informação transformará nossas vidas.** São Paulo: Editora Schwarcz Ltda, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v.1: teoria geral do direito civil.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da Informação.** 2ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Editora UNESP, 2001.

DURANSKE, Benjamin Tyson. ***Virtual Law: Navigating the Legal Landscape of Virtual Worlds***. United States: ABA Defending Liberty Pursuing Justice, 2008.

FRIEDMAN, Thomas. **O mundo é plano: Uma breve história do século XXI**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

GALDELMAN**,** Henrique. **De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital.** 4ª ed. ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Record, 2001.

GIBSON, Willian. **Neuromancer**. New York: Ace, 1994.

GOFFMAN, Erving. **A representação do eu na vida cotidiana**; tradução de Maria Célia Santos Raposo, 10 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

GOULD, Daniel. ***Virtual Property in MMOGs***, June, 2008 (unpublished manuscript).

JIN, Ge. ***Chinese Gold Farmers in the Game World***. Consumers, Commodities & Consumption, Vol. 7, nº 2, May 2006.

KLANG, Mathias**. *Avatar: From Deity to Corporate Property*, *A philosophical inquiry into digital property in online games***. Department of Informatics, University of Göteborg, Sweden, 2007.

LASTOWKA, F. Gregory; HUNTER, Dan. ***The Laws of the Virtual Worlds***. Public Law and Legal Theory Research Paper Series, n. 26, version 1.12, May 2, 2003. p. 1-101.

LEDERMAN, Leandra. ***Stranger than fiction taxing virtual worlds***. New York Law Review, vol. 82-1620, p. 1620-1672, dez. 2007.

LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** São Paulo: Ed. 34, 1996.

_____. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, Teoria Geral do Direito Civil**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito na Sociedade da Informação**. RT-847, p. 78-95. São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio-2006.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LUCCA, Newton De e SIMÃO Filho, Adalberto (coordenadores) e outros. **Direito & Internet - aspectos jurídicos relevantes**, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. **Direito & Internet, Aspectos Jurídicos Relevantes**, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

KUMAR, Krishan**. Da sociedade pós-industrial à pós-moderna - novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

MATUZAWA, Flavia Lumi. **O conceito de comunidade virtual auxiliando o desenvolvimento da pesquisa científica na educação a distância**. Florianópolis, 2001. 106p. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção, UFSC, 2001.

MEADOWS, Mark Stephen. ***I, Avatar, the culture and consequences of having a Second Life***. United States: Becky Morgan, 2008.

NEGROPONTE, Nicholas. **A vida Digital**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

NIE, N. H. e LUTZ, E. ***Internet and Society***: A Preliminary Report.: Stanford Institute for the Quantitative Study of Society, 2000.

PAESANI**,** Liliana Minardi. **Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

_____, **Direito e Intenet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

REUVENI, Erez. ***On Virtual Worlds: Copyright and Contract Law at the Dawn of the Virtual Age.*** Law Clerk, Hon. Chief Judge Mark L. Wolf, U.S. District Court for the District of Massachusetts, 2006-2007; J.D., 2006, Boston University School of Law; B.A., 2002, Brandeis University.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 2005.

THOMPSON, John B**.. A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia**. Tradução de Wagner de Oliveira Brandão. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

TURKLE, Sherry. **Fronteiras do real e do virtual**. Revista Semestral FAMECOS: Porto Alegre, nº 11, dezembro 1999.

_____, ***Life on the screen***, ***identity in the age of the internet***. New York: Simon & Schuster Inc., 1997.

_____. ***The Second Self. Computers and the Human Spirit***. The MIT Press, Cambridge, Massachusetts. London, England, 2005.

VACCA, Ryan. ***Viewing Virtual Property Ownership Through the Lens of Innovation*****.** University of Oregon School of Law, 2008.

[1] Ronaldo Alves de Andrade cita que "a utilização do computador como máquina de automação, com capacidade de realizar inúmeras tarefas que antes só podiam ser realizadas pelo homem, deu origem ao *mundo virtual*, ou seja, um mundo onde,..., as relações humanas deixaram de ser concretizadas com a presença física de pessoas e objetos". ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor**. Barueri, São Paulo: Manole, 2004, p. 10.

[2] "Ciberespaço é o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores. Essa definição inclui o conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos (aí incluídos os conjuntos de redes hertzianas e telefônicas clássicas), na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais ou destinadas à digitalização. (...) Esse novo meio tem a vocação de colocar em sinergia e interfacear todos os dispositivos de criação de informação, de gravação, de comunicação e de simulação. A perspectiva da digitalização geral das informações provavelmente tornará o ciberespaço o principal canal de comunicação e suporte de memória da humanidade a partir do início do próximo século". LÉVY, Pierre. **Cibercultura**, p. 92-93.

[3] YOCHAI, Benkler. ***There is no spoon.*** In: BALKIN**,** Jack M.; NOVECK, Beth Simone (Org.). ***The State of Play: law, games, and virtual worlds***. New York: New York University Press, 2006, p. 180-186. Tradução livre.

[4] "Avatar - Rubrica: religião. Na crença hinduísta, descida de um ser divino à terra, em forma materializada. Particularmente cultuados pelos hindus são Krishna e Rama, avatares do deus Vixnu; os avatares podem assumir a forma humana ou a de um animal. **- 2 -** processo metamórfico; transformação, mutação." **Dicionário Houaiss**. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=avatar&stype=k>. Acesso em: 10 abr. 2007.

[5] Exemplos: Jack M. Balkin, Beth Simone Noveck, Benjamin Tyson Duranske (advogados); Edward Castronova (economista); Tom Boellstorff (antropólogo); Sherry Turkle (psicanalista); Mark Stephen Meadows (filósofo), etc.

[6] LASTOWKA, F. Gregory; HUNTER, Dan. ***The Laws of the Virtual Worlds***. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n. 26, *version* 1.12, *May* 2, 2003. p. 1-101, p. 3. Tradução livre.

[7] O emprego dos termos "on-line" e "off-line" são utilizados para diferenciar as experiências vividas dentro dos ambientes virtuais "on-line", e por outro lado, "off-line" representa as situações vivenciadas no mundo físico.

[8] NOVECK, Beth Simone. ***Trademark Law and the Social Construction of Trust: creating the legal framework for online identity.*** Washington University Law Quarterly, vol. 83, 2006, p. 1734. Tradução livre.

[9] Destacam-se as características econômicas e morais, relacionadas à valoração da identidade virtual, que já estão sendo questionadas em conflitos trazidos aos tribunais brasileiros. Como exemplo, chama a atenção à apelação julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que o autor usuário do site de anúncios "Mercado Livre" propôs ação de indenização contra o Banco Bradesco, alegando prejuízo quando sua conta no site fora suspensa, após ter efetuado um pagamento que não foi repassado pela sua agência a outro banco, porque deixou de vender produtos, e, portanto houve lucros cessantes, e sua reputação foi profundamente abalada. Apelação nº 7.061.592-2 Comarca de Itanhaém-SP, março 2008.

[10] MEADOWS, Mark Stephen. ***I, Avatar, the culture and consequences of having a Second Life***, 2008, p.35. Tradução livre.

[11] "Avatar - Rubrica: religião. Na crença hinduísta, descida de um ser divino à terra, em forma materializada. Particularmente cultuados pelos hindus são Krishna e Rama, avatares do deus Vixnu; os avatares podem assumir a forma humana ou a de um animal. **- 2 -** processo metamórfico; transformação, mutação." **Dicionário Houaiss**. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=avatar&stype=k>. Acesso em: 10 abr. 2007.

[12] Castronova, Edward. Teory of the Avatar. Cesifo working paper, n. 863: USA, 2003, p. 3. Tradução livre.

[13] MEADOWS, Mark Stephen***. I, Avatar, the culture and consequences of having a Second Life***, 2008, p.13. Tradução livre.

[14] MEADOWS, Mark Stephen. ***I, Avatar, the culture and consequences of having a Second Life***, 2008, p.36. Tradução livre.

[15] KLANG, Mathias***. Avatar: From Deity to Corporate Property***, ***A philosophical inquiry into digital property in online games***. Department of Informatics, University of Göteborg, Sweden, 2007, p. 2. Tradução livre.

[16] KLANG, Mathias. ***Avatar: From Deity to Corporate Property, A philosophical inquiry into digital property in online games.*** Department of Informatics, University of Göteborg, Sweden, 2007, p. 3. Tradução livre.

[17] *"...people have a very proprietary feeling towards their image [i.e., their avatar]. What happens to it happens to them. What touches it, they feel... A new kind of social situation is created."* Tradução livre: ... as pessoas têm um sentimento muito próprio com relação a sua imagem [ou seja, o seu avatar]. O que acontece com o avatar ocorre também com elas. Se o avatar for tocado, elas sentem ... Um novo tipo de situação social é criada". BOELLSTORFF, Tom. ***Coming of age in Second Life: na anthropologist explores the virtually human***. Princeton University Press, New Jersey, 2008, p. 129.

[18] Castronova, Edward. ***Teory of the Avatar***. Cesifo working paper, n. 863: USA, 2003, p. 12. Tradução livre.

[19] KLANG. Mathias. ***Avatar: From Deity to Corporate Property. A philosophical into digital property in online games***. Department of Informatics. University of Göteborg, Sweden, 2002, p.5. Tradução livre.

[20] "É uma cultura de pessoas que concordam entre si em um espaço psicológico. É uma cultura de pessoas que tem crescido com pensamentos diferentes, apartados, que possuem compromissos, que são assim descritos por um hacker: "uma ética de total tolerância para qualquer coisa que se fosse no mundo real poderia ser considerado estranho". Suas roupas, aparência pessoal, higiene pessoal, quando você dorme, e quando acorda, o que você come, onde você mora, onde você freqüenta - não existem regras. Mas existe convivência". Tradução Livre de: "It is a culture of people who leave each other a great deal of psychological space. It is a culture of people who have grown up thinking of themselves as different, apart, and who have a commitment to what one hacker described as "an ethic of total toleration for anything that in the real world would be considered strange". Dress, personal appearance, personal hygiene, when you sleep and when you wake, what you eat, where you live, whom you frequent - there are no rules. But there is company".: TURKLE, Sherry. ***The Second Self. Computers and the Human Spirit***. The MIT Press, Cambridge, Massachusetts. London, England, 2005, p. 196-197.

[21] MEADOWS, Mark Stephen. ***I, Avatar, the culture and consequences of having a Second Life***, 2008, p.67. Tradução livre.

[22] MEADOWS, Mark Stephen. ***I, Avatar, the culture and consequences of having a Second Life***, 2008, p.67. Tradução livre.

[23] Para Thompson "auto-identidade é o sentido que cada um tem de si mesmo como dotado de certas características e potencialidades pessoais, como um indivíduo situado numa certa trajetória de vida. A identidade coletiva é o sentido que cada um tem de si mesmo como membro de um grupo social ou coletividade; é um sentido de pertença, de ser parte de um grupo social que tem uma história própria e um destino coletivo... O sentido que cada um tem de si mesmo e o sentido de pertença a um grupo são modelados - em vários graus dependendo do contexto social - pelos valores, crenças e padrões de comportamento que são transmitidos do passado. O processo de formação de identidade nunca pode começar do nada, mas pode muito bem acontecer que, com o desenvolvimento dos meios de comunicação, a natureza deste conjunto de material simbólico preexistente tenha se alterado significativamente, e isso possa ter implicações no processo de formação de identidade". THOMPSON, John B**.. A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia**. Tradução de Wagner de Oliveira Brandão. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, p. 184-185.

[24] TURKLE, ***Life on the screen***, p. 259. Tradução livre.

[25] LISBOA, Roberto Senise. **Direito na Sociedade da Informação**. RT-847, p. 78-95. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Maio-2006, p. 85.

[26] Identidade Civil - Diz-se da que resulta do conjunto de qualidades e atividades que individualizam alguém como ser social distinto, juridicamente considerado pessoa. NEVES, Lêdo Batista. **Vocabulário enciclopédio de tecnologia jurídica e de brocardos latinos**, 2 v.. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 1134.

[27] "Os direitos da personalidade integram a categoria dos direitos subjetivos. Os sistemas jurídicos atuais garantem a todo ser humano certos bens jurídicos em decorrência do simples fato de sua existência. Trata-se de direitos inerentes à própria pessoa humana e constituem prerrogativas ou faculdades que permitem a cada ser humano o desenvolvimento de suas aptidões e energias tanto físicas como espirituais, que constituem o conteúdo essencial da personalidade. Nessa categoria o homem é simultaneamente sujeito e objeto de direito, recaindo o exercício destes em bens morais e físicos. Somos senhores de nossa vida, liberdade, identidade, honra e outros atributos do estado natural da pessoa, mas nem assim há de ficar ao arbítrio de cada um fazer de si o que bem entende. Seria negar uma condição basilar do aperfeiçoamento do homem; a vida em sociedade. A lei condena de modo geral todo abuso do direito." Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 42. Coordenação Prof. R. Limongi França, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 153.

[28] "Personalidade, na acepção clássica, é a capacidade de direito ou de gozo da pessoa de ser titular de direitos e obrigações, independentemente de seu grau de discernimento, em razão de direitos que são inerentes à natureza humana e sua projeção para o mundo exterior." LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, Teoria Geral do Direito Civil**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165.

[29] Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 42. Coordenação Prof. R. Limongi França, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 71.

[30] Observa-se que em alguns metaversos como a Second Life, existe a possibilidade do avatar ser banido do mundo virtual, essa atitude geralmente é tomada pela própria empresa detentora dos direitos do metaverso. Caso ocorra o banimento, o usuário além de perder todos os itens virtuais adquiridos dentro do ambiente, também, perde sua identidade virtual, bem como, todos os contatos pessoais, histórico, ou seja, é como se fosse a "morte virtual".

[31] Castronova, Edward. ***Teory of the Avatar***. Cesifo working paper, n. 863: USA, 2003, p. 31. Tradução livre.

[32] GOFFMAN, Erving. **A representação do eu na vida cotidiana**; tradução de Maria Célia Santos Raposo, 10 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002, p.45. Tradução livre.

[33] *[I]dentity is used to mean "the condition of being a specified person" or "the condition of being oneself... and not another". It clusters with the terms "personality, "individuality" and "individualism", and, less fashionably, "soul". It implies the existence for each person of private space or lebensraum, in which one's attitudes and actions can define one's self... The dictionary definitions miss a vital aspect. The origin of the term implies equality or "oneness", but identities are no longer rationed to one per physiological specimen. A person may adopt different identities at various times during a life-span, and some individuals maintain several at once.* Tradução livre: [I] dentidade é usada para significar "a condição de ser uma determinada pessoa" ou "a condição de ser si mesmo ... e não outro". São agregados com os termos "personalidade", "individualidade" e "individualismo", e, popularmente, "alma". Implica a existência de cada pessoa no espaço privado, em que uma das atitudes e ações podem definir o "ser único" ... A definição do dicionário perde o aspecto vital. A origem do termo implica igualdade ou "unidade", mas já não são racionadas as identidades uma por espécime fisiológica. Uma pessoa pode adotar diferentes identidades, várias vezes, durante o tempo de vida, e alguns indivíduos mantêm várias de uma só vez. BALKIN, Jack M. ***The State of Play***, p. 212.

[34] BALKIN, Jack M. ***The State of Play***, p. 201. Tradução livre.

[35] "... o desenvolvimento dos meios de comunicação teve um profundo impacto no processo de auto-formação. Antes do desenvolvimento da mídia, os materiais simbólicos empregados por muitos indivíduos para a formação do self(eu) eram adquiridos em contextos de interação face a face... hoje os horizontes dos individuos se alargam; eles não se estreitam mais nos padroes de interação face a face, mas são modelados pela expansão das redes de comunicação mediada. THOMPSON, John B.. **A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia**. Tradução de Wagner de Oliveira Brandão. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, p. 184-185.

[36] A reputação recebe proteção pelo artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e **reputação**. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. (original sem grifo)"

[37] A rede social "Orkut" é um exemplo de comunidade que oferece aos membros a possibilidade de avaliar condutas de outros participantes, como por exemplo, com denúncias de comportamentos não aceitos pelos demais integrantes. THOMPSON, John

B.. **A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia**. Tradução de Wagner de Oliveira Brandão. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, p. 184-185.

[38] THOMPSON, John B.. **A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia**. Tradução de Wagner de Oliveira Brandão. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, p. 183-184.

[39] NOVECK, Beth Simone. ***Trademark Law and the social construction of trust:creating the legal Framework for online identity***. Washington University Law Quarterly, 2006, p. 1734. Tradução livre.

[40] NOVECK, Beth Simone. ***Trademark Law and the social construction of trust:creating the legal Framework for online identity***. Washington University Law Quarterly, 2006, p. 1745. Tradução livre.

[41] NOVECK, Beth Simone. ***Trademark Law and the social construction of trust:creating the legal Framework for online identity***. Washington University Law Quarterly, 2006, p. 1746. Tradução livre.

[42] BALKIN, Jack M. ***The State of Play***, p. 202. Tradução livre.

[43] BALKIN, Jack M. ***The State of Play***, p. 203. Tradução livre.

[44] NOVECK, Beth Simone. ***Trademark Law and the social construction of trust:creating the legal Framework for online identity***. Washington University Law Quarterly, 2006, p. 1740.

CIBERNÉTICA: A INVASÃO DA PRIVACIDADE E DA INTIMIDADE*

CYBERNETICS: THE INVASION OF PRIVACY AND INTIMACY

Renato Leite Monteiro

RESUMO

A internet, como advento da modernidade, trouxe consigo inúmeras novas situações a serem enfrentadas pelo Direito, entre elas afrontas à intimidade e a privacidade, atos estes ocorridos no mundo cibernético com reverberações no mundo real. Em decorrência dessas novas facetas, o presente estudo colaciona quais são ameaças mais proeminentes à esses direitos fundamentais e que ações têm sido tomadas para assegurar que estes direitos serão assegurados. Para tanto, avalia situações como o direito a privacidade e a intimidade, contido no art. 5º da Constituição Federal; a liberdade e o direito à privacidade no ambiente eletrônico; a liberdade e privacidade versus Criminalidade violenta; spywares, spam, cookies e logs; engenharia social; e-mail e crimes contra a privacidade na Internet; venda de banco de dados; e-mail corporativo; e interceptação de comunicações eletrônicas. Concluindo que agora nos encontramos em um Estado de vigilância, onde as liberdades individuais cedem espaço para a vontade da comunidade

PALAVRAS-CHAVES: INTERNET; CIBERNÉTICA; PRIVACIDADE; INTIMIDADE.

ABSTRACT

The Internet, as an advent of modernity has brought with it many new situations to be faced by law, including insults to the intimacy and privacy, acts occurred in the cyber world with reverberations in the real world. Due to these new aspects, the present study lists which are the most prominent threats to these fundamental rights and what actions have been taken to ensure that these rights are guaranteed. Thus, it evaluates situations such as the right to privacy and intimacy, contained in art. 5 of the Federal Constitution; the freedom and right to privacy in the electronic environment; freedom and privacy versus violent crime; spyware, spam, cookies and logs; social engineering; e-mail and crimes against privacy on the Internet; sales of database e-mail system; and interception of electronic communications. In conclusion, we now find ourselves in a surveillance state, where individual freedoms give way to the will of the community.

KEYWORDS: INTERNET; CYBERNETICS; PRIVACY; INTIMACY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 Introdução

A revolução nas tecnologias da informação operou mudanças fundamentais na sociedade e irá provavelmente continuar a fazê-lo num futuro previsível. Foram inúmeras as tarefas cuja execução se tornou mais fácil. Enquanto que, inicialmente, apenas alguns setores específicos da sociedade procederam a uma racionalização dos seus métodos de trabalho, com a ajuda das tecnologias da informação, atualmente, não existe praticamente nenhum setor da sociedade que não tenha sido abrangido pelas mesmas. As tecnologias da informação vieram, de uma forma ou de outra, conferir novos contornos a quase todos os aspectos das atividades do homem.

Estes desenvolvimentos deram origem a mutações educacionais, sociais, políticas e econômicas sem precedentes. A imensa quantidade de informações a dispor do usuário, passou a gera um movimento inverso ao que ocorria décadas atrás, visto não ser mais necessário grande dispêndio de tempo e locomoção para se pesquisar determinado fato, mas sim saber filtrar e selecionar qual informação mais se adéqua a demanda do momento.

A influência na opinião pública deixou de ser centralizada na mão de um pequeno punhado de conglomerados de mídia, possibilitando que indivíduos tenham tanta voz e poder de persuasão sobre a população quanto elas, principalmente utilizando-se de ferramentas como os blogs[1].

Demonstrando o grau de abrangência da internet, pode-se ter como exemplo o episódio em que ministros do STF especulam através de conversadores instantâneos[2] sobre o resultado do recebimento de uma denúncia de uma ação penal originária.[3] Em face desse acontecimento, a presidente do STF teve que lançar nota oficial, o que não impediu a imprensa de tecer comentários negativos sobre o caso.

O Direito tem utilizado muitas das ferramentas que a internet e as tecnologias, mormente a Lei 11.419/06, chamada de lei do processo eletrônico. Esse texto normativo veio disciplinar como serão feitos os procedimentos como peticionamento eletrônico, intimação virtual, acesso a qualquer hora aos autos do processo. A questão do interrogatório por videoconferência, uma tendência irreversível como forma de economia e celeridade processual, sem mitigar os direitos e garantias dos acusados.

Entretanto, a internet, além das acima expostas facetas positivas, apresenta simultaneamente uma faceta negativa: a emergência de novos tipos de criminalidade, bem como a prática dos crimes tradicionais com recurso às novas tecnologias. Além disso, as conseqüências do comportamento de índole criminosa poderão ser mais extensas e ter um maior alcance uma vez que não são restringidas por quaisquer limites geográficos ou fronteiras nacionais. A recente disseminação de vírus informáticos prejudiciais, um pouco por todo o mundo, comprova esta realidade. As medidas de caráter técnico que visam proteger os sistemas informáticos deverão, pois, ser tomadas concomitantemente com medidas de natureza jurídica a fim de evitar e deter a prática de crimes cibernéticos.

Essas novas situações reverberam no campo do direito, principalmente na esfera penal e constitucional, visto que possibilitam a prática de novos delitos, entre eles a pedofilia virtual, a xenofobia, o roubo de identidade, a quebra de privacidade, o ciberterrorismo, a

quebra de direitos autorais, a organização de redes criminosas transnacionais, recebendo da doutrina a classificação de crimes cibernéticos puros e impuros[4]. Aqueles são os que têm como núcleo do ato delituoso a internet e que sem ela não existiria, como o roubo de identidade virtual, o ciberterrorismo, e estes os que apenas se utilizam da grande rede para perpetuar crimes já tipificados.

Ao efetuaram a sua ligação aos serviços de comunicação e informação, os utilizadores criam uma espécie de espaço comum, conhecido como ciberespaço, o qual é utilizado para a persecução de fins legítimos mas que poderá igualmente ser objeto de usos abusivos. Estas infrações no ciberespaço tanto podem ser cometidas contra a integridade, disponibilidade e confidencialidade de sistemas informáticos e redes de telecomunicações, como podem consistir na utilização das referidas redes e dos seus serviços com a finalidade de cometer as tradicionais infrações.

Assim, as benesses oriundas da internet também são responsáveis por novas situações onde ocorre o malferimento de direitos e garantias fundamentais previstos na nossa Carta Magna, como o direito a privacidade, a intimidade e a incolumidade das comunicações.

Verifica-se que o direito a informação, que encontra a sua demonstração máxima na internet, como acima exposto, é classificado por BONAVIDES (2006, P. 571) como um direito de quarta geração, ou melhor, de quarta dimensão, visto que não se sobrepõem, mas se sim concretizam. Paulo Bonavides afirma que:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.[5]

O professor Gérson Marques de Lima, citando a revista Superinteressante, afirma que os meios tecnológicos são tantos que já se é possível espionar os cidadãos do mundo inteiro, como assevera trecho da reportagem mencionada:[6]

Apesar das críticas, muitos governos tentam inventar formas de aproveitar a crescente facilidade de obter informações para aumentar o controle sobre a população. O FBI instalou um projeto chamado Carnivore, que consiste em "grampear" a internet de pessoas suspeitas. Após conseguir licença judicial, agentes instalam uma caixa no provedor de acesso, que registra o tráfego de e-mails e de sites para a conta específica. A mesma agência possui convênios com empresas especializadas em bancos de dados e companhias de transporte para obter delas informações detalhadas sobre os cidadãos.

Já na Inglaterra, os provedores de acesso são obrigados a registrar o tráfego de internet e encaminhá-lo ao governo. Se necessário, cada pessoa deve informar também a chave para decodificar mensagens criptografadas e, se contar para alguém a respeito da

investigação, pode ser condenada a até cinco anos de prisão. Lá, como se vê, a obsessão por segurança e o desrespeito à privacidade se tornaram tão grandes que já há um banco de dados com o código genético de todas as pessoas com antecedentes criminais. É uma boa notícia para investigadores de polícia: qualquer fio de cabelo ou pedaço de pele deixados na cena do crime podem ser utilizados para identificar o culpado. Para a população, a medida pode ser considerada invasiva, já que dentro de alguns anos, talvez o cadastro de DNA inclua todos os cidadãos.[7]

[...]

Se todos esses fatos fizerem você pensar que a privacidade acabou de vez, saiba que ainda não ouviu o pior. A Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos (NSA), junto com colegas da Inglaterra, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, possui um gigantesco sistema de vigilância que intercepta e processa a maior parte das comunicações feitas entre países. O acordo existe desde 1947 e só se tornou conhecido há poucos anos com o nome de Echelon (escalão). Trata-se de uma rede de satélites-espiões, grampos em cabos de telecomunicações submarinos, aparelhos de escuta em embaixadas e receptores de rádio que enviam dados para centrais espalhadas em cada um desses países.

A princípio, a seleção dos dados relevantes era feita de forma manual, mas foi automatizada a partir dos anos 70 e hoje conta com uma sofisticada rede de computadores e softwares que utilizam palavras-chaves para garimpar as comunicações de interesse para esses governos.[8]

2 Direito à privacidade e a intimidade (art. 5º, X e XII, CF/88)

Dispõe o art. 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988 que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O inciso IV dispõe que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Na medida em que a internet, por muitos chamada de “terra de ninguém”, possibilita uma irreal ausência de identidade aos usuários que assim desejam, muitos deles se utilizam desse subterfúgio para manifestarem opiniões, muitas delas falaciosas, sem que, para tanto, se identifiquem. Caso recente aconteceu com jornalista que abriu processo judicial contra leitor anônimo que fez comentários ofensivos em seu blog:

Jornalista abre processo judicial contra leitor anônimo

A jornalista e blogueira Rosana Hermann iniciou processo judicial, com o apoio da Opice Blum Advogados, contra um leitor que publicou comentários ofensivos em seu blog, o “Querido Leitor”. Entre junho e outubro deste ano, o leitor deixou quatro comentários no blog de Rosana, com conteúdo racista, homofóbico e anti-semita em textos sobre a Parada Gay de São Paulo e confissões pessoais. Ao invés de apagar os recados, Rosana resolveu procurar a Justiça. “O que eu puder coibir pra melhorar minha atividade de blogueira, farei", explica.

O caso é o primeiro registro real que comprova que a noção de anonimato na internet é falsa. Os advogados já descobriram que o leitor acessa a internet dentro da área de concessão da Brasil Telecom. Rosana está coletando mais dados e vai entrar com ação para quebra de sigilo dos logs da operadora, que deverão indicar nome, telefone e localização geográfica do usuário anônimo. A jornalista, que já passou por caso semelhante em 2006, afirma que deseja levar o caso até o fim. "Até por uma questão de aprendizado, pra ver como a lei e as delegacias de internet funcionam no Brasil". Rosana afirma que poderá também alegar prejuízos profissionais. Segundo ela, uma empresa desistiu de lhe entregar um projeto de blog corporativo após ler os comentários ofensivos.

Fonte: CSAC[9]

Talvez o direito mais atingindo com a atual abrangência da internet, principalmente como meio de mídia, seja o assegurado pelo inciso X da CF/88, que afirma “serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Casos notórios como do vídeo da modelo Daniella Cicarelli, que ganharam a cena mundial depois de divulgados em um sítio da internet[10], demonstram como a vida privada está sendo banalizada com os adventos das novas tecnologias.

O direito à privacidade está positivado nos incisos X e XII do art. 5º. da Constituição. Nesses dispositivos constitucionais temos a consagração da inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Ademais, o Texto Maior também estabelece a inviolabilidade do sigilo das comunicações de dados:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses

e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Subsiste um significativo debate doutrinário acerca das noções de intimidade e vida privada. A extensão dos conceitos, para aplicação nos mais variados casos concretos, são temas dos mais delicados na seara jurídica. Veja algumas decisões do STF em torno do direito à privacidade:

Por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degravada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5., X e XI, da CF).[11]

A convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em bancos de dados, tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massas: de viabilizá-la cuidou o CDC, segundo o molde das legislações mais avançadas: ao sistema instituído pelo Código de Defesa do Consumidor para prevenir ou reprimir abusos dos arquivos de consumo, hão de submeter-se as informações sobre os protestos lavrados, uma vez obtidas na forma prevista no edito impugnado e integradas aos bancos de dados das entidades credenciadas à certidão diária de que se cuida: é o bastante a tornar duvidosa a densidade jurídica do apelo da argüição à garantia da privacidade, que há de harmonizar-se à existência de bancos de dados pessoais, cuja realidade a própria Constituição reconhece (art. 5o, LXXII, in fine) e entre os quais os arquivos de consumo são um dado inextirpável da economia fundada nas relações massificadas de crédito.[12]

Fazendo a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, quais sejm, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição - atingidos pela declaração de a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação - o Tribunal afirmou a prevalência do esclarecimento da verdade quanto à participação dos policiais federais na alegada violência sexual, levando em conta, ainda, que o exame de DNA acontecerá sem invasão da integridade física da extraditanda ou de seu filho.[13]

Revista pessoal em indústria de roupas íntimas. Inexistência, no caso, de ofensa aos incisos II, III, LVII e X do art. 5o. da Constituição.[14]

Numa afirmação simples e direta podemos relacionar os direitos à intimidade e à vida privada com os traços ou elementos reveladores da forma de vida, costumes,

preferências ou planos das pessoas (esfera de sua conduta e modo de ser não realizada perante a comunidade). Assim, admitindo a existência de distinção entre intimidade e vida privada, premissa não aceita por inúmeros juristas que advogam uma identidade entre as noções, podemos considerar que intimidade envolve informações e relações em âmbito extremamente restrito e vida privada, por sua vez, considera informações e relações pessoais mais abrangentes, mas ainda não inseridas no universo das relações sociais perante a comunidade. Nessa linha, a intimidade está relacionada com o núcleo familiar residencial e as informações mais pessoais possíveis, como planos, projetos, gostos e preferências nos mais variados sentidos da vida. Já a vida privada está relacionada com a família, para além do núcleo familiar básico, e o rol de amigos. Um dos aspectos mais relevantes para delinear a fronteira entre a vida privada e a vida pública consiste no fato de que as relações estabelecidas na primeira seara envolvem pessoas escolhidas, enquanto as relações fixadas no segundo campo envolvem pessoas não escolhidas (como os colegas de trabalho e de estudo).

Um aspecto digno de nota nas considerações relacionadas com o direito à privacidade aponta para a sua violação não somente a partir do acesso indevido às informações protegidas. Com efeito, a invasão ou perturbação da tranqüilidade das esferas de intimidade e de vida privada também são qualificadas como ilícitas. Essa conclusão pode ser obtida quando se analisa o comando constitucional "a casa é asilo inviolável do indivíduo".

Em algumas situações bem definidas a tensão entre o direito à privacidade e a utilização de computadores e meios eletrônicos revelam-se com bastante nitidez.

O acesso, presencial ou por intermédio de redes, notadamente a internet, aos arquivos existentes em computadores de terceiros, consiste em evidente violação à privacidade. Nesse sentido, a decisão do STF na Ação Penal n. 307-DF aponta como juridicamente impossível (ilícito) o acesso de terceiro aos arquivos eletrônicos, quer através do equipamento diretamente, quer por intermédio de redes (locais ou internet).

3 A liberdade e o direito à privacidade no ambiente eletrônico

3.1 Liberdade e privacidade x Criminalidade violenta

A internet, a aparente liberdade que ela denota, é, atualmente, palco de diversos crimes, muitos deles ocorridos com a idéia de falso anonimato que a rede passa. Essa alteração conceitual tem acarretado mudanças no comportamento dos indivíduos, na ordem que gera inúmeros novos hábitos, como as redes de relacionamento, em especial o Orkut[15]. Em relação a essa rede social, a ONG *SaferNet* Brasil afirma que, através do

projeto Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos, recebeu 636.350 denúncias anônimas no período de 26 de janeiro de 2006 a 28 de junho de 2007, das quais 596.738 (93,77%) foram sobre perfis e comunidades do Orkut[16]:

Essas denúncias são repassadas ou para o Ministério Público Federal ou diretamente para o Google. Isso demonstra uma política implementada por uma organização não-governamental na tentativa de combater algumas modalidades de crimes cibernéticos.

3.2 Spywares, spam, cookies e logs

Spyware, ou *software* espião consiste em um programa automático de computador, que recolhe informações sobre o usuário, sobre seus costumes na internet e transmite estas informações a uma entidade externa na internet, sem o seu conhecimento e o seu consentimento

Ou seja, esse tipo de programa de computador invade a privacidade do usuário coletando dados sobre este, com a intenção de retransmiti-las via rede mundial de computadores para fins diversos como: análises de mercado, meio pelo quais empresas avaliam os hábitos para aprender os desejos de seus consumidores; informações sobre cartões de crédito e contas bancárias, tudo isso sem que haja uma expressa autorização do usuário.

O recolhimento de dados que contêm os hábitos dos usuários de computador extrapola a esfera da intimidade e da vida privada, pois são justamente esses dois aspectos jurídicos do consumidor que as empresas que patrocinam os *Spywares* querem adquirir.

Especula-se que 89% (oitenta e nove por cento) dos computadores do mundo que se conectam a internet contenham *Spywares**[17]***, e que o Brasil ocupa a 5ª posição no ranking de infecções, com 39% (trinta e nove por cento) dos computadores infectados por *keyloggers*[18], um tipo especifico de *Spyware* que registra a atividade do teclado do computador do usuário para capturar informações confidencias, como senhas e número de contas.

Spywares são, hoje, a 4ª maior ameaça na lista de segurança de tecnologia em internet, como mostra gráfico elabora em pesquisa interna em empresas especializadas em segurança realizada por Lambert, no ano de 2006.

Percentagens segundo códigos maliciosos e tipos de invasores

Fonte: Trend Micro, 2006

Observa-se que a praga virtual que são os vírus e *worms* ocupam o primeiro lugar, o que mostra que esse tipo de problema atinge não somente os usuários individuais, mas as grandes corporações. O segundo lugar põe um problema específico para a área do Direito do Trabalho, na medida em que envolve o trabalhador em seu local de atuação.

O terceiro lugar, não cumprir normas de segurança, é ocupado por comportamento muito comum não apenas em empresas, mas entre os usuários individuais, que não utilizam programas anti-vírus e outras trancas digitais e, quando o fazem, os aplicativos estão desatualizados.

O *spam* (39,0%) aparece em último lugar em virtude de severa legislação que muitos países adotaram para punir esse tipo de crime.

Afirma ainda, Fábio Picoli, gerente de vendas da Trend Micro, que "os Spywares são cada vez mais representativos dentre as ameaças, principalmente pela motivação financeira de seus criadores e porque um sistema pode ser infectado por esse código malicioso de diversas formas"[19].

A legislação brasileira, principalmente o Código Penal, que data de 1940, ainda não se adaptou a essas novas práticas delituosas. O enquadramento nos tipos penais é feito, hoje, por meio de analogia com os crimes como furto mediante fraude (art. 155, §4º, II. CP), violação de sigilo bancário (LC 105/2001, art. 10), interceptação telemática ilegal (art. 10 da Lei n.º 9.296/96). Um exemplo seria a Operação Galácticos, quando a Polícia Federal prendeu 45 pessoas por desvio de dinheiro pela internet. As investigações concluíram que:

Os integrantes da quadrilha utilizavam programas do tipo "Spyware" para capturar senhas bancárias de correntistas de vários bancos, principalmente a Caixa Econômica Federal. Estes programas eram espalhados através de e-mails (*spam*) com mensagens falsas e também em sites de relacionamento como o Orkut.[20]

Os cookies (arquivos inseridos nos computadores dos internautas pelo servidor do site visitado), quando monitoram a navegação ou capturam dados no computador do internauta, inegavelmente violam o direito à privacidade.

3.3 Engenharia social

A engenharia social é um dos meios mais utilizados de obtenção de informações sigilosas e importantes. Isso porque explora com muita sofisticação as "falhas de segurança dos humanos". As empresas investem fortunas em tecnologias de segurança de informações e protegem fisicamente seus sistemas, mas a maioria não possui métodos que protegem seus funcionários das armadilhas de engenharia social. A questão se torna mais séria quando usuários domésticos e que não trabalham com informática são envolvidos.

Uma definição aceitável do que é a engenharia social é a seguinte: engenharia social é qualquer método usado para enganação ou exploração da confiança das pessoas para a obtenção de informações sigilosas e importantes. Para isso, o enganador pode se passar por outra pessoa, assumir outra personalidade, fingir que é um profissional de determinada área, etc.

Os ataques de engenharia social são muito freqüentes, não só na Internet, mas no dia-a-dia das pessoas. A questão é séria e mesmo uma pessoa dotada de muita inteligência pode ser vítima. Só para dar uma noção da dimensão do problema, muitos hackers atingem seus objetivos através de técnicas de engenharia social. E tudo porque o humano é um ser que, ao contrário dos computadores, é constantemente afetado por aspectos emocionais.

A melhor arma contra a engenharia social é a informação. De nada adiante as empresas usarem sistemas ultra-protegidos se os funcionários não tiverem ciência dos golpes que podem sofrer (repare que neste caso, os golpes de engenharia social podem ocorrer não só pela Internet, mas principalmente no próprio ambiente de trabalho). No caso dos usuários domésticos, os pais devem informar a seus filhos sobre os perigos existentes e de igual forma, devem tomar cuidado quando estiverem navegando na Internet.

O grande problema é que muitos internautas, independente da idade, estão "dando seus primeiros passos na Internet" e não têm noção dos perigos existentes nela. Muitos ficam maravilhados com a "grande rede" e tendem a acreditar em tudo que lêem nesse meio. Felizmente, muitos provedores de acesso à Internet e a mídia como um todo tem dado atenção aos golpes existentes na Internet e ajudado na divulgação das formas de prevenção. Mas ainda há muito a ser feito e se governos e entidades especializadas não levarem o assunto a sério, a Internet será tão perigosa quanto andar sozinho num lugar escuro e desconhecido.

4 E-mail e crimes contra a privacidade na Internet

4.1 Venda de banco de dados

Existe atualmente na rede um tipo de comércio de dados pessoais disponível a quem esteja disposto a pagar pelos endereços eletrônicos de quem, algum dia, preencheu um cadastro na Internet. Esta prática se assemelha a Mala Direta já conhecida no ambiente material e não se tem notícia de legislação específica impeditiva deste negócio.

Existem notícias que o serviço gratuito de e-mail da Microsoft, o Hotmail, estaria divulgando os endereços de seus assinantes, além de suas cidades e Estados, para um diretório público na Internet que combinará as informações com números de telefone e endereços reais dos usuários. Em sua defesa o Hotmail alega que a publicidade dos endereços é gratuita, estando assim afastada qualquer sanção ou censura à esta atitude.

Estamos diante da análise das duas faces da mesma moeda, pois se por um lado há o interesse econômico de quem envia ou vende a lista, de outro, a privacidade de quem recebe está sendo violada pela venda de seus dados pessoais. O que precisa ser analisado é se para a lei o que deve prevalecer?

Em todo mundo existem normas legais, jurisprudência e projetos sobre o assunto, e nesta etapa da segunda geração da Internet, vemos uma tendência alienígena em defender o "Spam" como base de sustentação comercial, tornando-o uma necessidade e transformando a venda das listas em uma ferramenta legal no contexto econômico.

Aqui no Brasil, o que temos por enquanto de concreto é o Código do Consumidor, que em seu art. 36, exige que toda propaganda não disfarce seu propósito comercial e a norma do art. 159 do Código Civil, que determina indenização por danos morais e materiais a quem causar prejuízos ao outro, do tipo de avalanche de "spam" que assola os correios eletrônicos das pessoas. A OAB, editou Provimento n. 94, de seu Conselho Federal, que permite o envio de mala direta por advogado apenas quando solicitado ou autorizado, numa auto-regulamentação publicitária ou profissional, que não tem força de lei fora de seu Tribunal de Ética.

Os projetos de lei no Brasil referentes ao comércio eletrônico referem-se à proteção de dados pessoais, definindo o uso de bancos de dados que podem ser feitos para iniciativas de marketing.

Os projetos de lei atualmente em tramitação procuram atender tanto o comerciante quanto ao usuário, pois se por um lado restringe a seleção em função de dados de raça, opiniões políticas ou religiosas, vida sexual, saúde física e mental, etc., cria ao mesmo tempo um cadastro de bancos de dados que permite ao usuário identificar a origem da mensagem. Os emitentes terão que revelar o que sabem sobre o destinatário e o uso destas informações deverá ter a aquiescência do mesmo para o envio das mensagens.

Assim, a venda dos "mailings" igualmente ficará submetida ao mesmo processo legal e a sua utilidade dependerá do interesse despertado no usuário, pois numa interpretação lógica desta lei o comprador da lista só será beneficiado pela compra se houver concordância daqueles que vão receber as mensagens publicitárias.

Qualquer ato lesivo, portanto que estiver fora destes parâmetros poderá levar o emitente ao pagamento das indenizações citadas anteriormente e outras sanções que a lei estipular, depois de aprovada pelo Congresso Nacional.

A questão diz respeito diretamente aos provedores que iniciaram um movimento anti-spam, procurando inibir as ações abusivas de e-mails não solicitados prometendo atuar junto aos provedores a que estejam associados os autores de "spam". Trata-se de uma questão comercial, pois o usuário se sentirá mais seguro se o seu provedor lhe garantir uma ação direta contra este inconveniente e também a questão ética da censura que existe no ambiente virtual, como acontece com a pornografia infantil na rede e a venda de drogas.

4.2 E-mail corporativo

O monitoramento de navegação (na internet) e correio eletrônico em ambiente funcional, prática em que o debate acerca do direito à privacidade ocupa posição central, revela-se um dos mais tormentosos problemas do direito da informática. Sustentamos a possibilidade, mediante a observância de precauções inafastáveis, conforme discussão mais detalhada realizada no capítulo referente às relações de trabalho em ambiente eletrônico. Colacionamos aqui algumas decisões acerca da matéria:

Reconheceu o direito do empregador de obter provas para justa causa com o rastreamento do e-mail de trabalho do empregado. Decidiu, por unanimidade, que não houve violação à intimidade e à privacidade do empregado e que a prova assim obtida é legal. Relator Ministro João Oreste Dalazen O empregador pode exercer, "de forma moderada, generalizada e impessoal", o controle sobre as mensagens enviadas e recebidas pela caixa de e-mail por ele fornecidas , estritamente com a finalidade de evitar abusos , na medida em que estes podem vir a causar prejuízos à empresa, disse o. Esse meio eletrônico fornecido pela empresa, afirmou, tem natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho. Dessa forma, a não ser que o empregador consinta que haja outra utilização, destina-se ao uso estritamente profissional. Dalazen enfatizou que os direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, dizem respeito apenas à comunicação estritamente pessoal. O e-mail corporativo, concluiu, é cedido ao empregado e por se tratar de propriedade do empregador a ele é permitido exercer controle tanto formal como material (conteúdo) das mensagens que trafegam pelo seu sistema de informática. [21]

Utilização indevida EMENTA: (...) Sistema de comunicação eletrônica. Envio de ferramenta de trabalho fotos pornográficas. (...) Tratando-se de, e não de não se qualifica benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico como espaço eminentemente privado , insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados. Por isso o rastreamento do sistema de provisão de acesso à Internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência não desqualifica a prova assim obtida (Art.5º, VI,CF), igualmente (Art.5º,VI,CF), nulificando a justa causa aplicada (CLT, Art.482). Considerando os objetivos que justificam a concessão de email pelo Reclamado, não há como equipará-lo as correspondências postais e telefônicas, alcançadas pela tutela constitucional inscrita no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal brasileira de 1988. [22]

Não se diga que a correspondência eletrônica (e-mail) não está abrangida pelo termo "correspondência" de que trata o inciso XII, do art. 51 da CF, pois a lei nesse caso não fez discriminação, não cabendo ao intérprete fazê-lo. (Ubi Lex non distinguit, nec interpres distinguere debet)[23]

Gravação de conversa telefônica. Desconsideração. Prova ilícita. A gravação de conversação telefônica não constitui meio de prova lícito e admissível no processo, pois ofensiva ao sigilo das telecomunicações e à liberdade de manifestação de pensamento, pelo que deve ser considerada. Para que a escuta telefônica seja considerada válida, é indispensável à autorização judicial , o que não foi observado in caso.[24]

4.3 Lei n. 9.296/96, art. 10: interceptação de comunicações de informática

A Lei n. 9.296, de 1996, precisamente no art. 10, caracteriza como crime a interceptação de comunicações de informática e de telemática, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Afirma o inciso XII que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem

judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal", tudo em conformidade, ainda com a Lei nº 9.296/96.

Entretanto, a fragilidade dos sistemas informáticos, e a possibilidade de interceptação das comunicações, sejam elas por via telefônica, por e-mail, por mensageiros instantâneos, tem tornado a necessidade de decisão judicial algo secundário, em clara afronta ao texto da constituição federal, visto que muitas vezes as demandas nem sequer chegam ao controle jurisdicional, devido a pressões da imprensa[25] e extorsões por parte de indivíduos mal intencionados.

O acesso ao fluxo de dados ou informações de terceiros em redes de informática ou telemática não é juridicamente possível (lícito). Trata-se de conclusão relativamente tranqüila por conta do tipo penal definido no art. 10 da Lei n. 9.296, de 1996.

É juridicamente possível (lícito) o acesso ao número da linha telefônica utilizada por determinado equipamento para integração à internet por meio de um endereço IP específico. Mesmo sem intermediação judicial, a autoridade policial pode obter tal informação, por não integrar as esferas de intimidade e vida privada (como modo de ser e se portar). Atente-se para o fato de que um número de telefone (o simples dado objetivo) nada revela de significativo acerca das várias facetas da vida de um indivíduo.

5 Conclusão

Conclui-se que o advento da internet, mesmo que ela tenha sido posterior ao termo cibernético, cunhado em livro de ficção científica, trouxe inúmeros adventos, muitas benesses e alguns malefícios. Entre os que se encontram nessa última categoria, estão às afrontas à intimidade e privacidade, trazendo a tona cada vez mais a visão caótica de mundo imaginada por George Orwell no livro "1984", quem em 1949 já vislumbrava um mundo onde esses dois institutos não mais existiriam. Uma nação em que a idéia de segredos, atos privados e liberdade de pensamento não existem, em face da continua espionagem por parte dos entes legitimados (ou não) para isso.

Mesmo não vivendo precisamente no mundo imaginado pelo autor inglês, estamos em uma situação onde não mais existe privacidade, o que se origina do fato de ser praticamente impossível viver fora da grande rede, mesmo que seja indiretamente. Um local onde nossos dados estão a disposição de quem pague, ou de quem os furte; um plano virtual que serve de palco para as mais diferentes práticas, desde espionagem bélico, ou a serviço de um Estado estrangeiro, até a eloqüentes discursos sobre xenofobia, pedofilia e outros crimes mais.

Passamos ao Estado de vigilância, onde as liberdades individuais cedem espaço para a vontade da comunidade – ou pelo menos serve de discurso populista para legitimar os atos perpetrados contra nossos direitos fundamentais. Um Estado onde não podemos mais agir sem desconfiança e não mais existe paz de espírito.

Referências bibliográficas

ARAS, Vladimir. **Crimes de informática. Uma nova criminalidade**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2250>. Acesso em: 10 jun. 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed. atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 571.

Jornalista abre processo judicial contra leitor anônimo. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=20&id_noticia=22654>. Acesso em 10 jun 2008.

Ministros do STF especulam sobre votação no processo do mensalão. Jornal O Globo. Disponível em: < http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/08/23/297387624.asp>. Acesso em: 10 jun 2008.

MARQUES DE LIMA, **Gérson Marques. Direitos Humanos e sua proteção. O antropocentrismo, num mundo de terrorismo, guerras, insegurança e avançadas tecnologias**. Disponível em: www.jus.uol.com.br. Acesso em: 10 jun. 2008.

O Dia Online. Disponível em: http://odia.terra.com.br/brasil/htm/geral_53265.asp, 23 de agosto de 2006. Acesso em: 25 set. 2006.

Palocci ordenou a Mattoso violação do sigilo do caseiro. Folha online. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u77207.shtml>. Acesso em: 18 dez 2007.

Relatório quantitativo SaferNet Brasil. Disponível em: <http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=328>. Acesso em: 10 jun 2008.

UOL é líder de blogs de política na Internet brasileira. Sobre Uol. Disponível em: < http://sobre.uol.com.br/ultnot/noticias/2005/11/23/ult2800u28.jhtm>. Acesso em: 10 jun 2008.

Vida Digital. Disponível em: < http://www.estadao.com.br/tecnologia/internet/noticias/2006/jun/12/201.htm>, 12 de junho de 2006. Acessado em: 15 de março de 2007

Vídeo polêmico de Daniella Cicarelli ganha mídia internacional. Folha Online. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u64480.shtml>. Acesso em: 10 jun 2008.

---

[1]**UOL é líder de blogs de política na Internet brasileira**. Sobre Uol. Disponível em: < http://sobre.uol.com.br/ultnot/noticias/2005/11/23/ult2800u28.jhtm>. Acesso em: 10 jun 2008.

[2] Programas de computador pelos quais se pode conversar com uma pessoa que esteja utilizando-o em outro computador.

[3] **Ministros do STF especulam sobre votação no processo do mensalão.** Jornal O Globo. Disponível em: < http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/08/23/297387624.asp>. Acesso em: 10 jun 2008.

[4]ARAS, Vladimir. Crimes de informática. Uma nova criminalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2250>. Acesso em: 10 jun. 2008.

[5] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed. atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 571.

[6] MARQUES DE LIMA, **Gérson Marques. Direitos Humanos e sua proteção. O antropocentrismo, num mundo de terrorismo, guerras, insegurança e avançadas tecnologias**. Disponível em: www.jus.uol.com.br. Acesso em: 10 jun. 2008.

[7] Sorria: você está sendo filmado. Superinteressante, ano 15, nº 15, maio, 2001, p. 90

[8] Sorria: você está sendo filmado. Superinteressante, ano 15, nº 15, maio, 2001, p. 94-95

[9]Jornalista abre processo judicial contra leitor anônimo. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=20&id_noticia=22654>. Acesso em 10 jun 2008.

[10] Vídeo polêmico de Daniella Cicarelli ganha mídia internacional. Folha Online. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u64480.shtml>. Acesso em: 10 jun 2008.

[11] Ação Penal n. 307-DF. Pleno. Relator Ministro ILMAR GALVÃO.

[12] Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.790-DF. Pleno. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE

[13] Reclamação n. 2.040-DF. Pleno. Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA.

[14] AGRAG n. 220.459-RJ. 1ª. Turma. Relator Ministro MOREIRA ALVES.

[15]O Orkut é uma rede social filiada ao Google, com o objetivo de ajudar seus membros a criar novas amizades e manter relacionamentos. Tais sistemas são chamados de rede social.

[16] Relatório quantitativo SaferNet Brasil. Disponível em: <http://www.direitoacomunicacao.org.br/ novo/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=328>. Acesso em: 10 jun 2008.

[17] Vida Digital. Disponível em: http://www.estadao.com.br/tecnologia/internet/noticias/2006/jun/12/201.htm, 12 de junho de 2006. Acessado em: 15 de março de 2007

[18] Idem

[19] O Dia Online. Disponível em: http://odia.terra.com.br/brasil/htm/geral_53265.asp, 23 de agosto de 2006. Acesso em: 25 set. 2006.

[20] Idem

[21] 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (AIRR 613/2000)

[22] TRT – DF-RO 0504/2002 Relator Juiz Douglas Alencar Rodrigues – 3º turma

[23] TRT – DF Processo n: 13.000613/2000. Juiz José Leone Cordeiro Leite - 3º Vara do Trabalho

[24] TRT 3º Região. RO nº21543/00 - 3ºTurmaJuiz Relator Paulo Maurício Ribeiro Pires

[25] Palocci ordenou a Mattoso violação do sigilo do caseiro. Folha online. Disponível em: <http://www1.folha. uol.com.br/folha/brasil/ult96u77207.shtml>. Acesso em: 18 dez 2007.

O DEVER DE VERDADE NO TRATO DA NOTÍCIA*

THE DUTY OF TRUTH IN DEALING WITH THE NEWS

Tatiana Stroppa

RESUMO

A importância que as informações veiculadas pelos meios de comunicação social exercem na sociedade contemporânea (dita por muitos, "sociedade da informação") é indiscutível. Todavia, há certa relutância em defender que tais veículos têm que transmiti-las com base no dever de verdade. A questão controvertida reside, basicamente, na determinação do que seja tal imposição, haja vista que a busca por uma verdade absoluta esbarra no subjetivismo daquele que coleta, redige e divulga os fatos. Sendo assim, o presente artigo tem o escopo de analisar o texto constitucional sistemática e teleologicamente para demonstrar que houve sim a imposição aos meios de comunicação de transmitir com veracidade os fatos e não o de simplesmente comunicar torcendo pelos fatos ou distorcendo os fatos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DE INFORMAR; MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL; NOTÍCIA; DEVER DE VERDADE.

ABSTRACT

The importance which information transmitted by the social media performs on contemporary society (the so called "information society") is unquestionable. However, there is certain resistance in defending that such means of communication have the duty to vehiculate information based on the power of truth. The controverted question resides basically in determining what such imposition is, considering that the search for "absolute truth" faces the subjectivism of the people who collect, write and spread the news. Therefore, the present article aims at analyzing methodically and theologically the constitutional text in order to show that, in fact, the media was imposed to broadcast the news with veracity and not simply supporting or twisting the facts.

KEYWORDS: RIGHT TO INFORM; SOCIAL MEDIA; NEWS ; DUTY OF TRUTH.

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

As modernas sociedades têm convergido para um modelo que tem na informação e nas tecnologias que permitem a sua comunicação as principais fontes de recursos econômico e social, de tal modo que houve a consagração da noção de "sociedade da informação" assente, por um lado, na verificação das alterações produzidas pela adoção desses bens imateriais como força propulsora das relações sociais, econômicas e políticas e, por outro, na busca pela regulamentação dos interesses que brotam desse contexto.

Nesse cenário informativo-comunicacional, o estudo da liberdade de informação jornalística, consagrada especificamente no Art. 220 *caput* e em seu § 1º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), ganha relevância porque são os meios de comunicação que, ao exercitarem o direito de informar, concretizam o direito coletivo do povo à informação e possibilitam a composição de uma opinião pública livre.

Referida liberdade apresenta-se, portanto, de forma necessariamente institucional, uma vez que pressupõe uma organização empresarial para se materializar.

Justamente nesse ponto é que é necessário perceber que o direito de informar manifesta-se desigualmente no indivíduo e nos meios de comunicação social. Isso porque estes o exercem não simplesmente como um direito em si, mas como um direito-dever de levar ao conhecimento do público um plexo de informações que sejam importantes para a formação da opinião pública.

Assim, há que se defender o dever de verdade no trato da notícia embora a Constituição Federal de 1988 não tenha imposto, em nenhuma passagem, textualmente tal dever. Quiçá não o fez porque não é preciso se os intérpretes tiverem em mente que a liberdade de informação jornalística traduz-se simultaneamente em um grande poder de fato capaz de distinguir um regime democrático de um autoritário.

Dessa maneira, o presente artigo procura demonstrar o dever de verdade, na dimensão constitucional, que recai sobre os meios de comunicação social quando informam. Para cumprir tal desiderato, houve a análise do conteúdo da informação jornalística e de quais são os possíveis critérios que devem nortear a seleção e a formatação dos fatos noticiáveis. Por derradeiro, fez-se um breve apontamento sobre a possibilidade de utilização da ação civil pública como instrumento apto para tutelar o direito coletivo à informação verdadeira.

1. O CONTEÚDO DA INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA

Como acima referido, a sociedade contemporânea vem recebendo a denominação de sociedade da informação.

Nos dizeres de Maria Eduarda Gonçalves:

A sociedade da informação constitui uma dimensão fundamental da sociedade global. Ela foi descrita como aquela em que os valores imateriais - dados, informação, conhecimento científico e tecnológico - passam a constituir a força motriz da formação e desenvolvimento sociais, onde o sistema tecnológico computador/telecomunicações determina a natureza fundamental da sociedade (Masuda, 1981: 1; Klueck, 1984:1007).[1]

Importante, então, é saber o significado da informação qualificada como jornalística para que seja possível localizar qual o tipo de informação juridicamente protegida pela liberdade de informação jornalística. Isso porque os meios de comunicação social não têm o seu objeto circunscrito à informação cuidando, também, do entretenimento e de publicidade, como se depreende do próprio *caput* do Art. 220 da CF/88, que faz menção à manifestação do pensamento, à criação e à expressão, além de à informação.

O conceito de informação jornalística abarca o direito de veicular, pelos meios de comunicação de massa, notícias e o respectivo direito de crítica jornalística.[2]

Marque-se, portanto, que nem tudo o que se divulga é albergado pela informação jornalística e, consequentemente, se não o for não terá o tratamento a esta dispensado pelo texto constitucional.[3]

Sendo assim, com o intuito de evitar equívocos, é preciso verificar inicialmente se a mensagem transmitida por determinado meio de comunicação de massa carrega em seu bojo uma notícia ou uma crítica a ela relacionada para, a partir do desfecho positivo, considerá-la como jornalística para os fins de tratamento jurídico.

Portanto, se o conceito de informação jornalística abrange a notícia e a crítica, faz-se imperioso o desenvolvimento dessas duas realidades, uma vez que revelam conseqüências jurídicas distintas.

1.1. *A crítica*

A crítica é o exame valorativo, o juízo de valor, positivo ou negativo, resultante da aplicação de uma reflexão sobre o fato noticiado.

Em outras palavras é o direito de opinião atrelado à informação jornalística,[4] o qual permite aos órgãos de comunicação a valoração do objeto informativo, seja do ponto de vista científico, artístico, literário ou político, e a conseqüente emissão de opiniões, não estando o crítico por isso sujeito às ações civis ou criminais.

Assim, pelo exercício do direito de crítica, possibilita-se ao emissor instituir relações entre os fatos noticiados e determinada interpretação ou juízo valorativo, favorável ou desfavorável, por ele formulado.

Destarte, à função de comunicação das notícias compreendida na divulgação dos acontecimentos ou fatos relevantes para a sociedade, agrega-se também a função de interpretação desses eventos conforme determinado posicionamento adotado pelo emissor.

Sendo assim, o campo da crítica é mais amplo que o da notícia, porque, ainda que tenha que ostentar ligação com algo que foi noticiado, não se exige que a crítica seja feita sob o crivo da veracidade, haja vista que as idéias e opiniões não se sujeitam, pela sua própria natureza, a uma demonstração de exatidão ou verossimilhança, na medida em que são juízos de valor e não relatos de fatos e acontecimentos.

Portanto, o direito de crítica configura-se com a vinculação do juízo valorativo ao evento noticiado, de modo que, inexistindo esse liame, estar-se-á perante o exercício do direito de opinião em sua faceta individual, como esclarece Vidal Serrano Nunes Júnior:

Lançando os olhos sobre os conceitos de crítica e o de opinião, concluiremos que o traço diferencial que os separa reside exclusivamente no critério da abrangência, ou seja, enquanto a opinião, mais abrangente, recai sobre qualquer fato ou opinião, em qualquer circunstância, a crítica restringe-se aos fatos e opiniões que foram objeto de uma notícia jornalística.[5]

Aliás, a proteção do direito de crítica jornalística pode ser tida como um avanço para o amadurecimento da participação democrática, sobretudo nas questões políticas. Isso porque muitas vezes o contato puro e simples com a notícia não permite que o indivíduo, por ausência de um conhecimento que sirva de esteio para o entendimento do fato noticiado, compreenda e formule o seu próprio juízo acerca da questão. Então, ao tomar contato com a crítica, e principalmente quando há o confronto entre críticas sobre o mesmo assunto mas com enfoques diversos, a compreensão da mensagem e mesmo a sua contextualização podem se tornar mais fáceis.

Há, portanto, um salto qualitativo em que a informação pode vir a se tornar conhecimento a partir do entendimento do conteúdo informado e não do mero e simples acúmulo de noções.

Note-se que uma manifestação clara desse direito é revelada nos editoriais ou espaços da programação em que fica caracterizada a tomada de posição do meio de comunicação acerca de um determinado acontecimento de interesse público.

Assim a crítica "mais do que um comentário anódino, é a exteriorização de um juízo de valor, o qual, embora não seja necessariamente negativo, sem dúvida alguma implica um posicionamento do crítico em relação ao seu objeto".[6] Sendo assim, aplica-se não apenas às manifestações consideradas favoráveis ou inofensivas, mas também àquelas que possam ferir, chocar ou inquietar o Estado ou alguma parcela da população.[7]

Contudo, o direito de crítica não pode ser exercido com o simples intuito de combater uma pessoa ou situação com lastro em interesses lucrativos.

Ganha aqui importância o princípio da transparência constante no Art. 38º, nº 3, da Constituição da República Portuguesa, pois ela permite que o receptor, sabendo quem são os financiadores do meio, possa analisar a crítica feita, ou silenciada, com mais perspicácia.

Se é certo que há essa ampla liberdade de criticar, é correto também que o seu exercício não é ilimitado. Ao se exercitar o direito de crítica, deve-se manter pertinência com a obra, atividade ou atitude criticados, não sendo permitido que, a pretexto do exercício do direito de crítica, sejam atingidas, de modo ofensivo, a intimidade, a honra e a imagem da pessoa a quem se refira o fato ou a obra sob comento.

Nessa trilha, Lauro Limborço disserta:

O direito de crítica constitui o ponto de equilíbrio entre dois extremos, ambos reprováveis: de um lado, a bajulação, e, do outro a injúria. Um julgamento crítico que resulte em elogio não significa necessariamente bajulação, e nem o que contém apreciação veementemente desfavorável constitui, por si só, injúria.[8]

Dessa forma, por exemplo, quando a crítica versar sobre descobertas científicas é sobre a pessoa, considerada como cientista, e sobre sua experiência que devem ser formulados os juízos de valor, não se questionando, se assim o for, a qualidade ou a veemência da crítica. Mas se houver a incursão sobre aspectos íntimos do cientista que não guardem relações com a sua atividade ou com a descoberta, configurar-se-á a malversação desse direito.

O mesmo se pode afirmar em relação à crítica às autoridades públicas e aos políticos em geral, que, ao exercerem funções públicas na qualidade de representantes dos interesses da coletividade, têm as suas capacidades, os seus atos, modos de vida, enfim, as suas condutas, que possam ter ligação com o exercício das funções, sempre submetidas ao crivo de toda a sociedade, à opinião pública. Porém, mesmo essa situação não permite a mera bisbilhotice sobre aspectos íntimos e privados que não guardem nenhuma relação com a função por eles exercida.

Nesse diapasão, Juan F. Armagnague, citando a sentença nº 171/90 do Supremo Tribunal Constitucional Espanhol, aduz que as pessoas públicas ou com notoriedade pública aceitam voluntariamente que seus direitos sejam afetados pelas críticas, seara em que essas alcançam seu nível máximo de eficácia.[9] Entretanto, tal diminuição no círculo da vida privada e da intimidade não significa direito de crítica ilimitado. Aqui também este direito deve guardar liame com o cargo, função ou atividade públicas desenvolvidas e com assuntos de real interesse público, pois não é admissível que a crítica desborde do fato noticiado para tão-somente ingressar no território da honra ou da intimidade, resvalando para o insulto.

1.2. *A notícia*

Notícia é a denominação dada ao relato de fatos e acontecimentos ocorridos em um determinado país ou no mundo, que, por ostentarem notoriedade social conforme o conjunto de referência próprio de cada comunidade, são noticiados pelos meios de comunicação social.

Além disso, por notícia deve-se entender o relato de "fatos cujo conhecimento é necessário para que o indivíduo tenha concreta participação na vida coletiva de determinada sociedade"[10] e que consequentemente representa relevo para a formação da opinião pública sobre temas importantes para a vida em sociedade.

Assim, a notícia, nos moldes das definições citadas, para o ser, implica o tratamento adequado por parte do informador, e "envolve apuração, pesquisa, comparação, interpretação, seleção - e redação adequada, de acordo com as peculiaridades do veículo",[11] sob pena de haver um desvirtuamento do exercício da liberdade de informação jornalística e a possibilidade de afronta a outros direitos e bens constitucionalmente garantidos.

Todavia, no exercício dessa liberdade, há situações em que há verdadeira confusão entre notícia e crítica, muito embora sejam conhecidas suas particularidades.

Nesse cenário, acredita-se que o julgador, na resolução de eventual conflito de interesses, para obter a individualização, necessária na medida em que cada uma tem um tratamento jurídico diferenciado, deverá utilizar como critério de identificação *o critério da preponderância*.

Esse critério é explicado por Joaquín Urías da seguinte maneira:

La preponderancia no es un criterio cuantitativo o topográfico. No se descubre a partir de la extensión respectiva de opinión e información dentro del texto de una noticia. El aspecto valorativo puede ocupar muchas más líneas de una información y no ser, por ello, predominante frente al aspecto informativo. Lo preponderante no es lo mismo que lo externamente dominante. A lo que alude el concepto, en realidad, es a una relación de subordinación finalista: se trata de investigar si - desde un punto de vista lógico y con una perspectiva general de la noticia en sí y en su entorno - la información se transmite como excusa para una finalidad puramente valorativa o si, por el contrario, los elementos valorativos se incluyen para facilitar la transmisión y la compresión de los hechos noticiables.[12]

Assim, quando a intenção for transmitir juízos de valor apoiados nos fatos, a preponderância será da crítica e a solução deverá ser pautada a partir da análise das características desta. Por outro lado, quando o objetivo for o relato de fatos e

acontecimentos, embora feito de forma valorativa, a preponderância será da notícia e, conseqüentemente, a observância das suas características é que deverá ser perquirida.

Enfim, a liberdade de informação jornalística se assenta em uma estrutura composta de um lado pela notícia e, de outro, pela crítica. Destarte, toda vez que houver a divulgação de algo que fuja aos parâmetros de notícia e de crítica, aquele que informa não estará no exercício dessa liberdade constitucional e se, acaso, nessa hipótese, a notícia ou a crítica atingirem algum dos direitos da personalidade, inexistirá a configuração da hipótese de confronto entre direitos fundamentais, havendo, pura e simplesmente, invasão desses direitos, haja vista que a configuração de conflito entre direitos fundamentais pressupõe o correto exercício deles por pessoas diversas.

1.2.1 Os critérios para seleção e formatação dos fatos noticiáveis

O primeiro passo para se chegar à notícia são os critérios que devem ser utilizados para a seleção do que vai ser transmitido entre as milhares de informações que chegam diariamente à *mídia*.

Explicando os critérios dessas escolhas, Jean-Jacques Jespers[13] esclarece que as opções permitem detectar o tipo de informação escolhida: se informação-produto ou se informação-serviço.

Em seguida, o mesmo autor conceitua, respectivamente, cada espécie de informação, da seguinte forma:

Na concepção da informação enquanto produto, uma notícia é qualquer acontecimento tido em conta pelo Sistema Concorrencial dos media, e designado por ele como importante em função exclusiva de critérios económicos empíricos e não explícitos [...]. Assim, a informação dada não será destinada senão a satisfazer as necessidades comerciais, quantificáveis, sem consideração pela natureza destas necessidades. Por outras palavras, a informação dada apenas responderá às pulsões inconscientes, libidinosas do público (prazer *voyeurista* ou sádico, sentimento de fusão com o ambiente), na medida em que tem como objectivo provocar a adesão do público aos media a fim de maximizar o impacto dos anúncios publicitários que são a principal fonte de rendimento desse media.[14]

Uma abordagem voluntarista da selecção-hierarquização, no quadro de uma informação concebida como serviço, poderia ser resumida por este aforisma de um chefe de redacção americano: "*dont give them what they want, give them what they need*" (não lhes dêem o que ele querem, dêem-lhe o que eles precisam).[15]

A partir da análise dessas conceituações, é possível compreender que a notícia, concebida nos contornos da proteção constitucional, deve ser composta por fatos alçados ao patamar de interesse público, como, por exemplo, aqueles que capacitam as pessoas a optar, aprovar ou desaprovar propostas, e não simplesmente por aqueles de interesse do público, pois do contrário qualquer curiosidade, mexerico ou bisbilhotice da vida alheia seriam considerados notícia e receberiam proteção constitucional em detrimento de outros direitos assegurados.[16]

Conclui-se então que aquelas informações que não possuem nenhum valor social não são protegidas pela liberdade de informação jornalística.

Continuando, pode-se definir o interesse público como:

[...] a soma daqueles interesses superiores de uma dada sociedade na consecução dos objetivos comuns por ela tracejados em sua Constituição, no seu sistema legal e na sua cultura, no funcionamento normal e correto dos órgãos públicos a quem cometeu o exercício de funções para o alcance daquele fim e no regular exercício dos direitos consagrados aos cidadãos.[17]

E ainda:

Assuntos de interesse público são aqueles assuntos que dizem respeito às escolhas que a pessoa deve fazer, como membro de sua comunidade, que interessem às demais e nelas interfiram, bem como que influenciem e interfiram no que pertine à sua organização política e social.[18]

Assim, a liberdade de escolha pelos fatos noticiáveis deve ter como critério o interesse público e não apenas o lucro que pode ser facilmente auferido por meio do bombardeio de informações incoerentes, supérfluas e despidas da possibilidade de fazer com que o receptor possa agir ou pensar sobre o que lhe é transmitido.

Marcado então o interesse público que a notícia deve atender, passa-se para outras questões.

A notícia deve referir-se a fatos cujo conhecimento seja importante para a participação na vida coletiva do país, abarcando aqueles acontecimentos que, embora ocorridos na esfera privada de alguém, vão além dela, devido às pessoas envolvidas exercerem funções ou atividades que importam à coletividade, ganhando o *status* de relevância para o público e por isso podem e devem ser divulgadas.

Esclarendo mais especificamente o que devem ser considerados como fatos com *transcendência pública*, Juan F. Armagnague[19] faz uma divisão entre fatos de transcendência pública por si mesmos e aqueles que, atinentes às pessoas com relevância pública, são importantes para os indivíduos em geral. Assim, na primeira categoria o autor enquadra os fatos políticos, econômicos, esportivos e culturais que são, em si, relevantes para a participação da vida em coletividade. No segundo, enquadra os fatos que são relacionados às pessoas públicas, como os políticos, e àquelas que adquirem notoriedade pública em razão do desempenho de sua atividade, como, por exemplo, os cientistas e esportistas, cujos atos que guardem pertinência com o desempenho da função devem ser submetidos ao conhecimento do público.[20]

A respeito de acontecimentos privados com transcendência pública, Luis Escobar de la Serna alude que, se tais fatos forem imprescindíveis para que as pessoas formem a sua opinião, a periculosidade da divulgação deve ser interpretada de maneira bem restrita. Isso porque o autor considera "*más peligroso el secreto y la falta de información que la difusión de noticias, ya que aquél puede cegar la fuente de la noticia y, por tanto, de la verdad*".[21]

Escolhido o fato que, nos termos expostos, será noticiado, a notícia, enquanto produto da técnica jornalística, deve ser inteligível e relatada de forma completa e integral,[22] isto é, a divulgação deve compreender a devida contextualização dos fatos, a explicitação das circunstâncias em que foram gerados, sem omissões de dados que influenciam no entendimento, sob o risco de haver a deformação da percepção do receptor em razão de este não conseguir entender as causas que ocasionaram os acontecimentos relatados e muito menos refletir sobre as conseqüências que daí podem advir.

Defende-se também a objetividade[23] e a imparcialidade no trato e na transmissão da notícia. Aquela impondo a descrição dos fatos pelo informador como eles efetivamente

aconteceram, isto é, a correlação entre a palavra e a realidade;[24] esta impondo que a notícia seja divulgada sem defesa de um determinado ponto de vista em particular, ou seja, não permitindo que o conteúdo informado seja elaborado de forma tendenciosa ao favorecimento de alguém em detrimento de outrem, exigindo, conseqüentemente, a nítida separação entre o que é notícia e o que é crítica, para que seja mantida a devida lisura no processo informativo.

Dessa forma, o que se almeja ao apregoar a objetividade não é despersonalizar totalmente a notícia, pois, como mencionado, ela é formada pelo emissor; mas sim impedir que o informador, no ato de narrar, faça alterações ou deformações substanciais a respeito do que efetivamente tomou conhecimento para servir aos seus próprios interesses ou aos interesses de terceiros.

Outrossim, parece que o que se afiguraria como ilusório seria a exigência da neutralidade na medida em que os meios de comunicação, ou melhor, os seus detentores, precisam se posicionar quanto à seleção e ao modo de colocação do fato em forma da mensagem em consonância com a linha editorial assumida e com o tipo de linguagem utilizada, para atingir o público o qual almeja. Em outras palavras: toda a divulgação de fatos pressupõe juízos de valor, mesmo que implícitos, pela seleção do que é considerado importante.

Justamente com essa percepção, Carlos Alberto di Franco delineia de forma precisa:

A objetividade absoluta não existe. O despojamento de idéias e sentimentos é utopia desumana. Não se trata disso. O que se espera da imprensa é um honesto e permanentemente esforço de isenção. Certa dose de subjetivismo, inevitável na seleção das notícias, não justifica operações de engajamento editorial. Assenta-se o subjetivismo no suporte da objetividade factual. Omissões gritantes e promoções artificiais conspiram contra a credibilidade da mídia. Antipatias ou simpatias devem estar longe das redações.[25]

A compreensão de referido trecho demonstra haver uma certa imbricação entre a objetividade e a imparcialidade, e o repúdio à manipulação, sem a imposição, todavia, da neutralidade.

A repulsa à manipulação deseja, justamente, impedir o falseamento, a adulteração dos fatos e acontecimentos com vistas a influenciar as pessoas a se comportarem de uma determinada maneira que sirva a interesses outros que não os delas próprios.[26]

A manipulação operada nos meios de comunicação é definida por alguns doutrinadores como sendo a distorção por redução ou acréscimo de conteúdo, ou a ocultação[27] de determinados fatos em consonância com a divulgação de uma única tendência ideológica e com a correspondente maculação das demais,[28] e, ainda, como a orientação da informação num único sentido.[29]

A notícia manipulada pode deformar a opinião pública e ocasionar um prejuízo coletivo que compromete em última instância o próprio regime democrático, uma vez que conduz as pessoas a atos ou à formação de convicções improváveis se tivessem o contato com a verdadeira informação.

Enfim, fica patente que os meios de comunicação podem alterar a real natureza e o caráter de um regime político ou alterar o caráter e a natureza de quem contesta um determinado regime político, pois são responsáveis por formar convicções e opiniões em um sentido ou outro, consoante os matizes e interpretações que dão ou podem dar às notícias.

2. O DEVER DE VERDADE NO TRATO DA NOTÍCIA

Tendo como base a conjuntura acima exposta, deve-se abordar a questão da verdade no trato da notícia.

A exigência de um dever de verdade por parte dos meios de comunicação, apesar dos questionamentos múltiplos sobre o que seja a verdade,[30] parece ser inquestionável, a partir do próprio reconhecimento da transcendência individual do referido direito, que pode, por isso mesmo, ser tido como uma meta à qual o sistema jurídico tende[31].

Inicialmente é interessante observar que a Constituição Espanhola de 1978 encampou claramente a obrigação da veracidade quando tratou da informação, o que não aconteceu quando mencionou a expressão dos pensamentos, idéias e opiniões.[32]

Interpretando a exigência da Constituição Espanhola quanto à circulação de informação veraz, Concepcion Carmona Salgado, baseada nas decisões do Tribunal Constitucional Espanhol, aclara:

Lo que, en realidad, sostiene aquella primera resolución es que la protección constitucional se extiende a la veracidad, tanto en el sentido de conformidad con la realidad, como en el de existencia de suficiente diligencia a la hora de confirmar una versión de los hechos, lo que no quiere decir que queden exentas de protección informaciones que puedan resultar erróneas o no probadas. Ese especial deber de diligencia deve encaminarse a comprobar aquéllas sin aceptar como tales simples rumores o insinuaciones insidiosas, y existiendo ésta, el error será irrelevante.[33]

Segundo essa perspectiva, o requisito da verdade é compreendido pelo dever de correspondência entre o relatado e o acontecido e, sobretudo, pela constatação da diligência do informador no trato dos fatos, o qual não pode se contentar com meros rumores ou insinuações despidas de dados objetivos que indiquem a mínima coerência acerca da situação, mas deve tentar comprová-los, por meio, por exemplo, de oitiva de todas as partes envolvidas e da feitura de um contraditório entre elas; e mediante a combinação de fontes distintas e, preferencialmente, opostas.

Assim, parece correto defender que a procura pela verdade deve ser a meta dos jornalistas, que devem divulgar apenas o que acreditam ser verdadeiro, mesmo porque sua subjetividade encontra limites justamente nos dados objetivos constantes dos fatos. O controle do processo informativo depende de se verificar se o jornalista observou, na elaboração da notícia, a máxima diligência na comprovação do fato e se teve o cuidado de retratá-lo o mais próximo possível da realidade objetiva, pois assim é possível discernir a simples mentira ou falsidade daquilo que aparenta ser verdadeiro.

Com efeito, tais explicações acabam demonstrando que a notícia verídica será aquela constituída, em última análise, sob a observância da imparcialidade, objetividade e sem quaisquer manipulações para enganar o público, passando sempre pela correção dos erros e pela distinção entre os fatos e as opiniões.

Portanto, a aferição da veracidade na informação será apurada objetivamente pela verificação do cumprimento de certos deveres éticos do informador, como, por exemplo, a diligência na obtenção das informações, a oitiva da parte contrária, o cotejo com outras fontes, a verificação do interesse público no conhecimento dos fatos a serem noticiados e, sobretudo, a compatibilidade do que será divulgado com a situação fática abordada.

Frise-se ainda que essa assertiva obviamente não é feita com desconhecimento de que o avanço tecnológico impôs a rapidez na transmissão das notícias, que devem ser as mais atuais possíveis, quando não divulgadas simultaneamente ao acontecimento relatado. Tanto assim que não se exige a realização de investigações exageradas e extenuantes que condicionariam demasiada e negativamente o trabalho dos meios de comunicação.

Contudo, é impossível aceitar que essa rapidez seja utilizada para justificar as notícias conscientemente diversas da realidade, ou cuja comprovação quanto à veracidade tenha sido deixada para um segundo plano. Em outras palavras: a inconstância e a ligeireza dos acontecimentos faz com que sejam admissíveis eventuais erros pelos meios de comunicação, porém isso não legitima o descuido com a notícia que muitas vezes transcende a busca pela agilidade na transmissão com a intenção de manter as pessoas informadas o mais próximo possível do acontecimento, para cair na simples busca pelo *furo de reportagens* com o intuito de auferir lucro e muitas vezes de deturpar os acontecimentos para beneficiar os interesses do "complexo político-empresarial dominante".[34]

Com isso frise-se também que, se por um lado há a condescendência com certos erros nas notícias quando verificada a diligência do informador na comprovação razoável da veracidade informativa, por outro exige-se, uma vez percebido o erro, a imediata divulgação de uma contra-notícia informando o equívoco e dando a sua correção. Há de haver uma atitude de humildade dos meios de comunicação com o escopo de corretamente informar o púbico.

Por fim, existem também situações em que são veiculadas notícias verídicas e relevantes, mas usadas de forma deturpada, com abuso do poder de noticiar, atentando contra a dignidade da pessoa humana.

É o que ocorre, por exemplo, em programas sensacionalistas, que, sob o pretexto de informar, expõem imagens de suicídios e espancamentos que nada acrescentam ao conteúdo transmitido. Ao contrário, apenas perturbam a compreensão do público ao afetar seu lado emocional.

Discorrendo sobre o constante desrespeito ao público pelos meios de comunicação de massa, Carlos Alberto di Franco refuta o prosaico argumento de que *basta desligar o aparelho ou mudar de canal* e afirma:

A questão não se encerra com o argumento falacioso de que basta desligar o aparelho ou mudar de canal para que o inconveniente não atinja o telespectador ou sua família. A premissa dessa argumentação é falsa, porque omite intencionalmente a importância que os meios de comunicação já atingiram na formação de todos e o papel que desempenham no cotidiano de cada brasileiro.[35]

Raciocínio esse que pode ser completado pela seguinte passagem:

O gosto do sensacional e o 'prazer' do furo jornalístico devem sofrer as restrições que o bom-senso indica e o momento ou as circunstâncias comportem. A opinião pública, definida como aquilo que pensa o povo em geral (Littré), ou o acordo dos espíritos sobre todas as coisas que interessam aos homens, é instável como as nuvens, variável como o tempo e despertável como o vento. A imprensa nem sempre a interpreta, condu-la. E nesta orientação está a sua maior responsabilidade, a sua grande missão.[36]

Nesse contexto, implicitamente o dever de verdade exsurge do parágrafo único do Art. 1º da CF/88 porque o exercício efetivo da democracia se é possível se aos cidadãos forem disponibilizados notícias objetivas, imparciais e condizentes com a realidade dos fatos.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 considerou o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens como serviço público federal apenas passível de concessão ou permissão (Arts. 21, XII, a e 223). Sendo assim, os meios de comunicação social prestam um serviço público e como tal devem se subordinar aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e transparência, além daqueles casuisticamente especificamente impostos no Art. 221 da CF/88.

Enfim, o direito do público de ser bem e corretamente informado somente será cumprido quando a ele for possibilitado o acesso às notícias que tenham sido selecionadas, formuladas e divulgadas em atendimento às características ora abordadas. Sendo que, em cada caso concreto que for submetido à apreciação do órgão jurisdicional, este deverá verificar se houve a obediência a tais parâmetros que fazem com que a notícia receba a proteção constitucional enquanto composto indispensável para a concretização da dignidade da pessoa humana e para a existência de uma opinião pública livre, nos moldes já expostos.

2.1. *Ação Civil Pública: um meio para tutelar o direito difuso à informação verdadeira*

Demonstradas as características que a notícia deve ostentar e os parâmetros que o jornalista deve obedecer para cumprir o direito de o público ser bem e corretamente informado, convém tecer, sem um aprofundamento que foge ao objetivo do presente trabalho, algumas notas sobre a possibilidade da utilização da ação civil pública como um instrumento apto a ensejar a efetiva tutela desse direito enquanto um direito difuso que geralmente não acarreta danos materiais, mas implica danos morais[37] suportados por toda a coletividade que recebe a notícia e que se vê enganada, ludibriada e impedida de exercer adequadamente a cidadania.

O conceito de direito difuso vem expresso no Art. 81, parágrafo único, inc. I da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), como sendo "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato".

Nesse caminho, defendendo o direito difuso à informação verdadeira, bem como a utilização da ação civil pública para a sua tutela, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho explica:

Transindividual e indivisível porque a informação jornalística é destinada a todas as pessoas que se disponham a recebê-la, sem que se possa individualizar e dividir qual informação será difundida para este indivíduo e qual para aquele. Todos são igualmente titulares desse direito de receber informação e é inegável que todos os titulares estão ligados pela circunstância de fato de serem leitores do mesmo jornal, ouvintes do mesmo rádio ou espectadores da mesma emissora de televisão.[38]

E ainda Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues afirmam:

O Art. 5º, inc. XIV garante a todos o acesso à informação (*rectius*=comunicação). Aí está a pedra fundamental do direito de ser informado. É direito fundamental, com garantia de cláusula pétrea. É direito difuso encartável na definição do Art. 81, parágrafo único, inc. I, do CDC. A mera possibilidade de acesso já configura o direito e, portanto, a sua proteção.[39]

Sendo assim, deve-se admitir a utilização da ação civil pública quando houver a necessidade de promover a adequação da divulgação das notícias aos parâmetros

expostos, isto é, naquelas situações em que ficar configurada a deformação e não a formação da opinião pública.

Com o intuito de demonstrar a importância e a urgência na aplicação da ação civil pública para a efetivação do direito à informação, é oportuno rememorar os exemplos antes citados de manipulação das informações. Naqueles casos é difícil identificar um dano individual, porque o que ocorre é um abalo institucional que prejudica toda a coletividade ao provocar, sobretudo, o ferimento da liberdade de decisão e da igualdade de participação, valores essenciais em um regime democrático. Esses prejuízos, embora não sejam de ordem patrimonial, são muito mais maléficos, porque comprometem a formação da opinião pública e, quando descobertos os equívocos, a credibilidade dos meios de comunicação social como fontes de difusão dos acontecimentos.

Ademais, a utilização da ação civil pública para a defesa do direito do público de ser bem e corretamente informado ganha consistência se analisados o Art. 129, inc. III, da CF/88 que fixa como uma das funções institucionais do Ministério Público a de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, e o Art. 5º, inc. XXXV, da CF/88 que consagra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, prescrevendo, *in verbis*, que: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Assim é em primeiro lugar porque a parte final do inc. III do Art. 129 demonstra claramente estar apenas elencando, por exemplo, alguns dos direitos passíveis de tutela coletiva, não excluindo outros (como o direito à informação verdadeira); em segundo porque no inc. XXXV do Art. 5º protegeu-se direito como gênero, tutelando-se tanto o direito individual como o coletivo.

Enfim, a admissão do direito à informação veraz, enquanto direito difuso, requer, em caso de ser afrontado, um meio que propicie uma tutela efetiva, adequada e tempestiva e não apenas formal. A tutela efetiva é um objetivo que pode ser conseguido com a utilização da ação civil pública para que haja, por exemplo, a obrigação da divulgação de uma contra-notícia apontando o que foi erroneamente publicado com o mesmo destaque dado à notícia pioneira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade de informação jornalística, reconhecida autonomamente no § 1º do Art. 220 da CF/88, caracteriza-se como uma peculiarização do direito de informar quando exercido mediante a utilização dos meios de comunicação de massa, e abarca o direito de veicular notícias e o respectivo direito de crítica.

A crítica jornalística é o juízo de valor, positivo ou negativo, resultante da aplicação de uma reflexão sobre o fato noticiado e, por isso, embora a crítica tenha que ostentar ligação com a notícia, não se exige que ela seja feita sob o crivo da veracidade.

A liberdade para a emissão de críticas jornalísticas pode ser considerada como um salto qualitativo, na medida em que auxilia as pessoas a compreenderem e contextualizarem a informação veiculada na notícia, contribuindo assim para a formação do conhecimento. Contudo, o exercício desse direito deve guardar liame com o cargo, função ou atividades públicas desenvolvidas, não sendo admissível o ingresso gratuito em aspectos íntimos e privados que não guardem nenhuma relação com as atividades públicas desempenhadas e, por isso, não revelem interesse público.

A notícia compreende o relato de fatos e acontecimentos ocorridos em um determinado país ou no mundo, que, por ostentarem notoriedade social conforme o conjunto de referência próprio de cada comunidade, são noticiados pelos meios de comunicação social.

Nos casos em que no exercício da liberdade de informação jornalística houver a confusão entre a notícia e a crítica, o julgador, para identificar na resolução de eventual conflito de interesses qual foi a intenção do informador, deverá utilizar como critério de identificação o *critério da preponderância*.

A liberdade de escolha pelos fatos noticiáveis deve ter como primeiro critério o interesse público. Após escolhido o fato, a notícia, para ser concebida em conformidade com os contornos da proteção constitucional, deve ser inteligível e relatada de forma completa, integral, objetiva e imparcial e sem quaisquer manipulações para enganar o público. O jornalista deve distinguir sempre os fatos das opiniões e proceder à correção dos eventuais erros, sendo a partir da aferição da existência dessas diligências do profissional no cumprimento desses parâmetros que se poderá comprovar o correto exercício do direito de informar.

Embora se considere que o limite interno da veracidade deva ser aferido pela verificação da correspondência entre o relatado e o acontecido e sobretudo pela

constatação da diligência do informador no trato dos fatos, acredita-se que a procura pela verdade deva ser uma meta a ser atingida pelos jornalistas, os quais devem, antes de mais nada, acreditar que o que estão divulgando é verdadeiro, não se deixando levar pela simplista busca do "furo jornalístico" ou ainda pela alteração, no momento da divulgação dos acontecimentos, da real natureza de um regime político ou daqueles que contestam um determinado regime político em benefício dos interesses daqueles que dominam o cenário político-empresarial.

O direito do público à obtenção de notícias corretas e verazes manifesta-se como um direito difuso por ser transindividual, de natureza indivisível e que tem como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, de tal maneira que a ação civil pública revela-se como um meio eficaz para que seja conferida uma tutela efetiva, adequada e tempestiva ao direito enfocado.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4ª ed. Tradução da 1ª ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARMAGNAGUE, Juan F. *Derecho a la información, habeas data e internet*. María G. Ábalos e Olga P. Arrabal de Canals (coords.). Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2002.

BARBOSA, Gustavo; RABAÇA, Carlos Alberto. *Dicionário de comunicação*. São Paulo: FTD, 2004.

CALZADILLA, Maria Cruz Llamazares. *Las libertades de expresión e infomación como garantia del pluralismo democrático*. Madri: Civitas, 1999.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2001.

CORNU, Daniel. *Ética da informação*. Tradução de Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1998.

FERREIRA, Aluízio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

FERRIZ, Remedio Sánchez. *Delimitación de las libertades informativas.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FRANCO, Carlos Alberto di. *Jornalismo, ética e qualidade*. Petrópolis: s.e., 1996.

FRANCO, Francisco Manoel De Mello; HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade de informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

GUTIÉRREZ, David Ortega. *Manual de derecho de la información*. Madri: Centro de Estudios Ramon Areces, 2003.

JESPERS, Jean-Jacques. *Jornalismo televisivo: princípios e métodos*. Tradução de Rita Amaral. Coimbra: Minerva, 1998.

LIMBORÇO, Lauro. O direito de crítica e a lei de imprensa. In: *Revista dos Tribunais*, nº 606. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MELÉNDEZ, A. Hugo Osório. *Políticas de información y derecho*. Santiago de Chile: Impresos Universitaria, 1997.

MENDES, Victor; TEIXEIRA, Manuel Pinto. *Casos e temas de direito da comunicação*. Porto Alegre: Legis, 1996.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à lei de imprensa*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1994. tomo I.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística.* São Paulo: FTD,1997.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SALGADO, Concepcion Carmona. *Libertad de expresión e información y sus limites*. Madri: Edersa, 1991.

SERNA, Luis Escobar de la. *Principios del derecho de la información*. Madri: Dykinson, 2000.

SOUSA, Nuno J. Vasconcelos de Albuquerque e. *A liberdade de imprensa.* Coimbra: Almedina, 1984.

URÍAS, Joaquín. *Lecciones de derecho de la información*. Madri: Tecnos, 2003.

---

[1] GONÇALVES, 2003.

[2] Cf. NUNES JÚNIOR, 1997, p. 34-35.

[3] Conforme esclarecem BARBOSA; RABAÇA, 2004, p. 173, além da função de informar, aos meios de comunicação de massa também se costuma atribuir a função de entreter o público através de atos comunicativos. Funções essas que não se chocam e até se complementam.

Contudo, o problema ocorre quando há uma mistura indiscriminada entre informação e entretenimento, diluindo as fronteiras entre o real e o ficcional.

[4] Com o mesmo entendimento: NUNES JÚNIOR, 1997, p. 39; SERNA, 2000, p. 33.

[5] NUNES JÚNIOR, 1997, p. 67-68.

[6] Ibidem, p. 77.

[7] Cf. CORNU, 1998, p. 47.

[8] LIMBORÇO, 1986, p. 453.

[9] ARMAGNAGUE, 2002, p. 70-71.

[10] NUNES JÚNIOR, 1997, p. 38.

[11] BARBOSA; RABAÇA, 2004, p. 541.

[12] URÍAS, 2003, p. 55-56. No mesmo entendimento: GUTIÉRREZ, 2003, p. 68-71; FERRIZ, 2004, p. 141; SALGADO, 1991, p. 26-27.

[13] JESPERS, 1998, p. 36 e ss.

[14] Ibidem, p. 38.

[15] Ibidem, p. 39.

[16] A esse propósito escrevem MENDES; TEIXEIRA, 1996, p. 129: "Sabendo todos nós como a condição humana é vulnerável à simples curiosidade, e até à morbidez, com especial apetência pelas mais sórdidas práticas sociais, seria o

descalabro aceitar o princípio do 'interesse do público' como tendo o mesmo significado de 'interesse público legítimo', no respeitante à matéria da comunicação".

[17] CARVALHO, 1999, p. 92.

[18] Ibidem, p. 149.

[19] ARMAGNAGUE, 2002, p. 69-71.

[20] Por isso, a título exemplificativo, considerou-se abusiva a utilização da imagem de desportista dissociada de qualquer evento em que estivesse participando, nos seguintes termos: EMENTA: "LIMITAÇÃO. DIREITO DE IMAGEM. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. I - A utilização com intuito comercial da imagem do atleta fora do contexto do evento esportivo não está por ele autorizada. Dever de indenizar que se impõe (AgRg no Ag nº 141987/SP - Rel. Min. Eduardo Ribeiro - j. 15/12/1997 - DJ 18/05/1998)". Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 12 abr. 2006.

[21] SERNA, 2000, p. 33.

[22] Como afirma MIRANDA, 1994, p. 53. tomo I: "Ser jornalista não é só saber escrever; é antes, saber como escrever". E, complementando essa assertiva, JESPERS, 1998, p. 44-45, elenca a inteligibilidade como a primeira preocupação do jornalista que precisa se fazer entender.

[23] PEREIRA, 2002, p. 157-158, comentando a objetividade, aduz: "O informador deve descrever ou desvelar essa realidade, fazendo-a cognoscível a terceiros e, para conseguir essa tarefa, deve deixá-la ser o que é, sem alterá-la, sem fazer dela outra diferente".

[24] Cf. MELÉNDEZ, 1997, p. 72.

[25] FRANCO, 1996, p. 119.

[26] Conceituação em conformidade com FRANCO; HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 1838.

[27] FERREIRA, 1997, p. 86.

[28] CALZADILLA, 1999, p. 53.

[29] FRANCO, 1996, p. 89.

[30] Em virtude de a presente pesquisa objetivar o desenvolvimento da procura pela verdade na informação jornalística, não serão abordadas as questões filosóficas que discorrem sobre o sentido e o conteúdo dessa palavra. Contudo, apenas para ilustrar, cite-se ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4ª ed. Tradução da 1ª ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 994-998, afirma ser possível distinguir cinco conceitos fundamentais de verdade: a verdade como

correspondência; a verdade como revelação; a verdade como conformidade a uma regra; a verdade como coerência; e a verdade como utilidade.

[31] Cf. SOUSA, 1984, p. 158.

[32] Art. 20: *Se reconocen y protegen los derechos*: *a) a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*; *b) a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica*; *c) a la libertad de cátedra*; *d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades*.

[33] SALGADO, 1991, p. 165.

[34] COMPARATO, 2001, p. 158.

[35] FRANCO, 1996, p. 37.

[36] MIRANDA, 1994, p. 53. tomo I.

[37] Importa reiterar que os danos morais coletivos são plenamente passíveis de reparação, conforme previsto na Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, *in verbis*: "Art. 1º: Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados".

[38] CARVALHO, 2003, p. 105.

[39] FIORILLO; RODRIGUES, 1997, p. 400.

O DIREITO NO DIVÃ: POR UMA DISCURSIVIZAÇÃO DO GOZO NO TELESPAÇO PÚBLICO*

THE LAW ON THE COUCH: FOR A DISCURSIVIZATION OF PLEASURE IN THE PUBLIC TELESPACE

Vitor Souza Lima Blotta

RESUMO

Este artigo tem por objetivo apresentar a noção de telespaço público que Eugênio Bucci elabora a partir de uma releitura e tentativa de atualização da noção de esfera pública em Habermas, e discutir o papel do direito diante dessa possível redefinição do conceito em face do diagnóstico sobre a situação atual da comunicação pública apresentado por Bucci. Se esse diagnóstico denuncia que o advento das novas tecnologias da informação e da comunicação deu condições a uma otimização da acumulação do capital pela manipulação de conteúdos inconscientes na esfera pública, somente uma auto-reflexão do direito em termos de uma terapia psicanalítica poderá torná-lo capaz de fornecer meios para uma discursivização dessa esfera, atualmente dominada por imperativos do gozo. A argumentação será composta de breves análises do conceito de razão comunicativa em Habermas para advogar ainda sua resistência em face do diagnóstico da atual comunicação apresentado por Bucci em A Televisão Objeto (Tese de doutoramento, ECA-USP, 2005). Dessa discussão, segue-se uma análise da crítica à teoria do valor em Marx feita por Habermas em Teoria do Agir Comunicativo (1981), bem como suas reflexões sobre psicanálise e psicologia social em Conhecimento e Interesse (1969) aplicados a seus mais recentes debates no campo da teoria do direito e da democracia (Direito e Democracia, 1992). Essas análises oferecem suporte à reflexão final sobre uma possível leitura psicanalítica do direito.

PALAVRAS-CHAVES: ESFERA PÚBLICA, TELESPAÇO PÚBLICO, TEORIA DO VALOR, GOZO, DIREITO AUTO-REFLEXIVO

ABSTRACT

This article has as objective to present the notion of public telespace that Eugenio Bucci elaborates from a reading and attempt to a actualization of Habermas's notion of public sphere, and to discuss the role of law towards this possible redefinition of the concept in face of the diagnosis of the present times of public communications presented by Bucci. If this diagnosis denounces that the coming of the new technologies of information and communications gave conditions to an optimization of capital's accumulation by the manipulation of unconscious contents in the public sphere, only a self-reflection of law in terms of a psychoanalytic therapy can make capable of promoting the means to a discursivization of this sphere, presently dominated by imperatives of pleasure. The

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

argumentation will be composed by brief analysis of Habermas's concept of communicative reason to advocate its enduring resistance in face of the diagnosis of communications' present times in Bucci's The Television Object (PhD thesis, ECA-USP, 2005). From this discussion follows a critical analysis of Marx's theory of value promoted by Habermas in The Theory of Communicative Action (1981), as well as his reflections on psychoanalysis and social psychology in Knowledge and Human Interests (1969) applied to his most recent debates on the field of law and democracy (Between Facts and Norms, 1992). Theses analysis offer support to the last reflection on a possible psychoanalytical interpretation of law.

KEYWORDS: PUBLIC SPHERE, PUBLIC TELESPACE, THEORY OF VALUE, PLEASURE, SELF-REFLEXIVE LAW

Introdução

O problema da *racionalidade da esfera pública*, no sentido da capacidade do *espaço social* gerado pela comunicação ter como produtos problematizações e posicionamentos mais ou menos bem informados e arrazoados diante de temas comuns da sociedade (Habermas, 2008:158-166), é de grande importância para os atuais estudos da teoria da comunicação, da política e do direito.

Isso porque, a partir do estudo desse problema, torna-se possível indicar caminhos para a visualização das dinâmicas do poder na comunicação pública, além de acompanhar as discussões sobre a democracia e suas formas de sua implementação em estados democráticos de direito ocidentais (Bucci, 2009:399-428 Habermas, 1997:57-122).

Essa complexa questão é enfrentada por Eugênio Bucci em sua tese de doutoramento intitulada *A Televisão Objeto: a crítica e suas questões de método*, defendida na Universidade de São Paulo em 2002, e em artigos posteriores dela derivados[256]. Sua abordagem se dá por meio de uma composição teórica da crítica da economia política com a psicanálise e a teoria da linguagem, e se debruça sobre a noção de esfera pública desenvolvida por Habermas para atualizá-la.

O resultado é a noção de *telespaço público*, que compreende o espaço social gerado pela comunicação pública atual como dotado de *atemporalidade* e *a-espacialidade*

[256] Cf. Bucci. Em Torno de um Conceito Preliminar de Telespaço Público. In. Benevides, Bercovici e Melo. *Direitos Humanos, Democracia e República*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 399-428; *Id*., "O Espetáculo e a Mercadoria como Signo" in. Novaes (org.) *Muito Além do Espetáculo*. São Paulo: Senac, 2005, pp. 218-232.

(com aporte em Virilio, 1995:131, *apud*, Bucci, 2009:425), visto operar com cada vez mais freqüência pela *instância da imagem ao vivo*.

Se a comunicação se daria, então, pela transmissão dialética e histórica de sentido entre significante e significado[257] no telespaço público pela *instância da imagem ao vivo*, que tem um caráter de imediatidez e capacidade de descontextualização (Bucci, 2009:423), a possibilidade de racionalidade nesse espaço - nos termos da razão comunicativa habermasiana - estaria extremamente limitada, pois nessas condições de comunicação, os conteúdos circulando pela esfera pública seriam representações cada vez mais imagéticas de *impulsos inconscientes*[258] (Kehl, 2004:89), e não opiniões mais ou menos arrazoadas (Habermas, 2008:162).

Essa hipótese de uma quase-impossibilidade do exercício de uma racionalidade *discursiva* no espaço público e seu quadro teórico levam a duas aberturas de análise que serão objeto deste estudo: uma que se abre numa *retrospectiva crítica da composição teórica* utilizada por Bucci para enfrentar o problema (primeiro e segundo tópicos), e outra de caráter mais *normativo*[259] (terceiro tópico), que busca trazer as contribuições que uma "interpretação psicanalítica" do direito pode oferecer como respostas às questões ético-políticas suscitadas pelo diagnóstico de Bucci, apesar das intenções declaradamente teórico-descritivas de seu estudo.

Este artigo trabalhará então, em seu primeiro tópico, uma caracterização de como Bucci passa de uma crítica à idéia de esfera pública habermasiana à concepção do telespaço público. Nesse momento, entende-se que a tese da racionalidade não ser requisito constitutivo da comunicação na esfera pública (Bucci, 2002:69-83) teria dificuldades de se sustentar quando se levam em conta os conceitos de *pragmática formal* e *contradição*

---

[257] Esses termos denotam a composição teórica de Bucci entre Saussure e Bakhtin para sua concepção de linguagem, unindo as leituras cognitivista e dialético-materialista (Bucci, 2002:180-197).

[258] Esses impulsos, por sua vez, seriam marcados por uma forte carga "ideologia em sentido geral", como teria sinalizado Althusser em uma rara ligação de seu conceito com a psicanálise freudiana (Bucci, 2002:162-163), o que, no fim, levaria à conseqüência de serem determinados em "última instância" pela lógica da mercadoria, nos termos em que Marx a teria concebido em sua dimensão fantasiosa ou "fantasmagórica" (Bucci, 2002:255 e 280-281). Uma importante crítica a essa "última instância" da lógica da mercadoria na configuração do telespaço público será realizada no segundo tópico deste trabalho.

[259] Entende-se a idéia de uma reflexão normativa aqui no sentido de *racionalidade prática* apregoado por Habermas, que, na esteira da filosofia kantiana, define-a como aquela que enfrenta questões concernentes a valores e necessidades humanas; à ética, à moral, ou à idéia de "vida boa"; questões que respondem às perguntas: "o que fazer?" e "o que é bom para todos?". Em sua obra *Técnica e Ciência como Ideologia* (1968), por exemplo, Habermas apresenta a tese de que a eficácia da ideologia tecnocrática estaria na capacidade que ela tem de eliminar do debate público as questões práticas, atribuindo-as somente a especialistas, o que significa a criação de uma cultura de massa *despolitizada*. cf. Habermas, *Op. cit.*, 2006, pp. 70-74. Para mais sobre a importância de ambas análises descritivas e normativas no tema da esfera pública, cf. Habermas, 2008:136-184; para um estudo sobre o problema da *normatividade* da racionalidade moderna, cf. Blotta, 2008.

performativa, pressupostos da razão comunicativa de Habermas não trabalhados no estudo de Bucci.

No segundo tópico, a crítica teórica se debruçará sobre uma leitura das reflexões de Habermas sobre a teoria do valor de Marx em *Teoria do Agir Comunicativo* (Habermas, 1987-II:332-356), já que a noção da *lógica da mercadoria* é apropriada por Bucci para fundamentar em última instância a ideologia e a reificação em sentido amplo no telespaço público, com aportes na *teoria do espetáculo* de Guy Debord. Com essa crítica de Habermas à idéia de mercadoria abstrata, portanto, busca-se revitalizar a importância da *subjetividade* (melhor ainda, da *intersubjetividade*) nesse processo, cuja desconsideração poderia levar às aporias da crítica radical da razão visualizadas por Habermas na filosofia da práxis.[260]

Somente pelas saídas da instância da imagem ao vivo e da idéia de um predomínio de conteúdos inconscientes circulando pela esfera pública que a insistência de Habermas pela identificação e a resistência de uma racionalidade emancipatória nessa esfera estariam realmente ameaçadas.

Essa questão será enfrentada no terceiro tópico deste artigo, por meio de uma argumentação em torno da seguinte hipótese: se a lógica imperante no espaço público atual é a lógica do desejo (Bucci, 2009), e a discursivização do gozo que se pretende com a terapia no plano individual (Habermas, 2002:253-254) se transporta para o *direito* no plano social (Habermas, 2002:274-300; Rouanet, 1998), somente talvez com uma leitura *psicanalítica* o direito se tornaria capaz de auxiliar no enfrentamento do problema de uma racionalização da atual opinião pública.

Da esfera pública ao telespaço público: demonstrações da resistência da razão comunicativa dentro da comunicação

A passagem da noção de *esfera pública*, primeiramente elaborado por Habermas em *Mudança Estrutural da Esfera Pública* (1962), *para o conceito de telespaço público* como uma forma de melhor representar a situação atual da comunicação pública,

[260] Essa crítica à crítica radical da razão é recorrente na obra de Habermas, especialmente em seus debates com os chamados "contextualismos pós-modernos" (Habermas, 2002a) , mas pode ser bem analisada em sua leitura de *Dialética do Esclarecimento*, de Adorno e Horkheimer (*Id.*, *Op. cit.*:153-186).

atende à intenção de Bucci em situar a importância da *imagem digital* no atual cenário da comunicação pública, tornada possível especialmente pela televisão.[261]

Diante do atual estado de coisas da comunicação pública, o que teria mudado em relação ao conceito de Habermas é o que motiva as reflexões de Bucci sobre o tema. A idéia não é abandonar totalmente a noção habermasiana (Bucci, 2009:416)[262], mas distinguir dela elementos específicos da comunicação que estariam reordenando sua lógica de funcionamento para direções diversas daquelas apregoadas por Habermas (*Id., op. cit.*:401).

Além de trabalhar a mitigação da racionalidade da esfera pública por meio de uma constatação empírica da prevalência da instância da imagem ao vivo nesse espaço comunicativo, Bucci também empreende uma crítica *imanente* à concepção de racionalidade de Habermas, chegando à conclusão de que a razão comunicativa não é pré-requisito de qualquer tipo de diálogo, quanto mais de um diálogo que assumiria uma feição discursiva na esfera pública, como quer Habermas (*Id., op.cit.*:69-80).

A argumentação de Bucci segue o diagnóstico da crise da razão na modernidade realizado por Habermas em *Teoria do Agir Comunicativo*, e indica que o domínio das racionalidades teleológicas presentes na ação instrumental (ação que visa a disposição técnica da natureza por meio de regularidades empíricas) e estratégica (ação de acordo com princípios éticos deduzidos pela máxima individualista do imperativo categórico kantiano) (Habermas, 2006:22 e 57) sobre a razão comunicativa não sinalizaria condições para a resistência desta forma de racionalidade na modernidade, a não ser sob o risco de incorrer

---

[261] "A presença dos meios de comunicação sobre a constituição do espaço público tornou-se, em poucas décadas, uma obviedade que fala por si mesma. O que ainda permanece obscuro é, num plano geral, ***de que modo os meios adquiriram tamanha centralidade*** e, num plano específico, ***a maneira pela qual a instância da imagem ao vivo (posta pela TV) se estabelece como o pólo hegemônico na composição desse espaço***. Este capítulo pretende enfrentar essa discussão e, a partir dela, demonstrar que falar de televisão é falar do espaço público em suas várias acepções, dimensões e alcances, é falar de espaço público falando num telespaço público***. Sem a televisão e sem seu procedimento próprio de traduzir e fabricar o que quer que se entenda por realidade(s), não há mais como pensar espaço público. O esforço que se segue é um esforço de conceituar o espaço público tal como ele é posto pela instância da imagem ao vivo***." (Bucci, *A Televisão-Objeto*, 2002:31. grifos nossos).

[262] Tal posição se torna clara quando Bucci concorda com as reflexões *normativas* de Habermas sobre a relação intrínseca entre esfera pública e democracia: "Não obstante, a opinião pública subsiste como conceito, pela simples ***razão retórica – ou de técnica discursiva*** – de que é impossível pensar a democracia sem ela. (...) a despeito de seu caráter de mistificação, a opinião pública resiste, enfim, como exigência de um modelo teórico. Sem ela, a arquitetura conceitual da democracia resulta rígida, um corpo sem intermediações (...) A opinião pública, nesse sentido, cumpre, no Habermas recente [de *Direito e Democracia*, original de 1992], a função de intermediar, de ***fazer a máquina teórica girar***." (Bucci, 2009:415-416. grifos nossos). As idéias de "razão retórica", "técnica discursiva", ou de um "giro da máquina teórica", todavia, demonstram as pretensões descritivistas de Bucci, pois considera o conceito *normativo* de esfera pública como uma questão *retórica, discursiva ou teórica*. Novamente sobre a questão do descritivismo x normativismo, indica-se: Habermas, *Entre Naturalismo e Religião*, 2005, pp. 206-208; Habermas, 2008:136-184; Blotta, 2008:193-238.

na “mesma mística” que Habermas denunciara nas concepções de razão na modernidade, seja ela objetiva, como em Hegel, ou subjetivista, como em Kant (Blotta, 2008:73-84 e 168-186).

Entende-se aqui que Bucci só poderia conceber a racionalidade comunicativa de Habermas como passível de reproduzir o idealismo racionalista moderno se desconsiderasse características fundamentais do conceito de razão comunicativa, como a *reflexão negativa*, a *pragmática formal* e a idéia de *contradição performativa* que Habermas empresta de Apel para a teorização de sua ética do discurso.

Primeiramente, o componente *negativo* da razão comunicativa é o que retira definitivamente seu caráter metafísico, passando a assumir uma feição *fenomenológica* na idéia de *comunicação sistematicamente distorcida do mundo da vida*. Isso porque a simples constatação de algum tipo de distorção na comunicação cotidiana é sinal de que há uma pretensão a uma comunicação sem distorções revelada por trás da constatação do falante.[263]

Somente com uma pretensão *não-verbal* a uma comunicação sem coações revelada na própria comunicação seria possível diagnosticar uma comunicação distorcida por racionalidades auto-referenciais, ou até mesmo dominada por imperativos do gozo.[264] Essa é a importância da reflexão negativa em Habermas, cujas intuições remontam até mesmo a traços biográficos do autor, que comprovam seu entendimento de que não há como se pensar o ser humano, o pensamento ou a consciência antes da interação social que se dá de modo comunicativo por meio da linguagem.[265]

O adjetivo *não-verbal* aplicado à idéia de pretensões de validade que para Habermas compõe a linguagem humana - e, portanto, os próprios seres humanos -, abre espaço para uma breve reflexão sobre o caráter *pragmático* da comunicação orientada para

---

[263] “Só quando a filosofia descobre no curso dialético da história os ***vestígios da violência, que sempre desfigura o diálogo extenuante*** e sempre o repele de novo para fora da senda da comunicação sem coacções, ***empurra o processo cuja detenção de outro modo legitima: o avanço do gênero humano para a maioridade***. (Habermas, “Conhecimento e Interesse”. in. Id. Técnica e Ciência como “Ideologia”, 2006, p. 145. grifos nossos)

[264] Sobre a discussão relativa à discursivização do gozo, cf. o terceiro tópico deste artigo.

[265] “Recordo-me bem das inúmeras dificuldades que sentia na sala de aula e nos intervalos entre as aulas ao tentar me fazer entender. Hoje em dia, tenho certeza de que a causa residia numa nasalização e numa articulação distorcida de que eu não tinha consciência (...) ***Ora, comunicações mal-sucedidas chama a atenção para a realidade de um mundo intermediário de símbolos que, de outra forma, seriam imperceptíveis e que não poderiam ser apreendidos na qualidade de objetos***. ***Somente no fracasso se mostra o médium da comunicação lingüística como camada de uma comunhão sem a qual não podemos existir como indivíduos***. **Nós nos encontramos preliminarmente no elemento da linguagem**. Somente os que falam podem calar. Nós podemos nos isolar porque somos ligados, naturalmente, com os outros.” (Habermas, 2005:22. grifos nossos).

o possível entendimento mútuo, sem o qual só é possível atingir uma visão superficial do conceito de razão comunicativa, ou mesmo do agir comunicativo.

Habermas encontra desde o segundo Wittgenstein aos estudos de pragmatistas como Peirce e Austin (teoria dos atos de fala) as chaves para conceber a linguagem não só como signo, semântica, ou gramática, capaz de ser compreendida pelos sujeitos da comunicação, mas também como *performance*, ou em seu uso, e especialmente, mas não unicamente entre falantes e ouvintes. A partir dessa concepção dupla de linguagem, Habermas se centra no segundo aspecto, pois busca reconstruir pela pragmática formal as regras seguidas intuitivamente[266] na comunicação comum que tornam possível a constituição dos jogos lingüísticos, ou do pano de fundo lingüístico intersubjetivo do mundo da vida, dentro do qual se formam *imperceptivelmente ligaduras sociais* para além da compreensão semântica dos sujeitos falantes (Habermas, 2001:68-69; *Id*., 1996:9-102)[267].

Essas ligaduras seriam os acordos tácitos que se formam quando sujeitos falam sobre um objeto ou estado de coisas no mundo, uma conduta que reflete alguma norma social, ou exprimem um sentimento pessoal. Nesse momento, eles se atribuem reciprocamente *competências comunicativas*, que significam a pretensão de que o outro possa entender e dar o mesmo significado aos seus proferimentos, e no caso de algum desacordo, possa oferecer razões para dar validade à sua opinião. Neste caso, a primeira problematização de uma pretensão de validade (como um simples "o que você fez não foi certo" - correção normativa; ou "será que isso ocorreu da forma como dizes?" – pretensão de verdade), que quebra a comunicação não-problematizada do mundo da vida, dá início ao Discurso[268] (Habermas, 2001:89-90).

---

[266] "...afigura-se-nos que, mais uma vez uma *interpretação empirista dos juízos dos falantes estimulará falsas expectativas*, propondo as soluções erradas. A expressão "*conhecimento intuitivo*" não deverá ser compreendida como significando que o conhecimento pré-teórico do falante sobre a gramaticalidade de uma frase (sobre o rigor de uma derivação, a irrefutabilidade de uma teoria, etc.) seja o tipo de intuição *directamente comprovada que não é passível de ser dedutivamente justificada*. Pelo contrário, o conhecimento implícito tem de ser consciencializado atravéz da *escolha de exemplos e contra-exemplos adequados*, de relações de *contraste e similitude*, da tradução, da paráfrase, etc., ou seja, através de um *método de interrogação maiêutico e bem concebido*" (Habermas 1996:33-36. grifos nossos).

[267] Para uma leitura clara, precisa e elucidativa da razão comunicativa e da ética do discurso habermasino, cf. Rouanet, "Ética Iluminista e Ética Discursiva", 1989.

[268] "No *agir comunicativo* nós nos comportamos, de uma certa forma, de modo ingênuo; ao passo que no *discurso* nós trocamos razões e argumentos a fim de examinar pretensões de validade que se tornaram problemáticas. E esse discurso tem por finalidade deixar vir à tona a 'coação não-coativa' do melhor argumento" (Habermas, 2005:23. grifos do autor).

Ou seja, a competência comunicativa, ou as pretensões de validade não estão "antes" da comunicação ou da linguagem, mas se constituem *pragmaticamente* no momento da interação comunicativa.

De Peirce, por exemplo, Habermas se apropria da tese de que até mesmo a maneira com que se dá a constatação de uma *verdade empírica* (ação instrumental) passa antes pelo consenso da comunidade científica sobre os critérios para sua verificação (agir comunicativo).[269] Os problemas enfrentados por Galileu para fundar a física moderna confirmam de modo *negativo* essa constatação. Nesse sentido a reflexão epistemológica kantiana de "possível objeto da experiência" é substituída pela idéia de uma "situação de possível compreensão mútua".[270]

Assim, a idéia de uma comunicação *pragmático-lingüística* é assumida de modo maduro[271] por Habermas já em "O que é a Pragmática Universal" (1976) como forma de demonstrar que as asserções negativas ou afirmativas sobre o mundo objetivo, as normas sociais e o mundo interior (sentimentos pessoais), levantam *inevitavelmente* pretensões de validade que se projetam de dentro da comunicação concreta para além de seu contexto histórico (Habermas, 1996:9-102).

E as pretensões de validade – bem como os princípios do discurso - são *inevitáveis* porque não se pode negar essa inevitabilidade ou seu caráter *universalizante* sem ao mesmo tempo afirmá-los. Essa é uma explicação do princípio da *contradição performativa* da razão comunicativa, emprestado de Apel por Habermas e destranscendentalizado pelo abandono da questão pelo "fundamento último da

---

[269] "'The real, then, is that which, sooner or later, information and reasoning would finally result in, and which is therefore independent of the vagaries of me and you. Thus, the very origin of the conception of reality shows that this conception essentially involves the notion of a community, without definite limits, and capable of a definite increase of knowledge'. Peirce explains truth as ideal assertability, that is, as the vindication of a criticizable validity claim under the communication conditions of an audience of competent interpreter that extends ideally across social space and historical time". (Habermas cita aqui Peirce, S. C., *Collected Papers*, 1931-35. *apud*. Habermas, *Between Facts and Norms*, 1996(a), pp. 14-15).

[270] "Tal como podemos analisar os nossos conceitos *a priori* de **objectos gerais** (ou melhor, a estrutura conceptual de uma experiência coerente, qualquer que ela seja), deveríamos também conseguir analisar os nossos conceitos *a priori* de **expressões gerais** (ou melhor, os conceitos básicos das situações de possível entendimento mútuo – *Verständigung* -, ou a estrutura conceptual que nos permite empregar frases em expressões correctas) ... A expressão '**situação de possível compreensão mútua**' ... nesta perspectiva, corresponderia à expressão '**objecto de possível experiência**'" (Habermas, 1996:43. grifos do autor. negrito nosso).

[271] Ainda sim, eu seu ensaio "Conhecimento e Interesse", derivado de sua aula inaugural como titular da cadeira de filosofia social na Universidade de Frankfurt, em 1965, Habermas já trabalha a idéia de uma pragmática da linguagem como forma de identificar o potencial racional e emancipatório presente fenomenologicamente na linguagem humana. "O interesse pela emancipação não se limita a pairar em suspenso; pode vislumbrar-se *a priori*. O que nos arranca à natureza é o único estado de coisas que podemos conhecer segundo a sua natureza: a *linguagem*. Com a estrutura da linguagem, é posta *para nós* a emancipação. Com a primeira proposição, expressa-se inequivocadamente a intenção de um consenso comum e sem limites" (Habermas, 2006:144. grifos do autor).

filosofia".[272] Sobre esse conceito, cabe aqui uma longa porém esclarecedora análise de Rouanet:

> "A estratégia da contradição performativa não tem apenas o fim polêmico de desativar os argumentos do adversário, mas o de identificar os **pressupostos necessários de toda argumentação. São aqueles que não podem ser negados sem contradição. Sua inevitabilidade é demonstrada pelo fato de que todo aquele que os rejeita é obrigado a utilizar, em sua argumentação, esses mesmos pressupostos**. Esses pressupostos incluem o de que todos os participantes devem ser verídicos, o de que todos os interessados podem participar, o de que todos podem problematizar qualquer afirmação, o de que todos podem introduzir qualquer argumento no debate, o de que nenhum pode ser coagido, etc. ***Não importa que essas condições sejam freqüentemente contra-factuais, isto é, que não estejam sempre presentes em processos comunicativos concretos*** (...) Cada pessoa que ingressa num discurso prático se obriga intuitivamente a aceitar procedimentos que equivalem ao reconhecimento implícito do princípio 'U'. Não posso, sem contradizer pressupostos *gerais* da argumentação, aceitar, na argumentação *moral*, que alguns interessados sejam excluídos, que alguns participantes sejam coagidos, que outros não tenham a possibilidade de argumentar em defesa dos seus interesses, que outros se arroguem o direito de não seguir a norma. O princípio da universalização está fundamentado." (Rouanet, 1989:36-37. itálico do autor. grifos nossos).

Assim, quando Bucci aduz que não haveria possibilidade de racionalidade no telespaço público por meio de uma crítica *imanente* à teoria da racionalidade de Habermas, levanta inevitavelmente uma pretensão de verdade universalizante que, contestada, pode ser seguida de explicações. Ou seja, ao contestar a razão comunicativa, Bucci acaba por afirmá-la e exercitá-la pragmaticamente. Com isso, a racionalidade não seria *exigida* conscientemente pelos sujeitos da comunicação, mas seria um *dado pragmático* inevitável que se assume desde a virada lingüística wittgensteiniana em qualquer comunicação entre sujeitos[273], sob pena daquele que a negar, acabar por reafirmá-la.

E quando o diagnóstico da comunicação pública atual de Bucci é referendado pela comunidade científica após a defesa de suas explicações, por exemplo, estão presentes aí as regras argumentativas do *Discurso*, cujas exigências idealizantes têm uma função comparativa com os discursos concretos e situados para avaliar suas inevitáveis distorções.[274] Inicia-se, a partir de então, um movimento de abstração de opiniões que pode

---

[272] Cf. Blotta, 2008:186-192.

[273] "We know that institutionalized actions as a rule do not respond to this *model of pure communicative action*, although **we cannot help but always act counterfactually as though this model were realized**. On this inevitable fiction rests the humanity of social intercourse among people who are still human, that is, who have not yet become completely alienated from themselves in their self-objectivations" (Habermas, 2001:102. grifos nossos).

[274] "**The conditions under which arguments actually occur are clearly not the same as those of the ideal speech situation** – at least not often or usually. Nevertheless, it is part of the structure of possible speech that in

transcender o espaço público da comunidade científica e atingir a esfera pública. E essa tese se revela racional porque levanta uma pretensão inevitável de verdade, como também reclama *discursividade*, pois está carregada de fundamentos que podem validá-la diante de sua possível contestação (teoria do discurso) (Blotta, 2008:135-148).

É por isso que se entende que a idéia da ausência de racionalidade no telespaço público só pode se sustentar pela comprovação da prevalência da *imagem* como mediadora da comunicação, e de fluxos de conteúdos inconscientes nesse espaço a partir da *instância da imagem ao vivo*. Esses temas, no entanto, serão retomados no terceiro tópico deste artigo, pois a fundamentação última que Bucci oferece a ambos está calcada numa interpretação da teoria do valor e da lógica da mercadoria em Marx. Nos problemas derivados desses conceitos se concentrarão as reflexões do tópico seguinte.

Crítica à teoria do valor em Marx: as aporias da redução de toda subjetividade ao instinto de auto-preservação no telespaço público

A tese de Bucci se sustenta ao final por meio de uma leitura da lógica da mercadoria de Marx e de sua teoria do valor, com aportes na teoria do espetáculo de Guy Debord.[275] A partir da argumentação de Debord de que o capital se otimizou na contemporaneidade a tal ponto que se torna *imagem*, a conseqüência lógica assumida por Bucci é a de que *a imagem da mercadoria* - ou seja, seu aspecto mais volátil, seu caráter de *fetichizante*, ou a rede de relações simbólicas que a *marca* de um produto provoca no *inconsciente* dos produtores e consumidores - seria o novo fator dominante no processo de valorização do valor do capital (Bucci, 2002:262-263 e 277-283)[276].

É a imagem da mercadoria no telespaço público e sua capacidade de representar desejos inconscientes dos consumidores que determinaria seu valor de troca, e não mais a diferença entre o trabalho concreto e o abstrato das forças produtivas.[277]

---

performing speech acts (and actions) we act counterfactually as though the ideal speech situation (or the model of pure communicative action) were not merely fictitious but real – precisely this is what we call a presupposition. Thus the normative foundation of linguistic communication is both anticipated and yet, as an anticipated basis, operative." (Habermas, 2001:102).

[275] A teoria do espetáculo está delineada na obra *A Sociedade do Espetáculo* de Guy Debord, original de 1968.

[276] Esse diagnóstico é referendado por Schwartz, com sua concepção de *Iconomia*, como economia dos signos, ou economia das trocas simbólicas, para ele determinantes da dinâmica do capitalismo pós-industrial. Cf. Schwartz, 2006.

[277] Ainda assim, outros fatores entram nessa equação para Bucci, como a questão do inconsciente e do olhar. Esses dois conceitos serão trabalhados mais à frente neste estudo.

Entende-se aqui, no entanto, que a tese de Debord e mesmo a tese de Bucci não rompem com nenhuma das mais básicas premissas marxistas, posto que a teoria do espetáculo seria somente uma expressão estilizada da totalização do fetichismo da mercadoria na sociedade pós-industrial, e o conceito do valor de gozo seria também, no final, uma demonstração do novo alcance – ainda que de modo algum nada desprezível - da valorização do valor provocada pelo capitalismo nessa sociedade.

Isso fica claro na seguinte reflexão de Bucci:

> "O enorme hiato que se abriu entre o alegado (suposto) valor de uso e o valor de troca não mais pode ser explicado pelo trabalho socialmente necessário, trabalho abstrato, incorporado à 'coisa produzida'. (...) É nesse hiato que se insurge o valor de gozo da mercadoria. ***E ele é tão grande quanto o abismo que se abriu entre o valor da força de trabalho empregada para compor o trabalho socialmente necessário, abstrato, que marca a mercadoria, e o valor de troca***. (...) Para a mercadoria, o valor do trabalho alienado (considerada aí a mais-valia) não é mais o único a lhe determinar o valor de troca. ***Há agora o valor de gozo, que antes seria um valor pressuposto***, mas desprezível – e hoje é o valor central." (Bucci, 2002:262-263. grifos nossos).

A conseqüência dessa argumentação não pode ser outra senão a de que não somente a racionalidade dos sujeitos falantes teria se subsumido aos imperativos do capital, mas também o inconsciente humano.[278] Mas se isso de fato ocorreu, até mesmo o diagnóstico de Bucci não estaria a salvo dos imperativos do capital, levando à conclusão de que poderia ser também produto de uma alienação totalizante provocada por esse novo estado de coisas. Assim, para que sua crítica não entre em contradição consigo mesma e perca a força, é preciso admitir uma saída[279], e essa saída talvez esteja crítica de Habermas

---

[278] Sobre a questão da subsunção do inconsciente pelo capital, o que leva à discussão sobre se Freud concebe o ser humano como em última instância determinado pela ação instrumental do trabalho social, como o faz Marx, serão trabalhadas algumas reflexões ao final deste tópico e no tópico seguinte. Uma reflexão de Habermas em sua *Reconstrução do Materialismo Histórico*, aponta para uma saída das aporias do marxismo ao visualizar as *relações de produção* como regidas pela interação comunicativa orientada para o entendimento, em oposição à lógica instrumental das forças produtivas: "Enquanto Marx localizou os processos de aprendizagem evolutivamente relevantes (na medida em que encaminham as ondas de desenvolvimento das épocas) na dimensão do pensamento objetivante, do saber técnico e organizativo, do agir instrumental e estratégico – em suma, das ***forças produtivas*** -, emergiram nesse meio-tempo boas razões para justificar a hipótese de que, ***também na dimensão da convicção moral, do saber prático, do agir comunicativo e da regulamentação consensual dos conflitos de ação***, têm lugar processos de aprendizagem que se traduzem em formas cada vez mais maduras de integração social, em ***novas relações de produção***" (Habermas, 1983:13. grifos nossos).

[279] Essa mesma argumentação é empreendida por Habermas em sua crítica à *Dialética do Esclarecimento de Adorno e Horkheimer*, que teriam passado a adotar uma crítica auto-referencial que enfraquece a si mesma quando de seu exercício: "Quem persiste em um paradoxo, ali onde a filosofia se manteve ocupada com suas fundamentações últimas, não adota apenas uma posição incômoda; só pode manter sua posição se ao menos tornar plausível que não há *nenhuma saída*. A possibilidade de retirar-se de uma situação aporética tem de estar

à teoria de valor de Marx, empreendida nas "reflexões conclusivas" de *Teoria do Agir Comunicativo* (Habermas, 1987-II: 332-356).

Nesse momento de sua obra, Habermas está preocupado em demonstrar como Adorno e Horkheimer teriam ficado presos à teoria do valor como uma "ortodoxia tácita", impedindo-os de ver no capitalismo tardio qualquer coisa além de um mundo administrado pela razão instrumental, quando o agir de acordo com fins dos sujeitos passa a servir como *médium* de um sistema auto-referencial que escapa às intenções dos mesmos (*Id.*, *op.cit*:333-334).

Essa seria uma das razões, por exemplo, que a crítica da cultura de Adorno e Horkheimer, a partir do conceito de indústria cultural, teria dificuldades de identificar *ambivalências* nos meios de comunicação de massa, concebendo-a como um modelo unilateral de otimização da alienação, posto que calcado em última instância no modo de produção. Habermas considera que essa concepção influenciou demasiadamente seu pessimismo em relação aos potenciais emancipatórios de um público de massas em *Mudança Estrutural da Esfera Pública*[280], e que a forma de melhor identificar essas ambivalências seria a partir da avaliação da capacidade (e dos limites) desses meios em provocar o *auto-insulamento das pessoas em seu próprio individualismo*, em comparação com as resistências de contextos de agir comunicativo (Habermas, 1987-II:389-391).[281]

Por isso Habermas retorna à teoria do valor em Marx, procura traduzi-la como uma teoria da reificação a partir dos conceitos de sistema e mundo da vida, para então

---

igualmente barrada, senão haveria um caminho, precisamente o de vota. Parece-me, no entanto, que esse caminho existe" (Habermas, 2002a:183. grifo do autor).

[280] "At the time [publicação de *Mudança Estrutrual*], I was too pessimistic about the resisting power and above all the critical potential of a pluralistic, internally much differentiated mass public whose cultural usages have begun to shake off the constraints of class. In conjunction with the ambivalent relaxation of the distinction between high and low culture, and the no less ambiguous 'new intimacy between culture and politics,' which is more complex than a mere assimilation of information to entertainment, the standards of evaluation themselves have also changed." (…) "While on the whole I would stick to my descriptions of the changed infrastructure of a public sphere infiltrated by power, its analysis needs to be revised, especially my assessment of the changes in the public behavior. In retrospect, I discern a number of reasons for the insufficiency of my interpretation: the sociology of voter behavior was only in its beginnings (…). Furthermore, the strong influence of Adorno's theory of mass culture is not difficult to discern. Additionally, the depressing results of the just-finished empirical investigation for *Student und Politik* may have contributed to an underestimation of the positive influence of formal schooling, especially of its expanding secondary level, on cultural mobilization and the promotion of critical attitudes." (Habermas, Further Reflections on the Public Sphere. In. Calhoun [ed], *Habermas and the Public Sphere*, 1996, pp. 437-438).

[281] Cf. as curtas porém interessantes reflexões de Habermas sobre a crítica dos meios de comunicação de massa e a cultura de massa em Adorno e Horkheimer (Habermas, 1987-II:389-391), que já fazem parte das "notas ilustrativas" de *Teoria do Agir Comunicativo*, quando busca demonstrar os novos caminhos de pesquisa que sua apropriação da teoria crítica sugeriria sobre os temas do *programa interdisciplinar* iniciado porém abandonado por Horkheimer no Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt antes da eclosão da segunda guerra mundial. Para uma tentativa de aplicação dessas reflexões sobre a atualidade da comunicação de massa, em diálogo com o pensamento de Bucci, cf. Blotta, "Mídia e Cidadania: contribuições de leituras habermasianas de comunicação de massa para a retomada da esfera pública em sociedades complexas", 2008(a).

demonstrar suas fraquezas, para ele centradas (a) na desconsideração por Marx dos possíveis ganhos políticos das diferenciações estruturais do mundo da vida, como as esferas pública e privada, cultura, personalidade e solidariedade, ciência, moral e arte, além dos subsistemas mais destacados, como a economia e o estado; e (b) na indeterminância de sua reflexão negativa pela ausência de um conceito moderno e claro de práxis "correta". (Habermas, 1987-II:332-356).

Segundo Habermas, Marx concebe a forma da mercadoria como tendo um caráter duplo: de um lado, refere-se a ações concretas de seres humanos com a natureza e entre si, representando o mundo da vida dos trabalhadores; de outro, refere-se à apropriação da mais valia pelo sistema econômico, numa "abstração real", que objetifica as relações de trabalho, pois passam a se determinar segundo o valor de troca da mercadoria, e não mais pela ação racional-teleológica dos sujeitos. Essa teoria de "mão-dupla" daria condições, então, de explicar de forma objetiva como a "valorização autônoma" do capital representaria, ao mesmo tempo a lógica do conflito histórico de classes das sociedades capitalistas. (a) Trata-se, no entanto, de uma concepção que "pregaria" sistema e mundo da vida (ou "reino liberdade" e "reino da necessidade") de modo a impedir uma distinção entre o nível de diferenciação sistêmica e a institucionalização das diferentes classes sociais na modernidade (Habermas, 1987-II :336-337).

A reflexão negativa do capital como um "todo falso" que se revela sob as ruínas de um mundo concreto de relações vitais e de trabalho socialmente necessário (*Id*., *op.cit*:338), está presente em Marx e reflete até mesmo em Habermas, como já visto acima. No entanto, a visualização da "totalidade falsa" do capital dominando todas as relações do mundo da vida só seria possível ao preço da desconsideração dos possíveis ganhos da diferenciação dos subsistemas sociais na modernidade em termos de aprendizagem a novas formas de integração social, como o estado social, por exemplo. A forma negativa, e portanto, *histórica e mutável* do sistema capitalista, se daria então por uma revolução que restauraria quase que misticamente a "espontaneidade" de mundo da vida sem qualquer diferenciação estrutural (*Id*., *Ibid*,:339-340).

(b) No entanto, essa negatividade representada por uma "forma exemplar de práxis" que é sistematicamente alienada quando induzida à realização do valor de troca pela venda da força de trabalho, passa a ser desconsiderada para representar uma vida auto-referenciada como "um fim em si mesma". Não há mais parâmetro para se avaliar os efeitos que a totalização do capital gera sobre as formas de vida, o que levaria Marx às

mesmas contradições performativas de Horkheimer e Adorno com a dialética negativa (v. nota de rodapé anterior).[282]

A preocupação principal deste tópico é que as recepções da psicanálise por Bucci ao seu diagnóstico da comunicação atual -que resultam na idéia de valor de gozo e do olhar social como uma forma de trabalho abstrato conectado à produção desse *valor de gozo* - podem acabar por incorrer nos mesmos problemas apontados por Habermas em Adorno e Horkheimer e em Marx.

Quanto aos primeiros, há, portanto, o perigo de uma filosofia negativa que perde sua força na medida em que é exercitada, posto que o diagnóstico da totalização da razão instrumental em *Dialética do Esclarecimento* – no fim, reflexo do instinto de auto-preservação do ser humano –, não isenta a própria crítica de seus efeitos objetificantes; e quanto à Marx (especialmente d'*O Capital*), há também os problemas um economicismo e de um cientificismo que desconsideram qualquer potencial emancipatório humano que não aquele calcado numa práxis radical que acaba por reproduzir contextos de ação instrumental.

Assim, se Adorno e Horkheimer reduzem a racionalidade moderna a uma crítica auto-referencial de uma razão instrumental totalizada, acabam por reduzir o ser humano ao puro instinto de *auto-preservação* e incorrem numa aporia semelhante à teoria do poder em Nietzsche, no pensamento de Foucault e outros críticos radicais pós-modernos. Esses são os perigos de uma crítica radical e totalizante da razão (Habermas, 2002a:153-186 e ss.; Blotta, 2008:25-116). E do mesmo modo, a ausência de uma concepção de racionalidade em Marx, junto à sua idéia da formação da autoconsciência a partir do *trabalho social* (relação homem-natureza para fins de auto-preservação), acabaria levando-o a uma análise também marcada por uma racionalidade instrumental, ainda que implícita. [283]

---

[282] Habermas demonstra aqui o caráter *jusnaturalista* do pensamento de Marx, que ainda estaria presente nos *Manuscritos de Paris*, mas que a partir da teoria do valor e da transformação do trabalho concreto em abstrato, passa ser desconsiderado, levando a uma *indeterminância do conceito de alienação*: "This concept of alienation remains indeterminate insofar as ***there is no historical index for the underlying concept***, at times Aristotelian, at times Hegelian, ***of a 'life' that is reduced in its possibilities as a result of violating the ideal of justice inherent in the exchange of equivalents*** (...) In an extensively rationalized lifeworld, ***reification can be measured only against the conditions of communicative sociation***, and ***not against the nostalgically loaded, frequently romanticized past of premodern forms of life***. (Habermas, 1987-II:341. grifos nossos).

[283] Sobre a crítica de Habermas à concepção de uma racionalidade instrumental *implícita* no pensamento de Marx, o que para Habermas teria dado condições ao surgimento do positivismo como desconsideração da ciência pela reflexão epistemológica, cf. Habermas, *Knowledge and Human Interests*, pp. 25-64. Para uma análise desta crítica, cf. Blotta, 2008:92-100.

Esses perigos na análise de Bucci parecem ficam claros quando realiza, sem contrariar Marx, uma espécie de *subsunção* do inconsciente à lógica própria do fetichismo da mercadoria, referendado por Maria Rita Kehl:

"***O fetiche da mercadoria deve ser entendido hoje*** não propriamente como fantasmagoria, ainda que possa legitimamente em *O Capital* ser visto como um efeito fantasmagórico: deve ser entendido ***como a representação imaginária da mercadoria, constituindo sua estética, a qual carrega o valor de gozo***. (...) // ***O fetiche, então, não se encontra superado; ao contrário, tornou-se ele mesmo produto industrializado do modo capitalista de produção***. (...) Nesse sentido, o fetiche é uma noção tanto marxista quanto freudiana. É o que diz Maria Rita Kehl: '***Se estivermos de acordo com Marx***, o fetichismo como modo de ocultamento das relações de dominação/exploração entre os homens nasceu com ele, isto é: nasceu com a transformação dos produtos do trabalho humano em mercadorias'" (Bucci, 2002:282-283. grifos nossos).

Segundo Habermas, esse seria o mesmo problema da recepção da psicanálise por Adorno e Horkheimer em sua crítica da indústria cultural. Aqui também fica evidente como Adorno e Horkheimer também teriam subsumido a psicanálise à dialética da auto-preservação: o domínio técnico da natureza externa do mesmo modo que o controle da "natureza interna".

"O modo de funcionamento da indústria cultural é tratado como sendo ***um reflexo imagético do aparelho psíquico***, o qual, enquanto a internalização da autoridade paterna ainda estivesse funcionando, ***teria sujeitado a natureza instintiva*** ao controle do superego ***da mesma maneira que a tecnologia teria sujeitado a natureza externa à sua dominação***" (Habermas, 1987-II:389. grifos nossos).[284]

Somente uma recepção nesse mesmo sentido realizada por Bucci pode levar à conclusão de que o inconsciente – incognoscível por definição - possa ser subsumido totalmente pela lógica objetivamente apreensível da mercadoria. Assim, o inconsciente se torna imediatamente apreensível no momento em que se compreende a lógica da mercadoria, e tem como conseqüentes lógicos o gozo como gerador de valor e o olhar social como trabalho abstrato. Dos processos de individuação e formação da personalidade à formação democrática da opinião e da vontade no desenvolvimento das estruturas normativas da sociedade, todos se tornam inócuos e acidentais diante da voracidade do capital tornado imagem no telespaço público.

[284] Tradução livre da versão em ingles publicada nos EUA: "The mode of functioning of the culture industry is said to be a mirror image of the psychic apparatus, which, as long as the internalization of paternal authority was still functioning, had subjected instinctual nature to the control of the superego in the way that technology had subjected outer nature to its domination".

Assim, para que o conceito de telespaço público não incorra nas mesmas armadilhas aqui suscitadas por uma apropriação irrefletida de Marx, que se totaliza filosoficamente em Adorno e Horkheimer e sociologicamente em Debord, levando possivelmente à mesma totalização no campo da comunicação, toma-se a liberdade para apresentar, em face dos resultados das reflexões até aqui realizadas, algumas sugestões à teoria de Bucci:

1. *Concepção dupla de telespaço público*. Torna-se necessária a elaboração de uma concepção *fenomenológico-normativa* (como o conceito de mundo da vida ou de esfera pública em Habermas) de telespaço público ou opinião pública que não seja mero "recurso teórico ou retórico"[285], contra a qual se pode visualizar o incrustamento dos imperativos do capital sem se incorrer nas aporias de um mundo da vida totalmente colonizado pelo sistema.

Essa concepção não invalidaria de forma alguma o conceito *semântico-constativo* de telespaço público de Bucci - que se constitui a partir de seu preciso diagnóstico do tempo presente da comunicação[286] -, mas somar-se-ia a ele, de modo a conferir ao conceito um caráter mais *operativo*, pois tornará possível tanto medir o nível desse incrustamento quanto identificar sinais de sua contenção ou contra-influenciação.[287] Com isso, por exemplo, o olhar social pode ser concebido não somente como trabalho abstrato, passível até mesmo de mensuração econômica[288], mas também como elemento *comunicativo* da interação social que contribui para a formação personalidade individual e dá condições para que o indivíduo interfira nas formas de integração social por meio de sua participação na esfera pública.[289]

---

[285] Trata-se, aqui, da idéia de que não seja visto como mero *topoi*, ou lugar da argumentação, no sentido de um termo que adquire o status de lugar comum aceito pelos participantes da comunicação, porém, sem ter caráter de verificabilidade. Para uma análise do direito que concebe os princípios e valores como lugares comuns da argumentação, ver. Ferraz Júnior, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2003. e *Id*., Direito, Retórica e Comunicação. São Paulo: Saraiva, 1987.

[286] Da mesma forma, a concepção de comunicação sistematicamente distorcida de Habermas tem suas raízes na reflexão negativa da dialética hegeliana, também presente no jovem Marx (Cf. Habermas, 2006; *Id*., 1987-II:341).

[287] O exemplo empírico da chamada Lei Cidade Limpa (lei municipal n. 14.223/06), que vigora em São Paulo desde 01/01/2007, diminuindo e regulamentando o uso de imagens no espaço público pelo poder econômico e mesmo político, seria talvez insuficientemente explicado sem esse conceito que considere a existência pretensões normativas presentes na comunicação pública que buscam impedir o domínio de seu espaço pelos subsistemas. Cf. a recente e interessante matéria sobre a acusação da Prefeitura de vínculo entre interesses publicitários da empresa Natura e artistas na disposição de grandes letreiros na cidade com as palavras "Descanse", "relaxe" e "calma", publicada em 14/07/2009 na Folha de S. Paulo (Caderno Cotidiano, p. C5).

[288] Ver a interessante análise de Bucci que lhe permite calcular o valor monetário do olhar social que se projeta sobre a publicidade televisiva em Bucci: 2002:273-275.

[289] "***Jamais consegui aceitar a idéia de que a autoconsciência constitui, por si mesma, um fenômeno originário***. *Ou não será verdade que nós somente nos tornamos conscientes de nós mesmos nos* ***olhares que um outro lança sobre nós?*** Nos ***olhares de um 'tu'***, de uma segunda pessoa que fala comigo como ma primeira

2. *Concepção pragmática de linguagem*. Também como forma de se somar à inventiva associação de Bucci entre Saussure e Bakhtin para se obter uma concepção de linguagem tanto como regras semântico-cognitivas ("língua", para Saussure), quanto um conflito sígnico-material e histórico que reflete o caráter geral da ideologia que coloniza o telespaço público (Bakhtin) (Bucci, 2002:180-197)[290], torna-se interessante a adoção por Bucci de um conceito também *pragmático* de linguagem (v. tópico 1 deste artigo).

Isso porque, mesmo na reflexão psicanalítica (v. sugestão 3 e tópico seguinte), sem uma abordagem que pode considerar o "objeto televisão" como apreensível *também* a partir de uma situação ideal de possível compreensão mútua (v. tópico 1), não é possível sair da abordagem objetivante da filosofia da consciência, ainda que não se pretenda fazer filosofia ou elaborar um conceito próprio de racionalidade.

Nesse momento, a análise realizada sob a *perspectiva do observador*, mesmo que radicalmente crítica por opor as condições materiais às ideais (e até mesmo psíquicas) da sociedade, leva a uma separação artificial entre sujeito pensante e objeto pensado, elevando a racionalidade empírico-descritiva (instrumental) à única forma possível de razão.[291] Ainda assim, a crítica exercitada somente dentro dessa forma de racionalidade levaria às aporias da crítica radical da razão apresentadas nos tópicos 1 e 2 deste trabalho.[292]

Portanto, assumir uma concepção *pragmática* da linguagem, que deve pressupor uma comunidade ideal de comunicação (no sentido peirceano) sem a qual não se pode sem contradição identificar distorções ou ausência de racionalidade no telespaço publico (v.

---

pessoa, ***eu me torno consciente de mim mesmo, não somente como um sujeito capaz de vivenciar coisas em geral, mas também, e ao mesmo tempo, como um 'eu' individual***. ***Os olhares subjetivadores do outro possuem uma força individuadora."*** (Habermas, 2005:21. grifos nossos).

[290] Por não ser seu foco central, essa tese não pôde ser discutida neste artigo. No entanto, entende-se que a sugestão aqui se torna cabível na medida em que a tese contribui para os resultados gerais do estudo de Bucci. Cf. Bucci, 2002:180-197.

[291] "*...**the strictly objectivating approach favored by Marx, which examines mechanisms of integration from an external perspective***, has successfully worked its way into various theoretical traditions. From this perspective, the image of social integration occurring through values, norms, communication, and even law disintegrates in mere illusion. ***Once the last hopes of the philosophy of history disappeared from Marxist functionalism, society*** left behind the dynamics of history and, gripped by the repetition compulsions of a self-accelerating and all-pervasive process of accumulation, ***became a frozen world of reified social relations***" (Habermas, 1996a:46. grifos nossos).

[292] Contudo, o tradutor de *Faktizität und Geltung* (Habermas, 1992) para o inglês, William Rehg, aduz em sua introdução à edição que, ainda que Marx trabalhasse na perspectiva do observador, teria mesmo assim considerado a perspectiva do participante, exatamente na esperança da *crítica* aumentar a consciência para os mecanismos auto-referenciados do capital (Regh, 1996:xxi). Essa parece ser também a proposta de Bucci quando reflete acerca do pessimismo e otimismo no início de seu estudo: "O cenário que se nos oferece é marcado e gerado pelas contradições. Cumpre-nos localizá-las com clareza, compreendê-las e agir sobre elas. Essa, por sinal, é a razão de ser da crítica" (Bucci, 2002:28); e também na sua conclusão: "Entregue a seus próprios impulsos, o capitalismo superindustrial, bem como o imaginário superindustrial, concorre cada vez com mais força para a intensificação do gozo – o que, no limite, é a anulação de todo esforço dialógico. Essa tendência, perfeitamente visível à luz do objeto televisão, só pode ser compreendida no campo do pensamento, que é o campo da crítica. Foi a isso que esta tese se dedicou." (*Id.*, *op.cit.*:289)

tópico 1 deste trabalho), coloca necessariamente o teórico na posição de um *participante-ator* da comunicação, que só pode oferecer argumentos que convençam seus interlocutores da validade de sua tese. Essa concepção torna-se, então, condição para que crítica de Bucci não se enfraqueça e contradiga a si mesma (v. tópicos 1 e 2 deste artigo), tendo como conseqüência, por fim, a possibilidade – ainda que remota -, de se trabalhar as resistências de uma racionalidade comunicativa no telespaço público.

3. *Concepção da psicanálise desvinculada do princípio da auto-preservação*. Por fim, visualizar a psicanálise de forma desvinculada do princípio da auto-preservação - o que, como visto acima, não teriam feito Adorno e Horkheimer na crítica da indústria cultural -, daria condições dela ser apropriada não somente como forma de diagnosticar a nova extensão dos domínios do capital, dentro de uma crítica auto-referencial que projeta uma possibilidade remota de emancipação somente no exercício da própria crítica (Adorno e Horkheimer, cf. Rouanet, 1998:376-377), mas também fornecer uma base simbólica objetiva sobre a qual se abre uma possibilidade de visualização de condições para uma *discursivização do gozo no telespaço público*. Essa análise será realizada no tópico seguinte, como último esforço deste artigo, a partir de uma associação entre a apropriação de Lacan por Bucci e a recepção de Freud por Habermas, com algumas propostas para o papel do direito nesse processo de discursivização.

Leituras intersubjetivas da psicanálise aplicada ao direito: breves propostas teórico-práticas para uma discursivização do gozo no telespaço público

A constatação empírica de Bucci para contestar a possibilidade de racionalidade no telespaço público é a de que a imagem é o conteúdo prevalecente nesse domínio ampliado pelos meios de comunicação digitais.[293] Sua constatação teórica para a mesma tese é de que a comunicação por imagens, que seria dominante no telespaço público, não contempla qualquer tipo de racionalidade, visto que seu caráter "quase primitivo" e simbólico desperta muito mais afeições e desejos do que informações ou opiniões motivadas. A fala e a escrita teriam dado lugar à imagem na constituição dos espaços

[293] "Hoje, além da disputa pela hegemonia (e pela supremacia) entre partidos, classes sociais ou seus destacamentos, entre grupos econômicos, líderes religiosos e cientistas, entre educadores e animadores de auditório, outra disputa toma conta dos espaços públicos. Esta outra disputa tem por objeto o padrão da mediação, põe frente à frente os sistemas de significantes de cada meio e já apresenta um vencedor. A partir dela, verifica-se a *prevalência da imagem eletrônica e de suas conexões digitais* com outros suportes – em som e texto – para a comunicação. O padrão dominante é o do espetáculo visual, que *ultrapassa as fronteiras idiomáticas* na tela eletrônica, *reduzindo o mundo a um espaço público circular em tempo real*." (Bucci, 2009:423. itálicos nossos).

públicos, e se para Bucci o inconsciente não pode ser racionalizado, tampouco poderiam as imagens (Bucci, 2002:287-289).

Em seus escritos mais recentes sobre o tema, como o texto "O Caos da Esfera Pública", Habermas está de acordo com essa tese da prevalência da imagem e as dificuldades que ela impõe à discursividade na esfera pública, tanto em termos da formação de uma opinião pública "focada" e com força política, quanto aos desvios que as imagens provocam nas tentativas de se problematizar dialogicamente assuntos e formar opiniões mais ou menos arrazoadas.[294]

Esforços no campo de uma estética crítica já foram empreendidos a partir dessas constatações de Bucci e Habermas, com a tese de que a capacidade de compreensão pela sociedade do funcionamento semiótico e psicológico das imagens poderia dar condições a uma apropriação e produção crítico-dialética das mesmas. Isso porque, apesar do aumento da concentração do capital a partir das novas tecnologias da informação e da comunicação, o barateamento de equipamentos audiovisuais e os novos espaços de interatividade abertos pela internet poderiam ser utilizados como meios de exercício desse tipo de *contra*-comunicação no telespaço público.[295]

No entanto, o que se verificou após breve análise sobre essa apropriação crítico-dialética da imagem e o potencial emancipatório desses novos equipamentos e espaços de interatividade (foram estudadas algumas características de *blogs*, *orkut* e *youtube*), é que

---

[294] "Por um lado, a reorientação da comunicação, da imprensa e do jornalismo escrito para a televisão e a internet conduziu a uma ***ampliação insuspeitada da esfera pública midiática e a uma condensação ímpar das redes de comunicação***" // "A esfera pública, na qual os intelectuais se moviam como os peixes na água, tornou-se mais includente, o intercâmbio é mais intenso do que em qualquer época anterior." // "Por outro lado, os intelectuais parecem morrer sufocados diante do transbordamento desse elemento vivificador, como se ele lhes fosse administrado em overdose. A bênção parece transformar-se em maldição. As razões para isso me parecem ser uma ***informalização da esfera pública e uma indiferenciação dos correspondentes papéis***." // "***A utilização da internet simultaneamente ampliou e fragmentou os nexos de comunicação***." // "***O preço do aumento positivo do igualitarismo, com o qual a internet nos brinda, é a descentralização dos acessos a contribuições não-redigidas. Nesse meio, as contribuições de intelectuais perdem a força necessária para formar um foco.***" // "Não obstante, seria apressado afirmar que a revolução eletrônica destrói o palco para as aparições elitistas de intelectuais vaidosos, pois ***a televisão, essencialmente atuante no âmbito das esferas públicas estabelecidas nos Estados nacionais***, apenas fez aumentar o espaço do palco da imprensa, das revistas e da literatura." // "***Ao mesmo tempo a televisão transformou o palco. Deve mostrar em imagens o que quer dizer, e acelerou o "iconic turn", a virada da palavra para a imagem. Essa desvalorização relativa desloca também os pesos entre duas funções distintas da esfera pública***." // "***Como a televisão é um meio que torna algo visível, confere celebridade no sentido de notoriedade aos que aparecem em público***. Os atores sempre representam a si mesmos diante da câmera, independentemente da sua contribuição ao conteúdo do programa. Por isso o espectador se lembra em encontros fortuitos de ter visto o rosto do outro em algum momento passado." // "***Mesmo se o conteúdo remete a um evento discursivo, a televisão convida os participantes à representação de si mesmos***, como podemos observar em muitos "talk shows". ***O momento da auto-representação dos atores transforma inevitavelmente o público judicante -que, diante da tela, participa do debate sobre temas de interesse geral- também em um público assistente***." (Habermas, "O Caos da Esfera Pública". Caderno "Mais!". Folha de S. Paulo, 13/08/2006. grifos nossos).

[295] Ver, para tanto, Blotta, "Mídia e Cidadania: contribuições de leituras habermasianas de comunicação de massa para a retomada da esfera pública em sociedades complexas", 2008.

tais meios ainda têm sido utilizados mais como forma de *extravasamento de conteúdos inconscientes* - como negações e projeções - do que como plataformas para o exercício de uma discursividade pública. Resultados dessa constatação são fenômenos como a *publicização do privado* e a abertura para a *privatização do público* pelo avanço da publicidade e do consumo na internet (Blotta, 2008:18-26).

Se, portanto, os fatores que impedem a transformação do telespaço público numa arena de exercício de diálogo não são mais somente econômicos, mas também de ordem *psico-política*, justifica-se aqui este esforço final de apropriação da psicanálise feita por Habermas para se pensar as condições de uma possível *discursivização do gozo no telespaço público*, o que, ao final, reclamará também a necessidade de se iniciar uma leitura *psicanalítica* do direito.

Primeiramente, torna-se necessário trabalhar a idéia da substituição da leitura da psicanálise calcada em última instância no instinto de auto-preservação do ser humano, para uma apropriação *intersubjetivista*. Isso significa pensar na dinâmica do aparelho psíquico não somente como aquela que decorre de uma repressão pulsional da natureza interna pelo instinto de dominação técnica da natureza externa, mas também por meio de uma atividade interpretativa e simbólica que inevitavelmente medeia essa dinâmica e está calcada em normas morais e sociais para além da dominação eficiente da natureza.[296]

Isso é feito por Habermas a partir de uma leitura dos textos sociais de Freud na qual o pai da psicanálise constata a importância das instituições moral-sociais na distribuição das riquezas em todas as civilizações (ou culturas[297]), distinguindo-as de criações diretamente determinadas pelos seus modos de produção[298], como Marx identificara no capitalismo liberal (Habermas, 2006:67-69). Trata-se, portanto, de dizer, em termos habermasianos, que contextos do agir comunicativo não só estão presentes na escolha das formas de utilização das técnicas de produção e distribuição de riquezas, mas também na busca pela "estabilização institucional" dessas escolhas (*Id*., 2002:279).

---

[296] Para um estudo sobre as diferenças das ações que têm como parâmetro normas morais e sociais situadas em contextos intersubjetivos (agir comunicativo), e aquelas que buscam o controle eficiente da natureza (ação instrumental), ver Habermas (2006:59).

[297] Segundo nota do tradutor de *Knowledge and Human Interests* (Habermas, 2002:346), Jeremy Shapiro, o termo *Kultur* em alemão tem o mesmo significado de civilização ou cultura.

[298] "With the recognition that every civilization rests on a compulsion to work and a renunciation of instinct and therefore inevitably provokes opposition from those affected by these demands, it has become clear that civilization cannot consist principally or solely in wealth itself and the means of acquiring it and the arrangements for its distribution; for these things are threatened by the rebelliousness and destructive mania of the participants in civilization. Alongside of wealth we now come upon the means by which civilization can defended – measures of coercion and other measures that are intended to reconcile men to it and t recompense them for their sacrifices. These latter may be described as the mental assets of civilization." (Freud, "The Future of an Illusion", 1967, 21:10, *apud*. Habermas, 2002:278).

Essa análise no campo da filosofia política parece ser suficiente para demonstrar que Freud concebe uma constituição *intersubjetiva* da sociedade. Já em termos individuais, é preciso também demonstrar que o próprio processo de análise tem um caráter *intersubjetivo*, o que permitirá pensar que se trata, portanto, de uma técnica de discursivização do desejo, no sentido dele ser, sim, *racionalizável*, ainda que como representação sempre insuficiente. E se o desejo pode ser discursivizado, as imagens, conteúdo próprio do inconsciente e predominantes no telespaço público, poderiam também. A resistência da racionalidade no telespaço público – ainda que remota – estaria então assegurada, se um procedimento semelhante ao da terapia psicanalítica pudesse ser aplicado à comunicação que constitui esse espaço.

A pista para uma concepção intersubjetivista da psicanálise pode ser depreendida tanto da análise habermasiana de Freud como da psicanálise lacaniana, recepcionada por Bucci para finalizar sua concepção de linguagem. Aqui, no entanto, devem-se deixar claras as diferenças entre essas concepções de intersubjetividade, o que não impede ao final um diálogo profícuo entre ambas para se pensar na possibilidade da discursivização do gozo no telespaço público.

Em Bucci, a ponte realizada entre teoria da linguagem e psicanálise se dá pela identificação da idéia de intersubjetividade com o inconsciente. Para o autor, "pertence ao inconsciente, em última instância, e não à consciência, a origem dos movimentos dos sujeitos na linguagem. É pelo inconsciente que os sujeitos estão atados à intersubjetividade" (Bucci, 2002:208). Nesse registro, a ordem do "simbólico", como tentativa de representação do desejo pelos sujeitos, se equipara, como na dialética do esclarecimento de Adorno e Horkheimer, ao "mito", sempre castrador e dissimulador da "falta" eterna do sujeito (Bucci, *op.cit.*:206-209). A idéia de que o sujeito "jamais apropria-se da linguagem sem matá-la" (*Id*, *op.cit.*:205) é prova disso.

Já em Habermas, que identificara nessa dialética negativa do esclarecimento a equiparação final de razão com mito como a aporética "segunda reflexividade do esclarecimento" (Habermas, 2002a:166-183), a intuição de uma "intersubjetividade intacta", ou a "estrutura da linguagem" (*Id.*, 2006:144) emerge pragmaticamente (e aqui se pode dizer implícita, ou inconscientemente) na comunicação comum, e pode, sim, ser apreensível objetivamente na forma dos universais pragmáticos, da competência comunicativa e das pretensões de validade (*Id.*, 2001:67-104)[299]. Ainda assim, apreender a

[299] Nesse sentido, interessante a metáfora apresentada por Habermas de que "Tenho ante os olhos a imagem de um subjetividade a ser representada como se fora uma luva virada do avesso, a qual põe à mostra a estrutura de

estrutura da linguagem em sua dimensão pragmática, tornada possível por seu uso na comunicação, não poderia significar a possibilidade de uma apreensão *plena* desse estado de coisas que está no mundo, a linguagem, pois também levaria a uma contradição performativa no pensamento de Habermas, desconsiderando a virada lingüística wittgensteiniana ao pressupor que o ser humano poderia vislumbar ao menos a linguagem como observador.

A saída pela pragmática lingüística visa contornar esse perigo. Não se poderia pressupor sujeitos ou uma intersubjetividade anterior à linguagem, ao menos que esta não se confundisse com a idéia de uma *interação humana* que seria anterior à linguagem. Mas ao mesmo tempo, também não se poderia pensar a linguagem antes dos sujeitos ou da intersubjetividade.

Essas comparações e traduções conceituais são complexas e poderiam se aprofundar num estudo futuro, levando a interessantes descobertas, mas para os fins deste artigo, cumpre notar nesse ponto que há uma concepção de linguagem mais restrita em Habermas do que em Bucci, pois para este ela trafega do inconsciente ao consciente, assumindo a forma do simbólico e compondo o imaginário, em termos de representação sempre insuficiente dos desejos e do Real.[300]

Essa diferença marcante, bem como as idéias de que todo processo de significação é um "auto-engano do sujeito cindido", e da colonização do imaginário pelo modo de produção capitalista, retornariam o debate para as discussões do segundo tópico deste artigo. Aqui, no entanto, se se pretende possível ainda alguma forma de resistência da racionalidade comunicativa no telespaço público, talvez o caminho empreendido por Habermas pela psicanálise ofereça mais pistas dessa resistência, dando condições também à breve argumentação pela necessidade de uma leitura psicanalítica do direito.

Para Habermas, em recepção da leitura de Freud feita por Lorenzer, no inconsciente estariam os chamados *paleosímbolos*, como que imagens *pré-lingüísticas* e ininteligíveis que habitam os sonhos e representam os desejos inconscientes.[301] O recalque

---

suas malhas tecidas com os fios da intersubjetividade. Porquanto o espírito subjetivo obtém sua estrutura seu conteúdo a partir de um engate no espírito objetivo das relações intersubjetivas entre sujeitos que *por natureza* são socializados." (Habermas, 2005:21. grifos do autor)

[300] "Ao constituir-se na linguagem – lembrando sempre que podemos entender a linguagem sem qualquer restrição lingüística, podemos entendê-la como a vasta superfície em que se dá a intersubjetividade para a comunicação, sejam seus signos imagens acústicas, como disse Saussure sobre a fala, ou imagens visuais, como podemos nós dizer do mundo integrado pela imagem ao vivo -, o sujeito toma seu lugar no simbólico, a ordem que, a um tempo, dá o tecido da intersubjetividade, da comunicação possível e, o que é fundamental, normatiza, ordena, institui o laço social." (Bucci, 2002:208).

[301] "The hypothesis we derive from general interpretations do not, like general theories, refer to nature, but rather to the sphere that has become second nature through self-objectivation: the 'unconscious'. This term

seria justamente o resultado da proibição que a "comunicação pública" - para Bucci o "simbólico", ou mesmo o princípio da realidade freudiano – promove sobre as pulsões que visam se projetar sobre objetos representativos, e com isso gerar o gozo.

O processo de análise para Habermas, portanto, seria aquele em que esses paleosímbolos são *lingüistificados* gradativamente, por meio de uma auto-reflexão que o analisando realiza ao aceitar ou não as sugestões de interpretação das causas das dinâmicas de seus desejos diante da "comunicação pública", feitas pelo analista. A partir de então, esses desejos poderiam entrar na comunicação pública na forma sublimada de uma linguagem aceita socialmente – posto que gramaticalmente reconhecida -, e não na forma distorcida de projeções ou negações.

Por isso que, para Habermas, a psicanálise seria a ciência da auto-reflexão por excelência, pois permitiria ao analisando uma atividade auto-crítica de olhar para dentro de si mesmo na busca por uma discursivização saudável de seus desejos, não só identificando, mas superando as causalidades que interpreta como sendo geradoras de suas neuroses. Além disso, a terapia seria um exemplo do rompimento com a dicotomia sujeito-objeto nas ciências, pois carrega um registro intersubjetivo como instância interpretativa das causalidades: uma assertiva no âmbito de uma terapia só é verdadeira se for aceita como tal pelo paciente, o que revela uma rica combinação de observação de causalidade com hermenêutica (Habermas, 2002:261 e 272; Rouanet, 1998:320).

É esse processo que este artigo pretendeu explicitar como uma *discursivização do gozo*: se é função da auto-reflexão terapêutica transformar em palavras os desejos reprimidos pelo princípio do prazer – ou pela gramática socialmente aceita -, a terapia psicanalítica não poderia ser então outra coisa se não uma *discursivização do gozo* que remove o recalque e realiza – ainda que precariamente – o princípio do prazer na forma sublimada de uma comunicação socialmente aceita. Nesse sentido, um processo crítico de auto-reflexão terapêutica de âmbito social em relação às imagens no telespaço público[302] poderia representar, então, uma discursivização do gozo, e portanto, uma forma de resistência da racionalidade dentro do próprio telespaço público, ou a partir de outros espaços públicos que o fiscalizassem.

---

designates the class of all motivational compulsions that have become independent of their context, that proceed from need dispositions that are not sanctioned by society, and that are demonstrable in the causal connection between the situation of original denial on the one hand and abnormal modes of speech and behavior on the other." (Habermas, 2002:271-272).

[302] Para uma tentativa dessa discursivização das imagens, ver Blotta (2008:10-18).

O que se torna interessante nessa visão do processo terapêutico em Habermas – e que abre espaço ao final para a necessidade de uma leitura psicanalítica do direito -, é que a partir desse processo se pode pensar num *modelo de circulação dos "desejos", ou de normatividades* – no sentido de interesses individuais ou coletivos que pretendem reconhecimento no espaço público - entre a comunicação pública e a chamada "comunicação privada" (do inconsciente), e isso tanto no plano individual como no social. Nessa passagem, Habermas identifica em Freud uma *analogia entre as neuroses e as instituições sociais*, como respostas coletivas às castrações da libido, na forma da "reprodução de um comportamento uniforme que é *removido da crítica*" (Habermas, 2002:276. grifo nosso).[303]

Tal modelo poderia ser representado a partir do seguinte esquema[304]:

```
(plano individual)
INCONSCIENTE                    (fluxos de comunicação)          CONSCIENTE
                                  (e normatividades)
Esfera da Linguagem Privada                |                Esfera da Linguagem comum
Linguagem Paleosimbólica (A. Lorenzer)     |                Linguagem racionalizada e aceita
                                           |
        RECALQUE                ←----------|----------------
("excomunhão" desejos proibidos e reprimidos)  |
                                      ------|----------------→ Análise
        (alingüísticos)                    |      ("lingüistificação" das pulsões)
                                ------------|----------------→  NEGAÇÃO (neurose)
                Análise ←-----------------------|---------→     PROJEÇÃO (neurose)
        (distinção e separação )           |          (lingüistificação distorcida)
(plano social)                             |
```

[303] "As long as the pressure of reality of overpowering and ego organization is weak, so that instinctual renunciation can only be brought about by the forces of affect, the species finds collective solutions for the problem of defense, which resemble neurotic solutions at the individual level. The same configurations that drive the individual to neurosis move society to establish institutions" (Habermas, 2002:276); "Knowledge of the neurotic afflictions of individuals has well served the understanding of the major social institutions, for the neuroses ultimately reveal themselves as attempts to solve on an individual basis the problems of wish compensation that ought to be solved socially by institutions" (Freud, The Claims of Psychoanalysis to Scientific Interest, 1967, 13:186, *apud*, Habermas, 2002:276)

[304] O presente esquema, que demandaria melhores explicações do que é possível se fazer aqui, teve como fontes de estudo Habermas (2002:214-300), Rouanet (1998:257:354), Blotta (2008:193-238) e Repa, "Jürgen Habermas. A Psicanálise como teoria crítica". In. Revista Mente, Cérebro. Série Mente, Cérebro e Filosofia – O Século XX, N. 8, pp. 17-23 Miranda, N. B. "Habermas e a Metapsicologia. A proposta de uma psicanálise livre do positivismo". In. *Op. cit*., pp. 24-31.

Se o direito se equipara, então, a uma neurose - como a objetificação de um desejo em um símbolo externo que administra princípio da realidade e princípio do prazer (Habermas, 2002:276)-, torna-se possível pensar quais mudanças seriam necessárias ao direito para torná-lo uma espécie de "neurose saudável", uma sublimação de desejos que as instituições sociais mesmas reprimem; ou a partir de Jung, um mediador simbólico que permitisse um fluxo menos traumático da libido que se projeta nos arquétipos da sombra (inconsciente) e da persona (consciente) (Sanford, 1988:134-135).[305]

Uma leitura do direito como esse tipo de mediador é mais condizente com a teoria *procedimental* do direito e da democracia, desenvolvida por Habermas 24 anos depois de seu estudo sobre psicanálise em *Conhecimento e Interesse*. Neste, no entanto, cumpre ressaltar finalmente que Habermas destaca de Freud uma concepção das "ilusões" sociais (ou do auto-engano do simbólico e do imaginário, para Lacan e Bucci) compensatórias dos desejos reprimidos para além daquelas contidas em neuroses individuais. Essa é para Habermas a chave de sua interpretação de que as "ilusões" do esclarecimento iluminista contêm dentro de si um potencial utópico que move, por exemplo, o interesse pela emancipação.

Enquanto que em *Teoria do Agir Comunicativo* Habermas tem o direito como exemplo da institucionalização dos imperativos dos sistemas técnicos e racional-teleológicos sobre contextos das interações simbolicamente mediadas do agir comunicativo (Habermas, 1987-II:356-373), a teoria procedimental do direito e da democracia o alça ao status de *médium* entre mundo da vida e os subsistemas sociais, trabalhando sua função como a de institucionalizador e garantidor também de relações de reconhecimento individual e de pretensões de legitimidade da ordem política e econômica (Habermas, 1996a:26).

Isso porque Habermas encontra no direito um instrumento capaz de fazer valer a possibilidade de uma ética discursiva em sociedades complexas, uma vez que o pluralismo

[305] "Em outras palavras, se carregamos o peso dos opostos da nossa natureza e forma consciente, o processo secreto, irracional e saudável que opera inconscientemente poderá ser benéfico e trabalhar voltado para a síntese da personalidade." (Sanford, J. Mal: O Lado Sombrio da Realidade. São Paulo: Paulinas, 1988, p. 135). As análises que ligam Freud a Jung e este último também às reflexões sobre o direito podem ser analisadas de modo aprofundado no estudo de Lídia Reis de Almeida Prado, *O Juiz e a Emoção. Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*, 3ª ed., 2005.

moral e o império individualista da ação estratégica na coordenação das ações sociais acaba por gerar a necessidade de uma *garantia jurídica* da demanda pela aceitação social em relação aos planos de vida individuais; ou seja, o direito deve fazer valer a complementaridade originária entre autonomia privada e autonomia política.[306]

É com isso que se pode entender o direito como sendo possivelmente utilizado como forma de garantir, por exemplo, a problematização do império da instância da imagem ao vivo no telespaço público, a abertura de espaços e financiamento para a produção cultural audiovisual em meios de massa, ou mesmo o consenso de que o espaço público não deve ser apropriado pelo privado para fins de veiculação de imagens publicitárias, como é o caso da Lei Cidade Limpa (v. nota de rodapé 32 deste artigo).

Nesse sentido, o mesmo procedimento realizado pelo analista em relação ao analisando – o de sugerir *interpretações* de seus desejos que possam ser *aceitas por ele* como formas de compreender as causas de suas neuroses e então superá-las (Rouanet, 1998:320)-, poderia ser assumido pelo direito no plano social. E essas interpretações, embora sempre insuficientes, seriam então *discursivizadoras do gozo* do paciente.

Isso não significa falar numa *regulamentação totalizante da esfera pública*[307], mas sim que o direito teria de assumir a responsabilidade pela *proteção e a administração da auto-reflexão da sociedade*, reconhecendo a existência do inconsciente coletivo e suas projeções e negações - por vezes causadas pelo próprio primado da lei e das formas de institucionalização da formação democrática da opinião e da vontade -, sugerindo interpretações que permitam a superação dessas neuroses sociais, na forma de normas e

[306] "O problema da razoabilidade das obrigações morais motiva a transição da moral para o direito. E com a implementação de objectivos e de programas colocam-se finalmente as questões da transferência e do exercício neutro do poder político. // O direito moderno da razão respondeu a estas problematizações. Na verdade, não contemplou a natureza intersubjectiva da formação da vontade colectiva, pois esta não pode ser concebida como uma formação da vontade individual em ponto grande. Temos de renunciar às premissas filosofia do sujeito que informam o direito racional. Do ponto de vista da teoria do discurso, o problema do entendimento entre partes de vontades e interesses divergentes desloca-se para o plano dos processos institucionalizados e dos pressupostos comunicativos necessários à argumentação e à negociação que devem, de facto, ser levados a cabo." (Habermas, 1999:116. grifos nossos).

[307] E aqui se concorda com Bucci na questão de que a esfera pública não é capaz de e não deve ser regulamentada de forma a controlar a comunicação que flui no seu interior: "Com efeito, as garantias e os direitos constitucionais relativos à informação, à liberdade de opinião, de expressão e de organização, bem como o limite para o monopólio e o oligopólio dos meios de comunicação social, quando positivados pela lei e quando eficazes, podem, sim, contribuir para maior diversidade e mais equilíbrio entre os sujeitos nos espaços públicos. É preciso, no entanto, ter em mente os limites conceituais de um projeto de institucionalização da esfera pública (...). A esfera pública existe para além da institucionalização. As políticas públicas não são capazes de fundar os espaços públicos, mas podem atuar no seu aperfeiçoamento. Ainda que os processos de formação de opinião possam ser protegidos institucionalmente, o âmago da esfera pública é por natureza não-institucional." (Bucci, 2009:420).

instituições *auto-reflexivas*.[308] Com isso, o direito se transferiria também para o espaço de mediação entre consciente e inconsciente coletivos, presente no modelo de circulação dos "desejos" e normatividades acima proposto.

No entanto, para que o direito possa assumir essa função, como todo indivíduo que pretende ser um analista, entende-se que ele próprio precisaria passar por um processo de autocrítica semelhante ao de uma terapia psicanalítica. Esse processo que significaria, ao final, o que este artigo pretendeu denominar *o direito no divã*, ao qual se sugerem, como esforço programático último para ser futuramente aprofundado, as seguintes reflexões sobre o direito que combinam os pensamentos de Freud e Jung.

1. *O Estado de Direito e a Sombra da Exceção*. As reflexões sobre a histórica relação entre direito e violência, legalidade e ilegalidade, estado de direito e exceção, presentes em estudos da ciência e da filosofia política, como os de Paulo Sérgio Pinheiro em *Estratégias da Ilusão* (1992) e em *Democracia, Violência e Injustiça* (2000), e de Giorgio Agambem (2003), podem contribuir para que o direito reconheça sua tendência à exceção e à violência injustificada, para que não somente possa medir os níveis de consolidação da democracia, como também encontrar formas de discursivização construtivas dessa tendência, sob pena do aumento do risco de se incorrer em regimes totalitários. Isso inclui, também, a necessidade premente da revisão do período da ditadura militar no Brasil, demonstrando as promíscuas relações aqui empreendidas entre legalidade e exceção. Em última análise, haveria a possibilidade de se pensar o "submundo" da ilegalidade e das formas violentas de resolução de conflito, tidas como *opostas* e "desvios" do direito, como sendo sua *sombra*, em oposição à legalidade, sua *persona*. Nesse aspecto, as reflexões

[308] A idéia de um direito *auto-reflexivo* traz em pauta a noção de *corrigibilidade*, que parece ser a mais importante característica exigida ao direito na pós-modernidade, nas palavras de Eduardo Bittar: "(...) é a *corrigibilidade permanente que estabelece o direito como sendo o que é*. (...) Isto significa que não é distintivo do direito o fato de se manter a regra escrita pelo legislador (ainda que injusta), a todo preço e a todo custo, *mas a possibilidade de corrigir a injustiça legislada através dos sistemas institucionais de controle e correção do próprio poder* (...)". Bittar, "A Discussão do Conceito de Direito: uma reavaliação a partir do pensamento habermasiano". In. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXXI, 2005, p. 820 (grifos nossos). Cf. também, Habermas, *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 162. Em *Naturalismo e Religião* (2005:298-299), Habermas apresenta uma necessidade de auto-reflexão do direito no seguinte sentido: "A individuação de pessoas naturais ocorre pelo caminho da socialização. E indivíduos socializados desta maneira só conseguem formar a estabilizar sua identidade no interior de uma rede de relações de reconhecimento recíproco. Esse fato tem conseqüências para a proteção da integridade da pessoa de direito – e para uma ampliação intersubjetivista do próprio conceito, que até o momento era tecido de uma forma por demais abstrata (e talhado conforme as dimensões de um individualismo possessivo)."

junguianas do pensamento de Lídia Reis de Almeida Prado em *O Juiz e a Emoção* (2005) também seriam de extrema relevância.

2. *A Feminilização do Direito*. Também na esteira das reflexões de Lídia Reis de Almeida Prado (2005), tem-se que um processo de auto-reflexão do direito não será completo sem que se pense na idéia de uma *feminilização* das práticas jurídicas, o que envolve evocar do arquétipo do feminino as características do afeto, da sensibilidade, do reconhecimento do outro (com aportes na teoria do reconhecimento de Axel Honneth, 2003) e da valorização da subjetividade no direito. Essa auto-reflexão já pode ser identificada nas idéias dos movimentos de mediação e conciliação no judiciário, nas propostas de penas alternativas às políticas de encarceramento, bem como na teoria da justiça restaurativa, de Howard Zehr (2008). Preso nas características de objetividade, força e racionalidade extremada, o direito não poderá assumir uma auto-reflexão capaz de reconhecer impulsos normativos socialmente pretendidos, recorrendo sempre ao *law enforcement* como resposta.

3. *O Inconsciente Coletivo e a Intersubjetivização do Direito*. Os sinais para a necessidade de uma *intersubjetivização* do direito apresentadas por Habermas (2005:298-299) podem encontrar um potencial de auto-reflexividade não somente na concepção habermasiana de um mundo da vida lingüisticamente estruturado, que aponta para a constituição intersubjetiva do direito que subjaz suas dicotomias de superfície determinadas pela filosofia da consciência, mas também na concepção de inconsciente coletivo de Jung (2002). Assim, poderia ser satisfeita a constituição intersubjetiva da sociedade desde um ponto de vista do inconsciente, anterior à própria linguagem humana, fundamentando não só esse processo de intersubjetivização do direito, mas abrindo espaço para que ele reconheça o potencial normativo de novas formas de discursivização do gozo para além do discurso prático-moral.

4. *Os Potenciais de Sublimação da Arte e o Direito*. Por fim, a força motivadora da ação promovida pelo discurso estético, que informa em grande parte a idéia das dificuldades da resistência de uma racionalidade comunicativa, num telespaço público mediado pela instância da imagem ao vivo, poderia encontrar novos fundamentos nas relações entre direito e arte. Se o espaço público atual é dominado pelas formas de persuasão das imagens, que tocam de forma estética os impulsos inconscientes da sociedade, direcionando-a para processos de identificação somente com o consumo, a abertura do

direito para o discurso estético precisa ser aprofundado, caso o direito ainda pretenda servir de mediador da integração social na contemporaneidade. A racionalidade estética, todavia, não foi aprofundada por Habermas, apesar de ter formulado a pretensão de validade estético-expressiva, mas encontra novo fôlego nos trabalhos de Warat, associados também à psicanálise (Warat, 2004, três vols.) e na tentativa de uma *dialética da reconciliação* entre Habermas e Adorno, em Barbosa (1996).

Referências

AGAMBEM, G. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2003.

BARBOSA, R. C. Dialética da Reconciliação: Estudo sobre Habermas e Adorno. Rio de Janeiro: UAPÊ, 1996.

BITTAR, E. "A Discussão do Conceito de Direito: uma reavaliação a partir do pensamento habermasiano". In. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXXI, 2005.

BLOTTA, V. "A Razão Comunicativa de Jürgen Habermas na Produção de Normatividade do Direito". Dissertação de Mestrado. Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

_____. "Mídia e Cidadania: contribuições de leituras habermasianas de comunicação de massa para a retomada da esfera pública em sociedades complexas". Eptic. Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación. www.eptic.com.br, vol. X, n. 2, May. – Ago. / 2008 (a).

BUCCI E. "A Televisão-objeto: a crítica e suas questões de método". Tese de Doutoramento. Departamento de Ciências da Comunicação. Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo, 2002.

_____. "O Espetáculo e a Mercadoria como Signo". in. Novaes (org.) *Muito Além do Espetáculo*. São Paulo: Senac, 2005, pp. 218-232.

_____. Em Torno de um Conceito Preliminar de Telespaço Público. In. BENEVIDES, M. V, BERCOVICI, G., MELO, C. *Direitos Humanos, Democracia e República. Homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 399-428.

DEBORD, G. *A Sociedade do Espetáculo*. São Paulo: Contra-Tempo, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Direito, Retórica e Comunicação. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

HABERMAS, J. *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1983.

_____. *The Theory of Communicative Action*. II vols. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1984 (vol. I) 1987 (vol. II).

_____. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992; Id., *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory on Law and Democracy*. Boston: MIT, 1996(a).

_____. *Racionalidade e Comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1996.

_____. "Further Reflections on the Public Sphere". In. CALHOUN, C (org.). *Habermas, and the Public Sphere*. Boston: MIT, 1996(b).

_____. *Comentários à Ética do Discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. *On the Pragmatics of Social Interaction. Preliminary Studies in the Theory of Communicative Action*. Trad. Barbara Fultner. Boston: MIT, 2001.

_____. *Knowledge and Human Interests*. Boston: Beacon, 2002.

_____. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

_____. *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Naturalismo e Religião. Ensaios Filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

_____. *Técnica e Ciência como "Ideologia"*. Lisboa: Edições 70, 2006.

_____. *Ay, Europa! Pequeños Escritos Políticos*. Madrid: Trotta, 2008.

HONNETH, A. *Luta por Reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.

JUNG, C. G. *et al. O Homem e seus Símbolos*. 23ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

KEHL, Maria R. "Televisão e Violência do Imaginário", in. BUCCI, E. KEHL, M. R. *Videologias: ensaios sobre televisão*. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 87-106.

LAVALLE, Adrián G. "Jürgen Habermas e a Virtualização da Publicidade". Revista Margem. São Paulo, n. 16, pp. 65-82, Dez. 2002.

MENDÉZ, J. E., O'DONNEL, G., PINHEIRO, P. S. (orgs.) *Democracia, Violência e Injustiça. O Não-Estado de Direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

MIRANDA, N. B. “Habermas e a Metapsicologia. A proposta de uma psicanálise livre do positivismo”. In. Revista Mente, Cérebro. Série Mente, Cérebro e Filosofia – O Século XX, N. 8, pp. 24-31.

PINHEIRO, P. S. *Estratégias da Ilusão. A Revolução Mundial e o Brasil 1922-1935*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

PRADO, Lídia R. *O Juiz e a Emoção. Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. 3ª ed. Campinas: Millennium, 2005.

REHG, W. *Translator’s Introduction*. In. HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. Boston: MIT, 1996, pp. ix-xxxvii.

REPA, S. L. “Jürgen Habermas. A Psicanálise como teoria crítica”. In. Revista Mente, Cérebro. Série Mente, Cérebro e Filosofia – O Século XX, N. 8, pp. 17-23.

ROUANET. S. P. *Teoria Crítica e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998.

_____ . S. P. “Ética Iluminista e Ética Discursiva”. In. Habermas. *et al.* Jürgen Habermas: 60 anos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

SCHWARTZ, G. “Princípios de Iconomia”. In. Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação. Dezembro 2006.

WARAT, L. A. *Territórios Desconhecidos* (vol. I); *Epistemologia e Ensino do Direito* (vol. II); *Surfando na Pororoca* (vol. III). Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

ZEHR, H. *Trocando as lentes - um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO FACTUAL VERDADEIRA: PROIBIÇÃO DA MENTIRA NO ESTADO CONSTITUCIONAL-DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

FUNDAMENTAL RIGHT TO THE FACTUAL TRUE INFORMATION: PROHIBITION OF LIE IN CONSTITUTIONAL-DEMOCRATIC STATE OF RIGHT

Washington Luiz Testa Júnior

RESUMO

O artigo analisa os fundamentos da liberdade de informação, ao longo do tempo e no espaço, a fim de superar antigas concepções e realizar novos paradigmas desse direito fundamental, conforme a estrutura jurígeno-estatal vigente. Identifica o descompasso existente entre as faces interdependentes dessa liberdade, isto é, a de informar é amplamente exercida e a de ser informado nem tanto. Há uma falsa impressão de que o postulado liberal seria condição plena ao direito de informação, mas não é, porque somente garante seu livre curso e não seu conteúdo. É necessário desmistificar a ideia segundo a qual só há opinião pública livremente formada, se a imprensa for livre, pois tal noção tem servido mais à manipulação da informação do que à sua real transmissão. O direito de ser informado, assim, vem sendo ferido de morte pelo exercício desvirtuado do direito de informar, que ao deformar a realidade factual produz a exclusão social pela desinformação. No Estado constitucional-democrático de direito, a liberdade de informação jornalística é (ou deveria ser) limitada pelo direito fundamental à informação factual verdadeira.

PALAVRAS-CHAVES: LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. CONSTITUCIONALISMO. DIREITO À VERDADE.

ABSTRACT

The article analyzes the foundations of the freedom of information, along the time and in the space, in order to overcome old conceptions and to accomplish new paradigms of that fundamental right, according to the effective judicial state structure. It identifies the existent mismatch among the faces interdependent of that freedom, that is, the one of informing is exercised thoroughly and the one of being informed not so much. There is a false impression that the liberal postulate would be full condition to the right of information, but it is not, because it only guarantees its free course and no its content. It is necessary to demystify the idea second which there is only public opinion freely

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

formed, if the press is free, because such notion has been serving more to the manipulation of the information than to its Real transmission. The right of being informed, therefore, has been hurt of death by the depreciated exercise of the right of informing, which, when deforming the factual reality produces the social exclusion by the disinformation. In the constitutional-democratic State of right, the freedom of journalistic information is (or it should be) limited by the fundamental right to the factual true information.

KEYWORDS: FREEDOM OF INFORMATION. CONSTITUTIONALISM. RIGHT TO THE TRUTH.

1. Introdução

Surgida sob o signo do liberalismo, a liberdade de informação, não progride de suas bases primitivas para a estrutura prestacional hodierna, com isso, há um descompasso entre os seus sentidos negativo (necessário ao movimento libertário do século XVIII) e positivo (imprescindível à sua efetivação contemporaneamente).

Esta liberdade, atualmente, tem sido alimentada por uma leitura equivocada do valor cunhado outrora, na medida em que o postulado liberal dá livre curso à informação mas não lhe garante o conteúdo, ao contrário, tem servido para que o informador noticie o que quiser, como e quando quiser.

As mídias informativas (em geral: rádio, televisão e jornal), no exercício da liberdade jornalística, têm-se acobertado sob o manto liberal ao difundir que a imprensa livre é condição para uma opinião pública livremente formada, no entanto, o que se está a notar é uma opinião privada tornada pública.

O direito à informação, portanto, vem sendo ferido de morte pelo desvirtuamento da liberdade jornalística que, ao invés de informar, deforma a realidade factual e produz a alienação social pela desinformação, sendo que em plena era da informação há uma multidão que dela é excluída.

No Estado constitucional, a liberdade da qual se trata ganha maior expressão com os novos valores (informação, verdade, democracia e pluralismo), a impor uma leitura segundo a qual a liberdade de informação jornalística é limitada pelo direito fundamental à informação factual verdadeira.

A verdade constitucional constitui um cânon aberto (plural), no sentido de que não há verdade absoluta e sim relativa, contudo, sem que implique num relativismo legitimador da mentira. Admissível, assim, inexistir verdade singular senão verdades plurais (diversidade), o que não corresponde a uma discrepância consciente e arbitrária da realidade.

À liberdade jornalística é lícito o juízo crítico-interpretativo na narrativa de fatos, todavia, de forma correspondente ao real e delineando a divisão existente entre fato e opinião, isto é, sem embuste e manipulação à realidade fática porque, nisso, reside o ferimento ao direito à verdade.

É preciso ter em mente que entre os postulados da liberdade de informação, primeiro vem o de ser informado e depois o de informar, e este não é um fim em si mesmo senão meio promovedor da informação factual verdadeira, um dos valores mais caros à dignidade humana e à democracia plural que se deseja.

2. Fundamentos jusfilosóficos da liberdade de informação

Os direitos fundamentais, embora gozem de posição preeminente na atual estrutura jurídico-social, ao longo do tempo e no espaço, foram construídos dificultosa e gradualmente à custa de guerras, revoluções e ideais libertários, fruto de múltiplos fatores (filosóficos, políticos, econômicos, sociais e culturais), tudo, marcado sob o signo da dignidade da pessoa humana.

A luta por esses direitos foi (ainda é e, talvez, sempre será) modulada segundo o grau de ingerência do Estado na vida social e individual, razão pela qual a sua evolução é também a do ente estatal. Nesse sentido, o Estado passou pelas concepções de Polícia ou absolutista, de Direito ou liberal, Social ou intervencionista, e agora, compreendido como Constitucional ou pluralista democrático.

Cravado nessa secular construção e umbilical relação jurígeno-estatal, encontra-se o ideal da liberdade como um direito fundamental designativo de múltiplas liberdades[i], caracterizado em uma perspectiva evolucional como a primeira dimensão ou geração desses direitos. Nesse cenário se enquadra a liberdade de informação, como consequência da liberdade de manifestação do pensamento.

Nascida sob os auspícios do liberalismo (abstencionista), a liberdade de informação, não progride das bases do *laissez faire laissez passer* para a estrutura prestacional de um Estado social que, agora, se alça ao modelo constitucional. Há, com isso, um descompasso entre o sentido negativo da liberdade (necessário no século XVIII) e o seu sentido positivo concretizador (imprescindível contemporaneamente).

Nesse aspecto observou Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho[ii]:

"Não é suficiente que o Estado consagre e garanta a livre informação, porque a liberdade de informar não obriga a nada além de um dever de abstenção, consistente em não impedir que ela flua desembargadamente. A convolação do Estado Liberal em um Estado Social exige uma retomada de posição em face à liberdade de informação e um redimensionamento de sua expressão na sociedade."

Há na liberdade de informação uma bifrontalidade de direitos (informar e ser informado), de indelével e alto grau de interdependência já que para ser informado deve haver o informador que, por sua vez, só existe em razão da necessidade de ser informado. Esta ligação recíproca assume destaques distintos, a depender do período estatal vivenciado.

À época da proclamação da liberdade de informação a atenção se voltava para o postulado liberal, que temia e negava a repressão estatal brutalmente ocorrida no antigo regime, assim, a premissa era a liberdade absoluta para dar livre curso à informação[iii]. Nesse momento, a interdependência entre os direitos era tão-somente condição-abstenção para o exercício de um e de outro.

A noção liberal da liberdade de informação foi e é positiva porque limita o poder, serve ao desenvolvimento social e vivifica o indivíduo, mas apegada tão-só à ideia de abstenção estatal acaba distorcendo a sua própria finalidade, pois o postulado liberal da imprensa livre só garante que o informador noticie o que ele quiser, da maneira como quiser e no momento que quiser veicular.

Já na noção social da liberdade de informação, supera-se o valor condição-abstenção (postulado negativo) e se assume a ideia de intervenção estatal como meio de uma condição-prestação (postulado positivo), a fim de regrar os excessos causados pelo liberalismo para, com isso, buscar equilibrar as liberdades e democratizar a participação do indivíduo no processo informativo.

Embora idealizado, isso não é realizado. É o que nota ante o descompasso entre as faces interdependentes (direito de informar e direito de ser informado) de uma mesma moeda (liberdade de informação). Reflexo desse desencontro entre as liberdades, é que a de informar é amplamente exercida por conta da garantia conquistada pelos liberais, ao passo que a de ser informado é desconsiderada em sua real inteireza.

Desejável é o equilíbrio entre as duas liberdades, mas se se admitisse pendular um dos pratos da balança este jamais poderia ser o de informar, pois a razão de sua existência é a liberdade de ser informado. Nesse ponto Vidal Serrano Nunes Júnior[iv], a dizer que só se poderá extrair de um ordenamento jurídico o direito de ser informado, se o mesmo sistema atribuir a alguém o dever de prestar tais informações.

Na mesma toada as sempre profícuas lições de José Afonso da Silva[v]:

"Liberdade de informação jornalística. É nesta que se centra a liberdade de informação, que assume características modernas, superadoras da velha liberdade de imprensa. Nela se concentra a liberdade de informar, e é nela ou através dela que se realiza o direito coletivo à informação, isto é, a liberdade de ser informado. (...). A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa, no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado (...)."

Dissonante e invertida em seus fins a liberdade de informação, em tempos modernos, é alimentada por uma leitura inadequada dos valores cunhados em tempos remotos. Mais deletério ao que se lê imprópria e erroneamente, contudo, é o impedimento de uma releitura correta e atual, ainda que tardia, com o falso argumento de que a imprensa livre é uma liberdade irrestrita e intocável porque servível a uma opinião pública livremente formada.

A doutrina, no entanto, refuta a falsa premissa de irretocabilidade e de ferimento à liberdade de informar, se mitigada, a alertar conforme as palavras de Saavedra Lopez[vi], que não se pode "seguir insistindo en el mito liberal de que la libertad de prensa - institucionalizada de una u otra forma - legitima el ejercicio del poder por sus contribuciones a una opinión pública libremente formada."

Não se está a defender a prevalência do direito à informação sobre o direito de informação, ainda que plausível, mas sim o razoável equilíbrio que se espera entre eles e

seus fins. Não são ideias-valores incompatíveis, tendo em vista que a liberdade negativa proporciona o fluxo informativo (limitação do poder) ao passo que a liberdade positiva socializa tal fluido (participação no poder).

Superada a antinomia entre as dimensões jurídico-liberal e jurídico-social da liberdade de informação, ao menos em termos teóricos, na atual quadra estatal o que se prega é a dimensão jurídico-constitucional desta liberdade, inspirada na força normativa dos princípios e esteada em um novo rol de valores como o pluralismo, a democracia, a informação e a verdade.

Paulo Bonavides[vii] escreve que:

"A importância jurídico-constitucional do valor assume na época contemporânea uma latitude de normatividade sem precedentes desde que os princípios foram colocados no topo da hierarquia constitucional. E os princípios são valores. E, sendo valores, são também normas, com uma dimensão de juridicidade máxima."

Houvesse na práxis um passo a frente do Liberal para o Social, e o direito de informação não seria interpretado de forma tão retrograda, o que impõe ante a atual conjuntura hermenêutica não mais um passo, mas um salto interpretativo em direção aos postulados arraigados no constitucionalismo contemporâneo, sobretudo ao signo dos valores.

Nessa linha Carl Schmitt[viii] nos brinda:

"As virtudes se exercem, as normas se aplicam, as ordens se cumprem, mas os valores são postos e impostos. Quem lhes afirma a validade, deve fazê-los válidos."

E Paulo Bonavides[ix] em igual coro:

"(...) no Direito o valor não é categoria ontológica, não tem ser; tem validade."

No Estado constitucional-democrático de direito, assim, a liberdade da qual se trata ganha maior expressão com os valores-guia "informação" e "verdade", a impor uma (re) leitura na liberdade de informação segundo a qual: há um direito fundamental de informação jornalística limitado pelo direito fundamental à informação factual verdadeira.

Com base na doutrina italiana de Albino Greco, diz José Afonso da Silva[x]:

"O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um dever. A eles se reconhece o direito de informar ao público os acontecimentos e ideias, mas sobre eles incide o dever de informar à coletividade tais acontecimentos e ideias objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original; do contrário se terá não informação, mas deformação."

Em igual tom é Peter Häberle[xi] ao ressaltar:

"Digno de nota é a insinuação do chefe de Estado italiano Oscar Luigi Scalfaro, de que as mídias invertem a verdade: 'Ai de nós se a crônica jornalística perder o respeito para com a verdade; pois aí se fundamenta a liberdade'."

Ou na ode à verdade de Rui Barbosa[xii]:

"Três âncoras deixou Deus ao homem: o amor da pátria, o amor da liberdade, o amor da verdade. Cara nos é a pátria, a liberdade, mais cara; mas a verdade, mais cara que tudo. *Patria cara, carior-Libertas, Veritas carissima.* Damos a vida pela pátria. Deixamos a pátria pela liberdade. Mas pátria e liberdade renunciamos pela verdade. Porque este é o mais santo de todos os amores. Os outros são da terra e do tempo. Este vem do céu, e vai à eternidade."

A verdade preconizada no Estado constitucional constitui um cânon aberto (plural), no sentido de que não há uma única e intransponível verdade como prega o sistema totalitarista e fundamentalista. Numa democracia pluralista, assim, a questão da verdade é vista de forma relativa (não absoluta), todavia, sem implicar num relativismo (negação da verdade) legitimador da mentira.

Admissível, portanto, inexistir verdade singular senão verdades plurais (diversidade), o que não corresponde a uma discrepância consciente e arbitrária da realidade (mentira). No campo factual, igualmente, embora os fatos tenham suas vestes (versões), estas, não podem e nem devem se apossar de figurinos irreais (falsos).

À liberdade jornalística é lícito o juízo crítico-interpretativo na narrativa de fatos, todavia de forma correspondente ao real e delineando a divisão existente entre fato e opinião, isto é, sem embuste e manipulação à realidade fática porque, nisso, reside o ferimento ao direito fundamental à informação factual verdadeira.

A propósito da possibilidade de coexistência entre fatos, opiniões e realidade, observa Hannah Arendt[xiii]:

"Fatos e opiniões, embora possam ser mantidos separados, não são antagônicos um ao outro, eles pertencem ao mesmo domínio. Fatos informam opiniões, e as opiniões, inspiradas por diferentes interesses e paixões, podem diferir amplamente e ainda serem legítimas no que respeita à sua verdade factual. A liberdade de opinião é uma farsa, a não ser que a informação fatual seja garantida e que os próprios fatos não sejam questionados. (...). Histórias são reais, mas não constituem argumento contra a existência de matéria fatual, e tampouco podem servir como uma justificação para apagar as linhas divisórias entre fato, opinião e interpretação, ou como desculpa para o historiador manipular os fatos a seu bel-prazer."

De acordo com a doutrina, a liberdade de informação jornalística é marcada por uma permeabilidade categorial constituída pela expressão de ideias, pela opinião crítica e pela narração de fatos. A questão da verdade inexiste para a primeira categoria, onde as ideias são ampla e livremente manifestadas. Para a opinião crítica, embora defensável a veracidade, é ela mitigada em prol da liberdade de um juízo crítico e valorativo.

O direito fundamental à informação factual verdadeira, portanto, circunscreve-se à narrativa de fatos, onde a liberdade jornalística deve observar a veracidade segundo a

realidade fática. Nessa linha é o direito comparado, a exemplo dos espanhóis com a *información veraz*, dos italianos com a crônica *verità e obiettività*, dos americanos do norte com a *neutral reportage* e dos alemães com a *wahrheit*.

José Joaquim Gomes Canotilho[xiv], assim delineia:

"Enquanto os fatos são susceptíveis de prova da verdade, as opiniões ou juízos de valor, devido à sua própria natureza abstrata, não podem ser submetidos à comprovação. Resulta que a liberdade de expressão tem o âmbito de proteção mais amplo do que o direito à informação, uma vez que aquela não está sujeita, no seu exercício, ao limite interno da veracidade, aplicável a este último."

No Estado constitucional e democrático de direito, dessa maneira, o que se exige para o regular exercício da liberdade jornalística na narrativa de fatos, é, nas palavras de Vinicius Ferreira Laner[xv], "um dever de diligência ou apreço pela verdade, no sentido de que seja contactada a fonte dos fatos noticiáveis e verificada a seriedade da notícia antes de qualquer divulgação".

Por outras palavras, segundo Manuel Alceu Affonso Ferreira[xvi]:

"A verdade deve emanar da pesquisa isenta do fato a ser noticiado, para que, quando divulgada, a notícia efetivamente expresse o que aconteceu, ou está para acontecer, isto é, o 'fato', não a sua ilícita manipulação".

Por todo o exposto, faz-se necessário desmistificar a dimensão-liberal já que tão-só garante o livre curso da informação e não seu conteúdo. Firmar a dimensão-social porque regula o excesso liberal e insere o indivíduo no processo formativo da informação. Realizar a dimensão-constitucional como condição plena dessa liberdade, pois concretiza o direito de ser verdadeiramente informado.

Em suma, não se pode perder de vista que entre os postulados da liberdade de informação, primeiro vem o de ser informado e depois o de informar, e este não é um fim em si mesmo porque é (ou deveria ser) um meio para realizar o direito à informação factual verdadeira que, por sua vez, é condição indispensável para o desenvolvimento digno do homem, um dos valores mais caros à democracia plural que se quer.

3. Sociedade da (des) informação: direito, poder, ideologia e democracia

Direito e Estado não são mais tidos como um fim em si mesmo, senão meio de realização da dignidade da pessoa humana que, inegavelmente, ocupa o centro do pensamento jurídico-social e é valor irradiante de outros tantos indispensáveis à sua realização, tal como a necessidade de informação que, mais do que nunca, é condição para o indivíduo se autodeterminar.

Sem dúvida que há direitos essenciais à sobrevivência humana digna, a exemplo do direito à vida, à saúde, à alimentação, à moradia, mas a informação também é fundamental à existência e ao desenvolvimento do homem em sociedade, à medida que permite ao indivíduo compreender os fenômenos que o envolve (social, político, econômico etc.) e, assim, tomar decisões por si só.

Nesse ponto Aluízio Ferreira observa[xvii]:

"Deter informação é questão de sobrevivência tanto individual (física, emocional e psíquica) quanto social e política, esta especialmente, já que política é poder, e o poder, ontem como hoje, depende do acesso à informação, do controle do seu processamento e do conhecimento de como aplicá-lo na tomada de decisões'. (...). Para existir e coexistir, em qualquer lugar e época os seres humanos sempre necessitaram e continuarão necessitando orientar-se, e esta necessidade será tanto mais intensa e complexa quanto mais dotadas de complexidade forem as relações intersubjetivas que tenham de manter ou os desafios ambientais que tiverem de enfrentar."

Ao falar sobre a informação e o conhecimento, Jónatas Machado diz que:

"Além disso, eles permitem, quer a análise da realidade social e económica e subsequente formulação de políticas, quer a medição e valoração intersubjectiva dos resultados das mesmas, sendo ambos os aspectos essenciais no processo de autodeterminação democrática. Do mesmo modo, eles permitem ao indivíduo compreender a sua concreta situação existencial, designadamente nos planos pessoal e profissional, formar autonomamente as suas preferências e fazer as escolhas que considere aconselháveis e oportunas."

Além de a informação realizar digna e individualmente o homem, em igual medida, é imprescindível à sua cidadania (produzindo pessoas autênticas, de acordo com John Dewey[xviii]) e, assim, à construção de uma sociedade democrática e plural. É na informação democratizada (distribuição igualitária) e pluralizada (participação no processo formativo), que se promove uma opinião pública livremente formada.

Na globalizada e complexa sociedade da informação, fruto da denominada terceira revolução tecnológica, o processo informativo (obtenção e difusão) é focado nas instituições portadoras da comunicação de massa (em regra: rádio, televisão e jornal) que, por isso, ocupam uma posição central na vida social contemporânea, "construindo" o conhecimento e "socializando" o homem.

Instituições sociais outras como a família, a igreja e a escola têm perdido espaço para a mídia informativa, nesse processo de socialização humana e construção do saber, de tal maneira a consolidá-la como um onipotente instrumento de condução social, sendo, inclusive, tida como o quarto e mais forte dos poderes estatais onde o Estado seria uma concessão sua (e não o contrário).

As empresas de comunicação de massa, dessa maneira, têm uma importante missão ou função (política, cultural e, sobretudo, educacional) na sociedade contemporânea quando partilha a informação factual verdadeira, realizando o indivíduo e firmando a democracia. Mas também pode servir, contrariamente, como meio de exclusão social quando manipula a notícia (desinformação).

É o que está a ocorrer, tendo em vista que o direito à informação factual vem sendo ferido de morte pelo exercício desvirtuado do poder informativo que, ao invés de informar, deforma a realidade factual. Nesse sentir, pode-se afirmar que informação sem liberdade é sujeição, mas liberdade sem informação é sujeição também[xix].

A afirmação retrata presente e passado, ou seja, nada mudou ou mudou à forma de Lampedusa[xx], pois antigamente a informação não tinha seu livre curso permitido por quem as detinha, e atualmente, embora frua sem embargos, é manipulada conforme os interesses de seus detentores. Assim, ontem e hoje, ela é apossada por poucos em detrimento de muitos numa relação de subjugação, variando-se apenas as armas conforme o momento histórico.

Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho pontua[xxi]:

"No passado, era o Estado impondo o silêncio aos órgãos da imprensa, a custa de processos monstruosos, violências físicas e todo tipo de instrumentos de censura. Hoje, é uma imprensa poderosa a devassar intimidades e a formar a opinião pública, com o risco de conduzi-la, de influenciá-la para este ou aquele pensar."

Muda-se o rótulo e se perpetua o conteúdo, na medida em que antes a informação era censurada e hoje é dirigida, tudo, com a finalidade de manter as posições nos lugares que sempre estiveram na pirâmide social, isto é, a informação real (poder) concentrada no vértice ocupado por uma pequena elite condutora da grande massa de espectadores posicionados na base piramidal.

Para Noam Chomsky[xxii] esta é a ideologia das empresas midiáticas, ou seja, a noção de democracia onde "o público deve ser barrado da administração de seus interesses e os meios de informação devem ser mantidos estreita e rigidamente sob controle". Pode parecer estranho classificar como democracia, completa o ativista político, mas é o que tem prevalecido para muitos, como Lippmann, segundo o qual:

"Uma democracia que funciona corretamente tem várias classes de cidadãos. Em primeiro lugar, a classe dos cidadãos que têm algum papel ativo na condução dos assuntos gerais. É a classe especializada. Ela é formada por pessoas que analisam, executam, tomam decisões e conduzem as coisas no sistema político, econômico e ideológico. É uma pequena porcentagem da população. Naturalmente, quem desenvolve tais ideias sempre se inclui nesse pequeno grupo e decide o que fazer a respeito de todos os outros. Os outros, os que estão fora do pequeno grupo, a grande maioria da população, são os que Lippmann chamava de 'o rebanho assustado'. Devemos nos precaver do 'clamor das ruas e de ser pisoteados pelo rebanho assustado'. Existem duas 'funções' numa democracia. A classe especializada, dos homens responsáveis, cuida da função executiva, o que significa que tratam de pensar, planejar e entender os interesses comuns. Há ainda o rebanho assustado, que tem também uma função na democracia. Sua função, segundo Lippmann, é a de 'espectador e não participante'".

Sabido que o poder se utiliza de várias formas de controle (econômica, política etc.), mas dentre elas, a ideológica é muito eficiente em se tratando de dominação alheia, já que deixa latente a violência (explícita na censura prévia) ao se utilizar da posse de certas formas de conhecimento (como a informação), a fim de determinar o comportamento social e dividir os indivíduos em classes.

Tem-se, assim, o que Bobbio[xxiii] identifica como a "tendência não ao máximo controle do poder por parte dos cidadãos, mas ao máximo controle dos súditos por parte do poder". Utiliza-se um bem comum (informação) como instrumento ideológico de

segregação intelectual, pois os que detêm o conhecimento dela advindo são tidos como "inteligentes" (bem-sucedidos) e os que dela são privados são imbecis (incompetentes).

Fosse esta ampla liberdade das empresas de comunicação tal como idealizado por Marx[xxiv], e a informação seria distribuída democraticamente aos seus destinatários, no entanto, a ideia seguida é a lógica da indústria cultural (Adorno e Horkheimer), isto é, transformar cultura em mercadoria, bem assim pela ideia de perpetuação do poder ao domesticar consciências numa sociedade não da informação, mas do espetáculo como dito por Debord[xxv].

Tivesse a famigerada teoria do espelho - pressuposto tão evocado pela mídia em sua defesa, a fim de legitimar a notícia de fatos reais com vestes irreais - observância à imparcialidade e à objetividade na transmissão da informação factual, e a opinião pública seria verdadeira e livremente formada, e não como é, uma opinião midiática privada tornada pública.

Houvesse respeito à vedação constitucional de monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação, e as mídias informativas seriam democratizadas em prol da pluralidade pregada pelo modelo estatal vigente, no entanto, o que se verifica é a concentração do poder comunicacional a alguns poucos apadrinhados políticos (unificar para melhor dominar, segundo Bourdieu[xxvi]).

Inadmissível, portanto, que as empresas informativas continuem escondidas sob o manto liberal, sem o efetivo controle alertado por Chomsky[xxvii], pois estão a produzir a falsa impressão de que somente a liberdade é que garante o direito à informação. O que se está a criar sim, com essa liberdade desregrada, é a alienação social da realidade (verdade) dos fatos pela informação dirigida (mentirosa).

Diante dessa conjuntura desequilibrada na liberdade de informação, imperioso a estruturação jurídico-estatal efetiva de mecanismos regulatórios da comunicação social, a fim de ajustar distorções e distribuir igualdade social para atender aos postulados conformadores da ordem constitucional vigente, isto é, realizar o direito fundamental à informação factual verdadeira.

Exemplo de uma regulação criteriosa da informação jornalística, aliás, foi motivo de preocupação dos americanos do norte por meio da *fairness doctrine*, segundo a qual exigia das empresas comunicacionais a informação ao público acerca de questões de interesse geral, conforme os diferentes pontos de vista de vários segmentos da população, a fim de garantir a prevalência dos direitos dos cidadãos.

Com efeito, para que o direito à informação exista não basta a liberdade de imprensa, sendo necessário que ela seja acessível a todos (participação no processo formativo). De outro lado, para uma democratização na informação é imprescindível quebrar os oligopólios nos meios de comunicação. E, enfim, para se ter um processo informativo plural é indispensável um Estado que acima de ser liberal seja social (regulamentador).

Há muito tempo a informação goza de status fundamental na ordem jurídica, como sabido, mas agora reclama uma revisitação libertária das velhas concepções de acordo com os novos valores-guia trazidos pela quarta dimensão ou geração dos direitos

fundamentais[xxviii], tais como a democracia, o pluralismo e a verdade, todos, não só a integrar como também a efetivar outros direitos do catálogo.

Em suma, é preciso ter em mente que a informação factual é um direito indispensável à dignidade da pessoa humana!

4. Considerações finais

Induvidoso que o postulado liberal é insuficiente à realização do direito fundamental à informação factual, pois somente permite que a notícia frua desembargadamente sem lhe garantir o conteúdo. Não resta dúvida que a monopolização dos meios comunicacionais mantém o poder do *status quo* que, atualmente, não censura a informação mas a manipula ideologicamente.

Com isso, produz-se exclusão social pela desinformação e torna uma grande massa de indivíduos em meros espectadores da vontade de uma minoria dominante que, ao invés de informar, deforma a realidade factual segundo seus interesses. Diante desse cenário, a opinião formada não é pública e sim publicada de acordo com a ideologia privada, desorientando o cidadão.

Necessário, diante desse cenário, romper com velhos paradigmas para progredir em direção às bases axiológicas insculpidas na dimensão constitucional, a fim de equilibrar as liberdades existentes entre o direito de informar e de ser informado, no sentido de continuar dando livre curso à informação, no entanto, velando pela veracidade do conteúdo informativo segundo a realidade factual.

Mais a mais democratizar e pluralizar a informação e seus meios de difusão, possibilitando a distribuição igualitária do conhecimento informativo e a participação de todos no processo de formação das notícias de interesse geral. Com isso, proporcionar ao indivíduo a compreensão concreta de sua situação existencial e, assim, com ela formar autonomamente suas escolhas e se desenvolver.

No Estado constitucional e democrático de direito, portanto, o direito fundamental à informação factual verdadeira serve como baliza ao exercício da liberdade de informar, tendo em vista os valores-guia (democracia, pluralismo, informação e verdade) fundados sob o signo maior da dignidade da pessoa humana.

Enfim, é de suma relevância à democracia e imprescindível à realização da dignidade humana que, em tempos modernos, Direito e Estado efetivamente regulem o exercício da informação jornalística em prol do direito fundamental à informação factual verdadeira, à medida que em plena era da informação há uma multidão que dela é excluída.

Libertar-se do passado, efetivar o presente para construir o futuro!

5. Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional.* Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto Davi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional.* 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARENDT, Hannah. *Crises da República*. 2 ed. Tradução de José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2008.

_____. *Entre o Passado e o Futuro*. 6 ed. Tradução de Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2009.

BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade.* EDUSP, 1970.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito.* São Leopoldo, RS: Unissinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder.* Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.

_____. *O Futuro da Democracia.* Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1998.

_____. *Contrafogos 2.* Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2001.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Eugênio. *Sobre Ética e Imprensa*. 2 ed. 2 reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BURKE, Peter; BRIGGS, Asa. *Uma História Social da Mídia*. 2 ed. Tradução de Maria Carmelita Pádua Dias. Rio de Janeiro: ZAHAR Editor, 2006.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Liberdade de Informação, Direito à Informação Verdadeira e Poder Econômico*. São Paulo: Fabris Editor (Memória Jurídica), 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____; MACHADO, Jónatas E. M. *Reality Shows e Liberdade de Programação*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHAUI, Marilena. *Simulacro e Poder: uma análise da mídia.* 1 ed. 1 reimpressão. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

_____. *Convite à Filosofia.* 13 ed. 7 reimpressão. São Paulo: Ática, 2008.

CHOMSKY, Noam. *Controle da Mídia*: *os espetaculares feitos da propaganda*. Tradução de Antônio Augusto Fontes. Rio de Janeiro: Grafhia, 2003.

_____. *Segredos, Mentiras e Democracia*. Tradução de Alberigo Loutron. Brasília: UNB, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O Direito à verdade no regime republicano*. Revista Jurídica Consulex, v. 9, n. 195, fev. 2005.

_____. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.* 2 ed. Porto Alegre: Fabris Editor, 2000.

FERNANDÉZ, Antonio Aguilera. *La libertad de expressión del ciudadano y la libertad de prensa o información*. Granada: Ed. Comares, 1990.

FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. *Verdade: uma história*. Tradução de Beatriz Vieira. Rio de Janeiro: Record, 2000.

FERREIRA, Aluízio. *Direito à informação, direito à comunicação*. São Paulo: Celso Bastos ed., 1997.

FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. *Direitos Humanos Fundamentais.* 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de Expressão: Direito na Sociedade da Informação.* São Paulo: Pillares, 2005.

FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão*. Tradução de Gustavo Binenbojm & Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GINZBURG, Carlo. *Relações de Força*. Tradução de Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação.* Coimbra: Almedina, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto.* 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris Editor, 2008.

KLAUTAU FILHO, Paulo. *O Direito dos Cidadãos à Verdade.* São Paulo: Método, 2008.

KLEIN, Naomi. *A Doutrina do Choque*. Tradução de Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

LANER, Vinícius Ferreira. *A indústria cultural e o direito à informação no Brasil. In* Revista de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, nº 15, p. 101/111, jan/jun 2001.

LECLERC, Henri; THÉOLLEYRE, Jean-Marc. *As Mídias e a Justiça: Liberdade de imprensa e respeito ao Direito*. Tradução de Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: EDUSC, 2007.

LIMA, Venício A. de. *Mídia: Crise política e poder no Brasil.* São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Stvdia Ivridica 65. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARX, Karl. *A Liberdade de Imprensa*. Tradução de Cláudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L & PM, 1980.

MITCHELL, Peter R; SCHOEFFEL, John (orgs.). *Para Entender o Poder: O melhor de Noam Chomsky*. Tradução de Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística*. São Paulo: FDT, 1997.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUEZ JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação*. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SODRÉ, Nelson Werneck. *História da Imprensa no Brasil.* 4 ed. Rio de Janeiro: MAUAD, 1999.

SOUZA, Nuno e. *Liberdade de Imprensa*. Dissertação para exame de Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídico-Política da Faculdade de Direito de Coimbra, 1984

SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição Parcial.* Tradução de Manassés Teixeira Martins & Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

THOMPSON, John B. *A Mídia e a Modernidade: uma teoria social da mídia.* 10 ed. Tradução de Wagner de Oliveira Brandão. Petrópolis: Vozes, 2008.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação.* Porto Alegre: Fabris Editor, 2007.

---

[i] José Afonso da Silva (2007: p. 70), sistematiza as liberdades em cinco grandes grupos: liberdade da pessoa física, liberdade de expressão coletiva, liberdade de conteúdo econômico e social, liberdade de ação profissional e liberdade de pensamento.

[ii] *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*, p. 81.

[iii] Aliás, vem dessa época a expressão "imprensa livre", contudo, a designação moderna e técnica do termo imprensa é "informação jornalística".

[iv] *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*, p. 31.

[v] *Comentário Contextual à Constituição*, p. 824/825.

[vi] *Apud* FERNANDÉZ, Antonio Aguilera. *La libertad de expressión del ciudadano y la libertad de prensa o información*, p. 33.

[vii] *Curso de Direito Constitucional*, p. 630.

[viii] *Apud*, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 629.

[ix] *Ibidem*, p. 629.

[x] *Op. cit.*, p. 825.

[xi] *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*, p. 31.

[xii] *A Imprensa e o Dever da Verdade*, p. 60.

[xiii] *Entre o passado e o futuro*, p. 295/296.

[xiv] *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1077.

[xv] *Comunicação, Desenvolvimento e Democracia*, p. 31.

[xvi] A prefaciar Rui Barbosa *in A Imprensa e o Dever da Verdade*, p. 18.

[xvii] *Direito à Informação, Direito à Comunicação*, p. 80/81.

[xviii] *Apud*, Noam Chomsky. *Segredos, Mentiras e Democracia*, p. 21.

[xix] Além de seus próprios fundamentos, esta premissa teve como inspiração a de Bobbio, segundo a qual "o poder sem direito é cego, mas o direito sem poder é vazio", *Direito e Poder*, p. 196.

[xx] "Vamos mudar tudo para que tudo continue como está", Giuseppe Tomasi di Lampedusa, *in II Gattopardo*, escrito em 1956 sobre a aristocracia siciliana.

[xxi] *Op. cit*, p. 22.

[xxii] *Controle da Mídia: os espetáculos feitos da propaganda*, p. 9/17.

[xxiii] *O Futuro da Democracia*, p. 43.

[xxiv] "A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas". Karl Marx *in A liberdade de Imprensa*, p. 42.

[xxv] Guy Debord, *A sociedade do espetáculo*, p. 14 e seguintes, diz que: "O espetáculo é a afirmação da aparência e a afirmação de toda vida humana - isto é, social - como simples aparência (...) é o âmago do irrealismo da sociedade real (...) é a negação visível da vida (...) é o auto-retrato do poder na época de sua gestão totalitária das condições de existência (...) corresponde a uma fabricação concreta da alienação".

[xxvi] *Contrafogos 2*, p. 98 e seguintes.

[xxvii] *Controle da Mídia: os espetáculos feitos da propaganda*.

[xxviii] *Cf.* Bonavides, *op. cit.*, p. 631.

ORIGEM, FUNDAMENTOS E EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROBLEMÁTICA DOS IMIGRANTES EM SITUAÇÃO IRREGULAR*

THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF IMMIGRANTS IN ILLEGAL SITUATION

Amanda Queiroz Sierra

RESUMO

O presente artigo aborda a problemática dos direitos fundamentais dos imigrantes em situação irregular. Inicialmente é apresentado um histórico sobre os Direitos Humanos e os instrumentos garantidores de sua efetivação ao longo do tempo. Em seguida é apresentado um panorama dos atuais movimentos migratórios mundiais, suas causas e consequências. Faz-se a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, bem como seus respectivos sistemas de proteção. A questão da titularidade dos direitos fundamentais é tratada, demonstrando-se opiniões divergentes sobre o tema e suas consequências práticas. Por fim, analisa-se a situação dos trabalhadores imigrantes irregulares no Brasil e a proteção de seus direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Direitos Humanos. Titularidade. Imigrantes ilegais.

ABSTRACT

The present article approaches the fundamental rights of immigrants in illegal situation. After a demonstration of Human Rights historical development and the means to guarantee them. A prospect of the current migratory movements in the world is shown, demonstrating their causes and consequences. The difference between human rights and fundamental rights is established, as well as their respective protection systems. The titularity of fundamental rights is also analyzed, and divergent opinions on the topic with their practical consequences are presented. The situation of the illegal immigrant workers in Brazil and the protection of their fundamental rights are examined conjointly.

KEY WORDS: Fundamental Rights. Human Rights. Titularity. Ilegal Immigrants.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente as migrações são um fenômeno global, podendo ser percebido em todas as regiões do planeta, ainda que em algumas os migrantes constituam uma parcela diminuta da população. Dentro desse contexto de migrações, pode-se observar um outro

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

fenômeno – o das imigrações, principalmente por motivo econômico. É grande o número de pessoas que imigram para outros países em busca de emprego e melhores condições de vida. Dentro dessa população, é comum que o imigrante deixe o país de origem, onde se encontrava em situação de miséria, para trabalhar no país de destino. Porém, com as políticas imigratórias restritivas muitas dessas pessoas imigram ilegalmente, podendo ser chamadas de imigrantes não-documentados, ou indocumentados.

Em razão de estarem ilegalmente no país, esses imigrantes ficam vulneráveis a todo tipo de exploração, e se sujeitam a péssimas condições de trabalho, sendo vítimas, muitas vezes, de escravidão, tendo constantemente seus direitos humanos e fundamentais malferidos.

O presente artigo abordará aspectos de direitos humanos e fundamentais relacionados a essa problemática da imigração ilegal, em especial para o trabalho, analisando a proteção e efetividade desses direitos com relação aos imigrantes em situação irregular, ou, para usar termo mais familiar à Constituição Federal de 1988, os estrangeiros não-residentes, devendo-se entender por esta expressão aqueles que não tem residência legal no país. Para explorar esse tema, será apresentada um breve histórico sobre os direitos humanos e os instrumentos existentes para sua efetivação. Em seguida, será analisada a atual situação das migrações internacionais. Após apresentação dos conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais e suas distinções, será abordado o problema da titularidade dos direitos fundamentais com relação aos estrangeiros não-residentes, categoria em que se enquadram os imigrantes não-documentados. Por fim, serão demonstrados alguns aspectos sobre a situação dos trabalhadores imigrantes em situação irregular.

O presente tema é de grande relevância para o Brasil, pois o número de imigrantes ilegais no país pode chegar a um milhão. Esse número, porém, é apenas uma estimativa, pois como se trata de pessoas que entraram clandestinamente no país, e aqui permanecem de forma irregular, não é possível ter um controle sobre o número, a localização e a situação real dessas pessoas, por isso nesse campo é necessário se trabalhar apenas com as estimativas.

A metodologia adotada para a elaboração do presente artigo consistiu na análise teórico-reflexiva de bibliografia especializada, bem como de páginas de organizações relacionadas ao tema, disponíveis na internet.

O presente trabalho objetiva analisar a situação dos imigrantes indocumentados no Brasil e seus direitos fundamentais, com o intuito de apresentar o tema e provocar o debate, bem como servir de base para estudos posteriores, mais profundos que possam trazer uma solução para o problema.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS HUMANOS E OS INSTRUMENTOS PARA SUA EFETIVAÇÃO

O atual movimento pelos direitos humanos teve impulso após a segunda guerra mundial, principalmente como conseqüência das atrocidades cometidas contra a humanidade, como o holocausto e a devastação causada pela bomba atômica. A partir daí, a teoria positivista kelseniana passou a ser vista com grande desconfiança e descontentamento, abrindo espaço para uma nova corrente, a do chamado "pós-positivismo", que pode ser traduzido como um acréscimo de valores e princípios à ciência jurídica, objetivando a proteção da dignidade humana.[309] Esse, na verdade, é o ponto crucial do pós-positivismo: a inserção da dignidade humana como cerne do ordenamento jurídico, devendo ser protegida e garantida acima de tudo.

Desde então, diversos foram os instrumentos internacionais elaborados para a proteção de tais direitos, iniciando a instauração de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos. O sistema internacional é composto pelo sistema global, representado pela Organização das Nações Unidas (ONU), e pelos sistemas regionais, quais sejam, o europeu, o interamericano e o africano.

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, tem como instrumentos principais a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José) e seus protocolos adicionais (o Protocolo de San Salvador, versando sobre direitos econômicos, sociais e culturais, e o Protocolo Referente à Abolição da Pena de Morte).

[309] MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p. 11.

Dentre tais instrumentos, considera-se o Pacto de San José o de maior relevância, e ressalta-se que ao ratificá-lo, o Brasil assumiu o compromisso de adotar medidas para a eliminação de todas as formas de violação aos direitos humanos. Dessa maneira, o Estado comprometeu-se a não praticar qualquer ato que importe transgressão desses direitos, bem como a tomar medidas apropriadas para promover e estimular a consciência a respeito deles. O Pacto de San José foi promulgado, na ordem jurídica brasileira, através do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, estando atualmente vigente.

Na esfera nacional fala-se em direitos fundamentais, que podem ser definidos como a positivação constitucional de valores relacionados à proteção da dignidade humana. Com relação aos direitos humanos, tais valores foram positivados em instrumentos internacionais. Assim, os direitos fundamentais são aqueles expressos, ou às vezes implícitos, na constituição nacional de determinado país, visando garantir valores essenciais para a proteção da dignidade da pessoa humana.

3 A PROBLEMÁTICA DAS MIGRAÇÕES

O fenômeno das migrações humanas tem cada vez mais importância, tendo em vista que estas nunca foram tão intensas quanto na atualidade. Embora não seja fenômeno novo – na verdade existe há muito tempo, remontando às civilizações mais antigas - sofreu um processo de aceleração crescente com a globalização, intensificada pela chamada revolução tecnológica e o avanço dos meios de comunicação e de transportes, chegando ao atual patamar de fenômeno global, generalizado – no sentido de que em todas as regiões do globo já existe uma parcela populacional de imigrantes, ainda que tímida em alguns casos - como demonstra a figura abaixo:

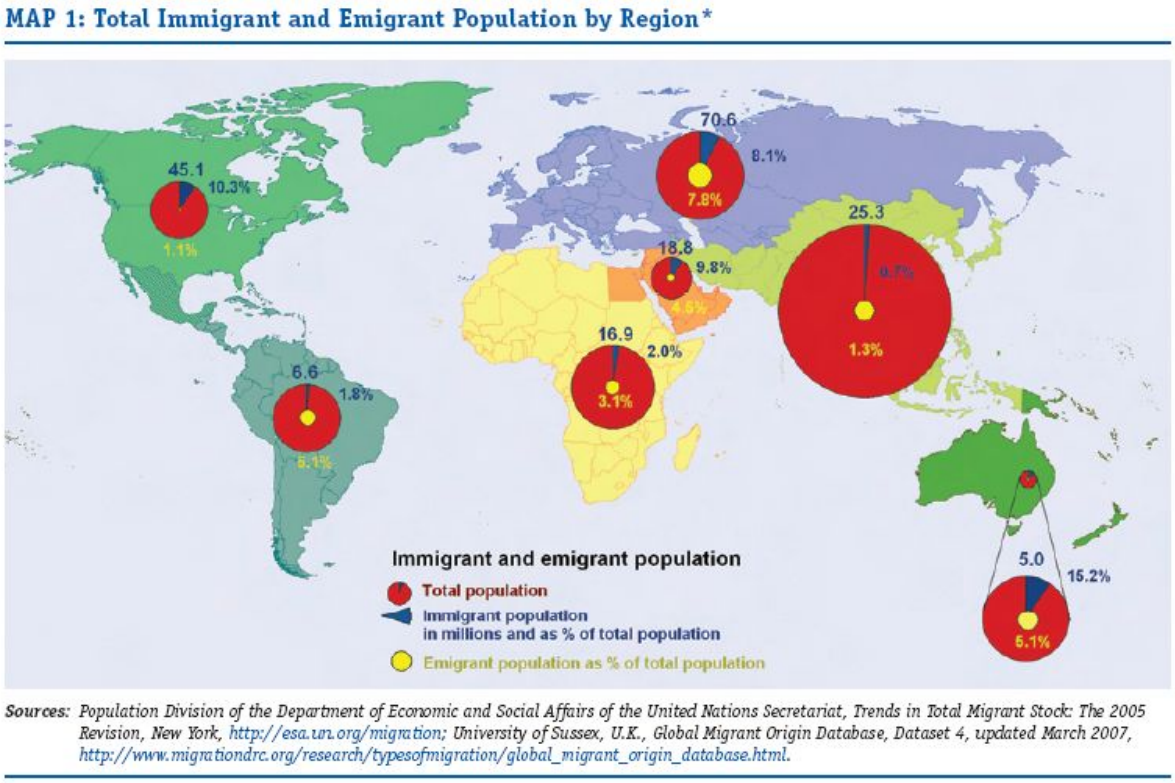

Figura 1 – Mapa demonstrando o total de imigrantes e emigrantes por região - elaborado pela INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION.

Percebe-se que hoje em dia já não há nenhuma região no mundo que não tenha sido atingida pelos movimentos migratórios internacionais, como bem sustenta Thelma Thais Carvazere:[310]

> O trabalhador migrante não é um produto do nosso século. Homens e mulheres têm saído de suas pátrias a procura de emprego, desde que o trabalho remunerado foi introduzido na história da humanidade. A diferença é que hoje há mais trabalhadores migrantes do que em qualquer tempo. No alvorecer do século XXI não há nenhum continente, nenhuma região do globo, que não tenha seu próprio contingente de trabalhadores migrantes.

Os motivos mais comuns para as migrações hodiernas, sobretudo as migrações para trabalho, são de ordem econômica. Em geral, trata-se de pessoas que tentam fugir da pobreza e da falta de oportunidades em seus países de origem, e emigram para países que oferecem condições melhores. Porém, por conta das atuais políticas migratórias restritivas, muitas vezes essa imigração se dá de forma clandestina, ficando os imigrantes em situação irregular, sendo denominados, via de conseqüência, de imigrantes “não-documentados”.

---

[310] CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 155.

Por conta da situação em que se vêem - de indocumentados - esses trabalhadores imigrantes ficam vulneráveis a todo tipo de exploração, sujeitando-se a condições degradantes de trabalho, muitas vezes análogas à de escravo, sofrendo constantes violações de seus direitos humanos e fundamentais.

Pode-se constatar, na figura que segue, a grande quantidade de imigrantes vivendo no Brasil. Ressalte-se, todavia, que ao adentrar-se na seara da imigração clandestina, é muito difícil se falar em número reais, uma vez que a falta de registro desses imigrantes torna muito difícil detectar sua localização, para assim elaborar-se uma estatística incluindo os imigrantes ilegais.

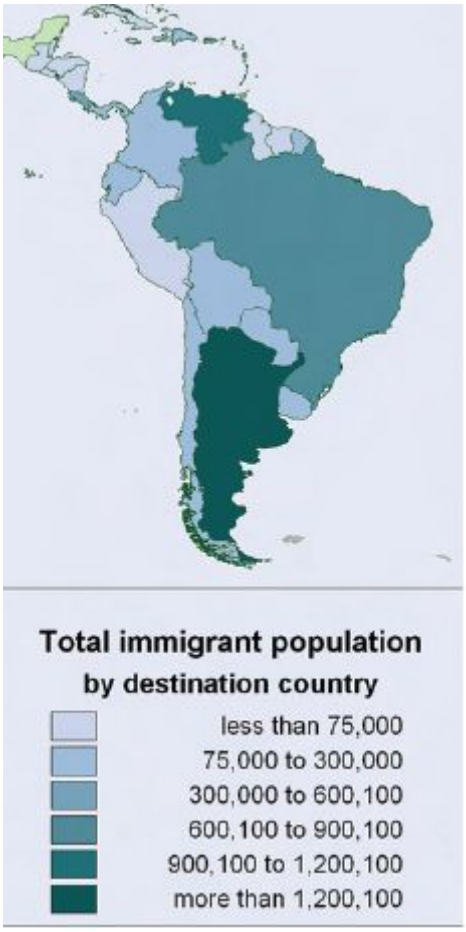

Figura 2 – Mapa quantitativo de população imigrante por país - elaborado pela INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION.

Pela figura acima constata-se que embora o Brasil não seja o país da América Latina com a maior população imigrante, ainda assim os números impressionam, já que essa estatística aponta aproximadamente um milhão de imigrantes que tem como destino o Brasil.

Para uma melhor visualização quantitativa do mapa acima, pode-se consultar o gráfico que segue abaixo, com a classificação dos países latinoamericanos de acordo com o número de imigrantes. Segundo a International Organization for Migration (IOM), o Brasil ocupa o 3º lugar na lista dos países de destino nas imigrações na América Latina, ficando abaixo apenas de Argentina e Venezuela, como demonstra o gráfico abaixo:

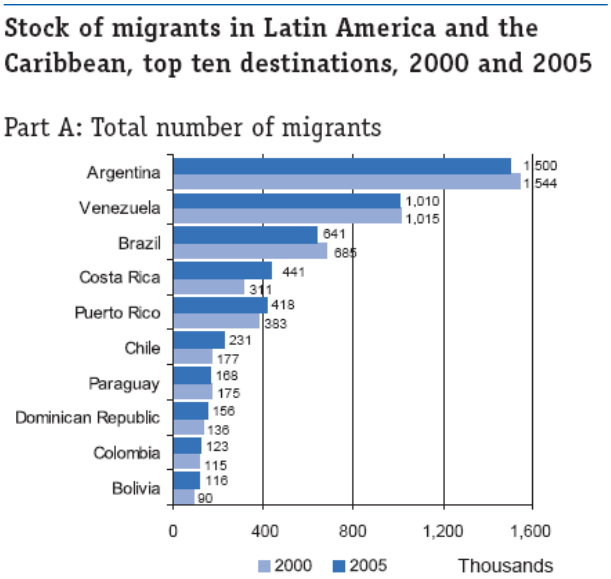

Figura 3 – Quantidade de imigrantes por país da América Latina – Fonte: INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION.

Um dos casos mais conhecidos de imigração clandestina na América do Sul, tendo como destino o Brasil, é o da comunidade boliviana residente em São Paulo, trabalhando nas confecções informais dos bairros do Brás e do Bom Retiro, muitas vezes cumprindo jornadas de trabalho superiores a 14 horas diárias, sem receber salários, alguns inclusive morando nas próprias oficinas, tendo violados seus direitos mais essenciais[311].

[311] Cf. Notícias Universidade de Campinas (UNICAMP). **Exploração de trabalho clandestino no Brasil necessita de atenção.** Acessar: <http://www.labjor.unicamp.br/midiaciencia/article.php3?id_article=652>. Ainda, Agência de notícias da Universidade de São Paulo (USP). **Bolivianos irregulares explorados não acessam direitos.** Disponível em: <http://www.usp.br/agen/UOLnoticia.php?nome=noticia&codntc=21276>. Queira ver, também, Arquivos do JORNAL NACIONAL. **Latinos Clandestinos.** Disponível no endereço eletrônico: <http://jornalnacional.globo.com/Telejornais/JN/0,,MUL559315-10406,00.html>.

4 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para deixar clara a distinção feita entre direitos humanos e direitos fundamentais, cumpre fazermos alguns esclarecimentos. Podemos partir do gênero, um conceito de maior amplitude, qual seja, os Direitos do Homem. Segundo George Marmelstein[312], Direitos do Homem são "*valores ético-políticos ainda não positivados*". Já os Direitos Humanos são aqueles valores éticos, que tem a mesma natureza daqueles que originam os Direitos Fundamentais, porém positivados na esfera jurídica internacional.

Os Direitos Fundamentais, portanto, são aqueles positivados na Constituição, e que objetivam a proteção da dignidade humana e a limitação do poder. Nas palavras de George Marmelstein[313]:

> os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Para José Afonso da Silva[314], direitos fundamentais se referem a "princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico".

Estabelecida essa breve diferenciação, passemos agora a discutir a questão da titularidade dos direitos fundamentais pelos imigrantes que se encontram em situação irregular.

5 DA TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, os direitos e garantias fundamentais ali descritos. Contudo, é majoritária a doutrina que considera infeliz a expressão "estrangeiros residentes" e afirma que o constituinte "disse menos do que queria". É que a Constituição pátria, em

---

[312] MARMELSTEIN, op. cit., p. 25.
[313] MARMELSTEIN, op. cit., p. 20.
[314] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 178.

seu artigo 1º, inciso III, positivou, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, logo, não poderia deixar de garantir a todas as pessoas, independente de sua condição jurídica, os direitos fundamentais que têm por essência a condição humana da pessoa. Assim sendo, devem ser assegurados os direitos fundamentais a todos os estrangeiros em território nacional, inclusive aos que ingressaram clandestinamente ou, mais especificamente, os imigrantes não-documentados, pelo simples fato de pertencerem à raça humana.

Sobre a interpretação sistemática dos dispositivos magnos, mormente tendo em vista que tal interpretação envolve expansão dos direitos e das garantias fundamentais, George Marmelstein[315] discorre:

> Na verdade, a Constituição não pode ser interpretada "em tiras ou em pedaços", como sempre lembra o Min. Eros Grau do STF. Por isso, a expressão *brasileiros e estrangeiros residentes no País* deve ser analisada junto com o princípio da dignidade da pessoa humana. A partir do momento em que o constituinte positivou o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), pretendeu-se atribuir direitos fundamentais a todos os seres humanos, independentemente de nacionalidade.

No mesmo sentido, podemos citar a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRANSPLANTE DE MEDULA. TRATAMENTO GRATUITO PARA ESTRANGEIRO. ART. 5º DA CF.
> O art. 5º da Constituição Federal, quando assegura os direitos garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros residente no País, não está a exigir o domicílio do estrangeiro.
> O significado do dispositivo constitucional, que consagra a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, exige que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que condição. **Até mesmo o estrangeiro em situação irregular no País encontra-se protegido e a ele são assegurados os direitos e garantias fundamentais.** (TRF 4ª Região, AG 2005040132106/PR, j. 29/8/2006). (Negritou-se.)

Vale consignar a opinião de José Afonso da Silva[316]. Segundo ele, a Constituição determinou que os direitos e garantias fundamentais nela contidos tivessem como destinatários especificamente os brasileiros e os estrangeiros residentes no País, gozando eles de direito subjetivo, e tal fato deve ter consequências normativas. Ressalva o douto jurista que nem por isso os estrangeiros não residentes possam sofrer arbítrios, ou que possa haver legislação abusiva com relação a eles.

---

1. [315] MARMELSTEIN, OP. CIT., P. 212.
[316] SILVA, op. cit., 2005, p.193.

Outro ponto de destaque com relação à titularidade dos direitos fundamentais é justamente a questão da universalidade, princípio maior da teoria dos direitos humanos, e que apresenta agora uma nova feição, diferenciando-se da universalidade que caracterizou as primeiras declarações de direitos do homem. Como explica Paulo Bonavides[317]:

> A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universallidade.

Assim, os direitos fundamentais não podem ser destinados a apenas essa ou aquela pessoa, este ou aquele nacional, uma vez que se dirigem a todo e qualquer ser humano. Segundo Fábio Konder Comparato[318], "*é essa igualdade na essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos*".

Não é plausível sustentar a tese de que os direitos fundamentais, por estarem positivados na constituição de determinado Estado, possam ser garantidos somente aos nacionais daquele mesmo Estado. Todos os seres humanos estão albergados por essa "nova" universalidade, e a todos deve ser garantida a proteção dos direitos fundamentais.

6 BREVES NOTAS SOBRE A SITUAÇÃO DOS TRABALHADORES IMIGRANTES INDOCUMENTADOS NO BRASIL

As imigrações internacionais têm se tornado um fenômeno global nas últimas décadas, e um dos principais motivos dessas migrações é econômico, com destaque para a migração para o trabalho[319], pois as pessoas migram em busca de melhores condições de vida, com o intuito de trabalhar no país receptor:

---

[317] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p.574.

[318] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20.

[319] Thelma Cavarzere assim define esse tipo de migração: "Migração para o trabalho caracteriza-se pela saída da pessoa do país de que é nacional para um país estrangeiro, com vistas a ali se estabelecer e exercer atividade remunerada, ao invés de manter-se por conta própria". CAVARZERE, op. cit., 2001, p. 156.

> A imigração irregular tem aumentado como conseqüência de situações de extrema pobreza e falta de oportunidades no Estado de origem. Esse fato favoreceu o surgimento de uma 'indústria de migração'. Com o propósito de não pagar salários adequados e não esforçar-se para melhorar as condições de trabalho, os patrões optam por empregar imigrantes não-documentados.
>
> Em geral, existe um regime de imunidade para quem abusa da vulnerabilidade desses trabalhadores e um regime de castigo para os últimos. Em muitas ocasiões, o ingresso de imigrantes nos Estados receptores ocorre num contexto de procedimentos arbitrários e nem sempre os trâmites de deportação se realizam com as garantias mínimas exigíveis.[320]

Atualmente, o fluxo migratório para o Brasil, considerando as pessoas que entram de forma clandestina no território nacional, é proveniente especialmente de países da América Latina:

> No Brasil, o maior contingente de imigrantes em situação irregular é constituído por latino-americanos, com estimativas que apontam para um quantitativo em torno de 240 mil pessoas somente em São Paulo. A chamada comunidade latino-americana, naquela capital, constitui-se predominantemente de bolivianos, paraguaios, peruanos, colombianos e chilenos, grande parte deles 'indocumentados', como são designados os imigrantes em situação ilegal perante o governo.[321]

Assim, com o grande fluxo de trabalhadores migrantes, e, por outro lado, com o avanço das políticas migratórias restritivas, surge um grupo de trabalhadores que, não conseguindo atingir os requisitos necessários para trabalhar legalmente nos países de destino, ultrapassam clandestinamente as fronteiras, estabelecendo-se de forma irregular. Em decorrência da clandestinidade e da extrema necessidade - muitas dessas pessoas migram para escapar da miséria em que viviam no país de origem – aceitam trabalhar em condições de superexploração, pois precisam sobreviver de alguma forma, e também ficam com medo de serem descobertos pelas autoridades locais. Esses imigrantes sofrem constantemente violações de direitos fundamentais. Nas palavras de Thereza Rachel Couto Correia[322]:

> Os migrantes em situação irregular vivem numa condição de extrema vulnerabilidade. Com efeito, estão sujeitos facilmente à extorsão, aos abusos e à exploração por parte de empregadores, de agentes de migração e de autoridades estatais. Por medo de serem descobertos e expulsos, os migrantes em situação irregular sequer utilizam os serviços aos quais têm direito, embora contribuam com seus trabalhos para o enriquecimento dos países para onde migraram.

---

[320] CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de direitos humanos**: repercussão jurídica das opiniões consultivas. Curitiba: Juruá, 2008, p. 203.

[321] RIBEIRO, Heloisa Mazzoccante. **Política imigratória no Brasil contemporâneo:** limites e desafios na relação entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento. Brasília, UNB, 2007. 185p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade de Brasília, 2007, p. 136.

[322] CORREIA, op. cit., 2008, p.52.

Se por um lado todas essas violações ocorrem diariamente em território brasileiro, por outro, o Brasil é signatário do Pacto de San José, como mencionado anteriormente, e também estão previstos na Constituição direitos fundamentais, tendo como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, de forma que não se pode argumentar o fato de esses estrangeiros estarem em situação irregular para seu desamparo jurídico, pois os direitos fundamentais devem estender-se a todas as pessoas, a todos os seres humanos. Continua a autora[323]:

> Os direitos laborais fundamentais que não podem ser restringidos são aqueles que os instrumentos internacionais de direitos humanos consagram a respeito de todos os trabalhadores, inclusive os migrantes, independentemente de sua situação regular ou irregular. Nesse sentido, parece haver consenso derivado de tais instrumentos internacionais, de que existe um conjunto de direitos essenciais para a salvaguarda dos princípios da igualdade perante a lei e da não-discriminação; sua restição ou suspensão, sob qualquer título, convalida uma violação de direitos humanos.

Em resumo, os trabalhadores imigrantes que ingressam no país de forma ilegal para trabalhar em subempregos, como as mencionadas confecções clandestinas na cidade de São Paulo, têm seus direitos humanos e fundamentais malferidos, como o direito à liberdade, à dignidade, à saúde e, às vezes, o próprio direito à vida.

Portanto, constata-se a grande deficiência, tanto no direito interno quanto nos mecanismos internacionais, para a efetivação dos direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores migrantes não-documentados no Brasil, bem como a necessidade de se apresentar uma solução, com urgência, para esse problema.

7 CONCLUSÃO

De todo o exposto, pode-se extrair a pertinência da proteção dos direitos fundamentais de todo e qualquer ser humano, uma vez que tem como finalidade última a proteção da dignidade da pessoa humana. Ou seja, todas as pessoas, independente de nacionalidade ou qualquer outra condição, devem ter garantida a sua dignidade pelo simples fato de pertencer à raça humana, ou seja, apenas por sua qualidade de ser humano.

[323] CORREIA, op. cit., 2008, p. 190.

As questões levantadas quanto à titularidade de direitos fundamentais de estrangeiros irregulares devem ser superadas, contemplando o princípio máximo da dignidade da pessoa humana, bem como a universalidade dos direitos humanos.

Tendo em vista a grande importância do tema para o Brasil, uma vez que o número de imigrantes em situação irregular no país pode chegar à marca de um milhão, é necessário que o Estado reconheça a titularidade desses estrangeiros quanto aos direitos fundamentais e, sobretudo, promova a efetivação desses direitos a essa parcela populacional, atualmente à margem da proteção estatal.

8 BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

8. BRASIL TEM 600 MIL IMIGRANTES ILEGAIS, DIZ ENTIDADE. **NOTÍCIAS G1**, RIO DE JANEIRO, 27 MAR. 2008. DISPONÍVEL EM <HTTP://G1.GLOBO.COM/NOTICIAS>. ACESSO EM: 12 JUN. 2008.

CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de direitos humanos**: repercussão jurídica das opiniões consultivas. Curitiba: Juruá, 2008.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **World Migration 2008:** managing labour mobility in the evolving global economy. v. 4. IOM world migration report series. Geneva, 2008.

MARMELSTEIN, GEORGE. **CURSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**. SÃO PAULO: ATLAS, 2008.

RIBEIRO, Heloisa Mazzoccante. **Política imigratória no Brasil contemporâneo:** limites e desafios na relação entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento. Brasília, UNB, 2007. 185p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade de Brasília, 2007.

ROSSI, Camila Lins. **Nas costuras do trabalho escravo**: um olhar sobre os imigrantes bolivianos ilegais que trabalham nas confecções de São Paulo. São Paulo, USP, 2005, 40p. Trabalho de conclusão de curso. Escola de comunicações e artes, Departamento de Jornalismo e Editoração. Universidade de São Paulo, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005

ENSINO E RECUSA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: A AMBIVALÊNCIA DAS ORIGENS, DOS FUNDAMENTOS E DA EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS*

EDUCATION AND REFUSAL OF HUMAN RIGHTS IN BRAZIL: THE AMBIVALENCE OF THE ORIGINS, OF THE FOUNDATIONS AND OF THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS

Arthur Roberto Capella Giannattasio

RESUMO

O presente trabalho investiga, a partir de uma postura zetético-crítica, a maneira pela qual a literatura jurídica brasileira tradicional discute a origem e os fundamentos dos Direitos Humanos. Partindo da distinção dicotômica dos Direitos Humanos em direitos do homem e direitos do cidadão, percebe-se que a Dogmática Jurídica tradicional compreende os Direitos Humanos apenas enquanto possibilidade de apropriação de parcelas do ordenamento jurídico por grupos particulares, de acordo com as singularidades específicas dos interesses destes. Tal postura ignora a outra face dos Direitos Humanos enquanto direitos cívicos, promotora da aproximação e da solidariedade entre os Homens, para, pelo agir em conjunto, permitir a contestação da ordem sócio-político-econômica vigente, propondo a alteridade nos destinos da Polis. Reduzidos à dimensão mera alocação superficial de direitos, os Direitos Humanos revelam estar desprovidos de efetiva capacidade mobilizadora, vertente geralmente relembrada apenas em momentos de profunda opressão totalitária. Para desocultar a face eclipsada dos Direitos Humanos, para além de uma dimensão meramente reivindicativa de direitos-privilégios, mostra-se necessário relembrar a importância da busca da realização da promessa da Política que, ao invés da promessa da Economia, pretende dissipar os antagonismos mútuos, viabilizando a preservação da comunidade geral dos homens.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS; EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS; RECUSA DOS DIREITOS HUMANOS; LIBERDADE CÍVICA; TOTALITARISMO ECONÔMICO.

ABSTRACT

This paper investigates, from a skeptical-critical posture, the perspective according to which brazilian traditional legal literature discusses the origins and the foundations of Human Rights. From the dichotomous distinction of Human Rights as rights of men and rights of citizens, it can be found that the traditional legal studies conceive Human Rights only as means to appropriate shares of the legal system by groups, according to their specific interests. This attitude ignores the other side of Human Rights as civil rights, which promotes the rapprochement and the solidarity among men to act politically, in order to challenge the socio-political and economic order by proposing an alter destination to their Polis. Merely reduced to a trivial distribution of rights, Human

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Rights show their lack of effective mobilizing capacity, usually remembered only in times of deep totalitarian oppression. To discover the eclipsed face of Human Rights, surpassing the claim of rights-privileges feature, it is necessary to remember the importance of fulfilling the promise of politics, which, rather than the promise of Economics, seeks to dispel the mutual antagonism between men, in order to preserve the general community of men.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS; EDUCATION IN HUMAN RIGHTS; REFUSAL OF HUMAN RIGHTS; CIVIL LIBERTIES; ECONOMIC TOTALITARIANISM.

1 Introdução

O presente artigo remonta a um debate desenvolvido sobre o tema da recusa dos Direitos Humanos no Brasil, iniciado no curso "Ética e Filosofia Política: Polêmica sobre Direitos Humanos" do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH/USP), a partir da incitação à reflexão deflagrada por provocação feita em sala pelo Professor Milton Meira do Nascimento.

A discussão surgira a partir do convite à reflexão proposto sobre a seguinte frase, polêmica, supostamente proferida por um morador de rua: "Não quero a liberdade, nem a propriedade, nem a Segurança Pública. Recuso-me a aceitar todos esses direitos, e o faço em nome dos meus Direitos Humanos sagrados e inalienáveis".

Em um primeiro momento, é possível entender que ela aparenta, por si só, trazer consigo um grande paradoxo, visto parecer direcionar seu autor à contradição, na medida em que proclama a negação, em nome de seus Direitos Humanos sagrados e inalienáveis, daquilo que comumente é entendido como a expressão por excelência dos Direitos Humanos.

No entanto, deve-se notar que essa construção possui uma profunda significação, perceptível apenas se se ultrapassar o mero exame superficial de seus elementos constitutivos. Se há uma tensão, por aparente contradição, deve ela ser superada por uma solução racionalmente construída, a fim de compreender, de modo ordenado, a condução do pensamento feita por aquele quem proferiu determinada sentença, visto que "[u]ma das lições de Auschwitz consiste precisamente em que entender a mente de um homem comum é infinitamente mais difícil que compreender a mente de Spinoza ou de Dante [...]." (AGAMBEN, 2008, p. 21).

Nesse sentido, deve-se pressupor, ainda mais no caso de uma sentença pronunciada por um homem comum – morador de rua -, a existência de verdadeiro encadeamento complexo de razões que motivaram um determinado discurso de sua parte. Singelas interpretações paternalistas, descritivas, ou ainda, meramente compreensivas, não são capazes de viabilizar o adequado entendimento acerca da complexidade reflexiva em torno das razões individuais que poderiam motivar um ser humano, em precárias condições, a recusar aquilo que é tido por mais sagrado por outros.

Nesse sentido, para poder tentar compreender, minimamente, o significado subjacente ao polêmico discurso supostamente proferido pelo morador de rua, a investigação jurídica se pautará por critérios alicerçados na Filosofia do Direito, dentro daquilo que se propõe a zetética jurídica, recorrendo-se ao auxílio da Filosofia, na medida em que se preocupa com o Direito como objeto de investigação crítico-reflexiva (FERRAZ JR., 2001, p. 39-44; ROESLER, 2002, p. 82), exatamente por ser o instrumento adequado para "pensar em trinta páginas aquilo que foi dito em três palavras" (DEGUY, 2000, p. 9 *apud* MATOS, 2006, p. 24).

Sendo assim, para o desenvolvimento de um trabalho apto a compreender todo o complicado campo significativo passível de ser depreendido daquela frase dita pelo morador de rua, é necessário que sejam seguidas três etapas fundamentais, quais sejam, a de entender o que são historicamente os Direitos Humanos, e quais são eles, a fim de se poder divisar em nome do que, precisamente, o morador de rua recusa aquilo que, comumente, é percebido como Direito Humano Fundamental. É por esse motivo que o presente artigo, a fim de empreender um processo de tentativa de compreensão racional da construção discursiva proferida pelo morador de rua, estrutura-se em três partes distintas.

A primeira parcela se destina a desdobrar o paradoxo, revelando-o, a fim de tornar clara a tensão produzida a partir desse exame meramente superficial das palavras articuladas pelo morador de rua.

Para tanto, será consultada a bibliografia básica sobre Direitos Humanos Fundamentais, manualesca, comumente utilizada nos cursos de Direito. Perceber-se-á que o ensino irrefletido sobre os Direitos Humanos, destinado à formação das bases de compreensão sobre uma possível importância dos mesmos em sociedade, não está apto a fornecer elementos suficientes para superar a tensão revelada pela angústia do homem comum, reflexo da insuficiência cognitivo-explicativa da Dogmática Jurídica tradicional sobre os Direitos Humanos, enclausurada a qualquer espécie de questionamento ou de indagação mais aprofundada.

A segunda parte deste estudo, por sua vez, busca propor um desenho inicial de uma tentativa de solucionar, racionalmente, a tensão não respondida suficientemente pelo instrumental teórico fornecido pela Teoria sobre Direitos Humanos tradicionalmente ensinada.

Neste sentido, serão utilizadas referências bibliográficas de caráter crítico, buscando apontar possíveis resoluções para as aporias encontradas, constantes daquela Teoria romântica e edenizadora dos Direitos Humanos, tradicionalmente reproduzida nos cursos jurídicos sem qualquer crivo crítico. Pressupõe-se, deste modo, haver algum motivo que justifique uma recusa racional dos Direitos Humanos, apenas perceptível a partir de uma investigação de caráter crítico, próprio de uma postura afinada aos mandamento de uma zetética jurídica.

Pretende-se, deste modo, ao final desta segunda parte, esclarecer, adequadamente, a frase proferida pelo morador de rua. No entanto, uma dúvida ainda persistirá, a qual não poderá deixar de ser examinada, ainda que não se consiga encontrar uma resposta última e definitiva sobre a questão: o que restaria, ainda, dos Direitos Humanos? Haveria,

ainda, algum sentido possível para essa expressão? Este será o centro de preocupação da terceira e última parte do presente estudo.

2 A Explicitação do Paradoxo pela Teoria Tradicional dos Direitos Humanos

A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à *dignidade humana* em seu sentido mais amplo (MORAES, 2003, p. 22, grifos do autor)

A frase proferida pelo morador de rua, em termos de Teoria Tradicional sobre os Direitos Humanos, causa espanto, não apenas pela firmeza de suas palavras quando ditas por um morador de rua, o homem supostamente desprovido de direitos por excelência, mas, sim, porque, em nome dos Direitos Humanos, recusa todos aqueles direitos que são, comumente, percebidos como inerentes ao Homem, ou ainda, como fundamentais.

A declaração, à luz de uma concepção tradicional de Direitos Humanos, produz um sentimento inicial de estranheza, porque, afinal, como alguém, sem qualquer propriedade, sem qualquer segurança pública, ou mesmo sem efetiva liberdade, pode querer recusar tais direitos, em nome dos Direitos Humanos? "Como os homens desprovidos podem, assim, abster-se de aproveitar dos direitos que se mostram acessíveis, ou os recusar, mesmo quando lhes são oferecidos?" (D'HONT, 1986, p. 220, tradução nossa)[1].

A construção pareceria, realmente, paradoxal, e o fato de seu autor ser morador de rua não ameniza essa aparente contradição, afinal, "entender a mente de um homem comum é infinitamente mais difícil que compreender a mente de Spinoza ou de Dante [...]." (AGAMBEN, 2008, p. 21). Com efeito, é importante lembrar, inclusive, que

a recusa daquilo que se chama, hoje, de direitos do homem, foi tanto geral, durável e irredutível como sua reivindicação. Em todos os tempos, sobre todos os continentes, centenas de milhões de homens rejeitaram os "direitos do homem", ou alguns desses direitos[, ainda que por] formas suaves, vagas, involuntárias, à meia consciência. (D'HONT, 1986, p. 217-8, tradução nossa)[2]

Os Direitos Humanos são vistos comumente, como instrumentos de limitação e de controle dos abusos do Poder estatal, bem como de suas autoridades constituídas, fundados nos princípios da igualdade, estando voltados à consagração do respeito à

dignidade humana, à garantia da limitação do Poder, e ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e de suas capacidades (MORAES, 2003, p. 19-20). São, assim, "situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana" (SILVA, 2005, p. 179).

Funda-se na idéia de os Homens são igualmente livres e independentes por natureza, com certos direitos inatos, dos quais não deve ser privado ou despojado (BASTOS, 2001, p. 177), na medida em que o objetivo dos direitos humanos é criar e manter os pressupostos de uma vida na liberdade e na dignidade humana (BONAVIDES, 2006, p. 560).

Nesse sentido, para tanto, o indivíduo deve ter garantida uma esfera de proteção individual onde sua liberdade deve estar protegida e assegurada de qualquer intervenção estatal, quem deve perceber a existência de limites a sua ação. Trata-se, assim, de uma prestação negativa do Poder Público estatal, ou ainda, de uma omissão de ofender interesses individuais como a vida, a liberdade e a propriedade. A proteção de interesses materiais, deste modo, incluir-se-ia dentre a proteção da incolumidade física dos homens (BASTOS, 2001, p. 173-4).

Deve-se notar, inclusive, que são a liberdade, a propriedade, a vida, a segurança e a resistência à opressão, os tradicionais direitos humanos, percebidos como inalienáveis, sagrados e naturais (BONAVIDES, 2006, p. 562). A idéia de Direitos Humanos, tendo por conteúdo os cinco direitos acima mencionados, deteria um caráter profunda e efetivamente revolucionário (SILVA, 2005, p. 172).

Os Direitos Humanos, ainda segundo essa concepção, seriam, basicamente, direitos (i) irrenunciáveis, ou seja, impassíveis de sofrerem renúncia, apesar de poderem deixar de ser exercidos; (ii) inalienáveis, porque intransferíveis e inegociáveis, sem conteúdo econômico-patrimonial, sendo, assim mesmo, indisponíveis; e (iii) universais, abrangendo todo ser humano, independentemente de sua nacionalidade, de seu sexo, de sua raça, de seu credo ou de sua convicção político-filosófica (MORAES, 2003, p. 41; SILVA, 2005, p. 181).

Enfim, se os irrenunciáveis Direitos Humanos têm por finalidade básica o respeito à dignidade, a proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida, para o desenvolvimento pleno da personalidade humana (MORAES, 2003, p. 39), como entender que o morador de rua pode *renunciar*, de fato, declarada e expressamente, aos Direitos Humanos e à realização de suas finalidades, se, ele mesmo, seria o representante, em mais alto grau, da condição de refugo, de ser redundante, enfim, de lixo humano, cuja vida é desperdiçada pela própria humanidade (BAUMAN, 2005, p. 17-45)? Como entender, enfim, que o ser humano mais desprovido de proteção, e de direitos realizados, pode cogitar e afirmar sua recusa, consciente, racional, lúcida e deliberada, aos Direitos Humanos Fundamentais?

Em outros termos, o aparente paradoxo decorrente da frase do morador de rua pode ser precisado em três grandes eixos:

(i) o morador de rua recusa seus Direitos Humanos, algo inconcebível a uma compreensão tradicional da literatura jurídica sobre este objeto de estudo, visto como imprescritível, irrenunciável, inalienável e indisponível;

(ii) o morador de rua, geralmente concebido como ser humano em posição frágil por carecer de condições mínimas de subsistência, recusa os efeitos últimos por excelência dos Direitos Humanos, a saber, a dignidade, a proteção individual, a obtenção de condições mínimas de vida e o pleno desenvolvimento de sua personalidade: segundo uma percepção tradicional dos Direitos Humanos, aquele quem mais precisa deles, afasta-os, ou deles se alija, por deliberação consciente e racional; e

(iii) o morador de rua parece reconhecer alguma importância nos Direitos Humanos, qualificando-os como sagrados e como inalienáveis e, em nome destes, renuncia a outros direitos comumente vistos como constituindo o conteúdo principal dos Direitos Humanos: em nome dos sagrados e inalienáveis Direitos Humanos, o morador de rua rejeita os direitos tradicionalmente tidos como tais, atribuindo-lhes, parece, um grande ar de desprezo.

No entanto, a despeito do aparente paradoxo, é possível examinar o discurso do morador de rua a partir de uma óptica que pretenda dissipar essa contradição revelada pelos limites analíticos da compreensão da literatura jurídica tradicional. Seu arcabouço conceitual se mostra insuficiente para apreender, do modo coerente, o discurso do morador de rua que recusa os Direitos Humanos. Assim, mostra-se necessário direcionar a investigação a partir de um pensamento crítico sobre os Direitos Humanos, um que extrapole os limites cognitivos do pensamento jurídico corrente.

A zetética jurídica enfatiza a dimensão pergunta na solução dos problemas (FERRAZ JR., 2001; MATOS, 2006, p. 38; ROESLER, 2002, p. 80), coloca em dúvida determinados conceitos básicos, certas premissas, abrindo à reflexão os elementos que constituem a base de organização de um sistema vigente de enunciados jurídicos, reformulando parte da orientação dada pela teoria jurídica tradicional e dogmática.

A insuficiência e a exaustão da capacidade explicativa de determinado aparato conceitual do pensamento jurídico convida a uma postura jurídico-reflexiva renovada, questionadora, que parte do problema em busca do sistema explicativo, e não do sistema, para a solução do problema, por o sistema não poder mais deter possibilidade de atribuir significação coerente aos elementos constitutivos e solucionadores do problema. Trata-se, eminentemente, de um direcionamento zetético da perquirição jusfilosófica (ALVES, 2003, p. 373).

Desconstruções e reconstruções sígnico-lingüísticas, de caráter estipulativo (FERRAZ JR., 2001, p. 34-40; LOPES, 2004, p. 24-46) sobre aquilo que se deve entender, ou não, por jurídico abre nova série de possibilidade contingentes de formas de compreensão do mundo e de direcionamento deste, a partir de uma nova compreensão sobre o Direito, visto que o estudo de um objeto significa o construir (ALVES, 2003, p. 298); se o objeto é o Direito, uma compreensão renovada do Direito significa uma reestruturação da arquitetura institucional e social da realidade (LOPES, 2004).

É nesse sentido que se desenvolverá o tópico a seguir, na tentativa de fornecer uma possível solução a esse paradoxo a partir de uma compreensão jusfilosófica não tradicional dos Direitos Humanos, na linha de uma investigação de zetética jurídica, cuja finalidade última, comprometida com a busca incessante da verdade (FERRAZ JR., 2001), é constituir uma maneira diferenciada de concepção do objeto que, a final, é o

próprio Direito e, indiretamente, a própria realidade, por o Direito constituir a realidade (LOPES, 2004).

3 O Homem e o Cidadão: a Ambivalência e o Eclipsamento dos Direitos Humanos

As normas pelas quais a sociedade funciona também moldam o caráter dos seus membros (caráter social). (FROMM, 1987, p. 82).

O aparente paradoxo, em torno de três grandes eixos principais, fundados na compreensão tradicional dos Direitos Humanos, é passível de solução a partir de uma compreensão crítica sobre os Direitos Humanos, cujo fundamento primordial pode ser encontrado nas reflexões de Karl MARX sobre as Declarações de Direitos dos Homens. Pode-se entender que a postura de morador de rua é, em muito, reflexo do juízo daquele pensador, a base do sentido de seu discurso.

De fato, é importante perceber que Karl MARX efetua uma distinção dentro da noção de Direitos Humanos, diferenciando entre os direitos do cidadão e os direitos do homem. Os primeiros seriam os direitos cívicos, de caráter político, apenas exercidos na comunidade com outros. Os ditos direitos do homem, por outro lado, se refeririam ao homem membro da sociedade civil (1997, p. 83-4).

É nesta distinção de base, fundante e primeira, que reside a possibilidade de resolução do paradoxo da frase proferida pelo morador de rua. Mais do que isso, esse paradoxo verificado em uma dimensão singular e microcósmica revela, na verdade, um importante problema fundamental em torno do tema dos Direitos Humanos que informa, não apenas a maneira como eles são compreendidos pelos discursos jurídicos tradicionais, inclusive por aqueles destinados à educação formativa em Direitos Humanos, mas também o sentido e a orientação da mobilização pública de caráter político-reivindicativo em nome dos Direitos Humano.

Com efeito, deve-se notar que a literatura jurídica tradicional sobre Direitos Humanos exposta no item anterior é ensinada, aprendida e repetida acriticamente nas Escolas de Direito pressupondo, enquanto fundamento teórico-metodológico da *práxis* dos Direitos Humanos, a concepção restrita e reduzida de Direitos Humanos enquanto direitos do homem.

Plenificada a noção dos Direitos Humanos por este conceito diminuto e limitado dos direitos do homem, promove-se o eclipsamento e o esquecimento da outra dimensão daqueles Direitos - salvo, talvez, em construções em torno de argumentos retóricos, eloqüentes, apaixonados e idealmente vazios -, a saber, a vertente que concebe os Direitos Humanos como direitos do cidadão.

Isso porque, segundo Karl MARX, os direitos do homem são os direitos do membro da sociedade civil *burguesa*, ou ainda, mais especificamente, o direito do homem burguês, "egoísta, do homem separado do homem e da comunidade", expressos, exatamente, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, em seu art. 2º, citado pelo mesmo autor: os direitos do homem, naturais e imprescritíveis, são a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade (MARX, 1997, p. 85).

Por outro lado, os direitos do cidadão seriam os direitos cívicos, típicos de uma comunidade, em que se pressupõe o estar com o outro, agindo em conjunto, para a tomada de decisão política. Semelhante à liberdade dos antigos (BOBBIO, 2000, p. 104-5), a liberdade cívica seria a de participação política ativa na definição dos destinos da *Pólis* (políticos), admitindo-se a aproximação entre Direito e Política (LEFORT, 1987; MARX, 1997).

Esta é, na verdade, a essência da crítica marxista aos Direitos Humanos, e a base para compreender o discurso do morador de rua: aqueles direitos do homem especificados na Declaração blindaram a noção de Direitos Humanos à possibilidade de inserção de outra modalidade de compreensão dos mesmos. Em outras palavras, a concepção de Direitos Humanos enquanto direitos do homem, acriticamente repetida, implicou o preenchimento integral de todo o campo semântico de possível significação da expressão Direitos Humanos pela noção do "homem como *bourgeois*, [...] tomado por homem verdadeiro e propriamente dito" (MARX, 1997, p. 87, grifos do autor).

Historicamente, os Direitos Humanos se reduziram aos direitos do homem, bastando perceber que a Teoria Tradicional dos Direitos Humanos, ignorando a conclusão de Karl MARX de que tais direitos seriam privilégios burgueses com pretensões universalistas, compreende exatamente esses mesmos direitos como os Direitos Humanos por excelência – e, por que não, fundamentais? -: "[e]ste *homem*, o membro da sociedade civil, é agora a base, o pressuposto, do Estado *político*. É por ele reconhecido como tal nos direitos do homem" (MARX, 1997, p. 89, grifos do autor).

Nesse sentido, a liberdade protegida pelos direitos do homem consiste na liberdade de isolamento do indivíduo com relação aos demais homens, limitado a si, enquanto que a propriedade seria o direito de interesse próprio, sem referência a outros homens. Por outro lado, a igualdade defendida seria a de que os homens seriam igualmente livres para se voltarem sobre si mesmos, isolados, ao passo que a segurança seria a garantia pública do egoísmo humano: Direitos Humanos reduzidos aos direitos do homem não permitem ultrapassar, nunca, o homem egoísta, isolado da comunidade, remetido a si mesmo, a seus interesses privados e ao que é seu (MARX, 1997, p. 85-6).

Nesse sentido, é interessante notar que a sociedade constituída enigmaticamente sobre a noção de Direitos Humanos reduzida proclama sua legitimidade por meio do direito do homem egoísta, isolado de seu semelhante e da comunidade. O egoísmo e a lógica apropriativa se tornam o fundamento das relações sociais na esfera pública, privatizada, ou seja, fundariam uma sociedade eminentemente civil, desprovida de qualquer dimensão ou preocupação política da sociedade civil (MARX, 1997, p. 85-6): "[o] único vínculo que os mantém juntos é a necessidade de Natureza, a precisão [*Bedürfnis*] e o interesse privado, a conservação da sua propriedade e da sua pessoa egoísta." (MARX, 1997, p. 86-7).

Uma sociedade cujos princípios são a aquisitividade, o lucro e a propriedade enseja um caráter social orientado no sentido do ter, e uma vez que o padrão dominante seja estabelecido, ninguém deseja ser marginalizado; para evitar esse risco, todo se adaptam à maioria, que tem em comum apenas seu antagonismo mútuo. (FROMM, 1987, p. 113)

Trata-se da reprodução da lógica privatista, apropriativa, despreocupada com o bem e com a salvação públicos e com o outro, típico do modo ter de existência de caráter burguês, onde "meu relacionamento com o mundo é de pertença e posse, em que quero que tudo e todos, inclusive eu mesmo, sejam minha propriedade" (FROMM, 1987, p. 43); a "natureza do modo ter de existência decorre da natureza da propriedade privada. Nesse modo de existência, tudo o que importa é minha aquisição de propriedade e meu irrestrito direito de manter o adquirido. O modo ter exclui todos os demais." (FROMM, 1987, p. 87).

Cingir a compreensão dos Direitos Humanos à noção dos direitos do homem é permitir, ao ignorar a dimensão dos direitos do cidadão, a constituição de um fundamento impolítico da percepção do indivíduo sobre si mesmo – porque incapaz de efetuar um exercício reflexivo de autocompreensão ético-política -, sobre a sociedade onde se insere, bem como de seu entendimento acerca dos produtos culturais e históricos de sua sociedade, como sua ordem jurídica, suas instituições e suas cosmovisões.

Tal sociedade passa a estar voltada à realização de um homem que não existe porque artificial, alegórico e moral, pretensamente universal (MARX, 1997, p. 90). Diz-se pretensamente, porque resultariam da consagração jurídica de noções particulares e específicas de uma formação cultural singular que pretende se travestir de totalidade, ou melhor, de universalidade. Os Direitos Humanos compreendidos como direitos do homem seriam os direitos do homem burguês, ou mesmo, os privilégios insertos no aparato estrutural jurídico estatal – e, hoje, também universal - de um homem singular, alçado à posição abstrata de homem universal (MARX, 1997, p. 91-7).

Nesse sentido, é interessante notar que toda a tradição teórica dos Direitos Humanos conhece, mas ignora, ou não consegue perceber criticamente, o fato de que a constituição fundamental dos Direitos Humanos é a noção de direitos do homem, reprodutora da lógica burguesa de apropriação de parcelas privilegiadas e estratégicas do Direito por meio da inserção de direitos singulares, verdadeiros privilégios pretensamente universais, no aparato estrutural de uma ordem jurídica.

Nesse sentido, basta mencionar, por exemplo, a referência constante à Magna Carta (*Magna Charta Libertatum*), outorgada, em 1215, na Inglaterra, pelo rei João Sem-Terra, consagrando, entre outros direitos, restrições tributárias aos senhores feudais, nobres vassalos do rei que lhe impuseram a confirmação de seus privilégios particulares por deterem, de fato, maior força militar (BASTOS, 2001, p. 174). Não se pode ignorar, inclusive, que ela foi "confirmada seis vezes por Henrique III, três vezes por Eduardo I, catorze vezes por Henrique V e uma vez por Henrique VI" (MORAES, 2003, p. 25).

No entanto, não se pode deixar de notar que a idolatrada Magna Carta, percebida como Carta de Direitos, na verdade, constitui uma Carta de Privilégios, em uma tentativa de lançar, por força/imposição forçada, à totalidade, o ponto de vista da singularidade de determinado grupo, ou seja, uma tentativa de tornar universal o que é, efetivamente, particular. Nessa linha histórica de os Direitos Humanos serem a inserção de privilégios pretensamente atribuíveis a todos os homens, não se pode esquecer que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão francesa detinha grande teor universalista; de fato, "[f]oi para ensinar o mundo que os franceses escreveram" (BOUTMY, 1907, p. 139-40 *apud* BONAVIDES, 2006, p. 562).

Os privilégios burgueses assim consagrados foram utilizados historicamente apenas para servir o Poder, perpetuando e aprofundando a lógica burguesa de dominação (FROMM, 1987, p. 43 e 87), ou ainda, da subordinação dos pobres aos ricos, e dos trabalhadores a seus patrões, nunca, de fato, universalizável, nunca, efetivamente, realizável para todos, sem promover a concretização da promessa de realização plena da dignidade da pessoa humana (VILLEY, 1986, p. 196-7). Nesse mister, o Direito deteve a capacidade de, retoricamente, ser instrumento legal de promoção do controle social (CUNHA, 1979), para tentar garantir a pacificação das convulsões e dos conflitos da sociedade (FERRAZ JR., 2001), um verdadeiro instrumento de violência simbólica – a violência dos signos do Direito – (FARIA, 1988) despreocupado com a efetiva eficácia dos mandamentos normativo-jurídicos insertos pela ação reivindicativo-apropriativa do Direito (NEVES, 1994).

Na verdade, o que parece ter sido universalizado, de fato, não foram os privilégios travestidos de direitos, por meio de sua efetiva concretização a todos os homens, mas, sim, a racionalidade de cada grupo com particularidades específicas buscar, incessantemente, a inserção desenfreada e contínua, na estrutura normativo-jurídica da ordem existente, de um ou de outro privilégio singular seu, conforme suas idiossincrasias, inflando o rol de Direitos Humanos enquanto direitos do homem egoísta e isolado de uma comunidade.

Isso porque, seguindo a lógica de que os Direitos Humanos são os direitos do homem, e que esses, na verdade, são apenas os privilégios inseridos em Direito, mais e mais grupos têm buscado participar do rol dos Direitos Humanos como promessa de algo a ser realizado, a fim de "abocanhar", cada vez mais, individualmente, a *sua* parcela grupal individual "do bolo".

O triunfo dos direitos do homem é a consagração do atrofiamento, em nós, do senso de *justiça*. A justiça tem um equilíbrio; ela não favorece ninguém, nem mesmo o pobre […]. Ela desconfia de batizar de direito nossas aspirações pessoais, quaisquer que sejam seus fundamentos. Não é mais justo lá onde a "cólera" dos viticultores, dos siderurgistas, ou de quem quer que seja, é, *ipso facto*, aclamada como "direito" – e suas necessidades qualificadas, automaticamente, como "reivindicações legítimas". (VILLEY, 1986, p. 198-9, grifos do autor, tradução nossa)[3]

Trata-se, nesse sentido, de uma política meramente afirmativa de direitos – e de reforço da racionalidade típica da ordem jurídico-política econômica vigente, conforme os mandamentos do modo de existência ter - destinada à correção de resultados indesejáveis sem o incômodo das estruturas geradoras das injustiças. Não tem, nesse sentido, um caráter transformativo, por não pretender corrigir os resultados injustos mediante a reestruturação das causas que os engendram.

Nesse sentido, ao invés de se pensar na prática de *ações transformativas* (i) *redistributivas*, em que há uma reestruturação profunda das relações de produção, eliminando diferenciações entre grupos, ou (ii) *de reconhecimento*, em que há uma desconstrução em razão de uma reestruturação profunda das relações de reconhecimento simbólico-cultural, desestabilizando as diferenciações entre grupos, os Direitos Humanos, enquanto direitos do homem, preocupam-se com *ações afirmativas* (i) *redistributivas*, em que se age para efetuar realocações superficiais de bens existentes, apoiando a diferenciação entre grupos, ou (ii) *de reconhecimento*, em que há a realocação superficial de respeito às identidades de grupos, também apoiando diferenciação entre grupos (FRASER, 2001, p. 265-73; HABERMAS, 2004a, 2004b).

Essa tendência, inclusive, é traduzida na Teoria Tradicional pela quarta fase do encadeamento acrítico, lógico e cronológico, das etapas de surgimento e de evolução dos Direitos Humanos, como Norberto BOBBIO as diferencia e as nomeia, na seguinte ordem "historicamente rigorosa"[4]: positivação, generalização, internacionalização e especificação. Esta última consistiria na preocupação com o ser em situação: idosos, mulheres, etc. (BOBBIO, 2004, p. 49-50, 54-6, 66-9 e 78-9).

No entanto, além dessa tendência à especificação de Direitos Humanos, ou melhor, à progressiva inclusão de privilégios grupais, específicos e singulares e, portanto, não universalizáveis, nas estruturas jurídicas estatais e internacionais, deve-se notar uma de suas graves conseqüências para além de seu mero incentivo à privatização do Direito, qual seja, a de promover a inflação normativo-jurídica, ou ainda, a hiperjuridificação descomprometida com a realizabilidade (FARIA, 1988, 1999).

Houve a ampliação histórica do rol dos direitos entendidos como Direitos Humanos, abarcando, agora, a característica de se centrarem também em questões socioeconômicas e culturais. Em outros termos, seguindo a Teoria Tradicional, surgem os direitos de segunda geração, fundados no princípio da igualdade (BONAVIDES, 2006, p. 564), buscando atender "aqueles que não são capazes de acompanhar a marcha do rumo da auto-suficiência e por razões diversas, como a idade, a doença, e muitos outros infortúnios, se vêem na necessidade de valer-se do socorro da sociedade" (BASTOS, 2001, p. 179).

Tais direitos, por outro lado, possuem "eficácia duvidosa", motivo pelo qual "foram remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade" (BONAVIDES, 2006, p. 564). São conteúdo, enfim, de norma programática, de eficácia limitada "e de aplicabilidade indireta [apesar de serem] tão jurídicas como as outras" (SILVA, 2005, p. 380).

Contudo, interpretar doutrinariamente as normas de Direitos Humanos sociais – ou ainda, frise-se, de direitos do homem, no sentido dado por Karl MARX – como normas

programáticas é, na verdade, uma maneira, ainda que não intencional, de abrir um precedente conformista à não realização desses privilégios-direitos que se pretendem universais: "[n]orma programática passou a ser sinônimo de norma que não tem qualquer valor concreto [...]. Toda norma incômoda passou a ser classificada como 'programática'." (BERCOVICI, 2005, p. 40).

Essa ampliação de rol de privilégios-direitos efetivamente constituiu, a pretexto de realização universal de interesses egoísticos, econômicos, sociais e culturais, pretensamente universais, uma série de "promessas que não são mantidas, mas em toda parte irrealizadas, [que] deixa[m] as pessoas decepcionadas e amargas" (VILLEY, 1986, p. 196-7, tradução nossa) [5]. Enfim, "[u]ma sociedade cheia de direitos é uma sociedade vazia de justiça" (BITTAR, 2005, p. VIII).

Assim, permanecer aguardando a realização de direitos pela sociedade, em outros termos, significa acatar a ordem vigente das coisas de uma sociedade impolítica, egoísta, despreocupada com o bem e com a salvação públicos, muito menos com o outro. Contando com ela, pode-se esperar, seguramente, a não realização dos privilégios pretensamente universalizados e, portanto, a própria morte.

Constitui-se, em suma, uma situação semelhante à condenação de ser sagrado do Direito Romano, segundo o qual o homem declarado sagrado era enviado para a zona cinzenta em que não mais era homem, mas não era ser divino, matável a qualquer momento, por qualquer um. Sagrado e maldito. Fasto e nefasto (AGAMBEN, 2007, p. 89-90; NASCIMENTO, 2002, p. 2509). A diferença, hoje, reside no fato de o Homem não ser declarado sagrado, mas, sim, de ser submetido a algo tido por sagrado, inviolável e inquestionável, os Direitos Humanos. Contudo, padece dos mesmos males, por persistir sua situação de matabilidade em potencial.

Assim, o ser humano miserável (aquele morador de rua), sem condições para manter sua subsistência, está sujeito à tutela dos ineficazes e irrealizáveis privilégios-direitos sociais do homem. Persiste vagando entre os Homens, sem poder esperar qualquer possibilidade de destino melhor de sua situação, porque, de fato, ser unicamente humano, afinal, nada significa, porque "[p]arece que o homem que nada mais é que um homem perde todas as qualidades que possibilitam aos outros tratá-lo como semelhante" (ARENDT, 2004, p. 333-4).

Promove-se, assim, uma verdadeira promoção institucional de matança impune, uma exceção ao *direito* tipicamente *humano* de proibição do homicídio (AGAMBEN, 2007, p. 88-9), situação da qual todos permanecem como testemunha indiferente, acrítica e não indignada, e, por isso, tão carrascos quanto os executores - a banalidade do mal - (AGAMBEN, 2008, p. 27-31) enquanto persistirem presos às amarras de uma concepção Tradicional dos Direitos Humanos.

Enquanto os Direitos Humanos forem reduzidos a uma compreensão afinada ao modo ter de existência, meramente reivindicativa de (re)afirmação da lógica de apropriação privilegiada de parcelas da ordem jurídica, despreocupada com o bem público e com o outro, muitos persistirão na miserabilidade, a despeito de receberem a proteção universal dos privilégios grupais, e da possibilidade de, eventualmente, poderem inserir no Direito, normas irrealizáveis afeitas a suas específicas necessidades.

Pode-se perceber, inclusive, que a inserção de tais normas programáticas sobre privilégios-direitos sociais em textos constitucionais possui, efetivamente, muito mais uma função simbólica de legitimação da ordem vigente do que, propriamente, ser a promessa de sua efetiva realização, ou seja, pretende-se pacificar a sociedade pelo compromisso dilatório de realização dos privilégios-direitos sociais, legitimando o regime jurídico-político vigente (descarregamento de tensões sociais), em detrimento do cumprimento da promessa de realização dos privilégios-direitos (NEVES, 1994).

Diante dessas considerações, é possível, agora, compreender a frase do morador de rua: ele se recusa a se submeter a uma vida sacrificável, a aguardar a tutela ineficaz e irrealizável dos sagrados, invioláveis e inquestionáveis (tabu) privilégios-direitos sociais do homem, tipicamente egoístas e isolados, próprios de uma particularidade social que pretende o explorar, que se traveste de pretensa universalidade, para fins de legitimação da ordem vigente.

O morador de rua não recusa a sua dignidade, nem a sua vida, mas, sim, a todos esses pressupostos implícitos que decorrem da aceitação dos Direitos Humanos enquanto direitos do homem. Prima, assim, pela solidariedade e pela sociabilidade, típicas de uma comunidade, em que a dignidade humana não esteja condicionada à auto-sujeição à exploração por outro homem, em que a injustiça não seja cristalizada pela progressiva inserção de privilégios transformados em direitos, e onde, enfim, não seja necessário aguardar qualquer tutela comiserada de sua situação, porque se manterá entre os homens, e não em zona cinzenta.

Em outros termos, rejeita a dimensão meramente apropriativa de parcelas do Direito por meio da inserção progressiva de privilégios-direitos na estrutura normativo-jurídica, em nome da preocupação com o bem e com a salvações públicos, e da consideração do outro. Rejeita o modo ter de existência, enfim, em nome dos Direitos Humanos que não sejam os direitos do homem, mas, sim, sua face eclipsada, os direitos do cidadão, promotores do exercício de uma reflexão autocompreensiva acerca da posição ético-política ocupada por cada indivíduo na comunidade.

4 O Que Resta dos Direitos Humanos

Só assim, *por cima* dos elementos *particulares*, [é que] o Estado se constitui como universalidade. (MARX, 1997, p. 75, grifos do autor)

Deste modo, retornando ao fundamento basilar de toda a discussão desenvolvida no item precedente, deve-se perceber que os Direitos Humanos, enquanto plenificados pela noção de direitos do homem, estão mais preocupados em promover a inserção de privilégios e do egoísmo na sociedade e em seu Direito, ignorando a dimensão política, cívica, dos Direitos Humanos, esquecida, talvez, pelo encantamento produzido pela

garantia, ainda que frágil, dos interesses individuais próximos, autocentrados e autorreferenciais.

Constatada a insuficiência, ou mesmo a polêmica em torno dos Direitos Humanos, poder-se-ia perguntar: o que resta, afinal, dos Direitos Humanos?

Uma possível solução seria retomar a distinção de Karl MARX entre direitos do homem e do cidadão como os dois componentes originários dos Direitos Humanos, procurando ressaltar a importância dos direitos cívicos de participação política ativa na definição dos destinos da *Pólis* (políticos), na medida em que pressupõe um estar com o outro, agindo em conjunto com ele.

Direitos Humanos enquanto direitos cívicos apontam para a constatação de que, mais uma vez, Política e Direito devem se reaproximar: o pensamento reflexivo deve estar aberto a essa interrelação esquecida pelo eclipse promovido pelo modo ter de existência (LEFORT, 1987, p. 38). Em situações limite, como o advento de regimes totalitários, os Direitos Humanos enquanto direitos cívicos adquirem uma relevância fundamental para proteger o homem das agressões do Estado (LEFORT, 1987, p. 39), porque

> [o] totalitarismo se edifica sobre a ruína dos direitos do homem. Entretanto, o homem se encontra sob esse regime, dissociado do homem e separado da coletividade como jamais estivera no passado. [...] [O] Estado supostamente detém o princípio de todas as formas de socialização e de todos os modos de atividade. [...]
>
> Com efeito, o totalitarismo tende a abolir todos os signos de autonomia da sociedade civil, a negar as determinações particulares que a comporiam. (LEFORT, 1987, p. 44-5)

A experiência do totalitarismo, a da luta pela realização de direitos humanos e a do embate pela garantia de uma sociedade democrática, inclusive nos regimes comunistas e socialistas, tiveram a aptidão de demonstrar que os Direitos Humanos enquanto direitos dos homens são, muitas vezes, ineficazes; contudo, elas revelaram que tais direitos detêm efetivo potencial transformador se entendidos como direitos cívicos, de participação política ativa: quando compreendidos especificamente dessa maneira, os Direitos Humanos possuem profundo e intenso significado prático, promovendo penetrantes reviravoltas na vida social (LEFORT, 1987, p. 39-46).

> [A] liberdade de opinião é uma liberdade de relações, [...] uma liberdade de comunicação. [...] [É] direito do homem, um dos seus direitos mais preciosos, sair de si mesmo e ligar-se aos outros pela palavra, pela escrita, pelo pensamento. [...] [D]á a entender que homem não poderia ser legitimamente confinado aos limites do seu mundo privado, que tem por direito uma palavra, um pensamento públicos. [...]. Na afirmação dos direitos do homem trata-se da independência do pensamento e da opinião face ao poder, da clivagem entre poder e saber e não somente, não essencialmente, da cisão

entre o burguês e o cidadão, entre a propriedade privada e a política. (LEFORT, 1987, p. 48)

Entender, assim, dessa outra forma, o que resta dos Direitos Humanos permite vislumbrar neles um potencial emancipador que, não preocupado com a inserção de privilégios particulares, em tom universal, em determinada estrutura jurídica, pretende resgatar a solidariedade política entre os membros de uma comunidade, em que o estar com o outro retorna a ser importante. Os Direitos Humanos enquanto direitos do cidadão, promotores de uma interação ativa em conjunto com o outro da comunidade, na esfera pública, permite o resgate da ação tipicamente humana, qual seja, a ação política (AGAMBEN, 2004), que pressupõe a convivência solidária, preocupada com o bem e com a salvação públicos, bem como com o outro.

É, nesse sentido, que em momento de estado de exceção, em que a validade das leis é suspensa, e em que o arbítrio estatal elimina qualquer resquício de liberdade, que se revela a importância da dimensão cívica dos Direitos Humanos, acima de qualquer preocupação meramente distributiva de parcelas da ordem jurídica. Todo o potencial emancipador dos Direitos Humanos ressurge com intensa capacidade mobilizadora e transformadora, exigindo a presença do indivíduo na ação com o outro, para que pense o bem público publicamente, acima dos meros interesses produtivistas, individuais e particulares. Mais do que apropriação, a emancipação, pela ação política com os outros homens, mostra-se como instrumento de realização da humanidade em uma sociedade humana (CÍCERO, 1999, p. 24 e 8).

De fato, o que caracteriza o homem e a sociedade humana são a razão e a palavra, que conciliam e que agrupam os homens entre si, afastando-os da dimensão tipicamente animal da força (leão) e da solércia (raposa), desprovidas de razão e de linguagem (CÍCERO, 1999, p. 24-8). A palavra e o livre uso da voz se opõem à violência e ao antagonismo, é fundante da própria civilização, ou seja, da sociedade dos homens (MATOS, 2006, p. 37). A palavra assegura a sociabilidade humana por instaurar a necessidade de relação com o outro, considerando-o em sua peculiaridade, visando à conservação do mundo compartilhado, da coisa comum. *Humanitas* se refere ao cultivo da letra e da filosofia clássicas, ou ainda, da palavra e da razão políticas greco-romanas (MATOS, 2006, p. 39).

Manter continuamente os elos de solidariedade pública entre os homens, para que, em conjunto, em um agir político, com o outro, pela palavra, pensem os destinos da *Pólis* (políticos), significa manter a comunidade humana em sua condição natural de assegurar um agir preocupado com a honesta utilidade coletiva, por meio (i) do discernimento e da apreensão do verdadeiro (a busca da verdade); (ii) da manutenção da confiança (*fides*) em torno da palavra dada; (iii) da magnanimidade; e (iv) da garantia da ordem e da medida das coisas (moderação e temperança - as três últimas relacionadas à manutenção da sociedade humana pela justiça e pela benevolência (CÍCERO, 1999, p. 11-3).

Entender como necessária a manutenção de uma relação política, não auto-interessada nem pautada por antagonismos apropriativos mútuos, permite persistir a crença na promessa da política (ARENDT, 2008) de manutenção de uma dimensão humana,

racional, aberta à compreensão do outro, plural (ARENDT, 2008, p. 144), e afeita aos interesses de salvação pública, na medida em que "de todos os vínculos sociais, nenhum é mais caro do que aquele que nos prende à república." (CÍCERO, 1999, p. 30), garantindo a coexistência pacífica de homens diferentes associados entre si (ARENDT, 2008, p. 145).

Para tanto, é necessário resgatar a crença da esfera pública, e a credibilidade do agir político, porque a "indiferença e a descrença em instituições públicas resultam na perda da 'dignidade da política', o que abre espaço para diversas formas de totalitarismo – econômico, político e ao genocídio cultural" (MATOS, 2006, p. 12). Para evitar a desagregação da comunidade, a postura do homem deve ser a do cidadão, de tal modo que "na escolha dos deveres, sobressaia o tipo de dever para com a sociedade dos homens. [...]. Isso é tão notório que, na busca do dever, não é difícil perceber qual deve ser preferido a outro." (CÍCERO, 1999, p. 77).

Verifica-se uma tendência de haver um progressivo encaminhamento das relações humanas pautadas por particularismos decorrentes de uma lógica concentracionista e centralizadora do capitalismo contemporâneo tardio. Há a dissolução da Política na Economia, com um fetichismo tecnológico e econômico que exclui o pensamento autônomo com relação à coisa pública, ou seja, com relação à Democracia e à República: há a valorização das relações privadas, em detrimento das de caráter público (MATOS, 2006, p. 13-4 e 36); mas "parcela alguma da vida, quer nos negócios públicos, quer nos privados, [...] pode prescindir do dever público. E não só no cultivá-lo reside toda honestidade da vida como, no negligenciá-lo, toda torpeza." (CÍCERO, 1999, p. 5).

Deste modo, mais do que direitos do homem, os Direitos Humanos percebidos como direitos do cidadão, cívicos no sentido marxista, guardam, assim, alguma função importante, qual seja, a de permitir a ação política (em conjunto, com outros homens) para a influência na definição dos destinos da *Pólis* (políticos). Trata-se, enfim, de relembrar a necessidade de constante tentativa de cumprir a promessa da política, qual seja, a de garantir a subsistência da comunidade geral dos homens, enquanto homens, afastando qualquer dimensão de uma animalidade egoísta, nutriente daquele antagonismo mútuo estimulado pelo modo ter de existência. Apenas assim é possível "cultiv[ar], prote[ger] e preserv[ar] a paz e a unidade do gênero humano" (CÍCERO, 1999, p. 71).

Esquecido pela tradição teórica universalista, edênica, idílica e idealista dos Direitos Humanos, acriticamente reproduzida pela literatura jurídica tradicional utilizada para fundar a educação formativa em Direitos Humanos, esse outro campo significativo dos Direitos Humanos revitalizado atribui uma importância bastante relevante à mobilização em torno da reivindicação de Direitos Humanos, podendo-se compreender, ainda que em outro contexto, e em outro sentido, a intuição de Michel VILLEY (1986, p. 192, tradução nossa)[6]:

Não há fumaça sem fogo. A exaltação universal dos direitos do homem possui suas razões de ser. Eles devem encerrar alguma coisa de bom. Como todos os cultos, o dos

direitos do homem está pavimentado por boas intenções. [É necessário] distigüir o bom grão do joio.

A luta pelos Direitos Humanos, agora, apenas ganha novo significado se ela voltar a se preocupar com a dimensão de participação política, própria de um pensamento que, ao aproximar, novamente, Direito e Política, compreende a relevância própria dos direitos cívicos. Quando todos os direitos são completamente anulados, o discurso dos Direitos Humanos enquanto direitos do cidadão irrompe com força profundamente preocupada com a ruptura da opressão estatal, para contestar a ordem vigente, "um dos princípios geradores da democracia" (LEFORT, 1987, p. 57), de modo a propor, de modo renovado, constantemente, a alteridade social.

É neste insaciável movimento de proposição política de um modo de vida alternativo, para além de uma preocupação individual meramente apropriativa, em nome da salvação e do bem estar públicos, que se pode encontrar algum resquício de um potencial emancipador, e efetivamente revolucionário-transformador, dos Direitos Humanos, não mais meros instrumentos promotores da apatia e da indiferença, "cúmplices da imoralidade deliberada" (MATOS, 2006, p. 19). Não apenas proteger o ser inerentemente político (ARISTÓTELES, 2002, p. 4-6) das tiranias de um Poder Público arbitrário, organizado estatalmente ou não, mas também da própria irracionalidade de se conceber a relação entre os Homens como norteada pelos critérios do modo de existência ter, voltada à apropriação de todo o entorno (de tudo e de todos).

Os Direitos Humanos, enquanto direitos do homem, não promove uma maior liberdade ou uma maior realização humana, mas, sim, pela quebra da solidariedade entre os Homens com relação ao bem público, a menor possibilidade de convivência social pacífica entre os Homens. Isso decorre da inserção da racionalidade da necessidade de preservação de antagonismos egoístas mútuos que fragmentam a sociedade em esferas privadas individuais, despreocupadas com a Política, mas, apenas, com a apropriação, estilhaçando o tecido social comum.

Não o livre mercado, onde os direitos-privilégios humanos conquistados por grupos particulares, por meio da apropriação de parcela da ordem jurídica, são livremente negociados sem qualquer impedimento ou barreira, é quem assegurará a honesta convivência humana útil ao bem comum, mas, sim, o livre Homem-cidadão.

Enquanto a literatura jurídica tradicional ignorar essas considerações, aos Direitos Humanos restará a única tarefa simbólica de legitimação da ordem sócio-política-econômica vigente pela pacificação das tensões sociais (NEVES, 1994), sem qualquer preocupação com a efetivação de lógica diversa que não seja a do antagonismo e da separação coletivos.

5 Conclusão

O presente artigo pretendeu discorrer sobre a contraposição entre duas modalidades de compreensão dos Direitos Humanos, quais sejam, uma afinada aos ensinamentos tradicionais de uma literatura jurídica acrítica, cujo pensamento é utilizado para embasar a educação formativa em Direitos Humanos nos ensinos tradicionais do Direito, e outra de viés crítico, voltado à contestação e à fragilização de certezas, conforme os mandamentos de uma investigação tipicamente de zetética jurídica.

Para tanto, partiu-se da análise de uma frase proferida por um morador de rua, aparentemente contraditória, na medida em que, ao proclamar estar fundamentado em Direitos Humanos, expressamente negava alguns dos Direitos comumente percebidos como Direitos Humanos Fundamentais, em caráter universal.

Para compreender a complexidade significativa das palavras de seu autor, foi importante, em primeiro lugar, evidenciar, com base nos ensinamentos de Teoria Tradicional sobre Direitos Humanos, a tensão que decorria da aparente contradição, de modo a revelar as aporias e as limitações da educação jurídica restrita a essa visão romântica dos Direitos Humanos. Constata-se, assim, a insuficiência dessa modalidade de compreensão para fornecer arcabouço conceitual e teórico apto a compreender manifestações individuais que recusem os Direitos Humanos.

Em seguida, a partir de uma literatura não tradicional, de viés crítico, buscou-se demonstrar a não subsistência de uma contradição no discurso do morador de rua, que revela, muito pelo contrário, a impossibilidade de se admitir a suficiência desse um conhecimento tradicional sobre os Direitos Humanos. Percebe-se que, na verdade, muito menos do que Direitos Humanos, o comumente percebido como tal é série de privilégios não universalizáveis, despreocupados com sua própria eficácia, não necessariamente buscados por todo e qualquer ser humano: a distinção do pensamento crítico separa o que a Dogmática Jurídica tradicional sobre Direitos Humanos nivela, ignora ou menospreza.

Questionam-se, assim, os fundamentos vazios que sustentam o discurso apaixonado e idealista dos Direitos Humanos, revelando seu papel tipicamente apaziguador e pacificador de movimentos que, efetivamente, busquem solucionar as razões estruturais das injustiças da sociedade.

Por fim, a terceira parte pretendeu fornecer delineamentos iniciais sobre o que restaria, efetivamente, dos Direitos Humanos. Nesse sentido, desenvolveu considerações em torno da idéia de que haveria, ainda, alguma importância na idéia dos Direitos Humanos, mas que eles seriam, na verdade, evidenciados pelos direitos individuais e coletivos de se contrapor a um regime político opressor.

Tratam-se dos direitos cívicos, de atuação ativa, política, reivindicativa, preocupada com o bem e com a salvação públicos e com o outro, por estarem afinados à lógica de uma vida do indivíduo não isolado da comunidade em que se insere, sempre apto a exercer uma reflexão de autocompreensão éticopolítica acerca de si, dos outros, de sua comunidade, bem como de suas construções histórico-culturais (Direito, instituições e cosmovisões).

“[E]stamos de volta aos romanos [...] do tempo de Cícero” (MATOS, 2006, p. 29), em que, contra a despolitização do agir dos cidadãos, reduzidos a homens privados,

preocupados com a dimensão meramente individual, produtivista e especialista, mostra-se necessária a reinstauração da sociabilidade destinada a promover a salvação do bem público comum em contraposição à perpetuação da lógica apropriativa do mundo, inclusive de parcelas do Direito. A sociabilidade ao invés do egoísmo auto-centrado do homem isolado da comunidade. A preservação da comunidade geral dos homens, em detrimento de esferas privadas particularizadas. Ser, e não ter. A Política, enfim, substituindo a Economia.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção.** São Paulo: Boitempo 2004.

_____. **Homo Sacer – O Poder Soberano e a Vida Nua.** Belo Horizonte: UFMG, 2007.

_____. **O Que Resta de Auschwitz.** São Paulo: Boitempo, 2008.

ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica – Pensamento Formal e Argumentação.** 3 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo: Anti-Semitismo, Imperialismo, Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **A Promessa da Política.** Rio de Janeiro: DIFEL, 2008.

ARISTÓTELES. **A Política.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento – Uma Leitura a partir da Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade.** Rio de Janeiro/São Paulo: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política.** Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOUTMY, Émile. La Déclaration des Droits de l' Homme et M. Jellinek, **Études Politiques**, Paris, 1907.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos Deveres.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA, Rosa Maria. **O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade.** Porto Alegre: Síntese, 1979.

DEGUY, M. Entrevista, **Cult,** São Paulo, n. 52, p. 9, nov. 2000.

D'HONT, Jacques. Le Refus des Droits de l'Homme, **Les Études Philosophiques**, Paris, p. 217-26, avril/juin 1986.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica.** São Paulo: EDUSP, 1988.

_____. **O Direito na Economia Globalizada.** São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FRASER, Nancy. Da Redistribuição ao Reconhecimento? Dilemas da Justiça na Era Pós-Socialista. *In:* SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia Hoje – Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea.** Brasília: UnB, 2001, p. 245-82.

FROMM, Erich. **Ter ou Ser?** 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1987.

HABERMAS, Jürgen. A Luta por Reconhecimento no Estado Democrático de Direito. *In:* _____. **A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política.** 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004a. p. 237-75. Cap. 8.

_____. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2004b.

HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. *In:* BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W.; HABERMAS, Jürgen. **Textos Escolhidos.** São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Col. Os Pensadores).

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Crítica da Igualdade Jurídica:** Contribuição ao Pensamento Jurídico Marxista. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

LEFORT, Claude. **A Invenção Democrática – Os Limites da Dominação Totalitária.** 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As Palavras e a Lei.** São Paulo: 34, 2004.

MARX, Karl. **Para a Questão Judaica.** Lisboa: Avante, 1997.

MATOS, Olgária. **Discretas Esperanças: Reflexões Filosóficas sobre o Mundo Contemporâneo.** São Paulo: Nova Alexandria, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Dentro e Fora da Lei, **Jornal de Resenhas**, São Paulo, n. 91, p. 2509-10, 2002.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Acadêmica, 1994.

NOBRE, Marcos. **A Teoria Crítica.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

ROESLER, Claudia Rosane. **Saber Jurídico, Retórica e Ciência: Uma Análise da Obra de Theodor Viehweg.** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VILLEY, Michel. Polémique sur les “Droits de l’Homme”, **Les Études Philosophiques**, Paris, p. 191-9, avril/juin 1986.

---

[1] “Comment des hommes déporvus peuvent-ils donc s’abstenir de profiter des droits qui sont à leur portée, ou les refuser, même quand on les leur offre?” (D'HONT, 1986, p. 220).

[2] “le refus de ce que l’on appelle maintenant les droits de l’homme a été tout aussi général, durable et opiniâtre que leur revedication. En tous les temps, sur tous les continents, des centraines de millions d’hommes ont rejeté les «droits de l’homme», ou certains de ces drois […bien que par] des formes douces, vagues, involontaires, à demi conscientes.” (D'HONT, 1986, p. 217-8).

[3] “Le triomphe des droits de l’homme est la marque de l’atrophie en nous du sens de la *justice*. La justice tient une balance; elle ne favorise personne, pas même le pauvre […]. Elle se garde de baptiser droits nos aspirations personelles, quelque fondées soient-elles. Il n’est plus de justice là ou la «colêre» des viticulteurs, sidérurgistes ou de quiconque est *ipso facto* sacréé «droit» – et leurs besoins qualifiés automatiquement de «legitimes *revendications*».” (VILLEY, 1986, p. 198-9, grifos do autor)

[4] Ainda que inconsciente e involuntariamente, tratar do processo histórico de formação e de afirmação dos Direitos Humanos (COMPARATO, 2001) com a pretensão de tentar constituir uma explicação lógica, coerente, sistemática e conceitualmente fechada dos Direitos Humanos (BOBBIO, 2004; BONAVIDES, 2006; MORAES, 2003), encontrando resquícios de Direitos Humanos na Antigüidade (entre outros, MORAES, 2003, p. 24-5), ao menos da maneira como é difundido, comumente, no ensino jurídico tradicional voltado à educação formativa em Direitos Humanos, é, na verdade, travestir de encadeamento histórico necessário inevitável um efetivo movimento de consolidação da ascensão da lógica do modo ter de existência. Ainda que involuntariamente, constitui um expediente ideológico que pretende naturalizar o advento dos Direitos Humanos enquanto direitos do homem (KASHIURA JÚNIOR, 2008), desvinculando-o do processo egoistico de busca constante de inserção, em aparatos jurídicos, de privilégios individuais. Pela naturalização, tornando os Direitos Humanos como evento histórico necessário em determinado sentido específico, há a neutralização ideológica que os imuniza à crítica por um processo de “blindagem histórica”.

[5] “promesses qui ne sont pas tenues, mais partout irréalisées, [qui] laisse[nt] les gens déçus et amers” (VILLEY, 1986, p. 196-7)

[6] “Il n’y a pas de fumée sans feu. L’ universelle exaltation des droits de l’homme a ses raisons d’être. Ils doivent receler quelque chose de bon. Comme tous les cultes, celui des droits de l’homme est pavé de bonnes intentions. [Il faut] distinguer le bon grain de l’ivraie” (VILLEY, 1986, p. 192).

O ORÇAMENTO PÚBLICO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS*

THE PUBLIC BUDGET AND THE SATISFACTION OF THE SOCIAL RIGHTS

Basile Georges Campos Christopoulos

RESUMO

O presente trabalho investiga o papel do Orçamento Público na efetivação dos Direitos Sociais estabelecidos na Constituição Federal brasileira de 1988. Para tanto, avalia a necessidade de separação desses direitos dos demais direitos fundamentais do ponto de vista do Direito Financeiro, ou se essa separação, na maioria das vezes, apenas serve de argumento para restringir a aplicação dessa classe dos direitos ditos de segunda geração. Dessa forma, analisa-se o orçamento como o grande instrumento de planejamento das ações e políticas estatais, não apenas por meio da Lei Orçamentária Anual, como também da Lei de Diretrizes Orçamentárias e do Plano Plurianual.

PALAVRAS-CHAVES: ORÇAMENTO PÚBLICO – DESPESA PÚBLICA – DIREITOS SOCIAIS

ABSTRACT

This work investigates the role of the Public Budget in the satisfaction of the social rights established on the Brazilian Federal Constitution of 1988. Therefore, it is evaluated the need to separate this rights from the others fundamental rights in the point of view of the financial law, or if this separation, most of time, only serves to the argument to restrain this class of rights called of second generation. This way, it is analyzed the budget as the great instrument for planning the public actions and politics, not only by the Annual Budget Law, but also the Law of Budgetary Guidelines, and the Multiyear Plan.

KEYWORDS: BUDGET – PUBLIC EXPENDITURE – SOCIAL RIGHTS

1. Introdução

O presente trabalho investiga o papel do Orçamento Público na efetivação dos Direitos Sociais estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Para tanto, avalia a necessidade de separação desses direitos dos demais direitos fundamentais do ponto de vista do Direito Financeiro, ou se essa separação, na maioria das vezes, apenas serve de argumento para restringir a aplicação dessa classe dos direitos de segunda geração.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

No Brasil sempre se deu mais atenção ao fenômeno tributário, espécie do financeiro que ganhou mais importância que o gênero. No entanto, com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal e de outras mudanças históricas, atualmente o fenômeno financeiro em sua plenitude, envolvendo assim receita e despesa, passa a ser objeto dos juristas no Brasil, em especial dos que desenvolvem pesquisas na área dos Direitos Fundamentais, visto que não se pode falar na efetivação desses direitos sem uma investigação sobre o financiamento e realização deles pelo Estado.

Vários problemas surgem no curso dessa investigação. Com relação ao Orçamento, a falta de execução das despesas programadas pelos administradores, seja por incompetência, seja por opção política de não realizar o gasto, gera um deslegitimação da participação do legislativo nesse processo de escolhas do que gastar, e dá ao executivo discricionariedade exacerbada, além do que, frustra a expectativa da população de ver seus anseios satisfeitos pelo poder público.

Por fim, analisa o papel do Judiciário na efetivação dos direitos sociais, buscando os limites para a sua atuação nesses casos, de forma a respeitar a Constituição no que diz respeito a uma efetividade mínima (ou máxima) desses direitos.

2. Direitos Sociais e Direitos Fundamentais sob o ponto de vista do Direito Financeiro

A maioria dos autores costuma dividir ou diferenciar os Direitos Fundamentais em três ou mais gerações (alguns chamam de dimensões), com o intuito de buscar entender como esses direitos surgiram e como se dá a sua aplicação atualmente. Os direitos sociais são comumente enquadrados nos direitos de segunda geração e foram dispostos em normas constitucionais no Brasil, especialmente, mas não apenas, no artigo 6º da Carta. Segundo Alexy[1], o principal argumento a favor dos direitos sociais está baseado na liberdade. Isto porque de nada adiantaria a liberdade jurídica, isto é, a permissão da norma de se fazer ou deixar de fazer algo, sem a liberdade real, de se escolher entre alternativas permitidas. Os direitos ditos sociais, portanto, iriam buscar fornecer bens e direitos de forma a dar a oportunidade para todos viverem com um mínimo de dignidade e efetivamente optar sobre o que fazer de suas vidas.

Estes direitos sociais exigem normalmente prestações positivas do Estado, isto é, não são em regra ações de não-fazer a que este se propõe. Mas Leivas adverte que nem todas os direitos a ações positivas são direitos fundamentais sociais, mas que estes são uma espécie de direito a ação positiva fática, ressalvando que há omissões que podem também efetivar tais direitos[2]. Bem, é verdade que grande parte das ações exigíveis para a efetivação dos direitos sociais exige posturas ativas dos destinatários das normas, seja o Estado, sejam os particulares, mas em alguns casos, o Estado, por exemplo, deve deixar de atuar, se omitindo na modificação de legislações que efetivem tais direitos. É com base nisso e no argumento da segurança jurídica que se defende a proibição do retrocesso nessas áreas[3].

No entanto, do ponto de vista da análise do Direito Financeiro, todos os direitos fundamentais devem ser tratados sem diferenciação. Isso se deve ao fato de que, quando se trata de orçamento, não se irá observar a tutela de omissões, mas sempre de ações positivas que o Estado deve tomar e que, por isso, geram despesas para o ente público. Todos os direitos previstos nos orçamentos são direitos a prestações, por preverem uma ação estatal que será realizada por meio de uma despesa que o Estado efetua. Alexy[4] diz que os Direitos Sociais são os direitos prestacionais em sentido estrito. Mas isso não quer dizer que os demais direitos fundamentais, ditos de 1ª e 3ª geração também não exijam prestações positivas do Estado. Para tutelar a liberdade e o direito a propriedade, por exemplo, o Estado deve investir na contratação de policiais, e provê-los de conhecimento e cultura humanística para que estes se abstenham de praticar atos de violência contra os cidadãos. Por tal motivo Amaral[5] afirma que direitos sociais, assim como os demais direitos fundamentais, devem ser tratados de maneira igual por todos trazerem custos para o Estado. Muitas vezes essa diferenciação serve apenas para defender a não implementação desses direitos, sob o argumento de que direitos sociais seriam dispendiosos para o Estado. Portanto não apenas direitos sociais podem ser chamados de *através* do Estado, mas também os direitos de liberdade e solidariedade e fraternidade.

Para Ricardo Lobo Torres, ao invés, a tese da indivisibilidade dos direitos fundamentais: i) não resolve o problema da sua efetividade sem a intermediação do legislador; ii) banaliza a temática dos direitos da liberdade sem fortalecer a dos direitos da justiça; iii) tenta substituir as políticas públicas pela subsunção no processo judicial, "*atitude típica do bacharelismo*"[6]. No entanto, devemos discordar do autor por acreditar que dividir os direitos fundamentais em questões de implementação orçamentária apenas mascara a realidade dos custos dos direitos fundamentais, no sentido de que, como afirma Amaral[7], citado anteriormente, todos eles representam um custo maior ou menor para o Estado. E também porque essa unificação não banaliza o tema, mas busca uma efetivação maior não apenas nos direitos de 1ª geração, mas também dos das demais gerações ou dimensões. Por último, porque não tenta substituir as políticas públicas pelo processo judicial, mas uni-las em torno dessa questão maior que é a efetivação dos direitos fundamentais por meio do Orçamento Público, como veremos adiante.

2.1 Desconstrução do Orçamento como questão menor na efetivação dos Direitos Fundamentais

Nesse ponto, demonstrar-se-á que a discussão da efetivação dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, passa pela discussão das questões orçamentárias, e que não é mais aceitável tratar do orçamento como uma questão menor ou secundária, como afirmou o Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*) ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um *interesse financeiro e secundário do Estado*, entendo - uma vez configurado este dilema - que as razões de

índole ética-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. (Agravo regimental no RE 393.175-0). (Grifo nosso).

Robert Alexy afirma que "*direitos fundamentais podem ter mais peso do que fundamentos de política financeira*"[8]. Nesta decisão, desconsiderou-se completamente a importância do orçamento como instrumento de política fiscal e de planejamento estatal, além do que separa erroneamente o interesse financeiro do próprio interesse estatal de prestigiar os direitos estabelecidos na Constituição. Isto é, não se pode partir do pressuposto de que o interesse financeiro do Estado é secundário e deve ser sempre deixado de lado, sob pena de serem cometidas injustiças frente aos demais cidadãos que podem deixar de ter suas prestações atendidas pela falta de recursos suficientes.

A única forma que o Estado atua é por meio da realização das despesas que ele programa efetuar em um determinado período. Porque toda ação estatal pressupõe um gasto, mesmo que seja apenas com a manutenção do aparelho estatal por trás daquela ação. E todas as vezes que o Judiciário condena o poder público a realizar ações positivas que, portanto, demandam verbas, o poder público gasta verbas que poderiam estar sendo utilizadas para outro fim. Não se está defendendo aqui que o Poder Judiciário não possa condenar os demais poderes a realizar determinadas ações, mas deve-se levar em conta o interesse financeiro do Estado, que apesar de parecer um mero interesse de Governo, e não do Estado, não pode ser considerado secundário.

Michel Villey alerta para a crítica feita pelo filósofo italiano Croce, famoso liberal, aos direitos fundamentais, quando este afirma que o grande problema gerado por eles seria o excesso de promessas, e que "*só com o direito de todo francês 'à Saúde', com o que esvaziar o orçamento total do Estado francês, e cem mil vezes mais!*"[9]. Isso, contudo, não pode servir de argumento para eliminar a investigação sobre os direitos fundamentais, mas deve ser levado em conta para que esses possam ser efetivados na sua máxima potencialidade.

E o orçamento público surgirá como grande instrumento para efetivação desses direitos ditos fundamentais. Sabe-se, o orçamento surgira inicialmente apenas como instrumento de controle do Poder Legislativo sobre o Executivo, mas passou a ganhar características de instrumento de política fiscal. Com essa transformação do orçamento, os governos passaram a transparecer na peça aquilo que tinham como metas econômicas, isto é, as características de cada governo passaram a ficar impressas no orçamento tais quais impressões digitais. De forma que se podem observar quais são as prioridades de determinado governo observando as despesas que ele positiva no orçamento.

Por isso há uma contradição nesse discurso de que os orçamentos são interesses secundários do Estado, e que os direitos fundamentais devem ser implementados a todo custo. Isto é, como passar pelo discurso de efetivação e aplicação imediata dos Direitos Sociais, sem questionar o uso da despesa pública que é o meio pelo qual o Estado se realiza? É necessária uma mudança de rumo para incluir a discussão orçamentária como principal meio para as finalidades da administração pública.

"*A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos disponíveis*"[10]. Por isso, e porque a opção da alocação dos recursos é uma escolha política, é que as normas de direitos sociais são normas abertas, isto é, passíveis de serem implementadas por diversos meios e

alternativas. Então a própria concepção dos direitos sociais pressupõe essa escassez de recursos e ampla possibilidade de realizações, lógica própria do direito financeiro.

Não cabe, pois, negar mais a importância dos orçamentos públicos na efetivação desses direitos ditos sociais, pois, com relação a esses direitos, "*O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios*"[11].

3. Os problemas na execução do Orçamento

O orçamento pode ser mais bem utilizado como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, em especial dos sociais, dado que estes têm tido maior dificuldade na sua implementação, ante justamente à amplitude de ações possíveis de realização. No entanto:

A execução permanece um processo obscuro e antidemocrático, no qual faltam controles, transparência, eficiência e sobram instrumentos e disposições legais para conferir mais poder decisório ao Presidente da República e a órgãos administrativos.[12]

Apesar da citação se referir apenas à União, nos Estados e municípios brasileiros o fenômeno se repete, talvez até com mais força, visto que ainda há um controle maior da mídia e da população sobre o orçamento federal, enquanto Estados e Municípios quase não sofrem controle desse tipo.

Com relação à União, o modelo de Estado neoliberal, exigente de superávits primários cada vez maiores, faz com que o Executivo restrinja os recursos orçamentários com o intuito de atingi-los. Alguns projetos não receberam recurso algum no ano de 2003, entre eles o de expansão e melhoria do ensino médio, combate ao tráfico de entorpecentes, além de obras para contenção de enchentes e pesquisas sobre prevenção da AIDS e outras doenças sexualmente transmissíveis. E mais, naquele mesmo ano mais da metade dos projetos aprovados pela lei orçamentária teria recebido menos da metade dos recursos previstos e mais de um terço não teria sido contemplada com qualquer verba.[13]

Quanto aos Estados, o pagamento da dívida junto à União, na maioria das vezes, engessa a possibilidade de investir e assim de gerar desenvolvimento, ainda mais nos que se situam na região Nordeste. No caso de Alagoas:

O comprometimento da receita corrente líquida para o pagamento da dívida tem imposto sérios limites orçamentários, no tocante aos gastos com a máquina pública e investimentos próprios, que impedem a materialização dos planos governamentais. Nessa situação, o governo estadual é obrigado a fazer sérias restrições no tocante ao custeio, sem poder realizar os necessários investimentos fora das áreas nas quais o governo federal tenha participação.[14]

Fica clara a necessidade de mudança nos critérios de execução do orçamento público no ordenamento jurídico brasileiro. No fim, a população acaba sofrendo por não saber se aquilo que foi previsto e muitas vezes divulgado nos meios de comunicação será efetivamente feito pelos seus governos.

No caso caótico do sistema penitenciário no Brasil, temos a notícia do site Contas Abertas de que em 2007 menos da metade das despesas previstas para o fundo que administra esse sistema não foi destinado pelo governo federal. Ainda segundo o site: "*Deixaram de ser aplicados R$ 202,6 milhões em modernização do sistema penitenciário nacional no ano passado. A quantia seria suficiente para comprar, por exemplo, 6.753 viaturas ou para construir oito presídios de segurança máxima com capacidade para 200 pessoas*".[15]

É inadmissível que diante de situações tão emergentes e com recursos públicos disponíveis o Estado simplesmente escolha não agir e não executar parte do orçamento. Neste sentido, Sabbag afirma que é preciso que a discricionariedade na gestão pública encontre *limites* nos princípios informadores do Estado de direito e nas diretrizes do orçamento[16]. Isto é, se os direitos sociais, como todos os direitos fundamentais, no dizer de Alexy, devem ser implementados na sua máxima potencialidade, não há razão para que os orçamentos não se executem nas áreas sociais onde há mais necessidades a serem satisfeitas.

3.1 O papel do legislativo na construção do orçamento e a execução orçamentária

Segundo a doutrina tradicional, a decisão de gastar é uma decisão política[17], decorrente da escassez de recursos disponíveis, pois se há tantas necessidades públicas e tão poucos recursos para supri-las, torna-se necessária a escolha, por aqueles que detêm a parcela do poder público, daquelas necessidades que irão ser satisfeitas com os recursos existentes.

Mas, como adverte Ana Paula de Barcellos, as escolhas em matéria de gasto público não são mais reservadas à deliberação política, porém, ao contrário, recebem incidência das normas jurídicas constitucionais[18]. Para atingir tal finalidade, afirma que duas atitudes devem ser tomadas para o melhoramento da execução das despesas autorizadas pelo Estado: primeiramente o acesso a informações reais sobre a efetiva aplicação dos recursos pelo ente público; e em segundo lugar a definição das conseqüências a serem atribuídas pelo descumprimento das normas constitucionais, ou para impedir o efeito contrário, ou para dar efeito ao resultado desejado.[19] Contudo, o orçamento público no Brasil ainda é tratado com discricionariedade exacerbada, o que no fim, acaba ofendendo ao princípio democrático, que não se esgota com uma maior participação popular na decisão do gasto público, mas numa diminuição da discricionariedade ou opção do administrador público quando da realização do gasto, com uma vinculação maior ao que foi votado nas leis orçamentárias, sob pena de desprestígio do Poder Legislativo.

No Brasil, historicamente, sempre se deu ênfase ao fenômeno tributário. Chegou o momento dos juristas voltarem suas atenções ao fenômeno da execução da despesa pública e suas imensuráveis inconseqüências tanto no plano fático quanto jurídico.

Nesse sentido, Figueiredo afirma que sempre houve uma maior preocupação com a arrecadação do que com a realização das despesas, que destaca a eficiência estatal quando se trata de arrecadação tributária, sem a necessária preocupação quanto ao modo de realização das despesas públicas[20].

O problema da falta de critérios rígidos na execução orçamentária da despesa pública acaba por causar sérios problemas à população, merecendo soluções mais adequadas aos problemas sociais. Nesse sentido:

Por decorrência, a sociedade tem permanecido distante do processo decisório, tornando-se espectadora e vítima de políticas públicas desajustadas com o desenvolvimento do país, no sentido que lhe empresta a Constituição.[21]

Ainda faltam critérios para execução do orçamento público, o que gera dois tipos de problemas, segundo César Sabbag: "*a enorme discrepância entre o valor constante da lei orçamentária e o 'programado' pelo executivo, após os 'cortes';", além da "ineficiência da alocação de recursos*"[22]. No primeiro caso, o autor citado se refere à diferença entre aquilo que o Legislativo prevê na Lei Orçamentária e ao que é planejado pelo Executivo no decreto que prevê a execução orçamentária. Isso descaracteriza a participação do Legislativo no processo democrático, aumentando a autonomia do Poder Executivo sem trazer um controle respectivo.

Um Estado que gasta mal, atua mal, porque toda atuação estatal pressupõe um gasto. É verdade que se pode argumentar que: nem sempre que os gastos aumentam, há um aumento na efetivação dos direitos. Mas esse fenômeno só acontece quando os gastos são realizados sem o devido planejamento e controle dos órgãos competentes. Ao atuar mal, o Estado deixa de efetivar os Direitos Fundamentais aos quais se propõe cumprir. Não basta que os Direitos Fundamentais sejam protegidos por cláusulas pétreas se, no momento do gasto público, a administração é ineficiente, deixando de atender à população com toda a sua capacidade. Explica-nos Luiza Frischeisen:

Restou assentado que a realização dos direitos sociais presume uma ação positiva do Estado, criando um direito dos cidadãos a prestações positivas do Estado (as chamadas liberdades positivas) e para que tal direito seja eficaz, necessária se faz, em um primeiro momento, a criação de mecanismos para exigir do legislador ou do administrador a criação de normas para cumprimento da Constituição, responsabilizando-os pela omissão.[23]

Se a atividade financeira, no dizer de Souto Maior Borges, seria a atividade orientada no sentido de obter os meios necessários para satisfazer necessidades públicas, ou do Estado[24], todo o seu sentido é perdido quando o gasto é ineficiente. O próprio Estado perde sentido. Segundo Baleeiro, é equivocado o argumento de que uma forte tributação empobrece a nação, eis que se esta grande receita for convertida em despesas bem aplicadas, otimizando o gasto público, estas podem vir a se tornar o grande instrumento de transformação social[25]. Porém, com a expansão neoliberal que domina o campo político, e tendo a despesa tal aspecto, cada vez mais cresce a preocupação com o seu aumento, principalmente com o gasto considerado não-essencial, ou seja, o gasto com pessoal e manutenção do Estado, por exemplo, buscando-se o enxugamento deste.

Régis Fernandes de Oliveira afirma que, assim como no direito tributário há o princípio da justa tributação, há no direito financeiro o Princípio da Justiça no Gasto. Segundo ele, os recursos devem estar destinados aos fins almejados pelo Estado através da Constituição, e esta (em seu artigo 3°, I, e preâmbulo) estabelece a justiça como objetivo a ser alcançado pelo Estado[26]. Portanto a preocupação não deve ser o enxugamento da maquina estatal ou a diminuição severa dos gastos públicos, mas a busca pela melhor distribuição da receita que o Estado compulsoriamente retirou dos cidadãos por meio da tributação.

Tal princípio também estaria em concordância com o princípio da isonomia, vez que este princípio estaria descumprido caso fossem as despesas distribuídas de forma que os que mais dela precisam não fossem privilegiados em relação às classes mais abastadas. Neste sentido: "*Se todos são iguais perante a lei, significa que o gasto deve privilegiar aqueles que estão distantes dos bens da vida*"[27] .

Além de justo, o gasto deve ser eficiente. Em outras palavras, o gasto deve ser realizado com o máximo de aproveitamento dos recursos. Assim como disposto no artigo 74 da Constituição.[28] Ao se falar em eficiência não se refere ao mau uso dos recursos somente, mas à decisão política em si, isto é, caso um governo decida adquirir ambulâncias para os hospitais públicos de uma determinada região, deve fazê-lo de maneira a gastar o mínimo possível, adquirindo, ao mesmo tempo, equipamentos que satisfaçam o fim ao qual a compra se propôs, mesmo nos casos em que a lei não exija a licitação. É o que Aliomar Baleeiro chama de máxima vantagem social, que seria um critério objetivo (técnico) pelo qual se classificariam as despesas pelo máximo de eficiência social com o mínimo de sacrifício pecuniário correspondente[29].

Krell afirma que o grande problema em matéria de execução orçamentária seria a falta de vinculação legal das despesas, o que geraria uma discricionariedade exacerbada aos agentes públicos que não estariam obrigados a aplicar os recursos destinados às áreas sociais[30]. É preciso se pensar na diminuição dessa discricionariedade do administrador público, para que se evitem problemas como o relatado anteriormente com relação ao fundo que administra o sistema penitenciário. Isso passa pela valorização da decisão tomada pelo Poder Legislativo, de forma que o que foi votado seja efetivamente realizado na sua maior parte, excepcionando-se apenas quando esse cumprimento não for possível ou absolutamente impróprio para os interesses do Estado. Isso se deve ao fato de que a Constituição brasileira criou obrigações para a Administração Pública, e seus gestores não podem considerar as disposições orçamentárias como meras autorizações sem considerar que o interesse público deve sempre prevalecer. Mesmo que se admita que o Judiciário deva ficar fora da programação das políticas públicas do Estado, tese com a qual não concordamos, ele pode e deve limitar as escolhas dos administradores de forma que estas contrariem evidentemente a Constituição. Isto é, se um município possui verba destinada no orçamento para a construção de um hospital, e se pacientes morrem todos os dias nas filas dos postos de saúde daquela região, porque o juiz não poderia mandar o administrador cumprir o orçamento e realizar a obra designada. Não há razão para pensar que nesse caso o magistrado estaria formulando políticas públicas.

3.2 Descompasso entre os Direitos Sociais e a Lei de Responsabilidade Fiscal?

A principal preocupação do Estado brasileiro, de acordo com a Constituição Federal, é o respeito à Dignidade da Pessoa Humana e a satisfação dos direitos dos cidadãos. Contudo, como dissemos, as questões orçamentárias não podem ser desprezadas, dado que o Orçamento é o principal meio que o Estado possui para atuar, autorizando a realização das despesas que irão efetivar tais direitos.

A Lei Complementar de número 101, também chamada de Lei de Responsabilidade Fiscal, nos seu § 1° do artigo 1° estabelece a ação planejada e transparente com o fim de atingir o equilíbrio nas contas públicas, que segundo Ives Gandra da S. Martins, reabre uma antiga discussão econômica, quando na época da *Crise de 1929* o economista americano Keynes teria afirmado que não seria necessário tal equilíbrio para que houvesse desenvolvimento econômico.[31] Becker também pensa da mesma forma, segundo o autor, é preciso que se avaliem os efeitos que as finanças provocam na ordem econômica-social, independentemente dos seus efeitos financeiro-contábeis[32].

Becker, provavelmente, seria totalmente contra os preceitos dispostos na Lei de Responsabilidade Fiscal, que estabelece um limite rígido de despesas com relação às receitas, de forma que, caso a receita prevista não seja efetivamente arrecadada, os poderes são proibidos de assumirem novas despesas, isto é, de emitirem novas notas de empenho. É o que diz o artigo 9º da citada lei.[33] Ele afirma que:

Não há nenhum paradoxo em buscar o equilíbrio econômico-social do país, mediante um orçamento público *contabilmente desequilibrado*; a contradição é apenas aparente, por resulta da ilusão de ótica de analisar o orçamento público sob o ângulo do das finanças *privadas*.[34]

Becker não acreditava num rígido controle orçamentário em termos contábeis, até porque não haveria nenhuma razão especial para que essa rigidez fosse anual, podendo ser superavitária num ano, e deficitária no outro, mas nunca deficitária em termos de efeitos sociais.

Como exigir que prefeitos, por exemplo, excedam os limites da LRF para efetivar D. Sociais. Seria preciso mudar a estrutura orçamentária brasileira para que esta se adapte aos D. Sociais? Krell afirma que a citada lei apenas cuida da responsabilização dos administradores públicos pela ultrapassagem de limites e metas, mas que não trataria da qualidade na prestação dos serviços públicos[35]. Isto é, a simples disposição de metas e limites não afeta a prestação dos direitos sociais, mas a falta de positivação de regras vinculativas do comportamento público sim, devido ao fato de que esses direitos quase sempre exigem prestações positivas do Estado.

4. Efetivação dos Direitos Sociais e Reserva do Possível

No tocante às questões orçamentárias, o poder judiciário no Brasil se esquiva do controle de constitucionalidade das suas normas por meio das Ações Diretas de

Inconstitucionalidade. A principal argumentação é a de que as normas dispostas no orçamento seriam normas de efeito concreto, e que apenas poderiam ser controladas eventuais normas gerais que também fossem dispostas no orçamento, como as que dispõem sobre a criação de créditos adicionais,[36] como também vícios formais da elaboração da própria lei do orçamento. Acontece que, como as leis orçamentárias são todas periódicas (o orçamento vige por um ano, assim como a lei de diretrizes orçamentárias, enquanto que o plano plurianual vige por quatro anos), devido ao fato de que o nosso judiciário não julga suas ações com presteza e agilidade, normalmente esse tipo de ação perde o objeto e o controle da sua constitucionalidade não é exercido.

Com relação à Reserva do Possível, Krell esclarece que essa teoria surgiu na Alemanha para se estabelecer um limite à entrada de alunos nas Universidades alemãs e que teria sido erroneamente trazido para o Brasil como uma limitação orçamentária para restrição de direitos fundamentais, em especial dos de cunho social.[37] No entanto, o que deve acontecer quando a administração não puder custear essas ações às quais o Poder Judiciário a condenou? O Poder Público estaria obrigado a realizar ações apenas quando dispusesse de verbas para tal. Régis F. de Oliveira afirma que o administrador público pode se esquivar de um mandamento judicial alegando a reserva do possível, contudo com o dever de a autoridade pública explanar ampla e convincentemente a impossibilidade material do cumprimento[38]. Nesse sentido se pronunciou o STF:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 410.715-5 SÃO PAULO. Rel. Min. Celso de Mello. 22/112005).

No Brasil já se aceita que remédios sejam concedidos pelo Poder Judiciário, mas, como adverte Amaral, há outras ameaças à vida que não são saneadas por remédios apenas, mas exigem políticas públicas de outras naturezas[39], como a contratação de pessoal especializado e a construção de hospitais, por exemplo. E a falta de critérios para condenação do poder público a prestação de remédios pode prejudicar não só a organização das finanças públicas como a prestação do próprio direito a saúde. Por isso, afirmar os direitos fundamentais como ilimitados e que devem ser implementados a qualquer custo apenas esconde ou camufla a opção política de toda prestação positiva do Estado.

Dado que o direito financeiro trabalha sempre com o binômio: escassez de recursos e infinidade de possibilidade de gastos, tem-se que a escolha do que atender, é também a escolha do que não atender, e por isso aplicar o recurso na compra de remédios, por exemplo, é decidir não avançar nos demais caminhos possíveis[40].

A questão é a seguinte. Não se pode mascarar a opção política do magistrado ao decidir sobre prestações positivas que geram para o Estado, portanto, despesas ou custos que ele terá de suportar. Mas nesse caso, a compra de remédios quase sempre é indispensável à garantia dos direitos constitucionais dos tutelados jurisdicionalmente. Quando o efeito do tratamento ainda não for comprovado, ou quando só puder ser realizado no exterior, por exemplo, não é razoável que o poder público arque com esses gastos enquanto parte considerável da população ainda não possui acesso aos bens de primeira natureza.

É evidente que não há garantias de que se o tratamento no exterior e extremamente custoso não for concedido, o poder público irá gastar as verbas na área da saúde ou mesmo se irá gastá-las, mas o sistema não comporta distorções dessa natureza. Há criticas, no entanto, no sentido de que o poder público sempre poderia justificar a reserva do possível e a não implementação dos direitos sociais com argumentos de política monetária, estabilidade, contenção de gastos, ou a exigência financeira dos demais órgãos do poder público[41]. Porém, primeiramente, o ordenamento jurídico brasileiro proíbe o não-repasse das verbas destinadas aos demais poderes, sob pena de responsabilização do administrador público. Em segundo lugar, a demonstração da falta de recursos deve ser específica, de modo a comprovar execução total das verbas destinadas àquela área pelo orçamento público, e não poderia ser satisfeita apenas com argumentos gerais de falta de recursos simplesmente. Além do que, em outros casos, como o de Alagoas, a falta de recursos para se avançar em determinadas áreas é evidente, e por isso não se pode exigir o mesmo que se exigiria de um estado como São Paulo, com uma das maiores arrecadações do país.

O poder público, de qualquer forma, deve buscar a eficiência na prestação dos serviços públicos, e o Orçamento é o instrumento de organização do Estado que mais pode oferecer critérios para a concessão dos Direitos Sociais, dando prioridade, portanto, aos que já foram previstos nas leis orçamentárias em detrimento dos que ainda não passaram por o crivo do procedimento democrático. É bem verdade que não se deve questionar o papel do Judiciário como realizador dos fins estabelecidos nas normas constitucionais com base no Princípio da Separação dos Poderes, mas é preferível que ele atue como fiscalizador dessa efetivação e apenas atue onde os demais poderes não tenham definido sua participação. Isto é, é preferível que se condene o poder público à execução do orçamento não cumprido do que a uma prestação material da qual não se terá controle algum.

Fernando F. Scaff busca solucionar a questão da reserva do possível pela compreensão do que ele chama de sentença aditiva. Assim, seriam aditivas as sentenças que implicassem em aumento de custos para o erário do Estado. Não seria sentença aditiva, para ele, a que condenasse à devolução de tributos pagos indevidamente, mas, por exemplo, a que reconhecesse aos servidores ser devido o pagamento de parcela remuneratória que o erário deveria ter-lhes pago e não o fez. O autor, apesar disso, não classifica como aditiva aquela que garante o exercício de um direito fundamental de liberdade. Segundo ele: "*Embora existam custos públicos para garantir o exercício desses direitos, via de regra não implicam em um desembolso efetivo de recursos aos agentes privados envolvidos*"[42]. Ou seja, ao que nos parece, apenas seriam aditivas aquelas que os bens fossem fruídos diretamente pelos cidadãos, caso fossem repassados a eles em dinheiro ou sob forma de bens, remédios, por exemplo. Desconsiderando assim o impacto financeiro-orçamentário, que nos parece o mais importante. Por fim,

critica o referido autor a posição do STF de ordenador de despesas nesses casos de sentenças aditivas, considerando que programar políticas públicas requer um planejamento mais adequado pelo poder público.[43]

Ora, é evidente que o planejamento de políticas públicas requer uma adequação às situações fáticas, e, como vimos dizendo, o orçamento deve ser o grande instrumento de planejamento dessas ações estatais, não apenas por meio da Lei Orçamentária Anual, como também da Lei de Diretrizes Orçamentárias e do Plano Plurianual. Mas não apenas as sentenças aditivas que propõem Scaff podem gerar esse desequilíbrio, mas qualquer uma que gere custos para o ente estatal. Por isso dizemos que essas diferenciações que são feitas separando os tipos de direitos estabelecidos pelo Direito Financeiro apenas buscam restringir a efetivação de parcela deles. Afirma Scaff:

Proferir sentenças aditivas sob o impacto da pressão dos fatos, mesmo que dos fatos sociais mais tristes, como a possibilidade de perda de uma vida ou de falta de recursos para a compra de remédios, não é papel do Judiciário. Este não cria dinheiro, ele redistribui o dinheiro que possuía outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e cumpridas pelo Executivo.[44]

Com isso, devemos dizer que não acreditamos na falta de competência do Judiciário para participar ativamente das decisões políticas sobre os gastos públicos, mesmo porque, como adverte Bonavides, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação dos poderes no estágio onde estamos, e que o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu[45]. Barroso afirma que a atividade do magistrado deve respeitar o que fora decidido pelos demais poderes, de forma a agir apenas onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, ou quando estes não forem efetivamente cumpridos[46]. Dessa forma, o Judiciário cada vez mais ganha um espaço merecido pela população na efetivação de direitos há vinte anos estabelecidos e que até agora não tiveram sua materialização satisfatória por parte dos governos que conduziram o país nesse tempo.

5. Conclusão

Antes do século XX, as Constituições democráticas não traziam direitos a alimentação, moradia e saúde. Atualmente, com exceção dos Estados Unidos, onde grande parte das pessoas pensa que a Constituição não é o lugar de tais direitos, a maioria das Cartas modernas se preocupa em positivar direitos sociais supostamente inerentes à condição humana[47], de forma a dá-los conteúdo jurídico e uma exigibilidade mínima.

Para Sunstein a grande dificuldade dos tribunais é encontrar uma posição intermediária entre afirmar que tais direitos sociais não são justiciáveis, e a de que esses direitos criam um dever absoluto de proteção por parte do governo[48]. O presente trabalho propõe que o orçamento passe a ser esse meio-termo, no sentido de que as condenações do poder público para efetivar direitos fundamentais poderiam ter como objeto a obrigação de se executar o orçamento, tornando real o que apenas estava previsto como autorização na lei.

Alexy afirma que a extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas, e que nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído, mas que "*é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível*" [49].

Por tudo isso, o grande dilema na área de investigação dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, passa a ser o de se estabelecer as condições ideais de sua efetivação, e dada a imprescindibilidade do orçamento na organização do Estado, estabelecer o ponto de encontro entre eles. Dado isso, a argumentação que defende a aplicação de uma teoria da reserva do possível, bem como o da separação dos poderes, caem quando o objeto da condenação pelo Judiciário é a execução de um orçamento previsto e votado pelos demais poderes. De qualquer forma, afastar simplesmente o Judiciário do papel de responsável pela efetivação dos direitos conquistados constitucionalmente não nos parece a melhor opção em qualquer cenário.

Referências:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, Gustavo, e MELO, Danielle. Há Direitos Acima dos Orçamentos?**,** *in* **Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"**. SARLET, Ingo W. (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas,** *in* Revista de Direito Administrativo, nº 240, p. 83-103, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: *Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, in*** Revista Interesse Público, nº 46, nov/dez 2007, p. 31-61, 2007.

Becker, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo *et al* (Org). São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao Direito Financeiro**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CARVALHO, Cícero Péricles de. **Economia Popular**. *Uma via de modernização para Alagoas.* Maceió: EDUFAL, 2005.

CONTAS ABERTAS. Disponível em: <http://contasabertas.uol.com.br/noticias/detalhes_noticias.asp? auto=2160>. Acesso em: 07 de março de 2008.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício C. Lei de Responsabilidade Fiscal - o Resgate do Planejamento Governamental, *in* **Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal**. ROCHA, Valdir de Oliveira (Org). São Paulo: Dialética, 2001.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas**. *A responsabilidade do administrador e do Ministério Público.* São Paulo: Max Limonad, 2000.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1986.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** *os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da S. Os fundamentos Constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal nº 101/2000, *in* **Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal**. ROCHA, Valdir de Oliveira (Org). São Paulo: Dialética, 2001.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento**. *Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas.* São Paulo: Millennium Editora, 2006.

SARLET, Ingo W. Proibição de Retrocesso, Dignidade Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível, *in* **Constituição e Democracia.** *Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho.*

SUSTEIN, Cass R. Direitos Sociais e Econômicos? Lições da África do Sul, *in* **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. SARLET, Ingo W. (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TORRES, Ricardo Lôbo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária *in* **Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"**. SARLET, Ingo W. (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

VILLEY, Michel. **O Direito e os Direitos Humanos**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

[1] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 503.

[2] LEIVAS, P. G. C. . Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 87 a 89.

[3] SARLET, Ingo W. Proibição de Retrocesso, Dignidade Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível, *in* **Constituição e Democracia.** *Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*, p. 303.

[4] ALEXY, Robert. Op. cit., p. 499.

[5] AMARAL, Gustavo, e MELO, Danielle. Há Direitos Acima dos Orçamentos?**,** *in* **Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"**. SARLET, Ingo W. (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 97.

[6] TORRES, Ricardo Lôbo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária *in* **Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"**. SARLET, Ingo W. (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 73 e 74.

[7] AMARAL, Gustavo, e MELO, Danielle. Op. cit., p. 97.

[8] ALEXY, Robert. Op. cit., p. 513.

[9] VILLEY, Michel. **O Direito e os Direitos Humanos**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 5 e 6.

[10] KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** *os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 22.

[11] *Idem*, p. 31 e 32.

[12] SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento**. *Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas.* São Paulo: Millennium Editora, 2006, p. 87.

[13] *Idem*, p. 92 e 93.

[14] CARVALHO, Cícero Péricles de. **Economia Popular**. *Uma via de modernização para Alagoas.* Maceió: EDUFAL, 2005, p. 39 e 40.

[15] http://contasabertas.uol.com.br/noticias/detalhes_noticias.asp?auto=2160. Acesso em 07 de março de 2008.

[16] SABBAG, César de Moraes, Op. cit, p. 120.

[17] No dizer de Régis Fernandes de Oliveira, a decisão do gasto seria política "no sentido de atender a critérios flutuantes, ao sabor das necessidades e atender a critérios exclusivamente de conveniência". (2003, p. 268).

[18] BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas,** *in* Revista de Direito Administrativo, nº 240, p. 83-103, 2005, p. 94.

[19] Idem, p. 101.

[20] FIGUEIREDO, Carlos Maurício C. Lei de Responsabilidade Fiscal - o Resgate do Planejamento Governamental, *in* **Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal**. ROCHA, Valdir de Oliveira (Org). São Paulo: Dialética, 2001, p. 27.

[21] SABBAG, César de Moraes. Op. cit., p. 135.

[22] *Idem*, p. 94.

[23] FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas**. *A responsabilidade do administrador e do Ministério Público.* São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 64.

[24] BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao Direito Financeiro**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 27.

[25] BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 180.

[26] OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 262 a 270.

[27] *Idem*, p. 267.

[28] Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

(...)

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à **eficácia e eficiência**, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

[29] BALEEIRO, Aliomar, Op. cit., p. 78.

[30] KRELL, Andreas J. Op. cit., p. 100.

[31] MARTINS, Ives Gandra da S. Os fundamentos Constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal nº 101/2000, *in* **Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal**. ROCHA, Valdir de Oliveira (Org). São Paulo: Dialética, 2001, p. 172.

[32] Becker, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 216.

[33] Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias (Lei Complementar 101/2000).

[34] Becker, Alfredo Augusto. Op. cit., p. 218.

[35] KRELL, Andreas J. Op. cit., p. 35.

[36] Vide ADIn 2.925-8/DF. Rel. Min. Ellen Gracie.

[37] KRELL, Andreas J. Op. cit., p. 52.

[38] OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 260.

[39] AMARAL, Gustavo, e MELO, Danielle. Op. cit., p. 95.

[40] *Idem*, p. 101.

[41] KRELL, Andreas J. Op. cit., p. 53.

[42] SCAFF, Fernando F. Op. cit., p. 150.

[43] *Idem*, p. 152 e 153.

[44] *Idem*, p. 171.

[45] BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 95.

[46] BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: *Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, in*** Revista Interesse Público, nº 46, nov/dez 2007, p. 31-61, 2007, p. 39.

[47] SUSTEIN, Cass R. Direitos Sociais e Econômicos? Lições da África do Sul, *in* **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. SARLET, Ingo W. (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 11.

[48] *Idem*, p. 24.

[49] ALEXY, Robert. Op.cit., p. 513.

A POLÍTICA ECONÔMICA DO MERCOSUL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS*

LA POLÍTICA ECONÓMICA DEL MERCOSUR COMO INSTRUMENTO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Camila Bruna Zanetti
Flávia de Ávila

RESUMO

O texto abordará concisamente a previsão constitucional dos dereitos econômicos e sociais nas Constituições da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai e de sua institucionalização no Mercosul através dos tratados e das políticas econômicas comums desenvolvidas também nos países do bloco, com ênfase nos principios da efetividade e na proibição do retrocesso dos direitos humanos. Discorre sobre os direitos econômicos, sociais e culturais como parte inseparável dos direitos humanos, partindo do pressuposto que estes são indubitavelmente o fator de consolidação do desenvolvimento político e econômico dos blocos econômicos. Através do comparativo das Constituições econômicas, será estudado qual é a orden social e econômica estabelecida en cada país do bloco e como éstas influenciaram ou foram reproduzidas no processo de integração do Mercosul, e si existe a repressão aos direitos humanos en razão de preocupações meramente econômicas.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO, DIREITO DA INTEGRAÇÃO, DIREITOS HUMANOS, POLÍTICAS ECONÔMICAS.

RESUMEN

El texto planteará concisamente la previsión constitucional de los derechos económicos y sociales en las Constituciones de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay y de su institucionalización en Mercosur a través de los tratados y de las políticas económicas comunes desarrolladas mientras los países del bloque, con énfasis a los principios de la efectividad y en la prohibición del retroceso de los derechos humanos. Discurre sobre los derechos económicos, sociales y culturales como parte inseparable de los derechos humanos, partiendo del presupuesto que estos son indudablemente el factor de consolidación del desarrollo político y económico de los bloques económicos. A través del comparativo de las Constituciones económicas, será estudiado cual es la orden social y económica establecida en cada país del bloque y como estas influenciaron o fueron reproducidas en el proceso de integración del Mercosur, y si existe la represión a los derechos humanos en razón de preocupaciones meramente económicas.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO, DERECHO DE LA INTEGRACIÓN, DERECHOS HUMANOS, POLÍTICAS ECONÓMICAS.

INTRODUÇÃO

A cooperação entre os Estados com o propósito de ampliar seus interesses econômicos é tão antiga quanto são as reações entre os povos. A necessidade de troca de mercadorias tornou possível que os primeiros regulamentos considerados internacionais, mas ainda não constitutivos de um sistema jurídico ordenado, ocorressem. Os primitivos costumes considerados vinculantes para distintas populações não regulamentavam somente questões relacionadas à guerra, mas também à mercadoria. Um dos primeiros tratados internacionais da história, assinado entre o faraó Ramsés II e Httisuli, rei dos Hititas, continha cláusulas acerca do comércio entre os reinos (ALBUQUERQUE MELLO, 2004: 112).

As regras diplomáticas, bastante popularizadas entre babilônicos, persas e outros impérios do passado, serviam, entre outras coisas, para garantir a existência de rotas comerciais e protegê-as de ataques ou saques. Institutos como a alfândega e a arbitragem foram criados e desenvolvidos pelos gregos na Antigüidade clássica para facilitar o comércio inter-relacionado na península.

Os interesses econômicos não constituíam o único fator que unia governos estrangeiros. As Anfitionias, precursoras das organizações internacionais atuais, agrupavam cidades gregas primeiramente para a administração de santuários e, depois, foram usadas para a defesa coletiva das populações (QUO DINH, DAILLER, PELLET, 1992: 37-38). Nesta época e nos séculos posteriores, economia e alianças estratégicas para defesa e segurança sempre foram fatores de associação das umidades políticas, mas as guerras constantes entre as potencias que tinham como objetivo a tomada de território ou a imposição de influência e domínio político e religioso eram prejudiciais ao desenvolvimento do próprio poder dos Estados, assim como da economia e de uma disposição jurídica internacional geral.

Quando a noção de soberania estatal foi reconhecida pelos Tratados de Westfália de 1638, se assegura ao Estado poderes absolutos sobre seu território, mas com equivalência de direitos com os outros considerados seus pares. Nascia assim o Direito Internacional, formado com base na soberania estatal cuja função primordial é regular as reações entre os Estados (SORENSEN, 1973: 53). Todavia, o Direito Internacional atual já não mais se preocupa somente com o Estado, já que em tempos reativamente recentes os mesmos Estados aceitaram regras internacionais que se referem a indivíduos e coletividades, em evidente relativização do antigo conceito de soberania.

Desde importantes acontecimentos históricos como a Revolução Gloriosa na Inglaterra, a independência norte-americana e a Revolução Francesa, responsáveis por uma grande reformulação dos conceitos de Estado e exercício de poder político estatal, a separação e limitação dos poderes, os direitos dos cidadãos e a soberania popular são ideais

considerados imprescindíveis para o desenvolvimento nacional e internacional da sociedade, assim como fazem parte do sistema jurídico constitucional dos Estados.

Assim, estas importantes conquistas feitas pela humanidade transformaram a estrutura da sociedade e alteraram os objetos de estudos das ciências de modo que os seres humanos passaram a ser considerados sujeitos de sua própria história. Os Direitos Fundamentais foram assegurados pelas Constituições Estatais e os direitos humanos, depois da constatação de que a proteção estatal não era suficiente para assegurar a dignidade humana, foram sistematizados a nível internacional.

As antigas maneiras de interação estatal também sofreram transformações e diferentes formas de cooperação entre os Estados se desenvolveram num exercício de soberania diferente daquele do passado. O direito da integração, cuja origem e formação jurídica é devido primeiramente a tratados de Direito Internacional, se desenvolveu a tal ponto que atualmente é considerado autônomo em razão de fazer a interseção entre normas de direito nacional e normas internacionais públicas e privadas (BORGES, 2005 : XXXII). É possível afirmar que sua criação ocorreu em razão da urgência de enfrentamento das necessidades econômicas dos Estados frente à concorrência internacional. Apesar de conter finalidade econômica, as normas do direito da integração não devem refletir um propósito somente comercial, mas também a comunhão de objetivos institucionais perseguidos em bloco pelos Estados da comunidade, que obrigatoriamente devem expressar os direitos de indivíduos e coletividades assegurados pelos mesmos, tanto interna quanto externamente, inclusive os econômicos.

Portanto, este trabalho acadêmico procurará demonstrar que a integração regional para ser próspera necessita revelar em sua norma e políticas econômicas os direitos básicos individuais e coletivos protegidos em suas previsões constitucionais, enfocando o caso do Mercosul, principalmente no que concerne aos direitos econômicos, sociais e culturais consignados nas Constituições da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Assim, a norma do bloco não pode desconsiderar a legislação constitucional dos países o mesmo alterar negativamente os níveis de proteção já garantidos domesticamente ou internacionalmente em razão dos princípios da efetividade e na proibição do retrocesso dos direitos humanos.

A normalização dos direitos econômicos, sociais e culturais, que ocorreu em âmbito interno e externo em um momento diferente do que sucedeu com os direitos civis e políticos, representa significativas vitórias da sociedade pelo seu desenvolvimento e evolução, e são parte inseparável dos direitos humanos. Estes últimos, por sua vez, são indubitavelmente os fatores de consolidação do desenvolvimento político e econômico dos blocos econômicos porque, enfatizando, sem o reconhecimento do que foi protegido interna e externamente pelos Estados, o bloco econômico não prosperará em sua integração, porque desconsiderará o fator humano.

Por todas as razões apresentadas, para este estudo foi adotado o método histórico-comparativo. Histórico, porque através da história pode-se constatar como os direitos humanos foram reconhecidos e incorporados no ordenamento jurídico internacional. Comparativo, porque serão comparadas as Constituições econômicas dos Estados do bloco, para que seja identificada qual é a ordem social e econômica estabelecida em cada país e como tais ordens influenciaram ou foram reproduzidas no processo de

integração do Mercosul e si existe, de algum modo, a repressão aos direitos humanos em razão de preocupações meramente econômicas.

•1. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUMDAMENTAIS

A constitucionalização dos direitos humanos, como protótipo das constituições européias, ocorrida a partir da metade do século XX, caracteriza a necessidade dos homens e mulheres de estabelecer, por meio da segurança que um ordenamento jurídico, sua proteção, em razão de atrocidades cometidas nas guerras mundiais, em especial a Segunda Grande Guerra. Antes destes fatídicos episódios da história da humanidade, os limites de atuação dos Estados constavam de normas consuetudinarias, que depois da evolução do pensamento humanístico recuperado pelo Ocidente no Renascimento, que representou revolução antropocêntrica das artes das ciências, asseguravam o valor do gênero humano.

Entretanto, os regimes totalitários dos anos 30 do século passado - que contrariaram o pressuposto Kantiano da subjetividade de que os seres humanos são um fim em si mesmo e nunca meios para a realização de um fim qualquer -, romperam com a tradição do passado. Conseqüentemente, em nome da conservação de supostos direitos de coletividade custodiados por sistemas políticos opressivos, as minorias experimentaram uma realidade de insegurança, isolamento e medo (AFER, 2006). Os traumas históricos que as ordens totalitárias (nazi fascistas) motivaram a positivação dos direitos humanos internacionalmente. Tal providência influenciou as Constituições dos Estados, que passaram a adotar textos constitucionais dotados de dimensão ética e prospectiva, cuja perenidade seria assegurada através da imutabilidade de suas "cláusulas de eternidade" (PEREIRA, 2006: 10), termo este de Peter Härbele.

Assim, as Constituições modernas são guiadas por valores universalmente reconhecidos que impedem que tratamentos injustos a minorias sejam exercidos ou mesmo que estados totalitários sejam formados, diferentemente do que ocorreu no passado (SOUZA CRUZ, 2004: 159), com a Constituição de Weimar, por exemplo, acusada de permitir que a maioria elegesse ideologias preconcebidas pelo preconceito que causaram desvio da máquina estatal para finalidades genocidas. Na atualidade, o principio da dignidade da pessoa humana, ponto de partida dos outros direitos humanos, é o centro dos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos em todo o mundo. Por esta razão, a incorporação dos direitos humanos nos sistemas internos consolidou o conjunto de direitos e garantias que buscam estabilizar a proteção da dignidade humana contra intervenções e ações arbitrárias do Estado e, ao mesmo tempo, solicita ações positivas do próprio Estado para assegurar condições mínimas de vida digna.

É importante destacar que a dignidade humana foi o primeiro elo que surgiu como vislumbre de reconhecimento de que existem direitos conectados à existência humana que são conhecidos por meio de inferências normativas e comprometimentos sociais. Entretanto, era entendido como parte de um direito natural, de inspiração divina, que resultava da vontade de Deus para com a vida de seus filhos. O individualismo,

essencial para a compreensão dos direitos humanos, não é identificado na antigüidade clássica, na qual os interesses individuais e coletivos não existiam senão como proveito para o próprio Estado. No Império Romano não houve grandes modificações neste entendimento em razão de não existir expressiva proteção aos direitos que, de algum modo, procurassem estabilizar condições mínimas de vida boa.

Entretanto, mesmo com o advento do ideal cristão de proteção dos fiéis, não havia indícios de universalidade, característica atribuída à caracterização dos direitos humanos, em razão de a Igreja diferenciar os direitos dos cristãos e dos hereges e também por existirem diferentes concepções adotadas por teóricos do direito. Esta situação foi predominante no período medieval, marcado pela ausência de codificações seculares uniformizadas e, portanto, caracterizadora de inexistência de sistema garantidor de direitos perene e justificadamente universal (VAZ, 2009: 10).

Na Idade Média européia, os primeiros teóricos do Direito Internacional que adotavam o jusnaturalismo como Francisco de Vitória o Francisco Suarez inspirados em Santo Agustinho, identificavam a existência de *jus naturalis* determinado por Deus e, por isso, infalível. O que era considerado direito dos homens era sempre limitado em razão de seu exercício. Vitória concebia que a não observância do Direito Natural era passível de graves sanções, como a guerra, que deveria ocorrer em último caso, e considerava que não havia como o soberano impor violência aos outros por ser considerado não superior, mas igual a dos seus súditos. Mas a própria guerra só era permitida somente quando o Direito Natural era desacatado. Suarez afirmava que se houvesse algum erro no exercício do Direito Natural, isto se devia à natureza humana manchada pelo pecado, que somente conseguia identificar normas divinas por meio de uma penumbra originada pelas ações fracas e defeituosas dos homens. Suarez, ao contrário de Vitória, concebia que o soberano tinha poder absoluto para adotar medidas violentas em razão do beneficio estatal, para, por exemplo, reparar danos causados por agressões consideradas injustas. Assim, enquanto Vitória considerava não existir diferenciação entre os direitos dos governantes e dos governados e criava regras comuns a todos, na concepção inicial do que hoje em dia pode ser chamado de direitos fundamentais; Suarez, ao contrario, diferenciava direitos entre o rei e os outros membros da sociedade, em uma primeira compreensão do conceito de soberania estatal como condição necessária para a sobrevivência do próprio Estado (BOSON, 2000: 49-51).

Entretanto, grandes mudanças foram observadas com o passar dos tempos cuja amplitude foi extensa o suficiente para fortalecer a idéia de soberania como também para desenvolver novas formas de pensar direitos privativos de indivíduos. Primeiramente, os humanistas, que tinham como base o tomismo, acreditavam que existia um mínimo ético compartilhado por todos (apesar de que, naqueles tempos, traduziam somente ideais europeus muitas vezes permissivos para ações colonizadoras e violentas). Entre estes doutrinadores, Alberico Gentili, apesar de ainda defender que o Direito Natural era uma sugestão de Deus, já concebia a existência de uma gama de direitos individuais que caracterizavam o pensamento humano, e Hugo Grotius, que entendia Direito Natural imutável, mas não fruto de inspiração divina senão fruto da razão humana. Para Grotius, a obrigatoriedade da norma existia pela necessidade de imposição de uma diretriz para dirigir o comportamento dos Estados, que era derivado do costume (BOSON, 2000: 53-57).

Os anos do Renascimento mudaram a forma de encarar as idéias que eram consideradas antes invariáveis e iniciaram esta nova concepção dos direitos. Com o crescimento da estrutura do Estado Moderno e a proliferação de grandes estudos sobre o tema, como as obras de Maquiavel, Hobbies, Locke, Jean Bodín e Rousseau, uma nova era começou para a filosofia e a aplicação dos direitos pessoais, meramente individuais, foram introduzidos nos diplomas constitucionais e declarações nacionais a partir da Revolução Francesa. O Direito Natural não era mais considerado fonte de todo o direito, assim como o costume, e o positivismo passou a garantir direitos que antes não tinham sido incluídos no rol das obrigações estatais.

Entretanto, no nível internacional, o fortalecimento da soberania tornava os Estados poderosos e, ao mesmo tempo, indiferentes a uma possível regulamentação internacional dos direitos de indivíduos e coletividades. Correntes filosóficas e políticas como voluntarismo jurídico de Emerich de Vatel, que reafirmava o poder absoluto dos Estados em razão do consenso obtido em tratados internacionais, garantia a eles a realização do direito, cujo foco de ação era limitado à guerra, à diplomacia e ao comercio, através da forma que entendiam ser necessária, sem restrições (QUO DINH, DAILLER, PELLET, 1992: 49-51).

A despeito de todas as evoluções no âmbito jurídico constatadas em nível interno, no século XX a humanidade experimentou a saturação dos direitos e deveres individuais consagrados na Revolução Francesa em razão de uma grande crise econômica que devastou o mundo no último ano da década de vinte. A concepção liberal-burguesa do Estado, herdada dos ideais revolucionários de 1789, já desde o século XIX não mais abarcava todas as demandas sociais. Houve uma percepção geral que a formalização das liberdades individuais não seria capaz, sozinha, de garantir a justiça social, especialmente depois que a Revolução Industrial promoveu desequilíbrios de ordem econômica e social advindos das péssimas condições de trabalho, saúde e educação que as camadas mais empobrecidas da sociedade tinham que se submeter.

É importante enfatizar que, com o declínio do direito natural, o positivismo se tornou a teoria jusfilosofica dominante, mas a nomenclatura foi erroneamente associada ao absolutismo estatal, porque serviu como justificativa para a consolidação de regimes totalitários. Vários autores como Austin, Raz, Hart, Kelsen, Del Vecchio e Bobbio se referiram ao positivismo de formas distintas, mas concordam que o objeto do estudo da Ciência de Direito é externo e, por isso, somente a norma, que é fruto da experiência, traduz o modo de se alcançar segurança e pacificação social. A positivação dos direitos humanos foi o grande acontecimento neste período, pelo qual a própria soberania dos Estados foi limitada em favor de uma construção normativa que envolveu comprometimentos dos mesmos Estados e dos outros entes da sociedade internacional.

Bobbio (1998: 91) esclarece acerca desta temática que os diferentes sistemas jurídicos dos diferentes países não se fundam em um único postulado ético, ou sobre um grupo de postulados coerentes, mais de múltiplos sistemas com muitos valores e esses são, muitas vezes, antinômicos entre si. Devido à ampla inserção de direitos fundamentais de modo generalizado nas Constituições modernas, as diferencias são inevitáveis entre os sistemas jurídicos distintos. Entretanto, os Estados foram guiados pelos documentos internacionais responsáveis pela universalização destes direitos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e os dois Pactos Internacionais de 1966. No

âmbito regional, sistemas de proteção e de reconhecimento dos direitos humanos também foram criados na Europa, Américas e África (MARTINEZ, 1993, p.343).

Neste contexto, a globalização econômica é considerada parte significativa entre as varias transformações históricas e sociais que impactaram a evolução dos direitos, porque modificou os parâmetros pelos quais os processos de política econômica interna e externa de como perda e ganho são considerados. No caminhar da internalização dos direitos humanos, os avanços tecnológicos, as comunicações e os transportes mais rápidos e eficientes, as novas formas de expressão que estão presentes em todas as facetas da sociedade contemporânea, possibilitaram acúmulo de riqueza nunca antes visto, mas também causaram miséria, fome e destruição da natureza.

Conseqüentemente, outros ramos do direito passaram a integrar documentos internos e internacionais que contém disposições sobre Direito ao Desenvolvimento, ao Meio Ambiente Sustentável, medidas para combater a pobreza, entre outras. Estas transformações foram responsáveis por um despertar necessário ao fomento da solidariedade, visto que os homens e mulheres passam a se reconhecer como membros de uma sociedade global, além dos limites territoriais e perfilha também que seus comprometimentos normativos sociais são capazes de determinar direitos essenciais para garantir a sobrevivência do gênero humano e da sociedade, como o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio cultural, à comunicação ativa ou passiva, que correspondem à preocupação por proteger o que existe agora para os que vierem depois.

Portanto, será imprescindível conhecer genericamente o sistema universal de proteção dos direitos humanos, assim como generalidades do sistema interamericano, para que se possa compreender como tais normas incidem sobre blocos econômicos e sobre o direito da integração.

•2. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Não obstante a doutrina clássica do Direito Internacional ter se encarregado de sustentar o Estado como sujeito exclusivo do Direito Internacional em virtude de seu nascimento, como explicado no item anterior, o Estado não deixou de ser peça essencial da organização política e social da humanidade, mas nesta etapa do desenvolvimento do Direito Internacional e de reconhecimentos de comportamentos normativos da sociedade internacional, a tendência é que a pessoa humana vá adquirindo, de forma crescente, direitos determinados e precisos. Isto ocorre de maneira sistemática desde o fim da Segunda Guerra Mundial e do advento das Nações Unidas.

Com a assinatura da Carta das Nações Unidas, em 1945, se inicia a proteção universal dos direitos humanos, que busca obter dos Estados a obrigação jurídica de respeitá-los e de garanti-los (LANOS MANSILA, 2008: 31). Já no preâmbulo da Carta existe a afirmação de que todos os que são concordantes com aquele documento o fazem porque acreditam nos direitos fundamentais de homens e mulheres, sem distinção, na dignidade e no valor da pessoa humana.

O artigo 1º, item 3, do mesmo documento estabelece que é um propósito das Nações Unidas a realização de cooperação internacional para a solução de problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, sem esquecer as liberdades fundamentais e sem distinções de raça, religião, sexo ou idioma. Este propósito geral é definido ainda como parte da competência de alguns órgãos das Nações Unidas como a Assembléia Geral (art. 13) e o Conselho Econômico e Social (art. 68). Os direitos humanos são também citados no Capítulo IX que se refere à Cooperação Internacional Econômica e Social entre os membros da organização (art. 55), e no Capítulo XII, sobre o sistema internacional de tutela ou administração fiduciária (art. 76). Apesar de todas as disposições legais relacionadas, a Carta não define os direitos humanos, nem estabelece tampouco a normatividade encarregada de sua proteção.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é fruto do trabalho da Comissão de Direitos Humanos criada em 1946, mas substituída em 2006 pelo Conselho de Direitos Humanos. Suas conquistas foram responsáveis pela formulação tanto da Declaração quanto de dois outros marcos universais em relação aos direitos humanos, os Pactos Universais e também diversos tratados sobre a matéria. Suas atribuições incluíam a realização de debates sobre a temática, a divulgação de notícias para a sociedade internacional, a sua função de servir de foro para elaboração das políticas das Nações Unidas em relação a direitos humanos, além de estabelecer sistema único de procedimentos especiais e de especialistas observadores para analisar o cumprimento de tais direitos por países. A despeito de sua grande importância, sua capacidade foi reduzida paulatinamente por diminuição de sua credibilidade e profissionalismo, e isto foi um dos motivos que colaboraram para sua substituição pelo Conselho, com atividades permanentes e com mais autoridade que sua antecessora (LANOS MANSILA, 2008: 38-39).

O conteúdo da Declaração se inicia pelo preâmbulo, no qual se afirma a unidade da família humana, e pelos artigos 1º e 2º, que se ocupam dos princípios de liberdade, igualdade, não discriminação e fraternidade. Os direitos e liberdades de ordem pessoal estão definidos pelos artigos compreendidos entre os 3º e 11, que incluem os direitos à vida, à segurança e dignidade da pessoa, à igual proteção ante a lei, às garantias contra a escravidão, tortura, detenções e as penas arbitrárias e os recursos judiciais contra os abusos do poder político. Os direitos do individuo em suas relações com os grupos de que faz parte e das coisas do mundo exterior estão englobados desde o artigo 12 até o 17. Neles se incluem a igualdade entre homens e mulheres para casar, constituir família, ter um lar, domicílio e direito ao asilo em caso de perseguição política.

A vocação de pertencer a uma cidade, de ser nacional de um país, de exercer a propriedade sobre coisas suas está também enumerada entre estes tipos. As faculdades do espírito, as liberdades políticas e os direitos políticos fundamentais, incorporados entre os artigos 18 a 22, abarcam os direitos a liberdade de consciência, de pensamento, de crenças, de palavra, de expressão, de reunião, de associação, de poder tomar parte da vida política e de participar das eleições periódicas e secretas, pois a vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos.

Os direitos econômicos, sociais e culturais, constados dos artículos 22 a 27, somam a todos os outros um caráter novo à proteção internacional dos direitos, mas que não cede em nada à importância dos demais. São os direitos ao trabalho, à escolha livre deste

trabalho, à segurança social, às liberdades sindicais, à educação, ao descanso, à vida cultural e à proteção da criação artística. Os laços do indivíduo com a sociedade são fortalecidos pelos artigos 28 e 30, o que implica na efetividade dos direitos e em sua limitação frente a direitos de outras pessoas e do respeito a normas nacionais e internacionais, da ordem pública e do bem estar geral de uma sociedade democrática. Finalmente, as limitações finais dizem respeito aos princípios das Nações Unidas que não podem ser ignorados pelas pessoas (LANOS MANSILA, 2008: 38-39). Constituições e leis de todos os países do mundo se referem a esta Declaração e sua formulação é considerada como obrigatória em razão da *opinio juris* dos Estados e se constata sua completude em relação aos direitos que são percebidos socialmente como resultado das interações humanas.

Por esta razão, considera-se que os novos documentos sobre direitos humanos devem sempre representar evolução em relação com os tratados anteriores porque, em caso contrário, podem implicar em retrocesso da normatividade internacional e dos processos históricos de desenvolvimento do direito como ciência social. Atualmente, tanto a idéia de progressividade dos direitos quanto de sua não regressão impede que os direitos humanos sejam desconsiderados pelos sujeitos de direito internacional em suas reações internacionais.

Desta sorte, os tratados que se seguiram à Declaração não a contrariaram, mas sim ampliaram as obrigações estatais em relação à proteção dos Direitos Humanos. Os chamados Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966 são documentos importantes sobre o assunto. Assim, O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais trata de direitos que formam parte integrante do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, através deste documento, assim como da Declaração Universal e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, se reconhece que não se pode realizar o ideal de ser humano livre em sua plenitude jurídica sem que todos estes direitos sejam desenvolvidos. Tais direitos econômicos, sociais e culturais são responsáveis pelo combate à miséria e permitem o reconhecimento de identidades comunitárias diversificadas. A indivisibilidade e a interdependência dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais, são princípios fundamentais da legislação internacional dos direitos humanos.

Em resumo, estes direitos têm por objeto assegurar a proteção plena das pessoas, partindo da base de que estas podem desfrutar de direitos, liberdades e justiça social, simultaneamente. Em princípio, pode-se atribuir a responsabilidade das violações mencionadas ao Estado dentro de cujo território se produzem. Para corrigir estas violações, o Estado responsável deverá criar mecanismos de vigilância, investigação, processamento e recursos para as vítimas (LANOS MANSILA, 2008: 217-249).

Esta é a idéia de efetividade dos direitos humanos que ainda depende da ação estatal para acontecer. Isto se verifica já que as normas internacionais se caracterizam por sua grande abstração e relativização, o que permite variadas interpretações por parte dos Estados. Por este motivo, sistemas regionais de proteção dos direitos humanos foram criados. Nestes sistemas, normas de caráter regional refletem a interpretação de um grupo menor de países próximos geograficamente acerca dos direitos humanos, o que permite o reconhecimento de direitos que são advindos das interações sociais contíguas, da observação da realidade e das diferenças culturais. Consequentemente, estes

documentos de caráter regional manifestam as identidades culturais da gente destes Estados e tendem a conseguir maior efetividade que o Sistema Universal.

O Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, que exemplifica o que já foi dito, foi concebido junto à Organização dos Estados Americanos, a OEA. A OEA é um Foro Multilateral do Hemisfério para o fortalecimento da Democracia, bem como para a Promoção dos direitos humanos e para o debate de problemas comuns nas Américas. Foi criada em 1948 na *Nona Conferencia Internacional Americana*, realizada na cidade de Bogotá, da qual participaram 21 países americanos.

Assim, por meio da Carta de Bogotá, nome pelo qual se conhece o documento de sua criação, instituía-se a OEA, organização regional que integra o Sistema das Nações Unidas e que adota vários de seus princípios e ideais. A Carta de Bogotá já foi modificada muitas vezes, modificações estas responsáveis por sua atualização e reestruturação, inclusive em relação a direitos econômicos, sociais e culturais.

Na mesma ocasião em que foi criada a OEA, foi também adotada pelos Estados participantes a Declaração Americana de Direitos e Deveres dos Homens. Este documento, de 10 de abril de 1948, exarado alguns meses antes da Declaração Universal, constitui-se no primeiro a catalogar um rol de direitos humanos e a determinar que os Estados deveriam observá-los e é considerado o documento que começou o movimento de proteção dos direitos humanos nas Américas. Entretanto, só depois da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), os Estados foram obrigados a adotar providências para se conseguir esta efetividade. Contudo, este documento não estabelece proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais que, mais tarde, foram incorporados ao Sistema Interamericano pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador). Ali estão previstos o direito ao trabalho, direitos sindicais, à segurança social, à saúde, a um meio ambiente saudável, à alimentação, à educação, aos benefícios da cultura, à constituição e proteção da família.

Conforme disposições do Pacto de San José, o Sistema Interamericano é composto por dois órgãos, cujas competências são basicamente para fiscalizar o cumprimento dos direitos humanos e para responsabilizar os países que venham a descumpri-los através de sistema de petições. Estes órgãos são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Todavia, os direitos econômicos, sociais e culturais previstos no Protocolo de San Salvador não são objeto de muitas petições em razão de decisões da Corte considerarem que são direitos de realização progressiva, não justiciáveis, o que contradiz o entendimento da característica de indivisibilidade dos direitos humanos.

Infelizmente, esta compreensão compartilhada sobre os direitos humanos torna os direitos econômicos, sociais e culturais objeto retórico de tratados internacionais, mas não efetivos na realidade, a despeito das obrigações e responsabilidades estatais neste sentido. No processo de integração esta visão distorcida deve ser evitada para que a integração seja efetiva e não se torne somente propícia a interesses comerciais. Por isso, é necessário o estudo da integração mercosulense com base nos direitos humanos e com ênfases nos documentos já existentes sobre a temática.

•3. O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO E OS DIREITOS HUMANOS

A globalização é um pressuposto da modernidade e se apresenta como um fenômeno de homogeneização do mercado mundial. A consolidação do papel dominante do capital financeiro através da extraterritorialidade dos mercados que não são mais conformados a fronteiras ocorre por meio dos avanços da tecnologia da informação, que permite a integralidade da comunicação em tempo real e, finalmente, possibilita a desmaterialização do capital global. Como resposta a esta situação, o direito se adaptou e um novo ramo, que combina direito constitucional e internacional, foi criado: o direito de integração.

A integração é um processo voluntário, etimologicamente derivado do latino *integratio,* em conjunção com *onis. Integratio* significa originalmente renovação, mas a partir do século XVII adquiriu novo sentido, de combinação das partes de um todo. Na primeira metade do século XX, a integração incorporou novo entendimento, a combinação de economias separadas em regiões econômicas mais amplas, com a finalidade de ganho originário do aumento do mercado. Atualmente, a ação e efeito de integrar ou se integrar constitui em uma forma de interação dos Estados da sociedade internacional, e consiste na transformação de umidades previamente separadas em partes componentes de um sistema coerente cuja característica essencial constitui-se na interdependência (OCAMPO, 2009: 21).

Tanto as interações entre os Estados quanto a interdependência precisam de decisões políticas que garantam sentido e finalidade extrínseca para que objetivos previamente acordados no sentido econômico político ou sociais sejam alcançados e estas decisões políticas se realizem por meio da integração. Como processo voluntário, a integração econômica é uma opção política dos países que buscam estratégias de desenvolvimento econômico com finalidade de abolição da discriminação entre as unidades políticas envolvidas no transcurso dos procedimentos (OCAMPO, 2009: 22).

Constituindo ou não forma de cooperação, a integração significa uma modificação no padrão de consideração da soberania estatal. É importante observar que, ao lado da globalização econômica, se desenvolve igualmente a denominada globalização humana, de vocação antropocêntrica, considerada como processo de abolição dos entraves estatais para a proteção dos direitos construídos pela sociedade e identificados inferencialmente como condições de exercício das potencialidades humanas. (MEDEIROS FERNANDES, 2002: 151-153).

Para Granillo Ocampo (2009: 23), não se deve confundir integração com cooperação, que são distintos tanto em aspectos quantitativos como também qualitativos. No aspecto quantitativo, a cooperação implica ações destinadas a reduzir a discriminação, e a integração se traduz em medidas que conduzem à supressão da discriminação. Enquanto a cooperação implica em que cada país continue a ter seus próprios objetivos, que se realizariam mais facilmente mediante o trabalho conjunto com outro país ou outros

países que também perseguem seus próprios objetivos, a integração implica na transformação dos objetivos individuais de cada país em um objetivo único para o conjunto, o que constitui a diferença qualitativa. A finalidade, então, é a mesma, a obtenção de melhor qualidade de vida e/ou social, com processos distintos acerca do tratamento dos objetivos pelos países.

Medeiros Fernandes (2002: 151), em sentido diverso, considera a integração como outra forma de globalização, uma forma de cooperação entre os Estados, que conserva por finalidade conferir segurança e estabilidade para as relações sociais, inegavelmente condicionadas aos fatores de ordem econômica, acentuadamente voláteis e inestáveis na atualidade. As tendências globalizantes não reconhecem qualquer esfera decisória ou diretória, mas se sucedem com base somente em auto-regulamentação dos atores econômicos e sociais. Este entendimento concebe o desenvolvimento como a soma das forças e instrumentos de que dispõem cada Estado em um processo comum que seria a resposta às novas tendências de liberalização mundial, mas também o resguarda das necessidades unicamente locais.

A integração, então, surgiu como reação à diminuição do poder dos Estados, não considerando somente a interdependência, mas como instrumento de defesa contra a desagregação gerada pela tentativa globalizante de igualar, para todos os fins, realidades absolutamente diferentes. Assim, é considerada como medida de resguardo da identidade nacional, não associada a discriminações infundadas, mas através de elementos que permitem o reconhecimento de realidades socioeconômico-culturais regionais, cujas práticas se desenvolvem sem prejuízo para as coletividades envolvidas (MEDEIROS FERNANDES, 2002: 151-153).

Assim, no processo de integração, que lida diretamente com direitos econômicos, é importante analisar como esta interação acontece. Em relação aos direitos econômicos como parte integrante das liberdades econômicas, existem, por exemplo, o direito à propriedade privada, os direitos relativos ao trabalho e o exercício profissional. Igualmente, os direitos civis e políticos são fundamentais num processo de integração, já que conferem a igualdade de trato, condição *sine qua non* da livre circulação dos fatores de produção. Deste modo, a admissão dos tratamentos discriminatórios impede que as liberdades econômicas sejam plenamente concretizadas (RAMOS, 2008: 32).

Os direitos humanos sempre devem ser considerados condição para o delineamento normativo das liberdades econômicas, e, por esta razão, são responsáveis por uma dimensão subjetiva que limita o exercício do poder e, por tanto, afetam qualquer tipo de ato estatal, inclusive os relacionados diretamente com a atividade econômica. Entretanto, não é possível elaborar política integracionista diferente e contraposta à normatividade preexistente no âmbito interno e internacional acerca da matéria. Os direitos humanos devem ser considerados como sempre em progressão, com efeito expansivo (RAMOS, 2008: 33-35).

O Mercosul, ao estabelecer uma estrutura de órgãos e uma ramificação de normas, funda nova formação dentro do direito da integração. A integração de seus Estados-membros é a alternativa estratégico-estrutural para enfrentamento das condições de competência internacional (DIZ, 2007: 56-60). Entretanto, aprofundar o processo de integração significa introduzir normas com atributos que transformem o que já existe

em sistema normativo mais aperfeiçoado, a fim de que o bloco se torne zona de prosperidade e bem estar social.

As dificuldades enfrentadas pelo processo podem ser eliminadas desde que se favoreçam postura geral, assumida pelos membros, de manter os propósitos originalmente delineados pelo Tratado de Assunção e os demais documentos, inclusive os tratados e declarações adotados pelos Estados acerca dos direitos humanos em âmbito universal e regional, assim como as Constituições nacionais e os direitos fundamentais ali especificados.

•4. A POLÍTICA ECONÔMICA DE INTEGRAÇÃO E AS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS-MEMBROS DO MERCOSUL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS.

Para que haja a construção de um mercado comum é necessário que entre os países integrantes de determinada integração econômica regional existam liberdades econômicas reais, tais como a liberdade de circulação de bens e serviços, de capitais e a liberdade de estabelecimento. Ainda segundo Ramos (2008: 32), essas liberdades econômicas são caracterizadas de maneira muito similar àquelas atribuídas aos direitos econômicos e a outros direitos fundamentais. Isso porque os direitos econômicos compreendem todas as facetas da vida econômica de um Estado, da efetividade do desenvolvimento econômico dos indivíduos e das empresas com ênfase no consumo.

Portanto, direitos concernentes ao trabalho, à propriedade, ao exercício de determinada profissão e, principalmente, o direito à igualdade de tratamento, são colocados a prova todos os dias nas relações de comércio dos países integrantes do bloco.

O Mercosul atravessou suas primeiras décadas tentando implementar suas diretrizes básicas e hoje já dispõe de extensa normatividade como protocolos que ampliam o que antes se reduzia à política macro e microeconômica de comércio exterior para objetivos que abrigam explicitamente os direitos econômicos, sociais e culturais. Assim

[...] a agenda inicial do Mercosul tem sido gradativamente ampliada, de forma a compreender, por exemplo, a cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa (Protocolo de Las Leñas, de 1992); o cumprimento de medidas cautelares destinadas a impedir a irreparabilidade de dano em reação às pessoas, bens e obrigações (Protocolo de Medidas Cautelares, de 1994); o direito do consumidor e da concorrência (Protocolo de Santa Maria sobre jurisdição internacional em matéria de reações de consumo, de 1996 e o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul); educação e cultura (Protocolo de Integração Cultural para favorecer o enriquecimento e a difusão de expressões culturais e artísticas do Mercosul, de 1996, e o Protocolo de Integração Educacional para prosseguimentos de estudos de pós-graduação nas Universidades dos países do Mercosul, de 1996) e meio ambiente

(Acordos sobre Cooperação em matéria ambiental celebrados entre o Brasil e a Argentina em 1997 e entre o Brasil e o Uruguai em 1997). (PIOVESAN, 2001, p.120)

A inserção dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais na política de integração do Mercosul confirma a necessidade de reparação das conseqüências dos processos históricos similares vividos pelos quatro Estados-Membros. Todos sofreram colonização fundada exclusivamente na exploração, tiveram a experiência de regimes ditatoriais e transformaram seu destino com a redemocratização de seus governos. Na segunda metade do século passado, a Comissão Econômica para América Latina (CEPAL), confirmava a importância da realização de debates com temática na integração regional para desenvolvimento dos interesses comuns latino-americanos.

Este passado comum e os processos de redemocratização ocorridos em períodos próximos resultaram em novos diplomas constitucionais adotados em menos de uma década nos quatro países: 1988 (Brasil), 1992 (Paraguai), 1994 (Argentina) e 1997 (Uruguai). As Constituições adotaram o Estado Democrático de Direito como modelo, o que significa que se formaram nos países as condições ideais para a efetividade dos direitos humanos: a criação e desenvolvimento de um sistema jurídico calcado nos valores políticos democráticos que os reconheça internamente, por meio dos direitos fundamentais. Para isso, é necessária que a tese da complementaridade seja aceita entre os direitos fundamentais que são praticados num Estado Democrático de Direito. Segundo Dimitri Dimoulis (2007: 31)

Considera-se que a democracia é o requisito da garantia jurídica e de efetivo respeito a tais direitos. Por sua vez, esses direitos são pré-requisitos para da democracia, permitindo ao indivíduo participar dos processos democráticos (exercício dos direitos políticos), e reunir as condições culturais e materiais que lhe permitirão a participação ativa e efetiva na política (liberdade de expressão, privacidade, independência econômica, garantia de direitos sociais, etc.).

Jurgüen Habermas (2003) é um dos teóricos defensores da teoria da complementaridade como direito humano (ou direito fundamental, se positivado internamente) e como conseqüência da soberania popular (ou democracia). Propõe que haja exercício de autonomia através da institucionalização de espaços públicos para a formação de opinião e de expressão da vontade. Assim, não existirá somente uma lei genérica preparada por representantes indiretos, mas sim a garantia de legislar com independência política.

Esta abertura para a construção conjunta dos conteúdos do direito assim como o exercício do controle das instituições responsáveis por assegurar direitos fundamentais e o bem estar social advindo destas formas de processos, considerados democráticos, devem ser reproduzidas não só em sistemas jurídicos internos, mas expandidas para os processos de integração regional; embora pareça, num primeiro momento, que o

objetivo de efetuação dos direitos humanos aparentem desconectados das diretrizes iniciais do bloco: a integração econômica e o desenvolvimento econômico regional.

Em um Estado Democrático de Direito existe o direito e a obrigação de exercitar frequentemente essas funções educadoras por todos, porque o direito se constrói e se desenvolve em torno à reciprocidade ética intangível: a todo direito (como poder ou faculdade) é assegurado ao cidadão pelo Estado uma obrigação própria e recíproca de respeitar e implementar o equivalente direito aos outros cidadãos por parte de todos os titulares do direito (MARÇAL, 2008: 39). Esta realidade não ocorre somente dentro dos Estados, mas também em ambiente internacional.

Através do processo educativo, o direito contemporâneo passa por profundo repensar de sua linguagem, fundamentação, modo de operação e sua relação com os outros subsistemas nos quais a vida humana se desenvolve. Este processo leva a que inferencialmente o direito reconstrua seus conteúdos conceituais e abra a participação dos atores sociais no processo de produção legal, interpretação e aplicação, assim como no controle das instituições que o tornam efetivo. Esta tendência moderna produz um direito fruto de construção racional e intersubjetivamente compartilhada, no qual participam os titulares do direito (MARÇAL, 2008: 40). Esta conquista social não pode ser ignorada em nível internacional.

O inferencialismo é o exercício de racionalidade discursiva de dar e pedir razões e é usado para explicitar razões e normas relativas às práticas e crenças sociais, que orientam ações e os próprios conteúdos conceituais de que se valem o agente humano para garantir seus fins e propósitos (BRANDON, 2001). Deste modo, os direitos humanos, por meio da pesquisa da intensa positivação normativa internacional sobre o tema e dos comportamentos dos Estados, que agem sob as interações sociais de seus indivíduos, são resultado da racionalidade social e refletem a construção social e histórica de sua formulação e proteção.

O desenvolvimento econômico trata intrinsecamente das possibilidades oferecidas a cada indivíduo de participar nos resultados provenientes das atividades econômicas. Entretanto, este desenvolvimento não pode ser conseguido sem que antes ocorra o desenvolvimento dos próprios sujeitos agentes desta atividade e, para tanto, o acesso aos direitos econômicos, sociais e culturais pelas minorias e por todos aqueles setores da sociedade considerados vulneráveis. As realidades dos países periféricos em termos econômicos como Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai exigem diretrizes estatais políticas e econômicas que sejam guiadas por padrões mínimos de vida digna, observando principalmente o princípio da não-retroatividade dos direitos humanos. Cançado Trindade (1997: 364-366), neste sentido, enfatiza que a obrigação de proteger os mais vulneráveis implica na utilização do máximo de recursos de maneira mais eficiente possível, através de políticas públicas que procurem a efetiva aplicação destes direitos.

O Estado Democrático de Direito prega a legitimidade política e a legalidade jurídica como suportes de sua autoridade e, no ponto de vista do desenvolvimento, adota o capital como essência de seu modelo econômico. Entretanto, a base do desenvolvimento econômico nos Estados modernos deve respeitar os direitos humanos e os direitos fundamentais protegidos nos regimes constitucionais contemporâneos. Isto não deve ser diferente nos processos do Mercosul, visto que seus membros já consideram em sua

ação interna constitucional a disciplina dos direitos fundamentais. Este estudo demonstra, em consonância com as informações dantes descritas e com as que se seguirão, como a política econômica determinada pelo direito e inserida no sistema jurídico de cada um dos Estados do Mercosul necessita ser realizada em conjunto com os direitos econômico, sociais e culturais.

O tratamento econômico dado às normas constitucionais é definido como Constituição Econômica pela doutrina constitucional e juseconômica. Esta última significa a ciência de direito econômico, que não se confunde com a análise econômica do direito, e está presente no constitucionalismo desde as Constituições do México, de 1917, Weimar, de 1919 e da Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Sua função é de servir como fundamento para a política econômica e interpretar as normas da política econômica de acordo com a unidade constitucional. Isso implica em dizer que não há como prosseguir as diretrizes de um modelo econômico constitucionalmente adotado sem respeitar a existência digna, a justiça social e os direitos humanos consolidados no âmbito interno e internacional. Por tudo isso, a Constituição Econômica serve como fundamento de política econômica que propugna pela redução das desigualdades sociais.

O Direito Econômico oferece instrumentos para o desenvolvimento de política econômica mais justa, respeitando as diretrizes de uma determinada ordem jurídica e a ideologia do sistema jurídico em vigor. O tratamento dos desiguais de maneira também desigual ainda é receita para corrigir disparidades sociais, e esta deve ser a diretriz do Mercosul, de acordo com suas particularidades de bloco econômico a partir das diferentes realidades geográficas e sociais de seus membros.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) é claramente um documento direcionado para as transformações sociais. Isto implica dizer que, como traço característico comum das constituições econômicas que surgiram no século XX, existe um caráter diretivo no Brasil que determina ao Estado a obrigação de promover a transformação da estrutura econômico-social do país. Isso ocorre porque, não obstante existir um título específico que se refere à "Ordem Econômica e Financeira", correspondente aos artículos 170 até 192 da CRB/88, há outros artigos distribuídos no texto constitucional brasileiro que especificam a necessidade de promoção do desenvolvimento socioeconômico a partir, principalmente, do princípio da igualdade e do princípio da redução das desigualdades regionais.

É a *ideologia constitucionalmente adotada* que determina fundamentos, objetivos e princípios econômicos do Estado. A Constituição Econômica do regime constitucional brasileiro agrega um conjunto de princípios ideológicos que, ao mesmo tempo em que são ligados ao liberalismo econômico, se aliam à ideologia socialista. Esta simbiose permite que o Brasil, a despeito de não ter experimentado o Estado de Bem Estar Social, tenha objetivos semelhantes como a existência digna e a justiça social. É o que ocorre, por exemplo, com a condição dos cidadãos brasileiros em exercer seu direito à propriedade, próprio da ideologia liberal, mas com respeito a sua função social, herdado da inspiração ideológica social.

São fundamentos da ordem econômica e financeira brasileira a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Conseqüentemente, procura diretrizes para as políticas econômicas que promovam o pleno emprego, com a absorção dos trabalhadores em maior número possível, e a assimilação de seu trabalho em troca de remuneração que

garanta a dignidade e a sobrevivência. Ao mesmo tempo, a livre iniciativa empreende o liberalismo econômico, abonando o processo produtivo em todos os setores da economia, o consumo e a promoção da competência.

Diversos são os princípios inseridos na legislação brasileira que buscam em sua essência promover estes fundamentos. A orientação constitucional do país para o desenvolvimento econômico enfoca a erradicação da pobreza, o avanço do bem estar de todos sem prejuízos ou discriminações (art. 3° da CRFB/88), a adequação dos processos produtivos a uma justiça distributiva, assegurando o desenvolvimento não somente econômico, mas humano (CLARK, 2001, p.118). Entre estes princípios se destacam: a defesa do consumidor, a propriedade privada, a soberania nacional, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais, a busca pelo pleno emprego, o tratamento privilegiado para empresas pequenas constituídas e administradas no Brasil.

O tratamento de normas econômicas na Constituição da República do Paraguai (CRP/92), promulgada em 1992, é tecnicamente similar à normatividade brasileira já mencionada, porque seu texto evidencia capítulo específico que aborda os Direitos Econômicos e a Reforma Agrária, mas sem esquecer os direitos fundamentais que são inter-relacionados diretamente ao desenvolvimento econômico e à execução das políticas concernentes. São destaques as disciplinas jurídicas sobre direito ao trabalho, busca pelo pleno emprego, garantia à livre concorrência, à função social da propriedade, entre outras que visam direcionar as ações do Estado, especialmente para definir os rumos das políticas econômicas baseados na promoção do desenvolvimento econômico, social e cultural (artigos 176 até 177).

A Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967 (CROU/67) e a Constituição da Nação Argentina de 1994 (CNA/94) foram influenciadas por ideologia neoliberal que é considerada por Giovani CLARK (2001) uma releitura do laissez faire de Adam Smith. Em outras palavras, depois da crise vivida pelo Estado Social de Direito, que sofria em razão da sobrecarga na prestação de serviços públicos essenciais e pela responsabilidade quase total pelo desenvolvimento industrial e econômico, se retomou o antigo conceito de estado mínimo, cuja concepção principal determina que diretrizes de políticas econômicas devem ser entregues a agentes privados, o que resulta na retirada da intervenção estatal do domínio econômico, o que traduz na noção atual de neoliberalismo.

As Constituições da Argentina e Uruguai não abrigam títulos ou parte específica sobre temas econômicos e as normas com estas características são encontradas no texto de forma desordenada. O traço destacado destes documentos no que se refere aos outros membros do Mercosul é que, apesar de existir um vínculo na execução das políticas econômicas e a observância dos direitos econômicos, sociais e culturais, algumas diretrizes dependem de regulamentação infraconstitucional ou incorporação de tratados no âmbito supralegal, como no caso da Argentina.

Entretanto, a distinção mais singularizada é constatada no que se relaciona ao direito à propriedade privada. Nas Constituições brasileira e paraguaia a propriedade é vinculada ao exercício de uma função social porque há nitidamente feição política econômica que busca confrontar o enfoque liberal e individualista do direito de propriedade (como, por exemplo, para evitar a especulação imobiliária e garantir a produção agrícola dos

países). Entretanto, nos textos constitucionais de Argentina e Uruguai, a propriedade é garantida sem o vínculo com sua função social. Mas diversos dispositivos constitucionais seguem a mesma preocupação demonstrada por Brasil e Paraguai com a necessidade de condução do progresso econômico aliado a justiça social (a exemplo do artigo 19 da CNA/94). Todavia, em todas as Constituições Nacionais ou Federais dos Estados-Membros do Mercosul, existe prevista ampla proteção à efetividade dos direitos à educação e cultura. Desta forma, é possível verificar como cada país individualmente avalia em sua ordem jurisdicional interna a maneira pela qual a dignidade das pessoas humanas pode influenciar no processo de desenvolvimento político e econômico.

Em um segundo momento, é necessário compreender como a construção de um mercado comum interfere na efetividade dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Inicialmente, busca-se num bloco econômico, que pretende ter características integracionistas, a harmonização das legislações. Cada Estado trata a internalização das normas de direitos humanos de maneira diferente, mas todos procuram que estas normas sejam internalizadas (isoladamente, em seu ordenamento interno, ou no conjunto, em âmbito do Mercosul) para que o próprio bloco seja fortalecido com apoio popular e que, assim, tenha a confiança necessária dos governos para o desenvolvimento de suas funções.

Os processos de integração econômica, necessariamente, adotam algum modelo específico para limitar sua relação entre integração econômica e proteção dos direitos humanos. Frank Garcia, mencionado por Ramos (2008: 42) relaciona o modelo chamado *leverage modo*, ou modelo de influência, que condiciona o direito de pertença ao processo de integração à efetiva proteção dos direitos humanos e o que era antes meramente condição diplomática passou a ter o caráter jurídico com a adoção do Protocolo de Ushuaia, de 1996. Este modelo prevê que o processo de integração deve observar os direitos humanos, vez que a adequação dos objetivos de cada Estado-Membro só será efetiva quando as garantias forem compartilhadas por todos, possibilitando também o intercambio do bloco com outros Estados ou organizações internacionais, bem como garantir, por meio destas providências, a relativização dos riscos advindos de investimentos originados dentro ou fora do bloco.

Outro princípio que deve ser considerado na integração é o relativo à prevalência da norma mais favorável aos indivíduos, pelo qual não se pode retroceder em desfavor dos direitos já estipulados e ainda deve-se observar sempre a norma que seja mais auspiciosa em direitos e garantias. Como exemplo da aplicação deste princípio, o Mercosul experimentou o fracasso do Protocolo de Defesa do Consumidor que nunca entrou em vigor porque, quando o Comitê Técnico n. 7 (CT-7) determinou que o modelo unificador seria o argentino, menos favorável aos consumidores, a reação da sociedade brasileira não permitiu que houvesse o retrocesso e a diminuição dos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor do Brasil. A Constituição brasileira poderia sofrer grave ofensa se aquela norma fosse aprovada. Em seu lugar, foi editada a Declaração Presidencial dos Direitos Fundamentais dos Consumidores do Mercosul, como reforço ao caráter de norma fundamental dos direitos dos consumidores e para que tal assunto não possa ser usado como pretexto para barreira não tarifária ao comércio (RAMOS, 2008: 326).

Na experiência do Mercosul outros casos foram considerados emblemáticos para explicar as tentativas de compatibilizar políticas econômicas de livre comércio com a proteção de direitos econômicos, sociais e culturais. Com relação aos direitos econômicos, a "batalha do arroz" é um exemplo. O pedido da ação principal impetrada na justiça brasileira versava sobre a obrigação do governo do Brasil de adotar políticas públicas que garantissem o equilíbrio entre a produção local de arroz e sua exportação para Argentina e Uruguai, para que o mercado interno não fosse depreciado na compra de produtos incluindo situações nas quais o preço dos produtos não era favorável para a comercialização interna, além de que existisse entre os países controle fitossanitário.

Naquela ação, o Ministério Público Federal ressaltava a necessidade de preservação de princípios dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição brasileira, como a garantia à livre iniciativa através da compatibilidade de preços entre produção e concorrência com produtos importados. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça determinou a supremacia dos atos do Mercosul como forma de garantir a consolidação do bloco e não enfraquecer a credibilidade da política externa do Brasil, bem como a proteção dos direitos econômicos de todos os envolvidos na compra e venda do arroz.

Outro importante documento do Mercosul, embora não vinculante, é a Declaração Socio-Trabalhista do Mercosul, produzida pelo Subgrupo de Trabalho n. 10 "Assuntos Trabalhistas, Emprego e Segurança Social" do bloco e aprovada pela Cúpula dos Presidentes do Mercosul na cidade do Rio de Janeiro, em 10 de dezembro de 1998. Nesta declaração há o compromisso dos Estados de garantir os direitos dos trabalhadores dos Estados-membros através do reconhecimento do direito à igualdade e proibição da discriminação (arts. 1° a 3°), proteção ao trabalhador migrante e fronteiriço (art. 4°), eliminação do trabalho forçado (art. 5°), proibição do trabalho infantil e de menores de idade (art. 6°), alusão dos direitos dos empregadores (art. 7°), liberdade de associação (art. 8°), liberdade sindical (art. 9°), negociação coletiva (art.10°), direito de greve (art. 11°), promoção e desenvolvimento de procedimentos preventivos e de autocomposição de conflitos (art. 12); e o diálogo social (art. 13). Ainda os deveres dos Estados de fomento ao emprego (art. 14), à proteção social dos desempregados (art. 15), à formação profissional e o desenvolvimento dos recursos humanos (art. 16), ao resguardo da saúde e à segurança no trabalho (art. 17), à inspeção no local de trabalho (art. 18) e à estruturação da segurança social (art. 19).

A despeito de não haver no Mercosul nenhum documento que explicite as condições advindas dos Direitos Humanos como limitadoras do comércio, o tratado de Montevidéu, de 1980, que constitui a Associação Latino Americana de Integração (ALADI), é considerado, segundo o fonte a ser aplicada pelo bloco econômico. Isto ocorre em virtude do art. 8º do Tratado de Assunção, que estabelece que os Estados parte se comprometem a preservar os compromissos assumidos anteriormente à celebração daquele documento, inclusive no que concerne aos acordos firmados no âmbito da ALADI. Do mesmo modo, o artigo 2º do Anexo I do Tratado de Assunção que dispõe sobre liberação comercial faz referência expressa ao art. 50 do Tratado de Montevidéu ao justificar a existência de exceções ao princípio do livre comércio e às proibições de imposição de restrições não-tarifárias. Tais exceções advindas do art. 50 já foram adotadas como parâmetro a serem adotados pelo Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, no laudo do caso dos Pneumáticos envolvendo Uruguai e Argentina (que também menciona o princípio da precaução), bem como no laudo

arbitral referente a obstáculos à entrada de produtos fitos sanitários argentinos no mercado brasileiro, anteriormente mencionado.

O Artigo 50, a despeito de não abarcar todas as possíveis situações prejudiciais aos Direitos Humanos, é um importante dispositivo legal para regular as atividades comerciais do Mercosul. Sua redação é a seguinte:

Artigo 50 Nenhuma disposição do presente Tratado será interpretada como impedimento à adoção e ao cumprimento de medidas destinadas à: a) Proteção da moral pública; b) Aplicação de leis e regulamentos de segurança; c) Regulação das importações ou exportações de armas, munições e outros materiais de guerra e, em circunstâncias excepcionais, de todos os demais artigos militares;d) Proteção da vida e saúde das pessoas, dos animais e dos vegetais;e) Importação e exportação de ouro e prata metálicos; f) Proteção do patrimônio nacionais de valor artístico, histórico ou arqueológico; e g) Exportação, utilização e consumo de materiais nucleares, produtos radioativos ou qualquer outro material utilizável no desenvolvimento ou aproveitamento da energia nuclear.

Verifica-se, portanto, que há dois lados na evolução social do Mercosul, pois de um lado a harmonização das regras trabalhistas e de segurança social são temáticas importantes na construção de uma cidadania social no bloco, e, por esta razão, fator considerado essencial para a legitimação popular de um mercado comum. Em outra faceta, no que diz respeito ao objetivo econômico, a harmonização é necessária para evitar distorsões advindas da concorrência entre os países (RAMOS, 2008: 363-365).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente, existe grande disparidade social e econômica entre as pessoas que moram nos países do Mercosul, mas a maior distância é aquela que ocorre entre os que possuem acesso à informação e exercitam sua dignidade e aqueles que não conhecem seus direitos e as oportunidades de exercício. Dentro dos quatro países, as diferenças sociais despertam questões importantes que dizem respeito à ausência de efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais que forçosamente representam a estagnação do desenvolvimento econômico, adicionado à dificuldade de construção de uma identidade cultural e comunitária entre os Estados. O passado, conseqüentemente, se repete e os regimes de exploração são mantidos em detrimento da consolidação regional. Para que isso não ocorra mais, algumas providências foram tomadas e, entre elas, o Mercosul é uma resposta viável a estas inquietantes questões.

Entretanto, em um processo de integração, a observação dos direitos humanos pelos Estados é indispensável para que exista livre circulação dos fatores produtivos, porque não é possível separar a unidade dos direitos econômicos e outros como a livre circulação de pessoas e o livre exercício profissional. Os direitos humanos compõem as liberdades econômicas cujo conteúdo é reconhecido em documentos nacionais e internacionais. Assim sendo, não é possível separar a matéria concernente à integração econômica de outras relacionadas com a proteção dos direitos humanos, porque os direitos humanos incluem as liberdades econômicas ao mesmo tempo em que as constituem.

Apesar de no Mercosul não existir dispositivos normativos mais completos sobre a proteção dos direitos humanos, as Constituições Econômicas de seus países e os compromissos internacionais por eles assumidos tanto universal quanto regionalmente vinculam os Estados-Membros a respeitar o que já é aplicável e a criar a normatividade adequada para a integração do Mercosul. Deste modo, toda a evolução do Direito Internacional centrada na figura humana e nos seus direitos socialmente reconhecidos não é desconsiderada. Os princípios de efetividade e proibição ao retrocesso também devem nortear os governos para que a confidência entre eles se estabeleça.

A adoção de um mercado comum que respeita a dignidade da pessoa humana é o desafio atual para a consolidação do processo de integração. As soluções podem ser originadas através da superação do sistema intergovernamental que impede que ações mais imediatas sejam tomadas. Entretanto, não é possível elaborar política integracionista diferente e contraposta à normatividade preexistente no âmbito interno e internacional acerca da matéria. Enfatiza-se que os direitos humanos devem sempre ser pensados em progressão, com efeito expansivo. Então, as leis e tratados internacionais já reinantes indubitavelmente comprometem a formação de um novo bloco econômico, logo, a ausência de efetiva ou coerente proteção neste contexto deslegitima todo o processo e cria fator de desconfiança e temor de que eventual transferência de poder do Estado para os órgãos integracionistas possa ser forma de vulnerabilidade de direitos e erosão das garantias já conquistadas nos planos internos.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de (2004). **Curso de Direito Internacional Público.** Rio de Janeiro. Renovar.

ANSELMO, Willio Campos (2005). **Constituição Econômica Comunitária.** Repertório de Jurisprudência IOB, São Paulo, v. 1, n. 14/2005, p. 530-534.

BERCOVICI, Gilberto (2005). **Constituição Econômica e Desenvolvimento.** 7 ed. São Paulo. Malheiros.

BOBBIO, Norberto (1998). Des critères por résoudre les antinomies. En: **Essais de théorie du droit**. Paris. L.G.D.J.

BORGES, José Souto Maior (2005). **Curso de Direito Comunitário**. São Paulo. Saraiva.

BOSON, Gerson de Britto Mello (2000). **Direito Internacional Público:** o Estado em Direito das Gentes. 3 ed. Belo Horizonte. Dey Rey.

BRANDOM, Robert (2001). **Articulating Reasons**: an introduction to inferencialism. Cambrigde . Harvard Umiversity Press.

CANÇADO TRINDADE, Augusto (1997). **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Porto Alegre. SafE.

CLARK, Giovani (2001). **O Município em Face do Direito Econômico**. Belo Horizonte. Do Rey.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata (2007). **Mercosur:** orígen, fundamentos, normas y perspectivas. Curitiba. Juruá.

HABERMAS, Jürgen (2003). **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro.

LANOS MANSILA, Hugo (2008). **Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público:** a persona humana ante el direito internacional. 3 ed. Santiago. Editoral Jurídica de Chile.

MARÇAL, Antonio Cota (2008). **Direito, Cidadania e Educação**: uma abordagem pragmatista. En: RAMALHO-PINTO, Júlia Andrade. GAETANI, Maria Luiza de S. L. A Cultura Vai ao Shopping. Belo Horizonte. Argumentum. p. 37-62.

MARTINEZ. Gregório P. (1993). **Derecho y Derechos Fundamentales.** Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

MEDEIROS FERNANDES, Luciana de (2002). **Soberania & Processo de Integração.** Curitiba. Juruá.

OCAMPO, Raúl Granillo (2009). **Direito Internacional Público da Integração.** Trad. S. Duarte. Rio de Janeiro. Elsevier.

PEREIRA, Jane R.G. (2006). **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro. Renovar.

PIOVESAN, Flávia (2001). Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, Ano 09, nº. 37, p. 109-128, out./dez. 2001.

QUOC DINH, Nguyen. DAILLIER, Patrick. PELLET, Alain (1999). **Direito Internacional Público.** Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian.

RAMOS, André de C. (2008). **Direitos Humanos na Integração Econômica:** análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na Umião Européia e Mercosul. Rio de Janeiro. Renovar.

SARLET, Ingo W. (2007). **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado.

SORENSEN, Max (2008). **Manual de Derecho Internacional Publico.** 10 reimpresión. México. Fondo Económico de Cultura.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (2004). **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte. Del Rey.

VAZ. Anderson R. (2009) A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, Ano 17, n. 67, p. 09-38, abr./jun. 2009.

APONTAMENTOS SOBRE A ABERTURA MATERIAL DO CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: COMENTÁRIOS AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 466.343-1[*] [**]

NOTES ABOUT THE OPENING OF MATERIAL CATALOG OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS TO THE INTERNATINAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: COMMENTS TO THE "RECURSO EXTRAORIDINÁRIO" NO. 466343-1

Cristhian Magnus de Marco

RESUMO

O presente artigo trata da abertura material do catálogo de direitos fundamentais, através da incorporação de normas internacionais sobre direitos humanos ao texto constitucional. Através de análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal: Gilmar Mendes e Celso de Melo, foram examinados os principais argumentos que fundamentaram a razões apresentadas por esses julgadores. De um lado, Gilmar Mendes sustentou a supralegalidade e a infraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, que não tenham passado pelo processo legislativo acrescentado pela emenda constitucional nº 45/04. De outro, Celso de Melo defendeu a tese que as normas internacionais de direitos humanos formam um bloco de constitucionalidade (material), necessitando do processo legislativo de incorporação, previsto na referida emenda constitucional, somente para que tais normas sejam formalmente constitucionais. Essa discussão possibilitou a reflexão contida no presente texto, ao final do qual se oferece uma opinião pessoal do autor, no sentido de que seja facilitada a ampliação do catálogo de direitos fundamentais da Constituição brasileira, viabilizando-se, desta forma, mais instrumentos para a concretização da dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS. ABERTURA. CATÁLOGO. DIREITOS HUMANOS. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL.

ABSTRACT

This article deals with the material opening from the catalog of fundamental rights, through the incorporation of international standards about human rights to the constitutional text. Through analysis of the votes by the Ministers of the Federal Supreme Court: Gilmar Mendes and Celso de Melo, were considered the main arguments justifying the reasons presented by these judges. On one hand, Gilmar Mendes supported supralegality and infraconstitututionality of international treaties on human rights that have not passed through the legislative process added by amendment constitutional nº 45/04. Otherwise, Celso de Mello took the view that international

---

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

[**] Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

human rights standards form a block of constitutionality (material), requiring the legislative process of incorporation, provided for the constitutional amendment, only to that such rules are formal constitutionality. This thread allowed the discussion in this text, that brings in the end a personal opinion of the author, in the sense that the extension of the catalog of fundamental rights of the Brazilian Constitution has to be facilitaded, seting more instruments for the realization of human dignity.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS. OPENING. CATALOG. HUMAN RIGHTS. MATERIAL CONSTITUTIONAL.

1 **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem por objetivo analisar a discussão proporcionada em especial pelos ministros Gilmar Ferreira Mendes e Celso de Mello, em seus votos no Recurso Extraordinário n. 466.343-1. O recurso versou sobre a (im)possibilidade de prisão civil do depositário infiel, mas a matéria jurídica de fundo tratou especificamente sobre o *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos. Outra problemática emergente diz respeito à identificação de normas que possam ser consideradas como "tratados ou convenções internacionais de direitos humanos."

A tese defendida por Gilmar Mendes sagrou-se vencedora, por cinco votos a quatro, no sentido de que os tratados de direitos humanos possuem *status* de supralegalidade e infraconstitucionalidade, no caso de não terem sido submetidos e/ou aprovados pelo rito criado pela Emenda Constitucional n. 45/04. Celso de Mello, por sua vez, defendeu a qualificação constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Gilmar Mendes externou uma preocupação quanto à classificação dos tratados que podem ser considerados de direitos humanos, sustentando que uma ampliação desse conceito "[...] poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna." Esse aspecto será abordado no presente trabalho.

Assim, a proposta que se apresenta é a de tecer breves comentários a respeito dos votos dos referidos ministros do Supremo Tribunal Federal e das implicações acerca da identificação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, e, em um segundo momento, fundamentar uma hermenêutica que seja inclusiva, ou seja, que

não exclua direitos humanos, permitindo ampliação do catálogo constitucional de direitos, pautada no princípio constitucional da dignidade humana.

2 BREVE ESCORÇO DO JULGAMENTO PROFERIDO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 466.343-1

O caso envolveu um pedido de prisão civil ajuizado pelo Banco Bradesco S/A em face de Luciano Cardoso Santos. Segundo o relatório do Ministro Cezar Peluso, tratou-se de ação de depósito fundada em contrato de Alienação Fiduciária,[324] cuja sentença de procedência foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, deixando, entretanto, de impor a pena de prisão civil do devedor fiduciário, por entender que tal providência incidiria em inconstitucionalidade.

O Ministro Cezar Peluso destacou em seu voto que, "[...] a legislação ordinária não pode, mediante ficção – que disso não passa todo o processo de equiparação arbitrária de posições jurídicas –, igualar situações, figuras ou institutos, para submeter pessoas à violência da exceção constitucional." Nesse passo, o relator defendeu a tese de que o depósito, no caso de alienação fiduciária, não pode ser equiparado ao depósito típico, declarando a inconstitucionalidade do artigo 4º, do Decreto-Lei n. 911/69, sem, entretanto, ingressar na discussão acerca do *status* hierárquico dos tratados internacionais no ordenamento jurídico. Todavia, no julgamento do *habeas corpus* n. 87.585, o Ministro Cezar Peluso deixou claro que, em seu entendimento, os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* de Emenda Constitucional, acompanhando o Ministro Celso de Mello, conforme os argumentos que serão analisados a seguir.

Assim, o principal debate travado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao analisar principalmente os recursos extraordinários n. 466.343-1, 349.703 e o *habeas corpus* 87.585, foi proporcionado pelos votos dos ministros Gilmar Ferreira Mendes (seguido pelos ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito) e Celso de Mello (acompanhado pelos ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau.

O texto reproduzido no voto-vista do Ministro Gilmar Mendes encontra-se estruturado na sua obra *Curso de Direito Constitucional*, em coautoria com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007). Em síntese, esses autores defendem que há quatro correntes principais no concernente ao *status* normativo dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

> a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
> b) o posicionamento que atribui caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais;
> c) a tendência que reconhece o *status* de *lei ordinária* a esse tipo de documento internacional;
> d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções de direitos humanos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 654, grifo do autor).

Gilmar Mendes assegura que a primeira corrente encontra dificuldades de adequação, em razão do princípio da supremacia formal e material da Constituição, sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive os tratados (CF, art. 102, III, b). Para refutar essa tese, o Ministro utilizou como principal argumento o temor de que eventual ampliação dos sentidos possíveis da categoria direitos humanos poderia viabilizar a produção de normas "camufladas", incompatíveis com a ordem constitucional interna (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 656).

A segunda corrente, para a qual os tratados internacionais sobre direitos humanos têm equiparação com o texto Constitucional, também é refutada por Gilmar Mendes. Para ele, a tese de que o artigo 5º, §2º, seja uma cláusula aberta a novos direitos por meio de tratados "de direitos humanos" (sendo que os demais tratados seriam internalizados como leis ordinárias), foi "esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004."[325] (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 659).

Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 659) afirmam ainda que:

> Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.
> Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos

> demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

O Ministro argumentou também que a Emenda Constitucional n. 45/04 tornou mais difícil a defesa do posicionamento que até então era predominante no STF: tratados internacionais seriam equivalentes às leis ordinárias. Agora, a Constituição deixa clara a possibilidade de internalização dos tratados de direitos humanos com equivalência às emendas constitucionais, mediante votação em dois turnos e *quorum* de três quintos.

Desse modo, invocando principalmente: os artigos 4º[326] e 5º, §§2º a 4º, da Constituição brasileira; a concepção de Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häberle, aplicável sobretudo na União Europeia, aceitando a prevalência do direito comunitário sobre o direito interno; o artigo 27 da Convenção de Viena;[327] a existência, em matéria tributária, de prevalência do direito internacional sobre o infraconstitucional interno (artigo 98 do Código Tributário Nacional; o precedente ocorrido na Apelação Cível n. 7.872/RS, de 11/10/1943, relatado pelo Ministro Philadelpho Azevedo, reforçado posteriormente pelo Ministro Orosimbo Nonato;[328] o Ministro Gilmar Mendes conclui pela necessidade de "[...] mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional." E prossegue: "É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano."[329]

Com base nesses argumentos, o STF, por cinco votos a quatro, acolheu esse entendimento, entendendo que os tratados de direito internacional, caso não passarem pelo procedimento do artigo 5º, §3º, sejam eles anteriores ou posteriores à EC n. 45/04, têm caráter de supralegalidade, ficando em um patamar intermediário entre a Constituição e a lei infraconstitucional, produzindo, por isso, efeitos paralisantes no concernente à possibilidade de regulamentação legislativa. Dessa forma, o STF eliminou do ordenamento jurídico brasileiro as hipóteses de prisão civil por dívidas ou obrigações, com a única exceção do devedor voluntário de alimentos, amparada no Pacto de São José da Costa Rica.

A tese minoritária, defendida pelo Ministro Celso de Mello, atribuía natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, invocando, nessa

defesa, as conhecidas doutrinas de Celso Lafer, Francisco Rezek, Flávia Piovezan, Valério de Oliveira Mazzuoli e Antônio Augusto Cançado Trindade. Em apertada síntese, essa doutrina está firmada na noção de bloco de constitucionalidade, que é "[...] o somatório daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados."[330] Por isso, concluiu o Ministro Celso de Mello que os tratados sobre direitos humanos firmados antes da EC n. 45/04 integram o bloco de constitucionalidade por possuírem constitucionalidade material e os tratados firmados após a referida emenda poderão receber tanto a constitucionalidade material quanto formal, mediante trâmite previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição.

Uma vez realizada essa síntese do debate travado no RE 466.343-1, cumpre agora analisar o conteúdo de algumas categorias, como tratados, *jus cogens* e direitos materialmente fundamentais.

3 **DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS**

3.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE TRATADOS

De acordo com a Convenção de Viena, em seu artigo 2º, n. 1, letra "a", deve-se compreender por tratado: "[...] um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica." (BRASIL, 1980).

Leciona Trindade (2002, p. 37) que:

> A Convenção de Viena considera "tratado" um termo genérico (abrangendo, e.g., "acordo, ato, carta, convenção, pacto, etc."), significando um acordo internacional independentemente de sua designação particular. Não há formas prescritas (excluindo-se apenas acordos orais, embora até estes possam ter força jurídica), podendo o tratado comportar mais de um instrumento.

Silva e Accioly (2000, p. 24) reforçam essa concepção, afirmando que os tratados referem-se a acordos regidos pelo direito internacional, "[...] qualquer que seja sua denominação." E exemplificam: "convenção, protocolo, convênio, declaração, *modus vivendi*, ajuste, compromisso, etc."

O autor lusitano Gouveia (2005) sustenta que a definição de "tratado" constante da Convenção de Viena é infeliz. Sustenta que não há orientação normativa à utilização de diversas denominações para os tratados internacionais, todavia, reconhece que a tradição e a prática internacionais têm utilizado, com maior frequência, as seguintes modalidades:

> - "constituição", "carta" ou "estatuto": para textos institutivos de organizações internacionais;
> - "convenção" e "pacto": para textos declarativos de direitos do homem e para tratados entre Estados e organizações internacionais;
> - "concordatas": para textos que vinculam a Santa Sé e outros sujeitos internacionais;
> - "protocolos": para textos de modificação, aditamento ou revisão de tratados inicialmente elaborados e que se afiguram como o núcleo central da regulação em causa;
> - "acta geral" ou "acta final": para o texto celebrado no final de uma conferência internacional;
> - "*modus vivendi*": para um texto que reflicta um acordo temporário ou provisório;
> - "compromisso": para o texto de um acordo relativo ao funcionamento de um tribunal arbitral. (GOUVEIA, 2005, p. 167).

Rezek (2000, p. 15) também compartilha da exemplificação citada, contudo ressalva que ela é meramente uma constatação "estatística" dos usos mais frequentes. Porém, "[...] o que a realidade mostra é o uso livre, indiscriminado, e muitas vezes ilógico, dos termos variantes daquele que a comunidade universitária, em toda parte – não houvesse boas razões históricas para isso –, vem utilizando como termo-padrão."

Trindade (2002) ressalta que a Convenção de Viena de 1969, utilizou a expressão "tratado" somente para designar os acordos "entre Estados", mas, essa lacuna foi suprida com a Convenção de Viena de 1986 sobre o Direito dos Tratados entre Estado e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais. Acrescenta ainda o mesmo autor (TRINDADE, 2002) que, no interregno entre a assinatura e a entrada em vigor de um tratado, em razão do princípio da boa-fé – aceito tanto na doutrina quanto na prática internacional – os Estados não podem frustrar o objeto e os propósitos do tratado (artigo 18 da Convenção).

3.2 OS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS E O *JUS COGENS*

No artigo 53 da Convenção de Viena/69, ficou expresso o reconhecimento, pelos estados signatários, da existência do chamado *jus cogens*, concebido como uma norma imperativa de Direito Internacional geral, que "[...] é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza." (BRASIL, 1980). Todo tratado que conflitar com o *jus cogens* deverá se considerar nulo.

A positivação da expressão: *jus cogens* pela Convenção de Viena foi objeto de oposições nos relatórios e assembleias que antecederam a aprovação do documento. Entretanto, Trindade (2002) informa que a abundante bibliografia que floresceu para dar conformação ao conceito de *jus cogens* superou comentários céticos e prematuros.

Tanto Trindade (2002) como Canotilho (2002) estão de acordo no concernente à inexistência de um recorte claro e indiscutível acerca do núcleo duro do *jus cogens*. Porém, alguns princípios já se encontram estabelecidos e utilizados em decisões de cortes internacionais:

> Referimo-nos, por exemplo, o princípio da paz, o princípio da independência nacional, o princípio do respeito aos direitos do homem, o direito dos povos à autodeterminação, o princípio da independência e igualdade entre os povos, o princípio da solução pacífica dos conflitos, o princípio da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados. Estes princípios constam de "textos internacionais" (declarações, resoluções, tratados) e nos textos constitucionais mais recentes eles também não deixam de ter acolhimento como normas de conduta e como limites jurídicos do actuar estadual. (CANOTILHO, 2002, p. 232).

Canotilho (2002, p. 233, grifo do autor) acrescenta que, hoje, há claros limites jurídicos impostos aos Estados. Os direitos fundamentais que estruturam os Estados no plano interno surgem "[...] nas vestes de **direitos humanos** ou de **direitos do homem**, como um núcleo básico do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas." O autor enfatiza que "Estado de Direito" é o Estado que cumpre os direitos humanos. E cita como exemplo de documentos a serem obedecidos: os pactos internacionais de direitos civis e políticos e de direitos econômicos, sociais e culturais; a

Declaração Universal dos Direitos do Homem; e a Convenção Europeia de Direitos do Homem. Assim, conclui o autor: "[...] o direito internacional recorta hoje *pré-condições* políticas indispensáveis à implantação de um Estado democrático de direito." (CANOTILHO, 2002, p. 233, grifo do autor).

Pode-se concluir, portanto, dos conceitos até aqui analisados, que a expressão direito internacional, utilizada no artigo 2º da Convenção de Viena, ao definir "tratados", carrega imbricada a noção do *jus cogens*, constante do artigo 53 do mesmo documento. A atenção ao *jus cogens* é imperativa à caracterização do Estado de Direito e, entre seus princípios está o respeito aos direitos humanos.

3.3 DOS DIREITOS HUMANOS MATERIALMENTE FUNDAMENTAIS

No concernente à Constituição brasileira, Sarlet (2009, p. 83) advoga a tese de que o artigo 5º, §2º, é uma abertura material do catálogo de direitos fundamentais, "[...] impondo até mesmo o dever de uma interpretação sintonizada com o teor da Declaração Universal dos Direitos do Homem." Freitas (2004, p. 206) diz que o citado artigo é "[...] autêntica norma geral inclusiva" e, por causa dele, "[...] integrados estão, de modo implícito, a nosso elenco de direitos fundamentais os consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem."

Sarlet (2007, p. 344) acrescenta que: "[...] parece viável concluir que os direitos fundamentais oriundos do direito internacional – embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da constituição – se aglutinam à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo *status* equivalente."[331] E arremata:

> À luz dos argumentos esgrimidos, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, §2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os com sede na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos; resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais. (SARLET, 2007, p. 345).

Maliska (2006, p. 212) dá especial relevo ao movimento global no sentido de cooperação entre os Estados, destacando: "Os Direitos Humanos são uma das principais bandeiras da Organização [ONU] e a institucionalização global desses aponta para uma nova ordem jurídica internacional, que não se limita apenas a regular as relações entre Estados, mas também entre cidadãos."[332] Comparato (2003, p. 67), em mesmo sentido, ressalva que a Convenção de Viena de 1993 reafirmou a universalidade dos direitos humanos, por isso "[...] todos os seres humanos merecem igual respeito e proteção, a todo tempo em todas as partes do mundo em que se encontrem."

Diante desse panorama, é necessário, pelo menos apresentar uma tentativa de resposta à questão apresentada no início deste trabalho, que diz respeito à possibilidade de identificação dos tratados internacionais, que materialmente tratam de direitos humanos. Lembrando que a frase aludida pelo Ministro Gilmar Mendes – ao descartar a possibilidade de supremacia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos sobre a Constituição, ou até mesmo a equiparação daqueles a esta – é instigante: "A sempre possível inadequada dos sentidos possíveis da expressão 'direitos humanos' poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa." E completou, "[...] o risco de normatizações camufladas seria permanente."

O Ministro não deixa claro e não exemplifica o que seriam normatizações camufladas em matéria de direitos humanos. Entrementes, pode-se questionar o que talvez seja uma premissa implícita no seu voto em comento, de que uma normatização "camuflada" não passaria pelo crivo do processo de internalização dos tratados de direitos humanos conforme o artigo 5º, §3º, da Lei Fundamental, ou, pelo menos, tal proposição enfrentaria mais dificuldades em ser aprovada.

Fato é, que, "camuflada" ou não, passando pelo processo legislativo do artigo 5º, §3º ou não, qualquer norma internacional de direitos humanos que se pretenda aplicar poderá ter sua fundamentalidade (ou adequada normatização de direitos humanos) questionada hermenêutica e judicialmente.

Silva (2002) já havia classificado os direitos individuais do artigo 5º, da Constituição brasileira em: expressos (constantes do catálogo); implícitos; decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil. Ao referir-se a estes últimos, asseverou que são de "difícil caracterização *a priori*." (SILVA, 2002, p. 193).

Piovesan (2006) discorda desse ponto de vista, assegurando que, diferentemente dos direitos fundamentais implícitos, os direitos humanos são de fácil identificação. Assim argumenta a autora:

> Logo, se os direitos implícitos apontam para um universo de direitos impreciso, vago, elástico e subjetivo, os expressos na Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte compõem um universo claro e preciso. Quanto a estes últimos, basta examinar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil para que se possa delimitar, delinear e definir o universo dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos. (PIOVESAN, 2006, p. 58).

Nesse pormenor, nota-se que uma afirmação categórica torna-se problemática. Para se constatar que a identificação de tratados internacionais considerados como de direitos humanos não é tão clara e fácil assim, basta verificar que na obra atualizada de Piovesan (2006, p. 345-348) relacionam-se 14 tratados internacionais, os quais são, para ela, os "[...] importantes instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos." Enquanto isso, a Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores brasileiro, apresenta uma lista de 39 documentos internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil (BRASIL, 2009). Alguns documentos, podem até ser historicamente mais importantes que outros, porém, somente nos casos concretos é que se saberá a real necessidade e importância de determinado texto internacional sobre direitos humanos.

Diante do exposto, podem-se estabelecer as seguintes premissas que darão suporte à conclusão final:

a) o *nomen juris* dado ao acordo internacional de direitos humano é irrelevante (pacto, tratado, declaração);
b) os tratados internacionais trazem consigo a imperatividade do *jus cogens*, portanto, para serem válidos, devem respeitar os direitos humanos;
c) o artigo 5º, §2º, da Constituição brasileira é uma cláusula geral de abertura material para o reconhecimento de novos direitos humanos, como fundamentais ao Estado brasileiro.

Com efeito, a discussão mais importante a ser realizada, nessa instância, diz respeito aos critérios para a identificação da constitucionalidade material de tratados (normas) que versem sobre direitos humanos, visto que, em nenhum momento, está-se

desprezando o princípio da soberania do Estado (e dos povos), com os devidos temperos ou mitigações já apontados em Canotilho (2002), em virtude da ordem mundial contemporânea.

A constitucionalidade material de um tratado sobre direitos humanos deve receber o mesmo "esforço argumentativo" que objetiva justificar a existência de qualquer direito constitucional que se queira reputar materialmente fundamental. Para isso, Sarlet (2009) remete ao princípio da dignidade humana, afirmando, com prudência, que não basta qualquer referência, pelo menos indireta, a um suposto conteúdo de dignidade humana, porquanto "[...] qualquer proposição jurídica estranha ao catálogo poderia [...] ser guindada [...] à condição de materialmente fundamental." (SARLET, 2009, p. 111).

Dessa forma, Sarlet (2009) afirma que a vinculação com a dignidade humana é o critério basilar para a identificação de direitos materialmente fundamentais, porém não é o único critério, pois deve existir, outrossim, uma vinculação também com os demais princípios fundamentais, pois estes,

> [...] a exemplo da dignidade da pessoa humana, também cumprem função como referencial hermenêutico, tanto para os direitos fundamentais, quanto para o restante das normas da Constituição. Além de atuarem como fundamento para eventual dedução de direitos não-escritos (mais especificamente, dos direitos decorrentes dos quais fala o art. 5º, § 2º, da CF), deverão servir de referencial obrigatório para o reconhecimento da fundamentalidade material dos direitos garimpados fora do catálogo, que, consoante já frisado, devem guardar sintonia com os princípios fundamentais de nossa Carta. (SARLET, 2009, p. 111).

Ainda sobre o princípio da dignidade humana, como pilar da identificação de direitos materialmente fundamentais, é importante a lição de Andrade (2007, p. 49) que afasta a utilização desse princípio como uma justificativa mítica, perfeita ou um direito natural. Em primeiro lugar porque "[...] é um princípio que contribui para a abertura do sistema jurídico dos direitos fundamentais, não um princípio unicitário e totalizante que o encerra num dogmatismo, qualquer que ele seja." E:

> Em segundo lugar, o princípio da dignidade humana não é uma mera abstração, não vale como pura idealidade: nessa sua qualidade de princípio jurídico vigora em regra através das normas positivas e realiza-se mediante o consenso social que suscita, projectando-se na consciência jurídica constituinte e da comunidade. (ANDRADE, 2007, p. 49).

Sarlet (2009, p. 115), por sua vez, no concernente à tarefa de promover uma identificação adequada de direitos materialmente fundamentais, defende: "[...] cuida-se, por certo, de atividade essencialmente cometida ao Poder Judiciário, tratando-se de uma espécie de criação jurisprudencial do Direito, verdadeira '*Rechtsfindung*', embora possa haver grande divergência sobre seus limites."

Por tudo isso, conclui-se que, seja no âmbito judiciário, seja no âmbito administrativo – pois, como diz Andrade (2007, p. 41), "[...] os órgãos aplicadores do direito, designadamente os tribunais e a administração pública, têm o dever de conhecer e de aplicar esses preceitos de direito internacional" – as normas internacionais de proteção aos direitos humanos devem ser reconhecidas e aplicadas mediante as principais balizas da dignidade humana e dos demais princípios expressos na Constituição brasileira.

O autor arremata:

> No que diz com a hipótese específica dos direitos fundamentais que, por via da abertura propiciada pelo art. 5º, §2º, da nossa Carta, passam a integrar o nosso catálogo (não importando aqui se de forma automática, ou não) [..] Na realidade, parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundos das regras internacionais – embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – se aglutinam à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo *status* equivalente. Caso contrário, a regra do art. 5º, §2º, também nesse ponto, teria o seu sentido parcialmente desvirtuado. (SARLET, 2009, p. 123).

Miranda (2008), ao analisar a abertura da Constituição Portuguesa, em seu artigo 16, 1, sustenta que a Carta aponta para um sentido material dos direitos fundamentais. Estes não seriam apenas os constantes do texto constitucional, mas, também, aqueles provenientes de outras fontes.[333] Para o autor, a enumeração de direitos fundamentais é sempre aberta, "[...] pronta a ser preenchida ou completada através de novos direitos ou de novas faculdades de direitos para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento." (MIRANDA, 2008, p. 176).

Portanto, o presente trabalho firma convencimento de que o Ministro Celso de Mello, ao apresentar voto-vista no RE 466.343-1, "[...] reconhecendo, as referidas convenções internacionais [...] qualificação constitucional"[334], poderia – caso seu voto

fosse acolhido pela maioria – aproximar o sistema jurídico brasileiro às hodiernas necessidades de afirmação e eficácia dos direitos humanos e fundamentais.

Não é possível se vislumbrar fundamento no temor demonstrado pelo Ministro Gilmar Mendes, de que essa seria uma via "perigosa" para que normas "camufladas" ingressassem no ordenamento brasileiro. O controle da materialidade fundamental dos direitos humanos recebidos pela cláusula geral do artigo 5º, §2º, pode ser realizado a todo tempo tanto pela jurisprudência quanto pela administração pública, embasados no princípio da dignidade humana e em uma hermenêutica aberta de proteção ao indivíduo.[335]

A Emenda Constitucional n. 45/2004, ao acrescentar §3º ao artigo 5º da Constituição brasileira – exigindo, assim, o voto da maioria qualificada do Congresso Nacional para a incorporação dos tratados sobre direitos humanos com equivalência de Emenda Constitucional – não pode ser compreendida como uma "[...] declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil", que não tenham passado por tal processo legislativo, não possam ser equiparados às normas constitucionais. Com efeito, essa regra deve ser compreendida como obrigatória para a incorporação formal de tratados de direitos humanos, mas não como procedimento obrigatório para o reconhecimento material dos mesmos direitos.

O Ministro Celso de Mello demonstrou grande sensibilidade à prática de uma hermenêutica que seja inclusiva; que busca maior eficácia ao sistema de proteção da pessoa humana. Por conseguinte, a EC n. 45/2004 apenas criou um procedimento para dar fundamentalidade formal aos tratados sobre direitos humanos. Outro não pode ser o entendimento, sob pena de se colocar em risco os propósitos do constituinte originário, expressos no artigo 5º, §2º. Assim, a melhor harmonização do ordenamento é aquela que viabiliza uma hierarquização tópico-sistemática (FREITAS, 2004) dos valores dispostos na Lei Fundamental. E, nesse aspecto, deve prevalecer o valor da dignidade humana.

O Pacto de São José da Costa Rica, portanto, ao proibir a prisão civil por dívidas (exceto do devedor voluntário de alimentos) deve ser interpretado juntamente com o rol de princípios e com os demais direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira. Assim, ao balancear o respeito à vida, à proporcionalidade, à justiça social, à função social dos contratos, entre outros, em face da exceção minúscula feita ao

depositário infiel, fica hialina a necessidade de prevalência da maior proteção à dignidade humana.

4 **CONCLUSÃO**

Diante dessas ponderações é forçoso concluir, com a humildade científica necessária, que o STF poderia ter elevado sua jurisprudência a um patamar mais consentâneo à máxima proteção jurídica dos direitos humanos, caso fizesse opção majoritária pelo voto do Ministro Celso de Mello.

Presencia-se grande relevância dos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, sejam eles internalizados ou não nos países que se declaram democráticos. Como exemplo, basta citar o artigo 41 da Carta de Nice 2002, documento este que pretendia se tornar Constituição Europeia. O referido artigo declara que todos têm direito a uma boa administração pública. Apesar de o Brasil sequer poder ser Estado parte deste tratado, a doutrina e a jurisprudência brasileiras vêm acatando tal direito como um princípio constitucional (FREITAS, 2007).

Não se pode olvidar, também, que, com a paridade das normas de direitos humanos com as normas constitucionais, deve-se observar o artigo 5º, §1º, da Constituição brasileira, que atribui eficácia imediata às "[...] normas definidoras de direitos e garantias fundamentais." Todavia, esse aspecto, que é bastante complexo, deverá ser objeto de outro estudo.

Com efeito, parece que o Brasil ganhou em *status* democrático ao reconhecer a incompatibilidade da prisão civil por dívida – mantendo apenas a exceção do devedor de alimentos – ampliando sua proteção dos direitos humanos. Considerando, finalmente, que a votação no STF ocorreu por cinco votos a quatro, permanece, de qualquer sorte, a possibilidade de, em um futuro bem próximo, dar-se juridicamente o aperfeiçoamento da abertura material do catálogo de direitos fundamentais aos tratados de direitos humanos.

Notes on the opening of material catalog of fundamental rights to the international protection of human rights: comments to the "Recurso Especial" n. 466.343-1

Abstract

This article deals with the material opening from the catalog of fundamental rights, through the incorporation of international standards about human rights to the constitution. Through analysis of the votes by the Ministers of the Federal Supreme Court: Gilmar Mendes and Celso de Melo, were considered the main arguments justifying the reasons presented by these judges. On one hand, Gilmar Mendes supported that international treaties on human rights that have not passed through the legislative process added by amendment constitutional nº 45/04 are above the statutes, but under of the constitution. Otherwise, Celso de Mello took the view that international human rights standards form a block of constitutionality (material), requiring the legislative process of incorporation, provided for the constitutional amendment, only to that such rules are formal constitutionality. This thread allowed the discussion in this text, that in the end, stand suitable to the Ministro Celso de Mello conception, in the sense that is consents an extension of the catalog of fundamental rights of the Brazilian Constitution, possibiliting, in this way, new instruments for the realization of human dignity.
Keywords: Fundamental rights. Opening. Catalog. Human rights. Material constitutional.

Notas explicativas

[1] Decreto-Lei n. 911 de 1/10/69, com alterações da Lei n. 6.071, de 3/07/74.
[2] Art. 5º, § 3º - "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."
[3] Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.
[4] Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>. Acesso em: 5 jun. 2009.
[5] "[...] sem dúvida que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, mas não pode ser revogado pelas leis posteriores, se estas não se referirem expressamente a essa revogação ou se não denunciarem o tratado. A meu ver, por isso, uma simples lei que dispõe sobre imposto de consumo não tem força para

alterar termos de um tratado internacional." (Apelação Cível n. 9.587/DF, de 21/08/51, citada no voto em comento).

[6] *In* voto-vista Ministro Gilmar Ferreira Mendes. RE 466.343-1, p. 27. O Ministro noticia em seu voto que a Constituição Argentina prevê a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, delimitando o rol dos documentos internacionais que gozam desse *status*. A Constituição da Venezuela, além de estabelecer hierarquia constitucional, estabelece aplicabilidade imediata e direta dos tratados e fixa uma norma hermenêutica de prevalência da norma mais favorável ao indivíduo.

[7] Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, voto-vista Ministro Celso de Mello, p. 28.

[8] A contextualização da problemática feita por Sarlet é relevante para contextualizar melhor a problemática deste trabalho: "Ao contrário de diversas Constituições recentes, a regra tradicionalmente adotada em nosso direito constitucional tem sido a da necessidade de procedimento formal de incorporação, o qual resulta da interação entre ato do Poder Executivo (a celebração propriamente dita do tratado) e do Poder Legislativo, que, em virtude de disposição constitucional expressa, tem a atribuição de aprovar a celebração do tratado (art. 84, inc. VIII), cuidando-se, portanto, de um ato complexo. A questão que se apresenta, neste sentido, diz com a possibilidade de se considerarem – forte no artigo 5º, §2º, de nossa Lei Fundamental – os tratados internacionais relativos a direitos humanos (fundamentais) diretamente incorporados ao ordenamento constitucional, independentemente de qualquer procedimento formal além da própria ratificação. (SARLET, 2007, p. 342).

[9] O próprio Ministro Gilmar Mendes, na página 14 do seu voto-vista no RE 466.343-1, ao sustentar que a equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos como lei ordinária já não cabe no contexto atual, reconhece que: "É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada."

[10] Art. 16. 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

[11] Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, voto-vista Ministro Celso de Mello, p. 44.

[12] Sobre as possibilidades de controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, ver Freitas (2009).

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Atos Multilaterais em vigor para o Brasil no âmbito dos Direitos Humanos**. 2009. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dhumanos.htm>. Acesso em 9 jun. 2009.

_____. Ministério das Relações Exteriores. **Convenção de Viena sobre o direito dos tratados**. 1980. Disponível em: < http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>. Acesso em: 8 maio 2009.

CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedida, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREITAS. Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. Rio de Janeiro: Malheiros. 2007.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e Século XXI**: A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

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

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OS DIREITOS, SUAS DENOMINAÇÕES E EFICÁCIA DO PONTO DE VISTA DO INDIVÍDUO: A RELEVÂNCIA DO CONHECIMENTO DA ADEQUADA TERMINOLOGIA E DIFERENCIAÇÃO DOS DIREITOS COMO FORMA DE COLABORAÇÃO PARA O ALCANCE DA SATISFAÇÃO PESSOAL*

RIGHTS, THEIR NAMES AND EFFECTIVENESS OF POINT OF VIEW OF THE INDIVIDUAL: THE RELEVANCE OF KNOWLEDGE OF THE PROPER TERMINOLOGY AND DIFFERENTIATION RIGHTS AS A MEANS OF COLLABORATION FOR THE SCOPE OF PERSONAL SATISFACTION

Fernando Batistuzo Gurgel Martins

RESUMO

É fato que a sociedade brasileira, sobretudo a partir do advento da atual Constituição Federal, tem se conscientizado crescentemente sobre seus direitos. Consequentemente ao aumento do conhecimento, a exigência social pelo cumprimento e satisfação tem evoluído no mesmo ritmo. Em virtude desta relação causa-consequência e do não atendimento pleno dos direitos, oportuniza-se a insatisfação social, ampliada pelo equivocado conhecimento quanto à natureza, origem, evolução e classificação dos direitos, o qual por vezes leva à pretensão de atendimento a um determinado direito inexigível, acarretando, do ponto de vista de um indivíduo, em sua insatisfação e errônea percepção de ineficácia das garantias jurídicas. A fim de se afastar a pretensão a direito inexigível e consequentemente o sentimento de insatisfação pessoal, bem como a mencionada percepção de ineficácia das garantias jurídicas, propõe-se o conhecimento adequado dos direitos e suas respectivas denominações, indicativas de sua exigibilidade ou não.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS, NATURAIS, FUNDAMENTAIS, HUMANOS, TERMINOLOGIA, EFICÁCIA

ABSTRACT

The fact that the Brazilian society, especially since the advent of the Federal Constitution, has increasingly become aware of their rights. Therefore the increase of knowledge, the social demand for compliance and satisfaction has evolved at the same pace. Due to this cause and consequence of non-compliance and full rights, to nurture social discontent, amplified by the mistaken knowledge about the nature, origin, evolution and classification of rights, which sometimes leads to the pretense of serving a particular unenforceable law, resulting from the point of view of an individual, in their dissatisfaction and erroneous perception of ineffectiveness of legal safeguards. In order to avoid the pretense of law unenforceable and therefore the sense of personal

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

satisfaction as well as the aforementioned perception of ineffectiveness of legal safeguards, the proposal is adequate knowledge of their rights and their names, indicative of an unfavorable outcome or not.

KEYWORDS: RIGHTS, NATURAL RIGHTS, FUNDAMENTAL RIGHTS, HUMAN RIGHTS, TERMINOLOGY, EFFECTIVENESS.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Particularmente em nosso país, após o advento da Constituição Federal em 1988, o tema "Direitos Fundamentais" passou a ser objeto de grande interesse social, explicitado pelo crescente debate desde então nos mais variados meios e veículos de expressão do pensamento.

Restrita a discussão sobre os direitos fundamentais num primeiro momento aos âmbitos acadêmico-doutrinário e jurisprudencial, passou a sociedade em geral a realizá-la de forma aberta, inclusive pela imprensa escrita e falada, difundindo o conhecimento e o reconhecimento dos direitos fundamentais a um número cada vez maior de indivíduos – do leigo mais humilde ao mais instruído - os quais os incorporaram ao seu cotidiano e vocabulário, invocando-os sempre diante de determinada ofensa, por vezes, no entanto, equivocadamente.

Não obstante seja extremamente salutar ao desenvolvimento de uma sociedade o conhecimento de seus direitos, sobretudo os fundamentais (e a brasileira ainda está distante de se conscientizar plenamente), sua exaltação por vezes equivocada decorre da ausência do completo entendimento sobre sua definição, finalidade, efeitos e, também, origens e evolução histórica, que permitam sua correta compreensão e aplicação nos dias atuais.

A assertiva de que o conhecimento deficitário sobre direitos, especialmente a respeito de suas origens e evolução na História, influencia na sua (in)correta exortação e aplicação, confirma-se quando em determinadas situações se observa uma referência a certo direito que, em virtude de sua natureza como se demonstrará, àquelas não se aplica por restar deslocado do contexto fático.

Da necessidade de conhecimento sobre a evolução dos direitos até se constituírem em fundamentais, ganha extrema relevância o estudo de sua história por permitir *"(...) verificar a variedade de condições de realização dos direitos do homem, dentro da unidade do gênero humano, as experiências em confronto, ora de sedimentação, ora de crise, e a descoberta de novos percursos e avanços (...)"*[1].

Portanto, propõe-se e se restringe o presente trabalho a expor o contexto histórico dos direitos, suas origens e evolução histórica, intentando colaborar para o adequado entendimento e aplicação, sem, porém, pretender esgotar tão rico assunto e se arvorar na condição de historiador em virtude da perspicaz observação de que *"(...) 'o perigo da história é que ela parece fácil e não o é' (...)"*[2].

2. O PORQUÊ DE UMA ADEQUADA DIFERENCIAÇÃO E CORRETA TERMINOLOGIA DOS DIREITOS

A falta de um adequado conhecimento sobre os direitos fundamentais exposta no tópico anterior desemboca na ocorrência de inúmeros equívocos relacionados ao tema do presente trabalho, dentre os quais certamente o mais comum relaciona-se à terminologia dos direitos, a qual é fonte geradora de confusão mesmo entre os operadores do direito, inclusive acadêmicos, irradiando para a sociedade e aumentando exponencialmente o embaraço.

É simples de se constatar o corretismo desta observação, bastando atentar-se ao cotidiano dos indivíduos que, quando diante de determinada situação de violação de seus direitos, invocam, enaltecendo-os, os "direitos humanos", a fim de obterem a tutela de seus direitos.

Dificilmente se observa a utilização, e raramente com propriedade e exatidão, das expressões "direitos naturais", "direitos humanos" e "direitos fundamentais", prevalecendo por vários motivos a segunda, situação a qual pode explicar a frustração das expectativas dos confusos indivíduos diante de uma eventual não concretização de seus "direitos humanos" em face da circunstância na qual se encontravam, por conta, como se demonstrará, da ausência de constitucionalização destes direitos, e consequente inexigibilidade.

A respeito da relevância da adequada terminologia quando da invocação de direitos como forma de tutela:

"(...) A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais (...)"[3].

Nesse ponto, relativamente à importância de se invocar e aplicar adequadamente determinado direito a certa circunstância, ressalta-se a lição de que *"(...) qualquer opção terminológica deve guardar o objetivo de melhor refletir a relação de correspondência sígnica entre a expressão eleita e a realidade que por ela se pretende traduzir"*[4].

Como aponta a base bibliográfica do presente trabalho, há uma falta de consenso quanto aos conceitos e terminologia que envolvem o tema ora debatido, comprovada com, além das expressões supracitadas, a utilização de várias outras no mesmo sentido, ou com a mesma intenção, tais como "direitos subjetivos públicos", "liberdades públicas", "direitos individuais", "liberdades fundamentais" e "direitos humanos fundamentais", variedade observada, também e, sobretudo, em nossa Constituição Federal[5].

Em que pese essa gama de expressões, e tendo em vista o objetivo do presente capítulo, limita-se este trabalho a apontar a necessidade de se diferenciar as expressões "direitos naturais", "direitos humanos" e "direitos fundamentais", por se entender, não obstante a inexistência de consenso, que o adequado conhecimento dos direitos, pelo qual passa o de sua terminologia e etapas de reconhecimento, por um lado colabora para o aumento da satisfação pessoal no tocante às garantias jurídicas, e, por outro, afasta a pretensão à satisfação de direitos inexigíveis.

Muito embora se limite àquelas três expressões, há que se destacar que mesmo quanto a essas, ou seja, apenas três, ainda são observados equívocos na doutrina, levando-se à indagação se "*(...) podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente?*"[6], em virtude da promiscuidade com que tais denominações têm sido utilizadas.

A resposta é pela impossibilidade da indistinta utilização, sob pena de continuísmo dos mencionados equívocos, os quais pretende que sejam afastá-los com a adequada diferenciação.

Associando desde já as expressões às etapas evolutivas apresentadas adiante no presente trabalho – no qual se explanará detidamente cada uma – a denominação "direitos naturais" se refere à etapa da "pré-história" dos direitos fundamentais (item 3), na qual se reconhecia que o indivíduo é titular de direitos inatos, oriundos natural e biologicamente.

Na seqüência, a expressão "direitos fundamentais" se refere à etapa da "constitucionalização" dos direitos (item 4), caracterizando, portanto, relevantemente, não só o reconhecimento, a positivação, mas a inclusão dos direitos no plano constitucional interno de cada Estado.

Por sua vez, a expressão "direitos humanos" se refere à etapa de internacionalização dos direitos (item 5), relacionando-se *"(...) com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional (...)"*[7], reservada aos *"(...) direitos dos homens positivados nas declarações e tratados internacionais."**[8]***, remetendo, então, marcadamente, a direitos da humanidade como titular, sem, contudo, constituírem-se em fundamentais.

Logo, consoante se pode denotar do presente tópico e trabalho, compreende-se revestir-se de muita relevância a utilização da adequada terminologia ao se tratar de "direitos", ao contrário do entendido por alguns de que tal questão seria de menor importância, apenas de cunho didático.

Com a devida licença aos que assim entendem a questão, não se pode olvidar jamais estar-se tratando também de direitos "fundamentais", os quais, conforme mencionado no início deste estudo, ainda estão longe de serem conhecidos plenamente pela sociedade, razão pela qual se entende necessário o tratamento didático do assunto, uma vez que, em último grau, o objetivo de todo o estudo e debate em torno do tema deve(ria) ser a conscientização da sociedade, das "massas", sobre seus direitos, não havendo momento mais oportuno para tanto que o presente – ainda de conscientização – e melhor forma de educação que a didática.

3. "DIREITOS NATURAIS": A ETAPA DA "PRÉ-HISTÓRIA" DOS DIREITOS "FUNDAMENTAIS"

Os direitos fundamentais como atualmente são compreendidos e terminologicamente denominados não surgiram na antiguidade, conclusão a qual não exclui a relevância

deste período histórico, por nele se localizarem as primeiras idéias, os iniciais pensamentos sobre o ser humano, seus valores e seus direitos diante da natureza, bem como algumas das "idéias-chave" que viriam a influenciar a seguinte fase jusnaturalista[9].

Inserido nesta fase encontra-se o denominado período "axial", compreendido entre os séculos VIII e II a.C., o qual teria formado o eixo histórico da humanidade durante o qual viveram alguns dos maiores pensadores de história[10] que, cada qual à sua maneira, elaborou suas visões do mundo, enunciando os grandes princípios e diretrizes fundamentais da vida, vigentes até a atualidade.

A fim de bem marcar a importância desta fase para o futuro reconhecimento dos direitos com "fundamentais":

"*(...) é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.*"[11].

Identifica-se no século VI a.C. o surgimento das primeiras instituições democráticas em Atenas[12], dentre as quais podem ser destacadas as "eclesias" (assembléias nas quais o povo se reunia para a tomada de decisões de interesse coletivo), não obstante concomitantemente não se conhecesse a autonomia do indivíduo, ausente pela consideração como normal pelos destacados pensadores da época, Platão e Aristóteles, do regime da escravidão[13], o qual, como há um bom período se compreende, é diametralmente oposto a qualquer noção de, propriamente, direitos.

Para aqueles pensadores, respectivamente, a direção do Estado cabia somente a poucos qualificados indivíduos, aos quais os demais se encontravam "*obrigados a uma obediência incondicionada*", e, que por lei da natureza, aquele que *"(...) por natureza, pertença não a si mesmo mas a outro é, por natureza, escravo (...)"*[14].

Entretanto, muito embora referidas limitações ao indivíduo, ou negação de seus direitos, possam ensejar contradição ao exposto no parágrafo inicial deste tópico, ainda na antiguidade clássica os direitos do homem não foram absolutamente desconsiderados, pois, para o pensamento sofista, da igual natureza biológica dos seres humanos surgiram

as teses da “igualdade natural” e da “ideia de humanidade”, fundamentadas na crença de que Deus criou todos os homens livres, não escravos, como proclamava o sofista Antifon[15].

Sobre esse aparente paradoxo na antiguidade entre a manutenção da escravidão e as idéias de igualdade, em virtude do qual poder-se-ia desconfiar do já reconhecimento de direitos naturais do homem, ressalta-se que:

“Estes valores eram, no entanto, de difícil entendimento na antiguidade, quando a cidade ou a república se fundavam, por um lado, numa instituição – a escravatura – em que se perdiam os horizontes da humanidade, e, por outro lado, absorviam os cidadãos numa moral colectiva exigente e alargada, razões pelas quais habitualmente se nega a existência da ‘ideia de ‘direitos do homem’ nessa época histórica, apesar de aí se encontrarem raízes do humanismo.”[16].

A corroborar o citado reconhecimento dos direitos naturais, Miguel Reale, ao tratar do Direito e da Moral referindo-se a Aristóteles, afirma que *“O estagirista reconhece que existe o justo por lei e o justo por natureza (...) por não depender das opiniões e dos decretos dos homens, expressão que é da natureza racional do homem (...)”*[17], apontamento partilhado por João Maurício Adeodato que, ao discorrer sobre a compreensão de justiça por Aristóteles, aduz que o mesmo, ao tratá-la sob o sentido social *(...) retoma a distinção entre o justo legal, imposto pelo Estado, a ‘Polis’, e o justo natural (...)*”[18], o que demonstra a “*(...) convicção de que o ser humano tem direitos que independem do poder político, ao qual cabe apenas reconhecê-los (...)”*

Além da filosofia clássica greco-romana, a pré-história dos direitos fundamentais foi inspirada por pensamentos originados no cristianismo, dos quais exsurgiram as teorias da “unidade da humanidade” e da “igualdade de todos os homens em dignidade”[19], devido à compreensão de que *“(...) semelhante ao Criador, o ser humano, por si, era dignatário de direitos mínimos, naturais, que lhe preservassem a essência humana, a autodeterminação (...)”**[20]***, enfim, de que os homens possuem “*(...) alto valor interno e liberdade própria inerente à sua natureza (...)*”[21].

Denota-se, então, na antiguidade, *“(...) a referência a um Direito superior, não estabelecido pelos homens mas dado a estes pelos deuses (...)”*[22].

Constata-se, portanto, que no período da antiguidade humana, não obstante o incipiente reconhecimento e garantia de exercício de direitos, esses tiveram uma compreensão inicial como direitos "do homem", inatos, "naturais".

Ainda nesta etapa, porém após a antiguidade, doutrinariamente se reconhece que por volta do século XVI a doutrina jusnaturalista começa a desenvolver-se plenamente, pautada na noção de "direitos naturais" aos indivíduos, representativos da expressão da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Naturais se classificavam os direitos do indivíduo, porque fundados na própria natureza do homem que, devido ao desenvolvimento de um processo de laicização dos direitos naturais, passaram a ser reconhecidos como *"(...) comuns a todos os seres humanos, independentemente de suas crenças religiosas (...)"*[23].

Desse modo, o reconhecimento de direitos do homem independia da existência de normas, tendo florescido *"(...) a idéia de direitos fundamentais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural (...)"*[24], exteriorizada por Grócio e Hobbes, cujo conferiu ao indivíduo direitos naturais que, porém, possuíam validade apenas no "estado da natureza", noção que evoluiu, por meio de Locke, ao reconhecimento de direitos naturais com validade e eficácia não só na natureza, mas, sobretudo, oponível aos detentores do poder[25].

A noção básica da doutrina jusnaturalista consistia no reconhecimento de haver um *"(...) conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural (...) estabelece limites à própria norma estatal (...)"*[26].

Tendo como expoente Santo Tomás de Aquino, a ênfase do pensamento sobre o direito natural deixou de ser sobre a origem divina, fundamentando-se na natureza e razão humanas, especialmente com a associação com o Iluminismo - de ápice no século XVIII – o qual levou à separação da fé e da razão[27].

Paralelamente à evolução teórico-doutrinária dos direitos nesta etapa, ocorreu uma progressiva recepção em textos e documentos normativos, ou seja, uma positivação de conjunto de deveres, faculdades e liberdades individuais[28], os quais, embora não com a mesma força vinculante, podem ser considerados como antecedentes dos direitos fundamentais, como se demonstrará no tópico adiante.

4. “DIREITOS FUNDAMENTAIS”: ETAPA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS E SUA CARACTERIZAÇÃO COMO “FUNDAMENTAIS”

Os direitos “fundamentais” nem sempre foram “fundamentais”.

Referidos direitos fundamentais como princípios jurídico-constitucionais especiais a concretizarem o princípio da dignidade de pessoa humana, conforme atualmente são concebidos, surgiram com nascimento do Estado Constitucional no fim do século XVIII, como resultado de seu reconhecimento nas primeiras constituições, frutos da evolução gradativa das citadas Declarações de direitos.

É certo, e assim reconhece a doutrina, que anteriormente à presente etapa foram formulados documentos reconhecedores de determinados direitos, como os forais e as cartas de franquia, pelos quais os senhores feudais e os reis outorgavam direitos aos membros de determinados grupos, comunidades locais e corporações, a fim de que fossem observados continuamente[29].

Como representante maior desse início de positivação de direitos, a sempre referida *Magna Charta Libertatum* de 1215, firmada na Inglaterra pelo Rei João Sem-Terra, bispos e barões ingleses, apesar de ter se prestado apenas para assegurar à nobreza privilégios feudais, colocando à margem daqueles direitos a população em geral, é apontada como “ponto de referência” a determinados direito e liberdades civis clássicos como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade[30].

Além da citada Carta, destaca também a doutrina os documentos da Paz de Augsburgo, de 1555, da Paz da Westfália de 1648 e o *Toleration Act* da colônia de Maryland em 1649, com similar na colônia de Rhode Island de 1663, todos, no entanto, sem a capacidade de conferirem a condição de “fundamentais” aos direitos contidos, em razão de que podiam ser arbitrariamente revogados pela autoridade outorgante[31], o que, como se demonstrará, não ocorre com os legítimos direitos “fundamentais”.

Posteriormente vieram as declarações de direitos inglesas como a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689, as quais representaram a passagem das liberdades e privilégios estamentais para liberdades genéricas, acarretando na ampliação, além do conteúdo das liberdades, de seu alcance, chegando à totalidade dos cidadãos ingleses[32].

No entanto, assim como quanto à Carta Magna de 1215, estas declarações, em que pese também sua relevância quanto à extensão de conteúdo e de destinatários, também não conferem aos direitos estabelecidos a condição de "fundamentais", em razão de que não vinculavam o Parlamento pela inexistência de supremacia e estabilidade, qualificativos obtidos por uma Constituição consoante tratará o capítulo a seguir.

As Declarações de direitos tiveram relevante papel na evolução dos mesmos, visto que iniciaram a formalização, a positivação de seu reconhecimento; todavia, foi a partir do final do século XVIII, especialmente com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia em 1776, que houve a "transição" dos direitos de liberdades legais já reconhecidas em outros documentos para os direitos fundamentais constitucionais.

De semelhança com os documentos anteriores, a citada declaração norte-americana conservou as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, e, diversa e marcadamente, reconheceu a eficácia vinculativa dos direitos, inclusive em face do poder público[33].

Realizada a transição, faltava ainda às Declarações um atributo que garantisse a efetivação dos reconhecidos direitos, os quais, se assim permanecessem, poderiam, como já mencionado, ser revogados e, especialmente, não concretizados, ou seja, faltava-lhes "força" por não possuírem o "*indispensável caráter jurídico*"[34].

Em face da máxima importância dos reconhecidos direitos, necessitava-se de uma formulação jurídica positiva pelas Constituições estatais, as quais os subjetivaram, positivaram e fundamentalizaram, garantindo-os e efetivando-os, fenômeno denominado de '*constitucionalização dos direitos fundamentais'*, em virtude de não ser *"(...) qualquer positivação que tem o quilate e a dignidade de reforçar e garantir os direitos fundamentais, mas tão-somente a positivação em normas constitucionais (...)*[35], tudo de modo a permitir a vinculação do Estado, compelindo-o a observá-los e promovê-los.

Desse modo, a fim de se alcançar referidas garantias, os direitos estabelecidos na citada Declaração da Virgínia em 1776 foram incorporados à Constituição norte-americana de 1787 por meio de emendas de 1791[36], constituindo-se na primeira Constituição a conferir efetividade aos direitos, agora sim, "fundamentais", afirmando-se que "*O surgimento da Constituição escrita, em documento orgânico, no século XVIII, foi destinado à afirmação dos direitos individuais, conquistados pela Revolução Francesa, que inspirou a Constituição dos Estados Unidos (...)*[37].

A íntima e dependente ligação dos direitos fundamentais em relação às Constituições é notada nos textos e documentos iniciais do surgimento do constitucionalismo, nos quais é possível identificar como um de seus pilares estruturantes o reconhecimento dos direitos fundamentais, os quais, em essência, constituem-se em limites ao poder do Estado[38], e também como um dos pilares do próprio Direito[39].

Tamanho é o grau de relevância da imprescindibilidade da Constituição, que Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, explanando sobre os requisitos para o surgimento dos direitos fundamentais, limitam-se a ressaltar que para neles se falar deve-se constatar três elementos: Estado, indivíduo e um *texto normativo regulamentador da relação* entre ambos, papel desempenhado pela Constituição, no sentido formal, vinculando aquele a certas regras impeditivas de cerceamento da liberdade individual[40].

No mesmo sentido, as características extrínsecas dos direitos fundamentais vinculam-se diretamente com a Constituição, conferindo-lhes um regime caracterizado pela rigidez constitucional – exigindo processo mais gravoso para sua modificação; pelo estabelecimento das normas que os definem como cláusulas pétreas – impedindo-se sua extirpação do sistema constitucional; e pela aplicabilidade imediata de seus preceitos[41], garantindo, portanto, o reconhecimento e a efetivação dos direitos fundamentais, um gigantesco passo de sua proteção em comparação às Declarações anteriores.

Atentando-se para estas características, especialmente as duas primeiras, destaca-se que a positivação dos direitos no plano constitucional visou ao benefício proporcionado pela supremacia da Constituição, resultante de sua rigidez consistente na maior dificuldade para sua alteração em relação às demais espécies normativas[42], assegurando o reconhecimento e o exercício dos direitos fundamentais contra arroubos autoritários que visem sua limitação ou mesmo eliminação.

Conforme mencionado no início do presente trabalho, a confusão perpetrada ao se empregar a terminologia inadequada gera no indivíduo titular de determinado direito uma frustração quanto às suas expectativas de concretizá-lo quando aquelas não se realizam, a qual está relacionada com a ignorância quanto a um dos efeitos decorrentes de se tratar seu direito de “humano” ou “fundamental”, qual seja, a sua efetivação, motivo pelo qual se analisou a distinção entre as expressões comumente utilizadas e positivadas pelo Direito, em virtude da aptidão ou não dos respectivos direitos para a produção de efeitos no plano jurídico[43].

Constitucionalizando-se direitos, estes adquirem, como visto, eficácia, possibilitando a seu titular invocá-los judicialmente pretendendo sua satisfação, efetivação, alternativa impossível quanto aos direitos não constitucionalizados (direitos "humanos"), revestindo-se aquela possibilidade como mais um atributo dos direitos constitucionalizados, fundamentais.

Portanto, em face da moderna concepção dos direitos fundamentais, estes somente assim se configuraram com a constitucionalização, motivo pelo qual se afirmou no início do presente tópico que os direitos "fundamentais" nem sempre foram "fundamentais".

5. "DIREITOS HUMANOS": ETAPA DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS

No início de seu texto sobre a história social dos direitos humanos, José Damião de Lima Trindade lança a seguinte questão: "*Por onde começar uma história dos Direitos Humanos?*".

Logo em seguida passa a responder dizendo que o ponto de partida dependerá do ponto de vista adotado, uma vez que, se tratar-se de história filosófica, torna-se necessário recuar às suas remotas fontes na antiguidade clássica; se religiosa, e ocidental, possibilita-se voltar ao Sermão da Montanha; se política, permite-se partir da Carta Magna inglesa de 1215, e, se social, possibilita abranger todos os pontos de vista[44].

A dificuldade do estabelecimento de um marco inicial ocorre porque:

"*(...) tais direitos não foram sempre os mesmos e, sim, que evoluíram no decorrer do tempo (...) esse desenvolvimento não é uniforme em todos os países, nem é linear, no sentido de sempre ocorrer um avanço no teor dos direitos conquistados. Retrocessos são possíveis, como nos chama a atenção à barbárie nazista. Sua evolução está intrinsecamente ligada a questões sociais, econômicas e culturais, modulando-se de acordo com a mobilização social para garantir que suas demandas possam ser atendidas.*"[45].

Até chegar ao estágio supranacional no qual se encontram hoje os direitos humanos, seu universalismo resultou de uma morosa conquista, a qual pode ser dividida em três fases, referindo-se a primeira às teorias filosóficas que deram início às declarações universais de direitos; a segunda ao momento em que as teorias são recepcionadas pela primeira vez por um legislador (Declarações de Direitos dos Estados Norte-Americanos e da Revolução Francesa); e a terceira com a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948[46], quadro evolutivo passível de ser retratado do seguinte modo também:

"(...) os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais (...)"[47].

Fábio Konder Comparato divide a etapa da internacionalização dos direitos em duas fases, a primeira tendo início na segunda metade do século XIX, findando com a 2ª Guerra Mundial, a partir da qual se iniciou a segunda, em curso até a atualidade[48].

Como marcos iniciais de ambas as fases, aponta aquele autor, respectivamente, como sendo o primeiro documento normativo de caráter internacional, a Convenção de Genebra de 1864, inaugurando o denominado "direito humanitário" em matéria internacional, e, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948[49].

A despeito de apresentar a enorme confusão terminológica entre as expressões ora aclaradas, a expressão "direitos humanos" acabou permanecendo – ao menos em grande parte da doutrina – como referência:

"(...) aos direitos válidos para todos os povos ou para o homem, independentemente do contexto social em que se ache imerso, direitos, portanto, que não conhecem fronteiras nacionais, nem comunidades éticas específicas, porque foram afirmados – declarados ou constituídos a depender da visão dos autores – em diversas cartas e documentos internacionais como preceitos de jus cogens a todas as nações obrigar (...)"[50].

Assim, "direitos humanos" é expressão reservada aos direitos alocados em documentos internacionais, ainda que já internalizados por determinado Estado em nível constitucional, como forma de representar a universalidade de sua observância e aplicação, *"(...) independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e*

tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (...)[51].

Muito embora esta proposição seja, como dito, bem acolhida pela doutrina, não se pode furtar no presente estudo a se destacar relevante consideração em contrário, como a que aponta o traço diferencial entre direitos "fundamentais" e "humanos" presente não nos diferentes documentos que os hospedam, mas na "função" a que estão predispostos a cumprir, visto que não raramente um mesmo direito é contemplado, concomitantemente, em uma Constituição e em uma declaração internacional de direitos[52].

Neste passo, os direitos "fundamentais", segundo o citado autor, consagram uma prerrogativa, uma liberdade, podendo ser judicializados em caso de descumprimento, ao passo que os direitos "humanos", caso não observados por determinado Estado, ensejaria a condenação deste pelo sistema internacional de proteção àqueles direitos, de modo que, ainda, os direitos "humanos" cumpririam duas funções essenciais, uma "normogenética" ao servir de fundamento para a consagração de direitos fundamentais nas respectivas ordens internas, e, outra, "translativa", no sentido de que "*(...) verificada a insuficiência de um Estado no reconhecimento e proteção dos direitos essenciais aos seres humanos, a questão se desloca da ordem interna para o cenário internacional.*"[53].

6. A DIFERENÇA DE EFICÁCIA DOS DIFERENTES DIREITOS E SUAS CONSEQUENCIAS À SATISFAÇÃO INDIVIDUAL

Conforme apresentado, a opinião divergente apontada no tópico anterior refere-se às diferentes funções dos direitos "humanos" e "fundamentais", ligadas à capacidade dos mesmos de produzirem efeitos concretos, portanto, à eficácia, sobretudo social.

Neste ponto a citada compreensão se aproxima da lição de que o critério mais adequado para a diferenciação entre os citados direitos é o da "concreção positiva", por se revelarem os direitos "humanos" como conceito mais amplo e impreciso que os "fundamentais"[54].

Destarte, como ressaltado por Vidal Serrano Nunes Júnior, em sendo os direitos "fundamentais" judicializáveis pelo indivíduo e os "humanos" não – os quais, além de

dependerem para sua efetivação da recepção na ordem jurídica interna de um Estado, não raro dependem, também, da boa vontade e cooperação daqueles individualmente considerados[55] - é de rigor que se saiba de qual direito se trata quando se entender perante uma violação de um direito.

Entendendo-se um determinado indivíduo como tendo um seu direito violado, se tiver a consciência, ainda que posterior por informação, de tratar-se de um dos direitos "humanos", não obstante não se resigne perante a violação, não restará insatisfeito com a ordem jurídica e não a responsabilizará como ineficaz, pois saberá (ou ao menos se conformará com uma posterior fundamentação) que a única opção, diante da inexigibilidade caso não previsto também na ordem interna ("fundamental"), será a comunicação da ofensa aos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos.

A título ilustrativo, toma-se o caso da prisão civil por dívida não decorrente de inadimplemento de pensão alimentícia, vedada pela Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – (art. 7°, §7°) a qual foi ratificada pelo Brasil apenas vários anos após sua aprovação em 1969.

Até a adesão pelo Brasil ao Pacto em 1992 (e mesmo após, diante da intensa discussão que se originou quanto aos efeitos da inclusão no ordenamento jurídico pátrio), caso um depositário se desfizesse do bem teria sua prisão civil decretada e, muito embora não se conformasse com sua imposição, não poderia exortar e invocar o citado direito "humano", uma vez que referido direito ainda não estava internalizado em nosso ordenamento jurídico; logo, não obstante irresignado com a prisão, não poderia responsabilizar a ordem jurídica e tê-la por ineficaz, uma vez que o citado direito a não ser preso era inexigível.

Diversamente ocorrerá caso se trate de um direito "fundamental" violado, o qual, se não tutelado pela ordem jurídica estabelecida, resultará em plena insatisfação individual com o sistema, responsabilizando-o o indivíduo por ineficaz, em virtude de sua exigibilidade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos, especialmente os "fundamentais", são fruto da luta do indivíduo contra as opressões praticadas há séculos pelas autoridades e classes dominantes, contra os quais sempre se necessitou buscar e encontrar meios de defesa contra as violações de direitos, os quais foram sendo reconhecidos e protegidos paulatinamente, acumulando-se e não

se substituindo uns aos outros, tutela a qual se desenvolve continuamente em vista dos novos perigos que surgem ao longo do tempo, numa "*protecção dinâmica dos direitos fundamentais*"[56].

Condicionante ao efetivo exercício dessa proteção é o adequado conhecimento dos direitos, não apenas quanto aos seus efeitos, mas, também, quanto às suas causas, origens e evolução histórica, de modo a possibilitar uma análise de sua aplicação durante os séculos, aprendendo com os erros e aperfeiçoando os êxitos de sua tutela, tendo em vista, além dos novos, o recrudescimento de antigos perigos garantindo-se a concretização dos ideais de liberdade e igualdade, arduamente defendidos pelos antepassados de toda a humanidade.

Para que a conscientização pela sociedade sobre seus direitos seja, portanto, plena, não basta apenas saber quais são eles, mas, também, suas naturezas, história e finalidades, a fim de exercitá-los visando conferir-lhes efetividade, o que se torna possível com a educação, tratada de modo didático.

8. BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 3ª ed. rev. amp., São Paulo: Saraiva, 2005

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

ARISTÓTELES. **A política.** São Paulo: Editora Nova Cultural, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. **O direito ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos**. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, nº 99, set. 2008, p. 7-14.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público.** São Paulo: Saraiva, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 3ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 8ª ed., Madri: Editorial Tecnos, 2004.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

QUEIROZ, Cristina M. M.. **Direitos fundamentais: teoria geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. amp. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9ª ed. rev. ampl., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 47.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. In: **Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: Centro de Estudos, Série Estudos nº 11, 1998.

ZOLLINGER, Marcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: *JusPodium*, 2006.

---

[1] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 166.

[2] P. Veyne. **Como se escreve a** história. Lisboa, 1983, p. 268, *apud* CANOTILHO, J. J. Gomes. O círculo e a linha. In: CANOTILHO. **Estudos sobre direitos fundamentais.** 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa, Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 7.

[3] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 29.

[4] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. atual.,São Paulo: Saraiva, 2008, p. 107.

[5] Vide "Preâmbulo"; "Capítulo I do Título II", art. 4º, II; art. 5º, §3º, art. 7º do ADCT; art. 5º, XLI, LXXI; art. 12º, §4º, II, *b;* art. 17, *caput;* art. 34, VII, *b*; art. 60, §4º, IV; art. 136, §1º, I; art. 208, §1º.

[6] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 514.

[7] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. amp., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.

[8] ZOLLINGER, Marcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: *JusPodium*, 2006, p. 21.

[9] SARLET, op. cit., p. 44.

[10] Zaratrusta na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China e Pitágoras na Grécia – COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8.

[11] Ibid., p. 11-12

[12] CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 170.

[13] Ibid., p. 380-1.

[14] ARISTÓTELES. **A política.** São Paulo: Editora Nova Cultural, 2004, p. 149.

[15] WELZEL, H.; **Derecho natural y justicia material**. Madrid, 1957, p. 12, *apud* CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 6ª ed, Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 381.

[16] ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 14-15.

[17] REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 623.

[18] ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 3ª ed. rev. amp., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 62.

[19] SARLET, op. cit., p. 44.

[20] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, op. cit., p. 119.

[21] CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 173.

[22] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 3ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 9.

[23] Ibid., p. 44.

[24] Ibid., p. 46.

[25] Ibid., mesma página.

[26] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 235.

[27] Ibid., p. 236.

[28] "*Paralelamente al proceso doctrinal descrito, que jamás fue lineal y em el que no faltaron retrocessos y contradiciones, se produjo uma progresiva recepción en textos o documentos normativos (denominados genéricamente Cartas o Declaraciones de derechos) del conjunto de deberes, facultades y libertades determinantes de las distintas situaciones personales.*". LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 8ª ed., Madri: Editorial Tecnos, 2004, p. 33.

[29] FERREIRA FILHO, op. cit., p. 11.

[30] SARLET, op. cit., p. 48.

[31] Ibid., p. 49.

[32] Ibid., p. 49-50.

[33] SARLET, op. cit., p. 50.

[34] CUNHA JÚNIOR, op. cit. p. 217.

[35] Ibid., p. 218.

[36] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 10.

[37] MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008, p. 301.

[38] STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 67.

[39] AZEVEDO, Antonio Junqueira. O direito ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, nº 99, set. 2008, p. 7-14.

[40] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 25-26.

[41] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. op. cit., p. 126.

[42] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9ª ed. rev. ampl., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 47.

[43] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 38.

[44] Anotações sobre a história social dos direitos humanos**.** In: **Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: Centro de Estudos, Série Estudos nº 11, 1998, p. 21-163.

[45] AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 135.

[46] BOBBIO, op. cit., p. 48.

[47] Ibid., p. 50.

[48] COMPARATO, op. cit., p. 55-56.

[49] Ibid., p. 55-57.

[50] SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 8.

[51] SARLET, op. cit., p. 35.

[52] NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 24.

[53] Ibid, mesma página.

[54] LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 46-7, apud SARLET, op. cit., p. 37.

[55] SARLET, op. cit., p. 40.

[56] QUEIROZ, Cristina M. M.. **Direitos fundamentais: teoria geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 49.

A ELEGIBILIDADE INDÍGENA COMO QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS: O CASO YATAMA VS. NICARÁGUA*

THE INDIGENOUS ELIGIBILITY AS A HUMAN RIGHT ISSUE: THE YATAMA VS. NICARAGUA CASE.

João Henrique Vasconcelos Arouck

RESUMO

A presente comunicação intenta pôr em relevo os direitos políticos de grupos indígenas a partir do caso Yatama vs. Nicarágua resolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 23 de Junho de 2005. Procura-se destacar a elegibilidade indígena como questão de direitos humanos a partir do debate teórico relativo aos pressupostos compreensivos efetuados nas interpretações sobre questões humanitárias e, em seguida, a partir de inferências práticas do caso na forma dos argumentos judiciais disponíveis. A divisão do artigo em aspectos teóricos e práticos realiza-se por mera distribuição metodológica: de um lado buscar-se-á debater os horizontes da compreensão hermenêutica, em situações de alteridade, a partir da assunção formal da universalidade do ser humano enquanto sujeito de direitos; de outro, será dada primazia às falhas dos partícipes processuais em justificar, no caso, as fontes positivas evocadas no intermédio do próprio processo; o que se constitui, acredita-se, como um problema da teoria, tendo em vista as exigências do debate judicial em se tratando de direitos humanos. De modo geral, a hipótese em teste refere-se ao modelo compreensivo da hermenêutica filosófica e da atitude interpretativa como possíveis vias para possibilitar consensos dialógicos sobre o que sejam, para os intérpretes, situações de vulnerabilidade humana. Isto facilitaria, afinal, o reconhecimento consciente de outros direitos (humanos) ainda obscurecidos em razão de óbices preconceituais relativos à significação real destes direitos quando debatidos por seus intérpretes oficiais. É neste sentido que os direitos políticos de grupos indígenas, no caso analisado, se tornam uma questão pontual para a discussão de hipóteses aplicáveis à reflexão hermenêutica sobre o significado autêntico de direitos humanos e, também, ao problema da falta de fundamentação de teses jurídicas contrárias que, livremente evocadas, não justificariam a sua razão de ser enquanto pedidos de denegação. A falta de justificações de teses jurídicas pode ser considerada, teoricamente, como um óbice a debates judiciais mais apropriados aos conceitos universais que integram a ontologia dos direitos humanos. Tais melhoramentos se determinam em prol da resolução mais justa de processos sobre questões humanitárias, a partir do reconhecimento consensual de situações de vulnerabilidade que ensejariam, por fim, a busca legítima pelo que se considere a melhor decisão; mesmo que através da dialética característica – e inafastável – de processos judiciais que se reputem mais adequados a discussões sobre conceitos e noções jurídicas universais.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS; DIREITOS POLÍTICOS; DEMOCRACIA; MINORIAS; ALTERIDADE; HERMENÊUTICA; INTERPRETAÇÃO.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

ABSTRACT

The article intends to put on relevance the political rights of Indian groups taking under analysis the elements of a judicial case: the Yatama vs. Nicarágua processed and judged by the Interamerican Court of Human Rights (23 June 2005). The right to be elected is emphasized through the dialectical elements of the present case – as judicial arguments – and by its inevitable theorical tasks; it means: by the hermeneutic presuppositions that informs the interface of interpretation's processes about human issues that are externalized, in law discourses, by its practical interpreters. The present division of a theorical and a practical side is done for a methodological distribution: in the first aspect, the philosophical hermeneutic approach is discussed as a pertinent theorical matter to optimize the understanding of human right's universality by its practical significances. The other side tries to evidence the difficulties that appear when the interpreter invokes the coercive authority of law to fundament judicial reasonings as to reject a human right demand – even when it is demanded abstractly by the other part. It is discussed as a failing when those kinds of arguments do not legitimize the factual and non-justified coercion of formal norms in the immediate practice of Law. The present investigation can be seen as a hypothetical test to affirm a comprehensive model of interpretation for human rights issues as a way to trespass logical irresolutions about these rights and to reinforce its ontology; recognizing, so, others kinds or manifestations of the human rights historical phenomena. This possibility would be seen as real since the prejudices of factual interpreters would be discussed and exposed to rational public debate in cleared terms, that is to say: when the normative evocation is justified by its ethical or political justification – beyond the positive referring process. The Yatama case helps us to situate the political rights of Indian groups as a problem from what is the adequate interpretation from an abstract demand. This process must be leaded in a basis of a enlightened public debate which naturally tends to authentic opinions (or even to consensus) about what is a human right beyond the factual data disposed in legal texts which are beginnings, not an end itself, for human rights practical recognition.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS; POLITICAL RIGHTS; DEMOCRACY; MINORITIES; ALTERITY; HERMENEUTICS; INTERPRETATION.

1. Introdução

Os argumentos judiciais do caso *Yatama Vs. Nicarágua* podem ser analisados como um material profícuo para discussões situadas sobre direitos políticos indígenas. A contemporização teórica de questões definíveis como *humanitárias* podem ganhar cada vez mais espaço quando também interpretadas, em seu modo de ser, pelas práticas judiciais rotineiras. Tal é destacado de maneira positiva tanto pela quantidade numérica de questões de humanidade submetidas a cortes internacionais quanto pela qualidade das sentenças que poderiam representar, teoricamente, a mediação temporalizada entre a reivindicação abstrata de direitos humanos e a tentativa de se justificar eventuais denegações; que se tornariam legitimadas, ressalte-se, apenas pela possibilidade de

demonstração de sua adequação a partir dos mecanismos dialógicos da formação de consensos.

O caso promove, para a pesquisa, a discussão da elegibilidade indígena reivindicada como matéria de direitos humanos. Tem-se por violação abstrata o indeferimento judicial ao exercício daquele direito em duas regiões autônomas da Nicarágua. No âmbito da abstração, o nicho teórico está em saber se a denegação pode ser justificada apenas por fontes normativas e administrativas do estado da Nicarágua, sem que se considerem outros parâmetros normativos presentes na própria constituição nicaragüense e nas convenções internacionais de direitos humanos. É preciso ressaltar, ademais, que o tipo de análise, por casos decididos, ganha maior relevância teórica quando é capaz de demonstrar a falta de argumentos aptos a justificar os atos normativos que denegam e vão de encontro aos direitos humanos já pactuados e, em os havendo, quando se demonstra; de outra maneira, que os argumentos apresentados para a denegação – como base para decisões denegatórias – não são capazes de sugerir um (re)início propício para a futura aceitação consensual no sentido íntegro da jurisprudência no tempo.

De modo prático – no esteio de uma possível ontologia de processos judiciais aptos ao debate sobre direitos humanos – a aceitação consensual a partir de uma lógica, ou hermenêutica substancialista, levada a cabo pelos partícipes do processo – mesmo que a despeito dos interesses em jogo – pode legar condições para que, eventualmente, a resolução de casos sobre direitos humanos se revista, aos olhos de todos, como a *identidade final de convicções coletivas ou universais* que se encontram e reconhecem intersubjetivamente o preceito autêntico de direitos humanos que emerge como resultado da discussão apropriada de sua universalidade, mesmo que, de início, as partes estejam defendendo interesses diametralmente opostos.

No caso, a violação concreta refere-se ao indeferimento da justiça nicaragüense à pretensão de representação política a ser exercida pelos próprios indígenas através de pessoa jurídica constituída para este fim: a *Yatama* ("Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka"). O partido, de âmbito regional – aceitável no sistema nicaragüense; dispunha-se a inscrever candidatos para concorrerem às eleições municipais do ano 2000. A cadeia de fatos que engendrou a reivindicação por direitos humanos se inicia quando publicada *resolução* pelo "Consejo Supremo Electoral" (equivalente, no Brasil, ao Tribunal Superior Eleitoral) que inabilitava todos os candidatos da *Yatama* para disputar as eleições do ano 2000. O partido, então, promove vários recursos judiciais (os "recursos de amparo") para que pudesse garantir a elegibilidade daqueles que estavam inscritos em listas eleitorais formadas após as deliberações comunitárias indígenas.

O esgotamento das instâncias se realiza por ocasião do indeferimento de um "recurso de amparo" pela Suprema Corte da Nicarágua. A Corte justificou a denegação alegando apenas a impossibilidade do órgão em revogar ou ignorar a resolução publicada pelo "Consejo Supremo Electoral". Após denúncia formal da *Yatama*, de organizações defensoras dos direitos humanos e dos direitos indígenas; a Comissão Interamericana de Direitos Humanos se manifestou contra o teor da resolução publicada pelo "Consejo Supremo Electoral" concluindo que o ato decisório não levava em conta o direito consuetudinário, os valores, usos e costumes do grupo indígena que tencionava exercer a elegibilidade e a eventual representação eletiva nas próprias estruturas democráticas do Estado nicaragüense. A Comissão também se manifestou contra o teor das decisões

judiciais denegatórias que, acatando, sem justificar por quê[1], a resolução do "Consejo", não demonstrou relativizar, adequadamente, os padrões burocráticos costumeiros do estado nicaragüense frente aos padrões também costumeiros[2] dos indígenas, em um caso que exigiria uma aplicação mais complexa do direito positivo – tendo em vista que, eticamente, não se deve pressupor hierarquia material entre ordens sociais e, mais ainda, entre códigos jurídicos distintos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos formulou as recomendações de praxe para que o estado nicaragüense garantisse o exercício dos direitos políticos dos pré-candidatos indígenas a partir de adaptações futuras na lei eleitoral nicaragüense e também por reformas adequadas na lei processual para que se lhes facilitassem o acesso à justiça através da relativização de seus padrões e costumes. Da mesma forma, a Comissão recomendou que o estado nicaragüense procedesse a indenizações justificáveis por razões de eqüidade, haja vista o prejuízo material que os candidatos indígenas sofreram ao se adaptarem aos padrões formais da lei eleitoral interna; esforço tal, que não reconhecido pela jurisdição interna, gerou prejuízos e desordem comunitária; aproximando-os de uma situação de vulnerabilidade. Após a resposta do estado – da qual não foi constatada qualquer tipo de reparação – a Comissão decide, por fim, submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Já se pode constatar, desde já, o fato do apego injustificado da justiça nicaragüense a requisitos formais da lei eleitoral que, *a priori*, se legitimaria apenas para a conservação ou promoção da técnica e racionalidade exigida para a realização burocrática e idônea de eleições *inter alia* aos pressupostos irrecusáveis da concepção democrática interpretada junto ao conceito formal de eleição. Ao não interpretar a reivindicação indígena através de uma postura minimamente relativista, não evocando outras fontes normativas disponíveis; como por princípios de política e democracia presente em constituições e pelos textos das convenções internacionais de direitos humanos –, as teses denegatórias ao exercício do direito reivindicado correm, teoricamente, o risco de não se tornarem justificáveis – no futuro – por não rearticularem, de maneira justa, as concepções fundamentais da democracia nas próprias práticas eleitorais.

No silogismo próprio das *aplicações rotineiras* do direito positivo, a escolha da premissa *inter alia* à interpretação razoável do fato posto à indução não se torna legitima *per se*, que dizer, apenas por manifestar-se através da lógica formal. A justificação hermenêutica da decisão antecede a prática silogística – a "operação" do direito – não por uma anterioridade de etapa, mas sim pela própria univocidade inafastável da vivência do intérprete com relação à sua análise de natureza lógico-formal. Neste expediente, a vivência "moral" e "política" do intérprete oficial não logram estar separadas dos raciocínios lógicos que comunicam, aos outros, os processos ou os caminhos de decisão escolhidos para sentenças coercivas. A falta de justificação da premissa normativa (a resolução do "Consejo") citada como fundamento da decisão da Suprema Corte Nicaragüense denota, em termos simples, a falta de interesse dos magistrados em proceder à relativização adequada de seus padrões jurídicos em práticas de rotina e, mesmo não o fazendo, através do reconhecimento de outras fontes disponíveis no próprio sistema nicaragüense. O caso demonstra, afinal, a não-relativização da ordem jurídica abstrata – que está à mão para a melhor decisão – diante da alteridade de costumes e valores con-temporâneos[3] à vigência do direito estatal nicaragüense; no caso, os valores do grupo representado pelo partido *Yatama*.

Isto porque a alteridade de costumes indígenas, quando corretamente interpretada, pode ser destacada transversalmente (por interpretações reconhecíveis por outros) ao conjunto dos padrões vigentes através de uma simples razão de semelhança[4] efetuada na compreensão hermenêutica. A tarefa é exeqüível na medida em que se admita o fato de que a própria alteridade é relativa: a diferença determinada em outras vigências culturais humanas pode ser assemelhada com a do próprio intérprete porque estas não diferem quando se pressupõe – na prática dos direitos humanos – uma *unidade* antropológica ou mesmo transcendental. Por ser de ordem imagética, pelo menos naquilo que aparece à mão em um primeiro momento, o intérprete oficial deve forçar-se a imaginá-la a partir dos elementos pressupostos em sua própria educação e formação ética, pois o que é humano nunca deve ser compreendido como "totalmente" estranho.

Ora, o fato da vivência con-temporizada de ordens sociais (humanas) diferentes, mas semelhantes no todo transcendental da unidade ontológica do homem; já é em si um pressuposto da convergência possível de co-princípios a serem discernidos por intérpretes oficiais, já que o conteúdo de sentido destes princípios se "universalizam" no ser-com inafastável da convivência temporal. Tal ocorre, ressalte-se, mesmo a despeito de diferenciações existenciárias e de configuração imagética. Isto porque a vida natural do homem em uma temporalidade antropológica comum já é por si só um fator para diálogos e interpretações identitárias. Com isso, deve ser válida a opinião de que não existe alteridade absoluta quando se busca compreender a unidade irrecusável de presenças viventes na mesma gradação epocal, apesar de se encontrarem em sistemas simbólicos diferentes, porém semelhantes no "todo" da unidade presencial (vital).

Não obstante a relevância teórica da temática hermenêutica da relativização em situações que envolvem reivindicações por direitos humanos, os aspectos práticos do caso *Yatama* se mostram imediatos para os debates da teoria política – democracia – e da teoria do direito – jurisdição como tarefa hermenêutica e de interpretação. Isto porque os parâmetros da violação concreta são claros: nega-se ao grupo indígena o direito à participação no expediente democrático do estado nicaragüense para a defesa de interesses minoritários que se tornam, todavia, legítimos, porque ligados à tradição histórica e jurisprudencial referentes à reivindicação de direitos políticos. Frente a isto, não seria imprudente ressaltar, de antemão, a legitimidade da reivindicação do partido indígena na medida em que o indeferimento judicial das cortes nicaragüenses configura, mesmo em um nível abstrato, uma violação a direitos humanos, pois induz o grupo a uma posição marginal para a condução política de interesses localizados e de repercussão comunitária. Ressalte-se, ainda, que a situação de vulnerabilidade imediata do grupo demandante é teoricamente demonstrável já que a impossibilidade em participar na deliberação oficial da municipalidade diz respeito a interesses rotineiros, não-abstratos. Assim, o prejuízo da marginalização política é, neste caso, materialmente discernível (judicializável) e, portanto, ainda mais prejudicial à determinação comunitária do grupo, caso permaneçam em uma situação próxima da vulnerabilidade devido à falta da representação de interesses peculiares e vitais.

Considerando estas premissas, a presente comunicação terá dois eixos de análise: a) os elementos da teoria que possibilitam a crítica sobre o problema da não justificação legítima de teses jurídicas que não reconhecem ou denegam direitos humanos – mesmo que por sua reivindicação abstrata; b) a exposição das operações silogísticas realizadas na jurisdição nicaragüense – aqui defendidas como causa da situação de violação; e que ainda demonstrariam a indiferença de intérpretes oficiais com relação à necessidade da

relativização de padrões jurídicos a partir de compreensões hermenêuticas adequadas a questões universais de humanidade.

Mesmo que tenhamos por referência um caso concreto – como mote para a exposição de problemas afetos à interpretação – a discussão deverá ser situada em nível teórico, mais do que pela reprodução expositiva do acórdão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Procura-se entrever, neste esteio, até que ponto questões humanitárias podem ser suscitadas pela compreensão hermenêutica de situações fáticas e não apenas por silogismos feitos a partir da consideração arbitrária de alguns elementos factuais subsumidos à literalidade abstrata da lei escrita.

2. Aspectos Teóricos: A necessidade da Justificação de Teses Jurídicas no Debate Judicial sobre Direitos Humanos e a Razão de Semelhança em casos de Alteridade.

As teses jurídicas dispostas na dialética judicial[5] devem ter como objetivo principal sugerir elementos teóricos capazes de integrá-las ontologicamente ao significado contemporizado de princípios historicamente pactuados. Não se afirma, com isso, que o expediente judicial deva se pautar tão somente pela exposição convincente de conceitos demonstrativos da permanência e validade de princípios deontológicos a partir de repetições retóricas dos textos das convenções internacionais de direitos humanos ou da reivindicação concreta do caso. O que se propõe é que a racionalidade do processo contraditado de teses jurídicas em casos de direitos humanos deve determinar-se por aquilo que lhe dá maiores condições para legitimar-se por si mesma, qual seja: a linguagem e a lógica substancialista dos princípios pactuados que; mesmo a despeito da distância temporal (histórica) de sua emergência, ainda se constituem como a única fonte apropriada para argumentos de justificação tanto de teses jurídicas denegatórias quanto de teses referentes à reivindicação *de* direitos humanos.

Para ser claro: a assunção dessas premissas – a da necessidade de justificar eticamente as teses jurídicas apresentadas em processos – mitiga as distâncias artificiais que afastam os conteúdos éticos de sua tarefa prática e, também, as separações formais daquilo que comumente consideram como assuntos restritos à teoria do direito e, de outro lado, referentes apenas à concepção prática e profissional[6]. Para além desta separação estanque e improdutiva, o que se defende aqui, de antemão, é que a dialética procedimental relativa a casos de humanidade deve se revestir de seus conteúdos éticos inafastáveis. Tais conteúdos de sentido, além de situar a significação real dos direitos humanos em sua originalidade imanente, possibilitam o consenso – como identidade ou semelhança de convicções universais –, bem como sua comunicabilidade enquanto fundamento do direito; e não apenas como uma reformulação retórica dos direitos fundamentais, do ativismo político ou da ideologia do pós-guerra.

De outro modo, a necessidade da justificação adequada de teses jurídicas apresentadas por partes processuais – o motivo concreto de sua exposição como argumento de reivindicação/denegação – torna-se premente pelo *ethos* universalizado que envolve a própria compreensão prática dos direitos humanos: trata-se, permanentemente, de um assunto ou matéria ética, na medida em que a discussão sobre a necessidade ou não da

deferência coerciva em prol destes direitos emerge de sofrimentos ou alienações que atingem a determinação do ser humano como um todo – como unidade antropológica ou, se quisermos, transcendental –. Para mais, é dizer: de sofrimentos relativos a uma determinação antropológica – o modo de ser identitário de um grupo, uma nação – que se torna, afinal, a condição irreversível de seu próprio *ser e estar no mundo* como pessoa, grupo e, acima de tudo, como ente *vivo*. Daí afirmar-se que não se trata de um sofrimento metafísico, fruto do desrespeito alheio a uma identidade única que *se quer* forçosamente respeitada, mas sim a uma condição inafastável, ou seja, a uma *determinação no mundo* que se torna digna em si mesma já que originária e irreversível.

A abertura hermenêutica[7] que se exige no trato com situações de vulnerabilidade e na interpretação da reivindicação por direitos humanos baseiam-se, justamente, neste *ethos* fundamental que concerne ao que os textos legais denotam como a "dignidade" própria ao ser humano e que transcenderia a dignidade abstrata do sujeito de direitos, tal como vislumbrada pelas concepções civilistas. Esta especificidade justifica, assim, a premência da busca por modos dialéticos adequados ao debate judicial sobre direitos humanos para além da exposição mecanizada de fontes legais que, mesmo vigentes, não conseguem, por vezes, lograr a sua legitimação ética no viés de sua mera demonstração – o automatismo do referenciamento positivo das inúmeras fontes legais ficaria, neste caso, em um segundo plano; em prestígio a debates que viabilizem a manualidade das noções jurídicas universais próprias aos direitos humanos.

No âmbito teórico – relativo à busca pela melhor compreensão[8] sobre a dignidade "transcendental" do ser humano em si mesmo – certo *cuidado* fenomenológico deve estar presente quando da interpretação efetuada através dos paradigmas de crítica ao positivismo ou por premissas referentes ao movimento de refundação das ciências humanas. No bojo de interpretações conflitantes, a prioridade está em saber até que ponto é possível demonstrar, teoricamente, possibilidades reconhecíveis para uma aproximação maior do conhecimento formal com as questões de alteridade; já que tais questões exigiriam ao intérprete que constatasse a vulnerabilidade e o sofrimento alheio enquanto resultado de uma compreensão vivencial e não apenas pelo modo da subsunção própria ao expediente rotineiro do direito. Entrementes, para o intérprete que não entende a razão de ser da moralidade vigente – na qual se encontra imerso em/por seus próprios pré-juízos – a questão se torna mais dificultosa já que as situações como a do caso *Yatama* envolvem partícipes processuais que possuem vivência apenas *semelhante*, porém não *identitárias* à sua.

De outro modo quer-se dizer que: as compreensões autênticas efetuadas por intérpretes que procuram compreender a sua própria moralidade – como pressupostos condicionantes da interpretação de fatos e situações – podem ser vistas como o esteio mais adequado para a produção de consensos judiciais sobre o significado universal de direitos humanos a partir daquilo que se mostra *semelhante* em uma situação que envolve concepções advindas de sistemas simbólicos não-identitários. Tal ocorre, precipuamente, em diálogos de indígenas com não-indígenas, onde a universalidade de direitos humanos ganha sua condição prática a partir da possibilidade racional em se reconhecer a *semelhança* e não apenas a *identidade*, como condição para o reconhecimento da universalidade e aceitação de co-princípios nas situações que envolvam sistemas simbólicos virtualmente semelhantes. Contudo, mesmo com tais possibilidades, o expediente da jurisdição e da prática jurídica como um todo é capaz de

empreender raciocínios de equidade a partir da razão de semelhança? Em caso afirmativo, a sofisticação antropológica seria uma condição *sine qua*?

Por ora, pode-se dizer apenas que a índole prática da questão está em saber até que ponto aquele que opina por discursos formais pode falar de maneira autêntica para que, mesmo pelo sistema auto-referenciado do direito positivo, sua *fala* se torne um evento produtivo – compartilhável – pelos agentes que reivindicam e contraditam em debates judiciais pautados na alteridade. Assumindo a premissa de que a lógica dos direitos humanos introduz, na prática, parâmetros de linguagem universal; a atenção aqui dada à possibilidade de falas originais (autênticas), vinculadas a uma produção racional de discursos adequados; é suscitada em prol do argumento de que modos positivistas de interpretação dificultam compreensões mais aproximadas àquilo que o evento de positivação material *de* direitos humanos *"tem realmente a dizer"* para a autocompreensão coletiva da experiência do direito no tempo e, obviamente, para a vida dos seres humanos como um todo.

A epistemologia positivista – como organização metódica para a interpretação abstrata de normas pelo modo da aferição subsuntiva – se legitima como autêntica até o ponto em que represente uma decorrência "natural" – inafastável ou irrecusável – do modo de ser e das possibilidades compreensivas de uma dada época a partir de práticas vigentes, porém já legitimadas por um padrão consensual mínimo. A crítica formal a este *modo de se falar sobre o direito* não pressupõe, todavia, divisões preconceituosas entre os que prestigiam a autoridade de normas abstratas em relação a outros que prestigiariam – como sobrepujança transcendental – direitos "naturais", tábuas principiológicas ou mesmo toda a infinidade de conceitos de teoria política vislumbradas, erroneamente, pela lógica do dever-ser. Talvez, arrisque-se dizer, a lógica positivista – com sua estética reprodutiva – *se permaneça* na praticidade do direito enquanto houver uma "fala do Estado" que procure legitimar sua faticidade repetindo-se à exaustão na *identidade* que têm apenas consigo mesma – daí falar-se de sua "auto-referência" permanente.

Nem o "positivista", tampouco o seu crítico, são capazes de provar ou demonstrar que podem interpretar, aplicar, conhecer, compreender ou analisar de modo melhor do que outros, em razão do fato de que a norma abstrata está cada vez mais ensimesmada na forma de textos públicos avulsos que já não possuem a literalidade subjetiva capaz de legitimar o texto legal por sua pura exegese – como, historicamente, nos textos da moral religiosa ou, mais recentemente, no *Code Napoléon* do contexto francês. A contingencialidade do direito – no sentido da velocidade da publicação de atos normativos a serem utilizados na sua "aplicação" – perde em racionalidade porque o expediente democrático não possui procedimentos de argumentação aptos a controlar a ideologia substancial dos atos normativos que publica. Quer-se dizer, afinal, que o conteúdo problemático do direito não é um problema objetivo – pressupondo-se, ludicamente, a infinidade de normas abstratas como "objeto" do direito e estando aptas a regularem a incógnita do mundo da vida –, mas referente à possibilidade ou não de saber até que ponto uma comunidade de intérpretes pode conformar-se, adequadamente, para discussões produtivas e resoluções seguras acerca de questões morais, jurídicas e de princípios comuns que concernem, diretamente, à vida concreta de seres humanos compreendidos por sua igualdade natural e não apenas política.

Veja-se que, historicamente, a resolução de casos pela consideração unilateral de fontes normativas – um dos elementos mais contundentes do método positivo[9] – possui sua autenticidade quando da sofisticação técnica do direito romano pela *Lei das Doze Tábuas* e, alhures, com a compilação do *Corpus Juris Civile*. Mesmo assim, já nestes modelos primorosos de técnica e linguagem jurídica, a questão sobre sua legitimidade já é suscetível a opiniões da interpretação crítica na medida em que os mecanismos institucionais de organização societária perdem sucessivamente o vínculo antropológico de legitimação através do respeito "natural" à autoridade *per se* tal como se daria; idealmente, em comunidades entrelaçadas pelo primado da fraternidade.

Desta forma, o problema da legitimidade vincula-se cada vez mais – em um ínterim histórico de continuidade abstrata – à questão de saber justificar (aos olhos de todos) *atos normativos que não se justificam por si mesmos* como no padrão do antigo direito consuetudinário e, em menor grau, no padrão dos diplomas históricos. A vivência moderna do direito – por sua heteronomia não justificada aos que não vivenciaram os séculos de construção formal das instituições – carece de processos permanentes de justificação, pois, empiricamente, os atos normativos tendem a ser publicados em velocidade e quantidade cada vez maior. Por estas razões, o problema da legitimidade é o calcanhar de Aquiles dos intérpretes que falam por exposições ou subsunções utilizando apenas o direito positivo, já que a reprodução da "fala" ensimesmada do Estado pode perder o vínculo com a lógica substancial do que é "justo" mesmo que a reprodução diga respeito a "leis" vigentes e oriundas da maioria política de um estado soberano. É deste modo – e por estas dificuldades – que a positividade, enquanto filosofia e método só existe, absolutamente, na representação da natureza.

A autocompreensão crítica da mentalidade positiva lega novos conceitos para entender-se porque a linguagem do positivismo não é capaz de compreender a vigência de direitos universais quando ignora a tensão permanente entre *jus* e *positum*. Por exemplo, o que a filosofia alemã chama de "mundo da vida" [10] significa à compreensão hermenêutica do direito aquilo que necessariamente escapa ao controle formal da subsunção, quer dizer, refere-se à contingencialidade vivencial que não pode ser moldada pelas formas retóricas da fala pautada em enquadramentos abstratos. O positivista clássico, orgulhoso de sua lúdica subsuntiva, se torna; atualmente, um intérprete parcial por confiar excessivamente em modelos epistemológicos de organização e não de *compreensões* produtivas que se tornem adequadas a contemporizar os princípios éticos (de justiça) a partir da produção incontrolável de normas abstratas oriundas do expediente democrático. Para ser mais claro: o positivista clássico confia unilateralmente na subjetividade monádica de sua subsunção, quer dizer, nos elementos "factuais" que *escolhe* subsumir àquilo que também *escolhe* para configurar-se como parâmetro normativo legítimo.

Frente a isto, admita-se a hipótese de que a pormenorização excessiva do direito positivo passa a dificultar, cada vez mais, a subsunção simples de uma premissa menor que *deva ser* algo através da premissa maior. Neste quadro de dificuldades formais, o jurista científico assume – quando eventualmente consiga elaborar o silogismo correto – apenas a "fala do Estado" já que: a) não atenta para as outras possibilidades de subsunção oferecidas pela sistemática do próprio direito positivo na ordem interna e internacional; b) ignora a obrigatoriedade ética em justificar o parâmetro normativo escolhido para que possa convencer os envolvidos de que sua tese é a *melhor possível*

para a vida dos destinatários, já que “falar-se pelo Estado” individualmente e por modos literais é pura metafísica ou literatura oficial.

Assim, o apego à subjetividade formal do *modo de ser* positivista pode chegar ao absurdo de levar o intérprete a confundir sua própria presença com o significado geral e abstrato de instituições que precedem a sua experiência concreta do mundo – uma “totalitariedade” perigosa, principalmente para os que julgam. Frente a isto, qual uma tarefa ética; a pergunta kantiana voltada ao “que devo fazer?” deve se imiscuir ao expediente de intérpretes oficiais, para que cada vez mais a relação problemática entre ego e autoridade seja equalizada na autocompreensão de instituições políticas e institutos jurídicos como expressão pura da soberania popular e não dos fetiches meritocráticos ou da opinião que se tem sobre si mesmo. Isto porque a emissão de atos jurisdicionais – decisões coercivas – deve legitimar-se constantemente; nem tanto por não se constituir diretamente das maiorias políticas, mas, principalmente, em prol da possibilidade de se publicizar ainda mais os atos normativos que se reputem, pela própria experiência judicial, como “acertos” do expediente democrático e da ordem internacional. Em outras palavras: a partir da justificação de atos normativos que se reputem como os mais adequados para a resolução de problemas mundanos; sendo, pois, a tese mais adequada para argumentações em debates substanciais a partir de conceitos universais.

O processo de justificação ganha ainda mais relevância na dialética judicial, já que textos legais são evocados sucessivamente em razão de argumentos que, em um primeiro momento, exigiriam, para sua aceitação inicial, correspondências imediatas (exegéticas) com o direito positivo. O aspecto produtivo da justificação da positividade através de argumentos reivindicativos ou, de outro lado, para a manutenção de um *status quo* através da denegação de uma reivindicação ética, encontra-se na possibilidade de que no decorrer expositivo de teses jurídicas – admitindo-se um procedimento contraditório que vá do superficial ao substancial – as motivações reais das partes sejam expostas gradualmente pelo do rol de convicções universais que se pressupõe defenderem[11]. Por conseguinte, quando as convicções são assumidas em um confrontamento produtivo entre pedir, contraditar e resolver; a questão debatida, mesmo em seu *a priori* jurídico, se imiscui no âmbito de sua imanência filosófica, ética e moral, sendo, ainda, um campo propício para renovações na conceitualidade do direito e da tarefa de significar, na prática, o que são direitos humanos em sua originalidade e universalidade.

Dworkin[12] atenta para estes fenômenos produtivos ao afirmar que as divergências entre votos de juízes se tornam relevantes quando divergem sobre a própria ontologia do direito mesmo que em decisões rotineiras. É neste sentido, por conseguinte, que se deve legar mais importância às possibilidades latentes da dialética judicial e das práticas jurídicas imediatas, já que a produtividade do conhecimento do direito – enquanto acúmulo advindo de experiências pessoais – não logra autenticidade a partir de elucubrações individuais da teoria. A produtividade e utilidade do discurso jurídico depende, afinal, da comunhão contemporizada de interesses[13] humanos reconhecíveis e respeitáveis em razão de noções mínimas do que significa “humanidade” e para que serve a “sociabilidade”, pressupostamente aceita na formação educacional de intérpretes oficiais.

Tendo em vista as vicissitudes de casos concretos, o otimismo imputado à dialética inerente ao processamento de questões humanitárias (falando-se, aqui, de maneira nominal); ou seja, os casos em que se evocam normas abstratas de direitos humanos a partir da alegação de situações de vulnerabilidade; deve-se à possibilidade de que, na seqüência racional e contraditada de argumentos; as convicções éticas transpareçam na forma da motivação real e constatável que, de fato, levaram *aos* preceitos normativos *escolhidos*, ou seja, como justificação concomitante à apresentação adequada das fontes positivas pelos partícipes que, *por motivos oriundos de suas convicções éticas e, mesmo políticas*, não reconheçam, por acaso, a incidência de direitos humanos naquele caso. Diga-se, contudo, que não há um aparato lógico concebido *a priori* para tanto. Pode-se dizer apenas que a compreensão autêntica das questões de fundo concernentes a debates universais relativos à igualdade antropológica do homem pode possibilitar consensos que se tornam cada vez mais necessários em práticas corriqueiras das jurisdições internas.

Tal resulta, ao final, em mecanismos transcendentais (formais) de afirmação da univocidade imanente do *Anthropos* enquanto vitalidade pura – os direitos humanos como promoção da vida do homem em suas mais variadas determinações simbólicas – e não por perversões que tentam se justificar pela razão histórica – como pode ser constatado nas noções de superioridade ocidental, do racismo[14] e de outras disposições subjetivas que impossibilitam a compreensão autêntica de sistemas simbólicos que porventura se aproximem através do exercício hermenêutico da razão de semelhança[15].

A necessidade de consensos – sobre conceitos humanísticos – deve emergir, também, da confrontação dialética de partes que evocam teses jurídicas e não apenas da produção teórica. Isto porque os direitos humanos não são um discurso ideológico, nem apenas mais um ramo recente do direito a ser conhecido por reproduções literais das convenções, a partir do método positivo. A literalidade normativa das convenções sobre direitos humanos simbolizam mais um *status quo* temporalizado que necessitaria de desdobramentos substanciais e não apenas normativos já que haveria, neste último caso, redução ao infinito: os textos posteriores repetiriam com outras palavras o evento inicial. Como ressaltado, a literalidade do direito positivo moderno é objetiva e alheia a talentos pessoais. Não há nenhum gênio literário que mereça ser seguido à risca por aquilo que é e diz (mens legislatore); tal qual se pode encontrar, em exemplos históricos, nos antigos textos judaicos ou, posteriormente, na pregação cristã do final do Império Romano. É inapropriado, portanto, buscar-se compreender os direitos humanos tão somente como um compartimento contemporâneo do direito positivo (uma invenção ou um "ramo" recente do direito) ou como resultado da ideologia do pós-guerra – embora tal argumento possa servir para se compreender o significado de sua literalidade inicial e o grau de validade (legitimidade) que subjaz à conformação internacional daquele período.

Desta maneira, o significado histórico a ser interpretado da promulgação das convenções internacionais de direitos humanos deve ser interpelado por efetuações hermenêuticas; já que lá há algo a dizer que não pode ser desvelado apenas pela reconstrução teórica ou pela repetição catequética de sua literalidade. Neste esteio, conhecer do significado dos direitos humanos exige, acima de tudo, que se interprete sua significação ontológica – a razão de ser de sua instrumentalidade para o tempo – para que a fala de sua positividade ganhe sentido reconhecível por qualquer pessoa e

que possa, afinal, se assemelhar a outros sistemas simbólicos provenientes do direito consuetudinário de outros povos ou minorias. Esta postura contribui para a *compreensão universal do significado dos direitos humanos enquanto um evento em prol da univocidade imanente do ser humano* e que já que serviria para aproximar pessoas a partir da assunção de disposições que envolvam o reconhecimento da dignidade inafastável do outro.

Estas disposições se medeiam por noções éticas de "certo" e "errado" que possam, por acaso, ser reconhecidas e discutidas pela maior parte de intérpretes referenciados, objetivamente, a um mesmo sistema de pré-juízos e que possam, ainda assim, reconhecer a semelhança de outros "sistemas". As questões humanas – como resultados de ofensas consideradas "maiores" porque indignas à condição mesma de ser humano – necessitam, para mais do que uma subsunção aleatória do aparato coercivo, de decisões eticamente adequadas para o presente e dispostas em prol da integridade do direito para o futuro. A apresentação de teses jurídicas a partir de subsunções lúdicas, mesmo que se revistam dos mecanismos retóricos e estéticos da literatura oficial, não remete os intérpretes às noções universais e internamente convictas sobre aquilo que é considerado – aos olhos de todos – como "certo" e "errado". Apenas com sua demonstração *inter alia* à justificação substancial de sua razão de ser para a questão debatida; é que as fontes do direito positivo podem lograr dispor intérpretes à hermenêutica de sistemas binários – subjetivamente convictos nas partes – sobre aquilo que se considera, eticamente, "certo" e "errado". No estágio de aferições duais sobre o que se "julga" certo e errado o consenso se torna possível já que referenciado ao *pathos* das convicções de pessoas que agem por boa fé. Tal se diferencia, ressalte-se, de sistemas cognitivos e semânticos determinados apenas por resultados categóricos do que é "lícito" e "ilícito", já que estas categorias não se legitimam por si mesmas – como, ao contrário, acontece na certeza eticamente convicta sobre condutas reputadas como a melhor ou a pior para a integridade do ser humano em nível presencial e simbólico.

O resultado consensual a partir de certezas convictas torna-se ainda mais produtivo porque estabelece parâmetros substanciais para a experiência posterior do direito – tal como escreve Dworkin em sua Teoria da Integridade. As reflexões contemporâneas sobre o direito – na superação que desejam realizar sobre o método positivo – trazem a validade ética e moral (no sentido da moralidade pública e política) como um aspecto inseparável da teoria e da prática jurídica. É claro que, para se chegue a estágios propícios ao consenso, a dialética procedimental do processo judicial deve procurar afirmar-se cada vez mais sobre: a) mecanismos interpessoais de *cortesia*[16] que propiciem o agregamento de outras falas que não a fala do Estado – já que esta fala possui identidade apenas consigo mesma, ou seja, é incapaz de articular a fala *semelhante* de códigos jurídicos não-identitários; b) mecanismos mais precisos para trespassar discussões protelatórias decorrentes da repetição de teses jurídicas que se diferenciam apenas por apresentarem-se sob outros parâmetros de direito positivo – ou seja: reivindica-se o mesmo através de apresentações sucessivas de teses abstratas praticamente inesgotáveis; c) procedimentos substanciais para a condução moral do debate *em paralelo* à apresentação literal de fontes do direito positivo pelas teses das partes – o aspecto procedimental deste quesito exigiria talentos pessoais dos sujeitos envolvidos, principalmente dos juízes.

Estas premissas devem ser usadas, inicialmente, para interpretações autênticas sobre as regras procedimentais que estruturam o processo do expediente jurisdicional. A

literalidade das normas procedimentais de casos judiciais é objetiva – pois não há um gênio produtor que a criou. A objetividade literal do direito positivo permite a validade do argumento de que, pelo menos imageticamente, haja uma "textura aberta" da norma tal como concebera Hart. É possível afirmar, por conseguinte, que a fala do Estado – alheia à justificação da razão de ser sua coercividade imanente – é apenas uma das linguagens que a interpretação corriqueira pode produzir. Mesmo que seja assumida como a fala ultimada do direito, o modo comunicativo do Estado – que cada vez mais perde sua antiga sofisticação estética pela diminuição atual do tempo útil à escrita autêntica e pelo jacobinismo inevitável das modernas articulações democráticas – pode se sofisticar por conceitos universais e pela compreensão adequada do advento da positivação *de* direitos humanos para a experiência do direito como um todo.

Quer-se dizer, com isso, que interpretações pragmáticas sobre regras do procedimento legal podem lograr uma aproximação maior com a questão humanitária na medida em que se compreenda a ontologia do processo de direitos humanos por um modo dialético que se reinicia quando teses jurídicas se confundem – em uma relação de identidade – com as convicções éticas das partes (por aquilo em que de fato se acredita). A tese final – aferida de reinícios onde se expõe motivações reais através do procedimento – pode, ocasionalmente, estabelecer-se como sentença a partir do con-senso comum de *convicções que se correspondem substancialmente porque ligados a princípios éticos reconhecíveis por todos*. Quando as convicções compartilhadas por partes opostas se materializam em sentenças judiciais, a experiência futura da jurisdição sobre direitos humanos ganha em elementos substanciais para manter sua Integridade enquanto órgão transcendente à soberania estatal porque relacionado, justamente, ao ser humano concebido pela unidade antropológica e pela moderna igualdade política – uma das premissas para se compreender porque se deve respeitar a "dignidade da pessoa humana", sabendo-se, por conseguinte, o fundamento filosófico deste pleonasmo.

Para mais, a tarefa de se legitimar o direito positivo expondo-os por seu código ético e ontológico – por sua razão de ser para aquela situação – ganha espaço apropriado para que pressupostos normativos sejam autenticamente aceitos pelos destinatários – como no respeito popular ao gênio individual de legisladores políticos e religiosos no passado. O que se defende, afinal, é que a processualidade do debate rotineiro retorne às suas *determinações originárias* onde falas contraditadas se ultimam em conclusões éticas gerais e aceitáveis por qualquer agente aberto ao diálogo; já entendido como fator de humanidade e não de pura coercividade. Tal não deve ser interpretado como apologia irrestrita às noções primitivas do debate oratório, mas como um mote para se pensar na própria ontologia do processo enquanto conjunto de possibilidades esquecidas que ainda podem emergir e estabelecer diálogos autênticos em questões de direito e sobre o que seja, naquele caso, *um* direito humano.

Esta autenticidade deve simbolizar a aproximação cada vez maior do conhecimento formal das partes que "operam" o direito em práticas de rotina junto ao significado autêntico dos direitos humanos – compreendendo-se melhor o seu fundamento enquanto unidade antropológica e não como uma lúdica inconseqüente; uma ideologia de políticos ou por simples invenção do *mode de vie* ocidental. A disposição para o reconhecimento da unidade do ser humano, enquanto fruto do exercício de uma filosofia prática, não é metafísica porquanto presencial: em processos judiciais – principalmente em cortes com boas condições materiais – os diálogos abertos à alteridade de concepções semelhantes, como a de grupos minoritários com relação à maioria política

e, como no caso *Yatama*, a de indígenas e não-indígenas; possuem condições de se realizarem a partir dos mecanismos concretos da *cortesia* – que exigiriam paciência, tato e imersão em uma filosofia prática do *sensus communis* e do talento cosmopolita e humanista, – indispensável a juízes e demais intérpretes oficiais.

Ademais, a dialética ideológica de casos concretos pode lograr condições desenvolvendo-se em concepções hermenêuticas propícias à lógica substancial dos direitos humanos a partir dos mecanismos procedimentais já existentes no direito positivo interno e na ordem jurídica internacional. O fim do curso processual, como fim resolutivo de questões de direito, podem gerar preceitos autênticos quando abstraído dos níveis em que as falas contraditadas ganham apelo substancial, ou seja, quando se tornam questões éticas e aproximadas à vivência imediata do ser humano univocamente concebido. Nesses níveis, a literalidade da discussão ganha maior sofisticação porque as teses jurídicas de ambas as partes já não evocam as fontes corriqueiras, pois as normas abstratas "adequadas" já lograram serem identificadas a partir dos resultados decorrentes da justificação ideológica das fontes normativas anteriormente e, muitas das vezes, aleatoriamente evocadas.

Desta forma, os *acertos* dos expedientes democráticos internos – que promovem a integridade ética de suas legislações – e da ordem internacional, são identificados em suas "normas mais adequadas" porque foram conduzidas por discussões que possibilitaram aos partícipes discutir sobre convicções éticas recíprocas e verdadeiras. De modo esquemático, a relação é circular: as convicções morais e éticas, qual um *pathos* inicial, situa a questão em seus parâmetros consensuais e, em já se falando sobre a mesma coisa e reconhecendo os motivos éticos da reivindicação e do pedido de denegação, a discussão volta para seu âmbito ético irrecusável já sob os parâmetros lingüísticos e normativos do direito positivo – que serviria, no processo sobre direitos humanos; como o padrão consensual mínimo sobre o que se pode e se deve fazer frente à situação. A identidade final das convicções, possibilitada pela própria lógica universal que envolve as questões humanas, pode se manifestar como fenômeno da prática jurídica mesmo que de início estejam determinadas por posições diametralmente opostas. É dizer: a lógica universal inerente à substancialidade dos direitos humanos permite aos intérpretes – quando estes se conduzem de modo ético – que exponham suas motivações reais sobre a *reivindicação* ou a *denegação* que acreditem ser, sinceramente, uma questão de direito e não apenas de opinião política, interesses despropositados ou preconceitos estéticos, sobre o que seja o "melhor" e "único" modo de ser para o "agir" do homem no mundo.

A razão de semelhança – que ajudaria a promover o encontro possível de convicções iniciadas em sistemas simbólicos diferenciados – não deve ser vista como uma deferência piedosa do juiz ou da parte oposta para aquele que vive "de modo diferente" e que reivindica uma condescendência despropositada, mas como parte integrante de modelos compreensivos aptos a se aproximarem cada vez mais do significado real dos direitos humanos, *quando reivindicados*, e no que trazem de melhoramentos para a vida con-temporizada do homem concebido nos condicionamentos de uma unidade antropológica inafastável. Assim, as convicções identitárias que logram maior possibilidade entre seres humanos referidos ao mesmo sistema simbólico – como o consenso existente sobre aquilo que é considerado "errado"pela vivência ocidental – podem ser tornar, *ao menos*, semelhantes, nas situações que envolvem alteridade. Tal ocorre quando a relativização hermenêutica de padrões sociais e jurídicos passa a

permitir, ao intérprete, que reconheça, por sua boa fé, a humanidade e o "agir" assemelhado do outro. Para intérpretes oficiais, que agem em processos, esta tarefa consiste em vislumbrar os co-princípios de conduta que ordens jurídicas distintas compartilham mutuamente através da unidade con-temporizada do *anthropos* que, primordialmente, ainda mantém sua univocidade através de uma condição unívoca natural – mesmo que tal univocidade se manifeste por sistemas simbólicos diferenciados, como no caso das diferenças encontradas entre concepções de indígenas e não-indígenas.

Com efeito, através do viés lógico e pela disposição hermenêutica que informa a atitude interpretativa[17] na prática do direito, a universalidade pressuposta na própria linguagem dos direitos humanos permite, afinal, que convicções identitárias ou semelhantes sejam compartilhadas pelos que participam de processos abertos à lógica substancialista capaz de justificar a razão de ser das normas abstratas evocadas por partes contrárias e, evidentemente, pela própria parte reivindicante. Todavia, como já ressalvado, a condução idônea de discussões complexas – sinceras, já que concernentes à condição e à determinação mundana de seres humanos – dependeriam de interpretações mais elaboradas sobre a *cortesia* possível entre seres que compartilham da unidade antropológica – que aqui se assume como inafastável – mesmo a despeito das diferenciações simbólicas que os separam quando dispostos nos procedimentos formalizados de processos judiciais. Quer-se sugerir, pois, que o processamento e o julgamento de questões humanas de cunho universal possam, cada vez mais, ganhar seu esteio apropriado de acordo com a ontologia que lhas precedem. Mesmo que a idéia de uma cortesia natural entre seres humanos seja fruto de um suposto romantismo rousseauniano, ou da indiferença com relação a uma (outra) suposta natureza agressiva dos homens quando, como pensara Hobbes, se encontram em um estado natural de divergência competitiva; a sua validade persiste enquanto critério legítimo para a elaboração de procedimentos aptos ao diálogo autêntico e àquilo que os homens esperam de si mesmos, dos outros e das suas instituições jurídicas, seja de qual sistema simbólico possam provir.

3. Aspectos Práticos: notas sobre os raciocínios judiciais denegatórios não justificados no caso *Yatama*.

A jurisdição, enquanto "racionalização" integradora do direito produzido pelos procedimentos da democracia, não deve perder a qualidade histórica de apresentar-se como a instância mais propícia à discussão e reconhecimento dos fundamentos do direito a partir de sua praticidade absoluta e através dos elementos auto-referenciados de sua positividade. Mesmo que o empirismo de juízes e de partes processuais ligadas a aplicações automatizadas das fontes normativas da política rotineira seja inevitável; a jurisdição não pode perder a função de aperfeiçoar a vigência de positividades a partir da integração dessas fontes aos fundamentos do direito através da compreensão adequada dos casos concretos – ou seja: do que estes casos têm realmente a dizer para a globalidade dos direitos humanos, no sentido de uma aproximação cada vez maior junto ao que se pode considerar como seu significado autêntico.

A matéria de princípio, contra qualquer objeção positivista, não está em leis revogadas – já que a lógica substancial transcende as formas retóricas de atos normativos vigentes e de leis revogadas – mas sim nas conseqüências produtivas advindas da compreensão hermenêutica situada pelo diálogo aberto pautado em demandas de convicção que justificariam a legitimidade dos atos emanados pela rotina política da democracia – trata-se, pois, de uma tarefa ética e não de "operação" do direito. De todo modo, a compreensão de situações de fato a partir da lógica substancial dos direitos humanos não simboliza, ademais, desprestigio às fontes internas, nem ativismo ideológico, nem mesmo um ato puro da boa fé. Deve-se, afinal, defender a idéia de que tais direitos fazem parte da lógica decisória de questões corriqueiras, mas que ainda assim se revestem de um apelo humanitário e global. Deste modo, afirme-se que: *a positividade dos direitos humanos, mesmo que oriunda de convenções internacionais deve fazer parte do expediente mais elementar das jurisdições internas.*

As normas abstratas de direitos humanos que poderiam, de antemão, integrar o expediente interno da jurisdição nicaragüense – quando, por exemplo, da resolução da demanda indígena no ultimo recurso de amparo interposto na Suprema Corte – referem-se, formalmente, à *Convenção Americana de Direitos Humanos* (Pacto de San José da Costa Rica). Cumpre dizer, afinal, que as alegações do partido *Yatama* lograram reconhecimento apenas na sentença proferida pela *Corte Interamericana de Direitos Humanos*[18]. O fundamento abstrato do pedido concerne ao art. 1º do Pacto de San José da Costa Rica (obrigação de respeitar os direitos); ao art. 2º (dever de adotar disposições de direito interno); ao art. 8º (concernente às "garantias judiciais"); ao art. 23º (referente aos direitos políticos da elegibilidade e do sufrágio universal igualitário e por voto secreto); ao art. 25º (que visa à "proteção judicial"). Substancialmente, o teor dos dispositivos evocados a partir da Convenção Americana se alinha à tradição histórica da materialidade das constituições. Daí refutar-se, como impróprio, qualquer argumento que exclua a positividade destas normas abstratas a partir da tese do sopesamento ou do respeito às normas procedimentais expedidas pelo órgão eleitoral (a resolução do "Consejo Supremo Electoral" nicaragüense).

É pela correspondência substancial entre o comprometimento internacional por direitos humanos (do qual o estado nicaragüense é signatário) que a jurisdição – enquanto interpretação vinculada, também, à compreensão de questões humanas de apelo universal – deve regular o excesso de fontes internas ao conduzir o debate para sua matéria de princípio, ou seja, para discussões que exponham os fundamentos do direito em prol de soluções que ganhem em integridade para o futuro de outras gerações[19]. Neste mesmo esteio, o caso *Yatama* pode demonstrar até que ponto a jurisdição interna se desqualifica em sua razão de ser – enquanto instância de melhoramento da teleologia positiva – quando reduz a atuação jurisdicional a expedientes puramente administrativos e burocráticos.

A relação entre *jus* e *positum* – que também remete à relação discutida por Habermas entre validade (*geltung*) e fato (*faktizität*) [20]– deve ser assumida enquanto tensão rotineira em prol da legitimidade do direito vigente e que ganharia maiores possibilidades na própria resolução judicial de casos concretos. As qualidades pessoais daquele que julga – uma das justificações das prerrogativas que possui – deve mediar as dificuldades quantitativas do expediente democrático não as assumindo para si. Isto não pode, nunca, ser confundido como desrespeito à filosofia política da democracia e da idéia de leis decorrentes de maiorias políticas. Trata-se, pois, de uma reorganização

produtiva do que a vigência positiva oferece enquanto parâmetro normativo mais adequado para a linearidade temporal (íntegra) de casos concretos a serem resolvidos. De outro modo: o entendimento meramente formal dos conceitos de vigência e eficácia apenas gera aporias e a visão grotesca do mundo da vida – ou da *faktizität* – enquanto um jogo a ser regrado com normas claras, definidas e de aplicação automática a ser efetuada pelo "operador do direito" – isto é, afinal, pura metafísica já que o texto público da positividade não pensa por si mesmo; não se aplica ao mundo por sua vontade literal ou pela *mens* de seu *legislatore*.

Este tipo de crítica é enfatizado para se demonstrar que no caso concreto a que nos referimos; a situação de violabilidade sobre direitos políticos proveio, mormente, de posturas imediatistas no cerne da jurisdição nicaragüense e que ensejariam a compreensão do caso *Yatama* como questão precípua de direitos humanos.

Pela sentença do caso (pág. 46) constata-se que antes da publicação da resolução pelo "Consejo Supremo Electoral", que inabilitava os candidatos da *Yatama* a participarem das eleições municipais (das regiões da "RAAN" e da "RAAS"), havia, formalmente, uma situação favorável ao exercício da elegibilidade de indígenas neste país. Tal é constatado pela Corte Interamericana – na análise dos "feitos provados" – no que se refere às possibilidades fáticas anteriores à publicação da lei eleitoral nº 331 de 24 de janeiro de 2000. Isto porque nas leis eleitorais anteriores – de 1990 e 1996 – não havia qualquer preceito que obrigasse associações populares – constituída para a defesa de interesses indígenas – à conversão em partido político para que, tão somente por esta "forma", os indígenas pudessem defender interesses nas estruturas democráticas do estado. Ao revés das leis anteriores, a lei eleitoral nº 331 já pode ser vista como o "início" de um confrontamento improdutivo entre a necessidade burocrática da formalização dos procedimentos estatais – para a realização de eleições – frente ao direito consuetudinário dos indígenas. A violação vai do abstrato ao concreto quando da publicação da resolução pelo "Consejo Supremo Electoral" que, ao aplicar a nova lei sem qualquer relativização, acaba por denegar aos candidatos da *Yatama* o direito à participação nas eleições municipais das regiões da RAAN e da RAAS no ano 2000.

Como já ressalvado no item anterior, deve-se saber até que ponto o raciocínio subsuntivo pode se configurar como uma justificação *per se* do direito positivo em sua pretensão permanente de legitimidade. No caso em tela, a denegação de direitos políticos – iniciada com a publicação da resolução por interpretações automatizadas em subsunções pelos parâmetros da nova lei – se justificaria, *a priori*, pelo não cumprimento, pelos indígenas, das formalidades impostas pela nova lei eleitoral nicaragüense. O não cumprimento formal diz respeito à suposta falta de inscrição de candidatos indígenas em uma lista oficial a ser utilizada para a homologação oficial de candidatos. Os indígenas da *Yatama* alegaram que a lista foi conformada, embora não tenha sido considerada pelos órgãos eleitoras que não o fizeram em razão do fato de que um dos três partidos que se coligariam à *Yatama* – sendo que um desses três seria o partido que representaria a "bandeira" eleitoral – não atingiu a porcentagem de inscritos exigida pela nova lei eleitoral. A *Yatama* promoveu "recurso de revisão" contra o teor da resolução publicada pelo "Consejo Supremo Electoral" para que, então, pudesse continuar o processo de homologação por sua própria bandeira e a partir dos candidatos que inscrevera em sua própria lista. Não obtiveram resposta do órgão.

A análise da situação volta, portanto, ao seu estágio inicial: as seqüências de subsunções efetuadas pelos parâmetros da nova lei podem justificar – de maneira "justa" – a denegação de direitos políticos? Melhor ainda: *a não observância de regras formais por parte dos indígenas tornaria "injusta" a sua participação nas eleições*? No primeiro caso, trata-se de violação de direitos políticos na medida em que se trata de um grupo que, por sua alteridade, poderia enfrentar situações de vulnerabilidade na medida em que seus interesses – pautados pelo mesmo fato da alteridade – não encontrariam respaldo na atuação positiva do poder público. É temeroso alegar má fé dos agentes estatais quando realizam denegações deste tipo, porém não há dúvida de que se pode constatar, aqui, a falta de interesse; a incapacidade para o diálogo e a falta de tato para lidar com situações de alteridade. Tendo em vista um dano evidente – a ausência de representação política – que levaria necessariamente a uma situação de vulnerabilidade (como ofensa à dignidade e à determinação vivencial de seres humanos); pode-se dizer, afinal, que as teses pautadas na automação imediatista da subsunção não justificam a atuação estatal neste caso. Trata-se, ademais, de pura coerção.

A mesma falta de tato e capacidade para lidar com situações que envolvem alteridade e a mesma desconsideração com a necessidade da relativização hermenêutica sobre padrões jurídicos vigentes – porém diferentes – pode ser constatada no procedimento efetuado pela Suprema Corte da Nicarágua. É nesta instância que, por fim, as normas abstratas de direitos humanos poderiam ser evocadas de maneira mais incisiva, tendo em vista o fato inconteste de sua desconsideração no expediente jurisdicional da suprema corte nicaragüense. A corte seguiu o raciocínio subsuntivo da aplicação espaço-temporal do direito positivo e reafirmou apenas a faticidade da resolução – a legislação interna "cumprida" às cegas – sem atentar-se para sua validade (legitimidade) que dependeria de sua justificação ética (razão de ser) a partir de interpretações e exposições argumentativas mais complexas e aberta à refutações dialógicas. Com isto, quer-se dizer que a pormenorização excessiva do direito positivo – aumentada quando a jurisdição assume as dificuldades do expediente democrático na aplicação do direito – deve validar-se não por sua demonstração ou reprodução literária, mas sim por argumentos que traduzam a razão de ser daquela "norma" para os interesses do estado ou da sociedade frente a uma reivindicação ética de um grupo minoritário. *Não seria injusto para ninguém que, afinal, os candidatos da Yatama participassem das eleições*. Neste sentido, a obrigação em justificar a denegação justificando-se o próprio parâmetro normativo escolhido – e não apenas demonstrando a sua vigência – se torna ainda maior.

No último "recurso de amparo" promovido pela *Yatama*, a Suprema Corte nicaragüense argumentou que, em razão de regras procedimentais internas, não poderia anular as decisões resolutivas do "Consejo Supremo Electoral". É dizer: levou em consideração apenas um padrão da normatividade, sem atentar-se para outros padrões que possuem a mesma faticidade e que ainda se encontram em uma "instância" de maior validade ou legitimidade: como, no caso, as normas abstratas de direitos humanos. Além do mais, já com os recursos internos do direito positivo nicaragüense – como os direitos fundamentais presentes na constituição – a tarefa hermenêutica da relativização já poderia ser efetuada: a lei eleitoral anterior (mais benéfica) não possui ultratividade, mas o fato de sua vigência em um período imediatamente anterior é um dado a ser considerado para a compreensão da situação como um todo – mesmo pelo "operador" mais robotizado da norma jurídica.

A desconsideração das instâncias positivas de maior validade – como os direitos constitucionais fundamentais e as normas abstratas de direitos humanos presentes nas convenções pactuadas – é um dos déficits maiores na aplicação do direito positivo. O positivismo enquanto metódica subjetiva que organiza a ordenação legal sem interpretar a faticidade (obviedade do que existe) desta organização no que ela possui de *mais* ou *menos* válido (legitimidade) é um dos entraves à compreensão humanizada da prática jurídica oficial. A pormenorização excessiva das legislações leva o debate teórico sobre o direito ao problema inafastável de sua legitimidade imanente. Em termos simples: a auto-referência contemporânea do direito positivo deve ser entrecortada pelo que deve ser considerado como acerto(s) legítimo(s) do expediente democrático. A qualificação do que é legítimo; não é, ao todo, uma tarefa de cunho monocrático. O esteio da legitimação é coletivo e denota um dos modos mais sólidos de exercício da cidadania fora ou dentro de processos judiciais. Se a aplicação do direito – jurisdição – fosse puro silogismo (confrontamentos de premissas formais); a criação de *softwares* poderia muito bem facilitar o trabalho dos "operadores". Todavia, trata-se de um encontro de pessoas com pessoas; onde os fundamentos da vida em sociedade e do ser-com ganhariam condições de encontrarem seus princípios fundadores nos diálogos produtivos que podem produzir mediante os já evoluídos mecanismos da Cortesia *em* procedimentos judiciais.

Deste modo, não se trata, ademais, de desinteresse ou incapacidade técnica para o reconhecimento de padrões positivos de maior legitimidade, mas sim de incapacidade para o entendimento e para diálogos de alteridade. A indiferença pelo modo de ser do outro que *é* conosco deve e pode ser mitigada pela compreensão plena do que significa a emergência normativa dos direitos humanos na história e, obviamente, como um padrão positivo de maior legitimidade. Daí afirmar-se que sua desconsideração no expediente jurisdicional rotineiro é uma falta ética e, para os que não acreditam ou não entendem a praticidade deste *ethos*; trata-se, então, de simples imperícia e falta de zelo com as conquistas históricas da positividade e do manual que este instrumental pode dispor ao melhoramento da vida humana univocamente concebida.

4. Conclusão

A tarefa de justificação de argumentos formulados pelo direito positivo deve ser assumida como parte inafastável do expediente judicial. Os questionamentos críticos da teoria do direito – ultimada pelos modelos compreensivos da hermenêutica filosófica – servem para que diante das condições materiais oferecidas pelo instrumental legislativo, as proposições jurídicas de reivindicação ou denegação possam ser mais bem justificadas para que, assim, possam servir como fundamento legítimo para o que se procura obter com decisões judiciais no presente e em prol do futuro (integridade). Desta maneira, a crítica – como razão de reconstrução – não recai absolutamente sobre preceitos jurídicos abstratos. Para mais do que criticar-se o direito abstrato em si mesmo a pesquisa pela teoria do direito – ou pela teoria dos direitos humanos – também deve guiar-se pelos seus vieses mais práticos, é dizer, pela razão da escolha, bem como pelos motivos ideológicos e políticos que levaram partes processuais a escolher suas teses. A falha do modelo de regras – enquanto epistemologia para o direito positivo – está em

pressupor um preenchimento absoluto da esfera do "dever ser" com relação ao mundo do "ser", de outra maneira: por pressupor que para cada fato do mundo há *um* preceito claro e definitivo, como em um jogo desportivo em relação às suas faltas abstratamente cominadas.

A escolha de um preceito e não de outro denota, na maioria das vezes, o amálgama de pré-concepções de ordem ideológica (filosófica, política e epistemológica) que, quando reconstruídas pela teoria (ou pela prática rotineira dos próprios intérpretes), revelam, no mais, preconceitos ilegítimos assumidos e "mascarados" nos e pelos argumentos de teses jurídicas que não conseguem se legitimar por sua simples demonstração. Se o caminho que leva à resolução de litígios se pautasse na ultimação ontológica do que se quer com a idéia de processo, a discussão de questões humanas a partir do instrumental do direito positivo poderia pôr à sua melhor exposição tudo aquilo que o aparato legislativo traz para o que sociedades ou comunidades desejam conjuntamente para si. Melhor dizendo: se a ontologia do processo fosse assumida como aferição gradual das motivações reais dos que pedem e pretendem legitimidade através de seus próprios argumentos; o direito positivo poderia cada vez mais se instrumentalizar na ultimação do que tem a oferecer enquanto rol de textos públicos para discussões situadas sobre o bem comum e não apenas enquanto preceito fático da coercividade estatal.

Tal instrumentalização aconteceria como evento imediato do mundo – em casos concretos – a partir do rol de preceitos abstratos disponíveis que exigiriam justificações paulatinas – para que, afinal, a motivação real das escolhas normativas transparecesse à discussão pública levada a cabo por intérpretes que assumem tanto a fala do Estado, quanto a fala de minorias, de grupos políticos ou de indivíduos. A exposição de motivações convictas – que se identificam a um fundo comum de princípios universais – se imiscuiria, assim, com aquilo que o processo *de* direitos humanos deve ser enquanto debate substancial de concepções e convicções sobre política e sobre o que é o direito para a vida de pessoas *em* igual tratamento.

Desta forma, o decurso contínuo da justificação de preceitos normativos exporia a todos o fundo comum de princípios compartilhados e reconhecíveis por todos. Neste seguimento produtivo, a boa fé do legislador da maioria política de um estado não seria usada para fundamentar – de modo retórico – as motivações preconceituosas que se queiram revestir como norma universal. É desta maneira que, se quisermos falar pela metáfora fenomenológica, a "coisa mesma", a ser conhecida na experiência de processos judiciais sobre direitos humanos, transpareceria aos intérpretes naquilo que possui de significativo para a integralidade posterior do direito: o preceito abstrato dependeria, para sua validade absoluta – enquanto parâmetro de resolução legítima –, de justificações éticas, políticas e filosóficas que seriam, também, um assunto corrente do expediente judicial interno, mesmo em sociedades complexas e velozes. Aquilo que se quer com princípios de ética, moral e política seriam cada vez mais compreendidos – na manualidade que oferecem – porque discutidos no cotidiano e na vida mundanamente compartilhada. A coisa mesma do processo – que justificaria *a fortiori* sua razão de ser – estaria à mão para opiniões legítimas porque sinceramente dispostas por sujeitos éticos que agem por bom senso e por uma racionalidade comunicativa eticamente reconhecível por outros em sua razão de ser.

Tal se configura na matéria de princípio que a questão humana exige para sua resolução, mesmo a despeito de toda construção coerciva disposta por um rol inumerável de

preceitos normativos abstratos das ordens internas frente à positividade dos direitos humanos. De outra maneira, isto simboliza a exigência ética de que os sujeitos efetivos que representam opiniões universais na contingência de sua rotina passem a assumir a realidade de direitos humanos em sua significação política, ética e filosófica. O processo enquanto sucedâneo procedimental de atos substanciais de justificação da coercividade eleita por parâmetro ganha, desta maneira, em integridade para a sua experiência futura. É por esta via, ainda, que discussões sobre afirmações de direitos humanos abstratos ou da velha questão aporética da eficácia da fonte normativa ganha seu esteio próprio: a forma racional da dialética judicial tenderia a expor a questão moral, ética, filosófica, política e humanitária na reconstrução hermenêutica do próprio direito positivo a partir de sua unidade imanente.

Teoricamente, a assunção destas premissas possibilita que, nos *iter* finais da resolução judicial de questões humanas, as convicções subjacentes à escolha de preceitos normativos possam finalmente lograr um encontro ou um desacordo racional porque justificado na realidade das motivações concretas. No último caso – o de desacordo de argumentos morais de convicção – a autoridade formal legada à jurisdição passa a ganhar, pelo menos, em elementos substanciais de ponderação e racionalização de interesses convictos opostos. Ter-se-ia, enfim, por tais premissas, a verdadeira *ratio decidendi* da sentença judicial no sentido de que, ao entrever sua verdadeira racionalidade, as instituições jurídicas pactuadas passam a ganhar em argumentos de legitimidade para debates autênticos em qualquer outra contestação de ordem contingente.

É possível concluir, por fim, que a legitimação da jurisprudência enquanto fonte normativa eficaz para o debate e resolução de casos de direitos humanos ganha, neste esteio característico, o fundamento deontológico para sua auto-referência; a partir do expediente rotineiro da jurisdição já motivada por uma dialética substancial e produtora de conceitos adequados – contemporizados em sua universalidade – de política, filosofia e direitos humanos.

5. Referências Bibliográficas

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*, vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

GEERTZ, Clifford. *Nova Luz sobre a Antropologia.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. – 3ª Ed. -, 2.v. Petrópolis: Vozes, 1989.

FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. 6ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1992.

DWORKIN, Ronald. “Princípio, Política, Processo”. In: *Uma Questão de Princípio*. – 2ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005

_____. *Levando os direitos a sério*. – 2ª Ed.– São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

GEERTZ, Clifford *O Saber Local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa* In: *O Saber Local*. Petrópolis: Vozes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. – 6ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chäim. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*. – 2ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras , 2004

BOBBIO, Noberto. *Dicionário de Política*.- por Noberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino. Brasília, Editora UnB, 1986.

ARISTÓTELES. *Órganon*. Trad. Edson Bini. Bauru - São Paulo: Edipro, 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Yatama Vs. Nicarágua*. Sentencia de 23 de Junio de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

HOLMES, Stephen. *Precommitment and the paradox of democracy*. In: ELESTER, Jon & SLAGSTAD, Rune (eds.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge, Cambridge University Press, 1988**.**

---

[1] Cf. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007; HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*, vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Seja como filosofia ou como razão prática; a possibilidade de justificação das fontes normativas enquanto viés pragmático para o enfretamento do problema da legitimidade do direito singulariza-se nas obras de Dworkin e Habermas

[2] Cf. GEERTZ, Clifford. *Nova Luz sobre a Antropologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Questão de debate fecundo seria a crítica à falta de disposição para extrair conceitos jurídicos semelhantes (portanto, passíveis de serem relativizados na prática) a partir dos valores indígenas, ao se debater judicialmente estas questões. A disposição para o diálogo (tornado rotina) dirimiria até eventuais faltas de sofisticação antropológica de intérpretes diretamente envolvidos.

[3] Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. – 3ª Ed. -, 2.v. Petrópolis: Vozes, 1989. O ser-com da presença da vida humana e sua relação com um tempo humanamente

compartilhado (o vivente antropológico [humano] em sua atualidade absoluta) não é um assunto místico nem misterioso, tampouco misantropológico. Heidegger trabalha o tema em suas devidas bases filosóficas (ontológicas) em sua obra da fase inicial.

[4] Cf. FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. 6ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1992 (p. 33 a 60). A razão de semelhança faz parte da genealogia do que se concebe por "epistemologia". Foucault conduz a razão de semelhança a partir de sua construção histórica enquanto ferramenta da representação: desde a geometria euclidiana, a *semelhança* ganha relevo para as *humaniore*, passando, todavia, a ter um papel secundário a partir do século XVI. Em sua instrumentação conceitual, a razão de semelhança foi, durante um ínterim secular, a melhor "arte" da representação de símbolos visíveis e invisíveis.

[5] Cf. DWORKIN, Ronald. "Princípio, Política, Processo". In: *Uma Questão de Princípio*. – 2ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005. (p. 105 a 133). É salutar que se compreenda o processo judicial a partir de sua ultimação enquanto processo de exatidão. Pela otimização de mecanismos, a probabilidade em se cometer injustiça – via decisões – diminui. O caminho para tanto se encontra, todavia, menos no aprimoramento formal da lei do que em melhoramentos na própria dialética substantiva da argumentação.

[6] Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. – 2ª Ed.– São Paulo: Martins Fontes, 2007 (p. 12 a 21). Referimo-nos, aqui, à crítica de Dworkin sobre os limites da abordagem profissional para a melhor compreensão da prática do direito a partir de outras nuances – como a dos princípios éticos imanentes e de fundo comum aos intérpretes.

[7] Cf.GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999. A principal obra de Gadamer reaviva a discussão filosófica sobre a validade dos métodos de interpretação; propondo, como complementação necessária, a compreensão sobre aquilo que, de fato, acontece quando do fenômeno da interpretação e não sobre aquilo que ela "deve ser" para o entendimento e compreensão de textos e fatos. O esteio fenomenológico da obra (Husserl e Heidegger) permite a extensão da universalidade hermenêutica para qualquer conteúdo de significação.

[8] Cf. GEERTZ, Clifford. *O Saber Local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa* In: *O Saber Local*. Petrópolis: Vozes, 1998. A dignidade do ser humano vislumbrada em uma perspectiva universal exige modelos compreensivos; principalmente em situações onde a relativização de valores e conceitos se torna essencial para o entendimento intersubjetivo.

[9] Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. – 6ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998. É o confrontamento de fatos apenas com normas abstratas.

[10] Cf. GADAMER, op. cit. p. 326. Conceito desenvolvido de modo inicial por Wilhelm Dilthey e pela fenomenologia proposta por Edmund Husserl.

[11] Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*. *Op. cit*. p. 43. As convicções formam um complexo indiscernível de expectativas e orientações axiológicas. Sua importância para

a compreensão da prática jurídica está em sua irrecusabilidade: seu conjunto forma um tipo de validade que se reveste do mesmo fato da norma. Refletem, afinal, a substancialidade do direito positivo – pelo menos em relação aos bens ou interesses fundamentais.

[12] Cf. DWORKIN, *O Império do Direito*. *Op. cit.* p. 390. Não há como separar o complexo de convicções do fenômeno da interpretação.

[13] Cf. PERELMAN, Chäim. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica.* – 2ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005. O conceito de auditório universal formulado pelos que trabalham os elementos lógicos da Retórica tem validade hermenêutica, pois surge de uma dificuldade contemporizada da comunicação racional.

[14] Cf. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras , 2004. A compreensão da significação real dos direitos humanos também exige – pelo menos para a interpretação de sua normatividade primeira – que se leve em conta a reação humanista do pós-guerra com relação a disposições políticas inapropriáveis à vida política contemporânea.

[15] Cf. BOBBIO, Noberto. *Dicionário de Política*.- por Noberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino. Brasília, Editora UnB, 1986. (p. 447) A razão de semelhança – enquanto determinação racional da representação –, ganha maiores disposições práticas no estruturalismo metódico e no estruturalismo antropológico: nestes dois modelos a razão de semelhança seria o resultado da interpretação estrutural de elementos que se convertem em outro conjunto de elementos. A tensão entre o Mesmo e o Outro; serve-se também, da lógica aristotélica para sua melhor demonstração e comunicação. Para tanto vide ARISTÓTELES. *Órganon*. Trad. Edson Bini. Bauru - São Paulo: Edipro, 2005.

[16] Cf. DWORKIN, *O Império do Direito, op. cit*. p. 85. Dworkin sugere que o fenômeno da cortesia necessita de interpretações filosóficas a partir da compreensão de seu *ethos* histórico e que se tornariam, ainda, essenciais para o entendimento da prática social do direito.

[17] DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. *op. cit*. p. 56.

[18]Cf. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Caso Yatama Vs. Nicarágua. Sentencia de 23 de Junio de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

[19]Cf. HOLMES, Stephen. *Precommitment and the paradox of democracy*. In: ELESTER, Jon & SLAGSTAD, Rune (eds.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge, Cambridge University Press, 1988**.**. O debate teórico sobre a melhor interpretação da constituição ou do direito positivo como um todo também pode ser mediada pela independência de cada geração de intérpretes. Todavia, a melhor interpretação deve também ser disposta como antevisão para o futuro das outras gerações.

[20]Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*. *Op. cit.* p. 153. É corrente o problema da legitimidade do direito positivo a partir da reciprocidade tensa e inafastável destes dois parâmetros – o que é fato (lei) e a sua irrecusável pretensão de legitimidade perante intérpretes e atores sociais.

ABDICAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS EM PROL DO COLETIVO NA DOMINAÇÃO CARISMÁTICA*

THE RENOUNCE OF INDIVIDUAL RIGHTS IN BENEFIT OF THE COLLECTIVE IN THE CHARISMATIC DOMINATION

José Querino Tavares Neto
Thallyta Ranyelle de Fátima Borges

RESUMO

Por não ser uma seqüência linear e estável de fatos, a história de uma sociedade se submete, em certos momentos, a violentas crises, surgindo a ocasião ideal para a implantação da dominação carismática, considerando que nas ocasiões de crise os sujeitos sentem a necessidade da presença de um líder que os conduza no processo de mudança. Este tipo de dominação é típico de regimes totalitários, que fazem uso do consenso como forma de legitimar o processo de adesão. O líder adota uma metodologia de expressão baseada no carisma, com técnicas específicas. A conseqüência é o desenvolvimento da aceitação em massa da imposição de idéias e da disciplina no grupo, sem que haja espaço para a manifestação individual do pensamento, discriminando aqueles que se declaram contrários às decisões do coletivo. Assim, intenciona-se analisar essa relação político-social como instrumento de massificação dos pensamentos individuais e deslegitimação das organizações coletivas como propulsoras de mudanças reais; enfatizando os motivos que levam o indivíduo a abdicar de seus direito individuais em prol do coletivo. Defender-se-á que o líder assume uma função secundária, na medida em que sua aparição está condicionada à existência de um período de crise política, sociológica ou econômica, atual ou latente.

PALAVRAS-CHAVES: DOMINAÇÃO CARISMÁTICA; DISCURSO; ABDICAÇÃO DIREITOS INDIVIDUAIS

ABSTRACT

As History is not a linear and stable sequence of facts, a society may eventually submit itself to violent crisis. It also justifies the establishment of a charismatic domination, considering that in such times, people feel the need of a leader who conducts them in the process of change. This type of domination is typical of totalitarian regimes, which use the consensus as a way to legitimate the process of adherence. The leader's way of expressing himself is based on the charisma and has specific techniques. By doing so, such leader develops great acceptance of his imposition of ideas and of discipline within the group. The society should not have space and liberty to share its opinions, especially those individuals who are contrary to the government. Therefore, this work aims to analyse how such social-political relationship is able to influence each individual's thoughts and opinions and how it is an obstacle to legitimate the collective organizations as propellers of real changes. This work also intends to emphasize the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

reasons which take an individual to abdicate his or hers individual rights in benefit of the collective. This article will be defending that the charismatic leadership plays a secondary role, as the leader only appears in troublesome times.

KEYWORDS: CHARISMATIC DOMINATION; DISCOURSE; RENOUNCE INDIVIDUALS RIGHTS.

1. INTRODUÇÃO

Sob a ótica da Sociologia aplicada ao Direito, analisada por Miranda Rosa, o Direito é, ao mesmo tempo, condicionante e condicionado pela realidade social. Desta feita, os grupos humanos permanecem num estado de fluidez permanente. Intenta-se analisar, portanto, os motivos que levam os membros dos grupos ou organizações, que têm como princípio ideológico a disciplina e são guiados por uma dominação carismática, no termo assim concebido por Max Weber, a abdicarem de seus pensamentos e direitos individuais em prol do coletivo.

Neste texto, nossa opção metodológica[1] ideal, não excludente, está centrada na teoria de Max Weber enquanto matriz analítica, sobretudo em sua íntima interação com a visão bourdieusiana (1974).

A categoria tipo ideal é o central instrumento metodológico em Weber para instituir o significado cultural dos fenômenos, bem como para formular proposições empíricas sobre eles (SAINT-PIERRE, 1994, p. 67).

Conceitos genéricos, tipo ideal, conceitos genéricos de estrutura típico-ideais, idéias no sentido de combinações de pensamento que influem empiricamente nos homens históricos, tipos ideais dessas idéias, ideais que dominam os homens, tipos ideais desses ideais, ideais a que o historiador refere a história, construções teóricas com utilização ilustrativa do empírico, investigação histórica com utilização de casos-limite ideais, enfim, as mais diversas complicações possíveis, que apenas pudemos aqui assinalar - tudo são construções ideais cuja relação com a realidade empírica do imediatamente dado é, em cada caso particular, problemática. Esta lista diminuta demonstra já o constante entrelaçamento dos problemas metodológicos e conceituais que continuamente se encontram no campo das ciências da cultura. E visto que nos limitamos aqui a nos referir aos problemas, vimo-nos obrigados a renunciar ao aprofundamento das questões de metodologia e a discutir com pormenores as relações entre o conhecimento de tipo ideal e o obtido por “leis”, entre os conceitos de tipo ideal e os conceitos coletivos, etc. (WEBER, 1992, p. 127).

Numa perspectiva supra-histórica, Weber busca analisar a realidade, a partir dos tipos ideais, encontrando nos tipos puros de dominação um mecanismo de tentar-se taquigrafar a realidade histórica:

Dominação Racional é aquela baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação legal; a dominação Tradicional é baseada na crença cotidiana da santidade das tradições vigentes, desde sempre, e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade; e a dominação Carismática como aquela baseada em veneração extracotidiana, da santidade, do poder heróico, ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta revelada ou criada. (WEBER, 1992, p. 141)

A questão da dominação coloca no centro da discussão a problemática da legitimidade da autoridade, posto que Weber, muitas vezes, usa os termos "autoridade" e "dominação" como sinônimos. Merece reserva que os tipos de dominação estão sujeitos a combinações (mesclagem) entre si, o que dificulta sua análise objetiva, implicando necessariamente fragmentações na incursão da realidade.

Weber compreende como dominação legítima três tipos, são eles: legal, tradicional e carismática. Essas formas básicas justificam-se com base em fontes distintas de autoridade.

A do dom da graça (carisma) extraordinário e pessoal, a dedicação absolutamente pessoal e a confiança pessoal na revelação, heroísmo ou outras qualidades da liderança individual. É o domínio carismático exercido pelo profeta ou – no campo da política – pelo senhor de guerra eleito, pelo governante plebiscitário, o grande demagogo ou o líder do partido político. (WEBER, 2002:129)

Em consonância com os ensinamentos de Weber, compreende-se a realidade social como um complexo de estruturas de dominação, onde o poder é distribuído, estando a existência humana caracterizada por lutas cotidianas. Nessa perspectiva, os indivíduos passam a guiar-se pela crença numa ordem legítima, que simboliza, em realidade, o interesse e a vontade do dominante. É, pois, a dominação a responsável pela coesão social.

Por não ser uma sequência linear, gradativa e estável de fatos, a história de uma sociedade está, em certos momentos, submetida a violentas crises, sejam elas econômicas, políticas ou religiosas, havendo rupturas no processo. Nestas condições, os indivíduos sentem necessidade de um líder que os conduza no processo de mudança. Esta seria a ocasião ideal para o surgimento da dominação carismática, típica de regimes totalitários, que fazem uso do consenso como forma de legitimar a adesão dos indivíduos.

O direito serviu como instrumento de dominação e manipulação das massas sociais nos grandes regimes totalitários, quando os líderes tinham o poder de legislar, embora não

se possa afirmar a inexistência de princípios democráticos no grupo; por exemplo, na tomada de decisões os membros participam diretamente, muito embora estejam mais vulneráveis ao carisma do chefe do que aos princípios ideológicos colocados em questão numa assembléia. Portanto, o que ocorre é a adoção por parte dos indivíduos das decisões do grupo, que representam na verdade o desejo do líder. Abdica-se do direito de pensar por si mesmo e passa-se a agir em comunidade, desenvolvendo funções de automatismo, exatidão e precisão.

Max Weber define agir em consenso como o conjunto das ações em comunidade que acontecem por serem determinadas pela orientação de algumas possibilidades empiricamente válidas e providas de sentido (WEBER, 1992: 332). A dominação consequente do agir em consenso demonstra a relevância do estudo da relação político-social como instrumento de massificação dos pensamentos individuais e deslegitimação das organizações coletivas como propulsoras de mudanças reais. O indivíduo é descaracterizado enquanto agente de mudanças e ser pensante. George Orwell acrescenta, ainda, que "as massas nunca se revoltarão espontaneamente, e nunca se revoltarão apenas por serem oprimidas. Com efeito, se não lhes permite ter padrão de comparação, nem ao menos se darão conta de que são oprimidas" (ORWEL, 2006:199).

É importante constatar a transitoriedade do sistema de dominação carismática, tendo em vista que o carisma torna-se rotina ao ser absorvido pela lógica das instituições, sendo retomado o caminho da institucionalização tradicional ou racional.

O método utilizado pelo líder na dominação carismática baseia-se num discurso que propõe uma revolução e que intenciona originar percepções reinterpretativas que traduzam todas as expectativas dos indivíduos. De acordo com os destinatários, o discurso assume feições diferentes, estando ora marcado por uma ideologia, ora por outra, na tentativa de uma adesão geral. Pierre Bourdieu verifica no discurso carismático técnicas linguísticas que favorecem uma persuasão dominante:

A ambiguidade que caracteriza a mensagem profética faz-se presente em todo o discurso, que, mesmo endereçado diretamente a um público socialmente especificado, visa a ganhar adesões, e cujas alusões e elipses são bem montadas de modo a favorecer o entendimento através dos mal entendidos e subentendidos, isto é, a originar percepções reinterpretativas que introduzem na mensagem todas as expectativas dos receptores. (BOURDIEU, 1974:94)

Em sua obra "Economia e Sociedade", Max Weber, numa análise acerca da natureza e efeitos do carisma (WEBER, 1999:323), concebe os líderes "naturais" da dominação carismática como portadores de dons físicos e espirituais específicos, considerados sobrenaturais, simplesmente por não serem acessíveis a todo mundo. Na estrutura carismática, não há instituição permanente e independente das pessoas e da existência do carisma pessoal; o líder assume as funções que considera adequadas e em troca pede obediência e adesão em função de sua missão. Dessa forma, reconhecer o líder é um dever dos que se submetem a ele e não um "direito" da vontade deles.

O limite qualitativo da missão e do poder do líder determina-se por fatores internos. O líder consegue e conserva sua autoridade por meio de provas de seus poderes no

decorrer da vida. Caracteriza-se, pois, o herói carismático como um indivíduo que se acusa de seus próprios pecados e defeitos publicamente perante todo o povo quando a sua administração falha ao não impedir alguma calamidade, por exemplo, uma enchente ou uma guerra perdida.

O processo de revolução que o líder guia busca uma transformação "de dentro para fora" de acordo com seu próprio querer, pois encontra fundamento na fé em heróis; na convicção emocional do valor de uma manifestação religiosa, ética, política etc.; no heroísmo do dom mágico ou de outro tipo; enfim, o carisma manifesta seu poder através de sua atuação no modo de pensar dos dominados, com base na crença de uma missão supostamente encarnada no líder, nascida da emergência e entusiasmo de situações extraordinárias, representativas de crise.

Pierre Bourdieu concebe o poder simbólico como o poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem (BOURDIEU, 2000:7). Pode-se conceber o poder manifestado pelo líder na dominação carismática como um poder simbólico nos termos de Bourdieu, que é basicamente um poder de construção de uma realidade. Assim, os símbolos, que são instrumentos de integração social, de conhecimento e comunicação, tornam possível o consenso acerca do sentido do mundo social, reproduzindo uma ordem social preestabelecida de dominados e dominadores.

Cumprem os sistemas simbólicos sua função política de legitimação da dominação, ao contribuírem para a manutenção da violência simbólica e para, segundo expressão de Weber, domesticação dos dominados. O poder simbólico, que sustenta os sistemas simbólicos, tem um caráter mágico, pois permite obter o que se obteria pela força física ou econômica e é ignorado como arbitrário. É a crença na legitimidade do discurso e do líder que ocasiona o poder de manutenção ou subversão da ordem, de acordo com os interesses do líder. A tomada de consciência deste poder como arbitrário é o que gera a destruição dele, pois revela-se a verdade objetiva e aniquila-se a crença.

Devemos levar em conta Bourdieu (1974) com a conceituação de *habitus*, enquanto conjunto de esquemas de classificação da realidade que se interiorizam pelos mais diversos processos estruturados e estruturantes relacionados às práticas e às regularidades de conduta; e de *campo* que, por sua vez é estruturado pelas posições sociais, derivadas de leis e regras próprias, ou seja, *estrutura de relações objetivas;* derivadas do poder simbólico, invisível e proveniente da cumplicidade entre os que o exercem e os que a ele se submetem.

Com a análise apresentada até aqui, é perceptível que os indivíduos abdicam de seus direitos individuais em prol do coletivo ao deixarem de pensar e agir por si mesmos e seguirem o herói carismático. Mas por que motivo isso acontece? Em sua obra "A Economia das Trocas Simbólicas", Pierre Bourdieu faz uma intensa análise a esse respeito (BOURDIEU, 1974:93) e pretende afirmar que não se pode atribuir ao líder a responsabilidade pela adoção e subordinação do grupo a ele submetido, sendo o contexto histórico, político e sociológico e os símbolos de comunicação adotados os reais mecanismos responsáveis por tal adoção e subordinação. O líder exerce, nessa concepção, uma função secundária, estando sua aparição submetida mais à vontade de seus "subordinados" do que de sua virtude visionária.

2. A DOMINAÇÃO CARISMÁTICA

Weber compreende o conceito de dominação como:

A probabilidade de encontrar obediência a uma determinada ordem, podendo ter o seu fundamento em diversos motivos de submissão: uma constelação de interesses, ou seja, de considerações racionais de vantagens e desvantagens por parte daquele que obedece; mas também pode depender de um mero costume; a partir de um padrão preestabelecido de um determinado comportamento; ou pode, finalmente, ter o seu fundamento no puro afeto, ou seja, na mera inclinação pessoal do dominado. (WEBER, 1992:349)

A dominação carismática está inserida neste último fundamento, ou seja, ela se instala em virtude da devoção afetiva à pessoa do senhor e seus dotes sobrenaturais (no sentido adotado por Weber de não serem acessíveis a todo mundo). O sempre novo, o extra cotidiano e o inaudito constituem, nesse caso, a fonte da devoção pessoal.

Nessa forma de dominação, os membros seguem o líder cegamente sem conceder importância ou valorizar as atitudes que tomam e os posicionamentos que aderem; visam tão somente à manutenção da fidelidade ao líder. Geralmente, essa dominação está envolta em ideais de nacionalismo, comunidade e disciplina. E há a necessidade de legitimação para que o domínio não seja apenas obedecido, mas para que haja também a fé no líder, e a disciplina simbolize a adesão ao que o líder representa.

O líder carismático apresenta-se de forma sobre-humana e possuidora de uma profecia. Sua personalidade distingue-se das demais e ele, se dizendo possuidor de uma missão, intenta conseguir discípulos. Tais discípulos abandonam seu caráter racional e adotam os ideais carregados de emoção e irracionalidade; sendo influenciados pela fé e confiança irrestrita gerada pelo líder. Aí se encontra o caráter excepcional do domínio carismático. Ao mesmo tempo em que se arrisca ao fracasso, é obrigado a sempre procurar um novo elã para provar seu poder e manter a simpatia dos seguidores.

Aquele que se recusar a cumprir as normas estabelecidas pelo líder, ou ao menos ousar criticar suas atitudes e decisões, sofrerá sanções não só por parte do líder (tais como a violência ou a coação moral irresistível), mas também será discriminado, desprezado e ridicularizado por toda a comunidade.

Este tipo de dominação tem como traço característico, segundo Weber, permanecer "estranho ou hostil ao jogo econômico" (WEBER, 1992:353), entretanto ele está presente nos mais diversos setores, dentre eles a política, a religião e até mesmo a economia. Instrumentos como o consenso, assembléias, liderança, são exemplos de mecanismos que, quando combinados, podem ser utilizados de diversas maneiras, inclusive para instalação de um regime político de dominação carismática.

A dominação carismática genuína tem como direito "objetivo" o resultado concreto do método utilizado pelo líder carismático para manipular a comunidade, do vínculo pessoal com esta e de sua força heróica, desconhecendo, portanto, disposições jurídicas e jurisdição formal. É a própria glorificação do espírito mágico do poder simbólico do líder, e renúncia a qualquer ordem externa.

A forma carismática de solução de conflitos é a revelação pelo profeta ou pelo oráculo ou, ainda, a arbitragem de um sábio portador do carisma. A justiça genuinamente carismática é o contraste às vinculações formais e tradicionais, sendo independente das fontes dos outros dois tipos de dominação distinguidos por Weber, que são a dominação tradicional e a dominação racional/legal.

A existência da autoridade carismática concebida como figura de um líder carismático cujas vontades são aderidas voluntariamente pela comunidade não é sinônimo de falta de estrutura; ao contrário, é uma estrutura social bem definida, com órgãos pessoais e aparato de serviços e bens materiais de acordo com a necessidade do líder. Os ajudantes pessoais constituem um tipo específico de aristocracia carismática e as prestações em bens materiais são, em suma, um dever de consciência dos "dominados", devendo ser entregues de acordo com a necessidade e capacidade.

É importante ainda a ressalva de Weber quanto ao fato dos portadores de carisma, para cumprirem sua missão, terem que se encontrar fora dos vínculos cotidianos, a exemplo das profissões comuns e dos deveres familiares (WEBER, 1999:325).

3. O DISCURSO CARISMÁTICO E EXEMPLOS

Como exposto anteriormente, o discurso carismático faz uso de uma metodologia de expressão baseada no carisma, que tem por característica principal o uso de ambiguidades e a adaptação da base ideológica de acordo com os destinatários, com a finalidade de atingir diversos grupos ao mesmo tempo.

Adolf Hitler, em 1927, realizava um discurso no rádio, num dos horários destinados especificamente à manifestação do Estado. Tal discurso ilustra claramente o caráter alusivo da comunicação:

Se alguém o chamar de imperialista, pergunte a ele: Você não quer ser um? Se disser que não, então nunca poderá ser pai, porque aquele que tem um filho precisa se preocupar com o pão de cada dia. Mas se você fornece o pão de cada dia, então é um imperialista. O nosso objetivo deve ser uma semente que irá crescer constantemente, ganhando energia e força para o grande objetivo. Àquele a quem os céus deram a grandeza de decidir, eles também deram o direito de dominar. (Adolf Hitler, 1927)

Com o uso de elipses e alusões, Hitler buscava despertar o entendido através de mal entendidos e subentendidos, como define Bourdieu ao analisar as técnicas do discurso carismático. Os líderes carismáticos, como Hitler, tentam aproximar os vários discursos ideológicos pelo que eles têm em comum, identificando-os e reconhecendo-os em prol do crescimento e emancipação da nação.

Concomitante a Hitler, Getúlio Vargas inaugurava no Brasil a cartilha dos direitos fundamentais que resguardavam os operários da exploração nas relações de trabalho. O que se critica é que tal ato de "generosidade" fez com que ideais de justiça deixassem de

ser difundidos perante a classe trabalhadora, evitando a formação de consciência de classe e de cidadania, levando a crer que o direito conquistado foi um direito concedido.

Esta situação tem consequências ainda hoje na realidade dos trabalhadores brasileiros. Mesmo trabalhando em situações muitas vezes subumanas, o empregado, em regra, não se rebela porque é levado a crer que o que lhe é concedido é o máximo que o poder econômico pode conceder. Desta feita, não se vê como sujeito de direitos e garantias fundamentais ou digno de respeito nas relações de trabalho.

O discurso carismático repercute, portanto, no indivíduo enquanto objeto de garantias individuais, tendo em vista que o discurso demagógico atinge índices pragmáticos, dificultando a identificação do sujeito dos direitos. Os meios disponíveis para a defesa e garantia destes é distante da realidade de grande parte da população, sobretudo diante de sua situação de inércia, resultante da metodologia de dominação baseada no carisma.

4. ABDICAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS EM PROL DO COLETIVO

O líder carismático surge nos períodos de crise política e sociológica como fruto da associação entre contexto social da comunidade e símbolos de comunicação adotados. Por seu discurso profético e de ruptura, o líder atingirá seus objetivos de maneira eficiente em períodos de crise, por criticar a ordem e o poder vigente; incitando o enfraquecimento ou a observância às tradições e sistemas de valores que orientavam a conduta do grupo.

As constatações feitas por Bourdieu em “A Economia das Trocas Simbólicas” sofrem fortes influências da teoria de Weber. O autor identifica no líder um ser que sucede às necessidades da comunidade (BOURDIEU, 1974:93). Sob esta ótica, para que o líder seja responsável pela adoção em massa de seus ideais, é necessário que exista uma comunidade disposta a segui-los. Desta forma, a função desempenhada pelo líder é secundária, pois é a própria comunidade quem se responsabiliza pela necessidade de sua existência e aparição.

Além disso, Bourdieu faz uma inter-relação entre as teorias weberiana e marxista ao atribuir ao líder a responsabilidade pela ruptura das relações de ordem e estabilidade, bem como condicionando esta situação à existência de um período histórico de crise, pois, segundo sua leitura dos fatos, no discurso carismático está presente a ideologia de ruptura e profecia e de crítica ao poder vigente.

Isto leva ao entendimento de que a situação de crise origina forçosamente novas idéias e tradições e o indivíduo, chamado líder carismático, assume mais condição de intérprete do que de sujeito ativo. Assim, pressupõe-se que exista uma maneira de selecionar o líder. O candidato a líder deve possuir características pessoais e ideais suficientes para identificá-lo com o estereótipo esperado pela comunidade. As demandas sociais precedem, portanto, o surgimento do líder.

O líder deve ter características sociologicamente pertinentes de uma biografia particular, que fazem com que o indivíduo se encontre sociologicamente predisposto a sentir e

exprimir, com uma força e coerência únicas, disposições éticas e proféticas, já presentes de modo implícito, em todos os membros da classe ou do grupo de seus destinatários.

É pelo uso das técnicas de dominação carismática (discurso carismático com expressão característica, psicologia de massa, técnicas de persuasão, uso dos mecanismos de democracia direta etc.) que se admite que o indivíduo pertencente a um grupo com ideais totalitários abra mão dos seus pensamentos e direitos individuais em nome do coletivo. Numa análise mais profunda, identifica-se que a cessão se faz, de fato, em nome do líder, que usa o pretexto de ser pelo bem coletivo em seus discursos e manifestações.

A cessão dos direitos individuais supracitada ocorre de maneira gradativa e natural, de tal forma que o sujeito não se dá conta e integra-se ao processo de maneira subliminar. Porque, em realidade, toda a estrutura de psicologia e persuasão de massa não admite espontaneidade. São criados sistemas de condicionamento e aparelhamento, que fazem com que com o tempo não exista a possibilidade de escolha; o indivíduo não consegue mais fazê-las, pois adere sempre às decisões do coletivo. Esse processo se mantém até que o líder deseje ou até que o sistema vá se tornando ilegítimo de fato, em face do desaparecimento de sua condição profética, sendo válido ressalvar que este último depende do líder e da ausência de sinais de confirmação que por ele deveriam ser constantemente renovados, bem como de possíveis fatores externos que venham a desnudar o líder ou a expor suas fragilidades.

Com a produção de leis, disseminação de propaganda oficial, manipulação dos meios de comunicação, o grupo que lidera uma estrutura de dominação carismática faz crer que os interesses dos dominadores são o interesse dos dominados. Assim, a recuperação da sociedade e a disposição de direitos passam a ser fruto do aprimoramento das instituições, por atos que controlam e lidera o grupo, não tendo repercussão a reação popular, principalmente porque esta não tem condições de se organizar enquanto identificadora de direitos coletivos.

Aí se encontra a grande dificuldade para se legitimar os propositores das ações coletivas e transindividuais, tendo em vista que a psicologia de massa faz com que os indivíduos se reconheçam como parte de um todo, mas não permite que eles se vejam como sujeitos de direitos coletivos mediatos.

5. AGIR EM CONSENSO E CONSCIÊNCIA DA DOMINAÇÃO

Na dominação carismática, os indivíduos perdem a capacidade de pensar por si mesmos e passam a agir em consenso. Em sua obra literária “1984”, George Orwell faz referência a esse contexto. Os indivíduos vivem constantemente sob o domínio de um Estado Totalitário, representado pelo “Partido” que é personalizado pela figura do “Big Brother” (ORWELL, 2006:198). Faz-se referência aos métodos usados para dominar a coletividade e ao papel atribuído à imprensa como mecanismo de manipulação da opinião pública, por meio da propaganda oficial. Apesar de se tratar de uma ficção, Orwell descreveu uma situação próxima a dos países dominados pela mídia. Como instrumento posto à disposição da classe dominante, a televisão exerce no Brasil um papel de perpetuação dos ideais deste.

Como dito, Max Weber define agir em consenso como o conjunto das ações em comunidade que acontecem por serem determinadas pela orientação de algumas possibilidades empiricamente válidas e providas de sentido. A sociedade que age em consenso, influenciada pelo domínio carismático do líder dificilmente se dá conta disso, considerando que ela vive aparentemente sob o manto de uma democracia e da legalidade. O direito, ao mesmo tempo, que garante a liberdade, pode ser usado como mecanismo para limitar tal liberdade. A greve, por exemplo, enquanto desprezada pelo direito era exercida sem limitações; depois de considerada um direito, passou a ser exercida conforme os padrões determinados pelas regras legais.

6. OS INSTRUMENTOS DEMOCRÁTICOS E A DOMINAÇÃO CARISMÁTICA

Durante a análise de sistemas que vivenciam a dominação carismática, como o da Era Hitler, e ao tentarmos compreender a organicidade das instituições destes sistemas, percebemos um modelo de democracia direta intrínseco a eles.

Os regimes totalitários, em que a dominação carismática é típica, podem ser compreendidos como aqueles regimes em que, munido de poderes discricionários, um indivíduo ou um grupo controla as atividades administrativas, políticas e culturais de maneira autoritária. Entretanto, há neles uma adesão voluntária por parte da comunidade, que passa a buscar a manutenção de uma fidelidade ao líder e, para tanto, renuncia aos seus próprios pensamentos e guia-se pela vontade do líder, que se impõe pelo carisma do mesmo.

É aí que se defende, com base em Weber (WEBER, 1999:191), que o processo pelo qual os indivíduos abdicam seus direitos individuais em prol do coletivo é um processo de dominação, isto é, é uma situação de fato em que uma vontade manifesta do "dominador" intenciona influenciar as ações dos demais; e realmente consegue, de tal maneira que as ações da comunidade se realizam como se a vontade do "dominador" as guiasse, mantendo fiel obediência.

O que se verifica também, nos regimes totalitários, é uma forte participação do povo nas decisões administrativas, sendo que podem opinar em reuniões abertas e assembléias. Aproximam-se, pois, tais regimes daqueles de democracia direta; sendo que eles mantêm sua essência totalitária pela concentração do poder simbólico nas mãos de poucos ou de um indivíduo. Daí, poder-se-ia considerar que os regimes totalitários seriam democráticos pela oportunidade oferecida aos indivíduos de se oporem às decisões tomadas; estes não o fazem pela influência do discurso do líder carismático.

Mas por que outros motivos se pode dizer que não são os regimes totalitários uma democracia direta? Num regime democrático ideal, o dissenso é considerado; ao contrário do que ocorre nos totalitários, em que a democracia é exercida exclusivamente de forma majoritária, sendo o dissenso visto como obstáculo à ordem e ao desenvolvimento e evitado por meio da exclusão e discriminação de quem dissente. Exige-se no totalitarismo a unanimidade "pelo amor ou pela força" (BOBBIO, 2000:54), buscando reeducar os dissentes em nome da obediência ao líder.

A aparência de democracia direta para usurpação dos direitos individuais em nome do coletivo serve como instrumento para ofuscar o despotismo e o autoritarismo dos totalitaristas; os regimes destes tornam-se mais estáveis pelo carisma e pela participação direta da sociedade, que permanece inerte diante da possibilidade de resistência pela metodologia de poder do líder carismático.

7. DISCIPLINAMENTO DAS CONDUTAS E O CARISMA

Como dito anteriormente, ao penetrar nas estruturas permanentes da ação social, o carisma tende a recuar aos poderes da tradição ou do racionalismo, tal qual ensina Weber (WEBER, 1999:356). Entretanto, é a disciplina racional o poder que mais atua no contexto de fazer recuar a ação individual. Ela é a execução metodicamente ensinada e precisa que impede críticas pessoais. As ações são ordenadas e seus efeitos têm por base a formação de massas. Por ela, a obediência de uma multiplicidade de pessoas é uniformizada racionalmente.

O líder carismático pode usar a “disciplina” e, em realidade, deve fazê-lo, se tem como intenção expandir quantitativamente sua dominação. E, embora em sua essência a disciplina seja estranha ao carisma, tendo em vista que os motivos da obediência são distintos, ela coloca-se com objetividade à disposição do líder carismático.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisarmos o discurso carismático enquanto instrumento de dominação e como discurso que ocasiona a abdicação dos direitos individuais em prol do coletivo, a perda da consciência da vivência de um estado de dominação e a própria desorganização da sociedade enquanto identificadora de direitos coletivos, percebemos a relevância do tema, que é essencial para compreendermos as relações sociais e as estruturas de poder existentes nos grupos.

O olhar sociológico dentro do campo Direito é imprescindível para que o jurista não centre seus pensamentos, decisões e reflexões unicamente na lei, mas também na realidade social que o cerca, para que, desta forma, o Direito possa cumprir a sua função transformadora, dentre várias outras, como ensina Miranda Rosa ao alegar ainda a existência das funções conservadora, educativa e de controle social. É com a função transformadora que se dão as mudanças sociais. Quando as normas jurídicas são editadas atendendo a necessidades sentidas pelos órgãos legiferantes ou em resposta ao consenso de grupos que se antecipam ao processo histórico, elas modificam a sociedade, contribuindo para a formação de novas manifestações de consenso.

Observou-se que o líder carismático adota técnicas de persuasão em seu discurso, intencionando conseguir o máximo de adesão possível, possuindo um discurso com ambiguidades e que se adapta de acordo com o destinatário. Os que aderem ao discurso o fazem de forma irracional, guiados pela emoção, pela fé e pela confiança irrestrita que o líder consegue neles depositar.

Ao analisarmos a realidade social e cultural que deve existir para que ocorra o fenômeno da dominação carismática, percebeu-se que esta decorre de um mecanismo fora do padrão, que busca romper o estável e o rotineiro, oferecendo novos significados, revestidos de caráter revolucionário.

Assim, quando os indivíduos se inserem em grupos dominados por um líder carismático, eles perdem a capacidade de pensar por si mesmos e de exercer seus direitos individuais e passam a agir em consenso, adotando as decisões do grupo; tendo como consequência a exclusão ou eliminação daqueles que se manifestam contrariamente às resoluções do grupo.

A dominação carismática decorrente das práticas de liderança é muito mais fruto dos símbolos e métodos carismáticos do que de seu caráter sobrenatural. Decorre, portanto, da disposição das massas em acolher e aceitar a presença do líder.

A análise de Bourdieu é bastante pertinente por mudar a idéia inicial que se tem ao refletirmos sobre o papel do líder. Primeiramente, pensa-se no líder como aquele que exerce um papel fundamental e que sucumbe às necessidades do grupo a ele subordinado; entretanto, por Bourdieu, compreende-se que o líder, na verdade, está contextualizado em um período de crise manifesta ou latente e à necessidade que o grupo tem de sua presença.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira; QUINTANEIRO, Tânia. *Um Toque de Clássicos:* Marx, Durkheim e Weber. 2. ed. ver. ampl. Belo Horizonte, MG: Editora UFMG, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia.* Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *A Economia das Trocas Simbólicas.* Tradução: Sérgio Miceli; Silvia de Almeida Prado; Sônia Miceli e Wilson Campos Vieira. São Paulo, SP: Editora Perspicácia S.A., 1974.

_____ ; *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

DEMO, Pedro. *Metodologia Científica em Ciências Sociais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995.*

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber.* Tradução: Luís Cláudio de Castro e Costa. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.

MAIOR, Jorge Luiz Solto. O direito do trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo, SP: LTr, 2000.

ORWELL, George. *1984*. Tradução de Wilson Veloso. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2006.

SAINT PIERRE, H. L. *Max Weber: entre a paixão e a razão*. Campinas: EDITORA DA UNICAMP, 1994.

ROSA, Felippe Augusto de Miranda. *Sociologia do Direito*: o Fenômeno Jurídico como Fato Social. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1999.

. *Metodologia das Ciências Sociais*. Tradução de Augustin Wernet. São Paulo: Cortez; Campinas SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1992.

---

[1] Consideramos por instrumental metodológico a noção de método enquanto forma analítica da realidade. Para isto ver DEMO, Pedro. **Metodologia Científica em Ciências Sociais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995.**

EFICÁCIA DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O USO DE EMBRIÕES HUMANOS PARA PESQUISA: INCONGRUÊNCIA A INDICAR ALTERAÇÕES*

EFICACIA DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA EN LA ORDEN JURÍDICA BRASILEÑA Y LA DECISIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE EL USO DE EMBRIONES HUMANOS PARA INVESTIGACIÓN: INCONGRUENCIA A INDICAR ALTERACIONES

Jussara Maria de Leal de Meirelles
Nelson Souza Neto

RESUMO

O estudo da genética e embriologia humana possibilitou uma descrição minuciosa do desenvolvimento do ser humano, desde a sua concepção. A partir desta descrição diversas teorias foram lançadas, cada qual com seus critérios próprios, para definir o momento do início da vida. O Direito não pôde se manter à parte nesse debate, mas o amparo jurídico ao embrião humano sempre foi matéria controvertida. No Brasil, tanto a Constituição quanto o Código Civil (de 1916 e de 2002) não previram critérios específicos e suficientemente claros sobre a matéria, até que foi editada a Lei nº 11.105/05, a qual permitiu indiscriminadamente a pesquisa com embriões humanos para fins de pesquisa e terapia. Paralelamente, mas na contramão, está o Pacto de São José da Costa Rica, que tutela juridicamente o embrião desde a sua concepção. Todavia, a eficácia dos tratados internacionais na ordem jurídica nacional variou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em meados de 2008, a Corte Constitucional decidiu pela constitucionalidade da Lei nº 11.105/05. Sobre a eficácia do Pacto de São José da Costa Rica, disse não prevalecer sobre a legislação nacional específica. Contudo, ao final de 2008, o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento sobre a eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos, atribuindo-lhes eficácia supralegal. Em respeito ao dever de coerência imposto pelo ordenamento jurídico, enquanto sistema, há que se debater novamente o conflito entre a Lei nº 11.105/05 e o Pacto de São José da Costa Rica, o qual agora está em um patamar hierárquico superior segundo a nova orientação do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS – EMBRIÃO HUMANO – AMPARO JURÍDICO – PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA – EFICÁCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

RESUMEN

El estudio de la genética y embriologia humana posibilitó una descripción minuciosa del desarrollo del ser humano, desde su concepción. Partindose de esta descripción

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

diversas teorías fueron lanzadas, cada cuál con sus criterios propios, para definir el momento del inicio de la vida. El Derecho no pudo mantenerse a la parte en ese debate, pero lo amparo jurídico al embrión humano siempre fue materia controvertida. En Brasil, tanto la Constitución cuanto el Código Civil (de 1916 y de 2002) no previeron criterios específicos y suficientemente claros sobre la materia, hasta la edición la Ley nº 11.105/05, la cual permitió indiscriminadamente la investigación con embriones humanos para fines de investigación y terapia. Paralelamente, pero en contra, está el Pacto de San José de Costa Rica, que tutela jurídicamente el embrión desde su concepción. Sin embargo, la eficacia de los tratados internacionales en la orden jurídica nacional varió en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal. A mediados de 2008, a Corte Constitucional decidió por la constitucionalidad de la Ley nº 11.105/05. Sobre la eficacia del Pacto de San José de Costa Rica, dije no prevalecer sobre la legislación nacional específica. Pero, al final de 2008, el Supremo Tribunal Federal cambió su comprensión sobre la eficacia de los tratados internacionales de derechos humanos, atribuyéndoles eficacia supralegal. En respeto al deber de coherencia impuesto por el ordenamiento jurídico, como sistema, hay que debatirse nuevamente el conflicto entre la Ley nº 11.105/05 y el Pacto de San José de Costa Rica, el cual ahora está en un patamar hierárquico superior según la nueva orientación del Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHOS HUMANOS – EMBRIÓN HUMANO – AMPARO JURÍDICO – PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA – EFICACIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – EXAME DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Introdução

O estudo da genética humana remonta mais de 150 anos, desde as técnicas de observação microscópica, que se aperfeiçoaram e permitiram em 1827 a descoberta e a visualização dos óvulos. Após, em 1843, observou-se a fusão entre óvulo e espermatozóide e, assim, a união do material genético que define as características próprias de cada embrião. Foi ainda em 1865, após quase 10 anos de pesquisa, que Gregor Mendel publicou sua obra "Ensaio sobre Plantas Híbridas" (*Versuche über Planzenhybriden*), através da qual apresentou suas conclusões sobre a hereditariedade.

A partir destas conquistas tecnológicas e do conhecimento desenvolvido pelas ciências médica e biológica, foi possível identificar todas as fases do processo de embriológico humano, desde o momento da concepção até o nascimento.

A cada estágio e a cada elemento do embrião humano foram atribuídos nomes, a fim de se compartimentar o estudo segundo exige o método "científico" ([1]). Esse estudo setorizado do processo evolutivo do embrião humano autorizou decisões metodológicas variadas – que são naturalmente arbitrárias ([2]) – sobre o momento do surgimento da vida, como o fez, por exemplo, o Relatório *Warnock*.

Este problema se torna ainda mais grave quando o Direito é chamado a dar efetivo amparo jurídico aos embriões humanos. Como se verá, não obstante a confusa e desconexa legislação infraconstitucional sobre o tema há o problema da sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal à luz dos princípios Constitucionais. Além disso, há também o debate sobre a sua interpretação à luz dos tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Exemplo prático desta problemática, que em algum momento terá o Supremo Tribunal Federal que resolver, é a recente orientação jurisprudencial desta Corte sobre a recepção dos tratados internacionais, notadamente o Pacto de São José da Costa Rica, como leis infraconstitucionais, mas "supralegais", isto é, com status superior às leis ordinárias. É que este Pacto, firmado em 1969 e ratificado pelo Brasil em 1992, previa o direito à vida *desde o momento da concepção*, mas por outro lado a Lei nº 11.105/05, chamada Lei de Biossegurança, passou a autorizar a pesquisa e a terapia com embriões humanos, inclusive o seu descarte.

À época do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN nº 3.510, que visava à declarar a inconstitucionalidade dessa lei, o Supremo Tribunal Federal adotava a tese de que os tratados internacionais tinham força de lei ordinária, por isso não haveria que se falar em conflito normativo com o Pacto de São José da Costa Rica. Todavia, ao final de 2008, o mesmo STF mudou sua orientação, em um julgamento sobre prisão civil por dívidas, e decidiu que os tratados internacionais de direitos humanos têm natureza "supralegal".

Diante da novel orientação jurisprudencial da nossa Corte Constitucional, há, necessariamente, que ser revista a decisão proferida na ADIN nº 3.510.

2. Breve relato da descrição médico-biológica da formação do embrião humano e das teorias sobre a origem da vida

2.1. Ainda que sumariamente, é preciso que se conheça a descrição dada pela medicina e pela biologia ao processo de formação do embrião humano, bem como das teorias existentes sobre o início da vida.

Pois bem. O processo se inicia com a *fertilização*, isto é, com a união das células germinativas masculina e feminina. Com a fertilização se dá a fusão dos núcleos dessas células e com isso a fusão do modelo genético que cada qual contém. Dessa união surge o *zigoto*, que é a primeira célula humana. Segundo SGRECIA (1996), o zigoto é uma nova entidade-biológica "que carrega em si um novo projeto-programa individualizado, uma nova vida individual" ([3]). O zigoto já contém a carga genética própria e única da pessoa que virá a se desenvolver. Todas as suas características já estão inscritas no modelo genético único presente nesta célula.

O processo continua pela *clivagem*, em que sucessivas divisões celulares ocorrem (mitose do zigoto). Cada uma destas células se atribui o nome de *blastômeros* e ao conjunto delas, *mórula*. Os blastômeros são células embrionárias que podem formar um novo embrião – idêntico ao que está em desenvolvimento. Tudo isto se dá nos primeiros quatro dias, desde a concepção. Nos dias que se seguem a mórula se encaminha para o útero materno, através da tuba uterina, e se instala na parede do útero. Este último processo se chama de *nidação*; é quando se iniciam as interações do embrião com o organismo materno. Após o 14º dia, com a formação da parede do endométrio, não é mais possível a intervenção humana nas células embrionárias, como fissões gemelares ou hibridações ([4]). Esse limite de 14 dias é conhecido como "a cifra de ouro da embriologia humana" ([5]), pois é considerado pela ciência como o fim da implantação do embrião humano no ventre materno. Por volta do 18º dia, começa a se desenvolver a

placa neural, que dará origem ao sistema nervoso central e periférico. A partir da oitava semana as estruturas vitais principais começam a se desenvolver.

A ciência da embriologia humana divide metodologicamente todo esse processo em duas fases principais: o *período pré-embrionário*, que vai desde a fertilização até o final da terceira semana; o *período embrionário*, que se inicia na quarta semana e vai até a oitava semana ([6]). Da oitava semana em diante se atribui o nome de *período fetal*, que finaliza com o nascimento, mas já não é mais objeto de estudo da embriologia humana.

2.2. A partir dessa setorização e compartimentação metodológica do processo evolutivo do embrião humano, inúmeras teorias surgiram para resolver o "problema" do momento da origem da vida humana.

Uma das primeiras e mais importantes manifestações científicas a esse respeito é o chamado *Informe WARNOCK*, produto de uma reunião da Comissão de Pesquisa sobre Fertilização Humana e Embriologia, em 1984, na Inglaterra, sob a liderança de Mary Warnock. Este documento recomenda, em seu item 12, que:

"12 – No live human embryo derived from *in vitro* fertilization, whether frozen or unfrozen, may be kept alive, if not transferred to a woman beyond fourteen days after fertilization, nor may it be used as a research subject beyond fourteen days after fertilization. This fourteen day period does not include any time during which the embryo may have been frozen"

Na verdade, ao proibir a utilização de embriões humanos após o 14º dia da fertilização, para pesquisa ou para reprodução, este Relatório criou de forma reflexa a permissão para a sua utilização anteriormente ao 14º dia. Antes desse limite os embriões humanos passaram a ser considerados como pré-embriões, enquanto que somente após esse limite eram tidos propriamente como embriões. Fez-se um corte metodológico arbitrário no processo de evolução do embrião para legitimar a experimentação científica com embriões humanos ([7]).

Esta é uma das teorias genético-desenvolvimentistas, que consideram que a origem da vida se dá em fases diversas posteriores à fertilização, aqui, no caso, após o 14º dia. Outras consideram que o início da vida ocorre com a nidação, ou com a formação da linha primitiva, ou com o surgimento da placa neural etc.

Em contraposição à teoria genético-desenvolvimentista e suas variáveis, há a teoria concepcionista, a qual considera que desde a fertilização, ou concepção, já se dá início à vida humana. Para outros autores, somente existe vida humana a partir da configuração dos órgãos principais do embrião humano (*teoria da configuração dos órgãos*), ou a partir da viabilidade do ser humano fora do útero, isto é, com o nascimento (*teoria da viabilidade*) ([8]).

O fato é que as ciências médicas e biológicas criaram critérios próprios para se determinar o momento da origem da vida. Por conseqüência, criaram possibilidades e autorizações diversas para a utilização de embriões humanos em pesquisas terapêuticas e na reprodução assistida.

Cabe, agora, investigar qual o critério que o Direito absorveu como sendo o legítimo para disciplinar o uso de embriões humanos.

3. O amparo jurídico ao embrião humano no Brasil: Constituição, Código Civil, Pacto de São José da Costa Rica e a Lei nº 11.105/2005

3.1. A começar pela Constituição Federal, não há um critério claro para definir quando se dá o início da vida dos seres humanos. Apesar de trazer muitas vezes descrição minuciosa e desnecessária em determinadas matérias[9], nesse ponto restou silente. Mas acredita-se que não seria mesmo necessária a previsão de tal critério no Texto Constitucional, pois, como diz HESSE, "Abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns *poucos princípios fundamentais*, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido". Isto porque, continua o autor, "A 'constitucionalização' de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição [*Die Normative Kraft der Verfaßung*]" [10].

Precisamente o desenvolvimento deste critério será ditado pela realidade social de cada tempo, o que se refletirá juridicamente nas construções doutrinárias e jurisprudenciais a partir da interpretação dos princípios constitucionais, como por exemplo os que prescrevem a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a inviolabilidade do direito à vida, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*, e parágrafos 1º e 2º), ou ainda a garantia a um meio ambiente equilibrado para as gerações futuras através da preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País (art. 225, parágrafo 1º, incisos II e V)[11].

Portanto, já na Constituição há como se determinar o alcance do amparo jurídico dispensado aos embriões humanos, ainda que isto demande uma interpretação.

3.2. Partindo-se para a análise da legislação infraconstitucional, o primeiro marco legislativo sobre o assunto era o antigo Código Civil de 1916, cujo artigo 4º prescrevia que "A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro". Redação quase igual foi adotada pelo novel Código Civil de 2002, apenas com a substituição da palavra "homem" por "pessoa": "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

A redação de ambos os Códigos Civis suscitou inúmeras dúvidas na doutrina, uma vez que os embriões humanos não podem ser enquadrados na categoria clássica do Direito Privado de nascituro. Sobre o tema bem coloca a questão MEIRELLES[12]:

"O Código Civil Brasileiro dedica normas específicas às pessoas naturais, ao nascituro e à prole eventual. Mantêm-se, dessa maneira, as categorias ideologizadas do sistema clássico em um distanciamento entre si necessário, à medida que a personalidade jurídica só é adquirida a partir do nascimento com vida (art. 4º). Logo, o embrião *in vitro*, por não apresentar as características necessárias à subjetividade jurídica

desenhada pelo modelo clássico, mostra-se, de certa maneira, estranho à ordem estabelecida, porquanto inexata sua adequação a qualquer das categorias examinadas". (...)

Eles [os embriões humanos] não são pessoas naturais, porque ainda não nasceram com vida; não são nascituros, porque não se encontram *in útero*; e, como prole eventual, também não se caracterizam, eis que já concebidos, já existentes, o que parece afastar a eventualidade pretendida pelo legislador.

De fato, o Código Civil, seja o de 1916 ou o de 2002, não forneceu claramente um critério para definir a abrangência do amparo jurídico que deve ser dispensado aos embriões humanos. Percebe-se que a preocupação do Direito Privado está ligada apenas à existência de personalidade jurídica e ao exercício de direitos civis, concepção este que se mostra insuficiente para o debate em questão.

3.3. Ainda em 1969 o Brasil participou da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José de Costa Rica, quando assinou um tratado internacional que recebeu o nome da cidade. A ratificação somente veio em 1992, através do Decreto nº 678/92, no entanto, foram recebidas todas as cláusulas constantes no texto e assim a elas aderiu integralmente o governo brasileiro.

O chamado Pacto de São José de Costa Rica prevê o respeito a diversos direitos fundamentais dos seres humanos, dentre os quais o direito à vida. Aqui, de forma clara, o texto prevê que a proteção jurídica da vida se dá desde o momento da concepção:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Este tratado internacional, como qualquer outro, não é mera carta de recomendações, mas uma norma internacional cogente que cria deveres rígidos ao Estado brasileiro, inclusive no tocante ao exercício legislativo interno do País. Todos os Estados se obrigaram não só a respeitar os direitos e liberdades descritos no Pacto, mas também a adotar as disposições legais internas que fossem necessárias para torná-los efetivos. Tal prescrição vem bem posta já nos seus primeiros artigos:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

O Pacto firmado em São José de Costa Rica prevê também critérios hermenêuticos que devem orientar a interpretação do seu texto pelos países signatários. Não se pode interpretá-lo, por exemplo, de forma a "permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista" ou então "Limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados" (artigo 29).

Portanto, ao firmarem e ratificarem o Pacto de São José de Costa Rica os países signatários todos se comprometeram seriamente com os direitos e liberdades previstos, mas também com as suas normas cogentes.

É evidente que em 1969 não se falavam em pesquisas e terapias com células-tronco embrionárias, e as disposições sobre o direito à vida, desde a concepção, tinha outros pressupostos. Com o desenvolvimento da tecnologia e o surgimento das primeiras pesquisas, o Pacto passou a ser tido como inaplicável por aqueles que defendiam a liberalização da utilização de embriões humanos. Assim, apesar de existir norma internacional clara e vigente no direito interno, a "dúvida" subsistia.

3.4. Muitos anos depois, em 2005, o legislador infraconstitucional tentou dar uma resposta a essa aparente[13] indefinição, através da promulgação da Lei nº 11.105. Contudo, a técnica legislativa utilizada foi a pior possível e os cuidados imprescindíveis que deveriam ser observados ao se disciplinar matéria tão sensível foram totalmente olvidados. É que a Lei nº 11.105/05, criada para disciplinar as normas de segurança e fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM pretendeu também disciplinar, **em apenas um único dispositivo**, o artigo 5º, a utilização de células embrionárias em pesquisas terapêuticas e em reprodução humana. Não obstante ser absoluta a incompatibilidade entre os temas (pesquisas com OGMs e com células humanas embrionárias), o legislador os tratou como sendo iguais. A imprecisão do texto legal se vê no seu primeiro artigo, que sequer menciona as células embrionárias como objeto de regulação da Lei, mas apenas se refere a "organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados"[14]. A se considerar a literalidade desde dispositivo, o legislador teria equiparado os embriões humanos aos organismos geneticamente modificados. Não é essa a interpretação que se dá aqui neste estudo, mas é este um exemplo claro da dificuldade criada pelo próprio legislador para solucionar um problema que já é de difícil solução.

De toda a sorte, assim prevê a Lei nº 11.105/05 em seu único artigo sobre a utilização de células humanas embrionárias em pesquisas:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Assim, liberou-se a utilização dessas células "para fins de pesquisa e terapia" e desde que se tratem de "embriões inviáveis" – cuja definição não é dada pela lei[15] – ou que estejam congelados há três anos ou mais. Não parece ter o legislador nacional adotado nenhuma teoria específica sobre a origem da vida, já que a autorização vale para todos os embriões humanos, sem limitação quanto ao estágio evolutivo em que se encontrem. Percebe-se, pois, que a técnica legislativa foi infeliz não só formalmente, mas também materialmente, uma vez que autoriza a pesquisa com células em qualquer estágio de evolução.

3.5. Imediatamente à promulgação desta lei, chamada Lei de Biossegurança, surgiram inúmeras antinomias jurídicas que precisavam ser resolvidas. A primeira delas dava-se entre o dispositivo legal que permitiu o uso de células-tronco embrionárias e os princípios insculpidos na Constituição Federal, notadamente o princípio do direito à inviolabilidade do direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Outra antinomia jurídica apontada foi a incompatibilidade da lei com a previsão do Código Civil (art. 2º) que diz assegurar os direitos do nascituro "desde a concepção". Por fim, levantou-se a questão sobre o conflito normativo entre a Lei nº 11.105/05 e o Pacto de São José de Costa Rica.

Estas questões todas foram levadas ao Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN nº 3.510. Como expressamente dizia a exordial do Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, "A tese central desta petição afirma que **a vida humana** acontece **na, e a partir da, fecundação**". Com fundamento em estudos de cientistas e professores das áreas médica e biológica, pretendeu a ADIN demonstrar que pesquisas e terapias realizadas com células-tronco adultas, e não com células-tronco embrionárias, são mais promissoras, porque obtidas a

partir de órgãos do próprio corpo do paciente, eliminando o risco de rejeição e de multiplicação celular descontrolada, como geralmente ocorre quando se utilizam células-tronco embrionárias. Requereu-se, assim, a inconstitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/05 em face dos princípios constitucionais insculpidos nos artigos 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), e 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à vida).

Entretanto, após realizadas várias audiências públicas e ouvidos diversos grupos da sociedade interessados na discussão (cientistas, religiosos, pacientes etc.), o STF julgou improcedente à unanimidade a ADIN nº 3.510, sendo que cinco Ministros impuseram "restrições" ao texto legal, como a submissão das pesquisas a Comitês de Ética que deverão ser criados especificamente para este fim[16].

Nenhum dos Ministros abordou diretamente o conflito normativo existente entre o Pacto de São José de Costa Rica e a Lei nº 11.105/05, talvez porque não tenha ele sido invocado nas razões da ADIN pelo Procurador Geral da República, mas apenas em uma das audiências públicas[17].

4. A eficácia dos tratados internacionais na ordem jurídica brasileira – histórico, doutrina e jurisprudência

Antes de tratar sobre a aplicabilidade ou não do Pacto de São José de Costa Rica ao caso concreto ora em estudo, há que serem resgatadas na história jurídica nacional as posições da doutrina e da jurisprudência sobre a recepção dos tratados internacionais pelo ordenamento jurídico nacional.

A Constituição de 1988 inovou ao incorporar, além daqueles direitos e garantias expressos em seu texto e de outros, implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela, também os direitos e garantias previstos por tratados internacionais assinados pelo Estado brasileiro. É o que diz o § 2º do artigo 5º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Tal previsão não existia na Carta de 1967, cuja redação era a seguinte: "A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota".

Esta inovação foi interpretada por parte da doutrina como a incorporação ao texto constitucional das normas dos tratados internacionais relativamente à proteção a direitos e garantias individuais e sociais. Outra interpretação não poderia subsistir, principalmente em face de uma análise histórica, teleológica e sistemática do texto constitucional.

Sobre isso bem disse CANÇADO TRINDADE[18]: "Assim, a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é

parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias". E ressalta o autor: "É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista".

Sob outra ótica, diz PIOVESAN[19] a respeito do conteúdo do art. 5º, parágrafo 2º: "(...) senão se tratasse de matéria constitucional ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes oferece o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e completam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto constitucional".

Lembra-nos também HESSE[20], que a interpretação é decisiva para a consolidação e a preservação da força normativa da Constituição. Essa interpretação constitucional está vinculada ao *Gebot optimaler Verwiklichung der Norm*, isto é, ao dever (comando) de realização otimizada da norma, de concretização mais perfeita quanto possível do *Sinn* (sentido, finalidade) da norma.

Portanto, a partir da norma insculpida no § 2º do artigo 5º do texto constitucional, a interpretação mais otimizada que se pode dar ao comando normativo, e também segundo os critérios histórico, teleológico e sistemático, é a de que o legislador constituinte investiu os tratados internacionais firmados pelo Brasil, especialmente os de direitos humanos, como normas de hierarquia constitucional.

Ainda sob a égide da Constituição de 1967 a doutrina majoritária já defendia o *status* constitucional dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Isto porque, apesar de silente quanto aos tratados internacionais, o Texto já previa o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, por si só, já exige a máxima efetividade dos direitos e garantias constitucionais. No mesmo sentido caminhava a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[21].

De qualquer forma, há que se lembrar que existem outras correntes doutrinárias sobre o assunto. Podemos sintetizá-las todas em quatro grupos principais: i) a primeira delas atribui aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos um caráter superior à própria Constituição, isto é, possuem natureza *supraconstitucional* ii) depois, aquela corrente de que se tratou acima, confere caráter *constitucional* aos tratados internacionais de direitos humanos; iii) há também a corrente que considera serem as normas internacionais sobre direitos humanos hierarquicamente inferiores à Constituição, mas superiores à legislação infraconstitucional, ou seja, atribui-lhes natureza *supralegal*; iv) por fim, aquela corrente que coloca em grau de *paridade* os tratados internacionais e as *leis ordinárias* federais.

Foi precisamente esta última corrente doutrinária que, em 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, acabou por adotar o Supremo Tribunal Federal. Através de uma interpretação do art.. 119, III, "a" daquela Constituição – que atribuía competência ao STF para julgar recurso extraordinário quando a decisão recorrida negar

vigência a tratado ou lei federal – parte da doutrina entendeu que haveria uma equivalência hierárquica entre os tratados internacionais e as leis federais ordinárias. Portanto, se uma lei viesse a regular uma matéria qualquer anteriormente disciplinada por um tratados internacional, aplicar-se-ia o critério de solução de antinomias do *lex posteriori derrogat priori*.

Esse o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em 1977 perdurou por mais de três décadas, até 2008, como se verá no próximo item.

A mais abalizada doutrina declarou que a decisão da Corte de 1977 provocou um retrocesso jurídico, especialmente no tocante à proteção dos direitos humanos. ALBUQUERQUE MELLO[22] apontou outro vício na decisão do Supremo: "A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No recurso extraordinário n. 80.004, decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente".

Para PIOVESAN[23] a posição do STF enseja um aspecto crítico "que é a sua indiferença às conseqüências do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Esta posição afronta, ademais, o disposto pelo artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado". Além disso, ressalta que "(...) em face do regime de direito internacional, apenas o ato da denúncia implica na retirada do Estado de determinado tratado internacional. Assim, na hipótese de inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional".

Para melhor definir a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o grau hierárquico dos tratados internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico nacional, é importante citar o julgamento do Habeas Corpus nº 72.131, julgado em 1995, impetrado por um paciente que teve a sua prisão decretada por infidelidade em relação a um contrato de alienação fiduciária, sob o fundamento de que o Pacto de São José da Costa Rica teria vedado todo tipo de prisão civil por dívida. A menção a este precedente é também relevante para o item subseqüente, onde se demonstrará a reviravolta que sofreu a jurisprudência do STF sobre a matéria.

O Habeas Corpus nº 72.131, apesar de ter voto favorável do Relator, o Ministro Marco Aurélio Mello, e dos Ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, foi julgado improcedente. Para evidenciar as posições conflitantes dos membros da Corte, veja-se o que defendia o Ministro Marco Aurélio[24]:

Ainda que se pudessem colocar em plano secundário os limites constitucionais, a afastarem, a mais não poder, a possibilidade de subsistir a garantia da satisfação do débito como meio coercitivo, no caso de alienação fiduciária, que é a prisão, tem-se que essa, no que decorre não da Carta Política da República, que para mim não a prevê, mas do Decreto-lei nº 911/69, **já não subsiste na ordem jurídica em vigor, porquanto o Brasil,** mediante o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, **aderiu à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, ao chamado Pacto de São José da Costa Rica,**

de 22 de novembro de 1969. É certo que somente o fez após cerca de vinte e dois anos após a formalização. Entrementes, a adoção mostrou-se linear, consignando o artigo primeiro do Decreto mediante o qual promulgou a citada Convenção que a mesma há de ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Já a posição da divergência, que restou vitoriosa, foi bem representada pelo voto do Ministro Celso de Mello, que assim asseverou[25]:

É inquestionável, dentro do sistema jurídico brasileiro, que a normatividade emergente dos tratados internacionais permite situar tais atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, **no mesmo plano e grau de eficácia em que se posicionam as leis internas**, como reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 58/70 -RTJ 83/809) e acentua o magistério da doutrina (JOSÉ ALFREDO BORGES, in Revista de Direito Tributário, vol. 27/28, p. 170-173; FRANCISCO CAMPOS, in RDA 47/452; ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, "Da Lei Tributária no Tempo", p. 41, 1968; GERALDO ATALIBA, "Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário", p. 110, 1969, RT; IRINEU STRENGER, "Curso de Direito Internacional Privado", p. 108/112, 1978, Forense; JOSÉ FRANCISCO REZEK, "Direito dos Tratados", p. 470;475, itens 393-395, 1984, Forense, v.g.).

Na realidade, inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, **qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno**, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. (...)

A ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República.

Portanto, o que se verifica, seja no voto vencido do Ministro Marco Aurélio ou do Ministro Celso de Mello é que existe um grau de paridade entre as normas dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e as leis federais ordinárias. A diferença de entendimento estava em que, para o Relator, sendo ambas hierarquicamente iguais prevaleceria a norma do Pacto de São José da Costa Rica porque **posterior** ao Decreto-lei 911/69; já para a maioria vencedora, esta convenção internacional não poderia ser aplicada, ainda que com *status* de lei ordinária, porque a própria constituição previa, em seu art. 5º, inciso LXVII, como hipótese excepcional: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”

Assim, a partir de 1977 foi consolidada com firmeza a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito da **hierarquia legal** dos tratados internacionais assinados e ratificados pelo Brasil, o que perduraria por mais de três décadas.

5. A recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a eficácia *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos, em especial do Pacto de São José da Costa Rica

No dia 03 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento dos Recursos Extraordinários nº 466.343 e 349.703, interpostos por instituições financeiras que buscavam a decretação da prisão de devedores fiduciantes por conta do descumprimento da obrigação de entrega de bens dados em garantia em contratos de alienação fiduciária.

O argumento principal dos depositários se fundava na inadmissibilidade da prisão civil por dívidas – prevista no Decreto-lei nº 911/69, com as alterações da Lei nº 6.071/74 – especialmente após a ratificação incondicional e irrestrita pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, em cujo texto está previsto, como direito humano fundamental, o direito à liberdade pessoal nos seguintes termos:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

(...)

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Os sobreditos acórdãos, ambos com mais de 200 páginas cada um, promoveram uma reviravolta total na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da hierarquia dos tratados internacionais, especialmente aqueles sobre direitos humanos. À unanimidade de votos, a Corte decidiu adotar a teoria da **supralegalidade** dessas normas internacionais.

Os fundamentos que levaram o STF a rever sua posição são de máxima relevância para o caso concreto que se está a analisar aqui, mas também para toda e qualquer discussão que verse sobre a recepção de tratados internacionais pelo ordenamento jurídico nacional.

O voto do Ministro Gilmar Mendes proferido no RE 466.343 é sintomático e bem reflete estes fundamentos. Por sua relevância, cabe transcrever algumas passagens[26]:

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que **a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional n- 45/2004, a Reforma do Judiciário** (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional n- 29/2000), a qual trouxe

como um de seus estandartes a incorporação do § 3- ao art. 5-, com a seguinte disciplina: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional –, **a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n° 80.004/SE**, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1º.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988.

Sobre a teoria consagrada no STF em 1977, o Ministro Gilmar Mendes questiona sua validade diante do contexto jurídico-social atual e sob o ponto de vista internacional[27]:

É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada. (...)

No continente americano, o regime de responsabilidade do Estado pela violação de tratados internacionais vem apresentando uma considerável evolução desde a criação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, adotada por conferência interamericana especializada sobre direitos humanos, em 21 de novembro de 1969.

Entretanto, na prática, a mudança da forma pela qual tais direitos são tratados pelo Estado brasileiro ainda ocorre de maneira lenta e gradual. E um dos fatores primordiais desse fato está no modo como se tem concebido o processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente. (...)

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante "*pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*".

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (...)

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. (...)

Portanto, **diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos,** não é difícil entender que **a sua internalização no ordenamento jurídico**, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, **tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.**

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, **a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel** (art. 5°, inciso LXVII) **não foi revogada** pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (art. 7°, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria**, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n° 911, de 1° de outubro de 1969.

Assim, após mais de 30 anos, à unanimidade de votos o Supremo Tribunal Federal reviu sua posição sobre a hierarquia dos tratados internacionais, notadamente os relativos aos direitos humanos, para lhes conferir não mais a paridade com as leis internas nacionais, mas um plano de eficácia superior a elas.

Veja-se a importância dos efeitos desta nova orientação jurisprudencial: no caso concreto dos Recursos Extraordinários nº 466.343 e 349.703, a legislação que previa a prisão civil do depositário infiel, o Decreto-lei nº 911/69 e as alterações promovidas pela Lei nº 6.071/74, deixou de ter "aplicabilidade" em razão do "efeito paralisante" do Pacto de São José da Costa Rica.

É incontestável, pois, que o que se tem de mais atual na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos é a sua **prevalência** sobre as normas infraconstitucionais e o "efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria".

6. A necessária revisão da posição do STF sobre o uso de embriões humanos em pesquisas: dever de coerência e eficácia dos direitos humanos

Partindo, assim, da novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas voltando-se agora para a análise da Lei nº 11.105/05, cujo artigo 5º autorizou a utilização de embriões humanos em pesquisas e terapias, há que se atribuir *status* prioritário à antinomia entre essa previsão legal e a proteção da vida desde a concepção prescrita pelo artigo 4º do Pacto de São José da Costa Rica, norma esta de estatura **supralegal** segundo bem disse essa Corte.

Não há como subsistirem ambas as normas no ordenamento jurídico, sob pena de se ignorar o "dever de coerência" que se exige do ordenamento jurídico – para lembrar a célebre lição de BOBBIO[28].

O que se tem na prática é que uma norma prevê que "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida" e, mais, que "Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção", por outro lado, outra norma autoriza a utilização e, assim, o descarte de embriões humanos (obviamente) já concebidos.

Trata-se de uma antinomia jurídica que deve ser solucionada pelo Poder Judiciário ou pelo próprio Poder Legislativo. Como dizia saudosamente BOBBIO "A coerência não é condição de *validade*, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento"[29]. Hoje o que se constata é que, diante da nova posição da Corte máxima do País, existem no ordenamento jurídico nacional duas normas válidas, o Pacto de São José da Costa Rica e a Lei nº 11.105/05, mas incompatíveis entre si.

Para se garantir a "justiça" do ordenamento é dever do Judiciário solucionar esta antinomia. O Direito não admite que a hierarquia e eficácia supralegais do Pacto de São José da Costa Rica seja válida apenas para alguns casos, mas para outros não. Já diria o saudoso mestre italiano, "É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade)"[30].

Portanto, o Pacto de São José da Costa Rica, se é norma superior à legislação infraconstitucional no tocante à prisão civil do depositário infiel também há de ser superior à Lei nº 11.105/05. E, desse modo, a antinomia jurídica que se apresenta é "aparente" e não "real", já que pode ser suficientemente resolvida pelos critérios próprios da hierarquia, cronologia e especialidade, não exigindo uma norma derrogatória (*Nichtsollen*) ou a utilização de uma interpretação corretivo-equitativa, como ocorre com as últimas[31].

Sendo o Pacto de São José da Costa Rica norma **supralegal**, segundo assim o reconhece especificamente o STF, prevalecerá então o critério hierárquico sobre os critérios cronológicos e da especialidade, pois a Lei nº 11.105/05, apesar de posterior e especial, é hierarquicamente inferior.

Outro ponto que se deve considerar são os fundamentos invocados pela Corte no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 466.343 e 349.703 para sustentar, agora, a superioridade dos tratados internacionais de direitos humanos com a legislação infraconstitucional. O voto do Ministro Celso de Mello, que anteriormente a esses precedentes votava pela paridade entre as normas, deixa claro os motivos pelos quais se deve hoje privilegiar as normas internacionais de direitos humanos. Sua decisão é sintomática da evolução jurisprudencial operada na nossa Corte Constitucional e é, em todos os seus argumentos, aplicável ao caso da violação do direito à vida dos embriões humanos. Assevera o Ministro Celso de Mello, em novo entendimento[32]:

O Juiz, no plano de nossa organização institucional, **representa** o órgão estatal **incumbido** de concretizar as liberdades públicas **proclamadas** pela declaração constitucional de direitos e **reconhecidas** pelos atos e convenções internacionais **fundados** no direito das gentes. **Assiste,** desse modo, ao Magistrado, **o dever de atuar** como instrumento da Constituição – e **garante** de sua supremacia – **na defesa incondicional e na garantia real** das liberdades fundamentais da pessoa humana, **conferindo,** ainda, **efetividade** aos direitos **fundados** em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão **socialmente** mais importante e **politicamente** mais sensível **que se impõe** aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular.

É dever dos órgãos do Poder Público - e **notadamente** dos juízes e Tribunais - **respeitar e promover** a efetivação dos direitos **garantidos** pelas Constituições dos Estados nacionais e **assegurados** pelas declarações internacionais, **em ordem a permitir** a prática de um constitucionalismo democrático **aberto** ao processo **de crescente internacionalização** dos direitos básicos da pessoa humana.

O respeito e a observância das liberdades públicas impõem-se ao Estado **como obrigação indeclinável,** que se justifica **pela necessária submissão** do Poder Público **aos direitos fundamentais** da pessoa humana. (...)

Não se pode desconhecer, Senhora Presidente, **que se delineia,** hoje, **uma nova** perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, **os tratados e convenções,** presentemente, **não mais consideram a pessoa humana** como um sujeito **estranho** ao domínio de atuação dos Estados no plano externo.

O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo **passou** a concentrar-se, **também,** na dimensão subjetiva da pessoa humana, **cuja essencial dignidade** veio a ser reconhecida, em **sucessivas** declarações e pactos internacionais, **como valor fundante** do ordenamento jurídico **sobre o qual repousa** o edifício institucional dos Estados nacionais. (...)

Posta a questão nesses termos, a **controvérsia jurídica** remeter-se-á ao exame do conflito **entre** as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, **ao diálogo** entre essas mesmas fontes), **de modo** a se permitir que, **tratando-se** de convenções internacionais de direitos humanos, **estas guardem primazia hierárquica em face** da legislação comum do Estado brasileiro, **sempre que se registre situação de antinomia** entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais. (...)

Tenho para mim, desse modo, Senhora Presidente, **que uma abordagem hermenêutica fundada** em premissas axiológicas **que dão** significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico constitucionalmente consagrado (CF, art. 4ª, II) - da "prevalência dos *direitos humanos"* **permitirá,** a esta Suprema Corte, **rever** a sua posição jurisprudencial **quanto** ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos **no plano doméstico e infraconstitucional** do ordenamento positivo do Estado brasileiro.

Com essa **nova** percepção **do caráter subordinante** dos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos, **dar-se-á** conseqüência e **atribuir-se-á** efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana, **reconhecendo-se,** com essa evolução do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte, o **indiscutível primado** que devem ostentar, **sobre** o direito interno brasileiro, *as* convenções internacionais de direitos humanos, **ajustando-se,** desse modo, a **visão** deste Tribunal **às concepções** que hoje prevalecem, no cenário internacional - **consideradas** as realidades deste emergentes -, **em torno** da necessidade de amparo e defesa da integridade dos direitos da pessoa humana. (...)

Na realidade, a interpretação judicial, **ao conferir** sentido de contemporaneidade à Constituição, **nesta vislumbra** um documento vivo a ser **permanentemente** atualizado, **em ordem a viabilizar a adaptação** do "corpus" constitucional às **novas** situações sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais **surgidas** em um dado momento histórico, **para que,** mediante esse processo de *"aggiornamento",* o estatuto fundamental **não se desqualifique** em sua autoridade normativa, **não permaneça** vinculado a superadas concepções do passado, nem seja impulsionado, cegamente, pelas forças de seu tempo.

Ou em outras palavras, a interpretação **emanada** dos juízes e Tribunais **será tanto mais legitima quanto mais fielmente refletir,** em seu processo de concretização, **o espírito do tempo, aquilo** que os alemães denominam "*Zeitgeist*".

Daí a correta observação feita pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, **ao reconhecer** *"que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional",* **para enfatizar,** *a* partir dessa constatação, que "A ***afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento,*** *por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos.*

Ela reconhece e reafirma, *ao contrário, a* ***necessidade da contínua e paulatina adaptação*** *dos sentidos possíveis da letra da Constituição* ***aos câmbios observados*** *numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade* e *pelo pluralismo"* (grifei).

Tudo o que embasou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a inaplicabilidade da legislação que prevê a prisão civil do depositário infiel ajusta-se perfeitamente ao caso da utilização e descarte de embriões humanos, autorizada pela Lei nº 11.105/05. É mesmo papel precípuo do Judiciário atuar "na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte". É perfeita a observação do Ministro Celso de Mello de que a a dignidade da pessoa humana é valor fundante dos Estados nacionais e, por isso, as normas internacionais de direitos humanos devem ostentar um "indiscutível primado" sobre o direito interno brasileiro.

Não á como se negar a presença da antinomia entre o Pacto de São José da Costa Rica, que exige amparo jurídico ao direito à vida **desde a concepção**, e o artigo 5º da Lei nº 11.105/05, que autoriza a pesquisa com embriões humanos (conseqüentemente o seu descarte). Nem mesmo os mais hábeis sofistas saberiam fazê-lo.

Por conseguinte, utilizando-se das mesmas conclusões do Min. Celso de Mello, "a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais".

7. Conclusões

Diante desse panorama **estritamente jurídico**, não há como prevalecerem opiniões, por mais das vezes utilitaristas, que invocam a proteção da saúde e da qualidade de vida de pacientes e pessoas que eventualmente no futuro possam se favorecer com as "promessas" da ciência fundadas nas pesquisas com embriões humanos. Além de ser juridicamente impossível sustentar hoje tal tese, pois o Judiciário deve se pautar pelo Direito e não pelas notícias de jornais e revistas científicas, seria o mesmo que se justificar os fins pelos meios.

O efeito paralisante que diz o Supremo Tribunal Federal terem as normas internacionais de direitos humanos em relação ao direito interno, infraconstitucional, não é imediato. É certo que a Lei nº 11.105/05 é válida porque está juridicamente em vigor, não tendo sido declarada ainda a sua inconstitucionalidade ou inaplicabilidade. Também é certo que o julgamento efetivado pelo STF não gera a sua automática "inconstitucionalidade superveniente". Tal figura não existe no ordenamento jurídico nacional. No entanto, exatamente por meio dos mesmos fundamentos que deram base à

nova orientação jurisprudencial do STF no tocante aos tratados internacionais de direitos humanos, dentre eles, especificamente, o Pacto de São José da Costa Rica, a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/05 deve ser posta à prova através de nova Ação Direta de Inconstitucionalidade.

8. Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres de. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1982.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, 10 ed., Brasília: UnB, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos, São Paulo: Saraiva, 1991.

DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. 5. ed., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 6. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

HESSE, Konrad, Die Normative Kraft der Verfassung, in Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 222, Tübingen: Mohr, 1959.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Transplantação: um olhar constitucional. Coimbra: Coimbra, 1995.

MEIRELLES, Jussara M. Leal. A vida humana embrionária e sua proteção jurídica. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque Mello, Curso de Direito Internacional Público, 6ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979

PERSAUD, T.V.N.; MOORE, Keith L. Embriologia Básica. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, São Paulo: Max Limonad, 2000.

SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética I – Fundamentos e ética biomédica, 2ª ed., São Paulo: Loyola, 1996.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

[1] O método científico adotado pelas ciências da física, química, biologia e medicina – e posteriormente até pelas ciências sociais e jurídicas – é o método cartesiano-newtoniano, o qual se baseia na redução do objeto de estudo até sua menor parte e na relação entre causa e efeito.

[2] Todo corte metodológico é arbitrário, porque decorre de uma escolha do pesquisador a respeito da forma pela qual o objeto de estudo será analisado.

[3] SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética I – Fundamentos e ética biomédica**, 2ª ed., São Paulo: Loyola, 1996, p. 342.

[4] Sobre as fases da formação do embrião humano, vide PERSAUD, T.V.N.;MOORE, Keith L. **Embriologia Básica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000, pp. 02 e seguintes.

[5] Cfr. SCGRECCIA, op. cit., p. 347.

[6]

[7] LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **Transplantação: um olhar constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 54.

[8] Sobre as teorias existentes a respeito do assunto vide MEIRELLES, Jussara M. Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica.** Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, pp. 112 e seguintes.

[9] A Constituição é prodiga especialmente em matéria tributária – por exemplo, com a regulação dos tributos estaduais no art. 155, que possui seis parágrafos e um total de 25 incisos e 26 alíneas, até o momento. É também desnecessariamente descritiva em outras questões, como, exemplificativamente, a previsão de que "O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro" ou e que "O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal" (parágrafos 1º e 2º, respectivamente, do artigo 242).

[10] HESSE, Konrad, **Die Normative Kraft der Verfassung**, *in* Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 222, Tübingen: Mohr, 1959, p. 22.

[11] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III - **a dignidade da pessoa humana**;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País **a inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...)

II - **preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético**; (...)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias **que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente**;

[12] Op. cit., p. 3-4.

[13] Como já se referiu anteriormente, a partir da Constituição Federal já era possível construir um critério para se definir o alcance do amparo jurídico ao embrião humano.

[14] "Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte **de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados**, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente" (grifo não original).

[15] A expressão "embriões inviáveis" não possui definição jurídica ou científica. As clínicas de reprodução utilizam vulgarmente a expressão para se referirem aos embriões cuja probabilidade de gerar uma gestação é considerada muito baixa. Em reportagem do jornal Folha de São Paulo, disse Patrícia Pranke, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que essas clínicas fixaram graus de probabilidade de "viabilidade" dos embriões. "Pranke afirmou que embriões de tipo D são aqueles com alto grau de fragmentação. Raramente são implantados no útero, pois têm pouca chance de gerar gestação. 'Quando frescos, só 6% desses embriões fixam-se no útero. Se congelados, as chances caem a 0,8%'. Segundo a cientista, embriões C e D apresentam alta incidência de malformação fetal" (edição de 21.04.2007, também acessível em http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u16330.shtml, conforme consulta em 02.07.2009).

[16] Não serão levantadas aqui críticas aos posicionamentos adotados pelos Ministros, até mesmo porque ainda não houve a publicação do acórdão (apenas alguns votos foram divulgados) e porque se trata de questão merecedora de estudo monográfico próprio.

[17] Conforme relatado no voto da Ministra Cármen Lúcia.

[18] CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631.

[19] PIOVESAN, Flávia, **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**, São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 75-76.

[20] Op. cit., p. 18.

[21] Cfr. Apelações Cíveis nº 7.872 (1943), de relatoria do Min. Philadelpho Azevedo, e nº 9.587 (1951), de relatoria do Min. Orozimbo Nonato.

[22] MELLO, Celso D. de Albuquerque Mello, **Curso de Direito Internacional Público**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979, p. 70.

[23] Op. cit., p. 83-84.

[24] Página 12 do voto; fl. 8663 dos autos – grifo não original.

[25] Páginas 3-5 do voto; fls. 8726-8728 dos autos – grifo não original.

[26] Páginas 10-11 do voto; fls. 1144-1145 dos autos – grifos originais.

[27] Páginas 13, 18, 20 e 26-27; fls. 1147, 1152, 1154 e 1160-1161 dos autos – grifos originais.

[28] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 10 ed., Brasília: UnB, 1999, pp. 110 e seguintes.

[29] Op. cit., p. 113.

[30] Op. cit., p. 113.

[31] Sobre a classificação das antinomias e sobre necessidade de norma derrogatória e/ou interpretação corretivo-equitativa vide, especialmente, DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 5. ed., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, e seu **Norma constitucional e seus efeitos**. 6. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003. Vide também BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres de. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982; SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

[32] Páginas 7, 8, 11, 19, 39, 40, 42 e 43 do voto; fls. 1217, 1218, 1221, 1229, 1249, 1250, 1252 e 1253 dos autos – grifos originais.

ORIGENS, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE DAS CONSEQÜÊNCIAS DO DÉFICIT NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO*

ORIGINS, CONCEPT AND CHARACTERISTICS OF THE SOCIAL RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE CONSEQUENCES OF THE DEFICIT IN THE IMPLEMENTATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF SECOND DIMENSION

Leonardo Augusto Gonçalves

RESUMO

O presente artigo tem como ponto de partida o estudo das condições socioeconômicas que, no período compreendido entre o final do século XIX e início do século XX, deram ensejo às primeiras positivações dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Após a análise da forma pela qual os direitos sociais foram tratados na Constituição mexicana de 1917, na Declaração do Povo Trabalhador e Explorado redigida durante a Revolução russa e promulgada em 1918, bem como na Constituição de Weimar (1919), apresenta-se o conceito dos direitos sociais, bem como são abordadas as características de tal modalidade de direitos. Com base em tais informações preliminares, o artigo avança e passa a analisar as conseqüências provocadas pelo déficit na implementação dos direitos sociais, avaliando de que maneira o fenômeno da globalização, aliado à economia de mercado, vem modificando o perfil do Estado, consolidando um modelo neoliberal, acarretando, assim, a diminuição dos investimentos no campo das políticas públicas voltadas para a concretização dos direitos sociais, daí resultando índices cada vez mais elevados de exclusão, violência e criminalidade.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS SOCIAIS; ORIGENS E CARACTERÍSTICAS; DÉFICIT NA IMPLEMENTAÇÃO; CONSEQÜÊNCIAS

ABSTRACT

The present article has as the beginning point the study of the socioeconomic conditions that, in the period comprised between the end of the 19th century and the early 20th century, gave opportunity to the first positivation of the fundamental rights of second dimension. After the analysis of the way in which the social rights were dealt with in the Mexican Constitution of 1917, in the Declaration of Rights of the Working and Exploited People written during the Russian Revolution and promulgated in 1918, as well as in the Weimar Constitution (1919), it reports the concept of the social rights, as well as they are dealt with the characteristics of such form of rights. On the basis of such preliminary information, the article advances and begins analysing the consequences caused by the deficit in the implementation of the social rights, analysing how the phenomenon of globalization and the supremacy of the market economy

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

changed the State's profile, consolidating a neoliberal pattern, causing, therefore, a fall in the investiments in the field of the public policies directed towards the fulfillment of the social rights, hence resulting more and more elevated rates of exclusion, violence and criminality.

KEYWORDS: SOCIAL RIGHTS; ORIGINS AND CHARACTERISTICS; DEFICIT IN THE IMPLEMENTATION; CONSEQUENCES

Introdução

Sob o signo da igualdade, os direitos sociais surgiram em decorrência das inconcebíveis e massacrantes condições de vida e trabalho impostas, no decorrer do século XIX e início do século XX, à imensa massa operária.

As primeiras positivações no âmbito internacional, cuja relevância mostra-se indiscutível do ponto de vista histórico e formal, bem como a maneira pela qual os direitos sociais foram tratados nas Constituições brasileiras, desde 1824 até 1969, revelam a distância entre os correspondentes textos e a realidade.

A Constituição Federal de 1988 trouxe nova esperança de que, enfim, as promessas da modernidade, marcadamente aquela voltada para a implementação do necessário para que a dignidade humana se transformasse em algo real e extensível a todos, seriam alcançadas.

Mais de vinte anos depois da promulgação da "Carta Cidadã", referida esperança mostra-se arranhada em decorrência da incapacidade dos Poderes Públicos em tornar realidade o que, com amplitude ímpar, os legisladores constituintes asseguraram a cada um e a todos os membros de nossa sociedade.

A garantia de acesso aos serviços públicos essenciais, com a qualidade que a estrita observância do princípio da eficiência exige, revela-se como postulado inócuo do ponto de vista prático, não conseguindo alcançar a realidade, sobretudo daqueles que estão distantes dos grandes centros urbanos, vivendo no "Brasil profundo", e que somente são alvo da devida atenção às vésperas dos pleitos eleitorais, por motivos óbvios. Neste sentido, de se ressaltar as alarmantes condições de nossos sistemas de saúde e educação, incapazes de garantir o mínimo ao indivíduo que procura, com o seu esforço e não por meios escusos, assegurar dignidade aos seus.

Este trabalho, após apresentar um panorama relativo às origens dos direitos sociais, trazendo, também, o conceito e as características dos denominados "direitos fundamentais de segunda dimensão", procura analisar as conseqüências, nos planos internacional e nacional, do déficit concernente à implementação desta modalidade de direitos, com enfoque no que diz respeito ao vertiginoso aumento da violência e da criminalidade.

Com tal objetivo, analisamos a influência que a "globalização" e a consolidação da economia de mercado vêm exercendo sobre o modelo de Estado, que agora caminha a passos largos para o "neoliberalismo", resultando daí a diminuição dos investimentos públicos na área dos direitos sociais, submetendo as camadas da população menos favorecidas do ponto de vista econômico a condições de vida cada vez mais precárias e excludentes.

1. Origens dos direitos sociais: primeiras positivações

Heranças da tradição francesa, a liberdade, a igualdade e a fraternidade podem ser consideradas como os pilares de sustentação da doutrina dos direitos fundamentais. A cada um destes pilares corresponde uma dimensão de tal gênero de direitos.

Os de primeira dimensão são os direitos civis e políticos. Os de segunda dimensão caracterizam-se como direitos econômicos, sociais e culturais. Entre os de terceira dimensão compreendem-se aqueles voltados para a proteção de toda a humanidade e não exclusivamente de determinado indivíduo ou grupo, podendo ser citados como exemplos o direito ao desenvolvimento, o direito à paz e o direito ao meio ambiente equilibrado.

Mesmo reconhecendo a importância histórica de documentos como a Magna Carta (1215), a *Petition of Rights* (1628) e o *Bill of Rights* (1688), temos que a origem dos direitos fundamentais de primeira dimensão encontra-se nas declarações de direitos norte-americanas e na Declaração francesa de 1789 que significaram a emancipação do indivíduo, do ponto de vista histórico, dos grupos sociais aos quais sempre esteve vinculado: a família, o clã, o estamento e as organizações religiosas. (COMPARATO, 2007, p. 53)

A contrapartida dessa emancipação correspondeu à perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, tornando o indivíduo vulnerável às vicissitudes da vida. Diante de tal perda, o Estado liberal ofereceu ao indivíduo a proteção decorrente do respeito à legalidade, cujo símbolo maior está na concepção de que todos são iguais perante a lei. Entretanto, essa isonomia rapidamente mostrou-se como uma "pomposa inutilidade" para a massa operária. (COMPARATO, 2007, p. 53)

O advento dos direitos de cunho liberal não se mostrou suficiente para que a dignidade humana fosse assegurada. A industrialização, marcada pelo signo do *laissez faire, laissez passer*, acentuou a exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal, de característica absenteísta, não tinha como resolver. (SARMENTO, 2006, p. 15)

A igualdade de todos, assegurada pelo império da lei, já não era suficiente posto que a equiparação de indivíduos com características profundamente diferentes (patrões e operários, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, etc.), que partia do pressuposto de que todos poderiam, pelos seus próprios meios, prover sua subsistência e enfrentar as adversidades impostas pela vida, resultou em um avassalador

empobrecimento das massas proletárias, isto já na primeira metade do século XIX. (COMPARATO, 2007, p. 53-54)

O grande impacto causado pela industrialização, aliado aos graves problemas sociais e econômicos dela decorrentes, bem como ao surgimento das doutrinas socialistas e à constatação de que a consagração formal da liberdade e da igualdade não gerava a garantia de que seriam efetivamente gozadas, resultaram, ainda no decorrer do século XIX, no surgimento de amplos movimentos reivindicatórios e no conseqüente reconhecimento de direitos que impunham ao Estado um comportamento ativo na busca da realização de justiça social. (SARLET, 2007, p. 56)

Compreendeu-se, então, a necessidade de se buscar outra espécie de direitos capaz de assegurar o essencial ao indivíduo, garantindo-lhe a possibilidade de uma vida digna. Surgiu, assim, o embrião ideológico que conduziu, sobretudo por intermédio dos movimentos socialistas, ao reconhecimento dos direitos econômicos e sociais.[1]

As conquistas decorrentes do reconhecimento e positivação dos direitos econômicos e sociais caracterizam-se como a principal contribuição do pensamento socialista em favor da humanidade. Entre os socialistas acreditava-se na superioridade dos direitos dos proletários em relação aos direitos naturais, estes considerados como direitos eminentemente burgueses. (TORRES, 2003, p. 102)

O titular dos direitos sociais e econômicos não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre teve maravilhosa convivência, mas sim o conjunto dos grupos sociais oprimidos pela miséria e pela doença. Dentro deste contexto, os direitos fundamentais de segunda dimensão revelam-se como anticapitalistas e, por este motivo, só prosperaram a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a buscar uma forma de composição com os trabalhadores. (COMPARATO, 2007, p. 54-55) Corroborando tal assertiva:

Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da "sociedade burguesa" são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em "A Questão Judaica") põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem "egoísta" e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do "homem total", o que só seria possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade. (CANOTILHO, 2003, p. 385)

Diante de tal quadro, o massacre a que estava sendo submetida a classe trabalhadora obrigou-a à organização e à luta pelo reconhecimento dos direitos econômicos e sociais, sendo que estes tiveram como origem as reivindicações em torno de um direito de participação do bem-estar social, compreendido como os bens que os homens, por meio de um processo coletivo, acumulam ao longo do tempo. (LAFER, 2006, p. 127)

O ainda incipiente processo de industrialização no continente europeu, que demandava a reformulação das relações entre capital e trabalho, revelou a insuficiência do modelo adotado pelo Estado liberal no que diz respeito aos direitos fundamentais, impondo a adoção de um novo modelo de Estado que, já no século XX, passa a assumir a missão de superar os problemas gerados pelo capitalismo. O Estado social nasce ancorado na necessidade de uma reformulação do capitalismo, a partir do esgotamento do modelo liberal. Os direitos de liberdade, considerados como direitos naturais e correlatos à própria condição humana, revelaram-se incapazes de conter conflitos crescentes no âmbito social, sendo necessário que o Estado passasse a positivar direitos de índole "artificial", os direitos econômicos e sociais. (APPIO, 2005, p. 55-56)

A Constituição francesa de 1848 reconheceu algumas exigências do operariado. Entretanto, a plena afirmação dessa nova dimensão dos direitos fundamentais só veio a ocorrer no século XX, por intermédio da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, nas quais os direitos econômicos e sociais foram inicialmente positivados.[2] (COMPARATO, 2007, p. 54)

A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, ao lado das liberdades individuais e dos direitos políticos (arts. 5º e 123). Tal precedente histórico mostra-se relevante se considerarmos que na Europa a consciência de que os direitos fundamentais também possuem uma dimensão social só se afirmou após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), sendo que nos Estados Unidos, ainda, hoje, a idéia de extensão dos direitos fundamentais ao campo socioeconômico é largamente contestada. (COMPARATO, 2007, p. 178)

A Constituição mexicana de 1917, reagindo ao sistema capitalista, foi a primeira a prever a desmercantilização da força de trabalho, reconhecendo a igualdade substancial entre as posições jurídicas dos trabalhadores e dos empresários no âmbito da relação contratual que os permeia. (COMPARATO, 2007, p. 181)

O texto constitucional mexicano de 1917 destacou-se não só pela primazia em estabelecer uma declaração ideológica dos direitos fundamentais de segunda dimensão, como também por buscar a instituição de uma sociedade baseada no direito ao trabalho, sendo forjado dentro de um acirrado embate entre a visão socializante do Estado e a liberal clássica, disputa esta que já prenunciava o cisma que se estabeleceria, em termos internacionais, apartando os direitos civis e políticos dos econômicos e sociais. (LIMA JÚNIOR, 2001, p. 23)

Entretanto, a relevância ora atribuída à Constituição Mexicana de 1917 não se caracteriza como posicionamento pacífico na doutrina. Neste sentido:

A Constituição mexicana de 1917 é considerada por alguns como o marco consagrador da nova concepção dos direitos fundamentais.

Não há razão para isso, mesmo sem registrar que sua repercussão imediata, mesmo na América Latina, foi mínima. Na verdade, o que essa Carta apresenta como novidade é o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador (Título VI).

Trata-se, pois, de um documento que inegavelmente antecipa alguns desdobramentos típicos do direito social. Nem de longe, todavia, espelha a nova versão dos direitos fundamentais. (FERREIRA FILHO, 2006, p. 46-47)

Continuando no campo das primeiras positivações relativas aos direitos econômicos e sociais, mostra-se necessário destacar a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, redigida no âmbito da Revolução russa de 1917 e promulgada no dia 03 de janeiro de 1918. Tal documento introduziu três novidades que, em sua substância, não aderiram tanto ao constitucionalismo ocidental de então quanto àquele que se seguiu, marcado pelo que se convencionou denominar "economia de mercado": a) declarou abolida a propriedade privada e a possibilidade de exploração do trabalho assalariado (Capítulo II), rompendo com as anteriores constituições e declarações de direitos que garantiam a propriedade privada como elemento central; b) estabeleceu um tratamento diferenciado para os titulares de direitos de acordo com a classe social, promovendo uma restrição às prerrogativas dos integrantes da burguesia; c) estabeleceu o trabalho como dever obrigatório para todos. Essas inovações foram ratificadas pela Constituição soviética de 10 de julho de 1918, que introduziu uma série de direitos sociais (arts. 14 *usque* 17). (DIMOULIS *et al*, 2006, p. 32-33)

Com o fim da Primeira Guerra Mundial e a derrota do Império alemão, foi promulgada, em 11 de agosto de 1919, a Constituição da Primeira República alemã, conhecida como Constituição de Weimar.

Como resultado do processo de industrialização, formou-se na Alemanha uma numerosa classe operária que passou a se organizar em sindicatos e partidos políticos. Em decorrência dos graves problemas de ordem econômica e geopolítica que se originaram da imposição do Tratado de Versalhes, a Alemanha passou a viver, logo após o término da Primeira Guerra Mundial, um período de profunda instabilidade política e social. Dentro deste contexto, a burguesia procurou neutralizar os movimentos revolucionários, negativamente, por meio da repressão, e, positivamente, mediante um projeto de república democrática e social que foi denominada República de Weimar. (DIMOULIS *et al*, 2006, p. 33)

A Constituição de Weimar apresenta uma estrutura dualista, sendo que, em sua primeira parte, regulamenta a organização do Estado, ao passo que, na segunda parte, apresenta uma declaração de direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social. (COMPARATO, 2007, p. 193)

Seu extenso rol de direitos fundamentais era dividido em cinco títulos que tratavam do indivíduo, da ordem social, da religião e sociedades religiosas, da educação e formação escolar e da ordem econômica. Os dois primeiros títulos estabeleciam as garantias liberais clássicas, ao passo que os dois últimos introduziam a dimensão social e econômica dos direitos fundamentais, objetivando-se, desta forma, garantir a liberdade individual por meio de ações (prestações) estatais. (DIMOULIS *et al*, 2006, p. 34)

As disposições da Constituição de Weimar relativas à educação pública e aos direitos trabalhistas serviram de base à democracia social que se implantaria em muitos dos países europeus após a Segunda Guerra Mundial.

A seção pertinente às questões econômicas iniciava-se com uma disposição de cunho principiológico, estabelecendo como limite à liberdade de mercado a preservação de um nível de existência adequado à dignidade humana (art. 151). A função social da propriedade foi marcada por uma fórmula que se tornou célebre: "a propriedade obriga" (art. 153, segunda alínea). Assim como na Constituição mexicana de 1917, os direitos trabalhistas e previdenciários foram elevados ao nível constitucional de direitos fundamentais (art. 157 e s.). (COMPARATO, 2007, p. 195)

Importante observar, dentro deste contexto, que a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. Confirmando este entendimento:

O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições do início do século. (COMPARATO, 2007, p. 192-193)

Assim, temos que a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar (1919) caracterizam-se como os marcos iniciais da positivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, que somente muitos anos depois seriam alvo de documentos adotados pela Assembléia Geral das Nações Unidas, quais sejam, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

2. Conceito e características dos direitos sociais

Antes de buscarmos um conceito para os direitos sociais, mostra-se necessário que estes sejam diferenciados dos direitos econômicos.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que os direitos econômicos têm uma dimensão institucional, enquanto os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal. Os

direitos econômicos voltam-se para a realização de determinada política econômica, ao passo que os direitos sociais disciplinam situações subjetivas, pessoais ou grupais, de caráter concreto. Pode-se admitir que os direitos econômicos caracterizam-se como pressupostos da própria existência dos direitos sociais tendo em vista que, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, dificilmente serão construídas as premissas necessárias para o surgimento de um sistema democrático capaz de tutelar as parcelas mais fragilizadas da população. (SILVA, 2008, p. 286)

Feita esta primeira distinção, observamos que a tentativa de conceituar algo não se mostra, na maioria das vezes, simples. Assim, na busca de um conceito para os direitos sociais, temos que a seguinte afirmação nos assegura o norte para que não percamos o rumo ao caminharmos pelos desdobramentos que a partir dela mostram-se necessários: "como as liberdades públicas, os direitos sociais são direitos subjetivos. Entretanto, não são meros poderes de agir – como é típico das liberdades públicas de modo geral – mas sim poderes de exigir. São direitos de crédito". (FERREIRA FILHO, 2006, p. 49-50)

Pode-se dizer que os direitos sociais são, em sentido material:

[...] direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares; porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional. (LEIVAS, 2006, p. 89)

A dimensão dos direitos fundamentais sob análise outorga ao indivíduo a possibilidade de exigir prestações sociais estatais (assistência social, saúde, educação, etc.), explicitando a necessidade de uma transição entre as liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. (SARLET, 2007, p. 57)

A nota distintiva dos direitos sociais é sua dimensão positiva, uma vez que não mais estamos diante de situações nas quais o que se busca é evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual; pelo contrário, o que se pretende, com o reconhecimento dos direitos sociais, é a garantia de participação do indivíduo no bem-estar social. "Não se cuida mais, portanto, de liberdade 'do' e 'perante' o Estado, e sim de liberdade 'por intermédio' do Estado".[3] (SARLET, 2007, p. 56-57)

O titular dos direitos sociais continua sendo, como nos direitos civis e políticos, o homem na sua individualidade. (LAFER, 2006, p. 127)

A exemplo dos direitos de primeira dimensão, também os direitos sociais se reportam à pessoa individual, sendo que, por este motivo, não podem ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. (SARLET, 2007, p. 57)

De se observar, porém, que os direitos sociais diferem em natureza dos clássicos direitos subjetivos. Tal diferença decorre da circunstância de que os direitos sociais não são fruíveis ou exeqüíveis de forma individual.[4] Isso não quer dizer que não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos judicialmente de forma semelhante a outros direitos subjetivos. Entretanto, via de regra, os direitos sociais, por terem como característica a generalidade e a publicidade, dependem, para sua eficácia, da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim é o caso, por exemplo, dos serviços públicos de educação, saúde e segurança. (LOPES, 2005, p. 129)

Nesse sentido, os sociais, embora tendo como titular o indivíduo, podem ser concebidos como direitos de índole coletiva, o que justifica, inclusive, a utilização da expressão "social". Os direitos de segunda dimensão caracterizam-se por serem uma "densificação do princípio da justiça social", sendo que correspondem, invariavelmente, a reivindicações das classes menos favorecidas, sobretudo a operária, a título de compensação em decorrência da extrema desigualdade que caracteriza as relações com a classe empregadora, detentora de maior poderio econômico. (SARLET, 2007, p. 57)

Por sua vez, o sujeito passivo dos direitos sociais é o Estado, sendo este o responsável pelo atendimento do objeto de tal modalidade de direitos, qual seja, a prestação de um serviço: o serviço escolar, quanto ao direito à educação; o serviço médico-sanitário-hospitalar, quanto ao direito à saúde; os serviços desportivos, para o lazer, etc. (FERREIRA FILHO, 2006, p. 50)

Em sentido amplo, todo direito a uma ação positiva do Estado pode ser caracterizado como um direito prestacional. Os direitos sociais, portanto, encontram-se entre as espécies de direitos prestacionais em sentido amplo e podem ser considerados como direitos prestacionais em sentido estrito. Ao lado deles, outras duas espécies de direitos prestacionais podem ser elencadas: os direitos de proteção e os direitos à organização e ao procedimento. (ALEXY, 2007, p. 391-393)

Os direitos de proteção podem ser entendidos como aqueles que dão ao indivíduo o direito fundamental à proteção estatal frente à intervenção de terceiros. Eles podem ter como objeto coisas muito diferentes, sendo que estas se estendem desde a proteção, de tipo clássico, frente ao homicídio, até a proteção frente aos perigos do uso pacífico da energia atômica. Não só a vida e a saúde são bens passíveis de proteção, como também todos aqueles que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, são dignos de receberem tutela estatal, como, por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. (ALEXY, 2007, p. 398)

Já os direitos à organização e ao procedimento vêm sendo compreendidos a partir da fórmula que lhes atribui o objetivo de realizar e assegurar os direitos fundamentais por meio, justamente, de uma organização e de um procedimento voltados para referida finalidade. Tal fórmula, porém, não faz a distinção entre o direito à organização e o direito ao procedimento. (ALEXY, 2007, p. 418-419)

Mostra-se fácil reconhecer a razão pela qual referida fórmula vem sendo utilizada de maneira pouco técnica. O espectro do que é designado por ela é muito amplo e se estende desde o direito a uma tutela jurídica efetiva, que poderia ser chamado de "direito aos procedimentos", até aquele direito a "medidas estatais de tipo

organizativo", que se refere aos critérios de composição dos órgãos colegiados. (ALEXY, 2007, p. 419)

A reunião de coisas tão diferentes sob um mesmo conceito somente se justifica em razão da existência de uma afinidade entre elas. Esta afinidade é, justamente, a idéia de procedimento. (ALEXY, 2007, p. 419)

Os procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios voltados para a obtenção de um resultado. Se este resultado é obtido por meio do respeito a tais regras e/ou princípios, então, do ponto de vista procedimental, isto representa algo positivo; se não se obtém desta maneira, então, do ponto de vista procedimental, tem lugar algo defeituoso ou negativo. Este conceito amplo compreende tudo o que pode ser enfeixado na seguinte fórmula: "realização e garantia dos direitos fundamentais por meio da organização e do procedimento". (ALEXY, 2007, p. 419)

Dentro da idéia que anima o presente trabalho, voltamos nossa atenção para os referidos direitos prestacionais em sentido estrito ou direitos fundamentais sociais.

Os fundamentais sociais são direitos a ações positivas, sendo que estas representam uma "mudança causal de situações ou processos na realidade, enquanto a omissão significa uma não-mudança de situações ou processos na realidade, embora fosse possível a mudança". (LEIVAS, 2006, p. 87)

Para que possam ser materialmente eficazes, os direitos sociais demandam a intervenção ativa e continuada dos Poderes Públicos, sendo que, ao contrário da maioria dos direitos individuais tradicionais, cuja proteção exige do Estado que jamais permita sua violação, os direitos sociais requerem uma enorme diversidade de políticas públicas que devem ter por objetivo a sua concretização. (FARIA, 1994, p. 54)

Sobretudo após a Primeira Guerra Mundial, constatou-se que para o adequado exercício dos direitos civis e políticos mostrava-se necessário que aos indivíduos fossem asseguradas condições mínimas de vida e bem-estar. Chegou-se à conclusão de que os direitos fundamentais de primeira e segunda gerações formam um conjunto uno e indissociável, constatando-se que a liberdade individual afigura-se como mera ilusão caso não seja acompanhada de um mínimo de igualdade social, sendo que esta, caso seja estabelecida com sacrifício dos direitos civis e políticos, acaba acarretando privilégios econômicos e sociais. (COMPARATO, 2007, p. 337)

A doutrina reconhece a característica da complementaridade entre os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões, sendo que estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por tal motivo, os direitos sociais, enquanto direitos de crédito, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais, procurando "garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão do todo em relação ao indivíduo, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho". (LAFFER, 2006, p. 127-128)

Os direitos sociais caracterizam-se, portanto, como direitos marcados pela busca da igualdade entre os indivíduos.

Nesse sentido, ao mesmo passo em que o princípio da igualdade é aquele que alavanca o entendimento de que os direitos sociais mostram-se necessários a fim de que a liberdade do indivíduo, reconhecida no ordenamento jurídico no âmbito formal, possa se concretizar do ponto de vista fático, o princípio da solidariedade revela-se como aquele capaz de harmonizar as várias dimensões dos direitos fundamentais, fazendo com que possam ser reconhecidos e garantidos concomitantemente.[5]

O princípio da igualdade, ou da eqüidade numa acepção que se pretende mais moderna e acertada, mesmo sendo reconhecido formalmente nos textos constitucionais que corporificam os contratos sociais dos países que integram o dito "mundo moderno civilizado", não traz aos indivíduos, na prática, a garantia de que a igualdade entre todos será efetivamente assegurada.

Como se sabe, os seres humanos são profundamente diversos. Além das diferenças relativas às nossas características externas (nas riquezas que herdamos ou no ambiente social e natural em que vivemos), somos diferentes também no que diz respeito a nossas características pessoais (idade, sexo, propensão à doença, aptidões físicas e mentais). Desta forma, a avaliação das demandas de igualdade tem que se ajustar à existência de uma diversidade humana generalizada, sendo que a poderosa retórica da igualdade entre os homens tende a desviar a atenção dessas diferenças. Ainda que tal retórica seja considerada como parte essencial do igualitarismo, o efeito decorrente da desconsideração das variações interpessoais pode ser, na realidade, profundamente não igualitário, escondendo o fato de que a igual consideração de todos pode demandar um tratamento bastante desigual em favor dos que estão em desvantagem. Neste sentido, temos que as exigências voltadas para a consecução de uma igualdade substantiva mostram-se especialmente rigorosas e complexas quando existe uma boa dose anterior de desigualdade a ser enfrentada. (SEN, 2001, p. 29-30)

A questão central da teoria política, em um Estado que se supõe governado pela concepção liberal de igualdade, é aquela que busca descobrir quais desigualdades em termos de bens, oportunidades e liberdades são permitidas e por quais motivos. (DWORKIN, 2002, p. 420)

Fica evidente, desta forma, que a concretização da igualdade entre os integrantes de um grupo social exige que os diversos indivíduos sejam tratados de forma desigual na medida em que possuem diferentes necessidades. Entretanto, a tentativa de convencimento de que esta abordagem do princípio da igualdade é a mais adequada não se revela tarefa simples.

O que se percebe, na realidade, é que "o homem sonha com um mundo unificado, com sociedades pacíficas onde reinem a concórdia e a felicidade. Entretanto, sua natureza parece se opor a isso, seu individualismo cego põe em risco não apenas a convivência humana, mas a própria vida no planeta Terra". (ROSSO, 2007, *on line*)

Somente o reconhecimento e o efetivo respeito ao princípio da solidariedade será capaz de assegurar que a igualdade entre os indivíduos afigure-se como objetivo capaz de ser concretizado, valendo destacar que, "perdida a noção de responsabilidade com o próximo, o próprio Direito torna-se ineficaz, parecendo inútil o trabalho de aperfeiçoamento do sistema jurídico quando se é olvidada sua base valorativa". (ROSSO, 2008, *on line*)

A idéia central que levou à incorporação dos sociais ao rol dos direitos fundamentais tem seu alicerce na necessidade de que a todos sejam garantidas condições mínimas de bem-estar, assegurando-se a igualdade de oportunidades, o que está intrinsecamente ligado ao princípio da solidariedade. (PORT, 2005, p. 09)

Assegurar a igualdade de oportunidades a todos: eis o objetivo a ser perseguido pelo Estado que pretenda cumprir de forma adequada o que dele se espera.

3. Conseqüências do déficit na implementação dos direitos sociais: exclusão, violência e criminalidade

Evidenciada a profunda necessidade de serem adotados mecanismos de concretização dos direitos fundamentais de segunda dimensão, mostra-se oportuna a abordagem de um dos temas que mais motivam o debate em todas as esferas do organismo social mundo afora, qual seja, o recrudescimento da violência e da criminalidade e a sua relação com a ausência ou baixa efetividade das políticas sociais.

Em princípio, mostra-se necessário destacar que, durante o século XX, o projeto modernista buscou a incorporação crescente da população à plena cidadania, sendo certo que todo e qualquer contrato social marcado por tal intenção deve se basear na noção de uma cidadania não apenas formal, mas substancial. (YOUNG, 2002, p. 19)

“Estado de Direito” e “cidadania” caracterizam-se como expressões correntes no âmbito do vocabulário político atual, sendo que se mostram “ligadas geralmente às idéias de democracia, de Governo limitado pelo Direito e de participação do povo nas decisões políticas”. (DALLARI, 2003, p. 194)

A cidadania é uma condição complexa e, assim, deve ser considerada como um antecedente lógico da democracia, caracterizando-se como a aptidão-direito do homem a ter direitos, derivada de sua própria condição humana. O fato de não se poder separar cidadania de condição humana não lhe imprime um caráter de naturalidade, sendo, portanto, inafastável o entendimento de que a cidadania caracteriza-se como uma construção histórica. Não obstante tal entendimento, chega-se, hoje, a uma aporia, qual seja, a de que negar a condição de cidadania a alguém equivale a negar-lhe a própria humanidade. Assim, percebe-se, em certo sentido, uma retomada da concepção aristotélica de homem, este compreendido como animal político e, portanto, incapaz de viver sem conexões com a cidade, devendo ser salientada a circunstância de que o homem só adquire a referida condição humana quando lhe é reconhecido um direito fundamental de existência, que é justamente o direito a ter direitos. (ALVES, 2008, p. 279-280)

Nesses termos, a cidadania, em um de seus aspectos, traz em si a idéia do direito fundamental à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, entre outras garantias que o Estado deve assegurar.

O reconhecimento da cidadania sempre foi considerado uma das principais conquistas que se verificaram ao longo da história da humanidade, especialmente em razão da influência do iluminismo francês, de caráter eminentemente racionalista, segundo o qual a cidadania baseia-se nos princípios da igualdade e da fraternidade. Em nossos dias, a idéia de cidadania pode ser compreendida, entre outras acepções, como o poder jurídico do indivíduo voltado para a fruição de serviços públicos ligados aos direitos fundamentais sociais (saúde, educação, moradia, segurança, etc.). (APPIO, 2005, p. 69)

Assim, não há como se deixar de reconhecer que a falta de concretização dos direitos sociais acarreta o que podemos denominar de "déficit de cidadania", lançando o indivíduo nas esferas da pobreza e da miséria, sendo que, "século após outro, décadas e mais décadas e o problema da exclusão social no Brasil continua presente, a despeito de sua gravidade e das conseqüências para grande parcela da população". (POCHMANN *et al*, 2004, p. 09)

Por certo, a pobreza e a miséria não são as únicas causas dos alarmantes índices de violência e criminalidade constatados não só no Brasil como também ao redor do Planeta; porém, enquanto geradoras de desigualdade social, contribuem de forma decisiva para o crescimento de tais índices. (PAULA, 2007, p. 3.164)

Os cientistas sociais indicam, entre outras causas, que a atividade criminosa está relacionada a fatores como urbanização, migração, pobreza, industrialização e analfabetismo, sendo que a profunda desigualdade que permeia a sociedade brasileira certamente serve de pano de fundo à violência cotidiana e ao crime. "A associação de pobreza e crime é sempre a primeira que vem à mente das pessoas quando se fala de violência. Além disso, todos os dados indicam que o crime violento está distribuído desigualmente e afeta especialmente os pobres". (CALDEIRA, 2000, p. 126 e 134)

No plano dos conceitos, a pobreza pode ser definida como a falta do necessário à vida, ao passo que a miséria é a pobreza extrema, a indigência ou penúria.

Tanto a pobreza quanto o seu estado mais agudo, a miséria, são reconhecidas como fatores sociais de violência e criminalidade, sendo certo que os delitos derivam principalmente da desigualdade econômica, valendo destacar que, para uma vertente do pensamento socialista, o crime representa uma reação contra a injustiça social. (GAROFALO, 1997, p. 103)

Essa constatação nos encaminha para o entendimento de que o sistema penal, sobretudo no âmbito do cárcere, agrega, em sua maioria, pessoas que não possuem o mínimo necessário para uma vida digna, uma vez que não lhes são assegurados os direitos fundamentais sociais. Neste sentido, temos que:

[...] os assaltantes, em sua quase totalidade, são indivíduos rudes, semi-analfabetos e pobres, quando não miseráveis. Sem formação moral adequada, eles são parias da sociedade, nutrindo indisfarçável raiva e aversão, quando não ódio, por todos aqueles que possuem bens de certo modo ostensivos, especialmente automóveis de luxo e mansões, símbolos inquestionáveis de um "status" econômico superior.

Esse sentimento de revolta por viver na pobreza não deixa de ser um dos fatores que induz o indivíduo ao crime (contra o patrimônio, especialmente), adquirindo, não raro, um sentido de violência delinqüencial muito grande. De fato, assaltantes adultos ou jovens, agindo isoladamente ou em quadrilhas, não se apiedam das vítimas, matando-as, às vezes, pelo simples esboço de um gesto qualquer de pavor ou de instintiva e desarmada defesa.

Esse ódio ou aversão contra os possuidores de bens age como verdadeiro fermento, fazendo crescer o bolo da insatisfação, do inconformismo e da revolta das classes mais pobres da sociedade, que se tiverem a temperar o bolo algum hipertensor da violência e agressividade humanas, infalivelmente as levarão ao cometimento de alentado número de atos anti-sociais, desde a destruição de uma simples cabine telefônica até à perpetração dos crimes mais bárbaros, dando números maiores às altas taxas de criminalidade, que parecem incluir-se na categoria das deseconomias de aglomeração, como um particular custo pago pelo habitante das grandes cidades pelas vantagens da urbanização.

Nesses casos, a repressão policial tem valor limitado, pois combatendo uma parte maior ou menor dos efeitos, não tem o condão de eliminar as causas.

E as causas todas emanam, principalmente, da má distribuição de riquezas e do conluio do Poder Público com o poder econômico, permitindo que este caminhe paralelamente com ele, como seu sub-gerente na condução dos destinos de um país. (FERNANDES *et al*, 2002, p. 389)

Resta claro, dessa forma, que a pobreza e a miséria são causas de um dos problemas mais sérios que atingem toda a humanidade nos dias atuais, qual seja, o aumento vertiginoso dos índices de criminalidade, sendo que nem mesmo o mais sofisticado e contundente aparato de repressão estatal vem conseguindo alcançar resultados relevantes no combate à violência que brota das desigualdades sociais.

Feita essa constatação, é preciso dizer que sob o império da economia de mercado e do fenômeno da globalização, a sociedade vem passando por transformações profundas a respeito das formas pelas quais o Estado promove intervenções em seu âmbito.[6] No atual contexto, as relações, os processos e as estruturas econômicas, políticas, demográficas, geográficas, históricas, culturais e sociais, desenvolvidas internacionalmente, impõem-se sobre as relações, processos e estruturas que se desenvolvem em escala nacional. (IANNI, 2006, p. 237)

Nos países desenvolvidos, o “Estado providência” vem cedendo espaço para uma forma de atuação neoliberal. As conseqüências desta mudança são sentidas de maneira marcante no aumento do número de delitos, fato que vem implicando em uma nova forma de atuação do Estado no campo da justiça criminal, acarretando um aumento considerável do tamanho, bem como da virulência, do aparato inerente ao sistema penal. Percebe-se, ainda, que em tais países o recrudescimento das formas de punição dos criminosos caracteriza-se como o método adotado para a busca da pacificação social, ao mesmo passo em que mecanismos inerentes ao *welfare State* são abandonados, tornando

as camadas sociais menos privilegiadas do ponto de vista econômico a “clientela preferencial” dos sistemas judiciais.

Já nos países em desenvolvimento ou países de modernidade tardia, antes da consolidação do “Estado do bem-estar social” está se verificando uma mudança na forma de atuação dos Poderes constituídos, sendo que estes, mesmo que de forma míope, vêm adotando uma estratégia de cunho neoliberal, circunstância que acarreta a consolidação das profundas desigualdades sociais entre os cidadãos e acentua a seletividade no campo de incidência dos mecanismos do sistema penal, atingindo principalmente os pobres e miseráveis.[7]

É preciso reconhecer que a produção de “refugo humano”, ou, em outras palavras, de “seres humanos refugados”, dos “excessivos” e “redundantes”, enfim, dos que não puderam ou não quiseram ser reconhecidos ou obter permissão para ficar e fazer parte de determinada sociedade, caracteriza-se como um produto inevitável da modernização, e um acompanhante inseparável da modernidade. (BAUMAN, 2005, p. 12)

A desigualdade econômica e as conseqüências dela decorrentes, mormente a pobreza e a miséria, são consideradas como características das sociedades modernas, “apesar de estas terem vindo proclamar que todos os homens (mesmo os trabalhadores) são livres e iguais perante a lei”. (NUNES, 2003, p. 30)

De se observar, também, que durante grande parte da história moderna, muitas partes do Planeta, sobretudo as “atrasadas” e “subdesenvolvidas”, permaneceram total ou parcialmente inatingidas pelas pressões modernizadoras, escapando, assim, de seu efeito “superpopulacional”. Essas partes “pré-modernas” ou “subdesenvolvidas” eram vistas e tratadas como terras capazes de absorverem os excessos populacionais dos “países desenvolvidos” e, assim, eram encaradas como destinos naturais para a exportação de “pessoas redundantes”, caracterizando-se como aterros sanitários óbvios e prontos a serem utilizados para o despejo do refugo humano produzido pelo processo de modernização. A remoção desse refugo caracterizou-se como a mais específica característica da colonização e das conquistas imperialistas, ambas possíveis, e mesmo inevitáveis, em decorrência do poder diferencial continuamente reproduzido pela abissal desigualdade de “desenvolvimento” (chamada, eufemisticamente, de “atraso cultural”), resultante, por sua vez, do confinamento do modo de vida moderno a uma parte “privilegiada” do Planeta. Essa desigualdade permitiu aos países modernos buscar – e encontrar – soluções globais para problemas de superpopulação produzidos localmente. (BAUMAN, 2005, p. 12-13)

Tal situação pôde permanecer enquanto a modernidade, isto é, a modernização perpétua, compulsiva, obsessiva e viciosa, permanecia um privilégio. A partir do momento em que a modernidade tornou-se a condição universal da humanidade, vieram à tona os efeitos de seu domínio planetário. Observou-se, a partir daí, que a modernização progrediu de modo avassalador, atingindo as partes mais remotas do Planeta, sendo que quase toda produção e consumo humanos tornaram-se mediados pelo dinheiro e pelo mercado, motivo pelo qual a mercantilização, a comercialização e a monetarização dos modos de subsistência dos indivíduos alcançaram os recantos mais longínquos. Em virtude de tais circunstâncias, não mais se dispõe de soluções globais para excessos locais, observando-se, na realidade, exatamente o contrário, isto é, todas as localidades (incluindo, de modo mais notável, aquelas com elevado grau de modernização) têm de

suportar as conseqüências do triunfo mundial da modernidade, vendo-se na obrigação de procurar, ao que parece sem sucesso, soluções locais para problemas produzidos globalmente. Em síntese, poderia se dizer que a nova plenitude do Planeta significa, essencialmente, uma crise aguda da indústria de remoção do refugo humano pois, enquanto sua produção prossegue inquebrantável, atingindo novos ápices, o Planeta, de forma cada vez mais rápida, necessita de novos locais de despejo e de ferramentas para reciclagem do lixo. (BAUMAN, 2005, p. 13)

Após a implosão do socialismo como modelo puro de governo, a prevalência do sistema capitalista e, mais recentemente, a adoção do modelo estatal neoliberal,[8] intensificaram as desigualdades entre os diversos estratos da pirâmide social, quer nos países desenvolvidos, em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, acarretando uma cada vez mais acentuada concentração de riquezas, fazendo com que uma legião de pobres e miseráveis sejam privados dos direitos fundamentais à educação, saúde, trabalho e segurança e, por este motivo, recebam continuamente estímulos para a prática criminosa. Nestes termos, é possível afirmar que o processo de transição da modernidade para a modernidade recente pode ser encarado como um movimento que se dá a partir de uma sociedade inclusiva no sentido da consolidação de uma sociedade excludente, ou seja, desde uma sociedade cuja tônica é a assimilação e a incorporação até uma outra que, com características opostas, separa e exclui. (YOUNG, 2002, p. 23)

De forma lenta e contínua, esse novo modelo social, marcado pela exclusão, vai esculpindo novos valores e substituindo antigas crenças, concepções de mundo e moral, acarretando mudanças que se verificam em diversos campos, como o econômico, social, familiar, político e, inclusive, no relacionamento humano. É certo que ainda se mostra prematuro apontar, de forma conclusiva, quais são os novos valores sociais emergentes, mas é possível observar como algumas alterações, já visíveis, alteram e abalam a modernidade, provocando um panorama assustador. (SALIBA, 2008, p. 172)

A análise da mudança do modelo estatal em cotejo com o fenômeno do aumento da criminalidade explica, em muitos de seus aspectos, a constatação de que há alguns anos a Europa vem sofrendo a escalada de um desses pânicos morais capazes, por sua amplitude e virulência, de mudar profundamente os rumos das políticas estatais, redesenhando a fisionomia das sociedades por ele atingidas, tendo por objeto a delinqüência dos jovens, a violência urbana, os múltiplos distúrbios e as incivilidades, cujo centro de irradiação seriam os “bairros sensíveis”. (WACQUANT, 2001, p. 17)

Especificamente sobre a França, constata-se que o Estado iniciou um processo marcado pelo abandono de muitas políticas no campo social, resultando daí uma soma extraordinária de sofrimentos de todos os tipos, afetando não apenas as pessoas que vivem na pobreza e na miséria. Com o novo perfil do Estado francês, temos que, na origem dos problemas surgidos nos subúrbios das grandes cidades, há uma política neoliberal de habitação que, posta em prática na década de 1970, acarretou uma autêntica segregação social, colocando, de um lado, o subproletariado, composto, em grande parte, por imigrantes, que permaneceu nos grandes conjuntos coletivos, e, de outro lado, os trabalhadores permanentes dotados de um salário estável e a pequena burguesia, que passaram a residir em pequenas casas individuais compradas a crédito, fato que lhes trouxeram enormes dificuldades. Inegável, portanto, que o corte social sob foco foi determinado por uma medida política. (BORDIEU, 1998, p. 45)

É importante destacar que, atualmente, a Europa vem recebendo a influência decisiva dos Estados Unidos no que tange à forma de organização do Estado, deixando o modelo social ("Estado providência") e fortalecendo uma tendência neoliberal, postura que acarreta forte redução dos investimentos voltados para a implementação dos direitos fundamentais sociais, bem como a erradicação de sindicatos com a conseqüente modificação das relações trabalhistas e a extinção de benefícios.[9]

Vale observar, neste ponto, que nos Estados Unidos o que atualmente se verifica é um desdobramento do Estado, ou seja: de um lado, observa-se um Estado que mantém as garantias sociais, mas apenas para os privilegiados, isto é, para os que tenham cacife econômico capaz de dar garantias à atuação estatal; de outro, o que se percebe é um Estado repressor, policialesco, voltado para o povo. Neste sentido, dois exemplos mostram-se emblemáticos: no Estado da Califórnia, um dos mais ricos e conservadores dos Estados Unidos, o orçamento das prisões é superior, desde 1994, ao orçamento de todas as universidades reunidas; já os negros do gueto de Chicago só conhecem, do Estado, o policial, o juiz, o carcereiro e o *parole officer*, que é o oficial encarregado de aplicar as penas, diante de quem eles devem se apresentar regularmente, sob risco de voltarem à prisão. Como se percebe, a atuação do Estado está se reduzindo, cada vez mais, à sua função policial e punitiva.[10] (BORDIEU, 1998, p. 45-46)

Entretanto, ao contrário do que se esperava, tal postura estatal vem ensejando um sensível aumento da criminalidade tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, deixando claro, então, que a penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um "mais Estado" policial e penitenciário o "menos Estado" econômico e social, sendo tal estratégia a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, sejam desenvolvidos ou não. (WACQUANT, 2001, p. 07-08)

Ainda sobre a política de segurança neoliberal, temos que:

[...] ela reafirma a onipotência do Leviatã no domínio restrito da manutenção da ordem pública – simbolizada pela luta contra a delinqüência de rua – no momento em que este afirma-se e verifica-se incapaz de conter a decomposição do trabalho assalariado e de refrear a hipermobilidade do capital, as quais, capturando-a como tenazes, desestabilizam a sociedade inteira. E isso não é uma simples coincidência: é justamente porque as elites do Estado, tendo se convertido à ideologia do mercado-total vinda dos Estados Unidos, diminuem suas prerrogativas na frente econômica e social que é preciso aumentar e reforçar suas missões em matéria de "segurança", subitamente relegada à mera dimensão criminal. No entanto, e sobretudo, a penalidade neoliberal ainda é mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século. Isso é dizer que a alternativa entre o tratamento social da miséria e de seus correlatos – ancorado numa visão de longo prazo guiada pelos valores de justiça social e de solidariedade – e seu tratamento penal – que visa as parcelas mais refratárias do subproletariado e se concentra no curto prazo dos ciclos eleitorais e dos pânicos orquestrados por uma máquina midiática fora de controle, diante da qual a Europa se

vê atualmente na esteira dos Estados Unidos, coloca-se em termos particularmente cruciais nos países recentemente industrializados da América do Sul [...].(WACQUANT, 2001, p. 07-08)

Especificamente sobre o Brasil, constatamos um ambiente de desesperança e pânico coletivo, sendo que a histeria em torno da necessidade de segurança e as reações irracionais e reacionárias em face da questão da violência urbana comprometem até mesmo um projeto democrático que se pretenda duradouro, uma vez que preconizam desde a adoção da pena de morte para delinqüentes de todo tipo, passando por operações militares violentas e indiscriminadas em favelas e núcleos de pobreza da população civil, até a utilização banal de providências extraordinárias de estabilização da ordem pública, como o estado de sítio e o estado de defesa (arts. 136 e 137 da Constituição Federal), sabidamente acompanhadas da conseqüente supressão de direitos e garantias fundamentais. Este fenômeno, que em maior ou menor escala tem hoje feição mundial, demonstra a expansão do movimento *law & order*, assentando-se: a) na deterioração generalizada do tecido social; b) na violência urbana e na ineficiência do Estado no sentido de enfrentá-la; c) na expansão mundial do terrorismo, do crime organizado, do narcotráfico e das operações de lavagem de dinheiro obtido por meios ilícitos (*money laundery*). Diante de tal quadro, mostra-se impossível ignorar que a escalada da violência nos centros urbanos brasileiros, especialmente a violência gerada pelas facções de narcotraficantes, que explode nas favelas e se irradia para todos os pontos das cidades, tem atingido proporções extremas e insuportáveis. (CASTRO, 2005, p. 263-265)

Assim, mostra-se necessário que aos indivíduos seja garantida a possibilidade de superarem a pobreza e a miséria[11] sendo que, para tanto, devem ser promovidos mecanismos de concretização dos direitos fundamentais, caracterizando-se esta como uma das principais estratégias no combate à violência e à criminalidade, uma vez que, afastado do estado de penúria, o indivíduo deixará de encontrar tantos estímulos que o levam à prática delitiva.

Não há como se negar que o papel do Estado é intervir de modo a realizar, passo a passo, a justiça social. “Os pilares gêmeos da modernidade são o Estado de Direito e o ‘Estado do bem-estar social’ tal como representado na teoria legal neoclássica e nas noções positivistas de planejamento. O Estado protege e o Estado liberta”. (YOUNG, 2002, p. 19-20)

É preciso, de uma vez por todas, compreender que “os direitos humanos não são mais simplesmente solenes declarações de intenção, mas, muito antes, uma parte obrigatória da ordem dos direitos e do Estado. Eles perderam o caráter de simples princípios de legitimidade e se tornaram princípios de legalidade”. (HÖFFE, 2006, p. 416)

Mesmo dentro de uma concepção liberal de Estado, mostra-se necessário compreender que o liberalismo realmente democrático já não pode ser aquele da Revolução Francesa, devendo ser permeado pelos elementos humanistas que vieram ao encontro do ideal da liberdade. (BONAVIDES, 1993, p. 49)

Em um País como o nosso, repleto de injustiças, os direitos sociais apresentam-se como uma contribuição essencial do Estado, sobretudo em favor daquela parcela da população que se mostra carente dos recursos básicos para o acesso a uma condição existencial minimamente aceitável, possibilitando-lhe alcançar o livre desenvolvimento físico e espiritual. (ZIMMERMANN, 2006, p. 333-334)

Não podemos ver perdurar um Estado que mantém relações ambíguas com a sociedade: autoritário e violento com a grande maioria da população e, ao mesmo passo, dócil e transigente com os interesses da elite. Sem que a sociedade brasileira seja capaz de provocar uma autêntica ruptura que tenha os direitos fundamentais como paradigma ético e a Constituição como único caminho, "a exceção continuará sendo a regra para largos setores da população e a democracia continuará sofrendo grandes dificuldades em se consolidar". (VIEIRA, 1995, p. 195)

Devemos ressaltar que os conceitos de cidadania, democracia e direitos fundamentais estão intimamente ligados, sendo que um remete ao outro e seus conteúdos interpenetram-se. A análise da realidade brasileira, sobretudo pelo viés daqueles que se encontram na pobreza ou, pior do que isso, na mais completa indigência, deixa claro que as inovações trazidas pela Constituição, cujo signo maior é a verdadeira democracia, aquela que implica total respeito aos direitos fundamentais, estão ainda muito longe de serem alcançadas. O cidadão brasileiro, na realidade, usufrui de uma cidadania aparente, uma cidadania de papel, sendo que a temática da cidadania encontra seu limite quando nos deparamos com o problema da efetividade das normas constitucionais e com a inépcia dos Poderes Públicos. A concepção da nova cidadania está articulada a partir dos direitos fundamentais, sendo que cada um deles tem sua especificidade, mas constituem um todo integrado, em que cada um está implicado com os demais e a sua totalidade é que dá suporte para a "democratização da democracia". (COSTA, 2007, p. 187)

Os Poderes constituídos e a sociedade civil organizada devem enfrentar o tema da concretização dos direitos sociais pois, somente assim, a pobreza e a miséria, enquanto causas da violência e da criminalidade, serão adequadamente equacionadas, em benefício de todos os indivíduos, independentemente do estrato social em que estejam inseridos.

Considerações Finais

A ideologia neoliberal e o avanço da tecnologia transformaram o Planeta numa "aldeia global", sendo que dentro dela os padrões de comportamento e de atuação, seja dos indivíduos, das instituições e até mesmo dos Estados, passaram a ser estabelecidos quase que exclusivamente pelos detentores do capital.

Nesse novo contexto, a força do mercado econômico e financeiro, sobretudo diante dos padrões competitivos impostos pelos países asiáticos, vem exigindo dos Estados a implementação de uma política voltada para a revisão dos direitos sociais, resultando daí uma sistemática redução do nível de qualidade de vida daqueles que dependem basicamente da força do seu trabalho.

Esse novo perfil (neo)liberal do Estado vem acarretando o sucateamento dos serviços públicos voltados para a concretização dos direitos sociais, sendo que a amplitude do atendimento e a qualidade dos serviços de saúde, educação, assistência e previdência social, por exemplo, diminuem a cada ano.

O Estado está de joelhos, revelando-se impotente diante do poderio dos gigantescos conglomerados empresariais, aos quais vem se submetendo, resultando dessa pífia atuação do Poder Público um quadro lastimável de exclusão social, além de índices cada vez mais alarmantes de violência e criminalidade.

De se observar, ainda, que quanto menos efetivo no cumprimento de seu dever de garantir ao indivíduo o acesso aos direitos fundamentais, mais policialesco e penitenciário tem se mostrado o Estado, fazendo com que, em pleno século XXI, as prisões se assemelhem às masmorras da Idade Média, caracterizando-se como verdadeiros depósitos de seres humanos.

Diante desse quadro, não se revela surpreendente a crise de credibilidade que atinge de forma contundente a classe política brasileira, resultando daí a clara impressão de que as instituições que devem dar sustentação ao Estado Democrático de Direito, como os Poderes Executivo e Legislativo, são descartáveis.

Por certo, esse mesmo nível de descartabilidade ronda o Poder Judiciário e, para que seja afastado, demandará um esforço de todos os operadores do Direito, sobretudo dos magistrados, para que uma nova concepção a respeito das estratégias de distribuição de justiça seja alcançada, tornando realidade as previsões do texto constitucional pertinentes aos direitos fundamentais.

As novas formas de interpretação, que valorizam os princípios e trazem para o universo jurídico a compreensão de que o direito processual deve estar voltado para a concretização do direito material, deixando para trás concepções extremamente formalistas, devem ser valorizadas.

Os dispositivos constitucionais pertinentes aos direitos sociais não devem ser encarados como normas despidas de eficácia jurídica ou como meras promessas constitucionais inconseqüentes.

As normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais sociais devem ter aplicação imediata, tudo de acordo com o que deixa claro o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, dispositivo este que, até mesmo por sua posição dentro do ordenamento jurídico, não pode ter sua eficácia postergada ou simplesmente afastada.

No mundo globalizado, a atuação do mercado deve ser combinada com a intervenção do Estado, e é o texto constitucional quem assegura essa possibilidade por meio das normas que consagram os direitos sociais e regulamentam a ordem econômica.

O caminho a ser percorrido em busca da concretização dos direitos fundamentais é longo e repleto de dificuldades. Entretanto, o fim almejado é justo e recompensador, sendo que somente poderá ser alcançado por intermédio da mobilização da sociedade e do comprometimento dos Poderes do Estado, tendo no Ministério Público o ponto de apoio e de fomento, encontrando no Judiciárioo Poder Judiciiva o futuro da s a certeza

da justiça social, exatamente aquela proclamada por Jesus Cristo, cujo símbolo indelével é a partilha do pão – o "o pão nosso" que na Oração pedimos ao Pai que nos seja ofertado a cada dia, ao mesmo tempo em que suplicamos o perdão por nossas faltas, entre as quais está, sem dúvida entre as mais graves, a indiferença para com aqueles que têm fome e sede, sobretudo de justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66: Renovar, 1999.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales: Madrid, 2007.

ALVES, Fernando de Brito. Os horizontes de Prometeu: cidadania e direitos fundamentais em países de modernidade tardia. *In*: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (orgs.). *Direitos humanos revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

APPIO, Eduardo. *Teoria geral do Estado e da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BORDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: 34 – Editora da Universidade de São Paulo – USP, 2000.*

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Ademar Antunes da. Cidadania e direitos humanos no marco do constitucionalismo. *In*: COSTA, Marli Marlene Moraes da (coord.). *Direito, cidadania e políticas públicas: direito do cidadão e dever do Estado*, Volume II. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de direito e cidadania. *In*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides.* São Paulo: Malheiros, 2003.

DEMO, Pedro. *Pobreza política: a pobreza mais intensa da pobreza brasileira*. Campinas: Armazém do Ipê, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo. *Os desafios do Judiciário*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 47-57: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) – USP, 1994.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1991.

GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.

GAROFALO, Raffaelle. *Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal*. Campinas: Peritas, 1997.

GIDDENS, Antthony. *A terceira via*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

KUNTZ, Rolf. *A redescoberta da igualdade como condição de justiça*. *In:* FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto. *Os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. . Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. *In:* FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

POCHMANN, Marcio; AMORIM, Ricardo (orgs.). *Atlas da exclusão social no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2004.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da Administração Pública*. São Paulo: RCS, 2005.

ROSSO, Paulo Sergio. *Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Revista Eletrônica do Centro de Estudos Jurídicos da Universidade Federal do Paraná (CEJUR-UFPR). Curitiba, a.2, v.1, n.2, ago./dez. 2007. Disponível em: <http://www.cejur.ufpr.br/revista/artigos/002-2sem-2007/artigo-09.pdf>. Acesso em: 15.01.2009.

_____. *O princípio da solidariedade e o sistema tributário brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Jacarezinho: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (FUNDINOPI), 2008. Disponível em: <http://www.mestrado.fundinop.br/teses/Paulo%20Rosso.pdf>. Acesso em: 15.01.2009.

SALIBA, Maurício Gonçalves. Neoliberalismo, justiça e direitos humanos. *In*: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (orgs.). *Direitos humanos revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEN, Amartya Kumar. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *In*: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (dirs.). *Arquivos de direitos humanos*, Volume V. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil. *In*: GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre a lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

---

[1] Aqui, a lição de Daniel Sarmento: "Neste cenário, surgem, dos mais variados flancos, críticas ao liberalismo econômico, sob cuja égide se criara e se nutria o capitalismo selvagem. O marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja, sob perspectivas diferentes, questionavam o individualismo exacerbado do constitucionalismo liberal. Para o marxismo, os direitos humanos do liberalismo compunham a superestrutura ligada à dominação econômica exercida pela burguesia sobre o proletariado. Eram uma fachada, que visava conferir um verniz de legitimidade a uma relação de exploração, que só teria fim com a implantação do comunismo e o fim das classes sociais. [...] O socialismo utópico, de pensadores como Charles Fourier, Robert Owen e Louis Blanc, também questionava o liberalismo, considerando-o incapaz de resolver a questão social, mas não propunha, como solução, que os proletários tomassem o poder pela força, parecendo acreditar na possibilidade de convencimento da burguesia da necessidade de promoção de reformas sociais. [...] Já a doutrina social da Igreja, embora discordando radicalmente da idéia marxista de luta de classes, abria-se para a questão operária, defendendo a instituição de direitos mínimos para o trabalhador, a partir da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, editada em 1891. Nessa Encíclica, a Igreja criticava o individualismo exacerbado do liberalismo, e defendia a assunção pelo Estado de uma posição mais ativa na sociedade, em defesa dos mais pobres. Posteriormente, o Papa Pio XII dá continuidade a esta pregação na *Quadragesimo Anno*, de 1931, e o tema será revisitado em vários outros documentos pontifícios, como as Encíclicas *Mater et Magistra* (1961) e *Pacem in Terris* (1963), de João XXIII e *Populorum Progressio* (1967) e *Humanae Vitae* (1969), de Paulo VI". (SARMENTO, 2006, p. 17)

[2] Importante observar, entretanto, que a previsão constitucional dos direitos econômicos e sociais não significou uma imediata implementação do ponto de vista fático. Neste sentido, o posicionamento de Robert Alexy: "Poder-se-ia achar que com a

codificação dos direitos do homem por uma Constituição, portanto, com sua transformação em direitos fundamentais, o problema de sua institucionalização esteja resolvido. Isso não é, todavia, o caso. Muitos problemas dos direitos do homem agora somente tornam-se visíveis em toda sua dimensão e novos acrescem por seu caráter obrigatório, agora existente". (ALEXY, 1999, p. 62)

[3] Com a ressalva de Ingo Wolfgang Sarlet: "Ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que se atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as denominadas 'liberdades sociais'. [...] A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho 'positivo' possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase da evolução dos direitos fundamentais". (SARLET, 2007, p. 57)

[4] Explicitando essa idéia, o comentário de José Eduardo Faria: "A característica básica dos direitos sociais está no fato de que, forjados numa linha oposta ao paradigma kantiano de uma justiça universal, foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem." (FARIA, 1994, p. 54)

[5] Na expressão de Fábio Konder Comparato, o arremate desse entendimento: "É o princípio da solidariedade que constitui o fecho de abóbada de todo o sistema de direitos humanos". (COMPARATO, 2007, p. 337)

[6] Sobre as conseqüências da globalização, mostram-se oportunos os apontamentos de José Augusto Lindgren Alves: "Uma das contradições evidentes de nossa época consiste no vigor com que os direitos humanos entraram no discurso contemporâneo como contrapartida natural da globalização, enquanto a realidade se revela tão diferente. Não é necessário ser 'de esquerda' para observar o quanto as tendências econômicas e as inovações tecnológicas têm custado em matéria de instabilidade, desemprego e exclusão social. Inelutável ou não, nos termos em que está posta, e independentemente dos juízos de valor que se lhe possa atribuir, a globalização dos anos de 1990, centrada no mercado, na informação e na tecnologia, conquanto atingindo (quase) todos os países, abarca diretamente pouco mais de um terço da população mundial. Os dois-terços restantes, em todos os continentes, dela apenas sentem, quando tanto, os reflexos negativos. [...] Enquanto para a sociedade de classes, da 'antiga' modernidade, o proletariado precisava ser mantido com um mínimo de condições de subsistência (daí o *welfare State*), para a sociedade eficientista, da globalização pós-moderna, o pobre é responsabilizado e estigmatizado pela própria pobreza. Longe de produzir sentimentos de solidariedade, é associado ideologicamente ao que há de mais visivelmente negativo nas esferas nacionais, em escala planetária: superpopulação, epidemias, destruição ambiental, vícios, tráfico de drogas, exploração do trabalho infantil, fanatismo, terrorismo, violência urbana e criminalidade. As classes abastadas se isolam em sistemas de segurança privada. A classe média (que hoje abarca os operários empregados), num contexto de insegurança generalizada, cobra dos legisladores penas aumentadas para o criminoso comum. Ou, sentindo os empregos e as fontes de remuneração ameaçadas, recorre a 'bodes expiatórios' na intolerância contra o 'diferente' nacional – religioso, racional ou étnico – ou contra o imigrante estrangeiro (às vezes simplesmente de outra região do país). Anulam-se, assim, os direitos civis". (ALVES, 2005, p. 26-27)

[7] A respeito das conseqüências da adoção do modelo neoliberal em países de modernidade tardia, como o Brasil, as observações de Lenio Luiz Streck: "Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do 'Estado providência' ou *welfare State* tem conseqüências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado social. O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo deste Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia [...]. No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um 'simulacro de modernidade'. Como muito bem assinala Eric Hobsbawn, o Brasil é um 'monumento à negligência social', ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque o Estado, no Sri Lanka, empenhou-se na redução das desigualdades. Ou seja, em nosso País as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno do Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. Só que existe um imenso déficit social em nosso País, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno. [...] É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. As políticas neoliberais, que visam a minimizar o Estado, não aportarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza. Veja-se o exemplo ocorrido na França, onde, recentemente, após um avanço dos neoliberais, a pressão popular exigiu a volta das políticas típicas do 'Estado providência'. Já em nosso País, ao contrário disto, seguimos na contramão, é dizer, quando países de ponta rediscutem e questionam a eficácia (social) do neoliberalismo, caminhamos, cada vez mais, rumo ao 'Estado absenteísta', 'minimizado', 'enxuto' e 'desregulamentado' (*sic*) [...]. É este, pois, o dilema: quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe! Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito. O Direito recupera, pois, sua especificidade. No Estado Democrático de Direito, ocorre a secularização do Direito. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas". (STRECK, 2005, p. 24-27)

[8] A respeito de uma das principais características do neoliberalismo, a abordagem de Anthony Giddens: "O antagonismo ao *welfare State* é um dos traços neoliberais mais característicos. O *welfare State* é visto como a fonte de todos os males, de maneira muito parecida àquela como o capitalismo era visto outrora pela esquerda revolucionária. [...] O que provê o bem-estar social se o *welfare State* deve ser desmantelado? A resposta é um crescimento econômico conduzido pelo mercado. *Welfare* deveria ser entendido não como benefícios estatais, mas como maximização do progresso econômico, e, portanto, riqueza geral, permitindo-se aos mercados operar seus milagres". (GIDDENS, 2005, p. 23)

[9] A respeito do tema, as palavras esclarecedoras de Rolf Kuntz: “As políticas públicas de pleno emprego estão falidas, admite-se por toda parte; fala-se em redução da semana de trabalho, mas a proposta mais freqüente é tornar as relações de emprego ‘mais flexíveis’. Na Espanha, os socialistas tomam a iniciativa de pôr em debate mudanças desse tipo, como estímulo à sustentação do emprego. Os padrões de competição impostos pelo Extremo Oriente acabam ganhando o *status* de ‘normalidade’. Enquanto o drama não se resolve, e não se resolverá tão cedo, fecham-se as fronteiras, tenta-se frear a imigração e, de vez em quando, torram-se algumas famílias de estrangeiros. A combustibilidade, como descobriu a nova geração alemã, é uma das propriedades químicas mais interessantes dos povos morenos. Os turcos, porém, nada têm a ver com as decisões de cúpula da Volkswagen, da Kodak, da Nestlé, da Peugeot ou Mitsubishi. Por isso, enquanto as famílias de imigrantes fornecem um alvo à estupidez organizada, os grupos transnacionais prosseguem na sua rearticulação, dando novo formato aos mercados e jogando pela borda milhões de trabalhadores. Se há algo fora de dúvida, quanto a essa reorganização do capital, é o seu caráter excludente e concentrador. Os novos padrões de tecnologia e de gerência criam multidões de excedentes, alargam a distância entre as maiores e as menores remunerações e deixam aos planejadores e políticos um novo problema: descobrir um meio de reincorporar milhões de trabalhadores à atividade produtiva”. (KUNTZ, 2005, p. 145) Em complementação, a oportuna abordagem de José Murilo de Carvalho: “A exigência de reduzir o déficit fiscal tem levado governos de todos os países a reformas no sistema de seguridade social. Essa redução tem resultado sistematicamente em cortes de benefícios e na descaracterização do ‘Estado do bem-estar’. A competição feroz que se estabeleceu entre as empresas também contribuiu para a exigência de redução dos gastos via poupança de mão-de-obra, gerando um desemprego estrutural difícil de eliminar. Isso por sua vez, no caso da Europa, leva a pressões contra a presença de imigrantes africanos e asiáticos e contra a extensão a eles de direitos civis, políticos e sociais. O pensamento liberal renovado volta a insistir na importância do mercado como mecanismo auto-regulador da vida econômica e social e, como conseqüência, na redução do papel do Estado. [...] Diante dessas mudanças, países como o Brasil se vêem frente a uma ironia. Tendo corrido atrás de uma noção e uma prática de cidadania geradas no Ocidente, e tendo conseguido alguns êxitos em sua busca, vêem-se diante de um cenário internacional que desafia essa noção e essa prática”. (CARVALHO, 2007, p. 225-226)

[10] Com a observação de Michel Foucault, deixando claro que esta não é a melhor estratégia no combate à violência e à criminalidade: “se há um desafio político global em torno da prisão, este não é saber se ela será não corretiva; se os juízes, os psiquiatras ou os sociólogos exercerão nela mais poder que os administradores e guardas; na verdade ele está na alternativa prisão ou algo diferente de prisão. O problema atualmente está mais no grande avanço desses dispositivos de normalização e em toda a extensão dos efeitos de poder que eles trazem, através da colocação de novas objetividades”. (FOUCAULT, 1991, p. 268)

[11] Pedro Demo aponta alguns horizontes voltados para o enfrentamento da pobreza: “Em primeiro lugar, torna-se claro que, para enfrentar a pobreza, é mister acertar seu fulcro político, e isto quer dizer, sem tirar nem pôr, que não é possível fugir do confronto. Esse termo parece excessivamente agressivo, mas quer apenas denotar sua

dialética intrínseca política. Se o pobre não souber confrontar-se, entra no cenário como massa de manobra e disso não sai mais. Confrontar-se é a habilidade da cidadania democrática, feita dentro de regras de jogo do Estado de Direito, mas plantada na capacidade do pobre de fazer história própria. Não se combate a pobreza sem o pobre no comando desse processo. Em segundo lugar, não basta distribuir, é imprescindível redistribuir renda, tocando decisivamente no espectro das desigualdades vigentes. Os pobres não são pobres apenas porque produzem pouco, são desqualificados, heterogêneos, mas principalmente porque são 'desiguais', ou seja, espoliados, marginalizados, imbecilizados. É preciso tocar nessa chaga e virar o sentido histórico do acesso às oportunidades. Redistribuir renda implica necessariamente retirar de quem tem demais, equalizar oportunidades, privilegiar os desprivilegiados, o que coloca outro sentido ao debate sobre focalização das políticas sociais. Quando feita de cima, a focalização acaba em coisa pobre para pobre, inapelavelmente. Quando o pobre é figura central e comanda a focalização, pode ter como resultado iniciativas redistributivas de renda e poder. Sobre esse pano de fundo, o combate à pobreza poderia ser organizado em três dimensões hierárquicas e essenciais: a) primeiro, é mister haver assistência social, porque o direito à sobrevivência é um direito radical; sem ele, não há nada depois; todavia, o mais imediato nem sempre é mais importante; b) segundo, é mister haver inserção no mercado, para que o pobre se auto-sustente, ande com pernas próprias, tenha projeto de vida; c) terceiro, é mister haver cidadania, para que o pobre assuma seu destino com devida autonomia". (DEMO, 2006, p. 35-36)

A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL AO SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO À LUZ DA AUTONOMIA MUNICIPAL NO SISTEMA FEDERATIVO BRASILEIRO*

THE FUNDAMENTAL RIGHT'S INTERPRETATION AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO APPROPRIATE PUBLIC SERVICE CONCERNING THE MUNICIPAL AUTONOMY IN THE BRAZILIAN FEDERATIVE SYSTEM

Miguel Rocha Nasser Hissa

RESUMO

Os direitos fundamentais constituem o cânone interpretativo de todas as regras do ordenamento jurídico. Distribuídos em cinco gerações, são compreendidos de forma a se preservar a unidade do corpo normativo em que se incluem e a conferir máxima efetividade a seus preceitos. As colisões entre tais direitos são solucionadas através das técnicas do sopesamento ou da proporcionalidade, sem que impliquem na invalidade de um detrimento de outro. Dotados atualmente de uma dimensão objetiva, demandam, freqüentemente, prestações positivas do Poder Público. Nesse contexto, o direito ao serviço público adequado, consectário do direito à organização e ao procedimento, surge para concretizar as políticas públicas reclamadas pelos demais direitos fundamentais. É importante que sua efetivação se dê em conformidade com a autonomia conferida aos entes estatais pela Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS. GERAÇÕES. INTERPRETAÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA. SERVIÇO PÚBLICO. AUTONOMIA. MUNICÍPIO.

ABSTRACT

The fundamental rights are the interpretative standards of all the juridical sytem's rules. Distributed in five generations, they are comprehended in a way to preserve the unity of the normative body in which they are included and to invest the most possible effectiveness to its commands. The collisions between them are resolved through the balancement's or proporcionality's techniques, which don't result in the repeal of one to the detrimento f other. They are also endowed with an objective dimension an often demand demand positive instalments from the public government. In this context, the fundamental right to appropriate public service, resulted from the right to organization and proceedings, appears to realize the public policies demanded by the others fundamental rights. It is important that its effectiveness occurs in the most possible accordance with the autonomy invested to the responsible political entity by the Constitution.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS. GENERATIONS. INTERPRETATION. OBJECTIVE DIMENSION. PUBLIC SERVICE. AUTONOMY. MUNICIPAL.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 conferiu inegável importância aos direitos fundamentais. O extenso rol de direitos e garantias individuais e coletivos, previstos no Título II da Carta Política, demonstra a preocupação do legislador constituinte em assegurar desde os direitos fundamentais clássicos, como a vida e a liberdade, até aqueles de configuração mais recente, como os que dizem respeito à proteção dos trabalhadores. Além disso, o Texto Magno enunciou que os direitos ali previstos, a par de não excluírem outros que decorram dos princípios adotados na Constituição, possuem aplicabilidade imediata[1], independentemente de qualquer norma para sua regulamentação.

Para atingir tal status, contudo, os direitos fundamentais passaram – e ainda passam – por uma extensa evolução doutrinária. O presente trabalho objetiva traçar uma análise desta evolução, pontuando as respectivas gerações de direitos e indicando os princípios que informam a sua interpretação. Serão dedicadas algumas linhas também à regra da proporcionalidade e à dimensão objetiva alcançada pelos direitos fundamentais, mormente aqueles de caráter prestacional.

Algumas observações acerca do direito fundamental ao serviço público adequado, como sua origem e seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro, também serão pontuadas neste artigo, assim como a relação entre este direito e a autonomia municipal no sistema federativo, esperando, com isso, contribuir para a efetiva concretização de bens jurídicos tão caros à sociedade brasileira.

2. AS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Entendidos, inicialmente, tão-somente como aqueles direitos que demandam uma abstenção do Estado ante a esfera pessoal do cidadão, os direitos fundamentais são encarados hoje em uma mais ampla perspectiva, sendo que a própria ação estatal é necessária para sua concretização. Para compreender tal evolução conceitual, é imprescindível uma análise da conformação histórica dos direitos fundamentais à luz da teoria das gerações (ou dimensões), acolhida e ampliada, no Brasil, pela doutrina de Paulo Bonavides. As gerações dos direitos fundamentais, nessa perspectiva, são identificadas com os momentos históricos em que cada categoria de direito fundamental foi sendo conquistada.

É inegável que os direitos fundamentais estão intrinsecamente vinculados aos valores filosóficos da liberdade e da dignidade. Tais valores, por dizerem respeito ao homem enquanto ser humano, considerado em si mesmo[2], são tidos como universais. E daí resulta a universalidade dos direitos fundamentais, manifestada pioneiramente pelo racionalismo francês da Revolução de 1789, o qual possibilitou a difusão dos direitos fundamentais em todo o planeta. Fábio Konder Comparato[3], mesmo ressalvando a

violência com que agiram os líderes da Revolução – negando, não raras vezes, a própria idéia de direitos humanos – avalia: “mas a verdade é que foi unicamente graças a esse ‘espírito de geometria’ da razão abstrata, sempre a mesma em todos os tempos e lugares, e que veio substituir o império da tradição, variável de povo a povo, que as idéias revolucionárias puderam ser levadas, em pouco tempo, a quase todos os quadrantes do mundo”.[4]

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, portanto, corresponde ao vetor histórico da consolidação dos direitos fundamentais, a partir da qual passaram a se desenvolver as respectivas gerações de tais direitos. O próprio lema da Revolução Francesa (*liberdade, igualdade e fraternidade*) serviu para que a doutrina identificasse as três primeiras dimensões dos direitos fundamentais; além dessas, uma quarta e uma quinta geração – esta última bem recente – foram acrescentadas pelos estudiosos, definindo os atuais contornos da teoria dos direitos fundamentais. Impende salientar, desde já, que o termo *geração* não implica sucessão, mas acréscimos históricos; todas as gerações dos direitos fundamentais possuem (ou devem possuir) o mesmo grau de validade e eficácia no ordenamento jurídico. É por isso que Willis Santiago Guerra Filho[5] prefere utilizar o vocábulo “dimensão”:

Que ao invés de “gerações é melhor se falar em “*dimensões de direitos fundamentais*”, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já trás direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.[6]

Traçaremos, a seguir, algumas linhas acerca de cada geração, situando-as em seus respectivos contextos históricos.

2.1. Os direitos fundamentais de primeira geração

São de primeira geração os direitos à liberdade (civis e políticos), tal como idealizados nas doutrinas liberais que inauguraram o constitucionalismo no Ocidente. Possuem uma carga predominante de subjetividade e tratam dos direitos de resistência ante o Estado, o qual se reconhece como separado da Sociedade. Na lição de Paulo Bonavides, são direitos que “valorizam o homem singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual”.[7]

Na medida em que refletem os direitos civis (como a vida, a segurança, a propriedade e as liberdades em geral), os direitos fundamentais de primeira geração correspondem ao *status negativo*, tal como conceituado por Georg Jellinek, competindo ao Estado não impedir seu exercício pelos titulares de tais direitos[8]. Gérson Marques de Lima[9], ao tratar das teorias do *status* de Jellinek, compara a posição do indivíduo ante o Estado à

de um deficiente visual em um quarto escuro: será necessário, em primeiro lugar, informar ao sujeito o que se encontra ao seu redor, criando um raio de ação dentro do qual ele possa agir sem ser confrontado por quaisquer obstáculos; é justamente esse o papel do *status negativo*. Nas palavras do autor:

Situar o cidadão frente ao Estado é, numa alegoria, como situar um deficiente visual num quarto cheio de perigos e possibilidades. Urge, primeiramente, alertá-lo do que há à sua frente, às suas costas e nos seus lados. Definidos estes parâmetros, o indivíduo ficará consciente de seu atuar dentro do quarto obscuro (*rectius*, do Estado), o que facilitará seu trânsito no ambiente, indo para um lado ou para o outro, quando necessário. Tal esclarecimento prévio importará saber quando agir e quando suportar determinadas intempéries ou determinações estatais. (p. 80)

Ainda em um paralelo com a teoria do status, os direitos fundamentais de primeira geração, segundo José Adércio Leite Sampaio[10], também se identificam com o *status activus*, na medida em que traduzem direitos políticos de inspiração democrática. Nessa toada, citando o próprio Jellinek, Robert Alexy[11] diz que, "para que o indivíduo seja inserido nesse status, a ele 'devem ser outorgadas capacidades que estejam além de sua liberdade natural', como, por exemplo, o direito de votar".

2.2. Os direitos fundamentais de segunda geração

A segunda geração dos direitos fundamentais compreende os direitos sociais, culturais e econômicos e os direitos coletivos, cujos nascedouros são as doutrinas antiliberais do Estado Social, germinadas no século XX. Proclamados inicialmente na Carta Política mexicana de 1917, na Declaração de Direitos Russa de 1918 e na Constituição de Weimar de 1919, tais direitos obtiveram largo reconhecimento nas Constituições ocidentais do segundo pós-guerra. Conforme Bonavides[12], "nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula".

São direitos fundamentais de segunda geração a educação, a saúde, o trabalho, a previdência social, entre outros. Todos eles demandam ações concretas do ente estatal, de forma que sua efetivação depende de prestações materiais em favor dos indivíduos e das coletividades, através de políticas públicas[13]. Trata-se do *status positivo* ou *status civitatis* da teoria de Jellinek[14]. Virgílio Afonso da Silva[15] assim expressa a amplitude dos direitos fundamentais de segunda geração:

Se "proteger direitos sociais" implica uma exigência de ações estatais, a resposta à pergunta "o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?" tem que, necessariamente, incluir ações. "Proteger direitos", nesse âmbito, significa "realizar direitos". Por isso, pode-se dizer que o *âmbito de proteção* de um direito social é composto pelas *ações estatais que fomentem a realização desse direito*.

Embora por muito tempo a juridicidade desses direitos tenha sido questionada, atualmente são poucas as vozes contrárias à aplicabilidade imediata dos direitos

fundamentais de segunda geração, que passaram a adquirir uma dimensão objetiva[16]. Canotilho[17] fala em direitos originários à prestação, que se caracterizam quando "(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos".

2.3. Os direitos fundamentais de terceira geração

Pressupõem os direitos fundamentais de terceira geração, segundo José Adércio Leite Sampaio[18], "máximas solidariedade, igualdade, liberdade e participação". São encarados na perspectiva da relação entre Estados, originados que são da reação à exploração dos países em desenvolvimento pelos desenvolvidos. Canotilho[19] utiliza o termo "direitos dos povos" para designá-los:

A partir da década de 60, começou a desenhar-se uma nova categoria de direitos humanos vulgarmente chamados *direitos de terceira geração*. Nesta perspectiva, os direitos do homem reconduzir-se-iam a três categorias fundamentais: os direitos de liberdade, os direitos de prestação (igualdade) e os direitos de solidariedade. Estes últimos direitos, nos quais se incluem o direito ao desenvolvimento e o direito ao património comum da humanidade, pressupõem o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o actuar activo de cada um e transportam uma dimensão colectiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: **direitos dos povos**.[20]

Os direitos fundamentais de terceira geração, efetivamente, possuem um alto grau de universalidade; para Bonavides[21], mais do que destinados à proteção de um determinado indivíduo ou Estado, "têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta". Abrangem o direito ao desenvolvimento e à autodeterminação, mas não somente esses; o direito ao meio ambiente, à comunicação, ao patrimônio comum da humanidade e até mesmo à saúde, considerada em um plano global, também são apontados pelos autores como de terceira geração. Veja-se, nesse sentido, a lição de José Adércio Leite Sampaio[22]:

No plano internacional, os direitos culturais ganham força, para além do desenvolvimento cultural e identitário (Levy. 1997), no direito à igual participação na herança comum da humanidade e ao compartilhamento dos benefícios obtidos pelos avanços científicos, e, ainda conexionados com a política e a revolução dos meios de informação, o direito à comunicação (Prott. 1988; McIver Jr. e Birdsall. 2002). A fraternidade embandeirada pela nova geração inspirou adicionalmente a idéia de que somos todos habitantes de um mesmo e frágil mundo a exigir um concerto universal com vistas a manter as condições de habitabilidade planetária para as presentes e futuras gerações. Tem-se a afirmação do direito ao desenvolvimento sustentável e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; tanto quanto, para alguns, incluem-se os direitos que contextualizam no plano global a proteção à saúde, de modo a tornar acessíveis, sem as barreiras das patentes, remédios para doenças graves como a AIDS (cf. Adams. 2001; Mutharika. 2003).

Tais direitos vêm encontrando previsão cada vez mais expressa não apenas nas Cartas Constitucionais de diversos países, mas também em documentos universais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Declaração Universal dos Direitos dos Povos (1976) e a Carta Africana sobre Direitos do Homem e dos Povos (1981).

2.4. Os direitos fundamentais de quarta geração

Espécies distintas de direitos são apontadas por variados doutrinadores como de quarta geração. José Adércio Leite Sampaio relaciona uma gama de estudiosos que se reportam aos direitos bioéticos (ou biodireitos) e virtuais (no sentido de acesso universal aos meios tecnológicos e de inclusão digital), aos direitos das mulheres, crianças, idosos e portadores de necessidades especiais, aos direitos à proteção em face do abuso tecnológico e até mesmo aos direitos psico-espirituais.

Merece análise mais detida a concepção de Paulo Bonavides[23], para quem os direitos fundamentais de quarta geração, surgidos como reação à globalização do neoliberalismo, constituem a fase final de institucionalização do Estado Social, introduzidos que são pela globalização política no âmbito da normatividade jurídica. Compreendem o direito à informação, ao pluralismo e à democracia, de preferência direta; estão no topo da pirâmide conceitual das gerações dos direitos, na medida em que potencializam a objetividade dos direitos de segunda e terceira geração e a subjetividade daqueles da primeira dimensão:

Os direitos da quarta geração não somente culminam *a objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – *a subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *principial*, *objetiva* e *axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais de quarta geração, ainda na precisa lição de Bonavides, colocam o homem como cidadão, a quem é dado inclusive fiscalizar, perante a instância competente, a constitucionalidade de leis e de atos do Poder Público à luz dos direitos de todas as gerações, “sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta”.[24]

2.5. Os direitos fundamentais de quinta geração

José Adércio Leite Sampaio[25] aponta dois autores com visões distintas acerca da quinta geração dos direitos fundamentais: para Majid Tehrarian, estes seriam aqueles que tratam “do cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida”, com o reconhecimento de que “a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado”; já na ótica de Abu Y Marzouki, tais direitos se originam das reações à dominação biofísica, “de modo a impedir a tirania do estereótipo de beleza e medidas

que acabam por conduzir a formas de preconceitos com raças ou padrões reputados inferiores ou fisicamente imperfeitos".

Novamente, contudo, merece destaque a posição de Paulo Bonavides, que guinda o direito à paz daqueles de terceira dimensão e o elege como epicentro dos direitos fundamentais da quinta geração. Segundo o autor, para que o Estado Democrático de Direito atinja sua plena legitimidade, a paz deve ser alçada ao grau máximo de juridicidade e universalidade. Bonavides[26] busca em Kant o fundamento para este direito de quinta geração:

Direito à paz, sim. Mas *paz* em sua dimensão perpétua, à sombra do modelo de Kant. *Paz* em seu caráter universal, eu sua feição agregativa de solidariedade, em seu plano harmonizador de todas as etnias, de todas as culturas, de todos os sistemas, de todas as crenças que a fé e a dignidade do homem propugnam, reivindicam, concretizam e legitimam.

A Constituição de 1988, de resto, positivou a defesa da paz no art. 4º, inc. VI, significando, ainda com Bonavides[27], que, "como todo princípio na Constituição, tem ele a mesma força, a mesma virtude, a mesma expressão normativa dos direitos fundamentais. Só falta universalizá-lo, alçá-lo a cânone de todas as Constituições".

3. OS PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com a Nova Hermenêutica Constitucional, inaugurada pelo pós-positivismo da segunda metade do século XX, os direitos fundamentais passaram a se revestir de um alto grau de juridicidade. Antes considerados programas políticos abstratos, tais direitos se transmudaram em normas à luz das quais todas as demais regras do ordenamento devem ser interpretadas. Não foi à toa que Paulo Bonavides[28] escreveu que os direitos fundamentais se converteram "no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição", pois ultrapassaram a relação indivíduo-Estado e, por conseqüência, receberam uma dimensão objetiva de conteúdo axiológico, projetada sobre todo o ordenamento jurídico. Essa nova fase de interpretação da Constituição tratou de conferir concretização aos direitos fundamentais através do emprego de métodos hermenêuticos inteiramente distintos dos apregoados pela Escola Histórica de Savigny[29]. Passou-se a buscar uma interpretação da Constituição que outorgasse máxima efetividade aos princípios nela inscritos, mormente aqueles que tratam dos direitos fundamentais[30].

3.1. Os princípios de interpretação da Constituição

Canotilho cita sete princípios a serem observados pelo intérprete no ato de captação do sentido do texto constitucional: o da unidade da Constituição, o do efeito integrador, o da máxima efetividade, o da conformidade funcional, o da concordância prática ou harmonização, o da força normativa da Constituição e o da interpretação das leis em conformidade com a Constituição[31].

De acordo com o princípio da unidade, a Constituição deve ser vista como um corpo único, dotado de normas que não se excluem e que devem ser examinadas em

conformidade com o todo; segundo Canotilho[32], “o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”. Francisco Gérson Marques de Lima[33] complementa essa afirmativa ressaltando que as aparentes contradições do texto constitucional podem ser solucionadas através dos meios fornecidos pelo próprio conjunto normativo. Segundo esse autor, “de fato, se esse princípio consiste no pensamento da Constituição como um sistema único, e não como normas isoladas e dispersas, as pseudo-antinomias e as falsas incompatibilidades de normas isoladas pacificam-se mediante os recursos imersos no próprio conjunto”.

O princípio do efeito integrador, por sua vez, deriva do princípio da unidade: diante das questões jurídico-constitucionais postas à apreciação do intérprete, deve ser privilegiada a solução mais condizente com a integração política e social. Canotilho[34] enfatiza que este princípio não se assenta em uma noção integracionista de Estado e da sociedade (o que poderia redundar em autoritarismo), “antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras”.

O princípio da máxima efetividade – também designado, por Canotilho, como da eficiência ou interpretação efetiva –, por sua vez, reza que se deve buscar a interpretação das normas constitucionais que dê o maior alcance possível à concretização dos direitos fundamentais.

Já o princípio da conformidade funcional – hoje tido mais como um princípio de competência do que de interpretação da Constituição – dispõe que as funções previstas no texto constitucional para cada órgão político não podem ser subvertidas pelo intérprete, pelo legislador ou pelo aplicador da lei. Nas palavras de Márcio Augusto Vasconcelos Diniz[35], “quando a Constituição regula de uma determinada maneira as tarefas dos titulares de funções estatais, o órgão interpretador deve se ater ao âmbito das funções que lhe são destinadas”.

De acordo com o princípio da concordância prática, na hipótese de colisão de direitos fundamentais, deve ser dada primazia à solução que não vulnere a essência de nenhum deles. Os bens jurídicos conflitantes, com efeito, devem ser coordenados de forma a impedir o completo sacrifício de uns em detrimento de outros, estabelecendo-se limites recíprocos para harmonizá-los; revela-se aí a importância do princípio da proporcionalidade, o qual será abordado adiante.

O princípio da força normativa da Constituição impele o intérprete a adotar pontos de vista que garantam a constante eficácia do texto constitucional. É o que Canotilho[36] chama de “eficácia óptima da Lei Fundamental”: os direitos fundamentais contêm uma densidade normativa própria e não dependem de leis posteriores para sua aplicabilidade plena no “âmbito da norma”.[37] Márcio Diniz[38] explicita o conteúdo deste princípio com as seguintes palavras:

Quem interpreta as normas constitucionais sem ter consciência delas, cumpre meramente a Constituição, isto é, exerce apenas as competências que ela outorga; mais importante do que meramente cumprir a Constituição é extrair dela a máxima eficácia possível em cada problema concreto a solucionar, é ter presente o seu significado na experiência vital da Comunidade, é viver a Constituição. A Constituição deve ser,

portanto, revitalizada, sempre, e concretamente pelos membros da comunidade, dos quais se requer não uma vontade de poder, mas uma vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), a consciência de que ela é uma ordem jurídica que requer constante legitimação e só se realiza na sua aplicação; a sua natureza consiste em que ela vale, é eficaz, isto é, ela tem uma pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*), no sentido de que os estados por ela regulados efetivamente ocorram na realidade.

Por fim, o princípio da interpretação conforme a Constituição é utilizado em face da existência de várias compreensões possíveis de determinada norma infraconstitucional; em tal caso, deve ser priorizada a interpretação mais condizente com a Lei Magna. Canotilho aponta três dimensões de tal princípio: a) *a dimensão da prevalência da Constituição*, segundo a qual, dentre as possibilidade de interpretação, deve ser escolhida apenas uma que não contrarie o programa da norma constitucional; b) *a dimensão da conservação de normas*, de acordo com a qual se deve evitar declarar a inconstitucionalidade de uma regra, na medida em que ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição; c) *a dimensão da exclusão da interpretação conforme a Constituição mas* contra legem, a qual impõe que o princípio em liça não deve ser aplicado caso contrarie o sentido da norma; em tais casos, é mais adequado que se reconheça a inconstitucionalidade do ato normativo.

3.2. O sopesamento e a regra da proporcionalidade

A existência de princípios informadores da interpretação constitucional, porém, nem sempre é suficiente para evitar um conflito entre direitos fundamentais. Em não raras ocasiões, determinadas condutas são permitidas de acordo com um princípio constitucional e proibidas à luz de outro. Nessas hipóteses, o intérprete deve sopesar os direitos fundamentais envolvidos e, à luz do caso concreto, eleger um direito a prevalecer. Tal atividade interpretativa, porém, não implica a invalidade do direito não acolhido naquela circunstância; em outra situação, esse mesmo bem jurídico pode ter primazia em relação ao que preponderou na primeira hipótese. É isso que leva Alexy[39] a afirmar que "conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso".

Existem hipóteses ainda em que o próprio legislador realiza o sopesamento de direitos fundamentais ao editar uma norma legal; nesse cenário, surge a regra da proporcionalidade[40], destinada a garantir a máxima efetividade das normas constitucionais, ainda quando aparentemente contraditórias[41]. Tal regra emerge para refrear abusos praticados pelos poderes constituídos no âmbito dos direitos fundamentais. Francisco Gérson Marques de Lima[42] tece as seguintes considerações, enfatizando as sub-regras que derivam da utilização da proporcionalidade:

A proporcionalidade, como princípio dos princípios, abriga em seu conceito as idéias de *adequação* (entre os meios e os fins), de *proporcionalidade* em sentido estrito, de *exigibilidade ou necessidade* (quando se tem que fazer, que se opte pelo meio menos gravoso), de *proibição do arbítrio*, do *excesso* (o meio mais idôneo e a menor restrição possível) e da *insuficiência*. Não se encontra expresso na Constituição brasileira, mas sobressai-se altaneiro nos julgados, como corolário da boa razão, da justiça, da

eqüidade, da *mesotes* aristotélica, segundo esta, o necessário é a justa medida entre a falta e o excesso, entre o *demais* e o *demenos*, a bravura entre a covardia e a temeridade, entre o dois e o dez, o seis (regra adotada na Lei Penal, na individualização da pena)

Qualquer medida de intervenção nos direitos fundamentais que não observe a regra da proporcionalidade com todos os seus consectários, portanto, será considerada inconstitucional; trata-se de regra ínsita à própria natureza dos princípios, conforme Alexy[43]:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Faz-se mister, dessa forma, que qualquer ato destinado a disciplinar um conflito de princípios constitucionais se mostre *adequado* (apto a atingir o fim colimado), *necessário* (meio menos gravoso) e ainda *proporcional em sentido estrito* (as vantagens perseguidas pelo ato devem compensar os prejuízos causados pelo sacrifício de outros princípios). Carlos Bernal Pulido[44], depois de destacar a consagração jurisprudencial da regra da proporcionalidade, sintetiza cada uma de suas sub-regras:

1. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

Tais sub-regras devem ser aplicadas de forma sucessiva, o que demonstra a existência de uma hierarquia de relevância entre elas. Por conseguinte, apenas se adequada a medida é que se passará a examinar sua necessidade e, em seguida, sua proporcionalidade em sentido estrito. A esse respeito, Gilmar Mendes[45] ensina que, “na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo *peso* ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é

necessário não pode ser *inadequado*". Logo em seguida, o autor esclarece que "positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final".[46]

3.3. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

A partir da noção de que tanto o administrador público quanto o legislador devem buscar a máxima concretização dos direitos fundamentais – que, segundo o texto constitucional, possuem aplicabilidade imediata –, surge para o Estado um dever de realizar prestações positivas em favor dos titulares de tais direitos. Essa obrigação estatal se origina da concepção objetiva dos direitos fundamentais (principalmente os de segunda geração), cujos valores, incorporados ao seio social, demandam a criação de instituições para a consecução de políticas públicas.

Em consonância com essa teoria, Paulo Bonavides[47] afirma que os direitos fundamentais se vinculam uma "liberdade 'objetivada', atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser 'criados', fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais da segunda geração". No mesmo sentido, Daniel Sarmento[48] aponta a importância do papel do Estado para a efetivação dos direitos de segunda geração:

Hoje, garantir os direitos do homem significa protegê-los nos mais diferentes contextos, públicos ou privados. O Estado, que apesar das múltiplas crises que enfrenta ainda é o principal garantidor dos direitos fundamentais, tem de criar novas instituições e remodelar as já existentes, sem o que não estará à altura desta que constitui a sua mais importante missão. Se os direitos fundamentais se irradiam para as relações privadas, e se cabe ao Estado protegê-los quando forem violados por terceiros, este Estado tem que estar devidamente aparelhado para desincumbir-se desta sua função. Tem de formular e implementar as políticas públicas necessárias, pois mesmo a garantia dos direitos individuais de matriz liberal não tem hoje como prescindir de comportamentos ativos do Estado para a sua salvaguarda.

Para Canotilho[49], a dimensão objetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais é caracterizada tanto por imposições legiferantes, determinando ao legislador a obrigação de criar as condições para o gozo de tais direitos, quanto por deveres de prestação aos cidadãos. Gilmar Mendes[50] também reconhece que, embora nem sempre exista uma pretensão subjetiva do titular em face do Estado, incumbe a este o dever de adotar as providências no sentido de tornar efetivos os direitos fundamentais, enquanto elementos da ordem jurídica objetiva.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais implica ainda a necessidade de proteção, pelo Estado, dos titulares de direitos fundamentais contra lesões ou ameaças de terceiros; trata-se do direito à proteção, conceituado por Alexy[51] como "direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação". Nessa vertente, até mesmo

os direitos individuais – de primeira geração – adquirem um caráter prestacional, na medida em que se exige do ente estatal uma atitude positiva para salvaguardar os direitos fundamentais dos indivíduos em face da intervenção de terceiros. Consoante Daniel Sarmento[52], o dever de proteção está relacionado à idéia do *Welfare State*, "que enxerga no Estado não apenas um 'inimigo' dos direitos do Homem, que por isso deve ter as suas atividades limitadas ao mínimo possível (Estado mínimo), mas uma instituição necessária para a própria garantia destes direitos na sociedade civil".

4. O DIREITO FUNDAMENTAL AO SERVIÇO PÚBLICO E SUA CONCRETIZAÇÃO NO SISTEMA FEDERATIVO BRASILEIRO

Como conseqüência da organização político-administrativa do Estado Brasileiro, todas as pessoas políticas integrantes da Federação, no âmbito de suas respectivas competências, possuem o ônus de concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição. Tal encargo, segundo a ótica do Estado Social, revela-se não apenas em condutas negativas do poder público[53], mas principalmente em ações positivas (políticas públicas), tendentes a conferir efetividade aos direitos que demandam prestações materiais do Estado[54]. Referidas ações positivas, contudo, somente se efetivam através da prestação de serviços públicos adequados à coletividade, que se traduzem nos direitos relativos à organização e ao procedimento. Estes, decerto, constituem os alicerces para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Segundo Canotilho[55], a efetivação dos direitos sociais não prescinde da existência prévia de "instituições, esquemas organizatórios e procedimentos que forneçam o suporte logístico, institucional e material assegurador da dinamização dos direitos sociais". Gérson Marques de Lima[56] comunga desse entendimento, ao escrever: "os direitos fundamentais exigem, enfim, para serem eficazes, uma *estrutura* dos órgãos do Estado aptos a, de fato, assegurá-los; bem como requerem que os *procedimentos* adotados pelo Estado, no seu atuar de ofício ou mediante provocação, sejam *adequados*".

É inegável a importância do direito fundamental ao serviço público adequado em face da Nova Hermenêutica Constitucional, que, como visto, preconiza o mais alto grau de concretização até mesmo dos direitos que reclamam uma prestação positiva do ente público. Decerto, tais bens jurídicos, para se materializarem, necessitam de um aparato do Estado funcionando de forma adequada através do serviço público de qualidade.

Os serviços públicos consistem em prestações do Poder Público, específicas ou genéricas, destinadas a propiciar benefícios e bens aos administrados em geral; tratam-se de atividades essenciais à coletividade, sendo, por isso, universais e sujeitas ao regime jurídico de Direito Público. Odete Medauar[57] enumera os seguintes princípios a que se submete a atividade prestacional do ente público: igualdade de todos perante o serviço público (ou paridade de tratamento), segundo o qual é vedado ao ente estatal proceder a qualquer discriminação entre usuários que não possua respaldo na Constituição; funcionamento contínuo, sendo vedada a interrupção do serviço, haja vista a sua relevância para a coletividade; possibilidade de modificar o modo de execução, que tem por finalidade adaptar a prestação do serviço a novas exigências, oriundas de tecnologias modernas[58]; e funcionamento eficiente. Celso Antônio Bandeira de Mello[59] acrescenta que o Estado possui o dever inescusável de promover-lhes a prestação, sob pena de ação judicial para compeli-lo a tanto ou responsabilizá-lo pelos danos que sua omissão haja causado. Para que seja acessível a

todos os indivíduos, ademais, impõe-se que o serviço público seja gratuito ou prestado a módicas tarifas. Com efeito, se o Estado atribui tamanha relevância à atividade pública, não seria razoável que os indivíduos, para desfrutar de tais atividades, fossem obrigados a despender importâncias elevadas.

No Brasil, o direito fundamental ao serviço público adequado decorre dos arts. 9º, §1º, e 175, parágrafo único, inc. IV, da Constituição Federal[60], e tem a finalidade de tutelar o bem-estar coletivo através de uma atividade estatal apropriada. A Lei nº 8.987/95 – que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos –, dispõe no art. 6º, §1º, que "serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas". E acrescenta, no §2º, que "a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço".

Dentre os julgados do Supremo Tribunal Federal que abordaram o aludido direito fundamental, destaca-se o Mandado de Injunção n° 670/ES, que teve por objeto a omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos. Nessa oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, reconheceu a existência do conflito entre, de um lado, "as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 9º, *caput*, c/cart. 37, VII)" e, de outro, o "direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (CF, art. 9º, §1º)".[61]

A prestação do serviço público adequado, contudo, relaciona-se, de forma direta, com a autonomia conferida pela Constituição aos entes que compõem a República Federativa do Brasil, os quais, em suas respectivas esferas de atuação, são responsáveis pelas atividades que lhes foram constitucionalmente destinadas. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 conferiu aos municípios um alto grau de "dignidade federativa"[62]. O art. 18, *caput*[63], alçou os entes municipais, na expressão de Hely Lopes Meirelles[64], à categoria de "entidade estatal de terceiro grau" interna à República Federativa do Brasil, com a mesma capacidade de autogoverno de que gozam o Estado-membro e a União. Nos limites estabelecidos apenas no texto constitucional, o Município, além de ser governado por representantes eleitos diretamente pelo povo, passou a deter aptidão para, exercendo o poder constituinte decorrente, elaborar suas próprias normas de organização através da Lei Orgânica (auto-organização), editar suas próprias leis (autolegislação), inclusive tributárias, e gerir os serviços públicos destinados à coletividade (auto-administração).

A institucionalização conferida ao Município pelo art. 29[65] do diploma constitucional, decerto, é digna de nota. Tal dispositivo, ao estabelecer um *quorum* qualificado de dois terços dos membros da Câmara Municipal para a aprovação da Lei Orgânica Municipal, imprimiu a esta uma rigidez semelhante à de uma Constituição. Outrossim, o art. 30[66] do texto magno contém um rol de competências municipais sem precedentes na história do constitucionalismo brasileiro. Paulo Bonavides[67], a esse respeito, conclui: "a combinação dos três artigos [18, 29 e 30] será doravante a pedra angular de compreensão da autonomia do município, que qualitativamente subiu de degrau com a adição política feita ao todo federativo, em cujo arcabouço se aloja".

Efetivamente, cada uma das entidades federadas possui suas próprias atribuições, inexistindo subordinação entre elas e sendo vedada a interferência de qualquer ente

federativo no âmbito de competência de outra pessoa política. Não obstante, a atuação do Município no Estado Brasileiro costuma ser indevidamente refreada pelos demais entes federados, seja na esfera do Poder Executivo, seja na do Legislativo. Os gestores da União e do Estado-membro, com efeito, freqüentemente retêm verbas constitucionalmente destinadas ao ente municipal, condicionando sua liberação à regularização de pendências, apuradas unilateralmente, em convênios firmados entre a entidade repassadora e o Município destinatário da verba. Outrossim, é habitual a edição de emendas constitucionais e leis, tanto no âmbito federal quanto no estadual, regulamentando matéria de competência do Município, frustrando a execução das políticas públicas constitucionalmente destinadas ao ente municipal.

Tal constrangimento à autonomia do Município retira efetividade ao direito fundamental ao serviço público adequado. Se o ente municipal, por um lado, não é titular de uma independência absoluta, é necessário, por outro, cautela na utilização dos freios à sua capacidade de autolegislação e auto-administração. O controle da autonomia do Município foi regulado pelo constituinte originário de 1988 e nem mesmo o constituinte derivado possui o condão de ampliá-lo, haja vista a vedação contida no art. 60, §4º, inc. I, da Constituição Federal[68]. É necessário, portanto, concretizar o Direito Fundamental ao serviço público adequado através da preservação das capacidades de auto-organização, autolegislação e auto-administração do município.

Essa relação de dependência entre o serviço público e a autonomia adquire maior relevância ante a realidade da posição do Município no Estado Brasileiro. Os entes municipais, constantemente, dependem de recursos federais e estaduais para uma prestação plena e adequada dos serviços públicos de sua competência. Como conseqüência, aquelas entidades se tornam suscetíveis a intervenções indevidas por parte da União e dos Estados-membros, que freqüentemente prevalecem de sua superioridade econômica para usurpar a autonomia municipal. Tal conduta abusiva obsta a efetivação do dever constitucional, imposto ao Município, de prestar serviços à população, que permanece carente da implementação de políticas públicas adequadas.

5. CONCLUSÃO

Diante desta exposição, pode-se perceber o longo caminho percorrido pela teoria dos direitos fundamentais até a atualidade; inicialmente considerados meras imposições de abstenção do Estado frente à esfera jurídica individual, os direitos fundamentais foram alçados a uma dimensão objetiva irradiante sobre todo o ordenamento jurídico. Seus princípios interpretativos, de efeito, demonstram o tratamento diferenciado que lhes é conferido em relação às regras de direito; procura-se reduzir suas contradições e maximizar sua efetividade.

Outrossim, é inquestionável, atualmente, a obrigação estatal de atuar positivamente para concretizar direitos de todas as gerações, seja através de políticas públicas, seja através de mecanismos de proteção ante a violação por terceiros; daí ressai a necessidade de mecanismos aptos a instrumentalizar a fruição dos direitos fundamentais. A importância de tais mecanismos precipitou o surgimento do direito fundamental à organização e ao procedimento, que tem em uma de suas vertentes a prestação de um serviço público adequado.

A qualidade do serviço público, porém, está diretamente relacionada ao exercício da autonomia pelo ente estatal respectivo. Os serviços públicos, efetivamente, são materializados à medida que o ente público incumbido de sua prestação atua com o maior grau de autonomia possível permitido pela Constituição. Impõe-se, dessa forma, que o princípio federativo seja tratado com a reverência devida, sob pena de grave retrocesso na efetividade alcançada pela teoria dos direitos fundamentais.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos de. *Constituição e hermenêutica constitucional.* 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais.* 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais).* São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<Ser-moralmente-melhor>>*. Fortaleza: ABC, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 10. ed. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* 3. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia.* São Paulo: Malheiros, 2009.

---

[1] Art. 5º, §1º, que dispõe: "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

[2] Francisco Meton Marques de Lima conceitua os valores universais como "aqueles que exercem sua força sobre o homem como um todo, o homem universal, pela sua simples condição de ser humano, a ele inerente em qualquer parte do universo." (LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<Ser-moralmente-melhor>>*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 65).

[3] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 2008, p. 133.

[4] Não se nega, aqui, o papel desempenhado pelos *bill of rights* norte-americanos para o desenvolvimento dos direitos fundamentais; tais declarações de direitos, contudo, não possuem pretensões de universalidade; para Comparato, os americanos "estavam mais interessados em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que em levar a idéia de liberdade a outros povos" (op. cit., p. 133). No mesmo sentido, Paulo Bonavides, para quem as declarações estadunidenses se dirigiam quando muito à sociedade que se libertava politicamente, "ao passo que a Declaração Francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano" (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 562).

[5] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais.* 5. ed. São Paulo: RCS, 2007, p. 43.

[6] No mesmo sentido, Bonavides ensina que "o vocábulo 'dimensão' substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo 'geração', caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade" (op. cit. pp. 571-572). Canotilho também critica o uso do vocábulo *geração*, ao defender que "a idéia de *generatividade geracional* também não é totalmente correcta: os direitos são de todas as gerações" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003).

[7] Op. cit., p. 564.

[8] Para um estudo da teoria do status, de Jellinek, é válido recorrer à obra de Robert Alexy, para quem tal teoria "é o mais formidável exemplo de construção teórica analítica no âmbito dos direitos fundamentais" (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 269).

[9] LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais).* São Paulo: Malheiros, 2002.

[10] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

[11] Op. cit., p. 268.

[12] Op. cit., p. 564.

[13] Na lição de Comparato: "aqui, são grupos sociais inteiros, e não apenas indivíduos, que passam a exigir dos Poderes Públicos uma orientação determinada na política de investimentos e de distribuição de bens; o que implica uma intervenção estatal no livre jogo do mercado e uma redistribuição de renda pela via tributária". (Op. cit., p. 194)

[14] "Deixando de lado o aspecto da competência e outros refinamentos adicionais, o cerne do status positivo revela-se como o direito do cidadão, em face do Estado, a ações estatais. É a esse ponto que Jellinek se refere quando declara que o status positivo é 'exatamente o contrário do negativo". (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 265)

[15] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia.* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 77.

[16] V. infra, item 2.3.

[17] Op. cit., p. 477.

[18] Op. cit., p. 310.

[19] Op. cit., p. 386.

[20] O grifo é no original.

[21] Op. cit., p. 569.

[22] Op. cit., pp. 293-294.

[23] Op. cit., p. 572.

[24] Idem, p. 572.

[25] Op. cit., p. 302.

[26] Op. cit., p. 591.

[27] Idem, p. 591.

[28] Idem, p. 603.

[29] Tais métodos se revelaram insuficientes para desvendar o alcance dos princípios contidos no texto magno. São eles: o literal, o lógico e o histórico e as derivações, dos quais derivam o lógico-sistemático e o teleológico.

[30] Destacam-se, entre os métodos propostos pela Nova Hermenêutica Constitucional, os seguintes: científico-espiritual, de Rudolf Smend; tópico-problemático, de Theodor Viehweg; concretista, de Konrad Hesse; normativo-estruturante, de Friedrich Müller; e concretista da Constituição aberta, de Peter Häberle.

[31] Este último, na ótica do autor, não se trataria especificamente de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de controle, destinado a assegurar a constitucionalidade da interpretação. Marques de Lima, contudo, o indica como sendo um princípio de interpretação constitucional.

[32] Op. cit., p. 1.223.

[33] Op. cit., p. 325.

[34] Op. cit., p. 1.224.

[35] DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos de. *Constituição e hermenêutica constitucional.* 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 263.

[36] Op. cit., p. 1.226.

[37] Expressão utilizada por Friedrich Müller para designar o "conteúdo fático geral da esfera regulativa da prescrição (normativa)". Cf. Bonavides, op. cit., p. 506.

[38] Op. cit., p. 264.

[39] Op. cit., p. 94.

[40] Bonavides prefere utilizar a expressão *princípio*, enquanto Alexy se refere à *máxima* da proporcionalidade. Opta-se, nesse trabalho, pelo termo *regra*, utilizada por Virgílio Afonso da Silva, haja vista a estrutura da proporcionalidade, "que impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto feita no todo". (op. cit., p. 168)

[41] Ainda segundo Virgílio Afonso da Silva (op. cit., p. 179), a regra da proporcionalidade difere da técnica do sopesamento porque aquela é utilizada quando existe uma norma regulamentando a colisão de direitos fundamentais, enquanto esta é empregada quando não há regra disciplinadora da colisão.

[42] Op. cit., p. 222.

[43] Op, cit., pp. 116-117.

[44] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* 3. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 42.

[45] MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

[46] Idem, p. 50.

[47] Op. cit., p. 567.

[48] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 129-130.

[49] Op. cit., p. 476.

[50] Op. cit., p. 120.

[51] Op. cit., pp. 450-451.

[52] Op. cit., p. 129.

[53] Condutas de "não-intervenção" na esfera privada dos indivíduos, propugnadas pelos direitos fundamentais de primeira geração.

[54] São, notadamente, os direitos de segunda geração, tais como o direito à saúde, ao emprego, à moradia, entre outros.

[55] *Op. cit.*, p. 482.

[56] *Op. cit.*, p. 83.

[57] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno.* 10. ed. São Paulo: RT, 2006.

[58] Tal princípio também se reflete na possibilidade legal de modificação unilateral do contrato administrativo pela Administração Pública.

[59] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

[60] Art. 9º, §1º: "A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade." Art. 175, parágrafo único: "A lei disporá sobre: IV – a obrigação de manter serviço adequado."

[61] Voto proferido no Mandado de Injunção n° 670/ES, sob a Relatoria do Ministro Mauricio Correia, cujo acórdão foi proferido no Diário de Justiça da União de 31.10.2008.

[62] Expressão utilizada por Paulo Bonvaides (*op. cit.*, p. 345).

[63] "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição."

[64] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 130.

[65] "O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos (...)." Existem 14 incisos indicando as normas que devem ser contidas na Lei Orgânica Municipal.

[66] Tal dispositivo prevê nove matérias sobre as quais o Município possui competência legislativa e administrativa, destacando-se entre elas "legislar sobre assuntos de interesse local" (inc. I) e "organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial" (inc. V)

[67] *Op. cit.*, p. 346.

[68] "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado."

O DIREITO À PAZ: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTALMENTE HUMANO [*] [**]

EL DERECHO A LA PAZ: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTALMENTE HUMANO

Pietro de Jesús Lora Alarcón

RESUMO

Partindo do Constitucionalismo e do Internacionalismo, dois movimentos de forte impacto na compreensão e realização do Direito como fenômeno histórico e cultural, o artigo sustenta o reconhecimento do direito humano à paz como fator de pré-compreensão da ordem jurídica das sociedades nacionais e da sociedade internacional. Nesse sentido, é proposta uma interpretação do direito em pauta atendendo às características de universalidade, interdependência e conexidade harmônica com o conjunto dos direitos humanos. O artigo questiona ainda a relação vertical entre constituição e tratados, argumentando a necessidade de uma relação horizontal, que outorgue prioridade à dignidade como valor essencial do Direito, defendendo o fortalecimento dos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES: DIREITO À PAZ - DIREITOS HUMANOS, CONSTITUCIONALISMO - INTERNACIONALISMO

RESUMEN

Partiendo del Constitucionalismo y del Internacionalismo, dos movimientos de fuerte impacto en la comprensión y realización del Derecho como fenómeno histórico y cultural, el artículo sustenta el reconocimiento del derecho humano a la paz como factor de precomprensión del orden jurídico de las sociedades nacionales y de la sociedad internacional. En ese sentido, se propone una interpretación del derecho en pauta, atendiendo a las características de universalidad, interdependencia y conexión harmoniosa con el conjunto de los derechos humanos. El artículo cuestiona también la relación vertical entre constitución y tratados, argumentando la necesidad de una relación horizontal, que otorgue prioridad a la dignidad como valor esencial del Derecho, defendiendo el fortalecimiento de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos

PALAVRAS-CLAVE: PALAVRAS CLAVES: DERECHO A LA PAZ – DERECHOS HUMANOS – CONSTITUCIONALISMO - INTERNACIONALISMO

INTRODUÇÃO

[*] Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.
[**] Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Iinstituição Toledo de Ensino.

A intensificação dos conflitos internacionais é uma constante no período pós-guerra fria. A confrontação em lugar do diálogo e a negociação, o recurso à violência e à intolerância e o retrocesso ocasionado pela ausência de uma política de paz - especialmente por parte das potências hegemônicas -, que permita priorizar a cooperação inter-estatal, produzem fortes doses de pessimismo em torno à vigência dos direitos humanos na sociedade internacional e de suas próprias condições de efetividade nas sociedades nacionais.

Entretanto, esse mesmo grau de insegurança e o desconhecimento das liberdades podem e devem ser os fatores que impulsionem e alicercem uma reflexão jurídica e política sobre a relação entre o direito à paz e os direitos humanos como conquistas dos povos.

Essa reflexão deve partir da base de que não basta com a mera formulação normativa dos direitos humanos, tampouco é suficiente realizar diagnósticos, nem basta com o preenchimento de relatórios por parte de entidades internacionais ou segmentos da sociedade civil que agem de boa fé. É preciso criar novos e reforçar os antigos mecanismos jurídicos e de controle político da ação estatal e dos atores armados nos marcos da interdependência entre paz e direitos humanos, tanto na sociedade internacional como no interior das sociedades em conflito. É dizer, estabelecer limites e procurar cenários de negociação.

Por isso, a efetividade da paz, do direito à vida e das liberdades públicas requer de uma política pública internacional dirigida a esses fins. A idéia é transformar os cenários de conflitos em cenários de paz.

Nessa perspectiva, o presente artigo sustenta a necessidade de descortinar o conteúdo jurídico do direito à paz como direito humano, examinando a relação entre esse direito e o conjunto normativo geral desses direitos, sobre a base de uma atitude não apenas cognoscitiva, mas também atuante no terreno jurídico. Essa postura está ancorada em três elementos que permeiam toda a exposição: a superação do enquadramento tradicional entre *iusnaturalismo* e *positivismo* sobre o tema; a análise da imbricação entre direitos humanos e direitos fundamentais e, finalmente, a reconsideração na horizontal da relação supostamente vertical entre Constituição e Tratados, reduzida à idéia de que documento tem peso maior e, portanto, qual deve ser aplicado diante de circunstâncias tão variadas quanto urgentes. .

Partindo dessas premissas, parece-nos possível advogar na contemporaneidade por e através de uma hermenêutica de aplicação dos Pactos e Documentos do Sistema

Internacional de Proteção da vida e das liberdades, que priorize o ser humano, em detrimento de mal entendidos interesses nacionais e supostas razões de Estado. .

1. DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL, PAZ E DIREITOS HUMANOS: A SUPERAÇÃO DA VERTICALIDADE ENTRE CONSTITUIÇÕES E TRATADOS A FAVOR DA VIDA E DA DIGNIDADE

Os limites possíveis e razoáveis à arbitrariedade como elementos das decisões políticas dos Estados constituem a constante preocupação, no campo do Direito, de dois movimentos que correram paralelos durante longo tempo, o *Constitucionalismo* e o *Internacionalismo.*

Trata-se, como se conhece, de movimentos históricos de caráter político, com impactos contundentes no modo de ser do Direito e do Estado e na compreensão dos direitos humanos. Seus objetivos consistem precisamente em procurar, através de Constituições e tratados, a regulação das relações entre os membros da sociedade politicamente organizada, tanto no âmbito interno como no internacional.

Pode-se afirmar que o primeiro, o *Constitucionalismo,* tem suas raízes na celebrada *Charta Magna Libertatum* de 1215 – documento assumido pela doutrina como primeira e verdadeira Carta de Liberdade para os seres humanos contra o despotismo estatal. Por sua vez, o *Internacionalismo* surge com inusitada força, a pesar de contar com antecedentes consuetudinários muito antigos, logo da assinatura do Tratado de Westfália, em 1648, mais ou menos paralelo à consolidação do Estado moderno.

Por certo que a discussão sobre a data exata de origem ou sobre qual dos movimentos ostenta maior grau de influência na construção de valores como a justiça, a igualdade ou a legalidade, não é a questão central para o pesquisador. Resulta de muita maior importância consignar como, especialmente a partir do final da Segunda Guerra, se aprofundou a relação entre os dois a ponto de surgir no plano acadêmico o denominado *Direito Constitucional Internacional*. Vislumbra-se uma ramificação da disciplina jurídica que se ocupa de sistematizar as normas que desde as constituições, como documentos dotados de supremacia no interior dos ordenamentos jurídicos, orientam a política externa dos Estados.

Nessa ordem de idéias, há que dizer que o conteúdo do Direito Constitucional Internacional reconhece e evidencia a existência de uma mutação na natureza cientifica tanto do Direito Constitucional como do Direito Internacional. O que parece claro com relação a esse ponto é que a visão internacional, por um lado, contribuiu de maneira decisiva para que o Direito Constitucional superasse um enfoque paroquial, é dizer, deixa-se de ser um direito eminentemente *intra-estatal*, sem diálogo com os demais Estados constitucionais em termos de conexão para a proteção do ser humano. Por outro lado, essa ramificação do Direito começou a se preocupar com a regulação dos propósitos do Estado constitucional na sociedade internacional.

Em conseqüência, se as constituições em um começo continham normas exclusivamente direcionadas à regulamentação das relações internas Estado-indivíduo, logo passaram a conter normas sobre os fundamentos do comportamento do Estado no âmbito externo, invadindo o cenário internacional e declarando, por exemplo, que os direitos humanos proclamados nos Estatutos internacionais devem ser adicionados ao leque de direitos por elas historicamente albergados. Talvez não constitua exatamente um ineditismo que as constituições dirijam seu olhar á esfera internacional, mas, certamente, as atualidades do constitucionalismo, a força normativa das constituições, a principiologia que emana desses Diplomas, implicam um direcionamento maior, em nossos dias, da atividade internacional.

No campo do Direito Internacional a inovação ocasionada pelo prestígio dos direitos humanos se fez palpável porque se abandonou o mero caráter de Direito *inter-estatal*, concebido, como diz Carrillo Salcedo, *"(...)por y para los Estados, esto es, el mínimo jurídico necesario para regular las relaciones de coexistencia y cooperación entre los Estados soberanos territoriales"* , e então passou a estudar os mecanismos de observação e regulação das obrigações jurídicas da ONU e dos Estados membros para com a vida e a dignidade humanas.

Nessa ótica, o entrelaçamento entre os dois campos do Direito em tela pode ser demonstrado pela preocupação em vencer o desafio de introduzir na normatividade estatal os documentos internacionais que refletem uma expectativa universal sobre a efetividade dos direitos humanos. Assim, surgiram sistemas de proteção internacional desses direitos, paralelos aos sistemas de proteção interna dos denominados direitos fundamentais. Logo se originou, na América Latina especialmente, uma polêmica sobre a técnica mais apropriada para reconhecer a juridicidade dos tratados sobre direitos humanos oriundos do Internacionalismo.

A verdade é que não encontramos nenhuma razão suficientemente plausível, do ponto de vista material, para distinguir direitos fundamentais e direitos humanos. Trata-se, na

prática, dos mesmos direitos, protegidos em terrenos diferentes – o nacional e o internacional – e do que se trata é de encontrar o mecanismo ideal que reproduza, da melhor forma possível, o amparo da dignidade das pessoas.

Não entraremos na discussão sobre o que pode ser considerado primeiro, se a Constituição ou o Tratado. Essa discussão é meramente artificial. O primeiro, logicamente, é o ser humano. E a obrigação de respeitá-lo implica que entre o Direito Constitucional e seus sistemas de proteção e o Direito Internacional para o mesmo fim, exista uma relação horizontal e não vertical, como a que até hoje se expõe por um setor da doutrina.

Pois bem, advirta-se que firmemente sujeito a essa modificações importantes no campo da compreensão do fenômeno jurídico se focaliza o tema da paz como direito humano fundamental.

Ainda que possam ser esboçadas críticas impactantes à efetividade do princípio da proibição da violência - especialmente se levamos em conta os acontecimentos do presente, bem como a erosão que sofreu progressivamente nos últimos vinte anos -, a verdade é que a liberdade dos Estados para declarar a guerra, é dizer, a possibilidade concreta de usar a violência como instrumento político, não pode nem deve ser considerada uma ferramenta privilegiada de solução de conflitos no campo internacional.

A intencionalidade da utilização da força não é a opção prevista na assinatura da Carta das Nações Unidas em 1945 e, mais ainda, é expressamente condenada na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

Ao lado da proibição - princípio geral a seguir - desde a metade do século XX e por iniciativa da ONU, bem como de um importante grupo de organizações internacionais, realizaram-se trabalhos de controle e contenção de conflitos. Pode se mencionar ainda, que foram redigidas propostas de convênios internacionais para a proteção dos direitos humanos.

Destarte, foi tomando corpo uma extensa rede de tratados amplos ou setorizados, dirigidos à proteção das pessoas. Vale a pena mencionar, por exemplo, o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, adotados pela ONU através da Resolução 2200-A de 16 de dezembro de 1966. Ao quais deve-se adicionar a *Convenção Internacional sobre*

a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação racial, adotada pela Assembléia Geral da ONU através da Resolução 2106-A de 21 de dezembro de 1965, a *Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados* adotada em 1952 e a *Convenção contra a Discriminação da Mulher* de 18 de dezembro de 1979, entre outras não menos importantes.

Daí que o compromisso com a proteção dos direitos humanos seja cada vez mais evidente, norteando os pressupostos e finalidades do Direito Internacional. E, paralelamente, que o resguardo dos mesmos direitos tenha sido a bússola orientadora da visão do Direito Constitucional que procura, especialmente neste começo de século, promover as condições objetivas, no seio das sociedades nacionais, que abram espaços à justiça social e a democracia ampla e participativa.

De tudo resulta que, sem dúvida, uma das funções centrais do Direito Constitucional e do Direito Internacional consista na prevenção dos conflitos nacionais e internacionais. Não é vão, no interior das constituições já aparece o *direito à paz* como um direito fundamental unido à vocação da solução pacífica das controvérsias. A Constituição do Brasil, por exemplo, o consagra no artigo 4°, à maneira de princípio; a Constituição da Colômbia, por sua vez, o faz no artigo 22; a Constituição da Guatemala de 1985 trata do direito no artigo 2°; a da Venezuela, no artigo 3°, para tão somente mencionar alguns Textos Constitucionais do contexto latino-americano.

Como fruto desse compromisso as relações internacionais deixaram de ser algo alheio à vida cotidiana dos povos. Ainda que seja possível atribuir ao avanço das comunicações ou à aceleração das relações comerciais da atualidade – o que tem sido chamado de *globalização* ou *internacionalização* – a verdade é que ninguém poderia afirmar que o Direito deixou de ter uma contribuição nesse terreno.

Com este preâmbulo, trabalharemos a seguir entre as fronteiras do Direito Constitucional Internacional, mantendo a vinculação estreita entre paz e direitos humanos.

1. O DIREITO Á PAZ

A PAZ, A PROIBIÇÃO DO USO DA FORÇA E OS DIREITOS HUMANOS

Adotar medidas tendentes a assegurar os direitos humanos nas sociedades nacionais e na sociedade de Estados continua a ser o primeiro elemento a ser levado em conta para manter a relação de não-violência.

Com efeito, a ordem jurídica, seja nacional ou internacional, tem como base que os seres humanos, construtores da mesma, cheguem a um consenso sobre aquilo que deve ser resguardado. É precisamente levando em conta tais acertos, que indicam que o valor vida é o primeiro dos elementos a proteger, que emerge o destaque da rejeição e contenção do uso da força como mecanismo de solução de conflitos.

Como se trata de um consenso, a história da proibição da violência no âmbito das relações internacionais acompanha a discussão entre os Estados sobre a forma de combinar o interesse nacional com o interesse internacional de paz e segurança em favor da vida humana.

Isso explica que o cesse da violência e a efetividade dos diretos humanos dependa da maneira como a sociedade internacional conjunturalmente se defina e das mudanças na correlação de forças das potências dominantes, hegemônicas ou periféricas, que determinem o caráter da época.

Nessa perspectiva, dinâmica e mutável, das relações internacionais, durante o século XIX, apesar das restrições aos mecanismos e formas de fazer a guerra e a existência de Estados neutros, o denominado *Ius ad bellum* ou *direito á guerra* vigorava quase de forma plena. Como ressalta Mathias Herdegen, tal vez seja apenas digna de menção a *Convenção Drago-Porter I de 1907*, que determinou certas restrições ao uso da força para obter o pagamento de dívidas contratuais.

O professor da Universidade de Bonn, aludindo à obra de P. Heilborn, *Grundbegriffe dês Völkerrechts*, lembra que para o Direito consuetudinário internacional em 1912 não existia nenhuma norma sobre quando era possível iniciar uma guerra. *"(...) si un Estado quiere exponerse a si mismo, podrá iniciar en cualquier momento una guerra. La fuerza por tanto, es incondicionalmente permitida en las relaciones entre los Estados"*.

A pesar de canalizar os esforços para estabelecer relações pacíficas, a verdade é que no começo do século XX a criação da *Liga das Nações* não constituiu uma possibilidade real de submeter aos Estados aos imperativos da paz. Os artigos 12 e 13 do seu Estatuto estabeleciam tímidas recomendações. Durante esse período, o mais significativo foi o

Pacto Briand- Kellog para a Proscrição da Guerra, pelo qual os Estados-partes renunciaram à violência como instrumento de política nacional.

Foi apenas concluída a Segunda Guerra e com a criação da Organização das Nações Unidas que se formulou um sistema de coibição o uso da força utilizando-se como referência o monopólio atribuído ao Conselho de Segurança. Esta estrutura, que faz parte da intimidade da ONU, tem a finalidade exclusiva de manter o restaurar a paz através de medidas militares do próprio Conselho ou através da utilização do procedimento por parte de um Estado, de maneira individual, sempre que conte com a autorização devida do órgão.

Há que anotar alguns elementos políticos e jurídicos que se fizeram presentes nessa época para facilitar o caminho a uma progressiva construção do direito à paz. Sem dúvida que no campo político o fim da guerra foi o elemento determinante. È compreensível que o ânimo da maioria das nações, no marco de uma nascente correlação de forças inédita, caracterizada pela bipolaridade, fosse de não permitir novas ameaças à paz que tão duramente tinha sido conquistada em solo europeu.

No terreno jurídico, como já foi reconhecido pela doutrina, a proclamação em da dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos na Carta de São Francisco de 1945, bem como o altíssimo coeficiente de proteção que se pretende efetivar desde então, supus uma inegável transformação no Direito Internacional.

Dessa forma, junto ao princípio da soberania como manifestação das comunidades políticas independentes, surgiu o da efetividade plena dos direitos humanos como princípio orientador das relações internacionais. Essa vinculação da atuação estatal ao vigor de tais direitos se ratifica com a adoção pela Assembléia da ONU da Declaração Universal de 10 de dezembro de 1948.

Por sua vez, o artigo primeiro da *Declaração sobre a Preparação da Sociedade para Viver em Paz*, Resolução 33/73 da ONU, expressa claramente que *todas as nações tem o direito inerente à paz.*

Também, a *Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz*, proclamada pela ONU, a través da Resolução 39/11 de 1984, expressa que os povos do planeta têm o direito sagrado à paz, declarando que proteger tal direito e fomentar a sua realização constitui uma obrigação fundamental de todo o Estado, o qual deve promover ações de *cooperação bilateral e multilateral* com outros Estados.

A Resolução nº 53/243, referente à *Declaração sobre uma Cultura de Paz*, foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 1999, como expressão de profunda preocupação com a persistência e proliferação da violência e dos conflitos nas diversas partes do mundo, reconhecendo a necessidade de se eliminar todas as formas de discriminação e manifestação de intolerância.

Contudo, já advertimos que a efetividade dos direitos depende de um conjunto de condições de variada ordem – econômicas, políticas, sociais, culturais – resultando essencial a superação da fragilidade da sociedade internacional. Essa fraqueza decorre, especialmente, da falta de compromisso de alguns Estados – em particular nesta etapa da história – tanto com os direitos humanos como com a eliminação da violência e com o respeito às disposições da própria ONU.

A sociedade internacional pode ser frágil, mas é institucionalizada, e para uma consciência jurídica universal alicerçada na paz e a vida não é possível tolerar medidas dúbias que suponham uma absolutização do uso da força para atender exclusivos interesses de Estados hegemônicos. Em tudo caso, ainda que o contexto seja extremamente complexo, o interesse manifesto de ocupar regiões consideradas estratégicas do planeta, no intuito de manter esquemas contemporâneos de domínio, tornam bastante discutível as desculpas político-jurídicas de combate ao terrorismo, ao narcotráfico ou até a chamada *intervenção humanitária* quando protagonizada por Estados de recente história bélica.

Sobre o ponto, M. Herdegen opina sobre a existência de uma *"zona gris entre una conducta evidentemente ilegal y uma conducta evidentemente justificada en el plano de las consecuencias jurídicas (...)"*, sustentando que, de fato, existe muita pouca atenção à heterogênea opinião da comunidade de Estados e da doutrina do Direito Internacional sobre esse problema.

Cabe constatar que existe uma polêmica no terreno do que é possível para a comunidade internacional em termos de ajuda e resgate dos direitos humanos em situações de conflito, que passa pela justificação da intervenção humanitária. No entanto, existe uma certa e entendível insegurança jurídica pelo que a medida possa representar em desfavor à paz e os próprios direitos que se pretendem proteger.

O que nos parece é que é preciso avançar na interpretação atualizada da Carta da ONU, em discussões como a redefinição da composição do Conselho de Segurança, na promoção do desenvolvimento do Direito Constitucional Internacional, o que talvez tenha um impacto mais eficaz na promoção do que temos denominado o direito humano à paz.

O DIREITO À PAZ: UM DIREITO FUNDAMENTALMENTE HUMANO.

Vamos partir no presente segmento de uma visão com relação ao denominado direito à paz, delimitando seus contornos para evitar possíveis desvios de atenção.

Nesse sentido, apelaremos a um subsídio valioso da Corte Constitucional colombiana, que na Sentença T - 028-1994 distinguiu entre o direito à paz e o direito subjetivo à tranqüilidade:

"Un ordenamiento constitucional, por naturaleza, mira el interés general. De ahí que la paz, como derecho, supone la relación social, y se manifiesta como la ordenada convivencia bajo la aplicación de la justicia. Por tanto, jurídicamente hablando, es impreciso homologar el derecho constitucional a la paz, que es un derecho social, con el derecho a la tranquilidad de una persona, que es un derecho subjetivo. En el evento de que se perturbe ésta, existen otros mecanismos de defensa, distintos a la tutela, salvo el caso en que se ocasione un perjuicio irremediable. El derecho a la paz, tal como lo consagra la Constitución, en su artículo 22, supone la armonía social inspirada en la plena realización de la justicia.

Sería un desconocimiento del verdadero significado de la paz, suponer que siempre que a una persona le perturbe el efecto del quehacer de otra, se lesione por ello el derecho fundamental a la paz; no hay que confundir la paz constitucional con la tranquilidad subjetiva de uno de los asociados (…)".

De maneira que a paz da qual falamos, e à qual atribuímos a característica de *direito humano* é daquela que se reveste de um caráter mais universal e denso, daquela paz que foge em situações evidentes de conflitos permanentes, persistentes, oriundos de ações estatais ou de atores dedicados a uso da violência como meio ou fim. Um direito típico dentre os denominados de terceira geração.

Destarte, vamos partir da perspectiva da universalidade, que é, sem dúvida, uma das características mais significativas dos direitos humanos como categoria histórica, pois se vincula a sua gênese.

Daí a afirmação de Perez Luño:

"(...) el gran invento jurídico-político de la modernidad reside, precisamente, em haber ampliado la titularidad de las posiciones jurídicas activas, o sea, de los derechos a todos los hombres, y, en consecuencia, de haber formulado el concepto de derechos humanos".

O conteúdo da universalidade implica o reconhecimento de dois elementos importantes: o primeiro, a lembrança de que os seres humanos pertencem a um mesmo gênero, e que nessa dimensão a violação de um direito humano em qualquer lugar do Planeta deve ser sentida e tem uma conseqüência ou uma repercussão no conjunto da humanidade; a segunda, que existe uma capacidade de reação diante das ameaças à paz e à vida, um sentimento compreensível de autodefesa, que não se perde, ainda que possa em sociedades em conflito surgir uma indiferença momentânea diante da barbárie.

No terreno dessa conotação universal, pode-se afirmar o direito á paz como um dos que mais pode desfrutar desse viés. Pelo que convêm tratar, logicamente em conseqüência, do seu conteúdo como direito humano.

Distinguem-se, em seguida, dois campos de trabalho. No primeiro deles, vislumbra-se a positividade, é dizer, o conjunto de normas jurídicas que regulamentam o comportamento dos atores sociais na esfera nacional e internacional para que se abone o diálogo e a negociação e se guarde distância da guerra.

No segundo campo entramos no exame dos fatos, dos fenômenos ou motivos que originam a agressividade estatal ou de atores por fora do Estado, e que decidem livrar combates para modificar a estrutura política. Nesta possibilidade de análise, a disciplina jurídica se inclina a que quanto mais sejam minimizadas as causas da violência maiores serão os alcances das políticas de paz. Logicamente que, nesse processo de redução de causas da violência o Estado se re-legitima e o Direito adquire um sentido concreto.

Convêm dizer que esses dois campos se unificam a partir do momento em que a paz deixa de ser considerada uma aspiração de cunho meramente moral e passa a ser vista como um verdadeiro direito no marco da afirmação histórica dos direitos humanos.

O fenômeno é deveras interessante porque em sua acepção de *status*, os direitos são tradicionalmente vinculados a uma atribuição da qual são titulares os membros de uma certa e reconhecida sociedade nacional. Essa visão supõe aceitar que o direito à paz é

proclamado como direito transindividual, coletivo ou difuso, pelo que sua tutela deve ser igualmente coletiva ou difusa.

Em termos concretos, isso equivale a dizer que todos os seres humanos somos titulares do *Direito à Paz*, e que estamos individualmente considerados como legitimados para acudir aos organismos competentes para efetivar a pretensão quando ameaçado ou lesado.

Esta é mais uma das causas lógicas pela qual é necessário tratar do direito humano à paz. Ao qual podemos adicionar que a efetividade desse direito implica que os direitos que se encontram com ele em franca interdependência – características da *conexidade entre os direitos humanos* - passam a ter maiores e melhores condições de proteção, como a vida, a liberdade, a igualdade, a tolerância, a não discriminação, a solidariedade.

O que parece diáfano é que, então, a paz é um direito que ao vigorar plenamente prepara a efetividade de outros tantos diretos humanos.

Uma característica que se desprende, em perfeita sintonia com o já exposto, é o da promoção ou projeção positiva do direito humano à paz. Ou seja, a circunstância jurídica de que a paz requer uma ação de Estado, uma permanente atitude construtiva, que passa por considerá-la alvo de uma política pública para uma cultura – *cultura de paz* – imprescindível para a correta ilação do tecido social.

Indubitavelmente que, devido a esses e outros elementos, o direito à paz requer de um fortalecimento dos sistemas de proteção nacionais e internacionais de direitos humanos.

Identificando alguns mecanismos de proteção, Carlos Villán Duran se refere a um *Código Internacional dos Direitos Humanos*, cujo núcleo duro está composto por mais de 140 tratados internacionais e protocolos de direitos humanos, que colocam em funcionamento um conjunto institucional que se encarrega de supervisionar, controlar e garantir o cumprimento das obrigações por parte dos Estados. Logo, Villán Duran se detêm nos mecanismos de proteção, distinguindo entre *mecanismos contenciosos, quase-contenciosos e não convencionais.* Entre os primeiros destaca-se a Corte Internacional de Justiça, os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, como a Corte Penal Internacional e os Tribunais Regionais, como o do Conselho de Europa, a Organização dos Estados Americanos e a Organização da Unidade Africana.

Na esteira do nosso raciocínio, é importante lembrar a Carta das Nações Unidas, que ao estabelecer seus objetivos e princípios no primeiro dos seus artigos, expõe:

"Artigo 1°

Os propósitos das Nações Unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;

2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; (...)"

Mais adiante, no artigo 2°, é possível observar, nos pontos 3 e 4:

"Artigo 2°

A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

(...)

3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.

4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas."

Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, também pode e deve ser considerada fonte do direito humano à paz. Pode-se ler nas suas considerações iniciais:

"Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum "

Veja-se como o espírito que animou a redação da valiosa Declaração imprimiu que o direito humano à paz seja considerado um pressuposto axiológico e lógico para uma sociedade justa e fraterna.

Esse entendimento é ratificado no artigo XXVIII da Declaração, que expressa: *"Todos ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados."*

Também, em 1986, a *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento* estabeleceu nas suas considerações: *"(...) que a paz e a segurança internacional são elementos essenciais à realização do direito ao desenvolvimento (...)"*

E proclamou no seu artigo 5°:

"Artigo 5° - Os Estados tomarão medidas resolutas para eliminar as violações maciças e flagrantes dos direitos humanos dos povos e dos seres humanos afetados por situações tais como as resultantes do apartheid, de todas as formas de racismo e discriminação racial, colonialismo, dominação estrangeira e ocupação, agressão, interferência estrangeira e ameaças contra a soberania nacional, unidade nacional e integridade territorial, ameaças de guerra e recusas de reconhecimento do direito fundamental dos povos à autodeterminação.

Como se observa, o direito à paz tem uma conotação universal, passando a ser a condição *sine qua non* para tornar efetivos outros direitos humanos. Dentro do processo de evolução, internacionalização e projeção política e jurídica desse conjunto de liberdades e possibilidades do homem como ser vivo, socialmente e individualmente considerado, o direito à paz exige albergue constitucional e o amparo da consciência comunitária.

Não exageramos se expressamos que junto à dignidade da pessoa humana, o direito à paz se constitui em verdadeiro fator de pré-compreensão da ordem jurídica nacional e internacional.

Nas sociedades nacionais é indiscutível que o melhor lugar para albergá-lo é a própria Constituição, que lhe outorga uma impar força normativa, contendo um sentido ético e jurídico, qualidades dos direitos fundamentais.

O professor Gregorio Peces-Barba, expressa com relação a essas características dos direitos que:

"(...) la relevancia moral de una Idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades".

Identificar o direito à paz implica realizar um exercício hermenêutico que extraia sua natureza, o que parece importante para descartar outros entendimentos, que derivam da maneira como o legislador constituinte o consagra. Pode ser observado, por exemplo, como uma garantia ou como um princípio reitor das relações internacionais.

No caso brasileiro, o direito à paz adquire projeção na ordem interna e na ordem internacional. No primeiro sentido, o preâmbulo da Constituição o constituinte expressa sua intenção de que o Estado brasileiro seja fundado na *harmonia social*, comprometendo-se *(...) na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias (...)"*.

Logo, o direito à paz aparece no marco de um subsistema principiológico, no artigo 4°, incisos VI e VII onde são consignadas a *defesa da paz* e a *solução pacífica dos conflitos.*

Destarte, deve ser interpretado em harmonia com o restante de princípios localizados na norma: *a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não intervenção, a igualdade entre os Estados, o repúdio ao terrorismo e ao racismo, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e a concessão do asilo político.*

Como garantia, o direito à paz consiste em prever que os conflitos sócias são factíveis de serem resolvidos nas instâncias adequadas, o que sugere simultaneamente a preservação dos valores que outorgam substancia ao regime democrático, particularmente a igualdade, a liberdade e a justicialidade.

Por isso, o direito humano à paz, analisado também como garantia constitucional implica a obtenção de um resultado justo, motivado e público, pelo aparelho jurisdicional, um devido processo legislativo nos trabalhos do Congresso e um exercício responsável da Administração Pública.

3. A PREOCUPAÇÃO HISTÓRICA SOBRE A EFETIVIDADE DO DIREITO HUMANO À PAZ

Paz provêm do latim *pax, pacis,* que indica um estado de espírito, de concórdia ou de tranqüilidade.

Entretanto, essa harmonia pode ser fictícia, ocultando, por exemplo, relações de dominação no campo das relações internacionais. Como quando se estuda a *pax romana*, que submetia aos súditos ao *jus pentium,* pelo qual os estrangeiros eram considerados inimigos de Roma. Modelo que também pode ser observado com a *pax británnica* no século XIX.

Historicamente o tema da paz, e não somente em sentido jurídico senão em sentidos talvez mais amplos, está presente no pensamento humanista. Autores como Francisco de Vitória ou Suarez, dão testemunha dessa assertiva. Contudo, também tem sido preocupação de socialistas como Saint Simon. Mas recentemente Jacques Maritain e Bobbio dedicaram escritos importantes ao tema.

Vale a pena, entretanto destacar autores como Hugo Grócio e seu *Direito da Guerra e da Paz,* publicada em 1625 e I. Kant, em seu *Ensaio sobre a Paz Perpetua*, no qual defende que a paz não é natural entre os homens, mas o resultado de uma vontade consciente, passível de ser instaurado, ainda que o normal seja um estado de guerra.

Como não constitui nossa pretensão fazer uma síntese dos tratados que sobre o tema da paz foram editados ao longo da história, parece-nos importante presentemente insistir no seu reconhecimento como direito humano, tentando descobrir o que ameaça a efetividade do direito na contemporaneidade.

Contudo, pedimos vênia para uma reflexão em termos de historicidade e que tem a ver com o caráter da época em que conversamos sobre o tema. Vale a pena, destarte, analisar a seguinte opinião:

"Con efecto, la fase histórica actual es caracterizada no por una voluntad excepcionalmente malvada de los seres humanos, sino por la grave incerteza que los angustia delante de los nuevos problemas creados por las radicales mutaciones que intervinieron en la estructura política de los Estados, de la ascensión al poder de nuevas clases dirigentes, de las profundas transformaciones de la diplomacia y de los ejércitos, debidas, sobretodo al ingreso en sus filas de personas provenientes de otras capas sociales y, por fin, del enorme desarrollo de las relaciones internacionales causadas por el aumento de la población y por el progreso de la técnica"

Essa caracterização não teria mayores problemas, não fosse o fato de ter sido exposta por Campanholo no seu *Projeto de Investigação sobre a Sociedade das Nações*, que remonta à primeira pós-guerra.

Situação peculiar a atualidade de que se reveste o raciocínio, pois continua a se desenvolver o direito à paz no meio de transformações profundas.

Pois bem, temos sustentado que o direito humano à paz pode ser reivindicado diante de condutas de atores armados – sejam ou não estatais - que podem gerar situações de conflito no território ou local em que desenvolvem suas atividades.

No campo dos fatores que condicionam a efetividade do direito humano à paz, podemos mencionar positivamente as alertas ou reclamos feitos às autoridades e órgãos competentes pelos moradores de comunidades localizadas em regiões de gravíssimos conflitos ou disputadas por forças militares ou insurrecionais. Na Colômbia, tais alertas, por exemplo, tem servido para afugentar mais de uma ameaça de setores paramilitares quando tudo estava praticamente perdido para muitas famílias e populações inteiras.

Mudando de contexto, no atual período não há como esquecer os movimentos migratórios, e mais que essa dinâmica, as políticas restritivas dos Estados centrais, que justificam dinâmicas de exclusão nos supostos perigos da perda da identidade. Tais medidas podem conduzir a gravíssimas lesões que ocasionem reações que podem colocar em risco a segurança. A intolerância, o abandono da solidariedade, a ausência de condições para o desenvolvimento da fraternidade como pressuposto de aceitação em espaços multiculturais são elementos a serem levados em conta.

Finalmente, o terrorismo, como meio de realizar fins políticos, seja de Estado ou de particulares, impede, por obvio, a conquista de elementos de paz. As pretensões hegemônicas, as constantes violações à soberania, o financiamento das atividades de controle de áreas estratégicas obedecendo a lógicas geopolíticas, esconde o que pode ser gravíssima lesão á paz.

Em contraposição a essa dinâmica guerreira, é possível argumentar a constitucionalidade e a internacionalização de uma paz democrática, de respeito às liberdades e fundada na dignidade de todos.

CONCLUSÃO

Pode-se afirmar a existência de uma preocupação constante na história com relação ao direito à paz. Na atualidade, a esse direito pode se atribuir a fortaleça de um fator de pré-compreensão da ordem jurídica e de verdadeiro direito humano de terceira geração.

O direito humano à paz pode ser interpretado duplamente. Por um lado atendendo aos aspectos da ordem interna, onde constitui garantia de solução dos conflitos limitando ao máximo o uso da violência, permitindo o desenvolvimento progressivo da personalidade dos indivíduos na sociedade nacional.

No aspecto externo, o direito se expressa fornecendo as condições para a eliminação de estágios de anarquia na ordem internacional, estágios que, obviamente implicam o uso da força como mecanismo de submissão para a conquista de metas oriundas de interesses nacionais particulares, que não levam em conta os interesses globais.

BIBLIOGRAFIA

Corte Constitucional de Colômbia. *www.corteconstitucional.gov.co* Site acesso em 14 de setembro de 2009.

Kant, Immanuel. *Sobre la Paz Perpetua.* Traducción de Joaquin Abellán. Madrid: Alianza Editorial. 2006.

Kelsen, Hans/ Campagnolo, Umberto. *Direito Internacional e Estado Soberano*. Organizador Mario G. Losano. Tradução: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

Herdegen Matthias, *Derecho Internacional Público*. México: UNAM/Fundación Konrad Adenauer. 2005.

Peces-Barba Martinez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1999,

Pérez Luño, Antonio Enrique. *La Universalidad de la Declaración de las Naciones Unidas In 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Sevilla: fundación el Monte. 1998.

Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Trotta.2002.

Consulte-se o interessante prólogo de Juan Antonio Carrillo Salcedo ao *Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos* de autoria de Carlos Villán Duran. P. 21

Direito Internacional Público. P. 246.

Idem. Mesma página.

Carrillo Salcedo. Prólogo á obra de Carlos Villán Duran, *Curso de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. P. 21

Ob. Cit. P. 251.

www.corteconstitucional.gov.co. Site acesso em 14 de setembro de 2009. A decisão se encontra em http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-028-94.htm.

La Universalidad de la declkaración de las Naciones Unidas In 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Páginas 81-105.

Ob. Cit. PP. 209-248 e 379 e seg.

Curso de Derechos Fundamentales. *Teoría General.* Pp. 36 e seg.

Consulte-se a G. Peces-Barba. Ob. Cit. P. 179.

Kant. *Sobre a paz perpetua*. P. 51

Kelsen/Campagnholo. *Direito Internacional e Estado Soberano.* P. 204.

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES AND THE ROLE OF THE PUBLIC MINISTER IN THE EXERCISE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Renata Catacci Guimarães

RESUMO

O Controle Judicial de Políticas Públicas tem como um dos seus principais atores o Ministério Público, pois este, através de instrumentos constitucionais, tem o condão de auxiliar na satisfação dos direitos sociais. A análise das políticas públicas envolve conceitos e compreensão relacionados ao funcionamento do orçamento público que é a grande ferramenta para a concretização dessas políticas públicas. Quanto ao controle judicial de políticas públicas, este tem como finalidade permitir que o Poder Judiciário intervenha em questões de searas dos Poderes Executivo e Legislativo devido à inércia ou ineficiência destes que não desempenham suas funções como deveriam. Por fim, destaca-se a importância do papel do Ministério Público ao influir tanto em vias extrajudiciais quanto judiciais - proposição da ação civil pública como instrumento desse controle judicial de políticas públicas - visto que a própria constituição concedeu prerrogativas e deveres aos promotores públicos para a proteção dos direitos individuais e coletivos indisponíveis.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS SOCIAIS; POLÍTICAS PÚBLICAS; CONTROLE JURISDICIONAL

ABSTRACT

One of the main actors in the Judicial Control of Public Policies is the Public Minister, because it can assist the satisfaction of social rights, using constitutional instruments. The studies of public policies involve concepts and understanding related to the public budget operation and this is the greatest mean for achieving them. Regarding the judicial control of public policies, its function is to allow the Judiciary intervene in issues of Executive and Legislative attributions; however due to the inaction or ineffectiveness of these branches, they do not perform their responsibilities as they should. Finally, it is emphasized the importance of the public minister role in influencing both extrajudicial and court proceedings – proposition of public civil action as an instrument of this judicial control of public policies – since the constitution as itself grant to the Public Minister prerogatives and duties to protect the individual and collective rights unavailable.

KEYWORDS: KEY WORDS: SOCIAL RIGHTS, PUBLIC POLICIES, JUDICIAL CONTROL

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Introdução

Uma das maiores preocupações contemporâneas está na tentativa de desenvolver meios de efetivação dos direitos sociais consolidados na Constituição Federal de 1988, posto que em virtude de questões políticas, econômicas, sociais e culturais são precariamente transportados do texto constitucional para o plano concreto, e assim tornar digna a vida de cada pessoa humana e proporcionar o desenvolvimento do país, principalmente no que diz respeito à diminuição das deficiências e desigualdades da sociedade.

Partindo desta preocupação, estudar-se-á o controle judicial de políticas públicas como um dos meios de concretizar os direitos sociais, analisando o contexto histórico, tanto o do mundo quanto o do Brasil, e o seu surgimento nas Cartas Constitucionais garantistas e dirigentes.

Também serão examinadas as políticas públicas, cuja execução é função precípua do Administrador Público, mas que pela falta de resultados passa a ser determinada pelo Poder Judiciário a sua implementação obrigatória. Contudo é preciso entender o funcionamento do orçamento público que deve ser bem planejado e desenvolvido.

Outra questão intrinsecamente relacionada à intervenção jurisdicional diz respeito a uma nova concepção de equilíbrio de poderes e não mais de separação absoluta de poderes, pois eles se completam na medida em que se um não é capaz de desempenhar suas funções o outro deve socorrer-lhe, pois isolados não conseguem mais atender aos interesses da coletividade.

Dessa forma, o Judiciário ganha uma nova roupagem, tornando-se um agente político com pretensa função de emancipação social cumprindo com seu ideal de justiça através do controle judicial de políticas públicas, tanto na sua formação quanto na sua execução.

O Ministério Público é outro grande protagonista na defesa dos direitos sociais não só na proposição da ação civil pública, como também no inquérito civil, este considerado uma grande ferramenta investigativa para a colheita de materiais além das audiências públicas que permitem a participação da sociedade na discussão acerca dos direitos fundamentais e contribuem com informações.

Dessa forma, todos esses aparatos serão de grande valia para a proposição ou não da ação civil pública, pois em alguns casos é possível efetivar e concretizar a política pública extrajudicialmente, ou ainda que seja imprescindível a proposição da ação coletiva, esses elementos darão respaldo ao juiz na sua sentença, a fim de determinar ou não que seja formulada ou executada determinada política pública.

1. Contexto Histórico

O Estado Constitucional desenvolveu-se a partir da crise do Estado Absolutista, opressor, onde o soberano podia tudo, concentrando todo o poder em suas mãos, enquanto seus subordinados deviam completa e incondicional obediência. E foi no início do século XVIII, tendo seu ponto culminante em 1789 com as Constituições Francesas da Revolução, que se firmou o princípio da liberdade nas relações sociopolíticas, limitando e contendo os poderes políticos.

E nesse contexto, surge a idéia de um Estado constitucional de separação de poderes com a eclosão da Revolução da Independência Americana e Revolução Francesa, ocorridas na segunda metade do século XVIII. Enquanto a Revolução Americana deu luz ao espírito Republicano e provocou a emancipação de diversas colônias no continente, a Revolução Francesa difundiu por toda a Europa a idéia de uma constituinte democrática.

A teoria de Montesquieu e o texto da Declaração dos Direitos do Homem inauguram a fórmula de separação de poderes concluindo-se que deveria ser afastada a concentração de poderes, onde a fórmula perfeita seria a prevenção do controle de um poder sobre o outro.

Essa primeira versão do Estado constitucional voltou-se para a idéia de legalismo, com necessidade de segurança jurídica, de soberania e autonomia da vontade além de consolidar os chamados direitos de primeira geração, que são os direitos civis e garantias individuais. São direitos de prestação negativa por parte do Estado, ou seja, regras que limitavam sua atuação, permitindo certas práticas aos membros da sociedade como a livre comercialização de mercadorias e participação no exercício do poder político, seja como um membro investido de autoridade política ou como eleitor dos membros de tal organismo.

O Estado Liberal clássico da primeira fase do constitucionalismo sofreu muitas críticas, tanto por parte do socialismo utópico, exigindo a reforma social, como pelo socialismo científico, pleiteando a extinção do Estado, encarado como fonte de privilégios burgueses. A partir da segunda década do século XX, as estruturas do Estado Liberal se enfraquecem com questionamentos que pretendiam afastar a legitimidade da legalidade.[1]

E como resultado da crise do Estado Liberal clássico nascem as primeiras linhas do Estado Social, este por sua vez busca sua legitimidade não mais na lei e sim na concretização dos direitos sociais garantidos nas cartas constitucionais dispostos como princípios. Pressionado pelas lutas do movimento operário que reagia às péssimas condições de trabalho e à miséria que se generalizava, aliadas às crises cíclicas produzidas pelo próprio capitalismo, o Estado Social passou a assumir ações públicas de proteção social ou a agir como autor.

Destaca-se a importância do Estado Social ou Estado de Bem-Estar (Welfare State) instaurado principalmente nos países capitalistas centrais no período de 1945 – 1975, devido à crise de 1929 que abalou o capitalismo mundial, propiciou um questionamento quanto ao paradigma liberal até então vigente.

Simultaneamente à formação do Estado Social surgem as primeiras constituições rígidas definidoras dos direitos, garantias e princípios fundamentais como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar, 1919. A Constitucionalização dos Direitos individuais, coletivos e políticos, passam a representar uma garantia, pois de meras recomendações destinadas a orientar a ação governamental tornam-se verdadeiros direitos subjetivos, passíveis de serem discutidos em face do poder do Estado. Direitos capazes de serem argüidos perante o Judiciário, órgão fiscalizador da correta aplicação dos direitos consolidados na Constituição vigente.

1.2 Processo histórico do surgimento dos direitos sociais no Brasil

Paralelo à evolução dos direitos constitucionais no mundo podemos destacar o desenvolvimento das garantias e direitos sociais no Brasil a partir da década de 1930, com o início do processo de industrialização e migração das populações rurais para o perímetro urbano, ascendente ao poder Getúlio Vargas que efetiva as primeiras conquistas dos trabalhadores com o reconhecimento dos sindicatos, seguros contra a velhice e invalidez e instituição do salário mínimo. Paradoxalmente, o período democrático que sucede à ditadura Varguista não foi muito produtivo no que diz respeito aos direitos sociais.[2]

A partir de 1964 até o início da década de 1980, re-inaugura no país o regime ditatorial, comprometendo o exercício dos direitos civis e políticos. A década de 80 é considerada "perdida" quanto ao crescimento econômico do país, todavia quanto ao desenvolvimento dos direitos civis, políticos e sociais é inegável que houve avanços em decorrência, inclusive, da movimentação social ocorrida no período com organizações da sociedade civil associadas à expansão dos movimentos sociais urbanos que lutavam por melhorias nas condições básicas de vida da população.

E com a erupção desses direitos sociais é promulgada a Constituição de 1988, que ao contrário das constituições anteriores, originadas de um contexto pré-definido em que é possível assimilar as forças construtoras de seu texto, inova ao nascer do ceio da Assembléia Constituinte.

A nova Carta Constitucional foi elaborada sem contar com um anteprojeto e num contexto muito particular em que ela própria era parte do processo de transição entre autoritarismo e a democracia política, e não um resultado dele. Não houve no Brasil um efetivo Estado Social, aos moldes do Welfare State, passando de um Estado conservador, com um histórico cheio de golpes e contra-golpes para um Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 é a primeira no Brasil a iniciar com capítulos dedicados aos direitos e garantias, para, então discorrer sobre o Estado, sua organização e o exercício de poderes. Originalmente, os direitos e garantias individuais são elevados a cláusulas pétreas, passando a compor o núcleo material de direitos impossíveis de serem abolidos, modificados ou transformados da Constituição.

Encontramos novos direitos e garantias constitucionais, bem como o reconhecimento da titularidade coletiva dos direitos, com menção à legitimidade de sindicatos, associações e entidades de classe para a defesa de direitos. Admite a idéia de universalização dos direitos humanos ao consagrar o valor da dignidade humana, como princípio fundamental do constitucionalismo brasileiro estreado em 1988. Essa mesma constituição ainda demonstra interesse pela comunidade internacional, ao prever, pela primeira vez, dentre os princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, o princípio da prevalência dos direitos humanos.

Além de estabelecer no artigo 6º que são direitos sociais os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, ainda possui uma ordem

social com extenso universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pela sociedade.[3]

O novo texto constitucional, espelhado nas constituições européias, apresentou-se programático, compromissário e dirigente, todavia não foi capaz de criar um novo imaginário na sociedade. Pois além de manter as velhas práticas positivistas e conservadoras, não foi criado ainda uma Teoria Geral do Estado e uma Teoria Constitucional, que construiriam as condições de possibilidade para a implementação da nova Constituição, resultando na falta de efetividade das normas constitucionais.[4]

Paradoxalmente, observa-se, principalmente a partir da década de 1980 uma hegemonização crescente no Brasil e no mundo do referencial teórico neoliberal. Esse movimento obteve repercussão global para o Brasil, que nunca chegou a ser um Estado protecionista (aos moldes do Welfare State). Atualmente encontra-se dependente e vinculado a uma economia e política em escala global, o Estado brasileiro está condicionado a articulações internacionais - que se expandem cada vez mais rápido através desse processo de globalização - que preveem: privatizações, enxugamento da máquina administrativa, com precaução focalizada nos ajustes macroeconômicos.

Esse cenário nacional e internacional de contenção da ação do Estado nas políticas sociais reflete na qualidade dos serviços do Estado. E é nesse aspecto que encontramos um grande contra-senso do processo existente nas políticas sociais no país, à medida que se garante na norma a cidadania como direito, observa-se um movimento de redução da intervenção nas políticas sociais por parte do Estado.

Destarte, considerando esse contexto de contra-senso entre o neoliberalismo e a criação da nossa Constituição, dirigente e garantista, que se intensifica a procura por outros meios de efetivação das políticas sociais, visto que os poderes eleitos (Executivo e Legislativo) para exercer tal papel não conseguem cumpri-lo.

Como forma de suprir essa ineficiência ao executar, e até mesmo ao formular as políticas públicas passam a ser concretizadas por meio de controle judicial, mas este ainda está se desenvolvendo, procurando corrigir algumas falhas e aprimorando alguns resultados positivos.

2. Políticas Públicas

As políticas públicas têm como fundamento a necessidade de atender às normas programáticas que para muitos são vistas apenas como programas, declarações ou promessas que não obrigam o Poder Público a executarem-nas, pois são atribuídas a elas um caráter discricionário, entretanto, quando determinada política pública envolver a efetivação de um direito fundamental que está diretamente voltado à promoção da dignidade humana, estar-se-á diante de uma norma que vincula este Poder Público.

Desse modo, as normas programáticas passam a ser observadas como verdadeiras regras a serem seguidas pelos poderes públicos, tanto pelo Poder Legislativo a fim de que elabore projetos de lei a serem votados e promulgados, como pelo Poder Executivo ao sancionar as leis e realizar a Administração Pública.

Partindo da premissa de que as normas programáticas devem ser transformadas em verdadeiras políticas públicas destacamos a seguinte conceituação feita por Eduardo Appio: “As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.”[5]

Dessa forma, tem-se que as políticas públicas nada mais são do que um processo para que o Poder Púbico assegure a toda a coletividade condições dignas de vida, todavia é um processo complexo. Esse processo complexo envolve desde o controle de constitucionalidade e da legalidade das normas jurídicas que as definiram até o controle dos outros atos jurídicos relacionados, sejam os administrativos, sejam os praticados por terceiros.

São vários os gêneros de políticas públicas, quais sejam, o das políticas sociais, de prestação de serviços essenciais e públicos (tais como a saúde, educação, segurança e justiça, etc), das políticas sociais compensatórias (como a previdência e assistência, seguro desemprego, etc.) das de fomento (créditos, incentivos, preços mínimos, desenvolvimento industrial, tecnológico, agrícola, etc) das reformas de base (reforma urbana, agrária, etc), das políticas de estabilização monetária.

Mesmo que cada uma dessas diversas políticas públicas possua objetivos específicos, existe um mesmo objetivo final que traduz a sua essência, qual seja, a finalidade de ser uma ação que tenha em mente o coletivo, a população em geral, e pretenda melhorar suas condições de vida, assegurando a concretização dos direitos de todos os cidadãos abrigados constitucionalmente. Assim, podemos concluir que as políticas públicas apresentam um caráter universal, pois visa alcançar a todos que são protegidos pela Constituição.

2.1 Orçamento Público e Políticas Públicas.

É impossível tratar de políticas públicas sem mencionar a questão orçamentária, esta é imprescindível para implementação dos direitos sociais, pois é através da previsão orçamentária de recursos que se realiza a programação de gastos públicos, de arrecadação de receitas e definição das estratégias econômico-sociais do Estado para que as escolhas de prioridades ganhem maior relevância. Nos dizeres de Ricardo Lobo Torres “o orçamento deixou de ser um instrumento de simples controle de finanças e passou a ser instrumento capaz de permitir a implementação de políticas públicas e a atualização dos programas e do planejamento governamental”.[6]

Dessa maneira, encontramos na própria Constituição Federal dispositivos que tratam do orçamento público e corroboram tal assertiva (arts 163 a 169 – Capítulo II – “Das Finanças Públicas” – do Título VI – “Da Tributação e do Orçamento”).

Portanto, tem-se que é de grande importância o entendimento do papel da Lei do Orçamento Anual (LOA), do Plano Plurianual (PPA) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), pois exercem relevante função na definição e priorização das ações governamentais, ressalta Leonardo Augusto Gonçalves, “sem a correta compreensão do funcionamento do ciclo orçamentário toda e qualquer discussão em torno da elaboração e cumprimento das políticas públicas tende a se revelar

absolutamente inócua, posto que dificilmente serão implementadas sem recursos para tanto”.[7]

A disponibilidade de recursos do Estado é que vai condicionar a efetividade das políticas públicas, essa disponibilidade, por sua vez, será identificada através da realização de cálculos acerca dos possíveis resultados de uma decisão para atender determinadas metas e consequentemente a satisfação de uma necessidade coletiva. A respeito deste tema nos diz Sério Rezende de Barros:

Assim, a íntima relação existente entre as políticas públicas e os direitos sociais condiciona a atuação do Estado a prestações diretamente vinculadas à destinação dos bens públicos e à disponibilidade orçamentária. Dessa forma, as políticas públicas e, mais particularmente, os direitos sociais que elas informam têm uma dimensão – um peso – economicamente relevante para o Estado.[8]

Cabe salientar que a arrecadação de receitas deve estar diretamente relacionada à previsão de gastos públicos, esta arrecadação além de prever os gastos dos próprios órgãos da Administração Pública deve se voltar para concretização das políticas públicas - visto que ao ser delegado poderes ao Estado espera-se uma contraprestação que é a satisfação das necessidades da coletividade - mas é claro respeitando o princípio da não-vinculação da receita proveniente de impostos, pois poderia limitar o Poder Executivo na sua função administrativa (mas a própria Constituição nos traz exceções no que diz respeito a gastos em educação e saúde).

A elaboração e a execução do orçamento-programa a fim de traçar as políticas públicas é função precípua do Poder Executivo com aprovação do Legislativo, mas quando estes se mostram ineficientes outros instrumentos devem ser disponibilizados e entre eles encontra-se o controle judicial das políticas públicas realizado pelo Poder Judiciário, como que veremos a seguir.

3. Controle Judicial das Políticas Públicas

Passamos agora à análise da efetivação das políticas públicas através da máquina judiciária, tanto na sua elaboração quanto na sua execução, e quais instrumentos são utilizados para concretização das políticas públicas e dedicaremos atenção especial ao papel do Ministério Público nessa importante missão. Mas antes disso, é fundamental destacar a mudança da concepção de separação absoluta dos três poderes, inclusive do caráter apolítico do Poder Judiciário.

3.1 Concepção política do Poder Judiciário e equilíbrio dos poderes

O caráter de neutralidade e apoliticidade do juiz defendida por positivistas com o surgimento do liberalismo clássico, hoje cai por terra, pois se chegou à conclusão de que esta visão positivista foi sempre uma máscara para manutenção do *status quo*, impedindo qualquer tentativa de mudanças sociais e a redistribuição das riquezas de forma mais equilibrada. Bem observa Nicole Mazzoneli Facchini:

Se mesmo em um Estado de perfil liberal, em que eram submetidos ao exercício da jurisdição apenas litígios de caráter individual, jamais houve uma atuação judicial completamente neutra, apolítica e estritamente lógica, quanto menos poder-se-á insistir na existência dessa neutralidade em um Estado Democrático de Direito. Estado, este caracterizado por uma sociedade articulada, intensamente pluralista, e em que desdobram incessantemente novos direitos –principalmente aqueles de natureza difusa e coletiva – e novos tipos de litigância, como as controvérsias que envolvem interesse público.[9]

E assim assumimos o caráter subjetivo e político do juiz, ou seja, não há como desconsiderar os valores e as experiências do magistrado no ato de julgar que devem ser conciliados ao caso concreto. O julgador deve agir de forma racional almejando sempre a decisão mais justa de acordo com os critérios da sociedade, logo fica evidente sua função política na defesa dos interesses da sociedade ao julgar condutas da administração, ao avaliar a constitucionalidade das leis e, inclusive, ao tomar uma posição nas ações coletivas. Afirma Sérgio Cruz Arenhart:

A fim de enfrentar a questão posta, um pressuposto merece ser ponderado: o juiz, atualmente, não é mais visto como simples aplicador do direito. Seu papel, na atualidade, foi alterado de mera "boca da lei", como queria o liberalismo clássico, para verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas. Este papel se faz sentir em todas as oportunidades em que o magistrado é levado a julgar. Não há dúvida de que um juiz, que deve decidir sobre a outorga ou não de certo benefício previdenciário a alguém, interfere, mesmo que de forma mínima, em uma política pública. Sua decisão importará a alocação de mais recursos, a alteração de certos procedimentos (para atender ao caso concreto), além de representar um paradigma para outras pessoas e situação equivalente.[10]

Essa função política de determinar a implantação de determinada política pública deve ser feita de modo responsável e coerente, pois envolve o deslocamento de recursos públicos de outros setores ou serviços públicos, além do que essa intervenção jurisdicional está presente não só nas ações individuais, mas principalmente nas ações coletivas, voltadas para satisfação dos interesses da coletividade, ações estas ainda novas para os operadores de direito por isso muitas vezes há dificuldades em alcançar sua finalidade.

Em razão disso devem ser levados em consideração três fatores: a divergência dos princípios fundamentais do Direito, que se encontram em contraste, e a preocupação com a realidade social. Dessa forma, juízes têm buscado no princípio da proporcionalidade uma grande ferramenta de atuação, considerando três aspectos: a adequação, a exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Entre os vários meios para atingir a finalidade das normas legais em contraste devemos escolher o que for mais *adequado* ao caso específico. Na análise desta adequação, há de se preocupar com o menor sacrifício do interesse que será subjugado, ou seja, a sua *exigibilidade*. Por derradeiro, será considerada a *proporcionalidade em sentido estrito*, contando com o resultado mais vantajoso no que diz respeito a um interesse, com o menor sofrimento para os outros.[11]

Esses aspectos estão diretamente relacionados à interpretação do texto constitucional feita pelo juiz que além de seguir critérios subjetivos/valorativos deve estabelecer critérios objetivos/hermenêuticos. Reforça Arenhart: "Em todo este papel interpretativo do magistrado se nota alta dose de critérios políticos valorativos. Embora se tente esconder esta imposição sob o manto de argumentos retóricos, não há dúvida de que há de se exigir do magistrado papel valorativo semelhante àquele esperado dos representantes políticos da sociedade".[12]

A partir do exposto acima, passa-se a compreender que a idéia de separação absoluta encontra-se ultrapassada e que o juiz não é mero aplicador da lei, dado que a Lei Maior conferiu-lhe funções muito maiores e muito mais atuantes no âmbito do Estado Democrático de Direito.

3.2 Controle Judicial na Formação e Execução de Políticas Públicas

Embora na prática não exista uma real distinção entre o controle judicial na fase de formação e de execução das políticas públicas, pois muitas das vezes ele é feito concomitantemente, far-se-á a análise dessas duas etapas separadamente por uma questão didática e de melhor entendimento.

O Controle Judicial da formulação das políticas públicas ocorre devido à necessidade de se verificar a compatibilidade dessas políticas públicas com as diretrizes traçadas pelo texto constitucional.

Sabe-se que incumbe ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo a escolha das políticas publicas a serem implementadas, conforme define a constituição, mas em determinadas hipóteses a própria Constituição já traçou o conteúdo de uma política pública e por isso os meios utilizados para atender os anseios sociais devem estar vinculados a essa determinação constitucional.

A nossa carta constitucional estipulou que as áreas da educação e da saúde merecem tratamento especial, ou seja, devem ser-lhes reservados percentuais mínimos dos recursos orçamentários. Só então depois de reservados esses percentuais mínimos é que poderão os Poderes, Executivo e Legislativo, valerem-se da sua discricionariedade na escolha dos programas a serem adotados.

Têm-se como exemplos o art. 198, II, da Constituição Federal, que estabelece como diretriz do sistema único de saúde *o atendimento integral, com prioridade das atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais* e o art. 227, *caput*, da Lei Maior, garante a proteção especial à criança e ao adolescente, determinando que essa assistência deve ser prestada com *absoluta prioridade*.[13]

Nas situações específicas onde a Constituição estabeleceu certas prioridades, o seu descumprimento terá como conseqüência o acionamento do Poder Judiciário, afim de que este determine a execução dessas políticas públicas para só posteriormente definir quais as outras a serem adotadas.

Em contrapartida, há muitos outros casos em que a Constituição não determinou quais os meios a serem utilizados para satisfação das necessidades sociais, deixando a critério do Administrador Público a escolha de prioridades entre os programas sociais e

econômicos que poderiam ser adotados, sob o controle do Poder Legislativo para aprovação ou não das leis que determinam as diretrizes e formas de atuação para a execução de certa política pública.

O controle judicial nesses casos deve se limitar a avaliar se o Administrador Público foi contrário ao que dispõe a Lei Maior que tem sempre como fim a defesa dos interesses da coletividade. Salienta Brandt:

...quando o Poder Judiciário for provocado para avaliar as escolhas realizadas pelos Poderes eleitos, ele deve se restringir a analisar se aquela escolha foi tomada em expressa contradição às finalidades das normas constitucionais aplicáveis à espécie ou se ela (escolha) foi desarrazoada. Só em caso positivo é que deve julgar procedente a pretensão a ele apresentada, pois, como vimos, as escolhas acerca do conteúdo das políticas públicas, na maioria das vezes, foram atribuídas, pelo legislador constituinte, aos membros dos poderes eleitos, não obstante essas escolhas devam ser realizadas de acordo com as diretrizes traçadas pelo programa constitucional.[14]

Após a análise da formulação das políticas públicas, passa-se a discorrer sobre a execução das políticas públicas, neste caso o Judiciário é convocado a fazer cumprir as políticas públicas já definidas em lei, ou para satisfazer uma política pública determinada pela Constituição, mas que ainda não foi regulamentada.

O controle judicial das políticas públicas nessa fase pode estar ligado a atos administrativos de competência vinculada ou de competência discricionária; no primeiro caso o Judiciário deve julgar se o administrador agiu conforme determinação da lei, melhor dizendo, sobre a interpretação dada a ela. Já no caso de atos discricionários o controle judicial apresenta certa restrição e complexidade.

É complexo e limitado esse controle judicial, pois somente em algumas situações é que poderá ser realizado e dependerá de uma minuciosa análise por parte do Poder Judiciário que envolve critérios de razoabilidade e racionabilidade. É necessário que o Poder Judiciário tenha à sua disposição todas as características dos fatos relacionados ao ato administrativo discricionário.

Essa avaliação não se restringe a lei, deve alcançar o caso concreto para saber se o administrador conseguiu optar pelo meio que satisfaça o interesse público, entre os vários outros envolvidos.[15]

A discricionariedade foi concedida ao Administrador Público para que, nas situações em que a lei não consiga prever o melhor resultado para atingir o interesse coletivo, possa optar por um ato administrativo que alcance a sua finalidade com maiores benefícios para a sociedade.

Portanto, no que diz respeito à concretização de políticas públicas de caráter discricionário tem-se que somente nas hipóteses em que o Judiciário comprovar que a sua opção e não a do Administrador é a única possível para atender o interesse público é que poderá substituir a decisão administrativa, visto que a discricionariedade do administrador não pode ser substituída pela discricionariedade do juiz.

Para finalizar citamos o exemplo[16] quanto à possibilidade do Poder Judiciário decidir se é obrigatória ou não a implementação de políticas públicas, recente decisão do E. Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial nº 493.811-SP (2002/169619-5), cuja ementa segue adiante transcrita, merece destaque:

Recurso Especial nº 493.811-SP (2002/0169619-5)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Município de Santos

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO

1.Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

2.Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3.Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.

4.Recurso Especial provido.

Em decorrencia da clareza e importância dos argumentos expostos pela Exma. Ministra Relatora, figura-se indispensável a transcrição de parte do voto que proferiu:

"A Constituição Federal de 1988 revolucionou o Direito Administrativo brasileiro, ao substituir o modelo do Estado liberal, traçado na Era Vargas, para o Estado social e democrático de direito.

No primeiro, o Estado distanciava-se da vida social, econômica e religiosa dos indivíduos, mantendo-os independentes em relação a ele, que estava presente para garantir-lhes essa independência, interferindo minimamente e deixando que a sociedade seguisse, como ordem espontânea dotada de racionalidade imanente.

Mas o novo modelo emancipou a sociedade em relação ao Estado, reaproximando-os. Daí o surgimento das políticas intervencionistas, como contraponto de uma sociedade que se politiza.

As transformações no modo de atuar do Estado alteraram a estrutura da sociedade, acarretando a diluição dos limites entre o Estado e a sociedade, vinculados por um número crescente de inter-relações. No dizer de Bobbio, 'o Estado e a sociedade atuam

como dois momentos necessários, separados, mas contíguos, distintos, mas independentes do sistema social em sua complexidade e articulação interna'.

O novo modelo ensejou a multiplicação de modos de solução de problemas, mediante negociações, acordos, protocolos de intenções. Esse intrincamento de vínculos torna impossível a previsão em normas legais de todas as diretrizes de conduta a serem observadas e de soluções a serem adotadas.

Essa digressão sociológica é importante para direcionar o raciocínio de que não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípuas, a representa.

Dentre as numerosas funções, estão as constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, especificamente, de interesse nestes autos a de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. Daí a legitimidade do Ministério Público e a irrecusável competência do Poder Judiciário, porquanto estabelecida a responsabilidade estatal na Resolução Normativa 4/97, baixada pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, seguimento social em destaque para agir em parceria com o Estado, nos termos do art. 88, II, do ECA.

Conseqüentemente, tenha-se presente que o pleiteado pelo Ministério Público não foi fruto de sua ingerência. O pedido foi a implementação de um programa adredemente estabelecido por um órgão do próprio município, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com função normativa fixada em conjugação com o Estado (Município) e a sociedade civil.

O descumprimento à Resolução 4/97 foi apurado pelo Ministério Público, via inquérito civil, no qual ficou concluída a insuficiência no atendimento às crianças e adolescentes com problemas de uso de drogas.

Diante da omissão governamental pleiteou:

a)inserção em plano plurianual e na lei orçamentária anual, com destinação privilegiada de recursos públicos para o programa;

b)observância da Resolução 4/97 e das Constituições, Federal e Estadual, e da Lei Orgânica do Município; e

c)inclusão no orçamento de previsão de recursos à implementação do programa de atendimento aos viciados, nos termos do projeto.

Conseqüentemente, até aqui, conclui-se que não se pode alegar ilegitimidade do Ministério Público ou inserção do Judiciário na esfera administrativa, como tradicionalmente acontecia. (...)

A posição do TJ/SP deixa a roboque o Executivo Municipal fazer ou não fazer o determinado pelos seus órgãos, pela Lei Orgânica e pela Constituição, bastando, para o non facere, escudar-se na falta de verba. Se não havia verba, porque traçou ele um programa específico? Para efeitos eleitoreiros e populares ou pela necessidade da sociedade local?

O moderno Direito Administrativo tem respaldo constitucional suficiente para assumir postura de parceria e, dessa forma, ser compelido, ou compelir os seus parceiros a cumprir os programas traçados conjuntamente.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente em parte a ação ministerial, determinando seja reativado em sessenta dias o programa constante da Resolução 4/97, devendo ser incluída no próximo orçamento municipal verba própria e suficiente para atender ao programa.

É o voto".

Depreende-se do acórdão imediatamente relatado o acolhimento dos argumentos sobre os quais retrata-se ao longo do presente trabalho, demonstrando quão importante tem sido o papel do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos sociais que garantam a existência digna da pessoa humana.

4. Instrumentos de Controle Judicial de Políticas Públicas - Ação Civil Pública E Mistério Público.

Na busca da efetivação do controle judicial de políticas públicas têm sido implementados instrumentos judiciais, tais como mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de insconstitucionalidade por omissão, argüição de descumprimento de preceito fundamental e as ações coletivas. Entre esses instrumentos abordaremos a ação civil pública – para parte da doutrina é considerada uma espécie das ações coletivas.

4.1. Ministério Público: principal legitimado para proposição da ação civil pública na implementação das políticas públicas

O Ministério Público ganha a partir da Carta Constitucional de 1988 autonomia e independência funcional, além de garantias antes reservadas somente aos magistrados, como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Tais garantias lhes são conferidas para que possam atuar livremente e não sofram pressões externas e até mesmo internas quando produzidas por membros superiores da instituição.

A garantia de sua autonomia e independência funcional, impõe a necessidade de crescente e constante aprimoramento institucional na busca de uma maior instrumentação que possibilite desempenhar de forma mais efetiva suas responsabilidades na garantia do cumprimento da lei e da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, difusos e coletivos.[17]

Podemos corroborar essa nova vertente do Ministério Público por meio do art. 127 da Constituição Federal ao defini-lo como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". São objetos de sua defesa - interesses que a Constituição considera indisponíveis – o direito à vida, à liberdade, à educação, à saúde, entre outros.

Ainda nas disposições da Carta Maior encontram-se importantes mecanismos de atuação do Ministério Público que lhes dão grande respaldo para verificar se há ou não a necessidade de propor a ação civil pública, vejamos o art. 129 da Carta Constitucional:

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

[...]

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

[...]

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

"Assim, a legitimidade do Ministério Público surge da sintonia do art. 127 (interesses sociais e individuais indisponíveis), art. 129, inciso III (outros interesses difusos e coletivos), inciso IX (outras funções que a lei lhe conferir) e das leis, integradoras da ordem constitucional social, que legitimam o Ministério Público."[18]

Nessa fase extrajudicial, através do inquérito civil o Ministério Público pode utilizar-se de documentos de autoridades da Administração Pública direita ou indireta, requisitar serviços temporários de servidores do Poder Público e meios materiais para realização de atividades específicas, além da possibilidade de requerer exames, perícias, inspeções, que podem elucidar acerca das circunstâncias em que foram adotadas certas políticas públicas ou os motivos que levaram a omissão do poder público.

Como resultado ter-se-á elementos que auxiliarão na correta delimitação de pedidos formulados na ação civil pública a ser proposta.

Outra ferramenta que pode ser utilizada para instruir os inquéritos civis e outros procedimentos investigativos é a audiência pública. Ela permite a discussão sobre a execução dos direitos fundamentais, a fim de subsidiar os membros do Ministério Público com informações, além de possibilitarem a participação da sociedade na tomada de suas decisões.

A participação do Ministério Público na elaboração das políticas públicas passa, em primeiro plano, pelo conhecimento da realidade de cada um dos Municípios, Estados e da União no que concerne ao atendimento aos direitos sociais, buscando, em conjunto com os Poderes Executivo e Legislativo, Conselhos de Gestão e sociedade civil organizada definir prioridades a fim de que eventuais falhas nesse atendimento sejam devidamente corrigidas, indicando a melhor forma de fazer com que os orçamentos públicos contemplem recursos suficientes para tanto.

De outra ponta, se o Ministério Público deve atuar na elaboração das políticas públicas, também deve ter ao seu alcance instrumentos eficazes na busca do cumprimento das políticas já formuladas.[19]

Ainda na fase extrajudicial, além do inquérito civil público outros procedimentos administrativos poderão ser realizados pelo Ministério Público como a Recomendação e os compromissos de ajustamento de condutas, que poderão garantir a satisfação das políticas públicas de maneira mais ágil sem a necessidade de percorrer todo o processo da ação civil pública.[20]

O compromisso de ajustamento de conduta disposto no § 6º do art. 5º da Lei 7.347/85, pode ser realizado durante o Inquérito Civil Público ou mesmo ao longo da ação civil pública, cujo objetivo é fazer com que os órgãos públicos e privados, através de acordos que possuem valor, inclusive, de título executivo extrajudicial, atuem em conformidade com os preceitos da lei e principalmente da Carta Constitucional.

Portanto, a atuação do Ministério Público pela via extrajudicial a fim de concretizar as políticas públicas e por conseqüência efetivar os direitos fundamentais, pode dar-se de várias formas para que se evite a demora decorrente da realização de todos os atos procedimentais da lide processual.

Entretanto, quando tais medidas não forem suficientes, inevitavelmente o Ministério Público terá de valer-se das vias processuais, ou seja, deverá propor a Ação Civil Pública a fim de assegurar os direitos fundamentais da coletividade, que devem sempre ser o norte de todo e qualquer ente ou órgão público.

4.2. A Ação Civil Pública como instrumento de concretização das políticas públicas

A ação civil pública foi regulamentada pela Lei 7.347 em 1985, como defesa dos diretos difusos e coletivos, primeiramente tratou de áreas como meio ambiente, patrimônio histórico e cultural e direitos do consumidor, estendeu-se ao patrimônio público e ao controle da probidade administrativa, pela lei de improbidade administrativa lei 8.429/92, até alcançar os direitos fundamentais como educação, saúde, trabalho, etc.

Estabelece o preâmbulo da Lei da Ação Civil Pública: “Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e

direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências".

Outras leis já regulamentavam ou passaram regulamentar sobre direitos metaindividuais, como a Lei 6.938/81 que trata da política nacional do meio ambiente e a Lei 8078/90 (art. 81, parágrafo único, I) aborda os direitos do consumidor, inclusive de forma difusa e coletiva.

A proteção aos direitos difusos e coletivos se intensifica ainda mais após a inclusão destes à Constituição Federal de 1988 (art. 129, III), que dispõe sobre a possibilidade do Ministério Público realizar inquérito civil e propor ação civil pública "para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

Leonardo A. Gonçalves bem diz sobre jurisdição das políticas públicas por meio da ação civil pública:

Sendo assim, mostra-se importante destacar, em princípio, a ação civil pública como instrumento destinado a permitir que as políticas públicas possam ser levadas ao crivo do Poder Judiciário, com o escopo de que as normas constitucionais pertinentes aos direitos fundamentais de segunda dimensão sejam efetivamente concretizadas.[21]

Desse modo, pode-se destacar entre os direitos difusos e coletivos os direitos fundamentais sociais que deverão ser garantidos e prestados à sociedade por meio de políticas públicas implementadas pelo Estado, através dos poderes Legislativo e Executivo, incumbidos de elaborar as leis orçamentárias e determinar o modo e os recursos de execução dessas políticas públicas que deverão ser concretizadas pelo administrador público através de atos administrativos voltados à satisfação do interesse público e das necessidades da coletividade.

Todavia, quando tais políticas públicas não são executadas surge a possibilidade de buscar no Judiciário a possibilidade de satisfação dos direitos sociais que deveriam ser efetivados por meio da ação dos poderes Executivo e Legislativo, como bem dispõe define Rodolfo de Camargo Mancuso:

Outro campo importante por onde se vai estendendo o objeto da ação civil pública é o do controle das chamadas *políticas públicas*, em que se apresenta desde logo o problema da sindicabilidade judicial dos atos do governo, das políticas públicas governamentais, searas em princípio propícias à atividade *discricionária* da administração. De modo geral, o entendimento contemporâneo é que apenas ficam poupados os atos *puramente discricionários* ou os *exclusivamente políticos*.[22]

Dessa forma, deixa claro o autor que apenas os atos administrativos exclusivamente discricionários, sem nenhuma possibilidade de vinculação à lei é que não poderão ser questionados e concedidos pela via jurisdicional. Entretanto, raramente um direito fundamental permite sua atuação discricionária, sem nenhuma vinculação à lei.

Os direitos a serem concedidos por meio de ação civil pública quando tratamos de controle judicial de políticas públicas devem ser aqueles que apresentem grande interesse para a sociedade, ou seja, direitos que assegurem a dignidade da pessoa humana, principalmente àqueles considerados como direitos mínimos de existência, é como dispõe Rodolfo C. Mancuso:

'Interesse social', no sentido que concerne ao presente estudo, é aquele que consulta à maioria da sociedade civil: interesse que reflete o que a sociedade entende por 'bem comum'; o anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, *escolheu* como sendo os mais relevantes. Tomando-se o adjetivo "coletivo" num sentido amplo, poder-se-ia dizer que o interesse social equivale *ao exercício coletivo de interesses coletivos.*[23]

A ação civil pública tem por objeto, segundo dispõe o art. 3º da LACP, a condenação em dinheiro ou o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer. No que diz respeito às políticas públicas, a maior parte está atrelada as obrigações de fazer (podem inclusive estar relacionadas a prestações pecuniárias), ou seja, podem ter por finalidade a atuação de entes públicos ou privados (quando estão autorizados a prestação de determinado serviço público sob a fiscalização da administração pública). [24]

São legitimados para propor a ação civil pública o Ministério Público, a União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, também estão incluídas nesse rol as associações que estejam constituídas há pelo menos um ano.

Entretanto, o maior número das ações civis públicas são propostas pelo Ministério Público visto que a Constituição de 1988 lhe conferiu o papel de "guardião da sociedade".

Considerando que os direitos sociais realizam-se pela efetiva implementação das diretrizes da ordem social constitucional, o Ministério Público está legitimado, constitucionalmente e legalmente, a exigir da administração o efetivo cumprimento dessa ordem, pois a omissão ou a interpretação da Constituição de forma a impedir o real exercício dos direitos sociais pelos cidadãos, torna possível a discussão sobre a constitucionalidade, legalidade, finalidade e razoabilidade do ato administrativo (política pública) e a eventual judicialização da questão.[25]

Desse modo, concluímos que o Ministério Público é hoje um forte instrumento a fim de proporcionar efetividade e eficiência aos direitos sociais através do Controle Judicial de Políticas Públicas, promovendo o desenvolvimento do país, diminuindo suas deficiências ao contribuir para a defesa dos hipossuficientes.

Se este novo quadro institucional, associado ao voluntarismo dos membros do MP, representa uma possibilidade de judicialização dos conflitos políticos, de outro lado isto tem significado também uma crescente politização da instituição, e em duplo sentido: do ponto de vista do arranjo institucional de poderes, o MP rompeu o isolamento do sistema judicial para se constituir em ator relevante no processo político, interferindo muitas vezes de modo decisivo na dinâmica entre os poderes; internamente, a politização também vem ocorrendo no sentido de um posicionamento ideológico de

seus integrantes diante dos desafios de redução de desigualdades sociais e ampliação da cidadania.[26]

Destarte, chegamos ao fim do presente trabalho com a certeza de que vários são os instrumentos criados a fim de satisfazer os direitos fundamentais capazes assegurarem a dignidade da pessoa humana, o que dependerá para sua efetivação condiciona-se ao trabalho eficiente e responsável dos agentes públicos e operadores do direito que devem sempre atuar comprometidos com a satisfação dos interesses públicos.

No que diz com a atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável auto-limitação (do assim designado *judicial self restraint*) evidentemente em sintonia com a sua já afirmada e pressuposta legitimação para atuar, de modo pró-ativo, no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais. Tal atuação, por sua vez, não poderá descuidar (e neste ponto não há como dispensar uma contribuição dos demais atores políticos e sociais, como é ocaso do Ministério Público, das agências reguladoras, dos Tribunais de Contas) de questões como o combate à corrupção, o desperdício das verbas públicas, a racionalidade do sistema tributário e a destinação dos recursos orçamentários, a cruzada contra a sonegação e a informalização da economia, entre outros tantos problemas correlatos, que, caso não devida e urgentemente equacionados, seguirão impedindo um nível pelo menos razoável de efetividade dos direitos fundamentais. É neste contexto que assumem relevo os princípios da moralidade e probidade da administração pública, de tal sorte que – mesmo sem desenvolver o ponto – é possível afirmar que a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais, na dupla dimensão defensiva e prestacional, depende, em parte significativa (e a realidade brasileira bem o demonstra!) da otimização do direito fundamental a uma boa (portanto sempre proba e moralmente vinculada) administração.[27]

E a via judicial a qual nos interessa e tema do presente estudo é mais um dos diversos caminhos para perseguir tal fim, ainda que admitida com reservas, dada a necessidade de imposição de limites ao Poder Judiciário (ou a qualquer dos três poderes) é mais um instrumento disposto a alcançar a justiça e a paz social perseguidas desde os tempos mais remotos da civilização humana.

Considerações Finais

Realizado o estudo do Controle Judicial de políticas públicas percebe-se que a preocupação com a coletividade na defesa de seus interesses, almejando uma sociedade mais “humana” e igualitária, tem sido cada vez maior, por isso há necessidade de se desenvolver mecanismos e alterar as velhas práticas de manutenção do *status quo*, derivadas do positivismo, como por exemplo, a neutralidade do juiz, onde este era considerado mero aplicador da lei. Agora passa a assumir seu caráter político, admitindo inclusive que ao julgar concilia seus valores com a razão e o caso concreto, mas sem deixar de ser imparcial.

Outra idéia derrubada é a da separação absoluta dos poderes, pois, apresentam sim funções que lhes são precípuas, mas podem exercer as de outro quando pertinente, visto que devem se equilibrar objetivando a eficiência dos serviços públicos produzindo benefícios para a coletividade.

O Ministério Público é outro grande protagonista na defesa dos direitos sociais não só na proposição da ação civil pública, como também pela sua atuação na realização do inquérito civil, este considerado uma grande ferramenta investigativa para a colheita de materiais além das audiências públicas que permitem a participação da sociedade na discussão a cerca dos direitos fundamentais e contribuírem com informações.

Dessa forma, todos esses aparatos serão fundamentais para a proposição ou não da ação civil pública, pois em alguns casos é possível solucionar o problema e concretizar a política pública extrajudicialmente, ou ainda que seja necessária a proposição da ação coletiva, tais elementos auxiliarão o juiz na sua decisão, a fim de exigir ou não que seja formulada ou executada determinada política pública.

Por fim, conclui-se que todo o estudo voltdado para a efetivação dos direitos fundamentais só terá sentido e razão de ser se todos esses instrumentos desenvolvidos despertarem nos operadores do direito e administradores públicos a real importância de trabalharem comprometidos com o grande interesse público, qual seja, garantir condições materiais de existência digna a cada pessoa humana.

Referências:

APPIO, Eduardo. Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil. (1ª Ed. 2005) 5ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Amicus curiae* e audiência pública no processo civil brasileiro – *propostas para o fortalecimento da cidadania através das ações coletivas no Brasil.* <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao009/eduardo_appio.htm>. Acesso em 17 dez. 2007.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723.pdf. Acesso em 09 jan. 2008.

ARENHART, Sergio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em: 29 de dez. 2007.

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela lei de Improbidade. Curitiba: Juruá, 2004.

BARROS, Sérgio Resende. O Poder Judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=89>. Acesso em: 12. jan. 2008.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANDT, Lúcia Helena. O Controle Judicial das Políticas Públicas: Os Limites Institucionais-Estruturais do Poder Judiciário. 160fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação Eurípides Soares da Rocha, 2007.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo04.pdf.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Considerações acerca do controle jurisdicional de políticas públicas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 46, 31/10/2007 [Internet].Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2329.Acesso em 24/01/2008.

FACCHINI, Nicole Mazzoneli. Controle Judicial das Políticas Públicas: a questão da reserva do possível, da legitimação e do princípio da separação dos poderes. Disponível em:<://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070620controle_nicole.php >Acesso em: 05 jan. 2008.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: RT, 2005.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas públicas: *a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores* . Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GONÇALVES, Leonardo Agusto. O Ministério Público e a tutela dos direitos sociais. Disponível em: http//www. sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/130307.pdf . Acesso em 17 dez. De 2007.

_____. Políticas Públicas Como Instrumentos De Concretização Dos Direitos Fundamentais Sociais: *Das Etapas De Implementação À (Im)Possibilidade De Controle Jurisdicional*. 251 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2009.

HOFLING, Heloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. Cadernos Cedes, ano XXI, nº 55, novembro de 2001. Disponível em: www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539.pdf Acesso em 20 de dez. 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*: Lei 7.347/85 e legislação complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Interesses difusos*: conceito e legitimação para agir*. São Paulo*:* Revista dos Tribunais, 2004

NARDINI, Maurício José. Papel do Ministério Público na promoção dos direitos humanos. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 19, set. 1997. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=172>. Acesso em: 18 jan. 2008.

OLIVEIRA, Adriana de, et. e tal. Materialização dos direitos sociais: *O papel do Ministério Público e do Serviço Social.* Disponível em: www.mp.rs.gov.br/areas/ceaf/arquivos/enssmp/Textos%20Completos%20PDF/a_mater_dir_soc_papel_mp_ss.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2008.

PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanziola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: *Desafios e Perspectivas.* Disponível em: <redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/282/28281509.pdf> Acesso em 11 de jan. 2008.

PISCITELLI, Rui Magalhães. A dignidade da pessoa e os limites a ela impostos pela reserva do possível. Disponível em: www.tj.rs.gov.br/institu/c_estudos/doutrina/Dignidade_da_pessoa.doc - Acesso em 08 jan. 2008.

ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. A Eficácia Dos Direitos Sociais E A Reserva Do Possível. Disponível em http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_V_novembro_2005/rosalia-eficacia.pdf.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SOUZA, Moutauri Ciocchetti de. Ação civil pública e inquérito civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

STRECK, Luiz Lênio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: *Uma nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo (org). Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ªed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____; Tradado de direitoconstitucional financeiro e tributário. 2. Ed. V. 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

WACHELESKI, Marcelo Paulo. Jurisdição e políticas públicas: *a eficácia dos direitos fundamentais e a politicidade do Poder Judiciário*. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 16 , fev. 2007. Disponível em:< http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao016/Marcelo_Wacheleski.htm>Acesso em: 21 dez. 2007.

---

[1]WACHELESKI, Marcelo Paulo. *Jurisdição e políticas públicas:* a eficácia dos direitos fundamentais e a politicidade do Poder Judiciário. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 16 , fev. 2007. Disponível em: < http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao016/Marcelo_Wacheleski.htm> Acesso em: 21 dez. 2007.

[2]WACHELESKI, Marcelo Paulo. Op. Cit.

[3]PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanziola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas. Disponível em: <redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/282/28281509.pdf> Acesso em 11 de jan. 2008.

[4]STRECK, Luiz Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:* Uma nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

[5]APPIO, Eduardo. Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil. (1ª Ed. 2005) 5ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2008. p. 136

[6]TORRES, Ricardo Lobo. Tradado de direitoconstitucional financeiro e tributário. 2. Ed. V. 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.83.

[7]GONÇALVES, Leonardo Agusto. O Ministério Público e a tutela dos direitos sociais. sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/130307.pdf . Acesso em 17 dez. De 2007.

[8]BARROS, Sérgio Resende. O Poder Judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação. Disponível em: http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=89. Acesso em: 12. jan. 2008.

[9]FACCHINI, Nicole Mazzoneli. Controle Judicial das Políticas Públicas: a questão da reserva do possível, da legitimação e do princípio da separação dos poderes. Disponível em: <://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070620controle_nicole.php > Acesso em: 05 jan. 2008.

[10]ARENHART, Sergio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em: 29 de dez. 2007.

[11] Id. Ibid.

[12] Id. Ibid.

[13]BRANDT, Lúcia Helena. *O Controle Judicial das Políticas Públicas: Os Limites Institucionais-Estruturais do Poder Judiciário.* 160fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação Eurípides Soares da Rocha, 2007. Op. Cit., p. 61.

[14]Id. Ibid., p 65.

[15]. Id. IBID. p. 74-75

[16] GONÇALVES, Leonardo Agusto, Op. Cit.

[17]OLIVEIRA, Adriana de, et. e tal. Materialização dos direitos sociais: O papel do Ministério Público e do Serviço Social. Disponível em:

www.mp.rs.gov.br/areas/ceaf/arquivos/enssmp/Textos%20Completos%20PDF/a_mater_dir_soc_papel_mp_ss.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2008

[18] FRISCHEISEN, 2000, p. 119.

[19]GONÇALVES, Leonardo Agusto. O Ministério Público e a tutela dos direitos sociais. Disponível em: http//www. sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/130307.pdf . Acesso em 17 dez. De 2007.

[20] FRISCHEISEN, 2000, p. 131.

[21]GONÇALVES, Leonardo Agusto. Políticas Públicas Como Instrumentos De Concretização Dos Direitos Fundamentais Sociais: Das Etapas De Implementação À (Im)Possibilidade De Controle Jurisdicional. 251 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2009, p. 228.

[22]MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.

[23]MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos. P. 29*

[24]FRISCHEISEN, 2000, p. 127-130.

[25]FRISCHEISEN, 2000, p. 123.

[26]ARANTES, Rogério Bastos. Op. Cit.

[27]SARLET, 2007, p. 382.

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR VIA DO ENSINO MÉDIO*

THE EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS THROUGH THE FINAL STAGE OF SECONDARY EDUCATION

Rubens Beçak
João Ricardo de Castro Barbosa do Amaral

RESUMO

Desde os primeiros ideais destacados pelas Revoluções, é notável a grande importância dos direitos humanos tutelados nas Constituições. Motivo de discussões são se possuem eficácia jurídica e social. Para que haja a eficácia social dos direitos fundamentais faz-se necessário que os direitos fundamentais sejam levados à discussão perante a sociedade, para que seu conhecimento constitua sua base sólida e inviolável. Os direitos fundamentais somente são aprendidos quando ministrados no ensino superior, especialmente Direito. Assim, a intenção do presente projeto é aumentar a discussão dos direitos fundamentais, através de apresentações a alunos do Ensino Médio, buscando tornar suas normas socialmente eficazes.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS / EFICÁCIA SOCIAL DA NORMA CONSTITUCIONAL / EDUCAÇÃO / GLOBALIZAÇÃO POLÍTICA.

ABSTRACT

Since the first ideals which were highlighted by the Revolutions, it's remarkable the great importance of human rights that are protected by Constitutions Nevertheless, reason of discussion about is if they are effective. For the existence of social effectiveness that is necessary that they are raised to a level that can be discussed by the society. Only when we graduate in courses about Human Sciences, specially Law, that we are instructed about them. The aim of this work is to raise the discussion about the fundamental rights to society, through presentations for students of the final stage of secondary education.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS / SOCIAL EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTIONAL RULE / EDUCATION / POLITICAL GLOBALIZATION.

- 1.1. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - A NECESSIDADE DE PROTEGÊ-LOS E NÃO TANTO DE JUSTIFICÁ-LOS[1]

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Quando falamos em direitos humanos, envolvemos uma gama de outros conceitos secundários que se relacionam entre si e com o conceito geral subjetivo de direitos fundamentais. Relacionam-se também com diversas outras ciências, sendo que em cada ciência ver-lhes-ão de formas e aspectos diferenciados - juntamente com assuntos relacionados no dia a dia e com a História, conceituar direitos fundamentais e humanos de forma objetiva se torna uma tarefa um tanto quanto complexa e com certeza, passível de grandes debates e contradições.

Sendo assim, nos limitaremos a demonstrar a necessidade de protegê-los como meio para a garantia da convivência harmônica do ser humano e tentaremos de forma sucinta conceituá-los.

Pois bem. Valendo-se do postulado ético de Kant pela busca do conceito de pessoa dotada de direitos universais e a evidente diferenciação de pessoas (dignidade) sobre coisas (preço), trabalhemos sobre um ser humano possuidor do dom da razão, dom esse que qualquer outra espécie viva não possui; é orientado sobre valores éticos formado pelo convívio entre si, e, com a influência dos seus sentimentos e capacidades aquém de qualquer ser, consegue amar, criar, comparar, raciocinar, etc. A título de curiosidade, comprova-se que o sistema neurológico e cerebral do ser humano é muito superior em comparação a qualquer outro ser vivo.

Numa visão alienígena, pode-se afirmar que numa escala de evolução e comparação, o ser humano vem abaixo do Criador do Universo, assemelha-se por conseguir mudar a matéria e o núcleo das coisas da natureza, mas não se iguala e nunca se igualará por ainda ter dúvidas em relação a sua própria origem e de seu ambiente, também por não ser o criador primário e natural do todo.

O ser humano diferencia-se de qualquer outra coisa, pois esta é o meio para um determinado fim, enquanto nós somos um fim em si mesmo.

"Os entes cujo ser na verdade não depende de nossa vontade, mas da natureza, quando irracionais, têm unicamente um valor relativo, como meios, e chamam-se por isso coisas; os entes racionais ao contrário, denominam-se pessoas pois são marcados, pela sua própria natureza, como fins em si mesmos".[2]

Sendo um ser dotado de tantos atributos, o maior inimigo para a sua evolução interna coletiva e equilíbrio externo social é o próprio ser humano, Através da formação de sentimentos extremados (amor e ódio, prazer e desprazer, angustia e felicidade, ação e omissão, etc.), encontramos escalas inconstantes de atos e fatos nas relações entre si que demonstram a necessidade de nos regularmos, para ser mantido o equilíbrio social e sentimental. O ser humano não é estável, porém se possuímos um direito natural que radical e totalmente desatrelado ao direito positivo, da mesma forma, se temos normas positivas, mas sem eficácia e desatreladas ao direito natural, essa instabilidade se configurará a uma violação contínua dos direitos fundamentais.

Portanto, dar eficácia às normas de direitos fundamentais juntamente em reconhecer a existência de um direito natural do ser humano, superior que o é, os meios de proteger os direitos fundamentais serão outros, libertados de dogmas teóricos do passado, que

viam a proteção dos direitos fundamentais como mera função formal de dizer o poder e não como necessidade básica para um convívio comum e equilibrado entre os indivíduos.

A título de conceituação, valemo-nos de Fábio Konder Comparato que conceitua direitos fundamentais e direitos humanos, e os distingue:

"Os direitos humanos ou do homem trata-se de algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos. Já os direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis nos tratados internacionais." [3]

Vale dizer que o objeto dos dois é o mesmo, qual seja, a proteção do ser humano contra ingerências ocorridas na sociedade que violem a dignidade humana.

Numa dissecação da terminologia dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que:

"O vocábulo direito serve para indicar tanto a situação em que se pretende a defesa do cidadão perante o Estado como os interesses jurídicos de caráter social político ou difuso protegido pela Constituição. De outro lado o termo fundamental destaca a imprescindibilidade desses direitos à condição humana".[4]

Se possuímos direitos imprescindíveis e imutáveis para a nossa própria condição humana, a positivação desses direitos como forma protetiva de ações ou omissões que ameacem à proteção dos direitos fundamentais, ou mais, que violem a dignidade da pessoa humana, essa positivação é de extrema importância. Dá-se exemplo a essa importância, quando se cria e positiva um direito fundamental à vida para um ser humano por ser ele um ser superior diante dos demais seres vivos, não se cria e positiva um direito fundamental a um animal irracional, que é meio para um determinado fim.

Ora, se temos direitos, por natureza, por causa tão somente e simplesmente do fato de existirmos, como por exemplo de sermos livres e iguais a todos, de forma natural, faz-se necessário que tais direitos sejam perseguidos e quando perseguidos e capturados, que sejam garantidos e assegurados em lei.

Dessa forma, concluímos que se temos direitos fundamentais, se são eles positivados em lei, qual é a maior importância para o próprio ser humano? conceituar os direitos, justificar a sua existência ou protegê-los de forma eficaz garantindo um equilíbrio social comum? Não importa saber "quais são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados".[5]

E a proposta do tema vai além. Devemos proteger os direitos fundamentais, e para protegê-los deve-se ter instituições hábeis, como o próprio Estado que em determinados momentos configura como autor na violação dos direitos fundamentais. Porém como meio para a finalidade protetiva dos direitos fundamentais, é a conscientização e transportamento do conhecimento privado de alguns para todos que são legitimado dos

direitos fundamentais, que é juntamente com a Sociedade, o ser humano particular. E a instituição hábil para o transportamento do conhecimento, a conscientização dos direitos fundamentais é a educação, por meio das escolas.

- 1.2.O PROCESSO DE POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A HISTÓRIA

Conforme visto alhures, os direitos humanos imprescindíveis como o são precisam ser formalizados e positivados em lei, servindo como forma de garantir e proteger o ser humano de ingerências ocorridas pelo Estado ou pela Sociedade. Geralmente em um Estado Democrático de Direito, os direitos humanos estarão positivados na Constituição, porém, "ninguém mais nega, hoje, que a vigência dos direitos humanos independe do seu reconhecimento constitucional, ou seja, de sua consagração no direito positivo estatal como direito fundamental".[6]

O processo de positivação dos direitos fundamentais em um conjunto de leis, normas ou decretos, em regra, seguiu um liame histórico que geralmente se configurava através de fatores críticos ou instáveis, positivos ou negativos, ocorridos em determinado Estado ou em acontecimentos de relevância internacional.

Dentro desse liame histórico, o passo posterior que se via, era a busca ao respeito à dignidade da pessoa humana em um processo que transparecia a realidade gerada pelas linhas estremecidas e conturbada da humanidade durante a linha contínua e linear da História.

Os dois acontecimentos fundamentais na História, no que tange ao reconhecimento dos direitos fundamentais foram a Revolução Francesa de 1789 e a Revolução Americana 1776. Não que antes não se falava em direitos fundamentais, mas com maior força o discurso de proteção e validade dos direitos fundamentais, aconteceu justamente nesses dois momentos históricos de repercussão em quase toda a Europa.

"Quando em Paris, no grande oceano humano, as ondas da revolução subiam, agitavam-se e se enfureciam tempestuosamente, para além do Reno, os corações alemães murmuravam e fremiam."[7]

A discussão entre historiadores é entre qual das revoluções os direitos fundamentais foram mais aclamados e buscados. Sabe-se que a Revolução Francesa quebrou um marco do Antigo Regime com a tão conhecida proclamação dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade.

No decorrer da história até os dias de hoje os direitos consagrados na Declaração de 1789[8] são entoados em vários discursos de homens públicos como plano de gestão a proteção deles, demonstrando assim o impacto histórico que a Revolução Francesa causou e ainda causa.

Afirmar qual Revolução teve maior relação com os direitos fundamentais é um pouco complicado e usaremos as palavras de Bobbio, quando ele incumbe aos historiadores esta tarefa, e toma posição que:

"Apesar da influência até mesmo imediata que a revolução das treze colônias teve na Europa, bem como da rápida formação no Velho Continente do mito americano, o fato é que a Revolução Francesa que constituiu, por cerca de dois séculos, o modelo ideal para todos os que combateram pela própria emancipação e pela libertação do próprio povo".[9]

- 1.3.OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO

Os direitos fundamentais com todo o aparato do Estado Democrático de Direito, é em regra, positivado na Lei Maior, na Constituição de um país soberano. Não é por menos, haja vista o grau de importância e rigidez para os constituintes se privarem de positivá-los. A Declaração de 1789, promulgada na França já dizia em seu artigo 16: "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos (fundamentais) nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição."

Devemos entender a Constituição no interesse precipuamente do homem e não do Estado; da Sociedade e não do Poder; não somente como lei maior que organiza o poder, mas sim como lei de todos que positiva direitos fundamentais.

Na atual Constituição do Brasil, é notável nas linhas da lei máxima o alto grau de exortação vivido durante o processo constituinte, resultado de duas décadas de sofrida ditadura militar - observa-se principalmente no extenso rol de direitos individuais e coletivos positivados logo no início da mesma (art. 5º), fato este que torna a relação dos direitos fundamentais com todo o ordenamento jurídico do Brasil elos inseparáveis e essenciais à formação de um Estado Democrático de Direito.

Como assinalou Fernanda Dias Menezes de Almeida, em artigo publicado junto à Revista do Advogado de São Paulo, "a generosidade é, efetivamente, a marca da Constituição de 1988 em tema de direitos do homem, uma generosidade exagerada, em certos pontos resvalando na demagogia, com o risco de banalização dos direitos".[10]

Fato este que nos leva a discutir sobre uma atual tendência de multiplicar os direitos fundamentais, o que possivelmente poderá, se tal corrente prosperar, prejudicar o seu núcleo essencial, fazendo com que se adere a ele meras vulgaridades.

"Assinala Philip Alston essa tendência da ONU e de outros corpos internacionais de proclamarem a torto e a direitos, direitos fundamentais sem critério objetivo algum. E registra novos direitos fundamentais em vias de serem solenemente declarados fundamentais - direito ao turismo, direito ao desarmamento, direito ao sono, direito de não ser morto em guerra, direito de não ser sujeito a trabalho aborrecido, direito à coexistência com a natureza, direito de livremente experimentar modos de viver alternativos, etc." [11]

Dessa forma, constata-se que os direitos fundamentais devem ser vistos e interpretados de forma não diferenciada e dilatada defronte ao meio social, até mesmo por serem positivados na lei da sociedade e do poder que é a Constiuição, devendo-se antes de positivá-los, fazer-se um juízo de probidade para distinguir os reais direitos fundamentais dos falsos estigmas sociais.

- 1.4.OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FUNCÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIRETO DE PROTEGÊ-LOS

Não podemos olvidar a função do Estado como protetor dos direitos fundamentais, que no decorrer dos tempos teve o papel de "vilão" perante os direitos do povo. Com a luta destes (Estado e Povo) e o advento de uma nova classe social, a burguesia, o Estado vem de forma gradual e residual garantir certos direitos intrínsecos ao homem, formalizando um aglomerado de normas ou regras, que mais se assemelham às garantias e direitos do que em leis positivas.

Hoje o Estado deve ser o protagonista na proteção dos direitos fundamentais e eternamente seu defensor. Todos os atos do Estado devem ter como escopo a proteção dos direitos fundamentais e buscar torná-los eficaz.

Incumbe ao Estado "zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados."[12]

Para um melhor entendimento da função do Estado diante da proteção dos direitos fundamentais, vale discorrer sobre a teoria dos quatro status do publicista alemão Georg Jellinek, teoria esta que serviu como molde para a classificação dos direitos fundamentais e do reconhecimento de sua multifuncionalidade.

Status significa situação, estado, portanto, status sob o ponto de vista da teoria de Jelinek significa situações jurídicas entre o indivíduo e o Estado. Jellinek dividiu em quatro tipos os status: passivo, negativus, positivus e activus.

O status passivo significa que o indivíduo está subordinado ao Estado, deve-o respeitar sua normatização e seus poderes. Conforme R. Alexy, "o Estado possui competência de vincular o cidadão juridicamente por meio de mandamentos e proibições".[13]

Em contrapartida vem o status activus que pressupõe um ato, ação do individuo para a formação real do Estado e de suas competências.

O status negativus requer uma atitude negativa por parte do Estado diante das condutas do individuo, deve ele se abster e se manter como mero fiscal para a garantia dos direitos. Conforme o mesmo R. Alexy o status negativus "consiste numa esfera individual de liberdade imune ao jus imperii do Estado, que, na verdade, é poder juridicamente limitado".[14]

Por fim, o status positivus consiste em uma atitude positiva por parte do Estado, devendo prestar direitos e deveres ao indivíduo. Valendo-se novamente de Alexy, os status positivus seria a possibilidade do individuo de "utilizar-se das instituições estatais e de exigir do Estado determinadas ações positivas".[15]

Os status de Jellinek veio como instrumento para uma classificação dos direitos fundamentais. Dentro desta classificação, nos ateremos sumariamente, a duas divisões feitas pela maioria dos doutrinadores, formuladas por base não estanque dos status negativus e positivus de Jellinek. São elas respectivamente, os direitos de defesa e os direitos prestacionais.

Os direitos de defesa exigem do Estado, uma abstenção para fazer valer as liberdades pessoais do individuo. Para exemplificar, usaremos o direito de locomoção, que é um direito de liberdade individual - deve o Estado em regra, não intervir no direito de ir e vir do cidadão no lugar que seja, a não ser que este cometa algum tipo de ilícito, que o leve a detenção em cárcere fechado deverá ele prestar "contas" ao Estado através da perda do direito de locomoção. Em contrapartida, o Estado deverá prestar contas à sociedade, o punindo por tal conduta. Nota-se através deste exemplo que a regra do direito de defesa, recai sobre o status negativus de Jellinek e a exceção sobre o status passivo do cidadão diante do Estado, juntamente com o status positivus do Estado perante a sociedade de prestar a ela uma proteção quando do ato punitivo ao agente do ilícito.

Os direitos de defesa possuem uma identificação com os assim denominados direitos fundamentais da primeira dimensão, integrados pelos tradicionais direitos de liberdade e igualdade, consagrados nas primeiras declarações de direitos ao lado dos direitos à vida e do direito de propriedade. [16]

Os direitos prestacionais, requer do Estado uma prestação ativa para com o indivíduo, se asemelham em regra com o status positivus de Jellinek. Para exemplificarmos, usaremos o direito à educação, deve o Estado disponibilizar a todos sem distinção, o ensino, o aprendizado, a pesquisa. Relaciona-se com os conhecidos direitos sociais.

É de discutir e seguir entendimento quanto às políticas públicas ou direitos à prestações do Estado também quanto aos direitos negativos, valendo-se que todos os direitos necessitam de direitos positivos ou direitos com status de positivos para a garantia da proteção dos direitos fundamentais tanto na sua esfera de defesa do indivíduo.

Porém o que nos importa é a complementaridade entre os direitos de defesa e os direitos à prestações, sendo o objetivo principal a tutela da dignidade da pessoa humana, juntamente com a atual função do Estado Democrático de Direito.

Essa função do Estado e em vista da atual realidade do mundo, podemos concluir que este não arca com as totais necessidades para a proteção dos direitos fundamentais, não arca principalmente na proteção e efetividade dos direitos sociais, por força do atual sistema econômico adotado, o sistema capitalista.

Antigamente era o Estado quem ditava os dogmas sociais, políticos e econômicos, era ele quem determinava os atos da sociedade. Hoje em dia a economia dominou o espaço

que antes era ocupado pelo Estado, agora é ela quem dita os dogmas que antes eram do Estado, é ela quem direciona o ser humano individualmente e coletivamente.

Baseada no sistema capitalista, a economia atual possui como função principal o individualismo lucrativo e concorrencial. Usa de suas instituições única e exclusivamente para a finalidade de manter o mercado nas mãos dos mais ricos, deixando os direitos fundamentais ao mero acaso ou unicamente como agente de publicidade de políticas populistas.

Percebe-se principalmente nos países emergentes com políticas neoliberais, uma atividade cada vez mais precária do Estado Democrático de Direito para dar valia aos direitos fundamentais, máxime os direitos sociais.

Nesses países, o Estado de Direito não deve estar desvinculado de seu papel Social e sim consubstancia-lo ao seu Direito. Paulo Bonavides leciona que "em termos de legitimidade e democracia, jamais há de prosperar, em países periféricos, Estado de Direito sem Estado Social."[17]

Sendo assim, o que importa no momento é o Estado assumir o seu real papel dentro de uma democracia, que é o de proteger os direitos fundamentais por meio de políticas públicas para toda a Sociedade e não somente a uma camada dela que possui o poder advindo do capital. Seja qual for o tipo de política econômica, o Estado tem o dever de prestar e defender toda a Sociedade, os seus direitos fundamentais.

2.3 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não há como falar de direitos fundamentais, sem antes explicitar sua evolução com o decorrer da história. Essa evolução não significa total concretização e efetivação, mas uma grande colaboração com a tutela da integridade humana e das relações sociais.

Foi a partir dessa importância e dos ideais revolucionários franceses, em desarmonia ao Estado Absolutista daquela época, que se deu o marco fundamental do reconhecimento dos direitos fundamentais, conhecidos como direitos fundamentais de primeira geração[18]. Esses reconheciam garantias individuais de cada cidadão, o direito de liberdade, consagrado em normas. Tais direitos conquistados são até hoje marcados de forma direta ou indireta e tutelados por diversas nações, tão petrificados quanto à noção de separação de poderes como forma de Estado Democrático.

No desenvolver dos ideais humanos juntamente com fatores externos e internos de cada nação, máxime a Revolução Industrial no séc. XIX, o ser humano percebe que somente os direitos individuais não salvaguardam seus próximos como um todo emanado de direitos; percebe-se que com os ideais liberais, a livre manifestação do capital deturpa o trabalhador diante de tratamentos desiguais e desumanos no seu "campo" de trabalho. A relação de empregado e empregador, daquele tempo, pouco se diferenciava da relação do escravo e de seu proprietário do período mercantilista. As prestações sociais do Estado como meio de sobrevivência do ser humano individual e coletivamente

começavam a ser enxergadas como necessidades imprescindíveis. O ser humano sozinho não conseguiria criar instituições garantidoras do seu desenvolvimento, do seu trabalho, da sua saúde, da sua educação, da sua segurança, entre outros direitos que só um ente público da grandeza do Estado poderia prestar sem visar o lucro.

Neste sentido, começam a nascer direitos que, *prima facie*, buscaram atingir toda a sociedade, conhecidos como direitos sociais, os direitos de segunda geração (ou dimensão). Direitos nos quais que para a sua concretização necessitam de uma prestação ativa do Estado, como meio garantidor do direito individual de cada cidadão dentro da sociedade. Caracterizam-se por outorgarem ao indivíduo, direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades matérias concretas.[19]

Mesmo sobre a tentativa de se estabelecer a igualdade e liberdade de todos os seres humanos, deparamo-nos no séc. XX com duas massacrantes guerras mundiais, contrariando totalmente todos os ideais exarados nas duas primeiras gerações de direitos fundamentais. Nota-se que o ser humano nunca evoluiu tanto em tão pouco tempo como no séc. XX. A maioria das descobertas e a rapidez do avanço tecnológico ocorreram neste século, com diversas criações, mas também destruições. Juntamente com esse avanço tecnológico veio a produção incessante de armamentos de destruição em massa e a soberania de um só sistema (capitalista) representado por um só país, os Estados Unidos da América. Também em toda a história, nunca o ser humano poderia extinguir toda a sua espécie com a explosão de uma só arma. Esse risco era assustador e iminente.

Percebe-se então que não "basta assegurar a realização das esferas de liberdade e igualdade, mas também, a defesa do homem contra o próprio homem, a defesa das coletividades e comunidades umas contra outras, o que, com a evolução da abrangência dos direitos humanos, se procurou e se procura continuadamente fazer."[20]

Chocados com a alta destruição causada pelas guerras e principalmente pelas duas grandes guerras mundiais, percebe-se que para que seja mantida a existência do ser humano e a ordem mundial, fazia-se necessário que todas as nações possuíssem um consenso de interesses, uma solidariedade em busca do interesse coletivo, como o direito de todos à paz, a um meio ambiente saudável, de se comunicar, de conservar o patrimônio cultural mundial, de vedação ao genocídio, de fatores de discriminação, etc.. Nasce uma nova organização internacional que terá como função o equilíbrio mundial e a proteção dos direitos humanos, a tão conhecida Organização das Nações Unidas (ONU), junto formula-se uma declaração com força internacional que é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Tais fatores e tais reconhecimentos gerariam os direitos conhecidos como de fraternidade de direitos de terceira geração.

O acolhimento desta nova "leva" de direitos, os direitos de fraternidade ou, como hoje mormente são conhecidos, direitos de solidariedade, vai inovar o Direito Constitucional.[21]

Muitos estudiosos alegam a existência de uma quarta geração (ou dimensão) de direitos fundamentais que vem se fomentando nos dias de hoje, com o advento do rápido avanço tecnológico em determinadas áreas como, por exemplo, a genética, informática e a nanotecnologia, o mundo não mais dividido em ideais e potenciais, mas sim numa unilateralidade ideológica consoante ao aparecimento de um fenômeno conhecido como

globalização. Porém, vale dizer e seguir entendimento de que esse conceito de gerações de direitos humanos, bem como a sua evolução foi primeiramente explanada, por Karel Vasak em aula inaugural que proferiu em 1979 no Instituto Internacional dos Direitos Humanos, em Estrasburgo sob o título "Pour les droits de I´homme de la troisième géneration: les droits de solidarieté (pelos direitos do homem de terceira geração: os direitos de solidariedade). Karel Vasak dividiu os direitos fundamentais em três gerações, a primeira sendo os direitos individuais, a segunda os direitos econômicos, sociais e culturais e a terceira e, última, os direitos de solidariedade, conforme foi explanado acima, dando ideia de que a finalidade das gerações de direitos humanos é chegar a terceira geração, ou seja aos direitos de solidariedade.

O que nos leva a crer que a existência de uma quarta ou quinta geração de direitos fundamentais é tão somente disposição dos doutrinadores em criar novas teorias aos direitos fundamentais.

Como diz Sérgio Resende de Barros:

"(...) após a teorização pioneira de KAREL VASAK, dispondo tais direitos em três gerações, logo sobrevieram as divergências teóricas entre aqueles que - afoitos em dar sua contribuição - desdobraram e vislumbraram, ao todo, quatro ou cinco gerações. Com isso, ao mesmo tempo que se multiplicou o número de direitos, também se multiplicaram os nomes para designar os mesmos direitos, gerando confusão e a incerteza que têm prejudicado a proteção dos direitos humanos. Cabe, por isso, nesse aspecto, lembrar aqui a posição de Norberto Bobbio, para quem teorizar e justificar os direitos humanos é até fácil, mas o difícil é garanti-los: protegê-los com efetividade." [22]

- 1.5.A EFICÁCIA SOCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EDUCAÇÃO.

Após sucintamente disposto a respeito das evoluções de direitos fundamentais, discorreremos sobre a eficácia dos direitos fundamentais suas perspectivas e dificuldades, valendo-se como instrumento para tanto a escola e a educação.

Pois bem. É evidente que os sentimentos e pensamentos revolucionários da França do século XVIII não mais existem, muito menos os direitos fundamentais e a função de proteção pelo Estado são conhecidos pela sociedade de forma geral, mas sua violação é constante e insana. O interesse social é baseado nos últimos tempos a um capitalismo selvagem e degradante; as pessoas nascem, crescem e morrem no intuito do capital, do interesse do mercado. Porém, não sabem que atrás de toda relação *inter persona*, existe o direito positivo juntamente com o jusnaturalismo tentando harmonizar e/ou amenizar as possíveis ondulações ocorridas na sociedade, de forma a abarcar ainda, várias garantias e direitos para que a vida social equilibrada desenvolva-se, sem que sejam deixados de lado ou violados os direitos fundamentais.

A globalização econômica é visível, a economia mundial necessita dos interesses e apoios de nações capitalistas para o desenvolvimento econômico consumista. Porém quanto à globalização política, pouco se ouve falar, muito menos a globalização dos direitos fundamentais calcadas em um teoria dos direitos fundamentais, o que dificulta o processo de efetivação dos mesmos. "Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir."[23]

Por isso, não basta somente leis materiais reconhecerem os direitos fundamentais, não basta somente normas definidoras de direitos fundamentais possuírem eficácia jurídica - a aplicabilidade da norma como possibilidade de sua aplicação jurídica - é preciso também de eficácia social para que se tornem invioláveis os direitos fundamentais. Não basta somente termos direitos fundamentais em um conjunto de leis organizadas, direitos fundamentais na teoria, devemos pô-los em prática; muito se discuti teoricamente sobre direitos fundamentais, mas a busca legítima pela proteção é que interessa, e isso, pouco se ouve falar.[24]

Neste sentido, José Afonso da Silva diferencia as normas de eficácia social e eficácia jurídica chamando a atenção que uma norma pode perfeitamente possuir eficácia jurídica, mas não alcançar a sua efetividade, isto é, a não ser socialmente eficaz, caso não for cumprida no plano social.[25]

"A efetividade ou eficácia social das normas significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação tão íntima quanto possível entre o dever ser normativo e o ser da realidade social."[26]

Leciona Paulo Bonavides que "os direitos fundamentais tais compõem a efígie da Sociedade. Espelhando-o, exibem tais direitos uma extrema complexidade por retratarem os fatores sociais do poder, sujeitos as constantes variações das quais recebem certo grau de relevância interpretativa"[27].

Cita o autor, trecho do constitucionalista alemão Häberle, que diz: "os direitos fundamentais já não tem eficácia "em função da lei", mas, ao contrário, as leis ganham eficácia em "função dos direitos fundamentais".[28] "Constrói esse constitucionalista, por conseguinte, uma teoria dos direitos fundamentais fundada em sua efetividade, e estabelece as premissas da intensa aplicação dos mesmos na Sociedade aberta onde se radicam."[29]

Nessa relação entre direitos fundamentais e sociedade vem à tona a real eficácia social dos direitos fundamentais. Para que haja essa eficácia, devemos analisar os meios institucionais possíveis de aplicação prática ao desenvolvimento de sua conscientização. Uma dessas instituições seriam as escolas, através da educação. No prefácio do livro de Ingo Wolfgang Sarlet, Ruy Rubens Ruschel diz: "Há que construir instituições hábeis não apenas para reconhecer os direitos fundamentais, mas, sobretudo para lhe emprestar instrumentos cada vez mais eficientes de concretização".[30]

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da Organização das Nações Unidas (ONU), um dos maiores conjuntos de direitos fundamentais positivados no

âmbito internacional, a ideia do uso da educação para a proteção dos direitos fundamentais ficou evidenciada no seu preâmbulo que proclama: "a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações e como o objetivo de cada indivíduo e cada órgão da sociedade, que, tendo em sempre esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades (...)".

No nosso país, a educação carece de qualidade em todas as suas etapas, máxime o Ensino Médio. Tal etapa visa somente à aprovação do aluno nos exames vestibulares, método esse que só estimula a competitividade não formando cidadãos e não conscientizando sobre as realidades da vida atual.

Além de vermos em diversos acontecimentos do dia a dia dentro de salas de aula atitudes agressivas e desumanas entre os alunos, a falta de humanidade está cada vez mais integrada e universalizada, aluno desrespeitando os professores e outros alunos com ofensas e violência, levando em alguns casos até a morte do agredido. Atitudes assim demonstram que o caminho da educação não está correto, pelo contrário, é cego diante da realidade vivida, principalmente em escolas públicas do Ensino Médio.

Os direitos fundamentais pelo seu grau de importância deveriam ser objeto de estudo nas escolas de todo o país, pois é através deles que se induz o intuito de transformar uma sociedade desumana para uma sociedade humana e como meio para isso, a escola é a instituição mais hábil e completa para a busca da efetivação dos direitos fundamentais.

Utilizando métodos já conhecidos, os alunos deveriam se conscientizar de seus direitos fundamentais emanados na Constituição Federal, como forma de tornar as normas eficazes socialmente e de mudar a realidade educacional dos jovens das escolas do Ensino Médio.

Para se alcançar a perspectiva educacional aqui proposta e alcançar os objetivos os estudos deverão se valer do uso da educação problematizadora e do educador dialógico proclamado por Paulo Freire.

Na educação problematizadora se perde a relação hierárquica entre o ser humano que educa e o que é educado.

"O educando torna-se educando à medida que conhece ou vai conhecendo os conteúdos, os objetos cognoscíveis, e não à medida que o educador vai depositando nele a descrição dos objetos ou dos conteúdos. Vai se reconhecendo conhecendo objetos, descobrindo que é capaz de conhecer, assistindo à imersão dos significados em cujo processo se vai tornando significador crítico."[31]

Educador dialógico é aquele que aprende e ensina seu educando, "compreendendo o valor dos sentimentos, das emoções, do desejo, da insegurança a ser superada pela segurança e do medo que, ao ser educado, se transforma em coragem".[32]

Enfim, utilizando de tais métodos e o espírito de busca pela eficácia social dos direitos fundamentais, em um futuro não tão longínquo, porém não imediato, conseguiremos formar uma sociedade mais humana e darmos eficácia ao que está contido como

fundamental na Lei Maior de um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais.

Para tanto, devemos fazer uso das instituições seguras e que se relacionam com o ser humano positivamente, para que possamos tornar os direitos fundamentais (interesse de toda a humanidade) realmente efetivos, não violáveis e conhecíveis de todos e essa instituição são as escolas, por meio da educação acima proposta.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Revista do Advogado. 20 anos da Constituição. Ano XXVIII. N.99.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROS, Sérgio Resende. *Três Gerações de Direitos*. disponível no site: www.srbarros.com.br/artigos_fullprint.php?TextID=33. data: 01/04/2009.

BARROSO, Luis Roberto. O *Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEÇAK, Rubens. *Estado de Direito, Formas de Estado e Constituição* - Artigo publicado **na Revista da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafayete, nova fase, v. 3, 2007.**

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos - Nova Edição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988* - Conteúdo Jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

_____. *Pedagogia da autonomia*: saberes necessários à prática educativa. Ed. Paz e Terra, 29. ed., 1996.

_____. *Pedagogia do Oprimido*. 32ª Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

MORAES, Alexandre. *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____.*Direitos Humanos Fundamentais*. Teoria Geral, Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Temas dos Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REBELLO PINHO, Rodrigo César. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 6 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9 ed. revista e atualizada.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado,1998.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

---

[1] " O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata- se de um problema não filosófico, mas político." Cf. Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos* - nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 23.

[2] Cf. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, edição crítica da Felix Meiner Verlag, de Hamburgo, 1994, p. 51. Citado de Fábio Konder Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22.

[3] Cf. Fábio Konder Comparato, *Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p.58/59.

[4] Cf. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Júnior. *Curso de Direito Constitucional*, , São Paulo: Saraiva, 2003. p. 58.

[5] Cf. Norberto Bobbio, *A Era dos Direito* - nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.25

[6] Cf. Fábio Konder Comparato, *Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 140.

[7] O trecho é extraído da obra *Zur Geschichte der Religion und philosophie in deutschland,* 1834 citado por Norberto Bobbio, *A era dos direitos* - nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.86.

[8] Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 26 de agosto de 1789.

[9] Cf. Norberto Bobbio, *A era dos direitos* - nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 85

[10] *Os Direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Revista do Advogado. 20 anos da Constituição. Ano XXVIII. N.99.

[11] Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo, Saraiva: 1996. p. 67.

[12] Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 165.

[13] Cf. citado por Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 173.

[14] Idem.

[15] Cf. citado por Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 174.

[16] Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 187.

[17] Cf. Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009. p.588.

[18] Cf. Ingo Wolfgang Sarlet entre outros doutrinadores, valem-se da expressão "dimensões" em vez da expressão "gerações", justificando que "novos direitos fundamentais tem caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão "gerações"pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra." *A Eficácia dos Direitos Fundamentais,* 9 ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 52.

[19] Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos Direitos Fundamentais,* 9. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.55.

[20] Cf. Rubens Beçak. Em artigo publicado: *Estado de Direito, Formas de Estado e Constituição.*p. 06-07

[21] Cf. Rubens Beçak. Em artigo publicado *Estado de Direito, Formas de Estado e Constituição.* p. 07

[22] cf. Sérgio Resende de Barros, *Três Gerações de Direitos*, disponível no site: www.srbarros.com.br/artigos_fullprint.php?TextID=33. data: 01/04/2009.

[23] Cf. Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2009. 9. ed.. p. 571

[24] Vale citar Bobbio, quanto a distinção entre teoria e prática para os direitos do homem, quando diz: "(..)nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas sociólogos e políticos muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente(...)."Cf. Norberto Bobbio. *A era dos direitos* - nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.62.

[25] Cf. José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7 ed.. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 55-6.

[26] Cf. Luis Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Aplicabilidade de suas Normas*. 5 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 p. 83.

[27] Cf. Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2009. 9. ed.. p. 539

[28] Cf. Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2009. 9. ed.. p. 611

[29] Cf. Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2009. 9. ed.. p. 612

[30] Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. prefácio.

[31] Cf. Paulo Freire, *Pedagogia da esperança*: um reencontro com a pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 12. ed., 1992. p.47.

[32] Cf. Paulo Freire, Pedagogia da autonomia: Saberes necessários a prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 24. ed., 1996. p.151

PONDERAÇÕES SOBRE O CARÁTER UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS*

PONDERACIONES SOBRE EL CARÁCTER UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sheila Stolz

RESUMO

Precisamente agora que a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH completou sessenta anos de sua adoção (10/12/1948), muito se fala sobre os Direitos fundamentais da pessoa humana. Porém, tal expressão, exige que se explique em que consistem os Direitos Humanos, por que são essenciais e qual o seu conteúdo, validez e vigência. A constatação de que a DUDH pretende ser um paradigma ético não elide que sejam feitas inúmeras críticas a este texto jurídico-político que frequentemente é visualizado como uma manifestação a mais do imperialismo cultural ocidental. Não obstante a relevância destas e de outras críticas, defender-se-á o universalismo e a universalidade dos Direitos Humanos com base em seu caráter emancipatorio.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS. ORIGEM E FUNDAMENTOS DOS DIREITOS HUMANOS. UNIVERSALISMO E UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS.

RESUMEN

Precisamente ahora que la Declaración Universal de los Derechos Humanos – DUDH ha completado sesenta años de su adopción (10/12/1948), mucho se habla sobre los Derechos fundamentales de la persona humana. Sin embargo, tal expresión, exige que se explique en que consisten los Derechos Humanos, porqué son esenciales y cual es su contenido, validez y vigencia. La constatación de que la DUDH pretende ser un paradigma ético no elide que sean hechas innumeras críticas a este texto jurídico-político que frecuentemente es visualizado como una manifestación a más del imperialismo cultural occidental. No obstante la relevancia de estas y de otras críticas, en lo que sigue serán defendidos el universalismo y la universalidad de los Derechos Humanos con base en su carácter emancipatorio.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHOS HUMANOS. ORIGEN Y FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS. UNIVERSALISMO Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

O recente sexagésimo aniversário de adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH[1] além de uma data simbólica constituiu um pretexto idôneo para refletir e ponderar sobre seu conteúdo, validez e vigência. Quero insistir no que tange a estes aspectos, uma vez que mesmo sessenta anos após sua construção, a DUDH continua sendo um texto que proclama em seu interior alguns princípios e ideais que têm a pretensão de universalismo e universalidade tanto no que concerne ao conteúdo dos valores, princípios e direitos arrolados em seu interior, como também na medida em que tal qual indicou reiteradas e inúmeras vezes a própria ONU, não existem muitos motivos para celebração, já que milhões de pessoas em distintas partes do mundo seguem vivendo em condições em que a DUDH não passa de uma promessa ilusória e inconclusa.

Com base nesta sucinta explanação, creio na pertinência de começar dizendo que não acredito naqueles discursos que atenuam ou inclusive negam a importância da DUDH, pois acredito que todos nós estaríamos de acordo em afirmar que ela é um extraordinário paradigma ético, mas esta constatação não elide os inúmeros questionamentos e críticas lançadas à própria idéia de elaborar um texto jurídico-político, que tenha vigência e validez (sem que me interesse neste momento a noção precisa de validez) em todo o planeta. Primeiro, porque aqueles que se preocupam pelos Direitos Humanos não deixam de indagar-se acerca de como podemos garantir a universalidade de tais direitos tanto em sua origem como em seu destino. Segundo, porque certamente muitos de nós não deixamos de nos perguntar, como entender a universalidade de uma Declaração que parece mais bem refletir única e exclusivamente os ideais morais e valorativos das sociedades ocidentais contemporâneas. Em outros termos, não seria por um acaso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos - independentemente do grau de importância da mesma - somente mais uma manifestação jurídico-política do imperialismo sempre presente na política, na economia e na filosofia ocidentais?

Ao longo destas páginas não ocultarei minhas críticas ao que, a princípio, parece mais uma forma de imperialismo do que propriamente de defesa dos Direitos Humanos. Não obstante, meu principal objetivo constitui-se em defender o universalismo e a universalidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a partir de seu caráter emancipatório e não imperialista como pressupõem alguns. Para tanto, começo precisando o uso lingüístico dos termos universalidade e universalismo, para depois tentar enfrentar algumas dificuldades advindas da aceitação e reconhecimento do multiculturalismo. Assim, de acordo com estas considerações iniciais, analisarei algumas críticas lançadas contra o universalismo dos Direitos Humanos demonstrando os seus equívocos e a sua inviabilidade. No penúltimo subtítulo, indicado como a terceira parte do texto, abordarei algumas configurações que podem apresentar as relações internacionais para, a partir delas, defender não o que considero ser uma concepção acabada dos Direitos Humanos, mas sim o fato de que estes direitos devem ser escopos, objetivos, fins que a Humanidade deve perseguir.

1. Acerca do significado e abrangência dos termos universalismo e universalidade

1.1. Elucidações prévias

Com o intuito de tornar mais clara a exposição, creio importante começar pela abordagem da universalidade, contemplando seus diferentes significados e usos lingüísticos.

Usualmente o termo "universalidade" se refere, em se tratando de Direitos Humanos, a pelo menos três diferentes dimensões, ainda que vinculadas entre si. Desde o plano lógico, a universalidade se refere à titularidade dos direitos; titularidade esta que é atribuída a todo e qualquer ser humano pelo simples fato de sê-lo. Com base neste ponto de vista, a universalidade apresenta como principais características a racionalidade e a abstração, características que são congruentes com esta titularidade plena e extensiva a todos os seres humanos. Desde o âmbito temporal, a universalidade dos Direitos Humanos pressupõe que ditos direitos são válidos independentemente de questões históricas. Desde o plano espacial, por universalidade se entende que a cultura dos Direitos Humanos deve ultrapassar as fronteiras geopolíticas estatais incluindo, conseqüentemente, todos os indivíduos e todas as sociedades políticas sem exceção.

Com base nestas primeiras definições, também penso que é necessário chamar a atenção para o uso indiscriminado dos termos "universalismo" e "universalidade" dos Direitos Humanos. Penso que deveríamos falar de universalismo em referencia a uma qualidade própria e exclusiva destes direitos. Nesse sentido, os Direitos Humanos exigem uma reflexão racional correspondente ao primeiro uso da palavra. O termo universalidade diz respeito ao uso da palavra de acordo com os contextos histórico e geográfico. Cabe ressaltar, no entanto, que é muito difícil pretender que os usos dos referidos termos sigam com exatidão as diferenciações aqui apontadas, exatamente porque ambos são empregados indiscriminadamente como se fossem sinônimos.

Terminadas estas considerações iniciais, cabe dizer que no transcurso desta narrativa, que emerge das investigações concernentes ao Projeto de Pesquisa intitulado "Os Direitos Humanos e Fundamentais: fundamentação, garantias legais e eficácia" (realizado junto ao Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio Grande - NUPEDH/FURG), tentarei responder adequadamente à pergunta acerca da viabilidade de defesa do universalismo dos Direitos Humanos. Não obstante, creio necessário realizar algumas prévias ponderações. A primeira se refere ao contexto em que se desenvolve esta pergunta, contexto este que é pré-jurídico, ou seja, não abordarei este tema desde a perspectiva do Direito positivo - nacional ou internacional, ainda que pontualmente utilize o Direito positivo como forma de tornar mais objetiva e clara a explicação - mas sim, deste o âmbito da filosofia moral. Portanto, tratarei os Direitos Humanos como um ideal ético de justiça que deve fundamentar as organizações e instituições políticas e sociais, tanto no âmbito interno como no âmbito internacional. Segundo, que esta aproximação filosófico-moral aos Direitos Humanos, se fundamenta na aceitação, também prévia, da existência de diferentes concepções morais e políticas acerca da justiça, posto que igualmente existem

diferentes modos de responder as perguntas: 1) O que é justo?; 2) Quais são os pilares com que devemos edificar a convivência social justa e pacífica?. Uma das respostas possíveis a estes questionamentos, ainda que não seja a única, afirma que os Direitos Humanos devem ser a pedra angular de qualquer modelo de organização política e social aceitável. Conseqüentemente, perguntar-se acerca do universalismo dos Direitos Humanos é perguntar-se, em primeiro lugar, sobre a possibilidade e a aspiração de elaborar um paradigma moral crítico universal e, em segundo lugar, se dito paradigma pode repousar ou não na noção de Direitos Humanos.

1.2. Sobre as dificuldades éticas, jurídicas e políticas frente ao projeto multicultural

Com base nas afirmações feitas até este momento, creio pertinente proceder alguns questionamentos, a saber: 1) Existe, por acaso e efetivamente, uma única forma básica de bom viver que, *de jure*, possa impor-se a todos os indivíduos?; 2) Existem, por acaso e efetivamente, diversas formas de viver igualmente básicas e legítimas, mas radicalmente distintas? Caso nos inclinemos a responder que existe somente uma forma básica de bom viver, necessitamos continuar respondendo as seguintes perguntas: 1) Existem meios para conhecer objetivamente estes princípios ético-político universais?; 2) Em que se constitui o seu conteúdo?; 3) Como podem ser efetivamente aplicados?. Caso nos inclinemos a responder que existem formas legítimas, mas radicalmente distintas de bom viver, necessitamos continuar respondendo à seguinte pergunta: 1) Como podem conservar-se na dimensão planetária e em condições cada vez mais preponderantes de massificação, a pluralidade de formas de vida que a história da Humanidade nos legou?

A discussão que pretendo levantar aqui não é meramente acadêmico-científica, já que foi levantada em inúmeras outras oportunidades e em distintos âmbitos do conhecimento, sobretudo, da política e da economia. Portanto, estas perguntas seguirão fazendo parte do nosso presente, pois necessitamos independentemente do papel que desempenhamos na sociedade, encontrar caminhos plausíveis para o nosso futuro enquanto Humanidade.

Como muito bem lembra Sabreli (1991, p. 32), a idéia de "Humanidade e universalidade da história surge num lugar determinado da Europa, e em uma época determinada, os séculos XVIII e XIX (...)". E, precisamente porque esta concepção tem sua origem situada em um espaço e tempo determinado, se introduz neste pensamento um fator político de poder e de exportação de modelos de convivência. Somada a esta concepção de mundo historicamente forjada, outras ações reais e concretas foram levadas a cabo pelos chamados movimentos colonialista e imperialista, fenômenos estes que se transmutaram e ganharam nova roupagem com a globalização[2] - que tão bem caracteriza este milênio - e que tende a traduzir-se na imposição de um único conjunto de valores, convertendo-se em uma ameaça constante para a diversidade cultural, política e moral. Por isso, ao abordar a questão da diversidade cultural, desde uma perspectiva ético-política, é necessário tomar em consideração uma série de importantes

contingências históricas e atuais que afetam os Direitos Humanos colocando em cheque o universalismo e a universalidade de tais direitos.

Por isso, nada mais óbvio, que tanto as teorias (sejam elas de cunho antropológico, sociológico, filosófico ou jurídico) que defendem o relativismo cultural, como as que endossam o nacionalismo, combatam em uníssono e veementemente as noções de universalismo e universalidade, tão caras aos Direitos Humanos. Desde a antropologia, por exemplo, Levy Strauss (1955, p. 27) acusa a humanidade ocidental de procurar instalar a monocultura e afirma incisivamente que "nenhuma fração da humanidade dispõe de fórmulas aplicáveis ao conjunto e que uma humanidade confundida em um gênero de vida único é inconcebível, porque seria uma humanidade coisificada". Ainda que Levy Strauss tenha razão em defender o pluralismo e a diversidade cultural, creio que existe um imenso equívoco na forma como compreende o universalismo dos Direitos Humanos, pois como destaca Jones, o

[...] caráter universalista dos Direitos Humanos conduziu a alguns a expressar os seus temores ante o imperialismo cultural que poderia supor. A idéia de que os indivíduos de todo o mundo devem chegar a um acordo sobre os Direitos Humanos, poderia autorizar os entusiastas deste particular desenvolvimento da cultura européia para tratar sem cuidados outras culturas que não compartem esta concepção da vida boa e de uma sociedade justa [...] (apud MILLER, 1989, p. 150-151).

Creio que resulta bastante claro que não estou negando, em absoluto, que o universalismo e a universalidade dos Direitos Humanos foram muitas vezes utilizados para justificar a intervenção de *per se* injustificada das potências hegemônicas nos assuntos internos dos Estados (nesse sentido, veja-se os demais capítulos desta coletânea) e que estas noções (de universalismo e universalidade) estiveram outras tantas vezes presentes na linguagem e no discurso do imperialismo e do colonialismo e, atualmente, da Globalização. Mas ainda que se devam denunciar insistentemente estas manipulações ou procedimentos e técnicas que pervertem o que considero ser um grande ideal, opino que tão pouco podemos prescindir da idéia da unidade da condição humana e de um universalismo humanista sobre os fins morais da Humanidade.

Este foi o entendimento, segundo creio, da Conferência Internacional de Direitos Humanos do Teerã - 1968 que, no parágrafo 2º da Proclamação do Teerã, enfatiza e proclama que a Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH "[...] *enuncia uma concepção comum a todos os povos dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana e a declara obrigatória para a comunidade internacional*". Vinte anos depois, durante a Conferência Mundial de Direitos Humanos, celebrada em Viena - entre os dias 14 e 25 de junho de 1993 - a Declaração e Programa de Ação de Viena reafirmou, de maneira menos incisiva, no parágrafo 8º do preâmbulo da Declaração e do Programa de Ação que a DUDH "[...] *é fonte de inspiração e foi a base em que se fundou as Nações Unidas para fixar as normas contidas em seus instrumentos internacionais de Direitos Humanos"*. Esta proclamação bem menos contundente, é fruto de um contexto histórico muito distinto daquele do Teerã. Primeiro, porque a Comunidade Internacional tomou consciência da opressão e exploração

histórica e continuada a que foram submetidos muitos povos. Segundo, que esta tomada de consciência acabou impulsionando a que se reivindicasse internacionalmente um conjunto de direitos coletivos ou direitos dos povos como a sua autodeterminação e identidade cultural; direitos estes de inegável relevância.

Penso ser crucial rememorar que antes mesmo da celebração da Conferência Mundial de Viena, a ONU desenvolveu um processo preparatório da mesma que incluiu a organização e a realização de três reuniões regionais: dos Estados Africanos, dos Estados Latino-Americanos e Caribe e dos Estados Asiáticos e do Pacífico. Também se concretizou, em 1990, a XIX Conferência Islâmica de Ministros de Assuntos Exteriores, composta de 57 Ministros de Estado. Como resultado imediato destas reuniões regionais, foram aprovadas quatro Declarações: 1) Declaração da Tunísia (2 a 6 de novembro de 1992); b) Declaração de São José (18 a 23 de janeiro de 1993); c) Declaração de Bangkok (29 de março a 2 de abril de 1993); d) Declaração do Cairo, Egito, sobre os Direitos do Homem no Islã (5 de agosto de 1990). Declarações que refletem cada uma delas e paradigmaticamente as peculiaridades culturais, sociais, políticas e econômicas dos respectivos Estados signatários. Assim, que tanto nos processos preparatórios, como durante a realização do Conclave Mundial de Viena, se expressaram abertamente as dissidências existentes na Comunidade Internacional quanto aos diferentes objetivos e propósitos no que diz respeito aos Direitos Humanos, bem como à relevância de formular um texto de Direitos Humanos de caráter universal. Verdade seja dita que, em que pese as acusações de que a DUDH não acolhe em seu bojo a diversidade cultural planetária, na Declaração final da Conferência de Viena os Direitos Humanos seguiram ocupando o lugar de direitos universais. Não obstante esta manutenção de posição, acredito que não podemos nos esquecer tanto das graves dificuldades surgidas neste ponto, como também o fato de que alguns direitos e objetivos que se plasmaram em algumas das Declarações regionais preparatórias da Conferência de Viena, são flagrantemente desrespeitosos com os Direitos Humanos. E, precisamente porque, em determinadas ocasiões, os direitos de autodeterminação dos povos não somente entram em conflito com determinados direitos individuais, mas também geram graves violações de tais direitos - como tratarei de abordar mais adiante - penso ser oportuno retomar no que segue, as críticas que se fazem, desde distintas perspectivas, ao universalismo e a universalidade dos Direitos Humanos.

1.3. O universalismo e a universalidade dos Direitos Humanos: críticas freqüentes

As críticas ao universalismo e a universalidade dos Direitos Humanos podem ser resumidas da seguinte forma:

i) Parte destas críticas entende que o universalismo não respeita a pluralidade moral e cultural existente no mundo. Atitude que, segundo alertam seus detratores, é incompatível com a tolerância preconizada pela própria ética liberal;

ii) Outras críticas se dirigem ao fato de que a defesa do universalismo somente mascara, com outros termos e outras roupagens, a sempre presente tentação imperialista do Ocidente;

iii) Algumas análises centram seu foco de crítica na noção ocidental de indivíduo - entendido como agente moral racional - afirmando que tal noção descansa seus fundamentos em um grau exacerbado de individualismo, esquecendo, conseqüentemente, a dimensão coletiva, os vínculos comunitários e societários tão caros a todos os seres humanos. Além do mais, dizem estas críticos do universalismo, que este individualismo não outorga relevância ao terceiro elemento da trilogia revolucionária de 1789 - a fraternidade - justamente porque nega a existência de direitos de caráter coletivo;

iv) A última ofensiva lançada contra os defensores do universalismo, centra sua atenção no ideário humanista de construir mediante a razão e o diálogo com os demais, um catálogo de direitos *ex novo* válido para todos os potenciais participantes neste diálogo, ou seja, a Humanidade inteira, um ideal que, segundo os críticos, não passa de uma simples quimera.

Uma forma de enfrentamento a estas potentes críticas, se bem que não seja a única, é aquela sugerida pelo liberalismo igualitário democrático que desde suas prerrogativas identifica objetivamente as diferentes culturas atribuindo-lhes um valor intrínseco. Esta toma de posição não só exige o reconhecimento, mas também a aceitação dos direitos de grupo oferecendo formas de ações corretoras e promotoras de medidas positivas a favor, por exemplo, das minorias sexuais, religiosas, lingüísticas e/ou étnicas. Nesse sentido, a força dos Direitos Humanos reside na heterogeneidade, no intuito de combinar identidade e diferença dentro e fora das fronteiras estatais, já que tanto as figuras do Estado como da Comunidade Internacional deixam de ser representadas por um conjunto de pseudo-iguais para converter-se em construções artificiais caracterizadas pelo pluralismo e diversidade culturais. Sendo assim, é necessário observar que os ideais do reconhecimento e da política de inclusão das diferenças não se encontram isentos de dificuldades que podem provocar, eles mesmos, novas exclusões. E, precisamente por isto, apontarei aquelas exclusões que considero mais transcendentes para o debate em questão.

Primeiro, acredito que não podemos esquecer que os direitos e interesses de grupos, enquanto titulares de direitos podem entrar em conflito com a autonomia individual[3] e com a cláusula de livre eleição (*free choice*) - ambos valores substantivos dos que são titulares todas as pessoas independentemente do grupo ou comunidade particular a que pertençam. E, como já é bem sabido, a autonomia dos indivíduos (e também dos cidadãos) que gozam de direitos iguais, corre o risco de não permanecer assegurada em um contexto de preferência de direitos de grupo/comunidade frente a direitos individuais. Segundo Kymlicka (1995), notório defensor do multiculturalismo, é possível distinguir dois tipos de direitos de grupos/comunidades: a) o direito do coletivo a limitar a liberdade dos seus próprios membros com o objetivo de fomentar a solidariedade de grupo ou preservar a pureza cultural; b) o direito de grupo contra o resto da comunidade que não pertence ao grupo com o fim de assegurar o espaço das minorias. Assim, entende o autor, que enquanto os primeiros tipos de direitos (a)

protegem o impacto da dissidência interna, o segundo tipo de direitos (b) atua contra as pressões externas. Estes últimos (b), devem ser defendidos ao mesmo tempo que se diminuem e eliminam as restrições internas, pois os direitos de grupo não podem servir para produzir novos modelos de exclusão, de opressão e de falta de liberalismo no interior das coletividades sejam elas étnicas, nacionais ou estrangeiras.

O segundo ponto a acentuar, diz respeito à homogeneidade interna a que se recorre para manter a identidade de uma dada comunidade e/ou grupo que de pronto também pode converter-se em "diferença", isto é, em diferenciação entre os membros do grupo/comunidade e os não-membros do grupo/comunidade. A existência de fronteiras interiores que mantêm a fidelidade e a pureza identitária do grupo/comunidade costuma provocar, frente ao dissenso interno, restrições destinadas à proteção da identidade de grupo, impondo limites importantes ao exercício dos direitos do indivíduo[4]. Logo, configuradas estas circunstâncias, penso que aqui também se provocam exclusões - agora externas - que operam, *verbi gracia*, com critérios seletivos em função do idioma, do dialeto, da etnia, religião ou orientação sexual.

De acordo com o que foi dito anteriormente, tudo aponta a pensar que a centralidade dos Direitos Humanos, pensada única ou exclusivamente como dependente da identidade cultural, necessita desmarcar-se tanto de sua pretendida superioridade histórico-natural, como de sua pressuposta "pureza e supremacia" frente ao universalismo dos Direitos Humanos. Nas páginas que seguem, tratarei de reivindicar uma forma dinâmica, plural e inclusiva de entender o eu-pessoa-indivíduo que se ajuste a uma realidade marcada pelo pluralismo cultural típico não só das nossas sociedades contemporâneas, mas também e, sobretudo, da Comunidade Internacional.

2. Modelos possíveis de relações internacionais

Na obra em que Donnelly (1998) defende os Direitos Humanos como *standards* para a civilização, o autor descreve quatro modelos possíveis de relações internacionais, dos quais somente três são relevantes metodologicamente para os temas que estou tratando de analisar. O primeiro modelo descrito e o qual denomina *buerkeano*[5], se fundamenta na idéia de que existem alguns povos que se desenvolveram mais que outros, motivo pelo qual, tais povos devem desfrutar de mais direitos e de um maior protagonismo na esfera internacional. O segundo modelo, chamado de *hobbesiano*, se baseia nas noções de autodeterminação e igualdade de soberania[6]. Dito modelo entende que podem pertencer à Comunidade Internacional, todos aqueles Estados que controlem seu território e cumpram com as obrigações que assumiram ou que venham a assumir internacionalmente. A princípio, este modelo parece ser mais razoável e defensável que o anterior, pois não só desvanece a barreira entre os povos "civilizados" e "bárbaros", mas também entende a soberania estatal de uma forma mais igualitária. Não obstante e se bem avaliado, apresenta o grande inconveniente de reduzir a autodeterminação a uma mera descolonização, ou seja, ao reconhecimento de que as colônias se convertam em Estados independentes e soberanos, com o conseguinte esquecimento das considerações

de justiça no âmbito das relações internacionais. É certo que a partir da implementação deste modelo todo o mundo foi reconhecido como civilizado, mas a noção mesma de civilização acabou perdendo o seu conteúdo e significado.

O terceiro modelo é designado por Donnelly de *lockeano*. Este modelo retoma, do jusnaturalismo, a sua preocupação pelo que se pode chamar de *nossa humanidade comum* - já que refuta a exploração colonial e mostra uma especial preocupação por proteger e melhorar a situação dos mais débeis. Segundo Donnelly, o modelo lockeano persegue a elaboração e organização de um *standard* universal de civilização construído em torno da noção de Direitos Humanos, precisamente por isto, este modelo impõe não só a adesão a determinados *standards* morais como condição para que os Estados formem parte da Comunidade Internacional, mas também a obrigação de que os Estados garantam e efetivem internamente tais direitos. Ainda que com outro nome, Walzer (1980), ao descrever o modelo "comunitarista" de relações internacionais, se decanta por defender um modelo parecido ao *lockeano*, posto que o autor não hesita em reivindicar a necessidade de um *standard* ético-político que proteja a humanidade de um irrestrito princípio de autonomia nacional e que conduza, segundo ele, milhões de indivíduos e povos inteiros ao total abandono internacional.

Então, qual seria agora este catálogo de direitos ou *standard* ético-político de proteção da Humanidade? Na sua conhecida obra "O Direito das Gentes", Rawls (1999) propôs reformular o marco das relações internacionais a luz de um razoável Direito das Gentes. O autor define tal direito, como uma família de conceitos políticos guiados pelos princípios de justiça e bem comum e que especificam, segundo ele, o conteúdo de uma concepção liberal da justiça aplicável ao Direito Internacional. Na base deste Direito das Gentes se encontram os Direitos Humanos, mas desde uma concepção débil dos mesmos, ou seja, projetando-os como direitos não dependentes de nenhuma moral compreensiva ou concepção filosófica da natureza humana - única concepção capaz, segundo Rawls, de evitar uma excessiva influência e supremacia da tradição política ocidental. Os Direitos Humanos, assim concebidos, incluiriam de acordo com o autor, aqueles direitos básicos como o direito à vida e à segurança, o direito à propriedade pessoal e aos elementos do devido processo, ao igual que os direitos de liberdade de consciência, de associação e de emigrar. Os Direitos Humanos que fundamentam o Direito das Gentes comprimiriam, desta forma, três funções: primeiro, seriam uma condição necessária não só para a legitimidade dos regimes políticos, mas também para a decência de seus ordenamentos jurídicos; segundo, que o seu respeito e garantia deslegitimaria qualquer tipo de intervenção de uns povos no âmbito interno dos outros; e, terceira e última função, que tais direitos seriam capazes de fixar os limites do pluralismo entre os povos.

Acredito que esta breve sinopse do pensamento rawlsiano, nos faz refletir sobre os motivos que o levam a reduzir este *standard* moral universal - denominado Direito das Gentes - ao mínimo denominador comum presente em todos os regimes decentes que queiram atuar de boa fé na esfera internacional. Em outras palavras, por quais motivos Rawls deixa fora deste catálogo mínimo, por exemplo, direitos que parecem tão básicos como o direito de participação política e o direito à integridade física? Não pretendo aqui apresentar uma proposta sobre os direitos que deveriam ser incluídos nesta moralidade crítica universal, mas sim, o que penso em fazer é reivindicar, ao uníssono com Rawls, Donnelly e Walzer, a necessidade imperiosa deste *standard* e de fazê-lo descansar na idéia de Direitos Humanos.

3. É possível elaborar um paradigma moral universal? Considerações finais

Elaborar um sistema de moralidade crítica válido em todo o mundo equivale a estabelecer, de maneira universal, quais as necessidades humanas devem ser consideradas básicas e, por conseguinte, salvaguardadas; quais devem ser os direitos a serem gozados; quais obrigações devem ser respeitadas e cumpridas; quais objetivos os seres humanos devem buscar e alcançar; e, quais os bens que todo e qualquer ser humano deve desfrutar. Na introdução deste trabalho, perguntei-me acerca da validade universal da DUDH e agora creio que cabe perguntar-me acerca da validade deste, que estou chamando, de *standard* ou paradigma moral universal. Desde o meu particular ponto de vista, a validade deste paradigma moral universal se consolidaria em dois planos. Primeiro, no seu papel enquanto guia de atuação da Comunidade Internacional e, segundo, no seu caráter de referência obrigatória para todos os Estados que deveriam ter incorporado em seus ordenamentos jurídicos tal paradigma.

Já manifestei na seção anterior, que não apresentaria nenhuma proposta ou catálogo de valores e direitos que deveriam ser incluídos na elaboração de um paradigma ético-moral universal. Não obstante, penso que devo advertir que não defendo a idéia de que devamos buscar única e exclusivamente elementos que sejam realmente comuns e presentes em todas as culturas, e nem procurar descobrir quais seriam as verdadeiras essências da natureza humana e das quais poderíamos predicar verdade, universalidade e imutabilidade. Tão pouco, pretendo propor um acordo universal real entre todos os seres humanos sobre qual deva ser o conteúdo deste paradigma moral universal. A validade, o universalismo e a universalidade de tal *standard* universal depende de que seja viável alcançar sobre ele um consenso e uma razoável aceitabilidade.

Dito isto, creio que cabe indagar-se sobre a possibilidade de que os Direitos Humanos sejam o núcleo e a base desde *standard* moral universal e se os indivíduos possuem determinados direitos de incomparável grandeza e importância que, tanto a Comunidade Internacional, como os Estados, devem necessária e obrigatoriamente garantir-lhes. Dadas as limitações lógicas deste trabalho, não poderei abordar aqui as distintas concepções éticas e de justiça existentes, mas somente fazer a ressalva de que os Direitos Humanos são uma dentre as possíveis e plausíveis concepções éticas e de justiça existentes. Não vou aqui justificar os Direitos Humanos, mas sim justificar seu universalismo e universalidade. Portanto, retomo a pergunta: Podem os Direitos Humanos básicos converter-se em um elemento ou núcleo essencial de um paradigma moral válido e aceitável universalmente? Responder de forma negativa esta pergunta equivale a afirmar a validade dos Direitos Humanos desde uma perspectiva espaço-temporal limitada e, em definitivo, equivale negar a uma ampla e significativa parcela da Humanidade a titularidade de tais Direitos[7]. Responder positivamente a esta pergunta equivale a defender o universalismo e a universalidade dos Direitos Humanos ou, em outras palavras, que todos os seres humanos somos titulares dos direitos proclamados neste catálogo ou sistema ético- normativo de caráter universal.

Agora, é realmente desejável, tal como me inclinei no parágrafo anterior, adotar uma perspectiva ético-normativa universalista? Em outras palavras, é possível encontrar

algum modelo mais viável e, quem sabe, ideal de nossa convivência em sociedade? Penso que devemos responder esta questão pensando que a "nossa" convivência em sociedade pode, em um primeiro momento, servir para organizar a convivência das pessoas que se encontram no "nosso" entorno, ou que pertencem ao "nosso" grupo social, que falam o "nosso" idioma ou dialeto, ou que pertencem ao "nosso" mesmo Estado nacional, a "nossa" mesma etnia, religião, comunidade cultural ou que compartilham a "nossa" mesma orientação sexual, mas também creio que devamos pensar que é plausível e também mais igualitário, fraterno e solidário ampliar o círculo do "nosso(a)" para fazê-lo coincidir com o da Humanidade em seu conjunto.

Deixo ao leitor a opção de que encontre as suas próprias repostas a todos os questionamentos que foram levantados. Quanto a mim, devo admitir que desde o início destas páginas, estou deixando claro o meu posicionamento. Entendo que conceber os Direitos Humanos como o conteúdo básico de um *standard* crítico universal é entendê-los não como um paradigma ou concepção acabada, mas sim como um conjunto de normas que permitam a todos os seres humanos escolher autonomamente seu modelo e/ou projeto de vida e alcançá-lo em sua plenitude. Obviamente esta não é uma defesa neutra dos Direitos Humanos, mas sim posicionada, e que tem a pretensão de que os Direitos Humanos determinem os limites da tolerância[8] em uma sociedade razoável tanto ao nível comunitário, estatal ou internacional e que, portanto, se transfigurem definitivamente, em objetivos, em fins que a Humanidade deva perseguir.

Referências bibliográficas

DONNELLY, Jack. *Human Rights: a new standard of civilization?* International Affairs, vol. 74, 1, 1998.

KRASNER, Stephen. Sovereignty. *Organized Hypocrisy*. Princeton/New Jersey: Princeton University Press, 1999.

KRIELE, Martin. L*'universalità dei diritti dell'uomo*. Revista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1992, p. 3-26.

KYMLICKA, Will. Multicultural Citizenship. *A Liberal Theory of Minority Rights.* Oxford: Oxford Clarendon Press, 1995.

LEVY STRAUSS. *Tristes Tropiques*. Paris: Plon, 1955.

LIXA, Ivone. *Direitos Humanos e Globalização: Breve Leitura Hermenêutica. A Onu e os Sessenta Anos de Adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. In: Stolz, Sheila et al. (org.). Rio Grande: Editora da Universidade Federal do Rio Grande, p. 49-58, 2008.

MILLER, David (ed.). *Enciclopédia do pensamento político*. Madrid: Alianza Diccionarios. 1989.

RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics.* Oxford: Oxford University Press, 1994.

SABRELI, Juan José. *El Asedio a la modernidad. Critica del relativismo cultural*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1991.

STOLZ, Sheila. O Relativismo e/ou Universalismo dos Direitos Humanos frente à Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: Stolz, Sheila et al. (org.). Rio Grande: Editora da Universidade Federal do Rio Grande, p. 59-74, 2008.

_____. (a) *Ciudadanía: conceptos y concepciones. Por el reconocimiento de la diferencia y del cosmopolitismo*. Revista Jurídica do Curso de Mestrado da UNICURITIBA. Curitiba: 2008.

_____. (b) *Algunas acotaciones sobre el carácter inviolable o absoluto* (erga omnes) de los Derechos Humanos. Revista Direitos Fundamentais e Democracia - UNIBRASIL. Curitiba: vol. 3, 2008, pp. 1-14.

_____. (c) ***Lo que se globaliza y lo que no se globaliza: algunas acotaciones sobre la Globalización y los Derechos Humanos***. Artigo *forthcoming*.

_____. (d) *El dilema de los flujos migratorios: ¿soberanía o Derechos Humanos? Un modelo jurídico-político a construir*. Artigo *forthcoming*.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism and "The politics of recognition" an essay by Charles Taylor with commentary by Amy Gutmann*. In: Gutmann, Amy, et al. (ed.). Princeton (N.J.): Princeton University Press, 1992.

WALZER, Michael. *Just and Unjust Wars*. Londres: Allen Lane, 1977.

_____. *The Moral Standing of States: a response to four critics*. Philosophy and Public Affairs, vol. 9, 1980, nº 3.

_____. *Spheres of justice a defense of pluralism and equality*. Oxford: Basil Blackwell, 1989.

_____. *On toleration*. New Haven: Yale University Press, 1997.

---

[1] Toda vez que referir-me à Declaração Universal dos Direitos Humanos Declaração Universal dos Direitos Humanos utilizarei a sigla DUDH.

[2] Veja-se sobre o fenômeno da globalização e suas conseqüências sobre os Direitos Humanos em STOLZ (b), 2008 e (c). Recomendo também a leitura do trabalho de autoria de Ivone LIXA, 2008.

[3] Veja-se, entre outros: 1) RAZ, 1994; 2) KYMLICKA, 1995.

[4] Veja-se entre outros: 1) WALZER, 1989; 2) TAYLOR, 1992.

[5] Com a expressão *buerkeano*, Donnelly está fazendo menção a Edmund Burke (1720-1797), escritor e político conservador britânico que arrojou inúmeras críticas a Revolução Francesa que podem ser encontradas na obra "*Reflections on the Revolution in France*".

[6] Sobre os problemas do conceito de soberania veja-se: KRASNER, 1999.

[7] Veja-se neste mesmo sentido KRIELE, 1992.

[8] Sobre a tolerância ver a obra de WALZER - citada na referência bibliográfica - e também STOLZ (d).

VIOLAÇÃO A DIREITOS DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA: O CASO DAMIÃO XIMENES LOPES – PIONEIRA CONDENAÇÃO DO BRASIL, PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS*

VIOLATION OF RIGHTS A PERSON WITH DISABILITIES: THE CASE DAMIÃO XIMENES LOPES - PIONEER CONDEMNATION OF BRAZIL BY THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS COURT

Telma Aparecida Rostelato

RESUMO

O presente estudo enfatiza a questão da problemática vivenciada pelas pessoas com deficiência no País, para poderem ser incluídas na sociedade, sendo certo que é inolvidável a existência do extenso rol de direitos contemplados àquela categoria de pessoas, mas por vezes, estes tornam-se inócuos, face à impossibilidade de efetivação dos mesmos, ocasionada inclusive pela inércia do próprio Estado. Estabelece como contraponto da pesquisa, o julgamento do caso Damião Ximenes Lopes, pessoa com deficiência mental, que fora espancada até a morte, por funcionários da Clínica de Repouso, no interior do Estado do Ceará na qual se encontrava internado, no ano de 1999, caso este que foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos e resultou na condenação do Brasil, mediante indenização aos familiares da vítima, devido à violação a direitos humanos. Foi pioneira a submissão de caso ocorrido no Brasil à apreciação daquela Corte, que tem como incumbência a análise e julgamento de fatos implementados nos países signatários da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (caso do Brasil) e que retratam afronta a direitos humanos; da narrativa dos fatos, conclui que se pode considerar que a condenação do Estado brasileiro repercutiu em efetivação de direito, a qual corresponde à medida repressiva, mas adverte estar distante esta, de corresponder aos desideratos constitucionais da inclusão social.

PALAVRAS-CHAVES: PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS, CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, INCLUSÃO SOCIAL, EFETIVAÇÃO DE DIREITOS.

ABSTRACT

This study emphasizes the issue of problems experienced by disabled people in the country, to be included in society, given that it is unforgettable the existence of the extensive list of rights to that category of persons covered, but sometimes, they become harmless , the impossibility of their realization, even caused by inertia of the state itself. Down as opposed to search, the trial of the case Damião Ximenes Lopes, person with mental disabilities who were beaten to death by officials of the Sleep Clinic in the interior of Ceará State in which it was admitted in 1999, this case was submitted to the Inter-American Court of Human Rights and resulted in the conviction of Brazil, through compensation to the relatives of the victim due to violation of human rights. Pioneered

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

the submission of cases occurred in Brazil to assess that Court, which has the mandate to review and trial of suits implemented in the signatory countries of the Interamerican Convention on Human Rights (case of Brazil) and to portray affront to human rights; the narrative of facts, that it is probable that the sentence reflected in the Brazilian state of accomplishment of right, which corresponds to the repressive measures, but warns this is far from meet the constitutional goal of social inclusion.

KEYWORDS: DISABILITY PEOPLE, FUNDAMENTAL RIGHTS, INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, SOCIAL INCLUSION, ACCOMPLISHMENT OF RIGHTS.

1. INTRODUÇÃO

O artigo propõe uma análise acerca das dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência, para a efetivação de seus direitos, ocupando-se prefacialmente com a indicação da conceituação, objetivando averiguar quais são as pessoas que se encontram abarcadas nesta categoria de minorias.

Na seqüência, serão abordados os âmbitos de proteção às mesmas, demonstrando-se que sua dignidade, reconhecida está na seara do direito interno, sacramentado no texto constitucional, adentrando na órbita de salvaguarda internacional, por erigidos à seara de reconhecimento como direito humano, para tanto procedendo a explicitação do significado dos direitos humanos, conjugado à sumária exposição correlata à proteção daquela categoria de pessoas, neste patamar.

Partindo dessa premissa, pretende enfatizar que não é suficiente o extenso rol de direitos assegurados às pessoas com deficiência, ainda que em âmbito internacional, se não houver contribuição do Estado, através de atuação séria e compromissada com esta missão de atingimento aos fins almejados pela inclusão social, viabilizada por políticas públicas, inclusive.

Nesta esteira, explicitará o caso de Damião Ximenes Lopes, pessoa com deficiência mental, vítima de agressões tão severas, que acabou falecendo, na Clínica de Repouso, na qual se encontrava internado, no interior do Estado do Ceará; demonstrando assim, a ocorrência de descumprimento, pelo Estado brasileiro, a preceitos estabelecidos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, cujas infringências serão minuciosamente abordadas, a fim de indicar as afrontas aos direitos humanos ocorridas.

Assim, pretende elucidar a motivação que ensejou a submissão do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, almeja discorrer acerca do teor da sentença e fundamentação da condenação que foi aplicada ao Brasil, com o fito de lançar posicionamentos reflexivos quanto à implementação ou não de efetivação dos direitos humanos, no País, no tocante às pessoas com deficiência.

2. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: PREMISSAS NECESSÁRIAS À CONCEITUAÇÃO

A conceituação constitui-se fator imperioso, ao se pretender tratar de determinada categoria de pessoas, razão pela qual o estudo inicia-se com a pretensão de indicar quais as pessoas que se encontram abrangidas na seara das *pessoas com deficiência**[1]***.

Pois bem: apesar da reconhecida celeuma travada pela doutrina e legislação pátria, para efetuar tal delimitação, buscou-se recorrer a demais ramos da ciência (dada a interdisciplinaridade do direito), com o fito de chegar o mais próximo possível do conceito considerado como sendo o adequado, hodiernamente.

Com isso, averigúa-se que nos dicionários de língua portuguesa o termo *pessoa com deficiência* não é encontrado e, com o objetivo de aprofundar e centrar a pesquisa à qual nos propusemos, buscou-se pelo vocábulo deficiente, face à proximidade com aquele, encontrando-se como definição, aquilo que carece de algo, que é falho, incompleto.

É o que Francisco Fernandes define: "*Deficiente* – sin. imperfeito, falho, incompleto, insuficiente [...]"[2],cujos sinônimos compõem ainda a obra elaborada em conjunto com os autores Celso Pedro Luft e F. Marques Guimarães,[3] de maneira idêntica Aurélio Buarque de Holanda Ferreira[4] conceitua, acrescendo-lhes os termos: *falto* e *carente*, sendo da mesma forma definido aquele termo por Maria Tereza Biderman,[5] Francisco da Silveira Bueno[6] e Caldas Aulete,[7] ora excetuando-se um ou outro sinônimo.

No conceito filosófico, José Ferrater Mora explicita o aludido termo, como sendo:

Deficiente. Uma entidade é deficiente quando se acha privada de algo que lhe pertence; nesse sentido, a deficiência é equiparável à privação [...]. Os escolásticos usaram os termos *defectivus*, *deficiens* e *defectibilis* referindo-se a certas causas ou a certosefeitos. Santo Tomás (S. Theol. I, XLIX, 01 ob. 03 ad. 03) fala da causa defectiva *sive deficiens sive defectibilis* (causa deficiente). Um efeito deficiente, como o mal, só pode proceder de semelhante causa. O deficiente é o mal, e a causa do mal é o próprio mal [...].[8]

A pesquisa, por recair sobre o aspecto jurídico, recorreu-se ao dicionário de Jônatas Milhomens e Geraldo Magela Alves,[9] no qual é encontrado o termo *deficiente físico*, para o qual não consta definição, somente é elencado em generalidades, a competência dos entes federativos para a salvaguarda dos vários direitos destas pessoas, como a reserva de vagas para cargos e empregos públicos; assistência social para habilitação, reabilitação e integração à vida comunitária, bem como garantia de um salário mínimo de benefício mensal; promoção de criação de programas de prevenção e atendimento especializado.

Logo, não se encontrou definição precisa e acabada, acerca da nomenclatura, nem no dicionário da Língua Portuguesa e nem no de Filosofia, quiçá, no Jurídico.

Por esta razão, recorreu-se à história, a qual mostra-nos diversas discussões a respeito do tema, e que resultam por enfocar, algumas delas, a falha, a imperfeição das pessoas, outras restringem-se a comentar a deficiência física, mental e sensorial que portam as pessoas, por isso enquadradas estariam à conceituação.

Há ainda outras duas formas de pensar a deficiência: uma baseada no modelo médico (mais antiga) e a outra, baseada no modelo social (tendência atual).

A principal característica do modelo médico é a descontextualização da deficiência, enfocando-a como um incidente isolado. Infelizmente, há tempos esse modelo tem influenciado documentos legais e ações protetivas no mundo inteiro (no Brasil não é diferente).

É de bom alvitre colocar que, segundo Claudia Werneck, o modelo médico tem relação com a homogeneidade porque trata a deficiência como um problema do indivíduo (e, no máximo, de sua família) que deve se esforçar para se "normalizar" perante os olhos da sociedade[10].

O modelo social da deficiência valoriza a diversidade e surgiu por iniciativa de pessoas com deficiência, reunidas no *Social Disability Movement*, na década de 60. Esse movimento provou que a maior parte das dificuldades enfrentadas por pessoas com deficiência, são resultado da forma pela qual a sociedade lida com as limitações de cada indivíduo.

Importante colacionar a posição trazida no Manual de Desenvolvimento Inclusivo, por Claudia Werneck[11]:

De acordo com o modelo social, ***a deficiência é a soma de duas condições inseparáveis: as seqüelas existentes no corpo e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo que tem essas seqüelas.*** *Sob esta ótica, é possível entender a deficiência como uma construção coletiva entre indivíduos (com ou sem deficiência) e a sociedade. grifo nosso*

Sem dúvida, o modelo social é o mais adequado para se enfocar a deficiência, já que analisa o "todo", valorizando a importância do ambiente na vida das pessoas. Portanto, mister que se propague a ótica desse modelo, para que se tenha um perfeito entendimento acerca da deficiência.

Pelo demonstrado, resta constatado que não há um conceito perfeito e acabado, o que se faz freqüentemente, vislumbrando alcançar-se os fins traçados pela inclusão social das minorias[12] é adotar a conceituação que possa ampliar as hipóteses de inclusão.

Diante disso, infere-se que, independentemente da conceituação que se adote, o fato é que, para estas pessoas, mesmo para a prática de singelos atos diários, as mesmas acabam necessitando de auxílio, e este auxílio não pode ser compreendido como sinônimo de beneficência, de caridade, mas sim de atuação do Estado, da sociedade, da comunidade e da família, para conceder-lhes meios concretos de inclusão social, sob todos os aspectos.

Com isso, pode-se afirmar que é insuficiente a classificação das deficiências, restringindo-as, como sendo: físicas, sensoriais ou mentais, já que a definição de pessoa com deficiência, traçada por Luiz Alberto David Araújo, contempla outras categorias de deficiências, veja:

[...] o que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência.[13]

Por todos os ângulos de análise, a mencionada conceituação, é por nós considerada a mais adequada, por ser a mais abrangente, haja vista viabilizar a inserção de demais naturezas de deficiência, como é o caso das pessoas fenilcetonúricas, que são aquelas que possuem deficiência em seu metabolismo, sendo detectada através do teste do pezinho, efetuado em amostras de sangue, coletadas após setenta e duas horas de vida do bebê, e uma vez resultando positivo, deve ser iniciado tratamento, mediante alimentação pobre em fenilalanina, objetivando evitar deficiência mental.[14]

Assim, o fenilcetonúrico deve seguir uma dieta balanceada para que possa ter uma vida saudável, o que por conseqüência resulta na prática de atos e hábitos diferenciados daquelas pessoas que não tem a ausência desta enzima, logo têm uma vida regrada, tratando-se de uma síndrome genética, que obriga o seu portador a seguir uma dieta especial, com pouca quantidade de fenilalanina.

Inolvidável portanto, que esta é a conceituação mais adequada, ao pretender-se elencar as pessoas com deficiência, por ser bastante abrangente, alcançando diretamente os fins da inclusão social, alicerçados pela Constituição Federal, imiscuindo-se em absoluto toda e qualquer espécie de discriminação e marginalização social, rechaçadas expressamente pelo art. 3º., inciso III.

Ademais: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Estado brasileiro, juntamente com o seu Protocolo Facultativo, em 09 de julho de 2008, faz alusão em seu Artigo 1, nominado Propósito, em seu segundo parágrafo, à nomenclatura que estamos abordando:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Tal assertiva dá azo à compreensão do tema, em conformidade com o que vínhamos expondo linhas acima, e é nesta conjectura de pensamento que se viabiliza o entendimento, restando o mesmo consolidado, face o disposto na alínea 'e' do Preâmbulo da aludida Convenção, que preconiza *'in verbis':*

(...)

e. Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas;

(...)

Assim sendo, considerado o minucioso estudo desenvolvido, vislumbrando ir ao encontro dos fins colimados pela inclusão social, infere-se em suma, que a categoria de minorias: pessoas com deficiência, podem ser compreendidas como sendo aquelas, em que se enfatiza a dificuldade do convívio social, o sofrimento enfrentado para a prática de atos corriqueiros, como ir à escola, ter acesso a um emprego, ter tratamento de saúde, etc., o que seria atividade absolutamente trivial para os considerados "normais".

Isto porque, adotar esta conceituação, subsume ampliar a festejada inclusão social, repercutindo destarte, na ampliação do rol de beneficiários dos diversos direitos, assegurados pela legislação vigente, em atenção aos desideratos constitucionais. A adoção de uma conceituação assenta-se destarte, na necessidade de verificação de quem são os beneficiários do extenso rol de direitos assegurados às pessoas com deficiência, os quais encontram-se inseridos no texto constitucional[15] e em preceitos internacionais, todos desaguando no resguardo à dignidade destas pessoas, cujo significado veremos adiante.

3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A dignidade da pessoa humana, disciplinada no Art. 1º, inc. III da Constituição Federal constitui um dos baluartes do Estado Democrático de Direito, se analisado sob o enfoque da proteção da pessoa humana.

Na atualidade, a dignidade da pessoa humana constitui-se requisito essencial e inafastável da ordem jurídico-constitucional de qualquer Estado que se pretende Democrático de Direito, e por óbvio, que as pessoas com deficiência, principalmente elas, devem tê-lo reconhecido e exercido.

Etimologicamente, 'dignidade' "vem do latim *dignitatem,* do italiano *degnità,* do francês *dignité,* do espanhol *dignidad,* significando decoro, nobreza, compostura, respeitabilidade".[16]

Todavia, a dignidade não é só um valor intrínseco do ser humano e muito menos exclusivo do ordenamento constitucional brasileiro, importa asseverar que a dignidade abrange sentimentos pessoais e que o ordenamento jurídico não poderia deixar de fora a proteção de tão *digno* princípio.

Desde o nascimento, as pessoas têm assegurado o direito à dignidade, independentemente de sua cor de pele, lugar que nasça, atributos físicos, conta bancária ou doença que porte. *"As coisas têm preço, e o homem, dignidade."**[17]***

A proteção da pessoa humana não se completa se não lhe for garantida a preservação de sua dignidade. E esta preservação à dignidade da pessoa humana implica na preservação e respeito à integridade física e moral, bem como à individualidade e espiritualidade do ser humano.

A dignidade, no dizer de Ingo Wolfgang Sarlet[18], mantém estreita relação com as manifestações da personalidade humana. Então, a preservação dos mais íntimos sentimentos devem ser respeitados, porque transcendem a pessoa, atingem o *eu* de cada ser humano, e se o fim buscado é o de respeitar a igualdade entre os seres humanos, nada pode ocorrer que estremeça a proteção deste direito, seja para qual pessoa for.

Com isso, o que não pode haver é qualquer marginalização, seja de que pessoa for, sobre qual aspecto for.

Neste viés, independentemente da natureza da deficiência, que portam as pessoas com deficiência, ou não, o que deve preponderar é a concepção de que todos têm direito a um tratamento igualitário, digno; e se para a implementação da efetivação destes direitos, medidas precisem ser adotadas pelo Estado, a fim de atingir este desiderato, já que antes de tudo, são pessoas, as quais merecem e precisam da salvaguarda de sua dignidade, saliente-se que o Estado tem o dever de atuar para o atingimento desta finalidade; pois o direito à dignidade constitui previsão constitucional.

Além disso, verifica-se nos ensinamentos de Lafayette Pozzoli[19] que o cristianismo ao retomar o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, pela evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação.

Desse modo, há muito tempo a preservação da dignidade da pessoa humana vem sendo tratada, incutida nos direitos humanos, inclusive verifica-se na obra de Roberto Bolonhini Júnior[20], no item intitulado: *A Dignidade Humana como Fonte Mater dos Direitos*, que após as grandes guerras mundiais houve a inserção valorativa que aplicou características que enfocam mais a existência que o patrimônio.

Com isso, a existência digna do ser humano é tema que clama pela atuação estatal para que se efetive. Verificamos a preocupação com o afastamento de qualquer tipo de discriminação às pessoas com deficiência, no âmbito Internacional, abordando a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, a qual fora aprovada em dezembro de 2006 pela ONU. Os princípios que norteiam a Convenção, de acordo com seu Art. 3º, são:

Princípios gerais: a) o respeito **da dignidade inerente**, a autonomia individual, incluída a liberdade de tomar as próprias decisões, e a independência das pessoas; b) a não discriminação; c) a participação e inclusão plenas e efetivas na sociedade; d) o **respeito pela diferença e a aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade e a condição humanas**; e) a igualdade de oportunidades; f) a acessibilidade; g) a igualdade entre o homem e a mulher; h) o respeito à evolução das faculdades dos meninos e as meninas com deficiência e de seu direito a preservar sua identidade (grifo nosso).[21]

Uma vez mais, observamos a dignidade humana como princípio geral dos direitos das pessoas com deficiência. Assim, o respeito ao ser humano fica novamente evidenciado em um documento internacional, indo ao encontro da proteção contra qualquer discriminação.

4. DIREITOS HUMANOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – CONSIDERAÇÕES PONTUAIS

Determinadas categorias de pessoas têm seus direitos resguardados não somente na seara do direito interno, adentra esta salvaguarda, também na órbita internacional, podendo-se compreender que os direitos humanos são, então, um "plus" dos direitos fundamentais, sendo certo que estes são reconhecidos nos lindes de proteção de determinado País, enquanto aqueles têm a proteção reconhecida, transpondo os limites territoriais de uma (ou mais) Nação.

O reconhecimento dos direitos humanos se deu através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, os quais por sua vez, já tinham sido objeto de abordagem, no âmbito internacional, em diversos documentos, tendo incluído a Carta de São Francisco, tratado internacional que criou a Organização das Nações Unidas, em 1945.

Afirma, André de Carvalho Ramos, que:

[...] ora, a justificação dos direitos humanos está na vontade da lei e a vontade da lei é que fundamenta a preservação dos direitos humanos. Tal evidente tautologia enfraquece a proteção dos direitos humanos, quando a lei for omissa ou mesmo contrária à dignidade humana.[22]

Indubitável porém, que a Carta de São Francisco tenha sido o primeiro tratado de alcance universal, reconhecedor dos direitos fundamentais, de todos os seres humanos, como preconiza André de Carvalho Ramos.[23]

A Assembléia Geral da ONU aprovou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o objetivo de explicar o que seriam direitos humanos. Por sua vez, a Carta Internacional dos Direitos Humanos é oriunda do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (que entrou em vigor em 23 de março de 1966, incluindo o Brasil, nos 148 Estados signatários), do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (que entrou em vigor em 03 de janeiro de 1976, incluindo o Brasil, nos 145 Estados signatários) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Atualmente, disponibiliza-se mais de 140 tratados e protocolos adicionais que impõem obrigações jurídicas aos Estados, no que se refere a tratados de direitos humanos, sendo que se subdividem em: *tratados gerais* (por abordarem vários direitos humanos, tendo alcance universal); os *específicos* (por abordarem questões específicas); os que *protegem certas categorias de pessoas* (nestes estariam incluídas as pessoas com deficiência) e os que *dispõem contra as discriminações em geral* (incluídas, uma vez mais, as pessoas com deficiência).

É cediço que no evoluir dos tempos, estes direitos protegidos têm seu enfoque transmutado, assim Norberto Bobbio preleciona:

[...] os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações [...].[24]

Não é diferente o que diz respeito aos direitos das pessoas com deficiência: certos direitos antes proclamados, hoje tiveram a sua ênfase alterada. Aliás, tais transmutações fundamentam-se na óptica diversificada que foi sendo atribuída à significação das dimensões dos direitos fundamentais[25], no decorrer da evolução dos tempos, sendo certo que a dignidade da pessoa humana, passou então a ser contemplada sob um prisma

diferenciado, vinculando-se à liberdade de autonomia, proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências estatais.[26]

Paralelamente, pode-se tecer a assertiva no sentido que, este anseio de resguardo à dignidade da pessoa humana, engloba aquelas pessoas com deficiência e mais: não ocupa o âmbito de proteção do Brasil, tão-somente, se analisado o texto de nossa Constituição, mas contempla ainda, preocupação de todos os países, que são signatários da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência[27], cuja aprovação se deu em dezembro de 2006, pela ONU.

Consigne-se que, o Brasil figurando como Estado parte da aludida Convenção, ratificou-a, juntamente com o protocolo facultativo, através do Congresso Nacional, em 09 de julho de 2008 (Decreto Legislativo nº 186/2008).

Frise-se porém, que se percorreu um longo caminho, para atingir este marco de proteção, consolidada à nível de *Convenção* sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com aplicação em âmbito internacional.

Primeiramente indica-se a Declaração de Direitos do Deficiente Mental (proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de dezembro de 1971) e a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (Resolução aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 09 de dezembro de 1975), por engendrarem o século XX, não obstante tenha-se verificado na história resquícios de proteção, em data anterior.

Os textos históricos, bem como os primeiros ordenamentos jurídicos traziam notícias de proteção da pessoa com deficiência e em linhas gerais apontamos alguns deles:

Como exemplo pode-se verificar nas Cartas de Hammurabi, em que é trazido o caso de um surdo que havia sido roubado e que então se determinou a convocação do ladrão, para que procedesse a restituição ao surdo.

Na Índia, o seu primeiro legislador, na Estância 394, do Livro VIII, veio determinar em suma, a isenção de impostos às pessoas com certas deficiências.

A Lei das Doze Tábuas, por sua vez preceituava que se uma doença ou velhice impedisse o citado em juízo, de andar, aquele que originou a sua citação deveria fornecer-lhe um cavalo e se não o aceitasse, que lhe fosse fornecido um carro.

Da própria Bíblia extrai-se trecho alusivo à matéria, quando o tema, em Levítico 19:14 assevera que não será amaldiçoado o surdo, nem será posto tropeço diante do cego, mas temerá a teu Deus.

Diversos documentos, de âmbito internacional, expressam a salvaguarda de direitos das pessoas com deficiência, é o caso da Declaração dos Direitos da Criança, que em seu quinto princípio estabelece proteção à criança incapacitada, física, mental, moral ou socialmente, sendo que a prefalada Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, de 1971, foi o primeiro instrumento específico a tratar das pessoas com deficiência, a qual elenca princípios gerais a serem observados, como o tratamento isonômico, direito à educação e capacitação profissional, ao atendimento médico especializado, à reabilitação, a exercer uma atividade produtiva, a viver em família, a ser protegida contra explorações, abusos ou tratamentos degradantes, bem como a serem assistidas em processos judiciais.

A Convenção da OIT, sob nº 159/83 determina que cada país, que dela seja membro, formule e aplique uma Política Nacional sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas com deficiência, objetivando fazer com que estas consigam se empregar, serem mantidas em seus empregos e sintam-se bem nestes empregos, no desempenho de suas funções.

Ainda, o direito de acesso e permanência nas escolas é assegurado às pessoas com deficiência, de maneira ampla, tanto que a nível internacional, em junho de 1994, representantes de 88 países, incluindo o Brasil, reuniram-se em assembléia para a Conferência Mundial de Educação Especial, tendo naquela ocasião aprovado a denominada Declaração de Salamanca sobre Princípios, Política e Prática em Educação Especial.

Tal como no Brasil, na Comunidade Européia, um em cada dez cidadãos sofre certa deficiência, seja física, mental, sensorial ou psíquica; o Estudo censitário denominado: *O Portador de Deficiência no Brasil* – 1991, realizado pela Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e com o Instituto de pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), indica um percentual de 1,14% de pessoas com deficiência no Brasil.

Entretanto, este índice distancia-se bastante da estimativa da ONU, posto que segundo esta, cerca de 10% da população mundial sofre de algum tipo de deficiência.

Justamente com a finalidade de estabelecer igualdade de oportunidades a estas pessoas com deficiência, incluindo-as no seio da sociedade, que através da Comunicação da Comissão, em 30 de julho de 1996 e a Resolução do Conselho e dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros, reunidos no Conselho, em 20 de dezembro de 1996, foi reiterado o empenho na busca da igualdade de oportunidades das pessoas com deficiência e no princípio que consiste em evitar ou suprimir todos os tipos de discriminação negativa, baseada numa única deficiência.

Além disso, foi através da citada resolução que restaram convidados os Estados-Membros a verificar se suas políticas haviam percebido a importância e necessidade da inclusão social das pessoas com deficiência e, para tanto criado meios de participação daquelas pessoas em políticas e ações relevantes.

Com isso, aquele retrógrado panorama, que consistia no tratamento dispensado pelos países da União Européia, às pessoas com deficiência, o qual se restringia a tratamento beneficente e de prestação de serviços de assistência especializada fora do contexto da sociedade, que veio gerar discriminação, acabou sendo transformado.

Evidenciou-se então o longo caminho percorrido para que a salvaguarda dos direitos das pessoas com deficiência se elevasse à seara de proteção internacional, assim como encontram-se hoje, sob a guarida dos direitos humanos, reconhecidos sob o catálogo de uma *Convenção*.

E, os países signatários desta Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (sendo o Brasil um deles) têm o dever de observar os preceitos nela consubstanciados, sob pena de responderem pela infringência e serem-lhes aplicadas penalidades.

Situação idêntica é a da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é igualmente signatário e em seu bojo, conclama a proteção das pessoas com deficiência.

Isto significa que a responsabilidade pela disponibilização de meios destinados à concretização dos direitos desta categoria de pessoas recai sobre o Estado brasileiro, signatário que é da aludida Convenção, portanto deve promover mecanismos eficazes à observância dos mesmos, tal qual as políticas públicas, por exemplo.

Sendo assim, o dever de afastar as obstaculizações, com as quais se deparam as pessoas com deficiência, para praticar seus intentos diários, é incumbido igualmente ao Estado, além da família daquelas, bem como à própria sociedade. Por isso, mister se faz analisar quais as penalizações que recaem sobre o Brasil, em sendo constatadas violações aos direitos desta categoria de minorias.

Não obstante o rigor punitivo não se adeque como sendo garantia de segurança dos direitos fundamentais e/ou humanos, por afrontarem diversos princípios constitucionais, quer sejam explícitos ou implícitos, o meio repressivo veio consubstanciar-se mecanismo hábil à efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, conforme se verá no capítulo subseqüente.

5. O CASO DAMIÃO XIMENES LOPES

É inolvidável que demarca a história do Estado brasileiro, no que pertine à proteção dos direitos humanos, o caso de Damião Ximenes Lopes, pessoa com deficiência mental, que se encontrava sob tratamento médico, numa Casa de Repouso, na Região Nordeste do País, no final da última década (e século).

Ocorre que os funcionários da Clínica de Repouso Guararapes, localizada no município de Sobral, interior do Estado do Ceará, a 230 Km de Fortaleza (única clínica psiquiátrica daquela região, a qual integrava a rede privada credenciada ao Sistema Único de Saúde - SUS), onde se encontrava internado Ximenes Lopes, agrediram-no até a morte.

A família denunciou os maus tratos, a tortura e o atendimento negligente que lhe foi dispensado pelos médicos e enfermeiros da referida Casa de Repouso, o que ocasionou a morte prematura do mesmo, após 3 dias.

O caso foi objeto de ação cível, proposta pela mãe de Damião Ximenes Lopes, Sra. Albertina Viana Lopes (Reparação de Danos - Proc. nº. 2000.0173.0797-0/0, em trâmite perante a 5ª Vara Cível da Comarca de Sobral – CE) e criminal (suscitado crime incurso no art. 136, § 2º do Código Penal - Proc. nº. 2000.0172.9186-1/0, em trâmite perante a 3ª Vara Criminal da Comarca de Sobral – CE)[28], contra o proprietário da Clínica *e outros*, além da denúncia encaminhada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, contra o Estado brasileiro.

A denúncia encaminhada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pela irmã de Damião Ximenes Lopes, Irene Ximenes Lopes, e o Centro de Justiça Global – organização não-governamental dedicada à promoção da justiça social e dos direitos humanos no Brasil, resultou na propositura de ação, face à violação a direitos humanos, afrontando disposições da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

A descrita violação aos direitos fundamentais de Ximenes, ocorreu em data de 04 de outubro de 1999, tendo o ato representado afronta aos direitos humanos e requerido a remessa do caso à apreciação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual, por sua vez, indicou a responsabilidade do Brasil na violação a direitos vários (implementadas na área de circunscrição territorial do País), tais como: à vida, à integridade física, às garantias judiciais e à proteção judicial (correspondendo respectivamente, aos artigos 4, 5, 8 e 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos), salientando a omissão pela insuficiência de resultados positivos na implementação de políticas públicas de reforma da saúde mental que possibilitassem procedimentos de credenciamento e fiscalização mais eficazes de instituições privadas de saúde.

Ressalte-se que em dezembro de 2003, a Comissão fez recomendações ao Estado brasileiro, no sentido de investigar aprofundadamente e adotar medidas para que novos casos não viessem a ocorrer, além de ter determinado que fosse reforçado o monitoramento e a supervisão desse tipo de serviço no País. O governo brasileiro não cumpriu tais recomendações e, por isso, a Comissão encaminhou o caso à Corte Interamericana.

Decorrendo da remessa à Corte Interamericana de Direitos Humanos (o Tribunal máximo da Organização dos Estados Americanos), em São José da Costa Rica (local de sua sede) ocasião em que, pioneiramente houve pronunciamento da referida Corte, com relação à violação de direitos humanos, no Brasil.

O caso foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA – Organização dos Estados Americanos, em 04 de julho de 2006, tendo os juízes, por unanimidade, decidido no sentido de que o Estado brasileiro deverá garantir a celeridade da justiça brasileira, bem como promover a investigação e penalizar os responsáveis pela tortura e morte de Damião Ximenes Lopes, além de fixar o dever de indenizar a família daquele.[29]

Note-se que foi empregada, na sentença, a palavra *tortura*, para referir-se à transgressão física, cometida pelos funcionários da Clínica, o que enfatiza a atribuição de desrespeito à dignidade humana, retratando real repercussão de violação a direito fundamental.

No voto emitido em separado, pelo juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, a respeito da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Ximenes Lopes versus Brasil, proferida em 04 de julho de 2006, consta a expressa preocupação com as pessoas com deficiência, frisa-se nesta oportunidade, o que consta em seus itens 39 e 40, a seguir transcritos:

39. O fato de ser a vítima direta do presente caso uma pessoa portadora de deficiência mental (o primeiro caso do gênero perante a Corte) reveste-o de *circunstância agravante*. Na presente Sentença, a Corte reconhece a *proteção especial* que requerem as pessoas particularmente vulneráveis, portadoras de deficiência mental, – como o Sr. Damião Ximenes Lopes, vítima fatal no *cas d'espèce* (pars. 103-105), – e adverte que: '[...] a vulnerabilidade intrínseca das pessoas com deficiências mentais é agravada pelo alto grau de intimidade que caracteriza os tratamentos das enfermidades psiquiátricas, que torna essas pessoas mais suscetíveis a tratamentos abusivos quando são submetidas a internação' (par. 106) [...]. 40. As obrigações de proteção, – ainda mais em uma situação de alta vulnerabilidade da vítima como a presente, – revestem-se de caráter *erga omnes* (par. 85), abarcando também as relações interindividuais, tendo presente o dever do Estado de prevenção e de devida diligência, sobretudo em relação a pessoas que se encontram sobre seus cuidados. A saúde pública é um bem público, não uma mercadoria. Em meus numerosos escritos e Votos no seio desta Corte, venho expressando há tantos anos meu entendimento no sentido de que todas as obrigações convencionais de proteção revestem-se de um caráter *erga omnes*. É-me particularmente difícil escapar da impressão que me assalta no sentido de que em todo esse tempo talvez tenha eu escrito e continue escrevendo para os pássaros [...].[30]

Nesta mesma linha, segue o voto fundamentado do juiz Sérgio Garcia Ramirez, podendo ser comprovado pelos itens 2 e 3, que se transcreve:

2. Os direitos e as garantias universais, que têm caráter básico e foram *pensados* para a generalidade das pessoas, devem ser complementados, afinados, precisados com direitos e garantias que operam junto a indivíduos pertencentes a grupos, setores ou comunidades específicos, isto é, que adquirem sentido para a particularidade de algumas ou muitas pessoas, mas não todas. Isto permite ver, por detrás do desenho genérico do ser humano, membro de uma sociedade uniforme – que pode alçar-se na abstração a partir de sujeitos homogêneos –, o *caso* ou os *casos* de seres humanos de carne e osso, com perfil característico e exigências diferenciadas. 3. Certamente é tarefa do Estado – e isto se acha em sua origem e justificação – preservar os direitos de todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição, conceito de amplo alcance, que naturalmente transcende as conotações territoriais, observando para isso as condutas ativas ou omissivas que melhor correspondam a essa tutela para favorecer o gozo e exercício dos direitos. Nesse sentido, o Estado deve evitar escrupulosamente a desigualdade e a discriminação e proporcionar o amparo universal das pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, sem mirar para condições individuais ou de grupo que possam subtrair-las da proteção geral ou impor-lhes – de *jure* ou de *facto* – ônus adicionais ou desproteções específicas [...].[31]

O caso de Damião Ximenes Lopes foi reconhecido pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, como ocorrência de violação de direitos fundamentais, nos termos do Art. 63 da mesma, a qual estabelece:

Art. 63: [...]

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

A sentença, contendo a condenação do Estado brasileiro, resultou na expedição do Decreto 6.185, de 13 de agosto de 2007, pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República[32], através do qual foi autorizada a promoção das gestões necessárias ao cumprimento da mesma, sobretudo a indenização pelas violações dos Direitos Humanos aos familiares de Damião Ximenes Lopes, ou a quem de direito coubesse.

No Decreto consta ainda, informe inerente aos valores em dólares determinados pela sentença, que foram convertidos em real, perfazendo o valor total de R$ 280.532,85 (Duzentos e oitenta mil, quinhentos e trinta e dois reais e oitenta e cinco centavos), cuja indenização deve ser arcada pelo governo brasileiro.

Na fundamentação, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou que o Brasil violou sua obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, além de ter violado o direito à integridade pessoal da vítima e de sua família, bem como os direitos e as garantias judiciais e a proteção judicial a que têm direito os familiares da vítima.

Sendo assim, a condenação do Brasil deveu-se então, ao descumprimento, em âmbito internacional, do dever de cuidar e prevenir a vulneração da vida e da integridade pessoal, bem como seu dever de regulamentar e fiscalizar o atendimento médico de saúde. Ainda, constou da sentença:

[...] que o Estado não proporcionou aos familiares de Damião Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo e, [...], a punição dos responsáveis pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial.

Já, aquela ação criminal que se encontrava tramitando perante a Justiça brasileira teve seu desfecho em 29 de junho último (aproximadamente 10 anos após a ocorrência dos fatos), tendo o juiz da 3ª Vara da Comarca de Sobral (CE), Marcelo Roseno de Oliveira, condenado a seis anos de detenção, inicialmente em regime semiaberto, os considerados responsáveis pela morte de Damião Ximenes Lopes, sendo eles: o dono da casa de repouso (a qual fora fechada), Sérgio Antunes Ferreira Gomes; os auxiliares de enfermagem, Carlos Alberto Rodrigues dos Santos, Elias Gomes Coimbra e André Tavares do Nascimento; a enfermeira-chefe Maria Salete Moraes Melo de Mesquita e o médico que estava de plantão no dia, Francisco Ivo de Vasconcelos.

Tanto os condenados, quanto a família da vítima podem recorrer ao Tribunal de Justiça do Ceará[33] e, a depender da decisão nessa instância, levar o caso para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou à instância máxima, o Supremo Tribunal Federal (STF).

Inolvidável que esta violação aos direitos humanos, devido ao tratamento dispensado ao Sr. Damião Ximenes Lopes, pela Clínica de Repouso Guararapes, que por ter resultado, a violência, na sua morte inclusive, talvez nem mesmo o mais elevado valor fixado, a título de indenização, possa amenizar a dor de seus familiares, mas a esperança mira-se ao fato de ter sido cumprido pioneiramente o ordenamento estabelecido pelo tratado internacional, o que reflete acesso à justiça e efetivação de direitos, no Brasil.

Entretanto, por outro lado é odioso reconhecer que esta efetivação de direitos se implementou, efetivação de direito às avessas, pois aquela efetivação realmente clamada é a que contempla o respeito e observância aos direitos humanos.

Ora, de tão importante que são os direitos fundamentais das pessoas com deficiência que foram erigidos à seara de proteção internacional e nem assim foi suficiente para obrigar o Brasil e a sociedade brasileira a *darem conta* da imprescindibilidade de seu cumprimento e respeito a esta categoria de pessoas.

É vergonhoso admitir-se que a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência é alcançada no Brasil, desta maneira (mediante a aplicação de medidas repressivas), já que não são implementadas políticas públicas eficazes no País.

Assevera Flávia Piovesan:

(...) Na opinião das entidades representativas dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, a falta de implementação deve-se ao abismo entre as propostas de governo e sua execução, quer seja por motivos políticos, quer seja pela ausência de capacitação e sensibilidade dos agentes estatais incumbidos de executá-las.

Este é o retrato do ocorrido com a Clínica de Repouso Guararapes e é através da análise da condenação do País que somos obrigados a interpretar como sendo efetivação dos direitos das pessoas com deficiência. Mas como conceber que isto se refere à efetivação

de direito, se não passa de mero meio repressivo, o qual, diga-se de passagem, está longe de garantir a segurança dos direitos fundamentais e/ou humanos?

É necessário refletir acerca dos desideratos constitucionais, que clamam, em suma, pelo tratamento igualitário e digno às pessoas com deficiência...

De qualquer maneira, este é o caso pioneiro brasileiro, que retrata a ocorrência de violação aos direitos humanos, à qual, em contrapartida, veio ser fixada a aplicação de medida repressiva, em âmbito internacional, o que demonstra a preocupação com o tema, à qual o Brasil, forçosamente, acabou tendo que aderir, pois condenado ao pagamento das indenizações; melhor teria sido a adoção de medidas preventivas, objetivando a satisfação da preservação da dignidade da pessoa com deficiência, pelo Estado brasileiro.

Insuficiente é aderir às declarações de direitos das pessoas com deficiência, ocupando uma cadeira representativa, de espeque mundial, a fim de demonstrar a preocupação do País, para com a inclusão social desta categoria de pessoas, se disto não resultarem efetivas atuações concretizadoras de tais direitos, permanecendo presente um grandioso abismo entre as propostas e as atuações governamentais.

6. CONCLUSÕES

1) As pessoas com deficiência representam hoje, aproximadamente 24 milhões e meio de brasileiros (conforme dados do IBGE, intermediado pelo CENSO, realizado em 2000), as quais têm seus direitos tolhidos diuturnamente, apesar do imenso rol de direitos protetivos da categoria, contemplados na seara de direito interno, nominados como direitos fundamentais que são, com reconhecimento na órbita do direito internacional, por erigidos à seara de salvaguarda dos direitos humanos.

2) Tal afronta é acometida injustificada e desmesuradamente e maior gravame é implementado quando verificamos que a atuação (omissão) alijadora advém do próprio Estado, posto que é este quem detém a obrigação de dar o exemplo, mas não o faz, não implementa políticas públicas eficazes, aptas à promoção de efetiva inclusão social, que em suma, viabilizem o respeito à dignidade da pessoa humana.

3) A dignidade é princípio constitucional, que alicerça a aplicação de todos os demais, sendo assim, impossível conceber que é concedida pelo Estado, a usufruição de qualquer direito, em sendo detectada a afronta à dignidade de seu beneficiário, exemplo disso é o que ocorreu com Damião Ximenes Lopes, pessoa com deficiência mental, que ao ser internado por sua família, para tratamento psiquiátrico, na Clínica de Repouso Guararapes, requeria tratamento digno, respeitoso, o mínimo que um ser humano almeja em sua vida.

4) A morte de Ximenes, advinda dos maus-tratos sofridos pelo mesmo, praticados pelos funcionários da referida Clínica, denota o despreparo dos profissionais e mais: a não conscientização do Estado brasileiro, acerca de sua representatividade na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual é signatário, sequer ainda, o papel que ocupa na busca pela inclusão social dos seus jurisdicionados.

5) Ora, é inadmissível que efetivar direitos humanos signifique penalizar o País que deixou de observar e respeitar os direitos de outrem e por isso, ser repreendido, impondo-lhe o dever de prestar indenização.

6) Ao revés, proclamar a preservação dos direitos humanos, rumo à efetivação, aduz chamar para o Estado a responsabilidade social de facultar o exercício dos direitos fundamentais, enfim, a fruição dos mesmos, de forma ampla e irrestrita, já que se constitui dever do Estado, assegurar tratamento digno e igualitário às pessoas com deficiência, desígnio clamado pelo Estado Democrático de Direito, que se alicerça, dentre outros objetivos da República Federativa do Brasil, na promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza (Art. 3º, inc. IV da Constituição Federal).

7) Desditosamente, em pleno século XXI infere-se que o Estado brasileiro não vem cumprindo com seu papel, destinado à inclusão social, permeado pela efetivação de direitos.

8) Almeja-se destarte, que sua pioneira condenação, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (o Tribunal máximo da Organização dos Estados Americanos) possa ter-lhe servido de lição, para que doravante venha atuar, em conformidade com os desideratos constitucionais de inclusão social das pessoas com deficiência, pois só então é que poderá ser viabilizada a afirmação de ocorrência de efetivação de direitos desta categoria de pessoas, no País.

9) Daí sim, haverá efetivação dos direitos humanos, no que pertine àquela categoria de minorias, pois não basta alegar que o Estado brasileiro se rendeu à luta pelos direitos humanos, para que se obtenha soluções. É necessária atuação!

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Processo, igualdade e justiça. *In*: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 02:165-198. São Paulo: Método, 2003.

ALEXY, Robert. ***Teoria de los derechos fundamentales***. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Os direitos fundamentais na constituição de 1988. *In:* **Revista do Advogado**, ano XXVIII, nº 99:42-53. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2008.

ALVES, Geraldo Magela; MILHOMENS, Jônatas. **Vocabulário prático de Direito**: doutrina, legislação, jurisprudência, formulário. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 335.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David; RAGAZZI, José Luiz. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. *In*: **Revista do Advogado**, ano XXVII, nº 95:42-50. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2007.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa portadora de deficiência**: direitos e garantias. 2ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. *In:* **Revista do Advogado**, ano XXVIII, nº 99:07-14. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2008.

BIDERMAN, Maria Tereza. **Dicionário contemporâneo de português**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 267.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11ª ed. 14ª tirag. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18.

BOLONHINI JÚNIOR, Roberto. **Portadores de necessidades especiais**: as principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira. São Paulo: ARX, 2004.

BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**: vocábulos, expressões da língua geral e científica – sinônimos – contribuições do tupi-guarani. 2ª tirag. São Paulo: Saraiva, 1968, 2 vol., p. 884.

CALDAS, Aulete. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 2ª ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Delta, 1967, 2 vol., p. 1070.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência –** garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FERNANDES, Francisco. **Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa**: de acordo com a ortografia oficial brasileira. 41ª ed. rev. e ampl. por Celso Pedro Luft. São Paulo: Globo, 2002, p. 264.

FERNANDES, Francisco; GUIMARÃES, F. Marques; LUFT, Celso Pedro. **Dicionário brasileiro Globo**. 33ª ed. São Paulo: Globo, s.d., p. 130.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 528.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed. rev. São Paulo*:* Saraiva, 2000.

INTERNET. Disponível em:<http://www.bengalalegal.com/convencao.php>. Acesso em 20 jul. 2009.

INTERNET. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>. Acesso em 25 jul. 2009.

INTERNET. Disponível em: <http://www.global.org.br/portdamiximnenes.html>. Acesso em 25 jul. 2009.

INTERNET. Disponível em: <http://www1.ibge.gov.br/censo/default.php>. Acesso em 26 jul. 2009.

INTERNET. Disponível em:<http://www.tjce.gov.br>. Acesso em 07 ago. 2009.

KALUME, Pedro de Alcântara. **Deficientes**: ainda um desafio para o governo e para a sociedade – habilitação, reabilitação profissional e reserva de mercado de trabalho. São Paulo: LTR, 2005.

KANT, Emmanuel. Des fondements de la métaphysique des moeurs. *In:* **Critique de la raison pratique**. Trad. de J. Barni, Paris: Librairie Philosophique de Landrage, 1848.

KOSOVSKI, Ester. Minorias e discriminação. In: SÉGUIN, Elida (coord.). **Direito das Minorias**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. ***Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion***. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2003.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional**: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia (A-D)**. São Paulo: Loyola, 2000, tomo I, p. 651.

OLIVEIRA, Claudete. O que é, doutor? In: **Revista Sentidos**, nº 54:44-48. São Paulo: Áurea Editora, 2005, p. 46.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Reforma do Judiciário e direitos humanos. *In*: ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; LENZA, Pedro; TAVARES, André Ramos (coords.). **Reforma do judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

POZZOLI, Lafayette. Pessoa portadora de deficiência e cidadania. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. São Paulo: Renovar, 2005.

RODRIGUES, Ney Lobato. Pessoa portadora de deficiência: o enquadramento constitucional dos fenilcetonúricos. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). **A proteção da pessoa portadora de deficiência**: um instrumento de cidadania. Bauru: EDITE, 2006.

RULLI NETO, Antonio. **Direitos do portador de necessidades especiais**. São Paulo: Fiuza, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do Direito e direito constitucional. Tradução de Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WERNECK, Claudia. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva**. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

---

[1] A nomenclatura ora utilizada corresponde à definida pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em seu art. 1 º (Propósito), a qual diverge da adotada pela Constituição pátria.

[2] FERNANDES, Francisco. **Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa**: de acordo com a ortografia oficial brasileira. 41ª ed. rev. e ampl. por Celso Pedro Luft. São Paulo: Globo, 2002, p. 264.

[3] FERNANDES, Francisco; GUIMARÃES, F. Marques; LUFT, Celso Pedro. **Dicionário brasileiro Globo**. 33ª ed. São Paulo: Globo, s.d., p. 130.

[4] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 528.

[5] BIDERMAN, Maria Tereza. **Dicionário contemporâneo de português**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 267.

[6] BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**: vocábulos, expressões da língua geral e científica – sinônimos – contribuições do tupi-guarani. 2ª tirag. São Paulo: Saraiva, 1968, 2 vol., p. 884.

[7] CALDAS, Aulete. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 2ª ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Delta, 1967, 2 vol., p. 1070.

[8] MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia (A-D)**. São Paulo: Loyola, 2000, tomo I, p. 651.

[9] ALVES, Geraldo Magela; MILHOMENS, Jônatas. **Vocabulário prático de Direito**: doutrina, legislação, jurisprudência, formulário. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 335.

[10] WERNECK, Claudia. Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva. 2ª. ed., Rio de Janeiro: WVA, 2000, p. 33.

[11] *Ibidem*, p. 27.

[12] Terminologia questionada por SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 09, vez que conceituar minorias é complexo, já que não condiz com um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em quantidade menor, em relação à população deste, devendo ser sopesada a realidade jurídica ante as conquistas modernas.

[13] ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2003, p. 23-24.

[14] OLIVEIRA, Claudete. O que é, doutor? In: **Revista Sentidos**, nº 54:44-48. São Paulo: Áurea Editora, 2005, p. 46.

[15] Em sete artigos, a Constituição de 1988 abordou a temática: 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 203, IV e V; 227, § 1º, II e §2º e 244.

[16] BUENO, Francisco da Silva. **Grande dicionário etimológico prosódico da Língua Portuguesa**, verbete 'dignidade', v. II, p. 1018.

[17] KANT, Emmanuel. Des fondements de la métaphysique des moeurs. *In:* **Critique de la raison pratique**. Trad. de J. Barni, Paris: Librairie Philosophique de Landrage, 1848, p. 69 e 80.

[18] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 13-14.

[19] POZZOLI, Lafayette. Pessoa portadora de deficiência e cidadania. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 185.

[20] BOLONHINI JÚNIOR, Roberto. **Portadores de necessidades especiais**: as principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira. São Paulo: ARX, 2004, p. 40-41.

[21] Artículo 3: Principios generales: Los principios de la presente Convención serán: El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; La no discriminación; La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; La igualdad de oportunidades; La accesibilidad; La igualdad entre el hombre y la mujer; El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

[22] RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. São Paulo: Renovar, 2005, p. 42.

[23] *Ibidem*, p. 51.

[24] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11ª ed. 14ª tirag. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18.

[25] ***Direitos fundamentais* são os direitos, destinados ao ser humano, reconhecidos e positivados por cada Estado.**

[26] SARLET, 1998, p. 53.

[27] A matéria é elevada ainda, à categoria de Emenda Constitucional, por força do disposto no art. 5º, §2º da CF, segundo entendimento de Flávia Piovesan.

[28] As informações atinentes aos processos, bem como a fase em que os mesmos se encontram, foram extraídas do site: <http://www.tjce.gov.br>. Acesso em 07 ago. 2009.

[29] As informações referentes à sentença foram extraídas dos *sites*: <http://www.coteidh.or.cr> e <http://www.global.org.br/portuguese/damiaoximnenes.html>. Acesso em: 28 jul. 2009.

[30] Extraído do *site*: <http://www.corteidh.org.cr>. Acesso em: 25 jul. 2009.

[31] Extraído do *site*: <http://www.corteidh.org.cr>. Acesso em: 25 jul. 2009.

[32] **Decreto nº 6.185, de 13 de agosto de 2007**

Autoriza a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento à sentença exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o Art. 84, inc. IV, da Constituição Federal.

Considerando a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Damião Ximenes Lopes.

Considerando a existência de previsão orçamentária para pagamento de indenização a vítimas de violação das obrigações contraídas pela União por meio da adesão a tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

DECRETA:

Art. 1º: Fica autorizada a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, expedida em 04 de julho de 2006, referente ao caso Damião Ximenes Lopes, em especial a indenização pelas violações dos direitos humanos aos familiares ou a quem de direito couber, na forma do Anexo a este Decreto.

Art. 2º: Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 13 de agosto de 2007; 186º da Independência e 119º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Dilma Rousseff

Publicado no DOU de 14/08/2007**.**

ANEXO

BENEFICIÁRIO	**PARENTESCO**	**TOTAL***
ALBERTINA VIANA LOPES	mãe	R$ 117.766,35
FRANCISCO LEOPOLDINO LOPES	pai	R$ 28.723,50
IRENE XIMENES LOPES MIRANDA	irmã	R$ 105.319,50
COSME XIMENES LOPES	irmão	R$ 28.723,50

***** Conforme estabelecido no Art. 1º da Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, os valores em dólares determinados pela sentença foram convertidos em Real de acordo com a taxa de câmbio oficial do Banco Central do Brasil do dia 05 de julho de 2007, correspondente a R$ 1,9149.

[33] Ao verificar no site do Tribunal de Justiça do Ceará, pela última vez em 17.08.2009, antecedendo à data de remessa do presente artigo, cujo prazo estava se esvaindo, restou constatada a interposição de recurso de apelação, encontrando-se os autos, com o Ministéio Público, para contra-razões.

GLOBALIZAÇÃO, MIGRAÇÃO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS*

GLOBALIZATION,INTERNATIONAL MIGRATION AND HUMAN RIGHTS

Theresa Rachel Couto Correia

RESUMO

O presente trabalho pretende articular e relacionar conceitos como direitos humanos, desenvolvimento econômico e globalização, bem como analisar a importância e a necessidade de discutir e regulamentar os fluxos migratórios atuais. Nesse mundo marcado por guerras e conflitos, as migrações são quase uma necessidade, sendo movimento de mão dupla (emigrar/imigrar), a elas atribui-se a tarefa de pensar os espaços dos deslocamentos sem esquecer das limitações importas pelas fronteiras físicas e culturais. Reivindicar direitos dos imigrantes é, em última instância, devolver aos direitos humanos sua referência universal, uma condição sine qua non do reconhecimento do indivíduo como titular de direitos que protegem sua dignidade. Representa, nesse sentido, um apelo à igualdade e constitui-se precisamente uma garantia da liberdade. Como todas as grandes questões jurídicas, trataremos aqui, em ultima instância, da relação interdependente da liberdade e da igualdade.

PALAVRAS-CHAVES: MIGRAÇÃO INTERNACIONAL, DIREITOS HUMANOS, GLOBALIZAÇÃO

ABSTRACT

This paper aims to articulate and relate concepts as human rights, economic development and globalization, and to examine the importance and need to discuss and regulate migration flows today. In this world marked by war and conflict, migration is almost a necessity, and not double movement (emigration / immigration), to them is assigned the task of considering the space of displacements without forgetting the limitations imported by physical and cultural borders. Claiming rights of immigrants is ultimately return to their human rights universal reference, a sine qua non to recognize the individual as having rights that protect their dignity. It represents, in effect, a call for equality and is precisely a guarantee of freedom. Like all major legal issues discussed here, in last instance, the interdependent relationship of freedom and equality.

KEYWORDS: INTERNATIONAL MIGRATION, HUMAN RIGHTS, GLOBALIZATION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. Globalização: breves considerações

Nas últimas décadas, o termo globalização vem sendo utilizado com inúmeros significados. Numa revisão desses estudos, recorremos ao termo mais amplo, qual seja: "globalização é um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo."[1]

Pode-se utilizar o termo globalização para designar acrescente e acelerada transnacionalização das relações econômicas, financeiras, comerciais, tecnológicas, culturais e sociais que vem ocorrendo nos últimos 30 anos[2]. A globalização significa principalmente intensificação das relações sociais, enfraquecimento do Estado-Nação, diminuição das distâncias espaciais e temporais, revolução tecnológica e dos meios de comunicação[3].

Não surpreende que Boaventura de Sousa Santos (2002) aponte as características dominantes da globalização, como sendo esta um vasto e imenso campo de conflitos entre grupos sociais, Estados e interesses subalternos. Desta forma, a nova economia mundial é caracterizada pelo "Consenso de Washington" economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento em escala global, processos de produção flexíveis e multilocais, baixos custos de transporte, revolução nas tecnologias de informação e de comunicação, desregulação das economias nacionais, preeminência de agências financeiras multilaterais, emergência de três grandes capitalismos transnacionais: o americano, o japonês e o europeu.

Podemos dizer que a globalização econômica está sustentada em três inovações institucionais: restrições drásticas à regulação estatal da economia, novos direitos de propriedade intelectual para investidores estrangeiros e subordinação dos Estados nacionais às agências multilaterais. Podemos concluir que são os países periféricos os mais vulneráveis às imposições da globalização, indicando algumas transformações profundas no poder do Estado: desnacionalização; desestatização dos regimes políticos, terceirização e internacionalização do Estado.[4]Ainda mais marcante é o seu impacto sobre o Direito, trazendo consigo temas complexos e sensíveis, como a migração internacional.[5]

Pode-se constatar, apesar de tudo, que o Estado continua sendo um elemento essencial de regulação econômica, de representação política e de solidariedade social. Daí tantas contradições, pois ao mesmo tempo em que o Estado "diminui sua importância" faz-se cada vez mais necessário um "Estado forte", principalmente que assegure direitos.[6]

2. O Desafio das Migrações

Em primeiro lugar é preciso esclarecer que o deslocamento de seres humanos sempre existiu e se tornou a marca do desenvolvimento em diversas sociedades e Estados ao longo da história da humanidade. Ademais, não se pode negar que o atual processo de globalização e o desenvolvimento de tecnologias de comunicação têm ampliado o contato e a interação entre povos do mundo todo.[7]

A análise dos atuais fluxos migratórios tornou-se um desafio multidisciplinar no contexto de uma realidade econômica e social ambígua, além de um desafio às políticas internacionais e internas. Pretende-se discutir o aparecimento de novas configurações

migratórias, dependentes das capacidades dos indivíduos ou de grupos, que mobilizam suas experiências em espaços transnacionais. Esses deslocamentos são sintomáticos das mudanças ocorridas nas sociedades e nos Estados

2.1 Principais razões para migração:

A pobreza, a falta de condições básicas de sobrevivência, as desigualdades e o desemprego[8] bem como a desgraça da guerra e dos conflitos étnicos, além de colaborar com o aumento da imigração, contribuem para distinguir as movimentações até a 2ª Guerra Mundial com as atuais.

A migração internacional se caracteriza por um fluxo populacional voluntário motivado sobretudo por razões econômicas ou materiais, em que o individuo continua a gozar da proteção de seu pais de origem.[9]

Três adjetivos ilustram bem o panorama atual das migrações: elas são cada vez mais intensas, diversificadas e complexas. Intensas, pois o número de migrantes que cruzam as fronteiras, em todo mundo, tem aumentado. Os deslocamentos humanos são mais diversificados porque se verifica, por exemplo, uma feminização da migração. Por fim, percebemos é um deslocamento desordenado dos indivíduos em todas as direções. A criação dos blocos econômicos deixou situação ainda mais dramática.[10]

A observação de Marie-Antoinette Hilly elucida bem essa questão:

É desnecessário lembrar que, na Europa, desde os anos de 1960, as migrações representam um papel de mudanças sociais e alimentam, regularmente, os debates sobre a integração e a gestão da diversidade. Mas, diferentemente dos anos 1980, quando os imigrantes e seus filhos se limitavam a manter os laços com seus países de origem a globalização dso anos de 1990 vê o conceito de migração evoluir na medida que os fenômenos de mobilidade se tornam mais complexos. Este último aspecto – ressaltando que o fim do século XX viu a imigração mudar de natureza como produto do prolongamento dos anos 1960 e 1970 – ilustra as orientações segundo convém estabelecer de modo diferente a integração nas sociedades de população estrangeira.[11]

Os fluxos migratórios se manifestam hoje em quase todos os Estados e nos principais focos de emprego do mundo. Assiste-se a uma real mutação de tais fluxos que torna pouco realista os paradigmas clássicos centrados nas relações históricas entre países como México/Estados Unidos; Norte da África/França; Índia e Paquistão/Inglaterra. Com a internacionalização dos fluxos migratórios, a distinção clássica entre países de emigração e países de imigração se desfaz.

2.2. Dimensões das migrações internacionais:

Como se pode constatar, descrever as migrações em nível mundial é tarefa difícil . Os migrantes internacionais são quase 175 milhões, na medida em que definimos como migrante toda pessoa residente em país estrangeiro[12]. *Isso significa que uma em cada 35 pessoas é migrante, o que corresponde a 2,9% da população mundial.*[13]

Numa aproximação matemática, No que se refere à distribuição da população migrante, a maior parte dos migrantes internacionais vive na Ásia (43,8 milhões), seguida pelos EUA e Canadá (40,8 milhões), Europa ocidental (32,8 milhões) e a ex-União Soviética (29,5 milhões). Menor é a presença na África (16,3 milhões), América Latina (5,9 milhões) e Oceania (5,8 milhões).

Segundo o informe da ONU, 63% dos migrantes residem em países desenvolvidos (110 milhões). Embora seja um fenômeno recente - a maioria dos migrantes internacionais vivia em países em desenvolvimento nos levantamentos de 1980 (52%), de 1970 (53%) e 1960 (58%) - não há dúvida de que os fluxos migratórios das últimas duas décadas estão se direcionando preferencialmente para os países economicamente mais ricos. Não é por acaso que a porcentagem de migrantes nos países desenvolvidos passou de 3,4% para 8,7% da população.

2.3. Desafios das migrações internacionais contemporâneas:

A intensificação dos fluxos migratórios internacionais das últimas décadas provocou o aumento do número de países orientados a regulamentar e até reduzir a imigração. Os argumentos alegados não são novos: o medo de uma “invasão migratória”, os riscos de desemprego, o receio da perda da identidade nacional e, até, o terrorismo.

O supracitado Informe da Comissão Mundial sobre a Dimensão Social da Globalização apresenta as vantagens decorrentes do estabelecimento de um regime multilateral para a mobilidade humana internacional:

La mayoría de los países industrializados cuenta con una población que envejece y tiende a disminuir, mientras que la mayoría de los países en desarrollo cuenta con una población joven y creciente. Muchos problemas derivados del envejecimiento de la población, como son la disminución de la población activa o las dificultades para financiar la seguridad social por el crecimiento de los ratios de dependencia, podrían atenuarse mediante un incremento de la inmigración basado en el respeto de los derechos de los trabajadores migrantes. En general, la productividad mundial de la mano de obra aumentaría con este proceso, ya que la migración sería de países con excedente laboral y baja productividad a países con alta productividad. Esto no sólo beneficiaría a los propios migrantes, sino también a sus países de origen gracias a los envíos de remesas de divisas, a la transferencia de calificaciones y al estímulo de la actividad comercial que provocaría la diáspora. (…) En resumen, dichos movimientos de la mano de obra pueden resultar mutuamente beneficiosos para el Norte y el Sur.

Na maioria dos casos, a mão-de-obra estrangeira não tira os empregos, pois se insere em ocupações descartadas pelos trabalhadores nativos, ou seja, as que requerem maior esforço físico ou que são mal remuneradas. Ao mesmo tempo, cresce também a necessidade de mão-de-obra jovem em países onde, há décadas, a taxa de natalidade

continua extremamente baixa.[14] Essas rápidas reflexões revelam a complexidade do fenômeno e a tendência de estigmatizar os migrantes como responsáveis das crises sociais dos países de chegada.

Outro desafio da mobilidade humana contemporânea é o aumento da migração clandestina[15], diretamente relacionado, às políticas imigratórias restritivas. Tal fato é relevante já que sem "visto" o indivíduo encontra-se desprovido de direitos.

Os migrantes em situação irregular vivem numa condição de extrema vulnerabilidade. Com efeito, estão sujeitos facilmente à extorsão, aos abusos e à exploração por parte de empregadores, de agentes de migração e de autoridades estatais. Por medo de serem descobertos e expulsos, os migrantes em situação irregular sequer utilizam os serviços aos quais têm direito, embora contribuam com seus trabalhos ao enriquecimento dos países para onde migraram.[16]

Assim, apesar da retórica oficial, a presença de clandestinos "exploráveis" é tolerada desde que funcional ao crescimento das economias. Isso representa um obstáculo ao reconhecimento pleno dos direitos trabalhistas dos migrantes. Aqui reside também, indiscutivelmente, o motivo da não ratificação, pela maioria dos países desenvolvidos, da Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e seus familiares.

3. Da relação entre migração e desenvolvimento:

Não há como negar que o fluxo migratório está intimamente ligado ao processo de desenvolvimento[17] econômico cujo centro são os paises considerados desenvolvidos, principalmente Estados Unidos e União Européia.[18] É imperioso que se reconheça a contribuição dos imigrantes para o sucesso da economia desses países,a migração deve ser vista como um fenômeno positivo apesar de alguns sérios problemas que precisam ser enfrentados, quando não resolvidos.

Essa relação entre migração e desenvolvimento já foi declarada pela ONU na resolução Res 54/212, página 3:

"Aware that, among others factors, the process of globalization and liberalization, including the widening economic and social gap between and among many counties and the marginalization of the some countries in the global economy, has contributed to large flows of people between and among countries and to the intensification of the complex phenomenon of international migration".

Desta feita, o relatório do Banco Mundial (BIRD) — "Perspectivas Econômicas Globais de 2006" indica que, em 2004, as remessas de dinheiro dos migrantes em todo o mundo para seus países de origem somaram US$ 160 bilhões. Estima-se que nos últimos cinco anos (2000-2005) as remessas enviadas à America Latina e Caribe

passaram de US$ 18 bilhões para US$ 45 bilhões, e até 2010 devem chegar aos US$ 100 bilhões somente nesta região.

O montante é muito superior ao comércio exterior de grandes setores produtivos. O relatório também observa importante para a reflexão de governos, políticos e toda a sociedade internacional, nesta conturbada primeira década do Século XXI: "A migração pode resultar em melhorias no bem-estar social e reduzir a pobreza no planeta".

O exemplo dos migrantes é emblemático. Segundo o relatório, seria importante adotar políticas para coordenar melhor o fluxo de migração e facilitar as remessas de fundos. Sua produtividade e renda são substantiva força para a redução da pobreza em seus países de origem. As remessas de dinheiro, particularmente, constituem um mecanismo com potencial para tirar da miséria extrema milhões de pessoas. O desafio é atingir os benefícios econômicos da migração e, simultaneamente, lidar com suas implicações sociais e políticas.

No entanto, para que esse tipo de solução prospere e permita processos planejados de fluxos de migração, a humanidade precisa superar os ódios, o preconceito, a discriminação e a intolerância. Imigrantes não podem ser tratados como cidadãos de segunda classe, conforme sua etnia, religião, ideologia e nacionalidade. Da mesma forma, devem respeitar as leis e os costumes do país no qual estão vivendo. Somente uma convivência harmônica, pacífica, respeitosa e civilizada entre os povos e distintas raças permitirá a concretização, ou seja, a redução da pobreza e das disparidades regionais, por meio do aumento dos fluxos de dinheiro proveniente do trabalho dos migrantes[19]

As migrações internacionais fazem parte da globalização e, independentemente da atitude moral que, em nome da liberdade, considera que não se pode proibir os indivíduos de circular, convém constatar que as migrações e os deslocamentos de populações se ampliam apesar das restrições introduzidas pelos Estados. As condições nas quais se efetuam as migrações mudaram: a evolução e a constituição de uma sociedade em redes[20], assim como a evolução dos transportes, aumentam o volume e os movimentos dos deslocamentos.[21]

De agora em diante, as migrações se tornaram um desafio nas relações entre Estados e pedem uma cooperação internacional. Uma política de imigração não pode ser pensada independentemente das outras políticas conduzidas pelos Estados (retirada dos investimentos de determinados países, política de cooperação); das práticas das multinacionais (desestruturação dos mercados econômicos locais) ou das ações de instituições internacionais como o FMI ou o Banco Mundial (alguns programas fragilizam as condições de existência dos mais pobres e levam à emigração).

4. Propostas de políticas públicas para as migrações:

As propostas de melhoria para alguns problemas da migração indicam três grandes domínios temáticos: 1. Atuação sobre a pressão migratória; 2. O controle dos fluxos migratórios; 3. Integração dos migrantes ilegais.[22]

A primeira proposta significa a proteção dos fluxos migratórios no que diz respeito aos direitos humanos, as liberdades fundamentais e a justiça social, seguido de acolhimento de refugiados, de pessoas necessitadas da proteção internacional e dos casos humanitários. Bem como a harmonização de políticas nacionais, o fortalecimento da cooperação para o desenvolvimento dos paises de origem por meio de políticas de gestão de dívidas externas.[23]

Em segundo lugar, é imperioso o controle de migrações através de uma harmonização das políticas de admissão, principalmente, nos blocos econômicos, propondo se definição de critérios. As propostas de medidas relativas a admissão de estudantes, de trabalhadores assalariados ou por conta própria, a título permanente ou temporário, sazonal ou fronteiriço, tem caráter essencialmente restritivo, sendo sua permissão aferida através de uma visão utilitarista das necessidades econômicas, do mercado de trabalho e dos efeitos a longo prazo de imigração legal.

Deve se notar que, a maior parte dos imigrantes ilegais provém de países em desenvolvimento em busca de trabalho, portanto as políticas públicas devem punir o empregador, impondo a obrigação de demonstrar e assegurar a legalidade da situação trabalhista de seus empregados. Sabe-se que têxtil, confecção, hotelaria, trabalhos domésticos, agricultura, os serviços e a construção civil são o principal destino de trabalho dos imigrantes ilegais.

Em muitos Estados a imigração clandestina é tolerada, onde a prioridade é o controle das entradas e não a repressão às atividades econômicas fraudulentas: os empregadores que contratam clandestinos raramente são demandados pela justiça ; em contrapartida os clandestinos são objeto de expulsão quando flagrados. Nessas condições, a ausência de repressão dos empregadores de mão-de-obra ilegal contribui para a manutenção dos canais de imigração clandestina.[24]

O tráfico de humanos parece ser o único terreno no qual os governos e as opiniões públicas se manifestam; assimilado a um neo-escravagismo e em razão de sua carga forte moral, ele é combatido, enquanto que o trabalho clandestino se desenvolve nos locais mais sórdidos e mais perigosos e no desprezo de todas as regulamentações sociais. Os clandestinos são mantidos num estado de não-direito, à margem de quaisquer direitos.

Saliente-se ainda a necessidade de controle de imigrantes ilegais, propondo programas de repatriamento voluntário em vez do tradicional processo de expulsão, bem como a necessidade de adotar políticas especificas para grupos vulneráveis como as crianças não acompanhadas e as vitimas de exploração sexual e trafico internacional de pessoas, analisando o caso concreto para protegê-lo de abusos cometidos por criminosos e exploradores.

O terceiro ponto, de integração do imigrante legal, deve se sustentar no principio da equiparação do estrangeiro ao nacional. Esse imigrante deveria poder se beneficiar das novas perspectivas de estabilidade e segurança quanto ao seu direito de residência e de reagrupamento familiar. Assim deveriam se intensificados os esforços normativos para garantir a integração sócio-econômica do migrantes e suas famílias.

O êxodo de milhões de pessoas de seus países originários, fundamentalmente, por motivos econômicos, tem impacto positivo nas nações para as quais emigram, visto que não só resolvem a falta de mão-de-obra não-qualificada, mas também porque acolhem de maneira crescente pessoas com alto nível de instrução.

Imperioso se faz apontar possíveis transformações com a erradicação da pobreza através do uso racional e consciente de tecnologia e de recursos naturais, negociações multilaterais, a superação de todos os tipos de preconceitos e de violência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

As migrações tem impacto crescente no mundo e merecem um foro permanente para discussão. Não obstante todos os esforços e bons propósitos, enfrentamos problemas como a xenofobia, a imigração ilegal e elevadas taxas de desemprego. Infelizmente a insegurança será maior no novo século, pois, novos conflitos, devido a falta escassez de recursos alimentares e de água, se registrarão o que nos levará a um constante deslocamento.

Outro ponto relevante é a falta de vontade política para resolver o problema, é preciso uma análise mais exaustiva das políticas governamentais sobre os efeitos da imigração em todos os seus âmbitos: econômico, social e cultural.[25] A participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais é necessária e útil para propor estratégias para um migração ordenada, segura e regulada. O problema da migração deve estar ligado às relações internacionais, à solidariedade internacional e à responsabilidade compartilhada, principalmente entre Estados fronteiriços e não ser encarado como problema de segurança nacional. Estabelecendo regras transnacionais de coordenação dos movimentos migratórios, exigência de regulação das contratações de imigrantes.

Uma futura política mundial em matéria de imigração não poderá ser pensada fazendo-se abstração da dimensão de integração dos migrantes ou fora das políticas de respeito aos direitos humanos. As migrações contribuem positivamente para o futuro da humanidade e para o desenvolvimento econômico e social das sociedades, possibilitando transformações e inovações.

6. REFERÊNCIAS BIBIOGRÁFICAS:

AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (org**). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre a modernidade e a globalização**. Rio de Janeiro: Renovar,1999.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu a MALATIAN, Teresa. **Políticas Migratórias: Fronteiras dos Direitos Humanos no séc.XXI.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto**. Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor,1999.p.285.

CASTELLS, Manuel. Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; Wilheim, Jorge e Sola, Lourdes(org). **Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Editora Unesp, 1999.**

CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana: A circulação internacional de pessoas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CITADINO, Gisele. **Pluralismo Direito e Justiça distributiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris,1999.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte Interamericana de Direitos Humanos: Repercussão Jurídica das Opiniões Consultivas**. Curitiba: Juruá, 2008.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. "A Europa e o estrangeiro:talo(s) ou Cristo?"In **A Inclusão do outro**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra:set/2002.

HILLY, Marie-Antoinette. **Migrações econômicas, políticas e sociais contemporâneas**. Folheto de divulgação do seminário Cultura e Intolerância. São Paulo, dez/2003.p.8-9.

IANNI, Octávio. **Teorias da Globalização**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira,1998.

JUBILUT,Liliana Lyra. **Migrações e desenvolvimento**. In Junior, Alberto do Amaral (Org). **Direito internacional e desenvolvimento**. Barueri: Manole,2005.

AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (org). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

PIOVESAN, Flávia (coord). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

RELATÓRIO PESPECTIVAS ECONÔMICAS GLOBAIS DE 2006. Divulgado em 16 de novembro de 2005.Disponível no site: http://bancomundial.org.br/index.php/conten/viem-document/2465.html. Acessado em 21 de novembro de 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org). **A globalização e as ciências sociais**. 2ª edição. São Paulo: Editora Cortez, 2002.

[1] Santos, Boaventura de Sousa. “Os processos da globalização” in A globalização e as ciências sociais. Linha de horizonte. No mesmo artigo, o autor aponta diversos significados para a expressão: “ globalização” (Feathertone,1990; Giddens, 1990; Albrow e King, 1990), “formação global” (Chase-Dunn, 1991), “cultura global”(Appadurai, 1990,1997; Robertson, 1992), “sistema global” (Sklair,1991), “modernidades globais”(Featherstone *et al*, 1995), “porcesso global” (Friedman, 1994), “culturas da globalização”(Jameson e Miyoshi, 1998) ou “cidades globais” (Sassen, 1991, 1994; Fortuna, 1997).

[2] Apesar do processo ter se iniciado no pós-2ª Guerra, é somente a partir da revolução tecnológica de meados dos anos 70 que consideraremos. Arrighi, Giovanni. O longo século XX: dinheiro poder e as origens de nosso tempo. 3ª reimpressão. São Paulo: Editora Unesp, 1996.p.27 a 85.

[3] “O espaço do capital amplia-se além das fronteiras nacionais, e se tornará mais intensa e generalizada ou propriamente mundial, com o fim da Guerra Fria, a desagregação do bloco soviético e as mudanças da políticas econômicas nas nações de regimes socialistas(...). Com a nova divisão internacional do trabalho, a flexibilização dos processos produtivos e outras manifestações do capitalismo em escala mundial, as empresas corporações e conglomerados transnacionais adquirem preeminência sobre as economias nacionais. Elas se constituem no agentes e produtos da internacionalização do capital”. Ianni, Octávio. Teorias da Globalização. 5ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira,1998.

[4] Pureza, José Manuel. “Para um internacionalismo pós-vestefalizano”. In SANTOS, Boaventura de Sousa (org). **A globalização e as ciências sociais**. 2ª edição. São Paulo: Editora Cortez, 2002.

[5] Arnaud, André-Jean. O direito entre a modernidade e a globalização. Rio de Janeiro: Renovar,1999.

[6] “… Estados reagiram à dupla crise de perda de poder e de perda de legitimidade, mediante a multilateralidade de suas ações e a descentralização de suas instituições. Assim, pode-se perceber-se o surgimento de uma nova forma de Estado que denomino *Estado-rede*, como forma institucional que parece ser eficaz para responder aos desafios da era da informação.” Castells, Manuel. Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; Wilheim, Jorge e Sola, Lourdes(org). Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Editora Unesp,1999.

[7] BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu a MALATIAN, Teresa. **Políticas Migratórias: Fronteiras dos Direitos Humanos no séc.XXI.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[8] No relatório apresentado pela OIM - Migrações no mundo 2005, analisa os efeitos da globalização, integração econômica nos fluxos migratórios, identifica medidas sócio-econômicas para minimizar principalmente os problemas associados à migração irregular.

[9] Trata-se da chamada migração voluntária, os deslocamentos realização em função de perseguição política, religiosa, racial ou por motivos de guerras e conflitos armados, ou ainda catástrofes naturais são denominadas migrações forçadas.

[10] Piovesan, Flávia (coord). Direitos humanos, globalização econômica e integração regional.. São Paulo: Max Limonad, 2002.

[11] Hilly, Marie-Antoinette. Migrações econômicas, políticas e sociais contemporâneas. Folheto de divulgação do seminário Cultura e Intolerância. São Paulo, dez/2003.p.8-9.

[12]Relatório Pespectivas Econômicas Globais de 2006.Divulgado em 16 de novembro de 2005.Disponível no site: http://bancomundial.org.br/index.php/conten/viem-document/2465.html. Acessado em 21 de novembro de 2005.

[13] Segundo a OIM, três em cada cem pessoas de todo o mundo vivem fora de seu pais de origem.

[14] De acordo com uma projeção do *World Economic and Social Survey 2004 da ONU, em 2050, a população dos países desenvolvidos cairá de 1.194 para 1.032 milhões se não houver nenhuma migração. A situação pior é da Europa que veria sua população diminuída de 139 milhões de pessoas.*

[15] A migração clandestina se refere àquelas pessoas que, independentemente da razão porque migram, entram ilegalmente, sem portar qualquer Visto ou permissão, num país diverso do de sua nacionalidade ou residência legal. Embora seja difícil individuar as motivações exatas que induzem as pessoas a migrar clandestinamente, a própria realidade demonstra, de certo modo, que os migrantes assim procedem prioritariamente por motivos econômicos e movidos pela necessidade, em busca de emprego, de saúde, muitas vezes de oportunidades para estudar, para unir-se a familiares que residem no país, para fugir de situações de violência ou devido a violações dos direitos humanos, e, acima de tudo, sonhando sempre com melhores condições de vida. Leis restritivas e medidas excludentes por parte dos países acentuam significativamente o universo de migrantes clandestinos e migrantes em situação irregular ou ilegais. É comum usarmos como sinônimos os termos clandestino, ilegal, estrangeiro em situação irregular ou indocumentado. Não o são. Insiste-se, até mesmo por questões de considerar o estado emocional e a dignidade do ser humano, na distinção entre as várias situações. Em breves palavras, clandestino é o que entra num país sem portar Visto ou autorização para tal. Ao passo que, ilegal é o estrangeiro que se encontra num país em condições não condizentes com a legislação daquele país, embora, não necessariamente tenha entrado de forma clandestina. E, indocumentado ou em situação irregular, é o que não providenciou sua documentação ou que, após haver entrado legalmente no país, ali permaneceu além do período de autorização que recebera.

[16]O termo indocumentado éoaplicado aos trabalhadores migrantes, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e de seus Familiares, aprovada pela ONU em 18 de dezembro de 1990, define a categoria "Migrantes indocumentados ou em situação irregular" como "aqueles que não foram

autorizados a ingressar, permanecer e a exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego, de acordo com as leis desse Estado e os acordos internacionais em que esse Estado seja parte" (art. 5º, letras "a" e "b"). Trata-se, nos termos da Convenção, de trabalhadores migrantes indocumentados. Em relação ao estrangeiro residente no Brasil, a expressão migrantes indocumentados abrange aquelas pessoas que, por razões várias, mesmo com direito a residir no país, inexpulsáveis, não providenciaram sua documentação ou após obtê-la não tomaram as necessárias providências para assegurar sua validade. O termo indocumentado pode também refletir a situação de parte da população de um país que, devido à burocracia, falta de recursos, desinformação, não se documentou, sequer possui Certidão de Nascimento ou outros documentos fundamentais para a vida civil e política. Tanto os de uma categoria (os estrangeiros), quanto os de outra (os nacionais), nesta circunstância permanecem fora do mercado e das formas legais de trabalho, desconhecidos, não possuem cobertura das leis sociais e ficam à margem das relações e do exercício dos direitos civis e políticos. São, freqüentemente, vítimas fáceis e de exploração e de escravidão

[17] Desenvolvimento humano entendido como um processo de ampliação das escolhas das pessoas, visando uma vida longa e sadia, com acesso ao conhecimento e aos recursos necessários a um padrão digno de vida, ou seja, uma aproximação integrada econômica e social e uma ação global. Cançado Trindade, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor,1999.p.285.

[18] Jubilut,Liliana Lyra. **Migraçoes e desenvolvimento**. In Junior, Alberto do Amaral (Org). **Direito internacional e desenvolvimento**. Barueri: Manole,2005.

[19] “Por outro lado, a lógica instrumental que preside o apelo aos imigrantes qualificados em direção dos Estados europeus e norte-americanos acelera a fuga de cérebros (brain drain), já que se trata de selecionar os melhores e provoca fatalmente um enfraquecimento dos recursos humanos nos países de origem.nA migração qualificada continua causando perdas para os países emissores, e o potencial benefício através da circulação e do retorno não parece materializar-se. Em todo caso, existem iniciativas em vários países para estabelecer vínculos com suas comunidades de emigrados e apoiar redes científicas associadas às diásporas. Os países em desenvolvimento contribuem para esta descapitalização intelectual, científica e técnica, a qual vai contra suas próprias aspirações ao progresso. Para fazer idéia do que significa isso, é bom destacar que entre 33% e 35% das pessoas altamente instruídas de Angola, Burundi, Gana, Quênia, Maurício, Moçambique, Serra Leoa, Uganda e Tanzânia vivem em nações mais desenvolvidas. Porém, a proporção é ainda maior noutros países em desenvolvimento, nada mais nada menos que 60% das pessoas altamente instruídas da Jamaica, Haiti, Trinidad e Tobago, Guiana e Fiji, estão domiciliadas também no exterior.” Marinucci, Roberto e Milesi, Rosita. Ob.cit.

[20] Castells, Manuel. Para o Estado-rede: Globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In Sociedade e Estado em transformação.Ob.cit. Pág.148 a171.

[21] CORREIA, Theresa Rachel Couto. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Repercussão Jurídica das Opiniões Consultivas. Curitiba: Juruá, 2008.

[22] Gorjão-Henriques, Miguel. “A Europa e o estrangeiro:talo(s) ou Cristo?”In A Inclusão do outro. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra:set/2002.

[23] ACNUR, A situação dos refugiados no mundo em busca de soluções. Lisboa:1997, pag.178

[24] Diante desse novo dado migratório, os Estados europeus são cada vez mais confrontados a um dilema que torna difícil conciliar projetos políticos e projetos econômicos, ou ainda “razões de Estado” e “razões de mercado”. A ascensão dos partidos de extrema-direita nos eleitorados, o avanço do racismo e da xenofobia os obriga a não aderir totalmente às exigências do patronato, mas eles também não podem desprezar a demanda por trabalhadores necessária ao desenvolvimento econômico. Ao impor medidas restritivas, eles se chocarão contra o mercado negro do trabalho e contra um novo questionamento dos benefícios sociais adquiridos pelos assalariados; e ao pretender a reabertura das fronteiras, estarão confrontados à opinião racista e xenófoba. Hily, Marie-Antoinette. Ob.cit.

[25] Sobre pluralismo, tolerância, discussão doutrinária entre liberais e comunitários, ver Citadino, Gisele. Pluralismo Direito e Justiça distributiva. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris,1999.

PROCESSO E ACESSO A JUSTIÇA

A PROTEÇÃO DA EMPRESA E DE SUA PRIVACIDADE EM FACE DO CONVENIO PARA PROTESTO DE SENTENÇAS JUDICIAIS TRABALHISTAS*

THE PROTECTION OF THE COMPANY AND YOUR PRIVACY AS REGARDS TO THE AGREEMENT FOR PROTEST OF LABOR SENTENCES ACCORDING TO THE LAW

Adalberto Simão Filho
Luis Fernando Cordeiro

RESUMO

A Sociedade da informação vem trazendo questionamentos sobre os atuais modelos de proteção constitucional aplicáveis ás empresas. A pessoa jurídica sendo detentora de "personalidade" aproxima-se da pessoa humana em vários sentidos gerando a distinção e a necessidade de proteção. As características que formam a personalidade jurídica e o conjunto de seus atributos (nome, imagem, honra, vida privada etc) são tuteladas pelo direito, mas precisamente, de forma genérica, nos artigos 11 a 21 do Código Civil Brasileiro. Abordaremos neste trabalho o direito à privacidade empresarial; a interferência lesiva e as conseqüentes responsabilizações dos protestos de sentenças judiciais; e por fim, a aplicabilidade dos direitos da personalidade à empresa, como medidas da busca de uma atividade empresarial eficiente.

PALAVRAS-CHAVES: SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO; PROTESTO JUDICIAL; PROTESTO DE SENTENÇAS; PRIVACIDADE EMPRESARIAL; INTERFERÊNCIA NA ATIVIDADE EMPRESARIAL; DIREITO DA PERSONALIDADE DA EMPRESA.

ABSTRACT

The information society hás been raising questions about the current models of constitutional protection for businesses. The legal owner is the "personality" which is close to the human person in many ways creating a distinction and the need for protection. The characteristics that make up the personality and all of its attributes (name, image, honor, privacy etc) are protected by law, but precisely, in general, in Articles 11 to 21 of the Civil Code. We will focus or the rigth to the privacy, the interference and the consequent detrimental obrigations of the protests of judgments, and finally, the applicability of the personality of the company, as ways to search for an efficient business activity.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: INFORMATION SOCIETY; PROTEST JUDICIARY; PROTESTO OF JUDGMENTS; PRIVACY BUSINESS; INTERFERENCE IN BUSINESS ACTIVITY, THE LAW OF PERSONALITY OF THE COMPANY.

I - Introdução.

Quando a Constituição Federal Brasileira trata dos princípios da ordem econômica, o faz para também assegurar o direito de livre iniciativa e da função social da propriedade. A empresa cuja existência começa à luz do art. 45 do Código Civil com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro detém toda a série de proteção haja vista que como pessoa jurídica é dotada de direitos e deveres.

A pessoa jurídica sendo detentora de "personalidade"[1] aproxima-se da pessoa humana em vários sentidos gerando a distinção e a necessidade de proteção. As características que formam a personalidade jurídica e o conjunto de seus atributos (nome, imagem, honra, vida privada etc) são tuteladas pelo direito, mas precisamente, de forma genérica, nos artigos 11 a 21 do Código Civil Brasileiro.

O art. 52 do mesmo diploma legal diz que "*aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade*", assim, passaremos a estudar quais direitos da personalidade da empresa estarão protegidos e de que forma se dará esta proteção.

II - O Direito à não interferência e privacidade empresarial:

A República Federativa do Brasil, constituindo-se como um Estado Democrático de Direito, tem como fundamento em seu artigo 1º, III, da Constituição Federal, o principio da "Livre Iniciativa".

Para entendermos o alcance do Principio da Livre Iniciativa à luz do art. 170 da Constituição Federal, onde no seu parágrafo único menciona que "*é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*", ou seja, salvo os chamados "monopólios da união" (art. 177 da CF) deve-se observar que o Estado dá a liberdade para que se constituam as empresas, de forma livre, sem sua interferência, garantindo a propriedade privada no âmbito de sua função social da Propriedade e facilitando a livre iniciativa e concorrência.

Ao outorgar aos particulares a exploração da atividade econômica com respeito à regras da livre iniciativa e não interferência, o próprio Estado se incumbe de criar o regime jurídico de proteção dos direitos das empresas, quais sejam, direitos oriundos do próprio exercício da atividade empresarial, aliado ao de propriedade dos meios de produção e do sistema de gestão e administração, função social, nome, imagem e vida privada.

Ao não distinguir pessoa física da pessoa jurídica a Constituição Federal nos artigos 5º e seguintes, que tratam dos direitos e garantias fundamentais em face do Poder Estatal acaba por viabilizar também a inviolabilidade da vida privada empresarial, alem de gerar a proteção do direito à honra e imagem, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X) e o direito á propriedade (art 5º, inciso XXII, c/c art. 170, II da Constituição).

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça acata esta visão ao prever na Súmula 227 que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral", ou seja, têm direito a indenização uma vez violados os direitos supra mencionados.

Já no que tange ao direito à propriedade, José Afonso da Silva na obra Curso de Direito Constitucional Positivo[2] destacou:

A Constituição inscreveu a propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III). Já destacamos antes a importância desse fato, porque, então, embora também prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual (...)

Ao defender a idéia de que a empresa possui direito constitucional de proteção da vida privada nos moldes do Art.5,X, da Constituição Federal, Adalberto Simão Filho[3] menciona que a pessoa jurídica vista de modo analógico e não ficticiamente, é um ser indiviso e permanente apta a criar e consolidar todo o detalhamento do que consistirá a identificação externa de sua personalidade; suas ideologias de operação e de trabalho; seus códigos de conduta e a sua ética empresarial própria a demonstrar a sua independência externa e a necessidade de proteção de sua vida privada numa realidade análoga à pessoa humana.

Resta ainda certo que as garantias fundamentais no que tange a tutela da propriedade privada e demais direitos da personalidade aplicam-se tanto a pessoa física, quanto a pessoa jurídica e neste ponto há que se observar como se desenvolvem certos princípios relacionados à atividade empresarial e livre emprego:

i) Principio da Alteridade;

O principio da alteridade é extraído da interpretação do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, onde reza que o empregador (pessoa física ou jurídica)[4], assume os riscos da atividade econômica.

Maurício Godinho Delgado, em sua obra - Curso de Direito do Trabalho[5], assim define o tema em questão:

A presente característica é também conhecida pela denominação (alter:outro;-i-; dade: qualidade - isto é, qualidade do outro ou que está no outro). Sugere a expressão que o contrato de trabalho transfere a uma única das partes todos os riscos a ele inerentes e sobre ele incidentes: os riscos do empreendimento empresarial e os derivados do próprio trabalho prestado.

O texto da CLT parece limitar a alteridade apenas aos riscos tipicamente empresariais - e não aos riscos decorrentes da própria existência do contrato de Trabalho e de seu cumprimento. É que o art 2º, caput, do diploma consolidado fala em *riscos da atividade econômica*, no mesmo preceito em que define empregador como empresa. Não obstante essa aparência, a interpretação lógico-sistemática e teleológica da ordem justrabalhista indica que se impõem, juridicamente, ao empregador também os riscos do trabalho prestado, ainda que este não tenha intuito econômico para seu tomador (caso do trabalho doméstico).

Veja que mais uma vez a legislação não leva em conta se o empregador é pessoa física ou jurídica para a responsabilização dos riscos da atividade, da mesma forma, não poderá, na contramão da mesma relação, fazer diferença na proteção dos direitos das mesmas partes, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas (empresas).

ii) Poder de Direção.

O Poder de Direção é a forma com que o empregador irá definir como serão desenvolvidas as atividades empresariais. Este poder subdivide-se em: a) Poder disciplinar (poder de apenar o trabalhador por atos faltosos); b) Poder de Controle (poder de fiscalizar e controlar as atividades empresariais, inclusive dos seus empregados); e, c) Poder de Organização.

Este último foi assim definido por Sérgio Pinto Martins[6]:

O empregador tem todo o direito de organizar seu empreendimento, decorrente até mesmo do direito de propriedade. Estabelecerá o empregador qual a atividade que será desenvolvida: agrícola, comercial, industrial, de serviços etc.

A estrutura jurídica também será determinada pelo empregador, que estabelecerá ser melhor o desenvolvimento de suas atividades mediante sociedade limitada, por ações etc.

O empregador determinará o número de funcionários de que precisa, os cargos, funções, local e horário de trabalho etc.

iii) Segredos de Empresa.

Outro direito recorrente do direito à privacidade da empresa é a tutela do Estado no que tange aos chamados "segredos de empresa".

Não obstante o art 5º, XXIX da Carta Magna assegurar os direitos relativos as criações industriais, à propriedade das marcas e aos nomes das empresas, o art. 482, "g" da Consolidação das Leis do Trabalho, dá ao empregador o direito de demitir por justo motivo o empregado que violar segredo de empresa.

Temos como segredo de empresa o resguardo de informações confidenciais do empreendimento, cuja divulgação a terceiros, pode causar significativo prejuízo a empresa.

Importante ressaltar que esta violação ao chamados segredos de empresa podem ocasionar prejuízos aos direitos da personalidade, ou seja, da vida privada desta pessoa jurídica de direito privado, com a possibilidade também de ressarcimentos por via de indenizações por danos morais.

iv) Direito à dispensa desmotivada.

Uma outra prova importante da privacidade que detém a empresa é a possibilidade da dispensa desmotivada, onde a empresa não necessita dizer o "porquê" , ou seja, não necessita dar o motivo, a fundamentação da dispensa do seu empregado.

Ressalte-se que o pilar de mantença da relação empregatícia é a fidúcia, ou seja, a confiança que a empresa tem em relação ao seu empregado. Essa confiança é muito subjetiva, de difícil caracterização objetiva no que tange a sua quebra. Desta maneira, uma vez que a pessoa jurídica, materializada na pessoa do seu proprietário, diretor, gerente, chefe, encarregado, ou qualquer um que o faça a vez, perde subjetivamente a confiança no empregado por ato de violação de segredo de empresa, a legislação dá-lhe o direito de dispensa-lo por justa causa, demonstrando assim, a privacidade e a intimidade desta pessoa jurídica de direito privado, ou seja, a empresa.

III - Aplicabilidade dos direitos da personalidade à empresa.

O art 5º, X da CF, cumulado com os arts. 11 a 20 do Código Civil, consagram os chamados direitos da personalidade.

Como visto anteriormente, a empresa também é uma pessoa, assim, possui personalidade, tendo total proteção dos mesmos direitos (no que couber - art 52 do Código Civil) que uma pessoa física.

Como toda pessoa a empresa possui um nome, honra e vida privada, o que passemos a explanar.

A proteção ao *nome* comercial realiza-se no âmbito das chamadas Juntas Comerciais e decorre automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos de firma individual e de sociedades, conforme a Lei 8.934 de 1.994, que regula o Registro Público de Empresas Mercantis, assim, não podem ser arquivados os atos de empresas com nome idêntico ou semelhante a outra já existente.

Fábio Ulhoa Coelho[7], assim detalhou sobre o assunto: "*O empresário, seja pessoa física ou jurídica, tem um nome empresarial, que é aquele com que se apresenta nas relações de fundo econômico*".

Já para Maria Helena Diniz[8]:

O nome empresarial é um elemento incorpóreo do estabelecimento, que identifica o empresário no exercício da atividade econômica, tendo tutela legal pela importância e pelo papel que desempenha na reputação do empresário junto aos fornecedores, financiadores e consumidores.

(...)

Constitui, concomitantemente, elemento identificador do empresário individual e da sociedade empresária (aspecto subjetivo) e da atividade empresarial por eles exercida (aspecto objetivo).

Ressalte-se que para a Autora, a empresa possui aspectos subjetivos, como por exemplo a "reputação" supra citada, coadunando mais uma vez com a idéia da empresa com elementos pessoais oriundos dos direitos da personalidade, como a vida privada, honra e nome.

Mister se faz esclarecer que a sociedade tem por nome uma *firma* (também chamada de razão social) ou uma *denominação social*, sendo que é a lei que determina cada caso, como por exemplo: S.A. (só pode usar denominação); LTDA e Sociedade em Comandita por ações (podem usar tanto denominação como razão social); e Sociedade em nome coletivo e Comandita simples (só podem usar razão social)[9].

Como se não bastasse o art 16 e 17 do Código Civil diz que toda pessoa tem direito ao nome e este não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que exponham ao desprezo público.

Importante ainda ressaltar que na esfera penal, o nome comercial e o título de estabelecimento são protegidos pela Lei de patentes, como usurpação de nome empresarial como crime de concorrência desleal, conforme art. 195, V, da Lei 9.279/96.

No que tange a *honra*, a CLT é bem enfática quando diz que o empregador (conforme o art 2ºda CLT o empregador pode ser pessoa física ou jurídica) poderá rescindir o contrato por justa causa do empregado quando este fizer ato lesivo a sua honra e boa fama, assim, fica mais do que claro que a empresa possui o direito de tutela do Estado no que tange a sua honra e boa fama.

Já quanto à proteção da *imagem* da empresa, mister se faz esclarecer que mais uma vez o art. 5º em seus incisos V e X não fazem distinção entre pessoa física ou jurídica, conforme escólio de Nehemias Domingos de Melo[10]:

Os fundamentos que justificam o dever de indenizar pelo dano moral estão na própria Constituição Federal, conforme dissemos alhures, porquanto em seu art. 5º, incisos V e X, estabeleceu a sua plena reparação, sem fazer nenhuma distinção quanto á pessoa física ou pessoa jurídica.

Por fim, a vida privada é a união de todos esses direitos supra explicitados, que também os são aplicáveis as pessoas jurídicas de direito privado, conforme definição de Maria helena Diniz[11]:

As pessoas jurídicas têm direitos da personalidade, como o direito ao nome, à marca, à honra objetiva, á imagem, ao segredo etc., por serem entes dotados de personalidade pelo ordenamento jurídico-positivo, e podem sofrer dano moral (STF, Súmula 227). havendo violação desses direitos, as pessoas jurídicas lesadas poderão pleitear, em juízo, a reparação pelos danos, sejam eles patrimoniais, sejam morais (RT, 716:273, 680:85, 627:28). Tais direitos lhes são reconhecidos no mesmo instante da sua inscrição no registro competente, subsistindo enquanto atuarem e terminando com o cancelamento da inscrição das pessoas jurídica (sic).[12]

IV - Da Função Social da Empresa.

É cediço que toda empresa cumpre um papel social, seja com a geração de empregos (permitindo a sua sobrevivência digna e de sua família), geração de tributos (possibilitando a consecução das finalidades do Poder Público e a própria manutenção do Estado), aquecimento da economia (fortalecendo o comércio e a indústria nacional), distribuição de rendas etc.

Todavia, essa função social da empresa não fica restringida apenas no que tange ao acima mencionado, a empresa tem o papel de atender a interesses sociais, com redução de desigualdades, assumindo funções assistenciais para a sociedade, para o meio ambiente com recuperações de rios, lagos, parques, florestas, como também, com o patrimônio cultural, com recuperações de museus, imóveis tombados etc.

Como se não bastasse o acima, a empresa ainda assume outras funções assistenciais com os seus empregados, quando forma serviços médicos e odontológicos, fundos de previdências, planos de aposentadoria, promovendo ensino básico, médio e superior; cursos de qualificação de mão de obra; implantando creches, meios de transportes, alimentação e muitas outras.

Importante ressaltar que por todos esses motivos, a nova lei de falência(Lei 11.101/2005) em seu artigo 47 traz o principio da preservação da empresa, com o fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e do interesse dos credores, pois é notório que o lucro é uma das finalidades da empresa, mas não a única.

Pedimos venia para trazer mais uma vez o entendimento doutrinário da Prof. Maria Helena Diniz, abaixo:

A empresa tem responsabilidade social e desempenha uma importante função econômica e social, sendo elemento de paz social e solidariedade, constituindo um instrumento de política social e de promoção da justiça social.

Assim, qualquer atitude que vise obstar a atividade da empresa deve ser vista com muita cautela, para que o interesse individual de um interessado não se sobreponha ao interesse de toda uma coletividade advinda desta função social que a empresa desempenha na sociedade.

V - O Inusitado convênio para Protesto de Sentenças Judiciais Trabalhistas.

No dia 12 de Dezembro de 2008, o Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo firmou convênio com o Instituto de Protesto de Títulos de São Paulo, com o intuito de agilizar a execução de ações trabalhistas, através do protesto das sentenças judiciais a partir da emissão de certidões de crédito trabalhista pelas Varas da 2ª Região da Justiça do Trabalho. O referido convênio prevê procedimento de funcionamento totalmente *on line*, por meio de um módulo *web* a ser desenvolvido pelo Instituto.

Há que se verificar a funcionalidade deste convenio à luz dos preceitos constitucionais e do ordenamento pátrio;

Inicialmente, não há como negar a possibilidade de protesto de sentenças judiciais por meio das disposições da Lei 9.492/97, para fins falimentares, quando o Reclamante pretenda requerer a falência do empregador por impontualidade no pagamento de obrigação líquida lastreada em título executivo como dispõe o Art. 94, I da Lei 11.101/05. Observa-se contudo que, para os casos de pedido de falência por execução frustrada não há que se lavrar protesto de título como se infere do art. 94,II da Lei falimentar.

O protesto é um ato formal e solene, mas facultativo e deve ser requerido pela parte interessada. Ora, se tal ato formal e solene é facultativo e deve ser requerido pela parte (direito subjetivo), não cabe ao juiz de ofício (sob pena de estar advogando para a parte) determinar o protesto em benefício do exeqüente sob pena de ofensa ao principio da imparcialidade e ofensa ao principio constitucional do devido processo legal.

No mesmo sentido, se o referido ato é formal e solene, somente através de lei é que se criariam as solenidades dos meios eletrônicos que pudessem validar um protesto de sentença e não um simples convenio por melhor que tenha sido a intenção dos conveniantes.

Observa-se ainda que a referida lei de protestos reza em seu artigo 1º que o título deve ter valor liquido. Portanto, muito cuidado se deve ter ao determinar protestos de sentenças sem que este requisito esteja preenchido haja vista que dentro do processo de execução trabalhista há a fase de liquidação, onde há a transformação dos direitos declarados pelo Poder Judiciário em valores, sendo que, estes valores podem ser discutidos até o Tribunal Superior do Trabalho através de Recurso de Revista nos moldes do art. 896, §2º da Norma Consolidada.

O argumento utilizado no referido Convênio de se garantir a efetividade da execução, ou seja, a efetividade do pagamento, não procede pois não há nada e nem um fato jurídico que possa comprovar que um protesto de sentença garanta esta efetividade. Pelo contrário, a mácula interfere na vida privada empresarial e nos negócios pois um protesto sempre contribuirá para que o cadastro da empresa sofra restrições bancárias e mercadológicas, inibindo a sua atividade econômica.

O Direito do Trabalho é cercado de procedimentos especiais e próprios devido as suas peculiaridades, desta maneira, não podemos esquecer que há no processo trabalhista os meios de se efetuar um sem número de atos constritivos sobre o patrimônio do devedor, inclusive as recentes penhoras "on line". Ainda, a necessidade da reclamada efetuar o chamado "depósito recursal" para fazer jus ao seu direito constitucional ao duplo grau de jurisdição, com o claro propósito de garantir uma futura e incerta execução, como reza a Instrução Normativa nº 3 do TST, deve ser considerado como elemento de garantia de execução futura.

Como se não bastasse o acima mencionado, o referido sistema de protesto de sentença fere o disposto no art. 620 do CPC que dispõe: "*Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso ao devedor*".

Não é de difícil percepção que o cadastramento do executado nos chamados serviços de proteção ao crédito (SPC, Serasa entre outros) que por qualquer motivo, como por exemplo as crises mundiais que assolam nosso planeta, estejam dificultando a continuação da vida econômica da empresa (que cumpre um papel social como mencionado outrora), tornará mais gravosa a situação e a conseqüente impossibilidade total da preservação desta empresa.

É da mesma opinião o consultor de políticas públicas do Sebrae (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas) André Spínola: "*se a medida for aplicada também a micro e pequenas empresas, haverá um impacto na ocupação da população. O protesto inviabiliza o acesso ao crédito, e dessa forma as firmas poderão fechar*"[13].

Ainda sobre o meio menos gravosos, é cediço que este protesto gerará custos e despesas cartoriais, que certamente será repassado ao devedor, aumentando ainda mais o seu gravame.

Mister se faz esclarecer que no processo do trabalho há o chamado Mandado de Citação e Penhora, onde o executado pode optar em 48 horas: 1) pagar o valor e extinguir a execução; 2) depositar o valor; e, 3) indicar bens, ou ainda, deixar que recaia penhora sobre seus bens; garantindo-se assim o juízo para continuar a discutir, não a validade do título, não o pagamento, mas sim, como por exemplo, erros nos cálculos. Dessa forma, como justificar, o protesto por inadimplência nos casos em que o juízo encontra-se garantido, seja por meio do depósito recursal, seja por meio de depósito do valor; indicação de bens; ou ainda, houver penhora de bens que garantam a execução?

Há jurisprudência atual a respeito revestida do entendimento de que o protesto tem mera finalidade de coação, onde certamente estaria cerceando os direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, como se observa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. PRETENSÃO LIMINAR. PROTESTO DE SENTENÇA CIVEL CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR.

Mostra-se abusivo o protesto de sentença cível condenatória, ausente a insolvência do devedor, porquanto tem como única finalidade coagi-lo ao pagamento.

O meio idôneo para obter o crédito afirmado existente em sentença condenatória é a ação de execução.

AGRAVO PROVIDO, EM MONOCRÁTICA (Agravo de Instrumento Nº 70027179316, Décima Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bernadete Coutinho Friedrich, julgado em 04/12/2008.[14]

E, ainda, caso o protesto tenha sido feito de forma indevida e abusiva , como por exemplo, no caso do art. 884, §5º da CLT, onde o STF declara inconstitucional a lei na

qual se fundou a sentença, o prejuízo ao Reclamante incentivado pelo Poder Judiciário em face de um convênio, será absoluto pois responderá pelos danos materiais e morais devido o ato ilegal do protesto indevido. O caso poderia até gerar a responsabilidade do próprio Estado por ter facilitado a conduta abusiva à luz do Código Civil.

Uma vez protestado o título executivo judicial e conseqüentemente inscrita a empresa nos serviços de proteção ao crédito, automaticamente haverá também a publicidade do nome do credor que é o trabalhador, assim, esta informação também poderá ser utilizada por outras empresas no momento da contratação, prejudicando desta forma este credor, ora trabalhador na busca de outro posto de trabalho em razão da sua inusitada forma de buscar direitos.

Observa-se ainda que os defensores de tal convênio alegam que as verbas trabalhistas têm natureza jurídica alimentar, e por esta natureza devem ter tratamento especial no que tange a celeridade, o que não é de todo verdadeira. É fato notório que nem todas as verbas trabalhistas têm caráter alimentar, havendo também as condenações de natureza indenizatória, como multas (ex. art. 467 e 477 da CLT); indenizações como os 40% dos FGTS; aviso prévio indenizado; férias vencidas; indenizações materiais e morais etc.

Há ainda a falta de sintonia do convenio entre o TRT da 2ª Região e os Cartórios de Protesto de São Paulo com os preceitos Constitucionais eis que o art. 241 da Constituição Federal dispõe:

A União os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços referidos.

Portanto nos termos do dispositivo acima, a instituição dos convênios sem o devido processo legislativo seria inconstitucional. O sistema fere o art. 5º LV da Constituição Federal que trata a respeito do devido processo legal, além de constituir abuso do poder judiciário através da violação ao art. 5º, X que trata acerca do direito ao direito de imagem e a vida privada das empresas e do Art. 187 do Código Civil que trata do abuso do direito e da ilicitude do ato.

VI - Conclusão.

A empresa está protegida pela Constituição Federal como preconiza o Art. 170 que trata da ordem econômica e tem uma clara função social prevista no Art. 47 da |lei 11.101/05 sendo importante geradora de postos de trabalhos e carga tributária além de fomentar o desenvolvimento do País. Como tal detém proteções relacionadas à pessoa como as previstas no Art. 5º da Constituição Federal no que tange aos direitos de personalidade

onde se incluiu o direito à vida privada empresarial. É uma disfunção sistêmica o poder Judiciário usar de seus atributos para se conveniar com Cartórios Privados com vistas a multiplicar protestos de sentenças sob o argumento de que estaria facilitando o recebimento de receitas alimentares.

O Poder Judiciário não pode intervir alem da lei em prol de uma das partes, mesmo sendo através de uma justiça com características nitidamente obreira pois o protesto de sentenças judiciais através do referido Convênio não é meio legal, hábil e eficiente para a cobrança do crédito trabalhista haja vista que alem de todas as inconstitucionalidades que reveste o ato, vai dificultar que as empresas tenham acesso a créditos, financiamentos, participem de licitações etc, engessando a continuação de suas atividades, e por conseqüência, deixarão de desempenhar a sua função social, principalmente no que tange a manutenção dos empregos direitos e indiretos. É direito subjetivo da parte e não do Poder Judiciário, a busca da forma de dar impulso ao processo e o incentivo ao protesto de sentença devem ser visto pelo prisma do abuso do direito de forma tal que alem de afetar os direitos da personalidade da empresa, poderá gerar malefícios ao Reclamante que deverá arcar com as devidas indenizações e reparações de eventuais protestos indevidos, Sendo o protesto um ato formal e solene, não pode ser realizado *on-line*, de forma automática e eletrônica agravando por demais o devedor (art. 620 do CPC), que na justiça do trabalho já tem o ônus de fazer o chamado "depósito recursal" para garantir uma eventual e suposta execução e ter acesso ao duplo grau de jurisdição (IN nº 3 do TST). A inconstitucionalidade do ato acaba por ferir o art. 241 da Constituição Federal de 05 de outubro de 1.988, pois qualquer convênio com entidades públicas só pode ser feito através de lei. Finalmente, o convênio firmado entre os cartórios de São Paulo e o TRT da 2ª Região trará apenas vantagens pecuniárias aos Cartórios Privados e inúmeras desvantagens aos trabalhadores, empresas, comércio, indústrias e a toda a sociedade pois sob a pálida ótica de uma suposta celeridade e efetividade jurisdicional, não se pode aceitar que seja desprestigiado o maior de todos os princípios do direito, o da Segurança Jurídica com reflexos claros no desenvolvimento do País.

VI - Referências bibliograficas.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: Direito de Empresa, 13ª edição - São Paulo: Saraiva, 2009;

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**: Direito de Empresa, 20ª edição. Ver e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008;

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 3º Edição, São Paulo: LTr, 2004;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** - 13ª Edição - São Paulo: Atlas, 2001;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 8: Direito de empresa - 2ª ed. Reformulada - São Paulo: Saraiva, 2009;

FRANCO, Vera helena de Mello. **Falência e Recuperação da empresa em crise**. Rio de janeiro: Elsevier, 2008;

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, 6ª Edição revisada e atualizada e aumentada, São Paulo: Saraiva, 2001;

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, 19ª Edição - São Paulo: Atlas, 2004;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 29ª. Edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2004;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ***Curso de Direito Administrativo***, Editora Malheiros: São Paulo, 1999;

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**, 26ª edição, São Paulo: LTr, 2000;

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 1º volume, 28 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009;

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**, 3ª Edição atual - São Paulo: Ltr, 2000;

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Positivo**, 23ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2004;

SIMÃO FILHO.Adalberto. **O direito da empresa à vida privada e seus reflexos no direito falimentar**. Direito à privacidade. Org. Ives Gandra da Silva Martins e Antonio Jorge Pereira Jr. Idéias e Letras. Aparecida..2005;

SUSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**, Volume 1, 21ª Edição, São Paulo: LTr, 2003.

---

[1] Define-se a **personalidade** como tudo aquilo que distingue um indivíduo de outros indivíduos, ou seja, o conjunto de características que determinam a sua individualidade pessoal e social. A formação da personalidade é processo gradual, complexo e único a cada indivíduo. O termo deriva do grego *persona*, com significado de *máscara*, designava a "personagem" representada pelos atores teatrais no palco. Pode-se definir também personalidade por um conceito dinâmico que descreve o crescimento e o desenvolvimento de todo sistema de um indivíduo. Mais claramente, pode-se dizer que é a soma total de como o indivíduo interage e reage em relação aos demais. Acesso em 10.06.2009: http://dicionario.babylon.com/personalidade

[2] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23º Edição, revista e atualizada, Editora Malheiros, São Paulo:2004, página 792.

[3] SIMÃO FILHO.Adalberto. O direito da empresa à vida privada e seus reflexos no direito falimentar. Direito à privacidade. Org.Ives Gandra da Silva Martins e Antonio Jorge Pereira Jr. Idéias e Letras. Aparecida..2005, pág.362.

[4] Importante ressaltar que em todas as normas da CLT, não há distinções em ser o empregador pessoa física ou jurídica.

[5] DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6ª edição - São Paulo: LTr, 2007, página 395;

[6] MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 25. ed. - São Paulo: Atlas, 2009, página 198;

[7] COELHO, Fábio Ulhoa. manual de Direito Comercial: direito de empresa. 20ª ed. ver e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008, página 72.

[8] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil, Brasileiro. volume 8: direito de empresa,- 2. ed. reformulada - São Paulo: Saraiva, 2009, páginas 696/697.

[9] Importante lembrarmos que as Sociedade de capital e Indústria foram extintas pelo Novo Código Civil de 2002.

[10] MELO, Nehemias Domingos de. Dano Moral Trabalhista: doutrina e jurisprudência. 1 ed. - 2. reimpr. - São Paulo: Atlas, 2007, páginas 20/21.

[11] DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 10 ed. ver e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). - São Paulo: Saraiva, 2004, página 79.

[12] Onde se lê STF, leia-se STJ.

[13] Disponível em: http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com_content&task=view&id=5236&It... Acesso em 20/05/2009.

[14] Disponível em http://br.vlex.com/vid/50168339 acesso em 20/05/2009.

A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE CESSAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA ABORDAGEM COMPARADA DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESPANHOL E BRASILEIRO*

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN EN LAS RELACIONES DE CONSUMO: UN ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LOS ÓRDENES JURÍDICOS ESPAÑOL E BRASILEÑO

Adriano Sant'Ana Pedra

RESUMO

A ação de cessação em defesa dos interesses coletivos e difusos dos consumidores e usuários destina-se a obter uma sentença que condene o demandado a cessar uma conduta lesiva e a proibir sua reiteração futura. Em razão da sua importância, o legislador espanhol previu expressamente a imprescritibilidade desta ação. Por outro lado, o legislador brasileiro não dispôs expressamente acerca da imprescritibilidade da ação coletiva que objetiva o mesmo fim. O estudo comparado foi necessário para analisar a razão da imprescritibilidade da ação de cessação e as consequências da ausência desta previsão expressa no ordenamento jurídico. Para tanto, foram estudados os institutos da prescrição e da decadência, analisados os bens tutelados pela defesa coletiva e a legitimidade para propor a ação de cessação para proteger interesses e direitos difusos e coletivos. A partir desta análise foi possível concluir que a imprescritibilidade da ação de cessação, ainda que não expressa no ordenamento jurídico, impõe-se como meio de superar os obstáculos de acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVES: AÇÃO DE CESSAÇÃO, DIREITO DO CONSUMIDOR, PRESCRIÇÃO, DECADÊNCIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA GERAÇÃO.

RESUMEN

La acción de cesación en defensa de los intereses colectivos e difusos de los consumidores y usuarios tiene la intención de obtener un veredicto que imponga a la parte demandada la cesación de una conducta perjudicial y prohibir su repetición en el futuro. Debido a su importancia, el legislador español ha previsto expresamente la imprescriptibilidad de esta acción. Además, el legislador brasileño no ha explicitado la imprescriptibilidad de la acción colectiva que tiene por objeto el mismo fin. El estudio comparativo ha sido importante para analizar la razón de la imprescriptibilidad da acción de cesación e las consecuencias de la falta de esta disposición expresa en el orden jurídico. Con este fin, se estudiaron la prescripción e la decadencia, examinados los bienes protegidos por la defensa colectiva e la capacidad de interponer la acción de cesación para proteger los derechos e intereses difusos e colectivos. De este análisis se

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

concluyó que la imprescriptibilidad de la acción de cesación, aunque no expresada en el orden jurídico, debe ser un medio de superar las barreras de acceso a la justicia.

PALAVRAS-CLAVE: ACCIÓN DE CESACIÓN, DERECHO DEL CONSUMIDOR, PRESCRIPCIÓN, DECADENCIA, DERECHOS FUNDAMENTALES DE TERCERA GENERACIÓN.

INTRODUÇÃO

A prescrição e a decadência são institutos utilizados em nome da segurança jurídica. Mas devem ser analisados com reservas, principalmente quando se trata de sua incidência na proteção de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. O uso desmedido destes institutos, sem o devido cuidado e conhecimento, pode nos levar a situações absurdas, sacrificando o coletivo em prol do individual, provocando injustiças na grande maioria dos casos.

A legislação espanhola não olvidou desta questão. A Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários (LGDCU)[1] tratou de dispor expressamente acerca da imprescritibilidade da ação de cessação nas relações de consumo, que é o objeto de estudo deste trabalho. A ação de cessação objetiva obter uma sentença que condene o demandado a cessar uma conduta e proibir sua reiteração futura.

Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro não tratou do tema da mesma forma. A Lei de Ação Civil Pública (LACP)[2] não dispõe sobre prazos de decadência ou prescrição e disto também não cuidou o Código de Defesa do Consumidor (CDC)[3] especificamente para as demandas coletivas.

Importa-nos assim analisar se e como os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos extinguem-se pelo não exercício durante um decurso de tempo previsto em lei (decadência), ou, ainda que subsista o direito, se e como decorre o prazo para que seu titular possa invocá-lo ativamente em juízo (prescrição). Também devem ser avaliados a necessidade e os efeitos da previsão expressa na legislação da imprescritibilidade deste tipo de ação.

Esta análise será feita considerando que direitos de terceira geração não são direitos que se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, mas sim de toda a coletividade.

Com este intento, traçaremos inicialmente os aspectos gerais acerca dos institutos da prescrição e da decadência. A seguir avaliaremos os bens tutelados pela defesa coletiva, especificamente, procurando identificar as suas características, buscando subsídios para respondermos a nossa questão. Assim, considerando a distinção existente entre os direitos metaindividuais, será estudada a relação entre a titularidade dos direitos metaindividuais e a legitimidade para propor a ação de cessação, tratando-se de interesses ou direitos difusos, de interesses ou direitos coletivos, e de interesses ou direitos individuais homogêneos. Ao final, serão lançadas as principais conclusões decorrentes deste estudo.

1 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Não se pretende aqui fazer um estudo pormenorizado dos institutos da prescrição e da decadência. Traçaremos apenas os seus aspectos gerais, frisando suas características mais marcantes, pelas quais se diferenciam um do outro, para sabermos como iremos proceder quanto aos direitos coletivos e difusos, em especial nas relações de consumo[4].

A segurança jurídica é princípio diretor e basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas. Ela é fundamento do Estado de Direito, elevada que está ao altiplano axiológico. Como o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida, o princípio da segurança jurídica é considerado como elemento constitutivo do Estado de Direito[5].

O fator tempo tem grande influência nas relações jurídicas afloradas no seio da sociedade, pois não se admite a eterna incerteza nas relações intersubjetivas a que o direito confere juridicidade. Podemos dizer que o decurso do tempo é um dos acontecimentos naturais ordinários que maior influência exerce sobre as relações jurídicas. Sílvio Rodrigues[6] leciona que “é do interesse da ordem e da paz social liquidar o passado e evitar litígios sobre atos cujos títulos se perderam e cuja lembrança se foi”. É necessário que as relações jurídicas consolidem-se no tempo, havendo um interesse social em que situações de fato que o tempo consagrou adquiram juridicidade, para que sobre a comunidade não paire, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda.

Nesse sentido, a prescrição e a decadência são institutos assecuratórios da segurança jurídica. Afinal, as relações jurídicas têm que proporcionar estabilidade e confiança aos destinatários do ordenamento jurídico, pois o direito é concebido para gerar a paz no

convívio social. Tais institutos são necessários para que haja tranquilidade na ordem jurídica, havendo consolidação dos direitos. Nesse sentido, o decurso do tempo terá influência na extinção de certos direitos, para que haja a necessária paz, ordem, segurança e certeza jurídica. No dizer de San Tiago Dantas[7], "esta influência do tempo consumido pelo direito pela inércia do titular serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica que é estabelecer a segurança das relações sociais". Sem a prescrição e a decadência, a qualquer momento poder-se-ia voltar ao debate de superadas pretensões e a antigos litígios.

A esse respeito, anota Jean-Louis Bergel[8] que, "para garantir a segurança jurídica, cumpre que a ordem estabelecida não possa ser contestada incessantemente e que as situações jurídicas ou de fato adquiram ao cabo de certo tempo uma estabilidade suficiente". Assim, decorridos os prazos necessários para permitir aos interessados reivindicar seus direitos ou contestar as situações estabelecidas, as coisas precisam ficar cristalizadas. Nesse sentido a lei estabelece prazos cuja inobservância implica a prescrição dos direitos, ou a perda deles, e de ações na justiça, ou prazos em cuja expiração certas situações deixam de poder ser contestadas e certos direitos são considerados adquiridos. A lei impõe ainda, a fim de evitar o prolongamento nefasto de situações precárias, e para a consumação de certas formalidades ou para o desenrolar dos processos, prazos destinados a ritmar-lhes o curso.

Mas não é apenas o decurso do tempo que deve ser considerado, mas este aliado ao desleixo, à negligência do sujeito, que permite a outrem a negação prática da relação jurídica. Afinal, a prescrição e a decadência visam a punir a inércia de um titular; alguém que tem um direito, mas não o usa. Neste caso, a faculdade que a lei põe nas mãos do titular é então atingida pela prescrição ou pela decadência, o que os antigos exprimiam num brocardo: *juge silentium, diuturnum silentium, jugis taciturnitas*[9].

Deve-se assim buscar o fundamento da prescrição e da decadência na tranquilidade da ordem jurídica, na paz social[10]. Assim, se o sujeito ativo se mantém inerte, por longo tempo, deixando que venha a se constituir uma situação contrária ao seu direito, seria permanecer em perpétua incerteza a vida social se for permitido que ele possa, mais tarde, reviver o passado. Há um interesse de ordem pública no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, e este interesse justifica o instituto da prescrição. Assim, busca-se evitar uma perturbação ao sossego público, considerado mal maior do que o sacrifício do interesse individual.

Antonio Luiz da Camara Leal, em obra clássica[11], elenca quatro condições elementares da prescrição: existência de uma ação exercitável (*actio nata*), inércia do titular da ação pelo seu não-exercício, continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo, e ausência de algum fato ou ato, a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional.

Embora tanto a prescrição quanto a decadência visem a manter a certeza e a segurança nas relações jurídicas, com paz e ordem na sociedade, elas não se confundem. Mesmo não sendo a nossa proposta traçar critérios diferenciadores de ambos os institutos, o que demandaria trabalho de fôlego[12], convém fazer algumas anotações a respeito, para não ocultar a complexidade de tratamento desta controvertida matéria.

San Tiago Dantas[13] advertia que a decadência e a prescrição são institutos completamente diversos. A prescrição geralmente consiste no decurso de um prazo que se interrompe, que se suspende, podendo assim recomeçar a contar muitas vezes, e que as partes interessadas precisam alegar para que o juiz dela tome conhecimento. Por outro lado, a decadência constitui prazo fatal, nada interrompendo, nada suspendendo e, quando decorrem, o juiz a pronuncia de ofício, sem ser necessário que ninguém a alegue.

Orlando Gomes[14] conceitua prescrição como o modo pelo qual um direito se extingue em razão a inércia, durante certo lapso de tempo, do seu titular, que, em consequência, fica sem ação para assegurá-lo. O autor instrui que, para ocorrer a prescrição, é necessário que haja a inércia do titular e o decurso do tempo. Ou seja, é preciso que o titular do direito não o exerça e que a inatividade se prolongue por algum tempo.

Caio Mário da Silva Pereira[15] afirma que a prescrição conduz à perda do direito pelo seu titular descuidado, no final de determinado decurso de tempo, podendo ser encarada como força destrutiva. “Perda do *direito*, dissemos, e assim nos alinhamos entre os que consideram que a prescrição implica algo mais do que o perecimento da ação”. Explica ele que, no direito romano, onde a princípio não se admitia a prescrição, quando foi consagrada, entendeu-se que alcançava a *actio*, subsistindo o direito. O Código Civil brasileiro revogado pronunciava-se no mesmo sentido, falando sempre em *prescrição da ação* (arts. 177 e 178). Entretanto, pelo efeito do tempo, aliado à inércia do sujeito, é o *próprio direito* que perece. O titular não pode reclamá-lo pela ação, porque não o pode tornar efetivo. Prossegue ainda afirmando que, com o perecimento da ação, extingue-se efetivamente o próprio direito, pois, na verdade, a ação é um elemento externo do direito subjetivo que toma corpo à vista de qualquer lesão. “O direito perde a faculdade de se fazer valer, e qualquer atentado o atinge até a essência, restando sem poder ofensivo, porque não é direito sobrevivo; porque se extingue”.

Ainda segundo Caio Mário da Silva Pereira[16], “decadência é o perecimento do direito, em razão do seu não-exercício em um prazo predeterminado”. Assim tem pontos de contato com a prescrição, pois também é um efeito do tempo, aliado à falta de atuação do titular. Todavia são institutos diferentes, posto que a decadência é a morte da relação jurídica pela ausência de exercício em tempo prefixado, enquanto que a

prescrição extingue um direito que não tinha prazo para ser exercido, mas que veio a encontrar mais tarde um obstáculo com a criação de uma situação contrária, oriunda da inatividade do sujeito.

Estes dois institutos também são distinguidos na obra de César Fiuza[17]. Haverá prescrição quando ocorre a perda do direito de ação pela inércia de seu titular, que deixa expirar o prazo fixado em lei, sem exercê-lo. Só se pode falar em prescrição quando se tratar de direitos a uma prestação; dessa forma, não é o direito em si que prescreve, mas a ação que o protege. E haverá decadência quando ocorrer a perda do próprio direito subjetivo material pela inércia do seu titular, que não o exerce no prazo fixado em lei. Assim, na decadência, há a perda do próprio direito potestativo. Em verdade, os direitos potestativos podem ou não estar sujeitos à decadência, diferentemente dos direitos a uma prestação, cuja ação sempre se sujeitará a prescrição.

Para Francisco Amaral[18], a prescrição é a perda da pretensão em virtude da inércia do seu titular no prazo fixado em lei, enquanto que a decadência é a perda do direito potestativo pela inércia do seu titular no período determinado em lei.

Paulo de Barros Carvalho[19] ensina que a decadência ou caducidade é o fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não exercício durante certo intervalo de tempo. Como as relações jurídicas não permaneçam indefinidas, o ordenamento jurídico estabelece certo período para que os titulares de direitos subjetivos realizem os atos necessários à sua preservação, e diante da inércia manifestada pelo interessado, deixando fluir o tempo, fulmina a existência do direito, decretando-lhe a extinção.

O objeto da decadência[20] é o direito que está subordinado à condição de exercício em certo espaço de tempo, sob pena de caducidade, em razão de determinação legal ou por vontade humana unilateral ou bilateral. Assim, ocorre a decadência quando o titular do direito deixa de exercê-lo ao longo do decurso de tempo estabelecido. Dessa forma, perece o direito, de modo que não mais será possível ao titular pô-lo em atividade.

A prescrição fulmina todos os direitos patrimoniais, e, normalmente, estende-se aos efeitos patrimoniais de direitos imprescritíveis. A decadência atinge direitos potestativos, disponíveis ou indisponíveis. Enquanto na prescrição o legislador visa consolidar um estado de fato, transformando-o em estado de direito, na decadência limita-se no tempo a possibilidade de exercício de direito, modificando-se uma situação jurídica[21].

Estabelecendo-se, assim, em apertada síntese, a distinção entre prescrição e decadência, resta identificar como elas se aplicam em uma relação jurídica de consumo, entendendo esta como o vínculo entre o sujeito fornecedor e o sujeito consumidor, figurando como objeto a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço[22].

No caso do Código de Defesa do Consumidor (CDC) brasileiro, a decadência atinge o direito de reclamar, enquanto a prescrição afeta a pretensão à reparação pelos danos causados pelo fato do produto ou do serviço. Assim, a decadência afeta o direito de reclamar, ante o fornecedor, quanto ao defeito do produto ou serviço, ao passo que a prescrição atinge a pretensão de deduzir em juízo o direito de ressarcir-se dos prejuízos oriundos do fato do produto ou do serviço.

O CDC brasileiro possui sistemática própria. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em trinta dias quando se trata de fornecimento de serviço e de produto não duráveis, ou em noventa dias quando se trata de fornecimento de serviço e de produto duráveis (art. 26, I e II, CDC). Bens de consumo não duráveis são aqueles que perdem as propriedades originais com a imediata utilização que lhe é destinada, enquanto que bens de consumo duráveis são aqueles em que a utilização imediata não compromete as suas características essenciais. Quando o vício for oculto, o prazo tem início quando ficar evidenciado o defeito (art. 26, §3º, CDC). Obsta a decadência a reclamação formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços ou a instauração de inquérito civil, até a solução de ambos (art. 26, §2º, CDC).

Quando cuida da prescrição, o CDC fixa em um quinquênio o prazo para ajuizar a pretensão de reparação do dano causado pelo chamado fato do produto ou do serviço, contado a partir do conhecimento do dano e sua autoria (art. 27, CDC). Hector Valverde Santana avalia que, “levando em conta as atuais condições de desenvolvimento das relações jurídicas, o período de cinco anos é suficiente para que o consumidor reúna condições para buscar a reparação do dano experimentado”[23]. O artigo 27 do CDC brasileiro refere-se ao instituto da prescrição, estabelecendo que “prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”. Este dispositivo cuida da extinção da pretensão de reparação de danos ocorridos em virtude do fato do produto ou serviço. São acidentes de consumo que podem acarretar riscos ou danos efetivos à saúde ou à segurança do consumidor. A mesma lei consumerista veda o fornecimento de informações quando consumada a prescrição da pretensão de cobrança de débitos do consumidor (art. 43, §5º).

Não sendo o caso de fato do produto ou do serviço, a prescrição consumerista será de dez anos, consoante a norma geral do art. 205 do Código Civil (CC)[24] brasileiro, se não houver prazo estabelecido em lei especial.

A leitura do artigo 205 do Código Civil brasileiro, que dispõe que "a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor", poderá levar o leitor desavisado a imaginar que inexistam ações imprescritíveis. Assim, a admissão da existência de ações imprescritíveis no direito brasileiro aparentemente chocar-se-ia com este dispositivo.

Segundo Agnelo Amorim Filho[25] estão sujeitas à prescrição todas as ações condenatórias, e somente elas; estão sujeitas a decadência as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei; e são perpétuas (imprescritíveis) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei e todas as ações declaratórias. Assim, conclui ainda Agnelo Amorim Filho que não há ações condenatórias perpétuas (imprescritíveis), nem sujeitas a decadência; não há ações constitutivas sujeitas a prescrição; e não há ações declaratórias sujeitas a prescrição ou decadência.

Neste momento duas observações merecem ser feitas. A primeira é que o presente estudo se dispõe a analisar os direitos difusos e coletivos, e não os direitos individuais. E a segunda é que, mesmo se tratando de direitos individuais, a doutrina aponta várias ações imprescritíveis, como as ações que protegem os direitos da personalidade, as ações que se prendem ao estado das pessoas, as ações referentes a bens públicos de qualquer natureza, as ações que protegem o direito de propriedade, as ações de exercício facultativo (ou potestativo), as ações para reaver bens confiados à guarda de outrem, a título de depósito, penhor ou mandato.

A imprescritibilidade é, de certa forma, condenada pela doutrina. Assinala Pontes de Miranda[26] que "a prescrição, em princípio, atinge todas as pretensões e ações[27], quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos. A imprescritibilidade é excepcional". Também a esse respeito afirma Caio Mário da Silva Pereira[28] que "a prescritibilidade é a regra, a imprescritibilidade, a exceção".

Esse posicionamento da doutrina merece reflexão, sobretudo sabendo-se que o legislador constituinte brasileiro demonstrou um certo entusiasmo pela imprescritibilidade, como se pode ver nos incisos XLII[29] e XLIV[30] do artigo 5º da Constituição Federal.

Precisa é a lição de Agnelo Amorim Filho[31], que, ao tratar do problema da imprescritibilidade das ações, nos adverte da "inexistência de um critério seguro, com base científica, que permita identificar, *a priori*, as ações imprescritíveis".

Nesse sentido, a despeito de toda a importância da prescrição e da decadência na pacificação das relações jurídicas, bem como as consequências práticas desses institutos, devemos rever algumas considerações feitas, quando estamos trabalhando com direitos fundamentais de terceira geração (ou terceira dimensão).

Trata-se de uma dimensão dos direitos fundamentais que se assenta sobre a fraternidade. Dotados de altíssimo teor de humanidade e universalidade, os direitos da terceira geração cristalizam-se enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Segundo Paulo Bonavides[32], têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, em um momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Os direitos metaindividuais não estão exclusivamente vinculados a uma determinada pessoa ou grupo, mas pertencem a todos indistintamente, e foram identificados a partir da necessidade de garantir uma vida com qualidade.

2 TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS E DIFUSOS DOS CONSUMIDORES E USUÁRIOS

2.1 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

O consumidor é um dos sujeitos da relação jurídica de consumo. Embora, etimologicamente, o vocábulo "consumidor" esteja associado ao verbo consumir, sendo este o ato de gastar ou destruir pelo uso, convém fazer a distinção do seu significado jurídico.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro estabelece que "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final"[33]. Dessa forma, a interpretação teleológica leva em consideração a destinação fática e econômica do produto ou serviço.

O CDC brasileiro também associou o conceito legal de consumidor ao aspecto coletivo, equiparando “a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”[34]. Isto porque o direito do consumidor é essencialmente de massa, e, na maioria dos casos, a proteção jurídica transcende à figura do consumidor individualmente considerado.

A vítima do acidente de consumo (*bystander*) também está protegida pelo CDC brasileiro para a reparação dos danos experimentados, pois estabeleceu o legislador que “equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”[35]. O que se percebe é que a introdução de produtos e serviços no mercado de consumo muitas vezes afeta terceiros que não participaram diretamente da relação de consumo. Por isso, a lei consumerista brasileira promoveu a sua equiparação para propiciar a proteção de terceiros à sua proteção especial.

Por último, o CDC brasileiro estabeleceu que “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”[36]. Trata-se de um conceito mais amplo de consumidor, que busca abranger todos os que estão sujeitos à oferta de produtos e serviços, práticas comerciais abusivas, publicidade enganosa ou abusiva, cláusulas gerais abusivas constantes em contratos de adesão elaborados pelos fornecedores, além de outras formas atentatórias aos direitos dos consumidores.

A lei consumerista espanhola cuida do tema de maneira muito semelhante. O texto consolidado da Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários (LGDCU) pretendeu aproximar a legislação espanhola em matéria de proteção dos consumidores e usuários à legislação comunitária, inclusive na nomenclatura utilizada, optando assim pela terminologia consumidor e usuário, respeitando as peculiaridades do ordenamento jurídico espanhol com relação às pessoas jurídicas.

O artigo 3 da LGDCU dispõe que “são consumidores ou usuários as pessoas físicas ou jurídicas que atuam em um âmbito alheio a uma atividade empresarial ou profissional”[37]. Ou seja, aquelas pessoas que intervêm nas relações de consumo com fins particulares, contratando bens e serviços como destinatário final, sem incorporá-los direta ou indiretamente nos processos de produção, comercialização ou prestação a terceiros.

Em razão da sua condição vulnerável, o consumidor fica em uma situação muito difícil quanto tem que, individualmente, litigar contra grandes empresas. Daí a importância de se eliminar certos obstáculos, de forma que existam mecanismos judiciais que permitam

uma verdadeira solução dos conflitos em matéria de consumo. Daí a necessidade de uma tutela coletiva para proteção dos direitos do consumidor.

2.2 INTERESSES E DIREITOS COLETIVOS E DIFUSOS

A palavra "interesse" representa algo que interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa. Carlos Henrique Bezerra Leite[38] leciona que "a clássica distinção entre *direitos* e *interesses*, pelo menos no tocante aos 'novos direitos', deixa de ter relevância para a dogmática jurídica". Com a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, observou-se uma profunda transformação nas relações sociais, econômicas, políticas e jurídicas em escala mundial, redundando no reconhecimento do Estado de que não apenas os direitos, mas também os interesses devem ser igualmente protegidos[39].

Os direitos fundamentais de terceira geração – ou dimensão – não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo. Não é possível mais solucionar lides coletivas com base no velho paradigma[40], onde os bens jurídicos ou pertencem exclusivamente ao direito público ou pertencem exclusivamente ao direito privado. Com muita propriedade, Mauro Cappelletti[41] afirmou que entre o direito público e o direito privado existem outras categorias intermediárias que não se enquadram exatamente em nenhum desses dois ramos clássicos da ciência jurídica, que são os direitos ou interesses *metaindividuais*.

Para Mauro Cappelletti[42], o problema básico que eles apresentam é que, ou ninguém tem direito a corrigir lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação, criando assim uma *barreira de acesso à justiça*. Segundo ele, "interesses 'difusos' são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor".

Mauro Cappelletti aponta outra *barreira de acesso à justiça*, que é a questão da reunião. "As várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum"[43].

Em relação ao que foi exposto por Mauro Cappelletti, pode-se afirmar que se levanta ainda uma outra *barreira de acesso à justiça* quando se argui a decadência ou a

prescrição sobre direito ou ação em que o seu titular, individualmente, não pode demandar.

Importante notar que, embora a doutrina italiana não faça uma nítida distinção entre direito ou interesse difuso e coletivo, a lei brasileira, ao contrário, bem determinou os interesses ou direitos *difusos*, os interesses ou direitos *coletivos*, e os interesses ou direitos *individuais homogêneos*.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro definiu os direitos ou interesses *difusos* como os "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato"[44]. Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso[45], os interesses difusos apresentam as seguintes características básicas: indeterminação dos sujeitos (pois não há um vínculo jurídico que uma os sujeitos afetados por esses interesses), indivisibilidade do objeto (porque são insuscetíveis de partição em quotas atribuíveis a pessoas ou grupos preestabelecidos), intensa conflituosidade interna (pois, embora sejam soltos, fluidos, desagregados, disseminados entre segmentos sociais, defluem de aglutinações contingenciais, geralmente contrapostas entre si), e duração efêmera (existência de situações contingenciais, que são mutáveis como as situações de fato). Outra característica dos interesses difusos é o seu conteúdo não patrimonial, pois quase sempre se mostram insuscetíveis de redução a valores monetariamente expressos.

Os direitos ou interesses *coletivos*[46] são definidos pelo legislador brasileiro como "os transindividuais, de natureza indivisível, tendo como titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base"[47]. Dessa forma, o interesse coletivo não é uma simples soma de interesses individuais, mas a composição destes interesses. O interesse coletivo está afeto ao homem socialmente organizado, sendo fruto da proximidade entre os membros de um grupo social, vinculados entre si ou com terceiro, pressupondo uma certa organização. Afirma Carlos Henrique Bezerra Leite[48] que o objeto dos interesses coletivos também é indivisível, como nos interesses difusos, mas seus titulares, embora tratados coletivamente, são determináveis, ou seja, são passíveis de identificação, uma vez que se encontram vinculados, entre si ou com a parte contrária, por meio de uma relação jurídica base. Importante notar que não é a lesão em si que faz surgir esta relação jurídica base.

No que concerne aos direitos ou interesses *individuais homogêneos*, o Código de Defesa do Consumidor – CDC brasileiro limitou-se a dizer que são os "decorrentes de origem comum"[49]. Carlos Henrique Bezerra Leite[50] adverte que os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos não são os mesmos dos direitos ou interesses coletivos *stricto sensu*, haja vista que os interesses do grupo, da classe ou da categoria são transindividuais e indivisíveis por natureza. Por outro lado, os interesses individuais homogêneos não são materialmente transindividuais, embora sejam processualmente,

isto é, os interesses individuais homogêneos são metaindividuais apenas na forma empregada para a sua defesa em juízo. Aliás, a grande novidade trazida pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro foi permitir que esses direitos individuais pudessem ser defendidos coletivamente em juízo. Os interesses individuais homogêneos são sempre divisíveis, e os seus titulares perfeitamente identificáveis. A defesa coletiva de direitos ou interesses individuais homogêneos veio com a finalidade precípua de facilitar o acesso à justiça.

Dessa forma, podemos afirmar que os interesses e direitos difusos e coletivos são material e processualmente metaindividuais, enquanto que os individuais homogêneos são metaindividuais apenas para fins de tutela judicial coletiva.

3 AÇÃO DE CESSAÇÃO

3.1 AÇÃO COLETIVA

A proteção eficaz dos direitos dos consumidores constitui um dos maiores desafios dos ordenamentos jurídicos ocidentais no presente. E podem ser identificados pelo menos dois elementos que dificultam as soluções das controvérsias.

O primeiro encontra-se na evidente desigualdade que existe, fora do processo, entre as partes. De um lado, o consumidor prejudicado por um fato danoso, de certa forma afetado por um produto defeituoso ou por uma prestação de serviço defeituosa. Do outro, a pessoa supostamente responsável, geralmente uma pessoa jurídica com uma complexa estrutura e que pode dispor de recursos e serviços jurídicos próprios.

Em segundo lugar, deve-se levar em consideração o pequeno valor econômico da grande maioria dos litígios em matéria de consumo, que provoca no consumidor a sensação de que o custo econômico para tentar resolver o problema no Poder Judiciário não compensa o valor que se pode obter em caso de vitória nos tribunais.

Neste contexto, surgem, em torno dos anos 1980, tanto na Espanha quanto no Brasil, legislações permitindo e promovendo a existência de processos coletivos.

A Constituição brasileira de 1988 (artigo 5º, XXXII) estabelece que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Além de distinguir-se como direito fundamental, a defesa do consumidor também constitui um dos princípios da ordem econômica e financeira (artigo 170, V, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Nesta cadência, o Código de Defesa do Consumidor – CDC brasileiro, de 1990, admitiu a tutela coletiva dos direitos dos consumidores (artigo 81, parágrafo único, e artigo 91), acolhendo a aplicação da Lei da Ação Civil Pública – LACP, de 1985.

O CDC brasileiro prevê vários tipos de providências judiciais a serem obtidas pelos interessados, classificando as formas de defesa em individuais e coletivas (artigo 81 e seu parágrafo único), distinguindo as que buscam proteger interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos coletivos e interesses ou direitos individuais homogêneos. A defesa coletiva será cuidada pela ação civil pública, a qual se deve dispensar bastante atenção, haja vista que, por vezes, tem se mostrado difícil, ou até mesmo inócua, a tentativa de consumidores isoladamente reagirem aos abusos cometidos por fornecedores.

Antes de enfrentarmos a questão da incidência da prescrição e da decadência em sede de direitos metaindividuais, merece ser feita uma análise dos bens jurídicos protegidos pela Lei de Ação Civil Pública – LACP brasileira. Isto se faz necessário, haja vista que a ação civil pública não conta com disciplina específica em matéria prescricional, e precisamos conhecer os bens tutelados para trabalharmos este problema.

A ação civil pública objetiva permitir a tutela jurisdicional do Estado visando à proteção de certos bens jurídicos. O primeiro artigo da LACP atribui-lhe a qualidade de diploma disciplinador das ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. E, como o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos estão na base das Constituições democráticas modernas, com a Constituição brasileira de 1988 não poderia ser diferente. Ela recepcionou o referido texto legal, em seu artigo 129, III, não somente se referindo à ação civil pública, mas também ao seu objeto de tutela, qual seja, proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Daí se pode concluir que se está diante de um rol meramente exemplificativo.

A Lei de Ajuizamento Civil (LEC)[51] espanhola, de 2000, regula o processo civil na Espanha, incluindo as ações que se destinam a obter uma tutela dos interesses

supraindividuais dos consumidores e usuários. A LEC estende os efeitos da sentença decorrente de uma ação coletiva a todos os integrantes individuais da coletividade cujo legítimo interesse tenha fundado a demanda. Além da LEC, há outros diplomas legais que estabelecem normas de caráter processual aplicáveis aos litígios que envolvam controvérsias de natureza coletiva.

Um dos objetivos da política comunitária em matéria de proteção aos consumidores tem sido a proteção processual dos consumidores a fim de cessar determinadas condutas lesivas a seus interesses e direitos independentemente da existência de lesão individual.

3.2 OBJETO DA PRETENSÃO CESSATÓRIA

No direito espanhol, a mais importante categoria de ações coletivas típicas é chamada *ação de cessação* em defesa dos interesses coletivos e difusos dos consumidores e usuários, que foi introduzida como consequência da transposição da Diretiva 98/27/CE, de 19 de maio de 1998, levada a cabo pela Lei nº 39/2002, de 28 de outubro.

De acordo com o que estabelece a LGDCU espanhola, a ação de cessação destina-se a obter uma sentença que condene o demandado a cessar uma conduta e a proibir sua reiteração futura. A ação de cessação também poderá ser exercida para proibir a realização de uma conduta se esta houver terminado quando a ação for movida, se existirem indícios suficientes que façam crer em sua reiteração imediata[52].

Dessa forma, o legislador está regulando duas pretensões distintas: a primeira de estrita cessação e a segunda de caráter proibitório ou inibitório.

Assim, na primeira hipótese, a ação de cessação poderá ser proposta quando um empresário ou profissional estiver desenvolvendo algum tipo de atividade que seja contrária aos interesses ou direitos dos consumidores, tal como prescrito na legislação vigente. Neste caso, a ação de cessação poderá ensejar uma dupla tutela, *a)* condenando o demandado a cessar a conduta e *b)* proibindo sua reiteração no futuro. A ordem de cessar a conduta ilícita tem, assim, um alcance imediato e uma projeção para o futuro.

Na segunda hipótese, a ação de cessação poderá ser ajuizada apesar do empresário ou profissional já ter deixado de realizar uma conduta contrária aos direitos e interesses dos

consumidores. Neste caso, se houver um justo receio de que haverá uma imediata reiteração, a sentença proibirá a realização de tal conduta no futuro.

3.3 SUJEITOS LEGITIMADOS PARA PROTEÇÃO JUDICIAL DOS CONSUMIDORES E USUÁRIOS

Precisamente em razão da natureza coletiva da ação, o legislador necessitou determinar quem teria legitimidade para o seu exercício. Por esta razão que os textos legais não apenas reconhecem as ações coletivas, mas também enumeram as pessoas ou entidades legitimadas para a sua propositura.

As ações coletivas pleiteiam a tutela de interesses ou direitos que não são de titularidade do sujeito ou entidade que está demandando judicialmente. A legitimidade para propor a ação é conferida pela lei, e esta indicará aquelas pessoas que gozam de uma representatividade adequada dos interesses coletivos e difusos dos consumidores.

Dessa forma, em razão das circunstâncias, pessoas ou entidades irão figurar no processo em nome próprio defendendo direito alheio, porque estarão autorizados pela lei, operando assim uma *legitimação extraordinária*[53].

A LGDCU espanhola estabelece que estão legitimados para exercitar a ação de cessação *a)* o Instituto Nacional do Consumo e os órgãos ou entidades correspondentes das comunidades autônomas e das corporações locais competentes em matéria de defesa dos consumidores e usuários, *b)* as associações de consumidores e usuários que reúnam os requisitos estabelecidos na LGDCU ou na legislação autonômica em matéria de defesa dos consumidores e usuários, *c)* o Ministério Público e *d)* as entidades de outros Estados membros da Comunidade Européia constituídas para a proteção dos interesses coletivos e dos interesses difusos dos consumidores e usuários que estejam devidamente habitadas (art. 54)[54].

É importante destacar que “todos os sujeitos relacionados gozam de legitimação tanto para iniciar um processo como para intervir naqueles promovidos por qualquer deles no exercício da ação de cessação”[55].

A LACP brasileira prevê que têm legitimidade para propor a ação civil pública o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os

Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as associações que estejam constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e incluam a proteção do consumidor entre suas finalidades institucionais (art. 5º).

Como já foi dito, não se vislumbra aqui a situação de uma *legitimidade ordinária*. A natureza jurídica desta legitimidade deve ser feita levando-se em consideração a tipologia dos interesses metaindividuais[56].

Assim, quanto aos direitos ou interesses individuais homogêneos, vislumbramos que a sua defesa coletiva dá-se mediante *legitimação extraordinária* (substituição processual), tendo em vista que aqueles legalmente legitimados litigam em nome próprio defendendo direitos ou interesses individuais alheios.

Carlos Henrique Bezerra Leite[57] adverte que este raciocínio não se aplica na temática da legitimação ativa na defesa dos interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*, haja vista que estes são transindividuais. Os interesses difusos e coletivos têm em comum a indivisibilidade, pois uma eventual lesão a esses interesses atinge indistintamente a todos os seus possíveis titulares, uma vez que esse bem jurídico tutelado não comporta fragmentação.

Nesse sentido, é insuficiente e inadequada a clássica dicotomia legitimação ordinária e legitimação extraordinária, consubstanciada no artigo 6º do Código de Processo Civil (CPC)[58] brasileiro, cujo objeto repousa exclusivamente na tutela de direitos individuais, própria do sistema liberal-individualista do caderno processual brasileiro. Daí a razão que leva a doutrina a afirmar que, tratando-se da defesa dos interesses difusos ou coletivos, a legitimação *ad causam* não é extraordinária, mas uma *legitimação autônoma*.

Marcelo Abelha Rodrigues[59] também prefere dizer que a legitimidade é autônoma, um *tertium genus*, e que, aprioristicamente, não deve ser classificada como ordinária ou extraordinária. Não é ordinária porque o atingido pela coisa julgada não é o titular do direito de ação, e não é extraordinária nos moldes clássicos porque não se identifica o substituído.

Importante então que se distingam os titulares do direito material (os consumidores, os usuários, os lesados, as vítimas, etc.) dos titulares do direito processual (os legitimados

ad causam) arrolados nos artigo 5º da LACP brasileira, no artigo 82 do CDC brasileiro e no artigo 54 da LGDCU espanhola.

Vimos que não se pode falar em curso da prescrição ou da decadência enquanto não se verificar a inércia do titular do direito. Entretanto, convém indagar se o titular do direito não age por indolência ou por impedimento legal.

3.4 IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE CESSAÇÃO

A lei consumerista espanhola prescreve expressamente a imprescritibilidade das ações de cessação[60], enquanto o ordenamento jurídico brasileiro não tratou explicitamente desta questão.

Não obstante, é possível afirmar que a prescrição não poderá incidir na ação civil pública brasileira que viabilize pretensão difusa, em razão de sua indisponibilidade pelos titulares do interesse material deduzido em juízo[61]. Carlos Henrique Bezerra Leite[62] esclarece que, quanto à ação que veicule pretensão coletiva, a incidência da prescrição dependerá da aferição da indisponibilidade dos interesses materialmente deduzidos. Não se poderá cogitar de prescrição se o interesse coletivo for indisponível. Mas a indisponibilidade é condição necessária, e não suficiente[63].

Como bem anota Francisco Antônio de Oliveira[64], como os interesses difusos e coletivos não têm titulação definida, mas a todos pertencem, estamos frente a um direito de interesse social e que diz respeito ao povo, ao público em geral. “E se assim é, premiar o instituto da prescrição ou da decadência seria o mesmo que inverter a ordem dos valores, ou seja, premiar o interesse particular em detrimento do interesse público”.

Conforme lição de Antonio Luiz da Camara Leal[65], anteriormente vista, para que haja prescrição é necessário que haja inércia do titular da ação pelo não exercício e a continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo. E ainda, segundo Orlando Gomes[66], não se perdem por prescrição os direitos que pertencem ao sujeito independentemente da sua vontade, os direitos cuja falta de exercício não possa ser atribuída à inércia do titular e os direitos sem pretensão.

Mas, na *legitimação autônoma*, a falta de exercício do direito não pode ser atribuída à inércia do seu titular, mas sim a um obstáculo legal. E também não se pode fulminar a

existência do direito, ocorrendo a decadência, uma vez que os titulares de direitos subjetivos não podem realizar os atos necessários à sua preservação, não podendo assim caracterizar inércia por parte do interessado.

Alguns autores brasileiros argumentam em sentido contrário utilizando o exemplo da ocorrência de um crime, haja vista que a fluência do tempo extingue a punibilidade. Primeiramente deve ser dito que a situação que se coloca é distinta, pois se adentra no campo do direito penal, onde poderia se discutir se a aplicação tardia da pena perde no todo ou em parte o seu sentido. Mas a principal razão para que este argumento seja vencido é que o titular do interesse jurídico lesado ou ameaçado na prática do crime poderá intentar ação penal privada subsidiária nos crimes de ação pública se o Ministério Público, por inércia, não oferecer a denúncia no prazo legal (artigo 100, §3º, do Código Penal brasileiro, e artigo 29 do Código de Processo Penal brasileiro).

A mesma situação não ocorre com os direitos ou interesses difusos e coletivos, onde o titular do direito não poderá ajuizar ação visando a buscar a tutela do Estado, posto que não tem legitimidade para tanto. Neste caso, o lesado, titular do direito, fica completamente desamparado em caso de inércia dos legitimados. Não é justo então que ele, além de estar com as mãos atadas, tenha o tempo correndo em seu desfavor.

Voltando ao exemplo do homicídio, só ocorrerá a prescrição se, além do Ministério Público, o interessado também permanecer inerte. Deve ser lembrado que a ação penal privada subsidiária da pública é garantia prevista na Constituição brasileira (artigo 5º, LIX), não podendo a lei restringi-la, em consonância com o princípio de que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV, Constituição da República Federativa do Brasil). Esta possibilidade não existe em caso de inércia dos legitimados para promover a ação civil pública.

Considerando que os direitos difusos não têm titular determinável, não se pode recorrer ao sistema individualístico, sob pena de sacrificar toda a coletividade, sua titular[67]. Afinal, os titulares do direito ou interesse material difuso são pessoas indeterminadas e unidas entre si por circunstâncias meramente fáticas, enquanto os titulares do direito ou interesse material coletivo são pessoas indeterminadas, embora passíveis de serem identificadas, na medida em que pertencem a um grupo, classe ou categoria, vinculadas entre si ou com a parte contrária por intermédio de uma relação jurídica base. Mas, felizmente, “a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva”[68]. Somente tal transformação pode assegurar a realização dos direitos relativos a interesses difusos.

Nesse sentido, anota Héctor Valverde Santana que a ação coletiva que viabiliza uma pretensão indenizatória amparada em direitos difusos dos consumidores "não está sujeita à extinção pela prescrição, não obstante a sua aferição patrimonial. Com efeito, os direitos difusos são essencialmente indisponíveis, caracterizados como de ordem pública, vedando-lhe a aplicação das regras clássicas do direito privado individualista"[69].

Em relação aos direitos coletivos *stricto sensu*, Héctor Valverde Santana faz uma distinção. A pretensão estará sujeita às mesmas regras da demanda individual se forem disponíveis os direitos coletivos em sentido estrito em determinado caso concreto. Por outro lado, "mesmo em sede de direitos coletivos em sentido estrito, mas que haja indisponibilidade do direito material tutelado, a pretensão deverá ser considerada imprescritível"[70]. No mesmo sentido posiciona-se Carlos Henrique Bezerra Leite[71].

O mesmo não ocorre a respeito da tutela de interesses individuais homogêneos, tendo em vista a sua característica materialmente individual e divisível, para os quais pode haver a incidência da prescrição. Neste caso, diferentemente dos interesses difusos e coletivos, os próprios titulares dos direitos materiais veiculados na ação coletiva podem ajuizar demanda individual para defesa de seus próprios interesses, razão pela qual a sua inércia poderá culminar na prescrição. Assim, sendo os titulares determinados, ficam definidas as regras de prescrição pelos ditames da legislação própria.

CONCLUSÃO

A ação coletiva é um instrumento para defesa de interesses e direitos que se manifestam enquanto coletividade, e não de direitos originários de uma vivência individualista, de cunho liberal. Nesse sentido, é imperioso que superemos as barreiras erigidas com o fim de dificultar o acesso à justiça, em especial aquelas relativas à prescrição e à decadência na tutela dos direitos metaindividuais.

Para tanto, é preciso distinguir a tipologia dos direitos metaindividuais, sabendo que os interesses difusos e coletivos são material e processualmente metaindividuais, enquanto que os individuais homogêneos são metaindividuais apenas para fins de tutela judicial coletiva.

Dessa forma, se é necessário que haja inércia do titular bem como decurso do tempo para que haja prescrição e decadência, no que concerne aos interesses e direitos difusos e coletivos. O titular do direito não age porque é indolente, mas sim porque não é

possível que ele tome alguma providência. Assim, se a falta de exercício do direito não pode ser atribuída à inércia do titular, não se pode falar em prescrição ou decadência.

Foi por esta razão que o legislador espanhol previu expressamente a imprescritibilidade da ação de cessação. E, por tudo o que aqui foi dito, embora o legislador brasileiro não tenha feito esta previsão expressa, é possível afirmar que uma interpretação adequada do ordenamento brasileiro vigente nos conduz também à mesma hipótese de imprescritibilidade para as ações que objetivam cessar condutas lesivas aos consumidores.

Com relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos, aplica-se o sistema individualístico, posto que são direitos individuais. Havendo inércia dos legitimados para a ação coletiva, os próprios titulares dos direitos podem ajuizar demandas individuais para defesa de seus próprios interesses. Assim, se o titular do direito tem poder para agir, mas permanece inerte durante certo lapso de tempo que a lei estabelecer, é perfeitamente possível haver prescrição e decadência.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. 3:111. p. 95-132.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*. nr. 11, jul/set 2002, p. 67 a 78.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Apontamentos sobre o objeto da ação civil pública. *Revista Momento Certo*. Curso de Mestrado em Direito da Unisul. Ago.2001, p. 19-25.

CAMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Da prescrição e da decadência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n.5, p. 128-159, jan./mar. 1977.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*: comentários por artigo. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*: teoria geral. Taquigrafado por Victor Bourhis Jürgens. 3. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino *et al*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 13. ed. rev. vol.1. Teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GARCÍA, Lidón Montón. *Acciones colectivas y acciones de cesación*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores. 6. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 8. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "hábeas data"*. 20. ed. atual. por Arnoldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1998.

MÉNDEZ, Rosa M.; VILALTA, A. Esther. *Condiciones generales de la contratación: acciones individuales y colectivas*. Barcelona: Bosch, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Da ação civil pública: instrumento de cidadania. *Revista LTr*. Sao Paulo: LTr, v. 61, n. 7, jul. 1997.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição viva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A incidência da prescrição e da decadência na tutela dos direitos metaindividuais. *In*: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2005, p. 116-139.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. vol. 6. São Paulo: Bookseller, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil.* São Paulo: Saraiva, 1998, v. I.

SANTANA, Héctor Valverde. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2002.

[1] Real Decreto Legislativo nº 1/2007.

[2] Lei nº 7.347/1985.

[3] Lei nº 8.078/1990.

[4] Cf. PEDRA, Adriano Sant'Ana. A incidência da prescrição e da decadência na tutela dos direitos metaindividuais. *In*: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2005, p. 117-123.

[5] Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257. Segundo o autor "as refracções mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguinte: (1) relativamente a *actos normativos* – proibição de normas retroactivas restritivas de direito ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a *actos jurisdicionais* – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a *actos da administração* – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos".

[6] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil.* São Paulo: Saraiva, 1998, v. I, p. 321.

[7] DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*: teoria geral. Taquigrafado por Victor Bourhis Jürgens. 3. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino *et al*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 342.

[8] BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 155.

[9] DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*: teoria geral. Taquigrafado por Victor Bourhis Jürgens. 3. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino *et al*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 342.

[10] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. I, p. 436-437.

[11] CAMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Da prescrição e da decadência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 25.

[12] AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. 3:111, p. 95: "A questão referente à distinção entre prescrição e decadência – tão velha quanto os dois institutos de profundas raízes romanas – continua a desafiar a argúcia dos juristas".

[13] DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*: teoria geral. Taquigrafado por Victor Bourhis Jürgens. 3. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino *et al*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 341-342.

[14] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 496.

[15] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. I, p. 435-6.

[16] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. I, p. 440.

[17] FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 131-133.

[18] AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 562-563.

[19] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 314.

[20] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 13. ed. rev. vol.1. Teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 259.

[21] AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 564.

[22] NERY JUNIOR, Nelson *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 429.

[23] SANTANA, Héctor Valverde. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2002, p. 76.

[24] Lei nº 10.406/2002.

[25] AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *In: Revista de Direito Processual Civil*. 3:111, p.131.

[26] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. vol. 6. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 137.

[27] Cf. BRANDÃO, Paulo de Tarso. Apontamentos sobre o objeto da ação civil pública. *In: Revista Momento Certo*. Curso de Mestrado em Direito da Unisul. Ago.2001, p. 19. Anota o autor que o direito de ação que temos na ação civil pública em nada se confunde com o direito de ação, objeto de estudo do direito processual civil. O direito de ação decorrente da ação civil pública insere-se no estudo do direito processual constitucional.

[28] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. I. 19. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 439.

[29] *In verbis*: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

[30] *In verbis*: “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático”.

[31] AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *In: Revista de Direito Processual Civil*. 3:111, p.125.

[32] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 569.

[33] Art. 2º, *caput*, do CDC.

[34] Art. 2º, parágrafo único, do CDC.

[35] Art. 17 do CDC.

[36] Art. 29 do CDC.

[37] Tradução nossa do original em espanhol: “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

[38] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 50-51.

[39] Cf. PEDRA, Adriano Sant’Ana. A incidência da prescrição e da decadência na tutela dos direitos metaindividuais. *In*: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2005, p. 130-133.

[40] KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 13: Para o autor paradigmas são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.

[41] CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n.5, p. 128-159, jan./mar. 1977, p. 128-159.

[42] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 26.

[43] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 27.

[44] Artigo 81, parágrafo único, inciso I, do CDC brasileiro.

[45] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 79.

[46] Estamos aqui nos referindo aos direitos ou interesses coletivos *stricto sensu*. Em sentido amplo, os direitos ou interesses coletivos abrangem todas as espécies de direitos ou interesses metaindividuais, quais sejam, os difusos, os coletivos (*stricto sensu*), e os individuais homogêneos.

[47] Artigo 81, parágrafo único, inciso II, do CDC brasileiro.

[48] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 60.

[49] Artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC brasileiro.

[50] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 66.

[51] Lei nº 01/2000.

[52] *In verbis*: "art. 53. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. A efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas".

[53] Na chamada *legitimação ordinária* ocorre a coincidência entre a titularidade do direito material e a legitimidade para ser parte. O artigo 6º do Código de Processo Civil (CPC) brasileiro dispõe que "ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

[54] O reconhecimento de uma legitimação ativa das associações de consumidores e usuários para o exercício de ações coletivas no processo civil espanhol tem início com a revogada Lei Geral de Consumidores de 1984, e segue com algumas ações típicas na Lei Geral de Publicidade (Lei nº 34/1988; art. 25.1), na Lei de Concorrência Desleal (Lei nº 3/1991; art. 19.2) e na Lei de Condições Gerais de Contratação (Lei nº 7/1998; art. 16.3), e culminou com a Lei de Ajuizamento Civil de 2000.

[55] Tradução nossa do original em espanhol: "todos los sujetos relacionados gozan de legitimación tanto para iniciar un proceso, como para intervenir en los promovidos por cualquiera de ellos en ejercicio de la acción de cesación". Cf. GARCÍA, Lidón Montón. *Acciones colectivas y acciones de cesación*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 2004, p. 95.

[56] Cf. PEDRA, Adriano Sant'Ana. A incidência da prescrição e da decadência na tutela dos direitos metaindividuais. *In*: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2005, p. 133-134.

[57] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 207-209.

[58] Lei nº 5.869/1973.

[59] RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 59.

[60] Cf. art. 56 da LGDCU: "Las acciones de cesación previstas en este título son imprescriptibles, sin perjuicio de lo dispuesto en el articulo 19, apartado 2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación en relación con las condiciones generales inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación".

[61] PEDRA, Adriano Sant'Ana. A incidência da prescrição e da decadência na tutela dos direitos metaindividuais. *In*: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2005, p. 134-136.

[62] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2002, p. 230-231.

[63] Assim sendo, não será tão-somente a indisponibilidade que irá afastar a prescrição ou a decadência. Vejamos o exemplo do direito tributário brasileiro. A Fazenda Pública dispõe de cinco anos para efetuar o lançamento, constituindo o crédito tributário. Não realizando este ato administrativo no referido período, decai o direito de celebrá-lo. Mas não se pode dispor do lançamento, uma vez que se trata de um poder-dever do Estado, sendo vinculado e obrigatório sob pena de responsabilidade funcional (artigo 142, parágrafo único, Código Tributário Nacional brasileiro). Feito o lançamento e notificado o sujeito passivo, tem a Fazenda Pública o prazo de cinco anos para ingressar em juízo com a ação de cobrança (execução). Decorrido este prazo sem que o titular do direito subjetivo deduza sua pretensão pelo instrumento processual próprio, ocorrerá a prescrição.

[64] OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Da ação civil pública: instrumento de cidadania. *Revista LTr*. Sao Paulo: LTr, v. 61, n. 7, jul. 1997, p. 885.

[65] CAMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Da prescrição e da decadência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 25.

[66] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 497.

[67] PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição viva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 198-199.

[68] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 51.

[69] SANTANA, Héctor Valverde. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2002, p. 108.

[70] SANTANA, Héctor Valverde. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2002, p. 109.

[71] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 194-195.

ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR E ACESSO À JUSTIÇA*

ASESORÍA JURÍDICA POPULAR Y ACCESO A LA JUSTICIA

Christianny Diógenes Maia

RESUMO

Atualmente, a idéia de acesso à justiça significa mais do que o acesso formal ao Judiciário, compreendendo o direito a um processo jurisdicional justo e efetivo, que garanta a todos a tutela de seus direitos. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 acolheu esse novo conceito de acesso à justiça, demonstrando uma preocupação com a criação de um acesso igualitário e eficiente para todos, através de um sistema jurídico mais moderno, prevendo um conjunto de direitos e garantias que completam esse amplo significado do acesso à justiça. No entanto, apesar das preocupações e inovações previstas na Constituição Federal e em leis infraconstitucionais, o que se percebe na realidade é que esse direito ainda carece de efetividade. Nesse contexto, surge a Assessoria Jurídica Popular - AJP, um movimento jurídico recente, que se coloca a serviço da luta das classes oprimidas por uma vida digna para todos, compreendendo o Direito como um instrumento de transformação social e emancipação humana que possui dentre seus pressupostos uma concepção democratizante de acesso à justiça, entendendo este direito fundamental como o próprio direito a ter justiça, ou seja, pode-se alcançar a justiça em outros espaços sociais, ou de poder, além do Judiciário.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA, ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR; PODER JUDICIÁRIO.

RESUMEN

En la actualidad, la idea del acceso a la justicia significa más que el acceso formal al Poder Judicial, incluido el derecho a un procedimento judicial justo y eficaz, para asegurarse la todas personas a protección sus derechos. En Brasil, la Constitución de 1988 acogió este nuevo concepto de acceso a la justicia, demostrando una preocupación con la creación de un acceso eficiente y equitativo para todos, a través de un sistema jurídico más moderno, ofreciendo un conjunto de derechos y garantías de completar este sentido amplio de acceso a la justicia. Sin embargo, pese a las preocupaciones y las innovaciones de la Constitución Federal y las leyes infraconstitucionales, que se puede ver en la realidad es que este derecho aún carece de eficacia. En este contexto, surge la Asesoría Jurídica Popular - AJP, un movimiento jurídico reciente, que se coloca al servicio de la lucha de las clases oprimidas por una vida digna para todos, comprendiendo el Derecho como un instrumento de transformación social y emancipación humana, que tiene entre sus hipótesis una concepción democrática del acceso a la justicia, comprendiendo de este derecho fundamental como o propio derecho

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

a haber la justicia, es decir, uno puede lograr la justicia en otros espacios sociales, o de poder, más allá de Poder Judicial.

PALAVRAS-CLAVE: ACCESO A LA JUSTICIA, ASESORÍA JURÍDICA POPULAR; PODER JUDICIAL.

1. INTRODUÇÃO

Em uma sociedade marcada por desigualdades econômicas, sociais, políticas e culturais, bem como por constantes violações à dignidade da pessoa humana e ineficácia dos direitos fundamentais, percebemos a necessidade de uma maior organização popular para a luta por garantia de direitos e por uma sociedade mais justa e igual para todos.

Nesse contexto, é inquestionável a responsabilidade social dos profissionais do Direito na transformação da realidade por meio de ações organizadas em conjunto com os novos sujeitos coletivos de direito.

A atuação jurídica tradicional, de cunho positivista e formalista, mostra-se incapaz de oferecer soluções satisfatórias e eficientes às atuais necessidades decorrentes dos novos tipos de conflitos sociais, especialmente demandas coletivas que envolvem direitos sociais. Com efeito, essas necessidades também geram novas práticas e saberes que, consequentemente, exigem profissionais jurídicos com outro padrão ético, político e ideológico, o que reforça a necessidade de construção de uma prática inovadora. Diante de tal realidade, surge a Assessoria Jurídica Popular – AJP, movimento jurídico recente, que se coloca a serviço da luta das classes oprimidas por uma vida digna.

Destacamos como novidade atribuída a essa prática, o papel das assessorias jurídicas populares universitárias, citadas por Santos (2007), como exemplos de experiências necessárias para uma revolução democrática da Justiça, que, nos últimos anos, têm contribuído para uma formação de profissionais jurídicos com um perfil diferenciado, mais humano, mais político e social, mais engajado com as lutas populares por efetivação de direitos. São advogados populares, professores, juízes, promotores, procuradores, etc. que possuem uma ética profissional comprometida com a defesa e a promoção dos direitos fundamentais e com uma sociedade mais justa e fraterna, bem diferente do profissional tradicional dos cursos de Direito, que possuem, em boa parte, um perfil elitista, individualista, capitalista e positivista.

Ao lado das assessorias jurídicas universitárias, encontra-se a advocacia popular, práticas que compreendem a Assessoria Jurídica Popular e que, segundo Santos (2007) representam importantes iniciativas para a materialização do direito fundamental de acesso à justiça, direito este que representa o mais básico dos direitos humanos, em um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI e GARTH 1988, p. 12).

Percebemos, portanto, o desafio que se impõe ao Estado e à Sociedade em materializar esta garantia fundamental. Nesse sentido, elaboramos o presente artigo, fruto das pesquisas desenvolvidas para nossa dissertação de mestrado.

O objetivo de nosso trabalho é apresentar a Assessoria Jurídica Popular, destacando um dos seus pressupostos, qual seja: a concepção ampla e democrática que o movimento

possui acerca do direito fundamental de acesso à justiça. Assim, o artigo discorre, inicialmente, sobre a AJP, em seguida aborda algumas considerações sobre o acesso à justiça, considerando a realidade brasileira, em uma perspectiva crítica, sob o prisma da Sociologia do Direito. Por fim, ressaltamos a relação entre a Assessoria Jurídica Popular e o acesso à justiça.

2. ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR

Tendo como referenciais teóricos as Teorias Críticas Jurídicas e o Direito Alternativo, surge a Assessoria Jurídica Popular – AJP, um movimento jurídico recente, de estudantes e operadores do direito, que há poucos anos, vem se consolidando como uma alternativa à prática jurídica tradicional, demonstrando que é possível operar o Direito em uma perspectiva emancipatória[1] e transformadora.

Ao entender o Direito como um instrumento de transformação social[2], a Assessoria Jurídica Popular assume o compromisso com um projeto emancipatório das classes populares. Pois, se o Direito pode ser opressor quando a serviço dos interesses das elites, também pode ser libertário, se utilizado pelos setores excluídos em suas lutas por conquistas e efetivação de direitos. Dessa forma, paulatinamente, a sociedade vai se transformando em um ambiente mais justo e democrático.

Ora, o Direito constitui-se como um espaço de disputa de interesses sociais, estando sempre a serviço de uma classe, ou de um grupo e, na maioria das vezes, a serviço dos setores dominantes. No entanto, embora se parta de uma análise marxista da sociedade[3] e da crítica ao Direito, como um instrumento opressor, compreende-se que o Direito pode ser libertário, à medida que as classes populares organizadas possam conquistar direitos, através das suas lutas. Afinal, como afirma Sant'anna (1993, p. 27): "A práxis sócio-política revela que o Direito nasce das lutas sociais, do desejo permanente de libertação. Manifesta-se, pois, ao longo da história, como liberdade conquistada em permanente transformação".

Nesse sentido, destacamos o inestimável significado atribuído por Lyra Filho (1982, p. 86) ao Direito:

Direito é processo, dentro do processo histórico, não é coisa feita, perfeita e acabada: é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que definha nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas.

Coube, então, ao advogado do movimento popular: "utilizar o regramento estatal até os limites máximos de suas contradições" e "romper a própria rigidez do dogmatismo positivista e formalista" (PRESSBURGER, 1991, p. 36) para alcançar uma atuação jurídica que atendesse aos interesses dos novos atores sociais, delimitando a noção de assessoria jurídica popular.

Nesse contexto, a Assessoria Jurídica Popular vem sendo construída, sobretudo, na prática das entidades que defendem e promovem os direitos humanos e fundamentais dos novos sujeitos coletivos de direito.

A expressão “novos sujeitos coletivos de Direito”, por sua vez, surge da necessidade de identificar os atores sociais que, sobretudo a partir do processo de redemocratização do Estado brasileiro, impulsionaram as mudanças sociais e as lutas pelo reconhecimento e efetividade dos direitos fundamentais.

A promoção e o reconhecimento dos direitos humanos, bem como a efetividade dos direitos fundamentais, constituem alguns dos principais objetivos da Assessoria Jurídica Popular[4], que compreende os direitos humanos como direito em construção, *direito insurgente*[5], oriundo das lutas populares. Nesse sentido, os novos sujeitos coletivos de direito, representados, na maioria das vezes, pelos movimentos populares organizados, assumem um papel fundamental na consolidação de tais direitos. É, dessa forma, que a AJP se apresenta como forte instrumento na luta dos setores populares por uma sociedade mais justa e igual.

É notória a relação entre o movimento de Assessoria Jurídica Popular e a defesa e promoção dos Direitos Humanos e Fundamentais. Pois, é exatamente nesses espaços de luta que atuam os serviços legais inovadores, assessorando os movimentos e as camadas populares na busca pela efetivação de seus direitos. Sobre isso, Luz (2005, p.134) ressalta que:

A ampliação do “cardápio” de direitos e de garantias fundamentais, como exposto na descrição do marco constitucional, no final da década de 80, a nova legitimação processual coletiva, a crescente institucionalização dos Novos Movimentos Sociais, na década de 80, ao lado do surgimento de correntes críticas na magistratura e na academia, podem ser destacados como fatores que contribuíram fortemente para a abertura de alguns canais de atuação de entidades especificamente voltadas à questão do apoio jurídico popular.

A Assessoria Jurídica Popular – AJP se desenvolve no meio acadêmico (nas universidades) através de projetos de extensão universitária e na sociedade através da assessoria a movimentos populares, sindicatos ou organizações não governamentais, sempre ligada à temática dos direitos humanos e fundamentais. Entretanto, é importante esclarecermos que não se trata de uma teoria ou escola, mas de um movimento que há poucos anos, vem se consolidando como uma alternativa à prática jurídica tradicional, demonstrando que é possível operar o Direito em uma perspectiva emancipatória e transformadora.

Compreendemos, portanto, a AJP como um movimento, devido ao grau de organização, mobilização e articulação das entidades que desenvolvem essa prática jurídica inovadora. Tais entidades ou grupos se organizam em redes, seguindo uma tendência caracterizadora dos novos movimentos sociais, como afirma Scherer-Warren (2005, p. 119). Trata-se, no entanto, de um movimento jurídico, que não deve ser confundido com os movimentos populares assessorados.

Para uma melhor compreensão da Assessoria Jurídica Popular, são necessárias, algumas explicações sobre as terminologias ou tipologias que estão relacionadas ao tema em estudo. Inicialmente, lembramos que é comum encontrarmos na literatura jurídica, especialmente na estrangeira, o termo serviços legais para designar as práticas de auxílio jurídico gratuito, englobando as entidades públicas (como os serviços prestados pela Defensoria Pública) ou privadas, originários de contextos e locais distintos e, não

raro, com práticas e objetivos políticos diversos e contraditórios entre si (LUZ, 2005, p. 22).

O *Instituto Latino Americano de Serviços Legales Alternativos* – ILSA, da Colômbia, utiliza-se do termo serviços legais alternativos para se referir ao que aqui chamamos de Assessoria Jurídica Popular. Ressaltamos a contribuição do ILSA, sobretudo, através da revista *El Otro Derecho*, importante veículo de divulgação das idéias críticas do Direito e das práticas jurídicas alternativas. Encontra-se, em tal revista, a definição que o Instituto atribui aos "serviços legais alternativos", como sendo: "aqueles grupos de apoio jurídico popular que buscam defender interesses coletivos mediante a organização comunitária e a capacitação legal orientada até a mobilização e a auto-organização" (ROJAS HURTADO, 1989 apud WOLKMER, 2001a, p. 69).

O professor Campilongo (1991) em texto clássico para a Assessoria Jurídica Popular, apresentado em umas das excelentes publicações do já extinto Instituto Apoio Jurídico Popular – AJUP, intitulado: *Assistência Jurídica e realidade social: apontamentos para uma tipologia dos serviços legais*, expõe as características e as diferenças entre os serviços legais tradicionais e os serviços legais inovadores, que podem ser identificados, respectivamente, com a Assistência Judiciária Gratuita e a Assessoria Jurídica Popular, cujas peculiaridades serão desenvolvidas em um tópico mais adiante. O eminente professor, portanto, refere-se à Assessoria Jurídica Popular como sendo uma espécie do gênero serviços legais. Mas, conforme lembra LUZ (2005, p. 22):

Até mesmo a gratuidade de tais serviços, elemento aparentemente unificador das diversas entidades identificadas por essa denominação, não se apresenta, por si só, como fator capaz de definir um "modelo paradigmático", a partir do qual o fenômeno da Assessoria Jurídica Popular possa ser identificado. Outrossim, sendo aderido à expressão genérica "serviço legal" o qualitativo "popular", cresce ainda mais a indeterminação do fenômeno que, aparentemente, estaria apenas circunscrito numa ampla área de atuação forense "pro bono", voltada para a ajuda altruísta e desinteressada de litigantes necessitados.

Daí a necessidade de consolidarmos na literatura jurídica o termo Assessoria Jurídica Popular, já que a referida expressão possui um significado próprio, ao passo que a terminologia dos serviços legais é bem genérica e está longe de esgotar todo o conteúdo da AJP.

Ademais, a dogmática jurídica tradicional analisa o tema dos serviços legais em uma perspectiva mais processual, ligada a uma discussão do acesso formal à Justiça, concentrando-se apenas no estudo dos meios jurídicos de postulação, em sentido estrito, operando no campo estrito da exegese do Direito Positivo, na maioria das vezes sob a ótica monista (LUZ, 2005, p. 25). Tais estudos se referem, muitas vezes, somente aos serviços de assistência judiciária que prestam seu auxílio à população sem condições de pagar um advogado particular, dessa forma, não adentram no campo da Sociologia Jurídica Crítica, na qual se insere o âmbito de atuação da Assessoria Jurídica Popular, tampouco investigam o movimento em outros ramos das ciências, como a Educação Popular, a Ciência Política ou a própria Filosofia do Direito, estudos necessários para a compreensão da AJP.

Apesar de incipiente a bibliografia sobre o movimento de Assessoria Jurídica Popular, é possível identificarmos algumas de suas características, dentre as quais destacamos: a) a opção por atuar em demandas coletivas, ou que possuam uma repercussão social; b) a "desmistificação" do Direito e a perspectiva emancipatória e participativa com que o litígio é trabalhado, envolvendo os sujeitos de Direito no processo; e, c) a interdisciplinaridade.

Podemos também estabelecer alguns pressupostos desta prática jurídica inovadora, tais como: a) a compreensão do Direito como um instrumento de transformação social; b) um amplo acesso à justiça, encarado não apenas como o acesso ao Judiciário, mas sim abrangendo todos os meios legítimos para se alcançar a Justiça; c) um pluralismo jurídico comunitário-participativo[6], como projeto emancipatório dos "novos sujeitos coletivos de Direito", baseado nos valores de legitimidade, democracia, descentralização, participação, justiça, satisfação das necessidades, entre outros; e, d) a educação jurídica popular em direitos humanos, como abordagem pedagógica para um processo libertador de conscientização.

Certamente, para um melhor entendimento sobre a AJP, é fundamental conhecermos os seus fundamentos, as suas justificativas e os seus pressupostos[7], no entanto, para o presente trabalho é impossível abranger tantos aspectos, de modo que, o nosso objetivo, com este artigo, é destacar o pressuposto do acesso à justiça, em uma perspectiva ampla e democrática, conforme passaremos a analisar.

3. ACESSO À JUSTIÇA

No âmbito do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça se revela como um dos mais importantes direitos fundamentais, sendo desafio dos sistemas jurídicos modernos a criação de mecanismos que diminuam os obstáculos que dificultam ou impossibilitam a sua efetivação. Conforme ensina Cappelletti e Garth (1988, p. 12):

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Nos séculos XVIII e XIX, nos estados liberais burgueses, o direito de acesso à justiça era compreendido apenas em seu aspecto formal, correspondendo a uma igualdade também apenas formal, mas não efetiva (CAPPELLETTI e GARTH 1988, p. 9).

Atualmente, a idéia de acesso à justiça significa mais do que o acesso formal ao Judiciário, ou seja, mais do que o direito de peticionar, compreendendo o direito a um processo jurisdicional justo e efetivo, que garanta a todos a tutela dos direitos. Nesse sentido, Cappelletti e Garth (1988, p. 8) lecionam que:

A expressão "acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Nessa mesma linha de raciocínio, Rodrigues (1994, p. 28) destaca que são atribuídos dois sentidos fundamentais ao termo acesso à justiça:

O primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.

Por sua vez, Watanabe (1988, p. 128) propõe que: "a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa".

Os estudos de Cappelletti e Garth (1988) identificam algumas propostas que contribuíram (ou deveriam contribuir) para a materialização do acesso à Justiça, por meio de um movimento nesse sentido, que ocorreu de forma crescente em diversos Estados contemporâneos. Tal movimento é dividido em três ondas pelos autores.

A assistência judiciária para os pobres é apontada por Cappelleti e Garth (1988, p. 31) como sendo a primeira "onda" desse movimento novo por um efetivo acesso à justiça, ao passo que a segunda "onda" diz respeito às formas de representação jurídica para os interesses difusos. Já a terceira "onda" de reformas, segundo os referidos autores:

Inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos 'o enfoque do acesso à Justiça' por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 67-68).

Essa terceira onda de reformas previstas por Cappelletti e Garth para melhorar o acesso à justiça compreende, por exemplo, eliminação das custas judiciais, conciliação judicial, solução de litígios fora do Judiciário, a exemplo da Arbitragem e Conciliação, criação de tribunais especializados, como os juizados especiais de pequenas causas, "tribunais de vizinhanças[8]" para solucionar divergências na comunidade.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 acolheu esse novo conceito de acesso à justiça, demonstrando uma preocupação com a criação de um acesso igualitário e eficiente para todos, através de um sistema jurídico mais moderno, prevendo um conjunto de direitos e garantias que completam esse amplo significado do acesso à justiça.

Entre esses direitos e garantias constitucionais relacionados ao acesso à justiça, registra-se a criação das Defensorias Públicas, que prestam uma assistência jurídica gratuita aos mais necessitados e a previsão dos juizados especiais cíveis e criminais, posteriormente instituídos pelas leis nº 9.099/95 (no âmbito da Justiça Comum) e n° 10.259/01 (no âmbito da Justiça Federal), aos quais compete conciliar e julgar as causas civis de menor complexidade e as penais de menor potencial ofensivo, estabelecendo um rito

simplificado, em apreço à celeridade, oralidade e economia processuais, adotando o princípio da gratuidade processual no primeiro grau de jurisdição. Além dos já citados, ressalta-se o próprio "direito de peticionar", previsto na Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XXXV, objetivando assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário.

A institucionalização da Defensoria Pública pela atual Constituição (art. 134, CF/88) revela a intenção do Constituinte Originário em efetivar a promessa da assistência judiciária aos necessitados, reforçando o direito fundamental de acesso à justiça. Ressaltamos que a Constituição Federal de 1988 amplia a atuação da Defensoria ao se referir a uma assistência judiciária, integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inciso LXXIV, CF/88), incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 134, *caput*, CF/88). Evidenciando-se, assim, a Defensoria Pública como uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134, *caput*, CF/88) e ao efetivo acesso à justiça. Destacamos, também, as recentes reformas no sentido de fortalecer a atuação da Defensoria Pública, por meio da EC 45/2005, com a inserção do §2º no art. 134, que assegurou às Defensorias Públicas Estaduais, a autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos por estas leis e, ainda, a Lei 11.448/2007 que legitima a Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública.

Outro aspecto constitucional inovador e progressista, que contribui para o efetivo acesso à justiça, diz respeito aos instrumentos de proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos[9], tais como o mandado de segurança coletivo, a ação popular e ação civil pública. A Constituição Federal de 1988 avançou nesse sentido, também, ao reconhecer a legitimidade das entidades de classe e associações para defender os interesses dos seus membros, enfatizando a tendência da coletivização dos conflitos apresentados ao Judiciário.

No entanto, apesar das preocupações e inovações previstas na Constituição Federal e em leis infraconstitucionais, o que se percebe na realidade é que esse direito ainda carece de efetividade.

A falta de acesso à justiça não pode ser compreendida dissociada da realidade social. As pesquisas realizadas pela Sociologia do Direito[10] constatam a presença de barreiras econômicas, sociais, pessoais e jurídicas que prejudicam a concretização desse direito. Portanto, mesmo com as inovações legais, na prática, essas barreiras contribuem para que não haja esse acesso à justiça, e havendo, não se verifique de forma igual a todos.

As **barreiras econômicas** encontram-se nos altos custos do processo, intimidando, sobretudo, as classes de baixa renda, que desistem da proteção judiciária por não poderem pagar as despesas ou porque não é satisfatória a relação entre o custo do processo e o benefício esperado (SABADELL, 2002, p. 202).

Nessa mesma esteira de raciocínio, Santos (1997, p. 46) afirma o seguinte:

Quanto aos obstáculos econômicos, verificou-se que nas sociedades capitalistas em geral os custos da litigação eram muito elevados e que a relação entre o valor da causa e o custo da sua litigação aumentava à medida que baixava o valor da causa.

Estudos revelam que a justiça civil é cara para os cidadãos em geral mas revelam sobretudo que a justiça civil é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis. É que são eles fundamentalmente os protagonistas e os interessados nas ações de menor valor e é nessas ações que a justiça é proporcionalmente mais cara, **o que configura um fenômeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça.** (grifo nosso)

Sabadell (2002, p. 184), ressalta que, enquanto 70% da população dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro não têm acesso à justiça civil, a população carente constitui a principal "clientela" do sistema penal[11]. Ainda segundo a autora, tal situação, condicionada pela forte desigualdade social, é frequentemente analisada como negação da cidadania.

Além disso, a lentidão processual é outro fator que onera o processo, sendo, proporcionalmente, mais gravoso para os cidadãos de menos recursos, havendo, portanto, uma tripla vitimização desses sujeitos (SANTOS, 1997, p. 46).

Quanto aos **obstáculos pessoais**, destaca-se a falta de informação acerca dos direitos e os seus mecanismos de proteção, inclusive sobre a existência de uma assistência judiciária gratuita. Mais uma vez, tais barreiras atingem principalmente os setores populares, como lembra o sociólogo português:

Os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar as possibilidades de reparação jurídica. (SANTOS, 1997, p. 48)

Por outro lado, **as barreiras sociais** consistem nas "desconfianças" do sistema judiciário, afinal, não são raros os casos de corrupção envolvendo operadores do Direito, de modo que, cada vez mais, percebe-se a insegurança por parte dos jurisdicionados em relação a uma possível conquista judicial.

Esses obstáculos sociais são também agravados para as classes baixas, conforme ressalta Santos (1997, p. 48):

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas.

O medo de romper relações e sofrer represálias, quando o processo impetrado é contra algum conhecido ou alguém "poderoso", representa outro aspecto social que dificulta o acesso à justiça (SABADELL, 2002, p. 202). Embora reconheçam a violação de um direito, os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais mesmo quando percebem estar perante um problema legal (SANTOS, 1997, p. 48).

As **barreiras jurídicas** estão relacionadas às regras de organização do processo e de funcionamento do Poder Judiciário, tais como a excessiva duração do processo; a

distância geográfica do tribunal[12]; o número limitado de juízes, promotores e serventuários da justiça (SABADELL 2002, p. 202). Citamos também, a estrutura burocratizada do serviço público, a linguagem, as vestimentas e a postura dos operadores jurídicos que transitam nos fóruns, como fatores que contribuem para o quadro de isolamento sócio-cultural do homem comum que busca a devida tutela jurisdicional, drama este tão bem retratado por Franz Kafka, em *O Processo*.

Poderíamos destacar, ainda, como barreias ao acesso à justiça, questões ideológicas, como a concepção elitista, privatista e positivista que predomina na mentalidade do Judiciário e obstáculos políticos, percebidos na prática, em algumas situações, como a não-independência do Judiciário em relação aos outros Poderes ou aos setores econômicos fortes.

Arrematando o tema, Rodrigues (1994, p. 46) conclui que:

O Poder Judiciário possui alguns problemas estruturais e históricos que interferem diretamente na questão do acesso à justiça. Entre eles se pode destacar: a morosidade existente na prestação jurisdicional; a carência de recursos materiais e humanos; a ausência de autonomia efetiva em relação ao Executivo e ao Legislativo; a centralização geográfica de suas instalações, dificultando o acesso de quem mora nas periferias; o corporativismo de seus membros; e a inexistência de instrumentos de controle externo por parte da sociedade.

Desde os anos 1950, a Sociologia Jurídica realiza pesquisas de opinião pública sobre o sentimento da população em relação ao sistema jurídico, conforme Sabadell (2002, p. 208), a maior parte dessas pesquisas chega às seguintes conclusões: “a população não possui um bom conhecimento do sistema jurídico, não confia no mesmo e tem uma imagem muito negativa de seus atores”.

Por essa razão, boa parte dos conflitos sociais não é levada ao Judiciário. Muitos são resolvidos entre as próprias partes, através de negociações diretas, outros são solucionados com a ajuda de terceiros, através da conciliação[13], mediação[14] ou arbitragem[15].

Tais formas de resolução de conflitos são mais céleres, menos onerosas e menos “traumáticas” para os litigantes. Porém, é preciso atentar para a igualdade material das partes, pois, a ausência deste requisito pode pressionar a parte em situação inferior a ceder e aceitar forçosamente um acordo. Observado esse pressuposto, pensamos que os citados meios extra-judiciais de solução dos conflitos são importantes na busca por efetivo acesso à justiça, já que vivemos em um contexto pluralista[16], em que o acesso à justiça não deve se limitar à tutela de direitos no âmbito do Poder Judiciário ou dos órgãos institucionais.

O conjunto desses fatores que obstaculariza o acesso à justiça revela o quanto é complexa a discriminação jurídico-social, que vai além das condicionantes econômicas, envolvendo também, como vimos, aspectos sociais, pessoais e culturais, resultantes de processos de socialização e de interiorização dos valores dominantes (SANTOS, 1997, p. 49).

No entanto, a maior parte das medidas adotadas pelo Estado para minimizar o problema do acesso à justiça é de cunho eminentemente econômico, não atacando os obstáculos sociais e pessoais. A própria assistência judiciária apresenta limitações que, segundo Santos (1997, p. 50), consistem na ausência de uma educação jurídica dos cidadãos sobre os novos direitos sociais dos trabalhadores, consumidores, jovens, mulheres etc. e na concepção individualista, que separa os problemas dos cidadãos dos problemas coletivos das classes sociais subordinadas. E mesmo com as mudanças constitucionais e infraconstitucionais, citadas anteriormente, que fortaleceram o papel da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública, na prática, o que percebemos é uma enorme carência de infra-estrutura, que vai desde o número insuficiente de defensores públicos à falta de pessoal para assessorá-los[17]. Portanto, as Defensorias devem ser estimuladas, como também devem ser valorizadas outras iniciativas sociais, que segundo Santos (2007) são essenciais ao acesso à justiça, tais como as assessorias jurídicas universitárias e a advocacia popular, práticas que compreendem a Assessoria Jurídica Popular.

4. ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR E ACESSO À JUSTIÇA

A Assessoria Jurídica Popular também entende que o Poder Judiciário não é a única instância de resolução dos conflitos. Além de valorizar os citados meios informais, especialmente a negociação direta ou a mediação, nos casos que envolvem pequenos conflitos, a Assessoria Jurídica Popular considera importantes as esferas do Poder Executivo e do Poder Legislativo, para a expansão e conquista de novos direitos, bem como para efetivação dos já existentes, uma vez que as políticas públicas garantidoras de alguns direitos fundamentais passam necessariamente por esses poderes.

Como conquista de direitos através do Poder Executivo e a partir de um trabalho de Assessoria Jurídica Popular, podemos citar, por exemplo, uma parceria entre o FEPRAF – Fórum em Defesa da Educação da Praia do Futuro, o CEDECA – Centro de Defesa da Criança e do Adolescente do Ceará, o CAJU – Centro de Assessoria Jurídica Universitária e demais movimentos sociais e entidades da sociedade civil, que, na luta pelo direito à educação, conseguiram junto ao Poder Municipal um transporte escolar para conduzir os estudantes da Praia do Futuro às suas escolas, como medida emergencial, enquanto não é construída a escola daquela região, demanda que já foi, inclusive, incluída no Orçamento Participativo[18].

Junto ao Poder Legislativo, também, podem-se obter importantes conquistas para a concretização de alguns direitos. As leis promulgadas a partir de reivindicações populares são bons exemplos da organização social nesse sentido. A inclusão do direito à moradia no rol constitucional dos direitos sociais fundamentais (art. 6°), através da Emenda Constitucional nº26/2000 e a promulgação do Estatuto da Cidade, em 2001, são frutos da organização e das pressões do Movimento Nacional pela Reforma Urbana. A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, também é um bom exemplo de reivindicação social, por parte do movimento de direitos humanos.

É importante esclarecer que, mesmo considerando outras instâncias como espaços de luta para a conquista de direitos, o Poder Judiciário continua sendo a esfera preferencial

para as demandas da Assessoria Jurídica Popular, que tratam essencialmente de direitos públicos, muitas vezes negados pelo próprio Estado.

Ademais, o acesso ao Judiciário consiste em uma estratégia de luta da AJP, ao provocar o referido poder a se posicionar diante das novas demandas apresentadas pelos movimentos sociais, instigando-o a reconhecer novos direitos, gerando, assim, possibilidades de mudança na sociedade através e a partir do Direito.

Tal estratégia corresponde à atuação dentro do campo da *legalidade relida*[19], que se destina à construção, "por dentro" do sistema, de uma hermenêutica capaz de denunciar o modelo legal tradicional (LUZ, 2005, p. 35).

Esse trabalho mais diretamente ligado ao Poder Judiciário, tem instigado os juízes a refletirem diante de novas demandas populares, provocando o surgimento de uma cultura jurídica crítica a partir dessas ações, contribuindo, assim, de forma indireta para a consolidação da Nova Hermenêutica Constitucional. Com efeito, tais litígios têm alcançado alguns resultados positivos, a exemplo da união de homossexuais, cuja posição adotada por alguns juízes e tribunais tem sido de reconhecer que a referida ligação gera direitos para os companheiros, da mesma maneira que uma união estável entre heterossexuais[20]. Além desse caso, muitos outros poderiam ser citados, como algumas vitórias no âmbito do Direito Agrário registradas por Strozake (2002).

Desse modo, o Judiciário ocupa um *locus* fundamental nessa luta por direitos, em grande parte legitimada no texto constitucional de 1988. Nesse sentido, Andrade (2001, p. 23/24):

Simultaneamente, a sociedade civil começou a organizar-se e a trazer ao Poder Judiciário reivindicações não resolvidas pelos outros Poderes; todas, até então, consideradas políticas, econômicas ou sociais, não jurídicas. São exemplos, as questões de terra (ocupações políticas), dos salários (grandes conflitos coletivos e greves – sistema econômico) e, inclusive, pedidos de indenizações por mortes ocasionadas pelo regime anterior (política). **A população politizou o judiciário, transformando as lides jurídicas de demandas só interindividuais em conflitos coletivos classistas.** (grifo nosso)

Diante dessas perspectivas, a cidadania - verdadeiro pressuposto de um efetivo acesso à justiça - passa a ser compreendida como algo a ser conquistado continuamente, no dia-a-dia, a partir da ação coletiva organizada, e não mais como uma utopia ou retórica.

O acesso à justiça consiste em um pressuposto da Assessoria Jurídica Popular, que, por sua vez, assume um papel importante da efetivação daquele. O principal objetivo da AJP é a efetividade e a garantia dos direitos fundamentais. Dessa forma, para que possamos viver em uma sociedade verdadeiramente justa, o acesso à justiça é essencial nesse processo de luta por direitos.

No entanto, para a concretização do acesso à justiça é necessário, ainda, um bom conhecimento das normas jurídicas que protegem e garantem esse direito, através de um processo de conscientização e organização popular, pois, como vimos, um dos obstáculos ao acesso à justiça consiste na barreira pessoal, conseqüência da falta de informação acerca dos direitos e seus mecanismos de proteção.

Sob esse prisma, Assessoria Jurídica Popular assume um importante papel na efetividade do acesso à justiça, visto que, diferentemente da assistência judiciária criticada acima por Santos (1997, p. 50), a AJP pauta suas ações em uma educação popular em direitos humanos, também constitui um dos pressuposto desse movimento.

Ressaltamos, também, o papel das assessorias jurídicas universitárias na formação de um profissional jurídico com um perfil mais humanista, mais sensível às demandas populares e mais engajado com a luta pela efetivação dos direitos fundamentais, contribuindo, assim, ainda que indiretamente, para uma sensível mudança na postura do profissional jurídico que tradicionalmente possui uma visão elitista, individualista e positivista, fato que constitui uma barreira ideológica ao acesso à justiça, conforme já dito.

Além disso, a Assessoria Jurídica Popular trabalha com ações coletivas, em uma perspectiva emancipatória dos novos sujeitos de direito, comprometida com a satisfação dos anseios da sociedade e com a concretização dos direitos fundamentais, sustentáculo da fórmula política do Estado Democrático de Direito. Parte dessas ações compreende as defesas desses sujeitos, que, constantemente, são criminalizados pela mídia e pela elite, sobretudo, quando o direito em questão é um bem patrimonial[21], como a propriedade rural ou urbana. Outras ações judiciais comumente impetradas são as que protegem os direitos sociais, como o direito à moradia (através da usucapião coletiva), o direito à educação, ao meio ambiente etc. (através, por exemplo, de ações civis públicas).

Nesse contexto, é que entendemos o acesso à justiça de forma ampla e democrática. De modo que, para a Assessoria Jurídica Popular, a Justiça não se confunde com o Judiciário; o direito de acesso à Justiça compreende o próprio direito a ter Justiça, que pode (e deve) ser buscada em outros espaços, além do Poder Judiciário.

5. CONCLUSÃO

No âmbito do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça – que teve seu conceito redimensionado para uma noção mais ampla, que implica não só o acesso ao judiciário, mas sim o acesso a um processo justo e efetivo – revela-se como um dos mais importantes direitos fundamentais, sendo um dos maiores desafio dos sistemas jurídicos modernos a concretização deste direito.

Nesse sentido, percebemos um movimento crescente de estratégias para facilitar o acesso à justiça, denominadas de ondas por Cappelletti e Garth (1988). No entanto, apesar de vários países criarem mecanismos com o intuito de minimizar a ineficácia do acesso à justiça, como no caso do Brasil, ainda percebemos que muito ainda há que ser feito para que se diminuam as barreiras econômicas, sociais, pessoais, jurídicas e políticas que inviabilizam uma verdadeira aplicação do acesso à justiça.

Nesse contexto, destacamos a Assessoria Jurídica Popular, uma prática jurídica alternativa, cuja essência encontra-se na abordagem emancipatória em que baseia suas ações e no fundamento do Direito entendido como instrumento de transformação social, bem como no compromisso do assessor jurídico popular com a luta das classes

populares em defesa e promoção dos direitos humanos e fundamentais, por uma sociedade mais justa, mais igual e mais humana.

Possuindo, como um de seus pressupostos, a compreensão ampla de acesso à justiça, encarado não apenas como o acesso ao Judiciário, mas sim abrangendo todos os meios legítimos e democráticos para se alcançar a Justiça, a Assessoria Jurídica Popular consolida-se como uma importante estratégia de acesso à justiça, sobretudo daqueles mais necessitados, que são as principais vítimas da negação desse direito.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é Direito Alternativo.* Florianópolis: Habitus, 2001.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. *Direito Moderno e mudança social:* ensaios de sociologia jurídica. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: SALES, Lília Maia de Morais. *Estudo sobre mediação e arbitragem*. Fortaleza: ABC, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 395904 /RS. Relator: Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, 6ª Turma, DJ 06.02.2006 p. 365. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/jurisprudência>. Acesso em: 24 maio 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e realidade social: apontamentos para uma tipologia dos serviços legais. In: AJUP - Instituto de Apoio Jurídico Popular. *Discutindo a assessoria popular.* Rio de Janeiro: FASE, 1991. (Seminários, n. 15).

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

KAFKA, Franz. *O processo.* São Paulo: Editora Círculo do Livro, 1963.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LUZ, Vladimir de Carvalho. *Assessoria jurídica popular no Brasil*. Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, 2005. Dissertação de mestrado.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1982, p. 86.

MAIA, Christianny Diógenes. *Assessoria Jurídica Popular: teoria e prática emancipatória.* Universidade Federal do Ceará – UFC, 2007. Dissertação de Mestrado.

PRESSBURGER, Miguel. A construção do estado de direito e as assessorias jurídicas populares. *Discutindo a assessoria popular.* Rio de Janeiro: AJUP - Instituto de Apoio Jurídico Popular/FASE, 1991. (Seminários, n. 15), p. 36.

ROCHA, José de Albuquerque. Instituições arbitrais. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). *Estudos sobre mediação e arbitragem.* Fortaleza: ABC Editora, 2003.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Acesso à justiça no direito procesual brasileiro.* São Paulo: Acadêmica, 1994.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica:* introdução a uma leitura externa do direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SALES. Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a pacificação social. In: _____ (Org.). *Estudos sobre mediação e arbitragem.* Fortaleza: ABC Editora, 2003.

SANT'ANNA, Alayde. Por uma teoria jurídica da libertação. In: SOUSA, José Geraldo (Org.). *Introdução crítica ao direito.* 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. (Série o direito achado na rua, v. 1, p. 27).

SANTOS, Boaventura de Souza. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo. (Org.) *Introdução crítica ao direito*. 4. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1993. (Série o direito achado na rua, v. 1)

_____. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário.* 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.

_____. *Para uma revolução democrática da Justiça.* São Paulo: Cortez, 2007.

SCHERER-WARREN, Ilse. *Rede de movimentos sociais.* 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

STROZAKE, Juvelino José (Org.). *A questão agrária e a justiça.* São Paulo: RT, 2000.

_____. *Questões agrárias* – julgados comentados e pareceres. São Paulo: Editora Método, 2002.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. (coord.). *Participação e processo.* São Paulo: RT, 1988, p. 128-135.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico.* São Paulo: Saraiva, 2001a.

_____. *Pluralismo Jurídico* – fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001b.

---

[1] A palavra emanciapação ou emancipatória utilizada neste artigo caracteriza a abordagem desenvolida pela AJP ao trabalhar o Direito, valendo-se da Educação Popular como método pedagógico para uma Educação Jurídica em Direitos Humanos junto aos movimentos assessorados. Neste sentido, significa que a AJP atua envolvendo

as pessoas assessoradas como os verdadeiros protagonistas da luta por direitos, e não como clientes ou assistidos, propiciando um empoderamento desses sujeitos.

[2] Historicamente, o Direito reflete um caráter conservador, mantenedor do *status quo*. Na realidade, porém, o Direito se relaciona de forma dialógica com a sociedade, ou seja, ao mesmo tempo em que é produto de um contexto sócio-cultural, também influi na situação social, exercendo, assim, um duplo papel dentro da sociedade: ativo e passivo. Assume, dessa maneira, uma função reformadora, podendo agir como um instrumento de mudanças sociais.

[3] Quanto à análise marxista da sociedade, referimos-nos ao método dialético marxista, a história da luta de classes, bem como seus estudos sobre a sociedade capitalista, que é opressora, e a idéia que Marx tem do Direito como um instrumento de manutenção do *status quo* da classe burguesa.

[4]Quanto à definição de direitos humanos, tomamos a lição de Ana Maria Dávila Lopes (2001, p. 41) ao ensinar que "são princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos", por outro lado a autora afirma que os direitos fundamentais "podem ser definidos como os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal" (Lopes, 2001, p. 35).

[5] A expressão "direito insurgente", utilizada por Wolkmer (2001b), refere-se ao direito "em surgimento", "em construção", oriundo das lutas populares.

[6] Pluralismo Jurídico Comunitário Participativo é aquele que se encontra necessariamente comprometido com a atuação de novos sujeitos coletivos (legitimidade dos atores), com a satisfação das necessidades humanas essenciais ("fundamentos materiais") e com o processo político democrático de descentralização, participação e controle comunitário (estratégias). Soma-se ainda a inserção do pluralismo jurídico com certos "fundamentos formais" como a materialização de uma "ética concreta da alteridade" e a construção de processos atinentes a uma "racionalidade emancipatória", ambos capazes de traduzir a diversidade e a diferença das formas de vida cotidianas, a identidade, informalidade e autonomia dos agentes legitimadores. (WOLKMER, 2001b, p. 230-231).

[7] Os fundamentos, referenciais teóricos, características e pressupostos da AJP, encontram-se desenvolvidos em: MAIA, Christianny Diógenes. *Assessoria Jurídica Popular: teoria e prática emancipatória.* Universidade Federal do Ceará - UFC, 2007. Dissertação de mestrado.

[8] A tônica dessas instituições, segundo os referidos autores, está no envolvimento da comunidade, na facilitação de acordos sobre querelas locais e, de modo geral, na restauração de relacionamentos permanentes e da harmonia na comunidade (CAPPELLETTI e GARTH, p. 114), cuja finalidade, além de afastar dos tribunais questões menores, consiste em criar um órgão acolhedor para as pessoas comuns que não teriam condições de levar seus conflitos aos tribunais, esperando-se com essa forma descentralizada, participatória e informal, estimular a discussão na comunidade sobre situações que as relações comunitárias estejam em ponto de colapso, servindo, ainda

para educar a vizinhança sobre a natureza, origem e soluções para os conflitos que os assediam (CAPPELLETTI e GARTH, p. 115)

[9] O conceito de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos consagrado no sistema jurídico brasileiro foi estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor (8.078/90), em seu artigo 81, *in verbis*: "I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

[10] Sobre esses obstáculos ao acesso à justiça, utilizaremos as lições de Santos (1997) e de Sabadell (2002), além dos ensinamentos de Cappelletti e Garth (1988).

[11] Nesse sentido, o censo penitenciário de 1993 indicou que 98% dos presos não têm condições econômicas para contratar um advogado (SABADELL, 2002, p. 184). Já passados 13 anos do censo, pensamos que pouca coisa mudou em relação a essa lamentável situação.

[12] É comum verificar-se, principalmente nas grandes cidades, o distanciamento entre a localização dos tribunais e os bairros mais desfavorecidos, como, por exemplo, o Fórum Clóvis Beviláqua, que antes funcionava em um prédio "simples" no Centro de Fortaleza, portanto, mais acessível à população de baixa renda e, atualmente, localiza-se em uma área nobre da cidade, em uma estrutura imponente.

[13] Embora seja comum as expressões "conciliação" e "mediação" serem utilizadas como sinônimos, Braga Neto (2003, p. 22) afirma que: "A conciliação é um procedimento mais célere. Na maioria dos casos se restringe a apenas uma reunião entre as partes e o conciliador. É muito eficaz para conflitos onde não existe interrelação entre as partes

[14] "Mediação representa um meio consensual de solução de conflitos no qual um terceiro imparcial e de confiança das partes – mediador – facilite o diálogo entre estas possibilitando uma solução pacífica para a controvérsia". (SALES, 2003, p. 131)

[15] "A arbitragem pode ser definida como um meio de resolver litígios civis, atuais ou futuros, sobre direitos patrimoniais disponíveis através de árbitro ou árbitros privados, escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário" (ROCHA, 2003, p. 96-97).

[16] Nessa situação de pluralidade jurídica, é comum encontrarmos nas próprias comunidades formas de solução de conflitos, criadas pelos próprios moradores, como em *Pasárgada*, nome fictício atribuído por Boaventura Santos a uma favela do Rio de Janeiro, onde o sociólogo pesquisou obre o Pluralismo Jurídico. SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo. (Org.) *Introdução crítica ao direito*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. (Série o direito achado na rua, v. 1)

[17] A título de ilustração, destacamos os dados apresentados por Santos (2007, p. 48): “A cobertura dos serviços das Defensorias Públicas estaduais corresponde a 39,7% do total de comarcas existentes no país. Apenas em 6 unidades da Federação todas as comarcas são cobertas pelos serviços prestados pela Defensoria Pública. Acresce que os serviços da Defensoria são, em regra, menos abrangentes nas unidades da Federação com os piores indicadores sociais. Por fim, nas defensorias dos estados e do Distrito Federal, há em média um defensor público para cada 83.222 destinatários potenciais de seus serviços”.

[18] Para maiores informações, consultar o Relatório de Acompanhamento da Matrícula em Fortaleza – 2006, disponível em: <http://www.cedecaceara.org.br >.

[19] Terminologia trabalhada pelo professor Arruda Junior (1997) ao propugnar uma nova tipologia das práticas jurídicas emancipatórias nos campos da *legalidade relida*, da *legalidade sonegada* e da *legalidade negada*.

[20] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 395904 /RS. Relator: Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, 6ª Turma, DJ 06.02.2006 p. 365. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/jurisprudência>. Acesso em: 24 maio 2006.

[21] Bem patrimonial para o latifundiário ou para o especulador, mas, para os sem-terra ou os sem-teto, tais bens representam a própria subsistência, a própria dignidade.

O FORMALISMO PROCESSUAL EM SEDE RECURSAL COMO OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA*

PROCEDURAL FORMALISM ON APPELATE COURTS AS OBSTACLES TO THE ACCESS TO JUSTICE

Cristiano Simão Miller

RESUMO

O direito processual civil sofreu enormes modificações ao longo dos anos, notadamente por conta da sua identificação como ramo da ciência independente do direito material. Busca-se construir um processo como sendo um instrumento capaz de promover a pacificação social, com o intuito de proporcionar às partes uma segurança jurídica, advinda de um julgamento justo, ocorrido no mais curto tempo possível. Mas o avanço percebido é ainda insuficiente para que se tenha o processo como um efetivo meio de se obter a justa composição dos litígios. O trabalho, ao se referir a tais pontos falhos, direciona-se para a equivocada maneira como os tribunais pátrios vêm "criando" obstáculos processuais ilegítimos, com o único propósito de "encerrar processos", sem a mínima preocupação com a qualidade do julgamento promovido. Por evidente, o acesso à justiça não pode ser visto tão somente como a possibilidade de a parte mover a ação judicial, ter acesso ao Judiciário. Assim é que, no presente estudo, é analisado o formalismo no processo civil, verificando o seu real objetivo em cotejo com a necessidade de proporcionar aos litigantes o justo resultado na solução do conflito posto em julgamento. Analisa-se a importância do formalismo para o processo civil atual, diferenciando-o do formalismo exagerado. Em seguida, lança-se luz sobre a efetiva presença de formas a serem respeitadas no sistema recursal brasileiro, fazendo-se, ao final, o apontamento de diversos casos em que o formalismo processual é levado ao extremo, fazendo com que os tribunais deixem de julgar o direito material em razão de sutilezas formais.

PALAVRAS-CHAVES: FORMALISMO – PROCESSO EFETIVO – ACESSO À JUSTIÇA.

ABSTRACT

The civil procedural law has been enormously changed over the years, notably on its identification as a scientific branch independent from substantive law. The aim is to build a process as an instrument to promote social peace, intended to propitiate legal security to the parties involved, resulting from a fair trial, in a timely manner. But the perceived progress is still insufficient to have the process as an effective means of obtaining a just settlement of disputes. This work, as referring to such pitfalls, is directed at analyzing the way the Brazilian Higher courts have been "creating"

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

illegitimate procedural obstacles for the sole purpose of "ending the process" without the slightest concern for the quality of the trial promoted. Clearly, the access to justice can not be seen only as the possibility of the parties to sue, to have access to the judiciary. That's how, in the present study, the formalism in civil procedure is analyzed, verifying its real objectives in conjunction with the need to promote to the parties a just result in the solution of the conflict brought to trial. It analyzes the importance of formalism to the current civil procedure, differentiating it from excessive formalism. Then, it casts light onto the actual presence of forms to be respected by the appellate system in Brazil, pointing out, at the end, to several cases in which the procedural formalities are taken to the extreme, making the courts no longer appreciate the substantive law on grounds of formal subtleties.

KEYWORDS: FORMALISM – EFFECTIVE PROCESS – ACCESS TO JUSTICE

1. INTRODUÇÃO

O direito processual civil sofreu enormes modificações ao longo dos anos, notadamente por conta da sua identificação como ramo da ciência independente do direito material.

Buscou-se, assim, construir um processo como sendo um instrumento capaz de promover a pacificação social, com o intuito de proporcionar às partes uma segurança jurídica, advinda de um julgamento justo, ocorrido no mais curto tempo possível.

Em que pese o eterno conflito entre as proposições acima, o certo é que o direito processual civil alcançou, hodiernamente, inegáveis avanços na busca pela justa composição dos litígios.

Mas o avanço percebido é ainda insuficiente para que se tenha, de modo concreto, o processo como um meio para se obter a solução dos conflitos de uma forma efetiva.

E, diga-se desde logo, aqui não se faz referência as deficiências legislativas, que demandariam um outro enfoque no presente estudo.

O que se pretende abordar no trabalho ora desenvolvido não são as falhas e as carências da legislação, mas sim a equivocada maneira como os tribunais pátrios vêm "criando" obstáculos processuais ilegítimos, com o único propósito de "encerrar processos", sem a mínima preocupação com a qualidade do julgamento promovido. Sob os cansados (porém, verdadeiros) argumentos de que os trâmites processuais são morosos[1] e que os tribunais estão entupidos de processos, vê-se, com frequência assustadora, julgamentos que supervalorizam determinadas formalidades processuais – que em nada contribuirão para o melhor desfecho da demanda – em flagrante prejuízo da avaliação do direito material discutido na lide e, por conseguinte, desrespeitando a garantia do acesso à justiça.

Por evidente, o acesso à justiça não pode ser visto tão somente como a possibilidade de a parte mover a ação judicial, de ter acesso ao Judiciário. É preciso garantir ao litigante o resultado mais justo possível da demanda posta em julgamento.

Não se olvida o fato de que, por vezes, mostra-se imperiosa a valorização da celeridade processual[2], até mesmo para que tenha respeitada a garantia constitucional da razoável duração do processo[3]. Mas tal celeridade não pode ser obtida por vias impróprias[4], como a que se observa em diversos julgamentos ocorridos em sede recursal, que apenas consideram filigranas processuais – que, muitas vezes, sequer estão lastreadas em normas legais – em detrimento do direito material em discussão.

Assim é que, no presente estudo, buscar-se-á analisar, ainda que de forma breve, o formalismo no processo civil, verificando o seu real objetivo em cotejo com a necessidade de proporcionar aos litigantes o justo resultado na solução do conflito posto em julgamento.

Será feita, num primeiro momento, a abordagem da importância do formalismo para o processo civil atual. Como contraponto, será ainda alvo de análise a ideia de formalismo exagerado, que distorce a finalidade das formas no processo civil, em flagrante agressão à garantia do acesso à justiça.

Em seguida, será lançada a luz sobre a efetiva presença de formas a serem respeitadas no sistema recursal brasileiro, mormente para que se tenha o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, com vistas a se alcançar o julgamento do mérito recursal (uma vez sendo positivo o juízo de admissibilidade).

E, por fim, serão apontados diversos casos em que o formalismo processual é levado ao extremo, fazendo com que os tribunais deixem de julgar o direito material em razão de certas sutilezas formais (que, em algumas hipóteses, sequer encontram previsão legal), em indiscutível afronta ao acesso à justiça.

2. O FORMALISMO NO PROCESSO CIVIL

O formalismo processual – ou a forma vista em seu sentido amplo[5] – deve ser encarado como algo capaz de organizar e definir limites no desenvolvimento dos processos judiciais, colocando termo a uma eventual desordem que a pura liberdade na prática dos atos processuais poderia acarretar.

Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o formalismo diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo "*especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais*"[6], para que sejam atingidos os objetivos centrais de cada ação.

E, inobstante a clássica dúvida existente entre a valorização da forma em prol da segurança ou a supremacia da liberdade na busca na justiça, o certo é que o formalismo processual se apresenta como um instrumento que jamais pode ser desprezado, pois, como bem observa Antônio do Passo Cabral, "*as formalidades proporcionam segurança, ordenação e previsibilidade ao procedimento*"[7].

É preciso, desse modo, seja o formalismo processual considerado como um elemento capaz de propiciar às partes a segurança e a certeza na maneira como o processo será desenvolvido, o que jamais seria alcançado caso se estivesse diante de um procedimento livremente construído em cada hipótese concreta.

Aliás, as próprias partes, entre si, necessitam da existência de formas na prática dos atos processuais para que, com isso, sejam lançados freios contra eventuais atos abusivos cometidos por um litigante em relação ao outro. Busca-se, com tal formalismo, conferir observância ao próprio princípio do contraditório[8], que restaria absolutamente desprestigiado caso não houvesse entre as partes uma garantia quanto à previsibilidade na forma de serem praticados dos atos processuais.

Ademais, deve ser ainda considerado que a ideia de formalismo visa afastar o arbítrio por parte dos julgadores, que, diante de regras expressamente impostas pelo legislador, sentem-se (ou pelo menos deveriam se sentir) impedidos de cometer atos incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Destarte, e ao contrário do que a primeira vista poderia parecer, a ausência de uma delimitação formal para a prática dos atos jamais propiciaria às partes o pleno controle no bom desenvolvimento do processo, vez que sempre ficariam sujeitas aos abusos que poderiam ser cometidos em cada caso concreto – seja pela parte contrária, seja pelo próprio julgador – em razão da liberdade existente.

Mas, por outro lado, evidente se mostra que a forma do ato não tem por escopo atingir um fim próprio e independente. Ela é vista como um mero meio (o mais idôneo, e até por isso deve ser exigido o seu cumprimento) para que se consiga alcançar um determinado resultado, externo ao ato processual praticado.

Em síntese, e aqui valendo-se das lições de José Roberto dos Santos Bedaque, a "técnica processual"[9] possui dois grandes objetivos: um, seria garantir a segurança do instrumento, proporcionando a igualdade de tratamento às partes do processo, possibilitando-lhes influir substancialmente no resultado; e o outro, seria assegurar que a tutela jurisdicional seja, dentro do possível, uma resposta idêntica à atuação espontânea da regra de direito material, seja sob o prisma da justiça da decisão, seja do ponto de vista da tempestividade.[10]

No entanto, como será visto adiante, a visão de formalismo acima exposta jamais pode ser confundida com a supervalorização da forma em detrimento do objetivo central do processo, que seria proporcionar às partes o devido acesso à justiça, com a finalidade de se alcançar o justo resultado do litígio.

Em outras palavras, não se pode transformar o formalismo em um verdadeiro fetiche, a ponto de jogar por terra toda a finalidade que se busca atingir com o regular desenvolvimento de um processo judicial.

3. OS MALES DO FORMALISMO EXAGERADO

Como contrapondo ao que acima se expôs encontra-se o formalismo excessivo, exagerado, desvirtuado, que, deixando de ver a forma como algo capaz de contribuir para a realização do direito, serve para sufocar a pretensão[11] da parte[12].

Tal tipo de formalismo em nada contribui para que se tenha um desfecho digno da lide posta para apreciação diante do Judiciário. Pelo contrário, com o exagero na valorização das formas dos atos processuais tem-se a inacessibilidade da justiça.

Parece desnecessário, mas, diante da assiduidade com que se vê a aplicação do formalismo excessivo pelos tribunais, não é demais salientar que o "acesso à justiça" não se caracteriza pela simples "permissão" ou "facilitação" de propositura de ações judiciais por aqueles que se sentem lesados ou ameaçados de sofrer algum tipo de lesão em seu direito.

Mais do que isso, estará sendo respeitada a garantia do "acesso à justiça" quando for assegurado às pessoas estar em juízo em igualdade de condições com a parte adversa, bem como quando viabilizada a obtenção de um resultado justo[13]-[14], através de um processo efetivo[15].

É ponto indiscutível que os tribunais de um modo geral, e em especial os tribunais superiores, encontram-se abarrotados de processos (o que, aliás, é mal comum em todas as demais instâncias). No entanto, tal volume exagerado de processos não pode servir de carta branca para que os tribunais passem a considerar o formalismo exagerado em detrimento da garantia do acesso à justiça[16].

Em sua clássica obra sobre o tema, Mauro Cappelletti destaca que, considerando a evolução do conceito de "acesso à justiça", impõe-se sejam respeitados dois pontos centrais: i) deve ser garantido às pessoas a reivindicação dos seus direitos, tendo-se um sistema igualmente acessível a todos; ii) os resultados produzidos nas ações devem ser individual e socialmente justos. Somente assim será possível se ter um acesso efetivo à justiça[17].

E, por evidente, quando se lança mão do formalismo de maneira distorcida, pondo-o acima de sua própria finalidade, esmaga-se, por conseguinte, a garantia do acesso à justiça, na medida em que o resultado da ação será obtido por meio de valorização de filigranas processuais em detrimento do direito material efetivamente colocado em discussão.

4. O SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO E A FORMA DOS ATOS PROCESSUAIS - JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

Diante do que acima foi visto, mostra-se imprescindível o respeito ao formalismo processual – por óbvio, não em sua forma excessiva –, para que, com isso, tenha-se segurança e previsibilidade no desenvolvimento dos processos.

E o sistema recursal pátrio não foge à regra, na medida em que, pouco importando a espécie de recurso que se esteja diante, o certo é que, para que seja alcançado o julgamento do mérito recursal, necessariamente terão que ser preenchidos diversos requisitos processuais, que se encontram ligados ao *formalismo do ato*, para que seja possível ao tribunal o exame do mérito do recurso.

Por evidente, sempre que se interpõe um determinado recurso, o objetivo central é exatamente o julgamento do mérito recursal, alcançando-se, com isso, a reforma, o aclaramento, a invalidação, a integração, enfim, a alteração em maior ou menor grau do ato judicial atacado.

No entanto, impossível se mostra o julgamento do mérito do recurso (que, destaque-se, não guarda necessariamente relação com o mérito da causa) sem que, preliminarmente, sejam enfrentados e satisfeitos os requisitos de admissibilidade do recurso interposto.

Em outras palavras, de nada adianta o recorrente ter todos os motivos para obter a alteração da decisão judicial recorrida se, por exemplo, deixa de interpor o recurso no prazo adequado. Ou ainda, de nada adianta pretender modificar determinada decisão se, ao interpor o recurso, o recorrente deixou de recolher as custas devidas pelo ato praticado.

Nesse diapasão, como destaca a doutrina[18], apresentam-se como requisitos a serem apreciados no juízo de admissibilidade de cada recurso o seu *cabimento*, a *legitimidade*, o *interesse recursal*, a *inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer*, a *tempestividade*, a *regularidade formal* e o *preparo*.

Para os restritos fins do trabalho ora desenvolvido, será feita uma abordagem apenas dos requisitos da *tempestividade*, da *regularidade formal* e do *preparo*, que mais claramente se apresentam como atos submetidos a regras formais expressamente estabelecidas em lei.

Pela tempestividade, então, entende-se como sendo a necessidade de que o recurso seja interposto no prazo estabelecido pelo legislador. Impõe-se o respeito ao prazo recursal – e eis aqui a justificativa para tal norma – para que não se tenha, de maneira ainda mais categórica, a eternização dos processos judiciais.

Por evidente, não faria nenhum sentido que o legislador deixasse sempre à disposição da parte sucumbente, a qualquer tempo, a possibilidade de recorrer contra a decisão que lhe foi desfavorável. Agir dessa maneira seria desconsiderar o regime da preclusão, o que, mormente sob o ângulo da garantia constitucional da razoável duração do processo, não se coloca como uma alternativa a ser seguida[19].

Destarte, o formalismo exigido quanto à tempestividade do ato mostra-se pertinente, desde que, é claro, não se tenha o formalismo excessivo e rigoroso, hipótese que, conforme será abordado em tópico adiante, configuraria o abuso de forma, em flagrante prejuízo do recorrente.

Outro requisito a ser satisfeito, para que se tenha o juízo de admissibilidade positivo, é a regularidade formal. Com isso, fica definido que, dependendo do recurso, a lei não

apenas estabelece regras gerais como também exige o cumprimento de requisitos específicos para que seja possível se adentrar no mérito recursal.

Assim, por exemplo, em se tratando de agravo de instrumento (tanto aquele interposto contra a decisão interlocutória proferida em primeiro grau de jurisdição, como também aquele interposto contra a decisão que inadmitiu o recurso especial ou o recurso extraordinário), o legislador exige que o instrumento seja formado por determinadas peças *obrigatórias*, sem as quais o recurso será de imediato inadmitido.

Ainda no campo dos exemplos, quando o legislador exige da parte recorrente a apresentação, na peça recursal, dos devidos *fundamentos da impugnação*, nada mais está fazendo do que lançar mão de uma regularidade formal a ser respeitada. Do contrário, não se terá o conhecimento do recurso.

Ao regular o recurso especial, por sua vez, o legislador colocou, como requisito da admissibilidade, a necessidade de se fazer a efetiva demonstração da divergência existente entre os tribunais acerca da matéria posta em discussão, inclusive com a juntada dos acórdãos comprobatórios de tal divergência. Trata-se de mais uma regularidade formal, específica para os casos de recurso especial. E, sem o seu cumprimento, inviabiliza-se o julgamento do mérito do recurso.

Por fim, e dentro dos singelos limites do presente trabalho, apresenta-se o preparo como mais um requisito de admissibilidade.

É certo que nem todos os recursos exigem o pagamento de custas processuais para que se consiga adentrar no mérito recursal. Mas, para aqueles que possuem custas a serem recolhidas, a ausência do pagamento do preparo implicará na deserção.

O legislador, mostrando-se sensível aos problemas decorrentes do recolhimento equivocado das custas recursais, passou a permitir[20] o complemento do preparo naquelas situações em o mesmo fosse feito a menor. Deve ser observado que tal regra, interpretada de forma literal, somente se aplica às hipóteses de insuficiência do valor pago a título de preparo, e não naqueles casos em que o recorrente deixa de recolher integralmente as custas devidas.

Dessa forma, é possível perceber que o sistema recursal está impregnado de formalismos, que se colocam como fundamentais para que se tenha a segurança almejada.

No entanto, o formalismo precisa ser visto dentro dos seus exatos fins, e não pode ser colocado como o principal objetivo no bojo de qualquer processo, visto que o formalismo em excesso gera a ilegitimidade, a arbitrariedade, proporcionando inaceitável obstáculo ao acesso à justiça.

No entanto – e como será abordado adiante – o que se tem visto nos julgamentos dos tribunais (por meio da chamada “jurisprudência defensiva”) é a supervalorização dos formalismos, sem a esperada e desejada preocupação com a boa e justa composição do litígio.

Parece indiscutível que – embora sempre se deseje uma solução que aprecie o mérito (da causa ou do recurso, como aqui interessa) – estando os tribunais diante de casos em que efetivamente não foram preenchidos os requisitos de admissibilidade, devem negar conhecimento ao recurso. Essa foi a opção do sistema processual pátrio, e deve ser respeitada.

Mas tal maneira de agir não se confunde com o formalismo excessivo, em que a forma do ato é colocada acima de tudo e de todos, com o simples e injustificável propósito de eliminar o processo judicial a qualquer custo.

5. O FORMALISMO EXEGERADO DOS TRIBUNAIS E O DESRESPEITO AO ACESSO À JUSTIÇA

Como foi até o momento salientado, o *formalismo* do ato é algo cujo distanciamento do processo civil não se consegue vislumbrar. E, frise-se, não se pretende com as breves linhas aqui expostas defender a desconsideração da forma no processo civil. Tal pretensão importaria num verdadeiro retrocesso.

Todavia, não se pode aceitar seja o formalismo colocado num pedestal e passe a ser considerado o que há de mais importante em todo e qualquer processo judicial. Não se pode aceitar o formalismo exagerado, pois ele significa o desrespeito à garantia constitucional do acesso à justiça.

E, nas considerações abaixo, buscar-se-á demonstrar como os tribunais vêm exagerando no apego à forma. Mínimos detalhes, absolutamente irrelevantes e perfeitamente superáveis, vêm merecendo tratamento de destaque, a ponto de estarem motivando diretamente o desate da lide.

Voltando aos três requisitos de admissibilidade anteriormente abordados, abre-se a sessão dos formalismos exagerados com os abusos frequentemente cometidos no tocante à tempestividade recursal.

Na verdade, dois aspectos têm mais chamado a atenção nos julgamentos dos tribunais, relativamente ao equivocado excesso de forma que vem sendo sustentado quanto à *tempestividade do recurso*.

O primeiro aspecto diz respeito ao entendimento, estranhamente encontrado na jurisprudência, de que, uma vez interposto o recurso antes de a parte ser intimada da decisão contra a qual recorre, seria o mesmo considerado intempestivo por prematuridade.

Ora, com o devido respeito, como considerar o recurso intempestivo em tais situações? Estaria o recorrente, então, sendo punido por querer se antecipar e, com isso, buscar promover maior celeridade ao feito?

O Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, já se manifestou nesse sentido, como pode ser observado, a título de exemplo, no julgamento ocorrido no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 558.168, cujo relator foi o Min. Cézar Peluso[21].

Em tal julgamento foi afirmado que, embora tivesse o recorrente tomado conhecimento da decisão antes de sua publicação (via acompanhamento eletrônico), não teria ela tido acesso às "*razões de decidir*, sem cujo conhecimento não se concebe o recurso adequado"[22].

Parece muito evidente que, uma vez tendo a decisão (aqui abordada em sentido amplo) se tornado pública (e, para isso, basta que esteja assinada e anexada aos autos), nada impede que a parte que se sinta prejudicada com tal ato judicial queira interpor desde logo o seu recurso[23].

O Superior Tribunal de Justiça, em que pese o julgamento havido nos Embargos de Divergência nº 522.249[24], continua entendendo que o recurso interposto antes do prazo deve ser considerado intempestivo por prematuridade, como pode ser observado no julgamento dos Embargos de Declaração nº 1.016.327[25].

Não há que se exigir, na hipótese, a efetiva intimação da parte (normalmente, via publicação em Diário Oficial) para que se tenha a comprovação de que houve a adequada ciência da decisão judicial, e, somente com isso, permitir-se a interposição do recurso.

Ainda na seara da *intempestividade por prematuridade*, merece destaque o posicionamento bastante difundido nos tribunais superiores, acerca da interposição de recurso (especial ou extraordinário) antes do julgamento dos embargos de declaração[26]. Em tal hipótese, tem sido reconhecida a intempestividade do recurso (em razão da sua interposição *antes* do prazo), ao argumento de que "*o acórdão dos aclaratórios passa a integrar o aresto embargado, formando, assim, a decisão de última instância, prevista na Constituição Federal*"[27].

Ocorrendo a situação acima narrada, tem sido exigido do recorrente (para que não se tivesse o juízo de admissibilidade negativo por intempestividade), diante da intimação do julgamento dos embargos de declaração, a ratificação dos termos do recurso anteriormente interposto.

Aqui também se constata uma situação em que a forma se coloca como verdadeiro obstáculo ao acesso à justiça.

Somente se consegue vislumbrar algum sentido na exigência de "ratificação" posterior nas hipóteses em que a própria parte opôs embargos de declaração e, antes do julgamento deste, já interpôs, por exemplo, o recurso especial. E, ainda assim, a pertinência da ratificação apenas seria constatada quando o resultado do julgamento dos embargos vier a provocar alteração na parte anteriormente atacada pelo recurso excepcional. É o que Nelson Nery Jr. denomina de "princípio da complementaridade"[28].

Todavia, quando a parte que opôs os aclaratórios não foi aquela que desde logo apresentou o recurso para os tribunais superiores – mormente quando o resultado do julgamento dos embargos de declaração não provocou qualquer alteração no conteúdo atacado previamente – não há que se falar em exigência de "ratificação" e nem, obviamente, em intempestividade por prematuridade.

E ainda relativamente à *tempestividade*, outro ponto que chama a atenção no excesso de formalismo praticado pelos tribunais, em flagrante prejuízo do acesso à justiça, pode ser constatado naqueles casos em que o recurso deixa de ser admitido em razão de estar o carimbo de sua interposição supostamente ilegível.

Os argumentos utilizados por aqueles que prestigiam tal formalidade excessiva é de que, em suma, deve o recorrente zelar para que as formalidades sejam devidamente cumpridas, incluindo-se aí a devida atenção quanto à "legibilidade"[29] do carimbo protocolo[30].

E, mais uma vez, a supremacia do formalismo se apresenta de maneira extremamente negativa, jogando por terra a adequada apreciação do direito material envolvido na demanda, seguindo na contramão dos atuais propósitos do direito processual moderno.

O pior é que tais julgamentos, além de mostrarem-se equivocados no instante em que jogam sobre o recorrente a incumbência de "fiscalizar" o cumprimento das formalidades (como se "checar o carimbo" fosse sua obrigação), bem como o dever de diligenciar para provar que cumpriu com tais formalidades, sequer conferem à parte a oportunidade de demonstrar a inexistência de qualquer irregularidade. Preferem simplesmente não julgar o mérito recursal, tomando por base mera *suposição de intempestividade*, como se isso fosse possível para se chegar ao juízo negativo de admissibilidade do recurso[31].

É recomendável, outrossim, por se tratar de matéria relativa a "prazo", que o julgador oriente-se pela interpretação mais flexível, buscando sempre conferir ao processo maior efetividade, de modo que certas formalidades nunca devem ser utilizadas para impedir a proteção de um dado direito.

Problema que também se mostra como um exemplo frequente do equivocado prestígio conferido ao formalismo ocorre relativamente ao requisito da *regularidade formal* do recurso de agravo de instrumento, seja aquele interposto contra as decisões interlocutórias de primeiro grau, seja aquele manejado contra a decisão que inadmite o recurso especial ou o recurso extraordinário.

Como bem se sabe, a legislação exige, para a devida formação do instrumento, sejam juntadas determinadas peças "obrigatórias", que são taxativamente estabelecidas pelo legislador nos artigos 525 e 544, §1º, ambos do Código de Processo Civil, respectivamente quanto ao agravo contra decisões de primeira instância e contra decisões de inadmissibilidade de recurso especial e/ou extraordinário.

Todavia, os tribunais vêm exigindo, ao arrepio da lei – o que acaba causando forte insegurança nas partes – sejam também juntadas pelo recorrente, sob pena de inadmissibilidade do recurso, algumas peças "necessárias", que são aquelas que,

sujeitando-se ao puro arbítrio do julgador, mostram-se como importantes para a compreensão e julgamento da matéria.

O Superior Tribunal de Justiça vem se posicionamento seguidamente acerca inadmissibilidade do agravo quando não instruído com as tais "peças necessárias". Assim é que, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.111.496, foi sustentado que o recurso "*deve ser instruído com as peças constantes no artigo 544, § 1º, do Código de Processo Civil, bem como aquelas essenciais à compreensão da controvérsia, inclusive as necessárias para a aferição da tempestividade recursal*"[32].

O Supremo Tribunal Federal há muito segue no mesmo sentido, tanto que duas de suas súmulas tratam especificamente sobre o tema. A primeira (Súmula 288) prevê que "*nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer pela essencial à compreensão da controvérsia*"[33].

Ainda no STF, a Súmula 639 estabelece que "*aplica-se a súmula 288 quando não constarem do traslado do agravo de instrumento as cópias das peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinário não admitido pela decisão agravada*".

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não discrepa do entendimento anteriormente exposto e, por meio de sua Súmula 104, pacificou a sua jurisprudência no sentido de que "*o agravo de instrumento, sob pena de não conhecimento, deve ser instruído, no ato de sua interposição, não só com os documentos obrigatórios, mas também com os necessários a compreensão da controvérsia, salvo justo impedimento*".

Por se tratar de requisito de admissibilidade, indispensável se mostra que a matéria venha expressamente regulada em lei, sob pena de se colocar a parte em posição de extrema insegurança.

Ademais, é extremamente subjetivo saber quais são, em cada caso concreto, as "peças necessárias" ou "essenciais". Deixar que o julgador as defina livremente em cada hipótese é conferir-lhe indevido arbítrio, que em nada contribui para que se alcance o justo resultado da demanda.

Como alento, já se verifica que, em alguns casos (isolados, é certo) os tribunais vêm permitindo, em prol do direito da parte, uma flexibilização da regra que exige a juntada das peças obrigatórias. Assim é que, bem andou o Superior Tribunal de Justiça, quando decidiu que "*embora a certidão de publicação da decisão agravada constitua peça obrigatória na instrução do agravo de instrumento (art. 525 do CPC), a sua ausência pode ser relevada quando patente a tempestividade do recurso*"[34].

Ainda no campo do requisito da *regularidade formal* – analisando-se hipóteses em que os tribunais, de forma equivocada e inaceitável, vêm deixando de conhecer o recurso por exigir o respeito a certos formalismos exagerados – cumpre destacar a situação em que tal inadmissibilidade decorre da ausência de assinatura do advogado na petição de recurso.

Não se discute que todas as petições formuladas no processo precisam ser devidamente assinadas pelo advogado, sob pena de invalidade (ou inexistência, como querem alguns) do ato processual praticado. Por evidente, não se está aqui pregando a desconsideração de tal regra, ou de tal formalismo.

Todavia, o que não pode ser aceito é que, uma vez sendo interposto um recurso sem a devida assinatura do advogado do recorrente, seja em tal hipótese inadmitido o referido recurso de plano, sem ser conferida à parte a oportunidade de sanar o vício até então existente.

Trata-se de caso em que o vício pode ser perfeitamente sanado, sem que isso esteja causando qualquer tipo de prejuízo ao bom andamento do processo e ao direito de defesa da parte contrária, de modo que agir com tal rigor apenas serve para que o direito discutido na ação seja aniquilado pelo formalismo exagerado.

No entanto, mostrando-se insensíveis com a situação acima exposta, a maioria dos julgados vem se posicionando no sentido de que, em sede de recursos para os tribunais superiores, não há que se admitir (em hipótese alguma) a interposição de recurso sem que a petição esteja devidamente assinada.

Apenas a título de ilustração, vale mencionar acórdão recente, oriundo do Superior Tribunal de Justiça, em que foi expressamente reconhecida a possibilidade da correção da irregularidade apenas enquanto o processo se encontrar em primeiro grau ou diante do julgamento na instância ordinárias. Em outras palavras, caso o processo já se encontre nas instâncias extraordinárias, não há mais qualquer possibilidade de ser corrigido o vício em apreço[35].

Aliás, o próprio Superior Tribunal de Justiça já uniformizou a sua jurisprudência acerca do tema, sendo certo que a Súmula 115 estabelece que "*Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos*".

No entanto, não há qualquer razão para que se tenha um julgamento dessa forma. Não há explicação, minimamente razoável que seja, para que se tenha a possibilidade de sanar o vício até quando o feito se encontrar em segundo grau de jurisdição e, por outro lado, seja retirada tal possibilidade quando o processo já se encontrar diante dos tribunais superiores.

A punição imposta ao recorrente que cometeu o vício é absolutamente desproporcional, mormente se for levado em consideração que tal irregularidade foi incapaz de causar qualquer prejuízo para a parte contrária.

Por fim, merece destaque os casos em que o rigor formal excessivo provoca um juízo de admissibilidade negativo em razão do não recolhimento do *preparo* (inclusive do porte de remessa e de retorno) devido pela interposição do recurso.

Como se sabe, diante da redação do *caput* do art. 511, do Código de Processo Civil, o preparo deve ser comprovado no ato de interposição do recurso, sob pena de se ter configurada a deserção, na medida em que o ato de recorrer engloba também a comprovação do pagamento do preparo.

No entanto, o próprio Código de Processo Civil promoveu uma flexibilização em tal norma ao permitir, no §1º do mesmo art. 511, que o preparo seja complementado na hipótese de ter sido feito de forma insuficiente.

Assim, não se mostram acertadas – por supervalorizarem o formalismo processual – as reiteradas decisões que consideram que o preparo feito após a interposição do recurso, ainda que dentro do prazo recursal, não impede a ocorrência da deserção[36].

Com efeito, não é razoável que se tenha a possibilidade de promover a complementação das custas nos casos de insuficiência do pagamento do preparo (art. 511, §1º, Código de Processo Civil), e não se tenha a mesma garantia nas hipóteses em que o comprovante do preparo é apresentado após a interposição do recurso, porém dentro do prazo recursal. Na verdade, em termos de retardamento do feito, muito mais prejudicado ficará o andamento do processo com a intimação do recorrente para promover o complemento das custas do que nos casos em que se aceite a juntada do comprovante do preparo após a interposição do recurso, desde que dentro do prazo recursal. Aliás, nesta última hipótese, sequer haverá retardamento no andamento do processo, vez que o prazo que a parte teria para recorrer estará apenas sendo devidamente respeitado em sua integralidade.

Destarte – e embora tenha ocorrido ainda sob a vigência da anterior redação do art. 511, do Código de Processo Civil – com muito mais atenção à garantia do acesso à justiça posicionou-se o julgado em que se reconheceu não ser possível que "*o ato administrativo que se reveste o preparo se sobreponha ao direito ao recurso, cujo prazo a lei processual não diminuíra*"[37]. Eis aí um entendimento que, sem demonstrar excessivo apego à forma, apoiou-se no formalismo de maneira acertada, preservando, ao mesmo tempo, a segurança e a previsibilidade na prática dos atos, bem como o garantia do acesso à justiça.

6. CONCLUSÃO

Diante do que foi visto no presente estudo, algumas conclusões podem ser alcançadas:

1) O formalismo processual deve ser encarado como algo capaz de organizar e definir limites no desenvolvimento dos processos judiciais, colocando termo a uma eventual desordem que a pura liberdade na prática dos atos processuais poderia acarretar.

2) O formalismo processual se apresenta como um instrumento que jamais pode ser desprezado, pois, na medida em que proporciona segurança, ordenação e previsibilidade ao procedimento.

3) Todavia, tal ideia de formalismo não pode ser distorcida, vista e aplicada de maneira exagerada, pois, assim, estará sendo diretamente afrontada a garantia do acesso à justiça.

4) A necessidade de se respeitar o formalismo no processo civil também é constatada em sede recursal, com a existência de inúmeras regras que visam manter

organizado o procedimento, bem como objetivam propiciar segurança e igualdade de tratamento aos litigantes.

5) Não pode ser desconsiderado o fato de que, por vezes, mostra-se imperiosa a valorização da celeridade processual, até mesmo para que tenha respeitada a garantia constitucional da razoável duração do processo. Mas tal celeridade não pode ser obtida por vias impróprias.

6) No entanto, o que se percebe é que os tribunais, mormente quanto a questões de forma dos recursos, têm agido de maneira absolutamente equivocada. Em muitos julgamentos são extremamente valorizadas certas filigranas processuais – que, muitas vezes, sequer estão lastreadas em normas legais – em detrimento do direito subjetivo em jogo.

7) Com isso, os tribunais pátrios vêm "criando" obstáculos processuais ilegítimos, com o único propósito de "encerrar processos", sem a mínima preocupação com a qualidade do julgamento promovido.

8) Em prol da melhor solução do litígio, é necessário que o formalismo não seja valorizado de maneira exagerada, devendo, em certas hipóteses, ser permitida a flexibilização da forma para que se alcance um justo resultado da demanda posta em julgamento.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In: Temas de Direito Processual – 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Restrições ilegítimas ao conhecimento do recurso*. In: Temas de Direito Processual – 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, Ronaldo Brêtas de. *Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário*. Revista de Processo, ano 30, nº 128, out/2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tempestividade dos recursos*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 16, jul/2004.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

KLIPPEL, Bruno Ávila Guedes. *Os meios de impugnação às decisões judiciais e o processo justo*. Revista de Processo, ano 33, nº 155, jan/2008.

LOPES, João Batista. *Efetividade do processo e reforma do código de processo civil: como explicar o paradoxo processo moderno – justiça morosa?* Revista de Processo, ano 27, nº 105, jan/mar de 2002.

MORELLO, Augusto Mario. *El proceso justo*. La Plata: Libreria Editora Platense S.R.L., 1994.

NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de Processo, ano 31, nº 137, jul./2006.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Recurso intempestivo por prematuridade?* In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins – vol. 11 (coordenação Nelson Nery Jr. , Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à justiça, garantido pela constituição federal*. Revista de Processo, ano 31, nº 134, abr/2006.

---

[1] João Batista Lopes, retratando problema notório, observa que "*a despeito dos resultados alcançados até agora, é inquestionável a persistência de um mal endêmico, que vem comprometendo a boa imagem da Justiça: a morosidade processual*" (LOPES, João Batista. *Efetividade do processo e reforma do código de processo civil: como explicar o paradoxo processo moderno – justiça morosa?* Revista de Processo, ano 27, nº 105, jan/mar de 2002, p. 128).

[2] Aliás, a nosso sentir, mostra-se oportuna (em que pese sejam necessários alguns ajustes em sua aplicação prática) a possibilidade de se ter o julgamento dos processos repetitivos tendo por referência determinado precedente judicial.

[3] Como observa Augusto Morello, processo justo é aquele que se realiza de modo a dar ao conflito de interesses uma solução tempestiva, ou seja, dentro de um espaço temporal tido como razoável (MORELLO, Augusto Mario. *El proceso justo*. La Plata: Libreria Editora Platense S.R.L., 1994, p. 225 e ss.).

[4] Salienta Barbosa Moreira que "*se uma justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça lenta muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não contudo, a qualquer preço*" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In: Temas de Direito Processual – 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5)

[5] A forma em sentido estrito "*é o invólucro do ato processual, a maneira como deve este se exteriorizar; cuida-se portanto do conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta e dos requisitos a serem observados na sua celebração"* (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6).

[6] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.* p. 8.

[7] CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 8.

[8] Sobre o tema, interessante reflexão é posta por Bruno Silveira de Oliveira, que, ao analisar o confronto existente entre "*rigidez procedimental e lealdade processual – e, em sentido inverso, flexibilidade procedimental e chicana", pondera que "a associação entre a rigidez do procedimento e o aumento das probabilidades de um contraditório leal é uma ilação, no mínimo, insegura", pois, para tanto, deveria o argumento "partir de um cenário de presumida chicana*", o que, na visão do autor, não é sempre conveniente (OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 271.

[9] Termo utilizado pelo autor, mas que, para fins propostos no presente estudo, equipara-se ao "formalismo processual".

[10] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 77-78.

[11] Aqui referida em seu sentido amplo, de modo a abarcar também a "pretensão" do réu, que seria aquela consistente em ver julgado improcedente o pedido do autor.

[12] Anota Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que "*neste caso o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial*" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de Processo, ano 31, nº 137, jul./2006, p. 19)

[13] Como destaca Leonardo Greco, ao tratar da ação como direito ao processo justo, "*mesmo que o processo seja extinto sem julgamento do mérito, ainda que afinal a prestação jurisdicional não seja entregue ou ainda que o direito material não seja tutelado, a iniciativa do autor terá desencadeado a instauração da relação processual que deve ter observado todos os requisitos de formação e desenvolvimento válido e regular, através da sua subordinação aos pressupostos processuais, que têm por escopo assegurar a marcha ordenada do processo em direção aoseu fim, com o pleno respeito de todas as garantias fundamentais do processo, como o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do juiz, entre outras"* (GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 11)

[14] Cf. KLIPPEL, Bruno Ávila Guedes. *Os meios de impugnação às decisões judiciais e o processo justo*. Revista de Processo, ano 33, nº 155, jan/2008, p. 52-75.

[15] Cf. CARVALHO FILHO, Ronaldo Brêtas de. *Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário*. Revista de Processo, ano 30, nº 128, out/2005, p. 164-174.

[16] Embora trate especificamente das restrições impostas ao recurso de agravo, cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à justiça, garantido pela constituição federal*. Revista de Processo, ano 31, nº 134, abr/2006, p. 97-109.

[17] CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8-9.

[18] Por todos, cf. NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

[19] Ao dispor sobre as graves conseqüências que adviriam de um sistema em que houvesse a plena liberdade de forma na prática dos atos processuais (inclusive quanto ao tempo), observa Babosa Moreira que "logo se percebem as conseqüências negativas que semelhante liberdade traria. Basta atentar ao tópico atinente ao tempo: imagine-se o que representaria como fator de insegurança a eventualidade de ficar indefinidamente em aberto a matéria que constitui objeto da impugnação" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Restrições ilegítimas ao conhecimento do recurso*. In: Temas de Direito Processual – 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 269).

[20] Com a reforma promovida pela Lei nº 9.756/98, que inseriu o §2º ao art. 511, do CPC.

[21] Ag. Reg no AI nº 558.168, 1ª Turma do STF, relator Min. Cézar Peluso, publicado no D.J. de 24.03.2006.

[22] No caso em apreço, pareceu agir o tribunal com excessivo rigor também quando condenou o recorrente na multa por deslealdade processual, em virtude de sua insistência em ver apreciado o recurso "intempestivo".

[23] Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tempestividade dos recursos*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 16, jul/2004.

[24] EAg nº 522.249, Corte Especial, relator Min. José Delgado, publicado no D.J. de 04/04/2005, cuja ementa é a seguinte: "*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO INTERPOSTO ANTES DE PUBLICADA A DECISÃO RECORRIDA. INTEMPESTIVIDADE. PUBLICAÇÃO, ATO INDISPENSÁVEL. EXTEMPORANEIDADE. PRECEDENTES. ENTENDIMENTO DO RELATOR. NOVA POSIÇÃO DA CORTE ESPECIAL DO STJ. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO. 1. A extemporaneidade de um recurso não se caracteriza apenas por sua interposição após o término do prazo recursal, mas, também, pela apresentação em data anterior à efetiva intimação das partes interessadas a respeito do teor da decisão a ser combatida. 2. A publicação da decisão que se pretende recorrer é ato indispensável para ensejar e justificar a interposição de novo recurso, sendo intempestivo o recurso manejado antes da publicação das conclusões do aresto no Diário da Justiça (STF, AG nº 187448-1/SP e AGAED nº 242842/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa). Precedentes de todas as Turmas e da Corte Especial deste Tribunal Superior. Entendimento deste Relator com base em precedentes desta Casa Julgadora. 3. No entanto, embora tenha o posicionamento acima assinalado, rendo-me, ressalvando meu ponto de vista, à posição assumida pela maioria da Corte Especial deste Sodalício, pelo seu caráter uniformizador no trato das questões jurídicas no país que, com base em recente decisão (EResp 492461/MG), datada de 17/11/2004, consignou que a interposição de recursos contra decisões monocráticas ou colegiadas proferidas pelo STJ pode, a partir de agora, ser realizada antes da publicação dessas decisões na imprensa oficial. 4. Embargos de divergência acolhidos.*"

[25] EDcl no AgRg no Ag nº 1016327, 5ª Turma do STJ, relator Min. Jorge Mussi, publicado no D.J. do dia 10/11/2008, que possui a seguinte ementa de julgamento: "*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.OPOSIÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. EXTEMPORANEIDADE. 1. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que os embargos de declaração opostos antes da publicação do acórdão recorrido é intempestivo. 2. Embargos de declaração não conhecidos."*

[26] Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Recurso intempestivo por prematuridade?* In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins – vol. 11 (coordenação Nelson Nery Jr. , Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

[27] Resp nº 706.998, 4ª Turma do STJ, relator Min. Cesar Asfor Rocha, publicado no D.J. de 23.05.2005.

[28] NERY JR., Nelson. *Op. cit.* p. 182.

[29] Como destaca Barbosa Moreira, "*o conceito mesmo de 'legibilidade' é relativo: dependendo da acuidade visual do observador, e até a atenção com que este o mira, será possível qualificar de legível ou de ilegível determinado documento*" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit*. p. 276).

[30] Em recente acórdão acerca da matéria, proveniente de julgamento ocorrido no Superior Tribunal de Justiça, o relator do caso, Min. João Otávio de Noronha, sustentou que "*incumbe à parte recorrente fiscalizar para que os atos sejam praticados com respeito às formalidades exigidas ou diligenciar no sentido de obter as informações necessárias ao exame de sua pretensão, inclusive por meio de requerimento de*

certidões aos cartórios" (Ag. Reg. No AI nº 1139065, 4ª Turma do STJ, relator Min. João Otávio Noronha, publicado no D.J. de 15.06.2009).

[31] E como normalmente se constata em tais situações, a "ilegibilidade do carimbo" não apenas serve de motivo para a não admissão do recurso por intempestividade, como também para que se tenha considerada descumprida a norma que impõe a juntada de peças obrigatórias para a formação do agravo de instrumento contra a decisão que inadmitiu o recurso. Para tanto, basta ver a seguinte ementa de julgamento, que retrata o problema: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO DO ESPECIAL. AUTENTICAÇÃO MECÂNICA OU CARIMBO DO PROTOCOLO ILEGÍVEL. APLICAÇÃO DA MULTA DO ARTIGO 557, § 2º DO CPC. 1. Agravo de instrumento. Protocolo do recurso especial ilegível: revela-se deficiente o instrumento do agravo dirigido ao Superior Tribunal de Justiça quando do traslado da petição de interposição do recurso especial não consta, ou está ilegível, a autenticação mecânica ou carimbo do protocolo, impedindo, assim, a aferição da tempestividade do apelo. 2. Formação do agravo de instrumento. Obediência ao artigo 544, § 1º do CPC: a juntada posterior de peça obrigatória, ausente no instrumento do agravo, não supre a deficiência deste, competindo ao agravante zelar por sua correta formação ante a ocorrência da preclusão consumativa. O juízo de admissibilidade do Recurso Especial está sujeito a duplo controle. Assim, a aferição da tempestividade do apelo pela instância a quo não vincula este Superior Tribunal de Justiça. 4. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento." (EDcl no Ag. nº 850.836, 4ª Turma do STJ, relator Min. Luiz Felipe Salamão, publicado no D.J. de 15.06.2009)

[32]Ag. Reg. no Ag. nº 1111496, 3ª Turma do STJ, relator Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), publicado no D.J. de 10.06.2009.

[33] Além da exigência descabida, peca ainda a referida súmula ao estabelecer que ao recurso será "negado provimento" caso se constate a falta de alguma peça essencial. Como se sabe, trata a hipótese de juízo de admissibilidade, de modo que sendo o mesmo negativo, não há que se falar em ser "negado provimento" (que corresponde ao julgamento de mérito do recurso), mas sim de "não conhecimento" ou "inadmissibilidade".

[34] REsp nº 573.065, 4ª Turma do STJ, relator Min. Fernando Gonçalves, publicado no D.J. de 26.04.2004.

[35] AgRg no REsp 1091955, 2ª Turma do STJ, relator Min. Mauro Campbell Marques, publicado no D.J. de 18.08.2009.

[36] Como exemplo, cf. AgRg no REsp nº 417.510, 3ª Turma do STJ, relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no D.J. de 02/09/2002. Ademais, mesmo para aqueles recursos interpostos no período de férias forenses, entende-se que o comprovante do preparo deve ser apresentado no ato da interposição, como observa, a título de exemplo, no julgamento do REsp nº 556.967, 3ª Turma do STJ, relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no D.J. de 17/12/2004.

[37] REsp nº 94204, 3ª Turma do STJ, relator Min. Waldemar Zveiter, publicado no D.J. de 26/05/1997.

SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DOS CASOS CATARINENSES ENTRE 2006 E 2007*

SEPARATION AND DIVORCE COURT AND OUT OF COURT: AN EMPIRICAL ANALYSIS OF SANTA CATARINA CASES BETWEEN 2006 AND 2007

Danielle Annoni
Marcia Marcondes Diniz de Freitas

RESUMO

O presente artigo interpreta a Lei 11.441/2007 ao tratar da possibilidade da realização da separação judicial e do divórcio consensuais extrajudicialmente. De fato, parte da abordagem constitucional quanto à garantia de acesso à justiça e do devido processo legal ao analisar os dados judiciais de 2006 e 2007 do Estado de santa Catarina e também os dados extrajudiciais de 2007, do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, no mesmo Estado. O método comparativo justifica-se pela ausência de estudos desta natureza sobre a efetividade e alcance social objetivados pela nova lei. As conclusões advindas com esta pesquisa reflete a relevância de medidas que visem reduzir a burocracia estatal e facilitar ao indivíduo o acesso integral à justiça.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: LEI 11.441/07. SEPARAÇÃO. DIVÓRCIO. EFETIVIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

ABSTRACT

This article interprets the Law 11441/2007 to address the possibility of undertaking legal separation and divorce amicably agreed. In fact, part of the constitutional approach in ensuring access to justice and due process in considering judicial data from 2006 and 2007 the State of Santa Catarina and also documents the data of 2007, the IBGE - Brazilian Institute of Geography and Statistics in the same state. The comparative method is justified by the absence of such studies on the effectiveness and social impact objectified by the new law. The conclusions drawn from this research reflects the importance of measures to reduce the state bureaucracy and facilitate the individual full access to justice.

KEYWORDS: KEYWORDS: LAW N. 11.441/07. SEPARATION. DIVORCE. EFFECTIVENESS. CONSTITUTIONAL PRINCIPLES.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Introdução

A Lei 11.441/07 foi criada para abrir possibilidades de separação e divórcio consensual na via extrajudicial, ou seja, com o objetivo de viabilizar os procedimentos de uma forma menos burocrática e demorada quanto à judiciária, tendo em vista contribuir com a diminuição da demanda no Poder Judiciário.

Nesse contexto, foi possibilitado as Serventias Cartoriais que pudessem conhecer e expedir escrituras para o rompimento, total ou parcial, de vínculos matrimoniais, pelos procedimentos de divórcio ou separação, respectivamente. Essa delegação da operacionalização das dissoluções matrimoniais aos Cartórios, porém, é realizada sob certos requisitos específicos como: inexistência de filhos menores ou incapazes do casal; a inexistência de litígio entre o casal; a escritura lavrada por tabelião de notas; observância do prazo de um ano da celebração do casamento para a separação ou do prazo de dois anos de separação de fato para o divórcio e assistência de advogado.

Da forma como a Lei 11.441/07 foi concebida trouxe a opção para o cidadão em realizar ou não a separação ou divórcio consensual pela via extrajudicial, assim, é uma faculdade do cidadão. Se por algum motivo quiser realizar o procedimento pela via ordinária, ou seja, via judicial poderá fazê-lo. Vale ressaltar que a tutela estatal está presente nos dois modos de proceder.

O objeto deste estudo é a análise da efetividade da Lei 11.441/07 no estado de Santa Catarina, tendo como base os dados estatísticos do Poder Judiciário de Santa Catarina de 2006 e 2007, comparando com o primeiro ano de vida da Lei 11.441/07, ou seja, com os procedimentos extrajudiciais realizados no ano de 2007. Ainda, verificando os princípios constitucionais vinculados a referida Lei.

Pretende-se que este material sirva de subsídio para maior divulgação dessa opção ao cidadão, como também instrumento de mensuração para outros pesquisadores e teóricos do direito de família, contribuindo fortemente para as discussões sobre as novas políticas legislativas do país e a real efetividade das legislações criadas.

Como instituto novo e pouco divulgado é relevante um estudo sobre sua aplicação e efetividade na sociedade brasileira, neste caso específico, a catarinense.

O tema tratado neste estudo é atual no sentido em que trás a mensuração da efetividade de uma lei, ou seja, tenta compor os parâmetros mais relevantes para compor a aplicação da Lei e suas mudanças sociais. Sem, contudo, deixar de prevalecer

a interpretação normativa constitucional, focalizando os princípios fundamentais que são a base para a segurança jurídica da família e conseqüentemente da sociedade e para a efetividade das normas.

2 A Constituição de 1988 e a Lei 11.441/07

A família é o arcabouço do ser humano, em seu seio é construída a personalidade humana mediante educação e cultura, formando o ser social. Assim, a família tem valor constitucional sobremaneira, quanto aos seus aspectos estruturais internos e sua viabilização, cujos efeitos são refletidos diretamente na sociedade.

Embora a constituição de 1988 seja antropocêntrica, instituiu uma quebra de paradigmas no que concerne a proteção à família, focalizando cada membro familiar em sua subjetividade, como parte atuante e relegando a visão paternalista antes adotada. Como se verifica nas garantias propostas no artigo 226 e seguintes da Carta de 1988.

Isso quer dizer que, a proteção familiar desde a Magna carta sofreu profundas alterações inclusive, influenciando a forma de abordagem do tema pelo Novo Código Civil. Ademais, a família é protegida dentro dos limites da preservação da dignidade humana de cada indivíduo, ou seja, primeiramente se protege o ser humano como sujeito de direitos e em seguida a composição familiar.

Essa tutela individualizada de cada componente familiar alterou definitivamente a interpretação de instituição reprodutora do sistema social, sendo o indivíduo o ator social e seus direitos garantidos. Assim, os membros familiares são protegidos por princípios constitucionais como a dignidade humana, a igualdade jurídica entre os cônjuges, também a igualdade jurídica entre todos os filhos independente de sua origem (art.226, §6º, CF), paternidade responsável e planejamento familiar (art.226, §7º, CF) e o pluralismo familiar, dentre outros.

Foi com essa abordagem que se inauguraram novos dispositivos e institutos familiares, de modo a garantir direitos individuais. Pode-se afirmar que o direito de família apresenta-se totalmente inovado, como na sua forma de constituição, no reconhecimento de novas formas de família, na possibilidade de alteração de regime de bens, na tutela da criança e do adolescente, e na forma de desconstituição.

Neste contexto, o Estado tem, por seus meios, procurado atender aos cidadãos e as famílias, da forma mais eficiente processualmente e na celeridade de procedimentos e para isso tem lançado mão de mecanismos inovadores para atingir seu objetivo. A Lei 11.441/07 é uma forma de propiciar alternativas legislativas ao cidadão para facilitar sua vida, sem parecer impositiva.

Nesta mesma direção, a Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." Portanto, embora a alternativa dos jurisdicionados em buscar a tutela estatal por via extrajudicial, ainda não lhes é negado a via judicial. Portanto, hoje não se considera obrigatória a presença do Poder Judiciário para as resoluções destas questões familiares, devidamente respeitados os requisitos nessa nova legislação processual. Porém, aqueles que, por questões de foro íntimo ou outras razões quiserem optar pelo procedimento judicial, em nenhum momento poderão ser considerados carecedores do direito de ação, tendo em vista que o objetivo dos interessados é primar pelo segredo de justiça.

3 A Lei 11.441/07

O nascimento da referida Lei não se deu com o advento do Novo Código Civil, que ainda não previa a separação e divórcio via extrajudicial, mas, depois de forma separada. Nos anos de 2001 já tramitava um projeto que tratava do assunto de forma bem mais aberta do que como foi finalmente aprovada a Lei 11.441/07.

Neste Projeto de Lei sob nº 4.979/01 a previsão da separação e divórcio administrativo se dava mesmo com filhos menores, porém com o acompanhamento do Ministério Público. Porém, mais tarde foi excluída a competência dos notários para efetivar separações e divórcios que envolvessem menores ou incapazes.

Assim, os requisitos necessários para os procedimentos são vistos como garantias das partes envolvidas, mas, também como restrições aos indivíduos que podem ou não realizar o procedimento via extrajudicial. Conforme Carvalho Neto (2007), os requisitos para a separação que a Lei 11.441/07 impõe são: a inexistência de filhos menores ou inválidos, período de um ano de casamento, descrição e partilha dos bens, acordo para a pensão alimentícia, assistência de advogado e acordo sobre o uso do nome do cônjuge. A motivação óbvia para o primeiro requisito é por que nessas

situações é necessária a intervenção obrigatória do representante do Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, por força do art. 82, I, do CPC.

No caso dos pedidos de divórcio direto, também não pode haver filhos menores ou incapazes, deve-se observar o prazo de separação fática por dois anos ou mais, mediante depoimento, em Cartório, de testemunhas. E para o divórcio por conversão, passado o prazo de um ano da decretação da separação judicial ou extrajudicial.

Portanto, a Lei 11.441/07, que acrescentou o art. 1.124-A no Código de Processo Civil, foi sancionada com esses requisitos para garantir as partes envolvidas, tendo em vista que o casamento não é um contrato totalmente baseado na autonomia privada, mas baseado no conceito amplo da autonomia de vontade.

Segundo Pereira (1991, apud CARVALHO NETO, 2007, p.31) que é adepto a teoria de que o casamento trata-se de um contrato puro, ou seja, como um acordo de vontades em que as partes podem a qualquer momento rescindir e portanto, destratar gerando somente obrigações para a outra parte:

> [...] o casamento é um contrato, e, como tal, é natural que possa ser desfeito, como rescindidos podem ser os contratos em geral, com base no princípio geral de que a inexecução, por um dos contraentes das obrigações assumidas no contrato, desobriga o outro contratante do cumprimento de suas próprias obrigações, dando motivo, uma vez caracterizada a inadimplência, à rescisão, que poderá ser requerida com espeque no art. 1092, parágrafo único, do Código Civil e especificamente com respaldo nas expressas disposições contidas na Lei 6.515/77.

Se assim o fosse, de autonomia privada, poderiam as partes contratar e distratar de forma particular ou por advogados, o que a tutela estatal ainda não o permitiu. Como Rouland (2003, p.152) coloca sobre:

> Uma sociedade consensual, em que a parte do dirigismo estatal diminuiria (falo aqui sobretudo do dirigismo jurídico), constituiria um terreno muito favorável à ordem negociada, e nesse sentido as experiências das sociedades tradicionais ficariam atuais. **Mostram-nos de fato que o direito pode existir sem o Estado, e que este não é de modo algum o único garantidor da paz: tanto para uma sociedade como para um indivíduo, ficar adulto é aprender a não depender dos pais.** [...] E vejo dois perigos terríveis com os quais já se confrontam as nossas sociedades pós-industriais. O primeiro reside na persistência, até mesmo crescimento, das **disparidades socioeconômicas: tudo concorre para dizer que a partir de certo grau elas são inconciliáveis com a ordem negociada.** [...] **O segundo perigo reside na prova da diversidade.** O pluralismo se portava bem há ainda muito pouco tempo: o respeito das diferenças estava no gosto do dia. Os antropólogos do direito vêem nisso uma das chaves principais para a compreensão dos fenômenos jurídicos. Mas, há pouco tempo, vozes cada vez mais numerosas se levantam, denunciando a "peste comunitária", o "tribalismo", e o "comunitarismo". (grifo nosso)

Importante ressaltar o conceito da autonomia de vontade e diferenciar da autonomia privada, conforme Madaleno (2008, p.62) leciona:

> Muito se fala acerca da autonomia de vontade associada ao princípio da autonomia privada, e à capacidade de os entes privados estabelecerem acordos bilaterais ou manifestações unilaterais de vontade. São, no entanto, conceitos distintos, muito embora interligados, interessando ao ponto esclarecer que **a autonomia de vontade se liga ao exercício pleno da liberdade da pessoa, corolário natural de sua dignidade humana** e não fica apenas restrita a capacidade de estabelecer acordos eminentemente judiciais. (grifo nosso)

Contrariamente à Teoria contratualista do casamento, pensa Rizzardo (1994, apud CARVALHO NETO, 2007, p.32):

> É instituição porque elevado à categoria de um valor, ou de uma ordem constituída pelo Estado. É um ente que engloba uma organização e uma série de elementos que transcendem a singeleza de um simples contrato. [...] Algumas obrigações há que impregnam de contratualidade o casamento, como aquelas da mútua colaboração no sustento e nas responsabilidades econômicas. Daí muitos pretenderem encarar o matrimônio como um contrato complexo, isto é um misto de contrato e de instituição. Predomina, no entanto, o conceito de instituição, pois contém elementos que ultrapassam os limites de contrato.

Colocando fecho na questão, pode-se dizer que o casamento é um modelo híbrido entre instituição e contrato. Essa teoria tem a adesão de Eduardo Espínola, Caio Mário, Clóvis Beviláqua, Silvio Rodrigues e Eduardo Oliveira Leite, de forma atual Carvalho Neto (2007, p.33) discorre:

> Como nenhuma das idéias foi suficiente para explicar a natureza jurídica do casamento, chegou à teoria do contrato de direito de família (ou especial ou *sui generis*), tendo o casamento como ato complexo, reunindo-se o elemento volitivo (contratual) ao elemento institucional. O casamento foi, assim, concebido como uma instituição em que os cônjuges ingressam pela manifestação de sua vontade, feita de acordo com a lei.

Assim, é simples realizar o paralelo com a situação da separação e divórcio que, embora não seja totalmente contratual, mas, na medida em que pode ser realizado extrajudicialmente apresenta traços de contratualidade, principalmente no que tange a consensualidade. Convém citar Madaleno (2008, p.250):

> **Revela essa nova modalidade de separação e divórcio consensuais por escritura pública a tendência contratual do casamento, posto ser admitido em certas hipóteses o *distrato* contratual do casamento**, afastada a intervenção judicial com sua substituição pelo tabelião a se ocupar também

> da tarefa de pôr termo final a casamentos sem filhos, ou sendo os filhos já maiores e capazes, verificados os prazos legais de um ano mínimo de casamento, como requisito para a separação consensual (art. 1.574, CC), ou de dois anos de separação de fato para o divórcio direto (§ 2º do artigo 1.580, CC), ou ainda pela conversão de separação em divórcio, após um ano do trânsito em julgado da separação judicial (art. 1.580, CC), ou da lavratura de sua escritura. (grifo nosso)

A separação e divórcio consensuais via extrajudicial configuram-se uma espécie de contrato, contudo, sem anular sua função institucional e principalmente direcionando para a garantia da dignidade humana. Nesse contexto, a Lei 11.441/07 almejou garantir que o ser humano tenha plena consciência do seu ato, resultando na iniciativa própria e na independência de resolução como bem lhe convier.

Vale ressaltar que o acesso ao Poder Judiciário é uma garantia ao ser humano nos dois procedimentos, ou seja, as partes têm a opção em recorrer a via extrajudicial para finalizar a sociedade conjugal, conforme o próprio art. 1.124-A do Código de Processo Penal:

> A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, **poderão ser realizados** por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. (grifo nosso)

Assim, não há obrigatoriedade pelas partes requerentes a realizar o procedimento extrajudicial se assim não o quiserem, mesmo estando presentes os requisitos necessários para tal ato, como a inexistência de litígio e a inexistência de filhos menores ou incapazes. Portanto, a realização do procedimento por via extrajudicial ou judicial é uma opção do indivíduo que pode optar por esta ou aquela via para a realização do procedimento de separação ou divórcio consensual.

Especificamente no tocante ao acesso à justiça que hoje é um direito fundamental do cidadão, o tema proposto propõe uma discussão mais focada devido à sua importância. Castro (2003, p.320) coloca:

> **É facilmente perceptível que a denegação de Justiça constitui das violações mais comprometedoras da efetividade de um sistema de direitos humanos**, haja visto proclamar o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que – "*todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei*". (itálico do autor, negrito nosso)

Porém, nesse caso, parece que é claro que o acesso à justiça não é negado ao indivíduo, ao contrário, a via extrajudicial torna-se complementar ao Judiciário, e o cidadão tem toda a autonomia em escolher uma ou outra via.

Destarte, as Serventias Cartoriais respondem hierarquicamente ao Poder Judiciário, sendo regulamentados e fiscalizados por tal Instituição, dessa forma, através da fé pública notarial, delegados pelo Estado a juristas profissionais são compostas atividades estatais embora se dê em caráter privado. Assim, Ferreira (2007 apud CAHALI et al., 2007, p.13) assevera: "Como se vê, a nova lei assemelha o ato notarial ao processo judicial com caráter de jurisdição voluntária. Há, de fato, no serviço notarial – todo ele - verdadeira *júris dictio,* ou seja, a palavra da lei aplicada aos fatos pela tutela estatal."

Parece importante ponderar que além de objetivar diminuir a demanda junto ao Judiciário, a Lei 11.441/07 também favorece o jurisdicionado pelo viés do acesso à justiça. Dessa forma, Annoni (2003, p.81) esclarece sobre o acesso à justiça, sobremaneira, aliando-o à razoável duração do processo, instituído no art. 5º, LXXVIII da Constituição de 1988, o que:

> Assim, cumpre ao ordenamento atender, de forma mais completa e eficiente ao pedido daquele que exercer o seu direito à jurisdição, ou a mais ampla defesa. **Para tanto é preciso que o processo disponha de mecanismos aptos a realizar a devida prestação jurisdicional, qual seja, de assegurar ao jurisdicionado seu direito real, efetivo, e no menor tempo possível**, entendendo-se este *possível* dentro de um lapso temporal razoável. Além da efetividade é imperioso que a decisão seja também tempestiva. (grifo nosso)

O acesso à justiça destaca-se no conjunto de princípios fundamentais por que é o limite entre o respeito ou não ao ser humano, qual seja, o jurisdicionado. A maior garantia de liberdade e proteção ao indivíduo é oferecida pelo acesso à justiça, e como tal deve prevalecer nos objetivos da administração, sobrepondo-se aos entraves administrativos, políticos e financeiros do Estado. A efetiva operacionalização do acesso a justiça resulta do menor tempo possível de prestação ao jurisdicionado e da desburocratização dos processos, descomplicando e liberando vidas dos indivíduos envolvidos.

A Lei 11.441/07 propõe uma alternativa simples, rápida e segura na medida da particularidade de cada caso concreto, contudo, sem maiores pretensões jurídicas. Conforme Madaleno (2008, p.250) pondera:

> **Antes de ser uma medida para desafogar o Poder Judiciário, trata-se tão-somente de uma outra alternativa dada aos cônjuges** para a ruptura agora extrajudicial de seu casamento. Cuida-se apenas de uma segunda opção de terminação das justas núpcias, agora pela via administrativa, sem similar para a união estável, **podendo o casal separando ou divorciando escolher entre as vias judicial e a extrajudicial**, inclusive desistindo de uma via em andamento para a livre eleição de outra via para a sua separação ou divórcio, mas jamais se utilizando das duas opções legais. (grifo nosso)

Dessa forma, a Lei 11.441/07 foi criada para suprir parte dessas dificuldades do Estado em tutelar o jurisdicionado. Contudo, convém esclarecer que o Estado tem o dever de tutelar o direito do jurisdicionado e ainda a responsabilidade pela manutenção e boa aplicação do direito em qualquer das vias, conforme Pereira (apud BARROSO, 2006, p.155) coloca: "[...] a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe comandos aos poderes públicos, que devem atuar no sentido de evitar lesões aos bens jurídicos fundamentais".

Assim, torna-se importante a análise da Lei 11.441/07, na sua aplicação e eficácia social dentro do viés do Princípio do acesso a justiça, compondo a garantia constitucional e analisando seu cumprimento. Sobre o assunto Annoni (2003, p.81) ressalta:

> Isto porque, **a maior ameaça aos direitos do homem reside, essencialmente, na incapacidade do Estado em assegurar sua efetiva realização. Essa incapacidade, traduzida pela ausência de mecanismos de materialização dos direitos reconhecidos, traduz-se na negação do próprio Estado, constituído como democrático e de Direito.** Com efeito, um Estado que não garante a efetividade dos direitos por estes reconhecidos mostra-se ainda mais absoluto e despótico do que aqueles que não reconhecem direito algum. (grifo nosso)

O Estado brasileiro tem se mostrado insuficiente a garantir vários direitos fundamentais do ser humanos, em seus mecanismos legislativos e executivos, dessa forma, não garantindo direitos ou disponibilizando uma estrutura ineficiente. Neste caso, as questões sociais sobrecarregam o Poder Judiciário, ocorrendo o processo de excesso de "judicialização".

Contudo, o Estado tem procurado transferir essa responsabilidade ao próprio cidadão através da autonomia da vontade, através de outras Instituições privadas que fazem vezes do Estado para assim, tentar abarcar o jurisdicionado em seus direitos. Mas, é importante salientar que mesmo assim o Estado não se isenta da sua

responsabilidade objetiva frente ao jurisdicionado, mesmo que outros atuem em seu nome ou em sua função.

Contudo, é importante lembrar que as Serventias cartoriais prestam o devido respeito aos princípios notariais e constitucionais, dessa forma tornando o procedimento mais seguro às partes. E ainda, Vieira (apud COLTRO; DELGADO, 2007, p.97) ressalta uma informação quanto ao divórcio direto que, preenchido seus requisitos:

> Parece claro que a legislação em questão representa celeridade em questões em que as partes poderão a partir da lavratura de escritura pública, ver dissolvida a sociedade ou o vínculo conjugal. E isso porque, não obstante em algumas localidades fosse possível aos cônjuges se dirigir ao **Poder Judiciário** e, no mesmo dia, obter sentença homologatória de sua separação ou divórcio, em outras, infelizmente, **tem-se notícia de que, distribuído o pedido de homologação, as audiências de ratificação é designada para seis meses depois.** (grifo nosso)

A Lei 11.441/07 também impõe como requisito do procedimento extrajudicial a assistência do advogado devidamente inscrito na OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, e, por conseguinte que a assistência não é simples presença formal ao ato para sua autenticação, mas, de efetiva participação na função de assessorar e orientar o casal conforme o artigo 1º da Lei 8.906/1994. Também, além de esclarecer dúvidas de caráter jurídico o advogado deve elaborar a minuta do acordo ou dos elementos essenciais para a lavratura da escritura pública. Na escritura constarão a qualificação do advogado e sua assinatura, sendo imprescindível o número de inscrição na OAB. Se o casal contrata o mesmo advogado, este, além do assessoramento, tem o dever de conciliar os interesses dos seus clientes viabilizando o acordo desejado pelo casal.

Também, outra questão para ser discutida é quanto à situação das pessoas carentes que não dispõem de recursos financeiros para custas processuais e nem para arcar com um advogado. Desta feita, a assistência judiciária e gratuidade ainda permanecem na discussão quando se trata da Lei 11.441/07. Mas, primeiramente cumpre-se definir os conceitos, conforme Tartuce (2007, p.104):

> Enquanto a primeira consiste no patrocínio da causa a quem não tem condições econômicas de contratar advogado, a gratuidade envolve a isenção no pagamento de custas e despesas processuais a quem demonstre impossibilidade do seu recolhimento.

E para formalizar essa questão quanto à separação e divórcio, a Lei 11.965 de 03 de julho de 2009 alterou a redação do artigo 1.124-A do Código de Processo Civil, inserindo especificamente a figura do defensor público.

Contudo, incumbe esclarecer que o estado de Santa Catarina ainda não possui Defensoria Pública, portanto, afrontando o dispositivo constitucional 134, com restrições ao direito de acesso à justiça do cidadão. O Estado de Santa Catarina possui apenas, quanto aos serviços de assistência judiciária, a prestação de serviços voluntários por meio de convênios com Instituições Universitárias na área jurídica, as quais nem sempre possuem estrutura para atuar extrajudicialmente e os serviços prestados pela OAB, por meio dos advogados dativos credenciados.

Nesse mesmo condão, o Conselho Nacional de Justiça através da Resolução nº 62 de 10 de fevereiro de 2009 institui que os Tribunais poderão realizar convênios com instituições ou mesmo com advogados que sob a denominação de "voluntários" visto que não recebem valores financeiros para a realização de tal atividade, de forma que serão um suporte as defensorias públicas ou substituição, como é o caso de Santa Catarina que não a possui.

Importante ressaltar, todavia, esta deficiência não é sanada por estas medidas paliativas e provisórias, uma vez que as atribuições constitucionais conferidas aos advogados são distintas das conferidas aos defensores públicos, cujos poderes foram ampliados e fortalecidos com a Emenda Constitucional 45/2004.

Quanto a gratuidade das custas, Rosa e Cahali (2007, apud Cahali et al., 2007, p.109) ponderam:

> Portanto, a interpretação civil-constitucional determina que **a gratuidade de que trata o §3.º do art. 1.124-A do Código de Processo Civil, se estenda também para todos os atos decorrentes da escritura pública, necessários para a sua plena e total eficácia, inclusive contra terceiros.** Neste sentido está a orientação da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina, que, inclusive, já previu o ressarcimento desses custos, mediante a aplicação de outro provimento anterior. A iniciativa é louvável, pois deverão, sim, ser ressarcidos os custos, sob pena de tornar inviável para o notário o desempenho da atividade, especialmente em determinados casos, quando a comunidade for excessivamente carente e a própria renda da serventia é comprometida. (grifo nosso)

Vale salientar ainda que, as discussões sobre os parâmetros que definem a situação econômica do indivíduo não findaram e, portanto, é válido verificar as últimas decisões inovadoras sobre o assunto, neste caso Tribunal Regional Federal[1]:

> **Além da renda média do brasileiro, outro critério é possível, e preferível, para distinção entre aqueles que sejam hipossuficientes e quem tem acesso ordinário aos bens da vida, é a capacidade contributiva prevista no imposto de renda.** Explica-se: o legislador elegeu as faixas de isenção de tributação do imposto de renda, a primeira faixa (com a alíquota ordinária de 15%) e tributação na segunda faixa (com alíquota aumentada para 27,5%). **Assim, a família que tiver rendimento mensal dentro da faixa tributária de isenção, deve ser considerada hipossuficiente (para fins da capacidade contributiva e, via de conseqüência, para sua subsistência).** Aquelas famílias que estiverem dentro dos limites estabelecidos pelo fisco como tributáveis na alíquota de 15% devem ser consideradas relativamente capazes de prover a maioria de suas necessidades, ao passo que as famílias que tiverem rendimentos iguais ou superiores ao valor mínimo tributado à alíquota de 27,5% devem ser consideradas plenamente capazes de prover todas as necessidades ordinárias. **A eleição deste critério baseado na capacidade contributiva tem a qualidade de não eleger um valor aleatório, mas aquele que o próprio Estado-legislador reconheceu como razoável para tributar. Assim, aqueles que estão dentro da faixa de isenção foram reconhecidos, por lei, como contribuintes que não possuem capacidade econômica (riqueza) excedente que possibilitasse sua contribuição para os cofres públicos.** (grifo nosso)

Portanto, nesse contexto, ainda é imprescindível a faculdade aos interessados de ingresso no Judiciário, sob pena de não garantir a resolução de suas questões particulares, o que culmina na violação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, por negativa de acesso à jurisdição. Destarte, com base na Resolução nº 35/2007, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, conclui-se que a Lei nº 11.441/2007 trouxe uma opção a mais para os interessados e não uma imposição legal aos procedimentos extrajudiciais de divórcios, separações, inclusive inventários e partilhas consensuais.

Assim, é válida a atenção para mudanças que visam melhorar o acesso a justiça do jurisdicionado, não importando para tal qual via alternativa seja a sua opção.

4 Os cartórios e os princípios constitucionais e cartoriais.

Os Cartórios, mesmo concorrentes com o Poder Judiciário em sua competência para formalizar as separações e divórcios, têm no art. 236 da Constituição Federal de 1988 a sua legitimidade para desempenhar a função pública. Assim, conclui Rosa (apud CAHALI et al., 2007, p.51): “A atividade notarial é tão pública quanto à atividade judicial. O que diferencia uma da outra é a forma do exercício, que no primeiro caso se dá em caráter privado e, no segundo, em caráter público.”

Também não se pode deixar de enfatizar que os notários já vêm realizando alguns procedimentos no direito de família outorgados pelo Estado, como a declaração de união estável e as escrituras públicas de pactos antenupciais.

Assim, através da fé pública do notário é possível conferir validade aos atos privados. Dessa forma, Ferreira (apud CAHALI et al., 2007, p.19) salienta: "O tabelião brasileiro presta um serviço público e está, por conseguinte, submisso aos princípios constitucionais."

O respeito aos princípios fundamentais constitucionais, os privados e os registrais é a forma de segurança jurídica do serviço notarial, objetivo do mesmo. Conforme Penteado (apud COLTRO; DELGADO, 2007, p.192):

> [...] a função do notário acaba por ser de segurança, na medida em que fornece a estabilidade própria às relações jurídicas que circulam pelo sistema notarial e registral. A segurança consiste justamente, nessa perspectiva, no afastamento da turbulência que atos jurídicos podem sofrer por ações de impugnação. O ato notarial acaba por ser mais estável que os demais atos porque já passou por um controle maior de sua estabilidade e, portanto, já adquiriu uma maior certeza e uma estrutura de segurança.

Importante ressaltar a diferença entre o sistema notário e o de registro, conforme Ferreira (2007, apud CAHALI et al., 2007, p.33): "Nos sistemas notarial e registral há funções distintas, uma para se obter a eficácia obrigacional e a seguinte, o registro, para a eficácia de direito real." Ainda, Souza (2007, p.02) descreve:

> Considerando que há duas fases na aquisição do direito real no direito brasileiro (uma obrigacional e outra real), ao tabelião cabe o controle da legalidade pré-documental, exigindo as certidões, e ao registrador a qualificação do título, quanto à forma e ao fundo, decorrendo da atividade conjunta a segurança que se busca. **O duplo controle, no nosso sistema, reforça a segurança jurídica de maneira incontestável.** (grifo nosso)

Assim, as Serventias cartoriais trabalham sob a égide dos princípios da boa administração pública, quais sejam, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficácia. Também são regidos pelos princípios do direito privado, à seguir: a liberdade de contratar ou autonomia da vontade, a obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*), a supremacia da ordem pública, probidade e boa-fé e função social do contrato. Destes, destaca-se a supremacia da ordem pública, no sentido de que o Cartório não está isento de se pronunciar se aferir discrepâncias formais e materiais

quanto ao procedimento realizado em seu estabelecimento, que contrariem ou proponham possibilidades de risco a ordem pública, ou seja, a terceiros, a coletividade.

E finalmente, seguem aos princípios notariais, dos quais o notário deve ter especial zelo: da segurança jurídica, da economia, da forma, da imediação, rogação, consentimento, unidade formal do ato, fé pública ou notoriedade.

O princípio da segurança jurídica, conjuntamente com o da ordem pública, garante a idoneidade dos negócios jurídicos realizados nas Serventias. À medida que o objetivo notarial é formalizar o direito das partes e, portanto, consistir em prova expressa da existência desse direito, o princípio da segurança jurídica torna-se orgânico na estrutura da atividade notarial. Assim, Ferreira (2007, apud CAHALI et al., 2007, p.36):

> O notário deve operar pensando nas duas faces, a particular e a pública. A segurança a buscar é para as partes, para a sociedade e para o Estado. Esta segurança é instrumental, ou seja, o notário não responde pelo fracasso de um negócio, e tampouco fiscaliza tributos devidos por outros atos extra-notariais, anteriores, presentes ou futuros. A cognição notarial é concentrada e limitada ao ato ou negócio que formaliza.

Também faz parte da função do notário buscar opções, oferecer alternativas existentes que sejam economicamente favoráveis as partes, obviamente que dentro da legalidade. É a disponibilização de meios para realizar o procedimento sob a ótica da economia processual e financeira, objetivando o equilíbrio. Assim, a forma também é uma diretriz que deve ser observada já que diz respeito a todo fato ou ato jurídico, porém, ressalte-se que torna plena a segurança jurídica almejada. Neste condão, pode-se afirmar que o ato formal possui efeito probante (*iuris tantun*) pleno.

Outro, o princípio da imediação, diz respeito ao contato próximo entre as partes e o notário, possibilitando uma interação entre a vontade das partes e os instrumentos possíveis e adequados. Contudo, complementarmente, o princípio da rogação compõe essa relação, quando as partes solicitam o serviço notarial, ou seja, buscam no serviço notarial uma solução para seu caso concreto. Portanto, é uma espécie de requerimento do serviço notário, sendo conveniente em muitos casos ser expresso.

O princípio do consentimento também é um dos mais importantes para a composição da segurança jurídica, pois se trata da faculdade das partes em concordar ou não com a redação final do instrumento notarial objetivado. Por isso, a importância de

algumas cautelas pelo tabelião, inclusive a recusa fundamentada do tabelião em realizar o ato, em caso de fraude. Segundo Ferreira (2007, apud CAHALI et al., 2007, p.39):

> A assinatura implica consentimento para o ato e o que nele se contém, na sua totalidade, sem exceção ou condições. A leitura integral do ato, o questionamento às partes sobre sua compreensão e eventuais dúvidas, a cautela de esclarecê-las, mesmo que tímidas ou banais, resguardam o ato notarial de ataques posteriores de quem consente com dúvidas ou má compreensão do ato.

Por último, mas, com igual valor, o princípio da notoriedade e fé pública é a formação do juízo de convicção sobre o fato declarado, baseado em documentos apresentados e relatos das partes, assim, segundo Ferreira (2007, apud CAHALI et al, 2007, p.41): "[...] é um juízo de responsabilidade exclusivo do notário que cria uma presunção de verdade somente suscetível de impugnação judicial."

Importante destacar, outrossim, que a função notarial, como qualquer outra função pública, deve atender aos princípios e garantias fundamentais, sob pena de nulidade dos atos praticados.

5 A separação judicial no estado de Santa Catarina.

Primeiramente é importante realizar uma análise geral dos dados no que se refere ao Brasil. O estudo realizado pelo IBGE mostra que a sociedade brasileira está mais consciente de sua possibilidade de opção em extinguir ou não a sociedade conjugal, assim, os indivíduos tiveram uma alteração na aceitação da situação de separação ou divórcio, que antes de 1988 era impregnada pelo preconceito.

Também, o acesso à justiça tem sido o pilar da sociedade brasileira para formalizar e garantir os seus direitos previstos na Constituição e demais leis esparsas do país. Como comprovação, o relatório do IBGE[2] relata no que se refere aos dados gerais do Brasil que:

> Em 2007, tanto as separações quanto os divórcios tiveram crescimento no seu volume total, entretanto, quando se analisam os resultados através das taxas de gerais, medidas calculadas para a população com 20 anos ou mais de idade, observa-se que **as separações mantiveram-se estáveis, em relação a 2006.** A avaliação da série compreendida entre 1997 e 2007 revela pouca oscilação nas taxas de separação. O maior valor foi obtido em 1999 (0,95%)

> e o menor, em 2004, 0,82% [...] **As taxas de divórcio, em 2007, quando se completou 30 anos da instituição do divórcio no Brasil, atingiram o seu maior valor na série mantida pelo IBGE desde 1984.** A comparação destes dados no período mostra um crescimento superior a 200%. Houve aumento significativo em 1989, em decorrência da alteração que ocorrera no ano anterior reduzindo os prazos mínimos para iniciar os processos, sendo um ano, no caso das separações, e dois anos, no dos divórcios [...]**A elevação das taxas de divórcio**, ocorrida no período citado, **revela uma gradual mudança de comportamento na sociedade brasileira, que passou a aceitar o divórcio com maior naturalidade e a acessar os serviços de justiça de modo a formalizar as dissoluções que atendem aos critérios estabelecidos**: no caso dos divórcios, são dois anos de separação de fato, para os divórcios diretos, ou de um ano após a separação judicial. **A opção, em 2007, por realizar os divórcios nos Tabelionatos também foi um fator que impulsionou a taxa** desse evento para cima. **Foram notificados ao IBGE 28164 registros dessa natureza, a maior parte deles resolvidos com a rapidez da lavratura de uma escritura pública.** (grifo nosso)

Esse é um progresso nas dependências privadas, ou seja, o indivíduo possui mecanismos de facilitação e de formalização da alteração de status familiar de forma a garantir o seu bem-estar pessoal, a resolver questões privadas que refletem subjetivamente e objetivamente na sociedade como um todo. Assim, conforme IBGE[3]:

> Em 2007, os divórcios diretos, isto é, aqueles que não passaram por uma separação judicial anterior, foram 70,9% do total ocorrido no País. **A opção por formalizar as dissoluções a partir do divórcio direto tem se mostrado mais ágil por reduzir os trâmites judiciais e o tempo para solução dos casos.** Considerando a soma das separações e dos divórcios diretos sem recursos, totalizou-se 231 329 dissoluções ocorridas no ano de 2007. Isto significa dizer que, aproximadamente, **para cada quatro casamentos realizados houve uma dissolução.** (grifo nosso)

Neste sentido, faz parecer que o Estado Brasileiro tem, principalmente por meio da Lei 11.441/07, possibilitado aos cidadãos que exercitem seus direitos fundamentais, principalmente a dignidade humana.

Assim, pode-se afirmar que há uma vinculação entre o poder público (suas Instituições) e os direitos fundamentais ao se pressupor que o Estado tem o dever de atuar positivamente para promover e proteger o indivíduo de quaisquer lesões, mesmo nas relações privadas. Dessa forma, tanto via judicial quanto extrajudicial a separação e o divórcio devem ser tutelados pelo Estado, garantindo ao indivíduo não somente dignidade humana mas a segurança jurídica necessária.

Seguidamente, faz-se uma análise dos dados específicos judiciais do Estado de Santa Catarina, em que tem por base os números do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas.

Em Santa Catarina verifica-se que quanto às separações consensuais judiciais ocorridas em 2007, das 4.966 **separações judiciais concedidas**[4] em 1ª instância (consensuais e não consensuais), 803 (16,2%) são de casais sem filhos e 598 (12%) de casais que possuem filhos maiores de idade, sendo portanto 2.846 (57,3%) o número de casais com filhos menores de idade e 719 (14,5%) o número de casais com filhos maiores e menores de idade.

Em outro gráfico do IBGE[5] do mesmo ano de 2007 consta o valor total de separações neste ano de 5.199, das quais 3.494 (67,20%) foram separações consensuais e 1.704 (32,77%) converteram-se em processos litigiosos, sendo apenas 1 caso (0,03%) sem declaração.

Assim, verifica-se que a consensualidade é a regra com 67% dos casos, mas apenas 28% (vinte e oito por cento) dos casais que procuram o Poder Judiciário poderiam eventualmente realizar esse procedimento por via extrajudicial, visto o requisito da inexistência de filhos menores e/ou incapazes. Assim, em 2007 nos processos judiciais, embora o consensualismo tenha preponderado, o requisito específico quanto aos filhos tornou-se restritivo à opção pelo procedimento extrajudicial.

Ainda, como informação complementar, desse total de 4.966 de **separações judiciais concedidas**[6] (consensuais e não consensuais), verificou-se que há uma curva ascendente do número de separações proporcional ao tempo de casamento. Isto implica dizer que o número de separações ocorre com mais freqüência entre casais com mais de 20 anos de convivência matrimonial.

Segundo os dados do ano de 2007, em Santa Catarina, das 4.966 separações judiciais concedidas, houve um leve aumento de separações entre os casais com apenas um ano de convivência aos casais com até 9 anos de casamento, com número mínimo de 150 e máximo de 244 ocorrências. Já para os casais casados entre 10 a 14 anos, o número de separações concedidas foi de 875, ao se analisar os casais casados entre 15 a 19 anos, o número de separações registradas foi aproximadamente de 831 e os casais com 20 anos ou mais de casamento foram responsáveis por 1.394 casos de separações. Estes dados podem ser um indicativo de que os casais evitam a separação até que os filhos atinjam a maioridade ou independência financeira.

O número de casos de separação judicial no ano anterior a edição da Lei 11.441/2007 foi maior, numa diferença de aproximadamente 700 casos. Em 2006, foram 5.677 **separações judiciais concedidas** em 1ª instância (consensuais e não

consensuais). Deste total, 1.141 (20%) são separações de casais sem filhos, 701 (12%) de casais que possuem filhos maiores de idade, 3.107 (55%) de casais somente com filhos menores e 728 (13%) de casais com filhos maiores e menores.

Isto implica dizer que 32% (trinta e dois pontos percentuais) de casais que preenchiam o requisito da inexistência de filhos menores e/ou incapazes eram possíveis optantes pelo procedimento extrajudicial, devendo considerar a (in) existência de litígio. Contudo, foi aferido que do total das 5.677 separações, 4.213 (74%) foram consensuais e 1.464 (26%) foram não consensuais, o que se aponta um forte índice de consensualismo nestes procedimentos.

O requisito específico da inexistência de menor de idade e/ou incapazes tem um reflexo bastante significativo no alcance e eficácia da Lei 11.441/07, o que propõe o viés da preocupação do Estado com a segurança em relação aos direitos da criança e do adolescente e também do incapaz, porém, sem restringir de forma absoluta, a toda a parcela de separações consensuais, o direito a via extrajudicial para os casos que lhes são aptos.

6 As Separações Extrajudiciais em Santa Catarina 2007

O número total de **separações pela via extrajudicial em 2007**, realizadas à partir da edição da Lei n. 11.441/07, por meio de escrituras públicas firmadas nos Tabelionato de Notas no estado de Santa Catarina, foi de 795 escrituras[7].

Em uma análise comparativa direta, pode-se perceber que houve uma transferência direta das demandas propostas em face do Poder Judiciário entre os anos de 2006 e 2007, para as Serventias Cartoriais. A diferença no número de separações judiciais realizadas entre 2006 e 2007, num total de 711 casos, é praticamente idêntica ao número de casos decididos pela via extrajudicial, que foi neste mesmo ano de 795, o que permite concluir que a nova lei , neste primeiro momento, cumpriu com seu objetivo de garantir a um tempo celeridade processual e novas alternativas de acesso à justiça, e de outro modo, desafogar o Poder Judiciário de temas que podem ser resolvidos pelas partes administrativamente.

Importante complementar que dos casos analisados, a maioria dos procedimentos versam sobre o regime da comunhão parcial dos bens do casamento,

num total de 551 escrituras, o equivalente a 69% (sessenta e nove pontos percentuais) dos casos realizados pela via administrativa. Os demais, em percentuais menores, versam, em sobre o regime da comunhão universal dos bens e, 210 escrituras (26%), e ainda, sobre o regime da separação de bens, em apenas 33 casos (4%), restando apenas um caso de separação sem qualquer declaração de bens ou partilha a ser realizada.

Ainda, analisando os dados do **tempo decorrido entre a data de casamento e a da escritura pública de separação e/ou divorcio**[8] verificou-se que houve uma incidência maior de casos entre os casamentos mais recentes, com 139 escrituras (17%) para casamentos com pouco mais de 2 anos, e para casais com 20 anos ou mais de convivência matrimonial, com 162 escrituras (20%). Nos demais casos, o percentual varia entre 2% (dois pontos percentuais) a 15% (quinze pontos percentuais) para os períodos de 3 a 19 anos de convivência conjugal.

Pode-se, assim, concluir que a grande maioria dos casais catarinenses adotou o regime geral como regra para o regime de bens. Pode-se ainda induzir que a nova lei também ajudou a regularizar a situação de muitos casais, que já se encontravam separados de fato, mas que em razão dos custos e da demora da via judicial, não tinham até então atualizado seu estado civil.

Por fim, pode-se ainda concluir que a Lei 11.441/07 está possibilitando essa opção ao indivíduo e contribuindo para a diminuição da demanda do Poder Judiciário, sendo tendência o crescimento com a informação e divulgação para a comunidade.

7 Divórcios Judiciais em Santa Catarina 2006/2007

No que concerne ao Divórcio, os dados analisados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas demonstram que dos **divórcios concedidos em 1ª instância em 2007**[9] num total de 5.106 (consensuais e não consensuais), 1.683 são divórcios consensuais diretos o que corresponde a 33% (trinta e três pontos percentuais) do total de divórcios e 1.348 divórcios consensuais indiretos o que corresponde à 26% (vinte e seis pontos percentuais) do total de divórcios concedidos, ou seja, 59% (cinqüenta e nove pontos percentuais) de divórcios consensuais.

Obviamente que há que se considerarem os demais requisitos que a Lei 11.441/07 impõe como a inexistência de menores ou incapazes, mas, já se depreende

que é um valor bastante significativo a procura pelo divórcio consensual por meio do Poder Judiciário.

Dos 5.106 **divórcios concedidos em 1ª instância**[10], 1464 (29%) são a casais que não

tem filhos, 1.161 (23%) são a casais que têm somente filhos maiores, 1.895 (37%) são a casais que têm somente filhos menores, 584 (11%) são à casais que possuem filhos maiores e menores e ainda 2 sem declaração sobre filhos.

Neste caso, 52% (cinqüenta e dois pontos percentuais) correspondem aos divórcios concedidos em 1ª instância que hipoteticamente poderiam ser realizados pela via extrajudicial se em todos esses não houvesse nenhum tipo de litígio, o que não se pode afirmar. Mas, comparativamente demonstra um bom índice se for considerado que 59% (cinqüenta e nove pontos percentuais) dos divórcios concedidos foram consensuais.

Nos dados de 2006 verifica-se o total de 5.704 **divórcios concedidos em 1ª instância**[11] sendo que 2.273 (40%) são consensuais diretos e 1.645 (29%) consensuais indireto, restando 1.778 (31%) de não consensuais e 8 sem declaração. Assim, perfaz-se 69% (sessenta e nove pontos percentuais) de divórcios consensuais.

Deste total de 5.704 **divórcios concedidos em 1ª instância**[12], 1.889 (33%) são a casais que não tem filhos, 1.283 (22%) são a casais que têm somente filhos maiores, 1.964 (35%) a casais com filhos menores e 568 (10%) a casais com filhos maiores e menores. Logo, em 2006, 55% (cinqüenta e cinco dois pontos percentuais) dos divórcios poderiam ser realizados em Cartórios, ou seja, pela via extrajudicial, considerando somente o requisito da inexistência de filhos menores e/ou incapazes e desde que não considerando a litigiosidade.

Em 2006, conforme dados do IBGE[13]:

> A análise das dissoluções dos casamentos, por divórcio, segundo o tipo de família, mostrou que, em 2006, para o País como um todo, **havia proporção maior dos casais que tinham somente filhos menores de 18 anos de idade (38,8%), seguidos dos casais sem filhos (31,1%).** (grifo nosso)

Ainda sobre o **tempo transcorrido entre as datas do casamento e da sentença**[14], nos casos de divórcios concedidos em 1ª instância em 2006 verifica-se que os dados são bastante parecidos com as separações concedidas em 1ª instância também.

Há uma curva ascendente quanto ao número de divórcios entre 1 e 2 anos de casamento até 9 anos, com valor mínimo de 89 e máximo de 197 divórcios por ano, sendo que 10 à 14 anos o valor fica em 868 divórcios, 15 à 19 anos o valor fica em 926 divórcios no período e 20 anos ou mais em 2.485 divórcios no período. Aqui a média anual de divórcios é de 149 até o 9º ano e após a média passa para 217 e 231 divórcios por ano, respectivamente. Sendo que após os 20 anos de casamentos não foram calculados por não se ter um parâmetro exato de anos.

8 Divórcios Extrajudiciais em Santa Catarina 2007

Ainda considerando dados do estado de Santa Catarina, quanto ao procedimento de divórcio extrajudicial verifica-se que o número de escrituras[15] em 2007 foi o total de 1.192. Destes 864 são divórcios diretos e 328 divórcios indiretos. Denota-se que as pessoas procuram a via extrajudicial para formalizar situações de fato que estavam sendo postergadas, nos casos dos divórcios diretos que tiveram um valor substancial de 72% (setenta e dois pontos percentuais).

Também no que tange ao regime de bens do casamento 464 (39%) são de comunhão universal, 687 (58%) são de comunhão parcial e 41 (3%) de separação de bens.

Quanto ao tempo transcorrido entre as datas do casamento e da escritura de divórcio[16], manteve a média até 15 a 19 anos, sendo o mínimo de escrituras foi zero e o máximo de 89 escrituras, porém, nos 20 anos ou mais que o valor surpreendeu com 572 casos de escrituras.

Mais, uma vez demonstra que havia uma parcela da sociedade inerte quanto ao procedimento de divórcio e que ao identificar a possibilidade da realização do procedimento do divórcio via extrajudicial visualizou como uma oportunidade para formalizar sua situação da sociedade conjugal. Neste caso, mesmo estando os filhos maiores de idade, não optaram anteriormente pela via judicial.

9 Considerações Finais

Após muito tempo de atraso institucional, o Brasil e sua Constituição Federal, já com 20 anos completos, foram objetos de uma evolução quanto ao tema dos direitos constitucionais, não apenas formalmente, mas, também no que se refere à preocupação com a sua efetividade. E nesse condão da eficácia dos direitos fundamentais o Brasil, através de seus legisladores, tem apresentado um amadurecimento coerente com a os institutos da democracia inaugurada em 1988 e com os princípios da dignidade humana e do acesso a justiça, tão caros à nossa sociedade.

Hoje, através de vários mecanismos constitucionais garantidos e da sociedade civil mais consciente e ativa, é possível se inferir o permeamento constitucional na sociedade.

O objetivo foi diminuir a demanda do Poder Judiciário, e a atividade notarial tem se mostrado servil e apta a oferecer seus serviços a sociedade na medida em que respeita a vontade das partes, cabendo ao Poder Judiciário o papel de guardião dos interesses públicos e do bem comum, devendo se manifestar apenas nos casos em que a partes, por si só, não conseguem resolver seus litígios.

Por isso, importante consagrar definitivamente essa nova via de procedimento como um avanço em nossa sociedade e, sobretudo, como um mecanismo que visa facilitar a vida das pessoas, garantindo a aplicação dos seus direitos fundamentais.

REFERENCIAS

ANNONI, Danielle. **A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional.** Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2003. 238 p. ISBN 9788530915223

BRASIL. Constituição Federal de 1988 de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 jan. 2009.

BRASIL. Código de Processo Civil - Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 jan. 2009.

BRASIL. Lei 11.441/07, de 4 de janeiro de 2007. Aprova as normas de divorcio e separação extrajudicial. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 jan. 2009.

BRASIL. Lei 11.965/09, de 3 de julho de 2009. Dá nova redação aos arts. 982 e 1.124-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 jul. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 jan. 2009.

BRASIL. Resolução nº 35 de 24 de abril de 2007. Disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF, 24 de abri 2007. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 21 jan. 2009.

BRASIL. Lei 8.935/94, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 nov.1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 jan. 2009.

BRASIL. Lei 6.515/77, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências**. Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 dez 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 jan. 2009.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Separação e divórcio:** teoria e prática: à luz do novo código civil. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2003. 559 p. ISBN 8503625385

CARVALHO NETO, Inácio de. **Separação e divórcio teoria e prática:** à luz da Lei 11.441/07 que permitiu a separação e o divórcio consensuais em cartório: teoria e prática. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2007. 575 p. ISBN 9788536214672

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira; BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta e os direitos fundamentais:** ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 813 p. ISBN 8530918061

DIAS, Sen. Heitor. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado (671/77) sobre a Lei do Divórcio. In: WALD, Arnoldo. **O novo direito de família.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 762 p. ISBN 8502043781

FERREIRA. Paulo Roberto Gaiger. Introdução: uma lei de procedimentos. In: CAHALI. Francisco Jose et al. **Escrituras Públicas:** separação, divórcio, inventário e partilha consensuais: análise civil, processual, tributário e notarial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Cap. 1, p.11-14.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. Princípios do direito notarial. In: CAHALI, Francisco Jose et al. **Escrituras públicas:** separação, divórcio, inventário e partilha consensuais: analise civil, processual, tributária e notarial. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2007. Cap.3. p.17-48.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. Procedimento judicial e procedimento notarial. In: CAHALI, Francisco Jose *et al.* **Escrituras públicas:** separação, divórcio, inventário e partilha consensuais: analise civil, processual, tributária e notarial. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2007. Cap.2. p.15-16.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. **Estatísticas do Registro Civil 2007.** V.34. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2007/registrocivil_2007.pdf>. Acesso em 10/07/2009.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. **Estatísticas do Registro Civil 2006.** V.33. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao /registrocivil/2006/registrocivil_2006.pdf> Acesso em 10/07/2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. xvii, 899 p. ; ISBN 9788530927448

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Pode-se admitir o restabelecimento da sociedade conjugal por ato celebrado em cartório extrajudicial e segundo a moldura prevista para a separação na Lei 11.441/2007. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais.** São Paulo: Método, 2007. 352 p.

MOTTA, Carlos Dias. Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos. In: MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. xvii, 899 p. ; ISBN 9788530927448

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. **Polêmica sobre a ação:** a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 319 p. ISBN 8573484063

PENTEADO, Luciano de Camargo. Quais os contornos da responsabilidade civil dos notários por danos decorrentes da prática dos atos previstos na lei 11.441/2007? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais.** São Paulo: Método, 2007. 352 p.

PEREIRA. Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito Fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO. Luís Roberto.(org). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de janeiro: Renovar, 2006. ISBN 8571475458

PEREIRA, Lafayette Rodrigues; GAMA, Ricardo Rodrigues. **Direitos de família.** Campinas, SP: Russell Editores, 2003. 388 p. ISBN 8589251012

ROSA, Karin Regina Rick. Adequada atribuição de competência aos notários. In: CAHALI, Francisco Jose *et al*. **Escrituras públicas:** separação, divórcio, inventário e partilha consensuais: analise civil, processual, tributária e notarial. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2007. Cap4. p.49-55.

ROSA, Karin Regina Rick. CAHALI, Francisco Jose. As disposições comuns às escrituras de separação e de divórcio consensual. In: CAHALI, Francisco Jose *et al*. **Escrituras públicas:** separação, divórcio, inventário e partilha consensuais: analise civil, processual, tributária e notarial. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2007. Cap 11. p.100-111.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito:** antropologia jurídica da modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 407 p. ISBN 8533618980

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. 503p. ISBN 9788573484915

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Ainda as certidões de feitos ajuizados, Boletim eletrônico do IRIB, n.2851, 24 fev. 2007. Disponível em: **Erro! A referência de hiperlink não é válida.**>. Acesso em: 15 jun. 2009. ISSN 1677-4388

TARTUCE, Fernanda. Cabe pedido de assistência judiciária gratuita nos procedimentos extrajudiciais previstos na lei 11.441/2007? Qual o alcance do benefício de gratuidade estabelecido no § 3º do art.1.124-A do CPC? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais.** São Paulo: Método, 2007. 352 p.

VIEIRA, Cláudia Stein. A prova do lapso temporal de separação fática para a formulação de petição de divórcio direto com base na Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais.** São Paulo: Método, 2007. 352 p.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 762 p. ISBN 8502043781

---

[1] **Tribunal Regional Federal** – 4ª Região – AG. 2008.04.00.001503-8/ RS. Data da Decisão: 15/01/2008. Orgão Julgador: Terceira Turma. Fonte: D.E. 01/02/2008. Relator: João Pedro Gebran Neto.

[2] IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2007.** V.34. p.48-49. Disponível em: <**Erro! A referência de hiperlink não é válida.**>

[3] IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2007.** V.34. p. 50. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/ home/estatistica/populacao /registrocivil/2007/registrocivil_2007.pdf. Acesso em 10/07/2009.

[4] IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2007. V.34. p.113. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao /registrocivil/2007/registrocivil_2007.pdf. Acesso em 10/07/2009.

[5] IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2007. Tabela 5.1 - Processos de separação judicial encerrados em 1ª instância, por natureza e fundamento da ação, segundo o lugar da ação do processo – 2007. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Registro_Civil/2007/. Acesso em 15/07/09.

[6] IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2007. V.34. p. 121. Disponível em:

http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao /registrocivil/2007/registrocivil_2007.pdf. Acesso em 10/07/2009.

[7] IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2007.** V.34. p. 124. Tabela 5.11 - Escrituras de separação, por regime de bens do casamento, segundo o lugar da lavratura da escritura – 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao /registrocivil/2007/registrocivil_2007.pdf>. Acesso em 10/07/2009.

[8] IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2007.** V.34. p. 126. Tabela 5.12 - Escrituras de separação, por tempo transcorrido entre as datas do casamento e da escritura, segundo o lugar da lavratura da escritura - 2007 Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2007/ registrocivil _2007.pdf>. Acesso em 10/07/2009.

[9] IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2007.** V.34. p. 133. Tabela 6.2 - Divórcios concedidos em 1ª instância, por tipo e natureza, segundo o lugar da ação do processo – 2007. Disponível em: <**Erro! A referência de hiperlink não é válida.**>. Acesso em 10/07/2009.

[10] IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2007.** V.34. p. 136. Tabela 6.4 - Divórcios concedidos em 1ª instância, por tipo de família e total de filhos, segundo o lugar da ação do processo – 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2007/registrocivil_20 07.pdf>. Acesso em 10/07/2009.

[11] IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2006.** V.33. p. 130. Tabela 6.2 - Divórcios concedidos em 1ª instância, por tipo e natureza, segundo o lugar da ação do processo - 2006 Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2006/registrocivil_20 06.pdf> Acesso em 10/07/2009.

[12] IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2006.** V.33. p. 133. Tabela 6.4 - Divórcios concedidos em 1ª instância, por tipo de família e total de filhos, segundo o lugar da ação do processo – 2006. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2006/registrocivil_20 06.pdf> Acesso em 10/07/2009.

[13] IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2006**. V.33. p. 51. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/ home/estatistica/populacao/registrocivil/2006/registrocivil_2006.pdf> Acesso em 10/07/2009.

[14] IBGE**. Estatísticas do Registro Civil 2006.** V.33. p. 142. Tabela 6.9 - Divórcios concedidos em 1ª instância, por tempo transcorrido entre as datas do casamento e da sentença, segundo o lugar da ação do processo – 2006. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/ registrocivil/2006/registrocivil_2006.pdf>. Acesso em 10/07/2009.

[15] IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2007.** V.34. p. 148. Tabela 6.11 - Escrituras de divórcio, por tipo e regime de bens, segundo o lugar da lavratura da escritura – 2007.

Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao /registrocivil/2007/registrocivil_2007.pdf>. Acesso em 10/07/2009.

[16] IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2007.** V.34. p. 150. Tabela 6.12 - Escrituras de divórcio, por tempo transcorrido entre as datas do casamento e da escritura, segundo o lugar da lavratura da escritura – 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/ 2007/registrocivil_2007.pdf>. Acesso em 10/07/2009.

O ACESSO À JUSTIÇA E O PODER JUDICIÁRIO*

EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL PODER JUDICIAL

Danyelle Bezerra Terhorst

RESUMO

O acesso à justiça é direito fundamental, assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso XXXV, onde reza que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Assim, podemos afirmar que a Carta Magna visa garantir a eficácia das decisões judiciais e acesso irrestrito à todos os jurisdicionados, indiscriminadamente, sendo irrelevante sua condição econômica e social. O acesso é justiça é uma garantia de direito, e como mencionado, é direito fundamental constitucionalizado, cuja aplicação é imediata

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA; ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA; PODER JUDICIÁRIO.

RESUMEN

El acceso a la justicia es un derecho fundamental garantizado por la Constitución de la República Federativa del Brasil, en su arte. 5, XXXV, que establece que "la ley no excluye la consideración de la lesión o la amenaza Poder Judicial a la ley." Así pues, podemos decir que la Constitución tiene por objeto garantizar la eficacia de las decisiones judiciales y el acceso sin restricciones a todos los tribunales, de forma indiscriminada, es irrelevante su desarrollo económico y social. El acceso a la justicia es una garantía de la ley, y como se mencionó, es un derecho fundamental constitucionalizado, cuya aplicación es inmediata.

PALAVRAS-CLAVE: EL ACCESO A LA JUSTICIA, LA ASISTENCIA JURÍDICA, EL PODER JUDICIAL.

1. Acesso à Justiça

O acesso à justiça tem seus primórdios na *Magna Charta Libertarum (Carta Magna das Liberdades)*, declaração solene que o rei João da Inglaterra, dito João Sem-Terra, assinou, em 15 de junho de 1215, perante o alto clero, conforme dispunha o artigo 40:

"Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça".

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Em meados dos séculos dezoito e dezenove (estados liberais "burgueses), os procedimentos adotados para solução de litígios incidia na concepção individualista dos direitos, sendo o direito ao acesso judicial essencialmente formal, restrito a propor ou contestar uma ação.[1]

A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.[2]

O crescimento das sociedades refletiu na transformação e desenvolvimento dos direitos humanos, fazendo com que as ações assumissem caráter coletivo, deixando para trás a visão individualista dos direitos, proporcionando o reconhecimento do direito ao acesso efetivo, *"[...] como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais [..]"*, pois a contrário senso, a titularidade dos direitos seria *"[...] destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação."*[3]

Na legislação pátria, o acesso à justiça encontra-se sedimentado na Constituição da Republica Federativa do Brasil, a fim de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

A doutrina ensina que há dois sentidos para a expressão "acesso à justiça". Em um primeiro momento, preceitua "justiça" como sinônimo de "poder judiciário", ou seja, o acesso à justiça se revela como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário; sendo que em um segundo sentido da expressão acesso à justiça, toma conotação através de uma escala de valores e direitos fundamentais para o homem, transcendendo a justiça estatal e, não se esgotando no judiciário.[4]

Ao vincular o acesso à justiça a um conceito axiológico de justiça, há a possibilidade de buscar a justiça através de outros meios além do Poder Judiciário, quais sejam, a mediação e a arbitragem; ressaltando, que estas precederam a jurisdição.

Gladys Stella Alvarez, em sua obra "La mediación y el acceso a justicia", enfatiza que, traz as formas de mediação no direito comparado, enfatizando a efetividade da justiça:

En el âmbito de la justicia, los prejuicios contra el sistema están sostenidos, muchas veces, por experiências negativas que han sufrido los justiciables. Una justicia carente de medios, desprestigiada ante la ciudadanía, lenta, cara y com uma creciente desconfianza generalizada que proviene del público usuário que percibe al sistema judicial como ajeno, em lugar de sentir que le pertenece, pues la justificación de su existência es prestar el servicio de justicia a la sociedad.[5]

Para que seja assegurado amplo acesso à justiça, é primordial averiguar os obstáculos a serem vencidos, como leciona Bedaque:

Inúmeras são as dificuldades enfrentadas por quem se dispõe a pleitear a tutela jurisdicional do Estado, na tentativa de obter proteção a um direito lesado ou ameaçado. A Justiça está em crise, não só no Brasil, como na maioria dos países. E crise na Justiça implica, necessariamente, Crise de Justiça.

Os fatores que contribuem para esse estado de verdadeira calamidade podem ser resumidos basicamente na exagerada demora e no alto custo do processo. [6]

A Constituição Federal do Brasil tem respeitável destaque ao se falar em acesso à justiça, face os inúmeros princípios e garantias elencadas em seu contexto, os quais possibilitam acesso à ordem jurídica na busca da justiça; sendo que entre estes, destacamos o Art. 5º e seus incisos XXXII, XXXV, XXXVII , LIII, LIV, LV, LVI, LX, LXVII, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, LXXIV, LXXVIII.

Com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, a questão referente à grande demanda reprimida existente ganhou "status" constitucional, pois, aliada ao artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, que trata, respectivamente, do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e da assistência jurídica integral e gratuita àqueles que não disponham de recursos suficientes [...].[7]

Além dos preceitos supra, a Constituição Federal assegura outras garantias que incidem no acesso à justiça, como as garantias da magistratura.

A força normativa da Constituição é imprescindível para o regular funcionamento do sistema jurídico, e *"[...] somente com sua efetividade obtém-se a tutela dos direitos fundamentais, a manutenção do equilíbrio entre os Poderes da República e o contínuo desenvolvimento social e econômico do País."*[8]

2. Assistência judiciária e justiça gratuita

Lamentavelmente, o acesso à justiça é limitado quando direcionado às pessoas de parcos recursos, eis que carecem de subsídios para contratação de advogados, aliado a deficiência da assistência judiciária gratuita, que ainda está muito aquém do almejado.

Nesse sentido, enfatiza José Afonso da Silva:

Formalmente, a igualdade perante a Justiça está assegurada pela Constituição, desde a garantia de acessibilidade a ela (art. 5º, XXXV). Mas realmente essa igualdade não existe, "pois está bem claro hoje, que tratar "como igual" a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça (Cf. Cappelletti, Proceso, Ideologia e Sociedad, p. 67). Os pobres têm acesso muito precário à Justiça. Carecem de recursos para contratar bons advogados. O patrocínio gratuito se revelou de alarmante deficiência. A Constituição tomou, a esse propósito, providência que pode concorrer para a eficácia do dispositivo, segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art.5º, LXXIV). Referimo-nos à

institucionalização das Defensorias Públicas, a quem incumbirá a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV (art. 134).[9]

Para a professora Elza Maria Miranda Afonso, é inaceitável acreditar em uma norma jurídica sem eficácia e, não havendo eficácia a norma jurídica não existe, e prossegue exarando que:

Kelsen define como eficaz a ordem normativa que é observada e cumprida por aqueles que a ela se submetem. Quando os indivíduos, aos quais ela se dirige, se conformam, de uma maneira geral, às suas ordens, a ordem jurídica é eficaz.

Somente a ordem jurídica eficaz, cujas normas além de serem postas, sejam também observadas e aplicadas, é considerada pela ciência do direito como uma ordem jurídica positiva, uma ordem jurídica válida.[10]

A concessão da gratuidade da justiça é regulamentado pela Lei 1.060/50. O artigo 4º do referido diploma, dispõe que basta a afirmação da parte litigante de que não possui condições de arcar com custas e honorários, sem prejuízo próprio e de sua família. O pedido pode ser feito na própria petição inicial, ou mediante pedido do decorrer da instrução processual.[11]

O juiz deve deferir de plano os benefícios ao requerente, salvo no caso que seja haja nos autos elementos que comprovem a falta de veracidade no pedido de gratuidade; ao revés, estaria privando o necessitado do acesso à justiça, garantia maior dos cidadãos no Estado, em consonância com o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, 5º, XXXV).

Nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/50, milita presunção de veracidade da declaração de pobreza em favor do requerente da gratuidade. Desta forma, o ônus de provar a inexistência ou o desaparecimento da condição de pobreza é do impugnante.[12]

Ressalta-se que há uma distinção entre assistência judiciária gratuita e os benefícios da justiça gratuita.

A assistência jurídica gratuita corresponde a todos os serviços judiciais ou extrajudiciais, como consulta, orientação, representação em juízo, isenção de taxas, etc. Já a assistência judiciária corresponde na prestação de todos os serviços necessários à defesa do assistido em Juízo.

Leciona Ernesto Lippman:

A assistência judiciária não se confunde com justiça gratuita. A primeira é fornecida pelo Estado, que possibilita ao necessitado o acesso aos serviços profissionais do advogado e dos demais auxiliares da justiça, inclusive os peritos, seja mediante a defensoria pública ou da designação de um profissional liberal pelo Juiz. Quanto à justiça gratuita, consiste na isenção de todas as despesas inerentes à demanda, e é instituto de direito processual". Para ao depois concluir: "Ambas são essenciais para

que os menos favorecidos tenham acesso à Justiça, pois ainda que o advogado que se abstenha de cobrar honorários ao trabalhar para os mais pobres, faltam a estes condições para arcar com outros gastos inerentes à demanda, como custas, perícias, etc. Assim, freqüentemente, os acórdãos, ao tratar da justiça gratuita, ressaltam seu caráter de Direito Constitucional."[13]

3. Poder jucidiciário

O Poder Judiciário está disciplinado nos artigos 92 a 126 da Constituição Federal.

[...] O Poder Judiciário encaminha e soluciona problemas e demandas sociais nos limites das previsões e prescrições legais e conforme parâmetros e procedimentos fixados pela própria lei.[14]

Aurélio Wander Bastos observa que:

Podemos observar que a organização judiciária brasileira evoluiu significativamente em relação às Constituições anteriores, não apenas ampliando a sua autonomia, como também a sua capacidade de absorver, através de novos e especiais procedimentos processuais constitucionais, de tipos de demandas sociais complexas, onde a contribuição do Ministério Público na representação dos interesses sociais e individuais indisponíveis e na defesa da ordem jurídica e do regime democrático tornou-se essencial. [15]

Vale ressaltar, que a consolidação dos Juizados Especiais, trouxe *"[...] significativos efeitos sobre o acesso à justiça e o congestionamento do Poder Judiciário"*. Da mesma forma, a criação do Superior Tribunal de Justiça *"[...] permitiu uma centralização hierárquica e decisória das demandas que envolvem conflitos entre particulares e a União, conflitos de particulares entre si e, também, conflitos entre os Estados e os municípios [...]"*, propiciando desta forma, o desenvolvimento de *"[...] um fluxo jurisdicional uniforme que cria as condições para a instalação de uma estrutura judiciária federada, resistente aos arranjos interventivos do Poder Executivo [...]"*, liberando o Supremo Tribunal Federal *"[...] do cotidiano dos conflitos comuns e burocráticos para exercício das funções de Corte Constitucional, contribuindo para a efetiva implantação do Estado Democrático de Direito."*[16]

Partindo do pressuposto de que o Estado foi constituído para preservar os interesses do cidadão e limitar o poder dos governantes, bem como se instituiu uma divisão do exercício das atividades do Poder, de modo que precipuamente se ficou um modelo tripartite em que os órgãos seriam independentes e harmônicos, sendo um órgão do

poder o legislador, outro o executor das atividades e um terceiro teria a missão institucional de zelar pelo cumprimento das leis, é possível afirmar que o Poder Judiciário se constitui como um direito fundamental do cidadão, a partir do momento em que se encontra como um dos poderes do Estado, com o escopo jurisdicional de garantir a todos os cidadãos o exercício dos direitos constitucionais.

Assim como o poder do Estão é um só (as atividades legislativa, executiva e judiciária são formas e parcelas do exercício desse poder), a jurisdição também o é. E para facilitação do exercício dessa parcela de poder é que existem as denominadas justiças especializadas.[17]

Em razão do princípio da separação e independência dos poderes, o Poder Judiciário possui garantias institucionais de autonomia administrativa (possibilita a edição de normas destinadas à sua auto-organização) e financeira (estabelecidas nos artigos 99, 100 e 168 da Constituição Federal).

[...] o Judiciário se vê inexoravelmente atrelado às normas jurídicas editadas pelo Legislativo e aos atos de governo do Executivo, ao passo que o Legislativo desempenha suas funções constantemente limitado, em sua atuação básica, pelo Poder Judiciário (que interpreta e aplica, em cada caso concreto, a lei elaborada pelo Congresso Nacional) e pelo Poder Executivo, na qualidade de aplicador discricionário, genérico e potencial de todo o ordenamento jurídico-normativo.[18]

Reis Friede aduz, que *"[...] no âmbito do Judiciário, incumbe a este poder, como função principal, a aplicação da lei (julgar), e como funções secundárias, legislar (criação de regimentos internos dos tribunais, por exemplo) e administrar (contratanto pessoal, procedendo a licitações etc.)."*[19]

[...] o equilíbrio triangular desafia a sua própria estabilidade, na medida em que a própria Constituição Federal estabelece expressamente ser da competência do *Supremo Tribunal Federal* (órgão de cúpula do Poder Judiciário constituído) a mais nobre e importante missão reservada ao Estado: a *interpretação última* (e, sob este aspecto,

definitiva) da própria disciplina constitucional, elaborada, por sua vez, por um poder supremo, incondicionado, intangível e, acima e tudo, criador, entre outros (Poder Constituinte originário) do próprio *Poder Judiciário* e, portanto, superior ao Congresso Nacional (órgão integrante do *Poder Legislativo* constituído), cuja competência limita-se, preponderantemente, à elaboração da norma jurídica infraconstitucional.[20]

No Brasil, entretanto, a exemplo – diga-se de passagem – de grande parte das disciplinas constitucionais estrangeiras, o *Poder Judiciário*, pelo menos no nível teórico, continua a possuir uma determinada primazia, caracterizada, sobretudo, por este derradeiro poder de interpretar, em última instância, a expressão máxima da lei, incluindo, além da declaração positiva ou negativa da constitucionalidade do ordenamento jurídico, o alcance e a magnitude das *cláusulas pétreas* e, sobretudo, das *disposições fixas* constitucionais.[21]

Para Kelsen, dizer que uma ordem social é justa *"[...] significa que essa ordem regula a conduta dos homens de modo satisfatório a todos, ou seja, que todos os homens encontram nela a sua felicidade."**[22]***

Ademais, o juiz é sempre um legislador, eis que *"[...] o conteúdo de sua decisão nunca pode ser completamente determinado pela norma preexistente do Direito substantivo [...]"*; e sob esse aspecto, *"a individualização de uma norma por uma decisão judicial é sempre uma determinação de elementos ainda não determinados pela norma geral e que não podem ser completamente determinados por ela[...]."**[23]***

O processo judiciário geralmente tem a forma de uma controvérsia entre duas partes. Uma parte afirma que a lei foi violada pela outra parte, ou que a outra parte é responsável por uma violação da lei cometida por outro indivíduo e a outra parte nega que seja esse o caso. A decisão judiciária é a decisão de uma controvérsia. Do ponto de vista da norma geral que tem de ser executada pela função judiciária, o caráter de controvérsia do processo judicial é de importância secundária. Especialmente no processo dos tribunais criminais, o caráter de controvérsia e, obviamente, uma mera formalidade. Também seria um erro caracterizar a função judiciária como um processo pelo qual são determinadas as obrigações e os direitos das partes disputantes. O ponto decisivo é o de que as obrigações e os direitos das partes são determinados estabelecendo-se que um delito foi cometido e ordenando-se uma sanção. A corte estabelece primariamente que um delito (civil ou criminal) foi cometido e pronuncia uma sanção. Apenas secundariamente as obrigações e os direitos das partes são determinados desse modo.[24]

Ricardo Chimenti, leciona que: *"Em face da inércia do Poder Judiciário (nemo judex sine actore), é imprescindível a existência de atividades profissionais públicas ou privadas que possam impulsionar a atividade jurisdicional."**[25]***

Tais atividades profissionais públicas ou privadas estão disciplinadas nos arts. 127 a 135 da Constituição Federal, quais sejam: o Ministério Público, a Advocacia Pública, os Procuradores do Estado e do Distrito Federal, a Defensoria Pública e os Advogados.

Kelsen, ao mencionar a independência dos juízes, diz que:

Os juízes, por exemplo, são, em geral "independentes", isto é, estão sujeitos apenas às leis e não às ordens (instruções) de órgãos judiciários ou administrativos superiores. [26]

O direito de socorrer a tutela[27] do judiciário para a correção das lesões aos direitos individuais é garantia constitucional, instituída no art. 5º, XXXV, eis que "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A função típica do poder judiciário é o exercício da jurisdição[28], explicitada como o poder de aplicar a lei ao caso concreto, com a autoridade da coisa julgada, que torna imutáveis as decisões judiciais.[29]

Uma das conquistas no direito moderno e que se revela como verdadeira garantia do Estado de Direito é a da proibição da justiça privada ou da chamada "justiça pelas próprias mãos".

Vimos que desde a época da Magna Carta já o Estado propiciava órgãos judicantes para que as partes deles se servissem para a efetivação da justiça. No próprio direito romano, da fase da *ordo judiciorum privatorum*, isto é, da justiça como atividade privada, antes da queda de Roma, evoluiu-se para a justiça estatal, a justiça pública.

A instituição definitiva, porém, da proibição da autotutela é dos tempos modernos, de forma que, atualmente, constitui crime a atuação pessoal, ainda que, objetivamente, o indivíduo tenha razão.[30]

Vicente Greco Filho assevera que a jurisdição se sobrepõe à vontade arbitrária do particular:

[...] entre os direitos subjetivos e a vontade arbitrária de alguém, se interpõe a atuação da jurisdição, o poder de dizer o direito, garantindo dentro do Estado, mas que pode controlar a própria atividade dos administradores públicos.[31]

A EC n. 45/2004, inseriu dois incisos no artigo 93 da Constituição Federal salutares à prestação jurisdicional, quais sejam, o inciso XII, o qual determina que as atividades jurisdicionais serão ininterruptas e, o inciso XIII, o qual impõe ao Poder Judiciário que mantenha número de juízes compatível com o número de processos que terão que processar e julgar.

O dispositivo referente a distribuição imediata de processos em todos os graus de jurisdição, tem por finalidade, dar efetividade à garantia da prestação jurisdicional, assegurada pela Constituição Federal, ensejando a razoável duração do processo, bem como, uma melhor fiscalização do Judiciário, pelos Tribunais Superiores e o Conselho Nacional de Justiça.[32]

A realidade tem demonstrado que o grande número de processos em trâmite em todas as instâncias ocasiona verdadeiros congestionamentos nos setores de distribuição. Isso por vezes acarreta que as partes fiquem, por longo tempo, sem saber sequer qual será o juízo que processará sua ação ou recurso.[33]

A Constituição Federal de 1988 positivou[34] em seu texto algumas garantias que permitem o melhor exercício do direito. As garantias estão expressas nas normas que contém regras e princípios.

Por princípios[35] da jurisdição deve-se entender os preceitos fundamentais que dão forma e caráter ao sistema processual.

Diversos são os princípios que norteiam a função jurisdicional, e embora a doutrina não seja unânime no critério utilizado para consideração como direitos fundamentais, alguns princípios se caracterizam como tal.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está expresso na Constituição Federal, que estabelece no artigo 5º, inciso XXXV que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. O dispositivo não se aplica apenas à lei, mas a qualquer ato da Administração Pública ou ato Judicial que obstaculizem o acesso à prestação jurisdicional.

Modernamente, a inafastabilidade do controle do Poder Judiciário assume, como garantia e princípio constitucional, proporções concretas, não admitindo, de regra, que nenhuma norma venha a impedir que aquele Poder analise determinada lesão ou ameaça a direito.

Tão só se admite que se excepcione essa garantia, se tal exclusão decorrer dos próprios parâmetros constitucionalmente eleitos, daí não poderem as normas infraconstitucionais validamente restringir o alcance dessas garantias.[36]

No entendimento de César Asfor Rocha, "[...] *tratar igualitariamente não é tratar da mesma forma, mas tratar de maneira a atingir o acesso à ordem jurídica justa, possibilitando isonomicamente às partes a efetiva defesa de seus direitos, sustentação das suas razões e produção das suas provas"*. [37]

4. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Acesso à Justiça

O acesso à justiça deve ser visto como requisito fundamental dos direitos humanos, garantidor e proclamador do direito e da justiça, sem qualquer distinção.

No mesmo sentido é a dicção de Cappelletti e Garth:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.[38]

Quando o Judiciário se transforma em protetor do Estado e não dos direitos humanos, ele fica lento; principalmente quando a lide é conta o mesmo, ensejando decisões intempestivas ou quando tempestivas, sem o seu devido cumprimento, ocorrendo o fenômeno da ineficácia do sistema jurídico, desamparando o jurisdicionado e, tornando os direitos humanos meras declarações poéticas, desprotegidos de seu protetor por força constitucional, qual seja, "o Judiciário".[39]

Como instituição sócio-jurídica, organizada para servir à comunidade nacional, tem o Estado a finalidade de promover a concretização dos ideais nacionais de paz, de segurança e de prosperidade [...].

[...] o que se afirma é que os fins do Estado são os da comunidade nacional.

O Estado é o *meio* pelo qual a nação procura atingir seus fins. Não pode, pois, possuir fins outros que não sejam os da nação, que lhe dá causa, que determina a sua organização e que traça as diretrizes de sua atividade.[40]

No mesmo sentido preleciona Norberto Bobbio:

Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexeqüibilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições.

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.[41]

Violada a lei constitucional, o judiciário deve intervir fazendo valer a garantia do acesso à justiça, solucionando a lide de forma imparcial, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei violadora; utilizando-se para tanto, do controle de constitucionalidade.

Há uma grande preocupação com a intervenção internacional na ordem jurídica brasileira; que se dá em razão do não cumprimento pelo Estado de seu dever de assegurar o acesso efetivo à justiça, em prol da proteção dos direitos humanos.

Flávia Piovesan pondera que:

Ao acolher o aparato internacional de proteção, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território. O Estado passa, assim, a consentir no controle e na fiscalização da comunidade internacional quando, em casos de violação a direitos fundamentais, a resposta das instituições nacionais se mostra insuficiente e falha, ou, por vezes, inexistentes. Enfatize-se, contudo, que a ação internacional é sempre uma ação suplementar, constituindo uma garantia adicional de proteção dos direitos humanos.[42]

5. Considerações Finais

Há um fortalecimento da democracia, quando é garantido à todos os cidadãos brasileiros, o amplo acesso à justiça e o funcionamento eficaz do Poder Judiciário.

A coletividade deve se conscientizar, que acesso à justiça, não é acesso ao prédio do Judiciário, às suas dependências físicas, tampouco da isenção de custas processuais, emolumentos e assessoria jurídica gratuita, mas de efetividade da justiça, primordial à existência humana.

A norma constitucional deve ser interpretada de forma igualitária, possibilitando o acesso rápido à justiça, indistintamente, em observância ao princípio da igualdade.

Diariamente observamos situações de desproteção, vinculada a falta de exercício de ações legais por parte de certos membros da sociedade, os quais estão sujeitos a danos e transgressões de seus direitos, todavia, não querem recorrer ao judiciário e não dispõem de outros meios de acesso, caracterizando inevitavelmente a "injustiça social".

Nas precisas considerações de Kelsen:

O anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade. É a felicidade que o homem não pode encontrar como indivíduo isolado e que, portanto, procura em sociedade. A justiça é a felicidade social.[43]

A garantia de amplo e irrestrito acesso à justiça, produz, inexoravelmente, o descongestionamento do Poder Judiciário, reduz o número de ações em juízo, diminui o tempo de duração do processo, além de proporcionar melhor qualidade da prestação jurisdicional, e consequentemente, assegura a coletividade efetividade processual.

6. Referências Bibliográficas

ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación y el acceso a justicia.** Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003.

AFONSO, Elza Maria Miranda. **O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen.** Belo Horizonte: FDUFMGO, 1984.

BASTOS, Aurélio Wander. **Introdução à Teoria do Direito.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência.** São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era do Direito.** Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Curso de direito constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRIEDE, Reis. **Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro.** vol. I: (teoria geral do processo e auxiliares da justiça). 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIPPMANN, Ernesto. **Os Direitos fundamentais da Constituição de 1988**. São Paulo: Editora LTR, 1999.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos fundamentais como limites ao poder de legislar.** Porto Alegre: SAFE, 2001.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** 26ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita**. Forense, Rio de Janeiro, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 6ª ed. São Paulo, RG. 2000.

PIOVESAN, Flávia C. **O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Redefinição da Cidadania no Brasil – Justiça e Democracia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 02/111, 1996.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ROCHA, César Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição.** São Paulo: RT, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 1998.

SOARES, Fábio Costa. **Acesso à Justiça.** 2ª série. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

---

[1] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 9.

[2] *Idem.* p. 9.

[3] *Ibidem.* p. 10-11.

[4] SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário.** Barueri: Manole, 2005. p. 95.

[5] ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación y el acceso a justicia.** Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003. p. 36.

[6] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 28 e 29.

[7] SOARES, Fábio Costa. **Acesso à Justiça.** 2ª série. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 21.

[8] *Idem*. p. 21-22.

[9] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 1998. p. 222-223.

[10] AFONSO, Elza Maria Miranda. **O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen.** Belo Horizonte: FDUFMG, 1984. p. 256.

[11] Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§ 1º Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos da lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

[12] MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita**. Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 100.

[13] LIPPMANN, Ernesto. **Os Direitos fundamentais da Constituição de 1988.** São Paulo: Editora LTR, 1999. p. 379.

[14] BASTOS, Aurélio Wander. **Introdução à Teoria do Direito.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 212.

[15] *Idem.* p. 323-324.

[16] *Ibidem*. p. 323-324.

[17] NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 6ª ed. São Paulo, RG. 2000, p. 66.

[18] FRIEDE, Reis. **Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 471.

[19] *Ibidem*. p. 463.

[20] *Ibidem*. p. 471.

[21] *Op. cit.* p. 472.

[22] KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 9.

[23] *Idem.* p. 212

[24] *Ibidem.* p. 391.

[25] CHIMENTI, Ricardo, Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Curso de direito constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 439.

[26] *Op. cit.* p. 393.

[27] "No direito romano do período das *legis actiones* a composição dos litígios fazia-se entre o autor e o réu, os quais submetiam a questão ao magistrado privado. Com a evolução do Império Romano, mais tarde, a distribuição da justiça, com supervisão do pretor, tornou-se função oficial.

No direito germânico bárbaro predominavam as ordálias, isto é, os juízos divinos, em que as pendências eram resolvidas perante a assembléia de cidadãos, na presença dela, mas por atuação do desforço pessoal." (GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro.** vol. I: (teoria geral do processo e auxiliares da justiça). 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 40).

[28] "A jurisdição atua por meio de um instrumento que é o processo, e aos interessados a ordem jurídica outorga o direito de ação, isto é, o direito de pleitear em juízo a prevenção ou a reparação das violações dos direitos." (GRECO FILHO, Vicente.

Direito Processual Civil Brasileiro. vol. I: (teoria geral do processo e auxiliares da justiça). 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 35.)

[29] *Op. cit.* p. 311.

[30] *Op. cit.* p. 33-34.

[31] *Op. cit.* p. 35.

[32] *Op. cit.* p. 315.

[33] *Idem.* p. 315.

[34] A positivação dos direitos fundamentais é produto de diversas lutas e conquistas pelo reconhecimento da sua capacidade para assegurar as diversas exigências da sociedade. A positivação é, pois, um longo processo, que começou há mais de um século e que ainda continua porque, enquanto existir sociedade, novas reivindicações surgirão, exigindo sua regulação jurídica, não apenas como forma de organização social. (LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos fundamentais como limites ao poder de legislar.** Porto Alegre: SAFE, 2001. p.63-64).

[35] Moralles, Luciana Camponez Pereira. Acesso à Justiça e Princípio da Igualdade, SAFE, Porto Alegre, 2006, p. 42. Na sugestiva lição do professor Rui Portanova, os princípios são "enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos" (PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 14.)

[36] ROCHA, César Asfor. A luta pela efetividade da jurisdição. RT, São Paulo, 2008, p.42.

[37] *Op. cit.* p. 44.

[38] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 11 e 12.

[39] AFONSO, Elza Maria Miranda. **O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen.** Belo Horizonte: FDUFMG, 1984. p. 256.

[40] MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** 26ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 317.

[41] BOBBIO, Norberto. *A Era do Direito.* Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992. p. 24-25.

[42] PIOVESAN, Flávia C. **O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Redefinição da Cidadania no Brasil – Justiça e Democracia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 02/111, 1996.

[43] *Op. cit.* p. 9.

NOVAS CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: SINCRETISMO PROCESSUAL E ESPECIALIZAÇÃO PROCEDIMENTAL*

NUEVAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO CIVIL BRASILENO: SINCRETISMO PROCESAL Y ESPECIALIZACIÓN PROCEDIMENTAL

Fabio Resende Leal

RESUMO

O presente trabalho busca analisar dois fenômenos recentemente verificados no processo civil brasileiro: o sincretismo processual (conjunção, num único processo, de atos de conhecimento, execução e prevenção) e a especialização procedimental (aproveitamento, pelo processo de conhecimento que segue o procedimento comum, de técnicas e instrumentos antes vistos apenas nos procedimentos especiais). No primeiro item, são feitas algumas considerações introdutórias, diferenciando conceitos básicos que serão utilizados ao longo do texto. No item seguinte, as alterações legislativas pelas quais passou o Código de Processo Civil são vistas como forma de adequá-lo aos princípios constitucionais do acesso à justiça, devido processo legal e razoável duração processual. Como complementação, em síntese, são apontadas as principais modificações feitas em nível infraconstitucional (antecipação de tutela, mitigação do contraditório, limitação do direito de defesa, supressão do processo autônomo de execução de título judicial etc.). Finalmente, os itens 3 e 4 cuidam, respectivamente, do sincretismo processual e da especialização procedimental, demonstrando como era o processo civil quando da promulgação do vigente Código de Processo Civil e como ficou após as alterações legislativas já referidas. As principais conclusões encerram o texto.

PALAVRAS-CHAVES: PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. SINCRETISMO PROCESSUAL. ESPECIALIZAÇÃO PROCEDIMENTAL.

RESUMEN

Este trabajo tiene por objetivo analizar dos fenómenos observados recientemente en el proceso civil brasileño: el sincretismo procesal (combinación, en un solo proceso, de los actos de conocimiento, ejecución y prevención) y la especialización procedimental (utilización, por el proceso de conocimiento que sigue lo procedimiento común, de técnicas e instrumentos antes sólo vistos en los procedimientos especiales). En el primero ítem, se hacen algunas observaciones preliminares, diferenciando los conceptos básicos que se utilizarán en todo el texto. En lo ítem siguiente, las modificaciones legislativas por qué pasó el Código de Proceso Civil son vistas como una forma de adaptarlo a los principios constitucionales de acceso a la justicia, debido proceso legal y razonable duración procesal. Como complementación, en síntesis, se presenta las

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

principales alteraciones efectuadas en nivel infraconstitucional (anticipación de la tutela, mitigación de lo contradictorio, limitación del derecho de defesa, supresión del proceso autónomo de ejecución de título judicial etc.). Por último, los ítems 3 y 4 cuidan, respectivamente, del sincretismo procesal y de la especialización procedimental, demostrando como era el proceso civil cuando da promulgación del actual Código de Proceso Civil y cómo fue después de las alteraciones legislativas antes mencionadas. Las principales conclusiones enceran el texto.

PALAVRAS-CLAVE: PROCESO CIVIL. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. SINCRETISMO PROCESAL. ESPECIALIZACIÓN PROCEDIMENTAL.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1 Ação, processo, procedimento e tutela jurisdicional

A compreensão do tema que será enfrentando no presente texto depende da diferenciação conceitual de *ação*, *processo*, *procedimento* e *tutela jurisdicional*.[1]

Narra a processualística que o Estado, ao coibir a auto-tutela, assumiu o dever de proporcionar aos indivíduos mecanismos que lhes dessem, com eficácia, justiça. O acesso a esta justiça deve ser amplo e qualificado. O Estado, porém, permanece inerte até que, provocado, possa movimentar sua máquina judiciária, a fim de entregar a quem merece a proteção buscada, em tempo razoável. Nesse contexto, a *ação* aparece como o modo pelo qual se provoca o Estado. Surge, a partir daí, o *processo*, que é a forma de atuação do Estado e tem no *procedimento* seu aspecto extrínseco e formal. O resultado de todo esse movimento é a *tutela jurisdicional*.

É possível, então, conceituar *ação* como o direito – autônomo e abstrato – de provocar a jurisdição, para que o Estado possa apreciar e solucionar lesão ou ameaça a direitos. *Processo*, por sua vez, é o instrumento desta atuação jurisdicional; é, em outras palavras, o modo pelo qual o Estado se movimenta para propiciar provimento de caráter jurisdicional. Processo não se confunde, porém, com *procedimento*, assim entendido o conjunto de atos que, organizados sistematicamente, um se seguindo ao outro, dão início e forma ao processo.[2]

Toda essa estrutura tem como principal objetivo proporcionar a manutenção da ordem social, através da concessão (por parte do Estado) e a obtenção (pelo jurisdicionado), da *tutela jurisdicional*, isto é, a providência prática buscada, como solução, por aquele que exerce seu direito de ação. Tutela jurisdicional é, pois, o que se pede ao Estado-juiz e o que este Estado-juiz entrega ao jurisdicionado, decidindo as questões que lhe são

levadas. Obtêm-se e concede-se a tutela quando se protege, ampara, defende, assiste determinados direitos ou mesmo quando o juiz declara não existir o direito afirmado pelo autor ou constata a ausência de condição da ação, extinguindo o processo sem julgamento de mérito.[3]

A doutrina moderna, preocupada com a efetividade e com a instrumentalidade do processo, afirma que este deve sempre propiciar a tutela real e concreta do direito da parte, ou seja, deve conduzir ao mesmo resultado que seria obtido se espontaneamente observados os preceitos legais. Lembrando da sempre atual lição de Chiovenda, "*Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*".[4] A ação e o processo, dessa forma, servem para conferir ao cidadão o mesmo resultado que o direito material lhe daria caso suas normas fossem prontamente respeitadas. A tutela jurisdicional deve ser adequada à pretensão e – talvez mais importante – passível de concretização real. Deve, portanto, ser capaz de produzir efeitos no mundo fático, proporcionando a quem vai recebê-la resultados verdadeiramente satisfatórios.

1.2 Processos de conhecimento, execução e cautelar

A Lei n.º 5.869/1973, que instituiu, entre nós, o vigente Código de Processo Civil, previu três espécies de processos: o *processo de conhecimento*, previsto pelos Livros I (procedimento comum) e IV (procedimento especiais), o *processo de execução*, tratado pelo Livro II, independentemente se iniciado tendo por base título extrajudicial ou judicial, e o *processo cautelar*, regulado pelo Livro III. De acordo com a sistemática originária do Código de 1973, no processo de conhecimento, o direito alegado era submetido a um exame, a fim de reconhecer ou confirmar a sua existência e, com isso, permitir a formação de um título executivo; no processo de execução, eram tomadas providências práticas para tornar efetivo o direito certificado ou presumidamente existente, representado pelo título executivo; no processo cautelar, se buscava a obtenção de medida destinada a garantir a eficácia da tutela que posteriormente seria prestada nos processos de conhecimento ou de execução. O processo de conhecimento serviria, portanto, para definir qual das partes tinha razão e resultaria, em caso de procedência dos pedidos formulados pelo autor, em decisão que reconheceria e declararia a certeza do direito, sendo, a partir daí, passível de execução. O processo de execução, diversamente, teria como finalidade a realização de atos contra o réu (devedor), em favor do autor (credor) cujo direito já estivesse representado em um título executivo, judicial ou extrajudicial. E o processo cautelar se prestaria tão-somente para assegurar a efetividade dos processos, ditos principais, de conhecimento e cautelar.

Da forma como foi instituído o processo civil em 1973, considerando-se que o processo de conhecimento objetivaria transformar o fato alegado pelas partes em direito, enquanto que o processo de execução teria como objetivo demudar o direito já

reconhecido em fato concreto, operando verdadeira modificação no mundo real, haveria, *sempre*, a necessidade de formação de relações jurídicas processuais distintas, a primeira para conhecer o direito e a segunda para satisfazê-lo, mesmo que ambas tivessem como origem uma única relação jurídica material. A atuação jurisdicional, pelos planos do legislador de 1973, se daria em dois momentos: primeiro, haveria a formulação do direito aplicável ao caso concreto (processo de conhecimento) e, depois, se daria a atuação prática e real deste direito (processo de execução).[5]

Conforme tal sistema, mesmo que fosse única a relação jurídica de direito material, muitas vezes eram necessárias relações jurídicas processuais distintas para se obter a almejada tutela jurisdicional. Por exemplo, o inadimplemento de uma obrigação ensejaria, até meados da década de 1990, um processo de conhecimento para apurar se o credor teria mesmo o direito de obter a condenação do devedor ao cumprimento da obrigação ou, caso não fosse esta possível, sua condenação ao pagamento de perdas e danos, para, posteriormente, através de outro processo, obter o cumprimento da decisão condenatória, com a realização de atos de coerção, sub-rogação e expropriação patrimonial. Não bastava a manifestação do Estado-juiz durante e ao final do primeiro de processo. Pela sistemática imposta pelo legislador de 1973, era necessário o ajuizamento do segundo processo, de caráter unicamente executivo, para se conseguir coagir o réu (devedor) a cumprir a obrigação de direito cujo inadimplemento fora reconhecido pela sentença favorável ao autor (credor).

Ademais, sempre que fosse necessária a tomada de medidas de cautela, para se garantir o resultado da cognição e/ou da execução, se impunha o estabelecimento de outra relação jurídica processual distinta, voltada tão-só para a prática de atos de prevenção (processo cautelar), não sendo possível pedir e obter tutelas de urgência no bojo dos processos de conhecimento e de execução.

A evolução da ciência processual e a constante preocupação com a obtenção da justiça em menor tempo levaram à mudança da legislação, com a superação da dicotomia entre processos de conhecimento, execução e cautelar. Hoje, como se verá com mais vagar no item 3 *infra*, com o estabelecimento de uma única relação jurídica processual, é possível se descobrir e efetivar o direito aplicável ao caso concreto, tomando, sempre que necessário, as medidas de cautela cabíveis.

1.3 Procedimentos comuns e especiais

Além de distinguir os processos de conhecimento, execução e cautelar, o Código de Processo Civil de 1973, em sua feição original, previu, para cada um destes processos, variados procedimentos, formalmente distintos entre si. O processo cautelar, por

exemplo, conta com um procedimento padrão (arts. 796 a 811) e diversos outros procedimentos específicos, regidos, cada um, por suas regras próprias (art. 812): arresto (arts. 813 a 821), sequestro (arts. 822 a 825), caução (art. 826 a 838), busca e apreensão (arts. 839 a 843), exibição (arts. 844 a 845) etc. Já o processo de execução tem procedimentos diferentes conforme a obrigação retratada no título que se busca executar (execução para entrega de coisa, execução das obrigações de fazer ou não fazer, execução por quantia certa etc.), existindo, inclusive, ritos procedimentais previstos em legislação extravagante (*v.g.*, Leis n.os 6.830/1980 e 9.099/1995).

Interessa, porém, ao presente estudo apenas a distinção entre procedimento comum e procedimentos especiais inerente ao processo de conhecimento. De acordo com o artigo 271 do Código de Processo Civil de 1973, dispositivo cuja redação permanece inalterada até hoje, o processo de conhecimento deve seguir um rito padrão, o *procedimento comum*, sempre que o arcabouço legal – Código de Processo Civil e leis esparsas – não prever *procedimentos especiais*. As regras do procedimento comum têm caráter genérico, aplicando-se subsidiariamente aos demais procedimentos ligados ao processo de conhecimento, inclusive os especiais do Livro IV ou previstos na legislação complementar (CPC, art. 272, par. ún.).

O procedimento comum se subdivide em *ordinário* e *sumário* (CPC, art. 272, *caput*). Situações mais simples, como causas de pequeno valor econômico (CPC, art. 275, I) ou que envolvam acidente de trânsito (CPC, art. 275, II, "d"), cuja solução não pode levar muito tempo, devem seguir o procedimento sumário, o qual permite, em tese, desfecho mais rápido, uma vez que nele alguns atos são realizados antecipadamente (rol de testemunhas, quesitos e assistentes técnicos já na inicial; solução de questões incidentes em audiência – CPC, arts. 276 e 277, § 4.º) e algumas formalidades são suprimidas (apresentação de contestação em audiência; pedido contraposto ao invés de reconvenção; documentação mediante taquigrafia ou estenotipia; prolação de sentença em audiência ou no prazo de 10 dias – CPC, arts. 278, *caput* e § 1.º, 279 e 281).

Ordinário ou sumário, o procedimento comum apresentava, em 1973, quatro fases distintas: fase postulatória (CPC, arts. 282 a 322), fase ordinatória (CPC, arts. 323 a 328 e 331), fase instrutória (CPC, arts. 332 a 455) e fase decisória (CPC, arts. 329, 330 e 456 a 466).[6] Da fase postulatória até a fase instrutória, todos os atos praticados serviam para tentar convencer o magistrado da procedência ou improcedência dos pedidos. Na fase decisória, após contrapor a tese do autor com a antítese do réu, o magistrado sintetizava seu veredicto na sentença. Não eram, pois, praticados atos executivos ou cautelares, mas, tão-só, atos cognitivos (v. subitem anterior). Além disso, era inadmissível se praticar atos processuais reservados aos procedimentos especiais, como, por exemplo, a concessão de medidas *inaudita altera parte*. O contraditório devia ser o mais amplo possível e não se admitia qualquer limitação ou condicionamento ao direito de defesa.

Diversamente, os procedimentos especiais sempre contemplaram inúmeras possibilidades de abreviamento da marcha processual, admitindo, muitas vezes, a concessão de liminares e a postergação do contraditório, sem que se pensasse em nulidade ou desrespeito ao devido processo legal. Era, ainda em 1973, evidente a maior adequação do rito procedimental ao direito material discutido no processo quando se pensava nos procedimentos especiais. Tais procedimentos, ao menos na teoria, desde sempre, se mostravam aptos a permitir a outorga da chamada tutela jurisdicional diferenciada, assim chamado – na doutrina de Flávio Luiz Yarshell, que se reporta à observação anteriormente feita por Donaldo Armelin – o provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte e é fruto de um *iter* procedimental diferenciado.[7]

Importa mencionar que, em 1973, não havia – como, aliás, ainda hoje não há – um pretexto certo ou mesmo um elemento comum para a especialidade procedimental, a qual pode decorrer de múltiplas razões, algumas até sem valor científico.[8] É claro que a adoção de forma procedimental especial se presta para reduzir o tempo de duração e desburocratizar o processo. Mas não só para isso.[9] A especialização decorre, a rigor, das características que envolvem o litígio submetido à apreciação jurisdicional e das exigências das pretensões nele contidas. Os procedimentos especiais se ajustam às peculiaridades das exigências de relações jurídicas materiais incomuns, as quais, porque escapam do alcance de um tratamento processual comum, justificam a especialização procedimental.[10] Determinadas situações, erigidas pelo legislador como especiais, passam a contar com privilégios procedimentais e, a partir daí, tem sua proteção processual (isto é, através do processo) facilitada.

Exemplificando: o codificador de 1973 dotou os titulares da posse de mecanismos processuais ágeis e eficazes, lhes permitindo pedir, em caso de turbação ou esbulho com menos de ano e dia (CPC, art. 924, 1.ª parte), liminar de reintegração ou manutenção de posse, mesmo sem a oitiva da parte contrária (CPC, art. 928). Tal faculdade – é importante frisar – não era estendida, por exemplo, ao proprietário, cujo direito, para ser tutelado, dependeria de processo que tramitasse pelo procedimento comum, onde não era, até 1993, possível a concessão de tutela antecipada. Outro exemplo: no auge da Ditadura Militar (1964/1985), período do propalado milagre econômico, foi editado o Decreto-Lei n.º 911/1969, diploma que beneficiou enormemente as instituições financeiras credoras em contratos garantidos por alienação fiduciária, pois lhes permitia a busca e apreensão liminar dos bens móveis (art. 3.º), sendo possível, pelo direito de então, até mesmo a prisão civil do devedor, que se equiparia a depositário infiel, caso não se encontrasse o bem buscado (art. 4.º).

Fica patente, graças a esses exemplos, que a especialização busca, além da adequação entre direito material e direito processual, atender certos interesses que, social e politicamente fortes, influenciam a elaboração legislativa. Some-se ao *lobby* desses setores influentes a ineficácia do procedimento comum para a proteção de interesses mais importantes aos olhos da sociedade e, por via reflexa, do legislador, para se chegar, enfim, à previsão legal de procedimentos especiais.[11]

Laércio A. Becker explica que, para formar um procedimento diferente, que propicie a obtenção de uma tutela também diferenciada, são utilizadas, isolada ou combinadamente, técnicas de especialização, dentre as quais se pode destacar a simplificação e agilização do trâmite processual, mediante a redução de prazos, eliminação ou simplificação de atos e fases processuais; inclusão de uma fase processual a mais, em relação ao procedimento ordinário; delimitação da matéria que pode ser deduzida na inicial e na contestação; cognição sumária, com postergação, antecipação ou eliminação do contraditório; condicionamento da ação a pré-requisitos materiais ou processuais; reserva *a priori* de um bem para a cobrança/execução do crédito; e realização extrajudicial de parte do procedimento.[12]

Muitas destas características, próprias aos procedimentos especiais, hoje são encontradas também no procedimento comum, o que permite defender que as alterações pelas quais passou o Código de Processo Civil nos últimos anos provocaram a *especialização* do procedimento comum, o qual apresenta, atualmente, peculiaridades antes reservadas aos procedimentos especiais. Diz-se, assim, que as alterações legislativas permitiram a *otimização* do procedimento comum, aproximando-o do que precedentemente era especial. Voltar-se-á a este assunto no item 4 *infra*.

2. CONSTRUÇÃO DO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

2.1 Princípios constitucionais como alicerces da construção de um novo processo civil

A promulgação da Constituição Federal de 1988 mudou radicalmente a forma de encarar, interpretar e aplicar as regras processuais infraconstitucionais. Os princípios, conforme o constitucionalismo hodierno, se apresentam como diretrizes para todo o sistema jurídico-normativo, admitindo, inclusive, aplicação imediata e incondicionada diretamente na solução de casos concretos, segundo o artigo 5.º, parágrafo 1.º, de nossa Carta Magna. Não mais se admite a construção e a interpretação do direito sem a observância dos ideais de acesso à justiça e devido processo legal (CF, art. 5.º, XXXV e LIV), este último entendido aqui como o gênero do qual todos os demais princípios processuais propriamente ditos – juiz e promotor natural, contraditório e ampla defesa, proibição de prova ilícita, publicidade dos atos processuais, duplo grau de jurisdição, fundamentação das decisões etc. – são espécies.[13]

Mais recentemente, tendo os construtores do direito positivo enxergado o óbvio problema da ineficácia do Poder Judiciário, incapaz de solucionar os litígios num prazo

aceitável, também a celeridade processual foi alçada à condição de direito fundamental e princípio que passou a gozar de previsão expressa em nossa Constituição (art. 5.º, LXXVIII).[14] A partir daí, passou a ser dever dos legisladores e dos aplicadores do direito se atentarem à necessidade se serem as demandas solucionadas em prazo compatível com as peculiaridades do caso concreto, sendo inconcebível qualquer forma de atraso na prestação da tutela jurisdicional.

Embora a escassez de espaço não permita se aprofundar no conteúdo de cada dos princípios constitucionais acima referidos,[15] insta, antes de se passar aos tópicos seguintes, deixar assente a idéia de que foi a consagração de tais dogmas que tornou possível a construção do novo processo civil, mais voltado à consecução – efetiva e tempestiva – da justiça almejada por todos. Estão, pois, por detrás das reformas pelas quais passou e vem passando o Código de Processo Civil os princípios do acesso irrestrito e qualificado à justiça, devido processo legal (*substantive* e *procedural due process of law*) e celeridade processual.

2.2 Alterações legislativas

A partir da Constituição Federal de 1988, buscando, como visto no subitem anterior, um processo que pudesse proporcionar, com rapidez, a efetiva tutela jurisdicional, o legislador empreendeu inúmeras reformas no Código de Processo Civil. Entre 1994 e 1995, foram editadas as Leis n.os 8.950 (modificações quanto aos recursos), 8.952 (alterações nos processos de conhecimento e cautelar), 8.953 (mudanças no processo executivo), 9.075 (criação da ação monitória) e 9.139 (alterações no agravo de instrumento); em 2002, as Leis n.os 10.352 (novas mudanças no sistema recursal), 10.358 (diversas modificações no processo de conhecimento) e 10.444 (alteração na antecipação de tutela, sentença e execução provisória); e, nos anos de 2005 e 2006, em decorrência da Emenda Constitucional n.º 45/2004, as Leis n.os 11.232 (estabeleceu a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento, acabando com a execução de títulos judiciais), 11.276 (mais mudanças nos recursos), 11.277 (autorizou a reprodução de sentença em causas idênticas), 11.280 (novas regras quanto à incompetência relativa, prescrição e distribuição; permitiu a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meios eletrônicos), 11.341 (admitidas decisões publicadas em mídia eletrônica como comprovação de divergência jurisprudencial), 11.383 (inovou, enormemente, no processo de execução de títulos extrajudiciais), 11.418 (regulamentou o art. 102, § 3.º, da CF, acerca da repercussão geral no recurso extraordinário) e 11.441 (possibilitou a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensual pela via administrativa). Nos últimos meses, foram feitas novas mudanças, das quais, em razão do pouco espaço e da proposta deste texto, se permite citar apenas as Leis n.os 11.969/2009 e 12.016/2009. A primeira delas, alterando a redação do parágrafo 2.º do artigo 40 do Código de Processo Civil, permitiu a "carga rápida", isto é, a retirada dos autos de cartório por procurador de uma das partes, para a obtenção de cópias, mesmo sendo comum o prazo; a segunda deu novo regime

procedimental ao mandado de segurança, regulando, inclusive, a ação mandamental coletiva.

Todas essas modificações contribuíram para o apressamento não só do trâmite processual, mas também para o cumprimento dos julgados em menor tempo.[16] Isso porque, entre outros motivos, *instrumentalizaram* os processos e seus procedimentos, tornando-os mais eficazes e informais, capazes, portanto, de propiciar a tutela jurisdicional de um modo mais célere e efetivo. Nesse sentido, relembre-se que:

a) a Lei n.º 8.952/1994, alterando os artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, autorizou a antecipação da tutela ou de seus efeitos antes da prolação da sentença e a concessão de tutela específica da obrigação;

b) a Lei n.º 10.444/2002, por sua vez, possibilitou a antecipação da tutela quando parcela dos pedidos mostrar-se incontroversa e concedeu ao juiz inúmeros mecanismos para acelerar e garantir o cumprimento da obrigação específica; e

c) a Lei n.º 11.232/2005, que estabeleceu a fase de cumprimento das sentenças, extinguiu a execução por processo autônomo de títulos judiciais e, com isso, deu às decisões executoriedade imediata. A sentença não mais simplesmente "extingue" o processo. Agora, quando condenatória, apenas encerra a primeira fase do processo e deve ser cumprida nos mesmos autos (CPC, art. 475-I), sob pena de multa em caso de inadimplemento (CPC, art. 475-J).

Até mesmo o direito de defesa foi afetado. O réu perdeu os privilégios de que gozava até o início das reformas e, hoje, não pode mais contestar por contestar, sem ter qualquer razão, apenas para atrasar a prolação de sentença que favoreça o autor. Se assim fizer, poderá o juiz, antes mesmo de ouvi-lo, dar ao autor o que este pretende, quando evidenciado, em cognição sumária, que a razão está ao seu lado.

Nesse novo processo civil brasileiro, às decisões judiciais, mesmo se proferidas ao longo do processo de conhecimento, não bastam o reconhecimento da lesão ou da ameaça a direito. É preciso e é possível que tais decisões criem situações concretas para a satisfação de quem foi lesionado ou ameaçado. Os pronunciamentos judiciais devem ser capazes de alterar o mundo dos fatos para garantir tutela jurisdicional real e tempestiva. Podem os juízes, portanto, ordenar a busca e apreensão de bens, impor severas multas (CPC, arts. 461 e 461-A) e, até mesmo, bloquear, via computador, o patrimônio do devedor inadimplente (CPC, art. 655-A). Em outras palavras, podem os

magistrados, Independiente do tipo de processo em que oficiam, emitir ordens ao réu ou determinar as medidas que entendam necessárias para que o direito seja efetivamente tutelado.

Além disso, a instrumentalidade das formas, prevista desde a concepção do vigente Código de Processo Civil (arts. 154 e 244), e a fungibilidade foram privilegiadas pelo legislador reformador. Se, antes, admitia-se apenas a fungibilidade entre as ações possessórias (art. 920), aproveitando-se os atos praticados independentemente da forma processual escolhida, após a alteração trazida pela Lei n.º 10.444/2002, passou a ser aceita a fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar (art. 273, § 7.º).

As reformas legislativas deram também, especialmente através da Lei n.º 11.232/2005, importância significativa à aplicação subsidiária de regras originalmente prevista para dado processo em outro de natureza distinta, sendo exemplo dessa afirmação a previsão constante do novel artigo 475-R, segundo o qual se aplicam ao cumprimento da sentença (processo de conhecimento), no que couberem, as normas que regem a execução de título extrajudicial (processo de execução).

Graças às alterações legislativas citadas, deixou de existir, pelo menos como outrora existiu, a dicotomia entre processo de conhecimento, de execução e cautelar. Em cada uma das espécies processuais previstas pelo Código de Processo Civil, hoje é possível a prática, em maior ou menor grau, de atos de cognição, execução e prevenção. E mais: o que antes era especial tornou-se comum. O procedimento comum aproximou-se dos procedimentos especiais, aproveitando mecanismos que, antes tidos como excepcionais, podem propiciar a obtenção da tutela jurisdicional em um tempo mais razoável e compatível com as pretensões das partes.

Tratemos, pois, desses dois fenômenos, a começar pelo sincretismo processual, ou seja, a combinação, em um único processo, de atos de cognição, execução e prevenção, junção antes tida – pelo menos em doutrina – como impossível.

3. Sincretismo processual

Como já se viu (item 1.2 *retro*), em sua formatação original, o Código de Processo Civil de 1973 previa, para o exercício da jurisdição contenciosa, três espécies de processos, completamente distintas nas formas e objetivos: *processo de conhecimento* (Livros I e IV), *processo de execução* (Livro II) e *processo cautelar* (Livro III). Sendo distintos e separados entre si tais processos, ainda que oriundos de uma mesma relação jurídica

material, verificava-se, na prática, a necessidade de se formar distintas relações jurídicas processuais, com a repetição de atos já praticados e – pior – demora na composição da lide, pois as partes permaneciam em litígio mesmo após a prolação da sentença no processo de conhecimento.[17]

Também já se viu (item 2.2 *retro*) que essa situação foi modificada pelas primeiras alterações feitas no Código de Processo Civil, ainda em 1994, quando a Lei n.º 8.952 autorizou a concessão antecipada do provimento pretendido pelo autor, com a possibilidade de execução, mesmo no curso do processo de conhecimento, da tutela antecipada (arts. 273 e 461).

Vale lembrar que, de acordo com o artigo 461, cuja redação atual foi dada pela Lei n.º 8.952/1994, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia da sentença, pode o juiz conceder, por decisão interlocutória, a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, fixando multa para coagir o réu a cumpri-la ou determinando as medidas necessárias para a efetivação da tutela ou obtenção de resultado prático equivalente (§§ 3.º, 4.º e 5.º). Assim, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença, o autor já pode requerer ao juiz a tomada de providências para assegurar o adimplemento da obrigação que lhe favorecia. Com a mencionada alteração, deixou de ser necessária a ação de execução da obrigação de fazer ou não fazer (CPC, art. 632 e ss.) para que o réu fosse forçado ao adimplemento – ainda que provisório – de tais obrigações.

Igualmente, foi facultada a tomada de medidas preventivas, antes reservadas apenas ao processo cautelar (*v.g.*, busca e apreensão ou remoção de pessoas), durante o curso do processo de conhecimento. A partir dessa inovação legislativa, não mais se exige que o autor ajuíze ação cautelar incidental para proteger o adimplemento de um direito cujo reconhecimento definitivo só venha ao final do processo de conhecimento. A intervenção judicial com tal objetivo passou a ser possível no bojo do processo de conhecimento.

Com a execução provisória da tutela antecipada e a prática de atos de prevenção no curso do processo de conhecimento, deixou de ser exigida a formação de autos em apenso e a prática de atos repetitivos. Como os autos são um só, é desnecessário despender tempo com inúmeras autuações, certificações, numeração de folhas, etc. Basta uma única citação do réu, o qual, conforme o seu interesse, pode contestar a ação e/ou impugnar as medidas executivas e cautelares. As provas, em regra, são produzidas ao mesmo tempo. Os argumentos das partes, além disso, são apreciados em uma única sentença. Eventuais discussões sobre as medidas executivas e cautelares passam a ser dirimidas através de decisão interlocutória, atacáveis via agravo, ao qual não é, via de regra, atribuído efeito suspensivo (CPC, art. 527, II, na redação trazida pela Lei n.º 9.139/1996).

É indubitável que a correta utilização desses novos instrumentos processuais já contribuía para o aceleramento da marcha processual, com a entrega da tutela jurisdicional em um tempo mais razoável. Porém, a necessária fusão entre cognição, execução e acautelamento só foi definitivamente consagrada pela Lei n.º 11.232/2005, que acabou, de vez,[18] com a dicotomia entre os processos de conhecimento e de execução.

De acordo com Barbosa Moreira, a grande novidade introduzida por aquela lei consiste na junção das atividades jurisdicionais de cognição e execução, eliminando-se a diferenciação formal entre processo de conhecimento e processo de execução. Em vez de dois processos sucessivos, passou a existir um só, no qual se sucedem, ao longo de duas *fases, sem solução de continuidade*, atos de uma e de outra espécie.[19]- [20] Agora, o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, deve efetuar o pagamento no prazo de quinze dias. Não o fazendo, são tomadas providências coercitivas (imposição de multa em razão do inadimplemento) e expropriatórias (indisponibilidade e penhora de dinheiro ou aplicações financeiras por via eletrônica, p. ex.), sem necessidade de o credor dar início a um novo processo, com a imediata expedição de mandado de penhora e avaliação (CPC, arts. 475-J e 655-A).

Como já acontecia com a execução da tutela antecipada, também a tutela definitiva, oriunda da sentença, passou a contar com mecanismos mais ágeis para sua concretização. Restou consagrada a idéia de que um mesmo processo serve para o reconhecimento do direito e – mais do que isso – para sua concretização no mundo dos fatos. Segundo Cassio Scarpinella Bueno,

a finalidade *da atuação jurisdicional não se limita ao* reconhecimento *de que houve lesão ou ameaça a direito, isto é, de que havia, para ser resolvido, um conflito intersubjetivo. Um tal reconhecimento é* insuficiente. *A* finalidade *da atuação jurisdicional, partindo daquele* reconhecimento*, é o de criar condições concretas de* satisfazer *quem foi lesionado ou ameaçado por outrem. É neste* misto *de finalidades que repousa um conceito mais amplo – e mais concreto, mormente quando analisada a questão a partir do "modelo constitucional do processo" – da função jurisdicional.*[21]

Não há motivo para se separar conhecimento, execução e acautelamento em processos distintos (relação jurídica processual), se o direito a ser discutido tem origem nos mesmos fatos e direitos (relação jurídica material). Porque o conflito de interesses tem origem nos mesmos acontecimentos, deve ser solucionado em definitivo por um único processo, sem se perder tempo com a formação meramente burocrática de vários feitos. Ainda que sejam autônomas as relações jurídicas material e processual, como demonstrou Büllow, não existe, em princípio, a necessidade de se iniciar dois ou mais

processos para se solucionar uma mesma lide. O juiz deve, no mesmo processo, apreciar o pedido do autor e, caso decida pela procedência, ordenar que o réu cumpra seu comando, podendo ele, o juiz, tomar medidas práticas que contribuam para o adimplemento ou levem a um resultado prático semelhante. Sendo o conflito entre autor e réu um só, nada mais coerente do que existir apenas um processo para solucioná-lo em definitivo, facultado ao julgador o uso de medidas preventivas, liminares e coercitivas.

Com as reformas, cujo objetivo foi aperfeiçoar o Código de Processo Civil para proporcionar uma justiça mais rápida e efetiva,[22] o processo civil passou a conciliar elementos que, até pouco tempo atrás, eram tidos como inconciliáveis (conhecimento, execução e acautelamento).[23] Nesse novo processo, cognição, concretização e prevenção são reunidas como forma de proporcionar eficácia e tempestividade à tutela jurisdicional, a fim de atender a comandos constitucionais da maior importância, como o acesso à justiça e a razoável duração do processo (CF, art. 5.º, XXXV e LXXVIII).

Em razão dessa unificação de idéias diversificadas e, até mesmo, inconciliáveis, surgiu o que, como se afirmou linhas atrás, vem sendo denominado pela doutrina de *processo sincrético*, ou seja, um processo no qual se reúnem atos de cognição, execução e/ou acautelamento.

Restringindo sua análise à conjunção de atos cognitivos e executivos numa única relação processual, afirma Marcus Vinicius Rios Gonçalves que, tendo a Lei n.º 11.232/2005 tornado imediata a execução da obrigação por quantia certa reconhecida por sentença, deixaram de existir dois processos distintos e sucessivos (o de conhecimento e o de execução). Hoje, existem duas fases (a cognitiva e a executiva) de um processo único, que, assim, pode ser considerado sincrético, porque, em seu bojo, se desenvolverão atividades cognitivas e satisfativas.[24]

Nessa linha, ações sincréticas seriam, para Joel Dias Figueira Junior,

justamente aquelas que admitem, simultaneamente, cognição e execução, isto é, à medida que o juiz vai conhecendo e, de acordo com as necessidades delineadas pela relação de direito material apresentada e a tutela perseguida pelo autor, vai também executando (satisfazendo) provisoriamente, fulcrado em juízo de verossimilhança ou probabilidade. Significa dizer que as ações sincréticas não apresentam a dicotomia entre conhecimento e executividade, verificando-se a satisfação perseguida pelo jurisdicionado numa única relação jurídico-processual, onde a decisão interlocutória de mérito (provisória) ou a sentença de procedência do pedido (definitiva) serão auto-exeqüíveis.[25]

Isoladamente, Fábio Alexandre Coelho considera o processo sincrético como uma quarta espécie, ao lado dos processos de conhecimento, execução e cautelar.[26]

Penso, porém, de modo diferente. Não mais existem processos *tipicamente* de conhecimento, execução e cautelar. Existem processos em que *preponderam* atos cognitivos, executivos e cautelares. E é por isso que tais processos podem ser considerados sincréticos.

Veja-se o caso do processo regulado pelo Livro I do Código de Processo Civil (processo de conhecimento pelo procedimento comum), que, hoje, se presta ao reconhecimento do direito, mas também, como visto, para sua imediata execução, em caso de sentença que julga procedente o pedido ou decisão que antecipa a tutela. O sincretismo trazido pelas reformas do Código de Processo Civil colocou fim à clássica dicotomia entre o processo de conhecimento e o processo de execução, pela possibilidade de ser obtida a satisfação dentro da mesma relação jurídica de direito processual onde foi reconhecido o direito.[27]

As inovações trazidas ao direito processual positivo deram ao processo de conhecimento um perfil totalmente distinto daquele que o caracterizava na origem. Nas palavras de Marinoni e Arenhart,

o processo de conhecimento – concebido para averiguar e declarar um direito – e o processo de execução – originalmente criado para permitir a realização concreta de um direito já declarado – acabaram misturando-se em virtude das novas necessidades de tutela dos direitos.[28]

Verifica-se, na fase que se segue à decisória (e, eventualmente, à liquidação), a prática de atos executivos, pois, certo o direito, passa o juiz a intervir para que o seu titular possa dele usufruir na prática. Nessa mesma fase, havendo impugnação por parte do devedor (CPC, art. 475-L), o juiz, novamente, deve analisar fatos e teses jurídicas, dizendo, ao final, qual dos litigantes tem, declarando o direito aplicável à espécie (cognição). O sincretismo é evidente: praticam-se, ao longo de todo o processo, atos de conhecimento (investigação e posterior declaração de certeza sobre direito) e de execução (alteração da realidade fática, a fim de permitir a satisfação do direito tido como certo).

O processo de conhecimento e seu procedimento comum guardam, pois, enorme semelhança com os processos de execução e cautelar e, ainda, com os procedimentos especiais de cognição. Os processos foram amalgamados, não sendo possível diferenciá-los de forma exata ou, pelo menos, como se fazia anteriormente, sobressaindo, como resultado dessa conjunção de elementos e técnicas, processos – pelo menos na teoria – menos apegados ao formalismo extremado de antes e, por conseguinte, mais propícios a alcançar resultados concretos em tempo razoável.

Da mesma forma, os processos de execução e cautelar também comungam elementos. É certo que, ao apreciar a petição inicial da ação de execução, o juiz realiza atividade cognitiva e pode, conforme o caso, determinar medidas de caráter preventivo, para assegurar a posterior responsabilização patrimonial do executado. Por seu turno, a concessão de medida cautelar depende do convencimento do juiz sobre a existência do *periculum in mora* e do *fummus boni iuris*, conclusão a que ele chega depois de realizar atividade cognitiva. E mais: a concretização da medida cautelar se dá através de atos executórios, muitas vezes atingindo o patrimônio do réu.

Ainda que os atos executivos sejam maioria no processo de execução, como os atos acautelatórios vêm em maior número no processo cautelar, tanto em um quanto em outro se verifica a fusão dos três elementos. Por isso, é possível atribuir-lhes, sem incorrer em equívoco, o adjetivo sincrético.

Portanto, não se pode, especialmente a partir das alterações legislativas supra citadas, se falar em um processo no qual *só* se praticam atos cognitivos voltados ao reconhecimento do direito, ou *tão-somente* atos executivos para agredir o patrimônio do devedor, ou, ainda, *apenas* atos de prevenção a fim de garantir a tutela posteriormente prestada noutro feito. Em cada uma das três espécies de processo, serão praticados, *em maior ou menor grau*, atos cognitivos, executivos e cautelares.

Isso posto, é possível afirmar, sem medo de incorrer em equívoco, que o processo civil, tal como arquitetado pelo codificador de 1973, não existe mais. Veja-se um exemplo que comprova a correção dessa afirmação: Em 1973, a pessoa que fosse indevidamente cobrada precisava propor três ações para ter os seus direitos reconhecidos e posteriormente concretizados. Primeiro, ela propunha uma ação cautelar visando sustar o protesto; depois, outra ação para obter o reconhecimento de que o débito era indevido e, conseqüentemente, a condenação do réu ao pagamento de indenização pelos danos que lhe foram infligidos; finalmente, era necessário intentar a ação de execução, para só então, anos depois, receber de fato tal indenização. Com a entrada em vigor das Leis n.os 8.952/1994 e 11.232/2006, basta se propor uma única ação, com pedido de antecipação parcial dos efeitos da tutela, para sustar o protesto, sendo possível exigir, ao final do feito, o imediato cumprimento da parte condenatória da sentença.

Não é difícil perceber o sincretismo (combinação de cognição, execução e prevenção num único feito) como resultado dos princípios do acesso irrestrito e qualificado à justiça e da razoável duração do processo (CF, art. 5.º, XXXV e LXXVIII): sendo sincrético o processo, sua solução pode ser alcançada em tempo menor, com a possibilidade da antecipação e concretização da tutela antes da sentença e, ainda, com a supressão do processo autônomo para a execução da sentença condenatória, entre outros mecanismos de possível aplicação conforme o caso concreto. Assim, a *otimização* do processo através do abreviamento da marcha procedimental e da concessão de maiores poderes aos juízes, fenômeno que resultou no sincretismo atual, pode ser vista como uma das formas que o legislador infraconstitucional – especialmente com a Lei n.º 11.232/2005 – encontrou para garantir a efetividade da tutela jurisdicional e a celeridade da tramitação dos processos judiciais.

4. Especialização procedimental

Também por força das alterações legislativas antes apontadas, cujo intento – sempre vale a lembrança – era aperfeiçoar o processo civil pátrio, adequando-o aos princípios previstos nos incisos XXV, LIV e LXXVIII do artigo 5.º da Constituição Federal, surgiu um procedimento comum em que se encontram muitos das técnicas e instrumentos antes reservados apenas aos procedimentos especiais, sendo, por conseguinte, possível se falar em *especialização do procedimento comum*.

Para se entender tal fenômeno, é preciso compreender que a clássica distinção entre procedimento comum e procedimentos especiais. Antonio Carlos Marcato elenca nove características dos procedimentos especiais, as quais os diferenciavam, a seu ver, do procedimento-padrão, o comum: alteração de prazos; alteração das regras relativas à legitimação e à iniciativa das partes; existência de ação dúplice; fixação de regras especiais de competência; fixação de regras especiais relativas à citação e suas finalidades; derrogação dos princípios da inalterabilidade do pedido e da legalidade estrita; fusão de providências de natureza cognitiva, cautelar e executiva; concessão de medida *inaudita altera parte*; limitações e condicionamento ao direito de defesa.[29]

Dessas características, as quatro últimas merecem abordagem mais cuidadosa porque, a partir das reformas pelas quais passou o Código de Processo Civil, hoje também são encontradas no procedimento comum, o que permite afirmar ter este se “especializado” e passado a compartilhar de características que antes eram próprias dos procedimentos especiais:

a) Relativização, também no procedimento comum, da aplicação dos princípios da inalterabilidade e vinculação ao pedido e da legalidade estrita

Nos procedimentos possessórios, por exemplo, é permitido ao julgador conhecer e decidir de modo diverso do pleiteado pelo autor (CPC, art. 920). Se o juiz verificar, no curso de ação na qual o autor formulou pedido de manutenção de posse, o esbulho, e não a simples turbação, deve determinar a reintegração de posse, concedendo, assim, a proteção possessória adequada à situação fática, malgrado a forma pela qual lhe foi feito o pedido.[30]

Nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, pode o magistrado se valer de critérios de conveniência e oportunidade para decidir (CPC, art. 1.109). Em outras palavras, lhe é permitido adotar, em cada caso concreto, a solução que repute mais conveniente e oportuna.[31]

Diversamente, no procedimento comum, o pedido formulado pelo autor só pode ser modificado antes da citação do réu ou, se este concordar, até o saneamento do processo (CPC, art. 264). O juiz, além disso, fica adstrito ao pedido, não podendo proferir "sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que Ihe foi demandado" (CPC, art. 460, *caput*).

Todavia, com as alterações promovidas entre 1994 e 2006 no Código de Processo Civil, também no procedimento comum, a exemplo do que já acontecia em alguns procedimentos especiais, foram ampliados os poderes decisórios do juiz, que, a partir daí, passou a ter armamento variado para dotar de eficácia suas decisões interlocutórias e sentenças.

Conforme o parágrafo 5.º do artigo 461 do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n.º 10.444/2002, a inclusão da tutela diferenciada na sentença independe do pedido do autor, isto é, o autor não precisa pleiteá-la para que o juiz a conceda. Imposta a multa, pode o juiz alterar seu valor ou periodicidade por conta própria, *ex vi* do parágrafo 6.º do mesmo artigo 461, também agregado ao CPC pela Lei n.º 10.444/2002. Portanto, observando o caso concreto *sub judice* e tomando como critérios a conveniência e a oportunidade, o juiz pode, mesmo no processo de conhecimento sob um dos ritos comuns, onde o autor não formulou qualquer pedido nesse sentido, impor multa ao réu inadimplente, alterando o valor se verificar que o importe inicial se mostrou ineficaz, ou pode, ainda, substituir a multa por medida de sub-rogação (remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, etc.), entre várias outras possibilidades.

Especialmente sob a ótica da proteção dos direitos fundamentais através do processo e diante da necessidade de se dar concretude às normas jusfundamentais (e, claro, ao *dictum* judicial que as trouxe ao mundo real), se deixado de lado o formalismo extremado na observância das regras processuais, a tutela pleiteada pelo autor pode ser substituída quando da prolação da sentença pelo juiz. Começando por um exemplo mais simples, é possível citar o pedido preventivo formulado em mandado de segurança, no escopo inicial de evitar a transgressão de um direito líquido e certo; sobrevindo, no curso do processo, tal transgressão, a tutela, que seria inicialmente inibitória, passa a ser repressiva, devendo o julgador ordenar o desfazimento do ato ilícito. Noutro caso, em que, *verbi gratia*, o autor pleiteou uma ordem a ser proferida contra o réu, restando evidenciada a possibilidade de ineficácia da decisão mandamental em virtude da conduta adotada pelo demandado, inerte mesmo diante da coerção judicial, deve ser admitido o câmbio da tutela, proferindo o magistrado, em favor do demandante, decisão executiva, através da qual se dará, em menor tempo e de modo mais eficaz, concretude à norma de direito material objeto da lide. Em qualquer das hipóteses, os interesses do demandante estarão sendo preservados de modo célere e eficaz.

É preciso, pois, também dentro do procedimento comum, "adaptar a prestação jurisdicional e seus instrumentos ao objetivo desejado. Como este varia em cada situação apresentada ao órgão jurisdicional, não se justifica manter-se inalterado o tipo de tutela".[32] É a própria essencialidade dos direitos fundamentais que exige a correlação entre estes e a tutela jurisdicional que melhor se mostre apta a defendê-los e, bem assim, autoriza a fungibilidade de meios e técnicas processuais, sempre em prol da efetividade da norma jusfundamental e tempestividade da proteção estatal.

b) Sincretismo e fusão de providências de natureza cognitiva, executiva e cautelar também no procedimento comum

Desde a promulgação do Código de Processo Civil em 1973, já conviviam, nos procedimentos especiais, providências processuais cognitivas, executivas e cautelares, fenômeno verificado no procedimento comum apenas a partir das reformas por vezes mencionadas. Por exemplo, na ação de consignação em pagamento, a "sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos" (CPC, art. 899, § 2.º). Numa única relação jurídica processual, verificam-se atividades de declaração do direito e de sua execução desde logo.[33]

Depois da entrada em vigor da Lei n.º 11.232, em 2006, o procedimento comum ganhou mais duas fases, nas quais, primeiro, se procede a liquidação (CPC, arts. 475-A a 475-

H) e, depois, o cumprimento da sentença condenatória (CPC, arts. 475-I a 475-R). A supressão da execução por processo autônomo, permitindo a prática de atos executivos logo após a prolação da sentença condenatória, aproximou os procedimentos comum e especiais, dando àquele feições típicas destes.

Nas ações possessórias, sempre foram comuns pedidos acautelatórios, visando a proteção imediata, mas provisória, da posse (CPC, art. 928, *caput*). Também na ação de nunciação de obra nova, pode o prejudicado, antes de ir a juízo, se acautelar e notificar verbalmente, perante duas testemunhas, o proprietário ou, em sua falta, o construtor, para não continuar a obra (embargo extrajudicial – CPC, art. 935). E, também com intuito de prevenir prejuízos, ocorrendo a mora do comprador nas vendas de crédito com reserva de domínio, pode o vendedor requerer a apreensão e o depósito da coisa vendida (CPC, art. 1.071).

Como já se viu no item anterior, hoje também convivem no processo de conhecimento cognição e prevenção. Logo, o procedimento comum, tal qual o processo de conhecimento, passou a ser também sincrético, assemelhando-se, nesse ponto, aos procedimentos especiais.

c) Concessão de medida *inaudita altera parte*

Prevendo a possibilidade de ineficácia da medida caso fosse ela concedida após a oitiva do réu, o Código de Processo Civil, desde sempre, permitiu a concessão *inaudita altera parte* em alguns dos procedimentos especiais, como, por exemplo, nas ações possessórias (art. 928, *caput*) e na ação de nunciação de obra nova (art. 937).

Hoje, a mesma possibilidade é prevista para o procedimento comum, no qual pode o juiz antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que exista prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou, ainda, o manifesto propósito protelatório do réu (CPC, art. 273, *caput* e inc. I e II, na redação dada pela Lei n.º 8.952/1994). Ou seja, com a Lei n.º 8.952/1994, passou a ser permitida a antecipação da tutela para assegurar a eficácia do provimento final, com o quê o procedimento comum começou a ter outro elemento que, antes, somente os procedimentos especiais tinham.

d) Limitações ao contraditório e à ampla defesa

Em determinados procedimentos especiais – *exempli gratia*, na ação de consignação em pagamento (CPC, art. 896) e de anulação e substituição de título ao portador (CPC, art. 910) – o contraditório e a ampla defesa têm seu exercício limitado em prol da efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional, sem qualquer ofensa ao devido processo legal.

O movimento reformador levou tais limitações também ao procedimento comum, ao possibilitar a postergação do contraditório quando antecipada a tutela (CPC, arts. 273 e 461, § 3.º) e delimitar, já na fase de cumprimento de sentença, as matérias que podem ser alegadas pelo devedor como defesa (CPC, art. 475-L, acrescentado pela Lei n.º 11.232/2005), autorizando, destarte, a cognição superficial, no plano vertical, e parcial, no plano horizontal.[34]

Não obstante, vale a ressalva de que, ainda hoje, podem conviver o procedimento comum e os procedimentos especiais. Não é possível otimizar o procedimento comum de tal forma a tornar desnecessários os procedimentos especiais. E, mesmo que fosse, o procedimento comum continuaria lento e caro para algumas situações excepcionais. Também não se pode abrir mão de um procedimento genérico e abstrato, pois é impossível se criar um procedimento específico a cada uma das infinitas situações reais que podem vir a demandar a intervenção do Poder Judiciário.[35]

Feitas tais colocações, acredita-se ter ficado claro que se distinguiam, na feição original do Código de Processo Civil, procedimento comum e procedimentos especiais, principalmente porque estes, muito mais do que aquele, compatibilizavam-se com a pretensão subjetiva levada a juízo e, assim, permitiam a entrega da tutela jurisdicional de modo mais eficaz e rápido. Com o incremento de novos mecanismos e técnicas, o procedimento comum se tornou mais propicio à consecução da tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, à semelhança do que já se verificava nos procedimentos especiais, compatibilizando às novas exigências do processo civil hodierno

5. CONCLUSÕES

a) Promulgada a Constituição de 1988, foi iniciado um amplo movimento reformador, que teve como objetivo principal acelerar e melhorar a prestação da tutela jurisdicional, compatibilizando o processo civil pátrio aos princípios do acesso irrestrito e qualificado à justiça, devido processo legal e razoável duração processual.

b) As reformas legislativas realizadas com essa intenção afetaram, sem incorrer em qualquer inconstitucionalidade, o direito de defesa, para permitir decisões antecipatórias; suprimiram o processo de execução de título judicial, agregando-o, como uma nova fase procedimental, ao processo de conhecimento; e deram aos juízes meios para conceder e concretizar tutelas específicas.

c) O processo que resultou desse movimento é *sincrético*, uma vez que concilia idéias que antes só eram concebidas separadamente (conhecimento, execução e prevenção).

d) Hoje, não existem processos *tipicamente* de conhecimento, execução e cautelar. Existem processos em que *preponderam* atos cognitivos, executivos e cautelares. Ou seja, não mais se pode falar em um processo no qual *só* se praticam atos cognitivos voltados ao reconhecimento do direito, ou *tão-somente* atos executivos para agredir o patrimônio do devedor, ou, ainda, *apenas* atos de prevenção a fim de garantir a tutela posteriormente prestada noutro feito. Em cada uma das três espécies de processo, serão praticados, *em maior ou menor grau*, atos cognitivos, executivos e cautelares.

e) Também resultado do aperfeiçoamento da legislação infraconstitucional aos comandos da Carta Magna, o procedimento comum assimilou características que antes eram exclusivas dos procedimentos especiais.

f) Assim, para atender à expectativa de uma solução em menor tempo, tal como acontecia nos procedimentos especiais, também no procedimento comum foi relativizada a aplicação dos princípios da inalterabilidade e vinculação ao pedido e da legalidade estrita; unificou-se cognição, execução e acautelamento; autorizou-se a concessão de medidas *inaudita altera parte*; e limitou-se o contraditório e a ampla defesa.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Italo. *"Cognizione" ed "esecuzione forzata" nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffré, 1983.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1975

BECKER, L. A. *Contratos bancários*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pelegrini; RANGEL, Cândido Dinamarco. *Teoria geral do process***o**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COELHO, Fábio Alexandre. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRACINI JUNIOR, Silvio. *Tutela jurisdicional como instrumento de efetivação de direitos*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Instituição Toledo de Ensino, Bauru. 2006.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. In: WAMBIER, Thereza Arruda Alvim *[et. al.]* (coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Princípio da razoável duração do processo. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LEAL, Fabio Resende. *A celeridade processual como pressuposto de efetividade dos direitos fundamentais*. Centro de Pós-Graduação. Instituição Toledo de Ensino, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito). Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2009.

_____. *A evolução histórica do principio da razoável duração do processo*. Trabalho apresentado durante o XVIII Encontro Nacional do CONPEDI (anais ainda não publicados).

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 29, n. 113, p. 9-21, jan.-fev. 2004.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. *A antecipação da tutela dos alimentos provisórios e provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1999.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Novas perspectivas da execução civil. In: NEVES, Daniel Amorim Assunção; SHIMURA, Sérgio (coord.). *Execução no processo civil.* São Paulo: Método, 2005.

OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (org.). *Princípios processuais*

civis na Constituição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PASETTI, Babyton. *A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 13.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.

THEDORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 3.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à segunda fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

---

[1] De acordo com a teoria geral do processo, são quatro os institutos fundamentais do processo: jurisdição, ação, defesa e processo. Não obstante, considerando as finalidades deste ensaio, basta a análise dos conceitos de ação e processo, bem como de procedimento e tutela jurisdicional.

[2] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 82-83.

[3] ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 5. MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27-28.

[4] Dell' azione nascende dal contratto preliminare. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 110 *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.1. Tradução livre: "o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter".

[5] Em 1975, afirmou Babosa Moreira: "O exercício da função jurisdicional visa à formulação e à atuação prática da norma jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação. Ao primeiro aspecto dessa atividade (formulação da norma jurídica concreta) corresponde o processo de conhecimento ou de cognição; ao segundo aspecto (atuação prática da norma jurídica concreta), o processo de execução (*O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 1, p. 11.

[6] Mesmo pela sistemática de 1973, poderia, excepcionalmente, ocorrer a exclusão de uma ou mais dessas fases, fosse pelo indeferimento da petição inicial (CPC, arts. 267, I, e 295), fosse pelo julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330). Hodiernamente, o abreviamento procedimental se dá também em razão de outros acontecimentos processuais, como, por exemplo, a extinção do processo com a prolação de sentença de total improcedência, reproduzindo decisão anterior em processo idêntico (CPC, art. 285-A, incluído pela Lei n.º 11.277/2006).

[7] *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 27.

[8] PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 13, p. 3.

[9] Se o objetivo fosse apenas um desfecho mais rápido ou um menor apego às formas, bastaria ao interessado propor sua demanda sob o procedimento sumário ou o sumaríssimo dos Juizados Especiais, mais céleres e informais.

[10] MARCATO, Antonio Carlos. Procedimentos especiais. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 37

[11] A propósito, Luiz Orione Neto afirma: "Com efeito, a pressão da necessidade social em contraste com a lentidão do aparelhamento judiciário também contribui para retirar da 'vala comum' do procedimento ordinário um número crescente de pretensões. Assim, quanto mais lento e ineficiente seja o sistema processual, mais forte e incoercível se manifesta a tendência de abordá-lo mediante a derivação para os ritos sumários ou especiais abreviados, como expediente de fuga aos inconvenientes do procedimento ordinário" (Teoria Geral dos procedimentos especiais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21).

[12] *Contratos bancários*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 210-212. Tendo o procedimento ordinário como paradigma, Vicente Greco Filho enumera doze medidas adotadas pelo legislador ao criar um procedimento especial (*Direito processual civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 215-216).

[13] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

[14] Acerca da evolução histórica e positivação da celeridade processual como princípio e direito fundamental, v. LEAL, Fabio Resende. *A evolução histórica do principio da razoável duração do processo*. Trabalho apresentado durante o XVIII Encontro Nacional do CONPEDI (anais ainda não publicados).

[15] Cf. OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

[16] É bem verdade, todavia, que o desconhecimento de parte dos operadores impede o sucesso completo das alterações legislativas. Observação empírica permite dizer que ainda sou poucos os juízes de primeira instância que deixam de receber apelações contra sentenças compatíveis com súmula do STJ ou STF (CPC, art. 518, § 1.º) ou deferem, desde logo, a tutela antecipada quando evidente o abuso do direito de defesa, o manifesto propósito protelatório do réu (CPC, art. 273, II) ou a incontrovérsia de um dos pedidos (CPC, art. 273, § 6.º). Por outro lado, também é verdade que o represamento de recursos repetidos, enquanto se aguarda o julgamento dos recursos especial ou extraordinário que tratam de matérias com repercussão geral (CPC, arts. 542-A a 542-C), vem servindo para a desobstrução da pauta de julgamentos dos tribunais superiores.

[17] Embora o réu já tivesse sido citado e recebido a oportunidade para se defender no processo de conhecimento, iniciada a execução, exigia o Código nova citação (arts. 614, 621, 652 e 733, aplicáveis à execução de título judicial antes da reforma empreendida pela Lei n.º 11.232/2005) e era permitida a oposição de novo expediente defensivo, os embargos (CPC, art. 736, em sua redação original), com a suspensão da execução (CPC, art. 739, § 1.º, também na redação de 1973).

[18] Mesmo antes da Lei n.º 11.232/2005 a promoção da execução nos mesmos autos em que se dera anteriormente o processo de conhecimento já era possível no procedimento especial da ação de consignação em pagamento (CPC, art. 899, § 2.º, acrescentado pela Lei n.º 8.951/1994). Nesse caso, a mesma relação jurídica processual comporta atos de cognição (insuficiência do depósito constada pelo juiz) e de execução (satisfação da diferença mediante atos de sub-rogação e coerção). Ou seja, o credor, réu no processo de cognição em pagamento, é parcialmente favorecido pela sentença que considerou insuficiente o depósito realizado e pode, com isso, pedir imediatamente nova intervenção do Estado-juiz para obter, mediante a responsabilização patrimonial do devedor, autor deste processo, a completa satisfação de seu crédito.

[19] "Cumprimento" e "execução" de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais. In: *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 315.

[20] Pensa de modo diferente Araken de Assis, para quem a independência da função executiva resulta no aparecimento de outra relação processual, totalmente diversa daquela pretérita, existente no processo de cognição (*Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 107).

[21] *Op. cit.*, p. 4.

[22] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 36. "Avesso a conceitualismos acadêmicos, o movimento reformador trouxe a bandeira da efetividade do processo e condiz com o método que privilegia o consumidor dos serviços judiciários, num processo civil de resultados, como querem os modernos pensadores e convém à legitimidade político-social do sistema" (*idem, ibidem, loc. cit.*).

[23] Sem embargo, é preciso ressalvar que a conjunção dos elementos conhecimento, execução e prevenção sempre existiu no processo civil brasileiro. Os interditos possessórios são exemplos de processos que, desde o nascimento do CPC/1973, já reuniam cognição, execução e prevenção. Consta do art. 928, p. ex., autorização para que o juiz conceda a proteção possessória liminarmente, para evitar o perecimento do direito pelo transcurso do tempo (prevenção). A manutenção ou a reintegração da posse (execução) nunca dependeram de processo autônomo para serem concretizadas. Todos os atos decisórios, nesses processos de procedimento especial, eram precedidos de obrigatória ponderação por parte do juiz, que deveria verificar a posse em favor do autor e a prática de turbação ou esbulho por parte do réu (cognição).

[24] *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 4.

[25] *Comentários à novíssima reforma do CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3.

[26] *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 436.

[27] FERRACINI JUNIOR, op. cit., p. 275.

[28] *Curso de processo civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2, p. 61.

[29] *Op. cit.*, p. 38-42.

[30] *Idem, ibidem*, p. 115.

[31] *Idem, ibidem*, p. 256.

[32] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 53.

[33] "Uma outra característica de vários procedimentos especiais situa-se no fato de restar anulada a dicotomia entre ação de cognição e ação de execução. Numa única relação processual, procedimentos como o das ações possessórias, de depósito, dos embargos de terceiro, da nunciação de obra nova etc., permitem que as atividades de declaração do direito e de sua execução se façam, desde logo, tornando-se desnecessária a *actio iudicati* em processo autônomo posterior. Tais procedimentos prestam-se, assim, a desenvolver método de compor lides tanto com o direito como com a força. Compreendem, por isso, casos de 'acertamento com preponderante função executiva'" (THEDORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 3, p. 6, com menção, na parte final, a SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, v. 2, p. 681-682).

[34] Convém ressaltar que o contraditório e a ampla defesa não foram suprimidos pelas alterações legislativas, mas apenas limitados em favor de um bem maior, a efetivação tempestiva e adequada da tutela jurisdicional.

[35] Cf. BECKER, *op. cit.*, p. 226-242, e MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 51-64.

A DEFICIÊNCIA NO ACESSO À JUSTIÇA*

THE LACK OF ACESS TO JUSTICE

Flávio Shoji Tani
Valéria Cristina de Oliveira

RESUMO

O presente artigo abordará uma das mais importantes estruturas do Estado Democrático de Direito, delineando que o Acesso à Justiça não deve assegurar a mera disponibilidade de um instrumento processual, mas o exercício regular das funções do Estado em proteger efetivamente as garantias fundamentais. Perseguindo a maior efetividade da tutela jurisdicional, esse trabalho aprecia as grandes discussões que visam o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, e proporcionam modificações no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre todas as modificações, a Emenda Constitucional nº 45/2004 foi a que provocou maior polêmica, por introduzir a duração razoável da prestação jurisdicional, tornando mais célere e efetiva a solução dos conflitos.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA – TUTELA JURISDICIONAL – EFETIVIDADE

ABSTRACT

This article will address one of the most important structures of the Democratic State, outlining the Access to Justice in which it mustn't assert the mere availability of processual tool, however, the regular drill of State duties to protect effectively the fundamental warranties. Following the most effective juridictional protection, this paper evaluates major discussions focus on the instalment jurisdiction improvement and provides changes on Brazilian legal system. Inside of all changes, the Constitutional Amendment N. 45/2004 caused great controversy, because it introduced the reasonable period of instalment jurisdiction, making eminent and more effective solution of conflicts.

KEYWORDS: ACCESS TO JUSTICE – JURISDICTIONAL PROTECTION – EFFECTIVENESS

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O texto original da Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXV, assegura o direito de Acesso à Justiça a todos, estabelecendo que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito", e dada à importância deste direito, o legislador constituinte originário o elevou à categoria de direito fundamental.

Como observa Mauro Capelletti, "o acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos." (1988, p.12)

Ao assegurar que a lesão ou ameaça de direito não serão excluídas da apreciação do Poder Judiciário, a Constituição Federal em sua melhor interpretação aos direitos fundamentais, garantiu não só o direito de petição ao judiciário, mas também, a efetividade da adequada tutela jurisdicional.

Conforme ilustrado por José Henrique Mouta Araújo, "nos últimos anos, vários institutos foram estabelecidos com o objetivo de proporcionar maior *efetividade* e *breviedade* à prestação da tutela jurisdicional", todavia, os mecanismos estabelecidos pelo Estado se revelam frágeis para proporcionar o literal conceito de justiça.

Por isto, no que tange ao tema em análise, a grande questão que se apresenta atualmente é no sentido de que não basta ao Estado assegurar apenas e tão somente o Acesso à Justiça. É preciso muito mais que isto. É necessário que o Estado assegure, também, a efetividade deste acesso e a concreta distribuição de justiça.

"A maior ameaça aos direitos do homem reside, essencialmente, na incapacidade do Estado em assegurar sua efetiva realização. Essa incapacidade, traduzida pela ausência de mecanismos de materialização dos direitos reconhecidos, traduz-se na negação do próprio Estado, constituído como democrático e de Direito. Com efeito, um Estado que não garante a efetividade dos direitos por este reconhecido mostra-se ainda mais absoluto e despolítico do que aqueles que não reconhecem direito algum." (ANNONI, 2008, p.121)

DA JUSTIÇA E SUAS DEFICIÊNCIAS

O "Acesso à Justiça" traduz a possibilidade do indivíduo reclamar e exigir a ampla defesa do Estado, que através do Poder Judiciário proporciona a reparação da lesão ao seu direito.[1]

Historicamente, o Estado surgiu pelos sucessivos agrupamentos do ser humano, que através da necessidade e interesses em comum, se organizaram em grupos sociais, estabelecendo regras de convivência.

Todavia, com a evolução esses grupos sociais se tornaram complexos, havendo a necessidade de institucionalizar regras que deram origem à legislação estatal,

deixando de ser meras normas de convivência para se tornarem normas de controle dos indivíduos pelo Estado, e do Estado pela sociedade.

Darcy Azambuja ensina que o Estado é "uma sociedade natural, no sentido de que decorre naturalmente do fato de os homens viverem necessariamente em sociedade e aspirarem naturalmente realizar o bem geral que lhes é próprio, isto é, o bem público. Por isso e para isso a sociedade se organiza em Estado." (2001, p. 3)

Portanto, por se tratar de uma sociedade necessária, o homem não pode viver à margem do Estado[2], que proporciona a ordem e a defesa dos interesses coletivos através da sua organização e controle social.

Logo, na qualidade de supremo depositário da vontade social, o Estado detém o poder direto sobre o indivíduo, e para atingir a sua finalidade, dispõe de medidas coercitivas para obrigar e exigir a obediência dos seus governados.

E para fazer cumprir o direito desrespeitado, o Estado exerce o poder jurisdicional, fixando e aplicando normas que permitem a existência e desenvolvimento da sociedade.

Assim, essa intrínseca autoridade revela o monopólio da força que o Estado possui para atingir sua finalidade precípua, sendo o mais alto poder existente em seu território.[3]

Sem embargos, o poder emanado ao Estado não incita o rompimento da sociedade, uma vez que se revela essencialmente necessário para manter a ordem, a segurança, e promover o bem estar social.

E através da imposição do poder, que o Estado afirma a sua autoridade, que é indispensável para evitar a desagregação da própria sociedade.

Nesse contexto, Darcy Azambuja ilustra que a autoridade central de governo é imprescindível para a existência da sociedade, uma vez que a história não relata a existência de tribos ou hordas sem a figura de um chefe, e se existiram, esclarece que desapareceram esmagadas ou absorvidas por outras politicamente organizadas.

Celso Ribeiro Bastos, expõe que "o surgimento do poder, não só com a sua característica de unidade mas também de institucionalização, não faz obviamente desaparecer a sociedade." (1997, p. 6)

Entretanto, esse poder não poderá ser ilimitado, uma vez que a sua incontrolável interferência poderá conter o efetivo gozo das liberdades individuais, contrariando o objetivo principal do Estado, que é bem comum.

O bem púbico perseguido pelo Estado consiste no aperfeiçoamento da sociedade politicamente organizada, que através do conjunto de normas, promove a harmonia entre os indivíduos que habitam em seu território, oferecendo segurança nas relações e atividades realizadas pelos particulares e instituições públicas.

Esse conjunto de normas que organiza o Estado estabelece as condições sociais, definindo o Direito em que o Estado está obrigado a cumprir e fazer cumprir.

O direito organiza o convívio entre as pessoas, e para viabilizar o exercício do Estado no controle social, assevera a utilização da força para impor os ideais da sociedade.

Em breve síntese, Hans Kelsen ensina que "o Estado é uma organização política por ser uma ordem que regula o uso da força, porque ela monopoliza o uso da força. Porém, como já vimos, esse é um dos caracteres essenciais do Direito. O Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o Direito". (1992, p. 191)

O Direito pode ser juridicamente definido como um conjunto de normas que estabelecem obrigações a uma determinada sociedade, e a sua violação, autoriza a intervenção do Estado que dirimirá as controvérsias por intermédio de uma decisão seguida de sanção que será aplicada ao infrator.

Ainda, em sentido mais amplo, a definição de Direito pode ser entendido como a legítima instância que normatiza a sociedade, compreendendo as normas gerais, individuais, e emergentes, e a sua legitimidade decorre do fato de estar de acordo com os valores sociais hegemônicos.

Feitas tais considerações, cumpre salientar que as normas abstratamente estabelecidas pelo Estado asseguram o bem estar e o interesse da coletividade, e por essa razão, os direitos do homem é um fenômeno social, e o seu reconhecimento está condicionado ao aperfeiçoamento da pessoa humana, e desenvolvimento da civilização.

Porém, "o Problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá*-los, mas o de *protegê*-los." (BOBBIO, 1992, p. 24).

A proteção dos direitos do homem requer uma intervenção ativa do Estado que ultrapassam a proteção dos direitos à liberdade, e produzem obrigações institucionais bem como, a prestação de serviços públicos

Porém, a simples existência de normas sociais não foi suficiente para impor o seu efetivo cumprimento ou evitar a ocorrência de conflitos, e por essa razão, foi necessária a criação de normas que definissem quem e quais as formas em que seriam resolvidos os conflitos e insatisfações.

A existência do direito regulador da cooperação entre pessoas e capaz da atribuição de bens a elas não é, porém, suficiente para evitar ou eliminar os conflitos que podem surgir entre elas. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1997, p. 20)

Assim, para dar a efetiva proteção ao cumprimento desses direitos, e proporcionar a segurança nas relações públicas e privadas, o Estado assegurou a harmonia das atividades através do conjunto de normas que entrelaçam e constituem o ordenamento jurídico, tutelando os interesses em conflito mediante a apreciação do Pode Judiciário.[4]

Com o exercício da atividade jurisdicional, o Estado recompõe as relações sociais, concedendo aos indivíduos a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para pleitear a reparação dos direitos desrespeitados.

Por intermédio do Poder Judiciário, o Estado absorveu a função de dirimir as controvérsias advindas da aplicação ou desobediência da lei, subtraindo a faculdade das partes litigantes de exercer arbitrariamente os seus direitos.

Essa intervenção do Estado proporciona a efetividade do ordenamento jurídico, compelindo coercitivamente o cumprimento das suas normas sempre que não ocorra espontaneamente.

Portanto, a função jurisdicional assegura a eficácia do direito em última instância, onde através da institucionalização dos procedimentos, o Poder Judiciário aplica a lei em uma hipótese controvertida, substituindo o exercício e a vontade das partes pelo Estado.

Diferentemente das normas gerais e abstratas, os procedimentos estabelecidos pelo Estado para dirimir os conflitos geram normas individuais que são impostas coercitivamente aos litigantes.

Através das normas procedimentais, o Estado atua diretamente nos casos concretos, dando efetividade ao direito material, concretizando os objetivos que legitimam a atividade social.

O procedimento jurisdicional resume a idéia de que o processo deve ser apto para cumprir integralmente a função social e jurídica do Estado, permitindo a plenitude de todos os seus escopos institucionais.

Sem a atividade jurisdicional, o Estado seria uma instituição precariamente organizada, desprovida de um legítimo instrumento que viabilize o exercício do seu poder na pacificação da sociedade.

Se "não fosse a jurisdição institucionalizada, perderia sentido o ordenamento jurídico estatal como fonte autoritativa de regras de convivência e perderia sentido o próprio Estado.que o instituiu e que, para coesão do grupo, tem a estrita necessidade da preservação do ordenamento." (DINAMARCO, 2002, p. 185)

Logo, esse procedimento jurisdicional compreende todo o sistema jurídico utilizado para eliminar concretamente as insatisfações e os conflitos, entretanto, para a consecução dos direitos, é necessário assegurar o amplo Acesso à Justiça.

O acesso à proteção judicial traduz o direito do indivíduo agravado promover ou contestar uma ação, entretanto, o acesso à justiça não está limitado apenas ao ingresso nos órgãos judiciais, mas a um acesso assegurado por instrumentos processuais aptos que proporcione a efetiva realização do direito, e uma justiça adequadamente organizada.

Destarte, para possibilitar uma ordem jurídica justa, o acesso à justiça deve ser concebido para todos de acordo com a realidade social, removendo os obstáculos que resultam das diferenças econômicas, sociais e culturais.

Mauro Cappelletti ensina que o Acesso à Justiça "não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística" (1988, p. 13).

Assim, para dar efetividade ao amplo conceito de justiça, o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, insculpiu no ordenamento jurídico brasileiro, a indispensável apreciação do poder judiciário, garantindo o acesso e a proteção contra qualquer forma de denegação da justiça.

Contudo, o amplo acesso à justiça sob o prisma da finalidade social do Estado representa uma difícil ou impossível conquista, considerando a complexidade da própria sociedade.

Evidentemente que o Poder Judiciário possui deficiências estruturais e históricas que interferem diretamente no acesso à justiça, e dentre os obstáculos existentes, a seguir serão abordadas as deficiências de ordem econômica e a morosidade processual.

A primeira restrição ao acesso à justiça possui caráter econômico, e diante das diversas despesas que incidem sobre as demandas judiciais, grande parte da população teve e ainda tem a proteção judicial cerceada.

É inegável que as atividades desenvolvidas no curso de uma ação geram despesas vultosas para o deslinde do processo, incluindo os dispêndios para a manutenção dos serviços prestados pelo judiciário.

Por despesas processuais, devemos compreender que são todos os gastos que envolvem uma demanda, incluindo os custos que precedem a propositura da ação até a sua extinção.

Portanto, as despesas processuais englobam os custos com as cópias que instruem os procedimentos iniciais de uma ação, taxas judiciais, emolumentos, custas, honorários advocatícios, postagem, publicação, perícias, etc.

Com esse dispendioso custo, o acesso ao procedimento judicial só será viável nos casos em que o litigante encontre grande possibilidade ou certeza de vencer a demanda[5], e que as despesas não ultrapassem ao valor do objeto litigado.

Nesse contexto, Mauro Cappelletti insurge ao sistema processual, concluindo que nas causas de somas relativamente pequenas, "os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade. (1988, p. 19).

Ponderando essas considerações, foi instituído os Juizados Especiais com a finalidade de facilitar o acesso à justiça, simplificando o procedimento, reduzindo os custos e o tempo para solução dos litígios.

A implantação dos Juizados Especiais foi determinada pelo artigo 98, da Constituição Federal, que dispôs também, sobre os critérios para a sua criação,

Assim, em atenção à determinação constitucional, foram sancionadas as Leis nº 9.099/95 e nº 10.259/2001, para regulamentar, respectivamente, os procedimentos dos Juizados Especiais Estaduais e Federais.

E para atingir a sua finalidade, o Estado isentou o acesso aos Juizados Especiais das custas, taxas, e emolumentos judiciais, deixando inclusive, de condenar o vencido ao ônus da sucumbência e honorários advocatícios, ressalvando apenas as hipóteses da litigância de má-fé estabelecidas nos artigos 54, e 55 da Lei nº 9.099/95, e artigo 17, do Código de Processo Civil.

Desse modo, o Juizado Especial concretiza o acesso à justiça dispensando as partes das custas processuais e despesas com honorários advocatícios em primeiro grau de jurisdição.

Infelizmente, ainda existe um descompasso muito grande entre o sistema processual civil comum e o sistema dos Juizados, sob a angulação ao procedimental, mesmo após o sucesso de algumas medidas tomadas em seu âmbito. (OLIVEIRA, 2006, p.278)

Nesse contexto, a implantação dos Juizados Especiais pode ser considerada um grande avanço ao acesso á justiça, contudo, o acesso disponibilizado não proporciona a apreciação qualitativa dos conflitos, mas o simples alcance a uma ação judicial.[6]

O acesso à justiça não pode ser banalizado ao simples mecanismo de ingresso à justiça, devendo, todavia, promover um procedimento adequado de acordo com os propósitos da atividade jurisdicional.

Entretanto, existem causas em que a natureza processual da ação não é tutelada pelos Juizados Especiais, e assim, estariam os economicamente mais fracos novamente diante dificuldades para invocar o amparo da justiça, caso houvesse a necessidade de arcar com o ônus das despesas processuais.

Porém, para dar plenitude à atividade jurisdicional, a Constituição Federal assegurou no artigo 5º, inciso LXXIV, que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos."

Essa garantia constitucional atribuiu ao Estado o dever de prestar a assistência judiciária integral e gratuita aos economicamente necessitados, compreendendo a concessão de advogado e isenção da antecipação de pagamento das despesas processuais.

Infelizmente, garantia assistencial que custeia a atividade profissional do advogado não desempenha a eficaz proteção judicial, proporcionando apenas, a precária prestação de serviços do sistema judiciário, haja vista que a remuneração pelos serviços prestados não atraem o interesse dos advogados mais capacitados e experientes.

Destarte, outras deficiências poderão ser apontadas, e criticando a assistência judiciária, Mauro Cappelletti, discorre enfatizando que o sistema "desfaz a barreira de custo, mas faz pouco para atacar barreiras causados por outros problemas encontrados pelos pobres. Isso porque ele confia aos pobres a tarefa de reconhecer as caudas e procurar auxílio", deixando de prestar esclarecimentos que auxiliam na identificação dos direitos. (1988, p. 38)

Em relação à isenção das despesas processuais, insurge o problema da gratuidade para a pessoa jurídica, que outrora foi rechaçado pela doutrina e jurisprudência.

Felizmente, o entendimento jurisprudencial vem sofrendo uma sensível evolução na concessão da gratuidade para as pessoas jurídicas, permitindo assim, que instituições sem fins lucrativos, bem como, outras de natureza diversa, usufruam da assistência gratuita, quando comprova a ausência de condições econômicas que lhe permitam suportar os custos que se apresentam para a propositura de uma demanda judicial.

Ilustrando essa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça, expõe que "o benefício da gratuidade pode ser concedido às pessoas jurídicas apenas se comprovarem que dele necessitam, independentemente de terem ou não fins lucrativos. Precedente da Corte Especial." (Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1015372/SP)

Todavia, para tornar útil o acesso à justiça, a tutela jurisdicional precisa ser ágil, com duração razoável para solução dos conflitos, haja vista que a excessiva morosidade poderá tornar sem serventia o resultado da ação.

A celeridade tem sido uma meta do Estado na administração da Justiça, pois a morosidade na prestação jurisdicional pode acarretar a ineficácia ou a inutilidade do provimento.

A demora na entrega da prestação jurisdicional acarreta, também, um certo descrédito no Poder Judiciário, pois é notório que Justiça se revela tardia, e na maioria das vezes, sem conteúdo justo que compense a sua morosidade. Além, é claro, do comprometimento da segurança jurídica, pois a prestação jurisdicional morosa gera intranqüilidade social.

José Henrique Mouta Araújo, em artigo publicado na Revista de Processo 2008, ilustra que "a excessiva demora processual é de responsabilidade ampla, e atinge a efetividade e o próprio direito fundamental à tutela jurisdicional, sendo muitas vezes simpática a um dos litigantes, razão pela qual as penalidades constantes no ordenamento jurídico para repelir condutas protelatórias devem ser cuidadosamente aplicadas." ([2008], p. 343)

Sensível a esta problemática, o legislador tem buscado incessantemente por meios que assegurem uma maior celeridade à prestação jurisdicional.

A Emenda Constitucional n. 45, acresceu ao artigo 5º, o inciso LVXXVIII, que assegura, a todos, seja no âmbito do processo judicial seja do processo administrativo, o

direito à duração razoável do processo e aos meios que garantam a celeridade da tramitação.

A celeridade na duração do processo representa um dos elementos para o efetivo acesso à justiça, não sendo suficiente o simples ingresso ao sistema judicial, uma vez que o tempo é um grande inimigo daquele que busca a reparação do seu direito.

Nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, afirmam "Segundo pensamos, a garantia da razoável duração do processo constitui desdobramento do princípio estabelecido no art. 5º, XXXV. É que, como a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, é natural que a tutela a ser realizada pelo Poder Judiciário deve ser capaz de realizar, eficazmente, aquilo que o ordenamento jurídico material reserva à parte. E eficaz é a tutela jurisdicional prestada tempestivamente, e não tardiamente." (2004, p. 26)

Ainda, Mauro Cappelletti expõe que os efeitos da delonga na entrega da tutela jurisdicional "aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito." (1988, p. 20)

Portanto, o mero ingresso aos procedimentos judiciais se revela totalmente insuficiente para solucionar os conflitos com equidade, e para evitar a esterilidade da tutela jurisdicional, a apreciação das divergências deverá ser adequadamente apreciada em tempo hábil.

E assim, por se tratar de uma das prerrogativas dos direitos humanos, o Pacto de São José da Costa Rica assegurou a todos, introduzido em nosso ordenamento jurídico através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, garantiu a todos, o direito de ter as suas reclamações apreciadas dentro de um prazo razoável.[7]

Notadamente, a morosidade na apreciação dos conflitos sufoca a razoabilidade na duração dos processos, estrangulando a efetividade processual, impedindo que o Estado atinja a sua finalidade social.

Atento a essa deficiência, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução Conjunta nº 01, de 4 de agosto 2009, regulamentando o cumprimento da Meta de Nivelamento nº 2, que através do Encontro Nacional do Judiciário realizado na cidade de Belo Horizonte/MG, em fevereiro de 2009, impôs o compromisso de julgar até o final do ano, todos os processos distribuídos até 31.12.2005.

Todavia, o cumprimento de metas não oferece, ou sequer assegurara o julgamento criterioso das ações, aumentando a ameaça de decisões precipitadas, que colocam em risco a segurança e a credibilidade do ordenamento jurídico.

A celeridade processual, hoje elevada a direito fundamental pela Constituição, merece e dever ser aplicada de forma adequada para que não comprometa a qualidade da prestação jurisdicional, nem viole o princípio do devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Na busca da efetivação da tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável o Estado precisa ser diligente para não aniquilar direitos do cidadão através da adoção de medidas que comprometam os direitos à ampla defesa e ao contraditório.

A implementação de um processo célere não se faz através do encurtamento de ritos procedimentais, da supressão das garantias processuais e materiais e da restrição do direito, cada vez maior, ao uso das vias recursais, pois a morosidade na entrega da tutela jurisdicional decorre muito mais da falta de aparelhamento do Estado do que de atos praticados pelas partes na defesa de seus direitos.

A aplicação do princípio da duração razoável do processo deve ser feita de forma sistemática com outros princípios e direitos constitucionalmente assegurados pelo Direito brasileiro.

Nesse contexto, José Roberto dos Santos Bedaque, assevera que "Como condutor do processo, o juiz tem o dever de, sem sacrificar o contraditório e a ampla defesa, procurar a solução mais rápida possível para o litígio. Para tanto, é dotado de inúmeros poderes, especialmente aqueles destinados a evitar a litigância de má-fé (arts. 17 e ss) e a realização de atos instrutórios inúteis e protelatórios (art. 130) (...) A busca da rápida solução do litígio não deve transformar-se, todavia, no objetivo maior do julgador. Ao lado do valor da celeridade, encontra-se a segurança, proporcionada pelo devido processo legal. Ambos devem ser levados em consideração pelo juiz, na condução do processo." (2004, p. 348)

Todo processo tem uma duração, pois o Estado assegura aos litigantes o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Qual seria, então, a duração ideal de um processo?

Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina entendem que "a duração razoável do processo, assim, será aquela em que melhor se puder encontrar o meio-termo entre definição segura da existência do direito e realização rápida do direito cuja existência foi reconhecida pelo juiz. A equação destinada a definir o que é duração razoável deverá levar em consideração diversos fatores, tais como: [a] importância do bem jurídico em jogo: (...) [b] Repercussão da solução jurídica para a sociedade: (...) [c] A concessão de liminar fundada em congnição sumária não esgota a tutela jurisdicional, mas inverte o interesse na solução rápida do litígio, que antes era do autor e, após a concessão da liminar, passa a ser do réu. (...) Nas causas em que foi concedida a liminar, a resolução rápida do litígio impõe-se, sob pena de onerar-se excessivamente o réu co a demora da prestação jurisdicional. (...) [d] A criação legislativa de mecanismos que propiciem a realização mais rápida da tutela jurisdicional, naturalmente, atribui maior poder de interpretação ao juiz, já que o legislador não é capaz de regular especificamente todas as situações carentes de tutela que emergem da sociedade." (p. 29/30)

Parece-nos que o critério adequado para a definição de prazo razoável é a análise do caso concreto.

Conforme espraiado, o justo acesso aos procedimentos judiciais se revela como verdadeiro direito fundamental, não podendo limitar a interpretação do inciso XXXV, do artigo 5º, ao simples direito de petição ao Poder Judiciário.

Para dar efetividade na atuação do Estado nos conflitos existentes entre os indivíduos que habitam o seu território, o conceito acesso à justiça deverá ser teleologicamente interpretada, com a amplitude de proporcionar a equidade e o intuitivo conceito de justiça.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que a morosidade processual somada aos custos processuais demonstra a ineficácia do Estado, interferindo diretamente na viabilidade dos procedimentos judiciais, e conseqüentemente, no acesso à justiça.

Ainda, em crítica às deficiências estruturais da organização judiciária, Kazuo Watanabe expõe que "por mais perfeitas que sejam as leis materiais e processuais, será sempre falha a tutela jurisdicional dos direitos, se inexistirem juízes preparados para aplicá-las e uma adequada infra-estrutura material e pessoal para lhes dar o apoio necessário". (200, p. 29)

O acesso à justiça não deve traduzir simplesmente a prestação de serviço jurisdicional, mas o acesso a um processo justo, sem entraves ou delongas, proporcionando a solução dos conflitos e efetivando a garantia das partes.

O acesso à justiça não se confunde nem se exaure com a possibilidade do cidadão levar sua pretensão ao judiciário, mas na efetiva oportunidade de proteção estatal, mediante o justo processo e a concretização das garantias do cidadão em juízo.[8]

Diante dessas considerações, aprimorar o acesso á justiça facilitando o ingresso e ajuizamento de ações constitui em ilusão da tutela jurisdicional.

O Acesso á justiça não significa, simplesmente, acesso ao Poder Judiciário, ou uma mera disponibilidade ao cidadão de um instrumento processual, implica necessariamente em um procedimento que atenta ao devido processo legal.

Não há justiça se não houver respeito às garantias constitucionais processuais do cidadão em juízo.

Ademais, um Estado Democrático e de Direito, como se intitula redundantemente o nosso, deve assegurar aos cidadãos não apenas o amplo Acesso à Justiça, mas, também, o acesso a uma Justiça célere e efetiva.

Já não basta que o Estado assegure apenas o Acesso à Justiça. Atualmente, exige-se que seja dada efetividade a este acesso.

A Emenda Constitucional n. 45 ao prever expressamente o princípio da duração razoável do processo não visou aniquilar direitos do cidadão e nem a diminuição da qualidade da tutela jurisdicional prestada pelo Estado. Ao contrário,

visou sanar a violação do Acesso à Justiça em decorrência de processos morosos e sem efetividade.

Portanto, para dar a efetiva aplicação do conceito de justiça, o Poder Judiciário deverá assegurar a proteção do direito por meio da prestação jurisdicional célere e eficaz, haja vista que a sua contrariedade poderá resultar na responsabilização do Estado pela violação e/ou cerceamento do direito de jurisdição.

BIBLIOGRAFIA

ANNONI, Danielle. *Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária. *Revista de Processo2008*. [S.l.]: p.342-359, [2008].

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 42 ed. São Paulo: Globo, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 18. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BOBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

_____. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compilado Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: ícone, 1995.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: . Acessado em: 31 jul 2009a

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: Acessado em: 11 ago 2009b

_____. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: Acessado em 11 ago 2009c.

_____. Código de Processo Civil. Disponível em: Acessado em 11 ago 2009d

_____. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Disponível em: Acessado em 11 ago 2009e

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: Acessado em 11 ago 2009f

_____. Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. Disponível em: Acessado em 14 ago 2009g

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução Conjunta 01, de 04 de fevereiro de 2009. Disponível em: Acessado em 11 set 2009h

CADERMATORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil, vol. 2*.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução Luis Carlos Borges: revisão técnica Pericles Prade. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *A ilusão da justiça*. Tradução Sergio Tellaroli; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. *O Problema da Justiça*. Tradução João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MARCATO, Antonio Carlos, coord. Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Robson Carlos de. Breves reflexões sobre o princípio constitucional da razoável duração do processo tendo como paradigma os juizados especiais federais cíveis: como a frutífera experiência desse sistema pode ser aproveitada pelo processo civil comum?. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira/coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. E Teresa Arrudsa Alvin Wammbier*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 264-279.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil, 2º volume.* 24. ed. rev. e atual. Por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil: Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário); Leis 10.444/2002; 10.358/2001 e 10.352/2001*. 3 ed. rev. ampl. da 2. ed. da obra Breves Comentários à 2. fase da Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

---

[1] A expressão "acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo. (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8)

[2] O homem é um animal político, no sentido de que somente pode viver e aperfeiçoar-se na e pela sociedade política. (AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado - 42. Ed.* São Paulo: Globo, 2001. p. 382)

[3] O Estado aparece, assim, aos indivíduos e sociedades, como um poder de mando, como governo e dominação. O aspecto coativo e a generalidade é o que distingue as normas por ele editadas; suas decisões obrigam a todos os que habitam o seu território. (AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado - 42. Ed.* São Paulo: Globo, 2001. p. 5)

[4] O Poder Judiciário está disciplinado nos arts. 92 a 126 da Constituição. Sua função típica é o exercício da jurisdição, entendida como o poder de aplicar a lei ao caso concreto, com a autoridade da coisa julgada que torna imutáveis as decisões judiciais. (CHIMENTI, Ricadro Cunha *et al*. Curso de Dirieto Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 281)

[5] Mas os altos custos também agem como uma barreira poderosa sob o sistema, mais amplamente difundido, que impõe ao vencido o ônus da sucumbência. Nesse caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer - o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo - ele deve enfrentar um risco ainda maior do que o verificado nos Estados Unidos

[6] A redução do custo e duração do litígio é, sem dúvida, um objetivo primordial das reformas recentes. As custas de distribuição, por exemplo, são muito baixas para quase todos os tribunais de penas causas. O principal custo, ou principal risco, nos países em

que vigora o princípio da sucumbência, está no entanto, nos honorários advocatícios. Por isso, estão sendo tomadas providencias para desencorajar ou mesmo proibir a representação através de advogados. Esse tipo de reforma reconhece que, provavelmente, não basta permitir à parte que compareça sem advogado, porque o adversário pode se fazer acompanhar de um profissional e obter, assim, vantagem potencialmente diversa. [...]A proibição da atuação de profissionais é, sem dúvida, media controvertida e tem sido freqüentemente atacada por impedir a assistência jurídica a autores pobres e, presumivelmente, despreparados, que precisem enfrentar experimentados homens de negócios.

[7] Art. 8º - Garantias Judiciais. 1 - Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[8] O direito de acesso à justiça, amplamente discutido nas últimas décadas, não se limita mais, como visto, ao simples direito de petição ao órgão público competente. Exige, ainda, que a tutela pretendida não se delongue no tempo, nem se perca com burocracias procedimentais. Tem se aqui outra importante conclusão a que se pode vislumbrar ao término deste estudo: a tutela jurisdicional há de ser pronta e eficaz para que seja justa. (ANNONI, 2008, 149)

DIREITOS FUNDAMENTAIS, MEDIAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA*

DERECHOS FUNDAMENTALES, MEDIACIÓN, ACESSO A LA JUSTICIA

Ivan Aparecido Ruiz
Judith Aparecida de Souza Bedê

RESUMO

O presente artigo tem por escopo delinear a relevância do uso da mediação como forma de acesso à justiça na busca da concretização dos direitos fundamentais apregoados pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, defendendo-se a autodeterminação do indivíduo e a importância desta para a efetivação do valor fundante, que é a dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVES: MEDIAÇÃO; DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, ACESSO À JUSTIÇA.

RESUMEN

El artículo trata de trabajar con la mediación en la perspectiva do aceso a la justicia, por supuesto, también quiere trabajar con los derechos fundamentales de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 para defender la dignidade de la persona.

PALAVRAS-CLAVE: MEDIACIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES, DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA, ACCESO A LA JUSTICIA.

1 INTRODUÇÃO

A análise da realidade brasileira, juntamente com a reflexão sobre o contexto jurídico-legislativo constitucional dos últimos vinte anos da Constituição cidadã é capaz de oferecer um quadro bastante interessante sobre o perfil dos direitos fundamentais no Brasil e seus desdobramentos práticos.

Os estudos de Miguel Reale apontam para a existência de dois mundos distintos, o *universo do dado* (natureza) e o *universo do criado* (cultura), sendo que homem e o animal, por vezes, parecem ter condutas muito semelhantes. Entretanto, destaca aquele doutrinador que o principal elemento diferenciador entre homem e o animal não é meramente a capacidade de alterar a natureza, tirando dela subsistência e abrigo; mas reside o principal distintivo na capacidade humana de agir motivadamente. O homem atua sobre a base da natureza, transformando-a, atingindo os outros homens, o que provoca modificações em si mesmo, pois age visando atingir um fim, atender a uma necessidade, satisfazer um desejo.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Impulsionadas as pessoas por diversos fatores - fé, amor, poder, vingança, solidariedade - há que se destacar a necessidade de impor regras e limites, direitos e deveres, os quais possibilitarão a convivência ordenada e pacífica; donde exsurge o Direito, como ciência e como fato. Também pode-se estudar o Direito sob o prisma do valor. Daí falar-se na experiência jurídica como *fato*, *valor* e *norma*.[1]

Após séculos de evolução do Direito Civil[2], nascido no berço da Antigüidade, a sociedade humana vê a necessidade de traçar contornos mais gerais para prover a convivência. Alicerçado na noção de limitação ao poder, o Constitucionalismo invade a cena e impõe aos soberanos, limites bastantes claros de atuação, o que possibilitará as demais pessoas, componentes desta organização social, alguns direitos e alguma força diante do poder, até então, absoluto/divino.

O desenvolvimento da idéia de hierarquia jurídica e a divulgação das idéias kelsenianas corroboram a necessidade de haver um direito antes dos direitos civis, um direito que seja de toda pessoa e não apenas do senhor em relação ao servo.

É este documento constitucional, contudo, também, expressão de um poder. Como costuma afirmar em aula o prof. Dr. Zulmar Fachin, "a Constituição é um documento normativo da atribuição do poder, o qual está à flor da pele". Não obstante tal realidade, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) consagrou o direito à dignidade, protegendo direitos de minorias, antes sem voz. São eles: deficientes, menores, idosos, índios, pessoas de diversas orientações sexuais, enfim, todos aqueles que sofressem alguma espécie de discriminação: políticas, religiosa, social, cultural. É o reconhecimento do pluralismo e da diversidade que compõe esta nação.

Eminentemente principiológica, a CF/88 tem espalhado seus ramos por todo o ordenamento, atingindo tanto questões de interesse nacional, como a tributação, quanto situações do cotidiano do brasileiro, que tem sua vida regulamentada por uma lei que desconhece, ainda que ela ocupe o mais alto patamar na pirâmide normativo.

Apesar dessa confessa ignorância, não deixa a Constituição Federal de ser fundamental, de se constituir no núcleo e a base do ordenamento jurídico, documento que condensa os temas mais caros à sociedade, entre eles os direitos fundamentais, individuais e coletivos.

Marcadamente eclética, busca a atual Constituição Federal conciliar o direito à propriedade e a reforma agrária, a iniciativa privada e a intervenção estatal, a sujeição do indivíduo ao Estado e a preservação da dignidade humana, todos dotados de caráter axiológico fundamental.

Parafraseando Jaime de Altavilla[3], pode-se dizer que cada época reflete, legal e jurisprudencialmente, o modo de pensar de um povo num dado contexto. Donde se destaca a primordial importância da garantia mínima conferida aos cidadãos por meio do rol de direitos estabelecidos, sobretudo, constitucionalmente. No centro deste novo paradigma ordenamental estão os princípios, norteadores do direito nacional e estrangeiro.

Segundo lição de Robert Alexy[4], um princípio jurídico é caracterizado pela sua condição de "mandado de otimização". Para o autor, princípios são "normas que

ordenam seja algo realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades reais, senão também, das jurídicas".

Assim, como produtos históricos, os direitos fundamentais estão consagrados em princípios, o que lhes confere maior força normativa.[5] São inexauríveis, indivisíveis e transindividuais. Complementares entre si, os direitos fundamentais que, atualmente, devem ser mais do que mera ficção jurídica, devendo haver uma luta para sua concretização, pois verificam-se, ainda, muitas desigualdades.

Estando, assim, os cidadãos, diante das desigualdades, da infração de direitos mínimos, socorrem-se do Poder Judiciário, a fim de ver concretizados os direitos fundamentais que o legislador de maior estatura elencou e que o Estado-juiz pode garantir. Nessa hipótese, aborda-se em acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88), isto porque a Constituição Federal de 1988 estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O acesso à justiça é direito e garantia fundamental, estando previsto formalmente no Título *Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Individuais e Coletivas*. Mas, o fato dos meios alternativos de solução dos conflitos de interesses não estarem previstos, formalmente, no texto constitucional, não significa que também não se tratam de um direito fundamental, pois, conforme ensina Ronnie Preuss Duarte[6], "São direitos fundamentais em sua dimensão formal aqueles expressamente previstos na Constituição, ao passo que serão direitos fundamentais em um dimensão material aqueloutros que, nada obstante não contarem com previsão expressa no texto constitucional, tenham objeto análogo aos direitos formalmente fundamentais".

Neste ponto a questão que se põe é: tem sido o Poder Judiciário capaz de garantir e/ou fazer concretizar os direitos e garantias fundamentais inerentes a todo cidadão? Os tradicionais meios de solução de conflitos, em especial o processo, têm sido aptos o suficiente para trazer pacificação, harmonia e efetivação aos direitos fundamentais? Este novo contexto social, político e econômico tem sido atendido em suas peculiaridades em nome do "fazer justiça"? Na busca de respostas para tais questões, destacam-se os estudos sobre os *chamados meios alternativos de resolução de conflitos*, entre eles, a *mediação*, tratada, na seqüência, no presente artigo. Parte-se do intuito de relacionar o uso da mediação como forma de tornar concretos os direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em diversos lugares do mundo, nos mais variados momentos históricos, a busca pelo respeito ao ser humano, ou aos valores considerados essenciais à sua existência, gerou lutas; ora travadas nos campos de batalha reais, ora disputadas no tabuleiro político das grandes nações. Eis aí o caráter universal do qual se revestem a dignidade e seus frutos: os direitos humanos.

Embora o conceito de universalidade denote amplitude e generalidade, um de seus aspectos mais relevantes reside justamente na particularidade de atingir, a um só tempo, realidades tão díspares, culturas tão singulares, pessoas tão complexas quanto as organizações sociais a que se liga o ser humano. Aparente paradoxo deve-se, por certo, à compreensão que toda pessoa tem acerca do que vem a ser justo ou injusto. É na aceitação da diferença que se constrói a igualdade.

No Brasil e em diversos outros países, as prerrogativas, garantias e ditames da dignidade elevaram os direitos humanos à categoria de preceito constitucional. Tratou a na Constituição Federal[7], a dignidade da pessoa humana, dentre os Princípios fundamentais e como fundamento do Estado Democrático de Direito. Seguindo a noção kelseniana de construção escalonada do ordenamento jurídico, pode-se dizer que tal fato traduz o anseio coletivo pela tutela de bens tão caros à humanidade, como a *igualdade*, a *liberdade*, a *segurança*, a *privacidade*, o *meio ambiente*, o *patrimônio genético*, enfim, a *vida em plenitude* e o *direito à vida com dignidade*. Estando presente, tanto na noção de direito natural, quanto nas legislações pátria e internacional, o direito à vida digna espraia-se pela vida de cada um, impondo deveres não só ao cidadão, mas, também, aos entes sociais, o que resulta em limites ao direito-poder do Estado.

A delimitação da autonomia estatal, entretanto, é mais do que limite; trata-se, antes, de liberdade, porque não há falar-se nesta última, sem que outras garantias acessórias sejam oferecidas, respeitadas e ampliadas no convívio entre pessoas que coabitam um planeta. É impossível haver meios de coibir a atuação estatal se não houver liberdade para exigi-lo; é improvável que os particulares respeitem direitos que os governantes ignorem. Talvez resida neste ponto o destaque dado aos documentos que elencam prerrogativas de dignidade do homem.

As diversas declarações de direitos concretizadas ao longo da história da humanidade disseminaram, pelo mundo civilizado, não só os bens tutelados em si, mas garantiram a propagação da noção de dignidade inerente a todo ser humano, cumprindo um papel de fundamental importância no trato das relações humanas. Dado o paradigma primeiro, cumpre continuar garantindo direitos e limitando atuações, a fim de ver a convivência harmônica, um dos fins do direito, triunfar na sociedade. Porém, enquanto o homem for lobo do homem, não deve ser esquecida a lição de Norbeto Bobbio: "O grave problema do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais de fundamentá-los, e sim o de protegê-los"[8]. Assim, não basta *declarar* os direitos, mas sim, *assegurá-los*, *garanti-los*.

Na perspectiva protetiva, situam-se os *direitos da personalidade*, dentre os quais se destaca o *direito à vida digna*, relacionado à dignidade e ao contexto dos direitos humanos, na perspectiva do acesso à justiça. Aborda-se, aqui, em acesso à justiça, e não, simplesmente, acesso ao Poder Judiciário. O Acesso ao Poder Judiciário, nem sempre significa efetivo acesso à justiça. Com o acesso ao Poder Judiciário objetiva-se o acesso à justiça, como valor transcendental e pacificação total. Normalmente, com o acesso ao Poder Judiciário, este no exercício da jurisdição, entendida como *função*, *poder* e *atividade*, realizando o Direito, pode-se, em conseqüência, falar-se, também, em acesso à justiça, ou na feliz locução da doutrina brasileira, *acesso à ordem jurídica justa*. Assim, se a jurisdição, valendo-se, normalmente[9], do processo atinge o acesso à justiça, pode-se concluir que não é só por meio desse meio que se alcança o efetivo acesso à justiça, porquanto, atualmente, se dispõe de outros mecanismos para o atingimento do acesso à justiça, *v.g.*, *mediação*, *conciliação* e *negociação*, com as vantagens de que, nesses mecanismos, a solução não é imposta por um terceiro, como ocorre no "processo judicial" e na "arbitragem", ou seja, não vem de fora, é alcançada pelos próprios sujeitos em conflito, eis que construída por eles mesmos. Aqui, tem-se, realmente, a composição dos conflitos de interesses na sua forma mais pura, já que se trabalha com a lógica do ganha-ganha, diferentemente do processo, onde sempre haverá uma ganhador e um perdedor.[10] Elimina-se, por assim dizer, todo o conflito de

interesses no âmbito sociológico e não somente, como acontece no processo, no âmbito jurídico.[11]

É fundamental a acepção da dignidade da pessoa humana como valor fundamental a ser perseguido, fonte donde emanam as prerrogativas da pessoa a qual, vivendo em sociedade, precisa aprender e ensinar a lição da convivência pacífica e da igualdade. Contudo, a citada igualdade não descarta o reconhecimento do multiculturalismo, do pluralismo, das diferenças sazonais, econômicas e sociais, próprias do ser humano, que tem direito a ter direitos sem sofrer constrangimentos ou limitações injustificadas; posto ser o limite do direito do homem, o direito dos outros homens.

Evidencie-se que *"viver com dignidade"* implica não somente na concessão de direitos, mas na concretização da autodeterminação e no estabelecimento de condições de efetivação dos direitos humanos; fazendo-se, primordial o desenvolvimento da idéia de pacificação, que pode ser alcançada pela mediação; entendida neste trabalho como forma de manutenção do diálogo por intermédio do qual será promovida a efetivação da própria dignidade humana, que garante não apenas o rol de direitos da personalidade, mas, sobretudo, a concretização dos direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos, entre eles o de acesso à justiça.

Em relação à dignidade, afirma Thiago Lima Breus[12]:

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe (em um primeiro momento) limites à atividade estatal, uma vez que impede a violação, por qualquer dos poderes veiculados pelo Estado, da dignidade pessoal de qualquer particular. Em um segundo estágio, o princípio-fundamento da dignidade da pessoa humana também vincula os poderes públicos a sua efetivação, não apenas de modo programático, mas também concreto. A doutrina é unânime na acolhida dessa perspectiva, porquanto é derivada da própria natureza intrínseca da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e que promove a integração normativa do ordenamento jurídico.

Assim, todo o rol de direitos fundamentais necessita, como *"conditio sine qua non"*, que haja respeito à dignidade humana, corolário de um estado democrático social e de direito, no qual o ser humano é o elemento central e fundamental.

3 MEDIAÇÃO: CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

Embora a mediação apenas recentemente tenha recebido destaque no âmbito do processo civil, seja no âmbito da doutrina, tanto no Brasil[13], quanto fora dele[14], seja no aspecto legal, teve origem quatro séculos antes do início do calendário cristão, com Confúcio, na China, como meio mais adequado para a solução dos conflitos. A história revela que as soluções de conflitos entre grupos humanos se efetivaram, de forma constante e variável, por meio da mediação. Culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas têm longa e efetiva tradição no uso da mediação. É uma prática antiga, identificada já no Velho Testamento, embora seja comum ser representada como um novo paradigma, uma inovadora metodologia de resolução de conflitos.[15]

Contemporaneamente, a mediação ressurge nos Estados Unidos da América, na década de 1970. Sua evolução deu-se de forma rápida e eficaz, sendo logo incorporada ao sistema legal. Em alguns Estados, a mediação tornou-se obrigatória na fase que antecede ao procedimento judicial.[16]-[17] No final da década de 70, a mediação chegou à Inglaterra, passando a ser aplicada por alguns advogados independentes.

Sua primeira manifestação no Brasil decorreu das Ordenações Filipinas, depois, regulamentada nacionalmente na Constituição do Império, de 1824, que reconhecia a atuação conciliatória do Juiz de Paz ante o desenvolvimento dos processos. Na legislação brasileira, a mediação teve sua importância reconhecida inicialmente na reforma do Código de Processo Civil de 1994 (audiências de conciliação prévia) e igualmente na Lei n. 9.099/95, dos Juizados Especiais.

Destacado o espaço da mediação na atualidade jurídica, um segundo passo está em verificar a importância da mediação nas políticas sociais de saúde pública. O tema ganha importância ao se vislumbrar que, por vezes, o conflito intersubjetivo pressupõe a ocorrência de patologia social, enquanto choque desequilibrado de interesses opostos, de fundo psicológico, econômico e sociológico. Diante disso, dependendo do nível de realidade em que esses interesses forem compostos, vislumbra-se na mediação a resolução do conflito de interesses como terapêutica pacificadora. Segundo José Alcebíades de Oliveira Júnior isso ocorre porque...

de imediato, enquanto o direito tradicional moderno tem por finalidade dar uma solução jurídica - legal - a um conflito, sem nenhuma responsabilidade com a sua extinção, a mediação - num plano sociopsicológico para além do legal - renasce com essa pretensão[18].

Trata-se a mediação de um meio alternativo de solução de controvérsias que se vale de um conjunto de técnicas interdisciplinares, em especial da Psicologia da comunicação, da negociação e do Direito, por meio das quais, um terceiro, alheio ao conflito de interesses, tenta, de modo imparcial e neutro, auxiliar os envolvidos a encontrarem alternativas para sair da situação conflituosa em que se encontram e para a qual buscam auxílio especializado.

Juan Carlos Vezzula ensina que a mediação "auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganham"[19], favorecendo um diálogo cooperativo entre as partes, o que permite a busca das melhores e mais criativas soluções para a satisfação de todos os envolvidos.

Percebe-se que no contexto do processo judicial convencional, embora haja a solução da lide proposta, resta uma insatisfação do "perdedor", o que põe em cheque a força coativa da lei, o poder de imposição do próprio Poder Judiciário e a boa vontade do indivíduo perante normas que, entende, serem-lhe prejudiciais ou injustas. Não se trata de mera questão material, mas sim, de aspectos subjetivos e emocionais. Nesse sentido, assevera Figueira Junior[20]:

a sentença ou a decisão arbitral que acolhe ou rejeita o pedido formulado inicialmente pelo postulante não solucionam o conflito sociológico, mas simplesmente compõem a lide processual que, por sua vez, significa nada mais do que a parcela do litígio que foi levado ao conhecimento do juiz ou árbitro.

Como o próprio indivíduo passa a gerenciar a busca pela solução e/ou busca de alternativas, assume a responsabilidade pelo exercício da autonomia, tornando-se cidadão mais consciente e atuante, pois corporifica o próprio princípio da autonomia privada.

Desta feita, o mais elevado escopo da mediação não é a busca do direito a ser aplicado ao conflito, mas sim, o apaziguamento das partes envolvidas na controvérsia percebendo-se como indivíduos sociais. Os sujeitos envolvidas no conflito de interesses mantêm, em todos os momentos, o controle da relação conflituosa, buscando de próprio punho, o caminho da resolução pacífica do mesmo[21]; o que se traduz em busca e acesso à justiça, esta na mais pura expressão.

A mediação possui ampla aplicabilidade, podendo ser utilizada nos mais diversos contextos, tais como nos conflitos familiares, de vizinhança, em condomínios, empresas e até entre particulares com uma pretensão resistida. Na mediação, o acordo é uma conseqüência possível, mas nem sempre ele acontece.

É importante frisar que na mediação, os conflitos tratados são, geralmente, patrimoniais disponíveis ou direitos relativamente indisponíveis[22]. Isso porque apenas esses direitos podem ser objeto de transação extrajudicial. Feito um acordo, este pode ou não ser homologado pelo Poder Judiciário, a critério das partes.

A mediação também pode ser utilizada em questões penais, nos casos de crimes sujeitos à ação penal privada ou à ação penal pública condicionada. Nesses casos, a mediação poderá resultar na renúncia da queixa-crime ou da representação. Nos casos sujeitos à ação penal pública incondicionada, a mediação, é possível, não para que se transacione sobre o direito de ação, que pertence ao Estado, mas, apenas, para que as partes dialoguem, para que não entrem em conflito.

Interessante, aqui, nesse momento, registrar a diferença básica entre a *arbitragem*, a *mediação**[23]*** e a *conciliação*. A arbitragem consiste no poder conferido ao árbitro de impor a solução às partes; enquanto na mediação e na conciliação, mediador e conciliador atuam apenas como veículos para que as partes cheguem a um acordo. Ainda, na conciliação há a possibilidade do conciliador sugerir a solução para o conflito de interesses, ao passo que na mediação, o mediador não indica ou aponta a solução, mas "(...) objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera conseqüência"[24]. Na arbitragem, se as partes não celebram transação, o árbitro deverá decidir acerca da controvérsia, tal como se fosse o juiz da causa, tanto que, atualmente, pela Lei de Arbitragem (Lei n. 9307, de 23 de setembro de 1996), o árbitro[25], considerado como juiz de fato e de direito, prolata *sentença arbitra*l[26], a qual possui eficácia de *titulo executivo judicial*, conforme se depreende do art. 31[27] da Lei de Arbitragem e do art. 475-N, inc. IV[28], do Código de Processo Civil de 1973.

Assim, em um contexto estatal principiológico, onde a dignidade da pessoa humana assume status de valor fundante/sobreprincípio a ser respeitado em todas as searas, torna-se extremamente válido valer-se o profissional do direito dos meios disponíveis e possíveis para efetivação da dignidade da pessoa humana, concretizada no respeito aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, na persecução do escopo constitucional.

A mediação, no plano extraprocessual, sem se preocupar, aqui, com a relação jurídica processual, tem ela a natureza jurídica de um contrato, pois está pautada na manifestação da vontade das partes, criando, extinguindo ou modificando direitos, devendo constituir-se de objeto lícito e não defeso em lei, razão pela qual estão presentes os elementos formadores do contrato. Ainda, no plano extraprocessual, se considerá-la obrigatória, como condição de procedibilidade, à luz da relação jurídica processual, estará ela mais afeta a condição da ação, especificamente, o *interesse processual*. Já, no âmbito da relação jurídica processual, de forma endoprocessual, a mediação terá a natureza jurídica de um negócio jurídico processual, como ocorre com a conciliação e que é defendida por Vicente Greco Filho[29]. Desta feita, vale lembrar que só poderá ser objeto da mediação os atos sobre os quais não incidam sanções penais e que não atentem contra a moral e os bons costumes.

Diante do exposto, resta claro o papel da mediação na persecução dos direitos fundamentais, posto ser ela uma técnica capaz de fazer o ser humano retomar o diálogo na busca da solução dos conflitos de interesses em que se vê envolvido. Quando o dialogismo, a harmonia e a pacificação são o tripé de um contexto jurídico-social, sobreleva-se o papel do acesso à justiça; que não se reduz ao tradicional trato com o Poder Judiciário, mas amplia-se em um encaminhamento que visa o favorecimento da convivência ordenada, o que é, em última análise, o mais fundamental acesso à justiça.

A legislação nacional conta com um projeto de mediação em andamento, explorando a perspectiva extraprocessual ou prévia, fase na qual a mediação seria facultativa a determinados casos, antes da proposição formal da demanda perante o Poder Judiciário. Existindo também a fase endoprocessual ou incidental, obrigatória[30], onde o magistrado, ou profissional habilitado, buscaria chegar, juntamente com as partes, a uma solução pacífica, por meio do uso das técnicas disponíveis de mediação.

Visualiza-se o Estado impondo limites aos indivíduos mas, sobretudo, a si mesmo; uma vez que possibilita aos envolvidos uma autodeterminação capaz de levá-los à situação jurídica mais confortável e mais independente, uma vez que reside a dignidade da pessoa nesta mesma limitação. Neste particular aspecto, interessante citar Jacques Távora Alfonsin:

Sem uma consciência generalizada da alteridade (...) não há como garantir-lhes (aos Direitos Fundamentais) eficácia, passe o truísmo, pois, essa não é somente vertical - válida somente contra o Estado - mas é também horizontal - válida ainda quando lhe opuserem circunstâncias episódicas próprias das crises que está sujeito o chamado livre mercado"

De acordo com essa ordem de idéias, o discurso jurídico tradicional deve libertar-se das amarras da singularidade e lançar mão do "nós", pronome plural e coletivo que consubstancia a construção de um espaço de inclusão do outro, sempre com vistas à efetivação e solidificação da dignidade da pessoa humana[31].

Garantidos os direitos subjetivos individuais e coletivos, corrigidas as desigualdades sociais e econômicas; as quais se ligavam as lutas de classes estudada por Marx (questão social, como preferem alguns); estar-se-ia caminhando rumo à concretização da dignidade da pessoa humana; posto que, enfim, estava o cidadão apto a exigir o

cumprimento de seus direitos por parte do Estado. Dentro deste quadro advém a terceira dimensão de direitos humanos.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho[32], o desafio da 3ª geração de direitos (fraternidade/solidariedade) é a qualidade de vida e a busca da solidariedade entre as pessoas, o que implica a existência de conflitos de interesses, podendo haver colisão entre esses direitos, mas também a busca da pacificação.

A contribuição do desenvolvimento tecnológico deveria ter sido capaz de atingir a grandes massas de desvalidos, todavia, não foi isto que se observou, ao contrário, houve um processo que Ingo Wolfgand Sarlet denominou de "erosão e degradação [...] dos direitos e liberdades fundamentais"[33]. A sociedade, mesmo experimentando grande desenvolvimento na área técnica, não conseguiu levar a todo ser humano os direitos de dignidade apregoados durante séculos.

Tal realidade prejudica não só o controle estatal, mas o respeito que os indivíduos têm pelos órgãos que deveriam promover a justiça e a igualdade em uma sociedade estratificada e capitalista, mas ainda assim, interdependentemente das diversas camadas que a compõem.

O projeto de lei que aguarda aprovação no Congresso Nacional revê uma sistemática de aplicação da mediação obrigatória e outra, facultativa. O Plenário do Senado Federal aprovou, desta forma, em 11/07/06, o PLC 94/02, que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

Entre os doutrinadores parece haver consenso quanto aos benefícios advindos da assunção da Mediação no meio jurídico, entretanto, Rodrigues Junior mostra-se temeroso e, em recente artigo, publicado em 2006, afirma: "Corre-se o risco de se instituir a mediação no Brasil e, pior, a mediação obrigatória, sem qualquer discussão com a sociedade e os operadores jurídicos"[34].

Diante deste inquestionável argumento, avulta a importância do estudo da mediação e de seu significado no contexto do acesso à justiça. Para ele, o melhor modo de implantar uma mudança é discutir o tema, gerando uma mudança de mentalidade. Desse modo, é mister destacar que não assiste razão ao temor de Rodrigues Junior quanto à obrigatoriedade, pois a sociedade tem discutido o tema no intuito de mudar a mentalidade da população, a fim de que esta dê preferência à via consensual, e não à da obrigatoriedade; o que só pode se efetivar pela via do acesso à informação; mesmo porque - destaque-se - que um acordo não pode ser obrigatório, o que ocorre, pela sistemática a ser implantada, é a obrigatoriedade do indivíduo a passar pelo processo de mediação, antes que toda a máquina judiciária se acione, mas dentro da perspectiva do acesso à justiça. Será *obrigatória* a *tentativa da mediação*, e não a mediação em si.

Insiste-se que não se propõe a supressão, o afastamento ou a exclusão[35] do Poder Judiciário, ou menos ainda de sua estrutura e garantias secularmente conquistadas. É um remédio a mais que se coloca à disposição do doente para curar o mal de que se queixa. Não se deseja, igualmente, oferecer a mediação como tábua de salvação para o desafogamento do Poder Judiciário; outrossim, o desejo da sociedade e dos estudiosos caminha no sentido de concretizar as propostas contidas na Constituição Federal, sobretudo a beleza dos direitos e garantias insculpidos no art. 5º da CF/88, que ficarão

ainda mais belos e reais se se efetivarem no seio da coletividade. Tal concretização passa pela efetivação da solução pacífica de controvérsias, prevista no preâmbulo constitucional que, embora não goze de força normativa, possui força principiológica e axiológica, essenciais ao Estado Social Democrático de Direito.

A facultatividade da utilização da mediação entre nós confere ao procedimento *status* de técnica de pacificação, pois aquele que se vir envolvido em litígio que afete seus bens, direitos ou patrimônio (de qualquer ordem) pode buscar ajuda na atuação do mediador que, de modo imparcial, tentará levar os envolvidos a encontrar uma solução, um caminho para resolver ou minimizar os conflitos de interesses. Tal acordo poderá ser sólido e duradouro, uma vez que parte dos próprios envolvidos, vislumbrando, inclusive, sua particular característica de atuação no âmbito emocional, sendo menos burocrático, mais eficiente e menos oneroso, sem desprezar a relação jurídica protegida constitucionalmente.

Águida Arruda Barbosa[36] destaca, inclusive, que a linguagem a ser utilizada durante o procedimento de mediação é mais um elemento favorável à utilização da mediação; linguagem esta baseada em um pensamento ternário, próprio da cultura oriental, em oposição à linguagem binária, peculiar da cultura capitalista ocidental. Este discurso encontra abrigo na filosofia habermasiana, a qual destaca o papel da comunicação e do diálogo como fonte de todo arsenal intelectual da humanidade. Jurgen Habermas defende uma teoria do conhecimento que valorize os interesses envolvidos, tido este como um *a priori* do próprio conhecimento[37]. Nesta seara, a mediação é o retrato fiel da realidade da comunicação necessária à concretização do acesso à justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A variedade e a amplitude dos temas tratados, por si só, impossibilita que sejam traçadas conclusões. Trata-se mesmo de considerações sobre o tema. Portanto, pode-se dizer que a partir dos estudos realizados, evidenciou-se que a dignidade da pessoa humana é valor-fonte do ordenamento jurídico, estando presente nas mais diversas situações, desde aquelas que envolvem a possibilidade/capacidade do indivíduo dispor de seu corpo e sua vida; até aquelas nas quais o respeito à dignidade do ser humano chega a oferecer uma limitação ao exercício do direito, não por mera arbitrariedade legal, mas, antes, pelo respeito extremo conferido à dignidade quando esta se liga aos direitos da personalidade.

Outro aspecto evidenciado durante o processo de pesquisa deste trabalho, foi a constatação do total desrespeito a muitos dos direitos da personalidade, aos direitos humanos e a vários outros direitos do ser humano, pois a população carece de tudo que lhe seria mínimo para subsistência digna.

As duas constatações levam a uma conclusão lógica sobre a importância da vida digna, pois não adianta ter um belo rol de direitos humanos e garantias da dignidade, se isto não chega a atingir a vida de cada cidadão. Destaca-se que o maior dos direitos é o de levar uma vida digna, gozando das prerrogativas sociais, econômicas, religiosas e filosóficas que permitem a pessoa viver em plenitude, livre de qualquer preconceito ou discriminação.

Quanto ao instituto da Mediação, cumpre destacar que não se trata de algo novo na história da humanidade, tampouco o é, o hábito de revisitar institutos, e costumes, reabilitando crenças ou resgatando modelos de ideologia. Talvez, por esse motivo, a Mediação, como elemento retomado das primeiras civilizações, tenha o condão de oferecer à sociedade pós-moderna, alternativas para o caos instaurado na consciência da pessoa, nas relações econômicas e sociais

A assunção, por parte do Poder Judiciário, dos meios acadêmicos e da doutrina acerca da necessidade de atender de forma mais humanizada aos anseios daquele que se vê lesado em seu direito (ou expectativa/ pretensão) faz com que a coletividade seja repensada, redimensionada e valorizada como espaço de atuação da pessoa que pensa e convive. A utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, sobretudo da Mediação, faz crer que a pessoa do século XXI ainda tem opção, pois não se fechou de todo nas amarras da letra fria da lei mas, ao contrário, tem procurado solucionar suas pendências usando os binômios razão e emoção; direito e dever; percepções de justo e injusto, na busca da harmonia pessoal e social.

Diante de um mundo globalizado, onde a soberania e a própria atuação estatal são minimizadas, é importante fortalecer o cidadão, tanto para que este busque seus direitos, como para que realize a almejada justiça, sobretudo a social.

Em um mundo orientado pelo Neoliberalismo bárbaro, dirigido pela ânsia da disputa e da competitividade, sendo a justiça distribuída pela litigiosidade e não como resultado de um caminho de negociação entre as partes; é bom saber que há outras opções, ainda há esperança. Os agora chamados "meios alternativos de solução de conflitos de interesses" (os antigos meios de resolver controvérsias), anteriores à positivação, à tutela estatal, voltam à baila e retomam o lugar perdido, fazendo com que esta sociedade volte a se comunicar e busque a solução pacífica dos seus problemas, num legítimo direito de acesso à justiça na perspectiva do respeito aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. *TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.* SÃO PAULO: MELHORAMENTOS, 2008.

ALTAVILA, JAIME DE. *ORIGEM DOS DIREITOS DOS POVOS.* SÃO PAULO: MELHORAMENTOS, 1963.

ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Rubinzal: Culzoni, 2003.

_____ . *Mediación y justicia*. Gladys S. Alvarez, Elena I. Highton e Elias Jassan. Buenos Aires: Desalma 1996.

_____ . *Mediación para resolver Conflictos*. Elena I. Highton e Gladys S. Alvarez. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

AMARAL, Lídia Miranda de Lima. *Mediação e Arbitragem Uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil*. São Paulo: LTr, 1994.

ARANHA, Guilherme Arruda. Direitos Humanos e Dignidade. In: PIOVESAN, Flávia e IKAWA, Daniela. *Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação, perpectivas e desafios contemporâneos*. v. II. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

BARBOSA, Aguida Arruda. Prática da Mediação: Ética Profissional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) Família e Dignidade Humana. *V Congresso Brasileiro de Direito de Família.* São Paulo: IOB Thomson, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEDÊ, Judith Aparecida de Souza; FERENC, Lissa. Cristina Pimentel Nazareth; RUIZ, Ivan Aparecido. Estudos preliminares sobre mediação. *Revista Jurídica CESUMAR*. Mestrado, v. 8, p. 163-177, 2008.

BITTAR, Moysés André. *Nova lei de mediação e conciliação da Argentina nº 24.573*, São Paulo: LTr., 1996.

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada***.** São Paulo : Saraiva, 2005.

BREUS, Thiago Lima. POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL: A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea. Dissertação apresentada à UFPR-Curitiba em 2006. Disponível em http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/5703

acesso 22 out. 2008.

CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação: rudimentos*. São Paulo: Atlas, 2002.

CACHACPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COLERIO, Juan Pedro. *Mediación obligatoria y audiencia preliminar*. Rubinzal: Culzoni, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2003.

CORRÊA, Marcos José Gomes. Direitos Humanos: concepção e fundamento. In: PIOVESAN, Flávia e IKAWA, Daniela. *Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação, perspectivas e desafios contemporâneos*. v. II. Curitiba: Juruá, 2007.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade***.** Trad. de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

FARINHA, António H.L. *Mediação Familiar e responsabilidades parentais.* António H. L. Farinha e Conceição Lavadinho. Coimbra: Almedina, 1997.

DIAS, José Francisco de Assis. *Direitos Humanos: Fundamentação Ontoteleológica dos Direitos Humanos*. Maringá: Unicorpore, 2005.

DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça Os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1976.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

FUGA, Marlova Stawinski. *Mediação familiar quando chega ao fim a conjugalidade*. Passo Fundo: Universidade Passo Fundo, 2003.

GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio e BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. Notas em torno da idéia de lide como objeto do processo, *in Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Coordenação de Lucia Massara e Carlos Alberto Rohrmann, v. 14, 2007, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 35-43.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro:* atos processuais a recursos e processos nos tribunais. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

- GUERRA, Sidney e EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Revista da Faculdade de Direito de C*ampos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006, p. 09. Disponível em <http://www.fdc.br/ Arquivos/ Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf Acesso em 02 out. 2007.

HAIM, Grunspun. *Mediação familiar : o mediador e a separação de casais com filhos*. São Paulo: LTr, 2000.

HAYNES, John M. *Fundamentos da mediação familiar*. John M. Haynes e Marilene Marodin. Porto Alegre: Artse Médicas, 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à Vida*. São Paulo : Quartier Latin/ Centro de Extensão Universitária, 2005.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos. O cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem Alternativas à Jurisdição!*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. São Paulo : Lúmen Júris, 2000.

RUIZ, Ivan Aparecido. A autocomposição nas relações de família. *Revista Jurídica CESUMAR. Mestrado*, Maringá, v. 5, n. 1, p. 51-74, 2005.

RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o Direito de Família. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 6, p. 75-105, 2005.

RUIZ, Ivan Aparecido. Breves observações sobre a mediação no âmbito do direito de família. *Revista Jurídica CESUMAR. Mestrado*, Maringá, v. 2, p. 7-38, 2003.

RUIZ, Ivan Aparecido. Breves observações sobre a mediação no âmbito do direito de família. *Revista de Ciências Jurídicas*, Maringá, v. 1, p. 115-143, 2003.

RUFINO, Marco A. *Mediación y Conciliación según la JURISPRUDENCIA Legislación*. Buenos Aires, República Argentina: AD-HOC S.R.L., 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. ***Direitos Fundamentais e relações privadas***. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2004.

SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____ . *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Gisele Groeninga de Almeia, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHNITMAN, Dora Fried (org.). *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre : Artmed, 1999.

SPENGLER, Fábia Marion. *Tempo, direito e constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004.

TAVARES, Fernando Horta. *Mediação & Conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Curitiba: Instituto de Mediação, 1995.

YANIERI, Alcira Ana. *Mediación em el divorcio Alimentos y régimen de visitas*. Argentina Buenos Aires: Júris, 1994.

---

[1] Consoante ensinam ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlo de, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, "A experiência jurídica, segundo conhecidíssimo pensamento jurisfilosófico, pode ser estudado por três aspectos: norma, valor e fato. Sob o ângulo da norma, constrói-se a *epistemologia* (ciência do direito positivo), à qual pertence a dogmática jurídica, que estuda o direito como ordem normativa. Os valores éticos do direito são objeto da *deontologia* jurídica. O fato é estudado pela *culturologia*. Alguns dos princípios gerais do direito processual colocam-se entre a epistemologia e a deontologia, entre a norma e o valor ético, no limiar de ambos". (*Teoria geral do processo*. 22. ed. SãoPaulo: Malheiros2006, p. 56).

[2] Tratava o Direito Civil como o Direito Comum.

[3] ALTAVILA, JAIME DE. *ORIGEM DOS DIREITOS DOS POVOS.* SÃO PAULO: MELHORAMENTOS, 1963.

[4] ALEXY, ROBERT. *TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.* SÃO PAULO: MELHORAMENTOS, 2008.

[5] Há que ressaltar, no entanto, que os *direitos fundamentais* sobrepõem, transcendem às *normas fundamentais*. Aliás, a doutrina tem afirmado que "Os direitos fundamentais não se confundem com as normas que os asseguram. Em outros termos, não existe uma correlação necessária entre os direitos e os enunciados deônticos que conformam sua proteção normativa". (VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13).

[6] *Garantia de acesso à justiça Os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 119.

[7] "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de

Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

- [8] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

[9] Utilizou-se, a palavra "normalmente", pois a Doutrina, no Brasil, de uma forma majoritária, defende o exercício da jurisdição na *arbitragem*.

[10] "A ritualidade diferenciada entre mediação e o processo se dá principalmente em duas linhas: a primeira diz respeito ao fato de que o processo sempre trabalha com a lógica de ganhador/perdedor. Num segundo momento, a ritualidade do processo tem por objetivo (além de dizer quem ganha e quem perde a demanda) investigar a "verdade real dos fatos", enquanto a mediação pretende restabelecer a comunicação entre os conflitantes, trabalhando com a lógica ganhador/ganhador". (SPENGLER, Fábia Marion. *Tempo, direito e constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 68).

[11] Para uma melhor compreensão acerca da idéia de lide e o objeto do processo, consulte-se GONÇALVES, Aroldo Plínio e BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. Notas em torno da idéia de lide como objeto do processo, *in Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Coordenação de Lucia Massara e Carlos Alberto Rohrmann, v. 14, 2007, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 35-43.

[12] BREUS, Thiago Lima. POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL. Disponível em http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/5703. Acesso 22 out. 2008.

[13] A respeito da Mediação, na doutrina brasileira, consulte-se: AMARAL, Lídia Miranda de Lima. *Mediação e Arbitragem Uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil*. São Paulo: LTr, 1994; BITTAR, Moysés André. *Nova lei de mediação e conciliação da Argentina nº 24.573*, São Paulo: LTr., 1996; CACHACPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003; CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; FUGA, Marlova Stawinski. *Mediação familiar quando chega ao fim a conjugalidade*. Passo Fundo: Universidade Passo Fundo, 2003; HAIM, Grunspun. *Mediação familiar : o mediador e a separação de casais com filhos*. São Paulo: LTr, 2000; HAYNES, John M. *Fundamentos da mediação familiar*. John M. Haynes e Marilene Marodin. Porto Alegre: Artse Médicas, 1996; MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos. O cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem Alternativas à Jurisdição!*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998; SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999; SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Gisele Groeninga de Almeia, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001; SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004; TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em*

juízo. São Paulo: LTr, 2004; TAVARES, Fernando Horta. *Mediação & Conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; BEDÊ, Judith Aparecida de Souza; FERENC, Lissa. Cristina Pimentel Nazareth; RUIZ, Ivan Aparecido. Estudos preliminares sobre mediação. *Revista Jurídica CESUMAR*. Mestrado, v. 8, p. 163-177, 2008; RUIZ, Ivan Aparecido. A autocomposição nas relações de família. *Revista Jurídica CESUMAR. Mestrado*, Maringá, v. 5, n. 1, p. 51-74, 2005; RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o Direito de Família. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 6, p. 75-105, 2005; RUIZ, Ivan Aparecido. Breves observações sobre a mediação no âmbito do direito de família. *Revista Jurídica CESUMAR. Mestrado*, Maringá, v. 2, p. 7-38, 2003; e RUIZ, Ivan Aparecido. Breves observações sobre a mediação no âmbito do direito de família. *Revista de Ciências Jurídicas*, Maringá, v. 1, p. 115-143, 2003.

[14] Com relação a doutrina estrangeira, pode-se citar as seguintes obras: ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Rubinzal: Culzoni, 2003; ÁLVAREZ, Gladys Stella. *Mediación y justicia*. Gladys S. Alvarez, Elena I. Highton e Elias Jassan. Buenos Aires: Desalma 1996; ÁLVAREZ, Gladys Stella. *Mediación para resolver Conflictos*. Elena I. Highton e Gladys S. Alvarez. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998; COLERIO, Juan Pedro. *Mediación obligatoria y audiencia preliminar*. Rubinzal: Culzoni, 1998; FARINHA, António H.L. *Mediação Familiar e responsabilidades parentais*. António H. L. Farinha e Conceição Lavadinho. Coimbra: Almedina, 1997; YANIERI, Alcira Ana. *Mediación em el divorcio Alimentos y régimen de visitas*. Argentina Buenos Aires: Júris, 1994; e RUFINO, Marco A. *Mediación y Conciliación según la JURISPRUDENCIA Legislación*. Buenos Aires, República Argentina: AD-HOC S.R.L., 1999.

[15] SCHNITMAN, Dora Fried (org.). *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: Artmed, 1999, p. 17.

[16] CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo: Atlas, 2002. p. 105.

[17] É o caso, por exemplo, do modelo Argentino, que pela Ley 24.573 *Institúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio*, conforme se observa do art. 1º, *n verbis*: "Institúyese con carácter obligatorio Inmediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia".

[18] OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. São Paulo: Lúmen Júris, 2000, p.165.

[19] VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Curitiba: Instituto de Mediação, 1995.

[20] FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: RT, 1999, p.126.

[21] CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e Mediação: rudimentos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 98-102.

[22] Confira-se, à propósito, os arts. 840 e 841, respectivamente, ambos do Código Civil brasileiro de 2002, *in verbis*: "Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas" e "Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação".

[23] O projeto de lei, atualmente,, em trâmite no Congresso Nacional, em seu art. 2º, define o que seja Mediação. Confira-se: "Art. 2º. Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual".

[24] ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2006,p. 34.

[25] Confira o art. 18 da Lei de Arbitragem, *in verbis*: "Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário".

[26] Confira-se, à propósito da *sentença arbitral*, os arts. 23 e 26, respectivamente, da Lei de Arbitragem: "Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro". "Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio; II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por eqüidade; III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV - a data e o lugar em que foi proferida. Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato".

[27] "Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo".

[28] "Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (...) IV - a sentença arbitral; (...)".

[29] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro:* atos processuais a recursos e processos nos tribunais. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2, p. 232.

[30] Pelo Projeto de Lei, em trâmite no Congresso Nacional, a Mediação incidental é obrigatório no processo de conhecimento, conforme se depreende da leitura do art. 34, com exceção de algumas situações estabelecidas na legislação. Confira-se: "Art. 34. A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes

casos: I - na ação de interdição; II - quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; III - na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; IV - no inventário e no arrolamento; V - nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; VI - na ação de retificação de registro público; VII - quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; VIII - na ação cautelar; IX - quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação. Parágrafo único. A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de 90 dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo".

[31] BREUS, Thiago Lima. POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL.Disponível em http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/5703, p. 147. acesso 22 out. 2008.

[32] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 66.

[33] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais***.** 2.. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 53.

[34] RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A prática de mediação e o acesso à justiça*, p. 190.

[35] Aliás, nem pode, diante do teor do inc. XXXV, do art. 5º, da CF/88, excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito, pois se assim se procedesse, a norma que viesse a ser editada, estaria maculada pela eiva da inconstitucionalidade. Não é por outra razão, que a *mediação prévia*, ao todo e qualquer juízo, não pode ser obrigatória, mas sim, facultativa.

[36] BARBOSA, Aguida Arruda. Prática da Mediação: Ética Profissional.

[37] MEDEIROS, Arilene Maria Soares de, MARQUES, Maria Auxiliadora de Resende Braga. Habermas e a teoria do conhecimento. Disponível em <http://www.pgdp.uff.br/?q=node/70> acesso 24 mar. 2007.

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO: PROJETO DE LEI N. 4.827/1998*

THE MEDIATION INSTITUTE: BRAZILIAN LEGISLATIVE BILL # 4.827/1998

Joyce de Matos Barbosa

RESUMO

Este artigo vislumbra a análise do Projeto de Lei de n. 4.827/1998, da Deputada Zulaiê Cobra, que busca inserir a mediação no processo civil em sede de audiência preliminar na intenção de fortificar os meios alternativos de pacificação social como forma de redirecionar a solução dos litígios para um campo consensual, ao mesmo tempo que critica a posição de alguns doutrinadores, assim como apresenta uma reavaliação da análise do Senador Pedro Simon, relator do Projeto no Senado Federal acerca da sua não anuência quanto a obrigatoriedade da tentativa de mediação em audiência preliminar.

PALAVRAS-CHAVES: MEDIAÇÃO – MEIOS ALTERNATIVOS – CELERIDADE PROCESSUAL – PROCESSO CIVIL.

ABSTRACT

This article aims the analysis of the Brazilian Legislative Bill # 4.827/1998, of the Deputy Zulaiê Cobra, that seeks to insert the mediation in the civil procedure in preliminary hearings with the intention of fortify the alternative means of social pacification as forms of redirect the solution of the disputes for a consensual field, at the same time that criticizes the position of some jurists, as well as presents a re-evaluation of the analysis of the Senator Pedro Simon, reporter of the Bill regarding the obligation of the attempt of mediation in preliminary hearing.

KEYWORDS: MEDIATION – ALTERNATIVES WAYS – PROCEDURAL CELERITY – CIVIL PROCEDURE.

Introdução

A sociedade sempre viveu um maniqueísmo de idéias, conceitos e questionamentos acerca das mais diversas teorias sociais. A necessidade de se buscar respostas concretas e, principalmente, corretas para os conflitos propostos era uma constante na vida de

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

cada ser humano que, em conseqüência desse antagonismo moral, sofria para estabelecer concepções sobre o que era certo ou errado, e o que era bom e o que era ruim na sociedade. Consequentemente, ela, a sociedade, passou a se questionar sobre, dentro do Direito, o que era jurídico e o que era antijurídico, e como isso deveria ser aplicado no seio da população.

A partir daí, até mesmo as teorias sobre os Direitos foram tomando rumos diversificados e se fundamentando em fatos diferentes, como mesmo ressalta o Advogado Rogério Machado Mello Filho:

O Direito estava ligado a idéia de bem, enquanto que o antijurídico representava o mal. A partir da Antiguidade, o Direito passou a ser visto como arte (*ars*), para alguns, e como técnica (*techne*), para outros, mas tornou-se, com o passar do tempo e com a evolução da sociedade, cada vez mais dogmatizado.

E, essa visão Dogmática, doutrinadora *dókien* acerca do Direito fez com que houvesse, segundo Rogério:

Uma ascenção do Direito escrito em detrimento do Direito Consuetudinário, pois o cidadão teria mais consciência dos seus limites; a proibição do *non liquet*, ou seja, o juiz obrigado a decidir os litígios; e a tentativa do monopólio estatal na criação do Direito.

O fato é que, o Estado, ao abarcar, sozinho, essa “criação” total das normas de Direito e a querer colocá-las por escrito, acabou entrando em uma busca frenética da forma perfeita e da técnica jurídica exata a serem aplicadas, ocasionando assim um distanciamento do ideal de Justiça, fazendo com que a sua real função social – que seria a verificação da verdade na sua aplicação, a busca incessante da resolução da lide, a pacificação entre os conflitantes e a celeridade na conclusão das lides – fosse, aos poucos, ficando cada vez mais distante do homem.

Ou seja, o Direito feito para o homem e pelo homem estava se tornando cada vez mais no Direito exclusivamente feito pelo homem, sem pensar, no entanto, no homem em si

com todas as suas complexidades e relações intersubjetivas. Não se levou em consideração que tanto o homem como as suas relações inter-pessoais foram evoluindo e se desenvolvendo com o passar do tempo.

O Direito foi, realmente, afastando-se e se tornando cada vez mais arcaico e prejudicial ao próprio homem, no sentido de que o desenrolar dos conflitos perante a Justiça demoravam e ainda demoram muito a serem regularizados. A justiça deixou de ser célere, ou pelo menos buscar essa celeridade em detrimento da formalidade em excesso, por simplesmente acreditar que seria através dela, ou por ela que se encontrava o cerne do Direito. Mais uma vez a técnica vence a presteza. O direito deixou de pensar, ou melhor, caminhar com as necessidades evolutivas do homem. Ele quis ser técnica, para alguns, e deixou de ser arte, para muitos.

Ao passo que o próprio sistema judiciário não conseguiu suportar o peso de tantos conflitos de interesses suscetíveis das relações sem ordenamento jurídico próprio ou previsão legal deficitária, tornando-se defasado, não conseguindo produzir normas que conseguissem acompanhar o desenrolar histórico-evolutivo da sociedade.

Contudo, a Teoria do Caos afirma que um sistema é um conjunto de objetos que se inter-relacionam, e que o comportamento aleatório e imprevisível dos Sistemas só surge a partir de pequenas alterações que aparentemente nada tem a ver com o evento futuro, alterando todas as previsões ditas como certas. Ou seja, da desordem provocada por algo ou alguém surge uma ordem nova que reformulará a anterior.

E nesse descompasso entre as relações humanas e as normas existentes para organizá-las foi que o alternativismo do Direito aos poucos se mostrou, exibindo a sua funcionalidade e aplicabilidade no ordenamento jurídico, servindo como auxílio ao Poder Judiciário que se encontrava agindo de maneira morosa se comparada a ebulição das relações e a necessidade de soluções mais céleres aos conflitos. Dentre alguns exemplos dessas soluções rápidas e menos desgastantes à sociedade, encontram-se a arbitragem, conciliação e mediação. Sendo esta última o centro deste Trabalho.

Há a necessidade de fazer uma distinção entre Direito Alternativo e uso alternativo do Direito. Ambos são gêneros da espécie Alternativismo Jurídico.

O Direito Alternativo procura aplicar um Direito fora do Positivismo, ou seja, extra-dogmático ou para-estatal, pois acredita que o Direito criado pelo Estado ou que tenha sua intervenção não alcança todas as necessidades que a sociedade requer. O Direito Paralelo, como também é chamado o Direito Alternativo, é, talvez, uma forma de afirmar que o direito aplicado usualmente é falho e ineficaz, pois não consegue cumprir sua função precípua que é a de dirimir conflitos e pacificar as partes de maneira rápida. Já o uso alternativo do Direito não nega ou diverge do Direito Positivo, pelo contrário, ele simplesmente examina as normas e as confronta tendo em vista a celeridade da execução do(s) problema(s).

Não podemos apartar definitivamente a intervenção estatal da ordem jurídica, pois há casos em que a força coercitiva daquele se faz extremamente necessária. Como bem exemplifica a Procuradora Federal Lília Almeida de Sousa existem conflitos e “conflitos”. Segue o trecho:

Existem conflitos que demandam conhecimentos extremamente técnicos. Há conflitos em que não se vislumbra a menor possibilidade de acordo e que necessitam da força coercitiva do Estado para a sua resolução. Por sua vez, existem conflitos decorrentes de relações que as partes querem preservar e conflitos decorrentes de relações continuadas, como as relações familiares, que se perpetuam no tempo. Outros, mais simples, extinguem-se com um acordo celebrado entre as partes, sem se perpetuarem no tempo.

Não podemos, entretanto, firmar uma única ordem e segui-la fervorosamente quando temos por base as relações humanas, que são tão instáveis. O que é hoje pode se transfigurar e deixar de ser amanhã. Daí, teríamos que rever e reformular todos os conceitos jurídicos e leis, o que geraria uma imensa confusão e animosidade. Talvez chegando ao ponto de um não entendimento entre os juristas e a sociedade, nascendo, assim, o caos completo da existência social.

O que deve existir à população é a possibilidade de se buscar a solução dos seus conflitos por qualquer meio existente – seja alternativo ou não – e de não haver obstáculos em qualquer caminho que tenha por desejo reduzir o número de lides no Judiciário e encontrar, de forma igualitária e menos injusta, a pacificação entre as partes.

A real importância do Poder Judiciário consiste em perceber diretamente, ou pelo menos compreender, exatamente, o que a parte busca quando pleiteia um direito perante a figura da autoridade judicial, pois como foi dito anteriormente cada conflito é um caso, e cada caso possui inúmeras complexidades.

Kazuo Watanabe, desembargador aposentado do TJSP, comenta:

Como exemplo existe aquela história de dois vizinhos que brigam pelas bananeiras, que jogam água na parede do outro ou pelos galhos, e quando o caso é levado ao juiz, este profere a sentença, segundo a lei, determinando que os galhos sejam cortados ou não, dependendo da solução que ele entender mais adequada. Digamos que ele determine o corte dos galhos; no ano seguinte, o galho terá crescido e os vizinhos voltarão novamente ao tribunal para obter a solução do juiz sobre o mesmo conflito. Se as partes não forem pacificadas, se não se convencerem de que elas devem encontrar uma solução de convivência, isto é, se a técnica não for a da pacificação dos conflitantes, e sim a da solução dos conflitos, as mesmas partes retornarão ao tribunal outras vezes.

E não é isso que busca a Justiça, ou pelo menos não é o que se espera que ela faça. Portanto, faz-se necessário que o juiz saiba, dentro do conflito, qual o mérito do mesmo e quais questões estão envolvidas dentro do processo. A beleza de uma sentença reside na sua funcionalidade perante as partes e o conflito, e não como simples meio técnico-formal, ou seja, uma forma padronizada, já estabelecida pela doutrina, de encerrar um processo.

O que se visa no momento da resolução de um problema através da mediação é exatamente a paz entre os conflitantes. É a vontade que eles saiam do estado letárgico e conflituoso que se encontram para que possam, eles mesmos, acharem a solução e o entendimento para o problema, contando com a ajuda da figura do mediador que intermediará todas as falas e induzirá os mesmos a pensarem sobre o conflito sem, necessariamente, delimitar o que é certo ou errado, quem tem razão e quem não possuí nenhuma. A procuradora federal explana, ainda:

Pode-se dizer que um de seus (Mediação) pilares teóricos é o método socrático de busca da verdade, a maiêutica. O diálogo é o fundamento desse método, em que o conhecimento é extraído do interior da mente pela própria pessoa, a partir de um questionamento bem conduzido, que a encaminhe à essência do que se quer saber.

A maiêutica, como método socrático da busca latente da verdade, criado em IV a.C. muito se assemelha à base do Instituto da Mediação: o diálogo. O que se leva em consideração na mediação é realmente o diálogo puro e simples. A conversa, a troca de palavras entre as pessoas que não estão se entendendo, a argumentação, o reforço de acontecimentos e histórias do caso através da oralidade clara etc. Tudo isto contando com a presença do mediador, pessoa habilitada judicialmente, para suscitar os mais relevantes questionamentos acerca do fato, levando as próprias partes a se auto-interrogarem sobre o problema e reavaliarem seus posicionamentos.

Neste caso, caberá ao mediador o dever de identificar os reais interesses das partes, ocultados pelo nervosismo, ansiedade e angústia, sem, entretanto, estabelecer regras ou normas legais. As únicas normas às quais ele se detém são as de comunicação, como foi referido anteriormente.

Este estudo tem a intenção precípua de analisar sucintamente o mérito de funcionalidade da mediação de conflitos, avaliando, ainda, as modalidades de mediação – prévia e incidental – do Projeto de Lei 4.827/1998, que tramita na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania até presente data, assim como, discutir o ponto de vista acerca da Versão Consensuada, da deputada Zulaiê Cobra *versus* o do Substitutivo do relator senador Pedro Simon que divergem quanto à tentativa obrigatória ou não da mediação

no processo civil, e como isso afetaria ou não a celeridade do mesmo e da justiça brasileira.

1. Posicionamento legislativo acerca da mediação

1.1 Mediação prévia e mediação incidental

O Projeto de Lei 4.827/1998 visa a instituição da mediação no processo civil e a introdução de mecanismos de pacificação na audiência preliminar. Ele surgiu da união de duas propostas legislativas: a primeira delas foi o Projeto de Lei 94/2002, de autoria da Deputada Federal Zulaiê Cobra, do PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira), que foi aprovado na Câmara dos Deputados e, atualmente, encontra-se na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, tendo como Relator o Senador Pedro Simon; e o Anteprojeto de Lei elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e a Escola Nacional de Magistratura, em 1999.

No dia 17.09.2003, a Deputada, o Instituto Brasileiro de Direito Processual e a Escola Nacional de Magistratura, após terem trabalhado juntos acerca do Projeto chegaram a sua Versão Consensuada – que absorve as principais idéias do Projeto e do Anteprojeto – apresentando-a em audiência, por iniciativa do Secretário de Reforma do Judiciário, Dr. Sérgio Renault, aos Membros do Poder Judiciário, da Advocacia e as Instituições especializadas em mediação.

A Versão Consensuada apresentada nessa reunião dividiu o Projeto em três capítulos distintos, sendo um deles constituídos de duas seções: o primeiro capítulo reza sobre as disposições gerais acerca do instituto da mediação destacado como *Modalidades de Mediação*; o capítulo dois expõe as duas modalidades da mediação, na seção um a *Mediação Prévia* e na seção dois a *Mediação incidental*; e, no capítulo três, o projeto registra a função *Dos Mediadores*; ao final apresenta as alterações no art. 331 do CPC – Lei 5.869/1973 e acrescenta, na mesma lei, o art. 331-A.

O segundo capítulo da Versão, que analisa as modalidades de mediação, distingue-as quanto ao momento de sua realização, podendo ser prévia ou incidental; e quanto à qualidade do mediador, judicial ou extrajudicial.

O art. 1.º, § 2.º, da Versão do Projeto bem exemplifica:

Art. 1.º Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial, escolhido ou aceito pelas partes, com o propósito de permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual;

(...)

§ 2.º A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao processo judicial; e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores (arts. 16 e 17).

A modalidade prévia se dá antes da propositura da ação em si, ou seja, a parte ainda não acionou a Justiça, não havendo, portanto, nenhum trâmite processual, enquanto que a incidental ocorre no curso do processo, incidindo diretamente no mesmo, ou seja, as partes já se encontram em juízo.

O mediador judicial é aquele que faz parte do quadro de mediadores administrado pelo Tribunal de Justiça de cada Estado. Já o mediador extrajudicial trabalha em instituições de medição privadas, que são regularizadas pelos Tribunais de Justiça estaduais, auxiliados pela Ordem dos Advogados do Brasil.

A mediação prévia poderá ser judicial ou extrajudicial, assim como a incidental. A opção por um caminho ou outro para a resolução do conflito dependerá do interesse das partes em resolvê-lo e do nível de gravidade que se encontrar o problema.

Caso a parte opte por buscar ajuda através da mediação prévia, pela via judicial, encaminhar-se-á até o Fórum e requerirá o formulário padrão, subscrito por ele ou por seu advogado. Assim que o requerimento for recebido pelo mediador, este designará dia, hora e local para a sessão de mediação, dando ciência às partes para que compareçam até o fórum. Se, após todo o processo de diálogo e debate, as partes acordarem, o termo será lavrado descrevendo todas as cláusulas do acordo. Mas, se este não ocorrer, um termo também será feito, consignando a impossibilidade de aceitação de acordo entre os conflitantes.

Também é concedida às partes a prerrogativa de optarem, na mediação prévia, pela via extrajudicial, ou seja, ao invés de utilizarem o fórum comum para preencher o requerimento dirigem-se às instituições privadas de mediação ou a mediadores particulares, cadastrados junto ao Tribunal de Justiça do respectivo Estado.

Já a mediação incidental, pela Versão Consensuada do Projeto, não daria aos conflitantes a escolha de ingressarem na mediação, judicial ou extrajudicialmente, pelo simples fato de terem optado primeiramente pela via judiciária.

O juiz designará que as partes se encontrem com o mediador judicial, que marcará dia, hora e local de comparecimento para a possibilidade de um acordo, cabendo às partes escolherem mediador judicial diverso do nomeado pelo juiz ou mesmo optarem por mediador extrajudicial, desde que este esteja devidamente cadastrado.

A mediação incidental surge como uma via alternativa não só às partes, mas ao juiz, que, quando não consegue conciliar, mas vislumbra a possibilidade de um acordo, pode fazer uso da tentativa de mediação, obrigando aos conflitantes que sigam esse caminho.

Relevante se faz ressaltar que só é admitida a mediação nos casos do art. 1.º, § 3.º, da versão, que diz: “É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem”. O texto é explícito quando afirma

que matérias que não admitam conciliação ou transação do seu direito estão fora do alcance de resolução pela mediação, ou seja, matérias de direito patrimonial de caráter privado é que podem ser apreciadas por esse mecanismo. Fora dessa esfera não caberá à mediação resolver o conflito. A tentativa de mediação, neste caso, seria obrigatória: "Art. 6.º Observado o disposto no § 3.º do art. 1.º, a tentativa de mediação incidental é obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos"¨ Se houver congruência entre as partes, atingindo um acordo, o termo será homologado, sendo devolvido ao juiz da causa, que o arquivará; se não houver acordo, o juiz providenciará a retomada do processo judicial.

As alterações advindas da versão do projeto no art. 331, e demais parágrafos do CPC – Lei 5.869/1973, através do art. 26, fazem referência e têm ligação com a instituição da mediação incidental no processo civil, em sede de audiência preliminar.

O artigo citado acima ficaria com a seguinte escrita:

Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1.º Na audiência preliminar, o juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido já realizada a mediação prévia ou incidental.

Fica claro no § 1.º, que mesmo a mediação tendo sido realizada, prévia ou incidentalmente, o juiz não poderá se furtar a não tentar conciliar as partes. Isso fará com que o mesmo assuma a direção do processo, colocando-se à frente dos problemas expostos pelos conflitantes e se mostrando prestativo em resolvê-los.

E segue:

§ 2.º A lei local poderá instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos.

§ 3.º Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro.

A mediação incidental ocorreria nesse instante processual do § 3.º, onde os interessados estariam perante o juiz, que sugeriria outras formas de resolução de conflitos, dentre elas a mediação.

O fato de o legislador utilizar o termo “sugerir” entra em choque com o termo “obrigatória”, verificado no art. 6.º, *caput*, referido no início deste capítulo, pois se há a sugestão, abre-se a prerrogativa de escolha, que conflita com a obrigatoriedade das partes em se dirigirem à mediação, estipulada pela mediação incidental.

O que ocorre de fato é que quando as partes decidem pleitear os seus pedidos pela via jurisdicional, tendo, anteriormente, utilizando-se ou não da mediação em qualquer das suas formas, o poder estatal, representado pela figura do juiz, é responsável por entregar a prestação às partes, não podendo se esquivar do seu dever para com o fim do conflito. Ele deve, impreterivelmente, usar de todas as maneiras juridicamente possíveis para que a lide se finde e as partes se pacifiquem, nem que para isso deva ser inserida a obrigatoriedade de um método alternativo de conflito, que só tem em seu bojo o desejo de esmiuçar e dar fim ao conflito, harmonizando as partes.

Dessa maneira, abre-se ao juiz um leque de oportunidades para desenvolver melhor o seu juízo, configurando, assim, o que a justiça norte-americana chama de sistema “multi-doors”, que significa “multi-portas”, que representam uma série de técnicas de resolução de conflitos. Técnicas estas que fogem ao método tradicional, ou seja, a sentença do poder estatal.

Esse sistema multi-portas, além de beneficiar o juiz no sentido de lhe ofertar um maior número de caminhos à resolução do conflito, visa trazer de volta a ideologia da conciliação a suas mãos, que foi concedida com a Lei 8.952/1994, que modificou o art. 331, mas que se perdeu ao longo do tempo.

O juiz, em sede de audiência preliminar, além de tentar conciliação, tentará a mediação. A diferença é que esta não seria realizada por ele, mas sim designada por ele para que um terceiro imparcial a conclua.

Não se estaria fornecendo a um terceiro o poder de decisão, pois ele só cabe ao juiz. O mediador não tem poder de decisão, mas sim de facilitação de diálogo, atuando como auxiliador da justiça e, principalmente, da pessoa do juiz.

1.2 Projeto de Lei 4.827/1998: versão consensuada x substitutivo

Em 2006, após uma longa discussão acerca de alguns pontos da Versão, o relator do projeto manifestou seu voto, apresentando-o conjuntamente com uma longa análise das mudanças feitas por ele, assim como o Substitutivo, que alterou aspectos principais do Projeto de Lei.

Na redação da análise do Senador, este pontua que o avanço trazido pelo Projeto, quanto ao seu mérito, mostra-se tímido tendo em vista que hoje as iniciativas de minimizar a pressão processual do poder judiciário, através desses meios alternativos, encontram-se elevadas. E para fortificar seu argumento cita o inc. LXXVIII, do art. 5.º da CF, que foi adicionado pela EC de n. 45, de 2004, que diz que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios

que garantam a celeridade de sua tramitação", afirmando que os legisladores devem agarrar essas normas de cunho programático para impulsionar avanços ainda maiores na mediação.

O relator, para apresentar o Substitutivo do Projeto, contou com o auxílio de Instituições Públicas e representantes da sociedade civil, como o Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul, da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário do Ministério da Justiça e do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Universidade de Brasília, que acabaram desmembrando o Projeto em seis capítulos: o capítulo I discorreria sobre as *Modalidade de Mediação*; o capítulo II trataria da questão *Dos Mediadores*; o capítulo III, apresentaria a parte *Do Registro dos Mediadores e da Fiscalização e Controle da Atividade de Mediação*; o capítulo IV se encarregaria de mostrar a *Mediação Prévia*; o capítulo V, da *Mediação Incidental*; e o capítulo VI trataria das *Disposições Gerais.*

Dentre as mudanças registradas entre a Versão Consensuada e o Substitutivo do senador a mais relevante, tendo por base o que se propõe o Projeto – que é a instituição da mediação e de outros métodos de prevenção e solução consensual de conflitos no processo civil – é a alteração na modalidade de mediação incidental.

O art. 6.º do Projeto foi um dos pontos, senão o ponto mais criticado pelo Relator assim como pelo Prof. André Gomma de Azevedo – Coordenador do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Universidade de Brasília – que enviou sua proposta ao senador, na tentativa de que este desconsiderasse a obrigatoriedade da tentativa de mediação incidental no processo de conhecimento.

Segundo o senador Pedro Simon:

A instituição de uma fase obrigatória de mediação incidental acarretaria um choque drástico no sistema processual brasileiro, trazendo à luz, com ares de coercitividade, um instituto que não se sabe ao certo se a cultura brasileira assimilará com sucesso.

E diz mais:

Se, de um lado, a obrigatoriedade da mediação incidental pode ter o condão de estimular a auto-composição e desafogar as varas de primeira instância, de outro, não podemos olvidar que a criação de mais uma fase processual atrasará em meses a entrega da prestação jurisdicional, indo na contramão dos movimentos realizados nos últimos anos, no sentido de tornar a justiça mais célere e efetiva.

O artigo em discussão ficou assim no Substitutivo:

Art. 33. A mediação incidental será requerida por ambas as partes, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, mas não suspende o processo em hipótese alguma.

Parágrafo único. Durante o curso do processo, o juiz obrigatoriamente esclarecerá as partes sobre os benefícios da mediação."

A obrigatoriedade da tentativa de mediação é vista pelos legisladores e pelo próprio Relator do Projeto de maneira negativa, pois o que prepondera na sua avaliação é o fato da adição de mais um fase processual, em um trâmite que já se desdobra em tantas outras fases que seria difícil abraçar mais uma, e, ressalva, ainda, dizendo que a introdução da obrigatoriedade da tentativa de mediação no processo civil iria de encontro com os movimentos que buscam tornar a justiça mais célere e efetiva.

É bem verdade que o assunto que mais se encontra em discussão no mundo jurídico é fazer cumprir a rapidez e eficiência que tanto é registrada em projetos de lei e na própria Constituição Federal em redações como as do art. 5.º, LXXVII, mas deve-se ter cautela quanto à busca desenfreada da celeridade processual, pois nem sempre a rapidez está ligada ao fator qualidade.

O desafogamento do Judiciário não pode ser ponto de partida para a criação de métodos mais céleres de resolução de conflitos ou a introdução deles no ordenamento jurídico. Ele deve ser um dos pontos de impulsão, uma motivação a mais para se rever os procedimentos judiciais, e não a razão em si.

A crise no judiciário é real e vem causando grandes problemas ao próprio sistema, que por sua morosidade e letargia acaba ficando desacreditado diante da sociedade, mas não é por isso que a qualidade na resolução do conflito e a qualidade na pacificação das partes deve ser posta depois das idéias de tentar diminuir a pressão da justiça. A superlotação deve, sim, ser vista com olhos de preocupação, mas não pode, em momento algum, ser colocada à frente dessas questões.

Na tentativa de tornar a justiça mais célere e "desafogar o poder judiciário", termo este que é bastante questionado, meios alternativos foram instituídos no processo civil, como a conciliação, mas logo foram se desgastando, não porque o método instituído é ruim ou mal estruturado, mas porque o próprio Judiciário não estava preparado para administrar métodos tão inovadores que requerem muito mais paciência e visão consensual sobre os litígios.

A busca em fazer cumprir essa celeridade não pode desaguar em qualquer reforma e na criação de institutos que dentro de três ou cinco anos de existência tornem-se obsoletos, e posteriormente empecilhos à justiça, gerando, assim, formalidades que só atrasam o andamento processual. Não basta desenvolver esses mecanismos e colocá-los nos códigos para que funcionem, é necessário que métodos como a mediação sejam cultuados, praticados, analisados e respeitados por aqueles que se propõe a trabalhar na justiça e pela justiça, como advogados, juízes etc.

O senador, ainda em sua análise sobre o Projeto, afirma:

(...) em um momento histórico como o que vivemos – onde o acesso à justiça e celeridade processual são assuntos prioritários da pauta legislativa – não podemos correr o risco de, através de um instituto que o tempo revele ineficaz ou prejudicial, comprometer toda uma onde renovatória.

A obrigatoriedade da tentativa de mediação incidental é vista como um "risco", por não se saber se esse instituto terá eficácia ou não em nosso país, tendo em vista que a cultura da heterocomposição para a solução de problemas é mais utilizada e difundida que a da auto-composição. E diz mais ainda: "(...) a experiência internacional tem demonstrado que a mediação produz melhores resultados se procedida facultativamente (...)".

Certamente, a facultatividade deixaria os litigantes mais a vontade para estabelecerem suas vontades. Encontrando-se livre de pressões poderiam exprimir os seus verdadeiros sentimentos, afirmando se querem ou não seguir pelo caminho da mediação. Também é certo que a liberdade das partes em optarem pela mediação ou não é um dos princípios desse mecanismo. Mas vejamos o caso da conciliação, que também é método de auto-composição, na Audiência Preliminar: reforço dado pelos legisladores em 2004, com as alterações feitas nos arts. 125 e 331 do CPC, pela Lei 8.952/1994, aos juízes, para que pudessem conciliar as partes a qualquer tempo e buscar o acordo entre os conflitantes antes de sanear o processo.

Com o passar do tempo, essa mudança se mostrou de pouca valia, pois para que a tentativa de conciliação em audiência preliminar ocorra é necessário que o juiz tenha tempo, disponibilidade e paciência. E também é necessário que o Estado disponibilize de material e pessoal qualificado para auxiliar na conciliação das partes. Infelizmente, com as pautas dos juízes sempre lotadas e a falta desse material e pessoal específico para o trabalho, a conciliação foi perdendo força e hoje consta no Código de Processo Civil como mera formalidade.

Devido ao número enorme de demandas e o pouco tempo para resolvê-las, o Juiz acaba passando por cima desse instituto, não porque deseja, mas por uma necessidade que vai além de sua vontade: a de dar celeridade ao processo.

A comparação funciona para descrever que se não houver a obrigatoriedade da tentativa de mediação incidental no processo civil e esta passar a ser voluntária, sendo apenas esclarecida pelo juiz no momento da audiência, como diz no art. 33, parágrafo único, citado acima, a mediação será, sim, mais uma fase processual, como bem disse o senador, mas uma fase que travará, de pronto, o processo judicial somando-se em inutilidade e formalismo ao que hoje chamamos de conciliação em audiência preliminar.

Sendo assim, a mediação já nasceria com poucos dias de vida funcional, ou seja, viria ao mundo condenada pelo vício da formalidade, pois sem o caráter obrigatório da tentativa, esta ganha a mesma roupagem dada ao método da conciliação.

Não há que se falar em trauma ao principio da liberdade das partes no caso da obrigatoriedade da tentativa de mediação incidental, pois o que é obrigatório é a tentativa, e não o acordo.

Juan Carlos Vezzula explica que até mesmo onde a mediação é obrigatória essa obrigatoriedade não excede a primeira sessão, podendo as partes encaminharem-se à mediação e lá não acordarem e voltarem por vontade própria ao estado anterior, não ferindo o princípio acima referido.

A Prof. Lília Maia expõe que "a existência da mediação mandatória tem a simples idéia de fortificar o instituto para consolidar na mente dos cidadãos a importância do debate, do diálogo para a harmonização social".

E esse papel de conscientização de que o diálogo corrobora para a harmonização social deve estar ligado a todos os métodos de solução consensual de conflitos, não podendo resumir-se em uma simples indagação proposta pelo juiz, sem muitas pretensões, se as partes desejam acordar, e, caso a resposta seja negativa o mesmo já procede à instrução do processo.

Não há que se falar, também, em transferência de responsabilidades quando se falar em mediação. A designação realizada pelo juiz em encaminhar as partes a esse método não lhe imputa a irresponsabilidade na efetivação de suas tarefas como magistrado. Configura-se apenas como uma alternativa diferenciada de prestação, pois entre a não prestação e a prestação diferenciada é preferível esta última.

Deve-se vislumbrar, portanto, essa tentativa obrigatória como mais um ato processual designado pelo juiz, mas um ato que tentará e produzirá resultados cumprindo sua função processual de auxílio à justiça e, principalmente, às partes.

1.3 O imediatismo da lei e a crise de autocompreensão do direito

Nos Estados Unidos da América, os juristas, para designar os meios alternativos de resolução de conflitos usam o termo *ADR* ou *Alternative Dispute Resolution*, que significa dizer Resolução Alternativa de Disputas.

Quando se questionam e se comparam esses métodos alternativos no ordenamento jurídico dos norte-americanos com os dos europeus, vê-se que há uma intrigante, porém interessante linha de raciocínio sobre como eles entendem o caminho alternativo de resolução de conflitos.

Para os americanos, segundo o estudo de Kazuo Watanabe, a via alternativa é toda aquela que não leva o conflito ao judiciário. Exemplo: mediação, arbitragem etc. Já para alguns cientistas europeus o meio alternativo é a solução do conflito pelo judiciário, pelo fato de que antigamente não existia a força coercitiva e intervencionista do Estado para solucionar pontos controversos em uma relação, sendo a própria sociedade responsável pela desconstituição dos problemas através do diálogo, logo se utilizando de métodos como a mediação, negociação etc.

O filósofo, teólogo e mediador Jean-François Six, em seu livro *Dinâmica da mediação*, ao abordar o surgimento da mediação no ordenamento jurídico europeu, mais especificamente no francês, posiciona bem as idéias e as razões de seu surgimento:

Por longo tempo, o essencial dos conflitos e discórdias encontrou paz no quadro de uma auto-regulação facilitada por atores terceiros, e estes podiam agir porque se achavam no seio de espaços de mediação naturais como as grandes famílias, as paróquias, os vilarejos. O processo era o último recurso, apelava-se a ele para as querelas graves e complexas.

E prossegue:

O desaparecimento, a partir da urbanização acelerada, destas construções costumeiras de regulação levou a um certo rompimento do tecido social. Isto resultou em um recurso primário à queixa, primeiramente para os pequenos e médios litígios.

E continua:

Neste contexto é que a idéia de mediação fez sua aparição e foi utilizada pelo ministério público há uma dezena de anos, a título experimental. Ela retomou a tradição antiga, que consiste em procurar paz social por meio de acordo entre as partes, tradição que os juízes de paz e os conciliadores herdaram.

A justiça francesa, no dia 08.02.1995, publicou a Lei 95-125, que consagrou essa prática e estabeleceu a organização das jurisdições e do processo civil, penal e administrativo. Entretanto, há nessa lei, segundo o filósofo, uma série de divisões mal estruturadas e conceitos que não refletem o real significado da mediação e da conciliação. Primeiramente ele critica a extensão do texto e depois faz ressalvas quanto à idéia que se mostra fixa na lei de desafogar os tribunais.

No Brasil, o percurso alternativo é o mesmo dos norte-americanos. A resolução alternativa dos conflitos na esfera jurídica brasileira tem por caminhos a mediação, negociação, arbitragem e conciliação.

Muito embora a corrente brasileira de pensamento acerca do alternativismo se encontre com a americana, a lentidão da justiça é criticável em qualquer sistema judiciário. Umas mais outras menos, mas a cobrança da sociedade sempre existe.

Jean-François explica e critica, com um tom sarcástico, essa expectativa da sociedade e a não desenvoltura dos legisladores em não cederam às pressões:

Remédio milagroso, pensou-se: a mediação. E se legislou com urgência mesmo que os senadores, digamos novamente, tenham, por unanimidade, considerado que os recursos propostos pela lei eram suficientes, que a justiça não tinha de elaborar a sua fórmula “mediação”.

Basicamente é isso o que ocorre nos dias atuais com a legislação brasileira: agir na urgência. Pois segundo Z. Laidi, “agir na urgência torna-se um meio de tornar-se crível”. Só que muitas vezes tornar algo crível não o torna algo eficiente e duradouro, gerando apenas expectativas depois que a ferida seca, ao mesmo passo que espera o nascimento de outra.

Como bem explica ainda Jean-François, a urgência é necessária sim, sempre que existirem vítimas, sejam elas de uma agressão física ou moral, a justiça deverá atuar no intento de eliminar o dano ou minimizá-lo. Isto, de fato, formaliza-se como a “intervenção estatal”.

A justiça mede e resolve o dano, e o sujeito agredido espera que o dano seja sarado através dessa intervenção, formando, assim, o complexo binário que, eventualmente, tem por base a aproximação da pessoa ferida, ultrajada em seu direito à entidade estatal. Seria a chamada “justiça de proximidade”, como coloca ainda o mediador. E, é fato que as pessoas anseiam por uma justiça mais próxima, que enxergue sua relação conflituosa como uma situação única.

Mas para que isso ocorra, ou seja, para que o juiz se concentre no problema e tente, principalmente, através de uma conciliação, aproximar as partes até que estas acordem e se pacifiquem, ele precisaria de tempo. E, além disto, ele necessitaria revisar toda a sua posição quanto à maneira de encarar o processo como um todo, no sentido de demonstrar às partes menos imposição, inerente ao cargo que ocupa, e mais idéia de prestação de serviço.

Na Bahia, a Coordenadora do projeto de ação comunitária de mediação de conflitos – o *Juspopuli* – Sra. Vera Leonelli, afirma que:

O poder judiciário é uma estrutura distante e formal demais, e isso faz com que as pessoas deixem de resolver muitos conflitos de ordem familiar, de vizinhança, de consumo, de relações comerciais, que podem ser resolvidos de uma forma simplificada, e isso evita, muitas vezes, a evolução desse conflito e a transformação dele numa relação de violência.

Haveria, portanto, dois caminhos a serem perseguidos pela justiça a fim de torná-la próxima à sociedade: o primeiro seria, como foi dito anteriormente, uma revisão dos procedimentos por parte do magistrado, avaliando o seu modo de agir durante todo o processo, repensado, até mesmo em toda a estrutura da justiça que o auxilia; e o segundo seria aquele em que as próprias pessoas da relação conflituosa decidem por onde devem pleitear a solução de seus problemas, buscando iniciativas como as do *Juspopuli*, e não a justiça estatal.

Primeiramente a palavra “proximidade” poderia ser alternada para o termo “humanização”. Ou seja, o que se persegue hoje em dia na justiça, ou o que deveria

estar sendo perseguido é a humanização do juiz frente aos processos e às partes. Muitas vezes, esse lado humano não pode ser externado, mas essa aproximação humana deve acontecer. Se há, de verdade, a intenção de colocar a qualidade antes da quantidade na solução dos conflitos, esse ar de humanidade deve estar impregnado em todos os setores da justiça.

O Juiz do Rio Grande do Sul, Roberto Portugal Bacellar, é um exemplo de como a atividade do magistrado pode e deve ser revista para que a população não se sinta desamparada frente aos conflitos resolvidos no poder judiciário, provando que, ao agir de maneira diferenciada, os resultados acontecem. Ele afirma que quer, sim, uma abordagem mais humana da justiça. Uma justiça que incentive as pessoas a resolverem suas divergências. E diz ainda: "O tribunal tradicional, com o magistrado sentado lá no alto, deixa todo mundo nervoso por ser muito formal. Na minha sala não é assim, pois tento deixar as pessoas calmas e relaxadas".

Após a implementação da chamada "justiça new age", o juiz afirma que as reconciliações passaram de 60% para 80%, e que seus métodos de abordar a lei e demonstrar a ordem têm obtido tanto sucesso em audiência que até a mesmo a parte não vendedora agradecia.

A Des. Fátima Nancy Andrighi, Ministra do STJ louva a atitude de Bacellar: "A necessidade de uma Justiça mais humana é uma questão fundamental. Se existissem mais magistrados como Bacellar, os cidadãos teriam melhor assistência".

Ou seja, se essa atividade não for reanalisada, a própria sociedade impulsionará um processo de descrédito e pessimismo quanto à justiça, que já vem acontecendo. As alternativas de mudança existem para serem exploradas e utilizadas, basta que aqueles que fazem a justiça percebam quais os pontos significativos a serem mudados.

É entendível no mesmo segmento que é demasiado complicado falar em humanização da justiça quando para que ela aconteça deve o tempo e a qualidade estar presentes. O erro não recai exclusivamente na pessoa do juiz, ele é apenas uma peça nessa problemática. Outra falha seria a de pessoal qualificado para auxiliá-lo, assim como material específico. Problemas estes já relatados anteriormente.

O segundo caminho seria a persecução, pelas partes, dos seus direitos através de meios alternativos como a mediação, colocando-a dentro de um conceito de informalidade.

A substituta do procurador de Nanterre, Sra. Bargoin, que não acredita ser a mediação uma "justiça informal", afirma que a mediação seria uma espécie de "contrapoder destinado a melhorar as relações entre a justiça e o cidadão". Ela não crê na possibilidade da mediação ser ao menos considerada justiça. E expõe ainda: "Dito isso, eu não sou uma amiga com a qual se assina um acordo amigável na felicidade e na alegria. O poder de continuar sou eu quem detém. E, se necessário for, eu o exerço."

Só que antes desse ato de poder para fazer a "real justiça", segundo o Sr. Six, o juiz também tem o dever de tentar conciliar as partes. Sabiamente o teólogo coloca:

Os tribunais, estando sobrecarregados, pensaram então que seria bom aliviar os juízes, permitindo a estes recorrer a “mediadores”; “mediação” que o juiz deve colocar em operação *antes* de proceder a um julgamento.

O cidadão que não encontra o devido acesso à justiça efetiva busca, por outras vias, a resolução de seus conflitos, desenhando, dessa maneira, o desprestígio ao sistema. À medida que é salutar a sociedade entender seus direitos e buscá-los por meios como a mediação, é preocupante, para a justiça, e para o direito, esse clima de insatisfação generalizada.

Esse fato muito se assemelha a chamada “crise de autocompreensão do direito”, apresentada pelo advogado e professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho, no seu livro *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, onde ele tenta explicar, utilizando-se das correntes de pensamento de certos autores, de onde ela pode ter surgido.

Na “crise de autocompreensão do direito” o Estado encontra dificuldades em se relacionar com a sociedade criando, dessa maneira, um obstáculo que toma proporções indesejáveis, ao ponto do acesso à justiça pela população ficar comprometido, tendo os mesmos que recorrerem aos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Da ausência de proximidade desencadeia a falta de “identidade” entre a Justiça e o cidadão, como claramente expõe o advogado Juliano Zaiden Benvindo, sendo essa uma das conseqüências da “crise de autocompreensão do direito”. Na falta de ligação entre esses dois elementos, alternativas são desenvolvidas para amenizar essa lacuna, que não deveria existir. E, ao utilizar-se dos métodos consensuais de resolução, estar-se-ia trazendo a identidade de volta, pois eles compreendem a idéia de que os próprios cidadãos podem promover o exercício de seus direitos.

E o jurista contribui ainda:

De fato, um dos efeitos mais diretos dessa ‘crise de autocompreensão’ está no surgimento de uma *crise de identidade*, em que o cidadão deixa de acreditar, com a mesma veemência de outrora, na capacidade e viabilidade da Justiça estatal solucionar o conflito por que passa. A questão, na verdade, não é de descrença na capacidade técnica do Estado-juiz, porém, sim, na capacidade dele solucionar o conflito de modo a refletir anseios sociais vinculados a um ideal de justiça associado a critérios outros do que a simples jurisdição, como celeridade, confidencialidade e preparo técnico específico em certo ramo do conhecimento, por exemplo.

Canotilho coloca, em sua obra mencionada acima, que:

A consideração dos aspectos processuais e materiais conduz a erigir a programática da constituição dirigente, democraticamente fixada e compromissoriamente aceite, em dimensão visível de um projeto do justo comum e de direção justa.

Todas as mudanças processuais, como bem expõe Juliano Zaiden em seu artigo "*Crise de autocompreensão do direito*" *e ausência de fundamento epistemológico-jurídico seguro: reflexos nos métodos alternativos de resolução de controvérsias*, trazem embutidas a idéia de facilitar ao cidadão a defesa de seus direitos e visam ainda a reafirmação do direito em si e da aplicação da justiça. E continua:

Criar mecanismos que aproximem o homem da justiça decorre do propósito de tentar fixar um norte na compreensão do direito e faz parte do intuito maior de realização de um projeto do justo comum e de direção justa.

Ao utilizar o final do texto de Canotilho – *projeto do justo comum e de direção justa* – Zaiden coloca, de forma pontual, que essa é uma das características do Estado constitucional contemporâneo, ou seja, a procura pela democratização da justiça que visa o acesso equilibrado à justiça por todos, superando a "crise de autocompreensão".

As reformas processuais que vem se desenvolvendo no Brasil em busca desse acesso eqüitativo à justiça pela população e da celeridade processual têm o destino de fortalecer institutos como a mediação. Alternativas como essas nascem de um senso de desordem e de desintegração social que parecem não ter fim, como bem coloca Paul Henry: *Chaos often breeds life, when order breeds habit.*

O que produz mudança, nunca é a estagnação ou o hábito, mas sim a própria desordem. E a sociedade como sistema não-linear que é sofre alterações desestabilizadoras que transformam suas características básicas. A sociedade, ou melhor, os seres humanos por serem instáveis, desenvolvem dessa instabilidade "pontos de bifurcação", que os empurram a uma nova ordem ou à desintegração total. Logo, dessa desordem em que a sociedade vive bifurcam-se outras ordens, cada vez mais complexas e variadas, formando uma outra série de relações que possuem ordens, também diversas.

Do ponto de vista jurídico a dificuldade no acesso à justiça e a ausência de celeridade em resolver as controvérsias dão vazão ao surgimento de técnicas que visam suplantar esse caos, gerando uma nova forma de buscar o direito e até mesmo de enxergá-lo, modificando as estruturas básicas e tradicionais do processo civil, revelando, por intermédio dessas alterações, novas maneiras de se perseguir o direito dentro do que se quer extrair dele: acesso ou rapidez.

2. Efetividade da mediação no Brasil

2.1 Câmaras, cortes e centros de mediação no Brasil

Em 2003, o então Presidente do TJSP, o Des. Luiz Elias Tâmbara, determinou, através do Provimento 893/2004, a criação de órgãos de conciliação e mediação no fórum central da capital a fim de viabilizar o caminho dos processos, sem gastos exorbitantes e sofrimento às partes. O resultado dessa atuação foi o término de 35% das lides na base do acordo e sem grandes gastos ao Poder Judiciário.

*O TJGO, desde 1996, com o fito de oferecer uma solução mais rápida aos conflitos criou as Cortes de Conciliação e Arbitragem de Goiás que, segundo o Juiz Donizete Martins de Oliveira – coordenador desse setor e responsável pelas estatísticas referentes ao percentual de acordos realizados naquele Estado –, acabaram absorvendo 19% de toda a movimentação cível de Goiás. Hoje, contam-se 18 Cortes de Conciliação e Arbitragem espalhadas em cidades interioranas do Estado, como: Itumbiara, Caldas Novas, Aparecida de Goiânia, Rio Verde, Anápolis, Jataí, Porangatu, Niquelândia, Catalão e as 9 cortes de conciliação e arbitragem de Goiânia. Todas responsáveis em dirimir conflitos existentes nos contratos de compra e venda, locação, taxas de condomínios, acidentes de trânsito etc. E, e*m 2004, em virtude do bom funcionamento das Cortes, estas conseguiram transformar em acordo 82% dos casos analisados.

A Advocacia-Geral da União – AGU, em 2004, com o fito de implementar a *mediação/conciliação na solução de conflitos, resolveu, à título experimental, desenvolver um "projeto piloto" de Câmaras de Conciliação e Arbitragem onde foram constituídas 52 questões; 36 delas estão em fase de negociação e 17 já foram resolvidas: 12 por conciliação e 5 por arbitragem.*

Quando as controvérsias nas Câmaras da Advocacia-Geral da União não produzem resultados são levadas através de um parecer até o advogado-geral da União e, por conseguinte, para a devida aprovação do Presidente da República. Se este parecer for publicado no Diário Oficial da União, passa a ter força de lei para toda a Administração Pública federal. Que foi o que aconteceu em um dos conflitos resultantes da lacuna do Estatuto do Índio – Lei 6.001/1973.

Outro conflito também solucionado pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da AGU foi entre o Departamento Nacional de Obras contra a seca – DNOCS e a Fundação Nacional do Índio – Funai:

O DNOCS pretendia instalar um projeto de irrigação no Ceará em terras que a Funai entendia serem tradicionalmente ocupadas pelos índios. As partes recorreram à câmara, onde houve um consenso de que, em virtude do projeto de irrigação ser coincidente com terras indígenas, o DNOCS não poderia mantê-lo nesta área.

A Confederação das Associações Comerciais do Brasil – CACB mantém uma relação das câmaras e centros de mediação e arbitragem espalhados pelos Estados do país que trabalham com a mediação/conciliação em sua modalidade privada, ou seja, a medição na sua forma prévia-extrajudicial. Exemplos: Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – Arbitac; Câmara de Mediação e Arbitragem de Alagoas – Cameal; Câmara de Mediação e Arbitragem do Acre – Camaac; Câmara de Mediação e Arbitragem do Amazonas – Caman; Câmara de Mediação e Arbitragem em Mato Grosso do Sul – Campo Grande/MS; Tribunal de Mediação e Arbitragem de Chapecó/SC, entre outras.

Há, ainda, no Brasil, a Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial – CBMAE que se resume em uma rede de câmaras de mediação e arbitragem, direcionando-se especialmente aos conflitos de ordem empresarial, contando com a parceria de instituições como o Sebrae, o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, a American Arbitration Association – AAA, a Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial – Ciac etc.

Ao abordar sobre a mediação comunitária no Brasil em seu livro *Justiça e mediação de conflitos*, a Dra. Lília Maia cita o exemplo do TJSC:

Em Santa Catarina, o Tribunal de Justiça implantou o projeto Casa da Cidadania como meio de popularizar o Judiciário. A Justiça na Casa da Cidadania é realizada por "juízes leigos" garimpados nas comunidades junto às associações de moradores, igrejas movimentos populares. Os cursos de capacitação realizam-se sob a responsabilidade do Tribunal de Justiça e envolvem, além de noções de Direito, técnicas de conciliação e mediação de conflitos. Serão resolvidos os conflitos da comunidade na própria base.

O que se percebe no país, atualmente, é que meios alternativos como a mediação, em casas e centros, comunitários ou privados, que possuem ou não ligações diretas com o órgão judiciário são acionados regularmente quando as partes não querem ou não podem despender de tempo em um longo processo judicial, ou porque se encontram descrentes da justiça dos tribunais ou pelo simples fato da relação em conflito ser de ordem continuada, trabalhista ou eminentemente comercial, onde perder parcerias e negociações acarretaria um vultoso prejuízo a uma coletividade interdependente.

Instituições privadas que mediam conflitos crescem e se desenvolvem no âmbito nacional gerando, cada vez mais, expectativas e produzindo resultados. Temos, hoje, no Brasil, instituições como a *Mediare*, no Rio de Janeiro e tantas outras citadas acima que beneficiam comunidades, empresas, relações entre empregado e empregador etc.

Já a modalidade prévia-judicial, como, por exemplo, a já executada em São Paulo através dos órgãos de conciliação e arbitragem criados com base no provimento do Tribunal de Justiça do respectivo Estado, levando a mediação para dentro dos fóruns, vem mostrando resultados numéricos significativos em sua atuação na solução dos conflitos, onde já se consegue visualizar a mediação dentro do processo.

2.1.1 Divulgação do instituto da mediação

O Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem – Conima foi criado em 1997 no Brasil no intuito de divulgar os ideais da mediação e da arbitragem no país. Atualmente, e segundo dados do Prof. Walsir Edson Rodrigues Júnior, o Conima conta com 29 instituições associadas em todo o Brasil devido ao Banco Interamericano de Desenvolvimento ter aprovado o projeto de financiamento para o desenvolvimento da arbitragem e da mediação no território nacional.

A partir daí começou-se a discussão sobre como desenvolver a cultura da mediação na sociedade brasileira. Foi então que o Instituto de Mediação e Arbitragem – Imab surgiu para complementar as atividades de divulgação do Conima e passou a oferecer cursos de capacitação e treinamento para árbitros e mediadores, através de palestras e publicações. E, ainda segundo o Prof. Walsir Rodrigues, o Centro Latino-americano de Mediação e Arbitragem no Brasil tem, também, prestado um grande auxílio na difusão dessa forma de conceber a resolução dos conflitos, sendo dele o primeiro exemplar da revista *Mediação – Métodos de Resolução de Controvérsias*, publicada em 1999.

Inserida nas faculdades, a fim de que lá seja o nascedouro dessa prática, surgiram grupos de pesquisa em extensão sobre mediação, arbitragem e negociação, como o GT Arbitragem, em Brasília, sob a direção e organização do Prof. André Gomma de Azevedo. O grupo desenvolvido por ele (Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação) na Universidade de Brasília – UNB vislumbra a possibilidade de fortalecer essa visão de solução não-adversarial de conflitos com os alunos e futuros operadores do direito que, consequentemente, difundirão e apoiarão essa via alternativa em seus trabalhos como profissionais.

Em sua obra *A prática da mediação e o acesso à justiça*, o Prof. W. E. Rodrigues Júnior expõe as práticas desse grupo:

Entre os projetos já realizados pelo GT Arbitragem, está o I Curso de Extensão em Arbitragem, Mediação e Negociação e o I Curso de Extensão em Mediação que contou com a participação da Prof. Carol Liebman, da Universidade de Columbia em Nova Iorque. Além desses projetos, estão sendo realizadas traduções e elaborações de exercícios simulados de negociação, mediação e arbitragem, aplicadas tanto nos cursos de extensão como nas aulas da disciplina optativa no currículo de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Como ponto de destaque do referido Grupo de Pesquisa tem-se a publicação da obra intitulada ‘Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação’, publicada pela Editora Brasília Jurídica.

A aparição desses estudos nas graduações de Direito e nas pós-graduações em Direito Civil e Processual Civil tem se mostrado constante. Sempre com a finalidade de expandir ao máximo o conhecimento acerca do que seja mediação e conciliação, assim como arbitragem e negociação, desde a vida acadêmica.

O professor ainda cita o exemplo do Centro de Mediação e Arbitragem – CMA, desenvolvido pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-MG, que trabalha paralelo com o Serviço de Assistência Judiciária – SAJ, tendo a própria PUC adicionado em sua grade curricular as formas alternativas de resolução de conflitos a fim de que estas ganhem maior transparência. Ele menciona, ainda, em seu livro que, no ano de 2004, sob a coordenação de Arnold Wald, a Editora Revista dos Tribunais – Ed. RT, iniciou as publicações trimestrais da *Revista de Arbitragem e Mediação.*

A importância dada à introdução dessas formas de alcançar o direito e dirimir os problemas dentro das faculdades é de altíssimo nível, pois, à medida que ela se estabelece e ganha respeito dentro das universidades, do lado de fora ela é trabalhada e desenvolvida por meio das instituições privadas, pelas câmaras, centros e cortes que ganham mais adeptos, proporcionando aos que desconhecem esse caminho a possibilidade de fazer uso dele.

A instituição da mediação no processo civil, para dar certo em sua modalidade incidental obrigatória, precisa que esses centros e cortes de mediação, arbitragem, negociação e conciliação funcionem e mostrem resultados, como já vem fazendo há um bom tempo no país. Dessa forma as modalidades alternativas de apaziguar ou solucionar controvérsias vão sendo difundidas e, aos poucos, inseridas na mentalidade dos brasileiros como formas tão efetivas e interessantes quanto qualquer outra.

Quatro casos apresentados ao CMA da PUC-MG e que foram registrados na publicação do Prof. Rodrigues ilustram muito bem como a mediação vem constituindo resultados em favor da justiça e da paz entre os litigantes. O caso a seguir foi o primeiro apresentando pelo professor:

Respeitou-se o princípio da confidencialidade e os personagens receberam nomes fictícios. Cabe lembrar que foi feita uma abordagem sucinta de cada caso.

1º Caso de mediação

Objeto – Pedido de separação judicial litigiosa, com base na ruptura da vida em comum.

Relatório – Pedro procurou o SAJ para pedir a separação judicial litigiosa de Fátima, sua mulher, com quem está casado legalmente há 5 anos e separado de fato há 1 ano. No casamento, nasceu a filha Lívia, que conta com quatro anos de idade. Durante o atendimento realizado pelos estagiários, ele foi informado da existência do CMA e perguntado se gostaria de tentar solucionar o conflito de forma amigável, antes de ingressar no Poder Judiciário, Pedro concordou. Imediatamente, foi enviada uma carta à Fátima, convidando-a para participar de uma sessão de mediação.

No dia marcado, os dois compareceram e, após o procedimento comum, apresentaram ao mediador um acordo praticamente pronto, à primeira vista. Mas foi durante essa primeira sessão de mediação, que se pôde descobrir quais eram, realmente, os verdadeiros interesses de cada um. Sobre a guarda da filha, o consenso: ficaria com a mãe; sobre a pensão para a filha, novamente o consenso sobre o valor mensal que o pai pagaria; sobre os bens em comum, como não existiam, nada a acordar; sobre o uso do sobrenome do ex-marido pela mulher, o consenso com a renúncia de Fátima, que voltaria a usar o nome de solteira; sobre o horário de visitas à filha... Surge o problema! O fato é que Pedro declarou sua vontade de estar com ela nos domingos, pelo motivo de trabalhar também aos sábados, no período da manhã. Fátima concordou, porém, fazendo uma ressalva: queria ficar com Lívia, pelo menos, um domingo por mês, pois também trabalhava fora de casa.

Diante da reivindicação de Fátima, de imediato, Pedro mostrou-se totalmente contra a concessão, reagindo de forma enfática e radical, relutando-se em fazer qualquer tipo de acordo nesse sentido. Diante desse conflito, o mediador interrompeu a sessão, sugerindo as partes a refletirem sobre a questão.

Na segunda sessão, eles voltaram para resolver a questão do horário de visitas à filha. Nessa ocasião, Fátima teve a oportunidade de explicar que queria ficar com Lívia pelo menos um domingo por mês, porque só aos domingos ela também tinha tempo para passear com a filha , para levá-la à casa da avó materna para o almoço em família, ao shopping, ao jardim zoológico, enfim, para sair com ela a passeio. Completando, ela propôs que, quando ficasse com Lívia no domingo, Pedro poderia ficar com a filha no sábado.

Nessa ocasião Pedro demonstrou mais condição de diálogo, diminuindo a agressividade e a relutância em atender o pedido de Fátima. Diante disso, o mediador passou a questionar a importância desse domingo para a filha estar com a mãe e não apenas com o pai; do quanto essa vivência traria equilíbrio emocional para Lívia; enfim, do quanto essa concessão dele traria benefícios à filha. Enfim, o mediador buscou mudar o ponto de vista de Pedro; tirá-lo do conflito em que estava, por meio da condução de um diálogo entre o pai e a mãe, buscando salvaguardar os interesses da filha e não seus próprios interesses. Em síntese, conduzindo o diálogo para a possibilidade de um consenso, por meio da mudança de rumo dos interesses em jogo. Qual era o interesse mais importante? O do pai? O da mãe? Ou da filha? O que era melhor para Lívia? Ter esse convívio de lazer apenas com o pai? Ou também ter esse convívio com a mãe? O que era melhor para aquela criança?

Nessa segunda sessão, Pedro e Fátima passaram a se entender melhor, a falar com mais tranqüilidade e a ouvir com mais atenção. Apesar disso, eles não conseguiram chegar no consenso. Finalmente, na terceira sessão, o próprio Pedro, acompanhado da filha, apresentou ao mediador a proposta do casal, que havia entrado em acordo.

Resultado – Pedro reconheceu a importância da convivência da filha com a mãe, também, nas atividades de lazer e do direito de Lívia de passear com a mãe no domingo. Sendo assim, ficou acordado que a filha ficaria com o pai nos três primeiros domingos e com a mãe no último domingo de cada mês e que nessa semana específica, ela ficaria com o pai no sábado. Ao final da sessão, os pais saíram de mãos dadas com a filha. Um indício de que o acordo seria duradouro e de que a paz entre o pai e a mãe de Lívia fora

restabelecida, ou seja, o convívio como marido e mulher não dera certo, mas, como pai e mãe, o convívio era possível.

Observações – É provável que, no contexto de um processo jurídico formal, o juiz concedesse à Fátima o direito de passar um domingo por mês com a filha, pelas mesmas razões que os próprios pai e mãe da criança tiveram a oportunidade de discutir no âmbito do processo de mediação. A diferença está no fato de que, no primeiro caso, a concessão seria imposta pelo Juiz, não dando a oportunidade àquele pai de entender a situação, a partir das suas próprias reflexões. Sendo assim, o conflito permaneceria entre o casal, com certeza, estendendo-se para a filha que, naturalmente, se ressentiria de seus reflexos.

Já na mediação, aquele pai teve a chance de ser ouvido, quando de sua contestação e de ouvir as razões da outra parte, de refletir sobre a questão e de entendê-la de tal forma, que ele próprio se decidiu pela concessão de um domingo para a filha estar com a mãe. E, ainda, teve a chance de voltar a se relacionar de forma amigável com a mãe de sua filha, o que, sem dúvida, foi uma grande conquista propiciada pela mediação: o restabelecimento da harmonia. Dessa forma, a mediação permitiu uma solução integral do conflito.

Percebe-se pelo relatório que as partes não encontraram o resultado instantaneamente, mas que elas mesmas o procuraram, sem a intervenção direta do mediador. As partes em conflito conversaram, compreenderam-se aos poucos. Elas tiveram tempo para analisar a situação do lado oposto, ao ponto de captar qual era o interesse maior naquela controvérsia, e quem sairia prejudicado com uma posição agressiva de qualquer uma das partes que se fechasse em sua decisão.

Assim, a mediação ganha amplitude: resultados que vão além do que está posto no papel, atingindo diretamente a figura do cidadão que passa a aceitá-la.

2.2 O magistrado e a mediação incidental

Apesar da lei que institucionaliza a mediação no Brasil não ter sido, ainda, devidamente aprovada pelo Congresso Nacional, os tribunais de justiça estaduais criam cortes através de provimentos vislumbrando, de maneira óbvia, a desobstrução do Poder Judiciário, o acesso justo e a resolução do conflito com qualidade. Mas, muito embora as cortes produzam resultados como os demonstrados anteriormente, não podem, os tribunais, obviamente, acionar a mediação na modalidade incidental, ou seja, inseri-la no processo civil sem a lei correspondente.

O que se questiona na mediação incidental, e que foi ponto de discussão no item 2 deste trabalho é, até onde a criação da tentativa obrigatória de mediação no trâmite processual

atrapalharia a celeridade deste, que já não se encontra tão célere e, posteriormente, em que momento a não inserção obrigatória desse instituto no processo civil acarretaria na diminuição da qualidade da finalização da lide e na atrofia do sistema judicial, que também já resta prejudicado.

Há de se indagar, por certo, de qual qualidade processual estamos nos referindo: ao processo chegar no seu fim em tempo razoável, ao juiz proferir a sentença, ou o processo findar com as partes se entendendo.

Mesmo após a sentença devidamente proferida pondo termo ao processo, as decisões, conversas, perguntas advindas do mesmo permanecem, incomodando a mente daqueles que se envolveram e esperaram um resultado consistente. Nesse instante nasce a dúvida: houve, realmente, a conclusão do processo com a sentença? Formalmente, sim. Mas aos litigantes que solucionaram seus problemas, embora não tenham se resolvido, não.

Vê-se que, no final, quem acaba sacrificado em seu direito é o público. Dalmo de Abreu Dallari em sua obra *O poder dos juízes*, quando questionado sobre a modernização do equipamento do Judiciário assim como seus métodos, explica:

Por motivos históricos e políticos, que remontam às revoluções burguesas e ainda perduram em grande parte do mundo, os serviços públicos, que são serviços para o povo, não são vistos nem tratados como tarefas “nobres”, prioritárias, merecedoras de especial atenção. Nos países mais desenvolvidos da Europa esse equívoco já foi corrigido a partir do final do século dezenove, mas em muitos outros países, desenvolvidos ou não perdura o desprezo equivocado pelo que é “público”, impondo sofrimento maior às camadas mais pobres da população, mas com graves prejuízos para todo o povo.

Ao encaminhar as partes à tentativa de mediação deve o magistrado ter absoluta certeza , com base em sua destreza natural inerente à função, saber o que elas desejam e até que ponto elas estão dispostas a refletir sobre o conflito, e, se vão ceder em algum momento ao ponto do processo ser entregue ao mediador e este conseguir restabelecer a harmonia entres os dois lados. Percebe-se, então, que para que a mediação incidental no processo civil seja uma realidade o Poder Judiciário, na figura do juiz e dos técnicos que o auxiliam, deve procurar entender, ainda mais, o seu papel como o principal em cada caso.

Na análise do relator do projeto de lei, Senador Pedro Simon, a mediação incidental é caracterizada como mais um ato processual que deve ser obstacularizado, pois inviabilizaria a linha processual, aumentando-a. De fato, deve-se lutar contra procedimentos ou atos que danifiquem e maculem o correto caminhar processual, mas a tentativa de mediação vista como “mais um ato processual” que o trava não se conceitua como verdade, pois o que se pleiteia com essa tentativa, além da qualidade na conclusão processual é devolver ao juiz ou pelo menos fazê-lo perceber que a ele foi incumbida a responsabilidade de decidir e encaminhar o processo para a via que achar certa, mas que para que isso ocorra, o comprometimento com o caso específico deve existir independentemente da ausência de tempo ou quantidades gigantescas de processos.

É fato que o sistema judiciário deve permitir que o juiz compreenda a relevância de sua atuação em cada causa oferecendo condições de trabalho eficientes, assim como um

grupo de técnicos habilitados que tenham a intenção de auxiliá-lo nas demandas. Dallari critica ainda:

Considerando todos os aspectos do problema, deve-se observar, de início, que qualquer ambiente de trabalho deve oferecer as condições mínimas necessárias, de conforto e adequação, para um desempenho eficiente de quem trabalha. No caso dos juízes e das audiências judiciais, as necessidades são peculiares e de grande relevância, pela natureza do trabalho e por se tratar de um serviço essencial para o povo. Em respeito aos que exercem suas atividades no local, mas também em respeito aos usuários e às exigências democráticas que envolvem a prestação jurisdicional, é indispensável a garantia de instalações adequadas, que não projetem uma imagem negativa do Poder Judiciário.

Analisar a tentativa de mediação na sua forma obrigatória como um empecilho à atividade do juiz, por se acreditar já existir inúmeros atos que atrasam a devida prestação jurisdicional, é apenas uma forma negativa de ver o instituto da mediação, que, em várias cidades do país e do mundo, funciona produzindo resultados relevantes. Ou seja, tudo depende da amplitude do ponto de vista daquele que se propõe solucionar uma controvérsia.

Talvez a dificuldade em aceitar a tentativa obrigatória de mediação no processo civil se dê por se usar a ausência de tempo para julgar as causas como desculpa para não gerar interligação, ou melhor, envolvimento com cada caso. Claro que o juiz em momento algum deve manifestar preferência, mas não é de gostar ou não, aceitar ou não, que se conceitua esse envolvimento. O que se põe em discussão é a compreensão pelo magistrado da importância do seu juízo durante todo o processo através de seus atos. Segundo Dinamarco: “(...) é preciso enfatizar que os juízes são os condutores do processo e o sistema não lhes tolera atitudes de espectador”.

Nota-se que a rejeição com relação à mediação no processo civil pode surgir de todos os lados, inclusive por parte dos que se encontram litigando, mas se ela aparecer primeiramente no discernimento do legislador – visto que para que ela se torne presente deva ser desenvolvida a lei específica –, não há como efetivá-la no âmbito judicial.

Os próprios tribunais de justiça estaduais, apenas para reiterar, criam alternativas dentro das alternativas quando apresentam portarias que constituem cortes e câmaras de conciliação em seus anexos, vislumbrando a possibilidade de que a prestação jurisdicional chegue com qualidade e que haja, por conseqüência, a inclusão social através desse acesso facilitado. É demasiado salutar a criação, pela própria justiça, das câmaras de conciliação, pois auxiliam o sistema jurisdicional. Embora tenha-se que prestar atenção porque, às vezes, essas vias facilitadas acabam desvirtuando o compromisso ético do magistrado em tentar a conciliação. Ou seja, o que de fato funciona como auxílio excelente ao sistema, acaba descaminhando um pouco a atividade essencial do juiz: a responsabilidade de efetuar a tentativa consciente de conciliar ou mediar, sabendo que não deve transferi-la sem antes trabalhá-la.

O jurista francês e pesquisador do Institut des Hautes Études sur la Justice, Antoine Garapon, em seu livro *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*, expõe o aumento da "fé" da sociedade contemporânea no Poder Judiciário ao relatar que a "descrença" em instituições políticas aumenta a necessidade de que os juízes funcionem como espelhos que devem intensa e perpetuamente refletir o direito, assim como a ordem jurídica. Afirmando, ainda, que, também, devido à sociedade democrática encontrar-se em crise – visto que o Estado perde força cada vez maior diante do mercado globalizado –, o Poder Judiciário desenvolve as suas influências sobre a sociedade.

Ou seja, a sociedade atual no figurino de hipossuficiência está completamente dependente da justiça como entidade única, estabilizadora de conflitos. E, o Poder Judiciário sabe que esse posicionamento é verdadeiro, mas lentamente se presta a ofertar o devido e efetivo, e questionado anteriormente, processo legal.

Não se entrega o devido processo legal à sociedade desenvolvendo cortes de conciliação, mas sim fazendo com que o juiz tente conciliar em audiência, exercendo sua atividade, e, se não conseguir, passar o conflito adiante para as mãos do mediador se vislumbrar a possibilidade de um acordo, facultando aos litigantes a prerrogativa de escolha do mediador, ficando o mais distante possível do vazio de uma mera pergunta. Apesar de ser importante e de somar ao processo civil, a criação de cortes, casas e câmaras deve agir compassadamente para não interferir na atividade do magistrado.

A mediação incidental não pode, jamais, ser acionada pelo juiz pela simples vontade de não se querer prestar a tentativa de conciliação ou colocar a "ausência de tempo" como o grande entrave à obrigatoriedade da devida prestação da justiça aos que precisam dela. Afinal, se assim agisse estar-se-ia esquivando-se de sua obrigação.

Ao tentar responder as perguntas feitas no início deste tópico acerca do empecilho à rapidez que poderia se transformar essa tentativa de mediação incidente vemos que, talvez, esse seja um ponto que atrapalharia enfaticamente a celeridade do mesmo: o juiz não cumprir com o seu papel de conciliador e mediador, antes de qualquer aspecto, designando outrem, nesse caso o mediador, ou, até mesmo não querendo tentar a conciliação, prosseguir à instrução.

O fato da obrigatoriedade da tentativa de mediação incidental ter sido alterada e recolocada como facultativa no substitutivo do relator é, sim, perceptivelmente – bastando apenas um pouco de atenção lógica sobre o posicionamento do senador –, um entrave ao processo e a tão sonhada celeridade, pelo simples fato de que não adianta adicionar mais um meio ou vários de conciliação em audiência preliminar ou colocar a tentativa de mediação pelo mediador designada pelo juiz se o que já está disposto no Código de Processo Civil não se efetiva por uma série de fatores descritos anteriormente.

Nas lições da mediadora Lília Maia: "(...) cabe ao juiz, ciente da realidade das partes, tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade, alcançando a igualdade material".

O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos explica a Agencia Nacional de Comunicación – ANC: "Hoy es central mantener la discusiòn de que tenemos el

derecho a ser iguales cuando las diferencias nos inferiorizan, y a ser distintos cuando la igualdad nos descaracteriza".

Mauro Cappelletti em seu livro *Juízes legisladores?* apresenta a realidade que transforma a maneira de agir do juízes frente às mudanças sociais:

Mais cedo ou mais tarde, no entanto, como confirmou a experiência italiana e de outros países, os juízes deverão aceitar a realidade da transformadora concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um ramo. (...) É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária, de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais.

A dificuldade em achar o equilíbrio entre o que se quer e o que se pode ofertar surge para as partes assim como para o Estado como um grande problema. E, o futuro que se almeja no processo civil é poder ter a celeridade unida com a qualidade, não no início do processo nem muito menos no final, mas sim durante todo ele, para que se compreenda com mais limpidez o que se deseja a fim de que todos os partícipes responsáveis compreendam o seu personagem e trabalhem direcionados à pacificação das partes.

CONCLUSÃO

O que se defende neste trabalho é a instituição da mediação na sua modalidade incidental de forma obrigatória no processo civil registrada na versão consensuada do PL 4.827/1998 que tramita no Congresso Nacional acalentada pela utilização e divulgação constante de outros métodos consensuais de resolução de conflitos através de casas de mediação e arbitragem privadas que se encontram espalhadas pelo Brasil promovendo a inserção dessa nova visão sobre o direito e sobre a resolução dos conflitos na mentalidade dos brasileiros. Contando, ainda, com a ajuda do meio acadêmico de direito que vem promovendo estudos tanto em suas graduações como em suas pós-graduações no intuito de funcionar como base que sustentará a mediação no processo civil e nas instituições particulares etc.

Vê-se que, para que o projeto de lei se torne uma realidade no país, as pessoas capazes de torná-lo real devem se manifestar no sentido de divulgar propriamente a mediação e seus devidos efeitos no processo civil. A dificuldade em incutir na mente dos cidadãos brasileiros a idéia de que a justiça e os seus direitos pode ser alcançado por outro meio, diverso daquele conhecido, ainda é novo para a grande maioria da sociedade.

O não conhecimento desses métodos de resolução consensual, há cinco ou até mesmo dez anos talvez, realmente, fosse um entrave a esse projeto de lei. Mas, hoje, com tantas câmaras e cortes de mediação, arbitragem e com a audiência de conciliação no processo

civil não pode servir de desculpa. O desconhecimento acerca desses métodos não funciona mais como obstáculo à consolidação da mediação incidental.

Quando o relator Senador Pedro Simon questiona em sua análise sobre o projeto de lei que a mediação é "um instituto que não se sabe ao certo se a cultura brasileira assimilará com sucesso", vai de encontro com as estatísticas que comprovam que ela é funcional e se presta ao compromisso que assume como meio de solução consensual de problemas. Afinal, o que seriam as instituições privadas de mediação, as cortes do TJSP e as câmaras do TJSC e tantas outras espalhadas pelo país? A mediação já existe no Brasil. O que basta agora é que ela seja inserida na sociedade.

Cabe, agora, também, aos estudantes de direito começarem, desde já, a entenderem esses caminhos e se conscientizarem de que em um conflito o que se busca é o melhor para as pessoas – que assim devem ser consideradas antes de serem contempladas com o termo "partes" na "lide" que, também, deve ser considerada como relação maculada –, como cidadãos que produzem para si e para o Estado renda, resultados que desenvolvem o país, e, que, por isso merecem desse mesmo Estado a devida e efetiva resolução de seus conflitos da melhor maneira possível.

Agir proporcionando aos cidadãos a melhor justiça possível é, antes de tudo, agir com respeito e, atuar dessa forma é possibilitar que a democracia seja vista e contemplada pela sociedade. A "melhor justiça possível" é aquela que respeita o indivíduo em suas escolhas ao mesmo passo que garante conscientemente esse direito de escolha, solidificando os instrumentos alternativos de justiça que, no final, são, de fato, as escolhas programadas pela sociedade.

O Poder Judiciário nem sempre é a primeira opção na hora de resolver um conflito, mas deve, sem dúvida propiciar meios diversos, reais e efetivos – que não ele mesmo – às pessoas de buscarem dirimir suas controvérsias. Cabe a ele compreender, também, que ao desenvolver esses meios não está retirando de si sua própria responsabilidade, mas está distribuindo melhor o que se pretende resolver, no intuito de sobreviver e restabelecer o crédito perdido dos dias atuais.

Entender que os meios alternativos de solucionar controvérsias podem funcionar como filtros que prendem o que pode ser resolvido através de acordos; é compreender que existe uma solução para essa morosidade e para os inúmeros processos que chegam, muitas vezes sem a necessidade de estarem lá, no Poder Judiciário. É captar que um dos maiores prejudicados é o Estado.

Compreender a mediação como um sinal de esperança e não como um entrave à Justiça é, antes de tudo, reconhecer a naturalidade da evolução do homem perante os seus conflitos e a contemporaneidade da Justiça e do direito diante de seus meios de resolução de controvérsias.

Referências bibliográficas

Benvindo, Juliano Zaiden. *"Crise de autocompreensão do direito" e ausência de fundamento epistemológico-jurídico seguro:* reflexos nos métodos alternativos de resolução de controvérsias. In: Azevedo, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação.* Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

Brindeiro, Geraldo. *O devido processo legal*. Disponível em: [www.buscalegis.ufsc.br]. Acesso em: 02.02.2007.

Calmon, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. São Paulo: Forense, 2007.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1999.*

Cappelletti, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

_____; Garth, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Carmona, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2004.

Carvalho Dias, Ronaldo Brêtas. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Conselho Regional de Administração do Estado de São Paulo – CRA/SP. *Natureza da Mediação e principais diferenças diante dos demais Meios Alternativos de Resoluções de Conflitos ou Alternative Dispute Resolution (ADR)*. Disponível em: [www.crasp.com.br]. Acesso: 02.09.2006.

Consultor Jurídico. *AGU usou arbitragem e conciliação para resolver 17 conflitos*. 12.01.2007. Disponível em: [http://conjur.estadao.com.br]. Acesso em: 03.02.2007.

Dallari, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

Delgado, José. *Constitucionalidade da mediação*. Disponível em: [www.cjf.gov.br]. Acesso em: 03.09.2006.

Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

Garapon, Antoine. *O juiz e a democracia – o guardião de promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Gomes, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Grinover, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. *Projeto de Lei 4.827-b/1998*. Disponível em: [www.direitoprocessual.org.br]. Acesso em: 25.06.2006.

Ihering, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

Info Commerce Vendas e Serviços. *Apostila Regras de Monografia.* Disponível em: [www.icommerce.hpg.ig.com.br]. Acesso em: 20.02.2007.

Lobo, C. A. da Silveira et al. *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Marconi, Maria de Andrade; Lakatos, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

Mello Filho, Rogério Machado. *A aplicação do direito sob a ótica das Escolas de Interpretação das Normas Jurídicas.* Disponível em: [www.presidencia.gov.br]. Acesso em: 10.04.2006.

Reale, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Reigota, João Manoel dos Santos et al. *Direito: ciência e arte*. Campinas: Edicamp, 2001.

Rodrigues Júnior, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Rodrigues Rosa, Paulo Tadeu. *O devido processo legal e o Estado Democrático de Direito.* Disponível em: [www.buscalegis.ufsc.br]. Acesso em: 12.03.2007.

Sales, Lília Maia de Morais. *Justiça e mediação de conflitos.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Six, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Sousa, Lília Almeida de. *A utilização da mediação de conflitos no processo judicial. Jus Navigandi*, n. 568, ano 9, Teresina, 26.01.2005. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6199]. Acesso em: 08.04.2006.

Veash, Nicole. *O juiz zen do Brasil*. Disponível em: [www.selecoes.com.br]. Acesso em: 10.12.2006.

Watanabe, Kazuo. *Modalidade de mediação*. Disponível em: [www.cjf.gov.br] Acesso em: 10.02.2006.

Mello Filho, Rogério Machado. A aplicação do direito sob a ótica das escolas de interpretação das normas jurídicas. Disponível em: . Acesso em: 10.04.2006.

Idem.

A Teoria do Caos para a física e a matemática é a hipótese que explica o funcionamento de sistemas complexos e dinâmicos. Isso significa que para um determinado resultado será necessária a ação e a interação de inúmeros elementos de forma aleatória. Para entender o que isso significa, basta pegar um exemplo na natureza, onde esses sistemas são comuns. A formação de uma nuvem no céu, por exemplo, pode ser desencadeada e se desenvolver com base em centenas de fatores que podem ser o calor, o frio, a evaporação da água, os ventos, o clima, condições do Sol, os eventos sobre a superfície e inúmeros outros.

Sousa, Lília Almeida de. A utilização da mediação de conflitos no processo judicial. Disponível em: . Acesso em: 08.04.2006.

Watanabe, Kazuo. Modalidade de mediação. Disponível em: . Acesso em: 10.02.2006.

Sousa, op. cit.

IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual. Projeto de Lei 4827-b/1998. Disponível em: . Acesso em: 25.06..2006.

Idem.

"I – na ação de interdição; II – quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; III – na falência, na concordata e na insolvência civil; IV – no inventário e no arrolamento; V – nas ações de imissão de posse, reivindicatória de bem imóvel e de usucapião de bem imóvel; VI – na ação de retificação de registro público; VII – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; VIII – na ação cautelar; e IX – quando a mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem resultado nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação."

Idem.

Idem.

Idem.

Com as considerações precedentes de que ressaltam a constitucionalidade, juridicidade, oportunidade e conveniência, votamos pela aprovação do Projeto de Lei da Câmara 94, de 2002 (n. 4.827, de 1998, na origem), na forma do substitutivo a seguir: Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil, e dá outras providências.

Idem.

Idem.

Idem.

Idem.

Idem.

Idem.

Sales, op. cit., p. 45.

Six, op. cit., p. 141.

Idem, ibidem.

Idem, 141-142.

Idem, p. 151.

Laidi, 1995, apud Six, 2001, p. 151.

Escritórios Populares de Mediação. Disponível em: . Acesso em: 02.01.2007.

Veash, Nicole. O juiz zen do Brasil. Disponível em: www.selecoes.com.br/revista-heroisdehj-juizzen.htm>. Acesso em: 10.12.2006.

Idem.

Six, op. cit., p. 157.

Bargoin, 1995, apud Six, 2001, p. 158.

Six, loc. cit.

Benvindo, Juliano Zaiden. "Crise de autocompreensão do direito" e ausência de fundamento epistemológico-jurídico seguro: reflexos nos métodos alternativos de resolução de controvérsias. In: Azevedo, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 224.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1982, p. 474.

Benvindo, op. cit., p. 205.

O caos, geralmente, provoca vida, quando a ordem provoca o hábito.

1.ª Corte de Conciliação e Arbitragem de Caldas Novas. Disponível em: [www.acican.com.br]. Acesso em: 02.02.2007.

Corte de Conciliação e Arbitragem de Rio Verde. Disponível em: [www.acirv.com.br]. Acesso em: 02.02.2007.

Corte de Conciliação e Arbitragem de Anápolis. Disponível em: [www.acia-ans.com.br]. Acesso em: 02.02.2007.

Corte de Conciliação e Arbitragem de Jataí. Disponível em: [www.acijonline.com.br]. Acesso em: 02.02.2007.

Consultor Jurídico. AGU usou arbitragem e conciliação para resolver 17 conflitos. 12.01.2007. Disponível em: [http://conjur.estadao.com.br]. Acesso em: 03.02. 2007.

Sales, Lilia Maia de Morais. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141.

Mediare – Centro de Administração de Conflitos. Disponível em: [www.mediare.com.br]. Acesso em: 05.06.2006.

Conima – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. Disponível em: [www.conima.org.br]. Acesso em: 06.06.2006.

Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC-MG.

Imab – Instituto de Mediação e Arbitragem no Brasil. Disponível em: [http://imab.vilabol.uol.com.br]. Acesso em: 06.06.2006.

Rodrigues Júnior, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 169.

Rodrigues Júnior, Walsir Edson. Op. cit. p. 173.

Dallari, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 157.

Dallari, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 156.

Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo:Ed. RT, 1987, p. 410.

Institut des Hautes Études sur la Justice. Disponível em: [www.ihej.org]. Acesso em: 10.09.2006.

Sales, Lília Maia de Morais. Op. cit., p. 150.

Hoje é central manter a discussão de que temos o direito de ser iguais quando as diferenças nos inferiorizam e a ser distintos quando a igualdade nos descaracteriza.

Cappelletti, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 88.

Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. *Projeto de Lei 4.827-b/1998*. Disponível em: [www.direitoprocessual.org.br]. Acesso em: 25.06.2006.

Rodrigues Júnior, Walsir Edson. Op. cit., p. 2.

DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO EFETIVA*

FUNDAMENTAL RIGHT OF JURISDICTION EFFECTIVE

Juliana de Camargo Maltinti

RESUMO

O presente ensaio tem por objetivo abordar a inclusão do direito à jurisdição efetiva entre os direitos fundamentais. O direito processual vem sofrendo alterações em razão das diversas reformas do Código de Processo Civil. E, é a partir dessa evolução, que os processualistas devem adequar certos institutos à realidade, a fim de alcançar a efetividade da jurisdição. Com o surgimento dos Estados sociais, passaram a existir novos direitos fundamentais, dentre os quais, a prestação de proteção e a viabilização da participação no poder e na organização social. Com a autonomia processual, a ação surge como direito de exigir do Poder Judiciário uma resposta diante das pretensões a ele dirigidas, independente da existência do direito material. Posteriormente, a ação é vista como o direito a uma resposta de mérito. No entanto, tais conceitos devem ser revistos. O direito abstrato de ação está previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pois a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão ao direito. Isto significa que todos têm direito a uma prestação jurisdicional efetiva. Para isto, é imprescindível que o juiz tenha consciência dessa realidade, a fim de aplicar a técnica processual mais adequada às necessidades do direito material, em decorrência do direito fundamental à jurisdição efetiva, aplicando a nova concepção de ação como um direito fundamental a uma jurisdição efetiva. Pois não existe técnica única para servir a todos os perfis do direito material.

PALAVRAS-CHAVES: AÇÃO - DIREITO FUNDAMENTAL – JURISDIÇÃO EFETIVA – TÉCNICA PROCESSUAL ADEQUADA – TUTELA DOS DIREITOS.

ABSTRACT

This essay aims to address the inclusion of the right to effective jurisdiction of the fundamental rights. Procedural law has been changing because of several reforms of the Code of Civil Procedure. And, it is from this evolution, the processualistas some institutions must adapt to reality, in order to achieve the effectiveness of the jurisdiction. With the emergence of welfare states, came into being new fundamental rights, among which, the provision of protection and facilitation of participation in power and social organization. With the procedural autonomy, the action appears to be entitled to require the judicial branch for a response to the claims addressed to him, regardless of the existence of substantive law. Subsequently, the action is seen as the right to merit a response. However, these concepts should be reviewed. The abstract right of action provided for in art. 5º, XXXV, of the Federal Constitution, as the law can not be

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

excluded from review by the judiciary of any injury or threat of injury to the right. This means that everyone is entitled to an effective adjudication. For this, it is essential that the judge is aware of this reality, in order to apply the procedural technique best suits the requirements of substantive right, due to the fundamental right to effective jurisdiction, applying the new concept of action as a fundamental right to a court effective. For there is no single technology to serve all sections of the right material.

KEYWORDS: ACTION - RIGHT KEY - EFFECTIVE JURISDICTIONAL - ADJUSTED PROCEDURAL TECHNIQUE - PROTECTION OF RIGHTS.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa apresentar a jurisdição efetiva como direito fundamental, destacando sua imprescindibilidade para a tutela dos direitos na sociedade contemporânea.

A Constituição Federal dispõe, no artigo 5º, XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", garantindo o direito de ação, isto é, o direito ao acesso a uma atividade jurisdicional do Estado, bem como o direito a devida resposta do judiciário.

Portanto, este dispositivo constitucional é, ao mesmo tempo, fonte dos princípios fundamentais da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da jurisdição, de tal forma que para que se tenha efetividade é necessário que no menor espaço de tempo, o processo confira a quem tem direito tudo àquilo que faz jus.

Com isso, todas as normas processuais devem ser submetidas à efetividade, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, podendo ser considerado cláusula geral processual, já que constitui o direito fundamental à jurisdição efetiva.

Diante disto, o processo deve ser estruturado de modo a permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material. Para isto, entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação.

Isto significa que diante da dinâmica da sociedade, o juiz está autorizado a encontrar a técnica processual mais adequada às necessidades do direito material. E, estas técnicas, devem ser subordinadas ao direito fundamental à jurisdição efetiva. Não existe técnica única para servir a todos os perfis do direito material.

Para isso, procurar-se-a, com o presente ensaio, demonstrar a necessidade da adequação das técnicas processuais ao direito material como resposta ao direito fundamental à jurisdição efetiva. Pois, atualmente, a finalidade do processo é a prestação da tutela jurisdicional efetiva, de modo que os procedimentos tornam-se menos importantes.

2. Jurisdição, ação e processo

O direito processual, ao longo da história, sofreu profundas alterações. E é a partir dessa evolução que os processualistas devem adequar certos institutos processuais à realidade, a fim de alcançar a efetividade da jurisdição.

O homem satisfaz suas necessidades através dos bens. Ao se posicionar frente aos bens para satisfazer suas necessidades surge o interesse. É possível que várias pessoas possuam interesse sobre o mesmo bem, o que pode resultar no conflito de interesses.

Nos primórdios da civilização, quando o Estado ainda não estava consolidado, vigorava o regime da autotutela (ou autodefesa ou justiça privada), no qual as próprias pessoas resolviam entre si os seus conflitos de interesses.

Esse regime caracterizou-se pela imposição da decisão do mais forte sobre o mais fraco, o que resultava em injustiças, pois nem sempre aquele que estava em situação regular tinha o seu direito tutelado.

Em dado momento da história, surge à necessidade da intervenção estatal. O Estado, suficientemente fortalecido, avoca para si o monopólio da solução dos conflitos de interesses, passando a prestar, com exclusividade, a denominada atividade jurisdicional.

A jurisdição é exercida em relação a uma lide[1], que o interessado deduz perante o Estado-juiz, inerte por sua natureza. Ao ser provocado, através da ação, o Estado, por meio de um processo, aplicará a lei ao caso concreto, buscando solucionar o conflito e atingir a paz social. Daí ser nítida a relação entre jurisdição, ação e processo[2], conhecidos como institutos fundamentais do processo civil.

Para Cândido Rangel Dinamarco, os institutos fundamentais do processo são quatro: jurisdição, ação, processo e defesa[3].

Entretanto, pensamos como o professor Rodrigo da Cunha Lima Freire[4], no sentido de que:

a defesa deve ser estudada no contexto do processo, como manifestação do princípio da bilateralidade da audiência, também conhecido como princípio do contraditório. Não se pode localizá-la, portanto, ao lado de conceitos absolutamente interdefiníveis como a jurisdição, a ação e o processo.

Assim, consideraremos como institutos fundamentais do processo civil, a jurisdição, a ação e o processo.

A jurisdição é a função estatal, exercida por intermédio do juiz, de resolver os conflitos na sociedade, restabelecendo a pacificação social e as relações jurídicas. E, se o Estado possui esta atividade, todas as pessoas têm o direito de exigir dele a prestação do exercício da jurisdição. Esta função é exercida através da ação.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra[5]:

jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).

Ação é o direito de todos de cobrar do Estado o exercício da jurisdição. E o método ou técnica pela qual se realiza a jurisdição é o processo, ou seja, este é o instrumento da jurisdição, responsável por estabelecer as relações jurídicas entre as partes, e entre elas e o juiz. Enquanto o procedimento é uma sequência de atos processuais, isto é, a parte visível do processo.

Com isso, conclui-se, que jurisdição, ação e processo, são conceitos dependentes, constituindo os três elementos fundamentais do direito processual.

3. O direito de ação como direito fundamental

Os direitos fundamentais na época do Estado Liberal clássico, eram vistos apenas como direitos de liberdade ou de defesa. Nesta época não existia separação entre a ação e o direito subjetivo material, vigorava a teoria clássica, civilista ou imanentista, aceitando-se a definição romana de Celso, no sentido de que: "*actio autem nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur* (ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido)[6]".

Desta forma, essa ação não era dirigida contra o Estado-juiz, mas contra o réu.

No final do século XIX, surgiu a teoria da ação como direito concreto, na qual foi identificada a autonomia da ação diante do direito material. Entretanto, seus adeptos sustentavam que só tinha ação aquele que fosse titular efetivo do direito postulado, ou seja, só havia exercício do direito de ação se o resultado fosse favorável ao demandante.

Neste momento, o cidadão tinha um direito de defesa contra o Estado, mas ainda não se admitia que dos direitos fundamentais decorressem direitos a prestações. Os direitos fundamentais continuavam sendo vistos como direitos de defesa ou de liberdade[7].

Com o surgimento dos Estados sociais, passaram a existir novos direitos fundamentais.

O Estado social fez com que os direitos fundamentais fossem vistos também como direitos a prestações, classificados como direitos: a prestações sociais; a prestação de proteção e a prestações destinadas a viabilizar a participação no poder e na organização social[8].

Com isso, a autonomia do processo resultou na substituição da teoria concretista para a teoria abstratista. A ação surge como direito de exigir do Poder Judiciário uma resposta diante das pretensões a ele dirigidas, independente da existência do direito material. Para os abstratistas, terá havido exercício do direito de ação ainda que o resultado seja a improcedência do pedido, pois sua existência não está condicionada a do direito.

Ressalta-se que na atualidade, vem prevalecendo entre os processualistas contemporâneos, a idéia de que a ação é um direito abstrato, embora ainda seja objeto de discussões[9].

Procurando estabelecer uma adaptação à teoria abstrata, Liebman elaborou a teoria eclética (ou mista), segundo a qual a ação consiste no direito a uma sentença de mérito. Assim, só existirá ação quando houver o direito a uma resposta de mérito, o que depende do preenchimento de determinados requisitos denominados de condições da ação.

Nesse sentido, Liebman firma que: "ação é um direito ou poder subjetivo processual de promover o processo, provocando o efetivo exercício da jurisdição, desde que presentes as condições da ação[10]".

Conforme esta teoria, não há exercício do direito de ação quando o juiz extingue o processo sem julgamento do mérito. Nesse caso, foi movimentada a máquina judiciária em razão do direito de demandar, que é garantia inerente ao princípio constitucional do acesso à justiça, mas não houve ação[11].

No entanto, as condições da ação não são requisitos para a existência da ação, mas para seu exercício. Por isso, ainda que falte um dos requisitos da ação, haverá atividade jurisdicional.

Nesse sentido, afirma Luiz Guilherme Marinoni[12]:

a falta de um desses requisitos obstaculiza a apreciação da afirmação de lesão ou ameaça, mas não exclui o direito de pedir essa apreciação. A sentença que reconhece a ausência de uma das condições da ação apenas impede que a ação continue a se desenvolver, mas não nega que a ação foi exercida. O direito de ação e a ação são exercidos ainda que não ocorra a apreciação da afirmação da violação ou da ameaça do direito material, mas apenas a resposta jurisdicional – que também é uma tutela jurisdicional – de que essa apreciação está impedida em razão da ausência de condições da ação.

Com isso, segundo Rodrigo da Cunha Lima Freire[13]:

ação é um direito público, subjetivo, autônomo e abstrato de agir em juízo, expondo uma ou mais pretensões, que podem ser fundadas ou infundadas, exigindo a prestação jurisdicional. É a ação um *direito público*, porquanto exercida contra o Estado, que é obrigado a realizar a jurisdição, por meio de seus órgãos competentes, embora, de certa forma, exista uma coincidência entre os interesses do autor e do Estado; *subjetivo*, pois qualquer pessoa detém tal faculdade ou poder, podendo exercê-lo, autorizada que está pelo direito objetivo; *autônomo*, visto que é desvinculado do direito material, podendo existir direito sem ação, no caso da prescrição da ação, e ação em direito; na hipótese de pedido julgado procedente em ação declaratória negativa, bem como, em qualquer outra ação, quando o pedido for julgado improcedente – declaração de inexistência do direito material afirmado; e *abstrato* por não se tratar de um direito a uma sentença favorável, mas do direito de expor pretensão ou pretensões e obter uma prestação jurisdicional, favorável ou desfavorável.

Este direito abstrato está previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pois a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.

Destaca-se que a ação, independe da efetiva lesão ou ameaça de lesão ao direito subjetivo material, é consagrada pelo texto constitucional, na medida em que este veda qualquer limitação infraconstitucional ao acesso à justiça[14].

Afirma Canotilho que: "a partir da garantia constitucional de certos direitos se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos, e a faculdade de exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos[15]".

Assim, a tutela dos direitos de liberdade ameaçados ou lesados; a realização dos direitos fundamentais sociais; a satisfação dos direitos fundamentais de proteção, enfim, a reivindicação dos direitos fundamentais e de todos os direitos, em termos de efetividade, depende do direito de ação.

O direito de ação é um direito fundamental processual, e não um direito fundamental material, como são os direitos de liberdade; à educação; ao meio ambiente, podendo ser considerado o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetividade de todos eles[16].

Portanto, o direito fundamental de ação obriga o Estado-juiz, diante de qualquer direito que possa ter sido violado ou ameaçado, a prestar tutela jurisdicional efetiva.

4. Direito fundamental à jurisdição efetiva

A Constituição Federal brasileira dispõe, no artigo 5º, XXXV, que "a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Isto significa que todos têm direito a uma

prestação jurisdicional efetiva, ou seja, a ação é um direito fundamental a uma jurisdição efetiva.

Embora o *destinatário principal* desta norma seja o legislador[17], o acesso à justiça atinge a todos indistintamente, não podendo o legislador, assim como o administrador e o julgador, impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir uma pretensão[18].

Assim, seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, torna-se necessário à atuação do Estado na prestação da tutela jurisdicional, através do instrumento processual, a fim de propiciar às partes "acesso à ordem jurídica justa[19]".

Isto quer dizer que o acesso à justiça não significa apenas a possibilidade de ingresso em juízo ou a mera *admissão ao processo**[20]***. É necessário que se tenha efetivo acesso à justiça, ou seja, todos possuem direito a uma devida resposta do judiciário.

Nesse sentido, Kurt Eichenberger[21] assegura que:

o direito de ação não é apenas o direito de afirmar um direito material em juízo ou o direito de formular um pedido de tutela do direito material com base em fundamento de fato e direito. A ação não se resume ao ato que invoca a jurisdição. Não é um ato solitário, como se o direito de ação pudesse ser restringido a um requerimento de tutela jurisdicional.

Portanto, o disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição é, ao mesmo tempo, fonte dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da jurisdição[22].

É importante esclarecer que a tutela jurisdicional efetiva não pode ser confundida com a celeridade processual, prevista no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Não há dúvida de que um dos grandes problemas da justiça atualmente está na morosidade da prestação jurisdicional. Entretanto, a efetividade jurisdicional não se resume a isto, pressupõe, de um lado, o equilíbrio entre a celeridade processual ou duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e segurança processual e, do outro, a denominada máxima coincidência ou processo de resultados[23]. Esta máxima coincidência é demonstrada na fórmula de Chiovenda, para quem "Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire[24]".

Com isso, a simples celeridade é insuficiente para alcançar a almejada efetividade. O penoso tempo entre o exercício da ação e a satisfação do direito material não pode servir de desculpa para o detrimento de outras garantias constitucionais, tais como a segurança processual, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), visto que a celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem o devido processo legal (art. 5º, LIV)[25], pois, caso contrário, estaríamos diante da insegurança jurídica.

Nesse sentido, o professor Rodrigo da Cunha Lima Freire, com quem concordamos, entende que: "só existe jurisdição efetiva quando esta é, ao mesmo tempo, tempestiva e

eficaz no plano material. Portanto, a efetividade da jurisdição exige que, no menor espaço de tempo possível, o processo confira a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo a que faz jus[26]".

Diante disto, Luiz Guilherme Marinoni[27] assevera que a norma constitucional prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, significa, de uma só vez, que:

i) o autor tem o direito de afirmar lesão ou ameaça a direito; ii) o autor tem o direito de ver essa afirmação apreciada pelo juiz quando presentes os requisitos chamados de condições da ação pelo art. 267, VI, do CPC; iii) o autor tem o direito de pedir a apreciação dessa afirmação, ainda que um desses requisitos esteja ausente; iv) a sentença que declara a ausência de uma condição da ação não nega que o direito de pedir a apreciação da afirmação de lesão ou de ameaça foi exercido ou que a ação foi proposta e se desenvolveu ou for exercitada; v) o autor tem o direito de influir sobre o convencimento do juízo mediante alegações, provas e, se for o caso, recurso; vi) o autor tem o direito à sentença e ao meio executivo capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional por ela concedida; vii) o autor tem o direito à antecipação e à segurança da tutela jurisdicional; e viii) o autor tem o direito ao procedimento adequado à situação de direito substancial carente de proteção.

Desta forma, fica categoricamente demonstrado que a ação, longe de ser um simples ato de invocar a prestação jurisdicional, constitui o direito fundamental à jurisdição efetiva. Pois de nada adiantaria a Constituição Federal prever o direito à prestação jurisdicional, sem garantir sua efetividade.

Com isso, todas as normas processuais devem ser submetidas à efetividade, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, podendo tal dispositivo ser considerado cláusula geral processual[28], já que constitui o direito fundamental à jurisdição efetiva.

Adverte Enrico Tullio Liebman[29], "é necessário evitar, tanto quanto o possível, que as formas sejam um embaraço e um obstáculo à plena consecução do escopo do processo; é necessário impedir que a cega observância da forma sufoque a substância do direito".

Por isso, a partir da tutela prometida pelo direito material é que vai se estruturar o formalismo processual.

Cabe esclarecer que nem sempre as partes possuem interesse em uma tutela jurisdicional dirigida à reparação do dano, pois, muitas vezes, o que se pretende é impedir a lesão do direito, de forma a concretizar os direitos fundamentais e invioláveis

do cidadão. Assim, o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada**[30]***, seja preventiva ou reparatória. Não basta o direito à tutela jurisdicional.

É imprescindível que o juiz tenha consciência dessa realidade, a fim de aplicar o procedimento adequado ao caso concreto como decorrência do direito fundamental à jurisdição efetiva[31].

5. Técnica processual e tutela dos direitos

O processo, conforme já elucidado, é técnica, meio, método de trabalho, pelo qual se realiza a jurisdição. Tal técnica processual deve ser adaptada ao perfil do direito material, a fim de se obter a jurisdição efetiva, ou seja, a tutela dos direitos.

Nesse sentido, dispõe Luiz Guilherme Marinoni, "os institutos do processo dependem da estrutura não apenas das normas que instituem direitos, mas também das formas de proteção ou de tutela que o próprio direito substancial lhe confere[32]".

Afirma Sérgio Cruz Arenhart[33]:

A sociedade evolui, trazendo novos paradigmas do Direito, novos direitos a serem reconhecidos e novas situações a serem enfrentadas. Justamente com esta evolução, o processo é sempre conclamado a adaptar-se às circunstâncias e a oferecer formas de tutela adequadas a tais novas situações.

É imprescindível a adaptação do Direito as mudanças sociais, uma vez que sua atuação depende do conhecimento da realidade para poder ordenar as relações entre os cidadãos. O papel do jurista é tornar o abismo que separa a realidade, o direito e o processo o menor possível, dotando o sistema jurídico de soluções às novas situações reais, de forma mais breve possível[34].

Portanto, a transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que o processo civil seja adaptado às novas realidades e à tutela das várias, e até então desconhecidas, situações de direito substancial, uma vez que sua principal função é o dever de atender aos desígnios do direito material e estar atento à realidade social, a fim de propiciar a efetividade jurisdicional. Pois, o processo é uma técnica processual que deve estar sempre a serviço da efetividade.

Isto significa que diante da dinâmica da sociedade, o juiz está autorizado a encontrar a técnica processual mais adequada às necessidades do direito material. E, estas técnicas, devem ser subordinadas ao direito fundamental à jurisdição efetiva. Não existe técnica única para servir a todos os perfis do direito material.

Esclarece Luiz Guilherme Marinoni[35]:

No Estado constitucional, pretender que o processo seja neutro em relação ao direito material é o mesmo que lhe negar qualquer valor. Isso porque ser indiferente ao que ocorre no plano do direito material é ser incapaz de atender às necessidades de proteção ou de tutela reveladas pelos novos direitos e, especialmente, pelos direitos fundamentais.

Para dar efetividade aos direitos fundamentais, inclusive, à tutela jurisdicional efetiva, é imprescindível outorgar à jurisdição a tutela dos direitos.

Ensina o professor Luiz Guilherme Marinoni***[36]***:

Se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) *são diversas*, as técnicas processuais devem a elas se adaptar. O procedimento, a sentença e os meios executivos, justamente por isso, *não são neutros* às tutelas (ou ao direito material), *e por esse motivo não podem ser pensados a sua distância.*

O processo deve ser estruturado de modo a permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material. Para isto, entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação.

O professor Rodrigo da Cunha Lima Freire[37], dentre as técnicas processuais, destaca: a admissibilidade; as tutelas jurisdicionais e os procedimentos, fruto do direito fundamental à jurisdição efetiva, capazes de atender às novas situações jurídicas, em que se concretizam os direitos fundamentais do cidadão.

Desta forma, o juiz deve adaptar as técnicas processuais ao perfil do direito material para atender os novos direitos.

Atualmente, a finalidade do processo é a prestação da tutela jurisdicional efetiva, de modo que os procedimentos tornam-se menos importantes.

Explica o professor José Roberto dos Santos Bedaque[38]:

O sistema processual não deve ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo. As regras do procedimento devem ser simples, regulando o mínimo

necessário à garantia do contraditório mas, na medida do possível, sem sacrifício da cognição exauriente. (...) É preciso, todavia, que o processualista não perca de vista a função indiscutivelmente instrumental desse meio estatal de solução de controvérsias, para não transformar a técnica processual em verdadeiro labirinto, em que a parte acaba se arrependendo de haver ingressado, pois não consegue encontrar a saída. O mal reside, portanto, no formalismo excessivo.

Portanto, o direito processual deve proporcionar mecanismos adequados à efetivação do direito, ou seja, não basta o reconhecimento formal de um direito, é preciso reconhecer este direito de forma efetiva através da tutela adequada, caso contrário, significa não oferecer tutela ao direito em questão. Por isso, as tutelas dos direitos materiais devem ser pensadas nas perspectivas das técnicas processuais adequadas, para, a partir daí, se extrair a máxima efetividade do processo, ou seja, o direito fundamental à jurisdição efetiva.

6. Conclusão

O direito processual vem sofrendo profundas alterações, em razão das diversas reformas do Código de Processo Civil.

A transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que o processo civil seja adaptado às novas realidades jurídicas, uma vez que sua principal função consiste no dever de atender aos desígnios do direito material e estar atento à realidade social, a fim de propiciar a efetividade jurisdicional.

Hoje a visão do processo é diferente daquela em que se exigia procedimentos específicos. Acreditava-se que através destes procedimentos se alcançaria um melhor resultado.

Entretanto, atualmente, a tendência é o desaparecimento de tais procedimentos, já que vigoram no processo as cláusulas gerais processuais, diante do direito fundamental à jurisdição efetiva. Isto porque a finalidade do processo é a prestação da tutela jurisdicional efetiva, de modo que os procedimentos tornam-se menos importantes.

A Constituição Federal dispõe, no artigo 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantindo o direito de ação.

Este dispositivo constitucional é, ao mesmo tempo, fonte dos princípios fundamentais da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da jurisdição, pois o acesso à justiça não significa apenas a possibilidade de ingresso em juízo ou a mera admissão ao processo. É necessário que se tenha efetivo acesso à justiça, ou seja, uma devida resposta do judiciário. Assim, para que se tenha efetividade é necessário que no menor espaço de tempo, o processo confira a quem tem direito tudo àquilo que faz jus.

Isto significa que todos têm direito a uma prestação jurisdicional efetiva. Para isto, é imprescindível que o juiz tenha consciência dessa realidade, a fim de aplicar a técnica processual mais adequada às necessidades do direito material, em decorrência do direito fundamental à jurisdição efetiva, surgindo a nova concepção de ação como um direito fundamental a uma jurisdição efetiva. Pois não existe técnica única para servir a todos os perfis do direito material.

Daí a necessidade do presente estudo que teve por finalidade demonstrar o direito fundamental à jurisdição efetiva, como resposta aos desafios da sociedade contemporânea, capaz de atender todos os direitos estabelecidos pela ordem jurídica, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal, que assegura, além de direitos patrimoniais, uma série de direitos não patrimoniais, como tutela de direitos coletivos, individuais e também os direitos da personalidade.

Para isto verificou-se a transformação do processo conceitual em processo de resultado, visando flexibilizar, senão libertar com reservas, a atuação dos juízes e operadores do direito na adaptação do processo ao direito material, diante do direito fundamental à jurisdição efetiva.

7. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento.** v. 2. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALVIM WANBIER, Teresa Arruda. **Nulidades do Processo e da Sentença. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman.** v. 16. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada.** Coleção Temas atuais de Direito Processual Civil v.2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil.** v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Efetividade do Processo e Técnica Processual.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil.** v.1. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno.** 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A instrumentalidade do processo.** 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.1. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Código Civil Anotado.** 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

_____. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva na Sociedade Informacional. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação.** São Paulo: Atlas S.A., 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil.** v.1. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo.** 25.ed. São Paulo, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. **Manual de Direito Processual Civil.** v.1. 2.ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado.** São Paulo: Atlas S.A., 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Antecipação da Tutela.** 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; ALVIM WANBIER, Teresa Arruda; WANBIER, Luiz Rodrigues. **Breves Comentários à nova sistemática do Processo Civil.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGRÃO, Theotonio. **Código Civil e Legislação Civil em vigor.** 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor.** 40.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson**. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Código Civil Comentado e legislação extravagante.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Código de Processo Civil Comentado.** 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional de acordo com a reforma do judiciário.** São Paulo: Saraiva, 2006.

PODETTI, J. Ramiro. ***Teoria y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil.*** Buenos Aires: Ediar, 1963.

WANBIER, Luiz Rodrigues (Org.). **Curso Avançado de Processo Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[1] Conforme Carnelutti, lide é o "conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida". CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil.** v.1. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, p.78.

Entretanto, cabe destacar, que atualmente, tal conceito deve ser visto com ressalva, uma vez que a jurisdição voluntária, por exemplo, não pode deixar de ser considerada jurisdição. Pois, embora não se destina a viabilizar situações de conflito de interesses, trata de situações que possuem uma repercussão social que exige a prestação da tutela jurisdição.

Entende Luiz Guilherme Marinoni que: "considerada a dimensão da jurisdição no Estado constitucional, ou seja, o fato de que não vale mais o princípio da supremacia da lei e que, portanto, muito mais do que fazer atuar a lei não observada, a jurisdição tem o dever de dar proteção aos direitos, especialmente, aos direitos fundamentais e aos de maior relevância social, não há como negar que a função do juiz, na chamada jurisdição voluntária, é evidentemente de natureza jurisdicional. Isso pela simples razão de que o juiz, na jurisdição voluntária, é incontestavelmente chamado para dar tutela aos direitos". (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.146).

[2] Ao conjunto de conceitos, jurisdição, ação e processo, Ramiro Podetti denominou de "trilogia estrutural do direito processual". PODETTI, J. Ramiro. ***Teoria y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil.*** Buenos Aires: Ediar, 1963, p.334 et seq.

[3] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno.** 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.111.

[4] FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação : enfoque sobre o interesse de agir.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.32.

[5] GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo.** 25.ed. São Paulo, 2009, p.148.

[6] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.193.

[7] *ibidem*, p.193.

[8] Nesse sentido, afirma Alexy que esse direito deve significar, além de direito a prestações fáticas de natureza social, direito a prestações de proteção – como, por exemplo, a normas de direito penal – e direito a prestações que viabilizem a participação na organização e mediante procedimentos adequados (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.419).

[9] FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação : enfoque sobre o interesse de agir.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.55.

[10] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p.63.

[11]GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil.** v.1. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 85. Para ele, "a teoria que aponta a ação como direito a uma resposta de mérito é impropriamente conhecida como eclética. Impropriamente, porque não é intermediária entre as teorias concretistas e abstratistas. Sua natureza é abstratista, porque a existência da ação prescinde do direito. Haverá ação ainda que o resultado final seja a improcedência do pedido. O que se exige é resposta de mérito".

[12] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.215.

[13] FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação : enfoque sobre o interesse de agir.** 3.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p.59-60.

[14] *ibidem*, p.61.

[15] Canotilho classifica os direitos a prestações em direitos originários e derivados. Direitos originários a prestações são aqueles cuja exigibilidade pode ser extraída diretamente do texto constitucional. Direitos derivados a prestações, por sua vez, são aqueles que dependem, para sua plena exigibilidade, da elaboração de normas infraconstitucionais que complementem o seu enunciado constitucional. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1992, 543).

[16] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.205.

[17] MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1, de 1969), 2.ed., São Paulo, 1971, tomo V, p. 108-109. Dissemos *destinatário principal* no sentido da advertência de Santi Romano, para quem as normas jurídicas não têm um destinatário certo e único, de onde se pode concluir que o problema do destinatário das normas é um falso problema (Norme giuridiche (destinatare delle), verbete nos *Frammenti di um dizionario giuridico*, Milano, 1983 (reimpressão), p.135 et seq.) *apud* NERY JUNIOR, Nelson**. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.130.

[18] NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.130. A edição do Ato Institucional 5/68, de 13.12.1968, outorgado pelo Presidente da República, no sistema jurídico dos estados totalitários, que para tanto não tinha legitimidade, proibia o acesso à justiça por questões raciais. O seu artigo 11, dizia que: "Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos".

[19] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 33.

[20] *ibidem*, p.33.

[21] Kurt Eichenberger vê o direito de ação como uma pretensão a uma decisão materialmente justa. (Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, p.83 e ss.) *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.215.

[22] FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva na Sociedade Informacional. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação.** São Paulo: Atlas S.A., 2007, p.301.

[23] *ibidem*, p.302.

[24] CHIOVENDA, Giuseppe. "Dell' azione nascende dal contratto preliminare". Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993. vol. I, p. 110 *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada.** Coleção Temas atuais de Direito Processual Civil v.2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.1.

[25] Barbosa Moreira, conclui: "Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço". ("O futuro da Justiça: alguns mitos". Temas de Direito Processual Civil: Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.5) *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

[26] FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva na Sociedade Informacional. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação.** São Paulo: Atlas S.A., 2007. p.302.

[27] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.221.

[28] Conforme orientação do professor Rodrigo da Cunha Lima Freire, em decorrência das reformas do Código de Processo Civil, a tendência é a eliminação dos procedimentos especiais. Atualmente, existem no processo civil as cláusulas gerais processuais, como, por exemplo, a tutela antecipada que é aplicada a qualquer procedimento (art. 273, CPC); a cláusula geral de cautela (art. 798, CPC), dispensando as cautelares nominadas; a cláusula geral para obrigação de fazer e não fazer (art. 461, CPC); a tutela específica para entrega de coisa (art. 461-A, CPC). A partir daí, o juiz, pode, inclusive, flexibilizar procedimento, em razão do direito fundamental à jurisdição efetiva. (Aula ministrada no curso de Mestrado em São Paulo, 2009).

[29] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** v.1. 2.ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

[30] NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.132.

[31] O direito de ação ou direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pode ser decomposto em três aspectos básicos: direito de acesso à jurisdição, direito ao processo justo e direito à técnica processual adequada. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.211). Ou seja, a técnica processual deve ser adequada ao perfil do direito material, a fim de que seja obtida a efetividade jurisdicional.

[32] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.240.

[33] ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada.** Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 17.

[34] *op. cit.*, p. 17.

[35] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.240-241.

[36] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 115.

[37] Dentro da admissibilidade encontram-se as condições da ação; os pressupostos processuais; os requisitos de admissibilidade dos recursos. Como tutelas jurisdicionais podem ser citadas: a tutela específica; a tutela de obrigação de fazer ou não fazer; a tutela de entrega de coisa. Dentre os procedimentos há o procedimento eletrônico; penhora *on line*; procedimentos na execução. (Aula ministrada no curso de Mestrado em São Paulo, 2009).

[38] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51-52.

A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA*

THE PUBLIC DEFENDERS OFFICE AS AN INSTRUMENT FOR ENSURING THE FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE

Lia Cordeiro Felismino

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, marco jurídico do processo de redemocratização, é o documento mais avançado que o Brasil já possuiu no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos fundamentais. Contudo, a crescente desigualdade econômica, social e cultural demonstra que referidos direitos, principalmente os de cunho social, não foram concretizados para a grande maioria da população. Neste contexto, o acesso à justiça ganha destaque, na medida em que viabiliza a efetivação dos direitos fundamentais. Atento a esta realidade, o constituinte de 1988 elegeu, como direito fundamental, a assistência jurídica, integral e gratuita, aos que comprovarem insuficiência de recursos e criou mecanismos para a sua concretização, ampla e igualitária, com destaque para a criação da Defensoria Pública, Instituição jurídico-política que tem por missão constitucional materializar o acesso à justiça dos que dela necessitam.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS; ACESSO À JUSTIÇA; ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL, DEFENSORIA PÚBLICA

ABSTRACT

The Constitution of 1988, legal mark of the redemocratization, is the most advanced document that Brazil ever had regarding to the recognition of fundamental rights. However, the increasing economic, social and cultural inequality shows that these rights, especially those of a social nature, were not achieved for the vast majority of the population. In this context the access to justice stands out as it enables the realization of fundamental rights. Aware of this reality, the constitution of 1988 elected legal assistance as a fundamental right, full and free to those who prove lack of resources and created mechanisms for its implementation, extensive and equal, with emphasis on the creation of the Public Defender's Office, legal-political institution whose constitutional mission is to materialize access to justice for those who need it.

KEYWORDS: RIGHTS; ACCESS TO JUSTICE; PUBLIC DEFENDER'S OFFICE, FULL LEGAL ASSISTANCE

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

A análise da evolução histórica dos Direitos Fundamentais permite a sua classificação em diferentes dimensões de direitos, que se relacionam à concepção ideológica de Estado vigente no momento em que referidos direitos foram reconhecidos.

Dessa forma, na conjuntura das revoluções liberais, foram reconhecidos os direitos civis e políticos, ou seja, os direitos de liberdade, que têm por titular o indíviduo e que são oponíveis ao Estado. Posteriomente, no contexto pós-Primeira Guerra Mundial, foram reconhecidos os direitos sociais, culturais e econômicos, que consagram o ser humano para além da perspectiva individual, considerando-o ser social. Traduzem, assim, valores relacionados ao trabalho, à saúde, à educação, que por suas características exigem uma prestação do Estado para sua efetivação. Em um momento histórico mais recente, de final do século XX, sistematizou-se a terceira dimensão dos direitos fundamentais, compreendida pelos direitos que se destinam ao próprio gênero humano e que, por sua essência, não podem ser individualizados, de modo que a sua garantia a um indivíduo implica na garantia a todos os demais, do mesmo modo que a lesão do direito de um membro da coletividade implica na lesão de todos. São os direitos ao desevolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação. A quarta dimensão de direitos fundamentais, compreendida pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, reflete a posição política do homem em um mundo globalizado. Por fim, ressalte-se que, para Paulo Bonavides[1], o direito à paz compõe, atualmente, a quinta dimensão de direitos fundamentais.

No Brasil, o reconhecimento sistemático dessas diversas dimensões deu-se somente após os anos de chumbo da ditadura militar, com a Constituição Federal de 1988, marco jurídico da transição democrática.

No entanto, apesar do avanço democrático ocorrido, especialmente no plano eleitoral, a democracia no Brasil ainda não está efetivamente consolidada, haja vista a não concretização dos direitos, principalmente dos sociais, para a grande maioria da população.

No contexto da não efetivação dos direitos fundamentais, destacadamente dos sociais, potencializa-se a importância do acesso à Justiça para a efetivação de direitos. Boaventura de Sousa Santos[2], ao comentar a situação, no Brasil, de pessoas que precisam recorrer ao Judiciário para obter medicamentos, conclui: "Temos, assim, o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social"

Dessa forma, o acesso à justiça emerge como o principal direito fundamental, na medida em que ele viabiliza a concretização dos demais direitos. Segundo Boaventura de Sousa Santos[3],

> Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.

Ao longo de sua evolução histórica, o direito de acesso à justiça passou por significativas transformações. Deixou de ser um direito de cunho apenas formal, como era compreendido durante o Estado liberal, relacionado apenas à possibilidade de proposição e contestação de demanda perante o Poder Judiciário e, por isso, comprometido apenas com a igualdade formal, e não efetiva[4] e passou a ser compreendido como um direito ao acesso efetivo a uma ordem jurídica justa.

No Brasil, o constituinte de 1988, além de ter elegido como direito fundamental o acesso à justiça, criou mecanismos para a sua concretização de forma ampla, efetiva e igualitária. Assim, destaca-se, na Constituição Federal de 1988, o direito fundamental a assistência jurídica, integral e gratuita, aos hipossuficientes e a criação da Defensoria Pública, Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da função de materializar referido direito.

Dessa forma, pretende o presente artigo investigar o sentido do direito de acesso à justiça e a sua possibilidade de concretização, de forma ampla e igualitária, a partir da materialização do direito à assistência integral, realizada pela Defensoria Pública.

2 O direito fundamental do acesso à justiça

O direito de acesso à justiça não pode ser compreendido sem a sua contextualização histórica como direito fundamental. Willis Santiago Guerra Filho[5], ao analisar a evolução dos direitos fundamentais, compreendida em gerações sucessivas de direitos, sugere a substituição do termo gerações por dimensões, pois, além do surgimento de uma geração mais nova não acarretar o desaparecimento das anteriores,

> "os direitos 'gestados' em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, consequentemente, também para melhor realizá-los".

Dessa forma, a análise da evolução histórica do acesso à justiça demonstra que referido direito passou por significativas transformações, principalmente a partir do reconhecimento dos direitos sociais. Nos séculos XVIII e XIX, nos Estados liberais burgueses, o direito de acesso à justiça era compreendido a partir de uma ótica extremamente formal, correspondendo a tão somente o direito do indivíduo de propor ou contestar uma ação[6], Isso porque, no sistema do *laissez-faire*, o Estado, sem se preocupar com as condições econômicas, sociais e culturais das partes, limitava-se a garantir-lhes a igualdade formal. Posteriormente, com o reconhecimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais e da concepção de igualdade em seu sentido material, o acesso à justiça passou a ser compreendido como um direito social, que demandava, para a sua concretização, uma prestação positiva por parte do Estado. Atualmente, a compreensão do significado do direito de acesso à justiça está para além da perspectiva da igualdade material em seu sentido inicial de neutralização das desigualdades econômicas, já que a idéia de igualdade material foi re-significada a partir do reconhecimento das diferenças culturais, de forma que o princípio da igualdade deve ser entendido a partir do reconhecimento da diferença, abrangendo tanto a questão da redistribuição quanto a do reconhecimento. Nancy Fraser[7], ao analisar as demandas por justiça, entende que, atualmente, estas estão divididas em dois tipos: demandas por redistribuição e demandas por reconhecimento e que somente a partir de uma concepção bidimensional, que integre ambas as idéias, é que se pode encontrar a idéia de justiça social como um todo. Portanto, a compreensão atual do acesso à justiça envolve o

acesso efetivo a uma ordem jurídica justa, que compreenda a idéia de igualdade a partir do reconhecimento da diferença.

A noção de acesso à justiça existe desde a Antiguidade, na medida em que, naquela época, já havia a preocupação de se estabelecerem condições para a aplicação da Justiça, compreendida em seu aspecto moral. Entretanto, o interesse pelo acesso à justiça, enquanto direito fundamental, é recente e surgiu a partir da década de 60, com o *access-to-justice movement*, o qual, no plano acadêmico, deu origem ao *Projeto de Florença* liderado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Mauro Cappelletti & Bryant Garth[8], analisando o conceito de acesso à justiça, entendem que:

> A expressão "acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

É, portanto, a partir do reconhecimento dos direitos sociais, em especial, a partir da segunda metade do século XX, que o tema do acesso à justiça passa a receber a atenção que lhe é devida, na medida em que, em última instância, é ele quem viabiliza o acesso aos demais direitos reconhecidos.

Ainda segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth[9],

> De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.

O reconhecimento do acesso à justiça como direito fundamental de segunda dimensão foi decisivo para a sua ampla concretização, pois, segundo Martins Neto[10]:

> A expressão "direitos fundamentais" é uma locução composta por dois termos, o substantivo "direitos" e o adjetivo "fundamentais", onde o primeiro tem nítido sentido subjetivo- o que implica o exercício de uma relação atributiva de um bem ou interesse a alguém – e representa uma série de direitos subjetivos que, entretanto, são especializados pela qualidade de fundamentais.

E complementa Alexandre Lobão[11]:

> Desse tratamento privilegiado decorre outra característica relevante atinente à qualificação de fundamental desses direitos, que está diretamente relacionada à possibilidade de sua defesa coativa, isto é, a garantia de sua efetividade diante da imposição de uma sanção caso não seja respeitado.

A partir da perspectiva de que o acesso à justiça é um direito fundamental de segunda dimensão e que, portanto, exige uma prestação positiva do Estado para que se torne efetivo para todos, Cappelletti & Garth[12] passaram a investigar como determinados países ocidentais lidavam com a problemática do acesso à justiça. Dessa investigação, referidos autores apontaram três soluções para que a justiça se tornasse efetiva para todos, denominadas de ondas no movimento universal de acesso à justiça. A primeira onda relaciona-se à assistência judiciária aos pobres, ou seja, procura-se garantir a isonomia no acesso ao Judiciário, com a isenção de custas judiciais e a previsão de advogados gratuitos para os necessitados; a segunda onda relaciona-se à proteção dos interesses metaindividuais, ou seja, "às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos"; já a terceira onda, denominada de enfoque de acesso à justiça, tem alcance mais amplo, pois "inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas[13]".

Assim, vê-se que os dois autores, a partir da compreensão da importância do acesso à justiça para a efetivação dos direitos, procuraram estabelecer soluções para que esse acesso fosse, de fato, efetivo e igualitário para todos.

Entretanto, apesar das soluções apontadas terem influenciado à legislação de diversos países no mundo ocidental, sabe-se que nos países desenvolvidos a problemática do acesso à justiça situa-se dentro da questão do acesso das minorias à justiça e ao reconhecimento de direitos. Já nos países periféricos, atingidos pela significativa desigualdade social, o problema do acesso à justiça está relacionado à busca pela efetivação de direitos básicos, os quais a maioria da população não tem acesso.

3 O direito fundamental do acesso à justiça no Brasil

No Brasil, o reconhecimento sistemático dos Direitos Fundamentais deu-se, efetivamente, somente após os *anos de chumbo* da ditadura militar, agressora e violadora dos direitos políticos e civis e até do sumo direito, o direito à vida. Com a degradação do regime militar, que não conquistou uma autoridade no sentido ético-moral, que lhe desse legitimidade para se manter, tampouco consolidou a eficiência econômica propalada pela ideologia empresarial, e com outros problemas na ordem mundial, descortinou-se o processo de redemocratização político-social.

Ressalta-se que a abertura política no Brasil foi um processo *lento e gradual* que se iniciou com luz difusa, ainda no contexto da ditadura militar, e que foi saindo da clandestinidade e se fortalecendo pela pressão realizada pela sociedade civil que, mobilizada, ganhava espaço político e pressionava o governo autoritário.

Como marco jurídico deste processo, tem-se a Constituição Federal de 1988, que definiu as bases para a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado, dentre outros compromissos, a assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais.

A Constituição Federal de 1988 é o documento brasileiro mais avançado no que diz respeito ao reconhecimento e à consolidação dos direitos fundamentais. Seu texto incorporou os princípios contidos na Declaração Universal de Direitos Humanos. Caracteriza-se por ter o princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo orientador de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Flávia Piovesan[14]:

> Constata-se uma nova topografia constitucional, tendo em vista que o texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de direitos e garantias, elevando-os, inclusive, a cláusula pétrea, o que mais uma vez revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e as garantias fundamentais.

Com a Constituição de 1988 há, portanto, uma redefinição do Estado brasileiro bem como dos direitos fundamentais.

Ocorre, entretanto, que, apesar de referida Constituição representar "a ruptura jurídica com o regime militar autoritário"[15] e do significativo avanço no que se refere ao reconhecimento dos direitos fundamentais, o abismo existente entre o ideal projetado pelo constituinte e a realidade marcada pela desigualdade econômica, social e cultural, demonstra que o regime democrático no Brasil não está ainda consolidado. "O avanço democrático verificado no plano eleitoral não foi capaz de responder às demandas

decorrentes do enorme déficit social que continua marcando a realidade dos paises latino-americanos".[16]

No que toca à concretização dos direitos fundamentias, Luís Roberto Barroso[17] destaca que os direitos políticos e os individuais não enfrentam dificuldade para serem efetivados, tendo em vista duas razões principais:

> A primeira delas tem caráter ideológico. É que tais direitos cristalizavam as diretrizes do liberalismo, que se impuseram sobre as forças da aristocracia e da realiza, derrotadas no curso das revoluções burguesas. Constituíam, no seu conjunto, o Direito dos vencedores, isto é, da burguesia. (...) A segunda razão é de caráter *operacional*: esses direitos têm por conteúdo, normalmente uma abstenção, um *não fazer* dos outros indivíduos e principalmente do Estado; sua realização, assim, na generalidade dos casos, independe de ônus, de atividades matérias, além de ter a seu favor a própria *lei da inércia*.

Os direitos sociais, por outro lado, não têm, em geral, a mesma sorte que os políticos e individuais, enfrentando dificuldades para serem efetivados. As razões para a resistência à concretização de tais direitos são também de ordem ideológica e operacional. Ideológica porque tais direitos traduzem uma ideologia social, de busca de igualdade material entre os indivíduos, de melhoria das condições de vida, a qual nem sempre é bem recepcionada pelos detentores de poder; e prática porque demandam atuação positiva do Estado; a simples abstenção aqui não basta para assegurar tais direitos.

No contexto de não implementação dos direitos sociais e econômicos, o acesso à Justiça passa a ter crescente importância para a efetivação de direitos, pois o reconhecimento constitucional dos direitos possibilita que estes sejam alcançados através da via do acesso à justiça.

Segundo Boaventura de Sousa Santos[18],

> Na passagem dos regimes autoritários para os regimes democráticos, as sociedades periféricas e semi-periféricas passaram pelo que designo por curto-circuito histórico, ou seja, pela consagração no mesmo ato constitucional de direitos que nos países centrais foram conquistados num longo processo histórico (daí, falar-se em de várias gerações de direitos). É verdade que a constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas, torna difícil a sua efetivação, mas não é menos verdade que esse catálogo amplo de direitos abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controle de constitucionalidade do direito ordinário.

Dessa forma, o acesso à justiça passa a ser compreendido como o principal direito fundamental, pois é ele quem viabiliza o acesso a todos os demais direitos. Conforme explicitam Cappelletti & Garth[19],

> O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.

O constituinte de 1988, partindo dessa compreensão, elevou o acesso à justiça a categoria de direito fundamental e criou mecanismos para a sua concretização, de forma ampla e igualitária. Para tanto, elegeu, também como direito fundamental, a prestação de assistência jurídica, integral e gratuita, aos que comprovarem insuficiência de recursos[20] e adotou o sistema público-estatal de assistência, com a criação da Defensoria Pública[21], Instituição incumbida da função de materializar tal direito.

Ressalte-se ainda que, no Brasil, segundo Eliane Junqueria[22], o movimento pelo acesso à justiça partiu da necessidade de se expandir, para a grande maioria da população, direitos sociais básicos, diferentemente do que ocorreu nos paíseis desenvolvidos, em que o movimento do acesso à justiça estava relacionado a expansão dos novos direitos, conquistados, principalmenete pela “minorias” étnicas e suxais.

O interesse pelo tema do acesso à justiça surge, no Brasil, a partir do interesse pelo pluralismo jurídico. Segundo Danielle Annonni[23], “foi a percepção desses novos modos de organização social que despertou no Brasil o interesse pela temática do acesso à justiça, num primeiro momento vista de modo a atender necessidades coletivas e difusas”.

3.1 As ondas do acesso à justiça no Brasil

Apesar do Brasil não ter sido incluído entre os países a serem pesquisados pelo Projeto de Florença, sabe-se que o movimento universal de acesso à justiça influenciou, de forma bastante significativa, a legislação brasileira, que vem acompanhando as ondas propostas por Cappelletti e Garth.

No que diz respeito à primeira onda, apesar do interesse por ela ter surgido recentemente, mais especificamente, a partir da segunda metade do século XX, sabe-se que desde o período colonial já havia sinais de interesse pela assistência judiciária aos pobres, muito embora em caráter estritamente caritativo e religioso. A primeira Constituição que tratou do tema como um dever do Estado foi a de 1934, a qual delegou poderes à União e aos Estados para instituir o serviço de assistência judiciária dentro de suas competências. A Carta de 1937, que instituiu o Estado Novo, não tratou sobre o tema. Com a Constituição de 1946, o tema da assistência judiciária foi, novamente, erigido à categoria de direito fundamental. Posteriormente, com o objetivo de complementar a norma constitucional, surgiu a Lei 1060/50, que estabelece os requisitos e o procedimento para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, mediante a representação em juízo e a isenção das despesas de custas processuais. Referida lei, apesar de ter sofrido alterações, continua em vigor.

A partir da Constituição Federal de 1988, conhecida por *Constituição cidadã*, o direito a assistência judiciária passa a ter seu alcance ampliado, já que referida Constituição modifica a denominação assistência judiciária para assistência jurídica, que é bem mais ampla, abrangendo não apenas o acesso ao Judiciário, mas também a "orientação e consultoria jurídicas, inclusive de caráter preventivo, o procuratório extrajudicial, quando necessário, além da possibilidade de acesso aos meios alternativos de solução de conflitos e ainda a conscientização acerca dos direitos da cidadania"[24] e traz, de forma inovadora, a previsão de uma Instituição, essencial à Justiça, incumbida da função de realizar, privativamente, a assistência jurídica aos cidadãos menos favorecidos econômica, cultural e socialmente.

Com relação à segunda onda, a legislação brasileira avançou de forma bastante significativa no que diz respeito à proteção e a promoção dos direitos coletivos. Nesse sentido, ressalta-se a Lei 7347/85, que dispõe sobre a Ação Civil Pública para a tutela dos direitos coletivos e o Código de Defesa do Consumidor. A Constituição Federal de 1988 também inovou, ao reconhecer a legitimidade das entidades de classe e das associações para defender os interesses de seus membros. Por fim, destaca-se a Lei 11448/07, que conferiu legitimidade à Defensoria Pública para a tutela dos direitos coletivos de seus assistidos, mediante a proposição de Ação Civil Pública.

Na terceira onda, destacam-se a criação dos juizados especiais e a difusão de formas extrajudiciais de solução de conflitos, entre elas a mediação, a conciliação e a

arbitragem. Assim, os Juizados Especiais, que têm como princípios a informalidade, a oralidade, a equidade e a celeridade, foram criados para facilitar o acesso à justiça do cidadão comum em causas de menor complexidade. Além disso, referidos Juizados apostam nos mecanismos de autocomposição para a solução dos litígios.

Ressalta-se a, ainda, a Emenda Constitucional 45/04, conhecida como Reforma do Judiciário, que trouxe a necessidade de ser assegurado aos litigantes a duração razoável do processo[25].

4 As dificuldades na efeticavação do acesso à justiça

Apesar dos reconhecidos avanços na legislação, o que se verifica, na prática, é que o direito de acesso à justiça, real e igualitário, não possui a efetividade desejada, haja vista a sua não concretização para a grande maioria da população.

Boaventura de Sousa Santos[26] explica que a sociologia jurídica identificou barreiras de ordem econômica, social e cultural para a efetivação desse direito.

A barreira econômica está relacionada ao alto custo do processo. Segundo Boaventura de Sousa Santos[27],

> [...]quanto aos obstáculos econômicos, verificou-se que, nas sociedades capitalistas em geral, os custos da litigação eram muito elevados e que a relação entre o valor da causa e o custo da litigação aumentava à medida que baixava o valor da causa.

A morosidade processual é outro fator que obstaculiza o acesso à justiça. Boaventura de Sousa Santos[28] identifica dois tipos de morosidade: a morosidade sistêmica, decorrente da burocracia, do positivismo e do legalismo, e a morosidade ativa, decorrente da recusa intencional, por parte do Judiciário (e da administração pública em geral) em enfrentar determinadas questões.

A ausência de conhecimento acerca dos direitos e dos mecanismos de proteção é outro grave entrave, de ordem social, para o acesso à justiça. A falta de informação sobre os direitos atinge, principalmente, as camadas sociais econômica e culturalmente menos favorecidas. Segundo Boaventura de Sousa Santos[29]:

> Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar as possibilidades de reparação jurídica.

Há, ainda, uma barreira cultural ao acesso à justiça que se relaciona com o que Boaventura de Sousa Santos identifica como *procura suprimida*. Segundo referido autor[30], existe uma demanda efetiva do Poder Judiciário, que é a que se conhece. Há uma procura potencial, que se pode conquistar através das reformas processuais. Mas há, ainda, para além destas, a procura suprimida, que é a procura das pessoas que têm consciência de seus direitos, mas que se sentem impotentes para reivindicá-los quando de sua violação. Essa impotência decorre da cultura jurídica arrogante, com sua linguagem técnica e, muitas vezes, incompreensível, com a sua maneira formal de vestir e com seus Fóruns encastelados e distantes da realidade social. Segundo Boaventura de Sousa Santos:

> Esses cidadãos intimidados e impotentes são detentores de uma procura suprimida. Para reconhecer a sua presença, precisamos daquilo que noutros trabalhos tenho designado por uma sociologia das ausências. A procura suprimida é uma área da sociologia das ausências, isto é, é uma ausência que é socialmente produzida, algo ativamente produzido como não existente. A procura de direitos da grande maioria dos cidadãos das classes populares deste e de outros países.

Diante dessa realidade e objetivando concretizar de forma ampla e igualitária o acesso à justiça, o constituinte elegeu, como direito fundamental, a prestação de assistência jurídica, integral e gratuita, aos que comprovarem insuficiência de recursos[31] e criou a Defensoria Pública, Instituição primordialmente incumbida da função de promover a igualdade no acesso à justiça.

5 Da assistência judiciária a assistência jurídica integral

Apesar do tema do acesso à justiça somente ter recebido a atenção que é lhe devida a partir da segunda metade do século XX, há registros de que, no Brasil, a preocupação com a assistência judiciária aos pobres, ainda que de forma bastante incipiente, já estava presente desde o período colonial, quando as Ordenações de Portugal vigoravam no Brasil, a exemplo das ordenações Filipinas.

Após a Independência do Brasil, percebe-se, na legislação brasileira, alguma preocupação com a assistência judiciária aos necessitados. Nesse momento, ressalta-se a iniciativa de José Thomas Nabuco de Araújo, no ano de 1870, na criação de um conselho no Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, com o propósito de garantir a assistência judiciária aos indigentes nas causas cíveis e criminais.

Em 1890, um ano após a proclamação da República, o Governo Provisório baixou o Decreto de nº 1030, em que constava a previsão de criação de um serviço de assistência judiciária aos pobres[32]. Entretanto, referido serviço somente foi efetivamente implementado sete anos mais tarde, com o Decreto nº 2457/1897. Segundo Alexandre Lobão Rocha[33]: "Sem dúvida, é a partir dessa legislação que a assistência judiciária é institucionalizada como um serviço público, custeado pelos cofres públicos, a que tinha direito aqueles que se adequassem ao vago perfil ai estabelecido".

É, no entanto, somente a partir da Constituição de 1934 que o direito à assistência judiciária passa a ser compreendido como um direito subjetivo fundamental, que deve ser concretizado pelo Estado. Segundo Cleber Francisco Alves[34];

> Uma guinada histórica nesse movimento ocorreu em 1934, quando foi promulgada uma nova Constituição para o Brasil, em cujo texto, pioneiramente no mundo ocidental em patamar constitucional, ficou estabelecido como dever constitucional da União e dos Estados o de prestar a assistência judiciária aos necessitados, prevendo-se a criação de órgãos públicos que seriam especificamente encarregados de prestar tal serviço.

A Carta de 1937, que instituiu o Estado Novo, não fez qualquer referência sobre a assistência judiciária.

A Constituição de 1946 voltou a tratar do tema, estabelecendo ser da competência do Poder Público a concessão do serviço de assistência judiciária, na forma da lei. Em 1950 foi editada a Lei nº 1060 que, consoante afirmado, disciplina a assistência judiciária aos necessitados. Referida lei, apesar de ter sofrido alterações, ainda continua em vigor.

Apesar do regime de exceção, instalado a partir do golpe militar, as Constituição de 1967 e 1969 continuaram a tratar da assistência judiciária.

No entanto, é somente a partir da Constituição Federal de 1988, marco jurídico da transição democrática, que há um redimensionamento do direito de acesso à justiça. A Constituição inovou, ao elencar, no rol dos direitos e garantias fundamentais, o

direito à assistência, integral e gratuita, aos hipossuficientes, e não mais apenas a assistência judiciária. Além disso, criou a Defensoria Pública, Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, que tem por missão constitucional promover referida assistência.

Não foi, assim, sem intenção que o legislador constituinte originário utilizou a expressão assistência jurídica ao invés de simplesmente assistência judiciária, isso porque esta se restringe ao acesso formal aos órgãos do Poder Judiciário, enquanto que aquela diz respeito ao conceito amplo de acesso à Justiça, que se efetiva com a concretização dos direitos, e não apenas com o acesso ao Poder Judiciário.

Roberta Solis Ribeiro[35] ensina que "a modificação da palavra judiciária por jurídica importa em uma maximização do direito de assistência ao necessitado, que não fica mais restrita à esfera do Poder Judiciário".

Com a Constituição de 1988 há, portanto, uma ampliação do direito de assistência, que não está mais adstrita apenas à possibilidade de ingresso ou contestação de demandas perante o Poder Judiciário, já que a compreensão de assistência integral abrange, além da representação em juízo e da isenção das despesas processuais, o aconselhamento, a consultoria, a assistência em processos administrativos, a possibilidade de acesso aos meios alternativos de resolução de conflitos, a conscientização acerca dos direitos, entre outros.

Assim, a partir do reconhecimento constitucional do direito a assistência integral, o acesso à justiça passa a ser compreendido não apenas como a possibilidade de acesso ao sistema judicial, mas, sobretudo, acesso ao pleno exercício dos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

6 A Defensoria Pública e o direito de acesso à justiça

A Defensoria Pública é Instituição jurídico-política, essencial e permanente, criada a partir da Constituição Federal de 1988, que tem por missão constitucional promover a igualdade no acesso à justiça. Em seu artigo 134, a Carta Magna dispõe que a Defensoria Pública é essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a

orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV.

Assim, a Defensoria Pública não tem como única possibilidade de atuação a proposição ou contestação de demanda perante o Poder Judiciário. Referida Instituição tem, ainda, a função primordial no processo de pacificação social, através dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, em especial da mediação e da conciliação. Além disso, ressalte-se a função preventiva de promoção de educação em direitos, para que se reduza o desconhecimento da população no que diz respeito a seus direitos.

Dada a importância da Defesoria Pública para a concretização, de forma efetiva e igualitária, do acesso à justiça, necessário se faz analisar o perfil desta Instituição. Segundo De Vitto & Castro[36],

> Bem por isso, a construção dessa nova Defensoria deve se abebedar do conteúdo das 'ondas' do movimento universal de acesso à justiça e, mais que isso, da tendência de democratização das instituições públicas, adaptando-se a necessidade de defesa dos interesses difusos e coletivos das pessoas carentes, somando força com os atores já envolvidos nessa tarefa. Ademais, há que se considerar a necessidade de uma atuação preventiva do órgão, atuação essa que prime pela tranferência de conhecimento em direitos e pela solução extrajudicial dos conflitos, a fim de buscar 'desviar' do Poder Judiciário, já tão assoberbado pelo volume de processos em curso, lides que comportem uma solução participativa e negociada entre as partes.

A Defensoria Pública deve se constituir num elo importante entre o grande número de brasileiros excluídos e as demais instâncias de poder, sendo, pois, uma mediação entre a necessidade humana de justiça e as condições sociais concretas do poder do Estado.

Dessa forma, a Defensoria Pública deve operar como instrumento que garanta, mesmo nos marcos da cidadania burguesa, a participação popular e o acesso aos meios institucionais de defesa e proteção social, e, também, como instrumento educativo, eminentemente preventivo, buscando reduzir a ignorância que acomete à maioria da população no que toca o conhecimento de seus direitos.

Assim, a Defensoria Pública é essencial para a promoção igualitária do acesso à justiça, na medida em que é ela quem materializa o direito à assistência integral dos cidadãos desprovidos de justiça social.

No entanto, conforme se observou, apesar da avançada legislação, continuam a existir barreiras ao acesso à justiça, que não se restringem apenas às de cunho econômico. Há barreiras sociais e culturais também. A assistência jurídica gratuita

procurou diminuir os entraves econômicos ao acesso à justiça, entretanto, os demais óbices permanecerão se a Defensoria Pública não acompanhar as demais ondas do acesso à justiça.

Sabe-se que a falta de conhecimento acerca dos direitos é um grave entrave para a materialização do acesso à justiça. Portanto, a Defensoria Pública deve atuar de forma a possibilitar a educação em direitos como projeto emancipatório.

Importa ressaltar que a educação e a conseqüente conscientização dos cidadãos acerca dos seus direitos e deveres não é um processo hierarquizado, como se estes fossem meros receptores de informações e conhecimentos. Ao contrário, o processo de educação em direitos humanos valoriza o diálogo entre educando e educador, devendo ser valorizados os conhecimentos de cada um. Segundo Paulo Freire[37]:

> É nesse sentido que ensinar não é transferir conhecimentos, conteúdos, nem *formar* a ação pela qual um sujeito criador dá forma estilo ou alma a um corpo indeciso e acomodado. Não há docência sem discência, as duas se explicam e seus sujeitos, apesar das diferenças que os conotam, não se reduzem à condição de objeto, um do outro.

Uma das formas de educação em direitos humanos é a pautada nos princípios da educação popular, que tem em Paulo Freire seu maior teórico. A educação popular surge como forma de educação alternativa ao ensino tradicional, marcado pela hierarquização do conhecimento e pela ausência de diálogo. Paulo Freire[38] define essa forma de ensino (tradicional) como *consciência bancária*, pois "o educando recebe passivamente os conhecimentos, tornando-se um depósito do educador". Ao contrário, a educação popular tem por pressuposto um diálogo entre educando e educador, de forma que ambos ensinam e aprendem. Além disso, referida prática tem por premissa a valorização das experiências sociais do educando, reconhecendo-as como necessárias para o processo de aprendizagem, que se qualifica como uma via de mão dupla.

É a partir dessa perspectiva que a Defensoria Pública deve promover a educação em direitos. Além disso, a educação popular fortalece a aproximação desta Instituição com a comunidade, possibilitando-lhe conhecer melhor os anseios e os problemas cotidianos da população local, o que lhe permite uma atuação mais satisfatória, que responda às expectativas e necessidades sociais.

A Defensoria Pública necessita, ainda, empreender esforços no sentido de estar, fisicamente, mais próxima dos cidadãos que dela necessitam. Assim, os centros de

atendimentos devem estar localizados dentro das comunidades, principalmente daquelas com maior carência social, cultural e econômica.

Outra questão de suma importância é a relacionada ao recrutamento dos profissionais que irão atuar junto a esta Instituição, em especial, dos Defensores Públicos. Referidos profissionais precisam não apenas de uma formação técnica, mas, sobretudo, humanista, que lhes dêem sensibilidade para lidar com os problemas sociais. A forma de seleção atual, compreendida num concurso público de provas e títulos para aferição de conhecimentos jurídicos, não satisfaz a demanda por profissionais mais humanos e sensíveis aos problemas econômicos, sociais e culturais que afligem a grande maioria da população.

Muito embora ainda haja muito a ser construído no sentido de efetivação do direito de acesso à justiça por intermédio da Defensoria Pública, o legislador, atento a esta necessidade e acompanhando as ondas do acesso à justiça, modificou a legislação constitucional e infraconstitucional buscando adequar as prerrogativas e as atribuições desta Instituição para que melhor seja materializada a assistência integral e gratuita. Entre as inovações, destaca-se a Lei 11448/07, que modificou a Lei de Ação Civil Pública, legitimando a Defensoria Pública para fazer uso deste mecanismo tão importante para a proteção de interesses coletivos e difusos e a Emenda Constitucional 45/04, que conferiu autonomia funcional e administrativa às Defensorias Públicas estaduais, além da iniciativa de sua proposta orçamentária.

A introdução da Defensoria Pública no rol dos legitimados para propor Ação Civil Pública representou um significativo avanço na proteção dos direitos da população carente de recursos financeiros. Adriana Britto[39] ressalta, nesse sentido, o potencial aumento dos efeitos do acesso à justiça com a combinação entre as duas ondas do movimento de acesso à justiça, ou seja, a partir da interação entre a assistência jurídica e a tutela coletiva.

Boaventura de Sousa Santos[40] já havia sinalizado para a necessidade de se ter uma visão do acesso à justiça que não considere apenas os obstáculos enfrentados pelos cidadãos carentes de recursos financeiros, sob uma perspectiva individual, mas que buscasse instrumentos capazes de garantir o acesso à justiça para todos os cidadãos, coletivamente considerados.

A existência, cada vez mais significativa, de conflitos coletivos, é uma realidade na sociedade contemporânea. Diante disso, tratar os conflitos coletivos enquanto tais é condição imperiosa em um Estado Democrático de Direito.

Portanto, como forma de garantir o acesso à justiça também a partir de uma perspectiva coletiva, a Defensoria Pública promove a tutela dos direitos transindividuais, seja através da proposição da Ação Civil Pública, seja ainda através da resolução extrajudicial de conflitos também no âmbito coletivo, em especial, através da mediação coletiva.

Por fim, no que toca à atuação da Defensoria Pública na efetivação de direitos coletivos, vale registrar duas importantes experiências ocorridas no âmbito dessa instituição[41].

A partir de notícia veiculada nos meios de comunicação de Fortaleza, a Defesoria Pública tomou conhecimento de que havia morrido um paciente na fila de espera de transplante de coração, em um hospital de Fortaleza. Segundo a notícia, estava havendo um conflito entre a Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares do Estado – COOPIARDIO e o hospital em referência e, por isso, as cirurgias cardiovasculares estavam suspensas. Assim, a Defensoria, no sentido de evitar um prejuizo ainda maior, já que havia muitos pacientes na fila de espera e, percebendo que estes eram hipossuficientes, realizou uma Audiência Pública, com a participação do Poder Executivo Municipal e Estadual, através de suas Procurdorias, do Conselho Regional de Medicina, da Cooperativa dos Médicos, da direção do hospital e de representantes da sociedade civil, para que o caso fosse discutido e, se possível, encontrada uma solução. Assim, a Audiência foi exitosa, com a assinatura de um termo de acordo entre as partes, no sentido de serem as cirurgias imediatamente retomadas.

A segunda experiência surgiu a partir do evento ocorrido no Carnaval Popular da Prefeitura de Fortaleza, em fevereiro de 2008. Durante aquele evento, parte da arquibancada montada na Avenida Domingos Olimpio desabou, lesionando várias pessoas. Ao tomar conhecimento deste episódio, a Defensoria Pública convidou, para uma Audiência Pública, o Poder Executivo Municipal, através de sua Procuradoria, a empreiteira responsável pela obra e representantes da sociedade civil, em especial, das pessoas que sofreram os danos. Assim, em referida audiência, firmou-se um acordo para o ressarcimento dos danos causados as pessoas, sem a necessidade de intervenção judicial, numa inequívoca mediação coletiva de conflitos.

7 Núcleos Descentralizados da Defensoria Pública do Estado do Ceará: relato de uma experiência

A Defensoria Pública do Estado do Ceará, compreendendo que a assistência jurídica integral, para que seja materializada de forma efetiva, passa, necessariamente, por uma política de descentralização do atendimento, implementou uma política institucional de criação e fortalecimento de núcleos descentralizados, localizados dentro dos bairros de Fortaleza. Atualmente encontram-se em funcionamento três núcleos: Núcleo do Joao XXIII, do Tancredo Neves e do Mucuripe.

Assim, o objetivo primordial dos Núcleos Descentralizados é estabelecer uma relação mais próxima com a comunidade, facilitando-lhe as condições de acesso aos serviços prestados pela Defensoria Pública, no sentido da democratização do acesso à justiça.

Nesse núcleos funcionam três programas para o acesso à justiça: assistência judiciária, educação em direitos e mediação comunitária, ou seja, as ações implementadas são no sentido da promoção dos direitos dos cidadãos, na ampla perspectiva de sua efetivação, contemplando não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas também a administração dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, através da Mediação Comunitária e da Conciliação, além do conhecimento em direitos.

Portanto, além da perspectiva da assistência judiciária, a Defensoria Pública vem fortalecendo suas ações no sentido da educação em direitos e de adminsitração dos meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Nesse sentido, no âmbito dos Núcleos Descentralizados da Defensoria Pública, a prestação de assistência jurídica compreende não apenas a possibilidade de propositura de ações perante os órgãos do Poder Judiciário, mas também a orientação, a consultoria, a atuação junto as atividades notariais, além de outras atividades necessárias à defesa e proteção de seus assistidos.

O programa de educação em direitos tem por objetivo contribuir para a formação dos cidadãos e das cidadãs, tornando-os conscientes de seus direitos e deveres, através da informação e da orientação, para que possam atuar de forma

participativa e solidária e, dessa forma, exercerem a sua cidadania plena. Além disso, a educação em direitos fortalece a aproximação da Defensoria Pública com a comunidade, o que lhe possibilita conhecer melhor os anseios e os problemas cotidianos da população local e dessa forma, atuar de forma satisfatória, correspondendo às expectativas e necessidades da comunidade. Ressalte-se, ainda, que o programa de educação em direitos tem ajudado a construir um espaço democrático de discussão de temas relacionados ao interesse da comunidade, além de contribuir para um proceso de democratização do conhecimento jurídico.

O programa de mediação comunitária parte da premissa do esgotamento, nas sociedades contemporâneas, dos modelos tradicionais de solução de conflitos, diante da quantidade e da diversidade de relações conflituosas. Assim, os Núcleos Descentralizados da Denfensoria Pública optaram por privilegiar as formas extrajudiciais de resolução de conflitos, em especial, a mediação comunitária, que tem como mediador uma pessoa da própria comunidade, que conhece as especificidades locais e que se identifica com as pessoas que estão sendo mediadas. Além disso, a mediação comunitária dá as partes o poder de decisão, de forma consensual, através da facilitação do diálogo promovida pelo mediador, o que contribui para o empoderamento da comunidade. A idéia central de que parte a mediação comunitária é a de administrar conflitos em um ambiente informal, familiar as pessoas envolvidas, em que a vontade de cooperação destas é que irá favorecer a solução, ao invés de um ambiente institucional, caracterizado pela imposição da lei. O processo de mediação, além de favorecer o diálogo e a solução consensual, estimula nas pessoas o sentimento de que são capazes de resolver seus próprios conflitos, o que contriui, de forma decisiva, para a emancipação social.

Portanto, conforme demonstrado, a Defensoria Pública vem inovando no sentido da implementação de políticas de assistência jurídica integral e descentralizada, priorizando, dessa forma, o acesso à justiça amplo, efetivo e igualitário.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, marco jurídico do processo de redemocratização brasileira, estabeleceu como fundamentos da República Federativa do Brasil, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º), e, como objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º).

A mesma Carta Política trouxe, de forma inovadora, ainda no início de seu texto, um extenso rol de direitos e garantias, qualificados por serem fundamentais para a concretização desses mesmos fundamentos e objetivos.

A Constituição Federal de 1988, portanto, representou um significativo avanço no que se refere ao reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais, não tendo se limitado a assegurar apenas os direitos individuais, mas também os direitos sociais, culturais e econômicos, coletivos e difusos, além de criar instrumentos hábeis para a proteção desses direitos.

Ocorre, entretanto, que apesar do avanço constitucional, o que se percebe no plano fático é a falta de efetividade desses direitos, destacadamente dos sociais, em virtude destes exigirem, para a sua implementação, a adoção de prestações positivas por parte do Estado.

A realidade social, marcada pela acentuada desigualdade econômica, social e cultural, demonstra que referidos direitos, apesar de constitucionalmente reconhecidos, ainda não foram concretizados para a grande maioria da população. Neste contexto, os cidadãos passaram a ver no acesso à justiça uma via para a implementação de seus direitos fundamentais.

Desta forma, o acesso à justiça surge como a principal direito fundamental, na medida em que viabiliza a concretização dos direitos. Segundo Boaventura de Sousa Santos[1],

> Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.

O constituinte de 1988 elegeu como direito fundamental a assistência jurídica, integral e gratuita aos necessitados e incumbiu à Defensoria Pública a função de realizar tal função. Ressalte-se que assistência jurídica é mais ampla que assistência judiciária, não se restringindo, portanto, ao acesso ao Poder Judiciário.

Enquanto Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a Defensoria Pública, por incumbir-se da prestação gratuita e integral de assistência jurídica, judicial e extrajudicial aos necessitados, em todos os graus e instâncias, é socialmente necessária. Em seu modo de operar, vislumbra-se a concretização do princípio da igualdade previsto na Constituição Federal de 1988, na medida em que os defensores públicos são agentes propiciadores da igualdade de condições técnico-jurisdicionais entre as partes em conflito.

Ressalte-se que a assistência jurisdicional aos necessitados não lhes interessa somente, mas, sobretudo, é mediação para o estabelecimento de uma ordem social menos injusta.

Dessa forma, cabe à Defensoria Pública um importante papel, juntamente com as demais instâncias de poder do Estado, na efetivação do ideal dos que se empenham na construção de uma outra sociabilidade que promova o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para Todos: Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ANNONI, Danielle. **O Direito humano de acesso à justiça no Brasil.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRITO, Adriana. A Evolução da Defensoria Pública em direção à tutela coletiva. *In:* Sousa, José Augusto Garcia (coord.). **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

DE VITTO, Renato Campo; CASTRO, André. A defensoria Pública como instrumento de consolidação da democracia. Disponível em <www.defensoria.ce.gov.brr>. Acesso em 14 jun. 2009.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia (Coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FREIRE. Paulo. **Educação e Mudança.** São Paulo: Paz e Terra, 1986.

_____. **Pedagogia da autonomia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

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

PIOVESAN, Flávia. **Tema de Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Saravaiva, 2009.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Análise sociojurídica do acesso à justiça: as implicações no pluralismo jurídico do acesso à ordem jurídica justa. *In:* **Dimensões do Acesso à Justiça.** Salvador: Podivm, 2008.

RIBEIRO, Roberta Solis. *In:* Sousa, José Augusto Garcia (coord.). **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROCHA, Alexandre Lobão. **A exclusão legal da população carente**. Brasília: Thesaurus, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça.** Revista de Processo, São Paulo, n.37, jan-mar, 1985.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça.** 2 ed. Sao Paulo: Cortez, 2008.

_____. **Pela mão de Alice.** 6 ed. São Paulo: Cortez, 1999.

---

[1] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 592.

[2] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2 ed. Sao Paulo: Cortez, 2008, p. 19.

[3] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice.** 6 ed. São Paulo: Cortez, 1999,p.167.

[4] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 9.

[5] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 39.

[6] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 9.

[7] FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia (Coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 167.

[8] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 8.

[9] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 11.

[10] Apud ROCHA, Alexandre Lobão. **A exclusão legal da população carente**. Brasília: Thesaurus, 2009, p. 52.

[11] ROCHA, Alexandre Lobão. **A exclusão legal da população carente**. Brasília: Thesaurus, 2009, p. 53.

[12] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 31.

[13] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 67.

[14] PIOVESAN, Flávia. **Tema de Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Saravaiva, 2009, p.320.

[15] DE VITTO, Renato Campo; CASTRO, André. **A defensoria Pública como instrumento de consolidação da democracia**. Disponível em <www.defensoria.ce.gov.br>. Acesso em 14 jun. 2009.

[16] *Ibidem*

[17] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 103

[18] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** 2 ed. Sao Paulo: Cortez, 2008, p. 20

[19] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 11.

[20] Art. 5º, LXXIV CF – O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

[21] Art. 134 CF: A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

[22] JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Acesso à Justiça: um olhar restrospectivo**. Revista Estudos Históricos, n 18 – Justiça e Cidadania. São Paulo: CPDOC/FGV, 1996, p.1

[23] ANNONI, Danielle. **O Direito humano de acesso à justiça no Brasil.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 241.

[24] ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para Todos: Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 237.

[25] Art. 5º, LXXVIII, CF: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[26] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice.** 6 ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 170

[27] *Ibid*, p. 169

[28] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revoluçã democrática da justiça.** 2 ed. Sao Paulo: Cortez, 2008. p. 42

[29] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice.** 6 ed. São Paulo: Cortez, 1999. p. 170

[30] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** 2 ed. Sao Paulo: Cortez, 2008.. p. 31-32

[31] Art. 5º, LXXIV CF – O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

[32] ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para Todos: Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 240.

[33] ROCHA, Alexandre Lobão. **A exclusão legal da população carente**. Brasília: Thesaurus, 2009, p. 98.

[34] ALVES, *Op. cit.*, p. 243.

[35] RIBEIRO, Roberta Solis. *In:* Sousa, José Augusto Garcia (coord.). **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008,p. 297

[36] DE VITTO, Renato Campo; CASTRO, André. **A defensoria Pública como instrumento de consolidação da democracia**. Disponível em <www.defensoria.ce.gov.br>. Acesso em 14 jun. 2009.

[37] FREIRE. Paulo. **Pedagogia da autonomia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 25.

[38] FREIRE. Paulo. **Educação e Mudança.** São Paulo: Paz e Terra, 1986, p. 38.

[39] BRITO, Adriana. A Evolução da Defensoria Pública em direção à tutela coletiva. *In:* Sousa, José Augusto Garcia (coord.). **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 01.

[40] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça.** Revista de Processo, São Paulo, n.37, jan-mar, 1985, p.129.

[41] Informações retiradas dos arquivos pertencentes ao Núcleo de Ações Coletivas da Defensoria Pública do Estado do Ceará.

O DIREITO PENAL JUVENIL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA E JUVENTUDE*

THE JUVENILE CRIMINAL LAW AS AN INSTRUMENT OF PROTECTION OF CHILDREN AND YOUTH

Lissa Cristina Pimentel Nazareth
Luiz Antonio Ferreira Nazareth Junior

RESUMO

O presente artigo aborda a situação do adolescente infrator em face do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a aplicação do princípio da proteção integral nos casos de prática de ato infracional. O trabalho busca estudar o problema ocasionado pela Lei n° 8.069/90 que, no entender de expressiva parcela da sociedade, garante a impunidade ao menor que pratica o ato infracional uma vez que não prevê qualquer medida sancionatória para menores infratores. Apresenta como provável solução a criação de um direito penal juvenil que, adaptado às condições especiais do menor e respeitando o princípio da proteção integral, possa vir a ser uma resposta estatal razoável para a contenção e prevenção do ato infracional. Destaca a importância da criação de políticas públicas para a efetiva aplicação do princípio da proteção integral e a criação do direito penal juvenil.

PALAVRAS-CHAVES: INFÂNCIA, JUVENTUDE, INFRAÇÃO, ATO INFRACIONAL, PROTEÇÃO INTEGRAL, DIREITO PENAL JUVENIL.

ABSTRACT

This article discusses the situation of adolescent offenders in the face of the Child and Adolescent and the principle of full protection in cases of Brazilian Law. The work is to study the problem caused by Law No. 8069/90, in the opinion of a significant portion of society, guarantee impunity to practice less than an infraction because it does not make provision for any penalty for juvenile offenders. It presents as a likely solution to create a juvenile criminal law that is adapted to the special conditions of the child and respecting the principle of full protection, might be a reasonable state response for the containment and prevention of offenses. Stresses the importance of creating public policies for the effective application of the principle of full protection and the creation of juvenile criminal law.

KEYWORDS: CHILDHOOD, YOUTH, OFFENSE, OFFENSE, FULL PROTECTION, JUVENILE CRIMINAL LAW.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n? 8.069, de 13 de julho de 1990, representou um grande avanço na regulamentação do chamado direito menorista, posto que até então vigia entre nós o antigo Código de Menores (Lei n? 6.697/79).

De acordo com Marcelly Walker:

Para a doutrina de situação irregular, os jovens são objetos de proteção e não sujeitos de direitos. Além disso, segundo João Batista da Costa Saraiva[1], durante a vigência do Código de Menores, 80% da população juvenil recolhida às entidades de internação não eram autores de condutas delituosas e estavam presos pelo simples fato de serem pobres. Realizava-se o controle da pobreza, prendendo a própria vítima.[2]

A diferença conceitual era nítida entre os jovens e crianças tidas como “bem nascidas” e os menores, que eram os carentes ou autores de delitos.

No dizer de João Batista Costa Saraiva[3], havia dois tipos de infância: nesta época, uma minoria com as necessidades básicas amplamente satisfeitas (as crianças e adolescentes), e grande parte da população juvenil com suas necessidades básicas total ou parcialmente insatisfeitas (os menores).

Em consonância com tal entendimento, defende Wilson Donizeti Liberati[4]:

O Código revogado não passava de um Código Penal do “Menor”, disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas, disfarçadas de medidas de proteção. Não relacionava nenhum direito, a não ser aquele sobre a assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio a família; tratava da situação irregular da criança e do jovem, que, na realidade, eram seres privados de seus direitos. Na verdade, em situação irregular estão a família, que não tem estrutura e que abandona a criança; os pais, que descumprem os deveres do poder familiar; o Estado, que não cumpre as suas políticas sociais básicas; nunca a criança ou o jovem.

Até o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente os adolescentes eram privados de liberdade e de suas garantias individuais pelo simples fato de economicamente hipossuficientes ou de viverem nas ruas. Tudo sob o argumento de que o Estado estaria os protegendo, pois estavam em situação irregular.

O referido Estatuto, originário do comando constitucional do art. 227 da Constituição Federal, tratou de viabilizar na prática o princípio da proteção integral, ou seja, aquele que determina tratamento diferenciado à criança e o adolescente, bem como que a estes devem ser assegurados os acessos à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Assim, tratou o legislador de proteger de forma especial e dentro das suas peculiaridades, a criança e o adolescente; entretanto, o Estatuto não negligenciou um ponto de crucial importância, o fato típico[5] praticado por essas pessoas, o qual há muito já afligia a sociedade. Naqueles tempos não eram poucas as ocorrências envolvendo menores de idade como agentes do fato típico, assim, surgiu a denominação "ato infracional" para indicar a prática de infração penal por adolescente, uma vez que indivíduos com idade inferior a dezoito anos não podem ser processados criminalmente, tampouco se submetem à aplicação da lei penal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente erigiu um novo padrão de responsabilidade do jovem infrator. Quando o Brasil rompeu com a ultrapassada doutrina da situação irregular e incorporou a Doutrina da Proteção Integral, erigiu o então "menor", outrora considerado como mero objeto do processo, a uma nova categoria jurídica. Desta feita, diploma estatutário promoveu o adolescente infrator à condição de sujeito do processo, conceituando criança e adolescente, determinou uma relação de direito e dever, advertindo a sociedade acerca da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, reconhecida ao adolescente.

Com a finalidade de proteger o adolescente privado de liberdade, além das medidas adotadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que são primordiais para preservar os direitos processuais e substantivos da criança e do adolescente em qualquer circunstância, o legislador Constituinte elegeu como princípio constitucional a dignidade da pessoa humana. Com o intuito de elucidar tal princípio evoca-se o entendimento de Immanuel Kant, que propôs a dignidade como *imperativo categórico*[6], segundo o qual, o homem é um fim em si mesmo, não podendo jamais ser "coisificado" ou utilizado como meio de obtenção de qualquer objetivo. Para Kant, todo ser humano deve conceber o valor da dignidade como absoluto, no limite em que sua racionalidade determine. Segundo o autor, as coisas, que podem ser trocadas por algo equivalente, têm preço, as pessoas, dignidade. [7]

Em consonância com o valor fundante de tal princípio, toda pessoa, independente da circunstância que se encontre, é titular do direito à dignidade, que permeia diferentes tratados e diplomas internacionais de Direitos Humanos.[8]

Embora o legislador ordinário não tenha medido seus esforços no sentido de regulamentar a aplicação das "medidas socioeducativas" (equivalentes às respostas que o Estado dá ao adulto infrator da lei penal), inclusive estabelecendo diretrizes para o procedimento e aplicação destas, muito pouco foi feito acerca da prática, posto que não se deu a devida atenção à causa menorista do ponto de vista da infração penal. No decorrer dos anos, desde a edição do Estatuto, observou-se um crescimento bastante acentuado da criminalidade no Brasil, mormente dos casos envolvendo adolescentes figurando como agentes da prática infracional.

Ainda que o arcabouço jurídico tenha sido criado para proteger o adolescente privado de liberdade, verifica-se que na realidade prática das Varas da Infância e Juventude brasileiras, nem sempre a "proteção integral" ao adolescente em conflito com a lei é respeitada.

Desta feita, a sociedade vem questionando vários aspectos pertinentes ao tema, como por exemplo: a redução da maioridade penal[9], de dezoito para dezesseis anos, as instituições destinadas ao amparo de menores infratores, tais como a FEBEM[10], a eficácia das medidas socioeducativas, e o descaso do poder público para com o tema, gerando uma sensação de ausência de punição.

Diante o exposto, é possível afirmar que na atualidade, encontramo-nos diante de um grande impasse: ou se aplica efetivamente as normas contidas no Estatuto e se investe mais nos programas de proteção à criança e ao adolescente, inclusive nas instituições voltadas à internação daquele que comete ato infracional, ou assume-se a necessidade de se criar um outro sistema, o do direito penal juvenil, devidamente adaptado às condições daqueles indivíduos.

2. ATO INFRACIONAL

É importante sempre ter em mente que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao adotar a teoria da proteção integral, que vê a criança e o adolescente como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, necessitando, em conseqüência, de proteção diferenciada, especializada e integral, não teve por objetivo manter a impunidade de jovens, autores de infrações penais, tanto que criou diversas medidas socioeducativas. Visou ele a proteção integral, porém, nem sempre foi assim na legislação pátria. Em outros tempos o menor infrator era tido como um indivíduo doente, que merecia proteção sim, mas deveria ser segregado da sociedade, logo, surgiram instituições que se destinavam a manter esses jovens internados, todavia, na prática, tais estabelecimentos em muito se assemelhavam ao cárcere, aliás, pior, posto que na prisão aos adultos infratores eram concedidos os direitos processuais penais constitucionais, bem como os benefícios da Lei de Execução Penal, tais como: a comutação, a progressão da regência carcerária, o indulto, a anistia, a graça dentre outros, ao passo que, ao menor infrator, por não ser ele considerado criminoso, nenhum favor legal processual penal estaria ao seu dispor.

Não foram poucas as vozes que se insurgiram contra o sistema que se encontrava instalado no País, logo, entidades destinadas à defesa dos direitos dos menores, bem como aquelas protetivas dos direitos humanos, exigiram com bastante ênfase uma providência do Estado no sentido de melhorar a situação do adolescente infrator, não obstante também houvesse aqueles que aplaudiam o sistema vigente.

Antes da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, como já se observou, a Lei Federal nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores) rezava que: "*O menor de dezoito anos, a que se atribua autoria de infração penal, será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária*" (art. 99), isto é, o indivíduo até dezoito anos de idade que praticava uma infração penal, deveria receber uma resposta estatal. Esta regra do antigo Código mudou: atualmente não se fala mais em "menor", mas sim em

“criança e adolescente”, novas categorias de pessoas já apresentadas pela Constituição Federal de 1988. Nos dias de hoje não se usa mais a expressão “infração penal”, contudo, utiliza-se o termo “ato infracional” (o que inclui crime e contravenção penal), o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 103, define o que seja o ato infracional.

“*Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal*.”

O ato infracional, a rigor, assemelha-se ao crime e este, por seu turno, é o *fato típico, antijurídico*, sendo que a culpabilidade constitui pressuposto da pena[11].

Inclusive, O Código Penal, assim como a Constituição Federal, em seu art. 228, bem como o ECA, no seu art. 104, vedam a aplicação de pena a indivíduo menor de dezoito anos, assim, o referido diploma, no seu art. 27, diz que:

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Ademais, não se pode olvidar aqueles que vêem na legislação menorista uma salvaguarda para a “criminalidade” infanto-juvenil, vale lembrar, outrossim, que a pessoa menor de dezoito anos é inimputável à luz do ordenamento penal, contudo, não o é em face do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quanto à competência para a aplicação da chamada resposta estatal também ocorreram alterações, assim, não existe mais apenas o “Juiz” como única autoridade competente para atuar perante a prática de ato infracional, sendo a nova autoridade administrativa, o “Conselho Tutelar”, aquela com atribuição de dedicar atendimento à criança – pessoa até doze anos de idade incompletos – que o pratica. Observa-se, desta forma, que a criança deixou de ter um atendimento por parte de um ente singular, investido de uma função jurisdicional, para ser atendida por uma autoridade administrativa (não judicial) e colegiada. Jurisdição e Administração são funções estatais que não se confundem, se diferenciando por diversas características que as justificam enquanto poder do Estado. Entre outras: a) enquanto a Jurisdição pressupõe a existência de prévia controvérsia, só agindo por provocação, a Administração age de ofício; b) enquanto a Jurisdição utiliza critérios jurídicos, decidindo de um modo neutro e imparcial pelo que é “direito e justo” para as partes, a Administração utiliza critérios políticos de oportunidade e conveniência, decidindo de forma interessada e parcial pelo que é de interesse público e por aquilo que melhor atende ao bem comum; c) enquanto a Jurisdição possui procedimentos rígidos e subordinados às formalidades do devido processo legal, a Administração possui, de regra, procedimentos espontâneos.

A sociedade vive sob forte tensão em face do crescente aumento da criminalidade, mormente nas grandes capitais, força é saber que não se pode, sob pena de retrocesso, imaginar que uma das soluções para os problemas da violência urbana reside na alteração do sistema proposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente acerca da resposta do Estado para aqueles jovens que cometem atos infracionais, desta feita, cabe à sociedade envidar todos os esforços a fim de por em prática os comandos legais da legislação menorista, bem como ao Poder Executivo incumbe a tarefa de olhar com mais atenção para a causa da criança e do adolescente, investindo na especialização dos

recursos humanos e na melhora da infraestrutura dos estabelecimentos de internação e na viabilização da aplicação das medidas socioeducativas.

Para João Batista Costa Saraiva,

O Direito Penal Mínimo é intermediário entre a Doutrina do Direito Penal Máximo[12] e a do Abolicionismo Penal, caracterizando-se por reconhecer tanto a necessidade de prisão para situações específicas, quanto a aplicação de penas alternativas, reservando a privação de liberdade para os casos de risco social efetivo, norteado por princípios como o da brevidade e o da excepcionalidade.[13]

Não são poucos os que pretendem reestruturar o Direito da Infância e da Juventude e impregná-lo de garantias que lhe são inerentes. Alexandre Morais da Rosa elenca algumas modificações procedimentais pertinentes ao direito penal juvenil:

a) direito de defesa técnica com tempo e meios adequados, inclusive na remissão; b) direito à presunção de inocência e liberdade como regra, com excepcionalidade da internação provisória; c) direito de recorrer em liberdade mesmo sem se recolher ao centro de internamento, justificando- se fundamentalmente a eventual negativa do direito de recorrer em liberdade; d) direito a juiz e Ministério Público competente; e) direito a ampla defesa, com intimação para todos os atos processuais, inclusive precatória; f) direito ao silêncio e de não se incriminar; g) vedação da *reformatio in pejus*; h) vedação do uso de provas ilícitas, salvo em benefício da defesa; i) direito à publicidade do processo em sua relação; j) proibição do *non bis in idem* processual; l) direito de jurisdicionalização da Execução da medida socioeducativa; m) direito de estar presente nos atos processuais e se confrontar com as testemunhas e informantes; n) prescrição da medida socioeducativa; o) direito de solicitar a presença de seus pais e defensores a qualquer tempo; p) impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança; q) inutilização das provas não produzidas no processo e em contraditório; r) inconstitucionalização da internação-sanção por violação do devido processo legal. [14]

Os direitos acima dispostos são provenientes de uma concepção das garantias individuais e coletivas do cidadão. Além de estarem em conformidade com o cerne ideológico do Direito Penal Juvenil, estão inseridos no próprio Estatuto.

Logo, existe incoerência quando se rejeita o caráter penal das medidas socioeducativas e afasta a aplicabilidade de um rol de garantias, da mesma forma que se defende a redução da idade penal, tendo em vista que a inimputabilidade contemplada pela Constituição Federal em seu art. 228[15], não faz dos infantes irresponsáveis, e nem mesmo significa que estão impunes. Apenas os remete à submissão à legislação especial, em razão da peculiaridade de pessoa em estado de desenvolvimento. Ademais, não faltam motivos para combater a proposta de redução da idade penal, eis que as medidas socioeducativas, têm o condão de se apresentarem como medidas alternativas e até mesmo como privativas de liberdade. Tais medidas já demonstram seu caráter retributivo. Para tanto, é necessário que os prejuízos sofridos pelos adolescentes em razão de não lhes serem conferidos os ditames do direito penal comum sejam afastados

por meio de políticas públicas e atendimento social que vise proteger a infância e a juventude na sua integralidade.

3. PROCEDIMENTO

A criança acusada da prática de um fato típico deverá ser conduzida imediatamente à presença do Conselho Tutelar ou Juiz da Infância e da Juventude. Se efetivamente tiver praticado ato infracional, será aplicada medida específica de proteção (art. 101 do ECA) como orientação, apoio e acompanhamento temporários, freqüência obrigatória em ensino fundamental, requisição de tratamento médico e psicológico, entre outras medidas.

Sendo o caso de apreensão de adolescente e em caso de flagrância de ato infracional, o jovem de 12 a 18 anos incompletos será conduzido até a autoridade policial especializada (antiga Delegacia de Menores). Na polícia, não poderá haver lavratura de auto e o adolescente deverá ser levado à presença do juiz. Ressalte-se que os adolescentes não são igualados a réus ou indiciados e não são condenados a penas (reclusão e detenção), como ocorre com os maiores de 18 anos. Recebem medidas socioeducativas, sem caráter de apenação. É totalmente ilegal a apreensão do adolescente para "averiguação". Ficam apreendidos e não presos. A apreensão somente ocorrerá quando houver flagrância ou por ordem judicial e em ambos os casos esta apreensão será comunicada, de imediato, ao juiz competente, bem como à família do adolescente (art. 107 do ECA).

O primeiro passo a ser observado será o de que a autoridade policial deverá averiguar a possibilidade de liberar imediatamente o adolescente. Caso a detenção seja justificada como imprescindível para as investigações e manutenção da ordem pública, a autoridade policial deverá comunicar os responsáveis pelo adolescente, assim como informá-los acerca de seus direitos como ficar calado se quiser, ter advogado, ser acompanhado pelos seus pais ou responsáveis etc. Após a apreensão, o adolescente será imediatamente conduzido à presença do promotor de justiça, que poderá promover o arquivamento da denúncia, conceder remissão-perdão ou representar ao juiz para aplicação de medida socioeducativa e, por seu turno, o juiz deverá aplicá-la de forma mesurada a fim de que tal resposta não tenha caráter de pena.

O procedimento para a apuração da prática de ato infracional em muito se assemelha aos procedimentos do Processo Penal, entretanto, no caso do Estatuto é fundamental a lembrança de que maior risco de violação de direitos há, uma vez que o adolescente, no mais das vezes, fica tolhido, até em face da sua condição peculiar de desenvolvimento, de exercitar um dos mais importantes meios de defesa, a autodefesa e, na prática, em muitas ocasiões o adolescente infrator se vê pego sozinho, sem a proteção de familiares ou de advogado e, infelizmente, não são poucas as situações em que este é detido em cela comum juntamente com adultos infratores, o que constitui num das mais graves violações de direitos.

4. GARANTIAS PROCESSUAIS

O Estado, na qualidade de titular do poder-dever de punir os indivíduos maiores de idade condenados pela prática de delitos, tem para a realização desta prerrogativa o processo penal e, por se tratar de uma sociedade politicamente organizada, tal processo é previamente regulamentado por normas postas no Código de Processo Penal e na legislação extravagante.

Todavia, não basta a regulamentação do direito adjetivo para que o Estado exercite seu direito, mister se faz que tais regras estejam conforme o preceituado na Lei Maior, posto que nesta se encontram os primados reguladores do processo, quais sejam, os princípios constitucionais.

Os direitos fundamentais constitucionais têm natureza de direito de defesa, isto é, servem para proteger o cidadão dos excessos do Estado, afinal este detém o poder, porém, tal poder deriva do povo e em seu nome deve ser exercido, logo, o abuso no seu exercício só pode ser coibido por garantias tão fortes quanto a atuação do Estado.

Os referidos direitos fundamentais dividem-se em direitos e garantias individuais. No dizer de Jorge Miranda, citado por Alexandre de Moraes:

(...) os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas adjectivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jus racionalista inicial, os direitos declaram-se e as garantis estabelecem-se. [16]

No que tange ao processo penal, tais direitos e garantias têm o escopo de proporcionar ao acusado da prática de infração penal a boa aplicação da função estatal, garantindo a este que seu processo será justo, legal e inviolável quanto a qualquer excesso do poder público.

Desta feita, após breve passagem ao que se chamaria “Direitos e Garantias Processuais Penais Constitucionais dos adultos”, possível é observar que o legislador constituinte originário não negligenciou a proteção daquele que se vê criminalmente processado. Ao se integrar todo o sistema de garantias constitucionais ao princípio da proteção integral, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, verificar-se-á que ao Adolescente infrator está disponível o maior rol possível de proteção. Se o indivíduo adulto tem um

sistema jurídico de proteção especial a seu favor, logo, dispõe da "proteção integral", que abrange os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural, do duplo grau de jurisdição, do *indubio pro reo*, da verdade real e da dignidade da pessoa humana.

5. MEDIDAS PROTETIVAS

Os Códigos Penais do Império e da República, de 1830 e 1890, respectivamente, adotaram a Teoria de Ação com Discernimento no que concerne à imputação de responsabilidade penal. A Teoria do Discernimento ainda hoje conta com adeptos que a invocam com o objetivo de substituir o critério cronológico absoluto atualmente vigente.

O critério cronológico para a determinação da idade de imputabilidade penal é consagrado pela Constituição Federal, art. 228, Código Penal, art. 27, e Lei n. 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, todos fixando-a em dezoito anos de idade.

O Brasil subscreveu a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 30 de novembro de 1989, que consagra a Doutrina da Proteção Integral trazendo novos paradigmas para o trato da questão infanto-juvenil. No seu art. 1º, define a criança como: *todo ser humano menor de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.*[17]

Esta flexibilidade foi necessária na busca de um consenso entre os diversos Estados partes do Tratado.

Referências à idade de forma precisa surgem em apenas dois dispositivos da Convenção, os art. 37 e 38. O primeiro proíbe a aplicação da pena de morte e prisão perpétua a menores de dezoito anos de idade. O art. 38, por sua vez, contempla normas de direito humanitário *"aplicáveis em caso de conflito armado no que digam respeito às crianças"*, tanto no que concerne a participação de forma direta de *"hostilidades"*, como através de compromisso dos Estados Partes em abster-se de recrutar *"pessoas que não tenham completado quinze anos de idade para servir em suas forças armadas"*.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade define o jovem como *"uma pessoa de idade inferior a dezoito anos. A lei deve estabelecer a idade-limite antes da qual a criança não poderá ser privada de sua liberdade"* (art. 11).

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, Regras de Beijing de novembro de 1985, reconhecem a necessidade de que a autoridade competente tenha à sua disposição *"uma ampla variedade de medidas"*, de forma a evitar ao máximo a institucionalização (art. 18), e vê a internação como *"uma medida de último recurso e pelo mais breve período possível"* (art. 19), em outras palavras, deve-se reconhecer o caráter excepcional da institucionalização.

A Constituição Federal, em seu art. 227, e o Estatuto da Criança e do Adolescente agasalharam a Doutrina da Proteção Integral , introduzindo-a no nosso Ordenamento Jurídico. A criança e o adolescente, de acordo com os novos paradigmas conceituais e normativos, deixam de ser *capitis deminutae*, objeto a ser tutelado, para ser sujeito de direitos e merecedores de proteção integral pela sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, proteção esta a ser assegurada com absoluta prioridade.

O Diploma Estatutário é uma lei que se destina a toda criança e adolescente, sendo a criança aquela pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos incompletos (art. 1º e 2º). Assim, a regra é que esta Lei Especial tem a sua aplicação limitada à pessoa até os dezoito anos de idade, e, apenas em caráter excepcional, "*nos casos expressos em lei*", o Estatuto poderá ser aplicado à pessoa até os vinte e um anos de idade (parágrafo único do art. 2º). Lembramos o disposto nos art. 36 (tutela), 40 (adoção) e 121, parágrafo 5º (internação) do referido Diploma Legal.

Feitas as considerações preliminares, passa-se à análise do tema em espécie.

6. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. ESPÉCIES

A Lei n. 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 104 dispõe que aos autores de ato infracional são aplicadas "*as medidas previstas nesta Lei*". À criança são aplicáveis as medidas protetivas (art. 105 e 101), enquanto que aos adolescentes as medidas socioeducativas elencadas no art. 112.

A idade a ser considerada na aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente é a idade à data do fato (parágrafo único do art. 104).

Não raro é a hipótese em que o adolescente venha a praticar ato infracional (*art. 103 - considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal*) às vésperas de atingir a maioridade penal. Por mais célere que seja a tramitação do processo com vistas a sua apuração, no momento em que a sentença for proferida encontrará o então adolescente já com dezoito anos.

Tratando-se de medida de internação a questão prescinde de maiores indagações, uma vez que, por força do contido no parágrafo 5º do art. 121, até os vinte e um anos o infrator poderá ser mantido em instituição para cumprimento da medida.

Não configurando o ato infracional que lhe é atribuído dentre as hipóteses dos incisos I e II do art. 122, inadmissível será a aplicação da medida de internação, impondo-se um estudo mais aprofundado da questão, o que ora nos propomos.

A este respeito, com clareza e objetividade, dizem Cury, Garrido & Marçura:

"O rol é exaustivo, não cabendo internação fora das hipóteses expressamente previstas".[18]

Outra situação diz respeito ao adolescente que, no curso do cumprimento de medida que não internação, venha a alcançar a maioridade, ou mesmo quando, em cumprimento de medida de internação, seja beneficiado com a progressão da medida.

Em todas estas hipóteses, confrontamo-nos com a ausência de um dispositivo legal que expressamente autorize a aplicação de medida após os dezoito anos, que não a internação.

Se quisesse o legislador que fosse aplicável todo o elenco das medidas socioeducativas ao maior de dezoito anos, incluiria dispositivo neste sentido na Seção destinada às "Disposições Gerais", o que não ocorreu.

Resta a indagação: de fato a restrição da aplicabilidade de medida à internação foi a vontade do legislador ou constitui mera omissão, de ordem técnico-legislativa?

Recomenda a boa técnica que as medidas de caráter geral devem preceder o grupo de assunto jurídico ao qual digam respeito, quando a lei for extensa.

O parágrafo, por sua vez, guarda relação direta com o artigo a que se refere, constituindo-se, em relação a este, disposição secundária.

As medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente constituem a resposta estatal àquele jovem que comete o ato infracional, porém, nunca é demais lembrar que tais medidas não podem ser consideradas sanção penal, posto que não possuem uma das características da pena, qual seja, a retribuição do Estado ao indivíduo pelo mal injusto causado por aquele.

O sistema do Estatuto previu um rol taxativo de medidas, cuja disposição se dá de maneira gradativa, sendo a mais branda a advertência, prevista no art. 115, e a mais grave a internação, constante dos art. 121 a 125 do mesmo Estatuto.

Dentre a mais branda e a mais grave das medidas socioeducativas podemos encontrar, a Obrigação de reparar o dano (art. 116); a Prestação de serviços à comunidade (art. 117); a Liberdade assistida (art. 118 e 119); a Internação em regime de semiliberdade (art. 120) e, por fim, como a medida mais grave, a Internação pelo período máximo de três anos.

Ademais, o legislador menorista, visando a boa aplicação das medidas socioeducativas, entendeu que deveria regulamentar sua aplicação, tudo a fim de que em momento algum restasse qualquer dúvida no aplicador do direito na forma como proceder, logo, o art. 101, nos seus incisos I a V, traçou as diretrizes básicas para tal aplicação.

No que concerne à analise da finalidade de cada uma das medidas sócio educativas, pode-se dizer que, quanto à Advertência (art.115, ECA), esta consistirá na admoestação oral que deverá ocorrer durante entrevista com juiz da Vara da Infância e Juventude, aplicável às infrações de menor potencial ofensivo e seu objetivo será o de alertar os pais para as atitudes do adolescente ora infrator.

Quanto à Obrigação de reparar o dano (art.116, ECA), pode-se dizer que esta deverá ser aplicada no caso de ato infracional pertinente às lesões patrimoniais cometidas pelo

adolescente e seu intuito será o de despertar no jovem infrator o senso de responsabilidade acerca do bem alheio.

No que diz respeito à Prestação de serviços à comunidade (art.117, ECA), é correto asseverar que esta consiste em uma forma de "punição" útil à sociedade, onde o infrator não é subtraído ao convívio social, desenvolvendo tarefas proveitosas a seu aprendizado e a necessidade social.

Pertinentemente à Liberdade assistida (art.118, ECA), esta terá lugar de aplicação quando se entender a inutilidade da internação de um lado e uma maior necessidade de fiscalização e acompanhamento de outro. O jovem não é privado do convívio familiar sofrendo apenas restrições a sua liberdade e direitos. Tal medida se assemelharia, em tese, ao cumprimento da pena privativa de liberdade, no Direito Penal, no regime semi-aberto.

Pode-se dizer que, por seu turno, que o Regime de semiliberdade (art.120, ECA), deve ser aplicado desde o início ou consistir em transição para o semi-aberto, em qualquer das duas hipóteses a medida deverá ser acompanhada de escolarização e profissionalização.

A medida de internação, de conformidade ao art. 121, §2º, ECA, não comporta prazo determinado uma vez que a reprimenda adquire o caráter de tratamento regenerador do adolescente.

Quanto ao disposto no art. 101, I a VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente, vale a lembrança de que se trata aqui das medidas específicas de proteção como encaminhamento aos pais, freqüência obrigatória a estabelecimento de ensino, programas comunitários, tratamento médico e psicológico, abrigo e família substituta.

Em face da doutrina da proteção integral, preconizada pelo Estatuto em seu art. 1º, temos que as medidas aplicáveis possuem como desiderato principal demonstrar o desvalor da conduta do adolescente e afastá-lo da sociedade num primeiro momento, como medida profilática e retributiva, possibilitando-lhe reavaliação da conduta e recuperação, preparando-lhe para a vida livre, a fim de que num segundo momento, seja re-inserido na sociedade.

Em sendo assim, é possível verificar que as Seções II à VII do Estatuto da Criança e do Adolescente dizem respeito às medidas em espécie, contendo disposições específicas a cada uma delas. A Seção I, por sua vez, contém normas de caráter geral a serem aplicadas ao elenco das medidas.

Desta forma chega-se à conclusão, do ponto de vista técnico-legislativo, a aplicabilidade de medida socioeducativa a adolescente autor de ato infracional restringe-se à idade de dezoito anos, excetuando-se a de internação.

Entendimento diverso ensejaria argumentos no sentido de que a interpretação da norma ao arbítrio do operador do direito é contrária aos paradigmas da Doutrina da Proteção Integral, incorporada ao nosso ordenamento jurídico, na medida que não reconheceria no adolescente a sua condição de sujeito de direitos.

Todavia, sem deixar de admitir a importância da técnica legislativa, que é fundamental para a interpretação, estudo e aplicação das leis, nem tampouco considerar o adolescente "objeto" a ser tutelado, devemos destacar a finalidade sociopedagógica das medidas.

O nosso Sistema Jurídico adotou o critério cronológico absoluto ao fixar a maioridade. Parece-nos, todavia, que o mero alcance dos dezoito anos não tem o condão de, do ponto de vista emocional e psíquico, tornar desnecessários a um indivíduo os benefícios da Legislação Especial. Tanto que a própria Lei n. 8.069/90 prevê a sua aplicação aos que se encontram entre os dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei (parágrafo único do art. 2º do Estatuto).

Sob este prisma não é demais concluir que o legislador incorreu em falha.

Assim, como bem sintetizou o Professor César Barros Leal, no seu texto "O Ato Infracional e a Justiça da Infância e da Juventude", do Programa de Atualização em Direito da Criança: *Endereçadas ao adolescente autor de ato infracional, as medidas socioeducativas visam, em primeiro plano, a sua (re)integração familiar e comunitária.*[19]

No mesmo entendimento o Dr. Olympio Sotto Maior, do Ministério Público do Paraná:

Então, para o adolescente autor de ato infracional a proposta é de que, no contexto da proteção integral, receba ele medidas socioeducativas (portanto, não punitivas), tendentes a interferir no seu processo de desenvolvimento objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social.[20]

Em respeito aos direitos assegurados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente deverá o operador do direito manifestar-se pela extinção de uma medida, que não internação, diante do alcance da maioridade penal por parte do então adolescente, a despeito desta medida constituir oportunidade, muitas vezes única, para a sua ressocialização? Ou mesmo negar-lhe sequer o início deste processo de reflexão e reeducação?

Um outro dado há de ser considerado: deseja o autor do ato infracional receber em seu favor a medida que lhe foi aplicada ou prosseguir com a mesma, caso esteja em curso?

Logo, parece crucial uma definição quanto a este aspecto, diante do princípio da legalidade contido no art. 5º, inciso II da Constituição Federal, segundo o qual: (*in verbis*) *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*

Em respeito à sua condição de sujeito de direitos, não será permitido à autoridade judiciária aplicar ao autor de ato infracional maior de dezoito anos qualquer outra medida que não a de internação, caso este não manifeste a sua concordância.

Em sentido contrário, diante do conteúdo socioeducativo das medidas, deverão as normas ser aplicadas em seu favor.

Não é demais, atendo-se ao senso jurídico, recordar o clássico brocardo: *In eo quod plus est semper inest et minus* (quem pode o mais, pode o menos), desde que assegurados os direitos e garantias individuais e em consonância com a regra de hermenêutica jurídica contida no art. 6º da Lei n. 8.069/90.

À exceção da hipótese acima, a aplicação de medida, que não de internação, a adolescente autor de ato infracional que contar entre dezoito e vinte e um anos de idade, estará impossibilitada, cabendo, conforme o caso, a extinção da medida em curso ou a procedência da ação sem a sua aplicação.

Levando-se em conta que o objetivo da medida não é a de meramente segregar da sociedade aquele que praticou o ato infracional, e que a finalidade sócio-pedagógica é presente em todas elas, necessário faz-se suprir a omissão do legislador, incluindo nas Disposições Gerais do Capítulo IV a previsão de sua aplicabilidade às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Com clareza solar, Alyrio Cavallieri expõe:

(...) diminuir a menoridade penal somente iria contribuir para aumentar a população nas Penitenciárias brasileiras, que já não são nenhum exemplo de reeducação, dificultando mais ainda a ressocialização do preso, o que viria de encontro ao próprio caráter retributivo da pena. Nestes termos, a pena não servirá para punir o menor infrator, mas apenas irá mascarar uma situação irreal de punição, pelo simples fato deles não estarem sob a égide do ECA, mas aos dispositivos do Código Penal. [21]

Assim, considerando o disposto no art. 121, parágrafo 5º combinado com a art. 2º, parágrafo único da Lei n. 8.069/90, e art. 5º, inciso II da Constituição Federal, a aplicação de medida socioeducativa após dezoito anos a autor de ato infracional é restrita a de internação. Tal dispositivo contradiz o espírito do Diploma Estatutário, tendo em vista o caráter socioeducativo das medidas. Assim, respeitando-se o princípio da legalidade previsto na Lei Maior, a possibilidade do adolescente vir a cumprir ou permanecer no cumprimento de medida, que não a de internação, é condicionada ao seu consentimento.

7. O DIREITO PENAL JUVENIL E A DIGNIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Abordada como “pedra angular” pela Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é o fundamento norteador do ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes: *Será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.*[22]

A Constituição Federal considera a dignidade como fundamento da República. De acordo com a estrutura normativa dos fundamentos constitucionais e a integração do ordenamento jurídico, a inserção da tutela constitucional à dignidade da pessoa humana denota importante modificação no sistema jurídico brasileiro. Desta forma enquanto o Código Civil protege os direitos da personalidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente - posterior à promulgação da Constituição, garante de modo integral a infância e a adolescência, tendo em vista a especial condição de pessoas em desenvolvimento que devem ser dotadas de condições suficientes e necessárias para que possam compreender a função que devem ocupar na sociedade.

Uma das questões mais complexas no campo do direito penal é o modo como adolescente infrator é considerado um inimigo social, "o outro" de uma sociedade em que o princípio do certo e do errado é ampliado com a firme divisão incentivada pela cultura norte americana entre mocinhos e bandidos. Os apontamentos de cunho preconceituoso justificam o uso da violência em face do adolescente, que antes de ser infrator, é uma vítima social. A manipulação da opinião pública através da mídia amplia a sensação de insegurança e, apesar da incompatibilidade com o fundamento da República, passa a legitimar o *direito penal do terror*.[23]

Como sujeitos de direitos, às crianças e aos adolescentes é garantido um tratamento diferenciado. O conceito de proteção integral da legislação objetiva a proteção total, absoluta, sem limitações – e não parcial, relativa, limitada. No plano da aplicação, o sistema de justiça socioeducativa estabelecido pelo ordenamento jurídico é integrado por operadores do direito e técnicos qualificados, todos em maior ou menor extensão pessoalmente comprometidos com a política oficial de proteção integral da infância e da juventude. Diante das boas intenções do legislador e da dedicação dos protagonistas do sistema de justiça socioeducativa, não há como negar a existência da cruel falta de proteção da infância e juventude no Brasil.

Para fazer frente a essa situação, importa recordar, com Celso Lafer[24] o pensamento de Hannah Arendt e a importância de resguardar o valor atribuído à pessoa humana, conquista histórica e valorativa subsumida dos direitos humanos. Reconhecida especialmente após as atrocidades cometidas pelo próprio homem durante a 2ª. Guerra Mundial, que matou mais de 50 milhões de pessoas em seis anos de conflito, a dignidade da pessoa humana deve ampliar o olhar dos operadores do direito penal em direção a essa vítima de um sistema punitivo violento, não apenas como condição de sobrevivência física do adolescente infrator, mas também na sua dimensão social, moral e psíquica como tutela da vida humana em sociedade.

A dignidade da pessoa humana tem a eficácia de garantir condições mínimas existenciais para uma vida saudável, além de promover a participação ativa e co-responsável do indivíduo nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. Ao vincular a dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais, a Constituição Federal estabeleceu um valor fundante capaz de reunir em si dois aspectos basilares: uma ação negativa por parte do Estado, no sentido de evitar agressões; e uma ação positiva, com o escopo de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos.

De acordo com a interpretação que vem sendo feita acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente, as medidas socioeducativas merecem atenção especial no sentido de

efetivar as garantias aos direitos fundamentais dos sujeitos em peculiar estado de desenvolvimento.

Em face do contexto proposto pela dignidade da pessoa humana, há que se aliar o Direito Penal Juvenil de acordo com os enunciados pelas garantias constitucionais, o que proporciona a instrumentalização dos direitos previstos na Carta Magna.

8. CONCLUSÃO

Diante do exposto, merece registro o fato de que não pode a sociedade olhar para o Estatuto da Criança e do Adolescente sem antes relembrar do processo histórico-evolutivo que nos trouxe até aqui, posto que, não obstante tenhamos hoje uma legislação menorista da mais alta qualidade, não foi fácil a evolução até os dias de hoje, muitas crianças e adolescentes tiveram que sofrer e até mesmo perder suas vidas para que a sociedade chegasse à conclusão de que jovem infrator não é um monstro e, por seu turno, assim como qualquer réu adulto, não desmerece tratamento humano e digno.

É certo que existe um debate político e jurídico em torno da responsabilidade juvenil, da criminalidade e da delinqüência na adolescência. De imediato, o foco da discussão acarreta uma proposta de rebaixamento da idade penal. Desse debate emerge um grupo extremista, partidário da Doutrina do rigorismo penal, que fundamenta suas idéias no movimento repressivo que deve culminar em maior segurança. De outro prisma, existem os seguidores do abolicionismo penal, que proclama a falência da proposta retributiva sugerida pelo estatuto juvenil. Esses pensadores recomendam a construção social de novas alternativas para o enfrentamento da criminalidade, tais como as penas alternativas em substituição às privativas de liberdade.

Diante de tais extremos, existe a doutrina do direito penal mínimo, que reconhece a necessidade da restrição da liberdade para determinadas situações e que sugere a aplicação de penas alternativas, reservando a privação da liberdade para a prática dos atos infracionais que representem um risco social efetivo, podendo comprometer gravemente a segurança social. Nessas circunstâncias, a privação da liberdade é um dever estatal e um direito da coletividade.

A Constituição Federal contempla o direito à dignidade como direito fundamental. Em consonância com o referido valor, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece um sistema de resposta ao ato infracional de caráter pedagógico de forma retributiva, associado à garantia dos princípios norteadores do direito penal como instrumento de cidadania dessa categoria de pessoas em peculiar estágio de formação.

O sistema de atendimento aos adolescentes infratores privados da liberdade está em crise, entretanto, menos intensa que a superpopulação das penitenciárias, para onde se pretende enviar os infantes infratores. Há que se ressaltar que os centros de internamento proporcionam ao internado um sentimento de aflição tal qual ou mais intenso que a do sistema penitenciário.

Cabe à sociedade uma reflexão que impeça o retrocesso normativo, como a proposta de redução da idade da imputabilidade penal, tratando como iguais os desiguais.

O que deve ser feito é uma reavaliação do sistema infracional da adolescência, a luz do Direito Penal Juvenil proposto pela doutrina, que busca aliar as garantias jurídicas do Estatuto ao Direito Penal Mínimo, por conseqüência, afastar a malfadada insegurança jurídica, de maneira a efetivar o princípio nodal do ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo: Malheiros, 2000.

AZEVEDO, Mônica Louise de. *Penas alternativas à prisão:*os substitutivos penais no sistema penal brasileiro. Curitiba: ABDR, 2005.

CARVALHO, Jéferson Moreira de. *Estatuto da criança e do adolescente. Manual funcional*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

CAVALLIERI, Alyrio. Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CHAVES, Antonio. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1994.

CORREA JUNIOR, Luiz Carlos de Azevedo. *Direito do menor*. São Paulo: Atlas, 1991.

CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. São Paulo: Ed. Forense, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – direito de família, vols. 5 e 6*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: RT, 1984.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Temas de direito da criança e do adolescente*. São Paulo: Nossa Livraria, 1997.

Kant, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, César Oliveira de Barros. *O ato infracional e a justiça da infância e da juventude.* Artigo publicado na rede mundial de computadores: http://www.abmp.org.br/textos/448.htm

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional – medida socioeducativa é pena?* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

_____. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.* 7. ed. rev. e ampl. de acordo o Novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

Moraes, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. *Direito Infracional*: Garantismo, Psicanálise e Movimento Anti-Terror. Florianópolis: Habitus, 2005.

SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei – Da Indiferença à Proteção Integral:* Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. As garantias processuais e o adolescente a que se atribua a prática de ato infracional. In *Justiça Adolescente e Ato Infracional*: socioeducação e responsabilização. ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (orgs). São Paulo: ILANUD, 2006.

_____. *Compêndio de Direito Penal Juvenil* – Adolescente e Ato Infracional. 3. ed., rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOTTO MAIOR, Olympio. *Ato infracional, medidas sócio-educativas e o papel do sistema da justiça na disciplina escolar*. Artigo publicado na rede mundial de computadores:
*www.mpes.gov.br/.../17_2081102525492008_**Ato**%20**infracional**,%20**medidas**%20**socioeducativas**%20e%20sist.%20de%20justiça%...*

WALKER, Marcelly. *Crianças e adolescentes como sujeitos de direitos.* Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá. UEM: 2006.

---

[1] Cf. SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei – Da Indiferença à Proteção Integral:* Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 51.

[2] WALKER, Marcelly. *Crianças e adolescentes como sujeitos de direitos.* Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá. UEM: 2006, p. 26.

[3] SARAIVA, João Batista da Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil* – Adolescente e Ato Infracional. 3. ed., ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 26.

[4] LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.* 7. ed. rev. e ampl. de ac. c/ o Novo CC. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 15-16.

[5] Optou-se por usar a expressão “fato típico” em vez de infração penal ou ato infracional, por ora, em razão da abordagem futura dos termos, a qual tratará da diferença entre ambos.

[6] Em termos simples, eis o que o grande filósofo alemão Immanuel Kant chamou de imperativo categórico: você deve agir sempre baseado naqueles princípios que desejaria ver aplicados universalmente. Por que "imperativo categórico"? *Imperativo*, porque é um dever moral; *Categórico*, porque atinge a todos, sem exceção.

[7] Kant, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. p. 75.

[8]. E.g., Declaração dos Direitos da Criança de 1959; do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador, de 1988); Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989.

[9] Neste sentido, invoca-se a PEC 179/2003 Que pretende dar nova redação ao art. 228 da Constituição Federal e atribuir responsabilidade penal ao jovem maior de dezesseis anos.

[10] Hoje “Fundação Casa”.

[11] Conforme a Teoria Finalista.

[12] A Doutrina do Direito Penal Máximo difunde a idéia de que com mais rigor, com mais pena, com mais cadeia, com mais repressão em todos os níveis, haverá mais segurança. (SARAIVA, João Batista Costa. As garantias processuais e o adolescente a que se atribua a prática de ato infracional. In *Justiça Adolescente e Ato Infracional:* socioeducação e responsabilização. ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (orgs). São Paulo: ILANUD, 2006. p. 177.

[13] SARAIVA, João Batista Costa. As garantias processuais e o adolescente a que se atribua a prática de ato infracional. In *Justiça Adolescente e Ato Infracional***:** socioeducação e responsabilização. Idem.

[14] ROSA, Alexandre Morais da. *Direito Infracional***:** Garantismo, Psicanálise e Movimento Anti Terror.

Florianópolis: Habitus, 2005, p. 149.

[15] Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

[16] MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 49.

[17] LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.* 7. ed. rev. e ampl. de acordo o Novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 12.

[18] CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. São Paulo: Ed. Forense, p. 147.

[19] LEAL, César Oliveira de Barros. *O ato infracional e a justiça da infância e da juventude.* Artigo publicado na rede mundial de computadores: http://www.abmp.org.br/textos/448.htm

[20] SOTTO MAIOR, Olympio. *Ato infracional, medidas sócio-educativas e o papel do sistema da justiça na disciplina escolar*. Artigo publicado na rede mundial de computadores:
*www.mpes.gov.br/.../17_2081102525492008_**Ato**%20**infracional**,%20**medidas**%20**socioeducativas**%20e%20sist.%20de%20justiça%...*

[21] CAVALLIERI, Alyrio. Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 56.

[22] Moraes, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

[23] AZEVEDO, Mônica Louise de. *Penas alternativas à prisão:*os substitutivos penais no sistema penal brasileiro. Curitiba:ABDR, 2005, p. 72.

[24] LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 118.

O EMPREGADO MIGRANTE E HIPOSSUFICIENTE: BREVE REFLEXÃO SOBRE A COMPETÊNCIA TRABALHISTA E O ACESSO À JUSTIÇA*

THE MIGRANT AND HYPOSSUFFICIENT EMPLOYEE: SHORT REFLECTION ABOUT WORKING COMPETENCE AND ACCESS TO JUSTICE

Luis Otávio Vincenzi de Agostinho
Paulo Mazzante de Paula

RESUMO

A competência trabalhista fixa que a propositura da ação é determinada pela localidade onde o empregado prestar serviços ao empregador, conforme regra geral do artigo 651 da Consolidação das Leis do Trabalho. O presente estudo preocupa-se com o empregado migrante que é contratado em outra localidade e não recebe os direitos trabalhistas. Caso pretenda ingressar judicialmente terá que propor a ação na Vara do Trabalho do local da prestação de serviço, diante da proibição existente quanto ao local da contratação. A jurisprudência vem tentando modificar e corrigir a situação, aplicando o princípio do livre acesso à justiça, previsto na Constituição Federal. A presente reflexão analisa sobre a necessidade de alteração da regra geral, permitindo assim que o trabalhador hipossuficiente tenha acesso ao Poder Judiciário, possibilitando a propositura da ação no lugar da contratação ou local da prestação de serviço.

PALAVRAS-CHAVES: COMPETÊNCIA; MIGRANTE; JURISDIÇÃO; ACESSO À JUSTIÇA; PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.

ABSTRACT

The working competence fixes that the commencement of action is determined by the place where the imployee is serviceable to the employer, according general rule of the 651 article of consolidation of the laws of the working. The present study worries about the migrant employce that is engaged in another place and doesn't receive the working rights. If he intends to move an action against someone he must propose the action in local jurisdiction where he had worked because there is a prohibition about the place of the contract. Jurisprudence is trying to modify and correct the situation, applying the free access to justice, foreseen on Federal Constitution. The present reflection analyses about the need of changing the general rule, permitting that the hypossufficient employee has access to Judiciary Power making possible the presentation of action at the engage place or at the place of work rendering.

KEYWORDS: COMPETENCE; MIGRANT; JURISDICTION; ACCESS TO JUSTICE; WORK RENDERING.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

O princípio da supremacia do interesse do empregado sempre foi defendido e reafirmado a cada artigo presente na Consolidação das Leis Trabalhistas. Aliás, protege o trabalhador frente ao capital, prevalecendo o princípio *in dubio pro operario*.

A preocupação, evidentemente, deverá existir até mesmo quando o assunto trata da competência para propositura da ação trabalhista, sempre objetivando a inclusão social do empregado e o acesso à justiça.

O presente estudo procura analisar a questão do empregado migrante e hipossuficiente, que é contratado em seu domicílio e presta serviço em outra localidade. No caso do inadimplemento das verbas trabalhistas terá que propor a ação no local da prestação de serviço, tomando-se por base a regra geral contida no artigo 651 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A jurisprudência timidamente vem tentando alterar a competência, mesmo que de forma contrária a lei, sob o argumento de que deve prevalecer o princípio constitucional do acesso à justiça, criando assim uma nova exceção ao dispositivo legal.

Entretanto, salvante melhor juízo, há necessidade de alteração da regra geral, criando efetivamente uma nova ressalva ao citado ordenamento legal. Nota-se que o texto consolidado contém uma proibição de interpretação restritiva, ou seja, “ainda que tenha sido contratado noutro local” (art. 651 da CLT).

O direito é mutante, exigindo mudança para a adequação da situação do trabalhador, que não pode ter o acesso à justiça negado ou dificultado. A decisão deve levar em conta a jurisdição constitucional e a aplicação do princípio da razoabilidade para o acesso à justiça do empregado.

Portanto, tem o presente artigo o intuito de trazer à tona a discussão do caso do empregado migrante, contratado para prestar serviço em outra localidade e que não recebe os seus direitos trabalhistas.

Por exemplo, a doméstica nordestina contratada em seu Estado para trabalhar na cidade de São Paulo, que não recebe os direitos trabalhistas e retorna à sua casa. Caso pretenda acionar judicialmente o empregador terá que retornar à capital do Estado de São Paulo, gastando, às vezes, quantia maior do que a própria verba reclamada em juízo.

O artigo 651 da Consolidação das Leis do Trabalho deverá ser revisto para contemplar a proteção trabalhista e a defesa da garantia de seu acesso à justiça, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

1. Da Competência para a propositura da ação na Justiça do Trabalho

Na sistemática processual trabalhista, o empregado possui legitimidade para impetrar ação contra o empregador no local da prestação de serviços. De acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, na seção atinente à jurisdição e competência:

Art.651. A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro.

O legislador, nesta hipótese, considerou que a competência da Vara do Trabalho é determinada pela localidade da prestação de serviço, possivelmente para a facilitação da produção da prova. Pois bem, visível é a necessidade de prevalecer a supremacia da defesa do interesse do empregado, alterando a regra geral e propiciando alternativa ao trabalhador.

Regra geral, a ação trabalhista deve ser ajuizada no último local em que o empregado prestou serviços ao empregador, posto que tenha sido contratado em outra localidade ou em outro país para prestar serviços no Brasil. (LEITE, 2008, p.280).

No entanto, nem sempre a regra geral é a que ocorre no cotidiano das relações trabalhistas. Habitualmente se observa o empregado ajuizando ações trabalhistas em localidade distinta daquela em que trabalhou. O Juiz Federal do Trabalho, por sua vez, acolhe a exceção de incompetência apresentada por seu antigo empregador. Contudo, é fato de que em nosso país, inúmeros são os trabalhadores que saem de seus domicílios para trabalhar em locais distantes e, sendo dispensados, não possuem outra opção, senão voltar à sua terra natal, muitas vezes sem receber nem o próprio salário.

Não é possível que a mesma lei sirva para o alto funcionário, como por exemplo, um empregado diretor de sociedade anônima, que recebe ótimos salários, e também para o empregado migrante, hipossuficiente e que percebe na maioria das vezes o salário mínimo.

Portanto, a regra geral é que a ação trabalhista deve ser proposta no último local da prestação de serviços do empregado, ainda que o mesmo tenha sido contratado em outra localidade ou no estrangeiro (acerca deste particular, Súmula 207 do TST). Exemplo: Se o empregado foi contratado em Jacarezinho (PR), trabalhou em Londrina (PR) e, por último, em Maringá (PR), é nessa localidade (Maringá) onde a ação deverá ser proposta.

Existem exceções à regra geral, conforme artigo 651, parágrafos 1º, 2º e 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho. A primeira diz respeito ao empregado agente ou viajante comercial, onde prevalece para a propositura da ação trabalhista o local onde a empresa tenha agência ou filial e o empregado esteja subordinado. Na falta, será

competente o Juízo do Trabalho da localidade em que o empregado tenha domicílio ou o local mais próximo.

A segunda hipótese é do empregado brasileiro que labora no estrangeiro. As verbas trabalhistas serão analisadas com base na legislação estrangeira, embora a Justiça do Trabalho brasileira tenha competência para examinar a questão, se a empresa tiver agência ou filial no Brasil.

O artigo 88 do Código de Processo Civil elucida tal hipótese:

É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I. O réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado na Brasil;

II. No Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III. A ação se originar de fato ocorrido ou de fato praticado no Brasil .

Parágrafo Único: Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

A jurisprudência estabelece:

[…] Contrato de trabalho realizado no Brasil e cumprido no exterior. Competência da Justiça Brasileira para processar e julgar reclamatória trabalhista. Acórdão regional reconhecendo a competência da Justiça Brasileira, em conformidade com o disposto no art. 651, § 2º da CLT. (TST, CNC 27.282/91-2, rel. Ermes Pedrassani, Ac. SDI 1.477/91)

Por outro lado, havendo tratado internacional disciplinando que o foro competente para a propositura da ação trabalhista é determinado país, não se aplicará tal regra (§ 2º, art. 651 da CLT), mas a que o tratado prevê.

Por fim, o § 3ª do dispositivo trata da alternativa das empresas que promovem atividades fora do lugar do contrato. Exemplos: atividades circenses, artísticas, feiras, exposições, promoções, montadoras industriais, entre outras. (CARRION, 2007, p. 515)

Em que pese a existência das hipóteses anteriores, seria razoável apresentar mais uma exceção à regra geral, incluindo um novo parágrafo ao ordenamento, permitindo que o empregado migrante e hipossuficiente possa propor a ação trabalhista também no próprio domicílio. Tal hipótese se demonstra totalmente defensável pela garantia dos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Processual do Trabalho.

2. Princípio da proteção

O princípio da proteção é afeto ao Direito Processual do Trabalho, conforme exposto adiante:

Embora muitas outras fossem necessárias, algumas normas processuais de proteção ao trabalhador já existem, a comprovar o princípio protecionista. Assim, a gratuidade do processo, com isenção de pagamento de custas e despesas, aproveita aos trabalhadores, mas não aos patrões; a assistência judiciária gratuita é fornecida ao empregado, mas não ao empregador; a inversão do ônus da prova por meio de presunções favorece o trabalhador, nunca ou raramente o empregador; o impulso processual *ex officio* beneficia o empregado, já que o empregado, salvo raras exceções, é o réu, demandado, e não aufere proveito da decisão: na melhor das hipóteses, deixa de perder. (GIGLIO, 2000, p.67)

Como princípio maior no Direito Processual do Trabalho, a proteção é aplicável em qualquer demanda trabalhista, de forma a garantir ao empregado o pleno acesso à justiça e a satisfação almejada quando de direito.

Vários doutrinadores brasileiros defendem o princípio da proteção, salientando os diversos motivos para sua existência, como se nota nas palavras de Carlos Henrique Bezerra LEITE:

A desigualdade econômica, o desequilíbrio para a produção de provas, a ausência de um sistema de proteção contra a despedida imotivada, o desemprego estrutural e o desnível cultural entre o empregado e empregador certamente são realidades trasladadas para o processo do trabalho. (2008, p.86)

Ainda, nos argumentos do referido jurista, o que parece ser mais importante, ao estudar o tema, é atribuir ao referido princípio a função de buscar a compensação da desigualdade existente na realidade socioeconômica, através de uma desigualdade jurídica em sentido oposto. (2008, p.85)

Nas lições de Letícia Godinho SOUZA, o Direito do Trabalho tem o papel de reduzir a disparidade entre o capital e o trabalho, protegendo sempre esse último. E complementa:

No modelo legislado, portanto, os trabalhadores, para fazerem valer o direito, ou seja, para cobrar do empregador os custos do trabalho, podem depender da ação fiscal do Estado ou da Justiça do Trabalho. No contexto dos anos 1990, em que a capacidade de ação coletiva do trabalhador é amplamente enfraquecida, a Justiça do Trabalho passou a servir-lhe como válvula de escape. Passa a residir, dessa maneira, na Justiça do Trabalho, um importante foco da luta democrática no Brasil. (2006, p.191-192)

A autora, ainda, tece o seguinte comentário sobre as limitações e contribuições da Justiça do Trabalho perante a democracia social:

O modelo legislado brasileiro se mostrou sensível às novas demandas. Embora de origem paradoxal, o corporativismo brasileiro mostrou-se uma instituição capaz de adaptar-se às circunstâncias históricas, promovendo resultados bastante positivos no que diz respeito à promoção de maior democracia social. Longe de constituir um modelo ideal, a Justiça Trabalhista brasileira, dentro de suas limitações, contribuiu de forma decisiva para incorporar setores historicamente marginalizados da sociedade brasileira. (2006, p.193)

Aliás, "bem avaliada é a Justiça à que a massa dos brasileiros tem acesso, a do Trabalho, considera a de melhor atuação por 41% dos entrevistados". (OPINIÃO, 2009, p.02)

Evidentemente que, uma Justiça que protege o trabalhador hipossuficiente, fazendo valer os direitos laborais, não é bem vista pelo capitalismo, haja vista a tentativa patronal constante de flexibilização da lei, desregulamentação do ordenamento trabalhista ou até mesmo a extinção da Justiça Especializada Trabalhista.

O capitalismo mais forte faz todo o tipo de propaganda negativa contra a Justiça Laboral, taxando o cidadão/empregado que recorre ao Poder Judiciário para a solução do conflito laboral e recebimento do crédito trabalhista de "comunista", "esquerdista" ou "subversivo", providenciando até mesmo uma "lista negra" entre os empresários para identificar o "terrorista".

A Consolidação das Leis do Trabalho merece atualização, visto que foi aprovada em 1º de maio de 1943, na época do governo de Getúlio Vargas, portanto não há que se falar em desregulamentação da lei trabalhista, mas em adaptação a nova realidade social do mercado de trabalho brasileiro.

Destaca-se a importância da efetivação do Direito do Trabalho no Brasil para a concretização da democracia. Aliás, como instrumento fundamental para a inclusão social. O assunto é retratado por Maurício DELGADO no seguinte sentido: "É chegado o momento de conferir-se ao Direito do Trabalho, no Brasil, seu papel fundamental, histórico, seu *papel promocional da cidadania*". (2006, p. 26).

Esclarece, ainda, que:

[…] esse ramo jurídico é um dos principais instrumentos de exercício das denominadas *ações afirmativas de combate à exclusão social*, com a virtude de também incentivar o próprio crescimento da economia do país. (2006, p. 26).

Possibilita, assim, a inclusão do trabalhador na sociedade e o desenvolvimento econômico do país. O autor faz uma comparação tomando-se por base a inclusão social das grandes massas populacionais dos países desenvolvidos, evidentemente antes da crise mundial, citando os casos de Alemanha e França, líderes do capitalismo, onde mais de 80% da população economicamente ativa daqueles países, já excluído o percentual de desempregados, insere-se no mercado laborativo capitalista com as proteções inerentes ao Direito do Trabalho.

Assevera, em comparação, que "menos de 30% do pessoal ocupado no Brasil corresponde, formalmente, a empregados". (2006, p. 26).

Há necessidade, ainda, de proteger a figura do trabalhador, prevalecendo seu direito subjetivo à vida, à liberdade e à saúde. Considera-se dever do próprio Estado tal preservação humana, sob pena de divergência às garantias norteadoras do Estado democrático de direito, elencado no *caput* do art.1º da Constituição Federal.

Nessa óptica de defesa dos direitos individuais, Norberto BOBBIO, ao definir direitos humanos, atinge o cerne da discussão: "são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos". (2004, p. 35)

Para Flávia PIOVESAN, a definição de direitos humanos aponta uma pluralidade de significados, destacando a chamada concepção contemporânea de direitos humanos "que veio a ser introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993". (2007, p. 60)

Ademais, segundo Reinéro LÉRIAS, existe a necessidade de inter-relação entre ética, moral, ciência e direitos humanos:

Um sentido interdisciplinar e multidisciplinar, sem omitir o campo vertical do conhecimento que dá especificidade a cada uma destas palavras, conquanto sejam por excelência polissâmicas. Necessário se faz, portanto, quando se busca a compreensão e a dimensão que congregam cada um destes termos acrescentar um outro, horizontalização. Horizontalização da especificidade de cada área do conhecimento, buscando com isto contextualizar as ações humanas em um imenso complexo que convencionou-se denominar natureza em seu sentido mais amplo. Diante do efeito estufa, do ecocídio, da violência das mutações climatológicas é chegado o momento de os seres humanos repensarem `in totum´ o que pensam que sabem. (2007, p.126)

O próprio Poder Judiciário tem que se preocupar com a efetivação e preservação da dignidade humana do trabalhador, que "é um valor preenchido *a priori*, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa". Aliás, "a busca da justiça deve ter como base o ser humano" (NUNES, 2007, p. 129).

Desta forma, considerando a hipótese específica do mencionado artigo e, valendo-se do princípio da proteção, será legítima a propositura da ação no local que for mais conveniente ao empregado, de forma a garantir, consequentemente, o direito fundamental do pleno acesso à justiça, como veremos adiante.

A jurisprudência e a necessidade de mudança da regra geral

Tem-se que a interpretação muitas vezes adotada pelos Tribunais, pauta-se na literalidade da lei. Em outras palavras, o juiz interpreta gramaticalmente a legislação e acata a exceção de incompetência proposta pelo empregador, com base nos artigos 799, 800 e 651 todos da Consolidação das Leis do Trabalho. A jurisprudência proclama:

Exceção de incompetência *ex ratione loci*. Reclamação no foro de celebração do contrato – art. 651, § 3º, da CLT. " A opção concedida ao empregado, entre o lugar da contratação ou de execução do trabalho (art. 651, parágrafo 3º), deve ser interpretada harmonicamente com o *caput* do mesmo artigo que aparentemente diz o contrário: o parágrafo é uma exceção que não revoga a regra geral do *caput* assim a opção do empregado só pode ser entendida na raras hipóteses em que o empregador desenvolve seu trabalho em locais incertos, eventuais ou transitórios, como é o caso das atividades circenses, artísticas, feiras, exposições, promoções, etc.". Portanto, o fato de o empregador promover a realização de suas atividades em várias outras localidades, que não a da contratação, não dá ao empregado o direito de escolha do local para promover a reclamatória, visto que é no local da prestação de serviços que reúnem-se as provas que instruirão o feito. (TST, SDI, RO-MS-24724/91.5, in DJU 10.4.92., p. 4868)

Convém registrar que a competência em razão do local é relativa e deve ser arguida por exceção em peça apartada. Conforme súmula 33 do STJ "a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício". Assim, ocorre a prorrogação da competência da jurisdição da Vara do Trabalho quando não apresentada a exceção, por se tratar de competência relativa.

Desta forma, desprestigia os princípios constitucionais da Carta Maior, e, principalmente, não se vale de uma hermenêutica constitucional, considerando o critério da hipossuficiência do empregado. Neste sentido:

Uma teoria constitucional que se concebe como ciência da experiência deve estar em condições de, decisivamente, explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público (Offentlichkeit), o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes. A pergunta em relação aos participantes da interpretação constitucional deve ser formulada no sentido puramente sociológico da ciência da experiência. Deve-se indagar, realisticamente, que interpretação foi adotada, a forma ou maneira como ela se desenvolveu e que contribuição da ciência influenciou decisivamente o juiz constitucional no seu afazer hermenêutico. (HÄBERLE, 1997, p.19-20)

Interpretar a pretensão em seu viés constitucional permite legitimar a pretensão trabalhista ajuizada pelo empregado, reafirmando a supremacia de seus interesses e o princípio da proteção.

De forma retraída e esporádica, começam a surgir posicionamentos contrários, firmados em relação à possibilidade de propositura da ação no domicílio do empregado, como opção alternativa do próprio empregado, com fundamento no §3º, artigo 651 da CLT:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA: Ajuizamento da ação no local de prestação de serviços ou da contratação. A competência para o dissídio individual trabalhista será a da localidade na qual o empregado tenha celebrado o contrato de trabalho ou prestado serviços, sendo uma faculdade do empregado ajuizar a ação em uma outra localidade. Entendimento inserto no art. 651, parágrafo 3º., da Consolidação das Leis do Trabalho. Na hipótese dos autos, após a resilição contratual o empregado teria voltado a se estabelecer em seu domicilio originário, o qual coincide com o local de celebração do contrato, sendo este, portanto, o Juízo competente para julgar o feito. Esse entendimento prestigia os princípios que norteiam o direito trabalhista, em especial o da proteção ao hipossuficiente, e leva em consideração a dinâmica do Processo do Trabalho (TST – SBDI – 2, CC no. 144.376-2004-000-00-0, Rel. Min. Emmanoel Pereira, j. 7-2-2006, v.u).

EMENTA: EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. COMPETENTE JUÍZO DO LOCAL DA CONTRATAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO 3º. DO ARTIGO 651 DO DIPLOMA CONSOLIDADO. SEGURANÇA CONCEDIDA. O local onde o reclamante foi contratado e no qual reside, é o lugar mais acessível para ingressar em juízo para pleitear seus alegados direitos, embora diverso da prestação de serviços, tendo em vista a preservação de um dos mais relevantes princípios assegurados constitucionalmente, qual seja, o acesso à Justiça (TRT 2º região, Acórdão SDI 4762/2007-2, processo 14006200500002006, MS, Rel. Vânia Paranhos, 26.11.2007).

4. Problematização e defesa dos interesses do empregado migrante e hipossuficiente

Acerca do processo de migração, vislumbrado no Brasil, bem salienta Valter SANTIN:

[...] Traduz o fenômeno da movimentação territorial das pessoas. Comporta três divisões: migração, imigração e emigração. A migração é a movimentação dentro do mesmo território; imigração é o processo de chegada de pessoas de outros países; emigração é a saída dos nacionais para outro país. (2007, p. 132)

Ao se analisar a situação do empregado migrante no território brasileiro, que foi contratado para trabalhar em Estado diverso de onde reside, e, por algum motivo, teve de voltar à sua residência após o período trabalhado, deixando verbas trabalhistas das quais tinha direito a receber, restando somente a via judicial para reclamá-las, tem-se hipótese que não é contemplada no artigo 651 da CLT.

Em outras palavras, para propor ação contra o empregador, pleiteando seus vencimentos, verbas salariais, fundiárias, rescisórias e indenizatórias, o empregado necessitará ajuizar a peça inicial na Vara do Trabalho onde ocorreu a prestação de serviço.

Para elucidar o assunto, renovamos outro exemplo, no sentido do trabalhador, pai de família, domiciliado no interior do Estado de Pernambuco, que na busca de melhores condições de vida, vem para o norte do Estado do Paraná, laborar em uma Usina de Açúcar. Ao término de seu contrato, o empregado volta para seu Estado de origem, sem ter recebido as verbas trabalhistas da qual tinha direito. Pela previsão do dispositivo celetista, na grande maioria dos casos hipossuficiente, o trabalhador não pode propor ação em seu domicílio, mas sim no local da prestação de serviços.

O exemplo denota uma situação muito comum na realidade brasileira, o acesso à justiça do empregado migrante. Aliás, ao que parece, a legislação nos moldes atuais favorece, no caso do hipossuficiente e migrante, mais o capital do que o trabalho, ou seja, serve como incentivo ao empregador, e, consequentemente, como argumento desfavorável para o trabalhador não optar pelo ingresso judicial. Sobre o assunto:

Como já lembrou Cappelletti, a demora excessiva é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode sem dano grave esperar um justiça lenta. Na realidade, a demora do processo é um benefício para o economicamente mais forte, que se torna, no Brasil,

um litigante habitual em homenagem à inefetividade da justiça. Basta lembrarmos o que se verifica na Justiça do Trabalho, onde os economicamente mais fracos, desdenhando a justiça, apostam na lentidão da prestação jurisdicional, obrigando aos trabalhadores realizar acordos quase sempre desrazoáveis. Será que alguém ainda acredita que a justiça é efetiva ou inefetiva ou será que ela é sempre efetiva para alguns? (MARINONI, 2006, p. 55)

O artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, com a reforma promovida pela Emenda Constitucional 45/04, enuncia que a todos no âmbito judicial é assegurada "a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

5. O princípio do acesso à Justiça e o empregado hipossuficiente

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal prevê o princípio da inafastabilidade do controle judiciário ou da proteção judiciária, motivo pelo qual garante que a lei ordinária não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A lição de Celso Antonio Bandeira de MELLO atinge o desfecho da discussão:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério pra sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. (MELLO, 1996, pp.545-546)

Decorre deste princípio, o acesso à justiça que não poderá ser negado aos cidadãos em nenhuma hipótese. Como o Estado trouxe para si o exercício do poder jurisdicional, investiu-se, portanto, na garantia do acesso à justiça de todos aqueles que se sintam ameaçados ou lesados em quaisquer direitos.

Todos têm acesso à justiça para pleitear a tutela jurisdicional, motivo pelo qual se trata de um direito subjetivo, decorrente da assunção estatal de administração da justiça, conferindo ao homem para invocar a prestação jurisdicional, relativamente ao conflito de interesses qualificado por uma pretensão irresistível. (BULOS, 2002, p. 178)

Portanto, o direito de ação possui natureza de direito público subjetivo, de forma que o Estado está obrigado a prestar a tutela jurisdicional. O princípio em voga, consagrado na Constituição Federal de 1988, busca vedar interpretação da legislação infraconstitucional que impeça o amplo acesso ao Poder Judiciário.

No presente caso, referente ao dispositivo do artigo 651 *caput* da Consolidação das Leis do Trabalho, há uma limitação de caráter literal, ou seja, não contempla a propositura da reclamação em local diverso de onde ocorreu a prestação de serviço, mesmo sendo mais benéfico ao empregado, impedindo, desta forma, a efetivação de seu direito fundamental, portanto ofendendo o princípio constitucional do irrestrito acesso ao Judiciário, previsto constitucionalmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão seria promover a modificação da questão da competência para a propositura da ação trabalhista, conforme previsão do artigo 651 da Consolidação das Leis do Trabalho, incluindo uma nova exceção, no sentido que o empregado hipossuficiente e migrante teria a opção de ingressar judicialmente no local da prestação do serviço, conforme regra geral, ou, então, na Vara do Trabalho de seu domicílio, mediante criação de um novo parágrafo e alteração da atual jurisdição e competência da Justiça do Trabalho.

A simples aplicação da Constituição Federal pelo Judiciário permite alcançar um maior crescimento da justiça social, visto que o próprio texto prevê o acesso à justiça, amparado pelo princípio constitucional.

O empregado, obtendo o acesso ao judiciário, obteria, inclusive, sua inclusão social, permitindo efetivação da igualdade material.

O critério adotado para a delimitação da questão da hipossuficiência, a título de sugestão, seria o valor da quantia igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, com base no art. 14, §1º da Lei nº 5.584/70.

Além do princípio do livre acesso à justiça, também seriam homenageadas a razoabilidade e proporcionalidade, evitando-se decisões contraditórias, insegurança jurídica e favorecimentos patronais.

Considerando a tese defendida, sugere-se a redação hipotética para a criação de um parágrafo único a ser inserido no art. 651 da CLT: Quando for parte no dissídio empregado migrante e hipossuficiente, assim definido como aquele contratado em outro local da prestação de serviço e que perceba quantia igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, terá a opção de propor a ação trabalhista nas seguintes localidades: a) no foro onde o trabalhador tenha domicílio ou estava domiciliado antes da contratação; b) no foro da celebração do contrato; c) no foro da prestação dos respectivos serviços.

Dessa forma, a modificação retiraria a proibição constante do *caput* do artigo 651 da Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, "ainda que tenha sido contratado noutro local", homenageando o princípio do livre acesso à Justiça do empregado em questão.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 8º, estabelece que nenhum interesse de classe ou particular poderá prevalecer sobre o interesse público. Assim, é necessário o respeito da hierarquia normativa, devendo prevalecer no caso vertente, o disposto na própria Constituição Federal, permitindo o livre acesso ao Judiciário, em detrimento ao contido no texto consolidado, visto que somente assim prevalecerá o interesse público e o princípio da proteção tutelar do trabalhador.

Isto posto, pela garantia do acesso ao Poder Judiciário Trabalhista pelo empregado migrante e hipossuficiente, deve-se aceitar a propositura da referida ação em seu domicílio, de forma a garantir a concretização de seus direitos reclamados, tudo através da utilização de uma hermenêutica constitucional, que leve em consideração, principalmente, os princípios norteadores do Direito Processual do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. Direito do trabalho e inclusão social: o desafio brasileiro. *Revista Magister de Direito do Trabalho*. Porto Alegre, v. 15, pp. 05-27, 2006.

GIGLIO, Wagner D. Solução dos conflitos coletivos: conciliação, mediação, arbitragem, resolução oficial e outros meios. *Revista LTr*, v. 64, n. 3, p.207 et seq, mar. 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: LTr, 2008.

LÉRIAS, Reinéro Antônio. Ética, moral, ciência e direitos humanos. *Revista Jurídica Argumenta*, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, n. 07, p.111-130, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho.* São Paulo: Atlas, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

NUNES, Rizzato. A Dignidade da Pessoa Humana e o Papel do Julgador. *Revista do Advogado*, AASP, São Paulo, n. 95, p.129, dez. 2007.

OPINIÃO. Uma nova Justiça. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 07 de maio de 2009.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos, culturais e direitos civis e políticos. *Revista do Advogado*, AASP, São Paulo, n. 73, 2007.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis Trabalhistas Comentada.* 41. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SANTIN, Valter Foleto. Migração e discriminação de trabalhador. *Revista Jurídica Argumenta*. Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, n. 07, p.131-140, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Letícia Godinho. *Direito do Trabalho, Justiça e Democracia*: o sentido da regulação trabalhista no Brasil. São Paulo: LTr, 2006.

O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA E SUA CONCRETIZAÇÃO PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU*

ACCESS TO THE JUDICIAL SYSTEM AS A BASIC RIGHT TO PROPER LEGAL PROTECTION AND ITS REALIZATION THROUGH THE TRIAL COURT JUDGE

Maria dos Remédios Fontes Silva
Mádson Ottoni de Almeida Rodrigues

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo identificar o acesso à justiça como direito à tutela jurisdicional adequada, apresentando o juiz de primeiro grau como o órgão judicial melhor habilitado à concretização desse direito. O acesso à justiça representa mais do que o acesso ao Poder Judiciário ou aos instrumentos processuais à disposição do cidadão para a prevenção e defesa de seus direitos. O acesso à justiça como direito fundamental deve ser considerado sinônimo de acesso à tutela jurisdicional adequada, querendo isso significar que todo cidadão possui o direito de obter do Judiciário uma resposta capaz de conferir-lhe um resultado prático satisfatório. Com este desiderato, em razão do contato direto com as partes e com as provas do processo, o juiz de primeiro grau possui condições mais favoráveis à prestação da tutela jurisdicional adequada.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA – DIREITO FUNDAMENTAL – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ADEQUADA – CONCRETIZAÇÃO – JURISDIÇÃO DE PRIMEIRO GRAU.

ABSTRACT

The present work aims at identifying the access to the judicial system as a proper means to legal protection, introducing the trial court judge as the best way through which this legal right can be accomplished. Access to a fair trial represents more than access to the legal system or to other legal procedures available in the prevention or protection of one's rights. Access to court should be considered synonymous to access to proper legal protection, meaning that all citizens have the right to get from the courts an effective response for their quest. With this purpose, considering the direct contact with the litigant parties and the evidence of the law suit, the trial court judge detains the most favorable conditions to provide the proper legal protection.

KEYWORDS: ACCESS TO THE COURTS – FUNDAMENTAL RIGHTS – PROPER LEGAL SERVICES – TRIAL COURT JURISDICTION.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO

O tema do acesso à justiça tem sido apresentado, na grande maioria das vezes, sob a ótica do alargamento das garantias processuais colocadas à disposição do cidadão. Assim, quanto mais instrumentos processuais sejam disponibilizados à defesa dos direitos da cidadania, maior será o acesso à justiça. É por este motivo que a discussão envolvendo o acesso à justiça encontra como primeiro fundamento a garantia prevista no art. 5°, inciso XXXV, da Constituição Federal, que apregoa que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Acontece que o acesso à justiça não se restringe ao acesso ao Poder Judiciário, nem à colocação de instrumentos processuais à disposição do cidadão para a prevenção e defesa de seus direitos, cabendo também considerar o acesso à justiça sob a ótica da prestação da tutela jurisdicional adequada.

Falar em tutela jurisdicional adequada é dizer da atuação judicial no sentido do melhor resultado possível para dirimir o conflito em exame, ou seja, dentre as opções existentes para o deslinde da controvérsia, o julgador deverá lançar mão daquela que lhe pareça mais consentânea com o caso, sendo esta a concepção do acesso à justiça como direito fundamental à tutela jurisdicional adequada.

Toda pretensão deduzida em juízo, com exceção da pretensão cautelar, visa a um pronunciamento judicial capaz de satisfazer o direito material objetivado pela parte interessada, porém nem toda tutela jurisdicional é capaz de satisfazer a contento a referida pretensão. Essa frustração pode advir de razões diversas, tanto relacionadas com a justiça da decisão propriamente dita, afeta ao direito material, quanto em decorrência da ineficácia dos instrumentos processuais utilizados no caso.

A intenção deste trabalho não é analisar o sentido de justiça que aponta para o acerto ou desacerto da decisão judicial, tendo em vista que a concepção de justiça é deveras relativa, variando conforme a compreensão de cada indivíduo a respeito do fenômeno jurídico. Justiça pode consistir na exigência de dar a cada pessoa aquilo que lhe devido, no caso da justiça comutativa; como pode também representar o meio-termo, o proporcional, no caso da justiça distributiva, já que o injusto viola o proporcional, como apregoa Aristóteles, no livro V da Ética a Nicômaco.[1]

Neste trabalho o acesso à justiça será tratado como sinônimo de acesso à tutela jurisdicional adequada, querendo isso significar que todo cidadão tem direito não apenas a recorrer ao Poder Judiciário, mas, principalmente, a obter do Judiciário uma resposta que seja capaz de conferir um resultado prático satisfatório. É nessa linha de compreensão que o princípio da efetividade da jurisdição ganhou estatura de direito fundamental, com previsão no inciso LXXVIII, do art. 5°, da Constituição Federal: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Desse modo, razoável duração do processo e tramitação célere são pressupostos de uma prestação jurisdicional de resultado ou, em outras palavras, de um verdadeiro sentido do que venha a ser considerado acesso à justiça.

O acesso à justiça como direito fundamental à tutela jurisdicional adequada decorre da própria existência dos direitos materiais assegurados pela ordem jurídica, que proíbe a autotutela. Assim, com a satisfatividade dos direitos materiais a depender de uma prestação jurisdicional tempestiva, a tutela adequada é fundamental à concretização dos direitos materiais, sob pena de um completo esvaziamento do conteúdo do direito de acesso à justiça.

Outro viés do presente trabalho consiste em destacar a importância do juiz de primeiro grau na concretização do acesso à justiça, como direito à tutela jurisdicional adequada. Como o juiz de primeiro grau mantém um contato direito com as partes e com as provas do processo, nenhum outro órgão jurisdicional se encontra em condições tão favoráveis à prestação da tutela adequada.

Decidir sobre fatos exige proximidade e conhecimento da realidade circundante. Quanto mais próximo das partes e dos acontecimentos, e quanto maior o conhecimento do contexto social da lide, melhor será a compreensão ou sentimento do julgador a respeito do caso *sub examine*. É em razão disso que sobreleva a importância do juiz singular na concretização do acesso à justiça como direito à tutela jurisdicional adequada.

A possibilidade de convocar as partes a qualquer tempo para tentar a conciliação (art. 125, IV), inclusive na fase de execução (art. 599, I); a determinação da produção das provas necessárias à instrução do processo, ainda que não requeridas pela parte interessada (art. 130); a previsão do julgamento da lide pelo juiz que concluir a audiência de instrução, salvo se convocado, licenciado ou afastado por qualquer motivo (art. 132); a adoção das medidas que se fizerem adequadas à efetivação da tutela específica ou à obtenção do resultado prático equivalente (art. 461, § 5°), são exemplos colhidos do Código de Processo Civil que servem para demonstrar a maior proximidade do juiz de primeiro grau com as particularidades da causa, estando ele apto a tomar uma decisão equilibrada, eficaz e socialmente justa. A propósito, não é por acaso que o termo sentença – que provém do verbo *sentire* – tem o significado de sentir ou julgar conforme o sentimento colhido do processo, daí a razão de ser a sentença um ato privativo do juízo de primeiro grau jurisdição, já que as decisões dos tribunais recebem a denominação de acórdão (art. 163 do Código de Processo Civil).

Diante dessa constatação, o ponto de chegada deste trabalho é identificar o vinculo existente entre o acesso à justiça e a melhor alternativa de solução do conflito, demonstrando ser o juiz de primeiro grau o mais habilitado a atingir este propósito.

2. O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Falar de acesso à justiça não é o mesmo que falar de acesso à jurisdição. A expressão acesso à justiça reclama uma compreensão mais aprofundada do que a previsão da existência de instrumentos à disposição do cidadão para postular seus direitos perante o Poder Judiciário, como é o caso do acesso à jurisdição.

Em primeiro lugar, a distribuição da justiça não é atribuição específica do Poder Judiciário, posto que a justiça representa um dos valores supremos assegurados pelo Estado Democrático de Direito, em uma “sociedade fraterna, pluralista e sem

preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias", como reza o preâmbulo da Constituição Federal de 1988.[2]

Também o art. 3°, inciso I, da Carta Magna, relativamente aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, menciona a construção de uma sociedade livre, *justa* e solidária, o que demonstra que se trata da relação lógica entre o Estado e seus fins sobranceiros, uma questão de dever-ser.[3] Desse modo, como valor supremo e um dos objetivos fundamentais perseguidos pelo Estado brasileiro, a consecução da justiça é atribuição dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A concretização da justiça como valor exige, portanto, numa primeira dimensão, o reconhecimento pelo Estado da posição jurídica do cidadão na condição de titular de direitos subjetivos que precisam ser declarados e efetivados. Numa segunda dimensão, violados ou ameaçados os direitos reconhecidos pela ordem constitucional, abre-se para o cidadão a via do Poder Judiciário, destinada a dar operosidade prática à defesa dos direitos em risco. Assim, na lição colhida de CANOTILHO, o princípio da proteção jurídica propicia um alargamento da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, tanto para incluir as situações juridicamente protegidas, quanto para alicerçar um verdadeiro direito ou pretensão de defesa das posições jurídicas ilegalmente lesadas.[4] No mesmo sentido, consoante FERRAJOLI, para que as lesões aos direitos fundamentais sejam eliminadas, é imprescindível a garantia de acesso ao Poder Judiciário, o que permitirá uma participação importante e generalizada dos cidadãos na tutela e satisfação de seus direitos, tanto como instrumento de autodefesa quanto de controle em relação aos poderes públicos.[5]

O Estado Constitucional de Direito se assenta na justificação e concretização dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, sendo o constitucionalismo atual dotado das seguintes características:

valorização dos princípios; adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação; abertura da argumentação Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo; reconhecimento e defesa da constitucionalização do direito e papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.[6]

A constitucionalização do Estado igualmente atingiu o processo judicial, passando a jurisdição à condição de gênese do sistema pós-moderno de acesso individual e coletivo à justiça,[7] inclusive no tocante à jurisdição preventiva, consoante dispõe o art. 5°, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, catalogado no rol dos direitos fundamentais.

Ana Paula Barcellos identifica dois critérios que permitem considerar um determinado direito como sendo fundamental: a fundamentalidade social e a fundamentalidade jurídica. A fundamentalidade social, que serve de parâmetro lógico para orientar a política legislativa em geral, corresponde ao grau de importância e relevância social que determinada matéria apresenta, ou seja, quanto mais fundamental para a sociedade for a matéria disciplinada na norma, mais consistente deverá ser a eficácia jurídica a ela associada; já a fundamentalidade jurídica – que na verdade é reflexo da fundamentalidade social – representa o grau de importância que o ordenamento jurídico

dispensa à determinada matéria, seja disciplinando-a no texto constitucional, o que indica superioridade em relação às matérias infraconstitucionais, seja distinguindo-a no seio do próprio texto da Constituição, como ocorre com as chamada cláusulas pétreas, previstas no art. 60, § 4°, da Carta Magna.[8]

Focando o acesso à justiça sob o critério da fundamentalidade social, urge reconhecer que de nada adiantaria proclamar a existência de direitos de liberdade, políticos e sociais, sem disponibilizar a correspondente via e os instrumentos adequados à defesa e concretização desses direitos.

A Constituição brasileira de 1988, marcantemente democrática e rica em direitos e garantias, propiciou uma expressiva valorização do princípio do acesso à justiça, como comprova o aumento exponencial do número de demandas por parte da sociedade brasileira. Tal fenômeno se deve especialmente à positivação na Carta dos direitos individuais, das liberdades públicas, como as de expressão, de reunião, de associação, e dos direitos como o devido processo legal e a presunção de inocência.[9] Os direitos sociais, apesar de enfrentarem uma trajetória mais difícil, também encontraram espaço na doutrina e na jurisprudência, além dos direitos coletivos e difusos, como a proteção do consumidor e do meio ambiente,[10] tudo a estimular a procura pelo Poder Judiciário.

Diante desse cenário, o acesso à justiça encontra inegável fundamentalidade social, haja vista que é imprescindível ao pleno exercício da cidadania e ao equilíbrio institucional do país. Caso fosse obstado ou dificultado o acesso à justiça, o Estado Constitucional de Direito sucumbiria ao arbítrio, somente restando à sociedade o caminho da reação armada, com a quebra da ordem constitucional.

Como conseqüência da fundamentalidade social, o acesso à justiça possui igualmente fundamentalidade jurídica, contemplada internacionalmente no art. 8º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, *verbis*: “Toda pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

A fundamentalidade jurídica do acesso à justiça também está positiva na Constituição Federal de 1988, no Título II, reservado aos Direitos e Garantias Fundamentais, precisamente no Capítulo I, dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5°, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Não há dúvida, pois, que o acesso à justiça é dotado de ascendência axiológica e funcional sobre outras matérias previstas na Constituição,[11] porquanto se apresenta como um dos pilares de sustentação do regime democrático de direito, possuindo imbricação com outros princípios fundamentais, a saber: o da indeclinabilidade da jurisdição (Constituição Federal, art. 5°, XXXV), o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição (idem, incisos LIV e LV) e o da duração razoável do processo (idem, inciso LXXVIII).[12]

Desse modo, o acesso à justiça é um direito fundamental por ser imprescindível ao exercício da cidadania e à garantia da própria dignidade da pessoa humana, uma vez que

dele depende a asseguração e satisfatividade dos demais direitos. Mauro Cappelletti e Bryant Garth reforçam este argumento:

(...) De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direito é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.[13]

3. O ACESSO À JUSTIÇA COMO SINÔNIMO DE TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA

O acesso à justiça não pode ficar restrito ao acesso ao Poder Judiciário, cabendo igualmente considerá-lo como um direito do cidadão à tutela jurisdicional adequada, capaz de concretizar seu direito material.

De fato, o ordenamento jurídico deixaria de cumprir sua missão se ficasse limitado a reconhecer a abstrata titularidade dos direitos e a relevância de determinadas classes de interesses, porém sem a preocupação de garantir a concretização da tutela desses mesmos direitos e interesses.[14] Ao cidadão não basta que lhe seja franqueado o manuseio da ação, sendo imprescindível assegura-lhe de igual modo uma prestação jurisdicional adequada, capaz de satisfazer concretamente a pretensão deduzida em juízo. É neste sentido que o acesso à justiça abrange tanto o direito de ação quanto o direito à tutela jurisdicional adequada.

A idéia da tutela jurisdicional adequada se identifica com a necessidade do cidadão de obter a satisfatividade do seu direito material, o que deve ocorrer mediante um processo de duração razoável, através da utilização dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Constituição Federal, art. 5°, LXXVIII). Além disso, o julgador que preside o processo deverá lançar mão dos instrumentos processuais hábeis ao cumprimento de suas decisões, de modo a evitar a frustração advinda da ineficácia do provimento judicial.

Quanto à celeridade na tramitação processual, o problema reside na concepção de jurisdição como sinônimo de processo plenário, fundado na técnica da cognição exauriente e na busca incessante pela segurança jurídica. O processo plenário se relaciona com o direito constitucional da igualdade de tratamento (art. 5°, *caput*) e com as garantias do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5°, LIV e LV, respectivamente, da Constituição Federal de 1988). Foi a partir da interação da igualdade de tratamento, da plenitude de defesa e do devido processo legal, que se formou a chamada rede da tutela jurisdicional plenária, representada pela técnica da ordinariedade do processo.[15]

A tutela jurisdicional plenária surgiu comprometida com os ideais do liberalismo político do século XIX, cujo propósito maior era oferecer às partes um procedimento suficientemente amplo, capaz de assegurar ao cidadão a plenitude de defesa em juízo, com a máxima segurança da decisão a ser proferida pelo Estado, ou seja, o procedimento haveria de esgotar em sua plenitude todos os meandros da controvérsia, buscando incessantemente descobrir e declarar a verdade por meio de uma decisão que fosse capaz de assegurar, para sempre, a amplitude da coisa julgada.[16]

A ordinariedade sempre teve como característica a inércia do juiz na condução do processo, o que era preconizado como forma de garantir uma atuação minimalista e isenta do Estado. Quanto menos o juiz interviesse na atuação das partes e na produção das provas, resguardando sua manifestação para o final da lide, mais adequada e elogiada seria a prestação jurisdicional.

Essa ideologia contribuiu sobremaneira para um distanciamento cada vez maior entre o processo e o direito material. O processo deveria se manter purificado e não haveria de permitir um contato do juiz com o direito material antes da sentença. Se o juiz ousasse emitir um pronunciamento prévio acerca do direito material de qualquer das partes, antecipando-se ao momento próprio da prolação da sentença, a prestação jurisdicional restaria irremediavelmente comprometida, uma vez que o juiz teria saído de sua imparcialidade e ofendido o princípio da isonomia de tratamento entre as partes.

Não se pretende, por óbvio, em nome da celeridade, suprimir as fase do processo nem cercear o direito de defesa das partes, entretanto também não se deseja protelar injustificadamente a concretização do direito material verossímil, frustrando a promessa constitucional do Estado de franquear o verdadeiro acesso à justiça.

A cognição exauriente é outro obstáculo ao alcance da tutela jurisdicional adequada, na medida em que simboliza um modelo de jurisdição onde a produção da prova necessita conduzir à verdade irrefutável – como isso fosse possível num processo judicial –, visando a evitar um prejuízo ao direito da parte. Ocorre que o prolongamento do processo desnecessariamente, mesmo diante de um direito material previamente identificado pelo juiz, atenta contra o acesso à justiça como direito fundamental à prestação jurisdicional adequada.

A segurança jurídica também precisa ser repensada em prol de uma prestação jurisdicional adequada. A segurança jurídica em matéria processual se identifica com o instituto da coisa julgada, nos termos da previsão contida no art. 5°, inciso XXXVI, da Constituição Federal: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Da leitura do dispositivo constitucional supra é possível inferir ser a coisa julgada a melhor expressão da certeza jurídica, tanto que resta prejudicada qualquer iniciativa no sentido de contradizê-la.[17] Assim, sob os auspícios da tutela padrão do procedimento ordinário, o ideal de jurisdição haverá sempre de ser representado pela sentença com trânsito em julgado, garantia maior da certeza jurídica.

Ocorre que a prestação jurisdicional adequada não pode ficar a mercê do trânsito em julgado da sentença de mérito. Ou o processo penaliza o autor, onerando-o com todo o custo derivado do tempo a ser percorrido até a solução final da lide, de modo a

assegurar um juízo de justiça e certeza[18] ou, ao contrário, se aceita que o tempo de duração do processo precisa ser equacionado entre as partes, onerando o réu com a satisfação antecipada do direito do autor, ainda que provisoriamente, enquanto se aguarda o momento da prolação da sentença final. Esta derradeira opção se mostra mais consentânea com o sentido da prestação jurisdicional adequada.

Também os instrumentos processuais hábeis ao cumprimento das decisões repercutem na prestação jurisdicional adequada. Foi por este motivo que a Lei 11.232/2005 introduziu no Código de Processo Civil a técnica do sincretismo processual, fundindo as fases de cognição e de execução. As reformas em curso no processo civil dotaram o juiz de maior poder no cumprimento da sentença, o que indica o propósito do legislador de atenuar as agruras advindas do procedimento ordinário.

No passo desse entendimento, com a satisfatividade dos direitos materiais a depender de uma prestação jurisdicional tempestiva, e do uso de instrumentos eficazes ao cumprimento das decisões, a tutela jurisdicional adequada é fundamental à concretização dos direitos materiais, sob pena de um completo esvaziamento do direito de acesso à justiça. Nesse sentido, vale a pena transcrever o registro da Corte Constitucional italiana, colhido de MARINONI: "o direito à tutela jurisdicional está entre os princípios supremos do ordenamento constitucional, o qual é intimamente conexo com o próprio princípio democrático de assegurar a todos e sempre, para qualquer controvérsia, um juiz e um juízo em sentido verdadeiro".[19]

4. O JUIZ SINGULAR COMO CONCRETIZADOR DO ACESSO À JUSTIÇA

4.1. O dogma da "voz do homem artificial"

Em capítulo intitulado sugestivamente "Homem artificial", BOBBIO descreve o que HOBBES considerava ser a natureza do Estado:

Numa passagem de *De Homine*, Hobbes distingue entre as ciências demonstráveis *a priori*, ou seja, de modo rigoroso, e as não demonstráveis. Demonstráveis são aquelas cujos objetos são criados pelo arbítrio do homem. Ora, a geometria é demonstrável porque 'nós mesmos criamos as figuras', ao passo que a física é não demonstrável 'já que as causas das coisas naturais não estão em nosso poder, mas sim na vontade divina'. Como a geometria, também são demonstráveis a ética e a política, 'na medida em que os princípios graças aos quais se conhece o que são o justo e o equânime e, ao inverso, o injusto e o iníquo, ou seja, as causas da justiça, e precisamente as leis e os pactos, foram feitos por nós'. [20]

A concepção do "Homem artificial" na teoria hobbesiana aponta para a criação da figura do soberano, cujo propósito é afastar a insegurança que reina no estado da natureza. Em troca da paz os homens pactuam transferir todo seu poder e força a um "Homem artificial", o soberano, que assume todas as ações e passa a ditar os mandamentos segundo a sua vontade, legitimada pelo pacto precedente.

Quando o soberano se estabelece, toda a equidade, justiça e outras virtudes morais passam a depender de sua vontade: "Porque, para declarar, nas diferenças entre indivíduos, o que é equidade, o que é justiça e o que é virtude moral, e torná-las obrigatórias, são necessários os decretos do soberano".[21] Afirma-se, então, que o direito é uma instituição criada pelo arbítrio do "Homem artificial".

Mas o direito criado pela vontade do "Homem artificial" é um direito semelhante à geometria, ou seja, um direito cujas linhas de definição são traçadas previamente segundo o arbítrio de seu idealizador. É por isso que HOBBES considera a ética, a política e o direito como ciências demonstráveis *a priori*, já que o justo e o equânime decorrem de princípios criados pelo soberano.

A geometrização do direito pelo "Homem artificial" visa a transformar a ciência jurídica numa arte previsível, sem surpresas, a exemplo do que acontece com as ciências naturais e exatas, como a física, a química e a matemática. Para LEIBNIZ, referido por Ovídio A. Baptista da Silva, "as verdades da metafísica, da moral e da *'ciência natural do direito'* podem ter a mesma clareza e poderão ser objeto de demonstração, com o mesmo rigor com o que se demonstra um postulado matemático".[22]

Sem a previsibilidade do direito o "Homem artificial" se sente ameaçado em seu poder, daí a necessidade de concentrar em suas mãos a autêntica interpretação do ordenamento jurídico, como defende HOBBES:

Porque a natureza da lei consiste, não na letra, mas na intenção ou significado, isto é, na autêntica interpretação da lei (que é o que o legislador quis dizer). Por conseguinte, a interpretação de todas as leis depende da autoridade soberana; e os intérpretes só podem ser aqueles que o soberano (única pessoa a quem o súdito deve obediência) nomear. Porque, do contrário, a habilidade de um intérprete pode fazer uma lei adquirir um sentido contrário, ao pretendido pelo soberano; desse modo, o intérprete se tornaria legislador.[23]

HOBBES ainda considera a judicatura como sendo um ato do "juiz subordinado": "Porque um juiz pode errar na interpretação até das leis escritas, mas nenhum erro de um juiz subordinado pode mudar a lei, que é a sentença geral do soberano".[24]. Foi nessa mesma linha de compreensão que MONTEQUIEU formulou a famosa máxima do juiz como "*a bouche de la loi*", lançada em seu "O Espírito das Leis", de 1748.

Essas premissas ideológicas foram decisivas para a formação do pensamento jurídico moderno. Desde então o direito se estruturou identificado com a idéia do "Homem artificial", representativo de um poder centralizado, ditatorial e asséptico, pronto para suplantar qualquer entendimento destoante de sua autêntica interpretação.

Não é de se estranhar, portanto, que o atual modelo de jurisdição privilegie em demasia as decisões dos tribunais superiores, em desprestígio às decisões dos juízes de primeiro grau. A pista para essa ideologia pode ser encontrada na reprodução do pensamento de HOBBES, segundo o qual a sentença do juiz é proferida "não por ser sua sentença particular, mas sim porque ele a profere pela autoridade do soberano, o que a torna uma sentença do soberano, que é lei para as partes em litígio".[25]

Esse desprestígio à sentença particular do juiz, herdada dos filósofos do século XVII, reflete decisivamente na formação jurídica brasileira, que foi estruturada de modo a impor um total distanciamento do estudo dos casos particulares. É fácil constatar que nenhum dos programas dos cursos de graduação em Direito no Brasil contempla uma disciplina voltada exclusivamente ao estudo de casos práticos, pinçados da realidade da vida. O que se estuda nos cursos de Direito é o arcabouço normativo, a doutrina dos "sábios" e a interpretação ditada genericamente pelos tribunais superiores, sem nenhuma atenção para a sentença particular dos juízes de primeiro grau. Para que perder tempo com a sentença do juiz de primeiro grau se a interpretação autêntica que irá prevalecer (ou a verdade absoluta para muitos) é a que emana dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário?

Não é sem razão que a jurisprudência é compreendida como decisões no mesmo sentido proferidas pelos tribunais, ignorando completamente as sentenças emanadas da magistratura de primeiro grau, como se elas sequer existissem de tão incertas e mutáveis que são. Para a cultura brasileira, tudo o que os juízes de primeiro grau decidem parece não ter valor de verdade, e por isso necessita da confirmação pelas instâncias superiores do poder, para o bem da segurança jurídica. A palavra final dos tribunais é sempre a que prevalece como expressão da verdade. É nesse sentido que se faz referência a existência do dogma da voz do "Homem artificial".

Mas como explicar o valor de verdade que se confere às decisões da cúpula do Judiciário, em detrimento às decisões dos juízes de primeiro grau? FOUCAULT parece apresentar uma pista importante neste sentido. Partindo da representação de um triângulo formado entre o poder, o direito e a verdade, o autor sustenta que toda sociedade é submetida pelo poder à produção da verdade, sendo através desta verdade que o poder se exerce, daí por que: "somos obrigados ou condenados a confessar a verdade ou a encontrá-la".[26]

Considerando que a verdade emana do poder e representa o meio através do qual o poder se exercer, é possível admitir a existência de uma espécie de verdade criada pelo poder e para o poder, visando a justificá-lo perante a sociedade, que se sente compelida a aceitá-la. Pode-se afirmar então que a verdade criada pelo poder é uma verdade artificial, um dogma de fé instituído pelo poder e professado pela sociedade.

FOUCAULT defende ainda que o direito compõe o terceiro vértice do triângulo formado a partir do poder e da verdade. O seu entendimento se prende ao fato do direito servir como instrumento de legitimação do poder perante a sociedade, ou seja, é através do direito que a sociedade se sente compelida a aceitar a verdade que emana do poder.[27]

Ora, se a verdade está vinculada ao poder por intermédio do direito, quanto mais se sobe na escala de hierárquica do poder, mais força o direito passa a possuir como instrumento de convencimento da verdade. É por isso que as decisões dos tribunais possuem um peso maior como expressão da verdade ou da justiça do que as decisões dos juízes de primeiro grau. Aqui não importa considerar o acerto, a qualidade ou o fundamento utilizado na decisão considerada em si mesma, porém o valor que a ordem jurídica confere a essa decisão como expressão da verdade.

O certo é que o modelo do Judiciário brasileiro leva a sociedade a não confiar nas decisões proferidas pelos juízes monocráticos, por mais independentes e preparados que sejam. Apesar dos juízes de primeiro grau ingressarem na carreira exclusivamente por concurso público, após um longo e rigoroso exame de seleção de provas e títulos, suas decisões são desacreditadas ou simplesmente ignoradas, diante das muitas e poderosas instâncias recursais superiores existentes.

Como a cultura se assenta na idéia da verdade como expressão de um poder maior, a circunstância de o juiz tomar uma decisão no processo frustrando uma expectativa, por mais ilegítima seja, conduz a parte a pensar que se trata de uma decisão errada, sendo necessário, assim, buscar a decisão certa nos estratos superiores do poder. É a força dessa ideologia que impede a aceitação da decisão do juiz de primeiro grau, negando-lhe credibilidade na interpretação e aplicação do direito.

Ocorre que o anacronismo dessa ideologia se mostra evidente. Ninguém pode negar que a magistratura de primeiro grau está mais habilitada para o acerto do que para o erro. Aliado à independência no modo de recrutamento e ao bom preparo técnico dos juízes, a vantagem da jurisdição de primeiro grau em relação à dos tribunais se justifica por sua maior proximidade com as parte e com os fatos. É o juiz de primeiro grau que dialoga com as partes, que conduz a produção das provas e que se encontra inserido no contexto social da demanda, conhecendo suas nuanças. Diante de tais elementos, a decisão do juiz de primeiro grau se revela sempre mais próxima da justiça do caso, apresentando razões de convicção que jamais poderão ser captadas por nenhum membro de tribunal.

Ainda assim, e mesmo em razão da complexidade da sociedade contemporânea, que fez com que os magistrados assumissem inevitáveis opções valorativas, a transferência de poderes decisórios para o juiz continua a ser zelosamente vigiada pelo sistema jurídico, que não abre mão dos infindáveis recursos.[28]

Vivemos, consequentemente, uma singular discricionariedade somente para o ‘sim’, nunca para o ‘não’, nem mesmo para o ‘talvez’. A discrição, assim entendida, não chega ao ponto de conceder ao magistrado uma autêntica autonomia decisória que lhe desse condições de recusar, por exemplo, a aplicação a uma lei que, ante as novas contingências históricas, tornara-se injusta. Ao pensamento é impossível ultrapassar o sistema. Esta é, de fato, uma das mais expressivas características da organização política moderna, que a faz uma sociedade absolutamente *inclusiva*, provocando o fenômeno que Herbert Marcuse indicou como ‘fechamento do universo político’, que acaba fazendo com que haja uma ‘convergência dos opostos’.[29]

É de se considerar, portanto, que o problema não se situa na qualidade das decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau, mas nos compromissos ideológicos inerentes ao sistema judiciário. Esses compromissos se traduzem, em primeiro lugar, no receio de que os juízes decidam as causas guiados somente por convicções individuais, afastando-se da jurisprudência dominante. Em segundo lugar, teme-se que a verdade dos juízes possa vir a prevalecer, traindo aquela que é verbalizada pelo “Homem artificial”.

4.2. A criação do direito pelo juiz de primeiro grau

A interpretação jurídica tradicional sempre conferiu à norma a missão de oferecer, em abstrato, a solução para os problemas jurídicos. Já o papel do juiz não seria outro senão identificar o sentido da norma, buscando encontrar nela a solução aplicável ao problema em exame. Interpretar significa, então, desvendar o sentido único da norma, buscando encontrar a sintonia entre a vontade do legislador e o contexto histórico de aplicação da norma.

Dessa perspectiva, a atuação do juiz se limita a desvendar a vontade da norma, sem qualquer poder autenticamente decisório. Esse método retira do juiz a missão de aperfeiçoar a lei como um criador, cabendo-lhe tão somente a tarefa de tornar claro o que está contido na norma. Assim, o juiz passa a ser uma entidade que não detém o poder de decidir-se, mas apenas de julgar, que representa a atividade de um juiz incumbido de declarar a vontade da lei.[30]

Segundo Ovídio A. Baptista da Silva, o problema do trabalho limitado à descoberta do sentido da norma é a tensão que comumente acontece entre a lei e a justiça, ou entre leis injustas e o dever de os magistrados obedecê-las ou não. Para ZACCARIA, citado por Ovídio A. Baptista da Silva, o que distingue o trabalho descritivo do historiador da tarefa de interpretação/aplicação da norma jurídica é o "enriquecimento produtivo" do texto, que permite ao intérprete ir além da atualização do texto, como faz o historiador, prosseguindo "na busca do 'justo' '*nel momento dell'interpretazione*', incumbência estranha a quem esteja apenas a fazer História".[31]

Realmente, neste quadrante da história em que sopram os ventos da pós-modernidade, não é mais razoável que o juiz mantenha um forte apego aos textos legais, sendo sua missão participar do processo de criação do direito ao lado do legislador. A particular valoração do juiz a respeito das características do caso em exame é fundamental para a tomada de uma decisão justa, ainda que isso conduza a não aplicação de uma dada lei em determinadas circunstâncias ou a uma interpretação completamente inovadora.

Para exemplificar essa atuação do juiz de primeiro grau no sentido da criação do direito, considerem-se três sentenças proferidas por magistrados no âmbito da jurisdição Federal e Estadual do Rio Grande do Norte:

I) Em sentença emanada da Justiça Federal (processo n° 2003.84.00.004382-2), um magistrado autorizou o recebimento de pensão por homossexual em decorrência do falecimento do companheiro. No caso, o autor mantinha união homossexual com um militar e o juiz reconheceu o seu direito à pensão com base na proteção aos conviventes e no respeito à liberdade sexual. Para o magistrado sentenciante, a vedação ao casamento de pessoas do mesmo sexo não implica impossibilidade de reconhecer a relação de dependência econômica em caso de união homossexual. O juiz observou que não se trata de equiparar a convivência homossexual ao casamento ou mesmo à união estável entre o homem e a mulher, mas de reconhecer que o sobrevivente de união homossexual não deve ser abandonado ao desamparo em caso de morte do companheiro, uma vez que neste caso estaria caracterizada a discriminação vedada pela Constituição Federal, pelo sendo comum da sociedade e até mesmo pela maior parte das religiões.[32]

II) Ainda na Justiça Federal do Rio Grande do Norte (processo n° 2007.84.00.007969-5), um juiz condenou *hackes* a penas alternativas de caráter educativo. Entre outras providências, a sentença determinou a leitura pelos réus das seguintes obras: "A Hora e a Vez", de Augusto Matraga; o último conto do livro "Sagarana", de Guimarães Rosa e "Vidas Secas", de Graciliano Ramos. Os réus também teriam que freqüentar a escola, com a avaliação de suas notas pelo Juízo. Além disso, ficaram impedidos de freqüentar *lan houses* e de participar de redes sociais como o *orkut*.[33]

III) Outra sentença inédita se originou do Juízo de Direito da Comarca de Taipú/RN (processo n° 157.06.200037-9), onde o juiz autorizou a retirada dos órgãos de feto anencéfalo para doação, após o seu nascimento em tempo normal. Anteriormente a mãe solicitara autorização para o abortamento do feto, mas, no decorrer do processo, recuou e optou pela doação dos órgãos, o que foi acolhido pelo juiz. Na mesma sentença, o juiz determinou ao Estado do Rio Grande do Norte, através do setor competente, que adotasse todas as providências necessárias visando à retirada imediata dos órgãos para transplante, após o nascimento da criança anencéfala.[34]

Uma atuação judicial criativa não pode prescindir da independência, imparcialidade e politização dos juízes. A democratização da sociedade contemporânea, expressada principalmente na liberdade de informação e de crítica, tem exigido da magistratura uma atitude de reação à submissão política, saindo o juiz da condição de neutralidade que o marginalizava dos problemas sociais.

A respeito da independência da magistratura, como diz DALLARI, todas as manifestações de organismos e instituições nacionais e estrangeiras sustentam que a magistratura necessita ser independente, entretanto "muitos que afirmam a necessidade da magistratura independente se constituem em obstáculos à independência, de maneira clara ou disfarçada, direta ou indiretamente".[35]

Deixando de lado a ambiência dos regimes ditatoriais, onde a magistratura, dócil e acovardada, não passa de uma peça figurativa, mesmo nas democracias é possível identificar alguns dos fatores responsáveis pela restrição à independência judicial. Para DALLARI, existem estruturas sociais e políticas que, embora não se caracterizem como ditadura, são intrinsecamente antidemocráticas e mantém mecanismos de decisão política que asseguram a supremacia de grupos sociais determinados:

Um dos modos mais sutis para negar independência à magistratura, aparentando exaltá-la e defendê-la, é a manipulação de elementos teóricos e doutrinários, utilizando-se a fachada de altas indagações filosóficas e de sólido embasamento científico, de tal modo que se reduz o direito a uma forma sofisticada, que aceita o conteúdo mais conveniente aos dominadores, ficando eliminada a preocupação com a justiça".[36]

Dentre os inimigos à independência da magistratura DALLARI aponta a conduta dos próprios magistrados. Existem magistrados que abdicam de sua independência e se deixam corromper por atos sutis, a exemplo de homenagens de bajulação ou colaboração recíproca no "interesse público". O comodismo, as conveniências pessoais ou a falta de consciência na relevância de sua função social, igualmente levam os juízes à condição de inimigos da independência da magistratura: "Quando se cobra deles o compromisso com a justiça, respondem que esse é um problema filosófico, não para juristas. E quando se chama a atenção para o fato de que suas decisões agravam

conflitos sociais, alegam que essa é uma questão para a sociologia, não para o direito”.[37]

Outro fator que depõe contra a independência da magistratura de primeiro grau é a pressão exercida pelos órgãos colegiados do Poder Judiciário. ZAFFARONI chama a atenção para esse aspecto destacando que os corpos colegiados exercem uma ditadura interna sobre seus colegas de hierarquia inferior, sendo muitas vezes a maledicência convertida em moeda corrente e “as sentenças não são confirmadas, revogadas ou anuladas por razões jurídicas, mas por simpatia, antipatia, rancor, ciúme do colega”.[38] Para o referido autor:

A independência interna somente pode ser garantida dentro de uma estrutura judiciária que reconheça igual dignidade a todos os juízes, admitindo como únicas diferenças aquelas derivadas da diversidade de competência. Este modelo horizontal constitui justamente a estrutura oposta à verticalizada bonapartista, cuja expressão máxima foi a judicatura fascista.[39]

Realmente, a questão suscitada por ZAFFARONI é da maior importância e se relaciona com a falta de democracia interna no Poder Judiciário. Mesmo não sendo este o momento adequado para tratar do assunto, o certo é que a estrutura verticalizada do Judiciário brasileiro cria uma relação de dependência e subserviência do juiz singular em relação às cúpulas do poder. Os juízes de primeiro grau não participam do processo de escolha dos membros dos tribunais, nem são ouvidos no planejamento de gestão do Judiciário, apesar de figurarem como órgãos do poder, como reza o art. 92 da Constituição Federal de 1988. Também a falta de critérios objetivos nas promoções, remoções e permuta afeta a independência dos juízes, que receiam desagradar os membros dos tribunais com suas decisões e posturas assumidas na carreira.

Aliada à independência, a imparcialidade é igualmente essencial à atividade de criação do direito. Um magistrado somente atuará de maneira criativa e inovadora se mantiver distância de interesses egoísticos ou estranhos às circunstâncias fáticas do caso em disputa. A atuação judicial isenta, independente e transparente são as marcas da imparcialidade.

Algo diferente da imparcialidade é a neutralidade do juiz. Para ser imparcial o juiz não precisa ser neutro, mantendo uma postura de indiferença diante da realidade da vida. Pode-se até dizer que não existe neutralidade ideológica, já que a posição de neutralidade é representativa de uma postura mantenedora do *status quo*. Como os juízes integram o sistema de autoridade do Estado, a neutralidade judicial somente serve para comprovar o compromisso do magistrado com os desígnios do poder, passando a falsa imagem de um juiz ideologicamente asséptico. Para Ovídio A. Baptista da Silva, essa aparente neutralidade é responsável pela redução do Direito ao “mundo jurídico”, de tal modo que o jurídico mantenha-se isolado do político, sem que os juristas devam se envolver com valores.[40]

No lado oposto à neutralidade se encontra a politização do Poder Judiciário. Essa politização, por óbvio, não significa qualquer vinculação da magistratura com a militância política partidária, o que inclusive é expressamente vedado pela Constituição Federal (art. 95, parágrafo único, III). Entretanto, considerando que ao Poder Judiciário cumpre a função de guardar a Constituição e interpretar o arcabouço normativo

nacional, resolvendo os conflitos sociais, não é possível deixar de reconhecer a sua politização e é absurdo imaginar um ramo do governo que, como tal, não seja político, conforme leciona ZAFFARONI:

Cada sentença é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, portanto, um ato de governo, que cumpre a importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial dos conflitos. A participação judicial no governo não é um acidente, mas é da essência da função judiciária: falar de um poder do Estado que não seja político é um contra-senso. Por conseguinte, não será possível "despolitizar" o judiciário no sentido amplo da função essencialmente política que ele cumpre.[41]

As posições contrárias à criação do direito pelo juiz se concentram no argumento da arbitrariedade, temendo que o juiz se afaste da solução normativa e decida de acordo com a sua própria ideologia.

Abordando o tema da criatividade judicial, CAPPELLETTI reconhece existirem atualmente importantes razões para o acentuado desenvolvimento de tal criatividade, tendo em vista as características e exigências fundamentais de nossa época, econômicas, políticas, constitucionais e sociais. Para ele, a atuação interpretativa dos juízes, esclarecendo, integrando e transformando o direito, não raro cria um direito novo, mas isso não significa que os juízes sejam legisladores, pois embora o processo judicial e o processo legislativo sejam substancialmente criadores do direito, o primeiro, diferentemente do segundo, impõe uma atitude passiva do magistrado, que necessita da iniciativa do autor para exercer o poder jurisdicional.[42]

Ainda para CAPPELLETTI, a questão da criatividade judicial não é um problema a ser resolvido com base no sim ou não, existindo benefícios e malefícios nessa atividade:

Trata-se, em minha opinião, de problema que não se pode resolver com um claro sim ou não à criatividade dos juízes. Tal criatividade (...) pode ser benéfica ou maléfica, segundo as muitas circunstâncias contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade.[43]

Segundo GARAPON, com o advento do Estado provedor, a justiça é compelida cada vez mais a proporcionar materialmente a igualdade de direitos e a minorar o desequilíbrio entre as partes, atuando o juiz dentro da realidade social e não mais por um critério estrito de legalidade, como dantes. "Se o direito liberal do século XIX foi o do poder legislativo, o direito material do Estado provedor do século XX, o do executivo, o direito que se anuncia poderia bem ser o do juiz".[44]

Ainda assim, mesmo enxergando de forma positiva a transformação da justiça em símbolo da moralidade pública e da dignidade democrática, GARAPON entende que "o juiz não pode criar o direito, a não ser de maneira 'intersticial' para preencher as lacunas do direito positivo; ele é apenas um legislador supletivo e extraordinário".[45]

Aqui cabe espaço para uma crítica: ao que parece GARAPON confunde a criação do direito com a criação da lei. Na realidade é a criação da lei, e não do direito, que figura como tarefa exclusiva conferida ao legislador. O direito é mais amplo do que a lei e

extrapola os seus limites formais. Desse modo, a criação judicial do direito não pode ser compreendida como uma atividade supletiva ou extraordinária, mas como razão de ser da própria atuação jurisdicional.

Pode-se afirmar, portanto, que a criação judicial do direito é um fenômeno inevitável, estimulado pela ordem democrática constitucional. É inevitável pela impossibilidade do legislador prevê todas as hipóteses de aplicação da lei, considerando ser o direito um objeto cultural, que se realiza historicamente através de valores mutáveis. Como essas mutações somente são possíveis na ordem democrática, é ela que tem exigido um novo padrão de relacionamento entre os poderes, estimulando o Judiciário a se colocar como alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e para a adjudicação da cidadania.[46]

Nesse contexto, o juiz de primeiro grau aparece como figura exponencial. É ele que trava um contato direto com as partes e com as provas do processo, conhecendo a realidade viva dos fatos. Essa posição privilegiada permite ao juiz singular buscar a solução que melhor retrate a justiça do caso, sem apego à legalidade estrita. Sem dúvida, a atuação livre e criativa do juiz de primeiro grau representa uma importante contribuição para a construção da sociedade do bem estar.

Por fim, como sinal de alerta, não há como ignorar a ocorrência de excessos praticados no exercício da jurisdição, existindo situações em que os juízes exorbitam os limites de sua atuação, invadindo desarrazoadamente a competência dos demais poderes ou proferindo decisões tendenciosas ou teratológicas. Em tais circunstâncias excepcionais, todavia, o sistema recursal deve funcionar para corrigir as imperfeições e os conselhos de controle da magistratura atuarão para "proteger a imparcialidade dos juízes, assegurar-lhes a representatividade e garantir-lhes a ética", como diz GARAPON, que conclui sua obra com a seguinte exortação poética:

O juiz – seja aquele de Nuremberg ou, mais modernamente, os nossos *petits juges* da periferia – permanece aqui para lembrar à humanidade, à nação ou ao simples cidadão, as promessas feitas, começando pela primeira delas, a promessa de vida e de dignidade. Essas promessas, os juízes as preservam, mas não as têm atadas: eles são delas testemunha, garante e guardião. Elas lhes foram transmitidas, eles as ouviram e as relembram, se necessário for, àqueles mesmos que lhes conferiram essa responsabilidade: como poderíamos reprova-los por isso?[47]

5. CONCLUSÕES

1) O acesso à justiça não se confunde com o acesso à jurisdição. Se este se identifica com o acesso ao Poder Judiciário, e com os instrumentos processuais à disposição do cidadão para a prevenção e defesa de seus direitos, aquele corresponde a um direito fundamental imprescindível ao exercício da cidadania e à garantia da própria dignidade da pessoa humana, uma vez que daí depende a asseguração e satisfatividade dos demais direitos;

2) O acesso à justiça possui fundamentalidade social e fundamentalidade jurídica. Social porque de nada adiantaria proclamar a existência de direitos de liberdade, políticos e sociais, sem disponibilizar a correspondente via e os instrumentos adequados à defesa e concretização desses direitos; jurídica em decorrência da posição de relevo que ocupa na ordem constitucional, o que confirma sua superioridade em relação às matérias infraconstitucionais;

3) O acesso à justiça deve ser considerado um direito do cidadão à tutela jurisdicional adequada, capaz de concretizar seu direito material. De nada adianta franquear ao cidadão o manuseio da ação, sem assegurar-lhe uma prestação jurisdicional adequada, capaz de satisfazer concretamente a pretensão deduzida em juízo;

4) A prestação da tutela jurisdicional adequada depende da superação da técnica do processo plenário, fundado na cognição exauriente, na segurança jurídica, na igualdade de tratamento entre as partes e no devido processo legal. A superação desses paradigmas não implica em suprimir as fase do processo nem cercear o direito de defesa das partes, entretanto também não se deseja protelar injustificadamente a concretização do direito material verossímil, frustrando a promessa constitucional do Estado de franquear o verdadeiro acesso à justiça. Em suma, as partes devem receber um tratamento em juízo que seja consentâneo com a plausibilidade do direito material que ostentem;

5) O modelo do Judiciário brasileiro leva a sociedade a não confiar nas decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau, por mais independentes e preparados que sejam. Apesar dos juízes de primeiro grau ingressarem na carreira exclusivamente por concurso público, após um longo e rigoroso exame de seleção de provas e títulos, suas decisões são desacreditadas ou simplesmente ignoradas, diante das muitas e poderosas instâncias recursais superiores existentes;

6) A particular valoração do juiz a respeito das características do caso em exame é fundamental para a tomada de uma decisão justa, ainda que isso conduza a não aplicação de uma dada lei em determinadas circunstâncias ou a uma interpretação completamente inovadora. A atuação interpretativa dos juízes, esclarecendo, integrando e transformando o direito, não raro cria um direito novo, apesar de não serem legisladores;

7) O juiz de primeiro grau trava um contato direto com as partes e com as provas do processo, conhecendo a realidade dos fatos. Essa posição privilegiada permite ao juiz singular buscar a solução que melhor retrate a justiça do caso, concretizando o direito fundamental do acesso à justiça.

6. REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. 2. ed. Madrid: Editorial Trota, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Franciane de Fátima. **A justiça na Constituição: conceito e sua concretização pela prática judicial**. São Paulo: Método, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Processo e ideologia. O paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 89.

6.1. ARTIGOS CONSULTADOS

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: MORRIS, Clarence (org.), **Os grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem; TEIXEIRA, Bruno Consta; MIGUEL, Paula Castello (coord.). **Uma Homenagem aos 20 anos da Constituição brasileira**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

HOBBES, Thomas. Leviatã. In: MORRIS, Clarence (org.), **Os grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso à justiça na perspectiva dos direitos humanos. In: SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem; TEIXEIRA, Bruno Consta; MIGUEL, Paula Castello (coord.), **Uma Homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais e**

estado constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELLO, Manuel Palácios Cunha & BURGOS, Marcelo Baummam. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

6.2. SITES CONSULTADOS

http://www.leonardi.adv.br/blog/sentença-jfrn-20078400007969-5/. Acesso em 22 de junho 2009.

http://www.direito2.com.br/tjrn/2006/out/30/juiz-apoia-decisao-da-mae-de-doar-os-orgaos-de-feto-com-anencefalia . Acesso em 22 de junho 2009.

http://www.trf5.jus.br . Acesso em 12 de agosto de 2009.

---

[1] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco** In: MORRIS, Clarence (org.), **Os grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 7-17.

[2] Os demais valores supremos previstos no preâmbulo de nossa Constituição são: o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e a igualdade.

[3] MARQUES, Franciane de Fátima. **A justiça na Constituição: conceito e sua concretização pela prática judicial**. São Paulo: Método, 2009, p. 75.

[4] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 277.

[5] FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. 2. ed. Madrid: Editorial Trota, 1997, p. 918.

[6] SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

[7] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso à justiça na perspectiva dos direitos humanos. In: SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem; TEIXEIRA, Bruno Consta; MIGUEL, Paula Castello (coord.). **Uma homenagem aos 20 anos da Constituição brasileira**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 251.

[8] BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 135-140.

[9] BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem; TEIXEIRA, Bruno Consta; MIGUEL, Paula Castello (coord.). **Uma Homenagem aos 20 anos da Constituição brasileira**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 39.

[10] Ibid., p. 40.

[11] BARCELLOS, op. cit., p. 139.

[12] LEITE, op. cit., p. 252.

[13]CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 12-13.

[14] MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 358.

[15] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 109.

[16] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.164.

[17] Aqui não ignoramos a discussão atual no tocante à relativização da coisa julgada por vício de constitucionalidade.

[18] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**, p. 114.

[19] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**, 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 32-33.

[20] BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 31.

[21] HOBBES, Thomas. Leviatã. In: MORRIS, Clarence (org.), op. cit., p. 121.

[22] LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. Nuevos ensayos sobre el entendimiento humano (1704), trad. mexicana de 1976, Liv. IV, Cap. VII, § 19 apud SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**, p. 124.

[23] HOBBES, Thomas. Leviatã. In: MORRIS, Clarence (org.), op. cit., p. 122-123.

[24] Ibid., p. 124.

[25] HOBBES, Thomas. Leviatã. In: MORRIS, Clarence (org.), op. cit., p. 123.

[26] FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 180.

[27] FOUCAULT, op. cit., p. 180.

[28] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia. O paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 275.

[29] Ibid., mesma página.

[30] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia. O paradigma racionalista**, p. 274.

[31] ZACCARIA, Giuseppe. L'arte dell'interpretazione – Soggi sul'ermeneutica giurudica contemporânea. Padova: CEDAM, 1990, p. 90 apud SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e Ideologia**. **O paradigma racionalista**, p. 282.

[32] Disponível em http://www.trf5.jus.br Acesso em 12 de agosto de 2009.

[33] Disponível em http://www.leonardi.adv.br/blog/sentença-jfrn-20078400007969-5/. Acesso em 22 de junho 2009.

[34] Disponível em <http://www.direito2.com.br/tjrn/2006/out/30/juiz-apoia-decisao-da-mae-de-doar-os-orgaos-de-feto-com-anencefalia>. Acesso em 22 de junho 2009.

[35] DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 47.

[36] Ibid., p. 48.

[37] Ibid., p. 50-51.

[38] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 89.

[39] Ibid., mesma página.

[40] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia. O paradigma racionalista**, p. 303.

[41] ZAFFARONI, op. cit., p. 94.

[42] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 73-74.

[43] Ibid., p.92.

[44] GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 227-228.

[45] Ibid., p. 181.

[46] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELLO, Manuel Palácios Cunha & BURGOS, Marcelo Baummam. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22.

[47] GARAPON, op. cit., p. 245- 270.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: A ANÁLISE DO CASO DO COLÉGIO PEDRO II PARA UMA PROPOSTA DE LIMITES SOB O PARADIGMA DA INTEGRIDADE SEGUNDO RONALD DWORKIN*

THE BRAZILIAN PUBLIC MINISTRY (MINISTÉRIO PÚBLICO) AND THE PUBLIC POLICIES: THE STUDY OF THE CASE OF PEDRO II SCHOOL TO PROPOSE LIMITS BY THE PARADIGM OF INTEGRITY BY RONALD DWORKIN

Mariana Barbosa Cirne

RESUMO

O presente trabalho pretende incitar uma discussão sobre a atuação do Ministério Público, como o defensor de tutelas coletivas, e a existência de limites quanto às políticas públicas. Partindo de um caso levado à justiça, que envolve o direito à educação e o Colégio Pedro II, intenta-se abrir o debate sobre a autonomia do cidadão, em defesa dos seus direitos, além da utilização da integridade como critério para decidir os casos difíceis. Para o estudo, conjugam-se as idéias desenvolvidas por Cappelletti e Garth, no livro "Acesso à Justiça", com o "Império do Direito", de Ronald Dworkin. A proposta é apresentar o desafio da efetivação dos direitos fundamentais em uma sociedade complexa e contingente.

PALAVRAS-CHAVES: EDUCAÇÃO; INTEGRIDADE; POLÍTICAS PÚBLICAS; COMPLEXIDADE SOCIAL; INTERESSES COLETIVOS.

ABSTRACT

The present work intends to start a dialogue about the performance of Brazilian Public Ministry (Ministério Público), as a defender of collective rights, and the existence of limits about the public policies. It will study a case brought to Brazilian Court involving the right of education and the Pedro II School to open the debate about citizen's autonomy in defense of its rights, beyond the use of integrity as a criterion to decide hard cases. To this study, it have been used the book by Cappelletti and Garth, "Acess to Justice" and "Law's Empire", by Ronad Dworkin. The proposal is to introduce the challenge of fundamental rights in a complex and contingent society.

KEYWORDS: EDUCATION; INTEGRITY; PUBLIC POLICIES; SOCIAL COMPLEXITY; COLLECTIVE INTERESTS.

1. Introdução

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O presente estudo pretende abordar a importância da defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos pelo Ministério Público, em sua concretização da segunda onda proposta por Cappelletti e Garth, no livro o "O Acesso à Justiça". Sem deixar de perfilhar os avanços decorrentes de tal tutela, intenta-se adentrar na outra faceta de tal reconhecimento de direitos, ou seja, nas possibilidades de abusos e excessos na defesa do interesse coletivo, o que havia sido de certa forma previsto na proposta da terceira onda.

Partindo de um caso paradigmático sobre uma ação civil pública, em que se pretende garantir o oferecimento da turma noturna de um colégio – *ab infinito* – ou seja, uma política pública afirmativa na seara da educação -, este estudo almeja abordar a dificuldade de se reconhecer os limites da atuação do Ministério Público, e do ativismo judicial, sob pena de inviabilizar a própria gestão pública e a efetividade dos direitos sociais.

Para tanto, parte-se da proposta da comunidade de princípios de Ronald Dworkin, para atestar que a igualdade não deve ser compreendida como a concessão de direitos, sem qualquer diferença, mas sim com os temperamentos propostos pela integridade. Além disso, que ver os cidadãos como iguais, necessariamente exige notar também as suas diferenças.

Diante de tal narrativa, espera-se que se tornem mais nítidas as conseqüências de uma tutela coletiva, para uma melhor – e mais prudente – utilização de mecanismos como a ação civil pública, em seu efeito vinculante. Não se pretende aqui achar soluções, ou colocar um ponto final na controvérsia, mas sim dar ensejo à reflexão e abrir o debate sobre o tema.

2. A importância da efetividade dos direitos coletivos. A ação civil pública e a atuação do Ministério Público.

Em sua proposta para uma concepção mais ampla do acesso à justiça, CAPPELLETTI e GARTH denominam como segunda onda a proposta de representação dos interesses difusos (1988, p. 49). Diante da verificação de problemas como a existência de interesses de pequeno valor econômico, se compreendidos no plano individual, e do conhecimento de interesses como o meio ambiente, os autores investigaram algumas propostas para a representação de tais interesses em juízo, enumerando-as em ação governamental, técnica do procurador-geral privado e técnica do advogado particular do interesse público (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

No Brasil, diante do diagnóstico de alguns destes entraves ao acesso à justiça, cresceu a articulação de doutrinadores na área do processo civil, com notória inspiração na *class actions* americana, para formular uma proposta de projeto de lei sobre a defesa dos interesses metaindividuais. Nascia, assim, a lei n.º 7.347/85, mais conhecida como a lei da ação civil pública (MANCUSO, 2004, p. 134) no intuito de avançar na defesa das tutelas coletivas.

Para desempenhar essa função, o artigo 5º da lei nº 7.347/85, após recente alteração de 2007, pela lei nº 11.448/07, enumerou como legitimados para a ação civil pública: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e a associação. Criou-se, assim, uma legitimação concorrente e disjuntiva (MOREIRA, 1988, p. 118), possibilitando uma legitimidade ampla para a defesa dos direitos coletivos. A mesma diretriz pluralista foi seguida pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 82, da lei nº 8.078/90).

A jurisprudência, juntamente com a lei, tem ampliado ainda mais este rol para admitir como legitimados também o síndico da massa falida, a comissão de representantes de adquirentes de unidades em condomínios ou incorporações e condomínio de edifícios de apartamentos (MAZZILLI, 2007, p. 290).

Em se tratando do protagonismo na atuação em defesa do interesse coletivo, merece destaque o papel desempenhado pelo Ministério Público como ente mais atuante na propositura da ação civil pública. Apesar da existência de diversos legitimados ativos, concorrentes, um estudo no Distrito Federal revelou que a sociedade permanece desorganizada quanto às questões de cidadania, cabendo quase toda a atuação em tal seara ao Ministério Público (LEAL, 1995, p. 185) Da mesma feita, outro estudo, realizado em São Paulo, apontou que 92,85% das ações civis públicas propostas naquele estado foram ajuizadas pelo Ministério Público (MANCUSO, 2004, p. 144). No Rio de janeiro, em 83% das ações propostas contra o Poder Público, de 2001 a 2004, o Ministério Público aparece no pólo ativo de tais demandas (ALVES, 2007, p. 19).

A maior crítica identificada por CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 51), quanto à atuação do Ministério Público como órgão sujeito à pressão política não merece acolhida no sistema brasileiro. No Brasil, o Ministério Público é independente e separado da magistratura, como até mesmo CAPPELLETTI reconheceu, ao falar sobre o sistema brasileiro, em um evento científico (MAZZILLI, 2007, p. 308). Nas palavras de Hugo MAZZILLI, o Ministério Público é hoje “o tutor natural dos interesses individuais”, ante os números gerais de propositura de demandas coletivas (2007, p. 313).

A independência, com certeza, é essencial à defesa dos interesses coletivos em juízo. No entanto, cabe questionar se existem limites a este papel desempenhado pelo Ministério Público.

3. O direito à educação no paradigma do Colégio Pedro II.

O Diretor do Colégio Pedro II determinou a extinção das vagas de seu curso noturno, na unidade de São Cristóvão, a partir do ano letivo de 2002. As razões para tal decisão foram muitas, afinal, já existiam diversos requerimentos dos pais dos alunos pleiteando a transferência de seus filhos para os turnos diurnos.

Existia ainda a questão econômico-financeira, decorrente da ausência de recursos orçamentários aptos a manutenção de um terceiro turno do Colégio. Há 6 (seis) anos as verbas destinadas à instituição de ensino eram as mesmas, não acompanhando, portanto, a elevação de custos variáveis como água, luz, prestação de serviços e outros. Registre-se que os problemas financeiros ocasionaram inclusive o corte, por falta de pagamento, dos serviços telefônicos do Colégio.

Não bastasse isso, uma pesquisa realizada pela instituição contatou que os alunos que trabalhavam durante o dia não chegavam a representar 3% (três) dos estudantes do turno noturno do Colégio, e estes não seriam prejudicados pelo encerramento da oferta de vagas naquela unidade, afinal, a oferta de vagas em cursos noturnos de outras unidades da instituição permaneceria a mesma. Por fim, mereceu destaque o problema da segurança, endossado pelos pais, em função dos registros de violência urbana em São Gonçalo, no período noturno.

Diante desse panorama, o Colégio determinou que até o dia 16.02.2002 os alunos do período noturno, da unidade São Gonçalo, deveriam solicitar a transferência para o turno da manhã ou tarde. Se fosse o caso, teriam ainda a opção de solicitar a transferência para uma outra unidade do Colégio, que ofereça o curso noturno.

No intuito de rever tal decisão em sede de política pública, o Ministério Público Federal propôs ação civil pública contra a instituição, no intuito de manter o oferecimento de vagas no curso noturno do Colégio Pedro II, Unidade de São Cristóvão. A ação foi proposta com fulcro em representação, da lavra de alguns alunos que argumentaram a dificuldade de acesso ao estudo em bairro diverso e que, desde o ano 2000, a unidade vem reduzindo a sua oferta de vagas para o ingresso na primeira série do ensino médio, no período noturno.

O pedido formulado na peça exordial foi a proibição de extinguir os cursos noturnos do Colégio Pedro II – unidade São Cristóvão e ainda a determinação para que fosse aberto concurso para o ingresso de novos alunos na instituição, para tal período (noturno).

Nas palavras do Ministério Público Federal, a demanda judicial possuía respaldo no direito à educação, previsto no artigo 205 da Constituição Federal, na igualdade de acesso às instituições de ensino e de fornecimento do ensino noturno, previstos, respectivamente, nos artigos 206 e 208, VI, da Constituição Federal e na existência de direitos difusos a serem defendidos.

Haveria, segundo o *parquet*, ainda, violação da igualdade material, por uma discriminação injusta e arbitrária. Na seara infraconstitucional, apontou como sua base legal, o artigo 4º, VI, da Lei de Diretrizes e Bases – LDB (Lei nº 9.294/96). Aduziu também que o Estado não poderia reduzir a sua oferta de ensino e sim somente aumentá-la.

O Ministério Público Federal pleiteou ainda a concessão de tutela antecipada, para impedir a extinção do curso, ante a violação a preceito constitucional, que constituiria a fumaça do bom direito, e o perigo da demora decorrente da iminência das novas matrículas, previstas para abril de 2002.

Note-se que, no seu pedido final, o Ministério Público Federal consignou como suas pretensões: a) "*condenar a ré a não extinguir, **definitivamente**, o turno da noite do colégio Pedro II – Unidade São Cristóvão*" e b) "*condenar a ré na **obrigação de fazer, consistente em abrir, anualmente, concurso para ingresso** de novos alunos no referido colégio, com o oferecimento de vagas para o turno da noite*." (grifos nossos).

A tutela foi indeferida, e na sentença, o processo foi extinto porque os direitos em discussão foram entendidos como individuais não-homogêneos, sendo, portanto, divisíveis e passíveis de identificação os seus titulares, o que retirava a legitimidade ativa do Ministério Público.

O Ministério Público Federal manejou apelação, à qual o Tribunal Regional Federal da 2º Região deu provimento. Os argumentos endossados foram a existência de direito difuso correspondente à educação e a pretensa existência de futuros alunos que estudariam na instituição. Segundo o *parquet*, e o Tribunal Regional Federal, a coletividade de futuros alunos não poderia ser identificada, o que atesta a defesa dos interesses difusos.

Irresignado com a nova configuração dos direitos coletivos, o Colégio Pedro II manejou recurso especial, em que reafirmou a ilegitimidade do Ministério Público, afinal, o dano, caso houvesse, seria individual e disponível. Os alunos do turno da noite foram realocados em outros turnos e/ou em outras unidades. Em tal oportunidade, alertou sobre a possibilidade de se adentrar, por meio do mote de "alunos futuros", em todas as decisões administrativas do Poder Público em políticas públicas. Permitir-se-ia, assim, inserção do Ministério Público Federal no mérito administrativo da decisão sobre educação.

No julgamento do RESP nº 933.002/RJ, por meio do voto condutor do Ministro Castro Meira, a Segunda Turma do STJ endossou a tese do Ministério Público Federal de que a despeito do interesse ser individual, tem aspecto social, e futuro, o que lhe confere legitimidade:

PROCESSUAL CIVIL. COLÉGIO PEDRO II. EXTINÇÃO DO CURSO NOTURNO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INTERESSES COLETIVOS EM SENTIDO ESTRITO E DIFUSOS.

1. O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública objetivando a manutenção do curso de ensino médio no período noturno oferecido pelo Colégio Pedro II - Unidade São Cristóvão, que teria sido ilegalmente suprimido pelo Diretor da referida entidade educacional.

2. O direito à continuidade do curso noturno titularizado por um grupo de pessoas – alunos matriculados no estabelecimento de ensino – deriva de uma relação jurídica base com o Colégio Pedro II e não é passível de divisão, uma vez que a extinção desse turno acarretaria idêntico prejuízo a todos, mostrando-se completamente inviável sua quantificação individual.

3. Há que se considerar também os interesses daqueles que ainda não ingressaram no Colégio Pedro II e eventualmente podem ser atingidos pela extinção do curso noturno,

ou seja, um grupo indeterminável de futuros alunos que titularizam direito difuso à manutenção desse turno de ensino.

4. Assim, a orientação adotada pela Corte de origem merece ser prestigiada, uma vez que os interesses envolvidos no litígio revestem-se da qualidade de coletivos e, por conseguinte, podem ser defendidos pelo Ministério Público em ação civil pública.

5. No mais, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece expressamente a legitimidade do Ministério Público para ingressar com ações fundadas em interesses coletivos ou difusos para garantir a oferta de ensino noturno regular adequado às condições do educando.

6. Recurso especial não provido. (STJ, REsp nº 933002/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe de 29/06/2009)

Passa-se à discussão sobre esse tema (educação e legitimidade do ministério público) dentro inserido neste contexto fático.

4. Os limites da legitimidade em ação civil pública.

Corresponde à preocupação da segunda onda de CAPPELLETTI e GARTH a representação dos interesses difusos em juízo. Ao identificar tal problema como óbice ao acesso à justiça, os autores enumeram como problema a ausência de interesses na defesa de tutelas de pequeno valor econômico e a inexistência de interesse em desenvolver uma defesa de um bem não individualizável como o direito a respirar um ar sadio (1988, p. 19; p. 49).

Ocorre que, ao mesmo tempo em que há o reconhecimento de um direito, não se pode esquecer de sua contrapartida. Em outras palavras, ao conceder este poder, no entanto, não se pode perder de vista a possibilidade de abusos decorrentes do ponto cego na concessão de um poder. Se por um lado os direitos fundamentais promovem a inclusão, ao mesmo tempo produzem exclusões fundamentais (CARVALHO NETTO, 2003, p. 145).

Prevendo este efeito, CAPPELLETTI e GARTH advertem que “uma vez que os grupos organizados para a defesa do interesse difuso podem, eles mesmos, ser fontes de abusos, mecanismos de controle público (governamental) também têm dos desenvolvidos” (1998, p. 56/57). Em outras palavras, não basta conferir o direito, é preciso exercer também o controle.

O mesmo problema apontado por CAPPELLETTI e GARTH, quanto aos chamados advogados do interesse público, do sistema americano, pode ser trazido para a realidade do Ministério Público: eles não são responsáveis pelos interesses que representam (CAPPELLETTI e GARTH, p. 63). Isso demonstra o outro lado da defesa de direitos. É perigoso investir em heróis, sem qualquer responsabilidade sobre os seus atos. É preciso cautela na defesa de direitos.

Quando traça um panorama sobre a tripartição de poderes e o sistema judicial, PICARDI (2008) faz uma interessante alusão a um pêndulo entre a legislação e a jurisdição. Segundo o seu diagnóstico, durante o século XX, o pêndulo pendia para a codificação. No entanto, no século XXI, o pêndulo se inverte para a valorização da jurisdição e da doutrina jurídica.

Houve, portanto, uma valorização da jurisprudência do direito, o que em outras palavras significa que deixa de predominar o Poder Legislativo para ganhar o papel de protagonista o Poder Judiciário (PICARDI, 2008). Ocorre a chamada explosão da litigiosidade, com o aumento exponencial da procura ao judiciário (SANTOS, 1996, pp. 23-24).

No entanto, tal evidência necessita de limitações, especialmente na hipótese de políticas públicas afirmativas, como o caso em discussão. Freqüentemente são ajuizadas ações civis públicas em face de um ente estatal que significam, na prática, a imposição de uma destinação específica de recursos públicos. Muitas vezes os autores dessas demandas coletivas, com pretextos os mais variados, pretendem invadir o campo da discricionariedade administrativa (DINAMARCO, 2001, p. 190). Mesmo que munidos de boas intenções, transferem as decisões administrativas ao Poder Judiciário, o que pode ser muito nocivo para a sociedade como um todo.

Até mesmo um dos maiores defensores da atuação do Ministério Público, Hugo MAZZILLI, reconhece a possibilidade de excessos na atuação do *parquet* contra o Estado. Em se tratando de ações indenizatórias, adverte que responsabilizar o Estado por todos os danos gera a seguinte conseqüência "o povo não só teria de suportar a lesão, como, paradoxalmente, teria de indenizá-la" (2007, p. 563).

Por essas razões, em se tratando de ações coletivas, ante seu efeito vinculante, o cuidado precisa ser ainda maior na defesa de tais direitos em juízo. Ao abordar a questão, é indispensável perceber "o risco de uma substituição ou confusão dos papéis do juiz e do administrador e enfim do juiz e do legislador (...)" (FONTES, 2005, p. 474).

Apenas para que se tenha uma dimensão do tema, registre-se que um estudo da UERJ verificou que das ações civis públicas ajuizadas perante o foro central do Rio de Janeiro, em 35,08% dos casos as pessoas jurídicas de direito público aparecem como rés (CARNEIRO, 1999, p. 182). Há, portanto, uma grande litigiosidade dirigida á decisões do Poder Público.

Desde já se registre que este estudo não pretende defender – e muito menos concluir - que todas as decisões da administração são corretas e não merecem reparo pelo Poder Judiciário. Não. O que se pretende é fazer um contraponto, a dar ensejo a uma reflexão sobre a atuação do Ministério Público Federal e as decisões do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas na área da educação. A abordagem pretendida é aquela que identifica problemas e não só soluções na proteção da tutela coletiva em juízo.

Exatamente por conta destes riscos é que se pretende pensar o direito à educação, com todas as suas possibilidades de abuso. Quando trata sobre os direitos fundamentais,

Menelick de CARVALHO NETTO aduz que esses fundamentos não são definitivos, mas na realidade se encontram em permanente risco de serem manipulados e abusados (2003, p. 142).

Confundir a política com o direito é um risco das democracias modernas (CITTADINO, 2003, p. 18). Contudo, é preciso traçar uma distinção entre as proposta de uma política e de direitos como intentos de objetivos distintos. Pautada nos ensinamentos Dworkin, Daniela IKAWA ensina que:

No que concerne à primeira distinção, os princípios têm como base o respeito ou a garantia de algum direito individual ou de grupo, enquanto políticas têm por base a implementação ou a proteção de algum bem coletivo. Os princípios estão, portanto, ligados a um caráter distributivo voltado ao indivíduo, ou, em outras palavras, à consideração do indivíduo como um fim em si mesmo. As políticas estão, por sua vez, conectadas a um caráter distributivo voltado à comunidade como um todo. Nessa linha, as decisões judiciais estão preocupadas principalmente com direitos individuais ou de grupo e não com a delineação do bem comum, papel deixado ao sistema político-democrático. (IKAWA, 2006, p. 105)

Em outras palavras, ao tratar de princípios e de políticas pública, não se pode fechar os olhos para a diferença dos interesses em jogo. No caso em estudo, o princípio da educação é defendido por um grupo de alunos, que pretende resguardar o seu direito de estudar naquele curso noturno específico. No entanto, caso observada a questão sob a ótica de política pública, nota-se a comunidade, ou seja, os outros interesses, de outros alunos, também envolvidos. Essa diferença nem sempre é observada pela doutrina, ao defender a função do judiciário como "co-gestor" das políticas públicas (MANCUSO, 2004) ou como ajustador das políticas públicas (FIGUEIREDO, 2007, p. 65). Nem só de benesses essa participação pode ser constituída. Os perigos decorrentes da efetivação dos direitos fundamentais permanecem aqui.

Destarte, cabe partir dos pressupostos de uma sociedade complexa e contingente, aberta ao futuro (LUHMANN, 1983a) e consciente dos possíveis riscos a serem encontrados para pensar os direitos fundamentais. Neste contexto, levar em conta os "futuros alunos" do colégio Pedro II, unidade de São Gonçalo, é fechar os olhos para a infinidade de possibilidades a serem abertas no futuro. Não se sabe se a melhor resposta seria abrir mais vagas no turno diário, em outra unidade, para mais alunos. Em outras palavras, fecha-se assim a abertura da política pública para aquilo que ainda acontecerá, sem se saber como será este futuro.

Mais grave ainda é pleitear a fixação de efeitos em definitivo, com a abertura anual do curso, como se o futuro pudesse ser tão facilmente desvendado e não houvesse outras opções a se abrirem no horizonte. É preciso encarar a nossa contingência. Não se esqueça: "o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação e ação" (LUHMANN, 1983a, p. 45) Diante da limitação do homem,

espera-se maturidade para aceitar os desafios postos aos direitos fundamentais (CARVALHO NETTO, 2003, p. 144).

5. A importância do desenvolvimento da autonomia do cidadão.

Quando CAPPELLETTI e GARTH tratam sobre a terceira onda, demonstram uma argumentação que percebe o ponto cego de sua própria teoria. Em outras palavras, discutem o acesso à justiça levando em conta, também, os possíveis efeitos colaterais da pretensão de reforma (CAPPELLETTI e GARTH, p. 72). Em sua conclusão, os autores encerram o capítulo destacando a necessidade do "acesso à justiça" atentar para todos os seus fatores.

Dentre as possíveis desvantagens, uma autocrítica é desenvolvida sobre o excessivo enfoque na legalidade, mas, acima de tudo, quanto à preocupação na redução da atuação autônoma dos cidadãos. (CAPPELLETTI e GARTH, p. 73) Levando em conta tais premissas, a atuação do Ministério Público, se por um lado pode garantir a efetividade do interesse público, por outro viés inaugura uma inércia na atuação social dos cidadãos. Retira, de certa forma, um pouco de sua autonomia, gerando paternalismo, indesejável na atuação da sociedade envolta na construção de seus direitos.

Na ânsia de realizar o mais rápido possível os direitos fundamentais, não se pode suprimir os processos de participação e as suas formalidades (CARVALHO NETTO, 2003, p. 150). HABERMAS já denuncia os problemas decorrentes do "paternalismo do Estado Social" (1997, p. 142), ao explicar que não basta garantir maior acesso ao judiciário e a proteção aos direitos coletivos. Ao mesmo tempo, torna-se indispensável a participação do cidadão na esfera pública política (HABERMAS, 1997, p. 169).A esfera pública e a esfera privada se complementam, são recíprocas. As duas frentes precisam ser desenvolvidas.

Como diagnosticado por Teori Albino ZAVASKI, a afirmação de que os direitos individuais homogêneos assumem, às vezes, a "roupagem" de direito coletivo e, como tal podem ser classificados como "acidentalmente coletivos", ou ainda, como "subespécie dos interesses coletivos", deve ser entendida com reservas (2006, pp. 54-55). É preciso manter uma distinção entre os institutos, até como forma de garantir a autonomia do cidadão.

6. A Integridade proposta por Ronald Dworkin como critério para conter a inserção do Ministério Público na definição de políticas públicas.

Em uma proposta de uma comunidade de princípios, Ronald DWORKIN trabalha com a idéia de que é preciso entender o direito não apenas como um conjunto de regras, mas também como composto por princípios, aos quais os cidadãos estão vinculados devido ao fator histórico de uma comunidade ter escolhido um sistema (2007, p 255). Tais princípios detêm uma textura aberta, mas, não sem limites (DWORKIN, 2002). Eles estão inseridos no centro do ordenamento jurídico e não em sua periferia.

Ao se aceitar o pressuposto da comunidade de princípios, automaticamente é acolhida a premissa de que ninguém pode ser excluído. Nas palavras do autor, pressupõe-se que "cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse" (DWORKIN, 2007, p. 257). Em outras palavras, cada individual (*self*) trata os outros como pessoas (*selves*) (ROSENFELD, 2003, p. 30), o que gera uma exegese voltada ao bem comum, que pode lançar melhor luz a uma interpretação do princípio.

Como conseqüência, a comunidade de princípios não permite a manipulação do poder político para interesses próprios. Em outras palavras, veda que o aparelho político vigente seja usado para "promover seus próprios interesses ou ideais" (DWORKIN, 2007, p. 256).

Conforme explicações de DWORKIN, existe uma concepção política equivocada de que tratar as pessoas como iguais significaria realizar um cálculo utilitarista global de seu bem-estar (2007, p. 267). No entanto, trata-se de um equívoco, pois, tal opção geraria imobilidade política. A teoria política precisa ser mais flexível, o que em outras palavras significa a exigência de que o "governo persiga estratégias gerais que promovam o bem geral" (DWORKIN, 2007, p. 267)

Aplicando esta teoria às políticas públicas, Dworkin propõe uma igualdade distributiva, o que significa a concretização no campo econômico de um princípio abstrato de igualdade (FERRAZ, p. 243). Para tanto, pretende que no ponto de partida se faça uma distinção entre **escolha** e **circunstância**, para uma teoria da igualdade de recursos (FERRAZ, p. 247), sensível à primeira. Não se penaliza, assim, aqueles que estão em situação de hipossuficiência em decorrência das circunstâncias.

Então, levando tais idéias ao caso em discussão, a decisão de fechar o curso noturno da unidade de São Gonçalo, do Colégio Pedro II precisa ser avaliada conforme o princípio da integridade, partindo-se de uma comunidade de princípios. Como critério diferenciador, para aceitar a inviabilidade de oferecer tal ensino, deve-se escapar da idéia de que, por se tratar de educação, o caso merece uma interpretação cega, como se não houve outros interesses em jogo.

Em outras palavras, merece correção a compreensão de que o direito de educação é para todos e a qualquer momento, custe o que custar. Ora, em se tratando de políticas públicas tal decisão levaria à falência de toda a sociedade e à total incapacidade de investir em outros bens importantes para a qualidade de vida das pessoas (FERRAZ, p. 251).

Pensando no problema da politização do juiz, CAPPELLETTI já imagina que este novo paradigma terá de ser seguido pela responsabilização do juiz para evitar os abusos no uso do aparato (2007, p. 168). O julgamento precisa ser pautado ainda pela responsabilidade.

Diante de tal limitação, o seguro hipotético de Dworkin proporciona uma resposta mais realista e justa, pois, "torna as pessoas iguais em face do risco" (FERRAZ, p. 251). Essa premissa permite não esquecer que toda inclusão é uma nova exclusão (CARVALHO NETTO, 2003, p. 154). Ora, no caso em tela, o fechamento de um turno do colégio não carrega tal risco, afinal, ainda serão disponibilizadas vagas em outras unidades do colégio ou em outros turnos.

Como explica Menelick de CARVALHO NETTO, qualquer caso é complexo, difícil, e envolve pretensões a direitos e o trabalho judicial possui a função de tornar essa sociedade artificial em crível, para que se possa acreditar na justiça (2003, p. 160). Para tanto, é preciso uma fundamentação da decisão que possa convencer racionalmente, sem ferir a justiça e a segurança jurídica.

A autoridade que aplicar a Constituição não pode fazer o que bem quiser com o seu texto, pois, existem limites intersubjetivamente compartilhados (CARVALHO NETTO, 2003, p. 163). Só consciente de tais limites parece possível colocar em prática a integridade em uma comunidade de princípios.

7. Conclusão

Por todas as colocações até aqui trazidas, espera-se que tenha sido viável identificar a contingência e complexidade trazidas na condição humana, como incapaz de traçar soluções fáceis e infalíveis. O futuro é inegavelmente incerto, e essa premissa precisa ser compreendida para que seja possível encarar com maturidade os problemas de uma sociedade complexa, como é exemplo a educação.

Direitos Fundamentais, por certo, precisam ter efetividade. Este ensaio não pretende negar, de maneira alguma, essa premissa. No entanto, não cabe adotar uma visão cega, sem compreender a dualidade de sua dimensão. Ao incluir alguém no direito à educação, pode-se excluir outrem e esse perigo necessita ser enfrentado de frente, para uma melhor decisão no caso concreto.

Levando-se em conta que ninguém pode nos salvar de nós mesmos, uma proposta interessante de abordagem dos problemas a serem enfrentados é a utilização da integridade de Ronald Dworkin. A proposta é olhar as questões postas em debate com fraternidade, sem fingir que princípios como a educação podem ser pensados em absoluto. O indicativo precisa ser o bem comum.

Não se pretende aqui condenar a atuação do Ministério Público ou a defesa de interesses individuais, coletivos ou sociais perante a justiça. Não. Este estudo pretende causar uma reflexão, no intuito de trazer luz à multiplicidade de respostas a serem encontradas às

perguntas. Busca-se, assim, desmistificar que a solução para o tema da jurisdicialização das políticas públicas tem fácil resposta e não merece discussões.

O Colégio Pedro II, unidade São Gonçalo, possivelmente continuará funcionando. Talvez no ano que vem, o turno noturno desta unidade seja fechado. Quem sabe serão abertas novas vagas nos períodos da manhã e tarde da unidade São Gonçalo. Nos próximos anos, o governo disponibilizará, ou não, mais recursos financeiros. As taxas de criminalidade de São Gonçalo poderão cair.

Bem, não existem certezas. O certo é que novos problemas virão e é preciso pensar em como serão resolvidos.

8. Referências.

ALVES, Rogério Pacheco Alves. *A prerrogativa da Administração Pública nas Ações Coletivas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ALVIM, Arruda. *Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso á justiça como programa de reformas e método de pensamento. Trad. Hermes Janeti Júnior. In *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*. Ano 15, n. 19. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Proto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça – juizados especiais cíveis e ação civil pública – uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo.* Rio de janeiro: Forense, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. In *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Seperação de Poderes. In: Luiz Werneck Vianna. (Org.). In *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. 1 ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública.* São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2º Ed. São Paulo: Martins fontes, 2007.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio.* Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Justiça Distributiva para formigas e cigarras. In *Crítica*

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil. In Interesse Público, ano 9, n.º 44, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. A Ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites. In. A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. Édis Milaré (org). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia.* Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Vol. II, 1997.

IKAWA, Daniela Ribeiro. Hart, Dworkin e discricionariedade. In *Lua Nova.* n. 61, 2004.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. A ação civil pública e a ideologia do Poder Judiciário: o caso do Distrito Federal. In *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 35, 1995.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito 1*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo brasileiro. 1983a.

_____. *Sociologia do Direito 2*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo brasileiro. 1983b.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20º Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In *Temas de direito processual*, 2º Ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional.* Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas.* Porto: Edições afrontamentos, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 933.002/RJ, Relator Min. Castro Meira, Segunda Turma, Brasília, DF. J. em 16.06.2009. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 29.06.2009. Disponível em: http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=futuro&&b=ACOR&p=true &t=&l=10&i=1. Acesso em: 05, jul. 2009.

Legislação

BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. *Diário Oficial da República federativa do Brasil*, Brasília,DF, 25.07.1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L7347orig.htm Acesso em: 15 jun. 2009.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da República federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12.09.1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/ l8078.htm. Acesso em: 18 jun. 2009.

BRASIL. Lei nº 11.448 de 15 de janeiro de 2007. *Diário Oficial da República federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16.01.2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm. Acesso em: 20 jun. 2009.

BRASIL. Lei nº 9.434 de 20 de dezembro de 1996. *Diário Oficial da República federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23.12.1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9394.htm. Acesso em: 15 mai. 2009.

A FUNGIBILIDADE RECURSAL E A FUNÇÃO INSTRUMENTAL DO PROCESSO: HIPÓTESE DE AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA*

FUNGIBILITY OF APPEALS AND THE PROCEDURE'S INSTRUMENTAL FUNCTION: HYPOTHESIS OF ENLARGEMENT OF THE ACCESS TO JUSTICE

Mônica Bonetti Couto
Luiz Claudio Correia dos Anjos

RESUMO

O princípio da instrumentalidade das formas, que ora permeia o estudo do Processo Civil moderno, provocou uma considerável alteração na admissibilidade dos recursos em geral dentro do ordenamento jurídico do país, o que terminou por promover, de forma direta, uma maior amplitude na efetiva aplicação do princípio do acesso à justiça. Neste sentido, torna-se fundamental a análise do papel desempenhado pela recente reavaliação do conceito de sentença, aliada a um exame mais objetivo dos limites da fungibilidade recursal, como instrumentos cujas contribuições processuais são inegáveis. Assim, é sob a ótica da fungibilidade que a atividade jurisdicional tem conseguido se manifestar de forma mais equitativa em relação às reais necessidades das partes.

PALAVRAS-CHAVES: FUNGIBILIDADE – RECURSO – PROCESSO CIVIL – PRINCÍPIO - SENTENÇA

ABSTRACT

The principle of fungibility, that currently influences the study of the Civil Procedure in Brazil, has caused a considerable change in the appeals' admissibility within the Brazilian Law system, which also promoted a significant enlargement towards the employment of the principle of the access to justice.

In this regard, it is key to analyze the role played by the recent reexam of the sentence concept, along with a more objective analysis of the limits of the appeals' fungibility, as tools which procedural contribution to the system is undeniable. Thus, it is under the fungibility point of view that the jurisdictional activity has been able to express itself in a more reasonable way in what concerns the true needs of the parts in the action.

KEYWORDS: FUNGIBILITY – APPEAL – CIVIL PROCEDURE – PRINCIPLE - SENTENCE

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DE MEIOS

É assente na doutrina a afirmação de que a ideia geral de fungibilidade foi trazida à ótica jurídica por meio do direito civil, como forma de classificação dos bens móveis. O objetivo maior da apropriação legal deste conceito foi o de dirimir eventuais conflitos possessórios, definindo-se as espécies de bens móveis que poderiam ou não ser substituídos por outros com características físicas similares sem, no entanto, causar qualquer dano às partes.

Neste sentido, a fungibilidade civil está diretamente associada à noção de "substituição" de bens cujas similaridades físicas (de espécie, qualidade e quantidade) permitem ampla permutação. Vale lembrar, ainda, que a fungibilidade civil é uma determinação jurídica criada pelo homem [1], e não própria da matéria em si.

Esta mesma noção civilística de "fungibilidade" aos poucos extrapolou os seus limites no direito material [2], permeando inúmeros institutos do processo civil com as suas características, o que conferiu uma maior adaptabilidade das formas prescritas em lei no que se refere ao exame do caso concreto e garantiu, em uma análise *lato sensu*, maior acesso a preceitos fundamentais (como, por exemplo, a garantia de acesso à justiça) [3].

Inicialmente previsto em alguns Códigos de Processo Civil estaduais [4], é somente no Código de Processo Civil de 1939 que a fungibilidade encontra guarida de forma expressa em âmbito nacional [5]. No entanto, devido ao seu caráter eminentemente subjetivo, a dificuldade na conceituação da má fé [6] como um dos elementos negativos da fungibilidade (juntamente com o erro grosseiro), dificultou enormemente a aplicabilidade sistêmica deste instituto [7]

Todavia, a importância assumida pela fungibilidade adquire relevância tal que, no Código de Processo Civil de 1973, o legislador [8] optou pela não manutenção da expressa consagração da fungibilidade no texto da lei [9], principalmente por entender que a sua concepção ainda estaria presente em diversos artigos de maneira menos literal [10].

Mas foi a partir da compreensão do processo pela ótica da instrumentalidade das formas [11] - que contrapõe o foco no verdadeiro objetivo processual de pacificação social [12] ao mero formalismo, colocando o processo como atividade de meio e não de fim [13] - que o processo civil veio a se apossar definitivamente deste conceito de origem estritamente material como preceito básico para a consecução dos resultados esperados [14].

Neste particular, merece atenção a discussão sobre a natureza jurídica da fungibilidade e sua correlação direta com os demais princípios vigentes no direito processual civil contemporâneo. Em primeiro lugar, vale ressaltar que, embora comumente denominado de "princípio" [15] e, portanto, detentor de características autônomas e tecnicamente diferenciáveis dos demais princípios processuais, apenas após cautelosa análise poder-se-á determinar a sua verdadeira natureza.

Apesar da sua indiscutível importância para o direito processual civil, resta evidente que, muito mais que uma "relação conflituosa" [16], é possível observar, por vezes, uma relação de verdadeira derivação – e porque não dizer de "interdependência" - com os

outros princípios. Neste sentido, poder-se-ia afirmar, com razoável grau de confiança, que a fungibilidade pode ser percebida por alguns como uma das aplicações do princípio da instrumentalidade das formas (CPC, art. 250) [17], da finalidade (CPC, art. 244) ou do aproveitamento do atos processuais [18], por exemplo, constituindo-se verdadeiro "sub-princípio" destes últimos [19]. Ou, ainda, que a sua existência simplesmente corrobora o princípio da inafastabilidade do Judiciário ou do acesso à justiça, como um verdadeiro desdobramento destes, porém desvestido da autonomia necessária à classificação como princípio.

Por outro lado, também seria possível afirmar com relativa segurança que a fungibilidade restringe diretamente o sentido dos princípios da singularidade [20] e da correspondência recursais, funcionando como contraponto objetivo destes dois importantes princípios. Desta forma, assumiria papel de verdadeira exceção em relação a estes preceitos.

Poder-se-ia afirmar, também, que a fungibilidade assume característica própria de "regra" jurídica, e não de "princípio" em algumas de suas aplicações recursais, haja vista a positivação do seu conteúdo como se pode extrair, por exemplo, da análise do art. 920 do CPC [21].

Com efeito, apesar das inúmeras e possíveis análises que se possa fazer da inter-relação da fungibilidade com os demais princípios processuais civis, assim como da sua própria natureza jurídica (de princípio ou não), resta inegável a crescente importância assumida pela sua aplicação no dia-a-dia das decisões proferidas no país.

Assim, uma das principais características da fungibilidade, e que serve de alicerce à sua defesa como princípio basilar do processo civil, é a ausência de prejuízo processual para qualquer das partes, para o próprio interesse público, ou para o *due process of Law* [22], conferindo real efetividade ao brocardo *pas de nullité sans grief* [23]. É neste sentido que se podem diferir os meios processuais fungíveis entre si daqueles que são infungíveis por natureza.

Não obstante, da análise direta do texto do Código de Processo Civil brasileiro, constata-se que o princípio da fungibilidade manifesta-se indiretamente por meio de diversos artigos. Entre eles, destacam-se os arts. 273 §7°, 798 e 920. Além destes permissivos expressos, admite-se também a sua incidência por meio da aplicação do art. 154 do Código de Processo Civil que, imbuído no espírito da instrumentalidade processual, veio a permitir a liberdade das formas. Este dispositivo é entendido por alguns autores como verdadeira expressão do princípio da fungibilidade de procedimentos [24]. como visto anteriormente.

Outro aspecto relevante a ser observado no estudo da fungibilidade é a obrigatoriedade ou não da sua conversibilidade [25], em se tratando especificamente da sua aplicação no campo recursal. Alegam alguns autores que, lato sensu, a obrigatoriedade de conversão do recurso erroneamente interposto tornaria o princípio da fungibilidade em mera substituição recursal [26]. Em suma, a pertinência desta discussão reside no fato de que, em sendo obrigatória a conversão, a admissibilidade do recurso interposto deverá observar os pressupostos do recurso tido como correto, e não os do recurso efetivamente interposto, o que poderia resultar em discussões complexas sobre a efetividade do instituto.

Como se constata, apesar dos inúmeros aspectos e possibilidades de aplicação do princípio da fungibilidade no processo civil, é no fértil campo dos recursos que o seu pleno desenvolvimento encontrou uma tutela significativa. Assim, sob a égide de "princípio da fungibilidade recursal" [27] (também denominado "princípio do recurso indiferente", "princípio da permutabilidade dos recursos", ou "princípio da conversibilidade dos recursos"), o atual Código de Processo Civil garantiu um próspero ambiente para a evolução deste instituto no âmbito recursal.

2 O NOVO CONCEITO DE SENTENÇA

A fim de bem compreender a função desempenhada pelo princípio da fungibilidade no âmbito do direito processual civil, notadamente na esfera recursal, compete-nos voltar um pouco mais, e examinar a classificação dos atos do juiz e os problemas gerados pela nova redação emprestada ao parágrafo primeiro do art. 162, do Código de Processo, pela Lei 11.232/2005.

O referido art. 162 preceituava, em sua redação originária, que: "Os atos do juiz constituirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1.º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. § 2º. Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. § 3º. São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma. § 4º. Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários. (Redação dada ao parágrafo pela Lei n.º 8.952 de 13.12.1994). "

Antes do advento da Lei 11.232, parecia-se irretocável a opinião de Nelson Nery Jr, para quem o Código, no art. 162, acima transcrito, adotara como critério para classificar as decisões judiciais não o seu conteúdo, mas o critério finalístico (ou topológico) [28].

Precisamente por tais razões, se se estivesse diante decisão que encerrasse a relação jurídico-processual, tratar-se-ia de sentença e, portanto, o recurso cabível seria a apelação. Cuidando-se, de outra parte, de decisão interlocutória, que não colocasse fim ao processo, o recurso cabível seria o de agravo de instrumento. Mas se o ato do juiz fosse despido de qualquer conteúdo decisório - e esse entendimento permanece intocado até hoje - estar-se-ia diante de despacho de 'mero expediente', o qual, em linha de princípio, justamente porque inapto a causar prejuízo às partes, era e é irrecorrível (art. 504). O que se nota é que a idéia de recurso está umbilicalmente ligada à de gravame, de prejuízo, como se evidencia com alguma nitidez [29] [30].

A redação adotada pelo Código de Processo, no entanto, não solucionava – ao menos não 'confortavelmente' - algumas questões ou problemas do sistema, especialmente para definir o recurso cabível. Assim, por exemplo, se se considera a sentença o ato do juiz que *põe fim, termo ao processo,* o que dizer da decisão que indefere a apelação? Seria efetivamente o caso, à luz e em função do disposto nos arts. 162, § 1º c/c 513, da interposição de (nova) apelação [31]?

Teresa Arruda Alvim Wambier, identificando a insuficiência dessa característica [de pôr fim ao processo] como nota distintiva dos atos processuais - e antes mesmo da nova redação trazida pela Lei 11.232 ao § 1º do art. 162 -, sustentava que o Código levava em conta o *conteúdo* do ato, e que não teria abraçado o critério finalístico. Segundo já prelecionava a referida autora, este entendimento decorreria da circunstância dos arts. 267 e 269 do CPC enunciarem e preverem os possíveis conteúdos materiais das sentenças [32]. Pontificava, então, a processualista: "*Dizer poder distinguir-se a sentença das demais manifestações judiciais a partir do critério topológico significa, a nosso ver, endossar a tautologia a que se chega pelo texto legal: o* lugar *em que a sentença se encontra é o fim do procedimento em primeiro grau*. [...] *Cremos, portanto, ser esta a* nota marcante *das sentenças, ou seja, é o seu* conteúdo, *preestabelecido por lei de forma expressa e taxativa, que a distingue dos demais pronunciamentos do juiz.*" [33]

A bem da verdade, a doutrina, antes da nova reforma (Lei 11.233), criticava a nomenclatura do Código por vislumbrar que a extinção do processo, em realidade, não se operava com a sentença, mas sim com o esgotamento dos recursos cabíveis, observação inteiramente verdadeira [34].

Com o advento da Lei 11.232, alterou-se a redação do § 1º do art. 162 ["Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei"], procurando atender à nova ordem dos processos sincréticos, onde não há (haverá) a extinção do processo de conhecimento e o início, com nova citação, de um subseqüente processo de execução. Na tentativa de harmonizar-se com esta alteração, modificou-se o texto do art. 463, do CPC. Identicamente, foram alteradas as redações dos arts. 267 ["Extingue-se o processo, sem resolução de mérito..."] e 269 ["Haverá resolução de mérito..."].

Essa alteração, todavia, não teve o condão de *resolver ou solucionar*, definitivamente, alguns problemas estruturais do Código já que, ainda após a reforma, haverá decisões que, *em que pese constarem do rol ou elenco dos arts. 267 ou 269, ante o conteúdo que abrigam* (critério novo), justamente porque não colocam fim ao processo, não serão passíveis de apelação (critério antigo), mas sim de *agravo.* É o caso, por exemplo, da exclusão de litisconsorte, ou do pronunciamento de prescrição ou decadência em relação a um dos pedidos cumulados. Tratar-se-á de ato com conteúdo de sentença mas, em que pese isto, tendo em vista a circunstância de não extinguir a relação processual como um todo, será passível de agravo.

Em função do exposto, concluímos que somente haverá de ser considerada *sentença* – para fins de identificar o recurso cabível, ou seja, sentença 'apelável' - o pronunciamento que, além de resolver a lide, ou reconhecer a impossibilidade disso ocorrer (art. 269 e 267, respectivamente), haverá de fazê-lo em relação à integralidade da demanda [35].

3 A FUNGIBILIDADE RECURSAL

Aspecto que, neste âmbito, há de ser considerado, e que diz respeito a uma questão que se prende de maneira muito especial ao cabimento dos recursos, é o princípio da fungibilidade que, em nosso sentir, terá a sua importância - e aplicabilidade pelo juiz e pelos Tribunais - acentuada pela Lei 11.232, cuja interferência na matéria foi acima examinada, quanto a saber qual a natureza do ato impugnado e, portanto, qual o recurso cabível.

É que existem situações no desenrolar do processo em que o operador do direito encontra *fundadas* e *objetivas* dúvidas sobre qual caminho seguir, *i. e.*, não sabe precisamente qual medida adotar para a consecução de determinada finalidade, ao elaborar um pedido ao Poder Judiciário. Todavia, convém notar desde já, consubstanciam incertezas que não são auferidas *subjetivamente*, mas sim a partir critérios *objetivos* postos à disposição pelo sistema, justamente porque essas dúvidas advêm dos inúmeros pontos divergentes existentes, tanto em terreno doutrinário como jurisprudencial.

Pois bem. É justamente nesses pontos, ou nessas incertezas, que haverá de incidir o princípio da fungibilidade. Teresa Arruda Alvim Wambier denomina de "zonas de penumbra" estas situações em que o operador do direito encontra-se diante de mais de uma solução para se chegar a determinado lugar [36]. Aliás, zonas de penumbra essas que só tendem a aumentar em razão das diversas e constantes reformas que vem sofrendo o nosso Código de Processo Civil.

Diante dessas hipóteses, diz a referida autora, deve-se optar "pela resposta que privilegie os valores fundamentais, entre os quais se sobressai a *operatividade do sistema*, qualidade que deve torná-lo apto a gerar os fins para os quais foi criado" [37]. Nesse cenário, avulta a importância da prestação jurisdicional, ou seja, da efetividade do processo, em vista da tendência do direito processual moderno para conferir *maior utilidade aos provimentos jurisdicionais* [38].

Outrossim, parece-nos altamente recomendável a adoção de raciocínios mais flexíveis e atenuados de rigor excessivo, com vistas à adoção de soluções que tenham por escopo a efetividade processual. Com isso queremos significar que o sistema não só possibilita, mas também impõe, a *flexibilização* do rito, de maneira a sanar a contento as zonas duvidosas, e, com isso, efetivar (= realizar) o princípio da utilidade dos provimentos jurisdicionais.

Em função desse entendimento *instrumentalista*, propugnamos não apenas pela aplicação do princípio da fungibilidade no plano dos recursos, mas também, e identicamente, em outros meios que contribuam para a utilidade do processo. É esta a linha de raciocínio, a nosso ver acertadíssima, de Teresa Arruda Alvim Wambier [39].

No plano recursal, o princípio da fungibilidade atua evitando que o recorrente tenha sua situação prejudicada nas hipóteses em que existam dúvidas objetivas sobre o recurso correto a ser interposto em certas ocasiões [40]. Nessa hipótese, permite-se que um recurso (erroneamente interposto, e à luz de determinados requisitos), seja admitido,

processado e julgado tal como se o correto fosse para aquela determinada situação. A bem da verdade, como se está diante de dúvida objetiva, essa situação atingiria, inclusive, o mais diligente dos advogados, razão pela qual se justifica, plenamente, a aplicação do princípio da fungibilidade.

No Código de Processo Civil de 1939, como se referiu alhures, a fungibilidade dos recursos vinha expressa em seu art. 810, dispondo que "Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviado à câmara, ou turma, a que competir o julgamento." Atualmente, a despeito de inexistir norma expressa no Código vigente [41] [42], é princípio amplamente admitido, ante a configuração de certos requisitos, adiante examinados:

(a) Dúvida objetiva sobre o recurso correto a ser interposto: o primeiro requisito que se coloca com vistas à incidência do princípio da fungibilidade recursal é o comparecimento de *dúvida objetiva* acerca do recurso cabível, em um dado caso concreto. Não se trata de uma dúvida subjetiva, *íntima*, senão que objetiva, ou seja, revelada por uma divergência no plano da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais.

(b) inexistência de erro grosseiro ou de má-fé do recorrente: ao lado do requisito acima (dúvida objetiva), a jurisprudência tem exigido o comparecimento da "inexistência de erro grosseiro ou de má-fé do recorrente" [43]. Não se trata, é bem de ver, de um requisito autônomo, senão que, a nosso ver, de projeção da presença, no caso em concreto, de dúvida objetiva. Ora, se há uma dúvida *objetiva*, concreta, sobre qual o recurso cabível, parece estar afastada a hipótese de erro grosseiro ou má-fé na interposição do recurso, ao menos em linha de princípio.

(c) interposição do recurso no 'menor prazo': como último requisito, tem os Tribunais do país exigido que o recurso seja interposto sempre no menor prazo [44]. Duras críticas a essa exigência são tecidas pela doutrina, e com alguma razão, a nosso ver. Se, como se viu, as situações hábeis a atraírem o princípio da fungibilidade 'acometeriam' o mais diligente dos advogados, dada a dúvida objetiva a respeito do recurso correto, seria demasiadamente rigoroso (ou, como dizem alguns, 'desarrazoado') exigir-se do recorrente similar cautela, interpondo o recurso no menor prazo [45].

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da técnica processual permite observar que se trata de um instrumento em constante modificação, com vistas a um aprimoramento da atividade jurisdicional por

meio de uma melhor compreensão de suas implicações de ordem prática no cotidiano do Direito. É com este intuito que o princípio da instrumentalidade das formas vem, há muito tempo, influenciando o direcionamento das normas processuais, adequando-a às novas percepções vigentes.

Neste contexto, o princípio da fungibilidade recursal representa um papel fundamental na busca pela equidade do tratamento jurídico em relação às partes. Ele surge, então, como um novo e poderoso instituto, que reposiciona o tratamento do processo como meio de consecução dos objetivos, e não mais como óbice ao acesso à justiça.

O privilégio da boa fé, o foco no resultado, a flexibilização do rito, a análise da legítima utilidade dos provimentos jurisdicionais, a possibilidade de escolha, o benefício da dúvida, enfim, todos os aspectos que influenciam o exame do caso concreto sob a ótica da fungibilidade recursal concorrem, de forma incisiva, para o célere alcance do que deve ser o principal objetivo do Direito: a perene busca pela retidão no provimento jurisdicional, com amplo e irrestrito acesso a um sistema justo e equitativo.

5 REFERÊNCIAS

AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Fungibilidade de Meios.** São Paulo: Atlas, 2008.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. **Revista de Processo**. v. 48. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

_____. Anotações sobre a teoria geral dos recursos. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim (Coords.). **Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BARBOSA MOREIRA, **Comentários ao Código de Processo Civil,** 12. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 16 ago. 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5a. Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.**Teoria Geral do Processo**. 12a. Edição. São Paulo: Malheiros, 1996. p.347.

COUTO, Mônicas Bonetti. **Recurso Adesivo – Um exame à luz da teoria geral dos recursos.** Curitiba: Ed. Juruá, 2007.

DIDIER JR, Fredie, **Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 6a. Edição. Salvador: Jus Podivm, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 11a. Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 102.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

JORGE, Flavio Cheim. **Apelação Cível: Teoria e Admissibilidade**. São Paulo: RT, 1999.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da fungibilidade no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** São Paulo: RT, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial: E Outras Questões Relativas a sua Admissibilidade e ao seu Processamento**. 4a. Edição. São Paulo: RT, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Código de Processo Civil Comentado,**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos Recursos Cíveis.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 2a. Tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SEABRA FAGUNDES. **Dos recursos ordinários em matéria civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **Teoria do princípio da fungibilidade**. São Paulo: Editora .Revista dos Tribunais, 2008.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Princípio da Fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC Brasileiro**. 3a. Edição. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 29.

_____. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. v. VIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

[1] Importante ressaltar que a fungibilidade, como qualquer criação humana, não é absoluta. Ela permite que um mesmo bem seja declarado fungível ou infungível, a depender da relação jurídica envolvida, o que possibilita questionamentos acerca da sua existência ou não no caso concreto. Neste mesmo sentido, "a fungibilidade não é propriedade natural da coisa, mas qualidade alterável pela vontade do homem, conforme o fim que tenha em mira ao formar a relação jurídica." (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p.195).

[2] "No campo do Direito Processual, a norma da fungibilidade deixa de possuir caráter de troca, de substituição, de generalidade de determinados objetos, como ocorre do direito material, para adquirir caráter de tolerância, de aproveitamento de atos imperfeitos, promovendo aceitação de um meio processual em lugar de outro, ou mesmo do meio processual tido como incorreto, desde que capaz de gerar os mesmos resultados" (LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da fungibilidade no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 101).

[3] Tal conclusão pode ser observada, por exemplo, nos casos de antecipação dos efeitos da tutela. Desta forma, "o processo é somente técnica para a prestação da tutela inibitória, pois essa última já é garantida pelo direito material. No entanto, se o processo, diante da natureza de algumas situações de natureza substancial, não estiver disposto de modo a viabilizar a outorga da tutela inibitória àquele que a ela tem direito, certamente estará negando o direito fundamental à tutela jurisdicional preventiva" (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** São Paulo: RT, 2004. p. 183).

[4] "A origem desta regra (não se sacrificar o fundo pela forma) remonta, ao que nos parece, aos códigos estaduais, pois se encontrava prevista nos códigos de Minas Gerais (art 1.485 pár. ún.), do Distrito Federal (art. 1.143), do Rio de Janeiro (art. 2.289), sendo aceita pela jurisprudência de outros estados, como o do Rio Grande do Sul" (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5. ed. São

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 114). Neste mesmo sentido, “no direito brasileiro, até mesmo antes do advento do Código de Processo Civil de 1939, já existiam algumas disposições nos Códigos estaduais que permitiam a aplicação do princípio da fungibilidade. Era o que aconteceu com o Código de Processo Civil de Minas Gerais, art. 1.485, parágrafo único; do Distrito Federal, art. 1.143; do Rio de Janeiro, art. 2.289; e com a jurisprudência do Estado do Rio Grande do Sul, que, apesar de não haver noema escrita neste sentido, acolhia o princípio” (JORGE, Flavio Cheim. **Apelação Cível: Teoria e Admissibilidade**. São Paulo: RT, 1999. p. 211).

[5] O art. 810 do Código de Processo Civil de 1939 referia-se diretamente à fungibilidade recursal com a seguinte redação: “Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento.” BRASIL. Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 16 ago. 2009. Retomaremos o exame deste ponto logo adiante.

[6] “Esse era basicamente o panorama da época em que vigia o art. 810 do Código de Processo Civil de 39: existia uma enorme dificuldade para se caracterizar especialmente a má-fé, e o prazo para interposição do recurso era utilizado como um terceiro requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade” (JORGE, op. cit., p. 216).

[7] “Por isso, não sendo grosseiro o erro, fica difícil ou quase impossível flagrar-se o recorrente de má-fé, que terá sempre,ou na maioria dos casos, alguma doutrina e jurisprudência a seu favor” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC Brasileiro**. 3a. Edição. São Paulo: RT, 2000. p. 115).

[8] O próprio Alfredo Buzaid, na exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, traduz este sentimento com as seguintes palavras: “O Código (de 1939) consagrou, neste preceito legal (art. 810), a teoria do 'recurso indiferente' (Sowohls-auch-Theorie), como ensinam os autores alemães. Esta solução não serviu, porém, para melhorar o sistema, porque a frequência com que os recursos, erroneamente interpostos, não são conhecidos pelo Tribunal evidenciou que a aplicação do art. 810 tem valor limitadíssimo” (BRASIL. op. cit.).

[9] “Não elevou tal princípio (da fungibilidade) a nível de norma posta o legislador de 1973, porque acreditou que, em face da nova sistemática recursal, mais minuciosa que a anterior, difícil seria haver enganos” (WAMBIER, op. cit., p. 112).

[10] “Aplica-se, no caso, o princípio da fungibilidade, que era expressamente previsto no Código de Processo Civil de 1939 (art. 810) e que, apesar de não ter sido positivado no diploma de 1973 – acreditava-se que, diante do novo sistema, não haveria necessidade da adoção desse princípio -, é reconhecido pela doutrina e aplicado pela jurisprudência.” (MEDINA, José Miguel Garcia. **O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial: E Outras Questões Relativas a sua Admissibilidade e ao seu Processamento**. 4a. Edição. São Paulo: RT, 2005. p. 376).

[11] “A instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação. A tomada de consciência teleológica tem, portanto, o valor de

possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 11a. Edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 183).

[12] "O lado negativo da instrumentalidade do processo é já uma conquista metodológica da atualizada de, uma tomada de consciência de que ele não é fim em si mesmo e portanto as suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes" (Ibid., p. 326).

[13] "Quando se fala em instrumentalidade do processo, não se quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder. Trata-se, em verdade, de dar-lhe a sua exata função, que é a de co-protagonista" (DIDIER JR, Fredie, **Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 6a. Edição. Salvador: Jus Podivm, 2006. p. 76).

[14] Todavia, não se deve admitir que a forma não possui razão de ser, e portanto deve ser olvidada. Do contrário, a sua importância é apenas a de servir de meio para proporcionar um justo resultado. Assim, "não abandonemos o formalismo processual, porque útil à obtenção de determinados objetivos. Mas não o transformemos no fim último do processo, pois, se o fizermos, estaremos encobrindo a injustiça com uma capa de legalidade. A forma visa exclusivamente a conferir aos litigantes aquilo que os meios primitivos de solução dos conflitos – principalmente a auto-tutela – não asseguravam:um mecanismo apto a proporcionar-lhes o resultado justo, entendido como aquele resultante da real participação dos interessados na formação do convencimento do juiz. Acesso à ordem jurídica justa é o que o formalismo processual pretende garantir. Só isso, nada mais" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 102).

[15] "Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5a. Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 173).

[16] "Os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes" (Ibid., p. 173).

[17] "Não obstante o Código de Processo Civil de 1973 não tenha reproduzido o dispositivo da lei revogada,o princípio da fungibilidade tem aplicação ainda hoje, tratando-se de um princípio implícito, decorrente da instrumentalidade das formas" (TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **Teoria do princípio da fungibilidade**. São Paulo: Editora .Revista dos Tribunais, 2008. p. 92).

[18] "Vista como norma ligada à forma, a fungibilidade consiste numa subespécie do princípio do aproveitamento" (LAMY, op. cit. p. 101).

[19] “Segundo a maioria dos doutrinadores que trata desse tema, a despeito de não estar expressamente previsto no Código em vigor, como estava no de 1939, o princípio da fungibilidade traduz-se numa manifestação peculiar do princípio da finalidade (CPC, art. 244) ou da instrumentalidade das formas (CPC, art. 250)” (VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Princípio da Fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.34)

[20] “Pelo princípio da singularidade, para cada pronunciamento judicial recorrível existe, em regra, somente um recurso previsto. E, pelo princípio da correspondência, deve haver correlação entre os pronunciamentos judiciais e os tipos de recurso cabíveis. O princípio da fungibilidade recursal consiste, então, numa atenuação desses princípios, num abrandamento das respectivas regras, na medida em que autoriza o recebimento de um recurso por outro, proporcionando o conhecimento de mais de uma espécie de recurso contra uma única decisão judicial” (Ibid., p.34).

[21] “A fungibilidade entre as medidas cautelares e a fungibilidade entre as ações possessórias, por exemplo, além de estarem previstas expressamente em lei, são verdadeiras regras (CPC, arts. 805, 807 e 920), pois são específicas e não são aplicáveis na maior medida possível” (LAMY, op. cit., p. 102).

[22] Note-se que o princípio do *due process of law* não é incompatível com o princípio da fungibilidade, como se extrai do seguinte excerto: “O art. 5°, LIV, da Constituição Federal não determina que o processo siga à risca normas procedimentais estabelecidas em lei, mas sim que seja oportunizado às partes o direito a um processo justo,isto é, onde lhe seja assegurado o respeito às garantias constitucionais (contraditório, isonomia, juiz natural, etc.) e às oportunidades previstas na norma processual, algo que pode ser perfeitamente alcançado ainda que com um procedimento que se adapte judicialmente à realidade” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 102).

[23] “Várias são as suas manifestações (do princípio da instrumentalidade das formas) na lei processual, e pode-se dizer que esse princípio coincide com a regra contida no brocardo *pas de nullité sans grief*” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.**Teoria Geral do Processo**. 12a. Edição. São Paulo: Malheiros, 1996. p.347).

[24] “Embora esteja (o art. 154) fundamentalmente referido aos atos processuais considerados individualmente, também é plenamente aplicável à sequência que determinada causa deve seguir, ou seja, o respectivo procedimento” (GAJARDONI, op. cit. p. 103).

[25] “Em resumo, existem casos em que há verdadeira fungibilidade de meios, ou seja, possibilidade de utilização de mais de um meio (fungíveis entre si) para atingir determinado fim (escolha da parte é admitida), e existem outros casos em que se está adiante de fungibilidade de meios entendida como troca do meio efetivamente utilizado pela parte para outro que se entende como mais correto ou adequado para aquele caso – conversão, seja ela concreta e formal, seja ela apenas intelectual (conversão

propriamente dita) para fins de aproveitamento deste ato" (AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Fungibilidade de Meios.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 11).

[26] Neste sentido, Lamy (2007, p. 110) coloca que "a conversibilidade não pode ser pré-requisito ao aproveitamento através da fungibilidade de meios que supõe que um dos meios é correto em relação ao outro, fragilizando a lógica de que o requisito da dúvida objetiva decorre de um defeito do sistema não imputável às partes e retirando a noção de amplo aproveitamento, que mesmo a fungibilidade vista apenas como substituição – e não como aceitação – exige".

[27] "É possível aos tribunais corrigirem o engano na interposição de um recurso por outro, desde que haja dúvida objetiva sobre a espécie de recurso a ser interposto e não labore a parte em erro grosseiro ou má-fé." (PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 2a. Tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 273).

[28] Neste sentido um dos subscritores deste trabalho já manifestara a sua opinião: COUTO, Mônicas Bonetti. **Recurso Adesivo – Um exame à luz da teoria geral dos recursos.** Curitiba: Ed. Juruá, 2007, p. 69 et seq.

[29] É justamente por isso que em nosso sistema apenas se admite a interposição de recurso contra atos do juiz. Os atos processuais das partes e do Ministério Público, bem como dos auxiliares de justiça não são passíveis de ataque recursal porque não têm conteúdo decisório capaz de trazer prejuízo às partes. Ademais, tais atos são controlados pelo magistrado, que preside o processo (V., por todos, NERY JUNIOR, op. cit., p. 234).

[30] Esse entendimento, como adiantamos, era compartilhado por Nelson Nery Júnior (NERY JUNIOR, op. cit., p. 238). Em outra obra, em co-autoria com a professora Rosa Maria Nery, afirmara o autor: "*A pedra de toque estabelecida pelo CPC para classificar os pronunciamentos do juiz de primeiro grau é a* finalidade do ato, *seu objetivo, seu sentido teleológico, sua consequência*". (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, nota 3 ao art. 162, p. 631). No mesmo sentido, e abraçando a mesma idéia, é a lição de Barbosa Moreira. (BARBOSA MOREIRA, **Comentários ao Código de Processo Civil,** 12. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 241).

[31] Exemplo trazido por Teresa Arruda Alvim Wambier (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 30 et seq.).

[32] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 29.

[33] Ibid., p. 29 et seq.

[34] WAMBIER, Luiz Rodrigues; et al. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 31.

[35] Assim também a opinião de Nelson Nery Jr, para quem: "O pronunciamento do juiz só será sentença se a) contiver uma das matérias previstas no CPC 267 ou 269 (CPC 162 § 1.º) e, cumulativamente, b) extinguir o processo (CPC 162, § 2.º, *a contrario sensu*), porque se o pronunciamento for proferido 'no curso do processo', isto é, sem que se lhe coloque termo, deverá ser definido como *decisão interlocutória*, impugnável por agravo (CPC 522), sob pena de instaurar-se o *caos* em matéria de recorribilidade desse mesmo pronunciamento." (NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado,**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 372). Ver, com mesma orientação: BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 20 et seq.

[36] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. v. VIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 740. V., também, ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. **Revista de Processo**. v. 48. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. n.º 6.6. p. 20 et seq. Nessa mesma direção, e em estudo sobre o *erro na interposição do recurso*, v. o que há muito já propugnava Seabra Fagundes (SEABRA FAGUNDES. **Dos recursos ordinários em matéria civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1946. Cap. X, p. 158 et seq., Nº 161-174).

[37] WAMBIER, op. cit., p. 740.

[38] Nesse sentido, v., por todos, o que escreveu o professor Cândido Rangel Dinamarco, com pena de mestre, na obra que se consagrou e intitula-se **A instrumentalidade do processo** (DINAMARCO, op. cit., p. 364 et seq.).

[39] O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo (Ibid., p. 744).

[40] Nesse sentido, v. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 140.

[41] Não há norma expressa sobre a fungibilidade recursal, mas é fora de dúvida que o próprio Código dá pistas contundentes de que admite essa fungibilidade. Exemplo disso é o preceito contido no art. 244, do CPC, consagrador do princípio da instrumentalidade das formas. V. PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos Recursos Cíveis.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004., p. 89 et seq. Foi o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "Processual Civil – Liquidação de Sentença – Recurso Cabível – Aplicação do Princípio da Fungibilidade dos Recursos – Ao interpor agravo de instrumento contra decisão que homologa cálculos de liquidação, o recorrente não comete erro grosseiro. Nesta situação, o agravo pode ser conhecido como apelação, em homenagem aos princípios da fungibilidade e instrumentalidade das formas. II - Precedentes do STJ." (RESP 116.274/Humberto). *III - O Princípio da Fungibilidade dos Recursos, expressamente consagrado no art. 810 do CPC/1939, ainda vige no atual sistema processual civil como decorrência do Princípio da Instrumentalidade do Processo.* IV - Recurso provido." (STJ – RESP 369271 – RS – 1ª T. – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DJU 15.12.2003 – p. 00186) (desta nossos). Consulte-se também, com grande proveito: ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Anotações sobre a teoria geral dos recursos. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim (Coords.).

Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. Item 1.1.7, p. 58 et seq.

[42] O Código de Processo Penal brasileiro, diversamente, contém norma expressa sobre o princípio da fungibilidade dos recursos (art. 579), fazendo restrição expressa à hipótese de má-fé do recorrente e, também, com restrição referentemente ao prazo para o recurso correto.

[43] De acordo: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. ALEGADA OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA NO RECURSO INTERPOSTO. - Embargos de declaração que alega obscuridade na decisão que apreciou, em sede de agravo de instrumento, a tempestividade do recurso especial. - Inadmissível embargos de declaração contra decisão monocrática de relator, deve o mesmo ser recebido como agravo regimental, em face do princípio da fungibilidade recursal. - Equívoco da agravante quanto à possibilidade de apreciação dos pressupostos do recurso especial no próprio agravo de instrumento, nos termos de inúmeros precedentes desta Corte, assim como do art. 34, XVIII do RISTJ. - Espera-se dos advogados que militam junto a esta Corte, o mínimo de plausibilidade jurídica nos recursos que interpõem, sob pena de prejuízo irreparável a tão nobre classe profissional, especialmente em nível de tribunal superior. - Embargos de Declaração recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento." (EDcl no Ag 547291 / MG, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, 2. Turma, DJ 06.06.2005, p. 265).

"Se o erro na escolha do recurso interposto não denota negligência ou má-fé do advogado, o princípio da fungibilidade deve ser prestigiado. Precedentes jurisprudenciais. O processo não detém finalidade própria. É apenas um instrumento em prol da efetiva entrega da prestação jurisdicional. Agravo regimental improvido." (STJ – AGRESP – 283168 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Francisco Falcão – DJU 27.08.2001 – p. 00227)

[44] Confira-se: "PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EXTINÇÃO – APELAÇÃO – INTERPOSTO AGRAVO DE INSTRUMENTO – ERRO GROSSEIRO – INOCORRÊNCIA – PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – CABIMENTO – PRECEDENTES – 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que extinguiu embargos à execução. Recurso incorretamente proposto porquanto o adequado seria a apelação. Inexistência de erro grosseiro ou má-fé. Fungibilidade. 2. O defeito de forma só deve acarretar a anulação do ato processual impassível de ser aproveitado (art. 250 do CPC) e que, em princípio, cause prejuízo à defesa dos interesses das partes ou sacrifique os fins de justiça do processo. Consagração da máxima *pas des nullité sans grief*. 3. Por força da influência do "princípio da instrumentalidade das formas", tem-se admitido, no campo da inadequação recursal, a aplicação do vetusto princípio da fungibilidade dos recursos, cuja incidência permite o aproveitamento do recurso interposto como se fosse o meio de impugnação cabível e não utilizado. Fundando-se em ordenação pretérita, a jurisprudência consagrou essa possibilidade, desde que "ausente o erro grosseiro" e a "má-fé do recorrente". 4. Um dos critérios utilizados tem sido a escorreita verificação da tempestividade; por isso, um recurso com prazo de interposição menor é admissível se interposto no lugar daquele cabível, cujo prazo de oferecimento é mais alongado. A recíproca, contudo, não é verdadeira. 5. Revela malícia do recorrente aproveitar-se de

recurso com maior devolutividade e procedimento mais delongado, circunstância inocorrente na hipótese. 6. Precedentes da Corte. 7. Embargos de divergência conhecidos e desprovidos." (STJ – ERESP 197857 – RJ – 1ª S. – Rel. para o Ac. Min. Luiz Fux – DJU 16.12.2002)

[45] Neste outro julgado, do E. Superior Tribunal de Justiça, com inteiro acerto não se exigiu a interposição no menor prazo: "PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – EMBARGOS INFRINGENTES X EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – ERRO GROSSEIRO – 1. O princípio da fungibilidade aplica-se aos casos em que os pressupostos dos recursos são aproveitáveis por haver similitude, existindo dúvida na doutrina ou jurisprudência quanto ao recurso apto a reformar certa decisão judicial. 2. Em caso de erro grosseiro não se aplica o princípio da fungibilidade. Precedentes desta Corte. 3. Agravo regimental improvido." (STJ – AEIEER 297412 – RJ – 2ª T. – Relª Min. Eliana Calmon – DJU 02.06.2003 – p. 00243).

A ARBITRAGEM E OS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO*

L´ARBITRAGE ET LES CONFLITS INDIVIDUELS DU TRAVAIL

Thais Aranda Barrozo
Renato Lima Barbosa

RESUMO

O texto analisa a instituição da arbitragem pela Lei n.º 9.307/1996 como meio alternativo para a solução de conflitos, destacando a exigência, como pressuposto de validade da atividade arbitral, que o conflito tenha por objeto direitos patrimoniais disponíveis. Analisa a aplicação da arbitragem nas relações jurídicas trabalhistas, com especial enfoque ao estudo da possibilidade submissão dos dissídios individuais ao juízo arbitral, focando a questão na incidência do princípio da indisponibilidade de direitos nas relações jurídicas laborais. Entendendo possível a submissão, ainda que com certas restrições, dos dissídios individuais trabalhistas à arbitragem, aborda, ao final, o modo e o momento adequados para válida formação do juízo arbitral.

PALAVRAS-CHAVES: ARBITRAGEM. OBJETO. DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS. INDISPONIBILIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA.

RESUME

Le texte analyse l'institution de l'arbitrage par la loi n.º 9.307/1996 comme moyen alternatif à la solution de conflits, en remarquant l'exigence, comme pressuposé de validité de l'activité arbitrale, que le conflit ait comme objet les droits patrimoniaux disponibles. Il analyse l'utilisation de l'arbitrage aux relations juridiques du travail, avec spéciale évidence à l'étude de la possibilité de soumission des conflits individuels du travail a l´arbitrage, en focalisant la question à l'incidence du principe de l'indisponibilité de droits aux relations juridiques du travail. En comprenant possible la soumission des conflits individuels du travail à l´arbitrage, malgré avec certaines restrictions, la recherche aborde, à la fin, la façon et le moment appropriés pour la valable formation du jugement arbitral.

MOT-CLES: ARBITRAGE. OBJET. CONFLITS INDIVIDUELS DU TRAVAIL. INDISPONIBILITÉ. HYPOSUFISENCE.

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O objetivo primeiro da realização do presente estudo é a análise da submissão dos dissídios individuais trabalhistas à arbitragem como meio alternativo para solução de conflitos, com vistas, pois, a maior concretização do direito de acesso à justiça.

Nesse intuito, são tecidas inicialmente algumas considerações gerais sobre a arbitragem instituída pela Lei n.º 9.307/96, abordando a sua natureza jurídica no modelo vigente, e ainda, apontando sucintamente seus elementos característicos. Procede-se, ainda, à análise do objeto arbitral como pressuposto de validade da arbitragem, verificando, à luz do disposto no art. 1º da Lei 9.307/96, o que se entende por "litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis", dando-se, assim, subsídio para a futura análise da indisponibilidade nas relações individuais de trabalho.

Abordando o cabimento da arbitragem nos dissídios coletivos de trabalho, prossegue-se com o estudo da sua controvertida incidência nos dissídios individuais dessa natureza, seja por força da reconhecida indisponibilidade da maioria dos direitos trabalhistas; bem como pela vulnerabilidade do empregado perante o empregador, que poderia favorecer a fraudes aos direitos do trabalhador em razão da imposição unilateral do juízo arbitral.

Por fim, constatando a possibilidade de submissão de alguns litígios concernentes a relações individuais de trabalho à arbitragem, estudo ocupa-se da verificação do modo e momento adequados para a instituição do juízo arbitral.

1 ARBITRAGEM COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

1.1 Considerações Gerais sobre a Arbitragem

Característica marcante da modernidade, o fortalecimento do Estado fez-se acompanhar pelo reconhecimento da sua essencial função pacificadora no seio da sociedade, de modo que o poder estatal abrangeria a capacidade de dirimir os conflitos intersubjetivos, apreciando e valorando as pretensões das partes envolvidas nos conflitos e, ainda, impondo-lhes as decisões que entendesse mais justa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 30-31).

Surge, pois, a idéia de *jurisdição* como verdadeira expressão do poder estatal, "caracterizando-se este como a *capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões*." (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 30).

As dificuldades enfrentadas pelo Estado no desempenho da função pacificadora levam, contudo, na pós-modernidade, à formação de uma consciência voltada à necessidade de que a pacificação social seja tratada não apenas como uma árdua tarefa a ser cumprida pelo Estado, mas sim um dever a ser, de fato, concretizado. Observa-se, assim, a busca da efetividade da pacificação social, refletida em várias reformas legislativas voltadas à melhoria no desenvolvimento da atividade jurisdicional, bem como à instituição de meios alternativos para a solução dos conflitos em sociedade[1].

Especificamente em matéria de arbitragem, observa-se que no Brasil, com a Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/95) e com a própria Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/96), "ela ganhou nova força e vigor e, em alguma medida, vai passando a ser utilizada efetivamente como meio alternativo para pacificação de pessoas em conflito." (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 35), limitando-se, por expressa disposição legal, à "matéria civil (não-penal), na medida da disponibilidade dos interesses substanciais em conflito." (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 35).

A referida lei transpôs vários obstáculos existentes na legislação, revogando dispositivos do Código Civil à época vigente e também do Código de Processo Civil (arts. 101 e 1.072 a 1.102) e parecia ser um marco para a difusão da prática da arbitragem. Contudo não logrou tal êxito, e o que se vê é que, mais de dez anos após o advento da lei instituidora, ainda é modesta a sua utilização.

Dentre os obstáculos superados em relação à legislação anterior, Wilson Ramos Filho (1999, p. 203) destaca dois dos principais: a inexistência de diferenciação entre "compromisso" e "cláusula compromissória" no Código de Processo Civil e a necessidade de homologação do laudo arbitral pelo Juiz Estatal para que se tornasse exigível o laudo.

A lei anterior não previa o afastamento da Jurisdição em face de cláusula compromissória, sendo esta entendida apenas como promessa de contratar, cujo descumprimento geraria, no máximo, indenização por perdas e danos à parte resistente. Já a necessidade de homologação do laudo arbitral acarretava demora (habitual morosidade do Judiciário) e gastos (custas judiciais sobre o valor da causa), além de tornar público o conteúdo da controvérsia em situações que porventura as partes gostariam de manter sigilo (RAMOS FILHO, 1999, p. 204).

A nova lei foi também alvo de ataques com vistas à sua constitucionalidade, e os principais argumentos resumiam-se à impossibilidade de alguém ser processado/sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII); ofensa ao princípio do juiz natural, subtraído das partes (art. 5º, XXXVII), ofensa ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e acesso às vias recursais (art. 5º, LV). As teses, no entanto, acabaram rechaçadas, sedimentando os tribunais pátrios o entendimento de que a inconstitucionalidade apenas existiria se "os jurisdicionados estivessem sempre obrigados a buscar a solução de seus conflitos de natureza patrimonial por intermédio do juízo arbitral, o que significaria a inadmissível exclusão e, aí, afronta, ao art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988." (PINHO, 2009, p. 432)

1.2 Natureza Jurídica

As formas alternativas de solução de conflitos são classificadas em híbridas ou puras, conforme a eventual participação do Estado-juiz no procedimento. Assim, "Chamamos puras aquelas em que a solução do conflito se dá sem qualquer interferência jurisdicional; nas híbridas, em algum ponto, mesmo que para efeitos de mera homologação, há a participação do Estado-Juiz." (PINHO, 2009, p. 408).

Por esse viés, pode-se afirmar que a arbitragem trata-se de meio alternativo de solução de conflitos puro, haja vista prescindir de qualquer atividade jurisdicional.

O juízo arbitral (previsto originariamente nos artigos 1.072 a 1.102, CPC, revogados pela Lei n.º 9.307/96) implica, pois, na renúncia à busca da tutela jurisdicional ao Estado, e os litigantes atribuem a solução da lide a pessoas não integrantes do Poder Judiciário e, muito embora a decisão arbitral não seja proferida pelo Judiciário, a legislação lhe atribui força de sentença, inclusive tendo sido incluída, na recente reforma processual de 2005, no rol dos títulos executivos judiciais[2].

Tendo por finalidade dirimir os conflitos intersubjetivos e conduzir à pacificação social, há autores que afirmam a natureza jurisdicional da arbitragem. Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 122), ao assim apontar, afirma que:

Na doutrina moderna há prestigiosa voz afirmando a *natureza jurisdicional do juízo arbitral* (Carlos Alberto Carmona) e sabe-se que, em alguns casos, os meios alternativos são capazes de produzir resultados melhores que os da jurisdição estatal. Nesse quadro, é legítimo considerar ao menos *parajurisdicionais* as atividades exercidas pelo árbitro.

Parajurisdicional, pois, considerando-a uma atividade que não está nem abaixo nem acima, mas ao lado da atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado (PINHO, 2009, 426), além de não se enquadrar em todas as demais características desta. Como exemplo, saliente-se que ainda que a lei não exija a homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário, conferindo-lhe, pois, *status* semelhante ao de sentença, é de se ver que o juízo arbitral não tem competência para executá-lo (art. 22, §4º, da Lei 9.307/96). A atividade arbitral não é, portanto, dotada da coercibilidade característica da atividade jurisdicional (PINHO, 2009, p. 427).

Parece, portanto, mais apropriado reconhecer a equivalência, mas não identidade, existente entre a atividade arbitral e jurisdicional.

Levando em conta se a solução do conflito é ditada por um terceiro ou pelas próprias partes, a arbitragem, à semelhança da atividade jurisdicional, surge naturalmente como forma de heterocomposição dos conflitos sociais. Diferentemente das formas autocompositivas, em que um terceiro intervém para auxiliar na solução do conflito (conciliação ou mediação), na arbitragem a intervenção deste terceiro é particularizada pelo poder de decisão que é atribuído ao árbitro.

O ideal, sem dúvida, seria que a solução dos conflitos e a almejada pacificação viessem das próprias partes, ainda que contassem com o auxílio de conciliadores ou mediadores. A solução pela arbitragem deve sobrevir como uma alternativa última das partes que, em virtude das dificuldades de consenso e o desinteresse em manter o conflito aberto, e igualmente desinteressadas em entregar ao Estado o poder de solucionar o conflito existente entre si, voluntariamente optem por tal forma de composição.

1.3 Elementos Característicos

A arbitragem tem como elementos característicos a *cláusula compromissória*, o *compromisso* e o *laudo arbitral*. A *cláusula compromissória* (ou cláusula arbitral) é o ajuste pelo qual as partes se comprometem a submeter eventuais futuros litígios à arbitragem, renunciando desde logo à via jurisdicional de solução do conflito ainda inexistente. Geralmente ela é estabelecida no contrato, mas nada impede que seja posteriormente.

Já o *compromisso* ocorre após eclodir o conflito. Nele as partes, já previamente obrigadas pela *cláusula compromissória* a solucionar o conflito pela arbitragem, definirão o objeto específico da arbitragem, o(s) árbitro(s) (ou órgão arbitral) e seus os limites de atuação (se a arbitragem será de direito ou de eqüidade), as regras de procedimento, o pagamento de honorários dos árbitros, peritos e demais despesas da arbitragem, o prazo para o laudo arbitral ser proferido, a condição de este laudo ser executado etc.

Evidentemente, nada impede que as partes, diante da existência concreta do conflito, optem pela arbitragem e firmem o compromisso independentemente de prévia *cláusula compromissória*. O *compromisso* direto, assim como a *cláusula compromissória*, implica renúncia à solução jurisdicional.

O *laudo arbitral* é a decisão, em regra irrecorrível, pela qual o árbitro resolve o conflito. Assemelha-se a uma sentença num processo judicial. Ele conterá a identificação das partes, o objeto do litígio, o relatório, os fundamentos da decisão (inclusive se foi dada por eqüidade) e parte dispositiva.

Esses elementos, procedimentos e efeitos da decisão poderão variar dependendo da regulamentação que cada país der à regulamentação da arbitragem.

2 OBJETO ARBITRAL COMO PRESSUPOSTO DE VALIDADE DA ARBITRAGEM

A Lei n.º 9.309/96, já em seu art. 1º, delimita como objeto da arbitragem os litígios que versem sobre *direitos patrimoniais disponíveis*. O critério adotado pelo legislador, no entanto, foi proposto de uma forma elementar, de modo que não encerra, de forma definitiva, a discussão sobre o tema.

Como bem ressalvado por Tarcísio Araújo Kroetz (1998, p. 93),

O reconhecimento do âmbito das relações jurídicas, que podem ser objeto da arbitragem, não estão restringidos, *in limine*, pela natureza ou classificação. A investigação científica confere a determinados comando normativos, pela similitude de suas características, seu agrupamento, sob uma denominação genérica. Esta reunião será possível quando relações da mesma natureza forem reguladas sob o mesmo critério. O agrupamento mais elementar é aquele proposto pelo legislador ao pretender disciplinar um sistema normativo que preveja hipoteticamente todas as situações pertinentes a determinados interesses.

Assim, a diversidade de critérios e métodos classificatórios, conforme cada ramo do direito material, acaba tornando difícil a tarefa de identificar de plano, de forma clara e exaustiva, que natureza de relações jurídicas pode ou não constituir o objeto da arbitragem. Afinal, ainda que haja uma base comum na definição e conceituação de "patrimônio indisponível" dos sujeitos de direito, existem peculiaridades, critérios e métodos diferenciados para cada ramo da ciência jurídica, que fazem com que as definições e conceituações possam a vir adquirir contornos igualmente diferenciados.

Em termos gerais, é preciso dissecar a dicção legal para compreender a concepção de patrimônio e, após, a noção de indisponibilidade do mesmo. Vejamos.

Patrimônio é o conjunto de bens, materiais ou imateriais, do sujeito. E, quanto à sua (in)disponibilidade, assevera KROETZ (1998, p. 96) que

Compreende-se o patrimônio como as complexidades de restrição pelas quais determinados bens se dipõem. Essa limitação de dispor é melhor empregada pela noção de *indisponibilidade*. [...]. A esfera de disponibilidade decorre da qualidade essencial da pecuniariedade dos direitos patrimoniais. Os direitos personalíssimos, os direitos de poder e as ações de estado encontram-se excluídos do conteúdo patrimonial, via de conseqüência, da esfera de disponibilidade. E, por fim, por imposição legal, deixam de integrar os direitos patrimoniais as coisas comuns, públicas e as fora do comércio.

Dessume-se do exposto que a esfera patrimonial de um sujeito de direito reveste-se de uma qualidade essencial, que é a sua pecuniariedade; a partir daí, revelando no que consiste esta esfera patrimonial, resta observar se ela está no âmbito da disponibilidade ou não do sujeito. Invertendo-se o mesmo raciocínio, parece correto afirmar que bens não dotados de pecuniariedade nem mesmo integram o conceito de patrimônio jurídico do sujeito e, em assim sendo, estão automaticamente fora de sua esfera de disponibilidade.

Em suma, nem todos os direitos patrimoniais são disponíveis, mas os direitos não-patrimoniais são indisponíveis.

Luiz Antonio Scavone Junior (2008, p. 26) assim sintetiza a classificação:

Entre os direitos de cunho patrimonial, encontramos as relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, aquelas que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade.

Os direitos não patrimoniais, por seu turno, são aqueles ligados aos direitos de personalidade, como direito à vida, à honra, à imagem, ao nome e ao estado das pessoas, como, por exemplo, a capacidade, a filiação, o poder familiar, o casamento, entre outros com a mesma natureza.

Todavia, para que possa ser adotada como meio de solução de conflitos, além de se limitar aos direitos patrimoniais, a arbitragem ainda exige a existência de direitos disponíveis.

A disponibilidade dos direitos de liga, conforme pensamos, à possibilidade de alienação e, demais disso e principalmente, aqueles que são passíveis de transação.

Cumpre destacar ser de especial interesse para esse trabalho desvendar quais os bens jurídicos tuteláveis que se encontram albergados pelo direito material do trabalho sob o manto da indisponibilidade patrimonial, para que somente então seja possível adentrar na análise da possibilidade de submissão dos conflitos oriundos das relações de trabalho individuais à arbitragem.

A questão será, portanto, retomada adiante, em item próprio.

3 ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO

Como apontado acima, pela arbitragem as partes envolvidas num conflito escolhem terceira(s) pessoa(s), nos termos de compromisso entre elas firmado, para que esse(s) terceiro(s) solucionem o conflito submetido ao seu crivo.

A arbitragem pode ser obrigatória (compulsória) ou voluntária (facultativa), conforme o modelo adotado pela legislação de cada país. A última (voluntária) tem caráter contratual, pois as partes previamente combinam sua utilização. Já a arbitragem compulsória obriga que as partes valham-se dela quando fracassarem as demais tentativas de solucionar o conflito. Na arbitragem obrigatória as partes a ela recorrem por imposição legal, o que de certa forma a aproxima da solução jurisdicional do conflito.

No Direito do Trabalho, a questão da aplicação da arbitragem aos dissídios coletivos não é, ao menos numa primeira análise, controvertida, haja vista que a própria Constituição Federal, em seu art. 114, §2º, permite-a para a solução desses conflitos[3].

Em que pese expressa previsão constitucional para o uso da arbitragem nos conflitos coletivos de trabalho, nenhuma referência ou ênfase lhe deu a Lei de Arbitragem.

Registre-se que a intenção do legislador na Constituição de 1998 (primeira constituição a prever a arbitragem privada nas relações coletivas de trabalho) era clara em privilegiar a arbitragem em detrimento do dissídio coletivo, confinando-o como última modalidade na solução do conflito coletivo.

Ressalvemos aqui que a arbitragem obrigatória, como condição prévia ou mesmo excludente da via judicial, como acima apontado, sofre críticas da doutrina no sentido de vedar o acesso ao judiciário. No sistema brasileiro, sustentam alguns autores que sua adoção implicaria em vício de inconstitucionalidade, por ferir o princípio do juiz natural (BELTRAN, 1996, p. 279).

No presente trabalho não se aprofundará na análise dessa questão.

O que se quer destacar com essa narrativa é que, diante da expressa previsão constitucional, não resta dúvida de que a Lei 9.307/96 aplica-se aos conflitos coletivos de trabalho. O fato de não haver previsão expressa na lei não desautoriza sua aplicação, até porque ao direito do trabalho se aplica de forma subsidiária o direito comum, naquilo que com suas normas e princípios não for incompatível (CLT, parágrafo único do art. 8º e art. 769[4]).

A controvérsia surge, no entanto, em relação aos dissídios individuais, haja vista a ausência de previsão expressa a respeito de sua utilização como meio alternativo de solução desses conflitos seja na Constituição Federal, na CLT ou na própria Lei de Arbitragem. Debatem-se, pois, doutrina e jurisprudência na busca de uma resposta à questão posta, que passamos a tratar na seqüência.

Por ora, destaquemos que, à luz dessas lacunas jurídicas, seria de boa medida a edição de uma lei específica regulando a arbitragem nas relações de trabalho, atentando para as peculiaridades e características específicas desses conflitos (FRANCO FILHO, 1997, p. 23).

Não obstante, enquanto se aguarda a regulamentação mais específica sobre o tema, deve-se ao menos incentivar a arbitragem nos conflitos coletivos no Brasil, seguindo a trilha da Constituição de 1988 e da Lei de Arbitragem, de forma que efetivamente conquiste o espaço hoje ocupado pela solução jurisdicional (dissídio coletivo[5]). Quanto aos conflitos individuais, a aplicação da arbitragem pode ser estimulada, desde que com a parcimônia e cautela necessárias, conforme se demonstrará.

4 ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

A submissão dos conflitos individuais trabalhistas à arbitragem é questão bem mais controvertida do que em relação aos conflitos coletivos.

É corrente na doutrina a dúvida sobre a compatibilidade do juízo arbitral para dirimir conflitos individuais do trabalho, “Afinal, neste ramo prevalece a noção de indisponibilidade de direitos trabalhistas, não se compreendendo como poderia ter validade certa decisão de árbitro particular que suprimisse direitos indisponíveis do trabalhador.” (DELGADO, 2006, p. 167-168).

Comumente encontram-se decisões proferidas pelos tribunais pátrios afastando a incidência da Lei de Arbitragem aos dissídios trabalhistas individuais, ao argumento de que...

A negociação extrajudicial de conflitos individuais de trabalho entre empregado e empregador tem regramento próprio no direito do trabalho (arts. 625-A a 625-H da CLT, acrescidos pela Lei 9.958/2000, que instituiu as Comissões de Conciliação Prévia), o que afasta a incidência da Lei 9.307/96 nesta questão. Nesse sentido, a negociação extrajudicial realizada entre as partes não observou os requisitos específicos do Direito do Trabalho e, conseqüentemente, não pode ser considerada válida. (TST, AIRR 608/2004-023-04-40).

O argumento adotado na decisão acima transcrita é discutível, haja vista resultar de uma aparente confusão entre os diferentes meios extrajudiciais para solução de conflitos. Afinal, é bem verdade que os arts. 625-A a 625-H da CLT tratam das Comissões de Conciliação Prévia. Contudo, conciliação e arbitragem são institutos distintos, aos quais não se pode destinar tratamento único, como se fossem uma coisa só.

O que se pretende, portanto, através do presente estudo é analisar a (in)viabilidade da formação do juízo arbitral para solucionar conflitos dessa natureza.

Os principais argumentos para afastar a incidência da Lei n.º 9.307/96 aos conflitos individuais trabalhistas seriam: a) a irrenunciabilidade, em razão da indisponibilidade dos direitos trabalhistas; e b) a vulnerabilidade do empregado perante o empregador que poderia favorecer a fraudes decorrentes da imposição do juízo arbitral (SCAVONE JR, 2008, p. 39).

A questão, como dito acima, não é simples, é merece melhor detalhamento.

4.1 A Questão da (In)Disponibilidade no Direito Individual do Trabalho

Apesar de ser a indisponibilidade de direitos trabalhistas por parte do empregado um dos princípios basilares do Direito Individual do Trabalho, é de se ver que, como todo

princípio jurídico, este apresenta acentuado grau de abstração (à diferença da concretude das normas jurídicas que se apresentem sob forma de regras), podendo até mesmo vir a ser, por vezes, excepcionado, admitindo-se em alguns casos específicos, a supressão de determinado direito trabalhista individual.

Maurício Godinho Delgado (2006, p. 216-217), ao tratar sobre o tema, aponta vários meios de disponibilidade de direitos trabalhistas, destacando, dentre eles, a prescrição e a decadência, a renúncia, a transação, a composição e a conciliação. Demonstra que os meios em questão geram a supressão de direitos laborais, sem, contudo, afrontarem o princípio básico da indisponibilidade, característico do Direito Individual do Trabalho.

O disposto nos arts. 9º, 444 e 468, todos da CLT[6], traduz a idéia de que

[...] o trabalhador, quer por ato individual (renúncia), quer por ato bilateral negociado com o empregador (transação), não pode dispor de seus direitos laborais, sendo nulo o ato dirigido a esse despojamento. Essa conduta normativa geral realiza, no plano concreto da relação de emprego, a um só tempo, tanto o princípio da indisponibilidade de direitos trabalhistas, como o princípio da imperatividade da legislação do trabalho. (DELGADO, 2006, p. 217)

Tutela-se, pois, por tal princípio, a inegável vulnerabilidade do trabalhador na relação laboral, fortalecendo a idéia de manutenção dos direitos do trabalhador em substituição à sua própria vontade, impedindo e invalidando a disponibilidade dos mesmos (NASCIMENTO, 2008, p. 368).

Quanto à sua extensão, contudo, a indisponibilidade poderá ser *absoluta* ou *relativa*, conforme o conteúdo do direito material tutelado.

Será, assim, *absoluta* "quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico." (DELGADO, 2006, p. 218), como, por exemplo, o direito ao salário mínimo, à proteção à saúde física e psíquica do trabalhador etc. Se, contudo, o direito material "traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um momento histórico." (DELGADO, 2006, p. 218) - como, por exemplo, a modalidade de salário paga ao empregado -, estar-se-á diante de uma indisponibilidade relativa, o que significa dizer que será reputado válido o ato de disposição quanto a esse direito, desde que disso não resulte prejuízo ao trabalhador (art. 468, CLT).

Tal classificação, ao contrário do que pode parecer, não despreza nem constitui qualquer tipo de afronta ao princípio da indisponibilidade, que tem por escopo a proteção da vulnerabilidade o trabalhador na relação perante seu empregador. Pelo contrário, ela o vivifica. Afinal, reconhece-se que as normas de direito de trabalho de ordem pública são, de fato, inderrogáveis por ato de vontade do titular do direito, e, quanto àquelas que não versem sobre matéria de ordem pública, admite-se a sua derrogabilidade desde que não configurado o prejuízo ao trabalhador.

Com isso, prestigia-se a idéia de que a inderrogabilidade das normas trabalhistas milita em favor do próprio trabalhador e "admite-se sejam as garantias legais superadas por condições que lhe sejam mais favoráveis" (GIGLIO, 1982, p. 41), entendimento este que se estenderia a todos os modos de disposição de direitos (renúncia, transação, composição ou conciliação).

A esse respeito, assim ensina João Baptista Villela (1994, p.151),

3 – Quererá tudo isso dizer que a vedação de renúnica é absoluta no direito do trabalho? Certamente que não. O que ocorre, na matéria, é a aplicação do que Ribeiro de Vilhena chamou de técnica de substituição de vontade, assim traduzida: "Injeta-se a vontade estatal na vontade do empregado e àquela se vincula a deste." [...] Ora, a substituição da vontade do empregado pela da lei só tem aqui um escopo: proteger o hipossuficiente. Assim, se a renúncia não importa prejuízo ou mesmo se determina a vantagem para o empregado, seria ilógico e iníquo proibi-la.

Portanto, ainda que seja em pequena parte, há que se reconhecer a existência de uma esfera de relações entre empregados e empregadores não consubstanciada em disposições imperativas, onde se reserva a livre manifestação da vontade das partes. Trata-se de um "restrito campo colocado à disposição do interesse particular dos contratantes – último refúgio do subjetivismo jurídico, ou 'o último resquício da autonomia da vontade' –" (GIGLIO, 1982, p. 47) no direito laboral.

A regra geral, assim, primando pela segurança jurídica, é a da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas pelo empregado, limitando o Estado a autonomia de sua vontade por força do reconhecimento de que "A posição do trabalhador no contrato individual de trabalho é desnivelada daquela que ocupa o empregador, e a sua sujeição ao poder de direção deste o exporia a renúncias fictícias, mas sem correspondência com o verdadeiro interesse do empregado." (NASCIMENTO, 2008, p. 578).

Destaquemos, ainda, a necessidade de se reconhecer que a classificação da indisponibilidade, absoluta ou relativa, ora apresentada, é característica do Direito Individual do Trabalho, traçada à luz dos princípios, métodos e peculiaridades desse ramo do Direito. E é nesse contexto que devemos estudar o eventual cabimento ou não da arbitragem como meio alternativo de solução de conflito com o escopo de facilitar o acesso à justiça. Afinal, é a natureza do direito material tutelado que deve indicar a técnica processual à sua defesa, e não o inverso, eis que...

[...] os aspectos fundamentais do direito processual são concebidos à luz da relação jurídica material. As questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula.

Quanto mais consciência tiver o processualista desse fenômeno, maiores serão as possibilidades de construção de mecanismos aptos a alcançar os escopos do processo. Trata-se de um passo adiante à fase instrumentalista. (BEDAQUE, 2009, p. 15)

Assim, a análise exige que a leitura do art. 1º da Lei de Arbitragem seja feita à luz dessas regras de direito material, evitando-se, com isso, o equívoco de limitar a discussão em termos de classificar a indisponibilidade com fundamento na lei civil.

Inegável o interesse social que existe na inderrogabilidade (e conseqüente irrenunciabilidade) das normas trabalhistas de ordem pública, haja vista a necessidade de que o estado priorize a valorização do trabalho como condição para dignidade humana, preconizada pela ordem constitucional. Os conflitos relativos a direitos individuais trabalhistas fundados nessas normas não podem, em hipótese alguma, ser submetidos ao juízo arbitral.

Essa argumentação, inclusive, é corroborada pelo ensinamento de Carlos Alberto Carmona (2006, p. 56-57), a seguir transcrito:

São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. Pode-se continuar a dizer, na esteira do que dispunha o Código de Processo Civil (art. 1.072, revogado) que são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir.

Logo, se a Lei de Arbitragem prevê expressamente que apenas os conflitos que tenham por objeto os direitos subjetivos *patrimoniais disponíveis* (art. 1º), entendendo-se, pois, como tais, aqueles dotados de expressão pecuniária e que se encontrem no âmbito de disponibilidade da parte, parece correto afirmar que, em se tratando de direitos subjetivos decorrentes da relação laboral, apenas os direitos relativamente indisponíveis é que poderão ser submetidos ao juízo arbitral, e desde que não configurado o prejuízo ao trabalhador.

Portanto, "parece perfeitamente viável solucionar questões trabalhistas que envolvam direitos disponíveis através da instituição de juízo arbitral" (CARMONA, 2006, p. 59). No entanto, a sua utilização será um tanto quanto restrita, por força da natureza do direito material tutelado, de modo que, apenas casuisticamente, mediante o criterioso sopesamento da supremacia do interesse público frente à autonomia da vontade em cada caso concreto, é que será possível afirmar se determinado conflito individual trabalhista poderá ou não ser, de fato, submetido ao juízo arbitral.

4.2 A Indisponibilidade em relação ao momento da relação laboral: pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Firmado o entendimento de que apenas os direitos trabalhistas relativamente indisponíveis possam ser objeto de arbitragem e, ainda assim, desde que não configurado o prejuízo ao trabalhador, a questão da indisponibilidade dos direitos subjetivos individuais do trabalho passa a ser analisada em relação à fase de

desenvolvimento da relação jurídica trabalhista individual, ou seja, se prévia à admissão, na vigência do contrato de trabalho ou quando finda a relação laboral.

Quanto à convenção do juízo arbitral prévia à contratação do empregado, através da inserção do contrato de trabalho de cláusula compromissória, esta não deve ser admitida pela mesma razão que não o é nas relações consumeristas, ou seja, porque "De fato, no momento da contratação, o empregado está em situação de vulnerabilidade, pelo menos é o que se presume de forma relativa." (SCAVONE JR., 2008, p. 40).

Portanto, em sendo o trabalhador, nesse momento, a parte hipossuficiente da relação contratual (e em regra ele o é, ainda que a regra comporte exceções que a confirme), não se outorga validade e eficácia a essa convenção de arbitragem, ante a forte evidência de que ela resultaria de algumas das formas vício de consentimento do trabalhador. Mesmo porque, como bem lembrado por Amauri Mascaro Nascimento (2008, p. 579), "Não fosse assim, nenhum empregado seria admitido sem antes renunciar.", ou seja, sem se submeter à vontade do empregador em ajustar previamente à sua admissão a renúncia de seu direito de buscar a atividade jurisdicional do Estado para tutela de seus direitos materiais eventualmente lesados.

O mesmo pode ser dito para a relação jurídica laboral em curso. Afinal, enquanto vigente o contrato de trabalho permanece o trabalhador em condição de desigualdade com seu empregador, por força da subordinação não só jurídica, mas, sobretudo, a econômica, característica dessa relação. Portanto, para se proteger a vulnerabilidade do trabalhador, há que se reconhecer a impossibilidade da convenção da arbitragem enquanto este estiver sob o poder diretivo de seu empregador.

Carlos Alberto Carmona (2006, p. 60) diverge desse entendimento se adotado em sentido genérico, por entender que "mesmo em relações de trabalho em curso há largo espaço para a atuação da vontade dos contratantes, revelando-se aqui também a disponibilidade do direito."

A assertiva, no entanto, há que ser tomada com certa dose de cautela, por não revelar, com precisão, a realidade fática social que se apresenta.

Em verdade, a realidade social acaba por revelar a necessidade de se adotar como regra geral a não admissão da convenção da arbitragem prévia ou durante a relação de trabalho, por se encontrar o empregado presumidamente em relação de vulnerabilidade nesse momento, em virtude de sua subordinação (jurídica e econômica) a seu empregador. A presunção é, sem dúvidas, relativa, de modo que, configurando-se estarem as partes em condições paritárias, não haveria aí óbice instransponível a admitir-se excepcionalmente a convenção da arbitragem prévia à admissão ou enquanto vigente o pacto laboral.

A questão não parece ser menos controvertida quanto à convenção da arbitragem após a extinção do contrato de trabalho, firmando-se o compromisso arbitral após surgido o conflito.

Autores defensores do cabimento da arbitragem para solução de conflitos trabalhistas finda a relação laboral, afirmam que não haveria porque restringir essa forma de solução dos conflitos trabalhistas individuais, "eis que tais controvérsias estariam ligadas

exclusivamente a verbas indenizatórias, revelando-se, portanto, a natureza disponível dos direitos em disputa." (CARMONA, 2006, p. 60). Assim, defendem que, após a rescisão do contrato de trabalho, os direitos passariam a ser patrimoniais e disponíveis, de natureza indenizatória, admitindo-se, pois, a sua sujeição ao juízo arbitral (SCAVONE JR, 2008, p. 39). Seriam, pois, meros efeitos patrimoniais disponíveis dos direitos oriundos de relação jurídica trabalhista.

A questão não parece ser tão simples em se considerando a natureza do direito material tutelado. Afinal, não parece apropriado afirmar que, com o término do pacto laboral, os direitos trabalhistas passam automaticamente a ter expressão pecuniária e a revestirem-se de natureza indenizatória.

Amauri Mascaro Nascimento (2008, p. 580), ao tratar da irrenunciabilidade de certos direitos trabalhistas e da impossibilidade da livre disposição do crédito correspondente pelo trabalhador, afirma que os créditos trabalhistas são personalíssimos, não admitindo, em regra, qualquer forma de cessão. No entanto, destaca o referido autor ser preciso dissecar um pouco mais esse entendimento, e o faz da seguinte forma:

Convém distinguir as situações. Quando parte da doutrina sustenta que o crédito trabalhista não pode ser cedido, refere-se não a todos os créditos trabalhistas, mas, apenas, aos créditos de natureza salarial e no curso do contrato individual de trabalho. Não está se referindo aos créditos não-salariais pagos na extinção do vínculo de emprego. O direito do trabalho admite, com restrições, a renúncia dos créditos trabalhistas, que é mais do que a cessão, desde que se verifique no momento ou após a rescisão do contrato individual de trabalho.

Exige-se, pois, que seja feita a distinção entre o crédito trabalhista composto por verbas de natureza não-salariais (indenizatórias, portanto), pagas na extinção do vínculo empregatício, e as verbas salariais devidas ao trabalhador. Estas, finda a relação laboral, continuam a ter natureza salarial e o crédito a elas correspondente é, por essa razão, indisponível.

Retome-se aqui o que foi dito no item 2 do presente estudo, quanto à definição de "patrimônio disponível" para fins de incidência da lei de Arbitragem.

Naquela ocasião, apontamos, ainda que sucintamente, que os direitos não-patrimoniais são indisponíveis, mas que nem todos os direitos patrimoniais (assim entendidos aqueles dotados de expressão pecuniária) são, necessariamente, disponíveis.

Os créditos trabalhistas de natureza salarial são exemplo típico de direito patrimonial (têm expressão pecuniária) indisponível. Daí a afirmação de Amauri Mascaro Nascimento (2008, p. 580) de que tais direito são personalíssimos.

A análise do cabimento da instituição do juízo arbitral para solução de conflitos individuais do trabalho será possível no momento ou após a rescisão do pacto laboral, desde que o conflito tenha por objeto a discussão acerca de verbas de natureza efetivamente indenizatória. As controvérsias que tenham por objeto as verbas de natureza salariais, por sua irrenunciabilidade (e indisponibilidade), não podem ser

submetidas ao juízo arbitral, haja vista a disponibilidade ser pressuposto de validade desse procedimento (art. 1º, da Lei n.º 9.307/96).

Embora a jurisprudência trabalhista sempre tenha se mostrado resistente a aceitar qualquer forma de arbitragem nos dissídios individuais, recentemente tem-se observado, ainda que de forma tímida, que tal posição pode ser flexibilizada. Em outubro de 2008, em julgamento inédito da matéria no TST a 7ª Turma daquele tribunal reconhece como válida e eficaz, para todos os fins de direito, num dissídio individual de trabalho, sentença proferida por juiz arbitral (AIRR-1475/2000-193-05-0).

O caso envolve uma ex-empregada que firmou compromisso arbitral, junto com outros empregados, escolhendo a empresa e trabalhadores como árbitro o presidente da categoria profissional (representante dos trabalhadores) e submeteram ao juízo arbitral a questão do fechamento da loja. O contrato de trabalho já estava findo e a rescisão do contrato foi homologada pelo juiz arbitral, que fez constar na sentença que a trabalhadora deu "ampla e irrevogável quitação à presente arbitragem, bem como ao extinto contrato de trabalho para nada mais reclamar contra a empresa, seja a que título for". A trabalhadora acionou posteriormente a empresa reclamando diferenças e sustentando que a decisão do juízo arbitral seria inválida, o que não foi reconhecido pelo Tribunal do Trabalho.

Referida decisão, que serviu de estímulo para o presente estudo, parece quebrar um paradigma da jurisprudência trabalhista, que doravante já não mais se mostra intransigente quanto à possibilidade da arbitragem nos dissídios individuais de trabalho, atentando-se para a salutar necessidade de buscar outras formas para solução de conflitos laborais individuais para além da Justiça do Trabalho, tão sobrecarregada como todos os demais ramos do Judiciário.

CONCLUSÃO

Embora a Lei n.º 9.307/96 institua um procedimento arbitral único, geral, é de se ver que, como todo instrumento processual, ainda que alternativo à atividade jurisdicional, a arbitragem serve à concretização do direito material. Assim, conforme a natureza de relação jurídica de direito material objeto de conflito, a incidência da arbitragem deverá se dar, ainda que seguindo o procedimento geral, de forma diferenciada, adequando-se, pois, ao direito material por ela tutelado.

A sua aplicação, portanto, como meio alternativo de solução de conflitos e assegurador da efetivação do direito dos cidadãos de acesso à justiça, deve ser visto sob os mais diversos enfoques, levando em conta, para tanto, as peculiaridade e especificidades de cada ramo da ciência jurídica.

As relações jurídicas de direito processual, portanto, são informadas pelos princípios processuais constitucionais, pelos princípios informativos e formativos do processo, pelos princípios gerais de direito, e, ainda, por princípios, igualmente dotados de normatividade jurídica, próprios de cada ramo do direito substantivo.

O direito material do trabalho tem como princípios basilares, dentre outros, o da irrenunciabilidade dos direitos individuais trabalhistas e o da proteção do trabalhador. O próprio direito processual do trabalho tem seus princípios próprios, compatível com o direito material que procura instrumentalizar e, por força de tais princípios, várias são as normas do processo civil que sofrem adaptações quando transportados para o campo do processo do trabalho.

Portanto, submeter tais relações jurídicas materiais ao procedimento arbitral, implica em verificar se o procedimento criado pela Lei n.º 9.307/96 adequa-se a esses princípios de ordem substantiva e se diante dos princípios e singularidades do Direito Processual do Trabalho, a lei de arbitragem pode ser aplicada, ainda que de forma adaptada.

No caso das relações individuais do trabalho, portanto, não há como analisar a submissão dos conflitos à arbitragem sem analisar a questão da inderrogabilidade dos direitos trabalhistas e do princípio protetivo, por força da reconhecida vulnerabilidade do empregado face ao empregador.

O estudo revelou que apenas os direitos relativamente indisponíveis podem ser submetidos à arbitragem, desde que não configurado prejuízo ao trabalhador (indisponibilidade relativa).

Alia-se a essa idéia que a convenção da arbitragem, como regra, não deve ser admitida previamente à admissão do trabalhador ou enquanto vigente o contrato de trabalho, ressalvando-se apenas as excepcionais hipóteses de não estar o trabalhador em relação de hipossuficiência em face de seu empregador.

A convenção da arbitragem no momento ou após o fim da relação trabalhista é possível, pois que presumidamente encerrada a subordinação (presunção relativa), ressalvando-se aqui, que, ainda nesses casos, ela se limitará aos direitos que componham a esfera de disponibilidade o trabalhador (levando aqui em conta a idéia de indisponibilidade relativa trabalhada ao longo do trabalho).

Conclui-se, pois, pela primazia da segurança jurídica e pela defesa do interesse social em detrimento do almejado acesso à justiça através de vias alternativas de solução de conflitos, não afastando, contudo, a sua possibilidade, mas defendendo a sua aplicação limitada a apenas uma pequena esfera de relações jurídicas laborais individuais, e não em sentido genérico.

A acenada mudança de paradigma mencionada na parte final do último tópico deste trabalho (quebra do tabu da impossibilidade absoluta de arbitragem no dissídio individual de trabalho), contudo, não será suficiente, por si só, para impulsionar a utilização da arbitragem nos dissídios individuais de trabalho, mas nos serve de estímulo para aprofundar os estudos e quem sabe rever posições doutrinárias históricas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.* 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BELTRAN, Ari. Possidonio. *Autotutela nas relações do trabalho.* São Paulo. LTr, 1996.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei n.º 9.307/96*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho.* 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* vol. I. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho*. São Paulo. LTr. 1997.

GIGLIO, Vagner Drdla. *A conciliação nos dissídios individuais do trabalho*. São Paulo: LTr, 1982.

KROETZ, Tarcísio Araujo. *Arbitragem: conceitos e pressupostos de validade: de acordo com a lei 9.307/96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*, 23.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*, 2ª ed. rev. ampl. e atual. até a Lei n.º 11.694, de junho de 2008. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

RAMOS FILHO, Wilson. *O fim do poder normativo e a arbitragem*. São Paulo. LTr. 1999.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 2ª tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

VILLELA, João Baptista. Sobre Renúncia e Transação no Direito do Trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro de. (coord.). *Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*, 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1994.

[1] Nesse sentido: “Mauro Cappelletti, verdadeiro guru do movimento Acesso à Justiça, que sistematizou as três ‘Ondas Renovatórias’ como solução para a melhoria da qualidade da prestação jurisdicional estatal, acabou por reconhecer que, em determinados tipos de litígios, a jurisdição não é o meio de solução mais indicado, eis que lhe pode faltar efetividade.” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 2ª ed. rev. ampl. e atual. até a Lei n.º 11.694, de junho de 2008. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 407)

[2] **CPC - Art. 475-N**. São títulos executivos judiciais:

[...]

IV – a sentença arbitral;

[3] **CF. Art. 114** - Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

§ 2º - Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

[4] Registre-se aqui que após a Emenda Constitucional 45/2004, que deu nova redação ao §2º do art. 114 da Constituição, o dissídio coletivo de natureza econômica só poderá ser ajuizado quando as partes, “de comum acordo”, desejarem, não sendo mais possível que uma das partes, sem a anuência da outra, promova-o. Essa alteração legal praticamente aniquilou o tradicional dissídio coletivo (de natureza econômica, originário do polêmico Poder Normativo da Justiça do Trabalho), fazendo como que este assumisse características de arbitragem pública.

[5] **CLT. Art. 8º** As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito de trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direto comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direto comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

[6] **CLT. Art. 9º** Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao

trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único. Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

PRIMEIROS DELINEAMENTOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE NO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO*

EARLY DELIMITATIONS OF THE FLAGRANT ARREST IN THE CONSTITUTIONAL MODEL OF PROCESS

Vinícius Diniz Monteiro de Barros

RESUMO

O atual estágio hermenêutico da ciência processual não dispensa uma aproximação profunda com o constitucionalismo. Por isso, é possível identificar um modelo constitucional de processo, cujos princípios norteiam qualquer procedimento normativo. O instituto cautelar da prisão em flagrante, nestas circunstâncias, merece releitura renovada a partir dos princípios conformadores do modelo constitucional de processo, sobretudo o contraditório. Estudos de direito comparado fornecem elementos importantes para o aperfeiçoamento do sistema processual penal, especialmente no que concerne à participação dos afetados na construção da decisão judicial, aumentando sua legitimidade democrática. Uma análise da Ley de Enjuiciamiento Criminal (lei espanhola de procedimentos penais) traz contribuições nesta perspectiva. A recente reforma procedimental do Código de Processo Penal brasileiro, que exige a comunicação da Defensoria Pública em determinados casos de prisão em flagrante, permite aos necessitados exercitar o contraditório, mas precisa vir acompanhada de uma nova concepção de prisão em flagrante, que se justifica apenas em face de critérios de imediatidade e visibilidade de situação delitiva, e nunca como oportunidade para produção de provas.

PALAVRAS-CHAVES: PRISÃO EM FLAGRANTE; MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO; PROCESSO PENAL; DIREITO COMPARADO.

ABSTRACT

The current hermeneutic stage of process science does not relieve a deep approach to constitutionalism. Therefore, it's possible to identify a constitutional model of process, whose principles guide any normative procedure. The institute of flagrant arrest, in these circumstances, deserves a renewed reading based upon the conforming principles of the constitutional model of process, particularly the contradictory. Comparative law studies provide important elements to the development of criminal procedure system, especially regarding the participation of affected people in construction of the judicial

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

decision, increasing its democratic legitimacy. An analysis of the Ley de Enjuiciamiento Criminal (spanish law of criminal procedures) includes contributions to this perspective. The recent procedural change in the brazilian Código de Processo Penal, wich demands comunication to the Public Defense Attorney in certain cases of flagrant arrest, allows the handicaped people to exercise the contraditory, but it must be accompanied by a new conception of flagrant arrest, wich is justified only in immediacy and visibility criteria on the criminal situation, and never as an opportunity to produce evidence.

KEYWORDS: FLAGRANT ARREST; CONSTITUTIONAL MODEL OF PROCESS; CRIMINAL PROCEDURE; COMPARATIVE LAW

Introdução

A tarefa de abordar cientificamente institutos jurídico-processuais vem sofrendo significativas mudanças. Antes, quem se propunha a fazê-lo costumava recorrer, logo nas primeiras linhas do trabalho, a conceitos consagrados por uma doutrina imemorial. Seguiam-se, de modo quase inexorável, as citações de artigos de um Código, lidos cautelosamente pelo intérprete, para conferir racionalidade ao sistema jurídico, centrado nas regras infraconstitucionais.

Ainda que nele se identifiquem diversos pontos passíveis de crítica, semelhante método não perdeu, de todo, a valia. Ele não se tornou simplesmente descartável. Entretanto, é forçoso reconhecer que, a partir da promulgação da Constituição de 1988 no Brasil, não há mais espaço para ensaios jurídicos que desconsiderem a primazia das normas constitucionais em relação a qualquer sistema jurídico codificado, cuja função, desde então, é regulamentar, e não esgotar, os institutos afins. A análise constitucional dos temas jurídicos prefere, por assim dizer, todas as demais possíveis.

Atente-se para a circunstância de que regulamentar constitui encargo normativo subordinado, formal e materialmente, às prescrições dispostas nos escalões superiores do ordenamento. Como no topo da hierarquia normativa se situa a Constituição, ela é que fornece os vetores de toda hermenêutica jurídica na contemporaneidade.

O advento do constitucionalismo, comum nas ordens jurídicas ocidentais do século XX, encontra na noção de democracia o complemento epistemológico para a conformação do Estado na atualidade. Segundo Barros, destaca-se a contribuição dos estudos de Habermas para a identificação do chamado paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, na exata medida em que o sujeito de direito se reconhece, ao mesmo tempo, como autor e destinatário da norma jurídica. (BARROS, 2009, p. 13)

Os estudos de direito processual não ficam à margem do constitucionalismo democrático. Ao contrário, o avanço epistemológico da pesquisa jurídica aponta, com

índices crescentes de lucidez científica, para a interdependência entre Constituição, Democracia e Processo. Os legitimados ao Processo, como espaço de discursividade procedimentalizado, têm a prerrogativa de promover a construção democrática da realidade constitucional posta no Texto de 1988 como projeto, influenciando a elaboração justificada de cada ato estatal. Isso significa, em suma, exercício de cidadania por meio do Processo:

(...) Não há, de modo algum, que isentar os operadores jurídicos de sua responsabilidade na realização do projeto constitucional-democrático entre nós. (...) Não podemos nos iludir. A Constituição da República é desafiada a cada decisão que se tome neste País, pois cada decisão pode ser uma reafirmação do projeto que ela vem trazer, ou representar a continuidade de práticas sociais incompatíveis com tal projeto constitucional democrático. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 542-543)

Visto que o Estado Democrático de Direito não é um ponto de chegada, mas um infindável devir, um permanente caminhar, sua efetivação não é possível sem a contribuição do Processo, como linguagem que viabiliza a reconstrução dos fatos a que se pretendem atribuir efeitos (conseqüências) jurídicos. Além disso, parece óbvio que a aplicação de qualquer modelo (sistema) normativo não decorre imediatamente de previsões textuais abstratas. Em relação às prescrições constitucionais e aos direitos fundamentais não há diferença, sendo imprescindível que entre o texto e a realização jurídica medeie um Processo com a finalidade de aplicação das normas[1].

Com tais considerações, pode-se apresentar a proposta deste ensaio, que se debruça sobre o instituto da *prisão em flagrante* no seio do *modelo constitucional de processo*. Entende-se que, por afetar direito fundamental à liberdade, a prisão não pode ficar à margem do exercício da cidadania por meio do Processo. Em outras palavras, quando o tema é "prisão", cuja realização a Constituição restringe às hipóteses de flagrante delito e (mediante) ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5.º, LXI), sempre há espaço discursivo-procedimental para o questionamento de seus fundamentos e pressupostos.

A seguir, o presente trabalho incursiona nas noções de contraditório, um dos elementos no modelo constitucional de processo a ser estudado (BARROS, 2009), e colhe do direito comparado (TARUFFO, 2001) contribuição para a conformação do procedimento da prisão em flagrante adequado ao *modelo constitucional de processo*. Como consectário da *perfectibilidade* deste mesmo modelo (ANDOLINA E VIGNERA, 1990), identifica-se avanço na nova redação do art. 306, 1.º, do CPP, dada pela lei n. 11.449/2007.

1. SOBRE UM MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

Visualizando as normas constitucionais em harmonia de enunciados principiológicos e voltadas à proteção dos direitos fundamentais, Barros, na perspectiva constitucional de

processo (ANDOLINA E VIGNERA, 1990), sistematiza uma base coerente e uníssona, a que designa de *modelo constitucional do processo*. Nesse raciocínio, que já representa uma apropriação, para o processo penal da idéia de Andolina e Vignera para o provesso civil italiano, a autora inclui a percepção de Fazzalari, de processo como procedimento em contraditório, para qualificar o fenômeno processual constitucionalizado como garantia, e não mais relação jurídica nos termos bülowianos, em que se apóia a escola paulista ou instrumentalista. (BARROS, 2009, p. 13-15)

A inclusão da contribuição teórica de Fazzalari no cognominado modelo constitucional de processo não é fortuita. Baracho ensina que conferir linhagem constitucional ao processo contribui para a proteção e concretização dos direitos fundamentais (BARACHO, 2008, p. 14-15). Recorrendo a Andolina e Vignera, Baracho esclarece, todavia, que, originalmente, a idéia de um modelo constitucional de processo, nos termos da Constituição italiana, consistiu no deslocamento dos princípios gerais do processo civil para o texto constitucional. Por conseguinte, a centralidade da figura do juiz, como responsável isolado pelo exercício da jurisdição, não foi alvo de maiores indagações ou questionamentos; ao contrário, recebeu reforço a partir dessa simples transposição normativa:

O modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional. **No paradigma constitucional do procedimento jurisdicional, assume papel de relevo o juiz**.

[...]

No desenvolvimento dos pressupostos do processo constitucional coloca-se a idoneidade do juiz. Esse modelo constitucional de juiz assenta-se na preparação técnico-profissional do magistrado, como condição necessária a assegurar a probabilidade objetiva e correta do juiz. (BARACHO, 2008, p. 15-16)

Percebe-se, porém, que a atribuição excessiva de poderes à figura do juiz, presumindo-o dotado de “imaginosa liberdade na construção do procedimento, [...] em critérios e ideologias de uma judicatura presunçosamente justa e salvadora” (LEAL, 2009, p. 39), não representa, por si só, incremento democrático das instituições, isto é, não promove qualquer ganho de participação na construção dos provimentos estatais para indivíduos que se reconheçam, a um só tempo, autores e destinatários das normas jurídicas. Nesse sentido, Habermas denuncia que as perspectivas liberal e republicana de sociedade deliberativa têm dependência do Estado, respectivamente como guardião de uma sociedade de mercado e institucionalização autoconsciente de uma comunidade ética (HABERMAS, 1995, p. 115). Então, recorrer ao mítico “Estado-juiz” é incorrer nessa dependência do Estado, seja como liberal, seja como republicano.

A proposta procedimentalista discursiva de Habermas, que recusa o Estado republicanista como um sujeito global teleologicamente orientado, de um lado, e o Estado mecanicista e regulatório de poderes e interesses individuais com inspiração nas leis de mercado (HABERMAS, 1995, p. 117), de outro, preenche a aporia do modelo constitucional de processo desenvolvida, a título incipiente, na Itália (ANDOLINA e

VIGNERA, ANO). De fato, por meio da intersubjetividade discursiva, os cidadãos, em vez de delegar o exercício permanente da democracia a um corpo técnico ou político de indivíduos concursados ou eleitos, assumem papel ativo na construção permanente da racionalidade procedimental estatal.

Entre os vários esforços científicos específicos sobre o processo, Fazzalari é quem oferece a teoria que possibilita o exercício dessa participação ativa do destinatário da norma na autoria do provimento estatal (decisão judicial). Trata-se do processo como procedimento em contraditório. (FAZZALARI, 2006, p. 111-128) Pode-se afirmar que, lidas e interpretadas assim conjunta e complementarmente, as lições de Habermas e Fazzalari embasam a adoção do *modelo constitucional de processo* no Estado Democrático de Direito (LEAL, 2002, p. 114-115).

As implicações da adoção dessa postura científica são significativas. Em primeiro lugar, o processo deixa de ser mero meio, modo, instrumento da jurisdição, entendida como atividade do Estado-juiz, para manipular e justificar seu pretenso saber decisório, como se fosse um filtro vivo e permanente das ações e aspirações sociais (DINAMARCO, 2005, p. 130-135 e 149). Em segundo lugar, as partes legitimadas ao processo assumem a responsabilidade de construir, em contraditório, de forma comparticipada, o provimento judicial de que serão alvo. Finalmente, enxerga-se o instituto do processo como garantia de participação popular não apenas vinculado ao cenário da jurisdição, mas também nas demais funções estatais, em especial a legislação e a administração, donde se falar em processos legislativo (DEL NEGRI, 2008) e administrativo.

A noção de *modelo constitucional de processo* deixa transparecer a existência de uma rede fundamental de princípios a informar todas essas modalidades (penal, civil, administrativo, trabalhista, tributário, legislativo). Todavia, ao se especializar nos diferentes segmentos da matéria jurídica, o modelo constitucional adquire diversas *tipologias*, possíveis em razão das características de *expansividade*, *variabilidade* e *perfectibilidade* do modelo em relação aos microssistemas em que se especifica (BARROS, 2009, p. 14).

Vale destacar que a *perfectibilidade* permite ao modelo constitucional de processo abertura para encampar novos institutos e desenvolver, cada vez mais, os direitos fundamentais de cidadania. Neste ensaio, propõem-se encampar no modelo as contribuições do direito comparado no delineamento do instituto da prisão em flagrante.

Também com a idéia de *modelo constitucional de processo* expansível (às demais normas do sistema), variável (para adaptar-se às matérias jurídicas que concretiza) e perfectível (sujeito a incrementos para desenvolver os direitos fundamentais de cidadania), fica sem sentido a divisão, comum na doutrina especializada, entre um processo constitucional e outro infraconstitucional. Todo processo deve adequar-se juridicamente ao modelo constitucionalizado, cuja coerência decorre dos princípios, garantias e institutos que o integram (LEAL, 2009, p. 38). Com tais considerações, Barros, para quem o modelo constitucional de processo reúne os princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação da decisão e do terceiro imparcial, admoesta que a tipologia do processo penal constitucional não pode olvidar, por exemplo, o princípio do estado de inocência, nem as garantias e liberdades dos sujeitos. (BARROS, 2009, p. 16-22)

2. CONTRADITÓRIO COMO ELEMENTO DISTINTIVO DO PROCESSO

A classificação taxionômica do processo como procedimento em contraditório é tributária de Fazzalari, Professor Emérito da Universidade de Roma *La Sapienza*. Fundamentalmente, a proposta de Fazalari representa efetivo avanço democrático no trato do instituto jurídico do processo, por permitir que os destinatários do ato estatal participem da feitura do ato final da estrutura do procedimento (o provimento), cujos efeitos terão de suportar.

[...] O "processo" é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. (FAZZALARI, 2006, p. 118-119)

Do excerto transcrito se infere a relevância que Fazzalari atribui à possibilidade de as partes, afetadas futuras pelo provimento, influenciarem na tomada de decisão. No entanto, mesmo a progressista idéia de Fazzalari, que supera a definição do processo como relação jurídica, de Von Bülow (FAZZALARI, 2006, p. 120-121), ainda hoje sustentáculo das lições dos instrumentalistas (DINAMARCO, 2005), concede certa proeminência decisória à figura do juiz, como autor do ato final do procedimento (FAZZALARI, 2006, p. 94).

Por isso, o desenvolvimento da teoria do *modelo constitucional de processo* conduziu ao aprofundamento dos ensinos de Fazzalari. Hoje, entende-se que o contraditório é o espaço procedimentalizado que garante, em simétrica paridade, a participação dos afetados na construção do provimento, noção que supera em muito o binômio necessidade de informação e possibilidade de reação (BARROS, 2009, p. 17-18).

Os tribunais europeus, a partir de disposições legais dos Códigos de Processo francês, italiano e alemão, constroem a noção de contraditório com duas características principiológicas: a influência e a não-surpresa. A influência significa a prerrogativa de a parte ver consideradas (a favor ou contrariamente) na decisão os argumentos que desenvolveu a propósito do caso reconstruído no processo.

Já a não-surpresa impede que a decisão contenha justificativas para cuja elaboração a parte não concorreu (BARROS, 2009, p. 18-19). Nesse ponto, NUNES explica que o contraditório, "verdadeira garantia da não-surpresa, (...) impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso" (NUNES, 2004, p. 84), evitando que argumentos alheios à dialética defensiva das partes integrem a fundamentação da decisão. A conseqüência para o descumprimento dos parâmetros fixados pelo contraditório no processo é a invalidade do provimento daí oriundo.

Valendo-se da riqueza do estudo de direito comparado, NUNES ressalta que, na Europa, espraia-se grande preocupação com as chamadas "decisões de surpresa" (*Überraschungentscheidungen*), a ponto de a reforma do Código de Processo Civil austríaco, em 2002, alterando a redação do § 182ª, proibi-las expressamente. Na Itália, ainda segundo NUNES, essas decisões são conhecidas como *di terza via*, porque derivam de escolha isolada, não raro arbitrária, do juiz, sem remissão ao que debatido pelas partes (NUNES, 2004, p. 83). Os ordenamentos europeus, em geral, evoluem para imputar invalidade a decisões deste jaez.

Duas evidências teóricas sucedem a noção de contraditório nesses termos. A primeira delas é a perda definitiva de sentido dos brocardos latinos de interpretação jurídica que acolhem a sapiência inata do julgador para proferir decisões acertadas, nomeadamente o *jura novit curia* e o *da mihi factum dabo tibi jus*. Na democracia processual discursiva, o juiz não sabe nem cria o direito, apenas contribui com sua (re)construção, a cada caso que se lhe apresenta, junto às partes e sem ascendência hierárquica ou cognoscitiva sobre elas. Logo, às partes o processo democrático garante discutir amplamente todas as questões envolvidas no processo. Em segunda medida, no que concordam Barros (2009), Brêtas de Carvalho Dias (2004) e André Leal (2002), reconhece-se o enlace definitivo entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais, sem o qual estas carecem de legitimidade, ponto nodal de adequação ao Estado Democrático de Direito.

Na apropriação das lições de Fazzalari para o modelo constitucional de processo penal brasileiro, cumpre fazer mais algumas considerações. A Constituição do Brasil de 1988 estabelece o sistema acusatório de persecução criminal processualizada (art. 129, CRFB). O julgador não é contraditor (FAZZALARI, 2006, p. 122-123) e sua atividade contributiva para a construção do provimento, por expressa disposição constitucional, não pode suplementar a atividade do órgão acusador. Logo, cumpre fazer coro com os pesquisadores que alertam que o modelo constitucional de processo penal brasileiro veda a produção de prova pelo juiz (por todos, BARROS, 2009, p. 29-32), entendimento que não pode ser afastado em nome da busca por uma "verdade real" pré-existente à reconstrução processual. Este aspecto é de suma importância, inclusive, para a fixação da *ratio essendi* da prisão em flagrante no Estado Democrático de Direito, assunto para o próximo item.

Por fim, convém acentuar em que consiste o objeto do contraditório. Nesse aspecto, já se celebrizou o ensinamento de Gonçalves, no sentido de que "o contraditório não é o 'dizer' e o 'contradizer' sobre matéria controvertida [...]" (GONÇALVES, 1992, p. 127). *Contrario sensu*, o mesmo trecho da obra que primeiro trouxe para o Brasil as contribuições de Fazzalari à ciência do processo atesta que as questões são o objeto do contraditório. Repete-se esse esclarecimento para que não se corra o risco de entregar à consciência isolada do julgador qualquer dos aspectos controvertidos sujeitos à reconstrução argumentativa, comparticipada e contraditorial no processo. Assim é que as próprias questões jurídicas precisam ser reconstruídas no processo mediante contraditório, e não descobertas pelo julgador.

"A constatação parece óbvia – para elaborar os próprios temas o processo deve elaborar a si mesmo" (FAZZALARI, 2006, p. 127). A fiscalidade democrática sobre os provimentos estatais, por todos os legitimados ao processo como discursividade procedimentalizada, também tem objeto os próprios marcos ou balizas do procedimento

previsto em lei. Em outras palavras, a principiologia do modelo constitucional de processo penal rege todos os procedimentos legalmente previstos, sejam eles investigatórios, de conhecimento, execução ou cautelares. Não há espaço, pois, para procedimentos penais dissonantes ou à margem do modelo constitucional.

3. A PRISÃO EM FLAGRANTE NO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

No ordenamento jurídico brasileiro, prisão em flagrante é espécie do gênero prisão provisória. As demais espécies de prisão provisória, com previsão legal abstrata no ordenamento brasileiro, e cuja abordagem pormenorizada exorbita a proposta deste ensaio, são a temporária (com regramento geral na Lei 7960/89) e a preventiva (arts. 311 e seguintes do CPP)[2].

Fala-se em provisoriedade da prisão por decorrência do princípio do estado de inocência (art. 5.º, LVII, da CRFB). Já que todos os cidadãos são inocentes em relação a imputações criminais até que transite em julgado contra si sentença penal condenatória, apenas duas hipóteses autorizam a privação da liberdade antes da decisão judicial definitiva (art. 5.º, LXI, da CRFB): estado de flagrante delito e ordem escrita e motivada de autoridade judiciária competente[3].

Essas duas razões de decidir têm função cautelar. A rigor, nenhuma delas excepciona a necessidade de esgotamento prévio do procedimento processualizado para imposição de **pena**. Isto é, como a **prisão cautelar não é pena** e a pena só pode ser aplicada após a desconstituição do estado de inocência (art. 5.º, LVII, da CRFB), a prisão cautelar não configura exceção a esse estado. A prisão cautelar é instituto que autoriza privação de liberdade do cidadão não apenado, mediante procedimento regido, igual e necessariamente, pelo modelo constitucional de processo. Em suma, com a decretação da prisão provisória, fica claro que não se está a aplicar pena, mas a cumprir, por meio da privação de liberdade, função acauteladora do procedimento penal principal.

Diante da garantia constitucional da inafastabilidade do controle dos atos estatais pelo Judiciário (art. 5.º, XXXV, CRFB) e do direito ao Processo (art. 5.º, LIII, LIV e LV, CRFB), que guia e baliza os pronunciamentos judiciais, tampouco a prisão em flagrante dispensa a manifestação de autoridade judiciária competente. Ocorre que a manifestação judicial, nesse caso, é postecipada ao ato material de constrição da liberdade, por razões imperativas da própria situação de flagrância delitiva, a seguir pormenorizadas.

Nunes explica que o contraditório tem dois modos de exercício: preventivo ou *ex ante* e sucessivo ou *ex post*. O primeiro modo é o do genuíno contraditório, que permite o procedimento formativo da decisão; o segundo, excepcional, manifesta-se para a eficácia e o controle da decisão depois de proferida (NUNES, 2004, p. 80). A situação fática da prisão em flagrante, portanto, leva a que se exerça, em relação a ela, o contraditório no modo *ex post*.

De qualquer forma, é importante ter seguro que, mesmo nos casos de flagrante delito, o juízo competente deve ser imediatamente informado para que, após o exercício do contraditório pelos legitimados, homologue, ou não, o cerceamento de liberdade do cidadão.[4] Isso porque a especificação do *modelo constitucional de processo* na *tipologia do processo penal* suplica, no delineamento do instituto da prisão, a consideração hermenêutica de todos os princípios constitucionais que estruturam o modelo (contraditório, terceiro imparcial, ampla argumentação, motivação das decisões judiciais, estado de inocência, entre outros). Em especial, impõe-se que a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente esteja presente em qualquer ato de privação de liberdade da pessoa, quer seja condenatório ou impositivo de pena, ao fim do procedimento, quer seja cautelar, no seu interregno. A fundamentação da decisão, por óbvio, só pode conter argumentos submetidos ao contraditório, no caso, postecipado, sob pena de violar a não-surpresa e a influência contraditoriais.

Em tema de prisão, o contraditório legitimador da decisão que a decreta, se provisória, ou homologa, quando decorrente de flagrante, tem notável importância, porque a ordem constitucional brasileira afirmou liberdade e estabeleceu a inocência como efetiva situação jurídica de todo investigado, indiciado ou acusado (OLIVEIRA, 2001, p. 301; OLIVEIRA, 2006, p. 414-415). Em outras palavras, a Constituição do Brasil é explícita ao qualificar juridicamente a liberdade como regra e seu cerceamento, exceção, não obstante a existência de atividade estatal persecutória em curso contra o cidadão (art. 5.º, LIV, LXI e LXV da CRFB).

Disso resulta, como já ressaltado alhures, que a privação da liberdade de qualquer pessoa antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória deve contar com fundamentação de qualidade cautelar (arts. 312 e seguintes do CPP). Logo, não se admite a mera e pura antecipação de cumprimento de pena, ainda que ordenada por autoridade judiciária competente ou veiculada por previsão legal abstrata e inconstitucionalmente generalizante (OLIVEIRA, 2001, p. 321-322).

4. CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO COMPARADO AO DELINEAMENTO DEMOCRÁTICO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Oliveira ensina serem duas as “missões” ou funções da prisão em flagrante no ordenamento jurídico democrático. Uma, impedir que a conduta delituosa gere todos os seus efeitos. Outra, servir de oportunidade ímpar para a colheita de provas e a conseqüente reconstrução processual dos fatos de maneira fiel. Para o autor, ambas as funções devem realizar-se na máxima medida possível e, uma vez cumpridas, esgota-se a razão jurídica autorizadora do cerceamento momentâneo de liberdade individual ambulatória. (OLIVEIRA, 2006, p. 430-431)

Nesse ponto, cumpre discordar da lição de Oliveira. Não há “missões” nem “funções” *a priori* na prisão em flagrante, instituto que só se justifica, no bojo da democracia constitucional, por critérios de *visibilidade* e *imediatidade* de condutas supostamente criminosas, cujos efeitos devem ser obstados. Colher provas (outra “missão” da prisão em flagrante, conforme OLIVEIRA) é atividade processual que, como tal, não se pode

realizar sem o suporte do contraditório, da ampla argumentação, do terceiro imparcial e da motivação das decisões judiciais, para dizer o mínimo.

Não é constitucionalmente adequado entregar ao solipsismo da autoridade policial, ministerial ou judicial a atividade produtora de evidências sobre materialidade e autoria do fato a ser reconstruído no processo, porque isso significa tolher os direitos fundamentais de participação do investigado ou acusado na elaboração do provimento estatal cujos efeitos terá de suportar. O uso da prisão em flagrante como meio de produção de provas convalidáveis em juízo acentua o caráter autoritário do processo penal e não se compatibiliza com o *modelo constitucional de processo* ora em exame. Como sugere o subtítulo em desenvolvimento, essa constatação tem o abono dos estudos do direito comparado, em especial nas reflexões comparatísticas de Taruffo.

Ao analisar os aspectos fundamentais do processo civil nos sistemas de *Common Law* e *Civil Law*, Taruffo percebe a desvalia dessa dicotomia para esclarecer as especificidades dos ordenamentos processuais na atualidade (TARUFFO, 2001, p. 45). Propõe, por isso, outra organização comparatística dos sistemas processuais civis, que *cum grano salis* pode ser apropriada também para a caracterização dos sistemas de processo penal. Os sistemas processuais da atualidade seriam, na visão de Taruffo, os estruturais (ou descritivos), os funcionais (ou instrumentalistas) e os supranacionais. Os últimos visam à solução de controvérsias internacionais e à harmonização de ordenamentos processuais entre países com interseções culturais e geográficas. Tem maior importância, contudo, para o presente ensaio o confronto entre os sistemas processuais estruturais e os sistemas processuais funcionais.

Ensina Taruffo que os sistemas processuais estruturais apresentam as seguintes características (TARUFFO, 2001, p. 46-47): a) atuação das garantias fundamentais previstas nas Constituições e nos tratados, especialmente o contraditório e a imparcialidade do juiz; b) "desformalização" e simplificação da estrutura do procedimento; c) atribuição da função de gerente do procedimento ao juiz; d) adoção de esquema procedimental bifásico: d.1) fase de preparação e eventual resolução antecipada da causa e d.2) fase de produção de prova e decisão. Por outro lado, os sistemas processuais funcionais primam por: a) efetividade da tutela processual para proteção eficaz do direito (aspecto teleológico); b) rapidez na resolução de controvérsias; c) adequação específica do procedimento à finalidade da tutela jurisdicional das situações jurídicas.

A partir das lições comparatísticas de Taruffo, percebe-se que o processo penal brasileiro, cujos marcos fundamentais se encontram na Constituição, se amolda ao sistema estrutural, pois prioriza as garantias fundamentais, sobretudo a do contraditório e a da imparcialidade judicial, integrantes do *modelo constitucional de processo* (BARROS, 2009). A quadra histórica em que se vive não permite ignorar nem menosprezar as garantias processuais trazidas pela Constituição de 1988, a bem de uma mítica justiça célere, que se obtém por intermédio do saber decisório autoritário e pretoriano do juiz. De modo objetivo, nunca é demais repetir que o "Processo é **instrumentador** da legitimidade da conduta do juiz e não mais um instrumento servil da Jurisdição" (LEAL, 2009, p. 30).

Por isso, em termos práticos, extrair da prisão em flagrante oportunidade de produção probatória é incluir o sistema processual brasileiro na perspectiva funcionalista

(instrumentalista), priorizando uma tutela jurisdicional eficaz e rápida, mesmo que à custa de direitos fundamentais. A abertura de possibilidade de produção probatória no momento da prisão em flagrante é um ato de fé cega na idoneidade pressuposta de agentes estatais encarregados de combater a criminalidade, que afronta o processo e todas as garantias constitucionais que o conformam. Sem temor de engano, a apologia a uma jurisdição sem processo marca o regresso do direito à mera autoridade (não do monarca, ou do legislador, mas do juiz).

Um exemplo de sistema estrutural (TARUFFO, 2001) de procedimento penal compatível com um *modelo constitucional de processo* (BARROS, 2009) parece dar, em se tratando de prisão, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (o Código de Processo Penal espanhol). Segundo o regramento da Espanha, os envolvidos participam ativamente de todas as fases da investigação e persecução penais[5]. Mesmo na fase investigatória, compete a um juiz de instrução presidir a formação do sumário acusatório[6]. Nessas circunstâncias, logo após ser preso, ao investigado se garante ampla possibilidade de discussão dos motivos ensejadores da prisão.

Da mesma maneira, durante a fase de investigação policial, a concretização de qualquer medida restritiva de direito ou privativa de liberdade do investigado passa, antes, pelo crivo do contraditório entre os legitimados ao processo. Como se vê, a primazia das garantias constitucionais e a configuração de um modelo processual estruturalista (TARUFFO, 2001) informam já a redação da lei processual ordinária na Espanha. Nesse sentido, é importante notar que o executor de medida constritiva de liberdade tem o prazo de vinte e quatro horas para entregar o detido ao juiz de instrução mais próximo, ou liberá-lo, sob pena de responsabilização pessoal.[7] Desde então, aplica-se a regra de intervenção das partes em todas as diligências do procedimento.

A partir do ato de constrição de liberdade fundado exclusivamente em critérios de *visibilidade* e *imediatidade* da conduta aparentemente delitiva, a manutenção do preso em flagrante nas dependências do cárcere necessita de nova fundamentação judicial, a indicar motivos cautelares concretos que excepcionem a situação de inocência de qualquer cidadão. Pela conexão entre fundamentação das decisões judiciais e contraditório, aquilata-se a importância que a teoria do processo como procedimento em contraditório tem para a legitimação das decisões que (1) homologam ou (2) mantêm a prisão em flagrante. No primeiro caso, deve-se aferir, em contraditório, a adequação constitucional do ato material de prisão em flagrante enquanto tal, isto é, se ele visou apenas e tão-somente a impedir os efeitos da conduta com aparência de delito; no segundo, sempre de forma comparticipada em simétrica paridade, cabe estabelecer a necessidade de manutenção da prisão provisória a partir das razões cautelares previstas em lei (no Brasil, trata-se dos arts. 312 e seguintes do CPP).

Decerto, o procedimento de inquérito policial no CPP brasileiro ainda dista muito do sistema espanhol, quanto à procedimentalização de garantias constitucionais na fase investigatória da persecução penal. Entretanto, algumas mudanças já se fazem sentir. Eis o caso da nova redação do art. 306, 1.º, do CPP, dada pela lei n. 11.449/2007.

A *perfectibilidade* do modelo constitucional de processo, que influencia o devido processo legislativo na conformação de novos institutos jurídicos, permite enxergar na nova redação do art. 306, § 1.º, do CPP, dada pela lei n. 11.449/2007, um avanço procedimental quanto ao instituto da prisão em flagrante. Dispõe a norma em comento:

Art. 306 [...]

§ 1.º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Desde a prisão em flagrante, ato inaugural da investigação e da persecução penais, é indispensável, no processo democrático e constitucionalizado, propiciar defesa ampla e exercício de contraditório efetivo aos envolvidos, não obstante sua situação econômica. Por isso, ao mencionar a comunicação obrigatória da Defensoria Pública sobre as prisões em flagrante, caso o detido não indique advogado, a nova redação do CPP parece fortalecer os direitos constitucionais à defesa ampla, mediante argumentação técnica, e ao contraditório substancial do preso (art. 5.º, LV, da CRFB), atribuindo a tarefa de guarnecê-los, mesmo fora das hipóteses de hipossuficiência econômica, à Defensoria Pública.

Em outras palavras, diante da tendência reformista dos códigos de procedimentos civis e penais no Brasil, em regra criticadas (BARROS, 2009) por afrontar os direitos e garantias constitucionais do processo, a nova redação do art. 306, § 1.º, *in fine*, do CPP, soa como uma exceção com duas conseqüências acertadas. (1) Abre-se mais um canal participativo indispensável no espaço discursivo do procedimento, em benefício dos direitos fundamentais à ampla defesa, ao contraditório e à isonomia do preso, para construir a decisão que lhe afeta outro direito inalienável – a liberdade; (2) atribui-se à Defensoria Pública, a partir de um conceito amplo de "necessitados", obtido mediante a releitura procedimental da CRFB (arts. 5.º LXXIV, e 134), o múnus de zelar por tais direitos, em favor dos necessitados a título econômico ou jurídico. Sobretudo, a mudança procedimental em comento deve ser acompanhada pela concepção democrática revisitada de prisão em flagrante, fundada apenas em critérios de *visibilidade* e *imediatidade* e incompatível com pretensões estatais de produção probatória neste momento do procedimento, pois, do contrário, subsiste prejuízo incontornável ao princípio do contraditório na reconstrução processualizada do caso.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição do Brasil contém uma rede de princípios, direitos e garantias fundamentais coerentes entre si, que formam o *modelo constitucional de processo*, de acordo com o qual todo procedimento predecessor de ato estatal deve se configurar. Contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões judiciais, terceiro imparcial e estado de inocência são princípios fundamentais da tipologia de processo penal em que se especifica o *modelo constitucional de processo*.

Com a complementariedade de sentidos entre constitucionalismo, democracia e processo, não há lugar para aspirações de legitimidade democrática em

pronunciamentos judiciais quando os destinatários do provimento são privados da processualidade discursiva para construção da decisão, não podendo se reconhecer, simultaneamente, como seus autores. A jurisdição sem processo marca o regresso do direito à mera autoridade.

A prisão em flagrante é instituto jurídico de processo penal que visa a impedir a consecução dos efeitos de condutas com aparência de delito, por critérios de *visibilidade* e *imediatidade*. Ela não é momento especial para colheita ou produção de provas, porque essas atividades se sujeitam ao *modelo constitucional de processo* e a toda a principiologia que o conforma, não estando à mercê da clarividência de agentes públicos (delegado de polícia, membro do Ministério Público, juiz).

Os estudos de direito comparado na contemporaneidade atestam que o sistema processual brasileiro é estrutural, e não funcional (ou instrumentalista), sobretudo porque tem como núcleo a atuação das garantias fundamentais previstas na Constituição. O exemplo do Código de Processo Penal espanhol, que garante o contraditório mesmo no curso de investigações penais, abona a impossibilidade de conferir à prisão em flagrante funções outras, que não a mera necessidade fática de promover a cessação instantânea de conduta aparentemente ilícita. Sequer se cogita de prejuízo para a atividade persecutória estatal quando, nesta reconstrução, se veda a produção probatória unicamente pelo saber do agente estatal (policial, ministerial ou judicial). Isso porque não se pode conceber, diante do modelo constitucional de processo, procedimento de produção probatória à margem dos princípios do contraditório e da ampla argumentação, perante um terceiro imparcial, que decida motivadamente.

A nova redação do art. 306, § 1.º, *in fine*, do CPP refina o procedimento legal da prisão em flagrante, garantindo contraditório e ampla argumentação (defesa técnica) ao preso que, não indicando advogado, se encontra na condição de necessitado jurídico (art. 5.º, LXXIV, e 134 da CRFB).

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2.ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANDOLINA, Ítalo. VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G. Giappichelli, 1990.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do Processo Penal – comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. trad. e notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Argumentação jurídica e decisionismo: um ensaio de teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação.** *In* SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COHN, Gabriel (org.). **Max Weber: sociologia**. 7ª ed. São Paulo: Ática, 1999.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática.** 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ESPANHA. **Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Disponível em <<http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.html>>. Acesso em 12/09/09.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 8ª. ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. *In* **Cadernos da Escola do Legislativo**. Vol. 3. Jan./Jun 1995. Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. A Instrumentalidade do Processo em Crise. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo Civil e Sociedade Civil**. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>>. *Virtuajus*, ano 4, nº 2, dezembro de 2005.

_____. **Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos**. 8ª. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. *In* Revista Síntese de Direito civil e processual civil. Vol. 29. Doutrina. P. 73-85. 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6.ª ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações.** *In* SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático – Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TARUFFO, Michele. **Aspetti Fondamentali del Processo Civile de Civil Law e di Common Law**. Revista da Universidade Federal do Paraná. Vol. 36 – 2001. Ano 33. Coleção Acadêmica de Direito. Vol. 34. Belo Horizonte: Síntese, p. 27-48.

---

[1] Baracho, de modo pioneiro no Brasil, leciona que "o processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma *metodologia de garantia dos direitos fundamentais*. Suas instituições estruturais [...] remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais" (grifos acrescidos). **(**BARACHO, 2008. p. 47). Vale conferir, também sobre a importância do processo na construção e na aplicação normativas, o pensamento de Giorgio Agamben, *verbis*: "[...] No caso do direito, é perfeitamente evidente [...] que a aplicação de uma norma não está de modo algum contida nela e nem pode ser dela deduzida, pois, de outro modo, não haveria necessidade de se criar o imponente edifício do direito processual. Como entre a linguagem e o mundo, também entre norma e sua aplicação não há nenhuma relação interna que permita fazer decorrer diretamente uma da outra." (AGAMBEN, 2005, p. 62-63)

[2] Com o advento das Leis 11.689/2008, reelaborando o procedimento do tribunal do júri (especialmente a nova redação do art. 413, § 3.º, do CPP), e 11.719/2008, que revogou o art. 594 do CPP, descabe falar, hoje, mesmo em termos abstratos, de uma prisão decorrente de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível.

[3] Por tangenciar temas bastante específicos, as hipóteses de transgressão militar e crime propriamente militar, que também autorizam prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não serão objeto deste trabalho.

[4] Para tanto, há previsão legal até no autoritário CPP do Estado Novo (art. 306, *caput*, do CPP).

[5] [...] Artículo 302.

Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. [...]

[6] [...] Artículo 303.

La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva, y en su defecto a los demás de la misma ciudad o población

cuando en ella hubiere más de uno, y a prevención con ellos o por su delegación, a los Jueces municipales.

[...]

El nombramiento de Juez instructor únicamente podrá recaer en un Magistrado del mismo Tribunal, o en un funcionario del orden judicial en activo servicio de los existentes dentro del territorio de dicho Tribunal. Una vez designado, obrará con jurisdicción propia e independiente. [...]

[7] [...] Artículo 496.

El particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes arts, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma.

Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal , si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas. [...]

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEVER DE CAUTELA E A CONVENIÊNCIA DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM DEMANDAS ACIDENTÁRIAS*

BRIEF OBSERVATIONS ON THE DUTY OF CARE AND THE CONVENIENCE OF REVERSING THE BURDEN OF PROOF IN CLAIMS OF ACCIDENT

Willians Franklin Lira dos Santos

RESUMO

O presente artigo pretende, a partir de uma breve reflexão acerca dos elementos dogmáticos que envolvem os institutos em foco, analisar a possibilidade e conveniência da inversão do ônus da prova judiciária nas lides acidentárias, sobretudo quando ausente dever de cautela essencial e inerente à execução do contrato de trabalho que dê ensejo a evento infortunístico. Em primeiro lugar é conveniente proceder à análise das construções teóricas referentes a prova e à distribuição dos ônus respectivos no processo comum. Em complemento a isso, convém analisam-se os meios de sua transposição para o processo do trabalho de forma a emprestar máxima efetividade aos direitos sociais por ele tutelados.

PALAVRAS-CHAVES: PROCESSO – PROCESSO COLETIVO – EFETIVIDADE - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

ABSTRACT

This article aims, from a brief reflection on the dogmatic elements involving institutes in focus, examining the possibility and desirability of reverse burden of proof in judicial labors accident, particularly when absent from duty of care essential and inherent in implementing the employment contract that gives rise to infortunistica event. Firstly it is appropriate to consider the theoretical constructs relating to race and the distribution of their burden in the common. In addition to this, it analyzes the means of their implementation in the work process so as to lend maximum effectiveness of social rights protected by it.

KEYWORDS: CASE - ACCIDENTS AT WORK - SHIFTING THE BURDEN OF PROOF.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO:

Em regra e por força de sua constituição histórica[1] o Direito do Trabalho sempre se situou, com relativo conforto, como disciplinador de conflitos emergentes do binômio capital/trabalho, lançando mão de regras protetivas no fito de equilibrar essas instâncias do tecido social.

No entanto, em que pese seu caráter tuitivo, não é possível excluir-lhe um viés patrimonialista, que encontra esteio na raiz privatística que lhe antecede e subsidia, e cuja resultante final é a monetarização dos riscos a que se sujeita o trabalhador quando vitimado por resultado infortunístico, em regra satisfeito pela via da reparação pecuniária[2].

Evidentemente é inviável a completa erradicação do fator risco na execução do contrato de trabalho[3], sob pena até mesmo de cerceamento de atividades empresariais que trazem o risco como condição inerente[4].

Embora já bastante bem delineados pela doutrina e jurisprudência os vetores da responsabilidade civil, há questões que ainda suscitam indagação em nível instrumental, destacando-se dentre elas a possibilidade[5] e amplitude[6] da inversão do ônus de prova nas lides infortunísticas.

Sob essas premissas, postula-se uma interpretação ampliativa em prol da repartição dinâmica dos ônus probatórios em demandas acidentárias.

2. CONSIDERAÇÕES DE CARÁTER GERAL SOBRE INFORTUNÍSTICA E PROVA:

Desde logo, admite-se que nem sempre é possível ao Julgador a recomposição do direito violado ao *status quo ante*[7]; e, precisamente por conta dessa limitação fenomênica, parece razoável propor como primeira premissa metodológica o esforço exegético no sentido de emprestar a máxima efetividade aos Direitos Sociais[8], dentre os quais o direito à vida e a um meio ambiente de trabalho hígido - e isso passa, necessariamente, pela prova!

Em certa medida de contraponto à limitação da monetarização de riscos, é forte a vertente hermenêutica[9] no sentido de que a reparação, em casos tais, sempre deverá ser a mais ampla possível.

Aliás, Clayton REIS[10], ao referir sobre a extensão da reparabilidade do dano moral, assim considera:

[...] toda e qualquer lesão que transforma e desassossega a própria ordem social ou individual, quebrando a harmonia e a tranqüilidade que deve reinar entre os homens, acarreta o dever de indenizar.

Jacques Maritain[11], pertinentemente, expressou que "*uma só alma humana vale mais do que todo o universo dos corpos e dos bens materiais*".

É inconteste a abstração inerente à lesão causada por um ato lesivo ao corpo e à moral, não se olvidando que, no caso dos acidentes de trabalho e doenças de natureza profissional, muito além de se ferir apenas o físico, reverberam inegavelmente efeitos reflexos e negativos no campo psicológico.

Nesse contexto, a prevenção do risco laboral insere-se no campo da responsabilidade empresarial, como cláusula de base, pois que a propriedade deve não apenas ser utilizada sem abuso, como também observar sua função social.

Muito embora se cuide de noção bastante provocante, impõe-se algo de rigor ao se pensar a função social que usualmente é atribuída ao Direito e, em particular, à propriedade e, mais modernamente, à própria empresa.

Ocorre que, *lato sensu*, o Direito como um todo inequivocamente tem função social[12], assim como o têm os demais institutos antes referidos; e, nessa perspectiva aberta, qualquer sentido lhe pode ser atribuído.

Posto isso, convém empreender tentativa de demarcação do conceito em manejo. Dentro do ordenamento positivo, a função social da propriedade vem gizada nos artigos 5º, XXII, 182, § 2º, e 186, todos da CRFB, e é bifronte: contempla um parâmetro não apenas inibitório (vedação de eventual abuso por parte do titular), como outro promocional (cláusula de uso voltado ao bem-comum).

No âmbito infraconstitucional, o Código Civil, no que toca ao Direito de Empresa, privilegiou, quanto à forma, o perfil subjetivo, focando a problemática na pessoa do empresário (CCB, artigo 966); o que, é bom que se diga, não impediu que disciplinasse as sociedades comerciais[13], além de abordar aspectos da Sociedade Anônima, fulcrada em essência no capital.

E, exatamente por isso que toca à propriedade em sentido amplo e à empresa em sentido mais particularizado, o ínsito dever de observância aos reclamos do bem comum, como justificação da força que exerce, em prol do lucro, na tessitura social.

A par disso, seja em relação às disciplinas jurídicas relativas às atividades propulsoras da economia e do mercado como o Direito Constitucional, Contratual e Laboral; seja em relação à efetividade dos instrumentos constitucionais de defesa dos Direitos Individuais em Juízo, ligados ao Processo Civil e Trabalhista; encontra cada vez mais receptividade a proposição de admitir-se que a saúde do trabalhador constitui desdobramento primeiro do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, dialoga a sustentabilidade dos Direitos Sociais com a função social reclamada ante a evidente cogência daqueles; traduzindo-se positivamente a questão na oferta de um meio ambiente de trabalho hígido como forma de plena observância ao princípio da dignidade humana. E isso vindica a minoração, tanto quanto possível, de qualquer risco ao trabalhador.

A práxis, infelizmente, evidencia não apenas a inobservância desse dever legal de velar pela estrita observância das regras de segurança no trabalho, como também carece, em nível de Direito positivo, de remédio efetivo[14] para tal desiderato, convidando o operador do Direito a proceder também a uma reflexão acerca da efetividade assecuratória dos institutos processuais que visem a dar efetividade às normas trabalhistas materiais; como também, investigar possibilidades dogmáticas de redistribuição do ônus probatório no que se refere à saúde do trabalhador em caso de litígio como regra, em vez de exceção.

No que tange à efetividade da tutela jurisdicional assecuratória dos direitos em comento, sobreleva destacar que, por força de uma exegese mais conservadora quanto à distribuição do ônus probatório[15], entende-se competir ao autor demonstrar o dano argüido a fim de possibilitar o decreto condenatório.

Entrementes, não são poucos os Julgados que dão pela improcedência do pedido quando o trabalhador não logra demonstrar satisfatoriamente suas alegações, o que passa pela prova pericial, onerosa e dificilmente acessível ao acidentado que, ou se encontra sem emprego, ou sobrevive à custa do Seguro Social.

O resultado prático disso é a sucumbência da parte mais fraca, por razões econômicas, contrariando o espírito protetivo do Direito do Trabalho e o espírito de paridade que deve reger qualquer relação processual. É, pois, necessário construir solução mais consentânea com o sistema que o mero indeferimento por eventual ausência de prova.

Aliás, uma exegese integrativa das normas tocantes ao tema certamente conduz à inafastável conclusão pela inversão do ônus probatório em casos tais, devendo incumbir, sempre, à parte mais apta a produção probatória[16], o que é não apenas compatível, como desejável.

Aliás, no que concerne à possibilidade de inversão do ônus da prova[17] no Processo do Trabalho, cuida-se de instituto plenamente compatível, nos termos do artigo 769 da CLT, como se verá em detalhe no decorrer deste trabalho.

Ainda no mesmo diapasão, importa referir que converge em apoio à exegese que determina a inversão do ônus probatório em prol do trabalhador, a dicção do artigo 21-A, Lei 8.212/91. Aliás, o corpo normativo do Decreto 6.04,2 de 12/02/2007, dá substância, com razão, ao imperativo de tutela dos preceitos que velam pela saúde do trabalhador, tomando como contraponto do dano manifestado a culpa presumida do empregador, remetendo o ônus da prova àquele que possuía o dever de evitar o dano, forte no princípio da aptidão da prova.

A propósito, Dallegrave Neto, em obra fundante acerca do tema da Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho, ao tratar da distribuição do ônus da prova nas demandas envolvendo acidente de trabalho ou doença profissional, assim considera:

Diante dos princípios da aptidão para a prova e da tutela ao demandante hipossuficiente surge importante segmento da jurisprudência civilista que pugna pela *inversão do ônus da prova* no campo das ações de indenização por acidente de trabalho.[18]

E, por fim, remata[19]:

A culpa patronal em matéria acidentária será sempre presumida pelo simples descumprimento da legislação infortunística. Não se negue regra comezinha da Responsabilidade Civil Contratual de que toda inexecução implica culpa presumida.

Assim, caberá ao empregador comprovar em juízo que cumpriu integralmente as normas de segurança do trabalho (CLT, NR do MTE, CCT e o seu dever geral de cautela (prevenção e precaução).

Por outro lado, é de se destacar que o inciso XXVIII do art. 7º da CRFB erige em nível constitucional a responsabilidade do empregador pela infortunística na execução do contrato de trabalho; estabelecendo, porém, a culpa como pressuposto do dever de indenizar.

A par do regramento constitucional, o Código Civil instituiu norma especial, aplicável às relações de trabalho, no sentido de que a obrigação de reparar o dano, independe de culpa, tomando o risco da atividade como pressuposto de indenizar.

Referido dispositivo infraconstitucional (CCB, artigo 927, parágrafo único) determina a responsabilidade objetiva para os casos previstos em lei e, também, para os casos de exploração de atividade de risco.

A conjugação de tais vetores (CRFB e CCB) demonstra que não se cuida de revogação de dispositivos que condicionam o dever de indenizar à conduta culposa do agente agressor (responsabilidade subjetiva), mas sim de tratamento especial para a matéria.

Sobre a coexistência das responsabilidades objetiva e subjetiva, a OLIVEIRA[20] assim considera:

[...] a responsabilidade objetiva não suplantou, nem derrogou a teoria subjetiva, mas afirmou-se em espaço próprio de convivência funcional, para atender àquelas hipóteses em que a exigência da culpa representava demasiado ônus para as vítimas, praticamente inviabilizando a indenização do prejuízo sofrido.

E é exatamente porque ao empregador cabem os riscos do negócio (CLT, artigo 2º), que exsurge a responsabilidade quanto ao acidente que vitimou ou doença que acometeu seu empregado, implicando em inversão do ônus da prova, que passa a pesar sobre os ombros da empresa.

3. CRITÉRIOS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS DEMANDAS TRABALHISTAS

Postas essas premissas acerca da responsabilidade do empregador no acidente ou doença profissionais e, como corolário admitida a conveniência de inversão do ônus da prova em casos tais, alguma reflexão sobre a distribuição de ônus probatório, secundada da análise da própria idéia de prova parece convir em boa medida ao objetivo deste trabalho, no intuito de demonstrar essa premissa.

3.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS SOBRE A PROVA

A prova judiciária é um dos institutos mais importantes em Direito Processual exatamente porque, essencialmente, é dela que depende o resultado da demanda.

Na acepção mais usual[21], a idéia de prova remete a todos os meios legítimos de que as partes podem lançar mão a fim de demonstrar a veracidade das alegações que deduziram em Juízo.

CHIOVENDA[22] delimita a idéia de prova considerando-a como "a convicção do juiz sobre a existência, ou não, de fatos relevantes no processo."

DINAMARCO[23], dissertando sobre a Teoria Geral da Prova, assevera que: "Na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento".

Portanto, a prova pode e deve ser pensada como ato visceralmente ligado à cognição da lide e seu julgamento, posto que sua finalidade última é dotar o julgador de elementos objetivos suficientes à declaração ou negação do direito invocado pela parte com razoável margem de certeza.

No mesmo compasso, OLIVEIRA[24], também tratando do conceito de prova, esclarece que:

Do ponto de vista processual, poder-se-ia dizer que a prova é o meio pelo qual a parte procura obter a confirmação dos fatos sobre os quais sustenta a existência de um direito (autor) ou a inexistência desse mesmo direito (réu). Vale dizer: é o trabalho desenvolvido pelas partes, em sede jurisdicional, para convencer o julgador da existência ou da inexistência de um direito.

CARNELUTTI[25] aprofunda essa reflexão, destacando o parâmetro de convencimento que envolve o tema probatório, quando disserta sobre seu sentido jurídico:

Na linguagem comum, *prova* se utiliza como *comprovação da verdade de uma proposição;* somente se fala de prova a propósito de alguma coisa que foi afirmada e cuja exatidão se trata de comprovar; não pertence à prova o procedimento mediante o qual se descobre uma verdade não afirmada senão, pelo contrário, aquele mediante o qual se demonstra ou se encontra uma verdade firmada. Acaso o exemplo além a propósito para esclarecer este conteúdo comum do conceito se encontra na antítese entre a *operação aritmética* e a *prova da operação* não se pensa na prova, e isso tão somente para verificar o novo resultado que aquela leva a afirmar.

Rigorosamente, pois, a prova deve diferenciar-se do *procedimento utilizado* para a verificação da proposição (afirmada); a distinção surge de maneira clara do exemplo da operação aritmética: *a prova* (do resultado) de uma operação de faz *mediante outra operação,* que é a operação de *prova*. Assim, a *prova* da afirmação acerca da existência de um fato, se faz mediante o *conhecimento* de um mesmo fato; o *conhecimento* não é prova, porém *dá* a prova da afirmação. Nesse sentido, é justo reconhecer que objeto da prova não são os fatos senão as afirmações, as quais não se conhecem porém se comprovam, enquanto que aqueles não se comprovam, senão que se conhecem. Não obstante já na linguagem comum se produz uma transposição (translação) no significado do vocábulo, em virtude da qual, prova não designa tão somente a *comprovação,* senão do mesmo modo o *procedimento* ou *a atividade usada para a comprovação;* a *prova* já não é a demonstração da exatidão da operação aritmética obtida mediante outra operação, senão *esta mesma operação;* prova já não é a comprovação da verdade de uma afirmação mediante *o conhecimento do fato afirmado, senão este mesmo conhecimento quando se obtém para a comprovação da afirmação.* Opera-se assim uma alteração entre *resultado e procedimento ou atividade,* que responde em substância uma função intransitiva do vocábulo. Neste sentido, é justo dizer que objeto da prova são os fatos e não as afirmações: *os fatos se provam, enquanto que se conhecem, para comprovar as afirmações.*

Por conseguinte, a finalidade da prova é dotar o Juízo de elementos objetivos que lhe permitam "dizer o direito" no caso concreto, com a máxima[26] margem de certeza.

Na fase cognitiva, as fontes de prova[27] têm sua natural expressão no momento instrutório, oportunidade em que poderão se exteriorizar pelos meios regulares[28].

Quanto ao julgamento, a prova será fatalmente valorada e, dentro do critério da livre apreciação e da persuasão racional, de forma que o julgador vai ponderar, em princípio, a quem cabe o ônus de provar, e como foi ele dirimido pela parte a quem incumbia, a fim de proferir um pronunciamento judicial favorável, ou não, dependendo do caso.

Nesse sentido, o ônus da prova constitui-se em regra de julgamento. Cumpre registrar, porém, que a questão é tormentosa[29].

A análise das regras de prova e de sua inversão de que trata esse trabalho é aquela disciplinada no art. 6.º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, cujo arcabouço preceptualístico, além de semelhante, é compatível com o Direito do Trabalho, visto que, na mesma medida em que esse, tem por finalidade a igualdade material, inclusive

lançando mão de técnicas de tutela diferenciadas[30] a fim de reduzir a desigualdade entre os contendores.

Outro aspecto que merece destaque diz respeito a que, de modo geral, o conceito de ônus está muito mais próximo da idéia de exercício de uma faculdade do que relacionado à estrutura dialética que compõe logicamente a idéia de obrigação[31].

Isto porque, enseja apenas conseqüências pela inércia[32], sem tipificar qualquer ilicitude[33], já que se situa unicamente na esfera da *voluntas* do agente realizar, ou não, o que o ordenamento lhe determine nesse sentido.

A compreensão dessa distinção é acentuadamente importante na medida em que influi decisivamente no resultado final da operação de distribuição do ônus da prova[34] como regra de julgamento, inclusive.

Por fim, cumpre perquirir em que medida é compatível e conveniente o uso dessa técnica processual nas lides coletivas no Processo do Trabalho.

3.2 REGRA GERAL DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Encampando o Direito Material do Trabalho como destinatário da tutela sobre ora se discorre, importa asseverar que o artigo 818 da CLT expressa, de forma bastante genérica, que o ônus de prova incumbe à parte que fizer as alegações.

Por relação de omissão e subsidiariedade, adota-se, também, a regra do artigo 333 do CPC, que divide ativa e passivamente o ônus, conforme seja a alegação constitutiva (inciso I) ou impeditiva (inciso II) do direito alegado.

Impende considerar, todavia, que a disposição laboral, mais generalista, contempla, justo por conta dessa característica, a possibilidade de distribuição do encargo probatório de forma mais elástica.

Entretanto, essa possibilidade costuma sucumbir à regra clássica de distribuição estática dos ônus, quer seja, cabe à parte que alega fato constitutivo de direito promover a prova respectiva, o mesmo se aplicando para o fato impeditivo[35].

Obviamente que a primeira operação cognitiva do magistrado consiste no exame conjuntural das provas existentes nos autos. Caso isso baste à verificação ou negação do direito, despicienda será qualquer operação adicional quanto à prova produzida, sendo possível a imediata prolação de decisão.

Caso, porém, penda dúvida quanto às alegações vertidas nos autos, necessária será a resolução da controvérsia aplicando-se as regras da distribuição do encargo probatório.

Nesse viés, por primeiro, é de observar que os princípios regentes do direito do trabalho reclamam pela realização da verdade real, pela igualdade substancial dos contendores.

Segue-se a verificação da regra da aptidão para a produção da prova[36], via da qual pende o ônus à parte em melhores condições de produzir a prova.

O momento de cognição também envolve o cotejo da situação apresentada em face das máximas da experiência, que são aquelas regras que constituem o *background*[37] constituído pela experiência de vida do Magistrado e que o habilita a sopesar situações e aferir o nível de verossimilhança de que se reveste a alegação vertida pela parte.

Portanto, é de se admitir que a distribuição dinâmica dos ônus probatórios seja regra que melhor converge à natureza constitucional do Processo Coletivo, seja pela natureza publicística dos direitos que tutela, seja pela necessidade de adequação da tutela ao direito material, seja ainda pela melhor exegese de amplo alcance à efetividade da tutela.

E, ainda que assim não fosse, mesmo considerado sob a ótica da sistemática afeta ao dissídio individual também é plenamente viável a repartição dinâmica dos ônus probatórios na senda coletiva.

Nesse último caso, é preciso enfrentar o tema a partir de suas dificuldades estruturais. Uma das mais acentuadas no que diz respeito à inversão do ônus da prova importa em que, constituindo-se ela em exceção, atrairia por princípio interpretação restritiva.

Entretanto, a jurisprudência e a doutrina vêm admitindo a inversão, sobretudo com fundamento no princípio da aptidão para prova[38].

Nessa perspectiva, cumpre ao Julgador proceder à correta distribuição do ônus probatório, invertendo-o inclusive, quando necessário.

A regra geral da prova, desde os primórdios do direito romano, aponta o ônus probatório àquele que afirmou fato constitutivo ou impeditivo em controvérsia, vigendo ainda hoje tal disposição no ordenamento pátrio. Tal postura reflete a opção pelo reconhecimento de igualdade formal entre os contendores, mitigada tanto pelo Direito do Consumidor, como pelo Direito do Trabalho, diante da percepção da desigualdade substancial dos destinatários da norma.

Ainda que se admita que o litigar coletivo possa mitigar a hipossuficiência - e de fato isso tende a ocorrer - certo é que disso não se infere sua supressão. Ao contrário, não raro, a defesa coletiva de interesses esbarra em dificuldades probatórias decorrentes de natural dificuldade da prova ou de custo elevado, dentre outras situações possíveis. Centrando o exemplo no Direito do Trabalho, as lides promovidas mediante legitimação extraordinária pelos órgãos representativos de classe, não logram suprir a hipossuficiência estrutural[39] da classe trabalhadora em face do capital, hoje mundializado.

A inversão do ônus da prova, dentro desse panorama, vem sendo considerada um dos mais eficientes instrumentos para a correta solução dos litígios, na medida em que é o instrumento que mais bem realiza o princípio da aptidão para a prova e, nessa medida, possibilita não apenas a decantada paridade de armas entre os litigantes, como também sua igualdade substancial.

A natureza cogente das normas trabalhistas, visto que compõem o patrimônio social da classe trabalhadora[40], não apenas permite, como também exige a aplicação deste mecanismo. Observe-se, ainda, que não se trata de faculdade do julgador proceder à inversão do ônus da prova, mas de dever de ofício, vez que tal postura permite a direta realização da igualdade material entre as partes.

Tomando os parâmetros positivados no Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova pode ser determinada nas hipóteses em que, a critério do julgador, o consumidor for considerado[41] hipossuficiente ou for verossimilhante a alegação por ele vertida.

LEONEL[42] observa que a verossimilhança da alegação está mais ligada à pertinência, ou não, da presunção firmada pela regra da experiência que inversão do ônus de provar, o que não ocorre em relação à hipossuficiência, hipótese que conclama a inversão como medida assecuratória da igualdade entre os contendores. Defende[43], ainda, que o conhecimento prévio das normas, de que não se podem furtar as partes, permitiria perfeitamente a inversão apenas quando do julgamento da demanda, sem que isso representasse surpresa às partes. Anota, todavia, que nada obsta que tal se dê em regime de saneamento, tão logo constada pelo Juiz a conveniência da inversão.

DIDIER[44], por seu turno e com ele majoritária doutrina sobre esse tema, considera que eventual inversão[45] terá melhor momento antes da fase instrutória, como forma de salvaguardar a segurança jurídica, por um lado, e o direito fundamental à prova, por outro.

No processo do trabalho, individual ou coletivo é certo que preferência pela distribuição dinâmica de ônus probatórios se justifica com mais razão ainda, por conta de sua natural vocação na procura pela verdade real, que é visada não apenas pelas partes como pelo magistrado. Contudo, o Estado não pode lograr esse desiderato sacrificando direitos e garantias constitucionalmente asseguradas, nem poderá determinar que a parte produza provas contra si mesma, uma delas, como visto há pouco, atinente à segurança jurídica e o direito fundamental à prova.

Não é demais insistir que se inverte apenas o ônus de provar e ônus não se confunde com dever, nem com obrigação, muito menos com ilícito. Assim, não há ofensa ao devido processo legal nem ao contraditório.

Nesse sentido, pontua SANTOS[46]:

Um dos principais fundamentos que informa a teoria do ônus da prova é o da igualdade da posição dos litigantes no processo. O princípio da igualdade constitucional é um direito individual que é assegurado por diversas garantias, dentre elas o devido processo legal.

A garantia do devido processo legal torna-se efetiva na medida em que se exercita o contraditório entre os litigantes, com a finalidade precípua da busca da verdade real, por meio de amplo debate e sem restrições de alegação de fatos e produção de provas.

Prossegue[47]:

Nas relações de consumo, o legislador reconheceu o consumidor como a parte mais fraca, fato que o levou a criar mecanismos, como o instituto da inversão, para equilibrar a balança jurídica, buscando nitidamente a aplicação da igualdade real.

Não só. Nessas situações, nega-se a prestação jurisdicional, no caso de improcedência do pedido, fere-se o princípio da ampla defesa, na hipótese de tutela favorável, além da inaplicabilidade do princípio da igualdade, seja qual for o teor da decisão.

Frise-se que os princípios acima descritos são todos decorrentes do devido processo legal que, à evidência, também não se efetiva.

Assim arrematando[48]:

Concluindo, o instituto da inversão processual do ônus da prova deve ser largamente utilizado, na medida em que nos depararmos com situação de desigualdade, que obste, só por si, a garantia constitucional do devido processo legal.

A alegação de ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório não raro tem sido utilizada como argumento contrário à inversão do ônus da prova.

Ora, é certo que vige no direito processual o princípio da igualdade das partes litigantes. Justamente por isso, é que se exige cautela quando da inversão do ônus da prova. Razoável é que se fundamente a inversão nas especiais características do caso concreto em exame e se justifiquem as razões para tanto. Evidentemente, isso quando já presentes os requisitos autorizadores da inversão (CDC, artigo 6º, VIII).

No caso de manejo tutela trabalhista, é perfeitamente viável a utilização da inversão do ônus da prova prevista no microssistema do Código de Defesa do Consumidor, visto que omissa a Consolidação das Leis do Trabalho quanto à matéria e perfeitamente compatível o instituto com os princípios regentes do direito do trabalho, de forma que resta perfeitamente superado o critério de omissão material a que alude o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Aliás, no que concerne à compatibilidade da inversão do ônus da prova[49] em Processo do Trabalho[50]:

As inteiras subsidiariedade e compatibilidade são os critérios que autorizam a incorporação de institutos de outros ramos do direito ao trabalhista.

A CLT expressamente prevê e admite suprimento externo, a fim de colmatar lacunas que possam existir quando da sua aplicação, remetendo[1] às disposições da Lei de Execuções Fiscais e ao Código de Processo Civil; quando omissa e compatível o dispositivo que se pretende aplicar subsidiariamente com os princípios do Direito do Trabalho.

Arriscamos, porém, afirmar que o segundo requisito seja mais importante que o primeiro. Justifica-se. A aplicação de instituto não previsto no Processo do Trabalho é viável na medida em que se harmonize com o sistema laboral, quer seja, o artigo 769 da CLT pretende filtrar a introdução de normas de Direito Comum que nada acresçam ao espírito protetivo do Direito do Trabalho.

Contrario sensu, admite-se supor que sempre seria desejável a incorporação de institutos que melhor viabilizem a realização do Direito Material Trabalhista; sendo certo que a omissão pode e diz respeito à melhor eficácia do instituto acrescido. A princípio há omissão, visto que o Direito do Trabalho não dispõe de regra específica quanto à inversão do ônus da prova, muito embora, como regra de julgamento, seja usual a inversão do ônus, o que já indicia a compatibilidade.

O artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que a inversão do ônus da prova depende da conjugação de dois fatores: verossimilhança do direito alegado e hipossuficiência da parte. Evidentemente, tratam-se referidas condições de situações familiares ao Direito do Trabalho.

Além do mais, o espírito normativo do Código de Defesa do Consumidor está em perfeita harmonia com o caráter protetivo do Direito do Trabalho; sendo comum a ambos os ramos a proteção ao hipossuficiente.

Do até aqui exposto, parece razoável admitir que se justifica plenamente a inversão do ônus da prova[51] nas hipóteses de hipossuficiência e de verossimilhança das alegações do obreiro, nos termos do art. 6.º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Evidentemente que se não verificadas objetivamente tais hipóteses, deverá o julgador aplicar as regras de distribuição do encargo probatório ordinariamente.

Em síntese, deparando-se o julgador com um fato a ser provado, cumprir-lhe-á, primeiramente, distribuir o ônus da prova consoante os critérios ordinários (CLT, art. 818 e CPC, art. 333, I e II). Feito isso, ponderará sobre a permissão legal para inverter o ônus da carga probatória; e, em verificada a hipossuficiência do empregado no caso concreto ou a verossimilhança das alegações do empregado, ponderar a viabilidade da inversão.

A possibilidade trazida pelo Código de Defesa do Consumidor de inverter o ônus da prova em favor do hipossuficiente, ainda que litigando coletivamente, traz também a

relevante questão de saber o momento processual mais propício para determinar a inversão.

Procedimentalmente, prevalece o posicionamento doutrinário[52] de que a determinação de inversão do ônus da prova deve preceder à decisão; salvo se, inconclusiva a prova, for necessária a fixação diversa do ônus da prova.

O momento que tem sido considerado oportuno é a audiência preliminar, visto que precede a fase instrutória, em que será dada às partes a possibilidade de produção de prova.

Em assim procedendo o Magistrado, assegurada estará a ciência prévia das partes quanto as conseqüências de eventual inversão do ônus probatório em sentença.

Importante observar que a inversão judicial do ônus de prova não implica em que a parte terá de realizar prova contra si mesma, nem que terá que custear prova de outrem. Ocorre, apenas, a inversão do ônus, que posteriormente será tomado como regra de julgamento do caso concreto.

MARINONI[53] traz mais luz sobre o assunto, ao direcionar a discussão do ônus da prova aos diversos níveis de cognição - no caso, verossimilhança - que devem ser cotejados, antes da materialização da regra de julgamento adequada ao caso. Veja-se:

A regra do ônus da prova se dirige às partes e ao juiz. Quando o juiz é o seu destinatário, importa para a formação do seu convencimento - uma vez que o juiz pode reduzir as exigências da prova, visando formar a sua convicção, conforme a situação concreta e a regra do ônus da prova - e para a sua decisão. Frise-se que a separação da relevância da regra do ônus da prova diante dessas duas últimas situações decorre do fato de que o juiz resta convencido - ainda que da verossimilhança - ao reduzir as exigências de prova segundo as necessidades do caso concreto, enquanto que a regra do ônus da prova funciona como regra de decisão quando o juiz não forma o seu convencimento ou, em outras palavras, fica em estado de dúvida. Nesse último sentido, a regra do ônus da prova se apresenta como regra destinada a viabilizar a decisão do juiz em caso de dúvida ou, em outros termos, a dar ao juiz não convencido a possibilidade de decidir.

Nessa medida, ainda que não se assuma por completo a posição doutrinária acima colacionada, é de se admitir, inclusive como regra de preservação dos princípios constitucionais - da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal - que prévio juízo de verossimilhança a informar a inversão do ônus da prova é regra inclusive que traz elementos objetivos que permitem mais segura ponderação sobre a necessidade e conveniência de inversão do ônus da prova nas demandas acidentárias, que reclamam por tutela adequada ao direito por elas realizado.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A título de provisória conclusão, a legitimidade do lucro da atividade produtiva organizada encontra é diretamente proporcional ao respeito à cláusula de atenção ao bem comum inserta no direito de propriedade, usualmente nominada de função social.

Por conseguinte, admite-se que a dimensão de alguma medida de presunção de culpa por descumprimento de dever de cautela na execução do contrato por inobservância de deveres de cautela legalmente assinalados, certamente provocará melhor distribuição do ônus da prova nas lides de acidentes de trabalho ou de doença profissional, conduzindo à necessária inversão do ônus probatório, a bem de se assegurar a máxima efetividade aos Direitos Sociais, sobretudo aqueles tendentes a assegurar a vida e a saúde do trabalhador.

Por conseguinte, é preciso encontrar alternativas sustentáveis dentro do ordenamento vigente, com vistas a prevenir eventual sucumbimento da parte mais frágil economicamente; impasse que pode ser contornado por meio da inversão do ônus probatório em casos tais, voltando-o à parte mais apta o ônus a realizar a prova.

A distribuição do ônus probatório no Processo do Trabalho, em princípio, é estática, assentando-se no artigo 818 da CLT e no artigo 333, I e II do CPC.

Todavia, o sistema das cargas probatórias dinâmicas, que se pauta na melhor aptidão para produção da prova, é um dos métodos integrativos mais adequados para fundamentar eventual inversão do ônus probatório no processo do trabalho, o que converge ao Juízo de verossimilhança que deve informar a pretensão que reclame por inversão do ônus de prova.

A inversão do ônus da prova vem sendo considerada um dos mais modernos instrumentos para a correta solução das lides, na medida em que é o instrumento que mais bem realiza o princípio da aptidão para a prova e, nessa medida, possibilita não apenas a decantada paridade de armas entre os litigantes, como também a igualdade substancial.

A fim de melhor assegurar as garantias constitucionais do processo, o melhor momento para a inversão do ônus da prova é antes do julgamento, à vista de que, como regra de julgamento, caso não se limite à distribuição de ônus sobre fato ainda não adequadamente provado, pode ferir tais garantias.

No Processo do Trabalho, justifica-se a inversão do ônus probatório por conta de sua natural vocação na procura pela verdade real, assim como se justifica sua coletivização, que é marca inclusive de sua gênese, enquanto direito de resistência.

REFERÊNCIAS:

BARACAT, Eduardo Milléo . A **Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho.** 1ª. ed. São Paulo: Editora LTr, 2003.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho; Legislação Previdenciária e Constituição Federal.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial.** Organizador Yussef Said Cahali. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias, Sociedad.** Tradução de Santiago Sentís Melendo; Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1974.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil.** Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2ª ed. Campinas: *Bookseller,* 2002.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Tradução de Paolo Capitanio. Vol. 3. Campinas: *Bookseller,* 1998.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DIDIER, Fredie Jr.; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil:** Processo Coletivo. V. 4. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** Volume III, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Direito Ambiental e saúde dos trabalhadores.** São Paulo: LTr, 2007.

GHERSI, Carlos Alberto, **Teoría General de la Reparación de Daños.** Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. Cognição processual civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade. In: Fredie Didier Jr. **Leituras complementares de processo civil**. 5. ed. Salvador: *Jus Podivm,* 2007.

LA CUEVA, Mario de. **Panorama do Direito do Trabalho.** Tradução de Carlos Alberto Gomes Chiarelli, 1. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1969.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento.** 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 272.

MARITAIN, Jacques. **Os Direitos do Homem e a Lei Natural.** Rio de Janeiro: Editora Livraria Olympio, 1967.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de Oliveira. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional.** São Paulo : LTr, 2005.

PAULA, Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

REIS, Clayton. **Novos Rumos da Indenização dos Danos Morais**, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A* **eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAKO, Emília Simeão Albino. **A prova no processo do trabalho: os meios de prova e o ônus da prova nas relações de emprego e trabalho.** São Paulo: LTr, 2006.

SANTOS, Sandra Aparecida. **A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 91.

SANTOS, Willians Franklin Lira dos. A inversão do ônus da prova pericial no processo do trabalho. Revista **LTr. Legislação do Trabalho,** v. 72, p. 712-724, São Paulo: LTr, 2008.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a Emenda Constitucional nº 45.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

[1] Destaque-se o componente de luta que marcou o reconhecimento dos direitos sociais em face do capital.

[2] Tal como ocorre no Direito Privado.

[3] Que seria a solução mais apropriada.

[4] Apenas exemplificativamente: a atividade de vigilância, produção de artefatos explosivos, dentre outras.

[5] Esta cada vez mais evidente e ampliada.

[6] O C. STJ, quando titular da competência material nessa matéria, já possuía linha jurisprudencial assentada favoravelmente à inversão do ônus probatório em questões acidentárias. Todavia, a Jurisprudência Trabalhista, inclusive pela novidade do tema, trazido à sua competência pela EC 45/2004, ainda é dividida no particular. Convém frisar, contudo, que a presunção de culpa do empregador e conseqüente inversão do ônus da prova em prol do empregado em ações de indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional tem sido cada vez mais adotada pela doutrina e jurisprudência no âmbito dessa Especializada.

[7] Embora sejam desejáveis soluções fenomênicas, quando não sejam possíveis, resolvendo-se por compensação em pecúnia.

[8] Como propõe com ímpar propriedade Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra **Eficácia dos Direitos Fundamentais:** teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.

[9] Civilística em princípio, mas que informa o Direito do Trabalho.

[10] REIS, Clayton. **Dano Moral.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 86.

[11] MARITAIN, Jacques. **Os Direitos do Homem e a Lei Natural.** Rio de Janeiro: Editora Livraria Olympio, 1967, p. 24.

[12] Qual seja e idealmente, promover o bem-comum.

[13] Não apenas as previstas no Código Comercial, mas também as Limitadas e de Capital Aberto.

[14] Não se descura da importância das técnicas diferenciadas de efetivação da tutela de que dispõe o ordenamento, dentre as quais, a antecipação dos efeitos da tutela, tutela inibitória e de remoção do ilícito, multa cominatória, dentre outros; todavia, como antes já referido, o problema do risco na execução do contrato de trabalho é endêmico, porque ínsito à própria ação do trabalho.

[15] O Direito posto encampou a distribuição estática dos ônus probatórios, nos termos não apenas do artigo 818 da CLT, como também artigo 333, I e II do CPC, de aplicação subsidiária.

[16] Nesse sentido é o Enunciado 41 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (Brasília, novembro de 2007), *in verbis*: "*Responsabilidade civil. Acidente do Trabalho. Ônus da prova. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente de trabalho*."

[17] Na forma como proposta no Código de Defesa do Consumidor.

[18] DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 281.

[19] Idem, p. 281-282.

[20] OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de Oliveira. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional.** São Paulo : LTr, 2005, p. 83.

[21] O artigo 332 do CPC conceitua prova como *"Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa"*.

[22] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Tradução de Paolo Capitanio. Vol. 3. Campinas: *Bookseller*, 1998, p. 91.

[23] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** Volume III. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43.

[24] OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **A Prova no Processo do Trabalho.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 23.

[25] CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil.** Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2ª ed. Campinas: *Bookseller*, 2002, p. 67.

[26] Ou, pelo menos, com razoável margem de certeza.

[27] Com a habitual pertinência e técnica DINAMARCO *(op. cit.*, p. 57), subdivide o tema probatório em: *objeto da prova, ônus da prova, fontes de prova, meios de prova e valoração da prova.* Tais conceitos serão pontualmente utilizados nesta reflexão no sentido originário dado pelo autor há pouco referido.

[28] Nas modalidades usuais: documental, oral (testemunhal e depoimento das partes), pericial *etc.*

[29] Kazuo Watanabe e Nelson Nery Junior por exemplo, inclinam-se no sentido de que a inversão é regra de juízo e não de procedimento, ao passo que Cândido Rangel Dinamarco, Teresa Arruda Alvim e Carlos Roberto Barbosa Moreira enfatizam o aspecto procedimental do provimento, na medida em que vislumbram o advento de

dano processual à parte (por subversão da regra usual de ônus probatório) caso a inversão do ônus da prova ocorra apenas por ocasião do julgamento.

[30] Especialmente a inversão do ônus probatório.

[31] A idéia de um direito a que corresponde uma prestação, e cujo inadimplemento importa em conduta ilícita.

[32] A contumácia é um exemplo recorrente na Doutrina, quanto às conseqüência da inobservância dos ônus. Como também o é a idéia de ônus de alegar, encerrada no princípio da eventualidade, encerrada no artigo 300 do Código de Processo Civil.

[33] A inobservância do ônus é sempre lícita e isso o caracteriza.

[34] Se encarada como obrigação ou admitido qualquer liame que implique ofensa ao ordenamento em caso de descumprimento o resultado seria num determinado sentido. Se encarado como *facultas*, embora gere conseqüências, o resultado será outro. É nesse sentido, pois, que a distinção tem grande importância. Basta lembrar-se do brocardo clássico: *iudex debet iudiccare secundum allegata et probata*, que preconiza fique atrelado o julgamento às alegações provadas.

[35] Mais tecnicamente, trata-se de uma exceção substancial do Réu.

[36] Este tópico segue desenvolvido em separado, dada a sua importância *(cap. 3.2).*

[37] *Background* no sentido que lhe atribui a Antropologia, qual seja, de *arcabouço cultural*.

[38] Interessante observar que esse critério de inversão dispensa até mesmo a hipossuficiência e verossimilhança reclamadas pelo art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, posto que o fundamento da inversão é diverso (dificuldade ou impossibilidade na produção da prova).

[39] Via de regra, o efeito prático mais relevante das demandas trabalhistas via substituição processual extraordinária situa-se na condição anônima da litigância de classe; todavia, ainda está longe de realizar plenamente todas as possibilidades de efetivação de tutela que lhe confere o ordenamento.

[40] CRFB, art. 7°, *caput* e incisos.

[41] Segundo as regras ordinárias da experiência comum (CPC, art. 335).

[42] LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais., 2002, p. 336.

[43] Idem, fl. 340.

[44] DIDIER, Fredie Jr.; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil:** Processo Coletivo. V. 4. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 312.

[45] Ou repartição dinâmica do ônus de provar.

[46] SANTOS, Sandra Aparecida. **A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 91.

[47] *Idem,* p. 92.

[48] *Idem,* p. 93.

[49] Na forma como proposta no Código de Defesa do Consumidor.

[50] SANTOS, Willians Franklin Lira dos. A inversão do ônus da prova pericial no processo do trabalho. Revista **LTr. Legislação do Trabalho,** v. 72, São Paulo: LTr, 2008, p. 719.

[51] Cogentemente determinada pelo artigo 195 da Consolidação das Leis do Trabalho.

[52] Conforme ressalva já apontada anteriormente quanto à cisão doutrinária nesse particular.

[53] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento.** 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 272.

PROCESSO E DEMOCRACIA

A JUSTIÇA TRANSICIONAL E A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES OCORRIDOS NO REGIME MILITAR DIANTE DA RETROATIVIDADE NA APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE CARÁTER SUPRALEGAL*

THE TRANSITIONAL JUSTICE AND THE IMPRESCRITIBILITY OF THE CRIMES OCCURRED IN THE MILITARY REGIM IN FRONT THE RETROACTIVITY IN APPLICATION THE INTERNACIONAL TREATIES ONES TO SUPRALEGAL CHARACTER

Abraão Soares dos Santos
Sarah de Castro Vasconcelos

RESUMO

No ano em que se completa quarenta e cinco anos do golpe militar e a instauração do regime de exceção no País é um momento de se rever os conceitos e verificar a compreensão dos direitos e garantias fundamentais sob a ótica da Declaração Universal dos Direitos Humanos e questionar porque no Brasil se conhece os Direitos Humanos muito mais pelo seu descumprimento do que por sua efetividade. O enfrentamento de temas como a abertura dos documentos do período militar garantidos por meio do Habeas Data bem como a imprescritibilidade dos crimes cometidos estão na ordem do dia e ensejam o encontro das passadas, presentes e futuras gerações com sua história institucional, de modo a questionar o que somos e o que queremos ser. Uma sociedade que enfrenta seus percalços de formação e passa a admiti-los como pedagógicos. Do contrário, a ineficácia da justiça transicional procrastina ao máximo o fechamento de uma ferida e não se aprende com os equívocos. Disso resulta o risco de repetí-los sob uma nova roupagem igualmente autoritária.

PALAVRAS-CHAVES: SISTEMA JURÍDICO INTERNO E INTERNACIONAL – REGIME MILITAR –LEI DE ANISTIA – CRIMES IMPRESCRITÍVEIS - NOVA ORDEM POLÍTICA E JURÍDICA – JUSTIÇA TRANSICIONAL - SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS.

ABSTRACT

In the year where complete forty five years of the military blow and the instauration of the regimen of exception in the Country it is a moment of if reviewing the concepts and verifying the national understanding of the rights and basic guarantees under the optics of the Universal Declaration of the Human Rights and to question because if knowing the Human Rights much more for its no meet the expectations of what for its effectiveness. The confrontation of subjects as the opening of guaranteed documents of

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

the period by means of the Habeas Date as well as the imprescriptibility of the committed crimes is in the order of the day and tries the meeting of passed, the gifts and future generations with its institucional history in order to invalidate what we are and what we want to be. A society that faces its profits of formation and admits them as pedagogical. In opposite, the inefficacy of the trasitional justice later to the maximum the closing of this wound and it does not learn with its mistakes, without if attempting against to the risk to repeat them under a new equally authoritarian form.

KEYWORDS: INTERNAL AND INTERNACIONAL LEGAL SYSTEM – MILITAR REGIM - AMNESTESY LAW – JURIDICAL AND POLITICAL NEW ORDER – TRANSITIONAL JUSTICE - UPPERLEGAL OF HUMAN RIGHST TREATY.

1 - INTRODUÇÃO

A permanente consolidação do Estado Democrático de Direito reclama da sociedade brasileira o encontro permanente com seu passado, revelado das sombras das instituições autoritárias implantadas pelo do *Golpe de 1964*. O legado dessas instituições é defender que a Lei de Anistia enseja a impunidade dos atos de seus agentes que, nesta qualidade, violadoram de Direitos Humanos. Esses que por meio dos Atos Institucionais[1](AI's), de caráter supraconstitucional e não passível de controle pelo judiciário, se achavam legitimados para praticar perseguições, torturas, lesões corporais, atentado violento ao pudor, estupro e até mesmo decretar a morte daqueles estigmatizados como adversários do regime[2], sendo que não se sabe a verdade acerca desses dados, pois o que consta nos poucos documentos oficiais divulgados ainda é incompleto, mesmo com a garantia do direito personalíssimo a essas informações após o retorno da institucionalidade democrática (art. 5°, XXXIII, da Constituição da República de 1988) e a sua garantia por meio do *Habeas Data* (art. 5°, LXXII, da CR/88 e Lei 9.507/98), desdobrado do Mandado de Segurança.

Com efeito, direitos fundamentais insertos no sistema jurídico interno e internacional foram desrespeitados no período sob a justificativa de se tratar de uma ruptura institucional, ressaltando que a essa altura dos acontecimentos o Brasil já era signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos[3], desconsiderada diante da necessidade de legitimar os abusos cometidos sob os auspícios do Estado de exceção. Por isso, a importância do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Arguição de Descuprimento de Preceito Fundamental/ADPF n° 153-6/800, de relatoria do Ministro Eros Grau, na qual a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) questiona a aplicabilidade da Lei de Anistia, Lei Federal 6.683/79, aos agentes públicos à época responsáveis por atos atentórios aos Direitos Humanos.

Dessa forma, torna-se necessária uma análise comparativa espacial e temporal dos aspectos normativos em um assunto sensível como o de Direitos Humanos e seu grau de observância por seus destinatários. Esse é o verdadeiro marco do retorno da democracia no País, o qual exige um esforço cotidiano de cada indivíduo reconhecido intersubjetivamente como partícipe no fortalecimento das instituições consagradas por eles mesmos no Texto Constitucional e que, apesar dos percalços contingenciais, são indispensáveis na formação legítima de uma consciência nacional ao longo de duas décadas de sua promulgação.

2 - A RUPTURA INSTITUCIONAL DIANTE DA IMPLANTAÇÃO DO REGIME DITATORIAL PELO DO GOLPE DE 1964

O Golpe Militar ocorrido em 1964 revelou-se um misto de acontecimentos entre 31 de março e 09 de abril com a edição, por Castelo Branco, do primeiro Ato Institucional, acarretando na efetivação do que seria mais uma ditadura brasileira. Nesse primeiro Ato Institucional, o general do exército Artur da Costa e Silva, o tenente-brigadeiro Francisco de Assis Correia de Melo e o vice-almirante Augusto Hamann Rademaker Grünewald[4] assinaram a suspensão por dez anos dos direitos políticos de alguns cidadãos até então opositores ao regime, prevendo ainda a eleição indireta do Presidente da República e a suspensão da Constituição democrática de 1946 por seis meses. Desse modo todas as garantias constitucionais foram deixadas de lado e estava aberta a temporada de ameaças de cassações, prisões, enquadramento como subversivos e eventuais expulsões do país.

Com a divulgação da lista dos cassados foram incluindo quarenta dos mais importantes políticos, dentre eles João Goulart e Jânio Quadros, esse ex-Presidente da República e aquele Presidente da República em exercício no período; Luís Carlos Prestes – secretário-geral do proscrito Partido Comunista Brasileiro (PCB); Miguel Arraes – governador deposto de Pernambuco; Leonel Brizola – deputado federal e ex-governador do Rio Grande do Sul; Plínio de Arruda Sampaio – deputado federal e relator do projeto de Reforma Agrária; Osni Duarte Pereira – desembargador; Celso Furtado – economista; Josué de Castro – embaixador; Abelardo Jurema – ministro deposto da Justiça; Almino Afonso – ex-ministro do Trabalho e Juscelino Kubitschek.

Em outubro do mesmo ano caducou o Ato Institucional 01, sendo atingidas 4.454 pessoas das quais 2.757 eram militares. Esse ano terminou com um índice de 20 mortos, sendo 9 suicídios, além de 203 denúncias de torturas[5].

Com efeito, o segundo Ato Institucional[6] foi baixado em 27 de outubro de 1965 e esteve vigente até 15 de março de 1967 quando foi substituído pela Constituição autoritária de 1967 e pela Lei de Segurança Nacional (7.170/83). O motivo da edição deste segundo ato supraconstitucional é o fato de que a Constituição de 1946 não ser compatível com o Regime de Exceção que se instaurava. Nota-se que o Presidente da República necessitava de mais poderes para aprovar leis e exercer atos sem maiores controles[7]. A partir de então, enfraqueceu o Supremo Tribunal Federal, ao aposentar compulsoriamente membros, aumentou o número de ministros de onze para dezesseis, de modo a garantir uma maioria de ministros aliados ao novel Regime. A Justiça Ordinária se subordinava à Justiça Revolucionária a partir do momento em que civis poderiam ser presos e processados por crimes contra a segurança nacional.

A extinção do pluripartidarismo e a criação de apenas dois partidos políticos; um a favor do regime, a ARENA – Aliança Renovadora Nacional, hoje Democratas (ex-PFL); e outro de oposição, o MDB – Movimento Democrático Brasileiro, hoje PMDB, PSB e PSDB. Desse modo, Castello torna indireta a eleição para seu sucessor e transfere o poder de eleger o presidente ao Congresso Nacional. Ainda, reabriu-se “o ciclo punitivo

extinto em 1964”[8], de modo que os crimes políticos se tornaram matéria da Justiça Militar.

Ao prosseguir a busca de legitimação do Regime, o Presidente Castello Branco, decreta o Ato Institucional 03[9] onde fica expresso que a eleição de governadores e vice-governadores seria indireta, executada por colégio eleitoral estadual e que haveria a nomeação pelos governadores dos prefeitos das capitais e cidades de segurança nacional, que deixaram de ser eleitos para serem indicados.

Outrossim, o Ato Institucional 04[10], outorgado em 07 de dezembro de 1966,

Castello convocou o Congresso Nacional para a votação do projeto de Constituição que acabaria, definitivamente, com a Constituição de 1946. Logo, teve-se outorgada a sexta Constituição no “período Republicano”, do ano de 1967. Nota-se que embora tenha sido votada pelo Congresso Nacional, órgão tradicional do Poder Constituinte Derivado, não se pode denominar essa constituição como promulgada. Tal Constituição já delegava grandes poderes ao Presidente da República. Ainda não satisfeitos, no ano de 1969 o Regime baixou a Emenda Constitucional n° 01, reformulando quase que totalmente a Constituição de 1967, tornando ainda maiores os poderes do Presidente e centralizando o poder em suas mãos.

Por fim, em 13 de dezembro de 1968 decretou-se o Ato Institucional 05[11], considerado o mais rígido e abusivo em termos de infração aos Direitos Humanos. Emitido pelo regime militar brasileiro em que a imprensa foi censurada e centenas de pessoas presas, incluindo o Juscelino Kubitschek, Lacerda, Caetano Veloso e Gilberto Gil. Até mesmo garantias básicas como o *habeas corpus* foi suspenso para os denominados crimes políticos, como também qualquer possibilidade de reuniões de caráter político.

Não obstante, nota-se que a efervescência política e cultural no mundo neste período reflete até hoje na formação social do País, conforme explicita Waldo Silva:

1968 catalisa um processo histórico, no qual a aceleração dos ritmos, ao imprimir uma intensa velocidade ao tempo histórico, e proporcionar mudanças profundas na ordem social, esboçou uma antecipação do futuro. No tempo histórico não prevalece a medida “cronológica”; ele não pode ser medido pelo curso dos ponteiros de um relógio, ou pela trajetória dos planetas em torno dos sol, ou pelo ciclo das estações. O tempo histórico é dado pelos ritmos que se impõem aos homens. O poeta grego Arquíloco sentenciava: “*Antes de mais nada é preciso saber a que ritmos estão submetidos os homens.*” Assim, são os ritmos que contêm o tempo histórico e não a duração cronológica dos fatos. É possível dizer que à nenhuma outra geração na história o tempo impôs ritmos tão acelerados, quanto os que submeteram as décadas 1960/1970. Neste período, experimentou-se uma relação com a liberdade, mais intensa e profunda que em qualquer outro momento da história humana. Romperam-se preconceitos, inventaram-se ideias, experimentou-se novos laços entre os indivíduos, romperam-se hábitos, comportamentos, mudanças se processaram na cultura, na política, na economia, etc.

Enfim, muitas sociedades foram submetidas a um impulso revolucionário inusitado, resultando numa profunda mudança da ordem social e política[12].

Importante resgatar que o processo de mutações, engajado nos anos 1950, acentua-se nos anos 1960, expresso na radicalização das lutas populares, e sofre uma descontinuidade com o golpe militar de 1964. Sob tração de circunstâncias internas e externas, nos anos subsequentes, as mutações desaguam, como uma torrente, numa intensa politização entre intelectuais, artistas, religiosos, etc; catalisada por uma mobilização dos estudantes (universitários por razões que virão em seguida), que encontrou na luta contra a ditadura militar e o eixo em torno do qual fez pivotear suas formas de luta, portadoras de uma expectativa revolucionária acentuada e crescente.

Criava-se, assim, uma situação singular: o golpe militar procurava se apresentar com um discurso modernizador (e de fato tentaria sê-lo no governo do general Ernesto Geisel), mas tinha como tarefa histórica travar o processo de construção nacional, que vinha sendo tracionado pelo desenvolvimentismo do período Vargas, que apontava na direção da independência econômica e da emancipação da classe operária, com o discurso do trabalhismo. Destarte, como em todo processo de crescimento e modernização, as mudanças no sistema produtivo, iniciadas nos anos 1950, deixaram como herança um impulso revolucionário; portanto, frear, ou reduzir ao máximo os efeitos deste turbilhão mutante, era a principal tarefa histórica do golpe militar de 1964, em particular impedindo a reforma do setor agrário, que, ao romper com as formas de propriedade da terra, tornaria possível uma política agrícola capaz de mergulhar o Brasil numa etapa de desenvolvimento econômico acelerado, libertando as forças produtivas para acentuar a acumulação de capital na indústria.

Do ponto de vista filosófico, Waldo Silva afirma que o golpe militar foi a expressão mais aguda do confronto entre o velho e o novo, confronto que se havia engajado desde o início dos anos 1930 - embate entre a velha estrutura da produção agroexportadora e a indústria nascente -, e que, interrompido em 1945, foi retomado nos anos 1950, em um período de profundas transformações na ordem econômica e social mundial, em que floresciam novas contradições no interior do capitalismo, através da aceleração de rupturas e mutações no plano tecnológico - que acompanharam a consolidação da hegemonia do capital monopolista[13]. O golpe de 1964 estava, então, constrangido pela composição de sua base social e pelos interesses que representava (suas circunstâncias), a compor a face retardatária deste confronto; e, incapaz de enfrentar a luta política, e barrar o impulso nascido com o projeto “varguista”, impôs a violência como método para frear a mudança. Contribuiu para transformar a violência em elemento definitivo da conjuntura política do período, e tornou mais elevado o preço pago pelos brasileiros.

Portanto, o governo militar forneceu as circunstâncias necessárias à radicalização da luta política. No final de 1960 esta radicalização atingiu seu limite extremo, estreitando as vias da luta institucional e abrindo caminho para o recurso crescente ao uso da violência. Opção quê não correspondia ao grau de evolução das contradições da sociedade brasileira, elemento imprescindível para que as massas populares se tornem atores de uma etapa revolucionária. Portanto, o uso da violência foi abortado pela ditadura militar; não que ela fosse evitável, entretanto, foi precipitada pelas

circunstâncias. O processo histórico brasileiro caminhava para o confronto, mas o recurso às armas na resistência contra a obstrução do processo histórico, foi precipitado por uma conjuntura revolucionária, gerada no interior do capitalismo pela aceleração do desenvolvimento das forças produtivas, e pela prática da violência pela ditadura militar.

Entrementes, o extraordinário florescimento da produção intelectual, das artes, do cinema, da música, do teatro, da cultura popular, etc, - desdobramentos do processo de crescimento/modernização do período "varguista" - foi suficiente para fertilizar o terreno onde proliferou, além das mudanças profundas no comportamento, a contestação política, catalisada pela luta contra a ditadura militar, que, em seguida, empurrou os setores organizados da sociedade à opção pela luta armada, principalmente após o recrudescimento do Regime após o AI-5.

A produção intelectual, a música, o teatro, o cinema, as artes e a cultura, entre outros, foram elementos endógenos que contribuíram para acender a consciência crítica, que passou a se expressar como contestação ao governo militar; foram elementos circunstanciais, que, aliados aos elementos estruturais acima destacados, tornaram-se suficientes para bater uma estreita relação entre os movimentos estudantis, os intelectuais, artistas, setores religiosos, profissionais liberais e feminista, setores que forneceram as bases sociais dos ventos mutantes que se dirigiram para 1968. Reitere-se, ventos que sopravam dos escombros do projeto "varguista", cuja continuidade foi interrompida pelo golpe militar, e da profunda revolução tecnológica.

Com a abertura do Regime Militar, a partir da segunda metade da década de 1970, em que se tem o advento da Lei de Anistia, a Lei Federal 6.683/79, de caráter amplo, geral e irrestrito para aqueles que sofreram a repressão e tentaram reagir contra o regime opresssor. No entanto, nunca se questionou formalmente sua aplicação bilateral, ou seja, tanto para as vítimas, quanto para os algoses.

Interessante que numa recém-liberada ata de uma reunião secreta do Conselho de Segurança Nacional (CSN), órgão meramente homologador das decisões da cúpula militar, em que se discutia a Lei de Anistia, o próprio Presidente Ernesto Geisel, considerado como um dos idealizadores da abertura política, dizia que "A anistia é inoportuna, porque eles continuam a conspirar; eles continuam a querer subverter, continuam a agitar"[14]. Além disso a ata demonstra o temor dos Militares em rever decisões praticadas com arbítrio dos atos de exceção e que a proposta de anistia do regime não fosse modificada pelo Congresso Nacional, que por sua vez, efetivamente, permaneceu intacta, tendo em vista a maioria no legislativo.

3 - A UTILIZAÇÃO DA TORTURA PELA REPRESSÃO E A DESCONSIDERAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: O ESTADO "SEM DIREITO"

Os agentes públicos dos órgãos oficiais que praticavam métodos de tortura recebiam treinamento e tinham, para isso, cobaias que ajudavam a explanar a teoria ensinada. Essas cobaias eram os próprios presos políticos que relataram minuciosamente a forma

como eram tratados[15]. De acordo com os depoimentos, o professor era o tenente Ayton, que ensinava sobre torturas com demonstrações práticas por meio de slides e *Know How*. Entre outros, um dos maiores torturadores dos "Anos de Chumbo" foi Marcelo Paixão de Araújo, com mais de 20 (vinte) processos de denúncias de tortura e 30 vítimas confessadas na entrevista realizada à revista Veja[16]. Em um tom sádico e com alterações no seu estado de humor, Marcelo admitiu ter torturado por considerar que era o correto a se fazer e não porque o obrigavam.

Dentre vários instrumentos utilizados pelos torturadores para a prática dos abusos estava o *pau-de-arara*[17], que quase nunca era usado de forma isolada, sendo cumulado com eletrochoques, palmatórias e afogamento. O *eletro choque*, que consistia em dois fios longos ligados nos órgãos sexuais, ouvidos, dentes ou língua onde os torturados recebiam descargas de choques elétricos. Marcelo Paixão[18] indica ainda, que esses choques eram dados por um telefone de baixa amperagem e alta voltagem. "O que não se pode fazer é deixar a corrente passar pelo coração. Aí mata"[19]. Havia, ainda, a *Pimentinha* e *Dobradores de tensão*, *Afogamento*, *Cadeira do Dragão*, *Geladeira*, *Insetos e animais*, *Produtos Químicos*, *Lesões Físicas* e outros métodos e instrumentos de tortura[20] como a um equipamento de esticamento, torturas psicológicas intercaladas com choques elétricos, a posição *Cristo Redentor*, que "desarticulava a musculatura e os rins"[21], imersão em um tambor de gasolina cheio d'água com a boca aberta e inúmeros outros que são citados no livro *Brasil: Nunca Mais*.

No Brasil as torturas não se diferenciavam pela idade, sexo ou situação moral, psíquica ou física dos suspeitos. A intenção não era apenas de "marcar" o corpo das vítimas e fazê-las sentir uma dor quase insuportável a ponto de declararem um discurso que favorecesse o sistema repressivo, mas as torturas visavam a destruição moral da vítima, por meio de uma ruptura dos limites emocionais que cercavam as relações efetivas de parentesco. Desse modo, "crianças foram sacrificadas diante dos pais, mulheres grávidas tiveram seus filhos abortados, esposas sofreram para incriminar seus maridos"[22].

Segundo o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, "ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante". Mesmo o país sendo signatário deste tratado, durante os vinte anos de ditadura, este artigo foi ignorado pelos militares responsáveis pelo Regime Militar. Era como se o Direito Internacional não atuasse num oásis que se permite atrocidades em nome de um determinado ideário.

Sendo assim, foram sacrificados direitos e garantias fundamentais na obtenção de declarações que incriminassem os "inimigos do Regime". Na cartilha oficial dos generais no Poder, Golbery pontificou que, quando a segurança é ameaçada, fica justificado "o sacrifício do Bem-Estar que [...] é o sacrifício também da liberdade, das garantias constitucionais, dos direitos da pessoa humana"[23]. Fica assim demonstrado que ao "rasgar" a Constituição, depor um Presidente da República eleito de forma legítima, fechar o Congresso Nacional, caçar deputados e manifestantes de modo a suspender-lhes direitos e garantias, prendendo-os, torturando-os e assassinando-os em nome da pavimentação de uma "democracia tutelada" simboliza exatamente o contrário do que os militares justifique que estavam protegendo.

Foram denunciados mais de 280 torturadores dos quais, aproximadamente, 88% eram homens e apenas 12% mulheres. Durante a ditadura houve 7.367 nomes de pessoas indicadas como torturadoras, levando em conta os autores que repetiram nomes de pessoas já denunciadas. Dividindo esses números por época cronológica tem-se que entre 1964 e 1966 (governo de Castello Branco) foram citados 2.127 nomes de cidadãos e em 1969 e 1974 (governo de Garrastazu Médici) registraram-se 4.460 denunciados, "coincidentemente", durante a vigência do AI-5, decretado em 13 de dezembro de 1968.

4 - O DESRESPEITO AO DIREITO INTERNO E INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E A SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS

É cediço que o Direito Internacional considera a tortura crime contra a humanidade, imprescritível e passível de punição pelo Judiciário de qualquer país. Frente ao regime de terror que ocorreu no período da 2ª Grande Guerra Mundial, surge a necessidade de determinação "dos direitos humanos, como paradigmas e referencial ético a orientar a ordem internacional. Diante da ruptura, há a necessidade de reconstrução."[24]

Verifica-se que ainda no preâmbulo da Constituição da República de 1988, houve a consagração da preocupação com a tutela aos Direitos Humanos, sendo este, um marco na transição entre a repressão e a democracia. Tem-se a partir de então, a legitimação de direitos que são alicerces para um Estado Democrático de Direito. Para tanto, necessita-se focalizar critérios como os "direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça", de modo a estabelecer o encontro entre o princípio deste Estado e os direitos fundamentais, constituindo estes, elementos básicos para a concretização de princípio democrático.[25]

Os direitos humanos internacionais têm um papel muito importante nos direitos humanos nacionalmente consagrados, uma vez que aqueles completam e inovam direitos, até então, não constantes no ordenamento jurídico interno. Ademais, os direitos humanos internacionais estabelecem parâmetros protetivos mínimos acerca dos direitos que devem constar no ordenamento jurídico de cada país, enfatizando a defesa da dignidade da pessoa humana e estabelecendo uma "instância internacional de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais mostram-se falhas ou omissas."[26]

Quanto à universalidade dos Direitos Humanos, cabe ao Estado observar rigorosa e criteriosamente os instrumentos internacionais de direitos humanos que compõem vínculo jurídico com o Estado brasileiro, bem como aferir visibilidade aos tratados assinados pelo país, por meio de campanhas de divulgação. Dessa forma, almeja-se esclarecer quais os compromissos assumidos pelo Estado frente à proteção e promoção desses direitos. Nesse âmbito, a responsabilidade do Estado embasa-se na extensão da cidadania e no desafio de se fazer cumprir as obrigações internacionais assumidas, em

se tratando de direitos humanos advindos dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

A tarefa crucial do Estado está em se repensar e re-imaginar a atuação estatal, sob uma nova ótica lógica referencial, quebrando paradigmas e consolidando a cidadania. Nesse sentido, importa resgatar que de sobremodo, no Estado Democrático de direito o público não existe sem o privado; ele precisa do privado (garantia de cidadania e integridade do direito). De outro lado, o privado sem o público é egoísmo; por isso também necessita da dimensão pública. Podem ser aparentemente contrários, no entanto, no caso concreto, não são contraditórios, mas complementares. Segundo a teoria procedimentalista da democracia na qual o direito positivo, por depender das resoluções adotadas por um legislador, tem que distinguir, na autonomia das pessoas jurídicas, uma autonomia privada e uma pública, as quais se encontram numa relação complementar, permitindo que os destinatários do direto estabelecido possam entender-se, ao mesmo tempo, como autores que criam o direto.

Por sua vez, a democracia não é um ente absoluto, abstrato e muito menos um simples dispositivo de técnica jurídica sobre como colocar em vigor textos de normas; não é, portanto, apenas uma estrutura (legislatória) de textos, o que vale essencialmente também para o Estado de Direito. Não é tão-somente “status activus” democrático.

Nesse sentido, ao criticar o conceito de legitimidade de Weber, por estar condicionado às convenções sociais ligadas ao carisma, à tradição e à legalidade, Habermas indica o esvaziamento da normatividade da representação por Weber, pelo fato de este não haver entendido o sentido no qual o representante deve atuar em benefício dos representados, para simplesmente existir enquanto forma de legitimação.

A democracia é dotada de idealidades e passível de críticas, refutações em que cada inclusão pressupõe uma exclusão. Eis a modernidade da modernidade, na qual se consegue ver os erros e busca-se controlá-los, tendo em vista que cada vez que se lançam luzes em algo também se produzem sombras.

Desse modo, na história recente do constitucionalismo, principalmente no período de descolonização do pós-guerra, vê-se a tentativa de alguns doutrinadores de criar uma classe específica de estudo e compreensão, concebendo a existência de um divórcio entre a conhecida manifestação da prática constitucional e o Texto Constitucional na vida cotidiana de comunidades políticas, onde não se originou, tradicionalmente, o constitucionalismo moderno.

Desta forma, Karl Loewenstein propõe uma metodologia ontológica na classificação das Constituições ao levar em consideração a função da Constituição escrita e a realidade sociopolítica dos Estados vindo a diferenciá-los, seu caráter normativo, nominal e semântico, partindo do pressuposto de que uma Constituição não funciona por si mesma, uma vez que fora adotada por um povo. Em seu aspecto normativo, o autor aponta que, quando se aplica sem uma prévia educação política uma democracia plenamente articulada com um Estado recém-liberado de uma autocracia tradicional e de tutela colonial, os riscos são imanentes. Ele expõe que para ser uma Constituição normativa deve ser efetivamente vivida pelos destinatários e detentores do poder, pois necessita de um ambiente nacional favorável para sua realização.

Ao classificar a Constituição nominal, Loewenstein entende que os pressupostos sociais e econômicos existentes - por exemplo, a ausência de uma educação geral e, em particular, de uma educação política, a inexistência de uma classe média independente e outros fatores - atuam contra a concordância absoluta entre as normas constitucionais e as exigências do processo de poder. A situação, de fato, impede a completa integração das normas constitucionais com a dinâmica da vida política, "provavelmente a decisão política que conduziu a promulgação deste tipo de Constituição foi prematura."

O caráter semântico da Constituição é ressaltado como a formalização existente de uma situação em que o poder político está em benefício exclusivo dos detentores dos poderes fáticos, que dispõem do aparato coativo do Estado. A conformação do poder está congelada em benefício desses detentores, independente de que sejam pessoas individuais (ditadores), uma junta, um comitê, uma assembléia ou um partido político. Entrementes, a Constituição semântica, em vez de servir de limitação ao poder, é instrumento de estabilização e eternização da intervenção dos dominadores fáticos no poder político do Estado.

Por sua vez, ao trabalhar o ultrapassado conceito de Constituições de "Terceiro Mundo", Paolo Biscaretti de Ruffia destacava um ciclo próprio para estas como sendo a segunda fase do constitucionalismo (Estado Social). Para o autor, os estados de colonização recente geralmente copiavam as normas da democracia clássica, revisitando, sem embargo, um valor de caráter formal, posto que nestes países a realidade da vida constitucional é necessariamente muito diversa das disposições escritas, requerendo assim uma investigação extrajurídica dos ambientes que deformam sua estrutura e funcionamento. Assim, este tipo de Constituição, que, embora acolhesse formalmente as aspirações de justiça daquela determinada comunidade, portadora assim de legitimidade, não seria capaz de reger as relações por ela reguladas, dada sua difícil realidade econômica e social, muito distante da sonhada por todos, deixando de trazer a verdadeira efetividade.

Tal temática, hoje, é combatida de maneira incisiva, a ponto de se ver nesses posicionamentos verdadeiros postulados não meramente explicativos, mas justificativos da ordem excludente e dominante, de caráter eternizante de tais práticas políticas e jurídicas. Nesse sentido, Carvalho Netto demonstra tal fato como emblemático na história política do Brasil, ao expor que Oliveira Viana já qualificara a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 de "idealista". Para ele, era preciso recuperar nossa própria Constituição, a oriunda da tradição escravocrata, estamental e politicamente centralista.

Considerado como elemento ideológico e agregador da elite imperial, a educação superior era um diferencial na influência institucional do Império que ora pendia para a República americana, ora para a Monarquia européia. Os membros dessa elite sempre apregoavam a necessidade da tutela aos ainda não iniciados, de forma a continuar a manter a ordem de privilégios, recorrendo, invariavelmente, a qualificações maniqueístas. Neste sentido, tem-se em Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai, o retrato desse contexto, ao expor em seus escritos de 1862:

A Inglaterra é um país no qual as reformas encontram mais obstáculos para prevalecerem. Acontecem ali o contrário do que em outras nações nas quais o espírito das leis é mais liberal do que o espírito dos homens. E as reformas lentas e tardias que os ingleses preferem têm um grande vantagem. São as próprias para remover o mal, e uma vez feitas ficam assentadas sólida e definitivamente. Estou convencido de que as nossas instituições administrativas requerem, sobre muitos pontos, sem alteração de bases constitucionais <é de lembrar que a constituição imperial de 1824 não citava uma palavra sequer sobre o regime escravocrata>, desenvolvimento e melhoramentos consideráveis, preenchidas muitas lacunas que apresentam. Creio que, pela escassez de estudos e de conhecimento administrativos, não está uma grande parte de nossa população em estado de formar uma opinião conscienciosa sobre quaisquer reformas que sejam intentadas. É preciso primeiro que tudo estudar e conhecer bem as nossas instituições, e fixar bem as causas porque não funcionam, ou porque funcionam mal e imperfeitamente[27].

De fato, ao problematizar esses marcos do constitucionalismo, verifica-se que na dicotomia real - ideal vivenciam-se conteúdos idealizantes o tempo inteiro, Logo, por mais paradoxal que pareça, o Brasil teve um Estado Liberal em pleno modelo de exploração escravocrata. Da mesma forma, teve um Estado Social em pleno Estado Novo, muito embora nas condições mais cruéis possíveis. Assim, o não liberalismo brasileiro foi, paradoxalmente, o liberalismo e o não Estado Social autoritário foi Estado Social. Hoje, vive-se a herança de suas mazelas, inclusive entre aqueles que, ao não reportarem a essa história institucional, defendem, por ingenuidade ou má-fé, o mesmo fundamento "brasilístico" de Oliveira Viana, no tocante ao impacto da adoção contemporânea da teoria procedimentalista da democracia de Jürgen Habermas no Brasil.

Desse modo, sendo o modelo de exercício de poder e o da elaboração normativa submetidos à soberania popular e aos contentos do Poder Executivo, em desacordo com a formulação quase consensual da teoria política, deve-se sustentar que a ideologia e o programa político delineados pelo Regime Militar de 1964 não são anti-estatistas nem conduzem ao primado do mercado. Ao contrário, sua lógica implícita, eminentemente política, caracterizar-se-ia pela imposição autoritária da vontade do Poder Executivo sobre as demais formas de representação política, especialmente pela anulação da sociedade civil.

Assim, fica evidente que o direito interno à época dos fatos não eram suficientes para resguardar os direitos fundamentais, pois

O código jurídico está subordinado ao código político, o direito está subordinado à economia, o Estado está subordinado à atividade econômica – com as conseqüências já insinuadas para os economicamente fracos, quer dizer, para a maior parte da população[28].

Isso se deve ao fato de que no Estado de Direito, em que o sistema jurídico tem por função fornecer respostas normativas ao problema da política, esta opera num patamar

de complexidade elevada e indeterminada, enquanto aquele atua num quadro de complexidade já reduzida e determinada por seus limites estruturais fundantes.

Tal circunstância se faz lembrar que, mesmo não possuindo como parâmetro a Constituição de 1988, à época dos fatos o Brasil era signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, desde a adesão pelo Brasil do Tratado que admite a jurisdição da Corte Americana de Direitos Humanos, sua posição firmada é no sentido da nulidade de toda e qualquer auto-anistia criminal do governante.

Importa salientar que o art. 11, da Convenção de Havana de 1928 é categórico ao expressar que a alteração do direito interno em nada desobriga o país com suas avenças em âmbito internacional. Logo, não há que se falar na inaplicabilidade dos tratados internacionais. Com base nesses fundamentos a Ordem dos Advogados do Brasil propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, requerendo que o Supremo Tribunal Federal conceda interpretação conforme a Constituição para excluir do âmbito do art. 1º , da Lei de Anistia, Lei 6.683/79, sua incidência para agentes públicos que cometeram crimes comuns praticados contra opositores do Regime.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal em recente decisão no Recurso Extraodinário nº 466.343 estabeleceu que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem "status" normativo supralegal, tornando inaplicável toda legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação (HC 90.192, Relator Ministro Gilmar Mendes, 05.06.2007), conforme expõe Mazuolli:

Em 3 de dezembro de 2008, o Min. Celso de Mello, no *RE* 466.343-SP, onde se questionava a impossibilidade da prisão civil pela aplicação do Pacto de San José, modificou radicalmente sua opinião anterior (tal como expressa no despacho monocrático do *HC* 77.631-5/SC, publicado no *DJU* 158-E, de 19.08.1998, Seção I, p. 35), para aceitar esta tese acima exposta, segundo a qual os tratados de direitos humanos têm índole e nível de normas constitucionais no Brasil. [02] Mas a maioria dos Ministros não acompanhou tal posição (que adotamos como correta), para acompanhar o Voto-vista do Min. Gilmar Mendes, que alocou tais tratados de direitos humanos no nível *supralegal* (abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional). Assim, no julgamento (histórico) do dia 3 de dezembro de 2008 prevaleceu no Supremo Tribunal Federal o voto do Min. Gilmar Mendes (por cinco votos a quatro), ficando afastado (pelo menos por enquanto) o posicionamento do Min. Celso de Mello, que reconhecia valor constitucional a tais tratados. Como se percebe (e, sob esse aspecto, só temos o que comemorar), o STF não mais adota a equiparação dos tratados de direitos humanos às leis ordinárias. Porém, ainda que os tratados de direitos humanos tenham minimamente (voto do Min. Gilmar Mendes) nível *supralegal* no Brasil [...].[29]

Desse modo, estar-se-á abrindo o caminho para o preenchimento de mais um requisito essencial à Justiça Transicional, formada pela busca da *verdade*, pela *reparação* às vítimas e a necessária e pedagógica *responsabilização* dos agentes públicos. Nesse último, o esquecimento aparentemente conciliatório pode cobrar um alto preço: a

possibilidade do retorno de um regime de exceção que após as atrocidades, se auto-imuniza.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com fundamentos nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as leis de auto-anistia dos países latino-americanos que passaram por regimes ditadoriais estão sendo revistas, principalmente diante da atuação das comissões do "Direito à Verdade", como a pioneira Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas, na Argentina.

No Brasil o debate ainda é incipiente. Até mesmo especialistas na matéria ainda não se deram conta da atual orientação do Supremo Tribunal Federal sobre o *status* normativo de supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos.

Com efeito, tais tratados, mesmo não aprovados semelhante às emendas constitucionais (art. 5º, parágrafo 3º, da Constituição da República), ainda assim tornam inaplicável a legislação infraconstitucional, anterior ou posterior, com ele conflitante. Logo, tem-se que a sociedade brasileira, diante da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 está prestes a ter sua lei de anistia abrindo o caminho para a responsabilização dos violadores dos Direitos Humanos, descortinando assim as mazelas de sua história institucional que não pode nem deve ser esquecida. É olhando para o passado que se aprenderá a caminhar no futuro.

6 – REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*, Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 1985.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da SilvaSão Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8 ed., Trad.: Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e terra, 2000;

DREIFUSS, René Armand. *1964: A conquistada do Estado. Ação política, poder e golpe de classe*. Trad. : Ayeska Branca de Oliveira Farias e outros. Petrópolis: Vozes, 1981.

GASPARI, Élio. *A Ditadura envergonhada.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. *A Ditadura escancarada.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.* Surkamp Verlag, 1993.

HAMBLOCH, Ernest. *Sua majestade o Presidente da República*. Tradução: Lêda Boechat Brasília: Senado Federal, 2000;

MULLER, Friedrich. *Quem é o povo*. São Paulo: Max Limonard, 2001.

OLTRAMARI, Alexandre. *Torturei Uns Trinta*, http://veja.abril.com.br/091298/p_044.html, acesso em 30/03/2009.

PELLET, Alain; **DAILLIER,** Patrick. *Droit international public.* 7 ed., Paris: LGDJ;

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional.* 8ª Ed. ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

_____ . *Temas de Direitos Humanos.* São Paulo: Max Limonad, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006;

_____. *Crise e desafios da constituição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004;

SANTOS, Abraão Soares; GOMES, Fernando Alves. Direito Constitucional. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. *Os senhores das gerais: os novos inconfidentes e o golpe de 1964.* Petrópolis: Vozes, 1986;

SILVA, Waldo. 1968: O futuro Dura um Longo Tempo. Belo Horizonte, 2009 (no prelo).

URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

---

[1] GASPARI, Élio. *A Ditadura envergonhada.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 382. De acordo com o autor, no dia 31 de março "o general Mourão Filho decide rebelar-se". A partir de então tem-se a instauração da ditadura militar que, no entanto, só começa a surtir efeitos quando o primeiro AI foi baixado, cassando 40 mandatos e fazendo com que João Goulart se exilasse no Uruguai.

[2] Nos processos pesquisados para a elaboração do *Projeto de Pesquisa BRASIL: NUNCA MAIS* foi constatado, nos próprios autos, o testemunho de pessoas encarceradas que presenciaram a morte de outros presos políticos por motivo de tortura. A partir de então, alega-se a possibilidade de outras mortes terem decorrido das torturas, como os "desaparecidos" ou os declarados mortos em "tiroteio" com os militares. De fato, não se deve afirmar tais alegações, pois não consta nos documentos oficiais, o que não nos

impede a reflexão do assunto. (ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*, Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 1985, pp. 247-259)

[3] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional.* 8ª Ed. ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

[4] *Ato Institucional Número Um.* http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Um, acesso em 08/04/2009.

[5] GASPARI, Élio. *A Ditadura envergonhada.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 382. Dados informados pelo autor.

[6] *Ato Institucional Número Dois.* http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Dois, acesso em 08/04/2009.

[7] HAMBLOCH, Ernest. *Sua majestade o Presidente da República do Brasil*. Trad.: Leda Boechat. Brasília: Senado Federal, 2000;

[8] GASPARI, Élio. *Op. Cit.*, pp. 240.

[9]*Ato Instituional Número Tres.* http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Tr%C3%AAs, acesso em 08/04/0/2009.

[10] *Ato Instituional Número Quatro.* http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Quatro, acesso em 08/04/2009.

[11] *Ato Instituional Número Cinco.* http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Cinco, acesso em 08/04/2009.

[12] SILVA, Waldo. 1968*: O futuro Dura um Longo Tempo*. Belo Horizonte, 2009 (no prelo).

[13] SILVA, Waldo. 1968*: O futuro Dura um Longo Tempo*. Belo Horizonte, 2009 (no prelo).

[14] *ATA REVELA VETO DE GEISEL À ANISTIA AMPLA: Em reunião um ano antes de enviar projeto ao Congresso, presidente revela temor de que "subversivos" voltassem ao poder.* Folha de São Paulo, 29.08.2009, p. A8.

[15] ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*, Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 1985, pp. 31-33. O autor tratou de colocar com precisão trechos dos depoimentos dos torturados onde afirmam que "as torturas são uma instituição, vez que, o interrogado foi instrumento de demonstrações práticas desse sistema, em uma aula de que participaram mais de 100 (cem) sargentos e cujo professor era um Oficial da Polícia do Exército." A denúncia é confirmada em outros processos onde parte destes consta no livro.

[16] OLTRAMARI, Alexandre. *Torturei Uns Trinta*, http://veja.abril.com.br/091298/p_044.html, acesso em 30/03/2009.

[17] ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*, Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 1985, pp. 34-42

[18] OLTRAMARI, Alexandre. *Torturei Uns Trinta*, http://veja.abril.com.br/091298/p_044.html, acesso em 30/03/2009.

[19] *Ibid.*

[20] ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*, *Op. Cit.* pp. 41-42.

[21] ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*, *Op. Cit.* pp. 41-42.

[22] ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*, Petrópolis *Op. Cit.* pp. 43. No livro Arns conta com detalhes como eram feitas as pressões a fim de obtenção da informação necessária para incriminar os manifestantes.

[23] ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*, *Op. Cit.* pp.. 70. "Daí um dilema – o do Bem-Estar e o da Segurança, apontado por Goering, em dias passados, sob a forma menos justa, mas altamente sugestiva, de seu conhecido slogan: 'Mais canhões, menos manteiga'. E, na verdade, não há como fugir da necessidade de sacrificar o Bem-Estar em proveito da Segurança, desde que essa se veja realmente ameaçada. Os povos que se negaram a admiti-lo aprenderam no pó da derrota a lição merecida". Ao contrário do que Golbery interpretou, Goering referia-se a um inimigo externo e não interno, pois desta forma estava sendo procurado um inimigo entre o povo brasileiro.

[24] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos.* São Paulo: Max Limonad, 2003, pp. 92.

[25] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. – 8ª Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 26.

[26] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, pp. 65-70.

[27] URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. *Ensaio sobre o Direito Administrativo.*Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 12.

[28] MULLER, Friedrich. *Quem é o povo.*São Paulo: Max Limonard, 2001, p. 96.

[29] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2107, 8 abr. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12584>. Acesso em: 07 set. 2009.

ESFERA PÚBLICA, PODER CONSTITUINTE E DEMOCRACIA*

PUBLIC SPHERE, CONSTITUENT POWER AND DEMOCRACY

Ananda Barros Matos

RESUMO

O sistema jurídico sempre se mostrou falho quanto à sua proposta de ser um grupo fechado e completo de guias para a sociedade. É certo que ele possui muitos elementos proveitosos, como garantias, tutela especial para áreas específicas, como o meio ambiente, e vários outros instrumentos, o que o faz seguir no caminho para alcançar os ideais de democracia. Através da análise dos ensinamentos de Habermas sobre a ação comunicativa e a esfera pública, e com o conceito de Antonio Negri sobre o poder constituinte, podemos perceber de forma mais clara a importância que representam as articulações feitas pelo povo fora das repartições públicas. Deve ser feita uma conexão democrática entre elas e as transformações ocorridas no mundo da vida, uma comunicação com a realidade, tornando possível conferir legitimidade do sistema. O povo possui o poder, o direito de ser informado, de participação, e mais, as pessoas se movem de forma independente criando novas formas de guia de suas vidas. Estudando dois exemplos de casos de meio ambiente, pôde-se perceber uma forma desse movimento autônomo.

PALAVRAS-CHAVES: AÇÃO COMUNICATIVA – ESFERA PÚBLICA – CONEXÃO DEMOCRÁTICA – PODER CONSTITUINTE – LEGITIMIDADE

ABSTRACT

The legal system always failed whenever proposed being a complete and closed group of guides for society. It is right that it has a lot of profitable elements, guarantees, treatment for special areas like environment, and many other instruments that make it ride the way to the democracy ideal. By the analysis of Habermas's teachings of the communicative action and the public sphere, and with the concept of the constituent power made by Antonio Negri, we put some more light on the matter that represent all the articulations provided by the people out of the public offices. It has to be made a democratic connection between these and all the transformations happening in the life's world, communication with the reality, than it will be possible to confer legitimacy to the system. People has the power, they have the right to be informed, they have the right of participation, and even more, they move by themselves creating new ways of guides. Studying two environmental example of cases, it was recognized how can people move autonomously.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: COMMUNICATIVE ACTION – PUBLIC SPHERE – DEMOCRATIC CONECCTION – CONSTITUENT POWER– LEGITIMACY

1. INTRODUÇÂO[1]

Dada a falência da concepção do direito como um sistema fechado, completo e suficiente a abarcar todas as situações jurídicas, repleto de mecanismos interpretativos que resolveriam qualquer nova questão não expressa em textos positivos; e a ascensão de uma percepção mais real, de que o direito possa ser alterado, considerado permanentemente aberto às novas situações que se põem ao seu exame, surgem diversas questões de como lidar com essa abertura institucional aos fatores externos ao sistema.

Se, por um lado, o ordenamento jurídico consagra importantes garantias, e formas de assegurá-las, devendo ser respeitado e posto como base de grande parte das relações do mundo da vida, por outro lado, os sistemas jurídicos modernos estão repletos de normas com textura aberta, e lacunas a serem preenchidas com o caminhar da história.

Para que se possa realizar essa operação de atualização e adequação aos novos contextos que vão surgindo, deve-se atentar a condições que fornecem um espaço à internalização de conjuntos de pleitos sociais que se formam, como informadores do que ocorre nesse mundo da vida em constante transformação.

Nesse sentido, optou-se por analisar dois importantes conceitos que visam estabelecer pressupostos legitimadores para essas interações onde ocorre a troca de informações e onde elas penetram no âmbito político (capaz de institucionalizar debates), quais sejam, a Teoria da ação comunicativa e os debates na esfera pública, contribuições teóricas de Jürgen Habermas.

Para auxiliar e aprimorar os aspectos em análise, encaixa-se também a concepção de Antonio Negri sobre o poder constituinte imanente, força que emana do povo, como real detentor da criação de direito.

Assim, observando também alguns exemplos de formas de interação autônoma no mundo da vida, bem como as oportunidades institucionalizadas de participação popular no direito brasileiro, torna-se possível um entendimento melhor sobre esse importante aspecto de cunho democrático.[2]

2. CONTRIBUIÇÕES HABERMASIANAS: AÇÃO COMUNICATIVA E OS DEBATES NA ESFERA PÚBLICA

2.1. AÇÃO COMUNICATIVA PARA AS SOCIEDADES PÓS-COVENCIONAIS

Habermas procura transportar a idéia moderna de um ideal que atribui a todos direitos formadores de sociedade, escolhedores das estruturas de ordem às quais sua vida estará submetida, buscando traçar uma análise mais fática dos processos multiculturais, heterogêneos, característicos do mundo pós-convencional.

Seu caminho percorre uma observação das teorias liberais e comunitárias, constatando a insuficiência de cada uma delas em, por um lado considerar a força exagerada que possui um indivíduo na sociedade perante o Estado (liberais), e por outro concentrar-se na defesa de uma concepção predominantemente coletiva, onde o Estado se fortalece como condutor da vida social privada.

Para não deixar de lado nem a necessidade de se possuir um organismo de ordem institucionalizada para controlar de certa forma o exercício das liberdades, pois é infinita a produção de desigualdades e incoerências que resulta de um sistema excessivamente liberal; nem anular as autonomias privadas que constituem importante fator ao desenvolvimento humano; Habermas sugere uma concepção procedimental do direito, onde haja mecanismos democráticos que assegurem o desenvolvimento dessas duas instâncias de referência.

O indivíduo a ser pensado não mais exclusivamente, de forma egoísta, nem coletivamente, costurado num conjunto indistintivo, mas na relação com o outro, numa intersubjetividade. Um sujeito que, ao mesmo tempo em que se individualiza, se socializa, construindo, em seus valores, ambos os aspectos dignos de proteção e atenção. Assim, para que se compreenda o direito que lhe é assegurado de cunho individual, precisa-se que ele compreenda os direitos dos demais, concebendo-se reciprocamente os direitos a todos os membros da sociedade.

Emerge na pós-modernidade uma cidadania que junta então princípios fundamentais do indivíduo às necessidades de reconhecimento intersubjetivo entre os habitantes de uma coletividade, para que se obtenha uma convivência de cunho mais democrático, sem que se visualize esses habitantes de forma universal, ou seja, tutelar a todos observando suas particularidades.

Para que se consiga aproximar a realidade desse objetivo, deve-se então delinear um caminho aberto ao conhecimento e à compreensão dessas particularidades de indivíduos e grupos de indivíduos, bem como à sua participação na constituição dos ditames que organizam uma sociedade que a eles se refere.

Propõe que a efetivação dessa conexão democrática ocorre através da ação comunicativa. A comunicação é a forma adequada de se estabelecer consensos, legitimar direitos e verificar os desenvolvimentos do mundo da vida. Se, por um lado, nesse mundo pós-convencional composto por estranhos, num complexo multicultural englobado em um território, é necessário o direito para organizar e colonizar esse mundo da vida, por outro porém, o direito deve atentar para essa heterogeneidade intersubjetiva e abrir caminhos para o diálogo com o mundo da vida, buscando a legitimidade do ordenamento normativo.

Habermas descreve o que seria uma situação ideal de fato para que ocorra a ação comunicativa, pressupondo igualdade de condições, ausência de coerção (para o sentido da comunicação – jogo de interesses), e o igual comprometimento e seriedade dos

participantes, contribuindo assim para a composição de um território de imparcialidade, onde os efeitos da comunicação são aceitos. Mas como esse é um modelo contra fático, eis que estas condições dificilmente ocorrem. Habermas considera que a legitimidade será tanto atingida quanto maior se aproximar desta situação. Assim, a legitimidade da Constituição brasileira de 1988, por exemplo, deve ser observada não em seu conteúdo, mas na forma como se deu seu processo constituinte.

Diferentemente da ação comunicativa, a ação estratégica tem origem contaminada, não propiciando o surgimento natural dos resultados da comunicação, e sim alcançando os interesses específicos objetivados. Trata-se então do segundo ato histórico do ser humano, onde o primeiro seria essa ação comunicativa desenvolvida naturalmente. Pode-se ter um caminho pré-condicionado por diversas referências, dentre elas o fato de a especialização profissional e intelectual acabar por selecionar camadas pequenas e afastarem o grande público da possibilidade de tomada de consciência sobre sua autonomia. Assim, a falta de conhecimento e o valor que representa o dinheiro e outros bens de cunho coisificado, promovem uma colonização do mundo da vida, traçando tendências para a ação comunicativa que se afastam dos ideais de justiça democrática, participativa. Ocorre uma "racionalización unilateral o coisificación de la práctica cotidiana(...)esa dinâmica incontenible"[3], que domina, e muitas vezes retira a liberdade do povo.

A ação estratégica pode então apresentar-se como indutora de interesses não democráticos, não legítimos, injustos.[4] Ou seja, trafega-se por esse caminho previamente pensado para se obter um diálogo com determinado resultado que se mostre evidentemente contrário ao que seria um roteiro legítimo de exposição de temas; captação de opiniões, etc. Um bom exemplo que se visualizou no estudo para este trabalho foi o do relatório sobre os impactos ambientais da construção de usina hidrelétrica do rio Madeira, caso que será novamente abordado em posterior tópico, mas cujo trecho que se destaca pode ser uma amostra de como ações estratégicas produzem diálogos com vícios de origem.

Em relação ao direito à informação, a Relatoria recebeu denúncias dos movimentos sociais de que nas escolas públicas **professores têm sido proibidos de apresentar argumentos contrários** às hidrelétricas, **enquanto passam-se abaixo-assinados favoráveis** às obras em salas de aula e repartições públicas. Outdoors seriam espalhados e muito **material, mais persuasivo do que informativo**, teria sido custeado pela máquina pública.(...) Assim, segundo depoimento do morador da comunidade de Santo Antonio, em Porto Velho, o empreendedor – Furnas – **adotou metodologia de indução de perguntas**: "eles chegavam com formulário de 27 perguntas;das 27, tinha que escolher 09; de nove, três, de três, falar de uma; eles querem convencer; (LISBOA, 2008. p. 17)

Percebe-se que ocorreu no caso acima mencionado, um debate público (e/ou a ausência dele) de forma induzida aos resultados pretendidos. Isso de deu a partir da limitação de questionamentos, bem como do tempo para tal; ocorrendo ainda as respostas pré-produzidas a perguntas oferecidas como rol de opção única.

2.2. IMPORTÂNCIA DOS DEBATES NA ESFERA PÚBLICA

Na oposição à sistemática racional burocrática que ameaça as livres formações de opinião, impõem-se os movimentos sociais compostos de solidariedade, formados autonomamente (ou por instrumento de incentivo de política pública), numa arena denominada esfera pública. Habermas destaca com ênfase a importância desse ambiente de trocas entre os ordenadores institucionais e os atores sociais formadores de vontades coletivas. São espaços de exercício de cidadania, na forma como ela vem sido concebida, intermediária entre o individualismo liberal e o universalismo comunitário, podendo ser exercida de forma livre, indeterminada. [5]

Consiste um espaço social comunicativo, onde existem mecanismos informais que geram determinadas opiniões públicas discursivas, a serem assimiladas pelos representantes políticos dessas vontades aí formadas, para que se materialize, se transforme em instrumento. Pressupõe que exista essa relação de porosidade[6] que permita que os produtos desse debate na esfera pública penetrem no sistema institucional, formal, tutelando-se as demandas desenvolvidas pela constante reciclagem de diálogos e exposição de inovações no mundo da vida.

Necessidade de observar as transformações na esfera pública, o que nela é produzido serve de: material para produção de instrumentos jurídicos; de políticas públicas; de análise de legitimidade de ordenamento. O povo tem que ser ouvido, pois é o verdadeiro detentor da potência que se visualiza nas esferas do mundo da vida.

Habermas descreve que seriam assegurados constitucionalmente os direitos de atuação na esfera pública compondo um conjunto de atributos de liberdades negativas e positivas, onde se protege inviolabilidades de privacidade, bem como autonomia em relação às opiniões, às formações de associações, e os mecanismos de participação política formais, onde o voto, e as argüições sobre atos administrativos ou políticas sociais têm lugar.

Habermas coloca como ponto essencial o princípio da publicidade, como possibilitador de um alcance dos atores sociais ao conteúdo estimulador e embasador de debates importantes. A essa publicidade referem-se elementos como a transparência nas atuações, a publicação em si desses atos, bem como a abertura das instituições a esse espaço de interação entre as vozes dos atores sociais e comunidades. Assim, além de um caráter público às práticas do parlamento (e outros órgãos que lidam com as questões políticas), deve-se oferecer essa oportunidade de participação dos interessados diretamente em tudo o que é ali deliberado.

Assim, deve-se perceber essa relação de complementaridade que possuem as duas esferas, ou seja, a esfera burocrática e a esfera dos debates públicos. A esta segunda, refere-se tanto ao espaço de relação das demandas populares com os órgãos estatais, como nas desenvolturas que se formam autonomamente, de forma independente e informal, mas com essência legítima democrática, dada sua raiz.

Quando se dá extensa primazia aos institutos burocráticos não se atende aos reais interesses e necessidades dos cidadãos. Em seu texto sobre a Teoria da Ação Comunicativa, Habermas descreve como se configurou essa tendência colonizadora do mundo da vida, onde os sistemas de ordem, seja institucional (o Estado) ou econômica, traçam as tendências, os comportamentos e práticas cotidianas ofuscando as reais liberdades de escolha ideológica, política, de modo de viver. Ocorre uma racionalização da prática comunicativa de forma unilateral, impositiva (seja lá por que meios mais ou menos diretos), onde "la burocratización se apodera de los processos espontáneos de formación de la opinión y de la voluntad colectivas y los vacía de contenido" [7].

A razão universal funcionando na mente dos homens levou à perda da singularidade dos conhecimentos humanos sociais, tentando-se-lhe aplicar o mesmo método, fórmula matemática. E que para isso fosse necessário transcender essas particularidades, seus próprios valores e emoções, os quais também possuem sua razão, mas não são comensuráveis, então em desvantagem face às pretensões de uma ordem fixa, previsível, tão contrária à realidade quanto o mais absurdo dos sonhos. O que vigora é então essa imprevisibilidade[8], o homem é um ser histórico, um produto da história, não aprisionável em um modelo.

Enfatiza-se então nessa linha contemporânea a compreensão das diferentes vertentes formadoras de realidade em constante transformação. Se o Estado toma papel importante na organização, manutenção da paz, proteção e promoção dos interesses e necessidades da coletividade, nada mais adequado então que ouvir esses cidadãos e absorver as construções que se formam em seu debate. Isso sim significa promover inclusão política, e não apenas um direito ao voto.

Nesse sentido, as condições para que se obtenha racionalidade nos resultados de mediação na esfera pública, ou seja, as condições para a formação adequada do poder comunicativo pressupõem que se propicie uma ampla participação através de: espaço, informação; liberdade de temas – pode-se debater qualquer assunto, bem como a ausência de coerção sobre a coerção de opinião dos participantes.

Outro aspecto elementar a se observar nesse debate é que as formas de interação em sociedades contemporâneas são complexas, sendo necessária uma atenção especial ao fato de que

No Estado de direito delineado pela teoria do discurso, a soberania do povo **não se encarna mais numa reunião de cidadãos autônomos facilmente identificáveis**. Ela se retira para os círculos de comunicação de foros e corporações, de **certa forma destituídos de sujeito**. Somente nesta forma anônima, o seu poder comunicativamente diluído pode ligar o poder administrativo do aparelho estatal à vontade dos cidadãos.(2003, p. 173) (grifo nosso)

Mais uma vez é importante então proporcionar uma livre aceitação das diferentes referências que surgem com denominação de debates característicos de cunho social, humanitário, educador, etc.

Esse diálogo percorrido na esfera pública ocasiona, não apenas entendimentos sobre os procedimentos racionais praticados pelo poder administrativo e político, não apenas ratificações da prática institucional para considerá-las legítimas, mas também se torna um "gerador de potenciais de poder"[9], de força criadora. Não é uma potência que cria diretamente leis, eis que para isso existem requisitos formais específicos, mas uma voz de prática autônoma legítima que deve ser transformada em efetivo instrumento estatal. Até porque o "poder administrativo não deve reproduzir-se a si mesmo e sim, regenerar-se a partir da transformação do poder comunicativo"[10].

3. O PODER CONSTITUINTE. A POTÊNCIA CRIADORA POPULAR

Torna-se importante, nesse momento, abordar uma questão que se relaciona com o tema proposto, na medida em que trata de uma motivação e justificação em se considerar a importância dessa absorção do que é levado ao diálogo da esfera pública, em se dar lugar às construções que originam das pessoas em geral na sociedade, que não possuem uma função determinada para a política, mas participam desse cenário, tal como tem sido descrito acima.

Antonio Negri, filósofo e cientista social, escreveu uma obra dedicada encontrar uma definição do termo poder constituinte, de suas características, a partir da análise dos processos políticos constitucionalistas modernos, percebendo como cada etapa se prontificou a considerá-lo, e traçando, em toda sua obra, a insistência na atribuição desse poder à força política que emana do povo.

Não obstante a designação poder constituinte se enquadrar no conceito do conjunto de atores participantes de uma reunião voltada à criação de um documento constitucional, referindo-se aos que diretamente proporcionaram o processo de produção do documento, Negri faz uma diferente apreciação do que seja essencialmente esse poder constituinte. Desvincula ele do caráter estritamente institucional, para reconhecê-lo disseminado pela coletividade de cidadãos. Propõe considerar esse conceito como "conceito de um procedimento absoluto – onipotente e expansivo, ilimitado e inconcluso"(2002, p.25)

O poder que emana do povo representa sua potência. Essa potência possui então as armas de construção de elementos, de parâmetros, de situações e normas, de reivindicações. Nesse contexto obtém-se esses produtos com base em um espaço amplo e livre para o exercício de diálogos formadores de consensos quanto a opiniões sobre determinada causa. Assim, ele não pode ser ver reduzido, eis que não se pode prever, limitar o que pode sair como resultado dessas relações. Nas palavras de Negri, "se queremos compreender a potência do princípio constituinte, devemos rechaçar toda filosofia que, mesmo heroicamente, chegue a conclusões institucionalistas. Isto porque não há dimensão vertical ou totalizante no ato constitutivo"[11]

Dessa forma, pode-se reparar que essa concepção de poder constituinte representa uma relação profunda com as diretrizes efetivadoras do princípio democrático, valorizando a potência popular. Esse poder constituinte atribuído ao povo se torna adequado quando se observa a dinâmica da sociedade, sua historicidade e constante transformação, onde percebido numa fonte legítima a relatar a facticidade dessas mudanças, obtém-se

referenciais mais próximos da realidade, constantemente atualizados. Não se reduz o processo constituinte à promulgação da constituição, a um momento apenas, mas a todos os posteriores diálogos traçados no cenário político e social, como se percebe na concepção de esfera pública habermasiana.

Ou seja, não se pode visualizar, na Constituição, todos os possíveis interesses e objetos de tutela jurídica da sociedade, eis que ainda não existem nesse momento. Essa natureza dinâmica irá produzir sempre novos sujeitos sociais, novas relações, novos conflitos, a partir dessa rede de poderes horizontais e dinâmicos que determinam um poder constituinte permanentemente aberto. Um poder constituinte não apenas fundador da constituição, mas um combustível que a move.

E sobre esses conflitos, sobre as relações que separam grupos por interesses diferentes e muitas vezes opostos [12], Negri ressalta que formam um cenário onde não se caracteriza a ruptura, mas sim ideologias como elementos de participação. Assim porque conflitos, dissensos, são importantes fontes de informação para constatação das pluralidades que vigoram na sociedade, cuja atenção sobre esse aspecto promoverá tratamentos adequados às partes, bem como interpretações dessas situações de forma a buscar soluções mais próximas dos princípios de direito.

Através dos instrumentos políticos representativos e da abertura e observação dos demais diálogos desenvolvidos na esfera pública pode-se então captar esse poder constituinte, o fruto do movimento dessa potência, e assim concretizar uma gestão participativa, uma gestão de cunho democrático. Pode-se perceber então que os ensinamentos desse autor contribuem para reforçar a visão que se vem buscado no presente trabalho, qual seja, a força das camadas populares como participante da criação do direito e demais diretrizes de ordem social.

4. ALGUNS MECANISMOS OFICIAIS QUE A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA OFERECE E A ABERTURA A NOVAS POSSIBILIDADES

Como bem realça Boaventura de Souza Santos, “o efeito essencial da expansão do princípio democrático é a criação de possibilidades de transformação qualitativa da democracia na direção de uma democracia participativa.”[13]. Assim, deve o Estado criar formas positivas de interação com a esfera pública, a fim de assegurar condições mínimas para que se exerça a potência de transformação e intervenção popular. Usou-se o termo mínimas, pois dada a natureza imprevisível, inacabável dessa alterabilidade social, esse caminho deve ser livre para novas maneiras de se realizar essa comunicação.

No cenário burocrático brasileiro há algumas formas institucionalizadas de participação popular na dinâmica de atuação estatal, eis que a toda a Constituição vem estruturada em cima de garantias ao exercício efetivo de cidadania e de participação popular na gestão das políticas governamentais, como condições para a existência do Estado Democrático de Direito. Dentre os institutos positivados está a Ação Popular, regulada pela Lei 4717/65, que consiste no instrumento processual adequado, à disposição do cidadão, para anular o ato lesivo ao patrimônio público (das três esferas federativas) e

ao patrimônio de que o Estado participe, bem como o ato lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

No ramo específico do direito urbanístico, merece observação aqui também a positivação da gestão democrática da cidade como diretriz geral da política urbana[14], oferecendo também um rol exemplificativo das possíveis formas de promovê-la, incluindo os debates, audiências,indo os debates, audiessa gestivo de 5, que consiste noa polra a luta pela cidadania, ores de vontades coletivas.

o referendo popular, dentre outros.

Já na seara ambiental, também há institutos positivos especiais para garantir esse exercício da potência na esfera pública dos cidadãos. Regulado pelo artigo 225 da Constituição da República, estudo prévio de impacto ambiental está vinculado ao princípio da publicidade, bem como às formas determinadas pela Resolução CONAMA 237/97, em seu art. 3º, onde determina-se que deve ser garantida a realização de audiências publicas por meio da qual se busque expor aos interessados o conteúdo do produto em análise, esclarecer dúvidas e ouvir suas críticas e sugestões. Tais audiências públicas, além de objetivarem ao final a aprovação de um determinado projeto, servem de mecanismo de efetivação concreta do princípio da participação popular.

Percebe-se que o ordenamento positivo traz então possibilidades de se materializar essa participação efetiva, onde também vale atentar para o direito de livre associação, onde os grupos podem viabilizar a execução de finalidades sociais, contestar políticas públicas, etc.

Mas é importante atentar para o que se mencionou ao final do primeiro parágrafo deste item, ao utilizar o termo “condições mínimas” para o exercício de participação popular, aceitando haver possibilidade das demais formas de interação na esfera pública, que surgem de instrumentos não formalizados, ou não especificamente criados para este fim, mas que geram esse efeito de produção política de condições que se encontram latentes em esferas dissolvidas no mundo da vida. “Ora, a democracia não é apenas um regime político com partidos e eleições livres. É sobretudo uma forma de existência social. Democrática é uma sociedade aberta, que permite sempre a criação de novos direitos.”(BREDARIOL e LISZT, 1998. p. 34-35).

Pode-se perceber que vêm ocorrendo diversas atitudes desse cunho, no caminho da nova cidadania, que constitui sujeitos sociais ativos ansiosos por definir quais são seus direitos, os que se adéquam às suas realidades. Conceitos como autonomia, participação, formas alternativas e autogestão entram em relação com a sociedade de forma necessária. Desenvolve-se uma esfera pública não estatal, formada por movimentos sociais e formas de união de pessoas para fins diversos.

Aqui têm lugar as associações de cidadãos para concretização de interesses cuja prestação estatal não atinge efeito ou, em se tratando de questões novas, para uma mobilização em função da entrada do tema em pauta nas comunicações da esfera pública. Podem surgir grupos que pretendem reclamar, criticar atuações (ou ausência delas) por parte de órgãos públicos; que pretendam demandar uma proteção diferenciada a determinados contextos culturais; que pretendam promover aprimoramentos em determinada classe trabalhista; que pretendam servir de porta-voz

de anseios populares, bem como consultores de camadas populares; dentre outras inúmeras possibilidades.

As formas não institucionais de produção de ações por associação de cidadãos, a partir deles e não por uma prestação estatal, vêm sendo desenvolvidas a partir dos contextos locais. Ou seja, abrangendo de forma mais próxima as particularidades que tomam lugar na vida em sociedade, em contraposição aos sistemas estatal e econômico que caracteristicamente impõem tratamentos concentrados e totalitaristas, acabando por esmerar uma suposta igualdade entre sujeitos, porém determinando uma permanente desigualdade visualizável de forma mediata.

É importante que o poder público ofereça a devida atenção a essas novas formações de opiniões e projetos que chegam ao debate na esfera pública, pois a "existência de canais permanentes de negociação junto aos diversos órgãos do Estado permitirá a institucionalização da participação da cidadania nas decisões governamentais."[15].

Outra forma que vêm sendo muito adotada para construir uma associação é a criação das Organizações não governamentais (ONGs), que desempenham papeis consideráveis em uma quantidade admirável de opções de exercício de cidadania. Muitas possuem sua finalidade contestada, por motivos específicos que vão desde exposições de cunho demagógico até o efetivo desvio de recursos para fins não aprováveis. Mas isso não descaracteriza a importância que elas representam hoje no mundo, e o que vem sido realizado de forma positiva por muitas delas.

5. DESENVOLVIMENTO DE QUESTÕES AMBIENTAIS OBSERVADOS NA ESFERA PÚBLICA

Optou-se aqui por uma ênfase especial às construções relativas ao ramo do Meio Ambiente, então o que se segue abaixo, é uma pequena exploração sobre dois exemplos de ocorrência dessas formas de debate público, casos em que, de um lado resultaram em efetivas realizações em prol da sociedade, e por outro caracterizaram a deficiência e desvio de finalidade democrática de processos que envolviam uma necessidade de atenção às comunidades.

O primeiro a se falar é o que trouxe efeitos negativos, ou seja, constituiu-se numa ausência de devido debate, numa completa desatenção a princípios garantidos constitucionalmente na norma brasileira. Trata-se todo processo de autorização e conformação dos projetos de construção de hidrelétrica no rio Madeira, cuja efetivação tem potencial de causar graves danos ao meio ambiente, às populações locais, bem como desestruturar formas de habitação e trabalho em território estrangeiro. Diante do incômodo que representou esse projeto, dadas as circunstâncias como se deu o processo decisório (ferindo os princípios), foi elaborado o relatório sobre as violações de direitos humanos ocorridas durante o processo decisório de implementação das usinas Santo Antonio e Jirau no rio Madeira.

Constatou-se, de acordo com os fatos descritos (com base em depoimentos populares, demandas de grupos de proteção de direitos culturais específicos, pesquisa nas instituições locais e os próprios documentos relativos ao procedimento licitatório, que envolve um Estudo de impacto Ambiental) uma completa falta de informação; não

realização de consultas e audiências públicas para todos os afetados; não apresentação de alternativas ao projeto (eis que verificadas as potencialidades de impacto) – violando assim as garantias de soberania popular, de participação comunitária (gestão democrática) e o direito à informação.

A Declaração do Rio de 1992 sobre meio ambiente determinou um conjunto de princípios, dentre eles o princípio nº 10, que determina que "O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, em vários níveis."

No caso presente esse princípio foi evidentemente ignorado, os interesses respeitados foram de cunho político e econômico, alheios a qualquer particularidade local (a não ser pelo fato do empreendimento representar uma promoção de empregos no local), onde não se visualizou uma justificativa coerente para não buscar outras alternativas menos impactantes. As comunidades se mostraram interessadas em serem ouvidas, queriam exercer sua voz, mas foram ofuscadas pelo sentido que tomou o diálogo, em função de se manter o projeto, pois era de se perceber que se realmente dessem valor às questões colocadas por diversas fontes populares, seria inviável prosseguir.

Por outro lado, observamos agora o outro caso, onde os resultados de uma movimentação comunitária no sentido de participar da promoção de direitos humanos e sociais foram positivos.

No texto de Alberto Melo, foi abordada uma experiência motivadora sobre uma forma de expressão dessa potência, que ocorreu em Portugal no final da década de 1980. Uma associação de cidadãos para criar uma cooperativa que tinha por objetivo projetar melhores condições de vida, de cidadania e de desenvolvimento sustentável. De forma surpreendente, essa união popular conseguia atingir áreas diversas elementares da vida digna, como a educação infantil, a produção agrária, a formação de empregos, etc. Com o tempo, essa cooperativa foi crescendo e obtendo reconhecimento em diversos níveis na Europa, até o momento em que obteve aceitação pelo governo português.

Essa e outras iniciativas e parcerias vêm ganhando espaço no mundo atual, diante desse movimento crescente para "encontrar e validar formas alternativas, viáveis e sustentáveis de combinar interesses"[16] sociais.

Tem-se explicitado no cenário contemporâneo a articulação e embate entre agentes do poder público institucional e as formações particulares de gestão, de modo que as questões ambientais explicam de forma mais clara esse dilema. Um ponto que causa discussão é a questão da educação ambiental, instituto positivado que determina que se propicie uma formação de conhecimentos sobre o meio ambiente, como obrigação do Estado. O poder público pode então educar a sociedade civil, ou só a partir dela virá esse ato? Não se pode subestimar uma consciência de direitos e projetos que possam ser desenvolvidos de forma autônoma.[17]

6. CONCLUSÃO

Dessa forma, o que se pode perceber no cenário contemporâneo, é que cada vez mais os mecanismos informais de gestão social tomam lugar no mundo da vida. Muitos deles representando significativas transformações de resultado louvável e reconhecidas mundialmente, como no caso que ocorreu em Portugal. Não cabe mais no contexto atual pensar o direito e o Estado institucional como algo fechado, suficiente, ou ainda o único competente para lidar com direitos. Ainda que se vincule aos procedimentos, que conferem uma segurança jurídica de positivação, o que é importante como instrumento de absorção das demandas não formalizadas, o tratamento deve ser abrangente dos debates ocorridos e intermediados na esfera pública.

É importante que autores como Habermas e Negri defendam, respectivamente a interação entre o público e o mundo da vida, e a atribuição legítima de poder que possui a camada popular, como constituinte dos direitos que a regulam.

Coloca-se a atenção ao embate que surge nessa esfera, entre os atores que se consideram capazes para produzir conjuntos legítimos de direitos que se adequam a essa nova estrutura plural e imprevisível, pois não se pode tirar a força desse poder constituinte, mas também deve-se preservar os procedimentos que o estado de Direito consagrou para oferecer segurança jurídica quanto aos conteúdos se tornam obrigatórios.

É certo que as práticas sociais instituintes merecem obtenção de reconhecimento e normatização, mas vale observar e tomar consciência das fragilidades, ou seja, das fissuras do processo, onde há de um lado a pretensão do poder público de ser o porta-voz, o dono das matrizes e diretrizes dos temas, e por outro as práticas sociais que se consideram as únicas detentoras desse poder. Esse embate ocorre com freqüência quanto às questões ambientais, ramo abrangente de um infinito de possíveis conceitos, sentidos diferentes, e conflitos com as demais áreas, onde o aparelho jurídico estatal se mostra falho, ausente, insuficiente, porém igualmente necessário.

A melhor proposta deve estabelecer a prática de um diálogo, para que se possa avançar, reconhecendo as diferenças, e admitir que ambos são legítimos da fala sobre meio ambiente. Essa é a base para um diálogo dotado de intenções democráticas, de tratamento igualitário, abrangente e coerente.

7. REFERÊNCIAS

BREDARIOL, Celso e VIEIRA, Liszt. *Cidadania e política ambiental*. . Rio de Janeiro: Record, 1998.

COSTA, Sergio. *As Cores de Ercília: Esfera pública, democracia, configurações pós-nacionais*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. *Complexidade, diversidade e democracia: alguns apontamentos conceituais e uma alusão à singularidade brasileira* **in Democracia Hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 461-476.

HABERMAS, Jurgen. *Teoria de la Acción Comunicativa. Vol II (Crítica de la Razón Funcionalista). Madrid: Taurus, 1987, pp. 4*51/469

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol 1.Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LISBOA, Marijane. *Violações de direitos humanos ambientais no complexo madeira: Relatório de Missão realizada ao Estado de Rondônia entre os dias 15 e 19 de novembro de 2007*. São Paulo: Plataforma Dhesca Brasil, 2008.

NEGRI, Antonio. *O poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEVES, Marcelo. *Do consenso ao dissenso: O estado democrático de direito a partir e além de Habermas* **in Democracia Hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001,p. 111-163.

SANTOS, Boaventura de Souza (org.) e outros. *Produzir para viver: Os caminhos da produção não capitalista*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: A sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

---

[1] Pesquisa vinculada ao Grupo de Pesquisa Direito e Urbanismo liderado por Rosãngela Lunardelli Cavallazzi do Diretório de Grupos de Pesquisas do CNPq.

[2] Os exemplos abordados no presente trabalho são de questões relativas ao meio ambiente, para os quais segue um tópico específico. Inúmeros são os casos provenientes

de outras áreas, mas aqui se optou pelos da seara ambiental, como forma de destacar importância ao tema.

[3] HABERMAS, 1987. p. 462-469

[4] O que ocorre em grande parte das ações de comunicação – e que é característica forte das esferas de comunicação no Brasil.

[5] As imposições da burocracia estatal e do sistema econômico representam uma ameaça à desenvoltura de concepções democráticas na esfera pública. Habermas privilegia, para que isso ocorra, a atenção ao princípio do discurso, nas condições a serem respeitadas para que se dê de forma livre, legítima, a princípio não contaminada; assim assegurando também uma participação plena no debate que ocorre nesse âmbito.

[6] Os mecanismos que permitem que exista essa relação de porosidade são os órgãos que atuam intermediando o debate, ou seja, os representantes políticos captadores de informações do diálogo recorrente na esfera pública.

[7] HABERMAS, 1987. p. 461.

[8] Sergio Costa coloca essa questão da imprevisibilidade, inclusive, como um impasse às garantias de demandas reconhecidas pelas ciências sociais, onde quando isso ocorre, muitas vezes já não se conforma com o novo contexto modificado rapidamente. Assim, ele diz que se deve ter em mente essa inconstância para trabalhar a questão com a noção de se "remover qualquer ilusão de que os cientistas sociais possam oferecer previsões confiáveis sobre os desafios que se colocarão para a democracia no século XXI." (2001, p. 462).

[9] HABERMAS, 2003. p. 186

[10] IDEM, p. 190

[11] NEGRI, 2002, p. 38.

[12] Sobre os opostos, quando aborda os Artigos Federalistas, Negri comenta sobre as Facções, cuja separação não configura essa ruptura, mas sim oportunidade para apreensão das expectativas plurais. (p. 236)

[13] SANTOS, 2005. p. 69-70.

[14] Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (Art. 43 oferece formas de se propiciar essa participação)

[15] BREDARIOL e LISZT, 1998. p. 33

[16] SANTOS, 2005. p. 465.

[17] Eis um tópico que não se estenderá neste trabalho, mas que vale atentar para a existência desse confronto muitas vezes ocorrido no debate público (não só na área ambiental) sobre quem detém a competência para criar direitos, esferas de direitos. O Estado com o monopólio da ordem ou essas novas formas que emergem de forma autônoma.

CONTRATO SOCIAL, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PARTICIPAÇÃO POPULAR*

SOCIAL CONTRACT, DEMOCRATIC STATE OF RIGHT AND POPULAR PARTICIPATION

Bruna Schlindwein Zeni
Tânia Regina Silva Reckziegel

RESUMO

Apesar de a Constituição Federal de 1988 ter contemplado o instituto da participação popular e os meios instrumentais à sua realização, a democracia não se aperfeiçoa pela "simples" falta de atribuição de maior poder decisório ao povo. Dessa forma, esse trabalho propõe-se a refletir acerca dos instrumentos institucionalizados de participação social no âmbito da Administração Pública e o papel do Estado na sua implementação e no fomento da participação. Antes, porém, faz-se uma abordagem acerca do Contrato Social de Hobbes, Locke e Rosseau, que teve seu conteúdo modificado em sintonia com o próprio Estado graças à tensão dialética entre regulação social e emancipação social, que reproduziu a polarização entre o interesse particular e o bem comum, a ele agregando-se conteúdos cada vez mais complexos oriundos da inter-relação Sociedade-Estado.

PALAVRAS-CHAVES: CONTRATO SOCIAL. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. PARTICIPAÇÃO POPULAR.

ABSTRACT

Even though that the Federal Constitution of 1988 contemplated the institute of the popular participation and the instrumental means to its accomplishment, the democracy does not develop for the "simple" lack of higher decision power attributed the people. In this manner, this work intends to ponder to the institutionalized instruments of social participation in the domain of the Public Administration and in the role of the State in its implementation and in the participation foment. Beforehand, however, an approach is made concerning the Social Contract of Hobbes, Locke and Rosseau, that had its content modified at the same time to the State due to the dialectic tension between social regulation and social emancipation, that reproduced the polarization between the private interest and the common good, uniting to it contents more and more complex originated from the Society-State inter-relation.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: SOCIAL CONTRACT. DEMOCRATIC STATE OF RIGHT. POPULAR PARTICIPATION.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2 EVOLUÇÃO DO ESTADO A PARTIR DO CONTRATO SOCIAL. 3 A CONSTITUIÇÃO E SUA FORÇA NORMATIVA. 4 APONTAMENTOS AOS PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS TRAZIDOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88. 5 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SOCIEDADE DEMOCRÁTICA DE DIREITO: POSSIBILIDADES. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7 REFERÊNCIAS.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este trabalho tem como objetivo abordar aspectos da inter-relação Estado/sociedade civil trazendo como premissa básica elementos acerca do surgimento do Estado sob o ponto de vista teórico: a presença do Contrato Social e sua importância como suporte da democracia na atual conjuntura do Estado; análise das justificativas da existência da Constituição, com enfoque da participação popular no contexto constitucional, para chegar à forma como se apresenta no hodierno Estado Democrático de Direito. Na persecução das metas propostas serão vistos o conceito e o conteúdo do Contrato Social sob a ótica de Hobbes, Locke e Rousseau, teóricos de trânsito obrigatório nesse estudo e na evolução dos paradigmas estatais; em um segundo momento será examinado o conceito de Constituição e sua força normativa, bem como os motivos pelos quais a interpretação constitucional tem por deveres ser democrática e conferir uma maior eficácia aos preceitos constitucionais; após, serão vistos os dispositivos constitucionais inerentes à participação popular e causas de sua não ocorrência, para apresentar, em considerações finais, uma tentativa de respostas às indagações surgidas na última parte deste estudo.

2 Evolução do Estado a partir do Contrato Social

A palavra “Estado”, em seu sentido conhecido hodiernamente, surgiu do ponto de vista teórico com o contrato social de Hobbes, depois discutido por Locke e Rousseau em períodos imediatamente posteriores.

Contrato Social, segundo Hobbes, é um documento sui generis que tem por escopo fazer com que a Sociedade Natural ou os sujeitos que se encontram no Estado de Natureza passem a constituir o Estado ou a Sociedade Civil, abdicando de alguns direitos em favor do soberano, numa espécie de estipulação em favor de terceiro.

Quanto ao conteúdo, este Contrato Social/estipulação é um documento de abdicação de direitos pelos sujeitos organizados em sociedade, com a exceção dos direitos à vida e a segurança, cuja efetivação deveria ser realizada pelo soberano.

Já em Locke, o Contrato Social é a garantia de que os direitos pré-sociais, vistos como direitos naturais dos indivíduos presentes no Estado de Natureza, possam ser garantidos mais eficazmente pelo soberano, limitando, inclusive, a atuação deste.

Fica evidente a diferença de concepção entre Locke e Hobbes quanto ao poder estatal, vez que para aquele o poder é circunscrito, o erro do soberano não está na fraqueza, na omissão, mas sim no excesso, enquanto que Locke propõe a teoria do individualismo liberal (teoria que fundamenta o estado liberal burguês) sobrepondo-a à soberania absoluta (teoria do estado absolutista) de Hobbes, vendo-se, ainda, os "germes" do estado de direito, pela vinculação do estado aos direitos pré-sociais, bem como os "germes" da democracia pela afirmação do controle do estado pela sociedade, inclusive presente o direito de resistência.

Fundamental para esta análise é Rousseau, para quem o Contrato Social é tão-somente uma categoria histórica criada para facilitar o entendimento da passagem da Sociedade Natural para a Sociedade Civil.

É com Rousseau que se chega ao ponto culminante da discussão acerca de democracia e da presença do interesse público no Contrato Social, dado que somente a vontade geral pode direcionar a força do Estado no cumprimento da razão de ser de sua instituição – o bem comum. Considerando que, para o aparecimento das sociedades civilizadas foi necessário um choque de interesses particulares, Rousseau entende que é o acordo entre esses particulares interesses que as mantém possíveis:

porquanto que a vontade sempre se dirige para o bem do ser que quer, e a vontade do particular sempre tem por objetivo o bem privado, enquanto que a vontade geral se dirige ao interesse comum, disso se deduz que somente está última é, ou deve ser, o verdadeiro motor do corpo social.

Para Rousseau o importante é a saliência do interesse público no bojo do Contrato Social, o que, a seu turno, ratifica a liberdade e a democracia, bem como a soberania popular. Essas, em razão de que o que dita a norma ao soberano é a vontade geral cuja expressão encontra-se na lei, e, aquela, no fato de que todos governam para todos, via um corpo soberano chamado Estado, e, assim, ninguém limita a liberdade de ninguém.

Para Leal, o Contrato Social é expressão de soberania popular, consequentemente de democracia, o que acarreta a concepção de poder e de governo atrelada à figura do indivíduo/cidadão e suas condições sociais, sendo os poderes ínsitos a tal condição, restando a liberdade garantida de forma legítima, isto é, estipulada na lei superior, a Constituição.

Leal ensina e concorda com Rousseau, no sentido de que a soberania

não pode ser apresentada, pela mesma razão que não pode ser alienada [...] os deputados do povo não são, e não podem ser, seus representantes; eles são meramente seus agentes; e eles não podem decidir nada em termos finais.

Assim, a soberania popular torna-se evidente quando ratifica que o conceito de Contrato Social está intimamente ligado à vontade geral, que não é a vontade de todos, mas sim a vontade de cada indivíduo enquanto membro da sociedade, cabendo destacar que

vontade de todos e vontade geral não se confundem, pois esta é o interesse comum e a aquela é a soma dos interesses particulares.

Ao se ter como assente que o meio desencadeador legítimo da lei é a vontade geral, não traduzindo, portanto, os interesses particulares, mas sim o interesse coletivo, é de lembrar Habermas em sua teoria da ética discursiva, na qual a norma só se afigura como válida quando todos os possíveis atingidos por ela possam, em um discurso prático, atingir um consenso quanto à sua validez. É dizer: uma norma só é válida na medida em que o povo por ela se considera obrigado, o que só ocorre quando este se sente criador da norma como partícipe do processo de sua elaboração e instituição.

A teoria Rousseauniana se mantém atual quanto ao princípio de soberania popular, porém não é aplicável em seu todo em razão de que seu autor pretende que a totalidade do povo tome as decisões, inexistindo representação, ou seja, os eleitos são tão-somente agentes. Entretanto, há de se reconhecer na atual conjuntura o aparecimento de espaços públicos democráticos para deliberações de atos ou de criação de lei que atinjam ou possam atingir o povo tornam-se obrigatórios sob pena de nulidade, como se verá em momento específico deste trabalho.

Pelo até aqui examinado, o Contrato Social desde Hobbes até Rousseau sofreu evoluções a ele agregando-se conteúdos cada vez mais complexos em sintonia com o próprio Estado que desenvolveu mudanças de caráter prático, ou ainda: ao passo que teóricos discutiam o Contrato Social modificando seu conteúdo, o modelo de Estado se modificava, tornando por vezes a recíproca verdadeira.

Assim quanto a Rousseau, de forma somada aos conceitos de Locke, é possível afirmar que surge com ele o Estado de direito, no qual se limita o poder do soberano a uma ordem jurídica instituída pelo povo, mutatis mutandis, o mesmo aplicável hodiernamente quanto ao sistema de representação, com a peculiaridade de que, ao contrário do que preconizava Rousseau, os governantes de fato governam, podendo tomar decisões vinculantes.

Leal reconhece que no Brasil o Estado Social foi referência e conhecimento teórico de poucos para poucos ao contrário de sua ocorrência prática nos Estados Unidos e, de forma localizada em países da Europa Continental, e desvenda as bases do novo contrato social na tensão dialética entre regulação social e emancipação social que reproduz a polarização constante entre o interesse particular e o bem comum, e avança quando clama pela ocupação de novos espaços de participação do indivíduo na construção de um novo Estado, em uma nova sociedade.

Segundo Leal, para emitir uma idéia do que vem a ser Estado em nossos dias, é imprescindível a avaliação da eficácia e legitimidade dos procedimentos utilizados no exercício de gestão dos interesses públicos a partir de novos espaços de comunicação política e novas formas políticas de participação popular (as chamadas organizações populares de base, os conselhos populares, as parcerias com o setor privado, entre outras), “que expandem, como prática histórica, a dimensão democrática da construção social de uma cidadania contemporânea, representativa da intervenção consciente de novos sujeitos sociais neste processo”.

3 Breve análise acerca do conceito de Constituição e sua força normativa

Vistos em sucinta análise os modelos de Estado e o tratamento conferido à sociedade no Contrato Social em suas variadas nuances, o que a rigor identificou como legitimadora de si mesma a Constituição com o dever de resguardar os direitos pré-sociais, importa para a proposta que norteia este trabalho caracterizar se e como se perfectibiliza pela prática uma Constituição que nasceu cidadã em sua concepção.

Para tanto, importa buscar nas origens da Constituição Federal de 1988 a sua legitimação. É fato que a Constituição Federal de 1988 é um instrumento legal criado, via de regra, pelo Poder Constituinte Originário. Importa-nos, saber então, quem confere legitimidade a esse Poder. Ora, se há um poder legítimo para criar um documento de tal importância dentro de um Estado, deveria haver um poder de iguais ou maiores proporções que conferisse legitimidade àquele, e, este por sua vez necessitaria de um mecanismo de força que, igualmente, o justificasse.

Os enunciados da norma fundamental conferem, na verdade, a pressuposição de que o poder emana do povo, tal qual se verificava no Contrato Social de Locke e de Rousseau, que o exerce por meio do Constituinte Originário, neste contexto um órgão que representa o povo na gênese de um limitador do poder estatal na criação de um documento de expressão da vontade popular.

Assim, a Constituição é legítima em razão de que o meio que lhe confere este status, a sociedade, também o é, dado a pressuposição lógica de ser, esta, a instituição legítima para delegar tais atribuições ao Constituinte, via norma hipotética fundamental, resultando que a Constituição resultante venha a ser tão válida e duradoura quanto a sua verossimilhança com a práxis de uma determinada sociedade sendo essa práxis o que Lassalle denominou “fatores reais do poder”, as forças relevantes dentro da sociedade, poderes paralelos capazes de impor modificações às mais diversas relações sociais.

Para Hesse, a força da Constituição não reside, tão-somente na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica consegue transformar-se, em força ativa assentada na natureza singular do presente, mesmo que não possa concretizar diretamente essa força, praticando por si só os atos correspondentes, pode impor tarefas:

A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

Dito de outro modo, a Constituição não deve se preocupar apenas em adaptar seu conteúdo à realidade, mas também em impor tarefas a serem realizadas, tanto pelo legislador derivado, ordinário e demais órgãos da administração pública, quanto pela sociedade, a fim de que a Constituição adquira força própria. Isso significa dizer que é o povo que impõe tarefas, sendo o Estado/soberano tão somente o responsável pela instrumentalização desses objetivos e, por vezes, balizador das discussões acerca do

interesse público, o que corrobora a tese de que a sociedade se institui de si para si mesma.

Existe uma obrigação rotineira de tomar decisões que influem na vida social direta ou indiretamente. Essa obrigação é do representante do povo, que as toma em nome dos outorgantes de tal autoridade, a sociedade. Todavia, para que tais decisões sejam aceitas como coletivas e legítimas, mister é que "sejam levadas a termo com base em regras que estabeleçam quais os indivíduos autorizados a tomar decisões vinculatórias para todos os membros do grupo e quais os procedimentos."

Do ponto de vista Rousseauniano fica evidente, considerando a competência da sociedade para se governar e constatada em termos práticos a impossibilidade de tal tese, que caberia à sociedade fiscalizar a execução das tarefas impostas pela Constituição e participar de forma compartida com o Poder Público na tomada de decisões que lhe são inerentes.

Assim, o fato de a Constituição Federal de 1988 ter positivado as práxis sociais relevantes, regulado os meios de aquisição do poder e o modo pelo qual este deve ser exercido; suprimido os resquícios do autoritarismo do período imediatamente anterior garantindo por meio dos direitos fundamentais as liberdades individuais e coletivas, bem como se declarando Estado Democrático de Direito - o que significa estar vinculado ao princípio da legalidade e da participação popular, cujos meios instrumentais à realização destes princípios se encontram em todo o ordenamento jurídico constitucional - torna evidente a imposição de busca desses fins, em razão da Força Normativa da Constituição.

Quanto à prática da democracia constitucional, importa trazer à luz as lições de Häberle, para quem:

no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição.

Tem-se, como decorrência, que a constituição deve ser interpretada por todos, cada qual com sua competência, necessitando-se de meios efetivos e eficazes para que se haja plena participação popular com presença no processo decisório e no meio de interpretação quanto à aplicação dos direitos inerentes a todos, passando por todos os envolvidos, demonstrando, assim, a influência dos fatores reais de poder e da observância da vontade constitucional em relação à democracia e a efetivação dos direitos constitucionalmente instituídos.

Ao entendermos fatores reais de poder como a praxe de uma determinada sociedade, dever-se-á ter em vista que a praxe legitima a teoria e não o inverso, o que do ponto de vista prático, assume primordial relevo, dado que o não uso ou a má disponibilização dos meios constitucionais de efetivação da democracia podem conduzir pesquisadores, intérpretes e, possivelmente, o legislador, ao equívoco de pressupor que tais mecanismos são obsoletos dentro do ordenamento jurídico, favorecendo o retrocesso ao estado autocrático ou, ainda, ao que já se vivencia, uma burocracia exacerbada, a qual

impossibilita a sociedade de participar e fiscalizar os atos públicos, resultando na sensação de impunibilidade dos maus administradores.

Nesse passo, nossa tarefa neste trabalho será a de realçar a existência dos meios de participação popular, buscando identificar o porquê de sua não efetivação do ponto de vista prático desses mecanismos constitutivos do Estado Democrático de Direito.

4 Apontamentos aos pressupostos democráticos trazidos pela Constituição Federal de 1988

Pode-se dizer que democracia *stricto sensu* consiste na participação popular em sua concepção mais ampla. Via de consequência, há de se afirmar que, pelo fato de a Constituição Federal ser o mecanismo pelo qual se impõem tarefas aos governantes na consecução dos anseios sociais, deve ser ela o instrumento legitimador da participação popular sob duas concepções: democrática a primeira, do ponto de vista de sua interpretação, o que já foi visto ainda que superficialmente; já a segunda consiste na formação de um Estado democrático no qual a sociedade realmente participa do processo decisório.

Não se afigura como demasia asseverar que a informação é imprescindível à democracia, no sentido de ser pré-requisito ao conhecimento que impulsiona o cidadão à discussão com o Poder Público em método dialético, tanto assim que a própria CF/88 estabelece direitos subjetivos que tornam o cidadão/indivíduo apto a ter acesso à informação, bem como impõem deveres ao Estado-Administrador, diretamente ou por seus concessionários de prestá-las à sociedade, dando a conhecer a todos a garantia e limites desses direitos nos mecanismos constitucionais que lhes dão suporte.

Tais direitos são contemplados em dispositivos distribuídos ao longo da Carta Magna iniciando-se no art. 1º, II, que estipula a cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil, indo além ao asseverar em seu parágrafo único que todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente; o direito à informação presente no inciso XXXIII que assegura a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse, garantindo o habeas data, remédio constitucional cabível no caso de negativa dessa prestação, consoante expresso no inciso LXX e assegura o exercício da soberania popular através do sufrágio universal direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular como assegura adiante o disposto no art. 14, mais explícito ainda quanto à participação social no Estado como um todo.

Abrindo mão de uma análise exaustiva desses dispositivos constitucionais, selecionamos, apenas a título exemplificativo, outro mecanismo de crucial importância dentro de um Estado Democrático de Direito: a participação do usuário do serviço público na administração pública, como consta positivado no art. 37, §3º, conferindo à lei o disciplinamento dessa participação, explicitando os objetivos do legislador (constituinte derivado) de propiciar tanto a fiscalização ou controle dos atos da administração, quanto sua gestão, pelos cidadãos-usuários.

Esse elenco ilustra as duas maneiras pelos quais a participação popular se dá: a primeira seria um exercício participativo direto dos cidadãos; a segunda um exercício indireto via associações ou outras formas de representação da vontade dos cidadãos organizados, podendo ser de caráter constitutivo do Estado, como o direito de sufrágio no art. 14, caput, ou de caráter decisório e ou fiscalizatório, como os previstos quanto ao plebiscito, referendo e iniciativa popular antes apontados nos incisos do mesmo artigo, o que é contestado por Leal, como logo se verá.

Como realça Leal, o Estado não se sustenta tendo por base apenas a lei, numa igualdade formal que não encontra eco na realidade do corpo social dominado por contradições econômicas e culturais (cidadania esfacelada), pois, ao fazê-lo, reproduz o status quo conquistado com projetos de sociedade muito mais corporativos que comunitários a exigir uma resposta efetiva da sociedade brasileira.

Ser cidadão, para Leal, vai muito além do direito/dever de eleger seus representantes pela via do voto universal, direto e secreto; tem a ver muito mais com as práticas sociais e culturais que dão sentido à inclusão do indivíduo como parte atuante sobre seu espaço e tempo do que com os direitos reconhecidos pelo aparelho estatal, muita vez mera retórica para registro da história oficial; é necessário que esta nova sociedade civil consiga problematizar tanto a noção quanto a percepção de suas reais prioridades.

Considerando o Brasil como um país de grande desigualdade social, como de fato o é, torna-se possível entender que a democracia não se aperfeiçoa pela simples atribuição de maiores poderes decisórios ao povo, través da ampliação do uso obrigatório de referendos e consultas populares, como disposto no art. 14 retro. Mais relevante é atacar na fonte a própria estrutura das relações econômicas e sociais, notadamente o monopólio dos meios de comunicação de massa desde sempre sob controle com mão de ferro das minorias dominantes e as restrições ao acesso popular è educação, ao conhecimento, com o que concorda Gorczevski.

5 Estado Democrático de Direito e Sociedade Democrática de Direito: possibilidades

O novo embasamento do Estado Democrático de Direito, conforme Leal, tem como primeiro pilar o novo conceito de Sociedade Democrática de Direito, assim entendido o conjunto de pessoas que se identificam como formadoras de uma comunidade política consistente em sua diversidade e dirigida ao exercício pleno de prerrogativas e deveres individuais e coletivos definidos e concretizados de si para si mesma.

Essa nova conceituação do Estado, não se conforma apenas à democracia representativa e sim amplia o espaço público de poder capaz de coordenar e conviver com a atuação e interesses das organizações não estatais na efetivação de uma democracia participativa que avança para além da ação dos agentes privados, com vistas a democratizar a própria atividade estatal, constituindo, assim, o segundo pilar.

Como terceiro pilar há de se encontrar a interlocução política de todos os afetados pela administração (Conselhos populares, Conselhos Regionais de Desenvolvimento, comissões temáticas no âmbito do legislativo, iniciativa popular, juizados especiais,

mediação e arbitragem) na tomada de assento junto ao poder decisório que, por inércia social, antes eram postos exclusivamente à conta dos representantes eleitos para mandatos políticos desautorizando a tese da fragilização das formas clássicas de representação política diante de um excesso de participação social.

Para exemplificar, Leal faz destaque de duas iniciativas localizadas que potencializam a idéia de participação popular no efetivo exercício de direitos civis e políticos: o orçamento participativo e os conselhos municipais, ambas experienciadas em Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul.

O primeiro, o Orçamento Participativo, é um novo conceito de inclusão social e de gestão pública compartilhada, nascido num projeto de descentralização de poder na elaboração do Plano de Investimentos com vista à proposta de Orçamento do Município ao final encaminhada à Câmara Municipal para apreciação e aprovação; o segundo, Os Conselhos Municipais, surgidos em 1972 e aperfeiçoados vinte anos depois, para serem alteradas suas atribuições originais de simples instâncias de assessoria do Poder Público, para transmudá-los em órgãos de participação direta da comunidade na administração pública, tendo por finalidade propor, fiscalizar e deliberar matérias referentes à administração, ambas iniciativas com atuação restrita ao âmbito municipal, mas que denotam uma real capacidade de articulação popular e suas possibilidades de ampliação.

6 Considerações Finais

A partir da análise evolutiva dos conceitos e conteúdos de Estado e Contrato Social, temos que a relação entre Estado e sociedade deve se dar via diálogo daquele com esta, superando o modelo praticado desde seu surgimento até o Estado moderno que não logrou atender as demandas sociais pela ausência de disposições constitucionais que o permitissem e propiciassem.

Embora se possam destacar previsões normativas na Constituição Federal de 1988 criando requisitos instrumentais da participação e do controle social da administração pública, é forçoso reconhecer que a experiência brasileira nesse quesito não mostra resultados animadores, seja por decorrência da cultura centralizadora que marca a história das administrações públicas nacionais, como em razão da apatia política decorrente do período recente de falta de liberdade de expressão e exercício democrático.

Todavia, desde então, já se pode registrar o crescimento de idéia de governo compartilhado, tanto no consciente coletivo quanto na efetiva participação popular direta pelo cidadão/indivíduo ou pelas organizações sociais, que se mostram a cada dias mais capazes de se converterem em procedimentos democráticos de inclusão social e de resposta às demandas dessa mesma sociedade na qual se inserem, dando mostras das reais possibilidades de que a sociedade, via participação popular, assuma o papel de protagonista nas idéias formadoras do Estado e no compartilhamento das responsabilidades e atos de governo.

7 Referências

BOLZAN, José Luiz; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

GORCZEVSKI, Clóvis. *Direitos humanos, educação e cidadania*, Porto Alegre: Editora UFRGS, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1997.

HABERMAS, Jurgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1989.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução Walter Stönner. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Líber Júris, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade*: novos paradigmas. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

WEFFORT, Francisco C.(ORG.) *Os Clássicos da Política*. Vol. 1. São Paulo: Editora ABDR, 2003.

BOLZAN, José Luiz; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001. p. 33-34.

2 Ibidem, p. 35-36.

Ver para tanto WEFFORT, Francisco C.(ORG.) *Os Clássicos da Política*. Vol. 1. São Paulo: Editora ABDR, 2003.

BOLZAN, José Luiz; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001. p.39.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade*: novos paradigmas. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. p. 21.

ROUSSEAU, Jean Jacques. LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade*: novos paradigmas. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. p. 21.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade*: novos paradigmas. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. p. 23-24.

8 HABERMAS, Jurgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1989. p. 96.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade*: novos paradigmas. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. p. 33.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução Walter Stönner. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Líber Júris, 1988. p.49.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991. p.19.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade*: novos paradigmas. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. p. 26.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1997. p. 33.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997. p. 34.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade*: novos paradigmas. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. p. 31-51.

GORCZEVSKI, Clóvis. *Direitos humanos, educação e cidadania*, Porto Alegre: Editora UFRGS, 2007. p.7.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade*: novos paradigmas. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. p. 58-78 e p.141-164.

CONSELHOS COMUNITÁRIOS NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA*

COMMUNITARIAN COUNCILS IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE

Delton Ricardo Soares Meirelles

RESUMO

A Constituição Federal brasileira de 1988 ampliou a participação local e os instrumentos jurídicos de cidadania, refletindo a realidade global do final do século XX. A participação democrática passou a integrar as políticas públicas em vários campos, substituindo aos poucos o modelo centralizador e autoritário por práticas lo-cais e plurais, como na proteção da criança, adolescentes, idosos e na disciplina regu-latória das cidades. Neste artigo, questiona-se a possibilidade de aplicação deste novo sistema na Administração da Justiça, não apenas para a tutela coletiva de direitos, co-mo também no processo de escolha de juízes leigos para os conflitos individuais de vizinhança.

PALAVRAS-CHAVES: CONSELHOS COMUNITÁRIOS – ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA - PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988 increased local participation and the legal instruments of citizenship, reflecting the global reality of the late twentieth century. Democratic participation became part of public politics everywhere, gradually replacing the centralized and authoritarian model by local and plural practices, as in the protection of children, adolescents, elderly and cities. In this paper, it is questioned the possible application of this new system in the Justice's Administration, not only for the class action, but also in the process of selection of lay judges for individual conflicts of neighborhood

KEYWORDS: COMMUNITARIAN COUNCIL- ADMINISTRATION OF JUSTICE - DEMOCRATIC PARTICIPATION.

1. CIDADES/CIDADANIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Durante a Assembléia de 1987/1988, houve um intenso processo de constitucionalização das questões citadinas e reivindicações pela abertura democrática das instituições estatais. Na dissertação de MARCUS ALEXSANDER DEXHEIMER, desenvolvida no CGDP/UFSC, após investigar juridicamente os canais de participação popular nas questões urbanas e ambientais, concluiu-se que:

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Evidente que os instrumentos participativos não podem ser tidos como a única abertura democrática fora da representação política, mas também não se pode tomar os canais participativos previstos por lei como concessões do Estado para calar a batalha pela construção, no cerne da sociedade, de um conceito amplo de cidadania.

A luta pela transparência e pela democratização cada vez maior das relações sociais, políticas e econômicas não pode parar; mas deve-se reconhecer que a previsão legal de mecanismos de participação é um sintoma de vitórias da cidadania e não de mera sucumbência ante o poder repressor do Estado.

Nos campos da ciência política e da história, questiona-se este processo de juridicização e constitucionalização destes mecanismos, criticando-se as tentativas de naturalização do fenômeno, como se observa no discurso dos juristas. Assim, em vez de se considerar a regulamentação como conquista, interpreta-se que o Estado formaliza determinadas relações para manter seu controle, eventualmente rendendo dividendos políticos com este processo. Neste sentido, WANDERLEY GUILHERME DOS SANTOS, analisando a tensão entre alargamento da participação política e reação das elites governantes na experiência republicana brasileira quanto ao reconhecimento dos direitos sociais, utiliza a expressão *cidadania regulada*, entendido como

conceito de cidadania cujas raízes encontram-se, não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação ocupacional, e que, ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido por norma legal. Em outras palavras, são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas em lei.

Outra referência importante é JOSÉ MURILO DE CARVALHO, cujo conceito de *estadania* reforça a ideia da absorção dos conflitos civis pela intervenção estatal. Comparando a construção da cidadania brasileira com a tipologia clássica de T. H. Marshall, enfocando o atual cenário global, assim concluiu:

As mudanças ainda não atingiram o país com a força verificada na Europa e, sobretudo, nos Estados Unidos. Não seria sensato reduzir o tradicional papel do Estado da maneira radical proposta pelo liberalismo redivivo. Primeiro, por causa da longa tradição de estatismo, difícil de reverter de um dia para outro. Depois, pelo fato de que há ainda entre nós muito espaço para o aperfeiçoamento dos mecanismos institucionais de representação. Mas alguns aspectos das mudanças seriam benéficos. O principal é a ênfase na organização da sociedade. A inversão da seqüência dos direitos reforçou entre nós a supremacia do Estado. Se há algo importante a fazer em termos de consolidação democrática, é reforçar a organização da sociedade para dar embasamento social ao político, isto é, par democratizar o poder. A organização da sociedade não precisa e não deve ser feita contra o Estado em si. Ela deve ser feita contra o Estado clientelista, corporativo, colonizado.

Por hora, deixar-se-á de lado este debate se os canais democráticos de participação foram conquistas ou concessões. Incontestável é o fato de que a Constituição de 1988 prevê diversos mecanismos jamais imaginados nos textos anteriores, não apenas pela ruptura com o regime anterior de exceção, como também por se inserir no contexto mundial de reformas do Estado e das instituições jurídicas e judiciárias. Ainda que muitos destes mecanismos não fossem inéditos, deve-se reconhecer a Constituição-cidadã como o grande marco simbólico das transformações políticas e jurídicas brasileiras do final do século XX, incluindo-se o tratamento especial aos municípios e as estruturas de poder local.

Diante disto, não é de se estranhar a preocupação da Academia em investigar este processo emancipatório, como se observa nos diversos estudos sobre a reconfiguração do papel das cidades e da cidadania vicinal. ORLANDO ALVES DOS SANTOS JÚNIOR, em sua tese de doutorado defendida no IPPUR/UFRJ, trabalha com as transformações nas instituições de governo local no Brasil, definindo aquelas como

as mudanças nas arenas decisórias e dos atores nelas envolvidos, materializadas nos seguintes processos: (i) as progressivas municipalização e descentralização das políticas públicas; (ii) a institucionalização de mecanismos que combinam os princípios da democracia representativa com a democracia direta; e (iii) a instituição de um sistema político redistributivo de renda, serviços e bens públicos, conformando uma espécie de "welfare municipal".

Para este trabalho, relevante é a problematização apresentada pelo pesquisador, questionando "se e em que medida podemos afirmar que a descentralização e a municipalização das políticas públicas no Brasil caminham na direção do aprofundamento da democratização da esfera local de governo e da instituição do modelo de governança democrática". Este modelo, conforme apelida ORLANDO SANTOS JÚNIOR, constitui-se nos "padrões de interação entre as instituições de governo local e a sociedade baseados na ampla inclusão social e no alto grau de participação social" . Em sentido semelhante, ROGÉRIO GESTA LEAL trabalha com o conceito de Cidade Democrática de Direito, defendendo a construção de um "novo paradigma societal: o de que as relações cotidinadas, intersubjetivas e materiais dos homens, hoje e desde a modernidade, se contarem com ambiente/espaço favorável, podem se maximizar no sentido de otimização das potencialidades de vida digna dos seus atores". Conseqüentemente, "a cidade, neste particular, apresenta-se como a projeção da sociedade em um espaço físico e simbólico, resultado de múltiplas relações e fenômenos, materiais e imateriais, instituída e instituinte de significações e de funções sociais".

Com efeito, vários são os exemplos (normativos e experimentados) de municipalização de políticas públicas e participação civil na tomada local de decisões. Na tese de ORLANDO SANTOS JÚNIOR, p. ex., o objeto é a análise de "*três dimensões da política local: o Poder Executivo* (...); *o Poder Legislativo* (...); *e os conselhos municipais*", o que é comum nos estudos neste campo. Ocorre que, no que se refere ao Judiciário, não houve tantos avanços quanto à participação municipal e/ou da sociedade civil local na administração da Justiça.

Assim, busca-se analisar se é possível aplicar o conceito de *governança democrática* na atividade jurisdicional, objetivando-se garantir maior legitimidade para a solução dos conflitos de vizinhança, tipicamente locais e descentralizados.

2. CONSELHOS LOCAIS COMO INSTÂNCIAS DEMOCRÁTICAS

Uma das mais significativas alterações trazidas por esta onda reformista foi a crescente descentralização e colegialidade nas políticas públicas. Com efeito, posto o Estado brasileiro constituir República Federativa desde o final do século XIX, nossa história política revela como as práticas administrativas mantiveram-se centralizadas na União, notadamente concentradas na direção do Executivo.

Paulatinamente, o modelo paternalista de tutela estatal vem sendo substituído por conselhos plurais, admitindo-se a compatibilidade entre as políticas governamentais administrativas e as demandas públicas não-estatais. Como se observou antes, tal processo merece ser contextualizado, pois em alguns casos há inspiração (ainda que indireta) de experiências estrangeiras. Neste sentido, pode-se exemplificar inicialmente com o contraste entre os modelos de *ombudsman* e de ouvidorias.

O *Ombudsman* foi uma das políticas públicas governamentais de acesso à Justiça, estudadas por MAURO CAPPELLETTI & BRYANT GARTH. Criado originariamente pela Constituição sueca de 1809, atuava como intermediário entre a Administração e os cidadãos. Na pesquisa do Projeto Florença, identificou-se uma atuação especializada em "*representar os interesses coletivos e fragmentados dos consumidores*" .

Seguindo a tradição portuguesa, o Brasil adotou o sistema de ouvidorias. Diferentemente do modelo escandinavo, aqui o ouvidor jamais gozara de independência, haja vista ter sido sempre uma função subordinada aos interesses centralizadores e hegemônicos, sem maior atuação democrática. RAYMUNDO FAORO, p. ex., ao comentar sobre o período colonial, acentua que

O governo-geral instituiu um sistema desconfiado da ascendência absoluta do governador. Para os negócios da fazenda e da justiça, com regimentos particulares, criou o rei o ouvidor-mor e o provedor-mor, com atribuições específicas, não subordinadas ao governador. (...)O ouvidor-mor cuidaria da justiça nas capitanias, com alçada sujeita aos recursos a Lisboa. Com estas medidas, completava-se a obra de incorporação e absorção dos assuntos públicos da colônia à autoridade real, por meio de seus agentes diretos. Era a unidade administrativa, judicial e financeira, assentada sobre a disciplina da atividade econômica. A obra, empreendida no papel, correspondeu, em grande parte, à execução na realidade. As distâncias grandes e as comunicações difíceis deixavam, nas dobras do manto de governo, muitas energias soltas, que a Coroa, em certos momentos, reprimirá drasticamente, e, em outros, controlará pela contemporização. A rede oficial não cobrirá todo o mundo social, inaugurando, com o viço haurido nas capitanias, um dualismo de forças entre o Estado e a vida civil. Dentro das fronteiras abertas no Regimento e na Carta de Nomeação de Tomé de Sousa consolidou-se, na colônia, o regime político e administrativo metropolitano. O novo sistema durou enquanto durou a colônia. Por

via dele na sua moldura, às vezes rígida, outras vezes flutuante, a Coroa dominou controlou e governou sua conquista.

Ao final do século passado, tentou-se adaptar as ouvidorias às experiências democráticas dos países centrais. Entretanto, em regra, enquanto os *ombudsmen* vinculam-se aos parlamentos, no Brasil as ouvidorias são parte do Executivo, sem qualquer autonomia funcional ou financeira.

Segundo dados analisados pela cientista social CAMILA GONÇALVES DE MARIO, no Brasil há 979 Ouvidorias Públicas assim distribuídas: a) 148 no Poder Executivo Federal; b) 60 no Poder Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal; c) 14 no Poder Legislativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; d) 54 no Governo do Distrito Federal; e) 01 Ouvidoria Geral do Distrito Federal; f) 465 Ouvidorias Estaduais; g) 20 Ouvidorias Gerais do Estado; h) 200 Ouvidorias Municipais e i) 17 Ouvidorias de Polícia. Em sua pesquisa, após investigar as experiências de municípios paulistas (Campinas, Santo André, Jundiaí e Santos), chegou à conclusão de que "*as Ouvidorias não são espaços de participação popular e deliberação*", destacando que "*não são espaços de deliberação, as Ouvidorias exercem uma mediação, uma interlocução entre o indivíduo (cidadão) e o Estado*", pois "*trata-se de um órgão que não tem poder algum sobre a execução da política, sua função é cobrar um retorno às demandas que lhes são trazidas pelos cidadãos*".

Há outras instâncias locais e mais especializadas, merecedoras de destaque. Para a tutela de incapazes, o primeiro exemplo significante de transição do modelo centralizado e paternalista para um sistema mais democrático encontra-se no Estatuto da Criança e do Adolescente. A Lei nº 8069/90 prevê dois órgãos colegiados: a) Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente; e b) Conselho Tutelar. A leitura do Estatuto permite distinguir claramente seus campos de atuação: enquanto os conselhos dos direitos são órgãos formuladores de políticas públicas nos três níveis de governo, os conselhos tutelares voltam-se para o atendimento de casos concretos de ameaça ou violação dos direitos, agindo apenas na esfera municipal.

Interessante destacar a alteração do método de escolha dos conselheiros. Na redação original do art. 132 do Estatuto da Criança e do Adolescente, previa-se a eleição dos seus membros dos conselheiros tutelares pelos cidadãos. A Lei nº 8242/91, entretanto, substituiu o termo "eleitos" por "escolhidos pela comunidade local". Ocorre que o projeto original, de autoria do Poder Executivo (PL nº 514/1991), não estipulava tal mudança, que veio a ser inserida por substitutivo da deputada Benedita da Silva (PT/RJ), relatora designada pela Comissão de Seguridade Social e Família. Quando o processo chegou à discussão em plenário, o dep. Roberto Franca (PSB/PE) afirmou:

Ressalto ainda que o substitutivo de autoria da Deputada Benedita da Silva resolve um problema que estava preocupando todas as entidades que trabalham com a criança e o adolescente: a criação dos Conselhos Tutelares. A lei que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente continua um artigo que foi considerado inconstitucional na parte

referente à eleição dos integrantes desses Conselhos, mas, no substitutivo, há uma emenda, modificando esse artigo, de forma a resolver o problema.

Sem entrar no mérito da escolha dos membros, o tom dos debates revela o entendimento dos parlamentares acerca da composição destes colegiados. A deputada fluminense Sandra Cavalcanti, ao discursar na tribuna, aproveita para elogiar a iniciativa da relatora, dizendo que

a grande vantagem do substitutivo em relação ao texto final, a meu ver, está exatamente num ponto não polêmico, mas decisivo: a constituição paritária do Conselho, integrada por representantes.

(...) Outro ponto é a garantia da representação paritária das entidades que não são governamentais, mas que são as que neste País cuidam com muito mais atenção, com muito mais afeto e carinho do problema da criança neste País (...).

O Estatuto da Criança e do Adolescente transfere à lei municipal a regulamentação do processo para a escolha dos membros do Conselho Tutelar, sendo que a citada Lei nº 8242/91 deixa de prever processo eleitoral presidido pelo juiz eleitoral, atribuindo a responsabilidade ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, além da preexistente fiscalização pelo Ministério Público (art. 139). Ainda que o Estatuto exija alguns requisitos para integrar o Conselho Tutelar, assentou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "*o Município, com fundamento no art. 30, II, da CF/88, pode estabelecer requisitos outros além dos estampados no art. 133, do ECA, para eleição de membro do conselho tutelar, porquanto o referido dispositivo somente veiculou condições mínimas, que necessitam ser alongadas, a fim de sublevar a referida função*". Houve outros precedentes neste sentido, como o REsp nº 402155/RJ (j. 28/10/2003), em que a Primeira Turma acolheu o entendimento do relator Min. Francisco Falcão, para quem o Município de Duas Barras poderia exigir que os candidatos a Conselheiro do Conselho Tutelar possuíssem, pelo menos, o primeiro grau completo, já que "*o art. 133 do ECA não é taxativo, vez que apenas estabeleceu requisitos mínimos para os candidatos a integrante do Conselho Tutelar, que é serviço público relevante, podendo, inclusive, ser remunerado*".

Com relação aos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Estatuto impõe "*a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais*" (art. 88, II, Lei nº 8069/90), sendo função de relevante interessante público, ainda que honorária (art. 89). Como a composição varia conforme regulamenta cada ente federativo, a título ilustrativo será apresentado o caso de Niterói.

Em 10 de janeiro de 1991, a Lei Municipal nº 919/91 instituiu o "Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente", em substituição ao antigo COPAM (Conselho Municipal de Proteção e Ajustamento do Menor), criado pelo decreto 4835/86. Além de membros de apoio em número indeterminado, o art. 4º daquela norma

prevê quatorze membros efetivos, cuja paridade é estabelecida pelo art. 5º. Dos sete conselheiros estatais, cinco são escolhidos pelo prefeito dentre indicados de secretarias municipais (Educação; Saúde; Trabalho e Bem Estar Social; Cultura; e Esporte, Turismo e Lazer), e os outros dois pela Câmara Municipal e pelo Juiz da Infância, Juventude e Idoso. Já os sete representantes comunitários serão indicados por "*entidades da sociedade civil* (...) *constituídas legalmente há mais de um ano, com atuação no Município de Niterói e que comprovadamente venham atuando ininterruptamente no atendimento, estudo, pesquisa, promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente*" (art.5º, parágrafo único).

Percebe-se nitidamente a predominância do Executivo niteroiense na composição deste conselho. Além de indicar quase um terço dos conselheiros, o processo eleitoral para a escolha dos representantes da sociedade civil é coordenado pela Administração municipal (art. 10).

O método utilizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente serviu como inspiração para a tutela dos idosos. Em âmbito federal, a Lei nº 8.842/1994 lançou diretrizes nas políticas públicas para este setor, regulando em seu art. 6º que "*os conselhos nacional, estaduais, do Distrito Federal e municipais do idoso serão órgãos permanentes, paritários e deliberativos, compostos por igual número de representantes dos órgãos e entidades públicas e de organizações representativas da sociedade civil ligadas à área*". Todavia, foram vetados os dispositivos que dispunham sobre a composição, sob argumento de vício de iniciativa, já que seria da competência do Presidente da República a iniciativa das leis que disponham sobre criação, estruturação e atribuições dos órgãos da administração pública.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10741/2003) manteve os conselhos nos três níveis federativos (art. 7º), enfocando sua atribuição fiscalizadora em vários dispositivos (arts. 7º; 19; 48, § único; e 52). Em âmbito federal, o Decreto nº 5109 de 17 de junho de 2004 regula sua composição, sendo paritariamente integrado por catorze representantes do Governo e outros catorze dez da sociedade civil (art. 3º), estes escolhidos mediante eleição em assembléia específica (art. 4º).

Em Niterói, o COMDDEPI (Conselho Municipal de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa) foi instituído pela Lei Municipal nº 1.839/01, sendo sua composição disciplinada pelo Decreto Municipal nº 9071/03, cujo art. 2º prevê a eleição de seus membros, seguindo-se basicamente o sistema do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3. "GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA" NAS CIDADES

No primeiro mandato do governo Luís Inácio Lula da Silva, foi criado o Ministério das Cidades pela Medida Provisória nº 103, posteriormente convertida na Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, restando claro o compromisso assumido pelo Governo Federal em estabelecer políticas públicas específicas para as questões urbanas.

Ainda neste primeiro mandato, o Conselho das Cidades editou a Resolução nº 31, de 18/03/2005, propondo "um processo de discussão entre os órgãos do Poder Judiciário e instituições essenciais à Justiça e o Conselho das Cidades no que tange a atuação do Judiciário em conflitos relativos aos deslocamentos e despejos de grande impacto social". Justificou-se tal proposta, entre outros motivos, pela "necessidade de se estabelecer uma nova cultura no tratamento dos conflitos desta natureza". Assim, poder-se-ia vislumbrar a possibilidade de ações interinstitucionais (Executivo e Judiciário), buscando-se um novo modelo de solução de litígios de vizinhança, a partir dos conflitos fundiários urbanos.

Conforme informações disponibilizadas no portal do Ministério das Cidades, no primeiro ano não houve resultados eficientes, devido à ausência de maior regulamentação da composição e funcionamento deste Grupo de Trabalho sugerido. Assim, foi editada Resolução administrativa (nº 01, DOU de 09/10/2006), ressuscitando o GT sob a denominação "Grupo de Trabalho de Conflitos Fundiários Urbanos", composto por representantes da sociedade civil organizada (movimentos populares, ONGs, trabalhadores, empresários, entidades profissionais, acadêmicas e de pesquisa) e dos três níveis de governo, além da presença permanente de representantes da Secretaria Especial de Direitos Humanos, Ministério da Justiça (Secretaria Nacional de Segurança Pública e da Secretaria de Reforma do Judiciário), Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e Relatoria Nacional do Direito Humano à Moradia Adequada e Terra Urbana. Entre outras atribuições, merecem destaque o estímulo à utilização de meios alternativos ("*construção de uma metodologia de mediação, mapeamento e identificação de tipologias dos casos de conflitos fundiários urbanos subsidiando a construção de uma Política Nacional de Prevenção dos Conflitos Fundiários*") e alterações legislativas ("*discussão e proposição junto ao Poder Judiciário e ao Legislativo de propostas de mudanças legislativas e criação de procedimentos relativos à prevenção e mediação dos conflitos fundiárias urbanos*").

Além deste grupo interinstitucional, o Conselho das Cidades fundou também Comissão Interministerial (Resolução Recomendada nº 24, DOU de 28/02/2007), integrada por representantes do Governo Federal (Ministério das Cidades, Ministério da Justiça, Secretaria Especial de Direitos Humanos, Ministério do Meio Ambiente, Secretaria do Patrimônio da União e Caixa Econômica Federal) e do Ministério Público (Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e do Ministério Público Federal) como convidados. Como se percebe na lista dos objetivos desta Comissão, mais uma vez enfoca-se a utilização de métodos alternativos de resolução de controvérsias ("*sugerir medidas para agilizar e integrar ações dos órgãos federais na mediação e solução dos casos de conflitos fundiários urbanos*"), inovando-se na intervenção de processos já instaurados ("*encaminhar às entidades e órgãos públicos, da administração direta e indireta, da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Poder Judiciário e instituições essenciais à justiça, solicitações referentes à suspensão de ações de reintegração de posse, de reivindicação de propriedade e de despejos, promovidas por esses órgãos, contra comunidades que vivem em assentamentos informais ou em situações precárias de moradia*").

Em 2007, o Conselho das Cidades organizou o "*Seminário Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos*", sendo debatidas algumas propostas acerca destes litígios. O texto final insere o uso de métodos alternativos como princípio das políticas públicas sobre o tema, além de enfatizar que as políticas prevenção e mediação

de conflitos fundiários urbanos deveriam ser tratadas como subsidiárias da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano, e defender sua aplicação sistêmica nas escalas da federação e entre os três poderes, sempre com a participação da sociedade civil organizada. Tais ideias foram inseridas no relatório final da 3ª Conferência Nacional das Cidades (Brasília, novembro de 2007).

De qualquer forma, pode-se perceber que este tipo de conflitos integra a pauta de discussões do Ministério das Cidades, o que revela certo interesse no Governo Federal em contribuir para a universalização do debate, ainda que não sejam apresentados maiores dados empíricos de efetivação de tais plataformas.

A estrutura plural destas comissões guarda coerência com o ideal de gestão democrática, princípio estabelecido pelo Estatuto da Cidade (art. 2º da Lei nº 10257/01). Em âmbito local, merecem destaque os instrumentos previstos no art. 43, por enfatizar a colegialidade e a participação pública não-estatal. Contudo, a cultura política brasileira permanece refém das práticas clientelistas e da "estadania", limitadoras das tentativas formais de ampliação da atuação da sociedade civil organizada. Como destaca JOSÉ MURILO DE CARVALHO, "*a ausência de ampla organização autônoma da sociedade faz com que os interesses corporativos consigam prevalecer*".

Tomando-se por base o Regimento da 3ª Conferência Nacional das Cidades, percebe-se a presença maciça do Estado na composição dos colegiados. Segundo o art. 19, o Poder Público (gestores, administradores públicos e legislativos: federal – 10%, estaduais e distritais - 12%, municipais - 20,3%) integra 42,3% do total de participantes. A sociedade civil encontra-se fragmentada na representação dos movimentos sociais e populares (26,7%), trabalhadores (9,9%), empresários relacionados à produção e ao financiamento do desenvolvimento urbano (9,9%), entidades profissionais, acadêmicas e de pesquisa e conselhos profissionais (7%), e ONGs (4,2%). Observe-se a ausência de representantes de instituições Judiciárias e do sistema de Justiça (Ministério Público, advocacia pública e defensorias, p. ex.), o que contribui para o distanciamento entre as políticas públicas citadinas e tais entidades.

A título ilustrativo, pode-se pegar o exemplo de Niterói. Foram organizadas, até o momento, três conferências municipais preparatórias para as Conferências Nacionais das Cidades. Na última edição, instituída pelo Decreto municipal nº 40.748, de 26 de abril de 2007, o lema adotado foi "*desenvolvimento urbano com participação popular e justiça social*", sendo os debates conduzidos pelo tema "*avançando na gestão democrática das cidades*". Respeitando-se a proporcionalidade, assim ficou a composição do Conselho Municipal de Política Urbana de Niterói (COMPUR):

Poder Público (07)	**Sociedade Civil (10)**	
Poder Executivo	**Segmento dos Movimentos Sociais e Populares**	**Segmento dos Trabalhadores**
1) Secretário de Urbanismo e Controle Urbano	03 representantes da FAMNIT (Federação das Associações de Moradores de Niterói)	01 representante do Sindicato dos Bancários de Niterói
2) Secretário de Desenvolvimento Econômico, Ciência e	01 representante do CCRON	01 representante do Sindicato dos Metalúrgicos de Niterói

Tecnologia

3) Secretário de Meio Ambiente e Recursos Hídricos

4) Secretário de Defesa Civil e Integração Comunitária

5) Agência de Desenvolvimento Urbano

(Conselho Comunitário da Região Oceânica de Niterói)

Segmento Empresarial

01 representante da Concessionária Águas de Niterói

01 representante da ADEMI (Associação de Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário)

Segmento das Entidades Profissionais e Acadêmicas

01 representante do Instituto de Arquitetos do Brasil - Núcleo Leste Metropolitano

Segmento das Organizações não Governamentais

01 representante do Núcleo de Estudos Antônio Gramsci

Poder Legislativo

02 Vereadores

Ainda que contasse com representantes atuantes da sociedade civil organizada, este conselho fora bem criticado, tendo sido lançadas suspeitas quanto à atuação dos representantes dos poderes estatais, especialmente por especulações quanto ao anterior financiamento de suas campanhas e eventuais ligações com os empresários de transportes rodoviários, construção civil e imobiliárias.

Em 2003, organizou-se a 1ª Conferência das Cidades do Leste Metropolitano do Rio de Janeiro, tendo o relatório aprovado na plenária final incluido como missão "*buscar entendimento, articulação e parceria com o Ministério Público, juízes e cartórios de registro de imóveis, para pactuar procedimentos que resultem na simplificação de rotinas e exigências que reduzam os custos processuais*". No encontro seguinte (2005), reconheceu-se que, até aquele momento em Niterói, não houve ações concretas neste sentido. Nesta 2ª conferência regional, assim como na antecedente, não houve grandes debates sobre a atuação do Judiciário nos conflitos locais, nem ênfase na adoção de métodos alternativos. Somente houve a aprovação da seguinte proposta:

Garantir a criação de Fórum Permanente de Políticas Urbanas da região Leste Metropolitana do Rio de Janeiro, formado pelos poderes executivo, legislativo e judiciário e segmentos da sociedade civil organizada de todos os municípios, trabalhando concomitantemente com formação continuada da Sociedade Civil, a fim de consolidar de forma efetiva, a participação de todo o cidadão, inclusive com divulgação ampla dos instrumentos de controle social estabelecidos pelo Estatuto da Cidade.

Digna de nota é a seguinte passagem do texto-base regional sobre os instrumentos de gestão democrática, aprovado na 2ª Conferência das Cidades do Leste Metropolitano deste Estado:

Quanto ao Poder Judiciário, este tradicionalmente se oculta sob o véu da imparcialidade do julgamento, afastando-se do debate público, trazendo a justificativa de tratar-se a sua

de uma fala especial, filtro da democracia, a ser aferida através do princípio constitucional da motivação nas decisões. Contudo, essa postura de "semi-deuses" é altamente questionável em um mundo onde o diálogo permanente tornou-se a marca de uma democracia sistematicamente colocada à prova, restando o Judiciário muitas vezes como instância técnica, alienada dos verdadeiros problemas sociais.

Finalmente, na 3ª Conferência (2007) não foi aprovada nenhuma proposta adequada ao presente tema, seja com relação à integração com o Judiciário, seja pelo estímulo a métodos alternativos.

4. CONSELHOS COMUNITÁRIOS NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Com isto, percebe-se a limitação destes conselhos (em diversos níveis federativos) para atitudes mais efetivas no campo jurisdicional. Se, por um lado, o debate foi determinante para várias atuações administrativas e legislativas (como atestam seus respectivos relatórios), por outro lado carecem de maior eficiência na resolução dos conflitos, não apenas no plano coletivo como principalmente nas questões de vizinhança. Assim, merece lembrança a observação feita por MARCUS ALEXSANDER DEXHEIMER:

Outro aspecto relevante para o sucesso deste canal participativo diz respeito ao poder que se lhe deve atribuir. Recomenda-se que nao seja mera instância consultiva, mas que se atribuam também poderes decisórios, como instância deliberativa, para que ocorra uma efetiva democratização das decisões políticas.

Ampliando o comentário deste autor, pode-se refletir sobre a colaboração destes conselhos no processo jurisdicional, já que a decisão judicial não deixa de ser política, em última instância. Com efeito, cada vez mais ganha força a ideia do contraditório participativo, o qual "*impõe ao juiz o dever de abandonar a postura burocrática e meramente receptícia, para ativamente envolver as partes num diálogo humano construtivo*", aliado a mudanças estruturais do Poder Judiciário, adaptando-o à nova realidade político-jurídica contemporânea.

Nos conflitos coletivos de vizinhança, pode-se interpretar de forma mais elástica a Lei nº 7347/85, a fim de se estender a legitimidade para a propositura de ação civil pública aos conselhos comunitários. Outra possibilidade seria sua atuação nestes processos coletivos como *amicus curiae,* colaborando na formação do convencimento judicial.

Todavia, também seria possível vislumbrar a colaboração de conselhos comunitários nos litígios individuais de vizinhança. Certamente que, por respeito à autonomia individual, não se permitiria a legitimidade para a propositura de ações, pois violar-se-ia o sistema liberal do nosso vigente direito processual civil. Entretanto, ainda que excluídos da formulação da demanda, *de lege ferenda* os conselhos poderiam atuar como instâncias decisórias.

Com efeito, vive-se uma era de quebra de paradigmas, e o Judiciário não estaria imune aos novos tempos. A função meramente burocrática da atividade judicial era típica do modelo de Estado Liberal, em que o papel dos juízes limitava-se a declarar o direito preexistente. Nessa era, a segurança jurídica era alcançada por uma jurisdição pautada por critérios técnico-profissionais, fundadas em legislação enraizada em situações pretéritas, estabilizadas ao longo do tempo, constituindo a base para uma magistratura neutralizada axiologicamente. Neste sentido, tem-se a Codificação Napoleônica de 1810 como criadora da figura do juiz sem rosto, membro da ordem racional-legal do Estado de Direito, capaz de garantir previsibilidade à reprodução do mundo mercantil e certeza jurídica na administração do direito [e] . Assim, consoante observação de OVÍDIO BAPTISTA, havia uma clara "*redução do Direito ao 'mundo jurídico' de tal modo que o 'jurídico' isole-se do 'político'*".

A primeira metade do século XX, como bem assinalado por CAPPELLETTI, marca a institucionalização de novas gerações de direitos (inicialmente os chamados *direitos sociais*, seguidos pelos *direitos coletivos*), com a conversão do "Estado legislativo" liberal em *Welfare State*. As constituições do séc. XX não se limitavam a dizer estatisticamente o que é o direito, estabelecem e impõem, sobretudo, diretrizes e programas dinâmicos de ação futura. Esta transição provocou a expansão do Estado em todos os seus ramos, com uma certa primazia do poder Executivo, o qual passa a manter um aparelho administrativo mais complexo, a fim de integrar e dar atuação prática aos direitos reconhecidos pelo Parlamento.

O papel do governo neste novo Estado (*Welfare State*, "Estado administrativo", "Estado de polícia" etc.) não pôde mais se limitar a ser um "gendarme" ou "night watchman", e sim um governo promocional, garantidor dos direitos sociais previstos em suas constituições, surgindo como "*uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania*". Conseqüentemente, este "*Estado é mais complexo do que outrora e que as relações jurídicas se multiplicaram*" e, conforme adverte CAPPELLETTI, há "*perigo de abusos por parte da burocracia, a ameaça da situação de 'tutela' paternalística, quando não de opressão autoritária, sobre os cidadãos por parte do onipresente aparelho administrativo*".

A pós-modernidade, com suas diferentes concepções, também influencia o papel dos juízes no contexto social. O Judiciário, assim, representa o necessário contrapeso à paralela expansão dos "ramos políticos" do Estado moderno. No entanto, a partir do momento em que o Judiciário passa a apreciar os novos direitos (sociais ou coletivos, que envolvem problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos), deixa de lado seu papel burocrático (no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei), para assumir uma interpretação mais condizente com esta nova realidade jurídica, pois não pode se limitar às leis e aos precedentes. Como lembrado por ZAFFARONI, "*a produção legislativa impulsionada unicamente pelo clientelismo político provocam um maior protagonismo político dos juízes, com o conseqüente aumento de suas faculdades discricionárias*". Esta discricionariedade judicial (qualificada como "criatividade", segundo CAPPELLETTI) surge "*pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais impreciosos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias*".

No entanto, questiona-se a legitimidade do Judiciário para interpretar conceitos políticos, típicos dos novos direitos do século XX, especialmente para a hermenêutica dos valores constitucionais e a declaração dos direitos fundamentais.

Neste sentido, os autores da ciência política e do direito divergem-se quanto a este processo de judicialização da política e demais questões sociais. Alguns entendem que a invasão da política pelo direito, levaria à perda da liberdade, constituindo um "*paternalismo estatal*"(HABERMAS) ou levando "*à clericalização da burocracia*" (GARAPON). Para MAURO CAPPELLETTI e RONALD DWORKIN, no entanto, as novas relações entre direito e política seriam favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade (como nas políticas de Acesso à Justiça), além de representar a efetivação dos direitos fundamentais na Constituição.

Conseqüência deste processo, conforme ZAFFARONI, é que "*as estruturas judiciárias ampliaram-se, mas não foram realizadas transformações qualitativas necessárias para adaptá-las às novas formas de conflito que devem enfrentar*". A realidade brasileira mostra que a maior parte de nossos juízes, que devem assumir este novo papel político, mantêm-se presos à tradição institucional do Judiciário burocrático, "*nem de longe se assemelham aos magistrados italianos, com seu definido protagonismo na perseguição ao crime organizado e à corrupção na política, ou aos franceses, com a sua sofisticada e requintada produção intelectual, ou muito menos, aos norte-americanos, onipresentes em sua sociedade*". Desta opinião comunga BARBOSA MOREIRA, ao afirmar que "*não pode o processo, por conseguinte, deixar de constituir fenômeno politicamente relevante*"

Fato é que este debate quanto à legitimidade dos juízes encontra-se mais amadurecida nos sistemas jurídicos centrais do que nos países periféricos. PETER HÄBERLE, na Alemanha, defende a formação de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, em decorrência do conceito "republicano" de interpretação aberta, que há de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional, pois "*a vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade*" . ZAFFARONI coloca como critério democrático à existência de um controle externo independente, como nos Conselhos da Magistratura. CAPPELLETTI ressalta a publicidade das decisões judiciais e as garantias de independência dos magistrados.

Diante deste quadro e da necessidade de se buscar alternativas à decisão imperativa, ganha novo fôlego a utilização de juizes leigos para se atingir ao objetivo de justiça coexistencial. Há esta necessidade de reforma judiciária, especialmente para se alcançar maior legitimidade democrática desta função estatal, como observa CAPPELLETTI:

(...)criar formas de justiça acessíveis e quanto mais descentralizadas e "participatórias", com a participação, em particular, de membros daqueles grupos sociais e comunidades que estejam diretamente interessados na situação ou controvérsia em questão, e que são, particularmente, conscientes desta situação ou controvérsia. É justamente em razão do surgimento desta última finalidade que a participação dos leigos na administração da justiça tenha voltado a ser, recentemente, um dos temas de maior interesse teórico e prático.

Estes objetivos dificilmente seriam alcançados com um Judiciário hermético e restrito aos magistrados técnicos. Entretanto, como já se mencionou, a modernidade privilegiou o juiz burocrático e profissional, marcando bem a distinção entre técnicos e leigos para legitimar seu campo. Neste sentido, PIERRE BOURDIEU trabalha com a *divisão do trabalho jurídico*, explicando que

A concorrência pelo monopólio do acesso aos meios jurídicos herdados do passado contribui para fundamentar a cisão social entre os profanos e os profissionais favorecendo um trabalho contínuo de racionalização próprio para aumentar cada vez mais o desvio entre os veredictos armados do direito e as intuições ingénuas da equidade e para fazer com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõem e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como *totalmente independente* das relações de força que ele sanciona e consagra.

O discurso da modernidade, assim, valoriza o conhecimento técnico em detrimento da legitimidade. Como bem observa ANTÔNIO MANUEL HESPANHA, "*o investimento na ideia de que o saber jurídico letrado* (...) *é a única base legítima da justiça funciona como meio de expropriação dos poderes periféricos e é comparável a outras formas contemporâneas de centralização do poder*". E mesmo na pós-modernidade permanecem resquícios de tal ideia, diante da constante necessidade de segurança na atual realidade, conforme nota ZYGMUNT BAUMAN:

Em nossos tempos, depois da desvalorização das opiniões locais e do lento mas constante desaparecimento dos "líderes locais de opinião" (...)restam duas autoridades, e só duas, capazes de conferir segurança aos juízos que pronunciam ou manifestam em suas ações: a autoridade dos expertos, pessoas "que sabem" (cuja área de competência é excessivamente ampla para ser explorada e testada pelos leigos), e a autoridade do número (na suposição de que quanto maior o número menor a chance de que estejam errados).

Ressalte-se que isto não é uma política exclusiva dos magistrados, e sim dos operadores do direito de uma forma geral. Ainda que esteja comentando sobre a mediação (método alternativo ao Judiciário estatal) e o projeto de lei nº 4287/1998, HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO reconhece a existência de lobby demandando que os mediadores sejam advogados, resistindo à participação de outros profissionais, como psicólogos. Posiciona-se contrariamente a esta reserva de mercado, lembrando que tal condição não é exigida para os árbitros, além de ressaltar

O que é verdadeiramente importante é que o mediador seja alguém que tenha autoridade moral na comunidade e que sua habilidade para pacificar os conflitos seja reconhecida de forma geral. Costumamos dizer que ninguém deve se apresentar como mediador; essa qualidade é atribuída pela sociedade a partir da observação e do reconhecimento das atitudes daquela pessoa.

De qualquer forma, a utilização de juízes leigos *stricto sensu* é bem polêmica, especialmente no direito comparado. MICHELE TARUFFO informa que, no direito norte-americano, o júri popular é um fator essencial para a democratização do Judiciário; ao passo que, na Europa, há a tradição da limitação do júri a determinados casos bem particulares.

No caso brasileiro, a legitimidade dos nossos magistrados é derivada do processo de seleção por concurso público de provas e títulos, o que enquadra nosso país, conforme a tipologia desenvolvida por ZAFFARONI, num modelo intermediário de Judiciário democrático, já que aqui ainda coexistem escolhas empíricas, consoante previsão constitucional (indicação de Ministros do STF pelo presidente da República, quinto constitucional – art. 94, e promoção por merecimento – art. 93, III).

Assim, de uma forma geral, nosso magistrado conquista sua legitimidade pela investidura burocrática, fundado no mérito individual e na representatividade estatal do cargo. Neste sentido, o concurso público constituiria perfeita certidão burocrática de legitimação racional (pois o candidato teria demonstrado, perante seus futuros pares, suas aptidões técnicas para o cargo), mas não seria suficiente para o atual reclamo de legitimidade do magistrado.

Excepcionalmente, alguns órgãos jurisdicionais permitem, legalmente, a escolha de seus membros mediante eleição de leigos. Apesar da Constituição dispor que os juízes de paz são "cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos" (CRFB, art. 98, II), aqui no Rio de Janeiro o Código de Organização e Divisão Judiciária (CODJERJ), seguindo o disposto no art. 112, § 1º da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), estabelece em seu art. 159 que eles são nomeados "*pelo Governador do Estado, mediante escolha em lista tríplice organizada pelo presidente do Tribunal de Justiça*" (*caput*), sendo que "*para a organização da lista tríplice, será ouvido o respectivo juiz de direito ou quando existir mais de um, o juiz competente para matéria de Registro Civil na comarca ou circunscrição*" (§1º), restando como integrantes da lista "*eleitores maiores de 25 anos, residentes no distrito ou na circunscrição, dotados de representação e conceito na comunidade, gozando de idoneidade notória, conduta ilibada, não pertencentes a órgãos de direção ou de ação de partido político*" (§2º).

Frise-se que os juízes de paz, no atual modelo, não possuem qualquer poder decisório (CRFB, art. 98, II e LOMAN, art. 112), o que leva LEONARDO GRECO a lamentar tais limitações:

A tutela diferenciada abrange, ainda, os juizados especiais para causas de menor complexidade, os juízes de paz e juízes leigos, e a adoção pela lei processual de procedimentos concentrados de cognição sumária.

(...) Os juízes de paz e juízes leigos, previstos na Constituição, não têm qualquer poder decisório, o que limita o alcance da sua atuação, que poderia ser muito mais amplo, no sentido de uma justiça coexistencial, provida por membros da própria comunidade, conforme sugerido por Cappelletti.

Aliás, a gravidade da crise da Justiça e os obstáculos ao acesso à Justiça no Brasil impõem que se suscite o debate sobe a conveniência da manutenção do sistema de juízes exclusivamente profissionais entre nós adotado".

O caso mais relevante para este trabalho é a utilização de juizes leigos nos juizados especiais (art. 98, I/CRFB). A regulamentação do dispositivo pela Lei nº 9099/95 acabou tratando leigo como o não-magistrado, recomendando que esta função viesse a ser desempenhada por advogados com mais de cinco anos de experiência forense (art. 7º). No Rio de Janeiro, a Lei Estadual nº 2.556/1996 (disciplinadora dos juizados especiais) foi alterada pela Lei nº 4578 (12/07/2005), prevendo em seu art. 12 que "*os conciliadores e juízes leigos serão selecionados por concurso público, os primeiros, preferencialmente, entre bacharéis e bacharelandos em Direito, e os segundos, entre advogados* (...)". E, o que é mais criticável, a lei reformadora dispõe que "*a função de juiz leigo* (...) *será exercida por alunos da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, na forma disposta em Regulamento, vedado seu exercício por serventuários do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro*".

Entendemos que esta construção formalista é contrária ao ideal inspirador do texto constitucional. De fato, ao se profissionalizar o juiz leigo diminui-se sua legitimidade democrática, já que será visto mais como estagiário do que efetivamente um órgão decisório cidadão. Assim, *de lege ferenda*, sugerimos que o juiz leigo nos conflitos de vizinhança seja escolhido por outro método, mais adequado aos reclamos da realidade participativa.

Em vez de serem escolhidos por concurso público, por critérios burocráticos e técnicos, melhor seria a indicação por órgãos representativos da comunidade. Ainda que os conselhos aqui apresentados possuam falhas, é inquestionável sua presença cada vez maior no cotidiano político-jurídico local, restando apenas sua inserção no Poder mais hermético à participação popular.

Mesmo que se objete tal proposta, sob argumento de despreparo técnico, nada impediria um sistema em que se permitisse a interposição de recursos para a preservação das garantias constitucionais do processo, restando ao magistrado apenas o controle procedimental, preservando-se a decisão do julgador mais próximo da realidade das partes.

Se os órgãos representativos (especialmente os da sociedade civil) pudessem indicar os juízes leigos, mediante processos transparentes e democráticos, fatalmente haveria maior reconhecimento e legitimidade em suas decisões. Julgando por equidade, utilizando técnicas conciliatórias e o diálogo humano, ter-se-ia uma prestação jurisdicional de melhor qualidade.

7. Referências

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. “Notas sobre a democratização do processo”, in Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes, Rio de Janeiro: FDCM, n. especial, pp. 95-105, set. 1998.

BAUMAN, Zygmunt. Comunidade: a busca por segurança no mundo atual [trad. Plínio Dentzien]. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, pp. 60-61.

BEYNON, Huw. “As práticas do trabalho em mutação” in ANTUNES, Ricardo et alii. Neoliberalismo, trabalhos e sindicato. São Paulo: Boitempo Editorial

BOBBIO, Norberto. Era dos direitos (trad. Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico (tradução Fernando Tomaz). 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Acesso à Justiça (tradução Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça”, in Revista de Processo nº 74, pp. 82-97.

_____. Controle judicial das leis no direito comparado. (trad. Aroldo Plínio Gonçalves).2a ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.

_____. Juízes legisladores? (trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira) Reimpressão. Porto Alegre: SAFE, 1999.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

DEXHEIMER, Marcus Alexsander. Estatuto da Cidade e Democracia Participativa. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

GRECO, Leonardo. “O acesso ao direito e à Justiça”, in Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. “A reforma do Poder Judiciário e o acesso à Justiça” in Estudos de direito processual, p. 597

_____. “O princípio do contraditório” in Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Reimpressão. Porto Alegre: SAFE, 2002.

HARVEY, David. Condição pós-moderna : uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. São Paulo : Loyola

HESPANHA, Antônio Manuel. Cultura jurídica européia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho; VIEIRA, José Ribas & FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. Juízes: retrato em preto & branco. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. Direito urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARIO, Camila Gonçalves de. "Ouvidorias Públicas Municipais no Brasil" in Anais do XIV Congresso Brasileiro de Sociologia. Disponível em < http://starline.dnsalias.com:8080/sbs/arquivos/5_6_2009_15_45_15.pdf>

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo", in Revista de Direito do TJ/RJ nº 03, pp. 12/18.

NEVES, Edson Alvisi. Magistrados e negociantes na corte do Império do Brasil: o tribunal do comércio (1850-1875). Rio de Janeiro: Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2008.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser et alii. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Rio de Janeiro: FGV

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008

PUTNAM, Robert D. Comunidade e Democracia: A Experiência da Itália Moderna [trad. Luiz Alberto Monjardim]. 5ª ed. – reimpressão. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2007

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos. Democracia e governo local: dilemas e reforma municipal no Brasil. Rio de Janeiro: Revan: FASE, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e Ideologia. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVESTRI, Elisabetta. "Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controverse", in I metodi della giustizia civile. Padova: Cedam, 2000.

SIX, Jean François. Dinâmica da mediação. (trad. Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth). Belo Horizonte: Del Rey, 2001

VERGOTTINI, Giuseppe de. "Ombudsman" in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 12ª ed. Brasília: UnB, 2004

TARUFFO, Michelle. “Dimensioni transculturali della giustizia civile” in Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile, ano LIV, nº 1.

TROCKER, Nicolò. Processo Civile e Costituzione. Milano, Giuffrè, 1974

VIANNA, Luiz Werneck et alii. Corpo e alma da magistratura brasileira. 2a ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck, CARVALHO, Maria Alice Resende de, MELO, Manuel Palácios Cunha & BURGOS, Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. RJ: Revan, 1999.

WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004

WEBER, Max. Economia y sociedad. 2ª Ed., 13ª Reimpressão. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. (trad. Juarez Tavares).São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DEXHEIMER, Marcus Alexsander. *Estatuto da Cidade e Democracia Participativa.* Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 166.

Um bom exemplo, analisado exaustivamente pelos cientistas sociais, foi a atuação do Governo Vargas nas relações de trabalho. Sem entrar no mérito de ter sido cópia do modelo fascista ou construção autêntica, é consenso que o modelo aqui adotado (legislação trabalhista, organização sindical, Justiça especializada etc.) revela maior intervenção estatal do que o clássico sistema liberal ou a alternativa negocial trabalhista mais radical.

SANTOS, Wanderley Guilherme. *Cidadania e Justiça.* Rio de Janeiro: Campus, 1979.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 227.

Como o sempre citado movimento de Acesso à Justiça, meticulosamente analisado pelo Projeto Florença de CAPPELLETTI & GARTH.

SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos. *Democracia e governo local: dilemas e reforma municipal no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan: FASE, 2001, p. 11.

SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos. *Democracia e governo local: dilemas e reforma municipal no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan: FASE, 2001, p. 15.

SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos. *Democracia e governo local: dilemas e reforma municipal no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan: FASE, 2001, p. 230.

"*Enfim, estamos insistindo com esta idéia de Cidade Democrática de Direito, constituída de uma Sociedade igualmente democrática, fundada em valores e princípios que, para o caso brasileiro, já estão consagrados em sua Carta Política, necessitando, tão-somente, ser exercitados no âmbito da cotidianeidade*". (LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico: condições e possibilidades da Constituição do Espaço Urbano*, p. 47). Mais a frente, o mesmo autor diz que "*idealizar o espaço da cidade como instância de administração do público significa, necessariamente, pensar as relações sociais, econômicas e de poder a partir de uma nova concepção de Estado, de Sociedade e de Democracia, todas elas alavancadas pela idéia de um pacto societal integrador e garantidor da dignidade da vida humana e do homem como agente nuclear de uma rede de relações intersubjetivas e institucionais*" (*Id,, ibid.*, p. 73).

LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico: condições e possibilidades da Constituição do Espaço Urbano*, p. 03.

LEAL, Rogério Gesta.*Op. cit.*, p. 34.

SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos. *Democracia e governo local: dilemas e reforma municipal no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan: FASE, 2001, p. 25.

Merece destaque a observação de JOSÉ MURILO DE CARVALHO, ao apontar a "*excessiva valorização do Poder Executivo. Se os direitos sociais foram implantados em períodos ditatoriais, em que o Legislativo ou estava fechado ou era apenas decorativo, cria-se a imagem, para o grosso da população, da centralidade do Executivo. O governo aparece como o ramo mais importante do poder, aquele do qual vale a pena aproximar-se. A fascinação com um Executivo forte está sempre presente* (...). *Essa orientação para o Executivo reforça longa tradição portuguesa, ou ibérica, patrimonialismo. O Estado sempre é visto como todo-poderoso, na pior hipótese como repressor e cobrador de impostos; na melhor, como um distribuidor paternalista de empregos e favores.*(...) *Esta cultura orientada mais para o Estado do que para a representação é o que chamamos de 'estadania', em contraste com a cidadania*" (*Cidadania no Brasil: o longo caminho*, p. 221).

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 53.

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, assinando o verbete no dicionário de política de BOBBIO, MATTEUCCI & PASQUINO, ressalta que: "*em conformidade com as funções que lhe foram designadas, o Ombudsman se encontra em particular posição de independência dentro da organização. Não só está desvinculado do Executivo, enquanto a sua ação diz respeito aos departamentos administrativos dele dependentes, como também do Parlamento, porquanto, se o Ombudsman fosse um instrumento da maioria, verificar-se-iam os mesmos inconvenientes já observados sobre a sua credibilidade como efetivo instrumento de controle da atuação governamental. A independência do Ombudsman é garantida mediante vários expedientes fixados no âmbito constitucional, legislativo e convencional. Não pode ser parte do Parlamento nem ser submetido a qualquer constrangimento parlamentar, uma vez eleito por ampla maioria, muitas vezes com o acordo unânime dos partidos mais importantes. Está apenas sujeito a normas gerais de comportamento, prescritas pela constituição, por leis e regulamentos, mas nunca a instruções relativas a casos concretos. Seu caráter apolítico e imparcialidade são*

considerados requisitos fundamentais; a escolha recai amiúde sobre magistrados com o objetivo de satisfazer a tais exigências. A garantia de independência em relação ao Parlamento é ainda acentuada pelo caráter fixo dos termos da função, não ligada à duração da legislatura que elegeu o Ombudsman, pela tendência à prorrogação do cargo e pela prática cada vez mais persistente da reconfirmação dos titulares. A autonomia da ação do Ombudsman é reforçada pela discricionariedade de que goza na organização do cargo, na escolha dos colaboradores, na direção e desenvolvimento das atividades" (*Dicionário de Política*, p. 840).

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*, pp. 170/171.

MARIO**,** Camila Gonçalves de. "Ouvidorias Públicas Municipais no Brasil" *in Anais do* XIV Congresso Brasileiro de Sociologia. Disponível em < http://starline.dnsalias.com:8080/sbs/arquivos/5_6_2009_15_45_15.pdf>

Lei 8069/90, art. 131: "*O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei*".

Lei 8069/90, art. 91. As entidades não-governamentais somente poderão funcionar depois de registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (...).

Art. 88, II: "*São diretrizes da política de atendimento* (...) *criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais*". Em âmbito federal, há o CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente), criado pela Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991.

Além das atribuições regulamentadas no art. 136 do Estatuto, também podem ser citados os artigos 13 ("*Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais*"), 56 ("*Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de: I - maus-tratos envolvendo seus alunos; II - reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares; III - elevados níveis de repetência*"), e 95 ("*As entidades governamentais e não-governamentais referidas no art. 90 serão fiscalizadas pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares*"); sem prejuízo da atuação jurisdicional.

Art. 132: "*Em cada Município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitida uma recondução*".

Lei 8069/90, art. 132 (original): "*Em cada Município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar composto de cinco membros, eleitos pelos cidadãos locais para mandato de três anos, permitida uma reeleição*".

Lei 8069/90, art. 132 (Redação dada pela Lei nº 8.242, de 12/10/1991): "*Em cada Município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitida uma recondução*".

Diário do Congresso Nacional. Seção I. 22 de junho de 1991, p. 10863. Em pesquisa realizada no portal do Supremo Tribunal Federal, não se encontrou qualquer julgado acerca desta suposta inconstitucionalidade da eleição de conselheiros. Com efeito, com base em precedente do STF, há quem sustente ser inadequado o sistema eletivo para o exercício de cargos públicos (providos mediante concurso público), ou, ainda que se tratassem de cargos em comissão, seriam de livre nomeação e exoneração do Chefe do Poder Executivo (Plenário. ADI nº 123, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 03/02/1997).

Diário do Congresso Nacional. Seção I. 22 de junho de 1991, p. 10864.

Lei 8069/90, art. 133: "*Para a candidatura a membro do Conselho Tutelar, serão exigidos os seguintes requisitos: I - reconhecida idoneidade moral; II - idade superior a vinte e um anos; III - residir no município*". Além disso, o art. 140 do Estatuto prevê que "*são impedidos de servir no mesmo Conselho marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogro e genro ou nora, irmãos, cunhados, durante o cunhadio, tio e sobrinho, padrasto ou madrasta e enteado. Parágrafo único. Estende-se o impedimento do conselheiro, na forma deste artigo, em relação à autoridade judiciária e ao representante do Ministério Público com atuação na Justiça da Infância e da Juventude, em exercício na comarca, foro regional ou distrital*".

STJ. 2ª Turma. AgRg na MC 11835/RS. Rel. Min. Humberto Martins, j. 13/03/2007.

Lei Municipal nº 919/91, art.6º: "*Atuarão como Conselheiros de apoio do CMDCA, entidades governamentais ou não, com atuação no Município de Niterói, sempre que solicitadas ou por adesão voluntárias após aprovação do CMDCA*".

Com mandato de três anos, permitida uma recondução por igual período (Lei Municipal nº 919/91, art.7º).

Mensagem presidencial de veto nº 03, de 04/01/1994.

A título ilustrativo, no biênio 2008/2010 o CNDI era composto por representantes das seguintes instituições: SESC/SENAC; OAB; Confederação Brasileira de Aposentados, Pensionistas e Idosos; Centro Interdisciplinar de Assistência e Pesquisa em Envelhecimento; Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura; Associação Nacional dos Defensores Públicos; Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia; Conselho Diretor da Pastoral da Pessoa Idosa; Conselho Federal de Psicologia; Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos idosos e Pessoas com Deficiência; Associação Brasileira de Alzheimer; Associação Nacional de Gerontologia; e Federação Nacional das APAEs

Destaque-se sua competência de promover "*em articulação com as diversas esferas de governo, com o setor privado e organizações não-governamentais, de ações e programas de urbanização, de habitação, de saneamento básico e ambiental,*

transporte urbano, trânsito e desenvolvimento urbano" (art. 27, III, "c" da Lei nº 10683/2003).

Criado pelo Decreto presidencial nº 5031 (DOU de 05/04/2004), vindo a ser revogado pelo Decreto nº 5.790 (DOU de 26/05/2006).

DOU Seção 1, Edição Nº 60 Pág.103 de 30/03/2005.

Dados disponíveis em <http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/biblioteca/mediacao-de-conflitos-urbanos/anais-de-eventos/seminario-nacional-de-prevencao-e-mediacao-de-conflitos-fundiarios-urbanos/PropostadaPoliticaConferenciasasaa.pdf>.

Art. 2º: "*São princípios da Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos* (...) *a primazia da responsabilidade do Estado na estruturação e implementação da política de prevenção e mediação de conflitos fundiários urbanos nas esferas federal, estadual e municipal;* (...) *soluções pacíficas e negociadas para situações de conflitos fundiários urbanos;* (...) *a participação social nos processos de negociação de soluções pacíficas para situações de conflitos*".

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 223.

Aprovado pela Resolução Normativa do Conselho das Cidades nº 04, DOU de 28/02/2007

<http://www.urbanismo.niteroi.rj.gov.br/noticias/3conferencia_texto_base.pdf >.

DEXHEIMER, Marcus Alexsander. *Estatuto da Cidade e Democracia Participativa.* Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 153.

GRECO, Leonardo. "O princípio do contraditório" *in Estudos de direito processual*, p. 545.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii. Corpo e alma da magistratura brasileira*, p. 29; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 33. Também merece destaque a observação de Hespanha, para quem "*se há algo que caracteriza o pensamento jurídico dos últimos dois séculos é a sua multiforme reacção contra o domínio do exclusivo da criação do direito pela vontade popular(...)No fundo, tratar-se-ia, para os juristas, de salvaguardar um monopólio de dizer o direito, que sempre lhe pertencera e de que a fase mais radical da Revolução francesa (...)os tentara expropriar. (...)No entanto, a explicação parece ter que ser mais vasta, pois nesse esforço de 'des-democratização' (*hoc sensu*) do direito colaboraram também políticos e intelectuais. Neste sentido, a explicação podia provir antes de uma tendência de mais longo curso no sentido de salvaguardar para uma elite cultural (*grosso modo*, os intelectuais, os políticos) aquele poder constituinte que a filosofia política vinha, desde o séc. XVII, entregando nas mãos do povo. Estaríamos, então, perante um dos paradoxos típicos do pensamento político democrático europeu"*.(*Cultura jurídica européia*, p. 351).

VIANNA, Luiz Werneck *et alii. Corpo e alma da magistratura brasileira*, p. 33.

Simbólica era a construção feita por Carl Smith, no início do século XX. Para este jurista, competia aos tribunais o papel de custódia da Constituição, constituindo meros órgãos burocráticos, sem idoneidade para tomar decisões políticas.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*, p. 303.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, pp. 31/61.

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*

CAPPELLETTI, Mauro. *Controle judicial das leis no Direito Comparado*. Destarte, os juízes assumem um papel mais criativo e menos legalista, como observa Trocker: "(...)*si viene a riconoscere ai giudici un potere di integrazione creatrice che si esplica* secundum constitutionem *e si dirige* contra legem: *vale a dire, i giudici sono chiamati a sostituiri all'inerzia degli organi legislativi per adeguare la legislazione vigente in una determinata matéria al preceito costituzionale rimasto ineseguito, o addirittura per creare* ex novo *uma determinata disciplina 'normativa'"*(*Processo civile e costituzione*, p. 142)

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 41.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 22.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*, p. 23.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 45.

Tais como a globalização/mundialização (HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*), pós-fordismo (BEYNON, Huw. "*As práticas do trabalho em mutação"*), reformas administrativas e Estado gerencial (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser *et alii*. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*) etc.

"*Na fase do Estado pós-social, quando aos direito de somam-se os direitos de a, que correspondem ao surgimento de novos atores sociais, o poder Judiciário deve ser identificado não mais como um órgão do Estado, mas sim da sociedade civil*" (JUNQUEIRA, Eliane Botelho; VIEIRA, José Ribas & FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Juízes: retrato em preto & branco*, p. 39.).

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*, p. 23.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 42.

"*Quando o poder judiciário assume um papel politicamente mais ativo e particularmente quando faz valer seu poder de controle constitucional, isto é, quando se produz o que se costuma chamar de 'ativismo judiciário', é ele questionado e o*

argumento usualmente esgrimido é sua origem 'não democrática'".(ZAFFARONI, Eugenio Raul, *op. cit.*, p. 33)

Como doutrinas que defendem maior papel político do Judiciário, há a *sociological jurisprudence* e o *legal realism* nos EUA e a *libre recherche scientifique* francesa (CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, p. 32)

Como nas "revolução dos direitos civis" ocorrida nos anos 50 e 60 nos EUA, em que as Cortes federais assumiram papel de destaque para a igualdade racial, impedindo o caminho das "formas brutais e violentas". (VIANNA, Luiz Werneck *et alii. Corpo e alma da magistratura brasileira*, p. 33).

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Brian. Acesso à Justiça. Para Baldez, o "*acesso à Justiça, em suma, é a chave da democratização do processo; ou pela ampliação do campo do interesse juridicamente protegido, ou pela integração formal dos econômica e socialmente desprotegidos*". (*Notas sobre a democratização do processo*, p. 252)

VIANA, Luiz Werneck *et alii. A judicilização da política e das relações sociais no Brasil*

ZAFFARONI, Eugenio Raul, *op. cit.*, p. 25. Tal idéia foi incorporada ao Judiciário brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, que instituiu o *Conselho Nacional de Justiça*.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii. A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo", p. 17.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Op. cit.*, pp. 186/188.

Num sistema democrático é, obviamente, assegurada a independência dos juizes, mas tanto mais são esses independentes, tanto menos obrigados a "prestar contas" das suas decisões ao povo à maioria deste e a seus representantes. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 93)

Também integram esta onda a promoção da justiça coexistencial (a ser analisada adiante) e as formas mais freqüentes e acessíveis de controle do Judiciário (CAPPELLETTI, Mauro. "Acesso à Justiça como programa de reforma e como método de pensamento"*in Processo, ideologias e sociedade*, p. 390.

No mesmo sentido, observa LEONARDO GRECO: *"a justiça profissional, exercida por magistrados com formação jurídica, não é necessariamente a melhor Justiça. Ao contrário, no nível dos litígios do cotidiano, que podem ser resolvidos com suporte no senso jurídico comum de todos os cidadãos, a justiça mais próxima da sensibilidade humana e dos interesses de cada comunidade é a justiça exercida por leigos, inspirada no ideal de pacificar e rearmonizar os litigantes para que solidariamente prossigam na*

perseguição dos interesses comuns" ("A reforma do Poder Judiciário e o acesso à Justiça" *in Estudos de direito processual*, p. 597). Em seguida, citando CAPPELLETTI, o autor aponta vantagens neste sistema; "*O juiz leigo não precisa ser necessariamente remunerado, o que permite multiplicar o seu número com um mínimo de despesa. Por outro lado, o leigo não necessita de profunda e complexa formação profissional, porque o conhecimento jurídico que lhe é exigido é o do cidadão comum.*("A reforma do Poder Judiciário e o acesso à Justiça", p. 598).

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 212.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*, p.278

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, pp. 60-61. Esta constatação da autoridade dos especialistas não os blinda das críticas. LUIS ALBERTO WARAT, ao falar sobre os conflitos na atualidade, ressalta que "*o saber de especialistas é cada mais improdutivo e inacessível para os que estão fora do reduto, esse lugar de prestígio e instituição a partir do qual os iniciados falam com autoridade fingida: um sítio de experts de competência restrita, que se sente cercado de incompetências, quando é perturbado pelo inesperado ou por qualquer tipo de influência exterior. Os cidadãos em geral são excluídos desses lugares.* (...) *o lugar é um (não lugar de outridade) espaço de exclusão, onde os espíritos arrasados pela banalidade ou pela arrogância podem exercer a impotência que banem os medos e que também é recoberta de autoritarismo*" (*Surfando na pororoca: o ofício do mediador*, p. 156)

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*, p. 289. Em sentido semelhante, diz LUIS ALBERTO WARAT que "*a mediação, ainda que a consideremos como um recurso alternativo do judiciário, não pode ser concebida com as crenças e pressupostos do imaginário comum dos juristas*" (*Surfando na pororoca: o ofício do mediador*, p. 67). Sobre a composição extrajudicial dos conflitos, dados do Ministério da Justiça informam que 44,8% dos mediadores dos programas brasileiros pesquisados integram equipes multidisciplinares, ao passo que 31,3% possuem apenas profissionais da área jurídica (BRASIL. Ministério da Justiça. *Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos: Mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais*, p. 42).

"*Da um lato, infatti, vi è l'idea tradizionale, tuttora diffusa negli Stati Uniti, per cui la giuria è uma necessaria ed irrinunciabile garanzia della partecipazione del popolo all'ammininstrazione della giustizia, ed è quindi um essenzialle fattore di democrazia nell'àmbito Del sistema giudiziario. Dall'altro lato vi è in Europa la tendenza tradizionale, tuttora diffusa, a ritenere che la giuria non debba essere usata nelle cause civili, e che la partecipazione di laici agli organi giudiziari debba essere limitata a casi particolari"*(*Dimensioni transculturali della giustizia civile, p, 1070*).

Em face dos vícios do processo político de escolha, os países europeus continentais conceberam uma forma mais racional e objetiva de provimento. Na França, o concurso público para o cargo de juiz surge em 1906, quebrando a tradição hereditária da magistratura (posto existir concurso público para os demais cargos desde 1890). Em

princípio, o concurso público seria um meio mais isento de acesso, já que não ficaria restrito a um dado estamento ou a famílias tradicionais.

No Brasil, o ingresso na magistratura de primeira instância realiza-se mediante concurso público de provas e títulos (CRFB, art. 93, I; Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN, art. 78), além da prerrogativa da exclusividade do título de juízes (art. 34/LOMAN).

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Op. cit.*, p. 125.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*,p. 102.

No Brasil, a CF/88 dispõe que: "*Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal"* (art. 101, § ún.). Com relação à composição das cortes no direito comparado, ver CAPPELLETTI, Mauro (*Controle judicial das leis no direito comparado*).

WEBER, Max. *Economia y sociedad*, p. 179.

GRECO, Leonardo. *O Acesso ao Direito e à Justiça*, p. 18.

Há outros casos de juízes leigos do sistema jurídico brasileiro: juízes de vintena coloniais; comerciantes integrantes dos Tribunais de Comércio imperiais (Título único do Código Comercial de 1850, art. 2º: "*o Tribunal do Comércio da Capital do Império será composto de um Presidente letrado, seis Deputados comerciantes, servindo um de Secretário, e três Suplentes também comerciantes; e terá por adjunto um Fiscal, que será sempre um Desembargador com exercício efetivo na Relação Rio de Janeiro. Os tribunais das Províncias serão compostos de um Presidente letrado, quatro Deputados comerciantes, servindo um de Secretário, e dois Suplentes também comerciantes; e terão por adjunto um Fiscal, que será sempre um Desembargador com exercício efetivo na Relação da respectiva Província*"); juízes classistas nas extintas Juntas de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho; jurados no Tribunal do Júri (CRFB, art. 5º, XXXVIII); militares nas auditorias respectivas (lei nº 8.457/92 – Lei de Organização Judiciária Militar, arts. 19/22) etc.

A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DOS CRIMES FALIMENTARES E A ATUAL AUSÊNCIA DO INQUÉRITO JUDICIAL*

LA PROCEDIMENTALIZACIÓN DE LOS DELITOS FALIMENTARES Y LA ACTUAL FALTA DE INVESTIGACIÓN JUDICAL

Fábio Presoti Passos

RESUMO

Na vigente ordem jurídica, com o advento da lei 11.101/2005, o instituto do inquérito judicial, que servia para apurar crimes falimentares, foi afastado, o que possibilitou ao processo penal a utilização das provas produzidas no âmbito cível para inaugurar a instauração do procedimento penal, sem a necessidade de instauração do inquérito policial. O empresário ou a empresa ficaram ainda mais temerosos após a entrada em vigor da atual Lei de Falências, tendo em vista já ter ocorrido a decretação da falência, ou concedida a recuperação judicial ou homologada a recuperação extrajudicial. Imputações penais prejudicam ainda mais sua imagem frente ao mercado e consequentemente o bom andamento de suas atividades, restando afastados os princípios do contraditório, da ampla defesa e da preservação da empresa. Com exceção de um tipo penal, a lei 11.101/2005 tipifica seus delitos com pena privativa de liberdade que podem chegar a oito anos e impõe o processo sumário para sua apuração, gerando incongruência com as elevadas imputações dos crimes falimentares, já que esse procedimento busca ser mais célere e menos formal.

PALAVRAS-CHAVES: LEI 11.101/2005. CRIME FALIMENTAR. PROCEDIMENTALIZAÇÃO. INQUÉRITO JUDICIAL. EXTINÇÃO

RESUMEN

En la ley actual, con el adviento de la ley 11.101/2005, el instituto de la investigación judicial, para averiguar los delitos falimentares, fue alejado, lo que permitió que a lo proceso penal la utilización de las pruebas producidas en el ámbito civil para inaugurarse la instauración del procedimiento penal, sin la necesidad de instauración de la investigación policial. El empresario o la empresa se quedaron aún más temerosos después de la entrada en vigor del actual Código de Quiebras, uma vez que han producido desde la decretación de quiebra o concedida la recuperación judicial o homologada la recuperación extrajudicial. Imputaciones penales perjudican aún más su imagen en el mercado y en consecuencia el buen desarrollo de sus actividades, dejando fuera los principios de contradicción, de defensa jurídica y la preservación de la empresa. Excepto por un tipo penal, la ley 11.101/2005 tipifica sus delitos con penas de prisión de hasta ocho años y requiere el procedimiento sumario para su apuración, la

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

creación de incompatibilidad con los altas imputaciones de delitos falimentares, ya que este procedimiento búsqueda ser más rápido y menos formal.

PALAVRAS-CLAVE: LEY 11.101/2005. DELITO FALIMENTAR. PROCEDIMENTALIZACIÓN. INVESTIGACIÓN JUDICIAL. EXTINCIÓN

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da lei 11.101/2005, que *regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*, afastou-se o instituto do inquérito judicial, que tinha como finalidade apurar crimes falimentares. Esse instituto vigorava com o extinto Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, o qual oportunizava aos interessados a participação na produção de provas e contraditar aquelas já existentes, buscando-se assim a efetiva ampla defesa e o contraditório. Com a alteração, o empresário ou a empresa ficaram ainda mais temerosos, tendo em vista já ter ocorrido a falência ou a recuperação, e possíveis imputações penais prejudicam ainda mais sua imagem frente ao mercado e consequentemente o bom andamento de suas atividades, restando, assim, afastados os princípios do contraditório, da ampla defesa e da preservação da empresa, já que não há mais possibilidade expressa de participação da defesa antes do oferecimento da denúncia.

Salvo o tipo penal do art. 178 da lei 11.101/2005, os demais tipos impõem pena de reclusão que podem chegar a oito anos. A própria Lei de Falências em vigor determina no art. 185 que após recebida a denúncia ou queixa, deve-se observar o processo sumário.

O debate teórico se instala quando a atual Lei de Falências afastou o instituto do inquérito judicial, consequentemente deixando de aplicar os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da preservação da empresa. Com a aplicação do processo sumário, acarreta-se grande incongruência com os procedimentos existentes no processo penal, já que o processo sumário deve ser posto para aqueles fatos com pena máxima inferior a quatro anos de privação de liberdade e que podem demandar simplificação de atos processuais, mas que ao mesmo tempo também podem prejudicar a ampla defesa, como no caso dos crimes falimentares, tendo em vista sua complexidade e penas exacerbadas.

2 A ATIVIDADE EMPRESARIAL

A empresa[1] é um ente que, inserida no contexto social, interfere e sofre influências desse ambiente. É instrumento propulsor da economia e fonte geradora de empregos, recolhimento de tributos e produção de riquezas.

Em razão das regras que regulam a atividade empresarial, a empresa é um bem social[2], antes mesmo de ser uma propriedade do empresário[3]. Portanto, quando a empresa

cumpre sua função social, de forma a dignificar os seus empregados, consumidores, meio ambiente, Estado e comunidade existente em seu entorno, não o faz induzida por sentimentos filantrópicos ou de marketing, mas para cumprir preceitos legais.

O princípio da função social da empresa[4] reflete-se no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente. Tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido sempre que possível, reconhecido os efeitos catastróficos da extinção das atividades.

O raciocínio natural que se tem a respeito da importância social das empresas para a comunidade, é que o Estado, na medida do possível, deve envidar esforços para preservar a saúde financeira delas.

Um empreendimento econômico em crise, assolado por dificuldades decorrentes de insuficiência de meios de pagamentos, causa transtornos inestimáveis para a sociedade, logo, partindo do fato de que o Direito positivado impõe que toda empresa tem uma função social a cumprir, depreende-se, sob a óptica lógico-jurídica, que os efeitos gerados a partir de uma organização empresarial transcendem os interesses privatísticos de seus proprietários. A empresa, associada à valorização do trabalho e à manutenção da concorrência, fundamentos existem para atribuir a ela utilidade social, certa função social[5].

3 A LEI 11.101/2005 E O DECRETO-LEI Nº 7.661/1945

Com o advento lei 11.101/2005, o objeto da legislação falimentar deixou de ser exclusivamente a falência das sociedades e passou a ser a busca de sua recuperação, explicitando o caráter social do diploma legal. O empresário devedor passa a ter como instrumento de fôlego a recuperação extrajudicial e a recuperação judicial, antes da sentença judicial decretar sua falência. De fato, é mais razoável reestruturar, sanear e recuperar a empresa econômica e financeiramente viável do que liquidá-la e extinguí-la.

No Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, extinta Lei de Falências, havia a figura do inquérito judicial, instaurado pelo juiz competente para o processo de falência e concordata, visando apurar a prática de crimes falimentares. Instituto bastante criticado pela doutrina, pois era um inquérito de caráter administrativo, presidido pelo juiz da falência para apurar crimes, sujeito ao contraditório, apesar de haverem fervorosos debates a respeito. O inquérito judicial era instaurado a pedido do síndico, ou de qualquer credor habilitado, visando subsidiar o Ministério Público no caso de uma futura ação penal.

O inquérito judicial pode ser definido como uma fase preparatória para a instauração da ação penal na eventualidade do empresário haver praticado algum crime falimentar. Constituía-se, pois, em um instrumento adequado à investigação de fatos que poderiam servir de suporte à futura ação penal, objetivando apurar eventual responsabilidade do empresário na falência ou na recuperação.

4 DA EXTINÇÃO DO INQUÉRITO JUDICIAL

A lei 11.101/2005 não repetiu a figura do inquérito judicial, ao contrário, dispõe no artigo 187, que o Ministério Público, ao ser intimado da sentença que decretar a falência ou conceder a recuperação judicial, verificando a existência de crime falimentar, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a instauração de inquérito policial. Não mais fazendo referência ao inquérito judicial, como no extinto Decreto-Lei.

O afastamento do inquérito judicial é um retrocesso, pois a discussão doutrinária em torno da fase persecutória ventila não só na extinção do inquérito judicial, incluindo-se o policial, mas na sua adequação ao atual Estado Democrático de Direito e consequentemente ao sistema acusatório.

A ausência de sua previsão na atual Lei de Falência faz com que a defesa não tenha meios de participar da produção de provas durante a fase pré-processual. O que se busca atualmente é a ampla participação da defesa não só na fase judicial, mas também na fase do inquérito policial. No Decreto-Lei já havia essa disposição, através da participação da defesa por meio do inquérito judicial; que apesar de ser presidido pelo juízo da falência, visava unicamente apurar crimes.

A doutrina debruça-se em demonstrar a importância da participação da defesa em todas as fases do processo, tanto o administrativo quanto o judicial. Apesar de que, na teoria admitir-se a participação da defesa na produção das provas que são irrepetíveis na fase processual, sabe-se das dificuldades do defendente exercer a efetiva ampla defesa, pois muitas vezes essa concessão da participação é ato discricionário da autoridade policial; daí a importância do extinto inquérito judicial.

A Constituição preocupa-se em proteger o indivíduo de eventual uso arbitrário do poder penal, mantendo o processo no âmbito da racionalidade. A expressão investigação criminal tem significação ampla de produção de prova e discussão de causa, compreendendo, assim, não só a instrução da causa em juízo, por qualquer meio de prova admitido, e em qualquer fase do processo, mas também na chamada fase pré-processual ou de inquérito[6].

Importante levar-se em conta que o direito de defesa não pode sofrer limitações. Uma delas, que foi estabelecida na prática, das mais prejudiciais pelo dano que causa, é a limitação temporal do direito de defesa. O direito de defesa está relacionado com a existência de uma acusação e não com o seu instrumento de formalização. Ao contrário, quanto menor o grau de formalização da acusação, maior é a necessidade de defesa. Portanto, o direito de defesa deve ser exercido desde o primeiro ato do processo em sentido *lato*, isto é, a partir do momento da existência da acusação, por mais vaga e informal que esta seja. Isto inclui as fases “pré-processuais” ou policiais; impedir durante essas fases o exercício do direito de defesa é claramente inconstitucional[7].

O que se pretende com a manutenção do extinto inquérito judicial, não é que o falido ou em fase de recuperação possa contraditar toda e qualquer prova na fase investigativa visando a impunidade e tumultuar a investigação, mas proporcionar a ele meios de fornecer elementos que muitas vezes podem comprovar sua inocência e participar da produção das provas que futuramente serão impossíveis de serem repetidas e que darão subsídios ao Ministério Público para a persecução penal.

O objetivo primordial da participação da defesa na fase do inquérito é de poder contestar as arguições feitas através da exposição do síndico e perícias oferecidas, por exemplo. Portanto, no inquérito judicial cabia ao falido apenas acompanhar a investigação e tentar fornecer elementos que comprovassem sua inocência, buscando-se não chegar à instauração do temido processo penal. A questão de ter o réu sempre um defensor, diz mais com o princípio da amplitude de defesa do que com o contraditório[8]. Participação essa que na prática é bastante deficitária, pois nessa fase a defesa não consegue exercer a efetiva ampla defesa assegurada constitucionalmente.

Os princípios abrangem todo o ordenamento jurídico. Se uma lei não estiver em sintonia com eles, ainda que seja a Constituição, não deve ter eficácia perante o atual Estado de Direito[9].

Seguem abaixo alguns julgados dos tribunais pátrios, datados da época em que vigorava o Decreto-Lei em questão, demonstrando a conformidade do instituto do extinto inquérito judicial com os princípios constitucionais, como a ampla defesa, o contraditório e a preservação da empresa.

HABEAS CORPUS – CONSTITUCIONAL – PENAL – PROCESSO PENAL – CRIME FALIMENTAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – Nos crimes falimentares, antes da denúncia, o Juiz deve abrir prazo para o falido contestar as arguições contidas nos autos do inquérito e requerer o que achar conveniente (DL. 7.761/45, art. 106). Se o Juiz entender que os requerimentos formulados pela defesa não são indispensáveis para os fins da falência, não fica obrigado a deferi-los (DL. 7.761/45, art. 107). O despacho que recebe a denúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação. È uma decisão interlocutória simples. Embora deva ser fundamentado, não é exigível uma análise aprofundada da prova. Apenas há que se verificar se a denúncia atende aos requisitos do art. 41 do CPP. Habeas indeferido[10].

DIREITO PROCESSUAL PENAL – LEI DE FALÊNCIAS – AUSÊNCIA DE RESPOSTA DO FALIDO NO INQUÉRITO JUDICIAL – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DESPACHO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA NO JUÍZO DE QUEBRAS – PREJUÍZO – NULIDADE – EXISTÊNCIA – 1. A Lei de Falências, na letra de seus artigos 106 e 109, parágrafo 2º, afora gravar o inquérito judicial com o contraditório e o direito de defesa, podendo o falido contestar as argüições nele insertas e requerer o que entender de direito, faz também induvidoso que o Juízo Falimentar tem o dever de motivar o despacho de recebimento da denúncia. 2. Por consequência, em se suprimindo ao falido a resposta que lhe assegura a Lei de Quebras e se dispensando o Juízo Falimentar da fundamentação legalmente devida ao recebimento da acusatória inicial, caracteriza-se a nulidade do feito, cuja declaração é imperativa quando é certo e demonstrado o prejuízo do imputado. 3. Recurso provido[11].

A denúncia por crime falimentar não pode ser recebida sem que, nos termos do art. 106 da Lei de Falências, tenha tido o falido a oportunidade de impugnar a prova obtida e requerer diligência[12].

INQUÉRITO JUDICIAL – Falido não intimado para se defender. Formalidade essencial do processo. Anulação deste. "Habeas corpus" concedido. Art. 106. A jurisprudência tem assentado, com raras discrepâncias, que a inobservância do art. 106 da Lei de Falências constitui fundamento de anulação do processo criminal[13].

HABEAS CORPUS – CRIME FALIMENTAR – INQUÉRITO JUDICIAL – DEFESA PREVIA – ART. 106 – LEI DE FALÊNCIAS – ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE – ANULAÇÃO DO PROCESSO – Crime. Falimentar. Processo. Defesa preliminar (art. 106 da Lei de Falências). O Inquérito Judicial nos crimes falimentares difere do Inquérito Policial; aquele é judicial e este é de natureza administrativa; no Inquérito Judicial, verdadeiro processo preparatório, pode-se apurar conduta de terceiro, estranho à quebra e, por isto, a lei determina que, tanto o falido quanto esses, sejam ouvidos para repelir as alegações contra eles contidas na apuração podendo, ainda no prazo de cinco dias, requerer diligências e exames que entender convenientes a sua defesa. Trata-se de verdadeira defesa preliminar, assemelhada aquela que os servidores públicos exercem no procedimento dos crimes funcionais afiançáveis e que evoluiu para o procedimento da competência originária dos Tribunais. Se tal faculdade não é concedida viola-se o exercício da defesa ampla, assegurado pela Constituição Federal e cria-se defeito irreparável no processo, sendo de se aplicar a sanção processual de nulidade. Habeas corpus deferido, em parte[14].

Vicente Greco Filho faz importantes considerações a respeito, sustentando haver quatro questões merecedoras de destaque no procedimento dos crimes falimentares: a primeira refere-se à polêmica a respeito de ser, ou não, o inquérito judicial contraditório. A resposta não pode ser absoluta. Se é certo que a sua função investigatória exige inquisitividade e que não se vê no procedimento acima descrito a contrariedade plena, não é menos certo que a oportunidade dada ao falido de se manifestar e requerer diligências dá-lhe algo de contraditório. O que se pode concluir, nos termos do que tem decidido o Supremo Tribunal Federal, é que o inquérito judicial tem natureza inquisitiva, não recebendo as conclusões do síndico decisão judicial, de modo que o Ministério Público não fica vinculado a elas ao oferecer a denúncia, apesar de ter algumas características de contraditório[15].

As provas colhidas durante a fase da falência ou da recuperação são provas que foram obtidas por um processo de investigação com características cíveis. Em contraposição ao processo civil, no processo penal rege o princípio da investigação, também chamado de princípio da verdade material ou princípio da instrução ou inquisitivo[16]. As provas produzidas com fins não penais abrangidas pela lei 11.101/2005 tem finalidades diferentes das provas produzidas com fins penais, pois o bem jurídico agora em discussão é a liberdade.

Não de pode esquecer, como adverte Cirino dos Santos, que o processo penal não se constitui processo de partes livres e iguais, como o processo civil, dominado pela liberdade de partes, em situação de igualdade processual –, mas uma relação de poder instituída pelo Estado com a finalidade de descobrir a verdade de fatos criminosos e punir os considerados culpados[17].

As partes interessadas são aquelas em cuja esfera jurídica o provimento está destinado a produzir efeitos. Mas essa participação se dá de forma específica, se dá em contraditório, mais que a simples garantia de dizer e contra dizer, é garantia de participação em simétrica paridade[18].

Provas produzidas com fins não penais não podem ser utilizadas indistintamente no processo penal falimentar sem antes ser oferecido ao acusado oportunidade de participação na produção das provas irrepetíveis. Essa faculdade era assegurada através do extinto inquérito judicial, pois assim se permitia a efetiva participação do investigado na produção de provas, já que referidas provas produzidas durante o processo de falência ou de recuperação judicial não tinham como fim a apuração de crimes e futuramente poderiam servir de embasamento para a denúncia e possivelmente para a sentença.

Claus Roxin faz respeitáveis colocações a respeito das diferenças existentes na produção de provas no processo civil e no processo penal:

En el proceso civil, puesto que solo están involucrados intereses privados, y en tanto ello sea así, rige el llamado principio dispositivo, esto es, las partes tienen que proporcionar los antecedentes materiales necesarios para dictar la sentencia y cargan con la responsabilidad exclusiva de hacerlo (JIIUERNIG, § 25); de este modo, el poder de disposición de las partes, que existe ya con respecto al objeto del proceso en virtud de la maxima disposicion, se hace extensivo también a la obtención de la prueba (en forma distinta que en el proceso administrativo). Por ello, de acuerdo con el principio dispositivo, el juez sólo puede basar su sentencia en aquello que las partes han afirmado y puesto a prueba, y en aquello que han probabo:

a) Las manifestaciones coincidentes de las partes vinculan al juez. Así, el juez está vinculado por la confesión (§ 288, ZPO), que es tomada por base de la sentencia sin comprobarla. Además, las afirmaciones fácticas que no han sido rebatidas, rigen como correspondientes a la verdad (§ 138, III, ZPO; consecuencia de este principio son los procedimientos contumacial y monitorio).

b) Por cierto, los hechos controvertidos necesitan ser probados; pero el tribunal no procura por si mismo los medios de prueba, sino que se limita a la utilización de los elementos probatorios que las partes senãlan (esto es, las partes deben "ofrecer las pruebas', § 282, ZPO).

Sin embargo, este principio es, en gran parte, inobservado.

Por consiguiente, en el proceso civil rige el “principio de la verdad formal”[19].

A produção da prova com suporte na lei 11.101/2005, que objetiva apurar a falência ou a recuperação, não pode ser utilizada indistintamente para a imputação de crimes ao empresário, pois essas provas foram produzidas com interesses privados, com finalidades distintas. O juízo da falência – cível – baseia sua decisão nas provas trazidas aos autos pelas partes, com interesses privados, diferente da seara penal, na qual o interesse é público e o juiz não fica adstrito somente às provas que foram trazidas aos autos pelas partes.

Afastando-se o investigado da fase investigatória e sendo denunciado posteriormente, correr-se o risco de prejudicar a manutenção do bom andamento da atividade empresarial, uma vez que não foi oferecida ao mesmo a possibilidade de participação na produção de provas nessa etapa de suma importância tanto para o investigado quanto para o Estado. Podendo acarretar também consequências irreparáveis para a preservação da empresa, pois o órgão acusatório poderá denunciá-la, sendo que muitas vezes esses transtornos poderiam ser amenizados com a participação do investigado na produção da prova, possibilitando a ele, por exemplo, a demonstração da ausência de tipicidade para a instauração do procedimento criminal, o que poderia ser resolvido perante o próprio juízo da falência, já que durante a fase da falência ou da recuperação é ele quem possui o amplo conhecimento das provas ali existentes, não movimentando futuramente toda a estrutura estatal em vão.

O art. 186[20] da lei 11.101/2005 prevê que o *Administrador Judicial* apresentará ao juiz da falência exposição circunstanciada, considerando as causas da falência, do procedimento do devedor, antes e depois da sentença, e outras informações detalhadas a respeito da sua conduta e de outros responsáveis, se houver, por atos que possam constituir crime falimentar, bem como outro delito conexo. Não significa dizer que existe aqui a figura do inquérito judicial, apenas que o Administrador, de posse dessas informações, deverá repassá-las ao juiz falencial que por sua vez, deverá encaminhá-las ao Ministério Público, para oferecer denúncia ou requisitar, caso entenda, instauração de inquérito policial.

A participação do empresário na fase investigativa, através do inquérito judicial, facultava a ele esclarecer as possíveis imputações penais que lhe foram atribuídas e que na prática, muitas vezes, afastava a fase judicial; o que não é possível atualmente com o inquérito policial. Com sua manutenção, seria amenizado um desnecessário desgaste em sua imagem e não se inviabilizaria ainda mais a situação econômico-financeira do empresário e da empresa, assegurando-se sua preservação, sua função social, o estímulo à atividade econômica, a manutenção de empregos, arrecadação, fornecedores e acima de tudo o nome com o respectivo conceito no mercado e a adequação ao atual Estado Democrático de Direito.

O professor José Barcelos de Souza, de forma cristalina mostra a importância da participação da defesa na fase pré-processual e os riscos em afastá-la:

Conquanto a defesa, em regra, deva intervir, e já então obrigatoriamente, depois de iniciada a ação penal, não seria desarrazoado que, antes mesmo, e a seu critério, em

havendo a *fase preliminar do inquérito*, se pusesse vigilante e atuante. Seu objetivo seria, em certos casos, evitar a promoção da ação dita pública, ou seja, demonstrar que os autos do inquérito devam ser arquivados.

Para essa fase policial do procedimento, isto é, a fase do inquérito, que não é de essência, por isso que pode ser dispensada, não se faz obrigatória a participação da defesa, pois a instrução que aí se faz é provisória, com finalidade mais de investigação do que probatória. Não há ainda acusado, senão indiciado. Nem o inquérito dará lugar, fatalmente, à ação penal; e, se esta for intentada, no juízo competente haverá, então, a imprescindível participação do defensor. Mas acontece que os elementos do inquérito são aptos e suficientes para a prova e os requisitos da prisão preventiva que, quando for caso dela, poderá ser decretada, pelo juiz, em qualquer fase do próprio inquérito; podendo, então, ter o indiciado interesse em que fique demonstrada a inocorrência daqueles requisitos, e, neste particular, especialmente na obtenção de provas relativas às causas de exclusão do crime, também chamadas justificativas penais, impeditivas que são do decreto de prisão. Poderá, ainda, interessar-se em ver coligidas provas que contra-indiquem a denúncia. Ademais, certos exames periciais, cujo valor probante repercutirá na própria sentença final, não terão possibilidade de ser repetidos em juízo, quando já passada a época em que se mostravam oportunos, e à defesa poderá parecer conveniente o esclarecimento de alguma circunstância. São estas as considerações que nos levam à indagação do cabimento de uma ampla intervenção, facultativa, por parte do indiciado[21].

5 DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO DOS CRIMES FALIMENTARES

A lei 11.101/2005, no art. 200[22], revogou a aplicação dos arts. 503 a 512[23] do Código de Processo Penal, que regulavam o procedimento especial para julgamento dos crimes falimentares. A nova lei estabelece expressamente, no art. 185, que recebida a denúncia ou a queixa, o rito a ser adotado é o previsto nos arts. 531 a 540 do Código de Processo Penal, ou seja, a aplicação do processo sumário e do Código de Processo Penal subsidiariamente, apesar de haver delito punido com pena privativa de liberdade de até oito anos de reclusão.

O Código de Processo Penal, no art. 394, regula o procedimento comum, podendo ser ele ordinário, sumário ou sumaríssimo. O procedimento sumário deverá ser adotado *quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade**[24]***.

Com a alteração, segue-se o rito previsto para os crimes apenados com pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, o que se afigura incompreensível, pois existem delitos previstos na lei 11.101/2005 com pena privativa de liberdade acima de quatro anos[25][26]. Justificar-se-ia assim a mesma oportunidade de defesa dada aos demais acusados quando em situação semelhante, vale dizer, processados por infrações penais cominadas com pena privativa de liberdade de quatro anos ou mais.

O processo penal deve ser visto como instrumento de efetivação de garantias constitucionais e não como meio para dificultá-las.

A mesma estranheza causou a Antônio Sérgio A. de M. Pitombo, mencionando com razão, "*a indicação de procedimento incompatível com a complexidade dos fatos em julgamento*", tornando-se necessária a realização da instrução sob o rito ordinário[27].

Segundo parece, tendo o legislador optado pela forma mais célere, não cabe ao juiz, sempre alterar o procedimento para o rito ordinário. Porém, se houver ofensa à ampla defesa, princípio constitucional, acima da lei ordinária, torna-se viável a conversão aventada[28].

No Código de Processo Penal havia um procedimento especial que regulava os crimes falimentares. De forma expressa, dizia que o processo comum seria o aplicável – ordinário, sumário ou sumaríssimo –, diferentemente da Lei 11.101/05, que diz que o processo a ser adotado é o sumário.

Indistintamente a lei 11.101/2005 adota o processo sumário. A incompatibilidade é preocupante e chega aos limites de um questionamento fundado em princípios constitucionais, na medida em que confronta com o princípio da ampla defesa, pois é cediço que uma das formas básicas de se permitir o exercício desse princípio é estabelecer uma amplitude procedimental compatível com os crimes combatidos com maior rigor punitivo no plano formal. Deve haver uma co-relação, uma congruência, e, sempre, uma coerência entre a pena formalmente fixada e o procedimento a ser aplicado na persecução em juízo. Para os delitos com penas mais brandas, com consequências menos sensíveis, os procedimentos mais céleres e menos formais. Para os delitos mais graves, punidos com reclusão, os procedimentos mais amplos, com maiores garantias e consequentemente, maior amplitude de defesa e formalismo[29].

Não é o que se vê na atual Lei de Falência. O rito sumário, ao ser aplicado aos crimes tipificados na lei 11.101/2005, afasta princípios assegurados constitucionalmente, prejudicando o empresário ou a empresa, a recuperação ou a falência que esteja em andamento. A adoção do rito sumário diminui a possibilidade do acusado exercer a efetiva ampla defesa, uma vez que é imposta maior celeridade e menor formalidade à instrução processual.

Apesar das disposições legais acerca do processo sumário ainda estarem em vigor, são raríssimas as suas hipóteses de aplicação práticas. A aplicação desse rito procedimental já era bastante reduzida, uma vez que se destinava aos crimes apenados com detenção não sujeitos a procedimento especial. Entretanto, as hipóteses de incidência do chamado 'processo sumário' reduziu-se ainda mais com o advento da Lei 9.099/95, com as alterações da Lei 10.259/01.

Com efeito, hoje, os Juizados Especiais Criminais abarcam a maior parte dos delitos apenados com detenção, inclusive aqueles aos quais se destinavam procedimentos especiais.

Diante disso, o procedimento sumário apenas terá lugar quando um delito apenado com detenção tiver pena máxima superior a dois anos (exceção feita a alguns delitos previstos no Código de Trânsito que, mesmo com penas máximas superiores a dois anos, admitem legalmente a aplicação dos institutos previsto na Lei 9.099/05, conforme

disposto no parágrafo único do art. 291 da Lei 9.503/97); ou mesmo sendo a pena inferior a dois anos o autor do fato não puder ser encontrado para citação pessoal; ou se a complexidade do feito tornar impossível a aplicação do rito sumaríssimo; ou, ainda, se a infração imputada não estiver em conexão a outra mais grave, sujeita a procedimento incompatível com o sumário[30].

O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, manifestou-se a respeito do assunto em sede de *Habeas Corpus*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. **CRIME FALIMENTAR**. NEGATIVA DE AUTORIA. REEXAME E VALORAÇÃO DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. **DELITO COMETIDO ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI N.º 11.101/05. RITO ORDINÁRIO**. LEGALIDADE. INTIMAÇÃO DE ADVOGADO CONSTITUÍDO. IMPRENSA OFICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 370, § 1º, DO CPP. NÃO-APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS. INÉRCIA DO DEFENSOR CONSTITUÍDO DEVIDAMENTE INTIMADO. NULIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Analisar a argüição de negativa de autoria implicaria o reexame e a valoração do conjunto fático-probatório produzido durante toda a instrução criminal, desiderato vedado na estreita via eleita pelo impetrante. **2. Aos delitos falimentares cometidos anteriormente à vigência da Lei n.º 11.101/05 aplica-se o rito previsto nos arts. 503 a 512 do Código de Processo Penal, por expressa disposição de seu art. 192 ("Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei no 7.661, de 21 de junho de 1945").** 3. Nos termos do que estabelece o § 1º do art. 370 do Código de Processo Penal, a intimação do advogado constituído far-se-á pela publicação na imprensa oficial. 4. A apresentação das alegações finais pela defesa é imprescindível ao devido processo legal, motivo por que a prolação da sentença sem que tenha sido suprida omissão ofende a ampla defesa e o contraditório. 5. Em caso de inércia do defensor constituído, faz-se mister a intimação do réu, a fim de constituir novo advogado ou, na impossibilidade de tal providência, para que seja assistido por defensor público ou dativo. Precedentes. 6. Transcorridos mais de 2 anos desde o recebimento da denúncia, último marco interruptivo, deve ser reconhecida a extinção da punibilidade do paciente, pelo transcurso do prazo prescricional. 7. Ordem parcialmente concedida para anular o processo, desde a fase do art. 500 do Código de Processo Penal, pela não-apresentação das alegações finais e, por conseguinte, para declarar a extinção da punibilidade quanto ao crime imputado ao impetrante/paciente HÉLIO DA CONCEIÇÃO FERNANDES COSTA, em face da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, inciso IV, c/c o art. 199 do Decreto-Lei 7.661/45[31]. (grifo nosso)

O princípio da ampla defesa seria melhor assegurado com a aplicação do rito ordinário, dada a complexidade dos delitos falimentares, pois esse rito oferece ao acusado maiores

garantias e consequentemente melhores meios de produção de provas, afirmando-se, assim, o devido processo legal e a efetiva ampla defesa.

O rito sumário está em descompasso com as penas imputadas aos tipos falimentares, pois ele é desproporcional ao que se submete. Com penas severas, exigem-se maiores garantias e meios de provas mais amplos, assegurados através da aplicação do rito ordinário. O processo sumário prejudica a ampla defesa do acusado, *v.*, o prazo de conclusão do inquérito é mais exíguo e o número de testemunhas é menor.

Com a instrução processual não condizente com a complexidade dos fatos e havendo futuramente a condenação, são grandes as chances de se prejudicar o bom andamento da atividade empresarial e também o empresário; o que poderia ser evitado ou amenizado através de um procedimento adequado às penas propostas pelo legislador ordinário.

O Direito é um todo harmônico, um conjunto de normas, atualmente não é aceita a fundamentação em uma única norma. No atual Estado Democrático de Direito, deve ser afastado qualquer instituto que ignore a aplicação da Constituição, devendo ser assegurado aos sujeitos processuais o devido processo legal e isso traz consequências quanto à aplicação de um rito adequado à legislação penal falimentar.

Por trás da legislação há um *mundo invisível* dos princípios que as regem, cabendo ao jurista decifrá-los. Embora apenas alguns deles pareçam explícitos e, portanto, induvidosamente consagrados, sempre são eficazes independentemente do texto legal[32].

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual Lei de Falências trouxe incoerências que podem prejudicar a empresa e o empresário de forma imensurável. A lei 11.101/2005 suprimiu o instituto do inquérito judicial, antes previsto no Decreto-Lei 7.661/1945, retirando a possibilidade da defesa participar da fase investigativa, sendo que o atual inquérito policial não concede essa oportunidade.

Além de suprimir instituto de grande importância para a investigação, determinou que o rito a ser seguido será o do processo sumário, regulado pelo Código de Processo Penal.

Estranheza causa, pois, além de retirar do ordenamento jurídico uma faculdade da defesa de participação na investigação – inquérito judicial –, impõe um rito – sumário – que visa ser mais célere e menos formal que o rito ordinário, inovando com penas privativas de liberdade que podem chegar a oito anos de reclusão.

A lei 11.101/2005 prejudica a ampla defesa e o contraditório, além da preservação da empresa. Afasta a faculdade da defesa na produção de provas durante a investigação na fase falimentar e aplica um rito incompatível com penas tão severas, deixando-a a mercê do Estado.

Quando se une o afastamento do inquérito judicial e a aplicação do processo sumário, fica ainda mais clara a situação temerária que se encontrará o empresário caso seja

imputado a ele algum crime falimentar, restando afastados princípios que estão em consonância com o atual Estado Democrático de Direito e com o modelo acusatório de processo.

Além de ser retirado do ordenamento jurídico um meio de participação da defesa durante a fase preliminar de investigação, que estava em harmonia com os princípios constitucionais, ainda aplica-se um rito que não condiz com as penas impostas, prejudicando o investigado, tendo em vista o afastamento de princípios constitucionais basilares.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito.* 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e concordata*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo.

ANDRADE, Jorge Pereira. *Manual de falências e concordatas*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

AMBROGINI, O. *Do processo penal falimentar*. V. 81, nº 683. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.282-294, set. 1992.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. A *reforma penal: ilícitos penais econômicos*. Rio de Janeiro: Forense.

BESSONE, D. *Instituto do direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BEZERRA FILHO, M. J. *Lei de falência: comentado: método para estudo de lei de falências: doutrina: comentário artigo por artigo: jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada.* 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

BINDER. Alberto M. *Introdução do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 115-116.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Diário da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, p. 1. col. 1, anexo, 05/10/1988.

BRASIL. Lei Ordinária nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, Diário da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, Edição Extra, 10/02/2005.

BRASIL. Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945. Dispõe sobre a Lei de Falências.

BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de direito empresarial.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo.* 12. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. *Revista da faculdade mineira de direito.* Belo Horizonte: v. 3, n. 5 e 6, p. 163, 1º e 2º sem. 2000.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal – parte geral.* 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CORDERO, Franco. *Procedura penale.* 2. ed. Milano, Giuffre Editore, 1993.

Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 07/12/1940.

Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 03/10/1941.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire.* Londres: The Fontana, 1986.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas.* 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FILHO, Adalberto Simão, LUCCA, Newton de. *Direito empresarial contemporâneo.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

FRAGOSO, Heleno C., HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal.* 5. ed. V. 1. T. 1. Rio de Janeiro: Forense. 1977.

FÜHRER, M. C. A. *Roteiro das falências e concordatas*. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

GRECO FILHO, V. Manual *de processo penal.* 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

LACERDA, J. C. Sampaio. *Manual de direito falimentar*. 14. ed. rev. e atual./por Jorge Miranda Magalhães. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

MAIER, Julio B. J. *Derecho processal penal.* Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial.* São Paulo: Atlas, 2005.

NORONHA, E. M. *Curso de direito processual penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4. ed., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas.* 3. ed. rev., atual., ampl.,São Paulo: RT, 2008.

PODVAL, Maria Fernanda de Toledo R. PODVAL, Roberto. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial.* Coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stoco. Vol. 4. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. *Curso de direito comercial*. 26. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião São Paulo: Saraiva, 2005.

REQUIÃO, R. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva,1991.

_____._____. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROXIN, Claus. *Derecho processal penal.* 1. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo.* 28. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Comentário contextual à Constituição.* 2. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 52. São Paulo: Malheiros, 2006.

SÓLON, F.F. *O inquérito judicial e sua indagação*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 90, n. 791, p. 519-523, set. 2001.

SOUZA, José Barcelos de. *A defesa na polícia e em juízo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa, atividade empresária e mercados.* São Paulo: Atlas, 2004.

TOVO, Paulo Cláudio. TOVO, João Batista Marques. *Princípios de processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial.* São Paulo: Malheiros, 2004.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho; ZANOTI, André Luiz Depes. *A preservação da empresa sob o enfoque da nova lei de falência e de recuperação de empresas*. Revista Magister de Direito.

---

[1] Empresa é atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens. BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de direito empresarial.* 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1995, p. 100.

[2] ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho; ZANOTI, André Luiz Depes. *A preservação da empresa sob o enfoque da nova lei de falência e de recuperação de empresas.*

[3] Empresário é o sujeito de direitos que explora a atividade de empresa, é o titular dessa atividade a quem cabe a assunção dos riscos dela decorrentes. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial.* São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 155

[4]Há um silêncio injustificável que é o referente à ausência de um dispositivo específico sobre a função social do empresário. FILHO, Adalberto Simão, LUCCA, Newton de. *Direito empresarial contemporâneo.* São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000, p. 69.

[5] SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa atividade empresária e mercados.* São Paulo: Atlas, 2004.

[6] SOUZA, José Barcelos de. *A defesa na polícia e em juízo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 8-9.

[7] BINDER. Alberto M. *Introdução do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 115-116.

[8] SOUZA, José Barcelos de. *A defesa na polícia e em juízo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 10.

[9] TOVO, Paulo Cláudio. TOVO, João Batista Marques. *Princípios de processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47.

[10] STF – HC – 79106 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Nelson Jobim – DJU 17.08.2001 – p. 00049.

[11] STJ – RHC 10219 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 06.05.2002.

[12] TJSP, HC nº 106.554, 423/325.

[13] TJ/SP, RT 415/65.

[14] TJRJ – HC 1.790/1999 – (Ac. 25111999) – 3ª C.Crim. – Rel. Des. Gama Malcher – J. 17.08.1999.

[15] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 437-438.

[16] ROXIN, Claus. *Derecho processal penal.* 1. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 99.

[17] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal.* Parte Geral. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.655.

[18] CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. *Revista da Faculdade Mineira de Direito.* Belo Horizonte: v.3, n. 5 e 6, p. 163, 1º e 2º sem. 2000.

[19] ROXIN, Claus. *Derecho processal penal.* 1. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 99.

[20] Art. 186. No relatório previsto na alínea *e* do inciso III do **caput** do art. 22 desta Lei, o administrador judicial apresentará ao juiz da falência exposição circunstanciada, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença, e outras informações detalhadas a respeito da conduta do devedor e de outros responsáveis, se houver, por atos que possam constituir crime relacionado com a recuperação judicial ou com a falência, ou outro delito conexo a estes.

[21] SOUZA, José Barcelos de. *A defesa na polícia e em juízo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 20-26.

[22] Art. 200. Ressalvado o disposto no art. 192 desta Lei, ficam revogados o Decreto-Lei no 7.661, de 21 de junho de 1945, e os arts. 503 a 512 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

[23] Revogados pela Lei 11.101/05, regulavam o processo e o julgamento dos crimes de falência.

[24] Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

(...)

II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade.

[25] Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Aumento da pena

§ 1º A pena aumenta-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o agente:

(...)

[26] Art. 172. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o credor que, em conluio, possa beneficiar-se de ato previsto no caput deste artigo.

[27] PITOMBO, Sérgio. *Comentário à lei de recuperação de empresas e falências*, p. 563.

[28] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas.* 3. ed. rev., atual., ampl.,São Paulo: RT, 2008.

[29] FRAGOSO, Heleno C., HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal.* 5. ed. V. 1. T. 1. Rio de Janeiro: Forense. 1977.

[30] PODVAL, Maria Fernanda de Toledo R. PODVAL, Roberto. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial.* Coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stoco. Vol. 4. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 334.

[31] HC 88000 / SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgamento 06/05/2008, DJe 23/06/2008.

[32] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 301.

TEORIA DEMOCRÁTICA DO DISCURSO E "TÉCNICA" DE RECURSOS ESPECIAIS "REPETITIVOS": ENSAIO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 11.672/2008 (ART. 543-C, DO CPC) *

THEORY OF DISCOURSE DEMOCRATIC AND "THECNICAL" SPECIAL FEATURES "REPETITIVE": TRIAL ON THE CONSTITUTIONALITY OF LAW 11.672/2008 (ART. 543-C, CPC)

Fernando Horta Tavares
Ana Paula Pereira Silva

RESUMO

Este artigo aborda a importância do discurso democrático, em uma sociedade pluralista e globalizada, na construção das decisões estatais, tendo o Processo, espaço procedimentalizado regido pelo princípio do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, como locus democraticamente adequado ao desenvolvimento do pleno debate, especialmente na solvência dos conflitos intersubjetivos. Analisa-se a efetiva participação popular na construção e fiscalização permanente das decisões estatais para implementação efetiva dos direitos fundamentais pelo Processo. A partir do discurso democrático, com ampla participação, e do direito fundamental à fala (Devido Processo), desenvolvem-se pontos de reflexão sobre a "técnica" impeditiva de recursos especiais chamados "repetitivos", introduzida no CPC pela Lei 11.672/08 (art.543-C), e sua possível (in) compatibilidade com a Constituição Brasileira de 1988.

PALAVRAS-CHAVES: DISCURSO; PROCESSO; DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

This article is about the importance of democratic discourse in a pluralistic and global society in building the state decisions, considering process, a procedurally space guided by principles of contradictory, legal defense and isonomy, as the democratically appropriate locus to development of whole debate. The real popular participation in building the state decisions to implement fundamental rights through process is also analyzed. Throuhg democratic discourse, as a wide debate, and fundamental right of speech (due process), thinking points about the obstructive technique of "repeated" appeal's, brought to brazilian CPC by Federal Law n. 11.672/2008, whether according to the Constitution or not, are developed.

KEYWORDS: DISCOURSE; PROCESS; FUNDAMENTAL RIGHTS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

A análise sobre a importância do discurso democrático na sociedade pluralista e globalizada na contemporaneidade possui destacado lugar nos estudos ligados ao Estado Democrático de Direito. Todavia, o estudo do discurso (como debate) em espaço procedimentalizado regido pelos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia demanda incursões mais complexas que a mera observação de aglomerações de iguais em uma Comunidade Jurídica.

Assim, a análise do discurso como debate e não como *de-curso* demanda ao estudioso de direito incursões mais aprofundadas na implementação efetiva dos direitos fundamentais. Assim, erigem-se, hodiernamente, as cogitações em torno da idéia da necessidade de se discutir a fala como direito fundamental, em espaço carente de incidência de direitos fundamentais mínimos.

Este artigo pretende abordar a interação do princípio do discurso e a "técnica" impeditiva de recursos denominados "repetitivos", introduzida pela Lei 11.672/08 (art.543-C), em uma sociedade pluralista e complexa tendo como base os princípios diretivos do Processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) e o Devido Processo. Isto porquê não é cogitar *discurso* como pleno debate sem a prévia existência de acesso de todos à saúde, ao saneamento básico, à escolaridade e ao aprendizado mínimos; à possibilidade de ter o auxílio técnico-científico de advogado, à segurança e ao lazer.

Deste modo, procurar-se-á fazer considerações sobre como se debater a implementação do discurso democrático se nem mesmo há concretizados direitos fundamentais mínimos para a existência digna do cidadão, especialmente no plano dos procedimentos recursais. O direito à fala, de gabarito fundamental, é necessário para a própria concretização dos demais direitos, já que é pela linguagem que o cidadão participa das decisões em âmbitos estatal e privado.

Neste sentido, pretende-se examinar a importância do debate na democracia para, a partir dessa concepção, analisar constitucionalmente a "técnica" impeditiva de recursos especiais nomeados como "repetitivos".

1. TEORIA DEMOCRÁTICA DO DISCURSO: o discurso e a democracia

Na contemporaneidade, democracia e discurso são termos que carregam algumas obscuridades, pois ao se falar em democracia e em discurso não se esclarece qual democracia e qual discurso se estuda. Neste sentido, a implementação de democracia participativa pelo discurso democrático perpassa pela concretização dos direitos fundamentais mínimos. Assim tais termos devem ser re-analisados a partir do processo democrático determinado no texto constitucional. Ao se pensar o direito no século XXI, não há como desconsiderar o devido processo legal na conformação de um Estado que se quer de direito e democrático. Neste sentido, a globalização do estudo do Direito

sugere atenção redobrada à implementação dos direitos fundamentais, sobretudo em sociedades com altíssimos níveis de exclusão social, como ocorre no Brasil.

Afinal, a existência de Estados em que a democracia participativa resultou em patamares avançados de fruição de direitos fundamentais, comprova a importância dos esforços dispensados ao estudo do Processo instituidor de direitos da Vivência Humana para a procedimentalização do debate e a conseqüente concretização dos direitos fundamentais.

Deste modo, o estudo do Estado, da globalização e da soberania popular atrela-se à efetividade do processo constitucionalizado regente do devido processo legal, assegurador da dignidade da pessoa. As decisões estatais acerca dos conflitos intersubjetivos, produzidas mediante pleno debate ou discussão, em contraditório, ampla defesa e isonomia, são aquelas únicas a ostentarem legitimidade participativa perante a coletividade. A cogitação de um provimento jurisdicional legítimo decerto extrapola a mera atividade do órgão judiciário, trazendo reflexos também esta atuação estatal no âmbito internacional.

A determinação democrática presente na Constituição do Brasil de 1988 impõe a ativa participação popular como forma de legitimação da atividade estatal. Ao Povo foi concedido o poder e aos seus representantes foi dada a possibilidade de exercê-lo com fulcro no princípio da legalidade, que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo não prescrito em lei (inciso II, art. 5º, Constituição do Brasil).

A idéia de aglomeração de pessoas pressupostamente iguais em busca do consenso como forma de legitimação da atividade estatal não resiste à crítica de um discurso (debate como *dis-curso*, e não mero *de-curso* de tempo histórico) desenvolvido pelo Processo que contempla, no plano instituinte da fala, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, ou seja, quando se propõe o debate entre os destinatários da norma sob o albergue de direitos líquidos, certos e exigíveis, que permitem a todos efetivar o auto-esclarecimento.[1]

O entendimento de que os interlocutores do debate dividem uma unicidade de sentidos pela conformação histórica da comunidade em que foram introduzidos (ou que encontraram ao nascer) não pode ser aplicado à sociedade brasileira de inopino. Tem-se em pauta sociedade que luta pela implementação de direitos fundamentais elementares para a conformação da vida digna, sobretudo o direito à fala. A pré-determinação da vida de cada interlocutor no discurso, de maneira escatologicamente anterior ao seu próprio nascimento, como se houvesse o compartilhamento de uma linguagem única, nua e colonizada pelo mundo da vida, obsta a concretização, para todos, de direitos fundamentais, em especial naquelas sociedades cuja história consagra a exclusão social, como a brasileira.

Contra a consideração de que a história amolda a coletividade de maneira fatídica cabe a advertência de que a inexistência de direitos fundamentais de auto-esclarecimento (e fala) totalmente concretizados e implementados não possibilita, automaticamente, a configuração nem a construção de uma sociedade democrática.

Tal igualdade supostamente existente por força do *de-curso* histórico ampara-se em verdades não interrogáveis. Textos normativos enunciam que os indivíduos sejam iguais

e possuam o mesmo conhecimento; por conseguinte, em um coral de vozes mágicas, assim também se pronunciam ocupantes de cargos públicos, desconsiderando que grande parte da população brasileira é formada por miseráveis, sem a menor perspectiva de inclusão no mundo-da-vida dos patrimonializados (aqueles cujos direitos subjetivos provêm do passar do tempo histórico)[2].

Assim, a pretensão de igualdade entre os interlocutores do discurso de conhecimento, fundado em bases indevassáveis, aliena-se em relação à carência de direitos fundamentais no Brasil, a excluir, por ausência de concretização dos direitos fundamentais mínimos de fala humana, parcela significativa dos cidadãos. Não é possível falar-se em discurso como pleno debate regido por contraditório, ampla defesa e isonomia sem a existência de acesso de todos à saúde, ao saneamento básico, à escolaridade e ao aprendizado mínimos; à possibilidade de ter o auxílio técnico-científico de advogado, à segurança e ao lazer, situação que acomete grande parte da população brasileira.

Ressalte-se que no presente ensaio, pretende-se desenhar análise científica sobre o direito da fala por ocasião do exercício do direito constitucional aos recursos (revisão das decisões judiciais nos graus de competência dos tribunais) – em especial o recurso especial cuja tramitação foi alterada pela introdução do artigo 543-C, ao Código de Processo Civil - e sua repercussão na democracia, sem resvalar em declaração acalorada e retórica da inexistência de condições mínimas de existência digna dos brasileiros.

Ademais, o direito à fala é fundamental para a comunicação entre os destinatários da norma, possibilitando, inclusive, requerimento sobre participação na vida política do país, visto que as decisões dos órgãos estatais só podem ser legitimamente concebidas ou construídas mediante amplo debate entre os mencionados destinatários da norma, em espaço procedimental adequado e regido por princípios processuais constitucionais, a conclamar genuína e participativa concretização do texto constitucional.

Neste sentido, a idéia clássica dos contratualistas (por todos, Rousseau), segundo a qual os indivíduos em reunião decidem, por intuição; que o Estado é necessário e deve atuar para evitar a guerra de todos contra todos, em benefício de determinados interesses, sem debate prévio com os titulares do poder constitucionalmente previsto (povo, como conjunto de legitimados à linguagem processual), não se amolda à democracia. A partir dessa perspectiva, é inconcebível a existência de uma sociedade que se quer democrática e aberta, porque baseada em falsa participação popular.

O direito do legitimado ao processo (a par da concepção de cidadão histórico)[3] de influir nas decisões dos órgãos estatais está conectado à concretização do direito fundamental da fala, direito basilar de toda organização democrática, quando se entende o Processo como espaço discursivo e procedimentalizado sob regência dos princípios institutivos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

Para Rosemiro Pereira Leal, o direito à fala significa respeito ao ser humano como ser da fala, isto é, que se constrói por meio da linguagem. Trata-se, para o autor, de efetivo direito fundamental de primeira dimensão, direito basilar na construção dos demais direitos. Assim, a construção da realidade democrática perpassa pela defesa incondicional da participação da coletividade na construção das decisões prolatadas pelos órgãos estatais, cujos efeitos a coletividade mesma terá de suportar.[4]

Ao se retirar a fala do espaço procedimentalizado regido pelos princípios institutivos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, instaura-se a ditadura da linguagem vazia pelo poder usurpado do povo. A consideração do discurso como amplo debate, na implementação de direitos fundamentais em uma realidade democrática, é proposição mais profunda do que se concebe à primeira vista.

Pode-se analisar, no mesmo raciocínio, a jurisdição na democracia, em concepção globalizada consentânea com as teorias ofertadas na contemporaneidade. A possibilidade da fala no processo constitucionalizado representa a concretização do acesso ao órgão judiciário para a discussão sobre afirmativa acerca de direitos violados, ameaçados e não implementados. A participação democrática dos destinatários da norma na implementação da democracia brasileira, a exemplo dos países mais desenvolvidos, também informa e norteia a chamada atividade ou função jurisdicional do Estado.

Desta forma, no discurso, como garantia da fala, impõe-se a utilização do espaço procedimentalizado aglutinador de direitos fundamentais para veicular deliberações conjuntas, influindo, diretamente, no acesso de todos ao órgão judiciário. A implementação de direitos fundamentais pela fala representa, pela via do acesso aos órgãos estatais – judiciário inclusive -, a indispensável presença do advogado – quer exerça a advocacia pública quer a privada -, assim como do defensor público, na concretização da participação popular. Pretende-se ultrapassar a consideração de que a mera reunião de cidadãos legitima, por si só, as decisões cunhadas pelos órgãos estatais. Assim, o Processo como espaço assegurador dos direitos fundamentais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia mostra-se indispensável para a fala construtora e implementadora de direitos fundamentais.

Não basta em uma democracia a discussão pura e sem maiores implicações entre os patrimonializados, sujeitos de direito por consagração histórica. Necessita-se de lugar adequado à implementação de direitos fundamentais, inexistente para a maior parte da população que ainda é colocada às margens do sistema constitucional, social ou culturalmente interpretado.

A defesa da participação popular vai além da possibilidade de debate de temas aleatoriamente escolhidos por cidadãos. É indispensável a regência do Processo como forma de cumprimento dos ditames constitucionais durante o *iter* do debate.

Desta forma, refutam-se como produção de decisões legítimas a simples e pura discussão de controvérsias entre pessoas, sem a prévia regulamentação pelo procedimento processualmente co-extensivo, a franquear a fala a todos quantos ligados a ele. Somente pelo Processo se mostra possível a configuração de um discurso legitimador de decisões tomadas pelos delegatários da função estatal..

2. DISCURSO DEMOCRÁTICO E A "TÉCNICA" IMPEDITIVA DE RECURSOS ESPECIAIS "REPETITIVOS": relação democrática?

Para Rosemiro Pereira Leal, técnica é um proceder organizado para produzir resultados úteis[5]. Na mesma esteira, Aroldo Plínio Gonçalves define técnica como um "conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades"[6] . Tendo em vista os ensinamentos colacionados, a "técnica" dos recursos especiais chamados repetitivos, com a inclusão do artigo 543-C no Código de Processo Civil pela Lei 11.672/08, consistiria em um conjunto de procederes organizados para a limitação da análise dos recursos especiais pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), considerada, por muitos, sinônimo de prestação jurisdicional rápida e eficiente.

Contudo, o grande problema que se anuncia é a utilização da técnica sem os conhecimentos adquiridos pela ciência teorética e pela crítica numa constante preocupação com a utilidade estratégica daquelas modificações. A técnica destinada ao alcance de resultados úteis sem a interlocução com a ciência provoca um proceder repleto de ideologias não expostas à crítica. [7]

Assim, a técnica a serviço de uma "ideologia da efetividade" está presente na Lei 11.672/08, visto que a busca ávida por celeridade decisória pode redundar no tolhimento do direito constitucional aos recursos, idéia que já perpassa os propósitos do legislador que está a modificar o CPC brasileiro (*vide* a Exposição de Motivos que acompanha o texto legal)[8] desde antes de sua promulgação[9] sem maiores questionamentos científicos[10].

Trata-se de certezas tão enraizadas na mentalidade jurídica da maioria dos profissionais do direito brasileiro que simplesmente não se questiona se há, concretamente, ganho de efetividade processual e celeridade procedimental – nos moldes definidos pelo inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Brasileira -, causando o contínuo descontentamento da comunidade jurídica com a eficácia da atuação dos agentes governativos e judiciais, não obstante as leis vigentes e os direitos que pretende supostamente proteger, num ciclo vicioso de modificações legislativas tendentes a, na maioria das vezes, à supressão de direitos fundamentais do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e, sobretudo, da fundamentação das decisões.

Neste sentido, o impedimento ao exercício do direito de recorrer resulta no questionamento acerca da efetiva possibilidade do acesso ao direito, na visão de Fernando Horta Tavares,[11] e a implementação da democracia participativa por meio de leis autoritárias supressoras do discurso democrático. À vista do princípio do discurso, pode-se afirmar que a supressão do direito à fala recursal junto ao tribunal encarregado de conhecer e processar o Recurso Especial - o STJ -, a partir do procedimento instituído pela Lei 11.672/08, não se coaduna com o constitucionalmente aclamado "acesso à justiça".

Deste raciocínio, pode-se também chegar a outra conclusão, a saber, em que pese as alterações legislativas modificadoras do Código de Processo Civil, não há incremento da participação popular nas decisões estatais em razão da supressão da fala mediante qualificação solipsista-judicacional de recursos considerados como repetitivos sem o devido debate. Logo, de maneira paradoxal, a "técnica" dos recursos repetitivos acaba promovendo a defesa mediante ausência, ou seja, defende-se a fala pela sua negação a todos.

Ademais, o procedimento impeditivo do processamento dos recursos especiais tidos como "repetitivos" está em consonância com o ideário das inúmeras reformas procedimentais ocorridas nos últimos anos, é dizer, pela falsa bandeira de um suposto aumento do acesso e celeridade de atuação dos órgãos estatais instaura-se a *ditadura do conhecimento pressuposto dos tribunais* (um saber pressuposto e histórico-pragmático), sobre o que é ou não recurso repetitivo, já que não há, na formulação do sentido, a participação dos interessados e que suportarão os efeitos da decisão do tribunal, inviabilizando, por conseqüência, o discurso processualizado e democrático.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias[12] informa que, em 32 anos de vigência do CPC (Lei 5.925, de 1° de outubro de 1973), ocorreram 350 alterações legislativas no seu texto. Assim, a introdução da possibilidade de julgamento de recursos especiais por "processos testes", escolhidos pelos próprios julgadores, configuraria mais uma vã tentativa de alcançar a tão sonhada efetividade processual pela celeridade procedimental.[13]

Ressalte-se, como dito alhures, que a crença em uma justiça pela mera rapidez procedimental-temporal persegue já décadas os estudiosos brasileiros. [14] A "técnica" impeditiva de processamento de recursos especiais chamados de "repetitivos" não escapou do poço de contradições ideológicas que permeia a avalanche reformadora do Código de Processo Civil, ao tentar esconder a tese de que a garantia de uma ainda inesclarecida efetividade do direito passaria pela supressão de outro direito, nesse caso, o direito fundamental ao recurso (art. 5.º, LIV e LV, da CRFB), o que não se pode permitir, conseqüência de colisão com o Princípio do Discurso.

O atual Ministro da Justiça Tarso Genro[15], ao enviar o Anteprojeto de Lei contendo a sugestão da "análise por atacado" [16] dos recursos especiais denominados de "repetitivos" à Câmara Legislativa Federal, fundamentava o mencionado projeto da referida lei - sugerido pelo ex-membro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Ministro Athos Gusmão Carneiro - na suposta indispensabilidade de "adequação das normas procedimentais brasileiras à necessidade iminente de conferir celeridade às decisões judiciais".

Afirma o mencionado Ministro da Justiça que esta modificação legislativa teria como fundamento a diminuição do número de demandas perante o STJ, "para que este órgão possa cumprir seu papel e maneira plena", embora não explicitasse como isto ocorreria com o advento da lei, posto não apontar dados concretos, extraídos de pesquisas científicas levadas a cabo exatamente para subsidiar a modificação no capítulo dos recursos, do Código de Processo Civil.

No mesmo sentido ideológico e obscuro é o parecer elaborado pelo Deputado Federal Maurício Rands, exarado na Comissão de Constituição Justiça e de Cidadania – CCJ da Câmara dos Deputados sobre a Lei 11.672/08, quando ainda era uma proposta:

No mérito, o Projeto é oportuno e conveniente, vindo ao encontro dos anseios dos jurisdicionados por uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente.

Com o volume de processos atualmente existentes nos tribunais, fica impossível julgar com rapidez e eficácia,o que tem produzido e morosidade da justiça e o descontentamento dos jurisdicionados.

O Projeto traz inovações salutares,como a simplificação no julgamento de recursos múltiplos,cujo fundamento seja idêntico. Além isto, a possibilidade de oitiva de terceiros interessados no processo fortalece o princípio da segurança jurídica, na prolação da decisão judicial.

Todas essas alterações propostas resultarão em aperfeiçoamento da legislação processual vigente, diante do que o meu voto é pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica do Projeto de lei n 1.213/07, e no mérito, pela sua aprovação.[17]

A repetição da "ideologia da rapidez" como sinônimo de **justiça,** como posta no parecer da CCJ da Câmara, apenas demonstra a obscuridade reinante nos estudos brasileiros sobre o 'direito-garantia do processo'. Rosemiro Pereira Leal explica que a manutenção de conceitos indevassáveis como **justiça** no imaginário jurídico se dá para a manutenção de um direito já posto pelos patrimonializados.[18]

Desta forma, ao se afirmar como problema da "morosidade da justiça" a inadequação do Código de Processo Civil aos ditames da racionalidade moderna[19], os integrantes da sociedade civil já titularizados patrimonialmente garantem a continuidade da ignorância sobre os reais motivos para a demora das decisões judiciais, a saber, falta de estrutura dos tribunais; descumprimento de normas legalmente impostas pelo subterfúgio da classificação de prazos como "impróprios", insuficiente número de juizes em relação ao número de habitantes.[20]

Ao longo da história da humanidade no século passado assistimos a uma conjugação de idéias obscuras como disfarce para ações autoritárias. Em uma democracia, a manutenção de posições solitariamente pré-determinadas acaba impondo a supressão da fala democrática durante todo o procedimento judicial de solvência de controvérsias intersubjetivas. Assim, a técnica de se impedir o processamento e julgamento do recurso especial, na medida em que significa a supressão do direito ao recurso perante um tribunal criado exatamente para, democraticamente, ser o órgão concretizador do discurso propiciador da unidade do direito federal, resulta por demonstrar a sua incompatibilidade com o texto constitucional.

Em razão do advento da Lei 11.672/08, as manifestações da fala do STJ por um argumento da autoridade – os ministros-julgadores já teriam analisado aquela e certa matéria e não poderiam "perder tempo" analisando outro caso com, supostamente, a mesma fundamentação de direito -; se agissem de maneira diversa, estariam dificultando, pela ótica de uma suposta celeridade, o "acesso à justiça" àqueles que um dia poderão precisar dela.

Com o devido respeito, trata-se de argumentação totalmente desprovida do enfoque constitucional em que se funda o Devido Processo e que vai de encontro aos estudos científicos sobre o *direito constitucional à fala*, ou seja, ao Princípio Democrático do Discurso, agora em âmbito do grau de competência recursal.

Ademais, em outra importante questão a ser abordada neste ensaio, destaca-se a manutenção, nas manifestações de alguns juristas e delegatários das funções estatais, uma crença pré-disposta (resultadora de ideais obscurantistas, porque incompatíveis com a Processualidade Democrática), segundo a qual o aumento de poderes dos juizes implicaria no correlato aumento da celeridade procedimental. Trata-se de uma anomalia, geradora de figuras mitológicas como a do "Juiz Dom Quixote"[21] combatente de dragões/moinhos-de-vento do "tempo inimigo do processo"[22], defensores dos desvalidos.

O insigne Luiz Guilherme Marinoni, ao tentar justificar a necessidade de maior intervenção do juiz a respeito da decisão sobre o que deve ser objeto de análise pelo "Poder Judiciário", afirma que a retirada da possibilidade da autotutela[23] da esfera individual do indivíduo obrigou o Estado a disponibilizar ao cidadão "*um meio adequado e tempestivo para a solução dos seus conflitos*", para não prejudicar aquele que "tem razão". Neste diapasão, a presença de um juiz onisciente muito contribuiria, hipoteticamente, para uma decisão rápida, daí justa e efetiva.

Já se disse que a tentativa da pacificação da sociedade pela atuação justiceira do juiz encontra-se cristalizada há anos na mentalidade jurídica brasileira[24], ideário este que, não obstante o respeito à origem da assertiva doutrinária, não guarda relação com aspirações de democracia pós Constituição Brasileira de 1988. A excrescência da vez é a Lei 11.672/08, que premia o jurisdicionado com graves danos ao direito fundamental à fala discursivamente operacionalizada. Ora, na quadra da pós-modernidade em que vivemos já passa do momento de se abandonarem antigas muletas. A aplicação do que podemos chamar de *engodos normativos* aos problemas nevrálgicos da coletividade brasileira não se amolda à democracia já constitucionalizada no país desde 1988.

Já não se pode mais postergar a concretização da democracia em sua dimensão argumentativa e participativa. A preservação do discurso no âmbito da processualidade perante o Superior Tribunal de Justiça em recurso especial significa a preservação, a defesa e o exercício do debate, em bases constitucionais e principiológicas do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do acesso ao direito – em todos os momentos da construção da decisão jurisdicional, em quaisquer dos níveis competenciais (graus de atuação da função jurisdicional). A defesa do Processo como espaço procedimental discursivo construtor dos direitos não é compatível com a visão estratégica de dominação dos cidadãos (civilização, em Sigmund Freud[25]) que subjaz às leis limitativas do discurso do povo (conjunto de legitimados ao processo)[26].

Em resposta a estas "tentativas de salvação" de lei claramente inconstitucional, Rosemiro Pereira Leal chama atenção para o vício multissecular da utilização da decisão com ato salvador da sociedade:

Aquela pseudo-ciência jurídica diluída à clarividência do decididor, tão cara aos realistas dos nossos dias, é que vem entravando, por textos quilométricos, o salto paradigmático para a concretização do direito democrático em face da factualidade hostil ao seu desempenho, deixando,em conseqüência, a versão de que a Constituição de direito democrático é *uma arca de ilusões* que tem de ser carregada e *não* aberta e

aplicada pelo *decididor*, já que este poderia suprir,sanar, arrefecer ou mitigar,por uma inteligência especial e inata,os exageros retóricos das democracias jurídicas inatingíveis.

Neste estranho olhar, o *ato decisório* é um terreno minado no qual a ciência jurídica dos realista tem funções sociais,pedagógicas e tecnológicas de evitar a explosão da sociedade pelo caminhar seguro de guias habilidosos assembléias de especialistas ou república dos eruditos) que, ao desenvolverem uma interpretação preventiva das pertubações sociais (*praeter legem*),indicam soluções salvadoras da ordem jurídica.[27]

A técnica impeditiva de recursos especiais denominados de "repetitivos" insere-se num contexto mítico de culto a um retorno à sociedade fechada de que fala Karl Popper[28], ao obscurantismo e a uma interditalidade ao auto-esclarecimento, impedindo a discussão da cidadania democrática pela via dos recursos especiais em conformidade com os requisitos do Devido Processo constitucionalmente estabelecido, tudo com a finalidade de supostamente aumentar a "produtividade" da atividade da função estatal judicial no âmbito do STJ.

A aplicabilidade do Princípio Democrático do Discurso sugere o questionamento sobre se é possível falar-se em direito constitucional ao recurso, se os agentes das funções estatais (executivo, legislativo, judiciário) primam pela interrupção do espaço legalmente procedimentalizado pela necessária observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do acesso ao direito, ainda e principalmente em sede de fiscalização democrática das decisões judiciais.

3. LEGITIMIDADE E "TÉCNICA" IMPEDITIVA DE RECURSOS ESPECIAIS DENOMINADOS "REPETITIVOS": uma análise democrática.

A partir da concepção de que o discurso democrático é aquele desenvolvido no espaço procedimentalizado regido pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do exercício e acesso ao direito, somente com o pleno debate é possível a construção democrática de decisões jurisdicionais em roupagem de legitimidade, mesmo convivendo-se com a legalidade definida pela "técnica" impeditiva de recurso especial "repetitivo", pois, afinal, *legem habemus.*

Em outras palavras: somente pela defesa do pleno debate em espaço procedimentalizado regido por direitos fundamentais configuradores do Devido Processo viabilizar-se-á a perquirição da legitimidade das decisões alcançadas pela aplicação da técnica impeditiva de recursos especiais chamados de "repetitivos".

A possibilidade de debate da controvérsia intersubjetiva, mediada pelo processo constitucionalizado em âmbito recursal, significa a preservação do *direito fundamental à fala* em toda a extensão do procedimento discursivamente construído. Aqui, procura-se uma tentativa de legitimação dos efeitos produzidos na esfera jurídica do legitimado ao processo e, por isso, propõe-se analisar a "técnica" impeditiva de recursos especiais

chamados de “repetitivos” e uma formulação teórica quanto à necessária adequação à conquista teórico-democrática promovida pela Constituição do Brasil de 1988, que veda decisões solipsistas de órgãos judiciais inclusive sobre o que venha a ser um “recurso repetitivo”, considerando a instituição e a concretização do Estado de Direito Democrático.

Com efeito, não pode faltar, nesta abordagem, menção à diferença entre poder e autoridade. O contexto do procedimento legislativo que antecedeu à publicação da Lei 11.672/08 procurou traduzir a idéia de que, em nome da celeridade dos conflitos postos perante o Estado, deveria o juiz possuir autoridade suficiente para impedir julgamento de recursos especiais cuja temática estaria sendo igualmente objeto de debate em outros recursos congêneres.

Entretanto, o pensamento do legislador infraconstitucional, no caso, parece colidir com a própria Constituição Brasileira que, no parágrafo único do artigo 1º consagra o princípio republicano de que o poder emana do povo e em seu nome é exercido, do que resulta da impossibilidade de excluir este mesmo Povo da decisão do que é ou não é “repetitivo” e, principalmente se, a partir desta formulação discursiva, afastar-se-ía o exercício do direito constitucional ao recurso.

Ademais, a própria Lei 11.672/08, introdutória da “técnica” em comento, ao sugerir a vedação do discurso (na verdade, impedi-lo em extensão), do exercício da fala democrática, em âmbito recursal, leva a uma rota de colisão com o modelo de direito democrático instituído pela atividade constituinte originária, do que resulta da impossibilidade de se conviver com uma técnica autoritária de supressão de direito fundamental ao recurso, este, sim, compatível, com o Estado Democrático de Direito.

O Princípio do Discurso abre considerações sobre se é possível compatibilizar uma atuação de cunho autoritário da atividade estatal solipsista, ao decidir pelo processamento ou não de recurso especial, com a determinação constitucional de que todo poder emana do povo, como se disse anteriormente, devendo este participar de todas as decisões de maneira ativa, na exata medida em que se reconhece, ao mesmo tempo, como destinatário e construtor da norma (Habermas)[29].

Nesta ordem de considerações, indaga-se se também seria possível dirigir-se aos titulares do poder (o povo) sobre a constitucionalidade da decisão produzida pela aplicação da “técnica” impeditiva de recursos especiais chamados de “repetitivos”, utilizando-se do critério da escolha solitária e autoritária de órgãos estatais supostamente conhecedores dos anseios mais profundos da coletividade, em negação ao acesso ao devido processo e aos órgãos da jurisdição, em sede de competência recursal (princípio do juízo natural).

A participação popular por meio da fala, pelo pleno debate, transfigura-se no caráter democrático legitimador presente na construção de todas as decisões estatais, conquista histórica esgrimida pela redação dos incisos LIV e LV, do artigo 5º, da Constituição Brasileira. De tal sorte, não se pode falar em *legitimidade* das decisões estatais produzidas com amparo em mera autoridade, porque confronta com os institutos democráticos do debate realizado pelo povo, titular do poder (art. 1.º, parágrafo único, da CRFB).

Autoridade e poder, neste caso, não possuem igual importância na democracia participativa disposta na Constituição do Brasil de 1988. À primeira não é dado suplantar o consenso alcançado pelo debate constitucionalizado produzido pelo povo no Processo Devido.

Ressalte-se que a diferença entre poder e autoridade se estabelece pelo debate permanente na deliberação popular quando se fala da estreita relação entre Democracia, poder e Povo. O consenso buscado nas decisões das controvérsias intersubjetivas após pleno debate não é aquele inevitavelmente alcançado pela unidade de sentidos historicamente divididos pelos indivíduos. O consenso ora enunciado é aquele que se perfaz no pleno debate, em contraditório, ampla defesa e isonomia, entre os destinatários do provimento daí resultante.

Discutir legitimidade em espaço democrático implica a presença incondicional e instituinte dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do acesso ao direito, da fundamentação legal e racional das decisões e da duração razoável do processo, este entretecido com os demais princípios retro, além do princípio da legalidade, estruturador dos Estados na modernidade. Assim, a preservação da fala no tribunal pelo conhecimento, processamento e julgamento democrático do recurso especial, suplica, antes de mais nada, o discurso de todos sobre a amplitude e significado do que vem a ser matéria considerada “repetitiva”, de modo a preservar a legitimidade democrática na construção e interpretação de normas aplicadas àqueles que a produziram.

A vedação do acesso ao direito pela ausência da fala caracteriza violência contra a coletividade pelo impedimento ao pleno debate na construção de decisões/normas cujos efeitos esta mesma coletividade deverá suportar. Não é legítima qualquer decisão estatal emanada da mente isolada do julgador, mormente quando destinada à manutenção de direitos fundamentais historicamente construídos, especialmente aqueles garantidores da liberdade e do discurso.

A ausência do pleno debate em espaço regido pelos Princípios Institutivos e Específicos do Processo configura a produção de engodo e ilegitimidade normativa (o impedimento ao exercício do direito constitucional aos recursos pela via infraconstitucional), forçosamente impingido aos destinatários da norma de maneira antidemocrática, tudo com esteio na obscurantista manutenção de históricos desmandos e privilégios em detrimento dos titulares do poder, o Povo.

Por isso, somente será possível afirmar-se pela legitimidade nas decisões estatais produzidas pela utilização da “técnica” impeditiva de viabilização de recursos especiais chamados de “repetitivos” quando o Devido Processo for implementado de maneira plena e discursiva em todo o transcurso do procedimento decisório percorrido pelo legitimado ao processo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consideração do princípio so discurso como pleno debate impõe a concretização dos direitos fundamentais mínimos necessários à Vivência Digna, pois é a partir da

implementação dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como o direito à fala, que o debate instituído sobre as bases do processo constitucional se estabelecerá.

A retirada da fala do espaço procedimentalizado regido pelos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, pode resultar em uma pré-disposta à ditadura da linguagem vazia pela autoridade em contraponto ao exercício do poder de titularidade do povo.

Não há participação popular nas decisões estatais que contemplem a supressão da fala pelo solipsismo judicial recursal na análise dos recursos considerados "repetitivos" sem amplo debate do povo.

A vedação do acesso ao direito pela supressão da fala configura ataque à coletividade democrática participativa. A ausência do pleno debate na construção das decisões estatais eiva qualquer ato destinado à sociedade pluralista de ilegitimidade constitucional e democrática, por emanar a mente solitária e prodigiosa do julgador.

Assim, a legitimidade da técnica ora em discussão implica a presença e participação incondicional do povo pelo processo democrático comprometido com o Devido Processo. A presença da fala no tribunal representa, neste aspecto, o julgamento democrático do recurso especial pelo pleno debate construído sobre os princípios institutivos do processo, questionando-se, pois, a constitucionalidade da Lei nº 11.672/08.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréa Alves de. A Efetividade, Eficiência e Eficácia do Processo no Estado Democrático. *In:* LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) et. all. *Estudos Continuados de Teoria do Processo.* Porto Alegre: Síntese, 2004, vol. IV.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti constituzionale della giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano*. Seconda edizione ampliata eg aggiomata. Torino, Giappichele Editore, 1979.

ARAÚJO, José Henrique Mouta de. A verticalização das Decisões do STF como Instrumento de Diminuição do *Tempo do Processo*: Uma Reengenharia. RePro164/342. São Paulo: RT, outubro/2008.

ASSIS, Zamira. A idéia de efetividade do direito nas urgências de tutela e as garantias constitucionais do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (coord.). *Urgências de Tutela, processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2007.

ANDOLINA, Ítalo. *O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional.* Revista de Processo, v. 87. São Paulo: jul/set, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do processo constitucional*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. V. 2, ns. 3 e 4. Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. Processo constitucional. Revista Forense, v. 337. Rio de Janeiro: jan/mar, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Cidadania e dignidade humana. A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. Proteção constitucional e proteção internacional dos direitos do homem: concorrente ou complementar. Constituição e direito internacional. In: BARACHO, José de Oliveira Baracho. Processo constitucional: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte; Fórum, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do processo constitucional*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. V. 2, ns. 3 e 4. Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo civil. V.5. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. *Revista Jurídica : Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária [Porto Alegre:1953]***,** Porto Alegre, RS , v.51, n.306 , p.7-18, abr. 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL[1], Câmara dos Deputados, 28 de maio de 2007, disponível em <http://www2.camara.gov.br/internet/legislação/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=5759478xPalavrasDestaque=> acesso em 20 de abril de 2009.

BRASIL[2]. Câmara Legislativa, 2007. Disponível em http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.htm://www,camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp/id=353760. Acesso no dia 20 de abril de 2009.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Direto à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. In: Marcelo Campos Galuppo (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora Puc Minas, 2006, p. 653-563.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto)*, Revista do Processo, v. 90, São Paulo, abr/jun, 1998, p. 101

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Tercera edicion. Bueno Aires, Depalma, 1985, p. 40-44.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2ª ed. Belo Horizonte:Fórum, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 2005.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais* .Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: LAndy, 2004, p. 21

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FREUD, Sigmund. *O mal estar na civilização*. Lisboa: Relógio D'Água/Imago, 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. A constituição pode fundar uma república? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: 2003.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Aulas do Mestrado Acadêmico em Direito Processual. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Fev. a Jun., 2009.*

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord*.). Constituição e Processo: a construção do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey/Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009.

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

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

LEAL[1], *Rosemiro Pereira. Processo Civil e Sociedade Civil*. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>. *Virtuajus*, ano 4, nº 2, dezembro de 2005.

LEAL[2], Rosemiro Pereira. *Recurso Ordinário no Processo Civil Reformado*. In: LEAL, Rosemiro Pereira. Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,* Curitiba , v.37 , jan. 2002.

MONTEIRO, Vítor José Mello**.** *Lei n. 11.672/08: julgamento por amostragem do recurso especial (Lei 11.672/08). In*. IANNICO, Maurício; MONTEIRO, Vítor José Mello (org.). As Novas Reformas do CPC e outras normas processuais. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia,* 4° ed., rev. São Paulo: Revista dos **Tribunais**, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões.* Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho**.** *Decisão do STJ: Corte especial nega desistência de recurso repetitivo.* In:Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2002, 24 dez. 2008. Disponível em:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12123> Acesso em: 20 de abril de 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. *O princípio do contraditório.* Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG, v. 1, série participativa. Belo Horizonte, jan/jun, 2004.

POPPER, Karl. *Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Tomo 1. Belo Horizonte: Itatiaia/Edusp, 1987.

REIS, Francis Vanine de Andrade. Técnicas *Diferenciadas de Sumarização da Cognição Exauriente: procedimento monitório, providências preliminares e julgamento "antecipado"*. In. TAVARES, Fernando Horta (coord.) Urgências de Tutela. Curitiba: Juruá, 2008.

RODRIGUES VIEIRA, José Marcos. *Teoria geral da efetividade do processo*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 1, nº 1. Belo Horizonte, 1º sem, 1998.

SARMENTO, Daniel. *Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social – (pós-modernidade constitucional?).* In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Crise e desafios da constituição,Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.) Interpretação constitucional, São Paulo: Malheiros , 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA[1] , 8 de agosto de 2008, disponível em <http://www.stj.gov.br/ortal_stj/publicacao/engine.wps?tmp.area=835> acesso em 20 de abril de 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA[2]. Súmulas. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=380> acesso em 16 de maio de 2009.

TARZIA, Giuseppe. L'art 111 Cost e lê garanzie europee del processo civile. Revista de Processo, v. 103, p. 156-174, São Paulo, jul./set, 2001.

TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. IN: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.*). Constituição e Processo: a construção do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey/Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: TAVARES, Fernando Horta (coord.*). Urgências de Tutela: : processo cautelar e tutela antecipada, reflexões sobre a efetividade do processo no estado democrático do direit* Curitiba: Juruá, 2008.

TAVARES, Fernando Horta (coord.). *Urgências de Tutela*. Curitiba: Juruá, 2008.

---

[1] LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.*). Constituição e Processo: a construção do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey/Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009, p. 285.

[2] A percepção do cidadão como aquele historicamente incluído nas decisões tomadas pela sociedade após debate na *agora* grega, possuidor de bens ou de poder arbitrariamente conquistados (patrimonializados), não se coaduna com o Estado Democrático concretizador de direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Desta forma, considera-se legitimado ao processo todo aquele capaz de interferir num espaço democrático procedimentalizado independente dos bens que possui, de maneira que não se preserve somente àqueles patrimonializados a possibilidade de gerir a sociedade. LEAL[1], *Rosemiro Pereira. Processo Civil e Sociedade Civil*. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>. *Virtuajus*, ano 4, nº 2, dezembro de 2005.

[3] LEAL[1], *Rosemiro Pereira. Processo Civil e Sociedade Civil*. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>>. *Virtuajus*, ano 4, nº 2, dezembro de 2005, p. 5).

[4] LEAL, Rosemiro Pereira. *Aulas do Mestrado Acadêmico em Direito Processual. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Fev. a Jun., 2009.*

[5] LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 42.

[6] GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. Rio de Janeiro: Aidee, 1992, p. 23.

[7] LEAL, Rosemiro Pereira. *Aulas do Mestrado Acadêmico em Direito Processual. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Fev. a Jun., 2009.*

[8] BRASIL[1], Câmara dos Deputados, 28 de maio de 2007, disponível em <http://www2.camara.gov.br/internet/legislação/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=5759478xPalavrasDestaque=> acesso em 20 de abril de 2009.

[9] Como exemplo pode-se citar a Lei 11.418/06 que acrescentou no CPC os arts. 543-A e 543-B. Essa lei é mencionada pelo Ministro da Justiça Tarso Genro como a fonte inspiradora da Lei 11.672/08.

[10] Por inexistência de crítica científica estende-se a repetição doutrinária que abona as reformas do CPC sem apontamento das aporias deste conhecimento dito. Acredita-se piamente que a diminuição da participação dos legitimados ao processo na construção da decisão, ceifando-se o cabimento recursal, diminuiria o problema da morosidade do órgão julgador. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

[11] "No Brasil pós-1988, o direito fundamental do Acesso ao Direito está consubstanciado numa plêiade de direitos e garantias alinhavadas ao longo de diversos artigos da Constituição, em especial o artigo 5º, e que agasalham o exercício do direito *i)* ao Devido Processo e observância dos princípios que lhe fundamentam; ii) de acesso à atividade jurisdicional estatal; iii) gratuidade aos que comprovarem insuficiência de recursos e iv) direito ao advogado, inclusive por intermédio das defensorias públicas". Acesso ao Direito, Duração Razoável do Procedimento e Tutela Jurisdicional Efetiva nas Constituições Brasileira e Portuguesa: um estudo comparativo. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. "*Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey/Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009, p. 267-268.

[12] DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Lucina Diniz. *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 221.

[13] NUNES, Dierle José Coelho. Decisão do STJ: Corte especial nega desistência de recurso repetitivo. IN:Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2002, 24 dez. 2008. Disponível em:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12123> Acesso em: 20 de abril de 2009.

[14] Em uma visão principiólogica-constitucional do instituto da Duração Razoável do Processo, veja-se: TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: *Urgências de Tutela: processo cautelar e tutela antecipada, reflexões sobre a efetividade do processo no estado democrático do direito*. Curitiba: Juruá: 2007, p. 111-118.

[15] BRASIL[1], Câmara dos Deputados, 28 de maio de 2007, disponível em <http://www2.camara.gov.br/internet/legislação/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=5759478xPalavrasDestaque=> acesso em 20 de abril de 2009.

[16] NUNES, Dierle José Coelho. Decisão do STJ: Corte especial nega desistência de recurso repetitivo. In: :Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2002, 24 dez. 2008. Disponível em:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12123> Acesso em: 20 de abril de 2009.

[17] BRASIL[2] Câmara Legislativa. Disponível em http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.htm://www,camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp/id=353760. Acesso no dia 20 de abril de 2009.

[18] LEAL[1], *Rosemiro Pereira. Processo Civil e Sociedade Civil*. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>>. *Virtuajus*, ano 4, nº 2, dezembro de 2005.

[19] Cumpre ponderar a crítica feita por Rosemiro Pereira Leal à modernidade ao afirmar que esta pressupõe verdades universais indevassáveis e apofânticas, contrárias à discursividade, como pressuposto de um dis-curso autoritário e opressor. Neste sentido, LEAL, Rosemiro Pereira. *Aulas do Mestrado Acadêmico em Direito Processual. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Fev. a Jun., 2009.*

[20] TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. IN: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.*). Constituição e Processo: a construção do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey/Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009.

[21] LEAL, Rosemiro Pereira. *Aulas do Mestrado Acadêmico em Direito Processual. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Fev. a Jun., 2009.*

[22] TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: *Urgências de Tutela: processo cautelar e tutela antecipada, reflexões sobre a efetividade do processo no estado democrático do direito*. Curitiba: Juruá: 2007, p. 112-113.

[23] MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,* Curitiba , v.37 , jan. 2002, p.37/38.

[24] Por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

[25] FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar na Civilização*. Lisboa: Relógio D'Água/Imago, 2008.

[26] O termo cidadão utilizado deve ser interpretado após as considerações feitas por Rosemiro Pereira Leal sobre a utilização pelos patrimonializados dos direitos civis como forma de dominação dos legitimados ao processo. LEAL[1], *Rosemiro Pereira. Processo Civil e Sociedade Civil*. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>>. *Virtuajus*, ano 4, nº 2, dezembro de 2005.

[27] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 67.

[28] POPPER, Karl. *Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Tomo 1. Belo Horizonte: Itatiaia/Edusp, 1987, p. 71

[29] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,1997.

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO SISTEMA CRIMINAL DO BRASIL E DOS EUA*

CONSENSUAL CRIMINAL JUSTICE AND CONSTITUTIONAL GUARANTEES IN CRIMINAL SYSTEM OF BRAZIL AND THE U.S.A.

Heron Santana Gordilho

RESUMO

O presente ensaio apresenta uma comparação entre os sistemas criminais do Brasil e dos EUA. Inicialmente analisa o sistema estadunidense, que tem como base a participação popular da administração da justiça e a negociação consensual da verdade. O autor analisa a evolução jurídica do princípio do due process of law a partir de interpretações jurisprudenciais da Corte Suprema dos EUA, que acabou por desenvolver o substantive due process of law, princípio hermenêutico auto-aplicável, que tem permitido que aproximadamente 95% dos crimes tenham as penas negociadas entre acusação e defesa, o que torna aquele sistema mais célere e democrático, já que possibilita ao réu participar do processo de aplicação da pena. Por fim, o autor critica a timidez com que a justiça penal consensual foi introduzida no Brasil, uma vez que a lei 9.099/95 só admite a transação penal para crimes cuja pena cominada seja de até dois anos, o que reduz bastante o alcance e os benefícios sociais do instituto.

PALAVRAS-CHAVES: O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMMON LAW E CIVIL LAW JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

ABSTRACT

This paper presents a comparison between the criminal systems of Brazil and the USA. Initially it examines the U.S. system, which is based on popular participation in the administration of justice and the consensual truth. The author demonstrates that the principle of due process of law evaluated from judicial interpretations of the U.S. Supreme Court, which eventually developed the substantive due process of law, a self-applied hermeneutic principle that has allowed about 95% of crimes have the penalties negotiated between prosecution and defense. This negotiation makes the system faster and more democratic, offering the possibility of the defendant to participate in the process of implementing the sentence. Finally, the author criticizes the Act 9099/95. It only allows the bargain for punishment crimes until two years.

KEYWORDS: DUE PROCESS COMMON LAW AND CIVIL LAW CONSENSUAL CRIMINAL JUSTICE

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 - Introdução

Nada pode enfraquecer mais um governo do que ele desrespeitar as próprias regras que edita. **Juiz Clark**

Embora existam semelhanças entre as estruturas sociais e políticas do Brasil e dos EUA, países capitalistas de imigração situados no Novo Mundo, quando analisamos os seus respectivos modelos jurídicos de controle social podemos notar diferenças significativas.

Inicialmente porque adotam famílias jurídicas distintas, o Brasil filiado ao sistema Romano-Germânico, fundado numa tradição iluminista opera com códigos legais legitimados pelo Poder Legislativo, com ênfase em processos inquisitivos de aferição da verdade real ou material, e os Estados Unidos, com exceção do Estado da Lousiania, filiados ao *Common Law*, que privilegia a participação popular na administração da justiça e concentra sua legitimação em processos de negociação consensual da verdade.

Como sabemos a Constituição dos EUA é sintética, contendo mais princípios do que regras, mas até 15 de dezembro de 1791 foram aprovadas dez emendas constitucionais tratando de direitos fundamentais, que ficaram conhecidas como uma declaração de direitos dos EUA (*bill of rights*), e muitos consideram essas emendas um verdadeiro mini-código de processo penal.

Este ensaio pretende inicialmente traçar rápidas considerações sobre as famílias jurídicas do *Common Law* e do *Civil Law*, também denominada Romano-germânica, seguida de uma breve comparação entre a garantia constitucional do devido processo legal nos sistemas criminais do Brasil e dos EUA, identificando individualidades e peculiaridades entre o instituto da transação penal introduzido em nosso sistema pela Lei n. 9.099/98 e o *plea bargain* do sistema estadunidense.

2 – Common Law e Civil Law

A história da liberdade norte-americana é, e não em pouca monta,a história do processo. **David J. Bodenhamer**

Em regra a expressão *Common Law* é empregada para designar uma tradição jurídica nascida na Inglaterra do século XI, a partir das sentenças dos Tribunais de Westminster,

como eram denominadas as cortes constituídas pelo rei e a ele subordinadas diretamente.

A expressão, no entanto, não deve confundir-se nem com o direito inglês, já que também é adotado pelo País de Gales; nem com o direito britânico, vez que a Escócia, embora seja um reino integrante da Grã-Bretanha, adota o sistema Românico-germânico; nem com o direito anglo-saxão, que se refere aos direitos costumeiros e particulares das tribos dos primitivos povos da Inglaterra antes da conquista normanda em 1066, e que inicialmente eram aplicados pelas *Conty Courts*, mas foram suplantados justamente com a criação *do Common Law.*

Tampouco pode ser confundido com a *Equity*, inicialmente aplicada pelos Tribunais do Chanceler do Rei, visando temperar o rigor da *Common Law*, atendendo as questões de equidade, quando inexistia um *writ* para a resolução jurídica de determinada situação excepcional.

Com efeito, na origem histórica do *Common Law*, semelhante ao processo formular dos *praetores* e do *judex* romanos, a distribuição da justiça era uma prerrogativa que os reis outorgavam a*os* juízes (*judges)* que perambulavam pelo reino, concedendo *writ* para que as autoridades respeitassem uma situação jurídica do beneficiado, que posteriormente poderia ter as questões de fatos de suas pretensões julgadas por um *jury.*

Hoje, tanto na Inglaterra quanto nos EUA, os órgãos de aplicação da *Common Law* e da *Equity* estão unificados, e embora continue válido o princípio que só admite a utilização da *Equity* quando inexistir remédio na *Common Law*, na prática esta divisão ocorre mais em função da classificação do instituto jurídico do direito, prevalecendo os julgamentos pelo juiz togado na *equity* e pelo júri no *Common Law.*

Em outro sentido, *Common Law* significa o direito criado pelo juiz (*judge-made-law)* através dos precedentes judiciários (*cases law*), que se contrapõe ao *Statute Law*, que é o direito criado pelo legislador através dos *enactments of legislature*, consubstanciados em tratados internacionais, constituição federal, constituições estaduais, leis ordinárias federais e estaduais, regulamentos administrativos federais, estaduais e locais, bem como nos diplomas legislativos elaborados pelo Poder Judiciário.

Inicialmente é preciso ter em conta que nos EUA, a União Federal e a maioria dos Estados-membros adotam um sistema misto entre a *Common Law* e a *Civil Law*, com uma Constituição Federal escrita e rígida, com supremacia em relação a qualquer outra norma jurídica, seja ela instituída por juízes ou legisladores infraconstitucionais, pois ainda que o *case law* seja a principal fonte do direito, a lei escrita lhe é superior, podendo a qualquer momento modificá-las.

A família jurídica Romano-Germânica ou da *Civil Law*, por sua vez, nasceu na Europa continental a partir da combinação de várias tradições surgidas em diferentes períodos da história, tais como o Direito Civil Romano, o Direito Canônico, a Ciência Jurídica, a Escola da Exegese, o processo de codificação e o Direito Comercial.

As suas características principais são a supralegalidade do texto constitucional e o conseqüente controle de constitucionalidade, a divisão entre o direito público e o

privado, o predomínio da lei escrita e a atuação do Poder Judiciário restrita à interpretação e aplicação da Constituição e das leis.

É que enquanto na Inglaterra, a evolução do direito se deu no sentido da elaboração de regras sobre ações processuais, de modo que a inexistência de um *writ* para determinada situação poderia ter como consequência a impossibilidade de dizer-se o direito, a Europa continental estava mais preocupada com o direito material.

Em verdade, o caráter distintivo da família Romano-Germânica, quando comparada com o *Common Law*, é que na primeira a legislação é a principal fonte jurídica, lugar ocupado na segunda pelo costume e precedentes judiciais, de modo que as leis são utilizadas excepcionalmente, apenas para os casos por ela regulados, não sendo permitida a interpretação analógica.

3 – O devido processo legal no sistema criminal dos EUA

Um ato legislativo (que não posso chamar de lei) contrário aos primeiros princípios do contrato social, não pode ser considerado um exercício legítimo de autoridade legislativa. A obrigação de uma lei em governos estabelecida em contrato expresso, e de princípios republicanos, deve ser determinada pela natureza do poder em que está fundada. Alguns exemplos são suficientes para explicar o que eu quero dizer. Uma lei que puniu um cidadão por um ato inocente, ou, em outras palavras, por um ato, que, quando realizado, não violava qualquer lei existente; uma lei que destrói, ou prejudica os contratos privados de caráter legal dos cidadãos; uma lei que faz um homem juiz da sua própria causa; ou uma lei que retire a propriedade de A e dê para B: é contra qualquer razão e justiça um povo dotar um legislativo com tais poderes, e consequentemente, não se pode presumir que o fêz. Juiz Samuel Chase(1798)

A mais importante proteção à liberdade pessoal consiste no modo de julgamento assegurado a toda pessoa acusada de cometer um crime. A parte goza durante todo o processo da presunção de inocência até que se prove que ele é culpado.

Nos EUA todo ato positivo ou negativo de violação de uma lei criminal é também considerado uma ofensa contra o Estado. Quando essa ofensa é grave (*felonies)* se imputa uma pena privativa de liberdade a ser cumprida numa penitenciária ou prisão do Estado, e em alguns casos até mesmo se aplica a pena capital. Quando, porém, a ofensa é menos grave (*misdemeanour),* é imputada uma pena privativa de liberdade em reformatórios ou cadeias públicas.

O processo criminal nos EUA é regulado por normas constitucionais e por uma legislação federal escrita (*Federal Statutes*) editada pelo Poder Legislativo em colaboração com o Executivo (*Acts)* e pela Corte Suprema através das Normas Federais Regulamentares do Processo Criminal de 1946 (*Federal Rules of Criminal Procedures*).

Nos Estados-membros (*member States*), dada a característica centrífuga da federação nos EUA, a principal fonte de direito processual criminal são as Constituição Estaduais,

seguidas pelas leis ordinárias estaduais (*statutes laws*), regulamentações dos Tribunais Superiores e pelos precedentes judiciais (*state case laws*).

Com efeito, as normas de direito criminal e processo criminal nos EUA não são uniformes, e salvos nas questões do âmbito da Justiça Federal, variam substancialmente em cada Estado–membro, de modo que se pode afirmar que a única regra nacional no processo criminal nos Estados da Federação norte-americana é o respeito irrestrito e sagrado ao princípio de base da democracia daquele país: o devido processo legal *(due process of law)*, enquanto conjunto de regras que impõem o devido respeito aos direitos subjetivos fundamentais da vida, liberdade, livre expressão, ir e vir, julgamento por um júri nos crimes graves e respeito à propriedade individual .

A matriz do devido processo legal tem origens na cláusula *law of land*, inscrita na *Magna Charta* de 1215, documento considerado um dos principais antecedentes do constitucionalismo moderno, que acabou por se tornar um dos principais instrumentos de interpretação da Suprema Corte dos EUA.

Esse princípio foi inicialmente consagrado pelas IV,V e VI Emendas, que foram ratificadas em 15 de dezembro de 1791 juntamente com as emendas I, II,III, VII, VIII, IX e X, constituindo na denominada *Bill of Rights,* que é a Declaração de Direitos norte-americana.

As primeiras declarações de direito dos EUA ocorreram em 1776, decorrentes da luta de algumas colônias contra a metrópole, e para muitos autores vão influenciar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa em 26 de agosto de 1789.

A Emenda I trata dos direito relativos ao culto religioso, à liberdade de expressão e de imprensa, aos direitos de reunião e de petição, e um dos principais exemplos foi o do professor de biologia J. Scopes, que acabou absolvido em 1925 pela Corte Suprema do Tenessee, após ser condenado em primeira instância por ensinar a teoria da evolução numa escola de segundo grau.

A Emenda II cuida do direito ao porte de armas, a III do direito de privacidade, enquanto a Emenda IV trata da inviolabilidade da residência em face a buscas e apreensões.

A Emenda V foi a primeira a fazer referência à *due process clause*, consubstanciado no julgamento pelo júri popular nos crimes mais graves, a impossibilidade de alguém ser processado duas vezes pelo mesmo fato, a garantia de não ser obrigado a depor contra si mesmo e direito a justa indenização nos casos de expropriação.

A Emenda VI contempla os príncípios do *fair trail*, pois todo acusado tem direito a um julgamento rápido por um júri formado por pessoal residente no local do crime, ser informado do teor da acusação e assistido por um advogado e arrolar testemunhas.

A Emenda VIII proíbe a imposição de fiança ou multa de valor excessivo, penas cruéis e inusitadas, ao passo que a Emenda XIX afirma que os direitos constitucionais são meramente exemplificativos.

Em sua origem tais princípios constitucionais apenas podiam ser invocados contra as autoridades federais, mas após a Guerra Civil e a libertação dos escravos, foi promulgada a Emenda XIV (*Fourteenth Amendment*) em 16 de junho de 1866, posteriormente ratificada por todos os Estados-membros, em 23 de julho de 1868, que passou a admitir a invocação das garantias do *Due Process of Law* também contra as autoridades estaduais.

É importante ressaltar que mesmo após essa Emenda a Suprema Corte ainda relutava em aplicar a *Bill of Rights* não era um direito dos réus, mas um dever sas autoridades federais, de modo que não se aplicava na esfera privada nem nas esferas estaduais, o que sovai ocorrer em 1961, ao julgar o caso Mapp v.Ohio.

A partir de então os Estados não mais puderam desconsiderar o devido processo legal quando estivesse em jogo a vida, a liberdade ou a propriedade das pessoas.

Desse modo, nos EUA o *Due Process of Law* significa um princípio de hermenêutica e de direito auto-aplicável, tanto a nível federal como estadual, de resguardo dos direitos fundamentais da pessoa humana, tais como a proteção contra buscas e apreensões invasivas da privacidade, sendo necessário mandado judicial com expedição sujeita a comprovação da ocorrência de justa causa (Emenda IV); direito a um julgamento pelo júri nos crimes graves, proteção contra dupla acusação e o direito ao silêncio (Emenda V); direito a um julgamento rápido efetuado pelo júri do local onde ocorreu o fato, direito a ser informado do teor da acusação, direito a ser assistido ou a recusar advogado, direito ao contraditório das testemunhas e a ter testemunhas de defesa forçosamente conduzidas *(*Emenda VI*).*

Com efeito, no sistema criminal dos EUA, após a prisão de qualquer pessoa, esta deve ser apresentada a um funcionário da Justiça com poderes decisórios mas sem as garantias constitucionais dos juízes, (*magistrate),* para exames preliminares (*preliminary examinations*), oitiva de testemunhas e recolhimento de provas circunstanciais, com poderes para decretar a atipicidade da conduta ou a inexistência de prova de autoria (*dismissa*l) ou estabelecer uma fiança para livrá-la solta *(fix a bail*) enquanto se iniciam as investigações, decisões essas que são recorríveis a um juiz pleno, denominado *article III judge*, em referência ao artigo terceiro da Constituição.

No interrogatório para colheita de provas pela polícia, o suspeito tem direito a ter advogado (*right to counsel*) ou de recusar advogado (*right to refuse counsel*); não sendo admitido o atraso injustificável ou tentativas de auto-incriminação (*self-incrimination*).

Além disso, sob pena de exclusão do procedimento probatório ou posterior nulidade *ab initio* do processo (*exclusionary rules*), é defeso a utilização de provas obtidas com atos invasivos da liberdade das pessoas, tais como a apreensão abusiva de coisas, invasão de domicílio ou revista pessoal invasiva dos direitos da pessoa humana (*unreasonable search and seizure*), bem como a confissão obtida por meios coercitivos (*coerced confession*).

Concluídas as investigações policiais, as informações são encaminhadas ao promotor de justiça (*public prosecutor*), mas como no sistema criminal dos EUA prevalece o princípio da oportunidade, o promotor público pode optar pela não promoção da ação penal, tendo em vista a conveniência do interesse público, acalentado pela tópica de

que o Estado não deve cuidar de coisas insignificantes (*mínima non curat praetor*), podendo deixar de promover o *jus puniendi* quando verificar que a ação penal poderá provocar inconvenientes ao interesse público, determinando, então, o arquivamento dos autos do inquérito.

Segundo Dworkin:

Nos Estados Unidos, os promotores públicos têm o poder discricionário para aplicar ou não leis penais em casos particulares. Um promotor pode, com propriedade, decidir por não manter a acusação caso o infrator for um jovem inexperiente, ou arrimo de família, ou caso ele se arrependa ou colabore com a polícia, ou se alei for impopular, impossível de ser aplicada, ou geralmente desobedecida, ou se os tribunais estiverem abarrotados de casos mais importantes, ou ainda por dezenas de outras razões. Esse poder discricionário não significa abuso de liberdade – espera-se que os promotores tenham boas razões para exerce-lo.

Se o promotor, entretanto, decide pela persecução criminal, a defesa poderá adotar três caminhos:

a) tratando-se o direito ao julgamento pelo *Grand Jury* de um direito disponível, o suspeito pode preferir ser indiciado diretamente pelo promotor, onde terá a possibilidade de negociar a admissão de culpa *(plead guilty on arraignment to a lesser offense than charged*) por uma pena mais reduzida ou pela desqualificação do crime para um delito com punibilidade menos grave através de um acordo (*plea bargaining)* que produzirá seus efeitos apenas naquele processo, não servindo de prova para outro processo criminal ou cível, face a garantia contra dupla acusação (*guarantee against double jeopardy*).

A *plea bargaining* consiste fundamentalmente numa negociação entre a promotoria e a defesa, em que após definida a prática da infração penal, e superada a fase do *preliminary screen* (a nossa *opinio delicti*), abre-se oportunidade ao suspeito para o *pleading*, onde poderá se pronunciar a respeito da sua culpabilidade: se se declara culpado e confessa o crime *(pleads guilty*) após um processo de negociação com a promotoria para a troca da acusação por um crime menos grave, ou por um número mais limitado de crimes, opera-se a *plea*, que é a resposta da defesa, e então pode o juiz fixar a data da sentença, sem necessidade do devido processo legal ou de um veredicto.

b) recusa o litígio, alegando o "*plea nolo contedere"* , que autoriza uma sentença como se fosse culpado, mas que não representa confissão de culpa e nem serve de prova para outros procedimentos criminais ou cíveis, face a proteção contra dupla acusação.

c) alega inocência (*not guilty)* por insuficiência jurídica da acusação ou silencia, dando início a segunda fase do processo penal, com a instalação do *trial e* seus procedimentos públicos, que a depender do Estado-membro o juiz julga com ou sem a participação do júri

A partir de então se instaura o processo criminal (*trial*) através de uma acusação formal contra o suspeito, que a depender do Estado-membro poderá ser feita a) perante um *Grand Jury,* formado por 25 jurados leigos com poderes para ouvir testemunhas e ordenar providências investigatórias, b) ou diretamente a um Juiz , sempre tendo em

conta que dentre os direitos fundamentais da pessoa humana que podem ensejar a anulação do processo penal pelos procedimentos recursais, encontra-se o que se refere à imparcialidade do *Grand Jury* e do *Jury*, tanto do juiz quando dos jurados leigos.

Se o promotor apresenta os seus argumentos perante o *Grand Jury*, este poderá aceitá-los (*indictment*) ou apresentar uma nova acusação (*presentmen*t) sem considerar os argumentos daquele.

Definido o procedimento, com a aceitação da acusação pelo Grande Júri (*indictment*), ou com a apresentação de nova acusação pelo Grande Júri (*presentment*) ou ainda com acusação feita diretamente perante o juiz (*information*), o juiz designa a data do julgamento que tem início com a formação do *petty juri*, em regra formado por 12 leigos (*laymen*), os jurados (*jurors)* e seu porta-voz (*foreman*), cuja competência é julgar as questões de fato e apresentar um veredicto em favor da inocência (*not guilty*) ou da culpabilidade (*guilty*) do réu.

Nesta fase predomina a oralidade e a informalidade dos procedimentos, aliada a sofisticadas regras sobre a administração das provas (*The Law of Evidence*), onde a requerimento inicial (*complaint*) exige apenas o relato dos fatos, a indicação da autoria e o pedido do remédio.

Escolhido o júri, o julgamento se inicia com as alegações iniciais (*arraignment the trial judge)* da promotoria e da defesa, que consiste na leitura formal do libelo acusatório, seguido de um relato estéril dos fatos e da indicação lacônica das provas a serem apresentadas pelo Estado e pela defesa, sem qualquer argumentação ou inferência das provas.

Os autos do inquérito policial, bem como as provas obtidas na *fase* anterior não são levadas em consideração, assim como o réu (*defendant)* não está obrigado a prestar depoimento, em virtude da garantia contra a auto-incriminação (*privilege against self-incrimination*), sem que isso possa ser interpretado contra a sua defesa.

A evolução do direito criminal norte-americano ocorreu em duas grandes fases: o p*rocedure due process* de caráter estritamente processual, e o *substantive due process* consubstanciado na jurisdição constitucional com vistas no controle constitucional do arbítrio legislativo, também denominado princípio da proporcionalidade.

Para alcançar esta dimensão substantiva, especialmente após a queda da bolsa de 1929 com a implantação do *New Deal*, a Suprema Corte estadunidense passou a admitir o intervencionismo judicial para assegurar direitos e liberdades não econômicas, abrindo um amplo espaço para o exame de mérito dos atos do poder público, redefinindo o conceito de discricionariedade, para a luta pela igualdade racial (Brown v. Board of Education), privacidade (Griswold v. Connectcut), aborto(Roe v. Wade), por direitos políticos (Reynolds v. Sims).

4 - O devido processo legal no sistema criminal brasileiro

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. **Rui Barbosa**

No Brasil o princípio do devido processo legal está previsto no art. 5º, LVI da Constituição Federal:

Art. 5º .

LIV. ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Em verdade, também no Brasil o princípio do devido processo legal quase se confunde com o princípio do Estado de Direito, e se num sentido restrito consiste na garantia de que não haverá pena sem processo (*nulla poena sine iudicio*), em sentido amplo é uma espécie de princípio reitor de todo o sistema jurídico processual, já que todos os outros dele são derivados, tais como os princípios da publicidade dos atos processuais (inc. LX), da proibição de provas obtidas por meio ilícito (inc. LVI), do promotor e do juiz natural (inc. LII), do contraditório e da ampla defesa (inc. LV), da presunção de inocência (inc. LVII), do direito ao silêncio e de ser assistido pela família e por advogado (inc. LXIII), de não ser obrigado a confessar sob coação física ou moral (inc. XLIX) e de um julgamento pelo júri popular nos crimes dolosos contra a vida (inc. XXXVIII).

Inobstante, embora os autores costumem afirmar a origem norte-americana do instituto, o princípio do devido processo legal no Brasil é distinto em muitos aspectos do daquele país, mesmo porque lá o devido processo legal é uma opção do acusado, a quem é devido, pelo Estado, um determinado procedimento judicial, entre eles o *speedy trial*, que é um julgamento rápido, enquanto no nosso sistema o julgamento é obrigatório e de temporalidade predeterminada. (LIMA, 1999:122).

Com efeito, enquanto no sistema criminal dos EUA o devido processo legal é um direito disponível, no Brasil prevalece o princípio da legalidade ou da obrigatoriedade, fundados na tópica *delicta maneant imputina* (os delitos não devem ficar impunes), de forma que a autoridade policial e o promotor de justiça estão obrigados, sob pena de cometerem o crime de prevaricação, a promover a apuração e a deflagração da ação penal de todo e qualquer delito, só podendo deixar de fazê-lo nas hipóteses de atipicidade, impunibilidade do agente, ilegitimidade processual, imaterialidade do fato por falta de prova material ou autoria ignorada, mesmo assim através de requerimento de arquivamento ou absolvição sumária que deve ser submetida a apreciação do juiz.

Além disso, proposta a ação penal pública, prevalece o princípio da indisponibilidade do processo, e o Ministério Público não poderá dela dispor, transacionando, desistindo ou acordando com o acusado.

Não obstante, a partir da vigência da Lei Federal nº 9099/95, este princípios foram mitigados, pois a denominada lei dos juizados especiais criminais possibilitou a transação penal entre a acusação e defesa nos crimes de menor potencial ofensivo (aqueles cuja pena máxima não ultrapassam dois anos de reclusão) para a aplicação de medidas alternativas privativas de direitos que acabam por extinguir a punibilidade do crime, sem que isso signifique reconhecimento de culpa, além de não determinar

qualquer repercussão na esfera cível, o que torna o instituto semelhante ao *plea nolo contedere.*

Em verdade, este instituto de despenalização vai abrir exceção, não apenas ao princípio constitucional do devido processo legal, mas também aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, e até mesmo o da verdade real, que para muitos é o escopo principal do processo penal, ao buscar, dentro dos autos da instrução criminal, os elementos probatórios da autoria e materialidade do delito com a certeza absoluta da verdade, através da reconstituição simulada do fato.

Com efeito, os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal vai ser excepcionado pelo princípio da discricionariedade regulada ou regrada, que permite que em casos legalmente previstos se abra espaço para a autonomia das vontades das partes sob controle do Poder Judiciário.

Importante salientar que embora alguns autores falem na inconstitucionalidade da lei dos juizados especiais criminais, não podemos deixar de ressaltar que foi a própria Constituição Federal que em seu art. 98,I permitiu a criação de juizados especiais criminais onde fosse possível a transação penal, razão pela qual não se pode falar em inconstitucionalidade da própria norma constitucional.

No Brasil, após o recebimento da ação penal pelo juiz, a garantia do devido processo legal assegura ao réu o direito ao contraditório (art. 5º, LV da CF), de forma que na fase processual a acusação e a defesa devem estar em posição de igualdade, não existindo entre elas diferença de meios, prazos ou oportunidades, sendo defeso ao juiz praticar qualquer ato processual sem o conhecimento da parte contrária.

Nesta fase processual prevalece o princípio da publicidade, de forma que todos os atos judiciais devem ser públicos, salvo nas situações previstas no art. 5º, LX da CF, quando se tornar necessária a preservação da intimidade da parte ou quando o interesse social assim o exigir, como nos casos em que, a critério do Juiz, houver possibilidade de escândalo, perigo de perturbação da ordem pública ou qualquer outro inconveniente grave (art. 792, § 1º, do CPP.

No Brasil, porém, embora seja assegurado o direito ao silencio como um direito fundamental do acusado, para muitos juízes isto pode significar uma confissão de culpa (quem cala consente), vez que até antes da Constituição de 1988, o juiz era obrigado a advertir ao réu que o seu silêncio poderia ser contra ele utilizado.

É que enquanto os EUA adotam o sistema de certeza moral do legislador e da verdade legal ou formal, com repulsa a aspectos inquisitoriais, onde o juiz é uma espécie de árbitro, sem impulsos oficiais em relação a sociedade, representada pelo Ministério Público e pelo acusado, com a lei impondo a observância de princípios e estabelecendo o valor de cada prova, no Brasil prevalece o sistema da livre convicção e da verdade real, de forma que o *jus puniendi* não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes, de maneira que uma vez proposta a ação penal, pública ou privada, a tramitação processual depende de impulso oficial do juiz, que pode promover todas as diligências que julgar necessárias para ordenar o processo, inclusive modificando qualificadoras, privilégios ou a própria tipificação do crime.

Além disso, o juiz tem amplos poderes para dar ou não credibilidade a essas provas, prevalecendo o seu livre convencimento e a relatividade das provas, já que não existem provas preponderantes, e mesmo que o Ministério Público proponha a absolvição do acusado, o juiz poderá condená-lo .

É que enquanto nos EUA se controla não apenas a causa eficiente e material das provas, mas também a sua causa final e o seu *modus faciendi*, e a violação de certas formalidades probatórias poderão dar causa a nulidade total do processo (SOARES, 1999:139), no Brasil do princípio do contraditório decorre a liberdade processual, podendo o acusado apresentar qualquer meio de prova e escolher o advogado que lhe aprouver, de modo que os acusados podem e devem usar de todos os recursos possíveis para sua defesa, desde o silêncio até a mentira - eis o paradoxo do nosso sistema criminal - vez que o interrogatório não é feito sob juramento, razão pela qual ao suspeito da fase inquisitorial e ao réu da fase processual é permitido apresentar a versão que lhe aprouver para os fatos, sem que isto represente qualquer risco jurídico, enquanto que no sistema criminal dos EUA o acusado pode silenciar, mas se resolve falar depõe como testemunha e não poderá mentir sob pena de cometer o crime de perjúrio, que entre nós é mais conhecido por falso testemunho.

É certo que em nenhum dos países se admite provas ilegais, que são as provas ilícitas, obtidas com violação de direito material, tais como a inviolabilidade domiciliar, telefônica, à intimidade, ao sigilo, às integridade física etc., e as provas ilegítimas, obtidas com desrespeito ao direito processual, salvo em casos extremamente graves e em legitima defesa de direitos humanos fundamentais, como nos casos de gravação telefônica para comprovação de crime de sequestro ou extorsão.

No Brasil, ainda não está sedimentada a questão dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), ou seja, a comunicabilidade da prova ilícita originária em relação as demais provas dela decorrentes, muito embora a mais recente decisão do STF tenha sido no sentido de reafirmar este princípio. No entanto, a existência de provas ilegais não determinam por si só a nulidade do processo, desde que existam outras provas lícitas e autônomas que conduzam á culpabilidade do réu.

5 - Conclusões

A vida do direito não tem sido lógica: ela tem sido experiência. **Oliver Wendell Holmes Jr.**

Para entender o direito numa sociedade complexa como a nossa, Habermas destaca a necessidade de uma razão comunicativa que difira da clássica razão prática, enquanto instrumental lingüístico onde as interações se equilibrem na busca do entendimento, razão esta que forneceria o suporte de um massivo consenso de fundo, a partir da idéia de autonomia, onde os homens possam agir como sujeitos livres, na medida em que obedeçam a normas que eles mesmos tenham participado da elaboração, em um processo intersubjetivo.

O sistema criminal dos EUA, típico do espírito pragmático anglo-saxão, confere total independência ao Ministério Público para na maioria absoluta dos casos negociar a culpabilidade e a tipicidade dos crimes, conseguindo então solucionar 95% dos casos penais fora dos tribunais, sem a necessidade de um processo penal caro e, moroso.

É que a base democrática nos EUA impõe a participação popular na administração da justiça, onde uma grande parte dos promotores e juizes estaduais são eleitos, o que confere uma dimensão política muito acentuada à Justiça.

Por outro lado - a despeito das distorções inerentes ao sistema econômico e político norte-americano, tais como, o racismo e o hedonismo - como apenas são levados ao processo do júri popular os casos criminais em que o acusado recusa a transação penal (*bargaing*) e exige um julgamento rápido, é possível à polícia, peritos e promotores uma dedicação efetiva ao caso.

Isto, sem dúvida, confere um elevado grau de eficácia social ao direito criminal nos EUA, sem contar a enorme economia nos gastos públicos e no tempo despendido para o julgamento do acusado, com significativos ganhos para o Estado, sociedade e também para os acusados.

Não obstante, este sistema sofre severas críticas, principalmente de autores brasileiros, formados na tradição jurídica liberal, onde os princípios da culpabilidade e da verdade real ocupam lugar de destaque na teoria do direito penal, sob a alegação de num sistema como este pode ocorrer o favorecimento dos segmentos mais abastados da população, onde os mais pobres teriam menos poder de barganha, por não disporem de bons e bem remunerados advogados, o que certamente ensejaria muitos erros judiciários .

Além disso, muitos afirmam que o sistema criminal dos EUA importaria na destruição de princípios constitucionais basilares, dentre eles o princípio do devido processo legal, e mais notadamente os da presunção de inocência e da verdade real ou material, bem como o da separação dos poderes, por significar uma invasão do Ministério Público no campo de atribuições do Poder Judiciário.

De uma forma ou de outra, porém, sabemos que o sistema criminal brasileiro, ainda arraigado aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, se encontra em colapso, e talvez por esta razão, a partir da Lei nº 9.099/95 tenha sofrido influência do sistema criminal dos EUA, notadamente da *plea nolo contendere,* ao admitir nos crimes de menor potencial ofensivo transação penal sem o devido processo penal clássico.

Na verdade, a lei brasileira está mais próxima dos modelos italiano (arts. 439 e 556 do CPP) e português (arts. 392 *et seq* do CPP), que excepcionam os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal apenas em casos legalmente previstos, onde o Ministério Público deve observar determinadas condições, dentre elas a proibição de propor penas privativas de liberdade.

Esta influência também pode ser notada no instituto da suspensão condicional do processo, em muito semelhante ao *probation* do sistema criminal dos EUA, vez que se o crime possuir pena mínima abstrata não superior a um ano, houver reparação do dano e existir a possibilidade de concessão de futuro *sursis* (suspensão da execução da pena já

aplicada) ao acusado será permitida a suspensão do processo, que sem discutir a culpabilidade e mediante o cumprimento de certas condições poderá ver extinta a punibilidade pelo crime praticado.

Estes institutos marcam a introdução de justiça criminal consensual em nosso sistema, permitindo uma resposta rápida para crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, e ao próprio suspeito a possibilidade de livrar-se de um processo demorado e de conclusão imprevisível em troca da extinção de punibilidade mediante o cumprimento de medidas alternativas e da reparação dos danos que o fato provocou.

A rigor, esta lei, que poderá promover uma verdadeira revolução no sistema criminal brasileiro, veio se contrapor à tendência atual, que inspirada no movimento denominado "lei e ordem" propõe um direito penal simbólico, excessivamente intervencionista e preventivo, através de medidas repressivas de extrema severidade, tais como a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei do Crime Organizado, que findaram por não produzir o efeito esperado de diminuição da criminalidade.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais, ao contrário, acompanha os avanços apresentados em diversos países, dentre eles o sistema criminal dos EUA e as propostas doutrinárias mais avançadas, pois desde Beccaria se sabe que realmente faz diminuir a criminalidade não é a severidade da pena, mas a certeza da sua aplicação.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais, através dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo vão certamente oferecer uma grande contribuição ao sistema criminal brasileiro, ainda que tenham sido introduzidos de maneira tímida.

Tais institutos deveriam ser ampliados através do aumento para até cinco anos a pena máxima para crimes que permitam transação penal, de modo que um maior número de crimes possam ser submetidos aos juizados especiais criminais

Além disso, devemos inserir em nosso sistema criminal a possibilidade do réu declara-se culpado e negociar a pena com a justiça, livrando-se de um processo penal moroso e incerto.

6. Referências

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo, Saraiva: 2003.

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

COOLEY, Thomas M. A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union. New Jersey: The Lawbook Exchange. 1999.

DANTAS, Ivo. Direito Constitucional Comparado: Introdução, Teoria e Metodologia. Rio de janeiro: Ed. Renovar, 2000.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo:Direito Comparado. Td. Hermínio A de Carvalho, Lisboa. Ed: Meridiano, 1978.

HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia:entre faticidade e validade.volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro.1997.

HOLMES, Oliver Wendel. The Common Law. New York: Dover Publications,, 1991.

LIMA, Roberto Kant de. Acesso ao Saber na Cultura Jurídica do Brasil e dos EUA. In: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros- Cidadania e Justiça, n.6, p. 113-133, 1999.

ORTH, John V. **Due processo f law: a brief history.**

ROBERT, G. Mccloskey. **The American Supreme Court.** The University of Chicago Press. 2.ed. 1994.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**.São Paulo:Landy..2001.

ZIMMER, Carl. **O livro de ouro da evolução.** Rio de Janeiro: Ediouro.2003

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

Cf. SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1999, p.123.

ROBERT, G. Mccloskey. **The American Supreme Court.** The University of Chicago Press. 2.ed. 1994. p.01.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.51.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano.** São Paulo:Landy..2001.p.21.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: Introdução, Teoria e Metodologia.** Rio de janeiro: Ed. Renovar, 2000, p.196-202.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo:Direito Comparado**. Td. Hermínio A de Carvalho, Lisboa. Ed: Meridiano, 1978.

ORTH, John V. **Due processo f law: a brief history.**

COOLEY, Thomas M. **A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union.** New Jersey: The Lawbook Exchange. 1999, p.309.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.126

Segundo BARROSO, Luis Roberto. Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. In: José Ronald Cavalcante Soares (org). **Estudos de Direito Constitucional – Homenagam a Paulo Bonavides**. São Paulo: LTr. 20O1. p. 320: "O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional"

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992., p.113.

Emenda I - O Congresso não editará nenhuma lei instituindo um religião, ou proibindo o seu exercício; nem restringirá a liberdade de expressão ou de imprensa, ou o direito das pessoas se reunirem pacificamente e de peticionar ao governo para a correção de injustiças.

Cf. ZIMMER, Carl. **O livro de ouro da evolução**. Rio de Janeiro:Ediouro.2003, P.498, Na verdade, a corte não absolveu o réu pelos motivos constitucionais que a União Americana das Liberdades Civis(UALC) esperava, mas apenas mandou arquivar o caso porque o juiz do caso original estabelecera uma multa de 100 dólares, quando a lei do Tennesse só permitia que júris estabelecessem multas até 50 dólares.

Emenda V – Ninguém será considerado réu de um crime capital ou infamante, a não ser mediante indiciamento ou denúncia por parte de um júri de acusação (grand jury), exceto em se tratando de fatos ocorridos nas forças armadas de terra ou mar, ou então na milícia, quando em serviço efetivo em tempo de guerra ou de perigo público; ninguém será julgado duas vezes pelo mesmo crime, a penas que afetem sua vida ou integridade física, nem será forçado, em qualquer processo criminal, a testemunhar contra si próprio, nem será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo legal; ninguém será expropriado de seus bens para uso público sem uma justa indenização.

Emenda IV - O direito do povo de estar seguro contra irrazoáveis buscas e apreensões a sua pessoa, residência, documentos ou móveis, não deve ser violado, e nenhuma busca ou apreensão deve ser concedida, salvo quando existirem causas prováveis, asseguradas por mandado judicial que descreva o local da busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Emenda V- Ninguém será detido para responder por crime capital ou outro crime infame, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha conta si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

Emenda VI - Em qualquer persecução criminal, o acusado deve gozar do direito a um procedimento rápido e público, por um júri imparcial do Estado ou Distrito em que o crime tenha sido cometido, distrito este que deve ter sido previamente determinado pela lei, e ser informado previamente da natureza e causa da acusação, para ser confrontada com as testemunhas adversas; a ter um procedimento compulsório para trazer testemunhas a seu favor e de ser assistido por advogado para a sua defesa.

O leading case foi Powell v.Alabama de 1932, quando a Suprema Corte a pedido da Associação Nacional para o progresso da Gente de Cor (NAACP) absolveu um grupo de jovens negros condenados à pena capital por agredir alguns brancos na cidade de Scottsboro. À época todos os defensores, brancos, nomeados para o caso recusaram o encargo, salvo um inexperiente advogado de 70 anos, que pouco fez pelos acusados, razão pela qual a Corte reconheceu a ausência de defesa dos réus.

Emenda VIII – Não serão exigidas nem impostas fianças ou multas excessivas, nem infligidas penas cruéis ou inusitadas.

Emenda XIX – A especificação de certos direitos na Constituição não deve ser entendida como uma negação ou depreciação de outros direitos conservados pelo povo.

Emenda XIV- Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

Dollree Mapp era uma senhora que teve a sua residência invadida pela polícia estadual, que tinham um mandado de busca de máquinas de jogo ilícito, e não encontrando as máquinas, apreenderam material pornográfico que não guardava relação com o motivo da diligência.

BARROSO, Luis Roberto. Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. In: José Ronald Cavalcante Soares (org). **Estudos de Direito Constitucional – Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Ltr. 2001, p. 322-4.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo:Martin Claret. 2003.

LIMA, Roberto Kant de. Acesso ao Saber na Cultura Jurídica do Brasil e dos EUA. In: **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros- Cidadania e Justiça.** n.6. 1999, p. 122.

HOLMES JR. Oliver Wendell. **The common law**. New York:Dover Publication.1991.p.1.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia:entre faticidade e validade**.volume II. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro.1997, p.189.

ESBOÇO DE UMA TEORIA DA PROCESSUALIDADE INCLUSIVA: TERCEIRO ESFORÇO CRÍTICO-DISCURSIVO NO ENCAMINHAMENTO DE UMA JUDICACIONALIDADE FUNDADA NO DIREITO DEMOCRÁTICO*

SKETCH OF A INCLUSIVE PROCEDURAL'S THEORY: THE THIRD CRITICAL-DISCURSIVE PROPOSAL FOR THE DEMOCRATIC PROCESSUALITY

José Américo Silva Montagnoli

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar, em termos críticos e, necessariamente, falibilistas (Popper), a proposta de uma democracia deliberativa processualmente demarcada, na qual se busca a concretização do propósito de inclusão discursiva radical do povo nas atividades decisórias, especialmente no Judiciário, em urgente impedimento à reedição comunitarista do Estado social de direito de matiz neo-interventivo. Esta reedição alimenta o firme escopo de infantilização decisória dos cidadãos, gestado numa concepção paternal-tutelar de Estado. Negando a aposta comunitarista de subverter o Judiciário em "arena" de postulações (Streck), transformando-se juízes em magistrados-guardiães, realizadores-redentores de promessas não cumpridas de um previdente Estado Social da democracia, defendemos o conceito de povo-decisor, esclarecido pela relação triádica discurso-inclusão-processo, permitindo aos cidadãos se enxergarem como co-autores das decisões emanadas de um Judiciário, em que magistrados apresentem-se como co-decisores que garantizam a observância do devido processo legal-constitucional, admitindo-se, por princípio, que toda atividade judicacional é constitucional (Cattoni), visto que exige a incessante observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia (Leal), aquisições incontestes das Constituições Ocidentais. Com efeito, a realização deste projeto de democracia radical (Habermas), com subsídios das teorias discursivas do direito e da processualidade jurídico-democrática, permitiria que muitos "especialistas" do direito acordassem do sono lingüístico-dogmático, ao saberem, lembrando Roland Barthes, que em cada signo dormem, também, pequenos grandes monstros à espera de esclarecimento.

PALAVRAS-CHAVES: POVO; INCLUSÃO; TEORIA DISCURSIVA; PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA; INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL; PROCESSUALIDADE INCLUSIVA.

ABSTRACT

The present article has as intention to analyze, in critic terms and, necessarily, fallibilities (Popper), the proposal of a deliberative procedural demarcated democracy,

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

in which it is sought the implementation of the purpose of radical discursive inclusion decision of the people, especially in the Judiciary, urgent impediment to the communitarists rule of law, social hue neo intervention. This reprint feeds the firm scope of childish like behaviour of the citizens, managed a design paternal -protector of State. Denying the bet communitarists of subverting the judiciary in "arena" of postulations (Streck), becoming judges in magistrates - keepers, directors-redeemers of promises not fulfilled of a foresight State of Social democracy, we support the concept of nation - decision, informed by the relationship triadic speech-inclusion-process, allowing citizens to see as co-authors of the decisions emanating from a judiciary, in which judges show up as co-makers that guarantee the observance of legal-constitutional due process, assuming - if, in principle, that all judicial activity is constitutional (Cattoni), since that requires constant observance of the principles of contradictory, large defense and isonomy (Leal), acquisitions uncontested of Western Constitutions. Indeed, the realization of this project of radical democracy (Habermas), with subsidies of discursive theories of law and democratic processuality, would allow many "experts" of the law to awake from the dogmatic language, upon knowing, recalling Roland Barthes that in every sign sleeps, too, a small big monsters waiting for clarification.

KEYWORDS: PEOPLE; INCLUSION; DISCURSIVE THEORY; DEMOCRATIC PROCESSUALITY; INSTRUMENTAL PROCEDURAL; INCLUSIVE PROCEDURAL.

1. INTRODUÇÃO[1]

Temos nos preocupado, reiteradamente, com a reafirmação do nosso propósito de ruptura com critérios simplificadores, há muito denunciados, de uma “ciência” tida como “espaço qualificado” que, cartesianamente, divide objetos para compreendê-los; ciência que não se expõe ao debate e à autocrítica: resolve, oferta “soluções utilitárias” para as mazelas do mundo da vida. Este caminho tomado pelo saber científico deu-se por um “giro cartesiano”, em que se promoveu a disjunção entre produções científicas e saberes filosóficos. Ao que parece, estabeleceu-se que a ciência, para produzir soluções rápidas e vantajosas à humanidade, tinha que se afastar “um pouco” da filosofia, demasiadamente reflexiva e crítica.

As teorias jurídico-democráticas contemporâneas que preconizam a atuação radical do povo na condução de seu próprio destino parecem ter percebido a urgente necessidade de abolir a referida disjunção entre ciência e filosofia. Neste sentido, as teorias discursivo-processuais do direito democrático, revelam a ocorrência de um *rejuvenescimento* do direito por uma filosofia (COMPARATO, 1997, p. 211) numa nova compreensão, por óbvio, da própria filosofia em conexão interna com o direito, como maneira de preservar, pela problematização de argumentos, a racionalidade das ordens jurídicas. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 10). Habermas (1997, v. 1, p. 9-10) destaca o *poliglotismo da filosofia* pela transparência que oferta aos conceitos,

permitindo que as proposições fundamentais da *teoria do agir comunicativo*, desenvolvida por este autor, ramifiquem-se em diferentes universos de discurso, transcendendo às vetustas proposições hegelianas e kantistas, materializadas em empedernidas doutrinas do direito, que muitos se orgulham em denominar "dogmática jurídica".

Assim, tremendamente preconceituosa e equivocada a afirmação dos teóricos do instrumentalismo processual pátrio, em suas novas formas e representações, de que alguns processualistas do Brasil e do mundo dedicam-se tanto aos conceitos que acabaram por exercitarem uma filosofia pura do Direito, desviando os olhos da realidade (BEDAQUE, 2009, p. 18). O diálogo, grávido de sentidos e respostas, entre filosofia e ciência do direito – e não mais uma anacrônica "dogmática jurídica" – está, sim, ofertando respostas consistentes a um direito processual que se quer includente e viabilizador de decisões contributivas para a efetivação dos direitos.

Constatamos que mais além de um giro lingüístico (HABERMAS, 1997, 2004, *passim*) ou hermenêutico (STRECK, 2003, *passim*), o direito foi envolvido numa *viragem paradigmática* (MORIN, 2001, p. 80) em que o paradigma disjuntivo cartesiano de simplificação (MORIN, 2001, p, 16), a separar o sujeito pensante (*ego cogitans*) e a coisa extensa, pensada (*res extensa*), ou seja, a separar a filosofia da ciência, colocando-se como *"princípio de verdade"* um conjunto de ideias "claras e distintas", exige superação. Esta disjunção, que rareia as comunicações entre o conhecimento científico e a reflexão filosófica (MORIN, 2001, p. 17), não sobrevive ao paradigma do direito democrático que, pela sua vinculação ao princípio de inclusão discursiva radical do povo nas atividades decisórias que temos defendido há muito, afina-se às demandas das sociedades complexas, sem o propósito de reduzir complexidades, como almejava Luhmann (1980) em seu modelo de legitimação decisional.

Refletindo acerca do marco das sociedades complexas[2], inegável elemento constitutivo da sobredita viragem paradigmática, Gisele Cittadino (2004, p. 77-78) observa que a identidade não é a marca da sociedade democrática contemporânea, pois ao invés da homogeneidade e da similitude, *a diferença e o desacordo são os seus traços fundamentais.* A sociedade democrática contemporânea, lembra Cittadino (2004, p. 78), marcada pela multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, pelo pluralismo, indica que não nos resta alternativa senão buscar o consenso em meio da heterogeneidade, do conflito e da diferença. Parece-nos que o *projeto habermasiano de democracia deliberativa*, pela *inclusão com acedência das diferenças racionalmente motivadas*, oferta teorizações capazes de encaminhar o convívio entre estas múltiplas cosmovisões, admitindo-se que a sociedade contemporânea, "[...] consciente de suas contingências, cada vez mais fica dependente de uma razão procedimental [...]". (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 12).

Destas reflexões preliminares, emerge uma concepção habermasiana que vai equipar as teorias discursivo-processuais do direito decididas a suplantar uma modernidade crepuscular que insiste em emudecer concepções emancipatórias de povo na atualidade: o conceito de *moralidade pós-convencional* ou *pós-tradicional*. Por moralidade pós-convencional ou pós-tradicional entendemos *"concepções de vida individuais e coletivas que se obrigam a apresentar razões, não provenientes de tautologias, muito menos da fé religiosa ou da tradição, para sustentarem sua validez*

social". (CITTADINO, 2004, p. 90), sendo certo para Habermas que "[...] a figura pós-tradicional de uma moral orientada por princípios depende de uma complementação através do direito [...]". (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 23). Neste ponto fica claro que teorias discursivo-processuais do direito e da democracia repelem uma mítica "confiança antropológica nas tradições" (CITTADINO, 2004, p. 217), tão cara à doutrina decisório-constitucional denominada "comunitarismo" disseminada sob a retórica de um Welfare State neo-interventivo[3] que preconiza uma judicação salvífica, com a magistratura atuando como efetiva condutora do processo pelo uso de seus "poderes", conforme propõe os instrumentalistas (BEDAQUE, 2009, p. 61) que, de rigor, valer-se-iam de uma razão decisória degradada no seu uso (MORIN, 2001, p. 14), por ignorar a complexidade do mundo da vida que, assim, tem-se por colonizado, com a absurda exclusão dos diretamente afetados – o povo – das construções decisórias que os vinculam. Vemos, então, a urgência da proposição de uma nova racionalidade que sirva à resolução dos anseios emancipatórios das sociedades contemporâneas.

Apresentado o quadro de uma modernidade crepuscular em que se impõe a proposta de *inclusão discursiva radical do povo emancipado em termos conceituais, como conjunto de jurisconsortes[4] livres e iguais* – os quais, mais a frente, denominaremos de *povo-decisor* –, nas atividades decisórias das sociedades de direito democrático – embora o Estado seja visto, por muitos, como o "condutor-ambiente legítimo" das atividades decisórias que interessam à cidadania ativa –, acreditamos que a concretização da referida proposta ocorrerá pelo encontro reconstrutivo e, obrigatoriamente, autocrítico entre a teoria discursiva do direito, a partir das reflexões de Habermas e as teorias processuais constitucionalidade democrática, proposta por autores, entre outros, como Elio Fazzalari, Rosemiro Leal, Marcelo Cattoni, Álvaro R. Souza Cruz e o saudoso mestre processualista, J.J. Calmon de Passos. Por óbvio, tais reflexões dar-se-ão em confronto com os pilares do sobredito pensamento comunitarista no exterior, como Bruce Ackerman e Michael Walzer, defensores de concepções estatizantes da processualidade judicial, bem assim com as proposições teóricas desenvolvidas por instrumentalistas históricos como Cândido Rangel Dinamarco e autores que se propõem a apresentar novas leituras destas proposições como os professores José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni.

Buscamos, enfim, neste artigo, desenvolver um terceiro esforço crítico-discursivo, como dissemos, na busca de uma racionalidade em que se afasta a primeira pessoa do singular (eu) rumo à primeira pessoa do plural (nós), em que se permuta um agir estratégico orientado para a concreção de fins egoísticos de sucesso material – o "processo judicial de resultados", como preconiza o instrumentalismo processual (BEDAQUE, 2009, p. 17) – por um agir orientado para o entendimento mútuo, lastreado nos conceitos de intersubjetividade e império do melhor argumento. Tentaremos desenvolver uma razão discursivamente processualizada, buscando a superação de um "eixo decisional" fundado na razão imediata e prescritiva do julgador (LEAL, 2002, p. 183), enquanto abnegado promotor da pacificação social consistente no "escopo magno da jurisdição" (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2005, p. 26) congenitamente estatólatra e não cidadã, na qual o processo é simples "módulo legal que legitima a atividade jurisdicional", como quer Marinoni (2008, p. 574), em favor de um novo eixo: o espaço processual da razão discursiva "[...] egressa da inter-relacionalidade normativa (conexão) do ordenamento jurídico obtido a partir da *teoria da Constituição democrática*." (LEAL, 2002, p. 184).

2. UMA REFLEXÃO URGENTE: O DESENVOLVIMENTO DA IDEIA DE "INCLUSÃO" NAS TEORIAS DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

Perquirindo novos caminhos teoréticos que permitam o ressignificar do termo "inclusão" e dialogando *com e contra* – aliás, especialmente contra – liberais e comunitaristas, Habermas norteia-se, sobretudo, pela proposição discursiva da intersubjetividade e da alteridade (a consideração do outro). Trata-se de um traço fundamental em suas reflexões.

O ressignificar da inclusão dar-se-ia, para o pensador alemão, de modo progressivo: inicialmente, inclui-se a população no status de cidadão, abrindo-se para o Estado uma fonte secular de legitimação, juridicamente mediada. (HABERMAS, 2004, p. 157). Isto nos indica que a razão discursiva que busque a *acedência das dissensões* (diferenças de opiniões e/ou de interesses) exige a necessária mediação da teoria do direito processual-democrático, sob a égide de uma moralidade pós-convencional. Teríamos, assim, o "início" do encaminhamento de um projeto de integração social não-coercitivo em sociedades complexas. Recorrendo a Habermas (2004, p. 158) percebe-se que, nas sociedades pluralistas, os eventuais ônus e riscos da integração social não podem ser desviados do nível da formação de vontade política e da comunicação pública e aberta (dialogicidade jurígena cidadã), para uma "etnocêntrica direção" de suspeitos substratos culturais, aparentemente de origem natural – e, assim, supostamente liberada de tematizações –, oriunda de um povo homogêneo. Esta argumentação de viés historicista, tão valorizado pelo comunitarismo, por exemplo, não contribui para a emancipação democrático-inclusiva de um povo, pois nasce do medo, insistindo em retirar deste mesmo povo a responsabilidade por suas próprias escolhas (POPPER, 1987, t. 2, p. 287), direcionando-o ao tortuoso caminho ofertado pela "Chave da História" (POPPER, 1987, t. 2, p. 277) em que, de rigor, como vaticina Popper (1987, t. 2, p. 284-285), prevalece a *tática do dominar ou do submeter*, tudo arbitrado por pré-videntes decisores estatais que saberiam, à saciedade, a melhor solução para os conflitos sociais. Neste sombrio sentido, Michael Walzer, em sua defesa à prevalência dos particularismos históricos – decorrente da "confiança antropológica nas tradições" (CITTADINO, 2004, p. 217) – acredita que a conscientização sobre os medos, supostamente compartilhados por uma dada comunidade, de perda de valores, tradições e crenças, do isolamento e da opressão (CITTADINO, 2004, p. 87) é a melhor forma de se manter o povo integrado. Somente discriminando, segregando, enfim, *excluindo* (para o bem mesmo dos excluídos) e, assim, compondo uma *potus* (povo não cidadanizado) de vivências marginais, é que se conseguiria uma *"integração de cidadãos homogêneos"*. Certamente, não é possível extrair de uma constituição "histórica e natural" do homem, imperativos normativos e democráticos para uma conduta racional de vida. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 18). Como se percebe, é somente através da mediação pelo direito democrático, balizado processualmente (LEAL, 2002, *passim*), que se possibilita o encaminhamento da ressignificação do termo inclusão.

Compreendemos que o projeto habermasiano de reconstrução signífica da inclusão exige a análise do conceito de *alteridade*, dirigida à ideia de intersubjetivação com acedência das dissensões. A *alteridade*, aqui compreendida como "a voz do outro", *é*,

inicialmente, a posição/disposição de cada cidadão em ouvir/considerar, racionalmente, as opiniões e interesses de outros, ainda que em rota de colisão com as pretensões daquele. De fato, como o propósito dos cidadãos enxergarem-se na posição de co-autores das construções decisionais pressupõe o implemento da intersubjetividade cidadanizada e, portanto, da análise do conteúdo normativo da alteridade, somos levados, inevitavelmente, à constante problematização de postulados democráticos. Suely Rolnik (1992, p. 33-34) ressalta que a sobredita problematização acarretará indagações/refutações sobre o conceito de "outro", implicado tanto noção de democracia, quanto na noção de homem como cidadão. O "outro" será, então, visto como *unidade juridicamente circunscrita*, com esteio em uma *ecologia das subjetividades*, vulnerando as concepções solipsistas do "eu", característico do sujeito de direito liberal, bem como a concepção transcendente do "eu" macropolítico, materializado no Estado social neo-interventivo proposto pelo comunitarismo de manutenção acrítica de identidades culturais homogeneizadas, e enaltecido pela dogmática instrumentalista que concebe o "processo" como nada mais do que um "método de trabalho" desenvolvido pelo "Estado" (BEDAQUE, 2006, p. 36). Nesse passo de ressignificação habermasiana da inclusão pela consideração do valor conceitual da alteridade, acreditamos que se possa conceber a *intersubjetividade de grau superior* de um acordo mútuo entre todos os cidadãos, que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais (HABERMAS, 2004, p. 160).

Diante do que se expôs, o último passo para a descrição do projeto habermasiano de ressignificar o termo "inclusão" é a afirmação do filósofo alemão de que, quando as sociedades multiculturais organizam-se em Estados democráticos de direito, apresentam-se "[...] diversos caminhos para se chegar a uma inclusão "com sensibilidade para as diferenças" [...]". (HABERMAS, 2004, p. 172). Para Habermas, este Estado democrático tem conformação procedimentalista, no qual a ação estatal é discursivamente instituída. Ressalta-se que, para nós, a radicalidade necessária de uma inclusão do povo dar-se-á quando este se enxerga como co-autor das construções decisórias que vinculam este mesmo povo, no sentido que, acreditamos, está bem definida na *Teoria processual da decisão jurídica* (2002), apresentada pelo jurista Rosemiro Leal e, como se verá adiante, promove esclarecimentos relevantes que buscam operacionalizar o projeto habermasiano de democracia deliberativa.

Concluindo-se a exposição das reflexões habermasianas acerca da inclusão, compreende o filósofo alemão que a necessária formação pública da opinião e da vontade, num relacionamento intersubjetivo dos cidadãos, ocorrerá segundo discursos, que visam à aceitabilidade racional de normas, à luz de interesses generalizados, de orientações compartidas e princípios fundamentados (HABERMAS, 2004, p. 164), nos quais a inclusão[5] *significa que determinada ordem política se mantém aberta para equiparar os discriminados e para integrar**[6]** os marginalizados, sem confiná-los na uniformidade da comunidade homogênea de um povo.* (HABERMAS, 2004, p. 165), como desejam os teóricos do comunitarismo. Em suma, Habermas concebe uma inclusão com acedência das dissensões intersubjetivas, orientadas por uma razão discursiva.

Cremos, contudo, que Habermas, a despeito de reconhecer a gênese procedimental do Estado democrático de direito, não esclarece como se operacionaliza a inclusão do povo nas atividades decisórias, a partir do agir de cada cidadão no exercício de sua autonomia, tendo em conta, ainda, que a ação de entes públicos e privados materializa-

se por meio de decisões. Entendemos que, por uma teoria da processualidade democrática, a partir de uma proposição neo-institucionalista (LEAL, 2002, p. 159), é que se poderia visualizar todo o potencial emancipatório do conceito de inclusão, no esteio da viragem paradigmática (MORIN, 2001, p. 80) ocorrida com o advento do Estado democrático de direito, em superação aos modelos de estatalidade liberal e social. Com efeito, fundado numa proposição falibilista, segundo as lições de Popper (1999), pela qual todo direito haveria de se oferecer expressamente à possibilidade de *fiscalidade incessante de todos os cidadãos*, do ponto decisório de criação até o ponto decisório de aplicação (LEAL, 2002, p. 159), a teoria neo-institucionalista propõe um direito-de-ação coextenso a todo povo e a qualquer procedimentalidade processualizada, esta teorizada como eixo de articulação permanente do constitucionalismo-pluralismo, com vistas a evitar a imobilização das controvérsias e do dissenso. (LEAL, 2002, p. 164). Neste sentido, defendemos a *auto-inclusão processual* (LEAL, 2002, p. 170) *dos cidadãos em co-autoria decisional com os decisores estatais, orientados pelos princípios constitucionais, discursivos e autocríticos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.* Com a sobredita auto-inclusão processual, todo o povo poderia se enxergar como um dos reconstrutores do direito criado e aplicado, donde, acreditamos, emerge o conceito de *povo-decisor*.

3. APONTAMENTOS CRÍTICO-DISCURSIVOS ACERCA DAS TEORIAS DECISÓRIAS COMUNITARISTAS E DAS TEORIAS INSTRUMENTALISTAS DO PROCESSO, COM A PRÉVIA COMPREENSÃO DO CONCEITO DE "JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL"

É notório, sob o paradigma do direito democrático ocidental, que as atividades decisionais, sejam de legiferação, administração, ou de judicação regem-se por normas fundadas no texto de um documento fundamental: *a Constituição.* Todos percebem a refundação, especialmente após o fim da 2ª Grande Guerra, das ordens jurídicas, a partir dos textos constitucionais. É difícil – até porque, por previsão normativa, impõe-se invariavelmente como obrigatoriedade – ver a atuação de legisladores, governantes e magistrados em que não se invoque o texto das Constituições. Não se trata, em regra, de mera invocação retórica; as atividades decisionais do Estado, da empresas e dos cidadãos são constitucionalizadas. Reconhecemos, ainda, que a ideia inicial para que propuséssemos a inclusão discursiva radical do povo nas atividades decisórias, a partir da análise dos modelos decisionais que gravitam em torno da denominada "jurisdição constitucional", decorre de algumas reflexões presentes na obra *Direito Processual Constitucional* (2001), do Professor mineiro Marcelo Cattoni. Cattoni (2001, p. 206-207) lembra que, no Brasil, se todo órgão do Judiciário não só pode, mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar alegações que explicitamente se referem à Constituição, podemos dizer que todo o Judiciário é competente para exercer jurisdição em matéria constitucional, *toda jurisdição é jurisdição constitucional*, conforme os processos constitucional e legalmente previstos. Como se verifica, Marcelo Cattoni (2001, p. 207), em seguida e de modo enfático, vai afirmar que:

Todo processo, e não somente os que estruturam as chamadas garantias constitucionais-processuais, ao criar as condições institucionais para um discurso lógico-argumentativo de aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional, *é processo que instrumentaliza o exercício da jurisdição em matéria constitucional, ou seja, é processo constitucional.* (grifo nosso).

Fica claro que Cattoni circunscreve sua afirmação de que *toda jurisdição é constitucional*, aos processos em que houver condições institucionais de *aplicação reconstrutiva do direito constitucional.* Indo mais além das reflexões do jurista mineiro, é forçosa a nossa indagação: numa sociedade em que se busca o implemento de um projeto de democracia radical – ao qual Cattoni, confessadamente, filia-se – *haveria atividade jurisdicional*, por afirmação imperativa da natureza suprema dos direitos fundamentais-processuais que regem o devido processo, *que não fosse constitucional?*

Nossa reposta é *não* e nos direciona o foco para a análise das atividades decisionais do Judiciário, nosso principal propósito neste artigo. Num Estado democrático de direito em que se opere, seriamente, a inclusão discursiva radical do povo nas atividades decisórias, *não existem atividades judicacionais que não sejam constitucionais, pois toda atividade processual há que ser balizada por princípios retores do processo decisório, descritos nas constituições: o contraditório, a ampla defesa e a isonomia.* Com formas diversas, é esta a ideia de *constitutional due process* que se verifica nos documentos jurídicos fundamentais anglo-americanos e europeus. Entendemos que, assim, fica esclarecida a razão de, para a busca crítica de um modelo em que os cidadãos se enxerguem como co-decisores, nossa análise partiu de modelos decisórios que – tradicional, mas equivocamente – estariam restritos às atividades dos tribunais constitucionais, contida na denominada "jurisdição constitucional" (como ocorre com as chamadas doutrinas "comunitaristas"). É oportuno, ainda, esclarecer as razões de nossa preferência em usar o termo "judicação", ao invés de "jurisdição", quando se mostra viável esta troca. Neste sentido, a *jurisdição* não é a atividade jurídico-resolutiva e pessoal do juiz ou de qualquer agente decisional do Estado (afinal, para o instrumentalismo, o processo é um atributo de Estado), mas os próprios conteúdos da lei (LEAL, 2001, p. 24) produzida segundo preceitos constitucionais. *Jurisdição*, portanto, será *o conteúdo da lei*, e *judicação* consiste nos *atos decisórios egressos dos conteúdos da lei.* (LEAL, 2001, p. 25).

Explicitadas as razões para alguns dos encaminhamentos teóricos realizados neste trabalho, passemos às reflexões acerca da teoria da processualidade que, acreditamos, mais atenda aos anseios de uma processualidade instituinte do projeto de democracia radical, delineado por Habermas. A introdução a esta processualidade exige a exposição dos movimentos teóricos de oposição a este projeto. Analisaremos, inicialmente, a concepção comunitarista de *Welfare State* neo-interventivo[7].

Tomando as leis como *vontades políticas de uma mítica comunidade historicamente situada e homogênea* e não como *razões democraticamente expostas*, o

comunitarismo depende, fundamentalmente, da atuação efetiva dos órgãos jurisdicionais (CITTADINO, 2004, p. 24) que carregariam, solitários, o fardo decisório de atribuírem "eficácia" às normas, apelando para uma suspeita *"dimensão criadora"*. (CITTADINO, 2004, p. 24). Com efeito, entre americanos e europeus (especialmente, os alemães), ressalta Gisele Cittadino (2004, p. 25), cresce o tema da concretização dos sistemas de direitos constitucionalmente assegurados, em que a atuação judicial os tornaria juridicamente eficazes. Este "modelo eficacial" trilha o perigoso caminho do "protagonismo judiciarista" (ZAFFARONI, 1995, p. 24) em que um "povo infante" ficaria à espera da tutela jurídico-paternal do "Estado-juiz", qualificação esta bem ao gosto do instrumentalismo da escola processual paulistana. Esta visão sobre o papel dos órgãos jurisdicionais (que, como dissemos, deveriam ser nominados "judicacionais") vincula-se a uma concepção de povo inspirada no romantismo, característico da comunitarização republicana (HABERMAS, 2004, p. 156), redefinindo órgãos decisórios em formato comunitário (HABERMAS, 2004, p. 158) e inviabilizando qualquer pretensão de discursividade inclusivo-democrática, visto que os passos de qualquer argumentação, inclusive a judiciária, não podem ser idiossincráticos, mas têm de permanecer exeqüíveis intersubjetivamente (HABERMAS, 1989, p. 14), não reduzindo os demais atores sociais a meros receptores da resolução emanada de um decisor estatal.

De todos os autores alinhados ao pensamento comunitarista que, a nosso juízo, impõe uma sobrecarga decisional aos julgadores que são prejudicados em sua função de atuar, com as partes, para a construção de decisões justas, merece destaque o americano *Bruce Ackerman.* Ackerman acredita as decisões cotidianas não poderiam violar as "grandes decisões" tomadas pelo povo ao longo de sua história constitucional. (CITTADINO, 2004, p. 199). Não pode haver ilusões, contudo, sobre as proposições ackermanianas. Ao falar sobre a "autoridade de um povo mobilizado" em sua obra *We the people* (1991), não se propõe a atuação direta do povo nas atividades judicacionais, em co-autoria decisional com os magistrados. Ackerman, em verdade, propõe um modelo hermenêutico de cunho historicista, em que os magistrados levariam em conta decisões políticas supostamente tomadas pelo povo no passado, com vistas a "decodificar" o presente. (CITTADINO, 2004, p. 201). Em análise da cena judiciária norte-americana, Ackerman afirma que, em seu modelo decisional, a Suprema Corte é o intérprete "por excelência" da Constituição (CITTADINO, 2004, p. 201), em uma síntese histórico-interpretativa, que transformaria juízes, segundo Habermas, em míticos guardiões de uma práxis de autodeterminação congelada. (HABERMAS apud CITTADINO, 2004, p. 202). Em Ackerman, é visível a figura do juiz-gestor luhmanniano (LUHMANN, 1980, p. 74), pois se delega aos tribunais constitucionais o papel de regentes republicanos das liberdades positivas em momentos de "normalidade". (CITTADINO, 2004, p. 214). Contudo, o gênio deste juízo redentor que conheceria bem o passado do povo e, assim, seria capaz de conformar o presente, pode-se transformar no juiz-diretor que, a seu talante, fulminaria o debate processual, pois Ackerman acredita que "[...] se desprezarmos a arte da discussão sob coerção [nota-se que o autor fala em *discussão*, e não em *diálogo*], como poderemos chegar a um acordo uns com os outros? [...]". (ACKERMAN apud HABERMAS, 1997, v. 2, p. 36). Ackerman, mais explícito que outros teóricos comunitaristas, subestima a capacidade dialógica do povo e de suas condições para um agir processual orientado para o entendimento mútuo, na busca de um "consenso não-coercitivo". (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 208). Em oposição à Ackerman, o projeto de democracia radical harbermasiano pressupõe uma cidadania ativa que está acostumada ao exercício da liberdade e da deliberação na esfera pública

política e não uma cidadania que atua apenas excepcionalmente (CITTADINO, 2004, p. 214), pelo dirigismo judicante de magistrados que saberiam "como preservar" direitos constitucionais "historicamente" conquistados.

Através do pensamento ackermaniano percebe-se que, nas concepções decisionais apresentadas pelo comunitarismo, o povo figura como mero destinatário infante de atos judicacionais, postos como *atos de vontade do julgador*, "conhecedor prévio" do que é bom e justo para dada comunidade, com *despedida abrupta da racionalidade.* (SOUZA NETO, 2002, p. 271). Por outro lado, no modelo procedimental apresentado por Habermas, o assentimento dos atingidos pela atividade decisional não pode se estreitar, nas democracias contemporâneas, em torno da vinculação aos aspectos culturais de determinada comunidade. (SOUZA NETO, 2002, p. 273). Nas sociedades ocidentais contemporâneas, ressalta Cláudio Pereira de Souza Neto (2002, p. 273), além da multiplicidade de concepções individuais sobre a vida digna, tem lugar também o fenômeno do multiculturalismo e, consequentemente, da pluralidade de concepções culturais, acerca de qual deve ser o conteúdo do ordenamento jurídico. Assim, é necessário à adoção de um modelo decisional democrático-inclusivo, rompendo com a monologia de uma razão prática kantiana, autoreferenciada no sujeito de direito, para o implemento de uma razão discursiva na qual se objetive a *dialogicidade jurígena cidadã*, balizada na *processualidade constitucionalmente instituída* (MONTAGNOLI, 2006, p. 10), com a *incessante acedência das diferenças* (HABERMAS, 2004, *passim*) racionalmente motivadas.

A superação de todo este "senso comum teórico" (STRECK, 2003, p. 77) delineado nas concepções comunitaristas e reeditado nas proposições instrumentalistas das "doutrinas consagradas", lastreadas em "copiosa jurisprudência" (STRECK, 2003, p. 78), consistentes numa reiterada reprodução da técnica dogmática com fundamento em "saberes" jurídicos de simplificação cartesiana, não se dará, como quer Lenio Streck, pela atuação *mais intervencionista* (STRECK, 2003, p. 55) do Judiciário[8], funcionalizado em um *guardião de promessas não cumpridas* para a proteção de um povo infante, suprindo "[...] inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo [...]". (STRECK, 2003, p. 53). Tal proposição apenas fortalece a ideia de que os tribunais são "monastérios de sábios" – o que, certamente, os quadros da magistratura comprometidos com uma democracia radical *não* desejam –, na feliz expressão de Luiz Alberto Warat (1997), onde, supostamente, a majestade destes sábios se assentaria numa suspeita "estima pública". (CASTRO, 2005, p. 239). É equívoco crer na eficácia dos direitos da cidadania, como imagina o comunitarista Carlos Roberto Siqueira Castro, que decorra da *proeminência da magistratura na revelação do direito*, em que a jurisprudência é transformada por uma "indução do acatamento" (CASTRO, 2005, p. 250) das cerebrinas decisões do julgador. De modo indisfarçado, o jurista carioca acredita que os cidadãos, vistos como *meros destinatários-aprendizes* da tutela judicacional, submeter-se-iam, *resignadamente*, ao acatamento das decisões pelo método indutivo, pois os juízes, *vivendo a realidade*, abrem – com o uso da lei ou *"criando o direito em dadas circunstâncias"*, como assevera o autor – *"as clareiras que levam ao futuro"*. (CASTRO, 2005, p. 251). Tais posicionamentos, desprezando a *legifonia cidadã* imanente às sociedades democráticas de direito em favor de uma *autofonia judicante*, concebem as normas jurídicas como vontades políticas de uma comunidade histórica a clamarem eficácia pela atuação solipsista dos órgãos jurisdicionais (CITTADINO, 2004, p. 24), bem como padecem de dois erros típicos da retórica comunitarista. O primeiro consiste na aposta em um empirismo auto-evidente

de escolhas acertadas do julgador, excluindo-se, desde logo, o povo das construções decisórias. Neste sentido, é bem vinda a crítica de Michel Miaille (1994, p. 41) afirmando que se preconizam, na atualidade, "saberes jurídicos" decorrentes de um empirismo puro que, por absurdo, consegue ser anterior à reflexão, pelo qual se priva a construção decisória do acesso a um conjunto de conceitos teóricos, consistentes em condição prévia a qualquer observação. (MIAILLE, 1994, p. 42). O segundo erro vincula-se à proposição de uma "indução por acatamento". Karl Popper (1999, p. 41), em estreita vinculação com as observações de Miaille, afirma que sequer existe indução, pois inferências que levam a teorias, partindo de enunciados singulares "verificados pela experiência" são logicamente inadmissíveis. A proposta de inclusão discursiva radical do povo nas construções decisórias de um Estado, lastreada em teorizações democráticas clama, isto sim, a *prova dedutiva* destas teorizações (POPPER, 1999, p. 33), tendo a *falseabilidade* como critério (POPPER, 1999, p.41) para a *testificação* de quaisquer proposições deduzidas em juízo. Na trilha popperiana, Habermas lembra que o processo democrático, a possibilitar a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e argumentos, assegura um caráter discursivo à formação política da vontade, fundamentando, assim, uma *suposição falibilista* de que resultados obtidos por referido processo gozam de racionalidade relativa. (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 308).

Assim, as condições para que a intersubjetividade argumentativa dos cidadãos, buscada pela proposta de democracia deliberativa habermasiana, com a inclusão discursiva radical do povo nas atividades decisórias, não demanda uma procedimentalidade. O que se exige é uma teoria da processualidade. Acreditamos que a *teoria neo-institucionalista do processo*, desenvolvida pelo jurista mineiro Rosemiro Pereira Leal, apresenta, até o presente momento, proposições que encaminham o projeto habermasiano de democracia deliberativa ao espaço da processualidade constitucionalizada e inclusiva do povo.

Após falarmos, de modo alongado, do modelo decisório ofertado pelo comunitarismo, entendemos sumamente importante tratarmos de uma escola teórico-processual brasileira e que muito se relaciona – e se inspira, ainda que inconscientemente – aos postulados comunitaristas. Obviamente falamos da teorias instrumentalistas do processo em suas clássicas e novas formulações.

Grande disseminador e elaborador da teoria instrumental do processo, Cândido Rangel Dinamarco, na obra *A instrumentalidade do processo* (2003), afirma que a sua proposta – visivelmente afinada com os postulados comunitaristas – é a integração do que ele denomina de "ciência processual" no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado. Com efeito, o autor compreende o processo como estrita atividade de Estado, este entendido como primacial dinamizador-condutor da atividade decisória. Na introdução da sobredita obra, num tópico nominado de "minha proposta", Dinamarco vaticina que a descrença de todos na Justiça seria efeito das mazelas de um sistema acomodado no tradicional "método introspectivo" que manteria ausente a crítica ao próprio sistema e aos resultados oferecidos para consumidores finais do seu serviço, denominado por ele de "membros da população". Com efeito, pouco se mudaria nas proposições de José Roberto dos Santos Bedaque – notadamente a voz mais destacada no instrumentalismo processual contemporâneo – acerca deste inexplicado "método introspectivo", uma vez que o autor (BEDAQUE, 2006, p. 108) insiste na ideia de reforço dos poderes do juiz, fundada num obscuro "interesse público" existente, a juízo do autor paulistano, em todo o processo. Ou seja, reforça-se ainda mais figura do juiz

como “diretor do processo”, distanciando os envolvidos na demanda da qualidade de co-decisores, numa posição isonômica com o julgador.

Constata-se que o processo, para um instrumentalismo que preconiza a preponderância metodológica da jurisdição (DINAMARCO, 2003, p. 97), é um mero atributo de Estado e não uma conquista constitucionalmente delineada da sociedade cidadã, enquanto verdadeiro instituto-regente da democracia (LEAL, 2002, *passim*). Dinamarco (2003, p. 98) afirma que a ordem processual, como um todo, tem como função precípua proporcionar ao Estado meios para o cumprimento dos seus próprios fins. No modelo de processualidade instrumental de Dinamarco, o decisor só poderia ser mesmo um agente pacificador, a cumprir um inexplicado “escopo social” do processo, correspondente ao juiz-gestor luhmanniano que se apóia *talentos pantomímicos* – embora Luhmann (1980, p. 35) insista num *simples talento mímico* dos magistrados – capazes de incutir nos *partidos em litígio* (expressão que Luhmann utiliza para se referir às partes processuais) a ilusória ideia de que eles têm um espaço garantido de ação, proporcionando-lhes tranquilidade para uma boa execução de seus papéis (LUHMANN, 1980, p. 74) no procedimento. Este operoso juiz-gestor garantiria o alcance da função pacificadora do processo não só pelo consenso em torno das decisões estatais – afinal, para o instrumentalismo, sentença é tão-somente “ato magno da jurisdição” –, mas pela imunização delas contra ataques dos contrariados (DINAMARCO, 2003, p. 195).

Agora, em sede conclusiva deste tópico, falaremos dos estudos desenvolvidos pelo professor José Roberto dos Santos Bedaque, que ele próprio qualifica como um “passo adiante à fase instrumentalista” (BEDAQUE, 2009, p. 15), embora ao instrumentalismo reconheça-se intimamente afinado.

A despeito de reconhecermos a seriedade e os esforços do professor Bedaque em ofertar novas proposições à teoria processual contemporânea, não nos parece que a proposta desenvolvida na sua obra *Direito e processo* (2009), qual seja, de reconhecimento da necessidade dos institutos processuais serem concebidos a partir do direito material (BEDAQUE, 2009, p. 16), possa contribuir para um direito processual eficiente na resolução dos conflitos sociais pela emancipação da cidadania, ou que possa representar uma efetiva evolução das propostas instrumentalistas clássicas.

Merecendo aplausos o reconhecimento, pelo autor, de que as matrizes do direito processual cada vez mais se encontram disciplinadas no texto constitucional (BEDAQUE, 2009, p. 17), sendo necessária, segundo ele, a concessão aos Estados-membros da federação brasileira – à vista mesmo do art. 24, X e XI da Constituição – de maior poder para criar regras procedimentais adequadas à realidade local (BEDAQUE, 2009, p. 60), o jurista paulistano insiste na ideia do juiz como condutor do processo e inexplicado “canal de comunicação” entre a regra e a sociedade (BEDAQUE, 2009, p. 68). Ao insistir na convicção de que o juiz deve ser investido de amplos poderes de direção para adaptar a técnica processual aos “escopos do processo” (BEDAQUE, 2006, p. 64), Bedaque acaba por fulminar as ambições teóricas de uma processualidade inclusiva que, ao propor a inclusão discursiva radical dos cidadãos nas construções decisórias (conceito de *povo-decisor*), preconiza uma posição co-decisional do julgador, em condição construtiva isonômica com as partes envolvidas na elaboração provimental. Assim, cremos que Bedaque nada mais faz do que retornar às empedernidas visões estatizantes do processo afirmadas por Cândido Dinamarco, que reconhece apenas mera atuação cooperativa dos “sujeitos do processo” (DINAMARCO,

2003, p. 136), que simplesmente participam dos procedimentos enquanto o titular do poder jurisdicional – um mítico e atemporal Estado-juiz – exerce a jurisdição.

4. OS ELEMENTOS CRÍTICO-DISCURSIVOS DE UMA PROCESSUALIDADE INCLUSIVA E SEU DESENVOLVIMENTO: DOS APORTES TEÓRICOS DA PROPOSIÇÃO NEO-INSTITUCIONALISTA AO CONCEITO DE *POVO-DECISOR*

Com vistas a ofertar uma resposta teorética que afaste as proposições comunitaristas e instrumentalistas do processo, tratadas no tópico precedente, passaremos a analisar a denominada teoria neo-institucionalista do processo, desenvolvida pelo jurista mineiro Rosemiro Pereira Leal. De imediato, é preciso esclarecer o que significa a expressão "neo-institucionalista". A palavra "instituição" não apresenta o significado que lhe deram Maurice Hauriou ou Jaime Guasp, posto que não é utilizada, aqui, no sentido de *bloco de condutas aleatoriamente construído* por supostas leis naturais da sociologia ou da economia. (LEAL², 2005, p. 99-100).

Em sua teoria, Rosemiro Leal afirma que *instituição* é reconhecida como *o conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo Texto Constitucional com a denominação jurídica de Processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional, por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal).* (LEAL², 2005, p. 100). O que se propõe, portanto, é a instituição do *processo constitucionalizado* (e não do processo constitucional) como referente lógico-discursivo de estruturação dos procedimentos judiciais, de tal modo que os provimentos (sentenças) resultem de um compartilhamento dialógico-processual (LEAL², 2005, p. 100) entre Estado e cidadãos (todo o povo).

Como se constata, o *processo*, dinamizado pelos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, é concebido como instituição-regente e pressuposto de legitimidade de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos judiciais. (LEAL², 2005, p. 102). Nesta processualidade, o *contraditório* é a oportunidade legal de produzir ou não produzir argumentos jurídicos na construção estrutural dos procedimentos; a *ampla defesa* consiste no direito ao contraditório em tempo isonômico, indistintamente, para todos; e a *isonomia* será o princípio de igualdade, para as partes, do tempo de realização estrutural do procedimento. (LEAL, 2002, p. 180). Acerca da referida principiologia do processo, é oportuna a observação de Rosemiro Leal, *in verbis:*

A principiologia do Processo na teoria neo-institucionalista exige o pressuposto jurídico-discursivo-autocrítico de exercício continuado de auto-ilustração e de

fiscalidade incessante pelos sujeitos de direito[9] (legitimados ao processo – POVO), sobre os fundamentos do sistema jurídico adotado, como destinatários, autores e co-autores, da construção (efetivação) de uma **sociedade política** a partir do recinto (âmbito teórico-conjectural) de uma linguisticidade (texto) processualmente constitucionalizada. Caracteriza-se assim um paradigma teórico-linguístico de compartilhamento na produção do sentido democratizante da normatividade expressa em possibilidades juridificantes de uma **existência jurídica** não posta por **realidades sociais** autopoiéticas nas bases instituinte, constituinte e constituída dos direitos legislados. (LEAL, 2006, p. 14-15).

Percebe-se que o objetivo da teoria neo-institucionalista do processo é *perseguir a legitimação de uma instituição processual constitucionalizada de controle irrestrito dos procedimentos político-jurídicos como diretriz principiológica das regras de relacionamento na elaboração e operacionalização de um Sistema de Direitos.* (LEAL², 2005, p. 100). Parece-nos, após estes apontamentos iniciais sobre a teoria neo-institucionalista do processo, que é o momento oportuno para que se apresente a concepção de processo ofertada por Rosemiro Pereira Leal, e a qual nos filiamos. *Processo seria a instituição constitucionalizada de controle e regência popular soberana legitimante dos procedimentos como estruturas técnicas de argumentos jurídicos assegurados, numa progressiva relação espácio-temporal, de criação, recriação (transformação), extinção, fiscalização, aplicação (decisão) e realização (execução) de direitos, segundo os princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia* (LEAL, 2002, p. 178-179).

Até o momento, acreditamos que a proposição neo-institucionalista contribui para a verdadeira teorização da processualidade democrática de bases radicalmente inclusivas da cidadania ativa, através da mencionada *auto-inclusão processual do povo nos direitos fundamentais.* A teoria neo-institucionalista apresenta-se como apelo crítico-inclusivo das partes legitimadas num processo, acarretando a impessoalização dos conteúdos decisionais, que se esvaziam da opressividade potestativa (coatividade), pelo deslocamento de seu *imperium* (impositividade) do poder cogente da atividade estatal para a conexão jurídico-política da vontade popular constitucionalizada. (LEAL², 2005, p. 102), uma vez que, numa verdadeira democracia radical, impõe-se o irrestrito direito-de-ação à fiscalidade processual, popular e incessante. (LEAL, 2002, p. 179), não mais se admitindo o cometimento de um discurso pela pressuposta autoridade de seu autor. (LEAL², 2005, p. 102).

Constata-se, assim, que a teoria neo-institucionalista indica, precisamente, *o espaço processualmente demarcado pelos princípios constitucionais, discursivos e autocríticos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia* como o *lócus* adequado para o implemento do projeto habermasiano de democracia deliberativa, substituindo a inexplicada "institucionalização jurídica" (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 165), apresentada por Habermas e tida, até então, como o mecanismo de transição do princípio da democracia para o princípio do discurso. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 154).

É importante dizer que a teoria neo-institucionalista promove, adequadamente, a referida transição, porque foi atenta à viragem paradigmática ocorrida nos modelos de estatalidade ocidental. Com efeito, o Estado democrático de direito, concebido na teorização de Rosemiro Leal (2002), não é aquele que se coloca como guardião de promessas não cumpridas dos modelos de estatalidade liberal e social, e no qual o Judiciário há que ser intervencionista (STRECK, 2003, p. 55), pois seria o único ente capaz do resgate de direitos não realizados. Na teoria neo-institucionalista, o Estado democrático de direito é uma *instituição constitucionalizada* (LEAL, 2002, p. 31) que não se materializa em *soluções prontas* de um Judiciário obrigado a ser o *sábio mentor* que age para a satisfação dos anseios de um povo tido como infante. O Estado democrático de direito apresenta-se, na referida teoria, como uma *construção continuada pela comunidade jurídica*, posto que *não é um projeto congenitamente acabado*, mas uma proposição *suscetível de revisibilidade em devidos processos constitucionais.* (LEAL, 2002, p. 31). Nestes termos, o Estado democrático de direito, como *status* jurídico da processualidade em todos os níveis, será o presentificador de uma cidadania processual[10]. (LEAL, 2002, p. 195).

Concluída a análise das proposições neo-institucionalistas do processo que, para nós, é capaz de dar significância decisória ao povo, tornando possível o implemento de uma democracia radical, verifica-se, ainda, que as teorias discursivas e processuais do direito e da democracia, especialmente aquelas desenvolvidas por Habermas e Rosemiro Leal, possibilitam, de fato, a *dialogicidade jurígena cidadã*, balizada na *processualidade constitucionalmente instituída*, em que o povo se enxergue como co-autor das construções decisórias judiciárias. Tem-se o conceito de *povo-decisor.*

Superando-se o modelo decisionista que se apresenta na reedição neo-interventiva do *Welfare State* comunitarista, no qual se explicita a apropriação do legado da filosofia da consciência kantista pelo sistemismo luhmanniano, concentrada na figura do juiz-gestor de talentos pantomímicos que enseje um temerário protagonismo judiciarista, os cidadãos se apresentam em nova concepção como *povo-decisor*, pela qual todos são radicalmente incluídos na posição isonômica de construtores decisionais ao lado dos magistrados, que não mais se apresentam como especialistas inquestionados do saber jurídico e conhecedores prévios do bom e do justo, pressionados pelo fardo da solidão decisória; os magistrados são promovidos a *co-decisores* que garantizam a observância do devido processo legal-constitucional. Na democracia deliberativa processualizada que aqui apresentamos, a pretensão da escola instrumentalista do processo de subverter o direito processual em mero “sobrediscurso” ou “metadiscurso” que se sustenta e fica a reboque do “discurso” de direito material (MARINONI, 2006, p. 9) pela pressuposta excelência de uma razão prática ressurrecta, é afastada por uma razão discursiva que abomina pretensas verdades objetivas, almejando aquelas que atendam ou possam vir a atender os requisitos racionais da argumentação e da contra-argumentação, da prova e da contra-prova, visando um entendimento mútuo entre os participantes do debate processual, no qual estes possam se enxergar como co-autores das construções decisórias do Judiciário. Assim, os passos da argumentação judiciária livram-se da “fala falha” de um magistrado oprimido por uma tarefa hercúlea – e, portanto, mítica – de descobrir, no âmago de uma onividência redentora que ele supostamente desfrutaria, a melhor tutela paternal a cidadãos infantilizados pelo *Welfare State* neo-interventivo.

O julgador, em sociedades institucionalmente balizadas pelo paradigma do direito democrático e pelo anseio de uma processualidade inclusiva, será o *co-decisor* que

garantiza a exeqüibilidade intersubjetiva (HABERMAS, 1989, p. 14) dos argumentos deduzidos em juízo pelo povo-decisor, sendo que os atos escriturais do magistrado dele se desgarram – por ausência, numa democracia radical, de referências à "autoridade judiciária" ou a "critérios pessoais de justiça" –, já que ao prolatar a sentença, como lembra André Cordeiro Leal (2005, p. 122), o juiz enuncia uma teoria que deverá ter sido compartilhada e discursivamente construída no procedimento, por todos os cidadãos que ali atuaram.

5. CONCLUSÃO

Na teorização democrática do processo, em que este é entendido como instituição constitucionalizada de controle e regência popular soberana legitimante dos procedimentos, segundo os princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, e fundado numa proposição falibilista de fiscalidade incessante pelo direito-de-ação coextenso a todos os cidadãos, não há espaço para um Judiciário redentor e onividente, proposto pelos comunitaristas e enaltecido pelo instrumentalismo processual pátrio em suas clássicas e – supostamente – renovadas feições.

A teoria da processualidade democrática repele, como já dissemos, a reedição do modelo de amparo previdente dos cidadãos, supostamente angustiados pela inércia estatal no cumprimento de direitos fundamentais, em que um remoçado Estado Social de Direito exercitaria seu intervencionismo promotor do bem-estar que, antes tensionando as relações entre Executivo e Legistativo, passaria a tensionar as relações entre magistrados e sociedade civil, subvertendo o Judiciário em uma homérica arena de postulações, no qual um julgador-guardião, pressionado a carregar solitariamente o fardo decisório, extrairia das vísceras expostas da norma o que fosse melhor para o povo, sepultando diferenças através de uma homogeneidade cultural em decisões que agradaria a todos e, supostamente, tranqüilizaria espíritos rebelados.

Em suma, acreditamos que em sociedades democráticas de direito presentificador da cidadania processual, o povo-decisor, baseado em uma processualidade constitucionalmente instituída, enxerga-se como co-autor das construções decisórias judiciárias, e os julgadores são promovidos a *co-decisores* que garantizam a observância do devido processo legal-constitucional, expondo-se e vivenciando racionalmente o confronto das diferenças, sem discriminações.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARTHES, Roland. Mitologias. Tradução de Rita Buongermino e Pedro de Souza. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1993. 180 p.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 191 p.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 601 p.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 351 p.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. 165 p.

_____. Direito processual constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. 288 p.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 223 p.

_____. Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 198 p.

CINTRA, Antônio C. de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 368 p.

CITTADINO. Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 246 p.

COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. Revista de Estudos Avançados da USP, São Paulo, v. 31, n. 11, p. 211-222, 1997.

CORDEIRO LEAL, André. Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático. 2005. 134 f. Tese. (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. 230 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do Estado. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 307 p.

_____. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 1996. 163 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 413 p.

_____. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1, 703 p.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004. 404 p.

_____. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, 354 p.

_____. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, 352 p.

_____. Inclusão: integrar ou incorporar? Sobre a relação entre nação, estado de direito e democracia. Novos estudos CEBRAP, São Paulo, n. 52, p. 102-121, nov. 1998.

_____. O discurso filosófico da modernidade: doze lições Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 540 p.

_____. O estado-nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. Tradução de Antonio Sérgio Rocha. Novos estudos CEBRAP, São Paulo, n. 43, p. 87-101, nov. 1995.

_____. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução de Márcio Suzuki. Instituto de Estudos Avançados, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 4-19, out. 1989.

KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006. 182 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. Disponível em:<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf> . Acesso em: 26 jun. 2007.

_____. Processo civil e sociedade civil. Disponível em:<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo_civil_e_sociedade_civil.pdf> . Acesso em: 12 out. 2006.

LEAL[1], Rosemiro Pereira. Processo e democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania.Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Docentes/PDF/Processo_e_democracia.pdf>. Acesso em 28 set. 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). Estudos continuados de teoria do processo. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, v. 2, p. 13-25.

LEAL[2], Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo. 6 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. 339 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria processual da decisão jurídica. São Paulo: Landy, 2002. 206 p.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.); WALTER, Carlos H. (Org.) *et al*. Significados equívocos de Estado, Poder Público e União na constitucionalidade brasileira: projeto de pesquisa. ProPIC/FCH/Universidade FUMEC, mar.2005/fev.2006.

LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução de Maria da Conceição da Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. 210 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Porto Alegre, n. 15, p. 1-12, nov. 2006.

_____. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constituciional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2007. 1004 p.

MIAILLE, Michel. Introdução Crítica ao direito. Tradução de Ana Prata. 2 ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. 330 p.

MONTAGNOLI, José Américo Silva. A possibilidade de inclusão discursiva radical do povo nas atividades decisórias do Judiciário. 2008. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições Políticas) – Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC, Belo Horizonte.

_____. Legitimidade do direito *versus* coerção. In: Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 1-12.

_____. O povo na processualidade inclusiva: os cidadãos em co-autoria decisional, sob o paradigma do estado democrático de direito. In: Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 3.609-3.628..

_____. Por mais alteridade e menos autoridade: a necessidade da inclusão discursiva do povo na produção legislativa brasileira. In: Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 1-17.

MOREIRA, Luiz. Fundamentação do direito em Habermas. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 203 p.

MORIN. Edgar. Introdução ao pensamento complexo. Tradução de Dulce Matos. 3 ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. 177 p.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumman. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Max Limonad, 2003. 132 p.

NIETZSCHE, Friedrich. A gaia ciência. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005. 247 p.

_____. Para além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007. 228 p.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Hermenêutica constitucional e filosófica. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 191 p.

POPPER, Karl R. A lógica da pesquisa científica. 9 ed. Tradução de Leônidas Egenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1999. 567 p.

_____. A Sociedade aberta e seus inimigos: o fascínio de Platão. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1987, t. 1, 394 p.

_____. A Sociedade aberta e seus inimigos: A preamar da profecia. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1987, t. 2, 416 p.

ROLNIK, Suely. À sombra da cidadania: alteridade, homem da ética e reinvenção da democracia. Boletim de Novidades, Pulsional – Centro de Psicanálise, São Paulo, n. 41, p. 33-42, set. 1992.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 1066 p.

SAUSSURE, Ferdinand de. Curso de lingüística geral. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo:Cultrix, [s.d.]. 279 p.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 818 p.

SILVA FILHO, Alberico Alves. Jurisdição constitucional e judicação na teoria do direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). Estudos continuados de teoria do processo. Porto Alegre: Síntese, 2003, v. 3, p. 127-179.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do estado: O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 566 p.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Jurisdição constitucional democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 492 p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 396 p.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 328 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 234 p.

WALTER, Carlos Humberto. Apontamentos para a compreensão do discurso jurídico da democracia. 2006. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições Políticas) – Faculdades de Ciências Humanas da Universidade FUMEC, Belo Horizonte.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder judiciário: crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 216 p.

[1] De início, é importante dizer que a escolha da expressão "terceiro esforço crítico-discursivo", componente do título temático, não se deu de modo aleatório. Com efeito, temos, a partir do XVI Congresso do CONPEDI (2007) e no ano seguinte com a defesa de minha dissertação de mestrado intitulada "*A possibilidade de inclusão discursiva radical do povo nas atividades decisórias do Judiciário*" (2008), tentado desenvolver uma teorização que corrija um inexplicado déficit presencial da cidadania nas construções decisórias das sociedades democráticas ocidentais. Acreditamos que, pela natureza confessadamente crítica deste propósito e pelas reconhecidas limitações intelectuais do autor do presente artigo, muitos esforços e contribuições de pensadores abalizados ainda estão por vir. Que assim seja!

[2] Oportuna é a passagem de Edgar Morin na obra *Introdução ao pensamento complexo*, explicando o que vem a ser a complexidade na era contemporânea, *in verbis:* "O que é a complexidade? À primeira vista, a complexidade é um tecido (complexus: o que é tecido em conjunto) de constituintes heterogêneos inseparavelmente associados: coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Na segunda abordagem, a complexidade é efetivamente o tecido dos acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem o nosso mundo fenomenal. Mas então a complexidade apresenta-se com os traços inquietantes da confusão, do inextricável, da desordem, da ambigüidade, da incerteza..." (MORIN, 2001, p. 20).

[3] Ao longo deste trabalho, usaremos com acentuada freqüência as expressões "*Welfare State* neo-interventivo", "reedição neo-interventiva do *Welfare State*" ou ainda "reedição comunitarista do Estado social de direito de coloração neo-interventiva", além de outras congêneres. Uma das convicções teóricas deste escrito, desenvolvidas desde a nossa dissertação de dissertação, é que houve uma simbiose do pensamento comunitarista norte americano e europeu com as teorias sistêmicas da sociedade e do direito, para a reconstrução ideológica do Estado social de direito com uma nova forma de intervenção social, daí o termo "neo-interventivo". Para os seguidores destas correntes teóricas, é necessário o surgimento de um *novo* Estado social de direito (*Welfare State*) no qual a inércia do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo passariam a ser supridas pelo Judiciário (STRECK, 2003, p. 53), subvertendo-se este, assim cremos, numa *"arena"* de postulações, onde *magistrados-guardiães* terão a grave missão de proteger o povo das tentativas de supressão das "históricas conquistas", como insistem os comunitaristas do *Welfare State*. Partidário desta proposta sistêmico-comunitarista, Lenio Streck (2003, p. 53) afirma que, embora não se possam esperar soluções mágicas para os problemas sociais, um Estado democrático de direito – qualificado, assim, a juízo deste autor – dependeria muito mais da "ação concreta" do Judiciário do que dos procedimentos legislativos e administrativos. Para Streck, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado democrático de direito, surge o Judiciário como instrumento de resgate de direitos não realizados. (STRECK, 2003, p. 53).

[4] A expressão *"jurisconsorte"* foi um neologismo cunhado por George Sperber na tradução do texto de Habermas denominado *Inserção – inclusão ou confinamento?*, contida na obra *A inclusão do outro: estudos de teoria política* (2004). Sobredito

neologismo serviu para traduzir a palavra alemã *rechtsgenosse*, que poderia ser traduzida como "membro da comunidade jurídica".

[5] Ressaltamos que o trecho apresentado no corpo da dissertação foi retirado do capítulo 5 da obra *A inclusão do outro* (2004), intitulado *"Inclusão: inserção ou confinamento"*. Contudo, verificamos que partes do sobredito capítulo também se encontram no artigo do autor, intitulado *"Inclusão: integrar ou incorporar? Sobre a relação entre nação, estado de direito e democracia"*, publicada na Revista Novos Estudos do CEBRAP, e que consta nas referências bibliográficas deste nosso trabalho. Constatado que, na tradução do referido artigo, o termo "inserção" foi trocado por "inclusão", acatamos a mudança, ao mencionar as reflexões habermasianas presentes no livro de 2004. A seguir, a transcrição do trecho do artigo publicado na revista Novos Estudos: *"Inclusão significa que tal ordem política se mantém aberta para a equalização dos discriminados e para a integração dos marginalizados, sem incorporá-los na uniformidade de uma comunidade popular homogeneizada"*. (HABERMAS, 1998, p. 108).

[6] Baseado no mesmo artigo mencionado em nota anterior, substituímos o termo "incluir" por "integrar".

[7] Reiteramos a necessidade de observação, pelos eventuais leitores do presente artigo, daquilo que denominamos de *Welfare State* Neo-interventivo. Para isto, devem se remeter à nota de rodapé n. 3.

[8] Em sua obra "Hermenêutica jurídica e(m) crise", Lenio Streck (2003, p. 53) afirma que, embora não se possam esperar soluções mágicas para os problemas sociais, o Estado democrático de direito dependeria muito mais da "ação concreta" do Judiciário do que dos procedimentos legislativos e administrativos. Para Streck, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado democrático de direito, surge o Judiciário como instrumento de resgate de direitos não realizados. (STRECK, 2003, p. 53).

[9] Cremos que melhor seria falar do exercício da fiscalidade incessante operando-se "pelos cidadãos" e não "pelos sujeitos de direito", à vista da demonstração do caráter ideológico desta expressão, no segundo capítulo da nossa dissertação de mestrado defendida em 2008, cuja indicação encontra-se em nas referências bibliográficas, ao fim do artigo.

[10] Rosemiro Leal fala em *"cidadania procedimental"*, no qual se deve compreender a expressão *"procedimento"*, após esclarecimentos da teoria fazzalariana, como *gênero* do qual *"processo"*, tido como procedimento em contraditório, é *espécie*. Contudo, acreditamos que será mais adequado o uso da expressão *"cidadania processual"*, visto que cogitamos sobre uma teoria da processualidade democrática.

INTERPRETAÇÃO DA LEGITIMAÇÃO SEGUNDO O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

INTERPRETATION OF THELEGITIMATION ACCORDING TO THE DEMOCRATIC STATE OF RIGHT

Juliana Maria Matos Ferreira
Gisele de Campos Versiani

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar a necessidade de revisitação de alguns institutos do direito processual. O Código de Processo Civil Brasileiro, datado de 1973, elenca a legitimação para agir como uma das condições da ação. O estudo da legitimação e do direito de ação devem acompanhar a evolução da ciência processual. A partir da obra de Elio Fazzalari, marco para a ciência processual por diferenciar o processo do procedimento, os institutos do processo passam a ser revistos. O processo passa a ser diferenciado do procedimento por ser o primeiro realizado em contraditório, mediante a participação das partes. Fazzalari, ao deslocar o estudo do direito de ação antes relacionado ao pedido e à demanda para o provimento, elabora o estudo da legitimação sob dois prismas, o da situação legitimante e o da situação legitimada sendo a primeira a situação com base na qual se determina qual é o sujeito que concretamente pode cumprir determinado ato; e a segunda como conjunto de poderes, faculdades e deveres cabíveis a um sujeito identificado no iter procedimental. Assim como o estudo da ciência processual não se esgotou em Fazzalari, o estudo da legitimação assim não deve ocorrer. A elevação a nível constitucional dos princípios da isonomia, contraditório e ampla defesa, assim como o acesso amplo, irrestrito e incondicionado à jurisdição não podem ser mitigados ou suprimidos pós Constituição de 88. Os institutos do processo devem ser estudados segundo o Modelo Constitucional de Processo, pois, o objetivo de se conferir tratamento Constitucional aos citados princípios é exatamente se evitar a flexibilização dos mesmos pela legislação infraconstitucional, em especial pelo Código de Processo Civil, e permitir uma interpretação e aplicação irrestrita dos mesmos visando a implementação e construção do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: LEGITIMAÇÃO; PROCESSO, CONSTITUIÇÃO; ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ABSTRACT

The present article intends to demonstrate the revisitação need of some institutes of the procedural right. The Code of Brazilian Civil Process, dated of 1973, elenca the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

legitimation to act as one of the conditions of the action. The study of the legitimation and of the action right they owe the evolution of the procedural science. Starting from Elio Fazzalari's work, mark for the procedural science for differentiating the process of the procedure, the institutes of the process pass to be reviewed. The process raisin the differentiated being of the procedure for being the first accomplished in contradictory, by the participation of the parts. Fazzalari, when moving the study of the action right before related to the request and to the demand for the provision, it elaborates the study of the legitimation under two prisms, the one of the situation legitimante and the one of the legitimated situation being the first the situation with base in the which is determined which is the subject that concretely can accomplish certain action; and Monday as group of powers, universities and reasonable duties to an identified subject in the iter procedimental. As well as the study of the procedural science he/she didn't become exhausted in Fazzalari, the study of the legitimation should not happen like this.

The elevation at constitutional level of the beginnings of the isonomia, contradictory and wide defense, as well as the access wide, unrestricted and incondicionado to the jurisdiction cannot be mitigated or suppressed powders Constitution of 88. The institutes of the process should be studied according to the Constitutional Model of Process, because, the objective of checking Constitutional treatment to the mentioned beginnings is exactly if it avoids the flexibilização of the same ones for the legislation infraconstitucional, especially for the Code of Civil Process, and to allow an interpretation and unrestricted application of the same ones seeking the implementation and construction of the Democratic State of Right.

KEYWORDS: KEYWORDS: LEGITIMATION; PROCESS, CONSTITUTION; DEMOCRATIC STATE OF RIGHT

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 instituiu um novo modelo, o do Estado Democrático de Direito, proporcionando o redirecionamento dos Estudos de Processo, sob o prisma da nova ótica implantada, deixando de lado conceitos privatísticos e autoritários.

A necessidade de interpretação da legislação infraconstitucional segundo critérios jurídicos-dialógicos de garantias fundamentais impostergáveis[1] mostra-se fundamental segundo o paradigma vigente.

O estudo da legitimação, enquanto direito de ação, ao lado da jurisdição e do processo, elementos fundamentais na estrutura científica do Direito Processual Civil deve se pautar em reflexões epistemológicas que têm como paradigma o Estado Democrático de Direito.

O enfoque do presente trabalho será o estudo da legitimação, visando, principalmente, afastar o limitador conceito de "condições da ação", pois, conforme dispõe Aroldo Plínio Gonçalves[2], as teorias sobre o direito de ação fizeram dela o centro de interesse do direito processual civil.

O direito de ação, tendo em vista a infinidade de teorias formuladas e dos sistemas jurídicos divergentes, na busca de respostas adequadas ao pensamento de cada época, vem sendo conceituado de maneiras distintas, por processualistas como Bulow, Chiovenda, Carnelutti, Liebman, Fazzalari, dentre outros.

O Código de Processo Civil Brasileiro, cujo anteprojeto é de autoria de Alfredo Buzaid, adota a teoria liebmaniana, que categoriza as chamadas "condições da ação" em seu artigo 3º quando trata da ação, referindo-se ao interesse processual e à legitimidade, nos termos do art. 100 do Código Italiano, e no artigo 267, IV ao descrever os casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, quando faz referência a possibilidade jurídica do pedido.

Embora Liebman tenha abandonado o entendimento acerca da possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, assim não o fez o Código de Processo Civil Brasileiro.

Procurar-se-á desenvolver no presente trabalho, de maneira breve, as discussões em torno da legitimação sob o prisma do modelo constitucional de processo, sem, contudo, procurar esgotar o tão questionado assunto.

A pretensão principal é demonstrar a incompatibilidade entre o conceito dado às "condições da ação" sob o prisma do modelo constitucional de processo, visando trazer à tona questionamentos em torno da análise das condições da ação e do mérito, que se constitui do direito material articulado em juízo, ou seja, a *res in judicio deducta*.

Caberá ao presente estudo apontar, dentre outros pontos, o equívoco que se comete ao interpretar as normas de acordo com sua origem, ignorando o pensamento que, teorias não se constroem no vazio, buscam sempre respostas pertinentes aos questionamentos de cada época. A conceituação e a interpretação dos institutos jurídicos não devem se confrontar com todo um sistema, o que proporciona problemas de coerência e de aplicabilidade.

1. DA LEGITIMAÇÃO

A regulamentação da vida em sociedade é um dos objetivos do direito, não existindo direitos sem que haja a quem destiná-los.

O direito sempre se encontra relacionado a uma situação fática e aos indivíduos correspondentes, daí a noção de direito subjetivo[3], como direito assegurado ao indivíduo pelo ordenamento jurídico, o que conduz à afirmação de titularidade de direitos.

Os indivíduos envolvidos em uma determinada situação fática são aqueles em que se permite a atuação e a defesa em juízo de seus interesses, na seara processual.

Neste contexto se encontra o instituto da legitimidade processual que vem sendo estudado como *uma qualidade jurídica que unge aquele que está na esfera subjetiva retratada na inicial com uma respectiva situação fática, independentemente de sua real existência**[4]***.

Define Armelin *a legitimidade como qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou ser praticado.*

Prossegue ainda o autor:

O fenômeno jurídico da legitimidade no plano processual tem a peculiaridade de depender, no pólo ativo da relação jurídico-processual, da harmonia interna entre as esferas subjetiva e objetiva da situação jurídica retratada na inicial, em, em conexão com o direito de ação, ainda que tal situação a final, venha ser declarada juridicamente inexistente[5].

Para Carnelutti a legitimidade é definida como:

uma situação jurídica, decorrente de uma qualificação simultânea das relações jurídicas, não obstante também considere a legitimidade uma qualidade jurídica pertinente à pessoa. [6]

Verifica-se que o estudo da legitimidade funda-se tanto na vinculação sujeito-objeto como qualidade jurídica pertinente à pessoa, sendo esta última segundo Armelin (1979) mais correta por remarcar a pertinência entre a situação legitimante e o sujeito do ato, centro e destinatário do sistema.

O estudo da legitimidade embora tenha importância tanto para o direito civil quanto para o direito processual, aos processualistas coube o aprimoramento da legitimação, principalmente para explicação da representação e substituição, formas de atuação para defesa de interesses alheios.

Fazzalari[7] ao elaborar os estudos que distinguiram o processo do procedimento propõe uma nova formulação para o direito de ação, contrariamente ao defendido por Chiovenda, mudando o enfoque da ação, antes relacionada ao pedido e à demanda, para um relacionado com o provimento. Para tanto, utiliza-se do conceito geral de direito de legitimação, em seu duplo aspecto – situação legitimante e situação legitimada – e do conceito processual de legitimação para agir.

Elio Fazzalari[8] ao definir a legitimação para agir, utiliza o conceito com semelhança à capacidade para agir, como se verifica que ao exigir que o menor e os incapazes deverão estar em juízo mediante representação assim como a capacidade para agir do juiz é auferida mediante a investidura, assim como para os demais auxiliares do juízo.

Desta feita aduz que juízes, auxiliares e partes devem possuir a legitimação para atuação em determinado processo como titulares de faculdades, poderes e deveres que serão exercidos ao longo da marcha procedimental.

Neste sentido define a legitimação para agir:

A legitimação para participar de um processo é designada por legitimação para agir e, apesar do termo ser empregado geralmente em referência a legitimação das partes, não vislumbramos nenhuma dificuldade de usá-lo também a propósito da legitimação dos órgãos jurisdicionais, a partir do momento em que eles agem ao longo do processo[9].

Distingue o autor a legitimação para agir da legitimação para o processo, definindo esta última como aquela percebida pela possibilidade de se definir em um dado processo a série de atos cabível a cada um dos sujeitos participantes, juiz, auxiliares e partes.

A legitimação para agir, segundo o entendimento de Fazzalari deve ser entendida sob dois ângulos: o da situação legitimante e o da situação legitimada, sendo a primeira a situação com base na qual se determina qual é o sujeito que concretamente pode cumprir determinado ato; e a segunda como conjunto de poderes, faculdades e deveres cabíveis a um sujeito identificado no iter procedimental.

Neste contexto, Aroldo Plínio Gonçalves, em seu posicionamento:

enquanto a situação legitimante é contemplada como aquela em presença da qual um poder, uma faculdade ou um dever são conferidos ao sujeito, a situação legitimada consiste em uma série de poderes, faculdades, deveres, que se põem como expectativa para cada um dos sujeitos do processo. [10]

Em Fazzalari a ação não pode ser vista de maneira independentemente do processo, pois é nele que se realiza como desdobramento da legitimação para agir dos sujeitos do processo.

A legitimação para agir, que é de todos, se especifica em ação e função dada a posição jurídica dos sujeitos do processo. Enquanto a “função” é dada pela série de atos que correspondem à posição jurídica legitimada do sujeito investido da função jurisdicional – o juiz – a ação se forma pelo complexo que resulta da atuação conjunta e interdependente dos sujeitos do iter do processo e por isso não pode ser dele isolada.

Assevera ainda que a legitimação para agir no processo jurisdicional civil deverá ser determinada em função provimento final, pela possibilidade de verificar, ao final do procedimento, quais os sujeitos sofrerão os efeitos do provimento.

Observa-se que ao definir o provimento como um pronunciamento favorável à respeito do mérito da demanda Fazzalari (2006) ressalta que não há que se questionar quanto parte ativa ou passiva em um processo, pois, ambos, suportarão os efeitos da sentença de mérito,o que denomina como legitimados passivos em relação ao provimento

requerido, e de forma a complementar o entendimento aduz que ambos serão atuantes, legitimados ativos, para desenvolvimento do procedimento até se chegar à fase final – a sentença.

Em virtude desta participação constante das partes afirma que o procedimento é o processo.

Como a legitimação é aduzida segundo ambas as situações, legitimantes (situação fática) e legitimadas (faculdades, poderes e deveres procedimentais), observa-se que somente no curso do processo, e em contraditório, se poderá realizar o controle da legitimação para agir e não no início do mesmo.

Desta feita observa-se que os meios utilizados para legitimação dos sujeitos são: os efeitos da medida jurisdicional e a *res in judicio deducta.*

2.CLASSIFICAÇÃO DA LEGITIMAÇÃO

Fundando-se na idoneidade dos sujeitos para a prática de determinados atos e para suportar os efeitos decorrentes de determinada situação jurídica, a legitimidade segundo Armelin[11] pode ser classificada em singular ou coletiva, transferível ou intransferível, específica ou genérica, unilateral ou bilateral, direta ou indireta e exclusiva e complexa.

Para a prática de determinado ato, o ordenamento jurídico pode conferir legitimidade com certas ressalvas a determinados indivíduos ou ampliar de maneira exacerbada essa qualidade, o que permite a diferenciação entre a legitimidade singular e coletiva.

Quanto à possibilidade de ser ou não adquirida derivadamente, a legitimidade pode ser transferível ou intransferível, sendo esta última qualificada diante da impossibilidade de substituição de seus titulares, seja como partes ativas seja como partes passivas. Quando se permite a mobilidade das partes, ao *contrario sensu*, define-se como transferível a legitimidade.

Quanto aos atos legitimáveis pela situação jurídica do agente, a legitimidade pode ser classificada como específica ou genérica. À parte que se encontra em determinada posição jurídica pode ser propiciada legitimidade suficiente para a prática de um único ato, a legitimidade específica, ou para inúmeros atos, a legitimidade genérica. Tal classificação pode ser exemplificada pelos poderes que são conferidos aos procuradores, que podem ser específicos para atos específicos ou não.

Quanto à classificação como bilateral ou unilateral, a legitimidade será diferenciada quanto à especificação das partes. A legitimidade bilateral será aquela em que se torna necessário que ambas as partes estejam igualmente legitimadas, ao passo que a legitimidade unilateral será aquela em que seja necessária a especificação de apenas uma das partes.

Segundo o âmbito da repercussão do ato praticado pelo agente legitimado a legitimação poderá ser classificada em direta e indireta. Se os efeitos do ato praticado pelo legitimado repercutem no patrimônio do mesmo, será direta a legitimidade; caso contrário, será indireta.

Quanto à exclusividade ou não para a prática de determinado ato, independentemente ou não da presença de outro agente, a legitimidade será diferenciada em exclusiva e complexa, sendo a primeira com decorrente de uma autorização do sistema para a prática de determinados atos, independentemente da participação de qualquer outro agente e, a segunda, sempre dependente da participação de algum co-legitimado.

3. A LEGITIMIDADE COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A legitimidade para agir se insere entre as condições da ação, não se confundido segundo parte da doutrina, com o mérito.

Verifica-se que o questionamento quanto à legitimidade perpassa pela sua declaração ou pela simples afirmação da parte autora, antes mesmo do encerramento de todas as fases procedimentais, podendo o direito ser reconhecido como extinto ou até mesmo inexistente.

O direito de ação, tendo em vista a infinidade de teorias formuladas e dos sistemas jurídicos divergentes, na busca de respostas adequadas ao pensamento de cada época, vem sendo conceituado de maneiras distintas, por processualistas como Bulow, Chiovenda, Carnelutti, Liebman, Fazzalari, dentre outros.

O Código de Processo Civil Brasileiro, de 1973, adota a teoria de Liebman no que tange o instituto da ação, tendo em vista a passagem do aludido processualista na década de quarenta pelo Brasil, onde inaugurou a Escola Processual de São Paulo, deixando como discípulos: Alfredo Buzaid, Luiz Eulálio Bueno Vidigal, José Frederico Marques, Cândido Rangel Dinamarco, dentre outros.

Liebman, nascido em Leopoli, Itália, em 1903, e aluno de Chiovenda na Faculdade de Direito da Universidade de Roma no período compreendido entre 1920 e 1924, entendia que os estudos anteriormente realizados a respeito do direito de ação encontravam-se falhos eis que se focalizavam ora sob o ponto de vista do autor – Teoria do Direito Concreto[12], ora sob o ponto de vista do Juiz – Teoria do Direito Abstrato[13].

Segundo Liebman[14] o direito de ação trata-se de direito a um provimento de mérito, afastando-se da Teoria Concretista, preconizada por Wach em 1885, que focalizava o estudo do instituto da ação sob o ponto de vista do autor, pois define o direito de ação como instituto que, embora não nascendo junto com o direito subjetivo material, dele há de decorrer, competindo ao titular de um interesse real e não imaginário.

Liebman define o instituto da ação sob o prisma do processo civil ao caracterizá-lo como ramo autônomo, diferenciando a ação processual daquela abstrata e incondicionada prevista na Constituição. A ação conforme dita o processualista:

é o direito de provocar o julgamento do pedido, sendo autônoma, independentemente de ser julgado procedente ou improcedente o pedido. só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. Mas a única maneira de assegurar a quem tem razão a possibilidade de impor seu reconhecimento em juízo consiste em permitir que todos tragam os seus pedidos aos tribunais, aos quais incumbirá a tarefa de examiná-los e de acolhê-los ou rejeitá-los, conforme sejam procedentes ou improcedentes[15].

Importante ressaltar que Liebman, ao desenvolver sua teoria, faz a distinção entre ação como poder de agir em juízo[16], assim entendido como garantia constitucional por meio da qual se assegura a possibilidade de se levar qualquer pretensão ao Estado e, ação como direito de agir em juízo, realmente atribuído das condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de agir), que vinculam o exercício válido da ação à pretensão de direito material deduzido em juízo.

A construção desenvolvida pelo processualista tinha como objetivo se colocar em posição intermediária entre a Teoria Concreta e a Teoria Abstrata, incluindo dessa forma determinados “requisitos”, que, caso não atendidos, inviabilizariam a análise do mérito, eis a Teoria Eclética.

Assim, Rosemiro Pereira Leal, quanto à relação que Liebman estabelece entre o direito de ação e o resultado final do processo:

que a vinculou a uma pretensão de direito material, retornando ao imanentismo da corrente de Savigny, deixando mesmo de reconhecer no direito-de-ação qualquer implicação constitucional de direito incondicionado de movimentar a jurisdição[17].

Liebman ao realizar a distinção entre “o poder de agir em juízo” enquanto garantia constitucional e o “direito de ação” o faz com fundamento no artigo 24 da constituição Italiana e na legislação infraconstitucional.

A teoria de Liebman, que institui as condições da ação como pressupostos de admissibilidade do exame do mérito, funda-se em um conceito de jurisdição equivocado e por nosso legislador, não seguido.

Por exercício do poder jurisdicional, entende Liebman, a decisão sobre o mérito da causa, derivando daí que não há ação nem exercício da função jurisdicional onde não estejam presentes as “condições da ação”.

Segundo este entendimento, inexistentes os requisitos elementares para análise do pedido como possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para agir, inexistentes, da mesma forma, a prestação jurisdicional e a ação.

O Código de Processo Civil Brasileiro adota a teoria liebmaniana, que categoriza as chamadas "condições da ação" em seu artigo 3º quando trata da ação, referindo-se ao interesse processual e à legitimidade, nos termos do art. 100 do Código Italiano, e no artigo 267, IV ao descrever os casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, quando faz referência a possibilidade jurídica do pedido.

Sob o prisma do artigo 267 do Código de Processo Civil as condições da ação, segundo alguns doutrinadores, poderiam ser vistas como prejudiciais de mérito, pois, se ausentes, inviabilizariam a análise do mérito. Humberto Theodoro Júnior a respeito do direito de ação afirma:

a existência da ação depende de alguns requisitos constitutivos que se chamam "condições da ação", cuja ausência de qualquer um deles, leva à "carência de ação", e cujo exame deve ser feito, em cada caso concreto preliminarmente à apreciação do mérito, em caráter prejudicial [18].

As condições da ação, nos termos dos seguidores de Liebman são: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade.

A possibilidade jurídica do pedido, conforme Moacyr Amaral Santos[19] consistiria na previsibilidade pelo direito objetivo, da pretensão exarada pelo autor, ou seja, é a correspondência entre pedido e lei.

Para Ada Pellegrini Grinover[20] pela possibilidade jurídica do pedido indica-se a exigência de que deve existir abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação.

Segundo Arruda Alvim[21] esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico.

O interesse de agir consiste na necessidade de tutela jurisdicional para que o autor obtenha a satisfação do direito alegado. Para Liebman o interesse de agir não se confunde com o interesse substancial, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial.

E, por fim, a legitimidade, entendida como pertinência subjetiva da ação, existindo correspondência entre a posição do autor e do réu. É a titularidade ativa e passiva da ação da ação, segundo Liebman .

Entende Arruda Alvim que estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele apenas

a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença.

Cândido Dinamarco[22], discípulo de Liebman, informa que a partir da 3ª edição do seu *Manuale*, Liebman retira a possibilidade jurídica do rol das condições da ação.

A possibilidade jurídica passa a ser vista como a análise do *merito causae* da demanda, pois não há como se posicionar quanto ao referido instituto, acima definido, sem a análise do pedido, tornando-se impossível a verificação da correspondência entre do pedido e lei, sem análise do mérito.

Ao se posicionar quanto à possibilidade jurídica do pedido o julgador estaria aplicando a norma de direito material, pois é lá que ele verifica a impossibilidade. Ao declarar a impossibilidade jurídica do pedido estar-se-á denegando o pedido, assim como restará denegada a pretensão.

Não obstante tenha o próprio criador revisto a sua teoria, o nosso Código a adota, sem, contudo, aprimorá-la ao que hoje se entende e espera do processo.

4. INTERPRETAÇÃO DA LEGITIMAÇÃO SEGUNDO O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Pela vedação da autotutela pelo Estado, assim como pelo monopólio da jurisdição, ficou encarregado o Estado pela tutela jurídica dos interesses privados, obrigando-se a prestá-la de maneira incondicional, conforme se verifica na Constituição de 1988.

O Código de Processo Civil entrou em vigor sob a égide da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que dispunha em seu artigo 153 que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O Código de 1939 e o de 1973 ditam as regras basilares do direito subjetivo, sendo base para toda a praxe forense.

A evolução da teoria da ação representa a própria evolução do direito processual como ciência, uma vez que é a partir dela que este ganha status de ciência autônoma, deixando de ser meramente instrumento do direito material, para tornar-se, devido a essa autonomia, foco de estudos centrados e evoluções constantes ao longo dos tempos. Os estudos acerca das teorias da ação e sua evolução constituíram-se num concomitante estudo pela evolução do processo como ciência autônoma, e ajuda a compreender tudo o que dela deriva, pois não há como se falar de processo, sem se referir respeitosamente ao termo ação.

A ação que fora outrora *actio* para os romanos, e que hoje se confunde com o direito de petição, incondicionado, se transformou ao longo dos tempos, passando a ser confundida como direito ao processo justo, onde o postulante possui todas as garantias no exercício da jurisdição. Pensa-se também nela como sendo sinônimo de demanda,

consistida numa série de elementos que devem ser propostos pelo autor e que delineiam a atuação do Estado em cada caso.

As teorias a respeito do direito de ação, que tiveram como base o conceito de relação jurídica, não poderiam deixar de classificá-lo como direito subjetivo. E, sob esse conceito cresceram e se desenvolveram propostas inúmeras doutrinárias.

Esquecem, contudo, os doutrinadores atuais que os princípios básicos inerentes à ciência processual encontram-se resguardados e editados na Constituição de 1988, devendo, nesse sentido ser interpretada a legislação infraconstitucional, e não de maneira contrária, sob pena de corrermos o riso de uma interpretação invertida[23].

Tecnicamente, parece que o mais correto seria ter-se ação como direito à jurisdição, a consistir-se num direito subjetivo público, autônomo e abstrato, do cidadão, que lhe confere poder de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre uma demanda.

Conforme adverte Aroldo Plínio :

talvez haja chegado o tempo de se visualizar o direito de ação sob outros prismas, que permitam uma maior aproximação das novas conquistas da teoria do Direito e da realidade do sistema jurídico, que tem a sua unidade e o seu fundamento no sistema constitucional[24].

A legitimação, reitera-se, uma das condições da ação do direito processual brasileiro, só poderá ser verificada no curso do procedimento por ser questão intraprocessuais[25] auferível mediante análise da relação substancial da lide (dever/direito subjetivo).

Corrobora o entendimento supra, o posicionamento de Fábio Gomes:

Como salientamos em várias passagens deste ponto, desimporta, para a constatação de haver sido examinado o mérito, a mera afirmação do juiz em um sentido ou no outro; tal definição emergirá do conteúdo do ato decisório. Assim sendo, mesmo que o juiz afirme na sentença estar extinguindo o processo por ausência de uma das condições da ação, de sentença de mérito se tratará se o respectivo exame não for apenas hipotético[26].

Nos termos do texto da Constituição de 1988 nota-se que o processo trata-se de uma instituição constitucionalizada onde se verifica a presença do direito constitucional de ação, representado pela garantia de que "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"(Art. 5º., XXXVI da CF/88).

A visão que se pode ter com a leitura do citado artigo da constituição refere-se à existência de normas de caráter proibitivo, vedando ao legislador a criação de

instrumentos legais que impeçam o cidadão de levar suas reclamações ao judiciário, mesmo que o próprio Estado seja quem ameace ou lesione o direito.

Por outro lado, tal norma não tem como destinatário apenas o legislador, mas também o indivíduo, visto que deve ser interpretada sistematicamente com o previsto no inciso XXXIV, do citado art. 5°. Isto se dá porque o direito de ação, como bem observa Couture, é uma espécie do direito de petição. Nas palavras do autor:

Ainda que a palavra ação tenha ido ao longo do tempo significados variados e mesmo no direito contemporâneo tenha vários significados, hoje, parece necessário admitir que existe certa concordância em chamar de ação este poder jurídico do autor de provocar a atividade do tribunal. A ação, em última análise, em seu sentido mais estrito e depurado, é somente isto: um direito à jurisdição[27].

Neste sentido, Aroldo Plínio:

No processo civil, a situação jurídica de direito substancial, ou situação jurídica de direito material, ou simplesmente situação substancial, é dada pela conexão entre a inobservância de um dever jurídico, o ilícito, e o direito por ela lesado ou ameaçado. O direito, objeto da lesão ou ameaça, no processo civil, é um direito subjetivo, mas não mais considerado na acepção tradicional, e sim no sentido, já exposto de posição de vantagem de um sujeito em relação a um bem. Essa posição subjetiva resulta ou da norma que a confere a um sujeito ou do endereçamento, pela nora, de obrigações (conteúdo de deveres) a outro ou outros sujeitos, em determinadas situações jurídicas, ou da conjugação das suas hipóteses[28].

A vinculação entre Processo e Constituição, e o entendimento de processo como instituição constitucionalizada fora inicialmente introduzida pelo constitucionalista mineiro, José Alfredo de Oliveira Baracho.

Sob o prisma constitucional afirma-se que o direito de ação é o direito incondicional de se movimentar a jurisdição, a fim de satisfazer uma pretensão em momento posterior.

Segundo Nelson Nery [29]*Todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito*".

Afirma Cattoni [30]que segundo o modelo Constitucional de Processo, de Andolina e Vignera, *"as normas e os princípios constitucionais que se referem ao exercício das funções jurisdicionais, se consideradas na sua complexidade, concedem ao intérprete a determinação de um verdadeiro e próprio esquema geral de processo"*.

Habermas [31]conceitua o Estado Constitucional como *"uma ordem política livremente estabelecida pela vontade do povo de modo que os destinatários das normas legais podem, no mesmo tempo, se reconhecerem como os autores da lei"*.

O estabelecimento de princípios processuais a nível constitucional, assim como a exigibilidade de cumprimento proporcionaram a criação do Modelo Constitucional, sendo o processo entendido segundo Rosemiro Pereira Leal[32] como *"direito-garantia constitucional de construção dos provimentos e da jurisdição pelo contraditório e ampla defesa"*.

O acesso à justiça, garantido em sede constitucional, não pode ser obstado por fatores condicionantes, tais como as condições da ação. O direito de ação deve ser entendido como direito subjetivo público perante o Estado, com o objetivo que este preste a tutela jurisdicional.

Não há que se confundir o titular de direito material com o titular de direito de ação frente ao Estado, sendo que este último surge quando da monopolização da jurisdição pelo Estado.

O devido processo legal, garantido constitucionalmente se expande e se consolida nos parâmetros do Estado Democrático de Direito e do modelo constitucional de processo. Conforme assevera Marcelo Campos Galuppo[33] não é em qualquer regime político que se tem, na construção de uma lei, a possibilidade do procedimento converter-se em processo. O pressuposto básico é que estejamos diante de um Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

A interpretação da legislação infraconstitucional, assim como do Código de Processo Civil de 1973, passa por novos contornos, objetivando uma reflexão baseada nos textos constitucionais democráticos, paradigma de uma nova época de liberdade compartilhada, em que o Processo Constitucional passa a ser instituição construtiva e de aplicação do Direito.

O conceito de legitimação perpassou por vários questionamentos entre civilistas e processualistas ao longo da evolução do estudo do direito, devendo-se aos processualistas o aprofundamento quanto ao estudo do instituto assim como as diferentes classificações atribuídas à legitimação.

Enquanto condição da ação, o instituto da legitimação precisa ser revisado, buscando uma reelaboração sob o prisma das mudanças advindas com a Constituição de 1988.

O estudo do direito processual a partir de Fazzalari deve ser considerado como ponto de partida da processualística, atingindo-se o seu ápice com a consolidação dos estudos constitucionais dos princípios e garantias fundamentais que desde então não podem ser suprimidos.

Observa-se que o descaso com alguns conceitos, de maneira isolada, pela doutrina contribui para a construção de equívocos.

A situação torna-se ainda mais preocupante, eis que boa parte da doutrina processual brasileira já tenha aderido aos ensinamentos da processualística clássica, que procurou

fazer o estudo dos institutos do processo com base numa filosofia processual de idéias instrumentalistas, concebidas em ambiente autoritário, no qual os juízes "determinavam" o certo e o errado, funcionando a lei apenas como ponto de referência.

Observar-se-á, nesse sentido, que a legitimação e o direito de ação, assim como os demais institutos processuais devem ser entendidos à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, representando aquele como o direito constitucionalmente assegurado de movimentar a jurisdição, não se importando se de modo adequado ou não.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *LL modelo constituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: Giappichelli, p. 13, apud OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Tutela jurisdicional e estado democrático de direito. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo horizonte: Líder, 2003.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. ed. 15. São Paulo: Malheiros, 1999.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I e II. ed. 2. Tradução Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. ed. 6. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria da Defesa no Processo Civil**, in Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 1º sem. 1998. p. 109.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari.** virtuajus, Belo Horizonte, v. 1, p. 01-29, 2003.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O paradigma do Estado Democrático de Direito e as Teorias do Processo**. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito - virtuajus, Belo Horizonte, v. 1, nº. ano 3, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 1 vol. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

---

[1] Expressões utilizadas pelo professor Rosemiro Pereira Leal quando da apresentação das obras de Estudos Continuados de Teoria do Processo, por ele coordenadas.

[2] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 136.

[3] Não se pretende do presente trabalho efetuar questionamentos quanto a origem do direito subjetivo e a distinção entre direito objetivo e subjetivo

[4] ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

[5] ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

[6] CARNELUTTI. Francesco.

[7] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

[8] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

[9] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

[10] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

[11] ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

[12] Adolph Wach, em 1885, desenvolve estudo científico demonstrando que a ação seria um direito autônomo, não se vinculando com o direito subjetivo material ameaçado ou violado, separando, portanto, o direito de ação do direito material. Entretanto, defende Wach que, a existência da tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através de proteção concreta, só existindo o direito de ação quando presente uma sentença favorável, o que demonstra a natureza concretista de seus estudos.

[13] A Teoria da Ação como direito Concreto foi desenvolvida por Degenkolb, em 1877, na Alemanha, e por Plosz na Hungria. Segundo esta teoria a diferenciação entre direito de ação e direito material invocado não era suficiente, visto que o direito de ação deveria ser entendido como direito de invocar a prestação jurisdicional do Estado, independentemente da existência ou inexistência do direito material, existindo a ação mesmo quando a sentença não concedesse ou negasse a existência do direito.

[14] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

[15] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

[16] Aroldo Plínio, em sua obra, Técnica Processual e Teoria do Processo, adverte que embora não seja o objetivo fundamental de sua obra acompanhar a evolução constitucional do direito de ação, não se pode deixar de colocar em evidência a premissa de que parte Liebman quando separa “o poder de agir em juízo” e o “direito de ação” no plano constitucional e no direito infra-constitucional nele alicerçado.

[17] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. ed. 6. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

[18] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 1 vol. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

[19] SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentarios ao codigo de processo civil.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977

[20] GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. ed. 15. São Paulo: Malheiros, 1999.

[21] GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. ed. 15. São Paulo: Malheiros, 1999.

[22] GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. ed. 15. São Paulo: Malheiros, 1999.

[23] Entende-se como interpretação invertida aquela feita a partir da norma infraconstitucional, para, em momento posterior partir-se para análise do texto constitucional. Toda e qualquer questão deve ser analisada sob o prisma da Constituição, e, por este, não se pode subtrair do judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

[24] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

[25] Expressão utilizada por Aroldo Plínio Gonçalves ao se referir às condições fixadas pelo artigo 3º do Código de Processo Civil

[26] SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[27] COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo horizonte: Líder, 2003.

[28] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

[29] NERY JUNIOR, NELSON; NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE; BRASIL. **Codigo de processo civil comentado e legislação civil.** 9 ed., rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[30] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

[31] HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I e II. ed. 2. Tradução Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

[32] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. ed. 6. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

[33] GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença:** Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos : FCH/FUMEC, 2002

TENSÃO ENTRE PUBLICIDADE E SIGILO NA CONSTRUÇÃO DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO*

TENSION BETWEEN PUBLICITY AND SECRECY IN THE CONSTRUCTION OF THE DEMOCRATIC CRIMINAL PROCESS

Leonardo Augusto Marinho Marques
Larissa Marila Serrano da Silva

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar a importância da postura pró-ativa do Poder Judiciário na solução da tensão entre o sigilo e a publicidade no Processo Penal. Frise-se que o sigilo é fruto de uma política de defesa social própria dos Estados Autoritários que restringe os direitos fundamentais e individuais do acusado. Noutro giro, há a atual preocupação com a formação de um Processo Penal Midiático, tornando a ação penal verdadeiro espetáculo. É nessa perspectiva que se evidenciará que é possível romper com a herança inquisitória e buscar a resposta adequada entre o sigilo e o princípio da publicidade (regra geral), tanto em seu aspecto interno quanto externo, na construção do Processo Penal Democrático.

PALAVRAS-CHAVES: PODER JUDICIÁRIO. SIGILO. PUBLICIDADE. EQUILÍBRIO

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the importance of the proactive stance of the judiciary in the fair solution of the conflict between secrecy and publicity in criminal proceedings. Stress is that secrecy is the result of a policy of social defense of the authoritarian states that restrict fundamental rights and the individual accused. In another spin, there is a current concern with the formation of a Criminal Procedure media, making the real criminal action show. It is this perspective that show that you can break with the legacy inquisitorial and establish the balance between confidentiality and the principle of advertising (general), both in its internal as external appearance, building the Democratic Criminal Procedure.

KEYWORDS: JUDICIARY. SECRECY. PUBLICITY. BALANCE

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO

A história do Processo Penal está intimamente ligada ao sigilo, à repressão e ao autoritarismo, impondo-se a análise do principio da publicidade como peça fundamental para a conquista do Processo Penal Democrático.

Não se pode perder de vista que o sigilo fora utilizado como instrumento de gestão do poder pela Inquisição e posteriormente pelos regimes autoritários, sendo incompatível com o Estado democrático de Direito.

O Código de Processo Penal brasileiro, que entrou em vigor na década de 40, reflete o pensamento autoritário do Estado Novo (época de ditadura militar e do Estado opressivo) vez que privilegia a segurança pública em detrimento dos direitos individuais, ali denominados "pseudodireitos individuais" e "extenso catálogo de garantias e favores".

Pode-se asseverar, que nos regimes autoritários, como no regime fascista italiano, que, aliás, foi a base ideológica do nosso Código de Processo Penal, os direitos individuais são preteridos em nome de um suposto interesse público de repressão eficiente à criminalidade.

Para ilustrar esta supressão dos direitos individuais destaca-se um pequeno e esclarecedor trecho da exposição de motivos do Código de Processo Penal:

"As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social."

Essa cultura fascista e autoritária do Código de Processo Penal

"produziu uma geração de juristas e de aplicadores do Direito que, ainda hoje, mostram alguma dificuldade em se desvencilhar das antigas amarras - na balança entre a tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual, prevalece a preocupação quase exclusiva com a primeira." (OLIVEIRA, 2008, p. 06)

Contudo, os pensamentos reproduzidos nos regimes autoritários não podem prevalecer hodiernamente.

A Constituição da República de 1988 rompeu definitivamente com a ideologia repressiva que norteou a legislação processual penal na década de 40, garantindo o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores soberanos de uma sociedade fraterna e plural.

No Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição de 1998, há a afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, não só como meta política social, mas como critério de interpretação do Direito, e, de modo especial, do Direito Penal e do Direito Processual Penal. (OLIVEIRA, 2008, p. 24)

Deste modo, não é admissível sustentar a predominância do interesse público sobre o interesse individual, reflexo daquela antiga oposição entre autonomia pública e autonomia privada.

Ao contrário, pensa-se atualmente na existência de um ambiente abrangente de proteção aos direitos fundamentais. Há uma nova relação de reciprocidade e de complementaridade entre a perspectiva coletiva e a perspectiva individualizada dos direitos fundamentais.

Inevitavelmente, esta nova realidade se lança sobre o processo penal, exigindo sua releitura.

O autoritário Código de Processo Penal brasileiro se revela incompatível com os princípios do Estado Democrático de Direito.

"Se a perspectiva teórica do CPP era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta.

A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação de lei penal, mas além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado" (OLIVEIRA, 2008, p.07)

Destarte, partindo da nova realidade que começa a se delinear no processo penal - de reciprocidade e de complementaridade entre os direitos fundamentais potenciais e individualizados – pretende-se avaliar o papel assumido pelo princípio da publicidade hodiernamente, como elemento de afirmação do processo penal democrático.

Nesse contexto de renovação de ideais demonstrar-se-á, primeiramente, a evolução do sigilo (como regra e instrumento de concentração de poder) e a conquista da publicidade como regra geral (como forma de limitação e controle do poder), indicando, ao final,

que eventual restrição de publicidade somente se justifica em favor da tutela de direitos fundamentais.

2. DESENVOLVIMENTO:

2.1 O SIGILO, A INQUISIÇÃO E OS REGIMES AUTORITÁRIOS: UMA BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA.

Para melhor compreensão das premissas e das implicações da restrição da publicidade no Processo Penal, impende se fazer a contextualização histórica do sigilo na inquisição e nos regimes autoritários, aclarando-se sua estréia relação.

Saliente-se que não se pretende apenas emoldurar os fatos históricos e nem se fazer uma analise perfunctória destes. Busca-se "o pensamento hermenêutico dirigido ao fato histórico, como categoria existencial utilizando todos os recursos culturais que lhe são próprios, em sua exegese e em sua análise crítica". (CUNHA, 2000, p. 23)

Não se pode compreender a vital importância que a publicidade assume atualmente sem estudar o sigilo, relacionando-o com a concentração e gestão do poder.

O segredo era utilizado como arma de controle e dominação pela Inquisição e posteriormente pelos regimes autoritários.

Cumpre, inicialmente, demonstrar o cenário histórico-político no qual a Inquisição surgiu.

"Depois da queda do Império Romano do Ocidente, a Igreja, única força organizada e intelectualmente coesa na anarquizada Europa, consolidaria, concomitantemente, seu domínio espiritual e seu poder temporal, até transformar seus dogmas, ritos e costumes nos únicos universalmente aceitos e respeitáveis.

A incapacidade das estruturas tradicionais para controlarem a situação ficou evidente no crescimento dos *cátaros* ou *albigenses*, herdeiros do antigo maniqueísmo romano, que tinha subsistido no Oriente e começou a voltar à Europa a partir do século X. No século XII, os albigenses tinham suas próprias dioceses, seus bispos, e chegaram até a realizar um concílio, na França, trazendo de Constantinopla seu próprio "*papa*". A

agitação crescia entre a população. Abundavam os confrontos entre parcialidades religiosas. Não poucos hereges foram linchados pela população e alguns governos cristãos assumiram espontaneamente à perseguição e passaram a pressionar à Santa Sé para oficializá-la e torná-la universal." (CARRILLO, 2003, p.93)

A estrutura definitiva do Santo Ofício foi delineada

"no concílio de 1229, em Toulouse, e terminou de consolidar-se em 1231, por bula do papa Gregório IX. Inicialmente, a atividade dos inquisidores delegados - em geral frades dominicanos ou franciscanos - era concorrente com a dos bispos, mas, aos poucos, foi dominando esse espaço por tratar-se de uma instância jurídica específica, que podia concentrar-se exclusivamente no policiamento da fé e agir, em conseqüência, com mais celeridade e eficácia." (CARRILLO, 2003, p.94)

É nesta condição de força organizada e centralizadora que a Inquisição estabeleceu-se com instituição de fé e poder na Monarquia Católica e desenvolveu-se, principalmente, na península Ibérica.

Apesar da estrutura do Santo ofício ter se consolidado, como visto, em 1231, o Tribunal de Inquisição apenas estabeleceu-se em Portugal no ano 1536 e era vinculado ao rei.

A monarquia e a Igreja aliaram-se contra um inimigo comum. A instauração da inquisição se deu em face dos inimigos da fé que, em governo católico, eram também os grandes opositores do monarca.

Assim, pode-se afirmar que o Santo Ofício emergiu como máquina de controle poderosa e eficaz a serviço da Igreja e dos poderes dos monarcas.

No Brasil não se instalou propriamente o Tribunal do Santo Ofício. A Santa Inquisição se fez presente através dos enviados de Portugal e pela remessa de nossos processados à Lisboa. Os bispos que aqui residiam tiveram também a função inquisitorial embora não fosse a do Santo Ofício.

Ocorreram várias visitações de Santo Ofício e, quando aqui chegavam se submetiam-se as autoridades civis locais.

Apesar de não ter sido, efetivamente, implementada a estrutura do Tribunal do Santo Ofício no Brasil, a Inquisição irradia sua ideologia até os dias de hoje, em razão da projeção de suas características nas legislações processuais penais ao longo de nossa história.

Insta indicar as características do sistema inquisitório, para se examinar quais delas ainda estão em vigor em nossa legislação.

Destaca-se: procedimento secreto e escrito; denuncia secreta; presunção de culpabilidade; prisão processual imediata; acusado como objeto de investigação; concentração de funções na pessoa do juiz: ausência de partes e de contraditório; atuação de ofício por parte do juiz; gestão da prova nas mãos do juiz; iniciativa acusatória para o juiz; política de salvação da alma pelo castigo e pelo arrependimento: tortura e confissão; raciocínio dedutivo; busca de verdade; formação antecipada de culpa; recurso de ofício.

Depois desta sucinta exposição, pode-se concluir que para

"o processo da Inquisição os interesses privados eram secundários. Importa a repressão aos hereges e a manutenção da ordem. E essa repressão era feita em sigilo. Talvez seja possível encontrar neste sigilo a simetria com as motivações do juiz na determinação da prova pode implicar pre-julgamento" (PRADO, 2006, p. 141.) grifo nosso

Destarte, cristalina é a relação entre a Inquisição e a manipulação do sigilo como instrumento de repressão e gestão da prova.

A ideologia centralizadora e repressiva da Inquisição também pode ser observada nos regimes autoritários.

Sobre esta relação entre o sistema inquisitório e os regimes autoritários Geraldo Prado (2006, p. 141) aduz que

"A simetria entre processo inquisitório e regimes autoritários não é gratuita e não se fixa exclusivamente nos regimes políticos. Não por acaso o Brasil resiste como um dos poucos Estados da América do Sul a ter ultrapassado a fase de transição democrática sem ter editado um novo Código de Processo Pena em seguida á seu constituição."

E complementa enfatizando que a "publicidade é característica do sistema acusatório, na medida em que o segredo é compatível, como regra geral, exclusivamente com regimes autoritários e processos penais inquisitórios. (PRADO, 2006, p. 159)

Portanto, a relação entre o sigilo e os sistemas repressivos e centralizadores é evidente. Com o rompimento destes ideais autoritários, a Constituição previu a publicidade como regra geral.

Corroborando a assertiva acima feita cabe destacar o posicionamento do Ministro Celso de Mello que, em recente decisão, ilustrou o papel do sigilo na Constituição da República de 1988:

“A Assembléia Nacional Constituinte, em momento de feliz inspiração, repudiou o compromisso do Estado com o mistério e com o sigilo, que fora tão fortemente realçado sob a égide autoritária do regime político anterior.

Ao dessacralizar o segredo, a Assembléia Constituinte restaurou velho dogma republicano e expôs o Estado, em plenitude, ao princípio democrático da publicidade, convertido, em sua expressão concreta, em fator de legitimação das decisões e dos atos governamentais.

É preciso não perder de perspectiva que a Constituição da República não privilegia o sigilo, nem permite que este se transforme em “praxis” governamental, sob pena de grave ofensa ao princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema (“O Futuro da Democracia”, 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. (Supremo Tribunal Federal, Medida cautelar em Habeas Corpus 96.982-8, Relator: Min. Celso de Mello, Data do julgamento: 25/11/2008.)

Deste modo, infere-se que a Constituição da República de 1988 foi o marco de transição entre o sigilo como regra geral e a publicidade plena dos atos processuais, podendo esta ser limitada apenas em casos específicos.

Ressalte-se que “o Brasil resiste como um dos poucos Estados da América do Sul a ter ultrapassado a fase de transição democrática sem ter editado um novo Código de Processo Penal em seguida á seu constituição.” (PRADO, 2006, p.141)

Assim, ainda que não tenha havido a edição de um novo Código de Processo Penal deve-se interpretá-lo com base na ideologia implementada pela Constituição.

O papel da publicidade como bandeira desta conquista histórica/política é bem retratado por Maier (2004, p.652) que dispõe que a

“publicidad y oralidad representan **banderas que presiden la transformación del procedimiento inquisitivo durante el siglo XIX em Europa continental**. Esas banderas resumían el proyecto político del *Iluminismo* em matéria procesal penal y presidían, junto a otras - supresión de los métodos crueles para la investigacion de la verdad, convicción íntima para valorar la pruebas, liberdad de defensa, colaboración popular em la administracion de justicia -, emanadas de la afirmación del respecto a la dignidade humana, la reaccción contra la *Inquisición*.”

Não se pode negar que a publicidade veio assinalar a transformação, o rompimento ideológico com o sistema inquisitório e com os regimes autoritários, uma vez que vem de encontro aos postulados do Estado Democrático de Direito.

Conclui-se, assim, que hoje a publicidade é uma exigência do Estado Democrático de Direito e uma bandeira contra o autoritarismo e deve ser interpretada como um direito individual constitucionalmente assegurado, sendo um dos pilares do Processo Penal Democrático.

2.2 CONCEITO DE PUBLICIDADE.

Como visto a publicidade, conquista histórica e política, surgiu para combater o autoritarismo, limitando as formas opressivas de atuação do Estado e assegurando a transparência de sua atuação.

Desta feita, demonstrada a superação do sigilo como regra geral, impõe-se o estudo do conceito, da classificação e das restrições da publicidade no Estado Democrático de Direito.

O princípio da publicidade tem "direta relação com a legalidade do exercício de punir pelo Estado." (BADARÓ, 2003, p.23).

"A publicidade de um ato de poder é fundamental para sua legitimidade, até mesmo porque a busca do reconhecimento de tal até é correto, razoável e aceitável depende, em parte, de sua aceitação popular, que incorrerá sem que o mesmo seja público." (BADARÓ, 2003, p.23).

Roxin (2003, p.407) preconiza que "su significado esencial reside em consolidar la confianza pública em la administración de justicia, em fomentar la responsabilidad de los órganos de la administración de justicia y em evitar la posibilidad de que circuntancias ajenas a la causa influyan el tribunal y, con ello, en la sentencia."

Sob este prisma, a publicidade é vista como a garantia de um juízo justo. (LOPES, 2005, p.117)

Ademais, a publicidade tem a função de assegurar outras garantias constitucionais, como o contraditório a ampla defesa e o devido processo judicial.

Ressalte-se que o princípio da publicidade não assegura apenas o acesso de todos aos atos de investigação e de processo, ele representa a efetiva autorização para a fiscalização e o controle das atividades estatais.

Nestes termos, o objetivo central do princípio da publicidade é o de trazer à luz à realização de todo ato processual, submetendo-a ao controle direto das partes, conferindo –lhe maior credibilidade e assegurando-lhe maior dose de justiça.

Assim, não se pode olvidar que este princípio é de grande relevância na justiça penal, visto que é ao mesmo tempo uma exigência constitucional e um princípio político do procedimento. (BOVINO, 2005, p.67)

2.3 CLASSIFICAÇÃO DA PUBLICIDADE E DO SIGILO. A TENSÃO ENTRE DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADOS

Clara é a necessidade de se garantir a publicidade dos atos de investigação e os atos processuais.

Contudo, apesar da regra instituída pela Constituição ser a é da publicidade plena permite-se, em casos específicos, sua limitação.

Para se identificar as hipóteses autorizadoras da restrição da publicidade deve-se examinar a publicidade sob duas perspectivas, quais sejam: a publicidade interna ou restrita e a publicidade popular geral ou externa.

Ressalte-se que o sigilo, em contraposição à publicidade, também pode ser analisado sob as mesmas perspectivas.

Aury Lopes Júnior (2005, p.118) classifica a publicidade em plena (externa) e parcial (interna) e o sigilo em interno e externo, senão vejamos:

"A publicidade processual, seja dos atos processuais (em sentido estrito) ou dos atos da investigação preliminar, pode ser classificada em parcial ou plena. A primeira significa que a acessibilidade é concedida só para as partes, logo, limitada aos demais. É considerada plena quando os atos são acessíveis também às demais pessoas que não participam como partes ou sujeitos processuais. Por suposto, a publicidade plena engloba a parcial, pois é inconcebível que os atos sejam públicos para os demais e secretos para os sujeitos processuais.

Também poderíamos classificar a divulgação ou não dos atos processuais a partir do segredo. Desde outro ponto de vista, poderíamos considerar a partir da divisão de segredo interno ou externo, pois a publicidade parcial significa ausência de segredo interno e a existência do segredo externo: e a publicidade plena, por sua vez, representa a ausência de segredo externo (e também, por suposto, a ausência de segredo interno)."

Gustavo Henrique R. I. Badaró (2008, p.25) subdivide a publicidade dos atos processuais em publicidade popular ou geral e de publicidade restrita ou interna, conhecida como “segredo de justiça”.

Para ele

“É possível um regime mais amplo, que constitui a regra geral, da publicidade popular ou geral, isto é, acessível a todo cidadão, ou publicidade restrita ou interna, que admite o conhecimento do ato apenas a um número reduzido de pessoas, no caso, somente às partes e seus advogados. A publicidade restrita ou interna é conhecida impropriamente como “segredo de justiça”. Não se trata, porém, de segredo ou sigilo, em que o ato não seria conhecido nem mesmo pelas partes ou uma delas”.

A partir destas classificações é possível inferir que a publicidade interna é aquela restrita as partes e/ou seus defensores, visando à preservação da privacidade e do estado de inocência do investigado.

A *contrariu sensu* o sigilo interno se contrapõe à prerrogativa do advogado de ter acesso aos autos, ainda que sigilosos, e ao direito do acusado de ter assistência de um advogado, relaciona-se de forma direta com a ampla defesa e o contraditório, ao passo que o sigilo interno absoluto obstaria a defesa do acusado.

Impende frisar que o “segredo interno é sempre perigo e, por seu caráter unilateral, cria um campo fértil para fazer brotar a incerteza e a injustiça” (LOPES, 2005, p. 127).

Não se pode afastar por completo a prerrogativa do advogado ter acesso aos autos, ainda que sigilosos, nem negar ao investigado assistência efetiva do advogado, lembrando-se que estes profissionais são indispensáveis à administração da justiça**.**

Nesse sentido cumpre destacar:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CARACTERIZAÇÃO. ACESSO DOS ACUSADOS A PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO SIGILOSO. POSSIBILIDADE SOB PENA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA. PRERROGATIVA PROFISSIONAL DOS ADVOGADOS. ART. 7, XIV, DA LEI 8.906/94. ORDEM CONCEDIDA. I - O acesso aos autos de ações penais ou inquéritos policiais, ainda que classificados como sigilosos, por meio de seus defensores, configura direito dos investigados. II - A oponibilidade do sigilo ao defensor constituído tornaria sem efeito a garantia do indiciado, abrigada no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, que lhe assegura a assistência técnica do advogado. III - Ademais, o art. 7º, XIV, do Estatuto da OAB estabelece que o advogado tem, dentre outros, o direito de "examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e

de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos". IV - Caracterizada, no caso, a flagrante ilegalidade, que autoriza a superação da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. V - Ordem concedida." (HC 94.387, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 18-11-08, *DJE* de 6-2-09)

Portanto, a restrição de publicidade interna não deverá atingir o defensor, e não poderá ser absoluta, devendo ser garantida ainda que de forma diferida.

Já a publicidade geral ou externa se contrapõe ao direito à preservação da intimidade do acusado, relacionando-se diretamente com o direito à informação, com a gestão da coisa pública e atuaria como forma de controle das decisões judiciais.

Contudo, com os contornos assumidos pela publicidade, face aos meios de comunicação em massa, que tornam a investigação, e o julgamento verdadeiros espetáculos, discute-se qual seria sua aplicabilidade nos dias atuais.

É perceptível no segredo externo a tensão entre o direito a informação e a proteção da intimidade do acusado.

Ainda há a preocupação com a manutenção do estado de inocência do réu até o trânsito em julgado da decisão (artigo 5º, LVII, da CF).

Sobre os excessos cometidos pela imprensa são notáveis os ensinamentos de Habermas, citado por Geraldo Prado (2006, p. 162):

"Com efeito, os processos penais que são suficientemente interessantes para serem documentados e badalados pelos meios de comunicação em massa, invertem, de modo análogo, o princípio crítico da 'PUBLICIDADE', do tornar público; ao invés de controlar o exercício da justiça por meio dos cidadãos reunidos, serve cada vez mais para preparar processos trabalhados judicialmente para a cultura de massas dos consumidores arrebanhados."

Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 47) entende que a publicidade externa pode ser restringida com o fito de se preservar a imagem e a honra do investigado, exprimindo-se da seguinte forma:

"E é justamente a preocupação com a proteção de interesses públicos relevantes como direito à tutela da imagem, bem como com a efetividade da jurisdição penal, que justifica a adoção de sigilo na elucidação dos fatos (art. 20, CPP). Merecedora de

elogios, então, a nova redação do art. 201, CPP, dada pela Lei 11.690/08, na parte em que impõe ao juiz o dever de preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, via segredo de justiça (§6º). Em um outro caso, fica ressalvada a atuação do advogado devidamente habilitado.”

Evidente que o problema não é só a publicidade externa em si, mas a forma de vinculação da notícia pela imprensa, e como bem aponta Carnelutti:

"A publicidade do processo penal, a qual corresponde não somente à idéia do controle popular sobre o modo de administrar a justiça, mas ainda, e mais profundamente, ao seu valor educativo, está, infelizmente, degenerada em um motivo de desordem. Não tanto o público que enche os tribunais, ao inverossímil, mas a invasão da imprensa, que precede e persegue o processo com imprudente indiscrição e não de raro descaramento, aos quais ninguém ousa reagir, tem destruído qualquer possibilidade de juntar-se com aqueles aos quais incumbe o tremendo dever de acusar, de defender, de julgar". (CARNELUTTI, 1995, p. 20)

Assim tem-se que a publicidade externa, enquanto acessibilidade de todos aos atos do processo, e como forma de controle, é válida e legítima, o problema é que se criou uma mídia sensacionalista que propaga as informações obtidas sem o devido cuidado e imparcialidade.

Em sentido contrário à restrição da publicidade externa, argumenta-se que se deve assegurar o direito à informação, além de permitir o controle da população sobre os atos processuais.

A ausência de publicidade externa “também seria contrária ao argumento pedagógico da atividade judicial, pois constitui a justiça pública em elemento para educação do povo e contribui para a função de prevenção geral da pena.” (LOPES, 2005, p. 124)

Ademais, Badaró (2003, p.24) afirma que a nova redação do artigo 93, IX, da Constituição dada pela EC 45/2004 notadamente privilegiou o direito à informação em detrimento da intimidade do acusado.

Alega o autor supracitado que “não se poderá restringir a publicidade do processo, nem mesmo para preservar a intimidade das partes, se isso prejudicar o interesse público à informação. Entre a intimidade e interesse à informação privilegiou-se este sobre aquela.”

Deste modo, seria manifesta a tensão entre direito a informação e a privacidade do acusado, exigindo-se que se chegue à solução adequada, em cada caso concreto, por meio do raciocínio problematizado. O importante é compreender que não existe uma resposta única para o problema que se apresenta. Preferível mesmo que as circunstâncias concretas de cada situação individualizada definam se, naquele momento,

deve-se invocar o direito fundamental da intimidade ou o direito fundamental da liberdade de informação.

Registre-se apenas que há uma real preocupação com a velocidade estonteante da divulgação de informações através dos meios de comunicação em massa, como televisão, internet, rádio, que atingem um número expressivo de pessoas, e com a forma com que estas informação são repassadas.

Decerto, a liberdade de informação não pode promover um julgamento antecipado do caso penal, fora da instância judicial, sob pena do processo penal perder o seu sentido. Não se pode negar que há uma mídia sensacionalista que propaga notícias, muitas vezes, de forma distorcida ou tendenciosa, proporcionando uma verdadeira formação antecipada de culpa ferindo a imagem de investigado e afrontado o princípio da presunção de inocência.

Portanto, em que pese pensamentos contrários, a restrição da publicidade externa, na maioria das vezes, mostra-se fundamental para se evitar uma publicidade espetacular que torna os sujeitos envolvidos no fato supostamente criminoso meros atores coadjuvantes, suportando todo tipo de etiquetamento e pré-julgamento.

Sob o prisma da publicidade interna, dentro de uma leitura constitucional do processo, observa-se que sua restrição se revelaria danosa, vez que afetaria a participação das partes na construção do provimento final. Sua imposição representaria verdadeiro retrocesso na construção do processo penal democrático.

Entende-se, assim, que a publicidade interna deve ser maximizada. Nada justificaria restringir o direito das partes de ter pelo acesso aos atos do processo. Como regra, o segredo interno não interessa à democracia, porquanto incompatível com o direito de defesa.Objetivamente, ninguém se defende do que não conhece.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário é visto como um garantidor dos direitos fundamentais expressos na Constituição da República e quando há tensão entre tais direitos exige-se uma postura pró-ativa para delimitá-los no caso concreto.

Constatou-se que o Código de Processo Penal, que vige até os dias atuais, se inspirou no regime fascista italiano da década de 30 e se preocupa, quase que exclusivamente, com o interesse público, suprimindo os direitos fundamentais do indivíduo.

Contudo, com o advento da Constituição nenhum procedimento estatal pode ser realizado sem a observância dos direitos fundamentais, principalmente a publicidade.

Verificou-se, através da contextualização histórica, que o sigilo absoluto é uma herança do processo inquisitório, perpetuado pelos regimes autoritários, que mantinham uma política de defesa social.

Este pensamento autoritário refletido no Código de Processo Penal é incompatível com o Estado Democrático de Direito, sendo a publicidade uma exigência deste sistema político/ideológico e uma bandeira contra o autoritarismo e deve ser interpretada como um direito individual constitucionalmente assegurado.

Deste modo, a partir da demonstração da superação do segredo como regra geral a partir da Constituição de 1988, ficou evidente que a publicidade emergiu como um princípio de grande relevância na justiça penal, e possibilita a participação das partes na ação penal, controlando os atos estatais.

Analisou-se a publicidade sob duas perspectivas, a interna e a externa.

Indicou-se que a publicidade interna assegura o acesso das partes e seus defensores aos atos de investigação.

Assim, o sigilo interno se contrapõe a prerrogativa do advogado de ter acesso aos autos, ainda que sigilosos, e o direito do investigado de ter assistência de um advogado, pois a oponibilidade de sigilo ao defensor constituído tornaria sem efeito a garantia do investigado de assistência técnica de um advogado**,** e relaciona-se de forma direta com a ampla defesa e o contraditório, ao passo que o sigilo interno absoluto obstaria a defesa do acusado.

Resta claro que se deve maximizar a publicidade interna, assegurando o contraditório e a ampla defesa, alicerces do Processo Penal Democrático, pois só é possível construir o processo através da participação em simétrica paridade dos interessados na preparação do provimento.

Verificou-se que na publicidade externa estão em tensão o direito do acusado à intimidade e o direito à informação.

Entre o direito e à informação e o direito à intimidade denotou-se que, em termos gerais, o que deve prevalecer é o último, pois com os meios de comunicação em massa houve uma distorção da própria noção de publicidade, pois, antes de incentivar a participação democrática da maioria das pessoas, propagam-se notícias, na maioria das vezes de forma distorcida e tendenciosa, causando uma formação antecipada da culpa e estigmatização social do acusado.

Destarte, conclui-se que a participação das partes na construção do processo é fundamental, no entanto, deve-se evitar que a mídia transforme a ação penal em um espetáculo muito rentável, moldando as informações no formato mais comercial, deturpando-as, cabendo ao poder Judiciário encontrar o equilíbrio entre a publicidade e evental restrição de publicidade, sendo que esta deve sempre se fundamentar na tutela de algum direito fundamental, prontamente identificado no caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**, São Paulo: RT, 2003.

_____. **Direito processual penal**: tomo I, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Processo Penal e Cidadania.** 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas:** Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira, 3ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1993.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

_____. **O Descumprimento das Formas Processuais.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2003.

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

BOVINO, Alberto. **Los princípios del procedimiento penal**. 1ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689/1941, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 de out. de 1941.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848/1940, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 de dez. de 1940.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho Procesal Civil y Penal.** México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1994.

_____. As Misérias do Processo Penal. Tradução de José Antônio Cardinalli. São Paulo: CONAN, 1995.

CARRILLO, Carlos Alberto**. Memória da Justiça Brasileira**: da restauração portuguesa ao grito do Ipiranga. 2ª vol. 2ª Ed. Bahia: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **La Acción en el Sistema de los Derechos**, Bogotá: Temis, 1986.

CONSO, Giovanni, **Istituzioni di Diritto Processuale Penale, Milano**: Giuffré, 1969.

CORDEIRO, Franco. **Procedimiento penal,** tomo I, Santa Fé de Bogotá:Editorial Temis, 2000.

CUNHA, Fernado Whitaker da. **Pensamento Hermenêutico e História**, Rio de Janeiro: Tagore, 2000.

DEU, Teresa Armenta. **Principio Acusatorio y Derecho Penal**, Zaragoza: Bosch, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 3ªed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. "**O estado constitucional de direito hoje: o modelo e sua discrepância com a realidade**", *In:* Revista do Ministério Público, Lisboa: n67, julho-setembro 1996.

_____. **Derecho y Razón***: Teoria do Garantismo Penal*, Madrid: Trota, 1997.

FOUCAULT, MICHEL. VIGIAR E PUNIR: NASCIMENTO DA PRISÃO. TRADUÇÃO DE LÍGIA M. PONDE VASSALO. PETRÓPOLIS: VOZES, 1987.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**, São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.**

_____. **O Processo Constitucional em Marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. São Paulo: Max Limonad, 1985.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 10ªed. São Paulo: Malheiros, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Direito de Democracia***:* entre facticidade e validade, vol. I e II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro (Universitário), 1997.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo** Tard. Guido de Almeida. Rio de janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JAUCHEN, Eduardo M. **El juicio oral em el proceso penal**. 1ª Ed. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**, 3ª edição Revista, Atualizada e Ampliada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**, 3ª edição revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LÓPEZ ORTEGA, Juan J. **La Dimensión Constitucional del principio de la publicidad de la Justicia**, Número Especial XVII, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**. 2ª ed. tomo I, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MARQUES, José Frederico. "O Processo Penal na Atualidade", *In:* **Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

MELLADO, José Maria Asencio. **Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Processo Penal.** Madrid: Trivium, 1991.

MIGLINO, Arnaldo. "Breves Reflexões sobre o Significado do Garantismo :em vista dos acontecimentos italianos dos anos 1988-1994", *in* Horácio Wanderlei Rodrigues (org.), **Lições Alternativas de Direito Processual**, São Paulo: Acadêmica, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**, 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, 10ª edição, atualizada de acordo com a Reforma Processual Penal de 2008, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**, Bauru: Jalovi, 1983.

PRADO, Geraldo. "Breves Considerações sobre o Direito Processual Penal", *In***: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, ano 2, nº 3, Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. **Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**, 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. "Opinião Pública e Processo Penal". *In:* **Ensaios Críticos sobre Direito Penal e Direito Processual Penal,** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

_____. "Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um problema às Reformas Processuais". *In:* WUNDERLICH, Alexandre (org.). **Escritos de Direito e Processo Penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8ªed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 1ª ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SCARANCE, Antonio Fernandes; MORAES, Maurício Zanoide de. **Sigilo no Processo Penal Eficiência e Garantismo**. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Processo Penal Constitucional**, São Paulo: RT, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 2ªed. São Paulo: RT, 1982.

SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SOUZA, José Barcelos. **A defesa na Polícia e em Juízo.** 3ª edição, revista, atualizada e aumentada, São Paulo, Sugestões Literárias, 1974.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 1. vol. 23. ed. rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 2001.

TOVO, João Batista e TOVO, Paulo Cláudio. **Primeiras Linhas sobre o Processo Penal em Face da Nova Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do Processo Penal Romano**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2ª e. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructuras Judiciales.** Buenos Aires: Ediar, 1994.

Esta expressões encontram-se presentes na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, item II.

Redação atual do artigo 93, IX, alterada pela EC45/2004: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e

a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”

Redação antiga: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público exigir, limitar a presença, em determinados atos, ás próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.”

AMICUS CURIAE: INSTITUTO PROCESSUAL DE LEGITIMAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO JUDICIÁRIO POLITIZADO*

AMICUS CURIAE: THE PROCEDURE FOR LEGITIMATION AND DEMOCRATIC PARTICIPATION IN JUDICIARY POLITICIZED

Luana Paixão Dantas do Rosário

RESUMO

O objetivo deste trabalho é demonstrar, por meio de revisão de literatura, que o Amicus Curiae é instrumento processual de participação e legitimação democrática. Analisará também, obliquamente, a legitimação democrática-hermenêutico-discursiva da Jurisdição, pelo viés do processo. Versará sobre o fenômeno da abertura do processo à "comunidade de intérpretes", expressão cunhada por Peter Haberle. Ressaltará que o Judiciário realiza os valores e princípios democráticos constitucionais, pela participação dos cidadãos e atores estatais, na concretização dos valores fundamentais. Analisará a doutrina acerca da Politização do Poder Judiciário. Conclui que o Amicus Curiae, instituto de participação política na Jurisdição, fortalece a legitimidade democrática desta, na concretização dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: AMICUS CURIAE, DEMOCRACIA, LEGITIMIDADE, POLITIZAÇÃO, JUDICIÁRIO.

ABSTRACT

The objective of this papper is to demonstrate, by a dialectical approach, the Amicus Curiae is a procedural instrument of participation and democratic legitimacy. It will also analyze, obliquely, the democratic legitimacy of the discursive-hermeneutic of jurisdiction, the bias of the process. Will address the phenomenon of the opening of the "community of interpreters," a term coined by Peter Haberle. Highlight that the judiciary carries out the democratic values and constitutional principles, the participation of citizens and state actors, in achieving the core values. Examine the doctrine about the politicization of the judiciary. Concludes that the Amicus Curiae, Institute of political participation in the Jurisdiction, strengthen the democratic legitimacy of this, the achievement of fundamental rights.

KEYWORDS: AMICUS CURIAE, DEMOCRACY, LEGITIMACY, POLITICIZATION, THE JUDICIARY.

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O Judiciário, como Poder do Estado, possui função política inerente à sua natureza. Não obstante a propalada neutralidade positivista que alguns queiram a ele imprimir, como poder intrinsecamente político, se constitui consoante princípios axiológicos, que emanam do espaço político, do espaço público.

O exercício de função política pelo Judiciário - sua intervenção em aspectos políticos do Estado - é sua função típica e constitui o meio adequado para a garantia dos princípios democráticos, na construção de uma Democracia que adquiriu o elemento teleológico de preservação e respeito aos Direitos Fundamentais. Ao exercer esta função, o Judiciário assegura o funcionamento harmônico dos Poderes do Estado no tocante às suas obrigações constitucionais.

O ponto merecedor de destaque no exame do exercício da Função Política do Judiciário é a análise de legitimidade deste Poder na Democracia Constitucional, tendo em vista que sua composição, distintamente da dos outros poderes do Estado, não é representativa. Embora reconheçamos a legitimidade democrática e a legitimidade discursiva da Função Política de Judiciário, não podemos negar que a evolução dos Institutos Processuais, de modo a servirem de ensejadores da participação democrática direta na realização da Jurisdição, densificam a legitimidade do Judiciário e prestam um serviço à Democracia Constitucional, que se torna participativa. Neste desiderato, insere-se o instituto do *Amicus Curiae,* em sua feição cunhada pela lei 9.868/99 e doutrina pátria, evoluída da doutrina estrangeira.

O objetivo principal deste trabalho será analisar a contribuição do *Amicus Curiae* para a realização da Democracia Constitucional e de seus fins, num novo cenário de participação política, a seara do Judiciário. Frise-se que esta proposta de participação política dos cidadãos na condução do Estado, por meio do Poder Judiciário, assume destaque diante da reconhecida crise da representatividade política instaurada.

A abertura do processo à 'comunidade de intérpretes', reforça a legitimidade da Jurisdição, consolida a Democracia contemporânea, além de extrair da sociedade a concretude dos valores constitucionais.

1 PREMISSAS TEÓRICAS NO ESTUDO DA FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Convém esclarecer que, o termo política, do grego, *politiké,* advém da *polis* grega, e por isso, em essência, o poder político é aquele que se volta à coletividade, e que, para além do governo, abrange as escolhas do que é conveniente para o homem da *polis*.

Nesse ínterim, o Conceito de Aristóteles para o termo política é o de ciência que visa à felicidade humana. A felicidade consistiria numa certa maneira de viver no meio que circunda o homem, nos costumes e nas instituições adotadas pela comunidade à qual pertence. O objetivo da política seria primeiro, descobrir a maneira de viver que leva à felicidade humana, e depois, a forma de governo e as instituições sociais capazes de a assegurarem. (SCHILLING, 2006).

Em todas as artes e ciências o fim é um bem, e o maior dos bens e bem em mais alto grau se acha principalmente na ciência todo-poderosa; esta ciência é a política, e o bem em política é a justiça, ou seja, o interesse comum; todos os homens pensam, por isso, que a justiça é uma espécie de igualdade, e até certo ponto eles concordam de um modo geral com as distinções de ordem filosófica estabelecidas por nós a propósito dos princípios éticos. (ARISTÓTELES *apud* SCHILLING, 2006)

A política, na concepção habermasiana, deve ser entendida como *lócus* onde se desenvolvem as relações vitais do senso ético, uma forma de reflexão sobre os nexos deontológicos da sociedade, impondo aos cidadãos a consciência de sua dependência recíproca. (AGRA, 2005, p. 112)

Não obstante a Política vise à felicidade dos homens em comunidade, a titularidade do poder político, entretanto, fora, nos primórdios, atribuída ao divino, concepção que teve seu apogeu derradeiro na 'Teoria do direito divino dos reis' de Jean Bodin, teórico da monarquia francesa. O próprio Montesquieu, que explicitou pela primeira vez de forma sistemática[1] a teoria da tripartição dos poderes, o povo é de todo incapaz de discernir sobre os reais problemas políticos da nação e, portanto, não deve e nem pode ser o titular da soberania política.Em contribuição precursora, o abade de Siéyes, em sua obra "O que é o terceiro Estado?", publicado às vésperas da Revolução Francesa, com base na doutrina do Contrato Social de Locke e Roussear atribuiu a titularidade do Poder Constituinte à nação e legitimou ideologicamente a ascensão do Terceiro Estado ao poder político.

É a organização do poder político, que para Siéyes, se encontrava difuso na nação[2], que forma o Estado. Destarte, o Estado é verdadeira emanação do poder político, único e soberano, não obstante a sua tripartição nas funções executiva, legislativa e judiciária. Portanto, todas essas três funções, ou poderes como classicamente denominados, são intrinsecamente políticas, inclusive a Judiciária. Motivo pelo qual tem se falado em teoria da tripartição de poderes, e não mais separação, visto que o poder é uno.

A teoria 'montesquiana' da separação de poderes, já previa que 'somente o poder freia o poder', noção que, quando levada aos Estados Unidos da América, à época da Revolução Americana, evoluiu para a teoria do sistema de 'pesos e contrapesos' políticos mútuos, a fim de garantir a autolimitação do Poder Político. Se a própria teoria clássica de Montesquieu; que não visava à realização de um regime democrático politicamente pluralista, mas garantir uma dinâmica governamental cuja principal finalidade é garantir o funcionamento racionalmente ordenado mediante normas jurídicas do próprio Estado; já não defendia uma separação estanque entre os poderes, imagine falar-se nisso hodiernamente, depois de ter se atribuído ao Estado uma finalidade social e um rol extenso de obrigações (ALVES, 2007).

Essas digressões fazem-se necessárias na averiguação da natureza política do Poder Judiciário, e na destruição do mito de uma suposta necessidade de 'apolitização' das

decisões judiciais a fim de não se violar o princípio da 'separação' de Poderes. Por óbvio, sendo o Poder Judiciário político, as decisões judiciais não podem ser apolíticas e não violam a separação de poderes, visto que esta não existe.

Oportuna a colocação do jurista italiano Mauro Cappelletti, ao se referir às possíveis posições assumidas pela Justiça constitucional nos países de tradição romano-germânica, como o Brasil, quando aponta o dilema da justiça constitucional de nosso tempo: permanecer restrita aos limites tradicionais da função judicial do século XIX ou elevar-se ao nível dos outros poderes, convertendo-se no "terceiro gigante" para controlar o legislador mastodonte e o administrador leviatã. (LEITE, 2006).

Antes, um Judiciário moldado por uma carta constitucional que segue um modelo de opção política de Estado, tem o comprometimento com tal opção política constitucional e seus fins, ou como preconizou Aristóteles, o compromisso com o bem comum e a felicidade dos homens.

Assim, decisões jurisdicionais têm natureza política porque implicam na análise de elementos políticos e resultam em escolhas do que seja conveniente para o homem da *Polis* Estatal, consoante as diretrizes da Carta Política Maior. A esse respeito: "As decisões judiciais fazem parte do exercício da soberania do Estado, que embora disciplinada pelo Direito, é expressão do Poder Político." (DALLARI, 2002, p. 90).

O juiz sempre terá de fazer escolhas, entre normas, argumentos, interpretações e ate mesmo entre interesses, quando estes estiverem em conflito e parecer ao juiz que ambos são igualmente protegidos pelo direito. A solução dos conflitos será política nesse caso, mas também terá conotação política sua decisão de aplicar uma norma ou de lhe negar aplicação, pois em qualquer caso sempre haverá efeitos sociais e alguém será beneficiado ou prejudicado (DALLARI, 2005, p. 96).

As decisões do Judiciário serão políticas também por versarem sobre normas jurídicas. Sucintamente, os dispositivos normativos têm natureza política porque compõem o regramento da vida em sociedade e porque oriundos de um processo político de formulação - na doutrina clássica, emanando da vontade geral, como preconizado por Jean Jacques Rousseau. Às normas jurídicas, por sua vez, resultantes da interpretação e aplicação dos dispositivos normativos em determinado contexto, inexoravelmente deve se atribuir natureza política.

Deve recuperar-se o critério de que de que o direito é uma ordenação imposta pela razão prática, não pela razão pura. A neutralidade jurídica é uma quimera. Todo Direito, por

sua própria condição está inspirado numa ideologia política, à qual serve como ferramenta jurídica do sistema. (DROMI *apud* DALLARI, 2002, p. 96).

Hodiernamente, ultrapassado o dogma positivista de neutralidade, têm-se observado a doutrina cunha a expressão 'politização' do Poder Judiciário. Nesse contexto, Glauco Salomão Leite destaca que há possibilidades de o sistema jurídico registrar decisões políticas em forma jurídica e de a política utilizar o Direito para implantar seus objetivos, ou, "a relação entre Política e Direito deixa de ser vertical-hierárquica e passa a ser horizontal-funcional". (LEITE, 2006).

2 POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO: AFIRMAÇÃO DA DEMOCRACIA

Emerge a necessidade de desfazer a concepção de *déficit* democrático do Poder Judiciário, primeiro, pela realização jurisdicional dos direitos fundamentais, valores axiológicos e normativos das Democracias Constitucionais, emanados do Poder Constituinte, numa legitimação teleológica sob o aspecto pragmático. Segundo, pela demonstração de participação democrática do jurisdicionado no âmbito deste poder, seja por meio das máximas garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sendo a Jurisdição dialética na sua formulação, ou pela participação direta do cidadão da *polis* na confecção da Jurisdição, pela intervenção do *Amicus Curiae,* pelo debate, diálogo e abertura do processo.

A expansão do âmbito de atuação do Judiciário e sua *politização* não são contrárias à Democracia, mas estão em consonância com ela, com o seu conteúdo e os seus princípios. As relações entre Direito e Política na dimensão constitucional hodierna criam um novo espaço aberto ao ativismo positivo de agentes sociais e judiciais na produção da cidadania, diversamente do constitucionalismo liberal de outrora. (MACIEL; KOERNER, 2002).

O constitucionalismo liberal preza pela defesa do individualismo racional, a garantia limitada dos direitos civis e políticos e clara separação dos poderes; o constitucionalismo democrático prioriza os valores da dignidade humana e da solidariedade social, a ampliação do âmbito de proteção dos direitos e a redefinição das relações entre os poderes do Estado. (MACIEL; KOERNER, 2002)

Para o Estado Constitucional Democrático abre-se no Judiciário um novo espaço público, no qual participam novos agentes 'a comunidade aberta de intérpretes', os quais, através do Processo, devem dedicar-se à interpretação aberta dos valores constitucionais com vistas à sua efetivação.

Inclusive, em nosso entender, a efetivação dos mandamentos e valores constitucionais por meio da prestação jurisdicional deve superar a limitação à atuação do Judiciário como legislador-negativo e autorizar o uso de sentenças interpretativas e criativas. Tendo como ponto de início e contornos limitatórios - até certa medida - o texto. Pois, a interpretação que constrói a norma.

Gisele Cittadino, em seu trabalho *Poder Judiciário, ativismo Judiciário e Democracia*, frisa que "é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político" (CITTADINO, 2007, p.2).

Nesta esteira, é imperativo, inclusive, fazer menção à crise da representatividade clássica, mencionada em elucidativa passagem em que Américo Bedê Freire Junior, para desconstruir a certeza de que participação democrática se efetiva pela representação, traz à colação lição de José Eduardo Faria: "[...] a tradicional política representativa tende a ser muito mais rito do que um efetivo processo democrático de afirmação da vontade coletiva" (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.32) a qual, Walber de Mora Agra, atribui a expansão da Jurisdição política.

Uma das causas que mais influenciam a expansão da jurisdição constitucional no campo das decisões políticas é a paulatina perda de legitimidade do processo político. A complexidade do debate político, o poder econômico, a falta de locais para o debate público, bem como os meios de informação são algumas das razões para a perda de legitimidade dos representantes populares. (AGRA, 2005, p. 116)

A *politização do Judiciário* - para utilizar corrente expressão doutrinária, embora esta expressão possa dar a entender que signifique conferir a natureza de político a algo que não tivesse esta natureza originariamente, o que seria um grave equívoco - possibilita a construção da Democracia, porque torna este um importante nível de acesso do cidadão às instâncias do Poder. Desta forma, possibilita-se na sociedade plural, que grupos não possuidores de representatividade, influam nas decisões políticas. Isto não enfraquece a Democracia representativa, antes, a complementa ao contemplar os princípios democráticos. (VERBICARO, 2006, p.7).

[...] Neste mundo governado por uma plutocracia cosmopolita suficientemente flexível e móvel pra marginalizar ao mesmo tempo os Estados, os cidadãos e os juízes, a Democracia precisa ser reinventada tanto sob a sua forma tradicional de Democracia representativa quanto sob a forma mais recente de Democracia participativa (Mireille Delmas-Marty apud FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 32).

A partir da observação de que a Democracia tem sido formal e excludente extrai-se a necessidade da reinvenção democrática. Primeiro pelo critério substancialista da

efetivação dos direitos fundamentais, que perpassa, necessariamente pela atuação do Judiciário - não tão somente dos direitos individuais, a despeito do preconizado por Dworkin[3], mas também sociais e coletivos, como preleciona a doutrina contemporânea. Depois pelo reconhecimento de que o Judiciário deve constituir espaço legítimo de participação político democrática, que possibilita a participação do cidadão na criação do direito, enquanto norma que emana da aplicação - participação da própria condução do Estado, para além da representação no processo legislativo.

formas de ação estão à disposição do homem comum para participar da criação do direito estatal tanto através da Democracia representativa como pela via judicial. Essa participação não é fragmentadora dos princípios da vontade geral representativa, mas representa as possibilidades de adensamento do Direito pela intervenção, na esfera estatal, da eticidade da sociedade civil. (MACIEL; KOERNER, 2002).

A *politização* do Judiciário está em consonância com a Democracia que nossos tempos exigem, e não em antagonismo, pois possibilita a realização dos direitos de todos, sobretudo os da minoria, a edificação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito que zele pela dignidade da pessoa humana e surja da concretização da Constituição, num processo do qual participe o ser da *polis*.

2.1 Democracia Majoritária, Democracia Constitucional, Soberania Complexa e Acesso das Minorias:

Para consolidar a Jurisdição Política, ou 'politização do Judiciário', e a participação política no âmbito deste Poder, é basilar a distinção que Dworkin estabelece entre a *Democracia majoritária*, fundada no princípio da maioria, e o que designou de *Democracia Constitucional*.

Para este autor, o princípio majoritário não assegura o governo pelo povo senão quando todos os membros da comunidade são concebidos, e igualmente respeitados, como agentes morais; a Democracia por ele conceituada respeita os direitos fundamentais e neles preenche o seu conteúdo.

[...] Dworkin confere supremacia aos direitos fundamentais frente à soberania popular. Com essa relação de prioridade, protege-se certos núcleos de direitos ante eventuais interferências advindas de processos majoritários de deliberação. Para Dworkin, portanto, os direitos fundamentais devem restringir a soberania do povo a fim de se resguardar os direitos e as liberdades individuais. Isso porque nem sempre uma lei pautada na vontade de uma suposta maioria será uma lei justa; nem sempre essa lei contemplará os direitos individuais e o direito a igual respeito e consideração - crítica à

Democracia majoritária e à autodeterminação do povo que podem conduzir à própria degradação de seus direitos. Democracia não é, para Dworkin, a simples obediência à regra de maioria. Numa Democracia constitucional concebida em paradigmas liberais, deve-se, sobretudo, assegurar a garantia aos direitos fundamentais dos cidadãos, atribuindo-se respeitabilidade à Constituição e à dinâmica de direitos nela materializada. (VERBICARO, 2006, p.8).

Para além da discussão realizada por Dworkin de que os direitos fundamentais[4] prevalecem sobre a soberania popular externada pela maioria representada - observe-se que um grande contingente não se faz representar - é preciso um avanço teórico, de modo a reconhecer que o próprio Poder Judiciário é um espaço de exercício da soberania política. Inclusive, proporcionando incorporação política das minorias à agenda do Estado, não obstante a violação de direitos praticada pela maioria.

[...] Esses direitos fundamentais constitucionalmente garantidos - direitos individuais - preenchem o próprio conteúdo da Democracia, bem como traçam os limites e contornos de atuação dos poderes estatais. Isso significa que o paradigma liberal de Democracia concebido por Dworkin - Democracia Constitucional - consagra que os direitos individuais são trunfos frente à maioria e, por isso, sobrepõem-se frente ao governo e a eventuais grupos representativos de maiorias que participem de procedimentos de formação da vontade pública e tentem restringir as liberdades e direitos individuais (VERBICARO, 2006, p.8).

Neste diapasão, é interessante ressaltar conceito de *soberania complexa* de Werneck Vianna, que consiste na combinação de duas formas de representação e duas dimensões de cidadania. A representação política, atrelada à cidadania política, é exercida pelos representantes eleitos segundo os procedimentos democráticos; e a representação funcional atrelada à cidadania social, é exercida pela comunidade de intérpretes, composta inclusive pelos agentes judiciais.

Logo, numa leitura fundada neste autor, a *politização* do Judiciário, manifestação da cidadania social, é forma de participação na vida pública, alternativa à representação, e adequada à Democracia, nos termos desta soberania complexa.

[...] se a cidadania política dá as condições ao homem comum de participar dos procedimentos democráticos que levam à produção da lei, a cidadania social lhe dá acesso à procedimentalização na aplicação da lei por meio de múltiplas formas, individuais ou coletivas, de um simples requerimento a uma ação pública, proporcionando uma outra forma de participação na vida pública (VIANNA, 1999, p. 372).

A *politização* do Judiciário possibilita o acesso do cidadão comum, que por vezes não é representado politicamente; sobretudo em nossa Democracia ainda infante, advinda de um sistema político autoritário e de exceção do qual ainda existem vestígios, principalmente na educação para a participação política; à efetivação do Direito. Cria, assim, 'um direito responsivo', aberto aos interesses e concepções éticas do homem comum. (MACIEL; KOERNER, 2002).

A Democracia brasileira, não obstante seu processo de consolidação institucional, experimenta um *déficit* no modo do seu funcionamento, resultante da predominância do Executivo sobre o Legislativo e do insulamento da esfera parlamentar em relação à sociedade civil. Conquanto, observa-se reações da cidadania ao fechamento desses poderes às suas demandas e expectativas, através da busca crescente do Poder Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões tanto do Executivo quanto do Legislativo. (VIANNA *apud* MACIEL; KROENER, 2002)

Gisele Citadino adverte que esta participação política no âmbito do Judiciário não deve presumir uma ausência de correspondência entre os textos normativos[5] e os Cidadãos "uma cidadania ativa não pode supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e Democracia. (...) Quando os cidadãos vêem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica". (CITTADINO, 2007, p. 04-06).

Porém, reconhece que em países em que os cidadãos não compartilham os valores devido a rupturas no processo histórico de sedimentação da Democracia Constitucional, em que não há uma *nação de cultura*, se faz necessário o comprometimento do Judiciário com a concretização da Constituição, dos valores oriundos do consenso formal da qual emanou, com a ressalva de que não se faz necessário o domínio dos tribunais, mas de uma cidadania participativa que sobre eles atue.

Paulo Bonavides elabora outra advertência relacionada a certo grau de dificuldade da abertura do processo quanto ao estágio de amadurecimento dos sistemas políticos democráticos de nações subdesenvolvidas.

Demais, o método concretista da 'Constituição aberta' demanda para uma eficaz aplicação a presença de um sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores em dúvida difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, circunstância essa importantíssima, porquanto logo invalida como terapêutica das crises aquela metodologia cuja flexibilidade engana à primeira vista. (BONAVIDES, 2003, p.516).

Feitas estas observações, sobremaneira pertinentes, de que o estágio de amadurecimento do sistema político democrático pode não culminar no auto reconhecimento da 'comunidade aberta de interprétes' como comunidade político-jurídica autora de seu direito, há que se fazer duas observações.

A primeira de que o Judiciário deve estar imbuído do compromisso com a efetivação da Constituição e dos valores democráticos, funcionando, como dito pelo próprio Harbele, como um intérprete qualificado. A segunda é no sentido de resgatar a noção, da antiguidade clássica romana, de que Direito, é, sobretudo, prudência, e que, portanto, 'a comunidade de interpretes' é qualificada neste quesito e sob este aspecto. Nesta esteira, é crucial a abertura do Processo à participação democrática, à 'comunidade aberta de intérpretes', ao cidadão da *polis.*

3 A ABERTURA DEMOCRÁTICA DO PROCESSO

3.1 A TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS

A abertura do Processo teve início com a criação de institutos processuais aptos a salvaguardar os dispositivos constitucionais que fixaram direitos subjetivos transindividuais. O direito coletivo à efetivação da Constituição fez com que o Judiciário passasse a atuar no espaço público e que os institutos processuais, que se destinavam às demandas individuais, evoluíssem para a tutela de interesses coletivos. O novo Direito Processual remodelou sua legitimidade, surgindo a tutela coletiva e as ações correspondentes.

Capelletti, já em 1976, apontava que 'eram quatro os pontos nos quais seria necessária uma profunda reforma do processo civil tradicional, a fim de garantir um novo canal de acesso ao Judiciário: legitimidade ativa, garantias processuais (contraditório e ampla defesa) dos ausentes; efeitos da decisão (secundum eventus litis); e tipo de provimento e de sanção que se pode obter do juiz'. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 97)

"O processo Judicial que se instaura mediante a propositura de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional - ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, etc., torna-se um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente da cidadania" (GUERRA FILHO apud DEL PRA, p. 73, 2008). O advento da Ação Civil Pública, a legitimidade do *Ministério Público* para a propositura de ações, o Poder Geral de Cautela do magistrado, a mitigação ao princípio da demanda, o desenvolvimento de microssistemas, a responsabilização de pessoas jurídicas, as tutelas de urgência e todo o desenvolvimento recente dos institutos de Processo Civil buscaram a superação do

modelo individualista de demanda e instrumentalizaram crescente politização do Poder Judiciário.

A tutela coletiva tem condições de instrumentalizar o controle de políticas públicas de modo a fornecer à Constituição densidade suficiente para a tutela de Direitos transinidividuais. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 97)

A implantação de políticas públicas é dever do administrador, que se não as realizar conforme manda a Constituição e a legislação respectiva, poderá ser acionado, jurisdicionalmente, por qualquer legitimado coletivo, interessado arrolado nos art.s 5° da LACP e 82 do CDC. (ALMEIDA, *apud* FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 98).

Dentre estes institutos, o *Amicus Curiae* se reveste de destaque sob a perspectiva da participação política. Inclusive, o projeto de lei que culminou na Lei 9.868/99, de autoria de Gilmar Ferreira Mendes, foi apresentado no mesmo ano (1997) em que o douto doutrinador traduziu a 'sociedade aberta dos intérpretes da Constituição', de Peter Harbele.

3.2 A ORIGEM DO *AMICUS CURIAE*

Del Pra, em dissertação de mestrado pela PUC/SP publicada em 2008, nos informa que, quando da origem do *Amicus Curiae*, no *Year Books*, no direito inglês medieval, este sujeito tinha papel meramente informativo no processo, podendo informar à Corte matérias de fato desconhecidas dela. Tratava-se um sujeito imparcial e desinteressado, e a discricionariedade do juiz em aceitá-lo, assemelha-va-se, de certa forma, ao atual poder instrutório do juiz.

Segundo este autor, com a absorção do instituto pelo Direito norte-americano, ele foi se afastando desta função neutra. Sobretudo no momento global pós II Guerra, quando organismos internacionais de proteção dos direitos humanos utilizaram-se deste instituto para pleitear sua participação em processos que tinham por objeto a violações destes direitos, nos mais diversos países. O autor traça acuradamente a evolução jurisprudencial e positivação deste instituto em diversos países, a quem remetemos à leitura para que não fujamos do escopo de nosso trabalho.

Assim, o instituto evoluiu, em linhas gerais, para a configuração que tem hoje em nossa legislação, a participação de um terceiro desprovido de interesse direto em causas de repercussão social. Embora nos Estados Unidos, admita-se a participação do *Amicus Curiae* mesmo sem a transcendência social da matéria debatida, isto porque os ordenamentos da *common law* não possuem disciplina semelhante à intervenção de terceiros dos sistemas de *civil law*, servindo o *Amicus Curiae* a sanar essa lacuna.

O autor aponta a origem do instituto, em nosso ordenamento, nas previsões legais de manifestação, nos processos com que tenham pertinência temática, da CVM - Comissão de Valores Mobiliários, do CADE - Conselho Administrativo da Defesa Econômica e do INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

3.3 A NATUREZA JURÍDICA DO *AMICUS CURIAE*

No que tange a este ponto, a celeuma está em saber se o *Amicus Curiae*, ora sujeito neutro que informa à Corte questões de fato, ora sujeito parcial, embora não comprometido diretamente com a vitória de uma das partes, é terceiro interveniente ou auxiliar do juízo.

Fredie Didier, em análise da natureza jurídica do *Amicus Curiae*, o enquadra como "um auxiliar do juízo" que integra "ao lado do juiz, das partes, do Ministério Público e dos auxiliares da Justiça - o quadro dos sujeitos processuais" (2002, DIDIER, p. 79).

Milton Luiz Pereira identifica a *Amicus Curiae* como intervenção de terceiros, sendo, para ele, uma forma qualificada de assistência. (2002, PEREIRA, p.39-44.)

Para Del Prá, nos casos em que a manifestação se dá por iniciativa o juiz, este exerce função de auxiliar do juízo. Já nas hipóteses de intervenção voluntária assumiria a natureza de terceiro interveniente - a quem, inclusive, se conferem poderes, como o de, por exemplo, recorrer da decisão que indefere sua manifestação, sustentar oralmente suas razões e juntar documentos - distinta daquelas do Código de Processo civil. O autor sustenta que a atuação distinta do *Amicus Curiae* nas duas hipóteses revela a natureza distinta do instituto a depender de sua modalidade de ingresso que determinará sua modalidade de participação.

Para este autor, a resistência em admitir o instituto como uma hipótese da intervenção de terceiros está na tendência de interpretação restritiva das hipóteses de intervenção de terceiros em processo alheio, cara ao nosso sistema processual, de tradição romano-germânica, que teve Liebman por expoente e influenciador de nossas codificações.

No entanto, o próprio autor alude à dificuldade de enquadramento do instituto nas categorias legais existentes, visto que os terceiros arrolados no CPC, só são terceiros, até o momento de sua entrada no processo, quando, então, adquirem a qualidade de parte, somente permanecendo como terceiro o assistente.

Assim, a intervenção do *Amicus Curiae* não seria a intervenção do clássico terceiro interessado, visto que o interesse que o legitima não é próprio, mas um interesse que decorre da transcendência do objeto da causa, um interesse, por falta de termo melhor, público, respaldado, imediatamente, na lei autorizadora, mediatamente no princípio democrático e na legitimação da Jurisdição.

Sob o aspecto procedimental, os terceiros clássicos, como dito, à exceção do assistente, depois de seu ingresso no processo, transformar-se-iam em partes, o que não ocorre com

o *Amicus Curiae*, dada a singularidade de seu interesse, em qualquer dos casos em que é previsto, ou especialmente em sede de Controle Concentrado, pois nesta seara nem mesmo há partes.

3.4 AS HIPÓTESES LEGAIS DE PARTICIPAÇÃO DO *AMICUS CURIAE*

As ações de controle concentrado, abstratas e objetivas, não servem à defesa de interesses subjetivos de particulares ou terceiros. O interesse a ser resguardado no palco do *judicial review* é a guarda da Constituição. Desta forma, poderia parecer inadequada a intervenção do *Amicus Curiae* em processo objetivo, o que se trata de engano, haja vista a intervenção do *Amicus Curiae* não atender, dada a feição da lei 9.868/99, ao clássico arcabouço da intervenção de terceiros.

Desta forma, a participação do *Amicus Curiae* em processo objetivo de controle de Constitucionalidade, reveste-se da elogiável função de trazer a sociedade ao debate, ao diálogo constitucional.

Considerando a preconizada legitimidade discursiva do Judiciário, a figura deste instituto reforça esta legitimidade, posto que trará à confecção do discurso constitucional outras vozes.

A previsão de possibilidade de participação do *Amicus Curiae* na ADIN está no artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei 9.868/99, havendo 'relevância da matéria e a representatividade dos postulantes' admite-se a 'manifestação de outros órgãos e entidades'. Há possibilidade de participação do *Amicus Curiae* também na ADC, por analogia.

Del Pra acentua a possibilidade dos co-legitimados à propositura das Ações Constitucionais ingressarem no Processo como assistentes litisconsorciais ou *Amicus Curiae*.

Na ADPF, a possibilidade legal de participação do *Amicus Curiae* está no artigo 6º, parágrafo primeiro, como possibilidade de manifestação, para o fim de fornecer elementos técnicos, fáticos ou jurídicos para a melhor construção da decisão. Uma especificidade digna de nota é que na ADPF a participação voluntária é autorizada a 'quaisquer interessados', não somente aos 'órgãos e entidades'.

Também é possível a participação do *Amicus Curiae* em sede de Controle Difuso. Neste caso se dará sempre voluntariamente. Poderão assumir a sua função, nos termos da Lei 9.868/99 'as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pelo ato impugnado, os co-legitimados do artigo 103 da Constituição e quaisquer outros órgãos e entidades'.

Há previsão de manifestação do *Amicus Curiae* no pedido de uniformização de interpretação de lei federal, figura do art. 14 da Lei 10.259/01, fundada na divergência de decisões das Turmas Recursais da mesma região, no âmbito dos Juizados Especiais Federais. Tal previsão assenta-se na parte final do parágrafo 7, pelo qual, 'eventuais

interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias'.

Ainda no âmbito da Uniformização de Jurisprudência, o mesmo dispositivo aplica-se também, por previsão expressa, ao processamento do Recurso Extraordinário, hipótese inclusive reconhecida pela Emenda Regimental 12 de 12/12/2003, do STF.

3.5 *AMICUS CURIAE*: INSTITUTO DE LEGITIMAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO JUDICIÁRIO POLITIZADO

O instituto em análise corrobora com a abertura do Processo, de modo a ampliar a participação da sociedade na realização da tutela Jurisdicional, uma abertura democrática do processo hermenêutico, nos moldes da doutrina de Peter Harbele. Harbele aborda a legitimidade da pluralidade de intérpretes pelo viés da Teoria da Democracia. Para ele, embora estes intérpretes não tenham legitimação representativa, isto não lhes retira a legitimidade. Por que Democracia não se exerce somente por representação, mas, numa sociedade aberta, principalmente, pela realização dos direitos fundamentais e pela interpretação pluralista da Constituição. Por isto, defende a substituição do conceito de 'democracia do povo', fundada na soberania popular, pelo de 'democracia do cidadão', fundada nos direitos fundamentais. Destarte, o pluralismo dos direitos fundamentais converte-se no cerne da Constituição Democrática. (HARBELE, 2002, p. 39)

O Poder Judiciário constitui-se espaço de exercício da soberania política, espaço público de participação democrática, aberto ao ativismo de agentes sociais e judiciais na produção plural da cidadania, através do Processo. Espaço de representação funcional atrelada à cidadania social, no conceito de Werneck Vianna, para a consolidação da Democracia Constitucional de Dworkin.

"A participação popular passa a não mais restringir-se à esfera política, no sentido, v.g, de representação direta pelo voto, mas, ao contrário, inunda campos maiores de atuação, possibilitando mais amplo debate nas instâncias jurisdicionais, objetivo de fazer valer os direitos constitucionalmente assegurados, quer de forma individual, quer coletiva". (DEL PRA, p. 73, 2008)

A pluralidade da sociedade reclama a expansão da previsão de participação do *Amicus Curiae* sempre que a transcendência do objeto da ação o justificar, em processo objetivo de controle de Constitucionalidade, em controle difuso, em ações coletivas, ou outras hipóteses, que entendemos, devem ser ampliadas.

Chegou-se a um estágio no reconhecimento, em todas as instâncias, da Politização do Judiciário, politização esta que faz necessária a extensão dos institutos de abertura

democrática do processo para além dos limites do processo objetivo de controle de constitucionalidade, ao procedimento das ações coletivas.

[...] é necessária a modificação da lei de ação civil pública para permitir que, durante o processo, haja essa abertura como forma de viabilizar que o juiz, ao decidir, tenha plena consciência de todas as teses efetivamente extraíveis do caso em questão.

[...]

Essa abertura provoca até mesmo a superação do pseudodéficit democrático, pois, permitindo a participação direta da sociedade na resolução da demanda, não há que se falar em falta de legitimidade para uma importante decisão judicial sobre políticas públicas.

(FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 107)

Trazer a sociedade pluralista à participação política, no âmbito do Poder Judiciário, reforça a legitimidade democrática deste Poder. Democratizar as discussões travadas no STF, estabelecendo um diálogo com os setores organizados da sociedade civil, não acarreta na perda de independência do tribunal constitucional, confere-lhe maior legitimidade social, visto que a interpretação da norma não interessa apenas aos seus intérpretes formais, mas a todos aqueles que convivem na sociedade.

Quanto maior o respaldo que seus membros gozarem na sociedade, maior será a autoridade de suas decisões. A composição do Supremo Tribunal Federal deve ser plural, porque permitirá a participação das forças políticas imperantes na sociedade, e conseqüentemente menores serão as resistências às suas decisões [...]

Há a formação de uma simbiose intrínseca entre o órgão que exerce a jurisdição constitucional e os demais estabelecidos, impedindo que as decisões de tutela da Constituição sejam tomadas através de um formalismo auto-referencial, alienadas das demandas sociais (AGRA, 2005, p. 284).

Além disto, a democratização dos debates impede o arbítrio, a argumentação hermética, a distância das contingências sociais e enriquece a jurisprudência.

existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e eruptivo, a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte considerável da democracia dos cidadãos (*Burgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. A possibilidade e a

realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos 'sobre' e 'sob' as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado. (...) A sociedade tornou-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.

(...) os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas intervenções). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição

(HARBELE, 2002, p. 39)

Del Prá, fazendo menção à teoria de Niklas Luhmann, afirma que: "Na verdade, a legitimação do ato de poder não se dá somente em razão da observância do procedimento previsto, mas principalmente pela participação dos destinatários que essa observância proporciona". (DEL PRÁ, 2008, p. 198).

Porém, este trabalho não pode se furtar a mencionar, ainda que brevemente, que a legitimidade do Judiciário é também discursiva. Repousa também na capacidade de convencimento do argumento, na capacidade de, diante das inerentes tensões da democracia, escolher um dos argumentos dentre os que colidem na 'comunidade de valores compartilhados', para criar algum nível de consenso, a partir de uma verificação racional do argumento.

Neste ponto, há que se ressaltar a doutrina de Habermas, em que a legitimação discursiva se opera pelo alcance da 'verdade consensual', advinda do debate, da construção do consenso a partir do dissenso, externada em linguagem 'autêntica, justificável e consensual'. Para o estudo da legitimidade discursiva há que se entender o discurso normativo e, neste intento, as noções de tópica são primordiais.

A atividade jurisdicional, enquanto atividade tópica e argumentativa por natureza, não se encontra na órbita do puro exercício de autoridade do juiz. Mas, pressupõe uma atuação eivada de valoração que o capacita a exercer sua liberdade de decisão e escolha entre argumentos, ainda que vinculado, de certa forma, ao sistema jurídico. Tem-se como ideal o juiz que se vale de seu poder discricionário para conciliar o direito com a busca de uma solução justa.

A abordagem tópico-dialética desenvolvida tanto por Perelman quanto por Viehweg privilegia a idéia do direito como terreno propício para resolução de controvérsias e permitem aos aplicadores do direito uma maior liberdade de atuação. Diferentemente do período no qual o positivismo jurídico ditava a norma como fonte única do direito. (OLIVEIRA, 2007, pp. 230-231).

Assim, a participação direta da sociedade na prestação jurisdicional pelo instrumento do *Amicus Curiae*; para além dos limites liberais da ampla defesa e do contraditório, que atendem aos interesses das partes; em situações em que o debate hermenêutico judicial tem transcendência social, tende a pacificar as tensões entre os vários argumentos existentes na 'comunidade de interpretes' - que em uma democracia deve participar dos atos de poder - criando uma decisão com força argumentativa potencialmente indutora de consenso.

4 CONCLUSÃO

Embora a representatividade seja instituto essencial das Democracias, estas não são configuradas apenas por ela. Com o advento do Estado Social de Direito, e o que se assistiu após ele, as Democracias agregaram ao seu conceito um conteúdo finalístico, assumindo como sua razão de ser a realização dos Direitos Fundamentais.

Na Democracia Constitucional, surgem outros espaços políticos de atuação da cidadania que não os clássicos métodos de representação, entre os quais se destaca o Judiciário, que em crescente atuação política, reinventa a sua Jurisdição e legitimidade.

Desta forma, são reinventados também os instrumentos processuais, de modo a possibilitar a abertura do processo à participação democrática. A este desiderato serve o *Amicus Curie*, numa demonstração de que o Processo adequa-se à nova roupagem das Democracias Constitucionais, na qual a necessidade de inclusão das minorias e a proteção dos direitos fundamentais são imperiosas.

A participação política no Poder Judiciário, legitimada pela vontade do Poder Constituinte e pela opinião pública, cerceia o excesso do poder constituído e contorna uma grave crise de representatividade instaurada que ameaça transformar a Democracia em teorema formal.

Assim, participação do *Amicus Curiae* é participação do cidadão na vida pública na seara do Poder Judiciário, possibilita o pluralismo e complementa a Democracia representativa, pelo viés da concretização os Direitos Fundamentais. De modo a consolidar a 'Democracia Constitucional Participativa' em detrimento da 'Democracia majoritária', pelo reconhecimento de uma representação política, ou funcional, atrelada à cidadania social, exercida pela comunidade de intérpretes e agentes judiciais.

Estabelecido o direito 'à máxima efetividade da Constituição', tendo a função jurisdicional deixado de ser reguladora de conflitos intersubjetivos, consagrou-se o Judiciário como um cenário político apto a realizar as prestações sociais do Estado Democrático Constitucional, com a participação do cidadão, que não é mais o Jurisdicionado inerte de outrora.

Assim, considerando a premissa de que a Jurisprudência cria direito, porque a norma se perfaz no momento da interpretação, os cidadãos participam da criação do direito estatal pela interpretação e aplicação do Direito, não somente pela representatividade conferida ao legislativo, mas pela via judicial.

O Poder Judiciário é Poder político, suas instâncias são espaços democráticos de atuação e produção política, não representativa, mas participativa, regidos por regras de processo. Assim, o Judiciário realiza os valores e princípios democráticos constitucionais, pela participação dos cidadãos e atores estatais, na concretização dos valores fundamentais.

Por tudo quanto exposto, há que se buscar o aumento da participação política do jurisdicionado, de sua consciência e compromisso com a Constituição, e, por fim, o aumento da participação, da figura do *Amicus Curiae.*

REFERÊNCIAS

ALVES, Ricardo Luiz. **Montesquieu e a teoria da tripartição dos Poderes**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5484>. Acesso em: 10 mar. 2007.

AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal.** Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARISTÓTELES. **A Política**. 1. ed. São Paulo: Hemus, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. Rio de Janeiro**:** Paz e Terra, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de Constitucionalidade de políticas públicas. In: **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997.

CRUZ, Juliana Guimarães . **Politização da Justiça Constitucional ou Constitucionalização da Justiça?** Disponível em:

<http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios> Acesso em: 02 dez. 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: JusPodivm, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Separação de Poderes e garantia de Direitos. Folha de São Paulo, edição de 04/02/2206. Disponível em:

<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=247679>

Acesso em: 06 dez. 2006.

_____. **O que é participação política**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. ***Amicus Curiae:*** Instrumento de Participação Democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008.

DIDIER, Fredie. **Recurso de Terceiro - juízo de admissibilidade**.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: RT, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito processual Constitucional.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e "Procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

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

LEITE, Glauco Salomão. Direito e política. A politização da Justiça Constitucional é inevitável.

Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/41320,1>

Acesso em: 11 nov. 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Alex. Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**. São Paulo, n. 57, 2002. Disponível em: . Acesso em: 06 jun. 2006.

MALISKA, Marcos Augusto. Acerca da legitimidade do controle da Constitucionalidade. **Revista Crítica Jurídica Nº 18**. Disponível em:

. Acesso em: 11 nov. 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 2. Ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Elayne Leal de. *A tópica de Viehweg e a nova retórica de Perelman: contribuição à ciência do direito e aplicação jurisprudencial.* **In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. N° 14, ano 2007.1, pp. 207-236. Salvador: Prol, 2007, pp. 230-231

PEREIRA, Milton Luiz. ***Amicus Curiae* - intervenção de terceiros**.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre o fundamento e as origens das desigualdades entre os homens**. 2 ed. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião Publica**, Campinas, v. 10, n. 1, 2004.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.br> Acesso em: 11 nov. 2006.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TAVARES, André Ramos. Partido-politização da Justiça Constitucional. Folha de São Paulo, edição de 04/02/2206. Disponível em: <http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=247679>

Acesso em: 06 dez. 2006.

VIANNA, Luís Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

---

[1] Aristóteles já havia delineado as três funções essenciais do Estado, executiva, legislativa e judiciária, porém, à divisão funcional não fez corresponder a divisão orgânica. Também John Locke, filósofo liberal inglês, cerca de um século antes de Montesquieu já tinha formulado, ainda que implicitamente, a teoria da tripartição de Poderes.

[2] O conceito de nação antecedeu ao de povo, entendido como nação o conjunto formado pelas pessoas nascidas no mesmo lugar, ligadas por vínculos de sangue e de origem, que assim compartilhavam os mesmos valores, costumes e a mesma língua. Ver na Teoria do Estado a distinção conceitual entre nação e povo.

[3] Para este autor, os direitos sociais e coletivos dependiam de implementação de diretrizes políticas dos atores políticos do Estado pelos critérios da representatividade e da maioria, fundada em política e não em princípios; o que as distinguia da efetivação dos direitos fundamentais individuais que poderiam, em seu entendimento, serem fixados pelo Judiciário, porque fundados em princípios. (VERBICARO, 2006, p. 18)

[4] É certo que para Dworkin a atuação do Judiciário para efetivar os Direitos Fundamentais se limita aos direitos individuais e não se estende aos direitos sociais. Porém, a construção de sua teoria representa um ponto de partida - ao qual devem acrescentar-se os direitos coletivos - quando diz que o Judiciário cumpre com o papel da Democracia ao afirmar os direitos fundamentais do cidadão, que tem o direito de exigi-los do Judiciário não obstante a inércia dos demais poderes.

[5] Com a devida vênia à expressão utilizada pela autora, preferimos utilizar a expressão ausência de correspondência entre o texto normativo e os cidadãos, porque entendemos que foi neste sentido que empregou a palavra Direito, como texto normativo advindo do processo legislativo. Necessária esta observação porque consoante a concepção por nós compartilhada, o texto normativo não encerra o Direito, pois a norma se perfaz com a interpretação.

BREVES NOTAS SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA E OS PRINCIPAIS DESAFIOS DA NOVÍSSIMA LEI 12.016 DE 2009*

BRIEF NOTES ABOUT THE WRIT AND THE MAIN CHALLENGES OF THE BRAND NEW LAW 12.016 OF 2009

Luiz Claudio Correia dos Anjos
Dulce Calmon de Bittencourt Pinto de Almeida

RESUMO

O mandado de segurança sempre exerceu importante papel histórico na defesa das garantias fundamentais (sejam elas individuais ou coletivas) em diversos países. Introduzido no ordenamento jurídico por meio da Constituição de 1934, este remédio encontrou relevantes alterações na sua aplicação em diversos momentos da história, principalmente na defesa da democracia brasileira.

A recente Lei 12.016 de 2009, que regulamenta o instituto, apesar de ter trazido importantes avanços no que diz respeito ao seu âmbito de funcionamento, também previu restrições prejudiciais ao seu pleno desenvolvimento, provocando verdadeiros entraves ao seu escopo histórico de atuação. É com base neste novo ambiente que o mandado de segurança irá enfrentar novos desafios ao cumprimento de seu objetivo inicial de fortalecimento da democracia.

PALAVRAS-CHAVES: MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITOS INDIVIDUAIS – CONSTITUIÇÃO – MANDAMUS

ABSTRACT

The writ has always played an important and historic role towards the support of the fundamental rights (be it individual or collective) in various countries. Introduced in the Brazilian law system by the 1934 Constitution, it faced relevant changes in its employment in many different moments in history, especially when it stood for the Brazilian democracy.

The recent Law 12.016 of 2009, which regulates this institute, besides having brought important advances in what concerns its functioning, has also predicted harmful constraints to its full development, promoting true constraints to its historical approach. It is based on this new environment that the writ will face new challenges towards the fulfillment of its primary goal of strengthening democracy.

KEYWORDS: WRIT – INDIVIDUAL RIGHTS – CONSTITUTION – MANDAMUS

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 MANDADO DE SEGURANÇA: HISTÓRIA E EVOLUÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

Sabe-se que o direito público surgiu quando da necessidade da limitação e separação dos poderes do Estado por meio da Lei, dando nascimento ao sistema de freios e contrapesos, evitando o autoritarismo do monarca. Portanto, o Direito Constitucional surge no momento em que a onipotência estatal se opõe às garantias individuais, institucionalizando o Estado Moderno no plano político, além de fortalecer os direitos individuais, sociais e, mais adiante, os direitos difusos. Esta garantia constitucional está ligada à ideia de liberdade contra o Estado, contra o Poder Público.

Historicamente, têm-se, como marco na defesa das liberdades públicas, o movimento consagrado na Revolução Francesa durante o período de 1789 a 1799, reagindo ao arbítrio do regime francês retratado no *l'État c'est moi*, do Rei Luiz XIV e seus sucessores. Vale lembrar outros movimentos de grande importância na história dos direitos individuais, consagrando-se, entre eles, a Revolução Americana de 1776, que tinha como objetivo o abandono da presença irresponsável do soberano, na época, titular do poder no Estado Absoluto, detendo em suas mãos as três funções estatais: legislativa, executiva e jurisdicional.

Desta forma, os norte-americanos foram os primeiros que procuraram traduzir os postulados ideológicos referentes às liberdades públicas, criando meios práticos e eficazes para tutelar os direitos do homem contra os desmandos do Poder Público. Foi por meio do fortalecimento dos *writs*, institutos de origem inglesa, que os norte-americanos promoveram a proteção dos direitos lesados, já que a Lei não previa outros meios mais adequados para sua reparação. Os *writs* desempenham papel mais amplo que o mandado de segurança, pois não se opõem somente aos atos do Poder Público, mas, também, à violação de direitos por particulares.

Na comparação do mandado de segurança com o *mandamus*, da legislação inglesa, observa-se que este último visa atingir os atos administrativos, enquanto o mandado de segurança tem como finalidade atingir atos de autoridades. Já o *writ*, é medida geral de proteção contra atos públicos e particulares. No direito português encontra-se, também, a denominada “apelação extrajudicial” que pode ser considerada como fonte histórica do mandado de segurança, apesar de ter sido utilizada somente em sede recursal.

2 O MANDADO DE SEGURANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No direito brasileiro, as primeiras manifestações que deram origem ao Mandado de Segurança partiram muito antes da Constituição Federal de 1934. Assim, surgiu, em 1914, pelas mãos de Alberto Torres, o projeto de reforma constitucional que incluía o

referido instituto com a denominação de *mandado de garantia,* entre as garantias constitucionais, com as seguintes características:

"É criado o mandado de garantia, destinado a fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar preventivamente, os direitos individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por ato do poder público, ou de particulares, para os quais não haja outro recurso especial" (CARVALHO, 1956, p. 252).

Com o retorno dos trabalhos legislativos logo após a Revolução de 1930, deu-se início aos trabalhos para elaboração da Constituição Federal de 1934, sendo o relator da parte atinente ao mandado de segurança, o Sr. João Mangabeira, tratando da questão nos seguintes termos:

"toda pessoa que tiver um direito incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo, poderá requerer ao Poder Judiciário que a ampare com um **mandado de segurança.** O Juiz, recebendo o pedido, resolverá, dentro de 72 horas, depois de ouvida a autoridade coatora. E, se considerar o pedido legal, expedirá o mandado ou proibindo esta de praticar o ato ou ordenando-lhe de restabelecer integralmente a situação anterior, até que a respeito resolva definitivamente o Poder Judiciário" (TUCCI, 1978, p.19).

Este texto prevaleceu, constituindo o artigo 102, parágrafo 21 do Anteprojeto enviado para a Assembleia Nacional, tendo sido aprovado e constante da Constituição da República de 1934, no seu artigo 113, número 33 [1]. Surge, então, no ordenamento jurídico pátrio, o *mandamus*, tido como sucessor e substituto da ação sumária especial e sob a tríplice influência da doutrina brasileira do *habeas corpus,* da teoria da posse dos direitos pessoais e de certos institutos existentes no direito estrangeiro, como o *amparo* do direito mexicano.

Extrai-se do texto constitucional de 1934 que a própria disposição legal reconhece a vinculação do novo remédio ao *habeas corpus,* cujo rito processual adota. Vale lembrar que, anteriormente, a medida utilizada para realizar o controle judicial dos atos da administração pública era a ação sumária especial, criada pela Lei Nº 221, de 30 de novembro de 1894 [2].

Após o surgimento do mandado de segurança com a Constituição Federal de 1934, foi editada a Lei Nº 191 de 15 de janeiro de 1936, especificando o seu cabimento no seu § 9º do artigo 8º, com a seguinte redação:

"Quando se evidenciar, desde logo, a relevância do pedido, e decorrendo do ato impugnado lesão grave irreparável ao direito do impetrante, poderá o juiz, a requerimento do mesmo impetrante, mandar, preliminarmente, sobrestar ou suspender o ato aludido".

No entanto, a Constituição de 1937 não tratou do mandado de segurança como uma garantia constitucional, retirando deste remédio a garantia. À época, aventou-se, inclusive, a hipótese de extinção deste instituto do ordenamento jurídico brasileiro. Porém, o Decreto-Lei Nº 06 de 16 de novembro de 1937 tirou as dúvidas sobre esta colocação, mas restringiu a utilização do mandado de segurança quanto à legitimação passiva, conforme o texto do artigo 16:

“Continua em vigor o remédio do mandado de segurança, nos termos da Lei n. 191 de 16 de janeiro de 1936, exceto, a partir de 10 de novembro de 1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos ministros de Estado, Governadores e Interventores”.

Ainda nova restrição é imposta ao mandado de segurança pelo Decreto-Lei Nº 96 de 22 de dezembro de 1937, determinando, por meio do seu artigo 21, que não cabe mandado de segurança contra atos da Administração Pública do Distrito Federal, sendo admissíveis, apenas, os demais recursos judiciais interpostos contra atos de Prefeito.

Em face da ausência da previsão constitucional do mandado de segurança e das restrições impostas pelos institutos jurídicos acima mencionados, o Código de Processo Civil de 1939 relacionou o mandado de segurança entre os processos especiais, atribuindo-lhe, assim, uma nova disciplina.

Seguindo a trajetória constitucional, o mandado de segurança voltou a ser considerado uma garantia constitucional na Carta Magna de 1946, que ampliou sobremaneira o seu alcance, de modo a extinguir as restrições impostas anteriormente, deixando de ter um tratamento infraconstitucional. Assim, o *mandamus* passar a figurar, novamente, como um remédio constitucional, conforme o artigo 141, parágrafo 24 da Constituição de 1946 [3].

O mandado de segurança foi regulamentado pela Lei Nº 1.533, datada de 31 de dezembro de 1951, tendo mais tarde sofrido algumas alterações, em razão dos seguintes diplomas: Lei Nº 4.166 de 04 de dezembro de 1962, Lei Nº 4.348 de 26 de junho de 1964 e da Lei Nº 5.021 de 09 de junho de 1966.

A Constituição de 1967, elaborada durante o regime militar, tratou do mandado de segurança no seu artigo 150, parágrafo 21, determinando que o remédio constitucional deveria limitar-se a proteger apenas os direitos líquido e certos individuais, e não mais os coletivos, como se pode extrair da sua análise [4].

A Emenda Constitucional Nº 1 de 1969, por meio do parágrafo 21 do artigo 153, nada acrescentou ao ordenamento jurídico pátrio, pois repetiu exatamente o texto da Constituição de 1967, mantendo o mandado de segurança como anteriormente descrito [5].

3 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE SEGURANÇA NA CARTA POLÍTICA VIGENTE

A atual Constituição da República promulgada e publicada em 05 de outubro de 1988 traz o mandado de segurança como um remédio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LXIX [6]. A Carta vigente trouxe uma relevante inovação, pois acrescentou a figura do mandado de segurança coletivo, seguindo o mesmo procedimento do mandado de segurança individual. Modificou-se, entretanto, a legitimidade ativa das entidades que podem impetrar este novo remédio constitucional, por meio do no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição, restringindo-se a partido político com representação no

Congresso Nacional ou organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída, desde que agindo em defesa dos membros há mais de um ano.

Os pressupostos são os mesmos do mandado de segurança individual, apenas limitando-se a apresentar os sujeitos que podem impetrar a segurança em favor de outrem, como substitutos processuais, não dispensando as exigências já colocadas no inciso LXIX, referentes ao mandado de segurança individual, isto é: o direito líquido e certo, o ato de autoridade ilegal ou abusivo, e a lesão ou ameaça de lesão decorrente deste ato para aquele direito.

É evidente que as entidades atuam em nome próprio mas na defesa de direitos de seus membros ou associados, como substitutos processuais, independentemente de autorização. Mas toda substituição processual só pode agir quando existente um nexo que correlacione o interesse, e esse interesse deve ser o jurídico da entidade com o interesse, também jurídico, do membro ou associado.

Segundo lição do Professor Calmon de Passos [7], o mandado de segurança individual diz respeito a direito subjetivo, enquanto o mandado de segurança coletivo é pertinente a interesse, sendo diversos em seu objeto. Deste modo, o mandado de segurança coletivo trata de interesses coletivos, difusos, transindividuais.

4 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS CONSTITUCIONAIS DO *MANDAMUS*

O mandado de segurança é, segundo a conceituação de MEIRELLES (1987, p. 3): "o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça". Acrescenta-se a essa definição o instituto do *habeas data* ao lado do instituto do *habeas corpus*, incluídos no texto constitucional da presente Carta Política.

Com efeito, o mandado de segurança tem a natureza jurídica de uma ação civil de rito sumaríssimo especial, destinado a afastar ofensa a direito subjetivo próprio, privado ou cumprida pela autoridade coatora, em atendimento da notificação judicial. Distingue-se das demais ações apenas pela especificidade de seu objeto e pela sumariedade de seu procedimento, que é próprio, e, somente subsidiariamente, aceita as regras do Código de Processo Civil.

O mandado de segurança visa, portanto, à invalidação de atos de autoridade ou à supressão de efeitos de omissões administrativas capazes de lesar direito individual, próprio, líquido e certo. Trata-se, portanto, de um instrumento judicial, de natureza civil e de rito especial sumaríssimo, que atinge os atos ilegais e abusivos das autoridades públicas ou daqueles que exerçam atribuições próprias do Poder Público. Assim, qualquer que seja a natureza ou a origem do ato impugnado, o mandado de segurança será sempre processado e julgado com ação civil no Juízo competente.

Como cediço, direito líquido e certo é aquele baseado em fatos incontestáveis, que são comprovados imediatamente pelo impetrante por meio de documentos que deverão ser

apresentados no momento da impetração da respectiva ação. Este remédio constitucional exige a denominada prova pré-constituída, isto é, aquela que é apresentada no momento da petição inicial, não sendo produzida durante o transcurso de uma instrução probatória.

Desta feita, o mandado de segurança é um remédio constitucional que se constitui em uma das principais garantias constitucionais, ao lado do *habeas corpus*, de que se pode valer o indivíduo frente aos desmandos do Poder Público. Neste sentido, BUZAID (1961, p. 227) afirma que "nele está expressa a mais solene proteção do indivíduo em sua relação com o Estado e representa, em nossos dias, a mais notável forma de tutela jurídica dos direitos individuais que, por largo tempo, foi apenas uma auspiciosa promessa".

Atualmente, são quatro os requisitos para a utilização do mandado de segurança no país: a) ato comissivo ou omissivo de autoridade pública ou de particular que exerça atribuições próprias do Poder Público; b) ilegalidade ou abuso de poder; c) lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo; d) tratar-se de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data.*

Assim, o mandado de segurança é uma ação de natureza residual porque é passível de utilização para a defesa de qualquer direito líquido e certo, desde que não se refira ao direito de locomoção, pois este é protegido pelo *habeas corpus,* e o direito de conhecimento, retificação, contestação e justificação de informações pessoais constante de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público, protegido pelo instituto do *habeas data.*

Também, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o mandado de segurança não pode ser utilizado em lugar da ação popular. A ação popular tem como finalidade buscar a satisfação de um interesse difuso, pertinente à coletividade como um todo, isto é, a anulação de um ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico ou cultural. No mandado de segurança busca-se a satisfação de um direito líquido e certo próprio do impetrante, que pode ter caráter individual, por referir-se a uma pessoa ou a um grupo de pessoas, ou coletivo por abranger toda uma categoria de beneficiários.

Quanto à natureza jurídica do mandado de segurança, leciona Moraes (2002, p. 164) que "o mandado de segurança é uma ação constitucional, de natureza civil, cujo objeto é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

Da mesma forma, entende-se que o mandado de segurança protege o direito à obtenção de certidões por ser este um direito líquido e certo. O direito às informações pessoais é protegido por *habeas data,* mas o direito às certidões sobre tais informações é defendido por mandado de segurança.

A legitimidade ativa para impetração do mandado de segurança se refere a: a) as pessoas físicas ou jurídicas em geral, sejam nacionais ou estrangeiras, sejam ou não domiciliadas no Brasil; b) as universalidades reconhecidas por lei que, apesar de não gozarem de personalidade jurídica, é reconhecida a sua capacidade processual pelo

ordenamento jurídico, a fim de que possam atuar em juízo na defesa de seus direitos; c) os órgãos públicos independentes, na defesa de suas prerrogativas e atribuições, não possuem personalidade jurídica, mas constituem meros centros de competência das entidades que integram (como exemplo, cita-se os Ministérios que atuam em seu próprio nome); d) os agentes políticos, na defesa de suas atribuições e prerrogativas (de maneira geral, são aqueles que atuam nos órgãos independentes e suas competências são outorgadas pela própria Constituição Federal e exercidas com independência funcional).

Por outro lado, ressalte-se que, segundo os ensinamentos de MEIRELLES (1987), a legitimidade passiva para responder em mandado de segurança é da autoridade delegada, e não da autoridade delegante, pois a autoridade delegante é aquela que transpõe para a autoridade delegada o exercício de determinada competência outorgada por Lei.

Deste modo, apesar de ser a autoridade delegante a titular da competência, conforme o dispositivo legal, foi a autoridade delegada quem efetivamente praticou os atos concretos. Logo, é esta quem possui a legitimidade para exercer o ônus de polo passivo no mandado de segurança.

No que tange ao momento da impetração do mandado de segurança, pode-se classificá-lo em preventivo e repressivo. O mandado de segurança preventivo é aquele que tem por finalidade impedir a lesão a direito líquido e certo do impetrante. Busca-se, portanto, impedir que a ameaça de lesão transforme-se em lesão efetiva.

Por sua vez, o mandado de segurança repressivo tem por objetivo fazer cessar uma violação a direito líquido e certo atualmente em curso pela autoridade coatora. A autoridade coatora, por ação ou omissão, já se conduziu de forma ilegal ou abusiva, ofendendo um direito líquido e certo do impetrante, e o mandado é interposto para impedir a perpetuidade desta violação.

5 O MANDADO DE SEGURANÇA DE ACORDO COM A NOVÍSSIMA LEI 12.016 DE 07 DE AGOSTO DE 2009

A atual Lei 12.016, nascida do projeto de Lei 5.067 de 2001, proposto pelo poder executivo, efetuou várias e importantes modificações nas disposições jurídicas sobre o mandado de segurança no Brasil. O projeto original da nova Lei, inicialmente redigido por Caio Tácito, Arnoldo Wald e Carlos Alberto Direito, buscava, entre outras finalidades, atualizar a legislação de acordo com os dispositivos constitucionais, unificar a legislação sobre o tema e pacificar o entendimento dos diversos tribunais sobre o referido remédio constitucional, que gerou imensa jurisprudência no país devido à crescente importância da garantia dos direitos fundamentais, conforme se extrai da sua exposição de motivos [8].

Em princípio, percebe-se que foi mantida, enquanto possível, a mesma estrutura de tratamento do instituto do texto da antiga Lei (principalmente a redação e a sistemática de disposição dos artigos), como forma de se preservar a interpretação já consolidada

dos tribunais sobre diversos aspectos do *mandamus*. Não obstante, foram significativas as inovações trazidas ao instituto jurídico pela nova Lei, como forma de fazer valer as prerrogativas de um verdadeiro Estado Democrático de Direito brasileiro em face das novas necessidades de garantia dos direitos individuais e coletivos da sociedade contemporânea.

6 AS PARTES NO NOVO MANDADO DE SEGURANÇA

Uma das alterações mais importantes da nova Lei do mandado de segurança, diz respeito às partes envolvidas no processo, ampliando de foram expressa a legitimidade *ad causam* do instituto. Embora já houvesse remansa jurisprudência sobre o tema, tratou-se de incluir de forma definitiva no texto legal a legitimidade ativa tanto das pessoas físicas quanto das jurídicas, a fim de se positivar definitivamente o prévio entendimento jurisprudencial de que, independentemente do regime de personalidade jurídica, o direito a este remédio constitucional deve ser sempre garantido de forma extensiva [9]. Com este propósito, o art. 1º da Lei substitui o termo "[...] sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação [...]" pela expressão "[...] sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação [...]" (grifos nossos).

O parágrafo 1º do mesmo artigo também trouxe fundamental alteração ao sedimentar a legitimidade ativa dos órgãos de partidos políticos. Note-se que tal decisão vem de encontro, principalmente, aos interesses dos próprios partidos majoritários, que vêm se valendo da impetração do remédio constitucional na defesa da manutenção das vagas conquistadas nas eleições por meio do sistema proporcional [10].

O parágrafo 2º do mesmo artigo, por sua vez, exclui a incidência do mandado de segurança de todos os atos de "gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviços público". Da análise deste dispositivo, que não encontra correspondente na legislação anterior, extrai-se que o legislador quis separar as atividades inerentes à administração pública (na consecução do interesse coletivo), daquelas cujo fim diz respeito ao desempenho de atividades de natureza meramente econômicas, inseridas no contexto da livre iniciativa e do mercado, e relacionadas às entidades estatais com personalidade jurídica de direito privado [11].

Como se sabe, as empresas públicas e as sociedades de economia mista (entidades da Administração Indireta), assim como as concessionárias de serviço público, embora desempenhem serviços direta ou indiretamente ligados ao interesse do Estado, executam atividades de caráter eminentemente econômico, dentro de um ambiente de mercado (independentemente da existência de monopólio), e cujo objeto social é, de alguma forma, ligado aos setores produtivos da sociedade.

Desta forma, ao excluir os atos de gestão puramente comercial destas entidades do âmbito do mandado de segurança, a nova Lei veio a corroborar o seu caráter de inserção no referido ambiente de mercado, possibilitando, todavia, a todos os outros atos de caráter não mercadológico, a possibilidade da incidência do referido instituto.

Ainda em relação às partes processuais do mandado de segurança, o artigo 6º do referido diploma introduziu um novo requisito de admissibilidade da petição inicial

(ademais dos presentes nos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil): a obrigatoriedade de indicação, pela parte autora, não apenas da autoridade coatora [12], como também "da pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições". Desta forma, amplia-se nitidamente o conceito inicial de "autoridade coatora" [13] da Lei anterior para incluir não apenas a que efetivamente pratica o ato, como também aquela que "de quem emanou a ordem" [14].

Este regra merece especial atenção, pois fornece os dados essenciais para o cumprimento dos artigos 7º, II (que obriga o juiz a oficiar à pessoa jurídica, dando-lhe ciência da presente ação constitucional, permitindo-lhe ingressar no feito como litisconsorte passivo), 11 (que impõe a juntada de todos os ofícios emitidos aos autos do processo) e 13 (que dispõe do envio do mandado de segurança à pessoa jurídica interessada).

Por sua vez, a expressa indicação da pessoa jurídica interessada (para que se viabilize o seu consequente ingresso como litisconsorte passivo na ação) possui uma inegável influência dos princípios da celeridade processual e da ampla defesa, haja vista que reúne num mesmo instrumento possíveis futuras ações relacionadas ao mesmo objeto, além de permitir que a pessoa jurídica interessada apresente a defesa do seu ato, ao mesmo tempo em que estende à autoridade coatora o direito de recorrer, nos termos do seu artigo 14, §2º [15].

No que tange ao litisconsórcio, a ab-rogada Lei 1.533 de 1951 possuía expressa previsão de incidência do Código de Processo Civil, a regrar integralmente a matéria [16] no âmbito do *mandamus*. Como cediço, em matéria de litisconsórcio ativo omisso, a solução encontrada no diploma processual vigente é a sua citação, nos termos do artigo 213, a fim de que possa exercer planamente todas as suas prerrogativas [17].

A Lei 12.016 de 2009, de outro turno, por meio do artigo 10º, § 2º, trouxe ao ordenamento jurídico a limitação do ingresso deste litisconsorte até o despacho da petição inicial [18]. Tal óbice veio a privilegiar o princípio do juiz natural, conforme a sua previsão constitucional [19], a fim de se evitar maliciosas manobras processuais.

Também foi reiterada a atuação do Ministério Público no âmbito do mandado de segurança, a fim de que possa cumprir o seu papel de defesa do interesse público e social, conforme expressa determinação constitucional [20]. Neste sentido, o artigo 12 da Lei 12.016 de 2009 instituiu a obrigação de notificação ao Ministério Público para que o juiz possa ouvir as suas considerações no prazo improrrogável de dez dias (ressalte-se que, na lei anterior, o referido prazo era de cinco dias). Neste papel, cabe, ainda, ao Ministério Público, requerer ou não uma possível suspensão da decisão proferida em primeiro grau (seja ela liminar ou definitiva), de acordo com a regra dos artigos 9º e 15 [21] da mesma Lei.

Ainda em relação ao Ministério Público, poderia-se arguir uma possível sobreposição no que diz respeito às hipóteses de incidência de duas medidas processuais: o mandado de segurança e a ação civil pública. Seriam idênticos os seus objetos em determinadas situações? Em caso positivo, haveria alguma prevalência entre eles? A busca por estas respostas torna nítido que, conquanto no cumprimento das suas funções constitucionais, conforme prediz o artigo 129 da Carta Magna, não importa o remédio processual escolhido pelo *parquet* [22].

7 CONSIDERAÇÕES SOBRE ALGUMAS ALTERAÇÕES RECURSAIS

No campo dos recursos, importantes modificações foram trazidas ao *mandamus* por meio da Lei 12.016 de 2009. A primeira delas, de ordem prática, está inserida no artigo 5º, II, que exclui do âmbito do mandado de segurança as decisões judiciais quando cabível recursos de efeito suspensivo. Acertadamente, o legislador optou por ampliar o espectro de incidência do remédio constitucional, anteriormente limitado a decisões das quais não coubesse qualquer recurso ou modificação por meio de correição.

Com efeito, percebe-se a clara intenção de corrigir as diretrizes no sentido de evitar que a parte (cujo direito líquido e certo fora preterido) sofra o ônus de aguardar o julgamento do seu recurso – o que, invariavelmente, pode se arrastar por um período considerável de tempo – enquanto permanece desamparado o seu direito.

Igualmente necessária foi a inclusão do artigo 7º, §1º, que tutela a possibilidade de agravo de instrumento da decisão em primeiro grau sobre a concessão do mandado de segurança. A nova Lei prevê, ainda, o cabimento de agravo dos atos do relator, nos casos de competência originária dos tribunais. Tal dispositivo visa pacificar o entendimento jurisprudencial sobre o cabimento ou não deste recurso, que encontrava posições absolutamente antagônicas no meio jurídico, principalmente poque a Lei anterior era silente a este respeito e pelo fato de o atual Código de Processo Civil dispor de resolução expressa nas suas disposições transitórias [23], que mantém o sistema recursal originário das Leis anteriores a 1973, até que sejam adaptadas ao novo código.

Vale lembrar que, sob a égide da Lei 1.533/51, o recurso de agravo era previsto no seu artigo 13º apenas nas situações em que o mandado fosse concedido em primeira instância e o presidente do tribunal, ao receber o recurso cabível, ordenasse a suspensão da execução da sentença.

Mais uma importante alteração recursal verificada na novel Lei, no seu artigo 20, diz respeito à inclusão dos recursos referentes ao mandado de segurança como prioridade na ordem de julgamento todos sobre todos os atos processuais, com exceção do *habeas corpus* [24]. Com esta medida, o legislador buscou evitar o uso do recurso cabível como intuito de protelar a decisão definitiva de mérito, haja vista que o anterior artigo 17 da Lei 1.533/51 não previa a urgência de julgamento dos recursos mandamentais [25], o que provocou divergência na sua interpretação, com consequente prejuízo ao pleno funcionamento do referido remédio constitucional.

8 NOVA LIMITAÇÃO LEGAL AO MANDADO DE SEGURANÇA - POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE CAUÇÃO, FIANÇA OU DEPÓSITO

À toda evidência, novas limitações legais foram impostas ao *mandamus* quando da entrada em vigor do seu novo regulamento. Entre elas, talvez a mais significante tenha sido a previsão, ainda que facultativamente, da cobrança de caução, fiança ou depósito do impetrante, como forma de resguardar eventual ressarcimento à pessoa jurídica [26].

A conclusão que se extrai da inserção deste requisito no ordenamento jurídico pátrio (mesmo que não obrigatório), é a de que o legislador privilegiou a defesa frente a um possível dano material (ou mesmo à litigância de má fé), em detrimento da garantia fundamental de um direito individual ou coletivo de acordo com o espírito liberal que sempre acompanhou o instituto.

Embora tal inserção tenha ocorrido na esteira de outros julgamentos que consideraram a cobrança de caução nas medidas cautelares [27], e que, posteriormente restou positivada [28], é evidente a desnecessidade de tal determinação, pois sempre persiste a possibilidade de não concessão da medida liminar pelo juiz quando da verificação de dano irreversível e da inexistência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Ademais, a possibilidade de cobrança de caução, fiança ou depósito concorre para desfigurar totalmente o intuito inicial de criação do remédio constitucional, como forma de garantia dos preceitos fundamentais a todos os membros da sociedade. A determinação de obstáculos à execução destes direitos equivale à sua própria negação de forma expressa. Desta forma, resta evidenciada a transparente inconstitucionalidade da questão.

Em relação ao óbice criado a tais direitos, no que tange às medidas cautelares, brilhante é a colocação do Ministro Maurício Corrêa, quando do julgamento da ADI Nº1576 [29]:

“Fico a imaginar o que não acontecerá com o servidor miserável, que recebe, por exemplo, uma ninharia por mês e que obtém, através da prestação jurisdicional, uma compensação melhor ou mesmo alguém que obtenha medida cautelar sobre outro tema qualquer. O que terá que fazer esse servidor ou outro detentor da concessão liminar? Terá que procurar alguém para obter uma carta de fiança. Como uma pessoa nessas condições vai conseguir uma caução fidejussória? Por outro lado, do ponto de vista dessa garantia real, onde ele arranjará imóvel, por exemplo, para assegurar o cumprimento da decisão que venha a obter? Acho que esse obstáculo traduz-se em iníqua perversidade com acentuado pendor fascista. [...] O que quero salientar é o caráter cassatório dessa mais recente criatividade dos alquimistas de Plantão, que tem por escopo eliminar do mundo jurídico o instituto cautelar”.

Logo, resulta óbvio que a discricionariedade no que tange à simples possibilidade jurídica de cobrança de caução, fiança ou depósito para concessão de mandado de segurança é uma nítida e direta afronta ao acesso amplo, irrestrito e urgente a um direito líquido e certo que esteja sendo preterido pela autoridade coatora. Pelo seu próprio caráter histórico-constitucional, não deveria existir entraves à consecução de tal direito, em especial aos hipossuficientes. Estas exigências ou garantias de caráter material não devem, sob nenhuma hipótese, gerar óbice de acesso ao *mandamus*.

Com efeito, ainda antes da sua promulgação, quando o projeto de lei foi encaminhado para apreciação presidencial, inúmeros pedidos de veto a este artigo foram dirigidos ao Presidente da República, o que, desafortunadamente, não surtiu qualquer efeito prático.

Até mesmo a Ordem dos Advogados do Brasil [30] se pronunciou veementemente contra o referido artigo, por meio do Oficio nº 1158/2009-GPR, de 17 de julho de 2009, *verbis*:

"Em relação ao dispositivo que possibilita ao magistrado condicionar a concessão da liminar à caução, fiança ou depósito, tal é flagrantemente inconstitucional. A Constituição Federal estatui o Mandado de Segurança entre os direitos e garantias individuais e coletivos, incluindo-o entre as cláusulas pétreas constitucionais, ou seja imutáveis. Não é lícito ao legislador ordinário apequenar o alcance de norma constitucional. Ademais, a Constituição Republicana de 1988 traz em seu bojo que o homem tem direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, daí se incluem também as medidas liminares, em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no artigo 5º, XXXV, da Carta Magna, segundo o qual "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (grifo nosso).

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode ignorar o efetivo papel desempenhado pelo mandado de segurança para o estabelecimento de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Ele é um dos mais fundamentais instrumentos garantidores da consecução dos direitos individuais e coletivos, atuando na defesa do indivíduo perante uma possível opressão advinda da máquina estatal.

Neste sentido, percebe-se que, apesar dos imensos avanços conquistados com o decorrer da evolução histórica do instituto, da sua consequente estabilização, e de uma mais ampla conscientização da sua efetividade pelos seus legitimados ativos, também o Estado buscou-se proteger dos seus efeitos, em especial garantindo uma possibilidade de fixação de caução como forma de minimizar as suas consequências e, porque não, dificultar o acesso ao remédio constitucional.

Desta forma, é dever de cada cidadão observar a evolução das recentes alterações sofridas pelo *mandamus* por meio da Lei 12.016 de 2009, a fim de se verificar a interpretação jurisprudencial que se estabelecerá com a entrada em vigor das suas atuais prerrogativas.

Tampouco se pode desprezar os necessários avanços trazidos à ordem jurídica pela nova Lei, como a ampliação do rol dos legitimados, do âmbito de incidência, e das possibilidades recursais, como forma de fortalecer este essencial instituto de caráter democrático. Mas, enquanto não for explicitado pelo entendimento dos Tribunais e da melhor doutrina o verdadeiro alcance das suas disposições restritivas, é preciso exigir que não se apliquem indiscriminadamente, sob pena de desfiguração do real intuito da criação do mandado de segurança: a efetiva garantia de defesa dos direitos líquidos e certos.

10 REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. O novo perfil do mandado de segurança coletivo. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n.º 30, agosto 2009, disponível em http://www.justen.com.br/informativo. Acesso em: 06 set. 2009.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1978.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 06 set. 2009.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 06 set. 2009.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 06 set. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 06 set. 2009.

BRASIL. Emenda Constitucional (1969). **Emenda Contitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Diário Oficial da União de 30 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 06 set. 2009.

BRASIL. Lei 221, de 30 de novembro de 1894. Completa a organisação da Justiça Federal da República. **Coleção de Leis do Brasil (CLBR)**, Nº 001 000016 1, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1894. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 16 ago. 2009.

BRASIL. Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 16 ago. 2009.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Nº 5.067 de 2001**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, e dá outras providências. Disponível em : <http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegraImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=1351&intAnoProp=1999&intParteProp=2&codOrgao=180>. Acesso em: 16 ago. 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional, .Atualizado até a Emenda Constitucional nº 53/2006.** São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

BUZAID, Alfredo. **Juicio de amparo e mandado de segurança**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 56, 1961.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Constituição e Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

CARDOSO, André Guskow. Os recursos no mandado de segurança: o regime derivado da Lei n.º 12.016/09. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n.º 30, agosto 2009, disponível em http://www.justen.com.br/informativo. Acesso em: 01 set. 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14. ed. Belo Horizonte: DelRey Editora, 2008.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro**. vol. 32. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. et al. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio; PALHARINI JUNIOR, Sidney; NERY JUNIOR, Nelson. **Comentários à nova Lei do mandado de segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

KLEIN, Aline Lícia. Mandado de segurança contra omissão e contra ato de gestão. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n.º 30, agosto 2009, disponível em http://www.justen.com.br/informativo. Acesso em: 01 set. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª edição (no prelo), São Paulo: Saraiva, 2010, disponível em http://www.justen.com.br/informativo. Acesso em: 01 set. 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas. **Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional, Atualizado até a Emenda Constitucional nº 53/2006**. Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico, 2007.

NESTER, Alexandre Wagner. Panorâmica sobre a Nova Lei do Mandado de Segurança. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, nº 30, agosto 2009, disponível em http://www.justen.com.br/informativo. Acesso em: 01 set. 2009.

OAB. **OAB defende veto de Lula a projeto de lei sobre Mandado de Segurança**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=17418> Acesso em: 01 set. 2009.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A eficácia da sentença do mandado de segurança segundo a Lei n.º 12.016/09. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n.º 30, agosto 2009, disponível em http://www.justen.com.br/informativo. Acesso em: 01 set. 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TALAMINE, Eduardo. Nota sobre as partes e os terceiros no mandado de segurança individual, à luz de sua nova disciplina (Lei 12.016/2009). **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n.º 30, agosto 2009, disponível em http://www.justen.com.br/informativo. Acesso em: 01 set. 2009.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1978.

WALD, Arnoldo. **Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

WLADECK, Felipe Scripes. As medidas de urgência na nova Lei do Mandado de Segurança. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n.º 30, agosto 2009, disponível em http://www.justen.com.br/informativ. Acesso em: 01 set. 2009.

[1] BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 06 set. 2009. Art 113, número 33: “Dar-se-á mandado de segurança para

defesa do direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo sempre ser ouvida a pessoa jurídica de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.”

[2] BRASIL. Lei 221, de 30 de novembro de 1894. Completa a organisação da Justiça Federal da República. **Coleção de Leis do Brasil (CLBR)**, Nº 001 000016 1, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1894. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 16 ago. 2009.

[3] BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 06 set. 2009. Artigo 141, parágrafo 24: “Para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

[4] BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 06 set. 2009. Artigo 150, parágrafo 21: “Para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

[5] BRASIL. Emenda Constitucional (1969). Emenda Contitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969. Diário Oficial da União de 30 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 06 set. 2009. Artigo 153: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos têrmos seguintes: [...] § 21. Conceder-se-á mandato de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

[6] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 06 set. 2009. Art. 5º, LXIX: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

[7] CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Constituição e Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

[8] BRASIL. Projeto de Lei Nº 5.067 de 2001. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, e dá outras providências. Disponível em :

<http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegraImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=1351&intAnoProp=1999&intParteProp=2&codOrgao=180>. Acesso em: 16 ago. 2009.

[9] Neste sentido: "Tanto pessoas físicas quanto jurídicas podem impetrar mandado de segurança. A Constituição Federal não estipulou nenhum limite quanto a isso (art. 5º, LXIX). E diante de direitos e garantias fundamentais, cabe sempre a interpretação mais ampla e apta a lhes dar a maior efetividade. O tema não comporta quaisquer dúvidas, há décadas. De todo modo, achou-se por bem que a nova lei explicitasse a possibilidade do emprego do *writ* por pessoas jurídicas (Lei 12.016/2009, art. 1º, caput)" (TALAMINE, Eduardo. Nota sobre as partes e os terceiros no mandado de segurança individual, à luz de sua nova disciplina (Lei 12.016/2009). **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n.º 30, agosto 2009, disponível em http://www.justen.com.br/informativo. Acesso em: 01 set. 2009).

[10] Trata-se principalmente de deputados e vereadores, pois os votos, nestes casos, são computados para o partido. Com efeito, as recentes modificações do entendimento do plenário do Tribunal Superior Eleitoral, originadas da resposta à Consulta Nº 1398 do Partido da Frente Liberal, as referidas vagas pertencem agora aos partidos políticos, e não mais aos políticos eleitos por eles.

[11] Vide os traços comuns destas instituições (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 423).

[12] Vale lembrar que a Lei Nº 12.016 trouxe expresso no seu texto a definição de autoridade coatora, conforme se observa no parágrafo 3º do artigo 6, sem correspondente no diploma anterior, *verbis*: "Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática".

[13] Em relação ao conceito de "autoridade coatora", vale lembrar que "há ainda outra peculiaridade no mandado de segurança. Embora formalmente formulada em face da 'autoridade coatora', a demanda não é propriamente dirigida à pessoa física ocupante do cargo, mas à 'autoridade' abstratamente considerada. É como se o 'cargo', em si, fosse o destinatário formal da impetração - pouco importando a pessoa que concretamente o ocupe" *(*TALAMINE, 2009).

[14] Conforme se pode extrair da leitura da exposição de motivos da nova Lei. BRASIL. Projeto de Lei Nº 5.067 de 2001. op. cit.

[15] BRASIL. Lei 12.016, artigo 14, §2º: "Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer".

[16] BRASIL. Lei 1.533, artigo 19: "Aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio."

[17] Neste sentido, "Na verdade, como como informa a melhor doutrina, a solução para a integração do litisconsorte ativo omisso pode ser buscado no art. 213 do CPC. O dispositivo alude à necessidade da citação como ato essencial para a defesa do réu ou interessado. Logo, não há qualquer óbice para que o litisconsorte ativo seja citado para tomar ciência sobre a postulação de pretensão da qual também é titular". MEDINA, José Miguel Garcia, ARAÚJO, Fábio Caldas. **Mandado de segurança individual e**

coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 148.

[18] BRASIL. Lei 12.016, artigo 10, §2º: "O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial."

[19] BRASIL. Constituição (1988), artigo 5º, LIII: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

[20] BRASIL. Constituição (1988), artigo 127, *caput*: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

[21] BRASIL. Lei 12.016, artigo 15: "Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição".

[22] "É irrelevante a possibilidade de ele (o Ministério Público) poder se valer de outros instrumentos, notadamente a ação civil pública. Poderá empregar o mandado de segurança quando estiverem presentes os pressupostos do writ e esse revelar-se instrumento mais eficaz" (TALAMINE, 2009).

[23] BRASIL. Lei Nº 5.869, art. 1.217. "Ficam mantidos os recursos dos processos regulados em leis especiais e as disposições que Ihes regem o procedimento constantes do Decreto-lei no 1.608, de 18 de setembro de 1939, até que seja publicada a lei que os adaptará ao sistema deste Código."

[24] BRASIL. Lei 12.016, artigo 20: "Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus*" (grifo nosso).

[25] BRASIL. Lei 1.533, art. 17: "Os processos de mandado de segurança terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas-corpus*."

[26] BRASIL. Lei 12.016, artigo 7: "Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...] III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica." (grifo nosso).

[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [...] LIMINAR - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ANTECIPADA - CAUÇÃO - GARANTIA REAL OU FIDEJUSSÓRIA. Na dicção da ilustrada maioria, concorrem a relevância e o risco no que o artigo 2º da Medida Provisória nº 1.570/97 condicionou a concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, à caução, isso se do ato puder resultar dano a pessoa jurídica de direito público. [...] Medida cautelar na Ação Direta de

Inconstitucionalidade ADI Nº 1576, Brasília, DF, 16 de abril de 1997. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. Requerente: Partido Liberal – PL. Requerido: Presidente da República. Diário da Justiça da União de 06 de junho de 2003, p. 00029.

[28] BRASIL. Lei Nº 5.869, artigo 804: "É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer" (grifo nosso).

[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI Nº 1576, op. cit.

[30] Vide texto integral em: OAB. **OAB defende veto de Lula a projeto de lei sobre Mandado de Segurança**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=17418> Acesso em: 01 set. 2009.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO FERRAMENTA PARA CONSTRUÇÃO DE UMA DEMOCRACIA PAUTADA NA RAZÃO COMUNICATIVA*

THE CONFLICT MEDIATION AS A TOOL FOR BUILDING A DEMOCRACY BASED ON COMMUNICATIVE REASON

Rafaela Selem Moreira

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar o procedimento de mediação de conflitos enquanto ferramenta para a construção de uma democracia plena (baseada na razão comunicativa), tendo como base a experiência de auto-organização social em favelas na cidade do Rio de Janeiro.

Com este intuito, a forma como as comunidades faveladas da cidade do Rio de Janeiro se auto-organizam e solucionam muitos de seus conflitos será analisada a partir de importantes aspectos da teoria da ação comunicativa de Jurgen Habermas. Veremos que com base no diálogo e na mediação de conflitos muitos moradores de favelas demonstram na prática a capacidade dos cidadãos se organizarem e, com base na comunicação, construírem decisões racionais consideradas justas e legítimas por todos os envolvidos no processo de comunicação.

Neste contexto, o procedimento de mediação de conflitos tem demonstrado ser ferramenta útil à construção de ambientes propícios ao diálogo ético conforme proposto por Habermas, mostrando-se ferramenta importante para aqueles que desejam a construção de uma democracia vibrante baseada na razão comunicativa.

PALAVRAS-CHAVES: HABERMAS – AÇÃO COMUNICATIVA – ÉTICA DISCURSIVA – MEDIAÇÃO DE CONFLITOS - FAVELAS DO RIO DE JANEIRO - DEMOCRACIA

ABSTRACT

The present work analyses the conflict mediation procedures as a tool for the building of a full democracy (based on the communicative reason), having the experience of social self-organization in the slums in Rio de Janeiro as the foundation.

With this aim, the way the slum communities of Rio de Janeiro self organize and solve many of their conflicts will be considered from important aspects of Jurgen Habermas' theory of communicative action. We'll see that based on dialogue and conflict mediation, many slum dwellers demonstrates by practice the ability of the citizens to organize and, based on communication, the ability to construct rational decisions

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

considered fair and legitimate by all those involved in the communication process. Within this context, the conflict mediation have been proving to be a useful tool to build environments that conduct to ethical dialogue as proposed by Habermas, being an important tool for those who want to build a vibrant democracy based on communicative reason.

KEYWORDS: HABERMAS - COMMUNICATIVE ACTION - DISCOURSE ETHICS - CONFLICT MEDIATION - SLUMS OF RIO DE JANEIRO – DEMOCRACY

Introdução

Jürgen Habermas é um filósofo e sociólogo alemão contemporâneo, que tem o nome associado à Teoria Crítica da Escola de Frankfurt, um movimento teórico constituído exclusivamente por quatro autores: Horkheimer (1895-1973), Theodore Adorno (1903-1969), Walter Benjamin (1892-1940) e Jürgen Habermas (1929). Não obstante suas diferentes formas de "olhar" e "pensar", um tema comum à esses filósofos é a crítica à sociedade industrial moderna. Caracterizado como um autor das grandes narrativas pretende Habermas com sua teoria dar conta das dimensões política, econômica e cultural da sociedade pós-convencional marcada pela pluralidade em níveis tão elevados capazes que criar um verdadeiro mundo de estranhos, onde cada indivíduo cada vez menos se reconhece na figura de seu semelhante.

Para Habermas, o processo de industrialização conduz à uma forma de racionalidade a qual denomina "racionalidade instrumental" definida pela relação meio-fim ou seja, pela escolha de alternativas estratégicas com vistas a determinados fins. Propõe esse autor em sua teoria repensar a idéia da razão e da racionalização na busca de superar a racionalidade instrumental, ampliando o conceito de razão para uma razão que contenha a possibilidade de reconciliação consigo mesma: a razão comunicativa.

Para esse autor, a razão comunicativa é construída a partir de uma ação comunicativa. Pretendemos neste artigo expor alguns importantes aspectos desta teoria e analisar a prática da mediação de conflitos como ferramenta para construção de uma razão comunicativa nos moldes propostos por Habermas e sua relevância para a sociedade pós-moderna em que vivemos.

Sociedade pós-convencional e ação instrumental

La racionalización del mundo de la vida hace posible que la integración de la sociedad se polarice hacia médios de control independientes del lenguage, pemitiendo com ello un desgajamiento de ámbitos de acción formalmente organizados, los cuales reobran por su parte, como realidad objetivizada, sobre los contextos de acción comunicativa, y oponen al mundo de la vida marginalizado sus próprios imperativos. (HABERMAS, 1987: 451)

Segundo Habermas (1987) na sociedade pós-convencional em que vivemos, o mundo sistêmico prevalece sobre o mundo da vida. As pessoas, tomadas por uma ânsia pelo dinheiro e poder, utilizam-se da razão instrumental para alcançar seus fins. No próprio sistema político, o poder substitui a linguagem, assim como no foro econômico o dinheiro prevalece sobre a linguagem. A maneira encontrada para justificação das intervenções estatais é através da tecnicidade, ou seja, quando um determinado Estado intervém na economia ou na política, esta ação será justificada como uma ação técnica. A atuação do Estado, ainda que de âmbito político, precisa ser explicada a partir de uma dimensão instrumental. Essa ação técnica é compreendida com base em argumentos racionais constituindo a chamada razão instrumental. Esta corresponde a um mundo sistêmico, onde há o predomínio da utilização da técnica, ou seja, um mundo onde ações técnicas são implementadas como meios para a obtenção de fins. É desta forma que, onde naturalmente deveria haver ação comunicativa, passa a haver a ação instrumental.

Segundo Cittadino (1999)

As restrições e distorções à comunicação engendradas pelos imperativos do mercado e do poder configuram, segundo Habermas, uma "violência estrutural", que não se manifesta como tal, mas que viola a rede intersubjetiva das práticas comunicativas cotidianas (CITTADINO, 1999 : 116)

Diferentemente da ação instrumental, Habermas vem formular uma teoria reconstrutiva que se insere no âmbito das interações comunicativas (CITTADINO, 1999).

Habermas parte do pressuposto de que sujeitos capazes de linguagem e ação estabelecem práticas argumentativas através das quais se asseguram de que, intersubjetivamente, compartilham de um contexto comum, de um "mundo da vida"(CITTADINO, 1999:108)

Para Habermas, diferente da ação instrumental, a ação comunicativa representa um diálogo onde, através da linguagem, se busca a melhor decisão para os indivíduos. Ao contrário do mundo sistêmico, o mundo da ação comunicativa é, segundo Habermas, o mundo vivido ou o mundo da vida (CITTADINO, 1999).

A pluralidade desse mundo de estranhos que constitui a sociedade pós-convencional, como uma "sociedade de adultos", apenas aceita normas e decisões de conteúdo racionalmente justificável. De maneira diferente da dimensão instrumental, onde a justificação das ações estratégicas é realizada com base em interesses próprios, Habermas (1987) propõe a noção de ação comunicativa, ou seja, a justificação de decisões a partir do entendimento entre os diferentes indivíduos com foco no melhor interesse de todos os envolvidos na decisão.

Ação comunicativa e formação da vontade racional

A teoria da ação comunicativa de Habermas (1987) busca um conceito comunicativo de razão e um entendimento de sociedade no qual os indivíduos participam ativamente das decisões individuais e coletivas de forma consciente, ou seja, com responsabilidade sobre suas decisões. De acordo com essa teoria, o indivíduo é visto como um ente participativo detentor de capacidade de auto-reflexão e crítica (CITTADINO, 1999) que, antes de agir, avalia as possíveis conseqüências de suas ações. Dessa forma, a pessoa age conscientemente.

Habermas parte do pressuposto de que o traço fundamental da modernidade é a configuração do indivíduo como sujeito capaz de auto-reflexão e crítica, o que lhe permite exigir igualdade de respeito e disponibilidade para o diálogo. A hermenêutica, em Habermas, designa precisamente o espaço da auto-reflexão e crítica enquanto que a pragmática inclui o território discursivo cujo núcleo central é o entendimento. É através da conjunção da hermenêutica e da pragmática, isto é, do processo de auto-reflexão que se processa no âmbito da interação comunicativa – de vez que está esgotado o paradigma da filosofia da ciência que pressupõe um sujeito racional isolado – que se constitui a formação da vontade racional. (CITTADINO, 1999: 92-93)

Conforme aponta Sales (2003), a teoria da ação comunicativa estabelece entre os membros de uma determinada sociedade uma interação através da linguagem, orientada pela razão comunicativa, de maneira a despertar os indivíduos para suas responsabilidades como membros dessa sociedade. A interação terá como objetivo o bem-estar de cada um, que será atingindo através do entendimento, cooperação e solidariedade prezados ao longo desse caminho. Através dessa interação, abre-se uma porta para a modificação da relação entre os indivíduos, abre-se um espaço para uma maior compreensão tanto dos fenômenos individuais como dos recorrentes no mundo à volta, abre-se a possibilidade de que a expressão de sentimentos de um sujeito seja compreensível aos outros. Conforme esclarece Cittadino (1999)

[há] desta forma, uma inter-relação entre sujeito e sociedade, que se processa através de estruturas lingüísticas, formando aquilo que Habermas designa por intersubjetividade. (CITTADINO, 1999 : 90)

O subjetivo torna-se intersubjetivo, dando margem a uma organização social nascida a partir de uma construção dos próprios indivíduos envolvidos.

Assim também ocorre com as normas que, dessa forma elaboradas, são validadas. A argumentação entre os indivíduos é o meio utilizado para buscar o entendimento entre eles, sendo justamente por meio da argumentação racional que os indivíduos procuram convencer uns aos outros da veracidade de suas afirmações e declarações, bem como da validade ou não de uma norma.

Esta rede intersubjetiva das relações dos indivíduos uns com o outro se processa através da linguagem e esta, por sua vez, não pode ser compreendida senão através da categoria de entendimento. Mas do que isso, linguagem e entendimento, no pensamento de Habermas, se confundem (...). É, portanto, em direção a esta intersubjetividade social que se volta a ética discursiva (...) (CITADINO, 1999: 92)

O discurso deve ocorrer de forma a que todos os indivíduos interessados possam falar, agir e intervir, problematizando afirmações, introduzindo novas declarações, sempre em igualdade de condições e com liberdade de comunicação entre si, ou seja, sem se interpor qualquer barreira ao desenvolvimento do discurso. Estas condições propícias ao diálogo são proporcionadas através do que Habermas denomina ética discursiva (CITTADINO, 1999).

Ética discursiva e princípio (U)

Elaborada a partir da idéia de ação comunicativa, a ética discursiva se confunde parcialmente com a primeira. A ética discursiva apresenta três caminhos: o filosófico, o sociológico, e o psicológico. Segundo Habermas, é através da linguagem que esses três caminhos encontrarão o seu denominador comum (SALES, 2003). A linguagem se apresenta, dessa forma, como meio através do qual interações lingüísticas mediadas são realizadas.

Os fundamentos da ética discursiva repousam sobre o ponto de vista filosófico, na razão comunicativa; sob o ponto de vista social, na ação e interação comunicativa e através do prisma psicológico, na competência comunicativa do ator individual, referindo-se ao diálogo da ética discursiva. (SALES, 2003, p.173).

No plano normativo, a ética comunicativa ou ética discursiva – desenvolvida por Habermas dentro da ação comunicativa - determina que as pretensões de validade da norma têm sentido cognitivo e podem ser tratadas como verdade, exigindo para sua fundamentação um discurso efetivo por partes daqueles afetados por seus efeitos. Dessa forma, a validação da norma passa pelo coletivo e não apenas pelo individual, favorecendo a participação popular na discussão sobre tal norma, representando um verdadeiro foro público (SALES, 2003).

A formação da vontade racional pressupõe um exercício público de discussão comunicativa, em que os participantes pressupõe um exercício público de discussão comunicativa, em que todos os participantes fixam a moralidade de uma norma a partir de um acordo racionalmente motivado. Este acordo racionalmente motivado, enquanto procedimento discursivo, supõe um princípio de universalização, designado por princípio (U) (...) (CITTADINO, 1999 : 93)

A ética discursiva é fundamentada assim pelo princípio U[1], (*Universalisierungsgyndsarz*), que determina a validade da norma a partir da aceitação de seus efeitos e conseqüências por todos os envolvidos. Trata este princípio de verdadeira regra da argumentação em questões práticas. A moralidade pós-convencional construída com apoio neste princípio, não há mais necessita recorrer a concepções religiosas ou metafísicas para a resolução de conflitos. A observância deste princípio viabilizaria a prática de um procedimento imparcial de resolução de conflitos (CITTADINO, 1999).

É importante observar que esta universalidade, no entanto, não despreza as estruturas pluralistas da vida cotidiana. O foro onde se desenvolvem todas essas discussões, verdadeiro espaço público prezado por Habermas, é criado pela sociedade como um espaço para a prática do diálogo e da comunicação devendo nele atuar os mais diversos grupos sociais (HABERMAS, s.d.). O risco que temos nesse momento é a possibilidade de manipulação desse espaço, especialmente pelas idéias de dinheiro e poder relacionadas ao mundo sistêmico, hoje predominante entre os diferentes membros da sociedade. A correta utilização desses espaços é aquela que ocorre de forma transparente para que a sociedade debata, discuta e reconheça soluções para seus problemas. Para que as decisões apuradas a partir desse espaço sejam legítimas é muito importante que haja entre os participantes do debate, igualdade de condições.

[Nas] argumentações os participantes partem do pressuposto de que em princípio todos os afetados participam como livres e iguais na busca cooperativa da verdade na qual não se pode admitir outra coerção senão a resultante da força dos melhores argumentos. O discurso prático pode ser considerado como um exigente modo de formação argumentativa de uma vontade comum que tem por fim garantir a correção de cada um dos acordos normativos que possam ser obtidos nessas condições. (HABERMAS, 1991: 104 *in* CITTADINO, 1999: 94)

A ética discursiva habermasiana recorre, portanto, a um modelo de diálogo amplo e irrestrito viabilizado pelo que Habermas denomina "situação ideal de fala"[2] (CITTADINO, 1999 : 111), na qual todos os participantes têm acesso ao diálogo e onde prevalece o melhor argumento. A situação ideal de fala é constituída quando presentes certas exigências fundamentais como: a não-limitação da participação no diálogo; a não-violência, ou ausência de coação tanto externa quanto interna ao sujeito; a seriedade na busca cooperativa do entendimento (CITTADINO, 1999). É a partir do modelo de situação ideal de fala que Habermas ingressa, portanto, no território da imparcialidade e, portanto, do acordo racionalmente motivado que "representa os interesses de todos os participantes do processo argumentativo" (CITTADINO, 1999: 111). Esse tipo de participação social em espaços públicos fortalece a sociedade civil e expressa a democracia.

Nessa trilha, diz Salles (2004) que o surgimento de estruturas associativas que promovam o diálogo reforça a infra-estrutura do mundo da vida uma vez que, ao

promover o diálogo e a comunicação acerca do bem-comum e do entendimento, fazem diminuir a influência do mundo sistêmico na vida das pessoas. A conseqüência disso seria então o fortalecimento da sociedade civil, evitando o surgimento de decisões manipuladas.

Ação comunicativa e a prática de auto-organização desenvolvida as comunidades faveladas do Rio de Janeiro

Dentre a rica diversidade de realidades sócio-culturais co-existentes no Brasil, faço a opção de analisar, sob a óptica da ação comunicativa, as práticas de auto-organização social nas favelas da cidade do Rio de Janeiro.

As práticas sociais realizadas nas favelas da cidade são ainda conhecidas superficialmente pela maioria das pessoas. Segundo o pesquisador Abramo (2003), a carência de dados produz algo que denomina "senso comum" (2003, p. 05) que, segundo ele, alimenta reflexões e representações sobre o universo dos pobres que nem sempre refletem a realidade, devendo, portanto, ser confrontado por resultados empíricos de pesquisas que permitam uma visão mais abrangente sobre a realidade factual.

Dentre as pesquisas desenvolvidas pela prefeitura do Rio de Janeiro acerca das favelas, destacamos o estudo sobre a dinâmica do mercado de solo informal em favelas (ABRAMO, 2003). Entre os resultados desse estudo, foi verificado que[3],

[quando] vemos o percentual de rotação do estoque imobiliário do mercado informal nas favelas, verificamos que ele apresenta em média, para os bairros estudados, um patamar ligeiramente superior ao do mercado formal, sinalizando uma relativa regularidade no funcionamento desse mercado. Da mesma maneira, quando tabulamos os preços praticados no sub-mercado de assentamentos consolidados, confirmamos a hipótese de um mercado onde os preços não apresentam um comportamento errático; eles obedecem a uma certa lógica e regularidade revelando que há efetivamente um funcionamento do mercado informal em favelas, isto é, ele não é aleatório ou sazonal. Em outras palavras, o volume e o patamar de preços das transações imobiliárias confirmam a existência de um mercado informal que regula o acesso a terra urbana nas favelas consolidadas. (ABRAMO, 2003, p.07).

No entanto, apesar da existência de um mercado imobiliário regular em favelas, à luz das normas jurídicas válidas, estas transações são consideradas uma infração à lei ou juridicamente nulas. Deste fato resulta uma incompatibilidade entre as decisões judiciais e a prática reiterada de considerável parcela da população da cidade. (MOREIRA, 2007)

Além disso, a insuficiência estatal para resolução de conflitos urbanos em "zonas marginais", ou seja, comunidades faveladas, é reconhecida pelas autoridades oficiais. Isto é o que se verifica em pesquisa realizada sobre as decisões proferidas por

magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em acórdãos publicados ao longo dos últimos dez anos, reconhecem a incapacidade da atuação estatal nesses espaços (MOREIRA, 2007)[4]. Em função desta insuficiência, a partir da lógica da necessidade, essas comunidades se auto-organizaram através regras sociais criadas no seio da própria comunidade. Estas regras orientam o dia-a-dia dessa população favelada bem como as instâncias informais de resolução de conflitos desenvolvidas no ambiente da própria comunidade.

Mas afinal, como surgem essas regras e o que garante que sejam observadas pela própria comunidade? Para compreender a elaboração dessas regras e forma de funcionamento dessas comunidades, durante a década de setenta, Boaventura de Souza Santos (1988) se instalou em uma favela carioca a qual passou a chamar de "Pasárgada".

No interior de "Pasárgada" identificou a presença de um "direito informal não oficial", não profissionalizado, muitas vezes criado por analogia às regras jurídicas oficialmente válidas, administrado pela Associação de Moradores da comunidade que funcionava como uma instância de resolução de conflitos, especialmente de conflitos envolvendo direito de habitação e propriedade de terra. Esta, funcionava em casos de conflito junto aos envolvidos e interessados na resolução da controvérsia a fim de promover o diálogo e, através de um procedimento comunicativo, construir um entendimento satisfatório a todos.

Para Santos (1988), o discurso jurídico nestas comunidades adquire uma natureza argumentativa visando uma deliberação dominada pela lógica do razoável constituindo um verdadeiro processo de construção da persuasão baseado em uma lógica argumentativa que irá culminar, por fim, na deliberação. É dessa forma então que se estrutura o discurso jurídico em Pasárgada, baseado em *topois*[5]. Este discurso jurídico dominado pelo uso de *topois* é necessariamente um discurso aberto e permeável à influência de discursos afins, nesse sentido, "o direito de Pasárgada tende a apresentar um espaço retórico mais amplo que o direito estatal." (1988 : 47).

Resolução para-estatal de conflitos, uma prática de mediação?

A partir de seus estudos, Santos (1988) concluiu que quanto menor o nível de institucionalização da função jurídica e do poder coercitivo, maior será o espaço para o desenvolvimento de um diálogo. Tal conclusão leva-o a postular a seguinte máxima "A amplitude do espaço retórico do discurso jurídico varia na razão inversa do nível de institucionalização da função jurídica e do poder dos instrumentos de coerção ao serviço da produção jurídica" (SANTOS, 1988. p.59).

Esta noção parece afinada com o procedimento discursivo proposto por Habermas onde

O procedimento discursivo prático institui um processo argumentativo livre de coerções e assegura, ao mesmo tempo, a igual participação de todos os sujeitos capazes de linguagem e ação (CITTADINO, 1999: 112)

O discurso jurídico em Pasárgada ocorre entre um terceiro estranho ao conflito (o presidente da associação) e as partes e se assenta em *topois*, ou seja, lugares comuns compreendidos por todos os participantes do debate. Esses lugares comuns apontam para evidências socialmente constituídas e homogeneamente partilhadas pelos envolvidos. Não seria talvez possível ocorrer tal discurso se o terceiro participante do procedimento não compartilhasse nem conhecesse tal realidade.

Esse procedimento de resolução de conflitos assume uma forma dialética onde a construção retórica do processo acaba por condicionar a própria decisão. Esta, sem deixar de ser um produto do discurso, passa a ser, a partir de então, um discurso produzido. Nessa trilha Santos (1988) verifica que

[porque] a estrutura [desse] processo se condensa na conclusão, a decisão tende a assumir a forma de mediação. Ainda que uma das partes possa ser mais vencedora do que outra, o resultado nunca é de soma zero, ao contrário do que sucede na forma de adjudicação (vencedor/vencido), que hoje é largamente dominante nos sistemas jurídicos oficiais dos estados capitalistas (se não mesmo do estado moderno em geral). A estrutura da mediação é a topografia de um espaço de mútua cedência e de ganho recíproco. (SANTOS, 1988, p.21).

Portanto, partir de uma insuficiência estatal para atender demandas sociais e conflitos surgidos no ambiente nas comunidades faveladas, esta acaba por se organizar para preencher essa lacuna. A organização praticada nessas comunidades no entanto, parece basear-se em uma prática discursiva, criando através do diálogo regras de convivência e de resolução de conflitos. Baseada na comunicação, esta prática social, a princípio não se mostra baseada na força coativa, mas assume uma forma de mediação de conflitos onde a legitimidade da decisão tem origem no próprio processo comunicativo que a origina.

Mas o que é afinal mediação de conflitos? O procedimento de mediação e suas principais características

A mediação, segundo Davis (2001), é uma iniciativa que vem, desde a década de 1970, ganhando espaço na esfera legal como uma alternativa à lógica da adjudicação. Seu sucesso nos EUA foi vultuoso, a ponto de levar à sua difusão por outros países. No Brasil, por exemplo, o uso da mediação vem ganhando especial relevância para o Judiciário nas varas de família e juizados especiais.

A mediação, na literatura da antropologia jurídica, surge como um meio de resolução de conflito que envolve um terceiro. Não obstante, diferente da arbitragem ou da adjudicação, este terceiro não tem a autoridade de impor uma solução entre as partes, servindo para facilitar a discussão entre elas para que possam chegar a uma resolução por si próprias. (DAVIS, 2001, p. 126).

Os proponentes da mediação defendem ser ela um meio mais eficiente e abrangente de resolução de conflitos quando comparado ao método da adjudicação pois, através dela, as partes têm controle sobre o processo decisório, aumentando a concordância e o cumprimento da decisão final o que se afina com a idéia de Habermas (1929) de que é possível através de um processo comunicativo, construir decisões racionalmente motivadas cuja "legitimidade [pode ser avaliada] a partir da harmonia entre palavras e feitos" (HABERMAS, 1929: 189), ou seja, o cumprimento daquilo que foi decidido.

Argumenta-se também que a mediação constitui estilo de resolução de conflitos acessível por todos indiscriminadamente, em função do perfil informal que permite os envolvidos o diálogo falar sobre suas questões fazendo uso de um discurso descontraído e próximo de suas realidades (DAVIS, 2001). Segundo Davis (2001), para as partes envolvidas em um procedimento de mediação de conflitos em função das características descritas, há a satisfação dos envolvidos quanto a decisão final do processo.

A mediação de conflitos é geralmente definida como a interferência consentida de uma terceira parte em uma negociação ou em um conflito instalado, com poder de decisão limitado, cujo objetivo é conduzir o processo em direção a um acordo satisfatório, construído voluntariamente pelas partes, e, portanto mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. (MENDONÇA, 2006, p. 24).

Composto de uma série de movimentos, ou etapas, o procedimento de mediação, segundo Ângela Mendonça (2006), constitui um encadeamento de atos racionalmente praticados que envolvem a cada passo uma tomada de decisão. Diversos fatores caracterizam a dinâmica desses atos[6] e de acordo com as características peculiares e o grau de complexidade da disputa, serão adotadas diferentes estratégias de atuação do mediador que nada mais é que o facilitador de um diálogo colaborativo entre as partes envolvidas no conflito.

Na mediação, existem padrões éticos que constituem verdadeiros princípios que influem na credibilidade do procedimento. Assim, "[a] auto-determinação das partes, a imparcialidade e competência do mediador, a informalidade e a confidencialidade do processo são princípios definidores da mediação" (MENDONÇA, 2006, p. 25).

Apesar da existência de princípios diretores da atuação do mediador, bem como treinamentos específicos para a prática da intervenção, não existe uma "receita de bolo" ou "fórmula mágica" nos procedimentos de mediação para que o resultado seja conforme o pretendido, qual seja, o entendimento. Na busca do êxito em sua atuação, deve o mediador realizar um planejamento mínimo para o "projeto" a ser implementado, contemplando a liberdade dos movimentos no decorrer do procedimento. (MENDONÇA, 2006).

Para um mediador ser eficiente, ele precisa ser capaz de analisar e avaliar situação críticas e planejar intervenções eficazes para lidar com as causas do conflito. Entretanto, os conflitos não vêm em pacotes arrumados, com suas causas e componentes rotulados para que o interventor saiba como responder criativamente a eles. As causas estão, em geral, obscuras e encobertas pela dinâmica das interações entre as partes. (MOORE, 1998, p. 61).

Como a maior parte dos conflitos tem causas múltiplas, a principal tarefa tanto do mediador como dos litigantes é identificar essas causas a fim de lidar com elas. Primeiramente, o interventor, sempre dialogando com as partes, especialmente através de perguntas, observa e identifica elementos que através das atitudes, percepções, padrões de comunicação ou tipo de interação vêm causando entre as partes um relacionamento negativo e inviabilizando que este se torne positivo. Ao identificar as principais causas da disputa, os interesses compatíveis e os conflitantes, irá o mediador desenvolver uma estratégia para abordar os problemas com os participantes na seqüência de suas atividades (MOORE, 1998).

O procedimento da mediação de conflitos, não conta com o elemento coação. Por isso, nele, a adesão das partes à decisão requer muito mais intensidade do que nos procedimentos onde há um poder coercitivo capaz de impor o cumprimento da decisão.

Sobre a questão da observância aos acordos mesmo sem a existência de um poder coercitivo, Cláudio de Souza Neto (2001), pondera que a mediação, especialmente em comunidades, é estabelecida através de um diálogo apoiado em *topoi*. A perspectiva tópico-retórica considera possível uma versão, mesmo que modesta, de racionalidade, sintetizada na expressão "lógica do razoável". É através dos argumentos razoáveis que a decisão terá a adesão das pessoas, ou mesmo da comunidade à qual se dirige. Assim, "[há] na tópica, uma grande fé no poder de persuasão dos melhores argumentos" (SOUZA NETO, 2001: 85).

Com essa ênfase nos valores, a tópica chama atenção para o fato de que a efetividade do direito não toma por base, apenas, a coercitividade que acompanha as decisões judiciais, mas também a adesão voluntária dos jurisdicionados, provocada pela força dos melhores argumentos. (SOUZA NETO, 2001, p. 86-87).

A partir dessa exposição, podemos perceber o caráter essencialmente dialógico do procedimento de mediação de conflitos e sua capacidade de construir decisões racionalmente motivadas através da ação comunicativa que se mostra tanto mais viável quanto mais atenciosa a uma ética discursiva baseada em elementos característicos da situação ideal de fala.

Algumas reflexões

A criação de uma forma inovadora de auto-organização nas comunidades faveladas na cidade do Rio de Janeiro parece indicar para capacidade dos cidadãos de se auto-

organizar através de uma ação comunicativa orientada para o bem da comunidade. Nesta atividade fica demonstrada não apenas a possibilidade de sujeitos capazes de linguagem e ação dialogarem para alcançar o entendimento, mas também sua capacidade de fixar regras através das quais pretendem administrar o dissenso na comunidade na qual se inserem. Eficazes na medida em que, criadas pelo povo e para o povo, são decisões consideradas justas tem sido por isso, obedecidas.

Neste contexto, o procedimento de mediação de conflitos constitui uma importante ferramenta para a construção de uma razão baseada na comunicação, qual seja, uma razão comunicativa. Trata-se, portanto, de um meio consensual de resolução de conflitos no qual o poder de decisão cabe às partes envolvidas, cabendo ao mediador apenas facilitar esse diálogo promovendo uma comunicação voltada para o entendimento. Através desta promoção e incentivo ao diálogo, desenvolve-se uma cultura na qual o impasse não aparece como algo negativo, mas positivo e construtivo quando gerido por um procedimento de solução de conflitos marcadamente democrático[7].

Através da ação comunicativa praticada em procedimentos como o de mediação de conflitos, o homem inserido em uma sociedade pós-convencional paradoxal (CITTADINO, 1999) tem a oportunidade de olhar para o outro não mais como um estranho distante, mas reconhecendo-o em suas diferenças. O reconhecimento do outro e incorporação das diferenças e dos conflitos no debate é o primeiro passo para construção de uma interação voltada para o entendimento.

Um amplo processo de argumentação supõe necessariamente o reconhecimento do outro, enquanto diferente. Esse reconhecimento reconhece o conflito inerente a própria admissão da alteridade. Paradoxalmente, é o confronto político que submete todos a experiência civilizatória de reconhecimento do outro como diferente. (CITTADINO, 1999:117)

A comunicação irá se estabelecer com base no conflito como algo inerente da condição humana, como instrumento de evolução, uma vez que incita as partes a discutir sobre uma situação, gerando uma transformação da mesma. O conflito é assim, transitório e necessário para o aprimoramento das relações. Através desse diálogo transformativo, surge para os indivíduos a possibilidade de, ao conversarem sobre seus direitos e deveres, incorporarem a responsabilidade pela conseqüência de seus atos, deixando de atribuí-la a um terceiro como comumente ocorre em relação à figura do juiz, presidente ou governador. Através da ação comunicativa, a resolução das controvérsias é realizada por aqueles que nelas estão envolvidos, participando ativamente nas decisões e tem como conseqüência o exercício da cidadania e inclusão social.

A mediação representa a efetivação do diálogo e o estímulo à ação comunicativa. Em função da comunicação (discurso de igualdade) estabelecida [nesses espaços para

discussão] passa a configurar espaços que aproximam o mundo vivido do mundo sistêmico (econômico e político), possibilitando a participação dos indivíduos nas decisões da sociedade e mitigando a exclusão social. (SALES, 2003, p.192).

Dessa maneira, de acordo com Sales (2003) a paz passa a contar com um instrumento para sua concretização. Não apenas a paz como ausência de violência física, mas também a paz como a efetivação de direitos fundamentais[8].

Conclusão

A forma como as comunidades faveladas da cidade do Rio de Janeiro se auto-organizam e solucionar seus conflitos - com base no diálogo e na mediação de conflitos - parece apontar para uma capacidade dos cidadãos se organizarem e, com base na comunicação construírem decisões racionais consideradas justas e legítimas por todos os envolvidos no processo de comunicação conforme proposto por Habermas em sua teoria da ação comunicativa. Neste estudo, vimos características do procedimento de mediação de conflitos e seus princípios norteadores, vimos suas etapas e o papel do mediador nesse procedimento. Analisamos ainda como a mediação de conflitos apareceu de forma empírica no contexto das favelas do Rio de Janeiro servindo como processo transformador de conflitos sociais e individuais - de algo negativo e destrutivo em algo positivo e criativo.

Acreditamos a partir da experiência ocorrida nas favelas do Rio de Janeiro, que o procedimento de mediação de conflitos se afina a teoria habermasiana de ação comunicativa baseada em uma ética discursiva. Habermas não tem a pretensão de eliminar a dominação e violência decorrente das ações que materializam interesses humanos, mas acredita que com a confrontação desses interesses em um espaço propício para o diálogo, ou seja, baseado na reciprocidade e interesse mútuo, é possível estabelecer normas e instituições capazes de, através da discussão, limitar essa violência e dominação. Entendo que a viabilidade da teoria proposta por Habermas se constrói a partir do desenvolvimento, na sociedade, do hábito do diálogo transformativo do conflito: de algo negativo e destrutivo em algo positivo. Este desenvolvimento de novos hábitos sociais envolve um movimento rumo à mudança de um paradigma: de um mundo de estranhos ao reconhecimento do outro, da diferença, do conflito e a adoção de uma nova postura diante do conflito. Nesse contexto, acredito ser a mediação de conflitos importante instrumento nesse percurso para a mudança de paradigma. A mediação viabiliza a construção ambientes propícios ao diálogo ético conforme proposto por Habermas, o que faz dessa técnica, em meio à sociedade hetorogênea e conflituosa em que vivemos, possível ferramenta para a construção de uma democracia vibrante baseada não mais em uma razão instrumental, mas comunicativa.

Bibliografia

ABRAMO, Pedro. *A Dinâmica do Mercado de solo informal em favelas e a mobilidade dos pobres*. Mar. 2003. Disponível em < http://www.armazemdedados.rio.rj.br/arquivos /105 a%20 dinâmica%20do%20mercado%20de%20solo%20informal%20em%20favelas.PDF> Acesso em 06 de abr. de 2006.

CITTADINO, Gisele. 1999. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Rio de Janeiro: Lumem Juris. Cap. II.

SALES, Lília Maia de Moraes. 2003. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey. 334 p

SANTOS, Boaventura de Souza. 1988. *O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Editora Fabris. 115p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. Balcão de Direitos, Retórica e Mediação: Notas sobre a Possibilidade de Uma Metodologia Jurídica Própria. In: RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZEMBERG, Pedro. (orgs.) *Balcão de Direitos: Resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: imagens e linguagens.* Rio de Janeiro: Mauad Editora, 2001. p. 81-99.

HABERMAS, Jürgen. 1987. Teoria de la Acción Comunicativa. Vol II (Crítica de La Razón Funcionalista). Madri: Taurus. pp.451-469.

HABERMAS, Jürgen. s.d. Sobre a Legitimação Baseada nos Direitos Humanos. 15p.

HABERMAS, Jürgen. 1989. Outra Maneira de Salir de la Filosofia del Sujeito: Razón Comunicativa VS. Razón Centrada em el Sujeito. In Discurso Filosófico de la Modernidad. Madri: Taurus. pp.275-307.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. *Mediação Comunitária. Uma ferramenta de Acesso a Justiça?* Rio de Janeiro, 2006. 176 p. Tese (Mestrado em Ciências Sociais). FGV-CPDOC.

MOREIRA, Rafaela Selem. 2007. Mediação de conflitos: limites e possibilidades no contexto de uma favela carioca. Direito Estado e Sociedade. Nº30 jan/jun :212-229.

MOORE, Christopher W. *O processo de Mediação*. Porto Alegre: Artmed. 1998, p 48-77.

---

[1] Segundo o qual "toda norma válida deve satisfazer a condição de que os efeitos laterais de seu cumprimento geral para satisfazer os interesses de cada indivíduo possam ser aceitos sem coação por todos os afetados" (HABERMAS, 1991: 68 *in* CITTADINO, 1999: 94)

[2] É importante registrar que o modelo de situação ideal de fala desenvolvido por Habermas é um modelo contra-fático, mas que no entanto, tem uma função regulativa

dos acordos argumentativos empíricos na medida em que permite fazermos uma comparação entre estes e o modelo de situação ideal de comunicação. (CITTADINO, 1999)

[3] "No caso da cidade do Rio de Janeiro, temos mais de 500 favelas catalogadas no sistema SEBREN do Instituto Pereira Passos da Secretaria de Urbanismo da Prefeitura Municipal da Cidade do Rio de Janeiro." (ABRAMO, 2003, p. 07). A pesquisa em tela foi realizada em 15 dessas favelas.

[4] Para mais detalhes sobre a pesquisa realizada com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na temática "favela" ver MOREIRA, 2007.

[5] O discurso jurídico em comunidades faveladas bem como o processo de resolução de conflitos nas mesmas durante a década de setenta é tratado com detalhes em SANTOS, 1988.

[6] Sobre esse assunto ver MENDONÇA, 2006.

[7] "Liberais, comunitários e críticos-deliberativos compartilham este território comum. A intersubjetividade é, para todos, marco de referência da ética e da política e imediatamente se vincula ao tema da construção da democracia" (CITTADINO, 1999 : 77)

[8] "As dificuldades de integração presentes em todas as sociedades fortemente diferenciadas e complexas apenas serão solucionadas através dos meios do direito moderno se formos capazes de criar, com ajuda do direito legítimo, essa forma abstrata de solidariedade cidadã cujo êxito ou fracasso depende diretamente do nível de efetiva realização dos direitos fundamentais" (HABERMAS, s.d. : 13) E nesse sentido, "o direito adquire validade (...) com a pretensão de um procedimento racional para sua própria produção" procedimento que assume na prática uma forma semelhante ao procedimento mediação. É o que verifiamos a partir da descrição do autor sobre legitimação de direitos: "Nos discursos, os participantes procuram convencer-se reciprocamente de algo através de argumentos com o fim de alcançar uma opnião comum, ao passo que mediante as "negociações" os cidadãos esforçam-se para obterum compromisso entre seus diferentes interesses. (...) Se tais discursos (e negociações) são o lugar onde pode formar uma vontade política racional, a suposição de que conduz a resultados legítimos (...) deve apoiar-se em última instância, em um acordo comunicativo" (HABERMAS, s.d. : 03)

O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O CONTROLE JURISDICIONAL*

THE PRINCIPLE OF MOTIVATION OF JUDGMENTS AND CONTROL REVIEW

Rogerio Borba da Silva

RESUMO

Este estudo tem por objeto a análise do princípio da Fundamentação, tanto em uma perspectiva pragmática, por meio da técnica jurídica, quanto filosófica, observando suas implicações nas diversas situações do cotidiano e as conseqüências delas advindas. A sua presença ou ausência suscita debates acerca da legitimação das decisões judiciais, o que permitiria a imposição de vontades individuais sobre a coletividade. Sob o ponto de vista filosófico, verifica-se a dificuldade de se ater a uma visão meramente formal, esbarrando-se nos diversos ideais de estado e de direito, onde a legitimidade adquire importância para o seu reconhecimento e aplicabilidade. A busca incessante de seu ideal oscila entre esses dois aspectos, bem como dos atores sociais e seus desejos, em busca de um modelo de solução legítima e efetiva dos conflitos.

PALAVRAS-CHAVES: 1. DECISÕES JUDICIAIS; 2. PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO; 3. CONTROLE JURISDICIONAL.

ABSTRACT

This study focuses on the analysis of the principle of Reason, both in a practical perspective, through technical legal and philosophical, noting its implications in various everyday situations and the consequences of them arising. Their presence or absence gives rise to debates about the legitimacy of judicial decisions, which would allow the imposition of individual wills of the community. From the philosophical point of view, it is often difficult to stick to a purely formal view, bumping up the various ideas of state and law, where legitimacy has become important for its recognition and applicability. The search of his ideal oscillates between these two aspects, as well as social actors and their desires, in search of a model of legitimate and effective solution of conflicts.

KEYWORDS: 1. JUDGMENTS 2. PRINCIPLE RATIONALE 3. JUDICIAL REVIEW.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Introdução

A Constituição da República de 1988 estabelece em seu art. 93, IX [1], *in fine,* que as decisões judiciais deverão ser fundamentadas. Entretanto não há uma definição clara e precisa de quais parâmetros devem ser considerados para classificar uma decisão como fundamentada ou não.

O princípio da fundamentação das decisões judiciais é uma garantia ínsita ao processo, que garante às partes o direito de serem ouvidas e de terem a apreciação de suas provas e argumentos e, mais que isso, dá às partes o fundamento da decisão, tornando a mesma inteligível, seja para o convencimento de seu acerto ou mesmo contestação de seu conteúdo. Hoje já se afirma que a função da fundamentação das decisões judiciais é política, posto que possibilita um controle externo das decisões judiciais, ou seja , a fundamentação das decisões não é mais direcionada apenas às partes e ao juiz que venha, eventualmente, analisar um recurso, mas à sociedade como um todo[2].

Nesse passo, será abordado neste artigo qual a função das decisões judiciais, quais sejam, simplesmente tutelar direitos ou, diante do caso concreto, criar novos direitos, e, nesta segunda hipótese, em que termos pode ser construída.

Em outras palavras, temos decisões que tutelam um direito fundamental, mas carecem de uma devida fundamentação. Também é comum encontrar decisões que, além do anteriormente dito, contrariam cabalmente as provas no processo. Em outras palavras, desrespeita a exigência constitucional de fundamentação das decisões, em especial, a questão da relação entre motivação e prova e a busca pela verdade no processo.

Assim, será analisado o princípio da fundamentação das decisões judiciais, buscando as categorias de fundamentação utilizadas nestas decisões. O objeto será investigar as formas e estrutura do raciocínio jurídico, principalmente no campo de aplicação do direito, avaliando a posição do magistrado no exercício de sua função pública, a correção de sua técnica e se a mesma, por conseqüência, possui legitimidade.

1. Surgimento e Evolução Histórica

Durante toda a existência humana em sociedade, verificou-se a necessidade de haver alguém ou alguma coisa capaz de regular a relação entre as pessoas, papel este que foi incumbido ao Estado [3]. Este, por sua vez, ao longo dos séculos, construiu uma aparelhagem para desempenhar a sua atividade de maneira eficaz, criando mecanismos para sua manutenção e para a execução de suas atividades. E o controle deste aparelho estatal, por muito tempo, esteve com um grupo dominante que sempre usou esta estrutura para atender seus interesses [4], em detrimento do resto dos integrantes da sociedade. E durante séculos, talvez milênios, o homem foi vítima de opressão destes grupos dominantes, que se utilizavam da aparelhagem estatal para realizar uma dominação social.

O ápice desta prática se deu no século XVIII [5], onde a injustiça social alcançou níveis insuportáveis, passando o indivíduo a sofrer as mais diversas interferências na esfera privada, seja no campo patrimonial [6], seja no campo pessoal [7]. Chegando ao limite de resistência e tolerância, a classe dominada, maioria numérica, capitaneada pela burguesia, iniciou um processo revolucionário de tomada do poder, onde destituiu a nobreza e o clero do poder, assumindo o controle do Estado. De maneira e evitar que o Estado interferisse novamente na esfera privada dos indivíduos, surge o conceito de direitos fundamentais [8], com o intuito de instituir direitos e garantias invioláveis, até mesmo pelo Estado, de maneira a proteger toda e qualquer pessoa, criando-se, assim, uma nova ordem jurídica, como será visto a seguir.

2. Direitos Fundamentais

Por demais divergente é a nomeação de tais direitos, suscitando debates acalorados na doutrina, recebendo múltiplas outras designações, que não serão aqui mencionadas por não ser objeto de estudo do presente trabalho. Da mesma forma, não há consenso na legitimação dos mesmos, haja vista poucos entenderem que são oriundos de uma entidade divina, outros de um direito natural, superior e próprio do ser humano, alguns acreditarem que o mesmo decorre da construção legal por meio da racionalidade humana e, mais recentemente, surge o entendimento de que tais direitos são fruto de uma progressão[9] histórica da humanidade. Pode-se dizer que são os direitos fundamentais aqueles ligados a vida humana, possuidores de elementos garantidores de sua existência, por meio de mecanismos que efetivem e ampliem tais direitos. No entender de Emerson Garcia [10]:

“São considerados fundamentais aqueles direitos inerentes à pessoa humana pelo simples fato de ser considerada como tal, trazendo consigo os atributos da tendência à universalidade, da imprescritibilidade, da irrenunciabilidade e da inalterabilidade. Não encontram sua legitimação em um texto normativo específico ou mesmo em uma ordem supra legal de matriz jusnaturalista, mas, sim, em uma lenta evolução histórica.”

Levando-se em conta a legitimação dos direitos fundamentais em um processo histórico, há de se observar a classificação ensinada por Fábio Konder Comparato [11], onde divide este processo de legitimação em dimensões ou gerações de direitos, como se verá a diante.

2.1. Dimensões dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são divididos pela doutrina de acordo com os três princípios basilares da revolução francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade, cada qual com

suas funções e peculiaridades. Importante ressalvar que não há supressão de direitos, mas sim complementação entre eles, não servindo a presente classificação como modo de analisar isoladamente cada um, tendo em vista a sua interdependência e sobreposição. Nas palavras de Paulo Bonavides [12]:

"Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade."

2.1.1. Direitos de Primeira Geração: Direitos Civis e Políticos

São os direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, levando-se em conta o passado de arbitrariedades cometidas pelas autoridades, e a necessidade de se impor uma postura negativa, ou seja, de não interferência deste mesmo Estado, facultando àquele indivíduo um direito de resistência ou de oposição ao organismo estatal. São as manifestações de liberdade em um aspecto individual, onde o homem adquire a capacidade de realizar negócios sem a ingerência pública, consubstanciando no direito civil, bem como na aquisição da capacidade de participar da vida pública. Neste sentido, ensinam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior [13]:

"São os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Assim sendo, estabelecem qual o domínio das atividades individuais e qual o das estatais, impondo um dever de abstenção do Estado em certas matérias ou domínios da atividade humana. Em regra, são integrados pelos direitos civis e políticos, dos quais são exemplos o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio etc. São direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção."

A partir desse momento, com a abstenção do Estado, os homens realizavam as atividades recebendo o mesmo tratamento, mesmo que pertencentes a classes diferentes, pois preponderava a idéia de liberdade conjugada com o conceito de igualdade formal [14].

2.1.2. Direitos de Segunda Geração: Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Da mesma forma que os direitos de 1ª geração vigoraram no século XIX, estes direitos comandaram o século XX, onde se pode observar a efetivação do princípio revolucionário da igualdade, impondo um Estado Social, de natureza programática. Isto porque, na medida em que pessoas diferentes foram tratadas de maneira igual, injustiças foram cometidas e legitimadas por causa desta interpretação, forçando o Estado a rever sua postura, de maneira a interferir em certas áreas da relação humana.

Exigem do Estado um papel ativo, ou seja, uma postura positiva, onde se formula uma política pública de interferência na sociedade, atendendo a uma demanda das classes menos favorecidas. Em razão disto, tem a sua eficácia restringida, pois demanda um gasto público para a efetivação, por meio de prestações materiais, que, na maioria das vezes, não pode ser realizado pela ausência de recursos [15]. Pode-se observar, portanto, que os direitos Econômicos Sociais e Culturais são fruto de uma segunda reação popular, não mais contra a tirania estatal, mas contra a desigualdade e a busca pelos seus demais direitos. Indo ao encontro deste raciocínio, leciona André de Carvalho Ramos [16]:

"Os direitos humanos de 2ª geração são frutos, como vimos, das chamadas lutas sociais na Europa e nas Américas, sendo seus marcos a Constituição mexicana de 1917 (que regulou o direito ao trabalho e à previdência social), a Constituição alemã de Weimar de1919 (que, em sua parte II, estabeleceu os deveres do Estado na proteção dos direitos sociais) e, no Direito Internacional, o Tratado de Versailles, que criou a Organização Internacional do Trabalho, reconhecendo o direito dos trabalhadores."

Com a adoção desta postura, o Estado não abandona a idéia de não interferência, mas define os campos de atuação positiva e negativa, surgindo daí o conceito de igualdade material [17].

2.1.3. Direitos de Terceira Geração: Direitos Coletivos e Difusos

Mais tarde, já no limiar dos séculos XX e XXI, percebe-se que o homem não está suficientemente protegido. Embora tenha alcançado muitas conquistas, tem ainda direitos individuais a serem efetivados. O problema é que estes direitos não podem ser tutelados individualmente, embora sejam inerentes a cada indivíduo. Surge então um mecanismo de tutela coletiva, de maneira a efetivar a terceira parte do lema Francês, a fraternidade, renomeada para solidariedade. São eles o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, entre outros. Nos dizeres de Alexandre de Moraes [18]:

"Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou de fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de

José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vinculo jurídico ou fático muito preciso."

Em síntese, destaca Celso de Mello [19]:

"enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade."

Embora haja outras gerações de direitos reconhecidos pela doutrina, estas não serão abordadas por não terem pertinência temática direta com o tema em discussão neste artigo.

3. A Atividade Jurisdicional

Concretizado o referido processo revolucionário, que repercutiu em todo o mundo ocidental, a classe burguesa assumiu o poder, tomando de imediato duas das três funções estatais: o Legislativo e o Executivo, restando, porém, o Judiciário, cuja função era exercida pelos magistrados investidos em momento anterior à revolução, infiéis ou pouco afetos ao novo regime. Desta forma, de nada adiantava criar novas leis se as mesmas não seriam aplicadas pelos julgadores da maneira como foram idealizadas. Surge a necessidade de se criar um sistema onde o julgador exerça a sua função sem deixar de cumprir com o novo sistema instituído.

Apresenta-se como solução a elaboração de um conjunto de normas, que abrangessem todos os fatos da vida, ou seja, previa todo e qualquer comportamento humano, conferindo uma solução para cada hipótese de conflito social que viesse a surgir [20], materializado pelo Código Civil Francês. Com isso a atividade legislativa passa a ocupar o papel principal na atividade estatal, onde se determina de antemão quais as soluções para os conflitos entre as pessoas [21]. Mas, para que esta lei fosse aplicada, ainda faltava ser desenvolvido um sistema que obrigasse o juiz a aplicar esta lei, surgindo então o silogismo jurídico.

4. Silogismo Jurídico

Consiste em uma técnica de aplicação da lei pelo Juiz, onde se utiliza uma fórmula racional de construção da decisão judicial, não havendo, inicialmente, liberdade para o magistrado decidir contrariamente à lei, gerando o que a doutrina chama de jurisprudência mecânica [22]. Baseada na obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, fez surgir o chamado Estado de Direito, como sendo um estado que se justifica o ato estatal, onde há a obrigatoriedade de submissão da lei, inclusive pelo próprio magistrado. Abandona-se a idéia de um conhecimento mítico/religioso/mágico, bem como a idéia de conhecimento filosófico para abraçar a idéia de um conhecimento científico [23].

A partir daí instituiu-se a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, onde será realizado o governo por meio das leis e não dos homens, sendo certo que a lei é produzida pelo povo, por meio do poder legislativo, já renovado pela revolução francesa, como mencionado. Este processo tem por objetivo estabelecer uma relação de freios e contrapesos, por meio da já mencionada separação de poderes, onde deverá haver um respeito aos direitos individuais, onde o judiciário assume a função de boca da lei [24], surgindo a também já mencionada jurisprudência mecânica, que se dá por meio da utilização do silogismo jurídico. O que se busca é o cumprimento da vontade do povo, por meio de um sistema da sua aplicação de maneira perfeita e correta, pelo Juiz, que está manifestada na lei.

Como conseqüência deste processo, o legislador adquire o monopólio da produção jurídica, sendo o direito igualado a lei, que por sua vez significa o ordenamento jurídico, conferindo unidade, coerência e completude ao Estado. È o que se chama de fetichismo legal, onde a lei é tida como perfeita, prevendo todas as situações da vida [25], servindo de instrumento de controle social. O estado de direito criado pela revolução francesa baseia-se em dois dos seus três lemas: liberdade e igualdade, cujo objetivo era garantir o respeito aos direitos individuais, limitando o exercício do poder do estado. Para tanto, funda-se no princípio da legalidade, onde o dogma é a submissão à lei, neste caso o direito, sendo aquela justa, na medida em que seja feita pelos representantes do povo, de maneira geral e abstrata. Derivam daí dois elementos necessários para a segurança jurídica, que são a igualdade e, principalmente a certeza, que constitui na previsibilidade em relação às conseqüências dos comportamentos.

5. Surgimento do Pós-Positivismo

O sistema acima exposto funcionou bem por muito tempo, enquanto a sociedade não apresentou mudanças drásticas de comportamento, nem reivindicou soluções para comportamentos que se mantinham na clandestinidade[26]. O positivismo jurídico havia sido eleito como modelo adotado de forma a garantir a segurança jurídica nas relações sociais [27], onde havia uma certeza nas ações e nas conseqüências delas

advindas. Cada vez mais se aceitava a idéia que as normas jurídicas deveriam ser oriundas da racionalidade humana, afastando-se assim conceitos pouco concretos, como o bom senso [28].

Ocorre que um fato de escala mundial expôs os perigos desta exacerbação, que foi o holocausto ocorrido na segunda guerra mundial, onde o Estado Alemão matou milhões de pessoas, em especial judeus. Derrotados, o alto-oficialato foi submetido a julgamento [29], onde, como matéria de defesa, aqueles oficiais argumentaram que estavam cumprindo o disposto na constituição alemã, que autorizava expressamente a morte de não arianos, sendo a idéia fundamental do positivismo jurídico a previsão expressa em lei. Este argumento não prosperou, tendo sido os oficiais condenados, mas expôs a fragilidade do referido sistema, que permitiu a adoção de normas absolutamente contrárias aos ideais dos direitos fundamentais.

Neste momento, surge um novo sistema, chamado de pós-positivismo, que permite a influência dos princípios de direito no processo silogístico, de maneira a permear o processo decisório na busca por decisões judiciais mais justas. Para tanto, desenvolve-se uma nova teoria do ordenamento jurídico, que permita ao magistrado produzir uma decisão judicial correta.

6. Teoria do Ordenamento Jurídico

Para a construção das decisões judiciais, conforme já explicado, criou-se uma teoria do ordenamento jurídico, onde três elementos o compõem: unidade, coerência e completude.

Entende-se por unidade como uma norma fundamental pressuposta, construída por um poder legislativo eleito pelo povo, que teria o poder originário de determinar a norma jurídica, devendo o juiz apenas a aplicar. Coerência busca evitar a ocorrência de antinomias, buscando critérios para identificação e para solução [30]. Já a completude busca a previsão de normas que possam solucionar todos os fatos da vida.

Surge então uma discussão na doutrina acerca da possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, entre as pessoas, em um plano horizontal, pois integram o ordenamento jurídico e, em razão de sua ascendência hierárquica, determinariam o resultado da decisão, conferindo o resultado almejado pelo legislador.

Ocorre que os direitos fundamentais não podem ser invocados em qualquer caso, como já decidido em diversos casos pelos tribunais. Se assim fosse, entendem os julgadores, tal atitude vulgarizaria os direitos fundamentais e não seria conferido o devido valor aos casos limite. Nos casos ordinários, a consideração dos direitos fundamentais já foi feita, a princípio, pelo legislador, devendo ser resolvido pela forma ordinária.

Havendo igualdade entre as partes não há que se falar em interferência dos direitos fundamentais [31]. Em havendo desequilíbrio, ainda há normatização ordinária para corrigir tal distorção, só se aplicando aos casos limite os direitos fundamentais [32]. O ponto principal da discussão é verificar a validade/constitucionalidade da regra, seja pública ou privada, e se ela atende ou não os preceitos fundamentais, apresentando-se como exemplo desta discussão o caso Boy Scouts of America x DALE [33].

Outro enfoque é a liberdade contratual ao particular: se for propositada pelo legislador, não cabe intervenção dos direitos fundamentais, pois são presumidos como utilizados pelo legislador, e respeitada a liberdade contratual. No caso de não ter sido propositada, deve ser invocada através de inconstitucionalidade por omissão. O problema é se o juiz resolve ou não o caso concreto, que será discutido mais a frente neste trabalho. Observados os elementos apresentados, faz-se necessária a discussão dos meios de construção de novos mecanismos de controle do julgador, surgindo então uma reconstrução da Teoria da Argumentação Jurídica, a vista a seguir.

7. Fundamentação Judicial como instrumento de controle jurisdicional

Percebe-se, então, que a questão da construção da decisão judicial foi resolvida com a inserção dos princípios na atividade julgadora, mas deixa em aberto a questão do controle do julgador, que ocasiona dois problemas. Primeiro que a idéia de controle da atividade jurisdicional é abandonada, uma vez que o julgador não mais está preso a lei, mas, ao contrário, deve a interpretar, podendo decidir da maneira que melhor lhe prouver, deixando a sociedade, mais uma vez, a mercê de sua vontade, torcendo para que haja apenas julgadores virtuosos [34]. E o segundo problema deriva do primeiro, que é a legitimidade da decisão, uma vez que a forma de escolha do julgador não parte da sociedade por um meio democrático, não sendo exigível, por conseqüência, a adoção da vontade popular, como era feito com a adoção literal da lei, onde a decisão do Juiz era vinculada, sendo impedido de inovar, salvo nos casos expressos.

Como solução para a velha questão que se apresenta novamente, o constituinte pátrio introduz na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, o princípio da fundamentação das decisões judiciais, como forma de vincular o magistrado a uma técnica desenvolvida a produzir decisões justas e corretas, de acordo com os valores sociais vigentes, através da argumentação jurídica existente na decisão judicial, verificando-se adiante o seu conteúdo e sua aplicação.

8. Direito e Argumentação Jurídica

Uma das poucas certezas do direito é que a prática do direito demanda uma capacidade argumentativa, sendo certo que uma das qualidades de um bom jurista é a de criar e manusear argumentos de acordo com os interesses que defende [35]. Porém, mesmo

dotado desta qualidade, o mesmo jurista certamente não seria capaz de dissertar mais do que poucas linhas acerca da mesma, posto que nada ou pouco conhece sobre sua capacidade. Daí advém a necessidade de se estudar a teoria ou teorias da argumentação jurídica, que tem por escopo o estudo das argumentações produzidas dentro do mundo jurídico.

Verifica-se, nas lições de Manuel Atienza, que existem três campos distintos em que podem ocorrer as argumentações: o da produção ou estabelecimento das normas jurídicas, o da aplicação das normas jurídicas e o da dogmática jurídica.

O primeiro pode ainda ser subdividido em dois momentos, quais sejam, uma fase pré-legislativa e outra fase efetivamente legislativa. Na mencionada fase pré-legislativa, a argumentação surge como reação a um problema social, onde a atividade legislativa surge como a solução para um problema enfrentado pela sociedade num determinado local e em determinada época. Percebe-se que, sempre que há um aumento da violência, o poder legislativo sempre se apressa em criar leis mais rígidas, como resposta à sociedade para o mal que lhe aflige. Na segunda fase, eminentemente legislativa, os argumentos apresentados têm uma natureza diversa daqueles utilizados na fase pré-legislativa, pois não levam em conta a moral e a política, mas são pautados por questões técnico-jurídicas [36].

O segundo campo de argumentação, da aplicação das normas jurídicas, também pode ser dividido entre interpretação dos fatos e interpretação do direito em si. Por certo que ambos servem para solucionar problemas do julgamento de conflitos, porém, são aplicados em momentos diferentes e por atores diferentes. Enquanto que os fatos são analisados pelos tribunais e por autoridades administrativas, bem como por particulares imbuídos de tal atribuição, onde a argumentação jurídica aplicada difere das técnicas usualmente utilizadas, o direito é analisado pelos tribunais superiores, que se concentram nos casos mais difíceis e de maior repercussão, de forma a proporcionar a devida interpretação do direito de acordo com os valores concernentes à sociedade [37].

O terceiro âmbito apresentado é o da dogmática jurídica, sendo uma atividade inegavelmente complexa, que, de acordo com Manuel Atienza, possui algumas funções, quais sejam, *"1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ela ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico"*.

As teorias atualmente em estudo justamente tentam dar conta da segunda função apontada, buscando oferecer argumentos para a tomada de decisão pelos mais diversos órgãos julgadores, sejam jurisdicionais ou não, para que seja aplicada uma norma ao caso concreto da maneira mais correta. Por certo que, enquanto os mencionados órgãos lidam com casos concretos, de repercussão imediata na vida das pessoas, o estudo da dogmática por si só abrange o campo teórico, dos limites entre as normas e sua ponderação.

Por certo que estes dois atores, quais sejam, teóricos e julgadores em geral – aí incluídos outros atores que participam dos processos decisórios – realizam uma interseção tanto na sua atividade quanto na aplicação das técnicas, onde o julgador acaba produzindo jurisprudência, que servirá como parâmetro para a resolução de futuros conflitos,

devendo, certamente, possuir um caráter geral e abstrato no que concerne ao seu fundamento.

8.1. Descoberta e justificação

Mas esta construção da jurisprudência passa por um processo de descoberta dos fundamentos e da adoção das teorias aplicáveis ao caso. Como ensina Manuel Atienza, existe uma diferença conceitual entre contexto de descoberta e contexto de justificação das teorias jurídicas [38]. Considera-se contexto de descoberta a atividade de identificar uma teoria, sendo tal procedimento desprovido do uso da lógica, posto que não envolve cognição, mas apenas apreensão de um elemento já existente na natureza, tarefa esta incumbida a cientistas dos campos da história e sociologia, haja vista se tratarem de atividades de observação do desenvolvimento do conhecimento científico gerado e desenvolvido sem a necessidade do uso da razão. Já o contexto de justificação se incumbe de explicar e validar a teoria descoberta, seja para validá-la, seja para descartá-la, por meio da sua exposição com a realidade dos fatos, por meio do uso do método científico.

Tal diferença explica a diferença entre a argumentação em geral e a argumentação jurídica, onde a argumentação geral se limita a determinar determinada conclusão e a argumentação jurídica busca justificar e determinar os parâmetros de aplicação e, como se verá adiante, de validade da conclusão defendida. Pois, se determinada decisão judicial é proferida, pode-se diferenciar os argumentos gerais dos argumentos jurídicos, onde a crença religiosa do julgador é invocada como argumento para a tomada de determinada decisão, esta será considerada como "*razão explicativa*", enquanto que, se o julgador apresenta uma interpretação de um tribunal superior sobre determinada matéria, será considerada como "*razão justificadora*" [39]. Cabe ao julgador, no momento da elaboração da decisão, justificar [40] a sua decisão e não explicá-la [41]. Ocorre que, com esta diferenciação, se percebe o processo de produção da decisão judicial, e como esta não se submete inteiramente ao princípio constitucional vigente [42].

Acerca do contexto de descoberta, foi desenvolvido um modelo por Martin F. Kaplan [43], chamado modelo da informação integrada, onde o processo de tomada da decisão do julgador resulta da combinação dos valores da informação com a sua impressão inicial. Primeiro o julgador acumula informações referentes ao caso em análise; após, passa a valorar as informações obtidas, ponderando o valor e a importância de cada elemento ou prova obtida, dentro de uma escala determinada para o julgamento; daí se atribui um peso para cada informação, onde estas informações são confrontadas entre si, já se levando em conta o seu peso, isto é, o grau de importância dado pelo julgador; e por fim se considera tudo isto a partir de fatores ligados a figura do julgador, sejam momentâneos [44], sejam intelectuais [45] ou fisiológicos [46], resultando, daí, de acordo com Kaplan [47], a decisão.

Em outra perspectiva, verifica-se que há uma diferença na justificação do argumento, onde há uma justificação formal e outra justificação material. A justificação

formal se atém a adequação formal de um argumento, enquanto que a justificação material busca verificar a aceitabilidade deste argumento, ou seja, se ele se adéqua ao caso concreto, onde se enquadra a teoria da argumentação jurídica, na justificação dos argumentos, de forma tanto descritiva quanto prescritiva [48]. Esta teoria, defendida por Alexy [49] e MacCormick [50], se opõe ao determinismo metodológico [51] e ao decisionismo metodológico.

9. Norma, Princípio e Regra

De maneira a entender com mais clareza a Teoria da Argumentação, faz-se necessário o estudo dos conceitos de norma, princípio e regra, entendendo cada um deles, assim como eles se relacionam entre si, utilizando-se das lições de Robert Alexy [52]. A discussão surge, como explica Fernando Galvão [53], com a adoção de uma série de decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão acerca da existência de uma ordem valorativa objetiva, estabelecida pela Constituição alemã na parte referente aos direitos fundamentais.

A partir destas decisões, surge uma polêmica sobre a vagueza tanto dos textos constitucionais quanto das decisões judiciais, que seria solucionada por meio de uma teoria dos princípios, elaborada por Alexy, sendo fundada através do uso da razão, por meio da utilização dos valores sociais. Nas palavras de Fernando Galvão [54]:

"Neste sentido, defende ser possível, através da dogmática jurídica, a fundamentação racional dos juízos de valor, uma vez que a questão sobre qual é a decisão correta, em determinado caso concreto e sobre a base do direito positivo válido, implica sempre a valoração, por parte daquele que tem que decidir, controlável e racionalmente".

Embora não seja possível se obter a decisão correta por meio da lógica, é certo que não deve ser desprezada, posto que a sua utilização é o que permite a "construção da ciência do direito como disciplina racional". Mas não por isso deixa de lado a importância da realidade, por ser eminentemente uma disciplina prática.

Alexy apresenta então uma distinção entre regras e princípios, de maneira a servir de fundamentação para a construção das decisões, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais. Tradicionalmente afirma-se que a diferença entre os dois institutos se dá apenas no nível da generalidade, sendo apenas uma diferença de grau, argumento este refutado pelo citado autor, que afirma ser a diferença de qualidade, onde os princípios são mandados de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, seja no âmbito jurídico ou no âmbito fático. Já as regras são normas de comando, ou seja, não admitem flexibilidade na sua aplicação, devendo ser aplicadas ou não aplicadas [55].

De toda forma, regras e princípios são normas, pois ambas estabelecem comandos de comportamento a ser adotado, aplicáveis direitamente para a solução do caso e obtenção da decisão sendo que, entretanto, os princípios não se apresentam de maneira definitiva, mas como razões *prima facie*, fornecendo fundamentos que possam ser utilizados para qualquer decisão, dependendo do valor ponderado.

Para se visualizar a diferença entre princípio de regra, pode-se observar as soluções existente para solucionar colisão de princípios e conflitos de regras, de maneira a ficar mais clara a sua distinção. No conflito de regras, Alexy apresenta como solução a idéia de cláusula de exceção, onde, no conflito entre elas, deve-se verificar se uma poderia funcionar como hipótese excepcional a conduta determinada pela outra regra [56]. Se isto não for possível, uma das regras terá que ser declarada inválida, posto que duas regras não podem coexistir, em um mesmo ordenamento jurídico, quando diretamente conflitantes [57]. A análise está situada no plano de validade das normas.

No caso de colisão de princípios, Alexy apresenta solução diversa da anteriormente apresentada, passando a se situar no plano dos pesos, ou seja, na ponderação dos bens em disputa, avaliando-se cada um para concluir qual, no caso específico, deverá prevalecer. Esta ponderação de interesses não implica em uma hierarquização dos princípio de maneira geral, mas sim qual deles que estão em colisão será aplicado naquele caso específico, mantendo-se uma relação horizontal entre os princípios [58]. Assim surge a relação de precedência condicionada.

Isto explica o que Alexy chama de lei de colisão [59], onde uma regra tem sua aplicação determinada a partir do momento em que, numa determinada situação, um princípio precede outro, indicando qual a interpretação a ser adotada. Por certo que tal idéia não é absoluta, mas sim determinada de acordo com as situações fáticas, não podendo servir de modelo para outros casos, senão aqueles semelhantes.

Em resumo, na visão de Alexy, duas espécies de contradições entre normas, quais sejam, a da pertinência da norma, isto é, de sua validade, e da colisão em si dos princípios. Na primeira contradição, analisam-se quais elementos devam ser considerados a integrar determinado ordenamento jurídico, ou seja, quais são válidos e quais não são válidos. Esta análise não se dá apenas com as regras, mas também, excepcionalmente, com os princípios [60].

Já a segunda contradição se refere a análise dentro do próprio ordenamento jurídico, onde há a colisão de princípios. Verificar-se-á, no caso concreto, qual é aquele que permitirá a obtenção de uma decisão mais acertada, sendo que Alexy defende que não há hierarquia entre eles, nem possuem caráter absoluto, sendo que José Afonso da Silva opina no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana seria absoluto [61]. De toda forma, a apreciação final se dá pelo julgador no caso concreto.

10. Princípios e Valores

Ultrapassadas as questões contraditórias, apresenta-se outro tema divergente, que é a relação e, principalmente, a diferença entre princípios e valores. Embora haja uma relação muito próxima entre eles, há diferenças entre os dois institutos, que são percebidas por meio de conceitos práticos, que são deontológicos [62], axiológicos [63] e antropológicos [64], onde os princípios se enquadram no âmbito deontológico, enquanto que os valores se enquadram no âmbito axiológico. Busca-se, numa situação ideal, no plano deontológico o que é melhor, enquanto que no plano axiológico o que é devido [65].

Conclui-se que a relação entre princípios e valores esta ligada ao conceito de ponderação, que será realizada pelo aplicador. Mas, mesmo assim, uma vez realizada a ponderação no caso concreto, surge um enunciado de preferência [66], onde, em outros casos semelhantes, preexistirá, gerando repercussão no mundo do direito. Significa dizer que há uma pré-disposição para a aplicação daquele princípio em casos semelhantes, mas, para que não seja o mesmo conduzido exclusivamente por aspectos subjetivos, esta deverá ser racional, na medida em que o enunciado de preferência puder ser fundamentado racionalmente.

A aferição da racionalidade será feita pela teoria da argumentação jurídica, onde, ao final, se verifica a existência de três níveis de verificação, a saber: princípios, regras e procedimento, havendo, proporcionalmente, três teorias de princípios. A primeira "corresponde a elaboração de uma lista com todos os princípios do sistema jurídico, que não seria muito mais que um mero catálogo de *Topoi*" [67]. Neste caso, não fala nada acerca do peso atribuído aos princípios, ou seja, sobre as prioridades. A segunda acrescenta a lista, as relações de prioridade, tanto de forma abstrata quanto de forma hierárquica [68]. E a terceira, adotado por Alexy, apresenta uma forma híbrida, constituída por três elementos, que são "a) um sistema de condições de prioridade; b) um sistema de estruturas de ponderação; c) um sistema de prioridades *prima facie*" [69], considerada mais fraca por Fernando Galvão, pois, ao contrário da segunda, não permite a adoção de uma única solução, mas varia caso a caso. De toda sorte, fato incontroverso é que apenas uma teoria dos princípios permite a construção de decisões corretas, sempre ponderadas por meio da argumentação jurídica, como visto.

11. Lógica Jurídica e Validade Dedutiva

Durante o processo de construção da decisão, as afirmações do processo são traduzidas em argumentos que, em um processo lógico realizado pelo julgador, devem ser convertidas em uma conclusão que será a norma jurídica. Ocorre que, por diversas razões, embora as premissas se coadunem com as afirmações, estes não são verdadeiros, ou melhor, não levarão a uma solução razoável. Isto ocorre porque a premissa em que se baseia a afirmação não é verdadeira, pois não se coaduna com a realidade. Por conseguinte, o argumento não é racional, ou seja, não é válido. Em relação a este processo de criação, ensina Fábio Ulhôa Coelho [70]:

“a lógica é uma maneira específica de pensar; melhor dizendo: de organizar o pensamento. Não é a única, nem a mais apropriada para muitas das situações em que nos encontramos, mas tem a sua importância, principalmente no campo do direito.”

Melhor dizendo, a razão decorre do processo de adoção de idéias, onde uma é a premissa e a outra é a conclusão, sendo a primeira a idéia fundamentadora e a segunda a idéia fundamentada, onde, não necessariamente irá conferir com a realidade. De toda forma foi elaborada uma relação premissa-conclusão, que consiste em um raciocínio. Neste sentido continua a lição Fábio Ulhôa Coelho [71]:

“Nem todo pensamento é raciocínio; e nem todo raciocínio é lógico. Para que uma inferência (relação premissa-conclusão entre duas idéias) tenha o caráter lógico, devem ser obedecidos três princípios fundamentais: o da identidade, do terceiro excluído e da não-contradição. Se o raciocínio segue com rigor esses primados e outras regras, a seguir apresentadas, ele é lógico; caso contrário, poderá ser raciocínio dialético, paradoxal ou até mesmo ilógico ou falacioso, mas nunca será um pensamento lógico – pelo menos, no sentido tradicional da palavra.”

Neste processo de aferição da lógica do raciocínio, inicialmente se confere o princípio da identidade, que consiste na idéia de o que é, é. Ou seja, não se pode entender uma coisa “como um complexo de múltiplos fatores contraditórios” [72], mas como uma única mesma coisa, e não parte de um processo, mas algo já consolidado. Afirma ainda Fábio Ulhôa Coelho que “se uma idéia é verdadeira, então ela é verdadeira”. A partir da compreensão deste princípio, decorrem os outros dois. No princípio da não-contradição se afirma que “nenhuma idéia pode ser verdadeira e falsa” e pelo princípio do terceiro excluído, que “uma idéia ou é verdadeira ou é falsa” [73].

NOTE-SE QUE ATÉ O PRESENTE MOMENTO, PREOCUPA-SE COM O ASPECTO INTERNO DA IDÉIA, DURANTE A SUA CONCEPÇÃO, AINDA NA MENTE HUMANA. NO MOMENTO EM QUE ELA É EXTERNADA, RECEBE OUTRO NOME: PROPOSIÇÃO OU ENUNCIADO. MAS A SUA EXTERIORIZAÇÃO SE DÁ POR MEIO DO ARGUMENTO, QUE É UM CONJUNTO DE PREPOSIÇÕES ENCADEADAS POR INFERÊNCIAS.

Mesmo adotando o procedimento acima descrito, ou seja, que se possua um argumento lógico, não há certeza de que o mesmo será verdadeiro. Isto porque deve haver a veracidade das premissas e a correção do próprio raciocínio, sendo que a primeira condição cabe aos cientistas dos campos de análise da realidade, enquanto que a segunda condição cabe aos lógicos. A esta primeira condição se chama correção formal e a segunda condição se nomeia correção material dos argumentos.

11.1. CORREÇÃO FORMAL E MATERIAL DOS ARGUMENTOS

Uma das hipóteses de insatisfação no estudo dos argumentos se encontra sua correta análise. Nas palavras de Fábio Ulhôa Coelho [74]:

"O argumento é um conjunto de preposições, mas não um conjunto qualquer. Nele, as preposições estão conectadas de uma forma específica: ou seja, uma ou mais preposições sustentam outra preposição. Há uma inferência entre elas. Quando a inferência obedece, com rigor, aos princípios da identidade, terceiro excluído e não-contradição, bem como às demais regras lógicas, o argumento é lógico e, então, podemos ter a certeza de que, se as premissas são verdadeiras e se efetivamente são atendidos tais princípios e regras, a conclusão é verdadeira também".

Perceba-se que as preposições são verdadeiras ou falsas, mas os argumentos somente serão válidos ou inválidos. Mas não que haja relação entre estes atributos, pois nem todo argumento válido possui preposições verdadeiras, assim como nem todo conjunto de preposições falsas compõe um argumento inválido [75]. Na impossibilidade de se definir com exatidão o conceito de verdade, nem se tratar do escopo do presente trabalho, entende-se como verdade os acontecimentos ocorridos na realidade [76].

Visto isso, verifica-se ainda que, com relação aos argumentos, em especial àqueles sob o prisma da lógica dedutiva – correção formal dos argumentos – há o problema da consistência, gerando a invalidade do raciocínio jurídico. Há hipóteses em que o argumento jurídico é insuficiente para a sustentação dos argumentos, posto que o deva ser tanto do ponto de vista formal quanto do ponto de vista material, podendo-se chegar ao extremo de um argumento, mesmo que não-lógico, ser um bom argumento. O que se busca é diferenciar o a análise dos argumentos corretos e incorretos, válidos dos inválidos da análise dos argumentos inválidos e as falácias [77].

12. Silogismo jurídico teórico e prático

Sabendo-se o que é o silogismo, uma questão que se apresenta é a da sua eficácia no campo do direito, especialmente no auxílio da tomada de decisão pelo julgador. Isto porque, como visto, um argumento válido parte de premissas e conclusões, sendo estas verdadeiras ou falsas. Ocorre que tal raciocínio não funciona desta maneira em relação às normas, pois no ato decisório não se fala em verdade ou falsidade. Daí surge a distinção entre silogismo jurídico teórico e silogismo jurídico prático.

Tal diferença repousa no fato de as premissas originarem normas, na mesma medida em que outras tantas derivam de normas, Significa então dizer que, se as premissas tem uma ligação direta com as normas, numa relação de interdependência, não faz sentido usar o mesmo critério duas vezes. A idéia de verdade ou falsidade já é utilizada na construção de premissas, não poderia novamente ser utilizado para avaliar o argumento, pois isto já fora feito, uma vez que a norma parte de premissas, que, por conseqüência, parte da avaliação de verdade e falsidade, o que ocasionaria observar duas vezes o mesmo fato, levando a falsos resultados. Nas palavras de Manuel Atienza [78]:

"as regras da lógica se aplicam ao silogismo teórico que se baseia num ato de pensamento, mas não ao silogismo prático ou normativo (o silogismo em que pelo menos uma das premissas e a conclusão são normas), que se baseia num ato de vontade (numa norma)".

Ainda nas lições de Manuel Atienza, ensina que uma norma moralmente obrigatória não necessariamente deve ser cumprida, utilizando-se, mais uma vez, por premissas. Exemplifica com a seguinte história: um homem aceita a obrigação moral de cumprir todas as suas promessas, promete a outro que irá acompanhá-lo até determinado local, pode não cumprir tal promessa, pois a lógica não determina como os homens agem, mas como deveriam agir, não tendo o condão de determinar seu pensamento e suas ações.

Surge uma segunda questão, que é a da inferência das informações disponíveis, onde há a tendência humana de lhes conferir o mesmo peso no plano prático quanto no plano teórico, o que constitui num erro de interpretação, pois duas normas conflitantes não podem permanecer ao mesmo sistema normativo, como já visto antes, o que leva a crer que, ou as normas não são válidas, ou a lógica, neste caso não se aplica, sendo esta a idéia mais correta. Ou seja, o argumento dedutivo, que fora aceito anteriormente, considerando-se apenas argumentos classificados como verdadeiros ou falsos, não mais atende ao seu propósito, quando Manuel Atienza [79] soluciona da seguinte maneira:

"Temos uma implicação ou um inferência lógica ou uma argumentação válida (dedutivamente) quando a conclusão é necessariamente verdadeira (ou seja, correta, justa, válida etc.) se as premissas são verdadeiras (ou seja, corretas, justas, válidas etc.)".

12.1. Argumentos dedutivos e não-dedutivos

Vencida a etapa anterior, surge outro limite à utilização da lógica, no tocante a passagem das premissas à conclusão, por meio da argumentação jurídica, através de um argumento dedutivo. Porém, em contraposição, existem argumentos não-dedutivos, que

não permite uma conclusão lógica, pois a passagem das premissas à conclusão não é necessária, mas apenas provável ou plausível [80].

Na análise de um caso concreto, onde uma série de circunstâncias são apresentadas, podem levar a várias conclusões, umas mais plausíveis que outras, dependendo da interpretação dos fatos realizada pelo julgador, parte integrante das premissas. Se o julgador acredita, por força de uma alta probabilidade, nas premissas apresentadas, então, na mesma medida, há uma grande probabilidade de a conclusão ser aceita.

Porém, estes fatos aceitos, que compõem a premissa aceita, podem não corresponder com a realidade, posto que plausibilidade não significa certeza, o que conduziria o julgador a uma decisão errada, colocando em cheque o sistema em estudo. Dessa idéia advém o conceito de regras de experiência [81], onde se equipara a inferência dos argumentos dedutivos. Constituem mecanismos de valoração e interpretação das provas, onde, por meio do livre convencimento do julgador, irá avaliar o peso das provas e, por conseqüência, construir premissas [82] que conduzirão à conclusão mais acertada ou desejada.

13. Silogismo Judicial

Consiste no resultado de todo o procedimento apresentado neste trabalho. A primeira premissa, referente à norma a ser aplicada em um caso concreto; a segunda premissa se refere ao fato apreciado pelo julgador, ou seja, o caso concreto a ser julgado; a conclusão é o resultado do julgamento, a sentença judicial, a norma jurídica produzida [83]. Chamada de premissa maior, refere-se, como dito, ao estudo da norma aplicável, sendo a principal ocupação dos estudos sobre o tema, como amplamente visto neste trabalho, por meio da argumentação.

A segunda premissa, também conhecida como premissa menor, se concentra na apreciação dos fatos, repousando neste ponto a grande dificuldade do operador do direito, pois não há estudos suficientes para que o processo decisório siga um raciocínio lógico. Muito embora haja uma ponderação acerca da norma, ainda há uma liberdade mito grande do julgador em valorar as provas, o que contraria a própria idéia do silogismo jurídico [84]. Como já visto, neste ponto é admitida pela doutrina a aplicação de um raciocínio não-dedutivo, o que faculta ao julgador, como já mencionado, decidir da maneira que lhe aprouver, camuflando sua real vontade com uma argumentação que permita a sua aceitação e lhe confira legitimidade [85].

Logo, a conclusão não será oriunda de um processo puramente racional, mas permitindo a interferência do arbítrio judicial, onde ocorre um processo de reconstrução ao invés de reprodução do processo argumentativo [86].

13.1. Aspectos Normativos e Fáticos da Argumentação Jurídica

A premissa maior, ou seja, a premissa normativa, também pode ser resultado de um processo argumentativo do tipo não-dedutivo, utilizando-se outros elementos, como a analogia, chamado por muitos autores como protótipo do argumento jurídico [87]. O julgamento de um caso onde se parta de uma premissa normativa levando em conta um elemento fático pode ser aplicado a outros semelhantes, mesmo que este elemento não tenha paralelo, utilizando-se da analogia [88]. Há, portanto, a extensão do alcance da norma em outros casos não previstos na norma, mas pela jurisprudência.

Manuel Atienza apresenta outro argumento, baseado na técnica de redução ao absurdo, que não significa necessariamente contradição lógica, mas sim de conseqüência inaceitável [89].

13.2. Justificação interna e externa

A justificação interna se refere à aplicação da técnica em estudo para justificação das premissas, tanto normativa quanto fática, para uma conclusão normativa, obtendo uma norma jurídica no caso concreto. Este processo atende a maioria dos casos, visto que se apresentam com uma menor complexidade. Ocorre que, em casos mais difíceis, onde não haja unanimidade em sua construção e aplicação, deve-se buscar uma argumentação mais robusta, de forma a lhe conferir legitimidade capaz de garantir o seu cumprimento, chamada de legitimação externa. Enquanto que na primeira se questiona a inferência das premissas adotadas, sendo uma questão de lógica dedutiva, na segunda a questão é centrada além da lógica em sentido estrito, mas nos elementos que constroem os argumentos, ou seja, na argumentação jurídica das premissas, que lhes garante, ao final, a sua legitimidade.

Conclusão

Não obstante as dificuldades na definição e aplicação do princípio da fundamentação das decisões judiciais – e essas dificuldades se iniciam com a conceituação imprecisa e variada na doutrina – esse se apresenta como um dos princípios basilares da dogmática jurídica. Poucos ideais tiveram a força propulsora que este princípio teve nas aspirações humanas.

Ao ser consagrado como valor fundamental do sistema, a fundamentação das decisões judiciais implicou, entre outras coisas, a necessidade de justificar a decisão, tanto como elemento de legitimação quanto de convencimento. Convencimento este que não significa assimilação, mas respeito e entendimento.

A democracia se realiza contemporaneamente não na idéia de consenso entre iguais, mas sim num exercício contínuo de convivência entre todos os diferentes, principalmente naquilo sob o qual já não se consegue mais o consenso. O desafio dos indivíduos que buscam no diálogo o procedimento regulatório da resolução de conflitos, só se torna possível em razão do princípio da fundamentação das decisões judiciais, pois visa evitar injustiças, bem como estabelecer a verdade e solucionar as diferenças, demonstrando o que é certo em cada caso, construindo-se assim a verdadeira norma jurídica. É justamente assim que se estabelece o pacto de convivência legítima entre os seres humanos.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teoria da argumentação jurídica*. 3ª edição. São Paulo: Landy, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. Temas de direito processual (segunda série). Saraiva. São Paulo: 1984.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21 edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL, República Federativa do. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Rio de Janeiro: DP&A, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do direito e decisão racional. Temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Direito Constitucional*. Coimbra, 1991.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Roteiro de lógica jurídica*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ªed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio. Barcelona: Ariel, 1997*

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. *Uma introdução à teoria da argumentação jurídica de robert alexy*. Rio de Janeiro: De Andrea Ferreira & Morgado, 2003.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea; GALVÃO, Paulo Braga. *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a sergio d'andrea ferreira*. Rio de Janeiro: De Andrea Ferreira & Morgado, 2009.

GARCIA, Emerson. *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRINBERG, Keila. *Código civil e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil*. São

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6.ª edição, São Paulo: RT, 2000.

OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

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

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *A dignidade da pessoa humana*. *in* Revista de Direito Administrativo nº 212. São Paulo: RT, 1999.

---

[1] "Artigo 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

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

[2] A decisão judicial, muito embora tenha, em regra, efeito concentrado, serve de paradigma para a adoção de decisões por outros julgadores, adquirindo um efeito geral.

[3] Dentre as teorias existentes, adotou-se neste trabalho a teoria do contrato social de Rousseau, sendo o Estado o resultado de um contrato firmado em um determinado tempo, onde todos os homens (seres humanos) abdicaram de parcela de seus direitos para se submeterem a uma entidade superior, cuja finalidade é regular a vida em sociedade, solucionando conflitos e permitindo o pleno desenvolvimento de cada indivíduo.

[4] Certamente que todo grupo que detém a máquina estatal tem o poder e poderá obter proveito de tal circunstância. Mas o seu exercício deve obedecer a critérios que ofereçam benefícios a todos os integrantes da sociedade, pois este é o objetivo maior do Estado.

[5] Utiliza-se como parâmetro a civilização ocidental européia, em especial a francesa, onde se verificavam três classes: Nobreza, clero e plebe.

[6] A incidência de impostos era cada vez maior, onde o cidadão financiava não só a atividade estatal em si, mas também o padrão de vida da classe dominante, que confundia seu patrimônio pessoal com o do Estado.

[7] Como forma de colonizar localidades dominadas militarmente, o Estado da Grã-Bretanha, por exemplo, instituiu a *prima noctre*, onde o nobre responsável por determinada localidade tinha o direito de deflorar a noiva em sua noite de núpcias, de maneira a engravidar a mesma, inserindo na árvore genealógica daquele povo dominado o seu sangue, provocando uma diminuição gradativa da resistência à dominação,

incluindo-os em seus domínios de maneira definitiva, como retratado no filme Coração Valente.

[8] No direito brasileiro, as normas de direitos fundamentais estão em um patamar constitucional, sendo hierarquicamente superiores às demais normas do ordenamento jurídico pátrio. Isto significa dizer que constituem fonte de interpretação legal, não podendo ser contrariado por normas infraconstitucionais. Tal fato pode ser constatado a partir do artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição de 1988, que considera cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais, não podendo ser alterado nem mesmo por Poder Constituinte Derivado.

[9] Muito embora Fábio Konder Comparato considera a expressão evolução histórica correta, a mesma suscita divergência entre os autores, optando-se pela palavra progressão, no sentido de continuidade, e não de processo de acúmulo de conhecimento e transformação do mesmo.

[10] GARCIA, Emerson. A Efetividade dos Direitos Sociais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2004.

[11] **COMPARATO, Fabio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2007.**

[12] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros. 21ª edição. 2007.

[13] ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 1998.

[14] Consistia em uma interpretação literal do princípio, sendo todos tratados pelo Estado da mesma forma, mesmo que diferentes.

[15] Daí surge a teoria da reserva do possível, construída e aplicada no Supremo Tribunal Federal - STF.

[16] RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

[17] As pessoas iguais devem ser tratadas de maneira igual, enquanto que as pessoas diferentes devem ser tratadas de maneira diferente na medida da sua desigualdade.

[18] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª Edição. São Paulo: Atlas, 2006.

[19] STF – Pleno – MS n 22164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 de novembro de 1995, páginas 39 a 206.

[20] GRINBERG, Keila. Código civil e cidadania. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

[21] Este sistema foi desenvolvido para uma sociedade estática, sem relações complexas, onde era possível haver certo grau de previsibilidade das relações sociais.

[22] FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. Uma introdução à teoria da argumentação jurídica de robert alexy. Rio de Janeiro: De Andrea Ferreira & Morgado, 2003.

[23]No período do antigo testamento havia a idéia de divinização do juiz, sendo indiscutível a sua decisão (apodítico); já no novo testamento, houve uma humanização do juiz, ocorrendo a dessacralização da palavra, onde a vontade divina não mais se origina do juiz, mas da vontade divina, sendo esta avaliada por meio das ordálias divinas.

[24] FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. Op. Cit.

[25]Um exemplo disso é o código civil francês, que tem o objetivo de ser claro, conciso, coerente e, principalmente, completo, fruto da escola de exegese.

[26] Entendem alguns autores, como Maria Celina Bodin de Moraes, que o homossexualismo sempre esteve presente na sociedade, sendo tolerado apenas na informalidade, mas sempre constante nas relações humanas.

[27] Em detrimento do Direito Natural, ou Jusnaturalismo.

[28] Aqui entendido como a adoção de valores sociais no processo decisório.

[29] Foi instituído um tribunal de exceção, em Nuremberg, que deu origem ao Tribunal Penal Internacional.

[30] Como critério de identificação surge a lógica jurídica, cujos princípios são a identidade e a não-contradição, havendo uma idéia contraditória, do realismo jurídico, que defende a inexistência de lógica, sendo uma técnica de camuflagem da real vontade do legislador através da sentença.

[31] Adota-se como exemplo o caso descrito por Fernando Galvão de Andrea Ferreira, em suas aulas de Filosofia do Direito no curso de Mestrado da Faculdade de Direito de Campos, no segundo semestre de 2007, onde o inquilino turco no imóvel alemão descumpre cláusula do contrato de locação, ao instalar antena no imóvel locado, sendo aceita tal atitude, pois a mesma foi considerada dentro de um conceito contextual, observando as liberdades individuais de cada um.

[32] SARMENTO, Daniel. Interesses públicos versus Interesses privados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[33] A Associação de Escoteiros Norte-Americana, por regra própria, instituiu a proibição de ingresso de jovens homossexuais em seus quadros, alegando que teria liberdade para determinar a qualidade de seus associados, não se submetendo às regras gerais, prevalecendo, nos Estados Unidos da América, o interesse privado da instituição em relação ao interesse público. Atualmente é proibido o ingresso de jovens homossexuais na mencionada instituição.

[34] Isto porque a única coisa que fará com que o juiz julgue corretamente será sua própria natureza, uma vez que o mecanismo de controle foi alterado.

[35] ATIENZA, Manuel. As razões do direito. Teoria da argumentação jurídica. Santa Landy. São Paulo, 2003, pág. 18.

[36] Idem.

[37] Idem.

[38] Idem, página 20.

[39] Idem.

[40] O processo de justificação engloba a explicação, sendo esta uma de suas etapas, transcendendo para um conceito de apresentação de todo o processo de construção da decisão, dos elementos que a compõem, bem como, e principalmente, a manifestação da norma jurídica.

[41] Quando o julgador utiliza argumentos diversos daqueles eminentemente jurídicos, mesmo que busque um resultado comum, deixa de atender a finalidade da norma constitucional, que é esclarecer às partes do processo o porquê do resultado, dificultando ainda às mesmas, na hipótese de insatisfação com o resultado, de recorrer da maneira mais eficaz. Passa o julgador a realizar um exercício hermenêutico buscando outros meios para explicar a tomada da decisão, abandonando a boa técnica e não utilizando devidamente a legislação vigente.

[42] Aliás, nota-se justamente o contrário, uma vez que o juiz, ao decidir, o faz dentro de um juízo de valor ininteligível, passando a buscar uma justificativa para a sua decisão e não o contrário, que seria o correto. A partir do fundamento que se deveria chegar a uma decisão, que obedeceria a lógica jurídica, e não o contrário.

[43] Apud ATIENZA, Manuel. As razões do direito. Teoria da argumentação jurídica. Landy. São Paulo, 2003, pág. 18.

[44] O estado de humor da pessoa pode influenciar a tomada da decisão, onde o julgador, num momento de grande irritação ou descontentamento, pode proferir uma decisão prejudicial a uma parte com que tenha menos afinidade, deixando de lado a imparcialidade.

[45] Determinadas crenças do julgador também podem influenciar o processo de elaboração da decisão, sejam religiosas, sejam ideológicas, não tendo as partes como argumentar de maneira contrária nem evitar a sua incidência.

[46] Embora o autor não tenha mencionado tal elemento, seguindo sua linha de raciocínio, pode-se entender que elementos físicos permanentes ou temporários podem influenciar o julgador, tais como deficiências físicas, ou mesmo a ocorrência do ciclo menstrual para as mulheres.

[47] O autor do método busca não só entender o processo decisório, como também indicar quais os elementos que podem ser alterados de maneira a reduzir a sua influência e, por conseguinte, obter-se decisões mais justas e confiáveis.

[48] O discurso descritivo apresenta os elementos que levaram o julgador a produzir determinada decisão, enquanto que o discurso prescritivo serve para orientar a tomada de decisão, indicando quais valores devem ser privilegiados.

[49] ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005.

[50] MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[51] Consiste na desnecessidade de justificação das decisões, pelo fato de as mesmas serem oriundas de uma autoridade legítima, sendo que, o problema está justamente na legitimidade da autoridade decisora. No Brasil, os integrantes do Poder Judiciário são selecionados por meio de concurso público de provas e títulos, diferente dos integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo, que são eleitos, não derivando, portanto, da vontade soberana do povo. A referida desnecessidade pode derivar ainda se a decisão for derivada de simples aplicação de normas gerais, onde existe outro problema, que é o da cognição. Toda e qualquer decisão deriva da aplicação de uma norma ao caso concreto, por meio do silogismo jurídico. Pois, neste ato, há a aplicação de um grau de subjetividade, posto que toda tomada de decisão deriva de uma atividade humana, sujeita a influências diversas, devendo, portanto, ser justificada para a sua legitimação.

[52] ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005.

[53] FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. Uma introdução à teoria da argumentação jurídica de robert alexy. Rio de Janeiro: De Andrea Ferreira & Morgado, 2003.

[54] Idem, página 46.

[55] Fernando Galvão cita em sua obra exemplo do princípio da legalidade como sendo regra e não princípio, posto que este não admite níveis de aplicação, devendo ser cumprido integralmente ou não cumprido, diferente do conceito de princípio, que suporta níveis de cumprimento.

[56] Alexy apresenta o caso de uma escola onde há duas regras, sendo a primeira que ordena que os alunos só devem sair após o sinal sonoro e outra que determina a saída dos alunos na hipótese de tocar o alarme de incêndio. Percebe-se que se pode solucionar o caso com a introdução da segunda regra apresentada como exceção à primeira regra, podendo as duas coexistir.

[57] A idéia de Alexy de que dois juízos concretos de dever ser não podem coexistir no mesmo plano jurídico tem amparo no direito brasileiro no Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil):

"Artigo 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique o a revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

No mesmo sentido, o Conselho da Justiça Federal, quando da edição da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), editou enunciados que solucionavam conflitos entre as regras dos do novo e as leis anteriores específicas, classificadas por Gustavo Tepedino como "microssistemas", adotando a mesma postura.

[58] Os princípios sempre terão o mesmo valor, mesma importância, onde haverá apenas o afastamento de um em relação a outro apenas e tão somente no caso concreto.

[59] ALEXY, Robert. Op. Cit.

[60] Fernando Galvão aponta o princípio da discriminação racial como sendo passível de análise no plano da validade.

[61] SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana. in Revista de Direito Administrativo nº 212; páginas 89-94.

[62] Consiste na determinação de como as coisas devem ser, estabelecendo normas de conduta.

[63] Conceito de bom, de correto.

[64] Conceitos que se relacionam com o interesse humano e sua conduta.

[65] FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. Op. Cit.

[66] Em determinadas circunstâncias, a partir de um caso concreto, faz-se um juízo de ponderação entre dois princípios, onde se aplica um e se afasta o outro. Ou seja, a partir da condição verificada, o princípio selecionado gozará de preferência em casos semelhantes, sempre de maneira racional.

[67] FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. Op. Cit., Pagina 64.

[68] DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio. Barcelona: Ariel, 1997.*

[69] FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. Op. Cit., Pagina 65.

[70] COELHO, Fábio Ulhôa. Roteiro de lógica jurídica. São Paulo. Saraiva, 2004, página 04.

[71] Idem, página05.

[72] Idem, página 06.

[73] Idem.

[74] Idem.

[75] Idem, página 11.

[76] Esta solução também foi adotada por Fábio Ulhôa Coelho em sua obra, indicando, para melhor compreensão da complexidade do tema e um entendimento mínimo do mesmo, a leitura da obra de Marilena Chauí.

[77] São argumentos aparentemente válidos, mas na realidade não o são. Podem ser formais ou não-formais, que se subdividem em falácias de concernência e falácias de ambigüidade.

[78] ATIENZA, Manuel. As razões do direito. Teoria da argumentação jurídica. Landy. São Paulo, 2003, pág. 30.

[79] Idem, página 31.

[80] Também chamados de argumentos dedutivos, pois podem ser obtidos por outros meios que não o método racional, onde a passagem das premissas a conclusão não é necessariamente feita.

[81] ATIENZA, Manuel. As razões do direito. Teoria da argumentação jurídica. Landy. São Paulo, 2003, pág. 34.

[82] Esta interpretação, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, serve para os julgadores construírem suas decisões, muitas vezes fundamentando aquilo que eles querem, isto porque decidir, mesmo que não corresponda necessariamente com a realidade dos acontecimentos. Em razão da multiplicidade de elementos e conseqüências das decisões, muitas vezes os juízes buscam fundamentar suas decisões de acordo com suas crenças, buscando na argumentação a legitimação necessária para que sua decisão seja aceita e considerada válida.

[83] Somente neste momento é que efetivamente surge a norma jurídica. Isto porque a norma é geral e abstrata, e deve ser interpretada de acordo com o caso concreto. Esta interpretação se dá no nível da regra, por meio dos valores, manifestados pelos princípios, como já visto, como no nível da valoração das provas, que se refere ao estudo e verificação dos fatos. Só assim que o indivíduo conhece a norma jurídica.

[84] Como já dito, o silogismo surge como mecanismo de controle do magistrado. A burguesia, para não sofrer interferência na esfera privada, além de desenvolver a teoria dos direitos fundamentais, também determinou que as decisões deviam ser fundamentadas por meio de um processo científico.

[85] Há uma estória em que um juiz nunca teve uma decisão recorrida, sendo sempre aceita pelos jurisdicionados. Quando perguntado como conseguia tal feito, contou que jogava os autos para cima: se caíssem em cima da mesa, julgava procedente; se caísse no chão, julgava improcedente. Após, fundamentava de maneira a convencer os jurisdicionados, sempre de maneira eficiente.

[86] ATIENZA, Manuel. Op. Cit., pág. 36.

[87] Idem, página 37.

[88] Manuel Atienza apresenta em sua obra citada um caso do Tribunal Constitucional onde o princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio também se aplica à sede social de empresas, equiparando estas analogicamente a residências, acrescentando-se uma nova premissa, ampliando o alcance da norma.

[89] Ou seja, o resultado seria lógico, porém não desejado.

O CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E A LIMITAÇÃO AO PODER ESTATAL: A FUNÇÃO CONTRA-MAJORITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PROTEÇÃO AO MAIS DÉBIL*

CONSTITUTIONALISM, DEMOCRACY AND LIMIT STATE POWER: THE COUNTER-MAJORITARIAN FUNCTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS PROTECTION TO THE FAINTEST

Rosberg de Souza Crozara

RESUMO

O presente trabalho aborda o constitucionalismo como fenômeno relativamente recente na sociedade moderna, representando movimento ideológico de limitação ao exercício do poder estatal. Por conta disso será objeto da pesquisa a noção de democracia constitucional, como desenvolvida por Luigi Ferrajoli, em suas duas dimensões: a formal e substancial. Assim, também será abordado à função contra-majoritária dos direitos fundamentais, principalmente como instrumento de limitação ao exercício da violência legal.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUCIONALISMO, PODER, DEMOCRACIA, DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, GARANTISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

This paper discusses constitutionalism as a relatively recent phenomenon in modern society, representing an ideological movement of limitation on the exercise of state power. Because of this shall be the subject of research the concept of constitutional democracy as developed by Luigi Ferrajoli in its two dimensions: the formal and substantial. Thus, also will address the role of counter-majoritarian rights, mainly as an instrument of limitation on the exercise of legal violence.

KEYWORDS: CONSTITUTIONALISM, POWER, DEMOCRACY, CONSTITUTIONAL DEMOCRACY, WARRANTIES, RIGHTS.

1.0 A introdução: A Contextualização do Novo Constitucionalismo.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O fenômeno do constitucionalismo é relativamente recente na sociedade moderna[1]. Para situar o contexto histórico em que se desenvolveu esse fenômeno, servindo como marco a etapa final dos Estados Absolutistas, onde o poder do monarca era incontestável, pois, até então, não existiam quaisquer instrumentos formais de limitação de poder. O Estado de Direito Constitucional nasceu da crise dos velhos regimes absolutistas com um duplo objetivo: minimizar o poder subjetivo do soberano e criar uma concepção de sistema político, potencializando suas funções e garantias[2]. A partir da formação de organizações sociais centralizadas iniciou um período de nascimento de Estados Constitucionais cuja principal característica era a de vinculação entre Estado e Constituição.

Diante do fechamento desse ciclo histórico dos Estados Absolutistas surge o movimento ideológico de criar uma forma de limitação, ainda que incipiente, do poder, aliado ao controle e instrumentalização do exercício de Governo, através de direitos mínimos a serem garantidos por parte dos Estados. Por isso, Juan Fernando Sergovia, afirma que los derechos constitucionales son un obstaculo al voluntarismo de los gobernantes son limites y protección contra la arbitrariedad del gobierno[3].

A forma encontrada por esse movimento ideológico consistiu na criação de um instrumento estatal, formal e funcional, denominado de Constituição, como maneira de racionalizar o exercício do poder, dotado de supremacia, perante as demais ordens legais do Estado[4], consagrando a limitação deste de maneira racional. A Constituição é o fundamento de validade superior do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal[5], dotada de supremacia e instituidora de garantias. Portanto, o fenômeno do constitucionalismo construiu na concepção de limitação ao exercício do poder, através de um instrumento formal, editado por um ente hierarquicamente igual aquele que exercerá a soberania, em um determinado território, posteriormente a edição da Carta Magna, mas, por sua vez, legitimado pelo povo[6], como a maneira racional para o exercício do poder soberano.

O constitucionalismo[7] detém um importante papel na consolidação dos direitos fundamentais, através da positivação[8], nos textos constitucionais, conferindo o dever jurídico de respeito[9] do Estado em face dos indivíduos. O caráter inovador do constitucionalismo contemporâneo, como assevera Lenio Streck, tem influído poderosamente determinado aspectos de constitucionalização de direitos[10].

Todavia, com envelhecimento dos textos constitucionais, aliado a maior complexidade das sociedades[11] e, sem deixar de mencionar, o aumento das demandas sociais faz com que a simples existência formal de direitos fundamentais não seja suficiente para efetivação dos direitos existentes e consagrados nos textos supremos.

Nesse novo contexto, principalmente após a segunda grande guerra mundial, de reclames acerca da ausência de efetivação dos direitos constitucionalmente reconhecidos e positivados nesses textos faz surgir movimentos de contestação, criando outras correntes ideológicas na tentativa de efetivação de direitos. A constituição assume nesse momento o papel de ser a garantia dos direitos expressados ou não de maneira positivada[12]. No Brasil essa tentativa de cumprimento de direitos ganhou contornos muito mais acentuados do que nos países da Europa, pois, no caso brasileiro, a dependência do Estado seja por conta do assistencialismo ou, até mesmo, pela

hipertrofia do Poder Judiciário, faz com que esse fenômeno seja mais necessário e crescente.

A posição mais acentuada do Poder Judiciário, através da jurisdição constitucional, representado na importância do controle difuso de constitucionalidade, constitui, como defende Rogério Bento, na função contra-majoritária de defesa da superioridade constitucional, valorizando a prática democrática de coerência na proteção dos direitos humanos supra-estatais[13].

Ausência de cumprimento de direitos consagrados na Constituição, resultado de uma preocupação formal com positivação de direitos, teve como consequência uma decadência ao acesso de direitos básicos por parte do cidadão. Com esse cenário de existência de um direito, mas sem efetividade real, surge a necessidade de conferir um caráter material aos direitos, até então apenas positivados.

Assim, de que maneira esse novo constitucionalismo, vinculado a democracia, realizará a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, especialmente na ordem do Direito Processual Penal?

O questionamento reside no alto grau de inefetividade do texto constitucional denominado de "baixa constitucionalidade[14]" que afasta a força principiológia da constituição aos fatos trazidos para o judiciário.

2.0 O constitucionalismo: Constituição e Estado, legitimidade pela regra da maioria.

A questão da efetividade dos direitos é um tema bastante recorrente no direito contemporâneo. Para André Ramos Tavares, o constitucionalismo possui quatro vertentes para a sua concepção. A primeira consistiu em limitar o poder arbitrário, a segunda acepção foi imposição da existência de cartas constitucionais escritas; a terceira teve como finalidade a de indicar os propósitos das constituições nas sociedades e, por fim, a última concepção foi a de vincular a evolução histórico-constitucional de um determinado Estado[15].

O constitucionalismo foi uma conquista e um legado do passado, sendo para Ferrajoli, o legado mais importante do nosso século, pois foi um programa para o futuro em dois sentidos: no primeiro momento, no sentido de que os direitos fundamentais incorporados pelas constituições devem ser garantidos e efetivados concretamente pelo Estado; e em outro sentido, justifica o autor para a importância do constitucionalismo, pois representaria o dever de respeito dos direitos fundamentais em face de todas as esferas de poder, seja público, privado ou em âmbito internacional[16].

Esse modelo jurídico teve como ideia a consolidação de um extenso catálogo de direitos, em textos constitucionais, com status de direitos fundamentais[17], gozando de força normativa. Além desse quadro complexo de direitos fundamentais, o ideal de democracia também representou uma característica marcante do constitucionalismo. Esse positivismo jurídico, segundo Écio Oto Ramos Duarte, expressou, no constitucionalismo do início do século, uma forte separação conceitual entre direito e

moral, rechaçando o critério material de validez normativa são os principais fundamentos da teoria positivista[18], desenvolvida nesse momento histórico por Herbert Hart[19].

A representação apenas formal dos direitos fundamentais teve uma importância substancial na consolidação das democracias nos Estados modernos. Pois, com a presença, ainda que em caráter formal, de direitos nas constituições impões ao poder estatal um limite, permitindo certo controle nesse exercício.

Para a consolidação dos direitos fundamentais, levando em consideração os anseios da sociedade, o Estado adotou a regra democrática como forma de legitimação do poder e, consequetemente, a possibilidade de introdução, via democrática, de direitos nos textos constitucionais.

Assim, nessa primeira etapa do constitucionalismo, a concepção de democracia era a chamada democracia majoritária ou plebiscitária[20], pois era representada pela regra da maioria, fundamentada na soberania popular. Da premissa da soberania popular, efetivada via maioria, é vista por Ferrajoli como a desqualificação das regras e dos limites, pois é presente a idéia de que o consenso da maioria legitima qualquer abuso[21].

O próprio Rousseau invoca o perigo da ilusão do povo (maioria) na discussão da vontade geral, pois "se conclui que é sempre reta a vontade geral e tende sempre à pública utilidade; mas não se segue que tenham sempre a mesma inteireza as deliberações do povo[22]". Continua o filósofo no sentido de que "sempre se quer o bem, mas nem sempre se vê: nunca se corrompe o povo, mas iludem-no muitas vezes, e eis então quando ele quer o mal[23]".

Visualizar a democracia como sendo um dever de obediência às decisões coletivas tomadas com base nas regras do jogo, através de acordos preestabelecidos, traduzindo uma racionalidade. O principal sinônimo de racionalidade é aquela que permite solucionar os conflitos que surgem, em cada situação, sem recorrer à violência recíproca[24]. A existência e legitimidade do Estado Constitucional, sendo o ente dotado de poder para solucionar os conflitos, em nome da maioria, foi um dos fundamentos para o surgimento dos Estados Nazistas e Fascistas que eram assentados em uma democracia de caráter formal[25].

Portanto, após a segunda guerra, como dito, o pensamento jurídico, principalmente os voltados para a questão de legitimidade do Direito, foram voltados para a necessidade de proteção eficaz dos direito humanos e positivação dos direitos fundamentais.

O critério da regra majoritária é um método de tomada de decisão legítima do ponto de vista da vontade do povo, porém a noção de democracia é mais ampla. O poder majoritário precisa ser limitado, ou seja, a esfera de decisão da maioria é juridicamente limitada pela Constituição.

2.1 Garantismo e constitucionalismo.

O nexo entre garantismo e constitucionalismo, identificado no estado constitucional de direito, é a única ordem constitucional possível para a realização do projeto garantista. Isso porque é a positivação do *dever ser* constitucional que impõe ao próprio direito positivo a sua efetivação[26].

A ideologia do garantismo necessita do constitucionalismo para haver a realização do seu programa, todavia a reciprocidade é patete. O próprio constitucionalismo se alimenta do projeto garantista para condicionar a legitimidade do exercício do poder, em face do cumprimento de certas exigências morais que se aglutinam nos direitos fundamentais[27].

Ademais, para a efetivação do modelo ideal é preciso defender o modelo da estrita legalidade penal e processual penal. Esse modelo foi elaborado pela tradição liberal contra as violações da qual é objeto das atuais tendências legislativas, fundamentada em um modelo de legalidade penal preventiva e inquisitorial[28].

Desta concepção de ligação do constitucionalismo com a ideologia do garantismo surge a mudança do foco de parâmetro de validade da lei penal. Essa transformação consistiu na alteração do paradigma que antes era somente a lei penal para depender, nesse novo contexto, da coerência constitucional, justificada essa coerência nos direitos fundamentais. Diz Ferrajoli:

En efecto, también en el derecho positivio las actuales constituciones rígidas han introducido una dimensión sustancial, en virtud de La cual validez de las normas legales está condicionada por La coherencia de sus significados o contenidos con los principios constitucionales[29].

Outra premissa do garantismo é a separação entre direito e moral. A distinção reside na autonomia das esferas do direito e da moral. Ou seja, o direito não deve ser nunca utilizado como instrumento de coação moral. Nem, portanto, a moral deve ser pautada pelo o direito. Justamente nessa racionalidade que se desenvolve o paradigma garantista no constitucionalismo moderno[30].

Portanto, o novo modelo de legalidade garantista tem como finalidades a de minimizar o poder subjetivo do controlador dos instrumentos legais e aparatos e a de maximizar o poder objetivo do sistema político inerente as novas funções.

3.0 A Democracia Constitucional: Da dimensão formal e substancial da democracia.

Em resposta a democracia da maioria dominante e ainda presente nos dias atuais como forma de legitimação dos Estados Constitucionais, detendo a característica de soberania popular, representada pelos interesses da maioria, não se mostrou suficientemente capaz

de resolver os problemas por ele mesmo criados. Esse problema impulsionou a reflexão de outra fonte de legitimação.

Essa outra forma de legitimação para a tomada de decisões, fundamentada em um conjunto de limites impostos pela constituição a todo o poder, é que Ferrajoli chamou de *democracia constitucional**[31]***. O sistema de garantias concebe a democracia como sistema frágil e complexo, pautado na separação e equilíbrio entre os poderes, bem como de garantias dos direitos fundamentais, através de técnicas de controle e de reparação contra suas violações[32].

A mudança do paradigma da democracia da maioria para uma democracia constitucional ocorreu justamente com a verificação de como o direito foi utilizado durante as ditaduras nazistas e fascistas, sendo impulsionada pela força da maioria, única fonte de legitimação do poder. Por conta disso é que o ponto de partida da democracia constitucional consiste no fator de legitimação do poder não poderá residir somente no caráter popular, sob pena de violação aos direitos fundamentais[33].

O estabelecimento do elo entre a regra da maioria e o Estado[34] como forma de verificação da legitimidade na tomada de decisões. Isso representa apenas a dimensão formal da democracia. Ferrajoli faz uma crítica na dimensão apenas formalística para a democracia, pois, segundo o autor, não será apenas com o respeito das formas e dos procedimentos que serão legitimados as decisões do Estado[35]. Por conta disso é que na democracia constitucional além da dimensão formal da democracia, existe a sua dimensão substancial.

A dimensão substancial da democracia constitucional representa o conteúdo das decisões, fundamentada na garantia e nos métodos de proteção dos direitos fundamentais[36]. Portanto, a democracia defendida pelo Ferrajoli inclui juntamente com a dimensão formal a concepção substancial, referente ao conteúdo ou a própria substância das decisões, como modelo de legitimação do poder do Estado e, ainda, forma de proteção das minorias[37].

A preocupação reside não somente em estabelecer previamente as regras do jogo, ou seja, não basta entender a democracia como sendo o respeito às regras do jogo[38], mas sim discutir, também, o caráter substancial dessas regras na formação das decisões.

O objetivo precípuo da democracia constitucional é encontrar sustentáculo em um modelo de garantias, limites e vínculos aos poderes da maioria por obra das Constituições Nacionais, sempre com a função de proteger os direitos fundamentais[39].

Assim o objetivo da democracia constitucional ou funcional é a de impor, através das constituições, um sistema de garantias dos direitos fundamentais contra qualquer ato de poder que venha a limitar ou suprimir tais direitos, mesmo sob a “legitimação” dos interesses da maioria. Por esse motivo é indispensável situar os contornos dos direitos fundamentais.

A força contra-majoritária dos direitos fundamentais, representado pelo conjunto de garantias asseguradas universalmente e igualitariamente aos indivíduos, constitui na declaração da exclusiva tutela dos frágeis[40]. A noção de proteção integral mediante

os direitos fundamentais efetiva-se sempre que exista uma relação de desequilíbrio entre detentor do poder e o individuo.

Assim, na relação do Direito Penal, por exemplo, a proteção ao mais fraco se concretiza na tutela da vítima. Já no âmbito do Direito Processual Penal o mais fraco, o débil da relação dialética do processo, sempre será o réu. O significado dessa proteção, sedimentado na democracia substancial, é a maximização das garantias como instrumento de defesa pessoal contra manifestações da "vontade popular" – maioria – de punições emblemáticas com a máxima repressão[41].

A legitimação do *jus puniedi* reside na própria constituição e não na vontade da maioria. No conflito entre segurança e liberdade ou defesa social e direito do imputado existe a supremacia da constituição para evitar uma preponderância dos fins sobre os direitos fundamentais. Portanto, a punição somente se torna legítima na medida em que as garantias incorporadas na constituição são respeitadas e cumpridas, pois essa dialética do processo é uma construção do Estado constitucional[42].

4.0 Os Direitos Fundamentais: A presença constante nos textos constitucionais.

A confirmação política de enfrentamento das barbáries cometidas pelos regimes autoritários, aliado a adoção da democracia, representou um forte movimento de consolidação de textos constitucionais com um caráter de rigidez mais acentuado, em nome da efetivação da ideologia política.

A idéia de supremacia constitucional, para Luis Roberto Barroso tem seu fundamento associado a dois pilares da ciência constitucional: a distinção entre poder constituinte e poder constituído e, entre, constituições rígidas e flexíveis[43]. A noção de distinção entre os poderes constituintes e constituídos reside no fator de que a esfera de decisão[44]dos poderes constituídos é limitada pelos direitos fundamentais, originalmente positivados pelo poder constituinte. Em outro lado, a rigidez constitucional está intimamente ligada ao processo legislativo especial de alteração dos textos constitucionais, contrariamente as constituições flexíveis cuja alteração ocorre via processo legislativo ordinário. Nesse ponto é que Ferrajoli afirma que as Constituições[45], através da constitucionalização rígida dos direitos fundamentais, não podem sofrer alterações nesses direitos mesmo em uma convenção majoritária[46].

A natural rigidez dos direitos fundamentais e, portanto, das normas constitucionais correspondentes precisamente porque são direitos de todos e de cada um, não podem ser suprimidos nem reduzidos pela maioria. Por isso Ferrajoli expressa que "la constituición es patrimônio de todos e de cada uno, razón por la cual ninguna mayoría puede materle mano sino con um golpe de Estado y uma ruptura ilegítima del pacto de convivencia[47]".

Portanto, a supremacia da constituição é um importante princípio de Direito Constitucional que aperfeiçoa a proteção e, por conseguinte, cria uma possibilidade da efetivação dos direitos fundamentais por limitar a esfera de decisão do poder da maioria em face das minorias.

Após trazer a regra da supremacia da constituição como forma de limitação ao poder do Estado nas decisões referentes aos direitos fundamentais é preciso elaborar um conceito para os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais possuem um caráter dimensional em sua conceituação. Existem as definições no sentido material e no sentido formal ou estrutural. A definição no sentido formal ou estrutural consiste em dizer que os direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos[48] que correspondem universalmente a todos os seres humanos em quanto dotados de status[49] de pessoal, de cidadãos ou pessoa com capacidade de ação[50].

Para Ferrajoli, que propõe uma definição estrutural, os direitos fundamentais, ainda estando estipulados positivamente sancionados pela lei e constituições nas atuais democracias, prescinde da circunstância de fato de que tais direitos se encontrem formulados em cartas constitucionais ou leis fundamentais[51]. Assim, os direitos fundamentais devem está posicionados em textos constitucionais, dotadas de supremacia, para imposição em face do poder estatal. Assim, Ferrajoli compreende os direitos fundamentais, *in verbis*:

Propongo uma definición teórica, puramente formal o estructural, de < derechos fundamentales>: son <derechos fundamentales> todos aquelles derechos subjetivos que corresponden universalmente a <todos> los seres hunanos em cuanto dotados del status de personas , de ciudadanos o personas com capacidad de obrar; entendiendo por <derechos subjetivo> caulquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a um sujeto por uma norma jurídica; y por status la condición de um sujeto, prevista asimismo por uma norma juridica positva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas[52].

Ainda nesse sentido, mas em uma visão jus-material, a concepção de Alexy se sustenta na noção de que os direitos fundamentais são vinculados a sua forma de positivação, segundo a qual são todas as disposições intituladas “direitos fundamentais, independentemente daquilo que por meio delas seja estabelecido[53]”. Tais direitos constitucionalmente positivados têm um caráter de princípios e, consequentemente, princípios como mandados de otimização[54]. A esta noção dos direitos fundamentais se fundamenta na importância de ser um mandado de proibição para a discricionariedade do legislador[55], legitimando a ordem constitucional vigente.

De outra maneira, a visão material para os direitos fundamentais consiste em afirmar que esses direitos são apenas aqueles direitos que constituem os fundamentos do próprio Estado. Essa definição de Carl Schmitt, trazido por Alexy, onde os fundamentos do Estado fazem parte de um grupo de direitos, vinculando os direitos fundamentais a uma determinada concepção de Estado, reconhecidos e protegidos pela constituição, representando uma concepção material dos direitos fundamentais[56].

A relação entre direitos fundamentais e processo penal perpassa na noção de qual escolha política de exercício da violência legal. Assim, toda a disciplina da coerção

pessoal é função de uma opção política entre a razão do Estado e a razão do individual[57].

5.0 A existência do Processo Penal Simbólico: violação dos direitos fundamentais.

Com a presença do Estado Democrático de Direito, baseado na disciplina legal, o monopólio da força é estatizado com o fim de minimizar a violência entre os indivíduos. Assim, o uso da violência simbólica é exercido através da violência legal, ou seja, toda e qualquer ato de força do Estado precisa, necessariamente, da autorização legal prévia, sob pena de afastamento da democracia. Para Ferrajoli a violência das penas somente se legítima quando e na medida que seja capaz de prevenir violências maiores produzidas pelos delitos e por reações aos delitos que se cometem fora do âmbito legal[58].

É nesse contexto da força legal que o instrumento do direito mais utilizado, como forma repressiva são o Direito Penal e o seu Processo Penal. O critério da força legal, segundo Ferrajoli está na possibilidade de oferecer um critério de legitimação e justificação da violência penal e, consequentemente, um critério de deslegitimação da violência legal supérflua[59].

Para legitimar e justificar a violência legal existe dois modelos oposto de legalidade: a primeira própria do Estado Democrático de Direito e constitucionalizado nos textos políticos é chamado de estrita legalidade; Todavia, em Estados de Direito pautados apenas na formalidade dos textos a justificação do uso da violência legal é denominado de mera legalidade[60].

A estrita legalidade consiste em uma técnica legislativa idônea para disciplinar e limitar mais rigidamente a violência institucional e, em geral, o exercício dos poderes coercitivos, através da determinação normativa de seus pressupostos[61]. Ferrajoli conceitua o princípio da estrita legalidade como forma ideal de legislação penal e processual penal, *in verbis*:

El principio de estricta legalidad puede ser redefinido como una norma meta-legal que condiciona la validez de las leyes que autorizan el exercicio de la violencia a una serie de requisitos sustanciales correspondientes AL conjunto de garantias penales y procesales[62].

Por sua vez, a mera legalidade é a técnica legislativa que consiste na autorização legal de poderes violentos não vinculados rigidamente pela lei.

Assim, a violência legal supérflua consiste no uso, em excesso do Direito Penal, com criminalizações de condutas com baixo ou nenhum conteúdo lesivo, bem como a utilização de instrumentos de coação pessoal, através do Processo Penal, antes mesmo de uma definição da responsabilidade penal do indivíduo, como forma de antecipação de pena, representando a desnecessidade do uso da violência simbólica.

Desta forma, constantemente se vive o fenômeno do processo penal simbólico que é visto por Fauzi Hassan Choukr como “o emprego simbólico do direito e processo penal como técnica de dominação e reprodução do poder[63]. Assim, a utilização desse processo penal simbólico como forma de dominação há uma clara invasão na seara dos direitos fundamentais[64]. Outra característica das legislações de emergência é a constante utilização de figuras legais elásticas e não taxativas que possibilitam um amplo espaço para arbitrariedade, bem como do abuso crescente das custódias cautelares como forma de antecipação de pena[65].

A manifestação desse Direito e Processo Penal simbólico como instrumento de combate a determinadas classes são considerados hierarquicamente inferiores aos demais cidadãos, ou melhor, verdadeiros inimigos do Estado. Essa filosofia de combate aos inimigos teve como fundamento a doutrina de Günter Jakobs e Cancio Meliá, no livro *Derecho penal del enemigo**[66]***, descrevendo uma postura do Estado contra uma determinada classe de indivíduos, ditas criminosas, que são denominadas Inimigos. Esses criminosos são inimigos da sociedade. Para os autores, o inimigo não é pessoa, é um indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa, ou seja, o inimigo é uma não pessoa e como tal, não é sujeito processual, logo, não poderá aproveitar-se dos direitos processuais inerentes aos cidadãos[67].

Diante disso, tais inimigos não poderiam ser abrangidos por nenhuma garantia individual, ou seja, para os inimigos apenas os rigores da lei penal, sem qualquer garantia penal ou processual, representando uma política de repressão dos Estados de extrema direita[68]. As ideologias políticas desses Estados são fundadas em grande apelo popular, sendo legitimados pela vontade e interesses da maioria[69].

Para Ferrajoli, existe uma divergência entre o direito e a realidade, ou seja, entre a normatividade do direito e sua efetividade no mundo do real[70]. A questão reside precisamente na normatividade do direito com respeito às condutas reguladas, incluindo o funcionamento real das instituições e de seus aparatos de poder[71].

O processo penal tem um funcionamento real que, em muitos momentos, se afasta da normatividade legal, sendo utilizado como instrumento autoritário de defesa social, como visto na doutrina portuguesa:

É patente que o problema político do processo penal se sintetiza nisto: ou se trata dum instrumento autoritário a usar para fins de <desinfecção social>, através da eliminação dos elementos anti-sociais na base de um critério enformador de defesa social já denunciado por Carrara; ou de um meio de que o Estado se serve em homenagem a um critério de justiça retributiva para determinar a culpa de um argüido e, portanto, para garantir para além do domínio da culpa, o espaço da liberdade[72].

É justamente nesse ponto que os direitos fundamentais, na democracia constitucional, são considerados a *leyes del más débil**[73]***, pois exercem as garantias na proteção e efetividade dos direitos fundamentais, em face do poder de violência simbólico.

Portanto, nessa escolha política, referente qual modelo de processo penal deverá optar, é que os direitos fundamentais são decisivos em direcionar no caminho da proteção das liberdades, afastando qualquer flerte com o autoritarismo, aliando a noção de democracia. Nos Estados autoritários a legitimidade é exercida pelo poder. Desta forma, o poder limita o exercício da jurisdição, exemplo recente na história brasileira. Todavia, nos Estados democráticos é a jurisdição que limita o poder. Assim, é o caso contemporâneo brasileiro onde qualquer exercício de poder precisa ser amparado na legalidade, sendo possível o controle prévio e posterior da jurisdição.

6.0 A efetividade dos direitos fundamentais: *la ley del más débil*.

Da afirmação que os direitos fundamentais estabelecem imposições positivas e negativas ao Estado, no sentindo das obrigações de agir, através de prestações positivas, de condições para o convívio social e, de outro lado, os aspectos negativos da proibição das violações dos direitos fundamentais é que reside a questão da efetividade desses.

Os princípios constitucionais decorrentes dos direitos fundamentais representam mandados de otimização em dois momentos. Em um primeiro sentido, servindo de orientação para o Legislador no instante da elaboração das leis penais e processuais de conferir uma legitimidade democrática substancial. Assim, não basta a lei respeitar o processo legislativo formal é preciso possuir também um caráter substancial de democracia nos textos penais e processuais penais. O segundo momento incide no ato de julgamento.

Nesse segundo instante, o magistrado criminal exerce um papel fundamental no cumprimento dos direitos fundamentais, pois no controle da supremacia constitucional, esse deverá afastar as leis contrárias à constituição. O positivismo do novo constitucionalismo não traduz mais aquele modelo de Kelsen, em que não caberia ao magistrado interpretar a aplicabilidade da lei, pois o juiz, nesse novo contexto, não está mais adstrito à lei. Portanto, estando essa lei em desacordo substancial com a constituição caberá ao magistrado a não aplicação desta, a despeito de ser uma lei com vigência plena[74]. Não se pode negar que as bases teóricas de Ferrajoli se desenvolveram no positivismo de Kelsen e Hart e na filosofia analítica de Bobbio a partir dos anos 50. Todavia, diferentemente da noção descritiva, sem conteúdo axiológico, fundamentado puramente no paradigma legalista, Ferrajoli reclama uma visão mais constitucional, lastreado em conteúdo axiológico, servindo como fonte legitimadora do direito[75].

O novo poder constitucional não estabelece apenas limites à competência do Estado no exercício da violência legal, mas também representa um complexo de normas materiais que condicionam a atuação do Estado na obtenção dos fins e objetivos[76]. Portanto, o juiz constitucional em contato permanente com os valores da carta magna deve ser capaz de aplicar a hermenêutica de maximização dos efeitos dos direitos fundamentais no sentido de afastar leis ou decisões que contrariem o quanto disposto nela[77]. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro permite que todos os órgãos judicantes sejam juízes constitucionais. A fiscalização incidental ou difusa de leis ou atos normativos possibilita o cumprimento imediato dos princípios constitucionais no caso concreto, diminuído sensivelmente a distância entre os indivíduos e a constituição.

No ano de 2006, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959/SP reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 que vedava a progressão de regime para os condenados por esses crimes ou equiparados na medida em que o cumprimento da pena se dava em regime integralmente fechado por conflitar com o princípio constitucional da individualização da pena, art. 5º, inciso XLVI, da CRFB. O Supremo expressou que qualquer restrição a direitos fundamentais precisa possuir uma fonte de legitimação constitucional.

Portanto, cabe ao magistrado interpretar se aquela restrição ao direito fundamental, no caso sob análise, possui legitimidade constitucional para ser aplicada, pois se não existir ou extrapolar os limites constitucionais deverá ser afastada sob o fundamento da inconstitucionalidade. Desta forma, preleciona Lenio Streck:

No Brasil qualquer juiz de direito de primeira instância pode deixar de aplicar uma lei, se entendê-la inconstitucional. Note-se: o juiz singular não declara a inconstitucionalidade de uma lei; apenas deixa de aplicá-la, isto porque somente na forma do art. 97 da CF é que pode ocorrer a declaração de inconstitucionalidade[78].

La ley del más débil, por si só, desempenha a proteção e efetividade plena das garantias dos indivíduos, seja no instante da edição de leis ou na aplicação, em face dos poderes do Estado. No modelo da teoria do garantismo penal[79] os axiomas do processo penal democrático representam princípios nos quais o Estado deve respeitar. Assim, a estrita jurisdicionalidade, o sistema acusatório, o ônus da prova para acusação e o contraditório são sempre a afirmação de como as "*leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría em su ausência*[80]".

Enfim, é preciso maximizar as regras dos direitos fundamentais, através da função garantista do direito e do processo penal, pois pouco importa que a constituição estipule a previsão de instrumentos de proteção, a exemplo do *habeas corpus*, se na mesma legislação existam ainda poderes discricionários ao exercício do poder institucional[81]. Essa contradição entre a constituição e o real exercício de poder representa um sistema de garantias vazias.

7.0 Considerações finais: a proteção e efetividade dos direitos fundamentais como tutela da democracia.

A consagração dos direitos fundamentais foi uma importante conquista das sociedades pós-guerra, pois iniciou um processo gradual de consolidação da democracia. A ausência de legitimidade democrática no exercício do poder representou uma marca dos Estados autoritários, muito embora repousassem em grande apelo popular. A democracia constitucional, via do novo constitucionalismo, tenta maximizar as garantias constitucionais sempre que for necessário à proteção dos direitos fundamentais ou da própria democracia.

Ademais, a regra da maioria é mitigada em certo grau, em virtude dos direitos fundamentais, por representar uma forma de exercício de poder irracional. O fato de

existir uma vontade geral não traduz, necessariamente, em possibilidade de suprimir ou reduzir o âmbito de efetividade desses direitos.

Os direitos fundamentais será a lei do mais débil, ou seja, sempre que um indivíduo estiver em uma situação de desigualdade perante o Estado ou instrumento de poder serão os direitos fundamentais a garantia contra o arbítrio. Então, seja no direito penal, processual penal, direito do consumidor, direito do trabalho ou em qualquer situação jurídica caberá aos direitos fundamentais o limite ao exercício de poder do Estado ou da lei do mais forte.

O processo penal democrático representa o respeito às regras do jogo, estabelecidas em um parâmetro formal e substancial, sem a prevalência de um poder um sobre o outro. É preciso levar a cabo todos os direitos fundamentais, pois combater as ameaças destes é o preço que a democracia deve pagar.

8.0 Referências:

ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudioes, 2004.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo: esayos escogidos**. Editorial Trotta: Madrid, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direito e democracia. 2ª ed. São Paulo: Max limonad, 2000.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: a teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Derechos humanos y constitucionalismo**. Marcial Pons: Barcelona, 2005.

_____. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____. **Garantismo: uma discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

_____. **El garantismo y la filosofia del derecho**. Nº 15. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. 5ª. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JAKOBS. Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAURÍCIO, Artur; PINHEIRO, Rui. **A constituição e o processo penal**. Lisboa: Coimbra Editora, 2007

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

POZZOLO, Susanne. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Martin Claret., Capítulo III.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constituição e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2ª. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en El derecho penal**. Buenos Aires: grupo editorial Ibañez, 2006.

ZIPPELINS, R. **Teoria geral do Estado**. Lisboa: Caloueste Gulbenkian, 1971.

---

[1] *Magna Carta Libertatum* de 1215.

[2] FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofia del derecho**. Nº 15. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 87.

[3] **Derechos humanos y constitucionalismo**. Barcelona: Marcial Pons, 2005, pág. 15.

[4] FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008, pág 27.

[5] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constituição e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2ª. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, pág. 13.

[6] ZIPPELINS, R. **Teoria geral do Estado**. Lisboa: Caloueste Gulbenkian, 1971, pág. 93.

[7] Também denominado, por Juan Fernando Segovia, de *Constitucionalismo Garantista*, pois é a consagração de direitos individuais mínimos que, por estarem presentes na Lei maior (Constituição), acabam ganhando status de proteção máxima.

[8] O positivismo jurídico representou uma forma de consolidação dos Estados Modernos em virtude da forte e única vinculação da existência de direitos sob a possibilidade de promulgação dos órgãos estatais.

[9] Para Ferrajoli existem duas formas de respeito por parte do Estado aos direitos fundamentais positivados: a garantia primaria e a garantia secundária.

[10] STRECK, Lenio Luiz. *Op Cit*, pág. 101.

[11] A complexidade da sociedade será considerada a sociedade do risco, denominada assim por Ulrich Beck, que consiste na produção de incertezas, trazendo consigo uma nova relação social entre os indivíduos e, por via de consequencia, perante o próprio Estado.

[12] NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 67.

[13] NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Op. Cit*. pág. 66.

[14] STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit*. Pág. 381.

[15] **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 3.

[16] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit*., pág. 35.

[17] POZZOLO, Susanne. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006, pág. 79.

[18] Idem. pág. 31.

[19] HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. 5ª. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

[20] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit*., pág. 25.

[21] Idem., pág. 25.

[22] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Martin Claret., Capítulo III, pág. 41.

[23] Idem. *Op. Cit*.

[24] BOBBIO, Noberto., pág. 384.

[25] FERRAJOLI, LUIGI. *Op. Cit*., pág. 77.

[26] FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2006, pág. 16.

[27] Idem. *Op. Cit*. pág. 16.

[28] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit*. pág. 90.

[29] Idem. *Op. Cit*. pág. 16.

[30] Idem. *Op. Cit*. pág. 17.

[31] Idem. pág. 27.

[32] Idem., pág. 27.

[33] Idem., pág. 28.

[34]CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2ª ed. São Paulo: Max limonad, 2000, pág. 108.

[35] *Op. Cit*., pág. 78.

[36] Idem., pág. 79.

[37] Também chamado por Celso Campilongo como função contra-majoritária, por representar uma esfera de proteção às minorias, em face do poder da maioria.

[38] *Op. Cit*., pág. 33.

[39] Idem., pág. 82.

[40] FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit. 42*.

[41] Idem, pág. 196.

[42] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit*. pág. 197.

[43] Interpretação e aplicação da constituição. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, 162.

[44] BARROSO, Luis Roberto. *Op., Cit.* pág. 32.

[45] Sistema de regras, substanciais e formais, que tem como destinatários os próprios titulares do poder. Idem. pág. 32.

[46] FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. pág 84.

[47] Idem. 84.

[48] Entende-se por direito subjetivo como qualquer expectativa positiva de prestação ou negativa (de não sofrer lesões) adestritas a um sujeito por normas jurídicas. *Op., Cit. 37.*

[49] Por sua vez, status é compreendido como a condição de um sujeito, prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos de exercícios destas. Idem. 37.

[50] Definição de Luigi Ferrajoli. Idem. 37.

[51] Idem. 37.

[52] **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 3. ed. Editorial Trotta: Madrid, 2007, pág. 19.

[53] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 66.

[54] ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudioes, 2004, 13.

[55] Idem. 30.

[56] Idem. pág. 66.

[57] MAURÍCIO, Artur; PINHEIRO, Rui. **A constituição e o processo penal**. Lisboa: Coimbra Editora, 2007, pág, 12.

[58] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit*. pág. 92.

[59]Idem. *Op. Cit*. pág. 175.

[60] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit*. pág. 95.

[61] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit*. pág. 92.

[62] Idem. *Op. Cit*. pág. 92.

[63] **Processo penal de emergência**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002.

[64]Idem. pág. 46.

[65] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit*. pág. 96.

[66] JAKOBS. Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pág. 25.

[67] Idem. pág. 35.

[68] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en El derecho penal**. Buenos Aires: grupo editorial Ibañez, 2006, pág. 37.

[69] Idem. pág. 68.

[70] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit***.** pág. 14.

[71] Idem. pág. 14

[72] MAURÍCIO, Artur; PINHEIRO, Rui. *Op. Cit*. pág. 16.

[73] *Op. Cit. pág 43.*

[74] *Op., Cit. pág 22.*

[75] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit. Pág. 12*.

[76]CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo: esayos escogidos**. In: El neocostitucionalismo en su laberinto. Editorial Trotta: Madrid, 2007, pág. 9.

[77] CARBONELL, Miguel. *Op. Cit. pág 10*.

[78] STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit*. pág. 456.

[79] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: a teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 79.

[80] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* pág. 54.

[81] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit*. pág. 103.

ABRANGÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO*

CHAMP D'APPLICATION DU MANDAT DE SÉCURITÉ COLLECTIF

Thiago Caversan Antunes
Luiz Fernando Bellinetti

RESUMO

Trata da questão da delimitação da abrangência do mandado de segurança coletivo. Parte de uma análise perfunctória do histórico do mandado de segurança no ordenamento jurídico nacional. Analisa, resumidamente, as principais diferenças entre interesses individuais homogêneos, interesses coletivos stricto sensu e interesses difusos. Menciona a diferenciação entre o objeto mediato e o objeto imediato, nas demandas judiciais. Faz uma análise perfunctória da doutrina que tratou dos limites do mandado se segurança coletivo, a partir da Constituição Federal de 1988. Refere o tratamento da questão, por parte da nova Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo, em 2009. Alude a possibilidade de persistência de divergências doutrinárias, a respeito do tema de estudo.

PALAVRAS-CHAVES: MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITOS COLETIVOS – TUTELA DE DIREITOS

RESUME

Il traite de la question de la délimitation de la couverture du mandat de sécurité collectif. Il part d'une analyse resumé de la description du mandat de sécurité dans l'ordre juridique Brésilienne. Il analyse, en résumé, les principales différences entre des droits individuels homogènes, de droits collectifs stricto sensu et de droits diffus. Il mentionne la différenciation entre l'objet médiat et l'objet immédiat, dans les actions judiciaires. Il fait une analyse resumé de la doctrine qui a traité des limites du mandat si sécurité collectif, à partir de la Constitution Fédérale de 1988. Il rapporte le traitement de la question, de la part de la nouvelle Loi du Mandat de Sécurité Individuelle et Collective, dans 2009. Il fait référence la possibilité de persistance de divergences doctrinal, concernant le sujet d'étude.

MOT-CLES: MANDAT DE SECURITÉ – DROITS COLLECTIFS – TUTELLE DES DROITS

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO.

O mandado de segurança apresenta-se, historicamente, como um importantíssimo instrumento de garantia dos direitos subjetivos individuais, desde, mesmo, 1934, quando foi inserido, em termos expressos, no texto constitucional brasileiro.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que contemplou a criação do mandado de segurança coletivo, foi criado um novo mecanismo, que se destina à tutela jurisdicional de interesses coletivos *lato sensu*.

Ocorre, todavia, que os limites de abrangência do mandado de segurança coletivo – contemplado no art. 5°, LXX, da Carta Magna de 1988 – sempre foram objeto de alguma controvérsia na doutrina nacional.

O cerne de tal controvérsia está, principalmente, ligado ao objeto mediato do mandado de segurança coletivo – no que se refere à existência de uma dicotomia (ou não) entre os direitos subjetivos individuais e os interesses coletivos *lato sensu*, e, também, no atinente a uma visão de alguma forma restritiva (ou não) no atinente às próprias categorias, especificamente consideradas, de interesses coletivos.

A este respeito, existem, basicamente, três grandes correntes doutrinárias, cujas principais características procurar-se-á referir ao longo deste estudo.

Com a sanção da Lei 12.016, em 07 de agosto de 2009, que se propôs a regulamentar os institutos de mandado de segurança individual e coletivo, alguns importantes pontos relativos ao assunto podem ter sido resolvidos.

Obviamente, muitos outros pontos de interesse persistem, ou, mesmo, surgem, com o advento da nova legislação específica.

Este resumido estudo, em virtude de seus estreitos limites, propõe-se a analisar, exclusivamente, a questão dos limites de abrangência do mandado de segurança coletivo, no que se refere ao seu objeto mediato.

É de se destacar, ainda, desde o início, que inexiste, aqui, qualquer pretensão de que seja o tema exaustivamente tratado, ou que sejam esgotadas as possibilidades a este respeito.

Pretende-se, tão somente, chamar a atenção dos estudiosos do Direito para alguns importantes aspectos, e mostrar que o debate está mais aberto a novas contribuições do que nunca.

1 Breve Histórico do Mandado de Segurança no Direito Brasileiro.

Segundo lição de Temer, o mandado de segurança foi introduzido no ordenamento jurídico nacional com a Constituição de 1934, sem que houvesse, ainda, àquela época, instituto similar na legislação alienígena (1997, p. 179).

De acordo com o autor, a Constituição de 1891 previa o instituto do *habeas corpus* para além de seus limites clássicos, sendo que, na vigência daquela Carta Constitucional, era ele utilizado para defesa de “qualquer direito violado em função de ilegalidade ou abuso de poder” (TEMER, 1997, p. 180).

Ocorre que, com o advento da reforma constitucional de 1926, o *habeas corpus* voltou a ter a sua abrangência limitada às questões relativas ao direito de locomoção.

Tendo sido introduzido, como visto, no texto constitucional de 1934, o mandado de segurança foi suprimido na Carta Constitucional de 1937.

Foi apenas em 1946 que o mandado de segurança voltou a encontrar previsão expressa no texto constitucional, sendo, posteriormente, regulado pela Lei 1.544, de 31 de dezembro de 1951 – que tratava, unicamente, do mandado de segurança individual.

Vale salientar que, mesmo na vigência das Cartas Constitucionais de 1967 e de 1969, marcadas pelo regime de exceção, manteve-se a previsão do mandado de segurança, para garantia de direito líquido e certo.

Na Constituição Federal de 1988, o art. 5°, LXIX, determina, em termos expressos, que

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Ocorre que a Constituição Federal de 1988 previu, também, no art. 5°, LXX, a possibilidade de que seja impetrado mandado de segurança coletivo, que, segundo o texto constitucional, pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.[1]

É importante que reste claro, a esta altura, que antes do surgimento da Constituição Federal de 1988 não houve – no Brasil, ao menos – em textos constitucionais anteriores qualquer referência expressa à possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo.

Logo após o advento da Carta Magna de 1988, e durante a década de 90, houve considerável produção doutrinária em que se procurou delinear as características e os limites do novo remédio constitucional.[2]

O advento da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, renova o debate.

É de se destacar que a doutrina já identifica algumas importantes questões, relativas ao mandado de segurança individual, que, todavia, ficam excluídas dos estreitos limites

deste trabalho, que pretende tratar, ainda que em linhas bastante gerais, exclusivamente da questão da abrangência do mandado de segurança coletivo.

Antes, todavia, de adentrar ao mérito da questão proposta, cabe referir, de forma perfunctória, os caracteres gerais de cada espécie dos chamados interesses coletivos *lato sensu*, como fundamento do que se pretenderá estabelecer como limites da abrangência de objeto do mandado de segurança coletivo, ponto nevrálgico deste resumido estudo.[3]

2 Espécies de Interesses Coletivos *Lato Sensu*.

Conforme se explicitará adiante, os interesses que podem ser objeto de um mandado de segurança coletivo são, efetivamente, transindividuais – isto é, há completa inadequação da via do mandado de segurança coletivo para a defesa dos direitos subjetivos individuais.

Desta forma, a compreensão do tema objeto deste estudo pressupõe algum conhecimento, ainda que basilar, a respeito das características e limites de cada uma das espécies dos interesses transindividuais.

Os assim chamados interesses coletivos *lato sensu* podem ser classificados em três espécies distintas, conforme a natureza da relação jurídica de ordem material a que fizerem referência (TUCCI, 2006, p. 310).

Assim é que o ordenamento jurídico em vigor prevê, em termos expressos, mais precisamente no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, a existência de três categorias distintas de interesses que formam a categoria mais abrangente dos interesses coletivos *lato sensu*: os interesses difusos, os interesses coletivos *stricto sensu*, e os interesses individuais homogêneos.

Os interesses difusos são definidos pelo art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor, como os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

É de se destacar que pode, eventualmente, existir um liame jurídico entre as pessoas que estejam relacionadas a um determinado interesse difuso.

Ocorre, todavia, que tal ligação será, sempre, acidental, e não necessária ou fundamental, e que estará invariavelmente presente a característica de indivisibilidade (TUCCI, 2006, p. 312).

Isto se dá, inclusive, porque os interesses difusos não podem estar ligados a grupos determinados, o que decorre de sua própria definição legal (BELLINETTI, 1997, p. 241).

Há, basicamente, aspectos subjetivos e objetivos que sintetizam a identificação e diferenciação de cada uma das espécies de interesses coletivos *lato sensu*.

No que se refere aos interesses difusos, sob a perspectiva subjetiva, pode-se apontar "as características da indeterminação dos membros do grupo ao qual o interesse pertine, bem como a inexistência de relação jurídica base entre tais pessoas" (BELLINETTI, 2005, p. 668).

Sob o ângulo objetivo, "a característica é a indivisibilidade do bem jurídico, ou seja, uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia" (BELLINETTI, 2005, p. 668).

O art. 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor, define os interesses coletivos *stricto sensu*, como aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.

Cabem, aqui, duas importantes observações.

A primeira diz respeito àquilo que é explicitado, já, no próprio texto legal, isto é, a de que os interesses coletivos *stricto sensu* são – assim como os interesses difusos, ademais – indivisíveis, por definição.

A segunda, bem salientada por Tucci, é a de que a "[...] relação jurídica unívoca que tem o condão de unir o conjunto de pessoas, em tal hipótese, preexiste à ameaça de lesão ou à própria lesão" (2006, p. 313).

Assim, no que se refere aos interesses coletivos *stricto sensu*, sob o aspecto subjetivo, pode-se afirmar "a existência de relação jurídica base entre os membros do grupo [...] ou com a parte contrária, bem como a determinabilidade dos membros do grupo [...]" (BELLINETTI, 2005, p. 668).

Sob a perspectiva objetiva, destaca-se a "indivisibilidade do bem jurídico, significando que uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia" (BELLINETTI, 2006, p. 668).

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 81, parágrafo único, III, inicia, ainda, a definição dos interesses individuais homogêneos, como aqueles decorrentes de origem comum.

Nos dizeres de Tucci, "o direito individual homogêneo é aquele que afeta mais de um sujeito em razão de uma gênese comum, cujo objeto é divisível" (2006, p. 314).

É de se destacar que não se pode perder de vista que os interesses individuais homogêneos são, por definição expressa do próprio texto legal, categoria dos interesses coletivos *lato sensu*.

No que se refere ao aspecto subjetivo, pode-se destacar a "origem comum, consistente na existência de relação jurídica base com a parte contrária, e a determinabilidade dos componentes do grupo a que diz respeito o interesse" (BELLINETTI, 2005, p. 669).

Na esfera objetiva, menciona-se "a indivisibilidade do bem jurídico, pois embora existam várias ofensas, são elas visualizadas englobadamente – daí a indivisibilidade,

porquanto um único provimento a todos aproveita [...]" (BELLINETTI, 2005, p. 669).[4]

Feitas estas observações, ainda que bastante genéricas, a respeito das características essenciais de cada uma das espécies de interesses coletivos *lato sensu*, e apontadas, também perfunctoriamente, as principais diferenciações entre elas,[5] é possível prosseguir com a tarefa a que se propõe este resumido estudo, ou seja, a delimitação da abrangência do objeto do mandado de segurança coletivo.

Antes, porém, é necessário que se refira, ainda que rapidamente, sobre o objeto das demandas judiciais, em geral.

3 Objeto do Pedido em Demandas Judiciais.

A compreensão da questão dos limites de abrangência do mandado de segurança coletivo depende da compreensão do que se chama "objeto" do pedido,[6] nas demandas judiciais, em geral.

É necessário, portanto, que se faça uma referência que, ainda que breve, é fundamental para o desenvolvimento do estudo proposto.

Assim é que se pretende salientar a lição de Moreira de que

Em termos gerais, é possível distinguir, no pedido, um objeto imediato e um objeto mediato. Objeto imediato do pedido é a providência jurisdicional solicitada (ex.: a condenação do réu ao pagamento de x); objeto mediato é o bem que o autor pretende conseguir por meio dessa providência (ex.: a importância x). O objeto imediato (de um pedido) é sempre único e determinado; não assim o mediato (1983, p. 12).

Assim é que se pode afirmar que "[...] sempre haverá o objeto imediato (a prestação jurisdicional pleiteada) e o objeto mediato (o bem da vida que se quer obter)" (BELLINETTI, 1997, p. 236).

É precisamente a respeito da delimitação dos limites do objeto, em geral, e, ainda mais em particular, do objeto mediato, que se refere o problema da identificação dos limites de abrangência do mandado de segurança coletivo.

Este ponto, de fundamental importância para os fins a que se propôs este estudo, será analisado mais cuidadosamente no próximo capítulo.

4 Objeto do Mandado de Segurança Coletivo.

O pedido formulado por meio de mandado de segurança coletivo, como todo aquele que é efetivado em qualquer demanda, contém um objeto imediato e um objeto mediato, que não se confundem, conforme mencionado no capítulo anterior.

Não há grandes dúvidas a respeito de que seja o objeto imediato, neste caso específico, "um provimento jurisdicional ordenando a um agente estatal ou assemelhado a observância de determinado dever jurídico" (BELLINETTI, 1997, p. 236).

A grande questão que se propõe, com este resumido estudo, todavia, é a seguinte: quais seriam os limites do objeto mediato do mandado de segurança coletivo, ou seja, poderia a tutela jurisdicional de todos e quaisquer direitos e interesses, de qualquer espécie, ser pleiteada pela via do mandado de segurança coletivo?

A concepção que se terá a respeito dos limites de abrangência do mandado de segurança coletivo estará, obviamente, ligada à visão que se tem da própria natureza do instituto, e de seu desenvolvimento histórico.

Podem-se resumir os variados posicionamentos doutrinários, a respeito do tema, em três grandes grupos.

Para os partidários do primeiro grupo,[7] em geral, o mandado de segurança coletivo não seria, propriamente, uma figura nova no ordenamento jurídico brasileiro.

Isto porque, segundo tais doutrinadores, seriam veiculados por mandado de segurança coletivo, precisamente, direitos subjetivos individuais, ainda que em conjunto, por meio de substituição processual.[8]

Neste caso, aplicar-se-iam as regras do Código de Processo Civil, no que se refere à configuração da coisa julgada.

Ocorre, todavia, que esta linha de raciocínio leva a conseqüências incompatíveis com os fins e garantias constitucionais, inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Isto porque, salvo melhor juízo, a aplicação sistemática de tal modelo poderia implicar em que transitassem em julgado, com eficácia *ultra pars*, decisões denegatórias da segurança inicialmente pleiteada, por meio do mandado de segurança coletivo.

Ora, neste caso, pessoas que não teriam tido qualquer possibilidade de participação ativa na demanda, e que, possivelmente, não teriam, sequer, pretendido que a tutela de seu direito fosse pleiteada, daquela forma, restariam prejudicialmente atingidas.

A única solução, para o caso, portanto, seria a exigência de que os membros dos grupos referidos no texto constitucional autorizassem, em termos expressos, a propositura do mandado de segurança coletivo, pelo respectivo órgão.

Na prática, haveria, portanto, neste caso, uma ação em litisconsórcio ativo multitudinário (BELLINETTI, 1997, p. 237).

Esta visão, todavia, não parece alinhada com uma interpretação sistemática da Constituição Federal, que dá ênfase às ações coletivas, gênero do qual o mandado de segurança coletivo é espécie.

Isto porque, inclusive, "[...] interpretar que o mandado de segurança coletivo não seria efetivamente uma ação coletiva seria uma interpretação que restringiria o seu âmbito e por isso iria contra os princípios fundamentais da própria Constituição" (BELLINETTI, 1997, p. 238).

Assim é que, salvo melhor juízo, o primeiro grupo mencionado tende a uma interpretação excessivamente restritiva do instituto, que nega a sua natureza de verdadeira ação coletiva, e que cria entraves tais que implicariam na própria inutilidade do mandado de segurança coletivo.

O segundo grupo congrega, em geral, doutrinadores que, a seu turno, consideram o mandado de segurança um instituto efetivamente novo, introduzido pelo texto constitucional de 1988, caracterizado como genuína ação coletiva, por meio do qual pode ser pleiteada a tutela jurisdicional de interesses coletivos *lato sensu* de qualquer natureza.

Assim é, por exemplo, que Silva afirma a possibilidade de partidos políticos impetrarem mandado de segurança coletivo, inclusive para a defesa de direitos subjetivos individuais (2000, p. 460).

O autor afirma, também, entender possível que seja o instituto utilizado para a defesa de interesses difusos (SILVA, 2000, p. 461).[9]

Na mesma esteira, Araujo e Nunes Júnior afirmam que, em seu entendimento,

[...] a locução "mandado de segurança coletivo" indica que o instrumento constitucional deveria servir à defesa de qualquer direito coletivo, em sentido amplo, vale dizer, direitos difusos, coletivos em sentido próprio e direitos individuais homogêneos, sem qualquer espécie de restrição (2001, p. 144).

Os autores complementam, aliás, que

Seguindo essa linha de entendimento, os entes legitimados poderiam ajuizar o *writ* coletivo na defesa de qualquer direito difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo, independentemente de qualquer juízo de pertinência temática entre o direito veiculado e as finalidades institucionais do ente, desde que, na hipótese de impetração dos legitimados indicados pela alínea *b*, houvesse necessidade de preservação de posições subjetivas de seus associados (ARAUJO E NUNES JUNIOR, 2001, p. 144).

Este posicionamento – que reconhece o caráter efetivamente coletivo do mandado de segurança coletivo, e que lhe atribui objeto praticamente irrestrito, inclusive no que se refere a direitos subjetivos individuais –, em que pese a virtude de resolver alguns problemas mencionados anteriormente, também implica em sérias aporias conceituais, conforme será analisado adiante.

No terceiro grupo estão, em geral, aqueles teóricos que adotam uma posição intermediária entre as duas propostas anteriores.

Assim é que para tais doutrinadores o mandado de segurança coletivo seria verdadeira inovação da Constituição Federal de 1988, e se caracterizaria, efetivamente, como ação de cunho coletivo, com objeto restrito a interesses coletivos *lato sensu*.[10]

O posicionamento adotado por este terceiro grupo parece o sistematicamente mais adequado, e a exposição de motivos desta afirmação servirá, também, neste resumido estudo, de análise complementar das teorias sintetizadas nos grupos anteriormente referidos.

É de se salientar que, salvo melhor juízo, parece não haver respaldo científico para a impressão de que a via do mandado de segurança coletivo se preste à tutela dos direitos subjetivos individuais dos membros dos entes legitimados para a sua propositura.[11]

Aliás, é evidente que há outras vias adequadas à tutela dos direitos subjetivos individuais dos membros e associados de tais entes, e não haveria motivo plausível para pretender que o mandado de segurança coletivo se prestasse, também, a esta mesma finalidade.

Resulta, portanto, que o mandado de segurança coletivo é instrumento que foi trazido pela Constituição Federal de 1988 – em plena consonância com o espírito que permeia o texto constitucional, aliás – para a tutela, precisamente, de interesses coletivos *lato sensu*.

Resta saber, todavia, se é viável a utilização do instrumento em questão para pleitear a tutela de qualquer espécie de interesse coletivo *lato sensu*, e se existe ou não a necessidade de verificação de consonância entre o interesse e os fins institucionais do ente legitimado para a sua propositura.

Em primeiro lugar, em que pese a possibilidade de persistência de algumas vozes dissonantes, é de se afirmar a necessidade de que os interesses coletivos *lato sensu*

digam respeito aos fins do ente legitimado à propositura do mandado de segurança coletivo, sob pena de completo desvio de finalidade do instituto.

Assim é que Mello esclarece, com propriedade, que

O mandado de segurança *individual* visa a assegurar o direito pertinente individualmente ao impetrante ou impetrantes, ao passo que o mandado de segurança *coletivo* é via aberta aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa daqueles interesses de seus membros ou associados que concernem ao fator que os congrega na entidade, dadas as finalidades que lhe correspondem e consubstanciam seu objeto social (2002, p. 804).

Isto se dá, basicamente, porque

A dicção do texto constitucional deixa claro que a legitimação conferida para o mandado de segurança coletivo deriva exatamente do fato de estar a entidade defendendo interesses dos seus membros, o que logicamente leva à conclusão de que somente existe tal legitimação quando esses interesses forem específicos do grupo (BELLINETTI, 1997, p. 244).[12]

Assim, resta evidente a constatação de que somente poderão dar ensejo a mandado de segurança coletivo, aqueles interesses coletivos *lato sensu* que se mostrarem pertinentes às finalidades institucionais do respectivo ente legitimado.

Cumpre verificar, contudo, se são todas e quaisquer espécies de interesses transindividuais cuja tutela jurisdicional pode ser pleiteada pela via do mandado de segurança coletivo, mesmo quando ficar caracterizado tal liame.

Ao que parece, o mandado de segurança coletivo mostra-se via adequada para que se pleiteie a tutela jurisdicional de interesses coletivos *stricto sensu* e de interesses individuais homogêneos.

Conforme mencionado anteriormente, no que se refere aos interesses coletivos *stricto sensu*, sob o aspecto subjetivo, verifica-se “a existência de relação jurídica base entre os membros do grupo [...] ou com a parte contrária, bem como a determinabilidade dos membros do grupo [...]” (BELLINETTI, 2005, p. 668).

Ocorre que,

No caso do mandado de segurança coletivo, em função da regra que delimita os que têm legitimidade para a sua propositura, há uma limitação somente para hipóteses de relação jurídica base entre os membros do grupo, excluída a hipótese de relação jurídica com a parte contrária (BELLINETTI, 1997, p. 241).[13]

Vê-se, assim, já, que não são todos e quaisquer interesses coletivos *stricto sensu* que, possivelmente, sejam comuns a mais de um membro do grupo que podem dar ensejo à propositura de mandado de segurança coletivo.

É necessário, desta forma, pela própria natureza do instituto, que o interesse coletivo *stricto sensu* diga respeito à relação jurídica base estabelecida, naturalmente, entre os membros do grupo – excluídos os casos em que acidentalmente houver mais de um membro do grupo ligado a uma relação jurídica estabelecida com a parte contrária, de forma completamente estranha aos interesses do grupo, hipótese na qual a tutela de tais direitos deverá se dar pela via adequada, que certamente não é a do mandado de segurança coletivo.[14]

Aos interesses individuais homogêneos deve-se aplicar, exatamente, a mesma sistemática proposta para os interesses coletivos *stricto sensu*, haja vista o já apontado no Capítulo 2 deste estudo, ou seja, o fato de que a única diferença entre as referidas espécies de interesses coletivos *lato sensu* diz respeito, exclusivamente, ao momento de surgimento da relação jurídica base que permite determinar os membros do grupo.[15]

Assim é que poderão ser, também, objeto do mandado de segurança coletivo interesses individuais homogêneos, quando disserem respeito, fundamentalmente, aos membros do respectivo ente legitimado.[16]

Raciocínio diverso, todavia, deve ser aplicado aos interesses difusos.

Isto porque, como visto anteriormente, o que caracteriza os interesses difusos, sob o aspecto subjetivo, são os fatores de indeterminação dos membros do grupo ao qual tal interesse pertine e de inexistência de relação jurídica base entre tais pessoas.

Ora, se não se pode verificar a configuração de um interesse difuso em virtude da relação jurídica base existente entre os membros de um determinado grupo, e se não se pode admitir a viabilidade de mandado de segurança coletivo, pela sua própria natureza, quando o interesse a ser tutelado configurar-se exclusivamente em virtude de uma relação jurídica eventual entre membros do ente legitimado e a parte contrária, há, evidentemente, uma incompatibilidade conceitual insuperável, que não pode ser ignorada.

Obviamente, não se pretende, de forma alguma, negar a importância de que se garantam meios efetivos para a tutela dos interesses difusos.

Isto não quer dizer, todavia, que se deve passar por cima das incompatibilidades lógico-sistêmicas que inviabilizam a pretensão de que sejam tais interesses tutelados por mandado de segurança coletivo, mormente levando-se em conta que “existem outras

ações coletivas para um âmbito mais amplo (ação civil pública e ação popular)" (BELLINETTI, 1997, p. 243).[17]

Esta convicção é, aliás, compartilhada por Bulos,[18] que afirma ser "[...] impertinente a utilização do *writ* coletivo para tutelar interesses difusos, os quais são perfeitamente protegidos por outros meios processuais, valendo destacar a ação civil pública [...]" (1996, p. 64).[19]

Pode-se, desta forma, entender o mandado de segurança coletivo como inovação da Constituição Federal de 1988, que se caracteriza como genuína ação coletiva, que tem como objeto imediato a concessão de um provimento jurisdicional, dirigido a um agente estatal ou assemelhado, para que se cumpra um determinado dever jurídico, e como objeto mediato a efetivação de um determinado interesse coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo, dos membros do respectivo ente legitimado, e que tenha pertinência com os seus fins institucionais.

A este respeito, parece possível dizer que a Lei 12.016/2009, que se propôs a regular o mandado de segurança individual e coletivo, andou razoavelmente bem.[20]

Isto porque o seu art. 22, parágrafo único, encarta o entendimento[21] de que a via do mandado de segurança coletivo mostra-se adequada, exclusivamente, para a pretensão de tutela de direitos coletivos e de direitos individuais homogêneos.

Há, obviamente, uma série de importantes questões[22] que merecem ser perscrutadas, sob o crivo de uma análise jurídico-científica profunda, mormente com o advento da nova Lei, que se destina à regulamentação do tema, o que fica, todavia, excluído dos estreitos limites deste estudo.

Vale mencionar, de toda sorte, que não se pretendeu com este estudo, de qualquer forma, legitimar qualquer espécie de restrição de abrangência de instituto constitucional de defesa de interesses da coletividade.

Acredita-se, tão somente, que não se pode elastecer o âmbito de incidência de um determinado instituto, de forma arbitrária, em prejuízo daquilo que resulta de uma interpretação sistemática do próprio texto constitucional, sob pena de completa descaracterização de tal instituto, o que, por óbvio, não pode interessar a ninguém que esteja realmente comprometido com os valores homenageados pela Constituição Federal.

Tal conclusão se mostra especialmente coerente, mormente quando se leva em conta a existência de meios adequados à tutela dos interesses que poderiam, em tese, ser inseridos no âmbito de abrangência do mandado de segurança coletivo, como fruto de uma análise menos criteriosa de sua natureza – o que se mostra viável, por exemplo, por meio das ações civis públicas e das ações populares.

Acredita-se, é válido ressaltar, que o mandado de segurança coletivo é um importantíssimo instrumento encartado na Constituição Federal, que deve ser utilizado de maneira plena – respeitados os limites resultantes de uma interpretação sistematicamente coerente do próprio texto constitucional, o que, ao que tudo indica, ao menos a respeito do objeto, foi observado na elaboração da Lei 12.016/2009.

CONCLUSÃO.

O mandado de segurança é um instituto que surgiu, no Brasil, com o advento da Carta Constitucional de 1934, para a defesa de direitos subjetivos individuais, em face do descumprimento do dever jurídico, por agente estatal, no exercício de sua função.

Desde então a previsão expressa do instituto, nos textos constitucionais, mostrou-se relativamente estável.

Durante todo este período, também, doutrina e jurisprudência dedicaram-se de forma recorrente à sua análise e aperfeiçoamento.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a previsão, também em termos expressos, da possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo.

O fato, todavia, de o tratamento constitucional do tema ter sido inegavelmente reduzido, implicou no surgimento de considerável controvérsia doutrinária, a respeito das características e dos limites de abrangência de tal instituto.

A Lei 12.016/2009 homenageou, no que se refere ao objeto do mandado de segurança coletivo, um entendimento que já era defendido, por parte da doutrina, desde meados da década de 1990 – quando o debate doutrinário a respeito do tema se mostrava especialmente ativo.

Assim é que, de acordo com o que parecia, já, sistematicamente mais correto, e, agora, com o que dispõe, também, a própria Lei, mostra-se viável a utilização do mandado de segurança coletivo para veicular a tutela de interesses coletivos *stricto sensu* e de interesses individuais homogêneos, que tenham um liame com os fins institucionais do respectivo ente legitimado.

Ficam, portanto, excluídos do âmbito de incidência do mandado de segurança coletivo os demais interesses coletivos *lato sensu*, o que vale, também, para os interesses difusos, em geral.

É de se destacar, todavia, que esses interesses coletivos *lato sensu*, cuja tutela se mostra incompatível com o mandado de segurança coletivo, têm as suas próprias vias adequadas.

Obviamente, o advento da Lei não resolve todas as questões relativas ao tema, que exige, ainda, muita análise dedicada, por parte dos juristas, em geral, e dos estudiosos do Direito Constitucional e do Direito Processual, em particular.

É claro, também, que, dada a natureza do mandado de segurança coletivo, haverá, ainda, certamente, na doutrina, as vozes dissonantes, que sustentarão que a Lei Ordinária não pode limitar a abrangência de garantia constitucional fundamental.

Parece, todavia, é válido ressaltar, que não é a Lei quem limita a abrangência do mandado de segurança coletivo, mas que os limites resultam da própria natureza do instituto, e dos interesses coletivos *lato sensu*, conforme procurou se demonstrar ao longo deste resumido estudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALVIM, Arruda. *Mandado de Segurança, Direito Público e Tutela Coletiva*. São Paulo: RT, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Mandado de Segurança Coletivo: perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro*. 1997. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

_____. *Definição de Interesses Difusos, Coletivos em Sentido Estrito e Individuais Homogêneos*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 666-671.

BUENO, Cassio Scarpinella. *As Class Actions do Direito Norte-Americano e as Ações Coletivas Brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. In: *Revista de Processo, vol. 82*. São Paulo: RT, 1996, p. 92 a 151.

_____. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de Segurança Coletivo*. São Paulo: RT, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Mandado de Segurança Coletivo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de Segurança Coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000.

EL MAERRAWI, Maria Isabel. *Questões sobre a legitimidade ativa para o mandado de segurança individual e coletivo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1810, 15 jun. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11388>. Acesso em: 24 ago. 2009.

FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo: aspectos polêmicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 4 ed. São Paulo: RT, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

NETTO DE ARAÚJO, Edmir. *Curso de Direito Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de injunção, "Habeas Data"*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PAULA, Adriano Perácio de. *Do Procedimento do Mandado de Segurança Coletivo*. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança: 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002, p. 28 a 37.

REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de Segurança: individual e coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil*. São Paulo: RT, 2006.

---

[1] Aqui cabe a advertência de que não se configurará como mandado de segurança coletivo a demanda em que o partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação pleitear a tutela de direito que caracteriza "interesse pessoal do grupo", isto é, "o próprio interesse da pessoa jurídica" (MANCUSO, 2001, p. 33). Neste caso estará, claramente, delineada a existência de um mandado de segurança individual proposto por pessoa jurídica, o que é perfeitamente cabível. Há, portanto, uma real diferença, ainda que tênue, entre os interesses próprios da pessoa jurídica (argüíveis por mandado de segurança individual) e os interesses coletivos de seus membros, consonantes com as finalidades de tal pessoa jurídica (argüíveis, estes, por mandado de segurança coletivo). A este respeito, a observação de Paula de que "o fato de se apresentar um mandado de segurança impetrado por partido político ou entidade sindical não importa em afirmar previamente que estaria a lidar com o mandado de segurança coletivo, pois, se for requerido nesta ação um registro que houvesse sido negado por uma autoridade, a defesa do direito em questão é de caráter individual e não coletivo" (2002, p. 29). No mesmo sentido, Netto de Araújo esclarece que "na realidade, doutrina e jurisprudência mais atuais e predominantes entndem (especialmente após a Constituição de 1988) que a expressão 'individual' compreende o direito individualizado, que é aquele que tem um titular, que pode ser exercido por um titular. Esse titular nem sempre será uma pessoa física, podendo ocorrer que pessoas jurídicas possuam tal direito, assim como certos órgões despersonalizados, mas dotados de capacidade processual [...]" (2007, p. 1179).

[2] O interesse da doutrina, aliás, é bastante justificável, haja vista que, no que se refere ao mandado de segurança coletivo, especificamente, o "[...] único dispositivo de regência limitou-se a indicar os entes legitimados à sua impetração, deixando de discriminar outros pressupostos para seu cabimento" (ARAUJO e NUNES JUNIOR, 2001, p. 143). A síntese é de que "[...] foi o legislador parcimonioso ao fazer a nova previsão do instituto processual [...]" (PAULA, 2002, p. 28). Assim é que Ferraz observa que "os problemas do mandado de segurança coletivo continuam sendo terreno ainda em consolidação conceitual na doutrina e na jurisprudência" (2006, p. 78).

[3] Para referências mais detalhadas a respeito da evolução histórica e legislativa do mandado de segurança, no Brasil, cf. Remedio (2002, p. 113 a 134); e NETTO DE ARAÚJO (2007, p. 1168 a 1170).

[4] A questão da indivisibilidade dos interesses individuais homogêneos não é pacífica. A doutrina majoritária indica a característica da divisibilidade.

[5] Para uma análise mais aprofundada a respeito do definição de interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos – inclusive no pertinente à opção pela denominação "interesses coletivos *lato sensu*" em detrimento de "direitos coletivos *lato sensu*" –, consultar estudo anterior de Bellinetti a respeito do tema (2005).

[6] Destaque-se que, tendo-se em conta a regra geral de que o pedido inicial fixa os limites da lide, pode-se dizer que o objeto do pedido constitui, também, em geral, o objeto da própria lide.

[7] A este respeito, *v. g.*, Passos (1995, p. 69 e 70) e Bueno (1996, p. 117 a 125 e 2002, 321 a 339). Dantas afirma, em termos expressos, que, em seu entendimento, "[...] a Constituição não enseja interpretação tendente a considerar que o mandado de segurança coletivo é um novo *writ* constitucional, além do mandado de segurança tradicional, do *habeas corpus*, do *habeas data* e outros que tais" (2000, p. 20).

[8] Defendem a tese da legitimação extraordinária, *v. g.*, Cretella Júnior (1991, p. 58) e Netto de Araújo (2007, p. 1180). Em sentido contrário, pela legitimação ordinária, Ferraz (1996, p. 43).

[9] Os mesmos posicionamentos vêm sendo sustentados pelo Autor, mais recentemente (cf. SILVA, 2009, p. 164).

[10] Há, portanto, neste terceiro grupo, uma unanimidade no que se refere à exclusão da defesa dos direitos subjetivos individuais do âmbito de abrangência do mandado de segurança coletivo. Verdade é que persiste, ainda, alguma controvérsia, no que se refere às espécies de interesses coletivos *lato sensu* cuja tutela poderia ser pleiteada por meio do instrumento em questão.

[11] Assim, esclarece Netto de Araújo que "o mandado de segurança coletivo protege, por essa via, direitos líquidos e certos de tais classes ou categorias, e não direitos individuais de um, alguns, ou da maioria de seus associados. Nem mesmo da somatória de todos os seus integrantes" (2007, p. 1181). Adiante, o autor repisa que "o mandado de segurança coletivo não é uma ação de várias pessoas de uma coletividade ou até mesmo da somatória dessas várias pessoas, proposta em nome dessas mesmas pessoas,

mas sim impetrado pela entidade, em seu próprio nome, na defesa de direitos da respectiva categoria, e não individuais de seus membros" (NETTO DE ARAÚJO, 2007, p. 1182).

[12] Neste mesmo sentido, Ferraz afirma que, "[...] no caso do inciso LXX do art. 5° da CF a entidade só pode postular, pela via desse *writ*, direitos e interesses dos filiados cuja tutela constitua finalidade da própria pessoa jurídica" (2006, p. 75). Aliás, "em caso contrário, a entidade estaria defendendo os direitos subjetivos individuais dos seus membros, que, encarados coletivamente, poderiam transcender os interesses próprios do grupo, circunstância que pode ser obtida através dos meios tradicionais, com a formação de litisconsórcio multitudinário" (BELLINETTI, 1997, p. 245). Também, neste sentido, cf. Alvim (2002, p. 85).

[13] Saliente-se, todavia, como já mencionado, aliás, que é possível que se verifique, nos casos concretos, também, a eventual existência de uma relação jurídica dos membros do grupo com a parte contrária; o que será, todavia, sempre meramente acidental, sendo, contudo, essencial a caracterização da relação jurídica prévia entre os próprios membros do grupo.

[14] Este entendimento, aliás, é conseqüência inevitável da convicção que se tem da necessidade de que o interesse coletivo *lato sensu* tenha um liame com os fins institucionais do ente legitimado, para que seja viabilizado o mandado de segurança coletivo.

[15] -Nos interesses coletivos, essa relação jurídica é preexistente à lesão ou ameaça de lesão; nos interesses individuais homogêneos, ela é posterior à lesão ao interesse.

[16] Destaque-se, aqui, novamente, o fato já explanado de que se entende que os interesses individuais homogêneos configuram, efetivamente, interesses transindividuais, e não meramente reunião de direitos subjetivos de múltiplos indivíduos.

[17] Da mesma forma, não se pretende negar a possibilidade de entidades de classe pleitearem a tutela jurisdicional de direitos subjetivos e seus respectivos membros, atendidos os requisitos e observados os procedimentos cabíveis, o que poderá ocorrer, inclusive, pela via do mandado de segurança individual, com a formação de litisconsórcio ativo multitudinário, caracterizando-se a iniciativa por legitimação extraordinária e a substituição processual.

[18] Ainda que por motivos diversos, é de se salientar. De toda sorte, vale mencionar que o autor concorda, também, com a possibilidade de que seja pleiteada a tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos, pela via do mandado de segurança coletivo (BULOS, 1996, p. 66).

[19] Posição idêntica é defendida por Meirelles (2006, p. 26). Dantas, a seu turno, entende inviável a utilização da via do mandado de segurança coletivo, tanto para a pretensão de tutela de interesses individuais homogêneos, quanto de interesses difusos (2000, p. 102).

[20] Isto porque a redação do art. 21, parágrafo único, I, da Lei 12.016/2009, pode dar a impressão de que se admita a utilização do mandado de segurança coletivo para pleitear a tutela jurisdicional de interesses coletivos *stricto sensu* que resultem de uma relação jurídica acidental entre os membros de um determinado grupo e a parte contrária; o que fica, todavia, salvo melhor juízo, afastado pelo próprio dispositivo, em virtude da expressão "relação jurídica básica", e, também, pela interpretação sistemática do texto constitucional, conforme referido anteriormente.

[21] Para o qual já se chamava atenção desde meados da década passada (cf. BELLINETTI, 1997).

[22] A este respeito, por exemplo, as questões relativas à legitimidade ativa e passiva e à coisa julgada, em mandados de segurança coletivos.

A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E OS EFEITOS PRODUZIDOS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE*

THE GENERAL EFFECTS IN THE EXTRAORDINARY APPEAL AND THE EFFECTS PRODUCED IN THE DIFFUSE CONSTITUTIONALITY CONTROL

Valéria Maria Lacerda Rocha

RESUMO

A supremacia constitucional é garantida através de mecanismos de controle da constitucionalidade das leis infraconstitucionais com a Constituição Federal. O Brasil adotou um sistema judicial misto de controle de constitucionalidade. O controle difuso de origem norte-americana, cuja competência é destinada a todos os órgãos do poder judiciário, inclusive o próprio STF. E o controle concentrado com inspiração no sistema europeu de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. A principal distinção existente entre o controle difuso e o controle concentrado, além do fato deste ser exercido com exclusividade pelo STF, reside no fato de que o controle difuso tem seus efeitos restritos às partes litigantes. Motivo este que o faz receber inúmeras críticas por parte da doutrina durante toda sua existência, embora se apresente como um importante meio de defesa dos direitos fundamentais. Porém com a adoção da repercussão geral para o conhecimento do recurso extraordinário e a possibilidade de edição da súmula vinculante, devem ser repensados os efeitos produzidos pelo controle difuso, haja vista que sua declaração não mais se restringe apenas as partes litigantes. Desta forma, o presente trabalho tem como principal objetivo expor as modificações ocorridas em sede de controle difuso quando a matéria for decidida pelo Supremo Tribunal Federal, após a EC nº 45/2004.

PALAVRAS-CHAVES: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA VINCULANTE.

ABSTRACT

The constitutional supremacy is ensured through mechanisms of constitutionality control of laws with the Federal Constitution. Brazil adopted two judicial system of constitutionality control. The diffuse control of North America, whose competence is aimed at all the organs of the Judiciary, including the Supreme Court (STF). And the concentrated control inspired on the European system of exclusive jurisdiction of the Supreme Court. The main distinction between the diffuse and concentrated control, beyond the fact that this is exercised exclusively by the Supreme Court, lies in the fact that diffuse control has its effects confined to the litigants parts. That's the reason why it

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

receives considerable criticism by the doctrine throughout its existence, however the diffuse control has been an important mean of protection of fundamental rights. But with the adoption of the general effect to Extraordinary Appeal and the possibility of stare decisis from STF, should be reconsidered the effects of the diffuse control, once that it decisions are no longer limited to the parts. Thus, the present work has as main objective to expose the changes occurring in the diffuse control when the matter is decided by the Supreme Court, after constitutional amendment No 45/2004(EC nº 45/2004).

KEYWORDS: DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY. EXTRAORDINARY APPEAL. GENERAL EFFECT. STARE DECISIS.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

No decorrer histórico do controle difuso de constitucionalidade, desde sua adoção pela primeira Constituição Republicana de 1891 até os dias atuais, a doutrina nacional vem lhe atribuindo algumas críticas em decorrência principalmente dos efeitos que são produzidos a partir de suas decisões.

Embora possa ser utilizado por qualquer órgão do poder judiciário e em qualquer instância, na prática mesmo quando decidido pelo Supremo Tribunal Federal os efeitos restringem-se as partes do processo.

Também chamado de controle incidental uma vez que a análise da inconstitucionalidade é feita de modo indireto, ou seja, não está vinculado a solução principal da demanda. Esta sim de maior interesse, porém necessitando do pronunciamento sobre a matéria incidental de inconstitucionalidade que supostamente atingiria a norma a ser aplicada.

Após a Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como Reforma do Judiciário, percebe-se que uma nova roupagem foi dada ao controle difuso de constitucionalidade, haja vista a adoção da chamada repercussão geral e a possibilidade de extensão dos efeitos a outros processos em semelhantes condições.

Pretende-se demonstrar que com as mudanças introduzidas pela Reforma do Judiciário já não se pode mais afirmar que os efeitos das decisões proferidas em sede de Recurso Extraordinário restringem-se às partes do processo, nem tão pouco que o mesmo não tem mais utilidade no mundo jurídico. Ao contrário, firma-se o controle difuso como forte instrumento de defesa dos direitos individuais junto ao Supremo Tribunal Federal.

O principal objetivo é analisar os efeitos no mundo jurídico da declaração de inconstitucionalidade dentro do recurso extraordinário, após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004. A nova feição que foi dada ao controle de constitucionalidade difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal com a inclusão de dois importantes elementos a repercussão geral e a súmula vinculante.

Atualmente um dos grandes desafios da jurisdição constitucional é a possibilidade de averiguar a compatibilidade da legislação infraconstitucional com a Constituição, de forma a manter-lhe a superioridade dentro do ordenamento jurídico. A Constituição no topo da pirâmide kelseniana, foi fruto do movimento constitucionalista que se intensificou principalmente depois das duas grandes guerras mundiais como forma de proteção aos direitos fundamentais, a organização, limitação e controle do poder político.

Uma tentativa de evitar que governos autoritários em nome da lei ultrajassem direitos do homem enquanto pessoa humana, haja vista que este cedeu parte de sua liberdade incondicional para viver em comunidade, formando assim o que se conhece hoje como Estado. E esse Estado foi criado para proteção dos cidadãos contra a barbárie do estado de natureza, e não para arbítrios cometidos em total desrespeito as liberdades individuais e coletivas, conforme se presenciou durante as duas grandes guerras.

Assim a possibilidade de averiguação da legislação ordinária com os ditames constitucionais é chamado de controle de constitucionalidade, o qual poderá ser realizado pelo Poder Judiciário ou por um órgão especial criado para tal finalidade.

Dentro do controle de constitucionalidade encontra-se ainda reconhecido pelos juristas dois tipos de controle, um difuso, de origem norte-americana, exercido por qualquer órgão do poder judiciário, e um concentrado, com influência do continente europeu, exercido por um órgão especial criado para tal finalidade que poderá ser ou não do Poder Judiciário.

O Brasil adotando um sistema misto reconhece como integrante do ordenamento jurídico, o controle difuso e o controle concentrado. Aquele exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário e em qualquer instância, bem como pelo próprio STF, enquanto o controle concentrado é exercido com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal. .

Importante consideração a ser feita diz respeito aos efeitos produzidos na declaração de inconstitucionalidade da norma, haja vista que para o controle difuso os efeitos da decisão são *inter partes* e no controle concentrado *erga omnes.*

Mesmo quando exercido pelo Supremo Tribunal Federal os efeitos do controle difuso eram tradicionalmente vistos como limitado às partes litigantes, não indo além dos muros processuais da demanda levada ao conhecimento do mundo jurídico. Entretanto, já não se possa mais falar sobre tal limitação em decorrência do acréscimo ocorrido no artigo 102 da CF, com a inclusão do parágrafo terceiro que preceitua ser necessário a parte interessada demonstrar a repercussão geral da questão constitucional que envolve o caso para admissão do recurso extraordinário.

Desta forma, deve-se repensar se realmente os efeitos da decisão proferida no Recurso Extraordinário limitam-se aos litigantes do processo, não interessando juridicamente a mais ninguém, ou sua extensão vai além da causa haja vista a repercussão geral que a envolve, a qual deve ser demonstrada pelo recorrente sob pena de não admissão do recurso.

E esta é a tarefa precípua desta pesquisa, demonstrar que se o caso é de repercussão geral, a inconstitucionalidade não está restrita as partes litigantes, bem como uma vez

demonstrada a repercussão é claro que a decisão vai além dos limites processuais da causa, atingindo também outros interessados que por ventura estejam em situação jurídica e processual semelhantes.

Hodiernamente fica difícil restringir ou delimitar os efeitos do recurso extraordinário às partes interessadas, bem como não reconhecer a transmudação ocorrida lentamente nas funções do Supremo Tribunal Federal para verdadeiro guardião da Constituição, haja vista a concentração de meios tendentes ao controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Segundo o professor Dimitri Dimoulis para se desempenhar a tarefa do controle de constitucionalidade, o fiscal da Constituição deve formular definições de Constituição, dispositivos constitucionais e de interpretação Constitucional.[1] Continuando seus ensinamentos lembra que não se pode tutelar algo que não se conhece, quais são os seus elementos e como se interpreta.

Não se tem como pretensão o aprofundamento sobre o conceito e o modo de interpretação da constituição, uma vez que não faz parte dos objetivos do trabalho, intenta-se aqui apenas fazer referência as atividades que deve ter em mente o fiscal da Constituição, seja na atuação singular ou como órgão colegiado.

Destarte, antes de adentrar na esfera propriamente dita do controle de constitucionalidade é de suma importância entender um pouco sobre o movimento constitucionalista que elevou a Constituição ao topo do ordenamento jurídico, de modo a ser hoje o mais importante documento político e jurídico tendente a organização do poder estatal e garantidor de direitos e deveres fundamentais da pessoa humana.

Verifica-se no curso da história da humanidade que a idéia de Constituição como lei fundamental tem origem em dois importantes movimentos históricos a independência das colônias inglesas na América, em 1776 e a Revolução Francesa de 1789. Embora como bem leciona o Juiz Federal Edilson Pereira Nobre a idéia de supremacia da Constituição tenha encontrado no sistema jurídico norte-americano aceitação em decorrência da doutrina defensora do federalismo, tal fato não encontrou respaldo de imediato no continente europeu.

"Razões de ordem política, principalmente as decorrentes dos conflitos entre os liberais e a monarquia, fizeram com que a idéia de supremacia constitucional, a revestir diploma normativo escrito que se impunha obrigatoriamente aos órgãos do Estado, não grassasse na Europa do Século XIX.

Somente a partir do término da Primeira Guerra Mundial, tal convicção começa a ganhar prestígio, o que não ocorreu sem fortes resistências, conforme se pode notar da polêmica entre Kelsen e Carl Smith" [2]

O próprio Hans Kelsen na tentativa de purificar o direito de todos os demais elementos que dele não faziam parte, criou a Teoria Pura do Direito, onde ao cientista do direito caberia revelar tudo o que faz parte da ciência jurídica, separando o que é Direito do que não era Direito, e este era o principal objeto da ciência jurídica.[3]

Em suas lições defendia que o ordenamento jurídico tinha fundamento em uma norma a qual foi denominada de norma fundamental, e como o próprio nome diz fundamento de validade das demais normas do sistema, logo em seguida a referida norma encontra-se a Constituição que segundo o próprio Kelsen, "se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais".[4]

Assim como Kelsen outras vozes começaram a defender uma lei maior, que fundamentasse as demais, de modo a assegurar direitos e deveres que todos aceitassem a cumprir, não porque lhe foram impostas, mas porque refletiam aquilo que os membros daquele sociedade reconheciam como tal.

Nesse cenário mundial de profundas transformações sociais, ocasionadas por importantes movimentos históricos, destacando-se principalmente a Revolução Francesa, a Independência dos Estados Unidos e logo em seguida a Revolução Industrial, a humanidade caminhou para um nível de conscientização tal que não mais admitiria a implantação de governos totalitários ou despóticos.

Já se figurava no cenário mundial a tendência ao reconhecimento da Constituição como lei fundamental do Estado. Porém, somente depois da 2ª Guerra Mundial houve a expansão da justiça constitucional na tentativa de frear governos autoritários.

Atualmente encontram-se a maioria dos Estados democráticos, politicamente organizados através de um documento escrito e elaborado por um Poder Constituinte, concedido pelo povo, verdadeiro titular do poder estatal. E este documento escrito trata-se da Constituição que além de fundamentar o poder estatal, proteger os direitos e garantias fundamentais do homem, é fonte de validade das demais normas do ordenamento jurídico.

As Constituições escritas passaram a ser importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais e de organização e limitação do poder estatal. A Constituição não era apenas mais uma lei, mas a norma onde todas as demais encontrariam seu fundamento e toda norma que contra a mesma dispusesse deveria ser retirada do mundo jurídico. Assim, uma vez elevada a categoria de principal norma jurídica seria necessário a criação de mecanismos que assegurassem sua supremacia face as demais.

Surge então a jurisdição constitucional e como bem leciona Lênio Streck "a compreensão acerca do significado do constitucionalismo contemporâneo, entendido como o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, a toda evidência implica a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional".[5]

Assim, a grande importância da jurisdição constitucional é a possibilidade de aferição das normas jurídicas com os princípios e normas da Constituição da qual encontram fundamento. Neste contexto surge o chamado controle de constitucionalidade das leis, cuja principal atividade é o cotejamento da legislação ordinária ou demais atos normativos com a Constituição do país. Entretanto, junto com essa possibilidade de averiguação da constitucionalidade ou não de uma norma, surge a preocupação e o debate a quem efetivamente entregar tão importante função, haja vista que dela depende não só a salvaguarda dos direitos fundamentais, mas também a própria existência do Estado democrático.

O ponto mais grave da questão reside em determinar que órgão deve exercer o chamado controle de constitucionalidade. Sem esse controle a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo a garantia dos direitos enumerados na lei fundamental.[6]

Sem adentrar nas inúmeras classificações que são propostas pela doutrina, quanto ao controle de constitucionalidade, ter-se-á por bem apenas fazer referência aos tipos de controles adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil a jurisdição constitucional é exercida pelo Poder Judiciário. O país adotou um sistema misto de controle de constitucionalidade, o controle difuso, realizado por todo e qualquer órgão do poder judiciário, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal, e o controle concentrado, realizado apenas e com exclusividade pela mais alta corte de justiça do país, o STF.

Ressalte-se, entretanto, que o legislativo e o executivo também participação do controle de constitucionalidade. O primeiro quando da elaboração da lei, através de suas comissões de Constituição e Justiça, e o segundo através do veto, que pode ter como fundamentação a inconstitucionalidade da lei ou do dispositivo legal vetado.

O controle difuso encontra fundamento jurídico no artigo 97 da CF, o qual preceitua que *somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*. A sua extensão aos juízes monocráticos ou juízes de primeira instância poderá fundamentar-se no artigo 5º, inciso XXXV da CF/88 que

preceitua: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

O controle difuso de origem norte-americana, surgiu a partir do famoso caso "Marbury vs Madison", onde o brilhante juiz Marshall sustentou a "irrefutável tese da supremacia da lei constitucional sobre lei ordinária, ao declarar, na espécie julgada, que todo ato do Congresso contrário à Constituição federal deveria ser tido por nulo, inválido e ineficaz(null and void and of no effect)"[7].

O controle concentrado, com base nos ensinamentos de Kelsen, trata-se de um controle por via de ação, onde se poderá analisar a lei *in abstrato* cuja responsabilidade é delegada a um órgão especial, seja do poder judiciário ou não. No Brasil tal função é exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

O Brasil adotou dois sistemas jurisdicionais de controle de constitucionalidade adaptando-os a realidade nacional, como já dito trata-se do controle difuso/incidental e o controle concentrado/direto. Com a crescente importância da jurisdição constitucional nos Tribunais Superiores, principalmente exercida mediante as ações declaratórias de inconstitucionalidade, percebe-se uma inexpressiva utilização do controle difuso nas instâncias de primeiro grau.

3. PRESSUPOSTOS PARA O CONTROLE DIFUSO E A SUA IMPORTÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Como já afirmado o Brasil adotou no âmbito da jurisdição constitucional um sistema misto de controle de constitucionalidade, apresentando-se no cenário jurídico o controle difuso e o controle concentrado. O controle difuso inspirado no sistema americano, adotado desde a primeira Constituição Republicana. E controle concentrado introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que alterou o texto da Carta Republicana de 1946, introduzindo a chamada Representação de Inconstitucionalidade. Atualmente, ganhou projeção o controle direto após a Constituição Federal de 1988, principalmente após a designação do STF como guardião da Constituição, sendo sua função precípua.

No Brasil a supremacia da Constituição Federal é resguardada pelos dois sistemas de controle de constitucionalidade adotados. O controle difuso conforme bem observa o prof. Paulo Bonavides é que "melhor se presta a resguardar os direitos individuais, os quais encontrariam proteção bem superior, do ponto de vista da eficácia, no remédio jurisdicional da via de exceção"[8]

O controle difuso foi adotado desde a primeira Constituição Republicana(1891). É exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, inclusive pelo STF.

O Recurso Extraordinário é a via mais utilizada para o pronunciamento do STF em sede de Controle Difuso. Portanto, neste aspecto, o maior interesse da pesquisa é analisar os

efeitos do Recurso Extraordinário, após a adoção da repercussão geral, haja vista que a decisão teoricamente geraria efeitos somente *inter partes.*

O artigo 102 da Constituição Federal de 1988, disciplina o Recurso Extraordinário nos seguintes termos:

Art. 102 compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face desta Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Segundo o professor André Ramos Tavares[9] são pressupostos constitucionais para o recurso extraordinário:

a) a existência de uma causa e seu sentido preciso, ou seja, todo e qualquer processo judicial;

b) existência de uma decisão da qual se possa recorrer extraordinariamente, envolvendo decisões monocráticas ou de colegiados, de mérito ou sobre questão formal. As decisões definitivas de mérito ou meramente terminativas, portanto que o processo ou a causa já tenha recebido apreciação judicial;

c) necessidade de prévio esgotamento das instâncias inferiores;

d) impossibilidade de revisão da matéria de fato, haja vista o enunciado da súmula 279 do STF: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário". Desta forma, as instâncias inferiores decidem soberanamente em matéria fática.

Como o controle difuso é exercido dentro de uma lide, em um processo *inter partes*, a legitimidade tanto poderá ser do autor da ação como do réu, sendo, portanto, impreciso classificá-lo como meio de defesa, uma vez que poderá ser usado por ambas as partes litigantes. No entanto, poderá ser classificado como via de exceção ou incidental já que deverá decidir uma questão prejudicial ao mérito da causa.

A competência para conhecer do Recurso Extraordinário é exclusivamente do Supremo Tribunal Federal. Vale aqui destacar que o controle difuso poderá ainda chegar ao Supremo por meio de sua competência originária ou ordinária, e não apenas pelo Recurso Extraordinário, já que naquelas poderá ser suscitado a inconstitucionalidade incidental de uma determinada matéria. Entretanto, o presente trabalho se limitará a análise do Recurso Extraordinário após a EC nº 45/2004.

O controle difuso de inconstitucionalidade, seja exercido pelo STF ou por qualquer órgão do judiciário, decide um caso concreto, soluciona uma questão dita incidental cuja constitucionalidade ou não influenciará na solução do mérito da demanda. Neste caso, o juiz não declara a inconstitucionalidade, o que é feito através do controle concentrado, reconhecida a inconstitucionalidade o magistrado afasta a norma inconstitucional deixando de aplicá-la ao caso concreto.

A grande crítica que sofre o controle difuso é justamente a possibilidade de não produzir efeitos *erga omnes*, haja vista que mesmo quando a matéria é decidida pelo STF os efeitos são restritos às partes litigantes, necessitando da intervenção do Senado para a suspensão da lei declarada inconstitucional. O que na história do controle difuso, não se tem notícia de alguma suspensão procedida por este órgão do Poder Legislativo.

Ademais, o controle concentrado tem encontrado nas últimas décadas um maior espaço no ordenamento jurídico nacional, muito embora limitada sua legitimidade de ação pelo próprio texto constitucional, em decorrência de dois fatores primordiais: o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao pronunciamento em matéria constitucional e os meios de controle adotados pela Constituição Federal.

4 A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E SUA IMPORTÂNCIA PARA O CONTROLE DIFUSO

Conforme afirmado alhures o controle difuso até hoje encontra certa resistência no cenário nacional em grande parte decorrente da possibilidade de somente gerar efeitos entre as partes do processo no qual foi decidida a questão, enquanto o controle de constitucionalidade concentrado gera efeitos contra todos e a decisão é prolatada pelo STF, no Brasil última instância em matéria constitucional.

Outra crítica também sofrida pelo controle difuso é quanto a não existência no Brasil da tradição do *stare decisis* ou do *commom low* de origem anglo-saxônica. Essa tradição diz respeito aos precedentes judiciais os quais tem força vinculativa para os demais órgãos julgadores, caso a decisão seja proferida por um tribunal com competência para decidir a matéria. No Brasil, tradicionalmente, os precedentes dos tribunais não vinculavam os magistrados de primeiro grau que possuem no livre convencimento e na obrigatoriedade da fundamentação de suas decisões, princípios norteadores da independência institucional para a aplicação do direito.

Com a reforma do judiciário introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e a introdução de institutos como a súmula vinculante e a repercussão geral, acredita-se que significativas mudanças foram introduzidas na seara do controle difuso.

Embora não se tenha aumentado os poderes dos magistrados de primeira instância quanto a possibilidade de controle da constitucionalidade das leis dentro do chamado controle difuso, o que talvez permaneça no mesmo panorama, ou seja, em raríssimas ações, haja vista que pouco se faz uso de tão importante instituto em defesa dos direitos fundamentais. Por outro lado já não se pode mais afirmar que após a inclusão da chamada repercussão geral os efeitos do controle difuso dentro do Recurso Extraordinário esteja restrito às partes litigantes.

Veja-se que com a emenda constitucional nº 45/2004 foi acrescentado o parágrafo terceiro ao artigo 102 da Constituição Federal que assim prescreve:

§ 3º No Recurso Extraordinário **o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (grifei)**

Ora, pela leitura do artigo percebe-se que a principal exigência para a admissão do Recurso Extraordinário é a demonstração da repercussão geral. E o que seria a repercussão geral?

Como a própria emenda constitucional previu a possibilidade de ser fixada pelo legislador ordinário. A matéria foi regulamentada pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil.

O legislador não procurou definir os termos exatos do que seria a repercussão geral, ofertou alguns elementos para que se possa retirar uma noção do que seja uma lide com repercussão geral.

Inicialmente, tem-se que se uma decisão for contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal sempre haverá repercussão geral, conforme disciplinado no parágrafo 3º do artigo 543-A do CPC. Desta forma, quando o recurso demonstrar que a decisão recorrida contrariou súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal a repercussão é presumida, devendo o recurso ser admitido. Presume-se a Repercussão Geral quando a decisão contrariar súmula ou jurisprudência dominante. Restaria aqui uma indagação: a súmula ou a jurisprudência dominante do Tribunal é em matéria constitucional? Já que o artigo não faz nenhuma referência sobre o tema que envolve a súmula ou a jurisprudência. A resposta que se impõe a essa indagação é afirmativa, ou seja, a matéria da súmula ou da jurisprudência, deve estar vinculada ao que dispõe o artigo 102, inciso III da CF/88, haja vista que se trata de Recurso Extraordinário, não podendo ser alegada qualquer matéria sumular. Destarte, mesmo sendo uma repercussão

presumida a matéria alegada tem que estar de acordo com o artigo 102, inciso III, sob pena de ser rejeitada por não se tratar de matéria constitucional.

No parágrafo primeiro do artigo 543-A do CPC o legislador afirmou que "para efeito da repercussão geral, será considerada a existência ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa".

Assim, têm-se dois importantes elementos a serem consideradas a relevância e a transcendência da matéria.

A relevância da questão deverá ser do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico. Deixou o legislador em aberto a delimitação do que seja relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, cabendo ao STF dizer o que sob estes aspectos se torna apreciável em sede de Recurso Extraordinário.

O outro elemento da repercussão geral é a transcendência da causa, ou seja, a decisão a ser tomada não interessa somente às partes do processo, o interesse vai além, atinge outras pessoas e lides que podem estar em situações idênticas, análogas ou semelhantes.

Vale ressaltar que ainda de acordo com a disciplina da Repercussão Geral quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia o Tribunal de origem selecionará um ou mais recursos representativos da controvérsia, remetendo-o ao Supremo e sobrestando os demais até o pronunciamento da corte. Uma vez negada a repercussão geral os demais feitos sobrestados serão automaticamente considerados não admitidos.

Hodiernamente com a repercussão geral adotada pelo constituinte reformador fica difícil aceitar que o controle difuso em sede de Recurso Extraordinário terá efeitos restritos às partes litigantes. A uma porque é condição *sine qua non* que a matéria tenha relevância extraprocessual, que o seu interesse seja tal que não apenas atinja as partes processuais, ou mesmo que atingindo apenas os litigantes, envolva um valor econômico, político, social ou jurídico de tal monta que mereça apreciação pela suprema corte brasileira. A duas porque o próprio legislador deixou claro que uma vez decidida a não existência da Repercussão Geral, o principal efeito da decisão é não serem admitidos os demais recursos com matéria idêntica até revisão da tese. Olhando por outro ângulo isso significa dizer que se a causa não ultrapassar os limites da lide, a matéria não tem relevância para ser apreciada pela suprema corte. Como afirmar que no controle difuso a decisão é apenas entre os litigantes, se a lei agora exige que os efeitos extrapolem os limites da subjetividade da causa.

Sabe-se que o objetivo da reforma em adotar a repercussão geral para admissão do RE seria barrar os inúmeros processos que chegam anualmente na Suprema Corte do país sem o devido respaldo constitucional, muitas vezes abarrotando o Tribunal de processos ou ocasionando incontáveis recursos meramente protelatórios. Entretanto, ao dar ao Recurso Extraordinário a roupagem da repercussão geral, o constituinte derivado ampliou os efeitos da decisão em sede de controle difuso.

Repita-se, embora não modificado o controle de constitucionalidade difuso a nível de primeira instância, porém sua importância no mundo jurídico ficou fortalecida com as

transformações ocorridas em sede de recurso extraordinário, demonstrando sua necessidade de ainda permanecer no ordenamento jurídico nacional, haja vista que continua sendo importante meio posto a disposição de qualquer cidadão na defesa da Constituição. Veja que no controle concentrado só indiretamente teria o indivíduo seus interesses preservados, pois necessita que as pessoas legitimadas proponham as ações pertinentes tendentes a conservação e prevalência da supremacia constitucional.

5 A COMPETÊNCIA DO SENADO QUANTO A SUSPENSÃO DA LEI INCONSTITUCIONAL

De acordo com o que foi explanado atualmente já não se pode afirmar categoricamente que o controle difuso restrinja-se às partes litigantes, haja vista que em sede de recurso extraordinário faz-se necessário a comprovação da repercussão geral, e entre os elementos desta destaca-se a transcendência da matéria.

Fato importante neste aspecto seria questionar a competência do Senado para a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo STF.

É do conhecimento geral que tradicionalmente o controle difuso gerava apenas efeitos *inter partes*, mesmo quando decidida a causa pelo Supremo Tribunal Federal, porque somente com a atuação do senado se daria efeitos *erga omnes* a decisão, uma vez que segundo o artigo 52 , inciso X da CF é o Senado competente privativamente para "suspender a execução no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

Por sua vez o próprio STF partilhava o entendimento de que a competência do Senado não estava vinculada a decisão da corte. O órgão legislativo tinha a opção de escolher ou não a possibilidade de suspensão da norma. Em outros termos, o Senado não estava obrigado a suspender a execução da lei, o exercício de tal competência seria uma faculdade.

Entretanto, tal entendimento vem se modificando, inclusive com defesa do Ministro Gilmar Mendes que leciona a necessidade de se repensar a competência do Senado quanto à suspensão da legislação declarada inconstitucional, levando-se principalmente em conta as modificações do texto constitucional e o contexto que atualmente se encontra o controle difuso.

Por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado fórmulas que retiram do instituto da 'suspensão da execução da lei pelo Senado Federal' significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto.

Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabaram por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica

que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição de 1988 que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934(art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946(art. 46) e de 1967(art. 42, VIII). [10]

A impressão que se tem é que o próprio STF está reconhecendo a importância do controle difuso de constitucionalidade diante das inovações implantadas pela EC nº 45/2004, bem como avoca para si a função precípua de guardião da constituição.

Germina no Supremo Tribunal Federal a idéia de que a competência do Senado é apenas para dar publicidade à decisão da corte, não sendo a suspensão necessária para dar efeitos *erga omnes* às decisões proferidas de modo definitivo em sede de controle incidental.

Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenda a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica.[11]

Parece incoerente aceitar que em uma decisão liminar se suspenda a eficácia de uma lei, em uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, e que em uma decisão definitiva de mérito com reconhecimento da relevância da matéria pelo acolhimento da repercussão geral, aguarde-se pela atuação do Senado para a suspensão da lei para produzir efeitos *erga omnes.*

Importante é destacar que seja para apenas dar publicidade a decisão ou para efetivamente suspender a lei, o que se verifica concretamente são duas mudanças de ordem prática, A primeira diz respeito à reivindicação do STF da sua função de guardião da Constituição nos termos do artigo 102 da CF/88, onde lhe foi concedida como função principal a guarda da Constituição.

A segunda mudança que se apresenta diz respeito à força normativa da decisão do STF, uma vez que poderá atingir os demais recursos com matéria semelhante, por força do dispositivo constitucional da repercussão geral e pelas modificações introduzidas no CPC quanto aos recursos que por ventura fiquem sobrestados nos Tribunais de origem.

Desta forma, antes da Emenda Constitucional nº 45/2204, todas as demandas cuja matéria tinha sido decidida por meio do controle difuso, necessitavam chegar ao Supremo Tribunal Federal para serem definitivamente decididos, a menos que o Senado suspendesse a lei para que tivesse efeitos *erga omnes*. Destarte, incontáveis eram os processos que passavam anos para serem solucionadas até conseguirem uma decisão definitiva prolatada pela Suprema Corte brasileira

. As partes e o próprio Supremo ficavam indevidamente a espera que o Senado resolvesse suspender a lei por meio de uma Resolução. Um dos entraves para a eficácia e a efetividade do controle difuso seria essa espera da suspensão da lei pelo Senado, o que como conseqüência levava ao STF inúmeros recursos extraordinários.

Em que pese as críticas quanto a adoção da repercussão geral no ordenamento jurídico brasileiro, acredita-se que sua inclusão na CF/88 vem valorizar as decisões proferidas dentro do Recurso Extraordinário, uma vez que permitindo a expansão dos efeitos da decisão para outros processos, atenuar-se-á a incoerência de limitar os efeitos às partes do processo muito embora a questão tenha sido decidida pelo STF, última instância em matéria de Controle de Constitucionalidade da leis no Brasil.

Igualmente, merece destacar que com a inclusão da chamada "súmula vinculante", outra oportunidade se abriu ao Supremo Tribunal Federal em dar efeitos *erga omnes* às suas decisões em sede de controle de difuso. Uma vez que sobre a matéria poderá enunciar uma súmula vinculante, a qual nos termos do artigo 103-A da CF/88 "terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

Agora como as decisões do recurso extraordinário ultrapassam os limites processuais da demanda, e que a relevância da causa figura-se sob o aspecto econômico, político, social ou jurídico, em consonância com os objetivos da súmula vinculante, poderá o STF fazer uso do instituto para dar a sua decisão um efeito *erga omnes*, inclusive com possibilidade das supostas demandas que seriam geradas com a matéria nem sequer chegar ao Poder Judiciário, uma vez que a própria súmula vinculará a própria administração pública direta e indireta.

Dispõe o Art. 103-A da Constituição Federal:

"O Supremo Tribunal federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei".

Destarte, não especificou a Constituição Federal quais os tipos de decisões e em que tipo de procedimento poderá o STF enumerar súmula com efeitos vinculantes, apenas que a decisão seja sobre matéria constitucional, o que de todo parece ser irrelevante, uma vez que fora os casos de foro privilegiado, toda a competência do Supremo é de natureza constitucional.

A questão parece estar se materializando no STF uma vez que no julgamento do Recurso Extraordinário 565.714 o Plenário decidiu por sumular a matéria de modo vinculante, dando ensejo a súmula nº 4, que preceitua *in verbis*: "Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não poder usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por

decisão judicial". Foram considerados para a Súmula os precedentes dos seguintes Recursos Extraordinários: 236.396, 208.684, 217.700, 221234, 338760.

Ademais, em caso de descumprimento das decisões contam, ainda, os interessados com o instituto da Reclamação Constitucional.

6 CONCLUSÕES

Tendo em vista o que foi exposto, pode-se concluir que:

a) O controle difuso embora de grande relevância para a defesa dos direitos individuais durante anos sofreu severas críticas da doutrina nacional em decorrência principalmente dos efeitos de sua decisão, haja vista que ficavam restritos às partes do processo e que mesmo quando decidido pelo próprio STF, ficava dependendo de uma Resolução do Senado para produzir efeitos *erga omnes*. Ademais, segundo entendimento do STF, a função do Senado na suspensão da lei seria apenas uma faculdade, o que não o obrigava a suspender a execução da lei, mesmo após ser comunicado pelo Tribunal. Isso gerava alguns inconvenientes, entre eles os inúmeros recursos que eram submetidos a julgamento pelo STF a fim de solucionar a questão constitucional.

b) Após a emenda Constitucional nº 45/2004 o controle difuso passou por uma espécie de reformulação, ou como já afirmando ganhou uma nova roupagem, dentro do ordenamento jurídico com a adoção da chamada repercussão geral para conhecimento do Recurso Extraordinário.

A Repercussão Geral foi disciplinada pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil. Segundo a disciplina do CPC a lide apresentará repercussão geral quando apresentar relevância e interesse que ultrapassam os limites subjetivos do processo atingindo.

Ora, sendo a repercussão geral condição necessária para o conhecimento do Recurso Extraordinário, e tendo o legislador afirmado que a causa tem repercussão quando a matéria ultrapassa os interesses das partes envolvidas, é forçoso concluir que os efeitos do controle difuso para as decisões do STF não mais se restringem as partes litigantes.

Vale ressaltar que para reforçar a idéia da necessidade da matéria ultrapassar os limites subjetivos da demanda, estipulou ainda o legislador que o reconhecimento da inexistência da repercussão geral, salvo revisão da tese, atingirá todos os processos com matéria idêntica. Isto por via contrária quer dizer que a causa interessa somente as partes interessadas, não tendo relevância para conhecimento pela Suprema Corte.

Assim, chega-se a no mínimo uma afirmação o controle difuso a ser exercido nestes casos não se restringe mais as partes interessadas, uma vez que a matéria somente será conhecida se atingir outros interessados.

c) A inclusão da repercussão geral foi uma medida tomada visando precipuamente impedir a remessa de inúmeros processos ao STF com causas semelhantes já decididas. Por outro lado, percebe-se que a Suprema Corte busca avocar para si a função de guardião da Constituição, uma vez que seja qual for a forma de controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, seu posicionamento deverá prevalecer, haja vista que é o Tribunal que tem a última palavra em matéria constitucional no Brasil. Tal fato apresenta-se como um importante passo para que o Supremo assuma efetivamente a sua função como corte constitucional e não apenas como mais uma instância revisora.

d) O atual entendimento de que a competência do Senado quanto à suspensão da lei declarada inconstitucional é de apenas dá publicidade a decisão do STF, vem a reforçar a noção de que o principal guardião da constituição é o próprio Supremo Tribunal Federal. Todos devem respeito, mas ao Supremo lhe foi confiada a guarda. E como já explanado no item anterior ficaria incoerente assumir o papel de Corte Constitucional se as decisões definitivas prolatadas em sede de recurso extraordinário não pudessem atingir outras lides semelhantes, apenas porque a lei deverá ser suspensa por outro órgão estatal, no caso o Senado Federal nos termos do artigo 52, X da CF/88.

Ademais, diante da inércia do Senado em suspender a lei, o Supremo poderá contar ainda com a súmula vinculante para dar efeito *erga omnes* à suas decisões caso a matéria já tenha sido decidida reiteradas vezes pela Corte. Fato este que já encontra apoio no STF, podendo ser citado como exemplo a súmula vinculante nº 4 que foi editada após julgamento de alguns Recursos Extraordinários sobre a matéria.

f) Finalmente chega-se a uma importante conclusão: que o controle difuso sofreu significativas mudanças após a EC nº 45/2004, com a inclusão da repercussão geral como condição para conhecimento do Recurso Extraordinário e com a possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelo STF. Embora não tenham ocorrido mudanças significativas com relação aos magistrados de primeira instância, o que é lamentável, entretanto, quando o controle for exercido pelo STF os efeitos serão estendidos a outros processos semelhantes, dando-se respaldo a decisão prolatada pela corte constitucional brasileira, o que já não era sem tempo.

BIBLIOGRAFIA:

BINENBOJM, Gustavo. " A democratização da Jurisdição constitucional e o contributo da Lei nº 9868/99" in Leitura Complementares de Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional. Org. Marcelo Novelino. Bahia: Editora Juspodivn, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey. 2004

CUNHA JR., Dirley DA "O princípio do 'stare decisis' e a decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade".in Leitura Complementares de Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional. Org. Marcelo Novelino. Bahia: Editora Juspodivn, 2008, pág. 283/307.

DIDIER JR., Fredie. "O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro".in Leitura Complementares de Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional. Org. Marcelo Novelino. Bahia: Editora Juspodivn, 2008, pág. 267/272.

DIMOULIS, Dimitri. "Onze teses sobre o controle de constitucionalidade". RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n 2, p. 155-166, abr./jun 2007. Fontes, 2006.

HANS, Kelsen. Teoria pura do direito- tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins.

JAFFIN, George H. . "Evolução do Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis nos Estados Unidos". In Revista Forense, Rio de Janeiro, Vol. LXXXVI, ano XXXVIII.

MENDES, Gilmar . "A reclamação constitucional no supremo tribunal federal" in Leitura Complementares de Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional. Org. Marcelo Novelino. Bahia: Editora Juspodivn, 2008, pág. 401/435.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, "A jurisdição constitucional e a Emenda Constitucional 45/04". São Paulo:Forense, 2004. Revista da Ajuris. Ano XXXII, nº 98, junho/2005.

STRECK, Lênio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- uma nova crítica do direito. São Paulo: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. "Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário" in Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil. Org. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

VELOSO, Zeno Augusto Bastos. "Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade" in Leitura Complementares de Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional. Org. Marcelo Novelino. Bahia: Editora Juspodivn, 2008.

[1] "Se o parâmetro do controle de constitucionalidade é sempre a 'Constituição'(rígida), o fiscal da Constituição só pode desempenhar suas tarefas se possuir um conceito de Constituição(rígida). Em particular deve formular as seguintes definições:1. Definição de 'Constituição': O que é a Constituição? Conjunto de normas que distribuem competência? Instrumento que garante a manutenção do poder político? Instrumento de preservação da liberdade individual mediante limitação do poder político? Um pedaço de papel? Aquilo que o fiscal da Constituição dirá que ela é, sendo ele fiscal dele mesmo? Estatuto político do jurídico? Sistema aberto de princípios e normas ? Expressão do valores superiores da Comunidade? Conjunto de normas com valor supralegislativo? Uma combinação de elementos anteriores? 2. Definição de dispositivos constitucionais. Indicar quais textos normativos pertencem à constituição. Isso não se decide de maneira uniforme em vários países e que pode variar em diferentes momentos históricos. 3. Definição da interpretação constitucional. Determinar os métodos que permitem (re)construir o sentido de seus textos , os argumentos interpretativos que podem ser aplicados em caso de duvida e as formas de solução de antinomias. Dimitri Dimoulis. "Onze teses sobre o controle de constitucionalidade". RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n 2, p. 155-166, abr./jun 2007

[2] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, "A jurisdição constitucional e a Emenda Constitucional 45/04". Revista da Ajuris. Ano XXXII, nº 98, junho/2005, pág. 42

[3] "Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou conseqüência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas". HANS, Kelsen. Teoria pura do direito- São Paulo: Martins Fontes, 2006, pág. 79.

[4] HANS, Kelsen. Teoria pura do direito- São Paulo: Martins Fontes, 2006, pág. 247.

[5] STRECK, Lênio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- uma nova crítica do direito. São Paulo:Forense, 2004. pg. 13.

[6] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, pág. 297

[7] BONAVIDES. Ob cit. Pág. 311.

[8] BONAVIDES, ob cit. Pág.308

[9] TAVARES, André Ramos. "Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário" in Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil. São Paulo: Editora Forense.

[10] MENDES, Gilmar . A reclamação constitucional no supremo tribunal federal in Leitura Complementares de Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade

e Hermenêutica Constitucional. Org. Marcelo Novelino .Bahia: Editora Juspodivm. 2008. pág. 430.

[11] MENDES, Gilmar, ob cit pág. 433

PROPRIEDADE INTELECTUAL, POLÍTICAS DE INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

A BIBLIOTECA TOTAL: GOOGLE BOOK SEARCH E AS OBRAS ÓRFÃS*

THE TOTAL LIBRARY: GOOGLE BOOK SEARCH AND ORPHAN WORKS

Alexandre Ricardo Pesserl
Marciele Berger Bernardes

RESUMO

A estrutura legislativa vigente de direitos autorais traz como subproduto a existência de "obras órfãs", artefatos culturais cuja titularidade é de difícil determinação, e que ainda não entraram no domínio público, bem como de obras esgotadas, que não estão em circulação, impedindo qualquer uso de tais obras que não sua consulta direta. No mercado editorial, estima-se que até 75% do total de livros existentes enquadre-se nestas condições: trata-se de quantidades enormes de informação e conhecimento, hoje inacessíveis ao público.

É dever do Estado garantir e preservar não apenas a cultura e a memória, mas também o acesso à informação. Mesmo assim, as leis de direitos autorais e acordos internacionais sobre o tema são os principais responsáveis por esta situação de ineficácia, principalmente pelas concessões de sucessivas extensões de prazos protecionais de direitos para uma indústria de notável poder econômico e influência política. Ao ampliar a proteção indiscriminadamente, atingem tanto os produtos culturais em comercialização quanto aqueles cujo ciclo de vida econômica tradicional já se esgotou, impedindo sua reutilização – e, especialmente, sua digitalização.

E a digitalização é, essencialmente, a forma de acesso para a sociedade em rede. O Google e o Author´s Guild (entre outras entidades) anunciaram os termos de um acordo, numa ação civil pública (class action) americana que, apesar de apresentar problemas nas áreas de privacidade e anti-truste, consiste de fato numa solução privada para a ineficácia legislativa apontada. A proposta ainda está pendente de análise governamental. O presente artigo analisa os principais pontos da proposta, à luz do direito da informação.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS AUTORAIS. OBRAS ÓRFÃS. PROTEÇÃO EXCESSIVA. GOOGLE. DIGITALIZAÇÃO DE LIVROS. ACORDO.

ABSTRACT

A necessary byproduct of our copyrights legal structure is the existence of "orphaned works", cultural artifacts whose paternity is hard to determine and that haven´t made it into the public domain yet, and works that are out-of-print, not generating any revenue or economical interests, therefore forfeiting any use other than its direct consultation. Up to 75% of all the books market may meet those conditions, making up for huge amounts of information and knowledge secluded from the public.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

It is a duty of the State to guarantee and preserve not only culture and memory, but also access to information. Even so, international agreements and copyright law are to blame for this inefficiency, specially due to successive copyright terms extensions towards an industry with notable economical power and political influence. By indiscriminately extending protection, they affect not only works in the market but also those whose traditional economical cycles are over, thus stopping its reuse – and, specially, its digitization.

And digitization means, essentially, access to a network society. Google and the Author´s Guild (amongst others) have announced the terms of an agreement, in an north-american class action, that despite its problems in the privacy and anti-trust fields, consists in a de facto private answer to the pointed legislative inefficiency. The proposal is still pending approval. This article analyzes the main topics of the proposal, under the scope of information rights.

KEYWORDS: COPYRIGHT, ORPHAN WORKS. EXCESSIVE PROTECTION. GOOGLE. BOOKS DIGITIZATION AGREEMENT.

"*El universo (que otros llaman la Biblioteca) se compone de un número indefinido, y tal vez infinito, de galerías hexagonales, con vastos pozos de ventilación en el medio, cercados por barandas bajísimas. Desde cualquier hexágono se ven los pisos inferiores y superiores: interminablemente.*"

Jorge Luis Borges, "*La Biblioteca de Babel*"

Introdução

A discussão sobre a proteção jurídica das obras artísticas e literárias e seus efeitos pertence ao campo dos direitos fundamentais. De um lado, do criador; direito constitucionalmente atribuído de utilização, equiparado ao de propriedade – inclusive no tocante à sua função social. De outro, da sociedade e de seus membros, os direitos à educação, pesquisa, cultura e comunicação, todos cruciais para a interação sociocultural e para a própria formação da pessoa e construção de sua dignidade[1]. Garantir o justo equilíbrio na representação dos interesses e, ao mesmo tempo, a segurança das relações jurídicas é o objetivo primordial de nosso ordenamento jurídico.

Esse raciocínio é especialmente importante pelo fato de que vivemos numa sociedade no qual o conhecimento é fator de produção, logo, de geração e de distribuição de riquezas. Em 1945, Friederich Hayek, que brevemente ganharia um Prêmio Nobel de Economia, publicou uma artigo com o título de "*The Use of Knowledge in Society*" no

qual manifestava que o complexo de decisões inter-relacionadas relativas à alocação dos recursos disponíveis na economia deveria estar baseado no conhecimento. Também assinalava que o sistema econômico mais eficiente seria aquele que exercesse um uso mais pleno do conhecimento existente.

Finalmente, sustentava que o conhecimento científico não constituía certamente a soma de todo o conhecimento, e que era importante considerar a existência de um conhecimento não organizado, referente à circunstâncias particulares de tempo e espaço, que resultava particularmente significativo para obtenção da eficácia desejada. Para Hayek, um dos principais problemas da política econômica estava justamente dado pela necessidade de determinar qual seria a melhor forma de utilizar um conhecimento disperso pela população[2].

Os argumentos utilizados por Hayek em sua defesa do sistema de preços como o mais adequado para comunicar a informação dispersa e assegurar a sobrevivência de uma sociedade baseada na divisão do trabalho constituem a base para a compreensão do que hoje denominamos "sociedade do conhecimento" (*knowledge society)*[3].

A conectividade da sociedade, bem como a digitalização dos conteúdos, traduzem o ingresso numa nova fase do capitalismo pós-industrial, no qual os recursos de informação, conhecimento e inteligência são os insumos mais valorizados; a mente humana passa a ser fator direto de produção, e não mais apenas elemento de tomada de decisão na cadeia produtiva. O elemento humano valorizado passa a ser o *trabalhador criativo* (Drucker, 1966), aquele que gera riquezas a partir da pesquisa e síntese de influências em diversas áreas do saber, em campos tão diversos como as artes, a pesquisa científica ou a publicidade.

Informação e Conhecimento

O conhecimento é basilar, fator de integração social e construção de riquezas. Mas como ele é construído? O que é "conhecimento"? A partir dos estudos de autores como Bertalanffy e Foerster, entre outros responsáveis pelo desenvolvimento do modelo cibernético, se firma uma visão do processo de vida como sistema fechado para informação e aberto para a energia, com destaque para o papel da interação e da auto-organização.

Nos termos propostos pela biologia cognitiva, o ser vivo funciona como um circuito fechado de auto-produção, no qual o produtor e o produto se configuram circularmente

(*feedback*). Nesse processo, *conhecer* e *ser* são processos inseparáveis[4]. O denominador comum é a *circulação da informação.* Quanto mais difundida a informação, maior a probabilidade que esta se converta em conhecimento. Em sentido inverso, quanto maior o nível de barreiras imposto à sua circulação, menor a eficácia do sistema para a geração do conhecimento.

Informação só tem valor quando em circulação

A informação "não se estoca": uma vez comunicada, uma vez que tenha alcançado seu efeito útil, seu valor degrada-se quase instantaneamente[5]. Neste sentido, uma biblioteca não contém informação, mas livros, tanto quanto uma garagem contém carros, e não locomoção. Ou ainda: computadores não processam informações, e sim dados[6]. Mas algumas dimensões da informação podem ser preservadas e estocadas. Os documentos de patentes incorporam informações técnicas, os livros incorporam conhecimento artístico e científico: existe um estoque de informação e o armazenamento desta informação tem valor[7].

Portanto, para ganho de eficácia para todo o sistema, é fundamental a promoção da circulação das informações armazenadas, aumentando a probabilidade de geração de conhecimento. A informação inerte não possui valor; um livro mofando numa estante não dá a resposta para o problema estudado *aqui*. O acesso é tão fundamental quanto a própria informação.

Direitos autorais como regime jurídico da circulação da informação

A principal forma de difusão da informação, seu veículo preferencial, é sem dúvida a escrita. Como tal, sua circulação é controlada primordialmente pelo regime dos direitos autorais[8]. A Lei 9.610/98 (Lei dos Direitos Autorais) estipula em seu Art. 7º, I, que são protegidos "os textos de obras literárias, artísticas ou científicas".

E o mesmo índice legal, em seu art. 4º, estabelece que "interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais". Portanto, enquanto sujeito ao prazo de proteção legal[9], nenhum uso de uma obra é possível sem a permissão do titular de seus direitos autorais.

Existe extensa polêmica sobre o tema das concessões de sucessivas extensões de prazos protecionais de direitos, sempre direcionados para uma indústria de notável poder econômico e influência política, do qual o melhor exemplo talvez seja o caso Eldred vs. Ashcroft[10].

É compreensível que grandes empresas de mídia atuem politicamente para manter seus lucrativos produtos culturais sob suas esferas de domínio. Mas ao ampliar a proteção indiscriminadamente, atingem tanto os produtos culturais em comercialização quanto aqueles cujo ciclo de vida econômica tradicional já se esgotou, impedindo sua reutilização – vale dizer, sua livre circulação.

Adicionalmente, nenhuma espécie de registro é necessário para tal proteção. O *caput* do Art. 7º diz que são "obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte", enquanto seu Art. 18 estabelece que a "proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro". O registro em direito autoral é facultativo e meramente declaratório, não constitutivo.

Obras Órfãs e Fora de Catálogo

Este conjunto de fatores – interpretação restritiva, longos prazos protetivos, e proteção automática – contribui para a existência de muitas **obras órfãs**, obras que continuam sujeitas ao regime de proteção autoral, ao mesmo tempo em que é difícil determinar quem são seus titulares. As obras podem se tornar "órfãs" por várias razões: não há registro de seu titular, este vendeu os direitos patrimoniais e não registrou a transferência, ou faleceu e seus herdeiros não podem ser localizados... a lista é longa.

Com frequência, obras órfãs se tornam obscuras independentemente de quão valioso seja o material nelas contido. A insegurança jurídica que as rodeia afasta criadores futuros, por medo de arcar com indenizações no caso da emergência de seu titular.

De forma análoga, grande parte do catálogo de livros existente é composto por **obras esgotadas,** fora de catálogo e *ipso facto* fora de circulação do mercado editorial, normalmente trabalhos cujo ciclo de vida econômica (tradicional) encerrou-se naturalmente.

Ainda que seja possível, em tese, localizar seus titulares, usualmente são trabalhos cujos titulares não detém mais interesse econômico direto em explorá-los, seja pelo encerramento de contratos de edição, seja pelos custos de atualização ou reimpressão.

O Prof. Jaimes Boyle denomina esse patrimônio cultural inacessível de "buraco negro do século 20" (*20th-century black hole*): enormes quantidades de matéria atraídas por uma força acachapante em direção a um *vortex* inacessível do qual nem a luz consegue escapar. De acordo com ele, tal força seria a legisçlação de direitos autorais, e a matéria sugada num epicentro inacessível seria nossa cultura coletiva[11].

Domínio Público

O conhecimento não se cria a partir do nada; o conceito de *feedback*, da retroalimentação, é central no seu modo de produção. Conceitos se superpõem, se influenciam e se reciclam para a criação do novo. O material da cultura é seu próprio tecido. O repositório cultural comum a todos é o domínio público, para onde vão as obras cujo prazo protecional se esgotou.

Pelo arcabouço legislativo em vigor, se uma obra está no domínio público, qualquer um pode reproduzir, distribuir, criar obras derivadas, representar ou exibi-la publicamente sem necessidade de permissão ou pagamento.

Os limites legais para o uso de obras protegidas pelo direito autoral sem permissão (como os dispostos no Art. 46 da Lei 9.610/98) são taxativos, e as circunstâncias para sua aplicação são suficientemente ambíguas para impedir seu uso. Devido à necessária interpretação restritiva imposta pela exegese do Art. 4º, a segurança jurídica absoluta somente é possível pela via declaratória, onerosa e demorada.

Enquanto uma obra estiver sob a proteção do direito autoral, as pessoas devem obter as devidas permissões (e pagar ao titular de direitos) para obtenção dos direitos descritos acima. O titular de direitos autorais pode ou não conceder tais licenças, de forma exclusiva ou não, e a seu total alvedrio. Uma recusa em conceder licenças não precisa ser motivada.

Dado o grande volume de publicações do século passado e a atual duração dos prazos protetivos do direito autoral, podemos dizer que o número de livros atualmente no

domínio público é relativamente pequeno em relação ao número de livros ainda sob proteção.

Também podemos dizer com segurança que a maioria de tais livros está fora de catálogo. O mercado comercial oferece acesso limitado aos livros fora de catálogo, usualmente por meio de sebos ou livrarias *online*. As bibliotecas supostamente providenciam acesso a tais livros[12], mas apresentam o problema do acesso (físico) às próprias bibliotecas, já que os grandes acervos de pesquisa estão limitados aos grandes centros universitários.

Então o que está acontecendo com estes milhões de livros fora de catálogo presumivelmente residentes nas estantes das bibliotecas ou em depósitos? Livros são impressos em papel, material ácido, e lentamente se decompõem no tempo.

À medida que restam menos cópias e elas se tornam mais frágeis, tais livros param de circular ou de ficar disponíveis para empréstimos inter-bibliotecas, tornando-os virtualmente inacessíveis para leitores potenciais[13]. Em outras palavras: a informação neles contida perde seu valor pela falta de circulação, diminuindo a eficiência de um sistema social baseado no conhecimento.

Para o Prof. Eben Moglen, as muitas extensões retroativas de termos de proteção de direitos autoras mantém essencialmente todas as obras, que de outra forma teriam sua proteção expirada, fora do alcance do domínio público por toda uma geração[14].

Google Book Search

O Google, através de convênios com as principais bibliotecas de pesquisas norte-americanas, já digitalizou os textos de mais de sete milhões de livros das maiores bibliotecas norte-americanas para o seu serviço de busca de livros (*Google Book Search*, ou GBS), e processou as cópias digitalizadas para indexar seus conteúdos, permitindo a pesquisa *online* do inteiro teor das obras.

A versão inicial do serviço permite que seus usuários façam o *download* da totalidade dos livros que estejam no domínio público (aproximadamente um milhão até agora), e torna disponíveis apenas pequenos trechos quando tais livros ainda estejam sujeitos aos

direitos autorais, a não ser que seu titular tenha permitido a exibição de trechos maiores. O acervo total a ser digitalizado é da ordem de 32 milhões de livros.

Em meados de 2005 o *Authors Guild*, que contava na época com aproximadamente 8.000 membros, e outros membros do mercado editorial processaram o Google por infração a direitos autorais, por conta do serviço GBS.

O Google argumentou que sua digitalização, indexação e amostragem de trechos era um uso não infringente, pois promovia um maior acesso público aos livros, e que removeria do catálogo todo livro digitalizado cujo titular oferecesse objeções. A decisão de mérito foi sobrestada com o anúncio de um acordo entre as partes, o qual ainda está pendente de apreciação por um juiz federal em Nova Iorque.

O acordo traz dois pontos principais, um para a disponibilidade de obras órfãs e foras de catálogo e outro relativo aos titulares de direitos e aqueles que querem licenciar as obras que controlam. Primeiro, daria ao Google a capacidade de ofertar tais obras ao público com segurança, tanto na forma "pesquisável" quanto em cópias completas, adquiríveis (fisicamente ou em *e-books*, ou ainda mediante assinaturas).

Esta é uma vitória para o público, o qual pode não apenas encontrar obras de cujo existência desconhecia, mas descobrir em quais bibliotecas a obra está disponível ou acessá-las diretamente de forma remota. Também é uma vitória para o Google, que já estava oferecendo este acesso, mas sujeito a um potencial passivo judicial por infração a direitos autorais.

Nestes termos, 20% de qualquer trabalho cujo titular não eleja estar fora do acordo *(opt-out*) estará disponível gratuitamente; o acesso completo poderá ser adquirido. Isto garante mais acesso aos materiais fora de catálogo do que a proposta inicial do próprio Google. Na medida em que esta categoria constitui até 75% dos livros das bibliotecas a serem digitalizadas, esta iniciativa é muito importante[15] para começar a resolver o problema do "buraco negro do século 20".

O acordo demanda ainda a criação de um órgão de registro, a ser operado por uma organização não-governamental formada por membros das editoras e representantes dos autores (integrantes da lide, bem dito). O *Book Rights Registry* (BRR, ou simplesmente Registro) dá aos autores um local para identificar-se e receber pagamentos pelo uso dos livros feito pelo Google, incluindo uma parcela da renda da compra e de anúncios.

Apesar de que tais obras órfãs possam estar atualmente negligenciadas e fora de catálogo, elas podem mesmo assim ser úteis para a pesquisa acadêmica, especialmente se forem fáceis de se pesquisar – que é precisamente o serviço providenciado pelo Google.

Muitos destes livros são monografias científicas que receberam pouquíssima atenção e estão fora de catálogo por décadas. O uso criativo destas novas potencialidades de pesquisas tornadas possíveis pela digitalização pode permitir novas descobertas acadêmicas. O benefício marginal será maior para pesquisadores sem acesso direto às grandes bibliotecas ou que não moram em grandes cidades[16].

A criação de tal registro é benéfica tanto para autores de livros hoje "órfãos" e para aqueles que querem utilizá-los: providencia um modo dos autores "desorfanarem" suas obras e um modo para os usuários localizarem tais titulares previamente desconhecidos para obtenção das licenças para uso de tais obras (nas obras de Dickens, os órfãos frequentemente encontram seus pais...), diminuindo o número total de obras órfãs. Finalmente, o Registro poderá receber compensações financeiras em nome de tais titulares desconhecidos[17].

Os benefícios e dividendos de tal acordo são múltiplos; ganha o Google, ao fazer rios de dinheiro com a venda de anúncios, acessos e *e-books*; ganham os editores e autores, que ficam com a fatia do leão de tais valores (e incidentalmente ganham um registro atualizado para facilitação de negócios); as escolas, empresas e universidades ganham a possibilidade de assinaturas ao catálogo digital completo (com acesso gratuito para bibliotecas públicas); as bibliotecas participantes ganham a digitalização de seu acervo; o público como um todo ganha ao avançar na questão do acesso às obras órfãs, e ao obter acesso completo para todas as obras em domínio público[18].

Principais críticas

Como é natural num negócio desta magnitude, e com tantas implicações, o acordo sofreu diversas críticas (já está inclusive sob escrutínio do órgão americano de defesa da concorrência). As primeiras críticas vieram exatamente do *front* anti-truste. Por meio deste acordo, o Google terá o mercado de pesquisas em livros e de *download* de obras órfãs / foras de catálogo praticamente para si. É preciso lembrar, porém, que tal mercado hoje é irrelevante; por definição, são obras cujo potencial econômico está disperso.

A própria estrutura de um acordo firmado no âmbito de uma *class action*, por si só, já é uma barreira eficaz contra a concorrência – qual a garantia de que um concorrente obterá esta mesma insulação contra processos, caso comece a digitalizar acervos? (Aqui temos a figura do *first-sued*, que arcou com o risco de digitalizar por conta, e de ser processado antes; logo, é quem pode obter um acordo favorável. Parte da estratégia da empresa, que parece ter funcionado). Nenhum autor ou editor poderia competir com tais termos, e nenhum outro serviço de busca teria a imunidade dada ao Google pelo acordo.

O Google se defende das acusações de que terá o monopólio das obras órfãs e fora de catálogo com alguns argumentos, entre eles a notícia de que pretende oferecer acesso ao catálogo para concorrentes. Numa recente reunião de um comitê do Congresso americano (*U.S. House of Representatives Judiciary Committee*), chamado para discutir a questão, o Google anunciou que vai hospedar *online* os livros digitais (fora de catálogo), e varejistas como a Amazon, a Barnes & Noble ou qualquer livraria local poderão vender o acesso para usuários em qualquer aparelho com conexão à Internet[19].

O Registro também constitui uma ameaça em termos anti-truste. Irá atuar como uma nova entidade de gestão coletiva de direitos, representando os interesses de autores e editores. A concentração de poderes nesta *clearing house* – para oferecer licenciamentos de obras de terceiros, para negociar contratos, para recolher pagamentos – apresenta o potencial para criação de um cartel para fixação dos preços de livros, ainda que tal ocorrência não pareça provável[20].

Ainda nesta linha de argumentos, entidades como o *Public Knowledge*, organização voltada para o avanço do domínio público, dizem que o beneficiário principal do acordo será o Google em detrimento de uma política de acesso amplo, que nivele o campo concorrencial e permita um acesso mais inclusivo aos artefatos culturais de nosso passado recente.

Além das acusações de criação de monopólio, é fundamental a preocupação com a proteção do consumidor, especialmente do ponto de vista da formação de preços, e da privacidade. Os termos atuais do acordo possibilitam um comportamento opressivo por parte do Google. Para o Prof. Jaimes Boyle, o Google tem a chave de sua biblioteca e pode monitorar a sua leitura[21], já que a princípio não será possível o *download* de tais livros digitais.

Para a *Electronic Frontier Foundation*, existe uma ampla expectativa de privacidade da qual desfrutamos quanto o assunto são livros e leitura; por exemplo, caso alguém

suspeite ter uma doença grave, pode ir em uma livraria e procurar livros sobre o tema, e o seu prêmio de seguro não subirá em razão disso, já que a seguradora não terá acesso aos dados de leitura daquela pessoa; ou um escritor que esteja pesquisando sobre movimentos políticos poderá ler o que quiser sobre fascismo, nazismo, fundamentalismos e terrorismo sem medo de cair sob o escrutínio de agências de segurança. Mas tal privacidade pode se erodir à medida em que os livros entram no mundo digital, no qual todo clique deixa um registro[22].

E mais: bens públicos deveriam ser amplamente acessíveis. Apenas por ofertar o serviço de buscas e ao processar pagamentos, o Google e o Registro vão criar bases de dados extremamente úteis sobre informações de direitos autorais de livros. Tais bancos de dados são bens públicos clássicos, e nem o Google ou o Registro necessitarão de direitos exclusivos sobre eles como incentivos[23].

Governança e auto-regulação

As respostas aos pontos levantados acima são fundamentais para que não se gere uma nova situação de desequilíbrio (o Google tem argumentado que vários destes fatores serão ajustados antes da versão final do acordo, e que muitas destas críticas não teriam vez caso o sistema da legislação de direitos autorais não fosse tão absurdamente desequilibrado em favor de determinado setor da economia).

Mas, essencialmente, este acordo representa uma resposta sistêmica a uma situação de desequilíbrio causada pela proteção excessiva a determinado setor, suficiente para afetar a eficácia de uma sociedade baseada no conhecimento, para a qual interessa a circulação da e o acesso à informação. Na melhor tradição do "*code is law*"[24], o acordo é uma solução tecnológica e privada para um problema causado pelo aparelho estatal; o mercado e a arquitetura convergindo para solução de um problema causado pela lei.

Não significa dizer que tal acordo possa prevalecer à revelia do Estado; tanto é que seu único foro possível é por meio da *class action*. Como afirmado na introdução deste trabalho, os direitos autorais são direitos fundamentais tanto do seu titular quanto, simultaneamente, da sociedade.

Esta sua natureza dual, reflexa por exemplo nos mecanismos de gestão coletiva de direitos, torna imprescindível que se garanta a existência de *checks and balances* para que não se criem situações monopolistas; é imprescindível o acesso, ou a possibilidade de acesso, por meios alternativos.

Conclusão

A transparência e possibilidade de auditoria do sistema são fundamentais. Caso o Google se torne um gargalo no acesso público aos livros, há o risco de que se torne secretamente um censor do sistema; hoje, por exemplo, nos acostumamos a confiar nos resultados de nossas buscas junto ao site, mas não há meios de saber quais as informações que são deixadas de fora de tais resultados...

O Google certamente não vai querer distribuir livros dos quais fortemente discorda, ou dos quais teme um passivo judicial. Tais objetivos podem ser conciliados; é necessário ter as garantias de que quando o Google escolha não disponibilizar tais obras, deixe canais alternativos de acesso abertos ao público.

O acesso eletrônico aos acervos de pesquisa é uma solução tecnologicamente superior ao acesso físico direto aos livros. A maioria das bibliotecas e seus usuários se beneficiarão deste serviço. O potencial acadêmico é fantástico, especialmente para pesquisadores afastados dos grandes centros de pesquisa, permitindo uma geração direta de maior conhecimento pela maior circulação de informação.

É fato também que a maior utilização de obras órfãs e foras de catálogo apresenta um aumento na eficiência econômica e grande potencial para satisfação de demandas de consumidores. Hoje o mercado para livros fora de catálogo e órfãos é restrito; é fácil ver como a estrutura de comercialização de livros de segunda mão poderia se beneficiar aos anunciar seus catálogos junto com os arquivos digitais, ou realizar edições *on demand* de tais obras. Ao que parece, este acordo abre um horizonte para salvação da indústria cultural apesar dela mesma, ao trazer todo o mercado editorial para o século 21.

Mas o potencial revolucionário do acordo é o fato de que os livros estão sendo escaneados, e seus conteúdos estarão disponíveis *online*. Se é verdade que haverá grande concentração de poder nas mãos do Google e do Registro – e, como visto, algumas das críticas dizem respeito a aspectos chave do funcionamento de uma sociedade baseada na conhecimento e na maneira como nos relacionamos com a cultura – e que tais críticas necessitam de análise e reflexão por parte dos encarregados da apreciação do acordo, não é menos verdade que é o mais próximo que já se chegou de uma verdadeira democratização do conhecimento e do acesso ao saber, e ao patrimônio cultural global condenado ao esquecimento pela atual legislação de direitos autorais.

Além dos campos (essenciais) da cultura e do saber, o acordo apresenta farto material para reflexão sobre o papel do Estado e do modo tradicional de se fazer política nesta fase do capitalismo pós-industrial, globalizado e conectado. Foi preciso um acordo entre entidades privadas diretamente interessadas – de um lado, o gigante de buscas, de outro representantes de uma indústria em rápida transição – para cortar o nó górdio deste gigantesco patrimônio cultural que estava se perdendo.

Enquanto o Estado, que deveria ser o principal interessado na manutenção dos *commons*, os "baldios"[25] compreendidos no patrimônio cultural comum que é a matéria-prima do saber e do conhecimento, quedava-se inerte, presa do discurso maximalista de proteção, que avançou galopantemente em 15 anos na imposição de exclusivos à sombra do Direito de Autor[26].

Bibliografia:

ARAÚJO, Fernando. A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios – O Problema Econômico do Nível Óptimo de Apropriação. Almedina: 2008.

BARBOSA, Cláudio R. Propriedade Intelectual: Introdução à propriedade intelectual como informação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARTZ, Diane. *Google to share scanned books with rivals*. Disponível em http://www.reuters.com/article/technologyNews/idUSTRE58873J20090910?feedType=RSS&feedName=technologyNews em 14/09/09.

BOYLE, Jaimes. *Google Books and the Escape from the Black Hole*. Disponível em http://www.thepublicdomain.org/2009/09/06/google-books-and-the-escape-from-the-black-hole/ em 14/09/09.

COVEY, Denise Troll. *Acquiring Copyright Permission to Digitize and Provide Open Access to Books. Digital Library Federation Council on Library and Information Resources*. Washington, D.C.: 2005

D´ANDRADE, Hugh. *Don't Let Google Close the Book on Reader Privacy!* Disponível em http://www.eff.org/deeplinks/2009/07/take-action-dont-let-google em 14/09/09.

DANTAS, Marcos. A lógica do capital-informação. A fragmentação dos monopólios e a monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais. Rio de Janeiro: Contraponto, 2 ed. rev., 2002.

GRAU-KUNTZ, Karin, e BARBOSA, Denis Borges (org.). Ensaios sobre o Direito Imaterial. Estudos dedicados a Newton Silveira. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

GRIMMELMANN, James. *How to Fix the Google Book Search Settlement*. Journal of Internet Law, Vol. 12, Nr. 10. Aspen Publishers. Abr/2009.

HAUSMAN, Jerry A., SIDAK, Gregory. *Google and the proper antitrust scrutiny of orphan books.* Journal of Competition Law & Economics, 5(3), 411–438

LESSIG, Lawrence. *Copyright law and roasted pig*. 2002. Disponível em http://www.lessig.org/content/columns/red2.pdf em 14/09/09.

LESSIG, Lawrence. *On the Google Book Search agreement*. 2008. Disponível em http://www.lessig.org/blog/2008/10/on_the_google_book_search_agre.html em 14/09/09.

MOGLEN, Eben. Moção de *Amicus Curiae* da *Free Software Foundation in Support of Petitioners Eric Eldred, et al., v. John D. Ashcroft On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit,* No. 01-618. 2002. Disponível em http://www.mirror5.com/philosophy/eldred-amicus.pdf em 14/09/09.

MONTUSCHI, Luisa. *Datos, Información y Conocimiento. De la sociedad de la informacion a la sociedad del conocimiento.* Nro. 192. Universidad del CEMA: Buenos Aires, 2001.

PELLANDA, Nize Maria Campos. Conversações: modelo cibernético da constituição do conhecimento/realidade. p. 1381. Educ. Soc., Campinas, vol. 24, n. 85, p. 1377-1388, dezembro 2003. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/es/v24n85/a14v2485.pdf em 14/09/09

PERLMAN, Jef. *Google Book Search and Orphan Works*. Disponível em http://www.publicknowledge.org/node/1843 em 14/09/09.

SEGAL, Lynn. *The dream of reality: Heinz von Foerster's constructivism*. New York: Springer-Verlag, 2001.

1SOUZA, Allan Rocha de. Os Direitos Fundamentais, os Direitos Autorais e a Busca pelo Equilíbrio. p. 70, *in* GRAU-KUNTZ, Karin, e BARBOSA, Denis Borges (org.). Ensaios sobre o Direito Imaterial. Estudos dedicados a Newton Silveira. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

2MONTUSCHI, Luisa. Datos, Información y Conocimiento. De la sociedad de la informacion a la sociedad del conocimiento**.** p. 02. Nro. 192. Universidad del CEMA: Buenos Aires, 2001.

3A UNESCO, em particular, adotou o termo “sociedade do conhecimento” ou sua variante “sociedades do saber” dentro de suas políticas institucionais. Desenvolveu uma reflexão em torno do assunto que busca incorporar uma concepção mais integral, não ligada apenas à dimensão econômica.

4PELLANDA, Nize Maria Campos. Conversações: modelo cibernético da constituição do conhecimento/realidade. p. 1381. Educ. Soc., Campinas, vol. 24, n. 85, p. 1377-1388, dezembro 2003. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/es/v24n85/a14v2485.pdf em 14/09/09

5DANTAS, Marcos. A lógica do capital-informação. A fragmentação dos monopólios e a monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais. p. 142. Rio de Janeiro: Contraponto, 2 ed. rev., 2002.

6SEGAL, Lynn. *The dream of reality: Heinz von Foerster's constructivism*. p. 72. New York: Springer-Verlag, 2001.

7BARBOSA, Cláudio R. Propriedade Intelectual: Introdução à propriedade intelectual como informação. p. 172. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

8Ainda que tais informações possam estar submetidas a níveis adicionais de proteção, como é o caso das patentes inventivas.

9A regra geral é estabelecida pelo Art. 41 da Lei 9.610/98: "Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1° de janeiro do ano subseqüente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.". Caso o autor faleça sem herdeiros, sua obra entra para o domínio público.

10No caso em questão, foi arguida a inconstitucionalidade de legislação passada pelo Congresso americano aumentando retroativamente o prazo protecional de direitos autorais, e na prática impedindo que diversos produtos culturais entrassem no domínio público (entre eles o *Mickey Mouse*). A tese foi sustentada pelo Prof. Lawrence Lessig. A decisão da Suprema Corte americana foi no sentido de preservar a discricionariedade do Congresso, mantendo a legislação.

11BOYLE, Jaimes. *Google Books and the Escape from the Black Hole*. Disponível em http://www.thepublicdomain.org/2009/09/06/google-books-and-the-escape-from-the-black-hole/ em 14/09/09.

12De acordo com Lawrence Lessig, dos 10.027 livros impressos nos Estados Unidos nos anos 30, menos de 2% estão ainda sendo impressos, e o número de livros fora do catálogo excede em muito o número de livros em catálogo pelas décadas subsequentes. LESSIG, Lawrence. 2002. *Copyright law and roasted pig.* Disponível em http://www.lessig.org/content/columns/red2.pdf em 14/09/09.

13COVEY, Denise Troll. *Acquiring Copyright Permission to Digitize and Provide Open Access to Books.* p. 07. Digital Library Federation Council on Library and Information Resources. Washington, D.C.: 2005

14"Keep substantially all works with otherwise-expiring copyrights out of the public domain for a generation". MOGLEN, Eben. 2002. p. 12. Moção de *Amicus Curiae* da *Free Software Foundation* in Support of Petitioners Eric Eldred, et al., v. John D. Ashcroft On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 01-618. Disponível em *http://www.mirror5.com/philosophy/eldred-amicus.pdf* em 14/09/09.

15LESSIG, Lawrence. *On the Google Book Search agreement*. 2008. Disponível em http://www.lessig.org/blog/2008/10/on_the_google_book_search_agre.html em 14/09/09

16HAUSMAN, Jerry A., SIDAK, Gregory. *Google and the proper antitrust scrutiny of orphan books*, p. 421. Journal of Competition Law & Economics, 5(3), 411–438

17PERLMAN, Jef. *Google Book Search and Orphan Works*. Disponível em http://www.publicknowledge.org/node/1843 em 14/09/09.

18GRIMMELMANN, James. *How to Fix the Google Book Search Settlement*. p. 12. Journal of Internet Law, Vol. 12, Nr. 10. Aspen Publishers. Abr/2009.

19BARTZ, Diane. *Google to share scanned books with rivals*. Disponível em http://www.reuters.com/article/technologyNews/idUSTRE58873J20090910?feedType=RSS&feedName=technologyNews em 14/09/09

20HAUSMAN, Jerry A., SIDAK, Gregory. *Google and the proper antitrust scrutiny of orphan books*, p. 418. Journal of Competition Law & Economics, 5(3), 411–438

21BOYLE, Jaimes. *Google Books and the Escape from the Black Hole*. Disponível em http://www.thepublicdomain.org/2009/09/06/google-books-and-the-escape-from-the-black-hole/ em 14/09/09.

22D´ANDRADE, Hugh. *Don't Let Google Close the Book on Reader Privacy!* Disponível em http://www.eff.org/deeplinks/2009/07/take-action-dont-let-google em 14/09/09

23GRIMMELMANN, James. *How to Fix the Google Book Search Settlement.* p. 12. Journal of Internet Law, Vol. 12, Nr. 10. Aspen Publishers. Abr/2009.

24No já clássico *Code is Law* (1999), Lawrence Lessig afirma existir um equilíbrio entre a lei, as normas, o mercado e a arquitetura (código) como fontes do Direito.

25Ver ARAÚJO, Fernando. A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios – O Problema Econômico do Nível Óptimo de Apropriação. Almedina: 2008.

26ASCENSÇÃO, José de Oliveira. Modelos Colaborativos em Direitos Autorais. p. 9. *in* GRAU-KUNTZ, Karin, e BARBOSA, Denis Borges (org.). Ensaios sobre o Direito Imaterial. Estudos dedicados a Newton Silveira. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ÀS OBRAS INTELECTUAIS NA INTERNET*

CONSIDERATIONS ABOUT THE APPLICABLE LAW TO INTELLECTUAL CREATION IN THE INTERNET

Ana Cristina Azevedo Pontes de Carvalho

RESUMO

No Brasil, a Lei 9.610/98 (Lei Autoral) define parâmetros sobre direitos autorais, a fim de regular a proteção da propriedade intelectual, como a artística, literária e musical, e estabelece que os proprietários dessas espécies de obras possuem muitos direitos. Dessa forma, os autores podem decidir se eles querem ou não publicar, vender ou apenas deixar que outras pessoas tenham acesso à sua obra. Este trabalho mostra que, embora o Brasil ainda não tenha uma lei específica aplicada apenas às obras intelectuais na Internet, há muitas leis, como a civil e a criminal, as quais podem perfeitamente ser aplicadas a toda criação da mente acessível através da Internet.

PALAVRAS-CHAVES: LEGISLAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL, INTERNET

ABSTRACT

In Brazil, Lei 9.610/98 (Copyright Law) defines parameters for copyright, in order to regulate the protection of intellectual creation, as artistic, literary and musical ones, and states that the owners of these kinds of creation possess many rights. This way, authors can decide whether they want or not to publish, sell or just let other people access their creation. This work shows that, although Brazil still does not have a specfic law that is applied only for intellectual creation in the Internet, there are many laws, such as civil and criminal ones, which can perfectly be applied to everything created by mind that can be accessed through the Internet.

KEYWORDS: LAW, INTELLECTUAL CREATION, INTERNET

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

No Brasil, a Internet constitui um espaço virtual que possui regulamentações específicas mínimas, enquanto a quase totalidade dos fatos que ali ocorrem acabam por ser disciplinados pelos diversos tipos de normas civis e criminais.

Nesse contexto, é certo que o campo da propriedade intelectual, cujas violações atualmente são constantes e praticadas através de modernos meios tecnológicos, como o compartilhamento de arquivos, merecia ter uma disciplina própria, e não apenas por uma Lei Autoral genérica, elaborada antes de 1996, quando só então a Internet efetivamente chegou ao Brasil.

No entanto, enquanto isso não ocorre, o estudo do Direito Autoral aplicável às obras intelectuais disponíveis através da Internet apresenta sua devida importância, no sentido de buscar uma interpretação legal adequada a esses novos fatos jurídicos.

1. HISTÓRICO MUNDIAL DO DIREITO AUTORAL

O Direito Autoral é o ramo do direito que concede ao autor, pessoa física ou jurídica, a proteção de suas obras intelectuais e lhe garante os direitos patrimoniais e morais.

A história do Direito Autoral iniciou-se em Roma, através da união do *Corpus místico* (criação intelectual) e *Corpus mecânico* (suporte físico). A partir do momento em que os dois conceitos fossem encontrados em um objeto ou criação intelectual, ter-se-ia uma criação protegida intelectualmente.

BLUM (2006) afirma que, até a Idade Média e Renascimento (movimento cultural), a cópia de criações era raramente realizada por dois motivos:

· Os reis e papas eram os donos das obras, sendo assim o controle de acesso ao acervo era restrito e controlado; privativo dos mosteiros, copistas e do próprio autor;

· A maior parte da população não sabia ler nem escrever, portanto, não possuía os requisitos básicos para conseguir plagiar uma obra, que naquela época era somente pela reescrita pelo próprio autor.

Este cenário começou a mudar com o advento da impressão gráfica criada por Johann Gensfleish Gutenberg,[1] aproximadamente em 1450, devido a uma questão jurídica relacionada à proteção dos direitos autorais. Entretanto, esta proteção limitava-se aos editores, não se estendendo aos autores, em virtude da censura manipulada pelos detentores do poder daquela época (SANTIAGO, 1946).

A primeira Lei conhecida sobre direitos do autor apareceu na Inglaterra em 1709, baixada pela Rainha Ana, e foi denominada *Copyright Act* (Ato de Direitos Autorais), entrando em vigor em 10 de abril de 1710 (COSTA NETTO, 1998). Ela pode ser resumida como um “ato de estímulo da cultura, conferindo aos autores e compradores o direito às cópias de seus livros pelo tempo mencionado” (SANTIAGO, 1946).

O *copyright* tinha como objetivo proteger os autores teatrais e musicais, concedendo-lhes regalias, posteriormente denominadas *royalties*, até hoje utilizadas para petróleo, tecnologia etc. Estas regalias eram uma forma de renda sobre os proventos obtidos com apresentações, bilheterias, vendas e livros. É valido ressaltar que esta conquista foi resultado da opressão imposta pelos editores e autores durante os anos em que estes eram detentores dos direitos patrimoniais, como ressalta a doutrina (DE MATTIA, 1980):

[...] Só a reação aos autores ao monopólio estabelecido em favor dos editores poderia ter tido a força de desencadear um processo reivindicatório que culminaria na Inglaterra, no início do Séc.XVIII, e na França, nos fins do mesmo século, com o aparecimento e reconhecimento do direito de autor. Concluímos pois, no sentido de que o direito de autor surgiu em conseqüência de um instituto jurídico que o antecedeu e que foi o privilégio do editor [...]

De acordo com BLUM (2006), na Revolução Francesa, surgiu o conceito de Direito Autoral, que é atualmente utilizado pela sociedade. Naquele período, foi criado o *droit d'auteur*, o qual compreendia também os direitos autorais morais, assegurando ao criador o direito de ter seu nome impresso na divulgação de sua obra e o respeito à integridade desta, além de lhe permitir modificá-la, ou mesmo impedir sua circulação.

Finalmente, após estes dois importantes momentos históricos, formou-se o molde dos direitos autorais que são usados até hoje na maior parte dos ordenamentos jurídicos no mundo.

2. HISTÓRICO BRASILEIRO DO DIREITO AUTORAL

Enquanto isso, no Brasil, de acordo com PEREIRA, PIMENTEL e MEHLAN (2003), na época colonial, o Direito Autoral encontrava-se subordinado à legislação portuguesa, cuja Constituição de 1838 garantia a propriedade da obra aos autores, pintores e inventores.

Em 1891, foram garantidas, constitucionalmente, as primeiras normas de Direito Autoral brasileiro, com a primeira Constituição Republicana, em seu art. 72, § 26. No entanto, ele foi publicado somente cinco anos depois, sob o n.º 496, passando a ser conhecida como Lei Medeiros Albuquerque.

"A Lei Medeiros Albuquerque foi retrógrada, em vários aspectos, em relação ao direito autoral europeu, principalmente porque exigia o registro da obra como condição de sua protegibilidade [...]." (GANDELMAN, 2001).

Com o advento do Código Civil de 1917, a obra intelectual passou a ser considerada como propriedade nas formas científica, literária e artística. A Constituição Brasileira de 1988 disciplina os direitos autorais no art. 5.º, incisos XXVII a XXIX. A Lei n.º 9.610/98 veio regular os direitos autorais e os que lhe são conexos, sendo, pois, a nossa Lei de Direito Autoral ou LDA.

É de extrema importância a existência dos direitos autorais na sociedade moderna, pois, vivendo em uma era em que a informação corre livremente pelo mundo, o número de pessoas que ganham a vida com suas criações está crescendo exponencialmente.

A disseminação do conhecimento é importante, e o controle sobre a autoria é indispensável para qualquer país, pois, sem uma lei para regularizar a situação, seria um caos provar o que cada pessoa realizou, e as pessoas aproveitadoras não perderiam a chance de faturar através do trabalho dos outros.

3 O DIREITO AUTORAL BRASILEIRO E A LEI 9.610/98

A Lei n.º. 9.610/98 ou Lei de Direito Autoral (LDA), que disciplina os direitos autorais no Brasil, reflete alguns conceitos de outros países e das convenções de Berna (1886) e Roma (1961) e assegura os direitos do autor e os que lhe são conexos em relação às suas obras intelectuais.

Convém ressaltar que é objeto do Direito Autoral a proteção das obras de espírito que sejam originais e criativas. Segundo a LDA, em seu art. 7.º, "são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro", ou seja, livros, poemas, textos, músicas, filmes, fotos, *softwares* etc, expostos em qualquer meio, seja televisão, rádio ou Internet, são de total controle do autor ou de seus representantes legais.

Entretanto, não são protegidas as idéias, os métodos, esquemas, os procedimentos normativos, formulários em branco e suas respectivas instruções, textos de Leis e decisões judiciais, informações de uso comum, os nomes e títulos isolados, e o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras[2].

Os objetos que não têm proteção perante a LDA, em seu art. 8.°, são as idéias, sistemas, leis, decretos, decisões judiciais, regulamentos, formulários, nomes e títulos isolados, regras para realizar jogos mentais, informações de uso comum etc.

Também não possuem proteção, conforme a LDA:

· Publicação de artigos de periódicos (reprodução de notícias e pronunciamentos);

· Publicação de retratos feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, desde que não haja a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

· Reprodução de obras para uso exclusivo de deficientes visuais;

· Citação trechos de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, desde que se indique o nome do autor e as fontes bibliográficas da obra;

· Representação teatral e a execução musical, quando no recinto familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, desde que não haja em qualquer caso o intuito de obter lucros;

· Reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras pré-existentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da nova obra e não prejudique a exploração normal da obra reproduzida, nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Por outro lado, são protegidas as obras intelectuais, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas e dramático-musicais; as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por qualquer outra forma; as composições musicais tenham ou não letra; as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas.

As obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia também estão dentro do escopo da LDA, assim como as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova e os programas de computador; as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

A originalidade que se protege é a forma de expressão, e não a originalidade existente na obra, pois diversas pessoas podem chegar às mesmas conclusões ou idéias parecidas, e o diferencial é a forma como a obra ou criação foi materializada.

O valor intrínseco da obra também é irrelevante quanto à atribuição de titularidade, independentemente dos méritos e qualidades. A proteção é valida sempre que se tratar de uma criação original.

Autor da obra é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. O autor pode identificar-se através de seu nome civil, completo ou abreviado, iniciais, pseudônimos ou qualquer outro sinal convencional.

É titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orquestra obra caída em domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua.

No Brasil, assim como nos países que seguem a tradição latina, os direitos autorais podem ser decompostos, basicamente, em dois importantes aspectos: o direito moral e o patrimonial.

A LDA, em seu art. 24, determina que é direito moral do autor o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional

indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; o de conservar a obra inédita; o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada.

O autor ainda tem o poder de: retirar de circulação a obra ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Enquanto os direitos morais são inalienáveis, os direitos patrimoniais se referem à exploração econômica da obra e podem ser cedidos ou vendidos a terceiros definitivamente ou temporariamente.

Os direitos autorais patrimoniais envolvem o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Assim, praticamente nada se pode fazer, sem a obtenção de autorização prévia e expressa do autor: reproduzir parcial ou integralmente, editar, adaptar, traduzir, incluir em fonograma ou produção audiovisual, distribuir, utilizar, direta ou indiretamente, a obra mediante representação, recitação ou declamação, execução musical, emprego de alto-falante, radiodifusão sonora ou televisiva, sonorização ambiental, exibição audiovisual, cinematográfica, emprego de satélites artificiais, exposição de obras plásticas e figurativas, incluírem em base de dados, armazenamento em computador, microfilmagem etc.

As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais, ou seja, o fato de alguém ter comprado um quadro pintado por você não lhe dá o direito de explorá-lo comercialmente sem a sua autorização.

Igualmente, se o editor adquirir os direitos de edição de uma obra, isso não lhe assegura o direito de traduzi-la, adaptá-la para o teatro ou cinema, sem que o autor esteja de acordo.

A LDA não protege apenas os direitos do autor da obra, como deixa claro em seu art. 1.º, ao incluir, no conceito de direitos autorais, os direitos de autor dos criadores e os direitos conexos das pessoas que interpretam e divulgam as suas obras, como artistas, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão.

Sendo assim, a LDA atribui, a tais pessoas, a titularidade originária de direitos conexos (morais e patrimoniais) aos dos autores de obras intelectuais, os quais compreendem, além da reprodução da obra, direitos exclusivos de autorizar ou proibir a comunicação ao público de suas interpretações e fonogramas.

Em seu art. 89, a LDA assevera que as normas relativas aos direitos de autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão

Os detentores dos direitos autorais devem ser previamente consultados, para que suas criações possam ser expostas ou vendidas, cientes do direito que possuem de receber todos os benefícios, tanto morais quanto econômicos, gerados pelas suas obras no presente e no futuro, dentro do prazo de proteção da obra.

No entanto, existem situações em que a permissão do autor não é necessária para o uso da obra, como para exemplos ou ilustrações. De qualquer forma, é necessário que haja a menção do nome autor, pois a simples referência à obra requer a citação da sua titularidade.

Os direitos patrimoniais perduram por 70 anos, contados a partir de 1.° de janeiro do ano seguinte ao falecimento do autor.

Após este período, os direitos sobre a obra caem em domínio público, podendo ser utilizados por qualquer pessoa, a não ser que os titulares, como, por exemplo, os sucessores do autor, requeiram judicialmente a prorrogação da proteção autoral, como ocorreu com a marca Disney nos Estados Unidos.

Um aspecto importante da Lei é a territorialidade. Sempre que uma pessoa cria algo fora de seu país de origem, surge a questão da lei aplicável à obra e, conseqüentemente, do local onde pode ser registrada e outras implicações legais.

A LDA, com base em tratados e convenções de reciprocidade internacional, esclarece que tudo o que for feito em nosso país deverá ser submetido à nossa lei, independentemente da nacionalidade e vontade do criador. Apenas em casos específicos, poderá haver uma negociação entre os países em questão.

Saliente-se, por outro lado, que a proteção dos direitos autorais independe de qualquer providência no sentido de registrar a obra, portanto, ao autor, é apenas facultado efetuar o registro da obra no órgão competente.

Embora o registro não seja obrigatório, é certo que constitui a melhor prova de autoria da obra, sendo, pois, recomendável. Assim, nos casos em que duas obras forem exatamente iguais, mas de autoria diferente, o indivíduo que efetuar primeiramente o registro será o detentor dos direitos, mediante presunção *juris tantum*, ou seja, até que se prove o contrário.

Não se pode esquecer que as obras intelectuais resultam da criação da mente humana, portanto, são bens intangíveis que precisam de algum suporte físico para que sejam materializadas e, assim, protegidas pelo Direito Autoral.

Cada obra tem seu suporte específico, como os CDs para músicas e *softwares*, papel para livros, VHS, DVD e cinema para filmes, pedras que serão esculpidas e transformadas em esculturas, quadros e tinta para pinturas, entre outros.

O suporte pode ser material ou imaterial, portanto, a grande novidade que veio revolucionar o Direito Autoral foi o surgimento da internet como suporte das obras intelectuais.

4. A INTERNET E O DIREITO AUTORAL

A Internet[3] criou um mundo paralelo onde igualmente ocorrem fatos jurídicos, principalmente relativos ao Direito Autoral. Como uma ferramenta globalizada, ela viabilizou a troca de informações de uma forma nunca antes vista, revolucionando hábitos, transformando a forma de pensar das pessoas, a maneira como estas se relacionam e permitindo ao mundo um dinamismo de tarefas.

A palavra internet foi definida pelo *Federal Networking Council* (FNC) como um "sistema de informação global" que (i) é logicamente ligado por um endereço único global baseado no *Internet Protocol* (IP); (ii) é capaz de suportar comunicações usando o *Transmission Control Protocol / Internet Protocol* (TCP/IP) ou suas subseqüentes extensões e/ ou outros protocolos compatíveis ao IP; (iii) provê, usa ou torna acessível, tanto publicamente como privadamente, serviços de mais alto nível produzidos na infra-estrutura descrita[4].

A existência de diversas aplicações e a possibilidade de se fazerem, desde meras publicações de arquivos, até conexões de pessoas, fez da Internet um instrumento atualmente indispensável para a maioria das pessoas.

Porém a falta de conscientização quanto ao uso desses recursos criou e expandiu a prática de atos abusivos, como por exemplo, a distribuição de arquivos relacionados a obras protegidas sem uma prévia consulta de seus autores.

O principal contra-senso da Internet é a facilidade de encontro das informações. Assim a violação pode ocorrer na cópia de um filme, MP3[5], livros, instrumentos de programação etc.

Os famosos programas P2P[6] e *sites* com conteúdo para *download* permitem que as pessoas troquem arquivos entre si, sem nenhum tipo de controle ou segurança, agravando ainda mais a situação.

Na verdade, trata-se de um ambiente virtual onde atos jurídicos são praticados tanto quanto no mundo físico onde vivemos, sendo necessária, pois, a existência de leis capazes de disciplinar devidamente os fatos praticados através da Internet.

A LDA foi promulgada poucos anos após a implantação da Internet no Brasil, no entanto, foi elaborada mais de uma década antes dessa novidade, portanto, não tem, no seu escopo, regras específicas para o controle da transmissão de dados pela rede, nem tampouco menciona a palavra internet, indubitavelmente, a esta se aplica.

O inciso VI, do art. 5.°, da LDA, define a reprodução como sendo "a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido".

De fato, a Internet constitui um meio eletrônico de armazenamento das obras intelectuais, por isso, é pacífico, na doutrina e na jurisprudência, o seu reconhecimento como suporte válido de obras intelectuais.

Muito se discute em torno da regulamentação da Internet. De acordo com Lorenzetti, "o modelo de paraíso democrático baseado no livre acesso e intercâmbio de opiniões pode ser uma situação meramente transitória e fugaz" (2001, p. 424).

Em casos extremos onde nações tentam se basear na "soberania informativa", como fez a China, que tentou centralizar seus servidores para apenas um tipo de informação, viu-se a necessidade da criação de normas ou tratados internacionais[7] que possam ajudar na adaptação de todas as nações em relação à Internet.

O crescimento da Internet em larga escala não apenas abre as portas para os violações de direitos autorais, como não estabelece barreiras para entrada e saída de informações, podendo qualquer pessoa em qualquer lugar do mundo acessar qualquer tipo de informação.

Essa é a globalização informática que se fala nos dias de hoje. Ela pode ser destrutiva; a propriedade de liberdade da Internet não propõe fronteiras para a circulação de informação que, livre, está sujeita a diversas deturpações, como modificações impróprias e retransmissões não permitidas, desgastando assim a sua confiabilidade e afastando incentivos para investimentos.

O questionamento sobre até onde a proteção de Internet deveria chegar está no fato de identificar o que pode ser público, quais bens integram um *site* ou outro e a extensão dos direitos de usuário. O alto nível de interação do usuário com os *sites* é o que causa a chamada colisão de direitos.

Um *site* é uma obra nova que tem em sua composição obras preexistentes, vínculos (links) e outros *sites*, menus de busca (search) e é tudo sistematizado segundo o critério do autor; por sua vez, o usuário não se limita a um uso passivo, mas sim interage com o *site*, podendo dar múltiplos usos aos bens existentes, inclusive modificá-los ou utilizá-los para terceiros. (LORENZETTI, 2001, p. 436).

O que se vê como maior desafio na regulamentação da Internet é a disponibilização de conteúdo na Internet. Independentemente do que seja publicado (vídeos, textos, imagens, sons), o autor que publica algo na rede está permitindo, implicitamente, que isso seja copiado, ou alterado, ou ainda mesmo retirado da Internet (casos de *download*s ou impressões), dificultando a efetividade do Direito Autoral.

5. SANÇÕES DA LEI AUTORAL

As pessoas que violarem os dispositivos da LDA são punidas conforme as sanções ali explícitas (título VII, arts. 101 a 110), sendo todas de natureza cível, porém, submetem-se igualmente às sanções de natureza criminal previstas no Código Penal Brasileiro (LDA, art. 101), como se verá oportunamente.

O autor que tiver sua obra fraudada, reproduzida ou divulgada, poderá pedir a apreensão do material ou a suspensão da divulgação indevida pela autoridade competente (art. 102).

A sentença ainda pode determinar que todos os exemplares e os meios para sua elaboração sejam apagados, e os equipamentos, destituídos, dependendo da gravidade e magnitude do caso (art. 106).

A pessoa que vender ou distribuir uma obra reproduzida com fraude, mesmo não sendo produtora da mesma, será responsabilizada, assim como o seu produtor, nos termos do art. 104.

Pelo art. 103 da LDA, quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares apreendidos e pagará o preço dos que tiver vendido. Caso não se conheça ao certo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil destes, além dos apreendidos (art. 103, parágrafo único).

A priori, pode parecer irrisória a multa prevista na LDA, quando comparada às multas aplicadas em outros países, mas também pode representar um enriquecimento indevido para as empresas detentoras dos direitos.

Afinal, o valor de três mil cópias de um programa como o Windows Vista, por exemplo, pode chegar ao valor de R$ 1.500.000,00. Nesse sentido, seria prudente a existência de outros coeficientes, a depender do tipo e do valor da obra cujos direitos foram violados, a fim de se alcançar o desejado efeito punitivo ou compensatório, sem gerar enriquecimento ilícito.

Em alguns casos, o infrator sequer age com má fé, como no clássico exemplo do sujeito desavisado que adquire computadores de um fornecedor desonesto, nos quais se encontram instalados *softwares* ilegais.

Portanto, a melhor interpretação que se pode dar ao art.103 é no sentido de considerar a finalidade de coibir a atividade-fim de edição de obras para revenda, e não quando o infrator se limitou a usar a obra para si mesmo.

A execução pública de uma obra intelectual, em desacordo com autorização do autor, sujeitará os responsáveis à multa de vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago (LDA, art. 109).

Segundo o art. 105, a transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser

imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.

Por exemplo, um *site* da Internet não pode transmitir um determinado programa, sem antes haver obtido a devida autorização do detentor dos direitos, o que, infelizmente, acontece com freqüência na Internet.

Quem deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, na utilização de uma obra intelectual, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar a sua identidade da forma prevista em lei (LDA, art. 108).

Por fim, não se pode esquecer que as sanções ora descritas, além de serem aplicadas sem prejuízo das sanções penais que adiante serão estudadas, também podem ser cumuladas com a competente indenização por perdas e danos (LDA, art. 107).

CONCLUSÃO

A Lei 9.610/98 (Lei Autoral), embora não seja o ideal no sentido de regulamentar obras intelectuais disponíveis na Internet, concede ampla proteção aos seus autores, permitindo-lhes decidir, por exemplo, se querem ou não publicar, vender ou apenas deixar que outras pessoas tenham acesso à sua obra.

Este trabalho mostra que, embora o Brasil ainda não tenha uma lei específica aplicada apenas às obras intelectuais na Internet, a Lei Autoral consegue disciplinar o assunto, senão da maneira ideal, porém de forma satisfatória, mormente quando colocada ao lado da legislação civil e criminal, as quais podem perfeitamente ser aplicadas a toda criação da mente acessível através da Internet.

Sem dúvida, ora se sugere a criação de uma nova regulamentação específica para as obras intelectuais da Internet, como a atual discussão acerca da legislação eleitoral pode comprovar, tendo em vista que o espaço virtual tem diversas peculiaridades que justificam a criação de leis específicas, e estas indubitavelmente facilitariam bastante o trabalho de interpretação e aplicação da lei ao fato envolvendo a Internet.

BIBLIOGRAFIA

BLUM, Renato Opice; BRUNO, Marcos da Silva Gomes; ABRUSIO, Juliana Canha. Manual de Direito Eletrônico e Internet. São Paulo: Aduaneiras, 2006.

COSTA NETTO, José Neto. *Direito Autoral no Brasil.* São Paulo: FTD, 1998.

DE MATTIA, Fabio M. *Do privilégio do editor ao aparecimento da propriedade literária e artística em fins do século XVIII*. Brasil: revista interamericana de direito autoral, vol.3, n.º2, 1980.

GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

LORENZETTI, Ricardo. "Informática, Ciberlaw, E-commerce". In: *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes.* Coord. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho. Edipro, 2001.

PEREIRA, Ana Maria; PIMENTEL, Luís Otávio; MEHLAN, Vivianne;. "Direitos Autorais: estudos e considerações". VII Encontro Nacional de Informação e Documentação Jurídica". Florianópolis, 12 a 14 de novembro de 2003.

SANTIAGO, Oswaldo. *Aquarela do Direito Autoral: História - Legislação - Comentários*. Rio de Janeiro: Gráfico Mangione, 1946.

---

[1] – "Johann Gutenberg, foi um inventor alemão que se tornou famoso pela sua contribuição para a tecnologia da impressão e tipografia (móveis de chumbo fundido, mais duradouros e resistentes do que os fabricados em madeira, e portanto reutilizáveis e conferiram uma enorme versatilidade ao processo)" Disponível em: http://www.imultimedia.pt/museuvirtpress/port/persona/gutenberg.html

[2]- Arts. 7.° e 8.° da LDA.

[3] Internet é um conglomerado de redes, em escala mundial, de milhões de computadores interligados pelo Protocolo de Internet (IP), que permite o acesso às informações de caráter global, assim como a transferência de dados.

[4]National Coordination Office for Networking and Information Technology Research and Development.

[5] MP3 (MPEG Audio Layer-3) se refere a uma extensão de arquivo de música digital, como uma evolução de codificação de áudio. Consiste na compressão de um arquivo de música, de tamanho menor que os arquivos comuns de extensão WAV para computadores.

[6] Programas P2P correspondem àqueles que compartilham arquivos de diferentes formatos em rede de Internet.

[7] Comentário realizado por Ricardo Lorenzetti em seu artigo de “Informática, Ciberlaw, E-commerce” do livro “Direito & Internet”, de Newton de Lucca.

AS FLEXIBILIDADES DA PROTEÇÃO PATENTÁRIA DE MEDICAMENTOS E SUA APLICAÇÃO EM EPIDEMIAS*

THE FLEXIBILITIES OF DRUGS PATENT PROTECTION AND ITS EPIDEMIC APPLICATIONS

Antonio Carlos Ribeiro

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo uma rápida análise de exemplos de flexibilidades ao direito patentário que podem constituir estratégias na elaboração de planos para o enfrentamento de epidemias e pandemias, como as provenientes da infecção dos vírus H1N1 e H5N1, que representam ameaça de curto prazo. Possuindo o país capacidade moderada de produção de medicamentos em sua rede de produção pública, além de também moderada capacidade tecnológica, a estrutura brasileira atual possibilita ao governo uma reserva estratégica que pode vir a consistir em condições mais adequadas de negociação com os fabricantes e também pode reduzir a dependência externa na produção de medicamentos.

PALAVRAS-CHAVES: MEDICAMENTOS, PATENTES, PANDEMIA, FLEXIBILIDADES

ABSTRACT

This paper aims at a quick analysis of flexibilities examples to patent rights that may be strategies to develop plans for dealing with epidemics and pandemics, such as from infection of H1N1 and H5N1, which represent short-term threat. Possessing the ability moderate country production of drugs in its network of public production, and also moderate technological capacity, the Brazilian structure enables the government a strategic reserve that is likely to consist of more suitable conditions for negotiating with manufacturers and can also reduce dependence on foreign production of drugs.

KEYWORDS: MEDICINES, PATENTS, PANDEMIC, FLEXIBILITIES

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Com o alerta da Organização Mundial da Saúde (OMS) em relação a pandemia de gripe A(H1N1)[1], os países iniciaram seus processos internos de prevenção e controle das ocorrências em seus respectivos territórios.

No Brasil, o Ministério da Saúde já havia divulgado o documento denominado "Plano Brasileiro de Preparação para uma Pandemia de Influenza", em abril de 2006, com vistas ao manejo de ocorrências da chamada "Gripe Aviária" (H5N1), utilizando-o para esta nova situação, documento este composto de uma série de procedimentos tendentes a minimizar os riscos de contágio, além da profilaxia para os doentes, no caso de contaminação da população [2].

O inverno do ano de 2009 no hemisfério sul, com a redução das temperaturas médias, marcou o incremento dos casos de infecção pelo vírus Influenza A(H1N1), chamada "gripe suína". De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), até o início do mês de setembro deste ano, ocorreram em todo o mundo mais de 270 mil casos da doença com, pelo menos, 3.200 mortes[3]. Segundo Boletim divulgado pelo Ministério da Saúde do Brasil no início de setembro de 2009, havia no país o registro de 657 mortes, em 17 Estados da Federação[4].

A exemplo das autoridades de saúde de diversos países, o Brasil recomenda a utilização de medicamentos anti-virais como tratamento adequado a casos de doenças provocadas pelo vírus, mormente para aqueles em que há maior risco de complicação clínica, como idosos, crianças, gestantes e para os pacientes que estejam com o sistema imunológico debilitado. A recomendação brasileira é a utilização do medicamento a base de fosfato de oseltamivir, produzido pela empresa suíça Roche, sob o nome comercial de Tamiflu[5] e [6].

O medicamento Tamiflu é patenteado pela empresa americana Gilead e licenciado para a suíça Roche que detém a exclusividade de produção e distribuição a nível global[7]. A licenciada tem fornecido o produto para o governo brasileiro que, a exemplo de outros, mantém estoques emergenciais como parte do Plano Brasileiro de Preparação para uma Pandemia de Influenza desde 2006, pois este medicamento é também recomendado para os casos de gripe aviária[8].

É reconhecido que os preços dos medicamentos assim protegidos tendem a ser mais elevados[9], criando condições para um choque de interesses entre o direito individual, representado pela proteção intelectual aos inventores, e o interesse público, com base na acessibilidade da população de menor renda às necessidades derivadas da pandemia.

É necessário um equilíbrio entre os interesses. Se a proteção for insuficiente, não haveria incentivo ao inventor; por outro lado, a excessiva proteção prejudicaria o acesso aos conhecimentos específicos nas áreas protegidas impedindo a sua difusão, o que resultaria num atraso tecnológico.

Dos vários campos do conhecimento e das aplicações industriais, a indústria farmacêutica é a mais sensível à necessidade da proteção de suas invenções, posto que os recursos necessários ao desenvolvimento de novos produtos são vultosos, mas, ao contrário, a reprodução do resultado por simples cópia ou pela chamada engenharia reversa, exigiria menor investimento.

Por outro lado, as inovações no campo farmacêutico se revestem de um caráter especial, pois são precedidas da necessidade de tratamento de doenças que já estão afetando as populações e o seu uso imediato permitirá a redução do sofrimento ou a cura completa de pacientes, ou seja, tem o caráter de saúde pública.

O monopólio da exploração de medicamentos novos possibilita que a comercialização seja feita por preços maiores do que seria num ambiente de competitividade entre fabricantes, dificultando ou mesmo impedindo o acesso aos produtos, principalmente por parte de populações de baixa renda e países de menor desenvolvimento econômico. E assim, nos países em desenvolvimento pode haver desequilíbrio entre a proteção intelectual de novas invenções e a necessidade dos governos em manter uma política de sanidade para sua população, principalmente se não houver uma forma adequada de proteção que permita o desenvolvimento e o acesso.

A população pobre de países em desenvolvimento utiliza a maior parte de sua renda para as necessidades básicas de moradia, alimentação e saúde[10]. Um custo alto em qualquer uma dessas necessidades acarreta a redução dos gastos nas demais, causando piora nas condições gerais de vida das famílias e criando os problemas sociais que são visíveis, como desnutrição, sub-moradias, criminalidade e baixo desenvolvimento geral.

Seria assim temerário que o Estado ampliasse ou mantivesse um elevado grau de proteção intelectual em detrimento de sua população, pois uma patente não existe para criar riquezas individuais ou para um pequeno grupo, mas sim para permitir o desenvolvimento de toda a comunidade. A sua lógica reside no fato de que o período de monopólio se torne um pequeno inconveniente diante dos maiores benefícios à sociedade em longo prazo.

A eclosão da pandemia da gripe suína torna urgente a necessidade da discussão a respeito do grau de proteção. O governo brasileiro é pressionado a aumentar os seus estoques de medicamentos[11], enquanto afirma que os estoques atuais são suficientes para o atendimento, considerando o percentual de agravamento da doença na população[12]. Por seu turno a Organização Mundial da Saúde (OMS) alerta para uma "segunda onda" de contaminação pelo vírus H1N1[13].

O objetivo deste estudo é a discussão a respeito dos vários mecanismos legais e jurídicos que dispõe o governo brasileiro para a utilização do medicamento protegido por patente na profilaxia da doença pandêmica, especialmente as salvaguardas previstas no Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionadas ao Comércio (ADPIC)[14] da Organização Mundial do Comércio, do qual o país é signatário, e as chamadas "provisões", conforme conclusão da Declaração de Doha[15].

PATENTES DE MEDICAMENTOS NO BRASIL

O Brasil passou a contar com o seu Código de Propriedade Industrial, por meio do Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, compatível com o texto da Convenção da União de Paris (CUP), de 1883, que, em decorrência da situação de guerra, negava qualquer proteção industrial por patente aos produtos farmacêuticos[16].

***Art.** 8º Não são privilegiáveis:*

1º) As invenções de finalidades exclusivamente contrárias às leis, a moral, à saúde e a segurança públicas;

2º) as invenções que tiverem por objeto substâncias ou produtos alimentícios e medicamentos de qualquer gênero;

3º) as invenções que tiverem por objeto matérias ou substâncias obtidas por meios ou processos químicos;

.....[17]

Segundo historiadores pesquisados, o período imediatamente após a Segunda Guerra Mundial foi de excepcional avanço industrial no Brasil, mormente a indústria farmacêutica nacional, por conta da derrota da Alemanha, cujas empresas farmacêuticas possuíam grande parte do mercado comprador nacional. A substituição das importações necessárias em razão da posição brasileira de apoio aos Aliados e contrária ao Eixo contou com a ajuda da indústria química americana que via a possibilidade de ocupar o espaço das indústrias alemãs no mercado brasileiro[18].

Seguiram-se os Códigos de 1967 e 1969, todos por meio de decretos-leis, que não alteraram a condição de não privilégio às invenções na área farmacêutica, pois se esperava que o país viesse a desenvolver a indústria e a produção tecnológica[19].

Diferentemente de seus antecessores, o Código de 1971 (Lei nº 5.772 - de 21 de dezembro de 1971) foi objeto de votação pelo Congresso Nacional, depois de ampla discussão com a indústria e especialistas, discussão esta amplamente documentada e publicada, mantendo-se, porém questão da não proteção às *substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos, de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação*[20].

Segundo a definição de Barbosa (2003), *uma patente, na sua formulação clássica, é um direito, conferido pelo Estado, que dá ao seu titular a exclusividade da exploração de uma tecnologia.* [21]

A lógica do direito à patente é que essa proteção, ou privilégio, é uma forma de promoção e estímulo à inovação, posto que a exclusividade de exploração permita ao seu titular a exploração da invenção em regime de monopólio, ou seja, sem competição, o que, em tese, lhe permitiria auferir maiores lucros[22] e [23].

Ao longo do processo de formação do conceito de patente na história, os países que a adotaram entenderam que se tratava de uma forma de fomentar a inovação ou a atração de novas tecnologias para dentro de suas fronteiras, pois a contrapartida do privilégio do inventor era a revelação do conhecimento para a comunidade o que permitiria a renovação do processo com novas invenções ou melhorias, aumentando o grau de tecnologia nacional.

O tempo de privilégio de uma invenção era definido pela legislação nacional, de acordo com os interesses dos governos, sendo que ao final do período a nova tecnologia poderia ser explorada livremente[24].

O custo social representado pelo alto preço da nova tecnologia praticado no período de privilégio seria compensado pelo livre acesso a invenção no final do seu prazo, pois a tecnologia poderia assim ser explorada por um número maior de competidores trazendo a conseqüente redução de preços em curto prazo[25].

Apesar da simplicidade lógica dos benefícios da patente para a sociedade, a sua prática revela certa complexidade, pois se for definido um nível baixo de proteção, haveria um desestímulo à inovação, ao passo que num nível alto, a população seria prejudicada pela alta do custo do acesso à nova tecnologia.

O alcance da proteção também é ponto importante, pois em países com reduzido grau de tecnologia que possua alto grau de proteção, fatalmente protegerá invenções estrangeiras e aumentará seu *deficit* da balança comercial pois o fluxo de capital seguirá o sentido do país detentor da tecnologia.

Neste sentido:

”*Qualquer país sairá perdendo se conceder privilégios de monopólio no mercado doméstico que não melhoram nem barateiam os produtos disponíveis, não desenvolvem sua própria capacidade produtiva nem obtêm para seus produtores pelo menos privilégios equivalentes em outros mercados. Nenhum tipo de conversa sobre ‘a unidade econômica do mundo’ é capaz de ocultar o fato de que alguns países, com poucas exportações de bens industrializados e poucas, se houver, invenções para vender, nada têm a ganhar com a concessão de patentes sobre invenções trabalhadas e patenteadas no exterior, exceto a vantagem de evitar retaliações estrangeiras desagradáveis em outras frentes. Nesta categoria estão os países agrícolas e aqueles que lutam para se industrializar mas exportam basicamente matérias-primas... sejam quais forem as vantagens existentes para tais países... não incluem vantagens relativas a seu próprio ganho econômico, decorrente da concessão ou obtenção de patentes sobre invenções.*[26]

Os primeiros tratados de alcance mundial relativos à proteção das invenções, como a Convenção da União de Paris (CUP), de 1883, permitiam grandes flexibilidades aos países signatários para a sua adequação a campos específicos do conhecimento e exclusão de outros, além de determinar o período de validade, restringindo muitas vezes a proteção a bens considerados essenciais, como os alimentícios, farmacêuticos e químicos[27].

Como já mencionado, a legislação brasileira relativa à propriedade industrial adotava essa política de não proteção aos produtos farmacêuticos, além de outros, até a adoção do TRIPs, pela Lei da Propriedade Industrial, de 1996.

A questão que é constantemente levantada contrariamente a adoção da proteção patentária aos medicamentos e relativa a acessibilidade aos novos produtos por parte das populações, mormente as mais pobres. É certo porém que esta não é a única barreira existente nos países pobres ou em desenvolvimento[28].

Se for certo que um sistema de patente encoraja o investimento em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, é certo também afirmar que sem esta proteção,

grande parte dos medicamentos atualmente em uso em todo o mundo não teria sido inventado e as doenças, hoje curáveis ou tratáveis, e continuariam fazendo vítimas.

O custo social da proteção das invenções na área de medicamentos seria assim compensado em larga medida pela inclusão de novos tratamentos criados a partir de pesquisa dispendiosa.

A população dos países desenvolvidos assim teria acesso aos novos medicamentos imediatamente, enquanto a população pobre somente viria a se beneficiar das inovações quando os mesmos medicamentos pudessem ser produzidos de forma genérica, após expirar o prazo de proteção patentária.

Não existindo a proteção nos países pobres ou em desenvolvimento, haveria a possibilidade da reprodução das invenções patenteadas no exterior e o acesso imediato da população aos novos medicamentos, o que, em teoria, minimizaria os problemas de saúde pública nessas regiões.

Pesquisas têm demonstrado que a indústria farmacêutica considera a proteção intelectual imprescindível para a continuidade de seus investimentos em pesquisa e desenvolvimento[29] e se atribui a essas mesmas indústrias a pressão internacional para que as fronteiras do patenteamento fossem estendidas a todos os demais países que não a admitiam.

No início das negociações da Rodada do Uruguai mais de 50 países não adotavam a proteção patentária aos medicamentos[30], considerando-os até então como contrários ao interesse público.

Se há algum tipo de colisão entre o direito conferido ao titular da patente e os benefícios sociais que esse direito possibilitaria, e essa colisão pode ser retratada num eventual estorvo ao acesso das populações pobres à inovação, o que é mais evidente nos países em desenvolvimento, não poderia haver empecilho para que cada país tomasse medidas de proteção à saúde pública[31].

Barbosa também afirma que o processo de mudança do Código iniciou-se pela pressão internacional, especialmente exercida pelo Governo dos Estados Unidos, a partir de 1987, com as sanções unilaterais que seriam impostas pela Lei de Comércio (*Trade Act)*[32].

Pela Seção 301 desta Lei de Comércio, o Presidente poderia aplicar sanções a outros países quando ocorresse a prática de restrições ao comércio com os Estados Unidos de modo injustificável, conceituada como práticas contrárias às normas internacionais[33], considerando que a restrição ao privilégio das invenções na área farmacêutica não era prevista pela Convenção da União de Paris (CUP).

Tal situação e a política nacional para com o setor tecnológico com base nas proposições do governo brasileiro da época definiram a gradual redução dos mecanismos de proteção da indústria nacional e na abertura do mercado brasileiro às importações, especialmente no setor de informática, com a extinção de quase todos os incentivos fiscais ao desenvolvimento tecnológico interno[34].

Por intermédio da Portaria Interministerial nº 346, de julho de 1990 foram reunidos representantes de vários ministérios com a tarefa de elaborar projeto de lei para atendimento às diretrizes da Política Industrial e de Comércio Exterior, sendo que uma de suas subcomissões tinha a finalidade específica de dar patente às invenções nas áreas de química, farmacêutica e alimentar, sendo o projeto enviado ao Congresso Nacional em 2 de maio de 1991, em regime de urgência[35].

Porém, considerado que foi o § 4º do Art. 64, da Constituição Federal, que não permite a aplicação do regime de urgência em projetos de código, foi formada Comissão Especial na Câmara dos Deputados para examinar a proposta, Comissão essa que passou a realizar congressos e seminários para discutir o tema e tendo sofrido pressões de grupos econômicos de diversas fontes[36].

Uma das condicionantes da proposta para a revisão da legislação da propriedade industrial até então em vigor era a padronização, ou harmonização, dos sistemas nacionais de patentes e o estágio das negociações do GATT no momento da redação, mas, já a partir de 1986, com o início da Rodada do Uruguai, já havia sinais de mudança das posturas dos países desenvolvidos, principalmente dos Estados Unidos, no tocante à modificação na legislação doméstica dos países visados, no sentido de ampliar as bases da proteção industrial, especialmente as referentes aos produtos farmacêuticos[37].

A alteração na legislação da propriedade industrial assim tramitou no Brasil ao mesmo tempo em que se transcorriam as discussões do GATT, pautada por pressões econômicas de empresários e técnicos ligados à indústria farmacêutica internacional.

Publicações locais afirmavam que a legislação de então favorecia a pirataria e poderia incluir o Brasil em lista norte americana para possíveis retaliações comerciais, e houve também a publicação de um livro específico sobre propriedade industrial escrito pelo especialista norte americano Robert Sherwood[38], pela USP, que teve grande influência nos conceitos e definições posteriormente adotados[39].

Com este quadro, após a aprovação do TRIPS e a sua adoção pela legislação brasileira, a Lei da Propriedade Intelectual consagrou todos os principais pontos de discussão dos países desenvolvidos para a proteção industrial das inovações na área farmacêutica.

O setor farmacêutico é uma das áreas do conhecimento mais dependentes da proteção industrial de suas inovações, em razão das despesas necessárias à pesquisa e desenvolvimento e o tempo necessário para o lançamento de novos produtos. Relatório da OMPI reconhece que se não houvesse a proteção industrial para as indústrias seria pouco provável o maciço investimento que tem sido feito nos últimos anos na criação de novos medicamentos[40].

As principais controvérsias, porém dizem respeito à aplicação do TRIPS nos países em desenvolvimento, especificamente na proteção industrial aos medicamentos, posto que, em teoria, a proteção prejudicaria o acesso da população mais pobre às invenções, posto que os preços dos medicamentos assim protegidos tendam a ser mais elevados[41], criando condições para um choque de interesses entre o direito individual e o interesse público.

É evidente que a proteção da propriedade intelectual por meio de patentes de invenção incentiva o avanço tecnológico de um país. As nações desenvolvidas detêm a grande maioria do domínio tecnológico no setor farmacêutico justamente por garantirem os privilégios de invenção em período anterior a TRIPS, enquanto países que não possuíam legislação específica em relação a medicamentos, como o caso do Brasil, ficaram à margem deste desenvolvimento.[42]

Na visão da indústria farmacêutica, os processos químicos necessários para a criação de novos produtos farmacêuticos são simples e facilmente copiáveis por meio de engenharia reversa, porém, é certo que os seus produtos finais são únicos e quando postos no mercado, tendem a propiciar grandes lucros.

Por outro lado, a colocação no mercado dos novos produtos exige uma grande quantidade de testes, tanto laboratoriais quanto os clínicos aplicados diretamente na população, que demanda um tempo razoável antes de ser aprovado pelos órgãos reguladores, o que permitiria o aproveitamento das conclusões e a cópia[43].

No mesmo sentido, Richard Sykes, ex-presidente da GSK, afirma:

Poucos contestariam a necessidade da proteção à PI no mundo desenvolvido, mas alguns questionam se é apropriado estender sua cobertura ao mundo em desenvolvimento, o que o Trips vem fazendo gradualmente. Como eu disse, a proteção à PI não é o motivo da atual falta de acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento. Em Doha, em novembro último, os membros da OMC concordaram em adiar a implementação do Trips para os países menos desenvolvidos até 2016. Não acredito que o Trips venha a impedir que outros países em desenvolvimento, como o Brasil e a Índia, obtenham acesso aos medicamentos de que precisam. Por outro lado, acredito firmemente que estes países possuem a capacidade de fomentar seus próprios setores farmacêuticos que têm por base a pesquisa, bem como outros setores inovadores, mas isto só acontecerá quando eles proporcionarem a proteção à PI contida no Trips. O Trips precisa ser reconhecido como uma ferramenta importante de progresso industrial para os países em desenvolvimento[44].

Do lado dos detratores da adoção do TRIPS nos países em desenvolvimento, há argumentos sólidos contra a medida:

Por que os países em desenvolvimento são tão contrários ao Trips? Sua falha principal é obrigar todos os países, ricos ou pobres, a conceder pelo menos 20 anos de proteção às patentes de novos medicamentos, retardando desta maneira a produção de substitutos genéricos mais acessíveis, dos quais dependem os serviços de saúde e os pobres dos países em desenvolvimento. E não há qualquer vantagem: os lucros maiores auferidos pelas firmas internacionais de remédios nos mercados dos países em desenvolvimento não serão reinvestidos em mais pesquisa sobre as doenças dos pobres – fato que algumas empresas admitem em particular[45].

Os números atuais da indústria farmacêutica no Brasil dão conta de uma gradativa redução na comercialização de medicamentos a partir da adoção do TRIPS, sem, contudo haver uma clara relação da influência entre ambos os fatos. Por outro lado, há um incremento também gradual na importação de farmoquímicos, ou seja, nas matérias primas utilizadas para a fabricação de medicamentos, demonstrando que as empresas

transnacionais instaladas no Brasil pouco ou quase nada investiram na produção local, preferindo a importação de suas próprias fábricas localizadas no exterior ou de fabricantes independentes[46].

É de se entender que não se pode atribuir exclusivamente à proteção industrial por patentes a acessibilidade aos medicamentos, pois isso decorre de uma série de outros fatores, como a empregabilidade e a renda das famílias, a melhoria geral das condições de habitação, educação e saneamento básico.

No período anterior à adoção do TRIPS pelo Brasil, parte dos medicamentos oferecidos ao consumidor brasileiro consistia nos chamados *similares* que não se confundem com os atuais *genéricos*, pois não guardavam identidade com os produtos dos quais deveriam ser cópias, muitos dos quais se revelaram ineficazes diante de uma análise técnica mais apurada[47].

Por essa razão, não se justificaria a adoção de uma política de não proteção por patente de produtos farmacêuticos, com as eventuais retaliações possíveis por parte dos países desenvolvidos, sem a convicção de que esta política resultaria em avanço tecnológico, assim como não se justificaria a proteção ampla na certeza de que isso impediria este mesmo avanço.

A decisão brasileira de adequação de sua legislação interna às normas do TRIPS, apesar do desprezo ao prazo de adequação que lhe era permitido, não teria causado imediata e sensível redução da acessibilidade da população a medicamentos, pois foi acompanhada de outras medidas, como a adoção dos medicamentos genéricos, a criação da ANVISA e o incremento do controle e fiscalização sobre os processos de fabricação e dos preços.

DECLARAÇÃO DE DOHA

Na Reunião Ministerial de Doha, em novembro de 2001, houve o reconhecimento da vulnerabilidade dos países em desenvolvimento em relação à saúde pública interna e esclarecido que estes poderiam tomar medidas necessárias para a proteção de seus interesses.

O texto da Declaração é claro no sentido de que cabe a cada um dos Estados membros a adoção de critérios próprios para a proteção da saúde de sua população, mormente os mais pobres, a saber:

A esse respeito, reafirmamos o direito dos Membros da OMC de usar, em sua totalidade, as provisões do Acordo Trips que concedam flexibilidade para tal fim.

5. Portanto, e à luz do parágrafo 4 acima, ao mesmo tempo que mantemos nosso compromisso para com o Acordo Trips, reconhecemos que tais flexibilidades incluem o seguinte:

a) Ao aplicar as regras usuais de interpretação da legislação pública internacional, cada provisão do Acordo Trips deve ser lida à luz do objeto e propósito do Acordo conforme expresso, em particular, em seus objetivos e princípios.

b) Cada Membro tem o direito de conceder licenças compulsórias e a liberdade de determinar as bases sobre as quais tais licenças serão concedidas.

c) Cada Membro tem o direito de determinar o que constitui uma situação de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência, subtendendo-se que as crises de saúde pública, inclusive aquelas relacionadas a HIV/Aids, tuberculose, malária e outras epidemias, podem representar uma situação de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência.

d) O efeito das provisões do Acordo Trips pertinentes à exaustão dos direitos de propriedade intelectual é deixar cada Membro livre para estabelecer seu próprio regime para tal exaustão sem ser questionado, em conformidade com o MFN e as provisões de tratamento nacional contidas nos artigos 3 e 4.

6. Reconhecemos que os membros da OMC com capacidade insuficiente ou sem capacidade manufatureira no setor farmacêutico poderão enfrentar dificuldades para fazer uso efetivo do licenciamento compulsório nos termos do Acordo Trips. Instruímos o Conselho do Trips no sentido de encontrar uma solução rápida para o problema e apresentar um relatório ao Conselho Geral até o final de 2002.

7. Reafirmamos o compromisso dos países desenvolvidos signatários no sentido de proporcionar incentivos para que suas empresas e instituições promovam e estimulem a transferência de tecnologia para os países menos desenvolvidos signatários, em cumprimento ao Artigo 66.2.

Concordamos ainda que, no que diz respeito aos produtos farmacêuticos, os países menos desenvolvidos signatários não serão obrigados a implementar ou aplicar as Seções 5 e 7 da Parte II do Acordo Trips, ou fazer valer os direitos previstos nessas Seções, até 1o de janeiro de 2016, sem prejuízo do direito desses países menos desenvolvidos de solicitar outras prorrogações dos períodos de transição conforme previsto no Artigo 66.1 do Acordo Trips. Instruímos o Conselho do Trips a tomar as medidas necessárias para colocar tal resolução em vigor de acordo com o Artigo 66.1 do Acordo Trips.

AS FLEXIBILIDADES UTILIZADAS PELO BRASIL

No ano de 2007, após infrutíferas negociações com o detentor da patente do medicamento Efavirenz, o governo brasileiro declarou-a de “interesse público”, o que abriu caminho para a posterior licença compulsória, conforme previsto no acordo TRIPs[48].

No ato que declarou o interesse público houve a referência à legislação interna, ao dever constitucional do governo em promover a acessibilidade da população aos medicamentos de que necessita as negociações de Doha e os demais fundamentos que o levaram àquela atitude, única no país até então[49].

Apesar do licenciamento compulsório, após mais de um ano passado da medida, não havia sido iniciada a produção local do medicamento, conforme amplamente divulgado pela imprensa nacional na época, o que demonstra o grau de desenvolvimento técnico brasileiro atual[50].

Este medicamento integra o tratamento dos pacientes portadores do vírus HIV, atendidos pelo programa do governo federal sobre AIDS que é elogiado como modelo internacional de controle da doença, mas recebe duras críticas no âmbito interno por destinar verbas públicas para aquisição de medicamentos privilegiados por patentes e produzidos por empresas transnacionais, aumentando seu custo e permitindo a transferência de divisas.

Apesar de bem sucedido, o programa sofre pressões de ordem interna e externa, tanto para utilizar do mecanismo de licenciamento compulsório, com o nome popular de "quebra de patente", o que reduziria consideravelmente o dispêndio de dinheiro público, como para não fazê-lo, e atender os interesses das empresas transnacionais que continuariam assim a investir em pesquisa e desenvolvimento no país.

Os que defendem a "quebra de patentes" afirmam que o dinheiro público economizado poderia ser aplicado em pesquisa nacional e desenvolvimento de novos produtos de domínio estratégico brasileiro, ao passo que, os que defendem tese oposta, referem-se à possibilidade de saída das empresas transnacionais do Brasil com graves prejuízos à inovação tecnológica e conseqüente prejuízo à população que seria privada dos medicamentos novos e mais eficazes no combate às doenças endêmicas.

O exemplo citado dá a exata dimensão da questão com que se deparam os legisladores e técnicos ligados ao programa, pois o que parecia ser a solução definitiva do problema revelou ineficaz pela falta de capacitação técnica nacional de produção após o licenciamento compulsório.

A existência de laboratórios públicos de produção de medicamentos para distribuição à população pobre do país, chamados pela imprensa de "Farmobras", não resolve o problema tecnológico com os investimentos públicos, nem garante a acessibilidade a todos os produtos constantes da Relação de Medicamentos Essenciais (RENAME)[51]. Assim, a utilização de salvaguardas revelou-se inadequada diante do nível tecnológico brasileiro em relação à produção de medicamentos.

Um outro modo de buscar o equilíbrio entre as obrigações constitucionais do governo e o respeito aos tratados internacionais foi a inclusão do órgão regulador como anuente do processo de análise dos pedidos de patentes, que passaram a ter sua análise obrigatória pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) desde a Medida Provisória 2.006, de 15/12/1999, convertida pela Lei 10.196/01, no artigo 229-C[52].

Por ser um direito concedido pelo Estado e conferir poderes econômicos aos seus titulares, a concessão de uma patente na área farmacêutica deve ser precedido de um monitoramento eficaz e não pode servir como meio de impedimento da população ao acesso das populações mais pobres[53].

Exemplo apresentado pelo relatório da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI[54] dá conta de que a legislação de patentes dos países desenvolvidos pode não ser adequada aos países em desenvolvimento:

O número de novas entidades químicas aprovadas pela Administração de Alimentos e Drogas (FDA) dos Estados Unidos caiu para 27 em 2000, em comparação com cerca de 60 em 1985. Mas o número de patentes concedidas na classe principal de patente

para composições de novos fármacos (424) foi de 6.730 em 2000. A grande maioria das patentes concedida não se refere a compostos terapêuticos, mas a variações nos processos de produção, novas fórmulas ou formas cristalinas, novas combinações de produtos conhecidos e novos usos de fármacos conhecidos. No período de 1989 a 2000, 153 das 1.035 aprovações de novos fármacos concedidas pela FDA referiram-se, segundo consta, a medicamentos que continham ingredientes ativos novos e proporcionavam melhoria clínica significativa. Outros 472 foram classificados como moderadamente inovadores.

Por conta desta constatação é natural que a análise dos processos de concessão de patentes nos países em desenvolvimento adote critérios diferenciados, diante de seu grau tecnológico, a fim de permitir que a proteção intelectual não se torne um novo obstáculo ao seu próprio desenvolvimento econômico e social.

A exigência incluída na LPI de anuência da Anvisa nos processos de patentes tem esta utilidade e permite que a análise procedida por dois órgãos diferentes do Estado aumente não só a proteção como também impede o patenteamento indevido, aumentando assim a segurança dos direitos.

Outro mecanismo admitido no TRIPS é a chamada Exceção Bolar, onde a indústria nacional possa se capacitar previamente, com testes e registro de produtos para a produção do medicamento patenteado e que, assim, pode ser lançado no mercado no dia imediatamente posterior ao vencimento do prazo da proteção, como medicamento genérico.

Esta prática favorece a indústria local por assegurar a produção do medicamento genérico, como também pode ser utilizada como fator importante na negociação de preços com o titular enquanto perdurar o período de proteção da patente.

A exceção bolar foi incluída na legislação brasileira a partir da Lei nº 10.196, de 2001, que acrescentou o inciso VII, no Art. 43 da LPI e não representa qualquer violação aos comandos do TRIPS, conforme posicionamento da OMC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os exemplos mencionados como flexibilidades ao direito patentário podem constituir estratégias na elaboração de planos para o enfrentamento de epidemias e pandemias, como as provenientes da infecção dos vírus H1N1 e H5N1, que representam ameaça de curto prazo e cuja profilaxia é recomendada para um medicamento cujo prazo de proteção vai até o ano de 2016.

O Brasil possui capacidade moderada de produção de medicamentos em sua rede de produção pública, além de também moderada capacidade tecnológica, o que lhe possibilita recursos para uma negociação de preços e condições de fornecimento com o fornecedores de medicamentos.

No caso específico do Tamiflu, existem acordos parciais de processos de fabricação em indústrias nacionais, o que reduz sensivelmente o custo final do desembolso do governo para a obtenção do medicamento para sua distribuição interna[55].

Assim, a estrutura brasileira atual possibilita ao governo uma reserva estratégica que melhora consideravelmente as condições de negociação com os fabricantes e reduz a dependência externa para o cumprimento do dever do Estado em prover a saúde da população.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. **Laboratórios do Brasil poderão produzir droga para gripe suína**. 13/05/2009. Disponível em <http://www.abril.com.br/noticias/brasil/laboratorios-brasil-poderao-produzir-droga-gripe-suina-470284.shtml>. Acesso em 14/09/2009.

BARBOSA, Denis Borges. **A legislação de Propriedade Intelectual em vigor**. Disponível em: <denisbarbosa.addr.com/73.doc>. Acesso em: 28 dez. 2008.

_____. **Uma introdução à propriedade intelectual.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 2 v.

BARTON, John et al. **Integrando Direitos de Propriedade Intelectual e Política de Desenvolvimento**. Londres: Dfid, 2003. 178 p. Disponível em: <http://www.iprcommission.org>. Acesso em: 09 abr. 2007.

BOULET, Pascale; GARRISON, Christopher; ELLEN. **Patentes de medicamentos em evidência:** Compatilhando experiência prática sobre patentes de produtos farmacêuticos. 1ª Oslo: Laura Hakoköngäs, 2003.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Nota nº 193, de 24 de abril de 2007**. Início de processo de licenciamento compulsório de anti-retroviral - Nota conjunta do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Saúde. Disponível em <http://www.mre.gov.br/portugues/imprensa/nota_detalhe3.asp?ID_RELEASE=4358>. Acesso em 7 mai. 2007.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 886, de 24 de abril de 2007**. Declara de interesse público os direitos de patente sobre o Efavirenz, para fins de concessão de licença compulsória para uso público não comercial. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília 25 abr. 2007.

_____ Ministério da Saúde. **Resolução Anvisa RE nº 528, de 17 de abril de 2001**. Proíbe o uso de compostos mercuriais nos medicamentos e dá outras providências. D.O.U. - Diário Oficial da União; Poder Executivo, 08 jun 2001.

_____, Ministério da Saúde. **Situação epidemiológica da nova influenza A (H1N1) no Brasil. 2/9/2009. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?g=dspDetalheNoticia&id_area=124&CO_NOTICIA=10515>. Acesso em 14/09/2009.**

_____, Ministério da Saúde. **Plano Brasileiro de Preparação para uma Pandemia de Influenza**. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/plano_pandemia_influenza.pdf>. Acesso em 14/09/2009.

_____. **Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945**. Código da Propriedade Industrial. CLBR PUB 31/12/1945 005 000183 2 Coleção de Leis do Brasil. Disponível em <http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em Dez/2008.

_____. **Lei nº 5.772 - de 21 de dezembro de 1971**. Institui o Código da Propriedade Industrial, e dá outras providências. DOFC PUB 31/12/1971 010897 1 Diário Oficial da União.

_____. **Lei nº 10;196, de 14 de fevereiro de 2001**. Altera e acresce dispositivos a Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos a propriedade industrial, e dá outras providências. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Poder Legislativo, Brasília, 16 fev. 2001. Seção 1, p.4.

CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, **Revised recommendations for the use os influenza antiviral drugs**. Disponível em <http://www.cdc.gov/h1n1flu/antiviral.htm>. Acesso em 14/09/2009.

DIAS, Helio Pereira. **Direitos e obrigações em saúde**. 1ª Brasília: Anvisa, 2002.

DORNELLES, Francisco. **Conferência pronunciada no Simpósio Nacional de Exportação** em 30 de dezembro de 1976 no Palácio das Convenções do Parque Anhembi – São Paulo. Disponível em <www.dornelles.com.br/inicio/index.php?option=com_content&task=view&id=420&Itemid=85>. Acesso em 28 dez.2008.

GONTIJO, Cícero Ivan Ferreira. **Propriedade Industrial no Século XXI** – Direitos Desiguais. Publicação da Rede pela Integração dos Povos (REBRIP), Grupo de Trabalho sobre Propriedade Intelectual (GTPI), Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC) e a Oxfam. Rio de Janeiro, 2003.

LIMA, Luiz Felipe Moreira. **A saúde pública e o registro de medicamentos no Brasil.** Disponível em: <www.visbrasil.org.br>. Acesso em: 28 dez. 2008.

PADUAN, Roberta. **Cadê o remédio? Exame**, São Paulo, v. 42, n. 16, p.61-64, 27 ago. 2008. Semanal.

PALMEIRA FILHO, Pedro Lins; PAN, Simon Shi Koo. **Cadeia Farmacêutica no Brasil:** Avaliação Preliminar e Perspectivas. Disponível em <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/bnset/set1801.pdf>. Acesso em 15 fev 2009.

PENROSE, E. **The Economics of the International Patent System**. The John Hopkins Press, Baltimore, 1951 pp.116-117, *in* BARTON, John et al. Ob. Cit. P. 15.

PIMENTEL, Luiz Otávio; BARRAL, Welber (Org). **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.

QUINTANEIRO, Tania. **O mercado farmacêutico brasileiro e o esforço de guerra norte-americano** . Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 29, 2002. Disponível em <http://www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/325.pdf>. Acesso em 15 fev 2009.

SHERWOOD, Robert M. **Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico**. São Paulo: EDUSP, 1992.

UNIVERSO ON LINE. **Estoque de Tamiflu do Brasil não atende recomendação da OMS, diz fabricante do remédio**. Disponível em <http://noticias.uol.com.br/ultnot/cienciaesaude/ultnot/2009/09/07/ult4477u2010.jhtm>. Acesso em 14/09/2009.

_____. **Ministério da Saúde nega que estoque de Tamiflu não atenda recomendação da OMS**. Disponível em <http://noticias.uol.com.br/ultnot/cienciaesaude/ultnot/2009/09/08/ult4477u2019.jhtm>. Acesso em 14/09/2009.

WIPO. World Patent Report – **A statistical review, 2008**. Disponível em <http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/>. Acesso em 28 dez 2008.

WIPO MAGAZINE. **Avian flu drugs: patent questions**. Abril 2006. Disponível em <http://www.wipo.int/export/sites/www/patentscope/en/lifesciences/pdf/avian_flu.pdf>. Acesso em 14/09/2009.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Pandemic (H1N1) 2009**- update 65. Disponível em <http://www.who.int/csr/don/2009_09_11/en/index.html>. Acesso em 14/09/2009.

_____. **Preparing for the second wave: lessons from current outbreaks**. Disponível em <http://www.who.int/csr/disease/swineflu/notes/h1n1_second_wave_20090828/en/index.html>. Acesso em 14/09/2009.

_____. **Global Alert and Response**. Disponível em <http://www.who.int/csr/en/>. Acesso em 14/09/2009.

1WORLD HEALTH ORGANIZATION, Global Alert and Response. Disponível em <http://www.who.int/csr/en/>. Acesso em 14/09/2009.

2BRASIL, Ministério da Saúde. **Plano Brasileiro de Preparação para uma Pandemia de Influenza.** Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/plano_pandemia_influenza.pdf>. Acesso em 14/09/2009.

3WORLD HEALTH ORGANIZATION, Pandemic (H1N1) 2009- update 65. Disponível em <http://www.who.int/csr/don/2009_09_11/en/index.html>. Acesso em 14/09/2009.

4BRASIL, Ministério da Saúde. **Situação epidemiológica da nova influenza A (H1N1) no Brasil. 2/9/2009. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id_area=124&CO_NOTICIA=10515>. Acesso em 14/09/2009.**

5CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, Revised recommendations for the use os influenza antiviral drugs. Disponível em <http://www.cdc.gov/h1n1flu/antiviral.htm>. Acesso em 14/09/2009.

6BRASIL, Ministério da Saúde. Plano Brasileiro de Preparação para uma Pandemia de Influenza. P. 117. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/plano_pandemia_influenza.pdf>. Acesso em 14/09/2009.

7WIPO MAGAZINE. Avian flu drugs: patent questions. Abril 2006. Disponível em <http://www.wipo.int/export/sites/www/patentscope/en/lifesciences/pdf/avian_flu.pdf>. Acesso em 14/09/2009.

8Disponível em <http://noticias.uol.com.br/ultnot/cienciaesaude/ultnot/2009/09/08/ult4477u2019.jhtm>. Acesso em 14/09/2009.

9Barbosa, Denis Borges – **Uma Introdução à Propriedade Intelectual** – Vol I- 2ª Edição – pág. 189. Estudos cuidadosos demonstram que, com a concessão de patentes farmacêuticas, o preço dos medicamentos tende a uma alta considerável, o que em países de baixa renda resulta em restringir o acesso da maioria da população a produtos essenciais para a saúde. Por esta razão, a maior parte dos países em estado comparável de desenvolvimento do Brasil restringe de alguma forma a concessão de tais privilégios, para evitar tais sobrepreços que, como demonstrou VAITSOS, chegam a 700% sobre a margem usual de retorno do setor industrial.

10DIAS, Helio Pereira. **Direitos e obrigações em saúde.** 1ª Brasília: Anvisa, 2002. p. 281.

11UNIVERSO ON LINE. **Estoque de Tamiflu do Brasil não atende recomendação da OMS, diz fabricante do remédio**. Disponível em <http://noticias.uol.com.br/ultnot/cienciaesaude/ultnot/2009/09/07/ult4477u2010.jhtm>. Acesso em 14/09/2009.

12UNIVERSO ON LINE. **Ministério da Saúde nega que estoque de Tamiflu não atenda recomendação da OMS.** Disponível em <http://noticias.uol.com.br/ultnot/cienciaesaude/ultnot/2009/09/08/ult4477u2019.jhtm>. Acesso em 14/09/2009.

13WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Preparing for the second wave: lessons from current outbreaks.** Disponível em <http://www.who.int/csr/disease/swineflu/notes/h1n1_second_wave_20090828/en/index.html>. Acesso em 14/09/2009.

14"O Acordo trata dos direitos de autor e conexos, marcas, indicações geográficas, desenhos industriais, patentes, topografias de circuitos integrados, proteção do segredo de negócio e controle da concorrência desleal. Estabelece princípios básicos, quanto a existência, abrangência e exercício dos direitos de propriedade intelectual." Disponível em <www.inpi.gov.br>. Acesso em 14/09/2009.

15“O documento reconhece a gravidade dos problemas de saúde pública que atingem os países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, especialmente os resultantes da epidemia de HIV/aids, da tuberculose, da malária e de outras doenças. Por esse motivo, enfatiza o poder de cada país decidir quais as situações caracterizam uma “emergência nacional” ou uma “circunstância de extrema urgência”, incentivando o uso da licença compulsória. “ Disponível em <http://www.deolhonaspatentes.org.br/?cid=69>. Acesso em 14/09/2009.

16LIMA, Luiz Felipe Moreira. **A saúde pública e o registro de medicamentos no Brasil.** Disponível em: <www.visbrasil.org.br>. Acesso em: 28 dez. 2008.

17BRASIL. Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945. Código da Propriedade Industrial. CLBR PUB 31/12/1945 005 000183 2 Coleção de Leis do Brasil. Disponível em <http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em Dez/2008.

18QUINTANEIRO, Tania. O mercado farmacêutico brasileiro e o esforço de guerra norte-americano . Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 29, 2002. Disponível em <http://www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/325.pdf>. Acesso em 15 fev 2009.

19LIMA, Luiz Felipe Moreira. Ob. cit. P. 3.

20BRASIL. Lei nº 5.772 - de 21 de dezembro de 1971. Institui o Código da Propriedade Industrial, e dá outras providências. DOFC PUB 31/12/1971 010897 1 **Diário Oficial da União**.

21BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 2 v.

22BARTON, John et al. **Integrando Direitos de Propriedade Intelectual e Política de Desenvolvimento.** Londres: Dfid, 2003. 178 p. Disponível em: <http://www.iprcommission.org>. Acesso em: 09 abr. 2007.

23BOULET, Pascale; GARRISON, Christopher; ELLEN. **Patentes de medicamentos em evidência:** Compatilhando experiência prática sobre patentes de produtos farmacêuticos. 1ª Oslo: Laura Hakoköngäs, 2003. 37 p.

24BOULET, Pascale; GARRISON, Christopher; ELLEN. Ob. Cit. P. 5.

25BARTON, John et al. Ob. Cit. P. 48.

26PENROSE, E. The Economics of the International Patent System. **The John Hopkins Press**, Baltimore,

1951 pp.116-117, *in* BARTON, John et al. Ob. Cit. P. 15.

27BARTON, John et al. Ob. Cit. P. 19.

28BOULET, Pascale; GARRISON, Christopher; ELLEN. Ob. Cit. P. 2.

29BARTON, John et al. Ob. Cit. P. 29.

30BOULET, Pascale; GARRISON, Christopher; ELLEN. Ob. Cit. P. 5.

31BOULET, Pascale; GARRISON, Christopher; ELLEN. Ob. Cit. P. 4.

32BARBOSA, Denis Borges. **A legislação de Propriedade Intelectual em vigor.** Disponível em: <denisbarbosa.addr.com/73.doc>. Acesso em: 28 dez. 2008.

33DORNELLES, Francisco. Conferência pronunciada no Simpósio Nacional de Exportação em 30 de dezembro de 1976 no Palácio das Convenções do Parque Anhembi – São Paulo. Disponível em <www.dornelles.com.br/inicio/index.php?option=com_content&task=view&id=420&Itemid=85>. Acesso em 28 dez.2008.

34BARBOSA, Denis Borges. Ob Cit. p. 12

35BARBOSA, Denis Borges. Ob Cit. p. 12

36BARBOSA, Denis Borges. Ob Cit. p. 12

37BARBOSA, Denis Borges. Ob Cit. p. 8

38SHERWOOD, Robert M. **Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico.** São Paulo: EDUSP, 1992.

39Em contraposição às teorias expressas por Sherwood, de que os países em desenvolvimento deveriam aumentar o grau de proteção intelectual para obterem os benefícios da inovação, Luiz Otávio Pimentel e Welber Barral afirmavam que o desenvolvimento seria decorrente do aumento de tecnologia a ser garantido por políticas públicas e efetiva transferência por parte dos países desenvolvidos, não garantidos apenas pelo aumento da proteção intelectual. Neste sentido, ver PIMENTEL, Luiz Otávio; **B**ARRAL, Welber (Org). **Propriedade intelectual e desenvolvimento.** Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007. P. 26-27.

40BARTON, John et al. **Ob. Cit. P. 29**.

41 BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 2 v.

42Segundo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, no período de 2001 a 2005 o número de patentes registradas no mundo na área de medicamentos foi de 77.942 invenções, sendo que desse número, 72.936, ou seja quase 94%, foram depositadas apenas por quinze países (Japão, Estados Unidos, Dinamarca, Coréia do Sul, Reino Unido, França, Holanda, Itália, China, Suécia, Austrália, Canadá, Alemanha, Rússia e Suíça), enquanto 5.006 foram depositadas pelos demais. Ver WIPO. World Patent Report – A statistical review, 2008. Disponível em <http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/>. Acesso em 28 dez 2008.

43GONTIJO, Cícero Ivan Ferreira. **Propriedade Industrial no Século XXI – Direitos Desiguais**. Publicação da Rede pela Integração dos Povos (REBRIP), Grupo de Trabalho sobre Propriedade Intelectual (GTPI), Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC) e a Oxfam. Rio de Janeiro, 2003.

44BARTON, John et al. **Integrando Direitos de Propriedade Intelectual e Política de Desenvolvimento.** Londres: Dfid, 2003. 178 p. Disponível em: <http://www.iprcommission.org>. Acesso em: 09 abr. 2007.

45BARTON, John et al. Ob. Cit. P. 30.

46PALMEIRA FILHO, Pedro Lins; PAN, Simon Shi Koo. **Cadeia Farmacêutica no Brasil: Avaliação Preliminar e Perspectivas.** Disponível em <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/bnset/set1801.pdf>. Acesso em 15 fev 2009.

47BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução Anvisa RE nº 528, de 17 de abril de 2001**. Proíbe o uso de compostos mercuriais nos medicamentos e dá outras providências. D.O.U. - Diário Oficial da União; Poder Executivo, 08 jun 2001.

48BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 886, de 24 de abril de 2007. Declara de interesse público os direitos de patente sobre o Efavirenz, para fins de concessão de licença compulsória para uso público não comercial. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil.** Poder Executivo, Brasília 25 abr. 2007.

49A esse respeito, o texto da Nota emitida conjuntamente pelo Ministério da Saúde e Ministério das Relações Exteriores dá conta dos motivos que levaram o Governo a adotar essa medida.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Nota nº 193, de 24 de abril de 2007. Início de processo de licenciamento compulsório de anti-retroviral - Nota conjunta do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Saúde. Disponível em <http://www.mre.gov.br/portugues/imprensa/nota_detalhe3.asp?ID_RELEASE=4358>. Acesso em 7 mai. 2007.

50PADUAN, Roberta. Cadê o remédio? **Exame**, São Paulo, v. 42, n. 16, p.61-64, 27 ago. 2008. Semanal.

51Os números da “Farmobras”:

São 19 Laboratórios, sendo dois do governo federal (Farmanguinhos e Biomanguinhos), três militares, nove de governos estaduais (incluindo Instituto Butantã) e cinco de universidades públicas; que produzem 145 medicamentos de antigripais a anti-retroviais (utilizados no combate à Aids); sendo que 75% da produção estatal é realizado apenas por quatro laboratórios (Farmanguinhos, Furp, Lafepe e Lifal); 31% dos medicamentos comprados pelo governo são produzidos em laboratórios publicos; e o investimento nos laboratórios oficiais, nos últimos cinco anos foi de 318 milhões de reais.

PADUAN, Roberta. Cadê o remédio? **Exame**, São Paulo, v. 42, n. 16, p.61-64, 27 ago. 2008. Semanal.

52BRASIL. Lei nº 10;196, de 14 de fevereiro de 2001. Altera e acresce dispositivos a Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos a propriedade industrial, e dá outras providências. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil.** Poder Legislativo, Brasília, 16 fev. 2001. Seção 1, p.4.

53BARTON, John et al. Ob. Cit. p. 48.

54BARTON, John et al. Ob. Cit. p. 48.

55AGÊNCIA ESTADO. **Laboratórios do Brasil poderão produzir droga para gripe suína.** 13/05/2009. Disponível em <http://www.abril.com.br/noticias/brasil/laboratorios-brasil-poderao-produzir-droga-gripe-suina-470284.shtml>. Acesso em 14/09/2009.

PATENTES “PIPELINE”: ALIENAÇÃO DOS INTERESSES NACIONAIS*

"PIPELINE": ELIMINACIÓN DE LOS INTERESES NACIONALES

Armando Zanin Neto
Sérgio de Oliveira Santos

RESUMO

A sistemática da Propriedade Intelectual adotada no Brasil e no restante dos países signatários do acordo internacional sobre os Aspectos dos Direitos a Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – TRIP´s em inglês – adota uma série de requisitos para que a patente de uma criação ou invenção seja concedida para, somente após, tanto a titularidade jurídica e o monopólio econômico garantido aos inventores ou criadores, seja exercido.

Sabemos que essa exclusividade de uso, gozo e fruição concedida pelo Estado a um particular proprietário de uma patente é exceção à regra da livre iniciativa prevista no artigo 170 de nosso texto constitucional e que o gozo desse direito está adstrito ao atendimento da função social da propriedade.

Dentro desse contexto, um tema que se encontra em discussão no pretório excelso é a inconstitucionalidade da patente de revalidação, também conhecida como patente “pipeline”. Tal espécie de patente – que somente existe no Brasil - foi introduzida no texto da Lei 9.279/1996 – LPI, pelo legislador brasileiro após muita pressão de lobistas, utilizando como pretexto o argumento de que a indústria internacional necessitava de garantias e estímulos para se fixar no país, a fim de gerar tecnologia e empregos.

O dispositivo permite que patentes de produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos depositadas em outros países antes de 1996 (período em que o registro de medicamentos no Brasil era vedado), fossem reconhecidas pelas autoridades brasileiras como se novas fossem, ou seja, algo já divulgado e muitas vezes já até industrializado no Brasil (ante a ausência de proteção), poderia ganhar uma proteção retroativa.

Além de excetuar a regra da novidade, essa espécie brasileira de patente retira um produto que já era de domínio público – propriedade da humanidade - exigindo o pagamento de royalties ao proprietário para permitir a continuidade de sua utilização.

Nesse espeque, a discussão sobre a inconstitucionalidade levada ao arbítrio do Supremo Tribunal Federal, é tardia, mas muito importante, eis que o indigitado tribunal poderá se posicionar em relação ao tema, interpretando o texto constitucional, cremos, com ponto de vista humanitário e com vistas ao desenvolvimento nacional, tanto tecnológico

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

quanto social ao contrário do que os outros poderes da República fizeram quando tiveram a oportunidade de manifestar-se sobre o tema.

No nosso ponto de vista, conceder uma patente sem que haja qualquer novidade não contribui para o incremento do desenvolvimento social, econômico e tecnológico do Brasil e, por conseguinte, conceder um privilégio como o monopólio de utilização de uma patente pipeline, seria inconstitucional eis que desrespeita os objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil.

Como informa o próprio Procurador Geral da República na ADI 4234, a tecnologia é mero instrumento ou meio de efetivação de direitos sociais e do bem comum e, não em si mesma, fins humanos a serem perseguidos. A função social está exatamente na geração de utilidades aos homens e mulheres e, tanto que possível, de forma universal. É tudo que não se sucede no caso das pipelines.

A pretexto de se incentivar a pesquisa científica, acabou-se por tornar patenteável e, portanto, sobre controle monopolístico de algumas indústrias farmacêuticas em sua maioria internacionais, a produção de medicamentos que se encontravam em escala de produção de mercado por diversas fontes dentro da política econômica social de oferta de genéricos e de produtos medicamentosos a preços mais acessíveis à população carente.

PALAVRAS-CHAVES: INCONSTITUCIONALIDADE – PATENTE PIPELINE – ESTADO DA TÉCNICA – DOMÍNIO PÚBLICO

RESUMEN

La sistemática de La Propiedad Intelectual adoptada em el Brasil y en el restante de los países signatários del acuerdo internacional sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados al Comercio – TRIP´s en inglés – adopta una serie de requisitos, pues solo serán concedidos la titularidade jurídica y el monopólio económico a inventores o creadores.

Sabemos que esa exclusividad de uso, gozo y fruición concedida pelo Estado a un particular propietario de uma patente es ejercida en términos legales resultado de La libre iniciativa prevista en el artículo 170 de nuestro texto constitucional y que el gozo de ese derecho está adscrito a atender la función social de la propiedad.

Dentro de ese contexto, un tema que se encuentra en discusión en el Tribunal Supremo es la inconstitucionalidad de la patente de revalidación, también conocida como patente “pipeline”. Tal especie de patente – que solamente existe en el Brasil - fue introducida en el texto de la Lei 9.279/1996 – LPI, por el legislador brasileño depués de uma serie de presiones de lobistas, utilizando como pretexto el argumento de que la industria internacional necesitaba de garantías y estímulos para establecerse en el país, a fi de generar tecnología y empleos.

El dispositivo permite que patentes de produtos alimentícios, químico-farmacéuticos y medicamentos depositadas em outros países antes de 1996 (período en que el registro de medicamentos em el Brasil era vedado), fuesen reconocidas pelas autoridades brasileñas como se nuevas fuesen, o sea, algo que fuera divulgado y muchas veces hasta

industrializado em el Brasil (ante a ausencia de protección), podría ganar una espécie de protección retroactiva.

Fuera de exceptuar la regla de la novedad, esa especie brasileña de patente retira un producto que ya era de dominio público – propiedad de la humanidad - exigiendo el pago de royalties al propietario para permitir la continuidad de su utilización.

Em esse momento, la discusión sobre la inconstitucionalidad llevada al arbitrio del Supremo Tribunal Federal, es tardía, pero muy importante, já el tribunal podrá posicionarse en relación al tema, interpretando el texto constitucional, creemos, con punto de vista humanitario y teniendo em cuenta El desarrollo nacional, tanto tecnológico cuanto social al contrario de lo que los otros poderes de la República hicieron cuando tuvieron la oportunidad de manifestarse sobre el tema.

NDe nuestro punto de vista, conceder una patente sin que haya cualquier novedad no contribuye para incrementar el desarrollo social, económico y tecnológico del Brasil y, por consiguiente, conceder un privilegio como el monopolio de utilización de una patente pipeline, sería inconstitucional pues viola los objetivos y fundamentos de la República Federativa del Brasil.

Como informa el próprio PGR em la ADI 4234 (recurso directo de institucionalidad), la tecnologia es mero instrumento o medio de efetivación de derechos sociales del bien comúm y, no fin en si misma, fines humanos a ser perseguidos. La función social está exactamente en la generación de utilidades a los hombres y mujeres y, em La medida de lo posible, de forma universal. Y todo lo que no sucede se dá em El caso de las pipelines.

Com el pretexto de incentivarse la investigación científica, se acabó por tornar patenteable y por consiguiente, dar el control monopolístico a algunas industrias farmacéuticas en su mayoría internacionales, la producción de medicamentos que se encontraban en escala de producción o de mercado por diversas fuentes dentro de la política económica social de oferta de genéricos y de productos medicamentosos a precios más accesibles para la población más pobre.

PALAVRAS-CLAVE: INCONSTITUCIONALIDAD – PATENTE PIPELINE – ESTADO DE LA TÉCNICA – DOMINIO PÚBLICO

INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho é analisar um instituto introduzido na Lei 9.279/96 – CPI, nos artigos 230 e 231 e seus parágrafos acerca das patentes de revalidação, também conhecidas pela denominação de patentes “pipeline”, exclusividade do Brasil, já que os demais países signatários do TRIP´S[1], não introduziram esta modalidade de patente em seus ordenamentos jurídicos internos.

Tendo-se em vista que, em relação ao assunto propriedade industrial, acusa-se o governo brasileiro de sempre ter assumido posturas subalternas perante os países desenvolvidos e suas indústrias de alto poder econômico, releva-se destacar a patente "*pipeline*" como verdadeira exceção aos princípios que regem a concessão de patentes no país e no mundo, apenas para, aparentemente, atender os interesses dos grandes monopólios, em especial os fabricantes internacionais de medicamentos.

Os danos e prejuízos causados pela inclusão dos dois artigos em tela foram colossais para o Sistema Único de Saúde, para as políticas de acesso e compras governamentais de medicamentos e principalmente para a vida dos milhões de brasileiros que deles fazem uso.

Frente à Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN, interposta pelo Procurador Geral da República, em controle concentrado de constitucionalidade na Suprema Corte brasileira, questionando a constitucionalidade das patentes de revalidação, este ensaio também abordará os elementos que levaram o PGR a ajuizar tal ação e se a patente "*pipeline*" atende os interesses nacionais como a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a dignidade da pessoa humana.

PROPRIEDADE INTELECTUAL E A PATENTE PIPELINE

Podemos nos referir à propriedade intelectual como o conjunto de princípios e de regras que regulam a aquisição, o uso, o exercício e a perda de direitos e interesses sobre ativos intangíveis diferenciadores, suscetíveis de utilização no comércio. Este instituto não abarca todos os ativos intangíveis, mas aqueles que servem de elementos de diferenciação entre concorrentes.

Assim, conforme Carvalho[2], o objeto tratado pela propriedade intelectual abrange os elementos diferenciadores que apresentem:

a) *novidade*, que diferencia quanto ao tempo;

b) *originalidade*, que diferencia quanto ao autor;

c) *distingüibilidade*, que diferencia quanto ao objeto.

Quanto ao primeiro elemento, a novidade tomada em relação ao tempo, temos que o poder constituinte originário ao inserir no inciso XXIX do artigo 5º, da CF, os termos "inventos" e "criações", indica a proteção a algo novo, que resulta de ação humana e que ainda não seja de domínio ou conhecimento público.

Diz o referido artigo:

"XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas,

aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Como diz Denis Barbosa[3], o requisito de novidade das patentes é não só textual, mas, na verdade, ligado ao princípio fundamental da livre concorrência. Só aquilo que ainda não caiu no domínio público pode receber a exclusividade legal sem violar a liberdade da concorrência. Aliás, a regra traduz ao subsistema de patentes o princípio inaugural da Propriedade Intelectual, de que não se pode apropriar-se singularmente do que já se encontra em domínio público.

No caso da patente "*pipeline*", completa é a definição ofertada por de Di Biase, Garcia e Mendes[4], *in verbis:*

"O termo pipeline – cuja tradução para o português seria tubulação – refere-se no sentido figurado aos produtos em fase de desenvolvimento e, portanto, ainda na tubulação que liga a bancada de pesquisa ao comércio. O pipeline também pode ser chamado de patentes de revalidação."

Os artigos de lei que introduzem a patente "*pipeline*" no Brasil são os previstos nas disposições transitórias e finais da Lei de patentes, *in verbis*:

"Art. 229. Aos pedidos em andamento serão aplicadas as disposições desta Lei, exceto quanto à patenteabilidade das substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, que só serão privilegiáveis nas condições estabelecidas nos arts. 230 e 231.

Art. 230. Poderá ser depositado pedido de patente relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, por quem tenha proteção garantida em tratado ou convenção em vigor no Brasil, ficando assegurada a data do primeiro depósito no exterior, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente.

§ 1º O depósito deverá ser feito dentro do prazo de 1 (um) ano contado da publicação desta Lei, e deverá indicar a data do primeiro depósito no exterior.

§ 2º O pedido de patente depositado com base neste artigo será automaticamente publicado, sendo facultado a qualquer interessado manifestar-se, no prazo de 90 (noventa) dias, quanto ao atendimento do disposto no caput deste artigo.

§ 3º Respeitados os arts. 10 e 18 desta Lei, e uma vez atendidas as condições estabelecidas neste artigo e comprovada a concessão da patente no país onde foi depositado o primeiro pedido, será concedida a patente no Brasil, tal como concedida no país de origem.

§ 4º Fica assegurado à patente concedida com base neste artigo o prazo remanescente de proteção no país onde foi depositado o primeiro pedido, contado da data do depósito no Brasil e limitado ao prazo previsto no art. 40, não se aplicando o disposto no seu parágrafo único.

§ 5º O depositante que tiver pedido de patente em andamento, relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios e processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, poderá apresentar novo pedido, no prazo e condições estabelecidos neste artigo, juntando prova de desistência do pedido em andamento.

§ 6º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, ao pedido depositado e à patente concedida com base neste artigo.

Art. 231. Poderá ser depositado pedido de patente relativo às matérias de que trata o artigo anterior, por nacional ou pessoa domiciliada no País, ficando assegurada a data de divulgação do invento, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido.

§ 1º O depósito deverá ser feito dentro do prazo de 1 (um) ano contado da publicação desta Lei.

§ 2º O pedido de patente depositado com base neste artigo será processado nos termos desta Lei.

§ 3º Fica assegurado à patente concedida com base neste artigo o prazo remanescente de proteção de 20 (vinte) anos contado da data da divulgação do invento, a partir do depósito no Brasil.

§ 4º O depositante que tiver pedido de patente em andamento, relativo às matérias de que trata o artigo anterior, poderá apresentar novo pedido, no prazo e condições estabelecidos neste artigo, juntando prova de desistência do pedido em andamento."

O Brasil já negociava uma nova lei de patentes desde 1991. O texto do primeiro projeto de Lei foi enviado em 2 de maio de 1991 ao Congresso, em regime de urgência. Diversos grupos de *lobbystas* atuaram junto aos congressistas.

Como é de conhecimento público, negociar novas leis relativas a propriedade industrial, entender seus efeitos e conseqüências, objetivando um amplo alcance, demanda um nível de tecnicidade, jurídica e diplomática que são dispendiosos e difíceis para países em desenvolvimento como o Brasil, principalmente para uma sociedade e conseqüentemente para seus representantes políticos, interessada mais em promover seus interesses individuais aos interesses coletivos da sociedade brasileira.

O Projeto de Lei tramitou no Congresso Nacional, por mais de cinco anos, sem o devido destaque aos temas que visavam os objetivos nacionais, sofrendo as mais diversas pressões de grupos poderosos ligados à iniciativa privada e, principalmente, à indústrias farmacêuticas internacionais.

Vez mais, Di Biase, Garcia e Mendes[5], retratam de maneira irretocável a evolução da disputa no Congresso Nacional sobre o tema:

"A pressão exercida pelos laboratórios estrangeiros explicava-se pelo fato de o Brasil, em 1995, ser o oitavo mercado farmacêutico do mundo, com um faturamento naquele ano de, aproximadamente, US$ 6 bilhões. Estimativas já indicavam que até o fim do século o País seria o quinto mercado em nível mundial. Os laboratórios estrangeiros pediam, além do patenteamento de produtos farmacêuticos, a proibição de cópia por parte dos brasileiros. As indústrias nacionais admitiam o estabelecido pelo TRIPs, que previa proteção de patentes para produtos farmacêuticos, químicos e alimentícios, mas reivindicavam a vantagem proporcionada pela Organização Mundial do Comércio (OMC); um prazo de transição de até cinco anos para que a lei entrasse em vigor, com o objetivo de, neste período, realizar investimentos em pesquisa, fortalecendo-se para a nova conjuntura.

Pode-se dizer que cada um dos grupos de parlamentares supracitados aliou-se, de alguma forma, a uma dessas duas tendências. O pipeline e a proteção patentária aos microorganismos apresentavam-se como os principais pontos de divergência entre ambos, sendo que o grupo CAE, os Ministérios da Ciência e Tecnologia e das Relações Exteriores defendiam a sua inclusão no Projeto de Lei; enquanto o grupo da CCJ, o Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo eram contra. Do lado da CAE, os laboratórios internacionais; do lado da CCJ, a indústria farmacêutica nacional, o Pensamento Nacional das Bases Empresariais (PNBE) e a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC).

No fim de setembro, foi aprovado relatório do grupo de senadores ligados à CAE, incluindo o pipeline , sem cobrança retroativa de royalties e com a inclusão de dispositivos de defesa da empresa brasileira. Além disso, mantinha-se o prazo de transição de um ano para o patenteamento de produtos farmacêuticos, químicos e alimentícios. O único ponto, colocado pelo grupo da CCJ, considerado na votação foi referente ao patenteamento de microorganismos, que deveria ter maior especificação de conceito e detalhamento das condições de privilegiabilidade da matéria. Isso restringia a possibilidade de patente para microorganismos, medida apoiada pela comunidade científica e pela Igreja. Então, o Projeto de Lei deveria ser votado no plenário do Senado, quando os parlamentares escolheriam entre o parecer da CAE ou o da CCJ. O grupo que perdesse poderia propor a inserção de emendas. A votação só aconteceria no ano seguinte.

Em fevereiro de 1996, o Governo conseguiu colocar em regime de urgência, no Senado, o exame do Projeto de Lei de patentes, garantindo a votação para dias depois. Com isso, os parlamentares governistas apressaram-se em obter o apoio dos demais ao parecer da CAE. Nas vésperas da votação, estimava-se que mais de a metade dos senadores apoiaria o parecer favorável aos interesses do Executivo. A seção de votação foi marcada para o dia 29 de fevereiro e às 21h30min. O Projeto de Lei foi aprovado no Senado, tendo sido escolhido o parecer do grupo da CAE. As emendas apresentadas pelo grupo da CCJ - sobre pipeline, microorganismos, produção local e prazo de transição - não foram consideradas. No dia 5 de março, em turno suplementar, confirmou-se a aprovação e a emenda que dizia respeito à reestruturação do INPI - a ser realizada após a publicação da nova legislação - foi aceita pelo plenário.

O INPI requeria modificações, pois com a previsão de patente para processos e produtos químicos, farmacêuticos e alimentícios, esperava-se uma imensa quantidade de pedidos. Segundo o texto apresentado pelo Senado, após a publicação da nova lei, as empresas estrangeiras, no prazo de um ano, poderiam requerer o pedido de patente (pipeline) junto ao Instituto. O INPI, por sua vez, deveria conferir se os produtos, teoricamente em fase de desenvolvimento, não eram industrializados e vendidos no Brasil ou em qualquer outro mercado. Se alguma empresa brasileira tivesse investido ou comercializado o produto em questão, a proteção ao pipeline não seria concedida. O texto votado foi enviado à Câmara dos Deputados, que poderia aceitar o proposto pelo Senado ou optar pelo seu próprio Projeto, que foi apresentado e modificado pelos senadores. O Projeto aprovado pelo Senado era diferente daquele anteriormente apresentado pela Câmara, especialmente nos aspectos relativos a pipeline, microorganismos e importação paralela.

No entanto, a Câmara concordou com as alterações propostas pelo Senado e em 17 de abril de 1996 aprovou a nova legislação referente à propriedade intelectual no Brasil. No dia 14 de maio, a Lei nº 9.279 foi sancionada pela Presidência da República, sendo publicada no dia 15 no Diário Oficial da União, entrando em vigor na mesma data do ano seguinte. Excepcionalmente, os arts. 230, 231, 232 e 239 (referentes ao pipeline) entraram em vigor na data da publicação da referida lei. Este seria o desfecho de um processo que durou quase uma década."

Conforme a quase unanimidade de autores que escreveram e escrevem sobre o tema, a opção política adotada pelo Brasil à época implicou em algumas conseqüências para o país. São elas:

(i) a aceitação do privilégio *pipeline; e*

(ii) a renúncia, por conta da promulgação da lei em 1996, do prazo definido no Acordo TRIPS que permitia ao Brasil inserir a proteção patentária somente a partir do ano 2000, aproveitando o período de tempo concedido pelo acordo internacional para fortalecer a indústria nacional na produção de medicamentos protegidos fora do país, estimulando e desenvolvendo o trabalho de pesquisadores nacionais sobre patentes estrangeiras, a exemplo do que fez a Índia.

O dispositivo *pipeline* não foi uma exigência do Acordo TRIPS, mas uma inclusão nacional e que atualmente só existe no Brasil. No Congresso Nacional, à época, os que defendiam sua inclusão observavam que, desta forma, o país tranqüilizaria empresas estrangeiras – especialmente os laboratórios farmacêuticos – que estariam temerosos de investir no Brasil, alegando fragilidade de proteção à propriedade intelectual.

A contar desse argumento, defendemos que uma regra inconstitucional como essa, não pode de forma alguma, ser mantida no ordenamento jurídico brasileiro em nome de interesses privados estrangeiros.

ESTADO DA CIÊNCIA E ESTADO DA TÉCNICA

Um dos principais requisitos eleitos pelo TRIP´s para o reconhecimento de uma patente, é que ele não esteja compreendido no estado da técnica.

O artigo 27, item 1, do indigitado acordo internacional, vaticina o seguinte:

"SEÇÃO 5: PATENTES

ARTIGO 27
Matéria Patenteável

1 - Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2º e 3º abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, ***desde que seja nova*** *(grifo nosso), envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial.(5) Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4º do art.65, no parágrafo 8º do art.70 e no parágrafo 3º deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.*

(5) Para os fins deste Artigo, os termos "passo inventivo" "passível de aplicação industrial" podem ser considerados por um Membro como sinônimos aos termos "não óbvio" e "utilizável".

2 - Os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação.

3 - Os Membros também podem considerar como não patenteáveis:

a) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais;

b) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema "sui generis" eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC."

O principal requisito da patenteabilidade, é, nos termos da Lei de Propriedade Industrial e do acordo internacional acima citado, a novidade, quer porque o sistema patentário baseia-se na troca entre o inventor e a sociedade: o inventor revela sua criação e a sociedade reconhece seu direito à exclusividade temporária sobre ela, quer porque o requisito de atividade inventiva depende, necessariamente, da preexistência da novidade. Neste espeque, se não houver novidade, não há como se falar na existência de atividade inventiva.

Em regra, "há novidade sempre que a invenção ou modelo não é antecipado de forma integral por um único documento do estado da técnica."[6]

De fato, "o conceito de novidade está diretamente ligado ao conhecimento das anterioridades que se relacionam com a invenção ou o modelo de utilidade, e que estão publicadas à época do depósito do pedido de patente. Contudo, cremos ser completa a definição externada pelo Tratado da Cooperação em Matéria de Patentes (PCT), quando diz que uma invenção é considerada nova se, à data do correspondente depósito do pedido de patente, não se encontrar compreendido pelo *estado da técnica*."[7] Este, por sua vez, "deve ser admitido como tudo o que foi tornado acessível ao público, em todos os recantos do mundo – antes da data do depósito do pedido de patente -, por divulgação escrita ou oral (inclusive desenhos, ilustrações, palestras, exposições, utilizações etc.) que seja capaz de auxiliar a decidir se a invenção ou o modelo de utilidade é novo ou não."[8]

É possível distinguir dois entendimentos em relação a esse requisito: "o da *novidade absoluta*, perfilhado pelo art. 11 acima transcrito, segundo o qual a difusão de informações a respeito da invenção ou do modelo de utilidade, em qualquer parte do mundo, torna inválido o seu pedido de patente; e o da *novidade relativa* que o define em relação aos limites territoriais de um determinado país ou região"[9].

Ex vi do disposto no §1o do art. 11 da Lei 9729/96, "exceptuando-se (...) as situações previstas no art. 12 e dentro do prazo ali estipulado, qualquer tipo de divulgação sobre o invento ou modelo, antes do depósito do correspondente pedido junto ao INPI, resulta na perda do requisito de novidade. Inclusive, como bem interpretado no livro *Tratado da propriedade industrial* de João da Gama Cerqueira, não há necessidade de o invento ter sido efetivamente divulgado para o público, basta que o invento tenha se tornado acessível.

No § 2o, do art. 11, vislumbra-se um aperfeiçoamento em relação ao diploma anterior, uma vez que se passa a admitir "como pertencente ao estado da técnica também o conteúdo de pedidos ainda não publicados à data do depósito do pedido em exame.

O § 3o, por sua vez, “quando uma criação, para um técnico do assunto, não é decorrência óbvia do estado da técnica”, isto é, quando há “um exercício evidente ou óbvio do estado da técnica. Em outras palavras, a invenção deve representar algo mais do que poder ser produzida ou usada em escala industrial”, podendo seu objeto “ser produzido para o consumo da sociedade e (...), a invenção a ser patenteada não pode estar inserida nas restrições estabelecidas pela lei de patentes, isto é, nas hipóteses não estende a aplicação do disposto no parágrafo anterior aos pedidos internacionais”[10].

Não se olvide, outrossim, que, além de atender aos requisitos indispensáveis de novidade, atividade inventiva e utilização industrial, uma invenção para ser patenteada não pode estar inserida nas hipóteses não patenteáveis, previstas nos artigos 10 e 18 da Lei 9279/96.

Em outro excerto, sustentam os citados autores que, quanto aos demais requisitos no exame de pedidos de patente, devem ser claramente separados os conceitos de novidade e atividade inventiva, uma vez que a existência de novidade é pré-condição para que haja atividade inventiva, a novidade deve ser avaliada em primeiro lugar.

Para que exista novidade, basta que o invento não seja descrito e/ou ilustrado em um único documento do estado da técnica. Caso se necessite citar dois ou mais documentos para antecipá-lo, então, em geral, considera-se que existe novidade, devendo ser analisado, a seguir, o requisito de atividade inventiva, ou seja, deve ser avaliado se um técnico no assunto, de posse daqueles documentos, poderia chegar à solução proposta pela invenção em análise apenas usando o *savoir faire*. Se isto for possível, ou seja, se o aproveitamento dos ensinamentos contidos nos documentos for óbvio para a finalidade desejada, então não há, a princípio, atividade inventiva.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PIPELINE

Ao compararmos o regime do *pipeline* com o regime geral da Lei 9279/96 para concessão de patentes – mesmo o concernente aos pedidos com reivindicação de prioridade -, verificamos que ambos envolvem regimes diversos, eis que:

(i) No *pipeline*, não há um exame técnico relativo aos requisitos da patenteabilidade, aceitando-se, para tanto, o exame feito no país estrangeiro;

(ii) Os prazos de vigência não são iguais;

(iii) No *pipeline*, não há um *iter* instrutório nos moldes dos art. 31 e 32, da Lei 9729/96; e

(iv) Há, no *pipeline*, uma relação estreita de dependência com a patente original concedida no estrangeiro.

Frise-se, outrossim, que o regime do *pipeline* tampouco é semelhante ao processamento do pedido internacional, uma vez que, dentre outras razões, neste sempre há uma tramitação nacional contemplando um exame técnico dos requisitos de patenteabilidade.

Conforme as observações de DI BLASI, GARCIA e MENDES[11], ainda que a CUP (Convenção de Paris) seja aplicável ao caso em tela e ainda que o princípio da independência também alcance *prima facie* o *pipeline*, cumpre admitir que o mencionado princípio não incide de igual modo sobre as *patentes normais* e sobre as do tipo *pipeline*, mesmo porque a natureza do *pipeline* é de tal ordem a impossibilitar a incidência automática do princípio da independência.

Ora, não se pode, por conta da aplicação de um princípio, afastar aquilo que diz respeito à própria natureza do instituto, que tem como corolário a dependência. O princípio tempera, mas jamais terá o condão de transformar a natureza do instituto sobre o qual pretende incidir.

Deveras, afastar a dependência importa transformar uma patente *abnormal* em *normal*, o que é inviável haja vista a exigência para esta do pressuposto da novidade e do exame técnico dos requisitos de patenteabilidade não necessários para o reconhecimento daquela. Neste caso, a independência poderia ser aceita até o ponto em que não significasse a vulneração da natureza do instituto *pipeline*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ausência do requisito de novidade imposta pelos artigos 230 e 231 da Lei 9279/96 implica, segundo se depreende da inteligência das razões postas na inicial da ADI 4234, em desrespeito ao inciso XXIX do artigo 5º, inciso XXIX da CR/88, na medida em que a ausência de tal requisito acarreta em desatendimento de parte daquela regra constitucional que vincula a proteção patentária ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Assim, conceder uma patente sem que haja qualquer novidade não contribui para o incremento do desenvolvimento social, econômico e tecnológico do Brasil e, por conseguinte, conceder um privilégio como o monopólio de utilização de uma patente pipeline, seria inconstitucional eis que desrespeita os objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil.

A patente “pipeline” visa dar sobrevida ao princípio da novidade em relação às patentes já publicadas, de conhecimento geral no Brasil e em outros centenas de países, valendo dizer que a “novidade de mercado” adotada pelo artigo 230 da LPI, contraria os requisitos constitucionais de proteção à propriedade intelectual.

Os artigos 230 e 231 do citado diploma, permitiram o estabelecimento de monopólio em favor de um agente, de uma coisa que já se encontrava em domínio público e que, até 1996, a sociedade brasileira tinha por lei o direito garantido de ter

acesso aos produtos decorrentes das invenções já divulgadas e não patenteadas no Brasil.

Dessa forma, fora criada uma barreira de acesso da população a tudo que, em virtude da Lei anterior, encontrava-se com acesso irrestrito e amplo, livre de qualquer ônus.

A título de exemplo, podemos imaginar um investidor que comprasse uma indústria genérica no dia 1º de maio de 1996 e, no preço dessa indústria estaria computado, naturalmente, a possibilidade dele começar a fabricar ou importar a qualquer momento, ingredientes ativos que estivessem em domínio público. Quinze dias depois, esses investimentos seriam seriamente afetados, pois os ingredientes ativos de maior valor econômico foram simplesmente "recapturados" por empresas estrangeiras , como o pedido de patente "pipeline"[12].

A partir das premissas fixadas neste ensaio e, em especial, a inteligência do sistema de propriedade intelectual estabelecido no Brasil que excetua o princípio da livre concorrência prevista no artigo 170 da CF/88, vinculando a exclusividade ou monopólio do proprietário da patente ao atendimento de sua função social, bem como dos interesses econômicos e tecnológicos do país, tem-se que a supressão de algo já acessível a todos da sociedade, gera afronta ao texto constitucional em seu artigo 5º, XXXVI, que prevê a impossibilidade da Lei excluir ou prejudicar direito adquirido.

Como informa o próprio PGR na ADI 4234, a tecnologia é mero instrumento ou meio de efetivação de direitos sociais e do bem comum e, não em si mesma, fins humanos a serem perseguidos. A função social está exatamente na geração de utilidades aos homens e mulheres e, tanto que possível, de forma universal. É tudo que não se sucede no caso das *pipelines*.

A pretexto de se incentivar a pesquisa científica, acabou-se por tornar patenteável e, portanto, sobre controle monopolístico de algumas indústrias farmacêuticas, a produção de medicamentos que se encontravam em escala de produção de mercado por diversas fontes dentro da política econômica social de oferta de genéricos e de produtos medicamentosos a preços mais acessíveis à população carente.

REFERËNCIAS

- BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio (Orgs). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

- BARBOSA, Denis Borges. IBMEC. LL.M. em Direito Empresarial . Apostila Direitos Autorais, Conexos e de Software. Pág 15.

- BARBOSA, Denis Borges. A inconstitucionalidade das patentes pipeline. Rio de Janeiro. Retirado de ***denisbarbosa****.addr.com/****pipeline****.pdf (08.09.2009).*

- CARVALHO, Nuno Tomaz Pires de. *Propriedade Intelectual*. Florianópolis: UFSC, 22 de maio de 2004

- CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996.

- CLEVE, Clèmerson Merlin e Reck, Melina Breckenfeld in A repercussão, no regime da patente pipeline, da declaração de nulidade do privilégio originário. publicado na *Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual – ABPI, n.º 66,* set/out. 2003, p. 12-37

- CLEVE, Clèmerson Merlin e Reck, Melina Breckenfeld apud DANNEMANN, SIEMSEN, BIGLER & IPANEMA MOREIRA. Comentários à Lei da Propriedade Industrial e Correlatos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 41

- GOMES, Orlando. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002, pág 107 a 109.

- TEJERINA-VELAZQUEZ, Victor Hugo (Org.). Propriedade Intelectual: Setores Emergentes e Desenvolvimento. Piracicaba. Equilibrio, 2007, 214 p..

---

[1] Acordo sobre os aspectos dos Direitos a Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Agreement on Trade-Related of Intellectual Property Rights) Estabeleceu critérios mínimos de proteção aos direitos da propriedade intelectual e foi internalizado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15/12/1994.

[2] CARVALHO, Nuno Tomaz Pires de. *Propriedade Intelectual*. Florianópolis: UFSC, 22 de maio de 2004

[3] BARBOSA, Denis Borges. A inconstitucionalidade das patentes *pipeline*. Rio de Janeiro. Retirado de ***denisbarbosa**.addr.com/**pipeline**.pdf (08.09.2009)*

[4] A Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 159

[5] **A Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 159

[6] ***Clèmerson Merlin Clève, Melina Breckenfeld Reck in* A repercussão, no regime da patente *pipeline*, da declaração de nulidade do privilégio originário.** publicado na *Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual – ABPI, n.º 66,* set/out. 2003, p. 12-37

[7] Merlin Clève e Breckenfeld Reck ***apud*** DANNEMANN, SIEMSEN, BIGLER & IPANEMA MOREIRA. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial e Correlatos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 41

[8] idem, pág. 13

[9] DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario Soerensen e MENDES, Paulo Parente M. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais*

analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9.

[10] Idem op. Cit., p. 124.

[11] DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario Soerensen e MENDES, Paulo Parente M. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 39

[12] Informações prestadas pelo Presidente da República na ADIN 4234 que trata do pedido de inconstitucionalidade das patentes pipeline

AS CELEUMAS DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS E O DIREITO CONSTITUCIONAL DE LIVRE ACESSO À EDUCAÇÃO, À INFORMAÇÃO E A CRIAÇÃO INTELECTUAL*

LES CONTROVERSES DE DROIT D'AUTEUR ET LE DROIT CONSTITUTIONNEL DE LA LIBRE ACCÈS À L'ÉDUCATION, LES INFORMATIONS ET LES DROITS DE L'ETABLISSEMENT.

Charlene Maria Coradini de Avila Plaza
Nivaldo dos Santos

RESUMO

O presente artigo analisa a polêmica questão sobre a lei de direitos autorais e a liberdade de acesso à educação, à informação e a criação intelectual, tendo em vista o projeto de Lei 1.197/2007 que proíbe, nos estabelecimentos de ensino superior, o funcionamento de máquinas fotocopiadoras destinadas à reprodução de livros didáticos. O intuito fundamental do estudo é ponderar dois interesses legítimos e antagônicos, de um lado os criadores intelectuais pelo qual a Lei lhes conferem o direito de comercialização de sua criação como monopólio do autor bem como a sua obra, a natureza de propriedade única e diferenciada e, de outro, o interesse da coletividade/universalidade pelo acesso ao conhecimento e a educação, vez que os direitos autorais e os direitos a educação e a informação são preceitos garantidos pela Constituição Federal e Tratados Internacionais como a Convenção de Berna e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao comércio – TRIP'S, além de que consideramos que o espírito da Lei é fomentar a educação, o acesso ao conhecimento, sendo qualquer ato desfavor a um exercício regular de um direito, um contra direito. Busca-se, portanto, analisar comparativamente, utilizando-se da legislação estrangeira, os possíveis conflitos existentes entre o direito do autor e os direitos constitucionais supra mencionado, tendo por base o interesse público nacional e os valores premidos pela atual realidade social e tecnológica.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS AUTORAIS, CONHECIMENTO, EDUCAÇÃO, INFORMAÇÃO, CRIAÇÃO INTELECTUAL.

RESUME

Cet article examine la question controversée au sujet du droit d'auteur et liberté d'accès à l'éducation, l'information et de la propriété intellectuelle, en vue de la loi 1197/2007 projet qui interdit, dans l'enseignement supérieur, l'exploitation de machines à photocopier pour la reproduction des manuels scolaires. Le but fondamental de l'étude est d'évaluer deux intérêts opposés et légitimes, d'une part les créateurs intellectuelle par laquelle la loi leur donne le droit de commercialiser sa création comme un monopole de

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

l'auteur et son œuvre, la nature de la semelle et différencié d'autre part, l'intérêt collectif de l'universalité, l'accès au savoir et l'éducation, le droit d'auteur et les droits à l'éducation et les dispositions de l'information sont garantis par la Constitution fédérale et les traités internationaux comme la Convention de Berne et l'Accord sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle Commerce - ADPIC, et nous croyons que l'esprit de la loi est de promouvoir l'éducation, l'accès à la connaissance, et aucun désavantage d'agir dans une pratique régulière d'exercice d'un droit contre un droit. Recherche, dès lors, l'analyse comparative, en utilisant la loi étrangère, les conflits possibles entre le droit de l'auteur et les droits constitutionnels mentionnés ci-dessus, basée sur l'intérêt public national et les valeurs exprimées par les réalités sociales actuelles et technologique.

MOT-CLES: DROIT D'AUTEUR, LES CONNAISSANCES, L'ÉDUCATION, L'INFORMATION, LA CRÉATION INTELLECTUELLE

INTRODUÇÃO

A atual Lei de Direitos Autorais se comparada com a legislação anterior, aumentou a proteção ao autor, reflexo da tendência mundial de estímulo à criação intelectual e por outro lado, ao jogo de poder e aos aspectos políticos que permeiam sobre o regime internacional de proteção aos direitos de propriedade intelectual e sobre a circulação, difusão e acesso ao conhecimento em sentido amplo.

Podemos observar, no quadro comparativo abaixo o engessamento da norma atual dos direitos autorais diante da lei anterior, referente à “reprodução, em um só exemplar de obra”. Assim, temos:

Quadro comparativo das Leis n. 9.610/98 e n. 5.988/73:

Artigo 46 da Lei n. 9.610/98: Não constitui ofensa aos direitos autorais:	Artigo 49 da Lei n. 5.988/73: Não constitui ofensa aos direitos autorais:
II-A reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro.	II-A reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contando que não se destine à utilização com intuito de lucro.

(Fonte própria)

Apesar de possuir texto considerado moderno e contribuído para a inserção de inovações importantes que vieram a fazer frente aos avanços tecnológicos, os (des)equilíbrios entre os interesses público e privado, ainda se constituem polêmicos.

É evidente que a evolução tecnológica traz consigo novidades extraordinárias para a humanidade, necessitando muitas vezes de novos contornos e regulamentos,

como foi o caso da biotecnologia, objeto de uma diretiva da Comunidade Européia e, mais recentemente, a discussão sobre a possibilidade de modificações da lei n. 9.610/98, vez que a sociedade contemporânea clama por mecanismos mais eficazes que possam acobertar todos os direitos considerados fundamentais.

Um dos pontos nevrálgicos da atual lei autoral é exatamente o não equilíbrio de dois interesses legítimos que devem ser protegidos. De um lado, o interesse dos criadores intelectuais, que devem ser remunerados por suas criações e, do outro, o interesse da coletividade pelo acesso ao conhecimento.

Pela própria natureza jurídica dos direitos do autor, isto é, considerando em seu bojo várias naturezas de direito, como morais, que são perpétuos e dizem respeito ao recolhimento da autoria por quem utilizar obra alheia e os patrimoniais[1] pelos quais os autores recebem remuneração pelo uso de sua obra, como também sua evolução como direito individual, nem a nossa Carta Magna e nem a Lei 9.610/98, positivaram as dimensões social e solidária, representando um anacronismo se observarmos pelo aspecto da evolução de outros direitos fundamentais.

Dessa maneira, procuramos desenvolver um estudo partindo das análises do Direito Autoral pátrio e às normas de direito comparado para em seguida discutir as limitações e exceções do direito autoral, principalmente no que tange a informação, a educação, ao conhecimento, ou outras situações de interesse público e, em especial, a necessidade de melhor balanceamento entre os interesses públicos e privados no que compete às normas sobre limitações dos direitos autorais, trazendo para o debate as celeumas do inciso II do artigo 46 da mencionada lei.

Assim, o estudo estará dividido em três capítulos, sendo que em um primeiro momento será abordada a regulamentação do Direito autoral na seara internacional e sua proteção constitucional no Brasil. Posteriormente, a previsão legal de limites e exceções ao direito autoral na Lei 9.610/98 e suas possíveis soluções, e por derradeiro, os direitos autorais diante do interesse coletivo e a urgência de equilíbrio entre os interesses públicos e privados onde se analisará o artigo 46, II enquanto expressão de um direito que devem ser resolvidos de acordo com a regra da proporcionalidade ou razoabilidade entre os dois interesses legalmente protegidos.

1. A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO AUTORAL NA SEARA INTERNACIONAL E SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Para maior suporte o presente capítulo tem como ponto de partida as análises acerca dos conflitos entre o direito de autor e o direito ao acesso a informação e a cultura embasando-nos na Constituição Federal pátria e alguns documentos internacionais como, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a sociedade de informação de 2003, o Relatório da Comissão para Direitos da Propriedade Intelectual – integrando Direitos da Propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento da Organização Mundial do Comércio – OMC de 2002, além de outros. Assim, vejamos:

A Constituição Federal de 1988 no tocante à proteção a propriedade intelectual e aos direitos do autor destaca a importância do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do país preceituando em seu artigo 5°, inciso XXIX:

A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos, **tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.** (grifo nosso).

Sobre o mencionado dispositivo constitucional, Barbosa (2002, p. 30) argumenta que:

O artigo 5°, XXIX, dirige-se ao legislador, determinando-lhe tanto o conteúdo da propriedade intelectual (" a lei assegurará...") quanto à finalidade do mecanismo jurídico a ser criado ("tendo em vista vista..."), sendo a cláusula final uma novidade do texto atual, torna claro que os direitos relativos à propriedade industrial não derivam diretamente da Carta, mas de lei ordinária, e que tais direitos somente serão constitucionais na proporção em que atenderem aos seguintes objetivos: a- visar o interesse social do país; b- favorecer o desenvolvimento tecnológico do país; e c- favorecer o desenvolvimento econômico do país.

O autor nos quer dizer que os objetivos da Magna Carta são como um trígono, necessário e equilibrado, isto é: o interesse social, o desenvolvimento tecnológico e econômico que deverão ser igualmente satisfeitos.

Seguindo essa linha, a Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra em seu artigo 27, II[2], como direitos humanos tanto o direito à cultura como o direito do autor que em um primeiro momento podem ser conflitantes seus direitos, mas há que haver um equilíbrio[3]. Esta declaração estabelece que "todo homem tem o direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, artística da qual seja autor". Por outro lado, estabelece que "todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios". Verifica-se desse modo, um conflito entre dois interesses igualmente inafastáveis: o interesse do autor, cujo trabalho pessoal e criativo deve ser protegido e recompensado e, de outro, o interesse a sociedade que lhe forneceu a matéria-prima dessa obra e que é o seu receptáculo natural, (MANSO, 1998, p. 90).

Entretanto, há uma premissa a se considerar, segundo Mendez (2004, p. 09) quando apregoa "se a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que 'todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos', é justamente porque os homens não são iguais por natureza, pois, se assim fosse, o conteúdo dessa declaração seria, no mínimo, supérfluo" De fato, assim é. Por isso, nada mais relevante, nada mais urgente, do que tratar os desiguais de maneira diferente a fim de diminuirmos as desigualdades quando estas lhes são prejudiciais.

Já a Declaração de princípios da Cúpula Mundial sobre a sociedade da informação, de 2003 em seu capítulo 3, estabelece em linhas gerais, que todos devem ter acesso à informação, ás idéias e ao conhecimento e contribuir para fomentá-los; a eliminação de barreiras que impedem o acesso eqüitativo à informação para realizar atividades sociais, econômicas, políticas e culturais, entre outras; à facilitação de acesso à informação de domínio público, desenvolvendo-o com o intuito de proteção da informação contra toda apropriação indevida; ao acesso universal e eqüitativo ao conhecimento científico.

Resta evidente que por essa Declaração prevalece o direito de acesso à informação e à cultura, sobre o direito do autor, principalmente quando estiverem presentes interesses socioeconômicos e culturais de uma sociedade. (CARBONI, 2005). Entretanto é inviável e utópica a livre utilização das obras intelectuais pela coletividade, sem que haja uma contraprestação por esse uso para o autor da criação.

Na Constituição Federal, o direito de livre acesso à informação e a cultura previsto no artigo 5°, inciso XIV, bem como no artigo 215 constata que tais direitos são informados pelo princípio da universalidade ou direitos sociais muito embora no caso dos direitos culturais, a sua positivação constitucional foi referendada através de normas programáticas que não regulou imediatamente seu objeto, apenas estabeleceu um programa de ação com relação ao mesmo destituído de eficácia operacional, como preleciona Grau (1988, p.17-18):

As Constituições dos Estados capitalistas passaram, desde o início deste século, a consagrar determinados direitos econômicos e sociais. Tais direitos, no entanto, são concebidos como destituídos de eficácia. Vale dizer, são direitos aos quais não corresponde nenhuma garantia jurídica de operacionalização. Aí a teorização das normas programáticas. Com isso os jogadores dotados de poder de dominação impedem que os demais se afirmem capazes de realizar suas metas e de conquistar seus objetivos. Às conquistas que historicamente seriam logradas por estes últimos antecipam-se os titulares do capital, paternalisticamente ofertando-as a eles. O mínimo que estes últimos ousariam conquistar, assim, é a eles atribuído, como uma dádiva daqueles. Atribuído, porém, apenas e tão-só formalmente, como direito inscrito no texto constitucional, não juridicamente obtenível. O fato, todavia, é que tais direitos não constituem senão uma concessão que serve de interesses bem definidos, na medida em que contribuem eficazmente à continuidade do jogo. Aparentando, por vezes, corresponderem a verdadeiras conquistas, tais direitos nada mais consubstanciam senão estratégicas concessões de um dos jogadores, que perde neste ou naquele lance, para que o jogo continue a ser jogado, segundo regras que o ordenam.

Diversas são as disposições na lei de direitos autorais brasileira em que o direito de propriedade do detentor encontra-se limitado, ora pelo direito à informação, como no caso das citações de “pequenos trechos”, ora pelo direito a educação e ao conhecimento, além de outras situações de interesse público, como por exemplo, os casos dos artigos 44 *usque* artigo 48, entre outros.

Os direitos autorais não são absolutos, sofrem certas limitações taxativas previstas nos artigos 46, 47 e 48 da Lei n. 9.610/98 que contem situações excepcionais,

em que o interesse público, a difusão do conhecimento se sobrepõem ao direito individual do autor.

Uma das principais limitações ao direito do autor, diz respeito à duração do direito patrimonial do autor, sendo que na América Latina essa limitação temporal apresenta da seguinte maneira de acordo com Gómez Madrigal e Prado López (2004, p.48):

La duracion del derecho patrimonial de autor em America Latina

País	Ley	Artigo	Proteccion Patrimonial
ARGENTINA	Ley de Propiedad Intelectual 11.723/33 modificada por la ley 25.036/98	Artigo 5°	Vida del autor mas 30 años post mortem
			Vida del autor más 50 años post mortem.
BOLÍVIA	Ley de Derecho de Autor n. 1322/92	Artigo 18 Artigo 19	Obras colectivas, audiovisuales, fotográficas fonogramas, programas de computación 50 años.
BRASIL	Ley de Derecho de Autor n.9.610/98	Artigo 41 Artigo 43 Artigo 44	Vida del autor más 70 años post mortem. Obras anônimas o seudónimas 70 años e obras audiovisuales y fonográficas 70 años.
CHILE	Ley n. 17.336/92	Artigo 10 Artigo 13	Vida del autor mas 50 años post mortem. Obras anônimas o seudónimas 50 años.
COLOMBIA	Ley n. 44/93 por la cual se modifica y adiciona la ley n.23/83 y se modifica la ley n. 29/44	Artigo 2°	Cuando dea persona natural durante su vida y 80 años post mortem. Si es persona jurídica será 50 años más a partir del ultimo año em que tuvo lugar la interpretación, la primeira publicacion del fonograma, su fijación o la emisíon de us radiodifusión.

COSTA RICA	Ley n. 6.683/81	Artigo 58 Artigo 62	Vida del autor más 70 años post mortem. Obras anônimas ou seudónimas durarán 70 años desde su publicacion.
CUBA	Ley n. 14/77. Decreto ley 156/94	Artigo 43 Artigo 45	Vida del autor más 50 años post mortem. Obras anônimas o seudónimas 50 años
ECUADOR	Ley n. 83/98 de propiedad intelectual de Ecuador	Artigo 80	Vida del autor mas 70 años post mortem. Obras anônimas 70 años
EL SALVADOR	Ley de fomento y protección a la propiedad intelectual decreto n. 604/93	Artigo 86	Vida del autor más 50 años post mortem. Obras anônimas, sudónimas durarán 50 años desde su creación.
GUATEMALA	Decreto n. 33/98 ley de direchos de autor y derechos conexos	Artigo 43	Vida del autor más 75 años post mortem.
HONDURAS	Decreto n. 4-99-E de 2000	Artigo 44	Vida del autor más 75 años post mortem. Obras anônimas, seudónimas, coletivas 75 años.
MEXICO	Ley Federal del Derecho de Autor de 1997	Artigo 29	Vida del autor más 100 anos post mortem
NICARAGUA	Ley n. 312/99 Ley de direchos de autor y conexos	Artigo 27 Artigo 28	Vida del autor mas 70 años post mortem. Obras anônimas, seudónimas 70 años.
PANAMÁ	Ley n. 15/94	Artigo 42 Artigo 43	Vida del autor más 50 años post mortem. Obras anônimas o seudónimas 50 años.
PARAGUAY	Ley n. 1.328/98	Artigo 47 Artigo 48	Vida del autor más 70 años post mortem. Obras anônimas o seudónimas 50 años.
PERU	Decreto n.822. Ley sobre el derecho de autor	Artigo 52 Artigo 53	Vida del autor más 70 años post mortem. Obras anônimas y seudónimas 70 años

	de 1996		
REPUBLICA DOMINICANA	Ley n. 32/86 sobre el derecho de autor	Artigo 21	Vida del autor más 50 años post mortem.
URUGUAI	Ley n. 9.739/39 (Uruguai)	Artigo 14 (Uruguai)	Vida del autor mas 40 años post mortem.
VENEZUELA	Ley sobre derecho de autor de 1993 (Venezuela)	Artigos 25 e 27 (Venezuela)	Vida del autor más 60 años post mortem. Obras anônimas y seudónimas más 60 años.

(Fonte: Gomes Madrigal e Prado López – ABPI – 2004)

Ainda no que se refere ás limitações aos direitos autorais, a Convenção de Berna, que inspirou, praticamente, todas as legislações do mundo reproduzindo os conceitos emitidos da Declaração Universal dos Diretos do Homem, estabelece padrões mínimos de proteção a serem observados nas legislações nacionais que é reserva de jurisdição interna refletindo o entendimento de que as limitações servem a propósitos e finalidades a serem definidas sob o ponto de vista nacional.

Importante salientar os preceitos do artigo 9.2 desta Convenção, que considera como livre a reprodução, a serem definidos pela legislação nacional "permitir a reprodução de obras em determinados casos especiais, desde que essa reprodução de obras não atente contra a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor".

A OMPI, por sua vez, no intuito de atender as exigências dos emergentes meios de difusão de obras intelectuais, vez que com o avanço da informação a vulnerabilidade da propriedade dos bens intangíveis se tornou infinitamente maiores do que a propriedade sobre os bens corpóreos, patrocinou dois tratados multilaterais sobre a matéria: o WIPO – *Copyright Treaty*, ou WCT, que versa sobre os direitos do autor, e o WIPO *Performances and Phonograms Treaty*, ou WPPT, que versa sobre os direitos conexos dos artistas e dos produtores de fonogramas, ambos seguindo os mesmo preceitos dos princípios contidos nas Convenções de Berna e de Roma.

Assim, vivemos na atualidade a era da informação que tem de conviver com determinados fatos e acomodá-los numa difícil equação: ao mesmo tempo em que a riqueza se desmaterializou, ou seja, os bens não materiais, intangíveis, são mais valiosos

do que os bens físicos, o direito exige a funcionalização dos institutos, o que significa que a propriedade de tais bens não pode ser exercida arbitrariamente, devendo atender sua função social.

Entretanto, nos cabe uma pergunta: Será que o excesso de proteção conferida pelas normas positivadas e a própria tecnologia não constituem, por vezes, grandes entraves ao acesso ao conhecimento e, como conseqüência nem sempre facilitadoras de perseguimos o princípio basilar da função social da propriedade?

Méndez (2004, p.12), nos concede a exata dimensão da importância do tema ao afirmar que "na atual etapa do desenvolvimento tecnológico, em que o acesso ao conhecimento constitui a variável decisiva e fundamental de uma existência humana digna, que constitui a finalidade última dos direitos humanos, o direito à educação não pode ser submetido a qualquer tipo de negociação, devendo ser entendido como prioridade tão absoluta quanto à abolição da escravidão ou da tortura".

Da mesma forma Lemos (2005) diz que o melhor critério para avaliar o tempo adequado de proteção seria a feitura de estudo econômico para verificar qual o prazo médio necessário para recuperar os investimentos para quem investiu na criação da obra.

Além de que, com o conceito contemporâneo de funcionalização dos institutos jurídicos, o direito autoral deve estar a serviço do cumprimento de sua função social, o que necessariamente abrange a garantia de acesso ao conhecimento e à educação.

Este desejado equilíbrio é perseguido pela lei. No entanto, no caso do Brasil, a disciplina legal ficou muito aquém do necessário para que o direito humano à cultura – e conseqüentemente o direito humano à educação e ao conhecimento fosse realmente efetivado.

2. A PREVISÃO LEGAL DE LIMITES E EXCEÇÕES E O ARTIGO 46, INCISO II DA LEI DE DIREITO AUTORAL.

Muito embora as limitações e exceções dos direitos autorais serem consideradas sinônimas, as primeiras se referem à redução do direito do autor, enquanto as segundas relacionam-se à supressão deste direito exclusivo previsto na legislação interna.

Ainda que seja relevante conhecermos quais as limitações e qual a extensão de sua aplicabilidade, deter-nos-emos exclusivamente na questão da vedação de cópia integral de obra de terceiro, pois é a que mais põe em risco a efetividade de direitos humanos como o direito a educação e o acesso ao conhecimento.

O denominador comum das limitações indicadas no art. 46 da LDA é evidentemente o uso não comercial da obra. Concomitantemente a esse requisito, a lei valoriza o uso com caráter informativo, educacional e social.

De qualquer sorte, o inciso mais polêmico do art. 46 (da Lei 9610/98), e o que mais nos interessa, é aquele que dispõe que não constitui ofensa aos direitos autorais à reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro. A Lei 9.610/98 (LDA) provocou justamente essa mudança e, portanto, nos termos do art. 46, II, da LDA, é possível a reprodução apenas de pequenos trechos, e não mais da íntegra da obra.

Dessa maneira iniciamos o capítulo afirmando que se os direitos sociais, econômicos e culturais são realmente direitos exigíveis como apregoa a melhor doutrina, então os direitos autorais precisam ser o espelho da promoção desses direitos humanos e nunca sua barreira, senão vejamos:

A reprodução de obras no ambiente escolar, notadamente no nível universitário, já há algum tempo enfrenta imenso revés, na medida em que, apesar de corriqueira e necessária aos estudantes, ainda é restrita por lei.

Acrescenta-se à discussão o advento das novas tecnologias, dentre as quais se destacam os sites de trocas de arquivos ou *peer-to-peer*, que de acordo com uma interpretação literal, também seriam ilegais, apesar de milhares de arquivos serem trocados diariamente através da grande rede.

O fato é que, em que pese a premente necessidade de alterações legislativas referentes ao tema, não se tem notícia de medidas concretas para se resolver a questão.

Neste contexto, são notórios movimentos, capitaneados por organismos da sociedade civil, no sentido de reavaliar o papel da propriedade intelectual e suas limitações, no sentido de dar efetividade ao princípio constitucional da função social da propriedade, como instrumento à possibilidade de acesso ao conhecimento e à cultura. Nesse diapasão, aflora-se um aparente conflito entre os autores - ou os detentores dos direitos patrimoniais sobre a obra -, e a coletividade; de modo que a discussão acerca do tema das limitações permeia-se pela necessidade de se criar uma estrutura técnico-jurídica que, por um lado, dê garantias ao autor quanto a seu direito de propriedade, consubstanciado na Constituição da República; e, de outro, estabeleça critérios que possibilitem aumentar o acesso da coletividade ao conhecimento.

A Lei 9.610, de 1998, disciplina, nos artigos 41 a 46, a matéria das limitações aos direitos autorais. Esta lei busca fundamento de validade na Constituição da República, de 1988, que, por meio do artigo 5º, inciso XXVII, estabelece a garantia aos autores do direito exclusivo à utilização, publicação e reprodução de suas obras:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

Em contrapartida, o inciso XIV, do mesmo artigo 5º, assegura aos indivíduos o direito à informação resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Ao confrontar o inciso II do art. 46 da lei atual com o que fazia o mesmo papel na lei anterior de 1973 – inciso II do art. 49 – verifica-se que esta era mais flexível, uma vez que possibilitava a utilização coletiva da cópia, ainda que somente sem intuito de lucro.

Em que pese o fato de a reprodução somente pudesse ser feita em um único exemplar, não estavam presentes qualquer limitação pessoal à utilização de tal exemplar, já que não havia a previsão expressa do uso privado do copista. Além disso, e ainda mais relevante, a lei anterior possibilitava a reprodução integral da obra.

A atual lei de Direitos autorais reduziu a abrangência desta limitação, uma vez que determinou que só fosse permitida a reprodução de pequenos trechos da obra, e que tal reprodução devesse ser para uso privado do copista.

O fato é que tais alterações criaram verdadeiras celeumas, por se tratar de normas abertas, quando o tema exige uma regulação objetiva e abrangente.

As mudanças no referido artigo fizeram surgir duas questões de difícil solução: (i)o que seriam "pequenos trechos" e (ii) qual a abrangência do termo "uso privado do copista"? Assim, no *intermezzo* de junho de 1998 até a vigência da nova lei de direitos autorais, as cópias das obras podiam ser feitas integralmente pelos estudantes. Além disso, a atual lei não define pequenos trechos, muito menos delimita um percentual da obra que poderá ser copiado sem que se extrapolem esses “pequenos trechos”.

Tomando por base esse entendimento, no sentido de que a cópia de artigos inteiros, e mesmo de livros – prática corriqueira no âmbito das universidades – é ilegal, na medida em que a LDA/98 não teria definido o que seriam "pequenos trechos" de uma obra, além de não haver estipulado porcentagem ou parte da obra como sinônimo quando trata de pequeno trecho, a Associação Brasileira de Direitos Reprográficas-ABDR, tanto nas esferas cível quanto penal, coíbe as cópias de obras literárias dentro das universidades, configurando, assim, por parte dessa Associação um abuso de direito.

Ocorre que, atualmente no ambiente universitário, esse exercício regular de direito não é mais permitido aos alunos, pois, devido às notificações efetuadas por essa Associação, as universidades se vêem assustadas e, consequentemente, proíbem que as copiadoras dentro de seus estabelecimentos efetuem quaisquer cópias de livros, até mesmo de pequenos trechos, como permitido por lei.

O fato é que a Lei de Direitos Autorais de 1998 estabeleceu uma regra que, de certa forma, é impossível de ser seguida na prática. A cópia da obra para uso privado não pode, nem deve, estar limitada, notadamente quando se trata de uso privado, sem intuito de lucro, e para fins educacionais. Entretanto, não se pode cogitar, sob pena de retrocesso legal, a permissão da reprodução integral da obra sem qualquer remuneração ao autor.

Tanto a legislação americana quanto a francesa ao enumerar as hipóteses do uso legítimo das obras caracterizam-se por serem legislações autorais abertas reguladas na forma de princípios gerais, denominado *fair use* (uso justo). Dessa maneira, o que

configura exceção ao direito do autor constitui cláusula geral possibilitando o uso hermenêutico pelos tribunais a cada caso concreto embasados nos critérios da secção 107 do título 17 do US *Code*, como: o propósito da natureza do uso, se comercial ou para fins educativos e não lucrativos, entre outros.

Ascensão (1997, p.98), ao discorrer sobre o tema, analisa que:

O sistema norte-americano é maleável, enquanto o sistema europeu é preciso (...) O sistema norte-americano não dá segurança, prévia sobre o que pode ou não pode ser considerado *fair use*. O sistema europeu, pelo contrário, mostra falta de capacidade de adaptação. Mas, sopesando méritos e deméritos, permitindo-nos concluir pela superioridade do sistema norte-americano. Além de não ser contraditório como o europeu, mantém a capacidade de adaptação a novas circunstâncias, em tempo de tão rápida evolução.

Dessa forma, é interessante avaliar o PL 5.046/05 que foi aprovado na Comissão de Educação e Cultura, tendo como proponente o deputado Antonio Carlos Mendes Thame (PSDB/SP), requerendo a autorização da reprodução integral de qualquer obra esgotada para uso exclusivo de estudantes universitários.

A proposta visa alterar o artigo 46, II da Lei 9.610/98, sobre direitos autorais, que hoje só permite a reprodução de pequenos trechos, para uso privado do copista por considerar injusto proibir o aluno universitário de fazer a cópia integral do livro para seus estudos, no caso de a obra estar esgotada e de não haver exemplares suficientes em bibliotecas públicas.

Pelo substitutivo do Relator Deputado Rodrigo Rocha Loures (PMDB/PR), que por sua vez rejeitou o PL 1.197/07, a cópia precisa ser feita sem intuito de lucro e em apenas um exemplar. O relator acrescentou um artigo à proposta obrigando as editoras a oferecerem, na internet, o conteúdo integral ou fracionado das obras, mediante a remuneração dos direitos autorais.

Dessa maneira o projeto de lei reza que:

Art. 1 Esta lei estabelece nova modalidade de limitação aos direitos autorais.

Art. 2 O inciso I do art. 46 da Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescido da seguinte alínea e:

Art. 46:

I - reprodução

e) de qualquer obra, em um só exemplar, para uso exclusivo de estudante universitário, sem fins comerciais.

Justifica o projeto em comento que:

O artigo 184, "caput", do Código Penal capitula como criminosa a conduta de quem viola direitos autorais, sendo que, por tratar-se de norma penal em branco, faz-se necessário buscar na lei civil o que vêm a ser tais direitos.

Até 1998, disciplinava a matéria a Lei 5.988/73. Atualmente, os direitos autorais são objetos da Lei nº. 9.610/98, sendo certo que ambas apesar de não especificarem taxativamente quais seriam esses direitos, dispõem de forma explícita sobre as limitações aos mesmos.

Assim, a antiga lei, em seu artigo 49, inciso II, dispunha que não constituía ofensa aos direitos autorais à extração de uma única cópia de obra para fins didáticos; o que afastava a tipicidade da conduta largamente difundida entre os alunos de todos os graus, em nosso país, de "tirar xérox" dos livros indicados por seus professores.

Ocorre que, com a edição da nova lei, que, como visto, complementa o dispositivo penal, tal situação foi alterada, posto que a mesma, em seu artigo 46, inciso II, estatui não violar os direitos autorais a "reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro".

Diante da redação da nova lei, deve-se concluir ferir os direitos autorais a obtenção de cópia integral de obra, ainda que para fins didáticos, caracterizando-se, por conseqüência, o tipo previsto no artigo 184, "caput", do Código Penal.

No entanto, há que se ter em mente que além de típica e antijurídica, para ser considerada criminosa, deve a conduta ser igualmente culpável, sendo certo que, dentre outros requisitos, um dos necessários à verificação da culpabilidade, é justamente o da exigibilidade de conduta diversa.

Ora, no caso de a obra estar esgotada e de não haver exemplares bastantes em biblioteca públicas à disposição dos alunos que dela necessitam para fins didáticos, tem-se que não é lícito exigir dos mesmos, conduta diversa da de extrair cópia integral do livro para seus estudos.

Igualmente, na hipótese de o estudante necessitar da obra, não dispondo de numerário suficiente para adquiri-la, deve-se reconhecer que, ao extrair cópia integral da mesma, não estará agindo de forma culpável, justamente em decorrência da não exigibilidade de outra conduta.

Impossibilitar alunos, que não têm condições de adquirir a obra, de ter acesso à mesma, em virtude de sua precária situação financeira, significa, em última análise, desrespeitar o direito de igualdade, também assegurado pela Carta Magna (art. 5º, "caput").

É preciso deixar claro que, não se está, através do presente projeto de lei, pregando por um desrespeito generalizado aos direitos autorais, posto que tal pretensão, além de inconstitucional, seria ilegítima e imoral.

Ao postular-se pelo afastamento da criminalidade da obtenção de cópias integrais de obras, para fins de estudos, no caso de o acesso à mesma ser impossível (seja por estar esgotada, seja pela incapacidade financeira do agente), está-se asseverando que os direitos assegurados pela Constituição Federal devem ser interpretados de forma integrada, considerando-se, por conseqüência, lícita a conduta de ferir um direito, desde que a mesma seja a única forma de garantir o exercício de outro igualmente assegurado.

Nesse diapasão, deve-se ter em mente que as limitações legais aos direitos autorais atendem a interesses vários de ordem pública.

Trata-se de proposta de alteração do artigo 46, inciso I, em que seria incluída uma alínea, a de letra "e", passando a figurar o artigo com a seguinte redação:

e) “de qualquer obra, em um só exemplar, para uso exclusivo do estudante universitário, sem fins comerciais.” (grifamos).

O autor do projeto elenca, além de outras, duas hipóteses importantes para o debate em que “o **estudante universitário**[4] necessita de cópias”: (grifo nosso).

1- no caso de livros raros, em que não há exemplar a venda, no mercado e nem quantidade suficiente nas bibliotecas;

2- Quando o estudante não possui poder econômico para adquirir o exemplar.

Com as recentes alterações no Código Penal brasileiro, mais precisamente no art. 184 consubstanciam a idéia de que o termo "pequenos trechos" foi uma opção bastante infeliz do legislador de 1998, tendo em vista que destituiu do patamar de ilícito penal a extração de cópia integral de uma obra, para uso privado do copista.

Os estudantes na ânsia de aprender, tiram cópias de livros esgotados, poderiam ser chamados de criminosos ou piratas? Sem dúvida alguma esses estudantes estão praticando ilícito civil (art. 102 da lei de direitos autorais), mas não se trata de crime, tipificado no artigo 184, § 4° do Código Penal[5].

Em contrapartida, é inconteste a necessidade de se analisar a questão por outro prisma, no sentido de que o real intuito do copista seja contemplado, de modo a aferir-se se sua conduta é de fato ofensiva aos direitos do autor, isto é, se a mesma ultrapassa o limite estabelecido como premissa nas limitações aos direitos autorais.

Estabelecendo-se como ponto de partida que as limitações são criadas para beneficiar a sociedade em função de um benefício que pela mesma foi dado ao autor para sua criação, o limite à cópia privada deve estar margeado pelo intuito com que a referida cópia foi extraída.

A discussão pertinente à lei, se autoriza ou não a copia integral da obra, se mostra inócua, vez que na prática, não gera conseqüências positivas.

Melhor, portanto, é avaliar os propósitos específicos que se destina o uso da cópia produzida, se há inserido nessa conduta os elementos de má-fé ou de boa-fé da reprodução, bem como, se há ou não o intuito comercial da prática - reflexão que teria como conseqüência evitar a reprodução - sem autorização prévia e remuneração necessária - com intuito lucrativo, ou fim comercial, e não a cópia para a informação, pesquisa e crescimento intelectual do copista privado.

Além da questão dos pequenos trechos, há também muitas divergências no que se refere à expressão "uso privado do copista"; divergências estas que vieram novamente à tona com a prática do denominado "*peer-to-peer*" ou ponto-a-ponto, troca de arquivos através da internet por meio do acesso de um usuário aos arquivos pessoais de outro, e possibilidade de cópia dos mesmos.

A Lei de direitos autorais é taxativa ao positivar a regra segundo a qual a cópia da obra deve servir apenas àquele que a copia, ou que requer a cópia – no caso de se utilizar os serviços de um fotocopiador – por meio do termo "uso privado do copista".

Neste raciocínio, é de se salientar o entendimento do doutrinador português Ascensão (1997, p. 256-257), no sentido de que a reprodução para uso privado sequer deveria ser tida como uma limitação aos direitos autorais: “é o que se passa com item II desse artigo (referência ao artigo 49 da lei de 73), em que se permite a utilização, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à obtenção de lucro”.

Na realidade, aqui não há mais que uma manifestação do princípio da liberdade do uso privado. Está particularmente implicado o direito de reprodução, mas (...) é livre a reprodução para o uso privado. Isto é mera decorrência de o direito patrimonial se reduzir a um exclusivo de exploração econômica da obra.

A restrição final do artigo, “contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro”, já não visa à reprodução especificamente e é, aliás, inútil, pois nenhuma obra alheia pode ser utilizada com intuito de lucro sem autorização.

Portanto, sequer haveria que se falar em limitação ao direito de autor, uma vez que assim como não há uma propriedade absoluta, também é errôneo partir do pressuposto de um direito de autor ilimitado, (ASCENSÃO, 1997).

O fato, entretanto, é que a nova Lei de Direitos Autorais não abarcou o entendimento do mencionado autor, reduzindo, como salientado, a abrangência aposta na Lei anterior, e mitigando sobremaneira o princípio da liberdade do uso privado.

Assim sendo, práticas como a troca de músicas "*peer-to-peer*", à letra fria da lei, é ilegal. Em outras palavras, a atividade de programas "*peer-to-peer* (P2P)", de trocas de arquivos de obras, representa um ilícito civil no país.

Há uma abstração absurda na interpretação da norma quanto ao fato de o copista para uso privado poder, após utilizá-la, permitir que outros utilizem a cópia como fonte de informação. Neste ponto estaria um dos argumentos dos que defendem práticas como o

P2P, não só em relação aos fonogramas de música, mas em relação às demais obras protegidas.

Denotam-se flagrantes as necessidades de alteração neste inciso, para que se possam vislumbrar com maior clareza os conceitos que a lei deixa em demasiada abstração.

É certo que estamos diante de novos paradigmas, novos conceitos e novos desafios doutrinários e legislativos. Dessa forma, se a propriedade intelectual forjada no século XIX passa a apresentar sérios problemas de eficácia quando nos deparamos com a evolução tecnológica, não cumpre apenas ao jurista apegar-se de modo ainda mais ferrenho aos seus institutos como forma de resolver o problema, coisa que a análise jurídica tradicional parece querer fazer (LEMOS, 2005, p. 13).

O fato é que pairam muitas celeumas acerca das expressões "pequenos trechos" e "uso privado do copista", dúvidas estas que se refletem diretamente na vida prática de autores, detentores de direitos e usuários da obras, necessitando maiores discussões a respeito do balanceamento dessas limitações.

2.1 Análises sobre a mudança na Lei de Direitos Autorais e possíveis alternativas de balanceamento público e privado

As iniciativas do Congresso Nacional são louváveis, no sentido de propor mudanças na LDA/98, principalmente no aspecto da reprodução em âmbito acadêmico, sem fins lucrativos e de boa-fé – levando-se em consideração, inclusive, os princípios da eticidade e presunção de boa-fé abarcada pelo Código Civil de 2002.

Por sua vez, o Ministério da Cultura vislumbra a possibilidade de mudanças na Lei do Direito Autoral, vez que ela apresenta uma série de problemas, bem como se definir melhor o papel do Estado frente a essas questões.

Entre os problemas que geram inseguranças jurídicas esta o fato de que a lei de direito autoral pátria é uma das mais rígidas do mundo. Ela está extremamente desequilibrada do ponto de vista de quem consome obras protegidas. Direito autoral não é absoluto, está sujeito a limites, como o prazo de proteção. Mas toda legislação autoral tem uma parte que trata das limitações e exceções ao direito autoral, àquelas utilizações de obra que qualquer um pode fazer sem precisar de autorização prévia e sem ter que remunerar os detentores dos direitos. O capítulo de exceções e limitações no Brasil é muito restrito, ou seja, as exceções estão em desacordo com nossa realidade social, econômica e cultural, tornando a lei rígida para o cidadão comum.

Em alguns países, existe entre as limitações (ao direito autoral) a permissão para cópia integral para uso privado, como as legislações do Panamá (artigos 48.1 e 48.2), Peru (artigos 43b e 48), Chile (artigos 38 e 46), Colômbia (artigos 33 e 37), Equador (artigo 83, a), Uruguai (artigo 44, a, 1), Paraguai (artigo 44), Costa Rica (artigo 74), Cuba (artigo 36), El Salvador (artigos 41 e 45, a, b), Honduras (47, 48, 51), México (artigos 148, III, V), Nicarágua (artigos 31.2 e 31.3), Venezuela (artigo 44. 1.2). A cópia privada

constitui uma reprodução, em um único exemplar, de fragmentos e do próprio exemplar da obra original para o uso pessoal do copista, geralmente com a finalidade de ensino ou pesquisa e que se caracteriza pela ausência do intuito lucrativo.

Assim, principalmente nos países em desenvolvimento, a cópia privada de exemplar deve ser permitida para a finalidade exclusiva de ensino.

Da mesma forma, e por analogia, a não permissão leva a uma situação absurda de que MP3, MP4 e *Ipod* estão na ilegalidade do ponto de vista autoral, a não ser que as pessoas copiem apenas pequenos trechos. Como ninguém faz isso, ao copiar uma música inteira para o *Ipod*, a pessoa, mesmo que tenha comprado legalmente um CD, vai violar direito autoral duas vezes: a cópia para o computador e depois a reprodução para o *Ipod*. Outro absurdo é o que se referem às bibliotecas, arquivos e museus não podem digitalizar obras a não ser que as obras caiam em domínio público.

Na verdade, a Lei de Direitos autorais não faz qualquer distinção quanto ao uso que se dará à cópia da obra. Veda-se igualmente a cópia integral para fins didáticos, para fins de arquivo, para uso em instituições sem fins econômicos, para uso doméstico e até mesmo de obras que estejam fora de circulação comercial, o que é dar tratamento absolutamente inadequado a esses casos particulares.

Ao proibir indistintamente a cópia de obras na íntegra, a lei proíbe, conseqüentemente, que cópias de textos, de músicas, de filmes e de fotos, entre outras obras, sejam usadas para fins didáticos e educacionais.

A partir destes exemplos, torna-se fácil comprovar o quão complicado pode ser encontrar os limites do que a própria lei prescreve.

Nesse raciocínio, as bibliotecas se vêem impedidas de fazer cópia de segurança ou digitalizar acervos e há várias leis de outros países que permitem que se façam cópias sem demandar autorização ou remunerar para as atividades as quais se destinam.

Nossa lei prevê que para transformar livro no sistema *braile* não há necessidade de autorização. Com esforço, se pode entender que isso se estende para *audiobook*. Entretanto, não existem garantias aos direitos dos deficientes auditivos. Já houve quem reclamasse no ministério de que a tradução para Libras (Língua Brasileira de Sinais) é uma violação de direito autoral, porque se estava traduzindo uma obra protegida. Isso torna este capítulo anacrônico e as limitações para usos educacionais muito restritas.

E qual é o papel do Estado em relação ao sistema de direitos autorais?

Até 1990, existiu o Conselho Nacional de Direito Autoral. Ele foi desativado e, de 1998 para cá, a Lei dos Direitos Autorais retirou todas as prerrogativas do Estado de atuar. O Estado tem papel muito limitado. Não existem instrumentos para agir no campo autoral e isso conduz a uma situação um tanto quanto anacrônica.

Em contrapartida, poderia atuar, por exemplo, na função de supervisão das relações público/privado. É direito privado, mas muitas vezes se está regulando atividades de interesse público, como o acesso à cultura. Por isso a necessidade de uma supervisão estatal, inclusive nas atividades de gestão coletivas de direitos.

Também é interessante que o Brasil incrementem as instâncias de mediação e arbitragem, a exemplo de muitos outros países.

Ao invés de todos os conflitos serem decididos no Judiciário, abarrotando os tribunais, boa parte deles poderiam ser resolvidos em uma instância de mediação e arbitragem em âmbito administrativo.

Se há a necessidade de se rever o capítulo de limitações e exceções que as tornem compatíveis com a nossa realidade, isto é, o direito de cópia privada, que seja feita com remuneração eqüitativa para o criador da obra, com uma nova visão hermenêutica do direito autoral, menos patrimonialista, no intuito de maior balanceamento ou dosimetria entre o interesse público e o privado, as principais alternativas seriam:

?O *fair use* da legislação norte-americana que permite exceções mais flexíveis, sem que isso configure violação ao direito autoral, vez que ao embasar-se pelos princípios gerais, conferem maior balanceamento ás limitações que por sua vez são moldados hermeneuticamente pelos tribunais a cada caso concreto.

Ao decidir caso a caso, os Tribunais se embasam em 04 (quatro) fatores constantes no artigo 107 do *Copyright Act*[6], analisados conjuntamente, isto é: o propósito e caráter do uso não autorizado, a natureza da obra intelectual, a quantidade reproduzida sem autorização da obra intelectual protegida e o efeito do uso não autorizado no mercado potencial da obra protegida e seu valor econômico.

?A redução do prazo de proteção de 70 para 50 anos de acordo com a Convenção de Berna das obras que não sejam de conteúdo eminentemente econômico. Isto quer dizer que, as obras que tiverem uma finalidade educativa e ou cultural, cairiam em domínio público mais cedo e, por outro lado as de cunho econômico se manteriam com a proteção atualmente prevista pela Lei nacional.

Este tempo de duração para a proteção das obras autorais encontra sua razão de ser em uma obrigação moral que tem os autores de devolver, em algum momento, a sociedade, o que dela havia tomado para criar, isto é, a contrapartida do direito a coletividade se desenvolver cultural e socialmente.

?As licenças compulsórias dos direitos autorais para os casos em que a obra não seja mais disponibilizada para a coletividade, mediante pagamento de *royalties* adequados todas as vezes que houvesse embates entre os interesses público e o privado.

3. OS DIREITOS AUTORAIS E OS INTERESSES COLETIVOS: A URGÊNCIA DE BALANCEAMENTO ENTRE INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS

Muito se discute sobre a primazia do interesse público sob o privado, tornando-se lugar comum e aparentemente simplificado. Mas, a tutela a liberdade, a cultura, a educação, ao conhecimento é uma exigência legítima tanto do indivíduo como da comunidade, isto é, existe no interesse público e no interesse privado. Assim, os direitos

fundamentais não são direitos privados, como erroneamente se tem afirmado e repetido, mas direitos constitucionais.

Se nos direitos fundamentais estão fundidos interesses públicos e interesses privados, disso se obtém que tão logo uma liberdade constitucional seja restringida, é também afetada a coletividade. Tão logo alguns direitos fundamentais sejam lesionados sempre será afetado o interesse público.

Os direitos fundamentais são como garantia dada à coletividade, componente da ordem pública e são ao mesmo tempo para o indivíduo proteção de bens jurídicos, na ponderação de interesses, (ÁVILA, 2007, p. 526).

Dessa maneira, é princípio básico da hermenêutica constitucional que as normas sobre direitos fundamentais se interpretam ampliativamente e as limitações e exceções aos direitos fundamentais se interpretam restritivamente, como ocorre, com qualquer norma restritiva de direitos e ressalta em importância tratando-se de direitos constitucionais fundamentais, (KOKOTT, 2004, p.853).

A Constituição Federal de 1988 consagra o título "Da educação, da cultura e do desporto", na dicção do artigo 205: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho", sendo que o artigo 214 completará a idéia do sistema educacional para melhor concretização do acesso universal à educação.

Ainda no título VIII – Da ordem social da Constituição Federal, reza o artigo 250 que o Estado "garantirá a todo o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais", logo, "todo o direito do autor é necessariamente direito da cultura", (ASCENSÃO, 1992, p. 58).

O direito a informação, prevista na Carta Magna é considerado por excelência um dos principais direitos consagrados ao homem, juntamente com os direitos autorais e, enquanto direitos humanos fundamentais estão interligados, muito embora conservando sua autonomia, é o que resume as sábias palavras de Bondía Rodan (1998, p. 128).

Información, cultura y educación no son más que tres aspectos diferentes de un mismo fenómeno. Como apunta DESANTES (La información como derecho. Editora Nacional, Madrid, 1974), el derecho a la información es medio para satisfacer el derecho a la cultura, pues la información transmite cultura y es un factor multiplicador. A su vez, el derecho a la educación requiere información, la cual, una vez encajada en conjuntos armónicos, traiga la educación. Cultura, información y educación se condicionan mutuamente. Son unos derechos paralelos que, aun con estructura formal distinta, tienen un mismo punto de referencia y se dirigen hacia él en sentido convergente y emulativo: una mayor información de una mayor educación y cultura, y éstes amplian la capacidad de asimilación informativa y, sobre todo, la capacidad investigadora del sujeto.

Abrange o direito à liberdade de expressão e a outras liberdades que estão direta e essencialmente ligadas, associadas a esta, quais seja a liberdade de pensamento em todas as suas manifestações e a liberdade de buscar e receber informações.

Esses direitos, ditos fundamentais em sua fonte, nasceram mundializados e com o advento da era informacional e o desenvolvimento tecnológico, a sociedade buscou primazia pela defesa desses direitos em âmbito global, no intuito de dar acesso irrestrito à cultura e educação a toda humanidade.

Nesse diapasão, as celeumas travadas sobre os conflitos entre a liberdade de acesso à informação e os limites dos direitos autorais na nova era informacional, tem como foco o direito à educação e à cultura. Em outras palavras, a temática dos direitos autorais e direitos à informação como direitos humanos interdependentes pode ser resumida no reconhecimento destes em dois aspectos: cultura e educação.

O antagonismo de interesses que prevalecem entre a liberdade de acesso a informação e os direitos autorais se constitui um dos temas mais espinhosos na seara do direito. Por um lado, os interesses privados do titular dos direitos em exercer a exclusividade legal sobre suas obras e, por outro, o interesse público da sociedade em ter acesso à informação, ao conhecimento e a cultura.

As palavras de Cabral (1998, p.04), transmitem enfaticamente esta celeuma:

Manter o equilíbrio entre duas situações aparentemente antagônicas é uma construção jurídica de porte invejável. De um lado temos a natureza peculiar do direito natural como uma propriedade específica, única e diferenciada. De outro lado temos o direito de acesso livre – que a humanidade se arroga – a essas obras. Num sentido geral – e quase utópico – elas deveriam ser colocadas à disposição de todos, indistintamente.

Entretanto, essa dicotomia prevalecente entre direitos público e privado, herança do direito romano, muito embora longe de se pacificar, se mostra porosa diante ao paradigma dos novos tempos, ou seja, as barreiras entre o público e o privado, até então, difíceis de serem contornadas, hoje se vêem diante de um novo interesse – comunitário, social que abarca a essencialidade dos dois interesses, impondo sobremaneira, novos questionamentos.

Os questionamentos essenciais, a saber, são: O que esta por trás destes conflitos de interesses e a quem beneficiam? E depois, se as limitações impostas pelo direito autoral são de fato suficientes para solucionar os conflitos de dois interesses legitimamente acobertados pelo direito positivado.

As possíveis respostas não são tão simples e factíveis de serem contextualizadas no atual momento que vive a humanidade. Entretanto, devemos analisá-las de acordo com os dois interesses legitimamente protegidos.

Atualmente, a sociedade convive em uma economia de mercado onde os direitos exclusivos são conferidos para a garantia de seu exercício, sendo que os direitos autorais muito embora não absolutos, são considerados propriedade com limitações.

A lei de direitos autorais limita a reprodução privada, sem fins lucrativos, de pequenos trechos de obra intelectual na dicção do artigo 46. Tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, não há um consenso em torno desse assunto. Para alguns estudiosos, como Ascensão (1992), o direito a copia privada é uma manifestação do principio da liberdade do uso privado e, portanto, é livre a reprodução para esses fins. Para outros, somente a cópia de pequenos trechos esta liberada para o uso privado.

Os direitos do autor por sua vez, podem ser comparados como propriedade, diga-se, propriedade intelectual, vez que pode ser proprietário de sua criação exteriorizada para a humanidade, além de que essa propriedade deve atender a sua função social.

Além da função social que se concretiza através da exteriorização à coletividade da obra criada pelo autor, existem situações em que o direito de propriedade do detentor encontra-se limitado, ora pelo direito à informação, como no caso das citações de "pequenos trechos", ora pelo direito a educação e ao conhecimento, além de outras situações de interesse público.

Mas qual é a função social de uma obra intelectual? Seria, logicamente a sua exteriorização, vez que aquilo que o autor intelectual guarda para si, não tem função para a coletividade, dessa maneira, não tem função social.

Em contrapartida, a lei dos direitos autorais em seu artigo 24, inciso III, confere ao autor o direito de manter a obra inédita, bem como a Constituição Federal, encapitulou como cláusula pétrea, o direito do criador, garantindo o pleno exercício de seu direito exclusivo.

A educação e o ensino podem ser objetivos de uma obra intelectual, mas não são os únicos objetivos para se atender a sua função social. Esses objetivos muito bem parametrados na Constituição Federal, fazem com que o Estado atue em prol do interesse público e cultural, não justificando a subtração do direito exclusivo de utilização da propriedade que é conferida ao autor dentro de um modelo estatal considerado democrático.

Se as alterações na lei dos direitos autorais se fazem necessárias para melhor adequação da norma diante da era informacional, necessário que seja através de uma dosimetria ou balanceamento entre os dois direitos tutelados e definidos mediante a justa aplicação dos princípios que norteiam os direitos intelectuais, os direitos fundamentais e a proteção ao criador e não com uma construção doutrinária que abandona a norma legitimamente constituída.

Assim, permitir uma maior flexibilidade na lei no tocante à reprodução integral de obras é no mínimo uma expropriação para o criador intelectual porque lhe faltará a justa indenização, além de que ao flexibilizar o direito do autor, preceito constitucional sob alegação de ausência de critérios lógicos e legítimos, será um contra senso e um retrocesso na história dos direitos e garantias fundamentais do país.

Contudo, o exercício dos direitos do autor deve atender a sua finalidade social, ajustando-se aos interesses da coletividade e, portanto o princípio da razoabilidade deve imperar com vistas a atingir o perfeito balanceamento entre o interesse público no acesso a informação, conhecimento e cultura e, os interesses privados na justa remuneração do autor pela utilização de sua obra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do estudo, verificamos que o direito autoral muito embora proteja o interesse particular do criador, guarda em sua essência uma estréia relação com o direito público que é o elemento intrínseco da proteção à criação intelectual.

Dessa forma, a exclusividade conferida tanto pela lei de direitos autorais, quanto pela Constituição Federal, não podem obstar o direito que tem a coletividade de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios conforme apregoa a Declaração Universal dos Direitos Humanos, (art. 27, item I).

Contudo, como dissemos anteriormente, a Lei de direitos autorais não distingue quanto a que propósito será utilizada a obra protegida, se é para fins didáticos, fins de arquivos, uso de instituições sem finalidade pecuniária, entre outros, restando inadequada aos casos particulares e não econômicos.

Como apregoa Ascensão (1997, p.161) “se a finalidade da lei não é atribuir o exclusivo, mas o exclusivo como via de atribuição de vantagens patrimoniais, devem ser consideradas livres aquelas atividades que não tiverem nenhum prejuízo efetivo de exploração econômica da obra”.

É inconteste, porém, que as limitações estabelecidas pela lei de direito autorais necessitam de melhores balanceamentos entre o interesse público e o privado, principalmente no que tange ao artigo 46, II, pois na prática, geram dilemas entre os autores que são detentores da criação intelectual e usuários das obras.

Na realidade, não apregoamos a liberalização total da reprodução da obra, vez que é justo a remuneração devida ao autor por aqueles que se utiliza de sua criação.

Em contrapartida, uma análise mais acurada deve ser feita, principalmente para valorar se a conduta de quem reproduz é ofensiva aos direitos do autor, se ultrapassa o limite estabelecido como premissa nas limitações aos direitos autorais.

Além disso, importante avaliar os propósitos que se destina o uso da copia produzida, se há inserido nessa conduta, elementos de má-fé ou de boa-fé da reprodução e principalmente se há ou não o intuito pecuniário.

Como direitos fundamentais, tanto o direito autoral, como os direitos ao acesso a educação, cultura e a informação pela sociedade, permeiam interesses públicos e privados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.256-257.

_____. O *fair use* no Direito Autoral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.98.

ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.** *in*: Daniel Sarmento (Org) Interesses Públicos, 2007, p. 215.

BARBOSA, Denis Borges. Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual. **Revista da ABPI –** n. 59, 2002, p. 30.

BONDÍA RONDÁN, Fernando. ***Propiedad intelectual – su significado en la sociedad de la información***. Madrid: Editorial Trivum, 1998. p.128.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5046/2005. Ementa: [Altera a Lei nº. 9610, de 19 de fevereiro de 1998, que "Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências"]. Autor: Dep. Antônio Carlos Mendes Thame. Relator: Dep. Chico Alencar. *Proposição.* Disponível em: Acesso em: 12.02.2009.

BRASIL. Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Plínio. **Revolução Tecnológica e Direito Autoral**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p.04.

_____. A nova Lei de Direitos Autorais. Comentários. São Paulo: Harbra, 2003, p.46.

CARBONI, Guilherme C. Conflitos entre Direitos de autor e Direito de acesso ao conhecimento, à cultura e a informação. **XXVIII Congresso brasileiro de ciências da comunicação**, 2005.

GOMES MADRIGAL, Laura Sofia, **PRADO LÓPEZ,** Angel Fernando. *La duracion del derecho patrimonial de autor em America Latina.* ***Revista ABPI***. Rio de Janeiro, 2004, p.48.

GRAU, Eros Roberto. **Direitos, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

KOKOTT, Juliane. ***Grundreschtliche Scharanken und Scharanhenschranken***. 2004, p. 853.

LEMOS, R. Dire**ito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janiero: FGV, 2005, p. 13.

_____. **Outro Direito Autoral é possível**. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/foruns_de_cultura/cultura_digital/na_midiaQinddex.php?p=1266&more=1&c+1&pb=1

MENDEZ, E. G. Origem, Sentido e Futuro dos Direitos Humanos: Reflexões para uma nova agenda**. Revista SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, Vol. 1, São Paulo, Rede Universitária de Direitos Humanos, 2004, p.09.

VIEIRA MANSO, Eduardo. **Direitos Autorais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.90.

---

[1] São aqueles referentes à utilização econômica da obra, por todos os processos técnicos possíveis. Consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se em concreto com a sua comunicação ao público, (BITTAR *apud* CABRAL, 2003, p. 46).

[2] Artigo 27, II – Todo homem tem o direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, artística da qual seja autor.

[3] É evidente que os interesses econômicos neste ramo de direito são consideráveis. No entanto, é importante salientar que os direitos de propriedade intelectual sempre se pautaram pela busca de um equilíbrio entre os direitos do criador, que deve receber uma justa compensação pelo seu esforço criador, e o conjunto da sociedade, que deve ter garantido o seu direito de acesso à informação, â tecnologia e ao patrimônio cultural comum. Tendo afirmado que não cabe ao Estado fazer cultura, mas, sim, proporcionar condições necessárias para a criação e a produção de bens culturais, sejam eles artefatos ou mentefatos. O acesso à cultura é um direito básico a cidadania, assim como o direito à educação, à saúde, à vida num ambiente saudável. Neste sentido, reveste-se da maior importância – no âmbito dos direitos autorais – a busca de uma legislação equilibrada e que tenha como objeto principal a efetiva proteção dos criadores nacionais. (Gil, Gilberto). Discurso no 1° Congresso Internacional da Propriedade Intelectual. São Paulo. Acesso: http://www2.cultura.gov.br/scripts/discursos.idc?codigo83.

[4] Apesar de o projeto estar imbuído com propósitos de melhor adequação da lei autoral no contexto atual, a princípio já se poderia alegar a inconstitucionalidade material face à expressão “estudante universitário” por ferir o princípio da isonomia.

[5] Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou

fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante,

do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

[6] § 107. *In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include:*

1-the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

2-the nature of the copyright work;

3-the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

4-the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding or fair use if made upon consideration of all the above factors.

MONOPÓLIO, CONCORRÊNCIA EM PROPRIEDADE INTELECTUAL, FLEXIBILIZAÇÃO E O ACESSO À MEDICAMENTOS NO ESTADO DEMOCRATICO SOCIAL BRASILEIRO: EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE? *

MONOPOLY, COMPETITION IN INTELLECTUAL PROPERTY, AND ACCESS TO MEDICINES FLEXIBILIZATION THE BRAZILIAN STATE DEMOCRATIC SOCIALIST: REALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH?

Claudio José Amaral Bahia
Ana Carolina Peduti Abujamra

RESUMO

O direito a saúde, e, dentro dele o acesso a medicamentos é inquestionavelmente um dos maiores, quiçá, o maior direito humano fundamental inserido no Estado Democrático Social Brasileiro. Assim é que mesmo fazendo uso de ponderações, entende-se que o direito a propriedade intelectual, monopólio, não poderá sopesar a ele. Deve-se pois, proteger a propriedade intelectual, estimular as pesquisas, a invenção e descoberta de novos medicamentos, porém seu acesso pela população deverá ocorrer no menor tempo possível, promovendo- se assim a plena saúde – a vida!

PALAVRAS-CHAVES: MEDICAMENTOS, MONOPÓLIO, SAÚDE, PROPRIEDADE

ABSTRACT

The right to health, and within it access to drugs is undoubtedly one of the largest, perhaps, the most fundamental human right in the Brazilian Social Democratic State. So is that even using the views, it is understood that the right to intellectual property, monopoly, it can not poise. It is therefore, protect intellectual property, encouraging research, invention and the discovery of new medicines, but their access by the population to occur in the shortest time possible, promoting it to full health - the life!

KEYWORDS: MEDICINE, MONOPOLY, HEALTH, PROPERTY

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Questão de extrema atualidade, objeto das mais acaloradas discussões nos foros nacionais e internacionais, a matéria relativa ao patenteamento de medicamentos vem ocupando, de forma insistente, as páginas da imprensa do país, suscitando distintos posicionamentos de ordem científica, legal, humanitária e moral, despertando o interesse, não só de estudiosos do Direito, mas de profissionais dos mais variados ramos de atuação.

Quando se fala em medicamento se fala também em doença, saúde, vida e morte, questões que dizem respeito a todos os seres humanos indistintamente.

Suas formas de existência e disponibilidade na sociedade – criação, descoberta, pesquisa, fabricação, modificação, distribuição, venda, extinção – não deveriam ser regulamentadas da mesma forma como se regulamentam outros produtos. O medicamento difere de uma mercadoria ou de um serviço de consumo tradicional, cuja aquisição constitui-se em ato de liberdade e eventual possibilidade de cada qual.

A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu o direito à saúde como um dos seus princípios fundamentais. Nenhuma norma infraconstitucional pode afrontar, impedir ou dificultar o exercício do direito à saúde. Entenda-se, aqui, incluídas as disposições constantes de tratados e acordos internacionais aprovados e ratificados pelo Brasil.

1. PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição Federal de 1988 revela-se uma das únicas Cartas a pormenorizar o estatuto das patentes, atribuindo-lhe, além de proteção constitucional, espaço dentre os Direitos e Garantias Fundamentais da República (art. 5º, XXIX, CF/88), razão pela qual alguns autores passam a discutir a existência ou não de um direito natural aos bens intelectuais.

Sendo os direitos de propriedade intelectual antes de tudo direitos de propriedade e estando estes vinculados ao art. 5 º do texto constitucional, a eles impõem-se as limitações que regulam os direitos de propriedade em toda a sua extensão, em especial a limitação aos incisos XXII e XXIV.

A doutrina que se dedica ao tema da propriedade intelectual e à sua existência jurídica costuma encontrar como ponto máximo de tensão constitucional a restrição que o monopólio de patentes traz ao direito da livre concorrência. Esse aparente conflito encontra solução em âmbito que extrapola os limites estritos da proteção concedida, no direito de livre copiar, vencidas as garantias da patente. A contradição é própria de um direito que, ao contrario da propriedade tangível, necessita da proteção jurídica para existir.

Por essa razão, torna-se insustentável qualquer argumento que procure encontrar na patente de invenção fundamento de direito natural. Somente a norma é capaz de atribuir a esse instituto o status de direito individual em substituição a outras possibilidades de fruição de conhecimento.

1.1. DA PROTEÇÃO NO BRASIL

O regime das patentes se reveste de especial importância no âmbito da indústria farmacêutica, extremamente dependente de custosas inovações e pesquisas científicas.

O desenvolvimento tecnológico do setor farmacêutico jamais foi prioridade no Brasil, considerado, em muitos países, como de segurança nacional. O mercado nacional é dominado pelos oligopólios internacionais. As empresas nacionais, mesmo que produzindo no Brasil, dependem do fornecimento de matérias–primas pelas empresas transnacionais, o que faz aumentar, ainda mais, a dependência existente.

No período de 1945 a 1969, o Brasil concedia patentes apenas para processos farmacêuticos, negando-as para produtos. O que, ao invés da consolidar a indústria farmacêutica, fez com que surgisse uma indústria baseada na importação de pirataria e na de cópias de produtos cujas patentes já tinham expirado, tendo como conseqüência a estagnação da investigação científica e do desenvolvimento tecnológico.

Com o advento do Código de Propriedade Industrial de 1971, a proteção patentária de processos e produtos farmacêuticos e alimentícios e de produtos químicos foi totalmente abolida (art. 9º, "c", da Lei n.º 5.772/71).

A exclusão dessas áreas tinha motivação essencialmente política, dentro de um modelo de industrialização autárquica, qual seja a de proporcionar, via apropriação do conhecimento alheio, o desenvolvimento brasileiro nesses setores tecnológicos.

A decisão brasileira de não patentear produtos e processos farmacêuticos tinha fundamento e estava amparada na Convenção de Paris de 1883, da qual o Brasil foi um dos primeiros signatários, que estabeleceu que o país poderia excluir do patenteamento qualquer produto essencial, por razões de interesse social, ameaça à saúde e à segurança pública.

Cabe ressaltar que a atitude brasileira não era inédita, uma vez que, países como Alemanha, Itália, Suíça, Japão e Espanha, que hoje estão dentre os mais industrializados, também adotaram estratégia similar à brasileira, objetivando evitar o sucateamento de suas indústrias, possibilitando investimentos no setor, enquanto não houvesse patenteamento, de forma a possibilitar a ulterior concorrência com empresas mais potentes de outros países. Apenas mais recentemente, em momento mais adequado, tornou-se possível a aprovação de leis modernas de propriedade industrial.

No Brasil, negado o patenteamento no período referido, a falta de uma política adequada ao setor impediu que investimentos se realizassem, sendo que, em nosso país, as instituições de pesquisa mendigam verbas ao governo federal, quando não as têm simplesmente reduzidas ou totalmente cortadas. Em conseqüência, assistimos ao desmantelamento do parque industrial farmacêutico pela inexistência de investimentos públicos em P&D (Pesquisa e Desenvolvimento) no setor.

O início dos anos sessenta caracterizou-se pela entrada de empresas farmacêuticas internacionais que, aos poucos, foram ocupando o mercado interno, sem abrir as portas para o capital nacional, aqui se estabelecendo, sem criar nenhuma associação com as empresas nacionais. Com o passar dos anos, assistimos ao enfraquecimento dos laboratórios nacionais e a incapacidade dos mesmos para concorrer com os grupos estrangeiros. E, iniciou-se a desnacionalização do setor farmacêutico nacional.

O Brasil ocupa posição privilegiada no cenário internacional, nada menos do que o oitavo lugar no mercado mundial de fármacos. É um dos maiores mercados consumidores de produtos farmacêuticos do mundo. Isto significa, de um lado, grande fonte de riquezas para o primeiro mundo, pelo que consumimos e pelos royalties que se paga, e, de outro lado, pelo que se fornece ou se pode fornecer em termos de matérias-primas até hoje não exploradas. Cabe ressaltar que a nossa biodiversidade é atualmente explorada por grupos internacionais representados por multinacionais ou universidades estrangeiras que se apropriam de nossa matéria–prima, cobiçada ainda pela biopirataria, que vem se apoderando do conhecimento indígena para enviar, aos laboratórios estrangeiros, plantas e animais existentes na floresta (HERINGER, 2001, p.81).

Curioso é constatar que a invasão de empresas estrangeiras ocorreu, principalmente, após a década de setenta, quando não mais havia a possibilidade de patenteamento dos produtos farmacêuticos. Nada obstante a ausência de patentes, o capital estrangeiro, assim mesmo, foi atraído.

O Brasil, por não reconhecer, na época, patentes farmacêuticas, sofreu diversas retaliações em razão de poderoso lobby, instaurado nos EUA, pela Pharmaceutical Manufacturers Association - PMA, junto ao governo norte americano (Seção 301 do Trade Act de 1974). A PMA se constitui na maior representante dos laboratórios farmacêuticos dos EUA, protegendo os interesses de cerca de cem empresas transnacionais norte-americanas que atuam no ramo de medicamentos.

Tais empresas insurgiram-se contra a total falta de proteção patentária brasileira aos produtos farmacêuticos e a possibilidade de, no Brasil, se copiar, produzir e comercializar produtos inventados pelos membros da PMA, sujeitos a patentes nos EUA e em muitos outros países.

Em julho de 1990, deu-se o fim das retaliações quando, a então ministra da economia, anunciou que o Brasil encaminharia ao Congresso, até março de 1991, um Projeto de Lei, o de número 824/91, para revisar o Código de Propriedade Industrial, tendo por objetivo, dentre outros, o reconhecimento de patentes para produtos farmacêuticos.

A Lei n.º 9.279/96, novo Código de Propriedade Industrial, em conformidade com o disposto no artigo 27 do TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), prevê a concessão de patentes em todos os setores tecnológicos, inclusive para produtos químicos, alimentos e fármacos, que eram as áreas excluídas da patenteabilidade pelo CPI de 1971.

Com esta lei, o Brasil passou de segunda para a terceira fase de desenvolvimento tecnológico. A teoria do desenvolvimento tende hoje a sustentar que o reforço da proteção dos direitos de propriedade, e em particular da propriedade intelectual e industrial, é um importante fator de desenvolvimento econômico, social e científico-

cultural. É com este sentido que deve ser interpretado o artigo 5º XXIX da Constituição Federal de 1988, quando fala na proteção legal de inventos industriais, tendo em vista o interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

O reforço da proteção da propriedade industrial é aqui visto como um meio para atingir o fim do desenvolvimento social e econômico e não como um obstáculo à sua realização. Isto contra o que era defendido por uma teoria do desenvolvimento sustentado, dos anos 70 do século XX, assente no protecionismo e marcadamente hostil à ordem econômica e à sua ênfase nos direitos de propriedade, na liberalização do mercado e na globalização da economia.

Na verdade, a tendência hoje vai sentido de recuperar a noção de que um esquema forte de proteção dos direitos de propriedade intelectual pode constituir um importante motor do desenvolvimento econômico e do progresso social. A aplicação consistente da nova lei é essencial para impedir uma regressão para estágios menos avançados de desenvolvimento.

Subjacente ao novo regime está um novo entendimento, segundo o qual, embora uma proteção robusta das patentes possa infligir alguns danos a curto prazo à indústria dos produtos copiados, a mesma cria condições de desenvolvimento sustentado da indústria farmacêutica a longo prazo, na medida em que estrutura e aperfeiçoa o mercado dos produtos farmacêuticos, atrai investimento estrangeiro e promove a transferência de tecnologia farmacêutica, diversifica os medicamentos originais disponíveis no mercado interno e incrementa a investigação e o desenvolvimento por parte de empresas nacionais.

O Decreto n.2.553/98 reafirma a vontade do legislador brasileiro de conferir uma adequada proteção às patentes, estimulando dessa maneira a inventividade e o engenho dos brasileiros. O Brasil é um país rico em espírito empreendedor, em desenvolvimento científico e tecnológico e em recursos naturais, mas entre os seus aspectos mais vulneráveis contam-se um déficit de capital humano no plano educacional e ausência de uma estrutura normativa que incentive e proteja devidamente o investimento, a investigação e o desenvolvimento.

As últimas décadas da teoria do desenvolvimento têm sublinhado o papel que os Estados de direito democrático e os direitos fundamentais por si garantidos- entre os quais os direitos de propriedade intelectual e industrial- podem desempenhar na criação de riqueza e numa gestão justa, pacífica e sustentada dos recursos.

Por fim, é bom ressaltar que cristalina esta a tendência de internacionalização do direito de patentes, e o Brasil está preocupado em acompanhar de perto tal tendência, evitando atrasos em seu posicionamento internacional. É interessante notar que tal internacionalização é fruto de um longo processo, que vem valorando e valorizando a função e a razão das patentes.

2. O MONOPÓLIO E A CONCORRÊNCIA EM PROPRIEDADE INTELECTUAL

No sistema de patentes brasileiro, pode ser conferido privilégio de exclusividade (monopólio legal) a toda invenção que atender aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Segundo Carol Proner (2007, p. 349):

A *publicidade* da invenção constitui fundamento de *justificação,* para fins de legitimidade social, de sua proteção, garantindo ao mesmo tempo uma contraprestação pública em benefício do inventor e possibilidade futura (vencido o prazo da concessão) de reprodução do objeto da patente.

Ocorre que para alguns a concessão de monopólio legal aos criadores entra em choque com o princípio da livre concorrência estipulado em diversas constituições, e na disputa dos preços, dos valores das "mercadorias".

No entanto, não se pode olvidar que as criações intelectuais e as invenções trazem benefícios para a sociedade, contribuindo para o desenvolvimento econômico e tecnológico.

A proteção conferida aos direitos de propriedade intelectual é um estímulo para novos investimentos em P&D, para a criação de novas invenções, contribuindo, cada vez mais, para o desenvolvimento.

Ademais, os direitos exclusivos sobre novas criações não retiram do público qualquer liberdade que havia anteriormente a sua constituição, eis que os elementos tornados exclusivos – técnicas, ou obras expressivas – nunca haviam sido integrados ao domínio comum. Novos, ou originais, são sempre bens ainda não inseridos na economia.

A concessão dessa exclusividade temporária ao criador de obra inventiva acaba por favorecer a concorrência, o desenvolvimento e a tecnologia. Tendo-se em vista que as empresas procurarão investir cada vez mais em pesquisa para a criação de novas invenções, competindo entre si pelas vantagens conferidas pelo direito de exclusividade[1].

Ocorre que no caso de medicamentos, esta lei (LPI) opera de forma absolutamente desleal para qualquer padrão de dignidade humana ou mesmo de livre concorrência.

As relações de consumo (oferta e demanda), no caso de produtos no combate a doenças, estão viciados pelo elemento da necessidade. A essencialidade do consumo de determinados medicamentos por uma população enferma altera qualquer suposto equilíbrio da concorrência. Somando-se esse a outro ainda maor, o do monopólio de fatia de mercado por poucas empresas, escancara-se algo completamente alheio a qualquer teoria econômica de fundamento liberal original.

A definição do monopólio de patente, também não menciona o aspecto da dependência tecnológica, concentração de conhecimento e de tecnologia desde finais do século XIX foi responsável pela existência de economia ricas e pobres. Em uma relação simbiótica,

o sistema de proteção a patentes e a alta tecnologia convivem e se retroalimentam mutuamente.

Cabe ainda ressaltar, que nem sempre é o inventor/pesquisadores que ficam com os lucros, posto que, o benefício da patente pode ser concedido ao real inventor, a um grupo de pesquisadores ou a uma entidade com personalidade jurídica pública ou privada (PRONER, 2007, p. 350).

Diante disso, por se tratar de medicamentos (remédio, substância que combate doenças, moléstias ou desvios do estado normal de saúde), vê-se com maus olhos a possibilidade de concessão do monopólio destes, pelo prazo de 20 anos, devendo-se esta ser por um tempo menor, prestigiando-se o inventor e fomentando a pesquisa, mas ao mesmo tempo garantindo o acesso o quanto antes a produtos mais baratos, genéricos, e, de outros laboratórios.

3. DA FLEXIBILIZAÇÃO DO SISTEMA DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL PARA PROTEÇÃO CONTRA OS ABUSOS DOS DIREITOS QUANDO HOUVER INTERESSE PARA A SAÚDE PÚBLICA

Na aplicação das tradicionais regras de interpretação da legislação internacional pública, cada cláusula do Acordo Trips deverá ser entendida à luz do objeto e da finalidade do Acordo, na forma expressa em seus objetivos e princípios. O artigo 8º, que define os princípios do Acordo TRIPS, estabelece que os países membros da OMC

(...) podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e a nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de vital importância para o seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto no Acordo.

Tal artigo confere autonomia para que os Estados- Partes adotem políticas independentes em defesa da saúde pública.

Na verdade, atuam na propriedade intelectual, dois importantes interesses protegidos pelo ordenamento jurídico, o econômico do inventor e o social. No campo das patentes farmacêuticas esse equilíbrio é especialmente sensível, pois, do ponto de vista social e de saúde pública, o sistema de patentes deve não só garantir que novas drogas e vacinas para tratamento e prevenção de doenças sejam geradas, mas também a disponibilidade de tratamentos e acesso a medicamentos (DOMINGUES, 2005, p.39).

E sobre esse panorama que o Acordo TRIPS permite algumas flexibilidades ou salvaguardas que os países podem incluir nas suas legislações. As flexibilidades de interesse para a saúde pública são aquelas que, em geral, podem favorecer a introdução de medicamentos genéricos no mercado, veja-se:

a) Licença compulsória: (artigo 31 do Acordo TRIPS e ratificado pelo artigo 68 e 73, § 6o da Lei 9.279/96), divulgada nos meios de comunicação como "quebra de patentes", consiste na autorização concedida pelo Estado para o uso da invenção patenteada sem o consentimento do detentor da patente. Trata-se de uma potencial estratégia para regular o monopólio ocasionado pela proteção patentária.

Na Lei brasileira de Propriedade Industrial, a licença compulsória está prevista dos artigos 68 a 74. Nela estão incluídas as possibilidades de concessão de licença compulsória por falta de exploração da patente, por interesse público, em casos de emergência nacional, para remediar práticas anticompetitivas, por falta de fabricação local da patente e em situações nas quais a exploração de uma patente dependa de outra (patentes dependentes). Os casos de concessão de licença compulsória, por interesse público ou emergência nacional estão regulamentados pelos Decretos nº. 3.201/99 e nº. 4.830/03.

Cabe lembrar que a quebra de patente é temporária e não haverá prejuízo quanto ao pagamento dos *royalties* à empresa proprietária da patente tendo em vista o art. 2º do Decreto 6.108 de 04 de Maio de 2007.

Ainda, é bom lembrar que se de interesse poderá o Sistema Único de Saúde *"participar da produção de medicamentos"* (art.200, CF/88) e a quebra da patente do produto mencionado, tira-se por ilação que por força normativa caberia ao Estado, através, por exemplo, de seu laboratório Federal (Far Manguinhos, da Fundação Oswaldo Cruz) a produção do remédio genérico para fins de atender as necessidades do Ministério da Saúde.

b) Importação paralela: Esta flexibilidade está prevista no artigo 6º do Acordo TRIPS. Permite importar um produto protegido de um país onde o medicamento tenha sido colocado no mercado pelo detentor da patente ou por terceiros por ele autorizado.

Ao comercializar o produto no país exportador, os direitos do detentor da patente já foram reconhecidos, não havendo, portanto, justificativa para que ele seja novamente recompensado no país importador.

Para as políticas de acesso a medicamentos, esta flexibilidade é extremamente importante, pois as empresas farmacêuticas multinacionais costumam estabelecer preços diferenciados para um mesmo medicamento nos diferentes países. Assim, a existência da importação paralela nas legislações nacionais permite que um país importe um medicamento de onde ele esteja sendo comercializado ao menor preço.

No Brasil, a importação paralela não está prevista na legislação da forma mais completa possível, pois está condicionada às situações de concessão de licença compulsória por razão de abuso de poder econômico (art. 68, §3). Portanto, na prática, a importação paralela pode ser feita por um ano, enquanto o licenciado se organiza para fazer a exploração local do medicamento alvo da licença compulsória.

c) Uso experimental: permite que a invenção patenteada seja usada para fins de investigação científica. Representa uma das formas de se promover um equilíbrio entre os interesses do detentor da patente e os interesses nacionais, porque possibilita a utilização da informação revelada pela patente com o objetivo de promover o desenvolvimento científico e tecnológico do país. Esta investigação científica pode ser realizada por qualquer laboratório de pesquisa, seja ele público ou privado.

d) Exceção Bolar (Bolar Provision): O nome "Bolar" origina-se de um caso julgado pela corte dos Estados Unidos entre as empresas farmacêuticas Roche Products Inc. e Bolar Pharmaceutical Co. É conhecida também como "trabalho antecipado", esta flexibilidade permite que um laboratório utilize a invenção patenteada para realizar testes necessários à obtenção do registro sanitário na agência reguladora de medicamentos. Assim, um produtor pode solicitar registro sanitário para um medicamento genérico durante o período de vigência da patente, de modo a lançar o produto concorrente no mercado imediatamente após a expiração de sua proteção.

O uso desta flexibilidade tem dupla vantagem para o país: além de favorecer a rápida entrada do medicamento genérico no mercado, possibilita o aprendizado pelo uso da informação sobre a invenção.

No Brasil, a exceção Bolar está prevista na emenda à Lei no 9.279/96, feita pela Lei no 10.196/2001, que incluiu o inciso VII no artigo 43. No âmbito da OMC, essa pratica foi considerada pelo Órgão de Solução de Controvérsias em harmonia com as regras do Acordo Trips.

4. A QUESTÃO DOS MEDICAMENTOS GENÉRICOS

Um importante tópico relacionado com a propriedade industrial na atualidade é a questão dos medicamentos genéricos[2], pois bem reflete a importância econômica e social da patente, principalmente no que tange ao licenciamento compulsório.

O Brasil tomou medidas internas para criar as condições para a implantação da Política de Medicamentos Genéricos, em harmonia com as regras da Organização Mundial de Saúde, Países da Europa, Estados Unidos e Canadá, e com isso houve a criação da ANVISA (Agencia Nacional de Vigilância Sanitária), e da edição da Lei de Medicamentos Genéricos (Lei nº. 9.787/99), ambas especificamente para a área de medicamentos.

A chamada "Lei dos Genéricos" é a Lei nº. 9.787, de 10 de fevereiro de 1999, que altera a Lei nº. 6.360, de 23 de setembro de 1976, e que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências.

Entende-se como medicamento genérico um produto farmacêutico, que pretende ser intercambiável com o produto inovador, geralmente produzido sem licença da

companhia inovadora e comercializado após a expiração da proteção patentária ou outros direitos de exclusividade.

Os medicamentos genéricos podem ser comercializados sob a denominação genérica ou utilizar uma nova marca, podendo também apresentar dosagens ou potências diferentes dos produtos inovadores.

Estes surgiram na década de 60, por iniciativa do EUA - primeiro país a adotar essa política - onde os medicamentos genéricos entram no mercado, em média, três meses após expiração da patente. Em seguida vários países da Europa adotaram a mesma política. [3]

A implementação do tema, no Brasil, se deu na década de 70, com o Decreto 793, sendo a primeira tentativa de estabelecer os medicamentos genéricos. Tal norma foi revogada pelo Decreto 3.181/99, que regulamentou a Lei 9.787/99.

O ano de 2000 foi marcado pela concessão dos primeiros registros de medicamentos genéricos (189 registros) e laboratórios (15), e o início da produção. Os primeiros medicamentos a serem registrados estão: Ampicilina sódica (antibiótico); Cefalexina (antibiótico); Cloridato de Ranitidina (antiulceroso); Cetononazol (antimicótico); Furosemida (diurético); Sulfato de Salbutamol (broncodilatador) [4].

É importante lembrar que tal política somente foi possível de ser implementada depois de reconhecidas as patentes de medicamentos, pelo que antes eram copiados, desenvolvendo apenas os “similares” [5].

Há evidências robustas de que a comercialização de medicamentos genéricos no mercado, especialmente se fabricados por diferentes empresas, provoca redução nos preços.

Uma porque os laboratórios não precisam agregar ao valor de pesquisa e desenvolvimento no genérico, pois isto já foi efetuado pelo laboratório do medicamento patenteado. Duas porque cria concorrência entre o medicamento de referência, que possui uma marca, e o medicamento genérico.

Este é um importante diferencial, o medicamento de referência é comercializado pela marca, ainda que conste o princípio ativo na embalagem, ao passo que o medicamento genérico é comercializado apenas pelo nome do princípio ativo, e a marcação “G” de genérico, nos termos da legislação corrente.

Os resultados, pela comercialização de medicamentos a preços muito mais baixos, em um país como o Brasil, são significativos.

Estudos da Organização Mundial da Saúde indicam que genéricos, tais como a aspirina, são produzidos em condições muito próximas àquelas constatadas em mercados perfeitamente competitivos – grande número de produtores e compradores, homogeneidade de produtos e serviços, pleno acesso às informações, mobilidade dos fatores de produção e ausência de barreiras à entrada, além dos preços serem estabelecidos quase que ao custo de produção.

Outra, quando se adentra na seara de medicamentos mais complexos, como os anti-retrovirais, por exemplo, constata-se que um número pequeno de empresas farmacêuticas possui monopólios legais para tais medicamentos. Esse mercado é caracterizado tanto por dificuldades de acesso às informações, quanto por barreiras legais à entrada impostas pela proteção patentária.

Nesse mercado, as margens de lucro são elevadíssimas, particularmente nos primeiros anos da vigência da patente. Os lucros gerados pela proteção patentária são uma recompensa não apenas pelos riscos assumidos pela empresa, mas também pela inovação, esta considerada na forma de investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D) pela empresa titular da patente.

A concorrência é sabidamente o mais poderoso instrumento para reduzir os preços de medicamentos não patenteados ou genéricos. Nos EUA, por exemplo, quando a patente expira, a média do preço cai até 60% em relação ao preço do medicamento patenteado ao entrar no mercado, quando há apenas um competidor, e 29% quando há dez competidores (ABBOT, 2002, p.78).

Nesse sentido, sempre que a patente expira, outras empresas entram no mercado com suas versões genéricas para o medicamento, provocando uma redução drástica nos preços e, conseqüentemente, tornando os produtos mais acessíveis à população. Dessa forma, as empresas deixam de concorrer com diferenciação de produtos e inovação, o que demanda investimentos mais elevados, passando a concorrer com preços no mercado. Nessa nova situação, não apenas as empresas farmacêuticas de pesquisa competem entre si, mas também as empresas de genéricos, que entram no mercado com novas versões para o mesmo medicamento, já que este, por sua vez, não goza mais da proteção patentária.

Assim sendo, a produção de genéricos é um instrumento importante para os países em desenvolvimento, pois facilita o acesso a medicamentos pela população que, na maioria das vezes, não possui recursos financeiros suficientes para adquirir medicamentos patenteados.

Ainda, sabe-se que muitos países não garantiam proteção a patentes para medicamentos antes da entrada em vigor do ADPIC. Não obstante, como as regras de proteção à propriedade intelectual não poderiam ser aplicadas retroativamente, diversos medicamentos não protegidos por patentes que entraram no mercado antes do ADPIC podem ter versões genéricas fabricadas nesses países. Assim, países como Brasil, Argentina, Índia, dentre outros, por terem proibido o patenteamento de medicamentos antes do ADPIC, não são obrigados a conferir proteção a fármacos que foram introduzidos no mercado antes da assinatura do Acordo. Nesse caso, a produção de genérico para esses produtos é permitida.

Cumpre ressaltar que o Brasil cumpre um importante papel no cenário mundial, pois implementou um programa de combate à AIDS, adquirindo anti-retrovirais genéricos para distribuição gratuita a pacientes que vem recebendo muitos elogios pela comunidade internacional.

Sem embargo, em que pesem os benefícios econômicos, sociais e concorrenciais do mercado de medicamentos genéricos, muitos países por serem menos desenvolvidos não

possuem capacitação técnica, ou possuem capacidade ínfima, para a fabricação local de genéricos.

Outro problema a ser apontado é a ocorrência de práticas anticompetitivas por titulares de patentes farmacêuticas que abusam do monopólio legal como forma de obter lucros excessivos, prejudicando a livre concorrência e os consumidores, principalmente aqueles de países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, com menores recursos financeiros para adquirir medicamentos.

Nesse sentido, há instrumentos no próprio ADPIC que permitem aos membros da OMC adotar medidas contra práticas anticompetitivas por abuso de direito de patente, como veremos adiante.

4.1. ACESSO A MEDICAMENTOS *VS* REGISTRO NA ANVISA

A atuação do setor de saúde no processo de concessão de patentes farmacêuticas foi incorporada pela Lei 10.196/2001, que incluiu o artigo 229-c na legislação brasileira de propriedade intelectual. Este dispositivo determinou que a concessão de patentes nesta área somente poderia ser concedida com a anuência prévia da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão responsável pela segurança sanitária e pela garantia da qualidade dos medicamentos no país.

O papel da ANVISA na anuência prévia não é, assim, o de simples interferência no processo de concessão de patentes. Trata-se de uma medida para proteção dos pacientes, evitando-se que seja concedida uma patente imerecida.

Juridicamente, o registro junto à ANVISA é obrigatório para a própria salvaguarda da saúde nacional e dos direitos de patente, já que o medicamento deve demonstrar a sua fórmula, a sua aplicação e as suas implicações. O registro apenas será realizado para beneficiar o legitimo proprietário da fórmula e do processo de fabricação (CARVALHO, 2007, p.95).

Essa medida pode ser considerada como uma flexibilidade do Acordo, implícita no seu artigo 8º, o qual define como princípio o direito de os países membros da OMC, adotarem medidas necessárias para proteger a saúde pública e nutrição e para promover o interesse público em setores de vital importância para o desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, desde que compatíveis com o disposto no Acordo.

Por mais claro e óbvio que pareça ser o papel da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) nos pedidos de patentes de produtos e processos farmacêuticos, ainda persistem alguns focos de resistência à participação de membros do Ministério da Saúde em tarefa tradicionalmente desempenhada unicamente por membros do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

Também perseveram alguns equívocos de interpretação sobre o instituto da anuência prévia à luz do direito interno e do direito internacional, em especial no que diz respeito

aos compromissos que o Brasil assumiu junto à Organização Mundial do Comércio (OMC) e ao Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (a sigla em inglês TRIPS).

Com a anuência prévia, a intenção do legislador brasileiro não foi a de retirar competências originárias do INPI, nem tampouco restringir o direito aos pedidos de concessões de patentes farmacêuticas ou discriminar os produtos patenteáveis. Sua intenção foi a de facilitar o processo de análise desses pedidos de patentes dotando o órgão registrante - INPI - de técnicos originários de outro órgão do Executivo, capazes, por sua formação específica, de participar da análise dos requisitos legais indispensáveis dos processos de patentes de medicamentos.

Não pretendeu o legislador, o que é óbvio, criar um segundo procedimento de análise, nem muito menos discriminar produtos patenteáveis. Com a anuência prévia estabeleceu-se um procedimento moderno, eficiente e eficaz no qual o INPI e a ANVISA, conjunta e cooperativamente, examinam os pedidos de patentes farmacêuticas, evitando, assim, a concessão imerecida de patentes e o monopólio indevido. Não há, como se vê do texto da lei de 2001, qualquer expressão ou frase que leve a conclusão de que se trata de um duplo exame - de uma análise de confirmação ou não. É evidente que o espírito do legislador foi o de proteger o interesse social de possíveis riscos à saúde pública e ao desenvolvimento tecnológico do país. O INPI e a ANVISA, na análise desses tipos de patentes, formam um sistema único, um único corpo de examinadores a serviço da sociedade.

Aperfeiçoar o processo de análise dos pedidos dessas patentes, e dotar o INPI de expertise, somente pode refletir positivamente no bem-estar dos consumidores e garantir os benefícios advindos dos avanços tecnológicos que já se encontram no estado da técnica. Por outro lado, é preciso reconhecer que o legislador não feriu nenhum princípio expresso ou implícito de direito interno ao criar o instituto da anuência prévia.

É sabido que a Constituição Federal de 1988 determina que a propriedade deve atender a sua função social (artigo 5º, inciso XXIII) e que a ordem econômica deve obedecer ao princípio da função social da propriedade (artigo 170, inciso III), como garantia de justiça social.

Claro está, em nossa lei fundamental, o reconhecimento da supremacia do bem-comum sobre o direito individual da propriedade.

Nenhum argumento é capaz de resistir à lógica de que, nas relações entre Estado e indivíduo, os direitos fundamentais assumem posição de proeminência. Não há discricionariedade quando o Estado, por meio de seus órgãos, atua na tutela dos direitos à vida, nem mesmo na concessão ou não de patentes. Nesse sentido é claro o texto do artigo 197 da Constituição Federal.

Não sobrevive à análise criteriosa do direito interno nenhuma tese que tente afastar a anuência prévia da ANVISA por violação constitucional. É preciso pôr fim, em nível interno, às discussões que tentam, sem qualquer fundamento, macular o instituto da anuência prévia. Isso tem representado um desserviço às conquistas relacionadas à saúde pública em nosso país e, especialmente, ao acesso a medicamentos essenciais.

Da mesma forma, a anuência prévia não viola nenhum princípio de direito internacional. Os direitos de propriedade intelectual foram construídos sobre os fortes pilares do direito internacional, tendo por base os princípios humanitários e a proteção dos direitos do homem.

As críticas que se faz à anuência prévia no que diz respeito às obrigações que o Brasil assumiu junto à OMC também não prosperam frente às flexibilidades e salvaguardas do acordo TRIPs, justamente porque seus padrões de proteção devem atingir tanto países desenvolvidos quanto aqueles em desenvolvimento.

Se não bastassem à clareza e a lógica dos objetivos e princípios do TRIPS, mais recentemente a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública enfatiza que o acordo deve ser interpretado e implementado de maneira a garantir, nos Estados-membros, a proteção da saúde pública e a promoção do acesso a medicamento para todos.

Vê-se, sem esforço, que, de acordo com a Declaração de Doha, os órgãos registrantes de patentes, como em nosso caso o INPI/ANVISA, não devem conceder patentes farmacêuticas contrárias ao interesse público e que possam dificultar o acesso a medicamentos essenciais.

Não há dúvida, portanto, que a anuência prévia representa instrumento importante de garantia do interesse público, conquista fundamental da sociedade brasileira e exemplo para os demais países em desenvolvimento.

Fora isso a pergunta que fica é: Quando for solicitado por qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organizações não governamentais, medicamentos ainda sem registro, contudo específico, junto a ANVISA, deverá o Estado fornecer? Administrativamente o Estado negará oferecer, posto estar cumprindo as normas ora discutidas, contudo se os solicitantes se socorrem do Poder Judiciário, considerando que o seu intérprete não analisará apenas o fato e o conjunto de normas, mas também o valor de justiça tem-se como constitucional a concessão do acesso ao medicamento específico [6].

Cabe, porém ressaltar, que o Estado poderá negar de cumprir tal decisão se provar que o medicamento possuía ou possui impedimento e restrição de uso, diante da constatação médica de sua necessidade e eficácia e frente ao fato de ser reconhecido pelos órgãos competentes do país de origem, não existem motivos para desprestigiar o acesso a medicamento. O que se busca com essa medida é manter a integridade e saúde da pessoa. O mesmo ocorre com medicamentos em teste (desde que provado que não é eficaz e prejudicial tanto no exterior quanto no Brasil).

As soluções ora apresentadas são condizentes com a proteção que se faz à saúde, visto que questões administrativas não podem corresponder a empecilho para o acesso a medicamentos. Importante salientar, que a esfera administrativa, quando chamada a se manifestar sobre o acesso a medicamentos, analisa apenas o fato, a norma e os interesses estatais, ignorando a orientação preventiva da Constituição, bem como a busca do bem comum. É por isso que a relevância é destinada ao Poder Judiciário.

Por fim, um argumento utilizado contra o acesso a medicamentos refere-se à determinação do que esteja sobre a responsabilidade do Estado, ou seja, quais as

atividades que envolvem o conceito de bem comum, ou política pública ou interesse social.

CONCLUSÕES

Os medicamentos, intrinsecamente ligados à manutenção da saúde da população, constituem elemento importante da política sanitária do Estado. Produtos de primeira necessidade, os fármacos transcendem os direitos civis para alcançar o patamar de coisa pública. Há, portanto, necessidade de maior controle e zelo e atenção, por parte do Estado, nas políticas de distribuição, fiscalização, preço, entre outros fatores que atuem no acesso aos medicamentos. Assim, englobadas pelo direito à saúde, as políticas adotadas no mercado de medicamentos detêm importância não só econômica como também social.

As patentes, vistas como instrumento de proteção e incentivo às invenções e ao desenvolvimento científico das empresas detentoras, conferem-lhes a condição de monopólio sobre seus produtos e processos por longos períodos, limitando, dessa forma, a concorrência nos mercados farmacêuticos.

O sistema de patentes em cada país é reflexo de sua capacidade tecnológica, ou seja, os países tecnologicamente desenvolvidos defendem um rígido sistema de patentes; aqueles que ainda estão por se desenvolver defendem um sistema flexibilizado para atender a seus interesses nacionais. No Brasil, país em desenvolvimento, visando equilibrar as desigualdades tecnológicas enfrentadas, a partir de 1999 o governo começou a implementar uma política de medicamentos. Dessa política, três elementos se destacam: o Programa de Medicamentos Genéricos (PMG), o registro e acompanhamento de preços e o acesso gratuito e universal a medicamentos pelos portadores do vírus HIV.

Com intuito de impedir os possíveis abusos e ilegalidades cometidos pelos titulares de patentes e de assegurar um mercado competitivo na área de medicamentos, regime adotado pelo Brasil, o Tratado internacional de Patentes (Acordo TRIPS- ADPIC) e a lei 9.279/96, prevêem algumas salvaguardas, entre as quais se destacam a limitação da exclusividade de exploração da invenção a 20 anos, a caducidade da patente e a concessão de licenças compulsórias em situação de emergência nacional ou na vigência de interesse público.

Por fim, não se vê com bons olhos o prazo de 20 anos, concedido aos “inventores” de medicamentos (remédio, substância que combate doenças, moléstias ou desvios do estado normal de saúde), devendo esse prazo ser reduzido, não se olvidando de prestigiar o inventor e fomentar a pesquisa, mas ao mesmo tempo garantindo o acesso o quanto antes a produtos mais baratos, genéricos, e, de outros laboratórios, e, como corolário, promovendo a saúde e por conseqüência protegendo-se a vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOTT, Frederick M. **The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO**. Journal of International Economic Law, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano**. Curso de Direito Constitucional.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação**. São Paulo, 1999, 2ª edição, publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Celso Bastos editor

BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CARVALHO, Patricia L. **Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos**. São Paulo: Atlas. 2007.

CORREA, CM. **Tendencias en el patenteamento farmacéutico**. Geneva: Organización Mundial de La Salud; 2001

DANTAS, Ivo, **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro**, Curitiba: Juruá Editora, 2ª Edição.2007.

DOMINGUES, Renato V. **Patentes Farmacêuticas e acesso a medicamentos no sistema da Organização Mundial do Comércio: A aplicação do Acordo TRIPS.** São Paulo: Lex Editora: Aduaneiras, 2005.

FURTADO, Lucas Rocha. **Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996

GRAU, Eros Roberto, **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito,** 3ª edição, 2005, Malheiros Editores.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HERINGER, Astrid. **Patentes Farmacêuticas & Propriedade Industrial no Contexto Internacional.** Curitiba: Juruá, 2001.

LILLA, Paulo Eduardo. **Acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e proteção das patentes farmacêuticas no contexto do Acordo TRIPS (Trade-Related Intellectual Property Rights) – OMC: implicações concorrenciais.** Monografia de conclusão de curso de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado-FAAP, 2006.

MAGALHÃES, Vladimir Garcia. **Propriedade intelectual, biotecnologia e biodiversidade**. 262. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.

MOSSINGHOFF, Gerald J. **Overview of the Hatch-Waxman Act and Its Impact on the Drug Development Process** – Food and Law Journal, EUA.

MUJALLI, Walter Brasil. **A propriedade Industrial. Nova Lei das Patentes.** Leme: Editora de Direito, 1997.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. **A Proteção Jurídica das Invenções de Medicamentos e de Gêneros Alimentícios.** Porto Alegre: Síntese, 2000.

PICARELLI, Márcia Flávia Santini e ARANHA, Márcio Iorio (Organizadores). **Política de Patentes em Saúde Humana. São Paulo: Atlas, 2001.**

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Industrial – As Funções do Direito de Patentes.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

PRONER, Carol. **Propriedade Intelectual e Direitos Humanos. Sistema de Patentes e Direito ao Desenvolvimento.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2007.

RYAN, M.P. **Knowledge diplomacy: global competition and the politics of intellectual property**(Washington, Brookings Institution Press, 1998).

ROSE, M. **Authors and owners: the invention of copyrigh*t.*** Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª edição. São Paulo, Malheiros Editores,2004.

SMILLIE, Wilson, G. **Medicina Preventiva e saúde pública.** Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Higiene, 1950.

TACHINARDI, Maria Helena. **A guerra das patentes – o conflito Brasil X Estados Unidos sobre a propriedade intelectual.** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

VARGAS, Fábio Aristimunho. **O direito da propriedade intelectual face ao direito de acesso a medicamentos.** 139 f. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

---

[1] Celso Fernando Campilongo revela que "a justificativa mais básica de se proteger o instituto da patente está na necessidade de se remunerar a empresa pelos gastos devidos a seus investimentos em pesquisa e desenvolvimento. Entende-se que o referido instituto seja um mecanismo de estímulo e incentivo aos inventores e às empresas para aplicarem recursos (dinheiro, tempo, risco etc.) em P&D. E convencionou-se que a melhor forma para tal remuneração seria a instituição de um monopólio legal" ("Política

de Patentes e o Direito da Concorrência". In: PICARELLI, Márcia Flávia Santini; ARANHA, Márcio Iorio. **Política de Patentes em Saúde Humana**, p. 162).

[2] Engenharia Reversa – na produção de medicamento genérico se parte da descoberta ou fórmula para a fabricação.

[3] Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/hotsite/genericos/faq/profissionais.htm#2 acessado em 16 de janeiro de 2009.

[4] Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/hotsite/genericos/faq/profissionais.htm#2 acessado em 16 de janeiro de 2009.

[5] reproduz sem exatidão a fórmula do medicamento original, com os mesmos princípios ativos e a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica, preventiva ou diagnóstica (inciso XX do artigo 3º da lei n. 6.360/76).

[6] MEDICAÇÃO FALTA. (JA SUPERADA) DE SEU REGISTRO NA ANVISA. "FORNECIMENTO PELO ESTADO 1 A só falta, na ANVISA, de registro de um medicamento não é causa de interdição absoluta de seu uso no Brasil, porque admite a normativa o "uso experimental" ''de produto novo, promissor, ainda sem registro" na agência reguladora (RDC 26/1999) 2 Não se trata no caso de pleito para a obtenção de medicamento proibido, mas de, ao fundo, permitir o acesso a medicamento que se noticia aprovado no País de origem - sem observância de estorvos regulamentares. Óbice suplantado, no caso, com a suplemente Resolução RE n° 2.555- ANVISA 3 A tutela complementar da vida, da integridade física e da saúde diz Aduano de Cupis reclama a garantia dos meios econômicos e financeiros idôneos a prover os cuidados necessários à preservação ou reintegração desses bens da personalidade. Observa o mesmo autor que o Estado se obriga a assegurar o fornecimento desses meios para tornar possível a gratuidade da cura dos necessitados 4. Norma programática, ou talvez de aplicação imediata tal o afirmou o Min Franciulli Netto, do Superior Tribunal de Justiça (cfr REsp 212 346) . acaso de eficácia contida {rectius restringível. na conhecida referência de Michel Temer), a do art 196, CF/88, não pode, em todo caso. ser limitada por práticas administrativas que, em dez das diretrizes dessa norma constitucional, lancem-se a sendas burocráticas, reticentes em atender a um direito fundamental, como se arrola o da saúde (art 6o, CF), sobretudo posta em risco manifesto uma vida humana, vida que é o mais nobre dos bens da personalidade Provimento da apelação. (**Apelação Cível 6097145700, rel. Ricardo Dip, 11 Câmara de Direito Público, jul. 07/03/2008, TJSP).**

DIREITOS AUTORAIS E DIVERSIDADE CULTURAL*

COPYRIGHTS AND CULTURAL DIVERSITY

Guilherme Coutinho Silva

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar as relações entre Diversidade Cultural e Direito Autoral na sociedade contemporânea. Para tanto, tratar-se-á do sistema de tutela dos bens intelectuais e culturais, onde serão comentadas as convenções internacionais relacionadas ao objeto de estudo. Após, será feita uma comparação entre a OMC, encarregada das normas sobre propriedade intelectual, e a UNESCO, agência que fomenta a diversidade cultural. A seguir são trazidos os conceitos pertinentes ao tema, como: cultura, diversidade, conteúdo cultural e expressões culturais. Discute-se ainda: a importância das obras indígenas e as formas de disseminação da cultura e como a legislação brasileira trata do assunto. Depois, traça-se um paralelo entre sustentabilidade ambiental e cultural e é comentado como a diversidade cultural insere-se na indústria cultural. Por fim, são trazidas as conclusões decorrentes da pesquisa.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS AUTORAIS, DIVERSIDADE CULTURAL, OMC, UNESCO, FOLCLORE, CULTURA INDÍGENA.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the relations between cultural diversity and Copyright in contemporary society. Therefore, this paper analyses the system of protection of intellectual and cultural property and comments the international conventions relating to the object of study. After, there is a comparison between the WTO, in charge of intellectual property standards, and UNESCO, an agency that promotes cultural diversity. Below are brought concepts relevant to the topic, such as: culture, diversity, cultural content and cultural expressions. Is also discussed: the importance of indigenous works and ways of spreading the culture and how the Brazilian legislation deals with the subject. Then is traced a parallel between environmental and cultural sustainability and is reviewed how cultural diversity is part of the cultural industry. Finally, the conclusions are brought arising from research.

KEYWORDS: COPYRIGHT, CULTURAL DIVERSITY, WTO, UNESCO, FOLKLORE, INDIGENOUS CULTURE.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

I INTRODUÇÃO

Analisar as relações entre Diversidade Cultural e Direito Autoral na sociedade contemporânea é uma tarefa complexa. A visão linear, na qual a Diversidade Cultural existente numa determinada sociedade é decorrência da criatividade humana que envolvida num rico ambiente cultural estimula a criação de novos bens intelectuais os quais serão tutelados pelo Direito Autoral, num ciclo que se retro-alimentaria, é absolutamente mecanicista e reducionista de uma realidade muito mais complexa, que deixa de explorar e compreender outras implicações que estão presentes na sociedade.

A sociedade tornou-se complexa, sistêmica, informacional. Os mecanismos de produção, controle e distribuição de bens culturais, contida em castas desde a Idade Média, evoluíram para alcançar uma rede internacional. Cada indivíduo, em qualquer lugar do planeta, pode simultaneamente acessar bem intelectuais, que, por sua vez, podem estar sendo produzidos naquele instante pelas chamadas indústrias criativas.

A emancipação humana advinda da liberdade de acesso de bens culturais que a humanidade conquistou nas últimas décadas, por meio da internet, não pode ser restringida ou suprimida em prol da manutenção de modelos de negócios obsoletos diante das novas tecnológicas da informação.

Falar na Sociedade Informacional em Diversidade Cultural implica necessariamente em discutir: (i) em primeiro plano, enfrentar a questão da exclusão cultural, em especial no tocante a disponibilidade e acesso à própria Diversidade Cultural, num mundo em que parte significativa da população não possui acesso a internet e que vive abaixo da linha da pobreza pode soar demagógico e utópico; e, (ii) num segundo plano, a percepção de que exclusão cultural, com a tutela jurídica desacertada ou inadequada para os bens culturais pode induzir a homogeneização de padrões culturais.

Assim, pensar uma nova tutela jurídica para bens intelectuais implica, necessariamente, repensar elementos como: (i) o direito fundamental à cultura e a importância da proteção da diversidade cultural para o desenvolvimento da sociedade; (ii) os valores éticos inerentes a Diversidade Cultural para o desenvolvimento da sociedade; (iii) a tutela jurídica tradicional aplicada pelo Direito internacional aos bens intelectuais dissociada da percepção de bens culturais; (iv) a urgência de uma nova reflexão sobre a tutela jurídica dada pelo Direito Autoral Brasileiro diante dos bens culturais desta nova Sociedade Informacional.

Adota-se neste trabalho a concepção do jurista português José de Oliveira Ascensão, o qual afirma que *"todo o Direito de Autor é necessariamente Direito da Cultura"*, que não pode ser relegado diante de preocupações econômicas ou pessoais. Esta visão não está expressamente representada na Convenção de Berna e demais Acordos internacionais sobre Direitos Autorais. Portanto, será traçado neste trabalho uma relação entre Direitos Autorais e Diversidade Cultural, de forma a interligar diretamente e juridicamente estes temas, que já têm uma relação intrínseca.

Primeiramente, antes de adentrar-se na temática do presente, necessário se faz estabelecer marco conceitual que aglutine as questões relativas à diversidade cultural e a tutela dos direitos autorais.

II DIREITOS AUTORAIS E DIVERSIDADE CULTURAL

A raiz etimológica da expressão cultura vem do latim, que por sua vez deriva de colere, guardar, cultivar, trabalhar a terra. Desde as primeiras utilizações que datam do século XVIII a palavra cultura é utilizada no sentido de cultivo ou desenvolvimento, e daí derivam os termos como agricultura e horticultura.

O conceito de cultura foi remodelado no século XIX pela antropologia, quando passou a ser um pressuposto da natureza humana, embora ainda fosse aceita a idéia de que havia apenas uma cultura universal. Nesta perspectiva, as diferenças culturais entre as civilizações eram explicadas como sendo evidências de uma escala evolutiva. Assim criou-se uma escala de desenvolvimento com base em pressupostos culturais, de forma que quanto mais dessemelhante do padrão europeu da época era a cultura de um povo esta seria considerada como menos avançada na escala cultural evolutiva.

Ocorre que a maioria das sociedades contemporâneas é multicultural, multiética ou mestiça que resulta em diferenciados comportamentos humanos que vão formar o fenômeno da diversidade Cultural. Assim entende-se que diversidade cultural é a variedade de sociedades ou culturas existentes em uma determinada região, ou no mundo como um todo. De acordo com a UNESCO, o termo diversidade cultural refere-se à multiplicidade de formas pela quais as culturas dos grupos e sociedades encontram sua expressão.

III O SISTEMA DE TUTELA DOS BENS INTELECTUAIS E CULTURAIS

A Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 1886, foi o primeiro grande instrumento internacional voltado para a proteção dos Direitos Autorais. Estes direitos, posteriormente, foram também previstos pela própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que garante: “toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor” (Artigo XXVII, 2).

O tema é diretamente vinculado à OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), porém, a partir da criação da OMC (Organização Mundial do Comércio) em 1994, esta organização internacional tomou a frente nas discussões sobre Propriedade Intelectual em geral e, mais especificamente, sobre Direitos Autorais. A OMC sucedeu ao GATT na regulação do comércio mundial e tem como um de seus papéis coordenar os vários acordos que regem o sistema multilateral de comércio.

Assim, editou-se o TRIPs (Trade-Related Intellectual Property Rights), conhecido na tradução como Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio. Este acordo reiterou de forma quase integral o texto da Convenção de Berna, de forma a estendê-la a todos os países filiados à OMC.

Não se encontra na legislação internacional específica sobre Direitos Autorais qualquer menção a Obras Folclóricas e/ou aos Conhecimentos Étnicos e Tradicionais. Inclusive,

quando da Revisão da Convenção de Berna, foram apresentadas propostas por países da África (notadamente um continente com muitas tradições folclóricas, assim como o nosso país) com vista a tornar o folclore objeto de proteção, da mesma forma que ocorre com as obras literárias e artísticas, contudo sem sucesso. A alegação dos países desenvolvidos foi justamente a de que não há como proteger uma obra sem autor certo e determinado e, desta maneira, ficou desamparado o interesse dos países em defender seu patrimônio cultural. Também foi tentada, no âmbito da OMPI, a criação de um comitê intergovernamental sobre propriedade intelectual, recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e folclore, por parte do Grupo de países da América Latina e Caribe (GRULAC), igualmente sem êxito.

A UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), agência das Nações Unidas encarregada da cultura, tem a função de promover uma "salutar diversidade de culturas" e facilitar o "trânsito livre de idéias pelas palavras e imagens", conforme revela a Constituição da agência, de 1946. Para tanto foram editadas diversas disposições relativas à diversidade cultural e ao exercício dos direitos culturais, como: acordo de Florença de 1950; Protocolo de Nairobi, 1976; Convenção Universal sobre Direitos de Autor, 1952; Declaração dos Princípios de Cooperação Cultural Internacional, 1966; Convenção sobre as Medidas que Devem Adotar-se para Proibir e Impedir a Importação, a Exportação e a Transferência de Propriedade Ilícita de Bens Culturais, 1970; Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural, 1972; Declaração da UNESCO sobre a Raça e os Preconceitos Raciais, 1978; Recomendação relativa à condição do Artista, de 1980; Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular, 1989; Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, 2002.

Merece destaque também a Declaração de Princípios sobre a Tolerância da UNESCO, de 1995, que trata da tolerância justamente como "a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos", um instrumento de construção da paz (art. 1.1). Outro destaque relevante é que a Declaração aborda a tolerância como uma atitude ativa, que fortalece a democracia e o pluralismo.

Em 2005, foi adotada a Convenção Sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (a qual será aqui denominada apenas de Convenção da Diversidade), texto legal que foi um marco mundial na regulação da matéria e traz importantes conceitos para a sua sistematização. Do mesmo modo como não houve consenso à época da discussão da Convenção de Berna sobre direitos autorais (com relação à inserção de medidas de proteção à diversidade cultural), na discussão da Convenção de 2005 os Estados Unidos capitanearam uma tentativa de restringir ao máximo o alcance da tutela pretendida, ao qualificar de "diversionista a caracterização dos produtos culturais como dotados de natureza dual, isto é, considerados tanto como elementos de comércio quanto como veículos de identidades, valores e significados".

IV OMC X UNESCO

Fica claro como os países que dominam o mercado cultural têm dificuldade em aceitar limitações aos seus interesses comerciais. Deve-se também ressaltar as profundas diferenças entre a OMC, que como já dito tem um viés comercial, e a UNESCO, com um enfoque de promoção da diversidade de culturas. Resta evidente que os dois

organismos têm posições díspares, que por muitas vezes entram em colisão. Na medida em que a regulamentação mundial sobre propriedade intelectual passou a fazer parte do escopo da OMC, foi dada uma relevância muito maior ao aspecto econômico destes direitos.

A UNESCO e suas Convenções acabam de certa forma enfraquecidas em relação à OMC, por não terem o aparato coercitivo e a abrangência desta. O TRIPs prevê em seu art. 64 a utilização do sistema de solução de controvérsias previsto no GATT, o que dá uma maior efetividade no cumprimento de suas determinações, inclusive com o mecanismo de retaliação cruzada, recentemente utilizado a favor do Brasil em conflito com os EUA relativo a produção de algodão. Este mecanismo permite, em uma disputa entre países membros, que a parte reclamante que obtiver uma decisão favorável possa suspender concessões e obrigações relativas a acordos (de propriedade intelectual, por exemplo) que não tenham ligação alguma com o objeto da disputa. Um fator muito importante é que os países membros da OMC estão automaticamente sujeitos às regras dos acordos assumidos no âmbito multilateral da Organização, incluídos não só o TRIPs, mas o GATT, relativos a bens, e o GATS, para serviços. A desobediência às regras desses acordos autoriza um país membro a apresentar uma reclamação perante o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Assim, os mais de 150 membros da OMC estão sujeitos aos seus acordos.

A UNESCO faz parte da ONU, que tem uma abrangência de quase 200 países. Porém, estes não estão obrigados a adotar as Convenções da UNESCO, nas quais são encontradas mais políticas de atuação e nem tantas regras específicas, sem qualquer sanção prevista ao descumprimento de algum dos preceitos. Além disso, enquanto o art. 72 do TRIPs determina a impossibilidade de serem feitas reservas a qualquer das disposições sem o consentimento dos demais membros, na Convenção da Diversidade, por exemplo, o art. 33 permite que emendas não sejam aceitas por parte dos países e não há qualquer proibição relativa ao uso de reservas por parte dos signatários. A ausência deste tipo de determinação permite que as Convenções se tornem colchas de retalhos, em que cada país adota os dispositivos que forem mais pertinentes aos próprios interesses, o que diminui gravemente a eficácia das normas.

V DIVERSIDADE CULTURAL: CONCEITOS PERTINENTES

A Convenção Sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais tem entre seus vários objetivos: “reafirmar o direito soberano dos Estados de conservar, adotar e implementar as políticas e medidas que considerem apropriadas para a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais em seu território” (art. 1, h) e “fortalecer a cooperação e a solidariedade internacionais em um espírito de parceria visando, especialmente, o aprimoramento das capacidades dos países em desenvolvimento de protegerem e de promoverem a diversidade das expressões culturais.” (art. 1º, i). Este princípio da soberania dos Estados é reiterado em várias passagens da Convenção, o que demonstra a preocupação em se dar garantia aos países de protegerem as suas próprias expressões culturais, com a adoção das medidas cabíveis, sem subordinação a elementos externos. Outro ponto importante da Convenção mencionada acima é a relação da promoção da diversidade cultural como fator primordial para o desenvolvimento sustentável, prevista em seu artigo 6º.

A cultura é algo muito abstrato e de difícil conceituação, “(...) deve ser considerada como um conjunto distinto de elementos espirituais, materiais, intelectuais e emocionais de uma sociedade ou de um grupo social. Além da arte e da literatura, ela abarca também os estilos de vida, modos de convivência, sistemas de valores, tradições e crenças” (Preâmbulo da Declaração Universal de Diversidade Cultural da UNESCO, 2001). Percebe-se assim que há uma grande gama de questões abrangidas por este conceito, o fio condutor de aspectos tão diferentes como arte e sistemas de valores é que estes elementos devem estar inseridos dentro de uma sociedade ou grupo social. Não há cultura criada a partir de uma pessoa independente, sem relação com seu meio. Mesmo que uma obra de arte tenha um só autor, deve ser observado o contexto social em que aquele está inserido para que possa ser aferido o relevo cultural da obra.

A Convenção da Diversidade traz, em seu artigo 4º, definições de grande utilidade, que complementam o conceito de cultura. Extrai-se:

"Diversidade cultural” refere-se à multiplicidade de formas pelas quais as culturas dos grupos e sociedades encontram sua expressão. Tais expressões são transmitidas entre e dentro dos grupos e sociedades.

A diversidade cultural se manifesta não apenas nas variadas formas pelas quais se expressa, se enriquece e se transmite o patrimônio cultural da humanidade mediante a variedade das expressões culturais, mas também através dos diversos modos de criação, produção, difusão, distribuição e fruição das expressões culturais, quaisquer que sejam os meios e tecnologias empregados.

Destaca-se desta referência a importância do meio de expressão e do contexto em que é criada a cultura. Assim como não se pode considerar o autor de forma isolada em relação ao meio em que foi produzida a obra, também deve ser levado em conta o processo criativo, e não apenas o resultado final. Cabe ressaltar também o termo “patrimônio cultural da humanidade”, esta concepção é fundamental para uma proteção mais abrangente da diversidade cultural. Assim como construções históricas são patrimônios tangíveis geralmente preservados, o mesmo deve ocorrer com os bens imateriais, as criações artísticas e culturais.

A mesma Convenção da Diversidade conceitua ainda Conteúdo Cultural como o “(...) caráter simbólico, dimensão artística e valores culturais que têm por origem ou expressam identidades culturais” e Expressões Culturais como “aquelas expressões que resultam da criatividade de indivíduos, grupos e sociedades e que possuem conteúdo cultural”. O termo “identidades culturais” e “criatividade” merecem ênfase. O primeiro porque a identidade cultural resulta também no meio de identificação dos povos, é um meio de demonstração das origens e das raízes de determinado grupo. A cultura diz muito sobre a personalidade das pessoas, ajuda a mostrar de onde vieram, fator muito importante para que se sintam incluídas em seu meio social. Já a questão da criatividade é enfatizada como parte das expressões culturais, já que esta é uma característica que não é expressa como requisito para as obras autorais. Assim, as obras autorais teriam apenas a originalidade como requisito para proteção, não seria obrigatório ser identificada uma criatividade, enquanto para a caracterização de expressões culturais a criatividade se faz presente.

VI OBRAS INDÍGENAS E DISSEMINAÇÃO DA CULTURA

Interessante a seguinte observação:

Durante muitos séculos, os adornos coloridos – cocares e tangas – usados pelos indígenas, feitos com penas de pássaros, não foram considerados arte. Só recentemente, quando os artistas e críticos se tornaram sensíveis a manifestações artísticas mais livres e diversificadas, é que foram capazes de apreciar essa arte indígena e reconhecer nela a criação de beleza, aceitando-a, enfim, nas exposições artísticas.

Percebe-se como a cultura ocidental tem dificuldade em absorver toda a bagagem que não faça parte da escola clássica européia ou norte-americana. Os próprios países menos desenvolvidos têm, por vezes, mais facilidade em entender, como obras artísticas relevantes, aquelas importadas dos países desenvolvidos ante o patrimônio cultural de seu próprio território.

A Convenção da Diversidade inclui como direitos dos países no âmbito nacional a adoção de medidas específicas para proteção destas expressões culturais e, entre estas: "medidas objetivando promover a diversidade da mídia, inclusive mediante serviços públicos de radiodifusão" (artigo 6º, h). O papel da mídia como disseminador de cultura é fundamental e foi bem observado pela Convenção. Países com uma forte produção cultural acabam por exportar estes bens culturais e, por vezes, é mais acessível para uma rede de televisão, por exemplo, retransmitir um conteúdo estrangeiro do que financiar uma produção nacional, que valorize a cultura local. Não se deve esquecer que o espectro eletromagnético é um bem difuso, então assim como é relevante que o Estado tenha seus próprios meios de radiodifusão (como rádios e televisões públicas), não se pode esquecer que mesmo os serviços privados funcionam mediante concessões públicas e não podem se isentar de seu papel na construção e preservação de uma identidade cultural, dos regionalismos e das diversas tradições distintas, por vezes inseridas em um mesmo país.

A Convenção da Diversidade aponta também formas de promoção das expressões culturais, ao incentivar não apenas a criação, mas também a possibilidade de acesso. Prevê também a concessão de atenção especial "às circunstâncias e necessidades especiais da mulher, assim como dos diversos grupos sociais, incluindo as pessoas pertencentes às minorias e povos indígenas" (Artigo 7 – 1. a). Esta referência aos povos indígenas é outra peculiaridade que não é encontrada na Convenção de Berna. Os povos indígenas têm uma cultura muito forte e arraigada, que passa por gerações e têm características peculiares, muitas vezes fragilizadas pelos processos de urbanização e colonização desses povos. Assim, é fundamental que tenham uma proteção específica.

VII LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A legislação brasileira tangencia este tema, porém sem o estabelecimento de regras claras. A Lei nº 9.610/1998, que regula os Direitos Autorais internamente estabelece:

Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, **ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais**. (*sem grifo no original*)

Desta forma, se entende que devem ser preservados não só os direitos morais (que são imprescritíveis), mas também os direitos patrimoniais dos conhecimentos étnicos e tradicionais no Brasil. Isto significaria que qualquer exploração econômica destes conhecimentos deveria ser prescindida de autorização prévia (art. 29, Lei nº 9.610/1998) e, conseqüentemente, implicaria em uma possível contrapartida financeira aos titulares destes direitos, já que os contratos presumem-se onerosos (art. 50, Lei nº 9.610/1998). Porém não é isso que se percebe no cotidiano e não há na legislação regras específicas para a forma de utilização econômica deste tipo de obra.

Os próprios direitos morais relativos aos conhecimentos étnicos e tradicionais não possuem proteção por parte do Estado, se analisarmos a legislação de forma restritiva. Como direitos privados e personalíssimos, os direitos morais do autor devem ser reivindicados pelo próprio autor ou por sucessores, visto que compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público (art. 24, VII, §2° da Lei 9.610/98). Se os conhecimentos referidos não estão em domínio público, como já colocado, então caberia aos próprios autores a proteção de seus direitos morais. Cabe aqui colocar que a Lei nº 9.610/1998 garante aos autores e os titulares de direitos conexos o direito de associarem-se sem intuito de lucro para o exercício e defesa de seus direitos (art. 97).

Sobre as obras folclóricas, mais especificamente, a legislação brasileira mais uma vez é vaga, ao apenas mencionar o tema de forma oblíqua, quando trata da definição de artistas intérpretes e executantes como "todos os atores, cantores, músicos, bailarinos ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou **expressões do folclore**" (art. 5º, XIII, Lei nº 9.610/1998, *sem grifo no original*). Tanto as "expressões do folclore", quanto os "conhecimentos étnicos e tradicionais" não estão previstos expressamente no art. 7º da Lei nº 9.610/1998, que traz a lista das obras protegidas. Porém, como o rol não é taxativo, não há qualquer impedimento para outras obras autorais sejam protegidas, como é o caso das obras publicitárias, que não estão listadas na lei, mas têm sua proteção autoral amplamente reconhecida por tribunais e pela doutrina, internacionalmente. Justamente a publicidade, com uma finalidade principalmente comercial, tem proteção autoral garantida adotada largamente, enquanto que as obras objeto deste trabalho ainda têm dificuldade para ter esta tutela.

A mera dificuldade em identificar a autoria de determinada obra não pode ser utilizada como argumento para que não haja proteção. A própria Constituição brasileira traz como garantia fundamental "a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas [...]" (art. 5º, XXVIII). A obra coletiva está prevista na Lei nº 9.610/1998, como aquela "[...] constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma". Em relação as obras indígenas a própria Constituição também garante em seu art. 232: "Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa

de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo". A previsão de intervenção do Ministério Público tem grande relevância, visto que é uma forma de o Estado utilizar seu aparato jurídico para dar suporte a esta minoria e, conseqüentemente, à cultura criada por ela.

Outro ponto que deve ser salientado é que ultimamente há um forte processo de construção de "mecanismos capazes de tutelar os chamados direitos difusos e coletivos", tais como os direitos ambientais e do consumidor. Para temas como estes o prisma da tutela deve ser o todo e não cada indivíduo de forma separada. Este enfoque é fundamental para que não haja distorções e haja um maior equilíbrio dos setores mais frágeis da sociedade em relação a grandes oligopólios econômicos. Retoma-se o ponto já abordado de que os direitos autorais podem ser defendidos por associações formadas pelos autores e da importância de que o Estado e os organismos internacionais envolvam-se nestes conflitos, de forma a não deixarem os interessados em uma posição solitária e conseqüentemente fragilizada, sem condições de garantir e/ou negociar de forma justa seus interesses com grandes conglomerados que tenham fins meramente comerciais.

Diante do agigantamento das empresas e da formação de uma sociedade massificada, ocorrida nos últimos tempos, houve uma maior proteção para os direitos coletivos, como aconteceu com os direitos do consumidor e do meio ambiente. Isso foi proveniente da extrapolação do poderio econômico, passando do nível individual para atingir o âmbito de toda uma coletividade. Assim sendo, surgem mecanismos capazes de tutelar os chamados interesses difusos e coletivos.

VIII SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL E CULTURAL

Outro aspecto importantíssimo que está aliado à proteção da diversidade cultural é a questão do desenvolvimento sustentável. A Convenção da Diversidade trata deste tema em seu art. 14, que fala sobre a cooperação dos países para o desenvolvimento sustentável e a redução da pobreza, de modo a ser favorecida "a emergência de um setor cultural dinâmico". A sustentabilidade ambiental deve andar junta com uma sustentabilidade cultural, a preservação do meio ambiente passa também pela preservação da cultura.

A ONU (Organização das Nações Unidas) realizou um diagnóstico dos problemas globais ambientais, que resultou no relatório "Nosso Futuro Comum", no qual desenvolvimento sustentável é definido como "aquele que atende às necessidades dos presentes sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras satisfazerem suas próprias necessidades". O consumo da produção cultural poderia ter o mesmo enfoque, de forma que a utilização da diversidade produzida pelos diversos povos fosse garantida de forma a possibilitar o acesso das próximas gerações. Se formos considerarmos os objetos culturais como bens de consumo, é preciso encará-los como bens duráveis, que são transmitidos para o futuro.

A ONU editou a Convenção sobre Diversidade Biológica, resultado da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - CNUMAD (Rio 92), importante instrumento a favor da proteção dos conhecimentos tradicionais, com um enfoque mais relacionado à propriedade industrial, como patentes decorrentes de processos de utilização de recursos naturais. Apesar desta Convenção não guardar

relação direta com direitos autorais, há alguns mecanismos previstos que poderiam servir de parâmetro para a proteção da diversidade cultural, como a subordinação aos governos e legislações nacionais para o acesso a recursos naturais (art. 15.1); a sujeição ao consentimento prévio pela parte provedora dos recursos (art. 15.5); e a adoção de medidas para compartilhamento dos resultados da pesquisa e desenvolvimento, além da utilização comercial (art. 15.7).

IX A DIVERSIDADE INSERIDA NA INDÚSTRIA CULTURAL

Assim como já existem patentes de medicamentos criadas a partir de conhecimentos indígenas, as criações culturais estão cada vez mais absorvidas pela indústria de massa. "A cultura e imagem indígena, nas suas mais variadas formas, vêm paulatinamente sendo absorvidas pela sociedade envolvente por meio de reportagens jornalísticas, exposições fotográficas, enciclopédias, exposições de arte, publicação de livros e revistas".

A evolução dos recursos tecnológicos, em especial os utilizados nos aparelhos de telefonia móvel (além da disseminação do uso deste serviço) aumentou as possibilidades de toques musicais para celulares e, conseqüentemente do aproveitamento de obras culturais. A venda de *ringtones* (toques com trechos da melodia de músicas, feitos a partir de sintetizadores) e *truetones* (toques em que são executadas as próprias músicas em sua versão original) é cada vez maior, o que consolida uma nova forma de lucro a partir das obras fonográficas, possibilitada pelo desenvolvimento tecnológico. A expansão deste tipo de uso da obra fonográfica é utilizada até por gestores de projetos sociais, que podem explorar economicamente os conhecimentos étnicos e tradicionais. Os cantos de algumas tribos indígenas brasileiras já foram transformados em toques telefônicos, por organizações não governamentais, que repassariam parte da renda para aquelas.

Neste caso deve-se ter um grande cuidado para verificar se as organizações referidas possuem legitimidade para representar os indígenas e qual a forma de contraprestação pela utilização. Como já referido, seria obrigatória a participação do Ministério Público neste tipo de acordo, para que algo que, em tese, seria positivo para as populações indígenas não se transforme em um aproveitamento comercial por parte de entidades sem qualquer representatividade.

A cultura nordestina, mais especificamente o maracatu, foi largamente difundida pela banda Chico Science & Nação Zumbi, de Recife/PE, principalmente com os álbuns Da Lama ao Caos (1994) e Afrociberdelia (1996), ambos lançados pela gigante Sony Music. As músicas estão impregnadas de referências a cultura regional nordestina, porém com uma abordagem moderna, que agrega recursos eletrônicos e guitarras elétricas aos ganzás e alfaias (grandes tambores), instrumentos musicais tradicionais. Ao mesmo tempo que o sucesso desdes discos alavancou um redescobrimento de ritmos como o maracatu, não encontra-se qualquer referência a alguma contrapartida financeira dada para preservação e disseminação desta cultura.

A ausência de qualquer previsão legal a este tipo de utilização faz com que grandes oligopólios, como o formado pelas 4 grandes gravadores mundiais (Sony, Warner, EMI e Universal), possam utilizar livremente obras folclóricas e tradicionais sem qualquer contraprestação direta, por mínima que seja. O problema não está só na livre utilização

destas obras. Por exemplo, se depois o Estado de Pernambuco vier a promover uma festa e deseje utilizar as músicas de Chico Science e Nação Zumbi, terá que pagar direitos autorais para uma multinacional, que adquiriu a titularidade das obras. De forma indireta a cultura tradicional acaba por ser transferida para grupos estrangeiros gratuitamente, sem que o resultado desta apropriação possa ser utilizado livremente.

Há casos ainda mais graves, em que há uma apropriação destas obras para uma utilização com fins exclusivamente comerciais, também sem qualquer retorno direto aos criadores originais destes conhecimentos. A já mencionada banda Chico Science & Nação Zumbi inspirou o lançamento, por parte da gigante empresa esportiva Nike, do tênis "Air Max 1 Lanceiro", que já traz no próprio nome do modelo o termo "lanceiro", um dos personagens do maracatu. O calçado, conforme se extrai do próprio site da Nike, ainda ostenta as cores de Pernambuco e faz referências à cultura "mangue beat".

X CONCLUSÕES

Vivemos um momento em que os direitos autorais passam por uma espécie de "cabo de guerra", em que as grandes empresas titulares de obras autorais clamam por regras mais severas e por uma proteção ainda maior da propriedade intelectual em geral e os consumidores e alguns conglomerados de serviços digitais defendem uma ampliação do uso lícito das obras, em que não seja necessário qualquer pagamento. A tutela da diversidade cultural acaba desguarnecida, já que os grandes grupos econômicos, justamente os defensores de legislações mais contundentes, são contra a proteção deste tipo de obra, já que as utilizam largamente sem qualquer respeito a possíveis direitos autorais.

Os novos tempos exigiriam um caminho com duas vias contrapostas: maior flexibilização justamente dos direitos autorais dos quais são titulares os oligopólios da indústria cultural e uma inclusão expressa na legislação internacional acerca das obras tradicionais. A UNESCO já criou conceitos e políticas bem claras a favor da proteção da diversidade cultural, o que falta é dar maior efetividade e abrangência a estes acordos. A utilização destes instrumentos regulatórios internacionais já existentes deve ser aliada a uma interpretação sistêmica das normas sobre o tema, que favoreça entendimentos mais favoráveis a proteção da cultura e das minorias e não das gigantes empresas do ramo do entretenimento.

As legislações relativas ao meio ambiente e aos direitos do consumidor podem servir como paradigmas, de forma que a mera dificuldade em se identificar a autoria de obras folclóricas, por exemplo, não sirva de justificativa para que não haja tutela alguma. É preciso que se redijam regras claras e que, obviamente, favoreçam a diversidade cultural. Não é possível a adoção de normas uniformes para todos os casos, já que cada povo indígena, por exemplo, "se organiza de forma peculiar, com suas próprias regras políticas e sociais".

Ao mesmo tempo é inconcebível que sejam criados dispositivos que coíbam de sobremaneira a utilização das obras tradicionais, deve-se aproveitar conceitos atuais, como o chamado *Creative Commons*, que permite várias possibilidades de licença de uso das obras e já é um suporte que garante a diversidade. A criação de instituições que tenham uma representatividade bem definida também é fundamental para que não haja apropriação indevida de obras fazem parte do patrimônio cultural da humanidade.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Vera Cíntia. **Diversidade Cultural e livre comércio**: antagonismo ou oportunidade? Brasília, UNESCO; IRBr: 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. **Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

BRUNDTLAND, Gro (coord.). Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: **Nosso futuro Comum**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. vol. I São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COSTA, Cristina . **Questões de Arte** - o belo, a percepção estética e o fazer artístico. São Paulo: Moderna, 2004.

LEIS, Sandra. Propriedade intelectual virou moeda de troca. **Consultor Jurídico,** 23 de julho de 2009. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2009-jul-23/propriedade-intelectual-virou-moeda-troca-relacoes-entre-paises>. Acesso em 15 setembro 2009.

MARTINS, Rodrigo. Prepare os ouvidos. **Carta Capital**, ano 13, n. 432, 21 fev. 2007, p. 50.

ROSA, Dirceu Pereira de Santa. Download musical - Falta definição de direitos autorais dos toques de celular. **Consultor Jurídico**, jun. 2005. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/35778,1>. Acesso em: 30 junho 2007.

SILVA, Letícia Borges da. É possível negociar a biodiversidade? Conhecimentos Tradicionais, Propriedade Intelectual e biopirataria. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação BOITEUX, 2006.

"Gostaria de fazer uma distinção analítica entre as noções de Sociedade de Informação e Sociedade Informacional com conseqüências similares para economia da informação e economia informacional. (...) Minha terminologia tenta estabelecer um paralelo com a distinção entre indústria e industrial. Uma sociedade industrial (conceito comum na tradição sociológica) não é apenas uma sociedade em que há indústrias, mas uma sociedade em que as formas sociais e tecnológicas de organização industrial permeiam todas as esferas de atividade, começando com as atividades predominantes localizadas no sistema econômico e na tecnologia militar e alcançando os objetos e hábitos da vida cotidiana. Meu emprego dos termos sociedade informacional e economia informacional tenta uma caracterização mais precisa das transformações atuais, além da sensata observação de que a informação e os conhecimentos são importantes para nossas

sociedades. Porém, o conteúdo real de sociedade informacional tem de ser determinado pela observação e análise.” CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. vol. I São Paulo : Paz e Terra, 1999, p. 46.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 28.

“A maioria das sociedades contemporâneas é multicultural, multiétnica ou mestiça, o que significa dizer que enorme variedade de identidades simbólicas e expressivas as caracteriza. Tradicionalmente a antropologia dizia que as culturas se formaram por empréstimo de outras culturas (*l’emprunt culturel*), nos processos de contatos entre povos e civilizações. A *diversidade* seria resultante da variedade de experiências e de realizações humanas, impressa na história, nas tradições, nos idiomas, e expressa em universos simbólicos, que englobam a cultura popular e a erudita.”ALVAREZ, Vera Cíntia. *Diversidade cultural e livre-comércio: antagonismo ou oportunidade?* Brasília: UNESCO, 2008, p. 30 e 31.

UNESCO. Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 28.

SILVA, Letícia Borges da. É possível negociar a biodiversidade? Conhecimentos Tradicionais, Propriedade Intelectual e biopirataria. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação BOITEUX, 2006. p. 299.

ÁLVAREZ, Vera Cíntia. **Diversidade Cultural e livre comércio**: antagonismo ou oportunidade? Brasília, UNESCO; IRBr: 2008. p. 153.

LEIS, Sandra. Propriedade intelectual virou moeda de troca. **Consultor Jurídico,** 23 de julho de 2009. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2009-jul-23/propriedade-intelectual-virou-moeda-troca-relacoes-entre-paises>. Acesso em 15 setembro 2009.

COSTA, Cristina . **Questões de Arte** - o belo, a percepção estética e o fazer artístico. São Paulo: Moderna, 2004. p. 25.

SILVA, Letícia Borges da. É possível negociar a biodiversidade? Conhecimentos Tradicionais, Propriedade Intelectual e biopirataria. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação BOITEUX, 2006. p. 299.

BRUNDTLAND, Gro (coord.). Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: **Nosso futuro Comum**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. **Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p.8.

ROSA, Dirceu Pereira de Santa. Download musical - Falta definição de direitos autorais dos toques de celular. **Consultor Jurídico**, jun. 2005. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/35778,1>. Acesso em: 30 junho 2007.

MARTINS, Rodrigo. Prepare os ouvidos. **Carta Capital**, ano 13, n. 432, 21 fev. 2007, p. 50.

<http://www.nike.com/nikeos/p/sportswear/pt_BR/view_post?country=BR&lang_locale=pt_BR&blog=pt_BR&post=pt_BR/2009/06/24/nike-lanceiro-air-max-na-batida-do-mangue> . Acesso em 15 setembro 2009.

BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. **Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p.10.

A PROPRIEDADE INTELECTUAL SOB O PRISMA DA BIODIVERSIDADE*

THE INTELECTUAL PROPERTY UNDER THE PRISM OF BIODIVERSITY

Helga Maria Martins de Paula

RESUMO

Uma nova visão acerca da natureza da propriedade intelectual: à partir do pluralismo jurídico e da consolidação da tutela dos direitos coletivos, o trabalho procura o significado da propriedade intelectual coletiva sob o prisma do conhecimento tradicional associado à biodiversidade (CTA) das comunidades tradicionais e populações indígenas. Procura-se analisar o conceito de propriedade imaterial, sua respectiva proteção em instrumentos internacionais e na legislação pátria, destacando as contradições existentes entre o que dispõe a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) e o Acordo TRIPS no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) no que tange à produção coletiva dos CTAs. A releitura do conceito de propriedade intelectual alicerçada nos direitos intelectuais coletivos culmina com a necessidade de criação de um regime jurídico sui generis de proteção dos mesmos que supra as falhas existentes nos instrumentos atuais.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL, DIREITOS COLETIVOS, COMUNIDADES TRADICIONAIS.

ABSTRACT

A new point of view about intelectual property nature: from the legal pluralistic and the consolidation of the custody of the coletive rights, the assignment searches for the meaning of colective intelectual property under the prism of traditional knowledge associated to the biodiversity (TK) of traditional communities and indigenous populations. It is tried to analize the concept of immaterial property, its respective protection in international instruments and in the fatherland legislation, highlighting the existing contradictions between what the Convention on Biological Diversity has (CBD) and the TRIPS Agreement in the World Trade Organization (WTO) range on the relation of the Tks colective production. The rereading of the concept of intelectual property underpinned on the colective intelectual rights culminates with the necessity of the creation of a sui generis legal regime of protection of the selves that supplies the existing flaws in the current instruments.

KEYWORDS: INTELECTUAL PROPERTY, COLECTIVE RIGHTS, TRADITIONAL COMMUNITIES.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Nos dias atuais produtos frutos da biodiversidade são comercializados ainda sem todo seu potencial valorativo definido. O Brasil, dono da maior variedade de espécies do planeta, teria, em uma estimativa da revista Nature[1], o equivalente a quatro trilhões de dólares em "ouro verde", não incluindo nessa conta os valores das patentes e tecnologias desenvolvidas a partir da biodiversidade. Logo, o material genético contido nos recursos da natureza possui hoje um papel primordial e estratégico ao servir de matéria-prima da biotecnologia. A proteção desse material genético ainda é muito falha, pois há contradições entre o que dispõe Tratados e Convenções Internacionais sobre o tema, vide o que traz a Convenção sobre a Diversidade Biológica e o acordo TRIPS da Organização Mundial do Comércio, além disso, as próprias legislações internas dos países são insuficientes, pois não conseguem abarcar em suas estruturas jurídicas a complexidade do instituto que deve ser adaptado aos avanços tecnológicos.

As atividades e os resultados recentes obtidos a partir de instrumentos da biotecnologia moderna exercem pressão cada vez maior sobre os conceitos legais estabelecidos.

Os modelos atuais de proteção da propriedade intelectual relacionados à biotecnologia e à biodiversidade, em sua maioria, permitem que sejam patenteáveis quaisquer invenções, seja de produtos ou de processos, em todos os campos da tecnologia, mas uma brecha no art.27.3(b) do Acordo TRIPS permite que os países excluam da patentabilidade: plantas, animais, processos biológicos para a produção de plantas e animais e variedades de plantas. As patentes proporcionam direitos exclusivos que reconhecem mercado para certas coisas, nesse caso, informações valiosas em forma de invenções.[2]Porém, como mecanismo de proteção da propriedade intelectual, as patentes não conseguem suprir algumas lacunas que o própria essência da propriedade imaterial precisa sanar enquanto instituto em constante mutação: os direitos intelectuais relacionados à biodiversidade, na maioria das vezes, são direitos coletivos pertencentes a uma população tradicional, dessa forma, rompe-se o paradigma individualista do nosso direito que se limita a observar a titularidade intelectual individual. Portanto, ao estudarmos os direitos de propriedade intelectual coletivos, devemos rever o conceito clássico de propriedade intelectual que não mais responde os anseios de uma sociedade plural.

Propriedade intelectual: conceito, características e raízes históricas

A natureza constitutiva da propriedade intelectual possui duas faces: a primeira é a atividade particular de expressão criativa e a segunda é a esfera pública de protegê-la como conseqüência. Ambas denotam a propriedade imaterial, incorpórea, intangível

Propriedade intelectual é o "direito associado aos bens e valores imateriais produzidos pela inteligência do homem" [3], ou seja, a propriedade intelectual é composta de bens derivados da criatividade do intelecto humano.

De acordo com Patrícia Del Nero "a propriedade imaterial é a forma de propriedade cujo objeto não é de ordem material ou corpórea, e sim de ordem abstrata, sem formas materiais, que não possui natureza tangível" [4]

De Plácido e Silva define propriedade intelectual como:

(...) genericamente, a qualificação intelectual se refere a toda espécie de propriedade, que se origina ou provenha de qualquer concepção ou produto da inteligência para exprimir o conjunto de direitos que competem ao intelectual (escritor, artista ou inventor) como autor da obra imaginada, elaborada, inventada.[5]

Uma definição bastante abrangente é a da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI):

(...) propriedade intelectual, a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas, científicas, às interpretações dos artistas e intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e as emissões de radiofusão, às invenções em todo domínio da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual no domínio industrial, científico, literário e artístico[6]

A origem da propriedade intelectual remonta aos monopólios. A palavra monopólio provém de um vocabulário grego usado por Aristóteles em sua obra de 347 a.C, Política, e significa venda exclusiva.

Em Roma, adotou-se o livre comércio, no entanto, para aumentar a receita estatal, o Estado designava algumas pessoas para exercerem monopólios principalmente em relação a alimentos.

A sociedade atribuiu o status de propriedade aos produtos da mente já há algum tempo: desde o Império Romano há proteção legal para os segredos de ofícios que eram passados no interior dos seios familiares, de geração em geração, como forma de preservar as atividades de sustento da família.

Mesmo civilizações já extintas, como os maias e os incas, possuíam segredos sobre suas descobertas, seus artesanatos e outras técnicas que agregavam valor comercial aos seus produtos.

O segredo de fabricação da seda é um caso ilustrativo do exposto: há aproximadamente três mil anos, uma Imperatriz da China estimulou a cultura da amoreira e a criação do bicho da seda, muitos acreditam ter sido ela a inventora da tecelagem, pois realizou várias experiências com o fio da seda. Os chineses guardavam o segredo da produção da seda de maneira zelosa, até que no ano de 300 antes de Cristo uma delegação japonesa chegou à China e descobriu o segredo de fabricação, pois, pouco tempo depois o Japão se tornou o maior exportador de seda do mundo.

Algum tempo depois, uma princesa chinesa que desposou um príncipe hindu, com o intuito de levar a nova pátria os segredos de fabricação da seda, escondeu em seus cabelos e na barra de seu quimono, sementes de amoreira e casulos de bicho da seda, não demorou muito e a Índia começou a vender tecidos de seda para o Ocidente.[7]

A Idade Média traz como conseqüência da efervescência cultural e artística da época, um conjunto precioso de invenções, sendo Leonardo da Vinci o criador de grande parte dessas. Esse grandioso artista, ciente da importância de suas criações, usava artifícios, como o de escrever ao contrário, com o intuito de proteger os produtos de sua mente.

No século XIX, com a expansão do comércio internacional, muitos países iniciaram a confecção de acordos bilaterais (que faziam parte, na maioria das vezes, de tratados comerciais e de navegação) a fim de proteger suas marcas registradas internas, porém os resultados desses acordos de proteção restaram infrutíferos, e a necessidade de um sistema melhor para o comércio internacional levou, em 1883, à Convenção de Paris ou Convenção Internacional para Proteção da Propriedade Intelectual.

Portanto, podemos concluir que a tradição romanística clássica de entender como objeto de apropriação somente objetos corpóreos e tangíveis sucumbiu mediante transformações políticas, econômicas e sociais que reconheceram o potencial de objetos abstratos que possuem existência tangível, ou seja, quando algum indivíduo cria o projeto de um produto, este pode possuir grande valor comercial, e ao transformar-se de projeto em atividade ou produto torna-se concreto e palpável.

Vários pensadores de diversas escolas teóricas debruçaram-se sobre o tema. Em uma perspectiva marxista, que enfatiza os macro-processos de evolução, transformação e ruptura, a propriedade fruto de produção material merece atenção e destaque uma vez que o progresso produtivo e o conseqüente acúmulo de capital no seio das indústrias provinha de algo concreto: para Karl Marx a própria força de trabalho, físico ou intelectual, constitui uma mercadoria originária de alienação, e não de uma criação (característica inerente a configuração da propriedade intelectual), logo, a produção do intangível não teria tanta importância, pois ficaria restrita a uma dimensão individual e não comercial. A alienação reside na alienação do trabalho, a alienação do trabalho se confunde com a propriedade privada, logo na visão histórica de Marx, a alienação pela propriedade privada significa a saída do homem de seu estado de natureza.[8]Esta saída é necessária, pois é preciso passar pela fundação da alienação pela propriedade privada para chegarmos à raiz de todas as alienações e conseguirmos reescrever a história humana sem alienação (afinal já saberíamos o significado desta), retomando as riquezas oriundas do capital e redistribuindo-a.[9]

Para o principal teórico da propriedade contemporânea, Armen Alchian:

O propósito fundamental do direito de propriedade em seus destaques de realizações é que esse direito elimina a competição predatória e destrutiva para o controle dos recursos econômicos. Um direito de propriedade bem definido, protegido e implementado, substitui a competição, via violência, pela competição por meios de competição pacífica... Com os direitos de propriedade particular bem definidos, operações de mercado adquirem maior influência. O status pessoal de cada um e seus atributos pessoais perdem a importância e qualquer discriminação torna-os mais caros.[10]

A propriedade, tomada em sua acepção genérica, é direito consagrado pertencente a primeira categoria ou dimensão de direitos a ser protegida por mecanismos jurídicos, assim como são os direitos à vida e à liberdade. Essa primeira dimensão de direitos é reflexo do momento histórico no qual o homem, cansado das arbitrariedades de um Estado Absolutista invasor da esfera individual de seus súditos, buscou configurar um Estado que interferisse o mínimo nas relações particulares.

O direito de propriedade talvez seja o direito que traduza da melhor forma o culto ao individualismo e ao Estado Liberal: é um direito arduamente criticado por pensadores seguidores da escola marxista e de alguns precursores do anarquismo, como Pierre Joseph Proudhon, que em sua obra "O que é propriedade" de 1840 a afirma que a propriedade é um roubo, porém, o mesmo defende a pequena propriedade familiar. Ora, a pequena propriedade familiar não se destitui de sua feição de propriedade pelo simples fato de não ser um latifúndio ou uma grande indústria: o problema de se relativizar direitos é retirar a essência de certos institutos que acabam por ficar sem feições definidas e consequentemente sem proteção, dificulta-se a própria caracterização do mesmo como um direito.

Como um direito consagrado, a propriedade possui vários desdobramentos, neste trabalho nos debruçamos de maneira específica sobre a propriedade intelectual e sua importância na conjugação entre o próprio conceito de propriedade intelectual enquanto expressão criativa humana em consonância com o direito coletivo, com a idéia de pluralismo jurídico e seus desdobramentos práticos.

Ao mencionarmos os desdobramentos práticos de uma nova visão de propriedade intelectual, isto é, a propriedade intelectual em seu viés coletivo, não podemos desvinculá-la a importância primária de sua proteção no desenvolvimento econômico de um país.

Robert M.Sherwood destaca:

Embora permaneça quase que invisível, um sistema de propriedade intelectual que proteja a inovação e a expressão criativa pode ser visto como uma condição prévia para a criação e o uso de tecnologia nova, que acelera o crescimento econômico e auxilia o desenvolvimento. Sob este ponto de vista, o sistema de proteção à propriedade intelectual pode ser considerado como uma parte valiosa da infra-estrutura de um país.[11]

Um sistema protetivo forte da propriedade intelectual significa a possibilidade de crescimento econômico de um país ou de um conjunto de países que passam a contar com mais uma forma de valorização de sua produção. Ao priorizar-se na construção da infra-estrutura de um país sistemas e ações úteis ao desenvolvimento econômico, prioriza-se o crescimento do mesmo através da melhoria da qualidade de vida de seus cidadãos, vide a construção de escolas, sistemas de saneamento básico, sistema elétrico, entre outros. O sistema de proteção da propriedade intelectual não se mostra tão visível, porém não deixa de ser imprescindível como parte da infra-estrutura de um país.

A proteção efetiva da propriedade intelectual de um povo é vital para seu progresso. A proteção, pelo Estado, dos produtos da criatividade humana reveste-se, basicamente, das seguintes formas: marca registrada, *copyright*, denominação de origem controlada, segredo comercial e patente.

A marca registrada seria um símbolo ou palavra associada a um produto ou serviço de maneira a identificar, com exclusividade, sua fonte.[12]

O *copyright* lida com os direitos de um autor sobre sua expressão criativa, portanto, o que se protege aqui é a forma de expressão das idéias, não as idéias em si.[13]

Denominação de origem controlada é o nome de um lugar, país ou região que em razão de características específicas conferem uma identidade particular a um determinado produto.

O segredo comercial é uma informação relevante em termos comerciais que a empresa detentora se esforça para manter fora do alcance dos outros.

A patente, por sua vez, constitui um documento fornecido por uma autoridade estatal que descreve uma invenção e cria uma situação jurídica na qual somente o titular da patente pode explorar sua invenção. Há alguns requisitos primordiais para a concessão de qualquer patente: a novidade, a inventividade e a aplicação industrial da mesma.

A patente confere direito de exclusividade por um tempo limitado a partir da data do depósito, segundo dispõe o art.33 do Acordo TRIPS esse monopólio de duração temporária não poderá ser inferior a vinte anos.

Todos esses mecanismos de garantia do direito de propriedade intelectual não permitem uma proteção eficaz no que tange aos direitos de propriedade intelectual coletivos ou conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade (CTA) de populações tradicionais devido a incompatibilidades nos sistemas internacionais em vigência que acabam por trazer incongruências nas legislações internas e abrir brechas para a ocorrência da biopirataria.

Convenções Internacionais que regulamentam a propriedade intelectual relacionada aos recursos biológicos: a importância do Acordo TRIPS

A regulamentação internacional relativa aos direitos de propriedade intelectual relacionada à biodiversidade traz duas vertentes: a primeira diz respeito a cobertura de patentes sobre recursos biológicos e conhecimento relacionado, a segunda coloca a questão da permissão prévia, dos contratos estabelecidos na solicitação de proteção de direitos de propriedade intelectual referentes a recursos genéticos oriundos da biodiversidade.

Em âmbito internacional merece destaque o que dispõe o atual sistema internacional de patentes: o Acordo TRIPS da Organização Mundial do Comércio: OMC. Esse acordo contradiz alguns pressupostos essenciais contidos na Convenção sobre Diversidade Biológica-CDB.

Isso porque a CDB possui princípios gerais básicos que devem ser respeitados por seus países membros: a soberania dos seus países sobre seus recursos naturais, repartição justa e equitativa dos benefícios auferidos com a exploração desses recursos, e a participação das comunidades tradicionais e autóctones nesses procedimentos. O sistema internacional de patentes não respeita a CDB no que tange ao acesso e repartição de benefícios e à soberania dos Estados de duas formas:

1. Possibilidade de se patentear elementos encontrados na natureza e explorar comercialmente a patente mesmo tendo violado a lei de acesso do país de origem do recurso;

2. O patenteamento de processos ou produtos que sejam desdobramentos dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade (CTA) sem a devida contrapartida;

Em resumo, as duas formas convergem na possibilidade de se patentear recursos da natureza e explorá-lo comercialmente sem acesso autorizado pela legislação nacional e sem a repartição de benefícios.

O desrespeito à CDB no registro de patentes de recursos naturais e derivados decorrentes de conhecimento tradicional associado sem a devida repartição de benefícios com as populações detentoras desse conhecimento e violando as leis sobre o assunto do Estado de origem do recurso constitui biopirataria[14], e isso ocorre com a permissividade do Acordo TRIPS que permite que os Estados concedam patentes a plantas, animais, microorganismos e processos biológicos de acordo com a flexibilidade do conceito de "inventividade" e "novidade" de cada país. Nesse sentido, Maria Mittelbach ensina que:

A definição de novidade implica na não acessibilidade ao público de informações relativas ao objeto sob proteção. Assim, se não eram disponíveis informações suficientes quanto à existência do material biológico em sua forma pura, suas propriedades e uso, ele estaria atendendo ao requisito da novidade exigido pelo sistema de patentes. Por sua vez, se com as informações eventualmente disponíveis do material em sua forma complexa for óbvio ou previsível para um técnico no assunto alcançar os resultados sob a forma do material puro, o resultado estaria destituído do requisito de atividade ou nível inventivo.[15]

A biopirataria que o atual sistema de patentes incentiva e acoberta não leva em consideração a soberania do Estado de origem do recurso natural descoberto, ou seja, permite-se conferir o título de propriedade privada a recursos da biodiversidade pertencentes aos Estados.

Vandana Shiva compara essa forma de apropriação dos recursos naturais como o "regresso de Colombo", uma forma de colonização contemporânea realizada com a finalidade de conquistar mercados, que tem por instrumentos não as bulas papais, mas sim as patentes.[16]

Logo, essa novíssima forma de colonização através da exploração do potencial econômico dos recursos naturais fere a vários atores envolvidos no processo: desde o Estado possuidor do recurso, até as populações indígenas e tradicionais que veem seus conhecimentos seculares serem usurpados sem sua anuência e sem qualquer contrapartida.

Os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade (CTA) ou direitos intelectuais coletivos que revelem algum potencial econômico são extorquidos por empresas através de patentes sem a autorização das populações detentoras do conhecimento e sem a repartição de benefícios resultantes da comercialização o que viola o artigo 8(j) da CDB.

O sistema de patentes foi percebido como potencial ameaça para os direitos das comunidades porque concede direitos de exclusividade relativamente a recursos e conhecimentos comuns. Além disso, busca-se impor aos países em desenvolvimento uma regulamentação que descarta um costume pluricentenário de (...) inovações comunitárias, em proveito de um sistema que aos olhos de certos setores da população não é, necessariamente, vantajoso.[17]

O sistema internacional de patentes, o Acordo TRIPS constitui um dos quatro anexos que integram o acordo constitutivo da Organização Mundial do Comércio - OMC.

A OMC é um órgão criado em 1994 como conseqüência de rodadas de negociação do GATT[18]- Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, acordo que possuía como principal finalidade a redução de barreiras específicas ao comércio, tal acordo foi fruto de reuniões do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas no cenário pós Segunda Guerra Mundial.

Em 1986, portanto, em momento anterior à criação da OMC, o tópico de proteção à propriedade intelectual veio à tona como um problema a ser solucionado no contexto do sistema internacional de comércio: a Rodada de Negociações Multilaterais de Comércio convocada pelo GATT no Uruguai, iniciou um grupo de trabalho sobre questões de propriedade intelectual relacionada ao comércio (TRIPS) que buscou analisar a elaboração de regras e disciplinas novas a fim de se obter solidez na proteção da propriedade intelectual. Essa discussão ocorreu devido à insistência dos Estados Unidos que alegava que a falta de proteção aos direitos intelectuais gerava uma forma não-tarifária de barreira comercial.[19]Entendeu-se que a propriedade intelectual era fator imprescindível para o desenvolvimento e crescimento da indústria frente à novas tecnologias, logo, a não proteção desses bens imaterias acarretaria um grande prejuízo a todos: indústria, Estado e sociedade.

Essa Rodada de negociações iniciada em 1986 com previsão de término em quatro anos foi concluída somente em 1993 devido a divergências entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Estes últimos almejavam uma maior abertura do comércio, enquanto os primeiros ansiavam pela introdução de novos temas nas pautas de discussão, incluindo a propriedade intelectual. A conclusão dessa Rodada em 1993 deu origem em 1994 a um novo órgão responsável pelo comércio internacional, a OMC.

O acordo que constitui a OMC é composto de quatro anexos, sendo o Acordo TRIPS um deles. A OMC foi o órgão escolhido para regular o tema apesar de existir uma

Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Isso porque a OMPI, órgão composto de cento e oitenta e quatro membros, com sede em Geneva na Suíça, criado em 1967 dentro da Organização das Nações Unidas para a promoção e desenvolvimento de um sistema de propriedade intelectual internacional , não conta com um sistema de solução de controvérsias, restringindo suas normas a meros aspectos técnicos.

O Acordo TRIPS estabelece um patamar mínimo de proteção por parte dos Estados signatários no que diz respeito as suas legislações internas, cabendo ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (OSC) a aplicação de sanções comerciais aos países que não respeitarem os compromissos assumidos.

Para o TRIPS, a propriedade intelectual deve ajudar a promover a inovação tecnológica e a transferência de tecnologia para o benefício de todos envolvidos: produtores e usuários. O artigo 7 do TRIPS ao trazer essa redação acaba excluindo as preocupações ao que se refere a origem da matéria-prima, do recurso natural utilizado e a existência ou não de conhecimento tradicional no produto da patente em questão.[20]

Ainda de acordo com o TRIPS, em seu artigo 27.3 (b), artigo que mais gera controvérsias em relação a sua disparidade com os princípios da CDB, os Estados podem adotar quatro posturas em se tratando de matéria biológica patenteável:

1. Conceder patentes a todo e qualquer tipo de invenção, inclusive de plantas, animais e processos biológicos;

2. Excluir plantas, animais e processos biológicos, mas não a variedade de plantas;

3. Excluir também a variedade de plantas, mas introduzir um regime *sui generis* para sua proteção;

4. Oferecer além do patenteamento um regime *sui generis* de proteção de qualquer matéria biológica.

Devido às inúmeras discussões sobre o referido artigo, em junho de 2002, Brasil, China, Cuba, República Dominicana, Equador, Índia, Paquistão, Tailândia, Venezuela, Zâmbia e Zimbábue solicitaram aos membros do Conselho do TRIPS que modificassem tal artigo, ampliando o rol de exigências para o patenteamento com os seguintes itens: identificação da fonte do material genético e do conhecimento tradicional associado utilizado e prova de obtenção de consentimento prévio informado e repartição justa equitativa de benefícios.

Ao outorgar aos países a regulamentação que melhor lhes cabe, o TRIPS acaba pecando pela falta de homogeneidade e permite que sejam utilizadas brechas no sistema para burlar a soberania dos Estados detentores dos recursos e também a autonomia de comunidades tradicionais e indígenas, além de gerar grande confusão no que tange a patentes iguais registradas em países diferentes.

Para evitar esse último problema, no âmbito da OMPI foi criado o Patent Cooperation Treaty-PCT, acordo com o objetivo de instituir um organismo internacional para apresentação simultânea de pedidos de patentes visando evitar que os mesmos fossem feitos de país a país. A OMPI também conta com o Patent Law Treaty-PLT, um Tratado

que busca a harmonização das formalidades nacionais em termos de patentes no mundo inteiro, e deve ser interpretado em conjunto com o PCT.[21]

As possibilidades de compatibilizar os dispositivos encontrados na CDB e no Acordo TRIPS no que tange à proteção dos direito de propriedade intelectual serão analisadas nos capítulos seguintes.

Direitos de propriedade intelectual no Brasil

A Constituição Federal do Brasil de 1988 consagra a propriedade imaterial como um direito previsto no art.5, inciso XXIX, logo se encontra no rol de direitos fundamentais. Segundo a Constituição, a propriedade intelectual deve atender o interesse social do país e contribuir para o desenvolvimento econômico e tecnológico do mesmo.

A primeira lei referente a propriedade intelectual do país remonta do ano de 1809, constitui um alvará de Dom João VI sobre patentes, aplicável somente ao Brasil.[22]

Seguindo uma linha de raciocínio que não se alterou muito ao longo dos anos, a nossa tradição constitucional não previa alternativas à proteção das criações intelectuais que não fosse a restrição à concorrência através da exclusividade. Ainda hoje é assim, porém nossa Constituição ganhou em complexidade e preza a livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica, vide art.170, inciso IV.

O que aparentemente é um conflito entre dispositivos constitucionais na realidade mostra-se uma junção de princípios e direitos que se completam e não que se repelem, afinal, se entendermos a Constituição como um sistema, uma unidade, não há que se falar em dispositivos díspares.

A nossa Carta Constitucional prevê a propriedade intelectual e a garante como direito. Corroborando o dispositivo constitucional temos na esfera infraconstitucional a Lei de Propriedade Intelectual, Lei n. 9279 de 14 de maio de 1996 que traz os detalhes de mecanismos de registro e proteção da propriedade imaterial. A proteção aos direitos relativos à propriedade imaterial se efetua, de acordo com essa lei, através da concessão de patentes de invenções e modelos de utilidade, concessão de registro de desenho industrial, de marca e repressão à concorrência desleal.

A lei supra passou por complexa tramitação no Congresso, durante cinco anos se discutiu os contornos da lei que deveriam abranger tanto a criação de ambientes favoráveis para o investimento industrial e tecnológico como o estímulo de atividades de criação no país, haja vista que em determinada época, anterior a lei, existia ausência de proteção patentária a certos setores de produção no Brasil, como o farmacêutico e o alimentício.

A fim de nos limitar ao objeto do presente trabalho, observemos alguns artigos da lei mencionada que se referem de maneira mais específica a material biológico patenteável: nos termos do art.18, III, parágrafo único, não são patenteáveis: o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial e que não sejam mera descoberta. Portanto encontramos limitações a matéria biológica patenteável em nosso ordenamento com o objetivo principal de estabelecer diretrizes para a

implementação de uma Política Nacional de Biodiversidade. O Decreto n.4339 de 22.8.2002, em consonância com a legislação em vigor sobre a matéria, trouxe um conjunto de princípios e diretrizes para implementação dessa Política, dentre as diretrizes destaca-se o estabelecimento e implementação de um regime legal *sui generis* para proteção dos direitos intelectuais coletivos de comunidades locais e indígenas relativos aos recursos da biodiversidade que possibilite a repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos da atividade.

No âmbito de proteção da propriedade intelectual, temos no Brasil órgãos e institutos estruturados para assessoria e consultoria legislativa e administrativa, institutos como o INPI e o INBRAPI.

O INPI- Instituto Nacional da Propriedade Intelectual-, foi criado em 11 de dezembro de 1970 pela Lei 5.648, em plena ilusão do milagre econômico brasileiro.[23] É uma autarquia federal vinculada ao Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, responsável por registro de marcas, concessão de patentes, averbação de contratos de transferência de tecnologia, tudo de acordo com a Lei 9.279 de 14 de maio de 1996.[24]

A postura do INPI no que tange aos direitos intelectuais coletivos das comunidades tradicionais referentes à biodiversidade é a mesma postura adotada pela OMPI, que reconhece a falta de um mecanismo de solução de controvérsias em sua organização interna e acredita em mecanismos de proteção dispostos no Acordo TRIPS.

Postura inversa é a defendida pelo INBRAPI- Instituto Indígena Brasileiro para Propriedade Intelectual-[25], organização sem fins lucrativos, formada por indígenas de diferentes povos, que tem como principal missão a proteção dos conhecimentos tradicionais indígenas a fim de que não sejam usados de má-fé por pessoas e instituições. Para este instituto, o ideal seria a criação de um regime de proteção *sui generis* que respeitasse as particularidades dos povos indígenas na produção coletiva de seus conhecimentos.

O que se nota na legislação nacional e nos órgãos encarregados de proteger os direitos intelectuais é a preocupação do estabelecimento de políticas públicas e de solidificação de diretrizes legais que apontam para a proteção dos direitos intelectuais coletivos ou conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade (CTA) através de um regime *sui generis* que vislumbre a revisão de conceitos- como o da individualidade inerente à propriedade imaterial- e o respeito aos costumes e à cultura das comunidades tradicionais e indígenas.

---

[1] CONSTANZA, Rubens**. Revista Nature,** maio de 1997.

[2] DUTFIELD, Graham. Repartindo benefícios da biodiversidade: qual o papel do sistema de patentes. In: VARELLA, Marcelo Dias & PLATIAU, Ana Flávia Barros (organizadores).**Diversidade Biológica e conhecimentos tradicionais**.Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004. p.65.

[3] TACHINARDI, Maria Helena. **A guerra das patentes**: **o conflito Brasil versus EUA sobre propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1993. p.21.

[4] DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade Intelectual**: **A tutela jurídica da biotecnologia**. São Paulo: Editora RT, 2004. p.16.

[5] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**,vol.3. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.p.156.

[6] Disponível no endereço eletrônico: www.ompi.org

[7] PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila. Biodiversidade, biotecnologia e propriedade intelectual: microorganismos encontrados na natureza e sua tutela legal. In: TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco (org.). **Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**.São Paulo: RCS Editora, 2007. P.179.

[8] Para Rousseau a saída do homem do estado de natureza a partir do reconhecimento da propriedade privada é o início do conjunto histórico no qual estamos inseridos.

[9] ARON, Raymond. **O marxismo de Marx** (tradução: Jorge Bastos). São Paulo: Editora Arx, 2005. p.171.

[10] PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila.op.cit. p.182.

[11] SHERWOOD, Robert.M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento econômico**(tradução:Heloísa de Arruda Villela). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1992. p.16.

[12] SHERWOOD,Robert.M. op.cit. p.27.

[13] TÁRREGA,Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega &PÉREZ, Hector Leandro Arroyo. op.cit .p.75.

[14] TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco & PÉREZ, Hector Leandro Arroyo. op.cit. p.80.

[15] **Propriedade Intelectual em biotecnologia**.Disponível no site: www.bdt.fat.org.br. Acesso em 05 de março de 2009.

[16] TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco & PÉREZ, Hector Leandro Arroyo.op.cit. p.83.

[17] DUTFIELD, Graham. Repartindo benefícios da biodiversidade: qual o papel do sistema de patentes. In: VARELLA, Marcelo Dias & PLATIAU, Ana Flávia Barros. op.cit. p.74.

[18] GATT é a sigla em inglês do termo General Agreement on Tarifs and Trade.

[19] SHERWOOD, Robert. M., op.cit. p.13.

[20] TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco & PÉREZ, Hector Leandro Arroyo. op.cit. p.77.

[21] TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco & PÉREZ, Hector Leandro Arroyo. p.80.

[22] Informação disponível no site: www.inpi.br

[23] A expressão "milagre econômico" brasileiro surgiu na década de 1970, durante o governo militar, devido à política econômica de substituição de importações e estímulo à indústria nacional.

[24] Informações disponíveis no endereço eletrônico: www.inpi.br

[25] Informações disponíveis no endereço eletrônico: www.inbrapi.org.br

O DIREITO AUTORAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A PROTEÇÃO DA OBRA INTELECTUAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA *

THE COPYRIGHT UNDER CONSTITUTIONAL JURISDICTION: THE PROTECTION OF WORKS OF AUTHORSHIP AND THE DIGNITY OF THE NATURAL PERSON

Iara Rodrigues de Toledo
Marcos Freitas Pereira

RESUMO

A presente pesquisa procura expor o direito autoral dentro do cenário jurídico constitucional, demonstrando, com isso, a expansão da jurisdição constitucional nas mais variadas relações jurídicas, sobretudo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, relacionando-o às disposições da legislação autoral. Traz elementos para demonstrar os traços originários do direito autoral e a proteção conferida aos autores de obras intelectuais na legislação brasileira, de acordo com a Lei 9.610/98, por meio da tutela constitucional dos direitos de personalidade. Paralelamente será tratado, de forma resumida, a aplicabilidade desses direitos como requisito para a consagração do próprio Estado Democrático de Direito na medida em que a exigibilidade e a aplicabilidade da legislação autoral deva ocorrer sempre no contexto constitucional e embasada no princípio maior da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL; DIREITOS AUTORAIS; OBRA INTELECTUAL; DIREITOS DA PERSONALIDADE; DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

ABSTRACT

The present research aims at scrutinizing the copyright under the constitutional jurisdiction, demonstrating the heightening of the constitutional jurisdiction, mainly the principle of the dignity of the natural person on the most varied legal relationships and establishing its relationship to the copyright principles. It demonstrates elements to verify the copyright's origin and the protection of works of authorship under Law 9.610/98, by means of the protection of personality rights. At the same time it briefly discusses the applicability of the copyright as a requisite for the affirmation of the Democratic State of Right given that copyright law shall ever apply under the context of constitutional laws and based on the principle of the dignity of the natural person.

KEYWORDS: INTELLECTUAL PROPERTY; COPYRIGHT; WORKS OF AUTHORSHIP; PERSONALITY RIGHTS; DIGNITY OF THE NATURAL PERSON.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, especialmente depois de 1998, com a aprovação da Lei 9.610, as discussões a respeito da proteção às obras intelectuais têm ganhado cada vez mais intensidade, aliadas, consequentemente, a consagração mais ampla e efetiva dos princípios constitucionais. Não são raras as oportunidades em que o operador do direito se depara com um cenário extremamente complexo ao redor desse tema e, cada vez mais, percebe a necessidade de aprofundar-se no estudo do caso concreto, alinhando-o com as diretrizes e interpretações trazidas pela referida Lei e pelo panorama constitucional.

Busca-se, com isso, garantir a correta interpretação e aplicabilidade dos direitos autorais. Essa interpretação deve estar calcada em princípios constitucionais – entre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana – demonstrando quão amplo pode ser esse hemisfério e a abrangência do assunto em relação à realidade fática do mundo atual.

Entre outros destaques, o que se procura estabelecer é que o cumprimento das normas de direitos autorais é de fundamental importância para a garantia do referido princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, do próprio Estado Democrático de Direito.

1. EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO MOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CENÁRIO DAS RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS

À atual opção de sobreposição da teoria dos princípios a das regras agrilhoa-se a visualização da Constituição Federal como o núcleo hermenêutico do intérprete, caracterizando o fenômeno jurídico da descodificação dos direitos materiais e processuais e, conseqüentemente, a constitucionalização desses direitos. Assim, passou-se a adjetivar, por exemplo, o Direito Processual Civil como *Direito Processual Civil Constitucional*, ou o Direito Civil como Direito Civil Constitucional, a significar uma releitura de todo o Direito à luz dos princípios constitucionais, plasmado pelo que se passou a denominar "processo de filtragem constitucional".

Nas palavras de Clève (2006, p.36) trata-se, portanto, de uma doutrina amiga da Constituição, enfim, de uma doutrina constitucional amorosa, vinculada até a medula à idéia de normatividade integral da lei fundamental.

Vislumbra-se, por esse diapasão, uma nova dogmática da interpretação constitucional, nos quais se põe ênfase nos seguintes princípios: a) unidade da Constituição; b) efeito integrador; c) máxima efetividade; d) conformidade funcional; e) concordância prática ou da harmonização; f) força normativa da Constituição; g) leis conforme à Constituição (CANOTILHO, 1995, p. 226-230).

Rente a essa hermenêutica que premia os princípios em desfavor da lei, releva considerar, ademais, o princípio da dignidade humana, mormente frente à Constituição Federal pátria de 1988, que o prestigia, de pronto, no art. 1º, inciso III, e que, anteriormente, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Humanos, fez-se presente no início do Preâmbulo, in *verbis*: "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo."

Dessa forma, o princípio da dignidade humana, adjetiva-se como um sobreprincípio, no sentido de princípio estruturante de todos os direitos constitucionalmente consagrados na Lei Maior , com função de um vetor – mor da hermenêutica jurídica.

Portanto, supondo-se o julgamento de um caso *sub judice* , no qual colocam-se dois ou mais direitos fundamentais em rota de colisão, dever-se-á maximilizar , na interpretação , o princípio da dignidade da pessoa humana, minimizando-se o outro ou os demais . Num outro plano, urge considerar não se paramentar como absoluto este princípio-mor, sendo certo que no jogo de balanceamento, imanente ao princípio constitucional implícito da proporcionalidade e respectivos corolários, este poderá sofrer relativização no plano decisório do discurso jurídico. Com proficiência, doutrina Sarlet (2008, p. 63) sobre a dignidade da pessoa humana:

Portanto, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínsica e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável , além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2008, p. 63)

1.1. PROJEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS ?

A interrogação supra justifica-se, uma vez que, historicamente, no constitucionalismo liberal-burguês, com predomínio do chamado "individualismo possessivo", a regência dos direitos humanos circunscreviam-se às relações públicas , ou seja àquelas que se aperfeiçoam com a presença do Estado num dos seus pólos .

Indiscutível, como facilmente se infere, tal qual ocorre nas relações públicas, as relações privadas, por meio dos seus atores atuantes na sociedade civil, sejam elas situadas em searas mercadológica, empresarial, financeira, bancária, religiosa, educacional, trabalhista, familiar, informativa, entre outras, são passíveis de promover lesão e violência aos direitos fundamentais da pessoa humana

A problemática, contudo, circunscreve-se ao binômio direitos fundamentais da pessoa humana *versus* autonomia privada da pessoa humana, no âmbito do direito material. Em contraponto, em leito processual civil, a polêmica tem como cenário o cruzar de lanças entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário , em torno do tema do ativismo judiciário na efetividade dos direitos fundamentais.

Fruto desses debates, há posições que propendem pela ampla eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares e a um papel mais acentuado de concretização dos direito humanos pelo Poder Judiciário. A *contrario sensu*, propendem pela mitigação da incidência dos direitos humanos nas relações privadas as teses que valorizam a autonomia privada e sobrelevam as funções do Poder Legislativo na efetividade dos direitos humanos.

Posição mais feliz, nesse debate entre doutrinas com dimensões nacionais e internacionais, põe-se, no Brasil, sob a égide da Constituição Federal vigente, a escola doutrinária estampada no ensino de Daniel Sarmento (2007, p. 155) ao propor que " (...) a eficácia dos direitos individuais nas relações privadas é direta e imediata, não dependendo da atuação do legislativo ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado.

Relacionando ao tema o princípio da dignidade humana, complementa ,com uso de linguagem candente, o mesmo autor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, *in verbis* :

A própria compreensão de que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica , que legitima, condiciona e modela o direito positivado, impõe, no nosso entendimento, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. De fato, sendo os direitos fundamentais concretizações ou exteriorizações daquele princípio, é preciso expandir para todas as esferas da vida humana a incidência dos mesmos, pois, do contrário, a proteção à dignidade da pessoa humana - principal objetivo de uma ordem constitucional democrática – permanecerá incompleta (SARMENTO, 2007, p. 162).

Em suma, verossímil, convincente, a doutrina que se espelhando no Texto Maior brasileiro, propugna pela eficácia direta e imediata da subsunção das relações privadas aos direitos fundamentais, escoimando interpretações outras advindas do direito comparado, com fundamentos históricos e jurídicos, legais e constitucionais díspares aos que vicejaram e vicejam nesta quadra histórica, social e jurídica constitucional nacional, mormente no que toca à grandeza maior do princípio da dignidade humana no trato diário das relações entre atores particulares.

Por tudo e ao fim, esse desenho jurídico constitucional põe-se como estrutural à compreensibilidade da árdua área científica dos direito autorais, que passar-se-á a tratar nos tópicos que se seguem.

2. TRAÇOS ORIGINÁRIOS E CONCEITUAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

Tendo em vista que a obra intelectual constitui uma manifestação do espírito humano, que seu criador teve inúmeros esforços para a sua concretização, nada mais justo do que garantir a ele alguma proteção, que lhe propicie, ao menos, a segurança de que outros não irão se apoderar de sua obra como se de outro fosse. Evidentemente, essa preocupação evoluiu ao longo dos anos, à medida que novas tecnologias e formas de utilização surgiram.

O homem, à semelhança de Deus, cria. A criação literária e artística recebe a tutela do Direito de Autor.

Porque corresponde a uma atividade particularmente nobre, a tutela conferida pelo Direito de Autor é a mais extensa e a mais apetecida de todas as tutelas, dentro dos direitos intelectuais (ASCENSÃO, 1997, p..3).

Assim também, com igual escala de importância para os anglo-saxões, que denominam os Direitos Autorais como *copyright*, como se verá na seqüência, esse ramo do Direito apresenta um forte impacto nas mais variadas áreas, e o fato que se observa é o destaque que a disciplina tem ganhado nos últimos tempos, de acordo com a doutrina:

[…] copyright has become one of the more popular electives in the law school curriculum. For good reason: whether your background lies in the liberal arts or engineering, your reading preferences run towards speculative fiction or statutory compilations, or your practice focuses on personal liberties or internacional commerce, copyright has become a significant topic for every lawyer (SCHECHTER; THOMAS, 2003, p. 10)

Houve um tempo em que as manifestações do intelecto não mereciam nenhuma proteção, e ao explicar sobre a real necessidade de proteção dos Direitos Autorais alinhando-a com a evolução dos novos mecanismos e novas tecnologias, Eliane Abrão (2002, p. 27), esclarece:

O surgimento da máquina de escrever, da máquina de imprimir com tipos móveis, em 1450, a uma dezena de vezes maior que o registro manual, foi o ponto de virada no surgimento desse direito em virtude da infinita capacidade de reprodução de um mesmo

texto, pela máquina, dispensando novas interferências dos autores (ABRÃO, 2002, p 27).

A preocupação surgiu com a evolução da sociedade. O primeiro passo no sentido de buscar uma proteção aos Direitos Autorais embasou-se no surgimento da imprensa, que possibilitou a reprodução da obra e, conseqüentemente, fragilizou o controle e a proteção do autor.

O surgimento das primeiras linhas sobre o assunto remontam a 1710 e, quanto a eles, José de Oliveira Ascensão (1997, p. 4) e Eliane Abrão (2002, p. 29) esclarecem ter a proteção ao autor os primeiros traços com o *Statue of Anne*, o Ato da Rainha Ana, em 1710, garantindo o direito de cópia ao livreiro, pelo período de 21 anos. Para Roger Schechter e John Thomas (2003, p. 13) *"The Statute of Anne marked a paradigm shift from its predecessor licensing statutes. Rather than offering rights to the publishers of new works, it protected the authors that created them."*

Curiosamente, ao falar sobre a origem da expressão *copyright*, Henrique Gandelman (1997, p. 67) esclarece que essa expressão surgiu na Inglaterra e que, com ela, estava previsto também o pagamento de *royalties* aos autores das obras; entretanto, só teria direito ao recebimento dos *royalties* quem realizasse o registro de sua obra. Na realidade, por meio desse mecanismo, a Coroa poderia recusar o registro tornando-o, assim, como um mecanismo de cesura.

Quer dizer, sem o registro da obra, você não tinha direito e, por que isso ? Essa foi uma maneira sagaz, inteligente, britânica de exercer uma certa censura, porque, no momento em que você vai registrar uma obra, a Coroa poderia dizer: "não, essa obra não me interessa, eu não quero", porque fazia crítica ao governo. Então o registro se tornou, indiretamente, uma forma de censura quando aplicado neste sentido. Mas tinha que haver o registro para que o editor e o autor tivessem direito a receber um *royalt* pela cópia gráfica das suas obras; eu estou me referindo ao Copyright Act de 1709. (GANDELMAN, 1997, p. 67).

Na seqüência, surgiram também em outros países diferentes ordenamentos garantindo algum tipo de proteção autoral; entretanto, foi em 1886 que algumas nações se reuniram em Berna, na Suíça, e estabeleceram uma regulamentação mínima para a proteção das obras intelectuais, o que hoje, na doutrina, encontramos como "Convenção de Berna".

O alcance da Convenção é o das obras literárias e artísticas, incluindo-se entre aquelas as de caráter científico – qualquer que seja seu modo de expressão. Assim, não só os livros e esculturas, objeto tradicional de proteção, mas o multimídia, produções a laser ou qualquer outra criação com auxílio em tecnologias futuras, cabe no âmbito da

Convenção – desde que redutíveis à noção de artístico ou literário (BARBOSA, 2003, p. 191).

A Convenção de Berna, à qual o Brasil aderiu em 1922, procurou estabelecer garantias mínimas, como é o caso dos prazos de proteção da obra intelectual, dos direitos morais de autor, entre outros, deixando a cargo das legislações de cada um dos países estabelecer um rol maior de protecionismo, assim como a respectiva sanção em caso de descumprimento (ABRÃO, 2002, p. 44 e 45). Não se pode também esquecer a Convenção Universal de Genebra, de 1952, de fundamental importância para o regramento dos Direitos Autorais.

No Brasil, os Direitos Autorais encontram uma breve previsão na Constituição Federal, no inciso XXVII, do artigo 5º, quando o diploma estabelece que cabe exclusivamente ao autor o direito de utilização, publicação ou reprodução de sua obra, garantindo-se ainda a transmissão desses direitos aos herdeiros, pelo prazo que a lei fixar. Evidentemente, essa breve previsão não foi suficiente para garantir plenamente a proteção ao instituto, tanto que outras leis coexistem, atualmente, disciplinando essa relação.

A matéria é regulada no Brasil, entre outras, pela Lei Federal n. 9.610 de 19.2.1998, por artigos do antigo e do novo Código Civil, pela Lei n. 9.609, de 19/2/98, pela Lei 6.533, de 24.5.78, pelos Decretos n. 75.699 de 29/4/75, 76.905 de 24/12/75 que promulgaram as Convenções Internacionais de Berna e Genebra, respectivamente, pelo Decreto n. 1.355 de 31/12/94 que promulgou o Tratado sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o comércio, conhecidos pela Sigla TRIPS em inglês, ou pela Sigla APDIC em espanhol, pelos artigos 184 a 186 do Código Penal, artigos 524 a 530 do Código de Processo Penal e demais Tratados Internacionais, bi ou multilaterais, a que tenha o Brasil aderido (ABRÃO, 2002, p. 16).

A matéria tem regulamentação ampla; entretanto, para o operador, ganha destaque a Lei 9.610/98. Na seqüencia, para que se possa continuar com a análise e entendimento do tema, fundamental trazer a visão de alguns doutrinadores sobre a conceituação de Direitos Autorais. Nesse sentido, destacamos:

[...] o Direito de Autor ou Direito Autoral é o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências (BITTAR, 2005, p.8)

Em um primeiro momento, pode parecer não tão clara a visão de “obra intelectual estética”, porém o autor esclarece esse conceito, explicando poderem existir, considerando a atuação do intelecto, duas espécies de obras: as de cunho estético,

submetidas ao regime dos Direitos Autorais, e as de cunho utilitário, submetidas ao regime do Direito de Propriedade Industrial (BITTAR, 2005, p. 19).

Sobre o assunto vale trazer uma conceituação utilizada antes da atual – Lei 9.610/98 – mas que conserva sua fidedignidade:

Direito Autoral é o que tem o autor da obra literária, científica ou artística, de ligar seu nome às produções do seu espírito e de reproduzi-las ou transmiti-las. Na primeira relação, é manifestação da personalidade do autor; na segunda, é de natureza econômica (BEVILÁQUA, 1946, p. 251).

Ou então:

O direito de autor protege as criações expressadas em obras literárias, musicais, científicas e artísticas, em sentido amplo, e nasce com a obra mesma, como conseqüência do ato de criação e não pelo reconhecimento da autoridade administrativa, ainda que se possam estabelecer formalidades com diferentes finalidades (facilitar provas, formar e nutrir arquivos e bibliotecas públicas, etc.) O sistema de registro 'constitutivo' de direito de autor, em virtude do qual o titular tem sobre a obra direitos exclusivos e oponíveis *erga omnes* sempre e quando se cumprem as formalidades registrais estabelecidas na lei, é, como vermos mais adiante [...], um vício da instituição dos *privilégios*, numa concepção do direito de exploração econômica das obras superada pela doutrina e pela quase totalidade das legislações (LIPSYC *apud* ABRÃO, 2002, p. 39).[1]

Os anglo-saxões chamam os direitos autorais de *copyrights*, e, os franceses, de *droit d'auteur* ou *diritto d'autore*. O *copyright* é considerado por nós, entretanto, como uma das vertentes dos direitos de autor (ABRÃO, 2002, p. 31).

Copyrights provide protection for original works of authorship. The types of creations addressed by copyright range from traditional works of art, including literature, music and visual art, to such modern forms of artistic expression as sound recordings, motion pictures and even computer software (SCHECHTER; THOMAS, 2003, p. 2).

3. NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS AUTORAIS

Em relação a qualquer direito do qual se procure um aprofundamento um pouco maior, nada mais racional do que buscar a origem do fato social para justificar a natureza

jurídica conferida a tal ordenamento. Não se pode esquecer, e aqui haverá essa correlação a todo momento, que a natureza jurídica é a raiz de determinado princípio e é capaz de determinar a extensão de sua aplicabilidade. Nesse sentido, destacam-se alguns pontos da doutrina:

Na gênese, pois, da criação intelectual como forma de propriedade, dois sistemas se enfrentaram, desde o início, gerando uma oposição entre o sistema anglo-saxão de proteção à obra, e o sistema europeu de proteção à personalidade do autor. Dessa dualidade nasceu a disciplina jurídica, tal qual a concebemos hoje: um complexo de regras de proteção de caráter real, outro de caráter pessoal, correspondendo o primeiro aos chamados direitos patrimoniais e o segundo, aos chamados direitos morais de autor. (ABRÃO, 2002, p. 28)

A análise sobre a natureza jurídica dos Direitos Autorais é complexa, tendo em vista não ser possível, isoladamente, classificá-lo somente como direito patrimonial ou puramente como disposições de direito moral.

Acerca da natureza jurídica da matéria, a melhor doutrina pátria (Antonio Chaves, Walter Moraes, Carlos Alberto Bittar, José de Oliveira Ascenção, Fábio Maria de Mattia) é **unanimemente dualista**: direitos de autor são um conjunto de **prerrogativas de ordem moral** e de **ordem patrimonial**, que se interpenetram quando da disponibilização pública de uma obra literária, artística e/ou científica. Os direitos morais pertencem exclusivamente à pessoa física do criador e, no caso da obra audiovisual, são exercidos pelo diretor. Os patrimoniais, ao criador originário se não os transferiu ou, ao terceiro, pessoa física ou jurídica, a quem os tenham cedido ou licenciado. Herdeiros podem exercer alguns dos direitos morais, e têm legitimidade para todos os patrimoniais no período que entremeia a morte do criador da obra intelectual e a queda da obra em domínio público (ABRÃO, 2002, p. 16). *Grifos nossos.*

Verifica-se, pois, existirem duas prerrogativas inerentes aos Direitos Autorais, indissociáveis e essenciais, para, em conjunto, estabelecer a natureza desse ramo do Direito. Nesse sentido, encontramos:

[...] esses aspectos não são isolados, se considerados em um plano científico: ao reverso, esses direitos integram-se, unem-se, completam-se. Na integração desses direitos é que se acha a unidade da categoria: assim como facetas de uma mesma realidade são, por natureza, incidíveis pois se combinam em um sistema binário de correlação e de interferência recíproca, imprimindo caráter especial aos direitos intelectuais (BITTAR, 1999, p. 140).

As prerrogativas de ordem patrimonial traduzem para o autor da obra uma perspectiva econômica, ou melhor, “a parcela patrimonial se refere à exploração econômica que o autor pode fazer de sua obra” (COSTA NETTO, 2008, p. 140); ao passo que as prerrogativas de ordem moral desvinculam-se do caráter pecuniário e estão intimamente ligadas ao ideal de criação do espírito e sua reivindicação; “os direitos morais são os vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização a defesa de sua personalidade” (BITTAR, 2005, p. 47).

4. A PROPRIEDADE INTELECTUAL E OS DIREITOS AUTORAIS

Muita confusão se faz entre essas expressões e muitas vezes a denominação “propriedade intelectual” é utilizada para denominar tão somente os “direitos autorais”, embora saibamos que essa não é a melhor definição. “A literatura divide os direitos de propriedade intelectual (e daí a palavra no plural) em dois grandes ramos, os direitos autorais e a propriedade industrial [...]” (BARRAL, PIMENTEL, 2007, p. 19).

Em uma busca pela distinção entre essas duas denominações, verifica-se que foi com a Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI que se definiu a expressão “Propriedade Intelectual”.

A Convenção da OMPI define como Propriedade Intelectual a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Antes da definição convencional, a expressão “Propriedade intelectual” aplicava-se, mais restritamente, aos direitos autorais.

(BARBOSA, 2003, p. 1).

Com isso, o que se observa é ser a expressão “Propriedade Intelectual” mais abrangente e envolver mais de um instituto, entre os quais estão inseridos os direitos autorais. Assim também se visualiza em doutrina estrangeira:

By now it should be apparent that “intellectual property” is na umbrella therm. It concerns a variety of disciplines with important historical, theoretical ans operational differences. There are, however, common themes that unite these diverse fields of law and a sense of some of these will provide a useful point of departure (SCHECHTER; THOMAS, 2003, p. 4).

De acordo com a doutrina nacional, também há o entendimento de a expressão “propriedade intelectual” envolver institutos relacionados ao direito industrial e ao direito de autor, tanto que se conceitua:

A propriedade intelectual passou a englobar as proteções distintas oferecidas pelo direito industrial e pelo direito de autor. Assim, o registro de patente dos equipamentos (tipos móveis) passou a ser tutelado sob a égide jurídica da propriedade industrial, enquanto a obra intelectual reproduzida (livros) é tutelada e protegida pelo direito autoral (WACHOWICZ, 2008, p. 227).

5. OS DIREITOS AUTORAIS NAS CONSTITUIÇÕES

Em relação à consagração dos direitos autorais em plano constitucional, o que se verifica é terem ganhado eles essa proteção somente na Constituição de 1891. “A Constituição da República, no art. 72, parágrafo 26, consagra o direito exclusivo de reprodução dos autores e a proteção dos herdeiros. Com pequenas alterações, é esse o texto que tem comandado toda a evolução do Direito de Autor no Brasil [...]” (ASCENSÃO, 1997, p. 11, 12).

Nesse sentido, a Constituição de 1891 garantia:

Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 26 – Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.*

Atualmente, na Constituição de 1988, nos mesmos moldes da disposição anterior – com a proteção à reprodução – e ampliando a garantia também para qualquer outra utilização ou publicação, encontra-se o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*

6. OS DIREITOS MORAIS DE AUTOR E O DIREITO DA PERSONALIDADE

De acordo com o que já foi visto, os direitos morais de autor são "direitos de natureza pessoal, inserindo-se nessa categoria direitos de ordem personalíssima" (BITTAR, 2005, p. 48), indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, e com isso podem ser considerados, portanto, como direitos da personalidade, tanto que há quem os denomine como "direito autoral de personalidade" (MIRANDA *apud* COSTA NETTO, 2008, p. 135).

Se a personalidade do autor acompanha o exercício do direito de autor, é a qualidade da obra – diferentemente de um bem patrimonial comum – que é representativa da personalidade do autor na sociedade. **O autor, como tanto já se escreveu, vive na obra.** Tendo em vista que a sociedade identifica a natureza e o valor da obra com o dom pessoal e o mérito do autor sua personalidade tanto se engrandecerá em decorrência da obra como, ao contrário, poderá ser – por esta – diminuída ou obscurecida. (CASELI *apud* COSTA NETTO, 2008, p. 135). *Grifos nossos.*

A relação existente entre o autor e sua obra é muita mais complexa e profunda do que possa parecer. Se a obra é considerada uma manifestação do intelecto humano,

obviamente, é também a expressão da personalidade do autor, ou de parte dela, que se materializa e exterioriza em obras literárias, artísticas ou científicas.

[…] the relationship between authors and their works of authorship is viewed as much more personal and intimate than the ordinary associations between individuals and objects. Creative works are seen as virtual extensions of the author herself, allowing others to view her consciousness and emotional , intellectual, or spiritual being. As such, authors possess the fundamental right to control, and should be compensated for, uses of their works (SCHECHTER; THOMAS, 2003, p. 9).

Dessa forma, analisando as prerrogativas do direito autoral, sobretudo as prerrogativas referentes aos direitos morais de autor, considerando que estas últimas fazem parte dos direitos de personalidade, e justamente pelo fato delas se complementarem e serem consideradas perfeitamente integradas umas às outras – disposições de ordem moral e as de ordem patrimonial – temos a afirmar que o direito autoral, como um todo indissociável, a despeito de estar previsto no artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal, merece realmente ser protegido como direito fundamental da pessoa humana.

6.1. OS DIREITOS AUTORAIS, O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Assim, na sequência do sentido acima exposto, temos que os direitos morais de autor estão integrados a área dos direitos de personalidade (MIRANDA *apud* COSTA NETTO, 2008, p. 135) e, com isso, obviamente, os direitos autorais estão diretamente relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana e, tendo em vista que as disposições autorais foram consagradas para tutelar uma relação privada, procurando garantir uma harmonia horizontal, se suas disposições não existissem estaríamos flagrantemente em relação de desigualdade, violando valores e o referido princípio mor.

É certo que os direitos de personalidade representam uma fonte importante de irrupção dos valores personalistas do Direito Privado. Tais direitos que, de acordo com a conhecida fórmula de Adriano de Cupis, serviriam para proteger "*o minimum* necessário e imprescindível do conteúdo da personalidade" destinam-se, segundo Orlando Gomes, a "resguardar a eminente dignidade da pessoa humana" o que se tornou premente, entre outras razões, pelos avanços científicos e técnicos no mundo contemporâneo (SARMENTO, 2006, p. 96).

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal e, portanto, deve estar presente na interpretação e aplicação de todos os direitos

previstos no ordenamento jurídico. Dessa maneira, ao ser tutelada a proteção às obras intelectuais e aos seus respectivos criadores garante-se também um direito de personalidade e, consequentemente, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao Estado de Direito.

É incorreto pensar que o respeito a referido princípio constitucional e os próprios direitos de personalidade devam ser somente aplicados para as disposições expressamente previstas na Constituição Federal – cada vez mais, estes princípios estão ganhando força e presença, felizmente, em todas as formas de garantias jurídicas e suas respectivas interpretações e aplicações, como narrado inicialmente.

Os chamados "direitos da personalidade" representam uma das formas de proteção da pessoa humana no Direito Privado. Sem embargo, a personalização deste ramo do direito está longe de esgotar-se na tutela de direitos de personalidade, pontualmente tipificados em textos legislativos infraconstitucionais, como ocorreu no novo Código Civil brasileiro, que tratou da matéria nos seus artigos 11 a 21. Na verdade, figurando, por imperativo constitucional, no centro do Direito Privado, a tutela da personalidade se projeta por todos os seus campos, remodelando seus institutos e conformando-os aos valores sociais acolhidos pela Lei Maior (SARMENTO, 2006, p. 96).

Não podemos deixar de lado que o direito moral existe antes mesmo do efetivo aperfeiçoamento de qualquer direito patrimonial de autor. São os direitos morais de autor que garantem a ligação da obra emanada a partir da criação do espírito humano ao seu respectivo criador e lhe assegura a proteção independentemente de qualquer exploração econômica a ser, eventualmente, realizada.

Na medida em que se aperfeiçoa, dessa forma, o direito moral de autor, eficazmente, garante-se a respeitabilidade ao princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio respeito ao Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista, como aqui esclarecido, que os direitos autorais possuem disposições de ordem patrimonial e disposições de ordem moral, não se pode analisar uma em prejuízo da outra. Assim, os direitos autorais – aqui envolvendo o conjunto das duas disposições – devem merecer ampla proteção – essencial à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e ao próprio Estado Democrático de Direito.

Garantir a proteção aos direitos patrimoniais de autor é forma de tutela por meio da qual se protege a própria subsistência do autor, fazendo-se com que seja implementada a dignidade do criador da obra. Garantir a proteção aos direitos morais, por todos os motivos aqui expostos, é garantir o cumprimento dos direitos de personalidade.

Garante-se, nas duas situações, o sopreprincípio da dignidade da pessoa humana – um dos elementos norteadores da proteção ao Estado Democrático de Direito.

Muito embora possam ser, em princípio, diferentes os fundamentos da proteção, há sempre um ponto em comum – a garantia do princípio maior da dignidade da pessoa humana, que se faz repletamente presente na legislação como um todo, e como não poderia deixar de ser, assim também, nas disposições referentes à proteção autoral.

A interpretação e aplicabilidade das disposições autorais deve ser constantemente embasada nos princípios e regras constitucionais e, assim também, pelo aqui fundamentado, no referido sobreprincípio; mantendo-se, com isso, a hegemonia da jurisdição constitucional no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de Autor e Direitos Conexos.* São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

_____, Eliane Yachouh (Organizadora). *Propriedade Imaterial.* São Paulo: Editora SENAC, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento.* Florianópolis: Boiteux, 2007.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Coisas.* 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui %C3%A7ao.htm> Acesso em 19 de agosto de 2009.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91. htm> Acesso em 19 de agosto de 2009.

_____. Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Altera, consolida e atualiza a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis /l9610.htm> Acesso em 21 de agosto de 2009.

CABRAL, Plínio. *Direito Autoral: dúvidas e controvérsias.* São Paulo: Editora Habra, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999

_____, José Joaquim Gomes. *A "principialização" da jurisprudência através da Constituição. Repro* n. 98. São Paulo: RT, 2000.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *Direito Constitucional, novos paradigmas, Constituição global, e procedimento de integração*. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. *Constituição e Democracia – Estudos em homenagem ao profssor J. J. Canotilho.* São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. 2. ed. São Paulo: FTD, 2008.

GANDELMAN, Henrique. O Impacto da Tecnologia Digital nos Direitos Autorais. In: RIBEIRO, Marcus Vinicius Toledo (Editor). *Reflexões sobre Direito Autoral.* Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, 1997.

SANCHES, Hércoles Tecino. *Legislação Autoral.* São Paulo: LTR, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.* 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. In: DIDIER JR, Fredie (Organizador). *Leituras Complementares de Processo Civil.* Salvador: *Jus* Podivm, 2007.

SCHECHTER, Roger E.; THOMAS, John R. *Intellectual Property – The law of copyrights, patents and trademarks.* United States: Thomson West, 2003.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias. *Direito Autoral.* 2.ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003.

WACHOWICZ, Marcos. Revolução Tecnológica e a Propriedade Intelectual. In: PIMENTA, E. (Coord.). *Direitos Autorais*: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: RT, 2008, p. 225 – 245.

[1] Esclareça-se que no Brasil, atualmente, de acordo com a Lei 9.610/98 – Art. 18, a proteção dos direitos previstos nesta Lei independe de registro.

AS FUNÇÕES DO DIREITO DE AUTOR NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO*

FUNCTIONS OF RIGHT OF AUTHOR IN CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM

Jorge Renato dos Reis
Eduardo Pires

RESUMO

O Direito de Autor como um instituto pertencente a esfera do direito privado, por muito tempo foi visto a partir de uma ótica predominantemente patrimonial, em que seu principal papel era garantir a retribuição financeira e o monopólio de uso dos bens intelectuais para seus respectivos criadores. Todavia, a partir de uma análise deste instituto jurídico sob o olhar do constitucionalismo contemporâneo, especialmente considerando o fenômeno da constitucionalização do direito privado, que acarreta uma reinterpretação do direito privado sob a luz da constituição e de seus princípios, verifica-se que o Direito de Autor atualmente possui outras funções que não possuía anteriormente. Nesta perspectiva, apresenta-se no presente estudo a função de incentivo à criação, a função econômica, a função política e por fim a função social do Direito de Autor no contexto do referido constitucionalismo contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO; DIREITO DE AUTOR; FUNCIONALIZAÇÃO.

ABSTRACT

The Right of Author as an institute belonging to the sphere of private law, has long been viewed from a predominantly patrimony perspective, in that their function was to guarantee financial reward and the monopoly of the use of intellectual goods to their respective creators. However, from an analysis of this body of law under a contemporary constitutionalism vision, especially considering the phenomena of constitutionalization of private law, which induces a reinterpretation of private law in the constitution and its principles vision, especially the principle of dignity the human person, it is verified that Right of Author currently has other functions that do not have before. In this perspective, it presents the promoting the creation function, economic function, the political function and finally the social function of Right of Author in the context of contemporary constitutionalism.

KEYWORDS: CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW; RIGHT OF AUTHOR; FUNCTIONALIZATION.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Considerações iniciais

O Direito de autor é tema atual e gerador de muitas controvérsias, especialmente na sociedade contemporânea, denominada de sociedade da informação, em que os bens intelectuais são cada vez mais importantes para o desenvolvimento cultural, educacional e social da coletividade.

Assim, o Direito de Autor como um instituto de direito privado, sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo, apresenta atualmente uma nova configuração ou interpretação, especialmente, no que diz respeito a suas finalidades.

É nesse contexto que se aborda, no presente estudo, as funções do direito de autor no Constitucionalismo Contemporâneo, tendo em vista, muito especialmente, a evolução da relação entre direito público e direito privado, através do fenômeno da constitucionalização do direito privado.

1 Breve histórico da relação entre o publico e o privado.

A época do Estado Liberal é marcada pela grande dicotomia existente entre o direito público e o direito privado. Nesse período, conhecido também como Estado Burgês[1], o direito público, por meio da Constituição, era responsável pelo regramento e organização dos poderes do Estado, bem como de sua limitação quanto ao âmbito de atuação, entre si e perante os particulares.

Já o direito privado, tendo como base o código civil, tinha a papel de regular as relações entre os particulares, através de seus contratos para transmissão de propriedade, sendo considerado como "perfeito e total, voltado à sociedade civil e isolado da constituição".[2]

Neste contexto histórico, as Constituições encontravam-se reduzidas a meras "leis orgânicas dos poderes políticos", enquanto que o código civil era considerado como "a constituição privada". Assim, pode-se afirmar que durante esse período a divisão entre o público e o privado era praticamente absoluta, sendo que ao direito civil cabia a função de assegurar, no plano concreto, que das relações entre os particulares, por ele disciplinadas, se conservasse apartado o Estado.

Reinavam nessa época, os direitos fundamentais de primeira dimensão, ou seja, os direitos de igualdade formal e liberdade, que implicavam em uma obrigação negativa do Estado em relação aos particulares, ou seja, a obrigação do Estado não intervir no âmbito das relações privadas, tendo em vista o objetivo de preservação, no maior grau possível, da autonomia da vontade.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgem, nas primeiras constituições, com o objetivo de proteger o indivíduo frente ao Estado. Tem sua origem no pensamento liberal-individualista-burguês do direito francês, caracterizado como um direito de defesa, determinando a não-intervenção do Estado.[3]

O direito privado, nessa perspectiva era considerado, segundo Finger, como "autêntico baluarte da liberdade", haja vista que o contrato nele regulamentado, permitia o acesso à propriedade a todos, visto que dotados de autonomia. "Esta autonomia da vontade, confundida com a liberdade, era corolário da igualdade formal".[4]

Tal concepção de igualdade, oriunda do modelo liberal-burgês, representava a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial.[5]

Entretanto, a partir da Revolução Industrial, o mencionado contexto dicotômico inicia a tomar um rumo diferente. Isto porque, com o aumento em grande escala do trabalho subordinado e das relações comerciais nesse período, os ideais burgueses de igualdade formal e autonomia da vontade evidenciavam-se, de forma muito significativa, como forma de exploração das classes menos favorecidas.

Surgem, então, agora âmbito do Estado Social, os chamados direitos de segunda dimensão, que dizem respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais e que pressupõem, ao invés de uma atuação negativa, um dever de agir do Estado na busca por uma igualdade material.[6]

Segundo Barroso, a consequência que se tem com essa nova conjuntura é que:

[...] o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia da vontade. Em nome da solidariedade social e da função social das instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do dirigismo contratual, que consolidada a publicização do direito privado.[7]

Com isso, considerando-se que já não se pode mais falar em um direito privado autônomo, logo, é possível afirmar que há uma superação ou ao menos uma relativização da dicotomia entre público e privado, bem como o princípio de um processo de constitucionalização do direito privado, tema que será tratado a seguir.

2 O Fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado.

Em um primeiro momento, cabe salientar que é possível estabelecer dois enfoques para fins de se trabalhar com o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado. Pelo primeiro, constata-se que inúmeros institutos de direito privado, como a família, a propriedade, o contrato, entre outros, passaram a ser regulados pelas constituições modernas[8]. Fato que teve início, de certa forma, com a Constituição espanhola de 1976, levado adiante pela Constituição portuguesa de 1978 e que se pode verificar também, de forma intensa, na própria Constituição Brasileira de 1988.[9]

Todavia, o enfoque que se pretende tomar é o que determina uma análise e interpretação das relações privadas sob a ótica de uma hermenêutica constitucional, ou seja, implica em uma "releitura do direito privado à luz do direito constitucional, muito especialmente, à luz dos direitos fundamentais"[10]

A esse respeito Barroso refere que:

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional[11]

Este processo de constitucionalização do Direito teve seu início, mais especificamente, na Alemanha, onde, sob o regime da Lei Fundamental de 1949, o Tribunal Constitucional Federal passou a considerar que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva, ou seja, além do caráter de proteção do indivíduo contra o Estado, passam a ter também uma dimensão objetiva, o que implicou em uma nova condição dos direitos fundamentais, que passaram, portanto, a incidir e atingir todas as esferas e do direito[12], inclusive as relações entre particulares.

No Brasil, considerado como um Estado de democratização tardia, o fenômeno de constitucionalização do direito é um processo mais recente, todavia muito vigoroso. Segundo constata Barroso:

A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também da supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios.[13]

Nesta perspectiva, ocorre uma inversão nos papéis concernentes à Constituição e o Código Civil, especialmente comparando-se a conjuntura contemporânea com o Estado Liberal, ou seja, o centro do ordenamento jurídico passou a ser a Constituição e não mais o Código Civil.

A constituição que já era encarada como lei fundamental, fruto da modernidade política e do racionalismo iluminista, todavia considerada somente com estatuto da vida política do Estado, passou a expressar essa supremacia também no campo normativo.[14]

Consequentemente, como já referido, o Código Civil perdeu influência, o que na verdade, no caso brasileiro, já vinha ocorrendo dentro do próprio direito privado, haja vista que conforme ia envelhecendo o Código, ia-se editando inúmeras leis especiais, justamente com o intuito dar melhor atenção a novas situações que não encontravam mais tratamento adequado no Direito Civil vigente.

Surgem, assim, aquelas normas atinentes à proteção da parte mais vulnerável na relação, como no contrato de trabalho, a lei de locações, o estatuto da terra, a lei de direitos autorais, o código do consumidor, entre outras.

Formaram-se, deste modo, microssistemas autônomos em relação ao Código Civil, ocorrendo, nas palavras de Barroso, uma "descodificação do direito civil, fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002".[15]

Nesse sentido, segundo Perlingieri, o papel unificador do sistema, desde seus aspectos tradicionalmente civilistas até aqueles de caráter mais público, é desempenhado agora, de forma cada vez mais intensa, pelo texto constitucional[16]

Nesta perspectiva, verifica-se a grande importância auferida pela Constituição no ordenamento jurídico contemporâneo, a ponto de se considerar que os atos praticados sob a sua égide devem se conformar a ela, sob pena de serem considerados inexistentes, anuláveis ou sem eficácia. Deste modo, todo o direito infraconstitucional se torna constitucionalizado, extinguindo-se a ideia de um direito privado autônomo em relação ao direto constitucional[17]

Cabe lembrar, que a constitucionalização do direito privado não tem como principal marca a inserção de normas pertencentes ao âmbito privado na Constituição, mas, especialmente a reinterpretação daqueles institutos sob a ótica constitucional.

Neste novo contexto, a pessoa humana é colocada em um patamar diferenciado do que se tinha no Estado Liberal, haja vista a incidência dos princípios constitucionais sobre todo o direito, muito especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF/1988).

Deste modo, verifica-se que com a influência do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio matriz do Estado Democrático de Direito brasileiro, determina-se uma despatrimonialização do direito privado.

Fala-se, então, em uma repersonalização do direito privado, o que implica em recolocar o indivíduo e seus direitos no topo da proteção do ordenamento. Neste sentido pode-se citar como exemplo o atual código civil brasileiro que regula os principais institutos privados, como a propriedade e os contratos, todavia, subordinados à sua função social e boa-fé[18]

Nesse sentido, Trependido descreve que:

[...] deve-se observar que o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição. Tal realidade reduzida por muitos a fenômeno de técnica legislativa, ou mesmo à mera atecnia, revela profunda transformação dogmática, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública. Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização dos valores constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica, espécies de zonas francas para atuação da autonomia privada[19]

Com isso, esta despatrimonialização do direito privado, bem como a sua repersonalização, não representam a exclusão de seu conteúdo patrimonial, mas sim a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir, respeitando a dignidade da pessoa humana e distribuição das riquezas como maior justiça.[20]

Portanto, a par desta necessária funcionalização dos institutos de direito privado como exigência do constitucionalismo contemporâneo, conforme exposto até aqui, é que se pretende apresentar, a seguir, a análise das principais funções que o Direito de Autor apresenta contemporaneamente.

3 O Direito de Autor na sociedade contemporânea

Os anos passam e a sociedade muda, em regra evolui, o que, por conseqüência acarretam transformações nas funções dos institutos jurídicos, justamente em decorrência das novas exigências sociais.

Percebe-se que isso, também, ocorreu com o direito de autor, ou seja, o surgimento da sociedade da informação, movida pelo desenvolvimento tecnológico, especialmente pelo nascimento e difusão da internet. Isto determinou uma mudança nas

funções do direito de autor em decorrência dos novos anseios sociais, sobretudo, sob a luz dos princípios constitucionalmente previstos.

Já se foi a época em que se pensava que as funções cultural, econômica e até mesmo social do direito de autor eram alcançadas através do maior grau possível de proteção dada ao autor com o conseqüente monopólio sobre a utilização de suas obras, da forma, por exemplo, que sustentava Arpad Bogsh:

A experiência prova que o enriquecimento do patrimônio cultural nacional depende diretamente do nível de proteção assegurada às obras literárias e artísticas; quanto mais elevado este nível, mais encorajados de criar serão os autores; quanto mais criações intelectuais houver no domínio literário e artístico, mais crescerá a importância dos auxiliares destas produções que são as indústrias do espetáculo, do disco e do livro e, finalmente, o encorajamento da criação intelectual constitui uma das condições primordiais de toda a promoção social, econômica e cultural.[21]

Trata-se de posição extremamente patrimonialista, mais inclinada ao modelo liberal-patrimonialista do que aos contornos do constitucionalismo contemporâneo, especialmente, frente à importância que o conhecimento e até mesmo a informação representam para a sociedade moderna, não há como se admitir a análise de um direito de autor com esta visão unitária, em que ao criador da obra intelectual é outorgada exclusividade absoluta sobre a obra.

É verdade que não há como negar ao autor a tutela sobre as sua obras, inclusive como meio de incentivo à criação, entretanto, essa proteção deve se dar em harmonia com os direitos fundamentais coletivos, em especial no que tange aos direitos de acesso à informação, cultura e educação, nos moldes de um direito privado constitucionalizado e que, portanto pressupõe a funcionalização de seus institutos norteada por princípios constitucionais.

4 Principais Funções do Direito de Autor na sociedade contemporânea

Pretende-se, agora, apresentar as principais funções do Direito de Autor na sociedade contemporânea, muito especialmente sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo.

4.1 Função de incentivo à criação

Uma das funções principais que o direito de autor deve exercer é a função de estímulo à criação das obras de cunho intelectual, a fim de se promover e aumentar o patrimônio cultural como forma de se "alcançar o ideal de uma sociedade culturalmente rica"[22]. Este estímulo ocorre por meio da concessão ao autor de um privilégio para explorar economicamente, e de forma exclusiva, os frutos de sua atividade criativa.

Para Guilherme Carboni, esta função inerente ao direito de autor encontra, inclusive, amparo constitucional:

Podemos dizer que a função de estímulo à criação intelectual – do direito de autor – encontra respaldo no art. 286, § 3º, da Constituição Federal, que diz que "a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais". A nosso ver, o termo "incentivo" não deve abranger apenas os fiscais, voltados para a produção de bens culturais, mas também, os direitos de uso exclusivo sobre tais bens, constituídos pelo direito de autor.[23]

No entanto, tendo em vista que, em última análise, a justificativa do estímulo à criação tem como fundamento o desenvolvimento cultura e conseqüentemente o social, é necessário que além da promoção da criação, também se garanta o acesso da sociedade a tais obras, através de restrições impostas à tutela do direito de autor, tanto quanto ao tempo de duração do privilégio, quanto às formas de utilização.

Neste sentido Hammes preleciona: "juntamente com a aceitação do Direito de Autor, desenvolveu-se o reconhecimento de que o mesmo está sujeito igualmente a uma vinculação social. Em nome do interesse comum, o autor deve tolerar restrições aos seus direitos". [24]

Deste modo, a proteção dada ao autor como forma de incentivo à criação de novas obras deve sempre estar equilibrada com os interesses sociais bem como com os direitos fundamentais da coletividade, principalmente no que diz respeito ao acesso da sociedade às obras intelectuais, já que é meio para se alcançar o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico.

4.2 Função Econômica

Já dizia Hammes que "o progresso econômico está na dependência direita da cultura"[25]. Assim, o direito de autor desempenha um papel de grande relevância para o desenvolvimento econômico, haja vista que há importantes setores da economia que estão em sua dependência e, ainda, considerando que este ramo econômico tem alcançado índices de crescimento e de participação no PIB (Produto Interno Bruto) das

nações cada vez maiores, superando, inclusive, outros setores importantes da indústria, além de contribuir notavelmente para a geração de empregos.

O impacto econômico exercido pelo direito de autor se concentra principalmente nos resultados das denominadas indústrias do direito de autor.

Pode-se apontar como indústrias do direito de autor aquelas que trabalham direita ou indiretamente na fabricação ou produção de bens e serviços em que há a aplicação da legislação autoral, como por exemplo, a produção de livros, periódicos, CDs, publicidade, obras áudio visuais, etc.[26]. Tais indústrias adquirem cada vez maior relevo no âmbito da economia nacional dos países.

Estudos em diversas partes do mundo refletem a importância dos direito de autor no desenvolvimento econômico das nações. Nesse sentido, em pesquisas realizadas pelo ALAI (Grupo Alemão) nos EUA, observa-se um crescimento considerável e gradativo da indústria do direito de autor ao longo dos anos. Isso porque, em 1954 a sua participação representava 2% do PIB americano, já em 1982 a participação das indústrias relacionadas com o direito de autor constituía 4,6 % no PIB daquele país.[27]
.

Em relatório mais recente, a IIPA (International Intellectual Property Alliance), afirma que em 2005 as chamadas indústrias de Copyright responderam por 6,56% do PIB norte-americano, agregando cerca de 819,97 bilhões de dólares e gerando 11.3256 empregos.[28]

No Brasil a situação não deixa de ser diferente. Em estudo realizado pela UNICAMP/GEOPI, no ano de 2000, constatou-se que as indústrias de bens culturais no país seguem o mesmo caminho do restante do mundo. Segundo a pesquisa, no ano de 1998 a indústria do direito de autor agregou 6,74% do PIB brasileiro, gerando mais de um milhão de postos de trabalho, o que representa 5% do total de empregos do país.[29]

A par das referidas informações não há como negar a grande representatividade dos direitos autorais para o desenvolvimento econômico das nações, constituindo, além disso, ferramenta fundamental para o "incremento da ciência, da tecnologia e da cultura no mercado mundial"[30], mostrando-se, portanto, de fundamental importância também para comércio internacional.

Esta importância do direito de autor para mercado mundial reflete-se através do surgimento de regras destinadas a proteger o direito de autor em tratados internacionais de comércio como, por exemplo, o próprio Acordo TRIPs, o Tratado de Livre Comércio da América (NAFTA) e vários acordos bilaterais que estão sendo celebrados, além, evidentemente da Conferência Diplomática sobre Certas Questões de Direitos de Autor e Conexos, que ocorreu em dezembro de 1996, em Genebra/Suíça.[31]

Não obstante, é imprescindível ressaltar que a função econômica do direito de autor, por mais expressiva que seja, deve sempre funcionar em consonância com os direitos da coletividade, ou seja, o desenvolvimento da economia não pode servir como embasamento para uma proteção excessiva do direito de autor a ponto de interferir nos direitos sociais, sobretudo no direito de acesso às obras intelectuais.

4.3 Função Política

O direito de autor apresenta-se também, contemporaneamente, como uma ferramenta da política cultural nacional, haja vista que suas normas ao tratarem de temas como a criação, proteção e utilização econômica de obras intelectuais, podem ser consideradas como iniciativas que tem o intuito de incentivar e disseminar a produção e o acesso cultural.

Carboni reconhecendo este papel conferido ao direito de autor assevera:

Como as iniciativas de política cultural também assumem a forma de normas jurídicas, e levando-se em conta que o direito de autor – conforme preleciona Carlos Alberto Bittar – é entendido como "o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências", não há dúvidas de que o direito de autor constitui um instrumento de política cultural.[32]

Entretanto, frente às exigências da sociedade da informação, para que o direito de autor seja concebido com uma ferramenta eficaz de política cultural é necessário que a legislação autoral encontre aplicação sempre em consonância com preceitos constitucionais, como o princípio da função social da propriedade e os direitos de acesso à informação, cultura e educação, a fim de se manter uma relação de equilíbrio entre direitos de autor e direitos da coletividade.

A esse respeito, o Ministério da Cultura em estudo realizado, aduz que a resposta para as questões de como estabelecer políticas culturais na sociedade moderna encontra o devido respaldo na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

A resposta a essas questões pode ser encontrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu Artigo 27 estabelece que a proteção dos interesses morais e materiais dos autores de obras científicas, literárias e artísticas deve estar equilibrada com o direito de toda pessoa de participar livremente da vida cultural de sua comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. É justamente este equilíbrio a chave para a compatibilização da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais e o Sistema de Direitos Autorais, permitindo que este Sistema sirva, realmente, para estimular a criatividade e a inovação, atendendo a fins sociais e econômicos, e não seja um fim em si mesmo, devendo ser limitado no tempo e sua duração não devendo ir além do que seja justo e necessário. [33]

Dessa forma, pode-se afirmar que o papel que função política do direito de autor deve cumprir é exatamente a de garantir a possibilidade de o maior número de pessoas possível ter acesso e participar do processo cultural, seja criando seja acessando os bens culturais, como forma de promoção do desenvolvimento social do país.

4.4 Função Social do Direito de Autor:

Por fim, há que se falar na função social do direito de autor, constituindo, talvez, a mais importante das funções que este instituto jurídico deve alcançar na atualidade.

Antes, porém, de se abordar tal tema é conveniente que se estabeleça qual é o conceito de função social do direito do autor modernamente, tendo em vista as novas exigências sociais surgidas em decorrência da sociedade da informação.

Assim, tem-se que a função social do direito de autor é a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a proteção do direito exclusivo do autor em equilíbrio com o maior acesso coletivo às obras intelectuais.[34]

Conceituar a função social do direito de autor não é tarefa tão árdua, no entanto estabelecer as formas de alcançá-la parece uma missão mais complexa. O tema é objeto de inúmeros estudos e debates atualmente, tanto no âmbito da pesquisa acadêmica, quanto em estudos e eventos promovidos pelo Ministério da Cultura.

Da análise do tema depreende-se que ainda há alguns autores, diga-se mais conservadores, que dirão que a função social só é alcançada através de uma proteção extensiva e absoluta sobre os direitos de autor, de forma a conceder ao autor um monopólio sobre a utilização das suas obras. Para estes, essa proteção representa um alto grau de incentivo à criação o que conseqüentemente se traduz em um aumento do patrimônio cultural.

Contudo, a teoria apontada não mais condiz com a realidade, pois um nível muito elevado de proteção vem a servir de obstáculo ao acesso às obras intelectuais, e tendo em vista a importância atual que a informação, a cultura e o conhecimento têm para o desenvolvimento dos povos e da nação, não há mais como admitir tal hipótese.

Outros autoralistas, já não tão conservadores, confundem a regulamentação da função social do direito de autor com as limitações legais previstas na lei 9610/98, ou seja, para esta parte da doutrina a função social do direito de autor está presente nas limitações ao direito de autor dispostas em lei.[35]

Todavia, conforme entendimento corroborado por Carboni tais limitações e exceções não são suficientes para resolver os conflitos entre o direito individual do autor e o interesse público à livre utilização de obras intelectuais[36]

Dessa forma, para que se atinja a função social do direito de autor é necessário que se vá além das limitações impostas pela Lei de Direitos Autorais, já que insuficientes para realização daquele fim. Com isso, dentro da contextualização do constitucionalismo contemporâneo, imperioso é que se recorra aos preceitos constitucionais, principalmente no que tange os direitos fundamentais de acesso à informação, cultura e educação, além é claro, da aplicação da função social do direito privado com um todo.

Considerações Finais

O direito de autor, assim como os demais institutos de direito privado, nasce e deve funcionar, atualmente, estreitamente ligado à Constituição e seus princípios constitucionais, fato este, decorrente, especialmente do fenômeno da constitucionalizado do direito privado e consequente aproximação das esferas do direito público e direito privado.

Desta forma, o viés patrimonial-individualista que historicamente permeou o Direito de Autor, em que destacava-se a excesso de proteção dos bens intelectuais como forma de garantia da retribuição financeira do autor, não encontra mais espaço no contexto do constitucionalismo contemporâneo.

Assim, com a necessária funcionalização dos institutos de direito privado à luz dos princípios constitucionais, percebe-se que o Direito de Autor, além da sua função de incentivo à criação, possui, também, atualmente, outras funções, que devem atender a fins mais sociais do que exclusivamente individuais.

Portanto, o Direito de Autor, assim como os demais institutos de direito privado, no atual contexto constitucional, deve se deixar influenciar pela Constituição e seus princípios, devendo ser aplicado sempre em consonância com os preceitos constitucionais, e no caso do Direito de Autor, especialmente, com os direitos fundamentais coletivos de acesso a informação, cultura e educação, como forma de promoção do desenvolvimento econômico, tecnológico e cultural da sociedade como um todo.

Referências

ABRÃO, Eliane Y. Direitos de autor e direitos conexos . São Paulo: Ed. do Brasil, 2002.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão púlbica do direito autoral na sociedade da informação.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed, 2008.

AFONSO, Otávio. Os novos rumos dos Direitos Autoriais Autor. Disponível em: http://www.cidadão

legal.com.br/v2/maisart.asp?id=14. Acesso em: 28 out. 2008

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil).* In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARBONI, Guilherme. Função social do direito de autor. Curitiba: Editora Juará, 2008.

Copyright Industries in The U.S. Economy: the 2006 Report. Disponível em: http://www.iipa.com/pdf/

2006_siwek_full.pdf. Acesso em: 23 de out. 2008

Copyright Industries in The U.S. Economy: the 2006 Report. Disponível em: http://www.iipa.com/pdf/2006_siwek_full.pdf. Acesso em: 23 de out. 2008.

FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil.* In: SARLET, I. W. (Org.) *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da propriedade intelectual: subsídios para o ensino.* São Leopoldo: editora Unisinos, 1998

JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobra a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAGRANI, Bruno. Função social do direito de autor: análise crítica e alternativas conciliatórias. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/upload/BRUNO%20MAGRANI_1202411651.pdf. Acesso em: 25 out. 2008.

MINISTÉRIO DA CULTURA. Direitos Autorais, acesso à cultura e novas tecnologias: desafios em evolução à diversidade cultural. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/legislacao/direitos_autorais/estudos/index.php?p=21711&more=1&c=1&pb=1. Acesso em: 29 out. 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras.* In: FACHIN, L. E. (Org.) *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REIS, Jorge Renato dos. *A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no direito privado*. In: LEAL, R G., REIS, J. R. (Organizadores). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 4. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

____. *O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social*. In: ADOLFO, L. G. S.; MORAES, R. (Org.) *Propriedade intelectual em perspectiva.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Study on the economic importance of industries and activities protected by copyright and related rights in the Mercosur countries and Chile. Disponível em: http://www.wipo.int/sme/en/documents/pdf/copyright_mercosur.pdf. Acesso em: 27 out. 2008

TREPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento.* In: In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

---

[1] O Estado Burguês nasceu e se desenvolveu em uma economia agrária, em que a riqueza se concretizava na propriedade, especialmente na propriedade.

[2] ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão púlbica do direito autoral na sociedade da informação.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed, 2008, p. 26

[3] REIS, Jorge Renato dos. *A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no direito privado*. In: LEAL, R G., REIS, J. R. (Organizadores). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 4. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 995.

[4] FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil.* In: SARLET, I. W. (Org.) *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 200, p. 89.

[5] RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras.* In: FACHIN, L. E. (Org.) *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 5.

[6] Publicização do direio privado é o processo de intervenção estatal, caracterizada também pelo dirigismo contratual, principalmente no âmbito do Poder legislativo, limitando a autonomia privada, a fim de proteger a parte hipossuficiente da relação, não se confundindo, portanto, este termo com a constitucionalização do direito privado

[7] BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil).* In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 231.

[8] REIS, Jorge Renato. *O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social*. In: ADOLFO, L. G. S.; MORAES, R. (Org.) *Propriedade intelectual em perspectiva.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 152.

[9] BARROSO, op. cit., p.217.

[10] REIS, Jorge Renato. op. cit., p. 153.

[11] BARROSO, op. cit., p. 218.

[12] LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobra a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.104.

[13] BARROSO, op. cit., p. 217.

[14] FINGER, op. cit., p. 93.

[15] BARROSO, op. cit., p. 227.

[16] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 6.

[17] REIS, op. cit., p. 153.

[18] REIS, op. cit., p. 154.

[19] TREPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento.* In: In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.310.

[20] RAMOS, op. cit., p.16.

[21] Arpad Bogsh apud HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da propriedade intelectual: subsídios para o ensino.* São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998, p. 30.

[22] MAGRANI, Bruno. Função social do direito de autor: análise crítica e alternativas conciliatórias. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/upload/BRUNO%MAGRANI_12024116

51.pdf. Acesso em: 25 out. 2008.

[23] CARBONI, Guilherme. Função social do direito de autor. Curitiba: Editora Juará, 2008, p. 73.

[24] HAMMES, Bruno Jorge. O direito de propriedade intelectual: subsídios para o ensino. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998, p. 76/77.

[25] HAMMES, op. cit., p. 31.

[26] AFONSO, Otávio. Os novos rumos dos Direitos Autorais Autor. Disponível em: http://www.cidadãolegal.com.br/v2/maisart.asp?id=14. Acesso em: 28 out. 2008.

[27] HAMMES, Bruno Jorge. op. cit., p. 33.

[28] Copyright Industries in The U.S. Economy: the 2006 Report. Disponível em: http://www.iipa.com/pdf/2006_siwek_full.pdf. Acesso em: 23 de out. 2008.

[29] Study on the economic importance of industries and activities protected by copyright and related rightsin the Mercosur countries and Chile. Disponível em: http://www.wipo.int/sme/en/documents/pdf/copyright_mercosur.pdf. Acesso em: 27 out. 2008.

[30] CARBONI, Guilherme. Função social do direito de autor. Curitiba: Editora Juará, 2008, p. 86.

[31] AFONSO, Otávio. Os novos rumos dos Direitos Autorais Autor. Disponível em: http://www.cidadãolegal.com.br/v2/maisart.asp?id=14. Acesso em: 28 out. 2008.

[32] CARBONI, Guilherme. op. cit., p. 88.

[33] MINISTÉRIO DA CULTURA. Direitos Autorais, acesso à cultura e novas tecnologias: desafios em evolução à diversidade cultural. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/legislacao/direitos_autorais/ estudos/index.php?p=21711&more=1&c=1&pb=1. Acesso em: 29 out. 2008.

[34] CARBONI, op. cit., p. 97.

[35] CARBONI, op. cit., p. 97.

[36] CARBONI, op. cit., p. 97.

DOS DIREITOS HUMANOS À PROPRIEDADE INTELECTUAL – O CONFLITO ENTRE A PROTEÇÃO AUTORAL E O ACESSO À INFORMAÇÃO NA INTERNET*

FROM THE HUMAN RIGHTS TO THE INTELLECTUAL PROPERTY – THE CONFLICT BETWEEN THE COPYRIGHT PROTECTION AND THE ACCESS TO THE INFORMATION ON THE INTERNET

Larissa da Rocha Barros Lima

RESUMO

O direito da propriedade intelectual, dada a sua importância econômica, é essencialmente visto e praticado sob a previdência de regras internacionais. Uma vez que seu objeto de estudo corresponde à matéria de interesse político, cresce o valor da existência de tratados internacionais em função da uniformização de suas regras. Tal regulamentação, contudo, não tem levado em consideração a necessidade de observância das regras que tratam sobre direitos humanos, vez que toda concessão de privilégio ao particular criador de obra intelectual deve ser feita em equilíbrio com os interesses de fruição da sociedade. No campo dos direitos autorais, observa-se que a internet tem exercido papel fundamental no que diz respeito a disseminação da informação e do conhecimento, aumentando por outro lado as possibilidades de violação de conteúdos protegidos. Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo o de analisar o paradoxo existente entre a proteção dos direitos autorais e a tutela do direito de acesso à informação na era digital, sob a perspectiva da legislação sobre direitos humanos em vigor, de modo a auxiliar legislador e interprete na concretização da função social da propriedade intelectual.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS; TRATADOS INTERNACIONAIS; PROPRIEDADE INTELECTUAL; DIREITO AUTORAL; DIREITO À INFORMAÇÃO; INTERNET.

ABSTRACT

The right of the intellectual property, due to its economic importance, is mainly seen and practiced under the foresight of the international rules. Once its object of study corresponds to subject of public interest, the value of international treaties is enhanced due to the standardization of its rules. Such regulation, however, hasn't been considering the need for observance of the rules about human rights, since that every privilege concession to the private person who creates an intellectual work must be done in balance with the fruition interests of the society. In the field of copyright, it is observed that the internet has practiced the fundamental role in concern to the dissemination of information and knowledge, raising the possibilities of protected

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

contents' violation. At this context, the present work aims to analyze the existing paradox between the copyright protection and the defense of the access right to the information in digital age, under the human rights legislation perspective, in a way that will assist the legislator and the interpreter in order to accomplish the social function of the intellectual property.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS; INTERNATIONAL TREATIES; INTELLECTUAL PROPERTY; COPYRIGHT; INFORMATION RIGHT; INTERNET

1. Introdução

O direito da propriedade intelectual com o passar dos anos tem crescido em importância no âmbito da economia de diversos países, uma vez que se relaciona diretamente com o progresso e o desenvolvimento de tecnologias. Este avanço, no entanto, tem ocorrido de forma isolada sem que se observe durante grande parte de sua evolução histórica qualquer ponto de contato com a doutrina dos direitos humanos.

Dessa forma, é possível perceber que o crescimento deste ramo do direito se limita à tutela de aspectos patrimoniais e outros de interesse da esfera do comércio mundial, esquecendo-se da existência de prerrogativas fundamentais em favor do indivíduo como membro de uma sociedade. No caso dos direitos autorais, vê-se que os institutos jurídicos existentes não se apresentam de forma eficaz no controle das ações ilícitas dos usuários de internet e terminam por restringir sua liberdade de acesso à informação.

O sistema de proteção dos direitos autorais convive com diversas limitações que possibilitam estipular exceções de tutela, em benefício do interesse público. A lei 9.610/98 que dispõe sobre os direitos autorais foi publicada em período anterior a dispersão da internet em segmentos diferentes da sociedade. Diante de políticas públicas de inclusão digital e a massificação de *lan houses*, que tem possibilitado a ampliação do acesso à computadores conectados à rede das classes D e E cresce também a utilização de obras culturais em ambiente eletrônico e com isso a violação de direitos de autor.

O presente trabalho tem por objetivo o de analisar, ainda que de forma breve, a relação existente entre o direito da propriedade intelectual e os direitos humanos, de modo a identificar as eventuais conexões entre eles que possam aperfeiçoar o cumprimento do principio da função social pelo direito de autor.

Num primeiro momento será estudada a evolução dos direitos humanos no tocante a busca de um fundamento norteador de sua doutrina e a construção de um sistema de proteção internacional. Após, será perquirido sobre qual a relação existente entre os direitos do homem e o direito de propriedade intelectual, demonstrando de que forma este último se apresenta nos Tratados e Convenções internacionais. Será conferida ênfase ao direito autoral, de modo a restringir ainda mais o objeto da presente avaliação.

Adiante, será analisado o direito à informação e a forma que a sua proteção influi na realização dos direitos à cultura e à educação, numa tentativa de se traçar um paralelo entre o acesso livre e a formação pessoal do indivíduo. Observar-se-á como o

desenvolvimento de novas tecnologias propicia a violação de direitos de autorais em meio eletrônico e evidencia o conflito entre tais prerrogativas.

Posteriormente, será demonstrado que o equilíbrio entre a efetivação dos direitos autorais e a realização do direito à informação se caracteriza como um imperativo de preenchimento do princípio da função social a ser verificado.

Ao final, serão observados os desafios existentes para que seja possível uma maior interação entre os direitos humanos e o direito da propriedade intelectual e a maneira através da qual a sociedade tem encontrado respostas às suas demandas, uma vez que a produção de lei sobre os temas de informática ainda são escassas e em geral denotam uma concepção de direito autoral tradicional que não se coaduna com a realidade da Sociedade da Informação.

2. Direitos humanos e propriedade intelectual: internacionalização e tutela dos direitos autorais

2.1 A proteção internacional aos direitos humanos.

O estabelecimento da idéia de direitos humanos é indissociável da compreensão de sua história evolutiva. Para que se possa compreender o real significado e a importância desses direitos, circunstância dos quais se originou um sistema de proteção internacional, é necessário ir além da mera percepção terminológica, analisando e interpretando as diversas fundamentações teóricas referentes a sua existência e construídas no decorrer dos séculos.

O problema da fundamentação teórica diz respeito a necessidade de se encontrar uma justificação racional para a constituição desses direitos. Na atualidade, são três as teorias que despontam como principais: a do jusnaturalismo, a da fundamentação histórica e a da acepção ética – cada uma com suas particularidades vistas em síntese a seguir.

Todas essas teorias têm como suporte a atribuição de um valor diferenciado à pessoa humana que por sua vez se apresenta como uma variante no tempo segundo critérios histórico-sociais e políticos, identificados conforme o ponto de referência adotado. A figura do homem enquanto ser de natureza diferenciada dos demais seres vivos tem suas primeiras reflexões elaboradas na Grécia antiga, quando então se enfatizou a sua capacidade linguística e de compreensão de sua realidade. Nesse período, no entanto, a idéia de igualdade entre os homens se dava segundo os elementos de estratificação social que existiam naquela sociedade, de modo que seriam iguais aqueles que ocupassem a mesma classe social, gozando assim de determinados direitos não reconhecidos aos demais que posicionados em grupo social diverso.

Outro entendimento, ainda que restrito ao campo teórico pode ser identificado com a rendição do mundo grego ao imperialismo romano, no período Helenístico, quando

então se observou o surgimento da filosofia estóica, fortemente influenciada pela concepção de existência de uma unidade do gênero humano através da idéia de fraternidade universal. Na prática, entretanto, o conceito de direito subjetivo permaneceu durante toda a Idade Média limitado à idéia do privilégio, somente vindo a ser modificado com as revoluções liberais do século XVII.

A integração nascente entre os valores da liberdade e da igualdade até então inexistente evidenciou um novo panorama de proteção dos direitos do homem, refletindo-se tanto na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como nas demais declarações de direito da época. Tal perspectiva influenciou o advento, em tempos modernos, do reconhecimento de um valor intrínseco à pessoa humana que somado à filosofia humanista e ao universalismo cristão constituíram a base do jusnaturalismo moderno. Passou-se a pensar no indivíduo como um sujeito cujos direitos são inatos à sua condição humana, deixando-se de lado a concepção aristotélica e patriarcal do homem como ser político.

O jusnaturalismo, especialmente no que toca a sua acepção racional, e a noção de direitos provenientes da própria natureza humana, ou seja, o direito natural são os responsáveis pelo desenvolvimento da teoria dos direitos do homem. Segundo tal filosofia os direitos humanos seriam expressões do direito natural e estariam conectados diretamente à teoria do contrato social. A evolução desse entendimento transita por diversos teóricos como Locke, Pufendorfe, Rousseau, entre outros, alcançando em Kant o auge de sua construção racionalista, quando este faz referência à autonomia ética do ser humano como fundamento da dignidade da pessoa humana. Os direito humanos sob esta ótica tem, portanto, sua origem no direito natural, antecedente e superior ao direito positivo, vez que, inerentes à condição humana, são irrefutáveis e independentes da necessidade de reconhecimento pelo legislador.

Em contraposição ao fundamento absoluto instituído pelo jusnaturalismo, os teóricos que justificam a essência dos direitos humanos segundo o parâmetro da historicidade entendem que estes direitos são variáveis no tempo, uma vez que nascem de necessidades humanas que eventualmente se modificam conforme a sociedade e a época em estudo. Desta forma, são direitos históricos e relativos, frutos da evolução social.

É interessante notar que ao final do século XIX os direitos humanos passaram a ser considerados como um importante referencial valorativo de convivência social, o que foi possível com a autoconsciência de que o homem cria as normas às quais ele próprio irá se submeter, e o consequente estabelecimento de uma hierarquia de valores vinculativa. Esta concepção somada à idéia do homem cuja essência é permanentemente inconclusa, do início do século XX, terminaram por reforçar a tese da fundamentação histórica, visto que reafirmaram o caráter de mutabilidade e a derivação dos direitos humanos de lutas e transformações ao longo dos séculos.

Como se pode perceber, não há dúvidas de que a dignidade da pessoa humana é um valor histórico-axiológico que atua como alicerce à construção dos direitos humanos fundamentais, entretanto, assim como o jusnaturalismo foi transposto pelo historicismo, faz-se necessário que algumas ponderações sejam exercidas sobre essas teorias. A crítica elaborada pela doutrina do fundamento ético consiste na ausência de uma preocupação concreta com a efetividade e realização desses direitos.

Os defensores da tese do fundamento ético entendem que os direitos humanos devem ser compreendidos como exigências éticas coletivas as quais os seres humanos possuem direito exclusivamente em função de sua respectiva natureza e decorrentes do valor da dignidade da pessoa humana. Desta forma, são considerados como direitos morais com fulcro na igualdade e que dependem de reconhecimento da sociedade, para que possam ser garantidos e corroborados como prerrogativas num ordenamento jurídico. Os direitos humanos sob tal perspectiva devem ser justificados através de fundamentos éticos e racionais, sob pena de constituírem meros dados históricos desprovidos de eficácia.

A significação ética e contemporânea dos direitos humanos é proveniente da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que por sua vez nasce no pós-guerra e em contraposição às barbaridades perpetradas por regimes totalitários É uma concepção que faz parte da segunda fase de internacionalização dos direitos do homem, em que se observa uma reestruturação desses direito. A primeira fase por seu turno compreende o período entre a segunda metade do século XIX até o início da 2ª guerra mundial, sendo marcada pela doutrina do positivismo jurídico, já este segundo momento se destaca pela necessidade de que a proteção aos direitos humanos ultrapassasse as fronteiras internas de um Estado, constituindo-os como tema impreterível de uma agenda internacional.

Originou-se, assim, um sistema de proteção dos direitos humanos aplicável em esferas de atuação diversa, mas complementares entre si. Em caráter de suplementariedade ao sistema nacional existente, composto por uma Constituição e leis nacionais de um determinado país, surge um sistema de proteção global composto por diversos tratados e convenções internacionais produzidos no âmbito da Organização das Nações Unidas e outro de índole regional, cujo objetivo é alcançar planos regionais particularizados, o da Europa, da África e da América.

Note-se que com a aprovação da Declaração Universal de 1948 é possível se falar em alcance universal dos direitos humanos. Isto ocorre uma vez que com o processo de internacionalização, a tutela desses direitos se expande, atingindo a coletividade da sociedade humana, onde o indivíduo passa a ser visto como sujeito de direito internacional. Conforme leciona Noberto bobbio:

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que (...) os direitos do homem deverão ser não apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

Outro aspecto importante veiculado pela mesma Declaração, diz respeito ao caráter de indivisibilidade atribuído aos direitos do homem, que nasce da conjugação num mesmo documento e em igual patamar de importância dos valores da liberdade e da igualdade. Até o início do século XX, é possível perceber que nos documentos da época havia o predomínio da proteção de direitos civis e políticos, visto que a necessidade observada

até então consistia na proteção do indivíduo ante a eventual investidura abusiva do Estado. Somente ao final da 1ª guerra mundial é que importantes transformações na estrutura do Estado e o fortalecimento da idéia de Justiça Social ocorreram e com isso novos direitos – os sociais, culturais e econômicos – surgiram das exigências do homem enquanto inserido num grupo social.

A indivisibilidade consiste na contínua interação e permanente relação de complementariedade que prerrogativas civis e políticas dividem com os direitos de cunho social. É possível dizer inclusive que a realização efetiva da primeira depende da garantia destes últimos, de modo que existe um aspecto de indissociabilidade entre ambos. Com a Declaração Universal de 1948 foi possível estabelecer um discurso onde a noção de direitos humanos pudesse ser compreendida como a de uma unidade de direitos interdependentes entre si, ainda que de inspiração diversa.

O sistema de proteção internacional, todavia, enfrenta uma série de desafios na realização dos direitos humanos. O aspecto da universalidade enfrenta a oposição do relativismo cultural no tocante ao alcance desses direitos e a indivisibilidade tem na exclusão socioeconômica e na flexibilização de direitos sociais questões a serem necessariamente suplantadas. Há também, no que se refere aos tratados internacionais, a necessidade de se definir um sistema eficaz de monitoramento obrigatório e não facultativo, a fim de que os Estados possam se submeter, entre outras problemáticas que ultrapassam a mera discussão sobre o fundamento e a natureza desses direitos.

Noberto Bobbio já alertava para essa dificuldade nos idos dos anos sessenta, demonstrando a carência de um sistema de garantias reais. Ao afirmar que o problema dos direitos humanos não mais consistia numa preocupação filosófica, mas ao contrário, numa questão de cunho político e jurídico, o autor teve por ressaltar a urgência de que se concretizasse um sentido forte de direitos humanos e sua efetiva proteção no mundo real.

Para o autor, a evolução na proteção dos direitos humanos passou de um sistema fraco, sustentado em códigos de normas naturais, para outro de característica forte baseado nos sistemas de proteção nacionais, entretanto, ao contrário do que era esperado, a concretização de um sistema internacional de tutela não conseguiu manter tal sentido forte, visto que atualmente as sanções aplicáveis nos casos de violação de direitos humanos não são eficazes.

2.2 O estudo da propriedade intelectual sob a perspectiva dos direitos humanos

O Direito da propriedade intelectual corresponde ao ramo do direito responsável pelo estudo das criações do intelecto humano, abrangendo a tutela de direitos autorais, da propriedade industrial e de outros direitos sobre bens imateriais de gênero diverso. Consiste na proteção das obras artísticas, científicas e literárias, das invenções em todos os campos de conhecimento, do design industrial, das marcas, da proteção contra a concorrência desleal e de todos os direitos resultantes de atividade do intelecto humano.

É um direito eminentemente internacional, consignado em tratados e convenções firmados por diversos países, uma vez que este ramo do direito se apresenta como um campo de estudo que não pode ser dissociado das questões mundiais em evidência. Suas análises e doutrinamentos servem de base para a tomada de decisões de cunho político, que de uma forma ou de outra, são passíveis de afetar grandes populações.

Ao se proteger um bem imaterial dessa natureza, o direito concede ao criador uma espécie de monopólio sobre a obra criada, de modo que este possa explorá-la economicamente durante certo período tempo. Esse direito temporário de exploração exclusiva tem como objetivo o de estimular o autor à produção de outros bens imateriais, assim como o de incentivar a inovação e a atividade inventiva do homem e com isso a própria sociedade possa usufruir do desenvolvimento cultural e tecnológico alcançado.

Desta forma, a proteção da propriedade intelectual evoluiu através dos séculos com vistas a tutelar a relação existente entre o criador, a criação e o interesse social ao desenvolvimento. O conflito entre o público e o privado neste ramo do direito se estabelece no momento em que a propriedade é garantida a um determinado individuo, pois ao mesmo tempo, deverá ela estar condicionada a limites e restrições impostos pelo princípio da função social da propriedade.

O histórico da propriedade intelectual abrange dois períodos, um clássico, que se estende até o momento do pós-guerra e outro contemporâneo que se expande no século XX até os dias atuais em que novos direitos passam a fazer parte do seu âmbito de proteção como a biotecnologia, os *softwares*, e toda a industrial eletrônica.

É interessante notar que os direitos humanos e os direitos de propriedade intelectual se desenvolveram durante todo período clássico e boa parte do contemporâneo como dois corpos jurídicos estranhos entre si, provavelmente por possuírem raízes filosóficas distintas. Enquanto que no processo de afirmação históricos dos direitos do homem se observa uma preocupação de cunho filosófico e político no seu reconhecimento, no campo de defesa dos direitos intelectuais percebe-se uma maior inquietação no que se refere ao aspecto econômico do privilégio a ser preservado.

É possível perceber tal afastamento ao analisar o texto de tratados e convenções que tratam sobre direitos da propriedade intelectual, como as Convenção de Berna, Roma e Paris, ou mesmo outros mais recentes como o TRIPS - *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, que insistem em tratar do direito intelectual sob a ótica do direito privado e dos benefícios econômicos em jogo. Essa visão econômica refletida nesses acordos internacionais do início do século XX deriva da adoção do modelo econômico do capitalismo ao final do século XIX, com o acirramento da competição pelas fontes de riquezas entre as nações.

Há que se ressaltar, contudo, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, entre outros acordos internacionais sobre direitos humanos assinados no momento do pós-guerra, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sócias e Culturais, mencionam em seus respectivos textos disposições acerca do direito da propriedade intelectual. É o caso do artigo XXVII da Declaração que escreve:

Artigo XXVII

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.

2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

E do artigo 15 do Pacto retro mencionado:

Art. 15 - 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

a) Participar da vida cultural;

b) Desfrutar o progresso científico e suas aplicações;

c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

2. As medidas que os estados-partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

3. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

4. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

Note-se que o cruzamento de interesses entre o direito da propriedade intelectual e a teoria dos direitos humanos surge por iniciativa desta última, a partir do momento em se percebeu que os mecanismos de proteção do primeiro estavam interferindo diretamente na realização de interesses do segundo. Segundo Laurence Helfter, dois momentos foram imprescindíveis nesse processo de identificação: a percepção de que direitos de comunidades tradicionais estavam sendo negligenciados, dentre eles o da proteção do conhecimento tradicional de populações indígenas; e o comprometimento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais nos países em desenvolvimento que signatários do acordo TRIPS.

São situações desta natureza as responsáveis por expor a deficiência normativa na produção de leis sobre a propriedade intelectual sob uma perspectiva de direitos humanos. O contexto econômico global dos dias atuais demonstra que o direito da propriedade intelectual precisa acompanhar o progresso tecnológico e científico em plena expansão, entretanto, a normatização das relações jurídicas decorrentes desse

desenvolvimento não pode olvidar de observar uma série de implicações que esta regulamentação poderá causar à proteção de diversos direitos fundamentais. Especialmente em se tratando de direitos sociais básicos, já que estes muitas vezes são considerados como empecilhos ao funcionamento do mercado econômico em geral.

A complexidade desse tema abrange desde o aspecto econômico relacionado ao desenvolvimento de países periféricos ante a cooperação mundial e dos interesses comerciais das grandes potências, à necessidade de proteção de um verdadeiro patrimônio comum da humanidade, constituído pelos direitos humanos. Os desafios que ora se apresentam são consequencias geradas pelo avanço em diversas áreas do conhecimento, especialmente no tocante à tecnologia da informação, à biotecnologia e pesquisas científicas na esfera de medicamentos.

Estão em jogo não apenas direitos sociais, econômicos e culturais, mas também as liberdades civis e as demais dimensões de direitos fundamentais, de modo que o direito da propriedade intelectual deve observância obrigatória ao interesse coletivo e não pode menosprezar direitos dessa natureza.

2.2.1 Os Direitos Autorais

Em relação aos direitos autorais, conforme será demonstrado em momento oportuno, os desafios em pauta ante o desenvolvimento tecnológico estão refletidos no conflito entre o direito do autor de ter sua obra protegida, tanto no que diz respeito ao aspecto patrimonial como moral, à necessidade de acesso ao conhecimento do conteúdo produzido, em tempos da chamada sociedade de informação. Por ora, veja-se a seguir como esse instituto jurídico de proteção da propriedade autoral foi tutelado no âmbito do sistema internacional de proteção.

O direito autoral é um conjunto de atribuições cujo objetivo é salvaguardar o vínculo entre criador e obra. Segundo Carlos Alberto Bittar, “é o ramo do direito privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências”.

A primeira lei que se tem notícia sobre esse tema data de 1710, quando na Inglaterra aprovou-se o chamado Estatuto da Rainha Ana ou o *Copyright Act*, a fim de recuperar a prerrogativa de monopólio que livreiros e editores haviam conquistado até então. Foi reconhecido o direito de cópia, ou *copyright*, aos autores de modo estes poderiam autorizar a reprodução de suas criações por meio de um contrato de cessão. Na França, por outro lado, a Lei sobre direito de autor nasce em 1777, fortemente influenciada pelos ideais iluministas, refletindo um forte sentimento de vinculação entre autor e obra. É quando nasce a concepção de direito moral do autor, como dever de observância a uma série de direitos de ordem não patrimonial, decorrentes de características pessoais manifestadas na obra produzida. Daí inicia-se a constituição dos dois grandes sistemas de proteção dos direitos autorais: o anglo-americano, com ênfase no aspecto patrimonial dos direitos autorais e voltando para a manutenção e a expansão de uma indústria cultural, e o *droit d’auteur* de influência franco-germânica, em que se procurou

evidenciar as características personalíssimas impressas no bem cultural produzido, também conhecido como sistema da Europa Continental.

Apesar da existência em paralelo destes dois sistemas de proteção, constituídos segundo pontos de partida diversos, atualmente se percebe uma aproximação entre essas duas tradições autorais e uma possível harmonização mundial das normas sobre direitos autorais, ante a necessidade regulamentação no âmbito internacional que a temática reclama. No início o que existiam eram acordos bilaterais entre os países, até que se sentiu a necessidade de que acordos multilaterais fossem estabelecidos. Atualmente, em paralelo as Convenções de cunho internacional, é possível observar a existência de diversos acordos, em especial no tocante a regulamentação da exploração comercial, e que são administrados por organismos internacionais como, por exemplo, a Organização Mundial do Comercial – OMC. Daí porque pode-se dizer que a legislação sobre direito autoral caminha em direção a uma potencial uniformização, distanciando-se cada vez mais das diferenças entre os sistemas de proteção tradicionalmente conhecidos.

A primeira tentativa de unificação se deu com a Convenção de Berna em 1886, como conseqüência da internacionalização da economia e do comercio no final do século XIX. Inspirada nos regimes de proteção autoral da França e da Inglaterra, esta Convenção exerceu um importante papel no reconhecimento interno dos direitos autorais pelos países signatários, representando uma recomendação a ser seguida na produção de leis referentes às matérias ínsitas em seu texto.

O texto da Convenção de Berna tem por transmitir uma série de princípios importantes à tutela dos direitos de autor, tais como o em especial no tocante aos direitos morais, assim como veicula normas de direito material. De acordo com suas normas, protege-se os autores não apenas no seu país de origem, mas também nos demais integrantes signatários, ainda que a obra lá não tenha sido publicada e desde que respeitada algumas condições.

Ainda que seu texto tenha sido revisitado e reformado em momentos posteriores, as disposições contidas nesta Convenção não foram suficientes para suprir as necessidades de padronização provocadas dentre outros fatores pela globalização. A idéia de uniformidade das leis desta seara ganha força na conjuntura atual do tráfego de informações na internet por dois motivos principais: num primeiro momento porque o direito à propriedade intelectual é uma prerrogativa produto da lei, não podendo ser considerada com um direito inato ao ser humano – daí a necessidade de um *standard* legal; e num segundo momento pelo fato de que a conquista do conhecimento e da informação significa aquisição de poder de controle, especialmente no tocante a formação de opinião pública.

Outros acordos foram escritos como o TRIPS – *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, pelos países membros da OMC em 1996, introduzindo modificações aos limites e as exceções à proteção dos direitos de autor; o Tratado da OMPI sobre Direitos Autorais que faz referência ao direito de reprodução e ao direito de comunicação ao público em consonância com a regra dos três passos; a Convenção de Genebra com a regulamentação do direito à reprodução em âmbito digital; a Convenção de Budapeste entre outros. A dificuldade, no entanto, de se construir uma normativa

internacional uniforme reside nas diferenças de prioridades existentes entre os países, o que tem por retardar esse processo.

É possível, contudo, afirmar, que os direitos humanos constituem ainda que parcialmente um obstáculo a formação dessa unidade, o que deve ser encarado de forma positiva. Como foi afirmado anteriormente, a atividade legislativa sobre a propriedade intelectual em geral e durante muitos séculos prescindiu do dever de observância da normativa sobre os direitos do homem, visto que se foco residia apenas no aspecto patrimonial da mercancia. Somente com o despertar para o fato de que direitos humanos estavam sendo violados por leis desse ramo do direito que segmentos sociais e políticos de diversos países iniciaram um movimento em favor daquelas prerrogativas.

No caso dos direitos autorais, a ânsia pela regulamentação das novas tecnologias da informação tem ocasionado certo descuido em se tratando de uma série de direitos fundamentais. Nesse contexto emergem conflitos entre a proteção do monopólio autoral e o direito de acesso à informação sob diversas perspectivas, educacional, democratizante, incentivadora do progresso científico, e outras; quanto a necessidade de controle sobre a rede, eventuais situações de vigilantismo e o direito à privacidade e à intimidade do usuário da rede; entre outras situações que invocam uma postura equilibrada quanto aos interesses em confronto.

Será analisado no capítulo a seguir, algumas dessas situações em que a tutela dos direitos autorais se apresenta em choque com a proteção de outros direitos fundamentais, quando observados no campo de ação da rede mundial de computadores.

3. O direito de acesso à informação como direito humano fundamental e a utilização de obras protegidas na internet

3.1 Informação, cultura e educação.

O direito de acesso à informação é uma liberdade individual cuja base compreende o conteúdo de um direito fundamental extremamente relevante ao desenvolvimento da personalidade humana: o direito à cultura.

No âmbito da teoria dos direitos fundamentais não há mistério quanto à acepção de que o direito à cultura se manifesta como uma prerrogativa de segunda dimensão lado a lado com os direitos sociais e econômicos. Isto porque, ao se analisar a questão sob o ponto de vista da prestação estatal, resta evidente a posição do Estado de garantir a efetivação das espécies desse direito, à população como um todo. Reconhecida como um direito personalíssimo a ser tutelado, a cultura, entretanto, tem seu conteúdo diluído na Constituição Brasileira nos dispositivos que protegem, sobretudo, as artes, a memória coletiva e à transmissão de conhecimento

Desta forma, deve-se ressaltar que o aspecto cultural também se faz presente nas demais dimensões de direito. Na primeira, restrito à esfera do individuo, compreendido nos direitos de liberdade de expressão e de criação, e na terceira segundo um caractere de universalidade a partir da idéia de titularidade difusa e indefinida, através do qual a cultura se destaca como fator de desenvolvimento das relações existentes na comunidade global, ao mesmo tempo em que se configura como elemento indissociável da qualidade de vida homem.

É sob essa ótica que os direitos culturais devem ser encarados num contexto de sociedade da informação como o atual. É preciso que se observe que a cultura sempre correspondeu a um fator de desenvolvimento da personalidade do homem e de seu posicionamento no grupo social. Ao se ter acesso as fontes de cultura, num ambiente em que livre a expressão e a manifestação do pensamento, o homem é capaz de assimilar o conhecimento adquirido à sua experiência pessoal, transformando informação em opinião.

Segundo Jose Afonso da Silva são espécies de direito cultural tuteladas pela Constituição: os direitos a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica; o direito à criação cultural; o direito de acesso as fontes da cultura nacional; os direitos de difusão das manifestações culturais; os direitos de proteção as manifestações culturais indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional; e o direito-dever Estatal de formação do patrimônio cultural e de proteção aos bens culturais sujeitos a regime jurídico especial, em função do interesse público.

Nesse sentido, a Constituição insere o conteúdo do direito à informação no campo de atuação dos direitos de liberdade de expressão e de acesso ás fonte culturais, além de exercer sua tutela com maior ênfase no texto do artigo 5º, inciso IV.

No âmbito da legislação internacional além de estar garantido em uma série de Tratados e Convenções convém destacar o texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 no qual se concebe que toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão sem interferências, inclusive de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. A liberdade de acesso à informação, enquanto liberdade de opinião e expressão, deste momento em diante, não mais se restringe ao âmbito da autonomia privada do indivíduo, expandindo-se de modo a necessitar da intervenção do Estado para que direitos como os derivados da comunicação e o de acesso à informação existente em repartições públicas sejam merecedores de tutela. Ou seja, ela deixa de ser encarada meramente como uma liberdade civil, para ser considerada sob o viés do Estado do bem-estar.

Daí ter-se que o direito de liberdade de informação possui três aspectos indissociáveis de sua essência: o direito de informar, o direito de ser informado e o direito de se informar. Segundo o primeiro, o indivíduo possui o poder de transmitir e comunicar informações, através dos meios colocados a sua disposição, já pelo segundo tem-se a possibilidade de se obter dados, em geral por intermédio do Poder Público e, por fim, através do terceiro, a prerrogativa consiste em procurar e alcançar as informações pretendidas sem que existam obstáculos por parte do sujeito passivo. Para José Afonso da Silva:

“A liberdade de informação compreende a procura, o acesso o recebimento e a difusão da informação e de idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição (...).”

Ao dispor sobre o tema, esse mesmo autor menciona que é preciso atentar para o fato de que o direito à informação é ao mesmo tempo um direito da coletividade e uma garantia individual advinda da liberdade de expressão e manifestação de pensamento. Nessa mesma linha, Paulo Ferreira da Cunha ressalva que a liberdade de informação é uma espécie de liberdade política e cidadã, espécie do gênero liberdade de expressão e comunicação, da qual se depreende o termo direito à informação, restrito de significado.

Na prática, esse ponto de vista se concretiza partindo de três premissas fundamentais: primeiramente, a de que uma vida privada de qualquer informação por si só culmina em carência de conhecimento e saber; em seguida, o fato de que por ser essencial à satisfação de necessidade do individuo, assim como necessária para que este alcance seus objetivos, a informação resulta numa verdadeira *commoditie* em tempos atuais; e terceiro, a de que o acesso à informação é indispensável para que o homem possa exercitar e ter seus direitos protegidos. De onde se conclui que a existência de um mínimo de informação é imprescindível à determinação do homem enquanto ser social.

É preciso que se observe que a ocorrência de tal inevitabilidade atravessa necessariamente os imperativos de garantia dos direitos à cultura e à educação, a fim de que se possa realizar a democracia participativa desejada. Segundo a Constituição, o direito à educação tem como objetivo o de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa e com isso garantir o seu preparo para o exercício da cidadania e do trabalho. O direito à informação, se devidamente tutelado, incide na consciência de participação social e na formação de uma sociedade civil forte e politizada.

Como elemento formador de um grupo social, na era da informação, a circulação da informação implica em conseqüências não apenas culturais, mas também político-econômicas. Nesse sentido, notabiliza-se a urgência de uma ação estatal interventiva de modo a assegurar a liberdade de informação que possibilite a formação de uma opinião pública crítica capaz de deliberar sobre os rumos de sua própria sociedade sob diferentes perspectivas.

Assim, em tempos de pós-modernidade, ou de modernidade líquida, ainda que se tente diferenciar e separar o direito à informação da liberdade de expressão, não mais é possível se desvencilhar um do outro, tendo em vista a necessidade de que o indivíduo seja capaz de construir a sua concepção de mundo e fazer escolhas livremente.

3.2 A disposição da informação na rede e os direitos fundamentais em conflito

Note-se que o contexto histórico atual corresponde ao que se tem convencionado chamar por Sociedade da Informação, onde se percebe a transposição de uma terceira revolução, a tecnológica, por parte da globalização. Há, portanto, um fenômeno de intensificação das relações sociais nos contornos de atuação da cibernética, dos meios de comunicação e das novas tecnologias, que tem como consequência a interligação de realidades distintas e a livre circulação da informação.

A revolução informacional em curso tem como corolário a transgressão de fronteira, cujo benefício prático se evidencia na integração entre o local, o nacional e o global. A obtenção e a difusão da informação se torna um fator de aquisição de poder para o indivíduo e um critério de aferição da democracia de um Estado. Dessa forma, é possível inclusive se cogitar a revisão do conceito de cidadania a partir da noção de acesso à informação e de acesso às tecnologias.

A rede mundial de computadores tem se apresentado como um dos principais meios de comunicação responsáveis pela ascensão desse fenômeno social. Diferentemente dos meios de comunicação em massa tradicionais, a internet se caracteriza pela rapidez na transmissão de dados, facilidade de acesso, descentralização de sua estrutura e alcance mundial, reproduzindo em meio virtual uma verdadeira esfera pública. Assim como, também não se pode olvidar de seu caractere principal, qual seja, a autonomia do indivíduo de fazer suas próprias escolhas no tocante ao conteúdo que deseja obter acesso.

É interessante notar, contudo, que a internet amplia de forma vertiginosa a existência de colisão entre o direito de acesso à informação e a proteção constitucional dos direitos autorais. A utilização de obras protegidas pela rede, sem a autorização do titular, é algo freqüente que se observa no dia a dia de jovens e adultos, quem em sua maioria transgride a lei por motivos diversos que vão desde a ausência de efetividade das leis na punição de tais condutas, à comodidade e facilidade de acesso a estes trabalhos.

A atuação do usuário, por vezes, ocorre face ao desconhecimento da legislação ou mesmo do próprio manejo da rede de computadores. Uma vez que não existe uma política pública de educação dos internautas sobre a importância em se respeitar os direitos autorais, torna-se difícil exigir que o indivíduo adquira essa percepção quando se vê comovido com as facilidades do livre acesso. Por outro lado, a doutrina tradicional de proteção dos direitos ao focar seus esforços na repressão do acesso à informação acaba por impedir que a tecnologia avance.

Com a aproximação das pessoas através de computadores e a livre circulação de bens imateriais, é preciso que a leis existentes, assim como aquelas que serão produzidas no futuro, estejam de acordo com às mudanças sociais enfrentadas face à essa realidade. Se o direito da propriedade intelectual tem como ponto de equilíbrio à constituição do monopólio autoral a criação de mecanismos que possibilitem a inovação e a atividade inventiva, é preciso que a legislação esteja em consonância com essa pretensão de harmonia.

Vê-se o caso dos *downloads*, por exemplo. O *download* consiste na realização de cópia de dado arquivo pelo usuário de internet, e que em sua maioria ocorre no tocante à

material autoral disponibilizado na rede sem a autorização de seu titular. Há quem defenda que tal ação se enquadraria no âmbito da liberdade de cópia privada, devendo ser considerada como conduta lícita, a partir de uma interpretação conjunta dos diversos dispositivos constitucionais e da legislação ordinária. Ainda que haja divergências sobre esta acepção, já se pode afirmar que é possível que o *download* seja exercido de forma lícita pelo internauta. Um método que tem se mostrado como bastante adequado e eficiente corresponde a disponibilização de um arquivo na rede por meio de licenças de uso.

Certamente, o controle do uso privado dos bens imateriais da indústria cultural configura o maior desafio a ser suplantado, especialmente no que se refere à cópia e a remuneração de direitos autorais. Há, no entanto, outras formas de violação de direitos autorais que não afetam diretamente o aspecto patrimonial. Os direitos morais do autor constituem esta outra face constantemente desrespeitada pelo internauta.

Por direitos morais do autor entende-se aqueles que tutelam a relação existente entre o criador e sua obra, ocupando-se de eventual dano extrapatrimonial que tenha sido causado. São eles, segundo o artigo 24 da Lei 9.610/98, a proteção do direito à integridade da obra, através do qual o autor se investe da possibilidade de se opor a qualquer modificação ou edição a ser efetuada em seu trabalho; o direito de retirada, que diz respeito à escolha de fazer ou não circular determinada obra, conforme o interesse do autor; o de reivindicar a paternidade da obra; o de ter seu nome ou indicação de sua autoria anunciada; o direito ao ineditismo; e o de acesso à exemplar único e raro em poder de outrem que poderá ser indenizado.

O acesso à informação enquanto fomentador do direito à cultura e à educação não pode ocorrer em desconsideração a esta realidade persistente da autoria. É importante que o usuário de internet tenha em mente que ao se utilizar de obra alheia disposta no mundo virtual, ele também está obrigado a agir em conformidade com os direitos morais do autor, principalmente se ele deseja disponibilizar esta informação para outros usuários.

Como se pode perceber, a utilização de computadores e da internet permite que um usuário possa criar obras imateriais a partir dos recursos disponíveis, editar e modificar obras já existentes, assim como comunicá-las, reproduzi-las e disponibilizá-las a terceiros. No mundo digital não há limites territoriais e fronteiriços que impeçam tais ações, exceto na hipótese censura prévia da rede. Isto ocorre porque a internet é uma rede descentralizada, de modo que para alguns as tentativas de controle deste meio de comunicação é algo impraticável.

O grande desafio do direito da propriedade intelectual atual consiste em encontrar um equilíbrio satisfatório entre a proteção do direito autoral e suas implicações patrimoniais e morais e a liberdade de acesso à informação como pressuposto à realização de direitos culturais somada ao permanente incentivo à inovação tecnológica.

Assiste-se, dessa forma, que as novas tecnologias da informação sejam acompanhadas de novos desenvolvimentos que possam vir a regulamentar a esfera virtual em consonância com as regras já existentes na ordem jurídica vigente. O compartilhamento de informação nos meios de comunicação em geral se configura como um desafio a ser enfrentado em plena era da informação. Em tempos de modernização pela internet, a harmonização entre direitos autorais e direito à cultura, à educação e à informação deve

observar a finalidade social de cada um desses institutos, de modo que o cerceamento ao ilícito não interfira na garantia de proteção dos usos lícitos.

4. Perspectivas atuais e desafios na regulamentação do direito autoral – a função social dos direitos autorais

4.1 O desafio da concretização da Função Social dos direitos autorais

O princípio da função social da propriedade previsto na Constituição Federal diz respeito à exigência de compatibilidade entre o interesse particular de se exercitar um direito individual e o alcance de sua destinação social. Sua operacionalidade de maneira geral consiste no estabelecimento de limites ao uso de certo bem pelo titular de modo que interesses da coletividade sejam contemplados.

A necessidade de se atribuir aos direitos autorais a observância do princípio da supremacia do interesse público e, em especial, da dignidade da pessoa humana decorre da sobreposição da visão patrimonialista do direito civil, que no século XX se viu atingida pelas exigências de repersonalização, com vistas a sua adaptação ao Estado do bem estar social que se perfazia. Nesses casos, a função social se efetiva pela ponderação entre os direitos do autor de ter sua criação protegida e de ser recompensado pelo seu trabalho e os direitos da sociedade em geral de ter acesso àquela obra, promovendo o desenvolvimento individual de seus membros, uma vez que forneceu os meios disponíveis para que esta pudesse ser elaborada.

Na legislação em vigor no país, esse procedimento ocorre pelo estabelecimento de limitações e exceções aos direitos autorais, conforme dispões a Lei 9.610/98, os quais se referem às possibilidades de utilização de obras intelectuais protegidas, sem a necessidade de autorização e de forma gratuita pela sociedade. Tais limitações estão definidas no capítulo IV da Lei 9.610/98, nos artigos de número 46 a 48, desprovidas de sistematização e de interpretação restrita.

A taxatividade encontrada nestes artigos, contudo, tem por dificultar a efetivação da função social dos direitos de autor através da realização dos direito à cultura, à informação e à educação. Em contraposição a esta clausula de encerramento, tem-se visto nas recentes publicações sobre este tema que os direitos autorais não se restringem a realizar apenas uma função social, mas várias funções sociais, de modo que estas não se esgotam apenas no estabelecimento de limites e exceções aos direitos autorais.

Com base no princípio da proporcionalidade e na interpretação da Constituição, Guilherme Carboni afirma as limitações por si só não são suficientes para a realização da função social na contemporaneidade, devendo a regulamentação das exceções aos direitos autorais contemplar outras situações referentes à estrutura e ao exercício desses direitos.

No primeiro caso, o das restrições intrínsecas, o autor ensina que a regulamentação não se limita ao capítulo IV da lei, abrangendo também o próprio objeto da criação, uma vez que para ser merecedor de tutela autoral a obra intelectual deve obrigatoriamente respeitar um série de condições exigidas pelo artigo 7º; bem como ao caractere de temporalidade da proteção do monopólio, que quando esgotado incorre em exploração livre da obra, configurando o domínio público. Por outro lado, em se tratando de restrições extrínsecas ou referentes ao exercício, Carboni ressalta que a função social do direito de autor deve respeitar as regras existentes quanto a sua aplicação a contratos, assim como à teoria do abuso do direito e a possibilidade de utilização da normativa sobre desapropriação nos casos de reedição e divulgação da obra intelectual.

Essa posição inclusive se coaduna com a demanda de uma interpretação balanceada da chamada regra dos três passos. A regra dos três passos foi primeiramente veiculada na Convenção de Berna, que por sua vez determina aos países signatários que na eventualidade de construção de um sistema de exceções aos direitos autorais, deve-se observar tal procedimento. Assim, é preciso que a) trate-se de caso especial, que justifique acolhimento diferenciado; b) que não seja afetada a exploração normal da obra; e c) que não cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

Não há, entretanto, dispositivo que determine como deverá ser feita a interpretação desta regra, se de forma restritiva e limitada ou de modo amplo e abrangente. Em um esforço colaborativo, especialistas, pesquisadores da área da propriedade intelectual de diversos países na Europa, assinaram em 2008 uma Declaração em prol de uma interpretação equilibrada do teste dos três passos. O texto, que está disponível no Instituto Max Planck, aponta para a necessidade de que não se negligencie o interesse público quando do estabelecimento de prerrogativas de direitos autorais e que se faça uma avaliação conjunta de todos os passos, evitando-se que estes sejam considerados individualmente.

Como se pode observar a construção de instrumentos normativos e remédios jurídicos que tratem sobre o aspecto da concretização da função social é essencial para que se possa alcançar a tão pretendida harmonização entre os direitos de autor e os demais direitos fundamentais eventualmente em conflitos. O desafio a ser enfrentado na elaboração e na utilização dessas ferramentas jurídicas consiste na superação das insuficiências do sistema de exceções vigente, tendo em vista um balizamento a ser implantado entre os interesses empresariais e de gestão coletiva relativos ao aspecto econômico e patrimonial e o interesse da sociedade quanto a realização dos direitos à cultura, educação e informação.

4.2 Perspectivas atuais – A propriedade intelectual e os direitos humanos lado a lado na era da informação

A regulamentação dos direitos autorais na internet tem se mostrado como algo bastante complexo de ser executado. O interesse pelo controle da circulação da informação em

meio eletrônico e pela supressão de eventuais violações desses direitos tem sido responsável pela produção ansiosa de leis que desrespeitam diversos direitos fundamentais e interferem no âmbito da privacidade do usuário.

As legislações internas dos países devem observância, contudo, aos Tratados e Convenções Internacionais que destilam a matéria. Ao estabelecer parâmetros mínimos a serem seguidos, esses acordos devem ser respeitados pelos signatários, de modo que haja uma relação de proporcionalidade entre os direitos em conflito. É preciso, no entanto, que a produção desses documentos atente para a relação de multilateralidade eventualmente existente, com outros ramos do direito que já salvaguardados em acordos internacionais.

O desafio de uniformização de uma normativa sobre os direitos da propriedade intelectual deixa em aberto a possibilidade de construção de um verdadeiro código supranacional. Ainda que os sistemas de proteção de direitos autorais se encontrem em aproximação, há ainda uma série de diferenças e problemas que precisam ser superados, especialmente em se tratando de países em desenvolvimento.

Uma das dificuldades concernentes a criação de uma normativa uniforme diz respeito ao incentivo ao cumprimento das disposições inclusas no tratado pelos países signatários. Os Tratados são instrumentos jurídicos obrigatórios e vinculantes, mas em suas disposições normativas em geral não se evidenciam normas sancionadoras, recorrendo-se na maioria das vezes aos embargos econômicos entre outras possibilidades de punição que se apresentam sem efeito prático relevante.

Vê-se por exemplo o caso da *Loi Hadopi*, publicada em território Francês, no ano em curso. Ao estabelecer a política do "*three strikes, you're out*", sem que seja necessária ordem judicial para interferir na vida privada do indíviduo, a lei francesa viola frontalmente Recomendação do Parlamento Europeu na qual se ratifica que os países, no exercício do poder legislativo referente ao controle do acesso à internet, devem observar necessariamente os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de informação, de segurança, de proteção da vida íntima, entre outros. A interligação com os direitos humanos e a regulamentação dos direitos autorais na internet nesse caso, como se pode observar, não foram descritas em texto de tratado internacional, ou mesmo de diretiva européia, mas sob a forma de recomendação inserida em texto de resolução, o que a torna ainda mais difícil de ser cumprida.

O estabelecimento de pontos de contato entre a propriedade intelectual e os direitos humanos, segundo Helfer, há de provocar por outro lado uma série de efeitos dentre os quais dois deles se destacam: a vinculação destes direitos muito provavelmente irá suscitar a criação de normas mais brandas no que se refere à proteção dos direitos humanos – nesse sentido, o que pode parecer um retrocesso, poderá ser revertido, segundo o autor, numa evolução jurisprudencial quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais; outra conseqüência será a do estabelecimento de padrões de maximização de proteção da propriedade intelectual, em contraposição as exigências mínimas que sempre se ocuparam, por exemplo, as Convenções de Berna e Paris – é o caso do TRIPS-Plus que tem sido negociado com países em desenvolvimento, com implicância direta na assunção de compromissos sem a devida verificação dos impactos do acordo nessas economias.

Enquanto a aproximação entre esses dois ramos do direito não se concretiza no âmbito da legislação, doutrinadores e pesquisadores que atuam nos domínios não só do direito, mas também da informática têm encontrado soluções práticas a fim de compatibilizar a proteção dos direitos autorais com as necessidade de informação, educação e cultura.

Numa dessas frentes, está o desenvolvimento do Projeto *Creative Commons - CC*, um conjunto de licenças que proporciona que qualquer pessoa possa disponibilizar obras de sua autoria para utilização, cópia, divulgação ou mesmo modificações e alterações, conforme for a escolha do autor. A idéia é que este possa definir de que modo seu trabalho será compartilhado, inclusive proibindo a utilização comercial por terceiros, restando protegido os direitos morais do autor.

O *CC* por sua vez, é resultado de outras experiências inovadoras na área de direitos autorais que tem a na livre disseminação e do acesso à informação a sua base fundamental – o projeto do *Software Livre* e o Movimento do *Open Source*.

Open Source, que na tradução significa código aberto, é um padrão para a concessão de licenças na esfera de *softwares*. O movimento pelo acesso aberto aos códigos, de forma bastante semelhante com o projeto de *software livre*, dá ênfase a liberdade do indivíduo de acessar o código fonte dos programas de computador, de modo que o conhecimento inserido na criação deste último possa ser compartilhado com terceiros.

A expressão *software livre* surge como uma forma de diferenciar os programas que possuem código fonte inacessível daqueles que são de livre acesso. A filosofia deste projeto proclama que ao usuário quatro tipos de liberdades estão garantidas: **liberdade de uso para qualquer finalidade, liberdade de estudar o software completamente, liberdade de melhorar e alterar o software e liberdade de redistribuir as alterações executadas. Assim** o software livre é aquele que possui o código aberto e por isso pode ser alterado, modificado e distribuído livremente por qualquer pessoa.

A utilização desse tipo de programa não implica necessariamente em abrir mão de toda e qualquer forma de direito autoral patrimonial. Ao contrário, a prática diária tem demonstrado que o desenvolvimento de softwares livres não importam em gratuidade. Há grandes empresas internacionais que atuam no segmento da tecnologia da informação que trabalham com esse tipo de programa, sendo o *Linux*, o mais forte e reconhecido mundialmente.

Como se pode observar, iniciativas como as supra referidas representam um esforço à concretização do equilíbrio entre os direitos autorais e o direito de acesso à informação, à cultura, à educação e inclusive à continuidade do progresso científico. Uma vez que a produção de leis tem se apresentado como uma solução lenta e em geral ineficaz para a concretização da função social do autor, o mal funcionamento e o desequilíbrio da tutela da propriedade intelectual em referência a direitos humanos, tem sido resolvido ainda que de forma inicial pela jurisprudência dos Tribunais.

Por outro lado, tem recaído sobre a sociedade a necessidade de que engendre uma série de esforços criativos a fim de que o acesso à informação possa ser feito em consonância com o paradigma da contemporaneidade e atue de forma participativa de modo que seu ímpeto de inventividade seja abarcado pela legislação a ser produzida.

5. Conclusão

Do exposto, conclui-se que os direitos humanos constituem parâmetros obrigatórios de observância na produção de leis tanto de cunho nacional como de caráter internacional. Por se tratarem de um direito com fundamento ético coletivo fundado na natureza humana, sistemas de proteção na esfera internacional e também regional foram criados de modo a conferir maior eficácia a essa proteção.

O direito da propriedade intelectual, tanto no que toca os direitos autorais, como no que se refere à propriedade industrial, sempre foi visto sob a perspectiva do caractere patrimonial e econômico na concessão do monopólio. É um direito intimamente ligado às questões comerciais e por se encontrar inserido no âmbito de uma ordem comercial mundial avulta interesse de diversas nações, sobretudo pela existência dos *royalties* envolvidos.

A teoria dos direitos humanos e a doutrina de proteção da propriedade intelectual evoluíram através dos tempos como dois estranhos, paralelamente. A junção destes dois ramos do direito somente tem seu inicio configurado quando se percebe que a concretização de determinados direitos tidos como fundamentais à natureza humana se encontram em situação de descumprimento e não realização. É, portanto, a partir dos direitos humanos que se começa a perceber a necessidade de que a regulamentação do direito da propriedade intelectual se faça segundo os critérios e princípios do anterior.

Em se tratando de direitos autorais, a internet tem apresentado um novo paradigma como desafio a ser enfrentado pelo direito. Por se tratar de uma rede descentralizada, a ação de controle sobre o usuário internauta e de defesa dos bens culturais se mostram como objetivos complexos e por vezes difíceis de serem alcançados. A regulamentação da rede mundial de computadores não pode ser feita, contudo, sem que se observem as demandas de proteção do direito da informação. A livre circulação de informação e o livre acesso são dois quesitos essenciais para que se possa realizar, em meio eletrônico, direitos relacionados à cultura e à educação.

O direito autoral como protagonista do princípio da função social tem na internet um grande desafio a ser suplantado. Situado num contexto em que se convencionou chamar de sociedade da informação, os direitos autorais segundo uma concepção tradicionalista não têm se apresentado como apto a dar respostas eficazes aos problemas que surgem numa modernidade fluida. Daí, a necessidade de que uma nova interpretação condizente com a contemporaneidade seja possível de ser alcançada, a fim de que esses conflitos sejam solucionados. O atendimento da função social requer, portanto, que o direito da propriedade intelectual seja elucidado segundo os parâmetros estabelecidos pela teoria dos direitos humanos, de modo que a proteção do autor seja útil a defender os interesses morais e patrimoniais do criador, mas também capaz de assegurar que outros direitos fundamentais sejam realizados.

A possibilidade de harmonização desses interesses existe, entretanto o direito não tem acompanhado a velocidade da era da informação. Com isso, tem restado à

jurisprudência dos Tribunais que através de princípios interpretativos possa encontrar respostas equilibradas aos casos eventualmente apresentados. Por outro lado, diante da ausência de uma ação rápida e eficiente do legislador, recai sobre a sociedade a exigência de um impulso criativo de modo que novas soluções sejam encontradas a fim de que suas demandas por informação e desenvolvimento sejam supridas.

6. Referências bibliográficas

ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ACIOLI, Catarine Gonçalves. **O sistema de certificação digital brasileiro como ferramenta para efetivar o direito fundamental à informação no meio eletrônico**. Dissertação de Mestrado. Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2006.

ASCENSÂO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2 ed. Disponível em *:// denisbarbosa.addr.com/> Acesso em 20 de abril de 2009.*

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAEGELMANN, Tom . **Copyright law in and under the constitution**: the constitutional scope and limits to copyright law in the United States in comparison with the scope and limits imposed by constitutional and european law on copyright law in German. In: Cardozo Arts and Entertainment Law Journal. Disponível em: Acessado em 01 de junho de 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORDEIRO, Pedro. **Limitation and exceptions under the "three-step-test" and in national legislation** : differences between the analog and digital environments Disponível em:< http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_cr_rio_01/wipo_cr_rio_01_4.pdf> Acesso em 06 de junho de 2009

CORREIA, Luis Brito. **Direito da comunicação social**. Coimbra: Almedina, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição Viva**: cidadania e direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____, **Direito à informação ou deveres de protecção do Estado?** In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **Direitos Fundamentais, Informática e Constituição**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERNANDEZ, Eusébio. **El problema del fundamento de los derechos humanos**. In: Anuário de derechos humanos, n. 01. Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complusense, 1982.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação**: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **O acesso à internet como direito fundamental**. Revista Alfa Redi. Disponível em: Acesso em 04 de agosto de 2009.

HELFER, Laurence R. **Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?**. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 5, 2003. Disponível em Acesso em 11 de agosto de 2009.

_____, **Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property.** U.C. Davis Law Review, Vol. 40, p. 971, 2007. Disponível em < http://ssrn.com/abstract=891303> Acesso em 11 de agosto de 2009.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MATTELART, Armand. **História da sociedade da informação**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PEREIRA, Alexandre. **Informática, Direito de autor, e propriedade tencnodigital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Desafios e perspectivas dos direitos humanos**: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade. In: RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). **Direito internacional dos direitos humanos**: estudos em homenagem à Profª Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Desafios e perspectivas dos direitos humanos**: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade. In: RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). **Direito internacional dos direitos humanos**: estudos em homenagem à Profª Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2006.

_____, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

VICENTE, Dário Moura. **Cópia privada e sociedade de informação**. Disponível em: Acessado em 26 de junho de 2009.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 25.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 27.

FERNANDEZ, Eusébio. **El problema del fundamento de los derechos humanos.** In: Anuário de derechos humanos, n. 01. Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complusense, 1982. p. 85

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004. p. 32

FERNANDEZ, Eusébio. **El problema del fundamento de los derechos humanos.** In: Anuário de derechos humanos, n. 01. Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complusense, 1982. p. 85-87

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 25/26.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 51-52.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 118.

FERNANDEZ, Eusébio. **El problema del fundamento de los derechos humanos**. In: Anuário de derechos humanos, n. 01. Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complusense, 1982. p. 98-95

PIOVESAN, Flávia. **Desafios e perspectivas dos direitos humanos**: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade. In: RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). **Direito internacional dos direitos humanos**: estudos em homenagem à Profª Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2006, p. 156.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 241.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 49-50.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 43-45.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 96.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2 ed. Disponível em *:// denisbarbosa.addr.com/> Acesso em 20 de abril de 2009.*

HELFER, Laurence R. **Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property.** U.C. Davis Law Review, Vol. 40, p. 971, 2007. Disponível em < http://ssrn.com/abstract=891303> Acesso em 11 de agosto de 2009. p. 980

"A instituição da propriedade intelectual é uma medida de fundo essencialmente econômico." BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual.** 2 ed. Disponível em *:// denisbarbosa.addr.com/> Acesso em 20 de abril de 2009.*

HELFER, Laurence R. **Human Rights and Intellectual Property***:* Conflict or Coexistence?. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 5, 2003. Disponível em Acesso em 11 de agosto de 2009. p. 50.

Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948

HELFER, Laurence R. **Human Rights and Intellectual Property***:* Conflict or Coexistence?. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 5, 2003. Disponível em Acesso em 11 de agosto de 2009. p. 51-55

HELFER, Laurence R. **Human Rights and Intellectual Property***:* Conflict or Coexistence?. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 5, 2003. Disponível em Acesso em 11 de agosto de 2009, p. 52

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 8.

BRAEGELMANN, Tom . **Copyright law in and under the constitution**: the constitutional scope and limits to copyright law in the United States in comparison with the scope and limits imposed by constitutional and european law on copyright law in German. In: Cardozo Arts and Entertainment Law Journal. Disponível em: Acessado em 01 de junho de 2009.

"A consagração progressiva do direito do autor suscitou desde o início a repercussão internacional. A obra literária ou artística (...) é suscetível de formas de utilização que vão além dos limites marcados demarcados pelas fronteiras dos Estados. Não teria completo significado a consagração do direito de edição, em proveito do autor, se num país estrangeiro de língua comum se pudesse fazer livre utilização da obra. (...) o autor

aspira a ver o seu direito reconhecido também perante a ordem jurídica estrangeira." ASCENSÂO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 635.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2 ed. Disponível em *:// denisbarbosa.addr.com/> Acesso em 20 de abril de 2009*, p. 75.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 48.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 5º. (...) IV – É livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato. (...) XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional

Artigo XIX: Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

ACIOLI, Catarine Gonçalves. **O sistema de certificação digital brasileiro como ferramenta para efetivar o direito fundamental à informação no meio eletrônico**. Dissertação de Mestrado. Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2006, p. 69.

CORREIA, Luis Brito. **Direito da comunicação social.** Coimbra: Almedina, 2005. p. 629-630

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 245

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 259

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito à informação ou deveres de protecção do Estado?** In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **Direitos Fundamentais, Informática e Constituição**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 169.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição Viva**: cidadania e direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 189-191.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Expressão utilizada por Zigmunt Bauman que designa a modernidade fluida em função da instabilidade das relações humanas, num espaço em que público e privado se

confundem. Ver: BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão**: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005. p. 171/172.

MATTELART, Armand. **História da sociedade da informação**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 152.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **O acesso à internet como direito fundamental**. Revista Alfa Redi. Disponível em:

A expressão advinda da língua inglesa que na tradução se refere ao verbo "baixar" é melhor compreendida na acepção da cópia.

O exemplo mais notável desse tipo de licença que tem sido adotado no Brasil e em outros países é o tipo *Creative Commons*.

ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 217.

Art. 5º, XXIII - a propriedade atenderá à sua função social.

Ver: CARBONI, Guilherme. **Função Social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2006; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos***:*a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Tese de Doutorado. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006; SOUZA, Allan Rocha de. **Função social dos direitos autorais**: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito Campos, 2006; BRANCO Jr.. Sérgio Vieira. **Direitos Autorais na Internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARBONI, Guilherme. **Função Social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 97.

No âmbito dos direitos autorais a teoria do abuso do direito corresponde ao *copyright misuse*.

Disponível em < http://www.ip.mpg.de/ww/en/pub/news/declaration_on_the_three_step_.cfm>

Jargão utilizado em jogos de beisebol. Esta Lei prevê que após uma série de notificações de origem no âmbito administrativo, o usuário que permanecer a efetuar *downloads* de conteúdos ilegais deverá sofrer uma série de sanções desde multa ao desligamento de sua conexão de internet.

Resolução do Parlamento Europeu 2008/2160(INI), de 26 de Março de 2009: contém proposta de recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho referente ao reforço da segurança e das liberdades fundamentais na Internet.

HELFER, Laurence R. **Human Rights and Intellectual Property***:* Conflict or Coexistence?. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 5, 2003. Disponível em Acesso em 11 de agosto de 2009.

A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E OS MECANISMOS DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS PATENTES NO CONTEXTO DO DIREITO À SAÚDE*

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS MECANISMOS DE FLEXIBILIZACIÓN DE PATENTES EN EL CONTEXTO DEL DERECHO A LA SALUD

Luciana Nogueira Nóbrega

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de investigar o sistema de proteção da propriedade intelectual, em especial, as patentes e os mecanismos que buscam compatibilizar o instituto com o direito humano e fundamental ao acesso a medicamentos, como corolário do direito à saúde. Seguindo esse entendimento, procurou-se compreender o direito de propriedade intelectual como uma espécie do gênero direito de propriedade em geral, estando, portanto, sujeito à observância da função social. Nesse sentido, demonstrou-se que a atual legislação prevê alguns mecanismos de flexibilização ao sistema de patentes, de forma a proteger a criação humana ao mesmo tempo em que se proporciona uma distribuição e um uso eqüitativo do conhecimento produzido.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL; FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE; DIREITO À SAÚDE

RESUMEN

Este trabajo es investigar el alcance del sistema de protección de la propiedad intelectual, especialmente patentes y los mecanismos que tratan de conciliar el instituto con el derecho humano y fundamental para el acceso a los medicamentos, como un corolario del derecho a la salud. A raíz de este entendimiento, hemos tratado de entender el derecho de propiedad intelectual como una especie del género de los derechos de propiedad en general y por tanto está sujeta al cumplimiento de la función social. En este sentido, se demostró que la actual legislación establece algunos mecanismos de flexibilidad del sistema de patentes para la protección de la creación humana, al mismo tiempo que proporciona una distribución y un uso equitativo de los conocimientos producidos.

PALAVRAS-CLAVE: LA PROPIEDAD INTELECTUAL; LA FUNCIÓN SOCIAL DE PROPIEDAD; DERECHO A LA SALUD

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

O Brasil vem sendo reconhecido, há alguns anos, como líder mundial na garantia dos direitos das pessoas que vivem com HIV/AIDS.

No contexto internacional, o governo brasileiro e o queniano propuseram, em 2006, no âmbito da Organização Mundial da Saúde, uma resolução sobre pesquisa e desenvolvimento e saúde pública, criando o Grupo de Trabalho Intergovernamental sobre Saúde Pública, Propriedade Intelectual e Inovação (conhecido pela sigla IGWG). Nesse Grupo de Trabalho, reconheceu-se que patentes não são a solução para os problemas de saúde que ocorrem majoritariamente nos países em desenvolvimento.

Doenças que atingem os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento como a malária e a doença de Chagas são negligenciadas nas pesquisas para obtenção de novos medicamentos. Ademais, no atual sistema de proteção da propriedade industrial aplicado em muitos países, inclusive no Brasil, as patentes, em vez de constituírem mecanismos de harmonização entre os interesses públicos e privados, privilegiam os interesses de grandes conglomerados farmacêuticos, que detêm a titularidade das patentes, o que permite que essas empresas pratiquem preços abusivos.[1]

Diante desse quadro, em 2007, na 60ª Assembléia Mundial de Saúde, foi estabelecido que os países que compõem o Grupo de Trabalho Intergovernamental sobre Saúde Pública, Propriedade Intelectual e Inovação tinha a missão de elaborar uma estratégia mundial e um plano de ação que proporcionasse uma base mais sustentável para as atividades de pesquisa e desenvolvimento orientadas pelas necessidades em saúde.

Além disso, em setembro de 2000, os 192 países que integram a Organização das Nações Unidas assinaram a Declaração dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Esse documento estabelece os objetivos e metas que devem ser cumpridos pelos Estados signatários para que, até o ano de 2015, se possam reduzir as desigualdades sociais e econômicas. Um dos objetivos estabelecidos é exatamente o combate ao HIV/AIDS, a malária e outras doenças. Para que esse combate seja efetivo, é necessário se rever o sistema de patentes.

Nesse contexto, o presente trabalho se insere, visando investigar o sistema de proteção da propriedade intelectual, em especial, as patentes e os mecanismos que buscam compatibilizar o instituto com o direito humano e fundamental ao acesso a medicamentos, como corolário do direito à saúde. Seguindo esse entendimento, procurou-se compreender o direito de propriedade intelectual como uma espécie do gênero direito de propriedade em geral, estando, portanto, sujeito à observância da função social.

Desse modo, a importância da análise proposta revela-se, sobretudo, através de sua atualidade. O assunto é passagem quase que obrigatória quando se discute políticas públicas no âmbito do Sistema Único de Saúde. Isso porque, devido à epidemia de AIDS, o Brasil tem que dispor de mais recursos para custear medicamentos anti-retrovirais cada vez mais caros e que, por estarem protegidos por patentes, não estão sujeitos à concorrência.

Assim, ao fornecer subsídios para uma reavaliação do instituto do licenciamento compulsório, analisando a sua aptidão para promover o direito de acesso a medicamentos essenciais em um contexto normativo minado por patentes, a presente pesquisa assume grande relevância, podendo contribuir para posteriores mudanças legislativas.

2 DEFININDO O ALCANCE E O SENTIDO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Denomina-se propriedade intelectual um campo enorme de direitos, correspondente às prerrogativas que os indivíduos têm sobre suas criações, trabalhos e produções, desenvolvidos a partir de uma atividade intelectual, de seu talento e habilidade. Envolve tanto os direitos do autor, quanto os direitos de propriedade industrial.

Luiz Otávio Pimentel, de forma didática, enuncia e exemplifica o direito de propriedade intelectual:

Propriedade intelectual compreende a invenção, modelo de utilidade, desenho industrial, topografia de circuito integrado, nova cultivar ou cultivar essencialmente derivada, marcas, indicações geográficas, direitos de autor e conexos, programa de computador, informação confidencial, segredo industrial e de negócio e qualquer outro desenvolvimento tecnológico que acarrete ou possa acarretar o surgimento de novo produto, processo ou aperfeiçoamento incremental, obtido por um ou mais criadores. "Direitos de propriedade intelectual" são os direitos conferidos ao titular sobre a criação intelectual, proporcionando um direito exclusivo sobre a utilização da obra, produto, processo ou obtenção por um prazo determinado.[2]

Pelos exemplos citados pelo autor, pode-se perceber que o Direito de propriedade intelectual estuda tanto os direitos autorais e conexos, que são mais próximos dos direitos da personalidade, quanto o direito de propriedade industrial, que engloba tanto os sinais distintivos, a exemplo das marcas e dos nomes comerciais, como o conhecimento técnico, isto é, as criações do espírito humano voltadas às atividades industriais e comerciais, em contraponto àquelas criações voltadas à arte pura.[3]

Fundamentalmente, o que se tutela com o reconhecimento do direito à propriedade intelectual é a atividade humana de inovar a realidade. Homens e mulheres enquanto seres criativos e culturais transformam a realidade a sua volta, acrescendo ao mundo coisas novas. Essa operação de caráter intelectual resulta em uma nova realidade que, por sua vez, vai ser a base para criação de outras realidades, ampliando os horizontes humanos.

A tutela da propriedade intelectual tem origens bastante antigas. De acordo com José Carlos Soares, a Lei de Veneza, de 19 de março de 1474, foi a primeira lei sancionada que tratava especificamente sobre a concessão de um privilégio temporário, fazendo referência aos "homens com intelecto muito aguçado capazes de inventar e descobrir vários artifícios engenhosos", os quais, para sua garantia, deveriam depositar o seu invento ou descoberta nos Escritórios dos Administradores da Municipalidade.[4]

Posteriormente, diversas legislações que se sucederam passaram a prever um direito de monopólio temporário para os inventores. Dentre essas legislações, destaca-se o Alvará de Dom João VI, de 1809, que trazia a seguinte redação:

O objetivo deste Alvará é o de promover a felicidade pública dos meus vassalos ficando estabelecidos com esse desígnio princípios liberais para a prosperidade do Estado do Brasil, especialmente necessários para fomentar a agricultura, animar o comércio, adiantar a navegação e aumentar a povoação, fazendo-se mais extensa e análoga a grandeza do mesmo Estado, e continua sendo muito conveniente que os inventores e produtores de alguma nova máquina e de invenção de artes gozem do privilégio, além do direito que possam ter ao valor pecuniário que seu serviço estabelece em favor da indústria e das artes. Ordeno que todas as pessoas que estiverem neste caso apresentem o plano de seu novo invento à Real Junta do Comércio e que, reconhecendo a verdade do fundamento dele, lhes conceda privilégio exclusivo de 14 anos, ficando obrigado a publicá-lo para que no fim deste prazo toda a nação goze do fruto desta invenção. Ordeno, outrossim, que se faça uma exata revisão dos que se acham atualmente concedidos, fazendo-se públicos na forma acima determinada e revogando-se os que, por falsa alegação ou sem bem fundadas razões, obtiverem semelhantes concessões.[5]

Com o tempo, o regime jurídico de proteção da propriedade intelectual foi se constitucionalizando. Manoel J. Pereira dos Santos destaca que "desde sua adoção em 1788, a Constituição dos Estados Unidos estabelece que, para promover o progresso da ciência e das artes, o Congresso poderia conceder aos autores e inventores direitos exclusivos sobre seus escritos e descobertas (art. I, § 8, cl. 8)".[6]

Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, ao estabelecer, no art. XXVII, 2, que "toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor", universalizou o reconhecimento dos direitos de propriedade intelectual.

Conforme enuncia Newton Silveira, com

a assinatura de duas grandes convenções internacionais, a de Paris de 1883 e a de Berna de 1886, visando a primeira à proteção da propriedade industrial e a segunda à das obras literárias e artísticas, estava formada a consciência do mundo civilizado de que ao autor pertencia a sua obra – entendida como determinada concepção ou forma que poderia ser aplicada à matéria, mas que com esta não se confundia – e a ele competia o direito exclusivo de usá-la, de autorizar o seu uso, obter rendimentos dela ou transmitir esse direito a terceiros. O direito tomou conhecimento de uma nova classe de bens de natureza imaterial que se ligava à pessoa do autor da mesma forma que alguém detém um direito exclusivo sobre coisas materiais que lhe pertencem. E esse direito foi concebido como um direito de propriedade, tendo por objeto bens imateriais.[7]

No que tange, especificamente, à propriedade industrial, Roner Guerra Fabris esclarece que os direitos a ela referentes têm se mostrado

como meio adequado e eficiente nas economias competitivas para o desenvolvimento tecnológico e progresso científico. As garantias de proteção às inovações tecnológicas conduzem a investimentos para desenvolver novos produtos e processo industriais capazes de dar às empresas posições privilegiadas nos mercados.[8]

Um dos principais mecanismos de tutela e proteção da propriedade industrial são as patentes, que podem ser definidas como um título de propriedade concedido pelo Estado, que assegura ao seu titular exclusividade, por um dado período, na produção, comercialização e exploração de determinada invenção, retribuindo os custos com pesquisa. Depois que o tempo de proteção da patente se encerra, a invenção protegida fica sob domínio público, podendo todos vir a explorá-la. A contrapartida a essa concessão feita pelo Estado é que todo o conhecimento envolvido no desenvolvimento e produção da invenção deverá ser revelado para a sociedade. Há, em princípio, uma relação de troca, em que a patente funciona como instrumento de equilíbrio entre os interesses públicos e privados.

Enquanto espécie do gênero direito de propriedade, o direito de propriedade intelectual está sujeito às disposições e normatizações relativas à propriedade em geral. Assim, defende-se que as transformações pelas quais passaram a compreensão da propriedade também repercutem no entendimento acerca da propriedade intelectual.

Exemplifica-se. O direito civil sofreu um processo de intensa constitucionalização, em momento em que coincide com a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. Como reflexo disso, a propriedade passou a ser reconhecida como um direito fundamental de todos e todas. Se antes era tida como direito absoluto do titular, agora a propriedade passa a ser dotada de uma função social. Para Fábio Nusdeo, a função social da propriedade envolve

[...] o conceito jurídico de poder-dever, isto é, o poder dado ao titular de um direito como instrumento para que ele cumpra o dever decorrente daquela titularidade. E, portanto, passa-se a exigir dele, titular do direito, não apenas uma abstenção, mas uma ação, da qual, supostamente, advirão benefícios gerais, por exemplo, construindo um edifício ou plantando em terrenos até então ociosos.[9]

A função social da propriedade não constitui mera limitação ao exercício da propriedade. Ela exige do titular do domínio um agir no sentido de promover benefícios, ainda quando indiretos, à sociedade em geral. Procura a congruência na realização dos fins individuais com os interesses coletivos.

João Luis Nogueira Matias e Afonso de Paula Pinheiro Rocha trazem a importância de se enxergar a propriedade sob uma ótica de funcionalidade econômica. Com base nesse enfoque, os autores sustentam que

[...] não há uma função social da propriedade no sentido de que a propriedade (a clássica liberal) deve ser posta a uma função social. A propriedade já se origina e é uma função social. Uma forma de alocação de recursos e riquezas de forma a maximizar a eficiência de geração de riquezas e desenvolvimento humano.

[...]

Sob um prisma econômico, função social da propriedade é uma redundância. A propriedade só pode ser pensada em termos de aplicação social numa eficiente distribuição e produção de riquezas [...].

Desconstituída esta noção de direito absoluto de propriedade, qualquer utilização do instituto que implique numa falta de eficiência social ou que não promova de forma otimizada a situação de todos os agentes envolvidos não será uma utilização correta do instituto. Todas as questões relativas a função social da propriedade se resolvem sob a perspectiva de um estudo econômico do instituto de propriedade.[10]

A idéia de propriedade como um direito absoluto, baseada apenas nos interesses daquele que detém o título de domínio, não mais encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio. A Constituição da República de 1988 garante o direito de propriedade, desde que ela atenda à sua função social (art. 5º, XXIII). Corroborando com essa tese, Fábio Konder Comparato entende que, depois da Lei Fundamental de 1988, "nem toda propriedade privada há de ser considerada um direito fundamental e como tal protegida".[11]

Atendendo a essa disposição constitucional, o art. 1.228, §1º, do Código Civil Brasileiro, determina que:

Art. 1228. [...].

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

A função social da propriedade, por tudo o que foi exposto, se insere na própria estrutura do direito de propriedade, caracterizando-o ou não como um direito humano, apto a receber tutela estatal, a depender de sua observância. Comunga com essa assertiva, Fábio Konder Comparato para quem

[...] é preciso verificar, *in concreto*, se se está ou não diante de uma situação de propriedade considerada como direito humano, pois seria evidente contra-senso que essa qualificação fosse estendida ao domínio de um latifúndio improdutivo, ou de uma gleba urbana não utilizada ou subutilizada, em cidades com sérios problemas de moradia popular.

[...] quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente a de uma indenização reforçada na hipótese de desapropriação.[12]

Eros Roberto Grau traduz com maestria o que significou a passagem do direito de propriedade para um viés funcionalizado:

Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer.[13]

3 O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INDUSTRIAL: A CONVENÇÃO DE PARIS E O ACORDO TRIPS

A Convenção da União de Paris (CUP), de 1883, deu origem ao sistema internacional da propriedade industrial, caracterizando-se como a primeira tentativa de harmonização internacional dos diferentes sistemas jurídicos relativos à propriedade industrial.

Com a CUP, asseguram-se regras mínimas para a proteção, observância e exercício dos direitos de propriedade industrial além das fronteiras nacionais. As reuniões que deram origem à Convenção tiveram início em 1873 em Viena, sendo o Brasil um dos signatários do tratado.

A Convenção da União de Paris foi concebida de modo a permitir um razoável grau de liberdade às legislações nacionais, desde que fossem respeitados alguns princípios fundamentais. Nesse sentido, os países signatários da Convenção tinham ampla liberdade para definir o que poderia ser patenteável em seus territórios, a partir de suas necessidades nacionais.

O princípio básico da Convenção é a assimilação dos cidadãos dos países pertencentes à União de Paris, de modo que um indivíduo de determinado país obtém em outro direitos de propriedade industrial e os exercita em igualdade de condições com os nacionais deste último.

Mantém-se a plena vigência das legislações nacionais e a territorialidade da proteção da propriedade industrial, que deve ser obtida em cada país pela repetição de pedidos de registros ou depósitos de patentes.

A CUP, assim como a Convenção da União de Berna, que trata dos direitos autorais, era administrada pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), um órgão das Nações Unidas responsável pela administração de diversos acordos internacionais sobre direitos de propriedade intelectual.

Com o tempo, o papel da OMPI passou a enfraquecer principalmente quando o sistema de propriedade intelectual começou a ser discutido na agenda do comércio internacional, durante a chamada Rodada do Uruguai do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (em inglês, *General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT), que ocorreu entre 1986 e 1994.

Gabriela Costa Chaves esclarece que a discussão do tema da propriedade intelectual no âmbito do GATT foi conseqüência de fortes pressões de setores industriais norte-americanos de computadores, *softwares*, microeletrônicos, produtos químicos, produtos farmacêuticos e biotecnologia.[14]

Ao final da Rodada do Uruguai, em 1994, foi elaborado um conjunto de tratados internacionais que criou a Organização Mundial do Comércio (OMC). Na oportunidade, os diversos países integrantes da OMC assinaram o Acordo de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio – ADPIC ou TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*). Trata-se de um acordo multilateral que regula o tema dos direitos de propriedade industrial, dispondo sobre padrões mínimos

de proteção a esses direitos, que tiveram de ser incorporados na estrutura jurídica dos países integrantes da OMC.

Conforme previsto nos objetivos do Acordo:

Artigo 7. A proteção e aplicação dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e disseminação de tecnologia, para a vantagem mútua de produtores e usuários do conhecimento tecnológico de forma a contribuir para o bem-estar social e econômico e para o balanço entre direitos e obrigações.

Embora ainda vigente e referenciada em alguns artigos do Acordo TRIPS, a Convenção da União de Paris deixou de ser referência no contexto do sistema internacional de proteção à propriedade intelectual, em parte, porque a OMC e o próprio TRIPS passaram a reger a maioria das disposições contidas na CUP.

O conteúdo da proteção por patente ainda é regulado pelos direitos nacionais de cada Estado Membro da OMC. Em que pese tal fato, após a vigência do TRIPS, houve uma uniformização, quase que mundial, das legislações nacionais. Isso se deve, principalmente, às disposições do art. 1º do Acordo, que determina:

Art. 1º. Os Membros colocarão em vigor o disposto neste Acordo. Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo. Os Membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistema e prática jurídicos.

Diferentemente do previsto na Convenção, o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIPS) estabeleceu que todos os países membros da OMC deveriam reconhecer patentes para todos os campos tecnológicos, incluindo as patentes para produtos e processos farmacêuticos.

Pascale Boulet, Christopher Garrison e Ellen ‘t Hoen destacam que

Antes do Acordo TRIPS ter sido assinado, os Estados eram livres para determinar o que seria ou não patenteável dentro do país. Os Estados não tomavam decisões estanques e de longo prazo sobre as patentes. O que eles permitiam que fosse patenteado variava bastante ao longo do tempo, dependendo do estado de desenvolvimento do país. O escopo das patentes nem sempre era expandido; na verdade, algumas vezes os Estados decidiam negar a patenteabilidade de invenções previamente patenteadas, ou chegavam a abandonar totalmente seu sistema de patente. O patenteamento de bens essenciais, tais como medicamentos e alimentos, foi considerado por um bom tempo como sendo evidentemente contra o interesse público. De fato, quando a Rodada do Uruguai das negociações comerciais da OMC foi lançada em 1986, mais de 50 países não estavam concedendo patentes para produtos farmacêuticos.[15]

Acerca da extensão conferida ao conteúdo da patente, o TRIPS, em seu art. 28, estabelece uma proteção mínima aplicável a todos os Estados-membros:

1. Uma patente conferirá a seu titular os seguintes direitos exclusivos:

a) quando o objeto da patente for um produto, o de evitar que terceiros sem seu consentimento produzam, usem, coloquem à venda, vendam, ou importem com esses propósitos aqueles bens;

b) quando o objeto da patente for um processo, o de evitar que terceiros sem seu consentimento usem o processo e usem, coloquem à venda, vendam, ou importem com esses propósitos pelo menos o produto obtido diretamente por aquele processo.

2 - Os titulares de patente terão também o direito de cedê-la ou transferi-la por sucessão e o de efetuar contratos de licença.

O titular da patente tem o direito exclusivo de usar sua invenção protegida pelas reivindicações. O uso exclusivo é evidenciado na medida em que todos os demais cumpram uma obrigação de não-fazer. No contexto dessa obrigação, encontram-se todos os atos enumerados, exclusivos do titular, isto é, não produzir, não usar, não vender, não expor à venda e não importar com tal propósito, e outros.

Trata-se de um direito *erga omnes* de explorar de forma exclusiva o objeto resultado de sua invenção, durante o período definido em lei. É um monopólio provisório concedido ao titular da patente que impede que terceiros, sem a autorização daquele, explorem comercialmente objeto que guarde as características essenciais daquele protegido pela patente.

Na teoria, com a concessão da patente, a sociedade poderia conhecer rapidamente a nova invenção, tendo livre acesso a ela. Enquanto isso, o detentor da patente lucraria com a venda exclusiva da nova invenção, uma vez que o monopólio com a patente inibe a competição. Em um caso ideal, ambas as partes – sociedade e detentor da patente – se beneficiariam com a proteção da propriedade intelectual.

Entretanto, em virtude das disposições do Acordo TRIPS, os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, que não dispusessem de campos industriais capazes de produzir medicamentos e concorrer com as multinacionais, teriam que arcar com vultuosas quantias para pagar preços altíssimos pela importação desses produtos, em decorrência do monopólio consagrado pelas patentes.

Tendo em vista essa possibilidade, o Acordo estabeleceu dois períodos de transição para a adequação das legislações nacionais aos padrões nele vigentes, conforme o nível de desenvolvimento de cada país.

Gabriela Costa Chaves e Maria Auxiliadora Oliveira enunciam que, para a reformulação da legislação, os países tiveram os seguintes prazos:

§ 1 ano (até 1996) para os países desenvolvidos.

§ 5 anos (até 2000) para os países em desenvolvimento.

§ 11 anos (até 2006) para os países menos desenvolvidos.

Os países em desenvolvimento que não reconheciam patentes para determinados campos tecnológicos no período anterior à entrada em vigor do Acordo TRIPS tiveram

um prazo adicional de até cinco anos (até 2005) para fazê-lo, ou seja, aqueles países que não concediam patentes para o setor farmacêutico antes do TRIPS tinham o direito de continuar a não concedê-las até janeiro de 2005.[16]

Uma das principais vantagens desse período de transição seria permitir o fortalecimento dos laboratórios nacionais para enfrentar a concorrência com as empresas transnacionais de medicamentos intensivas em pesquisa e desenvolvimento. Para aqueles países que possuíssem parque industrial de medicamentos, permitiria a produção de genéricos e a comercialização de produtos a preços mais baixos, aumentando a capacitação tecnológica no setor (*know-how*).

O Brasil, assim como a Índia, eram países que, à época da assinatura do TRIPS, não reconheciam as patentes de medicamentos.

O Governo Brasileiro não aproveitou todo o período de transição de cinco anos mais cinco que foi dado pela Organização Mundial do Comércio (OMC) para reconhecer patentes na área de medicamentos. Após a entrada em vigor do TRIPS, o Brasil, em menos de dois anos, já havia alterado a regulação em matéria de propriedade industrial, editando a Lei n. 9.279 em 1996, que permitiu as patentes de medicamentos já a partir de 1997.[17]

A Índia, diferentemente do Brasil, foi um dos países em desenvolvimento que incorporou plenamente essa flexibilidade, utilizando-a de forma eficiente. O governo indiano já vinha implementando uma forte política industrial no setor de medicamentos, mesmo antes do TRIPS.

Aproveitando-se do período de transição até 2005, a indústria indiana pôde desenvolver versões genéricas de medicamentos protegidos por patentes em muitos países, sendo possível praticar um dos menores preços no mundo para os medicamentos anti-retrovirais[18], por exemplo.

4 A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL

A proteção da propriedade intelectual no Brasil esteve prevista desde a primeira Constituição brasileira, a de 1824. Nesta, constava, no art. 179, inciso 26, que “os inventores terão a propriedade de suas descobertas ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que haja de sofrer pela vulgarização”. No bojo da Constituição Imperial, a base constitucional da propriedade intelectual já estava inserida no capítulo dos direitos e garantias fundamentais.

A Constituição Republicana de 1891 estabelecia, no art. 72, § 5º, que os autores de inventos industriais gozariam de um privilégio temporário ou de “um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento”.

A Constituição de 1937 limitou-se a dispor que competia privativamente à União legislar sobre direito do autor (art. 16, XX), bem como sobre privilégios de invento e a

proteção de modelos, marcas e outras designações de mercadorias, não estabelecendo nenhuma garantia constitucional à propriedade intelectual.

A Constituição de 1946, no art. 141, restabeleceu as disposições relativas à proteção dos inventos industriais, das marcas, do nome comercial, das obras literárias e outros, mantendo praticamente a redação da Constituição de 1934, exceto no que tange à palavra “transmissão” dos direitos de autor aos herdeiros, que foi excluída.

A Carta de 1967 trouxe importantes alterações no regime constitucional da propriedade intelectual. No art. 150, §24, dispôs sobre a garantia do privilégio temporário para a utilização de inventos industriais, não mais contemplando a concessão do justo prêmio ao inventor caso convenha à coletividade a vulgarização do invento industrial. Restabeleceu que o direito do autor é transmissível por herança, o que foi mantido pela Emenda Constitucional de 1969.

Na Constituição de 1988, o regime da propriedade intelectual sofreu importantes atualizações. A matéria, regulada em três dispositivos do art. 5º, continuou a ser tratada no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, senão vejamos:

Art. 5º. Omissis

[...]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

O inciso XXIX traz a tutela genérica das criações industriais e a inserção da cláusula teleológica, que sujeita a propriedade industrial “ao interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. Logo, enquanto direito de propriedade, a propriedade intelectual está sujeita ao cumprimento de sua função social.

O constituinte de 1988 teve o cuidado de tornar mais claro em que consiste a função social da propriedade industrial. Além de estar sujeito ao dispositivo genérico do art. 5º, XXIII, o privilégio temporário para utilização de inventos está condicionado ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Anteriormente à Constituição de 1988, havia sido editado, sob a égide da Emenda Constitucional de 1969, o Código de Propriedade Industrial – Lei n. 5.772/71. Neste, constava que, dentre outros produtos e processos, o Brasil não reconhecia a patente de medicamentos. É o que dispunha o art. 9º, alínea "c". Senão vejamos:

Art. 9º. Não são privilegiáveis:

[...]

c) as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação;

Visando adequar o ordenamento interno às novas disposições em matéria de propriedade intelectual em vigor no âmbito da OMC, leia-se, Acordo TRIPS, foi aprovada uma nova Lei de Propriedade Industrial – a Lei n. 9.279/96.

Esse novo diploma normativo permitiu a patente de produtos químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie. Corrigindo algumas atecnias presentes na legislação anterior, estabeleceu, no art. 2º, que:

Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

I - **concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade**;

II - concessão de registro de desenho industrial;

III - concessão de registro de marca;

IV - repressão às falsas indicações geográficas; e

V - repressão à concorrência desleal. (Grifos nossos)

Como se vê, o sistema de patentes é um dos mecanismos de proteção dos direitos relativos à propriedade industrial no ordenamento brasileiro. Destaque-se que as patentes, por disposição legal expressa, devem ser concedidas considerando o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Logo, é instrumento que deve conciliar interesses públicos e privados, em uma tentativa de harmonizar esses interesses aparentemente conflitantes.

Para que uma criação intelectual seja considerada suscetível de obtenção de proteção através do sistema de patentes, ela deve preencher os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, nos termos do art. 8º da Lei de Propriedade Industrial. Uma invenção preenche o critério da novidade quando não tiver sido divulgada e difundida para o público. Será dotada de atividade inventiva se não for considerada óbvia para um técnico no assunto. Por fim, terá aplicação industrial se puder ser produzida ou utilizada nesse setor econômico.

Se o pedido de patente for deferido, uma vez efetivado o pagamento da taxa de expedição, o certificado de patente será emitido (art. 38), vigorando a patente de invenção por vinte anos e o modelo de utilidade por quinze, contados a partir da data do depósito (art. 40), ou, pelo menos, dez anos, ou sete – conforme se trate de invenção ou modelo de utilidade -, contados a partir da data da concessão (art. 40, parágrafo único).

A patente confere o direito de impedir terceiros, sem o consentimento do titular, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar produto que seja objeto de patente, ou produto obtido diretamente por processo patenteado (art. 42).

A principal alteração trazida com a nova Lei de Propriedade Industrial se refere à permissão de registro de patentes para produtos químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie. Com a ratificação do acordo TRIPS pelo Brasil, houve a introdução, no sistema brasileiro, de patentes nas áreas química, farmacêutica, e alimentícia, sendo admitido o direito exclusivo dessas invenções por um dado período, de forma a compensar os custos com pesquisa e desenvolvimento. Diante dessa nova realidade, tornou-se necessária a formulação de regras especiais.

A Lei de Propriedade Industrial trouxe esse novo regramento, se aplicando aos pedidos de patente em andamento, "exceto quanto à patenteabilidade dos pedidos depositados até 31 de dezembro de 1994, cujo objeto de proteção sejam substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos ou substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação e cujos depositantes não tenham exercido a faculdade prevista nos arts. 230 e 231 desta Lei, os quais serão considerados indeferidos, para todos os efeitos, devendo o INPI publicar a comunicação dos aludidos indeferimentos" (art. 229).

Newton Silveira esclarece que

para esses, a lei prevê uma *revalidação condicional (pipeline)* – para quem tenha esse direito garantido por tratado ou convenção em vigor no Brasil (que é o Acordo TRIPs) – do primeiro pedido de patente depositado no exterior (art. 230). Esse direito é condicional porque depende de que o objeto da patente não tenha "sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com o seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido.[19]

O Brasil, portanto, adotou o mecanismo da *pipeline* (patente de revalidação), constituindo uma disposição temporária por meio da qual foram aceitos depósitos de patentes em campos tecnológicos não patenteáveis até então, mesmo que tais pedidos já não cumprissem o requisito da novidade. Esse mecanismo impactou fortemente a saúde pública, já que possibilitou o patenteamento de produtos químico-farmacêuticos essenciais sem exame dos requisitos da patente. Sobre o tema, a Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA) esclarece que:

as patentes de vários medicamentos anti-retrovirais (ARVs) adotados pelo Ministério da Saúde para o tratamento do HIV/AIDS – como o abacavir, nelfinavir e lopinavir/r – foram concedidas pelo mecanismo do pipeline. O medicamento Efavirenz, licenciado compulsoriamente em 2007, tem uma patente pipeline.[20]

Para fazer jus ao beneficio da *pipeline*, o depósito da patente deve ser feito dentro do prazo de um ano contado a partir da publicação da lei (art. 230, §1º). Preenchidos esses requisitos, a patente será concedida tal como foi no país de origem (§3º), pelo prazo remanescente de proteção do país de origem (§4º). Se o pedido da patente já foi depositado no Brasil, o requerente deverá dele desistir e depositar novo pedido na forma da lei (§5º).

A Lei de Propriedade Intelectual assegura o direito adquirido, a indicar que quem fabricava o produto pode continuar a fazê-lo sem pagamento de *royalties*[21] retroativos ou futuros (art. 232).

5 MECANISMOS DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS PATENTES: LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO E OUTROS INSTITUTOS

Conforme se destacou anteriormente, o atual sistema internacional de proteção às patentes, composto, inicialmente, pela Convenção da União de Paris – CUP e, mais recentemente, pelo TRIPS, caracteriza-se por uma forte proteção às invenções, acoplada a algumas limitações a exclusividade de uso outorgada aos seus titulares.

As flexibilidades previstas no Acordo TRIPS para a garantia do direito à saúde são aquelas que favorecem, em diferentes níveis, a entrada de medicamentos genéricos no mercado, na medida em que permitem a competição, o que faz reduzir o preço dos medicamentos. São exemplos dessas flexibilidades: o período de transição para o reconhecimento de patentes para produtos e processos farmacêuticos (arts. 65 e 66), importação paralela (art. 6º), licença compulsória (art. 31) e atuação do setor de saúde nos processos de análise dos pedidos de patentes farmacêuticas (implícito no art. 8º).

Gabriela Costa Chaves e Maria Auxiliadora Oliveira trazem à tona um dado relevante: “a incorporação dessas flexibilidades na legislação nacional pode minimizar os potenciais efeitos negativos dos direitos conferidos pela patente na implementação de políticas de desenvolvimento econômico e social”.[22]

Essas limitações se justificam pela função social da propriedade intelectual, haja vista que, se de um lado a patente dá ao seu titular o direito de impedir que terceiros explorem o objeto ou o processo patenteado sem o seu consentimento, por outro lado, como toda propriedade, deve ela ser exercida “em consonância com as finalidades econômicas e sociais”, nos termos do art. 1.228, §1º do Código Civil de 2002. Nesse sentido, Isabel Vaz escreve que

a propriedade intelectual cria, para o seu titular, através dos instrumentos da patente e do registro, direitos morais e patrimoniais exclusivos, que funcionam como recompensa pecuniária. Mas a utilização dos bens produzidos pela criatividade humana vincula-se à observância dos interesses sociais, à necessidade de capacitação tecnológica nacional, ao progresso e ao bem-estar de toda comunidade. Aí vemos a conveniência de conciliar-se o legítimo interesse do inventor ou do autor, enquanto criador de um bem socialmente útil e economicamente valorável, com a necessidade de torná-lo acessível à sociedade.[23]

No mesmo diapasão, Denis Barbosa explica que as patentes devem ser vistas como uma forma de uso social da propriedade, só encontrando fundamento "enquanto socialmente justo. Como um mecanismo de restrição à liberdade de concorrência, a patente deve ser usada de acordo com sua finalidade. O uso da exclusiva em desacordo com tal finalidade é contra direito".[24]

A Lei de Propriedade Intelectual, seguindo as disposições do TRIPS, elencou alguns instrumentos de flexibilização das patentes, embora não tenha incorporado todas as flexibilidades presentes no Acordo TRIPS. Além do licenciamento compulsório, são previstos o princípio da exaustão de direitos e o instituto da importação paralela.

O princípio da exaustão vem definido no art. 43, IV, da LPI, que declara não constituir violação da patente a comercialização de produto fabricado de acordo com patente de processo ou produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com o seu consentimento.

A importação paralela por qualquer terceiro será admitida quando o próprio titular da patente praticar a importação do objeto da patente (art. 68, §1º, I) ou quando o licenciado o importar (art. 68, §3º), desde que o produto tenha sido colocado no mercado (internacional) diretamente pelo titular da patente ou com o seu consentimento (art. 68, §4º). Gabriela Costa Chaves[25] destaca que, na legislação brasileira, a importação paralela não está prevista da forma mais completa possível, pois está condicionada às situações de concessão de licença compulsória por razão de abuso de poder econômico (art.68, da Lei de Propriedade Industrial).

No Acordo TRIPS, a importação paralela é a flexibilidade que permite importar medicamentos dos países onde eles são vendidos a preços mais baixos pelo detentor da patente ou por outros autorizados por ele, independentemente da comprovação de abuso do poder econômico. Como o Brasil não incorporou essa flexibilidade de forma plena, tramita no Congresso Nacional um projeto de Lei n. 139/99 que objetiva inserir no ordenamento brasileiro esse instituto tal como previsto no TRIPS.

A Lei de Propriedade Industrial prevê, ainda, hipóteses em que uma patente pode ser licenciada, sem o consentimento do titular. Nesses casos, privilegia-se o interesse público, isto é, a função social da propriedade em detrimento da exclusividade proporcionada pelo privilégio da patente.

O licenciamento compulsório é conceituado por Milton Lucídio Leão Barcellos como

a previsão legal da possibilidade, em determinados casos previstos na Convenção da União de Paris – CUP, no Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – ADPIC (internacionalmente conhecido sob a sigla TRIPS – *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* e em vigor no Brasil através do Decreto 1.355 de 30.12.1994) e na própria Lei da Propriedade Industrial – LPI Brasileira (Lei 9.279/96), de se estabelecer uma flexibilização dos direitos de propriedade sobre determinada patente, tendo em vista a realidade na qual se insere o contexto da exploração da patente, atribuindo-se uma imposição legal de licença compulsória ao titular da patente, mediante o cumprimento de determinados requisitos para cada fundamento adotado.[26]

Vários países já fizeram uso da licença compulsória para combater práticas anticompetitivas e também como estratégia para a redução de preços de medicamentos. Não se trata, portanto, de um instituto exclusivo para países em desenvolvimento, já tendo sido utilizado pelos Estados Unidos e do Canadá[27], inclusive com relação a patentes de medicamentos, como forma de manter o equilíbrio entre os direitos de propriedade industrial e o direito à saúde.

O sistema da licença compulsória foi implantado na Convenção de Paris através da Revisão de Haia, de 1925, substituindo a previsão originária da CUP, que estabelecia o chamado "trabalho obrigatório", instituto pelo qual o inventor era obrigado a trabalhar o seu invento em todos os países em que obteve a concessão da patente. Essa substituição foi resultado, nas palavras de Di Blasi, Garcia e Mendes, da busca "de uma disposição mais flexível que atendesse aos anseios nacionais da economia, mas que não desinteressasse o dono da patente".[28]

São hipóteses de licenciamento compulsório, previstas nos artigos 68 a 74 da Lei n. 9279/96:

a) Exercício de direitos de forma abusiva

O art. 68, da Lei de Propriedade Intelectual estabelece que o uso da patente de forma abusiva autoriza o uso do licenciamento compulsório.

Essa hipótese já vinha elencada na CUP, versão de Estocolmo de 14 de julho de 1967 (promulgada no Brasil pelo Decreto n. 75.572, de 8 de abr. de 1975, alterado pelo Decreto n. 635, de 21 de ago. de 1992, e ratificado pelo Decreto n. 1263, de 10 de out. de 1994):

art. 5º A (2) Cada país terá a faculdade de adotar medidas legislativas prevendo a concessão de licenças obrigatórias *para prevenir os abusos que poderiam resultar do exercício do direito exclusivo conferido pela patente*, como, por exemplo, a falta de exploração (Grifos nossos).

Como o TRIPS incorpora os artigos 1 a 12 e 19 da CUP, o disposto no art. 5 A (2) está igualmente incluso no Acordo.

Juliana Viegas adverte que, considerando que a Lei de Propriedade Intelectual trata em dispositivo distinto a hipótese de falta de exploração

a ausência de uma definição do que seja "abuso" exige uma análise de caso a caso, mas, por exemplo, a prática de preços excessivos, principalmente quando aplicados a produtos de necessidade básica ou de interesse público, tornando-os inacessíveis a populações carentes, pode constituir uma forma de abuso.[29]

b) Abuso do poder econômico

O art. 68 da LPI também prevê a possibilidade de outorga de licença compulsória quando o titular da patente praticar abuso do poder econômico por meio da patente, devidamente comprovado por decisão judicial ou administrativa (via Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE).

Essa hipótese é respaldada pelo artigo 31 (k) do TRIPS, que admite a licença compulsória "para remediar um procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal após processo administrativo ou judicial".

c) Falta de exploração

O § 1º, I, do art. 68 determina que, quando a patente não for explorada no território brasileiro, seja por falta de fabricação, seja por fabricação incompleta do produto ou por falta de uso integral do processo patenteado, pode-se requerer, perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, a licença compulsória.

A CUP e, conseqüentemente, o TRIPS consideram a falta de fabricação ou exploração como uma forma de "abuso", estando todas essas hipóteses de licenciar compulsoriamente uma patente previstas no art. 5º A (2), transcrito acima.

Os licenciamentos compulsórios por falta de exploração de uma patente só podem ser requeridos após decorridos três anos da concessão da patente, de acordo com o art. 68, § 5º, LPI, em conformidade com o art. 5 A (4) da CUP.

d) Comercialização insuficiente

Uma quarta hipótese de licenciamento compulsório ocorre quando a comercialização do produto patenteado ou resultado de processo patenteado não for suficiente para satisfazer às necessidades do mercado (art. 68, §1º, II).

Logo, não basta que o titular da patente a explore, mas é necessário que a fabricação do produto seja suficiente para atender às demandas do mercado.

e) Patentes dependentes

Quando, cumulativamente, houver dependência de uma patente em relação à outra, quando a patente dependente representar substancial progresso técnico em relação à anterior, e quando o titular da patente original não realizar acordo com o titular da patente dependente, o art. 70 da LPI permite a licença compulsória da patente anterior.

O §1º do art. 70 define o que se entende por patente dependente, considerando-a aquela cuja exploração necessita obrigatoriamente da utilização do objeto de patente anterior. Nesse sentido, uma patente de processo poderá ser considerada dependente de patente do respectivo produto, e vice-versa (§2º do art. 70).

O artigo 31 (l) do TRIPS admite expressamente a licença compulsória em caso de patente dependente, quando esta representar "um avanço técnico importante de considerável significado econômico em relação à invenção identificada na primeira patente".

f) Emergência Nacional

Os casos de emergência nacional (definidos pelo Decreto n. 3201, de 6 de out. de 1999, como "iminente perigo público, ainda que apenas em parte do território nacional"),

juntamente com as hipóteses de interesse público, são as justificativas mais comumente usadas em pedidos de licenciamento compulsório.

O artigo 31 (b) do TRIPS admite a licença compulsória "em caso de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência [...]".

O art. 71 da LPI explicita que, mesmo em casos de emergência nacional, o licenciamento compulsório deve ser outorgado "sem prejuízo dos direitos do respectivo titular". Esta observação, contida no final do dispositivo, leva ao entendimento de que o titular pode certamente continuar a explorar a patente (mesmo porque a licença compulsória é temporária e não exclusiva), além de poder a licença gerar *royalties* pagáveis ao titular. O valor desses *royalties* deve ser arbitrado pelo INPI, nos termos do art. 73, §5º, da LPI.

g) Interesse público

A última hipótese de licenciamento compulsório prevista da Lei de Propriedade Intelectual ocorre em casos de interesse público (definido no Decreto n. 3201/99 como "os fatos relacionados, dentre outros, à saúde pública, à nutrição, à defesa do meio ambiente, bem como aqueles de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou socioeconômico do País").

O artigo 31 (b) do TRIPS admite a licença em "caso de uso público não-comercial".

De acordo com Juliana Viegas, "casos de interesse público podem incluir, pois, as mais variadas necessidades, e aquelas citadas na LPI são meramente exemplificativas".[30]

Ressalte-se que essa hipótese de licença deve ser outorgada por um prazo determinado, compatível com o atendimento ao interesse público.

h) Disposições gerais sobre licenças compulsórias

As licenças compulsórias são instrumentos de concretização da função social da propriedade intelectual, não implicando na perda da validade da patente assim licenciada, sujeitando aquele que licencia compulsoriamente ao pagamento de *royalties* ao titular da patente registrada.

Nos casos de pedido de licença compulsória fundados no exercício de direitos de forma abusiva, abuso do poder econômico, falta de exploração da patente ou comercialização insuficiente, o interessado na licença deve comprovar legítimo interesse e capacidade técnica e econômica para explorá-la eficientemente (art. 68, §2º), e a licença compulsória deve se destinar à produção e à venda predominantemente para o mercado interno, em obediência às disposições do artigo 31 (f) do TRIPS.

Os governos, ao fazerem uso do licenciamento compulsório para garantir o acesso a medicamentos, geralmente justificam-no com base em interesse público. A licença compulsória, nessa hipótese, só pode ser para uso público não comercial (isto é, o licenciado deve ser órgão ou entidade governamental e a exploração da patente não pode ser feita com propósito comercial, mas deve ser destinado à distribuição gratuita ou à preço de custo), não pode ser exclusiva e fica sujeita a pagamento de *royalties*.

Para que seja deferida a licença compulsória, o TRIPS traz alguns outros requisitos a serem levados em consideração pela entidade que licencia. Conforme dispõe o artigo 31 (b) do Acordo, o interessado na licença deve ter previamente buscado obter autorização negociada com o titular, em termos e condições comerciais razoáveis, e que essa negociação não tenha tido sucesso num prazo razoável.

Juliana Viegas conclui que

O licenciamento compulsório tem sido muito criticado, sob a alegação de que a mera ameaça de tal medida já é suficiente para reduzir os investimentos em pesquisa e desenvolvimento no País, investimentos em novos negócios e investimentos em expansão da produção local, tudo em decorrência do ambiente de desconfiança que se cria sobre a solidez e eficácia dos direitos de propriedade industrial no Brasil. No entanto, é preciso notar que o instituto da licença compulsória existe e é aplicado na maioria absoluta dos países desenvolvidos, não havendo razão, pois, para que não seja aplicado no Brasil, evidentemente com o necessário critério e prudência.[31]

6 A UTILIZAÇÃO DO LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO NO BRASIL NA PERSPECTIVA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A possibilidade de outorgas de licenças compulsórias no Brasil não é nova, pois já era prevista no Código de Propriedade Industrial anterior (Lei n. 5.772/71), sob a égide do qual, poucas licenças compulsórias foram outorgadas, como informa Jacqueline Borges de Faria:

O INPI concedeu três licenças compulsórias, relativas a PI n. 76.767 (processo para cultura de vírus), usada para a produção de vacina antiaftosa, de propriedade da firma National Research Development Corporation e uma da patente PI n. 7.107.076, obtida por Nortox Agro-Química S/A, por meio do despacho na RPI 710, de 29/5/84, página 86, processo DIRCO/1649/83, referente ao caso Monsanto – quando da vigência do Código da Propriedade Industrial (Lei 5772/71).[32]

Sob a vigência da atual Lei de Propriedade Intelectual, foi outorgado um único licenciamento compulsório, por meio do Decreto n. 6.107, de 4 de maio de 2007. O licenciamento concedido, que se baseia em interesse público, refere-se a duas patentes relacionadas à produção do medicamento Efavirez, de propriedade da Merck, usado no Programa Nacional de DST/AIDS. O Decreto foi precedido de Portaria do Ministério da Saúde (n. 886, de 24 de abr. 2007) que declarou o interesse público na produção do referido medicamento anti-retroviral.

A iniciativa brasileira de licenciar compulsoriamente um medicamento protegido por patente, na perspectiva de efetivação do acesso universal de medicamentos para tratamento de HIV/AIDS, traz à tona a discussão sobre quais os limites de proteção dos direitos de propriedade intelectual.

No que tange à prevalência do direito à saúde, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabeleceu, no art. XXV (1) que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive

alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle".

A Constituição Federal de 1988, seguindo os tratados internacionais sobre a matéria, assegurou, no art. 6º, que a saúde, ao lado da educação, trabalho, moradia, lazer, segurança pública, previdência e assistência, é um direito social.

Enquanto direito social, ou direito humano de 2ª dimensão, o direito à saúde implica em uma atuação positiva do Estado, no sentido de implementar políticas públicas que garantam, na prática, o acesso aos serviços e aos medicamentos essenciais. Reforçando essa tese, os artigos 196 e 197, da Lei Fundamental brasileira, comprometem o Poder Público na efetivação do direito à saúde, senão vejamos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Por implicarem em uma atuação positiva do Estado, os direitos sociais sofrem, muitas vezes, a chamada síndrome da inefetividade das normas constitucionais. Luís Roberto Barroso sustenta a tese de que se deve falar em exeqüibilidade plena dos direitos fundamentais como um todo, inclusive dos direitos sociais, fundamentando sua posição no Preâmbulo da Carta Magna de 1988. Reconhece, contudo, que a efetivação dos direitos sociais é mais tormentosa e complexa do que a relativa às demais categorias, senão vejamos:

Modernamente, já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência, que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exeqüibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas Políticas mais recentes, como se vê no art. 2º- da Constituição Portuguesa e do Preâmbulo da Constituição Brasileira, que proclama ser o país um Estado Democrático, 'destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais'.[33]

No contexto de exigência de efetivação dos direitos sociais, a Administração Pública, por diversas vezes, tem-se valido da tese de que as limitações orçamentárias implicam em uma restrição no âmbito de atuação das políticas públicas, o que se convencionou denominar de "reserva do possível". Sobre o tema, importante destacar as observações de José Joaquim Gomes Canotilho:

Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platónica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da **reserva do possível** (*Vobehalt dês Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob 'reserva dos cofres cheios', equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais. Assim, por exemplo, o 'rendimento mínimo garantido' não será a concretização de qualquer direito social em concreto (direito ao trabalho, direito à saúde, direito à habitação) mas apenas o cumprimento do dever de socialidade imposto pelo respeito da dignidade da pessoa humana e pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade. [34]

Esse talvez seja o grande debate da atualidade: como compatibilizar as exigências de políticas públicas em uma sociedade cada vez mais complexa e diante de orçamentos sempre limitados? Nesse contexto, a Economia, a ciência que administra a escassez, nas palavras de Fábio Nusdeo, pode dar grandes contribuições à Ciência Jurídica.[35]

Sob o enfoque do direito à saúde, esse debate se torna mais acirrado. O desenvolvimento da Medicina tem conseguido prolongar de sobremaneira a vida dos seres humanos, principalmente devido à produção de medicamentos mais eficazes para combater doenças. Entretanto, ao mesmo tempo, esse desenvolvimento tem implicado em um custo alto demais para muitas pessoas e para muitos países.[36] A capacidade aquisitiva é uma dimensão relevante nesse debate, uma vez que, possivelmente, é a mais afetada negativamente pela proteção patentária de produtos farmacêuticos.

O direito à saúde inclui o direito de acesso a medicamentos essenciais[37], que têm uma importância basilar no melhoramento das condições de vida das populações. Esses medicamentos, quando utilizados adequadamente, são considerados como uma das estratégias terapêuticas de maior custo-efetividade, possibilitando que as intervenções mais onerosas para o sistema público de saúde sejam evitadas.

Com o intuito de ampliar e garantir o acesso universal a medicamentos, o Brasil editou a Lei n. 9.313/1996, que trata da distribuição gratuita de medicamentos às pessoas que vivem com HIV/AIDS, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo que o acesso a drogas anti-retrovirais para o tratamento da infecção pelo HIV é um direito de todos e todas.

Ocorre que o custo altíssimo desses medicamentos utilizados na terapia anti-retroviral levanta a discussão sobre a possibilidade de o Brasil utilizar o licenciamento compulsório para a tecnologia de produção dessas drogas, seguindo a previsão na Lei de Propriedade Industrial e no Acordo TRIPS.

Ressalte que muitos desses medicamentos foram protegidos por patentes em 1997, quando o Brasil começou a reconhecer patentes de produtos farmacêuticos. O Efavirez[38], alvo da licença compulsória emitida pelo Brasil em 2007, foi patenteado no país nessa época, por meio de uma patente do tipo *pipeline*. O primeiro depósito desse medicamento tinha sido feito em outros países em 2002. Logo, quando depositada a patente junto ao INPI brasileiro, o produto já não atendia ao requisito da novidade.

No conflito entre dois direitos constitucionalmente assegurados – a proteção da propriedade industrial e o direito ao acesso universal de medicamentos –, o governo brasileiro deu prevalência ao segundo, não revogando o primeiro, mantendo, inclusive, os direitos à percepção de *royalties* decorrentes do uso da invenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora devidamente regulado pelo TRIPS como uma flexibilidade ao sistema de patentes, o licenciamento compulsório não é um instituto muito adotado pelos países, tendo em vista que ainda é bastante forte, no âmbito do comércio internacional, a idéia de direito de propriedade como algo absoluto, a indicar que, só em situações excepcionalíssimas, os Estados poderiam atingi-la, seja desapropriando, seja licenciando compulsoriamente.

As reflexões sobre a função social da propriedade, tão adiantadas no que tange à propriedade imóvel, ainda não repercutem de maneira incisiva na propriedade intelectual. Não se fala em pagamento reduzido de *royalties* ou simplesmente em não pagamento no caso de licenciamento de patentes que não cumprem uma função social.

Diante desse quadro, os membros da OMC vêm sofrendo uma série de dificuldades em relação à viabilidade de acesso a medicamentos patenteados a médio e longo prazo, conforme evidencia a pandemia de AIDS ao longo dos últimos dez anos. A liberdade do detentor da patente de determinar os preços acabou por tornar os medicamentos inacessíveis para a maioria das pessoas dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.

Ainda que o TRIPS tenha previsto flexibilidades que atendem, em certa medida, o respeito ao direito humano à saúde, que também implica no direito ao acesso de medicamentos essenciais, a exemplo da licença compulsória e da importação paralela, que foram, inclusive, reafirmadas na Declaração de Doha da OMC sobre Acordo TRIPs e Saúde Pública[39] (em 2001), ocorre que a maioria dos países não incluiu essas flexibilidades em suas legislações. Aqueles que as incluiu enfrentam inúmeras barreiras, das mais diversas naturezas, para sua efetiva aplicação.[40]

Conhecer as disposições do Acordo TRIPS e incorporar no ordenamento nacional todas as flexibilidades que o tratado elenca tem fundamental importância para equilibrar os interesses dos detentores das patentes e os da sociedade em geral, que precisa de medicamentos essenciais. Discutir a questão sobre o prisma da função social da propriedade intelectual é premente, como forma de proteger a criação humana ao mesmo tempo em que se proporciona uma distribuição e um uso eqüitativo do conhecimento produzido.

Nessa senda, Flávia Piovesan destaca a Recomendação Geral n. 12 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão da ONU destinado a acompanhar a implementação do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Na visão do Comitê os próprios delineamentos conceituais do direito à propriedade intelectual hão de ser redefinidos considerando necessária a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Isto é, à luz dos direitos humanos, o direito à propriedade intelectual cumpre uma função social, que não pode ser obstada em virtude de uma concepção privatista deste direito que eleja a preponderância incondicional dos direitos do autor em detrimento da implementação dos direitos sociais, como o são, por exemplo, a saúde, a educação e a alimentação. Observe-se ainda que, via de regra, o conflito não envolve os direitos do autor *versus* os direitos sociais de toda uma coletividade; mas, sim, o conflito entre os direitos de exploração comercial (por vezes abusiva) e os direitos sociais da coletividade.

[...].

Extrai-se, assim, o dever dos Estados de alcançar um balanço adequado entre a proteção efetiva dos direitos do autor/inventor [...] e a proteção dos direitos sociais à educação, alimentação e saúde, bem como aos direitos culturais e de desfrute dos progressos científicos. Nesta ponderação de bens, o direito à proteção da propriedade intelectual não deve ser considerado ilimitado ou absoluto, na medida em que a propriedade intelectual tem uma função social. Os regimes jurídicos de proteção da propriedade intelectual devem ser analisados sob a perspectiva de seu impacto no campo dos direitos humanos.[41]

REFERÊNCIAS

ABIA. **Patentes**: porque o Brasil paga mais por medicamentos importantes para a saúde pública?. Rio de Janeiro, 2006.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. A importância dos sistemas nacional e internacional de patentes no Estado contemporâneo. *In*: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (coords.). **Direito da propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **O sistema internacional de patentes**. São Paulo: Thomson Iob, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar/abr/mai, 2007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 20 nov. 2008.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

BOULET, Pascale; GARRISON, Chistopher; HOEN, Ellen 't. **Patentes de medicamentos em evidência**: compartilhando experiência prática sobre patentes de produtos farmacêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Médicos Sem Fronteiras, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CHAVES, Gabriela Costa. **Patentes farmacêuticas**: por que dificultam o acesso a medicamentos? Rio de Janeiro: ABIA, 2007.

_____. **Perguntas e respostas sobre o licenciamento compulsório do medicamento Efavirez no Brasil.** Rio de Janeiro: ABIA, 2007.

CHAVES, Gabriela Costa; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora. Direitos de propriedade intelectual e acesso a medicamentos. In: REIS, Renata; TERTO JÚNIOR, Veriano; PIMENTA, Cristina; MELLO, Fátima (Orgs.). **Propriedade intelectual**: interfaces e desafios. Rio de Janeiro: ABIA, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, ano I, dezembro de 1997.

DI BLASI, Clésio Gabriel; GARCIA, Mario Augusto Soerensen; MENDES, Paulo Parente Marques. **A propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIEZ-PICAZO, Luis. ***Fundamentos del derecho civil patrimonial****: las relaciones jurídico-reales – el registro de la propriedad – la posesion.* Madri: Civitas, 1995.

FABRIS, Roner Guerra. Contratos de tecnologia e concorrência no mercado comum. *In*: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (coords.). **Direito da propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006.

FARIA, Jacqueline Borges de. Licença compulsória como alternativa para a garantia do acesso universal a anti-retrovirais no Brasil. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro: ABPI, n. 85, Nov./dez. 2006.

MATIAS, João Luis Nogueira; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Repensando o direito de propriedade** (re-thinking property rights). Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst_da_dogmatica_joao_luis_matias_e_afonso_rocha.pdf>. Acesso em 15 jul. 2009.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia:** introdução ao Direito Econômico. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTEL, Luiz Otávio. O desenvolvimento nacional e a tecnologia – perspectivas para inovação, propriedade intelectual e transferência de resultados no Brasil. *In*:

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (coords.). **Direito da propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Propriedade Intelectual**. Disponível em http://www.culturalivre.org.br/ index.php?option=com_content&task=view&id=141&Itemid=47. Acesso em 04 mai. 2009.

PINTO, Cláudia Du Bocage Santos; CASTRO, Claúdia Garcia Serpa Osório de; RUIZ, Adriana Mendonza. Acesso a medicamentos e a estratégia de genéricos: oportunidades e desafios. In: ROCHA, Solange; PEDROSA, Francisco (Orgs.). **Saúde é um direito humano**: contexto contemporâneo da resposta social em HIV/AIDS. Fortaleza: GRAB, 2008.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Os princípios constitucionais e propriedade intelectual – o regime constitucional do direito autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (coords.). **Direito da propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**: propriedade industrial, direito do autor, software, cultivares. 3. ed. Barueri: Manole, 2005.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Tratado da propriedade industrial** – patentes e seus sucedâneos. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VIEGAS, Juliana L. B. Contratos Típicos de Propriedade Industrial. *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.). **Propriedade intelectual:** contratos de propriedade industrial e novas tecnologias. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZYLBERSZTAJN, Décio; STZYAJN, Rachel. **Direito e Economia** – Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

---

[1] Há vários relatórios internacionais, como o da Comissão sobre Propriedade Intelectual, Inovação e Saúde Pública (CIPIH, em inglês) da Organização Mundial da Saúde, no qual consta que, para os países em desenvolvimento, o sistema de incentivos à pesquisa baseado nas patentes, não consegue prover os medicamentos necessários para a saúde da população. Segundo a Organização Mundial de Saúde, mais de um terço da população mundial carece de acesso regular a medicamentos considerados essenciais. Esse quadro é mais grave em países da África e da Ásia, onde mais da metade da população não se beneficia deles. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE *apud* CHAVES, Gabriela Costa; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora. Direitos de propriedade intelectual e acesso a medicamentos. In: REIS, Renata; TERTO JÚNIOR, Veriano;

PIMENTA, Cristina; MELLO, Fátima (Orgs.). **Propriedade intelectual**: interfaces e desafios. Rio de Janeiro: ABIA, 2007, p. 20).

[2] PIMENTEL, Luiz Otávio. O desenvolvimento nacional e a tecnologia – perspectivas para inovação, propriedade intelectual e transferência de resultados no Brasil. *In*: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (coords.). **Direito da propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 188.

[3] Ascarelli classifica os bens imateriais em três categorias. A primeira relaciona as criações intelectuais que assumem um valor representativo para o universo da cultura, como as obras literárias e musicais. A segunda categoria enumera as invenções industriais e as idéias criativas aplicadas no universo do desenvolvimento tecnológico, tendo como exemplo típico as patentes. A última categoria inclui as criações intelectuais que têm por objeto as nomenclaturas e símbolos distintivos, diferenciando empresas e produtos, como ocorre com as marcas. (ASCARELLI apud DIEZ-PICAZO, Luis. ***Fundamentos del derecho civil patrimonial****: las relaciones jurídico-reales – el registro de la propriedad – la posesion.* Madri: Civitas, 1995, p. 160).

[4] SOARES, José Carlos Tinoco. **Tratado da propriedade industrial** – patentes e seus sucedâneos. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998, p. 76.

[5] BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. **O sistema internacional de patentes**. São Paulo: Thomson Iob, 2004, p. 13.

[6] SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Os princípios constitucionais e propriedade intelectual – o regime constitucional do direito autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (coords.). **Direito da propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 11.

[7] SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**: propriedade industrial, direito do autor, software, cultivares. 3. ed. Barueri: Manole, 2005, p. 13.

[8] FABRIS, Roner Guerra. Contratos de tecnologia e concorrência no mercado comum. *In*: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (coords.). **Direito da propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 200.

[9] NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia:** introdução ao Direito Econômico. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 207.

[10] MATIAS, João Luis Nogueira; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Repensando o direito de propriedade** (re-thinking property rights). Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/ reconst_da_dogmatica_joao_luis_matias_e_afonso_rocha.pdf>. Acesso em 15 jul. 2009.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, ano I, dezembro de 1997, p. 96.

[12] COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., 1997, p. 97.

[13] GRAU, Eros Roberto apud BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar/abr/mai, 2007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 20 nov. 2008.

[14] CHAVES, Gabriela Costa. **Patentes farmacêuticas**: por que dificultam o acesso a medicamentos? Rio de Janeiro: ABIA, 2007, p. 17.

[15] BOULET, Pascale; GARRISON, Chistopher; HOEN, Ellen 't. **Patentes de medicamentos em evidência**: compartilhando experiência prática sobre patentes de produtos farmacêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Médicos Sem Fronteiras, 2005, p. 5.

[16] CHAVES, Gabriela Costa; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora. op. cit., 2007, p. 29.

[17] Sobre esse tema, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão, em 17 de maio de 2009, no bojo do Recurso Especial n° 960728 / RJ, no qual discutia a prorrogação, por mais cinco anos, de patente concedida na vigência da Lei nº 5.772/71, em face da adesão do Brasil ao Acordo TRIPS. Na oportunidade, ficou consignado que "o argumento de que o Brasil não demonstrou interesse em fazer valer o prazo extra de quatro anos, como Nação em desenvolvimento, para aplicação do TRIPS desconsidera a existência de dois prazos de carência no corpo do Acordo, pois é nítida a diferença entre as redações dos §§ 2º e 4º do art. 65. Com efeito, o § 2º, quando cria o prazo geral de aplicação de cinco anos (na modalidade 1 + 4) fala expressamente que tal prazo é um direito do Estado em desenvolvimento; porém, ao tratar do segundo prazo adicional, no §4º, a redação muda substancialmente, estando ali consignado que um Estado nas condições do Brasil "poderá adiar" a aplicação do Acordo em alguns pontos por mais 5 anos. A segunda ressalva é uma mera possibilidade, ao contrário da primeira. O Brasil, conforme demonstram as transcrições das discussões legislativas juntadas aos autos, abriu mão do segundo prazo especial e facultativo de mais cinco anos constante no art. 65.4, prazo esse destinado à extensão da proteção a setores tecnológicos ainda não protegidos pelas antigas Leis de Patentes; mas não do primeiro prazo, porque, em relação a este e pelos próprios termos do Acordo, qualquer manifestação de vontade era irrelevante. Em resumo, não se pode, realmente, pretender a aplicação do prazo previsto no art. 65.4 do TRIPS, por falta de manifestação legislativa adequada nesse sentido; porém, o afastamento deste prazo especial não fulmina, de forma alguma, o prazo genérico do art. 65.2, que é um direito concedido ao Brasil e que, nesta qualidade, não pode sofrer efeitos de uma pretensa manifestação de vontade por omissão, quando nenhum dispositivo obrigava o país a manifestar interesse neste ponto como condição da eficácia de seu direito". (STJ. REsp 960728/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 17 mai. 2009. Publicado no DJe de 15 de abr. 2009).

[18] Os medicamentos conhecidos como anti-retrovirais (ARVs) têm como principal objetivo diminuir o número de cópias virais no corpo humano, inibindo a replicação do vírus. São medicamentos selecionados e incluídos nos protocolos nacionais de tratamento nos casos em que as evidências clínicas comprovem a sua efetividade.

[19] SILVEIRA, Newton. op. cit., 2005, p. 42.

[20] ABIA. **Patentes**: porque o Brasil paga mais por medicamentos importantes para a saúde pública?. Rio de Janeiro, 2006.

[21] *Royalties* são uma espécie de remuneração devida ao detentor da patente pelo uso e exploração de invenção ou modelo de utilidade gravado com a cláusula da exclusividade patentária.

[22] CHAVES, Gabriela Costa; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora. op. cit., 2007, p. 28.

[23] VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 420.

[24] BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 499.

[25] CHAVES, Gabriela Costa. op. cit., 2007, p. 24.

[26] BARCELLOS, Milton Lucídio. op. cit., 2006, p. 237-238.

[27] CHAGAS, Gabriela Costa; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora. op. cit., 2007, p. 34-35.

[28] DI BLASI, Clésio Gabriel; GARCIA, Mario Augusto Soerensen; MENDES, Paulo Parente Marques. **A propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 42.

[29] VIEGAS, Juliana L. B. Contratos Típicos de Propriedade Industrial. *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.). **Propriedade intelectual:** contratos de propriedade industrial e novas tecnologias. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 132.

[30] VIEGAS, Juliana L. B. op. cit., 2007, p. 139.

[31] Idem, 2007, p. 140.

[32] FARIA, Jacqueline Borges de. Licença compulsória como alternativa para a garantia do acesso universal a anti-retrovirais no Brasil. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro: ABPI, n. 85, Nov./dez. 2006, p. 32.

[33] BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 102.

[34] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 481.

[35] Sobre uma introdução ao movimento doutrinário da Análise Econômica do Direito, ler ZYLBERSZTAJN, Décio; STZYAJN, Rachel. **Direito e Economia** – Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

[36] Acerca do custo dos medicamentos para países em desenvolvimento e subdesenvolvidos, Gabriela Costa e Maria Auxiliadora Oliveira afirmam que “os gastos

com saúde estão crescendo em ritmo acelerado devido, principalmente, à incorporação de novas tecnologias, nas quais se inclui a fabricação de medicamentos. Gastos com medicamentos chegam a representar de 10 a 20% das despesas com saúde em paises desenvolvidos, e mais de 50% nos paises em desenvolvimento". (CHAVES, Gabriela Costa; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora. op. cit., 2007, p. 21-22).

[37] Na 12ª Lista Modelo de Medicamentos Essenciais da Organização Mundial de Saúde (OMS), de abril de 2002, foram incluídos, pela primeira vez, os antiretrovirais para tratamento de HIV/AIDS. Sobre o tema ler PINTO, Cláudia Du Bocage Santos; CASTRO, Claúdia Garcia Serpa Osório de; RUIZ, Adriana Mendonza. Acesso a medicamentos e a estratégia de genéricos: oportunidades e desafios. In: ROCHA, Solange; PEDROSA, Francisco (Orgs.). **Saúde é um direito humano**: contexto contemporâneo da resposta social em HIV/AIDS. Fortaleza: GRAB, 2008, p. 6.

[38] De acordo com Gabriela Costa Chaves, o Efavirez "é utilizado por 70.000 pacientes em tratamento ARV no Brasil – representando 38% dos pacientes em tratamento -, com perspectiva de aumento a cada ano". (CHAVES, Gabriela Costa. **Perguntas e respostas sobre o licenciamento compulsório do medicamento Efavirez no Brasil.** Rio de Janeiro: ABIA, 2007, p. 6).

[39] A Declaração de Doha da OMC em 2001 sobre o papel do TRIPS e a Saúde Pública teve como objetivo reavaliar o papel que o sistema de patentes deve exercer na saúde pública.

[40] Exemplo disso ocorreu com o Brasil, quando, em 2005, o governo ameaçou emitir uma licença compulsória de interesse público para o medicamento anti-retroviral denominado Kaletra (lipinovir/ritonavir). Gabriela Costa Chaves e Maria Auxiliadora Oliveira afirmam que, à época, "lobistas da indústria farmacêutica transnacional desencadearam uma forte mobilização na FTC dos Estados Unidos para que fossem estabelecidas sanções comerciais para produtos brasileiros em outros setores industriais". (CHAVES, Gabriela Costa; Oliveira, Maria Auxiliadora. op. cit., 2007, p. 35).

[41] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Propriedade Intelectual**. Disponível em http://www.culturalivre.org.br/ index.php?option=com_content&task=view&id=141&Itemid=47. Acesso em 04 mai. 2009.

O DIREITO DE AUTOR COMO UM DIREITO DE PROPRIEDADE: UM ESTUDO HISTÓRICO DA ORIGEM DO COPYRIGHT E DO DROIT D'AUTEUR*

THE COPYRIGHT AS A RIGHT OF PROPERTY: AN HISTORICAL STUDY ON THE ORIGINS OF COPYRIGHT AND DROIT D'AUTEUR

Marco Antônio Sousa Alves
Leonardo Machado Pontes

RESUMO

A origem do direito de autor é marcada pela existência de diversas teorias e uma intensa discussão acerca de sua natureza. O presente trabalho, com enfoque nos séculos XVIII e XIX, pretende demonstrar o embate entre a teoria utilitarista ou do monopólio temporário e a teoria do direito natural ou da propriedade, na sociedade francesa e inglesa. A teoria utilitarista trata o direito autoral como instrumento voltado para a regulação da produção e difusão das criações intelectuais, por meio de um monopólio legal ex post de exploração para recuperar os custos ex ante das expressões protegidas e garantir novos investimentos durante o período ex post. Por outro lado, a teoria do direito natural trata o direito de autor como autêntico direito de propriedade sobre a criação imaterial, e fundamenta esse direito não apenas de maneira utilitária, mas ainda como um direito natural, inerente ao autor, como legítimo proprietário do fruto de seu trabalho. O presente estudo limita-se a indicar o entrecruzamento que essas teorias sofreram ao longo do esforço de construção teórico-jurídica do direito de autor nos séculos XVIII e XIX.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DE AUTOR; TEORIA DA PROPRIEDADE; TEORIA UTILITARISTA; COPYRIGHT; DROIT D'AUTEUR.

ABSTRACT

The origin of copyright is marked by the existence of diverse theories and an intense quarrel concerning its nature. The present work, when focusing centuries XVIII and XIX, intend to demonstrate the shock between the utilitarian theory or temporary monopoly theory and the theory of the natural law or property theory, in the French and English societies. The utilitarian theory treats copyright as an instrument directed to regulate the production and diffusion of the intellectual creations, by means of a legal monopoly of ex post exploration to regain the ex ante costs of the protecting expressions and to guarantee new investments during the ex post period. On the other hand, the theory of the natural law treats copyright as an authentic right of property in the incorporeal creation, and bases this right not only in an utilitarian way, but also as a natural right, inherent to the author, as the legitimate proprietor of the fruits of his work.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

The present study is limited to indicate the relations that these theories had suffered throughout the effort of the theoretician-legal construction of copyright in XVIII and XIX centuries.

KEYWORDS: COPYRIGHT; PROPERTY THEORY; UTILITARIAN THEORY; DROIT D'AUTEUR.

INTRODUÇÃO

O direito de autor é compreendido como uma modalidade de propriedade intelectual. A construção histórica do direito autoral moderno, a partir do século XVIII, envolve a discussão sobre a natureza desse direito e também sobre a possibilidade de se falar em uma autêntica propriedade no que diz respeito aos bens imateriais, frutos do intelecto humano.

O objetivo do presente trabalho é estudar a origem do direito autoral e indicar sua complexa constituição, haja vista a influência de teorias diversas sobre sua conformação. Em linhas gerais, podemos dizer que há um embate entre duas grandes teorias que pretenderam servir de fundamentação para o direito dos autores.

De um lado, temos a teoria utilitarista ou do monopólio temporário, que trata o direito autoral como instrumento voltado para a regulação da produção e difusão das criações intelectuais, por meio de um monopólio legal *ex post* de exploração para recuperar os custos *ex ante* das expressões protegidas e garantir novos investimentos durante o período *ex post*. Por outro lado, a teoria do direito natural trata o direito de autor como autêntico direito de propriedade sobre a criação imaterial, e fundamenta esse direito não apenas de maneira utilitária, mas ainda como um direito natural, inerente ao autor, como legítimo proprietário dos frutos de seu trabalho

Além de indicar o entrecruzamento que essas teorias sofreram, sobretudo nos séculos XVIII e XIX, quando se deu a constituição do direito autoral moderno, o presente trabalho pretende levar em consideração como esse processo se deu no Reino Unido e na França, levando em conta as especificidades de cada modelo de proteção autoral.

A doutrina mais corrente tende a reduzir a complexidade da questão através de uma simplificação histórica, associando a visão utilitarista ao *copyright* inglês e a visão do direito natural dos autores ao *droit d'auteur* francês. Na verdade, isso é um equívoco. Como ressalta MOYSE (1998, p. 514, tradução nossa): "a história do *droit d'auteur* e a do *copyright* vista através da noção de propriedade são muito similares". Demonstraremos que a confrontação das duas teorias está presente nas duas tradições autorialistas, ainda nos dias atuais.

Para melhor abordar o tema proposto, propõe-se um percurso que divide o texto em duas partes: primeiro, o estudo dirige-se à conformação do *copyright* inglês; no segundo momento, o texto abordará a constituição do *droit d'auteur* francês. Nos dois casos, o foco do estudo recairá sobre os séculos XVIII e XIX e levará em conta os principais textos legais e algumas idéias e pensadores significativos do período.

1. A origem do *copyright* e o direito de propriedade

Começaremos nossa análise pelo contexto inglês, que foi onde se elaborou, de forma pioneira, uma legislação autoral moderna e onde o debate sobre a natureza desse direito se deu também pela primeira vez. A exposição a seguir será dividida em quatro momentos. O primeiro abordará a interpretação, aplicação e influência do *Statute of Anne* de 1709, procurando mostrar a presença, nesse momento, dos argumentos utilitaristas e do direito natural à propriedade. O segundo momento abordará o caso das patentes e problematizará o sentido comumente atribuído ao termo *privilégio*. Na seqüência, a análise recairá sobre a *labor theory* de John Locke e sua importância para a fundamentação do *copyright* em termos de um direito natural dos autores. Por fim, o quarto momento procurará indicar como essa influência de Locke se deu no direito norte-americano ao longo dos séculos XVIII e XIX.

1.1. A interpretação, aplicação e influência do Statute of Anne: entre a visão utilitária e o direito de propriedade

A origem do sistema inglês moderno de proteção autoral ou *copyright* remonta, em termos legais, ao Estatuto da Rainha Ana (*Statute of Anne*), datado de 1709. Esse estatuto, aprovado pelo Parlamento inglês e considerado o primeiro texto legislativo moderno a organizar o tema, acabou com a perpetuidade (limitando o tempo de proteção da obra), eliminou a censura ou controle prévio (permitindo a qualquer um ser editor e impressor) e fez do *copyright* um direito não mais dos editores, mas dos autores. Em suma, o moderno *copyright* nasceu de uma reformulação do direito das patentes, que desde 1557 regulamentava a imprensa através da concessão de uma prerrogativa real (um direito exclusivo e perpétuo) a um grupo de comerciantes do ramo editorial (*Company of Stationers of London*). É importante observar que até 1709 os autores não eram os detentores desse direito, que, tanto na teoria como na prática, era apenas dos editores, visto como um mecanismo para proteger o investimento feito e permitir à Coroa a censura prévia a toda informação difundida no reino.

Desde o Estatuto da Rainha Ana, duas teorias intentam a justificação do direito dos autores: uma teoria utilitarista e uma teoria do direito natural, esta última provinda, em parte, da teoria do fruto do trabalho (*labor theory of property*), de John Locke. Segundo a teoria utilitarista, o direito dos autores corresponde a uma prerrogativa que se dá aos criadores para que eles possam, por um período temporário, explorar comercialmente com exclusividade sua criação, o que se justifica como um instrumento de incentivo à criação intelectual e de remuneração dos autores. A teoria do direito natural, por outro lado, baseia-se no argumento de que o autor possui um direito de propriedade sobre sua obra que é inerente à própria criação, porque ao mesmo seria assegurada a propriedade sobre o fruto de seu labor.

Embora convirjam na idéia de uma proteção autoral, as duas teorias conduzem a conseqüências conflitantes, postulando a primeira um direito de monopólio temporário aos autores, submetido ao cumprimento de certas formalidades para o seu exercício, enquanto a segunda teoria tendia a tornar o direito dos autores perpétuo, com uma dimensão moral ou pessoal, sem necessidade de qualquer formalidade para o exercício do direito. O problema conceitual do moderno *copyright* é assim resumido por PATTERSON (1968, p. 17, tradução nossa): “O dilema é a idéia que o autor tem um

direito natural sobre sua obra, combinado com a idéia de que, após a publicação, ele possui apenas um monopólio conferido pelo estatuto".

A disputa judicial que se seguiu à criação do estatuto ilustra bem esse conflito teórico. Mas para compreender adequadamente o debate da época, é preciso ter em mente também os interesses comerciais em jogo, e como eles se misturaram às considerações propriamente teóricas, morais ou jurídicas. As mudanças trazidas pelo estatuto provocaram a inquietação dos editores londrinos, que gozavam de um direito exclusivo e perpétuo sobre seus títulos há mais de 150 anos, gerando a chamada "Batalha dos Livreiros" (*Battle of the Booksellers*). Como ressalta Loewenstein (2002), o que está em jogo nesse momento é uma transição entre um modelo feudalista ou pré-capitalista de produção, baseado nas Corporações de Ofício e nos privilégios reais, e um modelo capitalista de produção industrial.

Procurando manter seus monopólios concedidos pela Coroa, alguns editores londrinos alteraram o discurso do privilégio real, que não tinha mais peso na Inglaterra liberal e parlamentar, pelo do reconhecimento ao direito de *common law copyright* do autor, inspirando-se nos argumentos de Locke e na idéia de um direito natural dos autores. Chegou-se, em certos casos, a se conseguir o reconhecimento nos Tribunais do chamado *common-law copyright*, que reconhecia a perpetuidade do direito natural dos autores sobre suas obras, o que atingia também aqueles que o substituíam em um contrato de cessão, ou seja, os editores.

Como ressalta Patterson (1968), é curioso observar que, embora se valendo do argumento do direito natural do autor, foram os editores e não os autores quem foram litigar. Se, por um lado, o argumento do direito natural dos autores servia aos interesses comerciais daqueles que pretendiam manter seus direitos exclusivos de exploração, por outro, os argumentos utilitaristas serviam aos interesses dos novos editores das províncias, que defendiam o fim dos monopólios, o livre mercado editorial e o respeito ao curto prazo de gozo do *copyright*, como estipulado pelo Estatuto da Rainha Ana. Indo mais além e generalizando, por sua própria conta, essa estratégia jurídica dos editores londrinos, afirma ROSE (1993, p. 4-5, tradução nossa):

A "questão da propriedade literária" era essencialmente uma disputa comercial, uma batalha entre dois grupos de editores. No coração da questão estava a limitação do prazo de proteção, um assunto de pouca conseqüência para os autores, que normalmente vendiam suas obras e seus direitos aos editores. Teria o estatuto determinado a extensão completa de proteção, ou teria ele simplesmente adicionado um subjacente *common-law right* de propriedade? Os editores londrinos, que dominavam o mercado livreiro inglês desde os primeiros dias da *Stationers' Company*, souberam manter sua posição ao estabelecer que, apesar do estatuto, o *copyright* era perpétuo. Seus direitos, argumentavam eles, derivavam não do estatuto, mas do *common-law right* de propriedade transferido a eles pelos autores. Eles foram desafiados pelos editores e impressores das províncias – em particular pelos editores escoceses, que buscavam um papel independente como reimpressores de títulos populares – que negavam a existência de qualquer proteção para além do termo fixado pelo estatuto.

Embora o Estatuto da Rainha Ana falasse em direito de propriedade, ele trazia também a viva consciência de que o direito concedido servia como um instrumento na busca do bem comum, como fica explícito no título mesmo do estatuto, que dizia ser "um ato

para a promoção do conhecimento", através da concessão de um monopólio temporário (*an act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, durind the times therein mentioned*). Esse caráter utilitarista presente no estatuto foi reconhecido, em certo sentido, em 1774, no julgamento do caso *Donaldson v. Beckett*, que será analisado em mais detalhe abaixo, quando a *House of Lords* rompeu com o direito perpétuo e definiu o *common-law copyright* como o direito natural do autor à primeira publicação, aplicando então o prazo previsto pelo *Statute of Anne* para o gozo do *copyright*, que era de quatorze anos renováveis por mais quatorze (caso o autor estivesse vivo). A efetiva aplicação do prazo previsto pelo estatuto retirou a perpetuidade de proteção à obra, embora sem se opor frontalmente ao reconhecimento do direito de propriedade, como mostraremos a seguir.

A influência exercida pelo *Statute of Anne* no direito norte-americano também evidencia a importância da justificação utilitarista presente em sua base. O estatuto serviu de modelo para a legislação norte-americana de 1790 e também para os outros estatutos, anteriores a 1790, dos doze Estados, debaixo dos *Articles of Confederation*, que depois se transformou no art. 1º, *section* 8, da *US. Constitution*, a famosa cláusula do progresso das artes e das ciências, que entende o *copyright* como um instrumento criado para "promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas".

Nesse sentido, os doutrinadores norte-americanos freqüentemente se servem das idéias de Thomas Jefferson, que abominava monopólios, para interpretar a cláusula 1ª do *copyright*, chegando assim à conclusão de que qualquer extensão exagerada de proteção ao *copyright* é inconstitucional, uma vez que estaria indo contra a principiologia do constituinte originário, de viés claramente utilitarista.

Contudo, em sentido contrário, vemos também no direito norte-americano inúmeras decisões e posicionamentos teóricos que acentuam o caráter de propriedade do *copyright*. Vários artigos, sucessivos ao caso *Edred v. Ashcroft* (no qual a Suprema Corte julgou constitucional a extensão em mais 20 anos da proteção do *copyright*) contrariam a leitura utilitarista da Constituição Americana, considerando equivocada essa perspectiva histórica, como ressalta Mossoff (2007). Esses artigos ressaltam a construção da filosofia do direito natural que influenciou os postulados da propriedade intelectual, o que será analisado com mais detalhe a seguir.

Voltando ao direito inglês do século XVIII, podemos perceber claramente a oscilação entre as teorias utilitaristas e da propriedade. Se, por um lado, se aboliu a perpetuidade do *copyright*, fazendo prevalecer uma visão utilitarista do direito dos autores, por outro lado, as Cortes britânicas valeram-se freqüentemente da noção de propriedade como a base do *copyright*. Passou-se, segundo Arett (2006), a aplicar o modelo de propriedade para as decisões que envolvessem o *copyright*, alegando *trespass infringement*. Pode-se inferir também uma mudança de foco entre o referido estatuto e as *royal patents* e *grants*, anteriormente concedidas pela Coroa aos livreiros. Pela primeira vez, como ressalta Abrams (1983), o autor se tornava a fonte do direito de cópia como uma recompensa ao seu labor intelectivo para a produção de bens úteis à humanidade.

Com efeito, o *Statute of Anne* protegeu o direito dos autores à *primeira publicação* de suas obras, como fica evidenciado no caso *Pope v. Curl* (1741), no qual o réu publicou um trabalho contendo cartas inéditas de Pope, sem sua autorização. O *lord* chanceler

julgou que mesmo as cartas estavam dentro da proteção concedida pelo Estatuto e que elas não seriam diferentes dos próprios livros. Além desse exemplo, o caso mais emblemático do *copyrigh*t tomado como propriedade talvez tenha suas origens em *Millar v. Taylor* (1769). Neste caso, James Thomson vendeu os direitos de seu poema *The Seasons* para Andrew Millar, que passou a ter direito a proteção do primeiro termo do *copyright* (14 anos), com exclusividade. Quando este termo se expirou, Robert Taylor imprimiu um volume do poema *The Seasons* para competir com Andrew Millar, que o processou. Millar focou seus argumentos no direito natural do autor do poema, mudando a discussão da expiração do prazo de proteção de sua licença para o direito de propriedade do autor do poema. Seu argumento foi acolhido pela maioria dos julgadores, que entenderam que o autor do poema detinha um direito perpétuo consagrado pelo *common law*, que provinha do ato de criação. Os argumentos de Lord Mainsfield, um dos quatro juízes julgadores, sugerem, como veremos, noções bailares da *property theory of labor* de Locke, nos seguintes termos: "porque é *justo*, o autor deveria reter os lucros pecuniários de sua própria engenhosidade e trabalho. É *justo* que outro não possa usar seu nome sem seu consentimento. É *correto* que ele julgue quando publicar ou se ele algum dia irá publicar" (MAINSFIELD, apud ABRAMS, 1983, p. 1153, tradução nossa). Como se vê, uma das premissas básicas de Lord Mainsfiel é que a propriedade do autor em seu poema provém do seu *trabalho*.

Essa decisão, contudo, será reformada mais tarde pela Casa dos *Lords*, o que indica justamente a existência de argumentos conflitantes e bases teóricas distintas na fundamentação do *copyright*. Vamos aos fatos. Após vencer a demanda, Miller vendeu o direito do poema *The Seasons* para um sindicato de impressores, entre eles Thomas Becket. Não obstante não terem os direitos do poema, os editores Donaldson publicaram uma versão desautorizada. Becket, então, processou os Donaldsons, obtendo uma injunção contra os mesmos, com base no precedente de *Millar v. Taylor*. Os Donaldsons recorreram da decisão para a Casa dos *Lords*. A partir desse momento, há uma divisão de posicionamentos. Os *Lords*, por maioria de 20 a 11, julgaram que não haveria um direito perpétuo de *copyright* no *common law*, reformando o entendimento, pois, da decisão de *Millar v. Taylor*. A opinião dissidente de Lord Lyttelton era no sentido de que, embora o copyright não fosse tangível, era propriedade. A maioria dos *Lords* entendeu que o *copyright* não se estendia além da proteção estatutária (14 + 14 anos), caso contrário, permaneceria como um monopólio na mão dos livreiros, o que era indesejável, porque violaria a liberdade de imprensa. Isso não muda o fato de que, durante os 28 anos de proteção estatutária, detinha o autor o direito de propriedade, além do direito perpétuo de primeira publicação, isto é, somente ele poderia decidir se publicaria ou não seu trabalho.

Essa pequena reprise de fatos nos revela que, juntamente com os argumentos utilitaristas, havia de fato uma teoria da propriedade na justificação do *copyright*, que estava incorporada em termos menos claros no *Statute of Anne* e com mais vigor na prática judiciária. Revela, também, que havia certo receio dos *Lords* quanto à liberdade de expressão, nos casos em que o direito de propriedade ultrapassasse as provisões temporais do estatuto.

1.2. O caso das patentes: como compreender o termo privilégio*?*

Voltando-se agora para o caso das patentes e de sua fundamentação teórica, encontraremos também nesse domínio o mesmo tipo de oscilação entre as visões

utilitaristas e da propriedade intelectual em sentido mais próprio. O objeto da controvérsia histórica que gira em torno das patentes passa pelo uso do termo *privilégio*, utilizado em documentos e julgados para identificar a natureza do instituto. Os doutrinadores atuais, ao relerem esses documentos, tendem a afastar o direito natural da análise da patente, pois entendem que se trata de um privilégio, o que seria um benefício concedido e não um direito. Todavia, essa visão propriamente utilitarista é confrontada por uma outra interpretação que vê nesse suposto privilégio um autêntico direito de propriedade.

Segundo Mossoff (2007), o termo *privilégio*, nos séculos XVIII e XIX, possuía vários significados dentro da ótica filosófica da teoria dos direitos naturais e do contrato social. Nesse sentido, em 1701, quando Willian Penn redigiu o projeto da Constituição da Pensilvânia, o mesmo recebeu o nome de *Carta de Privilégios para a Pensilvânia*, o que hoje soa estranho, haja vista que se trata mais propriamente de uma Carta de Direitos. O mesmo tipo de uso é verificável nas Constituições estaduais do período revolucionário, que garantiam aos cidadãos os *privilégios* anteriormente garantidos a eles pelas cartas coloniais, como "o *privilégio* inerente a cada homem livre de defender sua própria causa" na Corte e o "*privilégio* de confrontar testemunhas em casos criminais". Embora apareçam sob a designação de *privilégio*, não devemos pensar o direito de representação e de confrontação com testemunhas como meros benefícios concedidos pelos governos.

Blackstone também explicou em seus comentários que direitos naturais originários, como liberdade, eram assegurados pela sociedade civil enquanto *imunidades privadas*, mas a sociedade se engajava para provir direitos adicionais garantidos em lei, chamados de *privilégios civis*. Assim, direitos naturais correspondiam às imunidades e os privilégios aos direitos civis. A linguagem de Blackstone, nos séculos referidos, bem como a teoria do contrato social, era bem difundida e conhecida, inclusive, pelos fundadores da independência norte-americana. Provas da noção de privilégios e imunidades são apresentadas por Mossoff (2007) e podem ser encontradas nos registros da Convenção Federal de 1787, na medida em que James Medison argumentou que a Constituição deveria garantir aos cidadãos de outros Estados a *igualdade de privilégios*. As Cortes americanas, em passo análogo, começaram a empregar o termo *privilégio* como sinônimo de direito civil, que era reforçado por lei. John Marshall, em 1809, usou o termo "privilégio nos contratos" e Bushrod Washington, em 1823, "privilégios fadados a ser fundamentais". Nesse sentido, em 1784, como cita MOSSOFF (2007, p.983, tradução nossa), o estatuto de *copyright* da *South Corolina* prescreveu que os inventores "deverão ter um privilégio exclusivo [...] sob os mesmos privilégios e restrições concedidas e impostas aos autores de livros...". Como resume MOSSOFF (2007, p. 972, tradução nossa): "Acadêmicos, políticos e juristas dos séculos XVIII e XIX passaram a se referir aos direitos que surgiram como conseqüência do contrato social enquanto privilégios".

Isso não quer dizer também que qualquer uso da palavra *privilégio* significasse direito civil, porque cada caso deve ser transposto para o seu contexto. Mas isso, definitivamente, já afasta por completo o argumento unilateral dos doutrinadores de que privilegio, no histórico das patentes, significasse, em todos os casos, uma forma de benefício e não um direito civil do inventor. Muda também o foco histórico com base apenas em Thomas Jefferson.

1.3. John Locke e sua importância para a conformação da teoria da propriedade intelectual como um direito natural

John Locke, um dos maiores filósofos ingleses da modernidade, irá reformular o passo de seus predecessores (sobretudo Grotius e Pufendorf) no que tange ao aspecto do consentimento dos indivíduos para o reconhecimento da propriedade, ao afirmar que é necessário apenas o ato de aquisição e de trabalho para fundamentar o conceito de propriedade. O problema fundamental de Locke é explicar como a propriedade nasce sem que haja o consentimento dos indivíduos, ao qual dá tratamento no capítulo cinco, do livro II, de sua obra *Dois Tratados sobre o Governo* (*Two Treatises of Government*). O próprio LOCKE (1998, p. 406) afirma que: "...esforçar-me-ei para demonstrar de que maneira os homens devem vir a ter uma *propriedade* em diversas partes daquilo a que Deus deu em comum a humanidade, e isso sem nenhum pacto expresso".

O início do raciocínio de Locke é o mesmo encontrado em Grotius e Pufendorf, de que tudo que existe na terra foi dado ao homem para confortar e suportar o seu ser. Os direitos no estado da natureza não são inicialmente *direitos de propriedade*, mas *direitos de uso* e, portanto, direitos *não exclusivos*. Segundo LOCKE (1998, p. 407): "ninguém tem originalmente o domínio particular sobre eles [os frutos da terra] à exclusão de todo o resto da humanidade, por assim estarem todos em seu estado natural". No *common* ou estado da natureza, os indivíduos possuem, inicialmente, o direito ao uso comum. Diferentemente de Grotius e Pufendorf, Locke gasta poucas páginas para explicar esse direito comum, que segundo Mossoff (2003), seria melhor descrito como um direito à auto-preservação (*self-preservation*) ou um *claim-right*.

Para Locke, Deus concede à humanidade bens que são mantidos no *common* (estado da natureza), mas esses bens não podem ser plenamente apreciados no seu estado natural, de modo que "qualquer coisa que ele [o homem] não retire do estado com que a natureza a promoveu e deixou, mistura-a ele com seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua propriedade" (LOCKE, 1998, p. 409). O *common* seria o estado natural onde todos os bens podem ser apropriados por todos, por meio do trabalho, e onde esses bens se encontram de maneira suficiente, haja vista que a capacidade humana para a apropriação é limitada. Assim, cada qual pode trabalhar uma parcela do *common*, sem que aquele que já tenha trabalhado no *common* sofra qualquer tipo de violação a sua propriedade.

Segundo Hughes (1989), as pessoas podem retirar do *common* o tanto que elas estejam dispostas a trabalhar, sem criar qualquer tipo de competição de mérito, pois uma das funções do *common* é a alocação de bens de forma não-competitiva. A apropriação do *common*, todavia, deve estar sujeita a condição de não desperdício. Isso significa a proibição de que, uma vez apropriados do *common*, os bens possam vir a perecer, de maneira a removê-los do estado natural, na medida em que outro poderia tê-los utilizado. Em termos simples, trata-se da condenação do desperdício, como uma violação da lei natural. A propriedade deve trazer consigo, portanto, algum valor à humanidade, o que indica um certo argumento utilitarista ou conseqüencialista na argumentação de Locke.

Para Locke, a propriedade somente é inquestionável ao próprio trabalhador quando há "bastante de igual qualidade deixada em comum para os demais" – isto é, se o *common*, o estado da natureza, continue a fornecer condições recíprocas para apropriação dos

outros homens. Em outras palavras, significa dizer que a apropriação é inquestionável ao próprio indivíduo que trabalhou sobre os objetos se o seu trabalho não ocasione a desvalorização significativa do *common*, e outros possam continuar a trabalhar sobre o mesmo.

A regra é melhor compreendida pela síntese de BECKER (1993, p. 611, tradução nossa): "se ninguém é prejudicado pela concessão de direitos de propriedade aos produtores, não pode haver nenhuma objeção racional a essa concessão". Vale dizer que se o *common* resta inalterado substantivamente, permitindo com que as pessoas ainda possam se apropriar, pelo emprego do trabalho, de outros objetos que não a propriedade de outrem, nada deve obstar a concessão de propriedade. Em termos simples, se os indivíduos (1) e (2), ao retirarem de (C) – *common* –, não prejudicam futuros (3) e (4) de também retirarem de (C), (1) (2) (3) e (4) podem continuar a se apropriar continuamente de (C). Conforme BRENNAN (1993, p. 691, tradução nossa):

Por quê (A) deveria ser proprietário de (X)? A premissa lógica de Locke é a de que (A) deveria ter direito a se apropriar dos frutos de seu trabalho. (A) deveria ser dono de (X), porque sem (A), (X) não existiria. (A) tem um direito moral *prima facie* em sua pessoa, e nesse sentido, (X) é uma extensão do próprio (A) – *self*. Ao se permitir que (A) seja dono de (X) se preserva valiosas considerações como integridade, autonomia e sobrevivência.

Nos termos traçados por Gordon (1993), a estrutura da propriedade de Locke está condicionada ao princípio de que: a) uma vez trabalhado os objetos do *common*, o valor do trabalho de cada qual se agrega aos mesmos; b) se o *common*, com o valor do trabalho que transformou os objetos, é por outros apropriado, estes passam a se apropriar não só do *common*, mas também do trabalho daqueles; c) isso prejudica quem trabalhou sobre o *common*, pois viola o *no-harm principle* (princípio do não prejuízo); d) os indivíduos, portanto, devem se abster de tocar esses objetos e, assim, tais objetos se tornam propriedade.

Reconduzindo-se, em termos gerais, esses postulados para a propriedade intelectual, aquele que se utiliza do *common* (domínio público, onde as idéias se situam), trabalhando sobre o mesmo (transformação das idéias em expressão), adquire para si, por seu esforço pessoal, uma propriedade intangível, que não pode ser tocada por outrem, na medida em que prejudicaria seu próprio trabalho, agregado ao *common*. Conforme Becker (1993), não há qualquer razão, *a priori*, para que o sistema de propriedade privada não deva se estender também aos bens imateriais, além disso, todos os *standards* de justificação, como utilidade e *labor-desert*, claramente dão suporte *prima facie* para tratá-lo enquanto propriedade. Na leitura de Ostergard (1998), até mesmo os autores que são contrários ao reconhecimento da teoria de Locke para fundamentar a propriedade intelectual, partem da premissa de que é um primeiro passo racional para sua justificação.

Seria essa proteção válida? Os defensores da teoria da propriedade de origem lockeana responderão que sim, na medida em que a criação de (X) – expressão final – , baseada em (W), (Z) e (T) – idéias – não impede terceiros, sob hipótese alguma, de trabalharem igualmente sobre (W), (Z) e (T), desde que criem (Y) – uma outra expressão final – suficientemente distinta de (X). Essa apropriação, sustentam eles, não obsta sob forma alguma a criatividade intelectual, nem mesmo prejudica excessivamente o *common* –

domínio público – porque sempre haverá meios distintos como (Y) ou (X) de expressar (W), (Z) e (T).

Nesse sentido, os donos de (Y) e (X) devem ter direitos de propriedade sobre tais bens, porque ao controlar os frutos de sua disposição, os donos de (Y) e (X) passam a ter sua auto-preservação justificada, como um imperativo moral, não só para recuperar os custos *ex ante* de produção, como também ter garantido novos investimentos durante o período *ex post* de exploração.

Ao contrário, se o dono de (Y) não quisesse criar (Y), mas sim "criar" (X^1), isto é, apropriar-se de (W) (Z) e (T), conjuntamente expressos em (X), sem empregar qualquer esforço intelectivo, o que implicaria na falta de *labor* e *atividade criativa*, estaria violando o princípio do não prejuízo. Como define Gordon (1993), não é qualquer tipo de prejuízo que deve ser punido na teoria de Locke, mas apenas aquele que viole o estado da natureza, isto é, a auto preservação da pessoa e de seus pares. Tal ato não seria justificado e aquele que dessa forma agisse só estaria pensando egoisticamente em si, aproveitando-se do esforço do outro simplesmente para o seu bem estar, o que implica em iniqüidade e injustiça.

A produção desse valor-agregado, do valor social, é que merece ser recompensada. Será punido, como consectário lógico, apenas o ato do estranho que se utiliza dos objetos trabalhados, interferindo no projeto que tinha se valido aquele que os trabalhou, mediante seu próprio esforço. Isso seria um atentado contra a própria dignidade da pessoa humana, na medida em que o indivíduo estaria sendo impedido de realizar seu próprio projeto espiritual voltado para o futuro. A contrafação, nesses termos, implicaria em dois prejuízos. Por um lado, "tomaria" do autor sua comida, na medida em que seu trabalho visa não somente a promoção das artes e das ciências (bem valioso à humanidade), mas sua própria subsistência, enquanto fruto de seu trabalho (bem útil à própria vida de um autor). E, por outro lado e em longo termo, as externalidades positivas da cópia livre acarretariam maiores prejuízos em termos de incentivo à produção de obras (menos atrativos à criação e produção de conhecimentos, ao lado de um maior atrativo principal à cópia).

Seguindo a argumentação feita por Locke, seria moralmente justificado que o autor tivesse capacidade de obter frutos por meio do seu labor, pelo controle de disposição. Uma pessoa que prestou algum trabalho ou serviço pode fazer isso de graça, mas não é obrigado a tanto. O artista é um trabalhador como qualquer outra pessoa, que ao final do mês que fazer justiça ao seu trabalho pelo recebimento dos frutos gerados – ele deseja viver de seu ofício, do seu *self* e deseja acima de tudo que sua descendência e cônjuge usufruam tanto quanto ele desse resultado. Ele deseja continuar vivendo enquanto autor e é isso que o direito de propriedade irá lhe conferir.

Há, assim, segundo Hughes (1989), duas perspectivas para se analisar a questão: a) uma preposição normativa e, b) um argumento instrumental. A preposição normativa estatui que o desprazer do trabalho deve ser recompensado com a apropriação sobre o trabalho, sob um imperativo moral que não considera os efeitos da aquisição de propriedade. O argumento instrumental tem por função, todavia, considerar esses efeitos, sob a máxima de que o desprazer do trabalho deve ser recompensado com a aquisição de propriedade para incentivar as pessoas a criar mais trabalhos.

Temos assim, juntamente com o argumento mais natural e *a priori*, um claro argumento utilitário. As cortes americanas têm se baseado nesse segundo argumento quando, em nome do bem público, reforçam a proteção da propriedade intelectual, uma vez que os autores merecem ser recompensados por seu trabalho (*Mazer v. Stein*), justamente porque produzem um valor social para a sociedade. A proteção de obras passa a ser legitimada na medida em que elas trazem valor-agregado social para as comunidades e, portanto, por elas projetarem-se nessa categoria de valor social, seus autores passam também a ser recompensados. Os argumentos instrumentais, portanto, dão enfoque aos antecedentes para justificar as conseqüências da atribuição de propriedade. Embora a teoria de Locke considere esses argumentos antecedentes, eles tendem sempre a se reportar à regra do *no harm-principle*, isto é, não é apenas instrumental, está atrelada a um peso ético.

É o trabalho, para Locke, que irá substituir a necessidade de reconhecimento social para a validade da propriedade, transformando o *claim-right* em um direito de propriedade. Assim, são necessários três passos: a) a existência de um *claim-right*; b) a transformação desse *claim-right* por meio do *labor* em *property right*; c) o respeito ao *no-harm principle*. Desse modo, Locke consegue retirar a necessidade do acordo entre os indivíduos para tornar algo uma autêntica propriedade, simplesmente porque é o direito fundamental natural que cria o direito derivado de propriedade.

A *labor theory* de Locke é tão significativa para o *copyright* como um todo que o próprio pensador foi um dos poucos filósofos já citados pela Suprema Corte, no caso *Ruckelshaus v. Monsanto*, de 1984, justamente para explicar como surge a propriedade da invenção e do trabalho, como lembra Mossoff (2002). Além disso, a Suprema Corte, no caso *Wheston v. Peters*, de 1883, afirmou que "o homem tem direito aos frutos de seu próprio trabalho" (apud ARETT, 2006, p. 190, tradução nossa) e "o que *copyright* reconhece no ato do Congresso, e pelo qual se intentou protegê-lo por suas provisões, era o direito de *propriedade* que um autor tem, pelo *common law*, no seu manuscrito" (apud WONG, 2009, p. 815, tradução nossa).

1.4. O copyright *como um direito natural de propriedade no direito norte-americano dos séculos XVIII e XIX: a influência de John Locke*

Em 1783, Massachusetts, New Hampshire e Road Island adotaram estatutos de *copyright* que continham a provisão deste enquanto um direito de propriedade. A própria Declaração de Independência, como ressalta Stern (1966), possui similaridades substanciais com a obra de John Locke, nas seções 161, 223, 225 e 230 de seu *Second Treatise*. Igualmente, a *Virginia Bill of Rights*, de 1776, reconhecia expressamente o direito natural de todos os homens, como direitos inerentes, anteriores ao estado de sociedade. O próprio documento que antecede à Declaração de Independência em dois anos, a primeira declaração do Congresso Continental, afirmava que "pelas leis naturais da natureza" os colonos tinham direito à "vida, liberdade e propriedade", a tríade consagrada por Locke.

O próprio Thomas Jefferson, a quem se atribui a negação do *copyright* e da patente como direitos naturais, foi profundamente influenciado por Locke. Em 1816, em uma carta para W. Gilmer, como indica Stern (1966), Jefferson afirmou que a função dos legisladores era reforçar os direitos naturais e os deveres do povo. Também Benjamin Franklin e John Adams citaram John Locke em seus escritos, no *Essay of Human*

Understanding e na *Dissertation on the Canon and Feudal Law*, respectivamente. Finalmente, o próprio James Madison, em seu ensaio *On types of Goverment*, escreveu que Locke estabeleceu um "sistema imortal", algo típico da política revolucionária daquele período.

É, portanto, fácil perceber que a teoria de Locke influenciou profundamente o pensamento norte-americano dos séculos XVIII e XIX e acabou exercendo um importante papel na fundamentação teórica do *copyright*. Até mesmo os direitos de propriedade das marcas e dos segredos de indústria têm suas bases fincadas na mesma teoria, como ressalta Mossoff (2005) ao citar o caso *Peabody v. Norfolk*, de 1868.

Para finalizar essa análise da influência de John Locke no direito norte-americano dos séculos XVIII e XIX, convém citar o caso *Wheaton v. Peters*, julgado pela Suprema Corte em 1834. Nesse caso, encontramos mais uma vez a típica oscilação entre a visão utilitarista e a concepção do *copyright* como um autêntico direito natural à propriedade. O caso em pauta é uma espécie de versão americanizada de *Becket v. Donaldson*. Segundo a decisão da Suprema Corte, o autor ou inventor somente deteria proteção nas provisões do estatuto do *copyright*, mas não em um direito perpétuo do *common law*. Em outras palavras, seu direito de propriedade não é perpétuo, mas limitado pelo estatuto. O que disse a Suprema Corte, na realidade, era que o direito do autor ou inventor é um *privilégio* limitado pelo estatuto. Tomado nesses termos, estaríamos diante de uma típica fundamentação utilitarista do *copyright*.

A pergunta intrigante que faz Mossoff (2007) é a que tipo de privilégio se referiu a Suprema Corte: um direito civil ou um simples privilégio para fins utilitários e sociais? A própria Suprema Corte afirma: "Que todos os homens têm direito aos frutos de seu próprio trabalho deve ser admitido; mas eles só podem gozar deles, exceto pela provisão estatutária, sob as regras da propriedade, que regulam a sociedade e definem o direito das coisas em geral." (MOSSOFF, 2007, p. 988, tradução nossa). Fica claro, portanto, que nos Estados Unidos, juntamente com os argumentos utilitaristas, o *copyright* era e é justificado também enquanto propriedade, dentro das linhas mais amplas da *labor theory* de Locke.

2. A origem do *droit d'auteur* e o direito de propriedade

Voltando agora a atenção para o contexto do surgimento do *droit d'auteur* na França dos séculos XVIII e XIX, pretendemos mostrar como, também neste outro modelo autorialista, encontramos a mesma oscilação entre uma concepção mais utilitarista e conseqüencialista de justificação do direito dos autores, sempre ressaltando a importância do interesse social, e uma concepção calcada na idéia de um direito natural dos autores sobre sua obra, entendido como um direito autêntico de propriedade e também um direito moral ou pessoal, que vai além da simples dimensão patrimonial.

A exposição a seguir será dividida em três momentos. Primeiro, analisar-se-á as bases teóricas e filosóficas do *droit d'auteur*, estudando-se o debate entre Diderot e Condorcet, que marcou o cenário intelectual francês do século XVIII e serviu de inspiração para as lutas revolucionárias do final do século. Na seqüência, o foco recairá sobre as leis revolucionárias de 1791 e 1793. Por fim, o terceiro momento abordará o desenvolvimento do *droit d'auteur* e sua projeção internacional ao longo do século XIX.

2.1. As bases teóricas do droit d'auteur*: o debate entre Diderot e Condorcet*

Na França, até a Revolução, havia um grupo de editores parisienses que gozavam dos privilégios reais, permitindo o exercício do monopólio na área e a censura prévia, parecido com o que ocorria na Inglaterra, com a diferença de que o controle era mais diretamente estatal e menos corporativo, como ressalta Hesse (1991). Em 1777, antes mesmo da Revolução, a Coroa já havia cedido parcialmente ao espírito da época (individualista e privatista) e havia reconhecido pela primeira vez o autor como detentor de direito, concedendo, ao lado dos "privilégios dos editores" (*privilèges en librairie*), os chamados "privilégios do autor" (*privilèges d'auteur*). É interessante observar como, nesse caso, o termo *privilégio* assume sentidos diferentes, dependendo da pessoa do beneficiário. Como ressalta LUCAS; LUCAS (2006, p. 8, tradução nossa): "A exclusividade concedida ao editor tem uma finalidade puramente econômica e é temporária. Ao contrário, aquela que é reconhecida ao autor, mesmo se ela encontra sua fonte em uma graça real, é tida como uma 'propriedade de direito'."

Após a Revolução, a elaboração da primeira lei revolucionária sobre o tema foi marcada pelo forte *lobby* dos editores parisienses que, apesar de terem seus privilégios reais formalmente abolidos em 4 de agosto de 1789, ainda tentaram defender a perpetuidade do monopólio de impressão apelando para os argumentos que defendiam ser a criação do autor a mais natural e inviolável das propriedades, não podendo o Estado limitar esse direito.

A contribuição de Denis Diderot para a conformação desse discurso do direito absoluto do autor é significativa e merece ser apresentada brevemente. Entre 1763 e 1764, Diderot escreveu a *Carta sobre o comércio do livro* (*Lettre sur le commerce des livres*), aproximando a propriedade literária às demais propriedades imobiliárias. Aliás, é oportuno lembrar que esse texto foi uma obra de encomenda, pedida a Diderot pela comunidade dos editores parisienses, que se encontrava à época preocupada com a possível supressão dos privilégios editoriais que lhes garantiam um direito exclusivo e perpétuo sobre as obras. Apesar de ter uma relação conflituosa com seus editores, como aliás ocorria com quase todos os livres-pensadores (*libre penseurs*) da época, que viviam à custa da pena, Diderot ainda assim aceitou o pedido e fez um grande esforço conceitual no sentido de defender a propriedade perpétua dos autores e, por extensão, dos editores, sobre as criações espirituais. Segundo DIDEROT (2002, p. 52):

Uma obra não pertence a seu autor tanto quanto sua casa ou suas terras? Não pode ele alienar para sempre sua propriedade? Seria permitido, por qualquer razão ou pretexto que seja, espoliar aquele que livremente o substitui em seus direitos? Esse substituto não merece ter para esse direito toda proteção que o governo concede aos proprietários contra os outros tipos de usurpadores?

O trecho citado acima deixa clara a comparação entre a propriedade material e a imaterial e, também, a extensão do direito de autor aos "substitutos", que são os editores que legitimamente compram as obras de seus criadores, sub-rogando-os em seus direitos. A propriedade intelectual ganha assim o *status* de um direito fundamental do cidadão e apenas um tirano ousaria espoliar os proprietários de seus bens. E estende-se este direito ao editor, que o adquire do autor, como salienta DIDEROT (2002, p. 68): "ora, o direito do proprietário é a verdadeira medida do direito do comprador". Indo além, Diderot não se contenta em apenas comparar a propriedade intelectual às demais

formas de propriedade, mas ressalta o caráter mais natural dela, ainda mais inviolável e sagrada. Segundo DIDEROT (2002, p. 67-8):

Com efeito, que bem pode um homem possuir se uma obra do espírito, fruto único de sua educação, de seus estudos, de suas noites insones, de seu tempo, de suas pesquisas, de suas observações; se as mais belas horas, os melhores momentos de sua vida; se seus próprios pensamentos, os sentimentos de seu coração, sua porção mais preciosa, aquela que nunca morre, que o imortaliza, não lhe pertencer? Como comparar o homem, a própria substância do homem, sua alma, e o campo, a pastagem, a árvore ou a vinha que a natureza ofereceu no início igualmente a todos, de que o indivíduo só pôde apoderar-se pela cultura, o primeiro meio legítimo de posse? Quem teria mais direito de dispor de sua coisa pelo dom ou pela venda do que o autor?

No mesmo sentido, e reforçando a extensão do direito do autor sobre suas obras ao editor que paga por esse direito, afirma DIDEROT (2002, p. 68-9):

Repito, o autor é o mestre de sua obra, ou ninguém na sociedade é mestre de seu bem. O livreiro a possui do mesmo modo que a obra pertencia ao autor; ele tem o incontestável direito de utilizar-se dela como lhe convier em repetidas edições. Seria tão insensato impedir que o faça quanto condenar um agricultor a deixar suas terras incultas, ou um dono de casa deixar seus cômodos vazios.

Esse tipo de discurso tende a naturalizar o direito do autor sobre suas obras e conferir ao criador a mais absoluta e inviolável das propriedades, transmissível a quem este desejar, através de simples contrato, por tempo indeterminado. Esse pensamento estava claramente de acordo com certos interesses comerciais, pois ao se ampliar o escopo de um direito que é geralmente cedido aos empresários, dá-se a eles um grande controle sobre as obras, substituindo-se um monopólio (o decorrente da concessão de privilégios reais) por outro (decorrente do direito natural do autor). Aliás, essa mudança espelha exemplarmente o espírito do século XVIII: destrona-se o rei e eleva-se o indivíduo burguês. Saímos da censura prévia da Coroa e dos privilégios reais perpétuos para cairmos no individualismo possessivo burguês. Não mais amparado pelo rei, o negócio editorial permanece, agora baseado no direito natural do autor. Percebe-se assim a complexidade do direito autoral. É comum se misturar os direitos do autor-criador com os do editor-empresário, fazendo-se do direito autoral um instituto ambíguo, que se assenta tanto sobre um monopólio do editor (que lhe garante o retorno ao investimento), quanto sobre um direito natural do autor.

Apesar da força do discurso de Diderot, que se baseia na idéia de um autêntico direito de propriedade dos autores sobre suas obras, o contexto intelectual e político do século XVIII era também movido por outras visões concorrentes, que conseguiram abrandar o discurso individualista e privatista, que faz dos autores legítimos proprietários com direito perpétuo de explorar a obra com exclusividade. Em nome de um ideal social que preconizava a universalização do conhecimento, os radicais revolucionários, inspirados por Condorcet, defendiam o fim da apropriação privada e a livre circulação dos textos. Em 1776, Condorcet publicou os *Fragmentos sobre a liberdade da imprensa* (*Fragments sur la liberté de la presse*), ressaltando sempre a o interesse público e o ideal iluminista.

Criticando a censura prévia e indicando sua simpatia pelos argumentos de tipo utilitarista ou conseqüencialista, diz CONDORCET (1847, p. 304-5, tradução nossa): "O que exige a utilidade pública? Que os homem se iluminem. Ora, o que há de mais contrário às Luzes que a censura dos livros? O espírito perde sua força ao perder sua liberdade". Além de contrário à censura prévia e ao monopólio real, o que era um pensamento comum aos intelectuais revolucionários do século XVIII, Condorcet argumenta também contra o monopólio comercial, criticando a idéia individualista de que o autor é o legítimo proprietário de suas obras, tendo em relação a elas um direito natural, e afastando qualquer assimilação da propriedade literária às demais formas de propriedade material. Segundo CONDORCET (1847, p. 308-9, tradução nossa):

Sente-se que não pode haver qualquer relação entre a propriedade de uma obra e a de um campo, que pode ser cultivado por apenas um homem, ou de um móvel que serve apenas a um homem, a qual, por conseguinte, a propriedade exclusiva é fundada sobre a natureza da coisa. Assim, a propriedade literária não é derivada da ordem natural, e defendida pela força social, mas é uma propriedade fundada pela sociedade mesma. Não é um verdadeiro direito (*véritable droit*), é um privilégio (*privilège*).

Afirmando ser todo privilégio uma restrição aos direitos dos outros cidadãos, sendo portanto nocivo à liberdade, CONDORCET (1847, p. 309, tradução nossa) evidencia sua preocupação social e utilitarista ao se perguntar: "O interesse público exige que os homens façam esse sacrifício? Tal é a questão que é preciso examinar, em outros termos, os privilégios são necessários, úteis ou nocivos ao progresso das Luzes?". Condorcet responde esta pergunta afirmando ser a propriedade literária desnecessária, inútil e até injusta. Observando que o progresso das Luzes depende, em parte, da legislação da imprensa, Condorcet ressalta que a legislação que concede aos autores o direito de propriedade sobre suas obras não influencia positivamente a descoberta de verdades úteis (*vérités utiles*), mas atinge de maneira nefasta a maneira como estas verdades se difundem, sendo uma das principais causas da diferença na sociedade entre os homens esclarecidos ou cultos e a massa inculta, para quem a maior parte das verdades úteis permanece desconhecida. Imaginando um mundo em que as idéias pudessem circular livremente, Condorcet defende que o progresso das Luzes exigiria a liberdade de criação, reprodução e difusão do conhecimento e da arte, o que torna indevida qualquer apropriação individual dos bens culturais.

2.2. As leis revolucionárias de 1791 e 1793 e o nascimento do **droit d'auteur** *moderno*

As leis revolucionárias de 13 de janeiro de 1791 (consagrada ao direito de representação dos atores de obras dramáticas) e de 19 de julho de 1793 (consagrada ao direito de reprodução dos escritores de todo gênero, dos compositores de música e dos pintores e desenhistas) são consideradas as bases legais modernas do *droit d'auteur*. Inspiradas por esses discursos conflitantes, as leis conciliaram esses interesses através de uma negociação política instável e uma complexa junção teórica. Foi consagrada a idéia de Diderot sobre a santidade da criatividade individual e a inviolabilidade do direito do autor, pensados em termos de uma autêntica (e até a mais autêntica) propriedade. Mas teve também espaço a idéia de Condorcet de que, ao menos após certo tempo, a obra deveria pertencer ao domínio público, para o progresso das Luzes e o conhecimento universal. Além de Diderot e Condorcet, convém mencionar também a importância da influência exercida pelas idéias de Locke, dos fisiocratas e do precedente inglês do

Estatuto da Rainha Ana sobre o debate francês. Nascendo de uma problemática colagem de perspectivas e interesses dificilmente conciliáveis, fica mais fácil entender a eterna discussão sobre a natureza mesma do direito autoral: Um direito natural? Uma propriedade do autor? Um direito da personalidade? Um monopólio temporário? Ou ainda um mero instrumento para a promoção do conhecimento e das artes?

Também no contexto francês convém analisar os interesses comerciais que se escondem por trás desse debate de idéias. Como ocorreu no Reino Unido, os editores provincianos, ávidos pelo fim dos monopólios de exploração comercial, entraram em conflito com os editores parisienses, que tentavam a todo custo manter seus privilégios. Os primeiros defendiam as idéias de Condorcet e pleiteavam a ampliação do domínio público, enquanto os parisienses se valiam dos argumentos de Diderot e Locke, em nome de um direito natural de propriedade, sagrado e perpétuo.

Dado que nas leis revolucionárias aparece o termo *propriedade*, no lugar dos antigos *privilégios*, muitos viram aí uma grande ruptura com o antigo sistema das prerrogativas e dos monopólios, em nome de uma nova concepção centrada no direito de propriedade dos autores de origem natural, ou seja, pré-estatal. Segundo LUCAS; LUCAS (2006, p. 11, tradução nossa): "Mesmo sendo verdade que a linguagem do legislador revolucionário foi aqui mais filosófica do que jurídica, a referência insistente à propriedade é muito significativa da vontade de romper com o sistema de privilégios concedidos pelo rei". Associado com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que declara ser a propriedade "inviolável" e "sagrada", a noção de uma autêntica propriedade intelectual passou a se afastar muito da idéia de um privilégio concedido pelo rei. Nesse sentido, diz, em 1791, Le Chapelier (apud LUCAS; LUCAS, 2006, p. 10, tradução nossa): "A mais sagrada, a mais legítima, a mais inatacável, e, se posso dizer assim, a mais pessoal das propriedades, é a obra fruto do pensamento de um escritor".

O peso dessas afirmações e a importância do discurso baseado no direito natural de propriedade, contudo, foi superestimado pela maioria dos juristas. Convém ressaltar que o próprio Le Chapelier, de quem citamos a afirmação acima, entendia que o domínio público era o princípio geral, e o direito do autor a exceção. Em sua visão, o autor transmitiria ao público, com a publicação, toda a propriedade sobre a obra. Vemos que, também na constituição do *droit d'auteur*, estão presentes várias considerações de viés utilitarista, talvez por influência da recente Constituição Americana. Nesse sentido, é interessante observar que o artigo 6º da lei de 1793 subordinava a perseguição em Justiça dos contrafatores ao depósito na Biblioteca Nacional, o que é difícil de compreender se pensarmos que se trata apenas de um direito natural dos autores. O próprio prazo imposto para o exercício do direito patrimonial do autor, de 5 anos após sua morte, na lei de 1791, e de 10 anos após sua morte, na lei de 1793, indica já a recepção da idéia do domínio público e o enfraquecimento do discurso baseado simplesmente no direito de propriedade dos autores, que deveria levar ao reconhecimento da perpetuidade desse direito.

Finalizando a análise das leis revolucionárias que deram origem ao *droit d'auteur* moderno, citamos HESSE (1991, p. 123, tradução nossa):

2.3. O droit d'auteur *na França do século XIX e a Convenção de Berna de 1886*

Essa configuração ambígua marcará todo o percurso histórico do *droit d'auteur*, estando presente também nas Cartas Internacionais, em particular na Convenção de Berna de 1886. Visando evitar maiores problemas com relação à controvertida natureza do direito de autor, a Convenção de Berna evita empregar os termos *monopólio* ou *direito exclusivo*, assim como o termo *propriedade intelectual*, limitando-se prudentemente a falar em "proteção das obras literárias e artísticas".

Quanto às leis francesas, assim como ocorreu em 1791 e 1793, as leis ao longo do século XIX, inclusive a de 14 de julho de 1866, não hesitaram em utilizar o termo *propriedade* para se referir ao direito dos autores. Aida que não seja um bom procedimento simplesmente interpretar isso ao pé da letra, é notório que o discurso de fundamentação baseado no direito natural dos autores sobre suas obras será mais visível e marcante no direito francês de então. A doutrina civilista nascente tenderá a identificar a propriedade intelectual à propriedade material, ressaltando sua exclusividade e oponibilidade *erga omnis*.

Dentro dessa prevalência da teoria do direito natural, convém mencionar o reconhecimento do direito moral do autor no direito francês do século XIX, que passou a ser formulado pelo pretório a partir de 1814. A expansão do direito de autor para além da dimensão patrimonial é um fenômeno que reforça o viés jusnaturalista e personalista desse direito. Outra mudança que acentua essa tendência é o fato de o depósito na Biblioteca Nacional ter deixado de ser exigível a partir de 1925.

Vale a pena mencionar também o fato de o prazo de proteção concedido aos autores ser sempre prorrogado, em diminuição constante do espaço dado ao domínio público. O prazo de proteção *post mortem* saltou de 10 para 20 anos em 1810, depois para 30 anos em 1854, e finalmente para 50 anos em 1866. O posicionamento de alguns intelectuais de renome contribuiu fortemente para essa expansão. Sobre essa participação, convém citar a Carta endereçada aos escritores franceses do século XIX (*Lettre adressée aux écrivans français du XIX siècle*), escrita por Balzac (1834), na qual se reivindica a perpetuidade do direito dos autores, claramente qualificado como um direito de propriedade, e se considera bárbara e iníqua qualquer limitação a esse direito natural.

Seguindo essa trilha, para além do século XIX, a lei autoral francesa de 11 de março de 1957 consagrou definitivamente a idéia de um direito natural dos autores, decorrente de sua personalidade. Trata-se de uma lei repleta de humanismo, que acentua fortemente a dimensão moral do direito de autor. Em seu primeiro artigo, ela assim define esse direito: "o autor de uma obra do espírito goza sobre essa obra, do simples fato de sua criação, de um direito de propriedade imaterial exclusivo e oponível a todos" (apud PFISTER, 2004, p. 118, tradução nossa).

Ainda assim, é possível encontrar posicionamentos divergentes, que nos mostram que o discurso utilitarista, baseado na teoria do monopólio, ainda se faz presente no direito e no pensamento francês do século XIX. Renouard, um importante jurista da época, conselheiro da Corte da Cassação e autor de um importante tratado na área, temia que o reconhecimento do direito de propriedade aos autores fizesse a balança pender de maneira excessivamente desfavorável ao interesse público, dando mostras da força, ainda presente, do discurso utilitarista e conseqüencialista. Muitos juristas ainda defendem a impossibilidade de se apropriar do pensamento ou das criações do intelecto, e outros entendem que só se pode falar em propriedade do autor antes da publicação.

Essa visão de propriedade, herdada de Bártolo, só concebe a propriedade de coisas materiais, ressaltando o caráter não-rival e ubíquo do imaterial (pois todos os homens podem gozar dele plenamente, livremente e simultaneamente). Como consequência, publicidade e propriedade são consideradas incompatíveis, pois desde que o autor deu publicidade ao seu pensamento, ele não pode mais excluir um terceiro.

Radicalizando o discurso contrário à assimilação do direito dos autores a um direito de propriedade, o pensador anarquista e socialista Proudhon (1862) também exercerá um papel de destaque nos debates franceses do século XIX. Entendendo que o autor, antes de ser pai de sua obra, é obra de seu tempo e cultura, herdeiro da civilização e das idéias que o precederam, Proudhon condena a invasão do capitalismo e do comércio na literatura e nas artes. Reprimindo-se, assim, a busca do dinheiro e a profissionalização dos criadores, em nome de uma visão de criação baseada na gratuidade e na colaboração. O direito dos autores é visto como um monopólio do saber, atentatório à liberdade de expressão (a distinção idéia/expressão é então rejeitada). Proudhon vale-se, ainda, de um argumento utilitário, ressaltando que o direito autoral perpétuo, ou mesmo sua extensão excessiva, é inútil, posto que obras são, em sua maioria, efêmeras.

CONCLUSÃO

Já se vão três séculos desde que o direito de autor moderno foi consolidado legalmente no Ocidente e ainda vivemos sob a insistente sensação de que lhe falta uma base teórico-filosófica sólida e coerente. Mesmo aqueles que estão convictos da existência dessa fundamentação têm de se esforçar para demonstrar conceitualmente esta convicção, o que indica que não estamos tratando de um tema pacificado e bem resolvido. Ao longo das análises feitas acima, pretendemos mostrar como a origem e o desenvolvimento do *copyright* e do *droit d'auteur* nos séculos XVIII e XIX envolveram um constante debate teórico, no qual a assimilação do direito de autor a um direito de propriedade teve, sistematicamente, de se contrapor a outra concepção de justificação, que rejeita essa identificação e baseia o direito dos autores em um simples monopólio temporário concedido pelo Estado.

Talvez importe pouco, na prática, se o direito de autor é um direito de propriedade ou não. Mais importante é que ele seja bem definido e determine claramente seus efeitos, sua extensão e sua duração. O emprego do termo *propriedade*, para se referir ao direito dos autores, tem uma clara força simbólica, mas dificilmente, de um ponto de vista mais técnico, poderíamos, sem mais, afirmar a identidade de natureza entre a propriedade intelectual e a material. Embora seja defensável a teoria da propriedade aplicada ao direito de autor, ela não constitui uma simples constatação evidente que não exige qualquer esforço conceitual.

Entendemos também que a questão sobre a natureza do direito de autor (o confronto entre a teoria do monopólio e a da propriedade) perdeu grande parte de sua importância, na medida em que a própria concepção de um direito de propriedade alterou-se radicalmente a partir do século XX. A idéia de um direito absoluto de propriedade não cabe mais no novo quadro jurídico e, portanto, a identificação do direito de autor a um direito de propriedade não acarreta mais aquilo que acarretava no século XVIII, ou seja, a noção de um direito imprescritível e perpétuo, sobre o qual o Estado não possa interferir, ressalvado as características personalíssimas. Trata-se, ainda, como era e ainda o é, de um direito de propriedade ou utilitário, limitado pelas provisões temporais

e legais da lei, podendo-se tanto adotar o entendimento de Locke ou de Renouard para o período de proteção e suas inferências lógicas.

A idéia de que o direito de propriedade deve ser limitado, na medida do possível, em vista ao alcance do bem comum, como um limite congênito ao direito mesmo, é algo razoavelmente pacificado nos dias de hoje. A propriedade deixa, assim, de ser um direito subjetivo absoluto ou um direito natural perpétuo. Conforme Balganesh (2009), o desafio do Direito de Autor, na atualidade, é balancear a infra-estrutura de incentivos e o uso das funções limitadas de acesso, que tem um custo social na sociedade como um todo.

Concluindo, gostaríamos de salientar que, apesar de termos procurado empreender neste trabalho um estudo eminentemente histórico, acreditamos que as discussões apresentadas, que foram travadas nos séculos XVIII e XIX, são ainda em grande medida atuais, e nos ajudam a compreender melhor os impasses vivenciados pelo direito autoral nos dias de hoje.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMS, Howard B. The historic foundation of American copyright law: exploding the myth of common copyright. *Wayne Law Review*, Detroit, v. 29, n. 3, p.1120-1192, 1983.

ARETT, Michael James. Adverse possession of copyright: a proposal to complete copyright's unification with property law. *The journal of corporation law*, Iowa, v.31, p.187-201, 2006.

BALGANESH, Shayamkrishna. Foreseeability and copyright incentives. *Harvard Law Review*. Massachusetts, v.122, n. 6, pp. 1569-1633, 2009.

BALZAC, Honoré de. *Lettre adressée aux écrivans français du XIXe siècle*. 1834. Disponível em . Acesso em 12 de setembro de 2009.

BECKER, Lawrence C. Deserving to own Intellectual Property. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v.68, p. 611, 1993.

BRENNAN, Timothy. Copyright, property, and the right to deny. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 68, p. 691, 1993.

CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, marquis de. Fragments sur la liberte de la presse. In: *Oeuvres de Condorcet*. Tome 11. Paris: Firmin Didot Frères, 1847. p.253-314.

DIDEROT, Denis. *Carta sobre o comércio do livro*. Tradução de Bruno Feitler. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002.

GORDON, Wendy J. A property right in self-expression: equality and individualism in the nature law of Intellectual Property. *The Yale Law Journal*, New Haven. v. 102, p.1533-1609, 1993.

HESSE, Carla. *Publishing and Cultural Politics in Revolutionary Paris, 1789-1810.* Berkeley: University of California Press, 1991.

HUGHES. Justin. The Philosophy of Intellectual Property. *The Georgetown Law Journal*, Washington, v. 77, p.287-366, 1989.

LOEWENSTEIN, Joseph. *The author's due*: printing and the prehistory of copyright. Chicago / London: The University of Chicago Press, 2002.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la propriété littéraire et artistique*. 3ª ed. Paris: Litec, 2006.

MOSSOFF, Adam. Lock's Labor Lost. *U. Chi. L. Sch. Roundtable*, v. 9, p.155-164, 2002.

MOSSOFF, Adam. What is property? Putting the pieces back together. *Arizona Law Review*, Arizona, v. 45, p.372-439, 2003.

MOSSOFF, Adam. Is Copyright Property? *San Diego Law Review*, San Diego, v. 42, p.29-43, 2005.

MOSSOFF, Adam. Who care what Thomas Jefferson though about patents? Reevaluating the patent "privilege" in historical context. *Cornell Law Review*, New York, v. 92, p.953-1012, 2007.

MOYSE, Pierre-Emmanuel. La nature du droit d'auteur: droit de propriété ou monopole? *Revue de Droit de McGill / McGill Law Journal*, v.43, p. 507-564, 1998.

OSTERGARD, Robert L. Jr. Intellectual Property: a human right? *Human Rights Quarterly*, v. 21, p.156-178, 1998.

PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968.

PFISTER, Laurent. La propriété littéraire est-elle une propriété?: controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, v.72, p. 103-126, 2004.

PROUDHON, Pierre-Joseph. *Les majorats littéraires:* examan d'un projet de loi ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs et artistes, un monopole perpétuel. Bruxelles: Alphonse Ledégue, 1862. Disponível em . Acesso em 12 de setembro de 2009.

ROSE, Mark. *Authors and owners*: the invention of copyright. Harvard University Press, 1993.

STERN, Kenneth D. John Lock and the Declaration of Independence. *Cleveland Marshall Law Review*, Ohio, v. 15, p.186-195, 1966.

WONG, Mary W. S. Toward an alternative framework for copyright: from privative property to human rights. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, NY, v. 26, p.775-843, 2009.

MEDICAMENTOS QUIRAIS: DIREITO À PATENTE OU PSEUDO-INOVAÇÃO? *

CHIRAL DRUGS: RIGHT TO PATENT OR PSEUDO-INNOVATION?

Marcos Vinício Chein Feres
Marcelo de Castro Cunha Filho

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo estudar o direito à patente no caso de medicamentos quirais. A discussão se concentra na possibilidade de se patentear novos produtos derivados da separação de enantiômeros de misturas racêmicas. Dentro desse contexto, propõe-se como marco teórico a idéia de integridade e identidade no direito, tendo por base as teorias de Ronald Dworkin e Charles Taylor. A partir desse referencial teórico, reconstroem-se os conceitos de novidade, inventividade e aplicação industrial da Lei n° 9279/96, no momento de aplicação do direito ao caso dos ditos medicamentos quirais. Por fim, conclui-se no sentido de examinar cada uma das categorias propostas por estudos fármaco-químicos, não exclusivamente pela lógica convencional, mas principalmente pela reconstrução dessas situações-problema concretas tendo por norte a idéia de integridade no direito.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO COMO INTEGRIDADE E IDENTIDADE; MEDICAMENTOS QUIRAIS; DIREITO À PATENTE; INOVAÇÃO TECNOLÓGICA.

ABSTRACT

This paper intends to shed light on the right to patent in the case of chiral drugs. The main discussion topic here is focused on the possibility to register new products derived from the chiral switching of enantiomers. In this context, the theoretical reference departs from the idea of integrity and identity in law, taking into consideration Ronald Dworkin's and Charles Taylor's theories. This theoretical reference contributes to the reconstruction of legal requisites for patent registry, such as, novelty, nonobviousness and industrial application, which are established in the Industrial Property Act n. 9279/96. However, these legal requisites are to be reconstructed once the problem of quiral drugs is proposed in the Administrative agency. Finally, it is necessary to evaluate each of the proposed categories of chiral products in the actual problematic situation, bearing in mind the idea of integrity in law.

KEYWORDS: LAW AS INTEGRITY; LAW AS IDENTITY; CHIRAL DRUGS; RIGHT TO PATENT; TECHNOLOGICAL INNOVATION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 Introdução

Aos convencionalistas, esse estudo sobre direito à patente, derivado de pesquisas em medicamentos com potencial de quiralidade, pode parecer tratar-se apenas de uma análise compreensiva dos avanços químicos realizados nessa área e sua subsunção à literalidade da legislação de propriedade industrial. Para um pragmatista, a questão se resolveria com base numa análise de custo-benefício, tendo por foco os efeitos dessa pesquisa em quirais e sua repercussão positiva ou negativa no setor de medicamentos para uma determinada comunidade. Obviamente, as duas posições não apresentam argumentos jurídicos substanciais para a atribuição de um direito subjetivo à patente ao interessado tendo em conta a análise do caso concreto de quiralidade com todas as suas repercussões na realidade farmacêutica.

Em linha de princípio, é importante explicar o que se entende por isomeria óptica. Esta consiste na capacidade de uma substância química derivar compostos que apresentem a mesma constituição molecular, mas com diferente ordenação espacial de certos átomos. A esta particularidade correspondem efeitos químicos e biológicos os mais diversos possíveis para ambos os derivados. São raras as situações em que os produtos isoméricos possuem atividades similares devido ao que é conhecido por seletividade. Assim como uma mão se encaixa numa luva, um composto derivado de isomeria óptica se encaixa no seu receptor sem que o seu antípoda possa fazê-lo.

Os conhecimentos até agora acumulados em isomeria óptica apontam para um fato importante de manifestação dessa propriedade nas substâncias: só possuem isomeria óptica, os compostos ditos quirais. As moléculas com um elemento de quiralidade apresentam enantiomeria ao passo que dois ou mais elementos de quiralidade apresentam diastereoisomeria. Interessam para fins deste artigo somente as moléculas com um centro de quiralidade: os compostos enantioméricos.

Até meados da década de 80, a maioria dos fármacos era comercializada sob a forma racêmica que corresponde à mistura em igual concentração dos dois enantiômeros derivados. A venda das substâncias sob a forma de racemato era justificável devido às diversas dificuldades econômicas e tecnológicas de obtenção do enantiômero puro. No entanto, especialmente a partir da década de 90, devido ao crescente avanço tecnológico da química fina, observa-se uma tendência para a separação da mistura racêmica e a comercialização dos enantiômeros na forma pura. A esta preocupação corresponde a idéia de que a utilização da substância isolada gera efeitos mais positivos e eficazes para o tratamento das doenças.

Todavia, a expansão dos medicamentos quirais percorre um caminho que é acompanhado mais de incertezas do que de respostas. O processo de obtenção dos enantiômeros puros tem levado grandes laboratórios desenvolvedores da mistura racêmica a (re)patentear a substância isolada sob pretexto de ter-se chegado a uma nova invenção dando azo assim ao prolongamento do período de vigência da patente. Segundo Stinson (1992), tal manobra que visa criar uma reserva de mercado duplicando os prazos legais de proteção patentária pode prejudicar sensivelmente o mercado de genéricos. Além disso, resta a dúvida se os enantiômeros puros são substâncias com potencial de inovação em relação à mistura racêmica.

Por estas incertezas que tocam o direito de propriedade intelectual, o presente artigo tem por objetivo fazer uma reconstrução racional do direito de patentes para a aplicação ao caso das substâncias isoméricas, especificamente no que se refere ao patenteamento de substâncias enantiomericamente puras derivadas de mistura racêmica já patenteada. Espera-se elucidar quais pontos essenciais da lei de patentes se aplicam ao caso através de uma metodologia crítica preocupada em aplicar conceitos jurídicos fortes o bastante para se chegar à solução correta. Para tanto, a análise da lei de patentes conta com a interpretação construtiva baseada nos conceitos de integridade (DWORKIN, 1999) e identidade (TAYLOR, 1989).

O artigo se encontra dividido em quatro partes: primeiramente, apresenta-se o marco teórico que será o responsável pela reconstrução crítica da lei de patentes. Posteriormente, serão explicitados de forma sucinta quais os mecanismos da referida lei à luz do referencial teórico servem para solucionar o caso em questão de maneira, justa, equânime e com respeito ao devido processo legal. Atenta-se nesta parte principalmente para os requisitos de patenteabilidade, a saber, novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Ao fim, conclui-se este artigo sem a pretensão de se ter chegado ao fim da discussão sobre patentes de isomeria óptica, na verdade, cuida-se apenas de indicar fundamentos jurídicos críticos para a concessão de patentes sempre se referenciando à prática de produção de novos medicamentos a partir do princípio de promoção do desenvolvimento científico e tecnológico fundado no interesse social.

2 Direito como integridade e identidade

No atual contexto de aplicação das normas do direito e mais especificamente da lei de patentes, não é mais possível a análise de cada caso sem o suporte teórico da filosofia. A necessária relação entre direito e filosofia é responsável pela construção de conceitos jurídicos mais eficazes e consistentes no que diz respeito a uma melhor aplicação das leis e dos precedentes.

Partindo-se desse pressuposto, a reconstrução do direito vigente a partir da teoria do direito como integridade complementada pelos conceitos identidade, fontes morais e avaliação forte torna-se o referencial teórico para esta interpretação. A integridade busca não somente nas regras e convenções, mas especialmente a partir delas, uma justificação moral para a aplicação do direito consubstanciada nos princípios de justiça, equidade e devido processo legal. A teoria das fontes morais de Taylor, por sua vez, é a indicativa mais precisa de que, para se alcançar o objetivo delineado por Dworkin, a fundamentação das questões jurídicas, assim como de qualquer questão moral, deve passar por uma avaliação qualitativa e distintiva de valor.

O ponto de partida para a análise crítica de uma teoria do direito calcada nesses paradigmas é estabelecido pela interpretação construtiva dos conceitos. Segundo Dworkin (1999), este método de interpretação consiste em se estabelecer um propósito, isto é, um sentido para o objeto de estudo a fim de que se possa vê-lo sob sua melhor perspectiva:

"Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imaginam que pertençam." (Dworkin, 1999, p. 63-4).

À luz do propósito estabelecido para o direito é que se torna possível a reconstrução de suas prioridades em nome daquilo que institucionalmente se acredita que seja o melhor para a práxis judicial. É por esta razão que direito e moral não estão necessariamente dissociados, mas pelo contrário, caminham juntos. A interpretação construtiva é responsável por estabelecer a ponte entre a prática do direito e a moralidade.

Moralidade no caso em questão refere-se a um conjunto de práticas e princípios que se impõem sobre os indivíduos de modo a capacitá-los a realizar o bem e às virtudes. Através de uma avaliação distintiva de valor, que busca na razão a revelação de valores compartilhados universalmente, pode-se estar sensível a estes desígnios morais. Segundo Taylor, a orientação por meio de valores é algo que inescapavelmente constitui a identidade do ser. Em outras palavras, deixar-se guiar pelo bem equivale a estar orientado no espaço moral. Mas a apreensão daquilo que é bom muito além deam dissoaquilo que vale a pena na vidanecessidade do ser. consistir num guia para a ação funciona como um mapa moral que permite ao indivíduo conhecer-se a si próprio e entender suas próprias atitudes. A incorporação de uma fonte moral requer em última análise que o indivíduo tome não somente as considerações que o habilite para fazer o certo, mas também aquelas que o guiam a vivenciar aquilo que vale a pena na vida.

Se se interpreta a prática do direito com o reconhecimento de que uma moralidade institucional, através de práticas e princípios, alimenta de sentido as tomadas de decisões do intérprete da lei deve-se chegar à conclusão de que a ciência jurídica almeja atingir aquilo que vale a pena na sua prática argumentativa. Isto é, afinal, "aquilo que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter." (Dworkin, 1999, p. 492).

Para dotar a práxis jurídica de sentido, entretanto, deve-se fazer uma ressalva. Não se estabelece um sentido moral forte para a ciência do direito sem se pensar nas condições sociais e de possibilidade deste juízo. Segundo Bourdieu (2001), é freqüente a tentativa de universalização de valores que se reconduzem a uma esfera limitada de indivíduos que é marcada por uma relação histórica de poder e dominação, subjugando outras categorias sociais. Em virtude disso, é preciso estar atento às condições sociais de qualquer juízo de valor procedendo-se assim por meio de uma *Realpolitik* do universal, isto è, "o exercício de uma luta política destinada a defender as condições sociais de exercício da razão e as bases institucionais da atividade intelectual". (Bourdieu, 2001, p.98).

A forma de dominação a qual Bourdieu (2001) se refere, perpetrada, sobretudo, no meio intelectual, é muitas vezes responsável pela violência praticada contra certos grupos de pessoas que não se enquadram nas linhas gerais do biótipo comumente eleito (homem branco, alto, heterossexual, católico etc.). Se o direito se processa com este tipo de sentimento jamais se poderia encontrar na sua prática algo que represente o bem e que seja desejável, uma vez que a sua aplicação reproduziria uma ofensa a um conjunto de bens fortemente avaliados e a uma possível pretensão de universalidade num ambiente de pluralidade moral.

Sendo assim, o que o direito representa é uma força que, a despeito de limitar e impor determinados tipos de conduta, objetiva ordenar de forma legítima a vida em sociedade sem estabelecer qualquer tipo de dominação e de hierarquização dos segmentos sociais. Talvez seja por este teor de compreensão da práxis judicial que Dworkin (1999) define a moralidade no Direito como a exigência de tratar o outro com igual consideração e respeito. Este é o propósito, em última análise, pelo qual o direito deve deixar-se guiar e exprimir-se nas suas decisões.

Tratar o outro com igual consideração e respeito significa, para Dworkin, manter algum tipo de coerência nas tomadas de decisão judicial. Esta coerência diz respeito a um método de aplicação de princípios que, levadas em apreço todas as circunstâncias de cada caso, visa reconduzir o fato ao princípio mais adequado tanto do ponto de vista normativo quanto do ponto de vista moral. Para tanto, deve-se estar atento à história institucional das decisões e fundamentações passadas. A coerência de princípio, segundo Dworkin, pode ser vista como a construção de um romance em cadeia por diversos autores. Cada parte do livro deve guardar algum tipo de coerência com o que já foi escrito, sem contanto perder a liberdade de seguir em frente e criar um novo desfecho. A continuidade dessa história institucional, guiada pelos princípios de moralidade, é a característica de uma comunidade que preza por expressar nas decisões judiciais a conciliação entre o direito seguro e o direito legítimo. É especialmente relevante a aplicação de princípios nos casos em que a legislação nada dispõe sobre a situação-problema. Nessas situações, ao contrário do que faria um convencionalista valendo-se do voluntarismo judicial para colmatar a lacuna, o juiz da integridade encontraria no próprio direito a solução correta para o caso.

Somente numa comunidade regida por princípios, é possível manter algum tipo de coerência nas decisões. Aliás, esta é a exigência de uma rede associativa de princípios que guarda uma tendência para a igualdade. A crença de que uma rede de princípios pode ser aceita como a justificativa adequada para a prática coerente do direito e, em última análise, para a legitimidade de sua autoridade moral reside na percepção de que os destinos de todos os membros da comunidade estão ligados de alguma maneira pela história política dessa mesma comunidade: os princípios de uma comunidade fazem

"com que algumas responsabilidades sejam inteiramente pessoais: exige que ninguém seja excluído; determina que, na política, estamos todos juntos para o melhor ou para o pior, que ninguém pode ser sacrificado, como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total." (Dworkin, 1999, p. 257).

Se se concebesse, entretanto, que a união política a qual envolve a vida dos cidadãos fosse mera situação de fato ou de conveniência, não seria possível explicar de maneira satisfatória a obrigatoriedade geral e indistinta de certas normas que foram validadas sem a busca do consentimento individual de cada cidadão.

Uma comunidade política de princípios, no entanto, é capaz de satisfazer essa condição. Para uma rede de princípios, o sistema que cria deveres e obrigações não se esgota nas regras convencionadas, mas depende também, de modo geral, de um arcabouço principiológico reconstruído racionalmente de sorte a fundamentar decisões e, ainda assim, sofrer mudanças a partir dos diferentes processos decisórios da práxis judicial (Dworkin, 1999). Dessa forma, cada indivíduo pode estar sujeito a obrigações não expressas convencionalmente se estas puderem ser extraídas de uma inferência dedutiva

orientada por princípios de moralidade institucional. A orientação por esses princípios não se confunde com a soma dos interesses individuais de cada membro da comunidade. Pelo contrário, a comunidade pode ser tratada como um ente personificado dotado de valores próprios e genuínos que regem a vida em comum dos seus cidadãos. A adoção de um modelo de princípios, portanto, é que mantém legítima a proposta do direito de funcionar como uma prática unificadora dos valores de uma moral institucional. Somente por meio de uma associação deste tipo, é possível se conhecer direito legítimo fundado em algum critério de igualdade.

Sob este viés, é possível pensar o caso do patenteamento de medicamentos quirais se se entender que uma rede de princípios forjada pela vida em comunidade alimenta de sentido e propósito moral a existência de uma lei que cria a exclusividade de exploração do bem inventado ao inventor desta tecnologia. Nesse sentido deve-se questionar, à luz dos princípios extraídos de uma comunidade fraterna, qual seria o objetivo da lei de propriedade intelectual. Seria pertinente se proceder a uma reconstrução racional da lei a partir do propósito moral identificado? Em caso afirmativo, o que justifica tal esforço? E por último, por que essa releitura da lei de propriedade intelectual seria pertinente para a análise do caso em questão?

A começar pelo primeiro desafio fica registrado desde então a tentativa de se fazer uma investigação construtiva da lei de propriedade industrial nos moldes do método interpretativo ora mencionado. A realização de um propósito para a lei tem o fim exclusivo de alcançar a legitimidade moral de uma prática que em nome de um princípio confere direitos e deveres aos súditos da legislação. O exercício de se estabelecer este propósito, como se tem visto, busca não somente a clarificação de um objetivo do legislador, mas visa, em última instância, reorganizar as prioridades da lei à luz deste propósito moral.

Ao que tudo indica seria possível no atual estádio da pesquisa nomear este objetivo. Parece evidente que a distribuição de direitos e deveres da forma como foi positivada privilegia aquele que inova, isto é, o inventor, o pesquisador. A lei de propriedade industrial deixou patente para os críticos do direito o objetivo de facilitar e incentivar a inovação e o desenvolvimento tecnológico.

A reconstrução deste propósito não se faz sem o olhar atento às condições sociais de um juízo moral. Muito pelo contrário, já não é mais possível se falar em proteção ao conhecimento como uma forma de recompensa ao inventor numa sociedade cuja organização e distribuição do processo tecnológico mal conseguem identificar dito inventor.

A releitura da lei, no entanto, pelo princípio da inovação tecnológica foi responsável por atribuir à lei um critério de moralidade designado por uma avaliação distintiva de valor a partir da qual nomeado objetivo reconstrói um direito que vale a pena ser praticado.

Essa característica da lei de proteção ao conhecimento só pode ser experimentada à luz deste critério, pois que a inovação no mundo tecnológico e, especialmente no ramo da indústria farmacêutica, não consiste num processo de escolha arbitrária no sentido de hierarquizar enfermidades e estabelecer prioridades fundadas num cálculo de custo-benefício. Nesse sentido, pode-se afirmar que a produção de drogas não deve se basear em escolhas mercadológicas lucrativas ou prevenções futuras mediante sacrifícios

presentes. Noutros termos, considerando a idéia de direito como integridade e a proposta da comunidade personificada, a lei de proteção do conhecimento, na sua melhor luz, exige que se avalie a inovação tendo como base a busca pelo desenvolvimento tecnológico aliada ao relevante interesse social para a entrada da tecnologia no mercado.

Para a configuração da patente de medicamentos quirais, é necessário se verificar a dimensão desse interesse social e sua interface com os elementos dogmáticos, a saber, novidade, inventividade e aplicação industrial que corroboram o princípio do desenvolvimento científico e tecnológico. Enfim, a idéia de inovação que aqui se defende passa por uma necessária relação entre a relevância social e a pertinência dogmática dos requisitos patentários. O direito à patente não se define, *tout court*, como mera subsunção aos requisitos da novidade, da atividade inventiva e da aplicação industrial, na verdade, esse direito é construído, racionalmente, a partir desses conceitos abertos, embora dogmáticos, os quais devem ser interpretados a partir de uma política institucional fundada na promoção do desenvolvimento científico e tecnológico e na busca do interesse social.

3 Medicamentos quirais

O primeiro quesito que a lei de propriedade industrial julga ser importante para a aferição da inovação é critério da novidade. Segundo o artigo 11 da Lei nº 9279/96, nova é a invenção que não está compreendida no estado da técnica (BRASIL, 2005). De acordo com o parágrafo 1º do artigo 11 da Lei n° 9279/96,

"o estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data do depósito do pedido da patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior"(BRASIL, 2005).

O critério da novidade deriva de um marco temporal, isto é, o momento em que a invenção é tornada pública por meio do depósito do pedido de patente. Mais do que isso, a novidade exige um acréscimo ou um diferencial ao que existe consolidado na teoria científica. Decerto, a fim de obter esse diferencial em relação ao estado da técnica, de modo eficiente, a lei estabelece o marco temporal como incentivo a mais célere produção de novos medicamentos e sua pronta incorporação ao processo de fabricação em série.

Nesse contexto de aferição da novidade a partir do marco temporal e do diferencial referenciados ao chamado estado da técnica, deve-se agregar o segundo requisito legal, a saber, a atividade inventiva. A atividade inventiva, caracterizada no artigo 13 da lei, requer que o objeto de análise não decorra de maneira óbvia do estado da técnica para um técnico no assunto. Alia-se ao diferencial somado ao estado científico existente, uma exigência de qualificação teórico-substancial na elaboração do novo produto. Um técnico no assunto deve ser capaz de verificar, ao analisar o pedido de patente, que há, de fato, esforço teórico e prático na concepção daquele novo produto.

A partir do estado da técnica, o inventor elaborou uma nova estrutura química ou física a qual pode ter como ponto de partida o conhecimento científico já consolidado, mas vai além deste agregando um diferencial ou acréscimo (novidade) produzido a partir de um esforço teórico-prático inovador em relação ao que já existe na ciência (inventividade).

O critério da novidade não pode ser construído sem a interpretação do critério da inventividade, assim como este não se define sem aquele. Para a caracterização do princípio da inovação tecnológica, o requisito da novidade depende do grau de aplicação do estado da técnica assim como a atividade inventiva também só pode ser constatada a partir do contexto de produção de novas tecnologias, isto é, o estado da técnica.

Ambos os critérios definidores de um mesmo princípio devem participar conjuntamente no momento de aferição da inovação. Por esta razão tanto novidade quanto atividade inventiva são os conceitos sobre os quais o intérprete do direito deve construir as bases para a compreensão do processo de inovação porventura existente na elaboração dos medicamentos quirais.

Há ainda um terceiro conceito chave para a caracterização de uma invenção, qual seja, o conceito de aplicação industrial também descrito no artigo 8º da Lei nº 9279/96. A aplicação industrial consiste na necessidade de o novo produto poder ser incorporado ao processo produtivo. Em linhas gerais, esse novo produto deve ser passível de inserção na lógica da atividade industrial. Não basta a inovação como mera expressão da novidade e da inventividade, faz-se, pois, necessário que esta inovação se consolide como parte ou como resultado da atividade industrial. Esse requisito ainda é reforçado pela estrita exegese do dispositivo legal referente ao licenciamento compulsório. Partindo-se de uma análise sistemática, a ausência de aplicação industrial é retomada no capítulo das licenças, mais especificamente, no dispositivo legal que autoriza o licenciamento compulsório. A não exploração do objeto da patente por falta de fabricação ou a fabricação incompleta ensejará o licenciamento compulsório. Em síntese, essa possibilidade de licenciamento reforça a natureza do conteúdo do requisito patentário da aplicação industrial, pois a efetiva implementação industrial da criação é condição fundamental para a completa aquisição e manutenção do registro patentário.

A fim de verificar a inovação e a aplicação industrial de medicamentos ditos quirais, é relevante considerar alguns grupos de comportamentos biológicos no que diz respeito aos fármacos quirais, segundo ensina Eifler Lima (1997). Obviamente a característica de cada grupo será o principal fator para a análise dos critérios de novidade e atividade inventiva. A seguir, são apresentadas quatro categorias de medicamentos, nos moldes estruturados por Lima (1997) e, assim, analisadas de acordo com o referencial teórico acima exposto.

No entanto, antes de estudar cada uma das categorias, é relevante entender que muitos desses medicamentos já existem no mercado em sua forma dita racêmica. Em termos químicos, como explica Lima (1997, p. 658), "misturas contendo igual quantidades de enantiômeros (50:50) são chamadas misturas racêmicas (ou racematos) e são opticamente inativas." Segundo Bermudez e Barragat (1996, p. 48), "a quiralidade se coloca em contraposição aos produtos racêmicos, que normalmente apresentam quantidades equimolares de ambos enantiômeros". A tendência, hoje, nas grandes indústrias farmacêuticas, tem sido o desenvolvimento de substâncias

estereoquimicamente puras, identificando-se, assim, apenas um dos isômeros de orientação dextrógira ou levógira a fim de se produzir um medicamento quiral (BERMUDEZ; BARRAGAT, 1997).

Sem querer aprofundar nas especificidades da teoria química e farmacológica, o objetivo aqui é o de apenas orientar o leitor e o intérprete da legislação na compreensão do fenômeno químico a fim de que se possa construir uma estrutura interpretativa dos requisitos legais acima explicitados. Assim sendo, passa-se ao estudo de cada um dos casos de quiralidade.

3.1 UM DOS ESTEREOISÔMEROS APRESENTA ATIVIDADE FARMACOLÓGICA E O OUTRO É INATIVO.

Nessa categoria, mencionada por Lima (1997), observa-se a enantiomeria em apenas um dos enantiômeros o qual apresenta atividade farmacológica enquanto o seu oposto é inativo. Cumpre saber se a separação do enantiômeros representa avanço no estado da técnica em relação à preexistente mistura racêmica. Noutras palavras, a obtenção do enantiômero puro configura invenção, isto é, atende aos requisitos de patenteabilidade supramencionados?

Se o processo de separação da mistura racêmica para a obtenção de umas das substâncias enantioméricas não contribuir para o incremento do estado da técnica do ponto de vista do resultado final, a saber, a produção de um novo medicamento, conclui-se não existir inovação propriamente dita. Se for inativa uma das substâncias presentes na mistura, pouco importando sua concentração, se zero ou cinqüenta por cento, para fins do resultado esperado, e a atividade farmacológica residir inteiramente no enantiômero oposto, a separação em si da mistura poderá gerar algum tipo de inovação a qual deverá ser avaliada a partir da proposta teórico-interpretativa dos parâmetros legais da patenteabilidade.

Quando isolado o isômero que apresenta, de fato, a atividade farmacológica e verificada a inatividade do enantiômero oposto, é preciso que o relatório circunstanciado, apresentado ao órgão competente, o INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), elucide, com clareza e com detalhes o diferencial e o esforço teórico-prático agregados ao estado da técnica definido a partir dos resultados e incrementos produzidos pela mistura racêmica.

Além disso, se o relatório circunstanciado demonstrar que o processo de separação inclui algum conhecimento avançado não compreendido no estado da técnica, tal processo em si poderá ser patenteado nos termos da lei. Veja bem apenas o procedimento em si, se inovador, se insere na estrutura interpretativa que autoriza o patenteamento. Ao contrário, se não se provarem os acréscimos e os esforços para a elaboração de uma substância quimicamente mais inovadora que o racemato, não haverá inovação que justifique o patenteamento da droga em si, sendo esta apenas decorrência do que já era anteriormente fabricado.

Geralmente, em casos como este, nomeadamente o do fármaco anti-hipertensivo alfa-metildopa 2, no qual sua atividade é atribuída ao seu isômero L, deve-se comprovar, em relatório circunstanciado, que o isolamento produz uma droga enantiomericamente pura com efeitos inovadores em relação à mistura racêmica. Ademais, o isolamento do isômero L pode apresentar algum tipo de acréscimo a partir de um substancial esforço teórico-prático para a devida separação. Nesse caso, deverá ser analisado esse fator determinante da inovação (novidade e inventividade) com vistas a verificar o elemento distintivo em relação aos efeitos e à estrutura química já conhecida da mistura racêmica.

3.2 AMBOS OS ENANTIÔMEROS APRESENTAM POTÊNCIA E ATIVIDADES SIMILARES

Neste segundo grupo cujo comportamento biológico é extremamente raro, encontram-se as substâncias enantioméricas que possuem efeitos similares a despeito de possuírem configuração espacial diferente. É o caso da prometazina 3, que atua como medicamento anti-histamínico.

À primeira vista, pode-se pensar que não há novidade nem atividade inventiva no caso dessas substâncias. A argumentação restrita à literalidade da conclusão química de que os enantiômeros apresentam potência e atividades similares, logo o isolamento de um deles não representa acréscimo ou incremento teórico-prático ao vigente estado da técnica em relação ao racemato, padece de uma parcial compreensão da multiplicidade de efeitos possíveis de ocorrer em situações não previstas em modelos estruturais laboratoriais. Nessa mesma linha de raciocínio, sendo as substâncias similares, o estado da técnica sofreu a aquisição da inovação no momento em que apenas uma das formas da substância passou a ser conhecida. A introdução em separado de um dos enantiômeros não geraria nenhum acréscimo.

Todavia, por questões de coerência com a estrutura teórica desenvolvida acima, é necessário considerar que o isolamento em si de um deles pode causar uma modificação estrutural na dosagem, na potencialidade, decorrentes de novas pesquisas com o isômero isolado e, assim, alterações podem ser acrescidas, inclusive, ao produto racêmico. A conclusão imediata e açodada pode, sem dúvida, ser no sentido de negar qualquer inovação a partir de experimentos com esse tipo de substância. Contudo, é prudente que, uma vez fundamentado o relatório descritivo do produto em que um dos enantiômeros apresenta potência e atividades similares ao sugerido pela mistura racêmica, deve ser averiguado se houve acréscimo ou implicou esforço teórico-prático, do ponto de vista fármaco-químico no atual estado da técnica em relação ao racemato.

Se houver mudança, diminuta que seja, deve ser confirmado o incremento e esforço teórico-prático em relação ao racemato, assim como a possibilidade de inserção e aprimoramento no processo produtivo. Assim sendo, é possível autorizar-se o patenteamento, inclusive por coerência com o fundamento moral institucional, a saber, a promoção da inovação tecnológica e o desenvolvimento científico como alicerces da legislação de propriedade industrial. Nesse sentido, cabe, inclusive, entender que o

medicamento quiral deve ser patenteado, uma vez comprovadas as alterações implicadas na produção da droga estereoquimicamente pura.

3.3 A ATIVIDADE É QUALITATIVAMENTE IDÊNTICA, MAS QUANTITATIVAMENTE DIFERENTE ENTRE OS ESTEREOISÔMEROS.

Esta terceira categoria de medicamentos quirais pode gerar ainda mais dúvidas do que talvez gerem os anteriores casos estudados. Segundo Lima (1997), este é um caso bastante comum no universo dos medicamentos quirais. Conhecido neste rol específico está, segundo a pesquisadora, o verapamil 1, medicamento cujos enantiômeros são equivalentes na potência para os efeitos vasodilatadores, mas um deles é cerca de oito a dez vezes menos potente no que diz respeito a sua ação cardiodepressora.

Em geral, devido à estereosseletividade de ação dos medicamentos em estudo, é bastante comum que ambos os enantiômeros possuam os mesmos efeitos, mas com perfis farmacocinéticos totalmente distintos.

A despeito da semelhança dos resultados e da tentação de excluí-los, liminarmente, da possibilidade de patenteamento, as diferenças reclamam maior rigor analítico.

A diferença manifestada na potência dos medicamentos, embora distante do conhecimento incorporado à vivência dos juristas, pode, ainda que em nível obsoleto, ser interpretada à luz dos critérios de novidade e atividade inventiva.

Sob a ótica do primeiro critério é possível identificar como novo o medicamento quiral em relação à mistura dos dois isômeros. Esta conclusão é devida à diferença observada na potência de ação dos medicamentos, uma vez que, em se tratando de fármacos, o perfil farmacocinético de uma droga pode determinar um uso totalmente diferente. Ora, em apresentando uma farmacocinética peculiar, o isômero isolado em quantidade variada pode, sim, gerar diferença tanto na mistura racêmica quanto na estrutura quiral. Em sendo assim, há aqui relevante acréscimo em relação ao estado da técnica vigente a partir do racemato. Tal peculiaridade pode ser identificada como extremamente relevante:

"a farmacocinética do fármaco que (sic) pode variar de acordo com o estado físico do paciente, como doentes renais ou hepáticos e que (sic) podem apresentar enormes diferenças quando comparados com voluntários sadios" (LIMA, 1997, p.660).

Essa afirmação serve ainda para corroborar a existência de inventividade. Decerto, não há decorrência óbvia do estado da técnica quando se é possível obter um medicamento cujas propriedades sejam diversas em relação à proposta racêmica. Além disso, experimento envolvendo o isolamento de qualquer um dos enantiômeros pode conduzir a resultados relevantes no que concerne à farmacocinética. Provado esse esforço teórico-prático e o resultado final inovador, não há dúvida de que se deve autorizar o patenteamento do medicamento quiral, ou mesmo, da mistura racêmica agora potencializada. Enfim, uma vez comprovadas a novidade e a atividade inventiva, neste caso específico, a aplicação industrial se confirma pela pronta integração dessa nova estrutura no processo de fabricação de drogas racêmicas ou quirais.

3.4 AS ATIVIDADES DOS ENANTIÔMEROS SÃO QUALITATIVAMENTE DIFERENTES

Parece indiscutível a idéia de que substâncias com efeitos totalmente distintos, embora possam ser descritas sob fórmulas químicas idênticas, merecem ser tratadas em separado para fins de patenteamento. Nesse caso específico, os enantiômeros, ao serem separados de uma mistura racêmica, apresentam qualidades variadas. Nesse contexto, a separação do isômero pode gerar um medicamento quiral inovador.

Para cada substância específica, isto é, os enantiômeros e mistura racêmica, torna-se imperioso a realização de pesquisas e experimentos com cada composto em particular, uma vez que a cada uma corresponde um efeito diverso, o que em última análise representa um acréscimo substancial e um esforço teórico-prático agregados ao estado da técnica tendo em conta a descrição do relatório da pesquisa apresentado ao INPI.

Por esta razão fica configurada a inovação no caso do enantiômero do qual se tenham extraído novas propriedades terapêuticas, mesmo que ele derive da separação de mistura racêmica já patenteada.

Caso típico de drogas enantioméricas que são comercializadas com nomes totalmente distintos, exatamente por apresentarem finalidades terapêuticas diversas, é o medicamento conhecido como Darvon, que possui atividade analgésica ao passo que seu antípoda Novrad funciona como um antitussígeno. Embora estes medicamentos derivem de uma mesma estrutura química, eles, ao serem isolados, apresentam qualidades químicas distintas, o que pode gerar um novo produto quiral seja levógiro seja dextrógiro. Isso pode ser fundamentado não na mera literalidade do artigo 8º da Lei 9279/96, mas principalmente na construção interpretativa dos requisitos da novidade, inventividade e aplicação industrial a partir do argumento moral institucional da promoção da inovação tecnológica. Inovar tecnologicamente, nesses casos, pode, sem dúvida, decorrer de mudanças qualitativas na estrutura química de uma substância enantiomérica.

4 Conclusão

O objetivo deste artigo muito além de elucidar o caso de patenteamento de medicamentos quirais consiste em trazer uma nova abordagem ao direito de patentes tendo em conta o referencial teórico apresentado, a saber, teoria da integridade e da identidade no direito. Nesse contexto, a proposta teórica consiste em dar substância teórica às escolhas morais de uma determinada comunidade personificada. Partindo-se do pressuposto de que o indivíduo tenha sua identidade constituída a partir de uma rede de interlocução referenciada a um espaço moral, pode-se construir uma teoria do direito como integridade em que a prática argumentativa do direito esteja fundamentada num processo de avaliação distintiva de valor. A interpretação ocorre aqui a partir dessa avaliação de modo a reconstruir, a cada caso concreto, a norma aplicável, tendo por foco central o elemento valorativo distintivo de tratar ao outro com igual consideração e respeito. A prática do direito é uma prática argumentativa, construtiva e criativa cujo

valor primário no processo de avaliação de direitos reside na atitude fraterna e na proposta de integridade do sistema jurídico.

Por meio dessa estrutura teórica, pôde-se identificar que a lei de propriedade intelectual tal como está redigida no Brasil responde por um compromisso moral que se caracteriza por buscar na inovação o contorno das necessidades humanas e a realização de uma sociedade mais igualitária. Este é afinal o quadro valorativo geral que se deseja ver expresso no caso dos medicamentos quirais. Para tanto, a configuração do princípio da inovação se deu através dos critérios de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Descobriu-se que para a análise dos critérios é preciso discriminar diferentes tipo de situação-problema, cada uma das quais com particularidades que ensejam uma aplicação diversa dos critérios.

Num primeiro quadro de análise, caso em que apenas um dos enantiômeros é responsável pelos efeitos terapêuticos desejados ao passo que o outro é inativo, conclui-se que a caracterização da inovação depende da reconstrução circunstanciada tanto do processo para a obtenção do enantiômero em isolado quanto do resultado final referente a um medicamento quiral, caso a mistura racêmica correspondente já tenha sido patenteada. A mesma reconstrução deverá ser realizada no sentido de provar a existência de inovação tecnológica na obtenção de isômeros isolados nos casos em que os enantiômeros possuem propriedades farmacológicas idênticas tanto do ponto de vista qualitativo quanto quantitativo.

Já nos casos em que a atividade é qualitativamente similar, porém quantitativamente diferente entre os enantiômeros, há um potencial para inovação tecnológica desde que o produto final seja obtido a partir de um acréscimo e um esforço teórico-prático incorporados ao atual estado da técnica. Nos casos em que a atividade dos enantiômeros é totalmente diferente constatou-se que é possível haver inovação, pois que os conhecimentos farmaco-químicos, desenvolvidos para a elaboração de medicamento quiral, representam acréscimo substancial ao estado da técnica.

Enfim, a proposta desse artigo é a de contribuir para uma reformulação da prática de aplicação do Direito de Propriedade Industrial. Ressalte-se a incorporação de uma prática argumentativa aos casos concretos aqui elencados como modo de demonstração de uma interpretação criativa e construtiva tendo como foco uma moral institucional reveladora de um processo avaliativo distintivo de valores aplicados à prática jurídica da propriedade industrial.

Referências

ANDERSON, Tommy. Single-Isomer Drugs True Therapeutics Advances**. Clin Pharmacokinet**, vol. 43 (5), pp. 279-285, 2004

ÁLVAREZ, Covadonga Alvarez. **Influencia del enantiomorfismo en la solubilidad y velocidad de disolución de distintos fármacos racémicos**. Tese (Doutorado em Tecnologia Farmacêutica) - Faculdade de Farmácia, Universidade Complutense de Madrid, Madri, 2002.

BERMUDEZ, Jorge A. Z. ; BARRAGAT, Paulo. Medicamentos Quirais: da dimensão química à dimensão política. **CAD. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, vol. 12(1), pp. 47-51, jan-mar 1996.

BRASIL. **Lei n º 9279, de 14 de maio de 1996**. It refers to industrial property rights. Available at https://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Downloaded on August, 18th 2005.

BOURDIEU, Pierre. **Meditações Pascalianas.** Tradução: Sergio Miceli. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001

CANER, Hava ; GRONER, Efrat ; LEVY, Liron ; AGRANAT, Israel. Trends in the development of chiral drugs. **DDT, vol. 9, n. 3, fevereiro 2004.**

CHAPMAN, Audrey R. The human rights implications of intellectual property protection. **Journal of international economic law**, p 861-882, 2002.

DWORKIN, R. **O Império do Direito.** Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Vera Lucia Eifler. Os fármacos e a quiralidade: uma breve abordagem. **Química Nova**, 20(6) (1997)

MANSFIELD, Peter ; HENRY, David ; TONKIN, Anne. Single-Enantiomer Drugs Elegant Science, Disappointing Effects. **Clin Pharmacokinet,** vol. 43 (5), pp. 287-290, 2004.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self***:* A construção da identidade moderna. Tradução Adail Ubirajara Sobral; Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

A RELAÇÃO ENTRE A DIVERSIDADE CULTURAL E O DIREITO AUTORAL E SEUS DESDOBRAMENTOS*

THE RELATION BETWEEN THE CULTURAL DIVERSITY AND THE COPYRIGHT AND ITS EFFECTS

Marcos Washowicz
Juliana Silva da Rocha

RESUMO

O presente ensaio visa abordar a questão da cultura, diversidade cultural e a relação destas principalmente com os seguintes pontos: Direito Autoral, uma vez que este traz em seu bojo um antagonismo entre o direito da coletividade em desfrutar de uma obra criada, e o direito do autor em explorar os proventos correspondentes desta mesma obra; a Convenção da UNESCO sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, por tratar-se de uma importante ferramenta de fomento à diversidade cultural. Neste contexto, também se faz importante analisar o desenvolvimento como um todo, e não apenas sob o aspecto econômico. Por fim, o impacto que estes elementos terão sobre as políticas culturais.

PALAVRAS-CHAVES: DIVERSIDADE CULTURAL; DIREITO AUTORAL; CONVENÇÃO DA UNESCO SOBRE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA DIVERSIDADE DAS EXPRESSÕES CULTURAIS.

ABSTRACT

The present essay aims to approach the culture and cultural diversity matter and its relation mainly with the following aspects: Copyright, once this aspect brings in its bulge an antagonism between collective right to enjoy a created masterpiece, and the author's right to exploit this very same masterpiece's corresponding revenues; the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, therefore being an important promotion instrument to the cultural diversity. In this context, it is also important to analyze the development as a whole, and not only through the economical aspect. Finally, the impact that these elements will have upon the cultural politics.

KEYWORDS: CULTURAL DIVERSITY; COPYRIGHT; UNESCO CONVENTION ON THE PROTECTION AND PROMOTION OF THE DIVERSITY OF CULTURAL EXPRESSIONS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. Introdução

Analisar as relações entre Diversidade Cultural e Direito Autoral na sociedade contemporânea é uma tarefa complexa.

A visão linear na qual a Diversidade Cultural existe numa determinada sociedade é decorrência da criatividade humana, que envolvida num rico ambiente cultural estimula a criação de novos bens intelectuais os quais serão tutelados pelo Direito Autoral. Este processo se dá num ciclo que se retro-alimenta, mas aponte-se que ele é absolutamente mecanicista e reducionista de uma realidade muito mais complexa, pois deixa de explorar e compreender outras implicações que estão presentes na sociedade.

A sociedade tornou-se complexa, sistêmica, informacional. Os mecanismos de produção, controle e distribuição de bens culturais, contida em castas desde a Idade Média, evoluíram para alcançar uma rede internacional. Cada indivíduo, em qualquer lugar do planeta, pode estar simultaneamente acessando bens intelectuais, que, por sua vez, podem estar sendo produzidos naquele instante pelas chamadas indústrias criativas.

A emancipação humana advinda da liberdade de acesso de bens culturais que a humanidade conquistou nas últimas décadas, por meio da internet, não pode ser restringida ou suprimida em prol da manutenção de modelos de negócios obsoletos diante das novas tecnologias da informação, que por vezes tenta utilizar o Direito Autoral para amparar essas limitações. Essas, por sua vez, colocam em risco a existência da diversidade cultural da maneira como ela hoje ocorre no mundo.

Assim, abordar-se-á o tema da diversidade cultural, bem como outros pontos que tem conexão direta com a mesma. São eles: Direito Autoral, Convenção da UNESCO sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, desenvolvimento e políticas públicas culturais. Mas para tanto, necessário se faz, analisar antes, de forma suscinta, noções de cultura e evolução cultural.

2. Conceito de cultura

Roque de Barros Laraia, em sua obra *Cultura: um conceito antropológico*[1] ensina que o termo germânico *Kultur* era utilizado para definir todos os aspectos espirituais de uma comunidade, ao passo que *Civilization* referia-se às realizações materiais de um povo. Prosseguindo, Laraia informa que ambos os termos foram aglutinados por Edward Tylor no seguinte vocábulo: *Culture*, passando assim a designar "este todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade"[2].

Porém, alguns autores não crêem que seja a cultura formada por estes elementos que são adquiridos pelo homem ao longo de sua vida. Pelo contrário, vão filiar-se a teoria de que a bagagem cultural dos indivíduos são repassadas através da genética[3]. Já, o autor Teixeira Coelho, por sua vez discorda veementemente do conceito de cultura como

sendo tudo o que o ser humano produz, afirmando que a "[...] cultura não é o todo. Nem tudo é cultura. Cultura é uma parte do todo, e nem mesmo a maior parte do todo"[4].

Não obstante a necessidade de respeitar os diferentes posicionamentos demonstrados, filia-se no presente trabalho, ao conceito mais abrangente do instituto em questão. Neste sentido, são valiosas as contribuições de Isaura Botelho[5] em seu artigo *As dimensões da cultura e o lugar das políticas públicas*, sobre as diferentes dimensões da cultura.

Assim sendo, Botelho afirma que no viés antropológico:

A cultura se produz através da interação social dos indivíduos, que elaboram seus modos de pensar e sentir, constroem seus valores, manejam suas identidades e diferenças e estabelecem suas rotinas. Desta forma, cada indivíduo ergue à sua volta, e em função de determinações de tipo diversos, pequenos mundos de sentido que lhe permitem uma relativa estabilidade. [6]

Assim cultura é tudo que o ser humano elabora e produz, simbólica e materialmente falando. Ou seja, trata-se dos hábitos, dos costumes das pessoas, de seus pequenos mundos que envolvem os mais variados tipos de relações como as familiares, as de vizinhança, as de trabalho, as de lazer, formas de expressão e manifestações artísticas.

Em contrapartida, há também o viés sociológico da cultura apresentado por Botelho como sendo a expressão artística em sentido estrito. Ou seja, "[...] é nesse espaço que se inscreve tanto a produção de caráter profissional quanto à prática amadorística."[7] Acrescenta ainda que "[...] é aqui também que existe todo o aparato que visa propiciar o acesso às diversas linguagens, mesmo como prática descompromissada, mas que colabora para a formação de um público consumidor de bens culturais."[8]

A definição de cultura vai servir de ponto de partida para a análise de evolução cultural, que está presente no próximo tópico.

3. Evolução Cultural

São inúmeras as teorias que tentam explicar o surgimento da cultura. Importa informar que algumas delas transmitem a idéia de que a cultura surgiu repentinamente, como um "[...] salto da natureza para a humanidade"[9]. Ocorre que tal teoria demonstra-se inaceitável, ou seja, é considerada uma impossibilidade científica, pois a natureza não age por saltos. A própria comunidade científica firma a convicção de que a passagem da natureza para a cultura foi contínua e incrivelmente lenta, se analisarmos os últimos 10 mil anos.

Sem dúvida a evolução cultural condicionou o comportamento e a visão de mundo do ser humano em diferentes tempos e espaços. São alguns exemplos: diferentes técnicas de nascimento e obstetrícia encontradas nos mais diversos cantos do mundo; o fato de ser o arroto demonstração de apreço após a refeição em determinados lugares e falta de educação em outros; no Japão, era costume o devedor insolvente praticar suicídio na véspera do ano novo para limpar o seu nome e o de sua família; a carne de vaca é proibida aos hindus enquanto que os muçulmanos não podem comer porco, e os franceses apreciam iguarias que causam repulsa em muitos povos, como *escargot*, etc. De qualquer modo, não se pretende aqui esgotar o rol de exemplos, até mesmo porque devido a quantidade, transformaria o ato em tarefa interminável. Importa sim, demonstrar que estes comportamentos tão diferenciados vão dar origem ao fenômeno da diversidade cultural.

No entanto, os acontecimentos, atuais ao redor do mundo – tal como a globalização, levam ao questionamento se esta diversidade esta fadada a desaparecer, ou ao menos enfraquecer consideravelmente. Neste sentido, Stuart Hall discorre em sua obra *A identidade cultural na pós-modernidade* sobre a relação entre globalização e identidades culturais, assim aponta que "[...] a tendência em direção a uma maior interdependência global está levando ao colapso de todas as identidades culturais fortes[10]". Acrescenta ainda que este acontecimento acarreta numa "fragmentação de códigos culturais, [...] multiplicidade de estilos, ênfase no efêmero [...][11]". Interessante ressaltar outro trecho relevante ao tema:

Os fluxos culturais, entre as nações, e o consumismo global criam possibilidades de 'identidades partilhadas' – como 'consumidores' para os mesmos bens, 'clientes' para os mesmos serviços, 'públicos' para as mesmas mensagens e imagens – entre pessoas que estão bastante distantes umas das outras no espaço e no tempo. À medida em que as culturas nacionais tornam-se mais expostas a influências externas, é difícil conservar as identidades culturais intactas ou impedir que elas se tornem enfraquecidas através do bombardeamento e da infiltração cultural. [...] As pessoas que moram em aldeias pequenas, aparentemente remotas, em países pobres, do 'Terceiro Mundo' podem receber, na privacidade de suas casas, as mensagens e imagens das culturas ricas, consumistas, do ocidente, fornecidas através de aparelhos de TV ou de rádios portáteis, que as prendem à 'aldeia global' das novas redes de comunicação.[12]

Neste tópico, partiu-se de alguns exemplos de diversificados comportamentos que vão dar origem ao que se denomina de diversidade cultural. No entanto, a questão será aprofundada no sub-tópico que segue.

4. Diversidade Cultural

A idéia expressada acima - de que os diferenciados comportamentos humanos vão formar o fenômeno da diversidade cultural – é esclarecida por Vera Cíntia Alvarez quando discorre sobre cultura e diversidade cultural. Verifique-se:

A maioria das sociedades contemporâneas é multicultural, multiétnica ou mestiça, o que significa dizer que enorme variedade de identidades simbólicas e expressivas as caracteriza. Tradicionalmente a antropologia dizia que as culturas se formaram por empréstimo de outras culturas (*l'emprunt culturel*), nos processos de contatos entre povos e civilizações. A *diversidade* seria resultante da variedade de experiências e de realizações humanas, impressa na história, nas tradições, nos idiomas, e expressa em universos simbólicos, que englobam a cultura popular e a erudita.[13]

Ocorre que há hoje no mundo certo receio de vir a diversidade cultural sofrer danos irreversíveis a ponto de vir a desaparecer, podendo ocorrer assim a homogeneização cultural que trata-se de uma espécie de desintegração das identidades culturais, o que para Hall não significa necessariamente algo negativo, uma vez que desta desintegração adviriam novas identidades – as híbridas[14].

No entanto, o fluxo internacional crescente de produtos culturais – especialmente os de entretenimento norte-americano, parte deles também chamada de "enlatados americanos"[15] – é visto como "[...] ameaça às identidades culturais de que se compõe a diversidade humana"[16]. Portanto, diversidade cultural, passou a ser pauta recorrente das reuniões de organizações internacionais, tanto as governamentais como as não governamentais. Vale, deste modo, destacar os esforços da França[17] e Canadá que mobilizaram recursos públicos para sustentar organizações fortes e bem articuladas como a Rede Internacional pela Diversidade Cultural – RIDC e a Rede de Coalizões Nacionais pela Diversidade Cultural – RIPC, que elaboraram projetos para subsidiar a redação da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais aprovada na UNESCO, que será trabalhada mais adiante.

Para melhor entender a diversidade cultural na sociedade atual, importante será analisá-la envolta no processo da globalização e seus desdobramentos.

Alvarez realiza considerações sobre a globalização que demonstram o entrelaçamento entre este processo, a cultura e indiretamente a diversidade cultural. Assim, vale salientar:

Vilipendiada por uns e enaltecida por outros, a globalização é motivo de protesto, como se personificasse um conluio de usurpadores das riquezas e direitos dos mais vulneráveis; ou, então, é louvada como fórmula pela qual a humanidade poderá finalmente se redimir e consertar, para dar conta de suas grandes questões e de seus mais sensíveis dilemas de forma solidária e planetária. Talvez nem uma, nem outra coisa, a globalização é um dado da realidade, inescapável e inevitável, para o bem e para o mal. O fenômeno é extremamente complexo e não-mensurável, mas, do ponto de

vista do tema deste trabalho, é importante notar que a disseminação transnacional da cultura de massa, parte substantiva da globalização, é processo irreversível e se renovará, risonha e faceira, no mesmo passo que evolui a força do capitalismo global[18].

A globalização está presente em todos os aspectos da humanidade, inclusive, ou principalmente na seara cultural, transformando assim, a diversidade cultural.

É fato que na história da humanidade em diversas épocas, culturas se interpenetraram e se universalizaram por meio de guerras, trocas comerciais, influências de grandes artistas, pensadores e músicos. Nos dias atuais, a cultura – principalmente por causa da tecnologia que tornou o cruzamento de informações extremamente veloz – ganha importância geopolítica e enorme peso econômico-comercial. Neste sentido observa Alvarez "[...] as indústrias culturais que produzem para os mercados criados pela tecnologia tem-se multiplicado em escala exponencial [...]"[19].

Levando em conta que estas (atividades culturais) são atividades decisivas que funcionam como unidade em tempo real no conjunto planetário (Globalização), apenas reforça a idéia citada acima, de que a globalização está muito mais presente na seara cultural do que às vezes deixa transparecer, neste sentido coloca Alvarez:

Se há limites para a demanda por bens concretos, como aço ou bananas, não há limite para o consumo de bens culturais, cujo crescimento será ainda mais significativo na era dos contatos virtuais. As indústrias culturais formam imensos conglomerados, impérios de comunicações, como Time Warner [...]. As balanças comerciais de alguns países apontam as exportações de bens e serviços culturais entre seus maiores índices – e os mais promissores. Os Estados Unidos tem nas exportações de audiovisual sua segunda maior receita.[20]

Portanto, dada a importância da diversidade cultural, o peso das trocas culturais que ocorrem em todo o planeta, as conseqüências e os desdobramentos que essas questões acarretam, mister se faz, que sejam regulamentadas. A ferramenta dessa regulamentação é o Direito Autoral, como ver-se-á no tópico seguinte.

5. Relação entre diversidade cultural e Direito Autoral

A cultura, como colocado no início, pode ser considerada como algo bastante abrangente, ou seja, como toda e qualquer manifestação do homem, ou ainda, de forma mais restrita, como sendo apenas parte de um todo. No entanto, baseado numa dimensão

ou noutra, tem-se que os Direitos Autorais encontram-se a ela vinculados. Tal será demonstrado após um breve histórico sobre os Direitos Autorais.

A atual configuração de Direito Autoral surge após o movimento revolucionário da França, com um instrumento de proteção da comunicação social, para defender o desenvolvimento tecnológico e cultural[21]. Desta forma, diz-se que "[...] por direito autoral entende-se o conjunto de prerrogativas de ordem patrimonial e de ordem não patrimonial atribuídas ao autor de obra intelectual que, de alguma maneira, satisfaça algum interesse cultural de natureza artística, científica, didática, religiosa, ou de mero entretenimento"[22].

Percebe-se assim que o Direito Autoral vem como mecanismo de proteção à obra intelectual, por meio do qual se atribui a titularidade de direitos ao agente criador sobre o produto de sua atividade inventiva, permitindo deste modo, a circulação de obras intelectuais pelo mundo todo[23], "[...] na concretização de sua vocação natural de comunicação e entrelaçamento cultural dos povos"[24]. Neste trecho, fica explícita a relação existente entre a questão cultural e da diversidade cultural com os Direitos Autorais, principalmente quando se toma por base o fato de ser a diversidade cultural uma espécie de "intercâmbio" entre as culturas, como já anteriormente exposto.

Citando Manso, prossegue Aline Vitalis, colocando que, na sua essência, o Direito Autoral tem por escopo, "[...] regulamentar as relações jurídicas passíveis de serem verificadas entre autor de uma obra intelectual e outros eventualmente interessados em aproveita-la cultural e economicamente"[25]. Diz-se assim, que a obra intelectual tem como objetivo principal, o interesse cultural, de ordem técnica, didática, cultural, científica, religiosa e outras, mediante a exploração comercial da obra e publicação[26].

A Legislação Brasileira regulou a matéria na Lei 9.610/98, trazendo no *caput* do seu art. 7º a indicação das obras intelectuais protegidas como sendo as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

Interessante salientar que há hoje um conflito de interesses no que concerne ao Direito Autoral que traduz nas seguintes posições: de um lado encontra-se "[...] o autor que retira do acervo cultural da humanidade os elementos com que produz a sua obra, surgindo daí o direito à coletividade em dela desfrutar [...]"[27]; em contrapartida, está o fato de que a obra é também produto do intelecto humano e que portanto deve ter o autor o direito de explorar os proventos correspondentes, somando-se que a lei deve preservar os direitos personalíssimos advindos dessa criação que a lei deve preservar[28].

A solução encontrada para conciliar esse antagonismo[29] se deu através da "[...] concessão de exclusividade ao autor para exploração econômica de sua obra por um lapso temporal, após o qual ingressará em domínio público"[30]. Deste modo, é reconhecido e tutelado, o interesse da sociedade no progresso e difusão da cultura, "[...] na medida em que é estabelecido um prazo para o monopólio do autor que, uma vez exaurido, enseja a possibilidade de plena divulgação e publicação da obra"[31]. A questão será tratada novamente nas considerações finais.

Mencionada autora faz ainda, ligação dos Direitos Autorais com elemento que também será aqui abordado em tópico adiante, qual seja, o desenvolvimento. Realiza tal tarefa quando coloca que:

[...] a informação e os novos conhecimentos detêm uma importância fundamental para o desenvolvimento do país. Não mais se mensura a riqueza de um país, de seu povo e de sua indústria apenas a partir de bens tangíveis e corpóreos. Ao contrário, nunca o conhecimento, a informação e a criatividade humana foram tão valorizados como elementos diretamente vinculados à geração de riquezas e ao desenvolvimento do Estado-Nação. Advém daí a ascensão da temática da propriedade intelectual como objeto central de discussão no âmbito do direito internacional, ora discutindo-se a necessidade de proteção, ora questionando-se a efetividade dos institutos existentes como mecanismos estimuladores de desenvolvimento.[32]

A autora faz ligação dos Direitos Autorais não apenas com o desenvolvimento, mas também o faz com outro elemento que se coaduna significativamente com a temática já exposta aqui – a conexão entre cultura, e globalização.

Considerando que a globalização influencia na diversidade cultural e vice-versa, traz-se aqui as contribuições de Aline Vitalis. A assimilação cultural – quando benéfica[33], é tida como "[...] um instrumento de aproximação internacional e de aprimoramento das instituições [...]"[34]. No entanto, a autora alerta que para tanto, se faz mister o mínimo de preservação dos valores basilares das várias sociedades participantes do processo.[35] Ocorre que, por diversas vezes, referido processo de assimilação de cultura, é desvirtuado pelo objetivo da dominação, seja ela política, econômica ou social. Desta forma, "[...] a assimilação cultural passa a ser objeto de imposição pelo dominante, visando à obtenção de maior abrangência junto aos mercados consumidores.[36]

Entretanto, as regras jurídicas concernentes ao Direito Autoral não se mostram ainda como firme impedimento de degradação da cultura dos povos.[37] Ou seja, não conseguem proteger a diversidade cultural da maneira correspondente à necessidade da mesma. Na verdade, encontra-se muitas vezes, no limiar entre proteger a diversidade cultural, e leva-la a seu esmorecimento.

6. Convenção da UNESCO sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais

Mencionada Convenção é de extrema importância para o assunto abordado, pois através dela, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) em sua 33ª reunião em Paris em outubro de 2005 expôs várias de suas constatações em seu preâmbulo, tais como o fato de estarem *cientes* de que a diversidade cultural constitui patrimônio comum da humanidade, a ser valorizado e cultivado em benefício de todos; de *saberem* que a diversidade cultural cria

um mundo rico e variado que aumenta a gama de possibilidades e nutre as capacidades e valores humanos, constituindo assim, um dos principais motores do desenvolvimento sustentável das comunidades, povos e nações; de *recordarem* que a diversidade cultural, ao florescer em um ambiente de democracia, tolerância, justiça social e mútua tolerância entre os povos e culturas, é indispensável para a paz e a segurança no plano local, nacional e internacional; de *celebrarem* a importância da diversidade cultural para a plena realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e outros instrumentos universalmente reconhecidos.

Apesar da indescritível importância desses itens da Convenção, dentre outros que não foram aqui mencionados, salientar-se-á neste trabalho, o item que *destaca* a necessidade de incorporar a cultura como elemento estratégico das políticas de desenvolvimento nacionais.

Mas antes, interessante apontar que esta trabalha com uma noção de diversidade cultural bastante abrangente, como se pode perceber nas suas *Definições*, ou seja, que vai de encontro com as colocações aqui já expostas.

Assim sendo, em sua parte III, art 4º, das definições que traz, interessa para esta parte do trabalho a de *diversidade cultural*: "'Diversidade cultural' refere-se à multiplicidade de formas pelas quais as culturas dos grupos e sociedades encontram sua expressão." Acrescenta ainda que tais expressões são transmitidas entre e dentro dos grupos e sociedade.

Como já dito, mais relevante da Convenção para o presente é o ponto que *destaca* a necessidade de incorporar a cultura como elemento estratégico das políticas de desenvolvimento nacionais. Verifica-se deste modo, que as regras expressadas neste Tratado, bem traduzem as intenções de políticas de desenvolvimento cultural que a Unesco já possuía antes mesmo da criação deste Tratado. Neste sentido, em 2001 foi editada em parceria com a Unesco a obra *As dimensões culturais da transformação global:* uma abordagem antropológica, com diversos artigos que trataram essa questão. Vale aqui ressaltar alguns trechos da apresentação dessa obra:

A experiência de atuação da Unesco no Brasil, um país de rica diversidade cultural, tem mostrado a importância do fator cultural para o sucesso de inúmeras inovações. Pode-se mesmo afirmar que o êxito de boa parte das iniciativas inovadoras que hoje assistimos em áreas como as da educação, da cultura, dos direitos humanos, de saúde e da cultura de paz decorre, entre outros fatores, do respeito aos valores culturais dos grupos para os quais se destinam essas inovações sociais. O desafio maior consiste sempre em como converter lição extraída de experiências bem sucedidas em princípios norteadores de políticas públicas mais amplas.[38]

O trecho supra reforça consideravelmente a relevância da cultura e assim da diversidade cultural no momento da realização de políticas públicas, uma vez que as mesmas trazem em seu bojo um poder de irradiação para outros aspectos capazes de

proporcionar o desenvolvimento. Bem como pelo fato de estarem esses elementos: o desenvolvimento como um todo, cultura e diversidade cultural interligados, como será visto no tópico a seguir.

Outras relevantes considerações sobre a Convenção em questão, serão expostas na parte final do trabalho.

7. Diversidade Cultural e Desenvolvimento

Como já visto acima, cultura, diversidade cultural e o desenvolvimento apresentam-se, sem sombra de dúvidas, entrelaçados até suas raízes. No entanto para muitos pode ser tarefa difícil fazer esta relação, pois crêem no desenvolvimento apenas em sua vertente econômica, ou seja, não percebem que o desenvolvimento é muito mais do que crescimento econômico. Mas essa visão está felizmente sofrendo transformações.

No tocante ao assunto, mais uma vez, faz-se uso dos ensinamentos da autora Vera Alvarez, pois em sua obra, bem retrata referida relação no item denominado de *desenvolvimento e cultura*.

Deste modo, afirma a autora[39], que predominava por volta dos anos 50, como já dito, um conceito de desenvolvimento consideravelmente atrelado ao crescimento econômico. Para determinar se um país ou região era desenvolvido eram levados em conta apenas seus índices econômicos. Em contrapartida, os fatores culturais eram vistos, em muitos casos, como motivo de obstáculo ao próprio desenvolvimento.

Prossegue a autora, alertando para uma constatação de que nem sempre o desenvolvimento econômico trazia benefícios a todos os envolvidos, muito pelo contrário, por várias vezes produzia miséria e desigualdade entre algumas porções sociais, grupos étnicos da sociedade ou regiões geográficas. Referida constatação trouxe mudanças conceituais e metodológicas.[40] "Surgiu, entre os anos 70 e 80, a consciência de que o desenvolvimento[41] deveria ter como centro o ser humano e, como objetivo, o aumento da qualidade de vida"[42]. Porém, foi a partir do documento *Nossa diversidade criadora: relatório da Comissão para a Cultura e o Desenvolvimento*, que a UNESCO passou a utilizar um conceito mais amplo e fluído de desenvolvimento.[43] Pois considerar o crescimento econômico como base para o desenvolvimento, como coloca Alvarez: "[...] reduz a margem de preservação das identidades culturais, compromete a sustentabilidade das culturas, e deixa prosperar a homogeneização alienada de conteúdos, impostos pelo poder econômico dos megaconglomerados de produção de cultura e dos distribuidores de produtos culturais"[44].

Neste sentido, vale acrescentar que:

[...] na atualidade, todo desenvolvimento é idealmente concebido com dois imperativos éticos: a sustentabilidade ambiental e a sustentabilidade cultural. Qualquer projeto deverá levar em conta, em sua formulação, a preservação da diversidade cultural e da diversidade biológica. Assim, o desenvolvimento é considerado bem-sucedido, se for concebido com base na interação positiva das distintas culturas, e quando assegura que os processos de planejamento respeitam os desejos coletivos e expressem os sonhos e as identidades dos atores envolvidos, o mero crescimento econômico deixa de ser o fim exclusivo, e a cultura, apenas um meio para alcança-lo. A cultura passa a ser finalidade última de todo desenvolvimento.[45]

Neste viés, ressalte-se os ideais de Amartya Sen[46], que não se cansa de repetir que um espectro mais amplo de desenvolvimento trata-se de uma relação funcional, que constitui um amálgama entre diferentes objetivos desenvolvimentistas nas esferas econômica, política, social, jurídica, etc. Frisa a idéia de uma conexão constitutiva no conceito de desenvolvimento como um todo[47].

Neste contexto, afirma-se mais uma vez que desenvolvimento e cultura encontram-se bastante atrelados. Importante assim ressaltar como coloca Lourdes Arizpe, fator de extrema importância para a evolução da sociedade e do mundo como um todo é o cultural, pois este garante o sucesso de inúmeras inovações, de uma forma positiva, nos mais variados aspectos, tais como, direitos humanos, educação, saúde, cultura da paz, etc[48].

Pode-se perceber assim que o conceito que se tem hoje sobre desenvolvimento sem dúvida alguma, não somente abarca, como necessita o que a cultura tem para oferecer.

Desta forma, no tocante ao desenvolvimento, por todos os motivos já expostos, frise-se mais uma vez que é bastante relevante concluir que o mesmo não pode ser analisado apenas sob o aspecto econômico. Ocorre que, o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito Autoral como uma de suas ramificações, ainda está muito arraigado a essa vertente, no entanto, tenta-se hoje mudar essa situação, como ver-se-á no tópico seguinte.

8. Políticas públicas culturais

O tópico que traz por tema os Direitos Autorais deixa claro que o processo de assimilação cultural quando desvirtuado, deixa de ser benéfico e pode vir a tornar-se objeto de dominação. No entanto, não é tarefa fácil perceber esta ocorrência. Neste caso, as políticas públicas culturais, ou apenas políticas culturais, de um determinado país podem se apresentar como um bom termômetro da situação, ou seja, do grau de desenvolvimento.

As políticas públicas culturais traduzem-se basicamente no,

[...] conjunto de intervenções realizadas pelo Estado, instituições civis e grupos comunitários que se organizam para orientar ou promover o desenvolvimento simbólico, satisfazer necessidades culturais o obter consenso para um tipo de ordenamento ou de evolução social. Poder-se-ia dizer que o mais importante objetivo das políticas culturais é dotar o Estado de meios para regular e incentivar a produção interna, de forma a preservar e projetar as culturas locais e nacionais e a criatividade que as sustenta.[49]

A partir deste conceito, infere-se o papel preponderante que deveria ter o Estado na realização de políticas culturais. Mas nem sempre ele vai exerce-lo.

Atualmente, a produção cultural brasileira, por exemplo, deve sua atividade basicamente às leis de incentivo fiscal federal, estaduais e municipais, pois os recursos orçamentários dos órgãos públicos, em todas as esferas administrativas são quase que insignificantes[50]. Essa situação "[...] contrasta com passado recente[51] (anos 70-80), quando a responsabilidade maior pelo suporte a esta produção era dos poderes públicos, por meio de políticas culturais mais efetivas"[52].

Botelho também aponta como causa dessa situação, a crise econômica dos anos 80 que levou os governos a cortarem seus financiamentos para as áreas sociais, principalmente para a cultura[53]. No entanto, surgiu junto com a crise um movimento de alguns países de não curvarem-se a esse desastre na área cultural. Nesse panorama, a França destacou-se, "mantendo a tradição de presença maciça do Estado no financiamento às atividades artísticas e culturais".[54]

Ainda sobre a presença do Estado nas políticas culturais, Botelho esclarece o que muitas vezes ocorre quando essas ficam à mercê do investimento quase que puramente privado: o financiamento determina a política, quando deveria acontecer o inverso[55]. Entretanto, mesmo que haja transferência de responsabilidade para o setor privado, o Estado tem que se fazer presente, tal como ocorre nos Estados Unidos. No mencionado país – onde o investimento privado prevalece sobre o dos poderes públicos – o Estado não deixa de cumprir seu imprescindível papel na regulação deste investimento. Deste modo, pode-se dizer que "os poderes públicos nos Estados Unidos são um dos principais suportes da vigorosa vanguarda artística americana".[56]

No tocante ao assunto, ou seja, quanto à necessidade de se ter um planejamento no setor da cultura, da consciência da importância da presença do Estado nesta questão, é válido ressaltar mais uma contribuição de Botelho quando afirma que:

[...] o reconhecimento por parte dos governantes, do papel estratégico que a área tem no conjunto das necessidades da nação. O Estado fomentador é aquele que vê com clareza os problemas que afetam a área cultural em todos os elos da cadeia da criação –

produção, difusão, consumo – e sabe se posicionar, dividir responsabilidades com potenciais parceiros governamentais em todas as instâncias administrativas e, finalmente, conclamar a sociedade a assumir sua parte.[57]

Levando em consideração o exposto acima sobre a firme posição estadunidense quanto à forte presença do Estado em suas políticas culturais, há uma dose de ironia quando se analisa a posição deste mesmo país nas negociações multilaterais[58]. Veja-se que fim da Primeira Guerra Mundial, os países europeus receosos com a invasão de filmes americanos, instituíram as *quotas de tela[59]* com escopo de proteger (minimamente, como ver-se-á mais adiante) suas indústrias de cinemas nacionais. Afirma Alvarez que a indústria de cinema americana reagiu de imediato e, conjuntamente com o governo exerceu pressão para o fim das quotas[60]. Deixa assim, transparecer uma falta de ética do referido país em relação aos outros Estados e com a necessidade que estes têm de políticas culturais para promover seu desenvolvimento[61].

Por fim, importante colacionar mais uma consideração de Alvarez, qual seja: "a percepção de que o direito à expressão cultural se encontra ameaçado produz-se quando produtos culturais estrangeiros penetram em um mercado de tal forma e em tal quantidade que chegam a inibir ou desestimular a produção local"[62]. Por isso, os países invocam a necessidade de manter as "quotas e exigências de conteúdo local para proteger e estimular as indústrias de cinema, televisão e o setor de radiofusão"[63].

Considerações finais

O presente trabalho discorreu sobre diversidade cultural, e seus desdobramentos, bem como elementos que a ela se relacionam, tais como Direito Autoral, a Convenção da UNESCO sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, desenvolvimento e políticas públicas culturais. Baseado no já exposto serão tecidas as considerações finais.

Assim sendo, analisando-se a importância da diversidade cultural, levando em conta a colocação supra de que a diversidade cultural seria resultante da variedade de experiências e de realizações humanas impressas ao longo da história, nas tradições, nos idiomas, e expressa em universos simbólicos, que abrangem a cultura erudita e a popular, chega-se a conclusão, como o faz Alvarez, de que "[...] todas as culturas são importantes. Todas tem peso igual na diversidade cultural humana.[64]" Continua a autora, afirmando que "[...] a cultura é a expressão privilegiada da identidade e da criatividade, e sua diversidade constitui patrimônio inalienável do conjunto da humanidade[65]". Acrescenta ainda mais um trecho que se coaduna com tudo que foi aqui exposto sobre o tema: "[...] a riqueza desse patrimônio está fundada na diversidade e na multiplicidade da experiência humana em seus processos históricos locais e universais[66]".

Alvarez faz também um interessantíssimo paralelo da biodiversidade na natureza e a diversidade cultural nas sociedades, afirmando que se "[...] a biodiversidade é indispensável à sobrevivência dos ecossistemas, a diversidade simbólica é imprescindível aos 'ecossistemas culturais' que compõem o complexo mosaico das culturas do mundo[67]".

Trata-se de inteligente e perspicaz paralelo, pois, ao mesmo tempo que corrobora a idéia de que há que se preservar a diversidade cultural, ou seja, a identidade, a cultura de cada povo, de forma que um possa enriquecer a cultura do outro, mas sem sobreposição de culturas; encontra ferramenta para faze-lo, uma vez que atualmente há uma no mundo, uma considerável preocupação com a preservação do planeta. E, fazer essa alusão, difundi-la, permite que a preocupação com a preservação da diversidade cultural também floresça.

Como já visto, outro instrumento capaz de prevenir o desaparecimento da diversidade cultural é o Direito Autoral. No entanto – levando em conta o supra citado antagonismo - é imprescindível que este ramo do Direito encontre um ponto de equilíbrio para que não venha justamente a solapar esta mesma diversidade cultural.

Ou seja, como esclarece Vitalis[68], há um conflito entre a imperatividade da concessão da proteção legal às criações intelectuais surgidas em seu contexto – um incentivo para a produção de obras de engenho pelos nacionais, e a necessidade do progresso da educação e difusão da cultura como fatores fundamentais para o desenvolvimento da nação. A autora acrescenta que é evidente o choque, pois por um lado, há o interesse do autor que volta-se para a proteção e retribuição econômica de sua obra, enquanto que o da coletividade verifica-se na fruição dessa mesma obra.

No entanto a solução encontrada pelo Direito Autoral de conceder um lapso temporal para que o autor da criação possa explorar a obra economicamente já não se faz mais satisfatória. Elementos como globalização, Sociedade de Informação, Inovações Tecnológicas, Internet, etc, traz à tona novos questionamentos acerca das limitações e restrições aplicáveis aos Direitos Autorais. Neste aparente conflito entre o interesse social e o individual, o Direito Autoral terá que aplicar o Direito pautado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A Convenção da UNESCO sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, por sua vez, enriquece sobremaneira a luta pela coletividade ao redor do mundo pelo acesso à cultura, permitindo assim a ocorrência da diversidade cultural.

Falou-se aqui da globalização e algumas de suas mazelas. Pois bem, Alvarez coloca que esse novo instrumento sobre a preservação e a promoção da diversidade cultural servirá para dar à globalização uma face mais humana[69].

Sobre a Convenção, importante ressaltar ainda que a mesma não tem a pretensão de ser um catalogo de sanções, como esclarece Alvarez[70], tem por escopo apenas ser veículo para desenvolver culturas e promover seu intercâmbio[71].

Em relação à importância das políticas públicas culturais, pode-se dizer que o desafio maior dos governos seria "[...] redefinir o indispensável papel de políticas de restrição

em relação a novos agentes, que vem remodelando identidades ao longo das últimas décadas, tais como as tecnologias de comunicação de massa baseadas em sistemas transnacionais[72]". Acrescenta a autora que realmente, as políticas culturais terão que fazer frente à nova delineação dada às culturas locais pela globalização e pela integração regional. Conclui Alvarez que a solução estará em políticas que considerem o "[...] desenvolvimento da criatividade, do manejo do patrimônio tangível e intangível e da diversidade cultural como meio de integração e criação de circuitos transnacionais de arte, cultura e mídia em um quadro de cooperação internacional entre instituições governamentais e privadas[73]", não permitindo que abusos dos poder econômico desestabilizem os mercados e restrinjam o fervor cultural[74].

Levando em consideração tudo que foi exposto sobre cultura, diversidade cultural e dentro disto a identidade de cada povo, relacionados com os elementos comentados aqui, o que se pode concluir é que há que se ter o cuidado de não deixar a cultura de cada nação evanescer, pois trata-se a cultura de elemento essencial para a agregação da nação, como conjunto de pessoas ligadas pela religião, línguas, tradições e costumes[75]. "Sua importância é tanta que a ausência de identidade cultural conduz à falta do sentimento de nação, pelo qual desejam os indivíduos permanecer reunidos em uma sociedade comum.[76]" Ou seja, a cultura e a diversidade cultural formada a partir das trocas culturais são imprescindíveis para o desenvolvimento – com um todo e não apenas no viés econômico - das sociedades de cada Estado e assim do planeta. Portanto, todo esforço, todo progresso nesta luta, por menor que seja, é uma conquista.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Vera Cíntia. **Diversidade cultural e livre-comércio**: antagonismo ou oportunidade? Brasília: UNESCO, 2008.

ARIZPE, Lourdes (Org). **As dimensões culturais da transformação global:** uma abordagem antropológica. Brasília: Unesco, 2001.

BOTELHO, Isaura. As dimensões da cultura e o lugar das políticas públicas. **São Paulo em perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 2, abr-jun. 2001. Disponível em <http://www.centrodametropole.org.br>.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. vol. I São Paulo : Paz e Terra, 1999.

COELHO, Teixeira. **A cultura e seu contrário.** São Paulo: Iluminuras, 2008.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura:** um conceito antropológico. 22 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação. In: **Direito Autoral**. vol 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

BARRAL, Welber (Org). **Direito e desenvolvimento***:* análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005.

---

[1] LARAIA, Roque de Barros. **Cultura:** um conceito antropológico. 22 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1986, p. 25.

[2] TYLOR, Edward. **Primitive Culture.** Londres: John Mursay & Co. [1958, Nova York, Harper Torchbooks] *Apud* LARAIA, 1986, p. 25.

[3] "Muitos acreditam que os nórdicos são mais inteligentes que os negros, que os alemães tem mais habilidade para mecânica, que os japoneses são trabalhadores, traiçoeiros e cruéis [...]". LARAIA, 1986, p. 17.

[4] Teixeira Coelho segue adiante afirmando que essa visão de que cultura como sendo a soma dos saberes cumulados e transmitidos é proposta do Iluminismo do século XVII e ultrapassada. Para ele parte disto é cultura e parte disto é barbárie, e uma distinção entre ambas tem que ser feita. COELHO, Teixeira. **A cultura e seu contrário.** São Paulo: Iluminuras, 2008, p. 17.

[5] Pesquisadora e Coordenadora de Difusão do Centro de Estudos da Metrópole no Cebrap e Diretora do Centro de Estudos da América Latina no Memorial da América Latina.

[6] BOTELHO, Isaura. As dimensões da cultura e o lugar das políticas públicas. **São Paulo em perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 2, abr-jun. 2001. Disponível em <http://www.centrodametropole.org.br>. Acesso em: agosto. 2009, p. 05.

[7] Ibidem, p. 05.

[8] Ibidem, p. 05.

[9] Neste sentido ver o entendimento de Laraia, afirmando que por diversas vezes alguns pensadores católicos, preocupados em não alimentar uma dissociação entre doutrina e ciência, também afirmaram que "[...] o homem adquiriu cultura no momento em que recebeu do Criador uma alma imortal". Ou seja, exprimiam a idéia de que o primata tinha evoluído em sua forma orgânica "[...] o suficiente para tornar-se digno da uma alma e, consequentemente, de cultura". LARAIA, 1986, p. 56.

[10] HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 73.

[11] Ibidem, p. 73.

[12] Ibidem, p. 74.

[13] ALVAREZ, Vera Cíntia. **Diversidade cultural e livre-comércio**: antagonismo ou oportunidade? Brasília: UNESCO, 2008, p. 30 e 31.

[14] HALL, 2006, p. 84.

[15] "Enlatados Americanos" é um expressão que designa os filmes e seriados produzidos principalmente na indústria cinematográfica de Hollywood. Esse termo ficou conhecido na década de 80 devido ao excesso de filmes e seriados que tomaram conta da TV de inúmeros países ocidentais ou não.

[16] ALVAREZ, 2008, p. 18.

[17] Quando François Mitterand chega à presidência em 1981, o Ministério da Cultura teve seu orçamento duplicado. BOTELHO, 2001, nota de rodapé nº6, p. 12.

[18] ALVAREZ, 2008, p. 30.

[19] Ibidem, p. 31.

[20] Ibidem, p. 35.

[21] VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação. In: **Direito Autoral**. vol 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006, p. 197.

[22] MANSO, Eduardo J. Vieira. **O que é direito autoral.** São Paulo: Brasiliense, 1992, p. 7 *Apud* VITALIS, 2006, p. 197.

[23] VITALIS, 2006, p. 198.

[24] Ibidem, p. 198.

[25] MANSO, 1992, p. 20 *Apud* VITALIS, 2006, p. 198.

[26] VITALIS, 2006, p. 198.

[27] VITALIS, 2006, p. 206.

[28] Ibidem, p. 206.

[29] Premissas de Carlos Alberto BITTAR em **Contornos Atuais do Direito do Autor**, p. 115. *Apud* VITALIS, 2006, p. 206.

[30] VITALIS, 2006, p. 206.

[31] Ibidem, p. 206.

[32] Ibidem, p. 212.

[33] A assimilação cultural será benéfica quando tratar-se de uma forma de aproveitamento do progresso, do conjunto de experiências vivenciadas por outras nações. ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Globalização e Identidade Cultural**. São Paulo: Editorial Cone Sul, 1998, p. 76. *Apud* VITALIS, 2006, p. 216.

[34] VITALIS, 2006, p. 216.

[35] Ibidem, p. 216 e 217.

[36] Ibidem, p. 217.

[37] Ibidem, p. 217.

[38] ARIZPE, Lourdes (Org). **As dimensões culturais da transformação global:** uma abordagem antropológica. Brasília: Unesco, 2001, p. 09.

[39] ALVAREZ, 2008, p. 32.

[40] ALVAREZ, 2008, p. 33.

[41] " O termo "desenvolvimento sustentável" teria sido utilizado explicitamente pela primeira vez no "Building a Sustainable Society", o manifesto do partido ecológico da Grã-Bretanha, escrito por Lester Brown, do Worldwatch Institute, em 1981. Seis anos depois, em 1987, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento [...] difundiu a idéia em seu relatório *Nosso Futuro Comum.* Foi graças à RIO-92, a Cúpula da Terra, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, que os governos do mundo inteiro oficializaram o conceito de desenvolvimento sustentável, no contexto do qual a cultura tem papel essencial. O Plano de Ação de Estocolmo, de 1998, estabeleceu a relação entre estes conceitos, ao declarar que 'o desenvolvimento sustentável' e o auge da cultura dependem mutuamente". ALVAREZ, 2008, p. 33.

[42] ALVAREZ, 2008, p. 33.

[43] Ibidem, p. 33.

[44] Ibidem, p. 34.

[45] Ibidem, p. 34 e35.

[46] Amartya Sen, Prêmio Nobel de Economia é um dos expoentes na teoria do desenvolvimento.

[47] SEN, Amartya. Reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento. *Apud* BARRAL, Welber (Org). **Direito e desenvolvimento***:* análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005, p. 18.

[48] ARIZPE, 2001, p. 12.

[49] ALVAREZ, 2008, p. 69.

[50] BOTELHO, 2001, p. 11.

[51] Fernando Collor de Melo foi o responsável por essa mudança quando desregulamentou esse mercado culminando com a destruição do incentivo à arte que era promovida nas instituições federais. BOTELHO, 2001, p. 11.

[52] Ibidem, p. 11.

[53] Ibidem, p. 11.

[54] Ibidem, p. 11 e 12.

[55] Ibidem, p. 12.

[56] Ibidem , p. 12.

[57] BOTELHO, 2001, p. 15.

[58] Ver também nota de rodapé nº 65 de BOTELHO, 2001, p. 15.

[59] Sistema que garante espaço e tempo para a produção doméstica, restringindo a importação de produtos culturais estrangeiros. ALVAREZ, 2009. p. 75.

[60] Ibidem, p. 76.

[61] Ibidem, p. 77.

[62] Ibidem, p. 77.

[63] Ibidem, p. 77.

[64] ALVAREZ, p. 31.

[65] Ibidem, p. 32.

[66] Ibidem, p. 32.

[67] Ibidem, p. 32.

[68] VITALIS, 2006, p. 205.

[69] ALVAREZ, 2009, p. 172.

[70] Entendimento contrário ao dos Estados Unidos, que na aprovação da referida Convenção foi um dos dois países que votaram contra, sendo que 148 votaram a favor. O fizeram por crer ser a Convenção um instrumento para os Estados para excluir a cultura das negociações da OMC, ou no mínimo conseguir tratamento especial para o setor cultural. Quando na verdade a Convenção tem por objetivo apenas "[...] fornecer um quadro de referencia e um fórum de discussão para os Estados que consideram a preservação das expressões culturais e a promoção da produção cultural elementos essenciais de suas políticas internas e fator positivo para a governança da globalização". Ibidem, p. 173 e 174.

[71] Ibidem, p. 173.

[72] Ibidem, p. 78.

[73] ALVAREZ, 2009, p. 79.

[74] Ibidem, p. 79.

[75] VITALIS, 2006, p. 216.

[76] ALVAREZ, 2009, p. 216.

A PROTEÇÃO DOS ELEMENTOS INTELECTUAIS DE IDENTIFICAÇÃO DA EMPRESA POR MEIO DAS TEORIAS DA CONCORRÊNCIA DESLEAL E DO ABUSO DO DIREITO*

THE PROTECTION OF THE COMPANY'S ELEMENTS OF IDENTIFICATION THROUGH THE THEORIES OF UNFAIR COMPETITION AND ABUSE OF LAW

Rafael Neumayr

RESUMO

Há certos elementos criativos que muito embora tenham por função identificar uma determinada empresa, um produto, um serviço ou um estabelecimento, não são protegidos diretamente pelo ordenamento jurídico como propriedade intelectual; outros há que ganham amparo restrito, circunscrito a parâmetros temporais, territoriais ou relativos à área econômica de atuação do titular. Mas não havendo um direito subjetivo inerente a tais elementos, atribuível a quem os criou e utiliza, estaria imune a empresa concorrente que deles faz uso, causando confusão no mercado e desviando a clientela alheia? A resposta é negativa. Através do uso da teoria da concorrência desleal, estruturada no instituto do abuso do direito – pela primeira vez tratado expressamente no Código Civil, em seu artigo 187 –, oferta a vigente ordem jurídica ferramenta eficaz para coibição de tal tipo de conduta entre concorrentes.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL – FUNDO DE COMÉRCIO – ELEMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO – CONCORRÊNCIA DESLEAL – CONCORRÊNCIA PARASITÁRIA – ABUSO DO DIREITO

ABSTRACT

There are some creative elements that despite having the task of identifying a particular company, product, service or establishment are not directly protected by law as intellectual property; there are others gaining restricted support, limited to time and territorial parameters, or according to the economical performance of the holder. But in the absence of a subjective right inherent to such elements, attributable to whom created and uses them, would the competitor that makes use of them, causing confusion in the market and turning other's clientele away, be immune? The answer is no. Through the unfair competition theory, based on the Abuse of Rights – the first time explicitly treated in the Brazilian Civil Code, in its article 187 –, the law offers an effective tool to restrain this type of conduct between competitors.

KEYWORDS: INTELLECTUAL PROPERTY – GOODWILL – IDENTIFICATION ELEMENTS – UNFAIR COMPETITION – PARASITISM – ABUSE OF RIGHTS

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. Introdução

Vive-se uma era de completa reestruturação do mercado. Nunca foi ele tão competitivo, acessível a novas empresas e geograficamente ilimitado. Os empresários de hoje devem redobrar os esforços para conquistar e manter fiel uma clientela. Com efeito, nunca houve tantas opções de produtos e serviços correndo paralelos, o que ocasiona uma migração ininterrupta de clientes de um para outro fornecedor. Nessa árdua tarefa de "fisgar" clientes, as empresas lançam mão das mais criativas técnicas de atração do público, e os elementos visuais e de identificação ganham enorme importância neste cenário. Destacam-se os designs dos produtos e embalagens, as campanhas publicitárias milionárias, os *websites* na Internet, as marcas – constantemente "revitalizadas" para melhor se adequar ao perfil de uma nova clientela –, e mesmo os elementos tradicionais, como o nome empresarial e o nome de fantasia.

Tamanha a importância de tais elementos intelectuais que se prestam a identificar uma empresa, um estabelecimento, um serviço ou um produto – integrantes do chamado aviamento empresarial, como ativo intangível –, que a ordem jurídica garante aos seus titulares o privilégio do uso exclusivo, oponível *erga omnes*.

Paralelamente, há uma proteção difusa de tais elementos através da proibição de sua utilização por concorrentes de quem detém o direito, com o intuito de confundir consumidores. Trata-se da vedação à concorrência desleal, em sua espécie chamada de concorrência parasitária. É a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996) que versa atualmente sobre tal modalidade de concorrência ilícita, tratando-a ora como crime, ora como conduta antijurídica de natureza civil. Quanto a esta última, determina que fica "ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por [...] atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a [...] criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio" (art. 209).

É nítido o fundamento jurídico da vedação à concorrência parasitária quando esta faz uso de bens de propriedade alheia, ou seja, elementos aos quais o ordenamento jurídico garante o direito do exclusivo. Trata-se de ato ilícito, nos termos do art. 186 do Código Civil, que tem por elementos a ação ou omissão culposa do agente, a violação de um direito subjetivo alheio – no caso, o direito à marca, ao nome empresarial, etc. –, a ocorrência de danos ao seu titular e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e os referidos danos.

Mas e se o mesmo efeito – confusão no mercado, com conseqüente ou potencial desvio de clientela – for alcançado por meio do uso, por um empresário, de elementos de identificação de um concorrente, aos quais o Direito não atribui o status de bens protegíveis? Com efeito, alguns elementos identificadores da empresa podem não constituir direitos subjetivos do empresário, seja por haver o respectivo direito expirado com o advento do domínio público, seja por não ter a ordem jurídica lhes atribuído proteção – expressão de propaganda, nome de domínio na Internet, marca não levada a registro, marca sonora, conjunto-imagem do estabelecimento –, seja ainda pelo fato de o legislador não ter-lhes conferido guarida para além de determinados limites – uma marca registrada só é protegida no ramo de atuação do seu titular, o nome empresarial igualmente, e somente no Estado Federativo de atuação da empresa. Deve-se inquirir se

teria lugar a teoria da concorrência desleal nesses casos, e, sendo afirmativa a resposta, qual seria o seu fundamento jurídico.

Uma resposta imediata e superficial poderia ser negativa, uma vez que, não havendo a violação a um direito subjetivo alheio, não se está diante de um ato ilícito, do qual aquele elemento é condicionante. É aí que ganha terreno a figura do abuso do direito. Tal instituto, que somente em 2002 foi expressa e diretamente positivado no diploma máximo do direito privado, estando regulado hodiernamente pelo seu art. 187, serve como fundamento jurídico à proibição de tal forma de parasitismo. É da interpretação do abuso do direito em sua moderna abordagem que decorre o entendimento de que determinado indivíduo pode, sim, utilizar certos bens inicialmente considerados como de uso livre, inclusive criados por um concorrente seu, mas desde que respeitando os fins econômico e social, a boa-fé e os bons costumes.

E o reconhecimento de tal forma de parasitismo como sendo abuso do direito gera efeitos práticos muito específicos, ainda pouco empregados pelos tribunais brasileiros.

2. Os elementos intelectuais de identificação da empresa, sua proteção e limitações

Com o passar dos séculos, constatou-se ser fundamental a garantia, pela ordem jurídica, do chamado direito do exclusivo a determinadas criações humanas, com vistas a incentivar a constante produção intelectual. Certos indivíduos foram, assim, agraciados com o título de únicos titulares de bens por si desenvolvidos, emblema esse oponível a toda a coletividade. Mas ao mesmo tempo que reconheceu o uso privativo de tais elementos a seus criadores, o ordenamento estabeleceu limitações à sua utilização. E, paralelamente às criações resguardadas, uma série de outros elementos intelectuais não foram elevados à condição de bens dignos de proteção.

Entre os direitos intelectuais mais significativos estão os chamados direitos de autor, tratados pela Lei 9.610/1998, que são reconhecidos aos autores de obras literárias artísticas e científicas. Correndo ao lado desses, a mesma legislação prevê ainda a proteção aos direitos conexos, que detêm os artistas intérpretes e executantes sobre suas interpretações artísticas, as gravadoras musicais sobre os álbuns lançados e as empresas de radiodifusão sobre os programas audiovisuais por si produzidos. Mas em que pese a importância de tais bens, o legislador achou por bem limitar-lhes a proteção. Assim é que criou hipóteses de “isenção” de direitos autorais – como o uso de pequenos trechos em outras obras, a reprodução na imprensa de matérias produzidas por outros veículos de comunicação, etc. – e o regime do domínio público, que prega que todas as obras intelectuais ficarão no domínio privado do seu autor ou de seus cessionários ou sucessores, como bens de sua propriedade, somente por certo período de tempo – em regra, setenta anos contados do dia 1º de janeiro após a morte do autor – para depois se tornarem obras de uso livre e irrestrito. E tal restrição temporal da propriedade exclusiva alcança, pela via do direito autoral, não somente as obras citadas, mas igualmente o software, que possui legislação específica, a Lei 9.609/1998.

Por outro lado, o direito do exclusivo também toca as criações humanas destinadas ao uso comercial e industrial. Nessa esteira, tratou-se de proteger as invenções, os modelos de utilidade, os desenhos industriais ou “design”, que se dividem em design bidimensional e design tridimensional, bem como as marcas. Mas, assim como ocorre

com o direito de autor, foram impostas certas limitações à fruição de tais elementos a seus criadores e titulares.

As invenções, os modelos de utilidade e o design, integrantes da chamada propriedade industrial, só garantem direitos de uso exclusivo a seus criadores se forem devidamente registrados no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal encarregada de processar pedidos de registro de tais elementos, que tem a prerrogativa de deferi-los ou indeferi-los. Não tendo sido levado a registro qualquer desses elementos, ou já se encontrando no *estado da técnica* , ou ainda tendo sido o pedido de registro indeferido pelo INPI, não será concedido ao seu criador o direito de uso privativo. Igualmente ao regime de proteção das obras artísticas, literárias e científicas, também os direitos subjetivos incidentes sobre tais bens de propriedade industrial possuem uma limitação temporal. Ao final do termo *ad quem* instituído na Lei de Propriedade Industrial, eles podem ser utilizados por qualquer pessoa, independentemente de autorização de quem os criou.

No que respeita especificamente às marcas, o seu regime jurídico é regido pelo princípio basilar da especialidade. Em razão dele, o direito do exclusivo concedido ao titular de uma marca registrada só alcança a área na qual ele efetivamente atua, não se estendendo a qualquer outra – exceção feita às marcas consideradas notórias, que ganham proteção em todas as áreas e ramos do mercado, mas que ainda são escassas no Brasil.

Esse mesmo princípio é aplicável ao regime protetivo do nome empresarial. Mas a proteção a este elemento de identificação do empresário é ainda mais restrita, uma vez que em regra alcança somente o Estado Federativo no qual o seu titular exerça a empresa: trata-se, portanto, de uma limitação territorial.

Além dos elementos acima citados, aos quais a legislação pátria concede um direito de exclusivo, erigindo, no entanto, uma série de balizas, sejam temporais, relacionadas à área econômica de aplicação do bem ou territoriais, há uma dezena de outros que sequer foram reconhecidos.

Nessa classe estão, por exemplo, as marcas sonoras e as olfativas , não agasalhadas pela Lei de Propriedade Industrial, que se restringe aos elementos visualmente perceptíveis. Também ficaram à deriva os sinais e expressões empregados apenas como meio de propaganda.

Outro elemento que, na sociedade contemporânea, apesar de sua enorme importância na identificação de uma empresa ou de produtos desta, ainda não possui uma regulamentação específica, é o nome de domínio na rede mundial de computadores. Ao contrário do que acontece com as marcas de serviços e de produtos, o legislador mantém-se inerte na regulação das regras incidentes sobre os endereços virtuais.

Por fim – embora haja outros casos aqui não abordados –, pode-se citar como elemento criativo que se presta a distinguir uma determinada empresa de outras concorrentes, mas que não foi considerado digno de proteção, o denominado *conjunto-imagem* ou, na expressão britânica, *trade-dress*, que representa a reunião dos elementos visuais que caracterizam um estabelecimento comercial. Integram o conjunto-imagem, entre outros, a pintura da fachada do estabelecimento, o formato e cores da placa aposta na entrada, o vestuário dos funcionários, a disposição dos móveis e o “tema” adotado pela decoração.

É importante ressaltar que todos os elementos citados no presente tópico, aptos a identificar uma determinada empresa no mercado, compõem o seu chamado aviamento ou fundo de comércio:

O fundo comercial, industrial, agrícola ou ainda individual é a soma dos elementos corpóreos e incorpóreos que o constituem, ou que se lhe agregaram, durante sua existência jurídica ou social, em certo local ou em determinado tempo. São elementos desse gênero: mercadorias, instalações, móveis e utensílios, direito de arrendamento total ou parcial, do respectivo local (imóveis ou simplesmente terras), freguesia, nome comercial, insígnia, marcas de fábrica ou de comércio, patentes de invenção, modelos de utilidades e o acervo de dívidas ativas e passivas, as plantações e benfeitorias no solo, passíveis de aproveitamento comercial, e tudo, enfim, o que se incluir na universalidade de valores da propriedade comercial, industrial, agrícola e individual.

Mas no caso de elementos identificadores aos quais a lei não conferiu um regime de proteção, que garanta o seu uso exclusivo por um titular específico, pergunta-se: estaria o empresário que deles faz uso absolutamente descoberto diante das investidas de seus concorrentes, que, com vistas a desviar clientela, passam-se pelo primeiro, por meio do reaproveitamento de tais elementos de identificação? Restaria incólume o concorrente que assim agisse, com o nítido interesse de ludibriar consumidores?

É o que se pretende investigar nos próximos itens.

3. A concorrência desleal e a espécie concorrência parasitária

Um dos princípios estruturais da ordem econômica constitucional é o da livre iniciativa. Na realidade, o art. 170 da Constituição eleva-a a verdadeiro fundamento da ordem econômica e financeira. Deste fundamento decorre diretamente a livre concorrência, alçado pelo mesmo dispositivo da Magna Carta à condição de princípio geral.

Interpretado em sua literalidade, o princípio da livre concorrência leva à crença de poder ser amplo e irrestrito o ato de competição entre empresários. Mas na vigência do atual Estado neoliberal – que, apesar de deixar ao próprio mercado a sua condução, apresenta-lhe uma série de limites –, a livre iniciativa deve ser interpretada como *ampla* concorrência: o que se busca na ordem econômica e financeira não é um cenário de competição sem regras, mas um ambiente ideal de coexistência leal de empresas, produtos e marcas, sem limite de número de concorrentes, o que, em última instância, beneficiaria o consumidor acima de todos.

Para garantir esse quadro de competitividade saudável, além de prever a repressão a atos de abuso de poder econômico – proteção "macroeconômica" da concorrência – a legislação brasileira tomou emprestado de outros países o instituto da concorrência desleal – proteção "microeconômica" –, conceituado pelo art. 10 *bis* da Convenção da União de Paris de 1883, com a redação aperfeiçoada pela Revisão de Haia de 1925, como sendo: "todo ato de concorrência contrário às práticas honestas em matéria industrial ou comercial".

Como conseqüência do conceito demasiadamente genérico, insuficiente por si só para bem delinear os contornos de tão expressivo instituto jurídico, optou-se por se

exemplificar, logo em seguida, no mesmo artigo da Convenção, determinadas práticas comerciais tidas por desleais, *in verbis*:

(3) Deverão ser especificamente proibidos:

1º.Todos e quaisquer fatos suscetíveis de criar confusão, qualquer que seja o meio empregado, com produtos de um concorrente;

2º.As alegações falsas, no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar os produtos de um concorrente.

Hodiernamente, coube à Lei de Propriedade Industrial tratar do tema. O fez tanto sob a ótica do direito penal, quanto do direito civil. Neste último âmbito, seguiu-se a linha da referida convenção internacional, preferindo não apresentar uma limitação das possibilidades, mas um conceito geral. Pode-se então classificar como "concorrência desleal genérica" a que vem prevista no art. 209 da mencionada lei:

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

Já a concorrência desleal tratada no Capítulo VI da Lei de Propriedade Industrial é apresentada em rol taxativo, no art. 195, uma vez que consiste em norma de natureza penal (trata-se da chamada "concorrência desleal específica").

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, por sua vez, determina como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo a repressão à concorrência desleal, compreendida como "todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos" (art. 4º, VI), o que denota o reconhecimento pelo diploma máximo de proteção das relações de consumo de que qualquer modalidade de concorrência desonesta ocasiona, em última instância, danos aos consumidores.

Também o novo Código Civil prevê, a exemplo do anterior, duas hipóteses que, pela via negativa, podem dar ensejo à concorrência ilícita. São as constantes do art. 1.147:

Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência.

Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.

Ao lado das hipóteses expressas previstas nos diplomas referidos, pode-se também interpretar como concorrência desleal aquela que é ocasionada após dois contratantes expressamente firmarem pacto de não-concorrência (muito embora nesse caso não se esteja propriamente diante do ilícito da concorrência desleal, mas de descumprimento de obrigação voluntariamente assumida, o que ocasiona a responsabilidade contratual).

Das hipóteses citadas acima, podem ser identificadas determinadas categorias de concorrência desleal, todas defesas: a concorrência desleal que visa denegrir diretamente a imagem de concorrente (*v.g.*, por meio de publicidade denigritória); a que consiste na atribuição de distinção ou recompensa falsa, por meio de publicação de informações inverídicas (um bom exemplo é o de um empresário que declara que atua no mercado por longos anos, por meio do chavão "desde...", quando tal fato seja inverídico. A alegação de persistir na ativa por bastante tempo passa a idéia de robustez do estabelecimento, aumentando a confiança dos clientes, ampliando conseqüentemente a chance desses últimos optarem por tal empresário em detrimento de outro); a que consiste em "traição" a sócio, parceiro comercial ou empregador, com a divulgação de informações sigilosas e confidenciais a concorrente; a quebra de contrato em que se estabeleceu a não-concorrência; a que implica na obtenção, por meios fraudulentos e ilegais, de dados confidenciais de concorrente (uma fórmula secreta, obtida por meio de "espionagem empresarial", por exemplo); e, entre outras, aquela que objetiva ocasionar erro ou confusão entre estabelecimentos, empresas, produtos ou serviços, por meio de uso de elementos identificadores, com o objetivo de desviar clientela alheia.

Em relação a esta última, é ela, sem sombra de dúvidas, umas das mais vis modalidades concorrenciais, sendo justificável a alcunha de "concorrência parasitária", adotada por certos autores, inclusive estrangeiros. Com efeito, o empresário que se lança a tal modalidade de concorrência atua como verdadeiro "parasita" de um concorrente, alimentando-se exclusivamente do sucesso alheio. Bittar traça bem os pressupostos desta concorrência confusória:

Os pressupostos para configuração da figura em análise são os seguintes: a) anterioridade do produto concorrente; b) existência de imitação; c) suscetibilidade de estabelecer-se confusão.

Com efeito, a ação tendente a provocar confusão deve centrar-se sobre produto preexistente, com o qual se objetive a assemelhação, para indução do público à sua procura, pelo aproveitamento indevido, seja da imagem, seja do nome ou de elemento outro distintivo da empresa ou de seu produto. [...]

Depois, deve o agente apropriar-se de caracteres significativos ou distintivos do concorrente, ou dele aproximar-se, sejam de cunho interno (como o uso do nome, da marca ou do sinal) ou externo (como a fachada do estabelecimento ou outro elemento de apresentação).

Faz-se necessário, portanto, que haja absorção indevida de componentes do aviamento do concorrente, de modo integral ou em caráter substancial. Por fim, é mister que exista a possibilidade de criar-se confusão entre os estabelecimentos ou entre os produtos.

Exige-se que a ação, o expediente ou o seu resultado sejam idôneos para a desorientação dos consumidores. Deve se tratar de prática (ação, procedimento ou forma) que faça com que o estabelecimento ou o produto se mostre ao consumidor médio como se fora o do concorrente.

Tinoco Soares bem versa sobre a concorrência desleal realizada por meio de "marcas enganosas", que se subdividem, na lição do autor, em marcas que reproduzem e marcas que imitam outra preexistente. Quanto a estas últimas, vale a transcrição de um trecho específico:

A imitação, de uma forma geral, induz fatalmente à semelhança. Esta semelhança é projetada na marca, quase sempre de forma ardilosa, eis que o fim precípuo e visado é a confusão. Exatamente pela confusão gerada no espírito do consumidor e/ou usuário é que o concorrente vê coroado de êxito o seu fim ilícito. Na figura da imitação há um encadeamento de idéias que norteiam a engenhosa mente humana. Estas idéias são concatenadas de forma tal que impossível seria uma definição prevista das várias, inúmeras e infindáveis maneiras pelas quais a figura da imitação realiza. Embora tenha despertado sobremaneira a atenção de conceituados doutrinadores, não se chegou ainda a estabelecer critérios lógicos para a sua exata compreensão.

[...]

A imitação provoca a confusão entre os produtos ou os serviços, através do emprego de elementos parecidos e dispostos de forma análoga.Realiza-se a imitação pela adoção de nomes, letras, tipos de letra, emblemas, símbolos e quaisquer outros sinais distintivos e bem assim pelo emprego das respectivas cores que, na marca original, formam o seu conjunto.

Então, fazendo uma leitura primeira da Lei de Propriedade Industrial e da Convenção de Paris, pode-se chegar à conclusão de que os elementos de identificação do empresário, ainda que não registráveis, possuem uma forma de proteção indireta, por intermédio da concorrência desleal. Isso porque, ao prever a proibição à concorrência parasitária, vedou-se qualquer tipo de prática que tenha por escopo ocasionar confusão no mercado

entre dois empresários concorrentes, independentemente dos meios ou elementos utilizados para tanto.

Mas com o aprofundamento da questão, detecta-se uma deficiência da defesa de tal entendimento com base exclusivamente no ato ilícito. Ora, se um dos alicerces desse instituto – e, conseqüentemente, da indenização superveniente – é um direito subjetivo violado e, não tendo, no caso em tela, o empresário qualquer direito sobre os elementos de identificação copiados – seja em razão da ausência de recepção pelo ordenamento jurídico, ou pelo fato de o ato confusório situar-se além dos limites de proteção garantidos pela lei –, torna-se difícil justificar tal forma de parasitismo só com esteio no art. 186 do novel Código Civil.

4. Ato ilícito

Na estruturação do Código Civil de 2002, tanto a espécie do ato ilícito, quanto a do abuso do direito (que pela primeira vez no Brasil foi prevista expressa e diretamente em um Código Civil) integraram o Título III do Livro "Dos Fatos Jurídicos", referente ao gênero "atos ilícitos". Existem, contudo, diferenças substanciais entre um e outro, que merecem destaque.

Assim dispõe o art. 186: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Da simples leitura deste artigo pode-se facilmente destacar os seus elementos estruturantes, amplamente difundidos por doutrina secular: ação ou omissão culposa ou voluntária, que ocasiona danos a outrem, por meio da violação de direito subjetivo.

Vale ressaltar que, ao contrário da codificação anterior, a conseqüência direta e mais comum do ato ilícito, o dever de reparação, não foi vinculado diretamente ao conceito trazido no art. 186, tendo sido relegada ao art. 927. Avançou bem o legislador neste ponto, decompondo conceito e efeito, especialmente em razão de também outras conseqüências poderem advir do cometimento de ato ilícito, como a nulidade do ato, a sua ineficácia e, inclusive, a restituição do auferido injustamente, como resultado do enriquecimento sem causa do art. 884 e seguintes do Código – que será tratado em ponto ulterior deste artigo.

Retornando então ao objeto do presente estudo, demonstra-se ser impróprio fundamentar a teoria da concorrência parasitária exclusivamente no instituto jurídico do ato ilícito *strito sensu*, nos casos em que um empresário faz uso de elementos ou coisas que, apesar de identificar empresa concorrente, não são considerados como de propriedade absoluta e exclusiva desta.

Seria o caso, por exemplo, de utilização, por uma empresa de atuação em Belo Horizonte, da mesma denominação social de outra empresa, sediada em São Paulo, ambas atuantes no mesmo filão do mercado, quando tal nome empresarial não tiver sido levado a registro por esta última empresa enquanto marca perante o INPI – o que garantiria a proteção em âmbito nacional. Nesse caso, um consumidor, ou mesmo um fornecedor, poderiam ser induzidos em erro quanto à identidade das duas empresas, não obstante a atuação em territórios diferentes – o que possui pouca significância em tempos de globalização –, a posterior podendo se beneficiar do prestígio da anterior. E

não há que se falar, a princípio, em direito da empresa paulistana de proteção de seu nome empresarial para além do território do Estado Federativo no qual atua, uma vez que o Código Civil é taxativo em conceder exclusividade de uso em âmbito estritamente estadual (com a ressalva de poder-se, por intermédio das Juntas Comerciais, obter, em determinadas situações e desde que obedecidas certas condições, proteção em mais de um Estado). Ao contrário, existe de certa forma um direito geral e abstrato de qualquer empresário de fazer uso de denominação social idêntica a de outras empresas em Estados distintos, o que reforça ainda mais a falta nessa hipótese da figura do direito subjetivo violado, elementar à teoria do ato ilícito.

Poder-se-ia talvez interpretar que o direito subjetivo lesado, neste caso, seria um direito disforme e genérico de proteção à clientela. Entretanto, facilmente se verifica que não existe propriamente um direito subjetivo de garantia da exclusividade dos clientes. Se a carta constitucional atribui à livre concorrência a condição de princípio geral da ordem econômica, e "concorrer" significa justamente disputar um mercado em comum, demonstrada está que a clientela, de *per se*, não é bem jurídico tutelável. Os clientes migram de um a outro fornecedor continuamente, ora incentivados pelos altos investimentos em campanhas de marketing e de publicidade, em outros casos simplesmente por preferirem um determinado produto em detrimento de outro. Assim sendo, uma vez que nos casos em que se dá a concorrência legítima não há nada que possa o empresário fazer para proibir que um concorrente lhe conquiste a clientela, seria impróprio concluir a existência de um direito puro e simples de proteção da clientela.

Maurício Lopes de Oliveira tem essa mesma opinião:

Há quem tenha buscado fundamentar a concorrência desleal em um direito subjetivo de que o concorrente lesado fosse titular – o comerciante deteria um direito privativo sobre sua clientela. É essa, por exemplo, a posição de Roubier. Contudo, uma sociedade não se beneficia de qualquer direito privativo sobre sua clientela respectiva, já que ela é insuscetível de ser objeto de direito de exclusivo. Deve a clientela ser disputada livremente, sendo um contra-senso falar em direito de exclusivo à clientela *em uma ordem jurídica que abriga a livre concorrência.*

Contudo, não obstante o acerto da lição acima, peca o autor ao concluir que "a repressão à concorrência desleal se baseia nos princípios gerais da responsabilidade civil; submetendo-se a concorrência desleal às regras da responsabilidade civil pelos atos ilícitos absolutos". Como visto, a concorrência desleal apresenta-se, sim, como um ato ilícito, em conformidade com o art. 186 do Código Civil, mas não em todos os casos; quando inexiste um direito subjetivo por parte do empresário lesado, não tem lugar a teoria do ato ilícito.

5. Abuso do direito

A figura do abuso do direito vem prevista no art. 187 do Código Civil – além de normas avulsas insertas em outros diplomas legais de menor alcance –, que dispõe:

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

Ele se diferencia substancialmente do ato ilícito *stricto sensu*, que, como visto, possui como elementos a ação ou omissão, a culpa (negligência, imperícia ou imprudência) ou dolo – que consiste em elemento subjetivo –, a violação de um direito subjetivo alheio, o dano ao titular desse direito e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano. O abuso do direito, por sua vez, estrutura-se sobre o seguinte: exercício de um direito subjetivo, por meio de ação ou omissão, e atuação além dos limites do fim econômico ou social, da boa-fé ou dos bons costumes – que configura elemento objetivo.

Ou como bem propõe Fernando Augusto Cunha de Sá, abusa-se do direito quando se avança para além dos limites do normal, do legítimo: exerce-se o direito próprio em termos que não eram de esperar, ultrapassa-se o razoável, chega-se mais longe do que poderia prever.

Como se pode observar, o abuso do direito não depende da violação de um direito alheio, do dano a qualquer pessoa, sequer da culpa ou dolo do agente. Trata-se, portanto, de hipótese de antijuridicidade objetiva, presente toda vez que um indivíduo, com o exercício de um direito que lhe foi reconhecido pela ordem jurídica, extrapola a barricada social desejável: boa-fé, bons costumes, fim econômico e social.

Trata-se de consagração legislativa da teoria objetiva da ilicitude *que, como visto, defende que o juízo de valor que redunda na antijuricidade do ato não leve em conta o espírito e sequer a consciência do sujeito que o praticou. A fim, portanto, de caracterizar o abuso do direito ou, mais amplamente, o exercício abusivo de posições jurídicas subjetivas, não é necessária a comprovação da intenção e sequer da consciência do agente de que está ultrapassando os limites impostos pela lei. Não há que se falar, nesta sede, quer em dolo, quer em culpa* stricto sensu *em qualquer das suas modalidades (isto é, negligência, imprudência e imperícia).*

Basta, para caracterizar a hipótese normativa do artigo 187 (e, portanto, o abuso qualificado pela lei de ilícito), que o titular de um direito, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do referido direito. A análise do exercício do direito, portanto, será levada a efeito de forma objetiva. Se, objetivamente, tais limites forem ultrapassados, ainda que o titular sequer tenha consciência disso, o abuso estará caracterizado.

Consiste então o abuso do direito mais em uma baliza necessária, um *dever* de não fazer algo, a saber, de não extrapolar os limites socialmente aceitos, impostos a quem já possui um direito e o pretende exercer – como o direito à livre iniciativa ou à livre concorrência, ou o direito de utilizar bens já caídos em domínio público, por exemplo –, que em propriamente uma violação a um direito de outrem. Ou seja, o abuso do direito importa mais numa limitação ao exercício de um agente, titular de um determinado direito, que uma prerrogativa de outro indivíduo.

Então se pode chegar à conclusão de que a hipótese tratada sucintamente no presente artigo – a utilização, por um empresário, de elementos identificadores de um concorrente, mas que não se encontram protegidos diretamente como direitos subjetivos, apta a causar confusão no mercado – trata-se de concorrência desleal, fundamentada no instituto do abuso do direito, e não propriamente na teoria do ato ilícito, como conceituado pelo art. 186 do Código Civil.

De fato, o empresário que, apesar de possuir um direito abstrato de concorrer livremente e de utilizar elementos aos quais o Direito não conferiu exclusividade de uso a quem quer que seja, ocasionar, com tal utilização, confusão com outro empresário, ou mesmo associação que lhe seja benéfica, terá ultrapassado o limite social desejado, merecendo reprimenda. Terá com isso avançado além do fim econômico e social recomendável e dos bons costumes. Ou, nos termos da Convenção de Paris, terá se distanciado das "práticas honestas em matéria industrial ou comercial".

6. A concorrência parasitária como abuso do direito – efeitos

E o reconhecimento deste tipo particular de parasitismo como abuso do direito ocasiona implicações importantes. Uma delas é o fato de, por ser ele uma antijuridicidade objetiva, que se verifica simplesmente pela prática do ato excedendo-se os limites do art. 187, independe tanto do elemento subjetivo do agente (culpa *lato sensu*), quanto do dano.

O abuso do direito poderá ocasionar efeitos além do simples dever de indenizar, como por exemplo o de nulidade do ato jurídico abusivo. Nos dizeres de Bruno Miragem:

Daí por que o dano será pressuposto da imputação de responsabilidade – artigo 927 e seguintes do Código Civil – não da configuração do abuso, cuja norma é meramente conceitual da ilicitude sem culpa. Desta poderão advir outras conseqüências jurídicas que não a indenização, como a cominação de nulidade, a ineficácia, ou outras sanções que se aplicam de modo concomitante à sanção civil, como aquelas de caráter penal ou administrativo.

Em complemento à lição acima, acresce-se a possibilidade de ocorrência de um outro importante efeito em razão do exercício abusivo de um direito, o dever de restituir o que se ganhou com o ato, caso tenha o agente obtido enriquecimento, nos termos do art. 884 e seguintes do Código Civil, que regulam o enriquecimento sem causa.

E a questão do enriquecimento sem causa é de extrema relevância ao tema em avaliação. Isso porque quase todas as vezes em que se estiver diante de um ato que se configure como concorrência desleal, o objetivo do concorrente é enriquecer. E, de fato, quase todas as vezes que a concorrência desleal tem lugar, é acompanhada pelo enriquecimento do agente que a cometeu.

Mas um dos maiores problemas observados no Poder Judiciário, quando do ajuizamento de uma ação envolvendo um caso de concorrência desleal, é a exigência pelo julgador de que o autor da ação comprove os prejuízos que teve com a conduta do réu, tido como requisito indispensável para o estabelecimento de uma indenização. O advogado que propõe uma ação dessa natureza, se tiver sorte, conseguirá fazer aplacar a teoria do dano *in re ipsa*, que determina que os prejuízos são intrínsecos ao ato desleal havido entre concorrentes. Mas raros são os casos em que a restituição dos lucros tem lugar, com fundamento na teoria do enriquecimento sem causa, decorrente de abuso do direito (e não do ato ilícito).

É forte, portanto, o entendimento nos tribunais brasileiros de que só há dever de pagamento ao autor por parte do réu se estiverem comprovados os prejuízos (perdas e danos) do primeiro. Acontece que nem sempre que ocorrer a concorrência parasitária o titular do bem copiado sofrerá um prejuízo diretamente. Talvez em termos financeiros ele sequer seja afetado. Mas a conduta do concorrente desleal não deixa, por essa razão, de ser antijurídica e, conseqüentemente, defesa.

Desponta então a teoria do enriquecimento sem causa por intervenção no patrimônio alheio, que apregoa a desnecessidade de um empobrecimento do prejudicado que corresponda ao enriquecimento do agente. Agindo de forma a se enriquecer injustamente, o indivíduo é obrigado a restituir o que recebeu ou lucrou, ainda que o seu enriquecimento não coincida com o empobrecimento do titular do bem utilizado. Nos dizeres de grande autor luzitano:

As hipóteses mais comuns de enriquecimento por intervenção reconduzem-se às intervenções em direitos absolutos, como os direitos reais, os direitos autorais e da propriedade industrial, e os direitos de personalidade. No caso dos direitos reais, o uti, frui, abuti sobre a coisa cabe exclusivamente ao proprietário (art. 1.228), pelo que o gozo ou disposição por outrem não-autorizados legitimam sempre o titular a exigir a restituição por enriquecimento, embora não tenha sofrido qualquer prejuízo efetivo. No caso dos direitos autorais e da propriedade industrial, há igualmente uma atribuição exclusiva de um bem imaterial ao titular do direito correspondente, pelo que a ingerência não-autorizada pelo titular (publicação de uma obra alheia; utilização de patentes, modelos de utilidade ou marcas alheias) deverá permitir-lhe o recurso à ação de enriquecimento. Finalmente, quanto aos direitos de personalidade, o fato de, na atual sociedade econômica, ter-se vindo a verificar cada vez mais um aproveitamento comercial dos bens de personalidade implica o reconhecimento ao seu titular de um direito à restituição do enriquecimento obtido pela ingerência nesses bens sem autorização do respectivo titular (utilização do nome, imagem, ou divulgação de fatos relativos à vida privada doutrem com intuitos comerciais). Tal solução pode ser confirmada pelo fato de o art. 12 do Código Civil brasileiro admitir que a violação dos direitos de personalidade não apenas desencadeie perdas e danos, mas também outras

sanções legais, entre as quais naturalmente se incluirá a restituição por enriquecimento sem causa.

E ao que tudo indica, tal teoria, se não foi diretamente recepcionada pelo Código Civil, foi pela Lei 9.279/1996, que prevê, no art. 210, a possibilidade de o violador de um direito intelectual alheio ter de restituir o que injustamente auferiu (inciso II), sem cogitar nos danos sofridos pelo titular do bem:

Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes:

I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou

II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou

III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse LEGALmente explorar o bem.

7. Conclusão

Embora a lei tenha previsto limitações a determinados direitos intelectuais, que integram o aviamento comercial, destinados especificamente a identificar uma empresa, seus produtos, serviços ou estabelecimento, ou em certos casos mesmo não reconhecendo direito algum sobre determinados elementos de identificação do empresário, há que se concluir que eles são indiretamente protegidos pela via da concorrência desleal.

Tal proteção difusa não se fundamenta no instituto do ato ilícito, que depende da ocorrência de violação de um direito alheio – vez que o empresário que criou tais elementos de identificação definitivamente não possui exclusividade sobre eles –, mas na moderna concepção do abuso do direito.

Através de tal instituto, a ordem legal permite que determinado indivíduo exera href="javascript:;" um direito que lhe é reconhecido, mas desde que respeitando os limites dos bons costumes, da boa-fé e do fim econômico e social. Assim, a empresa que faz uso de elementos de identificação de um concorrente, ainda que eles não estejam protegidos pelo direito do exclusivo, ocasionando confusão no mercado, com efetivo ou potencial desvio de clientela alheia, está a abusar do direito da livre concorrência e de uso de bens alcançados pelo domínio público, o que torna defesa a sua conduta.

8. Referências

ABRÃO, Eliane Y. Direitos de Autor e Direitos Conexos. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

AUTUORI, Luiz. Fundo de Comércio. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1949.

BARBOSA, Denis Borges. A especialidade das marcas. Disponível em: <http://www. denisbarbosa.addr.com/72.doc. Acesso em: 25 de agosto de 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. Teoria e Prática da Concorrência Desleal. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOULOS, Daniel M. Abuso do Direito no Novo Código Civil. São Paulo: Editora Método, 2006.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado de Propriedade Industrial. v.2. São Paulo: RT, 1982.

CUNHA, Frederico Carlos da. A Proteção Legal do Design. Rio de Janeiro: Editora Lucerna, 2003.

DUVAL, Hermano. Concorrência Desleal. São Paulo: Saraiva, 1976.

Instituto Dannemann Siemsen. Comentários à Lei de Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O Enriquecimento sem Causa no Novo Código Civil Brasileiro. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. n. 25 (2004). Brasília: CEJ, 1997, p. 24-33.

MIRAGEM, Bruno. Abuso do Direito: Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NEUMAYR, Rafael. A marca de alto renome e o aproveitamento parasitário. *In*: Jornal Estado de Minas, Caderno Direito & Justiça, 29 de dezembro de 2008.

OLIVEIRA, Maurício Lopes da. Direito de Marcas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. Concorrência Desleal por meio da Publicidade. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

PIERENGELI, José Henrique. Crimes Contra a Propriedade Industrial e Crimes de Concorrência Desleal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SOARES, José Carlos Tinoco. Concorrência Desleal VS. “Trade Dress” e/ou “Conjunto-imagem”. São Paulo: Editora do Autor, 2004.

SOARES, José Carlos Tinoco. Tratado da Propriedade Industrial: Marcas e congêneres. Rio de Janeiro: Jurídica Brasileira, 2003, v.II.

Importante eliminar desde já qualquer entendimento que considere a concorrência desleal como um instituto autônomo e independente, suficiente em si mesmo, que não precisa vir escorado por institutos basilares do direito privado, opinião a qual, salvo melhor juízo, se mostraria contrária ao pensamento sistemático que impera em nosso ordenamento.

ABRÃO, Eliane Y. Direitos de Autor e Direitos Conexos. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 146 *et seq*.

"Diferentes sistemas existem na limitação temporal dos direitos patrimoniais, sendo mais longa a sobrevivência sob monopólio nos países unionistas e, mas curta, nos do sistema anglo-norte-americano. Alguns estabelecem a vitaliciedade do direito para o autor e mais um período fixo posterior aos herdeiros; outros, um período fixo, mas temporâneo; e outros, ainda, um lapso de tempo fixo, maior ou menor, consoante o interesse público e a natureza da obra". BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 111.

Assim dispõe a Lei 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial) sobre o estado da técnica: "Art. 11. A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica. §1º. O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, ressalvado o disposto nos arts. 12, 16 e 17". A ressalva feita no artigo diz respeito, respectivamente, à "divulgação de invenção ou modelo de utilidade, quando ocorrida durante os 12 (doze) meses que precederem a data de depósito ou a da prioridade do pedido de patente, se promovida" ("período de graça", previsto no art. 12) e à prioridade interna de marcas estrangeiras (arts. 16 e 17).

"A novidade é requisito primordial para obtenção da patente. O sistema patentário baseia-se na troca entre o inventor e a sociedade: o inventor revela sua criação e a sociedade reconhece seu direito à exclusividade temporária sobre ela. [...] Como regra geral, entende-se que há novidade sempre que a invenção ou modelo não é antecipado de forma integral por um único documento do estado da técnica". Instituto Dannemann Siemsen. Comentários à Lei de Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 27 e 28.

“A proteção aos objetos de *design* no Brasil, atualmente, é obtida através da concessão de Registro pelo INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), que expede um certificado conferindo o privilégio de proteção industrial por um período de 10 (dez) anos prorrogáveis por mais 15 (quinze). No final do período de proteção, o objeto de registro cai em domínio público, isto é, torna-se de propriedade pública, podendo então ser usada e explorada por qualquer pessoa, independente de autorização e remuneração”. CUNHA, Frederico Carlos da. A Proteção Legal do Design. Rio de Janeiro: Editora Lucerna, 2003, p. 25.

“Um dos princípios básicos do sistema marcário é o da especialidade da proteção: a exclusividade de um signo se esgota nas fronteiras do gênero de atividades que ele designa. Assim se radica a marca registrada na concorrência: é nos seus limites que a propriedade se constrói. ‘Stradivarius’, para aviões, não infringe a mesma marca, para clarinetes: não há possibilidade de engano do consumidor, ao ver anunciado um avião, associá-lo ao instrumento musical.

Se atividade de vender aviões é distinta da de comercializar clarinetes, a de vender camisas (numa boutique) não o é da de vender sapatos (nos padrões de comercialização da década de 90). A marca ‘M’ não poderia, a partir de tal critério, ser usada simultaneamente para distinguir camisas e sapatos, salvo se o quiser registrar um mesmo titular para ambas as categorias de bens”. BARBOSA, Denis Borges. A especialidade das marcas. Disponível em: <http://www. denisbarbosa.addr.com/72.doc. Acesso em: 25 de agosto de 2009.

Vide, a esse respeito, NEUMAYR, Rafael. A marca de alto renome e o aproveitamento parasitário. *In*: Jornal Estado de Minas, Caderno Direito & Justiça, 29 de dezembro de 2008.

“A Lei nº. 9.279, de 15.5.1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, em seu art. 122, estabelece que: ‘*São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais’*. Muito embora não haja nenhum proibição legal expressa proibindo o registro da marca consistente numa fragrância olfativa é certo que não se tratando de sinal ‘*visualmente perceptível*’ não poderá ser objeto de registro de marca em nosso país.

Tanto isto é fato que nas ‘Diretrizes de Análise de Marcas’, adotadas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial, dentre os ‘*sinais não registráveis coloca o sinal sonoro, gustativo e olfativo*’. SOARES, José Carlos Tinoco. Tratado da Propriedade Industrial: Marcas e congêneres. Rio de Janeiro: Jurídica Brasileira, 2003, v.II, p. 257.

“Entretanto, com a condicionante de as marcas serem ‘visualmente perceptíveis’, a lei proíbe o registro direto de sinais acessíveis apenas a outros sentidos humanos que não a visão, não abrigando os conceitos de marcas olfativas, gustativas, sonoras e tácteis. A limitação prende-se, sem dúvida, às dificuldades de natureza técnico-burocrática relacionadas com o registro desses sinais, bem como à extrema complexidade de avaliação da sua registrabilidade absoluta e relativa. [...] Parece-nos, portanto, que o legislador, ao exigir perceptibilidade visual, quis, apenas, arredar problemas de ordem prática no procedimento de registro, não tendo cometido o excesso de negar qualquer espécie de amparo a marcas que, mesmo representáveis visualmente, como os sinais sonoros, se dirigem ao público no desempenho de sua função definidora, por meio de outros sentidos que não a visão. Assim, entendemos que todos esses sinais se habilitam ao registro uma vez representáveis, independentemente de apresentação diversa no comércio”. Instituto Dannemann Siemsen. *Op cit.* Pp. 204 e 205.

Há, contudo, uma série de projetos de lei já apresentados ao Congresso Nacional que pretendem, de alguma forma, regulamentar a proteção ao domínio de endereços eletrônicos na Internet.

É Tinoco quem melhor traz a definição de conjunto-imagem, em obra específica: “’Trade dress’ é a imagem total do negócio; num sentido bem geral é o ‘look and feel’, isto é, o ver e o sentir do negócio; é o meio pelo qual o produto é apresentado ao mercado; é o identificador da origem; o termo ‘trade dress’ significa a imagem total ou a aparência geral de um produto ou serviço, incluindo, mas não limitado a, desenho de embalagem, rótulos, recipientes, mostruários, à decoração, as cores, ao desenho do produto, à característica do produto ou à cominação das características do produto; ‘trade dress’ é a combinação de elementos ou figuras que são ou se tornam associadas exclusivamente com uma existência particular que permitem funcionar como sendo o indicador de origem do produto; o ‘trade dress’ compreende uma única seleção de elementos que imediatamente estabelecem que o produto se distancia dos outros por isso que se torna inconfundível”. SOARES, José Carlos Tinoco. Concorrência Desleal VS. “Trade Dress” e/ou “Conjunto-imagem”. São Paulo: Editora do Autor, 2004,p. 213.

Bittar afirma que, por meio de atos de concorrência confusória, pode-se atingir tanto o “aviamento subjetivo” (confusão *de* empresa e confusão de produto), quanto o “aviamento objetivo” (confusão *entre* empresas ou *entre* estabelecimentos). BITTAR, Carlos Alberto. Teoria e Prática da Concorrência Desleal. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 60.

AUTUORI, Luiz. Fundo de Comércio. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1949, p. 30, citando Felipe dos Santos.

“Via de regra, o *canon* constitucional da ‘livre iniciativa’ gera, sob o ponto de vista da economia política, o conceito de *concorrência perfeita* ou *pura*, que para os economistas A. W. Stonier e D. C. Hague envolve três requisitos básicos:

a)grande número de firmas;

b) produtos homogêneos;

c) livre ingresso ao mercado.

‘Essas três condições’, opinam eles, ‘asseguram em conjunto a concorrência pura, no sentido de isenção de quaisquer liames monopolistas’”. DUVAL, Hermano. Concorrência Desleal. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 30.

Marco Antônio Marcondes Pereira detecta três formas de concorrência desleal por meio da publicidade, a denigritória, já citada, a comparativa e a confusória, esta última que integra a classe dos atos de parasitismo. PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. Concorrência Desleal por meio da Publicidade. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. *Op. ci*, pp. 60 e 61.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Op. cit*, pp. 651 e 652.

Há quem entenda que o instituto já estivesse previsto na interpretação *contrario sensu* do art. 961 do Código Civil de 1916.

OLIVEIRA, Maurício Lopes da. Direito de Marcas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 101.

OLIVEIRA, Maurício Lopes da. *Op. cit*, p. 103.

MIRAGEM, Bruno. Abuso do Direito: Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 101.

BOULOS, Daniel M. Abuso do Direito no Novo Código Civil. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 137.

Carlos Alberto Bittar cita o entendimento de que a concorrência desleal pode ser vista sob a ótima do abuso do direito, mas o faz de forma bastante sucinta: "Podem surgir, então, diferentes procedimentos turbadores dos negócios (como aproveitamento indevido da marca, de nome de objeto da marca, de embalagem, de publicidade alheias etc.), resultando em prejuízos morais e ou patrimoniais a outros comerciantes ou industriais, ou, mesmo, aos consumidores, que a ordem jurídica proscreve.

Configuram abuso aos costumes do comércio ou da indústria, ou seja, forma especial de abuso de direito, que na doutrina também se chama 'abuso de livre concorrência'". BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 44.

MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 131.

Conforme lição do grande João da Gama Cerqueira: "A simples violação do direito obriga à satisfação do dano, na forma do art. 158 do CC, não sendo, pois, necessário, a nosso ver, que o autor faça provas dos prejuízos no curso da ação. Verificada a infração, a ação deve ser julgada procedente, condenando-se o réu a indenizar os danos emergentes e os lucros cessantes (CC 1.059), que se apurarem na execução. E não havendo elementos que bastem para se fixar o quantum dos prejuízos sofridos, a indenização deverá ser fixada por meio de arbitramento, de acordo com o art. 1.553 do CC.

De outra forma, raramente o dono de marca contrafeita logrará obter a condenação do infrator, nem a reparação dos danos resultantes da contrafação, a qual, na grande maioria dos casos, se limita ao pagamento das custas e honorários de advogado, os quais, por sua vez, são parcamente arbitrados pelo juiz, ficando quase sempre abaixo do que realmente o autor despende para defender a sua marca". CERQUEIRA, João da Gama. Tratado de Propriedade Industrial. v.2. São Paulo: RT, 1982, p. 1129-1131.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O Enriquecimento sem Causa no Novo Código Civil Brasileiro*. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. n. 25 (2004). Brasília: CEJ, 1997, pp. 24-33

PERSPECTIVAS DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL*

PERSPECTIVES OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW

Roberto Henrique Porto Nogueira
Michael César Silva

RESUMO

O presente trabalho evidencia e explica os dilemas e eventuais tendências evolutivas identificados no contexto do Direito de Propriedade Intelectual na contemporaneidade. Ganham destaque a dificuldade de adoção de normas uniformes destinadas a reger as obras multimídias, em face de seu caráter híbrido; e a interoperabilidade, como solução viável para a promoção do equilíbrio entre as ferramentas tecnológicas de proteção aos direitos de autor e o uso privado dos conteúdos digitais. A abordagem norteia-se a partir da idéia de que as obras multimídias exemplificam objeto paradigmático para o Direito de Propriedade Intelectual, pois demonstram a relevância da definição das limitações da proteção e combate à pirataria. Os mecanismos destinados a este fim devem ser analisados para que sejam conformados aos ditames legais.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL; INTEROPERABILIDADE; PIRATARIA.

ABSTRACT

This paper aims to show and explain the dilemmas and possible evolutionary tendencies identified in the context of Intellectual Property Law of this present time. The difficulty of adopting uniform rules to regulate the multimedia creations of the mind takes special place, due to their hybrid nature; as well as interoperability, as a viable solution for the promotion of balance between the technological tools for the protection of copyright and the private use of digital content. The approach is guided by the idea that the multimedia creations of the mind exemplify a hard case for Intellectual Property Law, since they present the importance of defining the limits of protection against Copyright infringement. The technological efforts dedicated to this purpose must be examined so that they can be conformed to the legal rules.

KEYWORDS: INTELLECTUAL PROPERTY; INTEROPERABILITY; COPYRIGHT INFRINGEMENT.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os direitos de propriedade intelectual são, tradicionalmente, bipartidos em Direitos Autorais e Direitos de Propriedade Industrial. Dotados de regimes jurídicos específicos, comportados, em especial, nas Leis Federais nº 9610/19998 (BRASIL, 1998) e 9279/1998 (BRASIL, 1998), tais direitos diferenciam-se no que respeita ao fundamento valorativo de sua tutela, à sua natureza, a seu aspecto teleológico, ao objeto e pressupostos de proteção, à transmissibilidade. Em razão dessas distinções, são imputadas gamas diferentes de direitos e deveres a seus titulares e aos que se interessam por obra ou bem cuja utilização subordina-se a alguma espécie de autorização.

Os direitos de propriedade industrial apresentam, como fundamento valorativo, a necessidade de o Direito incentivar e resguardar os investimentos e desenvolvimento tecnológico, de modo a coibir a concorrência desleal. Trata-se, verdadeiramente, da viabilização da continuidade do desenvolvimento tecnológico, por meio da proteção dos resultados obtidos por criadores e investidores. Sua natureza preponderante é de direito subjetivo patrimonial, destacando-se a finalidade de assegurar o direito de exclusivo do titular e, portanto, seus interesses econômicos.

Além de repreender falsas indicações geográficas e reger, no que pertine aos direitos em análise, a concorrência, os direitos de propriedade industrial albergam as invenções e modelos de utilidade, os desenhos industriais e as marcas de produtos e serviços, de certificação e as coletivas. Para que tais elaborações sejam amparadas pelo regime jurídico em tela, vige a máxima *first to file*, que determina que, para gozar de proteção, deve haver a prévia concessão, por órgãos oficiais, de patente da invenção e modelo de utilidade, ou registro do desenho industrial e da marca.

Como direitos patrimoniais *sui generis*, os direitos de propriedade industrial, expressão do desenvolvimento tecnológico, são objeto de interesse extraordinário da sociedade e, assim, são temporários. Lado outro, haja vista a sua natureza, podem ser amplamente transmitidos. Dentre os direitos de propriedade industrial, os *hardwares* e seus aperfeiçoamentos são exemplos de invenções e modelos de utilidade.

Os direitos autorais, por sua vez, são reconhecidos pelo sistema jurídico com o fundamento da necessidade de reconhecer a importância da tutela das expressões do espírito e da personalidade humana. Os resultados do esforço criativo da pessoa humana são naturalmente singulares, uma vez que são manifestações da personalidade de seu criador. São direitos morais, primordialmente. Exatamente por isso, destacam-se pela originalidade. Tal aspecto inovador dessas criações acaba por dotá-las de características patrimoniais. Logo, os direitos autorais comportam direitos morais de autor e direitos patrimoniais de autor. Os primeiros, intransmissíveis e imprescritíveis, contrapõem-se àqueles integrantes do segundo subgrupo, que são amplamente transmissíveis.

Os direitos autorais emergem aos criadores de obras intelectuais em geral, tais como obras literárias, artísticas e científicas. Obviamente, todas as demais emergências do intelecto humano impõem a formação de direitos dessa sorte. A proteção aos direitos autorais, não depende de prévio arquivamento, em órgãos oficiais, da autoria das criações. Afinal, se a personalidade é única, suas expressões também o são. A singularidade faz prevalecer a máxima *first to invent* em matéria de direitos autorais, de maneira que, para que o autor e sua obra submetam-se à proteção desse regime jurídico,

basta comprovar a anterioridade de seu ato criativo. É nesta categoria que se inserem os *softwares* ou programas de computador e as bases de dados.

Nessa linha de intelecção, o problema deste breve estudo apresenta-se com clareza: a tradicional bipartição dos direitos de propriedade intelectual e seus respectivos regimes jurídicos não aparentam satisfazer os conflitos de interesse dos envolvidos na criação, desenvolvimento e utilização das criações do intelecto humano.

Vale explicar. Os regimes jurídicos apontados, quais sejam, dos direitos de propriedade industrial e dos direitos autorais, apresentam-se voltados a seus objetos de tutela, sem abordar objetos outros, frutos do avanço tecnológico, que não se enquadram, com exclusividade, em nenhum dos dois, mas possuem características de ambos. Trata-se do hibridismo na composição de obras coletivas informáticas digitais.

Como condição da utilização dessas obras, que este estudo trata por obras multimídias, deve haver interoperabilidade ou intercompreensão dos sistemas e equipamentos informáticos. A interoperabilidade deflagra a tensão entre os direitos de uso privado da obra pelo usuário e os direitos do titular dos direitos de direitos de propriedade intelectual que, em busca da proteção, almejam validar mecanismos rígidos contra o uso não autorizado, o que pode prejudicar a interoperabilidade e até mesmo a privacidade e possibilidade de utilização da obra pelo usuário individual.

Além disso, o fato da incerteza do regime jurídico aplicável obstacularizar a tutela jurídica faz aumentar o espaço às violações aos Direitos de Propriedade Intelectual.

Neste contexto de insuficiência do regime jurídico dos direitos de propriedade intelectual, a pirataria é a principal vilã. Afinal, para combatê-la, muitas vezes inviabiliza-se a utilização da obra, posto que os mecanismos de sua proteção podem impedir a interoperabilidade e, portanto, o próprio uso da obra, mesmo que este se situe dentro da esfera privada do usuário.

A bem da verdade, tal tensão está longe de ser superada, mormente em razão da tradicional dicotomia dos direitos de propriedade intelectual, já explicitada. Superar essas celeumas não é o objetivo deste estudo. Objetiva-se a compreensão dessas figuras, a interoperabilidade, o hibridismo, as obras multimídias e a pirataria para o melhor entendimento da tensão. Talvez esse seja o ponto de partida: o delineamento do atual estado de coisas e, sobretudo, das perspectivas do Direito da Propriedade Intelectual.

A operacionalização do trabalho vale-se de procedimentos de coleta de dados em fonte bibliográfica, além de amplos debates realizados em razão das análises havidas no grupo de estudiosos que pesquisa os *Contornos do Microssistema da Propriedade Tecnodigital*, integrante do Núcleo Acadêmico de Pesquisa da PUC Minas.

2 HIBRIDISMO E OBRAS MULTIMÍDIAS

Para contextualizar as obras multimídias, é preciso mencionar o instrumento nuclear da sociedade da informação, qual seja, a Internet. Nesse passo, deve-se avaliar o histórico da Internet originariamente adotada para fins militares e posteriormente consagrada como meio de comunicação de massas e de veículo comercial, pelo qual a informação teve a mudança de natureza para o âmbito mercadológico. (ASCENSÃO, 2001, p.22).

Para entender essa questão distingue-se a sociedade da informação como resultante de dois elementos: as auto-estradas da informação como veículo ou infra-estrutura e as multimídia ou produtos multimídia como objeto. (ASCENSÃO, 1997, p.681).

As auto-estradas da informação correspondem aos progressos no aspecto da interatividade com a interconexão de redes formadora da Internet como rede das redes mundiais, ao passo que representam a comunicação de todos com todos por meio da comunicação direta entre computadores. Nesse ponto, revela-se o problema jurídico da concentração empresarial no âmbito das telecomunicações em matéria de monopólios.

Em relação à obra multimídia, trata-se de obra que reúne vários tipos de expressão de obras (texto, som e imagem) num único suporte informático, trazendo importantes ponderações sobre a autorização de uso por parte da pluralidade de titulares de direitos autorais e a respectiva remuneração pelo emprego dessas obras com a superveniência do fenômeno da digitalização.

Demais disso, no contexto da Era Digital (também chamada de Era das Redes), a obra multimídia passa por uma releitura, pois com a digitalização dos dados e a desnecessidade de um suporte material tangível para se considerar a obra existente ou para a sua divulgação no ciberespaço, cria-se a possibilidade de reprodução de obras intelectuais, em questão de segundos, permitindo com mais facilidade a violação dos direitos autorais.

A obra multimídia pode ser entendida como qualquer combinação de texto, arte gráfica, som, animação e vídeo transmitidos pelo computador (CARBONI, 2003, p.14). Noutro dizer, a multimídia envolve na sua criação a junção de diversas formas de obras e, por ter esta conotação informática, para a sua execução ou viabilidade, faz-se necessário também à existência de um *software*.

Nesse passo, o suporte de fixação da obra multimídia também passa por um repensar, pois tanto poderá ser tangível como intangível, sendo representado pela linguagem binária dos computadores, como ocorre nas redes de informação. Esta forma de suporte intangível recebe tutela do direito autoral, a despeito das dificuldades relacionadas com esse suporte de fixação e da necessidade de sua regulamentação específica.

A propósito, os estudiosos ressaltam que o sentido da palavra multimídia ou multimédia, etimologicamente, "surge da justaposição do prefixo *multi (*em latim significa vários ou muitos) com a palavra *mídia* (que deriva da palavra latina *media* e significa meios) (CARBONI, 2003, p.76).

O jurista lusitano Alexandre Dias Pereira sustenta que:

A expressão multimédia quer, portanto, significar, desde logo, que obras ou partes de obras, criadas em diferentes meios (imprensa; fotografia, audiovisual; gravações sonoras etc) são incorporadas num único meio novo, i.e., incorporadas em formato digital. [...] a digitalização, isto é, a tradução de todos os sinais, todas as formas de informação, sejam palavras, números, sons, imagens fixas ou em movimento, em bits, ou seja, num código binário, está no centro do atual fenômeno multimédia. [...] Com efeito, o médium não é múltiplo, mas antes único. E esse *medium* é o digital, quer se trate de produtos distribuídos no mercado "fora de linha" (por ex., vídeo a pedido), quer se trata de serviços prestados em linha nas redes digitais globais (WWW, Internet). (PEREIRA, 2001, p.21).

Ascensão citado por Carboni (2003, p.76) preleciona que a expressão multimídia é errônea, porquanto nela não existem vários meios, mas sim vários tipos de obras (textos, imagem, som) em um único meio, como por exemplo, no CD-ROM, ou as redes de informação, razão pela qual seria preferível a adoção, como apregoa Pierre Lévy (2000), da expressão Unimídia ou Unimídia Multimodal.[1]

Quanto ao conceito supracitado é válido distinguir as várias denominações sustentadas pelos autoralistas. Para Henrique Gandelman (2001, p.148), o termo multimídia refere-se basicamente à interatividade de dados digitalizados contidos em um único suporte material. O referido autor afirma que o termo em análise não comporta o emprego para designar um evento no qual várias formas de comunicação estão simultaneamente presentes, posto que mais apropriado seria dizer, espetáculo de múltiplos veículos, pois nesta hipótese cada obra expressa por si mesma um conteúdo preestabelecido e independentemente produzido. (BORGES, 2006).

Carboni (2003, p.77) pugna que a multimídia é a combinação de duas ou mais formas digitalizadas de expressão artística (texto, imagens ou sons), transmitidas pelo computador por intermédio de um programa de computador, sendo caracterizado pela conjugação de arte (os textos, as imagens e os sons digitalizados) e técnica (o *software* que faz o sistema funcionar).

Para Lisieux Borges (2006), as definições dadas pelos autores sobreditos são defensáveis, dado que com o advento dos meios digitais houve uma maior facilidade de conjugação de diferentes expressões de obras em um mesmo meio. Não obstante, segundo a autora, a conjunção de obras, tais como, texto e imagem; imagem e som, ainda que pela tecnologia analógica, não deixam de ser obras multimídia, contudo, sem olvidar o espetacular acréscimo de interatividade das obras em comento a partir dos avanços da tecnologia digital.

Resulta disso que o termo multimídia relaciona-se com a interatividade, que pode ser compreendida como "o diálogo travado entre usuário e o computador", na expressão de Carboni (2003). A acepção da interatividade também é adotada no sentido de multimídia interativa como contraponto de multimídia linear, sendo que na obra interativa o usuário pode controlar quando e quais elementos serão transmitidos e na segunda o usuário recebe a obra sem a possibilidade de intervenção no seu manuseio.

Outra questão que envolve a obra multimídia é a pluralidade de autores em grande parte destas obras, tornando a autoria bastante diluída. Além disso, em razão da interatividade possível em algumas obras, o próprio usuário participa do processo de criação da obra final exteriorizada.

Leonardo Poli (2006, p.138-139) ressalta que a diluição da autoria é um problema alarmante ocorrente na esfera das obras digitais, em que a "perda da autonomia do autor gera, contudo, uma espécie de despersonalização da obra, uma vez que a criação informática, por exigir a reunião de várias técnicas, dificilmente será individual."

A diluição do autor na multimídia decorre da interatividade do usuário ante a confusão entre o criador e o próprio usuário para averiguar quem é o autor, ou então, não será possível determinar quem o seja. Por exemplo, o *designer* da multimídia que se utiliza de desenhos de outros autores como base para o seu, sendo impossível saber se houve ou não utilização de uma obra originária, bem como em se tratando de obras coletivas nas redes de informação exsurge a possibilidade de "autoria montagem".

Entende-se que nas redes de informação a figura do autor como um ser individualizado está propensa ao esgotamento, pela contínua formação de obras de autoria coletiva, o que implicará o repensar do Direito do autor nos parâmetros atuais, sendo este mais um categórico desafio a ser enfrentado pelos cultores do direito de propriedade tecnodigital.

Nesse sentido, Pierre Lévy citado por Carboni (2003, p.174) propugna que "na internet tudo ocorreria como se os usuários estivessem em construção, de maneira ininterrupta, de uma única e imensa obra coletiva."

Comporta a transcrição do excerto da lavra Alexandre Pereira, sobre a posição dos teóricos acerca da diluição do Direito de autor num Direito da informação:

> [...] Isto é, o direito de autor seria apenas uma das formas de proteção de conteúdos informativos, que seriam explorados, à escala global, nos sistemas eletrônicos de informação multimedia. No ambiente digital em rede, a informação seria matéria prima, sendo protegida a sua exploração mercantil através do direito da informação. Haveria, certamente, informação sensível. O direito de autor, juntamente com a protecção dos dados pessoais, teria por função tutelar aspectos remanescentes da pessoa humana. Tudo isto, porém, seria diluído numa nova categoria: o direito da informação; ou, numa nota mais tecnológica, o direito das tecnologias da informação. (PEREIRA, 2001, p.38).

Desta feita, a obra digital multimídia pode ser criada através de múltiplas formas de expressão. Assim, sendo elaborada por um único autor (responsável pelo texto, pelo som, figuras e o próprio *software*) a autoria da obra digital é disciplinada pela legislação autoral em vigor. Todavia, "em razão dessa diversidade de obras, o mais comum é que diversas pessoas participem da constituição da obra multimídia, que poderá se originar por colaboração, coletivamente ou por obras criadas para outrem." (BORGES, 2006).

Outra problemática diz respeito à questão do suporte de fixação da obra multimídia, que poderá ser tanto tangível, quanto intangível, cabendo questionar se no caso do suporte intangível estaria presente a exteriorização em vista da condição de requisito essencial (pressuposto) para a tutela autoral.

Os teóricos autoralistas afirmam pela aplicação da tutela autoral, pois os ditames legais não estabelecem que o suporte seja de existência permanente o que, por consequência, não desnatura a obra multimídia disponibilizada na rede mundial de computadores, uma vez que a tecnologia digital não modifica o ato criativo em sua essência.

A tecnologia digital prescinde do suporte físico. Sendo a obra digital uma informação constituída pelo código binário do computador, ela não necessita de um suporte físico para existir. Logo, "a informação não se adequa à classificação material/imaterial já que pertence à ordem do acontecimento ou do processo." (CARBONI, 2003, p.142).

No que concerne à exteriorização da obra multimídia, impõe-se verificar os aspectos relacionados com a utilização da tecnologia digital. Notadamente, a tecnologia digital consiste numa espécie de codificação da informação. Vale dizer, vislumbra-se na utilização de um código binário (sequência de dígitos) para indicar qualquer quantidade e/ou espécie de informação. Isto é, como já frisado acima com a tecnologia digital, textos, imagens e sons podem ser fixados e transmitidos em uma mesma mídia (multimídia).

Por conseguinte, o hibridismo sobredito opera-se na configuração da obra multimídia, que se protege de acordo com cada um de seus componentes. Nos seguintes moldes ressaltados por Carboni (2003):

§ Por falta de uma proteção ampla, que tutele a obra multimídia de forma integral, a proteção do direito de autor da multimídia se dá por meio da tutela de cada um dos seus componentes individualmente (textos, sons, imagens, base de dados e software);

§ Os textos literários, artísticos e científicos e também os ícones são protegidos pelo direito de autor, conforme dispõe artigo 7º, inciso I da Lei 9.610/98, e o próprio título da multimídia é tutelado pelo artigo 10 da mesma Lei;

§ As composições musicais digitalizadas na multimídia são protegidas pelo direito de autor, conforme dispõe artigo 7º, inciso V da Lei 9.610/98. O autor levanta uma questão controvertida no que diz respeito à execução pública de obra multimídia que possua sincronização de composições musicais. Por execução pública da obra musical sincronizada em obra coletiva o autor entende tratar-se de execução conjunta, ou seja, "à execução da obra coletiva que, consequentemente, acarreta a execução da música nela inserida";

§ As imagens estáticas e aquelas em movimento são protegidas pelo direito de autor, conforme dispõe o artigo 7º, incisos VI, VII e VIII da Lei 9.610/98. A utilização de imagens de pessoas é obrigatoriamente necessária autorização por parte dos retratados, conforme disposto pela Constituição da República de 1988 (artigo 5º, inciso X e XXVIII, alínea "a"). Também é necessária autorização das entidades que participem de imagens de espetáculos ou de eventos esportivos incluídos na obra multimídia;

§ A base de dados é protegida pelo direito de autor de acordo com o artigo 7º, inciso XIII da Lei 9.610/98;

§ O programa de computador (ou software) está sujeito, no Brasil, ao regime de proteção de propriedade intelectual do direito autoral, conforme estabelece o artigo 2º da Lei de Software.

Cumpre registrar a posição do prof. Leonardo Poli conforme o qual a utilização da obra multimídia (digital) dispõe de especificidades que demandam um tratamento diferenciado das demais obras, demonstrando a insuficiência do tratamento da Lei de Direitos autorais "que se restringe a estender a proteção autoral à utilização digital das obras a teor do art. 29, inciso X, da LDA." (POLI, 2006, p. 136).

Destarte, vislumbra-se o movimento geral de digitalização que ocorre mediante a integração de todas as mídias, isto é, qualificando a "unimídia" em que as mídias separadas são unidas numa mesma rede digital integrada e interconectada como sucede na órbita da convergência tecnológica.

Nesse panorama, avalia-se que a adaptação do direito de autor à diferença quantitativa e qualitativa da tecnologia digital (com a mudança do paradigma tecnológico do analógico para o digital) exige a reconceitualização do instituto pelo exame dos princípios fundamentais do direito de autor a fim de compreender a abrangência e complexidade dos problemas que a informática e tecnologia digital põem ao direito de autor, tal como ocorre no âmbito das obras multimídias.

3 INTEROPERABILIDADE

Na perspectiva da compreensão do regime jurídico dos direitos de propriedade intelectual, pautada na hermenêutica constitucional, cumpre analisar a interoperabilidade, no que concerne às criações intelectuais desenvolvidas no campo da tecnologia informática.

Consoante Alexandre Pereira (2001), a interoperabilidade pode ser entendida como a aptidão para promover o intercâmbio de informações. Nesse sentido, é objeto de análise a

[...] interconexão e interação lógica e, quando necessária, física, no sentido de permitir o funcionamento conjunto de todos os elementos do suporte lógico e do equipamento com outros suportes lógicos e equipamentos, e com os utilizadores, e todas as formas de funcionamento previstas. (PEREIRA, 2001, p. 643).

Dessa forma, a interoperabilidade é "a capacidade que possuem os aparelhos ou equipamentos que dela fazem parte de comunicarem-se entre si, independentemente de

sua procedência, ou do seu fabricante." (MENKE, 2005, p.59). Esta é a chamada interoperabilidade vista em seu aspecto objetivo, isto é, relacionado à questão operacional.

Ocorre que existe um outro tipo de interoperabilidade, qual seja, a subjetiva, também denominada substancial ou jurídica. Esse tipo de interoperabilidade "invoca um fundo comum principiológico, de índole normativa, que faz com que os indivíduos envolvidos na comunicação ou transação eletrônica [...], confiem na utilização do serviço [...]" (MENKE, 2005, p. 127).

Assim, é buscado o alcance da segurança jurídica, por meio do conjunto de princípios e regras que regulamentam os sujeitos que se relacionam em meio eletrônico, além das criações tecnológicas que acabam por interagir. Assim, a interoperabilidade substancial diz respeito à efetiva confiança e segurança na integração dos processos, que possibilitem o funcionamento conjunto e a intercompreensão entre sistemas, além da identificação dos respectivos usuários, quando necessário, através do emprego de certificação digital.

Logo, a interoperabilidade deve ser observada, não somente no plano das interfaces programas-programas e programas-equipamentos, mas também no novo cenário paradigmático digital, marcado pela rede em âmbito global, com a conseqüente circulação de dados.

No âmbito da contratação em meio eletrônico, a interoperabilidade é pressuposto inarredável para a promoção do acesso e da integração da coletividade.

Tal conjectura interpretativa do regime estudado determina a observância dos ditames da boa-fé objetiva, quando os direitos de propriedade intelectual integrarem o objeto da relação jurídica contratual.

O princípio da boa-fé objetiva impõe que, no contrato, sejam asseguradas as expectativas mínimas das partes, desde que, legítimas, para garantir a utilização da criação protegida pelo regime dos direitos de propriedade intelectual no âmbito da vida privada, com reserva da liberdade que integra o conteúdo do direito à intimidade, ambos, direitos fundamentais de índole constitucional.

O ordenamento jurídico nacional sinaliza a tendência da busca pela interoperabilidade, na medida em que impõe que, para serem presumidas verdadeiras as declarações constantes em documentos eletrônicos, é imprescindível o emprego, em sua produção, de processo de certificação disponibilizado pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. Significa que o documento deve ser assinado digitalmente, a partir da tecnologia da criptografia assimétrica, sendo que a chave pública deve ser necessariamente certificada por uma Autoridade Certificadora ligada à Autoridade Certificadora Raiz do país que, no caso é o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação:

Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§ 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil. (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001).

Essa padronização, que se dá por meio da exigência de uma tecnologia específica, para integração no processo coordenado pela ICP-Brasil, justifica-se em razão do interesse público na firmação e execução de contratos eletrônicos. A própria idéia de uma infra-estrutura centralizada e oficial visa a possibilitar a comunicação e, assim, viabilizar a formação de contratos eletrônicos. Fabiano Menke esclarece:

As razões para que haja uma infra-estrutura que congregue número maior possível de pessoas e entidades são simples e facilmente perceptíveis. É justamente para que haja possibilidade de comunicação entre os envolvidos, ou, meramente, a possibilidade de pronto acoplamento. A infra-estrutura uniforme evita que sejam aplicadas soluções díspares por cada indivíduo. (MENKE, 2005, p. 57).

Ainda como expressão do interesse público no regime jurídico da propriedade intelectual, a interoperabilidade desponta para viabilizar o acontecimento do processo eletrônico, sendo que, nesse sentido é necessário estabelecer padrões de interoperabilidade.

Nesse sentido, a Lei n.º 11.280, de 16 de fevereiro de 2006 (BRASIL, Lei n. 11.280, 2006), que acrescentou o parágrafo único no art. 154 do Código de Processo Civil[2] (BRASIL, 1973), vinculou a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos ao atendimento dos requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade, assim definidos pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

Nisso, Leal (2008) reforça a alegação da necessidade de se buscar a interoperabilidade entre os *softwares* no Poder Judiciário, uma vez que em nome da celeridade processual, referida inclusão tecnológica no Direito restaria impossibilitada de funcionar, haja vista, que seriam formadas verdadeiras "ilhas informáticas" com a adoção, pelo Estado de um *e-government*, que não utiliza padrões uniformes na interação entre os sistemas informáticos.

Diante do reconhecimento do interesse público que paira sobre os direitos de propriedade intelectual, assim como do caráter subjetivo que pode ser reconhecido a estes direitos, impõe-se a observância da sua função social. A interoperabilidade, por sua vez, é importante mecanismo de promoção da efetividade dos direitos e princípios constitucionais.

Portanto, a interoperabilidade é tendência nitidamente identificável, para a construção evolutiva do direito aplicável à propriedade intelectual, vez que pode ser capaz de

possibilitar a evolução tecnológica, a democratização da informação e da cultura. A busca pela interoperabilidade compõe os objetivos maiores do Estado Democrático de Direito, na medida em que o bem comum e o interesse público hão de prevalecer sobre os interesses individuais e o exercício dos direitos subjetivos pertinentes à propriedade intelectual.

4 PIRATARIA E MECANISMOS TÉCNICOS E JURÍDICOS DE PROTEÇÃO

Com o advento da chamada Sociedade da Informação[3] e o incremento da tecnologia da informação e das inovações digitais no contexto sócio-econômico contemporâneo, ocorreu aumento expressivo da violação aos Direitos da Propriedade Intelectual, tornando-se imprescindível a proteção em face da utilização de obras sem autorização do autor ou respeito aos Direitos Autorais.

Tal fenômeno deu-se através do surgimento e difusão cada vez mais rápida de novas formas de utilização das criações intelectuais, as quais estimularam a ofensa aos Direitos da Propriedade Intelectual, e, consequentemente, impulsionaram a criação de novos mecanismos de proteção.

Jose Carlos Costa Netto expõe com clareza o referido contexto ao explicitar que "a evolução dos meios de comunicação e a conseqüente diversidade e aplicação do acesso público às obras intelectuais consiste, atualmente, no grande desafio à defesa da propriedade intelectual em todas as suas vertentes." (NETTO COSTA, 1998, p.17).

Nesse cenário, uma das modalidades mais expressivas de violação aos referidos Direitos é a chamada *pirataria*. Na contemporaneidade, em face do desenvolvimento tecnológico mundial, sua inserção tem-se cada vez mais presente na sociedade, gerando inúmeros prejuízos econômicos aos titulares dos Direitos da Propriedade Intelectual, bem como, causando redução na criação de empregos, recolhimento de tributos e no desenvolvimento de tecnologias mais avançadas.

Henrique Gandelman define pirataria, *in verbis:*

Chama-se vulgarmente de pirataria a atividade de copiar ou reproduzir, bem como utilizar indevidamente – isto é, sem a expressa autorização dos respectivos titulares – livros ou outros impressos em geral, gravações de sons e/ou imagens, software de computadores, ou ainda, qualquer outro suporte físico que contenha obras intelectuais legalmente protegidas. (GANDELMAN, 2001, p.86)

Na mesma linha de intelecção, Bruno Caldas Aranha explicita que "a 'pirataria' pode ser conceituada, ainda que de forma resumida, como a fabricação, oferecimento e

comercialização de produtos e serviços com violação a direitos de propriedade intelectual, com o intuito de lucro direto ou indireto." (ARANHA, 2007, p.22).

Bruno Jorge Hammes expõe que a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) define pirataria em seu glossário como "[...] a reprodução de obras publicadas ou fonogramas por qualquer meio adequado visando à distribuição ao público e uma reemissão de uma radiodifusão de uma pessoa sem a correspondente autorização." (HAMMES, 2002, p.203).

A pirataria apresenta-se, assim, como um ato de realização de cópia indevida de obras intelectuais legalmente protegidas, a qual, não possui autorização dos respectivos titulares da propriedade intelectual. Destaca-se que a pirataria envolve a violação de Direitos da Propriedade Industrial, de Direitos Autorais (e, por conseguinte, de Direitos Conexos), e por fim**,** do *software* (ARANHA, 2007, p.22).

O aumento expressivo do alcance da pirataria no meio eletrônico a partir da difusão de novas tecnologias ligadas a propriedade intelectual, é comprovado pela propagação crescente da pirataria 'via Internet', a qual tem atingido marcas, obras e, mais recentemente, lesionado, inclusive, Direitos Morais (PAESINI, 2007, p.72).

Destaca-se que, a Constituição da República de 1988, estabeleceu em sentido amplo, como garantia fundamental, a proteção aos Direitos de Propriedade Intelectual, em seu artigo 5º, incisos XXVII e XXIX. Posteriormente, deu-se a regulamentação da proteção constitucional de forma específica, através da promulgação de um conjunto normativo, cujo objetivo primordial foi estabelecer, pormenorizadamente, a proteção da propriedade intelectual no país, através da Lei 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), da Lei 9.609/98 (Lei de Software) e da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais).

Ademais, o Brasil é signatário de vários Tratados Internacionais relativos à efetivação dessa proteção, dentre os quais, a Convenção da União de Paris para a proteção da Propriedade Industrial (Decreto 1.263/94), A Convenção de Berna para a proteção dos Direitos Autorais (Decreto 76.905/75) e o TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* – Decreto 1.355/94). (ARANHA, 2007, p.22-23).

A referida proteção buscou permitir a implementação do desenvolvimento tecnológico no país, correlacionando-o com a observância precípua à proteção aos Direitos da Propriedade Intelectual, visando, assim, a proporcionar o incentivo da criação intelectual e o acesso aos bens culturais e à informação pela sociedade.

Contudo, o sistema protetivo da propriedade intelectual no Brasil não conseguiu impedir a proliferação da pirataria nas últimas décadas, demonstrando-se, assim que o arcabouço jurídico demanda por alterações pontuais, que venham a implementar regulamentações especificamente voltadas para o controle efetivo das novas tecnologias.

Elisângela Dias Menezes discorre com proficiência acerca dos motivos ensejadores da disseminação da pirataria na sociedade contemporânea:

São muitos os motivos que parecem favorecer a prática da pirataria. Sob o ponto de vista jurídico, falta fiscalização e repressão por parte dos agentes públicos. [...] Por fim, à própria legislação falta eficácia no sentido de coibir a pirataria, seja por causa da brandura das sanções previstas, seja por causa da ausência de regulamentação específica sobre as novas tecnologias (MENEZES, 2007, p.127-128).[4]

Portanto, é fundamental a elaboração de novos mecanismos de proteção, visando a coibir a disseminação da pirataria e os prejuízos advindos desta à propriedade intelectual. Isto porque, o ambiente digital e a introdução de novas tecnologias desafiam os mecanismos de proteção técnicos e jurídicos, bem como, o exercício dos Direitos Intelectuais relativos a estes.

[...] o comércio eletrônico de criações intelectuais tem determinado a aplicação de dois tipos de mecanismos de proteção: as chamadas *medidas tecnológicas* ou *proteções técnicas* e os *mecanismos legais* destinados a salvaguardar a utilização desses recursos técnicos (SANTOS, 2001, p.148).

Nesse escopo, Alexandre Dias Pereira, destaca as chamadas "proteções periféricas", presentes no Direito Português, e que consistem:

[...] em medidas de proteção que os Estados devem tomar, em suas respectivas legislações nacionais, contra pessoas que ponham em circulação ou estejam na posse, para fins comerciais, ou de uma cópia de um programa de computador, ou de meios cujo único objetivo seja facilitar a supressão não autorizada ou a neutralização de quaisquer dispositivo técnico, eventualmente, utilizado para a proteção de um programa (PEREIRA, 2001, p.695).

Essencialmente, essas medidas de proteção têm por finalidade especial combater o que, na acepção anglo-saxônica, chama-se de *Secondary Infringements*, isto é, atos comerciais de concorrência. Entretanto, o referido autor lusitano observa que a adoção dessas medidas em âmbito generalizado acaba inserindo no centro dos Direitos Autorais uma lógica totalmente empresarial, que se torna cada vez mais evidente na contemporaneidade. Por isso, pode-se concluir que esse conjunto de regras dos sistemas de proteção pertence muito mais ao sistema *copyright* do que o sistema de *droit d'auteur*, sendo que neste último sistema a matéria é deixada ao regime da concorrência desleal.

O Livro Verde 1988, em Portugal, já se referia ao problema da proteção jurídica de sistemas técnicos de proteção e identificação, definindo o termo pirataria como "reprodução não autorizada de obras protegidas pelo direito de autor ou pelos direitos conexos, para fins comerciais, bem como todas as subseqüentes transações comerciais de tal reprodução" (PEREIRA, 2001, p.697), abrangendo ainda, a fixação não autorizada de prestações artísticas e a posterior comercialização de cópias de tal fixação.

Nesse sentido, a pirataria afeta, sobretudo, os titulares de Direitos Intelectuais sobre livros, programas de computador, desenhos e modelos, fonogramas, filmes e outros videogramas, emissão de radiodifusão e transmissões por cabo, sendo agravada pelas novas tecnologias de reprodução. Assim, a introdução no mercado de aparelhos digitais, potencializa a pirataria na medida em que é possível a mesma qualidade de som que o disco compacto.

Alexandre Dias Pereira aponta como solução para esse problema a adoção de medidas de proteção preventivas, considerando a possibilidade de "limitar a venda de aparelhos de cópia de cassetes digitais aos utilizadores profissionais, sujeitando a venda e detenção do equipamento a uma licença a emitir por uma autoridade pública, que controlasse a sua utilização" (PEREIRA, 2001, p.698).

A criação de um registro de direitos sobre obras protegidas num sistema informatizado, bem como a adoção de providências cautelares de busca e apreensão de cópias piratas e dispositivos de pirataria favorecem a tutela do investimento considerável de tempo, esforço e dinheiro necessários à criação de tais obras.

Demais disso, acreditava-se que paralelamente ao surgimento das tecnologias de registro digitais seriam também desenvolvidos dispositivos técnicos capazes de impedir e controlar a reprodução de materiais registrados.

Porém, a utilização desse meio afetaria "o equilíbrio de interesses entre titulares de direitos, produtores de equipamentos e os consumidores" (PEREIRA, 2001, p.700), uma vez adquirida uma obra, tendo o titular dos direitos recebido remuneração, seria possível reproduzir essa fonte ou transmissão para uso privado, não prejudicando indevidamente essa reprodução, isto é, a exploração normal da obra. Por isso, para Alexandre Dias Pereira a produção, comercialização e importação dos aparelhos de reprodução digitais deveriam ser proibidas, a menos que se estabelecessem normas de especificações técnicas, a fim de não permitir a reprodução privada em série.

Contudo, a utilização dessas medidas de proteção de forma generalizada suscita o problema da criação de "novos monopólios de informação" (PEREIRA, 2001, p.702), acarretando sérios problemas em relação à proteção de direitos fundamentais, tais como a privacidade e dos dados pessoais dos usuários dos bens intelectuais referidos.

Nessa seara, destaca-se a presença do chamado direito de acesso ou direito de controlar o acesso (*accessright*) o qual se apresenta como o mecanismo que permite "a adequada compensação do provedor e estabelece o justo equilíbrio entre o direito de propriedade e o direito do público à informação", através do "controle de acesso e uso dos recursos de informação disponibilizados na rede digital." (SANTOS, 2001, p.160).

Naturalmente, por fim, por razões metodológicas, importa ressaltar que esse debate acerca da gestão eletrônica de direitos em face da pirataria demanda uma abordagem mais ampla que transcende os objetivos do trabalho sob exame. Por sua vez, o desiderato é expor o conflito de direitos envolvidos nessa matéria que desafia a normativa aplicável aos Direitos Intelectuais na contemporaneidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos de Propriedade Intelectual possuem fundamental destaque no contexto das sociedades contemporâneas, seja, devido à necessidade crescente de desenvolvimento tecnológico, seja, pela necessidade de reconhecer a importância da tutela das expressões do espírito e da personalidade humana.

Entretanto, os regimes jurídicos existentes apresentam-se insuficientes a tutelar juridicamente as criações frutos do avanço tecnológico, que por possuírem características de ambos (hibridismo), não se enquadram, com exclusividade, em nenhum dos citados regimes (propriedade industrial e direitos autorais), permitindo, assim, violações aos Direitos de Propriedade Intelectual, principalmente, causados por atos de pirataria, o que impulsionou a criação de novos mecanismos de proteção.

Nesse contexto, a interoperabilidade destaca-se como mecanismo imprescindível ao combate à pirataria, no intuito de permitir o adequado uso privado destes Direitos, e como meio viável de superação dos conflitos relacionados, principalmente, na utilização das obras digitais.

Isto porque, a referida proteção ao uso privado dos Direitos da Propriedade Intelectual, busca permitir a implementação do desenvolvimento tecnológico no país, correlacionando-o com o incentivo da criação intelectual e o acesso aos bens culturais e à informação pela sociedade.

Portanto, diante dos efeitos e consequências sócio-econômicas alinhavados pela prática da pirataria na sociedade contemporânea, faz-se necessária à implementação de novos mecanismos técnicos e jurídicos de proteção aos Direitos da Propriedade Intelectual, de sua criação, através de legislações com regulamentação especificamente voltadas às novas tecnologias digitais e o desenvolvimento de mecanismos de proteção aos referidos Direitos, visando a coibir os inúmeros prejuízos advindos da pirataria.

Contudo, deve-se sempre considerar os direitos e garantias fundamentais e, portanto, os preceitos de ordem pública, esculpidos na Constituição da República de 1988, devendo prevalecer o interesse público e o resguardo ao uso privado da obra, como direito que integra o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.

6 REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARANHA, Bruno Caldas. O combate à “pirataria” e a proteção nacional aos direitos autorais. In: PIMENTA, Eduardo Salles (Coord.). **Direitos autorais:** estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.23-34.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 754p.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias. **Revista de Direito Autoral**, São Paulo, ano 1, número 1, p.3-33, ago. 2004.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação.** Coimbra: Almedina, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor.** 4. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BORGES, Lisieux Nidimar Dias. **Obra multimídia e a era digital**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006. Notas de aula.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. In: SOUZA, Carlos Fernandes Mathias de. Direito autoral. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.138-172.

BRASIL. Lei n. 10406/2002. **Código Civil brasileiro de 10 de janeiro de 2002**. *DOU*, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 out. 1988. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL Lei n. 9609/1998. **Lei do Software de 19 de fevereiro de 1998**. *DOU*, Brasília, 19 fev. 1998.

BRASIL. Lei n. 9610/1998. **Lei de Direitos Autorais de 19 de fevereiro de 1998**. *DOU*, Brasília, 20 fev. 1998.

BRASIL. Lei nº 11.280, de 16 de fev. 2006. Diário Oficial da União. Brasília, 17 fev. 2006, p. 2. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 jan. 2007.

BRASIL. Lei nº10.406, de 10 jan. 2002. **Código civil**. Disponível em: . Acesso em: 18 jan. 2007.

BRASIL. Lei nº5.869, de 11 jan. 1973. Código de processo civil. Disponível: em . Acesso em: 18 jan. 2007.

BRASIL. **MPV nº 2.200-2/2001 (MEDIDA PROVISÓRIA), de 24 ago. 2001.** Diário Oficial da União. Brasília, 27 ago. 2001, p. 65. Disponível em: . Acesso em: 18 jan. de 2007.

CARBONI, Guilherme Capinzaiki. **O direito de autor na multimídia**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

COSTA NETTO, Jose Carlos. **Direito autoral no Brasil.** São Paulo: FTD, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil:** teoria geral. 6.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FIUZA, César. Crise e interpretação no direito civil*:* da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIUZA, César*;* NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 23-59.

GANDELMAN, Henrique. **De gutenberg à internet**: direitos autorais na era digital. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GERVAIS, Daniel. Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: o "teste dos três passos" reversos. In: POLIDO, Fabrício; JR., Edson Beas Rodrigues (Org.) **Propriedade intelectual**: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. In: FIUZA, César*;* NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil:** atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 93-114.

LEAL. AUGUSTO CESAR DE CARVALHO. A MULTIPLICIDADE DE CREDENCIAMENTOS E A FALTA DE INTEROPERABILIDADE DOS SOFTWARES DOS TRIBUNAIS COMO AMEAÇA AO SUCESSO DO PROCESSO JUDICIAL TELEMÁTICO NO MODELO DOGMÁTICO BRASILEIRO. DISPONÍVEL EM HTTP://WWW.AMBITOJURIDICO.COM.BR/SITE/INDEX.PHP?N_LINK=REVISTA_ARTIGOS_LEITURA&ARTIGO_ID=1644. ACESSO EM 06 DE MAIO DE 2008.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2000.

MARCACINI. Augusto Tavares Rosa; COSTA. Marcos da.**Questões sobre a vigência do parágrafo "único" do artigo 154 do CPC.** Março de 2007**.** Disponível em:http://augustomarcacini.cjb.net/index.php/DireitoInformatica/Artigo154CPC. Acesso em: 06 de maio de 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENKE, Fabiano. **Assinatura eletrônica**: aspectos jurídicos no direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de direito autoral.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual.** 3.ed., Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAESINI, Liliana Minardi. **Direito de Informática:** comercialização e desenvolvimento internacional do software. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

POLI, Leonardo Macedo. **A tripartição da propriedade intelectual e o princípio da funcionalidade como pressuposto de sua legitimidade**. 2006. 167f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de Direito Virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. O direito autoral na internet. In: GRECO, Marco Aurelio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). **Direito e internet:** relações jurídicas na sociedade informatizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.137-162.

[1] Para Lévy o termo multimídia designa que emprega diversos suportes ou diversos veículos de comunicação, referindo-se a duas tendências do sistema de comunicação contemporâneos relativos à multimodalidade e à integração digital. Esses conceitos são suficientemente trabalhados no itinerário da pesquisa jurídica ora delineada.

[2] Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, preencham-lhe a finalidade essencial. Parágrafo único. Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.

[3] A expressão "Sociedade da Informação" é geralmente associada à chamada tecnologia da informação, que ainda é conhecida em alguns países, incluindo o Brasil, como informática. Mas a verdade é que outras inovações tecnológicas, sobretudo no campo das telecomunicações, contribuíram também para o surgimento desse novo ambiente. (SANTOS, 2001, p.138).

[4] Nesse mesmo sentido, Bruno Jorge Hammes destaca as circunstâncias que favorecem a pirataria, dentre as quais: a) a inexistência de um adequado nível de proteção legal (nacional e internacional); b) a falta de vigência efetiva desses instrumentos por escassa ou nenhuma aplicação por parte dos tribunais e ausência de sensibilidade adequada; c) a falta de promoção de ações judiciais antipirataria; d) a ausência de sociedades de autores que defendam os seus interesses; e) a inexistência de indústrias regulares de produtos culturais que fazem com que os piratas ocupem o vazio; f) o alto custo dos produtos legítimos e a disponibilidade cada vez maior de tecnologia, com grande grau de fidelidade. (HAMMES, 2002, p.205).

DIREITO INTELECTUAL E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE OS NOVOS PARADIGMAS*

DIRITTI E SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE: RIFLESSIONI SULLE NUOVE COSTRUZIONI.

Sávio de Aguiar Soares
Alberto Vizzotto

RESUMO

O trabalho tem o objetivo de delinear o estudo do Direito da Propriedade Intelectual que compreende a criação do espírito humano que se rege pelos interesses materiais do indivíduo como modo de exteriorização de pensamentos, sensações, sentimentos, conhecimentos. Estes são essenciais para o exercício do direito subjetivo autoral enquanto emanação da paternidade da obra intelectual, tendo em vista a nova ordem jurídica do Estado Democrático de Direito que corrobora a tutela autoral em questão. A regulamentação da atividade criadora das produções artísticas, científicas e literárias proporciona ao próprio criador intelectual, enquanto objeto de propriedade de ordem material e moral reconhecido socialmente, o exercício de um monopólio que deve ser compatibilizado com o interesse público ante os objetivos de índole cultural da humanidade. Nesse passo, o presente estudo tem por fito deslindar a temática que diz respeito aos aspectos gerais relativos aos direitos de autor a partir da interação entre os dispositivos da Lei de Direitos Autorais e os mandamentos constitucionais que erigem os direitos autorais à condição de direitos humanos fundamentais. Portanto, o propósito é buscar uma interpretação dos conflitos entre o Direito autoral e o direito de acesso à informação e à cultura no sentido da relativização dos direitos de autor a fim de estabelecer o equilíbrio entre os direitos do criador e o conjunto da sociedade que deve ter assegurado o direito de acesso à informação, à educação, à ciência, à tecnologia e ao domínio público em especial acerca dos novos paradigmas decorrentes da denominada sociedade da informação, considerando as transformações da democracia e moralidade no contexto global em que se insere a propriedade intelectual.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO INTELECTUAL; OBRA DIGITAL; DIREITO DE ACESSO; SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.

RIASSUNTO

Questo lavoro ha come obiettivo delineare lo studio del diritto della proprietà intelettuale che ingloba la creazione dello spirito umano che se regola per l´interessi materiali dello individuo come modo di dire i pensieri, sensazioni, sentimenti, conoscimenti. Questi sono abbastanza importanti per l'esercizio del diritto d'autore come frutto della paternità della opera intelettuale, poichè la nuova ordine giuridica

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

dello Stato Democratico del Diritto in esame in questo lavoro. La regulamentazione della attività di creazione di produzione di valore artistico, scientifico e letterario proporziona per creatore intellettuale mentre oggetto di proprietà di ordine materiale e morale socialmente conosciuto l'esercizio di un monopolio che deve essere armonizzato con l´interesse pubblico davanti obiettivi di carattere culturale della umanità. Perciò questo studio ha come principale obiettivo vedere aspetti generali su diritti d´autore mediante interazione tra Legge di Diritti d´autore e norme costituzionale che fa il diritto d´autore come diritto umano fondamentale. Pertanto, possiamo dire che l'obiettivo è cercare un'interpretazione dei conflitti tra diritto d'autore e diritto di accesso alla informazione e cultura nel senso di relativizzazione del diritto d' autore con il fine di fare l'equilibrio tra diritti del creatore e la società che deve avere sicuro il diritto di accesso alla informazione, educazione, scienza, tecnologia e anche al dominio pubblico in speciale su i nouvi situazioni che viene della denominata società della informazione dove sucede molti transformazioni nella democrazia e moralità nel consteto globale in quale vediamo la proprietà intelettuale.

PAROLE CHIAVE: DIRITTO INTELLETTUALE; OPERA DIGITALE; DIRITTO DI ACCESSO; SOCIETÀ DELL´INFORMAZIONE.

1 Conteúdo do Direito Intelectual

O Direito intelectual compreende na sua gênese os Direitos autorais e os Direitos industriais ambos envoltos no arcabouço da denominada propriedade imaterial (bens jurídicos intangíveis). Essa categorização lógico-jurídica é definida por intermédio da classificação das espécies de direitos subjetivos na órbita do Direito Privado, sendo relacionada com os conceitos derivados da evolução do racionalismo jurídico o que ensejou a tutela legal aos direitos emanados do intelecto humano.

Estes Direitos do homem enquanto criador intelectual afiguram-se nas criações do espírito, de cunho estético e/ou utilitário, conforme o caso, tendo em vista a possibilidade de exploração econômica pela elevada diversidade de usos das obras intelectuais na sociedade moderna em decorrência da valoração promovida pela ideologia liberal burguesa, com relevo para os movimentos políticos do liberalismo e do capitalismo, de que são também manifestações jurídicas as declarações políticas dos direitos do homem e do cidadão.

O Direito intelectual foi concebido em 1877 quando o jurista belga Edmond Picard preconizou a tese de inserção dessa nova categoria jurídica, em vista da insuficiência da clássica divisão tripartite dos direitos (direitos pessoais, direitos obrigacionais e direitos reais), sendo intitulada teoria dos direitos intelectuais, tendo sido adotada para elaboração da lei belga de 1886 que importou na sua aceitação por meio de convenções internacionais e, posteriormente, nas leis internas de vários países.

Exsurge uma diversidade de propostas de conceituação para o termo propriedade intelectual que se sobrepõem consoante os interesses e necessidades dos sujeitos de direitos correlacionados, seja dos criadores (titulares originários), seja dos titulares

derivados de direitos intelectuais e até mesmo dos intérpretes da normativa de regência. A posição mais usual reputa-o como o direito de propriedade, dotado de exclusividade como incentivo, que recai sobre as mais variadas e intangíveis formas de criação da mente humana resultantes do esforço intelectual. (LEITE, 2004).

Consoante José de Oliveira Ascensão (2004) a estratégica e controvertida expressão "propriedade intelectual" surgiu com o fito de preparar um entendimento favorável ao reconhecimento e expansão do direito de autor ante o advento da Revolução Francesa no século XVIII que emergiu para abolir privilégios. Nesse diapasão, a nomenclatura em comento teve um aspecto pragmático, a fim de situar os bens jurídicos protegidos no rol das propriedades, numa leitura de sacralização da propriedade individual à luz do liberalismo jurídico.

Ademais, a gênese dos direitos intelectuais em espécie constitui-se na criação do espírito humano que se rege pelos interesses materiais do indivíduo como modo de exteriorização da personalidade do autor (mediante pensamentos e a transmissão de sensações, sentimentos, conhecimentos, etc.), estabelecendo-se por instrumentos mecânicos tangíveis ou simplesmente perdurando na dimensão incorpórea do que se expressa (desprovido do emprego de suporte fático) de acordo com a necessidade do criador intelectual.

Bittar (2004) sustenta que os direitos intelectuais em espécie cumprem finalidades estéticas (de deleite, de sensibilização, de aperfeiçoamento intelectual, como nas obras de literatura, de arte e de ciência), bem como atende a objetivos práticos (de uso econômico ou doméstico, de bens finais resultantes da criação como móveis, máquinas, etc.), incorporando-se ao mundo do Direito em razão da diferenciação em dois sistemas jurídicos especiais quanto ao Direito de Autor e ao Direito de Propriedade Industrial.

O Direito de Autor em sentido objetivo é o ramo que regula as relações jurídicas decorrentes da criação intelectual e a utilização das obras protegíveis, desde que pertencentes ao campo da literatura, das artes e das ciências. O Direito Industrial aplica-se às criações de feitio utilitário, voltadas para a satisfação das necessidades humanas imediatas, sendo dotadas de uso empresarial, afigurando-se nas patentes (invenção, modelo de utilidade, modelo industrial e desenho industrial), marcas (de indústria, de comércio, ou de serviço e de expressão ou sinal de propaganda), indicações geográficas e cultivares (para as variedades vegetais).

Assim, a justificativa teleológica para a bipartição do Direito intelectual fulcra-se na valoração dos bens de natureza utilitária cujo interesse mais imediato para a vida humana submete-lhes a um prazo menor de exclusividade do criador.

Em contrapartida, os direitos decorrentes das criações do espírito que atendem os requisitos necessários voltados para o aprimoramento cultural são munidos de maior alcance social o que exige lapso de proteção patrimonial estendido.

É inteligível que o Direito intelectual conceitua-se como propriedade imaterial ou incorpórea na qualidade de gênero, tendo como espécies ou ramos: os direitos autorais (direito de autor e direitos conexos), os direitos de propriedade industrial, além dos direitos de propriedade tecnodigital.

Vale dizer, Leonardo Poli (2006a) propõe a ressistematização com a tripartição da propriedade intelectual em três ramos, quais sejam, propriedade industrial, direito autoral e propriedade tecnodigital, que comungariam das mesmas normas fundamentais na direção de conceber uma Teoria Geral da Propriedade intelectual e a partir disso oportunizar a reaproximação ao Direito civil às normas constitucionais fundamentais. De modo que, essa nova categoria jurídica versaria sobre a aplicação do direito autoral em vista da tecnologia digital que tem ocasionado mudanças cruciais na seara da propriedade intelectual.

Cuida-se de uma nova compreensão da propriedade intelectual. O impacto da tecnologia digital no processo de massificação e acesso às obras intelectuais traduz uma nova realidade que demanda da legislação, da doutrina jurídica e da jurisprudência um exame renovado no sentido de debelar a propalada crise existente nas instituições autoralistas clássicas em prol da harmonização entre a sociedade da informação e os Direitos autorais.

Esse ramo do Direito intelectual em comento seria responsável pela tutela das novas formas de utilização das obras, ante o desenvolvimento tecnológico, com base na possibilidade de fixação das obras em suporte digital, da codificação de qualquer modalidade de obra em representação digital (armazenamento digital), da rapidez no fluxo das informações (compartilhamento pela rede mundial de computadores) e divulgação das obras, assim como no aparecimento de novas categorias de obras intelectuais etc.

O acordo TRIPS (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights)* ou Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC) emergiu no cenário internacional no sentido de reconhecer a extrema importância da propriedade intelectual para o desenvolvimento socioeconômico-cultural da humanidade.

Flávia Piovesan (2008) esclarece que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, simboliza o marco jurídico da transição democrática e do avanço na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, neste contexto consagrou, de um lado, a vertente protetiva ao direito exclusivo do autor/inventor e, de outro, a homenagem ao interesse social e ao desenvolvimento nacional, diante do que exsurge a necessidade de ponderação dos bens constitucionalmente tutelados.

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) criada em 1967 é um dos organismos especializados da Organização das Nações Unidas (ONU), sendo responsável pela administração da Convenção de Berna para proteção das obras literárias e artísticas. Essa entidade apregoa que a propriedade intelectual compreende os Direitos de autor e os que lhe são conexos, programas de computador, bancos de dados, marcas, patentes e a concorrência desleal. De acordo com Isabella Pimentel (2008) integra os objetivos da OMPI a proteção à propriedade intelectual em todo o mundo e em cooperação com os Estados-Membros.

A razão de ser dos Direitos do Intelecto funda-se na tutela jurídica que se exige nos tratados e convenções internacionais, assim como nas legislações internas da maioria dos países integrantes da Organização Mundial do Comércio (OMC), entidade supranacional criada em 1995, cujos Estados-membros em sua totalidade são signatários

da Convenção da União de Paris (CUP) alusiva aos direitos industriais de 1883, bem como da Convenção de Berna relativa aos Direitos Autorais datada de 1886, com suas respectivas revisões posteriores.

O denominado sistema de proteção da propriedade intelectual mundial é composto pelas entidades supracitadas, de modo que a OMPI atua na harmonização legislativa do direito de propriedade intelectual e a OMC cuida dos aspectos relacionados ao comércio internacional com fulcro no TRIPS/ADPIC, gerando obrigações de conduta na ordem internacional exigíveis dos Estados-partes do referido tratado-contrato.

A OMC ao regular os direitos intelectuais em espécie teria transformado tais direitos em mercadoria como mero componente do mercado internacional, ignorando o elemento personalístico ou cultural. José de Oliveira Ascensão (2004) designa esse fenômeno como a representação da hegemonia da vertente empresarial sobre a criação intelectual no campo do que o jurista português qualifica como das empresas de *copyright* cujos efeitos se expandem na economia da informação que estaria sendo alvo de apropriação privada em contraposição ao direito da cultura (liberdade da informação).

Em suma, o conteúdo do Direito de propriedade intelectual ou simplesmente Direito intelectual reveste-se de uma relevância ímpar na sociedade contemporânea em razão da diversidade de questões vitais na formulação de políticas e diretivas que implicam conseqüências incomensuráveis no comportamento dos indivíduos, das instituições privadas e públicas, de alcance nacional e internacional.

Por conseguinte, esse caráter crucial exige dos teóricos da Ciência do Direito a tomada de posicionamentos capazes de contribuir para a pacificação dos interesses e o deslinde das controvérsias resultantes das relações sociais e jurídicas disseminadas no meio social, político, econômico, etc.

2 TEORIA GERAL DO DIREITO AUTORAL

A proposta de uma Teoria Geral busca fixar os contornos desse microssistema jurídico a partir do exame da relação jurídica autoral no âmbito existencial e patrimonial, de seus elementos estruturais, natureza jurídica e de sua principiologia.

Além da análise dos direitos conexos, dos negócios jurídicos autorais, das relações de trabalho intelectual e titularidade das criações, da responsabilidade civil, penal e administrativa por violação aos direitos de autor (ilícito autoral), como também das questões relativas à propriedade tecnodigital, na dimensão da nova realidade tecnológica e as mudanças paradigmáticas nos institutos de Direito autoral.

A Lei de Direitos autorais (LDA), Lei Federal nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, assenta-se como a lei básica do microssistema autoral dotada de regras e princípios destinados a regular os casos concretos. No entanto, as regras de Direito autoral devem ser interpretadas com o escopo de preservar a unidade hermenêutica e coerência do ordenamento jurídico, isto é, do direito positivo.

Leonardo Poli (2006a) pontifica que o Direito autoral contemporâneo deve ser voltado à tutela das relações jurídicas decorrentes da criação, de modo que a obra intelectual deixa de ser o centro gravitacional do Direito autoral. Evidencia-se a constitucionalização do Direito autoral na expressão cunhada de Direito autoral-constitucional que considera o direito subjetivo em razão de suas plúrimas funções, quais sejam, econômica, social, cultural, pedagógica, política, normativa, etc., superando a tutela individualista do criador.

Noutras palavras, as relações jurídicas autorais devem ser funcionalizadas a interesses existenciais e sociais na ordem pública que é norteada pela preocupação com a dignidade da pessoa humana e sua personalidade, elevando-se ao plano constitucional os princípios fundamentais do Direito autoral em decorrência da absorção pelo texto constitucional da prerrogativa de disciplinar, principiologicamente, a totalidade das relações jurídicas intersubjetivas, a fim de proteger a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais o que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. (TEPEDINO, 2003).

Nessa esteira, insta aludir sucintamente ao processo que desencadeou o advento do microssistema autoral no desiderato de elucidar o contexto de edição do estatuto autoral e da premência de sua ressistematização a partir da Teoria Geral ora demarcada.

Remonta à Escola da exegese, movimento ideológico que emergiu da edição do Código Napoleônico de 1804, o mito do legislador racional, onisciente e onipresente, com capacidade de criação de um Código que circunscrevesse a plenitude das situações da vida humana. Ao intérprete caberia tão-somente aplicar silogisticamente o Código ao caso concreto com base numa lógica puramente dedutiva, conforme método jurídico do positivismo. Isto é, o pensamento denominado sistemático-axiomático segundo o qual qualquer processo de aplicação do Direito concebia-se como existente prévia e independentemente da realidade a que se refere (do contexto de aplicação). (GALUPPO, 2003).

A codificação civil brasileira de 1916 alicerçou-se no paradigma do Estado liberal, patriarcal e individualista com a pretensão de conformar um corpo normativo único das relações jurídicas patrimoniais privadas, exercendo uma posição de centralidade e exclusividade no campo do Direito Privado.

Contudo, as necessidades, anseios e demandas socioeconômicas suscitaram o que o jurista argentino Ricardo Luis Lorenzetti (1998) classificou como o "*big bang* legislativo", ou no dizer de Gustavo Tepedino (2004) na configuração da vocação expansionista da legislação especial ou extravagante, consagrando na evolução da civilística a pluralidade de fontes normativas.

Os microssistemas consolidaram-se com independência temática, individualidade lógica e formal, princípios autônomos, institutos específicos e particulares para regulamentar setorialmente determinadas matérias. Firmou-se um fenômeno de descodificação no qual o Código Civil passou a ter um alcance cada vez menor.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 desempenha o papel nuclear de unidade e equilíbrio do sistema normativo pátrio. Por sua vez, no sistema juscivilístico, no entender de César Fiuza (2006), o Código Civil ainda ocupa a posição

central, submetendo-se inelutavelmente à leitura do texto constitucional na consecução da chamada virada hermenêutica em que as normas fundamentais, valores e princípios constitucionais atuam como convergentes e toda norma jurídica deve ser interpretada a partir deles.

Demais disso, os princípios da socialidade, eticidade e operabilidade que foram erigidos pela codificação de 2002 ao patamar de postulados fundamentais devem ser suficientes para a implementação dos valores constitucionais com o intuito de lograr a paz social e o pleno desenvolvimento econômico-social.

Os microssistemas, embora sejam munidos de vida própria, giram em torno do Código Civil ante o caráter interdisciplinar e do ponto de vista interpretativo na disciplina de casos não regulados por normas especiais.

Não obstante a fragmentação do sistema jurídico verifica-se que a reorganização normativa do Direito Privado é obtida pela aplicação dos princípios constitucionais e das normas fundamentais.

As normas constitucionais aplicáveis na esfera privada culminaram no processo de constitucionalização do Direito Civil com ênfase para os valores existenciais da pessoa humana. Entendendo-se que se devem colocar as situações patrimoniais a serviço das situações jurídicas existenciais. A adjetivação reflete a despatrimonialização do Direito Privado. O Direito civil é visto constitucionalizado, socializado, publicizado, como expressão das transformações operadas pela normativa constitucional no bojo do Direito civil na sua totalidade seja do ponto de vista da criação, aplicação e interpretação jurídicas.

Nessa linha de intelecção, Mattietto (2000) aduz que cabe ao intérprete e construtor do sistema a formação de uma mentalidade constitucionalística com a adoção das normas contidas na Constituição cujas direções hermenêuticas, de efetivo caráter de direito substancial, devem estar presentes na regulação das situações jurídicas, bem como empreendendo uma civilística mais sensível aos problemas e às exigências da sociedade.

Assim, o Direito autoral apresenta-se sob a égide de uma lógica própria que se robusteceu com a evolução social e tecnológica em constante renovação o que exige da legislação autoral uma dinâmica específica com o escopo de adaptar seus institutos, resultando na supramencionada ressistematização.

A visão constitucionalizada do microssistema autoral institui-se na reformulação do método de interpretação jurídica no emprego da perspectiva funcional, perfazendo a mencionada ressistematização na busca de harmonizar as novas tecnologias, a liberdade de expressão artística, intelectual e científica, o acesso à cultura, à informação e ao conhecimento com o exercício da exclusividade de exploração econômica do titular de direitos autorais.

A teoria jurídica do Direito autoral outrora fundada nos dogmas da autonomia da vontade, na liberdade econômica, na dualidade público e privado, no formalismo e positivismo, sendo bastante arragaida à ideologia liberal burguesa transmuda-se ao

corporificar os fundamentos da dignidade da pessoa humana e da funcionalidade do direito subjetivo autoral.

O Direito de autor reveste-se de uma razão especial na tutela da pessoa humana enquanto criadora da obra intelectual, sendo dotado de norma de ordem pública e por isso é qualificado como direito fundamental da pessoa humana que independe do Estado e se manifesta pela criação intelectual.

Por seu turno, o Direito autoral constitui ramo da Ciência do Direito que agrega as situações jurídicas vislumbradas nas faculdades e prerrogativas atinentes aos sujeitos de direito de autoria (autor e titular de direito autoral), destinando-se a salvaguardar os respectivos titulares, na defesa da paternidade e integridade das obras intelectuais, em observância ao caráter bifronte, no tocante ao aspecto da manifestação direta da personalidade intangível do autor da própria essência da atividade criadora e, igualmente, na qualidade de propriedade móvel ante a natureza de direito real pela índole econômica viável no exercício do *jus utendi, fruendi et abutendi* (direito de usar, fruir e dispor) de sua criação, por força do fixado no diploma autoral. (SOARES, 2006).[1]

3 Obras intelectuais e mídias digitais

O Direito intelectual insere-se no paradigma do ambiente tecnológico digital (dos avanços das telecomunicações e da informática), sendo que da Teoria Geral do Direito autoral obtêm-se os elementos para a formação dos conceitos da propriedade tecnodigital enquanto decorrência da digitalização, das auto-estradas da informação e da multimídia, configurando “a sociedade de comunicação em que tudo estaria ao alcance do utente no meio digital e em regime de interatividade.” (ASCENSÃO, 1997).

Na abertura de um novo espaço de comunicação em que a informação assume papel de relevo para o desenvolvimento econômico, social, cultural, contribuindo para a Revolução tecnológica digital (tecnodigital) que sufragou a propriedade intelectual (leia-se com destaque ao direito de autor) à condição de bem principal na regência da economia de mercado do século XXI.

A digitalização é reputada como fundamento técnico da nova face do mundo virtual, tendo o ciberespaço como meio de comunicação que emana da interconexão mundial dos computadores cujo significado representa não somente a infra-estrutura material da comunicação digital, mas inclusive o universo de informações por ele compiladas e a multiplicidade das sociedades humanas com ele relacionadas. (LÉVY, 1999).

O ambiente digital afigura-se na definição da cibercultura que se perfaz mediante um conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, atitudes, modos de pensamento e de valores que suscitam o crescimento desse ciberespaço, seja em razão da dinâmica libertária e comunitária da Internet na configuração da interatividade, seja nas implicações culturais do desenvolvimento das tecnologias digitais de informação e de comunicação.

O estudo ora delineado funda-se na evolução do instituto do direito de autor em que o processo de digitalização apresenta-se como expressão do domínio tecnológico sobre a informação digital na busca de soluções para a manifesta crise existente nas instituições autoralistas clássicas. Isso pressupõe a releitura conceitual (que seguramente já se encontra em processamento) das instituições de Direito autoral, a fim de se coadunar a realidade tecnológica em constante metamorfose na dinâmica da tecnologia que produz em toda sua extensão reflexos no plano da Ciência do Direito.

A virtualização do saber e da comunicação, a convergência tecnológica, a complexidade das mídias (multimídia), as mutações no modo de ser da interatividade e da interconexão mundial por via digital, assim como as relações jurídicas desencadeadas nessa dimensão de transformações socioeconômicas, políticas e culturais compõem o quadro das questões versadas no debate sobre o direito de autor e a informação diante das novas tecnologias da Internet (efeitos da tecnologia digital no âmbito do Direito de autor).

Isto é, a digitalização das obras tuteladas pelo Direito de autor demanda um tratamento legal específico que seja suficiente ao equacionamento dos interesses dos criadores intelectuais e dos usuários das obras disponibilizadas no meio virtual.

Nesse passo, entende-se a tecnologia da informática (em que a internet desempenha papel de destaque) como meio de comunicação revolucionário responsável pela superveniência da cibercultura e do fenômeno da digitalização.

O ponto central consubstancia-se na adaptação do direito de autor à realidade tecnológica, por meio do exame de pontos nevrálgicos, como a plausibilidade ou não da aplicação de tecnologias que obstaculizem o acesso público ao conteúdo das informações e conhecimentos, mediante o emprego de ferramentas que controlem e restrinjam a reprodução, execução e distribuição de obras no formato digital. Cuida-se do questionamento acerca das medidas tecnológicas adotadas no ambiente virtual para o alcance do balanceamento de interesses dos sujeitos de direito autoral.

Por força da virtualização do conhecimento e das informações ocorre a discussão sobre os aspectos jurídicos da Internet e a aplicação do Direito autoral no seu campo de abrangência. Inclusive sobre o controle de utilização das obras e a disponibilização das mesmas em rede.

Os efeitos jurídicos da virtualização são identificados por meio das obras digitais que têm relação com a liberdade intelectual (enquanto prerrogativa individual do criador limitada constitucionalmente) em que se visualiza o confronto com os demais direitos fundamentais em tela.

Assim, impõe-se averiguar o movimento de privatização da informação (ou apropriação privada da informação) em face do controle da mesma por agentes econômicos (indústria cultural e midiática) no mercado cultural que a transformam em mercadoria e reduz o cumprimento das experiências culturais (com a escassez dos recursos culturais), porquanto a informação é convertida em produto de consumo.

Em relação à obra multimídia caracterizada como obra que reúne vários tipos de expressão de obras (texto, som e imagem) num único suporte informático é importante

ponderar sobre a autorização de uso por parte da pluralidade de titulares de direitos autorais e a respectiva remuneração pelo emprego dessas obras com a superveniência do fenômeno da digitalização.

Logo, na Era Digital (também chamada de Era das Redes) a obra multimídia passa por uma releitura, pois com a digitalização dos dados e da desnecessidade de um suporte material tangível para se considerar a obra existente ou para a sua divulgação no ciberespaço, cria-se a possibilidade de reprodução de obras intelectuais em questão de segundos, permitindo com mais facilidade a violação dos direitos autorais.

A digitalização das obras reflete a decodificação e fixação das criações do espírito em suporte digital com a finalidade precípua de utilização ou exteriorização, conforme o caso. A obra digitalizada incorpora-se ao mundo virtual e comporta usos que transcendem aos conceitos tradicionais do Direito autoral. (POLI, 2006).

A modificação da tecnologia analógica para a digital repercutiu estruturalmente no Direito autoral. Com o advento da Internet a forma de exteriorização das obras passa a ser digitalizada (informações codificadas em bits), permitindo que a compilação de diversas obras, ou mesmo sua reprodução e a divulgação sejam feitas de uma forma bem mais rápida do que possível ou alcançada pela tecnologia analógica.

Desta feita, o movimento geral de digitalização ocorre mediante a integração de todas as mídias, isto é, qualificando a “unimídia” em que as mídias separadas são unidas numa mesma rede digital integrada e interconectada.

Em suma, o essencial é elucidar a definição de ciberespaço como “espaço de comunicação aberto pela interconexão de computadores e das memórias de computadores” (LÉVY, 1999, p.92), considerando sua marca distintiva na codificação digital da informação (digitalização geral da informação) com destaque para seu papel de canal de comunicação do século XXI.

Não obstante as características do espaço virtual, tais como, a falta de territorialidade, a incidência de anonimato virtual, a natureza descentralizada da rede, o grande número de usuários, bem como a rapidez do desenvolvimento tecnológico existe de forma efetiva a possibilidade de gerenciamento, controle e segurança do bem jurídico autoral por meio da Gestão de Direitos Digitais (do inglês *Digital Rights Management* ou DRM) que se refere aos métodos de tutela do conteúdo produzido no formato digital.

4 Direito de acesso às obras digitais na sociedade da informação

A sociedade da informação consiste no modo de desenvolvimento econômico em que a informação é essencial na formulação do conhecimento e na satisfação das necessidades dos indivíduos, com ênfase na atividade econômica, na circulação de riquezas, na definição da qualidade de vida das pessoas e de suas práticas culturais como síntese das alterações tecnológicas introduzidas na organização social (em suas leis e costumes) pelas quais a informação vincula o local e o global.

Manuel Castells citado por Marcos Wachowicz (2007, p.89) entende que o termo sociedade da informação enfatiza o papel da informação na sociedade enquanto "atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes vitais de produtividade e poder, devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico."

Trata-se de novo paradigma tecnológico, social, cultural e comportamental estabelecido como marco analítico para qualificar o modelo da sociedade. O conhecimento é a principal força de produção da sociedade e da necessária harmonia com o direito à liberdade da informação, considerando o papel decisivo do Estado Democrático de Direito na tutela do acesso à informação e do exercício da liberdade de pensamento e de expressão.

A informação é fundamental no aspecto econômico, tornando-se um autêntico bem de produção universal que Ascensão (2004) denomina instrumento-motor ou fator decisivo do fenômeno da globalização, proclamando que se trata de uma realidade dos nossos dias segundo a qual "quem domina a informação domina o mundo".

Segundo Aires J. Rover e Djônata Winter (2003) a informação acompanha as mudanças derivadas das demandas e pressões da sociedade de massas e da economia de mercado em que o desenvolvimento das inovações tecnológicas especialmente da informática influi em diversos setores da organização social, política e econômica como um todo. Na era do acesso faz-se imperativo restabelecer o equilíbrio entre o âmbito cultural e o âmbito comercial.

Vislumbra-se a degradação do saber como mercadoria em que o conhecimento transforma-se em bem apropriável e por isso objeto cada vez mais de direitos de exclusividade na esfera do Direito intelectual no que seria reputado como uma mercantilização geral.

Em outras palavras, a concepção empresarialista do *copyright* ao revés de estimular à criação em si configura estímulo à comercialização em virtude da excessiva proteção aos direitos patrimoniais.

Destarte, na evolução dos direitos intelectuais a preocupação com a mercantilização do direito de autor em mercadoria evidencia sua qualificação como um subproduto do direito do comércio internacional. Assim, o fomento da cultura é entendido como o fomento das indústrias culturais (*copyright*).

Em particular, no tocante à obra multimídia, acima aludida, convém fazer mais algumas ponderações. Essa obra intelectual pode ser entendida combinação de duas ou mais formas digitalizadas de expressão artística (texto, imagens ou sons), transmitidas pelo computador por intermédio de um programa de computador, sendo caracterizado pela conjugação de arte (os textos, as imagens e os sons digitalizados) e técnica (o *software* que faz o sistema funcionar) (CARBONI, 2003).

No que concerne à exteriorização da obra multimídia verificam-se os aspectos relacionados com a utilização da tecnologia digital. Notadamente, a tecnologia digital consiste numa espécie de codificação da informação. Vale dizer, vislumbra-se na

utilização de um código binário (seqüência de dígitos) para indicar qualquer quantidade e/ou espécie de informação. Isto é, como já frisado acima com a tecnologia digital, textos, imagens e sons podem ser fixados e transmitidos em uma mesma mídia (multimídia).

Há iniciativas que permitem o acesso às obras intelectuais digitais ao público sob condições mais flexíveis com base em projetos colaborativos ou de criação integrada de desenvolvimento e disponibilização de licenças públicas em que a coletividade de usuários tem acesso dentro dos limites das licenças.

No ambiente virtual o modelo cooperativo de uso de obras sucede por meio do sistema *creative commons* que consiste numa licença de uso (como um contrato atípico) pelo qual o titular do direito de autor e conexo autoriza que as obras disponíveis ou não no formato digital sejam identificadas em vários níveis de autorização (BRANCO JÚNIOR, 2007).

Nesse acesso condicionado as restrições ou travas tecnológicas (medidas tecnológicas de proteção) correspondem a chaves criptográficas (dispositivos de codificação) inseridas nos bens culturais digitais, atuando no reconhecimento de características tecnológicas programadas de fábrica.

Nesse sentido, a justificativa para a aplicação de medidas de proteção aludidas sustenta-se no fato de que o uso privado teria deixado de ser privado, tendo em vista que os usuários finais teriam se tornado verdadeiros agentes intermediários destinados a redistribuir o conteúdo das obras disponibilizadas no meio digital (GERVAIS, 2007).

No tocante às licenças públicas são outorgadas pelos legítimos titulares de direitos autorais para que as obras intelectuais possam ser utilizadas (distribuídas, copiadas, etc.) por qualquer interessado em arquivos públicos na Internet, em redes de compartilhamento de arquivos, etc.

Traduz-se em uma conciliação entre os interesses individuais do criador e os da coletividade de pessoas. Ao criador conferindo-se o monopólio do produto do intelecto humano por certo lapso de tempo e à coletividade implementa-se a utilização por qualquer de seus integrantes, voltando-se ao desenvolvimento e a difusão da cultura.

Convém a revisão da possibilidade do direito de reprodução no que diz respeito as limitações dos direitos patrimoniais de autor, nos termos do art. 46 e seguintes da LDA (reprodução de pequenos trechos de um só exemplar para uso privado do copista sem fins lucrativos). A limitação legal deve ser observada no sentido de contemplar o chamado uso privado ou doméstico, abrandando o rigor da legislação autoral e a regra proibitiva da reprodução de obras intelectuais pelos usuários da internet.

Com o crescimento do acesso à internet em altas velocidades o modo de pensar com relação aos Direitos autorais exige uma reflexão sobre a fluidez dos padrões estabelecidos e conhecidos e as soluções possíveis tanto jurídicas quanto tecnológicas a curto, médio e longo prazo.

As normas constitucionais garantidoras do desenvolvimento nacional (socioeconômico), acesso à cultura, à informação, à educação e ao conhecimento em geral são

consideradas como causas de atribuição do direito patrimonial de autor. Isto é, a razão de ser (a função) que o ordenamento jurídico reconhece aos direitos patrimoniais de autor é no sentido de conferir eficácia aos preceitos constitucionais supracitados.

No entendimento ora propugnado devem ser consideradas livres as atividades que não tiverem nenhuma incidência negativa na exploração econômica da obra, bem como noutros casos que envolvam qualquer ato incapaz de prejudicar a referida exploração da obra (ASCENSÃO, 1997).

Depreende-se, em verdade, que o problema consiste na interpretação dos conflitos entre o Direito autoral e o direito de acesso à informação e à cultura no sentido da relativização dos direitos de autor a fim de estabelecer o equilíbrio (balanceamento) entre os direitos do criador que deve lograr uma justa compensação pela sua atividade intelectual e o conjunto da sociedade que deve ter assegurado o direito de acesso à informação, à educação, à ciência, à tecnologia e ao domínio público (inclusive no que diz respeito à utilização do patrimônio cultural comum) como um todo na qualidade de categórico direito imanente ao exercício da cidadania.

5 Considerações finais

O desafio monumental que se apresenta ao Direito autoral consiste precisamente na formulação de normas regulamentadoras capazes de assegurar tutela mais eficaz à propriedade intelectual como um todo diante do ambiente virtual fragmentado e com a multiplicação incomensurável dos usuários nos meios digitais.

Na seara das obras multimídia e da tecnologia digital é válido o tipo de gestão coletiva que compreenda a concessão de licenças ou autorizações centralizadas para várias espécies de obras intelectuais.

Portanto, o exercício do direito subjetivo patrimonial de autor consistente no poder do titular legítimo de excluir terceiros da utilização pública da obra, sem a respectiva autorização, reforça-se com a posição na qual devem ser consideradas livres as atividades que não tiverem nenhuma incidência negativa na exploração econômica da obra, bem como noutros casos que envolvam qualquer ato incapaz de prejudicar a referida exploração da obra, nos termos dos princípios da Convenção de Berna supracitada.

Em síntese, o presente estudo buscou corroborar a visão constitucionalizada da teoria jurídica haurida do microssistema autoral à luz da hermenêutica jurídica na perspectiva funcional que coadune as novas tecnologias, a liberdade de expressão artística, intelectual e científica, o acesso à cultura, à informação e ao conhecimento em consonância com o exercício da exclusividade de exploração econômica do titular de direitos autorais.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 754p.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias. **Revista de Direito Autoral**, São Paulo, ano 1, número 1, p.3-33, ago. 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Diário Oficial da União,** Brasília, 20 fev. 1998.

CARBONI, Guilherme Capinzaiki. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2006.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GERVAIS, Daniel. Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: o “teste dos três passos” reversos. In: POLIDO, Fabrício; JR., Edson Beas Rodrigues (Org.) **Propriedade intelectual**: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de autor**. Brasília: Brasília jurídica, 2004.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. IN: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) **Problemas de direito civil –constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.163-186.

PIMENTEL, Isabella. A observância aos direitos de propriedade intelectual nos tratados internacionais administrados pela OMPI e no acordo TRIPS. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Coord.). **Propriedade Intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso.** vol 1. Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e propriedade intelectual: proteção internacional e constitucional. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Coord.). **Propriedade Intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso.** vol 2. Curitiba: Juruá, 2008.

POLI, Leonardo Macedo. **A tripartição da propriedade intelectual e o princípio da funcionalidade como pressuposto de sua legitimidade**. 2006a. 167f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

POLI, Leonardo Macedo. A funcionalização do direito autoral: limitações à autonomia privada do titular de direitos autorais. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.) **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006b.

SOARES, Sávio de Aguiar. Direitos autorais morais e sua tutela no estado democrático de direito brasileiro. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, ano XXXVI, nº 82, p.84-99, jan./jun. 2006.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento econômico e tecnologia da informação. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BARRAL, Welber. **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

WINTER, Djônata; ROVER, Aires J. A revolução tecnológica digital e a proteção da propriedade intelectual. In: WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade intelectual e internet**: uma perspectiva integrada à sociedade da informação. Curitiba: Juruá, 2003.

---

[1] As situações jurídicas são conjuntos de direitos ou de deveres que se atribuem a determinados sujeitos em virtude das circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que desenvolvem, constituindo uma categoria jurídica abrangente que compreende numerosas manifestações de poder e de dever contidas na relação jurídica como o direito subjetivo e o dever jurídico. (AMARAL, Francisco, 2006, p.186).

RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS CONTEMPORÂNEAS

O PRINCÍPIO DA PARIDADE ENTRE CÔNJUGES E CONVIVENTES: ALGUMAS PECULIARIDADES SOBRE ESTAS ENTIDADES FAMILIARES*

THE PRINCIPLE OF THE PARITY AMONG PARTNERS AND COMMON LAW MARRIAGE: SOME PECULIARITY ON THE SUBJECT OF THESE FAMILIAR ENTITIES

Ana Cleusa Delben
Danilo Lemos Freire

RESUMO

Discriminação. Está ai um termo muito combatido nos últimos tempos. A proibição da diferenciação entre os seres é algo garantido constitucionalmente, tanto que a desigualdade é permitida nos limites da desigualdade de cada qual. Desta forma, respeitando o contido no princípio da dignidade da pessoa humana, os privilégios devem ser abortados no sistema jurídico. No direito de família está cada vez mais, evidente, a busca da igualdade entre seus membros, notadamente no que diz respeito aos direitos e às obrigações, o que auxilia na formação de sua personalidade, quando faz com que o seu titular venha adquirir, exercitar, modificar, substituir, extinguir ou defender interesses. E, com a evolução dos tempos, com o grande número de relações afetivas entre homem e mulher informais, busca-se a paridade entre casados e conviventes.

PALAVRAS-CHAVES: CÔNJUGE: COMPANHEIRO; PRINCÍPIO; DIGNIDADE; IGUALDADE.

ABSTRACT

Discriminator. It is groan an end a good deal fought out on the last time. The prohibition from differentiation among the beings is something guaranteed on constitution, as many what the difference is permitted on the limits from difference of each. From this she forms respecting the contained at the beginning from dignity from human person. The privileges must be abort into the legal system. Into the right of family is more and more clear, the rummage from equality among yours members principally concerning to the rights and the obligations, the one to she assists on formation of she sweats personality, when ago with which the your holder come to acquire, to exercise, to modify, to substitute, to extinguish or to defend interests. And, with the evolution from the time, with the big number of relations affective among man and woman you inform, she picks - if the parity among married and concubines.

KEYWORDS: PARTNER: COHABIT; PRINCIPAL; DIGNITY; EQUALITY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

Na história da humanidade percebe-se que a pessoa vive em constantes mudanças, sejam de comportamento, de pensamento ou nas formas de se relacionarem, que repercutem no cenário mundial, inclusive pelos avanços tecnológicos e pela globalização.

O princípio da igualdade prima pela não diferenciação entre os seres, e com amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, buscam fortalecer a pessoa fazendo com que ela alcance todos os atributos de sua personalidade.

Num primeiro momento, a discussão será a respeito de princípio, buscando entendê-lo conceitualmente, abordando o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade propriamente dito.

E, como desfecho, diante da evolução da humanidade e da queda da realização dos matrimônios, seja pela falta de religiosidade, ou pela oneração excessiva para a celebração destes, está cada vez mais "*em voga"* a sociedade conjugal de fato, produzida pela união estável, e o que se almeja, por fim é saber se existe paridade de direitos e obrigações entre os casados e os conviventes.

1 UMA ABORDAGEM ETIMOLÓGICA SOBRE CÔNJUGE, COMPANHEIRO, FAMÍLIA, CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

Para que iniciemos o estudo sobre o princípio da paridade entre cônjuges e companheiros, temos que ter em mente alguns conceitos como: Quem são estes? O que é família? O que é casamento? O que é a união estável? E por fim o que é princípio? Para após entendermos se realmente existe igualdade entre estes pares.

Assim, cônjuge "cada um dos esposos em relação ao outro. Adj. Que é casado."[1] E, para Sérgio Resende de Barros: "Cônjuges são, como o próprio nome diz, os que se sentem conjugados por uma origem ou destino de vida em comum. Nessa conjugação de vidas, atua o afeto." [2]

Já Paulo Lôbo esclarece que o companheiro é o homem ou mulher que convivem como se casados fossem, e que não tenham impedimentos para realizar o casamento civil. O companheiro passa a ser um estado civil autônomo, eis que aquele que assim convive, não é mais solteiro, separado ou viúvo, tendo eles direitos e deveres mútuos.[3]

Desta feita, passa ser família, aquela formada por um casal e seus filhos ou mesmo aquela formada por um dos pais e seus infantes, prima pelo afeto dentro de um "convívio diuturno em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais [...] é o afeto conjugal."[4]

Já Arnoldo Wald quando trata sobre o casamento, esclarece que no direito romano, Modestino definia o casamento da seguinte forma: '*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnes vitae, divini et humani juris comunicatio*', o que significa dizer a conjunção do homem e da mulher para toda a vida com a comunicação do direito divino e humano. [5] E, para Maria Helena Diniz o casamento é o "vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo, material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família"[6], consumando-se em face da *affectio maritalis*, que cria entre os esposos uma expectativa de direito consubstanciada no respeito, na convivência, na ajuda mútua, na sinceridade recíproca, no relacionamento duradouro e na observância de princípios e de valores que devem reinar na intimidade da sociedade familiar formada.[7]

E por outro lado, a união estável é aquela dotada de convivência pública, por não se permitir que esta seja adulterina, "não poderão ser ocultos, secretos e clandestinos"[8], deverá ser continua e ininterrupta, para se que constitua uma família, onde o casal, se presta à "mútua assistência, moral e material, um do outro, aos cuidados da prole (prole comum e prole - principalmente os filhos menores - do outro), às exigências de lealdade ou de fidelidade entre os companheiros, à preservação da dignidade pessoal um do outro, dos filhos e daqueles que estão sob a dependência do par, à constituição e à preservação de patrimônio, comum e de cada qual, para favorecimento do bem viver da comunidade familiar e para garantia das vicissitudes da vida dos companheiros, seus filhos e dependentes."[9]

2 PRINCÍPIO NO CAMPO DE DIREITO DE FAMÍLIA

O vernáculo princípio dá a idéia de base, de viga mestra[10], "os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico"[11], ou seja, são hipóteses normativas basilares, de caráter geral, codificadas ou não, que revelam os valores fundamentais do sistema jurídico, orientam e condicionam a aplicação do direito[12]. Paulo Bonavides traduz a definição de princípio como sendo:

A idéia de princípio, segundo Luís-Diez Picazo, deriva da linguagem da geometria, 'onde designa as verdades primeiras'. Logo acrescenta o mesmo jurista que exatamente por isso são 'princípios', ou seja, 'porque estão ao princípio', sendo 'as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geometrico'*. Declara, a seguir, invocando o pensamento do jurista espanhol F. Castro, que os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do deve ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validez e obrigatoriedade. Como princípios de um determinado Direito Positivo, prossegue Picazo, têm os princípios, dum lado, 'servindo de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo' e, doutro, de normas obtidas 'mediante um processo de generalização e decantação dessas leis'.

[...] 'Princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo'.

[...] excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli: 'Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém'[13].

Com isso percebe-se que todo ordenamento jurídico é contemplado com preceitos contidos nos princípios que são base e fundamento para as normas sejam elas positivadas ou não.

2.1 Princípios do Direito de Família

Diversos são os princípios que norteiam o direito de família, que somados procuram garantir amparo e proteção legal à família que como vimos é o berço da sociedade e formadora da personalidade do cidadão.

2.1.1 Princípio da *"ratio"*

Aqui se verifica que a vida conjugal é baseada na afeição entre os pares, sendo esta união para a vida toda. Para Maria Helena Diniz o "princípio da *ratio* do matrimônio e da união estável, o qual determina que o fundamento base da vida em comum, isto é, sua razão principal, é sempre a *afeição* dos cônjuges ou conviventes e a necessidade de que se mantenha a comunhão de vida entre ambos".[14]

Isto porque, atualmente, a legislação não está mais preocupada com o patrimônio da pessoa e sim, com ela mesma, ou seja, estamos na "era da despatrimonialização do Direito de Família, onde a Constituição Federal eleva como fundamento a dignidade da pessoa humana e atribui ao Estado à proteção especial da família"[15]. E, continua citando Gustavo Tepedino: "merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes". [16] Paulo Lobo Netto atesta que:

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares. [17]

Os laços de afeto e de solidariedade são essenciais ao vínculo familiar, sendo até mesmo garantidos constitucionalmente, como um direito fundamental.

2.1.2 Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos

Antigamente os filhos eram tratados como legítimos e ilegítimos, sendo eles provenientes de relações dentro ou fora do casamento, isto porque, havia distinção entre eles, até mesmo na legislação nacional e não apenas nos dizeres e olhares das pessoas.

Hodiernamente com a entrada em vigor da atual Constituição, não se pode discriminá-los, conforme se verifica no art. 227§ 6º da carta superior, que reza: "§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."[18]

Assim, não há diferença entre filhos havidos ou não na constância do casamento e mesmo os filhos adotivos, no tocante ao poder familiar, ao nome e à sucessão.[19]

2.1.3 Princípio do pluralismo familiar

Diversas são as formas de entidades familiares. E como diz Rodrigo da Cunha Pereira, este preceito teve "marco histórico com a Constituição da República de 1988".[20] Paulo Lôbo exemplifica as entidades familiares da seguinte maneira:

a) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos;

b) homem e mulher com vinculo de casamentos, com filhos biológicos e filhos não biológicos ou somente com filhos não biológicos;

c) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);

d) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou apenas não biológicos (união estável);

e) pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental),

f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (entidade monoparental);

g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetivas, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupos de irmãos, após o falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos;

h) que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual e econômica;

i) Uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;

j) Uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos os companheiros, com ou sem filhos;

k) Comunidade afetiva formada com filhos de criação, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizarem os requisitos da posse de estado de filiação.[21]

O que se percebe assim, é que não é só família aquela formada pelo casamento e sim, por qualquer dos entes familiares, sejam eles casados, conviventes, apenas pais ou mães e filhos, no caso uma família monoparental idéia esta que se dá, com base no art. 226, § 4º da Constituição Federal.

2.1.4 Princípio da consagração do poder familiar

Com a evolução dos tempos e a busca pela igualdade, o poder-dever de dirigir a família é exercido conjuntamente pelo pai e pela mãe. Fulminando assim, o poder marital e paterno.[22] Desta forma, consta do art. 1.634 do Código Civil, as atribuições paternas, a saber:

a) dirigir a criação e a educação dos filhos; b) ter os filhos em sua companhia e guarda; c) conceder aos filhos ou negar-lhes consentimento para casarem; d) nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou se o sobrevivo não puder exceder o poder familiar; e) representar os filhos, até aos 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes,

suprindo-lhes o consentimento; f) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; g) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.[23]

Assim podemos dizer que, toda a vida dos filhos é discutida pelos pais, que poderão contribuir para a educação e criação dos filhos da maneira que melhor lhes aprouver.

2.1.5 Princípio da liberdade

Esta viga funda-se no preceito do art. 1513 do Novo Código Civil: "É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família".[24] Desta maneira, o Estado não poderá intervir em preceitos estabelecidos por qualquer das entidades familiares, eis que as pessoas poderão se unir da forma que quiserem, bem como, adquirir e administrar o patrimônio do casal e gravá-los pelo regime de bens que assim desejarem. Intrínseca também está a possibilidade de os pais educarem seus filhos, dando-lhes a religião e grau de cultura que julgarem necessárias.[25]

Esta questão revela-se necessária, posto que qualquer intervenção estatal, que não seja nos limites permissivos, ou seja, quando o Estado infere no seio familiar para prestar serviços como os de "saúde (arts. 196-200, CF), previdência social (arts. 201-202, CF), assistência social (arts. 203-204, CF), educação e desporto (arts. 205-217, CF) [...][26]", ensejerão prejuízos como "violação aos direitos da personalidade à intimidade e à privacidade, bem como ao princípio da dignidade humana."[27]

2.1.6 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Todo homem, sujeito de direito é um cidadão[28] sendo assegurada constitucionalmente a dignidade da pessoa humana, como garantia de "condições mínimas de existência, conforme a justiça social"[29], ao mesmo tempo também é tutelada a personalidade do indivíduo como princípio fundamental da dignidade, nos moldes do art. 1º, III, da Constituição Federal, e das nas garantias de igualdade material (art.3º, III, da Constituição Federal) e formal (art. 5º, da Constituição Federal).[30]

O princípio da dignidade da pessoa humana que é um "princípio basilar que fundamenta o Estado Democrático de Direito"[31] vincula-se ao direito da personalidade quando, faz:

a) reverência à igualdade entre os homens (art. 5º, I, CF); b) impedimento à consideração do ser humano como objeto, degradando-se a sua condição de pessoa, a implicar a observância de prerrogativas de direito e processo penal, na limitação da autonomia da vontade e no respeito aos direitos da personalidade, entre os quais estão inseridas as restrições à manipulação genética do homem; c) garantia de um patamar existencial mínimo.[32]

Desta forma, de acordo com Rizzato Nunes nenhuma pessoa pode ser isolada eis que, nasce, cresce e vive em comunidade, sendo-lhe resguardada como meio de amparo à sua dignidade, a defesa de sua integridade física e psíquica, até mesmo seu comportamento deve ser respeitado, devendo o homem ter direito à proteção à sua liberdade, sua intimidade, sua consciência seja ela, religiosa, científica, espiritual[33], sendo que Elimar Szaniawski ensina:

A idéia de que todo ser humano é possuidor de dignidade é anterior ao direito, não necessitando, por conseguinte, ser reconhecida juridicamente para existir. Sua existência e eficácia prescinde de legitimação, mediante reconhecimento expresso pelo ordenamento jurídico. No entanto, dada a importância da dignidade, como princípio basilar que fundamenta o Estado Democrático de Direito, esta vem sendo reconhecida, de longa data, pelo ordenamento jurídico dos povos civilizados e democráticos, como um princípio jurídico fundamental, como valor unificador dos demais direitos fundamentais, inserido nas Constituições, como um princípio jurídico fundamental. [34]

E a propósito "não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de Família.[35]"

3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA SEARA DA FAMÍLIA

Dos princípios acima elencados verificamos que este em epígrafe está consagrado em todo o direito de família, isto porque, todos são iguais perante a lei, de acordo com o art. 5º da Constituição Federal, sendo que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...][36]

Embora a igualdade já fosse desejada desde os primórdios, o seu princípio tomou força para alguns estudiosos, com a promulgação das constituições dos Estados Unidos em 1787, e da França 1791. Outros, porém, dizem que a mola propulsora foi a Declaração dos Direitos dos Homens de 1789[37] onde seu primeiro artigo já apregoava "Artigo 1º- Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum."[38]

A visão aristotélica difundida por Rui Barbosa sobre a igualdade é que "a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais na medida em que se desigualam (BARBOSA, 1949, p. 10-11)"[39].

Constitucionalmente falando, Maria Berenice Dias esclarece que o princípio da igualdade "está no seu preâmbulo como compromisso de assegurar a igualdade e a justiça. A igualdade é o primeiro dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º): todos são iguais perante a lei."[40]

Florisa Verucci ensina que: "o princípio da igualdade formal é o princípio da igualdade perante a lei, porém o princípio da igualdade material é o princípio da redução das desigualdades."[41]

Rui Magalhães Piscitelli trata "o conceito de igualdade perante a lei pressupõe que a sua aplicação seja a mesma para todos nas condições por ela assinalada."[42]

E continua dizendo: "Conceito distinto é o da igualdade na lei. Este, de índole bem mais democrática, consiste em que, na sua elaboração, o legislador esteja submetido a criar normas que não firam a igualdade entre os cidadãos.[43]

Podemos classificar a igualdade em forma e em material, sendo que a primeira é aquela que se baseia no sentido de que todos são iguais perante a lei, sem que existam diferenciação de credo, raça, ideologias, não podendo prevalecer quaisquer privilégios que possam vir a ser influenciados por status social e político.

E, por fim, seria encarada como igualdade material seria a necessidade de "tratamento prioritário e diferenciado àqueles grupos ou pessoas que são carecedoras da igualdade, em razão de circunstâncias especificas."[44]

3.1 Princípio da Igualdade abarcado pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Para se falar em princípio da igualdade temos que ligá-la ao conceito de dignidade desta maneira, chegaremos a idéia de que:

[...] A igualdade reconhece como inerente a todo o ser humano a mesma dignidade, atribuindo a todos os mesmos direitos essenciais, independentemente do ofício ou função social que exerçam; negativamente, proíbe a utilização de certos critérios de diferenciação no tratamento entre as pessoas em qualquer domínio da ordem jurídica [...][45]

Rodrigo da Cunha Pereira esclarece que o princípio da igualdade é garantido constitucionalmente e também está protegido em ordenamentos jurídicos de outros países. Esta idéia veio forte nos idos da Revolução Francesa, tendo sido consagrada após a Declaração dos Direitos do Homem pela Organização das Nações Unidas - ONU.[46]

Verifica-se que a diferença nada tem a ver com a hegemonia de um sobre o outro.[47] Muito embora, exista a garantia constitucional de que todos são iguais perante a lei, só teremos uma "verdadeira cidadania só será possível na diversidade". [48] Isto porque, através da diferença, da alteridade, existirá uma identidade, porque, só assim, falaremos da igualdade como sujeitos humanos.[49] Assim,

[...] o princípio da diferença exige é que seja qual for o nível geral de riqueza (...) as desigualdades existentes têm de satisfazer a condição de beneficiar os outros tanto como a nós mesmos. Essa condição revela que mesmo usando a idéia de maximização das expectativas dos menos favorecidos o princípio da diferença é essencialmente um princípio de reciprocidade.[50]

Desta maneira temos que:

A igualdade e o respeito às diferenças constituem um dos princípios-chave para as organizações jurídicas e especialmente para o Direito de Família, sem os quais não há dignidade do sujeito de direito, conseqüentemente não há justiça.

O discurso da igualdade está intrinsecamente vinculado à cidadania, uma outra categoria da contemporaneidade, que pressupõe o respeito às diferenças. Se todos são iguais perante a lei, todos estão incluídos no laço social.[51]

Traçando relação entre o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana verifica-se que o universo jurídico se dá com o homem, obrigando o Estado a assegurar a igualdade ao legislar e aplicar a lei ao caso concreto, não pode haver distinção de direitos.[52]

Sandra Maria Reis Belizário citando Giorgio Balladore Palliere, a respeito do princípio da igualdade: [...] princípio não obriga a tratar com igualdade situações de fatos desiguais, proibindo apenas o arbítrio diante de diferenciações fundamentadas em qualidades pessoais do indivíduo, tais como raça, riqueza, sexo, profissão, classe, etc..[53]

Rawls afirma:

[...] Os cidadãos estão representados apenas como pessoas livres e iguais: pessoas com um grau mínimo suficiente das duas faculdades morais e de outras capacidades que lhes permitem ser membros cooperativos normais da sociedade a vida toda. Ao situar as partes simetricamente, a posição original respeita o preceito básico da igualdade formal, ou princípio de eqüidade de Sidgwick: aqueles que forem semelhantes em todos os aspectos relevantes devem ser tratados de maneira similar. Uma vez satisfeito esse preceito, a posição original é eqüitativa.[54]

O princípio da igualdade tem que ser resguardado entre os pares, mesmo porque, conforme verificamos devem ser respeitadas as diferenças, desde que estas não causem prejuízo à dignidade do cidadão assegurado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

4 PRINCÍPIO DA PARIDADE ENTRE MARIDO E MULHER E CONVIVENTES

O homem sempre foi considerado um ser "privilegiado, dotado de alguma coisa a mais, ignorada pelas mulheres: o mais forte, mais inteligente, mais corajoso, mais responsável, mais criativo ou mais racional. Sempre havia um mais para justificar a relação hierárquica com as mulheres, ou pelo menos com a sua."[55]

Para José Luis de Los Mozos o princípio da igualdade dos cônjuges será alcançado se se reconhecer "uma liberdade equivalente entre os que são iguais e os que se entendem como iguais".[56] Verifica-se que este norte baseia-se em "uma nova forma de comunidade afetiva, [...] em total paridade de deveres, consideradas as funções de ajuda mútua e a conseqüente divisão dos resultados econômicos surgidos desta parceria[57], isto por que o que se pretende é o "cumprimento do princípio fundamental da preservação da dignidade da pessoa humana."[58]

De fato, o desrespeito à dignidade da pessoa humana da mulher e aos seus direitos da personalidade são os elementos essenciais que compõem o seu problema histórico e nuclear: a desigualdade na distribuição de toda a sorte de bens da vida.

Porém, o artigo 226 da Constituição Federal trata sobre a família definindo o que é casamento, união estável, entidade familiar, reforçando a idéia de que os direitos e deveres são iguais entre os pares, bem como elencando requisitos para a dissolução matrimonial, e por fim esclarecendo que toda a instituição será determinada, formada e mantida através de princípios da dignidade humana, do planejamento familiar, assegurando por fim, que o Estado prestará assistência relativa, por exemplo, à saúde, educação para as pessoas, afirmando o bem estar de todos, coibindo qualquer tipo de violência, porém, não intervirá nas decisões relativas a patrimônio e valores íntimos familiares.[59]

Desta forma, o que se deflui é que diante das constantes lutas da mulher para não ser discriminada e a cada lei que surgia, novos avanços foram sendo codificados para elevar àquela à igual categoria do homem, com todos os direitos e deveres que aquele tem, seja na criação e manutenção dos filhos, no sustento mútuo e no respeito de todos na relação. E, como se vê a união estável tem a mesma proteção estatal que o casamento, sendo impossível falar que os conviventes não têm as mesmas benesses e obrigações que os casados.

Já nos idos da década de 1980, Orlando Gomes dizia que: "A tendência moderna desenvolve-se no sentido da consagração legal do princípio da paridade conjugal, que levado às suas últimas conseqüências, importa completa supressão do poder marital, a ser substituído pela autoridade conjunta e indivisa dos cônjuges."[60]

Rolf Madaleno interpreta esta determinação dizendo que direitos e deveres de cônjuges e companheiros "recebem a tutela integral do Estado, sem restrições pelo gênero. Os direitos dos seus membros são autônomos, e suas decisões passam a ser sempre tomadas em conjunto, e a benefício da sociedade familiar."[61] E continua trazendo preceitos de Yussef Said Cahali e de Carlos Taquini, estabelece que:

[...] os casados têm vínculos jurídicos, morais e sociais com o dever de fidelidade, em recíproca obediência; igual carga de compromisso com a vida em comum na habitação a ser por eles eleita como sendo o seu domicílio conjugal; dever de mútua assistência; de sustento, a guarda e de educação dos seus filhos, precisando pautar ao menos por lei estas regras, que brotam como condutas indissociáveis de qualquer par afetivo, quer esteja unido pela casamento ou por uma relação informal. Na contabilidade do relacionamento conjugal, ou de convivência estável, e assim mostra CARLOS TAQUINI [...], os amantes atuam simultaneamente, como sujeitos ativos e passivos de um preconcebido regramento de conduta matrimonial. Violado qualquer dos deveres enunciados por lei, prevê o subjetivo direito familiar o acesso às ações litigiosas de separação judicial, e de dissolução da união estável, e suas conseqüências legais.[62]

Sabe-se que a eliminação das diferenças havidas entres os pares é necessária posto que não mais exista a posição inferior da mulher, eis que esta atua conjuntamente com o marido, não podendo continuar a falar em privilégios para algum daqueles.[63]

4.1 Existe Realmente Igualdade entre Casados e Conviventes?

A esta indagação encontramos algumas respostas na obra de José Sebastião de Oliveira, que destaca que não concordam com a igualdade, J. M. Leoni Lopes de Oliveira e Semy Glanza, pois para eles o fato da Constituição Federal/88 pretender a conversão da união estável em casamento, não equipara estas entidades familiares, esclarecendo que o que se visa é a proteção das famílias, aproximando-se a família de fato ao direito.[64]

Já entre os que afirmam positivamente a esta questão, o mencionado professor cita Francisco Cahali que estabelece a proteção Estatal à união estável, esclarecendo que não há diferença entre união estável com o casamento.[65] E conclui, com apoio em Tereza Arruda Alvim Wambier que dispõe que é absolutamente inconstitucional a norma que impõe discriminação entre estas formas de constituição familiar.[66]

Somando partido aos que pregam a igualdade entre os pares, sejam eles casados ou conviventes e fulminando a idéia de discriminação, verifica-se que "o art. 1º do atual Código Civil utiliza o termo pessoa, não mais homem, como fazia o art. 2º do Código Civil de 1916, deixando claro que não será admitida qualquer forma de distinção decorrente do sexo"[67] e ainda, como o art. 226 § 3º Constituição Federal vê a união estável como entidade familiar a ser tutelada pelo Estado, não podemos aceitar qualquer modalidade de diferenciação entre aqueles e aos unidos pelo matrimônio.

Para confirmar este entendimento, novamente buscando guarida em ensaio de Flávio Tartuce que a comunhão de vida entre os cônjuges tem pilar na igualdade, não só entre estes mas, também entre os companheiros, baseando-se em preceitos do art 1.511 do Código Civil de 2002 c.c. art. 226, § 3º, da Constituição Federal, e pelos arts. 1.723 a 1.727 do atual Código Civil.[68]

4.1.1 Direito aos alimentos e ao nome

O casamento é ato volitivo e garantidor de direitos e deveres para o casal, tanto que estabelece o art. 1511 CC/2002: **"O** casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges."[69] Tal norma pode ser aplicada analogamente à união estável de acordo, com a proteção constitucional que ela recebe.

Como bem ensina a doutrina[70], enquanto que a sociedade conjugal é um ente despersonalizado, formada pelo matrimônio e relacionada com os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e com o regime de bens, diante da disposição do art.1.576, codificado; o casamento é mais amplo, constituído pelo vínculo jurídico entre homem e mulher, com o objetivo de comunhão plena da vida, baseado no afeto, englobando, assim, o próprio conceito de sociedade conjugal.

Na questão dos alimentos em direito de família, foi assim defendida por Orlando Gomes, citado por Gláucio Hashimoto:

A existência do vínculo de família constitui o fato básico do qual a lei faz derivar a obrigação. Não são todas as pessoas ligadas por laços familiares que estão sujeitas, porém, às disposições legais atinentes aos alimentos, mas somente os ascendentes, os descendentes, os irmãos, assim germanos como unilaterais, e os cônjuges. Limita-se aos colaterais de segundo grau de obrigação proveniente de parentesco. Quanto aos cônjuges, a obrigação pressupõe a dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial, visto que, na constância do matrimônio, o dever do marido de sustentar a

mulher e o desta de concorrer para as despesas do casal são efeitos jurídicos imediatamente decorrentes do casamento. Do mesmo modo, a obrigação dos pais diz respeito aos filhos adultos, pois, enquanto menores, devem-lhes sustento.[71]

Tanto o homem como a mulher, sejam casados ou conviventes poderão pleitear do outro uma pensão de alimentos, eis que a "mulher que desfruta de condições físicas e mentais para o trabalho, deve concorrer para o seu sustento e da prole. De igual forma o homem"[72], pois estes estão ligados ao "direito à vida, o mais fundamental de todos os direitos." [73]

Reafirmando o entendimento acima, Flávio Tartuce ainda conclui que, diante do reconhecimento dessa igualdade, como exemplo prático, o marido/companheiro pode pleitear alimentos da mulher/companheira ou vice-versa.[74]

E com relação ao direito ao nome, o mesmo estudioso revela que "[...] um pode utilizar o nome do outro livremente, conforme convenção das partes (art. 1.565, § 1º, do CC). Vale lembrar que o nome é reconhecido, pelo atual Código Civil, como um direito da personalidade (arts. 16 a 19)".[75] Podendo inclusive a companheira requer ao Registro Civil, a adoção do sobrenome de seu companheiro, se assim desejar.

4.1.2 O art. 1565 § 2º do Código Civil de 2002 - O planejamento familiar

Conforme verificamos acima, um dos princípios formadores do direito de família é o relativo a liberdade, onde a entidade familiar pode se reunir da maneira que desejar, e inclusive como reza o art. 226§7º da Constituição Federal, poderá realizar o planejamento familiar. E:

[...] prevê o Enunciado n. 99 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, que "O art. 1.565, § 2º, do Código Civil não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo, nos termos do art. 226, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal de 1988, e não revogou o disposto na Lei 9.236/96". O art. 1.565, § 2º, do Código Civil é o dispositivo que prevê que o planejamento familiar é de livre decisão do casal.[76]

Mais, uma norma em que se assemelham as entidades casamento e união estável.

4.2 Diferenças ainda Persistentes na Legislação

Para que possamos assegurar a paridade de direitos entre cônjuges e companheiros, algumas legislações terão que ser alteradas, como por exemplo, aquelas a que se referem à regime de bens e direito sucessório.

4.2.1 Direito real de habitação

Bráulio Dinarte da Silva Pinto diz que o direito real de habitação é o direito que tem o cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens de seu casamento, de permanecer residindo na morada do casal após o falecimento de seu consorte, desde que aquele imóvel, que era usado para moradia, seja o único bem de natureza residencial a ser inventariado, não havendo limitações temporais ao exercício do direito aqui assegurado, de tal forma que o cônjuge sobrevivente o detém de maneira vitalícia.[77]

O Código Civil de 2002 silenciou a este respeito, nas questões que envolvem o companheirismo. Assim, ao ver dos operadores do direito, as leis que tratavam sobre a união estável e que datam da década de 1990, ou seja, Lei 9278/96 e Lei 8971/94, desta maneira, não foram totalmente revogadas, sendo que, o direito acima está relacionado ao direito assistencial de alimentos.

Para sanar este embate e não prejudicar a companheira verifica-se que:

O Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal ressalta a imprescindibilidade da questão ao dispor: "O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei nº. 9278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1831, informado pelo art. 6º, caput d CF/88".[78]

Podendo deste modo, o par supérstite do companheirismo habitar a residência do casal, como se sua fosse.

4.2.2 A conversão da união estável em casamento

- Quando o art. 1726 prevê que para a conversão da união estável em casamento, é necessário um pedido ao juiz e ao oficial do registro civil, ele também desiguala a questão do matrimônio, eis que este último não há necessidade da intervenção judicial. Tanto que Euclides de Oliveira, diz que no Estado de São Paulo, não há

esta necessidade subindo ao juiz casos que suscitem dúvidas para tal conversão.[79]

4.2.3 A diferença no tocante à comunhão parcial

Quanto aos frutos de bens comuns e particulares de cada companheiro, percebidos na constância do relacionamento, deve-se entender serem eles incomunicáveis como, por exemplo, as bonificações ou ações de uma sociedade, o rendimento de um imóvel, a aplicação financeira e os dividendos de ações empresariais, também sem a onerosidade prevista no Código Civil.

Desta maneira, é uma diferença que ainda resta na legislação, no tocante à comunhão parcial é que seriam partilhados todos os bens conseguidos na constância do casamento, ao passo que na união estável seriam apenas os bens conquistados a títulos onerosos, sendo previstos nos artigos 1.725 combinado com o inciso I do artigo 1.660 do atual Código Civil.

A manutenção destes dispositivos também de certa forma macula a dignidade do companheiro que não teve possibilidade, digamos material, para acrescer o patrimônio do casal, durante a união, sendo flagrante caso de prejuízo para aqueles que ingressam na união estável e não possuem meios de agregar onerosamente bens ao patrimônio conquistado pela entidade familiar.

4.2.4 O direito sucessório

A vigência do art. 1790 que trata do direito sucessório do companheiro é algo que afronta a tudo e a todos. Como vimos, a união do casal seja pelo matrimônio seja pelo companheirismo se dá por ato volitivo da parte, e atualmente, está cada vez mais acentuado, que o que se busca é a afetividade, que são laços sagrados para a duração da relação das pessoas, até mesmo, mais marcante do que o patrimônio formado em decorrência dos tempos de convívio.

Verifica-se na letra fria da lei 10.406/2002, que a sucessão legítima, defere-se aos seguintes herdeiros:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de

bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.[80]

Deste estatuto percebe-se que, o companheiro, não foi contemplado com a possibilidade de participar da sucessão dos bens particulares deixados pelo *de cujus*. Sendo que estes só aproveitarão os bens adquiridos onerosamente, durante o período que durou a união estável entre eles, tanto que:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.[81]

A interpretação do artigo citado se dá da seguinte maneira:

Assim, morto alguém que vivia em união estável, primeiros a herdar serão os descendentes em concorrência com o companheiro supérstite. Na falta de descendentes, serão chamados os ascendentes em concorrência com o companheiro sobrevivo. Na falta também destes e inexistindo, como é óbvio, cônjuge que amealhe todo o acervo, serão chamados os colaterais até o quarto grau ainda em concorrência com o companheiro, uma vez que, afinal, são também os colaterais parentes sucessíveis. E só na falta destes será chamado o companheiro remanescente para, aí sim, adquirir a totalidade do acervo. É flagrante a discrepância.[82]

Diante disso, após o falecimento de um dos companheiros, será feito um inventário dos bens deixados pelo falecido, sendo que a companheira da leitura do artigo acima será contemplada com a metade dos bens adquiridos durante a união, como no casamento e com quota parte relativamente a bens exclusivos, adquiridos onerosamente após a união.

Serão reunidos também, os "demais bens, como aqueles adquiridos por doação, herança, fato eventual, dentre outros, sobre a qual incidirá a norma do art. 1.829 e seguintes do novo Código".[83] E, como naquela norma, o companheiro não é herdeiro, não será contemplado "solução esta que, para adaptar uma expressão de Zeno Veloso a uma outra realidade, "não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema"".[84]

No caso, de bens particulares deixados pelo falecido, Wilson de Oliveira, esclarece que:

Assim sendo, se um dos conviventes quiser contemplar o outro, por ocasião do seu falecimento, deve utilizar-se de testamento.

Se tal não acontecer, o companheiro ou a companheira sobrevivente herdará, nos termos da lei, muito pouco dos bens deixados pelo outro. Suponhamos que, na vigência da união estável, não tenham sido adquiridos *onerosamente* bens por nenhum dos companheiros e que o convivente falecido tenha amplos recursos em imóveis e dinheiro.

Suponhamos mais que ele tenha como parentes sucessíveis apenas dois primos que não vê há mais de vinte anos.

Ocorrido o falecimento do autor da herança, a sua companheira nada herdará, e os bens irão para os primos.[85]

Conclui-se, pois que há uma diferenciação entre companheiro e cônjuge no direito sucessório. Em se tratando de bens adquiridos onerosamente:

Enquanto o cônjuge supérstite, pela redação do artigo 1.829 do Código Civil, passou a integrar a primeira classe de convocação na ordem de vocação hereditária, em concorrência com os descendentes, conforme o regime de bens adotado, o companheiro apenas recebe a mesma cota parte se concorrer com filhos comuns e metade com os filhos do falecido, independentemente do regime adotado.[86]

No tocante ao herdeiro legítimo ou necessário, alguns entendimentos são no sentido de que:

Assim, ao menos pela letra expressa da lei, o companheiro e a companheira são herdeiros legítimos, mas não necessários, são apenas herdeiros facultativos. As razões transcritas enriquecem o tema: "Companheiro não é herdeiro necessário, não tem direito à legitima, podendo ser livremente excluído pelo testador na sucessão testamentária.[87]

Porém, este dado divide a doutrina quanto à condição ou não do companheiro como herdeiro necessário, pois há entendimento de que em igualdade com os cônjuges, seria ele também herdeiro necessário, embora não conste do texto do art. 1845.[88]

Verifica-se, porém, que tem sido cada vez mais defendida a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, no tocante ao direito sucessório nas relações entre conviventes, tanto que existe um Projeto de Lei tramitando no Congresso Nacional, sob nº. 4944/2005, do deputado Antonio Carlos Biscaia, que pretende a revogação do art. 1790 e alteração do art. 1829 daquele *codex*.

Em recente decisão do Tribunal de Justiça gaúcho, foi transcrito trechos "da justificativa apresentada pelo autor do Projeto (In O Cônjuge e o Convivente no Direito das Sucessões, de Carlos Eduardo de Castro Palermo, Editora Juarez de Oliveira, 2007, págs. 90 e 91), que vem a reforçar os argumentos antes expostos."[89]

Deve-se abolir qualquer regra que corra em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme revolucionário comando constitucional que prescreve a ampliação do conceito de família, protegendo de forma igualitária todos os seus membros, sejam eles os próprios partícipes do casamento ou da união estável, como também os seus descendentes. A equalização preconizada produzirá a harmonização do Código Civil com os avanços doutrinários e com as conquistas jurisprudenciais correspondentes, abonando quase um século de vigoroso acesso à justiça, e de garantia da paz familiar.

[...]

Assim sendo, propugna-se pela alteração dos dispositivos nos quais a referida equalização não esteja presente. O caminho da alteração legislativa, nesses casos, se mostra certamente imprescindível, por restar indene de dúvida que a eventual solução hermenêutica não se mostraria suficiente para a produção de uma justiça harmoniosa e coerente, senão depois de muito tempo, com a consolidação de futuro entendimento sumulado, o que deixaria o indesejável rastro, por décadas quiçá, de se multiplicarem decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais, no seio da família brasileira.[90]

Neste contexto, a prática reiterada de um entendimento na jurisprudência tem sido sempre um meio de mudança na legislação. Desta maneira, a diferenciação entre os pares que ainda persiste será absorvida com a aprovação do projeto acima citado.

CONCLUSÃO

A mulher era vista como o sexo frágil, aquela que precisava ser defendida e não tinha capacidade inclusive intelectual, para se defender sem que tivesse a ajuda de um homem. Diversas foram as lutas, para que aquela fosse encarada como realmente é, ou seja, capaz, dotada de inteligência, e como parceira de seu homem em todas as atividades da família. E, se ainda persistem desigualdades de gênero, no caso a favor da mulher, estas se dão pela dor que sofreram por anos e anos, combatendo-se as muitas injustiças cometidas pela sociedade machista. Se gêneros eram discriminados, tanto mais, eram vistas maus olhos, aquelas uniões não celebradas civilmente.

Ocorre que, com o passar do tempo, as uniões estáveis foram consagradas, como entidades familiares, merecendo respaldo estatal, podendo ser composta com total liberdade, sem que possa sofrer interferência do Estado de qualquer natureza, tendo os casados e os conviventes os mesmo direitos e obrigações, sendo claríssima a idéia de que importante é o afeto existente entre os pares e não mais o patrimônio que constituíram ao longo da vida em comum.

Há casos onde as legislações ainda de maneira arcaica não beneficiam o companheiro, como por exemplo, de direitos como o real de habitação, a partilha dos bens na separação ou no campo sucessório. Assim, devem os operadores do direito, quando se deparar com este tratamento obsoleto do Código Civil, buscar guarida na Constituição Federal, onde prevê que todos são iguais perante a lei, e onde estabelece que a união estável é uma entidade familiar que tem proteção estatal, equiparando-a de certa maneira ao casamento.

Assim, a manutenção de dispositivos que não contemplam os direitos acima, é ilógica, posto que inconstitucionais e fulminam inclusive a luta da mulher para amparar seus interesses, bem como da sociedade em legalizar a união estável.

Deixar a companheira sem direitos que ela tanto lutou para alcançar, é retrogrado, justificando-se assim, o posicionamento dos magistrados, em utilizar analogamente dispositivos atinentes a cônjuge para lides em que sejam buscados os direitos da companheira. E, deve ser entendidas como não revogadas as leis da união estável, defendendo-se destarte o princípio da paridade entre homem e mulher e entre conviventes, posto que do contrário, feriria de morte a instituição e a vontade das partes em se unirem em união estável, maculando a personalidade dos cônjuges que não mais poderiam exercitar, modificar, substituir, extinguir ou defender interesses no âmbito da sociedade conjugal.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BARRETO Stênio De Freitas. **Direito de Família na Constituição.** Disponível em: *<revistapensar.faculdadepromove.br/revistapensar/art/downloadPDF.php?pdf=a38 -> Acesso em: 16 mai. 2009.*

BARROS, Flávia Fernandes de Miranda. **Aspectos Sucessórios dos companheiros no código civil de 2002**. 2006. (Mestrado em Direito) - Universidade Gama Filho. Rio Janeiro. p. 114. Disponível em:<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp000573.pdf> Acesso em: 04 abr. 2009.

BARROS, Sérgio Resende de. A Ideologia do Afeto. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=40.> Acesso em: 05 mai. 2009.

BELIZÁRIO, Sandra Maria Reis. **Aspectos evolutivos dos direitos da mulher em face aos direitos da personalidade.** 2006. Dissertação. (Mestrado em Direito da Personalidade na Tutela Jurídica Privada e Constitucional). CESUMAR - Centro de Ensino Superior de Maringá. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp021794.pdf> Acesso em: 14 abr. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2009.

_____. Lei 10.406/2002 (Lei Ordinária) 10/01/2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 mai. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70028139814. Agravante: Terezinha Arlete Paim Xavier e Rafael Camargo De Oliveira.. Agravada: A Justiça. . Relator: juiz Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 27 de abril de 2009. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2009&codigo=474381?> Acesso em: 20 mai. 2009.

BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. **O direito das mulheres:** uma abordagem crítica. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/vladimir_brega_filho.pdf> Acesso em: 15 mai. 2009.

CANEZIN, Claudete Carvalho. A mulher e o casamento: da submissão à emancipação. **Revista Jurídica CESUMAR,** Maringá, v.4, n. 1, p. 143-156. 2004.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. **Alimentos entre cônjuges e companheiros.** Disponível em: <http://www.recivil.com.br/news.asp?intNews=2179> Acesso em: 05 mai. 2009.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2009.

DELFINO, André Menezes. **A união estável no direito sucessório. A vantagem e as desvantagens na nova legislação.** Disponível em: <http://www.delfino.adv.br/textos/Companheiro%20e%20sucessao%20-20ANDRE%20DELFINO.doc>. Acesso em: 10 mai. 2009.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Lei Maria Da Penha, Afirmação Da Igualdade. Disponível em:** <http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Artigo_Detalhar&did=25237> Acesso em: 15 abr. 2009.

DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em: <http://michaelis1.locaweb.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=cônjuge.> Acesso em: 05 mai. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRANCHINI, João Gisberto. Da ocorrência de danos morais entre cônjuges ou conviventes e da sua reparabilidade no direito brasileiro. **Revista Jurídica CESUMAR,** Maringá, v.4, n. 1, p. 199-227. 2004.

GALDINO, Valéria Silva e BARRETO, Maíra de Paula. Os princípios gerais de direito, os princípios de direito de família e os direitos da personalidade. **Revista Jurídica CESUMAR,** Maringá, v.7, n. 1, p. 277-308. 2007.

GALDINO, Valéria Silva. **Sucessão do companheiro no atual ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Jurídica CESUMAR, v. 5, n. 1, p. 161-176. 2005.

GIUSTI, Mirian Petri Lima de Jesus. **Sumário de direito civil.** 1.ed. São Paulo: Rideel, 2003.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HASHIMOTO, Gláucio. Renúncia ao Direito de Alimentos entre Cônjuges na Separação Judicial Consensual - Do Cc/1916 Ao Novo Código Civil. **Revista Jurídica CESUMAR,** Maringá, v.3, n. 1, p. 361-372. 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Dos filhos havidos fora do casamento. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=17> Acesso em: 15 abr. 2009.

_____. Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Giselda_Concorrencia.doc>. Acesso em: 17 mai. 2009.

_____. Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da

previsão contida no novo Código Civil. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4093>. Acesso em: 17 mai. 2009.

KEMMERICH, Denise. **Concorrência sucessória entre cônjuge e companheira na união estável quando esta se dá concomitantemente com o casamento.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12491> Acesso em: 15 abr. 2009.

LIMA FILHO, Jayme de Souza Vieira. **O momento da dissolução do casamento do ausente.** Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/ausente_jayme.doc>. Acesso em: 28 mai. 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização Do Direito Civil.** Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/7818/7385> Acesso em: 05 mai. 2009.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527> Acesso em: 15 abr. 2009.

LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. **A retroatividade restritiva do contrato de convivência. Disponível em:** <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rolf_Madaleno/retroatividade.pdf.> Acesso em: 15 mai. 2009.

_____. O Débito e Crédito Conjugal. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=322&Itemid=39> Acesso em: 05 mai. 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de Mello. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legislação constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NOGUEIRA, Grasiéla Macias e FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. O estado civil das pessoas que vivem sob o regime de união estável em face dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 6, n. 1, dezembro 2006.

NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade Humana**. São Paulo: Saraiva. 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. 1. ed. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

OLIVEIRA, Wilson. **Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte. Del Rey. 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Culpa no Desenlace Conjugal.** Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html> Acesso em: 15 abr. 2009.

_____. **A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as "discriminações positivas".** Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html>. Acesso em: 17 mai. 2009.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2.004.

PINHO, LEDA. A Mulher no Direito Romano: Noções Históricas Acerca De Seu Papel Na Constituição Da Entidade Familiar. **Revista Jurídica CESUMAR,** Maringá, v.2, n. 1 p.269-291. 2002.

PINTO, Bráulio Dinarte da Silva. **Direito real de habitação no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 952, 10 fev. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7945>. Acesso em: 20 mai. 2009.

PISCITELLI, Rui Magalhães. **Desigualmente iguais.** Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060310ruimagalhaespiscitelli_desigualmente.php> Acesso em: 14 abr. 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e a constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

RAWLS, John. **Justiça como eqüidade: uma reformulação.** Organizado por Erin Kelly; tradução Claudia Berliner; revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro. Revista Jurídica CESUMAR, Maringá, v. 1, n. 1, p. 5-40. dez. 2001.

RIBEIRO, Antônio Sérgio. **A Mulher e o Voto.** Disponível em:<http://www.al.sp.gov.br/web/eleicao/mulher_voto.htm >Acesso em: 12 mai. 2009.

RICARTE, Ana Lúcia. A Mulher, o Direito e a Família. Disponível em: <**http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=490>. Acesso em: 14 mai. 2009.**

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. **Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade.** Jus Navegandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>. Acesso em: 15 mai. 2009.

SCHNEIDER, Yuri. **A (in)efetividade dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: as ações afirmativas como consectárias da busca da eficaz aplicação do princípio constitucional da igualdade**. (Mestrado em Direito). UNISINOS. São Leopoldo. p. 62. Disponível em: < http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp030330.pdf> Acesso em: 08 mai. 2009.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A dignidade da pessoa humana e a adequação do Livro IV do Projeto de Código Civil a esse princípio fundamental de Direito Constitucional e de Direito de Família.** Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/7898/7465> Acesso em: 14 abr. 2009.

SPINELI, Ana Claudia Marassi. **Dos Direitos da Personalidade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Revista Jurídica CESUMAR, Maringá, v. 8, n. 2, p. 369-382, jul./dez. 2008.

SZNANIASKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468> Acesso em: 28 mai. 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: **direito de família.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. Coleção Direito Civil. v 6.

VIEIRA, Katharine Santos. **A importância do princípio da proporcionalidade para a teoria dos direitos fundamentais. A distinção do princípio da razoabilidade.** Disponível em <http://www.ffb.edu.br/_download/Dialogo_Juridico_n5_10.PDF>. Acesso em 15 mai. 2009.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família.** 14 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2002.

[1] **DICIONÁRIO MICHAELIS.** Disponível em: <http://michaelis1.locaweb.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=cônjuge.> Acesso em: 05 mai. 2009.

[2] BARROS, Sérgio Resende de. A Ideologia do Afeto. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=40.> Acesso em: 05 mai. 2009.

[3] LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008. p. 150-151.

[4] Idem.

[5] WALD, Arnoldo. **O novo direito de família.** 14 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.

[6] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 39.

[7] FRANCHINI, João Gisberto. Da ocorrência de danos morais entre cônjuges ou conviventes e da sua reparabilidade no direito brasileiro. **Revista Jurídica CESUMAR** - v.4, n. 1 - 2004. p. 214.

[8] NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado.** 4.ed. rev., atual. e ampl. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 938.

[9] Idem.

[10] VIEIRA, Katharine Santos. **A importância do princípio da proporcionalidade para a teoria dos direitos fundamentais. A distinção do princípio da razoabilidade.** Disponível em <http://www.ffb.edu.br/_download/Dialogo_Juridico_n5_10.PDF>. Acesso em 15 mai. 2009.

[11] ATALIBA, Geraldo. **República e constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 6 e 7.

[12] ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. **Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade.** Jus Navegandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>. Acesso em: 15 mai. 2009.

[13] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 21. ed. Malheiros: São Paulo, 2007. p. 255-257.

[14] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 39.

[15] KEMMERICH, Denise. **Concorrência sucessória entre cônjuge e companheira na união estável quando esta se dá concomitantemente com o casamento.**

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12491> Acesso em: 15 abr. 2009.

[16] Idem.

[17] LOBO. Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527> Acesso em: 15 abr. 2009.

[18] **BRASIL. Constituição Federal de 1988. 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2009.**

[19] **HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Dos filhos havidos fora do casamento.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=17> Acesso em: 15 abr. 2009.

[20] CUNHA, Rodrigo Pereira da *apud* GALDINO, Valéria Silva e BARRETO, Maíra de Paula. **Os princípios gerais de direito, os princípios de direito de família e os direitos da personalidade.** Revista Jurídica CESUMAR, v. 7, n. 1, 2007. p. 301.

[21] LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008. p. 56-57.

[22] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 39.

[23] TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468> Acesso em: 28 mai. 2009.

[24] **BRASIL. Lei 10.406/2002 (Lei Ordinária) 10/01/2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 mai. 2009.**

[25] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família. 18.ed. aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

[26] OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** 1. ed. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.p. 293.

[27] LEITE, Eduardo de Oliveira *apud* GALDINO, Valéria Silva e BARRETO, Maíra de Paula. Os princípios gerais de direito, os princípios de direito de família e os direitos da personalidade. **Revista Jurídica CESUMAR**, v. 7, n. 1, 2007. p. 301.

[28] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as "discriminações positivas".** Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html>. Acesso em: 17 mai. 2009.

[29] SPINELI, Ana Claudia Marassi. Dos Direitos da Personalidade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Jurídica CESUMAR**, v. 8, n. 2, p. 369-382, jul./dez. 2008. p. 378.

[30] Idem.

[31] SZANIASKI, Elimar, VAZ, Wanderson Lago; REIS, Clayton. **Dignidade da pessoa humana.** Revista Jurídica CESUMAR, v. 7, n. 1, p. 181-196, jan./jun. 2007. p. 190.

[32] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira *apud* SPINELI, Ana Claudia Marassi. Dos Direitos da Personalidade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Jurídica CESUMAR**, v. 8, n. 2, p. 369-382, jul./dez. 2008. p. 379.

[33] NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade Humana**. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 49.

[34] SZNANIASKI, Elimar, **Direitos da Personalidade e sua tutela.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 141.

[35] TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468> Acesso em: 28 mai. 2009.

[36] **BRASIL. Constituição Federal de 1988. 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>.** Acesso em: 24 abr. 2009.

[37] SCHNEIDER, Yuri. **A (in)efetividade dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: as ações afirmativas como consectárias da busca da eficaz aplicação do princípio constitucional da igualdade**. (Mestrado em Direito). UNISINOS. São Leopoldo. p. 62. Disponível em: < http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp030330.pdf> Acesso em: 08 mai. 2009.

[38] **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789.** Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2009.

[39] BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. **O direito das mulheres:** uma abordagem crítica. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/vladimir_brega_filho.pdf> Acesso em: 15 mai. 2009.

[40] DIAS, Maria Berenice Dias. **Lei Maria Da Penha, Afirmação Da Igualdade. Disponível em:** <http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Artigo_Detalhar&did=25237> Acesso em: 15 abr. 2009.

[41] OLIVEIRA, José Sebastião de . Fundamentos constitucionais do direito de família. 1. ed. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.p. 121.

[42] PISCITELLI, Rui Magalhães. **Desigualmente iguais.** Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060310ruimagalhaespiscitelli_desigualmente.php> Acesso em: 14 abr. 2009.

[43] Idem.

[44] VILAS-BÔAS, Renata Malta *apud* SCHNEIDER, Yuri. **A (in)efetividade dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: as ações afirmativas como consectárias da busca da eficaz aplicação do princípio constitucional da igualdade.** (Mestrado em Direito). UNISINOS. São Leopoldo. p. 71. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp030330.pdf> Acesso em: 08 mai. 2009.

[45] BARBOSA DE MELO *apud* PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e a constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 82.

[46] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as "discriminações positivas".** Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html>. Acesso em: 17 mai. 2009.

[47] Idem.

[48] Ibidem.

[49] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as "discriminações positivas".** Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html>. Acesso em: 17 mai. 2009.

[50] PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2.004. p. 91.

[51] CUNHA PEREIRA, Rodrigo da *apud* BARRETO Stênio De Freitas. **Direito de Família na Constituição.** Disponível em: *<revistapensar.faculdadepromove.br/revistapensar/art/downloadPDF.php?pdf=a38 -> Acesso em: 16 mai. 2009.*

[52] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira *apud* SPINELI, Ana Claudia Marassi. **Dos Direitos da Personalidade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Revista Jurídica CESUMAR, v. 8, n. 2, p. 369-382, jul./dez. 2008. p. 379.

[53] PALLIERE, Giorgio Balladore *apud* BELIZÁRIO, Sandra Maria Reis. **Aspectos evolutivos dos direitos da mulher em face aos direitos da personalidade.** 2006. Dissertação. (Mestrado em Direito da Personalidade na Tutela Jurídica Privada e Constitucional). CESUMAR - Centro de Ensino Superior de Maringá. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp021794.pdf> Acesso em: 14 abr. 2009.

[54] RAWLS, John. **Justiça como eqüidade: uma reformulação.** Organizado por Erin Kelly; tradução Claudia Berliner; revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p.122-123.

[55] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as "discriminações positivas".** Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html>. Acesso em: 17 mai. 2009.

[56] MOZOS, José Luis de Los *apud* MADALENO, Rolf. **A retroatividade restritiva do contrato de convivência. Disponível em:** <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rolf_Madaleno/retroatividade.pdf.> Acesso em: 15 mai. 2009.

[57]MADALENO, Rolf. **A retroatividade restritiva do contrato de convivência. Disponível em:** <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rolf_Madaleno/retroatividade.pdf.> Acesso em: 15 mai. 2009.

[58] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A dignidade da pessoa humana e a adequação do Livro IV do Projeto de Código Civil a esse princípio fundamental de Direito Constitucional e de Direito de Família.** Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/7898/7465> Acesso em: 14 abr. 2009.

[59] **BRASIL. Constituição Federal de 1988. 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>.** Acesso em: 24 abr. 2009.

[60] GOMES, Orlando *apud* VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: **direito de família.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. (Coleção Direito Civil, v 6). p. 155.

[61] MADALENO, Rolf. **O Débito e Crédito Conjugal.** Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=322&Itemid=39> Acesso em: 05 mai. 2009.

[62] Idem.

[63] VIANA, Marco Aurélio S. *apud* VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: **direito de família.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. (Coleção Direito Civil, v 6). p. 179.

[64] OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** 1. ed. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.p. 176.

[65] CAHALI, Francisco *apud* OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** 1. ed. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.p. 178.

[66] WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *apud* OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** 1. ed. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.p. 178.

[67] TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468> Acesso em: 28 mai. 2009.

[68] Idem.

[69] **BRASIL. Lei 10.406/2002 (Lei Ordinária) 10/01/2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2009.**

[70] TARTUCE, Flávio *apud* LIMA FILHO, Jayme de Souza Vieira. **O momento da dissolução do casamento do ausente.** Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/ausente_jayme.doc>. Acesso em: 28 mai. 2009.

[71] HASHIMOTO, Gláucio. **Renúncia ao Direito de Alimentos entre Cônjuges na Separação Judicial Consensual - Do Cc/1916 Ao Novo Código Civil.** Revista Jurídica CESUMAR - v.3, n. 1 - 2003. p. 363.

[72] CRUZ, Maria Luiza Póvoa. **Alimentos entre cônjuges e companheiros.** Disponível em: <http://www.recivil.com.br/news.asp?intNews=2179> Acesso em: 05 mai. 2009.

[73] Idem.

[74] TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468> Acesso em: 28 mai. 2009.

[75] Idem.

[76] Ibidem.

[77] PINTO, Bráulio Dinarte da Silva. **Direito real de habitação no novo Código Civil** . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 952, 10 fev. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7945>. Acesso em: 20 mai. 2009.

[78] BARROS, Flávia Fernandes de Miranda. **Aspectos Sucessórios dos companheiros no código civil de 2002**. 2006. (Mestrado em Direito) - Universidade Gama Filho. Rio Janeiro. p. 114. Disponível em:<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp000573.pdf> Acesso em: 04 abr. 2009.

[79] OLIVEIRA, José Sebastião de . Fundamentos constitucionais do direito de família. 1. ed. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

[80] **BRASIL. Lei 10.406/2002 (Lei Ordinária) 10/01/2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 mai. 2009.**

[81] **BRASIL. Lei 10.406/2002 (Lei Ordinária) 10/01/2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 mai. 2009.**

[82] HIRONAKA,Giselda Maria Fernandes Novaes. **Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes.** Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Giselda_Concorrencia.doc>. Acesso em: 17 mai. 2009.

[83] NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legislação constitucional.** Renovar. Rio de Janeiro: 2004. p. 171.

[84] VELOSO, Zeno *apud* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida no novo Código Civil.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4093>. Acesso em: 17 mai. 2009.

[85] OLIVEIRA, Wilson. **Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte. Del Rey. 2004. p. 260.

[86]GALDINO, Valéria Silva. **Sucessão do companheiro no atual ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Jurídica CESUMAR, v. 5, n. 1, 2005. p. 163.

[87] NERY JR, Nelson *apud* BARROS, Flávia Fernandes de Miranda. **Aspectos Sucessórios dos companheiros no código civil de 2002**. 2006. (Mestrado em Direito) - Universidade Gama Filho. Rio Janeiro. p. 103. Disponível em:<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp000573.pdf> Acesso em: 04 abr. 2009.

[88] BARROS, Flávia Fernandes de Miranda. **Aspectos Sucessórios dos companheiros no código civil de 2002**. 2006. (Mestrado em Direito) - Universidade Gama Filho. Rio Janeiro. p. 102. Disponível em:<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp000573.pdf> Acesso em: 04 abr. 2009.

[89] **BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Agravo de Instrumento nº 70028139814. Agravante: Terezinha Arlete Paim Xavier e Rafael Camargo De Oliveira.. Agravada: A Justiça. . Relator: juiz Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 27 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2009&codigo=474381?> Acesso em: 20 mai. 2009.

[90] **BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Agravo de Instrumento nº 70028139814. Agravante: Terezinha Arlete Paim Xavier eo Rafael Camargo De Oliveira.. Agravada: A Justiça. . Relator: juiz Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 27 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2009&codigo=474381?> Acesso em: 20 mai. 2009.

CONTRATAÇÕES TRABALHISTAS COMPULSÓRIAS: UMA RELEITURA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS EM PROL DA PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS*

CONTRATS TRAVAILLEURS OBLIGATOIRES : UNE LECTURE DES RELATIONS JURIDIQUES PRIVÉES DANS PROFIT DE LA PROMOTION DE DROITS FONDAMENTAUX

Ana Karmen Fontenele Guimarães Lima

RESUMO

Apesar da natureza jurídica do vínculo entre empregado e empregador ser contratual, o que, a princípio, confere autonomia às partes para celebrar negócios jurídicos, podem-se constatar situações em que o Estado, além de regular o conteúdo do contrato de trabalho, faz-se presente no momento da sua própria formação, impondo que as empresas admitam compulsoriamente determinados trabalhadores. Tais contratações ora são determinadas como reserva de mercado para aqueles que, de outra forma, dificilmente conseguiriam emprego, ora como interesse da sociedade, que requer o exercício de certas atividades por quem, além da competência legal que lhe é conferida, possua formação científica para praticá-las. Pretende-se constatar que os fundamentos que norteiam as admissões compulsórias estão relacionados à efetividade dos direitos fundamentais, particularmente os sociais, traduzindo um novo enfoque sob o qual devem se orientar as relações jurídicas privadas contemporâneas: a promoção daqueles direitos.

PALAVRAS-CHAVES: CONTRATAÇÃO COMPULSÓRIA. DIREITO FUNDAMENTAL. EFICÁCIA.

RESUME

Malgré la nature juridique de la relation entre l'employeur et l'employé est de nature contractuelle, qui, en principe, donne l'autonomie aux parties de conclure des transactions juridiques, peut voir des situations où l'État, plus que réglementer le contenu du contrat de travail, il est présent au moment de leur formation, exigeant que les entreprises obligatoirement admettre certains employés. Ces contrats sont, soit le marché de certains comme une réserve pour les personnes qui, autrement, il est difficile à utiliser, ainsi que les intérêts de la société, qui exige l'exercice de certaines activités, par qui, outre le pouvoir légal d'elle, d'avoir une formation scientifique les pour suivre. Il est à noter que les principes fondamentaux régissant l'obligation d'admissions sont liées à l'efficacité des droits fondamentaux, notamment sociaux, en traduisant une nouvelle approche sous laquelle doivent se guider les relations juridiques privées contemporains : la promotion de ces droits.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

MOT-CLES: CONTRACTES OBLIGATOIRES. DROIT FONDAMENTAL. EFFICACE.

1 Introdução

A despeito de não ser nova a discussão acerca do tratamento especial com que a Lei estabelece para determinados trabalhadores, bem como a intervenção do Estado nas relações privadas, não há, no Direito do Trabalho e, certamente, em outros ramos do Direito, a abordagem específica com que será realizado o presente estudo. Isto porque, a novidade suscitada advém da identificação de um elemento comum na contratação de certos trabalhadores, qual seja, a compulsoriedade, aspecto que foi pouco ou mesmo não debatido com a ênfase com que se pretende realizar.

Embora se conceba que a relação trabalhista possua a natureza contratual, o que, *a priori*, indica a liberdade do empregador para admitir livremente seus funcionários, pode-se constatar situações em que a contratação de alguns trabalhadores é compulsória. São previstas hipóteses em que não se confere margem de liberdade para o empregador escolher quem devesse contratar ou não. Simplesmente a lei, com suporte em fundamentos específicos, impõe que determinados sujeitos sejam admitidos nas empresas.

Sob tal perspectiva, pode-se indagar se seria possível (e legítima) a imposição de tal forma de admissão trabalhista, tendo em vista que o vínculo jurídico estabelecido entre empregado e empregador decorre da manifestação de suas vontades. Por conseguinte, torna-se indispensável verificar com base em qual justificativa o Estado a estabelece.

Além das inúmeras discussões que o tema envolve, especialmente quanto aos limites da liberdade contratual, aos da propriedade privada e às dimensões do princípio da igualdade, sua análise torna-se mais interessante quando se questiona sua admissibilidade no contexto do atual pensamento neoliberalista globalizado, que impõe ao direito do trabalho novos rumos: flexibilização, desregulamentação, terceirização, reformas legislativas.

Constata-se, no entanto, que a situação encontra amparo no processo de constitucionalização do direito privatístico, que catalisou mudanças significativas na ordem jurídica privada, passando esta a gravitar em torno da pessoa humana e dos seus valores existenciais. Verifica-se que os interesses particulares não podem se sobrepor aos públicos e sobre a dignidade humana.

Acredita-se, outrossim, que as relações jurídicas privadas contemporâneas, sob a ótica tratada, não estão apenas a possibilitar a aplicação direta das normas constitucionais, mas, além disso, a se tornarem instrumentos imprescindíveis na promoção dos direitos fundamentais.

Considerando que o assunto alberga certa complexidade e, certamente, uma diversidade de críticas, o presente estudo não pretende exauri-lo. Através de um exame bibliográfico, com uma abordagem descritiva, de cunho ora dedutivo, ora indutivo, serão apresentados os elementos essenciais que envolvem a temática, permitindo-se que o leitor tenha um primeiro contato com o mesmo.

Pretendemos no decorrer de nossas reflexões identificar a importância das contratações compulsórias não somente para os trabalhadores que elas diretamente atingem, mas para a sociedade. Ademais, buscam-se as razões que norteiam a inserção forçada de trabalhadores no mercado de trabalho e estabelecer que elas estão relacionadas com a promoção de direitos fundamentais, particularmente os sociais.

2 A liberdade contratual: a relevância da autonomia da vontade na formação do contrato e suas limitações.

Primeiramente, é necessário analisar, embora de forma bastante sucinta, as mudanças ocorridas na esfera do contratualismo, permitindo-se identificar se o contrato de trabalho permite ao Estado impor limites à autonomia da vontade do empregador na hipótese aqui levantada.

A definição do instituto contratual, mesmo sob as variadas perspectivas lançadas pela doutrina jurídica, informará a presença de um elemento essencial comum no ato de contratar: a comunhão de vontades para atingir um fim específico. A liberdade das partes é reconhecida como essencial à formação dos ajustes. <!--[if !supportFootnotes]-->[1]<!--[endif]-->

A faculdade de celebrar contratos através do consentimento de duas ou mais vontades se exerce e se concretiza, basicamente, através de três fundamentos: a) o da liberdade de contratar, que expressa a conveniência e o interesse de cada um em estabelecer um

negócio jurídico-contratual; b) a liberdade de escolha com quem contratar, não sendo permitido, sob a égide da autonomia da vontade, obrigar ninguém a contratar com quem não se deseja, e c) a liberdade de estipular as cláusulas do contrato. <!--[if !supportFootnotes]-->[2]<!--[endif]-->

A vontade livre e autônoma de celebrar contratos, no entanto, não passou incólume ao longo da história, pelo menos sob a perspectiva liberal em que foi concebida. A teoria contratual passou por inúmeras mutações, tendo em vista a necessidade de se adequar aos modelos sociais, políticos e econômicos de cada época.

As bases da teoria clássica dos contratos estiveram assentadas no liberalismo econômico propagado pela burguesia. Esse movimento surgia em oposição aos entraves postos pelo Estado Absolutista em relação aos interesses dessa classe, que emergia da intensificação das práticas comerciais no final do período feudal.

Os desejos da burguesia resumiam-se, ao longo dos séculos XVIII e XIX, na proclamação da liberdade individual em todos os setores da sociedade, forma que melhor se ajustaria aos anseios de por fim às amarras que o parasitário Estado Moderno impunha à expansão dos empreendimentos burgueses na incessante busca de obter lucros.

Preconizava-se, por isso, a liberdade acima de tudo, tanto como fórmula contra a ingerência do Estado na economia, como necessidade burguesa de atuar livremente no comércio. Sendo o principal negócio jurídico que regulava as atividades comerciais da época, o contrato deveria assimilar as idéias liberais, com o escopo de melhor atender à expansão do domínio econômico pela burguesia.

A autonomia da vontade foi, desta feita, levada à máxima expressão, transformando-se na base de todo o sistema estabelecido para os contratos. A liberdade do homem foi considerada tão ilimitada que o acordo de vontades foi equiparado à lei. <!--[if !supportFootnotes]-->[3]<!--[endif]-->

O contrato é uma das bases da liberdade natural. Esse o contexto em que o pensamento liberal marcou a contratação. Como manifestação da vontade humana, o contrato prende, liga, ata e tem valor absoluto. As mudanças econômicas exigem que o contrato mantenha a sua força obrigatória, sem abrir mão da autoridade que o contrato exerce entre os homens. <!--[if !supportFootnotes]-->[4]<!--[endif]-->

A manifestação sagrada e intocável da liberdade das partes propiciou o surgimento de inúmeras situações injustas, que reclamavam a interferência do Estado, com o fim de reequilibrar as negociações, protegendo a parte mais fraca da relação jurídica. Percebeu-se que a igualdade econômica estava sendo comprometida com a prática sem controle da liberdade política, obstando a efetivação da almejada justiça social, sendo ilusória a concepção de igualdade de condições entre contratantes.

A intervenção estatal nos contratos faz com que seja modificado o que as partes contratam, para encontrar o justo equilíbrio em dada situação. Não significa que a autonomia da vontade deixe de ser o elemento que impulsione a circulação de riquezas, mas que, no mundo hodierno, ela possui papel reduzido.<!--[if !supportFootnotes]-->[5]<!--[endif]-->

Não se recusa o direito de contratar e não se nega a liberdade de fazê-lo. A lei não intervirá de modo a inibir, de modo absoluto, a liberdade de contratar, apenas a regulamenta, impõe-lhe certas restrições, determina o conteúdo dos contratos, de forma a melhor atender aos interesses sociais.

O contrato deixa de ser um instrumento jurídico, de interesses puramente individuais, de fins econômicos, para ter que abarcar também uma função social. <!--[if !supportFootnotes]-->[6]<!--[endif]--> Se antes o proveito contratual estava cingido a sua repercussão sinalagmática, agora também possui uma vertente de compromisso público ou geral. <!--[if !supportFootnotes]-->[7]<!--[endif]-->

Nesta quadra de evolução do contrato, alguns conceitos são reforçados, como o da regulamentação legal dos ajustes, com o propósito de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresárias; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e, sobretudo, a proclamação efetiva da supremacia dos interesses coletivos sobre os privados.

As idéias que norteavam os negócios jurídicos civis se estenderam ao contrato de trabalho, já que não se punha em dúvidas de que a relação de emprego fosse um contrato semelhante aos encontrados no Direito Civil. É, por isso, que a doutrina concebia, inicialmente, o contrato de trabalho como espécie de arrendamento, de compra e venda, de sociedade, de mandato. <!--[if !supportFootnotes]-->[8]<!--[endif]-->

O intenso grau de exploração do obreiro, porém, despertou questionamentos do princípio da autonomia da vontade nos contratos trabalhistas, fato que impulsionou a interferência do Estado nas relações de emprego, com a finalidade de serem preservados direitos vitais ao hipossuficiente empregado. <!--[if !supportFootnotes]-->[9]<!--[endif]--> O conteúdo do contrato de trabalho passou a receber caudalosa influência do Poder Estatal, que passou a fixar cláusulas mínimas de garantia à dignidade humana do trabalhador.

Embora não tenha sido suprimida em sua totalidade, a autonomia da vontade, na relação trabalhista, foi fortemente restringida. <!--[if !supportFootnotes]-->[10]<!--[endif]--> Impuseram-se limites à jornada de trabalho, estabeleceu-se um salário mínimo que atendesse às necessidades básicas do trabalhador, determinaram-se direitos a férias anuais remuneradas, repouso semanal, dentre outros direitos.

A relativização dos direitos privados pela imposição de uma função social que devessem cumprir, <!--[if !supportFootnotes]-->[11]<!--[endif]--> aliada à consolidação, a partir do início do século XX, de um Estado promocional, engajado na melhoria das condições de vida e de trabalho da população, que não poderia ser lançada livremente às diretrizes econômicas, abriu espaço para que se possibilitasse a inserção compulsória de trabalhadores no mercado de trabalho. Somente em face de tais mudanças, pode-se compreender a imposição do Estado de determinar a contratação trabalhista forçada.

Desta feita, com base nestas considerações, as indagações lançadas no início deste estudo não encontram, neste aspecto, bases equivocadas, na medida em que possa ser inadmissível, sob a ótica da teoria contratualista moderna, a limitação da liberdade do empregador em escolher quem deva contratar. Ao contrário, as mudanças no instituto contratual permitiram um novo reforço à proteção do obreiro e, ainda, como será visto adiante, a garantia de bem-estar da própria sociedade.

Outrossim, deve-se conceber que as admissões compulsórias, embora possam encontrar resistência diante dos argumentos que sustentam ser a hipótese uma séria ofensa a direitos fundamentais do empregador, <!--[if !supportFootnotes]-->[12]<!--[endif]--> dentre outras lesões que possam acarretar, vão ao encontro dos valores de uma sociedade fraterna, pluralista e solidária, que tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, conforme propugnado pela Constituição Federal de 1988.

3 O Estado no contexto liberal, social e social-democrático: a mudança na postura intervencionista estatal e sua ingerência nas relações privadas.

Estudar as razões que fundamentam a imposição da contratação de certos trabalhadores passa, decerto, pela postura com que o Estado se apresenta diante dos problemas da sociedade e sua ingerência nas relações privadas.

Por inúmeras vezes o papel do Estado foi e continua sendo objeto de discussões, alternado-se, com maior ou menor amplitude suas formas de atuação. O reconhecimento, entretanto, de sua influência na vida das pessoas permanece e, cada vez mais, é motivo de sua preocupação a preservação dos direitos da pessoa humana e do bem-estar da sociedade. O Estado, porém, nem sempre se mostrou presente nas questões sociais.

A primeira noção de Estado de Direito surgiu da oposição histórica, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do governante. <!--[if !supportFootnotes]-->[13]<!--[endif]--> Ele vinca-se, nas palavras de Napoleão Nunes, “na abolição do centralismo e na separação do poder administrativo encravado na vontade subjetiva do governante”. <!--[if !supportFootnotes]-->[14]<!--[endif]-->

O Estado Moderno surge com o papel fundamental de defender e proteger a liberdade, como interesse burguês, assim como submeter os monarcas à vontade da lei. A grande bandeira do liberalismo era a manutenção da liberdade do indivíduo e a limitação do poder absoluto.

No liberalismo, o valor da liberdade cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal. Nesse contexto, o Estado era um acanhado servo do indivíduo.

Sua essência há de esgotar-se numa missão de inteiro alheamento e ausência de iniciativa social. Esse primeiro Estado de Direito, com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental européia. <!--[if !supportFootnotes]-->[15]<!--[endif]-->

O ente estatal que surgia, no fim do século XVIII, após a Revolução Francesa de 1789, tinha como características básicas a não intervenção do Estado na economia, vigência do princípio da igualdade formal, a adoção da teoria de tripartição de poderes de Montesquieu, a supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental e a garantia de direitos individuais fundamentais.

Por muito tempo, estes direitos não eram nada mais que deveres de abstenção do Estado, que deveria manter-se inerte para não violá-los. O essencial era salvaguardar as liberdades privadas do indivíduo, o que impunha o estabelecimento de limites ao exercício do poder político. O Estado era visto como um adversário da liberdade, e por isso cumpria limitá-lo, em prol da garantia dos direitos do homem. Sob este prisma, foi de enorme utilidade a técnica de separação de poderes, divulgada por Montesquieu, que tinha como finalidade conter o poder estatal para assegurar o governo moderado. Esta era a engenharia institucional do Estado Liberal, que tinha como *telos* a liberdade individual. <!--[if !supportFootnotes]-->[16]<!--[endif]-->

A classe burguesa detinha o poder econômico, enquanto o político era controlado pela nobreza e pela realeza. Assim, o princípio liberal da não intervenção do Estado na economia ajustava-se aos interesses burgueses em evitar a interferência dos antigos monarcas e senhores medievais nas suas atividades, garantindo-se, assim, a liberdade necessária para a expansão capitalista. <!--[if !supportFootnotes]-->[17]<!--[endif]-->

Não cabia, assim, ao Estado intervir na economia, apenas lhe competia zelar pela propriedade e pela ordem, já que a harmonização de interesses individuais ocorreria pela “mão invisível” que regularia as atividades comerciais. No contexto liberal, quanto mais ausente o Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade ao indivíduo. <!--[if !supportFootnotes]-->[18]<!--[endif]--> O Estado Liberal é, no dizer de Bobbio, “aquele no qual a ingerência do poder público é o mais restrita possível”. <!--[if !supportFootnotes]-->[19]<!--[endif]-->

A presença de um Estado mínimo, alheio às questões sociais, contudo, apenas servia para expandir o capitalismo impulsionado pela burguesia. A propagada liberdade tão somente formal agravava a classe operária, completamente suscetível a graves e irreprimíveis situações de arbítrio dos empregadores. Expunham-se os fracos à sanha dos poderosos.

Como ilustra o mestre Paulo Bonavides:

O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi o palco do Oriente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso

emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar. <!--[if !supportFootnotes]-->[20]<!--[endif]-->

O alheamento do Estado no aspecto social, agravado pela Revolução Industrial não poderia resistir. Com as idéias socialistas e marxistas, o operário era conclamado a resistir à intensa exploração a que era submetido. O capitalismo era questionado. A união dos trabalhadores conferia temor à burguesia, que antevia a possibilidade de ruptura violenta do Estado Liberal. <!--[if !supportFootnotes]-->[21]<!--[endif]-->

A neutralidade forjada do Estado, aliada às novas contingências sociais e econômicas ditadas pela Revolução Industrial, determinara um vácuo na proteção dos interesses e ideais de liberdade e igualdade da parcela hipossuficiente da população, ensejando tensões sociais impossíveis de serem reguladas pelo modelo de Estado burguês até então adotado. <!--[if !supportFootnotes]-->[22]<!--[endif]-->

Diante de tal situação, surgiu a necessidade de rever o papel do Estado, torná-lo mais atuante, que realizasse uma justiça social, acalmando os ânimos dos operários. A burguesia hesitava a expansão dos ideais pregados pelo socialismo, postos no plano fático através da Revolução Russa de 1917. <!--[if !supportFootnotes]-->[23]<!--[endif]--> Para conter o avanço revolucionário, dever-se-ia garantir uma melhor qualidade de vida aos trabalhadores.

Os direitos fundamentais de cunho liberal eram insuficientes para assegurar a dignidade humana. A exploração do homem, acentuada com o advento da industrialização, não poderia ser resolvida por um Estado absenteísta.

A legislação social, no entanto,

[...] não dera nenhum passo à frente e nada autorizava a eleição de outros rumos e perspectivas. O seu aparecimento subseqüente não se deve, aliás, de modo, algum, à generosidade dos corações burgueses, à súbita conversão moral dos antigos algozes da classe operária, senão, em verdade, aos imperativos da sobrevivência burguesa, precisamente pelo fato de a teoria marxista haver dado ao trabalhador as armas de que ele necessitava e das quais soube fazer copioso e imediato uso. É forçoso reconhecer que essas armas lhe foram mais de uma vez úteis e imprescindíveis. Haja vista que as empregou com êxito na Revolução Russa e em outras ocasiões sanguinolentas da

rebelião socialista do Século XX. Pôde, com elas, impor reivindicações, amedrontar a burguesia, obrigá-la a recuos inopinados. <!--[if !supportFootnotes]-->[24]<!--[endif]-->

Surgia, assim, o Estado Social (ou Estado do bem-estar social, como conceituam alguns), positivamente atuante, para ensejar o desenvolvimento e a realização da almejada justiça social, consubstanciada na proclamação de um novo conjunto de direitos que demandavam a atuação estatal em prol da garantia de condições mínimas de vida. Nesse contexto, é que se surgem os direitos sociais como direitos fundamentais, compreendendo, dentre outros, o direito ao trabalho, à saúde, ao lazer, à educação e à moradia.

Entendeu-se tal Estado de Direito como vocacionado a minimizar as contradições do individualismo, de forma a construir uma sociedade mais justa e igualitária.

O estado social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade; é a criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente. Ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, institui ele ao mesmo passo um regime de garantias concretas e objetivas, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder vinculada primacialmente com a função e fruição dos direitos fundamentais, concebidos doravante em dimensão por inteiro distinta daquela peculiar ao feroz individualismo das teses liberais e subjetivistas do passado. Teses sem laços com a ordem objetiva dos valores que o Estado concretiza sob a égide de um objetivo maior: o da paz e da justiça na sociedade. <!--[if !supportFootnotes]-->[25]<!--[endif]-->

O Estado, no começo do século XX, apresenta-se engajado na melhoria das condições de vida e de trabalho da população, que não poderia ser lançada livremente às diretrizes econômicas, já que evidentes os abusos dos agentes do capital e não terem os mesmos controle por parte do mercado.

Reclama-se, assim, uma atitude positiva do ente estatal, a implementar políticas governamentais que, efetivamente, garantissem o bem-estar dos indivíduos. O Estado, através dessa nova perspectiva, torna-se intervencionista, regulando as relações sociais com o escopo de que elas se conformem à justiça social. Aos direitos fundamentais, são incorporados os direitos sociais (ou de segunda dimensão). <!--[if !supportFootnotes]-->[26]<!--[endif]-->

Enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais têm por objeto precípuo conduta positiva do Estado, consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição, os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública dos bens materiais e imateriais. <!--[if !supportFootnotes]-->[27]<!--[endif]-->

Ao Estado não bastava proclamar a igualdade de todos perante a lei, mas assumir como tarefa a efetiva promoção fática desta igualdade. E este encargo passou a caber não somente ao Estado, mas, ainda, aos agentes privados.

O crescente intervencionismo estatal em prol dos mais fracos nas relações sociais propiciou que inúmeras normas de ordem pública inserissem-se no Direito Privado. A progressiva publicização deste ramo, com a fragilização das fronteiras entre o público e o privado, permitiu que os direitos fundamentais norteassem também as relações particulares.

O volume de tarefas assumidas pelo Poder Público, aliado ao avanço da globalização econômica, no entanto, permitiu que o Estado Social entrasse em crise. Como bem salienta Daniel Sarmento, “deterioriza-se a sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas, de regulamentação e fiscalização do seu mercado interno, e com isso o poder de garantir a eficácia dos direitos sociais”. <!--[if !supportFootnotes]-->[28]<!--[endif]-->

O Estado vivenciou uma expansão desenfreada, encontrando dificuldades para se desincumbir das tarefas que assumira. O capitalismo avançava fronteiras e a máquina pública administrativa, desorganizada e burocrática, não conseguia acompanhar seu ritmo de crescimento. A vida da comunidade política passou a ser gerenciada por poderosos grupos econômicos, sobre os quais o Poder Público não exerce nenhum poder.

Com a concorrência comercial, buscam-se, a qualquer preço, custos reduzidos. Amplia-se a automação e, em consequência, o trabalhador torna-se descartável. No chamado neoliberalismo, os direitos trabalhistas encontram-se ameaçados, <!--[if !supportFootnotes]-->[29]<!--[endif]--> diante das pressões por flexibilização e desregulamentação das relações laborais.

De outro turno, a extensão do direito de sufrágio a parcelas cada vez mais amplas da população permitiu que novas demandas surgissem no cenário social, abrindo-se caminho, no plano político, para a afirmação das necessidades dos segmentos mais desfavorecidos da sociedade.

Em virtude deste contexto, coube ao Estado adotar uma nova postura, pois, do contrário, assistiria a sua completa ruptura. E o ônus de promover o bem-estar coletivo passou a ser compartilhado com os agentes privados. Buscaram-se na iniciativa privada parcerias para a prestação de serviços públicos, ao tempo em que se ampliaram as privatizações.

A concretização dos direitos fundamentais, particularmente, os sociais, tendo em vista seu caráter positivo, a exigir atuação por parte do Estado, bem como as limitações de ordem orçamentária que se lhes impõe, <!--[if !supportFootnotes]-->[30]<!--[endif]--> exigiu novos impulsos, já que as reais condições para seu exercício precisam ser criadas. <!--[if !supportFootnotes]-->[31]<!--[endif]-->

Nesta nova ordem, reafirmam-se e se ampliam os direitos fundamentais, indispensáveis para alcançar uma existência digna. No conceito de Estado Democrático de Direito, compreende-se a promoção de direitos de várias ordens, como o direito à moradia, à saúde, à educação, à educação, ao pluralismo político. Os valores da justiça e da dignidade da pessoa humana são seus principais valores.

O Estado, como nunca, está empenhado em assegurar os bens e direitos que garantam a dignidade de todos os cidadãos. <!--[if !supportFootnotes]-->[32]<!--[endif]--> Aliás, é nesse fundamento que se constitui o Estado Democrático Brasileiro (art. 1º, inciso III, CF/88).

Desta feita, o papel que é conferido ao Estado permite que este se insira também no âmbito das relações entre particulares, com o objetivo de assegurar o exercício dos direitos individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista.

Ao seu lado, caminharia, nos mesmos passos, a iniciativa privada, a quem também cumpriria a preservação de direitos fundamentais, já que inaceitável desproteger o cidadão diante do poder social, muitas vezes protagonistas de violações e abusos àqueles direitos.

Nesse contexto, admite-se a contratação compulsória de trabalhadores, permitindo-se que o Estado, legitimamente (e legalmente, como será adiante visto), imponha-se sobre as relações jurídicas trabalhistas. Sendo alguns direitos sociais e demais garantias individuais somente alcançados através de tal imposição, não restam dúvidas de que o Estado não deverá se manter inerte. Seu atual caráter fomentador e garantista não permitem seu silêncio. Ao contrário, exigem sua forte atuação. <!--[if !supportFootnotes]-->[33]<!--[endif]-->

Aliás, como aponta Sandra Lia Simon,

O Direito social é cada vez mais um direito de interesses de grupos, num direito de desigualdades, um direito de privilégios de grupos, tendo em vista o restabelecimento do equilíbrio material entre as partes, na busca de uma justiça distributiva em oposição a um princípio de justiça corretiva predominante na lógica jurídica liberal. Por isso o sistema brasileiro admite normas de proteção a determinados grupos, tais como trabalhadores, crianças e adolescentes, idosos, mulheres, consumidores, sem-terra, pessoas portadoras de deficiência. <!--[if !supportFootnotes]-->[34]<!--[endif]-->

Poderá, assim, o Estado, sob a função que exerce na concretização dos direitos constitucionalmente declarados, especialmente os direitos sociais, determinar, com base em fundamentos específicos, não somente normas que orientem o conteúdo dos contratos de trabalho, mas, além disso, intervir na liberdade do empregador em escolher seus funcionários.

4 A realização de direitos fundamentais (sociais) nas contratações trabalhistas compulsórias.

Nos tópicos anteriores, preocupamo-nos em situar o leitor no ambiente fático-jurídico que possibilita a existência de formas de contratação trabalhista que são determinadas não pela vontade do empregador, mas pela imposição do Estado legislador.

Verificou-se que as mudanças na teoria contratualista, com a inserção de uma função social dos institutos privados, bem como a postura com que o Estado hodierno está revestido para buscar a efetividade das normas que declaram direitos fundamentais, tendo por finalidade precípua sua plena satisfação, <!--[if !supportFootnotes]-->[35]<!--[endif]--> permite-se afirmar que a obrigação aqui imposta não seja ilegítima, desarrazoada.

Cumpre, neste momento, identificar, embora de maneira breve, quais as razões que motivam o Estado a impor contratações trabalhistas compulsórias. Neste momento, poder-se-á perceber que a compulsoriedade que envolve tais contratações estão relacionadas com a realização de direitos fundamentais, especialmente os sociais.

4.1 A contratação compulsória determinada pela condição do trabalhador: garantia de uma existência digna através da reserva de mercado de trabalho.

O primeiro fundamento que pode ser suscitado para justificar os casos de admissões forçadas está consubstanciado na necessidade de garantir reserva de mercado para aqueles que, em outra situação, dificilmente conseguiriam emprego. A imposição da admissão, assim, objetiva a proteção do próprio trabalhador, reservando-lhe a Lei, através de tal mandamento, oportunidade para ingresso no competitivo mercado de trabalho.

Nesse prisma, a primeira discussão que pode, de início, apresentar-se contrária ao disposto na lei seria sua flagrante inconstitucionalidade, consistente no tratamento diferenciado (e privilegiado) de certos trabalhadores, o que levaria a uma verdadeira ofensa ao princípio da igualdade (art. 5º, inciso I, CF/ 88).

A compulsoriedade em estudo não revela, porém, situações de discriminação diante do texto legal, na medida em que privilegiaria determinados trabalhadores em detrimento dos demais. O que ocorre é justamente o contrário.

O princípio da igualdade possui dois enfoques distintos. Primeiro, considera-se que a Lei Maior, através de referido princípio, visa tratar as pessoas de forma igualitária, sem

qualquer discriminação, não admitindo exceções. É o que se chama de igualdade formal.

Por outro lado, pode-se conceder que determinadas pessoas têm alguns valores tutelados de maneira especial pela Lei, não importando o tratamento desigual em ato de flagrante ilegalidade, mas, ao contrário, em medida para adequar determinadas situações à realidade em que estão inseridas. É o que se chama de igualdade material.<!--[if !supportFootnotes]-->[36]<!--[endif]-->

Percebe-se que o constituinte brasileiro deu à igualdade inserta no art. 5º, inciso I, da CF/88, um contorno nitidamente social e, para o pleno alcance dos objetivos colimados no art. 3º, adotou a igualdade material e não a meramente formal como interpretação do princípio da isonomia.

Destaque-se que, por vezes, para alcançar a igualdade material acima indicada, e não a meramente formal, o Estado vê-se obrigado a editar normas protetoras, cuja finalidade se insere na concretização da verdadeira igualdade de oportunidades. São as chamadas "ações afirmativas".

Foi exatamente o que ocorreu no Brasil com as pessoas portadora de deficiência. É incontestável a dificuldade que esses cidadãos encontram para obter uma autêntica adequação nos diversos segmentos da sociedade - em especial no mercado de trabalho -, em virtude da peculiaridade (seja física, mental ou sensorial) que portam. O próprio constituinte preocupou-se diretamente com a questão, estipulando no art. 7, XXXI, que é proibida qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão o trabalhador portador de deficiência.<!--[if !supportFootnotes]-->[37]<!--[endif]-->

Tais leis visam justamente compensar juridicamente uma desigualdade fática ou real. Do contrário, caso assim não dispusessem, não garantiriam a dignidade de tais sujeitos, fundamento a que se encontra vinculado nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88). Por outro lado, também se constataria injustiça o tratamento igual a pessoas que estão em situações desiguais.

Assim, constata-se que é com base no princípio constitucional da igualdade que merece ser concebida toda e qualquer lei que possua previsão de reserva de mercado a indivíduos que, fora do amparo legal, não alcançariam trabalho. É o contexto em que se inserem, por exemplo, as pessoas portadoras de deficiência e os aprendizes.

Se o mandamento legal não lhes reservasse vagas nas empresas, dificilmente conseguiram emprego no competitivo mercado. <!--[if !supportFootnotes]-->[38]<!--[endif]--> Se o sujeito sem qualquer restrição física está submetido a uma implacável seleção natural forçada pela atual competitividade, o que dirá daqueles que não contam com a potencialidade de seu vigor físico e, ainda, precisam romper com as quase instransponíveis barreiras do preconceito. Quanto àqueles que não contam com experiência alguma, a *práxis* demonstra a imensa dificuldade de colocação numa empresa, ansiosa por mão-de-obra qualificada, apta a lhe proporcionar crescentes lucros.

Por outro lado, deve-se constatar que a inclusão das pessoas portadoras de deficiência e dos aprendizes no mercado de trabalho é uma importante medida em prol da efetiva realização de direitos fundamentais de tais indivíduos. Possibilitar o acesso ao trabalho, permite-lhes integrar-se na sociedade, conquistar seu pleno desenvolvimento, propiciam-lhe a cidadania.

Como indica Gérson Marques,

A inclusão da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho não é simples medida demagógica ou "caridosa". Existem importantes motivos de ordem econômica e política que fundamentam esse tratamento diferenciado. Ora, se essa pessoa não tem fonte própria de renda, será improdutiva. Por conseqüência, ou o Estado ou a sociedade (por meio de entidades beneficentes ou filantrópicas) deverão arcar com o seu sustento. A partir do momento que se assegura a vaga reservada por meio de cotas, possibilita-se que a pessoa portadora de deficiência obtenha, por ela própria, fonte de renda, eximindo o Estado e a sociedade deste encargo, além, é óbvio, de dar-lhe condições de se integrar à comunidade, efetivando-se os princípios a cidadania e da dignidade da pessoa humana. A existência das cotas, portanto, é de absoluto interesse do Estado e da sociedade como um todo.<!--[if !supportFootnotes]-->[39]<!--[endif]-->

O sistema brasileiro de cotas para deficientes está expresso na Lei nº. 8.213/91, que, ao dispor sobre os planos de benefício da Previdência Social, impõe, em seu art. 93, que a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada. <!--[if !supportFootnotes]-->[40]<!--[endif]-->

O descumprimento à lei enseja a aplicação de multa, que pode variar de R$ 1.156,83 (mil cento e cinqüenta e seis reais e oitenta e três centavos) a R$ 115.683,40 (cento e

quinze mil seiscentos e oitenta e três reais e quarenta centavos), conforme disciplinado pela Portaria nº. 1.199, de 28 de outubro de 2005, do Ministério do Trabalho e Emprego.

O legislador ordinário, atento às necessidades de incorporar tais pessoas no mercado de emprego, estabeleceu que empresas inseridas em determinadas situações, estariam obrigadas a contratar deficientes.<!--[if !supportFootnotes]-->[41]<!--[endif]-->

Trata-se de uma medida de cunho coercitivo, que obriga a admissão de certa quantidade de empregados em situação especial, sob pena de seu descumprimento ensejar a aplicação de penalidades, e que é intensificada pela previsão de que a despedida de um deficiente apenas ocorra quando se der a contratação de outro em situação semelhante (quando não satisfeita a quota prevista).

O empregador, assim, não tem liberdade para escolher entre contratar ou não uma pessoa deficiente. Ele deve assim agir quando estiver compreendido no âmbito de incidência do art. 93, da Lei nº. 8.213/91. Na despedida, a autonomia da vontade de contratar do empregador resta também mitigada.

No caso dos aprendizes, o art. 429, da CLT, com redação dada pela lei nº. 10.097/200, impõe que os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem (SESI, SENAI, SENAC, etc) número de aprendizes equivalente a 5% (cinco por cento) a 15% (quinze por cento) dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional, conforme Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego - MTE. Tal limite não se aplica, no entanto, quando o empregador for entidade sem fins lucrativos, cujo objetivo seja a educação profissional (art. 429, §1º-A, CLT).

Os que inobservarem os percentuais para a contratação de aprendizes, conforme preconiza o art. 434, da CLT, sujeitar-se-ão, também, à multa, que terá valor igual a 1 (um) salário mínimo regional, aplicada tantas vezes quantos forem os menores empregados em desacordo com a lei, não podendo, todavia, a soma das multas exceder a 5 (cinco) vezes o salário-mínimo, salvo no caso de reincidência, em que esse total poderá ser elevado ao dobro.

Verifica-se, portanto, que as contratações de tais trabalhadores são impostas por lei, que estabelece os limites e as condições de como a admissão será realizada. Sendo forçadas, o legislador prevê a aplicação de multa para os que a inobservarem.

Por fim, importante salientar que as leis que impõem a reserva de mercado para pessoas portadoras de deficiência e para os aprendizes não ofendem o direito à propriedade privada dos empresários nem sua liberdade de contratarem empregados, como muitos sustentam.

Como indicado em linhas pretéritas, esses direitos não são absolutos, mas revestidos, atualmente, de função social. E a imposição da contratação compulsória nos termos indicados é, propositadamente, uma opção do legislador de chamar a atenção da sociedade (dos empregadores, em particular) para esse novel papel da empresa.

4.2 A contratação compulsória determinada pela preservação do bem-estar da sociedade.

Outro fundamento suscitado para justificar os casos de contratação compulsória no Direito do Trabalho está consubstanciado na necessidade de garantir o bem-estar da sociedade.

A imposição da admissão de certos trabalhadores, assim, objetiva não a proteção do obreiro, como na hipótese anterior, mas, em especial, ao interesse público. A lei impõe a contratação compulsória daqueles que exercem em suas atividades laborais determinadas necessidades coletivas essenciais ao bem-estar da sociedade e da segurança da comunidade.

O Estado, assim, intervém na liberdade contratual do empregador em escolher seus funcionários, impondo que ele admita em sua empresa profissionais cujas atividades estejam intimamente ligadas à vida, à saúde, à educação, à liberdade ou à segurança do cidadão.

É, nesse âmbito, que se inserem, por exemplo, as contratações do farmacêutico (Lei nº. 3820/60, art. 24; Lei nº. 5991/73), do químico (art. 335, CLT), do professor de ensino superior com titulação de mestre ou doutor (Lei nº. 9394/96, art. 52; Decretos nº. 57862006 e 5773/2006). <!--[if !supportFootnotes]-->[42]<!--[endif]-->

O legislador verificou a importância das atividades que tais profissionais exercem no meio social, ligando-se a aspectos básicos da vida humana ou da vida em sociedade, ao ponto de estabelecer que as empresas devam funcionar necessariamente com sua presença. A lei impõe sua contratação, <!--[if !supportFootnotes]-->[43]<!--[endif]--> pois somente esses profissionais possuem formação científica específica, sem a qual as atividades da empresa poderão pôr em perigo, dentre outros interesses, a vida, a saúde, a segurança, o bem-estar da coletividade. Nessa hipótese, o Estado age intensamente na promoção e na proteção de direitos fundamentais.

Para ilustrar melhor a atuação do Poder Público nesta modalidade de contratação compulsória, vejamos o caso do profissional farmacêutico.

No tratamento de enfermidades, a administração de medicamentos e de outros produtos de atenção à saúde deve ser racional, com vistas a obter resultados definidos e mensuráveis, voltados à melhoria da qualidade de vida. Assim, para se assegurar a qualidade do processo de uso de medicamentos por cada pessoa, é necessária a intervenção do farmacêutico na terapia, auxiliando pacientes a utilizar remédios da melhor maneira possível e, ainda, para evitar efeitos colaterais indesejados.

A despeito, no entanto, de tais considerações, nem sempre se observa que há interação de referido profissional com o usuário, visando uma farmacoterapia adequada. Com intensa freqüência, verifica-se que o consumo de remédios advém da prática da auto-medicação, perigosa forma de administração de tais substâncias químicas, que pode levar a reações indesejáveis e, até mesmo, ao óbito de pacientes.

Por outro lado, observa-se que as empresas que atuam na venda e na distribuição de drogas não possuem em seu quadro funcional o farmacêutico, o que leva a crer que a atividade por elas exercida é impulsionada, particularmente, pela ânsia capitalista de obtenção de lucros, pela venda rápida e numerosa, e não definida por critérios epidemiológicos.

Nessa situação, o paciente, visto apenas como cliente, independentemente, muitas vezes, de possuir prescrição médica para tratamento da moléstia que lhe aflige, é

atendido por qualquer empregado do estabelecimento comercial, sujeito que, decerto, não possui a capacitação técnica e científica para orientar o correto uso de medicamentos, comprometendo, por conseguinte, os resultados do tratamento farmacológico.

Tal situação, entanto, não merece prosperar e o Estado, no escopo de tornar efetivo o direito à saúde, deve intervir para que a dispensação de remédios seja uma prática sanitária e não meramente mercadológica. A intervenção do Poder Público, na questão, torna-se necessária, com vistas a assegurar, particularmente, a segurança da própria sociedade.

Tornou-se, assim, necessária a intervenção do Estado para garantir a proteção e o bem-estar da coletividade, evitando que esta seja atingida pelo uso inadequado de medicamentos. Foi tendo em vista a necessária racionalidade na utilização dos remédios que o Poder Público impôs que a admissão de farmacêuticos fosse obrigatória.

Ademais, no caso, ressalta-se o papel social das empresas. As atividades empresariais devem se conformar aos interesses coletivos e não apenas como meio exclusivo de captação de lucros e de proveito egoístico. Trata-se de situações que transcendem o mero interesse individual, uma vez que tem reflexos no âmago da estrutura e dinâmicas sociais.

A atuação estatal, também, deve ser vista como manifestação de seu fim maior: garantir o bem comum. O Estado contemporâneo se obriga a garantir ao homem a preservação de sua dignidade, possibilitando o acesso aos bens necessários, com o fito de alcançar sua existência digna. Ele deve atuar para que as condições mínimas da pessoa humana não sejam suplantadas por interesses puramente econômicos.

Constata-se, assim, que a presença do Estado é, nas situações indicadas neste tópico, indispensável para impor limites às relações privadas, a determinar-lhes o respeito aos direitos fundamentais e, ainda, a incumbência de promovê-los.

Do contrário, a sociedade se tornaria impotente, indefesa diante dos riscos e prejuízos que as atividades desenvolvidas por certas empresas poderiam acarretar. A abstenção do Estado, impulsionada pelo pensamento neoliberalista, não deve aqui prosperar.

5 Conclusão

Embora se tenha apresentado o tema em poucas linhas, pôde-se evidenciar a possibilidade da existência de situações em que o Poder Público suprime a esfera de liberdade do empregador de escolher quem este deva contratar ou não em sua empresa. Ele impõe que determinados trabalhadores, diante de fundamentos específicos, sejam contratados.

Há casos em que a contratação é forçada, a despeito de o vínculo trabalhista possuir natureza contratual, o que conduziria, em princípio, o empregador a possuir autonomia para empregar quem melhor se adequasse ao perfil de sua empresa.

Inúmeros fatores contribuíram para a imposição de tal forma de admissão para alguns trabalhadores. Primeiramente, deve-se conceber que a autonomia contratual não é mais vista sob a perspectiva liberal em que foi inicialmente concebida. Às partes, não é conferida a liberdade absoluta de celebrar negócios jurídicos. Ela passa a ser limitada, principalmente diante da inserção do Estado nas relações privadas, que buscava amenizar as situações de injustiça e desequilíbrio contratual que surgiram com o exacerbado sentimento individualista dos séculos XVIII e XIX.

Por outro lado, tem-se que o contrato passou a albergar um importante papel social. Não podem mais os bens ser utilizados para atender apenas aos interesses particulares do indivíduo. A sociabilidade consiste no novo valor que orienta o instituto contratual, espelhando a preocupação da sociedade atual com a formação e execução dos contratos.

Outro fator que se mostrou essencial para que fossem instituídas contratações compulsórias é a forma como o Estado se apresenta perante a sociedade. Apenas através de um Estado Social, fomentador, que intervisse nas relações privadas, funções que desempenha o ente estatal na contemporaneidade, podem se impor admissões forçadas às empresas.

A reformulação do papel do Estado, que, durante o Liberalismo, apenas se incumbia de garantir a liberdade dos indivíduos, que deveriam agir com ampla autonomia, segundo seus interesses, para, na Democracia de Direito, passa a representar os anseios de uma coletividade, marca a mudança de valores presentes na sociedade. Os bens, a propriedade, o contrato devem ser utilizados em prol da coletividade. Sua exploração deve favorecer o bem-estar, e o Estado se apresenta para alcançar referido interesse.

Constatou-se, outrossim, que a nova concepção do princípio da igualdade legitima a distinta forma com que o Estado trata determinados indivíduos, quando lhes garante reserva de mercado. Em situações peculiares, o Poder Público vê-se obrigado a editar normas protetoras, cuja finalidade se insere na concretização da verdadeira igualdade de oportunidades. As "ações afirmativas", como a instituição do sistema de cotas nas empresas, constituem um importante exemplo.

Tais leis visam justamente compensar juridicamente uma desigualdade fática ou real. Do contrário, se assim não dispusessem, não se garantiria a dignidade desses sujeitos, um mínimo existencial, muitas vezes somente conquistado através do trabalho.

Esse conjunto de fatores forma o contexto em que se insere a contratação compulsória, reunindo os elementos fáticos e jurídicos que sustentam os argumentos levantados no início deste artigo.

Através do breve estudo, puderam-se conhecer as primeiras idéias que permitem constatar a possibilidade de o Estado instituir a obrigatoriedade na admissão de trabalhadores, determinada ora para garantir reserva de mercado para os que, em outra situação, não conseguiriam emprego, ora para preservar o bem-estar e a segurança da sociedade, em ter que determinadas atividades apenas devessem ser exercidas por intermédio de profissionais competentes e com formação científica para tanto.

A compulsoriedade suscitada não é, portanto, fato imaginário, tampouco impossível. Ela existe e o legislador a determina.

Impende ressaltar, por fim, que a análise feita não exaure o tema em discussão, elencando todas as hipóteses de contratação obrigatória presentes na legislação pátria, assim como questionamentos e críticas que, certamente, o assunto provoca.

Para uma abordagem pioneira, apresentam-se as primeiras impressões e a certeza de contribuir com a investigação de um importante tema não somente para o mundo jurídico, mas para a sociedade.

6 Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência.** Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BERCOVI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento.** Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Noberto. **Teoria Geral da Política:** a filosofia e as lições dos clássicos. BOVERO, Michelangelo (org.). Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. **Da estrutura à função**. Trad. Daniela Beccaria Verisiani. São Paulo: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CLÉVE, Clérmerson Mérlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DANTAS, Ivo. Jurisdição Constitucional e a promoção dos direitos sociais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.) **Jurisdição Constitucional e Direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e mudança social.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana:** princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.

KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **A Constituição Concretizada:** Construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LIMA, Francisco Gérson Marques de**. Igualdade de tratamento nas relações de trabalho.** Anotações à lei nº. 9.029/95, em confronto com as leis nº. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Herança liberal e tentação tecnocrática**. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 1982.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho:** História e teoria geral do direito do trabalho. Relações individuais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos:** novos paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do Direito.** Trad. de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SANTOS, Antônio Jeová. **Função social do contrato**. 2 ed. São Paulo: Método, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais***:* Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SÍMON, Sandra Lia. O Ministério Público do Trabalho e a tutela da pessoa portadora de deficiência. In: **Defesa dos Direitos das pessoas portadoras de deficiência**. ARAÚJO, Luiz Alberto David (org.). São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros e. **Perspectiva e aplicação de novos princípios do Direito Civil:** da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Disponível em: http://www.escola.agu.gov.br/revista. Acesso em 14 jul 2009.

<!--[if !supportEndnotes]-->

<!--[endif]-->

<!--[if !supportFootnotes]-->[1]<!--[endif]--> Dentre as várias definições, destaque-se a lição de Caio Mário da Silva Pereira, para quem o contrato "é um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. [...] Com a pacifidade da doutrina, dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e coma finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direito". PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 2.

<!--[if !supportFootnotes]-->[2]<!--[endif]--> A estes fundamentos, há doutrina que acrescenta mais um, indicando que o contrato, quando concluído, passa a constituir fonte formal de direito, autorizando qualquer das partes a mobilizar o aparelho estatal para torná-lo respeitado e assegurar sua execução. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p.10.

<!--[if !supportFootnotes]-->[3]<!--[endif]--> Na concepção tradicional da teoria do contrato todas as convenções eram obrigatórias, já que os pactos deveriam ser cumpridos ("pacta sunt servanda").

<!--[if !supportFootnotes]-->[4]<!--[endif]--> SANTOS, Antônio Jeová. **Função social do contrato.** 2 ed. São Paulo: Método, 2004, p. 33.

<!--[if !supportFootnotes]-->[5]<!--[endif]--> SANTOS, Antônio Jeová. Op. cit., p.40.

<!--[if !supportFootnotes]-->[6]<!--[endif]--> Ao lado da função social do contrato, caminha interligada a idéia da socialização da propriedade, em decorrência da identidade dialética que referido instituto guarda com esta. Se a propriedade não fosse admitida, ela não poderia circular e o contrato careceria de função prática. Além de funcionar como instrumento de garantia de liberdade individual, com as transformações do Estado contemporâneo, a propriedade passou a ser meio de realização da igualdade social e da solidariedade coletiva. Sobre o assunto, recomenda-se a leitura de COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade.** Revista do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ano I, dezembro de 1997, p. 92-97.

<!--[if !supportFootnotes]-->[7]<!--[endif]--> SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros e. **Perspectiva e aplicação de novos princípios do Direito Civil:** da função

social do contrato e da boa-fé objetiva. Disponível em: http://www.escola.agu.gov.br/revista. Sobre o assunto, Teresa Negreiros indica que "a função social do contrato, quando concebida como princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas. [...] O princípio da função social importa redefinir o alcance daqueles outros princípios da teoria clássica, constituindo-se em um condicionamento adicional imposto à liberdade contratual". (NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos:** novos paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 208).

<!--[if !supportFootnotes]-->[8]<!--[endif]--> Sobre o assunto, conferir: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho:** História e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 597 e ss.

<!--[if !supportFootnotes]-->[9]<!--[endif]--> Como bem salienta Gustav Radbruch, "o sistema de liberdade contratual enxerga na relação de trabalho tão-somente a troca de dois patrimônios considerados de igual valor, trabalho e salário, não compreendendo, por conseguinte, que trabalho não é um patrimônio como outro qualquer, mas nada menos que o homem todo, e configurando a relação de trabalho como se a força de trabalho fosse uma coisa e não um homem". RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do Direito.** Trad. de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 99.

<!--[if !supportFootnotes]-->[10]<!--[endif]--> Hoje é assente que a relação de emprego tem natureza contratual, tendo em vista que o elemento *vontade* é essencial a sua formação. Neste sentido, leciona Meton Marques que "o elemento nuclear determinante da relação de emprego e da relação de trabalho é a vontade dos contratantes, manifesta expressa ou tacitamente, por escrito ou apenas verbalmente. É pela análise da vontade manifestada por meio de atos objetivos que se identifica se a relação fática trabalhista existente constitui relação de emprego". (LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005, p. 88).

<!--[if !supportFootnotes]-->[11]<!--[endif]--> Conforme Gilberto Bercovici, "o bem-estar coletivo deixa de ser responsabilidade exclusiva da sociedade, para conformar também o indivíduo. Os direitos individuais não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo em seu exclusivo interesse, mas como instrumentos para a construção de algo coletivo. Hoje não é mais possível a individualização de um interesse particular completamente autônomo, isolado ou independente do interesse público. [...] A autonomia privada deixou de ser um valor em si. Os atos de autonomia privada, possuidores de fundamentos diversos, devem encontrar seu denominador

comum na necessidade de serem dirigidos á realização de interesses e funções socialmente úteis". BERCOVI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento.** Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, *passim.*

<!--[if !supportFootnotes]-->[12]<!--[endif]--> Dentre os quais podemos destacar: o direito de liberdade, o de propriedade, o da livre iniciativa, entre outros.

<!--[if !supportFootnotes]-->[13]<!--[endif]--> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004a, p. 41.

<!--[if !supportFootnotes]-->[14]<!--[endif]--> FILHO MAIA, Napoleão Nunes. **Herança liberal e tentação tecnocrática**. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 1982, p. 27.

<!--[if !supportFootnotes]-->[15]<!--[endif]--> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 41.

<!--[if !supportFootnotes]-->[16]<!--[endif]--> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 8.

<!--[if !supportFootnotes]-->[17]<!--[endif]--> "Interessante notar que a consagração da igualdade formal, a garantia da liberdade individual e do direito de propriedade, ao lado da contenção do poder estatal, eram medidas vitais para coroar a ascensão da burguesia ao Olimpo social, em substituição à nobreza. Estas medidas criavam o arcabouço institucional indispensável para o florescimento do regime capitalista, pois asseguravam a segurança e a previsibilidade tão indispensáveis para as relações econômicas". SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 11.

<!--[if !supportFootnotes]-->[18]<!--[endif]--> Segundo Paulo Bonavides, a teoria liberal toma o indivíduo "como valor primário e referencial da sociedade humana: o indivíduo oponível ao Estado, superior a este e titular dos chamados direitos naturais. Toda a doutrina clássica da liberdade se condensa nesse paradigma". BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007b.

<!--[if !supportFootnotes]-->[19]<!--[endif]--> BOBBIO, Noberto. **Teoria Geral da Política:** a filosofia e as lições dos clássicos. BOVERO, Michelangelo (org.). Rio de Janeiro: Campus, 2000a, p. 101.

<!--[if !supportFootnotes]-->[20]<!--[endif]--> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004a, p. 41.

<!--[if !supportFootnotes]-->[21]<!--[endif]--> Importante destacar, sobre o assunto, que "as críticas ao pensamento liberalista partiram das mais variadas fontes. Não por ter sido liberal, porém por ser liberalista, quer dizer, por haver assumido as tinturas de insensibilidade que assumiu em face da coletividade, para entronizar, inatacável, o indivíduo. Todas as correntes que se lhe seguiram envolveram-se nesses ataques, inclusive a Igreja, às vezes excessivamente cautelosa em assuntos dessa natureza". FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e mudança social.** Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 107.

<!--[if !supportFootnotes]-->[22]<!--[endif]--> JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana:** princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2006, p. 186.

<!--[if !supportFootnotes]-->[23]<!--[endif]--> "Não fora a Revolução Socialista do século XX, o mundo estaria ainda atado à cruel liberdade individualista do capitalismo selvagem do século XIX, da mesma forma que, sem a Revolução Francesa, continuaria o gênero humano vivendo debaixo do cetro daqueles reis e rainhas, diante de cujo despotismo o povo se prostava, coisificado e genuflexo, sem direitos, sem liberdade, sem participação". BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 211.

<!--[if !supportFootnotes]-->[24]<!--[endif]--> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 177.

<!--[if !supportFootnotes]-->[25]<!--[endif]--> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 12.

<!--[if !supportFootnotes]-->[26]<!--[endif]--> Acerca da teoria dos direitos fundamentais, consultar: BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007b, p. 560-572.

<!--[if !supportFootnotes]-->[27]<!--[endif]--> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais***:* Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 282.

<!--[if !supportFootnotes]-->[28]<!--[endif]--> SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 27.

<!--[if !supportFootnotes]-->[29]<!--[endif]--> DANTAS, Ivo. Jurisdição Constitucional e a promoção dos direitos sociais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.) **Jurisdição Constitucional e Direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 440.

<!--[if !supportFootnotes]-->[30]<!--[endif]--> Acerca da "reserva do possível" em matéria de direitos fundamentais, confira-se BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<!--[if !supportFootnotes]-->[31]<!--[endif]--> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 241.

<!--[if !supportFootnotes]-->[32]<!--[endif]--> Sobre o assunto, como bem salienta Andréas Krell, "o Estado não é chamado somente para preservar e proteger o funcionamento livre da ordem econômica, mas para desenhar e planejar a vida social e o futuro da sociedade como um todo. Esse tipo de Estado Social já ultrapassa nas suas finalidades e pretensões o modelo do clássico Welfare State e procura a harmonia entre, num lado, idéias liberais de uma economia livre e, no outro, a igualdade de chances e a distribuição de riquezas". KRELL, Andréas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **A Constituição Concretizada:** Construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 37.

<!--[if !supportFootnotes]-->[33]<!--[endif]--> Destacando o novo papel do Estado, como ente que incentiva práticas socialmente desejáveis, descreve Noberto Bobbio que "o fenômeno do direito promocional revela a passagem do Estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva para si, ao Estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país em seu todo, em direção a este ou aquele objetivo – a passagem do Estado apenas protecionista para o Estado programático. Trata-se de um fenômeno de modo algum acabado e que começa, apenas agora, a ser explorado". BOBBIO, Noberto. **Da estrutura à função**. Trad. Daniela Beccaria Verisiani. São Paulo: Manole, 2007b, p. 71.

<!--[if !supportFootnotes]-->[34]<!--[endif]--> SÍMON, Sandra Lia. O Ministério Público do Trabalho e a tutela da pessoa portadora de deficiência. In: **Defesa dos Direitos das pessoas portadoras de deficiência**. ARAÚJO, Luiz Alberto David (org.). São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 283.

<!--[if !supportFootnotes]-->[35]<!--[endif]--> CLÉVE, Clérmerson Mérlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.

<!--[if !supportFootnotes]-->[36]<!--[endif]--> Nesse sentido, conferir: ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência.** Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

<!--[if !supportFootnotes]-->[37]<!--[endif]--> SÍMON, Sandra Lia. Op. cit., p. 285.

<!--[if !supportFootnotes]-->[38]<!--[endif]-->Importante destacar que "o trabalho do deficiente físico não importa unicamente ao próprio indivíduo minusválido. O interesse é da sociedade. Deveras, da labuta de todos advém a produção nacional, importando ao mercado o maior contingente possível de mão-de-obra ativa. Outrossim, as mentes desocupadas, estratificadas em corpos estagnados, não pensam nada de bom e há tendência natural de maquiavelarem atitudes diabólicas e perniciosas em geral (não é à toa que o milenar provérbio salienta: O trabalho dignifica o homem). E, psicologicamente, a sensação de utilidade impõe ao indivíduo maior gosto pela vida, afetando toda a funcionalidade orgânica de seu corpo e as relações intersubjetivas, na melhor convivência com os semelhantes e a família". LIMA, Francisco Gérson Marques de**. Igualdade de tratamento nas relações de trabalho.** Anotações à lei nº. 9.029/95, em confronto com as leis nº. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997, p. 203.

<!--[if !supportFootnotes]-->[39]<!--[endif]--> LIMA, Francisco Gérson Marques de. Op. cit., p. 287.

<!--[if !supportFootnotes]-->[40]<!--[endif]--> Considera-se pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da

Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (art. 36, § 2º, Decreto nº. 3.298/99), bem como pessoa portadora de deficiência habilitada que, não tendo sido submetida a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função (art. 36, § 3º, Decreto nº. 3.298/99).

<!--[if !supportFootnotes]-->[41]<!--[endif]-->Acrescente-se, ainda, que o legislador preceituou como crime, no art. 8º, da Lei nº. 7.853/89, quem nega, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho.

<!--[if !supportFootnotes]-->[42]<!--[endif]--> Durante a realização deste estudo, a despeito das polêmicas, defendíamos que os jornalistas configuravam mais um caso de contratação trabalhista compulsória, especialmente em razão das atividades que desenvolvem e os interesses envolvidos no exercício da livre manifestação de idéias. Com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº. 511961, reconhecendo a inconstitucionalidade da exigência de diploma de jornalismo e registro profissional no Ministério do Trabalho como condição para o exercício da profissão, preferiu-se não incluir tal profissional dentre as hipóteses aqui suscitadas de inserção forçada de trabalhadores no mercado de trabalho, pois, com o advento do julgamento da Colenda Corte, são necessárias considerações maiores das que as feitas neste estudo.

<!--[if !supportFootnotes]-->[43]<!--[endif]--> Nestes casos, importante destacar que a lei também prevê a aplicação de penalidades a quem descumpri-la. Se o empregador não admite os profissionais indicados pela legislação, esta aplica a sanção pertinente à hipótese. Podem ser impostas multas – no caso dos farmacêuticos e químicos, ou, ainda, a desativação de cursos e habilitações, intervenção na instituição, suspensão temporária de prerrogativas da autonomia, até o descredenciamento da instituição de ensino superior - no caso dos professores de ensino superior com titulação de mestre ou doutor. Tal fator vem a corroborar com o que ora defendemos, reforçando a idéia de que a liberdade na admissão de referidos empregados seja restringida pelo Estado.

O CONTRATO ENTRE A PRÁXIS ECONÔMICA E A REGULAÇÃO JURÍDICA: SOBRE A CIRCULAÇÃO DO CONTRATO E O MERCADO DE BOLSAS BRASILEIRO*

CONTRACT BETWEEN ECONOMIC PRACTISE AND LEGAL DEREGULATION: ABOUT CIRCULATION OF CONTRACT AND BRAZILIAN STOCK EXCHANGES

André Gomes de Sousa Alves
Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa

RESUMO

Na chamada "era da financeirização", o contrato tem desempenhado um papel decisivo na pactuação e na circulação da riqueza entre os agentes do mercado. Nesse contexto, merece destaque o fenômeno da cessão da posição contratual, operação pela qual se transfere a inteira posição, ativa e passiva, de todos os direitos e obrigações de que é titular um contratante, derivados de um pacto bilateral já ultimado, mas de execução ainda não concluída. Na legislação brasileira, não há disciplinamento específico para a matéria, restando ao mercado, nomeadamente ao de Bolsas, a adjetivação da mesma. Nesse ambiente, com respaldo no contrato futuro, as partes cedem a sua posição, buscando segurança nas chamadas Clearing Houses, na padronização contratual e nos ajustes diários. Trata-se de uma técnica da práxis econômica que aporta, com relevantes implicações, no mundo jurídico.

PALAVRAS-CHAVES: GLOBALIZAÇÃO FINANCEIRA. CESSÃO DO CONTRATO. CONTRATO FUTURO.

ABSTRACT

Towards the "era of financialisation", contract has played a decisive role in consensus and in the circulation of wealth among market players. In this context, an important phenomenon is the transference of the contractual position, operation whereby it transfers the entire position, active and passive, of all rights and obligations that holds a contractor, derived from a bilateral agreement that has been finalized, but with an unfinished execution. In Brazilian legislation, there is not specific discipline to the matter, leaving the market to the adjective of the same. In this environment, with support in the "futures contract", the parties hand over their position, seeking safety in Clearing Houses, in the standardization of contract and in daily adjustments. This is a technique of economic practice that contributes, with significant implications, in the legal world.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: FINANCIAL GLOBALIZATION. TRANSFERENCE OF CONTRACT. FUTURE CONTRACT.

INTRODUÇÃO

A relevância do tema em destaque deve-se às transformações sociais ocorridas nos últimos tempos, em razão da mudança nas relações entre Estado e mercado, representadas pelo processo de globalização econômico-financeira. São alterações que decorrem, em suma, da internacionalização da economia, das inovações tecnológicas, dos novos sistemas de cooperação internacional, da importância atribuída ao *e-commerce* e do regime de influências recíprocas entre os sistemas jurídicos de *common law* (anglo-americano) e de *civil law* (romano-germânico). Essas mudanças teriam operado inédita reformulação dos paradigmas contratuais.

Desde os primórdios, os contratos foram tidos como uma forma segura de permutar interesses, apegados, especialmente no curso do Estado moderno, aos dogmas jurídicos da segurança e da certeza. Mantiveram esse perfil durante o *Welfare State*. Todavia, com o contemporâneo quadro econômico (período do neoliberalismo), os mercados parecem voltar a ser os principais centros de estipulação das regras do jogo e os pactos se colocam, como nunca, sob a influência da riqueza e da busca do lucro e do investimento, ultrapassando as fronteiras nacionais e o campo de ingerências legislativas internas.

Enquanto triunfa como elemento da globalização e ressurge vitorioso no contexto da economia global, o contrato se apresenta como instrumento apto a gerar as condições propícias para uma maior mobilidade negocial. É como se tal convenção, concebida nos termos clássico e neoclássico, próprios dos sistemas de *civil law*, em meio a determinados dogmas jurídicos, onerasse pesadamente o mercado, que se apressa em encontrar formas de neutralizar essa influência. O contrato, então, se agiganta em sua feição mercadológica, e aparece como um meio de junção de vontades que melhor se adapta à atual onda de globalização, de modo mais dinâmico e flexível do que a lei.

No âmbito da economia financeira, o contrato assume feições diversas daquelas disciplinadas pelas estruturas jurídicas dos Estados nacionais. Em especial, uma novidade importante é poder ser negociado e integralmente cedido, sem que se esteja a falar de uma simples transferência de direitos ou deveres, mas da própria relação contratual como um todo. Não abrange somente a cessão de direitos creditícios ou a assunção de dívidas tratadas pelo Código Civil brasileiro, tampouco se refere à circulação de cártula creditícia. No mercado financeiro e de capitais, a cessão do contrato é largamente utilizada na intermediação das tratativas negociais, tendo como vantagem a possibilidade de, ao invés de ter que comprar determinado bem ou direito

para só depois vendê-lo a terceiro, o intermediário ceder sua própria posição no contrato, para que o cessionário passe a agir e responder diretamente pelo vínculo.

Abrange um tema maior e mais intrigante, que precisa ser averiguado à luz do Direito, e não somente de acordo com as regras do mercado.

1 A ERA DA FINANCEIRIZAÇÃO E A *SOFT LAW* CONTRATUAL

Como fonte da obrigação, o contrato representa o mais importante e usual meio de formalização de acordo de vontades, exposição de um mútuo consenso, tendo como objetivo tornar concreta a junção dos interesses entre duas ou mais pessoas. No ambiente do mercado, o contrato se apresenta como o instrumento apto à circulação das riquezas, propulsor da expansão da economia. Nasceu e se desenvolveu com a própria necessidade de troca, peculiar ao ser humano.

Nos últimos tempos, embora autores como Batista Jr., Hirst e Thompson afirmem não haver grandes novidades nos acontecimentos derivados da globalização financeira[1], segundo anota Harvey aparece como um fenômeno realmente novo a transformação extraordinária dos mercados financeiros, que se traduz na explosão de novos instrumentos financeiros, ao lado da sua sofisticação e coordenação em escala global, além do seu grau de autonomia conseguida face à produção[2].

Conforme sustenta Corazza:

Esta financeirização da economia se expressa de vários modos: como valorização financeira superior ao crescimento do produto real; como lógica, concorrência e macroestrutura financeiras, que envolvem e subordinam a dinâmica da acumulação real; como processo de integração dos mercados financeiros, que desconhecem fronteiras e poderes nacionais, na medida em que esses mercados perderam suas referências espaciais, assumindo mais a forma de redes articuladas de fluxos financeiros "desterritorializados", que operam ininterruptamente, em tempo real [...] Na verdade, tudo se passa como se vivesse efetivamente sob o domínio da riqueza abstrata, de caráter monetário, financeiro e mesmo fictício.[3]

Oriunda da saída dos Estados Unidos do sistema de *Bretton Woods*, da crise petrolífera e da liberalização dos mercados financeiros ingleses, a globalização atual pode ser

sentida na revolução da informática, das telecomunicações e dos transportes, no surgimento das empresas transnacionais e, em última instância e sentido mais jurídico, com a pluralidade do sistema de Direito, que cada vez mais identifica uma confluência entre os sistemas de *common law* e *civil law*.

Em sede mais específica, nessa chamada "era da financeirização", do comércio do dinheiro e da riqueza (não mais da produção e comércio de mercadorias), o contrato facilita as trocas transnacionais e fortalece os nichos de poder do mercado, inclusive o financeiro, percebendo-se a intensificação de:

[...] nichos importantes de mercado onde predomina uma espécie de regulação *interna corporis*, normas uniformes calcadas em certos 'fatores reais de poder', destinadas a restaurar a autonomia privada e que se revelam arredias ao enquadramento jurídico-constitucional fornecido pelos Estados-nacionais.[4]

É como se o atual estágio da globalização, sobretudo sob seus aspectos financeiro e econômico, tivesse escolhido o contrato como a "norma jurídica" mais importante, exatamente por conta de sua flexibilidade e dinamicidade para lidar com um mundo cada vez mais interligado e transnacional.

O contrato, portanto, se apresenta como um *softt law*, adaptado a um direito mais flexível e moldado conforme as conjunturas do mercado, a ponto de revigorar uma nova compreensão de *lex mercatoria*, com normas destinadas a disciplinar de modo uniforme, para além da unidade política dos Estados, as relações comerciais que se estabelecem em torno da "unidade econômica dos mercados".

Assiste-se atualmente a uma descentralização de competências que cada vez mais tende a mitigar o papel dos gabinetes legislativos nacionais, ao tempo em que se vê fortalecido o papel supranacional ou global dos movimentos extra-estatais. Como alerta Feitosa:

Hoje, a disciplina jurídica dos contratos é o resultado patente da superação da exclusividade dos postulados do formalismo positivista e do monismo jurídico, bem assim, dos dogmas da segurança e da certeza do direito. Foi relativizada pela multiplicidade de leis positivas públicas (em âmbitos nacional, internacional e comunitário) e pelo pluralismo das fontes do direito, geradas a partir da atuação jurisprudencial e da normatividade empresarial privada em esfera global. Assiste-se ao fim do monopólio legal clássico.[5]

O instrumento do contrato oscila, desde então, entre ser um símbolo liberal das negociações, resguardada a sua feição clássica; um instituto de satisfação do interesse público e coletivo, preservada a sua função social; ou um campo normativo semi-autônomo que se esquiva da regulação estatal[6]. As práticas econômicas sobressaem-se aos gabinetes político-legislativos, e o Estado não mais se encontra em posição de engessar as relações intersubjetivas que daí surgem.

São características que decorrem, em geral, da chamada globalização econômico-financeira e suas implicações no trinômio poupança - investimento - rendimento, capaz de reformular a rigidez legal e enaltecer a força do contrato e de seu elemento volitivo, como que revigorando a máxima de que "o contrato faz lei entre as partes", ou, de que o contrato é a própria lei.

Em vez de um contrato irrevogável, estático e intangível, tem-se hoje um instrumento tendente à dinamicidade da economia e à flexibilidade da estrutura negocial.

2 O CONTRATO COMO ACORDO DE VONTADES: ALICERCES DE UMA "RELAÇÃO CONTRATUAL"

O grande elemento da definição do contrato é o acordo, responsável pela ênfase de que ele só poderá existir caso duas ou mais pessoas entrem num consenso sobre um determinado objetivo; isso com um especial destaque à vontade, enquanto requisito psicológico que move os indivíduos a expressarem seus interesses a fim de fazer determinado ajuste.

De definição clássica, o contrato é encarado como acordo entre duas ou mais partes - não necessariamente sujeitos - que tenham a capacidade de contratar e, portanto, o poder de celebrar o respectivo acordo. Sua finalidade é constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial. Como ato jurídico *stricto sensu*, tem por objetivo criar, modificar ou destituir uma relação, que sugere o comportamento de uma parte perante outra, como maneira de interligar valores de duas ou mais grandezas.

Todavia, embora ressalte Orlando Gomes, com absoluta robustez, que para a formação de um contrato "são necessárias duas ou mais declarações de vontade que se integrem, emitidas, em princípio, por duas vontades" [7], isso não quer dizer que esse nexo de vontades signifique sua inteira homogeneização, no sentido de, ao se somarem as

vontades resulte o surgimento de apenas uma. Como anota Silva Cabral, "acordo de vontades não significa, no entanto, identidade de vontades, até porque os interesses são opostos; aliás, é por justamente tratar-se de interesses individuais que se fala em acordo, onde cada qual cede alguma coisa ao outro".[8]

Nesse sentido, entende Messineo que:

As declarações de vontade, sendo decorrência da proposta seguida da aceitação - que são complementares, no sentido de que se correspondem -, constituem um quê de coerente e de intrinsecamente ordenado na sua organicidade e nas suas cláusulas. Assim, as declarações de vontade, longe de serem idênticas e, portanto, permanecendo cada qual com seus interesses, levam a um resultado que é desejado pelas partes, de tal modo que um dos contratantes assume o papel de credor (ou adquirente) e a outra de devedor (ou alienante), ou de credor e devedor, ao mesmo tempo, como no caso dos contratos bilaterais. [9]

Segundo esse autor, o acordo se dá, portanto, quando ambas as partes querem alcançar uma espécie de efeito complexo (de resultado) do contrato, de modo que enquanto uma das partes tenciona dar, fazer ou não fazer, a outra quer que tal coisa se dê, que seja feita ou não feita. Conseqüentemente, o contrato tem o mister de harmonizar os interesses não coincidentes (de efeito exclusivo), haja vista que, defluindo da vontade das partes, só se aperfeiçoa quando, através de transigências comuns, alcançam os contratantes acordos satisfatoriamente conectados a sua autonomia volitiva.[10]

O contrato é essencialmente um acordo vinculativo de vontades opostas, mas harmonizáveis entre si. Seu elemento fundamental é o mútuo consenso. Se as declarações de vontade, apesar de opostas, não se ajustam uma à outra, não há contrato, porque falta o recíproco consentimento.

Segundo lição de Pereira da Silva, o contrato tem, então, como fundamento ético a vontade humana.[11] Não há contrato sem vontade, sendo ela a gênese do próprio acordo e da formalização de uma verdadeira relação contratual.

Como conseqüência desse quadro, na atualidade se fala de uma relação contratual que não é apenas sinônimo de relação obrigacional[12], mas se apresenta com um conteúdo muito mais amplo. Seria o caso de dizer que a relação jurídico-privada não mais pode ser encarada tão somente com base na prestação e na contraprestação (débito e crédito), sendo seu conteúdo muito mais rico.

Fazendo uso dos ensinamentos de Mota Pinto, a relação contratual é uma sintonia mais extensa, compreendendo créditos, débitos, direitos potestativos, sujeições, deveres acessórios, deveres de comportamento, expectativas, ônus e encargos.[13]

Tem a relação contratual, como frisa Garcia Amigo, inclusive, um papel jurídico-econômico e social:

A relação contratual nada mais é do que relação da vida econômico-social, tomada em consideração pelo Direito, que a eleva ao nível da relação jurídica. Nela se destacam, ainda que não possam separar-se realmente, dois elementos: o elemento material, constituído por uma relação social que realiza o intercâmbio de bens e serviços, e um elemento formal, constituído pela especificação e determinação das conseqüências jurídicas atadas àquele suporte fático pela lei. A relação jurídica, porém, é um todo unitário e praticamente incindível, uma vez determinado pela norma.[14]

Como o próprio nome deixa subentender, mencionada relação é a aquela nascida em razão da celebração do contrato. Enquanto na obrigação se distinguem o sujeito ativo e o sujeito passivo (credor e devedor), na relação contratual cada parte é, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo, no sentido de que cada qual tem direitos e deveres em relação à outra. Há uma situação jurídica, onde o contrato se apresentaria além do negócio, mas numa relação.

Nesse contexto, melhor utilizar a fórmula de Messineo, no sentido de ver a parte como núcleo ou centro ao qual se reporta o interesse de cada participante, constituindo o que ele chama de "centro de interesse". Aqui o que estabelece o número de partes no contrato é o número de centros de interesse (não necessariamente o número de pessoas), onde uma pluralidade de pessoas pode constituir uma única parte sempre que os interesses delas se concentrarem em torno de um único centro, ou porque existem interesses comuns àquelas pessoas, ou porque constituem uma unidade.[15]

Pretende-se com isso, então, demonstrar que o elemento subjetivo é apenas um dos componentes da relação contratual, e não a própria relação. Nada impede, portanto, que se modifique uma das partes porque a relação continuará como um todo.

3 COMPREENSÕES SOBRE A CESSÃO DO CONTRATO

Considerando a vontade e seu significativo papel na confluência de méritos opostos, bem como a importância de se apreciar a relação entre os centros de interesse como uma afinidade que foge e escapa a uma simples construção obrigacional, o contrato revela-se com um manto circulatório que o viabiliza a distribuir a riqueza produzida.

Hodiernamente, ante sua capacidade de ajustamento à dinâmica do mundo dos negócios, o contrato deriva de atos de volição que atribui às ações do homem o valor jurídico de que necessitam para serem legítimas e produzirem os efeitos desejados. Nesse caso, enquanto instrumento capaz de resguardar uma soma de direitos e deveres, o contrato pode ser efetivamente transferido. Isso não significando apenas a transmissão de créditos e débitos de uma das partes, mas, muito mais do que isso, já que envolve a própria mudança da posição contratual.

Como dito alhures, é o caso de se falar na mudança subjetiva da relação contratual, que não é apenas sinônimo de relação obrigacional, mas se apresenta com um conteúdo muito mais amplo, ou, como alerta Mota Pinto, "uma unidade ou síntese funcional de vários vínculos singulares emergentes de um contrato".[16]

Do ponto de vista terminológico, embora a cessão em destaque possa assumir diferentes nomenclaturas, sempre se remete à mesma idéia, qual seja a de ceder, traspassar ou transferir a outrem direitos ou bens. [17] A expressão "cessão de contratos" é a utilizada pelo Código Civil Italiano (art. 1.406); a "cessão da posição contratual" pelo Código Civil português (art. 424°), assim como Cicala, Darcy Bessone e Nicolò; Orlando Gomes prefere "circulação de contrato"; Pontes de Miranda, por sua vez, faz uso de "transferência legal da posição subjetiva"; e Mossa, "venda do contrato".

Para uns, essa espécie de cessão significa apenas uma sucessão no contrato, sendo uma mera substituição do elemento subjetivo, com permanência da relação contratual; para outros, uma espécie de mera sub-rogação do cedente pelo cedido. Para uma terceira corrente, consiste na substituição da qualidade de parte, enquanto para uma quarta quer dizer transferência do complexo das relações contratuais e não simplesmente dos direitos e obrigações. Por último, há os que encaram a cessão estudada como uma cessão da própria posição contratual.

Contudo, de acordo com Silva Cabral, enquanto a primeira e a terceira correntes simplesmente encaram o efeito da cessão, mas não a sua natureza, a segunda apenas a vê como uma mera sub-rogação do cedente pelo cedido, limitando-a. Sobraria, portanto, conjugada à quarta corrente, a doutrina da transferência da posição no contrato,

enquanto a balizada por este estudo. Por isso, ensina o doutrinador retromencionado, fazendo uso da nomenclatura cessão de contrato, que este é "o negócio jurídico que tem por objetivo a transferência por uma das partes (cedente) a um terceiro (cessionário), com a anuência da outra parte (cedido), da posição contratual".[18]

Com efeito, a cessão em apreço trata-se de negócio jurídico bilateral que consiste, com base na teoria unitária[19], na transferência de inteira posição ativa e passiva de conjunto de direitos e obrigações de que é titular uma pessoa, derivados de um contrato bilateral já ultimado, mas de execução ainda não concluída. Há clara substituição dos sujeitos que ocupam um dos pólos da relação contratual, sem que seja verificada qualquer alteração nos demais elementos objetivos, ou, como arremata Andreoli:

A cessão de contratos (pressupondo-se que esse seja bilateral, ao menos de acordo com a configuração típica da instituição) é o instituto que permite realizar a chamada circulação do contrato, quer dizer, transferência negocial a um terceiro (chamado cessionário) do conjunto de posições contratuais (entendido como resultante unitário de direitos e obrigações organicamente independentes), constituída na pessoa de um dos contratantes originários (chamado cedente), de tal forma que, mediante semelhante substituição negocial do terceiro na posição de "parte" do contrato, em lugar do cedente, esse terceiro se sub-roga na titularidade dos direitos e obrigações que em sua interdependência orgânica derivam do contrato celebrado pelo cedente.[20]

3.1 Principais características: partes, conteúdo, efeitos e requisitos

Na cessão do contrato há a formação de uma verdadeira relação trilateral, considerando-se a figura do cedente, a do cessionário e a do cedido. Enquanto o primeiro é aquele que, pretendendo sair da relação contratual, transfere sua posição no contrato; o segundo, por sua vez, é o que receberá essa posição deixada pelo cedente, suprindo o vínculo bilateral; por último, o cedido é o que permanece na relação contratual, aquele que antes se relacionava com o cedente e agora o faz com o cessionário.

Neste norte, deflui a existência de dois negócios distintos: o inicial, celebrado originariamente entre o cedente e o cedido, donde resulta o conjunto de direitos e deveres que constitui o objeto da cessão e, por outro lado, o negócio entre o cedente e o cessionário, através do qual se opera a referida transferência contratual.

Na cessão do contrato, conforme aponta Pontes de Miranda, "transferem-se os créditos, as dívidas, as pretensões, as obrigações e as ações e os direitos formativos, bem como as

situações passivas que comportam e as faculdades ativas e passivas".[21] Em realidade, o que acontece é tão somente uma substituição das partes, mantendo imutável o conteúdo e a razão de ser do contrato inicial. Ao ocorrer a transferência da posição, o contrato será executado da mesma forma que foi pactuado expressamente no contrato-base.

Entre cedente e cessionário o principal efeito está na substituição do cedente pelo último, por força da sucessão. Assim, há um efeito sucessório, de modo que o cedente se retira da relação contratual e o cessionário passa a ocupar o seu lugar com todos seus direitos e deveres. Em outros termos, responde o cedente pela existência do contrato, por sua validade e pela posição que está cedendo.

Noutro ponto, no que tange à relação entre cedente e cedido, destaca-se que a cessão pode ocorrer com liberação do cedente ou sem ela. Embora a regra seja a liberação total do cedente quanto ao contrato-base e a uma possível inadimplência do cessionário, no entanto, se preferirem as partes, poderá ser acordado, mediante cláusula escrita, que o cedente ficará responsabilizado (solidariamente ou não) por possível inadimplência do cessionário. No caso, essa não desoneração total do cedente em nada impede a celebração e validade do contrato de cessão, havendo sim um negócio singular no qual o cedente assume posição diversa da anterior.

Em última instância, entre cessionário e cedido é que mais se verifica a natureza da cessão, pois o cessionário sucede o cedente na fase em que se encontra o processo; a posição é transferida no estado em que se encontra na fase de execução do contrato que é alvo da negociação de cessão. Em conseqüência, o cessionário terá os mesmos meios de defesa contra o cedido que antes eram típicos do cedente, de modo que, todavia, o contrato cedido em trânsito só transfere relações jurídicas ainda existentes.

De forma pormenorizada, o instituto da cessão contratual oferece, portanto, as seguintes linhas de força: (i) existência de um contrato com prestações recíprocas (caso contrário apenas poderá haver transmissão de créditos ou de dívidas); (ii) transferência a um terceiro, e em bloco, do complexo de direitos e obrigações decorrentes de um acordo bilateral anterior; (iii) saída do cedente da relação contratual primitiva, não se criando uma nova relação, mas substituindo-se apenas um dos sujeitos do contrato inicial; (iv) autorização prévia do cedido (já que não é obrigado a aceitar o novo sujeito da relação contratual - o cessionário - sem o seu acordo), ou ratificação posterior; (v) limitação das garantias (o cedente apenas garante ao cessionário, no momento da cessão, a existência da posição contratual transmitida e, salvo convenção em contrário, não garante o cumprimento das obrigações); (vi) exoneração de dívidas (o cedente, abandonando a relação contratual ao transmitir ao cessionário a sua posição no contrato, fica exonerado de todas as dívidas para com o cedido).[22]

3.2 Institutos afins e distinções

A cessão do contrato pode ser confundida com alguns institutos familiares ao direito brasileiro, entre os quais a sub-rogação, o subcontrato, a novação, a cessão de créditos e a assunção de dívidas.

Em relação à sub-rogação, a distinção que aqui se encaixa está em que o terceiro que entra na relação contratual por força de sub-rogação não substitui o contratante em toda a relação contratual, de modo que, conforme estipula Silva Cabral:

[...] tanto na cessão como na sub-rogação há substituição de um sujeito da relação jurídica por um terceiro, mas sub-rogação é sempre no tocante a determinado direito ou a um complexo de direitos, enquanto a cessão de contratos implica a substituição de uma das partes do contrato por um terceiro que substitui o contraente, que se afasta, não só dos direitos, mas também das obrigações e das conseqüências que a substituição da condição de parte possa implicar.[23]

Igualmente, no que tange à comparação com o subcontrato, Messineo chama a atenção para o fato de que na cessão (do contrato) é a inteira posição contratual (ativa e passiva) que se transfere a um novo sujeito (cessionário), que substitui o cedente. No contrato derivado, ao contrário, há duplicidade de contratos e coexistência de sujeitos, uma vez que o segundo contrato que tem um sujeito novo e um sujeito idêntico vem colocar-se ao lado do primeiro. Embora na cessão objeto desse estudo e na subcontratação o contrato-base fique inalterado, na cessão há substituição de uma parte por outra, enquanto no subcontrato a parte originária permanece, realizando-se um contrato paralelo para o fim de subcontratação.

Em relação à novação, por sua vez, a distinção está com base no fato de que na novação extingue-se a relação obrigacional, fazendo surgir ao mesmo tempo uma nova relação com objeto ou título diverso. Na cessão o que se visa é a circulação do contrato, no sentido de que o complexo de direitos e obrigações que compõe a relação contratual subsiste e permanece imutável. A esse respeito, aliás, ensina Sílvio Rodrigues:

Não se confunde a cessão de contrato com a novação, porque, enquanto nesta se dá ou a transmissão dos direitos ou a transmissão das obrigações, conforme se trate de novação

subjetiva ativa ou de novação subjetiva passiva, na cessão de contrato ocorre a transferência dos direitos e obrigações do cedente ao cessionário.[24]

Em quarto lugar, segundo aponta Silva Cabral, as diferenças entre a cessão do contrato e a cessão de créditos são principalmente de duas ordens: (i) enquanto na cessão de créditos a relação contratual básica permanece sempre entre os contratantes primitivos, embora um ou mais créditos sejam cedidos para um terceiro, na cessão de contratos o cedente cede a sua posição contratual e em seu lugar passa a operar o cessionário; (ii) ao passo que na cessão de contratos o cessionário assume todos os direitos e obrigações do cedente, na cessão de créditos, embora transfira ao cessionário os elementos ativos constantes do contrato e relativos ao cedente em sua posição diante do cedido, não chega a alterar as obrigações assumidas pelo cedido e nem cria novas obrigações para o cessionário em relação ao cedido.[25] Dessa forma, a cessão de créditos, em essência, se distingue da cessão do contrato porque, como o próprio nome indica, no primeiro caso cedem-se apenas os créditos, enquanto no segundo os créditos e os débitos conjuntamente, ou, mais precisamente, cede-se a posição contratual.

Por último, referente à cessão de débitos ou assunção de dívidas, percebe-se que enquanto na cessão de dívidas cede-se a titularidade passiva, na cessão do contrato cedem-se também os créditos. Além disso, a finalidade da assunção de dívidas é a circulação da obrigação pelo seu lado passivo, ao passo que na cessão da posição contratual se almeja a mudança das partes. Isso somado ao fato de que o campo de aplicação da assunção de dívidas é todo o campo do direito das obrigações, com independência da causa constitutiva destas; a cessão em destaque nesse estudo, por sua vez, se caracteriza pelo campo puramente contratual.

3.3 A cessão de contrato no direito alienígena e a atipicidade da situação do Brasil

Com relação à presença legal da cessão do contrato, segundo Garcia Amigo, podemos dividir os Códigos em três correntes: os que a admitem expressamente; os que a admitem implicitamente; e os que se apresentam com configuração dúbia.[26]

Em relação aos primeiros, seriam aqueles que, principalmente a partir da década de 1940, começaram a reagir positivamente diante das pesquisas feitas pelos estudiosos do instituto, como o Código Civil italiano (1942) e o Código Civil português (1967). Nesse sentido, como exemplo, estipula a legislação civil italiana, em seu art. 1.406:

Art. 1.406 - Cada uma das partes contratantes pode fazer-se substituir por um terceiro nas relações que derivam de um contrato com prestações recíprocas, desde que estas ainda não tenham sido cumpridas, contanto que a outra parte o consinta.[27]

Já dentre as legislações que admitem implicitamente a cessão, enquadram-se aquelas que admitem não só a cessão de créditos como a assunção de dívidas, mas sem possuírem uma regulamentação específica para a cessão de contratos. De acordo com Garcia Amigo, estes códigos, embora não tratando explicitamente da cessão de contratos, admitem-na implicitamente, uma vez que a transmissão da posição contratual consiste exatamente na transmissão, para o cessionário, de todos os direitos e deveres do cedente; além do mais, o princípio da autonomia da vontade permite que o cedente transfira a posição contratual como um todo [28]. Exemplos desses sistemas são o brasileiro, o alemão, o suíço, o austríaco, o russo e o mexicano.

Por último, há os sistemas que não regulam a assunção de dívidas nem a cessão de contratos, embora regulem a cessão de créditos e a sub-rogação. Nesse caso, exemplificado pela legislação francesa, como a cessão do contrato envolve também a transferência de dívida, surge a questão de se saber se tais sistemas admitiriam a própria cessão de contratos.

No contexto brasileiro não há definição legal nem do que seja contrato, e, embora a doutrina e a prática empresarial acatem a cessão do contrato como sendo um negócio jurídico bilateral em que se transfere a inteira posição contratual - nela incluídos os direitos e as obrigações, ou seja, a posição ativa e passiva vinculada ao titular-cedente no negócio jurídico -, não há também previsão expressa na legislação pátria contemplando a transmissão dos direitos e deveres contratuais, complexivamente.

O Código Civil prevê nos artigos 286 a 303 um título específico denominado "Transmissão das Obrigações", subdividido em dois capítulos, quais sejam, a cessão de créditos e a assunção de dívidas (cessão de débitos). Mas não há nada disciplinando a transferência da posição contratual.

4 CIRCULAÇÃO DO CONTRATO, INÉRCIA LEGISLATIVA E ATUAÇÃO DO MERCADO: *IN CASU*, O CONTRATO FUTURO

Embora a legislação brasileira não trate especificamente do instituto da cessão do contrato, não representa isso uma barreira ao sistema de mercado, que se apressa a dinamizar e assegurar a flexibilidade das suas relações. Nesse contexto, respondendo a

essa lacuna legislativa pátria, e com inegável contribuição atual, como menciona Sílvio Rodrigues:

A enorme utilidade da cessão do contrato impôs a difusão do instituto, a despeito de não haver lei expressa sobre o assunto. E, se o legislador brasileiro até agora não o disciplinou com pormenor, isso se deve, decerto, ao fato de acreditar que o não vedando, estava a permiti-lo. [29]

O mercado, então, rouba o espaço, fornecendo bases para, a despeito da passividade da legislação brasileira, concretizar a circulação do próprio contrato. Em sede específica, a circulação segue a vida econômica e se vê, pouco a pouco, regulada pela prática comercial de mercados organizados como os de Bolsa, onde prepondera o costume como fonte de direito. É similar à própria "reificação" do contrato, evitando que o mesmo seja entendido apenas como gerador de direitos passíveis de cessão para vir a ser todo o contrato objeto da própria circulação.

Como mote para o desenrolar do estudo, surgido aos tempos medievais, para estipulação convencional da entrega futura de safras agrícolas em produção, o contrato futuro representa hoje uma evolução do contrato a termo de compra e venda[30], estando desenvolvido exclusivamente em mercados organizados como os de Bolsas. Espelha, ademais, o mais característico instrumento financeiro de pactuação de riscos, haja vista a relação existente entre o especulador (tomador de risco) e o *hedger* (o qual procura evitar o risco), a introdução dos ajustes diários resultantes das oscilações de preços, a padronização contratual e a participação obrigatória das *Clearing Houses* ou Câmaras/Caixas de liquidação nas negociações.

Em vistas desse intrincado esquema, nesse contrato as partes podem ceder livremente suas posições, enquanto não liquidado financeiramente o contrato, restando inalterado o seu conteúdo e sua unidade. Isso sem que esteja se falando de uma circulação de coisa móvel, como ocorre nos títulos de crédito; muito menos de uma cessão civil de direitos ou deveres. Aqui, o que aparece é um título escritural padronizado - não uma cártula -, ensejado pela anotação da operação que implique na transferência dos direitos que incorpora no registro no sistema de registro e liquidação financeira autorizado, como representativo da autonomia dos direitos incorporados, restando as partes desvinculadas de qualquer relacionamento direto entre si. É, em outros termos, a expressão da própria cessão do contrato, não regulada pelo direito brasileiro, mas, portanto, disciplinada pelo mercado.

4.1 O território do contrato futuro: mercado de Bolsas

Em sentido geral, a Bolsa é um mercado onde são efetuadas transações de compra e venda de títulos, *commodities* (matérias-primas ou mercadorias agrícolas ou minerais) e valores mobiliários, em mercado livre e aberto, organizado pelos corretores e fiscalizado pelas autoridades competentes.

No cenário brasileiro, as Bolsas são entidades privadas, constituídas sob a forma de sociedade anônima, com fins lucrativos[31] e que têm como objetivo precípuo organizar, promover o funcionamento e desenvolvimento de mercados livres e abertos para a negociação de seus ativos financeiros.

São elas reguladas e fiscalizadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), como um local de encontro entre compradores e vendedores para formação de preços com transparência e liquidez, através de serviços de informação, registro, compensação e liquidação adequados à realização das operações respectivas de compra e venda.

Consoante as disposições do *caput* do artigo 3º da Instrução CVM 461/2007, ao explanar o mercado de Bolsas:

Art. 3º - Considera-se mercado organizado de valores mobiliários o espaço físico ou o sistema eletrônico, destinado à negociação ou ao registro de operações com valores mobiliários por um conjunto determinado de pessoas autorizadas a operar, que atuam por conta própria ou de terceiros.

§1º Os mercados organizados de valores mobiliários são as bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, e os mercados de balcão organizado.[32]

Em termos econômico-sociais, segundo divulga a CVM, têm as Bolsas as principais funções: (i) levantar capital para negócios, (ii) mobilizar poupanças em investimentos, (iii) facilitar o crescimento de companhias, (iv) redistribuir a renda, (v) aprimorar a governança corporativa, (vi) criar oportunidades de investimento para pequenos investidores, (vii) atuar como termômetro da economia e (viii) ajudar no financiamento de projetos sociais.[33]

4.2 O subterritório do contrato futuro: mercado futuro

O contrato futuro localiza-se no chamado mercado futuro de Bolsas, ambiente organizado onde podem ser assumidos compromissos padronizados de compra e venda de contratos sobre uma determinada mercadoria ou ativo financeiro derivado para liquidação numa data futura pré-estabelecida.

Nos mercados futuros de Bolsas as negociações entre compradores e vendedores se portam exclusivamente sobre o preço, na medida em que as especificações da mercadoria ou do ativo, as datas de vencimento, as modalidades da eventual entrega, etc., são anteriormente definidas de forma extremamente precisa em contratos padronizados. O objeto da negociação passa a ser não mais a mercadoria ou o ativo subjacente, mas o contrato que representa um compromisso padronizado de compra ou de venda, a um preço fixado no momento da realização do negócio para um vencimento específico.[34]

Nesse contexto, o mercado futuro engendra as seguintes facilidades: (i) caracteriza-se por ser uma forma de aplicação bastante eficiente, pois não requer o desembolso de um montante significativo de dinheiro na abertura da posição a futuro como ocorre quando da compra de ações a vista[35]; (ii) elimina o custo do empréstimo de ações para aqueles investidores que queiram adotar posições vendedoras a descoberto; (iii) possibilita mudar a exposição de um ativo para outro sem os custos de lidar com as ações subjacentes no mercado a vista, bastando realizar uma operação de natureza oposta no próprio mercado futuro e uma operação de abertura de posição no outro papel também no mercado futuro.

Especificamente, descendente direito do contrato de venda e compra a termo, o contrato futuro modulou-se com base na evolução que se deu sobre os contratos a termo para entrega futura das safras agrícolas em produção para ser utilizado especialmente como instrumento financeiro de transferência de riscos. Com isso, sintetizando o já descrito no curso do trabalho, o contrato futuro caracteriza-se por: (i) padronização acentuada; (ii) elevada liquidez; (iii) risco de crédito baixo e homogêneo; (iv) negociação transparente em Bolsa; (v) possibilidade de encerramento da posição com qualquer participante em qualquer momento, graças ao ajuste diário do valor dos contratos e a participação da *Clearing House*; (vi) utilização do mecanismo das margens depositadas em garantia para evitar a acumulação de perdas decorrentes da falta de pagamento de ajustes diários negativos.

4.3 A importância das *Clearing Houses*, dos ajustes diários e da padronização contratual

As chamadas *Clearing Houses*, os ajustes diários e a padronização dos contratos futuros tornam referidas convenções instrumentos que, com as características descritas, possibilitam a cessão da posição contratual entre os sujeitos da negociação, de modo que, através das interferências das vontades dos sujeitos - que, em sentido oposto, ou pretendem se precaver ou arriscar no mercado -, referido contrato acaba por circular.

Sobre as *Clearing Houses*, Câmaras de Compensação ou Caixas de Liquidação, representam elas a instituição interveniente que angula as prestações, estipulando em favor das partes durante toda a execução do contrato, prestando o *del credere* às liquidações solutórias, bem como exercendo o depósito, a administração e a cobrança dos valores de oscilações de preços, no ajuste diário, além da aplicação dos recursos depositados como margens de garantia.[36] São os responsáveis pelo asseguramento do resultado pretendido com o diferimento, de modo que apenas as Bolsas não são suficientes para essas negociações.

Os agentes de compensação são sempre associações mercantis, cujo objeto é a prestação da compensação de negócios futuros, ou seja, a administração de contratos de Bolsa, com prestação ou execução diferida, de modo a receber as margens e proceder aos ajustes diários. As partes outorgam à Caixa de Liquidação a provisão e os encargos do negócio, fazendo dela a principal responsável pela solução tempestiva do contrato, sem que qualquer delas tenha que interpelar moratoriamente a outra. A *Clearing House* administra as margens que são depositadas em suas mãos, com o poder de aplicá-las diariamente, em favor do patrimônio do depositante, em garantia da outra parte no contrato.

Segundo ensina Almeida Salles, ao tentar enquadrar a posição contratual da *Clearing House*:

[...] a Câmara de Compensação exerceria, portanto, uma estipulação em favor de terceiros, cabendo a eles exigir das partes contratantes o cumprimento das obrigações, assegurando-se por meio das avaliações de crédito e garantia que entender suficientes para o fiel cumprimento desta posição no negócio jurídico.[37]

Ela garante o fiel cumprimento de todas as obrigações assumidas pelos contratantes, promovendo assim a liquidez necessária para o dinamismo e desenvolvimento do mercado de futuros. O sistema de liquidação consiste no registro dos contratos negociados nos pregões e das garantias, bem como na liquidação e compensação das obrigações. As operações são compensadas pela *Clearing*, que adquire total responsabilidade pelo cumprimento das obrigações, na qualidade de terceiro garantidor.[38]

As *Clearing* asseguram, então, a integridade financeira das transações; atuam como a vendedora de todos os compradores e a compradora de todos os vendedores; administram as margens de garantias e os ajustes diários, assim como as entregas físicas na Bolsa. A sua função precípua é reduzir ao máximo o risco de crédito entre os agentes, facilitando, inclusive a troca de posição dos sujeitos no contrato futuro.

Noutro compasso, a padronização dos contratos futuros também fornece uma importante significância na cessão do contrato futuro. Até porque, segundo expõe Noênio Spinola: "o que caracteriza uma operação no mercado futuro é, em primeiro lugar, a necessidade de padronização dos contratos. Os débitos e créditos são também acertados diariamente, e não apenas no vencimento do contrato". [39]

No contrato futuro, a quantidade do bem objeto é padronizada de tal modo que permite a assinatura de um contrato para cada lote padrão da coisa, permitindo assim que se lhe atribua uma identidade com a própria coisa, a ponto de tender à sua "reificação". Devido a essa reificação do contrato futuro é que passa ele a poder ser encarado como dotado de um mercado próprio, onde se fala em circulação do contrato futuro e convivem em conjunto e necessariamente a entidade organizadora de mercado (Bolsa) e a entidade assecuratória da liquidação (*Clearing House*).

Expõe, nesse sentido, Schouchana que:

O contrato futuro deve ser bem desenhado, porque nesse mercado todos devem estar cientes das cláusulas do contrato, de forma que só resta apregoar o preço e a quantidade de contratos que se deseja negociar no pregão. O contrato padroniza todo o restante, ou seja, a mercadoria ou ativo, a cotação, a unidade de negociação, os meses de vencimento, o ponto para formação de preço e entrega, as condições de liquidação física e financeira, os ativos aceitos como margem de garantia e os custos operacionais da Bolsa. [40]

Uma operação iniciada entre "A" e "B" pode transformar-se facilmente em uma operação entre "B" e "C", caso "A" queira ou precise desfazer sua obrigação antes de seu vencimento. Como o contrato é padronizado, o que foi negociado entre "A" e "B" é o mesmo entre "B" e "C".

No caso, a padronização dos contratos possibilita a mudança de posições, pois garante a liquidação antecipada do contrato, dando liberdade de ação necessária a redirecionamentos quando ocorrem mudanças de conjuntura. Ela possui, portanto, a finalidade de torná-los jurídica e economicamente fungíveis, facilitando a sua circulação e negociação no mercado, e permitindo, na maioria dos casos, sua cessão total ou parcial a terceiros interessados.

Em última instância, há também nesse mercado de pactuação de contratos futuros a existência dos ajustes diários dos preços dos ativos financeiros, que permite a liquidação financeira diária de lucros ou prejuízos das posições. Desta forma, se um investidor pactuou determinado certo contrato futuro, e, em determinada data, o seu preço caiu, isto significa que ele terá de realizar um depósito neste dia, de forma a compensar a sua perda.

No mercado futuro os contratos têm seu preço diariamente reavaliado, para refletir as novas condições de mercado, expressas através dos preços dos novos negócios que vão sendo fechados até o encerramento do dia. Ou seja, a diferença entre o preço de ajuste e o preço de negociação determina o resultado do diário; assim, se alguém fez um negócio a R$ 200,00, envolvendo um contrato que no fechamento do mercado está valendo R$ 220,00, há um diferença de R$ 20,00 que resulta em ganho para a parte compradora (pois está comprando por menos aquilo que vale mais) e em perda para a parte vendedora, configurando o ajuste diário, que resulta em crédito em conta de quem ganhou e em débito para quem perdeu.

Após o pagamento do resultado diário, o contrato fica ajustado ao novo preço, havendo a certeza de que todos os participantes estão equiparados e posicionados ao mesmo preço, pois lucros já foram recebidos e prejuízos já foram pagos.

Portanto, no mercado futuro, ao final de cada dia, calcula-se o valor da perda e do ganho de cada parte (comprador e vendedor). O participante que faz jus ao ajuste positivo irá recebê-lo no mesmo dia de seu pagamento pela parte que incorreu um ajuste negativo. Caso o pagamento do ajuste diário negativo devido não seja efetuado, a Bolsa intervém, utilizando a margem depositada em garantia na *Clearing House* para saldar o prejuízo e encerrar a posição inadimplente, de forma a evitar o risco de acumulação de perdas que possam afetar a segurança do mercado.

Os contratos futuros permitem, dessa forma, controlar o risco e assegurar a rentabilidade do investimento, garantindo o preço de um bem ou ativo subjacente no futuro e, simultaneamente, tirar partido de uma previsão da evolução dos preços. Conseqüentemente, o risco para a Bolsa acaba sendo reduzido, uma vez que qualquer

diferença desfavorável ao vendedor ou comprador seja compensada de forma gradual, sem a necessidade de ajuste apenas no último dia, como no caso do mercado a termo.

4.4 Entre a circulação do contrato e o mercado futuro de Bolsas brasileiro

Descrevendo o contrato futuro e sua circulação, expõe Almeida Salles que:

[...] poderíamos dizer que há nesse instrumento jurídico um continente pré-delineado pela entidade do mercado e um conteúdo padronizado nele mencionado, ambos perfazendo o rol de direitos e obrigações que cabem, indissociavelmente a cada parte, sendo certo que o interveniente não se pode deslocar de sua posição contratual, enquanto às partes (os comitentes) é lícito pretender ceder suas posições, sem afetação ou alteração da unidade do contrato, apenas sub-rogando o cessionário na condição de titular dessa posição, de ora em diante, sem qualquer vínculo com os fatos pretéritos, pois estes já estariam preclusos.[41]

Desse modo, uma vez vislumbrado o modelo do ato jurídico que se pode clivar em continente e conteúdo, ambos pré-desenhados e padronizados pelo interveniente, o que se apresenta perante as partes após a escolha convencionada, dentro dos limites da pré-disposição, é um único todo, indissociável e, portanto, passível de circulação como coisa móvel, tal como preconizado pelos tratadistas, para os títulos de crédito.

No Brasil, desde a promulgação da Lei n. 6.404/76, com a extinção dos títulos ao portador e endossáveis pela Lei n. 8.021/90, predomina no mercado de valores mobiliários o título escritural, cuja titulação se dá pelo extrato expedido pela entidade escrituradora, onde, no entanto, não há as características dos direitos que o título confere. Igualmente, o mesmo se verifica nos contratos futuros, no qual o agente de compensação escritura as posições em aberto dos comitentes, sem especificar os direitos exercitáveis, cuja descrição há de se encontrar no formulário anexo ao contrato, já que é padronizado para cada tipo ou espécie de objeto.

Especificamente, ocorre então, no contrato futuro, uma espécie de tradição ficta, já que se trata de sistemas de negociação escritural, a par da existência dos regramentos regulamentares e formulares, mas que por serem homogêneos e imutáveis, o que resta é o registro escritural dos créditos de cada parte signatária do contrato original, que se faz nele substituir pelo seu cessionário de posição contratual, transmitindo-lhe, assim, virtualmente o contrato futuro em curso.

O que importa compreender, portanto, é que da incorporação resulta a autonomia dos direitos incorporados, em relação às partes originalmente contratantes, desvinculando-os de qualquer relacionamento pessoal entre elas. No mercado futuro, cada nova parte cessionária da posição contratual da que a antecede adquire os direitos incorporados ao documento *ex novo*, como os houvera adquirido o cedente, originariamente, sem sub-rogação nas suas condições pessoais, apenas naquelas de titular dos direitos, no estado em que se encontram.

Desde que o contrato contenha prestações correspectivas ainda não executadas, segundo a boa doutrina de Messineo - pois a ausência do sinalagma impede a alteração da posição dos sujeitos, em relação às prestações ainda não executadas, - é permitido ao contrato futuro circular.

Conforme ressalta Betti, essa fungibilidade decorre da fungibilidade dos sujeitos, que compõem as partes no contrato futuro e que encontram no que respeita aos direitos neles constituídos, a segurança prestada, pela estipulação em favor das mesmas partes, pelas Caixas de liquidação, que assegura o adimplemento tempestivo.[42] Tem-se assim a fungibilidade, econômica e jurídica, dos contratos futuros, a permitir-lhes a circulação como coisa móvel, substituindo-se as partes por meio da "tradição" indistinta dos contratos de mesma modulação, objeto, preço e termo, revestida da forma de cessão de posição contratual, autonomamente, e sem as implicações da cessão de crédito civil.

Situado sob o manto dos ajustes diários, o contrato futuro pode, assim, ser entendido como uma espécie da venda e compra que se caracteriza pela possibilidade novatória de suas obrigações, diariamente, até seu termo final, sendo certo que cada nova obrigação é idêntica à anterior, exceto na variabilidade do preço, que é ajustado diariamente, entre o último ajuste e a cotação do objeto no mercado á vista, evitando o distanciamento entre este e o valor acordado para o termo.

Essa novação nem mesmo altera a natureza da prestação, isto é, o devedor contrai para com seu credor um novo débito, extinguindo o anterior por simples substituição, sem alteração das partes ou do objeto. Dessa forma, nem há que se falar em novação com alteração das características das obrigações, extinta e nova, já que ambas mantém-se absolutamente idênticas e, desde o seu início, dependentes das variações de preços inerentes ao mercado subjacente e comparativo de que derivam. Tal *animus novandi* é um desejo das partes contratantes, que o manifestam na escolha daquele negócio jurídico.

Ademais, como já ressaltado, a padronização dos contratos futuros possui a finalidade de torná-los passíveis de serem trocados entre os sujeitos, facilitando a sua circulação e negociação no mercado e, permitindo, na maioria dos casos, sua cessão total ou parcial a terceiros interessados.

Segundo especialistas em mercados derivativos, padronizam-se os contratos para que eles se assemelhem a uma moeda: intercambiáveis, de alta liquidez (grande facilidade de serem transferidos para outras pessoas) e, em decorrência disto, aplicáveis a um grande número de indivíduos.

De acordo com Noênio Spinola, "com o advento da padronização, os contratos futuros passaram a ser fungíveis ou intercambiáveis entre si." [43] Isso tudo para realçar sua circulabilidade, a possibilidade de mudança dos sujeitos contratantes e a sua liquidação financeira (e não física) como elementos de um intricado jogo do mercado do qual se pode valer especuladores e *hedgers* para alcance de seus objetivos.

Diante desse quadro, a compra e venda transacionada neste mercado possui uma característica muito marcante: aquele que vende, não necessita ter a mercadoria vendida no momento da formalização do contrato e nem ao menos entregá-la no vencimento deste. Por outro lado, o comprador não precisa disponibilizar-se dos seus recursos financeiros no momento da assinatura do contrato. Isto porque os contratos futuros podem, conforme dito, a livre critério, ser liquidados mediante troca de posições pelas partes envolvidas. A sua fungibilidade permite ao comprador que na data de vencimento de seu contrato assuma a posição de vendedor em outro contrato no mercado à vista, liquidando suas obrigações perante a Câmara de Compensação apenas pela diferença dos preços. Todo o relacionamento é feito diretamente entre comprador e a Bolsa de Futuros (através de suas corretoras), que assume o risco de adimplência das obrigações contraídas nos contratos por ela comercializados.

Em qualquer caso, a saída do mercado de um dos participantes não implica na saída do outro, pois a bolsa e a respectiva *Clearing House* é a contraparte central dos negócios. Assim, qualquer um dos dois personagens tem total liberdade para rever e modificar sua estratégia de acordo com o cenário, "hedgeando" (se protegendo) ou especulando, sem prejuízo da outra parte ainda interessada em manter o negócio.

Por tudo isso é que o contrato futuro circula, à moda da cessão do contrato estampada anteriormente. Até porque no caso em apreço estão presentes os dois principais requisitos ali exigidos, senão: um contrato bilateral com prestações recíprocas e o consentimento do cedido, que é previamente concretizado quando este já entra no jogo da proteção *versus* especulação do contrato futuro. A garantia, pelo cedente, da

existência da sua posição no contrato, no mercado futuro é transparentemente aberta a todos, de modo que quando o cessionário assume a posição daquele já o sabe das condições em que se achará, a depender do seu objetivo de se precaver ou não de riscos. E, transferido o contrato, o cedente exonera-se de qualquer obrigação com o contrato futuro original, inclusive a respeito dos ajustes diários e das margens de garantia.

Não se origina na cessão da posição contratual uma nova relação jurídica, mas apenas ocorre a substituição de um dos sujeitos no contrato bilateral. Neste norte, o contrato futuro, padronizado e garantido pela Câmara intermediadora, perfeitamente torna-se passível de circulação e, conseqüentemente, de ter o vínculo bilateral cedido, ou, transferido entre os agentes econômicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto da atual globalização econômico-financeira, o Estado não mais se coloca em posição de chefe-regulador de todas as negociações. É como se o mercado roubasse o espaço e ditasse as regras do jogo, em prol de uma maior mobilidade negocial, limitando-se os gabinetes legislativos a atuar apenas onde a complexidade da barganha de valores o permite, e regulando somente o mínimo necessário ao bom andamento da partida.

São tempos onde a velocidade das informações e a afirmação do capital como motor das negociações intersubjetivas mostram-se muito fortes, levando o contrato, como instrumento garantidor das pactuações, a adquirir um papel de extrema importância. Conforme ressalta Eros Grau, vivencia-se uma nova revolução industrial, onde o cotidiano molda-se pelas mudanças acarretadas por essa nova revolução.

In casu, o contrato futuro delineado representa mais uma resposta dessa chamada "era da financeirização" ao Estado. Isso porque, embasado na sugestão de Irineu Strenger, ao explicar que os contratos internacionais do comércio "não são uma especialização do direito, mas uma profissionalização das atividades comerciais" [44], deve-se seguir o mesmo entendimento no mercado financeiro objeto desse estudo. Conseqüentemente, o mercado dá conta de fazer valer as suas vezes, criando instrumentos que, a despeito de sua importância no contexto de barganha de bens e valores, ainda prescindem de uma investigação jurídica mais ampla.

Em sede específica, embora a legislação brasileira não tenha ainda disciplinado com pormenor o instituto da cessão do contrato, o mercado futuro de Bolsas preenche essa

lacuna, edificando-se como um nicho de confluência de interesses, organizado e autoregulado, que suscita a ordem de que a dinamicidade mercadológica e a internacionalização de suas tratativas e contratações é um tema que o Direito não pode se furtar a resolver.

Desta feita, com esta prerrogativa os regulamentos das Bolsas de futuros vêm consolidando os contratos futuros como uma unidade indissociável em relação aos direitos e obrigações que os mesmos incorporam. Como são padronizados e contam com a segurança de instituições anguladoras das negociações, os contratos futuros podem ser trocados entre si, podendo, em outras palavras, serem fungíveis ou intercambiáveis entre si.

Nesse cenário, ainda com fundamento na máxima de que o mercado tem poderes para se apressar em formular técnicas que viabilizem a facilitação do alcance de seu objetivo, o contrato futuro circula, até que se perfeccione a sua respectiva liquidação. A cessão da posição contratual, conseqüentemente, tem especial destaque.

O contrato futuro impõe-se, então, como uma realidade econômica à frente dos dogmas jurídicos da completude e da certeza, a tal ponto de o mercado de Bolsas brasileiro coadunar-se com a experiência estrangeira, a despeito da inércia jurídico-estatal. Resta lembrar, portanto, de que se está diante de um novo mecanismo técnico do Direito, criado, como todo o sistema jurídico, da práxis econômico-social.

REFERÊNCIAS

ANDREOLI, M. *La cesión del contrato.* Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. *Dinheiro e as transfigurações da riqueza*. In: TAVARES, Maria da Conceição; LUIZ, José (Orgs.). Poder e Dinheiro. Uma economia política da globalização. Petrópolis: Vozes, v.1, p. 151-193, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das obrigações.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

CABRAL, Antonio da Silva. *Cessão de contratos.* São Paulo: Saraiva, 1987.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Globalização e política internacional.* Revista Brasileira de Política Comparada, Brasília, ano I, vol. I, n. 1, jan./abr. 1997.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Mercado de derivativos na bolsa de mercadorias & futuros (BM&F)*. Cadernos CVM, n. 9, 2007.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *O que é bolsa de valores*. Disponível em: <http://www.portaldoinvestidor.gov.br/academico/entendendoomercadodevaloresmobiliarios/oqueebolsadevalores/tabid/92/default.aspx>. Acesso em: 17 dez. 2008.

CORAZZA, Gentil. *Globalização financeira - a utopia do mercado e a re-invenção da política.* Economia - Ensaios, Universidade federal de Uberlândia, Uberlândia, v. 19, n. 02, p. 125-140, 2005. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2003/artigos/A24.pdf>. Acesso em: 17 out. 2008.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de direito civil.* v.4. t.1. São Paulo: Max Limonad, 1968.

CUTER, Júlio Cesar. *Evolução da teoria financeira e a bolsa de valores no Brasil*. In: Integração, ano XII, n. 45, p. 131-139, 2006. Disponível em: <ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/131_45.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2009.

DIAS, Vitor Caminha Faustino; FIGUEIREDO NETO, Leonardo Francisco. *Importância da bolsa de mercadorias em países em desenvolvimento: o caso do Brasil.* Disponível em: <http://www.alasru.org/cdalasru2006/28%20GT%20Vitor%20Caminha%20Faustino%20Dias,%20Leonardo%20Francisco%20Figueiredo%20Neto.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2008.

FAHRI, Maryse. *O futuro no presente: um estudo dos mercados de derivativos financeiros.* Tese (Doutorado em Economia). Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1997.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados.* Coimbra: Coimbra, 2007.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro: produtos e serviços.* 12. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999.

GARCIA AMIGO, M. *La cesión de contratos en el derecho español*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964.

GOMES, Fátima Rocha. *A bolsa de valores brasileira como fonte de informações financeiras*. In: Perspect. cienc. inf., Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 189 - 202, jul./dez. 1997. Disponível em: <http://www.eci.ufmg.br/pcionline/index.php/pci/article/view/633/422>. Acesso em 07 set. 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos.* Rio de Janeiro: Forense, 1973.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. III. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto.* São Paulo: Malheiros, 1996.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Loyola, 1994.

MESSINEO, Francesco. *Il contrato in genere.* v. 1. Milano: Giuffrè, 1973.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970.

NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* v. III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERIN JR., Ecio. *O hedging e o contrato de hedge.* In: Jus Navigandi, São Paulo, v. 41, p.1-16, 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina>. Acesso em: 13 set. 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado.* v. 23. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

_____. *Tratado de direito privado.* v. 38. n.2. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

RODRIGUES, Sílvio. *Tratado de direito civil*. v. II. São Paulo: Max Limonad, 1967.

_____. LIMONGI, França R. (Coord.). *Enciclopédia saraiva do direito*. v. 14. São Paulo: Saraiva, 1977.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil.* v. III. 3. ed. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1973.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. *O contrato futuro.* São Paulo: Cultura, 2000.

SCHOUCHANA, Félix. *Introdução aos mercados futuros e de opções agropecuários.* São Paulo: Bolsa de Mercadorias e Futuros, 1997.

SPINOLA, Noênio. *O futuro do futuro*. São Paulo: Futura, 1998.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria Geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

[1] Esses doutrinadores afirmam não haver grandes novidades nos fenômenos da globalização financeira, a tal ponto de classificarem tais transformações como recorrentes na história do capitalismo, que, segundo os mesmos, sempre operou dessa forma e a globalização financeira não passa de um mito.

[2] HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural.* São Paulo: Loyola, 1994.

[3] CORAZZA, Gentil. *Globalização financeira - a utopia do mercado e a re-invenção da política.* Economia - Ensaios, Universidade federal de Uberlândia, Uberlândia, v. 19, n. 02, p. 125-140, 2005, p. 125. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2003/artigos/A24.pdf> Acesso em: 17 out. 2008.

[4] FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados.* Coimbra: Coimbra, 2007, p. 324.

[5] *Idem, ibidem.* p. 331.

[6] *Idem, ibidem.*

[7] GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 65.

[8] CABRAL, Antonio da Silva. *Cessão de Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 17.

[9] MESSINEO, Francesco. *Il contrato in genere.* v.1. Milano: Giuffrè, 1973, p. 378.

[10] *Idem, ibidem.*

[11] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* v. III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 7.

[12] A relação obrigacional envolve um conjunto de créditos, direitos acessórios e potestativos etc., que surge conquanto a sua base fática, o contrato, se perfeccione. Ela é, pois, aquela que se estabelece entre credor e devedor da obrigação nascida com a realização do fato previsto na hipótese legal como capaz de gerar o vínculo ligando esses dois pólos de sujeição. Na teoria clássica o vínculo era apenas pessoal entre credor e devedor, estando esse passível de sofrer execução sobre sua própria pessoa; na teoria patrimonialista, consideravam-se apenas os bens do devedor como garantia do cumprimento da obrigação; na teoria moderna, por sua vez, a relação obrigacional constitui numa atividade pessoal, passível de ter o patrimônio como garantia de responsabilidade, mas que, podendo ter a troca da pessoa do devedor, possibilita também a substituição dos patrimônios, sem que a identidade da obrigação sofra com isso.

[13] MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970, p. 67.

[14] GARCIA AMIGO, M. *La cesion de contratos en el derecho español*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964, p. 33-34.

[15] *Op. cit.*, p. 100.

[16] *Op. cit.*, p. 67.

[17] Por isso, este estudo utilizará tais expressões indistintamente.

[18] *Op. cit.*, p. 70.

[19] Do ponto de vista da natureza jurídica, com base na teoria unitária considera-se não a transferência singular de créditos e de dívidas, mas oferece-se uma transferência integral de elementos ativos e passivos de contrato. Para os partidários dessa teoria, exatamente porque a relação contratual é um complexo de direitos e deveres. transmitem-se não apenas os débitos e créditos, mas uma posição contratual como uma realidade, transferindo-se, em suma, um quadro unitário de relações formado por créditos, débitos, direitos potestativos, exceções, encargos, faculdades etc. Em sentido contraposto, a teoria atomística se apóia no pensamento de que um contrato envolve, ao mesmo tempo, créditos e débitos, de modo que os institutos da cessão de créditos e da assunção de dívidas, embora objetivem fenômenos diversos, juntos conseguem o mesmo efeito da cessão da posição contratual. Por último, a teoria intermediária busca conciliar as duas teorias supramencionadas, enxergando na cessão de contratos um negócio jurídico complexo resultante de uma cessão de créditos e de uma assunção de dívidas.

[20] *Op. cit.*, p. 2.

[21] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado.* v. 23. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 416.

[22] Cf. Antonio da Silva Cabral, *op. cit.*, p. 226-227.

[23] *Op. cit.*, p. 132.

[24] RODRIGUES, Sílvio. LIMONGI, França R. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 14. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 185.

[25] *Op. cit.*, p. 157-161.

[26] *Apud* Antonio da Silva Cabral, *op. cit.*, p. 171-209.

[27] IL CODICE CIVILE ITALIANO. Art. 1.406 - *Ciascuna parte può sostituire a se un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta.*

[28] *Op. cit.*, p. 137.

[29] RODRIGUES, Sílvio. *Tratado de direito civil*. v. II. São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 379.

[30] No contrato a termo de Bolsas, o acordo é celebrado diretamente entre as partes, que assumem o compromisso de compra e venda de quantidade e qualidade de determinados ativos reais (mercadoria) e devem honrar a liquidação do contrato no vencimento especificado, não havendo, entre outras coisas, agentes intervenientes na contratação nem ajustes diários dos ativos financeiros transacionados.

[31] Esse fato tem contornos recentes, ocorrido a partir de 2007 e relacionado à desmutualização das Bolsas, que consiste na transformação de uma Pessoa Jurídica sem fins lucrativos em uma sociedade empresária, com interesses comerciais e que, portanto, busca lucros para distribuí-los entre seus sócios.

[32] Comumente, para fins de classificar as Bolsas com base no seu objeto transacionado, elas são vistas de três tipos: as de valores, as de mercadorias e as de futuro. As primeiras correspondem àquelas em que são negociados títulos e contratos correspondentes a títulos de empresas de capital aberto; as segundas são as chamadas Bolsas de *commodities*, ou seja, de matérias-primas ou mercadorias agrícolas ou minerais, que ainda não têm passado por um processo industrialização; por último, nas Bolsas de futuros vemos as contratações dos chamados contratos de derivativos, representativos de ativos atrelados a outros ativos do mercado à vista, dos quais resultam seus preços.

[33] COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *O que é bolsa de valores*. Disponível em: <http://www.portaldoinvestidor.gov.br/academico/entendendoomercadodevaloresmobiliarios/oqueebolsadevalores/tabid/92/default.aspx>. Acesso em: 17 dez. 2008.

[34] Cf. FAHRI, Maryse. *O futuro no presente: um estudo dos mercados de derivativos financeiros.* Tese (Doutorado em Economia). Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1997.

[35] Ao invés disso, apenas um depósito de margem é requerido. Dessa forma, o investidor pode aplicar a diferença de dinheiro entre o que desembolsaria se comprasse a ação a vista e o que efetivamente desembolsou para constituir as garantias exigidas por sua atuação no mercado futuro de Ações e ainda aplicar em ativos de menor risco, aumentando assim sua rentabilidade.

[36] Cf. Marcos Paulo de Almeida Sales. *O contrato futuro.* São Paulo: Cultura, 2000, p. 63.

[37] *Op. cit*., p. 65.

[38] Aliás, como se verá mais adiante, tal qualidade só pode ser conferida em decorrência da padronização dos contratos do mercado de futuros quanto à qualidade, dimensão e liquidação, o que o torna idêntico e intercambiável com todos os demais contratos que visem à comercialização do mesmo bem ou ativo financeiro. Referida padronização confere à parte contratante a possibilidade de liquidação de contratos mediante compensação, através da assunção em outro contrato de uma posição oposta, sendo que tal compensação será sempre realizada por intermédio das C*learing Houses*.

[39] Cf. SPINOLA, Noênio. *O futuro do futuro.* São Paulo: Futura, 1998, p. 65.

[40] SCHOUCHANA, Félix. *Introdução aos mercados futuros e de opções agropecuários.* São Paulo: Bolsa de Mercadorias e Futuros, 1997, p. 21.

[41] *Op. cit*., p. 81.

[42] *Apud* Marcos Paulo de Almeida Salles, *op. cit*. p. 93.

[43] *Op. cit.*, p. 65.

[44] STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 41.

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, O MERCADO E A EFFICIENT BREACH THEORY*

FUNCTION OF SOCIAL CONTRACT, THE MARKET AND EFFICIENT BREACH THEORY.

Carlos Roberto Martins Rodrigues
Joffre do Rêgo Castello Branco Neto

RESUMO

A função social dos contratos é um princípio defendido há bastante tempo pelos clássicos da literatura das ciências jurídicas e sociais. Assim, como não poderia ser diferente, o instituto do contrato passou a anunciar a valorização da função social, muito bem colocadas no art. 421 do Código Civil vigente, que reza que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, afastando, assim, o individualismo, presente na legislação anterior. Diante desta nova realidade contratual, surge a questão de saber o que é mais economicamente eficiente, manter o contrato diante de seus princípios ou quebrá-lo com base na Efficient breach theory. Desta forma, pretende-se com este artigo, a partir de uma pesquisa bibliográfica, descrever o princípio da função social e aplicá-lo diante de características específicas do mercado econômico.

PALAVRAS-CHAVES: FUNÇÃO SOCIAL. CONTRATO. MERCADO. EFICIÊNCIA ECONÔMICA. INADIMPLEMENTO EFICIENTE.

ABSTRACT

The social function of contracts is a principle advocated long ago by the classical literature of legal and social sciences. So, as it would be different, the institution of contract has announced the upgrading of the social, very well placed in the art. 421 of the Civil Code in force, stating that freedom of contract will be on grounds and limits of the social contract, moving well, individualism, present in earlier legislation. Given this new reality of contract, the question arises as to what is most cost-effective to keep the contract in front of their principles or break it based on Efficient breach theory. Thus, it is intended with this article, from a literature search, describe the principle of social function and apply it on the specific characteristics of the market economy.

KEYWORDS: SOCIAL FUNCTION. CONTRACT. MARKET. ECONOMIC EFFICIENCY. EFFICIENT BREACH.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Introdução

O Direito antes de ser uma ciência jurídica é uma ciência social e como tal deve acompanhar as transformações da sociedade ocorridas ao longo do tempo.

Dentre as transformações sociais está a inclusão na legislação civil de princípios contratuais tipicamente de natureza social: da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social.

Portanto, o contrato entre as partes, instrumento jurídico, que nada mais é que um acordo entre partes que deve preservar pelos princípios acima citados, pois é um instrumento de direito privado não de direito particular.

O que se convencionou chamar de função social significa a prevalência do interesse público sobre o privado, é um fenômeno massivo que inspira todo ordenamento jurídico moderno, rompendo com o padrão retributivo (dar a cada um o que é seu), e tentando fundar as bases de uma justiça de natureza mais distributiva.

Diante da importância da primazia do princípio da função social nos contratos, objetiva-se com este artigo descrever o princípio da função social dos contratos e relacioná-lo com aspectos da economia de mercado.

Para tanto, realizou-se uma pesquisa de cunho eminentemente bibliográfica em obras literárias e artigos divulgados em periódicos e em meio eletrônico e estruturou-se em três tópicos, assim distribuídos:

No primeiro tópico é realizada a descrição do que vem a ser contrato e a sua função social a partir da posição clássica até a sua utilização em legislação atual.

No segundo tópico analisa-se a relação do mercado capitalista e a função social dos contratos.

No terceiro tópico se demonstra a possibilidade de convivência do princípio da função social dos contratos com a teoria do efficient breach.

1 A função social do contrato

Comumente se diz que contrato é um acordo de vontades formal judicialmente executável. Tal conceito mostra-se incompleto, pois esquece a existência dos contratos tácitos, não verbais, dos inominados, só para citar casos de contratos carentes de formalidades.

O pai do Código Civil de 1916, Clóvis Bevilacqua, afirma que contrato "é o acordo de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito". (apud MANDELBAUM, 1996, p. 86)

Pós-modernamente, melhor é afirmar que contrato é um fato social que existe para reger ou regulamentar relações interpessoais entre os contratantes, segundo a legislação vigente, mas que, por ser um fato social, produz reflexos na sociedade onde é firmado. Nem sempre esse contrato terá em primeiro plano uma natureza patrimonial, mas sempre resultará algo financeiramente mensurável.

O contrato, pela visão liberal-individualista, deve ter o fim de proteger ambas as partes interessadas. A concepção clássica do contrato (Séc. XIX) já se caracterizava pela importante valoração da liberdade contratual com a conseqüente obrigatoriedade e prevalência do conteúdo pactuado, fatores tutelados e defendidos pelo ordenamento jurídico, inclusive no Direito pátrio.

Contudo, fundamentos contratuais como autonomia da vontade, obrigatoriedade e relatividade contratual, passaram, com o avanço de ideais sociais e do próprio capitalismo, a conviver com novos pilares principiológicos, como a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e financeiro do contrato e a função social, que resultarão mais adiante na teoria da "solidariedade orgânica".

Nosso objeto de estudo, função social dos contratos, tem raiz na idéia de função social da propriedade, muito bem esculpida na Constituição Brasileira de 1988, artigo 5º, XXIII.

Não se pretende traçar uma linha do tempo sobre a origem e as diversas conceituações dadas à função social do contrato. Entretanto a de se ressaltar que a função social do contrato já era defendida por Rousseau, em 1792, em sua obra "O Contrato Social", quando defendeu que o homem vive em um pacto social, onde, segundo ele:

[...] é a soma de forças [...] e a liberdade de cada homem [...] que são protegidas e defendidas por uma forma de associação, que protege e defende toda força comum e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente, ou seja, para tanto é necessário a realização de um contrato social. (ROUSSEAU, 1995, p.30).

As cláusulas do contrato social podem ser resumidas numa única, segundo Rousseau (1995, p.30): "a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade", ou seja, deve haver uma condição igual para todos, é o que hoje chamamos de bem-comum. Assim, pode-se afirmar que o contrato social tem por objetivo a conservação dos contratantes.

Contudo, esta função social, amplamente defendida pelos clássicos como Rousseau (1792) e mais tarde por Rudolf Von Jhering (1842) permaneceu, segundo Guimarães (2003, p.26), "nas páginas dos livros e revistas doutrinárias, não chegando a sensibilizar o legislador do Direito Civil".

Após a Segunda Grande Guerra, onde ocorreu um importante golpe contra o individualismo exacerbado, é que os juristas perceberam a necessidade de se olhar para a função social, pois, ainda segundo Guimarães (2003, p.26), "os problemas provenientes das relações econômicas, não importavam apenas às pessoas individualmente, mas também e fundamentalmente ao Estado e às comunidades". A autora complementa:

Percebeu-se que o princípio da igualdade de todos perante a lei restava vazio, por apresentar-se apenas como igualdade formal, igualdade 'no papel'. No campo material, as desigualdades sociais se mostravam cada vez mais gritantes e profundas. A liberdade descomedida levou segmentos sociais mais carentes de recursos, sem poder de barganha, a acentuados desníveis econômicos, por vezes chegando à miséria.

[...]

Com a organização da sociedade civil e a pressão por ela formada junto ao poder público [...] o pensamento jurídico se perfilou no sentido de conceder uma maior relevância à pessoa na relação jurídica. As liberdades públicas foram ampliadas,

obtendo-se instrumentos mais eficientes de tutela da pessoa e de seus interesses extrapatrimoniais. As normas jurídicas de ordem pública proliferam porque as relações intersubjetivas ficaram cada vez mais heterogêneas, ante o crescimento quantitativo das contratações, inclusive dos chamados negócios jurídicos inominados.

[...]

O contrato, em decorrência, destas alterações sociais, altera-se para se adequar às exigências desta nova realidade [...] passando a ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições, mais equitativas. (GUIMARÃES, 2003, p.27).

Como se vê, a função social do contrato é algo defendido e inserido no Direito comparado há bastante tempo, onde o modelo clássico de contrato, de cunho individualista e voluntarista, dá lugar a um modelo novo, que privilegia os princípios da dignidade da pessoa humana, rompendo-se com a idéia de ser um instrumento da realização da autonomia da vontade, para desenvolver a função social sem esquecer da liberdade a ser exercida no seio da sociedade, e portanto, não absoluta.

Essa soma, função social do contrato com liberdade civilmente regulamentada resulta na chamada autonomia privada "compreendida como 'o processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação das relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam.'" (BETTI, Emílio apud MARTINS-COSTA, 2005, p. 43)

O Código Civil brasileiro de 2002 veio conceber, de forma plena, em vários de seus artigos, a alteração de velhos institutos, exprimindo, "a função social do contrato como fonte necessária para harmonização dos interesses privativos dos contratantes com os interesses de toda a coletividade" (TARTUCE, 2005, p. 127), o que nada mais é que a adoção do contrato social já defendido por Rousseau no século XVIII.

Há de se salientar que em conformidade com Rousseau, Lorenzetti (*apud* Tartuce, 2006) procura uma nova concepção de contrato, de acordo com as principais alterações sociais ocorridas nos últimos séculos, afirmando que:

[...] a ordem jurídica atual não deixa em mãos dos particulares a faculdade de criar ordenamentos contratuais, equiparáveis ao jurídico, sem um interventor. Para tanto é necessário o intervencionismo estatal, o dirigismo contratual, com a concepção do princípio da autonomia privada, pois o Estado requer um Direito Privado, não um direito de particulares. (LORENZETTI *apud* TARTUCE, 2005, p. 128).

A defesa do autor nada mais é do que a necessidade de evitar que a autonomia privada imponha suas valorações particulares à sociedade, evitando, com isso, a imposição a um grupo, de valores individuais que lhe são alheios.

O Direito, como ciência social deve andar em consonância com a sociedade, pois o mesmo possui com a sociedade uma relação de interdependência, onde os acontecimentos registrados em uma das esferas produzirão efeitos na outra. Além disso, cabe ao Direito a defesa dos interesses da sociedade como um todo e não de um particular, daí a importância da função social do contrato, pois o mesmo deve presar pelo bem-comum, não pelo bem de apenas uma das partes.

Pode-se embasar a afirmativa acima, repetindo as palavras de Talavera (2002, p.95):

A função social do contrato exprime a necessária harmonização dos interesses privativos dos contraentes com os interesses de toda a coletividade; em outras palavras, a compatibilização do princípio da liberdade com o da igualdade.

Seguindo a posição defendida pela doutrina, o Código Civil brasileiro de 2002 adotou a função social dos contratos no art. 421, ou seja, atrelando a liberdade de realizar um contrato em função dos limites de sua função social, isto é, defendeu o interesse da sociedade (coletividade) sobrepondo ao interesse do particular (individual).

Talavera (2002, p. 96) coloca:

A instituição da função social dos contratos, portanto, findou a celeuma, muito mais terminológica do que propriamente doutrinária, acerca das dessemelhanças entre liberdade contratual e liberdade de contratar, vez que a liberdade contratual, que equivale à função social do contrato, é limitada objetivamente pela ordem pública e pela maior valia dos direitos e interesses coletivos sobre os eminentemente individuais, e a liberdade de contratar é a prerrogativa subjetiva, que cada contratante possui, de arbitrar sobre a viabilidade ou não de formalizar determinada contratação.

Entretanto esse “dirigismo contratual” respaldado na função social, não pode apenas um abrandamento da força obrigatória dos contratos, tratando os iguais de forma igual e os

desiguais de forma desigual, com o intuito de equilibrar as relações jurídicas, sem preponderância de uma parte sobre a outra.

Resguardando os interesses de uma coletividade nem sempre representa revisionar um contrato, mas pode significar a manutenção das condições pactuadas. Por isso, a função social dos contratos deve ser exercida dentro dos limites principiológicos de todo o ordenamento jurídico pátrio, de forma a não promover a publicização do direito privado, principalmente levando-se em consideração o princípio da eficiência econômica previstos nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição Federal e do *pacta sunt servanda*, ainda presente no Código Civil.

2 O mercado e função social do contrato

O princípio da função social do contrato não pode ser visto, como já afirmamos, em uma única vertente de proteger os "mais fracos", como aparentemente propõe Tartuce (2005, p. 134):

Pela vanguarda da nova tese, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção lógica do meio social no qual está inserto, não trazendo onerosidades excessivas às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, equilibrando a relação em que houver a preponderância da situação jurídica de um dos contratantes sobre a da outra.

Cada situação que se apresenta, deve ser analisada a proporcionar maior eficiência econômica e justiça, não apenas na relação conflituosa que se impõe, mas em toda a sociedade.

A exemplo disso se tem o discutível caso de cobrança de assinatura básica de telefonia prevista no contrato de prestação de serviços. Sem levar em consideração que se está diante de uma relação consumerista, onde o consumidor final é considerado hipossuficiente pelo Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 6º, pode-se concluir, em uma análise apressada, que a referida cobrança é abusiva caso não exista o consumo do serviço de telefonia, ou seja, o usuário não realizou ligações. Assim, quem ingressasse com uma ação judicial requerendo a extinção dessa cobrança seria favorecido, com base na orenosidade excessiva, função social do contrato e enriquecimento sem causa por parte da operadora de telefonia.

Um exemplo dessa fundamentação é a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE C/C REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS COM PEDIDO DE LIMINAR – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA JULGAR E PROCESSAR A DEMANDA – COBRANÇA DE TARIFA ASSINATURA BÁSICA MENSAL DE TELEFONIA FIXA – FALTA DE AMPARO LEGAL – TARIFA ILEGAL E ABUSIVA – ONEROSIDADE EXCESSIVA IMPOSTA AO CONSUMIDOR – RESTITUIÇÃO SIMPLES – DEVIDA – RECURSO IMPROVIDO – A Justiça Estadual é competente para processar e julgar as demandas referentes às relações jurídicas entre a empresa concessionária de telefonia fixa e o usuário do serviço, uma vez que não há interesse da empresa reguladora (anatel) no processo e, por conseqüência, não há deslocamento da ação para a Justiça Federal. A cobrança da tarifa mensal de assinatura básica de telefonia fixa é nula, ante a ausência de previsão legal e por ser abusiva, obrigando o consumidor a pagar um valor prefixado por um serviço que efetivamente não utiliza. As quantias pagas a título de tarifa de assinatura básica de telefonia fixa devem ser restituídas de forma simples, visto ser ilegal e abusiva a cobrança da assinatura básica. Recurso improvido. (TJMS – AC 2007.036295-6/0000-00 – Dourados – Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli – J. 07.04.2008) (JURIS Síntese IOB, 2007. CD-ROM).

Mas uma análise mais apurada resultará em outra conclusão, já que sendo a citada cobrança permitida por lei (Lei das Telecomunicações), independente do usuário consumir ligações ou não, já que o serviço lhe foi colocado à disposição, é plenamente possível a realização de cobrança de assinatura básica de telefonia.

Neste segundo sentido, já decidiu o mesmo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, observe que entre as duas decisões opostas só se passaram seis dias:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – PRELIMINAR – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL – LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DA ANATEL – NÃO – OCORRÊNCIA – AFASTADA – MÉRITO – EXIGÊNCIA DA ASSINATURA BÁSICA MENSAL – TELEFONIA FIXA – SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO POR CONCESSIONÁRIA – PREVISÃO EM CONTRATO ADMINISTRATIVO – LEGALIDADE DA COBRANÇA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 4º E 6º DA LEI Nº 8.078/1990 E AOS ARTIGOS 421 A 424 DO CC/2002 – RECURSO PROVIDO – Não havendo relação jurídica entre os autores e o terceiro que se pretende seja integrado à lide, não há falar em incompetência da Justiça Estadual para analisar a matéria. A tarifa de assinatura básica mensal não está eivada de nenhum vício de inconstitucionalidade, ilegalidade ou de abusividade, tratando-se de uma forma de

remuneração assegurada pela Lei geral de telecomunicações (lei nº 9.472/97) e pelo contrato estabelecido entre as partes, de acordo com o que prevê a Constituição Federal (art. 21, XI, art. 175, III), em razão da efetiva prestação de serviços de telecomunicações, consubstanciada em assegurar ao consumidor a fruição de serviços dessa natureza. (TJMS – AC 2008.006550-5/0000-00 – Campo Grande – Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro – J. 01.04.2008) (JURIS Síntese IOB, 2007. CD-ROM).

Agora, se a análise recair apenas sob o aspecto econômico, se terá como complemento da segunda solução o argumento de que o fim desta assinatura resultará no aumento do preço das tarifas, com o repasse direto do custo da assinatura para a sociedade como um todo, ferindo, agora de forma efetiva, o princípio da função social dos contratos.

Ressaltamos que o repasse do custo de transação (valor da assinatura cancelado via decisão judicial) para sociedade decorre da própria essência e existência do mercado, como acertadamente Luciano Benetti Timm (2009) demonstra:

Portanto, não há como se pensar no todo social, em uma relação contratual, sem descurar do ambiente em que ele é celebrado – que é indubitavelmente o mercado. O foco de análise não pode ser a relação em si, que é sempre bilateral. A sociedade estará representada nos participantes (efetivos ou potenciais) que integrarem um determinado mercado de bens e serviços (no caso do exemplo do financiamento habitacional, aqueles mutuários integrantes do sistema financeiro habitacional).

[...]

De modo que o mercado não está separado da sociedade; é parte integrante dela. Nesse sentido, como qualquer fato social, ele pode ser regulado por normas jurídicas (com maiores ou menores eficácias social e econômica). Se não existisse mercado, ele certamente não poderia ser objeto de relações jurídicas. Portanto, não se pode dizer que mercado seja algo artificialmente garantido pelo ordenamento legal, como querem alguns que atacam a característica espontânea das forças do mercado. O que se pode discutir é se ele funciona adequada e eficazmente sempre. E a resposta a isso é negativa. Daí, a possibilidade de intervenção ou de regulação pelas instituições jurídicas.

Desta maneira, é mais eficiente a manutenção da referida cobrança, sendo inclusive mais justo para sociedade como um todo. Porque favorecer uns poucos que ingressaram na justiça em detrimento da maioria? Neste caso específico, a manutenção do *pacta sunt servanda* é a representação da função social do contrato.

3 Função social do contrato e a teoria do efficient breach

Sabendo-se que um dos pilares de sustentação dos contratos é o cumprimento de uma função social, poderia ser mais socialmente mais útil ou eficiente não executar um contrato? Estaria essa inexecução gerando mais custos de transação e ferindo a coluna de sustentação *pacta sunt servanda*?

Para responder estes questionamentos é necessário situar em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de descumprimento contratual. Estabelece o art. 389 do Código Civil:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (BRASIL, 2009, on line)

No momento em que a lei estabelece a possibilidade punitiva por não cumprir o contrato, ela prestigia a idéia de que o contrato faz lei entre as partes e, portanto, deve ser cumprido. Além disso, nada impede que no contrato seja estabelecida cláusula penal, conforme prevê artigos 408 a 416 do Código Civil.

Diante deste quadro pintado pela lei civil, nada impede que uma das partes de um contrato, por sua deliberação, resolva não cumpri-lo, arcando para tanto, com as citada conseqüências.

Sob o enfoque econômico que estamos a traçar, essa possibilidade de não cumprimento de contrato recebe a denominação de Efficient breach theory. Essa teoria de origem anglo-saxônica pode ser assim definida:

Em linhas gerais, essa teoria afirma que o inadimplemento de um contrato aumenta o bem estar social se os benefícios que a quebra contratual garante ao devedor são maiores do que as perdas geradas para o credor. Em outras palavras, se o custo para o devedor cumprir o contrato for maior do que o lucro a ser auferido pelo credor, então o cumprimento do contrato não será socialmente desejável. (PRADO FILHO, 2007).

Isso significa que para sociedade, em alguns casos pode ser mais viável o não cumprimento de um contrato, prevalecendo assim, mais uma vez, a função social do contrato.

Como exemplo, cita-se o caso hipotético de um advogado de Fortaleza que foi contratado para prestar consultoria em São Luís, no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais). Caso não cumprisse tal contrato de consultoria, deveria indenizar o contrate no dobro do valor do contrato. Ocorre que logo após assinar tal acordo, surge a oportunidade de no mesmo período prestar consultoria em Fortaleza mesmo, no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais). Diante desta situação, sem levar em consideração aspectos como ética, solidariedade, credibilidade, decidindo apenas como agente econômico, este advogado optará em prestar consultoria em Fortaleza, porque neste terá uma solução mais eficiente, pois terá um benefício de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) enquanto que ir para São Luís resultará em um custo de R$ 6.000,00 (seis mil reais).

Aparentemente no exemplo não se consegue visualizar a aplicação do princípio da função social. Mas se no exemplo fosse uma fábrica onde os empregados além do salário fixo ganhassem por produção?

Desta forma é de se concluir que a função social dos contratos é de convivência com o a Teoria do inadimplemento eficiente.

4. Conclusão

O presente artigo teve por objetivo descrever o princípio da função social dos contratos previsto no Direito Civil Brasileiro e relacioná-lo com aspectos da economia de mercado que predomina no mundo e a Teoria da quebra eficiente ou do inadimplemento dos contratos.

Viu-se que na concepção tradicional de contrato baseada em um individualismo e liberdade “sem freios”, onde após feito o contrato havia uma exacerbada preocupação com a segurança jurídica, sendo protegida a crença de que aquele que é livre não pode, ao submeter-se a um contrato, deixar de honrá-lo, o que poderia deixar o contrato bastante oneroso para uma das partes.

No entanto, na idéia do contrato com função social, busca-se, ainda que diante das relações entre particulares, proteger o interesse da coletividade. Inclusive essa proteção social admite o descumprimento do contrato, desde que a parte agente assuma com os deveres de indenizar a outra parte prejudicada, na forma prevista na lei e até mesmo no próprio contrato.

Através de exemplos pode-se concluir que a função social dos contratos, excetuando-se casos específicos, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor e da Consolidação das Leis do Trabalho, ambas legislações que busca equilibrar as relações entre partes contratantes originariamente desiguais, pode e deve ser aplicada buscando-se o máximo de eficiência econômica sem esquecer da preponderância do interesse social.

Assim, pode-se concluir que a função social dos contratos, princípio de origem social, pode conviver outros princípios contratuais de origem liberal, sempre com a finalidade de envidar esforços para a implementação de uma melhor eficiência econômica de forma distributiva.

Referências

ANDRADE, Raquel Barbosa. Da teoria dos jogos e o equilíbrio de Nash em face ao sistema jurídico brasileiro. **Revista do instituto dos magistrados do Ceara.** *Ano 2004, v. 8, n. 15, mes JAN/JUN*, páginas 295-304.

BASTOS, Núbia Maria Garcia. **Introdução à metodologia do trabalho acadêmico.** 5 ed. Fortaleza: Nacional, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal Brasileira.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 14 jun. 2009.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 jun. 2009.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. São Paulo: Almedina, 2009.

CARVALHO, Jose Augusto Moreira de . Introdução à teoria dos jogos no Direito . **Revista de direito constitucional e internacional .** *Ano 2007 , v. 15 , n. 59, mes ABR/JUN* , páginas 213-234.

FONSECA, João Bosco Lepoldino de. **Direito econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GORDON, Robert W.. **Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder no direito contratual.** Tradução de Marcos de Campos Ludwig. Revista Direito GV, São Paulo, v.3, n.1, p. 187-202, jan-jun. 2007.

GUIMARÃES, Haina Eguia. **A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5814>. Acesso em: 14 jun. 2009.

JURIS SÍNTESE IOB nº 66, legislação atualizada e consolidada até 06.08.2007. São Paulo: IOB, 2007. CD-ROM.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo.** Biblioteca de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, 1996.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** Rio de Janeiro: Eslevier, 2005.

POUSADA, Estevan Lo Re . Alguns conceitos elementares de teoria dos jogos. Uma analise sucinta de aspectos potencialmente relevantes . **Revista de direito mercantil: industrial, economico e financeiro .** *Ano 2003 , v. 42 , n. 132 , mes OUT/DEZ* , páginas 166-176.

PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. **A teoria do inadimplemento eficiente (efficient breach theory) e os custos de transação.** eScholarship Repository, University of California, Berkeley, 2007, Paper 050107-5. Disponível em: <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050107-5>. Acesso em: 14 jun. 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSSETTI, Flávia. A revisão dos contratos de leasing indexados ao dólar norte-americano sob a égide do Código de Defesa do Consumidor *in* TALAVERA, Glauber Moreno (coordenador). **Relações de consumo no Direito brasileiro**. São Paulo: Método, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social e outros escritos**. São Paulo: Cultrix, 1995.

SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TALAVERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no Novo Código Civil. **Revista CEJ**, nº. 19. Brasília: out. – nov./2002.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005.

TIMM, LUCIANO BENETTI. DIREITO, ECONOMIA E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: EM BUSCA DOS VERDADEIROS INTERESSES COLETIVOS PROTEGÍVEIS NO MERCADO DO CRÉDITO. DISPONÍVEL EM: <HTTP://WWW.TEX.PRO.BR/WWWROOT/00/070402DIREITO_LUCIANOTIMM.PHP>. ACESSADO EM: 14 JUN. 2009.

ZUNINO NETO, Nelson. **Pacta sunt servanda x rebus sic stantibus: uma breve abordagem.** Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 31, maio 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=641>. Acesso em: 14 jun. 2009.

Tal Teoria foi abraçada por Ian Macneil e Stewart Macaulay nas décadas de 20 e 30 do século passado, onde é defendida a idéia de os contratos são verdadeiros compromissos contínuos de cooperação complexos, não se resumindo a uma relação ocasional entre dois sujeitos. Para maior aprofundamento sobre o tema ver: GORDON, Robert W.. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder no direito contratual. Tradução de Marcos de Campos Ludwig. Revista Direito GV, São Paulo, v.3, n.1, p. 187-202, jan-jun. 2007.

CF/88. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

CC. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

É a relação entre os benefícios e os custos de transação decorrentes de uma situação. Quanto mais eficiente é uma solução, maior é a maximização de riquezas e menores são as perdas.

Os contratos existem para serem cumpridos.

Pena, multa, por descumprimento de contrato.

Não se pode esquecer dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Teoria do inadimplemento eficiente: tema introduzido por ROBERT BIRMINGHAN no artigo “Breach of contract, damage measures, and economic efficiency” in *Rutgers Law Review*, v. 24, p. 273, 1970.

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE ASSISTÊNCIA IMATERIAL NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL*

THE CIVIL LIABILITY FOR THE IMMATERIAL ABANDONMENT IN PATERNAL-FILIAL RELATIONSHIP

Caroline Sátiro de Holanda
Patrícia Oliveira Barros

RESUMO

Não são raras as circunstâncias de filhos de pais separados (em sentido lato, incluindo, aqui, inclusive, os casos de mulheres solteiras) que não têm contato com o pai. Ao perder o contato com o pai ou a mãe, essas crianças e adolescentes passam a ser descuradas do direito à educação, guarda e conviência familiar, ou seja, deveres de assistência imateril. Essa realidade tem demonstrado que essas crianças e adolescentes sofrem prejuízos de ordem moral e, devido ao sentimento de rejeição, tornam-se adultos inseguros, com comprometimento na qualidade de suas relações pessoais. Assim, indaga-se: O pai que deixa de prestar auxílio imaterial, embora cumpridor da obrigação material, deve ser condenado a indenizar o filho pelos danos morais sofridos? O objetivo do presente trabalho é justamente analisar se existe ou não responsabilidade civil pelo abandono imaterial na relação paterno-filial. Para atingir a finalidade do presente trabalho, realizou-se uma pesquisa bibliográfica. Foram analisados livros e artigos jurídicos sobre o assunto, bem como foi feita uma análise crítica da legislação e da jurisprudência. O estudo demonstrou que, se estão presentes os elementos do ato ilícito, há, por consequencia, o dever de indenizar. Na verdade, a responsabilidade civil por abandono imaterial na relação paterno-filial é necessária para realização da repersonalização das relações familiares com a valorização da afetividade. Faz-se necessário que o judiciário atenda aos reclames sociais de justiça e condene os pais que não cumprem para com os seus deveres. Trata-se, portanto, de uma resposta que venha a compensar a dor moral de muitas crianças e adolescentes que tiveram seu direito à convivência familiar obliterado.

PALAVRAS-CHAVES: RELAÇÃO PATERNO-FILIAL; ABANO IMATERIAL; RESPONSABILIDA CIVIL.

ABSTRACT

There are not rare circumstances of children of separated parents (in the broadest sense, including, here, the cases of single women) who have no contact with the father. When they lose touch with a parent, these children and adolescents are being neglected the right to education, family care and coexistence, or duty of imateril care. This reality has shown that children and adolescents suffer moral damage and due to the feeling of

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

rejection, they become adults insecure, compromising the quality of their relationships. So the question is: the parent who fails to render immaterial aid, although abiding material obligation, must be ordered to compensate the child for moral damages? The aim of this paper is to analyze whether there is liability for the immaterial abandonment in paternal-filial relationship. To achieve the purpose of this work, we carried out a literature search. Books and legal articles on the subject was analyzed, and was made a critical analysis of legislation and case law. The study showed that if these are the elements of the tort, there is, in consequence, the duty to indemnify. Indeed, liability for abandonment in immaterial paternal-filial relationship is necessary to perform the repersonalization family relationships with the valuation of affection. It is necessary that the judiciary meets weirdconverter social justice and condemn the parents for not complying with their duties. It is, therefore, a response that will achieve the dignity of many children and adolescents who have had their right to family obliterated.

KEYWORDS: PATERNAL-FILIAL RELATIONSHIP; IMMATERIAL ABANDONMENT; CIVIL LIABILITY.

INTRODUÇÃO

Não são raras as circunstâncias de filhos de pais separados (em sentido lato, incluindo, aqui, inclusive, os casos de mulheres solteiras) que não têm contato com o pai. Ao perder o contato com o pai ou a mãe, essas crianças e adolescentes passam a ser descuradas do direito à educação, guarda e conviência familiar, ou seja, deveres de assistência imaterial.

Essa realidade tem demonstrado que essas crianças e adolescentes sofrem prejuízos de ordem moral e, devido ao sentimento de rejeição, tornam-se adultos inseguros, com comprometimento na qualidade de suas relações pessoais.

Na maioria dos casos, entretanto, o genitor cumpre para com o seu dever de sustento, pagando devidamente a pensão alimentícia ao filho. Porém, indaga-se: o pagamento da pensão alimentícia é suficiente para garantir o desenvolvimento físico e emocial dos filhos? O pai que deixa de realizar a obrigação moral e jurídica de conviver com o filho comete algum ato ilícito? O pai que deixa de prestar auxílio imaterial, embora cumpridor da obrigação material, deve ser condenado a indenizar o filho pelos danos morais sofridos?

Já existem no Poder Judiciário demandas objetivando a condenação do pai ao pagamento de indenização por abandono afetivo. Nesses casos, porém, há um desvirtuamento da controvérsia jurídica. A discussão jurídica não deve ser em torno do abandono afetivo ou da falta de amor. Em verdade, a análise deve ser mais objetiva, pois, de fato, não existe o dever jurídico de amar. O que existe é o dever jurídico de prestação de auxílio imaterial. A confusão se instaura porque, quando há o cumprimento do auxílio imaterial (guarda, educação, convivência etc.), o afeto passa a ser uma consequencia lógica e, praticamente, inevitável.

Portanto, a disputa intelectual consiste exatamente em saber se há responsabilidade civil pelo descumprimento da obrigação de prestação de auxílio imaterial na relação paterno-filial. Os que se posicionam contrariamente ao assunto, alegam que não há o dever jurídico de amar e que não existe como medir o preço do amor ou da falta dele. Mas será que a responsabilidade civil pelo abandono imaterial teria por condão medir o preço da falta de amor? Será que o objetivo da responsabilidade civil, nestes casos, seria o de compelir o pai a amar seus filhos?

O objetivo do presente trabalho é justamente analisar se existe ou não responsabilidade civil pelo abandono imaterial na relação paterno-filial. Para atingir a finalidade do presente trabalho, realizou-se uma pesquisa bibliográfica. Foram analisados livros e artigos jurídicos sobre o assunto, bem como foi feita uma análise crítica da legislação e da jurisprudência. Em um primeiro momento foram apresentadas, com brevidade, as mudanças na família e nos papéis de homens e mulheres. Após, foram abordadas as tranformações introduzidas pela Constituição Federal de 1988 no Direito de Família, gerando a despatrimonialização e a repersonalização das relações familiares. Posteriormente, foi abordado os direitos e deveres entre pai e filhos para, e em seguida, ser tratado do problema propriamente dito, isto é, da possibilidade ou não de haver responsabilidade civil por abandono imaterial na relação entre pais e filhos. Por fim, foi feito um estudo de caso, em que se analisou o Recurso Especial nº 757.411.

1. AS TRASNFORMAÇÕES DA FAMÍLIA E DOS PAPÉIS DE HOMENS E MULHERES

Para compreender as transformações pelas quais a família passou, ao longo do século XX, é necessário antes entendê-la como um fenômeno cultural[1]. Assim, faz-se necessário desnaturalizar o conceito de família[2], ou seja, abandonar a idéia de que é constituída apenas pelos laços biológicos e "entendê-la intrinsecamente associada ao contexto social no qual está inserida"[3], como leciona Maria Salete Ribeiro. Segundo a mesma autora, "a família é uma estrutura social, isto é, uma construção humana que se consolida, se modifica, se transforma sob influência recíproca com o meio social"[4]. Desse modo, a família é conceituada como "um fato cultural, historicamente construído"[5].

Para Maria da Graça Reis Braga e Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas, a família não é "apenas uma unidade biológica, entre ascendentes e descendentes, mas também uma dimensão de aliança que traz o peso cultural"[6]. De fato, a família é uma instituição que se encontra em constantes e profundas transformações decorrentes da sociedade[7].

Historicamente, a família brasileira foi marcada pelo patriarcalismo, o qual se caracteriza, segundo Manuel Castells, "pela autoridade imposta institucionalmente, do homem sobre a mulher e filhos no âmbito familiar"[8]. A união da família ocorria em torno do pai, que garantia a subsistência do grupo e era havido como superior no seio familiar. O homem era o chefe e provedor da família. Já a mulher não tinha voz nem poder de mando dentro do núcleo familiar, estando sempre subordinada ao marido. A

condição feminina estava associada sempre à de mãe, boa mulher e dona de casa. O trabalho exercido pela mulher era essencialmente o doméstico. A função de criar e educar os filhos era fundamentalmente feminina. Esse modelo patriarcal coadunava-se com a economia de base agrária, latifundiária e escravocrata do Brasil.

Ainda sobre a condição feminina, Simone de Beauvoir, em sua obra "O segundo sexo", ressalta que: "O destino que a sociedade propõe tradicionalmente à mulher é o casamento"[9], de modo que as mulheres solteiras sofrem por o serem. Esse fato é tão verdadeiro que, ainda hoje, a solteira se encontra estigmatizada. Isto é o reflexo do patriarcalismo, cuja estrutura está calcada na dominação masculina.

No âmbito da estrutura patriarcal, os lugares do homem e da mulher são bem definidos e demarcados, sem praticamente pontos de intercessão, de modo que a realização da individualidade de cada um encontra fortes obstáculos. Gilberto Freyre aponta como característica do regime patriarcal "o homem fazer da mulher uma característica tão diferente dele quanto possível"[10]. O mesmo autor[11] indica no âmbito deste regime, um padrão duplo de moralidade: os homens tinham todas as oportunidades de iniciativa, de ação social, de contatos diversos, ao passo que as mulheres se limitavam ao serviço e às artes domésticas, sendo o seu contato restrito aos filhos, parentes, serviçais e ao padre.

No início do século XX, com as transformações da vida rural, com o fim da escravidão e com a urbanização, a família patriarcal foi lentamente substituída pela família nuclear[12] urbana sem, no entanto, deixar de lado sua matriz patriarcal, como bem salientado por Maria do Socorro Ferreira Osterne[13]. Essa forma nuclear de familiar era reduzida ao pai, à mãe e aos filhos, mas ainda existia uma demarcação sexual de papéis. A mulher era valorizada pela sua submissão e fidelidade ao marido, enquanto os filhos deviam obediência aos pais.

Na segunda metade do século XX, a família passou por intensas transformações. A Revolução Industrial, o desenvolvimento da ciência e dos meios de comunicação e a facilidade de acesso à informação constituem fatores que possibilitaram a inserção da mulher no mercado de trabalho, gerando a emancipação feminina. Desse modo, a mulher passou a reivindicar direitos, antes concedidos apenas aos homens.

A pílula anticoncepcional também foi importante para a emancipação feminina, pois possibilitou o sexo sem a procriação, fato que só era permitido aos homens. Com o controle da procriação, a mulher passou a ter maiores chances de trabalhar fora do lar. Ela mudou e fez com que a família também mudasse[14]. Neste sentido, é válido trazer as lições de Simone de Beauvoir:

A evolução econômica da condição feminina está modificando profundamente a instituição do casamento: este vem-se tornando uma união livremente consentida por duas individualidade autônomas; as obrigações dos cônjuges são recíprocas e pessoais; o adultério é para as duas partes uma denúncia do contrato; o divórcio pode ser obtido por uma ou outra das partes em idênticas condições. A mulher não se acha mais confinada na sua função reprodutora: esta perdeu em grande parte seu caráter de servidão natural, apresenta-se como um encargo voluntariamente assumido [...][15].

A mulher deixou o lar e as atividades domésticas para trabalhar fora e dividir as despesas com o marido[16]. Segundo Manuel Castells, "em 1990, havia 854 milhões de mulheres economicamente ativas, no mundo inteiro, correspondendo por 32,1% da força de trabalho em termos globais"[17].

Com o trabalho fora do lar, a mulher tomou ciência de seu potencial e se emancipou, abalando, com isso, a dominação masculina. Hodiernamente, a mulher não é mais apenas a dona de casa, a mãe. O gênero feminino, na atualidade, também produz renda e compete com o gênero masculino, o que o fez deixar de viver reprimido e passar a realizar seus sonhos.

Essa inserção da mulher no mercado de trabalho, auferindo renda, ensejou uma reformulação da identidade masculina, tendo em vista que no modelo patriarcal de sociedade e de família apenas ao homem era dado o direito de exercer atividades remuneradas. Então, da mesma forma que as mulheres passam a ocupar espaços tradicionalmente reservados aos homens, estes também são chamados a realizar tarefas antes destinadas às mulheres, como a participação ativa na vida doméstica-familiar.

Assim, com a alteração do papel da mulher na sociedade, modificou-se também a organização familiar. Como bem salientam Andolfi, Angelo, Menghi e Nicolo-Corigliano, "a mudança nas funções de um membro do sistema acarreta mudança simultânea nas funções complementares dos outros e caracteriza tanto o processo de crescimento do indivíduo como a reorganização contínua do sistema familiar através de seu ciclo de vida"[18].

O trabalho feminino e a conscientização da mulher sobre os seus direitos e pontencialidades são, sem dúvida, fatores que contribuem para superação da família patriarcal. Mesmo com a admissão da idéia de que a emancipação feminina é um processo irreversível, ainda há, entretanto, muita discriminação concernente às mulheres, tanto que os movimentos feministas[19] propagam-se no mundo, com a finalidade de defender os seus direitos.

O modelo nuclear de família, formado por pais, mães e filhos, está em decurso de mudança. Não existe mais a família dita "normal", que permeia o imaginário do senso comum, até porque essa aparente "normalidade", ditada por padrões patriarcalistas, pode revestir insatisfações dos membros que a compõem, ao passo que em uma família "diferente", os membros podem possuir mais autonomia, individualidade e, conseqüentemente, mais felicidade.

A família contemporânea é baseada sobretudo nos laços de afetividades, o quem vem se tornando o seu elemento caracterizador. Cada vez mais, considera-se que a família consiste em um espaço de realização humana, em que a felicidade e a realização pessoal possam ser efetivadas. Neste sentido, os laços formais (matrimônio) e biológicos estão passando a ficar em segundo plano, pois a afetividade está se sobrepondo. Os aspectos biológicos e formais não devem ser o que determina a família, mas sim o afeto e o amor.

O ambiente familiar, segundo Helenita Meyer de Macedo Coelho e Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas, deve satisfazer às "necessidades básicas de afeto, apego, desapego, segurança, disciplina, aprendizagem e comunicação"[20]. Este fato é perceptível pela dissolubilidade do casamento e a livre escolha do parceiro. O afeto está passando a ser o elemento caracterizador da família contemporânea. A defesa do patrimônio, que antes demarcava um dos motivos de união entre as pessoas, deixou de ser a função do grupo familiar. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, "substituiu-se a organização autocrática por uma orientação democrática-afetiva"[21].

Desse modo, a função do pai ou da mãe passa a ser vista não apenas como uma função natural, mas também social. Existem pais e mães biológicos que não necessariamente exercem essa função. Lídia Levy de Alvarenga lembra que "a ligação emocional entre pais e filhos não decorre diretamente da concepção e do nascimento, mas da atenção diária às necessidades físicas e afetivas da criança [...][22]. Para Maria da Graça Reis Braga e Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas, família não é apenas uma unidade biológica, mas "uma dimensão de aliança que traz o peso cultural"[23].

Para Andolfi, Angelo, Menghi e Nicolo-Corigliano, a relação triangular da família, caracterizada pela existência dos pais e dos filhos (família nuclear) está mudando, porque seus membros estão em busca de maior individualização e autonomia. Essa busca de satisfação pessoal faz com que o modelo triangular tradicional se rompa, dando origem a casais sem filhos ou a famílias monoparentais. "Esse processo de separação-individualização requer que a família passe por fases de desorganização, na medida que o equilíbrio de um estágio é rompido em preparação para um estágio mais adequado"[24]. Agora, a família está voltada para seus membros. Com efeito, Maria do Socorro Ferreira Osterne ensina que:

[...] o amor, o casamento, a família, a sexualidade e o trabalho, antes vivenciados a partir de papéis pré-estabelecidos, hoje são concebidos como parte de um projeto em que a individualidade prevalece e adquire importância social, situando como problema atual a necessidade de compatibilizar a individualidade e a reciprocidade familiares[25].

Percebe-se, portanto, que o modelo tradicional de família, baseado no casamento e nas relações de consangüinidade, acolhido pelo Código Civil de 1916, deixou de corresponder à realidade da família, pois passou a existir uma nova família, sem que o Direito codificado viesse a corresponder às suas necessidades.

Sobre a família contemporânea, Helenita Meyer de Macedo Coelho e Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas lecionam:

Houve uma dissolução do modelo hierárquico, uma vez que não há mais a relação de pátrio poder por parte dos pais. O que há é uma relação de direitos e deveres de ambos, onde os pais são apenas responsáveis pelos filhos; a relação do casal é igualitária (direitos e deveres), respeitando a singularidade de cada um; há uma valorização

feminina, 'feminilização da cultura', ou seja, valorização dos traços femininos; [...] e a quebra da tríade mãe/pai/filho, com o advento das famílias monoparentais[26].

Mesmo com tantas modificações, não se pode olvidar do fato de que a sociedade continua impregnada pelo patriarcalismo, de modo a irradiar preconceitos às modalidades familiares que não se enquadram no padrão tradicional. Embora a realidade social aponte tantas mudanças, ainda hoje, tem-se que a função de criar e educar os filhos constitui um papel feminino, cabendo ao homem tão-somente ser o provedor econômico da família.

Não é raro encontrar na sociedade situações em que o pai, após a separação, perde contato com os filhos, reservando-se, quando muito, apenas o dever de sustento através da prestação de alimentos. O pior; tais circunstâncias ainda contam com a aceitação social, pois como dito a sociedade brasileira ainda considera que os deveres de criar e educar são essencialmente da mulher. Entretanto, não há motivos, a não ser o apego ao tradicionalismo, para se manter essa divisão de papéis.

É importante que os homens tomem consciência que o seu papel de ser tão-somente o provedor das necessidade materiais da família mudou. Neste sentido, faz-se necessária a participação do homem nas relações familiares. Waglânia de Mendonça Faustino e Freitas e outras autoras relatam que "a função financeira evocada socialmente é importante do ponto de vista da sobrevivência, mas não se sobrepõe às necessidades subjetivas de carinho, amor, afeto e atenção de meninos e meninas, homens e mulheres"[27].

É necessária a vivência das relações afetivas por parte e homens e mulheres, pois é através dessa troca que os membros da família, pais e filhos, podem experimentar a realização pessoal. O exercício da função paterna em sua plenitude, incluindo aqui a afetividade, contribui para uma mudança nas relações tradicionais entre pais e filhos.

Ora, atualmente, homens e mulheres trabalham e têm a função igualitária de educar e criar seus filhos. Criar, educar, amar etc. não são funções femininas ou masculinas; são funções dos pais (homens e mulheres), daqueles que conceberam e que, como tais, devem arcar com as consequencias de suas atitudes.

Além disso, é forçoso reconhecer que as diferenças de gênero (demarcarção social em torno de papéis femininos e masculinos) não devem permanecer, pois a Constituição Federal de 1988 reconhece expressamente o princípio da igualdade entre homens e mulheres dentro das relações familiares e sociais.

Então, para entender a família contemporânea, deve-se partir de uma visão pluralista, heterogênea e igualitária. É necessário entender que o modelo tradicional patriarcal de familia encontra-se em superação. Os deveres dos pais (pai e mãe) em relação aos filhos, devem ser, portanto, partilhados em igualdade de condições entre homens e mulheres.

As relações de autoridade devem abrir espaço para as relações de igualdade, de modo que pais e mães exerçam suas funções com equidade, compartilhando os cuidados e

estreitando os vínculos afetivos com os filhos. Somente com uma participação ativa do homem na vida doméstica e familiar é que os estereótipos de macho provedor e insensível irão mudar.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A DESPATRIMONIALIZAÇÃO E REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO E DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Diante das transformações pelas quais a família passou ao longo do século XX, a Constituição Federal de 1988 trouxe um capítulo especial sobre a família, a criança, o adolescente e o idoso (Capítulo VII, do Título VIII), buscando adequar o Direito à nova realidade familiar.

Com a Constituição Federal de 1988, o Direito de Família, importante ramo do Direito Privado, passou a receber atenção direta do Direito Constitucional. Regras e princípios constitucionais cogentes passaram a regular as relações de família, em um fenômeno conhecido como constitucionalização do Direito de Família. Essa constitucionalização, na verdade, ocorreu no Direito Privado[28] como um todo, de modo que o Estado passou a intervir em matérias que eram deixadas ao arbítrio privado.

A constitucionalização do Direito Civil, segundo Julio César Finger, busca um fundamento ético para o Direito, que não exclua o homem e seus interesses não patrimoniais[29]. Isso implica uma releitura do Direito Civil, tendo-se por base os princípios constitucionais. A Constituição, como bem salientado por Daniel Sarmento, projeta "relevantes efeitos hermenêuticos, pois condiciona e inspira a exegese das normas privadas, que devem orientar-se para proteção e promoção dos valores constitucionais centrados na dignidade humana"[30].

Outra relevante inovação trazida pela Constituição Federal de 1988 foi a inserção da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, em seu atigo 1º, inciso III. Segundo Maria Celina Bodin de Morais, "a Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática"[31].

Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk lecionam que a promoção da dignidade humana é fundamento de toda ordem jurídica, sendo um dever atribuído a todos, não só ao Estado[32].

A consagração do princípio da dignidade humana no âmbito constitucional implica respeito a todos os direitos fundamentais, já que constitui o centro axiológico desses direitos. Assim, o Direito (como um todo - público e privado) é meio de salvaguarda dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da dignidade humana. Ingo Wolfgang Sarlet acentua que os direitos fundamentais são a concretização do princípio da dignidade humana[33].

Diante do reconhecimento da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, é que se fala em despatrimonialização e repersonalização do Direito. Busca-se rechaçar a marca eminentemente patrimonialista e liberal das codificações, passando a valorizar o indivíduo[34].

A repersonalização do Direito consiste no reconhecimento de que o Direito está para servir ao ser humano e não ao seu patrimônio, consagrando, com isso, a sua dignidade.

No âmbito do Direito de Família, essa repersonalização representa a valorização das relações afetivas em detrimento da valorização dos vínculos formais, biológicos ou patrimoniais.

Sobre a dignidade da pessoa humana e a repersonalização da família, Guilherme Calmon Nogueira da Gama leciona:

A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional, constante do texto brasileiro de 1988, dirigida ao Estado no sentido no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente de sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas[35].

Os caracteres patrimoniais, no âmbito da família, devem ser secundários diante da afetividade. Segundo José Sebastião de Oliveira[36], o conteúdo patrimonialista provoca verdadeira inversão de valores, de modo que se privilegia o acessório - ou seja, o eventual patrimônio existente na relação familiar - em detrimento do principal, vale dizer: o elemento afetivo. Neste sentido, segue a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo:

A família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos atomizados. Agora, é fundada na solidariedade, cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos[37].

A despatrimonialização e a repersonalização da família visam a reaver "todos os valores imateriais que devem existir no seio familiar"[38]. Luiz Roberto de Assumpção salienta que "família e casamento só têm razão de existência na medida em que contribuam para

o efetivo desenvolvimento pessoal dos cônjuges e dos filhos"[39]. João Baptista Villela ensina que o "amor está para o direito de família, assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos"[40].

Sobre a importância do afeto, Cleber Affonse Angeluci leciona:

A defesa da relevância do afeto, do valor do amor, torna-se muito importante não somente para a vida social. Mas a compreensão desse valor, nas relações do Direito de Família, leva à conclusão de que o envolvimento familiar não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial-individualista. Há necessidade da ruptura dos paradigmas até então existentes, para se poder proclamar, sob a égide jurídica, que o afeto representa elemento de relevo e deve ser considerado para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana[41].

A despatrimonialização e a repersonalização das relações familiares se coadunam com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

O que é, porém, dignidade humana? Com bastante maestria, Ingo Sarlet expressa que o princípio da dignidade humana constitui "uma categoria axiológica aberta"[42], de modo que defini-lo de maneira fixa é inapropriado. Realmente, o conteúdo do princípio da dignidade humana elabora-se a cada dia, com as mudanças da sociedade e com o surgimento de novos valores.

Traçando um conceito simplista, pode-se exprimir que a dignidade da pessoa humana é um valor absoluto inerente ao homem, tornando tudo o que possa afetar a qualidade da vida humana algo execrável que deve ser banido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Daí por que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental da Constituição Federal de 1988. Para Edilson Pereira Nobre Júnior, o princípio da dignidade da pessoa humana contém os seguintes teores:

a) reverência à igualdade entre os homens (art. 5º, I, CF); b) impedimento à consideração do ser humano como objeto, degradando-se sua condição de pessoa, a implicar a observância de prerrogativas de direito e processo penal, na limitação da autonomia da vontade e no respeito aos direitos da personalidade, entre os quais estão inseridas as restrições à manipulação genética do homem; c) garantia de um patamar existencial mínimo[43].

A dignidade da pessoa humana deve ser sempre respeitada, pois o ser humano é um fim em si mesmo, não podendo, por isso, ser utilizado como instrumento de conquistas pessoais. Um ato indigno contra um único ser é um ato de agressão contra todos.

Para Fernando Ferreira dos Santos, se o Texto Constitucional expressa que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, "importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado, não só o Estado, mas, consectário lógico, o próprio Direito"[44].

A partir da Constituição Federal de 1988, portanto, a pessoa humana passou a ser o centro das relações jurídicas, devendo-se sempre respeitar sua dignidade. No que tange ao Direito de Família, é possível visualizar a penetração do princípio da dignidade humana quando se deixa de valorizar os traços distintivos formais, biológicos e patrimoniais da família, buscando enaltecer seu aspecto social, caracterizado pelo amor e o afeto[45]. O parentesco biológico e os laços jurídicos estão deixando de ser os elementos demarcantes da família. A família não é apenas um vínculo jurídico ou biológico, mas principalmente afetivo.

Paulo Luiz Netto Lôbo assevera que:

Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas a entidades, ou seja, a afetividade [...].[46]

Ora, se a despatrimonialização e repersonalização das relações familiares visam a resgatar valorização da dignidade humana, isso consiste em dizer que o tradicional papel patriarcal do homem provedor não atende mais a essa atual concepção de realização dos laços familiares. Atualmente, vem-se, cada vez mais, reconhecendo que o patrimônio não garante a realização pessoal; ao contrário, são as relações humanas pautadas na afetividade que fazem com que o ser humana desenvolva as suas maiores pontencialidades.

As mudanças introduzidas no Direito de Família, pela Constituição de 1988, são frutos de uma mudança no entendimento sobre os agrupamentos familiares e vieram se adequar a uma realidade que não mais suportava a estrutura patriarcal e patrimonialista prevista em uma legislação ultrapassada. Pretendeu a Carta Magna de 1988 adequar o Direito à nova realidade familiar e acabar com as injustiças e desigualdades existentes na legislação.

3. DIREITOS E DEVERES DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS: AS CONSEQUENCIAS DO ABANDONO IMATERIAL

Com a finalidade de implementar a repersonalização do Direito, em atenção à Constituição Federal de 1988, com o redimensionamento da dignidade humana como centro das relações jurídicas, o Ordenamento Jurídico brasileiro vem, desde então, passando por transformações.

No âmbito do Direito de Família, as transformações se iniciaram com a própria Constituição Federal de 1988 que, como dito, trouxe um capítulo especial sobre a família, a criança, o adolescente e o idoso (artigos 226 a 230).

Nestes dispositivos, é possível visualizar com nitidez a valorização da pessoa e das relações afetivas. No que se refere ao objeto específico do presente estudo (relações entre pais e filhos), a Carta Magna traz dois artigos que merecem ser explicitados:

Art. 227, *caput*. É **dever da família**, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso)

Art. 229. **Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores**, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (grifo nosso)

Observe que é preocupação da Carta Fendamental amparar a criança, garantindo-a a realização de sua dignidade. Para tanto, a Constituição resguardou o direito à convivência familiar, além de colocar a criança a salvo de toda forma de negligência. Ainda, a Lei Maior foi expressa em determinar que o dever de assistir, criar e educar os filhos compete aos pais (pai e mãe).

Todas essas determinações constitucionais visam à valorização da pessoa humana, garantindo o pleno desenvolvimento físico, emocional e mental da criança. Cleber Affonso Angeluci ensina que "para alcançar o pleno desenvolvimento, que tem início na infância, não resta dúvida que esta fase da vida deve ser protegida e amparada, em especial pelos agentes de direito, para se permitir o avanço de etapas e a conquista da pessoa como fim em si mesma e como ser independente"[47].

Os dispositivos constitucionais atinentes ao Direito de Família, além de buscar a realização da dignidade humana através da valorização das relações afetivas, ainda buscam a consagração da solidariedade familiar. De acordo com Rolf Madaleno, "a solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário"[48].

A solidariedade familiar impõe deveres de assistência imaterial, determinando a prestação de cuidados, atenção e apoio de ordem física e moral.

Seguindo a linha constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente também visa a salvaguardar os princípios do melhor interesse da criança e da dignidade humana. Todo

o Estatuto tem por objetivo resguardar os interesses da criança e do adolescente, mas vale transcrever os seguintes artigos:

Art. 19. **Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família** e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. (grifo nosso)

Art. 21. **O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe**, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (grifo nosso)

Art. 22. **Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores**, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (grifon nosso)

Observe que é direito das crianças e dos adolescentes estar sob a companhia dos pais, assim como é dever destes prestar auxílio material e imaterial aos filhos. O direito à visita por parte dos filhos implica em dever de visita por parte dos pais. Sobre a importâncias das visitas, Rolf Madaleno leciona que "têm a concreta finalidade de favorecer as relações humanas e de estimular a corrente de afeto entre o titular e o menor (...)"[49].

Seguindo a mesma tendência, o Código Civil de 2002 também visa a resguardar os direitos da criança e do adolescente. Neste sentido, ao tratar dos direitos e deveres decorrentes do Poder Familiar, o artigo 1634 dispõe:

Art. 1.634. **Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:**

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - **tê-los em sua companhia e guarda**;

(...) (grifo nosso)

Observe, portato, que além de ser uma obrigação moral, o dever de ter os filhos em companhia, educando-os e criando-os é também uma obrigação jurídica de ambos os pais. Dessa forma, o pai que descumpre essa obrigação está desrespeitando a lei.

Vale ainda acrescentar que a separação ou o divórcio não modifica as relações entre pais e filhos, conforme o artigo 1632, *in verbis*:

Art. 1.632. **A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos** senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. (grifo nosso)

Dessa forma, a separação ou o divórcio não constitui motivo para que os pais deixem de exercer os deveres de educação e criação.

Observe que os dispositivos normativos em análise objetivam à educação e à criação dos filhos. Todos os dispositivos citados visam a resguardar e implementar a relação de pais e filhos que, uma vez realizada, resgata a afetividade. É certo que ninguém é obrigado a amar. Os pais não são obrigados a amar seus filhos e vice-versa. Nesse sentido, o Direito não tem como obrigar uma pessoa a amar outra, mas pode e deve criar espaço para que a afetividade nasça.

O Ordenamento Jurídico em nenhum momento, ao regular os deveres dos pais, impõe o dever jurídico de amar; entretanto são deveres dos pais garantir a conviência familiar, criação e educação independentemente da existência dos laços afetivos. Tais deveres impõem necessariamente o contato físico entre pais e filhos e é aqui que o Direito cria o "terreno" para o aparecimento da afetividade.

Mas por que o Direito se preocupa em criar espaço para o nascimento da afetividade? Porque é por meio da relações afetivas que ocorre o desenvolvimento da personalidade humana e de um adulto saudável emocionalmente.

As relações afetivas e o amor surgem a partir da convivência e não dos vínculos biológicos. Este fato é tão verdadeiro que, usando um comparativo esdrúxulo, várias são as pessoas que criam verdadeiros laços de amor com animais de estimação, sem que com eles tenham, por óbvio, nenhum vínculo biológico. Isto prova que o amor nasce da convivência. Sem convivência não há amor, não há relação afetiva.

Então, por mais que não amem seus filhos, os pais não têm, juridicamente, a opção de deixar de ter contato com os mesmos. O direito à visita, consequência do direito à convivência familiar, impõe por parte dos pais o dever de ter os filhos sob sua guarda e companhia. Criar e educar não se restringem aos encargos econômicos. Longe disso! Criar e educar consistem acima de tudo transpassar valores e preparar os filhos para vida, sendo um adulto forte e de boa formação e isso não é possível sem um mínimo de contato físico. Rodrigo da Cunha Pereira ressalva que é o cumprimento das funções paternas e maternas "que pode garantir uma construção biopsíquica saudável de alguém"[50].

Repita-se os pais (pai e mãe) têm o dever de criar e educar seus filhos, independentemente de nutrirem por eles o sentimento de amor. O obrigação de assistência imaterial não guarda relação com o sentimento afetivo. Por mais que não haja afeto, o dever de assistência moral persiste.

Abandono imaterial não se confunde com abandono afetivo. Abandono imaterial consiste no descumprimento de deveres jurídicos imateriais, que estão fora do dever material de sustento. Exemplos de deveres imateriais são: guarda, educação, criação, convivência familiar etc. Já abandono afetivo consiste na falta de afeto e de amor e isso não constitui uma obrigação jurídica.

Desse modo, aquele pai ou aquela mãe que deixa de exercer os deveres imateriais (que são deveres jurídicos e morais) por certo ocasionam danos ao desenvolvimento emocional dos filhos, danos de ordem moral. Observe-se, portanto, que há fundamento estritamente jurídicos para o reconhecimento de que a paternidade gera deveres para além da assistência material.

As consequências pelo descumprimento de tais deveres podem ser desvastadoras, pois geram o sentimento de rejeição, o qual pode revelar resultados nefastos para o desenvolvimento de um adulto inseguro e mal sucedido enquanto ser humano. Somente os que foram privados do contato paterno podem mensurar o sofrido pelo qual passaram. Maria Alice Soares Bassi ensina que a criança ou o adolescente privado do convívio familiar pode "apresentar desvios de personalidade gerando dificuldade de relacionamento (...)"[51].

No mesmo sentido, Giselda Hironaka leciona o abandono imaterial ocasiona danos ao indivíduo. Continua a doutrinadora:

Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, que, certamente, existe e manifesta-se por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela posso, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. Trata-se de um direito da personalidade, portanto[52].

Assim, aquele que descumpre seu dever de pai em amparar imaterialmente o filho comete ato ilícito, posto que descumpre vários dispositivos legais, ocasionando danos morais.

Percebe-se que as relações privadas, notadamente as familiares, evoluíram. Assim, novos conflitos e, por via de consequencia, novos danos surgem, de modo que a ordem jurídica deve atender a esses anseios.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESCUMPRIMENTO AO DEVER DE ASSISTÊNCIA IMATERIAL NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

A responsabilidade civil tem os seguintes requisitos (artigo 186, do Código Civil[53]): a) conduta humana dolosa ou culposa que viola direito; b) dano; e c) nexo de causalidade. Observe, portanto, que todos os requisitos do ato ilícito são preenchidos por aquele pai ou aquela mãe que descumpre os seus deveres. Há o desrespeito a uma norma jurídica que impõe os deveres de convivência familiar, guarda, criação e educação; há o dano de cunho moral ao filho; e a há o nexo de causalidade entre a conduta do pai e o dano ocasionado.

Destaque-se que neste tipo de situação, há uma predominância do dano moral, haja vista que a ausência da assistência imaterial dificilmente trará prejuízos ao patrimônio do indivíduo, ao contrário, o que percebe-se nitidamente é o sofrimento psíquico, as dores, angústias e frustrações[54].

Não é tranquila a definição doutrinária do dano moral, porém vislumbra-se que os direitos da personalidade, de uma maneira geral, e que são constitucionalmente tutelados, quando violados geram dano moral as suas vítimas. Sobre o conceito de dano morail, Pablo Stolze Gagliano ensina:

Consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente[55].

Desse modo, se estão presente todos os requisitos da responsabilidade civil, por que não haveria o dever de indenizar?

A questão levantada é revestida de muita polêmica porque muitos doutinadores consideram que essa indenização não surtiria o efeito de aproximação entre pais e filhos.

Por exemplo, Leonardo Castro acredita que o abandono moral não deve ser indenizável porque "a relação afetuosa deverá ser fruto de aproximação espontânea, cultivada reciprocamente e não por força judicial" [56]. Estranhamente, o mesmo autor reconhece que os pais têm o dever de educar seus filhos e que, caso não não o façam, cabe a indenização. Veja-se:

Educar é formar inteligência. Dar condições para que a criança viva em meio a um ambiente produtivo. Dessa obrigação o pai não pode eximir-se, devendo indenizar caso

o faça, pois fere a tutela ao tríplice dever previsto do Estatuto da Criança e do Adolescente. Cabe aos pais a vigilância e a manutenção do espaço onde a educação se desenvolve. Para que isso seja feito, não há necessidade de afeto. Amor e dever não se misturam[57].

Que fique claro, portanto, que o objetivo da indenização por abandono imaterial não é compelir os pais a amar seus filhos. Ao contrário, assim como em todos os demais casos de responsabilidade civil por dano moral, o objetivo dessa indenização é tríplice, a saber: punitivo, compensatório e dissuasório ou pedagógico.

A função punitiva visa a punir o agressor pelo descumprimento de um dever jurídico (assistência imaterial aos filhos) e a consequente realização de um dano, que, no caso, é moral.

A função compensatória, por sua vez, tem o escopo de compensar o filho por ter sido obliterado do direito de ser criado e educado pelo pai e isto a mera assistência financeira não substitui. O objetivo aqui é reparar o filho pelos danos sofridos na formação de sua identidade, o que foi ocasionado pela falta de uma convivência com o pai ou mãe.

O terceiro objetivo dessa responsabilização seria o dissuasório ou pedagógico. Levando-se em consideração que as decisões judiciais possuem, indiretamente, efeitos além das partes envolvidas, a responsabilização dos pais por abandono imaterial em relação aos seus filhos faria com que outros pais buscassem cumprir os seus deveres. O intuito não é impelir temor à justiça, mas sim desencorajar os pais a descumprirem para com seus deveres.

A função pedagógica do ressarcimento pelos danos morais tem, portanto, o intuito de prevenir comportamentos repulsivos, por parte de pais faltosos em seus deveres, promovendo, com isso, uma nova concepção de família e de sociedade.

Ora, aquele que veio a sofrer dano merece ser ressacido, especialmente quando esse dano vem a atingir a integridade psicofísica do indivíduo e consequentemente a sua dignidade.

Que fique claro: o que se pretende com a responsabilização dos pais, nessas circunstâncias, não é uma reaproximação familiar, pois esta relação fora desfeita bem antes de o filho intencionar ingressar com ação judicial nesse sentido.

Analisando um caso concreto relativo à indenização por danos morais, em decorrência do abandono imaterial, Rodrigo da Cunha Pereira leciona:

Não se trata, aqui, de uma imposição jurídica de amar, mas de um imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto, em um relacionamento em que o amor, a afetividade lhe seriam inerentes. Essa edificação torna-se apenas possível na convivência, na proximidade, no ato de educar, no qual são estruturados e instalados a referência paterna. Em função da expressa negativa deste pai de proporcionar ao filho a

possibilidade da construção mútua da afetividade, violando por esta razão, seus direitos de personalidade, é que foi imputado ao pai o pagamento da indenização por dano moral[58].

A realização da repersonalização das relações familiares com a valorização da afetividade, neste caso só ocorrerá quando o judiciário atender aos reclames sociais de justiça e condenar os pais que não cumprem com os seus deveres.

A responsabilização do pai ofensor faz-se necessária para que ocorra a superação do modelo patriarcal de família. Hoje, a família tem uma função eudemonista, sendo, portanto, um lugar de realização pessoal e de felicidade de seus membros. Para tanto, o Direito incentiva determinadas condutas que, se não forem cumpridas, devem ser sancionadas. No caso de desrespeito aos deveres decorrentes do poder familiar, essa sanção vem a ser justamente a responsabilidade civil.

Nesse contexto, o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais sofridos pelo filho oefendido em seu direito de receber assistência imaterial tem por escopo não apenas satisfazer o indivíduo, mas, principalmente, alcançar o equilíbrio nas relações familiares e sociais. Trata-se, portanto, de uma resposta que venha a compensar a dor moral, que feriu a dignidade de muitas crianças e adolescentes que tiveram seu direito à convivência familiar obliterado.

5. ESTUDO DE CASO: O RESCURSO ESPECIAL Nº 757.411

Um caso paradigmático referente à indenização por abandono imaterial foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 757411[59].

O autor da ação, Alexandre Batista Fortes, ajuizou uma ação na 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - Minas Gerais, pretendendo a condenação de seu pai, Vicente de Paulo Ferro de Oliveira, a prestar-lhe indenização por danos morais. Aduz o autor que seu pai teria descumprido o dever legal de prestar-lhe assistência psíquica e moral, embora mantivesse cumprindo a obrigação de auxílio material (prestação alimentícia).

São incontroversos os fatos de que o pai deixou de prestar auxílio imaterial ao filho, de modo que este deixou de conviver com o genitor, não tendo, inclusive, oportunidade de conhecer sua meia-irmã (filha do pai com a segunda esposa).

De acordo com o autor da ação, a falta de contato e convivência com o pai, ocasionou-lhe extremo sofrimento e humilhação, motivo pelo qual ajuizou uma demanda objetivando a reparação pelo danos morais sofridos.

Em primeira instância, o pedido inicial foi julgado improcedente. Interposta a apelação pelo filho, autor da ação, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas

Gerais deu provimento ao recurso para condenar o recorrido/ pai ao pagamento de indenização por danos morais. O Tribunal entendeu que restaram configurados o dano e a conduta ilícita do genitor.

Então, o pai, por sua vez, interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça-STJ. Neste Tribunal, o recuso foi provido. O STJ entendeu que, neste caso, não há direito à indenização.

Em seu voto, o relator do Recurso Especial, Ministro Fernando Gonçalves, fez uma análise da doutrina que defende a inclusão do abandono moral como dano indenizável, para, ao final, afastá-la. Segundo o Ministro, a punição pelo abandono moral consiste tão somente na perda do poder familiar. Entende o magistrado:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1.638, II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono afetivo[60].

Com a devida vênia, o raciocício jurídico desenvolvido pelo Ministro Fernando Gonçalves não atende aos anseios sociais de igualdade de gênero, aos valores e princípios constitucionais nem à repersonalização do Direito e das relações familiares.

Ora, a perda do poder familiar constitui uma pena para aqueles que efetivamente o exercem. No caso em tela, o pai deixou de exercer o poder familiar ao se separar da esposa, portanto, a perda do poder familar só consolida uma situação que os fatos já mostram. Para aqueles que não exercem o poder familiar, a destituição constitui, em verdade, até uma benesse, pois, a partir disso, os deveres decorrentes daquele poder deixam de existir. Com a destituição do poder familiar, o pai deixar de ser obrigado legalmente, com o amparo judicial, de exercer seus deveres de pai.

Além disso, a perda do poder familiar, no caso em análise, tão teria o efeito jurídico pretendido. O autor da ação, quando de seu ajuizamento, já era maior de idade, portanto o poder familiar já estava extinto. Então, qual seria o sentido da destituição do poder familiar? Nenhum!

Por fim, vale ressaltar que a destituição do poder familiar tem por intuito resguardar a proteção de crianças e adolescentes que se encontram em situações de riscos geradas pelos próprios pais. O objetivo da lei é, portanto, proteger a criança e o adolescente e não punir o pai ou mãe faltoso em seus deveres. Assim, constata-se, mais uma vez, que o raciocício jurídico realizado pelo Ministro Fernando Gonçalves foge aos escopos da lei.

O Ministro relator se posiciona contra a indenização pelo abandono moral por entender que prejudicaria a relação entre o pai e o filho. Veja:

Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?

(...)

Por certo, um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme esclarecido[61].

Ocorre que, como demonstrado no tópico anterior, a indenização pelo abandono imaterial não tem por intuito gerar a aproximação entre pai e filho. A indenização tem por objetivo punir aquele que ocasionou dano em outrem. Ora, aquele que comete ato ilícito tem o dever de reparar o dano. A responsabilidade civil tem o intuito punitivo e essa é a intenção da responsabilização dos pais que cometem o abandono imaterial.

O Ministro Barros Monteiro, por sua vez, no voto vencido[62], fez uma análise extremamente objetiva do caso concreto, concluindo que, se estão presentes os elementos do ato ilícito, há, por consequencia, o dever de indenizar. O Ministro entendeu ainda que "a destituição do poder familiar, que é um sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral"[63].

Realmente, o que deve ser analisado nos casos desse jaez são os elementos da responsabilidade civil. Se todos os requisitos estão preenchidos, por que então não haveria o dever de indenizar?

Em verdade, a decisão em comento revela os valores patriarcais tradicionais, no quais o papel do homem era ser tão somente o provedor da família. Talvez, os ministros do STJ não tenham deferido o pedido de indenização por danos morais decorrentes do abandono imaterial porque consideram que o pai, no caso concreto, já tenha realizado o seu papel, qual seja, o de ser provedor, através do pagamento da pensão alimentícia.

A decisão não atendeu à evolução da sociedade, em que a família tem um papel de extrema importância para a formação de um adulto saudável. Na sociedade comtemporância, o papel do homem deve deixar de ser tão somente o de provendo, sendo chamado a atuar e, por via de consequencia, a criar e educação seus filhos.

CONCLUSÃO

A despatrimonialização e repersonalização das relações familiares visam a resgatar valorização da dignidade humana, isso consiste em dizer que o tradicional papel patriarcal do homem provedor não atende mais a concepção de família, a qual busca a realização dos laços familiares. Atualmente, vem-se, cada vez mais, reconhecendo que o patrimônio não garante a realização pessoal; ao contrário, são as relações humanas pautadas na afetividade que fazem com que o ser humano desenvolva as suas maiores pontencialidades.

As mudanças introduzidas no Direito de Família, pela Constituição de 1988, são frutos de uma mudança no entendimento sobre os agrupamentos familiares e vieram se adequar a uma realidade que não mais suportava a estrutura patriarcal e patrimonialista prevista em uma legislação ultrapassada. Para tanto, encontram-se entre os deveres paternos a convivência familiar, a criação e a educação. Assim, aqueles pais que não comprem com tais obrigações cometem um ato ilícito capaz de gerar danos de ordem moral nos filhos, devendo, por isso mesmo, indenizar.

Concluindo se estão presentes os elementos do ato ilícito há, por consequencia, o dever de indenizar. Realmente, o que deve ser analisado nos casos concretos são os elementos da responsabilidade civil, que, uma vez presentes, impõe-se o dever de responsabilização do pai faltoso.

Desse modo, a realização da repersonalização das relações familiares com a valorização da afetividade só ocorrerá quando o judiciário atender aos reclames sociais de justiça e condenar os pais que não cumprem para com os seus deveres. Trata-se, portanto, de uma resposta que venha a compensar a dor moral de muitas crianças e adolescentes que tiveram seu direito à convivência familiar obliterado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Lídia Lavy. Adoção e mitos familiares. In: FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. (org.) **Casal e família:** entre a tradição e a transformação. Rio de Janeiro: NAU, 1999.

ANDOLFI, Maurizio et al. **Por trás da máscara familiar:** um novo enfoque em terapia da família. Trad. de Maria Cristina R. Goulart. Porto Alegre: Artes Médicas, 1984.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono afetivo:** considerações para a construção da dignidade da pessoa humana. Disponível em: . Acesso em: 15 ago. 2009.

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**. Trad. de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BILAC, Elisabete Dória. Família: algumas inquietações. In: CARVALHO, Maria do Carmo de. (org.) **A família contemporânea em debate. São Paulo: EDUC/ Cortez, 2003.**

BRAGA, Maria da Graça Reis; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. Família: procriação/ infertilidade/ gênero. In: AMAZONAS, Maria Cristina de Almeida; LIMA, Albenise de Oliveira. (Orgs.) **Família:** diversos dizeres. Recife: Bagaço, 2004.

BRUSCHINI, Cristina. **Mulher, casa e família:** cotidiano nas camadas médias paulistanas. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, Vértice, Revista dos Tribunais, 1990.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação:** economia, sociedade e cultura. Trad. de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, v. 2, 1999.

CASTRO, Leonardo. Precedente perigoso. O preço do abandono afetivo. Disponível em: . Acesso em: 04 ago. 2009.

CERRONI, Umberto. Considerações sobre a relação família-sociedade. In: **A crise da família e o futuro das relações entre os sexos**. Trad. de Giseh Vianna Konder. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1971.

COELHO, Helenita Meyer de Macedo; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. Família e dificuldades de aprendizagem: uma visão sistêmica. In: AMAZONAS, Maria Cristina de Almeida; LIMA, Albenise de Oliveira. (Orgs.) **Família:** diversos dizeres. Recife: Bagaço, 2004.

DASSI, Maria Alice Soares. **Indenização ao filho por descumprimento do dever de convivência familiar.** Disponível em: . Acesso em: 05 ago. 2009.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. de José Silveira Paes. São Paulo: Global, 1984.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões hitórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FINGER, Julio César. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **A Constituição concretizada:** construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FREITAS, Waglânia de Mendonça Faustino e. Et. Al. Paternidade: responsabilidade social do homem no papel de provedor. **Revista de Saúde Pública**, 85-90, 2009.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mocambos:** decadência do patriarcado rural e do desenvolvimento urbano. 5. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio; Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1977.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos - além da obrigação legal de caráter material.** Disponível em: . Acesso em: 05 ago. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil:** responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. **Júris Síntese Millennium,** julho/ agosto de 2003. CD-ROM.

LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**. Trad. de Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: . Acesso em: 15 fev 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: . Acesso em: 22 fev 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas:** para além do numerus clausus. Disponível em: . Acesso em: 22 fev 2005.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Divisão Jurídica**, São Paulo, n. 33, 137-151, dez. 2001 a mar. 2002.

NYE, Andréa. **Teoria feminista e as filosofias do homem**. Trad. de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Rosas do Tempo, 1995.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OSTERNE, Maria do Socorro Ferreira. **Família, pobreza e gênero:** o lugar da dominação masculina. Fortaleza: EDUECE, 2001.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil:** direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIORE, Mary Del (Org); BASSANEZI, Carla (coord. de textos). **História das mulheres no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

RECURSO ESPECIAL Nº 757.411. RELATOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES. Disponível em: . Acesso em: 13 ago. 2009.

RECURSO ESPECIAL Nº 757.411. VOTO DO EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO BARROS MONTEIRO. Disponível em: . Acesso em: 18 ago. 2009.

RECURSO ESPECIAL Nº 757.411. VOTO DO EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES. Disponível em: . Acesso em: 13 ago. 2009.

RIBEIRO, Maria Salete Ribeiro. **A questão da família na atualidade**. Florianópolis: IOESC, 1999.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SARTI, Cynthia A. Família e individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo de. (Org.) **A família contemporânea em debate. São Paulo: EDUC/ Cortez, 2003.**

SOUZA, Arnaldo José Lemos de. União Civil entre pessoas impedidas de casarem. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (coord.) **Novos nomes em direito civil**. Salvador: [s.e.], 2004.

VILLELA, João Baptista. **Repensando o direito de família**. Disponível em: . Acesso em: 03 nov 2005.

[1] Cristina Bruschini salienta que "a família tornou-se objeto de interesse científico quando alguns autores da segunda metade do século XIX, como Morgan, Engels e Bachofen passaram a considerá-la como uma instituição social histórica, cujas

estruturas e funções são determinadas pelo grau de desenvolvimento da sociedade global. No fim desse século e começo do seguinte, abordagem histórica e comparativa triunfou também com as obras de Durkheim e Mauss, que consideram a família não como um resultado ou conseqüência 'natural' de tendências fisiológicas e psicológicas dos seres humanos, mas sim como uma instituição que decorre da organização da sociedade". (BRUSCHINI, Cristina. **Mulher, casa e família:** cotidiano nas camadas médias paulistanas. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, Vértice, Revista dos Tribunais, 1990, p. 11).

[2] O pioneirismo pela desnaturalização da família é atribuído a Claude Lévi-Strauss, na sua obra "As estruturas elementares do parentesco". Neste sentido ver: SARTI, Cynthia A. Família e individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo de. (Org.) **A família contemporânea em debate. São Paulo: EDUC/ Cortez, 2003; BRAGA,** Maria da Graça Reis; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. Família: procriação/ infertilidade/ gênero. In: AMAZONAS, Maria Cristina de Almeida; LIMA, Albenise de Oliveira. (Orgs.) **Família:** diversos dizeres. Recife: Bagaço, 2004, p. 187 -204; RIBEIRO, Maria Salete Ribeiro. **A questão da família na atualidade**. Florianópolis: IOESC, 1999.

[3] RIBEIRO, Maria Salete. op. cit., 1999, p. 7.

[4] Id., ibid., 1999, p. 7-8.

[5] Id., ibid., 1999, p. 7-8.

[6] BRAGA, Maria da Graça Reis; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. op. cit., 2004, p. 188.

[7] Andolfi, Angelo, Menghi e Nicolo-Corigliano definem a família como sendo "um sistema ativo em constante transformação, ou seja, um organismo complexo que se altera com o passar do tempo [...]". (ANDOLFI, Maurizio et al. **Por trás da máscara familiar:** um novo enfoque em terapia da família. Trad. de Maria Cristina R. Goulart. Porto Alegre: Artes Médicas, 1984, p. 18). Já segundo Umberto Cerroni, não existe uma família em geral, mas "tipos históricos específicos de associações familiares". (CERRONI, Umberto. Considerações sobre a relação família-sociedade. In: **A crise da família e o futuro das relações entre os sexos**. Trad. de Giseh Vianna Konder. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1971, p. 13).

Seguindo o mesmo caminho, Jacques Lacan leciona que "é na ordem original de realidade constituída pelas relações sociais que se deve compreender a família humana". (LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**. Trad. de Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990. p. 19).

Friedrich Engels, após apresentar uma evolução da família, conclui afirmando que "a família deve progredir na medida em que a sociedade se modifique, como sucedeu até agora. A família é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema". (ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. de José Silveira Paes. São Paulo: Global, 1984, p. 124).

Cristina Bruschini define a família como "um grupo inserido na estrutura social, que só pode ser captado em determinada instância histórica, estando, portanto, sujeito a determinações mais amplas, que muito extrapolam suas próprias fronteiras". (BRUSCHINI, Cristina. op. cit., 1990, p. 11).

[8] CASTELLS, Manuel. **A era da informação:** economia, sociedade e cultura. Trad. de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, v. 2, 1999, p. 169.

[9] BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**. Trad. de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, p. 165.

[10] FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mocambos:** decadência do patriarcado rural e do desenvolvimento urbano. 5. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio; Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1977, p. 93.

[11] Id., ibid., 1977, p. 93.

[12] O modelo de família nuclear tem origem burguesa. Surge com a ascensão da burguesia, durante o século XIX, em substituição à família patriarcal aristocrata.

[13] OSTERNE, Maria do Socorro Ferreira. **Família, pobreza e gênero:** o lugar da dominação masculina. Fortaleza: EDUECE, 2001, p. 69.

[14] Elisabete Dória Bilac leciona que "as mudanças na organização da família estão se dando, fundamentalmente, a partir das mudanças na condição feminina, que terminou por afetar, também, os papéis masculinos". (BILAC, Elisabete Dória. Família: algumas inquietações. In: CARVALHO, Maria do Carmo de. (org.) **A família contemporânea em debate. São Paulo: EDUC/ Cortez, 2003, p. 36).**

[15] BEAUVOIR, Simone. op. cit., 1980, p. 165.

[16] Sobre as mulheres do Brasil, ver: PIORE, Mary Del (Org); BASSANEZI, Carla (coord. de textos). **História das mulheres no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

[17] CASTELLS, Manuel. op. cit., 1999, p. 194.

[18] ANDOLFI, Maurizio et. al. op. cit., 1984, p. 19.

[19] Sobre os movimentos feministas ver: NYE, Andréa. **Teoria feminista e as filosofias do homem**. Trad. de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Rosas do Tempo, 1995.

[20] COELHO, Helenita Meyer de Macedo; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. Família e dificuldades de aprendizagem: uma visão sistêmica. In: AMAZONAS, Maria Cristina de Almeida; LIMA, Albenise de Oliveira. (Orgs.) **Família:** diversos dizeres. Recife: Bagaço, 2004, p. 155.

[21] PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil:** direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2004, p. 27.

[22] ALVARENGA, Lídia Lavy. Adoção e mitos familiares. In: FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. (org.) **Casal e família:** entre a tradição e a transformação. Rio de Janeiro: NAU, 1999, p 165.

[23] BRAGA, Maria da Graça Reis; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. op. cit., 2004, p. 188.

[24] ANDOLFI, Mauricio et al. op. cit., 1984, p. 18.

[25] OSTERNE, Maria do Socorro Ferreira. op. cit., 2001, p. 89.

[26] COELHO, Helenita Meyer de Macedo; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida op. cit., 2004, p. 177.

[27] FREITAS, Waglânia de Mendonça Faustino e. Et. Al. Paternidade: responsabilidade social do homem no papel de provedor. **Revista de Saúde Pública**, 85-90, 2009, p. 89.

[28] Sobre a Constitucionalização do Direito Privado ver:

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: . Acesso em: 15 fev 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões hitórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 30.

[29] FINGER, Julio César. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **A Constituição concretizada:** construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 95.

[30] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 100.

[31] MORAIS, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 115.

[32] FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 98.

[33] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 97.

[34] Daniel Sarmento noticia a penetração do princípio da dignidade da pessoa humana na seara do Direito Privado, vindo a gerar a despatrimonialização e personalização do

Direito Privado, em geral. A despatrimonialização implica, segundo o autor, o reconhecimento de que os bens e direitos patrimoniais devem ser tratados como meios para realização da pessoa humana e não como um fim em si mesmo. (SARMENTO, Daniel. op. cit., 2004, p. 115-116).

Eugênio Facchini Neto diz que, com a despatrimonialização e repersonalização do Direito Privado, o patrimônio deixa de ser o centro das preocupações privatistas, sendo substituído pela consideração à pessoa humana. (FACCHINI NETO, Eugênio. op. cit., 2003, p. 32).

[35] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. **Júris Síntese Millennium,** julho/ agosto de 2003. CD-ROM.

[36] OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 246-47.

[37] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: . Acesso em: 22 fev 2005.

[38] OLIVEIRA, José Sebastião de. op. cit., 2002, p. 248.

[39] ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 46.

[40] VILLELA, João Baptista. **Repensando o direito de família**. Disponível em: . Acesso em: 03 nov 2005.

[41] ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono afetivo:** considerações para a construção da dignidade da pessoa humana. Disponível em: . Acesso em: 15 ago. 2009.

[42] SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., 1998, p. 103.

[43] NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Divisão Jurídica**, São Paulo, n. 33, 137-151, dez. 2001 a mar. 2002, p. 140.

[44] SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 92.

[45] No mesmo sentido ver: SOUZA, Arnaldo José Lemos de. União Civil entre pessoas impedidas de casarem. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (coord.) **Novos nomes em direito civil**. Salvador: [s.e.], 2004, p. 121-138.

[46] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas:** para além do numerus clausus. Disponível em: . Acesso em: 22 fev 2005.

[47] ANGELUCI, Cleber Affonso. op. cit. (*on line*), Acesso em: 15 ago. 2009.

[48] MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 64.

[49] Id., ibid., 2008, p. 360.

[50] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 184.

[51] DASSI, Maria Alice Soares. **Indenização ao filho por descumprimento do dever de convivência familiar.** Disponível em: . Acesso em: 05 ago. 2009.

[52] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos - além da obrigação legal de caráter material.** Disponível em: . Acesso em: 05 ago. 2009.

[53] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[54] CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.19.

[55] GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil:** responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55.

[56] CASTRO, Leonardo. **Precedente perigoso. O preço do abandono afetivo**. Disponível em: . Acesso em: 04 ago. 2009.

[57] Id., ibid., (*on line*). Acesso em: 04 ago. 2009.

[58] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. op. cit., 2006, p. 188.

[59] Todas as informações sobre o caso concreto em análise foram retiradas do sítio do Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 757.411. RELATOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES. Disponível em: . Acesso em: 13 ago. 2009.

[60] RECURSO ESPECIAL Nº 757.411. VOTO DO EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES. Disponível em: . Acesso em: 13 ago. 2009.

[61] Id., ibid., (*on line*). Acesso em: 13 ago. 2009.

[62] RECURSO ESPECIAL Nº 757.411. VOTO DO EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO BARROS MONTEIRO. Disponível em: . Acesso em: 18 ago. 2009.

[63] Id., ibid., (*on line*). Acesso em: 18 ago. 2009.

INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO NO CONTRATO E OS PODERES DO JUIZ NO CÓDIGO CIVIL: PARA UMA EFETIVA TUTELA JURISDICIONAL DOS CONTRATANTES*

UNACCOMPLISHMENT´S DERIVATED INFORMATION DUTY: THE JUDGE´S ROLE IN CONTRACT INTERPRETATION

Claudio José Franzolin

RESUMO

Para se compreender as peculiaridades de uma relação contratual, no que tange à questão do equilíbrio entre as partes, primeiramente é importante considerar que o contrato impõe que elas se comuniquem sobre as mais variadas circunstâncias que afetam ou que interferem na manifestação de vontade. Semelhante imposição decorre da exigência de mais transparência entre os contratantes, e para isso surge o dever de informação entre eles. No entanto, o problema ocorre quando este dever é inadimplido por uma das partes, o que compromete uma manifestação mais séria e racional. Além disso, para se saber se o dever de informação foi ou não descumprido é preciso avançar na dogmática jurídica e também expandir o papel do juiz na interpretação dos contratos, dada a ampliação dos seus poderes, com o Código Civil. Neste sentido, este trabalho visa explorar estas possibilidades interpretativas, no intuito de verificação do cumprimento do dever de informação.

PALAVRAS-CHAVES: INADIMPLEMENTO; DEVER DE INFORMAÇÃO; BOA-FÉ

ABSTRACT

In order to undestand the sigularities of a contractual relation, in the sense of its equity, first of all it is important to consider that the contract determines them to communicate to each other about the several circumstances that may affect or interfere in the expression of will. Such exigency presents iself as a requirement of transparence between both sides, configuring the information duty. However, there is an issue whenever this duty is not fulfilled by one of the contractors, which compromises a sound, rightteous expression of will. Furthermore, in order to verify if the information dyty was really accomplished it is necessary to widen dogmatic juridical thought, as well as to extend judge´s role in contacts interpretation, considering his empowerment due to Civil Code. On this matter, this work aims to explore these intepretative possibilites, as a means to confirm the proper fulfillment of information duty.

KEYWORDS: UNACCOMPLESHMENT; DUTY INFORMATION; GOOD FAITH

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

Faz-se necessário um esclarecimento inicial, no intuito de delimitar o tema de investigação neste trabalho.

Destacar no título o termo "informação" não significa que estamos lidando com a complexa discussão acerca dela na sociedade contemporânea. É que "informação" revela um conceito polissêmico, pois, conforme Aloísio Ferreira[1], ela aponta vários sentidos: informação oral, escrita, visual, jornalística, publicitária, individual, institucional, popular, entre outras.

E informação, no cenário do direito da comunicação, tem um significado ainda mais específico, ou seja, refere-se ao direito fundamental da liberdade de expressão. Também pode ser compreendida sob o prisma dos meios difusos de propagação e de comunicação. Ademais, ela pode sugerir estudos no âmbito da telemática e dos meios contemporâneos que amparam e intermedeiam a transmissão de dados, como ocorre na informática, nos meios audiovisuais etc. Em suma, não interessam aqui os impactos da comunicação na sociedade nem o direito fundamental à informação decorrente da liberdade de expressão.

A proposta deste trabalho se concentra no estudo da informação enquanto um dever que cabe às partes numa relação jurídica advinda do contrato. O dever de informar é uma conduta, ou seja, uma prestação que se impõe a qualquer uma das partes. No entanto, dito dever não é simétrico nem estático. Ele é dinâmico e se revela à luz do caso concreto.

O dever de informação no contrato assegura mais transparência, lealdade, comunicação e confiança entre as partes. Tal dever se verifica em todas as fases do contrato, sendo mais acentuado na pré-contratual, prolongando-se até a fase pós-contratual. Contudo, é preciso, ainda, esclarecer que o dever de informação no contrato é mais intenso nas relações de consumo (Código de Defesa do Consumidor-CDC - Lei, 8078/90), e que permite, muitas vezes, subsidiar o presente trabalho.

Limitado o campo de investigação, é possível inserir o tema proposto no ambiente de uma relação contratual. Este trabalho visa verificar a informação incompleta, imprecisa ou não fornecida, ou, se fornecida, não concretizada no âmbito prático dos interesses das partes numa relação contratual, frustrando as expectativas de uma delas.

Identificado um problema na informação transmitida (por exemplo, confusa e incompleta) ou não transmitida por um contratante a outro, avança-se para considerar se está ou não caracterizado o inadimplemento do dever de informação em prejuízo da contraparte. Apontada tal situação a preocupação é como se efetivará no contrato a interpretação jurídica, no mundo contemporâneo, no intuito de tutelar, de forma mais eficiente, o credor da informação.

Enfim, o dever de informação é, no contexto deste trabalho, a prestação positiva que se impõe às partes numa relação contratual específica, permitindo que se aperfeiçoem os seus interesses. Dito dever proporciona mais transparência entre elas quando entram em

uma relação mais particularizada, como a que decorre do contrato. Não se questiona nem se nega que os contratantes devem, mutuamente, trocar informações, seja em relação a eles, ao objeto ou às circunstâncias que orbitam em torno do contrato e interferem na manifestação de vontade dos envolvidos.

O problema acontece quando o dever de informação é inadimplido por uma das partes, podendo ocorrer sob vários aspectos.

Assim, impõe-se uma atividade judicial mais pró-ativa do juiz. É que, com o inadimplemento do dever de informação, advêm algumas conseqüências, como a frustração das expectativas legítimas e futuras de uma das partes e uma situação desvantajosa comprometendo o equilíbrio econômico-contratual de uma delas. Então sugerem-se alguns questionamentos. Como as informações se aperfeiçoam entre os contratantes? Qual a sua ou as suas fontes? Quem é o credor do dever de informação? O que é dever de informar no âmbito do contrato?

Feitas essas considerações, é possível avançar para os impactos decorrentes do não adimplemento deste dever. O que é inadimplemento do dever de informação? Quando ocorre o inadimplemento do dever de informação? Como articulá-los com as várias situações?

Assim, a proposta do trabalho é fornecer subsídios técnicos para permitir a tutela do contratante diante do inadimplemento do dever de informação. Também como se podem tornar mecanismos mais eficientes para a tutela daquele contratante credor da informação ou que, informado, suas expectativas foram frustradas, porque os interesses não se efetivaram no âmbito concreto da situação das partes durante a execução do contrato.

É preciso, portanto, saber até que ponto uma informação pode ser efetivamente conduzida para o âmbito prático do contrato, sem que a tutela do contratante se reduza apenas ao critério ressarcitório.

CAPÍTULO I
PREMISSAS METODOLÓGICAS FUNDAMENTAIS PARA CONSTRUIR O DEVER DE INFORMAR DECORRENTE DO CONTRATO

É importante destacar que a complexidade da sociedade contemporânea tem promovido amplas transformações nas ciências humanas, haja vista que existe um manancial de acontecimentos: a publicidade[2], as rápidas transformações sociais, as quais Zygmunt Bauman[3] denomina como "vida líquida", as sucessivas crises éticas nos sistemas políticos, os crescentes movimentos sociais cada vez mais fragmentados e as setoriais; a formação de organizações considerando certos interesses, valores, sinais ou diversidades, a tensão crescente entre o Estado Liberal e o Estado Social, devida às novas forças que ganham mais penetração e legitimidade no âmbito social etc.

Podemos, ainda, apontar algumas, entre as várias transformações sociais, econômicas e políticas narradas por Manuel Castells[4]: uma crescente redefinição das relações entre homens, mulheres e crianças; preocupação das instituições sociais com a consciência

ambiental; formação de grupos em torno de interesses cada vez mais fundamentais, como religiosos, territoriais, nacionais etc.

Nesta rota, o impacto no âmbito informacional gera repercussões, porque a sociedade é cada vez mais complexa e com uma diversidade de situações existenciais, o que impõe a todos aqueles que pretendem se vincular por meio do contrato que adotem comportamentos sérios e leais no intuito de que os interesses sejam efetivados. Um dos interesses dos contratantes é de que eles sempre adotem, mutuamente, deveres de informação sobre os mais variados fenômenos ou fatos que emergem do contrato. Uma informação não prestada, ou se prestada, realizada de forma viciosa, contribui para o descumprimento do contrato.

O dever de informação resulta da compreensão do contrato no âmbito das relações jurídicas contemporâneas, em que se exige uma crescente busca por novas orientações, pois se destacam novos princípios e valores. Isto acontece porque os princípios constitucionais passam a invadir o contrato, tutelando os interesses das partes numa dimensão mais ampla e plena. Para isso, o solidarismo (art. 3, I, da Constituição Federal/88 - CF/88) impõe mais comportamentos entre as partes do contrato, de forma que a ética, a finalidade e o equilíbrio sejam mais bem alcançados. Além disso, a dignidade humana (art. 3, I, da CF/88) e os princípios que se estabelecem na atividade econômica (art. 170, da CF/88) também ampliam o campo de análise do contrato do intérprete.

O dever de informar entre os contratantes é mais acentuado e decorre desses princípios que penetram nas relações privadas, iluminando e contribuindo na interpretação dos dispositivos do Código Civil, em especial, os artigos 111, 113, 138, 421 e 422, que tratam, respectivamente, do silêncio, da interpretação dos negócios jurídicos, do conteúdo da declaração e da confiança gerada ao destinatário do conteúdo negocial, da função social e da boa-fé.

Um dos aspectos que desperta interesse é a importância de as partes permanecerem informadas sobre as mais variadas situações, circunstâncias e interesses que gravitam em torno do contrato que elas se comprometeram a firmar.

As partes devem se manter em perfeita sintonia, e por isso é preciso que tenham amplo acesso a dados, circunstâncias, acontecimentos. E o mecanismo para tal é exigir o dever de informação dos contratantes, pois é por meio deste dever que eles dilatam o ângulo de análise dos vários fenômenos que interagem com os interesses advindos do contrato. Não é só. Também é por meio da informação que a destinatária dela consegue apreciar se a prestação decorrente daquela relação obrigacional vai atender globalmente as expectativas das partes, ou seja, se, no plano concreto, os interesses vão ser efetivamente atendidos.

Assim, sob uma perspectiva contemporânea e mais dinâmica, o dever de informação ganha mais projeção e intensidade entre os contratantes. Por conseguinte, se ele não é adimplido, produz repercussões que, às vezes, sequer, as partes tinham prognosticadas, pois o contrato se revela mais funcional e apto a apreender novos interesses que gravitam ao redor do seu objeto, enquanto prestação principal.

Afinal, o contrato estabelece uma relação de confiança e proximidade, ainda que seja por adesão, impondo aos contratantes um olhar mais atento e sensível às várias circunstâncias que o contato negocial irá gerar. Tais circunstâncias podem se apontar no momento da formação dele ou decorrer de fatos supervenientes, mas, de alguma forma, influenciam no resultado útil procurado pelas partes.

Nesta rota, o papel do juiz ganha destaque, porque ele deve conduzir sua decisão para a realização prática do contrato, tanto quanto possível. Além disso, ele amplia o seu campo de visão, porque passam a concorrer valores e interesses que interferem no estudo do contrato, principalmente no intuito de serem tuteladas as mais distintas situações.

A informação proporciona que as partes tenham conhecimento dos mais diversos elementos e circunstâncias que emergem do contato negocial gerado pelo contrato. Ela também propicia que as partes possam avançar no âmbito do contrato, cientes de vários aspectos que o envolvem, de forma mais transparente e legítima.

Ocorre que o referido dever ganha uma multifuncionalidade imensa, pois ele tem uma variedade de diversidades que se apontam, conforme os interesses, os sujeitos, o objeto e a fase do contrato.

Ao sustentar, portanto, que o contratante tem o dever de informar é porque se impõe que os contratantes adotem, um em relação ao outro, condutas de consideração: a.) advertindo sobre a necessidade de a parte tomar certa providencia caso ela pretenda usufruir de alguma vantagem que emerge do contrato; b.) aconselhando quanto à melhor forma de se executar o contrato, por exemplo, a menos onerosa; c.) noticiando acerca de alguma circunstância que diz respeito ao objeto ou à parte; d.) esclarecendo sobre alguma cláusula que restringe o direito da parte adversa, ou sobre certa modificação superveniente que, de alguma forma, desperta o desinteresse dela em manter o vínculo contratual etc. Enfim, é importante que o dever de informação seja analisado a partir da compreensão funcional e dinâmica do contrato, pois nele interesses e valores se somam aos interesses das partes.

Logo, se há distintos interesses decorrentes do contrato, se apontam variadas informações que precisam, dinamicamente, serem impostas entre as partes. Tais informações podem se referir à prestação fundamental, como a algumas circunstâncias que gravitam em torno dela.

Para avançar no estudo do dever de informação e os impactos gerados por seu inadimplemento, é necessário, primeiramente, destacar algumas premissas que amparam o presente trabalho: **a.)** a compreensão contemporânea da relação jurídico-contratual; **b.)** a técnica de legislar por meio das cláusulas gerais no Código Civil; **c.)** a funcionalidade dos institutos jurídicos; **d.)** o princípio da boa-fé; **e.)** os poderes do juiz no direito obrigacional.

1.1. Compreensão contemporânea da relação jurídico-contratual: da gênese voluntarista para a autonomia privada.

Encontra-se em crise o contrato? Conforme Sílvio Neves Baptista[5], o contrato passa por uma crise, devido aos abalos conceituais que sempre o fundamentaram, pois ele não é mais iluminado apenas pelo princípio da autonomia da vontade que sempre o amparou e os seus efeitos não se concentram mais, apenas, muitas vezes, entre os contratantes envolvidos.

No nosso ponto de vista, o contrato não está em crise. Na verdade, ele sofre transformações visando captar novos sentidos e modelos, no intuito de exigir do intérprete que o contrato seja reconduzido a fim de ser inserido num novo contexto.

Os contratos, cada vez mais, deixam de ser instrumentos jurídicos baseados apenas no regramento dos interesses construídos a partir da autonomia da vontade, para reconhecer que neles se apontam novos direitos e deveres entre as partes, fundados em novos princípios contratuais.

Os deveres originados pelo contrato não têm seu fundamento, sua gênese só no princípio da autonomia da vontade e do consensualismo, mas, resultam de um crescente diálogo entre a teoria contratual e os novos interesses e valores que afetam tal teoria e, por conseguinte, sua interpretação jurídica[6]. É a ruptura com estruturas pré-concebidas, em busca de mais dinamicidade; é o rompimento do excessivo rigor voluntarista que sempre marcou a teoria contratual, do século XIX, visando a uma compreensão de autonomia privada, em que papel do Estado, seja legislando, seja impondo um aparelhamento administrativo (por exemplo, por meio das Agências Reguladoras), invade o contrato no intuito de assegurar mais estabilidade às relações dele decorrentes.

Mas é o papel do juiz que realmente proporciona uma missão mais renovadora à teoria contratual, ao exigir dele uma tarefa cada vez mais complexa para a interpretação do contrato.

Isto quer dizer que esta compreensão mais elaborada do contrato requer do intérprete uma orientação mais finalística, teleológica a fim de que os objetivos contratuais sejam alcançados. Ou seja, objetiva-se uma interpretação mais sensível e atenta à concreção dos interesses nele desencadeados, de forma que se possa atingir uma tutela mais eficiente para os contratantes.

Em suma, no âmbito do exercício dos direitos dos contratantes, há de se preocupar em garantir que eles se efetivem, dentro de uma razoabilidade necessária e de certos limites. É que, com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, novos valores invadiram o contrato, como a dignidade humana (art. 1, III, da CF/88); a solidariedade (art. 3, I, da CF/88); a função social (art. 170, da CF/88).

Assim, os direitos da personalidade (art. 11, do CC), o princípio da boa-fé (arts. 113 e 422, do CC), o abuso de direito (art. 187, do CC), a proteção da confiança nas relações negociais (art. 138, do CC) captam os valores constitucionais e ingressam no Código Civil, pois ditos artigos apresentam tessitura mais fluida e aberta, de forma que se amplia o campo de visão do juiz ao se deparar com os conflitos no âmbito das relações privadas contratuais.

E o dever de informação ganha terreno porque é por meio destes princípios que o juiz consegue penetrar na relação contratual e concluir se ele não foi adimplido por uma das partes. Em suma, muitas vezes, as informações não são claras, ou são incompletas, ou sequer são prestadas. E, por isso, a tarefa do juiz se torna mais complexa e precisa de mais elaboração e sintonia com os interesses das partes à luz dos valores e princípios constitucionais.

1.2. A técnica de legislar por meio das cláusulas gerais no Código Civil

As cláusulas gerais representam uma técnica de legislar. Por meio delas se permite captar fenômenos jurídicos e metajurídicos que auxiliam na interpretação. As cláusulas gerais rompem com a descrição casuística e é formada a partir de termos dotados de vagueza semântica, como ocorre com os conceitos indeterminados e com os princípios. Por conseguinte, delega ao juiz a complexa tarefa de preencher o conteúdo delas, permitindo mais operabilidade quando da decisão no caso concreto, no intuito de melhor se realizar a justiça.

Assim, ditas cláusulas exige do juiz que ele se torne mais sensível e permeável aos variados fenômenos que interagem com a questão *sub judice*, de forma que ele construa e verifique quais as conseqüências podem ser atribuídas para o caso concreto. Para isso, poderá considerar a qualidade das partes envolvidas, o objeto, a habitualidade ou não do contato entre elas, a diversidade pessoal ou não dos envolvidos, por exemplo, se o litígio envolve dois empresários, ou se é apenas um, se um deles é consumidor, se é apenas um litígio envolvendo dois particulares em posição simétrica de considerações etc.

O Código Civil se amplia para se concentrar na pessoa, no agir humano, no agir ético.

Miguel Reale, ao redigir as diretrizes fundamentais, expôs a necessidade de uma compreensão, mais operacional do que conceitual, das regras do direito civil, de maneira a adequar as forças sociais reinantes, realçando o trabalho do operador, *(...) em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina, com freqüente apelo a valores como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc.*[7]

Por meio das cláusulas gerais se impõe a abertura do sistema, a fim de que outros padrões normativos e outros canais axiológicos invadam as relações privadas. Para isso, o juiz vai revelar, apontar de que forma aquela relação contratual atingirá os fins quando se instaurar uma crise ou uma situação de inadimplemento entre os contratantes.

1.3. A funcionalização dos institutos jurídicos e o contrato: o momento e o conteúdo do dever de informar

A funcionalização permite que não se pense mais sob o prisma meramente estrutural dos institutos jurídicos, mas se avance na compreensão, de modo a romper a análise abstrata deles. Ou seja, permite inseri-los nos mais diferentes momentos da vida em sociedade, de acordo com as necessidades e interesses. Possa, assim, extrair, com mais precisão, os variados contornos e nuances que uma posição de vantagem ou desvantagem pode gerar, conforme o sujeito ou grupo social.

Em suma, a compreensão abstrata dos institutos jurídicos significa estudá-los sob o prisma estrutural e racional dos seus elementos, segundo as categorias impostas em modelos desconexos da vida prática. A funcionalização vai além. É uma maneira de compreender dos institutos jurídicos de forma que eles sejam estudados em consonância com a praticidade da vida social, enriquecendo o estudo deles, porque são invadido por novos modelos e fenômenos.

Ou seja, a ciência do direito entra em contato com outras ciências e passa a captar novos fenômenos de forma que ganham juridicidade, no intuito de tutelar um direito, repudiar uma conduta, agregar outros interesses, assegurar novos valores. Enfim, imprime um diálogo mais eficiente com outros ramos da ciência.

Na realidade, a funcionalidade, conforme Francisco Amaral[8], significa atribuir mais sensibilidade aos institutos jurídicos e se afinar com outras ciências, como a psicologia, a antropologia, as ciências sociais, a ciência política.

Já, função também pode impor uma outra consideração. Assim, segundo Fábio Konder Comparato[9] função

é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. A consideração dos objetivos legais é, portanto, decisiva nesta matéria, como legitimação do poder. A ilicitude aí não advém apenas das irregularidades formais, mas também do desvio de finalidade, caracterizando autêntica disfunção.

A funcionalidade, portanto, proporciona, em sede contratual, uma melhor sintonia com os mais variados interesses e valores que surgem do contrato e, por isso, permite que novas condutas sejam despontadas entre os contratantes.

In caso, o *dever de informação* vai ganhar mais dinamicidade, porque ele pode ser verificado em situações diversas, conforme as etapas do contrato, o exercício e as posições jurídicas assumidas por cada uma das partes, em dado momento da relação contratual.

1.4. O princípio da boa-fé e os poderes do juiz no direito obrigacional: sua importância para o dever de informar no contrato

O Estado liberal se assentou no individualismo, na vontade, na igualdade formal e numa construção de idéias desconexas com valores. O Estado social procura transformar estas construções para reconhecer novos sujeitos de direito e dar mais sensibilidade às necessidades sociais. Ou seja, o Estado Social promove uma renovação do pensamento jurídico, de forma que este passa a exigir do intérprete que ele considere as qualidades dos contratantes, as circunstâncias negociais, a simetria ou assimetria entre as partes e outros elementos que passa interferir na interpretação do contrato.[10].

Miguel Reale[11] destaca a valorização do essencial e do concreto. Portanto, a dogmática jurídica, a partir da teoria tridimensionalista, consegue visualizar a concretização do direito, analisando o formal, o contexto social e, finalmente, a eticidade ou não do comportamento exigido, isto é, sua legitimidade..

Do que é apresentado, o princípio da boa-fé não visa se constituir uma garantia contra o inadimplemento, pois o *charme*[12] do princípio é a conquista do adimplemento contratual de forma mais ampla. Descumprir a boa-fé objetiva implica que não ocorreu o cumprimento de alguma obrigação a cargo do contratante e que, de certa forma, se relacionaria com o adimplemento.

Entre os autores nacionais, Judith Martins-Costa, ao tratar do princípio, afirma que a *boa-fé é uma norma de comportamento leal*[13] que convive com um sistema necessariamente aberto - cláusulas gerais. Na sua obra, ela, primeiramente tece considerações às decisões que ainda se fundamentam, apenas na autonomia da vontade, para resolver os conflitos de interesse, como se a vontade fosse a única forma de as partes criarem deveres entre si.

No entanto, com a transformação do estudo do contrato a boa-fé objetiva ganhou destaque e passou a ser fundamento para a criação de vários deveres entre os contratantes, entre eles o de informação, e este passou a ter fundamento, não no aspecto anímico ou psicológico da vontade, mas em decorrência de uma análise mais elaborada na realidade e na materialidade subjacente ao contrato[14].

A partir daí, demonstra a autora as seguintes funções da boa-fé: *cânone hermenêutico-integrativo, norma como criadora de deveres jurídicos e como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos*[15].

Enfim, o elemento da eticidade contribui para a renovação do direito civil, pois, hoje, conforme ensina Ascenção, *há um transbordar do Direito em relação ao fato, e esta doutrina não consegue captar todo o sentido*[16].

Cada vez mais, o princípio da boa-fé é norma que se revela no ordenamento jurídico, dada a relevância com a legitimidade da conduta. Couto e Silva, citando Esser, esclarece que o princípio *tem função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico dedutivo da*

ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais (...) abrindo, por assim dizer, janelas para o ético[17].

Em suma, por meio desse princípio, o dever de informação ganha mais vigor e penetração no âmbito do contrato, se permite ao juiz, ante o descumprimento desse dever, procurar mecanismos, para extrair a conseqüência mais eficiente conforme a situação concreta. Ou seja, o descumprimento do dever de informação, caso seja grave, pode ensejar o direito resolutivo; pode ainda suspender a execução do contrato; pode fixar *astreintes* - multa diária - no intuito de que o conteúdo da informação se realiza concretamente; pode também, se o descumprimento não for grave, não acarretar conseqüência alguma.

capítulo ii
CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEVER DE INFORMAÇÃO E O CONTRATO

A informação é fundamental para que as pessoas possam da melhor forma e com mais tranqüilidade tomar suas decisões em querer ou não contratar, pois ela permite uma deliberação mais eficiente a cargo dos contratantes.

Um outro aspecto que se refere à informação é como ela deve ser transmitida entre as partes que vão se enveredar numa relação contratual.

Ademais, é sempre conveniente destacar que a informação proporciona uma efetiva redução de custos. Afinal, a parte que não obtém informação da contraparte necessita pesquisar e se esforçar para obtê-la o que pode gerar um custo tal que compromete o sucesso do próprio negócio. E compromete com mais intensidade a relação contratual, se uma informação é fornecida indevidamente ou mesmo sonegada, apenas no intuito de induzir à criação do vínculo contratual. Mais tarde, a parte é surpreendida com a frustração de suas expectativas, com custos ou com prejuízos. Se tivesse tido acesso à informação correta da contraparte, poderia ter sugerido cláusulas diferentes, se recusado a contratar, revisto o valor do contrato etc.

O que é informar? Como articulá-lo no âmbito do direito contratual?

Numa sociedade cada vez mais multifacetada, o dever de informação é o mecanismo que auxilia, modela, complementa, aperfeiçoa, preenche a dinâmica da constituição das relações contratuais, onde institutos como o erro, do dolo, da coação, da lesão ou do estado de perigo não conseguem atingir ou não conseguem ser aplicados.

O dever de informação, segundo Giovanni Maria Uda[18], não visa apenas satisfazer os interesses das partes contratantes, ou seja, não implica atender aos interesses econômicos do contrato. Na verdade, tal dever, afirma o autor italiano[19], impõe que a parte comunique à outra fatos e situações que possam influenciar no âmbito funcional do contrato.

Finalmente, não basta informar. A informação deve ser dotada de transparência, ou seja, há de se assegurar às partes que elas saibam, de maneira clara, sobre os direitos e

obrigações na relação contratual[20]. Não é só. O acesso à informação proporciona uma efetiva colaboração para o credor dela, permitindo redução de seu custo para obtê-la.

O dever de informação, cuja gênese é o princípio da boa-fé, pontua comportamentos que cimentam a intenção séria e segura de se prosseguir na trilha das negociações rumo à contratação. Ao lado do erro e do dolo, tal dever pode se aperfeiçoar e cooperar para a realização do direito, expandindo hipótese de perturbações na manifestação de vontade por falha informacional.

Enfim, dito dever assegura às partes permanecerem informadas sobre todos os acontecimentos, custos ou riscos que possam interferir numa eventual decisão. É um dever de conteúdo aberto que funciona como guia seguro, buscando manter entre elas a confiança e as expectativas legítimas.

Referido dever não se esgota na formação da relação negocial. Por exemplo, a falência do fiador, os gastos gerados pelo sócio administrador e a necessidade de ele prestar contas, o descumprimento de determinada cláusula por terceiro, a destruição de algum bem pessoal de um dos contratantes ocorrida durante a execução do contrato pela contraparte etc.

Mas não se desconhece que é na fase da composição do contrato que se destaca, de maneira especial, o dever de informação. Numa sociedade que deseja a solidariedade efetivada, tal dever, conforme Holger Fleischer***[21]***, "possibilita que sejam criadas as condições necessárias para a liberdade da decisão pelas partes". (g.n.)

2.1. Gênese do dever de informação e o seu conteúdo

Para considerar o dever de informação, é preciso, inicialmente, destacar a sua fonte. Referido dever pode ser inerente à própria prestação principal, como ocorre com a relação médico-paciente - contrato médico - ou própria relação substancial, no que pertine aos elementos que dizem respeito ao objeto negocial, qualidade das partes etc.

No entanto, tais deveres de informação não se esgotam apenas no âmbito dos interesses que envolvem a prestação principal e as partes. O contato particularizado entre estas, originário de uma relação contratual, pode despertar que outras circunstâncias, fatos e interesses exijam delas uma constante troca de informações. Assim, apontam-se os deveres anexos de informação fundados na boa fé[22] ou na lei[23].

Quanto ao conteúdo do dever de informação também são necessárias algumas considerações. Mais moderado, Antônio Junqueira de Azevedo[24], acerca do conteúdo da informação, estabelece que se deve concentrar nas qualidades essenciais do objeto e não na oportunidade ou vantagem da contratação.

Eva Sónia Moreira da Silva[25] acolhe uma concepção mais ampla, sustentando que é preciso que o dito dever proporcione à contraparte acesso aos dados e a todas as circunstâncias relativas aos negócios em causa.

Nada impede que o dever de informação busque auxílio em fatos que contribuam para propiciar às partes, situações que possam caracterizar-se como erro, ou sugerir situações de condições de induzimento, análogo ao dolo.

Além disso, em uma relação contratual, o dever de informação também efetiva o dever de a contraparte, isto é, o especialista, esclarecer, advertir, colaborar com a parte que pretende se utilizar de um determinado serviço ou bem, no intuito de verificar se realmente vai atender aos seus interesses e lhe será útil. Ora, só o especialista tem condições de avaliar, prognosticar, já que ele detém todo o conhecimento técnico para melhor orientar, acautelar e oferecer ferramentas menos custosas. Enfim, neste caso, a informação revela bem o dever de solidariedade que há de sempre permear a teoria contratual contemporânea, iluminada pelos princípios constitucionais.

Em se tratando de uma relação envolvendo dois especialistas no mesmo assunto, o citado dever perde em relevância, haja vista que ambos têm mecanismos suficientes para avaliar, dada a sua qualidade técnica, e informar-se sobre todo o conteúdo contratual.

No entanto, no caso de relações contratuais entre duas empresas, é importante que cada uma disponha de ferramentas necessárias a fim de auferir, técnica e precisamente, a utilidade ou não daquele contrato.

Destaque-se, entretanto, que o dever de informação apresenta conteúdo aberto e por isso poderá será avaliado pelo juiz. Ou seja, tomando para análise, o objeto e o grau de diversidade qualitativa entre as partes, cabe ao juiz verificar se a credora da informação tem condição de informar-se, se é diligente e se realmente é imprescindível a colaboração da devedora da informação. A partir daí, poderá o juiz decidir se ocorreu ou não o inadimplemento do dever de informar no contrato.

capítulo iii
O Inadimplemento dos deveres de informação E A SUA compreensão MULTIFUNCIONAL NO ÂMBITO DOS CONTRATOS CIVIS

Há três formas de ocorrer o inadimplemento do dever de informação no âmbito do contrato: a.) o contratante adimple com tal dever, mas não realiza concretamente o que consta do seu conteúdo, frustrando as expectativas da contraparte; b.) o contratante informa, porém de maneira incompreensível ou viciosa; c.) a informação não é fornecida e o credor dela tem suas expectativas frustradas, pois lhe foram sonegados dados e conhecimentos sobre algumas circunstâncias, ou aspectos dos sujeitos ou do objeto que gravitavam em torno do contrato e se tivesse tido acesso a ela, não prosseguiria na constituição nem na manutenção do contrato com a contraparte. Em todas essas situações ocorre o inadimplemento da informação.

A informação prestada de modo incompreensível compromete os interesses envolvidos dos contratantes, porque estes não conseguem assimilá-los, elaborá-los, processá-los corretamente nem verificar se tais interesses serão efetivamente atendidos.

Além disso, se as informações são fornecidas sem considerar as diversidades individuais, culturais e sociais que envolvem este ou aquele contratante, também interferem no atingimento dos fins pretendidos pelos contratantes. É que a simetria ou a assimetria entre as partes exige mais atenção no momento de uma informar à outra, principalmente na fase pré-contratual, pois a capacidade de entendimento varia de acordo com a qualidade pessoal delas.

3.1. Inadimplemento do dever de informação

Quanto menos informação uma pessoa detém acerca do objeto, do sujeito, de fatos ou de outros aspectos ou circunstâncias que gravitam em torno dos interesses envolvidos no contrato, maior é o comprometimento da vontade e mais incerteza e instabilidade se instauram no contrato.

O inadimplemento (art. 389, do CC), é o não cumprimento da obrigação no tempo, forma e local devido (art. 394, do CC). O inadimplemento do dever de informação pode ocorrer na fase das negociações, ou seja, na fase das tratativas, quando as partes tomam o primeiro contato, em busca da realização do contrato. Pode se dar ainda na formação do contrato; durante a execução do contrato e prosseguir na fase pós-contratual.

Em suma, conecta os aspectos econômicos, centrados na prestação, com outros elementos que interferem na declaração e no conteúdo negocial, incorporando alguma circunstância que permita extrair, com mais eficiência, a utilidade da prestação.

Assim, depende de várias nuances a verificação da ocorrência ou não do inadimplemento de um dever de informação. A assimetria ou a simetria entre as partes envolve impactos diferentes em virtude do seu descumprimento. À medida que aumenta a disparidade, a parte que ostenta maior controle na condução do contrato, se torna mais devedora do dito dever.

Do mesmo modo, a qualidade de um objeto reflete na expansão dos deveres de informação os quais, quando inadimplidos, podem levar a alguma repercussão. Aqui, o dever de informação atua não só no âmbito da prestação principal, mas atua ainda como um dever lateral.

Decorre o dever anexo de situações que contemplam o fato de uma das partes ter acentuado seu dever de informação, ante sua posição de controle sobre dados e circunstâncias que deveriam ter sido transmitidas e não foram e que poderiam interferir na decisão da contraparte.

O problema, no entanto, é com o inadimplemento do referido dever. Para isso, é preciso averiguar se resulta de impossibilidade objetiva, subjetiva ou relativa. Objetiva, se é impossível a qualquer um obter a informação; subjetiva, se é uma dificuldade exclusiva da parte em informar-se; relativa, se resulta de apreciação com parâmetros valorativos, como o caso, por exemplo, do consumidor, do idoso, do microempresário numa relação com uma grande estrutura empresarial etc.

3.2. Algumas situações acerca do inadimplemento do dever de informação e a proteção do contratante

3.2.1. A desconformidade entre a informação e um comportamento futuro

Neste caso, o inadimplemento tem como conseqüência o dever de se vincular ao conteúdo negocial. Isso porque, para a parte, era menos custoso o acesso à informação.

Ante os valores da solidariedade e da cooperação, as informações precisam estar em consonância com as expectativas negociais envolvidas. Assim, aquele que lançou informações de maneira inadequada ou desconforme com comportamentos futuros cristaliza típica situação de abuso de direito (art. 187, do CC), apresentando atitudes contraditórias e frustrando expectativas.

É o caso, por exemplo, do contratante que dá informações visando estimular e convidar a contraparte a participar de uma relação obrigacional, por meio de uma declaração receptícia unilateral, imprimindo a falsa idéia de que ela terá uma única oportunidade para integrar tal relação. Aqui, não é o conteúdo do objeto que envolve a decisão, mas, sim, o cronograma de condutas perpetrado pelo emissor da declaração.

É o caso do banco que, ao editar uma primeira proposta de incentivo à demissão, informa que outra igual não ocorrerá no futuro. No entanto, tempos depois, o banco lança uma segunda proposta com o mesmo teor: estimula o afastamento, só que agora com mais benefícios[26].

A conduta praticada pelo banco contrariou a informação constante da edição da primeira proposta. Logo, o ex-empregado deve ser ressarcido pela diferença entre os dois planos, tomando como referência os artigos 389 e 422, do Código Civil. O objetivo é a proteção à sua situação patrimonial, que desperta para comandos práticos, exigindo que as informações sempre representem a real intenção do emitente.

3.2.2. O descumprimento ou o cumprimento defeituoso do dever de informação.

As informações são essenciais e, ao serem inadimplidas, geram as seguintes conseqüências: a responsabilização, a resolução, o desfazimento do negócio e retorno à situação anterior, o cumprimento a partir do comando prático que ele possa proporcionar ao credor da dita informação. Tudo vai depender do quadro geral, do momento e da preservação ou não da utilidade da prestação.

De forma especial, em se tratando de cumprimento defeituoso, a prestação é efetuada com imperfeições, ou seja, a coisa não apresenta qualidade ou quantidade conforme o ajustado. Mas o dever anexo também pode estar imperfeito. Por exemplo, se o produto veio acompanhado de manual de outra série ou se está em desacordo com as especificações pertinentes à língua nacional.

Primeiramente, deixa-se claro que pode ocorrer o cumprimento imperfeito com referência ao dever anexo de informação pode ocorrer. Mas daí, para Ruy Rosado de Aguiar Júnior[27], o mecanismo é o ressarcitório.

É a posição também de João de Matos Antunes Varela[28]. Afirma que é antijurídico todo comportamento que produz um mau conselho, uma má recomendação ou preste uma inexata informação, ante o dever legal ou negocial. E, por isso, conforme o autor português, não seria possível o cumprimento do dever, senão a indenização.

De tudo o que se tem sustentado, a respeito da necessidade de o contrato ostentar um caráter de eficiente ferramenta para atender as expectativas das partes, no âmbito da circulação econômica de bens e serviços, o substitutivo por perdas e danos não proporciona a efetiva satisfação aos interesses dos envolvidos na dita relação.

Não se acomodam, portanto, como uma consequência pelo inadimplemento de um dever anexo de informação, apenas mecanismos ressarcitórios, especialmente se tais informações implicam uma circunstância decisiva e, de alguma forma, contribuíram para despertar o interesse da parte a fim de se vincular contratualmente.

É preferível assegurar que as informações que influenciaram a manifestação de vontade e comprometeram a avaliação e a ponderação dos interesses dos envolvidos, se aperfeiçoem no comando prático do contrato.

Aliás, este comando já consta expressamente consoante o artigo 35, no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90). Há uma nítida assimetria entre as partes e, numa relação de consumo, a oferta e as informações, por mais singelas que sejam, contribuem e produzem impactos no âmbito decisório do consumidor para capturar sua manifestação de vontade.

O mesmo não ocorre nas relações privadas não consumeristas. O inadimplemento do dever anexo de informação, no entanto, pode resultar de algumas ponderações para vinculá-lo ao âmbito prático do contrato, ou seja, a análise pode decorrer de considerações acerca das situações existenciais de uma ou ambas as partes.

A primeira hipótese de descumprimento do dever anexo de informação ocorre quando somente uma das partes ostenta o controle dela, deixando de adotar uma postura de solidariedade em prol da contraparte. Isso a torna vulnerável, deformando a manifestação de vontade coesa, racional e efetivamente coerente, a ponto de ser motivo bastante para pleitear a resolução do contrato e perdas e danos[29].

Em que pese o ajuste ter sido realizado com relação ao conteúdo e não se tratar de imperfeições com relação à coisa, o dever de informar será exigido, visando-se a uma manifestação legítima de vontade.

3.2.3. Simetria entre as partes e o não inadimplemento do dever de informação.

Se as partes apresentam uma situação de paridade, se entre elas há uma simetria, cada uma é titular de posição jurídica equivalente. Ou seja, cada uma tem o ônus de informar-se sobre as suas reais condições e interesses.

Neste caso, ante a simetria das partes, quando um dos contratantes pretende realizar um negócio jurídico, por exemplo, de venda e compra de um imóvel, desejando que se encontre em zona que não apresente ruídos nem tráfego intenso de veículos e pessoas, já tem em mente onde irá procurar o imóvel. Este não pode estar próximo de bares, casas noturnas ou escolas.

Ainda sobre a aquisição do imóvel, imagine-se que o pretendente à compra chegou recentemente à cidade. Ele realiza a pesquisa e a busca pelo dito imóvel em finais de semana ou em períodos de baixo tráfego e rotatividade de pessoas, como, por exemplo, em janeiro, quando as escolas estão com as atividades suspensas, ou em região com a maioria das famílias viajando em férias.

Realizada a compra, não pode o comprador sustentar que foi surpreendido, após o reinício das aulas e de todas as atividades nas proximidades do imóvel, sob a alegação de que não fora informado pelo vendedor ou pelo corretor de que ali ocorria intenso tráfego de veículos. ´

Enfim, não se trata de o vendedor ter ou não ter omitido uma informação a ponto de caracterizar como descumprimento. Seria imputar um ônus muito acima do que a razoabilidade exige para as relações sociais, o que é incompatível em uma sociedade de massa e cada vez mais envolvida em um ambiente social complexo e indissoluvelmente ligado por contatos sociais sempre mais intensos.

Nessa situação, o contratante precisa ter o zelo (diligência) a fim de escolher o local para a aquisição do seu imóvel, ainda que seja recém-chegado à cidade que escolheu para se instalar. Ou seja, o contratante (no caso, o comprador) há de adotar um dever de diligência que é exclusivamente seu, com o objetivo de buscar a satisfação dos seus próprios interesses, não podendo transferir ao outro contratante o dever de informar, quando, na verdade, é o comprador que tem de informar-se.

Neste sentido, o artigo 138, do Código Civil, ilumina a interpretação para a situação apontada, que serve de guarida à extensão de um dever de informação. Diz o referido artigo:

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal em face das circunstâncias do negócio.

A situação tem a seu dispor aquele que, ao integrar uma relação jurídica, deve adotar certos padrões de conduta de acordo com o tráfico jurídico.

Não pode o ordenamento jurídico ser compatível com aquele que errou de forma grosseira[30], ou seja, não assume comportamentos que impliquem uma diligência ordinária para buscar as informações referentes à sua esfera exclusiva de interesses.

Explique-se: o contratante, que não é diligente, não pode pretender indenização ou anulação do negócio jurídico, com base no artigo 422, do Código Civil, sob o fundamento de que a contraparte descumpriu o dever de informação acerca das circunstâncias que circundam o imóvel adquirido, ou seja, em períodos normais há intenso ruído e tráfego intenso de pessoas e de veículos.

Há que se considerar que vivemos em uma sociedade cada vez mais complexa e mais dotada de acesso à dados que não permite que alguém deixe de buscar informar-se, principalmente, se este acesso não decorre de uma situação de impossibilidade absoluta. Neste sentido, não há que se sustentar em inadimplemento do dever de informar.

3.2.4. Impossibilidade de uma das partes ter acesso à informação em virtude do seu custo elevado para obtê-la.

Uma outra situação de descumprimento do dever de informação ocorre quando se está diante de fenômenos metajurídicos que não dizem respeito ao momento formativo em si da relação negocial, mas se origina de um poder econômico efetivo que uma das partes detém só por meio de alto custo e muita tecnologia, comprometendo a manifestação de vontade, realmente segura, da outra parte.

Aqui, há o descumprimento do dever de informação se a parte titular do poder de controle de acesso às informações custosas e especiais não noticia fatos e circunstâncias à contraparte, obstaculizando que esta possa deliberar, de maneira mais firme e legítima, sobre sua intenção em prosseguir no negócio.

Um exemplo: o proprietário de uma gleba ou propriedade rural é contatado por uma sociedade empresária dedicada ao ramo de exploração de água mineral. Como sabe que há várias fontes de água escondidas no subsolo, ela procura o proprietário, visando a compra da terra, mas não o comunica acerca da existência de tal riqueza[31].

Se por um lado, existe um dever de solidariedade que há de permear todas as relações negociais, por outro, é preciso que seja devidamente cauteloso em curar seus próprios bens, atuando ativamente para informar-se sobre os atributos, qualidades e dados concernentes aos referidos bens.

A questão que se apresenta é: qual o limite do dever de informar-se sob o fundamento de que a parte deve saber gerir seus próprios bens e interesses? Aqui cabem o princípio da boa-fé e a necessidade de se articular com as situações jurídicas da contraparte a qual não consegue ou não detém o controle nem o suporte econômico-financeiro para ter acesso a elas. Em suma,

a ignorância é legítima quando o dever de se informar por si próprio é afastado por circunstâncias particulares: o credor da obrigação de informação encontra-se impossibilitado de descobrir por si o facto escondido ou é-lhe legítimo pensar, em razão da relação de confiança particular que o une a contraparte, que esta terá a iniciativa de o informar[32].

Assim, se existem deveres de informação que contribuem para a melhor manifestação da vontade, sob o âmbito mais amplo, há outros que decorrem da situação de supremacia e superioridade tecnológica de uma das partes. Isso pode motivar o seu enriquecimento, em virtude da vulnerabilidade tecnológica e econômica da contraparte, pois esta só obteria as mesmas informações por meio de atitudes de alto investimento.

Aqui, o inadimplemento do dever anexo de informação permite que a parte prejudicada tenha ressarcimento de seus prejuízos caso não seja possível a resolução do negócio com o retorno à situação anterior.

Em resumo, o dever de informação, ao ser inadimplido, descumpre muito mais do que um simples dever anexo decorrente da boa-fé. Descumpre o bem viver, o direito que as partes detêm de se adaptarem às condutas envolvendo o contato negocial particularizado.

É fundamental o dever de informação porque permite trazer para o negócio dados e verdades necessárias. Não se trata de um fim altruísta nem se pode pensar que, numa sociedade marcadamente capitalista como a nossa, as partes vão sempre enveredar buscando informação mútua.

E o direito pode desenvolver uma interpretação que solidifique, que concretize, que reconheça cada vez mais a importância do dever de informação para a economia do contrato. Ele possibilita às partes uma decisão livre, mas legítima, de acordo com os fatos e circunstâncias. Finalmente, elas interagem com os dados que se encontram no circuito de seus interesses.

O ser humano não pode concentrar-se apenas nas relações negociais em si. É preciso que ele se preocupe com a preservação de valores importantes que se irradiam, a todo instante, às ditas relações. Do contrário, não seria necessário compreender a relação obrigacional como um processo, e o princípio da solidariedade seria somente um preceito abstrato sem eco. Ademais, as informações seriam lançadas ou obstruídas sem nenhuma repercussão ou impacto. O que não é possível. Elas devem ser cada vez mais reconduzidas para o aperfeiçoamento eficiente da vontade e dos interesses econômicos centrados no contrato.

CONCLUSÃO

O objetivo foi apresentar novos contornos ao estudo do inadimplemento ante as várias transformações pelas quais passa o estudo do direito dos contratos.

Visava-se ampliar o conceito de inadimplemento para incorporar novas formas de descumprimento do contrato, verificando a necessidade de se tutelar o contratante de forma mais eficaz e destacar outros fenômenos que interferem na dinâmica da interpretação dos contratos. O juiz há de estar atento a eles, pois muitas vezes podem ensejar em situações que sejam impostas às partes como melhor dimensionamento dos seus interesses, considerando a relevância da informação que deveria ter sido transmitida à contraparte e não foi; da informação que foi transmitida, porém não se efetivou no âmbito das situações concretas das partes; ou, ainda, da informação que foi passada, mas de modo viciosa, incompleta.

Enfim, procurou-se, com este campo de análise, propiciar um manancial técnico e teórico, à luz de algumas situações casuísticas apontadas, de como o dever de informação pode interagir com os mais variados interesses que gravitam em torno da prestação principal, e como pode o juiz se socorrer de meios para melhor tutelar o interesse do contrato, seja pela sua manutenção, seja pela sua resolução.

O direito mudou. Os deveres dos contratantes se tornaram mais complexos. E por isso, o estudo do inadimplemento, conforme o artigo 389, do Código Civil, requer novos olhares e com mais penetração dos valores e interesses que do contrato emerge.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento:* resolução: de acordo com o novo Código Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5. ed. [revista, atualizada e aumentada de acordo com o novo Código Civil]. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASCENÇÃO, Jose de Oliveira. *O direito:* introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado: com remissão ao novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004.

BAPTISTA, Sílvio Neves. A crise do contrato. *In Revista de Direito Civil, n. 32*

BAUMAN. Zygmunt. *Vida líquida.* [Tradução: Carlos Alberto Medeiros].Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação:* economia, sociedade e cultura. A sociedade em rede. [Tradução: Roneide Venâncio Majer com a colaboração de Kauss Brandini Gerhardt]. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

COELHO, Cláudio Novaes Pinto. *Publicidade*: é possível escapar? São Paulo: Editora Paulus, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. A reforma da empresa. *In Revista de direito mercantil*, São Paulo, 1980.

CORDEIRO, Antonio da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado:* sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo.* São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Ferreira, Aloísio. *Direito à informação*, direito à comunicação. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1997.

FRADA. Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*: parte geral [arts. 1º a 232]. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

NALIN, Paulo. *Do contrato*: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. [Tradução de Maria Cristina De Cicco]. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____*MIGUEL. Anteprojeto do Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 1972.

SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. *In O novo Código Civil e a Constituição [Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.*

UDA, Giovanni Maria. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. V. 1. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

SITE: www. tjdf.gov.br

---

[1] Ferreira, Aloísio. *Direito à informação*, direito à comunicação. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1997, p. 96.

[2] COELHO, Cláudio Novaes Pinto. *Publicidade*: é possível escapar? São Paulo: Editora Paulus, 2003, p. 5.

[3] *Vida líquida.* [Tradução: Carlos Alberto Medeiros].Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007, p.7.

[4] *A era da informação:* economia, sociedade e cultura. A sociedade em rede. [Tradução: Roneide Venâncio Majer com a colaboração de Kauss Brandini Gerhardt]. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 41.

[5] BAPTISTA, Sílvio Neves. A crise do contrato. *In Revista de Direito Civil, n. 32: 22-35*, em especial, p. 25.

[6] É o que ocorre com a constitucionalização do direito civil, conforme indicam alguns autores: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. [Tradução de Maria Cristina De Cicco]. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. NALIN, Paulo. *Do contrato*: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 31. SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. *In O novo Código Civil e a Constituição [Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127-150*, em especial, p. 127.

[7] *Anteprojeto do Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 1972, p. XXVII.

[8] *Direito civil*: introdução. 5. ed. [revista, atualizada e aumentada de acordo com o novo Código Civil]. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 365.

[9] A reforma da empresa. *In Revista de direito mercantil*, São Paulo, 1980, v. 50.

[10] Miguel Reale, ao prefaciar a segunda edição de sua obra "Teoria Tridimensional do Direito" expõe: "As perplexidades e anseios inerentes à nossa vida cultural, na totalidade de suas projeções, desde as artísticas às econômicas e políticas, refletem-se no sentido de soluções jurídicas concretas, vinculadas à experiência e aos valores da vida cotidiana. A ciência do Direito, sobretudo a partir da 2ª. Guerra Mundial, vem se caracterizando por uma crescente luta contra o formalismo, o que implica repúdio às soluções puramente abstratas. Deseja-se, cada vez mais, correlacionar as soluções jurídicas com as situações concretas nas quais vivem os indivíduos e os grupos". (Miguel Reale. *Teoria tridimensional do direito.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. XIII)

[11] Idem.

[12] Esta expressão, fazendo referência ao "charme da boa-fé", foi utilizada por Tereza Negreiros, integrante de banca examinadora, ao comentar sobre o princípio, depois de encerrada a apresentação por um pós-graduando que pretendia a obtenção do título de Mestre na PUC-São Paulo, s/d.

[13] *A boa-fé no direito privado:* sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412.

[14] Quem usa essa expressão é Antonio Menezes da Rocha Menezes Cordeiro (*Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 656).

[15] Idem. p. 427.

[16] ASCENÇÃO, Jose de Oliveira. *O direito:* introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 30.

[17] COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo.* São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 42.

[18] "Ciò nonostante, l'obbligo di informazione - inteso como obbligo di buona fede - si determina tenendo conto dell'economia del contratto próprio nel senso che, accertato il rapporto economico che lega le parti contraenti, esso ha la funzione di renderlo effettivo. Pertanto la parte contrattuale sara tenuta a comunicare allá contraparte i fatti e le situazioni che possono influire sul funzionamento del contratto, cioè sul perseguimento degli effetti economici previsti delle parti" (UDA, Giovanni Maria. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 100).

[19] Idem.

[20] FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 68.

[21] Fleischer, Holger apud MOREIRA DA SILVA, Eva Sónia. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 86, nota 206.

[22] "Direito civil e processual civil. Agravo de Instrumento. Recurso especial. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Atraso de prestação. Ausência de interpelação do segurado. Impossibilidade de cancelamento da cobertura. Os embargos de declaração são corretamente rejeitados quando o acórdão recorrido aprecia os temas levantados pelas partes, não havendo omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada. É necessária a interpelação do segurado para que se caracterize mora no pagamento de prestação relativa ao prêmio. O mero atraso no adimplemento de prestação não basta para a desconstituição da relação contratual [de seguro]. Agravo de instrumento não provido (Agravante: Santander Seguros S/A. Agravado: Marialda Muller. Relat. Ministra Nancy Andrighi. Ag. Rg. no Agravo de Instrumento n. 753.652 - RS(2006/0055052-0). DJ. 05.06.2006. Documento 628003). O julgado destaca que o mero atraso no adimplemento de prestação não basta para a

desconstituição da relação contratual. É necessária a interpelação do segurado para que se caracterize mora no pagamento de prestações relativas ao prêmio. Em suma, é um dever que decorre da boa-fé, no intuito de oportunizar ao inadimplente o conhecimento da sua situação.

[23] Na locação, o locatário tem o dever de levar ao conhecimento do locador as turbações sobre a coisa produzida por terceiros (art. 569, III). Há corolário do dever de informar, o de aviso, o qual cabe à parte informar à outra o seu desinteresse na continuidade da execução do contrato de prestação de serviços. Assim, evitam-se situações de surpresa em detrimento de qualquer uma das partes (art. 599, do CC). O dever de informação do mandatário consiste em prestar contas da sua gerência (art. 668, do CC). Há o dever de informação que é o dever de o passageiro comunicar sua desistência do contrato de transporte, com antecedência razoável, permitindo ao transportador renegociar a passagem (art. 740, do CC). Há também o dever de o remetente fornecer informações sobre a coisa a ser transportada, sob pena de ser considerado inadimplemento contratual se ele não fizer, no intuito de amparar pedido indenizatório (art. 745, do CC). Além disso, o descumprimento do dito dever pode se caracterizar como inadimplemento antecipado do contrato de transporte por culpa do remetente, se as informações não estiverem consubstanciadas em documentos que identifiquem a coisa (arts 422 e 747, do CC). No contrato de seguro, o dever de informação se manifesta quando ocorre o dever de o segurado comunicar à seguradora os incidentes suscetíveis de agravar o risco da coisa segurada (art. 769, do CC). O seu descumprimento também pode se caracterizar como inadimplemento absoluto, impedindo o segurado de receber do segurador o valor da garantia.

[24] Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *In AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Estudos e pareceres de direito privado: com remissão ao novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 173-183, em especial, p.180.

[25] SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 82.

[26] "Ementa. Recurso ordinário do reclamante. Quebra da boa-fé objetiva. Violação positiva do contrato. O conteúdo contratual é composto por pelo menos duas espécie de deveres, os deveres de prestação e os deveres de proteção. Os primeiros dizem respeito à prestação que caracteriza o tipo contratual, constituindo, no contrato de trabalho, a prestação de serviços, pelo empregado, e a paga do salário, pelo empregador. Os segundos dizem respeito a deveres de conduta, dentre eles os deveres de proteção à legítima confiança, de não defraudar imotivadamente a confiança legitimamente despertada na parte contrária, sob pena de inadimplemento obrigacional na modalidade conhecida como violação positiva do contrato. Hipótese em que o Banco, **ao declarar que não mais editaria propostas semelhantes,** induziu os seus empregados - e, particularmente, o reclamante -, a aderir ao PAI-50. Declarando-a, assumiu a responsabilidade pelo seu cumprimento, ou pelos danos advindos da violação da promessa geradora de confiança. Apelo provido (TRT - 4ª Região. Acórdão 00010-2006-104-04-00-0 RO. Rel. Ricardo Martins Costa. Recte: Jorge Eduardo Vieira. Recdo: Banco do Brasil S.A). Do julgado, extrai-se: "Na espécie, a legítima expectativa do reclamante derivou de declaração unilateral do reclamado, quando do período de adesões ao PAI-50 (de dezembro de 2003 a fevereiro de 2.004), no sentido de que não

haveria edição de proposta semelhante no futuro. (...), **reiterou que não haverá a edição de uma proposta semelhante no futuro** e que o prazo para adesão não será prorrogado, encerrando-se às dezenove horas da próxima sexta feira. Por essa declaração, dotada de inegável eficácia negocial, declarou o banco que não mais editaria propostas semelhantes. (...). Tal declaração unilateral, criando uma expectativa legítima na parte contrária, vincula juridicamente o sujeito que as produziu. O rompimento da conduta declarada, que pautou o comportamento alheio, se constitui, portanto, em verdadeiro inadimplemento negocial". (acesso: www.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo, em 27/7/2008). (grifos no original)

[27] *Extinção dos contratos por incumprimento:* resolução: de acordo com o novo Código Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 124.

[28] *Das obrigações em geral*. V. 1. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 569.

[29] "Rescisão contratual. Permuta. Bem não quitado. Erro comprovado. Pedido acolhido. O contratante que foi induzido a erro pelo outro, recebendo o bem objeto da permuta, mas não como havia sido ajustado, eis que não se encontrava integralmente pago, faz jus à rescisão contratual pleiteada. Trata-se de ação de rescisão contratual cumulada com perdas e danos e pedido de antecipação de tutela, ajuizada por Sebastião de Souza Queiroz em face de Ademar de Brito, visando à rescisão do contrato entre as partes, com a condenação do réu à devolução do veículo e pagamento da quantia de R$ 6.000,00 (seis mil reais) ao autor, a título de indenização por perdas e danos pelas benfeitorias realizadas no lote, bem como os consectários legais. Para tanto, afirma o autor que celebrou permuta, tendo como objeto, de sua propriedade, o ágio de um veículo, do qual restava um saldo devedor de aproximadamente R$ 2.000,00 (dois mil reais), de propriedade do réu, uma metade de um lote situado na Estância Mestre D'armas, no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), correspondente ao valor do ágio do automóvel. Aduz que ficou acordada a transferência da posse e a documentação do veículo, o que ocorreu em 16/06/2000, mediante procuração, bem como foi passado em seu favor um termo de substabelecimento e contrato de compromisso de compra e venda, restando a ser entregue a comprovação do imóvel e seu desmembramento perante o promitente vendedor, a ser entregue em sessenta dias. Assinala que a outra metade está habitada por pessoa alheia ao contrato. Pendente, portanto, a transferência do domínio. Afirma que, após contato com a empresa Ferhone, verificou que o imóvel não estava quitado, sendo que foi citado na ação de rescisão contratual de n. 1305-4, nesta circunscrição, onde se obrigou a pagar à empresa a quantia de R$ 8.250,00 (oito mil, duzentos e cinqüenta reais), em 80 (oitenta) parcelas. À título de perdas e danos, assevera que edificou no lote uma casa, na qual reside, desembolsando a quantia de R$ 6.000,00" (Ap Civ. 2001.05.05.1.002712-0. Apte: Aldemar de Brito. Apdo: Sebastião de Souza Queiroz. Rel. Des. Carmelita Brasil). Do julgado, verifica-se que o réu (apelante) deixou de esclarecer ao apelado que o bem (lote não se encontrava integralmente pago, estando pendentes de quitação parcelas do contrato feito com a empresa Ferhone, cujo valor totalizava o montante de R$ 8250,00. Extrai-se o seguinte do julgado: "No caso submetido a exame, tem-se que o apelante omitiu do apelado o fato de que o imóvel não se encontrava quitado, comportamento este que foi essencial à celebração do negócio. Tem-se que a omissão levada a efeito pelo apelante poderia, em tese, inclusive acarretar a nulidade do negócio. (...). Assim, afere-se que a relação jurídica entabulada não propiciou ao apelado a devida segurança, pois o apelante, ao omitir a real situação do imóvel, não fazendo qualquer menção ao fato de que se

encontrava pendente de pagamento, não agiu com lealdade e honestidade devidas. Em suma, desde o início faltou com a boa-fé exigível, não esclarecendo circunstância essencial ao negócio. No que concerne à condenação em perdas e danos, e considerando a compensação requerida pelo apelante, tenho como justa a determinação contida na r. sentença" (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. www. tjdf.gov.br)

[30] O reconhecimento é exposto por Renan Lotufo: "O erro torna-se relevante só quando a parte não consegue reconhecer a falsa noção da realidade, em relação ao seu conteúdo e às circunstâncias do negócio, ou à qualidade e identidade da outra parte, tomando-se como parâmetro a ordem normal e a diligência dos seres humanos". (*Código Civil comentado*: parte geral [arts. 1º a 232]. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 382).

[31] É análoga à situação apontada por Manuel António Carneiro da Frada: "O problema pode ilustrar-se com o exemplo extremo da empresa petrolífera que, sabendo da riqueza escondida no subsolo de determinado terreno, o compra sem indicar esse facto ao agricultor seu proprietário, o qual desbarata assim incalculável. Talvez num caso destes se diga ou queira ainda que cada um dos sujeitos tem a possibilidade de aproveitar para si as vantagens de uma informação superior à do outro. Mas importa reconhecer que existem evidentemente exceções a esta máxima de carácter geral, nomeadamente no campo da tutela do consumidor. (É interessante notar que o caso em apreço escapa aparentemente à actual previsão de proibição do negócio usurário, que não protege *apertis verbis* contra 'puras' deficiências de conhecimento. Apesar disso, é bem de duvidar que uma empresa possa aproveitar-se, em benefício próprio e com detrimento de outrem, de uma informação cuja obtenção, quanto mais não seja por exigências técnicas ou de custo que implica, se apresenta na prática vedada ou inacessível à generalidade das pessoas, implicando uma intolerável desigualdade" (*Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 450, n. 464). (grafia no original).

[32] MOREIRA DA SILVA, Eva Sónia. Ob. Cit. p. 124.

O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR NO BRASIL: A QUESTÃO DA FILIAÇÃO E DA IDENTIDADE GENÉTICA NO ÂMBITO DO "PROJETO PARENTAL" REALIZADO POR MEIO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA*

THE FAMILY PLANNING RIGHT IN BRAZIL: THE QUESTION OF MEMBERSHIP AND GENETIC IDENTITY UNDER " FAMILY PROJECT" MADE THROUGH HETEROLOGOUS ARTIFICIAL INSEMINATION

Denise Almeida de Andrade
Márcia Correia Chagas

RESUMO

O direito ao livre planejamento familiar foi alçado à condição de direito fundamental pela Constituição Federal brasileira de 1988, estando adstrito, contudo, aos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. Ao mesmo tempo, é garantida à criança e ao adolescente a proteção prioritária e integral do Estado, da sociedade e da família, em razão do reconhecimento de sua condição de sujeitos de direitos e de pessoas em desenvolvimento/formação. Em razão disto, e diante da evolução da medicina reprodutiva, que vem desconstruindo certezas no âmbito da filiação, é que se objetivou analisar a compatibilidade entre as diretrizes constitucionais atinentes ao planejamento familiar e a legislação referente ao estado de filiação e ao exercício do direito à identidade genética. Para desenvolver o presente trabalho foi realizada pesquisa bibliográfica e documental. Percebe-se, ao verificar os dispositivos do ordenamento jurídico nacional subjacentes à temática, que há incongruências relacionadas à questão da filiação quando se trata da perfectibilização do projeto parental por meio da técnica de inseminação artificial heteróloga. Diz-se isto, porque a presença do doador de material genético representa, em algumas situações, o alijamento da figura paterna da relação familiar, pois quando não verificada a presença do pai sócio-afetivo, tem-se o exercício do direito ao planejamento familiar de forma absoluta, sem se considerar que referido direito perpassa, necessariamente, pelos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável.

PALAVRAS-CHAVES: PLANEJAMENTO FAMILIAR. DIGNIDADE HUMANA. PATERNIDADE RESPONSÁVEL. FILIAÇÃO. IDENTIDADE GENÉTICA.

ABSTRACT

The family planning right was promoted to the status of fundamental right under the Brazilian Constitution of 1988, being bound, however, the principles of human dignity and responsible parenthood. At the same time, it provides the priority protection for child and adolescent, and the full care of state, society and family, due to the recognition

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

of their status as subjects of rights and people development / training. Because of this, and given the evolution of reproductive medicine, which has been deconstructing certainties within the membership, which is aimed to analyze the compatibility between the constitutional guidelines relating to family planning and legislation relating to the status of membership and the exercise of the right to genetics identity. To develop this paper was carried out literature and documents. It can be seen, to check the provisions of national law underlying theme, that there are inconsistencies related to the issue of membership when it comes to parental project concretization, using the technique of heterologous artificial insemination. It is said that, because the presence of donor genetic material is, in some situations, the dumping of the father of the family relationship, because when they checked the presence of the father socio-affective, it has the right to family planning absolutely, without considering that permeates this right, necessarily, the principles of human dignity and responsible parenthood.

KEYWORDS: FAMILY PLANNING. HUMAN DIGNITY. RESPONSIBLE PARENTHOOD. MEMBERSHIP. GENETICS IDENTITY.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal como forma de proteção à família, reforça sua idéia de base da sociedade e estabelece que o Estado deve protegê-la de forma especial. Ainda nos parágrafos 3º e 4º do mesmo artigo estende essa proteção às chamadas entidades familiares e define o que seriam elas. Entretanto tal enumeração não é taxativa, senão meramente exemplificativa. Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo:

No *caput* do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução "constituída pelo casamento" (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução "a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos". A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. O objeto da norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram. Antes foi assim, pois a finalidade era reprimir ou inibir as famílias "ilícitas", desse modo consideradas todas aquelas que não estivessem compreendidas no modelo único (casamento), em torno do qual o direito de família se organizou. "A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial"[1]. O *caput* do art. 226 é, consequentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir

qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.[2]

Dessa forma pode-se enquadrar na significação de família, não somente as estabelecidas através de casamento, mas todos aqueles núcleos que apresentam em sua formação as características de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Paulo Lôbo faz ainda menção à estatística do IBGE datada de logo depois da promulgação da Constituição de 1988, na qual constata a existência dos mais variados tipos de arranjos familiares em voga na sociedade brasileira. Seriam eles: famílias constituídas pelo casamento (com ou sem filhos); entidades monoparentais; famílias anaparentais (grupos de irmãos após o falecimento ou abandono dos pais); parentes que convivem em interdependência afetiva; pessoas sem laços de parentesco convivendo, de "forma permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica", uniões homoafetivas; concubinárias; "comunidade afetiva formada com 'filhos de criação'... sem laços de filiação natural ou adotiva regular"[3].

Depreende-se dessa classificação extensiva que, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, o legislador constitucional quis proteger os mais diferentes núcleos familiares, por si só, base da sociedade, merecendo especial proteção do Estado. Por trás dos núcleos, quaisquer que sejam, há pessoas, cada uma delas dotada de dignidade, merecendo dessa forma proteção. Entretanto, constata-se uma inadaptação da legislação infraconstitucional aos novos contornos familiares. Muitas vezes a legislação se mostra, não apenas conflituosa, mas também, lacunosa, ainda mais quando se unem a esses novos tipos familiares as possibilidades abertas pela ciência no que tange às novas formas de procriação.

As relações familiares já tão fragilizadas pelo ritmo de vida no mundo globalizado, no confronto diário com os mais díspares valores, têm agora mais um desafio: adaptar-se aos novos modelos possibilitados pela ciência. As presunções que antes davan suporte à segurança jurídica dessas relações foram relativizadas. Novos contornos familiares surgem à margem da regulamentação. Novas demandas se desenham nos tribunais. Importa que as normas já existentes possam ser operacionalizadas de forma a resolver os conflitos, e não agravá-los.

O presente estudo objetiva precipuamente analisar a compatibilização da relevância de se garantir o estado de filiação com as novas técnicas de reprodução assistida, bem como questionar a adaptação da legislação infra-constitucional à utilização de tais técnicas quando de sua possibilidade de utilização por outros modelos familiares que não apenas os casais casados ou em união estável e o possível conflito entre o exercício do direito ao livre planejamento familiar e os direitos da criança gerada por meio de fecundação artificial heteróloga.

Para tanto empreendeu-se uma pesquisa tanto bibliográfica quanto legislativa, com o objetivo de tentar responder aos seguintes questionamentos: a) É o direito ao livre planejamento familiar um direito fundamental absoluto? b) O artigo 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988 traz uma abordagem taxativa sobre quem detém o direito ao livre planejamento familiar? c) A legislação infraconstitucional é coerente com os princípios constitucionais no que tange ao planejamento familiar? d) Frente às

possibilidades abertas à humanidade pelas novas técnicas de reprodução medicamente assistidas (TRA's), pode-se limitar o livre exercício ao planejamento familiar às pessoas casadas ou participantes de uma união estável? e) Tendo-se como pressuposto a dignidade da pessoa humana, há alguma antinomia entre o direito ao livre planejamento familiar e os direitos dos filhos gerados através de fecundação artificial heteróloga?

1 PLANEJAMENTO FAMILIAR: DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO E ABSOLUTO?

A Declaração dos Direitos Humanos, em seu art. XII estabelece: "Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques".[4] Desta forma, a vida privada e a liberdade da estruturação familiar são colocadas como direitos que devem ser garantidos tanto quanto a honra e a reputação.

O planejamento familiar, que tem como uma de suas vertentes os direitos reprodutivos, foi inserido constitucionalmente como de livre decisão do casal, sem interferências de organismos oficiais ou privados, bem como reconhecido por vários documentos internacionais como um direito fundamental. Cumpre aqui a discussão, não sobre sua inclusão nessa categoria de direitos, e sim sobre sua autonomia e sobre a possibilidade de ser reconhecido como um direito absoluto, no que respeita às suas possibilidades e aos seus destinatários.

A Constituição Brasileira (1988), no art. 6º, *caput*, explicita: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". A Lei Maior protege a maternidade e a saúde como direitos sociais inseridos no título referente aos direitos e garantias fundamentais.

Na esteira destes princípios, a Constituição Federal de 1988 ainda prevê no art. 226, § 7º: "Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

Que a livre decisão sobre planejamento familiar é um direito não há dúvidas, visto que a legislação internacional e pátria, assim o garantem. A questão que merece relevo coloca-se na existência ou não de um direito à procriação, como direito fundamental autônomo e absoluto, ou se esse direito seria apenas uma forma de manifestação de outros direitos fundamentais já consagrados como o princípio da intimidade e da vida privada ou, mesmo sendo um direito autônomo, se seria absoluto em termos de exercício.

O termo "direitos reprodutivos", entre os quais se insere o direito à procriação, foi cunhado, de maneira explícita, segundo Juan Guillermo F. Perea,[5] com a criação da *World Network for Defense of Women's Reproductive Rights* (Rede Mundial de Defesa dos Direitos Reprodutivos das Mulheres) no ano de 1979 e seu conceito está

intimamente ligado ao movimento feminista, em especial na busca pela autodeterminação reprodutiva.

A definição de tais direitos incluía, não apenas a decisão sobre o número de filhos e o momento de gerá-los, mas também o direito de não ser discriminado(a) se a decisão fosse no sentido da não-procriação. Nas palavras de Perea:

Por isso, os direitos reprodutivos vão além da simples capacidade de decidir sobre a fertilidade e o momento de exercê-la, envolvendo ainda o questionamento da maternidade como projeto de vida obrigatório para as mulheres e, em paralelo, da paternidade como parte necessária da vida dos homens.[6]

Os chamados direitos sexuais e reprodutivos reconhecem na concepção de Maria Cláudia Brauner:

[...] o direito das pessoas de organizar sua vida reprodutiva e de buscar os cuidados que a ciência oferece para a solução e restabelecimento da saúde sexual e reprodutiva. Portanto, deve ser considerada legítima toda intervenção que tenha o objetivo de assegurar o restabelecimento das funções reprodutivas, ou, de oferecer alternativas que possam resultar no nascimento dos filhos desejados.[7]

A mesma autora, após comentar que textos jurídicos reconhecem o direito do ser humano de ter filhos (artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos), entende que, no citado artigo estaria assegurado tal direito como "personalíssimo, indisponível, inalienável, devendo ser protegido pelo Estado e suas instituições".[8] Desta forma estaria o direito de gerar entre os direitos fundamentais, bem como o de não gerar. Ainda para Brauner, o direito de gerar: "releva o direito a intimidade e a autodeterminação das pessoas, não podendo ser cerceado ou limitado como acontece em certos países, como na China".[9]

Por outro lado, inúmeras são as posições contrárias a um direito de procriar como um direito autônomo e absoluto. Heloisa Helena Barboza afirma que

[...] em nível internacional, a indagação quanto à existência de um direito à procriação encontrou diferentes respostas. Não há grandes divergências, porém, no sentido de que o *'right to procreate'* tem um conteúdo negativo, isto é, que atribui ao indivíduo uma defesa contra qualquer privação ou limitação, por parte do Estado, da liberdade de escolha quanto a procriar ou não...[10]

Quanto à não interferência do Estado ou de quaisquer entidades particulares no exercício do direito de fundar uma família, os diferentes Estados internacionais adotam diversas posições.[11] A recém citada autora alude que nos Estados Unidos da América esse direito recebe uma grande proteção não só legal, como constitucional, sendo

considerado como um dos aspectos do direito à privacidade e tem foros de absolutismo na cultura daquele país.

Em contrapartida, cita que a Comunidade Européia, bem como os documentos internacionais, como Declarações e Convênios, não admitem de maneira explícita um "direito à procriação", mas tão somente um direito a "fundar uma família", sendo dessa forma o entendimento da corrente contrária à existência do direito à procriação como um direito humano fundamental de forma autônoma. Nas palavras da autora:

[...] parece para a mesma corrente improcedente incluir essa função dentro da formulação de 'direito humano', em sua compreensão técnica. Admite-se, contudo, que a essência da liberdade de fundar uma família constitui uma manifestação da privacidade determinada pelo livre desenvolvimento da personalidade, com um duplo conteúdo, de positiva participação na criação ou fundação familiar, e de obstáculo às interferências na intimidade que assegura a liberdade de decisão decorrente da referida participação positiva. [12]

Não obstante tal posição, as Conferências Internacionais do Cairo, sobre população e desenvolvimento, e de Pequim (Beijjing), sobre as mulheres, ocorridas, respectivamente, em 1994 e 1995, reconheceram os direitos reprodutivos como direito humano fundamental, numa nítida evolução do conceito. O conteúdo essencial de tais declarações centra-se na liberdade de escolha reprodutiva, envolvendo o direito do acesso às condições de realização da procriação, incluindo as novas tecnologias reprodutivas, bem como o direito de não se reproduzir, também com o acesso a métodos contraceptivos seguros.

Ocorre que tal direito não é necessariamente entendido como absoluto, visto que seus efeitos ultrapassam a esfera do indivíduo afetando diretamente a vida e a intimidade de outro - o ser gerado - que não pode ser considerado como objeto da realização de desejos de outrem, tampouco como meio para essas realizações, mas que, como ser humano, tem um fim em si mesmo, vindo a ser, desta forma, sujeito de direitos.

Junges entende como legítimo o direito de desejar o próprio filho e de buscar os métodos necessários à realização de tal desejo. Porém ressalta que essa legitimidade não abre a perspectiva da transformação do filho "em remédio para a frustração do casal e nem reduzi-lo a meio de realização dos pais".[13]

Em outras palavras, apesar do reconhecimento, por intermédio de Conferências Internacionais do direito à fundação de uma família como direito humano fundamental, tal direito não pode se constituir em um direito absoluto, dado que a ele confrontam-se os direitos inerentes ao próprio filho, inclusive o de sua não reificação, para atender às demandas alheias. Nesse sentido Göran Ewerlöf, aludindo à legislação da Suécia, afirma que:

[...] ter filhos não é um direito humano incondicional e [...], por isso, as atividades em questão só deverão ser permitidas sob o pressuposto de que se dêem as possibilidades necessárias para que a criança em gestação possa crescer em condições favoráveis. [14]

Os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, consagrados pela Constituição Federal Brasileira (art. 226, § 7º), corroboram com o entendimento de que, apesar de sua consagração como direito fundamental autônomo, e não apenas uma derivação estrita de demais direitos, como à vida privada,[15] o direito à liberdade do planejamento familiar, sem a interferência de organismos oficiais ou privados, não é absoluto, no sentido de que seu exercício está limitado pelos princípios acima referidos.

No que se refere à dignidade humana, tem-se que a Constituição Federal de 1988, no art. 1º, inciso III, a erigiu à condição de princípio fundante, estando ramificada por todo o texto constitucional. Consoante Fernando dos Santos, considerar este princípio como fundamento deste Estado, "importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Não só o Estado, mas consectário lógico, o próprio Direito".[16]

Nas palavras de Jussara Meirelles

[...] não compete à sociedade e ao Direito estabelecido criar ou reconhecer o indivíduo como 'pessoa'; são os indivíduos que criam a sociedade, o Estado e o Direito que a rege. Desse modo, há que se considerar Estado de Direito quando existe o reconhecimento às liberdades e aos direitos fundamentais dos indivíduos que o integram e a quem se reconhece, de igual maneira, como seus criadores; do contrário, quando a primazia dos sujeitos não é considerada, afastado está o delineamento do chamado Estado de Direito."[17]

Neste passo, entendem Regina Sawen e Severo Hryniewicz que dignidade humana significa "reconhecer na pessoa humana o seu valor intrínseco e *sui generis*, que não pode ser avaliado segundo critérios de ordem econômica".[18]

Assim, entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana apregoa que o ser humano não pode ser manipulado ou degradado a fim de atender a interesses alheios. Nas palavras de Fernando Ferreira dos Santos "o que caracteriza o ser humano, e o faz dotado de dignidade especial, é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo"[19].

Além do princípio acima referido, necessário analisar outros dois, quais sejam: o da paternidade responsável e do melhor interesse da criança.

O termo "paternidade responsável" refere-se não somente à paternidade em sentido estrito, mas por óbvio, dentro do contexto constitucional de igualdade de sexos, à maternidade responsável também, nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira Gama:

A parentalidade responsável representa a assunção de deveres parentais em decorrência dos resultados do exercício dos direitos reprodutivos - mediante conjunção carnal ou com recurso a qualquer técnica reprodutiva. Em outras palavras: responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vêm a gerar uma nova vida humana cuja pessoa -

a criança - deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor.[20]

Logo, do texto exposto depreende-se que na "parentalidade responsável" está envolvido o respeito ao ser gerado e a garantia de seus direitos, visto que a criança tem um fim em si mesma, não sendo um meio para satisfação dos interesses individuais ou desejos de outrem.

Como consectário lógico dos dois princípios acima descritos, também exerce limite ao direito ao livre planejamento familiar o não menos importante princípio do melhor interesse da criança. Como já discutido, a criança é um fim em si mesma e a Constituição Federal estabeleceu que ela é o epicentro das relações familiares não podendo ter seus interesses descurados em qualquer hipótese. Textualmente:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, **à dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.[21] (grifos nossos)

Ressalte-se que essa absoluta prioridade é indispensável diante da condição das crianças e adolescentes de, nas palavras de Gama[22], "pessoas humanas em processo físico e psíquico em desenvolvimento". E continua:

[...] a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 1989 pela Assembléia das Nações Unidas, foi ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710/90 3, No item 3.1, prevê o melhor interesse da criança como vetor-guia em todas as ações relativas às crianças.[23]

Ainda no § 8º do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, temos o imperativo de que o Estado deverá "assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

Logo, também no que tange ao direito ao livre planejamento familiar, deve este contemplar os princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança, tais como acima descritos. Pois esta é o elemento mais vulnerável das relações familiares, merecendo assim, especial proteção.

Esclareça-se que se entende por planejamento familiar todo o *background* necessário ao pleno desenvolvimento e amparo da família. Ou seja: moradia, alimentação, lazer, educação, vestuário etc. Todavia, da forma como foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, porém, está limitado às noções de controle de fecundidade (contracepção) e de estímulo a ela (possibilidade de conceber).

Este último aspecto (possibilidade de conceber), sempre foi, no entanto, amplamente ignorado e, no imaginário coletivo, planejamento familiar corresponde às noções de contracepção, controle populacional e técnicas e métodos de esterilização.

O movimento feminista, em ascensão nas décadas entre sessenta e setenta, passou a participar das discussões sobre planejamento familiar, até aqui apregoado muito mais sob a perspectiva do controle de natalidade e a analisar o controle de fecundidade por outro ângulo, o da autonomia da mulher sobre seu próprio corpo. O centro das atenções agora deveria ser muito mais os princípios do direito à saúde e o bem-estar dos membros da família do que a definição do seu tamanho.

A Lei 9.263/96[24] inicia por estabelecer o planejamento familiar como direito de todo cidadão:

Art.2°: Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, homem ou pelo casal.

parágrafo único: É proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico.

Define-se, pois, planejamento familiar englobando os direitos de constituição de família e aumento da prole, contrariando a tradição leiga de encará-lo apenas como uma forma de abstenção de prole, e, em seu parágrafo único, deixa clara a posição do legislador, em consonância com os princípios constitucionais da não utilização de ações em qualquer tipo de controle populacional. Insere-se o planejamento familiar em um conjunto de ações de atenção integral à saúde e de atendimento global ao homem, à mulher e ao casal. Suas ações devem ser preventivas e educativas e propugnam pelo "acesso igualitário às informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade" (art.4º).

Como se vê, é objetivo de tal instituto não apenas o controle da fecundidade, mas também seu incentivo (da fecundidade) a pessoas, isoladamente, e a casais. A Lei não oferece qualquer distinção entre as pessoas detentoras de tal direito, seja em relação à idade, estado civil, nível educacional ou social etc.

O planejamento familiar envolve, portanto, o direito de buscar as múltiplas formas de satisfazer os ideais pessoais de formação familiar, não apenas regulando o número de filhos por meio de métodos contraceptivos, mas também maneiras de fertilização, pois nem todos os casais possuem a mesma possibilidade física de gerar filhos sem um auxílio especializado.

Logo, a constatação que se impõe é a de que a chamada procriação artificial[25] surge como um auxílio legítimo para a concretização do projeto parental. Segundo Brauner:

A inserção dos direitos sexuais e reprodutivos, incorporados ao elenco dos Direitos Humanos, assegura às pessoas o direito ao planejamento familiar para a organização da vida reprodutiva, incluindo-se o recurso a toda descoberta científica que possa vir a

garantir o tratamento de patologias ligadas à função reprodutiva, desde que considerados seguros e não causadores de riscos aos usuários e usuárias. [26]

Esclareça-se que as últimas décadas do século XX apresentam ao homem inúmeras descobertas científicas para as quais não estava preparado. A sociedade humana não acompanhou a evolução que aconteceu dentro dos centros de pesquisa, e quando os resultados dos experimentos extravasaram estes limites, o que se observou e observa, é uma propagação de incerteza e insegurança.

A reprodução humana artificial, alavancada pelo progresso da biotecnologia, apresenta ao Direito, conflitos outrora inimagináveis, solicitando do mundo jurídico um posicionamento rápido e firme, sem que haja, contudo, o afastamento de princípios éticos e morais e a inviabilização do progresso científico. Diz-se isto porque estas práticas biomédicas[27], enquanto restritas aos laboratórios e centros de pesquisa, são conquistas admiráveis, mas quando transportadas para a seara do Direito, se apresentam como um emaranhado de dúvidas e incertezas ameaçando a efetividade de princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e de direitos já enraizados na legislação nacional, como o direito ao conhecimento de filiação completa.

É neste contexto que a reprodução humana, antes tida como o ato mais íntimo de um casal, é lançada em um ambiente de ampla participação, já que os gametas - óvulos e espermatozóides - são manipulados extracorporeamente.

Nas palavras de Eduardo Oliveira Leite "o mundo jurídico(...), viu-se, de uma hora para outra, solicitado tanto pelos pesquisadores como pelos profissionais, que o invocavam como meio de garantir mais segurança e maior legalidade à audácia das novas práticas, evitando as eventuais demandas diante dos tribunais".[28]

As normas vigentes não são mais capazes de responder, ao menos satisfatoriamente, às indagações da sociedade, até porque, em algumas circunstâncias, há a ausência de normas, *v.g.* no que tange ao problema de reconhecimento de filiação completa, quando a criança é fruto de inseminação artificial heteróloga.

Há que se lembrar que apesar da ciência do Direito não se restringir à legislação, tem-na como um de seus pilares, e sua ausência pode gerar uma liberdade ilimitada, nociva à própria sociedade. Neste sentido são os ensinamentos de Eduardo Oliveira Leite: "porque o Homem não pode viver sem limites e sem regras. Porque o vazio jurídico torna tudo possível".[29]

Diante do reconhecimento do direito ao planejamento familiar como um direito fundamental, um elemento deve, entretanto, estar presente nas análises e propostas legislativas: a consideração de "que a concepção e a reprodução pertencem à intimidade e à liberdade dos casais, enfatizando-se que daí se origina o dever de responsabilidade pelo filho que gerarem".[30]

2 TECNOLOGIAS MÉDICO-REPRODUTIVAS, ESTRUTURA PARENTAL E CONFIGURAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O direito de família brasileiro tem suas raízes calcadas no direito português que norteou a conduta pátria até o advento do Código Civil de 1916, que teve como paradigma o *Code Civil* de 1804. Seus principais sustentáculos eram: a oficialização das relações afetivas (matrimonialização); paternidade vinculada à legitimidade do filho, o que só ocorria no conjunto de circunstâncias que se convencionou chamar de "constância do casamento"; repulsa por toda e qualquer relação extra-matrimonial, com a conseqüente condenação de seus "frutos" à "bastardia", por representarem "ameaça à paz e ao patrimônio familiares".[31]

A noção de infertilidade,[32] até o século XV, sempre foi atribuída a um problema exclusivamente feminino. Ignorava-se, até então, que houvesse qualquer possibilidade de haver infertilidade masculina. Tal posição só veio a se modificar a partir do século XVII, quando, em 1677, o cientista Johann Ham afirmou ser a esterilidade[33] também proveniente da ausência ou escassez de espermatozóides.[34]

Dois em cada dez casais têm problemas de fecundidade. No Brasil esta estatística vai a oito milhões de casais que não conseguem ter filhos pelos métodos naturais.[35] Diante de tal quadro, a tecnologia reprodutiva vem ao auxílio deste anseio pela realização do projeto parental. É diante da vontade de ter filhos e da impossibilidade de concretizar este desejo que se potencializa a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, que são as possibilidades médicas que renovam as esperanças de casais (e pessoas individualmente consideradas) quanto ao sonho da maternidade/paternidade. Tais recursos são meios legítimos à realização do projeto parental.

Tais técnicas constituem-se em procedimentos de interferência médica, objetivando a facilitação de uma gestação, incluído nesse procedimento não apenas o acompanhamento médico, como também a administração de medicamentos que estimulem a viabilização do processo natural reprodução. A esterilidade é considerada pela Classificação Internacional de Doenças - CID: "uma enfermidade ou como conseqüência de uma enfermidade com seus componentes físicos, psíquicos e inclusive sociais".[36] Desta forma, compreensível é o anseio, se não pela cura, pela minimização de seus efeitos.

Como pode ser observado, as técnicas de reprodução humana medicamente assistidas incluem, de uma forma ou de outra, métodos invasivos e que podem envolver questões de ordem médica, ética e social, a exemplo da questão referente à doação de gametas, na inseminação artificial heteróloga e seus desdobramentos.

Ao contrário do que se possa imaginar, a doação de gametas para fertilização de terceiros não é um fato tão recente na ciência. A primeira experiência bem sucedida (que resultou em gravidez) de que se tem notícia data de 1884, com Pancoast, que teria conseguido o resultado de uma gravidez por meio de esperma doado. É possível tal doação tanto "a fresco", como é o caso mais eficiente em se tratando de óvulos, dada a dificuldade maior de sua criopreservação, como de material congelado, caso mais comum quando se trata de esperma.

A inseminação artificial heteróloga é utilizada, principalmente[37], quando da comprovada esterilidade definitiva masculina ou quando da descoberta de doenças hereditárias que seriam transmitidas aos descendentes. Há a doação de embriões que

acontece nos casos de esterilidade feminina e masculina por ausência de óvulos e espermatozóides. Nestes casos, há a doação do embrião ao casal estéril.

Diante do fato de se inserir nesta relação uma terceira pessoa - doador de sêmen - é que se questiona as repercussões, no que tange ao Direito, ao direito à identidade genética e ao estado de filiação. Aborda-se, neste diapasão, o anonimato dos doadores, garantido pelo item 3, primeira parte, da seção IV da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, vez que não se encontra disposição análoga na lei, e, como se sabe, as regras deontológicas obrigam seus usuários, no caso em epígrafe, os médicos; mas para a população em geral, vigora o dispositivo constitucional segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer nada, senão em virtude de lei.

As antinomias percebidas nessa seara são explícitas, e dentre elas ressalta-se a possibilidade do choque de interesses entre o anonimato dos doadores, garantidos pela Resolução, e o direito ao conhecimento de sua origem, garantido de forma irrestrita ao "filho" pela Constituição Federal, Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e as conseqüências de uma investigação de tal monta (investigação de paternidade/maternidade), tanto em relação aos efeitos jurídicos (responsabilidades legais), quanto aos psicológicos, sociais e até mesmo patrimoniais que exsurgem dessa questão.

As repercussões da utilização de técnicas de reprodução assistida não se restringem à seara das ciências biomédicas, nas palavras de Eduardo Oliveira Leite

a procriação artificial se inscreve num contexto médico, científico e sócio-cultural próprio à sociedades industrializadas. Mas é no terreno jurídico que a nova realidade cria maiores desafios aos estudiosos: ela desestabiliza o equilíbrio, sempre mais ou menos precário, do Direito. Entre o fundamento voluntário e o fundamento biológico da filiação, entre as filiações de fato e as filiações de direito, a procriação artificial impõe doloroso dilema de escolher se refugiar na meia-verdade ou na mentira. A cada estágio, para cada técnica, intervém a obsessiva ambigüidade de não se poder fazer desaparecer juridicamente a consideração da criança a nascer e não poder se definir seu interesse, na ignorância em que nos encontramos de seu futuro e o de seu pai e mãe.[38]

Com efeito, as relações médicas, frente às novas técnicas de reprodução assistida, extrapolam a idéia médico-paciente e aguarda pela intervenção do legislador. Corrobora esta afirmação Eduardo Oliveira Leite quando aduz:

[...] definindo o ambiente da atividade médica o legislador retira a relação médica da esfera privada. O ato médico deixa de ser uma relação entre duas pessoas privadas. A oferta feita pela lei e legitimada ao médico passa a ser limitada por aquilo que o legislador considerou 'eticamente' possível. O que é cientificamente possível é socialmente limitado.

Nas palavras de Ike Coan

ao mesmo tempo que o devir do progresso humano permite a invenção da novidade, o aumento de conhecimentos e o alargamento das possibilidades de um bem - estar maior trazem o risco do imponderável, da agressão à natureza e à própria espécie humana. E o grande perigo da produção de novidades sem nenhum tipo de refreamento consiste na possibilidade de serem violados valores humanos fundamentais.[39]

Entretanto, as normas e propostas que versam sobre o assunto são confusas e contraditórias, deixando margem às mais diferentes interpretações. A Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina - CFM, na seção II, item 2, reza:"**Toda mulher, capaz nos termos da lei**, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites dessa resolução, pode ser receptora das técnicas de RA., desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado". (grifos nossos).

Sabe-se que o sistema jurídico que tem por fim proteger e garantir direitos (embasado nas codificações civis dos séculos XIX e XX), sejam eles fundamentais ou não, está calcado num sistema de normas postas a um homem abstratamente considerado: o chamado sujeito de direito (também uma abstração jurídica). Nas palavras de Fachin:

Era um sistema pretensamente neutro calcado em abstratas categorias jurídicas, destinado a ser impessoal, praticamente intangível e com pretensões à perenidade, desenhou a formulação mais acabada do projeto ideológico de sustentação do Direito Civil nos últimos dois séculos. O Direito do homem sozinho, centrado em uma hipotética auto-regulamentação de seus interesses privados, e conduzido pela insustentável igualdade formal, serviu para emoldurar o bem acabado sistema jurídico privado[...]. [40]

O ordenamento jurídico brasileiro regula o direito ao planejamento familiar como livre decisão do casal. Mas, quando o anseio por uma descendência ocorre de forma solitária? As propostas de regulamentação de técnicas de reprodução assistida são, em sua maioria, restritivas ao acesso de pessoas isoladamente consideradas. Os questionamentos de Marilena Villela Corrêa fundamentam a discussão:

[...] Como se sabe, com a difusão da reprodução assistida, homens e mulheres, independentemente de seu estado de união, orientação sexual ou idade, passaram a cogitar e mesmo buscar a reprodução por meio daquelas técnicas. Como reservar ao casal monogâmico heterossexual unido o direito a reivindicar procriação e constituição da família através da reprodução assistida, quando se fala em autonomia das decisões reprodutivas e em 'direito à reprodução'? Que discursos impedirão ou, ao contrário, justificarão que demandas de homossexuais, pessoas solteiras, mulheres fora da idade reprodutiva sejam dirigidas à medicina? [41]

Mais uma vez a legislação é confusa e aparentemente antinômica. A Constituição, por um lado protege os mais variados modelos de formação familiar, por outro, atribui ao "casal" o livre exercício do direito ao planejamento familiar (art. 226, § 7º). Já a Lei de planejamento familiar atribui o acesso a meios eficazes de regulação da fecundidade, garantindo iguais direitos de "constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal"[42]. O Código Civil no art. 1597, ao referir-se à utilização de técnicas de reprodução medicamente assistidas (TRA's), o faz dentro do artigo que trata sobre presunção da filiação (no casamento), e a nada mais faz referência.

Entende-se, portanto, que o direito ao planejamento familiar não pode estar restrito a casais casados ou companheiros em união estável, visto que a partir de uma leitura sistêmica da Constituição Federal não se pode fazer distinção entre formações familiares, na dicção de Carlo Maximiliano[43], aqui citado por Paulo Lobo:

Carlos Maximiliano aponta-nos três critérios hermenêuticos compatíveis à hipótese em exame, da interpretação ampla:

- a) Cada disposição estende-se a todos os casos que, por paridade de motivos, se devem considerar enquadrados no conceito;
- b) Quando a norma estatui sobre um assunto como princípio ou origem, suas disposições aplicam-se a tudo o que o mesmo assunto deriva lógica e necessariamente;
- c) Interpretam-se amplamente as normas feitas para "abolir ou remediar males, dificuldades, injustiças, ônus, gravames".

Aberto o acesso às diversas técnicas de reprodução medicamente assistidas para realização do projeto parental aos casais casados, pelos motivos retro citados, estaria também tal possibilidade ao alcance de casais "menos ortodoxos" e a pessoas isoladamente consideradas, visto que o § 4º do art. 226 da Constituição reconhece: "**também,** como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus ascendentes".

A proteção estatal da família faz-se, em grande parte, por meio do Direito. Ocorre que, em relação às novas técnicas de reprodução medicamente assistidas (TRA's), a legislação mostra-se, em especial, lacunosa, confusa e antinômica. Sem uma identidade própria, mistura conceitos, tendências e parâmetros culturais.

O estabelecimento de regras, quando essas correspondem aos valores da sociedade e submetem-se aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais do ser humano, é um importante instrumento de proteção, mormente quando a essas regras se unem instrumentos legais, sociais e políticos para sua efetivação. Pois, como bem observa Eduardo de Oliveira Leite: "[...] o homem não pode viver sem limites e sem regras. Porque o vazio jurídico torna tudo possível[...]. Com efeito, sem lei, nada está fora da lei e tudo é possível".[44]

3 INOVAÇÕES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 ATINENTES À FILIAÇÃO/A REPERCUSSÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS MÉDICO-REPRODUTIVAS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Em atenção ao dever do Estado de prover meios educacionais e científicos para o exercício do direito ao livre planejamento familiar, o Código Civil de 2002 achou por bem incluir algumas das possibilidades atinentes às tecnologias reprodutivas no rol de presunções relativas à filiação, trazendo, desta forma, um redimensionamento da matéria.

Talvez as maiores alterações tenham ocorrido no que se refere à filiação. A igualdade jurídica de todos os filhos já estabelecida pela CF (art. 127, § 6º), ECA (arts. 26 e 27), foi repetida pelo art. 1596. Também o rol de presunções de filhos concebidos na constância do casamento (art. 1597) ampliou-se, englobando os filhos havidos por fecundação artificial homóloga (mesmo que falecido o marido) ou quando se tratar de "embriões excedentários" e os havidos por fecundação artificial heteróloga com o consentimento do marido. (incisos II - V). Aproximando o máximo possível a verdade real (ou biológica) da verdade jurídica, o legislador tornou a Ação Negatória de Paternidade imprescritível (art. 1601).

Tratando-se do artigo 1597 do CC, que se refere ao sistema de presunções da filiação, tem-se a ampliação desse rol em três incisos (III; IV; V) que envolvem as TRA's. O inciso V do mencionado artigo presume a filiação nos casos de inseminação heteróloga desde que com prévia autorização do marido. E nada mais estabelece.

Não faz referência à possibilidade de utilização das TRA's fora do casamento, também na as veda. Ocorre que também não estabelece qualquer possibilidade de presunção quando da União Estável.

É neste sentido que reside a relevância de se discutir a relação entre a Inseminação Artificial Heteróloga, a identidade genética e o estado de filiação, pois consoante a legislação pátria, não há como se negar a uma criança os meios de conhecer sua origem. A evolução nos procedimentos utilizados nas técnicas de reprodução assistida apresentou à sociedade atual uma série de situações outrora inimagináveis. Todavia, este desenvolvimento científico não significa, necessariamente, um avanço para o homem, na medida em que pode gerar conseqüências que vão de encontro a direitos e garantias fundamentais inerentes à condição de pessoa humana.

Na análise de Marilena Corrêa, mais especificamente sobre o desejo de procriação:

[...] a reprodução assistida interfere com desejos individuais e normas sociais no campo da reprodução, do casamento e da família. Finalmente, sua aplicação tem desdobramentos que ultrapassam em muito uma terapêutica individual ao atingir gerações futuras e implicar conceitos como do início da vida e o próprio valor da vida humana[45].

A legitimação social da utilização das novas técnicas encontra assento no fato de que, hoje, a procriação não tem apenas uma conotação de constituição de família, estando, outrossim, ligada a uma forma de sucesso pessoal.

Numa sociedade competitiva e hedonista, na qual a tônica é a realização imediata de todos os desejos e aspirações e a busca pela perfeição como uma obrigação para o projeto de vida dos indivíduos - onde qualquer frustração influi num sentimento de inferioridade e fracasso - a esterilidade, mesmo que sem causa aparente, é, muitas vezes, vista como uma deficiência e que pode gerar, além da frustração pessoal à fragilização de relações.

Essa fragilidade e sentimento de inferioridade abrem um fértil campo para a "manipulação" de sentimentos e desejos. Becker, em estudo sobre a sociedade americana, por exemplo, aponta que o recurso à utilização das TRA's está ligado a uma cultura norteada pelo consumo e que reforça o individualismo e a autonomia, e que o fator econômico tem sido um dos que mais contribuem para o processo de tomada de decisões. [46]

Como se vê, o legislador tentou, mas não conseguiu elucidar impasses ligados à inseminação heteróloga, restando àqueles a quem cabe decidir, valer-se de legislação afim e demais fontes do Direito, para dirimir os conflitos surgidos diante destas práticas médicas inovadoras. Daí, questões sensíveis emerges, *v. g.*, a possibilidade de o filho, por essa forma gerado, vir a querer conhecer o seu "pai biológico" ou a sua ascendência genética. O ordenamento jurídico brasileiro só tem um remédio para satisfazer essa "curiosidade" - uma ação de investigação de paternidade.

Todavia, esse recurso jurídico utilizado para a realização do direito de conhecimento de sua origem genética (um direito da personalidade), pode causar constrangimentos, não somente para o "pai-afetivo", como para o "pai-biológico" que, como doador, efetuou um ato de mera liberalidade, não tendo, certamente, a intenção de formar uma família por essas vias.

As clínicas que trabalham com reprodução humana, ao "captar doadores", fazem com eles um contrato no qual se comprometem a não revelar a identidade do doador ao receptor e vice-versa[47]. Ocorre que o art. 27 do ECA dispõe que "o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais e seus herdeiros, sem qualquer restrição...". Logo, mesmo que os contratos de doação de material genético "garantam" o anonimato, tal cláusula estaria prejudicada diante do direito inalienável do conhecimento da origem, e, uma vez reconhecido o vínculo de filiação, mesmo que de maneira forçada, estabelecem-se os efeitos do Poder Familiar, englobados aí direitos e deveres.

Aqui surge mais um problema, pois não obstante as garantias oferecidas pela Resolução 1.358/92 do CFM, seção IV, 2 e 3, e do que possam "assegurar" os contratos de doação, tais dispositivos são inferiores às leis e, obviamente, à própria Constituição, ensejando, desta forma, a possibilidade de, a critério do filho, uma futura ação de investigação de paternidade (ou maternidade), contra o doador ou doadora, com reflexos de ordem pessoal e patrimonial (obrigações de caráter sócio-afetivo, alimentar, sucessório, além de todos os deveres inerentes ao Poder Familiar).

O Poder Familiar deve ser entendido como o conjunto de direitos e obrigações que os pais têm em relação aos filhos enquanto menores. Nessa esteira define o art. 3º do ECA:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

E quem deve, primariamente, assegurar a consecução desses direitos legalmente garantidos são os pais, responsáveis pelos menores. Nesse sentido, o art. 227, *caput* e § 6º da CF/88 dispõe que à criança e ao adolescente devem ser assegurados direitos com absoluta prioridade, não havendo qualquer distinção entre filhos havidos dentro e fora do casamento. Já o art. 27 do ECA explicita que "o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça."

O estado de filiação, da forma como está regulamentado, traduz o reconhecimento jurídico da importância da família para o desenvolvimento saudável de um indivíduo. O direito de saber sua origem, sua história familiar, os seus antepassados é inerente à condição de pessoa. Não se pode negar a relevância desses aspectos para que o indivíduo sinta-se parte de um todo, incluso em um contexto que, sem esses aspectos, torna-se alheio à sua vida.

É no seio familiar que desde a mais tenra idade os indivíduos percebem estar inseridos em um grupamento maior e mais complexo, e passam a anexar a este os valores morais, a educação e a herança cultural adquirida no núcleo familiar.

A relevância do conhecimento da filiação autoriza que todas as ações judiciais que tenham por escopo o reconhecimento, modificação ou negação da filiação, são ações de estado, sejam imprescritíveis. O ordenamento jurídico pátrio reconhece a relevância de se garantir o estado de filiação completo, na medida em que é expresso ao afastar qualquer possibilidade que impeça uma criança ou um adolescente de conhecer sua filiação completa, e ovide o teor do artigo 19 do ECA:

toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, **excepcionalmente**, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. (grifou-se)

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa

a técnica mais uma vez suplanta o sistema jurídico e obriga sua reestruturação [...] o legislador procura o possível no sentido de fazer coincidir a verdade jurídica com verdade biológica, levando em conta as implicações de ordem sociológica e afetiva que envolvem essa problemática.[48]

A partir do momento em que a criança expressa o real desejo de conhecer o pai biológico/genitor, o impedimento à consecução deste anseio - além de ir de encontro à legislação brasileira -, está maculando o direito à personalidade, consubstanciado na identidade genética do indivíduo, vez que para esta criança, não foi revelado um dos responsáveis por sua identidade biológica.

Interessante seria não haver a confusão entre estado de filiação e origem genética, como bem argumenta Paulo Luiz Netto Lôbo:

Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza sócio-afetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos. Portanto, não pode haver conflito com outro que ainda não se constituiu. [49]

Ainda sobre o tema Eduardo Sá:

[...] mas, sendo assim, é-se filho de alguém por causa do código genético, ou apesar disso? Obviamente apesar disso. Daí que, num plano psicológico, falar-se de uma filiação genética representa uma falsidade porque apelando ao rigor ético, filiação é uma experiência relacional e afectiva e, em circunstância alguma exclusivamente biológica. Aliás, afirmar a legitimidade de um ser humano conhecer a sua ascendência biológica é ter uma visão reducionista da relação e desprezar a função que ela desempenha no modo como um ser humano a utiliza para se reconhecer nos seus ascendentes. Ou seja, um pai só é pai porque cuida, protege e, quando sente que deve, repreende e pune. Quero dizer, portanto, que uma criança viabilizada através da fecundação artificial com esperma de doador, tendo acesso à sua filiação genética arrisca-se a sentir-se filha de um homem de quem não é biologicamente filha, e sê-lo realmente de um homem de quem não se sente filha. E mais grave ainda, é filha biológica e emocional da mãe, filha biológica de um pai e adoptada afectivamente pelo pai (de quem se sente filha). [50]

O conhecimento da identidade genética como forma de entender a própria identidade pessoal é uma necessidade real e legítima. Essa necessidade, entretanto, tem suas raízes fincadas muito mais em fatores pessoais que patrimoniais, pelo menos esse é o "espírito" do contexto de uma relação de filiação nos moldes da Constituição de 1988. A "despatrimonialização" dessas relações permite a aproximação das verdades biológicas e afetivas com a minimização dos impactos emocionais para os envolvidos num processo de reprodução heteróloga.

4 A OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA APLICADOS AO PROJETO PARENTAL HETERÓLOGO - POSSÍVEIS CONFLITOS

A proteção jurídica às famílias monoparentais está primordialmente estabelecida na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 4º. O objetivo do legislador constitucional foi "resgatar da marginalidade" que lhes tinha sido imposta, por alguns setores mais conservadores da sociedade, as "famílias" formadas por apenas um dos pais e seus descendentes. Em verdade, proteger uma situação já posta, já existente - um fato social carente de previsão jurídica.

Eduardo de Oliveira Leite define família monoparental[51] nos seguintes termos: "Uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro e vive com uma ou várias crianças".[52] O autor aponta ainda que os diferentes países adotam, cada um deles, sua própria definição para o instituto, predominando como critério de diferenciação a idade das crianças envolvidas, mas, de forma geral, descrevem basicamente o mesmo fato social:

[...] A maior dificuldade encontrada pelos países na apreciação do fenômeno internacional decorre, inicialmente, da definição de monoparentalidade. Ou melhor, o que é uma entidade monoparental e que crianças compõem esta entidade. De qualquer maneira, a maioria dos países (tanto europeus como americanos) engloba, na definição de monoparentalidade, tanto casais que vivem em união livre quanto casais casados com posterior separação. [53]

Para o que interessa a este trabalho, a modalidade a ser considerada será a de mães solteiras. As famílias monoparentais representadas por mães e sua prole não são novidade na sociedade, nem de hoje, nem do passado. Talvez apenas as motivações de sua ocorrência tenham se ampliado. Hoje em dia não apenas o abandono por parte do parceiro motiva sua aparição, mas também o desejo deliberado de possuir uma prole mesmo que sem a companhia ou qualquer compromisso com o "pai" desse filho ("produção independente").

Uma nova modalidade dessa "produção independente" ocorre quando ela surge não a partir de relações sexuais convencionais (mesmo que furtivas), mas originam-se do recurso aos bancos de material genético, onde mulheres livres procuram inseminar-se com sêmens doados. A questão ética do melhor interesse da criança, certamente está presente em qualquer das modalidades. Na primeira (através de relações convencionais), todavia, há ainda uma maior facilidade, inclusive jurídica, de apontar a existência de um referencial masculino, mesmo que esse não seja, na amplitude que o termo encerra, exatamente um "pai"[54].

A segunda circunstância, entretanto, como depende da interferência de um número maior de atores e até mesmo de instituições, está também sujeita tanto a maiores críticas (por não ocorrer dentro do sigilo das relações e intenções), quanto a um maior controle, até mesmo legislativo, como em alguns países,[55] os quais, deliberadamente, vetam essa possibilidade. O Comitê Jurídico Interamericano, em conferência na cidade do Rio de Janeiro, de 2 a 27 de agosto de 1999, delineou um pensamento mais restritivo sobre o tema.

A normatização no Brasil, segundo a Resolução 1.358/92 do CFM, abre a possibilidade da utilização das técnicas por "toda mulher capaz, nos termos da lei, [...], desde que

tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado".[56] Faz, todavia, a ressalva de que tal procedimento só poderá ser solicitado se não se afastar dos limites da Resolução, ou seja, da indicação clínica para tratar casos de infertilidade.[57]

A argumentação de que as famílias monoparentais "deliberadas" surgem da mesma forma na adoção não procede, visto que a adoção é um instituto que tem como objetivo proteger e amparar crianças e adolescentes as quais, de fato, já não possuem uma família na qual lhes seja permitido gozar do direito à convivência familiar e comunitária adequadas, garantido pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei 8.069/90).[58]

Sobre o tema, Ferrando Mantovani ressalta o confronto de dois interesses antagônicos.[59] De um lado, o interesse da mulher em formar uma família a partir de sua própria herança genética; de outro, o do filho de poder gozar, não apenas do direito à filiação completa e da convivência familiar integral, como também de conhecer a sua própria história biológica, sua origem genética.

A criação dessa forma de família, que aqui se adjetivou monoparental "a priori", como visto, causa inúmeros questionamentos e a legislação ainda não se posicionou de forma coerente sobre o assunto, causando insegurança não só para os interessados em recorrer a tais técnicas, como ao próprio corpo médico.

A diferença primordial entre esse tipo de monoparentalidade e os demais é sua deliberação, em detrimento de quaisquer outros interesses envolvidos.

As normas que têm norteado a matéria em comento são, desta forma, confusas e trazem indefinições de posições quando, por um lado, priorizam o direito ao planejamento familiar em detrimento aos direitos da criança por este modo nascida. Na dicção de Heloisa H. Barboza:

Razoável, por conseguinte, considerar existente um direito fundamental à livre decisão quanto à procriação que inclui o direito de reproduzir ou não. A afirmativa, contudo, merece reflexão. Os efeitos do ato de geração não se restringem ao desejo, à esfera de interesse de um indivíduo, na medida em que, necessariamente, interfere de modo decisivo em outro: em outras palavras, ao se reconhecer o direito à procriação é indispensável que se considerem os direitos fundamentais do filho, também internacionalmente reconhecidos.[60]

O desejo de satisfação do projeto parental é, como demonstrado, legítimo, bem como os meios técnico-científicos para sua obtenção. Entretanto, tal direito não pode sobrepor-se de forma absoluta aos demais direitos em jogo. As possibilidades técnicas talvez sejam inquestionáveis do ponto de vista dos resultados, embora as garantias não sejam absolutas, mas os questionamentos de ordem ético-jurídico-sociais conduzem a uma ponderação sobre a irrestritabilidade de sua utilização.

Tanto a "técnica" como a "norma" podem servir de meios de emancipação do homem, ou de formas de opressão do mesmo. Os princípios, a análise das relações meio-fim, a

busca de uma identificação com o outro - diante das diferenças - são elementos que podem nortear a norma no intuito de balizar a utilização da técnica dentro de valores que revelem apreço pelo homem, socialmente inserido, bem como pelas relações advindas dessa inserção.

É nesta medida, que se entende que a consecução do projeto parental deve dar-se com supedâneo nos princípios da paternidade responsável e dignidade humana, vez que se mostram como diretrizes inafastáveis à perfectibilização do direito fundamental ao livre planejamento familiar. Diz-se isto, porque a efetivação de uma prerrogativa constitucionalmente garantida não se coaduna com a ideia de supressão ou mitigação de direitos alheios, em especial, quando se trata de crianças e adolescentes, que gozam de proteção integral do Estado.

CONCLUSÃO

Ao longo da história, a sociedade modificou, dentre outros, seus conceitos de pessoa humana e de família. A condição de pessoa passou a estar atrelada a uma série de direitos e garantias, como o princípio da dignidade da pessoa humana, hoje consagrado na Constituição Federal de 1988. A família deixou de ser um núcleo comandado por um *pater*, no qual todos estavam sob o jugo do patriarca devendo a ele obediência irrestrita, para ser entendido como um grupo de pessoas ligadas por laços de afeto e respeito, compartilhando as obrigações de maneira equânime entre pais e filhos.

Neste contexto, a proteção conferida às crianças pela legislação pátria é uma resposta à constatação de que são pessoas em desenvolvimento, e por isso vivem um processo de amadurecimento, durante o qual devem ser amparadas, preferencialmente, pelos pais.

Todavia, com o advento dos novos avanços científicos voltados à prática das técnicas de reprodução assistida, as certezas que permeavam as relações entre pais e filhos foram relativizadas, emergindo uma série de incertezas que não encontram respostas no ordenamento jurídico nacional.

Diante das análises empreendidas acerca das repercussões ético-jurídicas dessas inovações tecnológicas no campo da reprodução humana frente ao planejamento familiar como direito fundamental, concluiu-se que, embora sejam as tecnologias reprodutivas um instrumento legítimo para a satisfação do projeto parental daqueles que não obtêm êxito nesse desiderato pelos meios naturais, a utilização de algumas dessas técnicas suscita questionamentos acerca da preservação da dignidade dos atores envolvidos.

Buscou-se analisar o papel da tecnologia médico-reprodutiva na estrutura parental e na configuração do direito fundamental ao planejamento familiar. Neste sentido, estabeleceu-se a dignidade humana e a paternidade responsável como limites da utilização da biotecnologia frente às novas Técnicas de Reprodução Medicamente Assistidas, notadamente diante da inexistência de uma legislação que balize, a contento, tais procedimentos e das antinomias entre os diversos princípios e regras estabelecidos na Constituição Federal brasileira de 1988, bem como na legislação infraconstitucional.

O planejamento familiar no Brasil, por muito tempo, esteve ideologicamente ligado apenas ao controle de natalidade, mas hoje, o projeto parental é fruto de uma decisão

voluntarista e o Estado se obriga a garantir esse direito, como direito fundamental, mesmo que não absoluto, visto que deve submeter-se aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Uma das formas de o Estado garantir o exercício desse direito consiste em uma legislação coerente e que não recue frente a temas "tormentosos" ou polêmicos. Que o faça de forma a compatibilizar os interesses em questão, sem descurar dos princípios aos quais está sujeita.

Atualmente a legislação é lacunosa e antinômica. Confunde conceitos e deixa à margem a normatização de temas conflitantes, como quando não se possui um mecanismo que satisfaça o direito da criança de conhecer sua origem genética sem que, com isso, fique estabelecido um laço paterno/filial, com suas atribuições.

A tarefa árdua de adequar preceitos, algumas vezes anacrônicos, outras vezes contraditórios, caberá, por enquanto, à jurisprudência, pois as maiores conseqüências relacionadas a uma legislação vacilante, nesse caso em especial, é a fragilização das relações familiares, quando essas se tornam conflitivas e buscam a solução para seus impasses. A insegurança jurídica e a falta de parâmetros normativos eficazes permitem a perpetuação de incertezas e ansiedades, tornando mais frágil a principal teia onde se tecem as relações sociais, a família.

O que se propõe é que estas conquistas sejam desfrutadas de maneira responsável e ética, para que tantas outras garantias também alcançadas ao longo da história do homem não sejam suprimidas e que o direito à filiação e o princípio da dignidade da pessoa humana restem respeitados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

BARBOZA. Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE. Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade - bioética e biodireito** - aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 157.

BECKER, G. *Espoir à vendre: commercialisation et consommation de techniques d'assistance médicale à la procréation aux États-Units.* In: **Sciences Sociales et Santé**, 2000.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana:** conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 51e 52.

CARELLI, Gabriela. Tudo por um filho. Rio de Janeiro, 2001. **Uol.** Disponível em: . Acesso em: 9 mai. 2002.

COAN, Emerson Ike. Biomedicina e Biodireito. Desafios bioéticos. Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida *in* **Biodireito, ciências da vida, os novos desafios**, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 246 - 266.

CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de ter filhos. **Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, p. 71 - 82, 2001, v. 9. n. 2.

EWERLÖF, Göran. Inseminação artificial - debates e legislação. Tradução de Walter Cruz Swensson. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, v.11, n.41, p. 14, jul./set. 1987.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação:** o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HRYNIEWICZ, Severo e SAWEN, Regina Fiuza. **O Direito "in vitro" da bioética ao biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

JUNGES, José Roque. **Bioética:** perspectivas e desafios. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais** - a situação jurídica dos pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Procriações artificiais e o direito:** aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito:** ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 98 - 119.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 19, p. 133 - 156, ago./set., 2003.

_____. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Mundo Jurídico.** Disponível na Internet: . Acesso em 11 de setembro de 2009.

MANTOVANI, Ferrando. Le possibilità, i reschi e i limiti delle manipolazioni genetiche e delle tecniche bio-mediche moderne. **Anais**. Fórum Internacional de Direito Penal Comparado. Salvador: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 1989

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREA, Juan Guillermo Figueroa. O exercício da cidadania e a consciência cultural: condições para a construção dos direitos reprodutivos masculinos. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética:** Poder e Injustiça. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Sociedade Brasileira de Bioética e Loyola, 2003, p. 365 - 378.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5.

SÁ, Eduardo. Problemas psicológicos da fecundação com esperma de doador. In.: **Procriação Assistida -** Colóquio Interdisciplinar (12 - 13 de Dezembro de 1991). Coimbra: Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.2, 1991.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.** Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, direito de família.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 6.

VIDAL, Marciano. **Bioética:** estudios de bioética racional. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

---

[1] Cf. Gustavo Tepedino, *in A Nova Família: Problemas e Perspectivas*, Vicente Barreto (coord.), Rio, Renovar, 1997, p. 56. No sentido coincidente do texto, diz o autor, *ibidem*, que hoje "não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana".

[2] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Mundo Jurídico**. Disponível na Internet:. Acesso em 11 de setembro de 2009.

[3] Id. Ibid.

[4]DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 4. ed., atual. São Paulo: Paulinas, 1978.

[5] PEREA, Juan Guillermo Figueroa. O exercício da cidadania e a consciência cultural: condições para a construção dos direitos reprodutivos masculinos. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.), **Bioética:** Poder e Injustiça. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Sociedade Brasileira de Bioética e Loyola, 2003, p. 365 - 378, p. 365.

[6]Id. Ibid., p. 366.

[7] BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana:** conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 51e 52.

[8]Id. Ibid., p. 52.

[9]Id. Ibid., p. 54.

[10] BARBOZA. Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE. Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade - bioética e biodireito** - aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 157.

[11] Sobre o tema: TRÍAS, Encarna Roca. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org). **Biotecnologia, direito e bioética**. Belo Horizonte: Del Rey e Puc Minas, 2002, p. 104 - 107.

[12]BARBOZA, Heloisa Helena, op. cit., p. 157.

[13] JUNGES, José Roque. **Bioética:** perspectivas e desafios. São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p. 167.

[14] EWERLÖF, Göran. Inseminação artificial - debates e legislação. Tradução de Walter Cruz Swensson. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, v.11, n.41, p. 14, jul./set. 1987.

[15] Como todos os direitos fundamentais, o direito à liberdade do planejamento familiar, pode ser depreendido de outros princípios de direitos fundamentais, pois todos se referem à realização, a mais plena possível, do máximo das pontencialidades do ser humano como pessoa.

[16] SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.** Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999, p. 92.

[17] MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 151.

[18] HRYNIEWICZ, Severo; SAWEN, Regina Fiuza. **O Direito "in vitro" da bioética ao biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 64.

[19] SANTOS, Fernando Ferreira dos**,** op. cit., p. 91 e 92.

[20] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação:** o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 453 e 454.

[21] Artigo 221, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

[22] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, op. cit., p. 457.

[23] Id. Ibid., p. 457- 458.

[24]Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Coletânea. São Paulo: Saraiva, 2004.

[25]Procriação artificial - também conhecida como Reprodução Medicamente Assistida, traduz o conjunto de técnicas ou intervenções do homem no processo natural de reprodução, objetivando possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade (esterilidade ou hipofertilidade) alcancem o sonho do projeto parental.

[26] BRAUNER, Maria Cláudia Crespo, op. cit., p. 50.

[27] Entende-se por ciência biomédica, as correspondentes à medicina, à biologia e às ciências afins que tenham como objeto de estudo, a vida e a saúde do ser humano.

[28] LEITE, Eduardo Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito:** ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 98 - 119, p. 102.

[29] Idib., p. 104.

[30]BRAUNER, Maria Claudia Crespo, op. cit., p. 70.

[31] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, op. cit., p. 367.

[32] A Organização Mundial de Saúde "tem definido infertilidade como a ausência de concepção depois de pelo menos dois anos de relações sexuais não protegidas" PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, op. cit., 2000, p. 193.

[33]Embora, se observado o rigor técnico, haja diferença entre as expressões infertilidade e esterilidade, essas serão, neste trabalho, eventualmente utilizadas como sinônimas, visto que ambas podem, para os fins do presente capítulo, ser consideradas como situações de incapacitação da fecundidade. A infertilidade pode ter fatores que se denominam absolutos e relativos. Os primeiros (absolutos) "derivam de situações irreversíveis em que a concepção só será possível por meio de técnicas de RMA", é a esterilidade. O segundo caso (fatores relativos ou hipofertilidade) "a concepção poderá ser conseguida, em alguns casos, por terapêuticas tradicionais" PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Lc. Cit.

[34] Para maiores detalhes sobre o assunto: LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., 1995, p.18 - 22.

[35]CARELLI, Gabriela. Tudo por um filho. **Uol.** Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/veja/090501/p.-108.html>. Acesso em: 9 mai. 2002.

[36] VIDAL, Marciano, op. cit., 1994, p. 95.

[37] Diz-se "principalmente", pois também é utilizada em casos de esterilidade feminina.

[38] LEITE, Eduardo Oliveira. **Procriações artificiais e o direito:** aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 26 - 27.

[39] COAN, Emerson Ike. Biomedicina e Biodireito. Desafios bioéticos. Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida *in* **Biodireito, ciências da vida, os novos desafios**, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 246 - 266, p. 247.

[40]FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 210.

[41]CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de ter filhos. **Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, p. 71 - 82, 2001, v. 9. n. 2, p. 73.

[42] Artigo 2º da Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996.

[43] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 204, apud LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Mundo Jurídico.** Disponível em: . Acesso em 11 de setembro de 2009, p. 7.

[44]LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 104 e 106.

[45] CORRÊA, Marilena Coredeiro Dias Villela, op. cit., p. 72.

[46]BECKER, G. *Espoir à vendre: commercialisation et consommation de techniques d'assistance médicale à la procréation aux États-Units.* In: **Sciences Sociales et Santé**, 2000, p. 108.

[47] Cabe aqui ressaltar o princípio da autonomia, como sendo a capacidade que tem um ser humano de praticar determinado ato conscientemente, e assumir as responsabilidades inerentes à prática deste mesmo ato. Deste princípio decorre a exigência do consentimento livre e informado para prática de atos que envolvam questões bioéticas. Neste sentido, o doador de material genético, participando de um procedimento de inseminação artificial heteróloga, bem como os receptores do material (pais sócio-afetivos) devem receber todas as informações necessárias para que estejam cientes das possíveis conseqüências que podem advir de sua decisão. As informações para tal consentimento não podem estar restritas ao que rezam os contratos de doação de material genético, em especial, por não se tratar de instrumento adequado para a prestação de tais informações.

[48] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, direito de família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 6, p. 221 e 222.

[49] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 19, p. 133 - 156, ago./set., 2003.

[50]SÁ, Eduardo. Problemas psicológicos da fecundação com esperma de doador. In.: **Procriação Assistida** - Colóquio Interdisciplinar (12 - 13 de Dezembro de 1991). Coimbra: Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.2, 1991.

[51] Em verdade, o neologismo "família monoparental" denota diversas situações, tais como o "celibato", aqui significando não a ausência de relações, mas relacionamentos nos quais os membros têm parceiros sexuais, embora de forma transitória e livre, sem maiores compromissos; o divórcio ou a separação; as uniões livres definem-se como aquelas uniões nos quais impera a ausência de compromissos e de fidelidade, sem maiores responsabilidades mútuas; mães solteiras sejam-no por terem sido "abandonadas" por seus parceiros ou por terem optado pelas chamadas "produções independentes", tão difundidas nos anos oitenta, e, finalmente, a viuvez.

[52]LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais** - a situação jurídica dos pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.22.

[53]Id. Ibid., p. 22 - 25.

[54] Neste passo, relevante mencionar as relações homoafetivas, que poderiam ser inseridas nesta discussão, vez que se entende que o rol do art. 226, § 7º é exemplificativo, o que autoriza, a partir de uma interpretação sistemática da CF/88, a assunção da parceria homoafetiva à condição de entidade familiar. Como assegurar o direito ao planejamento familiar desses casais? Entende-se que a questão é sensível e que merece destaque, mas não cabe no recorte teórico feito para a realização deste trabalho. Contudo, há de se ressalvar que também se faz necessária a ponderação da compatibilização entre o estado de filiação e identidade genética da criança/adolescente com o direito à realização do projeto parental por casais homoafetivos.

[55]As legislações da Áustria e França, por exemplo, abrem a possibilidade de utilização das TRA's apenas por casais, heterossexuais, ou casados ou que mantenham um relacionamento análogo. Sobre o tema: TRÍAS, Encarna Roca, op. cit., 2002, p. 104 - 105.

[56] Resolução 1358/92, seção II - Dos usuários das técnicas de RA - item 1.

[57] Resolução 1358/92, seção I - Princípios Gerais - item 1.

[58] Artigo 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8.069/90).

[59] MANTOVANI, Ferrando. Le possibilità, i reschi e i limiti delle manipolazioni genetiche e delle tecniche bio-mediche moderne. **Anais**. Fórum Internacional de Direito Penal Comparado. Salvador: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 1989, p. 237.

[60]BARBOZA, Heloisa Helena, op. cit., p.159.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: ASPECTOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA*

CONSTITUTIONALIZATION OF THE CIVIL LAW: ASPECTS OF THE SOCIAL FUNCTION OF THE COMPANY

Eduardo Pires
Neiva Cristina de Araujo

RESUMO

Frente ao quadro de alterações que vem ocorrendo, tanto no campo tecnológico quanto social, verifica-se que as "estruturas engessadas" não fornecem mais garantia alguma. Assim, no campo do Direito, as alterações também se mostram inevitáveis. O presente texto tem por fito destacar alguns aspectos acerca da função social da empresa, assim, em um primeiro momento são narradas algumas considerações acerca da dicotomia existente entre Direito Público e Direito Privado, no Brasil, bem como os novos conceitos/paradigmas trazidos ao ordenamento jurídico pátrio a partir do Código Civil de 2002. Após, são tecidas considerações acerca da função social da propriedade e da sua função social, sob uma ótica historicista. Ao final, então, resta analisada a função social da empresa, assunto que tem ganhado destaque nos últimos tempos, especialmente frente às novas alterações, tanto no plano legal quanto no plano fático, já que hoje a empresa desempenha um papel que vai além do puro e simples lucrar.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CIVIL – EMPRESA – FUNÇÃO SOCIAL

ABSTRACT

Facing the context of changes that have occurred, both in the technological and social fields, it appears that the plaster structures no longer provide any guarantee. Thus, in the field of law, the changes also were inevitable. This paper aims to highlight some aspects about the function of the company, so at first moment are told reflections on the dichotomy between Public and Private Law in Brazil, also the new concepts/paradigms brought into the legal planning of Brazil, from the Civil Code of 2002. After that, some considerations about the social function of property and its social function are made, in a historicist perspective. In the end, then, remains analyzed the function of the company, an issue that has gained prominence in recent times, especially in the face of new changes, in the legal and in the factual background, since the company today carry out a role that goes beyond pure and simple profit.

KEYWORDS: CIVIL LAW - COMPANY - SOCIAL FUNCTION

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Considerações Iniciais

Durante muitos anos, perdurou a clara distinção entre os institutos de Direito Público e os de Direito Privado, hoje, ante as frequentes e inúmeras alterações, esta distinção mostra-se cada vez mais tênue. Fato é que as expressões constitucionalização do Direito Privado e privatização do Direito Público embora ainda não tenham sido sedimentadas no ordenamento, mostram-se firmes e fortes no campo da práxis, razão pela qual estas relações hão de ser esmiuçadas.

No tocante à propriedade, foi rompida a idéia que por anos perdurou, no sentido de que a propriedade deveria tão-somente atender aos intentos de seu proprietário, prova da elasticidade e das novas roupagens dadas aos antigos conceitos. No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal de 1988, trouxe em seu bojo a previsão de que a propriedade deveria atender à sua função social, todavia, além de este novo conceito demorar a ser digerido pelos próprios operadores do Direito, ainda encontra certos óbices por parte daqueles detentores de grandes áreas, vez que estes têm arraigada aquela velha ideia.

Todavia, ainda que de modo lento e gradual, a sociedade vem, nos últimos anos, incorporando estes novos paradigmas/conceitos. Nessa linha, vê-se que se antes, o Direito Civil tinha apenas o intento de salvaguardar as relações interpessoais, hoje, ele fala em função social.

Na mesma esteira, a empresa, que até pouco tinha como único e grande objetivo o lucro, hoje, ela tem um papel que acumula outras inúmeras funções, eis que, ela deve se preocupar também com a sua relação para com o consumidor, com seus trabalhadores e com um meio ambiente saudável, por exemplo, sob pena de ver sua clientela esvair-se, o que demonstra, que o consumidor também tem adotado uma nova postura.

A verdade é que esta realidade até pouco parecia bem distante, hoje, mostra-se como uma exigência à empresa. Assim, serão traçadas algumas ponderações acerca da função social da empresa, tema novo, mas que tem ganhado relevância ante à nova conjuntura social.

1 Dicotomia entre Público *versus* Privado e o Código Civil de 2002: um novo paradigma ao ordenamento jurídico brasileiro.

A Revolução Francesa traçou um novo panorama, a partir do qual, o Direito Privado passa a ser o centro do sistema jurídico, sendo que, com a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, a proteção aos direitos individuais torna-se, então, o marco do Estado Liberal. O liberalismo resta consagrado e consequentemente o homem passa a ser visto como sujeito livre e igual para agir, sem intervenção estatal nas relações privadas.[1] Ao Estado compete tão-somente assegurar o principal dos direitos do cidadão, qual seja, a liberdade individual, bem como não criar óbices para que se concretize a dita ascensão econômica.[2]

A grande dicotomia entre Direito Público e Privado surge nos anos mil e oitocentos, em virtude dos movimentos de codificação e constitucionalismo e, especialmente, em razão da importância que o Direito Privado passou a desempenhar. A partir daí, ficam ressaltadas as distinções entre a esfera das relações econômicas e da esfera das relações políticas, entre a sociedade civil e o Estado. Contudo, as alternâncias entre público e privado ocorreram ao longo da história, de forma não linear, mas de modo cíclico.[3]

No Brasil, o conflito ocorre a partir da ótica de um Código Civil (CC 1916) que abrangia a completa ordenação dos atos e fatos atinente à pessoa humana e, portanto, reputava-se ao mesmo a condição de eixo do sistema.[4] Inegável que mesmo com o advento da Constituição de 1988, esta ideia de auto-suficiência permanece arraigada por um bom período, encontrando resistência por parte de alguns operadores do Direito. Sarlet[5] refere que

Nosso direito constitucional positivo não como há como sustentar a ideia de um sistema distinto, no sentido de autônomo (independente) em relação ao restante do texto constitucional, seja no que concerne aos princípios fundamentais (dos quais podem ser deduzidos direitos fundamentais não-escritos), seja no que concerne a parte não-organizacional, bem como em relação às ordens econômica e social, nas quais, aliás, se encontra sediada a maior parte dos direitos fundamentais fora do catálogo.

Por décadas, o Direito Público e o Privado diferenciaram-se em virtude da destinação de suas regras. O direito privado, sempre direcionado a tutelar as relações entre particulares; ao passo que o Direito Público se destinava à organização estatal e às relações entre Estado e cidadãos privados.

Numa época em que o individualismo era concebido isoladamente no espaço social e político e a sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria e obedecendo, por isso, respectivamente, ao direito privado ou ao direito público, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado.[6]

Em um primeiro momento, leia-se, no período do capitalismo liberal, a autonomia e a universalidade do direito mostravam-se em consonância com a unidade estatal, esta, por sua vez, estava embasada na distinção entre Estado e sociedade civil, notadamente na especificidade funcional do Estado. A sociedade civil e as relações de mercado eram concebidas como auto-reguladas, ao Estado competia apenas assegurar esta garantia. O instrumento mais crucial da autonomização da sociedade de mercado foi o direito privado, complementado por medidas fiscais, monetárias e financeiras, destinadas quase sempre a corrigir os desequilíbrios resultantes de deficiências e imperfeições do mercado. Esta intervenção do Estado liberal aparentemente excepcional e discreta trazia consigo o potencial para o “absolutismo jurídico”, potencial que, no entanto, se

manifestava de modo muito incompleto, resultando num desenvolvimento desigual o campo jurídico.

De modo gradual, passou a haver uma distinção entre Estado e sociedade civil. Inicialmente houve sucessivas deslocações da linha de demarcação o que posteriormente gerou a total a distinção, com implicações no campo jurídico que repercutem até hoje. Pode-se, dividir esta evolução em dois momentos distintos, que embora convergentes, incentivaram tal processo. O primeiro momento é destacado pela necessidade uma gestão econômica pública imposta pela crescente complexidade da economia capitalista, em razão das adversidades decorrentes do crescimento econômico que acarretou em uma crescente desigualdade entre os agentes econômicos (leia-se: capital e o trabalho, bem como do próprio capital) postularam por uma intervenção estatal, a fim de regular os mercados.

Já o segundo momento, decorreu do reconhecimento político das externalidades sociais do desenvolvimento capitalista, o que se deu em razão da expansão do processo político, que por sua vez foi desencadeado pela extensão do direito de voto aos trabalhadores, bem como pelo surgimento e crescimento de poderosos partidos operários. Assim, estas alterações surgidas em razão do intervencionismo estatal e da instrumentalidade jurídica não apenas tiveram um profundo impacto ao Estado como também trouxeram reflexos ao direito.

Portanto, a superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado dá-se em decorrência da modificação do papel desempenhado pelo Estado, que deixa de ser uma mera estrutura burocrática organizacional e passa a controlar as relações privadas, limitando a autonomia da vontade, com o intuito de equilibrar as relações. Segundo Perlingieri, o "Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação da sua intervenção".[7]

As dificuldades de implantação de uma visão constitucional, embora tenham sido amenizadas (no Brasil passou a ocorrer a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988), ainda amargam com alguns resquícios da separação e isolamento dos dois institutos (público e privado), uma, porque a legislação baseada em lastros constitucionais é recente; duas, pelo poder que legislação civilista ainda desempenha no ordenamento jurídico brasileiro.

Hoje, verifica-se uma análise do Direito através de um novo ângulo, de uma nova ótica, a propriedade, por exemplo, passou a ser analisada a partir de sua função social. Os contratos pactuados são analisados não apenas com base no direito civilista, mas com base em uma série de elementos que o circundam, tendo, sempre, como ponto inicial a Constituição Federal e as garantias ali asseguradas. Os direitos, portanto, não mais são vistos de modo isolado, como se estivessem em um sistema paralelo há sim, uma unicidade do Direito.

É a Constituição Federal de 1988 que insere no ordenamento jurídico brasileiro a ideia de que todos os demais regramentos devem estar a ela submetidos e recepcionados, sob pena de serem declarados inconstitucionais e é a partir desta Carta Política que a constitucionalização do direito privado ganha respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Indubitavelmente, esta A mudança de paradigma advinda com o surgimento

da Constituição Federal de 1988, indubitavelmente trouxe influências ao direito privado, mudando qualitativamente o sistema clássico de Direito Civil.[8]

A superioridade hierárquico-normativa do Direito Constitucional impede que o Direito Civil seja tido como um ramo jurídico autônomo. Assim, a toda interpretação constitucional, bem como a interpretação da legislação ordinária conforme a Constituição, leva à concretização dos direitos fundamentais, admitindo-se sua eficácia nas relações interprivadas.[9]

O enfraquecimento da ideia de distinção entre os sistemas, público e privado, decorre até mesmo do fato de a vida social ter sido assolada por uma complexidade sem fim, fazendo com que as situações previstas no Código não fossem mais, sozinhas, capazes de atender às demandas da população. E, nesta complexidade, as barreiras que diferenciam um sistema de outro passam a ter limites muito tênues. Nesse sentido, Perlingieri[10] ensina que:

numa sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, é possível distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público.

Hoje, notadamente, no âmbito jurídico, revela-se uma crise tanto no direito posto e quanto na maneira como ele tradicionalmente costuma ser interpretado e convida à realização de uma nova interpretação, a fim de que haja uma revisão dos postulados clássicos que foram incorporados quando do surgimento do Estado Liberal e também do Estado Social. Nessa esteira, o Código Civil de 2002 além de ser um instrumento novo, inaugura uma nova fase no direito privado brasileiro, eis que traz conceitos, que embora já previstos na Constituição Federal, ainda não haviam ganhado o devido destaque. Em outras palavras a Lei nº. 10.406/2002 (CC 02) tem a função de oxigenar o sistema jurídico civil, pautando-se nos princípios da eticidade, sociabilidade e operacionalidade[11].

Ante a um novo paradigma, no qual as relações voltam a ser valorizadas, onde se busca um modelo mais solidário, onde o ser humano passa mais uma vez a ser visto como protagonista e em que pese a boa-fé, a ética, a confiança, a lealdade, a moral objetiva têm relevância e a propriedade passa a ser vista sob o viés da função social, indubitável é o fato de Código Civil de 2002 obter destaque, eis que em seu texto, traz a materialização destas novas ideias e assume o papel de destaque dentro do ordenamento, todavia, cabe frisar que antes mesmo deste novo instrumento jurídico, a função social da propriedade já ganhava contornos.

2 A proteção à propriedade e sua função social: uma análise historicista.

Possível destacar três instituições que desde a mais remota antiguidade encontravam-se consolidadas: a religião, a família e a propriedade. A ideia de propriedade privada fazia parte da própria religião, e foi esta religião quem primeiro garantiu a propriedade e não as leis, como se pode pensar em um primeiro momento.

A função social da propriedade teria origem nas ideias de Aristóteles, o primeiro a entender que "aos bens se deveria dar uma destinação social". Em Roma, porém, originariamente o proprietário tinha um direito absoluto sobre a coisa, podendo gozar, usar e dispor. A Lei das XII Tábuas, por sua vez, introduziu uma limitação, qual seja, a de que o bem deve ser usufruído conforme "razões de direito". Na Idade Média, a propriedade foi desmembrada em dois prismas: directum (suserano) e utile (vassalo), aqui embora fragmentada, era a propriedade que determinava o poder de mando dos senhores feudais.. Com o Surgimento do Estado-Nação, a propriedade é transferida toda para o Monarca, que realizava concessões conforme lhe aprouvesse. A Revolução Francesa defendia os direitos individuais dentre eles a propriedade.

A ideia do direito de propriedade como um direito absoluto atingiu seu ápice com o Código Napoleônico e com a Declaração do Homem e do Cidadão (1789), que no seu artigo 12 a previu como: "direito inviolável e sagrado". Tal ideário é fruto do pensamento individualista do sistema liberal-burguês, neste período a propriedade também é considerada como um direito natural do homem. Todavia, com a Revolução Industrial, restaram demonstradas as imperfeições do sistema capitalista liberal-burguês (cai por terra o ideal de igualdade formal). Assim, resta agregado ao conceito original de propriedade (leia-se: individual/capitalista) um conteúdo que é fruto dos direitos sociais (função social) e dos direitos de terceira dimensão (função ambiental). Portanto, com a Revolução Industrial não houve uma relativização do direito de propriedade, mas uma mudança no seu conteúdo, passando a fazer parte de seu conceito a função social.

Ao falar em função social da propriedade, há quem entenda que sua origem remonta a Augusto Comte. Para outros é de Léon Duguit, no início do século XX, aliás, é eles quem cria a expressão 'função social da propriedade'. Assim, os direitos são justificados à medida que devem contribuir a alguma missão social. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada a 10 de dezembro de 1948, por iniciativa da ONU, estabelece em seu artigo XVII que: "1 - Toda a pessoa tem direito à propriedade, individual e coletivamente. 2 - Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade". Encíclica Mater et Magistra do Papa João XXIII, de 1961 diz que a propriedade é um direito natural, mas que deve ser exercido em benefício da coletividade.

Acerca da propriedade, podemos destacar cinco teorias: a) Teoria da ocupação, na qual a propriedade é justificada pela ocupação de coisas não apropriadas por quem quer que seja, o que alarga o domínio do homem sobre a natureza; b) Teoria da vontade divina, aqui se tem que a propriedade foi concebida pelo Criador para que o homem pudesse retirar sua subsistência e de sua família; c) Teoria da lei, segundo a qual a propriedade é instituição de direito civil, concessão do direito positivo. Ela existe porque a lei a criou e a garante; d) Teoria da especificação ou do trabalho, entende-se que não é a simples

ocupação ou apropriação da coisa que gera o direito de propriedade, mas, sim, a sua transformação por meio do trabalho humano, dando nova forma à matéria bruta; e) Teoria da natureza humana, para qual a propriedade é inerente à própria natureza humana; ela representa condição de existência e de liberdade de todo homem.

No Brasil, podemos analisar a propriedade, primeiramente a partir das sesmarias, na qual os beneficiários deveriam semear a terra e tirar-lhe aproveitamento econômico. Posteriormente, com as Ordenações Manoelinas e Filipinas, passou a haver certa preocupação com questões atreladas ao uso do solo e das técnicas agrícolas. Na Constituição de 1824, o direito de propriedade era pleno e absoluto, havendo, contudo, uma única exceção, que era o uso público indenizado do bem. A Constituição de 1891 trouxe a previsão da desapropriação por necessidade ou utilidade pública. A Constituição de 1934 aduziu que o direito de propriedade não podia ser exercido contra interesse social ou coletivo. Em 1937, a Constituição silenciou neste tocante. Através de uma Emenda Constitucional, a Constituição de 1946 condicionou o uso da propriedade privada ao "bem-estar social", dando margem à desapropriação por interesse social. Por sua vez, restou previsto de modo expresso na Constituição de 1967, a função social da propriedade como princípio da ordem econômica.

Washington de Barros Monteiro, ao falar acerca do direito de propriedade refere que:

Parece que a propriedade, nos primórdios da civilização, começou por ser coletiva, transformando-se, porém, paulatinamente, em propriedade individual. Trata-se, contudo, de ponto obscuro na história do direito e sobre o qual ainda não se disse a última palavra..fere queacerca se!m comum, sem e bem comum, sem instrumento jur[12]

Muito embora a Constituição de 1967 tenha feito alusão à função social da propriedade, é com a Constituição de 1988 que esta ideia resta consolidada. Ademais, por estar prevista no elenco de direitos e garantias fundamentais, acaba por permear todo o ordenamento vigente.

A Constituição anterior já denotava a preocupação do legislador com a função social, nos termos do art. 160, III. O que diferencia, provavelmente, o preceito pré-vigente do atual tecido constitucional - e a diferença não é insignificante nem secundária - é que o Texto vigente incluiu a matéria no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no inc. XXIII do art. 5º, o qual dispõe (ao lado da proteção à propriedade privada, art. 5º, XXII), que 'a propriedade atenderá a sua função social'. Na Constituição de 1967, a função social da propriedade era princípio da ordem econômica e social. Pelo texto atual, na técnica adotada pelo constituinte, está inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.[13]

A Constituição de 1988, por sua vez, trouxe novos e modernos instrumentos ao ordenamento legal, notadamente no que se refere à propriedade, todavia, esta nova visão

demorou a ser incorporada pelos operadores do direito, exemplo disso é o fato de mesmo após a promulgação da Carta Magna haverem manuais civilistas[14] que mantiveram suas interpretações condicionadas tão-somente ao Código Civil, ignorando quase que por completo a existência de uma Lei Maior e limitando-se a mencionarem nos antigos textos as mudanças pontuais ou supressões de preceitos não recebidas pela Constituição. Portanto, a função social da propriedade resta inserida no artigo 5º., XXII, da Constituição Federal de 1988, e, ainda, no artigo 182, § 2º. e 186 também da Constituição Federal. O Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/2001) também trata da função social da propriedade.

O Código Civil de 1916 limitava-se a indicar, em seu artigo 524[15], quais eram os direitos que o proprietário possuía, não definindo, todavia, a exata conceituação do direito de propriedade, tampouco descrevia de modo pormenorizado os modos de aquisição das coisas móveis. Vê-se, então, que neste período não havia qualquer alusão à função social da propriedade, ideia que perdurou mesmo após à promulgação da Constituição de 1988 e que começou a ganhar novos contornos a partir da promulgação do Código Civil de 2002, prova disso é o artigo 1228, 1°.[16] deste Diploma Legal, no qual se vislumbra claramente os contornos de função social incorporados à propriedade.

Importante ressaltar que a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade, eis que estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário, ao passo que aquela é parte da estrutura do próprio conceito de direito de propriedade. A função social da propriedade aplica-se à propriedade como um todo, qualquer que seja a sua modalidade. Ademais, a função social é parte integrante da propriedade, assim sendo, em não havendo, a propriedade deixa de ser protegida juridicamente, desaparecendo o direito.

O fundamento da função social da propriedade é instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma reação anti-individualista. Quando da análise da doutrina acerca da *função social da propriedade*, vê-se que ela não tem outro fim que não dar uma amplitude ao conceito econômico de propriedade, assim, tal instituto passa a ser visto como uma riqueza que se destina à produção de bens com intuito de satisfazer as necessidades sociais. Sinteticamente, busca-se a efetivação do bem comum, leia-se: o bem da comunidade, portanto, o Estado assume o papel de assegurar este bem comum, sendo vedado sacrificar quaisquer dos direitos fundamentais do ser humano. Vê-se, portanto, que em nome da função social, a propriedade sofre determinadas restrições.

3 Uma breve análise acerca da função social da empresa

O direito empresarial sofreu diversas mutações ao longo da história. Para fins de estudo, pode o Direito Comercial ser cindido em quatro fases: a fase primitiva; a fase corporativa; a fase de atos de comércio e; a fase da empresa. Assim, na fase primitiva, predomina o escambo dos produtos excedentes, posteriormente, quando do surgimento da moeda, a mercadoria passa a ser admitida como uma medida comum de valor, desta

forma, inicia-se o processo de compra e venda, resta iniciado o processo de economia de mercado. Esta fase finda com a queda do Império Romano.

Na Idade Média, há um aumento do comércio e o surgimento das corporações de ofício – grupos de artesãos e de mercadores que se organizam a fim de oferecerem seus produtos. Se de um lado há uma forte oposição da igreja, que condena a percepção de lucros, por entender que eles não permitiriam a salvação da alma; de outro, há a utilização dos costumes em regras escritas, regulamentos ou estatutos, origina-se a denominação Direito Estatutário. Neste período, eram os cônsules eleitos pelas corporações que decidiam acerca dos processos entre as partes.

As práticas da Idade Média perduraram até a Revolução Francesa, quando o Código Francês de 1807, dá início às codificações, surge, então, a terceira fase, em outras palavras, iniciam-se os atos de comércio, atividades consideradas como tal e listadas na legislação passaram à subordinação de uma legislação estatal. Nesta fase, é criada a expressão "empresa mercantil". Posteriormente, esta teoria é substituída pela da empresa, que passa a ter um núcleo central, é empresa aquela cuja atividade pode ser de produção ou circulação de bens e serviços.

A vinda da família real para o Brasil, em 1808, acarretou na abertura dos portos às nações tidas como amigas de Portugal, tal medida gerou a necessidade de uma legislação, todavia, apenas em 1850 surge um Código Comercial, inspirado no Código Napoleônico, tal código permaneceu em vigor até a promulgação do Código Civil de 2002.

Atualmente, a empresa pode ser conceituada como “atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia”.[17] Muito embora, haja divergências acerca desta conceituação, os autores concordam em um determinado ponto: as empresas visam à obtenção de lucro.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 destacou em seu texto os direitos fundamentais da pessoa humana, de modo a garantir, precipuamente, a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade material. Ademais, esta constituição além de regular a organização do Estado, também se preocupou em regulamentar direitos próprios do Direito Privado[18], como por exemplo, direitos da personalidade, direito da propriedade, direito dos contratos, direito da família, direito da sucessão, entre outros. Cabe, ainda, destacar que no texto constitucional, ficou a prisão civil limitada a duas hipóteses: a) débito alimentar voluntário, e; b)depositário infiel[19]; portanto, não mais foi contemplada a prisão do falido, o que já demonstra os novos contornos sofridos pela empresa.

Hoje, falar em função social pressupõe um agir não apenas em interesse próprio, mas em nome de uma coletividade. Afirmar que alguma coisa possui função social significa dizer que ela não possui fim em si mesma, mas uma função para além do próprio instituto. Desta forma, os interesses sociais sobrepõem-se aos interesses do particular. Portanto, muito embora o instituto da função social tenha sido introduzido no ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988, ele de fato iniciou seu

processo de aceitação com o Código Civil de 2002, que, consoante já referido instituiu diversos novos paradigmas no ordenamento civilista.

O Superior Tribunal de Justiça, ao aprovar o enunciado número 53 na Jornada de Direito Civil de 2002, ao tratar do artigo 966 do Código Civil, referiu que: "Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa". Portanto, da mesma forma que restou agregada uma função social ao contrato e à propriedade, não poderia ser diferente em relação à empresa, até mesmo por razão da geração de empregos e renda que ela realiza, assim, o Código Civil de 2002, acabou por consolidar no ordenamento pátrio a função social da empresa, notadamente, a partir do artigo 966. Resta, então, consolidada uma visão mais voltada às características econômicas.

Assim como as demais áreas do direito, o direito empresarial, também sofre a influência de uma nova ótica constitucional, perpassando por mutações interpretativas a fim de se adequar às regras e princípios esculpidos na Constituição Federal de 1988, em especial no que pertine aos direitos fundamentais. A nova lei falimentar exemplifica muito bem esta situação, à medida que seja a recuperação judicial da empresa feita de um modo capaz de permitir que as atividades continuem sendo desenvolvidas, sem que seja necessária a demissão do quadro funcional, adequando-se, portanto, à regra contida no artigo 170 da Constituição Federal.

Muito embora o Código Civil de 2002, tenha traçado inúmeras e profundas alterações no ordenamento jurídico vigente, é a Lei nº. 11.101/2005 que faz expressa menção, em seu artigo 47, ao Princípio da Função Social da Empresa, assim resta criada uma ligação direta entre a norma constitucional e a norma ordinária. Ademais, fica clara a intenção do legislador, qual seja, justificar a pretensão de um processo onde o objeto principal é a recuperação da empresa, para que, então, sejam concretizados os interesses fundamentais da sociedade (valores do trabalho e dignidade da pessoa humana), através da empresa. Portanto, a ideia individualista de quitação dos débitos da empresa, tal qual ocorri na Lei Falimentar anterior, não mais tem força.

Ante ao contexto narrado, a função social de empresa é nada mais que uma ampliação do direito da propriedade, constitucionalmente assegurado, até porque o conceito constitucional de propriedade é mais amplo do que aquele tradicionalmente trabalhado no Direito Civil. Evidentemente que a empresa desempenha uma função social à medida que se interessam por ela tanto seus empregados, fornecedores, bem como a comunidade, de um modo geral, e, até mesmo o Estado, pois as empresas colaboram na geração de receitas fiscais.

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade.[20]

Em verdade, o papel social da empresa dá-se em quatro frentes: a) as condições de trabalho oferecidas aos seus empregados; b) as relações mantidas com seus consumidores; c) as relações de interesse mantidas junto aos seus concorrentes; d) as preocupações com a preservação do meio ambiente, na comunidade em que desenvolve suas atividades. Portanto, evidente a função social que a empresa tem desempenhado. Logo, exige-se da empresa uma atuação positiva e responsável em todos os momentos e não apenas em um deles.

Na esfera trabalhista, quer-se que a empresa atue de modo capaz a propiciar a seus empregados um ambiente hígido, um salário justo, bem como um tratamento que enalteça a sua dignidade, em outras palavras, deve a empresa desenvolver suas atividades de modo a valorizar os seus trabalhadores. Resta, então, adotada uma postura mais solidária.

Em tempos de desemprego estrutural, a função social da empresa é também representada pelo cumprimento integral dos direitos trabalhistas (art. 7º.) e pela política de geração de empregos (art. 170, inc. VIII), procurando evitar, na medida do possível, a substituição do trabalhador pela automação (art. 7º., inc. XXVII). Contudo, o único ato normativo de que se tem notícia é a Lei 9.956/00, que proíbe o funcionamento de bombas de auto-serviço nos postos de abastecimento de combustíveis, protegendo-se, assim, a manutenção do trabalho dos frentistas e a segurança do consumidor em relação dos riscos com o manuseio de produtos inflamáveis.[21]

No âmbito do direito consumerista são destacados dois personagens, quais sejam, fornecedor e o consumidor. A Lei nº. 8.078/90 é claramente um texto que protege o consumidor, parte hipossuficiente da relação. Outrossim, há a proibição de uma série de cláusulas, onde as partes não mais podem ajustar determinadas cláusulas abusivas, sendo válidas apenas as permitidas em Lei, há, portanto, uma evidente flexibilização do princípio da autonomia, há, por parte do legislador, uma limitação a autonomia contratual.

Os valores centrais do contrato clássico são basicamente igualdade e liberdade, no qual cada contratante visa proteger seus interesses, portanto, no contrato clássico a liberdade é um valor fundamental, cada um livremente deve agir de modo a atender e a proteger seus próprios interesses. Todavia, no Direito Civil Contemporâneo, esta mentalidade de que cada um deve atender exclusivamente aos seus interesses muda em grande medida. O Direito Civil deixa de ser exclusivista para buscar um Direito Civil de colaboração, onde cada sujeito deve cooperar com a realização dos interesses da outra parte da relação contratual.

No tocante às relações mantidas junto aos concorrentes, destacam-se a lei antitruste, que tem por intuito assegurar o desenvolvimento da atividade econômica, bem como estabelecer uma concorrência leal. Em que pese haver a possibilidade de concentração de mercado em qualquer atividade econômica por uma determinaa empresa, o que acarretaria no domínio desta perante aos demais concorrentes, necessária uma lei capaz

de assegurar uma igualdade de concorrência, a fim de que se estimule a livre concorrência de mercado, e consequentemente benefícios à economia.

Já a preocupação com a preservação do meio ambiente, tem ligação com a função social da empresa, à medida que ela causa impactos de diferentes tipos e intensidades e, portanto, deve buscar minimizar os impactos negativos e ampliar os positivos, a fim de obter a manutenção e a melhoria de condições ambientais, bem como disseminar esta prática. Ademais, a Lei nº. 9.605/98 prevê a responsabilização das pessoas jurídicas pela prática de crimes ambientais.

Na esteira da função social da empresa, vê-se que o Código Civil de 2002 abandona o rigor formal exarado no Código Civil de 1916, bem como o espírito dogmático-formalista, a ideia de individualidade, a noção de que o patrimônio prevalece antes aos demais direitos, estes valores estavam por demais atrelados à sociedade então existente, onde em verdade, tinha-se uma sociedade agropatriarcal. Hoje, o Código Civil tem uma postura mais social, que busca não apenas a efetivação da dignidade a pessoa humana como a prevalência de valores éticos, a fim de que se alcance uma sociedade mais justa e igualitária, trata-se, portanto, de uma codificação que servirá para que as futuras gerações vivam em um mundo mais equilibrado e harmonioso.

Vislumbra-se que em tempos modernos, não pode a empresa buscar tão-somente o lucro, é preciso que ela adote uma nova postura ante às atuais conjecturas sociais, esta nova postura, todavia, não está limitada às paredes da empresa, ela vai bem além. Hoje, uma empresa que se mostre socialmente irresponsável se tornará economicamente inviável, pois a empresa é a imagem que vende e esta imagem, juntamente com preço, qualidade do produto, também é analisada pelos consumidores no ato da compra.[22] Por isso, é inviável à empresa moderna qualquer ligação com o trabalho infantil, com a poluição ambiental, com o desrespeito às minorias – deficientes, grupos étnicos, entre outros, bem como a burlação de normas trabalhistas, em outras palavras, a adoção de um novo padrão de conduta deixou de ser um diferencial para ser uma questão de sobrevivência, pois o consumidor moderno além de ser bem informado, age com ética social no ato de comprar.

Consoante já referido, a ideia de função social da empresa não afasta a ideia de lucro, todavia, uma postura não elimina a outra. Evidentemente que o lucro continuará a ser perseguido, todavia, não será o único objetivo a ser calcado, pois o aspecto social é ainda mais importante, eis que inserido na ideia de coletividade adotada pelo Código Civil de 2002. Por muito tempo perdurou a mentalidade de que a empresa não poderia desempenhar uma função social, o que tem perdido espaço nos últimos tempos, de outra banda, ainda há muito a ser feito, pois este sistema ainda não é capaz de naturalmente suprir as carências sociais e abusos, leia-se, ele é incapaz de por si só promover a justiça social.

Considerações Finais

Segundo, Bauman, hoje, enfrentamos um período, no qual as relações, mostram-se, cada vez mais líquidas e voláteis. Esta premissa é verdadeira, inclusive no campo do Direito, pois esta dita instabilidade tem perpassado por todos os tipos de relações humanas, deixando, assim, impressa a sua marca. Numa era de consumismo desenfreado chega a ser alentador falarmos tanto em função social da empresa quanto em consumidor consciente (ainda que estes sejam minoria!).

Consoante relatado, no decorrer da presente explanação, os limites entre o campo do Direito Público e do Direito Privado estão mais limítrofes, até porque, cada vez mais, um permeia no outro campo. Todavia, é indubitável, que tem se consolidado a ideia de que a Constituição Federal deve nortear todo e qualquer outro micro instituto (muito embora, por tempo tenha havido esta resistência), sob pena de haver um desvirtuamento do sistema legal.

Embora nova, a temática ligada à função social da empresa tem se mostrado de grande valia, pois ainda que ela, por si só, não seja capaz de responder a todas as dificuldades encontradas no meio social, aponta para novos caminhos que podem e devem ser trilhados. Verdade é que pouco a pouco, tem sido enfraquecido o pensamento de que a empresa deve tão-somente lucrar, vez que ante a sua importância, ela deve sim, fazer bem mais que isso. Deve a empresa estar vinculada ao norte constitucional da função social e realizar alterações sociais positivas.

O aspecto social desenvolvido pela empresa não se dá em uma única frente, mas em várias, assim, ela deve atentar tanto a sua relação direta com seus consumidores e trabalhadores, quanto nas relações com seus concorrentes e, ainda, com o meio ambiente e com aquela comunidade diretamente envolvida, ou seja, onde as atividades empresariais são desenvolvidas. De fato, a ideia é complexa, todavia, é necessário romper o velho paradigma e estabelecer uma nova cultura, a fim de que uma séria de direitos positivados e assegurados formalmente sejam de fato implementados, o que, por óbvio não depende apenas da atuação estatal, até porque, aqui a interrelação público e privado tem se mostrado cada vez mais maleável, daí a importância da sociedade como um todo, ou seja, do Estado, dos entes privados e, principalmente, de uma nova visão acerca do papel a ser desempenhado por cada um dentro da grande teia da vida.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Organizador) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos.* Rio de Janeitro: Jorge Zahar, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de recuperação de Empresas.* São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Notas sobre a subordinação jurídica e a função social da empresa à luz do solidarismo constitucional. In: GEVAERD, Jair e TONIN, Maarta Marília (Coord.). *Direito Empresarial & Cidadania: Questões Contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2004.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ivo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado direito civil Constitucional. In: MARTINSCOSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito privado*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002.

GEVARERD, Jair e TONIN, Marta Marília. *Direito Empresarial e Cidadania*. Questões Contemporâneas, Curitiba: Juruá, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 37 ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato:* novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil:* Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

RAMOS, Carmem Lúcia. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TUTIKIAN, Cristiano. *Sistema e codificação: o Código Civil e as cláusulas gerais*. In: ARONE, Ricardo. (Organizador). *Estudos de Direito Civil – Constitucional*. V.I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

---

[1] RAMOS, Carmem Lúcia. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 4-5.

[2] GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado direito civil Constitucional. In: MARTINSCOSTA,

Judith (Org.). *A reconstrução do Direito privado*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002, p. 175.

[3] FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ivo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

[4] LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 43.

[5] SARLET, Ingo. Op. Cit., p. 6.

[6] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do

direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Organizador) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 271.

[7] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil:* Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de

Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 54.

[8] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato:* novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

[9] TUTIKIAN, Cristiano. *Sistema e codificação: o Código Civil e as cláusulas gerais*. In: ARONE, Ricardo. (Organizador). *Estudos de Direito Civil – Constitucional*. V.I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 21.

[10] PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit., p. 53.

[11] GEVARERD, Jair e TONIN, Marta Marília. *Direito Empresarial e Cidadania*. Questões Contemporâneas, Curitiba: Juruá, 2004, p.18

[12] MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 37 ed. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 351.

[13]TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 73-78.

[14] Como autores destes manuais, podem ser citados Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Maria Helena Diniz, Silvio Rodrigues, Arnoldo Wald. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 304.

[15] Artigo 524 do Código Civil 1916: *A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua*.

[16] Artigo 1.228 do Código Civil de 2002: *O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.*

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

[17] COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de recuperação de Empresas.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.

[18] Expressão utilizada com base na distinção tradicional de público e de privado.

[19] Esta modalidade de prisão civil, contudo, não mais tem sido aplicada em razão da nova postura adotada pelos tribunais.

[20] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 269.

[21] DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Notas sobre a subordinação jurídica e a função social da empresa à luz do solidarismo constitucional. In: GEVAERD, Jair e TONIN, Maarta Marília (Coord.). *Direito Empresarial & Cidadania: Questões Contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 208-209

[22] Nesse sentido: David Grayson e Adrian Hodges na obra "Compromisso Social e Gestão Empresarial".

DA RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL À RESPONSABILIDADE SOCIAL: REFLEXÕES SOBRE A CAUSALIDADE*

THE INDIVIDUAL TOWARD SOCIAL LIABILIY: CONSIDERATIONS ABOUT CAUSE

Fernanda Paes Leme Peyneau Rito

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo principal provocar a reflexão acerca da conveniência e oportunidade de transição de um modelo calcado na responsabilidade individual para um modelo fundando na responsabilidade social. A fim de lograr atingir tal objetivo, procedeu-se a análise da evolução interpretativa do conceito de nexo causal, destacando a tendência observada no sentido de flexibilização do referido pressuposto da responsabilidade civil. Utilizou-se a metodologia civil-constitucional como paradigma interpretativo. Dentre as principais conclusões, destaca-se a necessidade de se construir parâmetros sólidos para assegurar tratamento justo a todos os envolvidos em situações que resultem em dano: vítima e ofensor aparente.

PALAVRAS-CHAVES: RESPONSABILIDADE CIVIL; NEXO CAUSAL; SOLIDARIEDADE SOCIAL

ABSTRACT

The main objective of this study is to provoke reflection about the convenience and opportunity to transition from a trampled on individual liability for a model founded on social liability. It means, consider the importance of social solidarity in civil liability. To achieve that goal, we proceeded with the analysis of interpretation of the concept of causality, highlighting the trend towards relaxation of this assumption of liability. We used the civil-constitutional methodology as interpretive paradigm. Among the main findings highlight the need to build solid criteria to ensure fair treatment to all those involved in situations that result in damage: the apparent victim and offender.

KEYWORDS: CIVIL LIABILITY; CAUSE; SOCIAL SOLIDARITY

I. INTRODUÇÃO:

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Tradicionalmente, o instituto da responsabilidade civil condensa, ao mesmo tempo, seus elementos constitutivos e pressupostos de configuração, no tripé: culpa, dano e nexo causal. Assim, em tese, desde que presentes os pressupostos – culpa, nexo causal e dano – configurada está a obrigação de reparar. Contudo, a equação aparentemente simples, atualmente comporta soluções distintas e, por isso, questionáveis, já que suas variáveis centrais não apresentam um núcleo conceitual fechado, ao revés, percebe-se mudanças relevantes em seus significados que, conseqüentemente, alteram as soluções alcançadas.

Observa-se, que tais elementos e pressupostos vêm sendo, por vezes abandonados – como no caso (ocaso) da culpa, nas hipóteses de responsabilidade objetiva – e, por vezes mitigados, a exemplo do nexo causal que, em determinadas situações é flexibilizado. Sobre o contexto, Schreiber afirma:

"que o estágio atual da responsabilidade civil pode justamente ser descrito como um momento de erosão dos filtros tradicionais de reparação, isto é, de relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexo causal como obstáculos ao ressarcimento dos danos na dinâmica das ações de ressarcimento" [1].

Em verdade, a aludida erosão dos filtros da responsabilidade civil é um reflexo das profundas transformações impostas ao ordenamento civilístico após a promulgação da Constituição de 1988, que inaugurou uma nova tábua axiológica de valores e objetivos, não só orientadores, mas, sobretudo, determinantes para a sua construção unitária[2]

Ao consagrar a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico e a solidariedade social como objetivo fundamental, a Constituição da República impôs uma mudança de paradigma, sintetizado pela ruptura do modelo individualista-liberal em favor de um modelo solidarista. Em decorrência, ao instituto da responsabilidade civil, com o objetivo de assegurar a reparação mais ampla possível, passa a interessar mais o ofendido e o dano injustamente sofrido, do que o ofensor e sua culpa.

Lograr êxito em assegurar a reparação integral da vítima é tarefa complexa, mesmo quando presentes e incontestáveis a culpa, o nexo causal e o dano, já que não rara é a hipótese de insolvência do obrigado. Entretanto, mais difícil é equacionar as expectativas legítimas da vítima, em ter ressarcido um dano injustamente sofrido, com as do responsável aparente, em não se ver obrigado a compensar um dano ao qual não deu causa.

A fim de assegurar a reparação da vítima, jurisprudência e doutrina passam a tratar com menos rigor o nexo causal, seja pela mitigação e/ou relativização das excludentes de responsabilidade, seja pelo reconhecimento de uma causalidade alternativa, por exemplo.

A moderna perspectiva é correta, visto refletir a prevalência dos valores existenciais aos patrimoniais. Entretanto, com a mudança de foco do ofensor para a vítima, inspira preocupação a flexibilização do nexo causal, especialmente porque hoje, em nosso ordenamento, as hipóteses de responsabilização objetiva perdem muito o caráter de excepcionalidade, seja pelo quantitativo de hipóteses de responsabilidade objetiva, seja pela representatividade (valor relativo) das mesmas.

Nesse contexto, se tradicionalmente se elencava como pressupostos da responsabilidade civil o dano, o nexo causal e a culpa, atualmente, como conseqüência do processo de desculpabilização e o incremento das hipóteses de responsabilidade objetiva, recai sobre o nexo causal a função de, uma vez verificado o dano, caracterizar ou não a responsabilidade. Duas são as possibilidades: reforçar o pressuposto, firmando-se a responsabilidade individual, ou, relativizá-lo, abrindo caminho para uma responsabilidade social. O meio termo, flexibilizar o nexo causal e manter a responsabilidade individual, tal como se tem verificado, parece uma solução tão injusta quanto deixar ao desamparo a vítima.

Assim, a questão a ser enfrentada no presente estudo pode ser resumida na seguinte indagação: *O que é mais justo (ou injusto): o desamparo da vítima ou a responsabilização de um ou vários agentes que não deram, efetivamente, causa ao dano?*

O objetivo mediato é analisar o nexo causal, mais especificamente a flexibilização deste face à sua primeira função de determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso. A análise será exemplificativa em relação à (i) relativização das excludentes de responsabilidade; à (ii) teoria da causalidade alternativa: dano causado por membro indeterminado de um grupo; e, à (iii) presunção de causalidade.

Por fim, objetivo imediato é provocar a reflexão acerca da conveniência de transição de uma responsabilidade individual para uma responsabilidade social, com o intuito de responder a indagação acima descrita.

No que diz respeito ao afastamento da culpa e a conseqüente objetivação da responsabilidade civil, em doutrina já é afirmada tal transição. Bodin de Moraes[3] (2008, pg. 857) destaca que a evolução da responsabilidade civil em direção à objetivação deriva de uma mudança sócio-cultural fundada na atenção e no cuidado para com o lesado, concluindo que o fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva encontra-se na Constituição e consiste no princípio da solidariedade social. No mesmo sentido, Orlando Gomes[4] utilizando a expressão “giro conceitual”, sintetiza essa mudança de perspectiva, no sentido de um afastamento do ato ilícito e concentração no dano injusto.

Resta, pois, perquirir a oportunidade e conveniência de tal transição no que tange ao nexo causal. Principalmente, deve-se buscar parâmetros que permitam maior sistematização e harmonização no tratamento do nexo causal, especialmente porque, o respeito a dignidade da pessoa e a solidariedade social são direitos e deveres de todos, não só da vítima. Assim, deve-se preocupar também com o responsável, sobretudo, quando só aparente, pelo dano causado.

II. FLEXIBILIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL:

Responsabilidade civil, em apertada síntese, é o dever jurídico de reparar o dano provocado a outrem em decorrência da violação de um dever jurídico originário. Assim, só há que se falar em responsabilidade civil quando diante de uma situação em que o descumprimento de um dever jurídico implique em um dano.

Cruz[5] afirma que o nexo causal cumpre uma dupla função na responsabilidade civil: *"por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir o resultado danoso, por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar"*.

Seguindo esta linha de proposição, a primeira função do nexo causal, objeto de análise no presente estudo, consiste em atribuir juridicamente o dano a quem deve por ele responder, o que significa individuar o dano, a fim de estabelecer o dever de indenizar.

Tepedino[6] consigna que no sistema dual de responsabilidade civil brasileiro, *"o dever de reparar depende da presença do nexo causal entre o ato culposo ou a atividade objetivamente considerada, e o dano, a ser demonstrado, em princípio, por quem o alega"*. Já a verificação do nexo causal, assim como dos demais pressupostos da responsabilidade civil, encontra-se, segundo a Lição de Monteiro Filho[7], no primeiro plano de investigação na responsabilidade civil. Aduz o referido professor:

Cavalieri[8] alerta que o nexo causal é a primeira questão a ser enfrentada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil, já que, antes de perquirir a imputação (subjetiva ou objetiva), deve-se apurar se o agente deu ou não causa ao resultado.

"Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele".

Ocorre, entretanto que, a fim de assegurar a reparação integral da vítima, o nexo causal vem sendo tratado com menos rigor pelos tribunais e, em doutrina verifica-se teses defendendo certa flexibilização do nexo de causalidade.

A causalidade flexível, em linhas gerais, diz respeito a não adoção rígida de qualquer das teorias sobre a causalidade, o que leva, nas palavras de Schreiber[9], a um cenário de fluidez na aferição do nexo causal que, por seu turno, em conjunto com a desculpabilização, implica na erosão dos filtros da responsabilidade civil.

II.1. CAUSALIDADE FLEXÍVEL: PRESSUPOSTO.

Defende-se que o pressuposto da flexibilização do nexo causal consiste na adoção heterogênea e não uniforme das teorias de causalidade pelos tribunais, e, como conseqüência direta, a relativização/mitigação da primeira função do nexo causal.

Sobre o pressuposto, qual seja, a não adoção de uma teoria de causalidade específica, Schreiber, Tepedino e Cruz afirmam que no caso brasileiro, verifica-se uma posição eclética dos tribunais.

Cruz[10] ressalta "*que os tribunais brasileiros não raras vezes confundem as teorias*". Schreiber[11] consigna que "*a observação das decisões judiciais revela que as cortes têm empregado ora uma teoria, ora outra, sem que se possa definir sequer um padrão de julgamento a partir dos diversos precedentes emitidos em um determinado ordenamento*".

Ambos concluem, citando Tepedino[12] , *in verbis*:

“que, para se entender o panorama da causalidade na jurisprudência brasileira, cumpre ter em linha de conta não as designações das teorias, não raro tratadas de modo eclético ou atécnico pelas cortes, mas a motivação que inspira as decisões”.

Os autores identificam a adoção da Teoria do Dano Direto e Imediato pelo Supremo Tribunal Federal, destacando, no entanto, inúmeros exemplos de utilização de outras teorias. A adoção da referida teoria, também denominada de Teoria da Causalidade Direta e Imediata ou Teoria da Interrupção do Nexo Causal, teve por base o artigo 1060 do Código Civil de 1916, que dispunha que “ainda que a inexecução resulte do dolo do vendedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”.

A princípio, por esta teoria, os danos indiretos não eram indenizáveis. Entretanto, esta evolui para a subteoria da necessariedade da causa, que impõe o dever de reparar quando o dano é efeito necessário de certa causa, ou seja, conseqüência direta e necessária. Assim, os danos indiretos, desde que conseqüência direta da causa, passam a ser ressarcíveis.

Já o Superior Tribunal de Justiça, segundo Tepedino e Cruz, parece adotar a Teoria da Causalidade Adequada, segundo a qual, a causa de um evento é aquela mais apta, em abstrato, à produção do resultado. Ou seja, visa identificar na presença de mais de uma possível causa, a potencialmente apta a produzir o resultado.

Os autores supra mencionados apontam confusões na adoção de uma ou outra teoria, assim como exemplificam a utilização de mais de uma teoria na solução de um mesmo caso concreto. Nesse contexto, Schreiber adverte que:

“uma análise mais profunda, porém, demonstra que o caos reinante em matéria de nexo causal corresponde não a insistentes equívocos do nosso Poder Judiciário, mas a uma deliberada abordagem do problema da causalidade de modo a lhe assegurar uma solução, por assim dizer, flexível”[13].

Verifica-se, pois, uma tendência a flexibilização do nexo causal. A fim de assegurar o ressarcimento integral da vítima de um dano injusto, surgem novas teorias sobre a responsabilidade civil, mais precisamente, tendo em vista o escopo do presente estudo, abordagens recentes sobre o nexo causal, no sentido de flexibilizar o entendimento acerca da configuração do referido pressuposto. Chega-se, até, em alguns casos, a defender-se o dever de indenizar, mesmo quando ausente o nexo causal, em que pese lições consagradas em doutrina, como a de Caio Mário da Silva Pereira[14]:

III. RELATIVIZAÇÃO DA INTERRUPÇÃO DO NEXO CAUSAL:

Em regra, o agente só responde pelo que efetivamente causou, salvo as hipóteses de solidariedade e de responsabilização por fato de outrem. Temos, pois, que salvo as exceções legais, só há que se falar em responsabilizar alguém por um dano que tenha de fato provocado. Cumpre ao nexo causal, que pode ser entendido como o liame

necessário entre a conduta e o resultado, no exercício de sua primeira função (vide seção II), individuar o responsável pela lesão.

O atuar do nexo causal nessa primeira função, entretanto, esbarra em uma primeira dificuldade quando, no caso concreto, fatores externos atravessam a cadeia causal entre o fato e o dano, já que, como adverte Cruz[15] "não há interrupção do nexo causal em todos os casos em que a primeira série causal, em curso na direção do efeito, encontra um segundo fato que provoca o dano". Então, uma vez verificada a relação causal entre fato e o dano, deve-se perquirir a existência ou não de um fator externo, que inicie uma segunda série causal entre a primeira e o dano. Existindo essa segunda série causal deve-se verificar se a mesma teve o condão de interromper a primeira série ou se contribuiu com aquela para o resultado danoso.

Havendo pluralidade de causas, a investigação deve seguir os parâmetros propostos por Tepedino[16]. Inicialmente, deve-se verificar se as causas são sucessivas ou concausas concorrentes e concomitantes.

Se as causas forem sucessivas, não há que se falar em interrupção do nexo causal, desde que estabelecido o vínculo de necessariedade entre elas, já que apenas uma será diretamente responsável pelo dano. Solução diversa se dá quando as causas são concorrentes ou concomitantes, à medida que todas, como o nome bem indica, concorrem para o resultado danoso. Neste caso, em que pese também não se configurar a interrupção do nexo causal, deve-se estabelecer uma relação de preponderância entre as diversas causas e o dano delas resultante[17].

A interrupção do nexo causal, que segundo Cruz[18] é a exceção e não a regra, para que ocorra, é imprescindível o preenchimento de três requisitos. O primeiro diz respeito à existência de um nexo causal a ser interrompido já que só se pode interromper uma relação previamente existente. O segundo requisito consiste na independência entre os fatos, como, à medida que havendo vínculo de necessariedade entre ambos os fatos e o dano restará configurada uma espécie de concausa. Por fim, o terceiro requisito é que "o segundo fato tenha provocado o efeito independentemente do primeiro fato, de tal maneira que só a eficácia causal do segundo fato tenha operado o dano[19].

As eximentes de responsabilidade civil reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro são: i) fato exclusivo da vítima; ii) fato exclusivo de terceiro; e, iii) caso fortuito ou de força maior. As duas primeiras encontram-se positivadas no Código de Defesa do Consumidor, constituindo, ambas, causas excludentes do dever de indenizar do fornecedor, tanto para a responsabilidade pelo fato do produto (art. 12, § 3º, CDC), quanto para a responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14, § 3º, CDC). Já o caso fortuito ou de força maior tem previsão expressa no art. 393 do Código Civil.

No que tange ao fato exclusivo da vítima e ao fato exclusivo de terceiro, doutrina e jurisprudência construíram o entendimento pacífico de que constituem também excludentes de responsabilidade nas relações paritárias – contratual e extracontratual – reguladas pelo Código Civil.

Tal construção interpretativa é, em verdade, decorrência lógica da dicção do artigo 186 do Código Civil, que determina que comete ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem. Do

referido dispositivo são extraídos os pressupostos da responsabilidade civil: conduta culposa, dispensada nas hipóteses de responsabilidade objetiva; nexo causal e dano. Ocorre que, se o fato exclusivo da vítima ou de terceiro são hábeis a, simultaneamente, interromper a primeira relação causal estabelecida entre o primeiro fato e o dano e, estabelecer uma segunda relação, sendo esta última efetiva e autonomamente determinante para a configuração do dano, resta, pois exonerado de responsabilidade o agente que perpetrou o fato que ensejou a primeira relação causal, como supra mencionado.

Argumentação mais recente é proposta pela professora Cláudia Lima Marques[20], quando a mesma estabelece um possível diálogo das fontes entre Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. Esclarece-se que a proposta da referida professora será aqui utilizado a *contrario sensu*, já que, em sua obra, o objetivo é justificar um tratamento desigual e privilegiado dos consumidores.

Em termos sintéticos, propõe a autora que o modelo brasileiro de coexistência do direito do consumidor e do Código Civil é *sui generis*, já que a opção legislativa foi a de um código para iguais e um código para diferentes. Neste modelo, segundo a autora, as duas leis podem dialogar, sendo que ao caso em contento, parece ser aplicável o diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade, que se verifica na aplicação coordenada das duas leis, uma complementando a outra[21].

O que está a se defender, com intuito singular de propor uma nova justificativa, à medida que inexiste divergência doutrinária sobre o tema, é que se nas relações consumeristas, nas relações entre desiguais, o fato exclusivo da vítima e o fato exclusivo de terceiro são causas de exclusão da responsabilidade civil, nas relações paritárias mais ainda devem o ser.

Tepedino[22], ao enfrentar problemas suscitados pela coexistência de ambos os diplomas, conclui afirmando que “os confins interpretativos devem ser estabelecidos a partir não da topografia das definições legislativas, mas da diversidade axiológica dos bens jurídicos a que se pretende tutelar”.

Então, se nas relações desiguais reconhece-se as excludentes em desfavor dos vulneráveis, não reconhecê-las nas relações entre iguais seria a inclusão de uma desigualdade não permitida[23]. Por outro lado, não reconhecer o caso fortuito ou de força maior como eximente da responsabilidade do fornecedor seria fortalecer a idéia, ao nosso ver equivocada, de microssistemas, em detrimento de uma visão sistemática e unitária do ordenamento.

O caso fortuito ou de força maior está previsto como causa de exclusão da responsabilidade civil no artigo 393 do Código Civil de 2002, segundo o qual, quando da ocorrência de um fato necessário cujos efeitos não era possível evitar ou impedir, o devedor não responderá pelos prejuízos dele resultantes, exceto se tiver expressamente assumido tal responsabilidade.

Caio Mário Pereira[24] afirma que sendo, em regra, já que afastado apenas nas hipóteses de responsabilidade objetiva, a imputabilidade da falta, contratual ou extracontratual, pressuposto inseparável do dever de indenizar, faltando a possibilidade de imputação torna-se descabida a reparação. Assim, se o dano resultou, não por fato do

responsável aparente, mas por fato estranho ao seu poder, não lhe cabe qualquer dever de indenizar.

Em que pese a falta de consenso acerca da definição de caso fortuito e de força maior, Cavalieri[25] sintetiza, afirmando que fala-se de um e outro quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. E conclui que ambos excluem o nexo causal por constituírem causa estranha à conduta do agente aparente, ensejadora do dano, exceto quando por força de convenção (art. 393, CC), por força de lei ou quando se constituir em concausa.

Cruz assevera que o caso fortuito ou de força maior só serão hábeis a interromper o nexo causal se reunidas as seguintes características:

"(i) inevitabilidade: trata-se de um acontecimento ao qual não se pode resistir; (ii) imprevisibilidade: imprevisível para o homem médio (o juízo valorativo deve ser feito em abstrato); (iii) atualidade: o agente não se pode escusar com o evento futuro, que ainda não ocorreu; e, (iv) extraordinariedade: o fato deve fugir ao curso natural e ordinário"[26].

Doutrina e jurisprudência entendem que a eximente aplica-se a responsabilidade civil contratual e extracontratual, subjetiva e objetiva, apontando, no entanto, diferenças na sua incidência. Tal diferenciação, em verdade, já denota uma construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de relativizar a excludente.

Neste diapasão, a teoria do fortuito interno surge relativizando a excludente em análise. Segundo essa teoria, nos casos de responsabilidade objetiva o nexo causal entre o fato e o dano somente é rompido se o evento superveniente for estranho tanto a primeira relação causal estabelecida, quanto à atividade normalmente desenvolvida pelo agente. Assim, somente o fortuito externo, ou seja, o "evento necessário e inevitável que se revela estranho à atividade do agente[27] é capaz de interromper o nexo causal.

O entendimento jurisprudencial tem sido no sentido de que por consistir o fortuito interno em risco ligado à atividade do agente responsável, não é suficiente para interromper o nexo causal. Em outros termos, sustenta-se que, quando o fortuito concorre com o risco inerente à atividade, em verdade, ele o potencializa, não sendo, por isso, hábil a excluir a responsabilidade.

Entretanto, a possibilidade apresenta-se muito ampla. Se não há consenso acerca do que efetivamente venha a ser o risco da atividade normalmente desenvolvida, como delimitar o que seja fortuito interno e externo? Abre-se, pois, uma brecha para a relativização da excludente, ampliada ainda mais pelo fato de que o fato exclusivo de terceiro também só é considerado capaz de interromper o nexo causal em hipóteses de responsabilidade objetiva, quando equiparado ao fortuito externo. Neste sentido, Schreiber afirma que:

"a invocação do fortuito interno não se baseia tanto em uma qualificação cientificamente rígida, porque tormentosa, de um acontecimento como externo ou interno à certa atividade. Nem mesmo a previsibilidade ou resistibilidade têm desempenhado nesta análise um papel tão decisivo. O juízo acerca da incidência ou não

da figura do fortuito interno parece, antes, vinculado à lógica do risco e de sua imputação a certo sujeito que desenvolve uma atividade potencialmente lesiva”[28].

À teoria do fortuito interno, enquanto interpretação no sentido de relativização da causa de exoneração da responsabilidade soma-se a divergência doutrinária acerca da possibilidade de o caso fortuito e a força maior serem hábeis a afastar a responsabilidade do fornecedor. A discussão gira em torno da literalidade dos §§ 3º dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente se o rol por eles introduzido é ou não exaustivo.

Entende-se não se tratar de *numerus clausus*, sendo o caso fortuito e a força maior aplicáveis às relações tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor, “pois são com ele inteiramente compatíveis”[29] e, em decorrência lógica da unidade do ordenamento jurídico, que impõe que a interpretação seja orientada pela axiologia dos bens jurídicos tutelados e não pela topografia das definições legislativas.

Uma vez aceita a aplicação da eximente nas relações consumeristas, a mesma sofre a influência da teoria do fortuito interno que, no caso, tem por fim “evitar a exclusão da responsabilidade do fornecedor por acontecimentos que, embora imprevisíveis e irresistíveis, se verificam anteriormente à colocação do produto no mercado”[30].

Análise jurisprudencial demonstra que a eximente representada pelo caso fortuito e a força maior em sua releitura a partir da teoria do fortuito interno acaba por ser confundida com a excludente do fato exclusivo de terceiro, isto porque, esta última só exclui a responsabilidade objetiva quando equiparado ao caso fortuito (externo).

Inicialmente, há que se destacar que o fato de terceiro pode-se equiparar ao estado de necessidade ou ao caso fortuito. Quando o fato de terceiro equipara-se ao estado de necessidade, não há que se aviltar exoneração de responsabilidade, salvo se o lesado for culpado pelo perigo, embora seja possível ação regressiva, como dispõe ao artigo 929 do Código Civil de 2002. Por outro lado, se o fato de terceiro for equiparado ao caso fortuito, há que se perquirir se a hipótese remonta ao fortuito interno ou ao fortuito externo, sendo certo que só este último tem o condão de interromper o nexo causal.

Nesse sentido, o verbete número 94 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro preceitua que: “cuidando-se de fortuito interno, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar. A justificativa para a súmula é a de que o fortuito interno não exclui a responsabilidade do fornecedor, porque faz parte do risco de sua atividade.

Schreiber[31] ilustra a flexibilização do nexo causal em decorrência da aplicação da teoria do fortuito interno que acaba por relativizar tanto o caso fortuito e de força maior quanto o fato exclusivo de terceiro, citando dois acórdãos proferidos em apelações cíveis pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. No primeiro, um assalto com roubo de bens mantidos em um cofre alugado foi considerado fortuito interno da atividade bancária, implicando na responsabilidade da instituição pelo ressarcimento do cliente[32]. No segundo foi entendido que a inscrição de suposto devedor no Sistema de Proteção ao Crédito em decorrência de abertura de crédito em seu nome (suposto devedor) por outrem a partir de documentação falsa, é fortuito interno[33].

Sobre este segundo julgado, frisa-se que está em consonância com o entendimento predominante do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sendo inúmeros os julgados no mesmo sentido[34]. Ademais, o mesmo Tribunal de Justiça considera o estelionato fortuito interno nas relações consumeristas, restando, pois, a obrigação do fornecedor de indenizar sempre que, em decorrência daquele (estelionato, fato de terceiro) sobrevier dano.

A fim de ilustrar a dificuldade de diferenciar o caso fortuito e de força maior do fato exclusivo de terceiro, quando da utilização da teoria do fortuito interno e, também, das divergências interpretativas acerca da interrupção do nexo causal, seja pelo reconhecimento de uma ou de outra causa, merece análise mais aprofundada a controvérsia gerada em torno de um furto ocorrido em uma casa de espetáculos no Rio de Janeiro[35]. Ao caso ainda resta o deslinde, visto pender julgamento de recurso especial.

Conforme relatório da sentença, a parte autora requereu em juízo indenização por dano material em decorrência de furto de seu aparelho celular, de módica quantia em espécie e do canhoto do ingresso durante um show realizado nas dependências da ré. Em contestação, a parte ré sustentou a impossibilidade de inversão do ônus da prova, já que só a autora poderia comprovar que efetivamente esteve presente no show, preliminar inseparável para a própria apreciação dos fatos narrados. Durante a instrução probatória, não foi acostado nenhum documento que ao menos demonstrasse a compra do ingresso. A presença da autora no referido show foi provada por testemunha. Sustentou ainda a parte ré que, se efetivamente ocorreu o furto narrado, este seria fato exclusivo de terceiro, equiparável ao caso fortuito (fortuito externo), interrompendo, pois o nexo causal.

A decisão em primeira instância foi a de improcedência do pedido, visto ter sido "comprovada a adequação e eficiência dos serviços prestados pela ré, no evento em tela". A autora apelou e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou a sentença, nos termos da ementa abaixo transcrita:

"Ação de responsabilidade civil. Dano moral e material. Furto de aparelho celular e de valor em dinheiro, cometido no interior da casa de espetáculos. Responsabilidade objetiva. Defeito na prestação do serviço, não se podendo falar em culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, posto que a casa de espetáculos deveria fornecer a devida segurança e proteger adequadamente seus clientes, que buscam tranqüilidade no desfrute do lazer proporcionado pelo estabelecimento. Fato previsível, ocorrido em ambiente de uso exclusivo dos freqüentadores. Havendo falha na segurança, surge a obrigação de indenizar, até porque se trata de dever lateral inerente ao contrato. Apelo parcialmente provido para condenar a empresa apelada a pagar indenização por danos materiais, não se podendo aceitar o pleito de danos morais decorrentes dos procedimentos de revista dos freqüentadores, realizado pelos prepostos da apelada, fato que não configura lesão moral".

(TJRJ, Apelação Cível 2008.001.31539, Des. Celso Luiz de Matos Peres, j. 30/07/2008).

O caso em voga ilustra a divergência acerca do que consiste as excludentes de responsabilidade civil positivadas no ordenamento brasileiro, e, em decorrência, o que

vem a ser o risco da atividade, permitindo a flexibilização da excludente fato exclusivo de terceiro.

A parte ré sustentou a exoneração de sua responsabilidade em decorrência do caso fortuito. Já o Ministério Público alegou que o rompimento do nexo causal decorreu de fato exclusivo da vítima, já que a mesma agiu sem a devida cautela em meio à multidão. O juízo *a quo* não explicitou a excludente de responsabilidade civil aplicável ao caso, afastando apenas o defeito na prestação do serviço. O relator, em voto seguido pelos demais desembargadores, identificou falha na prestação do serviço em virtude de o mesmo não ter fornecido a segurança esperada pelo consumidor, sendo tal falha corroborada pelo fato de existir segurança no local.

Resta, pois, a dúvida: se a casa de show não dispusesse de seguranças, seria o furto decorrente de caso fortuito, como sustentou a ré, de culpa exclusiva da vítima, como sustentou o *parquet*, de fato exclusivo de terceiro, ou, a falta de seguranças no local fortaleceria a tese de falha na prestação do serviço?

O fato exclusivo da vítima é a terceira causa de exclusão da responsabilidade civil prevista pelo ordenamento brasileiro, sendo disciplinada apenas no Código de Defesa do Consumidor. Frise-se que, assim como já foi defendido para o fato exclusivo de terceiro, doutrina e jurisprudência entendem ser a eximente também aplicável às hipóteses de responsabilidade das relações civis além daquelas que envolvam fornecedor, como não poderia deixar ser em observância a unidade harmônica do ordenamento. Ademais, é hábil a excluir até mesmo a responsabilidade objetiva, visto interromper o nexo causal.

O fato exclusivo da vítima se dá quando o dano decorre de ato ou fato exclusivo da própria vítima, sendo o responsável aparente mero instrumento do acidente. A título de ilustração, imagine o condutor de um veículo trafegando, dentro dos limites de velocidade e atendendo as demais exigências de diligência, por baixo de um viaduto quando é surpreendido por alguém que, instantes havia se jogado da parte superior desse mesmo viaduto e que vem a falecer não em decorrência da queda, mas sim do atropelamento. O motorista na situação hipotética narrada, em que pese ser o causador direto do dano, não pode ser responsabilizado, já que inexiste liame causal entre a sua conduta e o dano que, em verdade, resultou de fator externo atribuído exclusivamente a própria vítima.

Sobre a excludente em análise, duas questões surgem. A primeira relaciona-se com a possibilidade de interrupção do nexo causal no caso de culpa exclusiva de vítima menor de idade ou louca. Embora a discussão encontre sede doutrinária, com a devida *venia*, não merece prosperar, já que o arrazoado argumento é de que a menoridade e a insanidade não permitem a responsabilização do próprio menor ou louco, devido ao fato de que tais ações não são culposas.

Entretanto, o que importa para a interrupção do nexo causal não é a culpabilidade, mas sim, a ruptura do elo que liga a ação do responsável aparente ao resultado danoso. Sendo assim, se a ação do menor ou do louco for apta para tal, não há óbice em que seja afastada a responsabilidade do outro agente. Ou seja, a atuação de pessoas nessas condições pode ser eficiente para romper o nexo causal. Entretanto, conhecendo o estado de incapacidade do outro, deve ser redobrada a diligência e o cuidado.

Corrobora a tese da irrelevância da culpabilidade para a interrupção do nexo causal, a previsão legal do caso fortuito ou de força maior como eximentes, já que não é possível atribuir culpa a quem quer que seja pelo dano resultante destas últimas.

A segunda questão que merece destaque diz respeito a concorrência de culpa. Esta, como a expressão bem indica, ocorre quando a vítima ou o terceiro, apesar de não ser o único causador do dano, concorre efetivamente para o resultado.

A concorrência de culpa, a princípio, não impede a interrupção do nexo causal, mas deve ser atenuante da responsabilidade do agente, ou seja, deve agir na segunda função do nexo causal.

A discussão ganha relevo nas relações de consumo visto o Código de Defesa do Consumidor não ter elencado a hipótese no rol das excludentes de responsabilidade. Assim, parte da doutrina, em face da literalidade dos artigos 12, parágrafo 3º e 14, parágrafo 3º considera irrelevante a concorrência de culpa. Por outro lado, há quem sustente que a concorrência deva ser causa de atenuação da responsabilidade, o que parece mais acertado.

Acerca da relativização do fato exclusivo da vítima como excludente de responsabilidade civil, Schreiber[36] alerta:

“não é raro que certos comportamentos por parte da vítima ou do terceiro, ainda que incompatíveis com os standards específicos de diligência, sejam considerados inclusos no risco do responsável ou imputáveis à sua esfera por alguma outra razão, a exemplo do que ocorre com o fortuito interno”.

A fim de ilustrar a relativização da excludente no sentido de flexibilização do nexo causal, o referido autor cita o conhecido caso do escorrega[37], no qual o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a culpa concorrente da vítima que, conforme já mencionado, não exclui a obrigação de indenizar, atuando somente na segunda função do nexo causal, ou seja, na quantificação do dano. A lide envolvia um jovem em viagem com amigos para um hotel fazenda, que, após uma confraternização subiu em um escorrega e mergulhou dentro da piscina. Ocorre que a piscina não tinha profundidade suficiente para comportar aquele mergulho específico e, conseqüentemente, o jovem sofreu danos à saúde.

Recentemente a interpretação acerca da configuração da culpa exclusiva da vítima gerou divergência no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro[38]. A controvérsia envolve uma instituição financeira, prestadora de serviço e uma pessoa jurídica, correntista da referida instituição.

A correntista solicitou uma antecipação de crédito sobre venda parcelada através do sistema VISANET, no valor de R$ 15.000,00, tendo sido, no entanto, creditado em sua conta corrente a quantia de R$ 34.000,00. Após verificar o engano da instituição financeira, no que tange ao valor depositado, a correntista solicitou o cancelamento da antecipação de crédito. Tal pedido de cancelamento gerou o estorno de todo o valor anteriormente depositado pela instituição financeira, como, acredita-se, não poderia ser diferente, já que o pedido foi de cancelamento e não de ratificação do depósito em

congruência com o valor que havia sido solicitado. Conseqüentemente, alguns cheques da autora foram devolvidos, motivo pelo qual ela pleiteou a indenização.

O juízo *a quo* entendeu pela inexistência de quaisquer das causas que exonerariam o dever da instituição financeira de indenizar. Já o Tribunal de Justiça, em sede de apelação, reformou a sentença, reconhecendo a "quebra do nexo de causalidade pela ocorrência de culpa exclusiva do consumidor". Em que pese a reforma da sentença, houve voto vencido, no qual foi afastada a culpa exclusiva da vítima e sequer cogitada a culpa concorrente.

Insta comentar um caso de atropelamento em linha férrea julgado em outubro do ano em curso pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro[39]. No caso em comento, a vítima, ao utilizar uma passagem clandestina construída pelos próprios moradores, foi atropelada, vindo a falecer. Os autores (companheira e filho do *de cujus*) ingressaram em juízo pleiteando indenização por danos morais e materiais, deduzindo que a responsabilidade da ré decorria do fato de não ter providenciado a reconstrução do muro, impedindo, pois, a utilização da passagem clandestina e, ou por não ter disposto de sinalização para evitar acidentes.

A sentença concluiu pela culpa exclusiva da vítima, que utilizou passagem clandestina em plena madrugada, mesmo havendo passarela de pedestres próxima ao local, julgando improcedentes os pedidos iniciais. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao contrário, reconheceu tão somente a culpa concorrente da vítima, não afastando, pois, a responsabilidade da ré. O voto do relator, seguido pelos demais, afastou a excludente de culpa exclusiva da vítima, ao, no mínimo, curioso argumento de que "acidente que vitimou o *de cujus* ocorreu de madrugada, permitindo-se concluir que a vítima não tenha tido percepção ou chance de evitar a colisão, fato que afasta a alegação de culpa exclusiva da vítima". Ademais, concluiu pela falha nos serviços de fiscalização e vigilância, evocando a teoria do risco proveito, aduzindo: "A prestadora do serviço que tem vantagens com a atividade desenvolvida deve responder pelos efeitos prejudiciais que dela decorrem".

IV. CAUSALIDADE ALTERNATIVA:

A teoria da causalidade alternativa surge como mais um instrumento de flexibilização do nexo causal, a fim de assegurar a reparação da vítima. Dada a complexidade da demonstração do nexo causal em determinadas situações e, com o objetivo de não deixar vítimas desassistidas, parte da doutrina e jurisprudência – ainda que timidamente – vêm defendendo a aplicação da teoria da causalidade alternativa[40]. Esta teoria propõe uma interpretação nova para o nexo causal em sua primeira função, ou seja, flexibiliza-se a individuação do lesante.

A primeira função do nexo causal, conforme já exposto, consiste em determinar a quem se deve atribuir o dano. Assim, a rigor, não sendo possível individuar o ofensor, não há que se falar em nexo causal, e, sem este último, a solução deve ser a irresponsabilidade. Neste contexto, questiona-se se é justo deixar a vítima desamparada quando, apesar de não se identificar o causador do dano, identifica-se o grupo ao qual ele faz parte. A

pergunta então passa a ser a seguinte: o que é mais justo (ou injusto): o desamparo da vítima ou a responsabilização de vários agentes por um dano ao qual não deram causa?

Schreiber[41] afirma que a teoria da causalidade alternativa tem "sua origem na discussão sobre o tratamento a ser dado à causalidade em hipótese em que, embora seja possível identificar o grupo de cuja atuação adveio o dano, mostra-se impraticável a determinação precisa do seu causador". Como exemplo, cita o acidente de caça, "em que um disparo atinge a vítima, sem que se possa determinar de que arma partiu o projétil".

A referida teoria propugna a responsabilidade solidária de todo o grupo, ou seja, considera mais justa a reparação da vítima, do que injusta a condenação daqueles que não deram causa ao dano.

Cruz[42] apresenta uma resenha dos principais posicionamentos doutrinários acerca da teoria da causalidade alternativa. Em síntese, os argumentos contrários baseiam-se na impossibilidade de se configurar a responsabilidade, visto à inexistência de um de seus pressupostos, o nexo causal, e, conseqüentemente, restar de todo afastada a individuação do causador do dano. Por outro lado, os argumentos favoráveis sedimentam-se na construção de uma nova noção de causalidade. Neste sentido, fala-se da transformação da noção de causalidade real a fim de se admitir uma causalidade suposta. Frise-se que, mesmo reconhecendo ser a autoria do fato que resultou no dano desconhecida, defendem a não exoneração dos membros do grupo. Em outros termos, com a atenção voltada para a vítima, consideram menos injusto imputar a responsabilidade por um dano a quem não deu causa, do que deixar a vítima ao desamparo.

Defende-se aqui a tese da inadmissibilidade da responsabilização quando da impossibilidade de determinação do nexo causal entre a conduta e o dano por três ordens de argumentos: i) pela injustiça da solução que confere; ii) pelos reflexos negativos da adoção da causalidade alternativa nos grupos sociais; e, iii) pela impossibilidade de se impor solidariedade entre os membros do grupo.

Sob o primeiro argumento, entende-se que, responsabilizar quem não tenha efetivamente dado causa ao dano é solução tão injusta quanto deixar ao desamparo à vítima. Assim, salvo se esta vier a ser uma decisão de política legislativa, devidamente discutida e, posteriormente, positivada, não há que se admitir presunção de que a vítima mereça "maior justiça" do que o responsável aparente que, em última instância, acaba se tornando vítima do próprio julgado.

No que tange aos reflexos negativos da adoção da causalidade alternativa nos grupos sociais, insta questionar se esta solidariedade imposta não acabará por desagregar os próprios grupos sociais. Imaginemos a seguinte situação hipotética. Um grupo de amigos resolve se confraternizar, organizando uma reunião. Nenhum dos integrantes do grupo assume a responsabilidade pela mesma, ao contrário, entre todos são divididos igualmente os afazeres necessários para a realização da festa, que se dá em um ambiente público, um parque, por exemplo. Durante a confraternização, pessoa estranha ao grupo se aproxima, achando tratar-se de uma festa a qual tinha sido convidado. Este estranho sofre um acidente, devido ao fato de o piso estar molhado porque algum membro do grupo derramou alguma bebida. Este estranho, em decorrência da queda, fratura a sua

perna esquerda, ficando impossibilitado de trabalhar por 30 dias, já que o mesmo era um trabalhador autônomo, motorista de táxi.

Indubitavelmente, gera consternação o fato de essa pessoa vir a ficar sem a sua renda mensal, o desamparo a vítima parece injusto. Por outro lado, não se sabe quem agiu com negligência. Não se trata de tentar proteger um dos membros do grupo, simplesmente não há como identificar o responsável. Se a opção for por responsabilizar todo o grupo e, mais ainda, se esta passar a ser a decisão reiterada dos tribunais, no mínimo, as pessoas irão ponderar com bastante atenção antes de se unirem em uma nova confraternização.

Por fim, o terceiro argumento baseia-se na literalidade do artigo 265 do Código Civil de 2002, que determina que "a solidariedade não se presume; resulta de lei ou da vontade das partes". Não bastasse tal disposição, o Código Civil brasileiro não apresenta norma geral sobre o dano causado por membro indeterminado de um grupo. "A solidariedade consiste, portanto, em instituto excepcional, e, como toda exceção, não pode ser presumida"[43]. Logo, não tendo a lei estabelecido a solidariedade, salvo se os membros do grupo assim convencionarem, não há que se presumir a mesma, quiçá ser reconhecida pelo juízo.

A tentativa de se estabelecer a solidariedade entre os membros do grupo, responsabilizando todos pelo evento danoso decorre, também, da tentativa de interpretar extensivamente o artigo 942 do Código Civil de 2002, que prevê a responsabilidade solidária entre os co-autores de um ilícito. No entanto, a tese não merece prosperar porque a questão não envolve co-autoria, ao revés, resume-se a autoria desconhecida.

Caso notório acerca da construção jurisprudencial no sentido de estabelecer a solidariedade decorre da interpretação do artigo 1529 do Código de 1916 (artigo 938 do Código Civil de 2002). Neste caso, a literalidade do artigo permitia a solidariedade, porém, da análise dos casos concretos três orientações distintas emergiram.

Dispunha o artigo 1529 que "aquele que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelo dano proveniente das coisas, que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido". Três teses emergiram. A primeira homenageava a imprescindibilidade de determinação do nexo causal e refutava a possibilidade de condenação de todo o condomínio de apartamentos. Já a segunda tese, reconhecia a responsabilidade solidária dos condôminos, admitindo, no entanto excluir a responsabilidade daqueles moradores que habitassem casas de onde não poderia ter sido lançado o objeto. Por fim, a terceira tese, hoje prevalente, "atenta ao fato de que esta prova de nexo causal tornava, na prática, impossível a reparação"[44] pugnou por atribuir a responsabilidade ao condomínio como um todo, sendo eventual rateio matéria *interna corporis*.

Em suma, em que pese a falta de expressa previsão legal, há decisões que presumem a solidariedade dos integrantes do grupo a fim de não deixar a vítima desassistida. Neste sentido, citam-se dois acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde a referida teoria é expressamente adotada.

O primeiro, julgado em dezembro de 1991, declara:

“Causalidade alternativa. Forma suposta de causalidade, inadmissível para efeitos penais, mas suficiente para a fixação da responsabilidade civil. Falta de prova suficiente de haver qualquer dos demandados, individualmente, golpeado a vítima de modo a concorrer efetivamente para causar-lhe a morte, fundamento da absolvição criminal, sem força, entretanto, para afastar a responsabilização civil, a cuja configuração basta a prova de integrarem os réus o grupo participante da briga durante a qual tais golpes foram desferidos. (...). Demonstração testemunhal suficiente desse pressuposto de participação, ainda que insuficiente para deslindar a exata forma e extensão da cota com que cada qual dos réus concorreu para o resultado lesivo.” (Apelação Cível no. 591047451, 6ª Câmara Cível, TJRS, Rel: Adroaldo Furtado Fabrício, julg. Em 10/12/1991)

O mesmo Tribunal, em 1995, adotou a teoria da causalidade alternativa em matéria de responsabilidade civil por acidente de automóveis, cuja ementa transcreve-se:

“Causalidade Alternativa. Mesmo que não se saiba quem foi o autor do dano, se há vários indivíduos que poderiam ser, todos estão obrigados a indenizar solidariamente. Culpa. A vítima, a quem não se pode atribuir qualquer culpa pelo acidente, não se pode exigir que descreva e prove minuciosamente a culpa de cada um dos motoristas”. (Apelação Cível no. 195116827, 5ª Câmara Cível, Tribunal de Alçada RS, Rel: Rui Portanova, julg. em 23/11/1995)

Ainda sobre a solidariedade, diferente ressalva deve ser feita em relação a solidariedade entre a cadeia de fornecedores de produtos e serviços, já que a mesma decorre de lei, especificamente, do parágrafo único do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor[45]. Neste caso, entende-se que a responsabilização solidária se dá somente quando houver mais de um fabricante para o produto ou mais de um causador do dano, verificado o nexo causal entre a conduta e o dano.

Em que pese concordar que a teoria da causalidade alternativa tem aplicação nas relações consumeristas em decorrência da responsabilidade extracontratual da cadeia de fornecedores, ressalta-se que a mesma deva ser empregada com cautela, tendo como premissa que, em que pese poder existir responsabilidade sem culpa, como nas hipóteses de responsabilidade objetiva, não pode existir sem nexo causal. Assim, se a toda evidência os danos foram advindos de vício de produto, por exemplo, não que se sustentar a responsabilidade daquele que apenas o comercializou. De mesma sorte, se trata-se de serviços coligados, deve-se perquirir qual foi efetivamente o serviço defeituoso.

V. PRESUNÇÃO DE CAUSALIDADE:

Sob o argumento de que a concepção de causa como condição necessária para a configuração da responsabilidade mostra-se como barreira à indenização de danos aos quais não se pode precisar, quer seja por sua própria natureza, ou por falta de conhecimento sobre os mecanismos de causação do resultado ou, ainda, seja pela impossibilidade de isolar e ponderar os múltiplos fatores que podem lhes dar ensejo, emergem, posicionamentos a favor da presunção de causalidade. Fala-se em reconstruir a noção de causalidade segundo um paradigma de probabilístico e até mesmo em

reconhecer uma causalidade natural para certas hipóteses de dano, dentre elas, a do dano ambiental e a do dano à saúde derivado de suposto defeito do produto.

V.1. PRESUNÇÃO DE CAUSALIDADE NO DANO AMBIENTAL.

Insta aludir à hipótese de dano ambiental, que é exemplo apontado em doutrina, onde o nexo de causalidade pode ser presumido. Ou seja, não sendo possível demonstrar o nexo causal entre a conduta do agente e o dano, a probabilidade de que o agente tenha dado causa ao dano é suficiente para configurar a obrigação de indenizar. Em verdade, sendo o dano ambiental, na maioria das vezes, resultante de causas simultâneas, concorrentes e sucessivas, torna-se difícil individuar o lesante. Não bastasse, o dano, não raras vezes, não resulta imediatamente após a conduta do agente, ao revés, tem efeitos demorados, levando à pulverização da própria idéia de nexo causal.

Em mais este caso deve-se optar entre a reparação da vítima e a imposição do dever de compensar, independentemente do nexo causal. A opção tem sido no sentido de amparar a vítima. Contudo, será essa a melhor opção a longo prazo?

A responsabilidade por dano ambiental é objetiva. Os danos podem se perpetuar, já que os efeitos de um dano ambiental são progressivos e muitas vezes hábeis a ultrapassar gerações. Dito de outra forma, em matéria ambiental a dificuldade não está só em determinar o causador do dano, mas também, em determinar as vítimas e a duração do próprio dano. É, pois, uma situação na qual a autoria pode ser coletiva, assim como a vítima é a coletividade atual, quiçá futura, e o dano se protrai por prazo que não se pode precisar. Então, dadas essas características, deve-se ponderar se, efetivamente, a melhor solução é a presunção do nexo causal. De certo, que se estará assegurando a reparação, mas, pode-se estar onerando um agente por um dano tão longo quanto à sua própria existência e determinante dela.

V.2. PRESUNÇÃO DE CAUSALIDADE NOS DANOS À SAÚDE: BEBIDAS ALCOÓLICAS E TABACO.

Estudos técnicos apontam as bebidas alcoólicas e o tabaco como produtos inerentemente perigosos, por conterem riscos inafastáveis para as vítimas. Tais estudos baseiam-se em estatísticas que relacionam a incidência de determinadas doenças e/ou acidentes com o consumo de tais produtos. Entretanto, tais trabalhos científicos podem ser avocados tanto para fundamentar a responsabilidade dos fornecedores por danos que podem ter resultado do consumo dos produtos, quanto para afastar, à medida que tais estudos não demonstram cabalmente que a doença e/ou acidente é uma decorrência direta e imediata do consumo dos mesmos e, ao nosso ver, nem mesmo é uma conseqüência natural.

A questão nodal que se impõem sobre a responsabilidade civil das indústrias tabagistas e etílicas é a determinação do nexo causal entre o fornecimento do produto e o dano. A complexidade repousa no fato de que tais casos são precisamente caracterizados pela

inexistência de conhecimento empírico, seguro e suficiente para a determinação da causalidade.

A questão é bastante controvertida, tanto em doutrina, quanto na jurisprudência, havendo entendimento em ambos os sentidos.

Entre aqueles que pretendem afastar a responsabilidade das indústrias, o principal fundamento é o da inexistência de nexo causal, seja pela avocação da culpa exclusiva da vítima, seja pela tentativa de demonstrar inexistência de defeito. Os argumentos baseiam-se na licitude da conduta, no conhecimento notório das possíveis conseqüências do consumo de tais produtos e no atendimento à regulamentação específica[46].

Por outro lado, os defensores da responsabilidade das indústrias, invariavelmente, sustentam teses no sentido da mitigação do pressuposto, sugerindo, por exemplo, juízos de probabilidade e alegando defeito por vício de informação e até mesmo no abuso de direito relacionado à publicidade. Nesse sentido, insta transcrever trecho do voto do Desembargador Odone Sanguine, relator na apelação cível número 70016845349/2006, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 12 de dezembro de 2007:

“Com a evolução e transformação da responsabilidade civil, notadamente no âmbito da moderna responsabilidade pelo produto, é necessário flexibilizar o conceito de nexo causal para considerar suficiente um elevado grau de probabilidade e para possibilitar uma maior proteção à vítima do dano injusto, garantindo-lhe o ressarcimento, nos casos em que a prova do nexo causal se torna muito difícil, permitindo assim, a efetivação do princípio da reparação integral”.

Controvertida também é a questão da boa-fé objetiva dos fornecedores e a autonomia existencial dos consumidores. Na defesa dos fornecedores sustenta-se a opção livre e consciente do consumidor, assim como a licitude da atividade e o atendimento das exigências legais no que diz respeito à publicidade. Cita-se mais uma vez decisão proferida em apelação cível pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, transcrevendo trechos do voto do relator:

“Contudo, não obstante o cigarro seja, de fato, um produto naturalmente associado a riscos para a saúde - periculosidade inerente, sua fabricação e comercialização são lícitas em todo o território nacional, não se podendo, portanto, concluir que a fabricação e a comercialização do produto tenham conseqüências no mundo jurídico. O mesmo ocorre com as bebidas alcoólicas. (...).

Ainda em relação à propaganda veiculada pela empresa ré, deve ser considerado ter ela cumprido seu dever de informação ao consumidor, a partir do momento em que foi a tanto compelida, o que se deu no ano de 1988 (...).

Ressalte-se que, sem existência de lei anterior não se pode falar em descumprimento de dever jurídico preexistente, visto que, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (Princípio da Legalidade - artigo 5º, II, da Constituição Federal). (...)

Mais uma vez é de se ressaltar que a atividade desenvolvida pela empresa ré é lícita, amplamente regulada pelo poder público, sendo certo que o simples fato de fabricar e comercializar o produto de periculosidade inerente não induz à ilegalidade de sua conduta. Se prevalecesse tal entendimento, como dito, a indústria de bebidas alcoólicas teria que indenizar a todos aqueles que desenvolvessem cirrose hepática.

(Apelação Cível no. 1.0596.04.019579-1/001, 18ª Câmara Cível, TJMG, Rel: Unias Silva, julg. Em 16/09/2008)

Diametralmente oposto é o entendimento daqueles que defendem a responsabilização das indústrias. Dentre esses, argumenta-se que o livre arbítrio ou assunção do risco por parte da vítima não constituem causa de exclusão da responsabilidade dos fornecedores de tais produtos, visto que as empresas não observam o princípio da boa-fé objetiva ao não alertarem adequadamente os consumidores acerca dos riscos inerentes ao consumo.

Assim, considerando que os riscos inerentes ao consumo de tais produtos não são considerados normais e previsíveis e que os deveres de segurança e informação são defeituosos, avocam o princípio do *venire contra factum proprium*, aludindo que se tem notícia de que pelo menos desde a década de 1950 as empresas de tabaco tinham conhecimento dos efeitos nocivos à saúde decorrentes do consumo de cigarros e omitiram informações a tal respeito, para afastar a culpa exclusiva da vítima. Nesse sentido, recorre-se ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"2.1. LIVRE ARBÍTRIO, EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO E LICITUDE: O livre arbítrio não serve para afastar o dever de indenizar das companhias tabagistas pelas mesmas razões que não se presta para justificar a descriminalização das drogas. O homem precisa ser protegido de si mesmo, mormente porque lidamos com produtos que podem minar a capacidade de autodeterminação. No que tange ao exercício regular de um direito, como bem mencionou a Exma. Des. Mara Larsen Chechi, mister, nessa esfera, distinguir o abuso de direito do mau uso de uma liberdade. De fato, enquanto o exercício de prerrogativas conferidas, explicitamente, a uma pessoa, reveste-se de presunção de licitude, o exercício do amplo e vago poder de agir, decorrente de ausência de proibição legal, não confere senão uma frágil presunção de licitude do ato (omissivo ou comissivo) praticado. Destarte, como disse o Des. Coelho Braga, para que haja responsabilização civil, a conduta não precisa ser necessariamente ilícita, deve ser uma conduta que causa dano a outrem. O que está em jogo não é a natureza jurídica da conduta das empresas fabricantes de cigarro, mas sim os danos causados por essa conduta, seja ela lícita ou não. Ademais, não olvidemos de que estamos diante de uma relação de consumo, de forma que a responsabilização se dá independentemente da existência de culpa, na esteira do que preceitua o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor. Tal norma tem o intuito de resguardar a integridade física e psíquica do consumidor."

(Apelação Cível no. 70012335311, 9ª Câmara Cível, TJRS, Rel: Marilene Bonzanini Bernardi, julg. em 21/09/2005)

Na seção II.1, supra, defendeu-se a tese de que a não adoção de uma teoria de causalidade específica consiste em pressuposto para a flexibilização do nexo causal. Esta tese é corroborada pelo voto do Desembargador Odone Sanguine, relator na apelação cível anteriormente citada. A questão nuclear da lide consistia no

reconhecimento ou não de nexo causal entre a morte do companheiro da autora e o consumo de tabaco. Tal questão foi exaustivamente apreciada pelo relator, que concluiu pela existência do nexo causal e concorrência de culpa da vítima e, conseqüentemente, pelo dever de indenizar, em voto seguido pelos demais.

A Desembargadora presidente Marilene Bonzanini Bernardi, em seu voto, destacou que o cerne do julgamento era a comprovação do nexo causal, concluindo que:

"O tabagismo, se não pode ser considerado causa exclusiva, e não o é, contribui de forma substancial para o surgimento da doença e seu agravamento, no mínimo fazendo com que prognósticos de sobrevida se esvaíssem com brumas. Tais circunstâncias, por si só, já impunham o reconhecimento da responsabilidade".

A fim de estabelecer o nexo causal entre o dano morte e a conduta da ré – fabricação e/ou comercialização de tabaco –, o douto relator após criticar a teoria do dano direto e imediato ao argumento principal de que a mesma restringe demasiadamente o dever de indenizar, resultando "excessivo exigir que uma circunstância seja condição não só necessária, mas também suficiente de um dano, para que juridicamente possa ser considerada sua causa", pugna pela adoção da teoria da causalidade adequada.

À teoria da causalidade adequada, como já descrito, para restar configurada a responsabilidade, basta a demonstração de que o dano é uma conseqüência natural e razoável do fato antecedente. Baseado em tal teoria foi declarado:

"Indubitavelmente há nexo de causalidade entre a fabricação ou fornecimento do cigarro pela empresa Souza Cruz S.A. e o hábito (vício) de fumar e a morte subseqüente da vítima Carlos Renato Carazai em decorrência de neoplasia pulmonar produzida pelo consumo diário de cigarros desde a adolescência e que perdurou por cerca de trinta e sete anos. À vítima cabe, em regra, a demonstração do nexo de causalidade, enquanto que a interrupção deve ser provada pelo suposto ofensor, agente da primeira série causal. Portanto, somente poderia ser aplicada a teoria da interrupção do nexo causal ou do dano direto e imediato se comprovada a total independência do segundo fato (*v.g.*, histórico médico de doença que indicasse a concorrência de outros fatores de risco) em relação ao primeiro fato, no sentido de que o segundo fato não é conseqüência necessária do primeiro, de tal maneira que o primeiro fato não tenha favorecido (eficácia causal) o segundo fato e que só a eficácia deste tenha produzido o dano".

Por fim, passa-se a análise dos fundamentos constantes na ação civil pública recentemente ajuizada pelo Ministério Público Federal[47] em face das cervejarias Ambev, Schincariol e Femsa, pedindo indenização da ordem de quase 3 bilhões de reais, abrangendo os danos causado em todo o território nacional, pelo aumento dos danos causados à saúde pelo consumo de cerveja e chope.

A referida ação civil pública foi baseada em inquérito civil e em diversas pesquisas acerca das conseqüências possíveis do consumo de bebidas alcoólicas e, nos termos da inicial, o fundamento da demanda consiste na tese de que as bebidas alcoólicas são responsáveis por inúmeros prejuízos à saúde, sendo que os produtos do tipo cerveja e chope destacam-se no mercado; que o investimento maciço por parte das demandadas em publicidade acarreta o aumento global e a precocidade de consumo de álcool pela

sociedade, representando, pois, incremento do risco inerente do produto, concluindo no sentido de que:

"o *investimento em publicidade* pelas empresas-rés (**conduta)** acarretou **(nexo causal)** um *incremento dos danos* inerentes aos seus produtos alcoólicos (**dano incrementado**), daí seguindo-se o *dever de indenizar* na mesma proporção".

No mérito, ao desenvolver a tese de que a publicidade é um mecanismo de incremento do risco, destacou como objetivo da ação, demonstrar que o aumento dos danos à saúde pública e individual do consumidor, decorre da decisão de investimento maciço em publicidade:

"Ora, o fundamento desta ação – como já ficou sobejamente comprovado anteriormente – baseia-se justamente na premissa de que a atividade publicitária das rés incrementa o risco inerente aos seus produtos (bebidas alcoólicas), potencializando os danos individuais e sociais advindos do consumo do álcool e com um agravante: essa conduta está voltada para o aumento de seus lucros, com total desprezo à saúde de seus consumidores e a toda a sociedade, que sofre reflexamente seus efeitos maléficos.

A hipótese dos autos encaixa-se, com perfeição, à teoria do risco criado preconizado no parágrafo único do art. 927, CC".

A hipótese suscitada pela referida ação civil pública demonstra a tentativa de se flexibilizar o nexo causal, a fim de imputar o dever de indenizar. Hodiernamente, pode-se relacionar o consumo de bebidas alcoólicas à acidentes e até mesmo ao desenvolvimento de doenças específicas. No entanto, assim como ocorre com o tabagismo, inúmeros outros fatores também relacionam-se com o evento danoso, não sendo possível precisar de qual deles o dano efetivamente decorre, sendo igualmente impossível determinar preponderância, caso se vislumbrasse a possibilidade de concausas.

Não bastasse a impossibilidade de estabelecer o nexo causal, a questão é ainda mais tormentosa, visto envolver a autonomia existencial da própria vítima. A vítima consumiu o produto por decisão sua. Ainda que se possa argumentar que no passado tal decisão não fosse tomada a partir de um conhecimento pleno dos efeitos do produto, hoje em dia, não só a publicidade é bastante regulamentada, como é imposto o dever de alertar sobre o consumo moderado do produto. O argumento de que a publicidade, seja da bebida alcoólica, seja do tabaco, vincula-se sempre a sucesso profissional e felicidade, induzindo, pois, ao consumo, é frágil, porque a publicidade sobre medicamentos, vitaminas, colégios, produtos de higiene e de lavanderia, enfim, sobre a larga maioria dos produtos ofertados no mercado de consumo também são associados a sensações prazerosas.

VI. À GUISA DE CONCLUSÃO, BREVES REFLEXÕES SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL:

Ao se analisar a situação a partir da vítima, a flexibilização do nexo causal parece ser uma solução louvável, à medida que encontra respaldo no valor fundamental do

ordenamento jurídico, que é a proteção da dignidade humana, além de concretizar a prevalência do valor existencial ao patrimonial.

Entretanto, não há que se sustentar a flexibilização do nexo causal, seja pela relativização das excludentes de responsabilidade civil, seja pela adoção da teoria da causalidade alternativa, dentre outras, sob o argumento de justiça e a qualquer custo. Primeiro, porque não leva a uma solução aceita consensualmente como justa, já que pode implicar em responsabilização de agentes que não deram causa ao dano. Segundo, porque a proteção da vítima a qualquer custo acarreta insegurança e vitimização social, além de poder gerar uma desagregação dos grupos sociais.

Então, por esses e outros motivos, acredita-se que a melhor forma de equacionar as expectativas envolvidas – de reparação, por parte da vítima, e de não responsabilização por dano a que não tenha dado causa, por parte do agente – é tratar a questão como política pública, fundada na solidariedade social e com o objetivo de proteger a dignidade humana. Dessa forma, deve-se discutir a diluição dos riscos como imperativo da solidariedade social.

Cruz[48] aponta três vantagens da aplicação da causalidade alternativa: "(i) não se deixa sem reparação o dano injustamente sofrido pela vítima; (ii) a reparação do prejuízo entre os membros do grupo torna a indenização menos onerosa, já que ela fica diluída entre os suspeitos; e, (iii) a condenação global evita eventual manobra do grupo para impossibilitar a identificação do autor. Os argumentos são verdadeiros e refletem tanto a preocupação com o dano injustamente sofrido, como a importância da diluição dos riscos. Assim, podem ser evocados a favor não da causalidade alternativa, mas sim, do tratamento da responsabilidade civil como política pública, seja pelo fomento a ampliação do sistema de seguro de responsabilidade civil, seja pela implementação de medidas de prevenção dos riscos.

Se a solidariedade social concretiza-se na transferência de foco da responsabilidade civil para o dano, evidenciado com a relativa perda de importância da culpa e do nexo causal, é verdade que essa mesma solidariedade social impõe, por um lado, a proteção daqueles que não deram causa ao dano face à possibilidade de uma condenação injusta, assim como a necessidade de diluição os riscos entre o conjunto de agentes que exerçam atividades potencialmente lesivas.

Essa diluição dos riscos pode ser perquirida de formas diversas, como pela implementação de políticas de prevenção dos riscos, como pela repartição dos mesmos em uma base mutuaria formada através de um seguro, sendo certo que as alternativas não são excludentes.

Assim, sob a égide de um seguro de responsabilidade civil, a vítima teria assegurada a reparação do dano, independentemente da prova de culpa ou do nexo causal, quando este fosse de difícil comprovação vis-à-vis o caso. O mutualismo, inerente à atividade securitária, diluiria o custo da reparação por toda a base mutuaria do sistema. Por fim, não haveria que se falar em eventual manobra para impossibilitar a identificação do autor, já que o ônus seria suportado pelo sistema.

Ressalta-se que defende-se a implementação de um sistema de seguros privados e não a ampliação do Sistema de Seguridade Social, já que este vem nas últimas décadas

apresentando necessidades de financiamento crescentes. Não bastasse, a cobertura do mesmo é baixa, devido aos contornos do mercado de trabalho, sem contar com o teto de benefícios, fixado a priori, que, em um sem número de casos constituiria verdadeiro óbice a reparação integral da vítima, o que significa dizer que trocar-se-ia uma solução insatisfatória por outra igualmente.

Assim, acredita-se que a iniciativa privada esteja melhor preparada para a implementação do sistema por já contar com estrutura física e humana para tal. Ademais, a concorrência tenderia a diminuir o preço do próprio seguro. E, ainda, porque acredita-se que os recursos arrecadados com os prêmios devam ser capitalizados coletivamente, ao passo que a experiência do sistema de seguridade brasileiro funda-se no regime de repartição que, em uma primeira análise não mostra-se apropriado.

Outro argumento favorável diz respeito à experiência, ainda que tímida, do setor nos seguros obrigatórios. Além disso, o Código Civil de 2002 disciplina essa modalidade contratual para os seguros terrestres, além da legislação especial existente para outras modalidades. A título de ilustração, o artigo 788 do Código Civil, que trata dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil, reflete, no seu caput, o processo de desculpabilização da responsabilidade civil, assim como a atenção voltada para o ressarcimento do dano injustamente sofrido pela vítima, ao determinar que "a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado".

Certo que a transição de um modelo de responsabilidade individual para a responsabilidade social é caminho longo, a ser traçado com cautela. Analogamente, apesar de defender-se a securitização da responsabilidade civil, reconhece-se que a viabilidade de tal proposta depende de esforço de toda a sociedade, tanto para moldar esse sistema, como para efetivá-lo. Acredita-se que este seja um caminho, embora não o único, já que outras formas de diluição de riscos são possíveis.

À guisa de conclusão, o que se pretende com tal proposta é substituir uma responsabilidade individual por uma responsabilidade social, já que o problema da responsabilidade civil hoje diz respeito à atribuição do ônus reparatório, especialmente quando se torna difícil ou mesmo impossível individuar o lesante. Em verdade, mesmo quando é possível tal identificação, a responsabilidade individual não assegura o ressarcimento da vítima, já que não raras são as hipóteses de insolvência do réu.

Acredita-se, pois, ser necessário tratar a responsabilidade civil como política pública, implementando medidas de diluição dos riscos, seja através de programas de prevenção de danos, seja através de incentivos a repartição dos riscos através da atividade securitária. Dito de outra forma, defende-se a transição do modelo de responsabilidade individual para um modelo de responsabilidade social, no qual a solidariedade social se fará presente não só na proteção da vítima, como também na repartição do ônus.

VII. BIBLIOGRAFIA:

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de, *O princípio da igualdade e o direito das obrigações*, in TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao**

Professor RICARDO PEREIRA LIRA. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008 p. 531 a 563.

BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo e outros. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, pp. 5 a 23; e pp. 803-819;

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado**. disponível em http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8632/3/A_Responsabilidade_Civil.pdf. >. Consulta realizada em 25.09.2008.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*, in TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA**. Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2008, p.847 a 881.

CASTRO, Leonardo. *A ascensão da causalidade alternativa e a indústria tabagista*. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 12, n. 1665, 22 jan. 2008. Disponível em:

HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10877. Acesso em: 21 nov. 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOMES, Orlando. *Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*, in: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (org.). **Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues.** São Paulo: Saraiva, 1989, p. 291-302.

MARQUES**,** Claudia Lima Marques, *A chamada nova crise do contrato e o modelo do direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In* Claudia Lima Marques (coord), **A Nova Crise do Contrato – Estudos sobre a Nova Teoria Contratual**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral.** Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações**. v.2. 20 ed.. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional.** Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

_____. *A responsabilidade civil como política pública. in:* TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA**. Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2008, p.743 a 755.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre o nexo de causalidade**, *in* Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, v. 6. Rio de Janeiro: Padma, abril/junho/2001, p. 3-19.

_____. **Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento**, *in* Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, v. 22. Rio de Janeiro: Padma, 2005, Editorial.

_____. **O futuro da responsabilidade civil,** *in* Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, v. 24. Rio de Janeiro: Padma, 2004, Editorial.

_____. *Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento*, in C. P. Souza Neto e D. Sarmento (coords.). **A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 309-320.

TEPEDINO, Gustavo, SCHREIBER, Anderson. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Código Civil Comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420**, v. 4**.** São Paulo: ATLAS, 2008.

---

[1] SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

[2] Sobre a construção unitária do ordenamento jurídico, ver TEPEDINO**,** Gustavo. *Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento*, in C.P. Souza Neto e D.Sarmento (coords). **A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 309 – 320.

[3] BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*, in TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA**. Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2008, p.847 a 881.

[4] GOMES, Orlando. *Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*, in: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (org.). **Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues.** São Paulo: Saraiva, 1989, p. 291-302.

[5] *Ob. Cit.*, pg. 22.

[6] TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre o nexo de causalidade**, *in* Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, v. 6. Rio de Janeiro: Padma, abril/junho/2001, p. 3-19., pg. 3

[7] "O primeiro plano envolve a demonstração dos pressupostos da responsabilidade (dano, nexo causal e culpa, quando não dispensada, nas hipóteses objetivas). De fato, diante de uma demanda reparatória, num primeiro momento, o objeto da perquirição do magistrado consiste em verificar a presença dos pressupostos caracterizadores do dever de indenizar. Nesse contexto, duas situações podem ocorrer: ou se comprovam os pressupostos, e assim dá-se origem à obrigação ressarcitória; ou esses não se fazem presentes, e não há que se tratar de reparação" (MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral.** Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000., pg. 124-245.)

[8] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006., pg. 70.

[9] *Ob. Cit*, pg. 5.

[10] *Ob. Cit*, pg. 122.

[11] *Ob. Cit*, pg. 59.

[12] *Ob. Cit*, pg. 9.

[13] *Ob. Cit*, pg. 61.

[14] "A obrigação de pagar a indenização respectiva tanto pode resultar da apuração de uma culpa contratual como aquiliana, e numa como noutra está subordinada a princípios comuns. (...). Em terceiro lugar, cumpre estabelecer uma relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado. Não basta que o agente cometa um erro de conduta e que o queixoso aponte um prejuízo. Torna-se indispensável a sua interligação, de molde a assentar-se ter havido o dano porque o agente procedeu contra direito" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações**. v.2. 20 ed.. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, pg. 334-335).

[15] *Ob. Cit.*, pg. 158.

[16] *Ob. Cit.*, pg. 14-19

[17] "Da análise da jurisprudência brasileira, conclui-se que, diante de uma pluralidade de causas, a investigação do magistrado realiza-se mediante três indagações: (1ª) Cuida-se de causas sucessivas (uma direta e as demais indiretas, que lhe deram causa) ou simultâneas (todas diretas e concorrentes)? Se todas as causas são diretas, evidenciando-se, pois, o vínculo de necessariedade de todas elas em relação ao dano, procedendo-se em seguida à valoração da preponderância, de modo a excluir algumas delas, ou à repartição do dever de indenizar entre os seus responsáveis, quando não se é possível estabelecer a preponderância. Em se tratando, ao revés, de causas sucessivas, pergunta-se: (2ª) há necessariedade entre o conjunto de causas e o evento danoso? Se a resposta

for negativa, exclui-se o dever de indenizar. Se positiva, passa-se à terceira indagação (3ª), relativamente à preponderância ou equivalência de uma ou algumas causas indiretas. Em se tratando de pluralidade de causas necessárias (concorrentes ou sucessivas), a solução se desloca para o critério da preponderância das causas ou, considerando-as equivalentes, para a repartição do dever de reparar". (TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre o nexo de causalidade**, *in* Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, v. 6. Rio de Janeiro: Padma, abril/junho/2001, p. 18-19.

[18] *Ob. Cit*, pg. 159.

[19] Cruz, *ob.cit*, pg.. 159.

[20] MARQUES**,** Claudia Lima Marques, *A chamada nova crise do contrato e o modelo do direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In* Claudia Lima Marques (coord), **A Nova Crise do Contrato – Estudos sobre a Nova Teoria Contratual**. SP: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86.

[21] Marques, *ob. Cit*, pg. 61.

[22] TEPEDINO, Gustavo. *Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento, in* **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, v. 22. Rio de Janeiro: Padma, 2005, Editorial.

[23] Partindo da premissa que o princípio da igualdade não é absoluto, Ruy Rosado destaca a desigualdade permitida, especialmente no direito obrigacional, onde o referido princípio pode ser substituído pelo princípio da proporcionalidade, segundo o qual a desigualdade não pode ir além do que a causa objetiva justifique. Como justificativa para a desigualdade permitida, afirma que "é preciso ponderar que os homens são iguais em dignidade, mas são desiguais no ser, no ter, no saber e no fazer." (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de, *O princípio da igualdade e o direito das obrigações*, in TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA.** Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008 p. 531 a 563.).

[24] *Ob. Cit*, pg. 345.

[25] *Ob. Cit*, pg. 91.

[26] *Ob. Cit*, pg. 197-198

[27] TEPEDINO, Gustavo, SCHREIBER, Anderson. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Código Civil Comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420**, v. 4**.** São Paulo: ATLAS, 2008, pg. 355.

[28] *Ob. Cit*, pg. 66

[29] Cruz, *ob. cit*, pg. 201.

[30] *Ob. Cit*, 2007, pg. 64.

[31] *Ob. Cit*, 2007, pg. 65-66.

[32] "Relação consumerista. Aluguel de cofre. Depósito. Assalto. Caso fortuito. Inexistência. Hipótese de fortuito interno, caso em que o fato de terceiro não exime o fornecedor do dever de indenizar (...). (TJRJ, Apelação Cível 2005.001.03378, Des. Carlos Eduardo Passos, j. 20/04/2005.

[33] Responsabilidade civil. Dano Moral. Inscrição indevida em nome do autor nos cadastros dos serviços de proteção ao crédito. Contrato firmado por terceiro com uso de documento falso. Fortuito interno. Dever de indenizar (...)". (TJRJ, Apelação Cível 2004.001.31220, Des. Fernando Cabral, j. 01/03/2005.

[34] No mesmo sentido: TJRJ, Apelação Cível 2008.001.49228, Des.Mônica Costa Di Piero, j. 30/09/2008; TJRJ, Apelação Cível 2008.001.47725, Des.Mônica Costa Di Piero, j. 29/09/2008; TJRJ, Apelação Cível 2008.001.52978, Des.Odete Knaack de Souza, j. 29/09/2008; TJRJ, Apelação Cível 2008.001.44569, Des.Letícia Sardas, j. 24/09/2008; TJRJ, Apelação Cível 2008.001.49009, Des.Elizabete Filizzola Lobo, j. 24/09/2008; TJRJ, Apelação Cível 2008.001.40113, Des.Leila Albuquerque, j. 23/09/2008; TJRJ, Apelação Cível 2008.001.45818, Des.Mauro Dickstein, j. 23/09/2008.

[35] Processo número 2006.209.004722-8.

[36] *Ob. Cit*, 2007, pg. 66-67.

[37] Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 287.849/SP, julgado em 17/04/2001, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr.

[38] TJRJ, Apelação Cível 2008.001.37918, Des. Gabriel Zefiro, j. 14/10/2008.

[39] TJRJ, Apelação Cível 2008.001.54302, Des. Carlos Santos de Oliveira, j. 21/10/2008.

[40] CASTRO, Leonardo. *A ascensão da causalidade alternativa e a indústria tabagista*. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 12, n. 1665, 22 jan. 2008. Disponível em:

HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10877. Acesso em: 21 nov. 2008.

[41] *Ob. Cit*, 2007, pg. 70.

[42] *Ob. Cit*,, pg.287-305

[43] TEPEDINO e SCHREIBER, *ob. Cit*, pg. 112.

[44] SCHREIBER, 2007, *ob. Cit*, pg. 72.

[45] A solidariedade está prevista também nos artigos 18, 19 e 25 do Código de Defesa do Consumidor.

[46] Neste sentido: "AÇÃO ORDINÁRIA - REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRESCRIÇÃO DO ART. 27 DO CDC - NÃO INCIDÊNCIA - REJEIÇÃO - EMPRESA FUMAGEIRA - TABAGISMO - PROPAGANDA ENGANOSA - DOENÇA PULMONAR - ACEITAÇÃO DO RISCO PELO FUMANTE - NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADO - PEDIDOS IMPROCEDENTES - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - Não sendo a ação de indenização baseada em defeito ou erro do produto no instante de sua fabricação, mas sim, escudada no artigo 186, do Código Civil, não há que se falar em prescrição qüinqüenal, nos termos do art. 27, do Código de Defesa do Consumidor. Para surgir o dever de indenizar o dano alheio (responsabilidade civil) é mister que concorram três elementos: o dano suportado pela vítima, a conduta culposa do agente e o nexo causal entre os dois primeiros. Impossível se apresenta a pretensão do autor tendente a condenar a empresa fabricante de cigarros em danos materiais e morais, sob a imputação de ato ilícito, quando não comprovado o nexo causal entre a doença diagnosticada e o tabagismo".

(Apelação Cível no. 1.0596.04.019579-1/001, 18ª Câmara Cível, TJMG, Rel: Unias Silva, julg. Em 16/09/2008)

[47] A íntegra da inicial está disponível em: http://www.prsp.mpf.gov.br/infoprdc/ACPCervejapub.pdf. Consulta em 28/11/2008.

[48] *Ob cit*, pg. 308-309.

DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR E OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA DO EMPREGADOR: INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO TRABALHADOR*

DIRITTI DELLA PERSONALITÀ DEL LAVORATORE E I LIMITI DELL'AUTONOMIA PRIVATA DEL DATORE DI LAVORO: INTIMITÀ

Maria Aparecida Alkimin
Grasiele Augusta Ferreira Nascimento

RESUMO

O tema em foco, DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR E OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA DO EMPREGADOR: INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO TRABALHADOR visa uma abordagem dogmática e legislativa dos direitos da personalidade, em especial, a intimidade e privacidade nas relações de trabalho, cujos direitos integram os direitos e garantias fundamentais e estão intimamente vinculados ao princípio da dignidade humana. Nesse sentido, os direitos da personalidade representam o limite à autonomia privada do empregador no exercício do poder diretivo, e, muito embora nas relações de trabalho o empregador esteja acobertado com garantias constitucionais, tais como o direito de propriedade, livre iniciativa e livre exercício da atividade econômica, têm o dever jurídico de respeitar e zelar pelos direitos e garantias fundamentais do trabalhador e é certo que havendo colisão de direitos constitucionalmente tutelados em relação ao empregado e ao empregador, aplicar-se-á com fundamento nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade a tutela aos direitos e garantias individuais do trabalhador, como meio de realização da justiça e preservação da dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVES: PERSONALIDADE – DIGNIDADE – AUTONOMIA PRIVADA.

RIASSUNTO

Il tema scelto "Diritti della personalità del lavoratore e i limiti dell'autonomia privata del datore di lavoro: intimità e privacità del lavoratore" ha lo scopo di trattare dal punto di vista dogmatico e legislativo i diritti della personalità, specialmente l'intimità e la privacità nelle relazioni di lavoro, i cui diritti integrano i diritti e le garanzie fondamentali e sono intimamente vincolati al principio della dignità umana. In questo senso, i diritti della personalità rappresentano il limite all'autonomia privata del datore di lavoro nell'esercizio del potere direttivo e sebbene nelle relazioni di lavoro il datore di lavoro sia protetto da garanzie costituzionali, tali come il diritto di proprietà, la libera iniziativa e il libero esercizio dell'attività economica, ha il dovere giuridico di rispettare

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

e di zelare per i diritti e per le garanzie fondamentali del lavoratore, ed è certo che in caso di conflitto tra diritti costituzionalmente tutelati in rapporto al lavoratore e al datore di lavoro si dovrà aplicare, con fondamento nei principi della proporzionalità e della ragionevolezza la tutela dei diritti e delle garanzie individuali del lavoratore, come mezzo di realizzazione della giustizia e preservazione della dignità umana.

PAROLE CHIAVE: PERSONALITÀ – DIGNITÀ – AUTONOMIA PRIVATA.

INTRODUÇÃO

O artigo 2º da CLT consagra o poder de direção ao empregador, possibilitando-lhe organizar, fiscalizar e aplicar sanções disciplinares aos empregados faltosos. Muitas vezes, porém, questiona-se a existência de limites à sua autonomia privada, diante dos direitos de personalidade assegurados ao trabalhador pela legislação pátria atual.

Neste sentido, a Constituição Federal tutelou os direitos da personalidade, estabelecendo no art. 5º. a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Embora a CLT não trate, especificamente, dos direitos da personalidade, a CF/88, tutelando a dignidade humana e os direitos fundamentais, por via reflexiva, visou tutelar o direito da personalidade em todas as esferas e relações jurídicas, não afastando, ademais, a aplicação subsidiária do Código Civil nas relações trabalhistas (art. 8º, CLT).

Desta forma, o presente estudo objetiva analisar os limites da autonomia privada do empregador frente aos direitos da personalidade do trabalhador, sobretudo no diz respeito ao controle dos e-mails dos empregados.

I) DIREITOS DA PERSONALIDADE: POSIÇÃO DOGMÁTICA E LEGISLATIVA

Considerando-se a visão metafísica e racionalista de KANT, o homem, como ser pertencente à espécie humana é considerado como um fim em si mesmo, logo, é o eixo central de toda ciência e, inclusive, do ordenamento jurídico, que existe para regular os direitos do homem, único ser dotado de dignidade.

O homem é composto de corpo, alma e personalidade, tratando-se de componentes que evidenciam o existir humano e torna o homem uma espécie diferente das demais espécies terrenas denominado ser ou pessoa humana, e é certo que somente

à pessoa humana a ordem jurídica reconhece e protege os direitos da personalidade, direitos esses inerentes à natureza humana e que ocupam posição supra-estatal, ou seja, o Estado não exerce nenhum controle ou ingerência, somente disciplina com o intuito de protegê-los através da positivação dos direitos situados na esfera do Direito Natural.

Na órbita jurídica o homem é sujeito de direitos e obrigações, desde a sua concepção, e isso em razão de ser dotado de personalidade, a qual representa um direito natural, posto que nasce com o indivíduo, trata-se de direito inato (da natureza humana), inerente ao homem, ser dotado de racionalidade e essência divina.

Segundo Bittar:

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.**[1]**

São direitos do homem em razão da sua própria condição, portanto, são direitos naturais e inatos, inerentes à natureza livre do homem, portanto, anteriores ao Estado[2] que tratou de fixar seus conteúdos e proteção através da positivação dos mesmos.

Os direitos da personalidade estão intimamente vinculados ao conceito de dignidade humana, que constitui valor supremo para a humanidade e inspirou não apenas as Constituições de vários países como se constitui em princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, consagrado pela Constituição Brasileira e, segundo Salert:

...justamente pelo fato de que a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção à dignidade da pessoa (de cada uma ou de todas as pessoas) constituem-se(ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito**.**[3]

Os direitos da personalidade embora sejam pré-existentes à existência do Estado, somente começaram a adquirir corpo com as primeiras declarações sobre sobre o Estado Liberal que forma a Declaração de Indepedência Americana de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo movimento expansionista de constitucionalização dos direitos atingiu seu ápice com a Declaração Universal do Direitos do Homem de 1948, nascida diante da barbárie da II Grande Guerra Mundial (1945).

Esse movimento de humanização dos direitos do homem demonstra que o direito natural ganhou força perante o Estado[4], nascendo no séc. XX a era da constitucionalização dos direitos, em especial, aos direitos da personalidade, que passaram a integrar os chamados direitos e garantidas fundamentais, ou também denominados de direitos humanos fundamentais ou apenas de direitos fundamentais, inspirados no princípio universal da dignidade humana, que representa o fundamento do direito constitucional contemporâneo.

A dignidade da pessoa humana é princípio supremo e valor fundamental de todo ordenamento jurídico, "núcleo essencial da nossa Constituição formal e material"[5], constituindo-se, anteriormente, valor absoluto e insubstituível de cada pessoa.

O novo Código Civil suprindo uma omissão do Código Civil de 1916 dedicou um capítulo para os Direitos da Personalidade, regulando dos artigo 11 a 21 alguns direitos da personalidade, tais como: integridade psicofísica, nome, pseudônimo, imagem e privacidade, cujas disposições infra-constitucionais têm por supedâneo a concretização dos direitos e garantias fundamentais e a tutela à dignidade humana, visando, assim, a efetivação dos valores constitucionais que norteiam todo ordenamento jurídico.

O direito civil contemporâneo não coloca tão somente a pessoa na posição de sujeito de direitos e obrigações ou objeto das relações jurídicas como outrora, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, a pessoa, ponto central de todo ordenamento jurídico, passou a ser contemplada em seus atributos intrínsecos, procurando o Estado tutelar as liberdades públicas e,conseqüentemente, proteger a pessoa em relação à esfera patrimonial, social e em seus atributos físicos e morais.[6]

II)**DIREITOS DA PERSONALIDADE E RELAÇÕES DE TRABALHO**

A Constituição Federal, consagrando aquilo que os alemães denominaram de "cláusula geral da personalidade", tratou de tutelar os direitos da personalidade, estabelecendo no art. 5º. a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, prevendo reparação pelo dano material e moral; além de proteger a pessoa contra qualquer espécie de tortura, crueldade ou tratamento desumano, tutela à liberdade de locomoção e outros direitos relacionados à pessoa, individualmente considerada.

Diversamente do legislador civilista, o legislador celetista de 1943 não vislumbrou contemplação aos direitos da personalidade nas relações de trabalho, muito embora tivesse exaltado a natureza da pessoalidade nas relações de trabalho, garantindo como proteção à personalidade do trabalhador a tutela à vida e saúde (física e psíquica) do trabalhador ao permitir a rescisão por justa causa ou a rescisão indireta no caso de lesão ou ameaça de lesão ao trabalhador, lesão essa que está subentendida à personalidade (arts. 482, CLT-por parte do empregador e 483 CLT-por parte do empregado).

Embora a CLT não trate, especificamente, dos direitos da personalidade, a CF/88, tutelando a dignidade humana e os direitos fundamentais, por via reflexiva, visou tutelar o direito da personalidade em todas as esferas e relações jurídicas, não afastando, ademais, a aplicação subsidiária do Código Civil nas relações trabalhistas (art. 8º, CLT).

Com efeito, o contrato de trabalho, embora seja de natureza privada, envolve a prestação pessoal de serviços, sendo certo que, juntamente com a entrega da força de trabalho, o trabalhador transfere, ainda que em parte, os direitos da personalidade, pois a relação de emprego envolve uma relação de submissão em relação ao seu empregador, que passa dirigir e controlar a prestação dos serviços, invadindo a esfera da pessoalidade ou personalidade do trabalho.

Não é de se olvidar que o poder diretivo do empregador encontra limites nos direitos e garantias fundamentais os quais encobrem os direitos da personalidade do trabalhador, cuja tutela à personalidade tem mais razão e sentido nas relações trabalhistas do que nas relações civilistas, pois a relação é estritamente pessoal, resultando na abstenção e dever legal por parte do empregador de respeito e consideração aos direitos da personalidade do trabalhador, indissociáveis da pessoa do mesmo.

Nesse sentido, já se discorreu que:

A relação trabalhista-subordinada- é uma relação de natureza contrtual, bilaterial, onerosa e sinalagmática, de execução imediata ou de trato sucessivo, e certo que, em razão do princípio da continuidade do vínculo empregatício, como todo negócio jurídico, tem conteúdo eminentemente obrigacional. No caso da relação de emprego, esse conteúdo obrigacional envolve o aspecto econômico (frutos da prestação dos serviços que são transferidos para o tomador que abstrai a lucratividade desses frutos) e o aspecto pessoal (poder de direção sobre a pessoa do empregado e sobre seu trabalho), logo, o conteúdo obrigacional-pessoal envolve o dever de respeito e consideração aos direitos da personalidade do trabalhador, extensão dos direitos fundamentais e da dignidade humana.[7]

Nas relações de trabalho, constitui-se em dever primordial do empregador a permissão para o pleno exercício dos direitos e garantias individuais e o respeito a esses direitos, sob pena de violar o princípio da dignidade humana, sendo elementar a tutela geral aos direitos da personalidade por parte do Estado, em razão da sua natureza publicista e social, tratando-se o livre exercício e a proteção de questão de ordem pública.

III)CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

De acordo com o art. 11 do Código Civil: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” Referido dispositivo civilista trata das características que são atribuídas aos direitos da personalidade, quais sejam: instransmissibilidade, irrenunciabilidade e a impossibilidade de limitação voluntária de seu exercício, sendo certo que essa enumeração é meramente exemplificativa, haja vista que a doutrina enumera outras características: inatos e absolutos, extrapatrimoniais, imprescritíveis e vitalícios.[8]

São inatos e absolutos porque inerentes e indestacáveis da pessoa humana, considerados de ordem público e, portanto, impõem o dever geral de abstenção face à sua oponibilidade *erga omnes*. Ressalta-se que a natureza absoluta vem sendo relativizada quando se trata de colisão de direitos fundamentais, conforme será tratado adiante.

São extrapatrimoniais porque dizem respeito a atributos pessoais, imateriais, não valoráveis. A natureza imprescritível diz respeito ao fato de compor a esfera do seu titular e qualquer violação ser invocada em qualquer tempo, somente a morte é causa de perecimento desses atributos. São vitalícios, posto que são atributos que acompanham a pessoa por toda sua vida, é essencial e indispensável para a vida da pessoa.

Segundo BITTAR[9], os direitos da personalidade devem ser classificados de acordo com os bens que integram a existência da pessoa e que formam sua essência interna e externa, sendo eles: a integridade corporal ou física e a psíquica, os atributos ou valores projetados na sociedade como a honra, o nome, a liberdade, a privacidade,etc., os quais podem ser classificados da seguinte forma:

-Direitos físicos: direito à vida, à integridade, ao corpo, à imagem e à voz;

-Direitos psíquicos: direito à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica e ao segredo;

-Direitos morais: direito à identidade, à honra, ao respeito,etc.

No presente trabalho trataremos apenas dos direitos da personalidade atinentes à intimidade e privacidade do trabalhador no que tange ao monitoramento de *e-mails* por parte do empregador.

IV)AUTONOMIA PRIVADA E PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR FACE AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR

A autonomia privada é um princípio fundamental do direito privado e peculiar às relações patrimoniais e contratuais, com raízes no liberalismo francês, fruto da Revolução Francesa que deu origem à Declaração de Direitos em 1789, a qual consagrou que "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos". Portanto, a autonomia privada é a faculdade ou o poder jurídico que é atribuído aos particulares para regulação dos próprios interesses e de acordo com a própria vontade, observando parâmetros éticos, morais e até legais. Segundo Francisco dos Santos Amaral Neto:

Os limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes: a primeira como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e a que, no Direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica; e os últimos, como conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se exprimem em princípios jurídicos como o da lealdade contratual, da proibição do lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo,etc.[10]

A autonomia privada esbarra nos direitos fundamentais e na função social dos contratos e da propriedade, e, embora seja princípio fundante e estruturante do direito privado, cede para a publicização e sociliazação dos direitos e garantias fundamentais, revelando, assim, uma sobreposição do direito público ao direito privado contemporâneo, tornando o direito privado uma funcionalização e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, devendo zelar, portanto, as relações privadas pela conservação da dignidade da pessoa humana.

Partindo-se do reconhecimento da publicização e da socialização do direito privado, é notório que o Estado intervém nas relações privadas com o intuito de proteger os direitos e garantais fundamentais que são inseparáveis e indissociáveis de cada pessoa, tendo o Estado o dever de tutelar as liberdades públicas, com o fito de cumprir a função social e coibir injustiças sociais tutelando e preservando a dignidade humana através das relações privadas, dando assim, eficácia aos direitos fundamentais na ordem jurídica privada.

Muito embora a CF/88 não tenha feito nenhuma disposição expressa sobre a autonomia privada, não é de se olvidar que ela está implícita nas disposições constitucionais a despeito das garantias e direitos fundamentais, quando trata da liberdade (art. 5º, *caput*), iniciativa privada (art.1º., IV e art. 170 "caput") e direito de propriedade (art. 5º.,*caput* e inciso XXII), livre exercício da atividade econômica (art. 170, II e parágrafo único), etc, todos com origem na autodeterminação da pessoa.

O livre exercício do poder diretivo do empregador encontra ressonância na autonomia privada, ou seja, ao empregador é conferida a liberdade de escolher quem

contratar, liberdade de escolher o *modus procedendi* de acordo com a conveniência para o empreendimento econômico, sendo, portanto, elementar para o empregador assegurar o bom e regular desenvolvimento das atividades empresariais o exercício da autonomia privada através do exercício do seu poder diretivo, que tem amparo na CF ao dispor da livre iniciativa, da propriedade privada e do livre exercício da atividade econômica, conjugando-se com o dever legal (art. 2º. da CLT) de assumir os riscos da atividade desenvolvida.

O poder diretivo do empregador tem fundamento nas seguintes teorias:

-**teoria da propriedade privada e do interesse**: segundo a qual o empregador, sendo dono e assumindo os riscos do empreendimento econômico, tem interesse em organizar, disciplinar e controlar a atividade laborativa desenvolvida pelos trabalhadores;

-**teoria institucionalista**: a empresa se assemelha a uma instituição, logo, o empregador encarna a figura do governante-administrador, ficando habilitado a disciplinar a atividade laborativa como se estivesse no exercício do governo;

-**teoria contratualista**: trata-se o contrato de trabalho de um ajuste de vontades, pelo qual o trabalhador manifesta sua vontade livre em entregar sua força de trabalho em troca de remuneração, sujeitando-se ao poder diretivo e de mando do empregador.

Conjugando e confrontando essas teorias, podemos afirmar que o poder diretivo atribui ao empregador o papel de disponibilizar para o empregado os meios e as formas de produção, sendo-lhe privativo o poder de dirigir, comandar e controlar a prestação pessoal dos serviços, assumindo, em razão desse poder, os riscos do empreendimento econômico.

Entretanto, o exercício do poder diretivo e da autonomia privada do empregador esbarra nos limites impostos pela função social da empresa e dos contratos[11] e nos direitos da personalidade do trabalhador, fazendo surgir para o empregador um comportamento positivo ou uma prestação de fazer que é o dever de respeito e consideração à personalidade e dignidade do trabalhador, devendo agir com boa-fé, zelar pela segurança, higiene e qualidade de vida no ambiente de trabalho, torna-lo democrático e espaço para o exercício da cidadania e imune de lesões aos direitos e garantias fundamentais de todo trabalhador .

Indubitavelmente, essa imposição de comportamento positivo ao titular da empresa, quando manifestada na esfera trabalhista, significa um atuar em favor dos empregados, o que, na prática, é representado pela valorização do trabalhador, por meio de um ambiente hígido, salário justo e, acima de tudo, por um tratamento que enalteça a sua dignidade enquanto ser humano (arts. 1º,3º, 6º, 7º, 170 e 193 , todos da CF.**[12]**

Com efeito, muito embora o trabalhador se coloque numa posição de absoluta subordinação jurídica, não está sujeito ao poder diretivo ilimitado do empregador, o qual encontra limites nos direitos da personalidade do trabalhador que integram as denominadas liberdades públicas salvaguardadas pela CF/88.

Nesse mesmo sentido, ponderando sobre os limites da autonomia privada, assim posicionam-se Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Daniel Queiroz Pereira:

O primeiro desses limites que pode ser apontado diz respeito ao abuso de direito. Embora seja a liberdade um bem essencial da personalidade e verdadeiro alicerce da própria dignidade da pessoa humana, o espaço deixado à autonomia privada deve ser sempre restringido quando houver excesso manifesto dos limites impostos pelo fim social ou econômico desse direito, conforme previsão contida no art. 187, do CC/2002. Na própria diccção doart. 5º.II, da CF/88, observa-se que a liberdade pode sofrer restrições tais como outros bens jurídicos, daí a função do princípio da dignidade da pessoa humana como restrição ao direito da liberdade**. [13]**

V)INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO TRABALHADOR E LIMITE À AUTONOMIA PRIVADA DO EMPREGADOR: MONITORAMENTO DE *E-MAILS*

A intimidade e privacidade do trabalhador são espécies do gênero direito da personalidade e, como tais, estão protegidos pela CF que no capítulo Dos Direitos e Garantias Fundamentais declara a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º. inciso X,CF). Tal dispositivo constitucional foi recepcionado pelo Código Civil que dispõe em seu art. 21 que: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a essa norma."

O direito à intimidade e à vida privada tem o condão de proteger a pessoa humana nos seus atributos individuais e íntimos, resguardando-a da interferência alheia e consequente violação à sua personalidade e dignidade.

A doutrina atribui sentido e significados distintos às expressões intimidade e privacidade. A intimidade refere-se ao âmbito interior da pessoa, na zona "espiritual íntima e reservada da pessoa"[14], tratando-se de "algo inacessível, invisível que só ela conhece, onde ela só elabora ou constrói livremente seu próprio agir e onde se processa sua vida interior.[15] Já a privacidade corresponde a atos humanos externos, situando-se no âmbito jurídico.

Segundo Arion Sayão Romita:

A esfera da intimidade é interior, a de raio menor: envolve, como vimos, os aspectos recônditos da vida do trabalhador, aqueles que deseja guardar só para si, isolando-os da intromissão do empregador. Já a esfera da vida privada é mais ampla, sobrepõe-se à da intimidade, tem raio maior do que a primeira: nela se encaixam os aspectos que dizem respeito à privacidade do trabalhador.**[16]**

Partindo-se da premissa maior que a intimidade e vida privada constituem em direitos da personalidade de todo cidadão e da premissa menor que todo trabalhador é um cidadão, conclui-se que a proteção à intimidade e privacidade do trabalhador um elemento inseparável do contrato de trabalho, exigindo, assim, uma conduta negativa (dever de abstenção) por parte do empregador, sendo-lhe vedada a intromissão na intimidade do trabalhador ou divulgação da vida íntima ou privada do trabalhador.

A tecnologia inserida no mercado produtivo e do trabalho refletiu profundamente nas relações contratuais entre empregado e empregador que passaram a conviver com a tecnologia de ponta, a qual integra os meios produtivos e de circulação de bens e serviços na sociedade, mas que, concomitantemente, passou a gerar algumas conseqüências jurídicas e legais nas relações de trabalho e que constituem desafio para o legislador e para os juristas.

A *internet*, denominada de "rede mundial de computadores" ou meio pelo qual os computadores do mundo são interligados, possibilitando a comunicação mundial, através de redes de computadores espalhadas pelo mundo, transformando-se uma só rede e possibilitando a transmissão de dados, sons e imagens de forma rápida..[17]

Sem dúvida a *internet* se transformou numa ferramenta de trabalho valiosíssima, que vem contribuindo para o avanço e o progresso da atividade empresarial, através da expansão e divulgação do nome e marca da empresa, compras, vendas, informações e até soluções de problemas por meio da *internet*, notadamente, na era da globalização econômica, cuja tecnologia tornou-se uma imposição para manutenção da competitividade em escala mundial.

Nesse contexto, a *internet* passou a ser destinada ao trabalhador como ferramenta de trabalho, sendo certo que o trabalhador passou a ter contato no ambiente de trabalho, através do sistema de redes mundial, com assuntos relativos ao trabalho, bem com assuntos diversos e até ilegais como obscenidades, pornografia, pedofilia, etc, caracterizando a responsabilidade civil do empregador na utilização indevida de *e-mails* corporativos.

A pedra-de-toque é justamente esta: tentando evitar desrespeito à boa-fé contratual por parte do trabalhador, atrasos nos serviços e falta de concentração na execução das tarefas até que ponto pode o empregador controlar e monitorar o e-mail utilizado pelo empregado no âmbito empresarial?

Numa vertente está o direito à propriedade privada que torna o empregador proprietário, inclusive, das ferramentas destinadas às atividade laborativas, devendo, conseqüentemente, exercer sobre elas o seu poder diretivo e noutra vertente temos o direito à intimidade do trabalhador que proíbe a intromissão por parte do empregador.

Verificando o empregador que o trabalhador faz mau uso ou uso indevido do *e-mail* poderia demiti-lo por justa causaa (arts. 482 da CLT) ou o empregado tendo seu *e-mail* monitorado pelo empregador, poderia invocar a rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483,CLT) e o dano moral?

Convém ponderar que o monitoramento de e-mail por parte do empregador constitui uma ação que integra o seu direito de propriedade (art. 5º.,XII,CF) do qual emana o poder diretivo, devendo zelar pelo seu patrimônio e execução do objetivo econômico, pois além de assumir os riscos da atividade econômica, responde por atos ilícitos cometidos por seus subordinados através do mau uso ou uso indevido, quando faz ofensas a terceiros, pornografias,etc, podendo o ilícito ser dirigido diretamente ao empregador.

Adalberto Simão Filho nesse sentido se posicionou, defendendo a vida privada da empresa:

...com as adaptações necessárias, a sociedade empresária possui direito à privacidade, tal como a pessoa física. Defende a proteção às práticas que depõem contra a vida empresarial, que podem envolver nome empresarial, marca, patentes, segredos industriais e financeiros, imagem e reputação junto ao público, entre outras. As repercussões disso podem se dar tanto na esfera patrimonial como moral.**[18]**

Todavia, não é absoluto e pleno o exercício desse direito de propriedade e poder diretivo, pois encontra limites na intimidade e privacidade do trabalhador, e, muito embora a relação de emprego tenha a conotação de relação de submissão ao empregador, não autoriza o mesmo a devassar sua intimidade e privacidade, são bens extrapatrimoniais intransmissíveis e indisponíveis, sob pena de afrontar direitos da personalidade do trabalhador.

Em contrapartida, o direito à intimidade e privacidade também não são absolutos frente ao exercício do poder diretivo do empregador, pois se ao empregador

...incumbe arcar com os riscos do empreendimento, a ele compete organizar as atividades laborativas de modo a zelar e proteger o patrimônio empresarial, razão pela qual justificável a fiscalização das atividades do empregado,cuja fiscalização ou vigilância recai sobre as atividade a até mesmo sobre a pessoa do empregado, sendo certo que esse exercício do poder de direção sofre limites no que diz respeito à intimidade do empregado, consistindo em óbice ao empregador para o exercício do direito de propriedade plena e livre.**[19]**

No Brasil não há legislação específica sobre o monitoramento de *e-mail*, não existe vedação expressa para referido monitoramento, ficando a matéria disciplinada

pela legislação constitucional e infraconstitucional que tutelam a personalidade e dignidade da pessoa e o exercício do direito de propriedade e livre exercício da atividade econômica, competindo à doutrina e jurisprudência a fixação dos limites objetivos do exercício dessas liberdades públicas, estabelecendo o ponto de equilíbrio na utilização dos recursos tecnológicos nas relações de trabalho.

A doutrina divergiu por muito tempo nessa matéria, pois de um lado há a corrente que entendia que o empregador, no exercício do seu direito de propriedade, poderia ter acesso aos *e-mails* de seus empregados sem prévio consentimento desses; outra entende que é legítimo o monitoramento desde que o empregador comunique previamente seus empregados; outros entendem que se o *e-mail* for pessoal o empregador, mesmo a utilização sendo através do computador do empregador, não poderá monitorar, caso seja corporativo deve o empregador vedar expressamente a utilização para finalidades pessoais.

Visando pacificar essas divergências, o TST passou a entender que é possível o monitoramento de *e-mails* pela empresa, desde que o empregado utilize o computador, provedor e endereço eletrônico fornecidos pelo empregador, a vedação de violação à intimidade e privacidade só se aplica nos casos de utilização de computador, *e-mail* e provedor próprio. (TST, RR 613/00.7, 1ª. T., Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU 10.06.05, p. 901).

Deparamo-nos, nesse assunto, com a colisão entre direitos fundamentais: o direito fundamental do empregador de propriedade e livre exercício da atividade econômica que legitima a fiscalização e controle da atividade empresarial e dos instrumentos utilizados no ambiente de trabalho e o direito fundamental do trabalhador de preservação da sua intimidade e privacidade, ambos tutelados constitucionalmente.

Partindo-se da premissa que a intimidade e privacidade não são direitos absolutos, como também não é o direito à propriedade e diretivo do empregador e da premissa de que a autonomia privada do empregador no exercício do direito de propriedade e poder diretivo e que a intimidade e privacidade são direitos fundamentais igualmente tutelados pela Constituição, urge ponderar a harmonização desses direitos fundamentais, trata-se de direitos de igual natureza e, face ao princípio da unidade da Constituição Federal, as normas atinentes aos direitos e garantias fundamentais, bem como aos direitos sociais, não podem ser separadas do todo, visto que a Constituição representa um só corpo, logo, não haverá hierarquia entre direitos fundamentais.

Portanto, na análise do caso concreto, cabe ao intérprete e aplicador do direito valer-se daquilo que a doutrina vem denominando de 'técnica da ponderação'ou aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Através da técnica da ponderação, segundo Daisson Flach [20]:

...poderá permitir a adequada valoração e a determinação, em concreto, dos limites e conteúdos dos direitos fundamentais implicados. Pela técnica da ponderação, cabe ao intérprete verificar qual o bem constitucional que deverá prevalecer para aquele caso concreto. Não se trata de excluir um dos direitos fundamentais em colisão mas, sim, busca-se, através dessa técnica, que sejam feitas concessões recíprocas, a fim de que se chegue a uma decisão mais adequada ao próprio interesse social**."**

Evidentemente, através da técnica da ponderação e utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o caso concreto revelará qual o direito será tido como de eficácia jurídica superior, devendo prevalecer sobre o direito conflitante aquele direito fundamental que diz respeito à individualidade mas com projeção e de interesse social, buscando-se, assim, o equilíbrio na aplicação da justiça.

Os conflitos envolvendo monitoramento de *e-mail* nas relações de trabalho poderão ser evitados diante do estabelecimento da conciliação de interesses entre o empregador e o trabalhador, através da adoção de uma política transparente de utilização do computador, provedor e *e-mail*, na qual serão apontadas as conseqüências da utilização indevida ou ilícita dessa ferramenta de trabalho, que poderá ser disciplinada através do regulamento de empresa, código de conduta empresarial ou até mesmo através dos instrumentos normativos.

CONCLUSÃO

De acordo com o assunto estudado, contatamos que o empregador é detentor do poder de direção, podendo fiscalizar as atividades realizadas pelos empregados durante a relação empregatícia, com a possibilidade inclusive de aplicar sanções aos infratores. Uma das formas de fiscalização, por exemplo, é realizada através da monitoração dos e-mails. Por outro lado, também o empregado está amparado pela legislação pátria em relação aos seus direitos de personalidade.

Desta forma, havendo conflito entre os bens jurídicos mencionados, somos da opinião de que deverá prevalecer o direito de personalidade do empregado, por ser aquele que possui valor jurídico de maior interesse social, uma vez que integra a dignidade humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Violência na Relação de Trabalho e Proteção à Personalidade do Trabalhador.** Curitiba: Juruá, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Compromisso Social da Empresa e Sustentabilidade-Aspectos Jurídicos.** *Revista LTr.* Vol. 71, no. 03, p. 346, mar. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Vol.1, São Paulo: Saraiva, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; PEREIRA, Daniel Queiroz. **Direitos da Personalidade e Código Civil de 2002: uma abordagem contemporânea.** *Revista dos Tribunais. Doutrina, vol.*853, 95º. ano, P. 71, Nov. 2006.

MANTOVANI JR, Laert; SILVA, Leda Maria Messias da. **O direito à intimidade do empregado e à possiblidade do monitoramento de *e-mails* por parte do empregador.** *Revista LTr*. Vol. 73, n. 07, p. 827, jun. 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JR.,Antonio Jorge (Coordenadores). **Direito à Privacidade**. Aparecida, São Paulo: Idéias & Letras, São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

NASCIMENTO, Grasiele Augusta Ferreira; ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na empresa e responsabilidade civil do empregador.** *Revista de Direito Privado.* Vol. 39, p. 182-210, jun/set 2009.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.

SALERT, Ingo Wolfgand. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3ª. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Projeto do Código Civil: Autonomia privada. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/numero 9/artigo5.htm. Acesso em: 9 set. 2009.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito Eletrônico.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

---

[1] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 1.

[2] Idem, p. 23.

[3] SALERT, Ingo Wolfgand. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3ª. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 27.

[4] Os direitos da personalidade integram o rol de direitos fundamentais de todo cidadão, são direitos inerentes à pessoa humana, logo, pertencentes ao plano natural, estando acima do direito positivado e do próprio Estado...logo, exige do Estado ação positiva através da proteção e negativa no sentido de se abster de eventual lesão. ALKIMIN, Maria Aparecida. **Violência na Relação de Trabalho e Proteção à Personalidade do Trabalhador.** Curitiba: Juruá, 2008, p. 50.

[5] SARLET, *op.cit.*, p. 61.

[6] Por criação legislativa, os direitos da personalidade foram reconhecidos e estendidos aos entes ou entidades formadas através do agrupamento de pessoas para realização de uma atividade com finalidade lucrativa ou social (empresa, fundação, associação, etc). Muito embora o Código Civil, arts. 11 a 21 refira-se apenas aos direitos da personalidade em relação à pessoa física, não afasta a proteção à personalidade da pessoa jurídica, pois segundo o art. 52 do CC: "Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade."

[7] ALKIMIN, *ob. cit*, p. 75.

[8] BITTAR, *op. cit.*, p. 11.

[9] Idem, p. 16.

[10] **Projeto do Código Civil: Autonomia privada**, p. 4,artigo disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/numero 9/artigo5.htm, acesso em: 9/9/2009

[11] O art. 421 do CC dispõe que a liberdade de contrato será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, cuja liberdade contratual abrange a liberdade de contratar, de escolher as partes com quem contratar, de estabelecer o conteúdo, a forma e os efeitos do contrato.

[12] DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Compromisso Social da Empresa e Sustentabilidade-Aspectos Jurídicos.** *Revista LTr.* Vol. 71, no. 03, março de 2007, p. 346.

[13] **Direitos da Personalidade e Código Civil de 2002: uma abordagem contemporânea.** *Revista dos Tribunais. Doutrina, vol.*853, 95º. ano, novembro de 2006, p. 71.

[14] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Vol.1, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 130.

[15] ALONSO, Félix Russo. **Pessoa, intimidade e o direito à privacidade**. *In:*ARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JR.,Antonio Jorge (Coordenadores). **Direito à Privacidade**. Aparecida, São Paulo: Idéias & Letras, São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 17.

[16] **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.** São Paulo: LTr, 2005, p. 264.

[17] TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito Eletrônico.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007, p. 9.

[18] **O direito da empresa à vida privada e seus reflexos no direito falimentar.** *In:M*ARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JR.,Antonio Jorge (Coordenadores). **Direito à Privacidade**. Aparecida, São Paulo: Idéias & Letras, São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 337-365, *apud* TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito Eletrônico.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007, p. 90.

[19] ALKIMIN, *op.cit.*, p. 86.

[20] **O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina os meios de comunicação.** *In:* MARTINS *COSTA*, Judith (Coord.). **A reconstrução do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.389-90, *apud* MANTOVANI JR, Laert; SILVA, Leda Maria Messias da. **O direito à intimidade do empregado e à possiblidade do monitoramento de *e-mails* por parte do empregador.** *Revista LTr*. Vol. 73, n. 07, junho

de 2009, p. 827.

O PLANO DIRETOR COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL PARA A GARANTIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE*

THE DIRECTOR PLAN AS CONSTITUCIONAL INSTRUMENT FOR THE GUARANTEE OF THE SOCIAL FUNCTION OF THE PROPERTY

Katherinne de Macedo Maciel Mihaliuc
Thales Jose Pitombeira Eduardo

RESUMO

Na história da evolução da sociedade, o Estado, percebendo que sua intervenção seria necessária para pacificar os conflitos, passou a adotar uma conduta reguladora das principais necessidades do ser humano, principalmente no que se refere à riqueza, objetivando proporcionar uma redução das desigualdades sociais, da miséria, da pobreza e, principalmente, para facilitar a aquisição à propriedade, especialmente a imobiliária, por parte do homem. O legislador instituiu meios interventivos na propriedade, com a justificativa plausível da supremacia do interesse público sobre o privado, representando reflexo da vontade social e captando-se os meios dispostos a lidar com o conflito existente entre a necessidade do indivíduo por liberdade para satisfazer seus desejos e a necessidade da sociedade pelas regras que freiem a liberdade individual. Assim, como forma de compatibilizar a exploração da propriedade aos novos objetivos que a sociedade passou a adotar, o Estado preocupou-se em instituir no ordenamento jurídico diplomas normativos que executassem a política pela "socialização" da propriedade. A função social da propriedade foi o princípio que mais se adequou à execução do objeto da política urbana, tão almejada para resolução dos problemas de ocupação e de estruturação espacial das cidades, além de promover o bem-estar e atender às peculiaridades locais. Corroborando a idéia constitucional e infraconstitucional, o plano diretor trouxe em seu bojo a função social da propriedade, adotando a política de ordenamento e desenvolvimento urbano, o que ocasionou a conformação da propriedade às reservas do plano diretor.

PALAVRAS-CHAVES: PLANO DIRETOR. INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

ABSTRACT

In the history of evolution of society, the State, seeing that its intervention would be needed to pacify the conflicts, began to adopt a regulatory conduct of the main human needs, especially with regard to wealth, aiming to provide a reduction of social inequalities, of misery, poverty and, mainly, to facilitate the acquisition of property, especially the real estate, by the man. The legislator established interventional means in the property, with the plausible justification of the supremacy of public interest over

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

private, representing a reflection of the social will and picking up the means willing to deal with the conflict between the need for freedom of the individual to satisfy their wishes and the need of society for the rules that hinder the individual freedom. Thus, as a way to reconcile the exploitation of property to the new goals that society has come to adopt, the State concerned to establish in the legal planning normative laws to execute the policy by the "socialization" of the property. The social function of property was the principle that was most suitable for the implementation of the object of urban policy, longed for the solution of problems of occupation and spatial structure of cities, besides promoting the welfare and meet the local peculiarities. Corroborating the constitutional idea and infra-constitutional, the director plan has brought in its structure the social function of property, adopting the planning policy and urban development, which led to the conformation of the property to the reserves of the director plan.

KEYWORDS: CONSTITUCIONAL INSTRUMENT. SOCIAL FUNCTION OF THE PROPERTY.

INTRODUÇÃO

A pesquisa sobre os objetivos que levam a Lei Magna a impor condições ao exercício dos poderes de propriedade pelo plano diretor municipal é de fundamental relevância por representar estudo sobre o conceito contemporâneo do direito de propriedade, baseado na concepção do uso do bem, está vinculado ao interesse público como forma de promoção do bem-estar social.

O que se pretende com este trabalho, em sentido amplo, é analisar os fins buscados pelo ordenamento jurídico brasileiro em impor condições aos direitos e garantias fundamentais relativos à propriedade, buscando confrontar com o princípio da função social. E, em sentido estrito, espera-se comprovar, diante do confronto da lei, jurisprudência e doutrina, de quais os mecanismos e institutos jurídicos o Poder Público se valeu para regulamentar o uso da propriedade imobiliária, em razão de seu mau aproveitamento pelos proprietários, o que provocou uma situação calamitosa em algumas cidades.

Em outro momento, buscar-se-á revelar sobre quais políticas e princípios o Estado apoiou sua conduta interventiva, indicando qual ente federativo incumbiu-se em executar os objetivos trazidos pela Lei Magna, e analisando, por fim, acerca das conseqüências em que a intervenção estatal reflete na propriedade.

Mau uso da propriedade privada e a ambição humana

Nos primórdios, o homem não condicionava a sua existência à posse exacerbada dos bens, dada a sua característica nômade. Sua condição de vida confundia-se com a dos

animais, pois suas manifestações e suas insurgências vinham apenas como instinto de sobrevivência. Não havia a consciência do egoísmo nem da propriedade.

Instrumentos eventualmente utilizados para defesa ou auxílio na captura do alimento eram extraídos de forma imediata dos recursos naturais ali dispostos, fazendo-se uso de forma efêmera, sem a intenção de incorporação patrimonial, até mesmo em razão da fartura que a natureza oferecia à época.

A evolução física e cerebral possibilitou a criatividade para confecção de instrumentos e utensílios usados para proporcionar maior conforto e facilidade na superação de seus obstáculos. Notadamente, as adversidades do meio ambiente obrigaram ao homem a se valer de meios capazes de garantir sua sobrevivência, agora não mais restrita à alimentação e à defesa dos inimigos. A fixação em regiões menos inconstantes favoreceu a domesticação de animais, o cultivo de plantas e a extração mais profunda dos recursos naturais.

Passou o homem a manifestar, em caráter inicial, sua propriedade com a posse de seus objetos pessoais, o que se entende como teoria atemporal, conforme magistério de Luciano de Souza Godoy (1999 apud CLARK, 2003, p. 150).

Estes desenvolvimentos técnicos geraram conforto para os homens, e muitos procuraram, também, garantir este benefício, porém de forma clandestina através da usurpação. Assim, travou-se a disputa inicial pela propriedade.

Este conflito gerado, certamente desenvolveu novo sentir no ser humano. Analise-se às linhas de Hannah Arent (2008, p. 71) quanto à reação do homem em relação à perda da propriedade:

Antes da era moderna, que começou com a expropriação dos pobres e em seguida passou a emancipar as novas classes destituídas de propriedade, todas as civilizações tiveram por base o caráter sagrado da propriedade privada. [...] a expulsão do cidadão podia significar não apenas o confisco de sua propriedade mas a destruição de sua própria morada. [...] Nos tempos antigos, quem viesse perder o seu lugar perdia automaticamente a cidadania, além da proteção da lei. O caráter sagrado dessa privatividade assemelhava-se ao caráter sagrado do oculto, ou seja, do nascimento e da morte, o começo e o fim dos mortais que, como todas as criaturas vivas, surgem e retornam às trevas de onde vieram.

Passou o homem, pois, a considerar a propriedade com tamanha vitalidade, chegando ao ponto de não medir esforços para protegê-la e reivindicá-la dos particulares que a esbulhasse indevidamente. Houve, portanto, a primeira forma de conflito na sociedade, conforme doutrina de Giovanni Pellerino (2004, p. 34):

A propriedade é um dos temas mais fascinantes e mais ricos de significado dentre os que têm animado o debate teórico e filosófico na história do direito. Trata-se de direito subjetivo por antonomásia, o primeiro que se impôs como indicador da determinação material do individuo moderno, mas também o primeiro motivo de conflito na luta pelo reconhecimento da individualidade nas culturas jurídicas primitivas.

Primeiro o homem, depois a sociedade passou a entender que a propriedade era o bem mais precioso, chegando a se ter um período na história onde o homem rico seria aquele que mais possuísse terras: feudalismo, tendo a Igreja como um dos maiores senhorios já conhecidos.

A ascensão da sociedade trouxe, portanto, a consciência do ter, fazendo com que os princípios morais fossem substituídos pela riqueza. Os conflitos atualmente travados nascem de interesses concomitantes aos mesmos bens e, hoje, a natureza já não mais os disponibiliza como outrora. Valores e caráter não são mais priorizados pela maioria das pessoas, ficando a cobiça em evidência nos anseios do homem.

A socialização se coaduna com a infiltração de valores solidarísticos no Direito Privado, com a desigualdade entre os sujeitos de direito e a proteção da parte mais fraca nas relações intersubjetivas. Por isso, as restrições à autonomia da vontade pela legislação e jurisprudência, que se percebe pelo intervencionismo estatal nas relações entre particulares para "proteção da parte mais fraca nas relações jurídicas, e promoção de interesses gerais da coletividade" (SARMENTO, 2004, p.119).

Verifica-se que a conduta humana pela ambição à propriedade sempre foi manifesta, consoante Márcia Walquiria Batista dos Santos (2006, p. 422):

A propriedade privada constitui ainda nos dias de hoje um foco de conflitos de interesses, que no decorrer da evolução da humanidade acompanhou o instituto em questão. A disposição dos bens economicamente aplicáveis sempre levou à disputa e à criação de litígios, o que criou a necessidade do estabelecimento de um controle social. Tal controle deveria existir para facilitar a posse de bens, tornando-a mais pacífica e estável, percebendo-se aí a importância do direito na pacificação de conflitos.

Além disso, a propriedade imobiliária, passando a ser uma forma de acúmulo de capital, preponderando a visão capitalista, despertou interesse para o direito, especialmente o civil, uma vez configurada a importância patrimonial, inclusive causando inúmeros litígios entre as pessoas, em razão da propriedade satisfazer as primeiras necessidades do ser humano; e hoje, tendo importância ativa para garantia real ao crédito, grande trunfo das instituições financeiras na obtenção do lucro.

Assim, entendeu-se por bem, em razão da conduta ambiciosa humana, inclusive causando, muitas vezes, constrangimentos na forma organizacional e estrutural da localidade, instituir mecanismos legais capazes de conter esta atuação desenfreada. O Estado, então, passou a intervir nas relações privadas, com fins de adequar o exercício do direito de propriedade à realidade e aos conceitos sociais, sobressaindo-se na justificativa plausível da proteção ao interesse público e atendimento à peculiaridade local.

O surgimento do Estatuto da Cidade e do Plano Diretor

Ao longo da evolução humana, a propriedade privada vem desenvolvendo sua forma de utilização, bem como a função que exerce na sociedade. Uma vez existentes os conflitos de interesses, causados pelas desigualdades sociais, o legislador, manifestando indiretamente a vontade da população, vem, ao longo da história, atribuindo à norma formas de melhor aproveitamento do solo urbano, com fins de proporcioná-lo utilidade para desenvolvimento social.

O aumento populacional e as imigrações para as metrópoles, geradas pela busca de emprego e melhores condições de vida, provocaram inúmeros problemas na infra-estrutura destas cidades, tais como: saúde, habitação, trânsito, transporte, abastecimento de água, energia e alimentação, saneamento e limpeza urbana, assistência social, educação, segurança, laser e demais serviços básicos de ordem pública.

Os conglomerados populacionais instalados inadequadamente, conhecidos por favelas, causaram instabilidade social e geraram os fatores acima citados, concentrando, ainda, grande parte dos mais graves desafios da política organizacional brasileira, uma vez serem centros de violência e miséria.

Analisem-se os ensinamentos de Petrônio Braz (2006, p.282) quanto à importância do planejamento urbano para os problemas sociais:

(...) constitui-se numa necessidade social imposta pela tendência de crescimento das populações urbanas. Basta, para a compreensão do problema, a certeza de que, no Brasil, nos primeiros anos do Século XXI, a população deverá chegar à casa dos cento e oitenta milhões de habitantes, com uma concentração urbana beirando os 80% conforme projeção da ONU. Em 1950 a população urbana brasileira não ultrapassa a casa dos 35%, já que éramos um país essencialmente agrícola. A tendência urbanizante vem mudando, ano a ano, esse contexto, fato que passa a exigir dos governantes municipais uma visão mais ampla da realidade, tornando o planejamento urbano uma necessidade inadiável.

De fato, a necessidade pela implantação do planejamento urbano nas cidades mostra-se indispensável, tendo em vista o aumento populacional que causa profundas e importantes modificações nas localidades; por isso, a obrigação imposta pela Lei Magna em elaborar o plano diretor para municípios com mais de vinte mil habitantes. Já os que não possuem elevado número de viventes deveriam também implantar uma política de ordenamento espacial, pois chegado o momento em que o aumento populacional obrigasse a implantação do plano diretor, a cidade já estaria preparada para administrar seus problemas locais.

A Constituição Federal de 1988, a primeira lei que diretamente instituiu o princípio da política de desenvolvimento urbano, trouxe no bojo do seu artigo 182, norma abstrata e que objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Os fundamentos do Estado Democrático de Direito, os objetivos da União corroboram esta idéia.

A Lei nº 10.257, de 10 de junho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro para regulamentar o citado artigo 182 da Constituição Federal de 1988, fornecendo diretrizes ao ente municipal para execução da política urbana de acordo com a peculiaridade de interesse local.

O Município, dentre as entidades federativas, é o mais indicado para diagnosticar quais problemas persistem naquela circunscrição e qual a melhor forma de solucioná-los, em razão da proximidade territorial, conhecimento das dificuldades locais e da sensibilidade aos costumes da região. Assim, cumprindo as funções da cidade, quais sejam, habitar, trabalhar, recrear e circular, inerentes à sobrevivência do indivíduo, o município atenderá seu mister no que pertine às particularidades locais.

Dentre as oito comissões criadas para a elaboração da Constituição Política de 1988, foi instituída a Comissão de Ordem Econômica que, por sua vez, subdividia-se na Subcomissão da Questão Urbana e Transporte. Nela, verificou-se que já não mais se podia falar em direito de propriedade absoluto, uma vez que esta não estava mais inserida no interesse privado do seu titular, mas prevalecia a sua inserção em um contexto social. O plano urbanístico foi o instrumento para elevar esta ideia, caracterizando, em cada zona ou setor um tipo específico de utilização e de restrições de uso. (PINTO, 2005a, p. 128-129).

Para operacionalizar a política urbana, foi dada competência suplementar à legislação federal e estadual ao ente municipal, criando-se o plano diretor, obrigatório às cidades com mais de vinte mil habitantes, conforme § 1º do artigo 182 da Constituição Federal de 1988.

Analise-se a doutrina de Victor Carvalho Pinto (2005a, p. 136-137) acerca da criação do instrumento apto à implantação da política urbana:

O ordenamento territorial não pode ser tratado, portanto, como uma atividade ordinária de legislação, já que decorre de um processo ordenado de deliberação, que é o planejamento. O planejamento pressupõe a execução de uma série de atividades anteriores à deliberação, como levantamento de dados, diagnóstico, elaboração de alternativas e avaliação de custos e benefícios. Por esse motivo, a Constituição determina que o ordenamento territorial se faça mediante 'planejamento e controle' da transformação do espaço urbano. Daí por que indicou o plano diretor como 'instrumento básico' da política urbana (art. 182, §1.º), reservando-lhe a competência para determinar, concretamente, o regime da propriedade urbana (§ 2.º).

Atualmente, os planos diretores têm sofrido problemáticas, principalmente no que diz respeito à elite brasileira, uma vez que, pelos interesses imobiliários, debater os "problemas urbanos" é tarefa por demais inaceitável, ainda quando se pode falar em dividir propriedades para abrigar famílias carentes ou a mistura das classes sociais num mesmo espaço territorial, sem a existência da tradicional divisão dos bairros ricos e dos pobres. Estes, por sua vez, estão sendo manipulados e desvirtuados pelos setores que dominam o espaço urbano, tornando o plano diretor instrumento desgastado e inútil, tanto que a população não tem demonstrado participação ativa na elaboração e nas audiências públicas.

Ressalte-se, também, a problemática de ordenação do espaço urbano, que prejudica e beneficia diversos seguimentos, uma vez que, de um lado atinge interesses econômicos dos proprietários dos imóveis, empreiteiros, loteadores e incorporadores; já do outro, beneficia a população em geral. Contudo, como o interesse coletivo deve prevalecer ao privado, o segundo seguimento se sobrepõe ao primeiro, não havendo qualquer

discriminação, mas equilíbrio entre os valores gerais em detrimento do particular (PINTO, 2005b, p. 29-30).

Ao se expor o problema, apresenta-se a solução de um futuro possível através de uma questão política e não técnica, devendo aquelas estar nas plataformas políticas, nos movimentos populares e os partidos políticos. É necessário que "o Poder Público capte parte da valorização imobiliária da qual ele e a sociedade como um todo são os principais criadores". Obviamente, os interesses imobiliários se sobrepõem, mas dever-se-á, conforme Flávio Villaça, (1999, p. 245):

adequar o plano diretor aos limites do Poder Municipal e não tratá-lo como compêndio de análise científica do urbano, da urbanização contemporânea ou do desenvolvimento social e econômico regional. A superestimação dos poderes de um plano diretor é um dos mecanismos mais utilizados pela ideologia dominante para desmoralizar o planejamento urbano.

Portanto, a criação do Estatuto da Cidade e do Plano Diretor está intimamente ligada à promoção e otimização da política de planejamento e desenvolvimento urbano, princípio este trazido e perquirido pela Constituição de 1988, como objetivo de promover a descentralização da propriedade privada, atribuindo-lhe uma função social para garantir o bem-estar dos administrados.

Política de ordenamento e desenvolvimento urbano

Com a finalidade de proporcionar às cidades a execução de suas atividades necessárias à promoção do bem-estar social, destinando-se espaço com integração, progresso e crescimento urbano, a política de ordenamento e desenvolvimento urbano, respaldada no Título VII, Capítulo II da Constituição Federal de 1988, é meio pelo qual a municipalidade cumpre seu mister de atender aos interesses peculiares da localidade.

Os desafios da política urbana estão diretamente relacionados à relevância do plano diretor, pois aquela cuida do controle das imperfeições do mercado imobiliário para evitar os assentamentos irregulares, as edificações que retiram a ventilação e a beleza da visão, a construção em locais inapropriados, o acesso aos serviços essenciais prestados à população, evitando, portanto, um ambiente insalubre, perigoso, sujo e sujeito à disseminação de doenças, acidentes e conflitos entre vizinhos (PINTO, 2005b, p. 29).

O Estatuto da Cidade elevou a propriedade ao status de integração do elemento nuclear pelo desenvolvimento nacional e da justiça social, pois elegeu, em seu artigo 4º, rol de instrumentos disponibilizados ao Poder Público que objetivam a organização dos espaços destinados à moradia.

A ordenação urbanística se dá através das normas impositivas trazidas pela Lei de Perímetro Urbano, de Zoneamento Urbano, de Parcelamento do Solo Urbano, o Código de Postura e o Código de Obras (COSTA, 2006, p. 280).

Notadamente, combatendo o crescimento desordenado das cidades, o ente federativo apenas exerce a sua competência supletiva elencada no artigo 30, VIII da Lei Maior, o que enaltece a importância da instituição do plano diretor. "[...] Verifica-se que a política urbana ficou reservada ao Município, e a Lei Orgânica, definindo diretrizes iniciais, abre caminho para um maior desenvolvimento urbano, via Plano Diretor" (BRAZ, 2006, p. 90).

Os problemas urbanos que atrapalham o crescimento das cidades têm solução na realização de políticas públicas, principalmente no que diz respeito ao setor imobiliário e ao de infra-estrutura. Assim, a municipalidade tem meios para ordenar a estrutura espacial e territorial das cidades, aplicando técnicas urbanísticas, e promover a reestruturação da ocupação desordenada, garantindo a preservação do interesse coletivo.

Além do interesse indireto pela preservação do meio ambiente, há também o interesse pelo ambiente artificial, onde os projetos arquitetônicos devem externar harmonia, beleza e uma visão panorâmica agradável, inclusive por interesse até turístico da cidade, o que lhe trará receita e movimentação do mercado.

No exercício do poder de polícia, a municipalidade promove a fiscalização da forma em que os imóveis estão sendo utilizados, como forma de execução da política de ordenamento e desenvolvimento urbano, aplicando as sanções elencadas no artigo 182, §4º, I, II e III da Lei Maior.

A aplicação destas sanções dá-se de modo sucessivo, sendo iniciada com o parcelamento ou edificação compulsória e seguida com a aplicação do Imposto Sobre a Propriedade Territorial e Urbana (IPTU) progressivo no tempo, e, por fim, a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública.

A política de ordenamento e desenvolvimento urbano foi instituída para solucionar os problemas dos grandes centros urbanos, utilizando os planos diretores como forma de preparação para o desenvolvimento a posterior das cidades, bem como preservando as áreas verdes, o patrimônio histórico-cultural e a ordenação espacial com o funcionamento das atividades da população de forma equilibrada.

Tem-se, por fim, que o princípio da função social da propriedade e a política de desenvolvimento urbano foram instituídos como forma de regular a cidade, fazendo com que o Estado, através do legislador constituinte, lançasse meios de condicionamentos ao direito de propriedade com o objetivo dela não só satisfazer aos interesses do seu titular, mas de toda a sociedade face à miserabilidade, aos conflitos pela posse da terra, à falta de igualdade entre os membros da sociedade, tudo em homenagem a um princípio mais importante: o da supremacia do interesse público sobre o privado.

A Função social da propriedade na Constituição Federal de 1988

A função social da propriedade é princípio do direito que operacionaliza o urbanismo e se faz ser cumprido através das diretrizes do plano diretor. A Constituição Republicana enaltece este princípio em seu texto normativo previsto no artigo 5º, XXIII, artigo 170, III, artigo 182, §2º, artigo 184, artigo 185, parágrafo único e artigo 186, explicitando, portanto, seu interesse em que a propriedade esteja atrelada ao interesse social.

Veja-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à função social da propriedade:

[...] O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente [...] legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada [...] O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade [...] (BRASIL. STF. ADI 2213 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23-04-2004 [...]).

Quanto ao termo "função social", seria mais correto falar em "função estrutural" da propriedade, pois esta é estrutura da sociedade e indispensavelmente necessária ao funcionamento do sistema social. Haveria uma junção estrutural entre o direito e a economia, ambos colaborando para constatação de premissas decisivas para a ulterior seleção se há ou não direito de propriedade quando dos cumprimentos das diretrizes legais (PELLERINO, 2005, p. 44-45).

Imperiosa se mostra a análise da teoria acerca da função social formulada por Léon Duguit a qual não negava a propriedade, mas a adequava a um interesse que se sobressai aos interesses individuais. Essa teoria se revela em maior compatibilidade com a linha adotada pelo nosso ordenamento, conforme se verifica na tradução de Orlando Gomes (1988, apud RODRIGUES, 2003, p. 76):

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.

Nesta esteira, a propriedade passou a expressar um direito-dever, deixando de ser individual para se transformar numa função, prevalecendo o interesse coletivo sobre o individual.

Importante a análise do magistério de Celso Antônio Bandeira de Melo, no qual se considera a propriedade um direito apto a exercer uma função social, já que a proteção não é dada à propriedade que cumpre a função social, mas a que não a cumpre, pois esta é que será indenizada, nos moldes do artigo 182, § 4º, III da Lei Maior (BULOS, 2007, p.193).

Imperioso salientar que a função social não se contrapõe ao direito subjetivo da propriedade, impedindo seu exercício, mas se complementam. Como pensa André Osório Gondinho (2000 apud RODRIGUES, 2003, p. 81), a função social está atrelada ao respeito à dignidade da pessoa humana, pois, em conseqüência, contribui para o desenvolvimento social e promove a diminuição das desigualdades sociais e da pobreza.

Para o cumprimento da função social da propriedade pelo titular, é exigida uma política estratégica, até mesmo para não gerar revolta por parte do particular, conforme leciona Victor Carvalho Pinto (2005a, p.174):

O proprietário só vai obedecer voluntariamente ao plano na medida em que as determinações neste contidas coincidam com seus interesses. Assim sendo, o cumprimento do plano, nas demais hipóteses, depende de algum tipo de sanção contra o proprietário recalcitrante, sanção esta que em geral redunda na própria perda da propriedade.

Pela prescrição do artigo 184, *caput*, da Constituição Federal e pelo entendimento acima citado, percebe-se que se torna grave o descumprimento do titular das diretrizes do plano diretor, amparadas pela norma constitucional e infraconstitucional, uma vez que são necessárias à ordenação da cidade.

Le Corbusier (1989 apud PINTO, 2005a, p. 175) mostra a necessidade de ordenação espacial do município para garantia do bem-estar coletivo: "Hoje, o mal está feito. As cidades são desumanas, e da ferocidade de alguns interesses privados nasceu a infelicidade de inúmeras pessoas".

A propriedade, portanto, seria um direito que tem uma função social, pois não seria permissível que a propriedade fosse tida absoluta de forma que a sua exploração desenfreada ou sua inutilização prejudicasse a sociedade. A propriedade não pode ser intangível e nem se submeter aos interesses privados para utilização inadequada (uso anormal) e para especulação imobiliária.

Para conceituar a propriedade imobiliária que não cumpre a função social e, portanto, sujeita a sanções, a *lex mater* trouxe em seu texto a expressão geral "subutilizado". Não abrange somente, neste conceito, o imóvel sem qualquer utilização por parte do proprietário, mas também um imóvel residencial localizado numa área restrita pelo plano diretor (zoneamento) ao funcionamento de fábricas, sendo a recíproca também verdadeira. Há também a possibilidade de ser construído imóvel predial com dimensões incompatíveis para área aeroportuária, este, também, será subutilizado.

Para que sejam aplicadas as sanções ao imóvel subutilizado é necessário que haja edição de uma lei municipal específica, zoneando cada área para definir como deve ser a sua utilização, bem como as alíquotas progressivas do IPTU, aplicado ao proprietário por não utilizar seu imóvel, não bastando a simples imputação do imóvel subutilizado. Isto traduz cumprimento ao princípio da legalidade.

Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o proprietário deverá seguir determinados preceitos para proceder com o cumprimento da função social em relação à sua propriedade:

[...] só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade. (BRASIL. STF. ADI 2213 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23-04-2004 [...])

A progressividade do referido imposto com fim extrafiscal está legalmente prevista no artigo 156, §1º, I da Lei Maior, vedando, inclusive, o Estatuto da Cidade, em seu artigo 7º, §3º a concessão de anistia ou isenção relativa à tributação progressiva por parte do legislador municipal, fincando, neste ponto, limitado em sua discricionariedade.

Ressalte-se que a natureza da progressividade do referido imposto é extrafiscal diante de uma atitude omissiva do particular, ou seja, para desacorçoar o descumprimento às diretrizes do plano diretor, ou seja, desestimular a imobilização da propriedade privada para fins meramente especulativos, diferentemente da natureza do imposto propriamente dito que tem função meramente arrecadatória.

Analise-se a jurisprudência do Supremo Tribunal de Federal quanto ao objetivo extrafiscal do IPTU progressivo:

[...] Esta Corte, ao finalizar o julgamento do Re 153.771, firmou o entendimento de que a progressidade do IPTU [...] só é admissível, em face da Constituição, para o fim extra-fiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade [...] Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se a inconstitucionalidade dos artigos 2º, 3º e 4º da Lei 6.747, de 21 de dezembro de 1990, do município de Santo André (SP). (BRASIL. STF. RE 192737, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 05/06/1997, DJ 05-09-1997 [...]).

Dois são os destinatários da função social da propriedade: o Estado e o particular. Quanto ao primeiro, subdivide-se em Executivo, que cumpre o desempenho da função administrativa a quem cabe fiscalizar, ao Legislativo, a que se impõe a edição de leis para concretização do referido princípio, e o Judiciário, que diz o direito, nas questões intersubjetivas litigiosas. Quanto ao segundo compete cumprir a função social (BULOS, 2007, p. 195).

Vê-se que o plano diretor, fazendo-se cumprir a "função social da propriedade" [1], em seu regramento espacial, acaba se relacionando com a própria segurança da sociedade, não só garantindo o seu bem-estar. Porém, nenhuma serventia se extrai do cumprimento do citado princípio sem canalizar a sua potencialidade em benefício dos outros, pois esta característica figura da sua própria essência, sem ela sequer há função social e existência de uma sociedade mais equilibrada e igualitária.

A instituição dos meios jurídicos que sancionam o particular pelo uso do bem em desacordo com o plano diretor é meio excepcional para redistribuição de riquezas, principalmente quando se fala em IPTU progressivo, que vai impactar na situação financeira do proprietário, e a desapropriação, que pode ser útil para a afetação do bem à destinação pública necessária, como, por exemplo, à moradia popular.

Conformação da propriedade privada às reservas do plano diretor

A captação, pelo exegeta, dos objetivos e conclusões que a norma expressa em seu texto é de fundamental importância para a instrumentalização da interpretação teleológica - atualmente a mais aceita -, com fins de adaptação do estado atual da sociedade à letra da lei, o que possibilita a adequada interpretação legal, auferindo a melhor aplicação da interpretação teleológica nos novos conceitos relativos às conseqüências da evolução da sociedade.

Identificado que, embora a Constituição Federal de 1988 trouxesse, em seu texto normativo, um rol de direitos e garantias fundamentais, especialmente a propriedade, elevado ao nível de cláusula pétrea, em outro momento, o mesmo diploma normativo impunha condição ao referido direito, inclusive com disposições infraconstitucionais, conforme se verifica na disposição do artigo 5º, XXII e XXIII da Lei Magna.

Muito se pergunta pelos motivos que ensejaram a inteligência da norma constitucional ao impor as restrições ao direito à propriedade. Pelo avanço da sociedade e, em conseqüência, o aumento populacional, a má distribuição de riquezas, a ambição e a insaciabilidade humana, fizeram o legislador partir para formas de aquisição da propriedade, como meio de combater a miséria e promover a distribuição quantitativa dos bens, conforme Petrônio Braz (2006, p.892):

Fruto do desenvolvimento da sociabilidade, inata ao ser humano, a cidade moderna estabiliza-se em função da atividade capitalista, que provoca as diferenças, às vezes, gritantes, na utilização do solo urbano, que vem perdendo a sua função social. Ao poder público se impõe a execução de serviços que diminuam as flagrantes desigualdades existentes no espaço urbano, realidade social que não pode escapar ao Plano Diretor .

As condições impostas não são em caráter aleatório. O poder de polícia da Administração Pública está inserido na medida em que as restrições aos poderes de propriedade, trazidas pela Constituição Federal de 1988, são evidenciadas pela homenagem ao princípio administrativo da supremacia do interesse público sobre o privado, conforme doutrina de Victor Carvalho Pinto (2005a, p.213) segue abaixo transcrição:

Enquanto o poder de polícia visa a limitar uma liberdade anterior, para impedir que ela seja exercida contra o interesse público, o princípio da função social da propriedade visa a orientar a atividade do proprietário no sentido do atendimento ao interesse público. Seu campo de incidência é muito maior. O plano diretor não proíbe determinadas atividades em certas zonas porque elas sejam prejudiciais ao interesse público, mas porque as atividades nelas permitidas são as melhores para o interesse público.

Para instrumentalizar a restrição ao direito de propriedade, a Lei Maior valeu-se do artigo 182, § 2º, incumbindo o plano diretor de traçar as diretrizes as quais a propriedade deve seguir para adequar-se à função social, transformando o plano diretor em vetor para o cumprimento da função social da propriedade urbana, já que o referido

artigo prescreve que a propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências expressas no plano diretor.

Sendo, portanto, o direito de propriedade vinculado às diretrizes do plano diretor, verifica-se que a intenção do legislador constitucional em equiparar a função social da propriedade a um direito fundamental não se configurou como um descuido na interferência no secular direito de propriedade, mas lhe atribuir uma condição especial sem retirá-lo do rol das cláusulas pétreas (RICCITELLI, 2007, p. 120-121).

Noutra corrente, vê-se que não são solitários os condicionamentos aos poderes de propriedade pelo plano diretor. Há, ainda, a restrição por via da lei civil federal. Ressalte-se que estes condicionamentos trazidos por esta lei são regulamentados naquela, como forma de promoção do bem-estar urbano, consoante entendimento de Petrônio Braz (2006, p. 281):

Para a concessão da licença, existindo Plano Diretor, no uso do Poder de Policia, a Administração impõe as restrições de vizinhança, regulamentadas pelo Código Civil. Essas limitações dizem com a estética, a segurança, a higiene, a salubridade e a funcionalidade urbana, estas definidas no Plano Diretor.

Assim, quando a propriedade passou a ser vista não mais como direito absoluto, incondicionalmente reconhecido pelo Estado, mas como uma instituição econômica por ele criada, dado sua utilidade à sociedade, houve uma adaptação no ordenamento jurídico brasileiro para permitir a coexistência da propriedade como direito fundamental e como instituição econômica.

Foi adotada pela Constituição Republicana, a teoria da conformação do direito de propriedade, também prevista na legislação infraconstitucional, que, embora tendo monopólio da propriedade em favor do titular com as prerrogativas de uso, gozo e disposição da coisa, não permitiu que essas prerrogativas fossem limitadas.

Para evitar o abuso de exploração do titular com a coisa possuída, o Estado instituiu meios jurídicos que pusessem em execução o princípio da conformação do direito de propriedade, ressaltando a idéia de Severo Massimo Gianinni (1971 apud RODRIGUES, 2004, p. 106-107) que o direito de propriedade tem ampla liberdade de ser regulado, limitado ou restringido pelo legislador constitucional e infraconstitucional.

A fim de que a estrutura espacial das cidades externe harmonia e organização, em consonância com os métodos e técnicas urbanísticas, há um planejamento interdisciplinar, formado por técnicos das áreas mais diversas. Confirmando esta idéia, "os planos urbanísticos são instrumentos reservados para a conformação do direito de propriedade" (PINTO, 2005a, p. 211).

Esse planejamento é o plano diretor que não é algo estático, mas dinâmico, pois deve acompanhar o crescimento da cidade. Problemas como calamidade pública, alagamentos, saneamento, drenagem, congestionamento de trânsito, ocupações irregulares, destruição de patrimônio histórico, construção em locais impróprios, entre outros, são frutos de um planejamento mal elaborado ou ultrapassado, o que dificulta a promoção do bem-estar da população e o cumprimento às funções essenciais da cidade.

Ao instituir o plano diretor como vetor para cumprimento da função social da propriedade houve na doutrina jurídica brasileira entendimentos divergentes acerca da propriedade, se esta estaria limitada ou condicionada.

Respeitando-se a pirâmide hierárquica de Hans Kelsen, deve-se tomar como parâmetro central a Constituição Federal, analisada combinadamente com a norma infra. "O campo privilegiado de aplicação do Código Civil é o das relações entre particulares e não o da atuação do Estado na regulação das atividades privadas" (PINTO, 2005a, p. 212).

Na própria disposição do artigo 1.228, § 1º do compêndio civilista, constata-se que a propriedade deve se coadunar às finalidades econômicas e sociais, à preservação da flora, fauna e das belezas naturais, não afetando o equilíbrio ecológico e preservando o patrimônio histórico e artístico, bem como o ar e as águas. Ou seja, há preocupação tanto com o meio ambiente natural quanto artificial.

Ressalte-se que o direito de propriedade não é restrito ou limitado. Trata-se de um condicionamento, ou seja, só existe, só há que falar em propriedade se houver cumprimento ao princípio da função social. É um requisito, portanto, de existência, não de validade, consoante doutrina de Victor Carvalho Pinto (2005a, p. 214-215):

Não há, portanto, restrição a um direito fundamental preexistente, mas a própria conformação deste direito. Confirma este entendimento o fato de que o princípio da função social da propriedade não consta apenas dos capítulos relativos à Ordem Econômica e à Política Urbana, mas está consagrado também no capítulo relativo aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, ao lado do direito de propriedade [...] O direito de propriedade já nasce limitado, como uma função social que visa a 'desenvolver as funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes', segundo um planejamento urbano que defina os índices urbanísticos aplicáveis a cada terreno.

A propriedade é um direito condicionado, pois a Constituição Federal atribui condições específicas para o exercício deste direito, conforme se verifica no artigo 5º, XXIII, e também na norma civilista, consoante previsão do artigo 1.228 (RICCITELLI, 2007, p. 120-121).

Analise-se o conceito de propriedade em um parâmetro social, consoante Edmilson de Almeida Barros Júnior (2004, p. 71):

Com objetivo unicamente finalístico, toda propriedade passa a vir acompanhada de certos ônus e deveres para com a coletividade, impostos pelo Estado. Propriedade, conceitualmente, representa a faculdade que a pessoa tem de dispor de uma coisa como própria, com o dever correlato de utilizá-la conforme exigir o bem-estar da comunidade e em conformidade com a exigência do bem-estar da comunidade e do respeito à propriedade alheia.

A força dada ao plano diretor para a promoção do bem-estar coletivo é tamanha, que, além do particular, até o Poder Público, nas obras que interfiram no ordenamento territorial da cidade, também se sujeita às reservas encravadas no bojo do plano diretor a transformação do território. Assim, não há relevância em quem está modificando o território, mas sua interferência na propriedade (PINTO, 2005a, p. 226).

Além de força, goza o plano diretor, de importância, inclusive quanto ao interesse do ente municipal em cobrar os impostos de sua competência, de modo que a ausência de plano diretor impede à municipalidade de cobrar o Imposto Predial e Territorial Urbano progressivo, pois não haveria fundamento legal que disciplinasse acerca das regiões em que os imóveis estariam sujeitos às sanções do artigo 182, § 4º, II da Lei Maior, caso não houvesse seu aproveitamento adequado. Neste sentido também manifestou entendimento a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive, extinguindo a execução fiscal:

[...] Progressividade de alíquotas do IPTU, sem amparo no princípio da função social da propriedade imobiliária, dada a falta de plano diretor. Embargos acolhidos, para determinar a extinção da execução fiscal [...] (BRASIL. STF. RE 356691, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 07/02/2003, publicado em DJ 26/02/2003 PP-00108).

Este plano possui, ainda, outra importância na esfera do ente federativo, pois até se prevê a possibilidade de utilização do mandado de injunção para obrigar a Câmara Municipal aprová-lo, haja vista que representa exercício da cidadania a participação popular na elaboração, execução e fiscalização, bem como o direito a um ambiente natural e artificial equilibrado, com exercício das atividades diárias de forma organizada, além de uma projeção espacial bem localizada (MUKAI, p. 565).

Mostra-se, portanto, necessária a conformação da propriedade ao plano diretor, inclusive as ações promovidas pelo Poder Público no setor imobiliário, com fim de evitar os impactos urbanísticos às cidades, dando-se poder à lei municipal para garantia do bem-estar social. E, para isto ocorrer, não se deve tolerar qualquer arbitrariedade que contrarie os ditames da lei, nem mesmo do próprio Estado.

Assim, ações não planejadas ou distorcidas das diretrizes traçadas pelo plano diretor devem ser rechaçadas por obediência ao interesse maior da promoção do bem-estar da população local.

Considerações Finais

Averiguada as várias perspectivas referentes a pesquisa científica acerca das limitações impostas à propriedade privada pela lei constitucional e infraconstitucional, queda-se por concluir que o mau uso daquela e a ambição humana foram umas das grandes causas pelas quais o Estado se apegou para implantar uma intervenção no bem imóvel particular, criando institutos jurídicos que restassem por trilhar a atuação do proprietário no sentido de cumprir a função social inerente à propriedade ante os anseios sociais até então percebidos.

Investigou-se ainda, que implantação do plano diretor nas cidades brasileiras mostra-se de total relevância para a ordenação espacial do município e promoção do bem-estar da população local, tendo ainda por objetivo específico promover a regularização fundiária e o melhor aproveitamento do solo urbano dentro das diretrizes legais, sendo, portanto, de interesse coletivo

Evidenciou-se que a Constituição Federal de 1988 limitou os poderes de propriedade pelo plano diretor a fim de que fosse cumprido o princípio da função social da

propriedade, estando a municipalidade incumbida de promover a ordenação e fiscalização do espaço local.

Verificou-se, também, que a propriedade privada está condicionada aos ditames do plano diretor, sendo um direito e garantia fundamental vinculado a uma condição especial e que suporta um ônus social sem haver desnaturação da essência do direito secular de propriedade. Isto se traduz pela própria natureza dos direitos inerentes ao bem imóvel em razão do seu caráter não mais ser absoluto e das questões sociais e jurídicas que, atualmente, envolvem o mesmo.

Portanto, concluí-se que a Lei Magna atribuiu à propriedade uma verdadeira conformação às reservas do plano diretor, como cumprimento ao princípio da função social, revelando-se como um verdadeiro requisito de existência, uma vez que o direito de propriedade, ao mesmo momento que é garantido como direito fundamental, é limitado pelo interesse maior da promoção do bem-estar coletivo.

Referências

ARENT, Hannah. **A condição humana.** Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. O IPTU progressivo como instrumento essencial ao estatuto da cidade e da política urbana. **Revista Cearense Independente do Ministério Público**, Fortaleza, v.6, n. 21-22, p. 69-84, abr./jul. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 192.737, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do ministro Moreira Alves, DF, 05 de junho de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 24 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 356.691, negado seguimento por julgamento do Ministro Relator Sepúlveda Pertence, DF, 26 de fevereiro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 24 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2213, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do ministro Celso de Mello, DF, 04 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 01 fev. 2009.

BRAZ, Petrônio. **Direito Municipal na Constituição**. 6. ed. Leme: Mizuno, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

_____.**Constituição Federal Anotada.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CLARK, Sarah Fernanda Pereira. A evolução do instituto da propriedade privada ao longo das constituições brasileiras. **Revista CEUT,** Teresina, v.3, n.1, p. 148-161, jan./dez. 2003.

COSTA, Nelson Nery. **Direito Municipal brasileiro.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MUKAI, Toshio. Planejamento municipal: o plano diretor e o estatuto da cidade. **Boletim de Direito Municipal BDM**, São Paulo, v. 18, n. 8, p. 557-566, ago. 2002.

PELLERINO, Giovanni. Evolução do conceito de propriedade: da "função social" à "função estrutural". **Veredas do direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 33-46, jan./jul. 2005.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**: Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005a.

_____.O plano diretor: instrumento básico da política urbana. **Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico, e Ambiental.** Porto Alegre, v.1, n. 2, p.27-49, out./nov. 2005b.

RICCITELLI, Antônio. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição. 4. ed. Barueri: Malone, 2007.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Breves considerações sobre o conteúdo do direito à propriedade privada e seu reflexo sobre os bens de interesse cultural. **Revista Cearense Independente do Ministério Público**, Fortaleza, v.6, n. 21-22, p. 105-116, abr./jul. 2004.

_____. Função social da propriedade - notas sobre a sua evolução conceitual. **Themis: revista da ESMEC**, Fortaleza, v.3, n. 2, p. 59-90, 2003.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. A propriedade e a evolução da sua função social. **Boletim de Direito Administrativo BDA**, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 422-426, abr. 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

VILLAÇA, Flávio. Dilemas do plano diretor. **O município no século XX**: cenários e perspectivas. (Edição Especial). São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima - Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal, 1999, p. 237-247.

---

[1] "*Função social da propriedade* é a destinação economicamente útil da propriedade, em nome do interesse público. Seu objetivo é otimizar o uso da propriedade, de sorte

que não possa ser utilizada em detrimento do progresso e da satisfação da comunidade". (BULOS, 2007 p. 469, itálico original).

ACIDENTES DE CONSUMO E RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL*

CONSUMER ACCIDENTS AND EXTRAJUDICIAL SOLUTIONS

Leonardo José Peixoto Leal

RESUMO

A importância da pesquisa sobre a adoção da mediação como meio adequado à solução das controvérsias decorrentes de grandes acidentes é latente. Constantemente os cidadãos estão expostos a fatalidades e riscos da vida comum. Os exemplos se multiplicam todos os dias nos noticiários e na mera observação da vida cotidiana. Em contrapartida o Poder Judiciário não tem respondido de maneira eficaz, numa demora média de dez anos para uma resolução definitiva. O objetivo deste trabalho, assim, é analisar a necessidade e a viabilidade de criação de um sistema extrajudicial, com base nos mecanismos da mediação, para solução das controvérsias decorrentes de grandes acidente. Conclui-se que urge, no sistema jurídico brasileiro uma modificação da atual conjuntura de resposta ineficaz aos anseios da sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: MEDIAÇÃO. CONTROVÉRSIAS. ACIDENTES

ABSTRACT

The importance of research on the adoption of mediation as an appropriate means to the solution of disputes arising from major accidents is latent. People are constantly exposed to risks of fatal and common life. Examples abound in the news every day and the mere observation of everyday life. In contrast the Judiciary has not responded effectively in an average delay of ten years for a final settlement. The objective of this study therefore is to examine the necessity and feasibility of establishing a court system based on the mechanisms of mediation for settlement of disputes arising from major accidents. It is urgent, the Brazilian legal system a modification of the current situation of ineffective response to the expectations of society.

KEYWORDS: MEDIATION. CONFLICT. ACCIDENTS

INTRODUÇÃO

A idéia do presente trabalho surgiu do privilégio experimentado pelo autor de participar, em julho de 2007, na cidade de Brasília, do programa de intercâmbio do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, Órgão do Executivo, integrante da Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

No decorrer do programa em referência, ocorreu o fatídico acidente com o avião da empresa aérea TAM, o vôo JJ 3054, que ocorreu no pouso no aeroporto de Congonhas, em São Paulo, vitimando uma quantidade enorme de pessoas e causando uma grande comoção social. A partir de então, buscou-se desenvolver a viabilidade da criação de uma câmara externa, com o intuito de viabilizar uma negociação com as partes envolvidas e as empresas, objetivando acordos com indenizações, de forma mais rápida que os dispendiosos processos judiciais.

Assim, o objetivo deste trabalho é avaliar a necessidade bem como viabilidade de adoção de mecanismos extrajudiciais, com base na mediação, para dirimir as controvérsias decorrentes de grandes acidentes que, via de regra, afetam a vida de centenas de famílias, prejudicando a um número indeterminado de pessoas e envolvendo interesses da mais variada ordem.

Resolver referidas controvérsias é do interesse de todos sendo, portanto, um dever do Estado que, todavia, conforme se demonstrará, não tem respondido eficazmente, mostrando-se, com sua estrutura jurídica, como mecanismo inadequado, ineficiente e injusto.

No primeiro momento trata-se dos acidentes de grandes proporções, traçando um paralelo com os chamado acidentes de consumo; em seguida, faz-se uma conceituação da mediação e das suas peculiaridades avançando-se para as controvérsias decorrentes de tais acidentes; depois, aborda-se a morosidade e dificuldade de atuação do Poder Judiciária nesses casos, utilizando-se como exemplo o acidente do vôo TAM 402 em 1996 e Palace II em 1998; por fim, trata-se da câmara de indenização criada para solução das controvérsias decorrentes do acidente do vôo JJ 3054 em julho de 2007 como modelo a ser seguido.

1. Acidentes de consumo

A vida em sociedade traz, por si só, risco. Executar os mais simples atos do dia a dia como deslocar-se para o trabalho, andar de ônibus, viajar de avião ou de trem colocam o individuo, a todo instante, em risco de ser vítima de um acidente decorrente de uma fatalidade, uma imprudência ou imperícia de terceiro.

Nesse sentido, o presente trabalho tratará dos acidentes de grandes proporções e das controvérsias a eles inerentes, sendo certo que, na maioria dos casos, referidos acidentes se enquadram no conceito dos chamado “acidentes de consumo”, uma vez que, via de regra, há uma relação de consumo entre as partes envolvidas no acidente.

O termo acidente de consumo é largamente utilizado pela doutrina, servindo como sinônimo para fato do produto ou fato do serviço, que correspondem a qualquer dano ocasionado por um vício, uma falha, uma imperfeição no produto adquirido ou no serviço prestado em uma relação de consumo.

Ao definir acidentes de consumo por fato do produto, Flávia Portella Püschel (2006, p. 16) raciocina como qualquer evento causador de dano físico ou psíquico do consumidor, podendo ser de ordem moral ou material.

A responsabilidade por fato do produto pode ser definida como responsabilidade do fornecedor por danos causados à vida, à saúde física ou psíquica e ao patrimônio de terceiros por produtos com defeitos de segurança por ele oferecidos no mercado. Trata-se da responsabilidade por danos causados à integridade físico-psíquica da vítima e a bens outros que não o próprio produto defeituoso, em razão de este não atender à legítima expectativa da sociedade com relação à sua segurança.

A Lei 8.078/90 traz em seu texto, no art. 12, a previsão legal do fato do produto:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Enquanto isso o fato do serviço corresponde a um evento danoso ocasionado por uma falha na execução do serviço contratado, tal qual no caso dos produtos. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CPDC traz a previsão da matéria no art. 14:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Importa ressaltar que o CPDC estabeleceu uma diferença entre vício e defeito que deve ser observada. As hipóteses acima transcritas correspondem ao defeito, seja do produto ou do serviço; já o disposto nos arts. 18, 19 e 20 correspondem a vício.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - o abatimento proporcional do preço;

II - complementação do peso ou medida;

III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

Em que corresponde então a diferença entre vício e defeito? Ora! A resposta é simples, o vício é tão somente a imperfeição, a falha na execução do serviço ou no funcionamento do produto, quanto a estes subdividindo-se, inclusive, em vício de quantidade e de qualidade. Já o defeito é o vício acrescido de um dano, quando o evento ultrapassa o mero dissabor do mau funcionamento ou não funcionamento e gera um dano efetivo ao consumidor.

Tal questão remete ao próprio conceito de fato do produto ou serviço, que é o dano ocasionado por uma falha, um vício, na relação de consumo. No mesmo sentido, é o entendimento de Rizzatto Nunes (2005, p. 285-286):

O termo ‘vício’, especialmente relacionado a produto, lembra o vício redibitório, instituto do direito civil, e tem com ele alguma semelhança, na condição de vício oculto, mas com ele não se confunde. Até mesmo porque, como já dissemos, é regra própria da sistemática do CPDC. São considerados vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os serviços (ou os produtos) impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e que também lhes diminuam o valor.

[...]

O defeito, por sua vez, pressupõe o vício. Há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício. O vício é uma característica inerente, intrínseca do produto ou serviço em si.

Pode-se depreender ainda do código, o conceito legal de defeito constante do §1º do art. 12 e do §1º do art. 14:

Art. 12

[...]

§ 1° O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

Art. 14

[...]

§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido

Sendo assim, conclui-se que vício é o mero não funcionamento ou mau funcionamento do objeto da relação de consumo, produto ou serviço, enquanto que defeito é a união do vício a um evento externo da relação, um dano, os chamados fato do produto ou fato do serviço ou, ainda, acidente de consumo.

Afora todo o exposto, seguindo o raciocínio de Rizzatto Nunes (2005, p. 283), embora a expressão acidente de consumo seja utilizada como sinônimo de fato do produto ou serviço, sua utilização deveria ser mais restrita.

A expressão 'acidente de consumo', muito embora largamente utilizada, pode confundir, porque haverá casos de defeito, em que a palavra 'acidente' não fica muito adequada. Assim, por exemplo, fazer lançamento equivocado no cadastro de devedores do Serviço de Proteção ao Crédito é defeito do serviço, gerando responsabilidade pelo pagamento de indenização por danos morais e à imagem. Porém, não se assemelha em nada a um acidente;

[...]

Diga-se, de qualquer maneira, que se tem usado tanto 'fato' do produto ou serviço quanto 'acidente de consumo' para definir o defeito. Porém, o mais adequado é guardar a expressão 'acidente de consumo' para as hipóteses em que tenha ocorrido mesmo um acidente: queda de avião, batida de carro por falta de freio, quebra da roda gigante no parque de diversões etc. (destaques do original)

Sendo assim, para fins deste trabalho, acidente de consumo fica definido como fato do produto ou serviço em que haja um acidente concreto, ou seja, o objeto do presente trabalho e as propostas de solução são aplicáveis não a qualquer caso em que haja um fato do produto ou serviço, mas apenas nos que há um acidente concreto como a queda de um avião, o desabamento de uma construção, a explosão de um *shopping*, o descarrilamento de um trem, dentre várias outras situações.

Ressalte-se que o trabalho não pretende tratar da responsabilidade civil dos eventuais agentes envolvidos no acidente, mas sim das controvérsias inerentes, bem como da necessidade de criação de um mecanismo mais eficaz na resolução dessas controvérsias.

1.2. Controvérsias inerentes aos acidentes

As controvérsias geradas pelos acidentes de consumo são especialmente complexas. Em se tratando de grandes acidentes como o capotamento de um ônibus, o descarrilamento de um trem, a queda de um avião comercial, o desabamento de uma arquibancada num estádio, só pelo número de partes envolvidas já se pode perceber essa complexidade: as vítimas são várias, além das vítimas há ainda os familiares, no outro pólo há os fornecedores, geralmente com mais de uma empresa envolvida e, em muitos casos, seguradoras.

Além disso, a vulnerabilidade do consumidor é princípio e verdadeiro fundamento da legislação e da Política Nacional das Relações de Consumo, trazendo o próprio CPDC esta previsão, em seu art. 4º inciso I: "I – Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo".

A vulnerabilidade se desdobra em vários tipos, para Cláudia Lima Marques (2005, p. 144-145) ela se divide em técnica, fática e jurídica.

Em resumo, em minha opinião, existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica a jurídica e a fática.

Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto as características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços.

[...]

A vulnerabilidade fática é aquela desproporção fática de forças, intelectuais econômicas, que caracteriza a relação de consumo. Já a vulnerabilidade jurídica ou científica foi identificada pela corte suprema alemã, nos contratos de empréstimo bancário e financiamento, afirmando que o consumidor não teria suficiente 'experiência ou conhecimento econômico, nem a possibilidade de recorrer a um especialista'. É a falta de conhecimentos jurídicos específicos, de conhecimentos de contabilidade ou economia.

Há quem defenda a subdivisão em várias espécies de vulnerabilidade, mas parece que, na verdade, em consonância com o entendimento da citada autora, estas subespécies acabam por se encaixar nas três divisões acima apontadas. Raciocina-se que a vulnerabilidade significa estar vulnerável sobre algum aspecto. Nesse sentido, a vulnerabilidade do consumidor é presumida e sempre estará presente, dependendo obviamente de cada caso e suas especificidades. Ocorre que, nos acidentes de consumo, além das espécies clássicas de vulnerabilidade, está presente uma em especial, a vulnerabilidade emocional, que pode ser enquadrada no âmbito da vulnerabilidade fática. O estrago ocasionado pelo trauma de um acidente ou pela perda de um ente

querido é simplesmente impossível de ser medido e extremamente íntimo a cada indivíduo.

Todos esses fatores contribuem para agravar a controvérsia, são muitas as partes envolvidas, em estados especialmente vulneráveis, com interesses e expectativas diversas. Some-se a isso, o fato de haver, no outro lado, empresas economicamente fortes, visando, na lógica econômica, ter o menor prejuízo possível; além do alto grau de expectativa gerado quanto a valores de indenização. Não bastando todos esses fatores ainda há a lentidão do Poder Judiciário, sem qualquer perspectiva sobre o tempo de duração do processo.

São, portanto, várias as dificuldades, de um lado há a opção do judiciário e sua conhecida demora, podendo, inclusive, ingressar-se com ações coletivas teoricamente mais fortes que várias ações individuais. De outro, tem-se a negociação individual que é dificultada pela perda da força do coletivo e pelo interesse de barganha das empresas, objetivando um valor menor do que o que seria tido como "justo". Some-se a isso o fator vulnerabilidade dos consumidores, questão acima abordada.

Diante disso fica evidente que tais caminhos não parecem ser dos mais eficazes. Sobre o tema Diego Faleck (2006, *on line*) defende a busca de outra via que não o Judiciário ou a negociação individual, sugerindo a aplicação de uma câmara externa de solução de conflitos.

A simples negociação individual com cada um dos interessados não é a única e nem a mais eficiente maneira de se evitar o Judiciário e de se obter a satisfação e a adesão do maior número de indenizados no menor tempo possível.

O exemplo internacional nos mostra um modelo alternativo para dar cabo à missão, mais criativo e vantajoso: a criação de uma 'câmara de solução de demandas', externa e privada, baseada no modelo norte-americano das claim resolution facilities, que se mostrou extremamente eficiente para proporcionar alívio em casos de calamidade.

Essa opção apresenta vantagens sobre a negociação individual. Existem sérias dificuldades para a composição de questões desta espécie, em virtude das altas expectativas por parte dos indenizados, normalmente acaloradas pela intervenção de advogados e de pessoas próximas. É necessário lidar também com a natural desconfiança por parte das vítimas de que os indenizadores, normalmente dotados de grande poder econômico, estariam barganhando e procurando pagar o menor valor possível, em detrimento daquilo que seria 'justo'. (destaques do original)

Essa é a proposta do trabalho, a busca por uma maneira mais eficiente e próxima do ideal de justiça de se estabelecer o contato entre fornecedores e consumidores, sem deixar os consumidores desprotegidos numa relação de extrema desigualdade nem na espera angustiante por uma resposta do Poder Judiciário.

2. Mediação

Lília Maia de Morais Sales (2007, p. 23) define a mediação como um mecanismo para resolução de conflito utilizado pelas próprias partes, onde o terceiro imparcial apenas as auxilia a encontrar o caminho mais eficaz e satisfatório na solução do problema.

A mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, motivadas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo.

A função do mediador é singular, ele deve pautar-se sempre com imparcialidade, tratando as partes de forma igual e buscando trazer o ponto central do conflito para a discussão. Luís Alberto Warat (2004, p. 29), tratando da função do mediador, afirma que os conflitos estão no interior das pessoas, não sendo a linguagem formal e jurídica adequada para a solução dos conflitos:

Os conflitos reais, profundos, vitais, encontram-se no coração, no interior das pessoas. Por isto é preciso procurar acordos interiorizados. E por isso que a mediação deve escolher outro tipo de linguagem. Ela precisa da linguagem poética, da linguagem dos afetos, que insinue a verdade e não a aponte diretamente; simplesmente sussurre, e não grite. Um sentido vem a nós quando há uma conexão profunda. Uma linguagem usada como estratégia, de tal modo que os corações em conflito possam ser tocados. Estamos falando de uma linguagem poética sem nenhuma pretensão estética ou literária. E uma poesia, às vezes, rústica, sempre exaltada por sua maneira indireta, feminina de insinuar coisas. A linguagem que nos permite vincular, recebermos, como melodia, o sentido do amor.

Nesse contexto, a atuação do mediador, em especial nos casos de acidente de consumo, ante o sofrimento decorrente das tragédias do evento, deve pautar-se na sensibilidade e na condução do diálogo, de forma mais pessoal e menos formal, respeitando a dor das partes vítimas e trazendo a empresa para a consciência de sua função social e de sua imagem perante a sociedade. A linguagem utilizada deve buscar atingir o íntimo dos indivíduos altamente ferido por conta do ocorrido.

Analisa-se, aqui, até que ponto o interesse na indenização, em casos de acidentes de grandes proporções, é econômico. É óbvio que, em muitos casos, a vítima era a mantenedora da família, ou o patrimônio atingido era de extremo valor, pelo que se faz imperativo a devida compensação pecuniária pela perda. Mas há outros aspectos que se encontram no coração, como afirma Luís Alberto Warat, uma vez que a vítima, ao pleitear grandes valores indenizatórios busca muito mais a punição do responsável por sua perda e sua dor, uma espécie de sanção pecuniária pelo ato praticado.

Em casos como esses, de grandes calamidades, as pessoas estão abaladas emocionalmente. Dessa forma, facilmente se apresentam os chamado conflitos aparentes que mascaram os conflitos reais e, em uma disputa judicial, dificilmente são alcançados gerando uma perda dos dois lados.

Juan Carlos Vezzulla define (2001, p.28) conflitos reais e aparentes:

Podemos definir que existe um conflito real se há uma real oposição entre os desejos e direitos de uma pessoa e desejos e direitos de outra pessoa ou grupo. Deixemos o nome

de falso para aqueles conflitos que por falha na comunicação parecem produzir até que as coisas sejam esclarecidas, uma aparente oposição.

É fundamental para um mediador ter absolutamente clara essa diferença, pois, normalmente, a escalada da violência, o desconhecimento dos reais interesses de cada parte, a confusão entre os verdadeiros problemas e as pessoas nele envolvidas, contêm sempre distorções originadas na falta de comunicação entre as partes. Por isso é importante que o mediador domine os conceitos da teoria da comunicação e saiba da importância da clareza na emissão da mensagem e as dificuldades que o ser humano tem de escuta-las tal como foram emitidas.

Nesse sentido, para o sucesso na resolução célere e eficaz da controvérsia é essencial a comunicação que, na mediação, é facilitada pelo mediador, algo inexistente na negociação individual e no processo judicial. Observa-se que somente a mediação tem a capacidade de transpassar o conflito aparente e solucionar o real conflito decorrente daquele evento.

Quanto à mediação nas relações de consumo, Amélia Soares da Rocha (2003 p. 42-43) lembra que o instituto é princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, sendo claro o objetivo do CPDC em resolver conflitos de consumo de forma ampla, com um viés social e não atrelado ao caso concreto apenas, no amadurecimento das relações de consumo.

E, diga-se de passagem, provavelmente, o verdadeiro desejo do CDC é não ser objeto de uma lide judicial, mas instrumento de educação continuada, contribuindo para o exercício e promoção dos direitos e, por conseqüência, ser instrumento de inclusão social, pelo necessário resgate da auto-estima de todos brasileiros.

A relação entre mediação e as relações de consumo abrange aspectos implícitos e explícitos do direito do consumidor. Todavia, o grande e nodal ponto de interseção reside no caráter de ‘solução (pretensamente) efetiva’.

Ou seja, porquanto a mediação aplica o método socrático da maiuêtica, utiliza-se de técnicas para que os envolvidos no conflito revejam o ‘problema’e visualizem soluções que vislumbrem a mudança comportamental apta a não apenas ‘resolver’a situação pontual objeto da mediação, mas modificar atitudes hábeis a impedir ou diminuir a reincidência do conflito, o direito do consumidor, principalmente por sua política nacional de relações de consumo, intente, de igual forma, o alcance da ‘maturidade’ das relações consumeristas através da `solução educativa’dos conflitos de consumo. (destaques do oiginal)

Dessa forma percebe-se que não há impedimento à utilização da mediação em acidentes de consumo, sendo, inclusive, um meio indicado pela própria legislação para ser utilizado.

3. Casos de acidentes

3.1 Caso TAM vôo 402

Como exemplo da ineficiência do Poder judiciário ao tratar de acidentes de consumo com grande número de vítimas, tem-se o caso do acidente aéreo do vôo Tam 402 em 1996,no aeroporto de Congonhas em São Paulo.

No dia 31 de outubro de 1996, um avião da empresa aérea TAM, modelo Focker 100, que fazia o vôo 402, partindo de São Paulo com destino ao Rio de Janeiro, acidentou-se devido a uma falha no motor, no momento da decolagem, no Aeroporto Internacional de Congonhas, vitimando os 96 (noventa e seis) passageiros e ocasionando a morte de mais 3 (três) pessoas no solo. O avião caiu sobre área residencial, atingindo oito casas e havendo colidido com dois prédios, um de dois e outro de três andares. (JATO..., 1996, *on line*)

O caso gerou grande comoção social, sendo bastante repercutido na época. Trata-se de caso bastante complexo, primeiro por levar-se em conta a quantidade de partes envolvidas, considerando-se inclusive familiares, e depois, por tratar-se de comprovado defeito em equipamento da aeronave, o que gerou discussão acerca da responsabilidade das empresas fabricantes e da prestadora de serviço TAM, além das seguradoras envolvidas.

Tal fato, somado à grande expectativa de indenização, gerada por parte de advogados, aliados à tão falada morosidade do Poder Judiciário, contribuiu para que os dissídios perdurassem por mais de dez anos, havendo até os dias atuais casos sem solução definitiva e sem o percebimento de indenizações correspondentes.

Em um dos recursos interpostos dentre as ações referentes à matéria, assim se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo de forma definitiva:

Ementa: "RESPONSABILIDADE CML - Acidente aéreo - Responsabilidade calcada no fato de defeito de peça da aeronave - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - Caracterização do defeito comprovado por relatório elaborado pelo Ministério da Aeronáutica - Indenizatória procedente - Recurso improvido. RESPONSABILIDADE CIVIL - Pensão - Termo final adotado como o de sessenta e cinco (65) anos, conforme entendimento jurisprudência! consolidado - Comprovação de que a vítima, efetivamente, recebia mais que treze (13) salários, legais, leva ao ressarcimento também dessa parcela excedente - Não inclusão de eventual participação em lucros, pois tal verba depende da situação de cada empregadora, não sendo possível um cálculo exato e utilizando-se critérios concretos para seu auferimento ao longo dos anos - Recurso parcialmente provido. DANO MORAL - Apuração do "quantum" - Arbitramento em 333 salários mínimos, sob pena de enriquecimento sem causa - Redução da verba arbitrada na r. sentença por conta de não ser a empresa ré a única responsável - Recurso provido para esse fim. RECURSO - Apelação - Existência de homologação de acordo - Recurso prejudicado. INTERVENCÃO DE TERCEIROS - Denunciaçâo da lide - Inadmissibilidade - Caracterização de garantia imprópria, por conta de eventual direito de regresso - Recurso improvido. ILEGITMIDADE 'AD CAUSAM' - Em face da cabal comprovação de que o acidento se deu por conta da falha do reverso, não se pode admitir a manutenção da co-ré Telefíex no pólo passivo, pois o equipamento que fabrica não contribuiu para a fatídica queda da aeronave - Recurso improvido*

Ressalte-se que o julgamento data de 2006, exatos dez anos após a ocorrência do acidente. Os conflitos decorrentes seguiam sendo objeto de análise do Poder Judiciário sem uma solução definitiva. Sílvia Ribeiro (2006, *on line*) mostra, em reportagem, que algumas famílias se arrependeram ao realizar acordos extrajudiciais individuais, como também outras, mesmo com determinação judicial em mãos, não receberam a devida indenização, chegando algumas a recorrer à justiça nos Estados Unidos, país da empresa responsável pela fabricação da parte defeituosa causadora do acidente.

Passados dez anos do maior acidente aéreo em perímetro urbano já ocorrido no País, famílias ainda buscam indenizações nos tribunais do Brasil e dos Estados Unidos.

Pelo menos oito familiares de vítimas recorrem hoje à Justiça dos Estados Unidos pelo direito de receber indenizações da Northrop Grumman, fabricante norte-americana do reversor que se abriu durante a decolagem do vôo 402 e desencadeou as falhas que culminaram no acidente.

De acordo com o advogado Renato Guimarães, que representa essas famílias no Brasil, a Northrop Grumman foi condenada no País a pagar US$ 1,1 milhão por vítima por danos morais, mas não cumpriu a determinação.

Com a sentença em mãos, o grupo partiu para os EUA e tenta agora um acordo com a empresa. O advogado contratado pelas famílias é Walter Lack, representado no filme 'Erin Brockovich', que deu um Oscar a Julia Roberts.

'Sempre defendi que as indenizações podiam alcançar valores muito mais altos do que os oferecidos pelas empresas às famílias brasileiras', diz Renato Guimarães, que em 2000 provocou uma cisão na associação de parentes das vítimas do vôo 402.

Na ocasião, o advogado foi contra a proposta feita nos Estados Unidos por empresas envolvidas no acidente. Parentes de vítimas ouvidos pelo G1 lembram que foram pressionados a fechar o acordo. O valor oscilou entre US$ 500 mil e US$ 1,5 milhão. O grupo que ficou conhecido como as 'viúvas da TAM', organizado para apurar as causas do acidente, não revela os valores das reparações, que obedecem a quesitos como salário da vítima e número de dependentes.

No Brasil, a TAM enfrenta até hoje processos por maiores indenizações. A companhia aérea diz ter indenizado 90% das famílias atingidas e aponta que as questões pendentes 'extrapolam os limites de atuação da companhia'. No entanto há parentes que não concordaram com as condições oferecidas pela companhia aérea.

'A TAM chegou a entrar com uma ação contra nós. Eles argumentavam que nós não podíamos entrar com uma ação por danos materiais, porque nós não seríamos dependentes do nosso filho', diz a professora universitária aposentada, Maria da Conceição Magalhães Vaz de Mello, que perdeu o filho, o engenheiro Alexandre Magalhães. A ação que a família de Minas Gerais move contra a empresa ainda não teve decisão final no Brasil. Em pelo menos outros cinco casos a Justiça não proferiu sentença.

Quando sai, a sentença nem sempre resolve o impasse. É o caso quando ambos os lados (as famílias e a TAM) não concordam com os valores determinados e recorrem

judicialmente. De acordo com o advogado Renato Guimarães, casos ainda pendentes receberam da TAM tutela antecipada de US$ 145 mil – pagamento determinado pelo juiz de parte da indenização requerida pelos parentes.

Quem fechou acordo com a TAM no Brasil recebeu, em média, R$ 600 mil em indenizações, segundo a presidente da Associação Brasileira de Parentes e Amigos das Vítimas de Acidentes Aéreos, Sandra Assali. Mas houve reparações bem menores, como a aceita pelos parentes do professor Marcos Antônio de Oliveira, vítima atingida em terra pela aeronave. À época, a família aceitou sem contestar proposta de R$ 145 mil feita pela companhia aérea. Mais tarde alguns parentes pensaram em voltar atrás, mas já era tarde demais.

O jornalista Jorge Tadeu da Silva, que teve a casa destruída pela queda da aeronave, queria da TAM R$ 1 milhão para cada um dos cinco parentes que morava com ele. A reparação seria por danos psicológicos, já que eles não se feriram no acidente. Depois de uma verdadeira maratona nos tribunais, a empresa ofereceu somente R$ 300 mil para os cinco parentes. 'Ao longo desses dez anos, eles (TAM) se mantêm irredutíveis', lamenta.

A viúva Cibele Castro resume o sentimento e fala da importância das reparações. 'A indenização nunca é justa para a vítima, porque a vida humana não tem preço. Mas ajuda a dar um novo rumo, a recomeçar a vida. A gente fica muito perdida.'. (destaques do original)

Constata-se, portanto, um grave problema. Uma inacreditável demora na solução de um conflito cujo direito é cristalino perante o Poder Judiciário e, posteriormente, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, a não efetividade dos pagamentos das indenizações devidas, deixando as famílias e vítimas numa situação de verdadeiro descaso e abandono por parte do Poder Público e das empresas fornecedoras.

Nesse sentido, constata-se que o Poder Judiciário tem demorado de forma inaceitável na solução dos litígios, deixando os consumidores vitimados à míngua de seus direitos, em uma média de espera de mais de dez anos, para receber qualquer valor a título indenizatório. Não pode tal fato ser ignorado pelo Estado, sob pena de se aceitar a perpetuação de injustiças.

3.2 Caso palace II

Outro exemplo interessante é o conhecido caso do prédio Palace II do Rio de Janeiro. No dia 22 de fevereiro de 1998, um prédio residencial de nome "Palace II", localizado na Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, desabou, ocasionando a morte de oito pessoas e a destruição de quarenta e quatro apartamentos residenciais. Primeiramente, houve o desmoronamento das colunas 1 e 2 do edifício; e no dia 24 de fevereiro a prefeitura do Rio de Janeiro anunciou a implosão da estrutura restante por conta de risco de novos desmoronamentos. (BELCHIOR, 2008, *on line*)

Tal fato, causou grande repercussão nacional, ficando comprovado, por perícias, a má construção, com material sem qualidade e erros de cálculos na estrutura do edifício. O engenheiro responsável pela obra, Sérgio Naya, e a construtora Sersan foram responsabilizados civil e penalmente pelo fato ocorrido.

Trata-se de claro acidente de consumo uma vez que os habitantes do prédio haviam adquirido os apartamentos, sendo, portanto, consumidores de um produto, um bem imóvel, o apartamento. Ante essa realidade é imperiosa a aplicação do CPDC e a responsabilidade indenizatória de todos os fornecedores envolvidos na relação de consumo.

Grande foi o número de ações interpostas no Poder Judiciário, inclusive uma ação civil pública de autoria da associação dos moradores. Entretanto, mais uma vez, o Poder Judiciário não conseguiu dar uma solução definitiva de forma rápida e eficaz ao litígio, havendo famílias que, ainda hoje, mesmo após dez anos do acidente, não receberam por completo as indenizações fixadas pela Justiça. Nesse sentido é a reportagem de Diego Paes e Fabíola Ortiz (2008, *on line*).

Rio de Janeiro - Dez anos depois do desabamento do Edifício Palace 2, na Barra da Tijuca (zona oeste), o ex-deputado Sergio Naya, dono da Construtora Sersan, responsável pela obra, responde por mais de 100 processos judiciais e já foi absolvido no processo que o responsabilizava pela morte de oito moradores

De acordo com a presidente da Associação de Moradores do Palace 2, Rauliete Barbosa, 120 pessoas ainda aguardam na Justiça o ressarcimento integral pelos danos no desabamento. Elas teriam apenas recebido um valor que não passa de 20%. O incidente ocorreu em 22 de fevereiro de 1998.'Todas as pessoas que entraram na Justiça por meio da associação estão pendentes. São 120 famílias que só receberam parte, isso quer dizer de 15% a 20% no máximo. Dez ainda não receberam nada. O que recebemos é uma quantia irrisória que não dá para pagar as dívidas', informou.
A ex-moradora Maria Alba Galvão Fernandes, de 60 anos, disse que 'a sensação é de perda muito grande, mas é de contínua esperança – eu preciso acreditar na Justiça brasileira, nós precisamos de um meio para seguir em frente'. Ela morava com marido e filho havia dois meses, quando o prédio desabou. E por quase dois anos a família passou a morar em hotéis. Já recebeu cerca de 15% do valor da indenização.

'Quero ter o direito de usufruir desse dinheiro. Tudo o que tínhamos foi aplicado no apartamento do sonho, mas às 3h do dia 22 de fevereiro de 1998 fui acordada. Reiniciamos a vida do zero, com muitas doações', contou.

O apartamento, acrescentou, 'desabou em duas etapas: nós demos dez passos para fora do prédio e a parte em que meu marido havia estado caiu'.
Um dos advogados de Sérgio Naya, Jorge Luiz Azevedo, aponta números diferentes dos da associação. Segundo ele, dos 176 apartamentos do prédio, mais da metade já teve o valor integral indenizado por danos morais e materiais. 'No momento, o que há de prático é um acordo realizado em agosto do ano passado, quando ficou estipulado que o grupo Sersan entregaria todos os bens para leilão. Agora nós resolvemos trabalhar em conjunto com a associação', informou.

Pelo menos mais 11 famílias permanecem em hotéis e os moradores prometem realizar amanhã (22) um protesto silencioso, com a celebração de uma missa às 9h na Igreja de Santa Luzia, no centro da cidade. Em seguida, em frente ao Tribunal de Justiça, um bolo de dez metros vai ser partido para marcar a data. (destaques do original)

No caso “Palace II” há ainda um agravante. A empresa Sersan, responsável pela construção da obra, entrou em processo de falência, sendo certo que créditos decorrentes de danos e de acidentes de consumo não dispõem de qualquer preferência na ordem de credores. Tal fato tornou recorrente a vinculação de matérias na imprensa sobre o não recebimento de indenização pelas vítimas, mesmo com sentença judicial transitada em julgado, em decorrência da preferência de credores. Nesse sentido, é a reportagem de Débora Pinho (2004, *on line*):

O gerente do Banco do Brasil Roberto Santana esteve na Superintendência da Polícia Federal, no Rio de Janeiro, para prestar depoimento sobre o imbróglio jurídico que se transformou o pagamento da indenização para as vítimas do Palace 2.

Policiais federais estiveram com os procuradores Paulo César Negrão e Ronaldo Campos na agência do Fórum, na tarde desta quarta-feira (28/7), para cumprir a determinação da presidente em exercício do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Vera Lúcia Lima da Silva Ribeiro, que reafirmou a proibição do pagamento para as vítimas do Palace 2. A agência foi fechada e o gerente conduzido à Superintendência da Polícia Federal.

A desembargadora confirmou decisão da juíza da 7ª Vara de Execuções Fiscais do Rio de Janeiro, Frana Elizabeth, que atendeu pedido da Procuradoria da Fazenda Nacional em favor da União. Os procuradores pediram o bloqueio do dinheiro arrecadado na venda do Hotel Saint Paul Park, antiga propriedade do ex-deputado Sérgio Naya. O ex-deputado e suas empresas -- Sersan e Matersan -- devem mais de R$ 20 milhões de Imposto de Renda.

O juiz em exercício na 4ª Vara Empresarial, Luis Felipe Salomão, determinou que os R$ 9 milhões obtidos com a venda do hotel fossem rateados entre as mais de 80 famílias ex-moradoras do Palace 2 que ainda não receberam indenização. Entretanto, a pedido dos procuradores, a juíza Frana Elizabeth suspendeu o pagamento no fim da semana passada.

Salomão determinou a busca e apreensão do dinheiro no Banco do Brasil. Segundo Ronaldo Campos, os funcionários foram mantidos como ‘reféns’ na agência do Banco do Brasil de terça-feira até esta quarta-feira.

Nesta quarta-feira, as 10 famílias que já tinham mandados foram até a agência central do Banco do Brasil, no Andaraí, e receberam cada uma R$ 113 mil. As outras 72 famílias receberiam o dinheiro por depósito. Entretanto, o pagamento foi suspenso. Com a chegada da Polícia Federal por volta das 15 horas, a agência do banco foi fechada e o gerente prestou depoimento sobre o assunto.

O procurador-geral adjunto da Fazenda Nacional deve chegar ao Rio de Janeiro até o fim da tarde desta quarta para tentar resolver o impasse.

O Código Tributário Nacional estabelece que a ordem de prioridade para pagamento deve ser: credores trabalhistas, União, Estados, Municípios e demais credores. As vítimas do Palace II estão em último lugar pela legislação. (destaque do original)

Nesse sentido, constata-se que o Poder Judiciário tem demorado de forma inaceitável na solução dos litígios, deixando os consumidores vitimados à míngua de seus direitos, em uma média de espera de mais de dez anos, para receber qualquer valor a título indenizatório. Não pode tal fato ser ignorado pelo Estado, sob pena de se aceitar a perpetuação de injustiças.

4. Câmara 3054

No dia 17 de julho de 2007, no aeroporto de Congonhas em São Paulo, capital, ocorreu um dos maiores acidentes da história da aviação brasileira. O avião modelo Airbus 320, da empresa aérea TAM, que fazia o Vôo JJ 3054, partindo de Porto Alegre com destino a São Paulo, ao aterrissar na pista, não conseguiu frear, chocando-se contra um prédio da TAM *express*, situado próximo à cabeceira da pista. O número de pessoas no avião era 199 sendo 187 passageiros dos quais 19 funcionários da empresa mais seis tripulantes. (ESPECIAL VÔO..., 2007, *on line*).

Além da morte de todos no avião, o acidente ainda causou vítimas em solo, como funcionários do prédio e pessoas que estavam nas proximidades, no instante do evento. Gerou-se uma grande comoção social. Diante da preocupação com a dificuldade de solução dos conflitos judicialmente, aliados aos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo já abordados neste estudo, por iniciativa dos órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, notadamente, Ministério Público do Estado de São Paulo, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Fundação Procon/SP e o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, juntamente com a empresa TAM linha aéreas e suas seguradoras, foi criada a Câmara de Indenização TAM Vôo 3054, em caráter extrajudicial e opcional, com objetivo de facilitar a resolução dos conflitos extrajudicialmente e a efetiva reparação dos danos causados pelo acidente.

A câmara dispõe de Regimento Interno de 33 artigos e seu procedimento dá-se, basicamente, com o preenchimento de um formulário próprio, por parte dos legitimados, nos termos do art. 13 do Regimento abaixo transcrito. Esse formulário deve ser apresentado juntamente com todos os documentos necessários às comprovações, sendo tais documentos também previstos no regulamento, perante a câmara, o que oficializa o ingresso do beneficiário no programa.

Art. 13. Todos os que sofreram danos indenizáveis relacionados às vítimas fatais e ainda não foram indenizados têm, nos termos da legislação vigente, legitimidade para participar da câmara.

1º. No que tange aos lucros cessantes (indenização dos danos materiais) , com exceção dos cônjuges/companheiro(a)(s), descendente(s) (até 30 anos) e ascendente(s) (com idade superior a 70 anos), não há titularidade automática, sendo necessária a comprovação de dependência econômica mantida em relação à vítima.

§ 2º. Fazem jus à indenização por danos morais aqueles pretendentes que comprovem:

I - sua condição de cônjuge, filho, pai, mãe ou irmão das vítimas do Evento;

II - o companheiro que mantinha com a vítima do Evento sociedade de fato ou união estável, cujo reconhecimento se expresse em decisão judicial, escritura pública declaratória (lavrada antes do acidente), ou outros meios de prova previstos na legislação ou normas infralegais.

III - Vínculo afetivo ou convívio com as vítimas do evento que demandará quaisquer provas admitidas em direito e implicará em análise individualizada.

Em seguida, é marcada uma reunião preliminar entre a TAM e a vítima beneficiária, no intuito de complementar informações, esclarecer dúvidas ou complementar juntada de documentos. Posteriormente, haverá tantas reuniões quantas forem necessárias para se estabelecer um parâmetro em relação ao valor da indenização, sendo sempre as reuniões acompanhadas por um observador, membro integrante da câmara, a não ser que os beneficiários, de forma expressa, §3º do art.10 do Regimento, dispensem a presença deste. A figura do observador, bem como dos assistentes, tem função definida nos parágrafos 1º e 2º do art. 10 do Regimento, tendo como objetivo sempre assegurar os direitos dos consumidores participantes da Câmara.

Art. 10

[...]

§ 1º. Os Assistentes, dentre outras atribuições, deverão:

I - dar atendimento prévio ao ingresso na Câmara aos Beneficiários e Requerentes, objetivando esclarecer e sanar quaisquer dúvidas sobre o programa de indenização, dentre elas questões que se refiram à legitimidade, aos Parâmetros Referenciais, prazos, documentos necessários, produção de provas, mecanismos de consulta aos órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, dentre outros;

II – dar assessoria individualizada aos Beneficiários quanto ao preenchimento de Formulário de Ingresso na Câmara, bem como orientar sobre a reunião e organização dos documentos necessários;

III - dar assistência completa e contínua aos Beneficiários durante todo o procedimento da Câmara, esclarecendo eventuais dúvidas.

§ 2º. Ao Observador compete:

I - dar supervisão ao trabalho dos Assistentes;

II - acompanhar os Beneficiários em todas as reuniões realizadas com a TAM, certificando-se do equilíbrio das relações e de todos os objetivos da Câmara;

III - relatar, ao Conselho dos órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, em documento próprio, as ocorrências relevantes havidas nas Reuniões referidas no inciso anterior;

IV - recomendar às partes, sempre que entender necessário, o encaminhamento de Consulta aos órgãos que integram o Sistema nacional de Defesa do Consumidor, nas

hipóteses previstas no Capítulo XIII, prestando para tanto o auxílio técnico ao Beneficiário sempre que solicitado.

§ 3º. Os Beneficiários podem optar pela não participação dos Assistentes e do Observador em suas reuniões, se assim preferirem, firmando termo de renúncia de tal prerrogativa.

Quanto aos cálculos sobre valores, estes são feitos com base na legislação e na Jurisprudência do STJ, nos termos do parágrafo único do art. 1º e do art. 15 do Regimento, sem, entretanto, deixar de considerar as circunstânceas específicas de cada caso. Haverá, sempre, cálculo individualizado do montante indenizatório, sendo claro o objetivo da câmara de garantir a analise individual e justa para cada caso concreto.

Parágrafo Único: Os valores indenizatórios serão calculados com base nos Parâmetros Referenciais definidos a partir dos parâmetros estabelecidos pela legislação vigente e aplicados pelos Tribunais pátrios

[…]

Art. 15. Os valores das indenizações deverão ser balizados pelos Parâmetros Referenciais.

§ 1º. Independentemente dos Parâmetros Referenciais, sempre haverá cálculo individualizado e pormenorizado, que levará em conta as circunstânceas específicas de cada Beneficiário.

§ 2º. A eficácia dos parâmetros é exclusiva na esfera da Câmara e tem caráter extrajudicial não vinculando as partes ao seu cumprimento fora desse âmbito.

§3º. Os casos excepcionais serão analisados individualmente, de forma a garantir a efetiva indenização do Beneficiário.

Superada a fase de análise do caso, é marcada uma reunião onde a TAM oferece uma proposta de indenização, apresentando detalhadamente os critérios e parâmetros de cálculos utilizados, sendo defeso ao beneficiário fazer qualquer questionamento. Após isso, dispõe o beneficiário de 30 dias para aceitar a proposta que, em ocorrendo, será lavrada em escritura pública, dando-se a devida quitação dos danos para com a empresa.

A qualquer momento, a parte pode requisitar informações perante os órgãos de consulta descritos no §1º do art. 8º e de acordo com os arts. 11 e 12, todos do Regimento. As consultas podem versar sobre as questões apontadas no art. 29, e suspendem o prazo de 30 dias acima mencionado nos termos do art.28. Ressalte-se que é dever dos órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor exercer função fiscalizadora quanto ao funcionamento da câmara, segundo expressa determinação de seu Regimento.

Art. 8º. Aos órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (art. 6o supra) compete monitorar o funcionamento da Câmara, garantindo a estrita observância do presente Regimento, dos princípios e direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988, na Lei 8.078, de 11 de novembro de 1990, e nos artigos 944 e seguintes do Código Civil de 2002.

§ 1º. Dúvidas dos Beneficiários relativas à indenização poderão ser encaminhadas ao Conselho dos órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, que funcionará nos termos do artigo 11 *infra*, e será composto pela Defensoria Pública, Fundação Procon e Ministério Público todos do Estado de São Paulo, que se pronunciará formalmente.

Art. 11. A Câmara contará com o Conselho dos órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor que funcionará conforme as regras dos artigos 29 e 30, *infra*, composto na forma do artigo 8º, § 1º, supra, cuja principal incumbência é a de emitir Parecer formal nas Consultas, acerca de quaisquer questões ou dúvidas individuais relativas à indenização, eventualmente surgidas no procedimento da Câmara.

Art. 12. Em resposta à Consulta, os órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor elaborarão um Parecer, sem caráter vinculante, que não gera direitos ou obrigações para a TAM e/ou para os Beneficiários, cuja finalidade é a de prestar esclarecimentos necessários, principalmente aos Beneficiários, de modo a possibilitar que façam uma opção informada para a celebração ou não do acordo.

Art. 28. Os Beneficiários terão o prazo de 30 dias para a aceitação da Proposta de Indenização, contados de sua apresentação. No caso de apresentação de Consulta ao Conselho dos órgãos que integram o Sistema nacional de Defesa do Consumidor, o prazo será interrompido e começará a fluir após o recebimento do respectivo Parecer pelas partes.

Art. 29. As Consultas formuladas pelos Beneficiários ao Conselho dos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor poderão versar sobre:

I – legitimação para participação da Câmara;

II – força probatória de documentos e/ou depoimentos;

III – presença de circunstânceas extraordinárias ou de fatos que impliquem revisão da indenização;

IV – qualquer forma de erro no cálculo dos valores ou na aplicação dos Parâmetros Referenciais;

V – quaisquer outras questões de maior complexidade jurídica;

VI – os casos omissos deste regimento.

A Câmara ainda está em atividade, com sede na cidade de São Paulo e tem como fixação para encerramento de suas atividades a apreciação de todos os requerimentos protocolados por beneficiários legitimados. Sendo a data limite de protocolo, ingresso na câmara, o dia 23 de outubro de 2008.

Pode-se observar, diante dos procedimentos acima transcritos, que a Câmara de indenização do vôo 3054, assemelha-se ao instituto da mediação acima tratada, uma vez que os órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor facilitam e participam efetivamente da composição entre os beneficiários e a empresa aérea TAM, participando de todas as reuniões e emitindo pareceres no caso de consulta; tendo ainda o dever de salvaguardar os objetivos e princípios da Câmara.

Mais evidente fica a relação da Câmara em estudo com o instituto da mediação ao se observar os princípios constantes do art. 2º de seu Regimento Interno, nos quais ela se institui.

Art. 2º. Os princípios que regem a Câmara são os da isonomia, transparência, liberdade de escolha e autonomia da vontade, celeridade, eficiência, impessoalidade, publicidade dos procedimentos (ressalvado o sigilo necessário à preservação da intimidade dos envolvidos) moralidade, distributividade, pleno acesso, racionalidade, razoabilidade, promoção dos valores sociais de honestidade e comunidade, fortalecimento da sociedade cívica e da cidadania e dignidade da pessoa humana.

Tais princípios estão em consonância como os próprios princípios da mediação, como a imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade e a diligência, demonstrando, de forma mais forte, a clara relação entre a Câmara e o instituto da mediação no direito brasileiro. (SALES, 2007).

No caso em análise, tem-se a Câmara, juntamente com os órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, os assistentes e os auxiliares, como a figura do terceiro imparcial que facilita o diálogo entre as partes e a empresa TAM, objetivando que elas, por mútuo consenso, cheguem a uma decisão final acerca das compensações devidas pelo acidente. Evita-se a burocracia e demora do judiciário, objetivando-se a solução mais eficaz possível para o conflito.

Assim, no momento em que, no exemplo do caso analisado, a empresa se posiciona de forma igual para com as vítimas, tratando-as de forma individualizada, ouvindo suas razões e necessidades, chega-se muito mais próximo ao ideal do íntimo do conflito, diferentemente da morosa solução judicial. Nesta, dificilmente se tocaria nesse ponto. Há uma relação muito distante e desigual entre as partes, o que ocasiona uma verdadeira má administração do conflito, contribuindo para um mal estar social e um sentimento de injustiça.

Tem-se, portanto, no modelo inaugurado no Brasil pela Câmara de Indenização 3054, uma oportunidade de viabilizar uma saída eficiente, justa e célere para todos os acidentes de consumo, evitando a já demonstrada e comentada morosidade do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada mostra a riqueza do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CPDC, instrumento normativo singular no ordenamento jurídico nacional, merecedor de profundas análises e discussões no meio jurídico. Referido diploma legal, no entanto, tem sua eficácia limitada ante o próprio desconhecimento da lei, decorrente, talvez, da

inércia do Poder Público em instituir seus princípios, em particular o mandamento do seu artigo 5º.

Tanto isto é verdade que, quase dezoito anos após sua vigência, as políticas básicas nele previstas ainda não foram devidamente implementadas, bem como vários dispositivos legais, nele constantes, restam subutilizados ou utilizados inadequadamente, por advogados, defensores públicos, promotores de justiça e até mesmo por juizes. Sequer temos delegacias especializadas em relação de consumo ou Juizados, como determina o CPDC, para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo.

Assim, acredita-se que a atual realidade do Poder Judiciário não está apta a tratar dessas controvérsias da forma como elas devem ser tratadas, com atendimento apropriado, em conformidade com a realidade sistêmica do Direito do Consumidor. São necessárias francas conversas, respeito ao sofrimento das vítimas e sincera ocorrência de boa-fé e mútua cooperação, necessários a qualquer meio de resolução de controvérsias.

Nesse contexto, a instituição de uma via alternativa, de um mecanismo eficiente de resolução de conflitos de forma extrajudicial, mostra-se necessária, dando inclusive a impressão de que tal implementação já viria tarde.

Resta agora buscar a implementação prática tanto de um mecanismo extrajudicial aplicável a todos os acidentes de consumo, como também dos instrumentos constantes da do art. 5º do CPDC, no intuito de melhor estruturar o Poder Judiciário, deixando-o apto a tratar não só dos acidentes de consumo mas de toda matéria que envolva direitos do consumidor, de forma plena e satisfatória.

Existem, portanto, no mínimo, dois caminhos a serem seguidos, os quais não se excluem, mas se complementam e não são novidade, dada a realidade principiológica do Direito do Consumidor brasileiro: é perfeitamente viável e necessário, a efetivação do CPDC e a garantia dos direitos dos consumidores, além do sistema tradicional, a utilização de sistemas alternativos e eficazes, como o apresentando neste trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n°. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 jan. 2008.

CAMARA3054. **Regimento Interno**. Disponível em: <http://www.camaradeindenizacao3054.com.br/index.php> Acesso em: 19 jan. 2008.

ESPECIAL VÔO 3054 TAM. **Folha de São Paulo.** 17 jul. 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2007/voo3054/> . Acesso em: 19 jan. 2008.

FALECK, Diego. Desastre do Metrô – indenizar as vítimas não é tão fácil quanto se imagina. Disponível em: < http://conjur.estadao.com.br/static/text/52013,1>. Acesso em: 19 jan. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HOLANDA, Ana Paula Araújo de. Arbitragem: Mito ou Realidade para o Acesso à Justiça. In: BONFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (coord.). **Dez anos da Lei de Arbitragem**: Aspectos Atuais e Perspectivas para o Instituto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JATO cai em SP com 96 pessoas a bordo. **Folha de São Paulo.** 31 out. 1996. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fol/geral/tam/index31.htm> . Acesso em: 19 jan. 2008.

LEMOS, Selma Ferreira. **Arbitragem**: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC –** Acidentes de Consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RIBEIRO, Silvia. Dez anos depois famílias ainda lutam na justiça por indenizações. Disponível em: < http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,AA1331427-5605,00.html

>. Acesso em: 19 jan. 2008.

ROCHA, Amélia Soares da. A Mediação e o Direito do Consumidor. In: SALES, Lília Maia de Morais (Org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem.** Fortaleza: ABC, 2003.

SALES, Lília Maia de Morais. **Mediação de Conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº. 994933500. Apelante: Arlindo de Oliveira e outros. Apelado: TELEFEX Control Sustems e outros. **Diário de Justiça.** São Paulo. 11 jun. 2007.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

REPERCUSSÃO DO VALOR SOLIDÁRIO NO DIREITO AOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS*

REPERCUSSION OF THE SOLIDARITY VALUES IN THE RIGHT TO THE PREGNANCY ALIMONY

Livia Gaigher Bosio Campello
Mariana Ribeiro Santiago

RESUMO

Este artigo visa examinar a repercussão do paradigma da solidariedade no Direito Civil, especialmente, quanto aos direitos do nascituro, haja vista o advento da Lei 11.804/2008, que disciplina o direito aos alimentos gravídicos. Esta lei corrobora o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro, anteriormente já considerada por boa parte da doutrina e jurisprudência. Neste estudo, o direito aos alimentos gravídicos foi analisado em conjunto com as disposições gerais do Código Civil vigente, Lei de alimentos e com os valores constitucionais que tem iluminado o atual Direito Civil. A ênfase é dada ao valor solidário enquanto fundamento dos Direitos Humanos das presentes e futuras gerações e com vistas à concretização da solidariedade afeto-funcional no Direito de Família.

PALAVRAS-CHAVES: NASCITURO; DIREITO AOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS; SOLIDARIEDADE.

ABSTRACT

This article has objective of examining the repercussion of the paradigm of the solidarity in Civil Law, specially, regarding the unborn, taking in consideration the advent of the Law number 11.804/2008, that disciplines the rights to alimony during pregnancy. This law corroborates the acknowledgement of the unborn as a legal entity, in accordance to prior doctrine and jurisprudence. In this study, the right to the pregnancy alimony was analyzed together with the general terms of the current Civil Law Code, the Alimony Law, and with the Constitutional principles that have enlightened the present Civil Law. The emphasis is given to the solidarity values, as a fundamental of the Human Rights of the present and future generations, and targeting the concretization of the functional affection solidarity within Family Law.

KEYWORDS: UNBORN CHILD; RIGHT TO THE PREGNANCY ALIMONY; SOLIDARITY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Introdução

Este estudo parte da visão de que a mutação dos valores no seio da sociedade reflete na adoção de novos paradigmas dentro do ordenamento jurídico. Trazendo para o direito privado, especialmente no campo do Direito Civil, houve importantes reflexos da concepção de valores, como nos fundamentos do liberalismo no Código Napoleônico de 1804, diretamente vinculados aos valores econômicos, e na reconstrução do Código Civil de 2002 em face dos valores constitucionais como a igualdade.

Na realidade, a grande maioria das constituições pelo mundo, inspiradas principalmente pela Constituição de Weimar de 1919, trouxe a idéia de dignidade da pessoa humana enquanto conceito aberto, nos possibilitando repensar o paradigma do "engessamento" ou segurança mantida por um sistema fechado, com conceitos puramente dogmáticos, para se alcançar uma postura condizente com uma sociedade de intérpretes, adepta aos princípios, que busca concretizar cada vez mais a noção de justiça e igualdade.

É fato que estamos diante da reconstrução axiológica do Direito Civil, orientada pelo adensamento da dignidade da pessoa humana. Nesse momento, o Direito Civil passa a ser tratado como "Direito Civil-Constitucional", na medida em que naturalmente absorve os valores afinando-se com o comprometimento constitucional em refletir e concretizar as verdadeiras necessidades humanas. Assim, observe que o Código Civil brasileiro de 2002 está sob forte influência dos valores constitucionais pregados pela Constituição Federal de 1988. Para ilustrar, veja o exemplo da própria teoria dos contratos que, atualmente, não ousa desconsiderar a sua função social. Nesse sentido, apontamos que a consagração da função sócio-solidária contratual é ainda mais promissora.

É que quando notamos a presença dos valores constitucionais no Direito Civil, não estamos referindo apenas ao ato de socializar o direito, indo além estamos propugnando pelo cumprimento do compromisso constitucional brasileiro de construção de uma sociedade livre, justa (igualitária) e solidária[1].

Neste horizonte, a abordagem que pretendemos denota a repersonalização do direito privado, dentro do paradigma solidário, chamando a atenção para o sujeito de direitos enquanto gênero humano. Dado este paradigma, selecionamos como marco para análise do tema, o direito humano do nascituro que se erige com fundamento axiológico no parâmetro solidário de bem estar da pessoa humana, haja vista a dignidade presente e futura e a não indiferença nas relações jurídicas entre indivíduos capazes e incapazes.

Um grande passo nesse sentido foi a promulgação da nova Lei 11.804/2008, que disciplina os alimentos gravídicos, por força da qual o nascituro, ainda que ausente a certeza absoluta acerca da sua paternidade, deverá receber do suposto genitor auxílio suficiente para que se desenvolva de forma sadia no ventre da mãe.

Fixadas as premissas deste estudo, considerando a premente necessidade de demonstrar a intersecção entre o Direito Civil e os valores humanos, constitucionalmente positivados, especialmente a solidariedade, no primeiro capítulo faremos uma reflexão sobre a evolução dos direitos humanos com foco nos valores tutelados – o fenômeno

que foi recentemente apresentado como “dinamogênesis” dos valores. Nesse sentido, objetivamos localizar os direitos do nascituro no contexto da proteção internacional do ser humano.

No segundo capítulo situaremos a discutida problemática da personalidade jurídica do nascituro, calcada nas diversas teorias sobre o início da personalidade da pessoa natural, distinguindo tal conceito de institutos afins, no intuito de evidenciar a posição do legislador pátrio, bem como o nosso entendimento a respeito. Trata-se, fora de dúvida, de tema de inegável repercussão na compreensão dos alimentos gravídicos.

Na terceira parte abordaremos o direito aos alimentos em consonância com o Código Civil de 2002 e da Lei 5.478/1968, haja vista que o instituto dos alimentos gravídicos foi forjado com lastro e inspiração no regramento geral dos alimentos, o qual, inclusive, é-lhe aplicável de forma subsidiária, conforme expresso no próprio texto da Lei 11.804/2008.

E, finalmente, no último capítulo será examinada a Lei 11.804/2008, que cuida dos direitos aos alimentos gravídicos, e a incipiente jurisprudência que já se registra sobre o tema, destacando as especificidades do novel instituto enquanto espécie do gênero alimentos, bem como suas lacunas, tudo na tentativa de contribuir para sua aplicação eficaz por parte dos operadores do direito e sua inserção harmônica no ordenamento jurídico pátrio.

1. O fenômeno da “dinamogênesis” dos valores e os Direitos Humanos do nascituro

É bastante comum vermos pesquisadores dos Direitos Humanos se debruçarem sobre a seguinte questão - qual a relação entre as necessidades humanas e os Direitos Humanos? Será que os Direitos Humanos devem sempre ser vistos como necessidades humanas e vive-versa?

Estas dúvidas muitas vezes decorrem da percepção de que as necessidades dos homens estão dentro deles e os Direitos Humanos existem entre os seres. A lógica é que os indivíduos sentem em si uma necessidade e o direito a satisfaz. Os indivíduos sentem necessidade de liberdade perante o Estado e o direito os garante a liberdade de ir e vir, de pensamento, de expressão e etc. Os indivíduos sentem fome e o direito os garante alimentos. Os indivíduos em grupos homogêneos, como mulheres, crianças e idosos, sentem necessidades especiais pela sua vulnerabilidade perante a sociedade e o direito os protege com vistas à igualdade. O indivíduo pretende preservar o bem estar das gerações futuras e o direito promove a proteção do meio ambiente.

Percebemos que emergindo certas necessidades humanas, acontecem as lutas sociais e confluem-se as contrapartidas em direitos. Mas nem todos os direitos são humanos, pois existem direitos cujo fundamento é outro e não propriamente as necessidades humanas. Além disso, existe um campo vasto de necessidades humanas ainda sem os direitos correspondentes. Talvez por estas razões padeçam as dúvidas levantadas acima.

Todavia, queremos neste estudo consignar que a percepção conjunta das necessidades, lutas e direitos contribui para a ampliação do conceito dos Direitos Humanos, razão pela qual não pode passar despercebida.

Podemos haver como premissa que os Direitos Humanos visam à satisfação das necessidades humanas individuais. Estas podem ser socialmente demandas por grupos mobilizados que expressam necessidades comuns a fim de fazer reconhecer tais direitos[2]. É nesse sentido que ao transportarmos a noção do binômio necessidade/direito para o processo de elaboração de normas jurídicas, verificamos que estas normas quando fixam certo limite à liberdade do homem, mediante imposição de condutas, denotam o acatamento social mediante um intrínseco processo de acomodação natural.

Nesta direção, esclarece Vladmir Silveira[3] que "os direitos nascem e se modificam obedecendo a um núcleo formado pelo sentimento axiológico da sociedade, o qual a partir de um dado fato se adere um determinado valor, que, por sua vez, passa a ser normatizado tanto internacional como nacionalmente pelos Estados, com indispensável fundamento na idéia de dignidade da pessoa humana". Portanto, tendo em vista o desenvolvimento, o direito deve sempre estar se refazendo em face da mobilidade social. Trata-se de um processo de adaptação haja vista os novos valores incorporados ao meio social, mediante os quais o direito deve renovar-se, sempre se moldando a tais anseios.

Traçando um paralelo com o estudo dos elementos que compõem os Direitos Humanos podemos relacionar o que foi dito com o aspecto de sua historicidade, pela qual se verifica a cadeia evolutiva dos direitos ao seu tempo. Nesse sentido, em congruência com as explicações de Vladmir Silveira[4], é importante ressaltar que a evolução histórica dos Direitos Humanos se dá por intermédio do que denominou "dinamogênesis", que representa um processo pelo qual a comunidade social em dado momento reconhece como valioso algo que fundamenta o direito humano. Nas palavras do autor "este valor concebe uma nova gradação à dignidade da pessoa humana, que supõe uma nova orientação e um novo conteúdo, como conseqüência da conexão deste com o parâmetro atual".

Com o desenvolvimento do Direito Internacional no século XX, vimos um processo de internacionalização dos Direitos Humanos, que se iniciou especificamente no âmbito da Liga das Nações e se acelerou com o fim da Guerra Fria. A superação da bipolaridade que dividia o mundo após a 2ª Guerra Mundial deu início ao fenômeno que Lindgren Alves[5] chamou de "direitos humanos como tema global".

Vale lembrar que historicamente os direitos civis e políticos foram codificados na Declaração Universal e na Carta das Nações Unidas no imediato pós-guerra e no Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966. Por outro lado, os direitos econômicos, sociais e culturais, já prenunciados na referida declaração, foram definitivamente consagrados no seu respectivo pacto, também de 1966, e em outros instrumentos internacionais.

Com efeito, após a Primeira Guerra, quando se refere aos direitos dos seres humanos, não se fala mais apenas dos direitos individuais, sejam eles civis ou políticos, mas também em direitos sociais, econômicos e culturais. Essa nova dimensão dos direitos fundamentais passa, a partir desse momento, a compor um novo todo indivisível dos

Direitos Humanos, na segunda metade do século XX, principalmente, após o Pacto Econômico, Social e Cultural de 1966.

Os direitos de primeira dimensão cuidam da preservação das liberdades públicas, tutelando a vida, liberdade, propriedade entre outros, para nesse sentido limitar o poder do Estado. Nesta esteira, ensina Celso Bastos[6] que: "[...] a definição de direitos e garantias individuais constitui-se na delimitação do Poder Estatal, na inibição de sua atividade, na criação de uma zona de incompetência dos poderes públicos para nela atuarem. Esta região traduz-se numa área de proteção jurídica ao indivíduo, dentro da qual o Estado não pode ingressar, sob pena de inconstitucionalidade".

Diante da concepção econômica e social, o papel do Estado é de realizador de direitos, que dele requerem prestações positivas com vistas à igualdade, isto é, medidas intervencionistas em favor das pessoas que encontram obstáculos ao desenvolvimento da sua personalidade. A perspectiva histórica dos Direitos Humanos de segunda dimensão é apresentada pelos professores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes[7], da seguinte maneira: "Se os direitos fundamentais de primeira geração tinham como preocupação a liberdade contra o arbítrio estatal, os de segunda geração partem de um patamar mais evoluído: o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção de sua dignidade, como seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade". [8]

Na atualidade, destaca-se a solidariedade como parâmetro para proteção dos Direitos Humanos de 3ª dimensão. Uma questão de extrema relevância é que esta solidariedade tida como sentimento (lado emocional) a ensejar uma postura ligada à moralidade e ao auxílio, tem relevância normativa desde quando foi incorporada aos diversos ordenamentos jurídicos. Em especial, a nossa Constituição Federal de 1988 no artigo 3º, inciso I, elenca como um dos objetivos principais da República Federativa do Brasil "construir uma sociedade livre, justa e solidária".

Cabe aqui rememorar que o direito nasce como produto da evolução histórica e, embora alguns autores costumeiramente falem de gerações de direitos fundamentais, é preferível chamá-las, como Willis Santiago Guerra[9], de dimensões de direitos fundamentais. Na verdade o que queremos consignar é que uma nova geração de Direitos Humanos não supera a antiga, mas agrega um novo valor. Assim é que, por exemplo, o direito de propriedade, direito privado por excelência, que já foi um direito absoluto e isolado, em sua 1ª dimensão, não deixou de existir, mas teve agregado o valor social dentro de uma lógica de igualdade ou de distribuição equitativa, paradigma da 2ª dimensão dos Direitos Humanos. Daí porque falávamos em função social da propriedade. E, dando seguimento, no parâmetro atual, não desprezamos o direito de propriedade e nem tampouco a sua consagrada função social, mas agregamos o valor solidário e intergeracional de proteção do meio ambiente, por isso temos reclamado que se cumpra a função sócio-ambiental da propriedade.

A luta por liberdade individual foi parâmetro para o surgimento dos direitos de primeira dimensão e a necessidade de igualdade na distribuição entre os homens foi a base para os direitos de segunda dimensão. Neste momento histórico, não podemos olvidar que estamos pugnando, além destes, pelos direitos de solidariedade, direitos de terceira dimensão, que são fruto da relação mútua entre pessoas que têm necessidades

comuns, como o meio ambiente, a paz entre povos, o desenvolvimento dos Estados, dos grupos familiares, do indivíduo considerado *per si*, entre outros.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo primeiro há uma importante recomendação para que todas as pessoas dotadas de razão e consciência devam agir em relação umas as outras com "espírito de fraternidade". Ademais, cumpre observar atentamente que no artigo 24 da mesma declaração preza-se pelos deveres da pessoa voltados para sua comunidade e para o livre e pleno desenvolvimento da personalidade.

Esse "espírito de fraternidade" ou solidariedade é dirigido a grupos de indivíduos identificados pela sua vulnerabilidade e por isso necessitam de especial proteção. Nesse sentido prega a Declaração dos Direitos da Criança da ONU, de 1959, que toda criança necessita de proteção e cuidados, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.

No Pacto de São José da Costa Rica de 1966, que enfatiza os direitos civis e políticos, temos consagrado no artigo 4º o direito à vida desde a sua concepção. Em complemento, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 traz no bojo do seu artigo 11 que toda pessoa tem direito a um nível de vida adequado para si e para a sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana se materializa no reconhecimento dos direitos fundamentais a fim de assegurar o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Cumpre anotar que para J. J. Gomes Canotilho[10], os cidadãos devem ter possibilidades de "liberdade de participação crítica no processo político", "condições de igualdade econômica, social e política" e "desenvolvimento integral"[11].

No Brasil, acompanhando o processo de constitucionalização do direito privado e seu redesenhar em torno da dignidade humana, eleva-se o aspecto da repersonalização do Direito Civil. Corroborando e ampliando esta visão, Luiz Edson Fachin[12] explica que: "essa repersonalização do Direito Civil somente encontrou explícita guarida na Constituição Federal de 1988, não só porque explicitou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares da República, mas também porque a matéria civil também foi diretamente constitucionalizada".

Nesta seara, não há dúvida que está a se colocar em primeiro plano a pessoa humana. Sendo assim, ao deslocar-se o valor fundamental de tutela para o caráter existencial do ser humano, os institutos eminentemente privados com preponderância do caráter patrimonial passaram a ser encarados como instrumentos para o adensamento da dignidade humana.

Na verdade, não só presenciamos a mutação do paradigma patrimonialista para o social (função), mas também verificamos que foi agregado o valor solidário. Neste caminho, entendemos que o Direito Civil ora apenas fundado em uma vontade egoísta não prospera dentro do plano axiológico constitucional vigente, com realce à solidariedade, havendo, portanto, uma necessidade de redefinição da base e do conteúdo de alguns institutos.

Focando o Direito de Família, Rosa Maria de Andrade Nery[13] reflete sobre o princípio da solidariedade e pondera que "a pacificação das relações exige sejam sopesados, de um lado, a liberdade individual do ser humano, e de outro, as conseqüências oriundas de seus atos de liberdade. Nessa cadência, o risco de viver e promover a vida, no local onde a vida tem condições de medrar, que é a família, não permite que se conceda a liberdade plena que um reclama, se em contrapartida, há quem tenha a vida na dependência da liberdade do outro".

No Direito Civil a noção de liberdade ilimitada já havia sido restringida pela conformação da função social dos institutos. E agora ao buscarmos realizar o valor solidário, também constitucionalmente agregado, não estamos deixando de contemplar a anteriormente reclamada dimensão social, mas ampliando ainda mais a proteção do indivíduo, especialmente aqueles que ainda estão por nascer.

Convém acrescer que o valor solidário constitucional no Direito de Família nos remete ao conceito de solidariedade afeto-funcional, que traduz um valor ligado à emoção (afeto), mas que ao mesmo tempo induz ao auxílio na forma de assistência individual, coletiva ou recíproca, haja vista a proteção da dignidade presente e futura.

Nesse novo cenário de dimensão solidária nos sentimos instigadas nas próximas linhas a perquirir sobre o Direito de Família, sobretudo em face dos direitos do nascituro aos alimentos gravídicos, os quais em consonância com o que prega Pietro Perlingieri[14] entendemos como uma maneira de "tutela qualitativamente diversa", no entanto, com alicerce na solidariedade afeto-funcional extensiva aos membros capazes e incapazes dentro do seio familiar para preservar a dignidade presente e futura do indivíduo.

2. A indubitável personalidade do nascituro

Preliminarmente à exposição sobre os alimentos gravídicos, faz-se necessário um intróito acerca de conceitos elementares do direito civil, os quais a doutrina denomina de sujeito de direito, personalidade jurídica, capacidade, pessoa natural e pessoa jurídica.

Fábio Ulhôa Coelho[15] ensina que "sujeito de direito é o centro de imputação de direitos e obrigações referido em normas jurídicas com a finalidade de orientar a superação de conflitos de interesses que envolvem, direta ou indiretamente, homens e mulheres". Nesse passo, conclui o referido autor que "nem todo sujeito é pessoa e nem todas as pessoas, para o direito, são seres humanos".

Já a personalidade, segundo Maria Helena Diniz[16], "exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações", "é a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade".

O direito brasileiro atribui personalidade à pessoa natural, que é o ser humano; e à pessoa jurídica, unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica[17].

Conforme Maria Helena Diniz[18], essa aptidão, advinda da personalidade, para "adquirir direitos e contrair obrigações na vida civil" recebe a denominação de "capacidade de gozo ou de direito", que seria uma qualidade de toda pessoa.

É nesse sentido que, sobre as pessoas naturais, que nos interessa *in casu*, o art. 1º, do Código Civil, estabelece que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil", ou seja, os seres humanos são entes personalizados e sujeitos de direito.

A capacidade, todavia, pode ser restringida legalmente quanto ao seu exercício, nos casos em que o sujeito não possui o discernimento para ponderar sobre as conseqüências dos seus atos, como se observa, por exemplo, nos casos de menoridade, deficiência mental e prodigalidade (Código Civil, arte. 3º e 4º).

Fala-se, assim, também em capacidade de fato ou exercício, que é a aptidão para exercer pessoalmente os atos da vida civil. A capacidade de exercício requer a de gozo, mas a recíproca não é verdadeira. É o que se observa, por exemplo, no caso de menor, onde há capacidade de gozo, mas não de exercício[19].

Em alguns casos específicos e excepcionais, é permitido a entes sem personalidade jurídica, que não são pessoa, a prática de atos civis, pela importância que essas entidades adquiriram no seio da sociedade, como no caso do espólio, massa falida, herança jacente, condomínio edilício e da pessoa jurídica sem registro.

Aqui nesse ponto, surge uma discussão que em muito interessa ao objetivo do presente estudo: os nascituros devem ser incluídos no grupo dos entes personalizados ou dos despersonalizados?

Para a elucidação de tal questão, torna-se importante a exposição, ainda que em breves linhas, sobre as principais teorias que tratam do início da personalidade civil das pessoas naturais, quais sejam, a teoria natalista, a da personalidade condicional e concepcionista ou conceptista.

A Teoria natalista considera o início da personalidade a partir nascimento com vida; a da personalidade condicional afirma a personalidade desde a concepção, sob a condição da sobrevivência do infante ao nascimento; e a concepcionista ou conceptista sustenta a personalidade jurídica do nascituro, ou seja, desde a concepção[20].

Pela análise do art. 2º, do Código Civil[21], cuja redação determina que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro", nota-se claramente que no ordenamento jurídico nacional vigora a teoria natalista quanto ao início da personalidade da pessoa natural.

O citado art. 2º, do Código Civil brasileiro, embora não considere o nascituro como pessoa, conferiu-lhe proteção especial do ordenamento jurídico, pelo que se pode concluir que tal diploma relega os nascituros ao plano dos entes despersonalizados.

Como instrumentos dessa "proteção especial", nota-se claramente no art. 26, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a previsão da possibilidade de

reconhecimento do nascituro pelos pais; bem como no art. 1.630, do Código Civil, a possibilidade de representação do nascituro pelos genitores.

Sobre o tema da personalidade do nascituro, Silvio Rodrigues[22] considera que "nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus".

No mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro[23] afirma: "discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo, e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos".

Mas será que o nascituro é simplesmente um ente despersonalizado? Será que é correto se considerar o nascituro na mesma categoria de espólio, massa falida, condomínio e pessoa sem registro? Não seriam os interesses que envolvem o nascituro sobremaneira importantes, ligados, inclusive, à dignidade da pessoa humana?

Sobre o tema da personalidade jurídica do nascituro, Orlando Gomes[24] reconhece a estes personalidade ficta. Segundo o autor, "o processo técnico empregado para esse fim é o da *ficcção*. Ao lado da personalidade real, verdadeira, autêntica, admite-se a personalidade fictícia, artificial, presumida", sendo que o nascituro desfrutaria de personalidade ficta. (...) estas *ficções* atribuem personalidade porque reconhecem, nos beneficiados, a aptidão para ter direitos, mas é logicamente absurdo admitir a condição de pessoa natural em quem ainda não nasceu ou já morreu. Trata-se de construção técnica destinada a alcançar certos fins. Dilata-se arbitrariamente o termo inicial e final da vida humana, para que sejam protegidos certos interesses".

Percebendo a dimensão dos problemas acima enumerados Caio Mário[25] pondera que "a doutrina da personalidade jurídica do nascituro não é, pois, exata, como exata também não é a que conclui pelo reconhecimento de direitos sem sujeito, com base nos textos que disciplinam a proteção de seus cômodos, como ainda inexata se configura a que lhe atribui um, direito condicional, como é a concepção defendida por alguns escritores, como Oertmann, de vez que o 'direito condicional' não deixa, por ser condicional, de ter sujeito, e o problema está precisamente no fato de não se admitir a existência do direito sem sujeito".

Sobre o tema, indispensável é a exposição da *opinio* de Maria Helena Diniz[26], para quem "poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra-uterina tem o nascituro e na vida extra-uterina tem o embrião, concebido *in vitro, personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* (...), passando a ter *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais (*RT, 593:258)* e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.800, § 3º)".

Como exemplo dos direitos garantidos por lei ao nascituro, em razão de sua personalidade jurídica formal, a referida autora[27] enumera "o direito à vida (CF, art.

5º), à filiação (CC. arts. 1.596 e 1.597), à integridade física, a alimentos (*RT, 650:220; RJTJSP, 150:90-6)*, a uma adequada assistência pré- natal, à representação (CC, arts. 542, 1.630, 1.633, 1.779, parágrafo único; CPC, arts. 877 e 878, parágrafo único), a um curador que o represente e zele pelos seus interesses (CC, arts. 542, 1.779 e parágrafo único; CPC, arts. 877 e 878, parágrafo único) em caso de incapacidade ou impossibilidade de seus genitores de receber herança (CC, arts. 1.784, 1.798, 1.799, I, e 1.800, § 3º, a ser contemplado por doação (CC, art. 542), a ser adotado, a ser reconhecido como filho, a ter legitimidade ativa na investigação de paternidade (*Lex, 150:90)* etc".

Ainda sobre a possibilidade da atribuição de personalidade jurídica ao nascituro, Luciano Dalvi Norbim[28] assevera que "o direito à personalidade humana é uma espécie de gênero direito à vida, o qual está rol das cláusulas pétreas. Sabemos que estas nem por emenda constitucional podem ser abolidas, isto é, nem ao poder constituinte derivado foi conferida a prerrogativa de editar norma que seja *tendente* a extinguir o aludido direito. Ora, fica evidente que o legislador ordinário agiu de forma inconstitucional ao suprimir o direito do nascituro de ter personalidade jurídica, que é uma espécie do direito à vida e um dos consectários lógicos que o entrelaça, devendo ser respeitado". Aqui neste ponto já se percebe um posicionamento claramente concepcionalista do autor.

Na mesma linha de pensamento Francisco Amaral[29], "formalmente, o nascituro tem personalidade jurídica. O nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide. (...) A questão da personalidade jurídica do nascituro é puramente de política legislativa, pois existem códigos que a reconhecem e outros que a negam. Tal matéria simplifica-se com a concepção moderna que distingue a personalidade da capacidade, atribuindo a primeira ao nascituro e ao defunto, e a segunda, aos indivíduos com vida extra-uterina".

Silmara J. A. Chinelato e Almeida[30], confessadamente adepta da teoria concepcionalista, considera que o início da personalidade se dá desde a concepção, destacando que, sob o prisma biológico, embora o nascituro "herde gens do pai e da mãe, representa uma carga genética própria, constituindo uma unidade ou identidade biológica inconfundível e distinta".

Vale ressaltar que a personalidade jurídica do nascituro está reconhecida expressamente no Código Civil argentino, que os classifica, ainda, como absolutamente incapazes, passíveis de representação[31].

Entendemos, desta forma, que negar a personalidade jurídica ao nascituro, impedindo que a ele sejam atribuídos os direitos da personalidade de maneira incondicional, a exemplo do direito à vida, à integridade física, à honra, à intimidade, aos alimentos etc., além de todos os outros conferidos aos menores absolutamente incapazes, também passíveis de representação pelos pais, seria um atentado à condição humana de forma geral, um desrespeito ao princípio da dignidade, de magnitude constitucional. Assim, tratamos do nascituro como exemplo de pessoa que requer uma proteção especial do Estado para o seu próprio desenvolvimento, com fundamento no princípio da solidariedade e com vistas ao adensamento da dignidade humana das presentes e futuras gerações[32].

3. Dos alimentos: linhas gerais

Conforme o magistério do brilhante jurista Orlando Gomes[33], alimentos "são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medidas diversas. Ora significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão-somente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada. Na primeira dimensão, os alimentos limitam-se ao *necessarium vitae*; na segunda, compreendem o necessário *personae*. Os primeiros chamam-se alimentos naturais, os outros, civis ou côngruos".

Ao comentar a obrigação de alimentar, Maria Helena Diniz[34] assevera que o fundamento de tal obrigação "é o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e o da solidariedade familiar, pois vem a ser um dever personalíssimo, devido pelo alimentante, em razão de parentesco que o liga ao alimentando". É oportuno aqui mencionar a importância da compreensão do princípio da solidariedade afeto-funcional, enquanto valor emocional e auxílio na forma de assistência entre pessoas da família, com vistas à concreção da dignidade humana.

Os pressupostos essenciais para a concessão dos alimentos estão expressos na própria lei civil, consoante se depreende da análise dos arts. 1.694, caput e § 1º, e 1.695, do Código Civil[35]. Desta forma, para a configuração da obrigação alimentar faz-se mister que se observe (1) caso de união estável, relação conjugal ou de parentesco entre alimentante e alimentando; (2) necessidade do alimentando; e (3) possibilidade econômica do alimentante.

Ao qualificar a amplitude do termo necessidade, no caso de alimentos, Orlando Gomes[36] ensina que "por tal deve-se entender a falta de recursos, sejam bens ou outros meios materiais de subsistência, mas, também, a impossibilidade de prover, pelo seu trabalho, à própria mantença".

Ainda conforme o referido autor[37], "a subordinação do direito à prestação de alimentos ao fato de não poder o alimentando manter-se por seu próprio trabalho justifica-se pela necessidade de desencorajar o ócio. Por outro lado, não seria justo impor o encargo do suprimento de alimentos a um parente se o outro só se encontra em estado de miserabilidade porque não quer trabalhar ou se desinteressa na procura, por esforço próprio, dos meios de subsistência".

Quanto ao elemento possibilidade do alimentante, este é entendido pela doutrina como a capacidade econômica daquele de quem se reclama os alimentos. Ressalte-se que, como pondera Yussef Said Cahali[38], a capacidade econômica do alimentante deverá ser medida em relação ao seu patrimônio líquido, ou seja, patrimônio depurado dos débitos.

Assim, se o devedor não dispõe senão do indispensável para a própria sobrevivência, o elemento possibilidade do alimentante não restaria configurado, não sendo cabível a

condenação em alimentos, mesmo em face da necessidade do alimentando. Do contrário, ter-se-ia o que a doutrina convencionou chamar de "partilha de misérias"[39].

Além de se originar do vínculo de família, deve-se ressaltar que os alimentos podem resultar, ainda, de testamento, mediante legado; de sentença judicial condenatória nos casos de ressarcimento de danos; bem como de contrato[40].

De forma unânime, a doutrina afirma que o direito à prestação de alimentos, quanto as suas características, é pessoal, atual, transmissível, incessível, irrenunciável, imprescritível, impenhorável, não podendo ser objeto de compensação ou transação.

Por outro lado, a obrigação de prestar alimentos é recíproca entre ascendentes, descendentes e colaterais de 2º grau, os quais são potencialmente sujeito ativo e passivo da norma. A referida obrigação recai prioritariamente nos parente mais próximos em grau, iniciando-se pelos ascendentes.

Silvio Rodrigues lembra que, ao contrário do que ocorre no sistema francês e em outros que seguiram o Código Napoleônico, no direito brasileiro os parentes afins não recebem e nem prestam alimentos entre si[41].

A ação de alimentos - pela suma importância que a matéria requer face às necessidades sociais, corolário que é do próprio direito à vida - foi consagrada de forma especial pelo legislador pátrio, na Lei nº 5.478/68, com algumas peculiaridades no seu rito, na tentativa de facilitar o recebimento dos alimentos pelo credor, cuja própria sobrevivência depende, na maioria das vezes, da pontualidade de tal prestação.

A prisão do devedor de alimentos, por exemplo, é meio coercitivo legalmente previsto para compelir o devedor recalcitrante a cumprir com os deveres de ordem moral e legal que se negue injustificadamente a observar, como se depreende da análise do art. 19, da Lei nº 5.478/68[42]. Ressalte-se, ainda, que a possibilidade da prisão do devedor de alimentos está prevista também no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal de 1988, e no art. 733, § 1º, do Código de Processo Civil[43].

Outra peculiaridade no rito especial da ação de alimentos presente na Lei 5.478/68 é o estabelecimento, em seu art. 4º[44], da possibilidade para o autor na ação de alimentos de pleitear os alimentos provisórios, que devem ser pagos pelo alimentante de imediato, antes mesmo da sentença que determinará os alimentos definitivos.

Discorrendo sobre os alimentos provisórios, Nelson Nery Junior[45] ensina que os mesmos "devem ser fixados de ofício pelo juiz, quando despachar a petição inicial. Na fixação do *quantum* dos alimentos provisórios, o magistrado levará em conta a necessidade do alimentando, a possibilidade de pagamento do alimentante e o nível econômico social das partes".

Particularidade de suma importância, no rito da Lei 5.478/68, e que deve nesta oportunidade ser frisada, é a possibilidade do desconto dos alimentos diretamente do salário ou de outros rendimentos do Alimentante, estabelecida no art. 17 da referida lei[46], que também poderá ser invocado, no decorrer de demanda judicial, objetivando facilitar o recebimento do crédito.

É importante ressaltar que a ação de alimentos fulcrada na Lei 5.478/68 é cabível nos casos em que existe prova pré-constituída do vínculo familiar que justifica o pagamento de alimentos. Não havendo dita prova, a ação deve seguir o rito ordinário.

4. Análise da nova lei sobre os alimentos gravídicos

Uma vez que reconhecemos a personalidade do nascituro, natural se mostra a defesa da tese do direito deste aos alimentos, enquanto corolário do direito ao desenvolvimento de sua personalidade, com base no princípio da solidariedade afeto-funcional, mesmo antes da entrada em vigor da Lei 11.804/2008, que dispõe sobre os alimentos gravídicos. Nesse sentido, também se posicionaram alguns nomes da doutrina pátria, senão vejamos.

Silmara J. A. Chinelato e Almeida[47], em obra datada do ano de 2000, já defendia que "ao nascituro – inclusive ao adotado – são devidos, como direito próprio, alimentos em sentido lato – alimentos civis – para que possa nutrir-se e desenvolver-se com normalidade, objetivando o nascimento com vida. Incluem-se nos alimentos a adequada assistência médico-cirúrgica pré-natal, em sua inteireza, que abrange técnicas especiais (transfusão de sangue, em caso de eritroblastose fetal, amniocentese, ultra-sonografia) e cirurgias realizadas em fetos, cada vez mais freqüentes, alcançando, ainda, as despesas como o parto".

Benedita Inês Lopes Chaves[48], também desde o ano de 2002, em obra específica sobre o tema dos nascituros, afirma que "salvo caso de manifesta má-fé ou ausência inequívoca de indícios do bom Direito, o juiz deve conceder os alimentos provisionais para possibilitar a adequada assistência pré-natal ao concebido, visando ao nascimento com vida".

Jorge Franklin Alves Felipe[49], já em 1998, afirmava que diante da permissão para o reconhecimento voluntário ou forçado do nascituro pelos pais, disciplinada no art. 26, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se pode negar o correlato do direito à prestação de alimentos no mesmo caso.

Luciano Dalvi Norbin[50], desde 2006, também ponderava que "os alimentos são um direito do nascituro, que, através de sua representante legal, a mãe ou o curador ao ventre, poderá pleitear alimentos provisionais ao pai, provando em juízo a gravidez e a convivência com o indigitado pai para provar os requisitos do *fumus boni iuris.* O fundamento do pedido deve ser o de amparar e de dar a necessária assistência pré-natal do nascituro, englobando-se os medicamentos e as despesas médicas".

Dessa forma, foi com grande expectativa de avanço que a idéia de positivação do direito aos alimentos gravídicos foi por nós recebida, na esperança de vermos legislada e inquestionável tal proteção tão essencial ao nascituro[51].

Mas será que a Lei 11.804/2008 atende plenamente os interesses dos nascituros? Será que foi redigida adequadamente? Mostra-se coerente com o todo do ordenamento jurídico pátrio? São essas as analises que empreenderemos a seguir.

O art. 1º, da Lei 11.804/2008, ao dispor que "esta lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido", já suscita dúvidas. A quem cabem os alimentos em questão, à mãe, em face da atividade gestacional, ou ao próprio nascituro? A quem a Lei 11.804/2008 visa proteger?

Analisando-se o art. 6º, parágrafo único, da referida lei, pelo qual após o nascimento com vida, deverá haver conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia em favor do menor, tem-se mais um elemento que comprova o intuito do legislador foi mesmo o de proteger a gestante, não o nascituro.

A solução da lei em tela, de fato, é coerente com a legislação civil pátria, que não confere personalidade jurídica ao nascituro, embora proteja os interesses deste desde a concepção, conforme se lê no art. 2º, do Código Civil. Entretanto, impossível não se questionar: a solução apontada pela norma é justa?

Maria Berenice Dias[52], criticando a "feiúra" da expressão "alimentos gravídicos", entende que se trata mesmo de benefício conferido à gestante, o que teria, inclusive inspirado a denominação do instituto. Ousamos discordar da ilustre jurista, e não estamos sós.

Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior[53] assevera que "o direito de alimentos da mãe não é o mesmo direito de alimentos do nascituro. São, pois, coisas absolutamente distintas. (...) Ao nosso sentir, a lei equivocou-se ao atribuir os alimentos à mulher grávida, e não aos nascituros".

Na mesma linha de pensamento, Fernando Gaburri[54], em artigo específico sobre a matéria em comento, afirma que "o titular imediato ou direto dos alimentos gravídicos é o nascituro e só indiretamente ou mediatamente a mulher grávida".

Quanto à extensão do benefício a ser prestado no caso, o art. 2º, *caput*, da Lei 11.804/2008, já oferece os parâmetros, ao determinar que deverá compreender "os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes".

A redação do dispositivo supramencionado deixa claro que se trata de enumeração exemplificativa, estando o julgador livre para fixar o valor dos alimentos conforme as especificidades do caso concreto, sempre, todavia, atentando ao binômio necessidade do alimentando - possibilidade do alimentante como ocorre na hipótese geral de obrigação alimentar.

Ressalte-se, ainda, que o referido art. 2º, da Lei 11.804/2008, em seu parágrafo único, considera a que contribuição que também deverá ser dada pela própria mulher grávida,

de forma proporcional aos seus recursos, o que não pode ser olvidado, uma vez que a obrigação de sustento do filho decorrente do poder familiar também cabe à mãe.

O grande diferencial da Lei 11.804/2008, a nosso ver, consta no seu art. 6º, que permite ao juiz da causa a fixação dos alimentos gravídicos com base em meros indícios de paternidade, ponto em que se distancia diametralmente da Lei de Alimentos (Lei 5.478/68, art. 2º), em que o parentesco deve ser provado de plano.

Sobre a redação do art. 6º, da Lei 11.804/2008, Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior[55] elogia a referida norma, afirmando que esta "valeu-se de terminologia muito mais apropriada daquela usada pelo Código Civil. No Título que cuida das provas, precisamente no seu art. 230, o Código fez menção à existência de provas presumidas. Ora, mas presunção não é prova, e sim conclusão de raciocínio. O que se pretendia era a prova indiciária, nomenclatura assumida pela nova lei".

Faz-se mister esclarecer, de logo, que a questão dos indícios *in casu* se aplica apenas quanto à paternidade, não em relação à gravidez, que deve estar devidamente provada quando da interposição da inicial, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual.

A prova da gravidez, contudo, não precisa estar acompanhada de laudo acerca da viabilidade do feto. Como exposto anteriormente, o direito brasileiro condiciona a aquisição da capacidade apenas ao nascimento com vida, sem alusões à forma humana ou à possibilidade de sobrevivência da criança.

Dessa forma, ainda que se constate qualquer problema de saúde do nascituro, é devido o pagamento dos alimentos gravídicos, aliás, com muito mais propriedade nessa hipótese e, a depender da enfermidade, em montante superior aos casos normais.

Foi com base em raciocínio análogo que o art. 4º, da redação originária da Lei 11.804/2008, recebeu o veto presidencial, haja vista que exigia, de forma absolutamente carente de razoabilidade, prova da viabilidade da gravidez.

Acerca da questão da comprovação da paternidade no caso dos alimentos gravídicos surge outra questão: caberia ao suposto pai recorrer à perícia médica no intuito de comprovar a inexistência de vínculo com o nascituro?

Mesmo em face de respeitável posicionamento contrário[56], acreditamos que os exames periciais nesse caso poderiam colocar desnecessariamente em risco a vida do nascituro, o que seria um contra-senso, diante do fim maior dos alimentos gravídicos que é exatamente garantir-lhe a vida.

Lastreado em dados científicos, Douglas Phillips Freitas[57] também considera que "não é possível realizar qualquer exame pericial, pelo menos na tecnologia atual, sob pena de pôr em risco a existência do feto, e tal possibilidade não é admitida pelo nosso ordenamento jurídico".

Ainda sobre a prova da paternidade para a concessão dos alimentos gravídicos, Maria Berenice Dias[58] ensina que "bastam indícios da paternidade para a concessão dos

alimentos, os quais irão perdurar mesmo após o nascimento, oportunidade em que a verba fixada se transforma em alimentos a favor do filho".

Eis que surge outra dúvida: se bastam indícios para a aferição da paternidade na concessão dos alimentos gravídicos, quais os indícios seriam considerados suficientes para tanto? Podemos citar nesse caso, por exemplo, testemunhas; cartas, cartões ou e-mails trocados entre as partes; fotografias e filmes mostrando ambos juntos, em atitudes íntimas; comprovantes de residência comum ou de viagens. Todos os indícios, obviamente, devem se referir ao período da concepção e a ação é cabível ainda que não haja o conhecimento social sobre o relacionamento[59].

Do ponto de vista processual, a própria Lei 11.804/2008, sem prolongar-se em disposições desta ordem, determina, em seu art. 11, que a ela se aplicam de forma supletiva, a Lei 5.478/68 (Lei de Alimentos) e o Código de Processo Civil.

A única disposição na seara processual que se observa na Lei 11.804/2008 é que está presente em seu art. 7º, atinente ao prazo para contestação da ação de alimentos gravídicos, que deve ser de 5 (cinco) dias, a exemplo do que se observa como regra nos procedimentos cautelares.

Nesse sentido do prazo para contestação, resta explícito que o objetivo do legislador de conferir maior celeridade processual aos casos dos alimentos gravídicos, pois o artigo correlato na Lei 5.478/68 (lei de Alimentos) prevê que a resposta do réu nestes casos seja apresentada apenas na audiência de conciliação e julgamento (art. 5º, § 1º).

Sobre a falta de apresentação de resposta na ação de alimentos gravídicos, vale ressaltar o entendimento de Maria Berenice Dias[60], para quem, "caso o genitor não conteste a ação e não faça o registro do filho, a procedência da ação deve ensejar a expedição do mandado de registro, sendo dispensável a instauração do procedimento de averiguação da paternidade para o estabelecimento do vínculo parental".

Acreditamos que nesse ponto é necessária cautela, tendo em vista que nos casos de filiação há envolvimento de direitos personalíssimos e indisponíveis, nos quais não se aplicam os efeitos da revelia, nos termos do art. 320, II, do Código de Processo Civil.

Em raciocínio similar, podemos citar Denis Donoso[61], para quem nem mesmo a procedência da ação de alimentos gravídicos cria uma relação jurídica formal de paternidade, pois seu objetivo não se confunde com o da ação de investigação de paternidade. Conforme o autor, "se o menor, após o seu nascimento, quiser a formalização da situação, deve ingressar com a respectiva demanda".

Como a Lei 11.804/2008 silencia acerca dos alimentos gravídicos provisórios, pode-se concluir, em face da aplicação subsidiária da Lei de Alimentos estipulada em seu art. 11, que não apenas é possível essa fixação, como é recomendável que assim se proceda, tendo em vista o curto espaço de tempo em que se desenvolve a gestação se confrontado com a duração normal de um processo na Poder Judiciário Brasileiro.

Mais uma dúvida de natureza processual: desde quando seriam devidos os alimentos gravídicos, a partir do início da gestação ou da citação do Réu? A análise das razões do veto do art. 9º da redação originária da Lei 11.804/2008 pode iluminar a questão.

A versão primária do projeto que deu origem à Lei 11.804/2008, em seu vetado art. 9º, dispunha que seriam cabíveis os alimentos gravídicos desde a citação. Tal artigo foi vetado sob a justificativa de que: "ocorre que a prática judiciária revela que o ato citatório nem sempre pode ser realizado com a velocidade que se espera e nem mesmo com a urgência que o pedido de alimentos requer. Determinar que os alimentos gravídicos sejam devidos a partir da citação do réu é condená-lo, desde já, a não-existência, uma vez que a demora pode ser causada pelo próprio réu, por meio de manobras que visam impedir o ato citatório. Dessa forma, o auxílio financeiro devido à gestante teria início no final da gravidez, ou até mesmo após o nascimento da criança, o que tornaria o dispositivo carente de efetividade".

Conforme conclui Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior[62], "se o artigo foi vetado, era a intenção do legislador que sua regra não fosse aplicável. Assim, ao nosso pensar, resta concluir que os alimentos, aqui, serão devidos desde a concepção do nascituro".

Outros pontos merecem reflexão: e se a paternidade não for constatada quando do nascimento? Os alimentos seriam repetíveis? Haveria direito de indenização do homem contra a autora da ação? Se a mãe perde o bebê e não comunica ao juízo, ou não sabe que perdeu, ou se não o perdeu por culpa, como fica a situação? E se a criança nascer morta? Tais situações são completamente idênticas ou os casos de má-fé devem ter tratamento diferenciado?

Como bem pondera Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior[63], no caso em apreço, diante da inexistência de prova pré-constituída da paternidade, servindo à lei meros indícios, agravam-se os riscos de serem condenados aqueles que não sejam os verdadeiros pais.

Nesta oportunidade nos valeremos, mais uma vez, da redação do projeto que originou a Lei 11.804/2008, e suas razões de veto. Na redação originária, havia o art. 10, que determinava: "em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu". Frise-se que se tratava de hipótese de responsabilidade objetiva, a qual prescinde de comprovação acerca de culpa do agente causador do dano.

As razões de veto do referido art. 10 merecem destaque: "tratava-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar dano a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação".

Concordamos integralmente com as razões do veto. A possibilidade de responsabilização da mãe em caso de proposição de ação de alimentos gravídicos contra aquele que, ao nascimento do menor, descobre não ser pai deste, máxime objetivamente, tolhe o seu direito de ação, de magnitude constitucional (CF, art. 5º, XXXV). Fora isso, acreditamos que, sendo espécie dos alimentos comuns, os gravídicos mantêm sua característica da irrepetibilidade.

Entretanto, pensamos que evidenciada a inequívoca má-fé da mãe, tanto nos casos de conhecimento sobre a inveracidade da paternidade alegada, quanto na omissão de informações sobre a interrupção da gravidez, pode-se cogitar da indenização por danos

materiais e morais contra a autora da ação. Todavia, ter-se-ia aqui hipótese de responsabilidade subjetiva.

Não se pode olvidar, ainda, que a Lei 11.804/2008, para sua aplicação eficaz, deverá contar com a colaboração do Poder Judiciário, que deverá reconhecer a absoluta prioridade dos casos envolvendo os alimentos gravídicos, agilizando-os ao máximo, em razão do período, em regra, de 9 (nove) meses em que se desenvolve a gestação.

A jurisprudência pátria já demonstra sinais de aplicação do novel instituto, conforme exemplificado nas ementas colacionadas abaixo, embora se trate de matéria relativamente recente.

"Agravo de instrumento – Investigação de paternidade – Alimentos gravídicos – Art.. 6º, Lei 11.804/08 – Presença dos indícios de paternidade – Ausência de provas acerca da alegada impossibilidade financeira – Desprovimento do Recurso" (TJMG, Agravo de Instrumento n° 1.0024.09.478064-0/001, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Roney Oliveira, j. 05.05.2009).

"Direito de Família - Alimentos gravídicos - Lei nº 11.804/2008 - Gravidez - Situação atual - Possibilidade de aplicação da lei nova em ação ajuizada anteriormente à vigência da referida lei - Formalismo Jurídico - Instrumentalidade das formas - Celeridade processual. Se antes as disposições concernentes à concessão de alimentos exigiam prova de parentesco ou da obrigação, atualmente, com o advento da Lei nº 11.804/2008, especificamente das disposições contidas em seu artigo 6º, para a concessão de alimentos gravídicos, basta a existência de indícios da paternidade. Presumindo-se que a autora ainda está grávida, a situação é atual, pelo que a lei nova não estará retroagindo, não havendo, portanto, falar-se em impossibilidade jurídica do pedido, pelo o único motivo da ação ter sido ajuizada antes da vigência da Lei 11.804/2008. A moderna concepção de processo, sustentada pelos princípios da economia, instrumentalidade e celeridade processual, determina o aproveitamento máximo dos atos processuais, principalmente quando se trata de ação de cunho alimentar e, quando, não há prejuízo para a defesa das partes" (TGMG, Processo 1.0702.08.501783-9/001, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes. P. 17.04.2009).

Pode-se dizer que, ainda que em breves artigos, e, em certos casos, de redação questionável, não há como se reconhecer o mérito da iniciativa legislativa ora estudada, que, regulamentando expressamente a possibilidade de concessão de alimentos em face de gravidez, diante de meros indícios de paternidade, representa a compreensão e aplicação do princípio da solidariedade afeto-funcional em sua expressão máxima.

Conclusão

1. O fundamento no paradigma da solidariedade, dentro da compreensão evolutiva do fenômeno da "dinamogênesis" dos valores, permeia as relações jurídicas entre presente e passado, entre ricos e pobres, entre desenvolvidos e em desenvolvimento, entre pessoas com capacidade plena e incapazes ou com capacidade reduzida.

2. Com efeito, o valor solidário constitucional no Direito de Família nos remete ao conceito de solidariedade afeto-funcional, que traduz um valor ligado à emoção (afeto), mas que ao mesmo tempo induz ao auxílio na forma de assistência individual, coletiva ou recíproca, haja vista a proteção da dignidade presente e futura.

3. Assim, são reconhecidos, na 3ª dimensão dos direitos humanos, os direitos globalmente difusos e ainda os direitos individuais que dependem de princípios morais solidaristas ou de auxílio mútuo – como os direitos do nascituro.

4. A elucidação do novel instituto dos alimentos gravídicos, por envolver o interesse do nascituro, pressupõe um posicionamento acerca das teorias que tratam do início da personalidade civil da pessoa natural.

5. O Código Civil, em seu art. 2º, deixa clara a opção do ordenamento jurídico pátrio pela teoria natalista, que prega o início da personalidade da pessoa natural a partir nascimento com vida.

6. Nosso entendimento, entretanto, é o conceptista, pelo qual a personalidade jurídica se inicia desde a concepção, possuindo o nascituro, assim, não apenas os direitos da personalidade, mas todos aqueles conferidos aos absolutamente incapazes, sob pena de se admitir grave ofensa ao princípio da dignidade humana.

7. Por outro lado, aos alimentos gravídicos aplicam-se, subsidiariamente, as normas referentes aos alimentos previstos no Código Civil e na Lei 5.478/1968, verificando-se entre ambos uma relação de gênero e espécie, razão pela qual a compreensão do instituto ora analisado depende, ainda, do estudo das linhas gerais da matéria.

8. Os alimentos, globalmente definidos, correspondem à obrigação de auxiliar nas necessidades vitais do parente, cônjuge ou companheiro, quando estes se mostrem carentes de recursos, tudo em nome dos princípios da dignidade humana e da solidariedade familiar. A prestação dos alimentos varia, em sua extensão, conforme a possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentado.

9 . Pela incontestável importância da matéria dos alimentos, corolário que é do próprio direito à vida, a ação de alimentos foi consagrada de forma especial pelo legislador pátrio, na Lei 5.478/68, com instrumentos de que visam agilizar e efetivar ao máximo a prestação jurisdicional, como a possibilidade de prisão do alimentante devedor, da concessão de alimentos provisórios e do desconto da prestação alimentícia diretamente do salário ou de outros rendimentos do alimentante.

10. A lei dos alimentos gravídicos, além de contemplar o beneficiário com os instrumentos processuais especiais previstos na Lei 5.478/1968, apresenta a peculiaridade quanto ao prazo de contestação, de 5 (cinco) dias, ou seja, ainda mais célere.

11. Consideramos, entretanto, que o aludido beneficiário da Lei 11.804/2008 é o próprio nascituro, de quem defendemos a personalidade jurídica, embora a lei confira a legitimidade da genitora para a ação.

12. O grande diferencial da Lei 11.804/2008, a nosso ver, consta no seu art. 6º, que permite a fixação dos gravídicos em face de meros indícios de paternidade, na ausência de prova absoluta do parentesco. Ressalvamos, neste ponto, que não é cabível a realização de perícia nesses casos, diante dos riscos que poderia causar à integridade física do nascituro.

13. Ainda que, ao final da ação, reste comprovada a inexistência da paternidade, não se configura a responsabilidade civil da genitora, em razão da excludente do exercício regular do direito de ação, a menos que esta tenha agido sob o signo da comprovada má-fé.

14. A jurisprudência sobre a matéria dos alimentos gravídicos ainda é incipiente, devido ao fato de se tratar de legislação recente. Todavia, os julgados já se mostram firmes na aplicação do novel instituto sem exigência de prova concreta da paternidade, demonstrando a exata compreensão da solidariedade familiar que norteia o tema.

Referências

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Alimentos gravídicos. In: *Revista dos Tribunais*, Ano 98, Vol. 882, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, p. 223.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed., rev. amp. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1999.

CHAVES, Benedita Inês Lopes. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: LTr, 2000.

COÊLHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito civil*. Vol.1, São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 17. ed., Vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 22. ed., rev. e atual., Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2005.

DONOSO, Denis. Alimentos gravídicos: Aspectos materiais e processuais da Lei nº 11.804/2008. In: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 13, n. 2028, 19 jan. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12219>. Acesso em 08 de setembro de 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2003.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Prática das Ações de Alimentos*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FONSECA, Antônio Cezar Lima. Dos alimentos gravídicos – Lei nº 11.804/2008. In: *Revista IOB de Direito de Família*, Ano IX, n. 51, Porto Alegre: Síntese, 2009.

FREITAS, Douglas Phillips. Alimentos gravídicos e a Lei nº 11.804/2008. In: *Revista IOB de Direito de Família*, Ano IX, n. 51, Porto Alegre: Síntese, 2009.

GABURRI, Fernando. Análise crítica da lei de Alimentos Gravídicos. In: *Revista IOB de Direito de Família*. Ano XI, n. 54, Porto Alegre: Síntese, 2009.

GOMES, Orlando. *Direito de Família.* 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 427.

_____. *Introdução ao Direito Civil*. 13. ed., Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais.* 4. ed., São Paulo: RCS, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 39. ed. rev. e atual., Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2003.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed., ver. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. In: Revista de Direito Privado, Vol. 17, Ano 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed., São Paulo: RT, 1999.

NORBIM, Luciano Dalvi, *O Direito do nascituro à personalidade civil*, Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil*. 20. ed. rev. e atual., Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução direito Civil Constitucional.* 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil, *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.), *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 32. ed. atual., Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direto civil: direito de família*. 27. ed., Vol. 6, São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHAFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais - do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira. *Direitos Humanos e Desenvolvimento.* Palestra proferida nas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, no dia 13 de agosto de 2008, dentro da semana jurídica que aconteceu entre os dias 11 e 15 de agosto de 2008.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira; CONTIPELLI, Ernani. Direitos Humanos Econômicos na perspectiva da Solidariedade: desenvolvimento integral. In: *XVI Encontro Nacional CONPEDI*, 2008, Salvador - BA. Anais XVI Encontro Nacional do CONPEDI, 2008.

WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

---

[1] Cf. artigo 3º, I da CRFB/88.

[2] NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed., ver. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17. Desse modo, nos ensina Paulo Nader que: “apesar de possuir um substrato axiológico permanente, que reflete a estabilidade da ’natureza humana’, o direito é um engenho à mercê da sociedade e deve ter a sua direção de acordo com os rumos sociais”.

[3] SILVEIRA, Vladmir Oliveira. *Direitos Humanos e Desenvolvimento.* Palestra proferida nas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, no dia 13 de agosto de 2008, dentro da semana jurídica que aconteceu entre os dias 11 e 15 de agosto de 2008.

[4] SILVEIRA, Vladmir Oliveira; CONTIPELLI, Ernani. Direitos Humanos Econômicos na perspectiva da Solidariedade: desenvolvimento integral. In: *XVI Encontro Nacional CONPEDI*, 2008, Salvador - BA. Anais XVI Encontro Nacional do CONPEDI, 2008.

[5] ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global.* São Paulo: Perspectiva, 1994.

[6] BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 223.

[7] ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 115-116.

[8] Neste sentido, encontramos as palavras de Jairo Schäfer: "Natural, portanto, que as primeiras concepções formais de direitos tivessem por objetivo a proteção do cidadão frente ao Estado absolutista (Leviatã, na concepção clássica de Hobbes), pois a liberdade é pressuposto para o exercício de outras faculdades constitucionais. O reconhecimento da existência de direitos irrenunciáveis quando do contrato social fez nascer uma nova relação entre sociedade civil e o Poder Público, estabelecendo uma clara separação entre estas duas importantes estruturas sociais. Essencialmente, preservaram-se situações nas quais não se mostraria lícita a intromissão do Estado nas relações privadas, submetendo-se o soberano ao império da lei: o Estado somente pode intervir nos direitos dos cidadãos mediante prévia autorização da lei, a qual, fruto do parlamento, representa autorização do conjunto dos cidadãos, a partir dos primados da democracia representativa". SCHAFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais - do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 19.

[9] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais.* 4. ed., São Paulo: RCS, 2005.

[10] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional.* Coimbra: Almedina, 1999, p. 282.

[11] Nessa perspectiva, não mais se permite fragmentar o ser humano nesta ou naquela categoria de pessoas, ou vinculado a este ou àquele Estado, mas sim devendo ser visto como um gênero, que possui anseios e necessidades comuns.

[12] FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 92.

[13] NERY, Rosa Maria de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. In: Revista de Direito Privado, Vol. 17, Ano 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 68.

[14] Dada a reflexão sobre a abertura para o Direito Civil Constitucional, salienta Pietro Perlingieri que "não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos interesses da personalidade no direito privado, é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil, não como uma redução ou aumento da tutela das situações patrimoniais, mas como uma tutela qualitativamente diversa". PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução direito Civil Constitucional.* 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 34.

[15] COÊLHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito civil*. Vol.1, São Paulo: Saraiva, 2003, p.138.

[16]DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 22 ed., rev. e atual., Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 118.

[17] Maria Helena Diniz, *Curso...*, cit., p. 222.

[18] Maria Helena Diniz, *Curso...*, cit., p. 119.

[19] Maria Helena Diniz, *Curso...*, cit., p. 147.

[20] RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil, *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.), *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2.ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-34, p. 4-5.

[21] Em sua primeira parte, pode-se, com segurança, afirmar que o art. 2º, do citado *Codex*, apresenta-se conforme a moderna tendência legislativa de se abandonar, para a configuração da personalidade da pessoa física, exigências como a possibilidade de sobrevivência do ser ou a forma humana, estas típicas do direito romano (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 13 ed., Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 144. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil*, 20 ed. rev. e atual., Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 219-220). Como afirma Rafael Garcia Rodrigues, "visualiza-se, então, quando do início da personalidade, duas situações: o nascimento, que envolve a separação do ventre materno, e a vida, cujo marco inicial é a entrada de ar nos pulmões, quando da respiração" (Rafael Garcia Rodrigues, *A pessoa...*, cit., p. 5-6. No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições...*, cit., p. 219).

No mesmo sentido, Código Civil Português, art. 66, 1 e 2 ("Começo da personalidade". 1. "A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida". 2. "Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento"); Código Civil italiano, art. 1º ("Capacidade jurídica. A capacidade jurídica se adquire no momento do nascimento. Os direitos que a lei reconhece ao nascituro estão subordinados ao evento do nascimento"); e o Código Civil alemão, Livro 1, Divisão 1, Título 1, Seção 1 ("Início da capacidade legal. A capacidade legal do ser humano começa com o nascimento").

[22] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 32 ed. atual., Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2002, p.36.

[23] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 39. ed. rev. e atual., Vol. 1, São Paulo : Saraiva, 2003, p. 66.

[24] Orlando Gomes, *Introdução...*, cit., p. 143-144.

[25] Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições...*, cit., p. 217.

[26] Maria Helena Diniz, *Curso...*, cit., p. 193.

[27] Maria Helena Diniz, *Curso...*, cit., p. 192.

[28] NORBIM, Luciano Dalvi, *O Direito do nascituro à personalidade civil*, Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 87.

[29] AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4 ed. rev., atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 217-218.

[30] ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 161-162.

[31] Art.51. "Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible".

Art.54. "Tienen incapacidad absoluta: 1ro. Las personas por nacer; 2do. Los menores impúberes; 3ro. Los dementes;

4to. Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito; 5to. Derogado por la ley 17.711".

Art.63. "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno".

Art.64. "Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia".

Art.69. "Cesará la representación de las personas por nacer el día del parto, si el hijo nace con vida, y comenzará entonces la de los menores, o antes del parto cuando hubiere terminado el mayor plazo de duración del embarazo, según las disposiciones de este Código".

[32] Sobre a matéria, cabe, ainda, observar, que o Projeto 6.960/2002, de autoria do então Deputado Ricardo Fiúza, por sugestão da Profª. Drª. Maria Helena Diniz, propôs a alteração do referido art. 2º, do Código Civil, o qual, em caso de aprovação, passaria a dispor: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e os do nascituro".

Entretanto, em 31.01.2007, foi determinado o arquivamento do referido projeto de lei, pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, nos termos do art. 105, do Regimento Interno[32], sendo que o mesmo foi efetivamente encaminhado para arquivo em 17.03.2008.

De qualquer forma, a despeito das louváveis intenções do projeto analisado supra, entendemos que a modificação, na forma como foi formulada, embora garantisse os direitos do embrião, não adotava a teoria concepcionalista/conceptista, por manter o nascimento com vida como condição para a aquisição da personalidade.

[33] GOMES, Orlando. *Direito de Família.* 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 427.

[34] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 17. ed., Vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 459.

[35] Art. 1.694. "Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada".

Art. 1.695. "São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento".

[36] Orlando Gomes, *Direito...*cit., p. 430.

[37] *Idem Ibidem*, p. 430.

[38] CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 752.

[39] *Idem Ibidem*, p. 751.

[40] Orlando Gomes, *Direito...* cit., p. 427. WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43-44.

[41] RODRIGUES, Silvio. *Direto civil: direito de família*. 27. ed., Vol. 6, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 423.

[42] Art. 19. "O juiz, para instrução da causa, ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta dias)".

[43] Art. 5º (...) LXVII – "Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

Art. 733. "Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. § 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses".

[44] Art. 4º "Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente que delas não necessita".

[45] NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 1.710.

[46] Art. 17. "Quando não for possível a efetivação executiva da sentença ou do acordo mediante desconto em folha, poderão ser as prestações cobradas de alugueres de prédios ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, que serão recebidos diretamente pelo alimentado ou por depositário nomeado pelo juiz".

[47] ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 243-244.

[48] CHAVES, Benedita Inês Lopes. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: LTr, 2000, p. 94-95.

[49] FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Prática das Ações de Alimentos*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.19.

[50] NORBIM, Luciano Dalvi. *O Direito do nascituro à personalidade civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 50.

[51] Cumpre ressaltar que a possibilidade de concessão dos alimentos ao nascituro foi expressamente prevista pelo Código Civil português (de 25.11.1966, alterado pelo Dec. Lei 496/77), em seu art. 1.884º, onde se lê: "Alimentos à mãe. 1. O pai não unido pelo matrimônio à mãe do filho é obrigado, desde a data do estabelecimento de paternidade, a prestar-lhe alimentos relativos ao período da gravidez e ao primeiro ano de vida do filho, sem prejuízo das indenizações a que por lei ela tenha direito. 2. A mãe pode pedir os alimentos na ação de investigação de paternidade e tem direito a alimentos provisórios se a ação foi proposta antes de decorrido o prazo a que se refere o número anterior, desde que o tribunal considere provável o reconhecimento".

[52] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 5. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2009, p. 480-481.

[53] ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Alimentos gravídicos. In: *Revista dos Tribunais*, Ano 98, Vol. 882, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-24, p. 16.

[54] GABURRI, Fernando. Análise crítica da lei de Alimentos Gravídicos. In: *Revista IOB de Direito de Família*. Ano XI, n. 54, Porto Alegre: Síntese, 2009, p. 56-71, p. 62.

[55] Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior. *Alimentos...*, cit., p. 17.

[56] FONSECA, Antônio Cezar Lima. Dos alimentos gravídicos – Lei nº 11.804/2008. In: *Revista IOB de Direito de Família*, Ano IX, n. 51, Porto Alegre: Síntese, 2009, p. 7-17.

[57] FREITAS, Douglas Phillips. Alimentos gravídicos e a Lei nº 11.804/2008. In: *Revista IOB de Direito de Família*, Ano IX, n. 51, Porto Alegre: Síntese, 2009, p. 18-23, p. 21-22.

[58] Maria Berenice Dias, *Manual*..., cit., p. 481-482.

[59] No mesmo sentido, DONOSO, Denis. Alimentos gravídicos: Aspectos materiais e processuais da Lei nº 11.804/2008. In: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 13, n. 2028, 19 jan. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12219>. Acesso em 08 de setembro de 2009, p. 6.

[60] Maria Berenice Dias, *Manual*..., p. 482.

[61] Denis Donoso, *Alimentos*..., cit., p. 7.

[62] Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, *Alimentos*..., cit., p. 21.

[63] Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, *Alimentos*..., cit., p. 19.

A ONEROSIDADE EXCESSIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO*

THE EXCESSIVE BURDEN INTO CONSUMER RELATIONS

Marcelo Barbosa de Melo

RESUMO

A constitucionalização dos direitos privados tem permitido uma maior intervenção do Estado nas relações contratuais, trazendo maior proteção ao consumidor por força dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na atual Constituição Federal. Por consequência, o instituto da onerosidade excessiva nas relações de consumo se pauta nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da isonomia e da informação. Encontra, ainda, fundamentos nos princípios gerais dos contratos, bem como nos princípios contratuais previstos no Código de Defesa do Consumidor. A onerosidade excessiva surge da ampliação da cláusula rebus sic stantibus e da teoria da imprevisão. Trata-se de uma importante adequação do sistema jurídico às questões socioeconômicas modernas que tem por finalidade estabelecer equidade nas relações contratuais, de modo a proteger a parte vulnerável nas avenças.

PALAVRAS-CHAVES: PRINCÍPIOS, ONEROSIDADE EXCESSIVA, EQUIDADE, CONSUMIDOR.

ABSTRACT

The constitutionalization of private rights has allowed for greater state intervention in the contractual relationships, bringing greater protection to consumers by virtue of the rights and guarantees inscribe in the current Constitution. Consequently, the Office of the excessive burden the relations of consumption is based on constitutional principles of human dignity, liberty, equality and information. We still found reasons in the general principles of contract and the contract principles of the code of Consumer Protection. The excessive burden is the extension of the clause rebus sic stantibus and the theory of imprevisão. This is an important adaptation of the legal system to modern socio-economic issues that aims to establish fairness in contractual relations, in order to protect the weak party in the contracts.

KEYWORDS: PRINCIPLES, EXCESSIVE BURDEN, EQUITY, CONSUMER.

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A queda do Estado Liberal que privilegiava a proteção dos direitos individuais frente ao coletivo atribuiu importantes mudanças na ciência jurídica, das quais destaca-se o nascimento de uma nova concepção socioeconômica, que por consequência gerou um movimento intervencionista do Estado pelo qual os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos passaram a ter abrigo constitucional.

Nesse sentido, utilizando-se do pensamento tridimensional "fato, valor e norma" do jus filósofo Miguel Reale, torna-se evidente que nosso ordenamento pátrio não se quedou inerte a essas importantes mudanças, e privilegiou, na Constituição Federal de 1988, direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, bem como elaborou um conjunto de diretrizes que devem ser seguidas pelo Estado e pela sociedade, dentre as quais ressalta-se a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

Em 1990 foi criado o microssistema consumerista brasileiro, com viés de norma de ordem pública e de interesse social. Desta feita, trata-se de uma legislação "protecionista" que atua na esfera do direito privado, impondo regras que interessam mais à sociedade do que aos particulares.

É importante salientar que em uma relação de consumo a autonomia da vontade - fator primordial dos negócios jurídicos - tem que se submeter aos preceitos inerentes ao Código de Defesa do Consumidor. Essa submissão visa estabelecer uma equidade nas relações "consumidor x fornecedor", buscando-se a verdadeira aplicação do princípio constitucional da isonomia e respeitando-se a máxima Aristotélica - tratar os iguais na devida igualdade e os desiguais na medida de suas desigualdades.

Seguindo esse raciocínio, pode-se afirmar que o subsistema do consumidor encontra-se diretamente ligado a princípios e valores estabelecidos em nossa lei fundamental.

Nessa seara, como cerne deste artigo, estuda-se a proteção contratual do consumidor, a aplicabilidade dos princípios e valores constitucionais e consumeristas inerentes à relação de consumo e, por fim, os vetores que determinam a onerosidade excessiva, quais sejam: injustiça e abusividade.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

Não cabe nesse momento aduzir todos os princípios contidos em nossa lei constitucional, mas sim aqueles que se acreditam primordiais para efetiva relação consumerista.

De plano, afirma-se que o Código de Defesa do Consumidor é um subsistema principiológico que contém conceitos legais indeterminados e cláusulas abertas. Isso se dá de tal sorte que o microssistema consumerista rompe com o norte pandectista das legislações que privilegiam o individualismo face ao coletivo.

Pautado em valores igualitários e sociais contidos em nossa Constituição Federal, que trazem o homem para o centro da ciência jurídica, as relações "consumidor x fornecedor" não podem se distanciar de modo algum dos princípios constitucionais que exprimem valores éticos e morais em suas avenças.

No entanto, fica fácil evidenciar a constitucionalização das relações de direito privado, bem como afirma o brilhante jurista Miguel Reale: "os conceitos fundamentais de Direito Civil vêm sendo estabelecidos, prioritariamente, no texto mesmo das constituições, o que leva a se falar na 'constitucionalização do Direito Civil."[1]

Desta feita, quando se analisa o artigo 1º da nossa Lei Maior[2] constata-se a proteção dos princípios fundamentais ali fincados, e desses destaca-se a dignidade da pessoa humana, como valor fundamental do Estado Democrático de Direito, e assim como pressuposto basilar de todo nosso ordenamento jurídico.

Seguindo esta linha dogmática, concorda-se com o que afirma o brilhante doutrinador Rizzato Nunes em sua obra Curso de Direito do Consumidor, quando valora o princípio supramencionado elevando-o como principal norteador de direitos. Veja:

Existem autores que entendem que é a isonomia a principal garantia constitucional. Contudo no atual diploma constitucional, pensamos que o principal direito constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana.[3]

O digníssimo Professor tem plena razão, pois só existe igualdade se é respeitada a dignidade da pessoa humana. Na realidade, pode-se afirmar que a isonomia visa implementar equidade nas relações jurídicas, e concretiza o direito fundamental à dignidade.

Portanto, torna-se imprescindível para o estudo da codificação consumerista explanar-se, ainda que de modo sucinto, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana.

1.1. Dignidade da Pessoa Humana

Primeiramente, é importante salientar que só pela sua existência, todo ser humano tem dignidade enquanto pessoa.

A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental deve ser visto hoje como o cerne das relações jurídicas. É um direito subjetivo de natureza personalíssima.

Elevado à categoria de princípio fundamental, como acima exposto, torna-se imprescindível buscar em todas as relações jurídicas o resguardo primordial à dignidade do homem. Portanto, se partirmos do entendimento real de que princípio é um verdadeiro alicerce da legislação, chega-se à conclusão de que a dignidade da pessoa humana encontra-se no núcleo da ordem jurídica brasileira, uma vez que esta concebe a valorização do homem como um dos pilares fundamentais da organização do Estado Democrático de Direito.

Com o fito de uma adequada compreensão deste fundamento da República Federativa do Brasil, recorre-se ao brilhante jurista Alexandre de Moraes que em sua obra Direito Constitucional, conceitua dignidade da pessoa humana da seguinte maneira:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.[4]

Em suma, o digníssimo autor acertadamente interliga a dignidade da pessoa humana com o direito à vida e à igualdade, resguardando valores éticos, morais e sociais, constituindo um piso vital mínimo, que deve ser garantido e implementado pelo Estado e pela sociedade.

Por fim, conclui-se que as avenças jurídicas devem sempre respeitar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, garantindo ao consumidor, no âmbito dos contratos, total proteção nos pactos firmados.

1.2. Liberdade

A liberdade como princípio constitucional de proteção ao consumidor deve ser abordada nesse artigo, no sentido *stricto sensu* ressaltando-se alguns aspectos ligados à liberdade de ação, ou seja, à liberdade "de o consumidor agir e escolher e de o fornecedor empreender".[5]

Para este feito, toma-se como base as regras constitucionais expressas nos artigos 1º e 3º da nossa Lei Maior, quais sejam: "livre iniciativa" e "sociedade livre, justa e solidária", respectivamente.

A livre iniciativa, como garantia fundamental, assegura a todos o exercício de qualquer atividade econômica, seja na indústria, comércio ou serviço, dependendo de autorização do Poder Público somente algumas atividades em que haja interesse coletivo.

No entanto, a livre iniciativa deve sempre existir de forma a atender o interesse social, a valorizar o trabalho e a assegurar a todos uma existência digna, dentro dos ditames da ordem pública.

Com relação ao consumidor, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, imprime um poder/dever ao Estado de intervir nas relações privadas para garantir a liberdade dos consumidores, respeitando-se os valores éticos e morais.

Nessa linha, esclarece Rizzato Nunes: "Assim, a regra básica será a da escolha com possibilidade de aquisição: a pessoa quer algo, tem dinheiro ou crédito para adquiri-lo, então é livre para fazê-lo."[6]

Portanto o tema liberdade está ligado à possível opção do consumidor para adquirir produtos e serviços, de modo mitigado, uma vez que ele não tem acesso aos meios de produção, e com o advento dos contratos de adesão.

Lembra-se nesse instante que o consumidor é a parte vulnerável e hipossuficiente da relação jurídica consumerista, porém mesmo que ele obtenha a liberdade de escolha - "ação livre" - ele sempre será atraído pela oferta posta pelo fornecedor, cabendo ao Poder Público, sempre que acionado, restabelecer o equilíbrio nessa relação.

Vê-se, portanto, que o princípio da liberdade está estritamente ligado à dignidade da pessoa humana, bem como ao princípio da isonomia que estabelece a equidade nas relações contratuais e será abordado a seguir nesse artigo.

1.3. Isonomia

Destarte, a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio de igualdade de direitos, prevendo, no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente em seu artigo 5º, *caput*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[7]

Conforme citado na introdução deste artigo, o pensamento de Aristóteles permeia a eficácia do presente princípio, pois é certo que ao se interpretar gramaticalmente o

preceito fundamental acima, as diferenças socioeconômicas que existem nas relações contratuais jamais alcançariam o equilíbrio desejado por nossa Lei Maior.

Portanto o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça.[8]Observa-se que este tratamento "desigual" não fere o princípio da igualdade, ao contrário, é desse equilíbrio que nasce o valor da isonomia.

No caso das relações "consumidor x fornecedor", a posição desfavorável do primeiro é notória, e pode-se confirmada na colocação feita pelo digníssimo Professor Doutor Roberto Senise Lisboa, a saber:

A sociedade industrial não poderia subsistir mantendo a desigualdade real entre os contratantes. A submissão do aderente aos termos predispostos pelo outro contratante que suprimiu a autonomia da vontade e revelou a hipocrisia do princípio contratual da igualdade, que se afigurava por demais metafísico porque o aderente não tinha (e nem tem hoje) poderes para estabelecer o conteúdo da avença.[9]

Essa problemática ressalta a necessidade de proteção do vulnerável e do hipossuficiente - o consumidor - que é a parte mais fraca na avença consumerista. Note-se, que a função de reequilibrar essa situação passa a ser um dever legal em face ao estrito cumprimento do princípio da isonomia.

Conclui-se, portanto, que a efetiva proteção dos desiguais nasce da aplicabilidade do princípio constitucional da igualdade, primando por uma equidade plena em respeito à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

1.4. Informação

O direito à informação como princípio constitucional expresso encontra guarita no artigo 5º, XIV, *in verbis:* "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional."[10]

Cabe aduzir que o direito à informação não é absoluto e encontra restrições dentro da própria Lei Maior do Estado brasileiro. Dessa maneira é possível exigir a informação de quem a detém, desde que sejam respeitadas a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, da maneira como deve-se entender tais outras garantias.[11]

O princípio da informação está ligado à moralidade, à ética e à boa-fé, portanto, não se pode faltar com a verdade naquilo que se informa de maneira alguma, quer seja por ação ou omissão.

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor o direito de ser informado é "pleno", nenhum consumidor pode deixar de ser informado sobre o fornecimento de produtos ou da prestação de serviços.

No entanto, o direito de informação se interliga com o princípio consumerista da transparência que será comentado adiante.

Portanto nesse momento basta apenas ater-se que o direito a receber e ter acesso pleno às informações é preceito constitucional, e deve ser resguardado pelo Estado.

2. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Para reger as obrigações contratuais existem princípios fundamentais a serem respeitados, quais sejam: o princípio da autonomia da vontade; do consensualismo; da obrigatoriedade da convenção; da relatividade dos efeitos dos negócios jurídicos contratuais, a função social do contrato e a boa-fé objetiva, os quais serão abordados a seguir.

2.1. Princípio da Autonomia da Vontade

A liberdade contratual se funda na autonomia da vontade dos contratantes que basicamente consiste no poder de estipular livremente qualquer avença que não seja contrária a legislação, mediante acordo de vontades.

A brilhante jurista Maria Helena Diniz assim conceitua autonomia da vontade:

O princípio da autonomia da vontade é o poder conferido aos contratantes de estabelecer vínculo obrigacional, desde que se submetam às normas jurídicas e seus fins não contrariem o interesse geral, de tal sorte que a ordem pública e os bons costumes constituem limites à liberdade contratual.[12]

No entanto, como se depreende da conceituação acima, o princípio da autonomia da vontade encontra-se hoje sujeito a respeitar a ordem pública, que invoca a supremacia dos interesses coletivos sobre os individuais com o fito de assegurar a igualdade econômica.

Essa proteção se deu em virtude do surgimento dos contratos de adesão, no qual uma das partes se sujeita ao contrato apenas deliberando "o que contratar" e não participando das elaborações das cláusulas contratuais.

Ante este fato o digníssimo Professor Doutor Roberto Senise Lisboa sabiamente assim se pronuncia:

Para o aperfeiçoamento da tentativa de conceder o equilíbrio às relações contratuais em massa, o poder público editou outras normas jurídicas de ordem pública e interesse social, dessa feita para fixar princípios e regras gerais de aplicação aos contratos, denominadas cláusulas contratuais gerais.[13]

Assim destaca-se que o Estado, quando necessário, intervém nas relações convencionais, através das chamadas revisões contratuais judiciais, isso se dá em virtude da adoção das cláusulas gerais que permitem ao julgador discricionariedade e flexibilidade para a solução do litígio apresentado a seu exame.

Portanto a "delimitação da autonomia da vontade" visa implementar equilíbrio e igualdade na avença contratual.

2.2. Princípio do Consensualismo

O princípio do consensualismo traz à baila o consenso puro entre as partes, ou seja, a avença só será firmada ante a manifestação volitiva e consensual acerca do seu conteúdo e objeto.

Críticas preponderam ao consensualismo ante a existência dos contratos de adesão. No entanto, lembramos que o consumidor é livre e pode exprimir sua vontade de contratar ou não, porém não resta dúvida de que o consenso em um contrato de adesão encontra-se parcialmente prejudicado.

Diante de tal problemática, novamente vale recorrer ao digníssimo Professor Doutor Roberto Senise Lisboa, que aduz:

Não há como negar, todavia, que o conteúdo do contrato, uma vez fixado apenas por uma das partes (contrato padronizado) ou por terceiro (contrato formulário), transforma a convergência de vontades, especialmente no que diz respeito à vontade declarada do aderente. Afinal, a vontade do aderente fica submetida à vontade do predisponente ou do terceiro que elaborou o teor do negócio jurídico.[14]

Note-se que, perante o disposto acima, a manifestação da vontade consensual do aderente configura submissão às cláusulas, sem que este possa modificar ou pactuar outro conteúdo na avença.

2.3. Princípio da Obrigatoriedade da Convenção

O princípio da obrigatoriedade contratual, também conhecido como *pacta sunt servanda* - o contrato faz lei entre as partes - é assim definido pelo digníssimo jurista Caio Mário da Silva Pereira: "o princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada (...) concluída a convenção, recebe da ordem jurídica o condão de sujeitar, em definitivo, os agentes."[15]

Mas a obrigatoriedade contratual não pode ser considerada absoluta, afinal existem fatores que permitem a revisão das cláusulas contratuais, visando restabelecer o equilíbrio na avença pactuada, ou seja, o princípio da obrigatoriedade da convenção não é imutável e inalterável e, nesse sentido o digníssimo Professor Doutor Roberto Senise Lisboa retrata que "a revisão judicial dos contratos é outra exceção à imutabilidade e à inalterabilidade, por meio da qual o juiz, buscando a manutenção da relação jurídica contratual, procede ao equilíbrio jurídico e da equação econômico-financeira".[16]

Porém, visando proteger a segurança jurídica é certo afirmar que a revisão judicial dos contratos é tratada como exceção e necessita de permissivos legais para sua efetivação.

Assim é que mais adiante torna-se imprescindível tratar de duas exceções ao princípio da obrigatoriedade contratual, quais sejam: a teoria da imprevisão e a teoria da onerosidade excessiva.

Por fim, deve-se salientar que a revisão contratual judicial vem valorizar o princípio da isonomia, na medida em que restabelece o equilíbrio contratual protegendo-se assim, no âmbito das relações "consumidor x fornecedor", os vulneráveis e hipossuficientes.

2.4. Princípio da Relatividade dos Efeitos dos Negócios Jurídicos

Outro princípio contratual que deve ser abordado nesse artigo é o da relatividade dos efeitos dos negócios jurídicos contratuais que determina que a obrigação contratual não

aproveita e nem prejudica terceiros alheios ao pacto firmado, ou seja, determina que somente as partes estão adstritas ao cumprimento das prestações contratuais.[17]

Não obstante, há de se observar que considera-se nulo o contrato que for contraído em prejuízo de terceiro, isso porque o contrato não pode gerar obrigações para pessoas alheias à relação contratual.

2.5. Função Social do Contrato

A função social do contrato hodiernamente visa programar o bem estar da humanidade aprimorando uma equidade social, respeitando a vida e o meio ambiente e, desta maneira, edificando uma sociedade justa e economicamente forte.

Não há que se negar que o estudo da função social do contrato veste-se de indefinível importância, haja vista sua intersecção direta com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O enunciado 23 - I Jornada de Direito Civil - Conselho da Justiça Federal - confirma o exposto acima. Veja:

A função social do contrato prevista no art. 421 do novo CC, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes os interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade humana.[18]

Portanto, a função social jamais pode ser vista como um desígnio que põe fim à autonomia da vontade contratual. Deve ser encarada, no âmbito das relações civis, como uma cláusula geral que contém um conceito jurídico indeterminado que funciona como uma autorização legislativa para que o magistrado no uso de sua discricionariedade estabeleça equidade e proteção aos direitos coletivos no caso em concreto, tudo isso a partir de uma visão social e no devido cumprimento de uma norma de ordem pública.

Então, valorar este instituto significa elevar o ser humano ao centro da ciência jurídica, pois de fato é inegável que o direito existe para servir a sociedade.

Assim sendo, a função social dos contratos nasce com o fito de romper com o paradigma individualista das relações privadas, em prol do interesse coletivo. Pois é certo que, com a massificação dos contratos - contratos de adesão -, os consumidores são colocados em situação de inferioridade nas convenções pactuadas.

O fator primordial da função social dos contratos em uma relação estabelecida por um contrato de adesão, entre consumidor e fornecedor, é proteger a parte vulnerável restabelecendo equilíbrio, mas veja, não só entre as partes envolvidas como também à toda coletividade de aderentes e, porque não dizer, a todas as pessoas que são expostas a esse tipo de oferta e publicidade para contratação.[19]

O digníssimo Professor Fabrício Zamprogna Matiello em conluio com o exposto acima, assim se manifesta, com relação ao princípio da função social dos contratos:

Passou a vigorar a idéia de que o individualismo precisa ceder espaço à socialização das relações contratuais, de maneira que nos contratos esteja inserido também um mínimo de orientação concretamente voltada ao resguardo dos interesses coletivos.[20]

O resguardo dos interesses coletivos não pode ser suplantado por uma autonomia da vontade "cruel", que visa estabelecer lucros a qualquer preço.

Logo, a função social dos contratos imprime uma nova realidade na qual os contratantes cooperam para que o negócio jurídico seja útil como meio de produção e circulação de riquezas, não só para as partes diretamente envolvidas, mas também para toda a comunidade, visando sempre o bem comum.[21]

Portanto, o estrito cumprimento desse princípio estruturante da ordem econômica, a função social, deve ostentar consonância com sua utilidade pública, protegendo a sociedade nas relações convencionadas, cuidando para que os interesses individuais não suplantem os coletivos.

Conclui-se, dessa maneira, que a função social dos contratos como princípio e ao mesmo tempo como cláusula geral, que orienta a conduta do contratante, imprime uma nova realidade contratual que rompe com o dogma individualista da vontade plena, em favor de uma dimensão social protetiva dos interesses transindividuais.

Isso não significa dizer que as partes não podem mais valer-se da autonomia da vontade ao pactuarem, mas apenas que sua compreensão deve pautar-se num valor maior, qual seja o interesse social.

2.6. Boa-fé Objetiva

A honestidade, confiança, lealdade e fidelidade formam etimologicamente o significado de boa-fé que, para a ciência jurídica, pauta-se hoje como o princípio imperativo de todas as relações privadas.

A priori pode-se afirmar que a boa-fé é um elemento componente da ordem jurídica não só positiva, mas também natural, pois agir com ética e moralidade com o fito de não prejudicar é preceito da boa-fé subjetiva, uma vez que abarca a convicção interior que o sujeito possui acerca da justiça e do direito, devendo-se levar em conta a sua intenção psicológica.

A boa-fé subjetiva serve à proteção daquele que tem a consciência de estar agindo conforme o Direito, apesar de ser outra a realidade[22] - *teoria da aparência.* Daí, conclui-se que "a aplicação da boa-fé é de suma importância para os casos de '*aparência de direito'*, isto é, determinada pessoa possui o direito de exercer determinado ato ou negócio jurídico quando, na verdade, assim não é."[23]

Para o brilhante jurista Arnaldo Rizzardo o princípio da boa-fé é básico na orientação e formação do contrato, uma vez que:

As partes são obrigadas a dirigir a manifestação da vontade dentro dos interesses que as levaram a se aproximarem, de forma clara e autêntica, sem o uso de subterfúgios ou

intenções outras que as não expressas no instrumento formalizado. A segurança das relações jurídicas depende, em grande parte da boa-fé, isto é, da lealdade, da confiança recíproca, da justiça, da equivalência das prestações e contraprestações, da coerência e clarividência dos direitos e deveres.[24]

Desse pensamento pode-se resgatar que a segurança das relações jurídicas depende do estrito atendimento ao princípio da boa-fé, seja ante a *teoria da responsabilidade*[25] relacionada à boa fé subjetiva, ou em face da *teoria da confiança* expressa na boa-fé objetiva.

Assim, se a boa-fé subjetiva refere-se a um estado psicológico do agente, a objetiva apresenta-se como uma regra de conduta, como um dever de agir de acordo com padrões sociais de lisura, honestidade, confiança, eticidade e moralidade.

O princípio da boa-fé objetiva é um parâmetro de comportamento, o qual os contratantes devem obrigatoriamente seguir. Desta forma, é certo que ao concluir-se um negócio jurídico, os contratantes estão assumindo uma série de deveres ou obrigações acessórias que se acham implícitos ao acordo de vontades realizado, dos quais destacam-se a lealdade, a cooperação mútua, a informação, a assistência técnica , a veracidade, a segurança e a transparência de agir.[26]

Desta feita, fica fácil evidenciar que o devido respeito ao princípio da boa-fé acarreta responsabilidades pré e pós contratuais, em consonância ao previsto no art. 422 do ordenamento civilista brasileiro, *in verbis:* "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."[27]

O brilhante jurista Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao definir boa-fé objetiva confirma o preceito legal mencionado (art. 422,CC), veja:

Um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença.[28]

Evidencia-se, assim, que o desrespeito ao princípio da boa-fé vem ensejar a revisão contratual, tanto no âmbito das relações consumeristas quanto no das relações civis, como forma de restabelecer o equilíbrio nas convenções pactuadas.

Nesse diapasão, bem destaca o brilhante jurista Paulo Luiz Netto Lobo quando diz que:

A boa-fé sempre entroncou historicamente com a equidade. O juízo da equidade conduz o juiz às proximidades do legislador, porém limitado à decidibilidade do conflito determinado na busca do equilíbrio dos poderes contratuais, tendo de um lado o predisponente e de outro o aderente típico. (...) a equidade é entendida no sentido Aristotélico de justiça do caso em concreto.[29]

Parece lógico que o âmbito de aplicabilidade da boa-fé objetiva visa buscar equilíbrio nas relações contratuais em perfeita consonância com o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

No Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé vem estampada como princípio no art. 4º, III, da lei consumerista[30], e também é inserida como cláusula geral no art. 51, IV, do mesmo diploma legal[31], e assim sendo, é fator imprescindível na aplicabilidade da onerosidade excessiva, caso ocorra desrespeito às normas supra.

Por fim, ao estudar a boa-fé, é permitido concluir que a lei deseja proteger os legítimos interesses e expectativas das partes, e numa relação "consumidor x fornecedor" busca restabelecer a real equidade, sendo objetivo da justiça, valendo afirmar que caso haja desequilíbrio, o contrato deve ser revisto e até mesmo alterado.

3. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Todos os princípios estudados até o momento, sendo eles, constitucionais ou os que norteiam a teoria geral dos contratos, revestem-se de suma importância nas relações consumeristas, haja vista que, se caracterizada uma relação de consumo que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional, o caráter protetivo do

subsistema do consumidor, tangenciados por todos os princípios e sua regras sobrepõe-se às outras normas, estabelecendo-se assim equidade nas avenças firmadas.

Desse modo, afirma-se como citado na introdução desse artigo, que a legislação consumerista é uma lei principiológica que ingressa no sistema jurídico nacional concretizando os princípios e garantias fundamentais constitucionais.

Ante o exposto, torna-se fundamental destacar mais três princípios basilares dos contratos inerentes e consubstanciados no microssistema do consumidor, a saber: princípio da transparência, princípio da interpretação mais favorável ao consumidor e princípio da vinculação à oferta.

3.1. Transparência

O princípio da transparência vem positivado no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 46, *in verbis:*

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão e seu sentido e alcance.[32]

Nota-se que ele traz em seu escopo a nulidade da cláusula que não tenha sido conhecida ou devidamente compreendida pelo consumidor, isso porque na relação consumerista a informação é fator primordial nas negociações.

Nesse sentido, as informações prestadas ao consumidor devem ser claras e precisas, uma vez que o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca dos produtos ou serviços colocados à disposição no mercado, perfazendo o dever de informar.

Sobre esse assunto, o brilhante jurista Rizzato Nunes tece o seguinte comentário:

Com a imposição desses dois deveres, informação e transparência, o CDC inverteu a regra do *caveat emptor*, pela qual era o consumidor quem tinha de buscar as informações que desejasse sobre o produto ou serviço, trocando-a então, pela regra do *caveat vendictor*, que ordena justamente o contrário, isto é, cabe ao fornecedor dar cabal informação sobre o produto ou serviço.[33]

Na medida em que o artigo 6º, III do Código de Defesa do Consumidor declara como direito básico do consumidor a informação, fica claro nesta sistemática a obrigatoriedade da prestação de informações dos produtos e serviços pelo fornecedor.

O inter-relacionamento entre o princípio da transparência e o da informação se torna evidente neste breve relato, de tal sorte que ferir esses princípios, sem sombra de dúvida, permite a revisão contratual judicial para restabelecer o equilíbrio na convenção pactuada entre consumidor e fornecedor.

3.2. Interpretação Mais Favorável ao Consumidor

O princípio da interpretação mais favorável ao consumidor vem expresso no microssistema consumerista no art. 47, a saber: "As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor."[34]

Com fundamento neste princípio, toda vez que o julgador se deparar com cláusulas contratuais incompatíveis entre si, ou quando houver dúvida quanto à sua expressão e aplicação ao caso concreto, deve-se interpretar a cláusula de modo mais favorável à parte vulnerável da relação, o consumidor.

Em consonância com o comentado acima, o nobre jurista José Geraldo Brito Filomeno se expressa: "Isto está a indicar que ao juiz de determinada causa em que se discuta a interpretação de certas cláusulas contratuais recomenda-se que o faça de maneira mais favorável ao consumidor."[35]

Não há que se discutir que a relação "consumidor x fornecedor", por vezes necessita da intervenção jurisdicional. Assim, no propósito de restabelecer a equidade no pacto firmado entre as partes, o magistrado deve se valer do princípio em comenta, buscando a isonomia Aristotélica.

Embora o Código de Defesa do Consumidor tenha inserido o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor, as conhecidas cláusulas limitativas dos direitos continuam válidas em uma relação de consumo, desde que redigidas pelo fornecedor de maneira clara e em destaque.[36]

O art. 54, § 4º do subsistema consumerista, em consonância com o princípio da transparência e da informação, permite a inserção de cláusulas limitativas dos direitos. No entanto, exige a legislação que a redação dessas seja clara e ostensiva "redigidas com destaque, permitindo sua fácil e imediata compreensão."[37]

Conclui-se, portanto, que essa regra de interpretação mais favorável ao consumidor é de suma importância no equilíbrio das relações de consumo, protegendo a parte vulnerável da avença.

3.3. Vinculação à oferta

Pelo princípio da vinculação à oferta, o fornecedor de produtos ou serviços fica obrigado a cumprir qualquer oferta e orçamento que dispuser no mercado, sendo nula de pleno direito qualquer cláusula contratual que retire este direito do consumidor.

Tal princípio está disciplinado no art. 48, do Código de Defesa de Consumidor[38], e em respeito ao seu devido cumprimento o consumidor tem opção de converter a obrigação pactuada em perdas e danos, caso esta não seja mais necessária ou caso torne-se impossível de adimplemento por parte do fornecedor.

O princípio da vinculação à oferta também vem expresso no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor[39], e conforme o autor José Geraldo Brito Filomeno, esse

princípio resume-se na expressão: "prometeu, tem de cumprir"[40]. Ou seja, uma vez veiculada uma oferta, ou então uma mensagem publicitária, torna-se obrigado o fornecedor de produtos ou serviços que a fizer veicular, ou dela se utilizar, a cumprir o contrato que vier a ser celebrado.

4. TEORIA DA IMPREVISÃO

Após a Primeira Guerra Mundial, que provocou um desequilíbrio nas prestações dos contratos de trato sucessivo, despertava no mundo jurídico a teoria da imprevisão, que possibilitava às partes prejudicadas o pedido de revisão dos pactos ou a sua resolução.[41]

Segundo consta no vocabulário jurídico de De Plácido e Silva, essa teoria decorre da cláusula *rebus sic stantibus* e foi adotada na França pela Lei Faillot, de 21 de janeiro de 1918, cujo texto é o seguinte:

Independentemente das causas de resolução derivadas do Direito Comum, ou dos contratos, as transações e os contratos desde 1º de agosto de 1914 podem ser resolvidos, a pedido de qualquer uma das partes desde que prove que, em razão do estado de guerra, a execução das obrigações de um dos contratantes trará consigo um gravame, cuja importância supera, em elevado número, as previsões que se fizeram, razoavelmente, na época do contrato.[42]

Importante observar que o estado de guerra destacado pelo autor acima, imprime uma condição de força maior, ou seja, um fator exógeno e imprevisível que permite a resolução da convenção pactuada entre as partes.

Importante vislumbrar que a teoria da imprevisão decorre da teoria da cláusula *rebus sic stantibus* que preconizava a existência implícita em todos os contratos do seguinte dispositivo: "as obrigações contratuais somente podem ser integralmente cumpridas se subsistirem as condições fáticas econômicas e jurídicas existentes no momento da conclusão do negócio jurídico".[43]

Entretanto, cumpre destacar que a cláusula *rebus sic stantibus* não poderia ser utilizada caso o desequilíbrio contratual tivesse como escopo um fator imprevisível - caso fortuito ou força maior. Ao contrário, a sua aplicabilidade estaria adstrita à necessidade de comprovação de um prejuízo jurídico/ econômico fundamentado durante a vigência do contrato.

É nesse diapasão que o digníssimo Professor Doutor Roberto Senise Lisboa se manifesta ao diferenciar a cláusula *rebus sic stantibus* da teoria da imprevisão, veja: "Em busca do reequilíbrio (...) renovou-se a teoria da cláusula *rebus sic stantibus*, viabilizando-se a sua utilização mesmo no caso fortuito ou na força maior. Surgiu então a teoria da imprevisão."[44]

Assim, na teoria da imprevisão a revisão judicial contratual, justifica-se na medida em que ocorrer um fato imprevisível e superveniente capaz de alterar o equilíbrio contratual.

Acertadamente, o ilustre jurista Fábio Ulhoa Coelho destaca que: "A superveniência de fatos extraordinários e imprevisíveis pode dar ensejo à revisão judicial dos contratos cíveis de execução continuada ou diferida se deles resultar excessiva onerosidade para uma das partes."[45] Esta observação retrata o disposto no art. 478 do Código Civil brasileiro, que de maneira "diminuída" abarca a teoria da onerosidade excessiva, que será tratada adiante.

Nesse momento, cabe apenas concordar com o digníssimo Professor Doutor Roberto Senise Lisboa que menciona:

Contudo, a redação conferida ao art. 478 do Código Civil reconhece a possibilidade de resolução do contrato se fatores exógenos e imprevisíveis proporcionarem o desequilíbrio contratual e a onerosidade excessiva para uma das partes. Com isso, expressamente regulou-se a aplicação da teoria da imprevisão, e não o da onerosidade excessiva.[46]

Cumpre assim esclarecer que o termo utilizado pela lei civilista brasileira não condiz expressamente com o desígnio da onerosidade excessiva, que é mais abrangente que a teoria da imprevisão, podendo entender-se que a primeira (onerosidade) é gênero, do qual a segunda (imprevisão) é espécie.

Cabe, por fim, ressaltar que a parte que se sentir lesada por acontecimentos imprevisíveis e extraordinários supervenientes à contratação poderá pleitear, junto ao poder judiciário, a rescisão do contrato ou o reajustamento das prestações recíprocas, por estar atravessando dificuldades para adimplir a obrigação originalmente pactuada, ante ao princípio da conservação do negócio jurídico insculpido no art. 317 do ordenamento civilista brasileiro[47].

5. ONEROSIDADE EXCESSIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A teoria da onerosidade excessiva, adotada nas relações de consumo pelo Código de Defesa do Consumidor, é com certeza mais ampla e abrangente que a teoria da imprevisão, uma vez que não exige a comprovação de fatores imprevisíveis para sua caracterização, bastando apenas a constatação de desequilíbrio na avença.

Seguindo esse raciocínio, o digníssimo Professor Doutor Roberto Senise Lisboa, cita: "A ação externa ou sua imprevisibilidade, no entanto, não precisam ser demonstradas nem presumidas na aplicação da teoria da onerosidade excessiva. É suficiente a constatação do desequilíbrio econômico e jurídico".

Assim, o simples desequilíbrio contratual autoriza o consumidor prejudicado a obter a revisão judicial do contrato. Isso porque a legislação consumerista em seu art. 6º, V, estabelece que: "São direitos básicos do consumidor: a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, ou a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as torne excessivamente onerosas.[48]

De fato, o preceito insculpido acima dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade para o consumidor.

Outrossim, da simples leitura dessa norma supramencionada, facilmente detecta-se que o instituto da onerosidade excessiva abarca o desígnio da teoria da imprevisão em sua total essência, contemplando a revisão contratual também em razão de fatos supervenientes, porém, ampliando seus efeitos.

Nessa seara, o ilustre Professor Flávio Tartuce comenta:

Dentro da melhor técnica, conclui-se, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor adotou outro fundamento para a revisão contratual por fato superveniente, o da *revisão por simples onerosidade excessiva*, que tem como embrião a *teoria da equidade contratual*, que é motivada pela busca, em todo o momento, de um ponto de equilíbrio nos contratos, afastando-se qualquer situação desfavorável ao protegido legal.[49]

Na verdade, como se vê ao longo deste artigo, a revisão de cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas encontra, também, fundamentos nos princípios anteriormente comentados: função social do contrato, boa-fé, transparência, informação, os quais decorrem dos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, sempre na busca de uma equidade nas relações "consumidor x fornecedor".

Desta feita, como ressalta o digníssimo doutrinador Rizzato Nunes, a onerosidade excessiva como permissivo para revisão contratual não se trata de cláusula *rebus sic stantibus*, mas sim de revisão pura, decorrentes de fatos posteriores ao pacto, independentemente de ter havido ou não a previsão ou possibilidade de previsão dos acontecimentos.[50]

Quando se fala em proteção contratual, o subsistema consumerista se mostra cuidadoso e em seu art. 51, § 1º, III, considera nula de pleno direito a cláusula que se demonstrar excessivamente onerosa ao consumidor, *in verbis:*

Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: § 1º - Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.[51]

Resta, então, concluir que o reequilíbrio contratual deve sempre ser preservado, tendo em vista que o microssistema consumerista adota a teoria da onerosidade excessiva com o fito de programar a equidade nas relações entre consumidor e fornecedor, tornando nula de pleno direito as cláusulas que demonstrem iniqüidade e abusividade, impedindo, assim, que o fornecedor obtenha na avença vantagem demasiada

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Vade mecum.* 5 ed.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil - contratos*. v.3 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DENSA, Roberta. *Direito do Consumidor.* 5.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.* v.3. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. *Enunciados aprovados - I jornada de direito civil.* Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf> Acesso em 11 jun 2009.

LISBOA, Roberto Senise. *Comentários ao código civil artigo por artigo.* Coordenação Luiz Scavone Junior [et al...]. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

_____. *Manual de direito civil - contratos.* v.3. 4.ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contatos no novo código civil.* São Paulo: Método, 2002.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Curso de direito civil - contratos e dos atos unilaterais.* v.3. São Paulo: Ltr, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil - contratos.* v.3. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Institutos de direito civil - contratos.* v.3 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REALE, Miguel. *A constituição e o código civil.* Disponível em <http://www.miguelreale.com.br> Acesso em 11 jun 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos.* 8.ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato.* São Paulo: Ltr, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil - teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3.ed. São Paulo: Método, 2008.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito civil - direito dos contratos.* v.3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

---

[1] REALE, Miguel. *A constituição e o código civil.* Disponível em <http://www.miguelreale.com.br> Acesso em 11 jun 2009.

[2] Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

[3] NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.25.

[4] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.22.

[5] NUNES, Luis Antonio Rizzato. Ob.cit. p.26.

[6] NUNES, Luis Antonio Rizzato. Ob.cit. p.27.

[7] BRASIL. *Vade Mecum.* 5 ed.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

[8] MORAES, Alexandre de. Ob.cit. p.36.

[9] LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil - Contratos.* v.3. 4.ed.. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

[10] BRASIL. *Vade Mecum.* 5 ed.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

[11] NUNES, Luis Antonio Rizzato. Ob.cit. p.51.

[12] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.* v.3. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.26.

[13] LISBOA, Roberto Senise. Ob.cit. p.37.

[14] LISBOA, Roberto Senise. Ob.cit. p.38.

[15] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Institutos de direito civil - Contratos.* v.3 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.13.

[16] LISBOA, Roberto Senise. Ob.cit. p.44.

[17] ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito civil - Direito dos contratos.* v.3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.67.

[18] JUSTIÇA, Conselho Nacional de. *Enunciados aprovados - I jornada de direito civil.* Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf> Acesso em 11 jun 2009.

[19] LISBOA, Roberto Senise. *Comentários ao código civil artigo por artigo.* Coordenação Luiz Scavone Junior [et al...]. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.773.

[20] MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Curso de direito civil - contratos e dos atos unilaterais.* v.3. São Paulo: Ltr, 2008, p.22.

[21] LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contatos no novo código civil.* São Paulo: Método, 2002. p.57.

[22] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *apud* SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato.* São Paulo: Ltr, 2008. p. 81.

[23] LISBOA, Roberto Senise. Ob.cit. p.46.

[24] RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos.* 8.ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008. p.32.

[25] Quando a vontade ultrapassa os limites da segurança dos negócios e da boa-fé ou afeta a atividade de terceiro, recai sobre o agente a responsabilidade. O limite da vontade é, portanto, a responsabilidade. - LISBOA, Roberto Senise. Ob.cit. p.48

[26] LISBOA, Roberto Senise. Ob.cit. p.50.

[27] BRASIL. *Vade Mecum.* 5 ed.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

[28] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *apud* SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. Ob.cit. p. 83.

[29] LOBO, Paulo Luiz Netto, *apud.* NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.607.

[30] Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento as necessidades dos consumidores o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

[31] Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;

[32] BRASIL. *Vade Mecum.* 5 ed.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

[33] NUNES, Luis Antonio Rizzato. Ob.cit. p.610.

[34] BRASIL. *Vade Mecum.* 5 ed.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

[35] FILOMENO, José Geraldo Brito, *Manual de direitos do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.201.

[36] DENSA, Roberta, *Direito do Consumidor*, 5.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.135.

[37] BRASIL. *Vade Mecum.* 5 ed.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

[38] Art. 48 - As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos

[39] Art. 30 - Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meios de comunicação com relação a produtos e serviços, oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

[40] FILOMENO, José Geraldo Brito, Ob.cit. p.181.

[41] NADER, Paulo, *Curso de direito civil - contratos.* v.3. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.151.

[42] SILVA, De Plácido e, *Vocabulário jurídico*, 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.801.

[43] LISBOA, Roberto Senise. Ob.cit. p.79.

[44] *Ibidem.* p.80.

[45] COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito civil - contratos.* v.3 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.107.

[46] LISBOA, Roberto Senise. Ob.cit. p.83.

[47] Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

[48] BRASIL. *Vade Mecum.* 5 ed.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

[49] TARTUCE, Flávio, *Direito civil - teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 3.ed. São Paulo: Método, 2008, p.183.

[50] NUNES, Rizzato, *apud. Ibidem.* p. 182.

[51] BRASIL. *Vade Mecum.* 5 ed.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

A PRINCIPIOLOGIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO*

THE CONTEMPORARY CONTRACT´ PRINCIPLES IN THE BRAZILIAN LAW

Marcelo Piazzetta Antunes

RESUMO

Não são raras as vezes em que se pode deparar com a afirmação sobre a decadência da afirmação de que "o contrato faz lei entre as partes" (pacta sunt servanda), ou mesmo ter acesso a decisões que desconsideram por completo os termos de uma convenção. Tais fatos certamente são frutos da uma alteração da principiologia a regular as relações contratuais e, se há algum tempo a realidade jurídica não era esta (eis que, se o fosse, o espanto ou mesmo surpresa com o afastamento das disposições contratuais inexistiria), o presente trabalho busca averiguar de que forma foi instrumentalizada esta mudança e quais são os princípios que atualmente regem as relações contratuais no cenário nacional.

PALAVRAS-CHAVES: CONTRATO - PRINCÍPIOS CONTEMPORÂNEOS - FUNÇÃO SOCIAL - JUSTIÇA CONTRATUAL

ABSTRACT

It is frequence listen the afirmation, even in justiciary judgements, that the principle which sais the contract becames law for the parts envold (pacta sunt servanda) is outmoded, leading to a desconsideration of the convention' terms. These facts are the result of a transformation that the contract' principles went throught and, if the legal reality is not the same (what is proved with the surprise that the removal of the contract' terms caused), the objective of this study is to check how this chance was manipuled in the Brazilian law and what principles are leading the contract' relations in our country.

KEYWORDS: CONTRACT - CONTEMPORARY PRINCIPLES - SOCIAL FUNCTION - CONTRACTUAL JUSTICE

1 BREVES CONTORNOS SOBRE A 'ANTIGA' E "NOVA TEORIA CONTRATUAL"[1]

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

A primeira questão a ser aventada em relação ao estudo ora proposto é o fato de que, conforme a "fórmula da relatividade"[2], de Roppo, o contrato "muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico social em que está inserido."[3]

Com isso, analisando a realidade econômica e social do Brasil à época da edição do Código Civil de 1916, verifica-se a indubitável absorção da ideologia contratual documentada no Código de Napoleão e nos outros que se seguiram – principalmente no Código alemão de 1900.[4] A doutrina de Gomes descreve este contexto:

Ao tempo em que Clóvis Beviláqua apresentou o Projeto do Código Civil brasileiro, éramos, na precisa observação de Sílvio Romero, uma nação embrionária[...]. A esse tempo não se iniciara o processo de transformação da economia brasileira, que a guerra mundial de 14 viria desencadear. A estrutura agrária mantinha no país o sistema colonial, que reduzia a sua vida econômica ao binômio da exportação de matérias-primas e gêneros alimentares e da importação de artigos fabricados. A indústria nacional não ensaiara os primeiros passos. **Predominavam os interesses dos fazendeiros e dos comerciantes,** aqueles produzindo para o mercado internacional e estes importando para o comércio interno. Esses interesses eram coincidentes.[5] (grifo nosso)

Desta forma, nos termos do discurso transcrito, a defesa do interesse comum das classes dominantes faz justificar "suas inclinações ideológicas. Para defendê-lo encontram no liberalismo econômico sua mais adequada racionalização."[6]

Desta forma, diante do ideário liberal e individualista reinante, o princípio da autonomia da vontade foi o verdadeiro vetor hermenêutico da codificação brasileira no início do século XX. Deste vetor decorreram outros princípios, denominados princípios contratuais "clássicos", que buscavam assegurar a resguardar a livre manifestação de vontade dos contratantes.

Os princípios "clássicos" são: o princípio da liberdade contratual *lato sensu;* o princípio da obrigatoriedade dos efeitos do contrato, ao qual se denomina também de *pacta sunt servanda* e, ainda, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais[7] (*res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest)**[8]**.*

Diante da preocupação em garantir da liberdade das partes na celebração do contrato (e na disposição de seus termos), passou-se a afirmar "e afirma-se ainda hoje nos cursos jurídicos -, que o Código Civil Brasileiro, como os outros códigos de sua época, era a Constituição do direito privado."[9]

Com isso, tendo em vista que as disposições contratuais das partes dificilmente poderiam ser revistas ou alteradas, tinha-se um verdadeiro “mundo de segurança”, conforme doutrina de Tepedino:

Segurança – é de se sublinhar – não no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, senão quanto à disciplina balizadora dos negócios, quanto às regras do jogo. Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular aos sujeitos de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas.[10]

No entanto, esta segurança deixou de lado o contexto social dos contratantes, eis que, preocupada com o indivíduo, a ideologia vertente esqueceu-se da sociedade, a qual sofreu graves conseqüências.

Em outros termos, ao consagrar a igualdade formal entre os indivíduos como cânone ensejador de uma necessária e justa relação contratual fundamentada apenas e tão-somente na livre manifestação de vontade, a teoria contratual clássica expõe uma visão do indivíduo desvinculado da realidade social.[11] Por essa razão, o “mundo de segurança” acabou por ensejar um verdadeiro “darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça contratual.”[12]

Noronha traz protesto de pároco francês que demonstra de forma bastante elucidativa a realidade social acima descrita:

Manifestamente, o culto pela liberdade estava levando a conseqüências inadmissíveis. A liberdade sem freios estava esmagando outros valores tão fundamentais como ela própria. O protesto do Padre Lacordaire ressoava nas consciências: *Entre lê fort et lê faible c´est la liberte qui opprime et la loi qui affranchit*, entre o forte e o fraco, é a liberdade que oprime e a lei que liberta.[13]

A verdade é que, fundamentada na igualdade (formal) dos indivíduos, a teoria clássica, absorvendo-os do contexto social, acabou por fomentar (e, o pior, legitimar com validade constitucional)[14] a desigualdade entre as classes. Uma nova Revolução, agora a industrial, fez iluminar a realidade na qual estavam inseridos os cidadãos,

demonstrando a disparidade fática entre os contratantes e, mais, revelando que, em várias circunstâncias, o consenso da parte efetivamente inexistia num plano fático.[15]

Desta forma, as transformações geradas pela Revolução Industrial[16] fizeram impulsionar o crescimento dos contratos de adesão, onde não há uma verdadeira manifestação de vontade ou mesmo discussão quanto às obrigações assumidas e contratadas. As figuras do contratante e do contratado, nesta espécie de contrato, ganham contornos diferentes, eis que "há um autor efetivo das cláusulas; outro, simples aderente."[17] Assim, nas palavras de Noronha: "só quando o fenômeno da massificação chegou ao campo jurídico é que se sentiu a necessidade de rever concepções."[18]

Afora os contratos "de massa", também os contratos ditos necessários e os coativos[19] influenciaram na visão acerca da necessária alteração da principiologia contratual clássica, pois no primeiro a manifestação de vontade era compulsória, e no segundo era irrelevante.[20]

No Direito brasileiro, a principiologia emergente com o Código Napeleônico começou a sofrer desgaste com a edição de inúmeras leis extracodificadas[21] - com a finalidade de "reequilibrar o quadro social delineado pela consolidação de novas castas econômicas, que se formavam na ordem liberal e que reproduziam, em certa medida, as situações de iniquidade que, justamente, o ideário da Revolução Francesa visava debelar."[22]

Na medida em que referida legislação contrastava apenas excepcionalmente o Código Civil, em uma primeiro momento não foi afastada a natureza "constitucional" atribuída ao diploma legal substantivo, o que motivou a adjetivação, às aludidas normativas, de leis "de emergência", as quais almejavam, segundo Tepedino: "episódica, casuística, fugaz, não sendo capaz de abalar os alicerces da dogmática do direito civil."[23]

Nos anos 30, todavia, com o crescimentos do embates sociais, as situações fáticas foram se avolumando e a impossibilidade do Código Civil tutelá-las ficou cada vez mais evidente. Com isso, as leis esparsas aumentaram sensivelmente, tornando impossível a subsistência do caráter emergencial e excepcional das mesmas.

Por meio destas leis, situadas não apenas materialmente, mas também ideologicamente, fora do Código Civil, é que o Direito brasileiro passou a realizar uma verdadeira intervenção assistencialista,[24] e, assim, verifica-se que a nova realidade começou a necessitar cada vez menos do Código Civil e cada vez mais das leis especiais.[25]

Assim, o discurso pelo Estado Social, o qual, "no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social"[26], emerge justamente para o fim de defender os interesses da parcela social oprimida diante da ideologia clássica. Por esta razão, explica-se o porquê o clamor de auxílio estatal foi intensificado com o fim da segunda Grande Guerra, período histórico que, pelas decorrências dele advindas, foi efetivamente um marco na transformação das regulações contratuais, retirando o Código Civil "o seu papel de Constituição de Direito Privado."[27]

Sobre o tema, Tepedino afirma:

Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas de direito privado passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes.[28]

Deste modo, com a Constituição (a "efetiva" e não mais aquela "Constituição de Direito Privado") ocupando-se da tutela também de Direitos Privados, a legislação extracodificada passou a fazer o papel regulamentador do poder estatal nas relações particulares, objetivando "garantir objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado"[29]. O Código Civil, por sua vez, passou a se ocupar com a estabilidade das normas, situação que acabou recebendo a denominação de "era dos estatutos"[30] ou "processo de descodificação do Direito Civil."[31]

O abarque constitucional dos institutos de natureza privada, de forma contrária ao que se verificava até o momento, fez com que se passasse a propugnar por uma "releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição da República,"[32] método que passou a ser chamado de Constitucionalização do Direito Civil.[33]

Todavia, a tutela constitucional dos direitos privados não representa apenas uma alteração da fonte a regular as condutas intersubjetivas. Não se pode diminuir a importância deste fato, que propiciou, em verdade, no Direito Civil, "a substituição do seu centro valorativo – em lugar do indivíduo surge a pessoa."[34] Convém salientar que o artigo 1º[35] da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948[36], já propugnava o dever de respeito à dignidade das pessoas, comprovando de forma nítida a nova tendência principiológica crescente após o fim da segunda Guerra Mundial.

Afirma-se a ocorrência de uma verdadeira "materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens"[37], fato ocorrido justamente porque "a patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III)."[38]

Neste sentido, o Direito Civil passou a atribuir imprescindível importância ao sujeito de direitos, e não ao sujeito proprietário, o que pode ser verificado no discurso de Fachin sobre a "repersonalização" do Direito Civil:

A ‘repersonalização’ do Direito Civil recolhe, com destaque, a partir do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana. Para bem entender os limites propostos à execução à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, têm sentido verificações preliminares. A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata[39]

Desta forma, absorvendo o ideário de repersonalização, o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ser o vetor imprescindível para todo o sistema jurídico, e, dada a necessidade de garantir a todos uma subsistência digna, não mais se pode conceber o indivíduo como ser desvinculado da realidade social[40] e, antes de ser uma simples “soma aritmética da satisfação de interesses particulares”[41], o interesse público ganha autonomia e importância para se impor até em face da própria vontade individual.

Neste contexto, portanto, é que surge a “nova teoria contratual.”[42] Senão veja-se discurso de Marques:

A nova concepção de contrato é uma concepção ***social*** deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os *efeitos* do contrato na sociedade são levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância. [...] É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: *o* ***interesse social***.[43] (grifo da autora)

A limitação da eficácia dos princípios clássicos, diante desta nova realidade, é medida patente, eis que a importância que tinham não mais se sustenta diante do novo quadro social (e, conseqüentemente, jurídico). Portanto, é justamente por meio da

restrição da aplicação da principiologia liberal que se busca adequar a disciplina contratual ao novo desenho da sociedade, o que é feito por meio de uma ideologia nucleada pelo vetor maior da dignidade da pessoa humana.[44]

Para Fachin, a dignidade da pessoa humana "ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista do Direito."[45]

Assim, em face deste quadro, emerge a principiologia contratual agora adjetivada de "contemporânea", materializada por meio dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico do contrato[46] e da função social do contrato.[47]

2 O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO DO CONTRATO: A PARIDADE COMO ELEMENTO DE JUSTIÇA CONTRATUAL

O princípio do equilíbrio econômico do contrato demonstra de forma clara o seu caráter renovador[48] em relação à teoria contratual clássica na medida em que se encontra amparado em uma ideia de igualdade não apenas formal entre os contratantes, mas também, e principalmente, a igualdade substancial é levada em consideração.[49] Assim, analisando-se a igualdade das partes dentro de um contexto social – e não absorvida desta realidade, como no caso da igualdade formal – pode-se verificar a existência, em determinadas situações, de desigualdades no poder negocial das partes, em face da qual "a disciplina contratual procura criar mecanismos do balanceamento das prestações."[50]

Desta forma, o princípio em tela representa uma busca de justiça contratual por outra forma que não pela simples liberdade de manifestação da vontade. Na verdade, a justiça buscada pelo princípio do equilíbrio econômico do contrato encontra-se embasada na ideia de paridade nas obrigações das partes.[51]

A doutrina de Negreiros versa sobre o princípio epigrafado:

O princípio do equilíbrio econômico do contrato remete, portanto, a uma dada definição filosófica de justiça, sintetizada na idéia de "meio termo". Definia Aristóteles: "O justo é, pois, uma espécie de termo proporcional". E ainda: "...a ação justa é intermediária entre o agir injustamente e o ser vítima de injustiça". Este meio termo, este ponto intermediário, resta comprometido, na relação contratual, sempre que se verificar um

certo nível de desproporção entre prestações que se supõem minimamente equivalente[52].

Desta maneira, preenchido o conteúdo conceitual do princípio em tela, importante salientar que é o ideário da paridade das prestações contratuais que fundamenta a acolhida de duas importantes figuras jurídicas, quis sejam, a lesão e a onerosidade excessiva.[53]

3 A BOA-FÉ OBJETIVA: TRÍPLICE FUNÇÃO

O princípio da boa-fé objetiva, não é exagero se afirmar, teve sua difusão no Direito brasileiro principalmente pelas mãos de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, pois foi o autor gaúcho que, por meio da obra "A Obrigação como Processo"[54] trouxe para a realidade jurídica nacional[55] a ideia de obrigação numa concepção dinâmica, contrária à uma análise estática que era "resultante da mera soma do crédito e do débito, vale dizer, do direito subjetivo de crédito e do dever jurídico estampado na dívida."[56]

Sobre as visões estáticas e dinâmicas da relação obrigacional, Martins-Costa assevera:

Na concepção estática da relação obrigacional, a que a visualiza basicamente como vínculo, percebe-se, todavia, apenas o seu aspecto externo, qual seja o definido pelos seus elementos, os sujeitos, o objeto e o vínculo de sujeição que liga – assujeita – o devedor e o credor, o crédito e a dívida. [...] É uma classificação meramente externa porque nada diz sobre a estrutura dos múltiplos deveres, estados, "situações" e poderes que decorrem do vínculo, o que se denomina de aspecto interno, vale dizer, o que se volta ao exame destes e da conduta concreta das partes no dinâmico processo de desenvolvimento da relação obrigacional.[57]

E é por meio de uma visão diferente acerca do vínculo que assujeita o devedor e o credor é que se verificou a natureza inovadora desta teoria, a qual passou a conceituar o vínculo como "uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem."[58]

É imprescindível mencionar o discurso de Couto e Silva acerca desse novo conceito de vínculo:

Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o *status* em que encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço para tratamento da relação obrigacional como um todo. [...] Sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter o sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma das partes, de um compósito de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções.[59]

Foi assim, aduzindo que o adimplemento do dever principal da obrigação não necessariamente ocasiona a sua extinção, eis que "pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente"[60], que o já mencionado autor gaúcho trouxe a lume um ideário obrigacional composto "do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor"[61], ao qual foi atribuído um caráter processual.

Com base nessa visualização da obrigação como um processo, como "um complexo de direitos (direitos de crédito, direitos formativos), deveres (principais e secundários, laterais e instrumentais), sujeições, pretensões, obrigações, exceções, ônus jurídicos, legítimas expectativas, etc."[62], é que Couto e Silva demonstrou "claramente a mudança do eixo do Direito Obrigacional, que se deslocou do princípio da autonomia da vontade para reconhecer no princípio da boa-fé uma fonte autônoma de direitos e de obrigações."[63]

Vale dizer, no entanto, que dado o caráter de mobilidade que se verifica em relação à boa-fé e como "a cláusula geral permite um espaço de intervenção criativa ao promover a construção de uma norma individual"[64], várias preocupações de cunho positivistas – eis que a mobilidade do princípio os tornava órfãos de uma premissa objetiva para realização do juízo silogístico – emergiram, principalmente com relação ao temor de arbitrariedades e de insegurança jurídica.

Assim, diante da preocupação acima aludida, verificou-se, por obra da doutrina alemã[65], uma verdadeira tipificação[66] da boa-fé, operada pela sua "subdivisão" em três funções, "quais sejam a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma e criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos."[67]

A primeira função atribuída à boa-fé – consagrada no artigo 113 do Código Civil[68] - busca que a interpretação dos termos de um contrato não privilegie o sentido malicioso das cláusulas, as quais devem ser consideradas com base numa relação de lealdade e honestidade entre as partes. Em outros termos, a interpretação a ser atribuída à cláusula analisada há de "considerar o significado que as partes atribuiriam ao contrato, se agissem com lisura."[69]

Noronha traz exemplo de albergue, pela jurisprudência brasileira, da função hermenêutico-integrativa da boa-fé:

Citemos o acórdão de 7-6-1988 do TJRS (RJTJRS, 133:362), que logo na ementa consigna que "o contratante não se pode valer de uma cláusula mal redigida, para fazer interpretação contrária à boa-fé e ao bom sendo". Era um caso em que o autor, segundo o acórdão, teria utilizado "termos ambíguos... inadvertidamente aceitos pela ré. Fundamentando a decisão, consignou-se o seguinte: "as cláusulas do contrato devem ser interpretadas segundo as normas do tráfico, de acordo com o que é usual e compatível com a época, com as circunstâncias e com a natureza do contrato. Há que se atentar para o bom sendo e, principalmente, para o princípio da boa-fé, segundo o qual o contrato deve ser cumprido e executado de acordo com as justas expectativas das partes contratantes.[70]

Quanto à boa-fé como limitadora do exercício de direitos subjetivos apresenta-se como "norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção."[71] Mostra-se, assim, como referencial à análise da regularidade ou da irregularidade/abusividade do comportamento frente à outra parte na relação contratual.

Com relação a esta vedação ao exercício abusivo de direitos, verifica-se também a ocorrência de uma "tipificação" como forma de precisar os seus contornos conceituais,[72] reiterando-se a já asseverada preocupação de índole positivista em relação aos princípios móveis.

Uma das formas de aplicação da boa-fé como limite ao exercício abusivo de direitos se verifica nos casos de adimplemento substancial do contrato,[73] figura que – "não obstante ser há muito versada no direito comparado, notadamente o da *common law*" [74] – começa a ganhar espaço nas decisões jurisprudenciais brasileiras, principalmente nos casos de contrato de seguros, senão note-se seguinte exemplo:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. NÃO PRESTAÇÃO DE SERVIÇO FUNERÁRIO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. BOA FÉ. **ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO.** DANO MORAL. CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO. I - É pacífico o entendimento que as regras dos art. 476 e 763 ambos do Código Civil, devem ser interpretadas de acordo com os princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, que consagra a função social do contrato e os princípios da probidade e da boa fé contratual, adotando-se interpretação mais favorável ao consumidor. II - **"O adimplemento substancial, conforme o definiu o Prof. Clóvis do Couto e Silva, constitui 'um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo, tão somente o direito de indenização' e/ou de adimplemento, de vez que aquela primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa fé."** III - O dano moral, por ser inerente à pessoa, por vezes é imensurável, frente à impossibilidade de se medir as dores, os abalos psíquicos, o sofrimento enfrentado pelo lesado, o constrangimento, a raiva. Desta feita, comprovada a lesão a partir do evento danoso, presume-se o dano sofrido (in re ipsa). IV - Recurso Desprovido. [75] (grifo nosso)

Por fim, quanto à função de norma criadora de deveres anexos, impende salientar que, além das obrigações documentadas no instrumento contratual, as partes devem cumprir também outros deveres (adjetivados de anexos, secundários, laterais, instrumentais, dentre outros) impostos pela boa-fé objetiva.

Martins-Costa discursa sobre os deveres instrumentais:

O que importa bem sublinhar é que, constituindo deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, como ocorre com os deveres secundários. Estão, antes, referidos ao *exato processamento da relação obrigacional*, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente.[76]

Com base justamente na existência destes deveres é que Fachin afirma que, hodiernamente, “quem contrata não contrata mais apenas *o que* contrata” [77], eis que a cogência dos mesmos prescinde da expressa previsão contratual, eis que advindos justamente da principiologia maior que busca tutelar os indivíduos como entes integrantes de uma realidade social (e não como seres alheios à mesma, como se verificava com a principiologia clássica).

Deve-se ressaltar, ademais, que esses deveres - que apesar de não incluídos no acordo de vontades devem ser observados -, bem como aquilo que decorre das outras funções da boa-fé, não se aplicam apenas na fase contratual, mas também nos planos pré e pós-contratual.[78]

A jurisprudência brasileira, mesmo antes do Código Civil de 2002,[79] não permaneceu alheia a este posicionamento, imputando responsabilização pré-contratual por inobservância de deveres impostos pela boa-fé objetiva. Senão note-se aresto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que fundamentou a decisão no princípio da boa-fé objetiva:

CONTRATO. TRATATIVAS. "CULPA IN CONTRAHENDO". RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA ALIMENTICIA, INDUSTRIALIZADORA DE TOMATES, QUE DISTRIBUI SEMENTES, NO TEMPO DO PLANTIO, E ENTÃO MANIFESTA A INTENÇÃO DE ADQUIRIR O PRODUTO, MAS DEPOIS RESOLVE, POR SUA CONVENIÊNCIA, NÃO MAIS INDUSTRIALIZÁ-LO, NAQUELE ANO, ASSIM CAUSANDO PREJUÍZO AO AGRICULTOR, QUE SOFRE A FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE VENDA DA SAFRA, UMA VEZ QUE O PRODUTO FICOU SEM POSSIBILIDADE DE COLOCAÇÃO. PROVIMENTO EM PARTE DO APELO, PARA REDUZIR A INDENIZAÇÃO A METADE DA PRODUÇÃO, POIS UMA PARTE DA COLHEITA FOI ABSORVIDA POR EMPRESA CONGÊNERE, ÀS INSTÂNCIAS DA RÉ. VOTO VENCIDO, JULGANDO IMPROCEDENTE A AÇÃO.[80]

Assim sendo, resta evidente que a boa-fé objetiva afigura-se como princípio que – como é inerente aos princípios ditos “contemporâneos” – relativiza (porque se sobrepõe) o dogma da autonomia da vontade, possuindo aplicabilidade não apenas quando se fala em responsabilização contratual, mas também, com fundamento na causa material da teoria filosófica, quando se está a versar sobre responsabilização pré e pós contratual.

3 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL: DEVERES (E DIREITOS) CONTRATUAIS DOS NÃO CONTRATANTES

Nos moldes já asseverados ao longo do presente trabalho, quando se fala numa realidade contratual contemporânea – ou, conforme dicção de Marques, numa "Nova Teoria Contratual" – a principal questão que se levanta cinge-se à substituição do cerne do contrato, posição que no período liberal era ocupada pela vontade mas hodiernamente se afirma que tal lugar cabe ao interesse social.

Desta forma, assim como o contexto social não pode ser deixado de lado pelas partes contratantes – basta se analisar os princípios do equilíbrio econômico do contrato e da boa-fé objetiva – também a sociedade não pode agir de forma a desconsiderar por completo a existência do contrato, e é justamente este comportamento social em relação ao contrato o campo de aplicação da função social.

Em outros termos, salienta-se conceito de Catalan que especifica o princípio em tela:

A função social consiste assim na projeção de eficácia para além dos limites do negócio pactuado, pois estes, de um modo geral, afetam não apenas as partes, mas com maior ou menor intensidade, projetam-se em direção a terceiros, muitas vezes, produzindo efeitos em relação a eles.[81]

Desta forma, os efeitos do contrato não ficam mais circunscritos apenas aos contratantes, mas também os terceiros alheios ao contrato são (ou podem ser) abarcados pelo princípio em tela, o que se justifica ao argumento de que o terceiro afetado também é componente do corpo social onde está inserido o contrato e seus sujeitos.

Fazendo-se um confronto entre o princípio epigrafado com a principiologia clássica/liberal, verifica-se a existência de um certo antagonismo entre a diretriz contemporânea e o princípio da relativização dos efeitos contratuais, fato que se mostra bastante coerente com a própria relativização da autonomia da vontade, levada a efeito pela realidade contratual contemporânea. Em outros termos, "uma vez que o paradigma voluntarista não serve mais como paradigma unificante da teoria contratual, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato deve ser correspondentemente revisto"[82], e esta revisão é realizada pelo princípio da função social.

Exemplifica-se essa relativização do princípio clássico da *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* com o parecer de lavra de Azevedo, o qual, analisando a conduta de distribuidoras de combustíveis que comercializam seus produtos a postos que já ostentam a "bandeira" de outra distribuidora, foi categórico ao afirmar a existência de ato ilícito não apenas por parte dos postos que compram combustível de distribuidora alheia à contratada, ferindo, assim, a cláusula contratual de exclusividade, mas também, e em caráter solidário, da própria distribuidora.[83]

Trata-se, portanto, da “tutela externa do crédito”[84], cuja aplicabilidade se fez sentir, por exemplo, no “caso Zeca Pagodinho”[85], e, ainda a título apenas exemplificativo, no “caso Penzoil vs. Texaco”[86], os quais, segundo Martins-Costa fundam-se numa mesma racionalidade jurídica: “a necessidade do afastamento da ‘razão cínica’, a fim de resguardar o nível mínimo de confiança no tráfico negocial, para assegurar, no capitalismo, a própria funcionalidade das práticas comerciais.”[87]

De outra forma, na medida em que assumem o dever de não agir de forma completamente alheia ao contrato, o terceiro também possui o direito de se opor ao mesmo quando verificar a ocorrência de prejuízos[88]. Um exemplo desse direito do terceiro está no reconhecimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, da legitimidade passiva da seguradora em ação indenizatória, ainda que inexista litisconsórcio com o segurado. Senão veja-se:

Processual civil. Recurso Especial. Prequestionamento. Acidente de trânsito. Culpa do segurado. Ação indenizatória. Terceiro prejudicado. Seguradora. Legitimidade passiva *ad causam.* Ônus da sucumbência. Sucumbência recíproca. [...]

- A ação indenizatória de danos materiais, advindos do atropelamento e morte causados por segurado, pode ser ajuizada diretamente contra a seguradora, que tem responsabilidade por força da apólice securitária e não por ter agido com culpa no acidente. [...].[89]

Em razão desta argumentação, faz-se justificado o título do presente tópico. Ademais, o princípio em tela mostra-se sintetizado por meio da seguinte frase de Fachin: “quem contrata não contrata mais apenas com quem contrata.”[90]

O que se deve salientar, no entanto, em relação à função social do contrato ora descrita, é que o princípio não possui o condão de vincular terceiros em relação aos deveres contratuais assumidos pelos contratantes, ou seja, as condutas assumidas pelas partes no contrato não são impostas aos terceiros como se também tivessem participado e aquiescido com os termos do instrumento. A conduta imputada aos não contratantes não é a de cumprir todas as cláusulas de um contrato que sequer participaram, mas sim a de não “se comportar como se o contrato não existisse.”[91]

Na verdade, o que ocorre neste caso é uma necessária distinção entre a oponibilidade e a relatividade dos efeitos do contrato, fato que, devidamente analisado, permite que se afirme que a função social não afasta por completo,[92] mas relativiza, o princípio clássico da *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest.*

A distinção entre a oponibilidade e a relatividade é verificada na obra de Negreiros:

A oponibilidade do contrato traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte. Isto não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe aos terceiros o respeito por tais situações jurídicas validamente constituídas e dignas de tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige).[93]

Frente ao que se expôs até aqui, é indubitável que a função social encontra-se pautada num referencial vertical, eis que sua análise se dá entre contratantes e terceiros, e não apenas entre os primeiros. Ocorre que "a função social não se esgota nesse aspecto exterior ao contrato. Conjuntamente, irradia-se para o interior da relação contratual[...]."[94]

Esta análise que se pode chamar de horizontal da função social foi sugerida por Nalin, que verificou a existência de uma "completa indefinição sobre o tema"[95] e, assim, propôs a divisão do princípio com base numa dupla função. As características desta eficácia dupla vêm descritas pelo autor paranaense:

A primeira, **intrínseca**, é relativa à observância de princípios novos ou redescritos (igualdade material, eqüidade, e boa-fé objetiva) pelos titulares contratantes.[...] Seu perfil **extrínseco** (fim coletividade), por sua vez, rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com suas repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito[96]. (grifos do autor)

A verdade é que há quase unanimidade doutrinária quanto à concepção de função social até o momento descrita, adjetivada de várias formas, todas elas buscando ressaltar o caráter externo da teoria.[97] Todavia, em relação à eficácia interna da função social há grande discussão doutrinária.

Dentre os doutrinadores contrários à aludida divisão da função social pela coincidência com o princípio da boa-fé objetiva, Theodoro Junior assevera que "se o legislador cuidou de disciplinar separadamente os dois princípios, foi porque lhes

reconheceu individualidade.”[98] Além dele, Martins-Costa aduz que “correta está a doutrina que indica a ‘funcionalidade exógena’ da função social, em contrapartida à ‘normatividade endógena’ dos princípios da boa-fé e da autonomia privada.”[99]

Ocorre que, afora os doutrinadores que defendem a dupla eficácia da função social e os que negam tal concepção, há um terceiro grupo de autores que, apesar de reconheceram uma eficácia interna à função social, o fazem utilizando-se conceito diverso do proposto por Nalin. Exemplo desta dissonância encontra-se na lição de Moraes:

O legislador de 2002 manifestou-se de modo tão ponderoso no que tange à função social do contrato que retornou ao tema nas disposições transitórias. Ao regular o direito intertemporal em matéria, reafirmou no parágrafo único do art. 2.035[...]. Isto, na verdade, confirma que o ordenamento civil brasileiro não dá qualquer guarida a negócios abstratos, isto é, a negócios que estejam sujeitos, tão-somente, à vontade das partes, exigindo, ao contrário, que os negócios jurídicos sejam causais, cumpridores de uma função social. **Nesta linha de raciocínio, teria o legislador exteriorizado, através dos termos do art. 421, o princípio da “causalidade negocial”**. Embora nós talvez continuemos a dizer, simplesmente, que determinado negócio “não cumpre a sua função social”.[100]

Tartuce também afirma que “pela redação atual do art. 421 do Código Civil é perfeitamente possível relacionar a função social à sua causa.”[101]

Vale dizer, no entanto, que independentemente do preenchimento conceitual que se adote para a chamada função social interna ou, ainda que não se admita a existência desta divisão do princípio, em momento algum há discussão doutrinária sobre o caráter solidarista do mesmo, decorrente, na linha já assentada, do vetor maior da dignidade da pessoa humana e da aplicação da Constituição às relações privadas.[102]

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente ao exposto, percebe-se que a principiologia contratual alterou-se para o fim de abarcar os anseios populares de tutela estatal no equilíbrio da disparidade

constantemente existente na formalização de determinada avença. Ou seja, se antes o Direito apenas prescrevia as regras do jogo, atualmente ele também atua, na tentativa de evitar injustiças (que não estão apenas na livre manifestação de vontade, mas no efetivo respeito à dignidade das pessoas, sem as desvincular do seu contexto social).

Em outros termos, as mesmas partes que, no período voluntarista, apenas se preocupavam com o outro contratante e com as obrigações expressas na convenção (residindo aí a justiça do contrato), diante da principiologia "contemporânea" estão a ter de se atentar também para os terceiros alheios ao contrato (que também não podem desconsiderar a existência deste) e a ter de cumprir obrigações não constantes do pacto, em nome justamente da justiça do contrato, agora vista sob um enfoque solidarista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo.** Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/411>. Acesso em 17 ago. 2008.

_____. Prefácio. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos tribunais.** São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

_____. **Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor:** estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. São Paulo: [s.n.], 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CATALAN, Marcos Jorge. Em busca da adequada leitura das bases principiológicas da nova ordem contratual. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord.). **Arte jurídica.** Curitiba: Juruá, 2008. v. 2. p. 271-294.

CATUSSO, Joseane; FARIA, Victor Lisboa de. Boa-fé e função social do contrato: uma proposta de abordagem conjunta. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths et al (Coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo:** anais do projeto de pesquisa virada de copérnico. Curitiba: Juruá, 2007. p. 281-304.

COUTO E SILVA, Almiro. Prefácio. In: COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Transformações gerais do direito das obrigações.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2005.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição.** 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Notas sobre o princípio da função social dos contratos**. Disponível em: <http://www.realeadvogados.com.br>. Acesso em: 20 fev 2009.

_____. O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação". In: BRANCO. Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil brasileiro**. *Disponível em: <www.voxnews.com.br/dados_artigos.asp?CodArt=141>. Acesso em: 15 dez. 2008.*

_____. **Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil brasileiro**. *Disponível em: <www.voxnews.com.br/dados_artigos.asp?CodArt=141>. Acesso em: 15 dez. 2008.*

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. **Revista trimestral de Direito Civil,** Rio de Janeiro, n. 21, jan.-mar. 2005.

_____. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PERELMAN, Chaïm, **Ética e Direito.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Percurso Teórico da Boa-fé e sua Recepção Jurisprudencial no Direito brasileiro.** 375 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

_____; GLITZ, Frederico. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso "Zeca Pagodinho". In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.) **Diálogos sobre Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. vol. II. p. 323-344.

REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil:** situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos:** do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

_____. O princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual. Apontamentos em relação ao novo Código Civil e visão do projeto 6.960/02. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord.). **Arte jurídica.** Curitiba: Juruá, 2008, v. 2. p. 259-270.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____ (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1-16.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil.** 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-22.

_____; SCHREIBER, Gustavo. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) **Obrigações:** estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 29-43

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

---

[1] Expressão de autoria de Cláudia Lima Marques e que denomina o primeiro capítulo de sua obra. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 49).

[2] ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 24.

[3] ROPPO, loc. cit.

[4] Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégio feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil de 1916. (TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil.** 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 2.)

[5] GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro.** São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 24-25.

[6] Ibid., p. 27.

[7] Há parcela da doutrina que cita outros princípios decorrentes do dogma da vontade, a referência ora feita baseia-se na obra de Azevedo. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos tribunais.** São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998. p. 115).

[8] Tradução livre: "O contrato não cria direitos nem deveres para terceiros."

[9] TEPEDINO, 2004. p. 2.

[10] TEPEDINO, loc. cit.

[11] "Com efeito, nesta etapa da evolução do direito civil, as relações do indivíduo frente à sociedade e frente ao Estado são, respectivamente, de indiferença e de resistência. [...] Refletindo um projeto político de índole burguesa, a codificação civil apreende este indivíduo abstratamente considerado como titular de vontade e garante-lhe proteção patrimonial." (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 15).

[12] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2005. p. 4.

[13] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 66.

[14] É bem verdade que a Constituição não possuía a força verificada hodiernamente, força essa que, aliás, segundo Lôbo, é decorrência do Estado social. (LÔBO, 2005. p. 5).

[15] MARQUES, 2005. p. 163.

[16] "Dessas transformações ligadas à Revolução Industrial, merecem destaque aqui, pelas suas repercussões jurídicas, os fenômenos, aliás interligados, da urbanização e da concentração capitalista: a urbanização é conseqüência do crescimento exponencial da população, da migração do campo para as cidades, das melhores condições de vida que o desenvolvimento econômico (de base industrial) propicia; a progressiva concentração capitalista é essencialmente conseqüência da concorrência econômica – e da luta, por esta engendrada, pela competitividade, pela racionalização, por melhores condições de produção e distribuição" (NORONHA, 1994. p. 70).

[17] MARQUES, 2005. p. 163.

[18] NORONHA, 2005. p. 69.

[19] O contrato “coativo”, também qualificado como ditado, imposto, forçado, “é como se as partes houvessem dado vida à relação jurídica mediante acordo de vontades espontâneo. Na verdade, porém, são obrigadas a constituí-la.” Tal modelo contratual busca, por meio da imposição, atingir “objetivos da política econômica do Estado, ou para facilitar a sua ação financeira” (GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 19-20). Quanto aos contratos necessários, Gomes já preconizava, em 1967, a sua crescente difusão em razão do aumento do intervencionismo estatal nas relações econômicas: “Inúmeros organismos particulares são obrigados a contratar com as pessoas que precisam dos serviços que se encarregam. Tais são, dentre outros, as companhias de transportes, de eletricidade, de telefone e, em geral, as empresas que se incumbem da prestação de serviços de utilidade pública” (Ibid., p. 22).

[20] Ibid., p. 24.

[21] “Assim chamadas por dissentirem dos princípios dominantes do corpo codificado” (TEPEDINO, 2004. p. 4).

[22] TEPEDINO, 2004. p. 4.

[23] Ibid., p. 5.

[24] “Expressão da política legislativa do *Welfare State* que se corporifica a partir dos anos 30, tem assento constitucional em 1934 e cuja expressa, na teoria das obrigações, se constituiu no fenômeno do dirigismo contratual” (Ibid., p. 6).

[25] Esta adjetivação das leis dá-se “justamente por sua técnica, objeto e finalidade de especialização, em relação ao corpo codificado.” (TEPEDINO, loc. cit.).

[26] LÔBO, 2005. p. 5.

[27] TEPEDINO, 2004. p. 7.

[28] TEPEDINO, loc. cit.

[29] TEPEDINO, loc. cit.

[30] “A intensificação desse processo intervencionista subtrai do Código Civil inteiros setores da atividade privada, mediante um conjunto de normas que não se limita a regular aspectos especiais de certas matérias, disciplinando-as integralmente. O mecanismo é finalmente consagrado, no caso brasileiro, pelo texto constitucional de 5 de outubro de 1988, que inaugura uma nova fase e um novo papel para o Código Civil, a ser valorado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais, cada um deles com vocação universalizante. Em relação a esta terceira fase de aplicação do Código Civil, fala-se de uma “era dos estatutos”, para designar as novas características da legislação extravagante. (Ibid., p. 8).

[31] “Assim é que surgiram, ao longo do tempo, numerosos estatutos com tais características, no Brasil e alhures, bastando indicar, a título de exemplo, as sucessivas leis de locação predial urbana, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da

Criança e do Adolescente. Esse longo percurso histórico, cujo itinerário não se pode aqui palmilhar, caracteriza o que se convencionou chamar de descodificação do direito civil, com o deslocamento do centro de gravidade, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de monossistema, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. Em relação a estes o Código Civil perdeu qualquer capacidade de influência normativa, configurando-se um polissistema, caracteriza por um conjunto crescente de leis como centos de gravidade autônomos e chamados, por conhecida corrente doutrinária, de microssistemas.” (TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____ (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 5).

[32] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 10. Aliás, a Constitucionalização do Direito Civil é fruto justamente da busca por uma adequação das disposições codificadas aos valores consagrados constitucionalmente. Esta doutrina “constitucionalista” surgiu no Direito italiano, onde o Código Civil de 1942 fora elaborada sob influência fascistas, “portanto, uma Código voltado para a *produtividade*, para a produção em larga medida, mas sem qualquer referência ao valor fundamental do ser humano. [...] Tudo girava em torno da *produtividade* em benefício do Estado” (LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição.** 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. p. 17). Ocorre que a Constituição promulgada na Itália em 1947 possuía um outro ideário, eis que referida corpo normativa sucede a Segunda Guerra Mundial e, portanto, abarca a alteração de comportamento social por ela perpetrada. “A Itália, ao fazer sua Constituição, mesmo não sendo obrigada a adotar a lei fundamental imposta pelos países vitoriosos, não deixou de seguir esta mudança de posicionamento. Elaborou democraticamente a sua Constituição, com grande participação inclusive de partidos comunistas, socialistas, partidos de esquerda, além da democracia cristã e social democracia, elaborando um texto em que também procurava centrar sua filosofia na dignidade do ser humano.” (LOTUFO, loc. cit.). Diante destas disparidade entre Código Civil e Constituição Federal, “a doutrina partiu para o estudo do Direito Civil Constitucional, como único meio de se recepcionar o Código Civil, pois submetido à releitura pelo enfoque constitucional” (Ibid., p. 18-19).

[33] A idéia de constitucionalização do direito civil, que se tem apresentado modernamente em farta e fecunda bibliografia, pode ser enfocada tanto em um aspecto formal como sob uma ótica material. Formalmente, as Constituições passaram a conter disposições que se encontravam nos Códigos Civil.[...] No aspecto material, o que releva é a fixação da Constituição como a fonte dos valores que informam as regras de direito civil (para além do fato de haver regras desta natureza insculpidas no próprio texto constitucional). (TEPEDINO, 2004. p. 13.)

[34] NEGREIROS, 2006. p. 11

[35] “Art. 1º Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (1948). Disponível

em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 08 fev. 2009).

[36] "Não sei se se tem consciência de até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra. Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas *de fato*, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado." (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28)

[37] LÔBO, 2005. p. 7.

[38] LÔBO, loc. cit.

[39] FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 190.

[40] A relação havida entre o respeito à dignidade humana e a proteção do homem como integrante da sociedade vem descrita na obra de Negreiros: "O direito civil voltado para a tutela da dignidade da pessoa humana é chamado a desempenhar tarefas de proteção, e estas especificam-se a partir de diferenciações normativas correspondentes a diferenciações que imploram a concepção outrora unitária da indivíduo, dirigindo-se, não a um sujeito de direito abstrato dotado de capacidade negocial, mas sim a uma pessoa situada concretamente nas suas relações econômico-social.[...] Com efeito, à tutela da dignidade da pessoa humana correspondem não apenas os tradicionais direitos individuais mas igualmente os chamados "direitos sociais", que reordenam as relações entre o Estado e a sociedade, impondo a todos o ônus da tornar a sociedade mais justa." (NEGREIROS, 2006. p. 19-20). A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos também traz esta relação: "Art. 22. Todo homem, **como membro da sociedade**, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade." (grifo nosso) (ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (1948). Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 08 fev. 2009).

[41] NEGREIROS, 2006. p. 15. Asseverando sobre o ideário individualista, Negreiros afirma: "Com efeito, nesta etapa da evolução do direito civil, as relações do indivíduo frente a sociedade e frente ao Estado são, respectivamente, de indiferença e de resistência.[...] Refletindo um projeto político de índole burguesa, a codificação civil apreende este indivíduo abstratamente considerado como titular de vontade e garante-lhe proteção patrimonial" (NEGREIROS, loc. cit.).

[42] Cf. nota 1.

[43] MARQUES, 2005. p. 210-211.

[44] Moraes “decompõe” o princípio da dignidade da pessoa humana nos “princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade” (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85).

[45] FACHIN, 2006. p. 190.

[46] Noronha prefere denominar de “Princípio da Justiça Contratual” (NORONHA, 1994. p. 153) o que Azevedo denomina como princípio do Equilíbrio Econômico do Contrato: “Neste sentido, a eqüidade é complemento da justiça, se não mesmo a sua realização, pelo respeito do intérprete aos princípios que constituem o embasamento da norma, como posta pelo legislador histórico, ou que venham a ser evidenciados por uma apreciação atual dos fatos, à luz da “evolução do sentimento moral”, para aproveitarmos uma expressão de Perelman. [...] Se considerarmos a equidade nesse sentido, poderíamos denominar também de eqüidade contratual o princípio que chamamos de justiça contratual. Contudo, como a noção comum de eqüidade é ainda aquela que a liga a uma justiça do caso concreto, ainda que não arbitrária, preferimos passar a falar apenas em princípio da justiça contratual.” (NORONHA, loc. cit.).

[47] AZEVEDO, abr. 1998. p. 116.

[48] Neste ponto, verifica-se nitidamente não apenas a cisão que havia, no século XIX e início do século XX entre Constituição Federal e Código Civil (a Constituição de Direito Privado), mas também a importância das leis extracodificadas, que começaram a ganhar corpo a partir de 1930. Senão veja-se discurso de Negreiros: “O Código Comercial de 1850 aboliu a aplicação da lesão aos contratos celebrados entre comerciantes, por considerar que a busca do lucro, mesmo que exagerado, e a especulação eram da própria natureza destes contratos. Chegou, enfim, o Código Civil de 1916, que, eivado do espírito individualista da época, ignorou a lesão.[...] No plano constitucional, a Constituição de 1934 proibia a usura, o que, no entanto, não chegava a repercutir significativamente, haja vista que, naquela altura, o direito constitucional e o direIto civil eram considerados territórios jurídicos estanques.” (NEGREIROS, 2006. p. 178-179). Vale dizer, portanto, que a primeira manifestação do princípio na realidade legislativa brasileira se deu por meio do Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938: “Art. 4º Constitue crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: a) cobrar juros superiores à taxa permitida por lei, ou comissão ou desconto, fixo ou percentual, sobre a quantia mutuada, alem daquela taxa; **b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.** Pena: 6 meses a 2 anos de prisão celular e multa de 2:000$000 a 10:000$000.” (grifo nosso) (BRASIL. Decreto-lei nº 869, de 18 nov. 1938. Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego. Brasília, DF, 31 dez. 1939. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=28104>. Acesso em: 15 mar. 2009).

[49] “Apreciando as transformações havidas no direito privado, especialmente no direito das obrigações, Franz Wieacker demonstra que o acontecimento mais importante quanto aos aspectos fundamentais da virada do direito civil para o social foi o regresso do direito ao princípio da equivalência material. O individualismo liberal desprezou a

antiga tradição, que vinha da ética social de Aristóteles, da equivalência material das prestações, para o que contribuíram a ética da liberdade e da responsabilidade de Kant e Savigny, a recusa do liberalismo em relação a uma relativização das obrigações assumidas pelas alterações de valor verificadas no mercado, e a expectativa de previsibilidade da evolução da economia." (LÔBO, 2005. p. 6).

[50] NEGREIROS, 2006. p. 159.

[51] A relação havida entre a igualdade, a justiça e o equilíbrio faz-se nitidamente demonstrada na seguinte asserção de Perelman: "A impressão de ser vítima de uma injustiça resulta, desde o início, de uma comparação que a pessoa estabelece com outros seres, que se encontram numa categoria essencialmente semelhante àquela em que ela própria se encontra e que foram tratados de uma forma mais favorável. Sente-se como injusta toda violação da *regra de justiça*, que exige o tratamento igual de seres e de situações essencialmente semelhantes." (PERELMAN, Chaïm, **Ética e Direito.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 207).

[52] NEGREIROS, 2006. p. 169. Ressalta-se, portanto, em relação a este princípio, que o mesmo não analisa apenas o momento em que a vontade das partes está sendo manifestada, como se verificava no contexto da teoria voluntarista, mas também faz uma perquirição acerca da justiça/paridade "sobretudo relativo ao conteúdo e aos efeitos do contrato, que devem resguardar um patamar mínimo de equilíbrio entre as posições econômicas de ambos os contratantes." (NEGREIROS, loc. cit.).

[53] "O princípio do equilibro econômico do contrato, ou do sinalagma, por seu turno, leva à admissão, especialmente, de duas figuras, a lesão[53] e a onerosidade excessiva."(AZEVEDO, abr. 1998. p. 116.).

[54] Escrita em 1964 como tese do concurso para a cátedra de Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e editada, pela primeira vez, em 1974, pela Editora Bushastsky, de São Paulo.

[55] "Por certo, a idéia de obrigação como totalidade, ou como estrutura ou forma (*Gefüge; Gestalt)*, ou da obrigação como processo já era conhecida, sobretudo pelos autores germânicos." (COUTO E SILVA, Almiro. Prefácio. In: COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2006. p. 11).

[56] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 383.

[57] MARTINS-COSTA, 2000. p. 384.

[58] COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2006. p. 19.

[59] Ibid., p. 19-20.

[60] Ibid., p. 20

[61] COUTO E SILVA, loc. cit.

[62] MARTINS-COSTA, 2000. p. 394-395.

[63] AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Prefácio. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 7.

[64] AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo.** Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/411>. Acesso em 15 dez. 2008. "Por isso, a tarefa do juiz não se limita a uma subsunção lógica sob os conceitos legais; ele tem de averiguar, também, a situação de interesses tida em vista pelo legislador. Esse cotejo, sempre necessário, pode levar a um de cinco resultados: à subsunção lógica, à delegação – os casos em que o legislador, por meio de cláusulas gerais, remeta para o juiz a ponderação de interesses, de acordo com valorações reconhecíveis pelo legislador – à complementação de lacuna, à contradição de normas – portanto a uma lacuna de colisão ou alternativa – e à rectificação da regra – nos casos excepcionais em que exista tal contradição entre a solução encontrada e as necessidades da vida que assim se justifique." (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2001. p. 361).

[65] Tepedino e Schreiber imputam a Franz Wieacker a atribuição de uma função tríplice à boa-fé. (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Gustavo. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) **Obrigações:** estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 35).

[66] "A tripartição das funções atribuídas ao princípio da boa-fé obedece a uma classificação em "tipos ideais". Na prática, estas funções complementam-se, sendo por vezes difícil definir, num caso concreto, sob que "tipo" a boa-fé está sendo invocada; qual, enfim, a função específica que o princípio está desempenhando naquela hipótese em particular." (NEGREIROS, 2006. p. 140).

[67] MARTINS-COSTA, 2000. p. 427-428. O processo de "tipificação" não cessa nessa tripartição da boa-fé, visto que a generalidade das funções não afasta por completo os temores de cunho positivistas, sendo imprescindível, para o juízo lógico-dedutivo defendido por esta teoria, a objetivação ainda maior das funções, o que se verifica, por exemplo, com a função de norma de criação de deveres jurídicos: "Os deveres acessórios têm sido objeto de tipificações várias. Tal como ocorre com o estudo dos deveres *in contrahendo*, pode conseguir-se uma panorâmica satisfatória com recurso à tripartição entre deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade." (CORDEIRO, 2001. p. 603-604). Tepedino e Schreiber tecem críticas a esta "tipificação", asseverando que os deveres anexos "não têm conteúdo fechado. De fato, qualquer tipificação dos deveres anexos é inviável, porque derivam da relação obrigacional concreta, e inconvenientemente, porque limitaria uma cláusula que se pretende geral" (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005. p. 36). Pinheiro desvia-se da crítica referida ao evitar a utilização do termo "tipificação" para mencionar a existência de uma "sistematização exemplificativa" com relação a função integrativa. (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Percurso Teórico da Boa-fé e sua Recepção Jurisprudencial no Direito brasileiro.**

375 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. p. 208).

[68] "Artigo 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração." (BRASIL. **Código Civil** (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 mar. 2009).

[69] PINHEIRO, 2004. p. 213. O atuar jurisprudencial no sentido de fazer prevalecer a finalidade buscada com o contrato se faz possível graças à natureza processual do vínculo obrigacional, conforme palavras de Clóvis do Couto e Silva: "E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo." (COUTO E SILVA, 2006, p. 21).

[70] NORONHA, 1994, 155.

[71] MARTINS-COSTA, 2000. p. 457.

[72] "Nesse domínio, com o escopo de delimitar a aplicação da boa-fé objetiva, encontra lugar a formulação de tipos jurídicos: *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *supressio*, a *surrectio*, a *exceptio doli generalis*, a inalegabilidade de nulidades formais e o exercício desequilibrado de direitos." (PINHEIRO, 2004. p. 281). A jurisprudência brasileira de forma bastante corriqueira utiliza estes tipos para invocar a aplicação da boa-fé: "AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO DE COMISSÃO - EFEITOS - EFICÁCIA SUSPENSIVA - NÃO VERIFICAÇÃO DO EVENTO - INDEVIDA A COMISSÃO. [...] 2. As partes contratantes devem manter a boa-fé no cumprimento do contrato. 3. A conduta da apelada, de não apresentar proposta e documentos no dia, hora e local indicados no edital, dando ensejo à deserção do procedimento licitatório, para, em seguida, celebrar contrato com a Administração Pública valendo-se de dispensa da licitação, opondo tal fato ao apelante, fere o princípio da boa-fé objetiva, expressado, in casu, pelo instituto do tu quoque. 4. Não pode a apelada se aproveitar de uma situação que ela mesma criou para se beneficiar, negando o pagamento da comissão ajustada com o apelado." (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0223.03.119401-0/002(1). Relator: José Afonso da Costa Cortes. Belo Horizonte, 24 jun. 2008. Disponível em: <www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 15 mar. 2009).

[73] MARTINS-COSTA, 2000. p. 457.

[74] Ibid., p. 458.

[75] Trata-se de recurso interposto por empresa de seguro em face de sentença que a condenou ao pagamento de indenização por danos materiais e morais em razão de que esta negou cobertura securitária funerária ao pai da parte recorrida, que figurava como dependente no contrato de seguros formalizado entre as partes do processo, ao argumento de que uma das parcelas não havia sido paga. A seguradora invocou o princípio da exceção de contrato não cumprido, mas o tribunal manteve a decisão, embasando-se, para tanto, no princípio do adimplemento substancial: "É pacífico o entendimento que as regras dos art. 476 e 763 ambos do Código Civil, devem ser interpretadas de acordo com os princípios basilares do Código de Defesa do

Consumidor e do Código Civil de 2002, que consagra a função social do contrato e os princípios da probidade e da boa fé contratual, adotando-se interpretação mais favorável ao aderente, na espécie, o apelado. Neste contexto, o ponto crucial a ser analisado diz respeito ao equilíbrio das partes na relação negocial, sendo garantida constitucionalmente a defesa do consumidor, ante a sua fragilidade no mercado de consumo. Compulsando o caderno processual se constata que o apelado efetuou o pagamento de 28 (vinte e oito) prestações das 32 (trinta e duas) do contrato. Assim, pode-se concluir que mesmo que o recorrido estivesse com 04 (quatro) prestações em atraso, indiscutivelmente estava com quase todas as prestações quitadas, 87,5% da avença; ou seja, ocorreu o adimplemento substancial do contrato." (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 0480817-7. Relator: Antonio Ivair Reinaldin. Curitiba, 05 jun. 2008. Disponível em: <www.tj.pr.gov.br>. Acesso em: 15 mar. 2009).

[76] MARTINS-COSTA, 2000. p. 440. "Tais deveres, não abrangidos pela prestação principal que compõem o objeto do vínculo obrigacional, caracterizam a correção do comportamento dos contratantes, um em relação ao outro, tendo em vista que o vínculo obrigacional deve traduzir uma ordem de cooperação, exigindo-se de ambos os obrigados que atuem em favor da consecução da finalidade que, afinal, justificou a formação daquele vínculo." (NEGREIROS, 2006. p. 150)

[77] FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 3.

[78] Sobre a eficácia pós-contratual da boa-fé, o próprio Couto e Silva afirma que: "esses deveres podem perdurar ainda depois de adimplido o crédito principal."(COUTO E SILVA, 2006. p. 169) Quanto à aplicação do princípio na fase pré-contratual, Azevedo aduz: "É preciso que, na fase pré-contratual, os candidatos a contratantes ajam, nas negociações preliminares e na declaração da oferta, com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações, etc." (AZEVEDO. Antonio Junqueira. **Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor:** estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. São Paulo: [s.n.], 1995 apud MARTINS-COSTA, 2000. p. 509.)

[79] Menciona-se o Código Civil de 2002 principalmente em razão da discussão gerada com o Projeto de Lei 6.960/02, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que propunha a alteração de redação a vários dispositivos do Código Civil, dentre as quais se destaca a seguinte redação para o artigo 422: "os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da eqüidade". O argumento do autor do projeto foi o de que "o dispositivo apresenta, conforme aponta o Desembargador Jones Figueiredo Alves, insuficiências e deficiências, na questão objetiva da boa-fé nos contratos. As principais insuficiências convergem às limitações fixadas (período da conclusão do contrato até a sua execução), não valorando a necessidade de aplicações da boa-fé às fases pré-contratual e pós-contratual, com a devida extensão do regramento." O projeto foi arquivado em 31.01.2007, sendo que, com relação ao artigo 422, o relator da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara manifestou-se "pela manutenção do texto, que faIa em "conclusão do contrato", que

compreende a fase de negociação, elaboração, assinatura, e da sua "execução", que compreende o cumprimento ou descumprimento das obrigações contratuais, bem como a solução dos conflitos entre as partes. Não devemos ceder à tentação de deixar tudo explícito, até mesmo o óbvio." (BRASIL. Projeto de Lei nº 6.960, de 2002. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2002&Numero=6960&sigla=PL>. Acesso em: 22 jan. 2009). Sobre o arquivamento da proposta, Tartuce afirma: "Não concordamos com a relatoria, já que havia a necessidade de menção expressa no texto. Primeiro, pela carência do aplicador, aqui já mencionada. Segundo porque, conforme vimos não há experiência consolidada quanto ao tema, a ensejar a aplicação da boa-fé na fase de negociações, trazendo a responsabilidade pré-contratual. Em reforço, entendemos que não está óbvio no artigo que a boa-fé deve estar presente na fase de negociação." (TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual. Apontamentos em relação ao novo Código Civil e visão do projeto 6.960/02. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord.). **Arte jurídica.** Curitiba: Juruá, 2008, v. 2. p. 270).

[80] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 591028295. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Junior. Porto Alegre, 06 jun. 1991. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 15 mar. 2009. Caso conhecido na doutrina brasileiro como "caso dos tomates", onde a empresa CICA distribuía sementes a agricultores gaúchos e, sem qualquer formalidade contratual, após a plantação, adquiria a safra. Num determinado momento, apesar da distribuição das sementes, entendeu a empresa por não comprar a produção e foi responsabilizada pela quebra da confiança. Este caso é um dos pioneiros na aplicação do princípio da boa-fé objetiva às relações pré-contratuais. Note-se trecho do voto do relator: "Decorre do princípio da boa-fé objetiva, aceito pelo nosso ordenamento (Clóvis do Couto e Silva, Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, p. 61), o dever de lealdade durante as tratativas e a conseqüente responsabilidade da parte que, depois de suscitar na outra a justa expectativa de celebração de um certo negócio, volta atrás e desiste de consumar a avença". (MARTINS-COSTA, 2000. p. 474)

[81] CATALAN, Marcos Jorge. Em busca da adequada leitura das bases principiológicas da nova ordem contratual. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord.). **Arte jurídica.** Curitiba: Juruá, 2008. v. 2. p. 290.

[82] NEGREIROS, 2006. p. 231-232. A autora alerta para a discussão no sentido de que "surge do processo de socialização do contrato a necessidade de proceder a uma nova qualificação de "parte" e "terceiros", a qual não arranque exclusivamente a vontade e considere outros fatores como relevantes na elaboração desta *summa divisio."* (Ibid., p. 220-221).

[83] "As distribuidores que vendem combustíveis a postos "Oil", quebrando a exclusividade contratualmente assegurada, estão, pois, a cometer ato ilícito (art. 159 do Código Civil); são elas solidariamente responsáveis pelas conseqüências do inadimplemento contratual praticado pelos postos "Oil". (AZEVEDO, abr. 1998. p. 119).

[84] “A tutela externa do crédito é tomada com vistas a delinear a ruptura do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, em sua feição voluntarista, diante dos contornos que lhe sejam dados pela função social do contrato. [...] Segundo Fernando Noronha, há duas situações nas quais é possível invocar a tutela externa do crédito: [...] O primeiro caso pode ser exemplificado pelo art. 608, do Código Civil. O terceiro convence o devedor vinculado a um pacto de não concorrência, a violar este, exercendo uma atividade concorrente, coberta por um nome alheio. No segundo caso, encaixam-se as atravessadoras, que cooperam na violação de contratos de distribuição de combustíveis[...]. Nesse caso, encaixa-se a situação anteriormente descrita, envolvendo o cantor Zeca Pagodinho.” (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso "Zeca Pagodinho". In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.) **Diálogos sobre Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. vol. II. p. 339-340).

[85] “O cantor Zeca Pagodinho havia firmado um contrato com a agência de publicidade Fischer América para fazer um comercial na TV, em favor da cerveja Nova Schin. Intrometeu-se nessa relação contratual a agência África (titular da conta publicitária da cerveja Brahma), em razão do que Pagodinho violou o contrato com a primeira, passando a fazer publicidade para a segunda, concorrente da primeira” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil brasileiro**. *Disponível em: <www.voxnews.com.br/dados_artigos.asp?CodArt=141>. Acesso em: 15 dez. 2008). A decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo não se utilizou a tutela externa do crédito, mas ainda assim responsabilizou terceiro alheio à relação contratual: “Depreende-se da decisão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo que Ambev foi responsabilizada, impondo-lhe a multa contratualmente prevista, tal como em relação ao cantor Zeca Pagodinho. Ainda que a fundamentação para referida decisão não tenha perpassado pelos meandros da contemporânea compreensão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato e sua releitura a partir do princípio da função social do contrato, revelou-se a aplicação dos efeitos de uma responsabilidade contratual, vinculando solidariamente o devedor e o terceiro cúmplice.” (*PINHEIRO; GLITZ, 2008. p. 344).

[86] Em brevíssima síntese: “negociavam PENNZOIL e os principais acionistas da GETTY OIL um “Memorando de Entendimentos” regulador de um conjunto de ações na seqüência dos quais a PENNZOIL e o SARAH C. GETTY TRUST passariam a ser os únicos acionistas da GETTY OIL. Nos termos do Memorando, a PENNZOIL pagaria 110 dólares por ação. Aprovado o Memorando foi anunciado ao público, em 4 de janeiro – antes da abertura da Bolsa de Valores de Nova York – a existência de um “acordo de princípios entre as partes”, enquanto prosseguiam as negociações relativas a outros pontos do Memorando. Foi então que a TEXACO, principal concorrente da PENNZOIL, passou a negociar secretamente com os acionistas da GETTY OIL um plano de aquisição da GETTY. A TEXACO pagaria, por ação, 128 dólares. Em 6 de janeiro, uma nota à imprensa assinada pela TEXACO anunciava o acordo com os acionistas da GETTY para a aquisição dessa empresa. De imediato a PENNZOIL intentou contra a TEXACO uma ação baseada no *tort of induction breach of contract* (responsabilidade pela indução à violação de contrato). O pleito foi acolhido judicialmente, conferindo-se a indenização bilionária, com fundamento nos danos sofridos pela PENNZOIL em razão da interferência ilícita (*tortiously*) da TEXACO na relação negocial alheia.” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Zeca Pagodinho, a**

razão cínica e o novo Código Civil brasileiro. *Disponível em: <www.voxnews.com.br/dados_artigos.asp?CodArt=141>. Acesso em: 15 dez. 2008).*

[87] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil brasileiro**. *Disponível em: <www.voxnews.com.br/dados_artigos.asp?CodArt=141>. Acesso em 15 dez. 2008.*

[88] "Efetivamente, se um contrato deve ser considerado como fato social, como temos insistido, então a sua real existência há de impor-se por si mesma, para poder ser invocada contra terceiros, e, às vezes, até para ser oposta por terceiros às próprias partes." (NORONHA, 1994. p. 119).

[89] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 444716. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 31 mai. 2004. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 dez. 2008. Ressalta-se a expressa menção ao princípio da função social no voto, o qual afirma que o entendimento esposado "abraça o princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CF), em que se assenta o princípio da função social do contrato, este que ganha enorme força com a vigência do novo Código Civil (art. 421). De fato, a interpretação do contrato de seguro dentro desta perspectiva social autoriza e recomenda que a indenização prevista para reparar os danos causados pelo segurado a terceiro, seja por este diretamente reclamada da seguradora."

[90] FACHIN, 2008. p. 3.

[91] AZEVEDO, abr. 1998. p. 117.

[92] Roppo traz discurso que fundamenta a não exclusão do princípio clássico pela função social: "O contrato, portanto, transforma-se, para adequar-se ao tipo de mercado, ao tipo de organização económica em cada época prevalecente. Mas justamente, transformando-se e adequando-se do modo que se disse, o contrato pode continuar a desempenhar aquela que é – e continua a ser – a sua função fundamental no âmbito das economias capitalistas de mercado: isto é, a função de instrumento da liberdade de iniciativa econômica. Está agora claro que as transformações do instituto contratual, que designamos em termos da sua objectivação, não contrariam, mas antes secundam, o princípio da autonomia privada[...]" (ROPPO, 1988. p. 310). Azevedo também acompanha o entendimento esposado pelo autor italiano:"Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitido como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não deve ser considerados abolidos pelos novos tempos mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios" (AZEVEDO, abr. 1988. p.115-116).

[93] NEGREIROS, 2006. p. 272-273. Catusso e Faria também analisaram o tema: "Por certo, não se afirma que o contrato passa a obrigar terceiros; afirma-se apenas que o sentido que classicamente se atribuía ao princípios da relatividade dos efeitos dos pacto sofreu alterações, passando-se agora a uma concepção mitigada que considera que o contrato pode ter repercussões no campo social: trata-se de um fato cuja existência é reconhecida por terceiros não diretamente integrantes do pacto e que pode surtir efeitos que repercutam para além das partes expressamente signatárias do acordo. E tais efeitos devem estar direcionados para a consecução do bem comum." (CATUSSO, Joseane;

FARIA, Victor Lisboa de. Boa-fé e função social do contrato: uma proposta de abordagem conjunta. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths et al (Coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo:** anais do projeto de pesquisa virada de copérnico. Curitiba: Juruá, 2007. p. 299).

[94] Ibid., p. 299.

[95] NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001. p. 223.

[96] Ibid., p. 224.

[97] Há quem prefira denominar de "função social de eficácia externa" (TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos:** do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007. p. 248), "função social extrínseca" (NALIN, 2001. p. 223) ou, ainda, "o contrato além do contrato" (NEGREIROS, 2006. p. 206).

[98] THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 48. "Com efeito, função quer dizer "papel a desempenhar", "obrigação a cumprir, pelo indivíduo ou por uma instituição". E social qualifica o que é "concernente à sociedade", "relativo à comunidade, ao conjunto dos cidadãos de um país". Logo só se pode pensar em função social do contrato, quando este instituto jurídico interfere no domínio exterior aos contratantes, isto é, no meio social em que estes realizam o negócio jurídico de seu interesse privado." (Ibid., p. 13).

[99] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Notas sobre o princípio da função social dos contratos**. Disponível em: <http://www.realeadvogados.com.br>. Acesso em: 20 fev 2009.

[100] MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. **Revista trimestral de Direito Civil,** Rio de Janeiro, n. 21, jan.-mar. 2005. p. 119.

[101] TARTUCE, 2007. p. 258.

[102] Insta salientar que a doutrina elenca diversos artigos para fundamentar o embasamento constitucional do princípio da função social (e mesmo dos demais princípios "contemporâneos"): "Inicialmente, a função social dos contratos está ligada à proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, amparada no art. 1º, III, da CF/1988". (TARTUCE, 2007. p. 250); "Mediante o recurso à função social e também à boa-fé – que tem uma face marcadamente ética e outra solidarista – instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da solidariedade social, posta como uma dos "objetivos fundamentais da república". (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação". In: BRANCO. Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 144). "Muito embora a Constituição de 1988 não tenha feito referência expressa à função social do contrato, entende-se que esta encontra fundamento no art. 170, *caput*, da Constituição da República, no qual a livre-iniciativa é conformada aos ditames da justiça social." (CATUSSO; FARIA. 2007. p. 297). "o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à

ordem econômica” (REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil:** situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 32).

ALIMENTOS GRAVÍDICOS: ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS E SUA APLICABILIDADE PELOS TRIBUNAIS PÁTRIOS*

"PREGNANCY RIGHTS TO SUPPLEMENT": MATERIAL AND PROCESSUAL ASPECTS AND ITS APPLICABILITY BY THE NATIONAL COURTS

Maurem da Silva Rocha
Daniela Braga Paiano

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os aspectos materiais e processuais da nova lei denominada "Lei dos Alimentos Gravídicos" que possibilita a gestante pleitear, em nome do nascituro, alimentos para prover sua gestação. Para tanto, abordar-se-á o conceito de nascituro, fazendo referência as correntes que tratam do início da vida - natalista, concepcionista e da personalidade condicionada. Após, tratar-se-á do termo alimentos, conceituando-o, mostrando os diplomas legais em que o mesmo se encontra disciplinado, e, ainda, mostrando suas características, para posteriormente tratar dos alimentos gravídicos propriamente dito. Verificar-se-á também que tais alimentos decorrem do princípio da paternidade responsável, previsto no Art. 226, parágrafo 7 da Constituição Federal, que determina que o planejamento familiar decorre da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana. No que tange aos aspectos processuais, em um terceiro momento, será verificado qual deve ser o termo inicial para o pagamento destes alimentos, as provas que devem ser consideradas para que o juiz possa conceder a liminar e qual o procedimento a ser seguido por tais ações. Tal pesquisa foi elaborada com base em material bibliográfico, análise da legislação e principalmente pela busca de julgados nos tribunais pátrios analisando qual tem sido o entendimento dos mesmos quando da interposição de ação de alimentos gravídicos.

PALAVRAS-CHAVES: NASCITURO; ALIMENTOS GRAVÍDICOS; ASPECTOS PROCESSUAIS;

ABSTRACT

This research has the aim to analyze the material and processual aspects of the latest law called "Pregnancy Rights to Supplement" which gives the rights to the pregnant mother to ask, in the name of her baby, 'food' to support her pregnancy. This way, the research will check the condition of the baby and its rights regarding the doctrines about the beginning of life. Later, the term 'pregnancy rights to food' will be named, showing the places in Brazilian law where it is disciplined it will show its characteris¬tics, so that later analyze the theme specifically. It will also show that the theme is a consequence of responsible fatheship insculped in Brazilian Constitution (art. 226, 7th paragraph), as a

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

result of the human dignity. Concerning the processual aspects, in a third moment it will check when is the beginning to the payment of this rights, the proofs needed in the process to be analyzed by the judge and the procedure to be followeb by these actions. This research came true by the bibliographic material, analyzes of the law and mainly by the search of judgments in Brazilian courts.

KEYWORDS: BABY; PREGNANCY RIGHTS TO SUPPLEMENT; PROCESSUAL ASPECTS;

INTRODUÇÃO

O direito de família tem passado por diversas inovações visto que sofre grande influência da evolução das relações humanas. Enquanto o Código Civil de 1916 trazia em seu bojo muitos dispositivos discriminatórios e despidos de proteção às diferentes espécies de famílias, a Constituição Federal de 1988 rompe com essas regras a fim de se proteger as famílias de maneira ampla e vedando todo sentido discriminatório que pudesse haver.

Como consequência, muitos artigos do antigo código deixaram de ser aplicados, uma vez que não mais estavam de acordo com a nova Constituição. Por isso (e outros motivos), foi necessária a elaboração de um novo Código Civil (2002), que protegesse todas as entidades familiares, mesmo porque, havia várias leis que regiam o direito de família, criando assim a necessidade desta codificação mais recente.

Com o advento do atual código, muitas das normas de direito de família têm conteúdo aberto, cabendo ao intérprete fazer a sua exegese, adequando-a ao caso em concreto.

A Constituição Federal consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos valores máximos do atual ordenamento e, como desdobramento desta proteção, é que se prevê, em seu Art. 226, parágrafo 7º, que a família é base de toda a sociedade, merecendo proteção do Estado, tendo por princípio a paternidade responsável, como sendo livre a decisão do casal em ter filhos. Todavia, essa liberdade deve também ser analisada não só na esfera do casal, mas também no plano individual, visto que toda família será protegida pelo Estado, ainda que monoparental.

Pelo princípio da paternidade responsável, as pessoas devem ter maior consciência e responsabilidade pela prática de seus atos, refletindo melhor antes de se ter um filho sem as condições necessárias para arcar com seu sustento.

Sob essa ótica é que se pretende abordar o tema alimentos gravídicos, analisando não somente seus aspectos materiais como também processuais e principalmente qual tem sido o posicionamento dos Tribunais brasileiros com o advento desta lei.

1 INÍCIO DA PERSONALIDADE E PROTEÇÃO AO NASCITURO

Cumpre destacar a importância do início da personalidade. Muito embora a doutrina reconhecesse o direito aos alimentos do nascituro, o problema se relacionava ao marco inicial da personalidade. Por isso decorrem as três correntes que tratam do início da personalidade:

a) teoria natalista, que atribui o início da personalidade ao nascimento com vida, prevista na primeira parte do art. 2º, CC/2002; b) teoria concepcionista, pela qual a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida; e c) teoria concepcionista condicionada ou da personalidade condicional, que reconhece a personalidade desde a concepção se a criança nascer com vida.[1]

Segundo a teoria natalista, o nascituro só adquire personalidade jurídica após o nascimento com vida, enquanto que pela segunda teoria, a vida se inicia desde a concepção no útero materno.[2]

Para a teoria natalista, é impossível se reconhecer direitos da personalidade ao nascituro, ignorando a segunda parte do Art. 2º do Código Civil. Seguem essa teoria: Silvio Rodrigues e Venosa.

Os seguidores da teoria concepcionista (Pablo Stolze juntamente com outros autores modernos) acreditam que os direitos da personalidade são adquiridos desde a concepção que se dá pela nidação. Logo, o nascituro tem direito a personalidade. Embora reconheça esse direito desde a concepção, condiciona os direitos patrimoniais ao nascimento com vida (nascendo com vida, tal direito retroage desde a concepção).

Os adeptos da teoria da personalidade condicional entendem que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva. Seguem essa corrente: Arnoldo Wald, Miguel Maria de Serpa Lopes e Oertmann.[3] Na esteira do pensamento exposto:

A teoria concepcionista, por sua vez, influenciada pelo Direito francês, contou com diversos adeptos. Segundo essa vertente de pensamento, o nascituro adquiriria personalidade jurídica desde a concepção, sendo, assim, considerado pessoa. É a posição de Teixeira de Freitas, seguido por Beviláqua, Limongi França e Francisco Amaral Santos.[4]

Os autores em análise, seguindo pensamento de Silmara Chinelato e Almeida, afirmam que Teixeira de Freitas adotou a teoria concepcionista - e não a personalidade condicional, uma vez que no esboço, no Art. 221, descrevia que 'desde a concepção no ventre materno a existência visível das pessoas, e, antes de seu nascimento, elas podem adquirir direitos, como se já estivessem nascidas.'[5]

Esta terceira teoria (da personalidade condicional) é a majoritária entre os clássicos do Direito Civil (Washington de Barros Monteiro e Orlando Gomes).

A diferença entre a segunda e a terceira teoria é exclusivamente de qualificação jurídica. Enquanto para a segunda corrente se já se tem Direitos da Personalidade, já se tem também personalidade (mesmo que os direitos patrimoniais estejam condicionados); para a terceira, mesmo já dispondo de direitos da personalidade desde a concepção, como os direitos patrimoniais, a personalidade está condicionada.[6]

Consoante se infere do exposto por Venosa, "a ciência ainda deve dar passos no sentido de fornecer ao jurista a exata concepção da dimensão do embrião como titular de alguns direitos."[7]

Precisava-se então sintonizar, como asseverado por Barbosa Moreira, parte da doutrina de alguns ordenamentos jurídicos que negava categoricamente a personalidade do *nondum natus* com a que lhe reconhecia sua personalidade "a ente que ainda não tem existência separada, autônoma, e pode nunca vir a tê-la, ou não apto a mantê-la, ainda que por brevíssimo tempo."[8]

Tendo em vista que a parte final do art. 2º do Código Civil põe a salvo o direito do nascituro, "negá-lo é fazer tábua rasa de disposição cristalina. As construções têm de partir desse ponto firme; se não partem dele, são construções erguidas sobre areia."[9]

Quer seja uma ou outra a posição adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, é mister se reconhecer que o nascituro possui direitos e é inegável que um deles é o direito aos alimentos como forma de proteção ao principal deles, qual seja, o direito à vida, de forma que, em novembro de 2008, surgiu a Lei n. 11.804 que regulamentou em seu Art. 1º o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.[10]

Na verdade esse Art. 1º já está marcado por um equívoco. A bem da verdade, o portador do direito aos alimentos não é a mulher gestante, mas sim o próprio nascituro quem, inclusive deve figurar no polo ativo da ação, tanto que, conforme se verifica do Art. 6º, se estes alimentos não forem contestados eles serão convertidos em pensão em favor do menor (e não da gestante!). Por isso afirmar-se que o direito pertence ao próprio nascituro.

2 EVOLUÇÃO DO DIREITO AOS ALIMENTOS ATÉ O ADVENTO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Antes de se definir o sentido dos alimentos gravídicos, cumpre definir alimentos na acepção jurídica do termo. Assim:

Alimentos, no conceito de Direito de Família, é a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades de sobrevivência, tratando-se não só de sustento, como também de vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim, de todo o necessário para atender à necessidade de uma pessoa que não pode prover à sua subsistência, alcançando, inclusive, despesas de sepultamento do alimentando, custeadas pelo alimentante (Art. 872, CC).[11]

O direito aos alimentos no ordenamento jurídico pátrio está disciplinado no Código Civil (Arts. 1694 e ss.) Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/1968), Constituição Federal, ECA, Estatuto do Idoso, Código de Processo Civil, Lei de União Estável e Súmulas, dentre outros. Recentemente, a alteração foi a edição da Lei dos Alimentos Gravídicos (Lei n. 11.804/2008 - objeto de análise no presente artigo) e ainda a lei que trata sobre a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético - DNA (Lei 12.004/2009).

Assevera Carlos Roberto Gonçalves que a expressão alimentos tem, "no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência compreendendo não só o

indispensável ao sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentando."[12]

O dever alimentar se funda na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os familiares, fazendo com que, o Estado, tenha interesse direto no cumprimento das normas de obrigações alimentícias, uma vez que, sua inobservância impõe a ele o dever de cuidado sobre esses desamparados. Ademais, o direito aos alimentos possui natureza jurídica mista, com conteúdo patrimonial e de finalidade pessoal. [13] Segundo Maria Berenice Dias:

A natureza jurídica dos alimentos está ligada à origem da obrigação. O dever dos pais de sustentar os filhos deriva do poder familiar. A Constituição (CF 229) reconhece a obrigação dos pais de ajudar, criar e educar os filhos menores. (...) É obrigação alimentar que repousa na solidariedade familiar entre os parentes em linha reta, e que se estende infinitamente.[14]

Os alimentos são divididos doutrinariamente em naturais ou necessários - os estritamente necessários para a sobrevivência - e os civis ou côngruos - como os que incluem para satisfazer todas as necessidades básicas do alimentando.[15] Nesta linha de raciocínio:

Os alimentos podem ser classificados como naturais e civis. Os naturais são os indispensáveis para a subsistência, tais como alimentação, vestuário, saúde etc. Enquanto que, os alimentos civis são os destinados a manter o padrão de vida do alimentando, mantendo seu *status* social.[16]

Assim, a depender da causa ensejadora destes alimentos, eles serão considerados como naturais ou como civis. Levando-se em conta a causa jurídica, eles ainda se classificam em legítimos (objeto de estudo no Direito de Família), voluntários (assumidos por quem não tem o dever legal de prestá-los) e indenizatórios (advindos da prática de ato ilícito).

No que tange a finalidade, eles ainda podem ser definitivos (fixados em sentença), provisórios (para viger durante o curso da própria ação alimentícia) e provisionais (que são os arbitrados de forma cautelar, nos termos do Art. 852 e seguintes do CPC).

Atribui-se aos alimentos as seguintes características: personalíssimos, reciprocidade, solidariedade, inalienabilidade, irrepetibilidade, alternatividade, transmissibilidade, irrenunciabilidade.

Personalíssimo no sentido de que eles devem prover as necessidades de quem os postulou, não podendo assim, sequer ser penhorados ou objeto de cessão ou compensação de dívidas; recíprocos pois, conforme estabelecem os Arts. 1694 e 1696 do CC eles são devidos entre os parentes e companheiros, devendo, por óbvio, ser respeitado o binômio da necessidade de quem os pleiteia x possibilidade de quem os paga; quanto a solidariedade, muito embora haja uma discussão doutrinária[17], após o advento do Estatuto do Idoso que trouxe de forma expressa que os alimentos são solidários, parte da doutrina entende que tal ponto se pacificou;[18] a inalienabilidade é no sentido de que os mesmos não podem ser objeto de transação (salvo as prestações pretéritas); irrepetibilidade tendo em vista que o valor pago a título de alimentos, mesmo que indevidos, não precisam ser devolvidos; alternatividade porque a regra é a de que os alimentos são pagos preferencialmente em dinheiro, ou se não puder, podem ser pagos *in natura*, tais como sustento ou hospedagem; transmissibilidade aos herdeiros do devedor de alimentos caso este venha a óbito; irrenunciabilide - pode o alimentando deixar de exercer seu direito a alimentos, ou seja, dispensá-los, mas não pode renunciá-lo de forma expressa (muito embora nas ações de separação e divórcio tal ato seja admitido).[19]

Todavia, foi com o advento da Lei 11.804 de 2008, que se trouxe a possibilidade de a gestante pleitear, em nome do nascituro, os alimentos de que precisa para poder prover sua gravidez de forma digna. Assim, o Art. 2º da referida lei define quais alimentos estão tutelados por ela, ou seja, o que corresponderiam aos alimentos gravídicos:

(...) os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos. [20]

Desta feita, esta lei veio para que as pessoas possam ter uma maior responsabilidade pelos seus atos, sob pena de, em cognição sumária, o juiz deferir o pedido aos alimentos aqui tratados.

Não pode a mulher grávida ser obrigada a arcar com todos os custos de uma gravidez se o ser concebido tem um pai que participou na efetivamente na concepção. Tal responsabilidade deve ser dividida e arcada por ambas as partes que se envolveram e originaram uma nova vida ainda não nascida.

Ademais, tal dever decorre da proteção dada a família na Constituição Federal, em especial no Art. 226, parágrafo 7º que: "Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (...)."[21]

Corroborando com este entendimento, foi aprovada a Lei 12.004/2009 que trata da presunção da paternidade ao pai que se recusa a realização do exame de DNA.

Com isso, percebe-se o avanço na legislação civilista a fim de proteger algo que carecia de tutela para que se pudesse ser efetivamente cobrado. Muito embora esse avanço seja fruto de entendimento jurisprudencial, é inegável sua importância para que se possa realmente quebrar a barreira de óbices que firam esse direito fundamental.

3 ASPECTOS PROCESSUAIS - DO TERMO INICIAL, PROVA e PROCEDIMENTO

Outro problema a ser enfrentado é a questão do termo inicial do pagamento dos alimentos gravídicos. Regra geral, os alimentos são devidos desde a citação do réu. Ocorre que, face à urgência e a especialidade do caso, não se pode receber tal entendimento, pois, se assim o fosse, o nascituro sairia desta condição para ser ente nascido e a citação ainda não ter ocorrido, haja vista as artimanhas e dificuldades do ato citatório.

Por este motivo é que o art. 9º da lei foi vetado. Este artigo previa que o termo inicial do pagamento dos alimentos seria a citação, ocorre que, segundo as próprias razões do veto, tornaria o dispositivo sem efetividade.[22]

A doutrina tem se inclinado no sentido de que o termo inicial nesta ação é a concepção do nascituro: "Destarte, adotada pela nova lei a teoria da concepção (art. 2º), pensamos que a partir desta é que podem ser exigidos os alimentos."[23] No mesmo sentido:

Ora, se o artigo foi vetado, era intenção do legislador que a sua regra não fosse aplicável. Assim, ao nosso pensar, resta concluir que os alimentos, aqui, serão devidos desde a concepção do nascituro, em que pese a excepcionalidade que isso causará nas regras da retroatividade *ex tunc* até a data da citação dos pedidos condenatórios.[24]

Neste sentido o Tribunal de Santa Catarina assim também o decidiu:

Cumpre esclarecer que entendo que o termo inicial da verba alimentar deve dar-se a partir da concepção (in Ap. Civ. n. 2007.035304-3, 4ª Cam. Dir. Civ., de minha lavra, j. em 31/07/2008), conforme Projeto de Lei n. 7376/06 (falta apenas sanção), que institui os **alimentos gravídicos.** Agravo de Instrumento n. 2007.035304-3, de Criciúma.[25]

A razão da lei se perderia caso os alimentos fossem devidos somente após a citação. Não é surpresa para ninguém que nas ações de alimentos o ato citatório é algo de grande dificuldade, visto que aquele que tem o dever de prestar alimentos se esconde, evitando e impedindo o ato citatório. Então, aplausos merecem tanto a doutrina quanto alguns tribunais, que reconhecem que o dever alimentar deve se dar desde o ato da concepção. Todavia, tal entendimento, embora seja o mais correto, pode esbarrar no problema da data da ocorrência da concepção. Precisa-se então verificar como tal dispositivo será acolhido e trabalhado pelos operadores do Direito. Possivelmente deva se firmar o entendimento de que os alimentos sejam devidos desde a propositura da ação ou desde o despacho inicial.

No que tange ao ônus da prova, o Art. 6º afirma que "Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré."[26]

A lei menciona indícios de prova, mas o que seriam estes e a quem caberia tal ônus. Conforme pesquisa feita em alguns dos Tribunais pátrios, o entendimento é de que cabe a mulher demonstrar na petição inicial, quer por meio de fotos, e-mails, contrato de locação, conta de luz, mensagens, enfim, deve a gestante demonstrar nos autos o envolvimento com o réu para que o juiz possa, *initio litis* fixar os alimentos, sob pena de indeferimento da inicial. Neste sentido:

Alimentos gravídicos - Lei n.° 11.804/08 - Pedido de Liminar - Indeferimento - Inconformismo - Ausência de indícios suficientes da paternidade - Possibilidade de reapreciação após a formação do contraditório - Decisão mantida - Recurso desprovido

(Agravo de Instrumento n. 633.573-4/0-00 voto n. 5578 , Tribunal de Justiça de São Paulo, comarca de Agudos.[27]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. POSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO. LEI Nº 11.848/08. Considerando a existência de indícios da paternidade do demandado, cabível a fixação de alimentos gravídicos. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70028667988, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 06/03/2009).[28]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMILIA. PRELIMINAR DE IMPROPRIEDADE DO RECURSO. AFASTAMENTO. POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA PROFERIDA EM AUDIÊNCIA, MORMENTE QUANDO PRESENTES A POSSIBILIDADE DA OCORRÊNCIA DE lesão grave e de difícil reparação. ARTS. 522 E 527, ii, DO CPC. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. INDÍCIOS DE PATERNIDADE INSUFICIENTES. ART. 6º DA LEI 11.804/08. AGRAVO PROVIDO. Agravo de Instrumento n. 70028848547, Sétima Câmara Cível, TJ do RS.[29]

Aplica-se, então, o disposto no art. 333, I do CPC, de que o ônus da prova incumbe ao autor quanto a fato constitutivo de seu direito. Mesmo porque, para o réu, fazer prova negativa seria algo praticamente impossível, visto que não possui o exame pericial como meio probatório.[30]

Após ser citado, determina a lei que réu deve apresentar resposta em 5 dias. A lei não traz em seu bojo quais as matérias fáticas a serem alegadas pelo réu (mesmo porque tal não é razão de sua existência). Todavia, no vetado art. 8º, previa-se a possibilidade de, uma vez que o réu se opusesse à paternidade, seria necessária a realização de exame pericial. Ocorre que, tal dispositivo estaria impedindo e condicionando o direito constitucional de ação a existência do direito material com a devida procedência do pedido. Há muito se sabe que direito processual e material são coisas distintas e independentes, servindo o direito processual de instrumento para realização do direito material.

As linhas evolutivas do processo são demarcadas por três fases. A primeira delas, o direito material era uma extensão do direito processual e com este se confundia, era o período do sincretismo processual. Em um segundo momento, o direito processual ganha corpo (fase autonomista), e é visto como uma ciência processual. Na fase atual, a instrumentalista, apontam-se quais as falhas existentes neste processo a fim de que esta

ciência possa crescer e melhorar a fim de que possa ser um instrumento realmente efetivo.[31]

Seria um retrocesso se o disposto no art. 8º da lei fosse recepcionado, motivo pelo qual não se teve outro caminho se não vetá-lo. [32]

O réu sendo então citado, deve, com urgência apresentar sua defesa, visto que seu prazo é diferenciado (cinco dias, como já mencionado). Segundo o Código de Processo Civil, pode réu, em sua defesa, alegar eventual preliminar (Art. 301), tal como ilegitimidade passiva ou atacar diretamente o mérito, produzindo provas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do autor (Art. 333). O que se tem verificado da análise dos casos práticos é que a defesa utilizada pelos demandados é a falta de indícios de prova da paternidade e, por ser o assunto ainda 'novo', as decisões têm sido um pouco tímidas para a concessão. Neste sentido:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI Nº 11.848/08. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PATERNIDADE. O deferimento de alimentos gravídicos à gestante pressupõe a demonstração de fundados indícios da paternidade atribuída ao demandado, não bastando a mera imputação da paternidade. Exegese do art. 6º da Lei 11.848/08. Ônus da mulher diante da impossibilidade de se exigir prova negativa por parte do indigitado pai. Ausente comprovação mínima das alegações iniciais, resta inviabilizada, na fase, a concessão dos alimentos reclamados, sem prejuízo de decisão em contrário diante de provas nos autos. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70028646594, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 15/04/2009).[33]

No que tange ao valor dos alimentos, vigora aqui também o princípio do binômio necessidade x possibilidade.[34] Ou seja, o juiz ao fixar os alimentos gravídicos, deve se atentar para quais as necessidades da postulante, tendo por base o Art. 2º da lei que destaca a finalidade de tais alimentos e, aferindo também, quais os recursos auferidos pelo demandado para que ele possa pagar proporcionalmente a estes. Por isso que, tanto a petição inicial quanto a contestação, devem trazer em seu bojo toda a documentação que faça prova de tais requisitos. "Assim, a determinação do *quantum* sofre os efeitos das posições econômico-sociais dos envolvidos, variando o respectivo porte, em razão das diferenças naturais que existem na vida em sociedade."[35] Neste sentido:

Para a fixação do *quantum* deste dever ou obrigação, o parágrafo 1º do art. 1694 dispõe: 'Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.' Portanto, serão fixados com observância do binômio legal,

que deve corresponder às necessidades de quem os pleiteia e as possibilidades daquele que está obrigado a prestá-los.[36]

Finalmente, no que tange ao procedimento, verifica-se que os alimentos, após o nascimento com vida da criança, serão convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até eventual ação de revisão (Art. 6º, parágrafo único).

Uma das inovações da lei foi agilizar a vida da criança quanto a prestação desses alimentos. Nota-se que, antes do advento da mesma, fazia-se necessário a cumulação de ações de investigação de paternidade com alimentos para que se pudesse ter esse direito efetivamente prestado. Não é novidade que as ações de investigação de paternidade podem demorar muito tempo até que sejam julgadas, uma vez que as partes podem faltar no exame, se esquecer da data do mesmo e se ausentar ou mesmo se recusar a fazer o exame pericial - DNA.

Embora já fosse sumulado, foi aprovada a Lei 12.004 de 2009 que dispõe:

Art. 1º Esta Lei estabelece a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético - DNA. Art. 2º-A Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Pode-se perceber pelo disposto na nova lei que a tendência agora é a de que as pessoas tenham maior responsabilidade e comprometimento com as novas paternidades, visto que, não é mais admissível que os filhos fiquem sem saber a paternidade mediante recusa indevida do suposto pai. Este novo procedimento veio para trazer efetividade e celeridade nas ações de alimentos.

O último ponto a ser analisado aqui é caso o 'suposto pai' tenha pago os alimentos e se verifique com o nascimento da criança que este não era o verdadeiro pai. A lei previa a possibilidade de se buscar na própria ação de alimentos o ressarcimento, via indenização por danos materiais e morais.

Aplausos merece o legislador quando vetou o art. 10 da referida lei que previa: "Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos próprios autos."[37]

Responsabilizar objetivamente o autor pela propositura da ação seria algo que a inibiria. Como se admitir isso em alimentos gravídicos que é algo especial se nas demais ações isso não existe? Logo, nas próprias razões do veto já se demonstra o inconformismo e a não prevalência deste comando.[38]

Assim, se aquele quem pagou alimentos não for pai da criança ele deve buscar pelas vias ordinárias o prejuízo que teve com o pagamento dos alimentos indevidos e não na própria ação de alimentos como previa a lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que foi exposto, pode-se concluir que o nascituro tem direitos e, como exemplo seria a proteção dada pela Lei de Alimentos Gravídicos que possibilita à gestante pedir ao suposto pai, em nome do nascituro, alimentos para que possa ter uma gestação digna.

Sem embargos da discussão doutrinária que existe entre as correntes adotadas pelo Código Civil para proteção do nascituro, quer seja uma ou outra, ele está protegido desde sua concepção por meio desta Lei para que possa ter direito a vida.

Os alimentos estão disciplinados em diversos diplomas legais e possuem várias classificações, a depender do objeto analisado. Não obstante, verificou-se ele possui as seguintes características: reciprocidade, seu caráter personalíssimo, solidariedade, inalienabilidade, irrepetibilidade, alternatividade e irrenunciabilidade.

Mas a grande inovação foi o advento da Lei 11.804/2008 que possibilitou a gestante a não mais suportar todo o encargo da gravidez de maneira isolada, mas dividindo as responsabilidades com o suposto pai de seu filho, desde que demonstrado em sua petição inicial, indícios de paternidade. Essa inovação deve ser analisada à luz do princípio da paternidade responsável, que dá liberdade às partes a decidirem o

planejamento familiar, lembrando que, tal liberdade deve ser bem utilizada. Caso isso não ocorra, as partes deverão ter responsabilidade com a futura criança desde a sua concepção, momento em que ainda se encontra no ventre de sua mãe.

Desta forma, visando à proteção do nascituro, o início do dever alimentar é a concepção (e não a citação do suposto pai). O réu, quando citado, tem prazo de cinco dias para apresentar sua defesa, podendo ventilar tanto matérias processuais (Art. 301, CPC) ou atacar diretamente o mérito da ação.

Ao fixar o valor, o juiz deve se atentar a necessidade de quem os pleiteia *versus* a possibilidade de quem os pagará. Outra novidade da lei é que ao final da gestação, tais alimentos serão convertidos em pensão alimentícia até que alguém pleiteie sua revisão.

Finalmente, ressalta-se que, caso aquele quem pagou alimentos não seja o pai da criança, ele pode pelas vias ordinárias, buscar o ressarcimento de seu prejuízo tanto a título de danos materiais como danos morais, mas não na própria ação de alimentos como previa a lei.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Alimentos Gravídicos. In: *Revista IOB de Direito de Família.* v. 9. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, jan./fev. 2009.

BARBOSA, Águida Arruda; Vieira, Cláudia Stein. *Direito de Família.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família.* 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BRASIL. Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Legislação Civil, processual civil e empresarial, Constituição Federal. CAHALI, Yussef (org.). 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Dimas Messias. *Direito de Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

FIUZA, CÉSAR. *Direito Civil:* curso completo. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Dos Alimentos Gravídicos - Lei 11.804/2008. In: *Revista IOB de Direito de Família.* Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, jan./fev. 2009.

FREITAS, Douglas Phillips. Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804/2008. In: *Revista IOB de Direito de Família*, v. 9, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, jan./fev. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil:* Vol. 1, parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro,* vol. VI - direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Direito do Nascituro. In: *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 34, fev./mar., 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil Parte Geral.* Vol. 1, 7. ed.. São Paulo: Atlas, 2007.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm acesso em 14.08.2009.

www.tj.sc.gov.br

www.tj.sp.gov.br

www.tj.rs.gov.br

---

[1] RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 758 apud FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Dos Alimentos Gravídicos - Lei 11.804/2008. In: *Revista IOB de Direito de Família.* Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, jan./fev. 2009, p. 9.

[2] FIUZA, CÉSAR. *Direito Civil:* curso completo. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 125

[3] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil:* Vol. 1, parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 83.

[4] Idem, ibidem, loc. cit.

[5] Idem, ibidem, loc. cit.

[6] Resp 339.028 SP: RECURSO ESPECIAL N° 399.028 - SP (2001/0147319-0) EMENTA DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOUTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101473190&dt_publicacao=15/04/2002 acesso em 11.09.2009.

[7] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil Parte Geral.* Vol. 1, 7. ed.. São Paulo: Atlas, 2007, p.134.

[8] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Direito do Nascituro. In: *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 34, fev./mar., 2006, p. 145.

[9] Idem, ibidem, p. 145.

[10] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm acesso em 14.08.2009.

[11] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil - Direito de Família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 418 *apud* CARVALHO, Dimas Messias. *Direito de Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 389.

[12] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro,* vol. VI - direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 440.

[13] GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.,* p. 441 e 442.

[14] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 3. ed. São Paulo: RT, 2006, 407.

[15] VENOSA, Sílvio de Salvo. *op. cit.,*p. 338.

[16] DIAS, Maria Berenice. *op. cit.,* p. 407.

[17] A respeito de os alimentos serem ou não solidários, o Art. 1698, CC estabelece que a solidariedade não se presume, necessitando de expressa previsão legal. Esse artigo expressamente rejeitou a regra da solidariedade. Mas eles são subsidiários e proporcionais. Subsidiários porque somente se pode cobrar do devedor seguinte depois de comprovado a incapacidade contributiva de quem deve prestar. Ex. obrigação alimentícia avoenga. É proporcional porque havendo mais de um devedor, cada um deles responde de acordo com sua capacidade contributiva. Ainda, o Art. 1698, CC determina o caráter subsidiário de grau imediato e os 'recursos' em caráter proporcional. Havendo mais de um devedor, os outros podem ser chamados a integrar a lide. Não é chamamento ao processo porque este só é admissível nas obrigações solidárias (o que não ocorre aqui). Todavia, existem duas correntes doutrinárias: 1ª corrente: Fredie Didier Junior e Carlos Roberto Gonçalves - trata-se litisconsórcio passivo facultativo. Seria uma oportunidade aberta ao credor dos alimentos, ou seja, o autor da ação. 2ª corrente: Maria Berenice Dias e Carlos Scarpinella Bueno: não é figura de litisconsórcio mas sim uma nova modalidade de intervenção de terceiros prevista no código civil. Tanto o autor como o réu pode convocar os demais co-obrigados. O único caso dos alimentos terem natureza solidária é o Art. 12 do Estatuto do Idoso.

[18] DIAS, Maria Berenice. *op. cit.,* p. 409.

[19] Idem, Ibidem, 408-415. Vide também: RESP 701902/SP - STJ - A RENÚNCIA DE ALIMENTOS ENTRE CONJUGES E COMPANHEIROS É VÁLIDO E EFICAZ. PARA O STJ OS ALIMENTOS SOMENTE SERÃO IRRENUNCIÁVEIS ENTRE PARENTES. FUNDAMENTO: 'VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIO' - PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. SE O CÔNJUGE OU COMPANHEIRO CRIOU NO OUTRO A EXPECTATIVA DE QUE NÃO IRIA COBRAR MAIS, NÃO PODE REQUERÊ-LOS.

[20] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm acesso em 14.08.2009.

[21] BRASIL. Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Legislação Civil, processual civil e empresarial, Constituição Federal. CAHALI, Yussef (org.). 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 140.

[22] O art. 9º prevê que os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu. Ocorre que a prática judiciária revela que o ato citatório nem sempre pode ser realizado com a velocidade que se espera e nem mesmo com a urgência que o pedido de alimentos requer. Determinar que os alimentos gravídicos sejam devidos a partir da citação do réu é condená-lo, desde já, à não-existência, uma vez que a demora pode ser causada pelo próprio réu, por meio de manobras que visam impedir o ato citatório. Dessa forma, o auxílio financeiro devido à gestante teria início no final da gravidez, ou até mesmo após o nascimento da criança, o que tornaria o dispositivo carente de efetividade. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm acesso em 14.08.2009.

[23] FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *op. cit.*, p. 09.

[24] ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Alimentos Gravídicos. In: *Revista IOB de Direito de Família.* v. 9., op. cit., p. 41.

[25] www.tj.sc.gov.br acesso em 14.08.2009.

[26] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm acesso em 14.08.2009.

[27] www.tj.sp.gov.br acesso em 14.08.2009.

[28] www.tj.rs.gov.br acesso em 14.08.2009.

[29] Idem, ibidem. No mesmo sentido: Agravo de Instrumento Nº 70029315488, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 31/03/2009; Agravo de Instrumento Nº 70028667988, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 06/03/2009);

[30] FREITAS, Douglas Phillips. Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804/2008. In: Revista IOB de Direito de Família, v. 9, *op. cit.*, p. 20. Neste sentido: Agravo de Instrumento Nº 70028646594, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 15/04/2009;

[31] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 48-49.

[32] Razões do veto: "O dispositivo condiciona a sentença de procedência a realização de exame pericial, medida que destoa da sistemática processual atualmente existente, onde a perícia não é colocada como condição para a procedência da demanda, mas sim como elemento de prova necessário sempre que ausente outros elementos comprobatórios da situação jurídica objeto da controvérsia." In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm acesso em 03.09.2009.

[33] Disponível em www.tj.rs.gov.br acesso em 01.09.2009.

[34] Art. 6º: (...) o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

[35] BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família.* 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 230.

[36] BARBOSA, Águida Arruda. Alimentos. p. 227. In: BARBOSA, Águida Arruda; Vieira, Cláudia Stein. *Direito de Família.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

[37] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm acesso em 04.09.2009.

[38] Razões do veto: "Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar dano a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação." Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm acesso em 04.09.2009.

RELAÇÃO HUMANA E DIREITO DE FAMÍLIA: EM BUSCA DA EXPRESSÃO DE UMA RELAÇÃO HUMANA CONSTITUTIVA DA EXPERIÊNCIA FAMILIAR*

HUMAN RELATIONSHIP AND FAMILY LAW: IN SEARCH OF THE EXPRESSION OF A HUMAN RELATIONSHIP CONSTITUTES THE FAMILY EXPERIENCE

Renata Ovenhausen Albernaz
Camila Salgueiro da Purificação Marques

RESUMO

Esse artigo objetiva iniciar uma reflexão sobre a relação humana e os reflexos que essa deva lançar na confirmação das relações familiares, no intuito de apresentar algumas hipóteses sobre a essência e a finalidade da relação de família como um espaço de amadurecimento e atualização individual e de encontro autêntico entre pessoas envolvidas em relações de afeto. Também visa questionar se algumas prescrições normativas ou sociais na definição da família possam consistir em uma possível causa de insucesso no cumprimento desses fins até então. Este trabalho foi fruto de algumas reflexões e angústias referentes à matéria - relações humanas e direito de família - e de algumas leituras em obras de referências importantes na psicologia - tais como Carl Rogers, J. L. Moreno e Richard Hycner, entre outros, bem com autores relevantes no Direito de Família, tais como Luiz Alberto Warat e Eduardo de Oliveira Leite. Sem esgotar o assunto e sem pretender firmá-lo como uma verdade absoluta e inquestionável, apresenta uma tentativa de definir a relação humana e de defender a relação de família como uma relação de reforço dos atributos da relação humana verdadeiramente autêntica e possibilitadora.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DE FAMÍLIA, RELAÇÕES HUMANAS, RELAÇÕES FAMILIARES.

ABSTRACT

This article aims to initiate a reflection about the human relationship and the reflexes that is required to make the confirmation of family relationships in order to make some assumptions about the essence and purpose of family relationship as a place of maturity and update individual and authentic encounter between those in relationships of affection. It also aims to question whether some prescriptive or social definition of family may consist in a possible cause of failure in meeting these goals so far. This work was the result of some thoughts and anxieties regarding the matter - human relations and family law - and some readings in major reference works in psychology - such as Carl Rogers, J. L. Moreno and Richard Hycner, among others, and with relevant

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

authors in family law, such as Luiz Alberto Warat and Eduardo de Oliveira Leite. Without exhausting the subject and without intending to establish him as an absolute and unquestionable truth, presents an attempt to define the human relationship and defend the family relationship as a reinforcing relationship of the attributes of a human relationship truly authentic and enabler.

KEYWORDS: FAMILY LAW, HUMAN RELATIONS, FAMILY RELATIONSHIPS.

Introdução

A relação de família já apresentou várias conformações. Já foi entendida como laços de sangue em que se buscava garantir sobrevivência e perpetuação da espécie; como instituição destinada à preservação legítima do patrimônio acumulado; já foi marcada pela desigualdade e subserviência da mulher e filhos ao marido e pai; pela forçada fidelidade, principalmente feminina, pois aos homens seus rigores eram atenuados; já foi palco de encargos, enganos e frustrações, o túmulo dos sonhos e da compreensão. Agora, diante da força da realidade social, dos novos posicionamentos doutrinários e legislativos, principalmente com o advento da Constituição Federal brasileira de 1988, surgem novas possibilidades de redefinir a família, encontrando sua verdadeira essência como relação humana fundamental.

Redefinir a família como espaço relacional, mais do que institucional, impende considerar que a sua construção é feita por aqueles envolvidos na relação, e não dada como um conjunto de valores e papéis externos arbitrariamente impostos a conformá-la; é tê-la como um espaço de encontro individual, de relações duais autênticas, de desenvolvimento e de amadurecimento; um núcleo de compreensão, aceitação, respeito, afeto e amor, muito mais possível no pequeno grupo da família, em que a proximidade é intensa e as escolhas são livres e afetuosas, que em qualquer outro. Um espaço protegido como um direito essencial humano de buscar o encontro com o outro e consigo mesmo.

Algumas doutrinas psicológicas, tais como as de ROGERS, MORENO, HYCNER, que tratam da relação humana, parecem indicar que esta deve ser essencialmente possibilitadora da manifestação autêntica do “eu” perante o “tu”, que deve permitir o amadurecimento individual de cada um pela descoberta dos valores internos do ser, pelo encontro espontâneo e criativo, pelo diálogo de suas singularidades. Outros autores, como FOLLET, admitem que a relação é dinâmica, está sempre em construção de si mesma e de seus autores e, assim, também a solução dos inevitáveis conflitos advindos do contato de pessoas essencialmente distintas, com interesses diversos, deve ser construída pela relação, em uma proposta integradora, possibilitada pela manifestação autêntica de cada parte.

A relação familiar, como a relação humana mais íntima, não pode desconhecer ou atentar contra essa essencialidade da relação humana. Não se pode prescrever um tipo

enrustido com valores que a tornem, em vez de uma matriz fundamental de encontro e autenticidade, uma das principais prisões do “eu” e do “outro”.

Avanços já foram conquistados, mas um maior entendimento acerca do ser humano e da relação humana permitir-nos-á ir mais longe, na tentativa de afirmar o eterno direito do encontro, do descobrir-se enquanto ser, e de, em conseqüência disto, empreender uma felicidade que não é um padrão, mas uma verdade individual, definida por cada ser humano em sua singularidade[1]. Talvez a família deva ser considerada como aquele espaço relacional onde ocorra a preservação de relações autênticas e de manifestação da tendência atualizante e do amadurecimento proposto por ROGERS; onde se dá o encontro espontâneo e criativo defendido por MORENO; onde as regras sejam criadas na dinâmica da própria relação.

Este ensaio objetiva, assim, propor uma reflexão sobre a relação humana que pode justificar e dar um sentido existencialmente significativo à experiência da família, espelhando a potencialidade do reconhecimento de novas experiências relacionais como experiências familiares, e, assim, que devam ser garantidas e resguardadas no mesmo nível que a família institucionalizada o é. Pretende-se especular acerca da hipótese de que as relações familiares, que também são relações humanas, têm por essência o encontro autêntico, e por finalidade o amadurecimento e a atualização individual entre pessoas envolvidas em relações de afeto. Também visa questionar se algumas prescrições normativas ou sociais na definição do papel da família institucionalizada podem consistir em uma possível causa de insucesso no cumprimento desses fins até então.

O trabalho foi fruto de algumas reflexões e angústias pessoais referentes à matéria – relações humanas e direito de família – e de algumas leituras em obras de referências importantes na psicologia – tais como Carl Rogers, J. L. Moreno e Richard Hycner, entre outros, bem com autores relevantes no direito e no direito de família, tais como Luiz Alberto Warat e Eduardo de Oliveira Leite. Sem esgotar o assunto, em si tão inesgotável como a complexidade do ser humano e suas relações, e sem pretender firmá-lo como uma verdade absoluta e inquestionável – talvez impossível num campo tão vasto e passível de olhares sob tantas e diversas perspectivas, esse ensaio nada mais faz do que nos convidar a refletir sobre a relação humana, para entendê-la e tratá-la de modo a construí-la ou permiti-la mais autêntica, libertadora e potencializadora das capacidades e sensibilidades humanas.

1. O humano e a relação humana: em busca de si e do outro.

Todo o ser humano procura aproximar-se, o máximo possível, do estado de liberdade e amor, procura aprender a ser livre[2], a amar e a ser amado. Liberdade esta, não apenas física, mas, principalmente, a de ser si mesmo, a de possuir-se, a de expressar-se ao outro sem máscaras, sem medos, sem repressões, de escolher os seus caminhos. A liberdade, segundo ROGERS & KINGET[3], refere-se à experiência[4], aos fenômenos internos, e ela

consiste no fato de que o indivíduo se sente livre para reconhecer e elaborar suas experiências e sentimentos pessoais como ele o entende. Em outras palavras: supõe que

o indivíduo não se sinta obrigado a negar ou a deformar suas opiniões e atitudes íntimas para manter a afeição ou o apreço das pessoas importantes para ele.

Pensar a liberdade desta forma é percebê-la muitas vezes negada – pelos condicionamentos sociais, culturais, políticos, religiosos, normativos, publicitários, institucionais que normalizam e padronizam os comportamentos – uma vez que são tantos os valores impostos de fora, são tantas ordens a que obedecer, tantos condicionamentos e conformações de conduta a serem cumpridos, que sobra muito pouco espaço para a obediência aos valores, experiências e sentimentos que, verdadeiramente, fazem sentido ao sujeito. E nesta supremacia dos condicionamentos, a experiência se dissocia da representação; o outro próximo, potencialmente força de libertação, acaba se invertendo no seu oposto – ele se transfigura em uma fonte de repressão do eu e acaba exigindo, em troca do reconhecimento que dá, um cuidadoso auto-controle deste eu sobre si; e, infelizmente, este auto-controle em troca da aceitação é fatal para qualquer relação autêntica.

Essa inversão do outro também é perigosa, pois aniquila um princípio fundamental da relação autêntica segundo o qual estar perante outro é condição de liberdade, de expressar-se livremente, de ser o que se é. Daí que a busca do encontro, nesta inversão, é profundamente tensa – procuro o outro a quem me oportuniza a liberdade, mas temo encontrar aquele que me pode aprisionar em troca de sua aceitação. Este tem sido um dos dilemas da relação familiar contemporânea, pois no choque entre sua função existencial de encontro e liberdade e sua função social de controle e integração social, o indivíduo se vê, nas relações familiares, hora em intensa liberdade, ora na mais profunda repressão – posta que a relação familiar advém de arraigados laços afetivos aos quais não se pode desvencilhar.

Neste conflito, oportuno suscitar a hipótese de que a família deve ser localizada naquele espaço relacional onde as relações interpessoais possam ser verdadeiramente autênticas; espaços que possibilitem a manifestação da **tendência atualizante**[5] dos indivíduos, onde predomina a aceitação e respeito a essa liberdade de cada um. Limites existem, mas não podem ser tão agressivos ou totalizantes que abafem o ser individual em sua riqueza e singularidade.

Várias são as formas pelas quais a experiência pode estar dissociada da representação: normas sociais, morais, interferências interpessoais castrantes. Quanto mais elas atuam, mais frustrado o indivíduo, maior a tensão a qual ele está submetido, menor sua atualização e desenvolvimento. Pelo contrário, ensinam ROGERS & KINGET[6], quando a tendência atualizante se desenvolve sob condições que as favorece – ou seja, sem entraves psicológicos graves – o ser humano caminhará para seu desenvolvimento, para a sua maturidade, alcançando uma percepção de si mesmo e de seu ambiente – e articulando seu comportamento segundo essa percepção – no sentido de uma autonomia crescente, típica do progresso rumo à idade adulta. “A personalidade”, segundo os citados autores, “representa a atualização máxima das potencialidades do ‘organismo”.

Esse nível de maturidade e autonomia, porém, não se dá como uma manifestação exacerbada e irresponsável das expressões livres, de modo que o comportamento que dele decorra fira ou agrida o outro. Pelo contrário, a experiência livre dos sentimentos

permite perceber, por si mesmo – e não como algo imposto e insignificante – os limites de nossa conduta frente àqueles com quem nos relacionamos. Afirmam ROGERS & KINGET[7] que uma das necessidades mais essenciais do ser humano é o afeto e o respeito de seus semelhantes e que, na medida em que ele desenvolve suas experiências, apercebe-se que a melhor forma de conquistar esse afeto e respeito é, justamente, comportar-se de forma razoável e social, e, segundo suas percepções, o indivíduo se autocorrige e auto-avalia rumo à maturidade nestas relações. Ocorre que nesse estado o ser humano se expressa e se comporta, de modo responsável e maduro, de acordo com as suas descobertas pessoais sobre as melhores formas de conquistar e manter o afeto daqueles a quem ama ou convive, descobertas essas, possíveis diante de elementos (relações, substancialmente) que as permitam. Com essas descobertas ele mesmo se corrige e por si só e se avalia, independentemente de qualquer padrão objetivo que se lhe queira impor de fora para dentro, padrão imposto, na maior parte das vezes, infrutiferamente. "Em última análise", ensinam ROGERS & KINGET[8],

é, pois, a capacidade do ser humano de tomar consciência de sua experiência, de avaliá-la, verificá-la, corrigi-la, que exprime sua tendência inerente ao desenvolvimento em direção à maturidade e, portanto, em direção à autonomia e à responsabilidade.

O desenvolvimento, assim, para esses autores, decorre da conjugação de forças internas, positivas em sua orientação, flexíveis ou até mesmo instáveis, e de forças externas que sejam favoráveis[9] à atualização das primeiras[10]. Com forças externas favoráveis, ROGERS & KINGET[11] não buscam negar quaisquer normas que pudessem reprovar condutas entre aquelas passíveis de ofender ou agredir o indivíduo ou a sociedade impondo sanções em face desse fato. O que os autores afirmam é que essas reprovações não podem atingir o indivíduo como um todo, mas apenas o espaço limitado e passageiro daquele ato. Caso contrário, a reprovação fulminaria o "eu" e o sujeito acabaria entendendo-se segundo esse julgamento, que na íntegra lhe afeta, passando, assim, a agir de acordo com essa idéia. Este tipo de atuação relacional, aliás, é muito comum na família nos atos de educação de filhos, sendo uma importante configuradora da personalidade destes. Diz-se: "meu filho é levado", "minha filha é desorganizada", quando o que as crianças fazem são atos levados e omissões de organização, mas esses atos são comunicados pelos pais aos filhos como atributos do caráter destes e, quando reiteradamente ditos, as crianças os absorvem como o sendo de verdade. E esses juízos e reprovações, ensinam ROGERS & KINGET[12], se apresentam ao indivíduo como uma ameaça que acaba por reprimir não apenas a expressão de seus sentimentos tidos por proibidos, como também sua própria representação de si. Eles fazem com que o humano se quede às normas que governam o seu grupo e que lhe são transmitidas por suas pessoas-critério (pessoas importantes em sua existência), incorporando-as em sua estrutura psíquica e se censurando, penosamente, quando se apercebe contido de pensamentos e sentimentos que lhe são proibidos ou contrários às normas. Mas essa tensão não se estabiliza facilmente, e o indivíduo acaba buscando se livrar ou de si, ou desses elementos ameaçadores, gerando desencontros e frustrações.

O indivíduo, assim, acentuam ROGERS & STEVENS[13], abandona seus centros de avaliação de valores para, numa tentativa de conservar amor, consideração e aprovação, passar a se comportar segundo os valores estabelecidos por outros, mesmo que sejam absurdamente contrários aos que sente. Este choque torna a defesa de valores altamente

contraditória – uma vez que não sentidos, a vigília para protegê-los constantemente sucumbe – e a pessoa sente-se profundamente insegura, já que se enquadra em algo que não lhe acomoda. Ao contrário, continuam os autores, quando a pessoa sente-se valorizada em sua individualidade e singularidade, pode, lentamente, começar a valorizar os aspectos de si mesma, a perceber e sentir o que ocorre no seu íntimo, a entender como reage, como suporta, a questionar os valores que lhe foram impostos, enfim, a tornar-se um ser humano psicologicamente maduro. No âmbito das relações humanas, acrescentam os autores, essas só são realmente profundas e proveitosas se permitem a manifestação dessa maturidade, se são sentidas como formas de auto-realização[14]. Esta relação que permite o desenvolvimento individual, do mesmo modo, é sempre marcada pela autenticidade – como expressão sincera de sentimentos e atitudes que ocorrem no momento, pela atenção positiva incondicional – ou seja, o interesse pelo outro não é possessivo ou condicional, aceitando-se todos os comportamentos, de modo a não os destinguir em reprovados ou aprovados – e pela compreensão empática – ou a capacidade de percepção dos sentimentos vivenciados pelo outro. [15]

Urge acrescentar que esta defesa de ROGERS & STEVENS[16] segundo a qual maturidade seja alcançada pela possibilidade de expressar seus sentimentos e construir suas próprias valorações – libertando-se das valorações externas e objetivas – não significa a impossibilidade do sucesso de relações interpessoais e até mesmo sociais, mesmo que tal singularidade, segundo uma vista superficial do assunto, pareça conduzir ao caos de integração social. Isto porque, estes autores entendem que, quando os indivíduos tendem a ser valorizados e quando existe maior liberdade de ser e sentir, surgem algumas orientações de valor espontâneas que apresentam certa homogeneidade entre todos os demais seres humanos. Seriam como valorações pertinentes a espécie humana:

[...] Ouso acreditar que, quando o ser humano fica interiormente livre para escolher o que quer que valorize profundamente, tende a valorizar os objetos, experiências e objetivos que permitam sua sobrevivência, seu crescimento e seu desenvolvimento, bem como a sobrevivência e o desenvolvimento de outras pessoas. A minha hipótese é que é característico do organismo humano preferir estes objetivos de realização e socialização, quando se expõe a um clima que favorece o crescimento.

[...] Finalmente parece que voltamos à questão da universalidade dos valores, mas por um caminho diferente. Em vez de valores universais 'lá fora', ou um sistema universal de valor imposto por algum grupo – filósofos, governantes ou sacerdotes – temos a possibilidade de orientações humanas e universais de valor que surgem da experiência do organismo humano.

Deste modo, ao invés do caos e do egoísmo, apenas esse reconhecimento da liberdade do indivíduo pode permitir o aprimoramento e a autenticidade das relações humanas[17]. Isto por que é essa percepção do "eu" que condiciona a direção do comportamento e permite aceitar o outro também como ele é. Reportando-se a ética, ROGERS & STEVENS[18] enfatizam, ainda, que esta pode ser entendida como uma resposta livre à vida e ao viver, uma resposta que defende o "eu" mas também o "tu".

Sob outra perspectiva[19], MORENO[20] parece defender a relação humana, nos métodos que adota em sua atividade, segundo uma posição que abarca alguns aspectos interessantes à nossa discussão, tais como:

Primeiro, a hipótese da espontaneidade-criatividade como força propulsora do progresso humano, acima e independente da libido e de motivos sócio-econômicos – o que não nega o fato de que eles estão freqüentemente inter-relacionados, mas que nega o fundamento de que são meramente função e derivativo; segundo, a hipótese de crédito nas intenções de nossos companheiros – desconsiderando a obediência resultante da coerção física ou legal – a hipótese do amor e da partilha mútua como princípio funcional poderoso e indispensável na vida de um grupo; e, terceiro, a hipótese de uma comunidade superdinâmica baseada nesses princípios, que podem ser efetivados através de novas técnicas.

Nesta defesa de MORENO, relações humanas deveriam conduzir-se segundo uma espontaneidade e criatividade[21] peculiar, garantida por um pressuposto de uma comunidade de amor. Talvez na família, mais do que em qualquer grupo social, esses preceitos possam, ou mesmo devam, ter vigência. Mesmo porque, MORENO defende a tese de que a proximidade espacial e temporal faz o ser humano dedicar aos seus mais próximos sua maior atenção e a firmar laços mais estreitos de aceitação e de amor, e a proximidade é uma marca das relações familiares. A proximidade, as palavras que se voltam uns aos outros, as escolhas daqueles com quem se interage, o tempo que se passa juntos, a distância espacial que as separa ou une, os papéis que escolhem atuar, as interações que estabelecem e as influências recíprocas, tudo isto tem um significado para as pessoas envolvidas no enredo da vida do grupo, quando enredo este se dá de maneira espontânea, com atores espontâneos, significado este que é rompido (ou corrompido), segundo MORENO[22], quando esse enredo, esses elementos, as interações, já se encontram preestabelecidos, seja por quem for, roubando dos atores em interação a sua espontaneidade criativa. A Psicoterapia em grupo, defendida por MORENO[23], "é um método que protege e estimula os mecanismos de auto-regulagem dos grupos naturais", fazendo prevalecer a espontaneidade, o envolvimento natural e a emergência de diferenciações e atribuições próprias ao grupo (e não alienadas dele, impostas de fora dele).[24]

Essa espontaneidade[25] criativa nas relações interpessoais, no entanto, adverte MORENO[26], não é possessiva. A criação não pode ser guardada pelo criador, conduzida por ele, possuída por ele, ser seu patrimônio; ela existe, é concebida e entregue a universalidade, pois o gênio que a concebe não pretende sua posse[27].

Também MORENO defende seus métodos e teorias – a sociometria, por exemplo – focalizando as relações reais e específicas entre as pessoas, e não situações abstratas e gerais por qualquer natureza. Assim, entendendo-se, segundo a definição de MORENO[28], a sociometria[29] como a "teoria e, depois, o método – método de como reunir os fatos realmente vitais para o relacionamento interindividual de pessoas que vivem em grupos sociais e como corrigir, imediatamente, o atrito dos membros com o mínimo de esforço", podemos propor, na regulação das relações interindividuais, uma análise particular da relação em questão e o apelo à espontaneidade e criatividade dos elementos envolvidos nessa relação, como o mecanismo mais adequado (talvez o único

realmente eficaz na solução do conflito) e menos dispendioso de solução de conflitos interpessoais em pequenos grupos, principalmente naqueles marcados por grande proximidade espaço-temporal, tal como é a família. Neste sentido, são questionáveis, na solução desses conflitos, o apelo à intervenção de qualquer elemento externo que tente se impor a essa relação de modo coercitivo, bulindo a espontaneidade e subestimando a capacidade humana interpessoal.

A tese da espontaneidade se reforça em MORENO[30] na idéia de um estado natural do homem, um estado no qual esse desenvolva seus esforços e relações dentro da mais primária espontaneidade, sem qualquer sugestão doutrinária ou externa, através de afinidades e padrões construídos ou reconstruídos nos agrupamentos de acordo com interações espontâneas e na qual possa expressar livremente sua individualidade dentro do momento presente em que se encontra. MORENO[31] afirma, ainda, que as relações interpessoais se baseiam na experiência do encontro, como um evento concreto-situacional entre dois atores, que se experimentam e vivenciam um ao outro, segundo um direito nato, e não imposto, e no qual podem exercitar a franqueza e a liberdade, unidos pelos objetivos mútuos - "somente pessoas que se encontram podem formar um grupo natural e começar uma verdadeira sociedade de seres humanos."

Nesta luta pela afirmação do princípio da liberdade, MORENO[32] também questiona todas as formas de aprisionamento da espontaneidade, tais como a linguagem, a tomada de papel completa[33], normas rigidamente prescritas pelo costume ou pela lei, entre outros, e busca retirar do humano todas as camadas de conserva as quais foi exposto, deixando nua a sua personalidade para que ela possa expressar o processo inerente a seu próprio organismo, o seu processo natural de resposta à nova situação presente ou a uma situação já conhecida a qual traga novas soluções. Isto porque, mMuitos dos problemas humanos, adverte o autor, são decorrentes da perda da espontaneidade, e todos aqueles que procuram os fatores patológicos do ser humano e de suas relações acabam não se apercebendo disso, já que acabam por desconsiderar a capacidade de respostas satisfatórias e adequadas advindas da espontaneidade, aprisionando-a ainda mais em sistemas determinísticos para evitar os estados patológicos excepcionais.

Logo, tanto para Rogers como para Moreno, as relações humanas são possíveis na espontaneidade libertadora, e o ser humano, quando permitido, tende a comportar-se perante o outro de forma a também respeitá-lo. Qualquer padrão que não esteja de acordo com as tendências individuais só poderá ser mantido artificialmente e a custa de uma grande fragilização das relações e do ser humano, uma vez que não baseadas na verdade do ser, mas na mentira do manter-se o que não se é.

Seguindo a proposta dialógica, e tendo como principal referência MARTIN BUBER, HYCNER[34], por sua vez, defende que a natureza humana é inerentemente relacional – relação na qual a individualidade é um dos pólos, rendendo-se ao "entre", mas que, apesar disto, quando do encontro do EU e do TU, a singularidade de cada um é manifesta, aceita e compreendida em um diálogo perfeito, espontâneo, de interesse recíproco, em que um e outro se interpenetram[35]. E no dilema familiar segundo o qual a família é tanto espaço de autenticidade relacional como foco dos olhares atentos e julgadores da sociedade, importa-nos refletir sobre algumas afirmações de HYCNER[36]:

Diferentemente dos animais, que parecem não questionar sua natureza animal, *o ser humano precisa ser confirmado pelos outros*, para se perceber como ser humano. '... Secreta e timidamente, ele espera por um *Sim* que lhe permita ser e que só pode chegar até ele vindo de uma pessoa para outra. [...]

Devido a essa necessidade desesperada de confirmação acabamos nos tornando 'falsos eus' (Laing, 1965) ou, o que Buber chama de 'parecer'. Estamos tão sedentos de confirmação que, se não a recebemos por sermos quem somos, nos esforçaremos para obter qualquer coisa semelhante. Isto é, tentaremos consegui-la nos 'mostrando' da maneira que pensamos que a outra pessoa deseja. Criaremos uma impressão – nos empenhando em alguma forma de 'parecer', a fim de receber aprovação. Não somos nós mesmos. A ironia, é claro, está em que isto nunca é uma confirmação genuína e a pessoa, no fundo, sabe disso. Porém, esse reconhecimento de nosso existir, mesmo como um 'falso self', é preferível à ausência de reconhecimento (May, 1969). Todos os seres humanos desenvolvem o 'parecer' em alguma medida, a fim de sobreviver psicologicamente. Ainda assim, bem no íntimo da pessoa, a alma clama pelo reconhecimento de que *esta* pessoa única existe.

Este reconhecimento de cada pessoa como um ser único é um dos elementos do diálogo genuíno[37]. Diálogo, porém, que não descarta o conflito. FOLLET[38], neste sentido, percebe que a relação humana não é estática, ao contrário, ela é dinâmica, está sempre a evoluir; além disso, a relação não é meramente dual, simplificada, como se o Eu e o Outro nada tivéssemos em nosso comportamento em comum, mas apenas diferenças. Ao contrário, para a autora a *relação é uma resposta circular*, ou seja, ela se dá pelo encontro, pela interpenetração das minhas atividades com as outro, pela recíproca influência que o Eu e o outro, relacionando-se, cria sobre eu e sobre o outro e de como isto ocorre continuamente. Eu influencio o outro na mesma medida que o outro me influencia e o "nós" relacionando-se, modifica a ambos. Nesta relação circular, as atividades de seus membros se modificam a cada instante, a cada situação e na medida em que se desenvolve a relação. O comportamento, assim, não é estático, evolui a cada nova situação relacional, pois que esta é sempre incremental.

Já que, segundo a autora, não há como prescindir das relações e partindo-se do pressuposto que no âmago da consideração dos entes humanos encontramos, acima de tudo, diferenças, estas fazem com que, nessas relações a regra seja o conflito; ocorre que este deve ser tratado, não pelo julgamento de quem está ou não certo, pois em questão de interesses, ambos sempre o estarão, mas pelo entendimento do que é importante para um e outro, de modo que as soluções possam satisfazer a ambos. Esta é a única forma de se usar o conflito construtivamente.

Nas relações humanas, assim, a essência daquelas que procuram ser denominadas como verdadeiramente autênticas e significativas aos sujeitos envolvidos consiste na liberdade que permite a um e outro ser o que são, respeitando e aceitando o outro nas diferenças que sua singularidade lhe dispõem, e na afirmação do caráter espontâneo e construtivo da relação e das soluções aos conflitos que surjam na interação; elas tendem a ser relações que não sofram a interferência inibitória de valores que não pertençam ou nada signifiquem para os sujeitos envolvidos, e que realcem o amadurecimento individual e pessoal como a única forma de realização humana e, por conseqüência, de realização

social. Mais intensa que qualquer outra, a relação familiar sã deveria se apresentar como a que mais se aproximaria desse modelo relacional.

2. A Família e sua importância na realização humana

Inspiraram-nos as palavras de WARAT[39] para o despertar de nossas reflexões sobre a família, seu significado, sua verdadeira essência, sua mais importante finalidade. Vejamos a doçura de seus ensinamentos:

O próximo milênio nos há de encontrar comprometidos com um novo projeto de sociedade. Para que a espécie humana sobreviva temos que nos engajar na procura de um homem novo. Um projeto que tente começar por reconhecer que existe um espaço psíquico que está sendo absolutamente destruído pela tecnologia avançada. [...]

Para o próximo século o *ego affectus est* deve tentar substituir aos processos excludentes do *ego cogito.* [...]

As relações humanas encontram-se permeadas por um sentido que precisa situar-se no amor para extrair sua fonte de significação. [...]

É evidente, para mim, que o amor perde sua qualidade quando transforma o homem em espelho amante das imagens estabelecidas e estabilizadoras, em espelho amante das culpas e dos códigos normativos.

A qualidade do amor há de ser sustentada por uma experiência interior que dispense as exigências de uma moral culpabilizadora, de um sistema de valores que pretenda organizar a vida a partir de um inventário de expectativas maximamente repressivas.

Tais pensamentos nos levaram a questionar até que ponto a família jurídica, principalmente antes das inovações louváveis da Constituição Federal Brasileira de 1988, não estava por demais tipificada, normalizada, padronizada, encarnada de pesados e desconfortáveis deveres, e não tinha a afetividade como seu eixo fundamental. A evolução do próprio conceito de família nos sugere este questionamento.

O termo “família”, segundo DE PLACIDO SILVA,[40] podia ser entendido, em sentido estrito, como a sociedade conjugal, constituída pelo casamento, e sua prole. Em sentido lato, ela significa todas as pessoas ligadas por laços de consangüinidade, ou seja, todas aquelas ligadas por um ancestral comum. No Direito Constitucional, o sentido de família se expande para o de entidade familiar. Adverte o autor que a família romana consistia no conjunto de pessoas submetidas ao poder de um mesmo cidadão independente e compreendia todos os bens que lhes pertenciam, tendo forte conotação patrimonial. O termo “família”, ensina LEITE[41], em suas primeiras significações por escrito, significava “o conjunto de escravos e servos que trabalhavam para a subsistência e se achavam sob a autoridade do *pater familias*”, o que liga o termo família ao sentido de subordinação comum, e que vai permear a noção de família por vários séculos.

LEITE[42], em seu estudo acerca dos tipos que a organização familiar assumiu ao longo da história, traz-nos alguns esclarecimentos e aprofundamentos importantes para o entendimento da relação familiar. Segundo ele, a família, apesar de, ao longo da evolução dos sistemas sociais, assumir características diversas, origina-se de dados biológicos primários que são a união sexual do homem e da mulher e a procriação. No início, apesar de advertir que poucas são as informações existentes que permitem qualquer afirmação categórica, a família parecia estar intimamente ligada à necessidade de sobrevivência e acompanhava a evolução dos sistemas criados para tanto. Segundo o autor, só após a fase superior da barbárie, quando alguns fatores técnicos permitiram a sedentariedade, pôde a família ser estudada sobre dados concretos. Tomada em função de seu contexto social, ensina o autor, citando Lévy-Strauss, a família era caracterizada como um grupo social originado pelo casamento, composto por marido, mulher e filhos unidos por laços legais, direitos e obrigações econômicas e religiosas e de algum tipo, compondo uma rede precisa de direitos e proibições sexuais além de sentimentos variáveis. A sociedade, aliás, menciona o LEITE, explicando os estudos de Morgan, exerce influência inquestionável sobre a estrutura e forma da família, impondo às relações que se estabelecem regras de observância obrigatória, mas que se modificam constantemente.

Analisando os diversos tipos de família, LEITE[43], baseado em estudos, agrupa-os em algumas categorias tais como: (1) a família *consangüínea*, onde as relações se davam entre os membros de um grupo familiar sob a característica da promiscuidade[44]; (2) a família *pulaluana*, baseada na noção de casamento grupal e, em conseqüência disto, a descendência era estabelecida apenas pelo lado materno (matriarcado) dando posição de destaque à mulher frente a certeza da maternidade e a dúvida da paternidade; (3) a família *sindiásmica**[45]***, como união de um só casal num sistema de exogamia; (4) a família *patriarcal*, em que a hereditariedade, o nome, o *status* e a propriedade são afirmados sobre o tronco paterno e marital[46] e no qula a mulher assume o papel de quase serva; e (5) a família *monogâmica*, caracterizada pela coabitação de casais isolados, onde o caráter de manutenção de propriedade parece justificá-la.

O modelo de família jurídico oficial seria este modelo monogâmico. Quanto ao sentido patrimonial deste, sobrepujando ou mesmo desconsiderando o amor como elemento de sua composição, ENGELS[47] revela que estes casamentos eram promovidos por conveniência e a intenção era garantir ao homem não só a supremacia da família, subjugando a mulher, com a certeza de herdeiros legítimos a quem propagar seu patrimônio acumulado; afora este sentido, ela significava um fardo, um dever a que se era obrigado assumir, inclusive nos deveres conjugais aos quais se era constrangido ao seu cumprimento. Dentro desse contexto em que o amor e o afeto não estão necessariamente associados na instituição do casamento, as relações extraconjugais tornam-se comuns, o que ENGELS denomina “heterismo”. Como instituição social, o heterismo supria a ausência do amor conjugal e era praticado, sobretudo, e com vantagens pelos homens, pois as mulheres que buscassem essa prática eram gravemente condenadas e censuradas. Assim, às esposas restava o abandono ou a reação com o adultério perigoso, mas inevitável. “Eis o resultado final de três mil anos de casamento monogâmico”, conclui o autor.

GLOTZ[48], em seu estudo sobre a sociedade grega, aponta que, já naquela época despontava a “crise do casamento” e o “reinado das cortesãs”, mesmo que não se negasse a busca da harmonia sonhada com o casamento, contra o que o fazia parecer

uma mera convenção, uma instituição fria e artificial. Chegou-se a declarar, afirma o autor, coisas do gênero: “Temos esposas para que se perpetue nosso nome, concubinas para que cuidem de nós, cortesãs para que nos divirtam”. [...]

Mesmo na Idade Média, apesar do enaltecimento do amor sexual como paixão, acentua ENGELS[49] que essa forma de amor não era característica do matrimônio, mas apenas dos casos de adultério, causa de grandes romances. A monogamia, nesses sistemas era, assim, conhecida como um pesado aborrecimento, denominado, explica o autor, como “felicidade doméstica”.

O casamento, como instituição pública, ensina LEITE[50], adveio da Revolução Francesa, mas teve sua origem na Reforma quando se questionava a interferência da religião na sua regulamentação por entendê-lo matéria de direito público. O casamento foi, assim, regulamentado pela inclusão da matéria nas codificações do século XIX, edificando-se o Direito de Família e afirmando a proteção, o controle e a preservação da família como um dever assumido pelo Estado. O Código Civil Francês de 1804, continua o autor, imprimiu características à família legítima e expurgou àquelas que se afastavam do modelo advindo do casamento. O Imperador francês – Napoleão Bonaparte – tipificou a família com um caráter hierarquizado e patriarcal, marginalizando todas as demais estruturas familiares fora do casamento. A família passou a ser desenhada segundo aspectos estritamente legais e só ganhava proteção do Estado se estabelecida de acordo com a Lei. Família legítima, até então, era “a constituída por homem e mulher, livres e desimpedidos, que declaram solenemente sua vontade diante da Lei.”

No entanto, a família, segundo estudos da FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS[51], passou a assumir outras funções, para além da reprodução da espécie, a criação e socialização dos filhos e a transmissão do patrimônio cultural, tais como a função econômica, a de conferir *status* e classificação social de seus membros, a função recreativa, a de assistência e a função de solidariedade. Também, em relação à família extensa de outrora, passou a ser afirmada a família nuclear como a grande responsável da socialização dos filhos e da estabilidade emocional e mental das personalidades adultas, muito em virtude da livre escolha dos parceiros, do maior número de divórcios, da maior mobilidade residencial, do enfraquecimento dos laços de parentesco, da emancipação da mulher, entre outros. A família nuclear, continuam, constitui uma adaptação especializada que acentua valores de desempenho, mobilidade social e solidariedade, em contraposição aos valores da família tradicional extensa que acentuava a permanência, a estabilidade e a continuidade através do nome, da profissão e da herança. A tendência, porém, segundo esses estudos, é considerar essa família nuclear não como uma mera relação de indivíduos, mas como um sistema de papéis[52].

Apesar de concordar no estreitamento das relações familiares ao núcleo central de relações entre os pais entre si e seus filhos, dissolvendo a força da família extensa, LEITE[53] parece discordar que tal concentração reforce os papéis de cada parte, tal como acima foi afirmado. Afirma que neste momento em que a família deixa de ser uma instituição de finalidades patrimoniais e passa a ser uma escolha, uma decisão individual no estabelecimento de relações, as considerações de ordem econômica não mais prevalecem e se passa a dar espaço às considerações afetivas e pessoais. O casamento, antes funcionalizado para a procriação e transmissão do patrimônio, passa a

ser visto como espaço de companheirismo e afeto, onde a hierarquia e a autoridade se dissolvem e a rígida divisão de papéis se atenua, sendo enfatizada a linearidade dos sentimentos. Com isto, continua o autor, ao invés da fidelidade às gerações, passou-se aos valores da felicidade e do desenvolvimento pessoal sustentados, não na quantidade da família tradicional, mas na densidade dos laços da família nuclear.[54]

Essa nova configuração familiar em que não mais prevalecem funções e papéis, mas sim afetuosidade, compreensão e solidariedade, não dissolve ou destrói a instituição família, tal como pode parecer, pelo contrário, a nosso ver, a reconfigura, talvez para fazê-la assumir sua verdadeira essência enquanto construção humana, pois a afirma em relações mais orgânicas, mais humanizantes e realizadoras, um grupo em que realmente as pessoas se encontram[55], compreendem-se e se atualizam[56]. E, consoante opinião de FARIAS[57], pelo princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da Constituição Federal), o casamento deixou de ser o modelo oficial de família, pois não há superioridade hierárquica entre ele e outras entidades, como união estável e família monoparental, o que significa a opção pelo amor, prestigiando o vínculo da afetividade.

Efetivamente, na legalidade constitucional, a família assume um desenho plural, aberto, multifacetário e globalizado, servindo como locus privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana. Enfim, é o ambiente ideal para a realização espiritual e física do ser humano. Ou seja, somente se justifica a proteção da família para que se efetive a tutela da própria pessoa humana. É, por conseguinte, a família servindo como instrumento para a realização plena da pessoa humana e não mais vislumbrada como simples instituição jurídica e social, voltada para fins patrimoniais e reprodutivos.

A instituição do divórcio[58], o reconhecimento pela Constituição de outras entidades familiares que não as constituídas pelo casamento[59], além da igualdade[60] entre o homem e a mulher[61] e a todos os filhos[62], sem qualquer distinção discriminatória, representam esses avanços rumo a um novo conceito de família baseado em relações de fato, mais do que nas prescritas que não correspondem à realidade.

Além de tais modificações, principalmente no âmbito constitucional, o Código Civil também trouxe algumas mudanças, sendo que o moderno direito de família, de acordo com DINIZ[63], é regido por princípios como o da *ratio* do matrimônio e da união estável, segundo o qual o fundamento básico do casamento é a afeição entre os cônjuges ou conviventes e a necessidade de que perdure a completa comunhão de vida; o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, isto é, as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher; o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos[64], incluindo o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; o princípio do pluralismo familiar, uma vez que a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares (união estável e família monoparental); o princípio da consagração do poder familiar, considerado como um poder-dever; o princípio da liberdade para constituir uma comunhão de vida familiar por meio de casamento ou união estável, sem qualquer restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado; e o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana que constitui base da comunidade familiar, na garantia do pleno desenvolvimento e da realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente.

As políticas públicas recentes têm aberto ainda mais este sentido de família contemporâneo. Segundo o texto base do "Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos direitos de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária",[65] estas definições acabam colocando a ênfase na existência de vínculos de origem natural ou adotiva, independentemente do tipo de arranjo familiar onde esta relação de parentalidade e filiação estiver inserida, para definir, em termos jurídicos, o vínculo familiar legal; assim, para a lei, não importa se a família é do tipo "nuclear", "monoparental", "reconstituída" ou outras, além de que, em qualquer desses arranjos estará reconhecida a igualdade de direitos dos filhos. Não é pela lei, portanto, que se distingue uma dada estrutura familiar como "natural" e outras qualificadas como deficientes ou patológicas. Deve-se, segundo este Plano, ultrapassar a ênfase na estrutura familiar para passar a "enfatizar a capacidade da família de, em uma diversidade de arranjos, exercer a função de proteção e socialização de suas crianças e adolescentes".[66]

A importância de destacar essas outras alternativas de arranjos familiares é possibilitar o reconhecimento de outras tramas relacionais, para além daquelas estabelecidas com os vínculos de conjugalidade e de filiação (natural ou civil), como espaços de relações familiares, espaços estes regidos por lógicas de afetividade, de espontaneidade, de auto-realização e de amadurecimento. Mesmo se considerando que eles possam não ser marcados pela mesma persistência relacional das relações de família natural (em face do inescapável determinismo biológico), a multiplicação dos arranjos amplia as chances dos seres humanos estabelecerem encontros, no sentido de Moreno, e neste vínculos se formarem seres mais íntegros e próprios.

Diante dessa evolução conceitual, doutrinária e legal, a relação de família se potencializa e começa a encontrar seu verdadeiro significado enquanto relações verdadeiramente importantes e indispensáveis ao ser humano. Nesta tendência humanizante e não mais prescritiva, proibitiva e discriminatória da relação familiar, caem as obrigações legais, a forte pressão externa que a família suportava e obedecia, os rígidos papéis, funções sociais, divisões de tarefas, hierarquia, subjugação. Tudo isto que transformava a família em um encargo suportado pelos indivíduos envolvidos, um berço de inautenticidade por imposições de uma perfeição impossível ao marido, à mulher e aos filhos[67], um frio conjunto de deveres, é quebrado para fazer enxergar a verdadeira essência da relação familiar. Emerge a liberdade de escolha, a possibilidade de relações autênticas e afetuosas, mesmo que apenas enquanto elas durem, pois a segurança pende ante a qualidade relacional.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações mais próximas, presas a tantos papéis, funções e valores que lhes são impostos, não está estabelecida para nos compreender; é pelo contrário, o mais potente instrumento para a nossa negação, pois é nela, em primeira instância que nos é ensinado os valores que, vindos de fora, nos aprisionam. Contentamo-nos, assim, com ela para manter nossos gens e nosso patrimônio, mesmo que matemos nossos sentimentos. E, assim, vivemos em um mundo super-habitado sozinhos. Para vencer a solidão nos

conformamos a ser o que querem que sejamos, a assumir os papéis, funções, atribuições que nos são impostos. Feliz a sociedade pela nossa infelicidade. Mas como o todo pode ser feliz se todas as suas partes estão infelizes? Que terrível e, aparentemente insolúvel, paradoxo!

Mas o humano é persistente. Nada que lhe negue a essência perdura por muito tempo e aí, ou ele burla de fato o que abstratamente está prescrito ou busca negar e destruir a prescrição. É o que parece estar tendendo, no que se refere à família, sejam as relações sociais reais, sejam as defesas da doutrina, jurisprudência, sejam os avanços na legislação. O grito ardente e fervoroso da necessidade de um espaço para se manifestar enquanto ser que é, enquanto potencial e fragilidade, está fazendo o ser humano questionar a família e, quem sabe, fazer dela um novo espaço. Espaço de relações autênticas, de compreensões profundas, de um abrigo e consolo em nenhum outro grupo alcançado; de relações que permitam o amadurecimento e a tendência atualizante e não, como ocorria, negando-os pelo reforço de uma sociedade fria e materializante. Família não mais como um pesado encargo de deveres e proibições, mas como um grupo liberto, baseado na afetuosidade e em que os valores individuais possam expressar-se. Família como uma escolha livre e tão ansiosamente buscada no encontro do outro. Família como instituição em que é protegida pelo Estado e pela sociedade, não o patrimônio ou a procriação biológica, mas uma busca humana muito maior e mais significativa: a busca incessante do encontro, tal como afirma MORENO, da felicidade, da liberdade e espontaneidade criativa. O humano e, por conseqüência, toda a sociedade, só alcançará a tão buscada harmonia se, no nosso ver, perdermos o medo de quem por tanto procuramos – o outro e a nós mesmos. A família, talvez, seja o espaço desse encontro.

Referências bibliográficaS

ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família.** Aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

CLONINGER, Susan C. **Teorias da Personalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

D'ANDREA, Giuliano. **Noções de Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis, OAB/SC Editora, 2005.

DE PLÁCIDO SILVA. **Vocabulário Jurídico.** 15. ed. Rev. e Atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magila Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DESSEN, Maria Auxiliadora & BRAZ, Marcela Pereira. Rede Social de Apoio Durante Transições Familiares Decorrentes do Nascimento de Filhos. Universidade de Brasília UnB Psic.: **Teoria e Pesquisa** vol.16, n. 3 Brasília Set./Dez. 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 5: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Família da pós-modernidade: mais que fotografia, possibilidade de convivência..** Síntese Jornal. Ano, Mês, Dia:20060215. v.7, n.76, p.19, jun./2003.

FOLLET, Mary Parker. **Profeta do Gerenciamento.** Organizado por Pauline Grahan (Trad. Eliana Chiocheti e Maria Luiza de Abreu Lima). Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 1997.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – INSTITUTO DE DOCUMENTAÇÃO. **Dicionário de ciências sociais.** (coord. geral de Benedito Silva e outros). Rio de Janeiro, Editora Fundação Getúlio Vargas, 1986.

GLOTZ, Gustave. **A cidade grega.** (trad. Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda). 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1988.

HYCNER, Richard. **De pessoa a pessoa.** Psicoterapia dialógica. (trad. Elisa Plass Z. Gomes, Enila Chagas, Márcia Portella). São Paulo: Summus, 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A Família Monoparental como entidade familiar. *in* ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família.** v. 2. Aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O concubinato frente à nova Constituição. Hesitações e Incertezas. *in* ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família.** Aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Temas de direito de família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Tratado de Direito de Família.** Origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

MORENO, J. L. **Quem sobreviverá.** Fundamentos da Sociometria, Psicoterapia de Grupo e Sociodrama. (trad. Alessandra Rodrigues de Faria, Denise Lopes Rodrigues, Márcia Amaral Kfouri. Rev. Téc. Dr. Geraldo Francisco do Amaral, Dr. Paulo Maurício de Oliveira), v. I. Goiânia: Dimensão, 1992.

MORENO, J. L. **Psicoterapia de grupo e psicodrama.** Introdução à teoria e à prática. (trad. Dr. Antônio C. Mazzaroto Cesarino Filho). 2. ed. Campinas: Editorial Psy, 1993.

Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. In. http://www.mds.gov.br/arquivos/plano_nacional_de_promocao_protecao_e_defesa_do_direito_de_criancas_e_adolescentes_a_convivencia_familiar_e_comunitaria.pdf/view. Acesso em 09/09/2009

ROGERS, Carl R.; KINGET, G. Marian. **Psicoterapia e relações humanas** (trad. de Maria Luisa Bizzoto; supervisão técnica de Rachel Kopit) v I. Belo Horizonte: Interlivros, 1975.

ROGERS, Carl R; STEVENS, Barry. **De pessoa para pessoa.** O problema do Ser Humano. (colaboração de Eugene T. Gendlin, John M. Shilen e Wilson Van Dusen; trad. de Mirian L. Moreira Leite e Dante Moreira Leite. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1977.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito.** O direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

---

[1] O encontro, por exemplo, não distingue, em MORENO, as diferenças de sexo.

[2] ROGERS, Carl R; STEVENS, Barry. **De pessoa para pessoa.** O problema do Ser Humano. (colaboração de Eugene T. Gendlin, John M. Shilen e Wilson Van Dusen; trad. de Mirian L. Moreira Leite e Dante Moreira Leite. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1977, p. 53-77).

[3] ROGERS, Carl R.; KINGET, G. Marian. **Psicoterapia e relações humanas** (trad. de Maria Luisa Bizzoto; supervisão técnica de Rachel Kopit) v I. Belo Horizonte: Interlivros, 1975, p. 46.

[4] Segundo ROGERS & KINGET (1975: 62), "o vocábulo 'experiência' refere-se aqui a tudo o que constitui o psiquismo nos seus elementos tanto conscientes quanto inconscientes em cada momento determinado. Os elementos conscientes são denominados com o nome de **percepções ou experiências simbolizadas.** Essas englobam tudo aquilo que o indivíduo se dá conta atualmente, assim como todas as experiências passadas ou periféricas capazes de entrar imediatamente no campo da percepção sob a influência de um estímulo adequado – seja um estímulo externo, físico, ou interno, proveniente de associações de imagens, de pensamentos, etc. Quanto aos elementos experimentais não disponíveis à consciência, são designados pelo nome **experiências não-simbolizadas.** Estas se compõem de duas espécies – uma engloba elementos de experiência cuja simbolização é impedida em razão de sua significação ameaçadora em relação à imagem do eu. Estes elementos são indicados pelo nome de **experiências potencialmente simbolizáveis."** Essas experiências potencialmente simbolizáveis, deixam de o ser, pois manifestam a ausência de liberdade individual, ensinam ROGERS & KINGET (1975: 65), pois se liga à ameaça ao eu decorrente da transgressão de normas sociais e morais. A outra espécie de experiência não disponível, continuam os autores (1975:62) "compõem-se de **experiências não simbolizáveis**, isto é, definitivamente inacessíveis à consciência, seja por terem sido percebidas pelo indivíduo como não tendo importância em relação ao eu, seja por sua intensidade ser muito reduzida para ultrapassar o limiar da percepção."

[5]Parece-nos deveras importante o conceito "tendência atualizante", que segundo ROGERS & KINGET (1975: 41), pode ser definido como o exercício de funções que objetivem desenvolver as potencialidades do indivíduo para garantir sua conservação e

enriquecimento, levando-se em conta as limitações e necessidades do meio. Por enriquecimento, continuam os autores, pode ser entendido "tudo que leva ao desenvolvimento integral do indivíduo pelo crescimento de tudo o que possui e tudo o que é, de sua importância, seu saber, seu poder, sua felicidade, seus talentos, seu prazer, suas posses e tudo aquilo que aumenta a satisfação que ele obtém disso" (p. 41). Insta ainda, esclarecer, que, segundo a posição dos citados autores, o **enriquecedor** é o que o **sujeito percebe como tal,** e não o que é posto ou imposto objetiva ou intrinsecamente com essa qualidade.

[6] ROGERS, Carl R.; KINGET, G. Marian. op. cit., p. 53.

[7] ROGERS, Carl R.; KINGET, G. Marian. op. cit., p. 54.

[8] ROGERS, Carl R.; KINGET, G. Marian. op. cit., p. 55.

[9] Insta acrescentar que na terapia centrada no cliente o papel do terapeuta é fornecer essas condições favoráveis; não intervir, não interpretar, não explorar as experiências e interpretações do cliente, apenas permitir que elas se dêem livremente. Com essa base ROGERS também fundamenta a educação centrada no educando, na qual o educador não ensina ou condiciona, mas apenas facilita as descobertas individuais e significativas pelo sujeito do processo – o próprio educando.

[10] Percebe-se que os autores defendem sua tese de maturidade pela experiência da descoberta em contraponto às teses de generalidade e universalidade de comportamentos sociais ou de qualquer tendência intrínseca de maturidade seletiva. A maturidade, para eles, parece uma conquista existencial; nem essencial universalizante, nem essencial determinista.

[11] ROGERS, Carl R.; KINGET, G. Marian. op. cit., p. 55.

[12] ROGERS, Carl R.; KINGET, G. Marian. op. cit., p. 65.

[13] ROGERS, Carl R; STEVENS, Barry. **De pessoa para pessoa.** O problema do Ser Humano. (colaboração de Eugene T. Gendlin, John M. Shilen e Wilson Van Dusen; trad. de Mirian L. Moreira Leite e Dante Moreira Leite. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1977, p. 13 – 32.

[14] Os autores chegam a correlacionar o nível de tensão menor ou maior ao qual está submetido o sujeito em virtude de maior ou menor possibilidade de expressar livremente seus sentimentos. (p. 51)

[15] ROGERS & STEVENS, insta não deixar de fazer menção, acentuam tais características como essenciais a uma relação terapêutica, não outras.

[16] ROGERS, Carl R; STEVENS, Barry. op. cit., p. 27-28.

[17] ROGERS & STEVENS (1977, p 65), fazendo referência a AUGUST AIRCHRN, assim se manifestam na descrição dos resultados dos estudos desse autor em um experimento radical de reeducação de delinqüentes: "Dentro da instituição, no grupo em que era chefe, deu-lhes liberdade para que se comportassem como o desejassem. Depois

de um período de um caos que, sem dúvida, poucos suportariam, esses jovens gradativamente escolheram uma vida social, disciplinada e cooperativa como algo que preferiam. Aprenderam, através da vivência de uma relação de aceitação, que preferiam uma liberdade responsável e limites auto-impostos ao caos da desordem e da agressão." No mesmo sentido são os estudos de A. S. NEILL na escola *Summerhil*.

[18] ROGERS, Carl R; STEVENS, Barry. op. cit., p. 65.

[19] Diferentemente da terapia centrada no cliente de ROGERS, MORENO adota métodos (a Sociometria, o Psicodrama, a Psicoterapia de Grupo e o Sociodrama), como formas que enfatizam a terapia em relações interpessoais, em grupos, baseada na espontaneidade criativa das interações. Insta esclarecer que MORENO também não se afilia à doutrina de FREUD, baseada no sistema psicoanalítico, pois questiona a análise, o determinismo, a ênfase em aspectos que acentuam a calamidade e o trauma passados, e não a normalidade das interações humanas presentes, entre outros aspectos. Para MORENO, o terapeuta atua juntamente com o cliente, há um encontro entre eles, havendo influência recíproca.

[20] MORENO, J. L. **Quem sobreviverá.** Fundamentos da Sociometria, Psicoterapia de Grupo e Sociodrama. (trad. Alessandra Rodrigues de Faria, Denise Lopes Rodrigues, Márcia Amaral Kfouri. Rev. Téc. Dr. Geraldo Francisco do Amaral, Dr. Paulo Maurício de Oliveira), v. I. Goiânia: Dimensão, 1992, p. 23.

[21] Para amparar a criatividade na construção psíquica e comportamental, em contraposição aos atos de análise que os busca decompor, MORENO (1992) utiliza-se da metáfora de Deus criador do universo, ator, psicodramatista, que, de maneira espontânea e criativa faria de tudo para tornar a criação o mais bela possível para só depois do ato criativo analisá-la. Neste sentido o trabalho do supra citado autor trata da definição criativa de brincar de Deus como o máximo do envolvimento, colocando toda a inércia do caos no primeiro momento do ser.

[22] MORENO, J. L. op. cit. p. 41.

[23] MORENO, J. L. op. cit. p. 58.

[24] Estas são, primordialmente, segundo MORENO (1992: 74) as características da psicoterapia centrada no grupo.

[25] Para MORENO (1992: 74), "a espontaneidade de um é o que faz a espontaneidade do outro funcionar". Daí se pode depreender sua importância nas relações interpessoais realmente autênticas e favoráveis.

[26] MORENO, J. L. op. cit. p. 41-43.

[27] Neste sentido MORENO (1992) destingue a categoria do gênio, de criação espontânea e não possessiva, da categoria da paternidade, usualmente possessiva de sua criação.

[28] MORENO, J. L. op. cit. p. 79.

[29] Importa-nos acrescentar mais alguns elementos característicos do método sociométrico proposto por MORENO (1992: 79-80): "[...] as pessoas que formam o objeto da pesquisa não são usadas como cobaias: são suas iniciativas, sua espontaneidade, seus julgamentos e suas decisões que têm valor maior nos procedimentos usados a seu favor. [...] A certeza máxima possível poderá ser assegurada, entretanto, se cada membro do grupo for observador participante de todos os outros membros do grupo e de si mesmo.[...] Como questão de princípio, cada situação nova é abordada de forma concreta, remoldando suas ferramentas para a situação específica. [...] Já que a sociometria se encarrega de compreender e medir o mundo como ele é, cada dimensão humana é aceita e integrada na sociedade humana como um todo. [...] Além do mais, uma vez que a sociometria trata, diretamente, de qualquer situação humana com a intenção de descobrir, predizer e ajustar transtornos e conflitos, deve levar em consideração cada elemento ligado à situação – fatores econômicos, religiosos, culturais, biológicos e psiquiátricos.[...] Não oferece nenhum plano [...], exceto o de descobrir as condições dinâmicas de cada situação social e empregar esse conhecimento em benefício de melhor equilíbrio. [...] Lida, objetivamente, com todas as situações sociais."

[30] MORENO, J. L. op. cit. p. 117-120.

[31] MORENO, J. L. op. cit. p. 37 e 169.

[32] MORENO, J. L. op. cit. p. 147-154.

[33] Interessa-nos diferenciar a tomada de papéis da criação de papéis (MORENO 1992: 186): Enquanto aquela é imposta, impedindo qualquer liberdade criativa de seu ator, essa é desenvolvida naturalmente pelo indivíduo em sua interação social.

[34] HYCNER, Richard. **De pessoa a pessoa.** Psicoterapia dialógica. (trad. Elisa Plass Z. Gomes, Enila Chagas, Márcia Portella). São Paulo: Summus, 1995.

[35] Para o autor (HYCNER, 1995: 56), a verdadeira singularidade surge da relação genuína com os outros e com o mundo. A individualidade é apenas um dos pólos de uma alternância rítmica global entre separação e relação, e ambas ocorrem dentro da esfera do "entre". Nesta relação autêntica alguns dos aspectos evidenciados pelo autor são: (1) a inclusão – um fenômeno no qual volto toda a minha existência para o outro a fim de experimentar tanto a sua experiência como a minha; (2) a aceitação – considerar que o outro ser é um ser único e particular e afirmando e confirmando a sua existência; (3) e a construção de técnicas ou métodos para aquela relação que surjam a partir dela, de modo a impedir formas prontas e receitas de lidar com relações humanas.

[36] Idem, ibidem, p. 60 - 61.

[37] Insta esclarecer a importância que HYCNER aufere ao diálogo como elemento de cura. Logo, poderíamos pensar nessa modalidade também para o ajuste de relações humanas.

[38] FOLLET, Mary Parker. **Profeta do Gerenciamento.** Organizado por Pauline Grahan (Trad. Eliana Chiocheti e Maria Luiza de Abreu Lima). Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 1997.

[39] WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito.** O direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Edito, 1997.

[40] DE PLÁCIDO SILVA. **Vocabulário Jurídico.** 15. ed. Rev. e Atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magila Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 347.

[41] LEITE, Eduardo Oliveira. **Tratado de Direito de Família.** Origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

[42] LEITE, Eduardo Oliveira. op. cit. p. 3-51.

[43] LEITE, Eduardo Oliveira. op. cit.

[44] Segundo o autor (1991:25), "a promiscuidade é um estado em que as relações entre adultos não se encontram submetidas a nenhuma regra, a nenhuma limitação do número de parceiros, nem para um sexo, nem para outro.

[45] Neste sistema, ensina LEITE (1991: 37) que a incerteza da paternidade é vista como um risco de modo a impor à mulher uma rígida obrigação de fidelidade, ao contrário do homem, e o sentido masculino de posse, propriedade e obrigação de guarda e sustento da mulher que marcam, até o século XX a profunda desigualdade entre homem e mulher.

[46] Para esse sistema foi importante o elemento econômico.

[47] ENGELS, F.. **A base da família.** (Sociedade e mudanças sociais).

[48] GLOTZ, Gustave. **A cidade grega.** (trad. Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda). 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1988, p. 243-245.

[49] ENGELS, F.. op. cit.

[50] LEITE, Eduardo de Oliveira. O concubinato frente à nova Constituição. Hesitações e Incertezas. *in* ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família.** Aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993

[51] FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – INSTITUTO DE DOCUMENTAÇÃO. **Dicionário de ciências sociais.** (coord. geral de Benedito Silva e outros). Rio de Janeiro, Editora Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 457 – 459.

[52] "Entende-se por papel social o fato de que o indivíduo se destaca e assume socialmente um perfil à medida em que cumpre determinadas tarefas ou funções, as quais encontra, na maioria das vezes, dadas e definidas pela sociedade em que vive" (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – INSTITUTO DE DOCUMENTAÇÃO. **Dicionário de ciências sociais.** (coord. geral de Benedito Silva e outros). Rio de Janeiro, Editora Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 862).

[53] LEITE, Eduardo Oliveira. op. cit., p. 18-20

[54] Por família nuclear, LEITE (1994: 19) entende aquele grupo de pessoas composto pelos pais e os filhos que vivem sob um mesmo teto, excluindo avós, colaterais e até mesmo filhos economicamente independentes.

[55] Encontro, aqui, é usado conforme acima foi definido por MORENO.

[56] Tendência atualizante de Rogers, tratada acima.

[57] FARIAS, Cristiano Chaves de. A Família da pós-modernidade: mais que fotografia, possibilidade de convivência.. Síntese Jornal. Ano, Mês, Dia:20060215. v.7, n.76, p.19, jun./2003.

[58] Ensina LEITE (1994: 79) que não há lei, humana ou divina, que possa manter unidas pessoas que já não mais tenham afinidade, ou capacidade de amar e se doar uma a outra, mesmo diante das inconveniências sociais que disto possa decorrer. O divórcio, ao que parece, reconheceu, talvez, a redução da ênfase em valores coletivistas em detrimento do indivíduo singularizado.

[59] Adverte Leite (1993: 48) que "outros modos de conjugalidade, que não o casamento, surgiram, denunciando a crise do casal: casa-se menos, vive-se mais em uniões fáticas se há um forte crescimento de indivíduos vivendo sós."

[60] Igualdade, segundo Bastos & Martins (citado por Leite, 1994: 68), não biológica, psicológica e fisiológica, que é impossível, mas a igualdade que não permita que essas diferenciações sejam tratadas como fatores de diferenciação na dignidade jurídica, moral ou social; que legitime, podemos dizer, a dominação de um pelo outro.

[61] Artigo 5º, inciso I e artigo 226, parágrafo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

[62] Artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

[63] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 5: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17 a 28.

[64] Artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988 e artigos 1596 a 1629 do Código Civil de 2002.

[65] Texto disponível em http://www.mds.gov.br/arquivos/plano_nacional_de_promocao_protecao_e_defesa_do_direito_de_criancas_e_adolescentes_a_convivencia_familiar_e_comunitaria.pdf/view. Acesso em 09/09/2009

[66] Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. In. http://www.mds.gov.br/arquivos/plano_nacional_de_promocao_protecao_e_defesa_do_direito_de_criancas_e_adolescentes_a_convivencia_familiar_e_comunitaria.pdf/view. Acesso em 09/09/2009, p. 26

[67] Veja acima a idéia de inevitabilidade do heterismo em ENGELS e GLOTZ acima mencionados, diante dos casamentos formais.

CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES JURÍDICAS COM AS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS*

CONSUMERS AND THEIR LEGAL RELATIONS WITH BANK INSTITUTIONS

Roberto Grassi Neto

RESUMO

Procura-se abordar no presente artigo a análise da problemática do crédito e dos serviços bancários na realidade do consumidor, cuja proteção pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi vivamente combatida pelas instituições bancárias e financeiras, inclusive pelo questionamento da constitucionalidade de seu texto, sob a alegação de que este vulnerava previsão constitucional de que a legislação disciplinadora do sistema financeiro deve ser necessariamente aprovada por lei complementar. Superada a questão com o julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIN) a favor dos consumidores, inicia-se, então, nova fase em que as instituições prestadoras de serviços buscam instituir sistema de auto-regulação bancária.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DO CONSUMIDOR; DIREITO BANCÁRIO; CONSUMIDOR; BANCOS; RESPONSABILIDADE CIVIL.

ABSTRACT

In the present article we aim to analyze credit and bank services problems under consumers' reality, which protection by the Consumer Defense Code (CDC) was intensely disputed by banking and financial institutions, including by questioning the constitutionality of its text under the argument that it infringed the constitutional provision that any legislation that disciplines the financial system shall necessarily be approved by a declaratory statute that complements the constitutional text. After the Declaratory Judgment of Unconstitutionality (ADIN) was rendered in favor of consumers, a new phase started where the institutions that render services intend to institute a banking self-regulatory system.

KEYWORDS: CONSUMER'S RIGHTS; BANK REGULATIONS; CONSUMER; BANKS; CIVIL LIABILITY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

01) A PROBLEMÁTICA DO CRÉDITO E DOS SERVIÇOS BANCÁRIOS NA REALIDADE DO CONSUMIDOR

As transformações suportadas pelo Direito a partir da segunda metade do século passado, com a fragmentação do ordenamento jurídico e a consolidação do entendimento de que este deve ser invariavelmente interpretado à luz da Constituição Federal, vieram ao encontro das necessidades prementes da sociedade de consumo amplificadas por volta do mesmo período que exigia fosse dispensado tratamento jurídico específico às novas situações que surgiam.

Em que pese as origens do "*consumerism*" - assim considerado o movimento contemporâneo para a proteção do consumidor - remontem ao final do século XIX, a questão foi abordada de modo efetivo apenas na segunda metade do século XX, após as repercussões políticas e legislativas de discurso do então Presidente americano John F. Kennedy[1], dentre as quais destaca-se particularmente a instauração de Comissão do Senado americano, em 1967, destinada a supervisionar a segurança dos produtos ofertados no mercado de consumo.

No Brasil, desde o advento da Constituição Federal de 1988, muito se avançou para assegurar efetiva proteção ao consumidor, ali inscrita nos arts. 5°, XXXII e 170, V, como direito individual e como princípio da Ordem Econômica.

A redação abrangente empregada em 1990 pelo legislador do CDC parecia consolidá-la de modo inequívoco, estendendo-a, inclusive, às relações jurídicas cujo objeto é a prestação de serviços bancários e financeiros ao consumidor, ao fazer incluir no conceito de "serviço" (art. 3°, §2°, CDC) atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, fornecidas no mercado de consumo, mediante remuneração.

A inovação teve particular relevância, dada a importância da atividade bancária e financeira no cotidiano de toda a população que dela necessariamente se vale, mesmo que de modo involuntário, tanto para o pagamento e o recebimento de salários, aposentadorias, impostos, taxas, contas e compras, como para a tomada de empréstimos e aplicação em fundos de investimento.

À guisa de ilustração, se for considerado apenas o ano de 2007, o sistema bancário brasileiro realizou cerca de 37 bilhões de operações, em sua maioria nas mais de 18.000 agências existentes no país[2].

Bancos e instituições de crédito e seguro, não obstante, movidos por evidente cupidez avara, relutaram em curvar-se às novas regras pelas quais teriam que abrir mão ao menos de parte de seus vultosos lucros, amealhados facilmente ao longo de anos de política governamental complacente.

Adotaram, por primeiro, a estratégia de simplesmente ignorar princípios e regras do CDC, tendo o Banco Central elaborado resolução que se autodenominava "Código de Defesa do Consumidor Bancário" que deveria reger as relações jurídicas em que figurassem como parte usuários de serviços prestados por Bancos e instituições financeiras em geral.

Prontamente rechaçada pelos Tribunais em razão de vulnerar direitos assegurados no CDC, a empreitada malogrou.

Por tal motivo, então, passaram a questionar a constitucionalidade do dispositivo acima mencionado, de modo a obstaculizar a subsunção das atividades de natureza bancária aos princípios e regras da lei de 1990.

O fundamento arguido era, em síntese, de que o dispositivo ofendia previsão constitucional no sentido de dever a legislação disciplinadora do sistema financeiro vir necessariamente aprovada por lei complementar.

O desfecho jurisdicional da controvérsia, abaixo analisado, conquanto não tenha encerrado ainda por completo toda a polêmica doutrinária a respeito do assunto, ao menos possibilitou a efetiva delimitação do alcance de conceitos elementares da relação de consumo (tais como aqueles de *consumidor*, de *fornecedor*, de *produto* e de *serviço*), de molde a encerrar definitivamente em sede de litígios a questão concernente à aplicabilidade do CDC às relações jurídicas com instituições bancárias, financeiras e securitárias.

02) DIFICULDADES E DIVERGÊNCIAS NA DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS DE CONSUMIDOR, DE FORNECEDOR, DE PRODUTO, DE SERVIÇO E DE RELAÇÃO DE CONSUMO

02.1) Conceito de Consumidor

A definição mais antiga de "consumidor" consoante textos de direito positivo é provavelmente a constante da Carta do Consumidor do Conselho da Europa (1973): "Consumidores são as pessoas físicas ou morais de direito privado que obtêm ou utilizam bens ou serviços para um uso não profissional" [3].

Dentre as legislações européias, obtiveram particular destaque na proteção ao consumidor a *AGBG* alemã, de 1976; **a Lei da Defesa do Consumidor de Portugal, de 1996; e** a Lei italiana n° 281, de 30 de julho de 1998.

O legislador alemão não conceituou o que seria "consumidor" no texto da *AGBG* [4]. A importância deste último, todavia, foi inegável à época, pelo fato de prever (§ 13) a possibilidade das associações com personalidade jurídica demandarem na defesa dos interesses de consumidores.

Em Portugal, a Lei da Defesa do Consumidor atualmente em vigor, de n° 24/96, dispõe no item 1 de seu art. 2°, considerar consumidor "todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise à obtenção de benefícios". O legislador português de 1996, contudo,

dá ao conceito uma maior amplitude, por considerar, no texto item 2 do mesmo dispositivo, como também incluídos no âmbito da lei "os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos".

Mais restritiva, a lei italiana nº 281, de 1998, excluía a possibilidade das pessoas jurídicas figurarem como consumidoras, estabelecendo em seu art. 2° serem consumidores e usuários as pessoas *físicas* que adquirem ou utilizam bens ou serviços com fins não empresariais e profissionais[5]. Consoante mencionada lei, com tais consumidores e usuários não se confundiam, ainda, as denominadas associações em favor deles constituída, conceituadas como sendo formações sociais cujo fim estatutário exclusivo é a tutela dos direitos e dos interesses dos consumidores ou dos usuários[6]. O novo *Codice del consumo* de 2005 manteve-se, por sua vez, fiel à concepção de que apenas pessoas físicas podem ser consumidoras. Menos feliz foi, contudo, sua redação que se limita a considerar ser "consumidor ou usuário" (art. 3º) a pessoa física que age movida por fins estranhos à atividade empresarial ou profissional eventualmente desempenhada [7].

A legislação brasileira desde 1990 acolhe solução diversa daquela adotada pelo legislador italiano, ao enunciar no Código de Defesa do Consumidor (art. 2°) ser consumidora "toda pessoa *física* ou *jurídica* que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". As divergências, todavia, vão além do reconhecimento da figura da "pessoa jurídica consumidora"[8], uma vez que, mais adiante, em seu parágrafo único, o Código de Defesa do Consumidor também equipara a "consumidor" a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja, de qualquer modo, intervindo nas relações de consumo, considerando-a como "consumidor por equiparação". Consumidores por equiparação são igualmente considerados todos aqueles que venham a suportar eventual dano advindo de relação de consumo.

Sob o ponto de vista doutrinário, é possível identificar duas correntes de pensamento na conceituação de "consumidor": maximalista e teleológica.

O enfoque maximalista considera como consumidor a pessoa que pratica ato jurídico ou material realizando a destinação final do bem objetivado, de modo a esgotar total ou parcialmente o valor econômico e provocando geralmente sua retirada definitiva ou temporária do mercado.

A corrente teleológica, por seu turno, parte da idéia de que deve ser buscada a efetiva finalidade da lei, que é dar efetiva guarida àqueles consumidores que se apresentem mais fragilizados.

Os defensores desta segunda corrente entendem ser a ótica maximalista particularmente perigosa, na medida em que a demasiada ampliação da área de incidência da norma de proteção poderia acabar sujeitando o consumidor individual - que é o destinatário primeiro das normas protetivas - a possível denegação de tutela. Afirma-se que, ao ser ampliado o rol de sujeitos tutelados, a eficácia da proteção naturalmente diminuiria, uma vez que a providência legal perderia sua natureza particular e passaria a ter aspecto geral.

Com seu caráter objetivo, acabar-se-ia por confundir fatalmente "consumidor" com qualquer "usuário final", aí vindo abrangidos profissionais, industriais, comerciantes ou prestadores de serviços que adquirem, para as necessidades de suas empresas, bens de capital e até mesmo de investimento.

A jurisprudência nacional anterior ao advento do CC de 2002 vinha emprestando ao conceito de consumidor enfoque evidentemente maximalista, de modo a reforçar a figura do consumidor por equiparação. Tal se dava particularmente pela inexistência, até então, de legislação específica civil que abraçasse os modernos princípios contratuais reguladores da matéria, tais como da igualdade, da boa-fé, bem como seus consectários, inclusive a vedação a que fossem estipuladas cláusulas abusivas.

A questão, contudo, ficou superada com a vigência do novo Código Civil, cujo legislador teve a preocupação de abraçar as principais novas diretrizes contratuais, de tal sorte a permitir que também os profissionais possam alcançar tutela com fundamento principiológico, sem ter que lançar mão de interpretações analógicas com o Código de Defesa do Consumidor, ou com o conceito amplo de consumidor.

Acabou, assim, prevalecendo o entendimento de que o conceito mais adequado será obtido com conjugação de mencionada ótica objetiva com elementos de natureza eminentemente subjetiva, como, por exemplo, a ausência de intuito na utilização dos bens e serviços recebidos quer na fabricação, na transformação ou na distribuição de novos bens, quer na prestação de outros serviços.

Na doutrina teve particular destaque o conceito elaborado por Bourgoignie no sentido de dever ser reputado consumidor toda pessoa física ou moral que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço colocado no centro do sistema econômico por um profissional sem objetivar, ela própria, a fabricação, a transformação, a distribuição ou a prestação no âmbito de um comércio ou de uma profissão.

Em consonância com a sistemática posteriormente adotada pela União Européia, este renomado doutrinador belga, atualmente professor da *Université du Québec* a Montréal, ressalta, ainda que "uma pessoa exercendo uma atividade em caráter profissional, comercial, financeiro ou industrial, não pode ser considerada como um consumidor, salvo se ficar por ela estabelecido que está agindo fora de sua especialidade e que realiza uma cifra global de negócios inferior a ... milhões de francos por ano" [9]**.**

De nossa parte, acreditamos deva ser considerado *consumidora* "toda pessoa física ou jurídica que, na qualidade de destinatário final, venha a adquirir ou a utilizar bens ou serviços dotados de valor econômico, sem o intuito de empregá-los seja na fabricação, na transformação ou na distribuição de bens, seja na prestação de serviços no âmbito de qualquer atividade empresarial ou profissional"[10].

Consoante peculiaridade da legislação brasileira, deve ainda ser ressaltado equiparar-se a consumidor toda coletividade de pessoas - ainda que indetermináveis - que haja, de qualquer modo, intervindo nas relações de consumo, bem como aquele que vier a suportar eventual dano advindo de relação de consumo.

02.2) Conceito de Fornecedor

O legislador do CDC optou por conceituar fornecedor como sendo (art. 3º do CDC) "toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

Produtos são bens, móveis ou imóveis, materiais ou imateriais.

Prestação de serviços, por sua vez, reputa-se toda atividade ofertada ao mercado de consumo, mediante remuneração direta ou indireta.

Consolidou-se, ainda, na doutrina o entendimento de que o fornecedor de produtos deva ser necessariamente um profissional. No que concerne ao prestador de serviços, contudo, tal requisito não se faz necessário, bastando faça-se presente o escopo de lucro, ainda que indireto, para que ele possa ser considerado fornecedor.

É curioso observar que, no âmbito do direito comparado, algumas legislações não se prendem à idéia de fornecedor, optando, antes, pela de fabricante. Assim ocorre, por exemplo, no direito alemão, que reputa ser *fabricante (Hersteller)* toda pessoa que, de algum modo, preparou a matéria-prima *(Grundstoff),* elaborou o produto final *(das Endprodukt)* ou parte deste, pouco importando que o tenha feito valendo-se de processos manuais ou industrializados (§ 4º, item 1, da Lei sobre responsabilidade por produtos defeituosos - *Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte - Produkthaftungsgesetz - ProdHaftG*). Ressalte-se que o legislador alemão equipara para efeitos de responsabilidade o fabricante e o "quase-fabricante" *(Teoria da Aparência). "Quase-fabricante"* é a pessoa que se intitula "fabricante", embora sem o ser, inserindo indevidamente seu nome, marca, ou sinal característico. Considera-se igualmente como fabricante quem introduz ou coloca produto com o objetivo de vender, alugar ou outra forma de comércio, com finalidade econômica no âmbito de sua atividade comercial e no âmbito de validade da Convenção sobre o Espaço Econômico Europeu (§ 4º, item 2). Por derradeiro, em não sendo possível precisar quem é o fabricante, considera-se como tal o fornecedor *(Lieferant).*

02.3) Conceito de Produto e de Serviço

A noção do que seja "produto", acima mencionada, não tem importado em maiores discussões, vindo contida no art. 3º, §1º, do CDC como sendo "qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial".

Mais polêmica, todavia, é a noção de serviço que consta do art. 3º, §2º, do CDC, eis que o texto como tal considera "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo,

mediante remuneração, *inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".

A parte antefinal deste último dispositivo mencionado deu ensejo a um dos mais acalorados debates dos últimos anos dentro da esfera do direito do consumidor, uma vez que se questionou, como abordaremos adiante, a legalidade de o CDC poder regular também relações jurídicas estabelecidas com instituições de natureza bancária e financeira.

02.4) Conceito de Relação de Consumo

A delimitação no sentido de saber se uma relação jurídica é de consumo ou não apresenta vital importância na prática, pois disso depende a determinação da legislação aplicável à situação, bem como, por vezes, a fixação do foro competente.

Ao elaborar o texto do Código de Defesa do Consumidor, contudo, o legislador de 1990, que se preocupou em fazer nele inserir os conceitos de "consumidor", de "fornecedor", de "produto" e de "serviço", quedou-se inerte quanto à noção de "relações de consumo". Coube, assim, à doutrina e à jurisprudência delimitar o alcance da legislação protetiva ao consumidor.

Partindo-se da noção de "relação jurídica" fornecida pelos estudiosos do direito civil e da idéia de que a relação de consumo é uma relação jurídica qualificada pelos atributos das partes que a integram, buscou-se elaborar enunciado definidor de "*Relação de Consumo*": vínculo jurídico existente entre fornecedor e consumidor advindo de ato de consumo ou decorrente de acidente de consumo, e consistente em um dar (no que concerne ao fornecimento de produto) ou um fazer (quanto à prestação de serviços).

Constatados tais pressupostos, passa a incidir norma específica, cuja natureza de ordem pública se justifica pela necessidade de proporcionar-se equilíbrio entre os pólos envolvidos, que se apresentam naturalmente de modo desigual.

Simplificando: temos "relação jurídica *de consumo"* quando, constatada a presença básica de *relação jurídica*, envolva ela *fornecedor*, *consumidor* e *objeto* subsumidos nas acepções conceituais da CDC.

A discussão mais polêmica a respeito do tema foi certamente aquela que concernia à possibilidade de aplicação do CDC às relações jurídicas envolvendo bancos, instituições financeira e de seguro em geral. Como antes salientado, a controvérsia chegou a termo apenas após a Corte Suprema brasileira ter-se pronunciado a respeito.

As dúvidas, todavia, não se limitaram e ainda não se limitam a essa questão, uma vez que a matéria não vem totalmente pacificada em inúmeras outras relações nas quais o consenso está longe de ser alcançado.

Mesmo hoje doutrina e jurisprudência não se pacificaram quanto a serem ou não *de consumo* diversos contratos quais os de locação, de incorporação imobiliária, de transporte de pessoas e coisas, de hospedagem, de depósito, de estacionamento e de previdência privada, bem como aqueles concernentes a administração de consórcios, a *leasing* e a alienação fiduciária.

Exceção feita à locação, em todos os tipos contratuais mencionados a jurisprudência vem se inclinando, cada vez mais, no sentido da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

No âmbito do Direito Comparado, podemos destacar textos como a antiga lei alemã para regulação do Direito nas condições gerais dos negócios (§ 24- *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - AGBG*), que considera como sendo de consumo o contrato celebrado entre uma pessoa que negocia no exercício de sua atividade profissional, industrial ou comercial (empresário) e uma pessoa física, que celebra um contrato com uma finalidade, que não seja relacionada à atividade industrial ou profissional própria (consumidor).

03) O CONSUMIDOR DIANTE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

A situação fática do consumidor diante das instituições financeiras é, à evidência, extremamente frágil, havendo um certo consenso no sentido de ser necessária a adoção de regras especiais que possam protegê-lo.

Examinando-se a pertinente atividade legislativa de outras nações, bem como estudos doutrinários e jurisprudenciais, traz-se reforçado o entendimento de que a proteção ao consumidor é amplamente adotada também quando se cuide de contratos bancários. Merece destaque a Alemanha que possui legislação específica sobre a matéria.

Na Espanha, Fernando Sanches Calero, ao analisar a Lei de Defesa do Consumidor pondera que "*[...] la tan bien intencionada como deficiente Ley 26/ 1984, de 19 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 10, contiene manifestaciones que son aplicables sin duda a los contratos bancarios"**[11]***.

Na Alemanha, o §1º, nº 1, da antiga Lei de crédito ao consumo *(Verbraucherkreditgesetz - VerbrKrG)* já definia *relação de crédito ao consumo* como aquela estabelecida entre um fornecedor do crédito *(Kreditgeber* - financiador) ou o agenciador do crédito *(Kreditvermittler)* e uma pessoa física que utiliza esse crédito *(Kreditnehmer)**[12]***. A mesma lei (§ 1º, nº 2 e nº 3) ressaltava, outrossim, ter natureza creditícia o contrato (*Kreditvertrag)* pelo qual fornecedor de crédito concede ou promete conceder a consumidor crédito em dinheiro *(Entgeltlich)*, sob forma de empréstimo/mútuo *(Darlehen)*, de dilação de pagamento *(Zahlungsaufschub)* ou como auxílio financeiro (*Finanzierungshilfe*) [13].

No Brasil, a discussão sobre a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor às relações existentes entre as instituições financeiras e seus respectivos

clientes remonta aos primeiros anos de sua vigência, inexistindo consenso na doutrina pátria.

Antonio Hermann Benjamin[14], posicionou-se no sentido da aplicabilidade do CDC a todas as relações de consumo entre bancos e correntistas.

José Geraldo Brito Filomeno, porém, observou a respeito dos depositantes em cadernetas de poupança que afora os serviços decorrentes de sua manutenção nos quais há, sem dúvida, relação de consumo "consistente em sua prestação efetiva mediante remuneração por meio de tarifas especifica, *não podemos dizer que possam ser considerados consumidores só por aquela circunstância*"[15].

Inúmeras foram as tentativas no sentido de afastar as relações de bancos e de instituições financeiras com seus clientes do sistema protetivo do CDC.

Evidentemente pressionado, o Banco Central chegou a baixar resolução pela qual instituía texto denominado "Código de Defesa do Consumidor Bancário", contendo conjunto de princípios e regras destinados a reger com exclusividade mencionadas situações. Na medida em que apresentava diversos dispositivos vulnerando direitos previstos no CDC, a resolução logo caiu no vazio, sendo reiteradamente rechaçada por decisões do Judiciário.

A controvérsia, contudo, ganhou forças ao apagar das luzes do ano de 2001, com o ingresso de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 2591) pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif), motivada por decisões judiciais proferidas com base no Código de Defesa do Consumidor no sentido de serem reduzidos os ganhos - sobretudo os derivados da cobrança de juros - dos Bancos e demais instituições financeiras.

A decisão, reconhecendo a aplicabilidade do CDC, teve grande impacto e é considerada por muitos como sendo verdadeiro divisor de águas.

03.1) ADIN 2591: antecedentes

Ao longo do ano de 2001, as relações envolvendo instituições bancárias e seus correntistas se deterioraram, o que ficou evidenciado com o multiplicar quase exponencial do número de casos envolvendo essas partes tramitando perante os órgãos oficiais. Entre janeiro e outubro de 2001, por exemplo, foram registradas apenas no Procon de São Paulo 9.629 consultas e 2.210 reclamações envolvendo instituições bancárias.

Além disso, inúmeras decisões judiciais proferidas com base no CDC, implicaram em redução de ganhos - sobretudo os derivados da cobrança de juros - dos Bancos e demais instituições financeiras.

A Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) tentou, então, uma última medida de desespero e propôs *ação direta de inconstitucionalidade* (ADIN 2591) pela qual pretendia fosse reconhecida a inconstitucionalidade do texto do art.3º, §2º, do CDC.

03.2) ADIN 2591: pedido e fundamentos

A ação proposta visava a alterar o parágrafo segundo do artigo 3° do Código que inclui bancos e instituições financeiras dentre as pessoas submetidas na qualidade de prestadores de serviço.

Reza a lei considerar-se prestação de serviços qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

A pretensão declaratória poderia ter assim resumido seu escopo: correntistas, tomadores de empréstimo e segurados não mais seriam considerados consumidores, ao menos para efeitos da aplicação do CDC.

A tese levada ao Supremo Tribunal Federal, no sentido da inaplicabilidade da legislação do consumidor às relações mantidas pelas instituições financeiras com seus respectivos clientes, fundava-se no argumento de que a regulamentação do sistema financeiro nacional deveria dar-se necessariamente mediante a edição de lei complementar, consoante previsão expressa do art. 192 da CF. Por ter natureza de mera lei ordinária, o CDC, não poderia, pois, tratar do assunto.

03.3) ADIN 2591: argumentos em sentido contrário

Os argumentos adotados pelas instituições financeiras, contudo, não se sustentariam pelos motivos seguintes:

a) Ao dispor sobre a necessidade da edição de lei complementar para tratar do sistema financeiro nacional, o legislador constitucional obviamente nunca pretendeu aí abranger as relações existentes entre as instituições financeiras e seus clientes; antes, procurou cercar-se de cautelas - como a existência de *quorum* qualificado para aprovação - a respeito da edição de leis dispondo sobre a estruturação do sistema como um todo, mesmo porque devendo ela dar-se "de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade".

b) Os antigos textos dos incisos que seguiam mencionado art. 192[16], mesmo não tendo pretensão à exaustividade, já permitiam evidente e precisa captação do objeto da regulamentação legislativa preconizada: todos os temas ali tratados tinham natureza

eminentemente estrutural, não guardando qualquer relação com a idéia de consumo. As relações existentes entre as instituições financeiras e o consumidor, com efeito, não vinham sequer aludidas em quaisquer dos tópicos do rol; e tal nem poderia ocorrer dado nada terem elas em comum com a regulação intrínseca do sistema financeiro.

c) Formou-se, pois, consenso - agasalhando posição defendida por Antonio Hermann Benjamin - no sentido de que, ao fazer incluir a atividade de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária na noção de *serviço* (§2°, do art. 3°), o legislador do CDC se limitara a disciplinar relações de consumo entre bancos e correntistas, sem resvalar minimamente na disciplina do mercado financeiro.

d) Análise diversa da acima exposta possibilitaria, absurdamente, que bancos, financeiras e administradoras de cartões de crédito, vulnerando o princípio Constitucional de proteção ao consumidor, se furtassem às regras que buscam dar-lhe guarida, seja na ocasião em que tomado um empréstimo, seja naquela de abertura de mera conta bancária. E parece inegável o fato de a conduta dos bancos não se haver pautado, durante muitos anos, por parâmetros minimamente éticos, vindo insustentável esvaziar-se de eficácia um remédio jurídico exatamente no campo em que ele se faz mais reclamado.

03.4) ADIN 2591: desfecho e alcance da decisão

Em sessão considerada histórica, realizada no dia 07 de junho de 2006, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da ADIN 2591, ou seja, como já apontado, aquela que tratava da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços bancários.

Acolhendo boa parte dos argumentos carreados aos autos pelo Brasilcon, pelo IDEC, pelo PROCON-SP, pela Procuradoria de Assistência Judiciária de SP e pela Defensoria Pública do RJ, que foram admitidos na ação na qualidade de *amicus curiae,* nove Ministros (Néri da Silveira, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie) julgaram os pedidos totalmente improcedentes, por entenderem não haver qualquer inconstitucionalidade na redação do art. 3º, § 2º, do CDC, sendo, por conseguinte, plenamente válida sua previsão no sentido de serem aplicáveis as regras do CDC também aos serviços bancários em toda sua extensão, aí incluídas as taxas de juros[17].

Nos votos vencedores ponderou-se, ainda, que os serviços bancários são essenciais à sociedade contemporânea, e marcados pela nota de absoluta vulnerabilidade de seus consumidores. Assim, não haveria qualquer razão para que a relação estabelecida não fosse qualificada como sendo de consumo.

Mereceram destaque, ainda, as fundamentações dos votos no sentido da improcedência, que realçaram o fato da defesa do consumidor possuir matriz constitucional, sendo um direito fundamental (art. 5º, XXXII) e um princípio formador da ordem econômica (art.

170, V). Neste contexto, aplica-se a todas as atividades econômicas em sentido estrito, o que inclui os serviços bancários.

Foi igualmente realçada a circunstância de que a lei complementar prevista no art. 192 da CF diz respeito apenas à estrutura e fiscalização do Sistema Financeiro Nacional e não às relações jurídicas estabelecidas entre o consumidor de produtos e serviços fornecidos pelas instituições bancárias e de crédito, que são regidas pelo CDC.

Observe-se que, com o resultado do julgamento, o denominado "Código de Defesa do Consumidor Bancário" foi, enfim, considerado inaplicável na medida em que restritivo aos direitos do consumidor, pois se trata, não de lei, mas de mera Resolução do Banco Central (Resolução n° 2878/2001) que, à obviedade, não poderia prevalecer contra texto legal criado pelos Poderes da República em obediência a mandamento constitucional.

Nesse sentido tivemos oportunidade de mencionar anteriormente e até com maior amplitude que, em razão da interação *normas constitucionais - preceitos da Lei de Defesa do Consumidor*, "deve repugnar à consciência jurídica pretensão legislativa ordinária que restrinja direito do consumidor, ainda que a pretexto de relevante interesse público. Daí sustentarmos que o legislador ordinário pode apenas ampliar direitos previstos na Constituição Federal e na Lei de Defesa do Consumidor e nunca restringi-los" [18]. No caso em apreço, na medida em que a própria lei não pode restringir princípios e direitos assegurados pelo CDC, com muito mais razão tal não será possível por mera resolução do Banco Central.

As obrigações que envolverem relação de consumo devem ser, sem dúvida, regidas preferencialmente pelo Código de Defesa do Consumidor que é o texto que concebeu e estrutura o respectivo microssistema. Deve-se ressaltar que tal fato, não obstante, não exclui a possibilidade de incidência da legislação ordinária, dos tratados ou das convenções internacionais, o que poderá ocorrer não apenas subsidiariamente, para suprir eventual omissão da lei especial, como mesmo mediante exclusão desta última, caso haja inovação prevendo soluções que sejam *mais benéficas aos consumidores* do que aquelas constantes do próprio CDC. A valoração de tal eventual prevalência caberá, então, caso a caso, à luz da doutrina e da jurisprudência.

Recentemente, porém, a questão voltou à baila no Colendo STF tendo sido objeto da Reclamação n°6318, eis que acórdão lavrado a 03 de junho de 2008 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ignorando a orientação firmada no julgamento da ADI n. 2.591, ocorrido em 2006, teria simplesmente afirmado a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de empréstimo bancário. Em 15 de setembro de 2009, decisão de lavra do Min. Eros Grau julgou procedente a reclamação e determinou o "retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que, afastada a premissa de inaplicabilidade do CDC aos contratos bancários", fosse apreciada a apelação "como entender de direito" [19].

04) Consumidor e o Código de Auto-regulação Bancária

04.1) Natureza e estrutura do Código de Auto-regulação Bancária

O resultado do julgamento da ADIN n° 2591 deixou claro que o relacionamento entre o Sistema Financeiro e o público consumidor de serviços por ele ofertados vem regido particularmente pelo CDC. A natureza marcantemente complexa e dinâmica das atividades envolvidas impõe, contudo, que diversas outras normas complementem a lei de proteção ao consumidor, cuja efetiva aplicação deve ser assegurada tanto pelo próprio Poder Judiciário como por mecanismos de controle a serem utilizados pelo Banco Central, pelos órgãos de defesa do consumidor, pelas organizações não governamentais e pelos veículos de comunicação.

Em iniciativa louvável que indica alteração efetiva de linha de conduta, a Federação Brasileira de Bancos (Febraban) buscou aperfeiçoar os instrumentos existentes e, em 28 de agosto de 2008, decidiu criar o sistema brasileiro de auto-regulação bancária, inspirado nos princípios da eticidade, da legalidade, da transparência e do respeito ao consumidor, mediante a adoção de procedimentos de autodisciplina a serem aplicados às instituições signatárias de termo de adesão.

Conquanto o documento redigido pela Febraban venha sob a denominação "Código de Auto-Regulação Bancária", não se pode perder de vista tratar-se de mero elenco auto-normativo cujos dispositivos não poderão infringir as normas contidas no CDC. Tal situação de subordinação e dependência é, inclusive, reconhecida em seu próprio texto, no art. 2º[20].

O unilateralmente e em *causa propria* denominado "Código de Auto-regulação Bancária (CAB)", que teve como marco inicial de aplicação o mês de janeiro de 2009, vem estruturado em dez capítulos. No primeiro deles, menciona-se quem pode participar do "Sistema de Auto-Regulação Bancária" e enumeram-se as fontes normativas. Os Princípios Gerais, as Regras da Auto-Regulação Bancária e as Responsabilidades das Signatárias constam respectivamente dos Capítulos II, III e IV. Estatui que, reunidas em conselho (Capítulo V - Conselho das Signatárias), as signatárias deliberam para escolher seus representantes junto ao órgão normativo e de administração do sistema, o Conselho de Auto-Regulação (Capítulo VI). Este, por sua vez, poderá instituir comitês setoriais com competência temática (Capítulo VII - Comitês Setoriais) para, dentre outras incumbências, propor e interpretar condutas com alcance autonormativo, bem como emitir pareceres. No Capítulo VIII, o texto prevê a instituição de uma "Diretoria de Auto-Regulação", subordinada ao Conselho de Auto-Regulação, para desempenhar as funções de órgão executivo do Sistema de Auto-Regulação. O Procedimento Disciplinar para apurar indícios de violação às normas da auto-regulação é sucintamente - o que não causa surpresa, ante a unilateralidade do preceituado - abordado no Capítulo IX. O texto vem finalmente completado pelo Capítulo X, que traz disposições gerais e transitórias.

04.2) Abrangência da proposta do Código de Auto-regulação Bancária

Em conformidade com o teor da decisão do Supremo Tribunal Federal, a abrangência do "Código de Auto-regulação Bancária (CAB)" envolve *todos os produtos e serviços* ofertados ou disponibilizados pelos bancos múltiplos, pelos bancos comerciais, pelos bancos de investimento, pelas caixas econômicas, pelas cooperativas de crédito ou pelas sociedades de crédito, financiamento e investimento, que sejam associados à Febraban. Estão englobados, assim, não apenas serviços como o *Internet banking* e os caixas eletrônicos, como as ofertas de crédito, que poderão abranger desde contratos de cheque especial, até mesmo contratos de financiamento e mútuo.

Nesse sentido dispõe o art. 3º do texto em questão: "As normas da auto-regulação abrangem todos os produtos e serviços ofertados ou disponibilizados pelas Signatárias a qualquer pessoa física, cliente ou não cliente (o 'consumidor')".

04.3) Críticas ao Código de Auto-regulação Bancária

Como já mencionado anteriormente, a criação de um sistema de auto-regulação bancária é iniciativa extremamente válida e digna de elogios. Algumas ponderações, contudo, merecem ser tecidas a respeito do tema.

Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que, dada sua natureza de mero normativo da Federação Brasileira de Bancos (Febraban), o denominado "Código de Auto-regulação Bancária" não poderá em hipótese alguma prevalecer em caso de restrição a direitos assegurados pelo CDC, que é lei federal com fundamento constitucional.

Assim, viola os princípios da boa-fé e da transparência a previsão de que a entrega da minuta de contrato ao consumidor será obrigatória apenas na hipótese de haver solicitação por parte deste[21]. Trata-se de regra que colide frontalmente com quanto consta do art. 46 do CDC que prevê não obrigarem os consumidores os contratos que regulam as relações de consumo se àqueles não for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de "modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance".

Não há tampouco compatibilidade com o CDC a possibilidade dos Bancos alterarem unilateralmente os contratos, desde que haja comunicação ao consumidor com antecedência de 15 dias[22], ou a possibilidade de alteração unilateral das taxas de juros[23], salvo se o reajuste estiver contratualmente previsto. Cláusulas que estabeleçam uma ou outra situação são manifestamente abusivas, sob a ótica do CDC, como consta do art. 51, XIII, do mesmo estatuto que prevê serem nulas de pleno direito estipulações contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que "autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração".

De salientar-se, ademais, que as regras que criem obrigações para bancos e instituições financeiras são, no mais das vezes, muito complacentes. É o caso do limite de tempo estabelecido para espera em filas: máximo de 30 minutos (que se amplia para 40

minutos em horários de pico) a ser reduzido para 20 e 30 minutos respectivamente até o fim de 2010[24].

Por derradeiro, não se pode ignorar que as penas previstas no preceituário normativo aos estabelecimentos que desrespeitarem as regras fixadas são por demais brandas e destituídas de qualquer eficácia cogente: suspensão na participação do sistema; multa e perda do direito de utilizar o selo de qualidade[25].

05) Conclusões

Eventual conjuntura em que não se reconhecesse a aplicação do CDC às relações bancárias ensejaria panorama, no mínimo, desolador: cobranças descabidas e vexatórias; falhas em transações eletrônicas; inclusões indevidas no SERASA; imposição de cláusulas contratuais abusivas; envio de produtos, como cartões de crédito, independentemente de prévia solicitação por parte do consumidor; desnecessidade da entrega ao consumidor de cópia dos contratos por parte das instituições bancárias, financeiras e de crédito; imposição de cláusula prevendo foro de eleição para ações judiciais; não-redução proporcional dos juros e demais acréscimos contratuais em caso de pagamento antecipado da dívida pelo consumidor; cobrança de honorários advocatícios por parte das instituições mesmo que não tivesse havido a respectiva sentença judicial; atribuição de responsabilidade ao consumidor pelo roubo ou extravio de cartão (com base no art. 6º, VI e no art. 20 do CDC, a jurisprudência entende que mencionada responsabilidade é do Banco); responsabilização do consumidor por eventual extravio de talão de cheques enviado pelo correio (pelo art. 6º, VIII, do CDC, que prevê inversão do ônus da prova, tal responsabilidade deve ser atribuída ao banco); multa de mora superior a 2% (anteriormente ao CDC, a média oscilava entre 10 e 20%), o que é proibido pelo art. 52, § 1º, CDC; oferecimento de serviços mediante a prática da venda casada (*v.g.*: cheque especial e seguro de vida; financiamento e seguros), proibida pelo art. 39, I, do CDC, dentre outros procedimentos corriqueiramente desrespeitosos e abusivos.

Não obstante a superação da questão concernente ao alcance conceitual dos elementos que integram a relação de consumo (tais como consumidor, fornecedor, produto e serviço), sobre a qual discorremos anteriormente, a situação de vulnerabilidade do consumidor, mesmo que com menor intensidade, ainda se mantém, o que pode ser aferido pelos outros questionamentos que prosseguem sem solução definitiva.

Assim ocorre, por exemplo, com a recusa dos bancos em recompor as perdas dos poupadores referentes aos diversos planos econômicos do governo (Cruzado, Bresser, Collor I e II, e Verão[26]), reiteradamente condenada por inúmeras decisões judiciais, que culminou com o ingresso, em 05 de março de 2009, de pedido por parte da Consif (Confederação Nacional do Sistema Financeiro) de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (a ADPF nº165) junto ao STF. Por ele pleiteia-se a declaração de constitucionalidade das legislações pertinentes aos diferentes Planos Econômicos, de modo a possibilitar às instituições financeiras a aplicação retroativa dessas legislações, sem respeitar o principio do direto adquirido. Em decorrência, pretende-se não apenas a

suspensão de todas as ações judiciais cujo objeto seja a discussão do comportamento dos bancos em relação às cadernetas de poupança quando do advento dos planos econômicos, como que a própria Suprema Corte reveja sua posição anterior no sentido de ser cabível o ressarcimento dos poupadores no caso dos Planos Bresser e Verão[27].

O resultado da ADIN n° 2591, reconhecendo a subsunção de contratos bancários ao CDC, inaugurou certamente novo capítulo nas relações dos consumidores com as instituições prestadoras de tais serviços, que agora buscam disciplinar a matéria de modo complementar e mais específico, mediante a instituição de sistema de auto-regulação que poderá, com caráter quase-interno e sem efeitos vinculantes para terceiros, transcorrer paralelamente ao controle incontrastável que já incumbe constitucionalmente ao Judiciário.

Trata-se de iniciativa aparentemente válida, mas destinada a frutificação inócua enquanto as conseqüências cominatórias tiverem amplitude que se pode adequadamente qualificar de risível. O consumidor, na conjuntura realística atual, continuará tendo que necessariamente lançar mão do Poder Judiciário para assegurar o respeito a direitos a muito custo conquistados[28].

Iniludivelmente a auto-regulamentação poderá ter um alcance extraordinário: limitar abusos e inibir *pré-jurisdicionalmente* possíveis lesões a consumidores. Mas para isso é preciso que se paute com maior isenção, independentemente do cuidado de meros interesses pessoais e unilaterais das instituições convenentes.

06) Bibliografia

ALBA, I. E. Algunas consideraciones sobre el derecho de consumidor en España. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 72, p. 59-65, abril/junho 1995.

ALPA, G.Tutela del consumatore. In: *NOVISSIMO* Digesto. Torino: UTET, v. II, 1980.

_____. Consumatore (protezione Del) nel diritto civile. In: *DIGESTO* delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile, Torino: UTET, v. III, p. 542-48, 1986.

_____. Credito al consumo. In: *DIGESTO* delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile, Torino: UTET, v. V, p. 22-5, 1986.

BENJAMIN, A. H. de V. e. O direito do consumidor. *Revista dos Tribunais***,** v. 670, p. 50, ago 1991.

BENJAMIN, A. H. de V. e, DENARI, Z., FILOMENO, J. G. B., FINK, D. R., *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BOURGOIGNIE, T. O conceito jurídico de consumidor**. Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 2, 1992.

BENJAMIN, Antonio Hermann. Bancos tentam obter na Justiça imunidade ao Código do Consumidor. *Folha de S. Paulo.* Caderno Dinheiro. 03/01/2002.

CALAIS-AULOY, J., STEINMETZ, F. *Droit de la consommation*. 4 ed., Paris: Dalloz, 1996.

DERANI, C. Política nacional das relações de consumo e o código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 29, p. 29-39, jan./mar. 1999.

FARJAT, G. A noção de Direito Econômico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, p. 25-67, julho/setembro de 1996.

FILOMENO, J. G. B. *Manual de Direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2001.

FILSER, M. *Le comportement du comsommateur*, Paris: Dalloz, 1994.

GAMA, H. Z. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GHERSI, C. A. La paradoja de la igualdad del consumidor en la dogmática contractual, *Revista de Direito do Consumidor*. v. 36, p. 39-44, Out/dez/ 2000.

GRASSI NETO, R. *Princípios de Direito do Consumidor - Elementos para uma Teoria Geral*. 2. ed. Santo André: Esetec, 2007.

_____. *Aulas de Direito do Consumidor*. Santo André: ESETec, 2007.

KENNEDY, John Fitzgerald. Special Message to the Congress on Protecting the consumer Interest. March 15, 1962. *Public Papers of the Presidents* [93], p. 235-43.

MARQUES, C. L.; PFEIFFER, R. A. C. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MORATO, Antônio Carlos. *Pessoa Jurídica consumidora*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, L. A. R. *Comentários ao Código de defesa do Consumidor: Direito material*. São Paulo: Saraiva, 2000.

POINTNER, L. O direito do consumidor alemão. In: ZITSCHER, H. C. (coord.).*Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

QUINTAS, P. Direito do Consumidor e tutela de outros agentes económicos. *Coleção Lusitaniae Lex*, Porto: Almeida & Leitão, 1998.

SANTOS, O. L. Protección jurídica del consumidor de servicios en España. *Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul - AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, v. I, ed. esp, março, p. 275-82, 1998.

SAYEG, R. H. A compatibilização entre liberdade de iniciativa e defesa do consumidor. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São

---

[1] KENNEDY, John Fitzgerald. Special Message to the Congress on Protecting the consumer Interest. March 15, 1962. *Public Papers of the Presidents* [93], p. 235-43.

[2] BRASIL: Febraban. *Código de Auto-Regulação Bancária. Exposição de Motivos para a Auto-Regulação Bancária*, 2008, p. 02.

[3] «*Les consommateurs sont les personnes physiques ou morales de droit privé qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non professionnel*». (CALAIS-AULOY, Jean, STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*, p. 4).

[4] O texto foi revogado em 2001, com a inserção da matéria relativa às relações de consumo no BGB.

[5] Art 2°, "a", da Lei 30 de julho de 1998, n° 281: *"Ai fini della presente legge si intendono per: a) 'consumatori e utenti': le persone fisiche che acquistino o utilizzino beni o servizio per scopi non riferibili all'attività imprendoriale e professionale eventualmente svolta;[...]"*.

[6] Art 2°, "b", da Lei 30 de julho de 1998, n° 281: *"Ai fini della presente legge si intendono per [...] b) 'associazioni dei consumatori e degli utenti': le formazioni sociali che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritto e degli interessi dei consumatori o degli utenti"*.

[7] ART. 3°, DO DECRETO LEGISLATIVO N. 206, DE 06 DE SETEMBRO DE 2005 (CODICE DEL CONSUMO): "DEFINIZIONI: 1. AI FINI DEL PRESENTE CODICE SI INTENDE PER:A) CONSUMATORE O UTENTE: LA PERSONA FISICA CHE AGISCE PER SCOPI ESTRANEI ALL'ATTIVITA' IMPRENDITORIALE O PROFESSIONALE EVENTUALMENTE SVOLTA; [...]".

[8] A esse respeito, veja-se a obra "Pessoa jurídica consumidora", de Antônio Carlos Morato.

[9] BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 2, p.24.

[10] GRASSI NETO, Roberto. *Aulas de Direito do Consumidor*. Santo André: ESETec, 2007, p.9?.

[11] **Art. 10 da Lei nº 26/1984, de 19 de julho, de Defesa dos Consumidores e Usuários:** *1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente*

*relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado;**c)** Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. 2. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.3. Si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta.*

[12] A partir da reforma legislativa que modernizou a legislação obrigacional alemã, em vigor a partir de janeiro de 2002, a matéria pertinente aos contratos de crédito ao consumidor passou a ser regida por dispositivos inseridos no próprio Código Civil alemão (BGB). A nova redação dada ao § 491 do BGB, contudo, não alterou substancialmente a noção de contratos de crédito ao consumo (*Verbraucherdarlehensvertrag*), anteriormente disciplinada pela *Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG): " **§ 491 Verbraucherdarlehensvertrag.** (1) Für entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und einem Verbraucher als Darlehensnehmer (Verbraucherdarlehensvertrag) gelten vorbehaltlich der Absätze 2 und 3 ergänzend die folgenden Vorschriften".*

[13] Conquanto viesse regido pela mesma lei, com ele não se confundia o *contrato de agenciamento de crédito (Kreditvermittlungsvertrag)*, que vinha previsto nos §§ 15, 16 e 17, pelo qual o agenciador de crédito procura fazer com que o contrato seja realizado, de modo que tomador receba o crédito e o financiador aprove a sua concessão.

[14] Bancos tentam obter na Justiça imunidade ao Código do Consumidor. *Folha de S. Paulo* - Caderno Dinheiro - 03/01/2002.

[15] FILOMENO, J. G. B. *Manual de Direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 56.

[16] Os incisos e parágrafos do art. 192 foram revogados com a EC n°40/2003.

[17] Ficaram vencidos parcialmente o Ministro Carlos Velloso (Relator) e o Ministro Nelson Jobim, que refutavam a submissão da taxa de juros ao CDC. Consoante o teor dos votos vencidos, isso não impedia que, em cada caso, fosse exercido controle por parte do Banco Central do Brasil e do Poder Judiciário (este último inclusive com poder de revisão), nos termos do disposto no Código Civil, quanto a eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. Curiosamente a ementa original encampava a tese dos vencidos, ressalvando estar excluída da incidência do CDC a "definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia". A contradição foi sanada e o trecho suprimido em sede de Embargos de Declaração.

[18] GRASSI NETO, R. *Princípios de Direito do Consumidor - Elementos para uma Teoria Geral*. 2. ed. Santo André: Esetec, 2007, p 220.

[19] O acórdão do TJ/SP (apelação nº 7.221.911-9), está assim ementado: **"CONTRATO BANCÁRIO - BORDERÔ PARA DESCONTOS** - Obrigações recíprocas firmadas em atenção ao princípio da autonomia da vontade - Não incidência do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de empréstimo de dinheiro, não se caracterizando como produto ou serviço. Embargos Improcedentes - Recurso improvido".

[20] Art. 2º CAB: "As normas da auto-regulação não se sobrepõem, mas se harmonizam à legislação vigente, destacadamente ao Código de Defesa do Consumidor, às leis e normas especificamente direcionadas ao sistema bancário e à execução de atividades delegadas pelo setor público a instituições financeiras".

[21] Regras da Auto-Regulação Bancária, item 4.1, "c".

[22] Regras da Auto-Regulação Bancária, item 3.2, "e".

[23] Regras da Auto-Regulação Bancária, item 3.3, "d".

[24] Normativo SARB 004-09 - Atendimento em Agências, item 2.1. A norma da Febraban vale para cidades que não possuem lei sobre o assunto. A lei paulistana nº 13.984 de 2005 foi contestada pela federação dos bancos, que obteve liminar para cessar seus efeitos. Foi suspensa em maio de 2006, quando a federação dos bancos conseguiu liminar na 2ª Vara da Fazenda Pública sob o argumento de que não têm como prever o tempo de espera. A municipalidade recorreu e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) manteve a liminar. A situação está atualmente em grau de recurso no Supremo Tribunal Federal.

[25] Art. 42, Código de Auto-Regulação Bancária.

[26] Por este último plano (Plano Verão), instituído pela Medida Provisória nº 32 (posteriormente renumerada como Lei n° 7.730), de 16 de janeiro de 1989, determinou-se que a atualização dos saldos das cadernetas de poupança passasse a ser procedida com base nas Letras Financeiras do Tesouro (LFT) e não mais pelo IPC (Índice de Preços ao Consumidor). Bancos e instituições financeiras decidiram, então, aplicar o percentual da LFT (22,35%) a todas as cadernetas de poupança existentes no mês janeiro, inclusive para aquelas cujo período aquisitivo tivesse iniciado anteriormente à edição do plano. Tal entendimento impunha perda da ordem de 20,46% aos poupadores quanto aos valores que já existissem nas contas abertas ou renovadas na primeira quinzena de janeiro de 1989, sobre os quais deveria ter incidido o índice do IPC, que foi 42,72%.

[27] A 12 de março de 2009, o Min. Ricardo Lewandowski negou pedido liminar da Consif no sentido de fosse, imediatamente e até julgamento do mérito, sustado o trâmite de todas as ações em curso. Em apertada síntese, os argumentos refutados versavam a existência de: a) "verdadeira explosão de processos"; b) conjuntura econômica impondo a adoção de "medidas institucionais demonstrativas de apreço a valores como segurança e estabilidade jurídicas"; c) "vultosos prejuízos decorrentes das ações judiciais que

interpretam os planos econômicos das formas mais variadas e exageradas, causando grave risco de efeito sistêmico capaz de atingir a higidez do sistema financeiro e o próprio Tesouro Nacional". A "perda" em potencial seria de cerca de R$ 180 bilhões; d) crise financeira internacional.

[28] É preciso, porém, que o Poder Judiciário sopese adequadamente o alcance de suas decisões. Assim, por exemplo, causa perplexidade o enunciado n° 381 da Súmula de Jurisprudência do STJ ao estabelecer que: *"nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas".* Com tal entendimento aplica-se princípio processual clássico, qual seja exigência de pedido explícito pelo autor de pretensão cabível na lide, desprezando-se a evolução proposta pelo legislador de 1990 ao estabelecer que se cuida de nulidade absoluta, declarável, pois, de ofício.

A FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO JURÍDICO PRINCIPIOLÓGICO DA PROPRIEDADE*

THE SOCIAL AND ENVIRONMENTAL FUNCTION AS PRINCIPIOLOGICAL JURIDIC FOUNDATION OF PROPERTY

Vivian Bacaro Nunes Soares
Norma Sueli Padilha

RESUMO

O presente trabalho objetiva uma análise do conceito, conteúdo e limites da função social da propriedade, de forma a evidenciar a sua abordagem na Constituição Federal de 1988 a partir da qual impõe-se uma releitura do instituto da propriedade com vistas a possibilitar uma melhor compreensão de todo o sistema sobre o qual estão organizadas as relações jurídicas de apropriação de bens na ordem econômica. Os atributos econômicos e ecológicos são reunidos pelo texto constitucional na condição de princípios gerais da atividade econômica, admitindo que todos são relevantes para a finalidade de se atribuir valor a determinado bem, desta forma, uma nova modalidade de apropriação dos bens é definida, fazendo com que à dimensão econômica (função individual) seja integrada uma dimensão social (função coletiva). A proteção ambiental intregra o conceito e o próprio conteúdo da função social da propriedade que se caracteriza como função ambiental. Os princípios da função social e função ambiental são compatíveis e complementares de forma que constituem princípios informadores da Constituição econômica pátria, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social.

PALAVRAS-CHAVES: FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL. DIREITO DE PROPRIEDADE. FUNDAMENTOS PRINCIPIOLÓGICOS.

ABSTRACT

This paper is an analysis of the concept, content and limits of property's social function. Is a study made through the 1988 Federal Constitution which imposes a different interpretation of the property institute to make possible a better comprehension of whole system over which are organized the property appropriation juridical relations in economical order. The ecological and economical attributes are gathered by the constitutional text as general principles of economic activities and admits that all are relevant to attribute value to a certain property. So, in addition to the economical dimension (individual function) a social dimension (collective function) is integrated as a new way of property appropriation. It all constitutes a way to evaluate the property to appropriate that includes the environmental and the social function of property. And all this principles has normative strength.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: SOCIAL AND ENVIRONMENTAL FUNCTION; PROPERTY RIGHT; PRINCIPIOLOGICAL FOUNDATIONS.

1. INTRODUÇÃO

A propriedade, como direito do homem, modificou-se e evoluiu com a evolução do próprio homem e da organização social por ele criada. A evolução dos direitos de geração em geração, os novos bens e sujeitos tutelados pelo Direito, vão transformando o direito de propriedade; assim é que, na primeira geração de direitos, o direito de propriedade é marcado pelo cunho individualista, é um direito inviolável, absoluto. Nesta geração, característica do Direito Moderno, não se concebia a possibilidade de limitação da propriedade visando interesses sociais e difusos, nem a visão do proprietário como sujeito a obrigações decorrentes de seu direito. A liberdade individual, e, conseqüentemente, a segurança jurídica eram os primados básicos do Estado liberal, as necessidades da época eram por liberdade e maior autonomia do indivíduo, sendo a propriedade elevada à condição de direito absoluto, destinado exclusivamente aos interesses individuais do proprietário.

É no estado liberal, caracteristicamente absenteísta, que se dá a manifestação do *status libertatis* ou *status negativus*, realçando o princípio da liberdade, com o surgimento dos civis e políticos, caracterizados pela necessidade de não-intervenção do Estado no patrimônio jurídico dos membros da comunidade.

Da omissão estatal decorrem os excessos do ideário liberal, acarretando o aumento das desigualdades sociais, bem como movimentos revolucionários de base proletária. O Estado social objetiva a igualdade social contraposta à igualdade jurídica da visão liberal, ou seja, da justiça formal, que não é inerente às pessoas nem preexiste ao Estado, cumprindo-se essencialmente por meio de prestações por este devidas aos indivíduos.

A propriedade, direito fundamental típico de primeira geração, precisa cumprir sua função social. Verifica-se que referido direito se transforma, se modifica, se reestrutura para atender às novas exigências do Estado Social. A concepção individualista da propriedade prevaleceu até a incorporação, pelo ordenamento jurídico, dos direitos sociais, difusos e coletivos, respectivamente de segunda e terceira geração; a propriedade privada absoluta e ilimitada torna-se incompatível com a nova configuração dos direitos, que passa a tutelar interesses sociais.

O direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro foi renovado a fim de adequar-se aos novos direitos, a Constituição de 1988 caracteriza a propriedade como um direito marcado pela exigência do cumprimento de uma função social, sendo o proprietário titular de um poder-dever.

No âmbito do código civil brasileiro de 1916, o direito de propriedade caracterizava-se como um direito de primeira geração, de cunho individualista, limitado unicamente no interesse de outros particulares, sem referência às limitações impostas pelos interesses da sociedade; já o código civil de 2002, introduziu referência á finalidade social da

propriedade, demonstrando uma evolução no sentido de adequação desse instituto jurídico aos preceitos constitucionais. Os demais dispositivos legais infraconstitucionais devem ser interpretados à luz do que dispõe o texto constitucional.

De acordo com Derani (1997, pág. 211):

"A norma jurídica, inclusive a norma constitucional, não é simplesmente uma positivação, o estabelecimento de uma prescrição, ela é ao mesmo tempo hipótese e tentativa de solucionar um problema. Pode parecer relativista, mas, na verdade, é a norma mais que um instrumento mediador das atividades sociais, ele é um **meio para o alcance de finalidades sociais**.".

Desta forma, se revela um antagonismo entre o ser (indivíduo liberal formal) do código civil revogado e a sociabilidade (plural), na exata razão em que esse só existia enquanto ser individual, pois não era visto dentro de uma perspectiva fraternal ou solidária, condição típica do liberalismo.

No código civil de 2002, o ser individual, é também um ser social, plural e fraternal, revelado em regras e princípios da função social da propriedade e do contrato, institutos que revelam uma verdadeira mudança conceitual.

O plano das relações privadas (substancialmente codificadas) é fundado em direitos fundamentais constitucionalmente previstos, devendo ser observados por particulares em suas relações.

A propriedade passa por uma releitura, adquirindo uma função social a fim de contemplar os interesses coletivos e garantir a promoção do bem comum. Visa-se conciliar os âmbitos do individual e do social, de forma a que todos os interesses possam ser satisfeitos senão na sua plenitude, pelo menos até o limite que garanta que os outros interesses a este opostos possam ter um mínimo de realização.

É construído um novo conceito de propriedade, com o objetivo de compatibilizar o exercício desse direito com os interesses maiores da sociedade; o direito de propriedade passa a compreender também objetivos de ordem social, transpondo a concepção de propriedade eminentemente individualista.

Quando se fala em função social não se está fazendo referência às limitações negativas do direito de propriedade; o instituto da propriedade passou por transformações que não se restringem ao esvaziamento dos poderes do proprietário ou à redução do volume do direito de propriedade, de acordo com as limitações legais. A função social da propriedade é mais que uma limitação, trata-se de uma concepção que consiste no fundamento, razão e justificação da propriedade.

MAGALHÃES (1997. p. 148) ensina que:

“O direito de propriedade assegurado pela Constituição Brasileira estabelece uma relação da propriedade com a sociedade (art. 5º, XXIII e art. 170, III e VI, ambos da CF/1988). A propriedade não fica constando simplesmente como um direito e uma garantia individual. Dessa forma, se vê com clareza que inexiste juridicamente apoio para a propriedade que agrida a sociedade, que fira os direitos dos outros cidadãos.”.

A constituição federal de 1988, ao qualificar a propriedade como portadora de função social, visa à solução dos conflitos entre interesses individual do proprietário e os interesses da coletividade; dentre estes, destaca-se o interesse em alcançar desenvolvimento econômico individual que traga, concomitantemente, vantagens para a coletividade. Busca-se o entrelaçamento dos direitos reais e da propriedade, preservando-se os dogmas de “direito absoluto”, enquanto preserve o bem (propriedade) sua capacidade de multiplicação de riqueza e conseqüente utilidade coletiva.

1. O CONTEÚDO PRINCIPIOLÓGICO DA FUNÇÃO SOCIAL

A passagem da concepção civilística à concepção constitucional da propriedade implica sobretudo na transição de um qualificação do proprietário fundada na autonomia da vontade e iniciativa – conceito tradicional e subjetivo - para uma qualificação em que o traço principal é o poder modelado e conforme a lei.

Desde o ocaso das teorias que pregavam uma total abstenção estatal frente à ordem econômica, e a proteção de liberdades individuais – Estado Liberal (não intervenção do Estado e autonomia individual), o Estado passou a exercer ingerência direta na ordem econômica e participação ativa nas funções da vida social.

Duguit (pág. 180) rechaça a idéia de direito subjetivo, alegando que há uma contradição deste conceito com a realidade das sociedades civilizadas de hoje, afirma que:

“Ante todo la noción fundamental que sirve de base al sistema de 1789 y de 1804 y de todas las legislaciones positivas que em el han inspirado, es la del Derecho Subjetivo: el derecho subjetivo del Estado personificando la colectividad, el derecho subjetivo del individuo. Esta noción es de ordem puramente metafísico, lo que está em contradicción indudable com las tendências de las sociedades modernas, y com el realismo; digamos la palabra: con el positivismo de nuestra época.”[1]

Desta forma, repudia a idéia de direito subjetivo, afirmando que este é um conceito arruinado e incompatível com a realidade. Destarte, partindo da premissa de que a função social é um dever, consolidou o entendimento de que a propriedade não teria função social, uma vez que seria a própria função social (“propriedade-função”). (GAMA, 2007, pág. 9).

No início do século XX, Leon Duguit desenvolveu o conceito propriedade função social. Desfez a idéia absoluta e individualista da propriedade, destacando no instituto uma missão social que deveria ser cumprida pelo seu titular. Em sua opinião, todo o indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade com uma função na razão direta do lugar que ocupa. Quem tem capital deve fazê-lo valer, aumentando a riqueza geral, sendo que será protegido se cumprir com esta função. Carlos Ari Sundfeld (1987), citando Duguit, salienta que:

"(...) os códigos baseados no princípio individualista e civilista fundavam sua idéia de propriedade em duas preocupações: a de legitimar a apropriação, sem qualquer consideração sobre seu fundamento, e a de proteger a afetação da riqueza a uma finalidade meramente individual. (...) Para substituir a concepção de propriedade como poder exclusivo da vontade do titular sobre a coisa, em coerência com uma nova visão de liberdade, Duguit propôs a propriedade-função social, justificando-a: Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir uma certa missão que só ele pode cumprir. Somente ele pode aumentar a riqueza geral, assegurar a satisfação de necessidades gerais, fazendo valer o capital que detém. Está, em conseqüência, socialmente obrigado a cumprir esta missão e só será socialmente protegido se cumpri-la e na medida em que o fizer. A propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário: é a função social do detentor da riqueza."

O conteúdo desta propriedade-função consiste no fato de que o proprietário tem o poder de empregar a coisa na satisfação de suas próprias necessidades e o dever de colocá-la também a serviço da satisfação das necessidades sociais, visto que a propriedade não é um direito, mas uma coisa, uma utilidade, uma riqueza, protegida pelo direito objetivo quando o proprietário encontra resistência de terceiros. Logo o proprietário não tem um direito subjetivo de usar a coisa, mas o dever de empregá-la de acordo com a finalidade assinalada pela norma. (LOUREIRO, 2003, pág. 108)

Quando a utilização da coisa é obstada por ato de terceiro, quando esta estiver sendo utilizada em sua destinação, cabe ao direito proteger o proprietário, ou seja, proteger o indivíduo no cumprimento de sua função social, e isso implica não numa regra de direito subjetivo, mas numa regra de direito objetivo que proíbe a todos de perpetuarem ou impedir a utilização da coisa conforme a sua finalidade.

Vários foram os juristas que se levantaram contra Duguit[2], sua doutrina não ficou isenta de criticas. Entretanto, importa salientar que mesmo para Duguit, não se deve considerar que, pela noção de função social da propriedade, se está pregando o desaparecimento da propriedade privada, mas que a noção jurídica de sua proteção está mudando.

Giselda Hinoraka, diversamente de Duguit entende que: (GAMA, 2007, pág. 9 e 10):

“A propriedade não é uma função social, mas contém uma função social, de tal forma que o proprietário deve ser compelido a dar aos bens um destino social, além daquele

que atende ao seu próprio interesse, na intenção de, harmonizando o uso da propriedade ao interesse coletivo, se chegar ao plano da Justiça Social."

Os direitos individuais passam a não mais ser enxergados de forma isolada da responsabilidade em relação à sociedade; ao passo que esta (responsabilidade social) passa a não mais ser analisada como um exclusivo dever do Estado. Os atos da vida privada começam a ser analisados mediante a necessidade de ter uma função para sociedade[3].

Uma nova função instrumental é conferida ao Direito face à presença estatal, na tentativa de equilibrar as relações sociais e econômicas, levando à denominada funcionalização dos institutos jurídicos. Segundo Stefano Rodotà, citado por JÚNIOR (2002, pág. 146): "*Per il diritto di proprietà, alla vera línea di fratura si arriva quando, abbandonata l'idea di godimento por se, si entra nel concetto di funzione di carattere sociale".**[4]***

Leciona Judith Martins-Costa (2002, pág.148), que tem-se por funcionalização "a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios". Sob a ótica da funcionalização busca-se a reconstrução dos principais institutos do Direito, a fim de alcançar novo equilíbrio entre os interesses manifestamente individualista e as necessidades coletivas e sociais.[5]

A relação existente entre a abordagem técnico-jurídica voltada ao estudo da estrutura, ou seja, de como o direito é feito e, a abordagem sociológica, voltada a causa final do direito, para que serve, consiste na funcionalização dos institutos do direito privado.

Neste contexto, o sentido atribuído à expressão função social, corresponde à consideração da pessoa humana não somente *uti singulus*, mas também *uti socius*. A doutrina da função social emerge como uma matriz filosófica apta a restringir o individualismo, presente nos principais institutos jurídicos, face os ditames do interesse coletivo, a fim de conceder igualdade material aos sujeitos de direito. Trata-se de uma "transição do individualismo para a sociabilidade" (TEIZEN JÚNIOR, 2004, pág.116).

Para GRAU (1983, pág. 70), "a função, assim, é um poder que não se exercita exclusivamente no interesse de seu titular, mas também no de terceiros, dentro de um clima de prudente arbítrio".

Stefano Rodotá foi um dos primeiros juristas que, efetivamente, realizou um estudo mais aprofundado sobre o real significado das expressões "função" e "social".

Explica Stefano Rodotà, citado por LOUREIRO (2003, pág. 110) que o termo função social, na acepção constitucional, não constitui simples convite a um mais atento exame da concreta experiência jurídica, mas sim representa a individualização de um elemento que acompanha a situação proprietária todas as vezes que existe uma utilidade social definida pelo legislador. Por isso não há o clássico confronto entre estrutura e função. A

função social, no caso, é descoberta no aspecto interno da propriedade, ou dizendo de outro modo, coloca-se, em última análise, como um componente de sua estrutura.

Consoante Rodotá, o termo "função" opõe-se ao de estrutura, sendo o norte para a averiguação da forma pela qual o direito é operacionalizado. Nessa esteira, no instante em que o ordenamento reconhece que o direito de propriedade não deve ser exercido de forma a satisfazer unicamente ao interesse do seu titular, devendo também se dirigir aos não-proprietários, consigna uma função social ao direito de propriedade. (BULOS, 1995, p.143) (BULOS, 2001, p. 144-145).

Por "social", ainda na doutrina de Rodotá, deve-se enxergar um padrão elástico por meio do qual se transfere para a órbita legislativa, e do judiciário, certas exigências do momento histórico. Logo, social é um conceito histórico-determinável, vago, elástico, no qual se "encaixariam" os valores relevantes moralmente e eticamente à época analisada.

Quando da análise funcional da propriedade, portanto, se verifica que a *função* é o poder de dar à propriedade determinado destino, utilidade, de vinculá-la a um objetivo. O qualificativo "social" indica que esta utilidade, este objetivo corresponde ao interesse coletivo, não ao interesse do proprietário. Para Fábio Konder Comparato (*in* BERCOVICI, 2005, p.147), a função social corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica. Desta maneira, há um condicionamento do poder a uma finalidade. A função social da propriedade impõe ao proprietário o dever de exercê-la, atuando como fonte de comportamentos positivos.

Segundo Cristiane Derani (2002) função deve ser compreendida como conteúdo, restando afastada, portanto, a idéia de que o termo função seja sinônimo de finalidade. Logo, ao se falar em função social da propriedade, estar-se-á a dizer que o conteúdo da propriedade é social, destinado ao interesse coletivo.

A função social da propriedade seria, pois, um dever atribuído ao sujeito proprietário, decorrente do próprio conteúdo do direito de propriedade, que impõe a destinação das propriedades para a obtenção de uma vantagem de cunho difuso, relacionado aos não-proprietários.

A noção de função significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a um objetivo que é garantir a melhor utilização social da propriedade; o adjetivo social demonstra que este objetivo corresponde ao interesse coletivo e não do proprietário exclusivamente, o que não significa que ambos possam estar em harmonia. Assim, genericamente, a função social da propriedade deve ser entendida como um poder-dever do proprietário, voltado à uma melhor utilização social, sancionável pela ordem jurídica, de forma a harmonizar os interesses individuais deste com os interesses da coletividade. [6]

Destaca JÚNIOR (2002, pág. 147) que: "A função social da propriedade remete, sempre, a uma visão concreta das relações em que incide o fenômeno proprietário, cujo balizamento será feito a partir da normativa, mas cujo objetivo é garantir a MELHOR UTILIZAÇÃO SOCIAL da propriedade".

A propriedade, como um direito atribuído a seu titular pelo ordenamento jurídico, tem pela mesma ordem jurídica, estipulada uma determinada conduta a ser seguida, ou fixado um objetivo social que, é cometido ao proprietário. Consiste, portanto, na melhor utilização da propriedade de forma a exigir do proprietário que dê ao objeto da propriedade determinado destino, que o vincule a certo objetivo de interesse coletivo.

Na definição de Moraes (1999, pág. 89):

"A função social da propriedade não é senão o concreto modo de funcionar a propriedade, seja como exercício do direito de propriedade ou não, exigido pelo ordenamento jurídico, direta ou indiretamente, por meio de imposição de obrigações, encargos, limitações, restrições, estímulos ou ameaças, para satisfação de uma necessidade social, temporal e especialmente considerada."

No entendimento daqueles que confundem função social da propriedade com simples limitação ou restrições, há sério desvio de perspectiva, uma vez que a função social da propriedade como fator determinante do comportamento proprietário, é fonte de estímulos e sanções de determinadas condutas, trazendo consigo obrigações limitadoras e impulsionadoras.

Segundo José Afonso da Silva[7] (2008, pág. 76):

"A Constituição Federal ao estabelecer expressamente que "a propriedade atenderá a sua função social", mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica (art. 170, II e III), não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, mas adotado um princípio de transformação da propriedade capitalista, sem socializá-la, um princípio que condiciona a propriedade como um todo, não apenas em seu exercício, possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição. A função social da propriedade assinala Pedro Escribano Collado, "(...) constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo".

Sundfeld (1987, pág. 11) diferencia limitações de função social: as limitações seriam condições para o exercício de um direito, enquanto a função social seria o dever de exercitar o direito segundo o direcionamento constitucional.

Constitui causa de existência do direito de propriedade, o preenchimento da função social, uma vez que ela faz parte do próprio conteúdo de propriedade, no momento em que a Constituição Federal afirma que a propriedade atenderá a sua função social.

Nesse sentido também é o magistério de Gilberto Bercovici (2001, p.76):

“Quando se fala em função social, não está se fazendo referência às limitações negativas do direito de propriedade, que atingem o exercício do direito de propriedade, não a sua substância. As transformações pelas quais passou o instituto da propriedade não se restringem ao esvaziamento dos poderes do proprietário ou à redução do volume do direito de propriedade, de acordo com as limitações legais. Se fosse assim o conteúdo do direito de propriedade não teria sido alterado [...].

[...]

A mudança ocorrida foi de mentalidade, deixando o exercício de direito de propriedade de ser absoluto. A função social é mais de que uma limitação. Trata-se de uma concepção que se consubstancia no fundamento, razão e justificação da propriedade.”

Verifica-se o cumprimento ou não-cumprimento da função social da propriedade de acordo com a observância ou não do direcionamento, de imposição constitucional, sobre o exercício do direito de propriedade para que este atenda os interesses da sociedade, além do interesse do proprietário.

Ainda sobre a principal diferença entre função social e limitações, destaca-se a distinção feita por Cristiane Derani (2002) entre o princípio da função social da propriedade e as limitações do uso da propriedade privada: "Não se trata de limitar o desfrute na relação de propriedade, mas conformar seus elementos e seus fins dirigindo-a ao atendimento de determinações de políticas públicas de bem estar coletivo".

1.3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Nas palavras de Gustavo Tepedino (1997, pág. 315): “A propriedade, todavia, na forma em que foi concebida pelo Código Civil, simplesmente desapareceu no sistema constitucional brasileiro, a partir de 1988. A substituição da idéia de aproveitamento *pro se* pelo conceito de função de caráter social provoca uma linha de ruptura”.

Ainda segundo os ensinamentos de Tepedino[8]:

"Rejeita-se a propriedade como noção abstrata. Chega-se à noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário. A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e

abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas 'una situazione giuridica soggettiva tipica e compessa', necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.

(...)

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou de qualquer modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para as suas atividades e para a emanação de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade."

A propriedade mereceu acolhida nas regras constitucionais no art. 5º, no Título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, ao lado da vida, da liberdade, da igualdade.

Dentre os incisos do referido artigo, no inciso XXIII, estatui a exigência de que a propriedade atenda à função social. Assim, a Constituição garante o direito de propriedade, mas só o garante se cumprir sua função social (art. 5º, XXII e XXIII e art. 170, II e III).

No âmbito do texto constitucional, a propriedade é trabalhada em duas acepções: como direito fundamental e como elemento da ordem econômica. No seu artigo 5º, que traz o rol dos direitos fundamentais do cidadão e da coletividade, a constituição federal, ao mesmo tempo em que garante o direito de propriedade, atribui a este uma função social ao dispor que:

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

A partir destes dispositivos, o direito de propriedade passa a ser marcado pelo cunho social, de forma que só merecerá proteção constitucional a propriedade que efetivamente cumprir sua função social.

Ao tratar da Ordem econômica e Financeira, o art. 170, inciso III estabelece como um dos princípios gerais da atividade econômica a função social da propriedade. O mesmo ocorre no inciso I do § 1º do art. 173 que, ao tratar do estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista, estatui que este deverá dispor sobre a função social a ser por aquelas desempenhada. Independentemente disso, as disposições contidas no art. 1º, incisos III e IV, assim como no art. 3º, inciso I, todos esses da Constituição Federal, apontam para a solidariedade, a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana, atributos de um Estado Social.

Além disso, estabelece que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (artigo 182, § 2 º), bem como que a propriedade rural igualmente a cumpre quando

atende, dentre outros requisitos, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente (art. 86,III). Por outro lado, garante que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, definindo-o como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e impondo ao Poder Público e À coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225, caput, §§ 1ºIII, e 4º).

Os dispositivos supracitados demonstram a instituição constitucional da função social da propriedade, fala-se que houve uma constitucionalização do regime jurídico da propriedade, ou sua publicização, desta forma, o direito de propriedade vinculado à função social, acarreta uma transformação no seu conteúdo.

A idéia de função social da propriedade, como os conceitos que não se pretendem estanques, mas que vão, ao longo do tempo, adquirindo novos significados, é compreendida atualmente como um princípio constitucional inserido no próprio conteúdo de propriedade.

Alguns autores entendem que em razão desse conjunto de normas constitucionais que regem a propriedade, esta não pode mais ser considerada como instituto de direito privado[9], como afirma José Afonso da Silva (2007, pág. 573):

"Esse conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade denota que ela não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição do Direito Privado. Por isso deverá ser prevista apenas como uma instituição da ordem econômica, como nas Constituições da Itália (art. 42) e de Portugal (art. 62)."

No mesmo sentido entende Celso Antônio Bandeira de Mello (1987):

"O direito de propriedade – ou seja, o reconhecimento que a organização jurídica da Sociedade (Estado) dispensa aos poderes de alguém sobre coisas encaixa-se a nosso ver no Direito Público e não no Direito Privado. É evidente que tal direito comporta relações tanto de Direito Público quanto de Direito Privado. Entretanto, o direito de propriedade, como aliás sempre sustentou o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, é, essencialmente, um direito configurado no Direito Público e – desde logo – no Direito Constitucional".

Referido posicionamento não é compartilhado por alguns doutrinadores como é o caso de Laura Beck Varela, segundo a qual esta "tendência publicizante" da propriedade é equivocada, posto que o aproveitamento econômico dos bens não é inovação da idéia de função social, mas refere-se à própria evolução das relações jurídicas reais, como forma de sobrevivência econômica do homem.

Desta forma, é possível verificar que o regime jurídico da propriedade é disciplinado pela Constituição, de forma que referido instituto não pode ser avaliado pelo intérprete apenas à luz do Código Civil, mas deve ser lido à luz da Constituição, pois o direito de propriedade não é mais um poder tendencialmente pleno e absoluto.

Por outro lado, o proprietário continua a exercer a sua senhoria sobre seus bens, porém, de forma a voltar sua utilização à função social, visto ser ela componente da estrutura do direito, e não um mero elemento externo, assim, o atual direito de propriedade é direito subjetivo mais função social. As dimensões púbica e privada não constituem esferas herméticas.

Conclui a renomada professora Maria Celina B. M. Tepedino (1993, pág. 26) que:

"O direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão", de modo que a divisão entre um e outro não deve traduzir a distinção entre duas realidades estanques, mas contemplar a diferença que reside na prevalência entre o interesse público e o interesse privado em determinada circunstância, eis que em todas elas há presença dos dois tipos de interesse."

Neste sentido é o entendimento de Eros Roberto Grau (1983, pág. 65), que salienta a necessidade de se tornar sob reserva "a afirmação de que a propriedade, modernamente, deixa de ser entendida como direito subjetivo dos indivíduos". De acordo com esse autor, "o que parece exato, apenas, é a circunstância de que a propriedade não consubstancia mais um direito subjetivo justificado exclusivamente pela sua origem, mas que remanesce exclusivamente à medida que atentemos a que seu fundamento é inseparável da consideração do seu uso."

A superação da dicotomia direito público e direito privado, não implica o desaparecimento da esfera privada, mas se depreende que há um espaço de interseção entre direito público e direito privado, e que, portanto, o direito privado passa a adquirir uma nova dimensão e significado.

É sob o manto da Constituição que a função social se concretiza, a Constituição Federal em vigor consolida e marca com maior positividade referido princípio. Segundo Sundfeld (1987, pág. 5):

[...] ao acolher o princípio da função social da propriedade, o Constituinte pretendeu imprimir-lhe uma certa significação pública, vale dizer, pretendeu trazer ao Direito Privado algo até então tido como exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade. Não se trata de extinguir a propriedade privada, mas de vinculá-la a interesses outros que não os exclusivos do proprietário. [...] Importa notar que, como conseqüência da submissão da propriedade, ou do proprietário, a objetivos sociais – evidentemente obrigatórios – criam-se verdadeiros deveres.

O tratamento jurídico da propriedade deve ser pautado pelo texto constitucional, e não apenas concebido através de normas previstas no Código Civil, visto que este não se encontra mais no centro das relações de direito privado, o que decorre da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas. A Constituição Federal ocupa o ápice do ordenamento jurídico, é a norma superior, na qual as demais buscam seus fundamentos de validade.

O direito de propriedade é o traçado pela constituição vigente, que inseriu na sua estrutura a função social da propriedade, de forma que o uso legítimo da propriedade é aquele que se dá consoante com o atendimento da sua função social, vinculado ao interesse da coletividade. É dada profunda importância ao direito de propriedade que, assegurado constitucionalmente, faz com que o legislador ordinário esteja totalmente coarctado pelo princípio de forma que não pode expedir leis que não estejam confinadas à moldura constitucional.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Mandado de Segurança 2.046/DF, que teve como Relator o Ministro Hélio Mosimann, decidiu[10], e 18.05.1993, reconhecendo a sujeição do direito de propriedade ao cumprimento da função social, entendeu:

"(...) o direito privado de propriedade, seguindo-se a dogmática tradicional (CC, arts. 524 e 527), à luz da Constituição Federal (art. 5, XXII, CF), dentro das modernas relações jurídicas, políticas, sociais e econômicas, com limitações de uso e gozo, deve ser reconhecido com sujeição a disciplina e exigência da sua função social (art. 170, II e III, 182, 183, 185 e 186, CF). É a passagem do Estado – proprietário para o Estado – solidário, transportando-se do "monossistema" para o "polissistema" do uso do solo (art. 5, XXIV, 22, II, 24, VI, 30 VIII, 182, §§ 3 e 4, 184 e 185, CF)".

No mesmo sentido decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Apelação 88.934-1, que teve como relator o eminente Desembargador Alves Braga: "Sem embargo do direito à propriedade, seu uso ficou constitucionalmente condicionado à sua função social. Há, portanto, disposição específica na Constituição estabelecendo condições limitantes ao seu uso. Na medida em que o proprietário queira fazer uso anti-social, encontrará vedação na ordem constitucional."

Verifica-se, portanto, que o instituto da propriedade esta submetido à função social, sob fundamento constitucional, o que não implica em sua transferência para o direito público, como alguns autores têm propugnado. O que se dá é uma mudança de mentalidade jurídica em reconhecer a supremacia da constituição sobre as demais normas, de forma que o operador do direito deve ler o Código à luz da Constituição e não o contrário.

Nesse sentido destaca-se o entendimento de Carlos Ari Sundfeld (1987, pág. 50) que afirma a coexistência das noções de direito subjetivo de propriedade e da função social: "A função (...) não significa a extinção do direito subjetivo. Em matéria de

propriedade, há a convivência necessária de ambos. Daí não haver fundamento lógico para sustentar-se que a propriedade privada extinguiu-se".

No mesmo sentido, FARIAS (2007, pág. 314) expõe que:

"Assim, verifica-se que o Código Civil de 2002, atento aos seus princípios, facilitou a visão do direito de propriedade, como um direito subjetivo cujo conteúdo e extensão assenta-se sob o fundamento constitucional, não mais como um direito absoluto voltado aos interesses egoísticos de seu titular, mas um direito em cujo cerne repousam deveres (ou poder-dever)."

A função social da propriedade foi acolhida pela Constituição Federal de 1988 de forma definitiva no ordenamento jurídico pátrio, estabelecendo um novo regime jurídico da propriedade. O novo Código Civil, seguindo o princípio da sociabilidade, também insere a função social da propriedade no art. 1228, § 1º.

Partindo de uma interpretação sistematizada do ordenamento jurídico em face da Constituição, verifica-se que a função social constitui razão pela qual o direito de propriedade é atribuído a um sujeito, como leciona Pietro Perlingieri (1970, pág. 71):

"Se Tizio ha avuto risconosciuta dall'ordinamento giuridico la proprietà di um certo bene e questa proprietà ha una disciplina inderogabile al di fuori dei porteri del titolare, al di fuori dell'autonomia privata, e in questa disciplina vi sono determinati obblighi di comportamento da parte del proprietário, significa che questi in tanto ha avuto dall'ordinamento giuridico quel diritto di proprietà in quanto rispetti quegli obblighi, in quanto rispetti la funzione sociale del diritto di proprietà. Se il proprietario rimane inadempiente e non si realizza la funzione sociale della proprietà, egli non è poi meritevole di tutela as parte dell'ordinamento giuridico: viene meno la stessa ragione della tutela, viene meno il diritto di proprietà."[11]

Ao dispor sobre o significado e alcance da função social da propriedade, Gustavo Tepedino (2004, pág. 318-319) leciona:

"A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social, poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu 'profilo interno' e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um 'massimo sociale'."

Desta forma, é possível verificar que o instituto da propriedade passa a ser visualizado não mais como um instituto único e absoluto, herança de uma época cuja concepção jurídica de propriedade baseava-se no modelo napoleônico pandectista, mas sob o aspecto plural, de forma a se falar atualmente em propriedades e não em propriedade.

Ao analisar a crise da noção unitária de propriedade, JÚNIOR (2002, pág. 170) destaca que: "a concretude buscada na operacionalização da função social da propriedade acarreta diversos tratamentos jurídicos ao direito de propriedade, arrancando-o da tirania de sua definição oficial e unitária, pluralizando-a."

A propriedade, sob as suas várias dimensões (atividade econômica, ativos mobiliários, propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais) estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social, sendo, portanto, desta variabilidade de regimes proprietários que decorre o entendimento que não cabe falar em propriedade, mas em propriedades.

Júnior (2002, pág. 158) entende que:

"o exercício dos poderes proprietários é variável e não cabe mais no abstrato modelo de usar, fruir e gozar. Bens de produção ou de consumo, móveis e imóveis, imóveis rurais e urbanos, riqueza material ou imaterial, propriedade empresarial, atividade financeira, bens culturais, todos têm diversos regimes proprietários. A diversidade dos bens, seja por sua natureza, seja pela destinação que se lhes dê, envolve uma análise circunstancial e concreta – implementada pelo trabalho do legislador e do jurista – para a realização de sua função social."

O princípio da função social será definido caso a caso, fixando os modos de agir do proprietário. Júnior (2002, pág. 159) ao citar Guido Alpa, de forma brilhante expõe que:

"a função social da propriedade é a relação que existe entre os poderes de destinação do proprietário, a conformação do bem e o plano de utilização da propriedade. Para cada bem um regime particular, conforme suas qualidades naturais e econômicas (conformação do bem); o regime definirá a forma de exercício dos poderes proprietários (poderes de destinação do proprietário); o proprietário deverá obedecer também aos usos indicados pela legislação (plano de utilização da propriedade, determinada mediante intervenção estatal na atividade privada)."

A propriedade como categoria tradicional apresentada como uma unidade é reconstruída sobre uma base pluralista: novas propriedades, configurada de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento jurídico, cada estatuto proprietário. Elevada à condição de princípio constitucional e de direito fundamental, a função social da propriedade implica em profunda alteração no conteúdo do direito de propriedade.

Neste aspecto plural é que a propriedade é abordada pela Constituição Federal, que no art. 5 º, XXII, trata a propriedade de uma forma geral, que segundo José Afonso da Silva (pág. 757) refere-se a "garantia de um conteúdo mínimo essencial", em seguida a Constituição distingue os diversos tipos de propriedade: propriedade urbana (art. 182, § 4º), propriedade rural (art. 5 º, XXVI; 184;185 e 186), propriedade pública (arts. 20 e 26), propriedade autoral (art. 5 º, XXVII), propriedade dos recursos minerais (art. 176), propriedade das empresas jornalísticas e de rádio difusão sonora e de sons e imagens (art. 222), etc.

Desta maneira, o conteúdo da função social das diversas formas de propriedade, muitas vezes, o próprio texto constitucional os preenche, de maneira que a apreciação de cada caso é necessária e não mais com vistas apenas ao sujeito abstrato das legislações oitocentistas, mas voltado à pessoa concreta, humana, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade.

4 FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE.

É na Constituição de 1988, que os direitos sociais ganham relevo, que a função social da propriedade é erigida a princípio constitucional, que o meio ambiente surge como direito difuso, sendo abandonada a idéia de que o sujeito, numa perspectiva egoística, está no centro das preocupações do Direito.

Canotilho (2007, pág. 84) ao dispor sobre a introdução ambiental à Constituição de 1988, aduz que houve o sepultamento do paradigma liberal, de forma que a Constituição "metamorfoseou, de modo notável, o tratamento jurídico do meio ambiente, apoiando-se em técnicas jurídicas multifacetárias". O meio ambiente é reconhecido como bem jurídico autônomo e recepcionado na forma de sistema[12], que se organiza na forma de "uma ordem pública ambiental constitucionalizada".

José Afonso da Silva (pág. 717) afirma que todo o "capítulo do meio ambiente é um dos mais importantes e avançados da Constituição de 1988".

A tutela ao meio ambiente foi consagrada pela Constituição Federal de 1988, de forma a inovar o sistema de salvaguardas ambientais. No capítulo VI (Do Meio Ambiente) do título VIII (Da ordem social) decorre que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.[13] Em razão de um tratamento jurídico abrangente, a tutela do meio ambiente não ficou restrita ao art. 225 da CF, o que nas palavras de CANOTILHO (2007, pág. 86) consiste em um salto "do estágio da miserabilidade ecológico-constitucional, própria das Constituições liberais anteriores, para um outro que, de modo adequado, pode ser apelidado de opulência ecológico-constitucional".

Destaca CAVEDON (2003, pág. 122) que:

“A proteção conferida ao Meio Ambiente pela Constituição da República Federativa do Brasil, a inserção da defesa do Meio Ambiente ao lado da Função Social da Propriedade como princípio da ordem econômica, e a utilização adequada dos recursos naturais como requisito ao cumprimento da Função Social da Propriedade rural, passam a caracterizar uma Função Ambiental inerente à Propriedade e intrínseca à noção de Função Social da mesma.”

Cumpre destacar o entendimento de alguns autores quanto ao direito de propriedade, que segundo os dispositivos legais da Constituição Federal e do Código Civil[14], deverá ser exercido em conformidade com as finalidades social e ambiental.

Milaré (2004) elege a função socioambiental da propriedade como um dos princípios fundamentais do direito do ambiente, segundo referido autor, a função ambiental foi contemplada como elemento marcante do direito de propriedade no novo Código Civil.

Segundo Benjamim (1998, pág. 72), a Constituição traz restrições explícitas ao direito de propriedade por meio da instituição da função socioambiental da propriedade de forma que “a propriedade privada, nos moldes da Lei Maior vigente, abandona, de vez, sua configuração essencialmente individualista para ingressar em uma nova fase, mais civilizada e comedida, onde se submete a uma ordem pública ambiental (...).”

Na opinião de Derani (2000, pág. 269), também o detentor de recursos naturais deve atender a “função ambiental da propriedade, posto que estes bens apropriados e a manutenção de suas característica ecológicas são indispensáveis à realização do meio ambiente ecologicamente equilibrado”. A autora ressalta ainda que: “a propriedade protegida pelo direito é aquela em que se desenvolve uma relação de produção sustentável, social e ambientalmente” (2002, pág. 66).

Grau (1994, pág. 250) salienta que a proteção ambiental integra o conceito e o próprio conteúdo da função social da propriedade. “O debate que, no regime Constitucional anterior, nutria-se em torno da possibilidade de integrar-se a proteção ambiental no âmbito da função social da propriedade resulta superado”.

Cavedon (2003, pág. 124) menciona que a função ambiental da propriedade resulta da conjunção da proteção legal conferida pelo ordenamento jurídico ao Direito de propriedade e ao meio ambiente, “busca-se compatibilizar estas duas esferas, direito individual e direito difuso, sem que haja anulação de qualquer delas”.

Jesús Jordano Fraga (apud CAVEDON, 2003, pág. 123) “reafirma a idéia de que, se a função social é um dos elementos intrínsecos à propriedade, certamente traz em seu bojo uma vinculação ambiental, que pode ser caracterizada como uma Função Ambiental”. Assim dispõe que:

“de la misma forma que se mantiene que la función social es algo interno a la estructura del derecho de propriedad, que delimita el contenido del mismo, no parece que haya

serias objeciones para realizar la misma afirmacíon respecto de la “vocaciòn o vinculación ambiental”.[15]

O uso da propriedade é limitado em razão da função ambiental, exigindo do proprietário a adequação deste uso às exigências de ordem ambiental, em nome da proteção do patrimônio ambiental comum. Ao dispor sobre características do regime jurídico do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, frente à função social e smbiental da Propriedade e da Proteção Legal do Meio Ambiente, CAVEDON (2003, pág. 125) concebe este direito como:

“o poder do titular do domínio sobre um bem de fazer uso do mesmo dentro dos limites impostos pelo seu dever de atender uma Função Social, correspondente ao uso de acordo com os interesses da coletividade, e uma Função Ambiental, para o cumprimento da qual o proprietário deverá promover o uso ordenado e ecológico da Propriedade, que vise a proteção dos bens ambientais nele existentes.”

Desta forma, a função ambiental da propriedade, em sentido amplo consiste nos deveres atribuídos ao proprietário de utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

Sobre a função social da propriedade, Orlando Gomes (1997, pág. 111) entende que: “a despeito, porém, de ser um conceito geral, sua utilização varia conforme a vocação social do bem sobre o qual recai o direito, conforme a intensidade do interesse geral que o delimita, e conforme a sua natureza na principal *rerum divisio* tradicional.”

O mesmo pode-se dizer sobre o conteúdo da função ambiental da propriedade, os deveres que a compõem variam de acordo com os bens ambientais presentes em cada propriedade.

De duas ordens, portanto, foram os limites constitucionais ao direito de propriedade, reconhecidos no texto constitucional de 1988, primeiro, foi agregado ao direito de propriedade a exigência de cumprir a função social, que conforme entendimento de Eros Roberto Grau (2000, pág. 250), “impõe ao proprietário o dever de exercê-la em benefício de outrem e não apenas, de não exercer em prejuízo de outrem”.

Segundo, e de maneira originária, o constituinte de 1988, a partir das bases da função social, introduziu uma função ambiental que deve ser necessariamente cumprida pela propriedade. Nestes termos preceitua o art. 186: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, os seguintes requisitos: (...) II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”.

Diante da Constituição ambiental de 1988, a propriedade teve sua estrutura radicalmente alterada, visto que além de incorporar em seu conteúdo a função social da

propriedade, uniu-se com a tutela ambiental. E isso porque, na esfera da função social da propriedade, e estendendo seu conteúdo, estão contidos os princípios constitucionais de proteção ambiental.

O respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e que deve ser conservado para as futuras gerações, constitui premissa básica para o atendimento da função social da propriedade.

Conforme o ambientalista Antônio Herman V. Bejamin (1996, pág. 52), "poucas constituições unem tão umbilicalmente função social e meio ambiente como a brasileira".[16]

Direito de propriedade e meio ambiente constituem institutos interligados, a propriedade, mesmo mantendo suas prerrogativas e elementos básicos, é hoje estruturalmente diferente daquela prevista nos sistemas constitucionais anteriores.

Maria Luísa Faro Magalhães (1997, pág. 150) entende que:

"a vinculação estabelecida no art. 186, inc. II da Carta Magna, ampliando o conceito de função social da propriedade, inseriu a função ambiental como elemento dela constitutivo, tratamento que operou uma reciclagem da noção de função social, ampliando seu conteúdo de maneira tal que, na nova Constituição, a função social visa atender objetivos já não apenas de natureza distributiva mas, igualmente, de caráter ambiental, política que, ao eleger valor que anteriormente não figurava como limite ao poder de uso e gozo do direito de propriedade, veio socorrer interesses da sociedade que eram anteriormente insuspeitados".

A Constituição determina que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 se faça presente como princípio a ser respeitado pela atividade econômica no art. 170, VI. Como bem assevera o iminente Eros Grau (RT 702/251), deve-se ressaltar que inexiste proteção constitucional à ordem econômica que sacrifique o meio ambiente.

Desta forma, não se pode admitir o uso da propriedade sem atender às exigências sociais e ambientais, dois princípios vetores do direito de propriedade que, embora distintos, sendo um comando para a preservação do meio ambiente e o outro determinado ao cumprimento da função social, não constituem princípios que se contradizem, mas que se completam, se vinculam e exigem uma aplicabilidade em conjunto.

Nesse sentido, leciona Raimundo Alves de Campos Junior (2004, pág. 139):

"O princípio da função social exerce um papel preponderante na conciliação do direito de propriedade à proteção ambiental. A nossa Constituição explica esta relação quando cuida da propriedade rural, ao estabelecer que a função social só é cumprida se há

preservação do meio ambiente. Os princípios (função social e preservação do meio ambiente) são autônomos, mas profundamente interligados".

Os princípios da função social e função ambiental da propriedade são compatíveis e complementares de forma que constituem princípios informadores da Constituição econômica pátria, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social. Segundo Eros Roberto Grau (2000, pág. 242, 243 e 255), cuida-se de princípios constitucionais impositivos, ambos a cumprir dupla função, como instrumental e como objetivo específico a ser alcançado. Entende que "a soberania nacional – assim como os demais princípios elencados nos incisos do art. 170, consubstancia concomitantemente, instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado".

Destarte, a proteção ambiental tem importância decisiva na hermenêutica e integração do texto constitucional, devendo preponderar no conceito de função social da propriedade, integrando-o, de forma que referidos princípios devem ser interpretados harmonicamente.

5. O equilíbrio ambiental como direito fundamental: uma síntese.

Ainda na mesma linha: FIORILLO & RODRIGUES (1999, pág. 31-32), entendem que o direito fundamental ao meio ambiente é pressuposto do exercício e da realização plena de todos os demais Direitos Fundamentais, visto que tem como principal objetivo a própria vida humana.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito essencial, fundamental, vinculado ao bem jurídico maior, qual seja, a proteção da vida, posto que constitui condição indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa humana e satisfação de suas necessidades como qualidade de vida. Afirma CAVEDON (2003, pág. 90) que: "está diretamente relacionado ao direito fundamental à vida, visto que a realização deste direito requer condições ambientalmente saudáveis".

Silva (1994, pág. 36) expõe que "proteção ambiental, abrangendo a preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana".

A doutrina, de forma geral, reconhece a existência de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mormente nos países que modificaram suas Constituições após a Conferência de Estocolmo de 1972. Neste sentido, Milaré (2004, pág. 212-213) enxerga o direito ao ambiente sadio como "um direito fundamental do indivíduo", isto é, "direito público subjetivo, vale dizer, exigível, exercitável em face do próprio Estado, que tem, também, a missão de protegê-lo".

José Afonso da Silva (1994, pág. 36) refere-se à “formação de um novo direito constitucional”, expõe o autor que “proteção ambiental, abrangendo a preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana”.

O *status* de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado leva a formação de um princípio de primariedade[17] do ambiente, de forma que, nenhum agente, público ou privado, é lícito tratá-lo como valor subsidiário, acessório.

CAVEDON (2003, pág. 91) em análise ao meio ambiente como direito fundamental ensina:

“Assim, o Meio Ambiente ecologicamente preservado e saudável, como direito fundamental, é um princípio da Constituição da República Federativa do Brasil, considerado um valor fundamental da Sociedade brasileira. (...) o Meio Ambiente preservado não é apenas protegido legalmente, mas possui um “reforço especial” por se configurar como direito fundamental e como princípio constitucional, a ser prioritariamente considerado na interpretação das instituições jurídicas, no exercício de atividades e interesses particulares e, principalmente, nas decisões judiciais”.

A classificação do meio ambiente como direito fundamental, bem de uso comum do povo, resulta em algumas implicações como indivisibilidade, impossibilidade de apropriação privada e distribuição equitativa de seus benefícios, delineando limitações sobre a propriedade privada decorrentes da natureza dos bens ambientais; bem como possíveis conflitos entre o direito de propriedade e proteção do meio ambiente.

Merece destaque duas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o reconhecimento do direito ao meio ambiente como direito fundamental protegido pela Constituição.

O julgamento do RE 134297-8/SP (BRASIL, 2009) inaugurou a afirmação constitucional do direito fundamental ao meio ambiente; bem como o julgamento do MS 22164/DF (BRASIL, 2009), no qual pela primeira vez o STF reconheceu expressamente características essenciais do bem ambiental, quais sejam: - a repartição de responsabilidades no exercício desses deveres, - a relação estabelecida entre a sua concretização e os deveres atribuídos aos Poderes Públicos e à coletividade, e – a titularidade compartilhada de interesses sobre o bem.

Ensina o Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2009, MS 22164-0/SP), no seguinte destaque de suas razões de voto, que:

“Trata-se (...) de um típico direito de terceira geração, que assiste de modo subjetivamente indeterminado a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica

a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se deste modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social".

O STF reconheceu expressamente, na mesma ocasião, que o direito fundamental ao meio ambiente não encerra apenas uma perspectiva de pretensões, mas, sobretudo, materializa a proteção de valores indisponíveis, de titularidade coletiva, atribuídos a toda a coletividade, neste sentido entende Celso de Mello: "(...) o direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo em sua singularidade, mas num sentido mais abrangente, à própria coletividade social".

Importante destacar ainda o aspecto relacionado à natureza jurídica do meio ambiente que, segundo orientação de Celso de Mello em suas razões de voto, o tribunal considerou que: "(...) o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando-se como encargo que se impõe – sempre em benefício das presentes e futuras gerações – tanto ao poder público como á coletividade em si (...)".

Desta forma, o meio ambiente protegido pela Constituição, apresenta-se não apenas como uma norma que reconhece um direito a todos, mas inclusive, que fixa a todos os titulares deveres.

Paulo Affonso Leme Machado (2002, pág. 127) entende que do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado decorreria uma função ambiental da propriedade; ao dispor sobre o aspecto ambiental da função social ensina: "O conteúdo da propriedade não reside num só elemento. Há sem dúvida, o elemento individual, que possibilita o gozo e lucro para o proprietário. Mas outros elementos aglutinam-se a esse: além do fator social, há o componente ambiental".

A expressão função ambiental é utilizada por Cristiane Derani (2002, pag. 67 e 69) que parece aludir à dimensão ambiental da função social da propriedade e não a um novo conceito, sustentando que se refere ao atendimento de uma função ambiental que teria por objeto dirigir o uso dos bens naturais apropriados no sentido da consecução do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, afirmando: "Quando a apropriação da natureza, ao invés de resultar na melhoria da produção social, traz um prejuízo aos direitos fundamentais individuais e coletivos, esse exercício é incompatível com o princípio da função social da propriedade e, portanto, defeso pelo direito".

Segundo Isabella Franco Guerra e Flavia C. Limmer (2001, pág. 580) a utilização da expressão função socioambiental da propriedade decorre do desdobramento da idéia contida na função social da propriedade:

“Neste sentido, a função sócio-ambiental da propriedade determina que o uso deve atender ao interesse público, respeitando os preceitos de ordem pública, isto é, a propriedade não pode ser utilizada de modo a acarretar um prejuízo social. Logo, se o direito á propriedade for exercido desrespeitando a preservação ambiental, ocasionando o desequilíbrio ambiental, estaria, portanto, impondo um ônus à coletividade, rompendo, portanto, com os preceitos de segurança jurídica”.

Ensina Márcia Dieguez Leuzinger (2002, pag. 66) que: “a função social da propriedade, que fornece os contornos do direito, condicionando sua utilização ao bem-estar coletivo, inclui a chamada função socioambiental, que impõe a preservação do ambiente natural pelo proprietário, nos termos legalmente estabelecidos”.

Guilherme José Purvim de Figueiredo (2008, pag. 38) prefere a expressão “dimensão ambiental da função social da propriedade” aduz que não há na Constituição Federal a expressão “sócio-ambiental” ou “socioambiental”.

Desta forma, é possível dizer que existe uma interface entre o Direito Ambiental e o direito de propriedade, qual seja, o princípio da função social da propriedade em seu aspecto ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, é possível verificar que o instituto da propriedade passa a ser visualizado não mais como um instituto único e absoluto, herança de uma época cuja concepção jurídica de propriedade baseava-se no modelo napoleônico pandectista, mas sob o aspecto plural, de forma a se falar atualmente em propriedades e não em propriedade.

De duas ordens, portanto, foram os limites constitucionais ao direito de propriedade, reconhecidos no texto constitucional de 1988, primeiro, foi agregado ao direito de propriedade a exigência de cumprir a função social, segundo, e de maneira originária, o constituinte de 1988, a partir das bases da função social, introduziu uma função ambiental que deve ser necessariamente cumprida pela propriedade.

Desta forma, busca-se evidenciar que a função ambiental da propriedade, em sentido amplo consiste nos deveres atribuídos ao proprietário de utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

Verifica-se, portanto, que a proteção ambiental integra o conceito e o próprio conteúdo da função social da propriedade, que certamente traz em seu bojo uma vinculação ambiental, que pode ser caracterizada como uma Função Ambiental

BIBLIOGRAFIA

BEBJAMIM, Antônio Herman V.. **Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente.** Revista de Direito Ambiental, n. 4, São Paulo: RT, out/dez, 1996.

_____. **Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente.** *In :* FGUEIREDO, Guilherme José Puvim de (Org). Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. São Paulo: IBAP, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição de 1988 e a Função Social da Propriedade**. *In* JUNIOR NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coor.). Revista de Direito

Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 7, ano 2 Julho-Setembro 2001.

_____. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito.** Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164-0/SP. Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira *versus* Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão Publicado no Diário da Justiça da União de 17 nov. 1995. Disponível em : http://www.stf.gov.br. Acesso em: 15 de mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 134.297-8/SP. Estado de São Paulo *versus* Paulo Ferreira Ramos e cônjuge. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão Publicado no Diário da Justiça da União de 22 set. 1995. Disponível em : http://www.stf.gov.br. Acesso em: 15 de mar. 2009.

BULOS, Uadi Lamêgo. Função Social da Propriedade (Perspectiva Constitucional). In

CARRION, Valentin (diretor). **Trabalho & Processo. Revista Jurídica Trimestral**. São Paulo: Saraiva, Setembro 1995.

CAMPOS JUNIOR, Raimundo Alves de. **O Conflito entre o Direito de Propriedade e o Meio Ambiente**. Editora Juruá. Curitiba, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE; José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVEDON, Fernanda Salles. **Função social e ambiental da propriedade.** Florianópolis: Visualbooks, 2003.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **Função ambiental da propriedade.** *In* Revista de Direitos Difusos. São Paulo, n. 3, 2000.

_____. **A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo de Sua Função Social**. In Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Malheiros, v.27, jul/set. 2002.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho** (publico y privado). Buenos Aires: Heliasta, s/data, op. cit. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coordenador). **Função Social no Direito Civi**l. São Paulo: Atlas, 2007.

FARIAS, Valter Nazareno. **A função social da propriedade como cláusula geral.** *In* Revista de Direito Privado, coord: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, nº. 32, ano 8, outubro-dezembro de 2007, São Paulo: Revista dos Tribunais.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável.** São Paulo: Max Limonad, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coordenador). **Função Social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRAU, Eros Roberto. **Direito Urbano.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Proteção do Meio Ambiente: caso parque do povo (parecer).** Revista dos Tribunais, São Paulo, n.702, 1994.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JÚNIOR, Eroulths Cortiano. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MAGALHÃES, Maria Lúcia Faro. **Função Social da Propriedade e Meio Ambiente – Princípios Reciclados**. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Org). Dano Ambiental: Preservação, Reparação e Punição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 1999.

OLIVEIRA, Helli Alves de. **Intervenção estatal na propriedade privada motivada pela defesa do meio ambiente.** Revista Forense, v. 317, 1992.

PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della proprietà**. Camerino: Jovene, 1970.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Função Social da Propriedade**. DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Orgs.). In: **Temas de Direito Urbanístico**. São Paulo: RT, 1987.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**. *In*: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (org). Estudos em homenagem ao professor Caio Tacio. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

_____. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**. In: Temas de Direito Civil. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à propriedade moderna: Um estudo de história do direito brasileiro -** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

---

[1] Duguit afirma que o substrato teórico que serviu de base para a concepção do direito de propriedade – o direito subjetivo de propriedade - é uma noção de ordem metafísica, que confere ao proprietário o poder de impor a sua vontade frente aos demais. É, portanto, uma noção absolutamente individualista e incompatível com as tendências das sociedades modernas e com o realismo na qual vivem: realismo que impõe o reconhecimento da função social sobre os indivíduos e os grupos.

[2] Valter Nazareno Farias (2007, pág. 298) assevera que: "o crítico mais enérgico contra a concepção da propriedade-função foi Jean Dabin, que observou que a doutrina de Duguit afirmava que mesmo a norma conferindo um benefício a um indivíduo, afirma não existir um direito subjetivo. (...) Assim, quando Duguit afirma que a propriedade é uma coisa e não um direito, Dabin objeta-lhe afirmando que o proprietário tem uma coisa, neste sentido ele a possui; a coisa lhe pertente e outro não pode possuí-la, nem a coletividade, ou seja, é seu direito possuí-la e esse direito é oponível *erga omnes*, e se o aparato social o protege é porque ele tem um direito. Logo, o que Duguit apresenta não passaria de um jogo de palavras."

[3] Afirma-se a necessidade do direito subjetivo de propriedade exercer, ter, possuir uma função social. Decerto, não se está a defender no presente trabalho, a ultrapassada concepção de Duguit, embasada nos ideais de Augusto Comte, segundo a qual o direito é uma função social. Com efeito, a noção de *propriété-fonction*, anteriormente explicita por Proudhon, e sistematizada por Duguit, já havia sido criticada desde seu nascedouro, principalmente por Josserand (VARELA, LUDWIG, 2002, p.768 - 769). Diuturnamente, já resta pacificado que direitos subjetivos persistem, e devem observar a função social. O ideal de Duguit segundo o qual o direito subjetivo não existe, e é uma função social, não mais merece eco, consistindo, todavia, em importantíssima notícia histórica.

[4] Tradução livre: "Para o direito de propriedade, a verdadeira linha de ruptura se chega quando, abandonada a idéia de gozo para si, se entra no conceito de função de caráter social".

[5] Ao analisar no presente trabalho a função social da propriedade, não será feita uma abordagem detalhada da Teoria Funcionalista, aplicável ao estudo da estrutura social e à diversidade cultural, mas sim uma análise funcional do referido instituto, visto que, como bem observa Norberto Bobbio (2007, pág. 92): "Uma coisa é o funcionalismo, que é uma teoria global da sociedade e do qual aqui não me ocupo, outra coisa é a análise funcional de um instituto; a qual pode muito bem prescindir daquele tipo de filosofia social que é o funcionalismo e que não é de modo algum incompatível com uma análise crítica do instituto, fundada, precisamente, na maior ou menor utilidade social da função que aquele instituto desempenha."

[6] COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. RDM 63/ 71-79.

[7] José Afonso da Silva (2008, pág. 75), com base em Karl Renner, assevera: “O princípio da função social da propriedade tem sido mal definido na doutrina brasileira, obscurecido, não raro, pela confusão que dele se faz com os sistemas de limitação da propriedade. Não se confundem, porém. Limitações dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário, enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo”.

[8] TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: Temas de Direito Civil. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

[9] Orlando Gomes (1983) entende que: “o esvaziamento do Código Civil como estatuto da vida privada decorre ainda da emigração para o plano constitucional de princípios gerais atinentes a instituições privadas, tais como a propriedade e a família e a própria autonomia privada. Não que tenham passado a ser institutos de direito público regulados na Constituição, mas, sim, porque foram, na sua essência, transferidos do Código Civil. A propriedade que se exerce sob a forma de empresa, a propriedade rural, a propriedade cultural e até a propriedade de certos bens de uso passaram para a região onde somente leis especiais podem vicejar. Sobrevivem e sobreviveriam no código apenas as disposições concernentes ao uso, ao gozo e às disposições dos bens alheios ao processo produtivo, conservados os esquemas romanistas para as soluções dos conflitos pessoais entre vizinhos, entre condôminos ou entre possuidores. Os próprios conceitos fluídos, que chamei, faz tempo, conceitos amortecedores, e as chamadas clausulas gerais ou *standarts* subiram para a Constituição”.

[10] Fonte: DJ data: 30.08.1993, pág. 17.258. No mesmo sentido: Acórdão: MS 1.835/DF 9200206336) Relator Min. Garcia Vieira.

[11] Tradução livre: "Se o ordenamento jurídico reconheceu a Tizio a propriedade de um certo bem e esta propriedade tem uma disciplina inafastável que se encontra fora dos poderes do titular, fora da autonomia privada, e nessa disciplina são determinadas obrigações de comportamento por parte do proprietário, significa que o ordenamento jurídico reconhece o direito de propriedade na medida em que essas obrigações forem cumpridas, na medida em que seja respeitada a função social do direito de propriedade. Se o proprietário permanece inadimplente e não se realiza a função social da propriedade, não é merecedor de tutela por parte do ordenamento jurídico: assiste-lhe menos essa mesma razão da tutela, assiste-lhe menos direito de propriedade."

[12] Todos os seus elementos são apreciados e juridicamente valorizados sob esta perspectiva sistêmica. Nesse sentido, tem-se a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6938/810 que define meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3, I).

[13] “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[14] Art. 1228, par. 1, CC – “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam

preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

[15] Tradução livre: "

[16] Antônio Herman V. Benjamin (op. cit. pág. 51-52), discorrendo sobre a importância da função social da propriedade na proteção do meio ambiente, salienta que: "Para fins de proteção do meio ambiente, a noção de função social é relevantíssima, pois, já dissemos, todo e qualquer controle que dela decorra, exceto quanto à Constituição expressamente o afirmar em contrário, não propicia indenização com base em desapropriação direta ou indireta. No Brasil, infelizmente, ao contrário do que se observa em outros países, como a Alemanha, a teoria da função social da propriedade na tem tido eficácia prática e previsível na realidade dos operadores do direito e no funcionamento do mercado;a verdade é que, entre nós, a noção ainda não foi, inexplicavelmente, desenvolvida (ou mesmo suficientemente compreendida) no plano doutrinário, daí os percalços jurisprudenciais que enfrentamos. Um balanço objetivo comprova que a concepção apresentada pouco – para não dizer nenhum – impacto na forma como são julgados certos casos em que estão em discussão limites internos do direito de propriedade, em particular os de caráter supraindividual, exatamente o cerne de sua operação: inexiste, neste sentido, exemplo melhor do que o que está sucedendo em termos de desapropriação indireta por proteção ambiental. Havendo, de fato, tanta carência de trato de trato adequado da função social da propriedade na nossa prática jurídica atual, não é de surpreender o desconhecimento da função sócio-ambiental da propriedade, tardio desdobramento – legislativo, doutrinário, jurisprudencial – daquela. Não devia ser assim, contudo: poucas constituições unem tão umbilicalmente função social e meio ambiente como a brasileira".

[17] Primariedade esta que, para alguns, tem sentido absoluto, conquanto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado "se encontra acima de qualquer outro direito posto que diz respeito à garantia da vida". (OLIVEIRA, 1992, pág. 141)

TRABALHO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL NA CONTEMPORANEIDADE

A DIGNIDADE DO TRABALHADOR: BÚSSOLA AOS NOVOS PARADIGMAS DO TRABALHO, EMPREGO, E INCREMENTO HARMONIZADOR ENTRE CAPITAL E TRABALHO*

THE DIGNITY OF THE WORKER: COMPASSING TO THE NEW PARADIGMS OF THE WORK, JOB, AND INCREMENT HARMONIZADOR BETWEEN CAPITAL AND WORK

Alessandro Severino Valler Zenni
Elizabet Leal da Silva

RESUMO

Visa o presente estudo destacar o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana e cotejar a proteção do trabalhador, em nome do princípio constitucional, com as novas técnicas de contratações, revelando a pertinência dos institutos à luz da Constituição brasileira, mormente os contratos flexíveis, de prazo determinado, atividade, parassubordinação e projeto. Igualmente, em busca de uma emancipação do trabalhador, oferece-se caminhos de dignificação com a participação na gestão da empresa, cujo mecanismo garante autonomia ao trabalhador, como, ainda, a distribuição dos lucros ou resultados em proposta de construção de uma mais valia social, harmonizando-se os princípios da livre iniciativa e valor social do trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: DIGNIDADE HUMANA. CONTRATOS FLEXÍVEIS. PARTICIPAÇÃO NA GESTÃO, LUCROS OU RESULTADOS. AUTONOMIA E VALORIZAÇÃO DO TRABALHADOR

ABSTRACT

The present work is due to highlight the legal content of the human dignity and collate the laborer protection according to the constitutional principle with the new hiring techniques, revealing the relevance of these institutes according to the Brazilian Constitution, especially the flexible contracts, with specified periods, activity, “parasubordination” and project. Likewise, in the search of the laborer’s emancipation, ways to dignify the laborer with participation in the company’s management are offered, whose apparatus guarantees the laborer autonomy, as, yet, the profits or results distribution in the proposal of the construction of a better social value, in agreement with the principles of the free initiative and the social value of work.

KEYWORDS: HUMAN DIGNITY. FLEXIBLE CONTRACTS. MANAGEMENT’S PARTICIPATION. PROFITS OR RESULTS. AUTONOMY AND LABORER APPRECIATION.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo tratar do princípio da dignidade humana do trabalhador, no tempo e modo de prestação laborais, sem, contudo, olvidar que o Estado Democrático brasileiro estabelece um elo entre o valor social do trabalho e a livre iniciativa.

A questão se pretende problematizar e, ao final, responder diz respeito à compatibilização entre a dignidade do trabalhador e os novos engenhos paradigmáticos de direito do trabalho, sedimentados a partir das modificações econômicas e sociais fomentadas pelo fenômeno da globalização.

Para escrutar as hipóteses de trabalho será de mister investigar o surgimento da terminologia "dignidade da pessoa humana", sua elevação a princípio constitucional e a finalidade do valor na elaboração e interpretação do direito, bem assim à colmatação de vazios legislativos.

Após análise do conceito de dignidade da pessoa humana, haverá de se aprofundar o seu conteúdo jurídico, com declinação ao princípio da isonomia, às liberdades e limites à autonomia, às prestações assumidas, tanto em sentido vertical quanto horizontal, alocando-a no cerne de toda a ordem jurídica constitucional.

Na seqüência, enveredando-se em noções de bem comum, grupo, e deveres, o artigo busca desenvolver o princípio da dignidade no ambiente de trabalho, abstendo-se de considerações sobre os direitos personalíssimos propriamente, mas se preocupando com a autonomia do trabalhador, no curso da relação laboral, acenando, sempre, à necessária auto-transcendência para procedimento de dignificação humana.

Temas como a inserção de cláusulas mínimas e intervenção estatal nos rumos da relação empregatícia haverão de ser averiguados, como postura de manutenção de isonomia e, de conseqüência, dignidade do hipossuficiente no curso da relação.

Ainda serão abordados modelos flexíveis de relações de trabalho, dadas as novas condições econômicas e, a adaptabilidade de tais circunstâncias ao direito laboral, sempre destacada a dignidade da pessoa do trabalhador e a harmonização entre capital e trabalho, como proposta indisfarçável trazida pela CF.

Novos trabalhos, como de personal trainer, revolvimento dos contratos a prazo em atividade transitórias, contrato de atividade do direito francês, marcado pela empregabilidade, a parassubordinação e o contrato modelo serão objeto de estudo, destacando-se, ainda, a construção de uma nova subordinação, de jaez estruturante, como técnica de amparo à dignidade do trabalhador e aproximação do postulado do pleno emprego.

Não passará despercebida a exigência da construção de uma mais-valia social adotando, como anátema da polarização capital x trabalho, os institutos da participação na gestão e participação nos lucros ou resultados, e instrumentos poderosos de emancipação do trabalhador junto ao empregador, sem descartar o aspecto positivo da produtividade.

Ao final, serão emitidas considerações conclusivas sobre o tema posto em apreciação.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O projeto da modernidade está arrimado na promessa de emancipação da humanidade.

Entre os principais paradigmas reconhecidos pela modernidade se pode aludir à consciência humana, de si e sua liberdade, com possibilidades de solucionar pelo fluxo intelectual os problemas e intempéries individuais e sociais.

Fomentada já na medievalidade sobre o andaime do cristianismo, a dignidade humana passa a ser cariz de todo ser humano, como atributo de uma genética de transcendência, ou seja, o fato de ser filho de Deus, permite ao homem fruir da condição de pessoa humana.

Nessa perspectiva, a sociedade funcionalmente diferenciada passa a brilhar em substituição à sociedade estamental, onde todos têm acesso a todas as funções, sendo, portanto, dotados de personalidade e liberdades fundamentais.

A maior contribuição da modernidade, certamente, foi a de reconhecer isonomia e liberdade aos homens, quebrantando a idéia de fixação do homem a um espaço.

Outrossim, o engenho da razão estabeleceu um hiato entre existir e valor, e a construção jurídica inspirada no contrato foi fruto do artifício do querer, de maneira que a dignidade da pessoa vem como um dado e não como um construído, que é, a um só tempo perfectível e perfectivo, em cada grupo de inserção, inclusive no ambiente de trabalho até o grupo mais aprimorado, o próprio Estado.

De qualquer sorte, a dignidade humana passa a ser guindada a princípio fundamental nos países democráticos contemporâneos, afeiçoando-se à pilastra de respeito à pessoa, com impediência de tê-la como meio à realização de um grupo, ao contrário, valor que sugere fim dentro de qualquer grupo, inclusive no âmbito empresarial.

2.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – FUNÇÕES

Para além de instrumentos de solução no caso da existência de espaços (lacunas) deixados pelo legislador na ação de originar as leis, a missão de vanguarda dos princípios está na fundamentação da ordem jurídica, tornando-se referência interpretativa.

Aos princípios deve ser atribuída a função de vincular todos os envolvidos na ordem jurídica, uma vez que apresentam um caráter de comando de dever ser, assim como uma disposição legislativa ordinária.

Para Jussara Maria Moreno Jacintho, “os princípios ou se apresentam como comandos de dever-ser dirigidos à conduta humana, ou, como pautas axiológicas,

diretivas da construção de um modelo de Estado e sociedade", ou seja, são usados para a resolução dos casos concretos ou servem como instrumentos de orientação para a convivência harmônica da sociedade.

Do exposto compreende-se que as funções do princípio podem ser: interpretativa e integrativa. Do ponto de vista da interpretação o princípio permitirá avaliar axiologicamente o ato de escolha do jurista no momento de decidir, pois nas situações de conflito entre normas a serem aplicadas ou mesmo entre princípios, ele será o balizador da decisão, servirá ainda como limitador do ato interpretativo do jurista, oportunizando uma especificidade tal aos mecanismos de aplicação do direito.

O papel integrativo do princípio se reflete no momento em que é necessário suprir as chamadas lacunas do direito. "Nesse caso, os princípios funcionam como regras de conduta, normas primárias, portanto, postas para a situação concreta carecedora de regulação".

Entende-se então que ao indicar como deve agir, o princípio volta-se diretamente ao caso concreto, oferecendo os subsídios para a resolução da ausência de legislação.

A dignidade da pessoa humana é princípio em torno do qual gravitam todos os demais princípios fundantes do Estado de Direito, e se mostra como a base de uma teoria dos direitos humanos, cerne de toda a democracia, porquanto o homem, como ser imanente e transcendente está vertido ao seu caminho de dignificação.

Na interpretação de Alessandro Severino Valler Zenni, a dignidade da pessoa humana, se realiza no "esforço livre de dinamização do ser homem na busca de seu acabamento", por vez, mister se faz destacar que o homem, enquanto ser transformador, vive em uma sociedade mutante, a qual exige mudanças constante, a fim de atingir a perfeição.

O princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta não mais apenas no aspecto transcendental, mas como elemento integrador da ordem jurídica, assumindo funções extremamente relevantes no trabalho dos juristas, sejam eles: legislador, juiz ou hermeneuta do direito.

As características, constantes do princípio, permitem que seja referência na busca da justiça, valor precípuo do direito.

2.2 CONCEITO DE DIGNIDADE

Humanismo integral remete à dignidade da pessoa. O ser humano é potência que, existindo, atualiza-se ao cumprir sua finalidade, o seu dever ser, e é nesse caminho de elevação, ou vetorização, escalando valores, desde os mais ordinários, denominados utilitários, passando pelos vitais, mínimos indispensáveis à sobrevivência, dissolve-se nos bens espirituais, especialmente no bem, o ético, que vai aperfeiçoando seu personalismo e sua dignidade.

Na noção de dignidade estão imbricados a autonomia ou liberdade para ascender à escala de valores, o dever natural de convocação ao bem comum, espaço externo dentro

do qual as habilidades, funções e talentos são desenvolvidos, a alteridade, uma remissão ao outro, já que homens não vivem, convivem, e o próprio direito, como garantia de que essa liberdade conduza ao bem, sem embaraços e com suplência dos grupos, desde os menores, como a família ou a empresa, aos mais aperfeiçoados, como é o Estado.

Para que o ser humano possa ser entendido como um ser completo é necessário que valores sejam respeitados a fim de garantir-lhe uma vida digna. Neste aspecto é necessário entender o que seja vida digna. O que é dignidade?

Segundo Gilberto Haddad Jabur, "a noção e o conceito de dignidade humana são daqueles em torno dos quais pouco se cansaram as mentalidades jurídicas [...] falta de correta apreensão e fixação dos elementos que a compõem".

A dificuldade de expressar o conceito de dignidade, mesmo afirmando a sua existência muito antes dos registros filosóficos ou religiosos, é manifestada por Ingo Wolfgang Sarlet ao prelecionar que tal dificuldade, "decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua 'ambigüidade e porosidade', assim por sua natureza necessariamente polissêmica".

Várias são as tentativas em definir o que seja a dignidade, porém como não se consegue chegar a um conceito único, o que se pode verificar é que quaisquer que sejam os vocábulos utilizados, todos expressam a mesma significação. Há sempre a menção à necessidade de se respeitar a essência do ser humano.

Nas ponderações de José Francisco de Assis Dias

A palavra *dignidade* é um dos grandes sustentáculos da nossa língua e da nossa cultura [...]. O significado desta raiz "dec" (decente), corresponde ao "ser conveniente, conforme, adequado". Atribuiu-se às qualidades, as relações enquanto capazes de conformar-se aos homens e às coisas, às tarefas e às atividades.[...] O significado da palavra "digno" parece ser "justo". Aquilo que não é "digno" é "in-justo".

Sendo assim, é primordial o entendimento de que a proteção ao homem é que remete ao atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a dignidade está intimamente relacionada à justiça.

De acordo com o que preleciona Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade é "qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode e (deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida".

Partindo do exposto confirma-se a íntima relação da dignidade com o próprio ser humano, pois a dignidade só se constitui mediante a possibilidade da existência do ser humano de maneira íntegra, respeitando sua condição humana. Ser humano, é ser que deve ser, imanente e transcendente, e a concretização dessa potência de pessoa, impressa em cada homem, notabiliza-o em dignidade.

Nesta mesma esteira manifesta-se Fábio Konder Comparato:

A dignidade transcendente é um atributo essencial do homem enquanto pessoa, Isto é, do homem em sua essência, independentemente de suas qualificações específicas de sexo, raça, religião, nacionalidade, posição social, ou qualquer outra. Daí decorre a lei universal de comportamento humano, em todos os tempos, denominada por Kant de imperativo categórico: "age de modo a tratar a humanidade, não só em tua pessoa, mas na de todos os outros homens, como fim, e jamais como um meio".

Confirma-se desta forma que independente dos elementos gramaticais que se utilize para tentar conceituar a dignidade da pessoa humana, chega-se à conclusão de que a essência é sempre a mesma, ou seja, o respeito ao homem em sua integralidade, pois esta dignidade é inerente ao próprio existir do ser humano.

2.3 DIREITO A UMA VIDA DIGNA

Fábio Konder Comparato, assinala que a dignidade da pessoa humana é de tal complexidade que não necessita de paradigmas ou modelos referenciais externos, mas é ela própria um fim, o qual se liga à vontade da pessoa humana, corolário de sua capacidade de autodeterminação.

Sidney Guerra e Lilian M. Balmant Emerique, destacam que embora haja uma preocupação significativa com os direitos fundamentais e, conseqüentemente, com as questões relativas à dignidade, muitos destes direitos não encontram efetividade, observando-se uma violação contínua dos direitos humanos e "o aviltamento da dignidade humana".

Assim, não basta positivação ou a constitucionalização dos direitos humanos, garantidores da dignidade, é preciso uma forte conscientização social, bem como uma postura governamental mais comprometida com o cidadão. Conquistar direitos exige disseminação do conhecimento e ação efetiva de cada indivíduo que compõe a sociedade.

A dignidade da pessoa humana, fundada nos preceitos constitucionais representa o nascimento de um momento novo no cenário jurídico nacional. Como expressa Dalmo de Abreu Dallari ao afirmar que:

A última das Constituições anteriores elaboradas por uma Assembléia Constituinte, a de 1946, falava em 'direitos e garantias individuais'. Na Constituição de 1988, que sofreu forte influência da Constituição Portuguesa de 1976, aparecem as expressões 'direitos humanos', 'direitos e garantias fundamentais', 'direitos sociais', além de direitos individuais e coletivos' – que demonstra a ênfase dada aos direitos fundamentais da pessoa humana.

De acordo com Carlos Roberto Siqueira Castro, o próprio constituinte no seu ato de legislar inaugurou o texto constitucional com o "postulado da dignidade dentre os fundamentos da organização nacional, fazendo-o na disposição inaugurante do estatuto supremo: art. 1º A República Federativa do Brasil [...] tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana".

Tamanha a importância deste princípio que ele é lembrado em outros trechos da carta magna, como por exemplo, nas normas dos arts. 170, 226, §7º, 227 e 230.

Preleciona ainda Carlos Roberto Siqueira Castro, que "a rigor, o postulado da dignidade humana constituiu-se no direito prolífero por excelência, tendo gerado nas últimas décadas várias famílias de novos direitos que angariam *status* de fundamentalidade constitucional".

Reafirmando a excelência do princípio da dignidade da pessoa humana, o desembargador Sérgio Cavalieri, citado por Carlos Roberto Siqueira Castro, diz que:

Temos hoje o chamado direito subjetivo constitucional à dignidade. E dignidade nada mais é do que a base de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem. O direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade, ou qualquer outro direito da personalidade, todos estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos fundamentais.

Reitere-se que a Constituição Federal de 1988, ao apresentar de maneira expressa em seu texto o tema alusivo à dignidade da pessoa humana, torna o homem o elemento central do ordenamento jurídico, uma vez que se buscará proteger sempre os direitos do cidadão.

Na lição de Gustavo Tepedino;

A escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Na verdade a proteção dos direitos e garantias dedicadas ao cidadão, assume papel preponderante na ação do Estado que deve existir em função do indivíduo, a fim de garantir a justiça e o equilíbrio na relações sociais entre estes mesmos indivíduos.

Destarte, é necessário lembrar que este é o princípio norteador de outros tantos que também circundam a vida do cidadão, a fim de conceder-lhe uma vida digna, valorando-o como homem concreto. Ressalta-se que não é um princípio apenas norteador, ele atua como fundamento do Estado democrático de direito, por ser um princípio estruturante, de forma a impregnar a ordem jurídica, encontrando-se em todos os ramos do direito positivo, sendo fonte de inspiração para a atividade tanto do poder legislativo como do poder judiciário.

Ao tratar da dignidade humana como valor constitucional, Wanderson Lago Vaz e Clayton Reis, manifestam o entendimento de Franco Bartolomei:

A esfera da dignidade humana, merecedora de proteção jurídica, amplia-se cada vez mais com a evolução da história dos direitos humanos. A dignidade humana, segundo ele, não é apenas um direito subjetivo: é uma cláusula geral constitucional. A normatização constitucional dos direitos invioláveis do ser humano é, para o autor particularmente importante quando se põe como cláusula geral de tutela essencial da pessoa, o que leva à exigência da tutela integral do ser humano por meio da tutela de todos aqueles interesses que lhe são essenciais. Além disso, para Bartolomei, a enunciação dos direitos invioláveis não se exaure nos direitos tipificados na norma constitucional, permitindo, inclusive, à jurisprudência, reconhecer direitos que não estejam mencionados expressamente na normativa constitucional.

Nesta linha, embora a norma constitucional seja fundamental para a manifestação e garantia dos direitos invioláveis, não somente ela, mas também outros instrumentos servem para garantir a tutela da dignidade da pessoa humana.

Entende-se assim, que nem mesmo o poder público pode impor restrições ao exercício pleno das ações que levem ao cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, pois a dignidade da pessoa humana é a manifestação plena de cada indivíduo. Essa autonomia impõe abstenção, a que a doutrina passa a denominar de liberdade negativa.

Para Luiz Roberto Barroso, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta extrema relação com a liberdade e com valores espirituais que condicionam a existência material do ser humano, destacando que esse agir livre não pode sofrer constrição, também, dos particulares, dado o fenômeno da horizontalização dos direitos fundamentais.

Também é de se sublinhar um aspecto positivo da liberdade, no sentido de suplência e prestações, toda vez que o homem, por si só, não reunir elementos para dinamizar-se, deixando de fruir do mínimo indispensável, ou mesmo de um espaço comum no qual pode realizar o seu personalismo ético.

Nesse sentido é a assertiva de Edílson Pereira de Farias,

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a mantença de uma existência digna, bem como

propiciada as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual (...). A sua proteção envolve tanto um aspecto de garantia negativa, no sentido de a pessoa humana não ser ofendida ou humilhada, quanto outro de afirmação do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

Portanto, a vida digna requesta um mínimo existencial indispensável e a possibilidade de acesso a um espaço solidário onde o ser humano, em condições isonômicas, desenvolva a sua personalidade, cumpra as suas habilidades da melhor forma, tal qual Aristóteles denunciava o atingimento da felicidade, como o sentido da vida, no cumprimento otimizado das virtudes.

2.4 **O Trabalho e a Dignidade**

O valor trabalho é uma das formas de realização da dignidade, porquanto, a um só tempo, permite ao homem exibir de maneira suazória as suas aptidões, conferindo-lhe honra e reconhecimento, o que do ponto de vista psicológico, moral e ético é altivo, quanto mantém o sustento e as condições matérias de vida.

Em diversos instantes a ordem jurídica brasileira combina a livre iniciativa ao valor social do trabalho, mostrando preocupação constante com a harmonia de interesses igualmente dignificantes da pessoa humana.

Não é por outro motivo que cláusulas mínimas são enxertadas às relações de trabalho, como limitativas das liberdades, certamente porque não se descurou de uma realidade de desigualdade entre os sujeitos da relação. A hipossuficiência do trabalhador em contraste com a hiperssuficiência do tomador.

Em nome da dignidade, ainda, independente de diferenças econômicas entre os sujeitos de uma relação de trabalho, é preciso atentar-se para a licitude do objeto do trabalho, vedando-se efeitos àqueles contrários à ordem pública, à moral e aos bons costumes, como nas situações de risco de vida ou à integridade física e moral dos envolvidos.

A contratação que importa em submissão de uma das partes à situação ridícula ou vexatória, que não atenda à dignidade da pessoa humana e ao bem comum deve ser extirpada. Entende-se, por conseqüência, que a proteção aos bens personalíssimos será possível garantir a dignidade da pessoa humana.

Em síntese, para que o trabalho possa ser qualificado como espaço de realização da pessoa, impõe-se a concretização de eticidade, com garantias, em primeiro instante, de inserção ao labor, e secundariamente, respeito ao trabalhador, algo que merece cautela redobrada, dada a sua hipossuficiência e a necessidade premente de subsistir por força do trabalho.

As garantia de isonomia e liberdade, permitirão à pessoa do trabalhador a fruição de dignidade, harmonizando-se tais bens com a livre iniciativa.

O Estado brasileiro remetendo à livre iniciativa e no valor social do trabalho, adjunge os dois princípios fundantes, e a Constituição da República complementa no art. 193, que a ordem social tem como primado o trabalho, e objetiva o bem estar e a justiça social.

Os direitos sociais e econômicos, portanto, figuram como bens de segunda dimensão do Estado democrático de direito, e rogam a implementação de prestações, em formas de leis e judiciabilidade, sob pena, mesmo de inconstitucionalidade por omissão.

PROPOSTAS DE TRAB ALHO FLEXÍVEL E OS LIMITES À DIGNIDADE DA PESSOA DO TRABALHADOR

Entre as conseqüentes situações que tem levado as relações de trabalho às modificações constantes, aporta-se a globalização que resulta das transformações no mercado econômico e na sociedade de maneira em geral.

Esta realidade se verifica na afirmação de Ulrich Beck, ao dizer que "a globalização é com certeza, a palavra, mais usada – e abusada – e a menos definida dos últimos e dos próximos anos; é também a mais nebulosa e mal compreendida, e a de maior eficácia políticas"

Sendo de tão difícil compreensão, a globalização torna difícil o entendimento a respeito da necessidade das chamadas flexibilizações, uma vez que é por meio desta, que se pretende explicar mudanças no cenário laboral, inclusive buscando entender as novidades que surgem no dia-a-dia.

O surgimento de contratos flexíveis de trabalho é resultado, segundo entendimento de Davd Harvey, da grande força modificadora do mercado, e das novas realidades de aumento da competição e da redução das margens de lucro, a fim de atender as necessidades de cada empresa. Isto levou ainda a "aparente redução do emprego regular em favor do crescente uso do trabalho em tempo parcial, temporário ou subcontratado"**.**

A exigência de barateamento dos meios de produção, em especial a redução de custos com a mão de obra parece ter sido o mote da livre iniciativa nos últimos anos.

O novel panorama tem suscitado o fortalecimento dos chamados contratos flexíveis de trabalho, que resultam da chamada flexibilização, que, para muitos, apresenta-se como o mecanismo de salvação para o desenfreado crescimento do desemprego e compatibilização com o regime econômico capitalista.

Tratar-se dos contratos flexíveis, compreende buscar nesta alternativa uma forma real de acompanhar as mudanças do setor econômico, porém não deixar de atender aos direitos conquistados pelos trabalhadores.

3.1. Contratações Flexíveis

Uma análise pormenorizada do cenário laboral brasileiro, leva os estudiosos do direito a vislumbrar uma mudança gradual e freqüente nas formas de se estabelecer a relação de trabalho fugindo dos moldes tradicionais, nos quais a subordinação jurídica configura o elemento principal do vínculo trabalhista.

O liame trabalhista que foge aos padrões previstos na legislação do trabalho é uma realidade não somente no direito brasileiro, mas também em países como Itália, Espanha, Portugal e França.

Tratar as mudanças na seara do trabalho de forma dissociada é praticamente impossível, vez que foram as modificações sofridas pela sociedade em especial pelo setor econômico, que motivaram as inúmeras transformações no setor laboral.

Ao deter-se sobre o assunto, Mara Vidigal Darcanchy, lembra que as mudanças verificadas no setor trabalhista, são expressões que "ao mesmo tempo em que propicia inúmeras facilidades para a sociedade, como um todo, traz para o mundo das relações trabalhistas, uma nova questão social – resultante da extinção de postos de trabalho, nos mais diversos setores".

Nesta mesma direção preleciona Luiz Paulo Bresciani, que:

a flexibilidade do trabalho se concretiza em meio a concepções e práticas de organização e gestão da produção, bem como da legislação trabalhista, sindical e social, e condicionantes econômicas, tecnológicas e sócio-culturais e políticas, desde o plano do local da "produção" até os níveis setoriais e nacionais/regionais. Assim sendo, ela não é meramente determinada pela reestruturação produtiva, ou imposta pela lógica competitiva. No caso brasileiro, traços relevantes se mostram presentes já nas décadas passadas. Dentre eles, o trabalho sem contrato registrado, o crescimento de formas de contratação atípicas (por tempo determinado, tempo parcial) as políticas salariais no contexto inflacionário, elevadas taxas de rotatividade, liberdade empresarial para demissão, possibilidade de recurso quase compulsório a horas extras e férias coletivas, atribuições profissionais indefinidas e parâmetros de processo de trabalho não regulamentados(tempos, volumes, etc) mobilidade dos trabalhadores a critérios das empresas e a capacidade de promover trabalho polivalente, seja "naturalmente (quebra-galho, jeitinho), seja de modo "incitado"(pressão do desemprego, perspectiva de avanço profissional)

A fim de atender às novas exigências no âmbito das relações de trabalho, foi que se tornou necessária a flexibilização no direito do trabalho, passando a ser aceitos os chamados contratos com prazo determinado, inspirados nos modelos ditados pelo direito civil, possibilitando assim, a regularização das admissões transitórias que sejam necessárias no ambiente da empresa.

As novas atividades profissionais proporcionam a cada dia o estabelecimento de relações trabalhistas cada vez mais diversas, como por exemplo o *personal trainer*, que desenvolve sua atividade de maneira diversificada podendo estabelecer um contrato

formal de trabalho com uma academia de ginástica, ou ainda, realizar atividade a domicílio atendendo clientes em sua própria residência.

Analisando esta situação é possível visualizar a necessidade real de se estabelecer por meio da flexibilização formas intermediárias de trabalho, sem que sejam subordinados, e desta feita, verificar-se a necessidade de atender novas categorias profissionais.

Embora os contratos por prazo determinado já sejam velhos conhecidos no âmbito do direito do trabalho, é cabível seu enquadramento na análise que hora se realiza, pois as novas modalidades de relações trabalhistas, que se caracterizam como relações flexíveis, possuem um elemento intimamente relacionado, o termo, que põe fim ao contrato de trabalho, na chamada relação flexível.

A caracterização como tal, pode ocorrer em razão de que estes contratos se justificam para atender uma necessidade transitória, que por ventura surja no âmbito da empresa, que não estavam, por exemplo, previamente planejada.

Entende Amauri Mascaro Nascimento ser o contrato com prazo, uma forma de relação flexível porque:

Se distancia do contrato a tempo e duração indeterminados, que é a primeira figura contratual da sociedade industrial, com transposições para alguns setores de serviços, mas incompatível com atividades novas decorrentes do avanço da tecnologia no século XX e dos sistemas de produção adotados por alguns setores da economia moderna.

Também chama atenção da doutrina, especialmente na Europa continental, a cambiante relação de emprego em contrato de atividade, cujas atividades seriam prestações úteis à produção do tomador.

Uma modalidade pontualmente rica que privilegia a liberdade da pessoa na organização do trabalho, uma formação dentro da rede tomadora, inclusive com tarefas autônomas, e flexibilidade de tempo produtivo, por ser as marcas agudas desse modelo.

Considera o tal contrato de atividade que o tomador, responsável pelo empreendimento, não esgota a rede de contratação de trabalho, porquanto na atualidade surgem “sub-contratações e co-contrações”, ensejando bilateralidade entre trabalhador e empresa, ou grupo de empresas. Igualmente, permite a conciliação entre flexibilização produtiva e continuidade no labor, com mais liberdade e capacitação, sempre condicionado à normatividade coletiva e cláusulas mínimas que combinem a parceria.

Ensina a Boissonat que o objeto do contrato tem no emprego móbil o seu marco, porquanto há o acesso ao trabalho, com propulsão à formação do trabalhador (orientação profissional desde a condição de estagiário até assalaridado), e na seqüência é a este que caberá deliberar sobre o seu itinerário, embora submetido ao comando da organização empresarial, conjugando mais de uma forma de prestação do labor (atividades), sem prescindir de garantias sociais, valorização pessoal e profissional,

dando-lhe segurança, até culminar em uma possível independência que permitirá ao trabalhador montar o seu próprio negócio com acesso a crédito facilitado.

Outra figura jurídica criada pelo direito alienígena, propondo flexibilização na prestação de trabalho é o do contrato a projeto, assemelhado aos trabalhos parassubordinados previstos no direito italiano, tendo como cariz o próprio projeto.

O trabalhador é contratado para elaborar um projeto, de forma absolutamente autônoma, desenvolvendo uma estratégia original não assimilada aos mecanismos corriqueiros, presentes na estrutura empresarial do tomador, e, por conseqüência, não amiúde executadas pelos trabalhadores.

A categoria jurídica encontra arrimo na Lei 236, de 10/09/2003, no art. 61, infracitado:

Mantida a disciplina para os agentes e representantes comerciais, as relações de colaboração coordenada e continuativa, prevalentemente pessoal, sem vínculo de subordinação, de que trata o art. 409, n. 3, do código de processo civil, devem ser reconduzidas a um ou mais projetos específicos ou programas de trabalho ou fase destes determinados pelo comitente e geridos autonomamente pelos colaboradores em função do resultado, respeitada a coordenação com a organização do comitente e independentemente do tempo empregado para a execução da atividade laboral

Trata-se, outrossim, de um terceiro gênero de trabalho, que acaba dotando o trabalhador a projeto dos benefícios próprios de um trabalhador parassubordinado, quais seja, aqueles presentes no Código de Processo Civil italiano, cujo art. 409, n. 3, que remetem ao Pretor Juiz do Trabalho a solução de eventual conflito, bem como pontuações sobre transação e renúncia, constantes do Código Civil italiano (art. 2.113).

Trabalho parassubordinado, segundo a legislação italiana, é exemplificado com os contratos de representação comercial, contratos de agência, e demais relações de cooperação continuativas, sempre despidas de subordinação, garantindo-se aos trabalhadores direitos de personalidade como condições mínimas de garantias no âmago da prestação de serviços, dotando-os de dignidade.

Embora a legislação dote o trabalhador a projeto de garantias personalíssimos, e afeto à Justiça do Trabalho, tutelas extensivas, mesmo aos trabalhadores autônomos, a grande preocupação que se configura na seara das modificações da relação de trabalho, é a manutenção dos direitos mínimos dos trabalhadores, a ponto de se difundir uma (re)significação de subordinação jurídica, cogitando-se presentemente de subordinação objetiva ou estruturante, para efeitos de promoção de garantias mínimas dos trabalhadores.

Tanto em instâncias de alto grau de dificuldade na aferição do grau de subordinação, em caso concreto, quanto nas hipóteses em que o trabalhador se inserir nas atividades normais e rotineiras do tomador, segue-se o norte do reconhecimento da relação de emprego, em prol da dignidade desse trabalhador.

A prestação do labor pelo trabalhador nas designadas atividades produtivas do tomador, isto porque a distribuição de renda e a igualdade são valores inerentes à democracia, e o Estado brasileiro assume compromisso solidário, impondo responsabilidade entre os parceiros sociais, como aspecto horizontal dos direitos fundamentais, como já se mencionou alhures, e a ameaça `as conquistas já sedimentadas no corpo normativo, traduzir-se-ia em ofensa `a clausula do não retrocesso social.

CATEGORIAS EMANCIPATÓRIAS DO TRABALHADOR NO DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

A DIGNIDADE HUMANA É DEVIR, ONDE A AUTONOMIA E REALIZAÇÃO VIRTUOSA OTIMIZADA NOTABILIZAM A PESSOA.

ESTÁ NO ÂMAGO DA ESTRUTURA EMPRESARIAL O AMBIENTE DENTRO DO QUAL O TRABALHADOR, GOZANDO DE PRERROGATIVAS QUE POSSAM ESTIMULAR SUA CAPACIDADE INTELECTUAL, RACIONAL E AFETIVA, COMO ESPAÇO DECISÓRIO E, PARTICIPAÇÃO ÉTICA NOS LUCROS, GRANDE PROJETO DE EMANCIPAÇÃO PELO TRABALHO.

4.1. PARTICIPAÇÃO NA GESTÃO DA EMPRESA (CO-GESTÃO)

A PROPOSTA DE PARTICIPAÇÃO NA GESTÃO DA EMPRESA É, CERTAMENTE, POSTULADO DE EMANCIPAÇÃO DO TRABALHADOR E PROMOÇÃO EM DIGNIDADE, NA MEDIDA EM QUE, FIGURANDO COMO PARCEIRO DO TOMADOR, NO ÂMBITO DO EMPREENDIMENTO, PÕE-SE À DINAMIZAR-SE, CRESCE EM AUTONOMIA, TRANSCENDE EM CAPACIDADE E SENTE-SE HONRADO.

O cenário hodierno tem se mostrado altamente suscetível a mudanças, as novas relações de trabalho que estão surgindo e se fixando no mercado. Insuficiente se revela a relação de poder e sujeição para garantir a manutenção da empresa. As teorias que tentam sustentar a relação entre capital e trabalho mostram-se ineficazes do ponto de vista da efetividade, uma vez que a empresa não pode ser mais o cenário de confronto de interesses.

Inicialmente é importante que se diga que há uma distinção entre a participação na gestão da empresa e a participação nos lucros. De acordo com Sérgio Pinto Martins, entende-se que:

A participação na gestão não se confunde com a participação nos lucros. Nesta, o objetivo é o de que, se houver lucro, parte seja distribuída entre os empregados. Naquela, a participação não será no resultado positivo obtido pela empresa, mas na direção da própria empresa, em seu destino. Não deixa de ser, porém, a participação nos

lucros, uma forma indireta de co-gestão, de fazer com que o trabalhador participe da empresa, obtendo resultados positivos e se beneficiando da distribuição dos lucros.

A participação dos empregados na gestão da empresa foi preocupação manifesta também pela igreja, que por meio da Encíclica *Mater et Magistra*, publicada pelo papa João XXIII, já defendia que os trabalhadores tomassem parte nas empresas, porém de forma a ser regulada por uma legislação específica.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XI, trata do tema permitindo a participação nos lucros, e excepcionalmente na gestão da empresa, o que deveria ser definido por lei.

Nas preleções de Mozart Victor Russomano, tudo está muito distante da realidade necessária, mas já se é possível vislumbrar algo mesmo que num "limbo das normas programáticas".

De acordo com o autor, os elementos formadores da empresa continuam como dantes, o que mudou foi a importância que o papel de cada um tomou neste novo espectro do mundo do capital.

Na empresa moderna e democrática, em termos de democracia do trabalho (que, no nosso conceito, é a democracia política somada à democracia econômica), o trabalhador é personagem de um grande movimento, através do qual ele, realmente, invade, de modo pacífico, setores que lhe eram vedados, como se fossem clausuras invioláveis.

O que se chama a democratização da empresa privada, no fundo, apenas, é um processo de crescente participação do trabalhador na tessitura interna da empresa – pessoalmente e através das comissões e conselhos internos – de modo a ter voz ativa nas resoluções de que depende o destino do empreendimento.

A empresa hoje não pode mais sobreviver com a pecha de que o trabalhador não seja peça fundamental para o seu desenvolvimento, principalmente em se tratando de tecnologias altamente especializadas; muitas são conteúdos apreendidos apenas pelo trabalhador altamente intelectualizado, o que o torna primordial para o funcionamento de uma determinada empresa.

O tema no âmbito da OIT tem sido tratado sob o aspecto de recomendações e orientações que devem ser seguidas a fim de democratizar a participação dos trabalhadores nos espaços de trabalho. A recomendação nº 94, por exemplo, fala da consulta e colaboração que deve existir na empresa, sugerindo a criação de comissões paritárias, no interior da empresa, desde que as questões não sejam atinentes ao campo de atuação da negociação coletiva.

Arnaldo Süssekind expõe que a Organização Internacional do Trabalho, tem realizado importante estudo sobre a co-gestão, abordando tanto o aspecto da co-decisão, como

modelo de participação colaborativa ou consultiva. Embora não exista um documento geral sobre o tema, algumas outras recomendações e orientações devem ser apontadas.

“Recomendação n. 129, de 1967, sobre comunicações entre a direção e os trabalhadores na empresa; recomendação n. 130, de 1969, sobre exame de reclamações no âmbito da empresa, visando à sua solução; recomendação n. 137, de 1977, sobre pessoal de enfermagem, com uma seção sobre a participação dos enfermeiros nas decisões relativas à vida profissional; convenções n. 148, de 1977, sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos do ruído, das vibrações e da contaminação do ar, e n. 155, de 1981, sobre segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho, com normas referentes à participação dos trabalhadores nos órgãos de prevenção e na inspeção, além de comunicações e consultas aos representantes dos trabalhadores; convenção n. 158, de 1982, cujo art. 13 obriga a consulta aos representantes dos trabalhadores para as despedidas coletivas motivadas por causas econômicas, tecnológicas, estruturais ou análogas, e a convenção n. 135, de 1971, dispõe sobre a proteção e facilidades que devem ser outorgadas aos representantes dos trabalhadores nas empresas, sejam os eleitos pelos próprios companheiros de trabalho, sejam os delegados sindicais”.

Seja qual for a forma defendida para a escolha dos representantes dos trabalhadores na gestão da empresa, é importante que ocorra, pois estes serão os olhos e a boca dos trabalhadores no âmbito do trabalho, a fim de possibilitar uma presença mais efetiva destes, que possuem assim como o empregador, interesse em resultados positivos para a empresa a fim de garantir-lhe a permanência no emprego e consequentemente sua sobrevivência.

Entende Arnaldo Süssekind, que:

a participação na gestão não quer dizer que o empregado participará obrigatoriamente de órgãos de decisão da empresa. O direito de participação pode envolver a colaboração, inspeção, administração de certos setores da empresa, decisões em setores não tão importantes como nos órgãos de cúpula desta. Este direito envolve, contudo, o poder de sugestões. A empresa deverá fornecer informações aos empregados, de maneira inclusive atualizada, sobre as questões objeto da análise na participação na empresa. O certo é que a participação na gestão importa transparência nas negociações e nas informações passadas pelo empregador ao empregado. Não se pode negar o fato de que a co-gestão implica cooperação, substituindo a oposição do empregado ao empregador, e a igualdade entre tais pessoas, apesar da existência da subordinação, valorizando a relação entre capital e trabalho.

Compreende-se então que a alternativa da participação na gestão da empresa é uma forma de tornar mais transparente a administração da mesma, a fim de estabelecer uma relação de confiança entre empregador e trabalhador, no qual ambos estarão voltados à finalidade da produção com resultado econômico para os dois lados. Ao empregador garantindo o lucro necessário a manutenção do negócio e subsidiado de estratégias do

parceiro, e ao trabalhador as condições dignas de trabalho, função nobilitante ao co-gerir com responsabilidade os destinos do próprio trabalho.

4.2. Participação nos Lucros ou Resultados

A participação nos lucros ou resultado da empresa ouucros nos lucros, o trabalho.tribuiram é também um importante instituto que visa garantir a dignidade do trabalhador. Seguindo os preceitos da lei 10.101, de 19 de dezembro de 2000, a participação nos lucros ou resultados deve acontecer inicialmente como meio de incentivar a produtividade, bem como integrar o trabalhador no ambiente da empresa, propiciando com amparo legal a integração entre capital e trabalho.

O sistema da participação nos lucros ou resultados, teve grande apoio da doutrina católica, que muito se esforçou para que este sistema fosse implementado. O incentivo da igreja neste sentido era tanto que o Papa Pio XI, na encíclica Quadragésimo Anno, sugeriu que seria conveniente o início de um processo em que fosse possível ampliar a relação do contrato de trabalho com a sociedade, proporcionando mais vantagens a ambos.

Em perspectiva ética, procurava fazer com que os operários se tornassem mais interessados pela empresa na sua propriedade ou na administração, e por conseqüência, merecedores em certa quantia nos lucros percebidos.

No Brasil, pela primeira vez, o termo foi tratado de forma normativa, pela Constituição de 1946, que concedeu o direito de participação direta dos empregados nos lucros da empresa, desde que atendesse os termos da lei infraconstitucional. Numa tentativa de agilizar tal procedimento, Arnaldo Süssekind, quando na condição de Ministro do Trabalho, promoveu a modificação do art. 621 da CLT, concedendo a tratativa do tema através das convenções e acordos coletivos de trabalho. Tal motivação não recebeu devida atenção por parte dos interessados nas negociações coletivas. Em 1967, a participação também foi tratada no texto constitucional, sem, contudo, se exigir sua obrigatoriedade, como aconteceu em 1946.

A abordagem em 1967, ocorreu no sentido de promover o surgimento da Lei Complementar 07, de 1970, que originou o Programa de Integração Social, (PIS), cujo os recursos eram oriundos de um fundo de participação formado por contribuições dos empregadores. No mesmo ano criou-se por meio da Lei Complementar 08, o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), que foi unido ao PIS, em 1975, formando assim o PIS-Pasep. Estes programas tiveram importância no sentido de coibir conflitos entre empregado e empregador.

No âmbito constitucional, mais recentemente com o advento da Constituição Federal de 1988 o tema foi abordado também de forma a garantir ao trabalhador a participação nos lucros ou resultados, não vinculada a remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, tema já tratado anteriormente.

Conceitualmente a participação nos lucros e resultados da empresa, consiste em um mecanismo remuneratório, com ficção legal indenizatória, que tem a finalidade de

complementar o salário do empregado, pelo qual se garante, no máximo, até duas parcelas anuais, de valores convolados de acordo com atingimento de metas ou lucros percebidos pela empresa.

A participação nos lucros ou resultados é perfeitamente compatível com o contrato de trabalho, e atendendo os requisitos exigidos em nada descaracteriza o contrato laboral, a fim de transformá-lo em contrato de sociedade ou mesmo misto. Aqui a participação será apenas resultante de um acordo, de uma lei, ou mesmo negociação coletiva.

Não se configura a desnaturalização da relação subordinativa, onde o empregado continua devendo obediência ao empregador, e este detentor do poder diretivo.

Após inúmeras críticas, em 1998, foi permitido às empresas e aos trabalhadores optarem por qual procedimento realizariam a negociação, se pela comissão escolhida pelas partes, formada ainda pela presença de uma pessoa indicada pelo sindicato da categoria, ou pela convenção ou acordo coletivo.

Segundo Alessandro Severino Váller Zenni, "hodiernamente o programa de participação em lucros ou resultados condiciona a presença de negociação entre empresas e empregados, indicação de representante do sindicato, acordo celebrado e respectivo conteúdo, condições de distribuição e prazo".

A participação real dos trabalhadores nos lucros ou nos resultados da empresa, significa a garantia de emancipação dos trabalhadores no ambiente de trabalho, e uma verdadeira configuração da mais-valia social, onde os parceiros logram objetivos igualmente vantajosos: o trabalhador sente-se valorizado e vê na participação uma distribuição ética dos esforços de trabalho conjunto; o empregador logra atingir maior produtividade, e pode dar alento à livre iniciativa entremeio ao ferrenho e competitivo mercado globalizado.

5. CONCLUSÃO

A promessa de emancipação do Estado moderno passa pela dignificação da pessoa humana. O conteúdo do princípio está insculpido nas Constituições democráticas e sugere isonomia, autonomia e prestações, sendo inolvidável que a ordem jurídica pátria entrelaça à dignidade, livre iniciativa e valor social do trabalho.

No campo das relações laborais e econômicas têm sido inúmeras as transformações paradigmáticas, mormente em face à globalização, as crises assoladoras, do capital e do trabalho, impondo aos atores sociais estratégias de harmonização que possam garantir, no trabalho, a dignidade como processo de acabamento da pessoa.

De pronto é de se admitir a dignidade humana como o valor de vanguarda na teoria dos direitos humanos, tratando-se de fundamento de todo o direito, norte hermenêutico e critério de colmatação de vazios normativos.

O direito do trabalho, como direito fundamental de segunda dimensão, composto com os direitos econômicos, exige regulamentações do Estado e da empresa, dada a

descrição vertical e horizontal que lhe é ínsito, no sentido de propiciar a autonomia do trabalhador no espaço comum de convívio, em situação de equilíbrio, a despeito de sua suficiência débil, não raras vezes.

A proposta de aperfeiçoamento do ser humano digno impõe um ambiente de mais valia social nas relações laborais, que permita aos sujeitos da relação, tratarem-se como parceiros, porquanto esta é a idéia pinçada dos princípios fundantes e estruturantes do Estado Constitucional brasileiro.

Nessa medida, a dignidade humana é anteparo a qualquer forma de aviltamento do trabalhador no seio do trabalho, mas isso, por si só, não pode significar que as relações sejam insuscetíveis de certa maleabilidade, até porque, à luz da própria Carta Maior, a queda da livre iniciativa conspiraria contra direitos igualmente fundamentais do tomador de serviços.

Poder-se-ia afirmar que a proteção estendida ao trabalhador, até com a busca do pleno emprego, tem liame direto com a proteção do consumo e fortalecimento da propriedade privada, ao menos esta é a proposta do Estado moderno constitucional.

As sucessivas transformações do trabalho e do capital, os modelos de empreendimentos, exortam à paradigmas de criatividade para se manter a conformação de valores fundamentais, em especial o plano de dignificação do trabalhador, pelo exercício do labor.

Vêm sendo admitidos os contratos por prazo, mesmo em dissonância com o princípio da continuidade das relações empregatícias, desde que haja transitoriedade na atividade laborativa, mas em hipótese alguma se poderia transmutar a exceção em regra, tampouco abolir direitos trabalhistas que constituem conquistas não subservientes ao retrocesso social.

Os modelos de contratação por atividade, desenvolvidos pelo Direito Francês, evidenciam as contemporâneas tendências à formação de redes tomadoras, e, ao mesmo tempo, permitem mobilidade na exigibilidade da função, sem conspirar contra direitos trabalhistas reconhecidos ao empregado subordinado. Mas nessa espiral de contrato, combinam-se por etapas, desde estágios, aprendizagens, subordinação clássica, parassubordinação, até a possibilidade de o trabalhador se tornar completamente autônomo, atingindo a plenitude da sua dignificação, no aspecto da autotranscendência, relacionada ao ambiente laboral.

Já o contrato de projeto, previsto pela legislação italiana, proposto como espécie do gênero contratos parassubordinados, não merece a acolhida do direito brasileiro, porquanto trata os prestadores de trabalho em atividade continuada, pessoal e estruturante, a autônomos, dotando-lhes de parcas garantias, tais como indenização pela extinção do contrato, e acesso à Justiça do Trabalho, sem, contudo, efetivação de dignificação, dado que, colocados à margem de garantias, figuram como veros objetos cuja servilidade interessa à estrutura do tomador.

Por esta razão a jurisprudência brasileira, começa engatinhar na proposta de uma subordinação objetiva ou estruturante, onde a garantia se dá, *opis judicis*, pela simples integração do trabalhador à estrutura empresarial e suas atividades indispensáveis, ainda

que o poder diretivo não atinja subjetivamente o trabalhador. Afeiçoa-se interpretação conforme a Constituição e seu programa de elevação humana a partir do valor social do trabalho e da livre iniciativa.

De resto, instrumentos potentes de realização e emancipação dos trabalhadores são mencionados na Constituição, no art. 7º., XI, cujas premissas deveriam ser manejadas pelas comissões mistas de empregados e patrões a construir a almejada mais-valia-social.

A participação na gestão haveria de ser *conditio sine qua non* para incremento da participação em lucros ou resultados, como já aludiam as encíclicas papais, e a doutrina social da igreja, orientando para a amalgama em prol de interesses comuns, na legitimação do lucro e sua distribuição ética entre aqueles que participaram coletivamente do seu resultado ou produto.

Nos dias atuais, atentos às variáveis sócio-econômicas, as sugestões relacionadas no ensaio certamente consubstanciam o projeto constitucional da harmonização capital e trabalho, alçando o trabalhador ao plano de dignificação no ambiente laboral.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução Nestor Mário da Gama Kury. 4ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco**: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. Publicado em Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização.** São Paulo: Paz e Terra, 1999

BOISSONAT, Jean. **2015 Horizontes do Trabalho e do Emprego**. Tradução Edílson Alkimin Cunha. São Paulo: LTr, 1.998.

BRESCIANI, Luiz Paulo. **Flexibilidade e reestruturação – o trabalho na encruzilhada**. Disponível em http://www.seade.sp.gov.br/produtos/spp/v11n01/v11n01_10.pdf , Acesso em: 06 set. 2009

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. Publicado em Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Código Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____**Fundamentos dos direitos humanos.** In: Cultura dos direitos humanos, São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estado de direito e direitos fundamentais,** in: Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho (org), **Estudo de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello,** São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006.

DARCANCHY, Mara Vidigal. Direito ao Trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2358>. Acesso em: 06 set. 2009.

DIAS, José Francisco de Assis. **Direitos Humanos**: Fundamentação Ontoteleológica dos Direitos Humanos. Maringá: Unicorpore, 2005.

Encíclica Quadragésimo anno de 1931.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos:** a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação.

GUERRA, Sidney e EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.** Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006, p. 09. Disponível em <http://www.fdc.br/ Arquivos/ Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf Acesso em 02 out. 2007.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna.** 5 ed. São Paulo: Edições Loyola, 1992.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna.** 5 ed. São Paulo: Edições Loyola, 1992.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: RT, 2000.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana – princípio constitucional.**Curitiba: Juruá, 2006.

LUNARDON. Fiorella. **Lavoro a progetto e lavoro occasionale**. In Franco CARINCI (coord). Commentario al DLGS, 10 Seteembre 2003, n. 276, n. 276, vol. 4.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** 13 ed., rev., e ampl., atualizada até dezembro/2000, São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalh: relações individuais e coletivas do trabalho.** 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NETO, José Veríssimo. Arremesso de anão. Revista Del Rey Jurídica, janeiro a julho, ano 9, n. 17, 2007.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2 ed., rev., e aum. São Paulo: LTr, 2007, p. 276.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho.** 9a ed. (ano 2002), 3a tir. Curitiba: Juruá, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

_____, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1.998.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho.** São Paulo: Renovar, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar, **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 48

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Disponível em WWW.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php, Acesso em 02 de outubro de 2008.

VAZ E REIS, Wanderson Lago e Clayton, **Dignidade da pessoa humana,** Revista jurídica Cesumar Mestrado – v.7 n.1 (janeiro/junho 2007), Maringá.

ZENNI, Alessandro Severino Valler, **O retorno à metafísica como condição para a concretização da dignidade da pessoa humana.** Revista Jurídica CESUMAR. Mestrado – v.4, n. 1 (julho 2004). Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2004.

_____**Remuneração e jornada de trabalho.** Curitiba: Juruá, 2006.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana – princípio constitucional.**Curitiba: Juruá, 2006. p 67.

JACINTHO, idem, ibidem.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos:** a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação, p. 46-48.

JACINTHO, idem, p. 68

Entendendo ser a dignidade da pessoa humana um princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, e destacando sua importância Elimar Szaniawski, informa que " dada a importância da dignidade, como princípio basilar que fundamenta o Estado Democrático de Direito, esta vem sendo reconhecida, de longa data, pelo ordenamento jurídico dos povos civilizados e democráticos, como um princípio jurídico fundamental, como valor unificador dos demais direitos fundamentais, inserido nas Constituições, como um princípio jurídico fundamental." *In* SZANIAWSKI, Elimar, **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

ZENNI, Alessandro Severino Valler, **O retorno à metafísica como condição para a concretização da dignidade da pessoa humana.** Revista Jurídica CESUMAR. Mestrado – v.4, n. 1 (julho 2004). Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2004, p. 08

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: RT, 2000, p.202.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

DIAS, José Francisco de Assis. **Direitos Humanos**: Fundamentação Ontoteleológica dos Direitos Humanos. Maringá: Unicorpore, 2005, p 248.

SARLET, *op. cit.*, p. 41.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. **A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 186002E

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos direitos humanos.** In: Cultura dos direitos humanos, São Paulo: Saraiva, 1999, p.73

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

GUERRA, Sidney e EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.** Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006, p. 09. Disponível em <http://www.fdc.br/ Arquivos/ Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf Acesso em 02 out. 2007, fl. 06.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estado de direito e direitos fundamentais,** in: Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho (org), **Estudo de direito público em homenagem a**

Celso Antônio Bandeira de Mello, São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006, p. 225.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. Publicado em Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143

"A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna ...".

"Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana ...".

"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ...".

"A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".

CASTRO, *op. cit*., p.145

CASTRO, *op. cit*., p. 175-176.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 48

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2 ed., rev., e aum. São Paulo: LTr, 2007, p. 276.

VAZ E REIS, Wanderson Lago e Clayton, **Dignidade da pessoa humana,** Revista jurídica Cesumar Mestrado – v.7 n.1 (janeiro/junho 2007), Maringá, p. 186.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. **A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.006, p. 175.

BARROSO, Luís Roberto. **Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco**: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. Publicado em Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 682.

FARIAS , *op. cit*., p. 51-52.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Tradução Nestor Mário da Gama Kury. 4ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 76.

ZENNI. Alessandro Severino Valler e OLIVEIRA. Cláudio Rogério. (Re)significação dos Princípios de Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2.008, p. 68.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização.** São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 44.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna.** 5 ed. São Paulo: Edições Loyola, 1992, p. 143.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalh: relações individuais e coletivas do trabalho.** 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009., p 797.

DARCANCHY, Mara Vidigal. Direito ao Trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2358>. Acesso em: 06 set. 2009.

BRESCIANI, Luiz Paulo. **Flexibilidade e reestruturação – o trabalho na encruzilhada**. Disponível em http://www.seade.sp.gov.br/produtos/spp/v11n01/v11n01_10.pdf . Acesso em: 06 set. 2009.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho.** 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009., p. 796.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalh: relações individuais e coletivas do trabalho.** 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009., p 797.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalh: relações individuais e coletivas do trabalho.** 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009., p. 803.

BOISSONNAT, Jean. 2105 Horizontes do Trabalho e do Emprego. Tradução Edílson Alkimin Cunha. São Paulo: LTr, 1.998, p. 236 e seguintes.

BOISSONNAT, Jean. 2105 Horizontes do Trabalho e do Emprego. Tradução Edílson Alkimin Cunha. São Paulo: LTr, 1.998, p. 235 e seguintes.

Curiosa a pontuação do autor, exemplificando com a “trajetória de Cédric”. Narra que o jovem, com pouco mais de 20 anos, técnico em eletromecânica, buscou agência local, após meses de ócio, e tomou conhecimento de uma sub-contratante de grande empresa de veículos elétricos, sobre necessidade de mão de obra à rede. Admitido por contrato de atividade, é monitorado por treinamento por escola de ensino geral e tecnológico, comprometendo-se com a rede a realizar tarefas que lhe forem dirigidas. Algumas etapas são estabelecidas: contrato com a sub-contratante por certo período, com formação e aprendizagem; subsequentemente desenvolvimento de labor profissional à rede; terceiro ano com possibilidade de preparação para tornar-se um pequeno empresário, com acesso a crédito; e outra etapa em que, mal sucedido o projeto autônomo, a garantia de voltar a trabalhar à rede, com ônus de monitorar um aprendiz, e possibilidade de mobilidade em quaisquer das empresas que compõem a rede.

BOISSONAT, Jean. 2015 Horizontes do Trabalho e do Emprego. Tradução Edílson Alkimin Cunha. São Paulo: LTr, 1.998, p. 246.

LUNARDON. Fiorella. **Lavoro a progetto e lavoro occasionale**. In Franco CARINCI (coord). Commentario al DLGS, 10 Setembre 2003, n. 276, n. 276, vol. 4.

Segundo a legislaçao italiana, o parassubordinado é aquele trabalhador que moureja em labor continuado e coordenado, majoritariamente de forma pessoal (Lei 741, de 14/06/59, art. 2º).

TRT-PR-18-07-2006 VÍNCULO DE EMPREGO (SUBORDINAÇÃO OBJETIVA. Em determinados casos, a natureza da atividade executada pelo trabalhador (ou a distância entre o local de trabalho e o estabelecimento patronal) impedem que a subordinação transpareça com intensidade. Nessas situações o exame da subordinação não pode se limitar à aferição de seu aspecto subjetivo (sujeição funcional do trabalhador ao poder de direção do empregador). É necessário que o julgador investigue também o seu aspecto objetivo (integração do trabalhador na organização empresarial). No presente caso, o autor foi admitido para exercer serviço diretamente relacionado à atividade-fim da ré. Tal situação (somada ao fato de que havia empregados que exerciam a mesma função (, evidencia que o reclamante era um trabalhador subordinado.

TRT-PR-01280-2003-322-09-00-7-ACO-20946-2006 - 1A. TURMA

Relator: ODETE GRASSELLI

Publicado no DJPR em 18-07-2006

Por essa razão é que Ingo Sarlet esclarece que a proteção objetivada pela Constituição a inalterabilidade das cláusulas pétreas diz respeito aos princípios constitucionais e não pura e simplesmente às normas constitucionais. Narra, ainda, que as conquistas em direitos fundamentais, como os sociais, são insuscetíveis de retrocesso. SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1.998, p. 357.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** 13 ed., rev., e ampl., atualizada até dezembro/2000, São Paulo: Atlas, 2001, p. 682.

MARTINS, S.P., *op.cit.,* p. 679.

“participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”. Código Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho.** 9a ed. (ano 2002), 3a tir. Curitiba: Juruá, 2004. M.V., *op. cit.,* p. 416.

RUSSOMANO, M.V.idem, ibidem..

MARTINS, S.P., *op. cit.,* p. 682.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho.** São Paulo: Renovar, 2000, p. 470.

SÜSSEKIND, A. *op. cit.,* p. 484.

ZENNI, Alessandro Severino Váller. **Remuneração e jornada de trabalho.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 93.

Encíclica Quadragésimo anno de 1931.

Críticas severas são dirigidas à intervenção sindical na participação, mormente porque parte dos movimentos sindicais são ortodoxos e não legitimam o lucro, também pelo fato de que a participação deve provir de harmonia entre os parceiros sociais e não de disputa e conflitos coletivos.

SÜSSEKIND, A., idem, ibidem.

ZENNI, A.S.V., idem, p 101.

SÜSSEKIND, A., *op. cit.,* p.480.

SÜSSEKIND, A., idem, p, 483.

ZENNI, A.S.V.,*op. cit.,* p 106.

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO NA CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA, DO DISCURSO NORMATIVO E DA JUSTIÇA SOCIAL*

COLLECTIVE LABOR NEGOTIATION IN THE BUILDING OF DEMOCRACY, NORMATIVE DISCOURSE AND SOCIAL JUSTICE

Carolina Pereira Lins Mesquita

RESUMO

Neste artigo alguns apontamentos são tecidos acerca da importância da negociação coletiva de trabalho, bem como da participação popular, na construção de uma ordem nacional democrática, sob seu matiz substancial e social, e na sua vertente representativa. Aborda-se, primeiramente, as diversas acepções de democracia, quais sejam: representativa, direta, formal, substancial, política e social. Na análise seguinte, verificam-se os problemas da eficácia das normas trabalhistas, bem como os contributos da Legística Material, sobremaneira da fase de consulta/participação popular, na construção do discurso normativo. Por derradeiro, perquire-se a relevância da negociação coletiva de trabalho, enquanto instrumento de resgate da soberania popular e de seu efetivo exercício de forma direta, na construção do discurso normativo heterônomo, sob a égide da democratização do poder político e da reafirmação da dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVES: NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO - DEMOCRACIA – SOBERANIA POPULAR - DISCURSO NORMATIVO - LEGÍSTICA MATERIAL – CONSULTA/PARTICIPAÇÃO POPULAR

ABSTRACT

The present article looks into the role of collective labor negotiation and popular participation in the building of a representative national democracy of a substantial and social character. Initially different concepts of democracy are discussed, including representative, direct, formal, substantial, political and social democracy. Subsequently the efficacy of labor legislation is analyzed along with the role of better law-making in the building of normative discourse, especially during the stage of popular participation. Finally, the study asesses the relevance of collective labor negotiation as an instrument of redeeming popular sovereignty and its direct influence on the building of heteronymous normative discourse under the aegis of the democratization of political power and the reaffirmation of human dignity.

KEYWORDS: COLLECTIVE LABOR NEGOTIATION; DEMOCRACY; POPULAR SOVEREIGNTY; NORMATIVE DISCOURSE; BETTER LAW-MAKING; POPULAR PARTICIPATION.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 ACEPÇÕES DE DEMOCRACIA: REPRESENTATIVA, DIRETA, FORMAL, SUBSTANCIAL, POLÍTICA E SOCIAL

"*Ele [povo] é a causa e o fim de tudo: tudo dele deriva e tudo para ele é reconduzido*"

(Alexis de Tocqueville)

A idade moderna é marcada por uma mudança de ponto de vista acerca das relações entre Estado e indivíduo. Escritores e filósofos, ao refletirem acerca da dicotomia governantes-governados, passam de *ex parte princípis*[1] à *ex parte populis*[2], focando não mais na potência do Estado e na centralização de poder, mas no bem-estar, na prosperidade e felicidade dos indivíduos, no direito de resistência a leis injustas e na coexistência harmônica de diversos centros de poder.

A essa mudança de prisma face ao problema tem por mais alta expressão histórica a Declaração dos Direitos, americana e francesa, nas quais "(...) é solenemente enunciado o princípio de que o governo é para o indivíduo e não o indivíduo para o governo[3]".

No que concerne às formas de governo, as tipologias clássicas tomam por base a análise da estrutura do poder e as relações entre os vários órgãos que o exercitam.

Dentre os pensadores clássicos, pode-se citar, primeiramente, ARISTÓTELES, para quem existem três formas de governo que se distinguem entre si pelo número de governantes: monarquia, aristocracia e *politéia*, respectivamente, governo de um, governo de poucos e governos de muitos. Ao lado dessas três formas de governo, enfocadas como boas, o pensador apresenta outras três, considerando-as versões corruptas daquelas, corolariamente: tirania, oligarquia e democracia[4].

Já MAQUIAVEL opta pelo englobamento da aristocracia e da democracia (compreendidas como espécie), no gênero república que, por seu turno, se contrapõe à forma de governo monárquica. Referida classificação, sobremaneira no que concerne à junção das duas espécies no gênero república, é justificada ao argumento de que elas têm em comum o fato de o poder ser exercido por um corpo coletivo, uma assembléia, o que obtempera ao exercício do poder por apenas uma pessoa, tal como ocorre na monarquia.

Já na era moderna, HANS KELSEN -, apesar das críticas[5] feitas ao seu entendimento de o Estado como ordenamento jurídico coativo (e de o poder do Estado enquanto a validade e a eficácia da ordem jurídica[6]) -, apresenta interessante inovação ao estabelecer a distinção entre as formas de governo.

Ele sustenta – criticando o critério distintivo adotado por Aristóteles, fundado no número de pessoas em cujas mãos o poder encontra-se - que a única maneira de distinguir uma forma de governo de outra consiste na individualização do modo através do qual uma constituição (normas primárias) regula a produção do ordenamento jurídico[7], ou seja, baseia-se na ideia de *liberdade política*.

Aqui, esclarece-se que “politicamente livre é quem está sujeito a uma ordem jurídica cuja criação participa[8]”.

Para este autor -, embasando-se nos princípios da *autonomia* e da *heteronomia*[9] e valendo-se por critério distintivo a origem da norma (centros de positivação) -, diz existirem dois modos de produção do ordenamento jurídico e, consequentemente, duas formas de governo, conforme sejam as normas criadas (e continuamente modificadas) de “cima para baixo” (heteronomia) ou de “baixo para cima” (autonomia).

Desse modo, para KELSEN, democracia é a forma de governo na qual a produção de normas origina-se dos próprios destinatários das mesmas, quem seja, o povo, significando ainda “que a “vontade” representada na ordem jurídica do Estado é idêntica as vontades dos sujeitos[10]”.

Por outro lado, autocracia seria aquela na qual a produção de normas origina-se da figura do governante, sem contribuição ou participação de seus destinatários e, por conseqüência, que a vontade representada na ordem jurídica do Estado é idêntica a do governante.

Entretanto, ressalta KELSEN que se trata de formas puras (ideais) de governo, sendo que, na realidade histórica da política, não existe nenhum Estado que se conforme completamente a um ou a outro tipo: “cada Estado representa uma mistura de elementos de ambos os tipos, de modo que algumas comunidades estejam mais próximas de um pólo, e algumas mais próximas de outro[11]”.

Por essas razões e sob o enfoque do Direito do Trabalho, pode-se dizer que “há estreita correlação entre centralização justrabalhista estatal e autocracia, ao passo que também há estreita correlação entre descentralização de núcleos de positivação justrabalhista e ordem democrática[12].”

Faz-se oportuno dizer, todavia, que “(...) o balizamento entre autonomia e a heteronomia do trabalho revela-se como a expressão do justo[13]”, na medida em que ambas as fontes normativas são imprescindíveis na construção do ordenamento juslaboral.

Destarte, o Direito do Trabalho, teleologicamente norteado pela diretriz de melhoria progressiva das condições de trabalho e pela proteção do empregado, é composto por normas heterônomas, que representam o piso mínimo de direitos trabalhistas, e de normas autônomas, que consubstanciam - ao menos do ponto de vista histórico -, no instrumento de elevação do rol de direitos juslaborais, qualitativos e quantitativamente considerados.

Deve-se ainda observar que, em um sistema representativo, a produção de normas heterônomas, ou seja, por quem exerce o poder por delegação (representantes), não seria hábil a mudar a tipificação da forma de governo de democracia para autocracia, desde que, os representantes atuem com olhares sempre voltado para as necessidades dos representados – legítimos titulares do poder.

Como sabido, a democracia representativa, cujo postulado ético consiste na igualdade dos homens, desenvolveu-se simultaneamente com o alargamento dos direitos políticos, ativos e passivos, até o reconhecimento do sufrágio universal, masculino e feminino.

No entanto "(...) a garantia da possibilidade da participação de todos no exercício do poder, através da capacidade eleitoral passiva e ativa é sinônima de verificação fática de que toda a sociedade acha-se ali representada? A resposta é não[14]".

Essa resposta deve-se ao fato de a representação retirar do discurso normativo o elemento substancial da soberania popular (elemento "povo" está ausente[15]), funcionando, em vários momentos, como forma de exclusão da participação popular direta na vida política do Estado.

Salienta-se que esta exclusão torna-se ainda mais agravada quando em um contexto em que os representantes comumente privilegiam a si próprios ou às classes economicamente favorecidas.

Trata-se, na conjuntura atual, de nova faceta do já conhecido problema da antiguidade: a sobreposição de outro tipo de poder ao político. Na antiguidade, o religioso sobrepunha-se ao político e com ele se misturava. Hodiernamente, o econômico[16] sobrepõe-se ao político e esse se desvirtua, corrompe-se. Em ambos os momentos históricos, não se verifica a primazia do poder político, nem tampouco da soberania popular.

Daí se falar em crise do sistema representativo, denotando, em outras palavras, a insuficiência de uma democracia apenas *formal*, fundada em conceito de maioria, quando, em verdade, trata-se, tão-somente, de minorias (representantes) na defesa de seus próprios interesses.

Ora, em sistemas representativos fundados na soberania popular, o povo (titular do poder) apenas delega o *exercício* deste mesmo poder, e não sua *titularidade*.

Por esses motivos, enuncia a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, que "todo poder emana do povo[17]", sendo que a soberania popular, *summa potestas**[18]***, será exercida não só pelo sufrágio universal, mas, nos termos da lei, mediante formas de exercício direto, tais como: plebiscito, referendo e iniciativa popular (art. 14, CRFB/88).

Assim sendo, a participação do cidadão consegue resgatar, ao menos parcialmente, o elemento soberania popular em uma democracia essencialmente representativa.

Não obstante, apesar da previsão constitucional de formas diretas de participação popular, trata-se apenas de mais uma conotação da democracia no seu aspecto formal, insuficiente ao estabelecimento de uma democracia no sentido *substancial*, isto é, atrelada ao conteúdo e a prática da democracia em um Estado.

Então, tendo-se em vista os fatos que saltam aos olhos: representantes muitas vezes atuando na contramão dos fins do Estado, contrariamente a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa – inclusive os sociais trabalhistas – pergunta-se: como se constituir uma democracia no sentido *substancial*?

A resposta poderia ser: por intermédio do estabelecimento de um governo, não somente *do* povo (na formatação da democracia representativa, com instrumentos de participação direta, inclusive, com diálogo social na elaboração das normas jurídicas), mas *para* o povo, ou seja, o Estado a serviço da coletividade, dos governados, obedecendo verdadeiramente os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (a teor do art. 37, da CRFB/88).

Ainda, na busca de uma democracia material, infere-se a necessidade de implementação de efetivos mecanismos de responsabilização dos representantes eleitos, em casos de abusos de poder, corrupção e atuação contrariamente ao bem comum.

Outrossim, na sociedade contemporânea, o alargamento da democracia não deve ser adstrito à harmonização entre democracia representativa com instrumentos de democracia direta. Além dessa integração, faz-se necessário democratizar – "entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo[19]" - os diversos corpos e setores da sociedade, não apenas os políticos.

Em outros termos, além de se buscar uma democracia que conjugue os aspectos formais e substanciais, deve-se também conjugar a *democracia política* com uma *democracia social*, estendendo os princípios democráticos ao campo da sociedade civil, em suas várias instâncias sociais, da família à escola, dos serviços públicos à fábrica.

Pode-se entrever, pois, como caminho para se alcançar uma sociedade efetivamente democrática -, em um país como a Republica Federativa do Brasil, de grandes diferenças sociais e tantos excluídos -, em um primeiro plano, a abertura e respeito pela heterogeneidade, pelas diferenças. Em um segundo, para uma maior distribuição de riquezas e elevação da qualidade de vida dos relegados pelo sistema. E, em um terceiro, através de mecanismos que resgatem a participação popular na vida política do Estado (claro que acompanhada de maior educação, não somente no sentido técnico da expressão).

No que concerne à democratização no plano das relações de trabalho, vislumbram-se como medidas a serem implementadas: a co-gestão no estabelecimento e na empresa[20]; real participação nos lucros e resultados; reforma no sistema sindical que propicie ao sindicato obreiro o resgate da equivalência face ao ser coletivo empresarial, e, consequentemente, que os acordos e convenções coletivas de trabalho consubstanciem (como já o foram um dia), instrumento de elevação do rol de direitos trabalhistas e de realização de justiça social.

Salienta-se que a realização de justiça social não deve ser entendida no sentido de distribuição de um mínimo de riquezas, capaz apenas de atuar como mantenedora do próprio sistema vigorante, mas sim em um sentido ideal, de transformação social, através de nivelamento de condições de vida entre os homens.

É de correto alvitre dizer que, infelizmente, a implementação da democracia social no âmbito das relações juslaborais caminha em contramão à história, um verdadeiro refluxo social, sobretudo em um quadro de ideologia neoliberal, crise econômica, mudanças nos processos produtivos e desemprego.

2 A EFICÁCIA DA LEI E A CONSTRUÇÃO DO DISCURSO NORMATIVO HETERÔNOMO

A partir do século XX, inicia-se um processo de críticas à coerção/sanção como elemento *essencial* à norma jurídica[21], bem como a atribuição de maior relevo à questão da eficácia -, não entendida como elemento integrante da norma, mas enquanto fundamento de validade e legitimação do próprio ordenamento jurídico[22].

Segundo NORBERTO BOBBIO, a sanção deve ser vista como resposta à violação da norma, não dizendo respeito à sua validade (elemento que lhe é atávico), mas sim à eficácia, enquanto ferramenta que se vale o Estado para que as normas sejam menos violadas ou que as conseqüências da violação sejam menos graves[23].

Para se evitar a dicotomia rígida entre o ser e o dever-ser, entende o autor que a sanção é elemento *externo* à norma e *institucionalizado*, referindo-se, pois, não a cada norma individualmente considerada, mas ao ordenamento jurídico como um todo. Refletindo dessa maneira, BOBBIO abre espaço maior para as sanções positivas (ou direito premial), encorajando o cumprimento da norma e redimensionando a função promocional do Direito[24].

Claro que o Direito ordena e promove mudanças na sociedade, mas, por outro lado é influenciado por reclamos e necessidades sociais. Por essa razão, "(...) não sustenta o uso exclusivo da força como instrumento de adesão às normas[25]".

Então, imperioso perquirir mecanismos outros de ampliação da adesão da sociedade ao cumprimento das regras jurídicas, não apenas através da imposição de sanções negativas, somadas a uma maior fiscalização do Estado, mas também através de sanções positivas.

No que concerne ao Direito do Trabalho, mostra-se extremamente necessária a adoção de medidas fomentadoras do cumprimento das normas, principalmente por que o estimulo tem-se mostrado em sentido contrário, pelo seu descumprimento.

Explicando: com o contrato de emprego em curso, apresenta-se como vantajoso para o empregador descumprir as normas laborais porquanto, sob a sombra do desemprego e com a incidência da prescrição, raros são os casos de ingresso do trabalhador na Justiça do Trabalho pleiteando por seus direitos.

A par desse fato, a fiscalização realizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, inobstante o empenho no exercício de função de tamanho relevo social, muitas vezes apresenta-se pouco expressiva diante de inúmeras violações.

Por outro lado, já ocorrido o término do contrato, extremamente vantajoso para o empregador demandar – e protelar – na Justiça do Trabalho, porquanto os juros aplicados são visivelmente inferiores aos do mercado (de 1% ao mês, enquanto a taxa de mercado é de, em média, 10%[26]) e só incididos a partir da data da proposição da ação.

Desta forma, os créditos trabalhistas transformam-se em capitais de giro ou capitais de investimento, durante todo o curso da ação, dizendo ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA haver um "verdadeiro mercado de capitais com os direitos trabalhistas[27]".

É de mencionar, ainda, as freqüentes "conciliações" perante o juiz do trabalho, inclusive no curso da fase de execução, o que configuram, em muitos casos, verídicas renuncias aos direitos sociais trabalhistas.

Fomentando ainda mais o descumprimento das normas juslaborais, as multas administrativas prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, exatamente para casos de descumprimento, estranhamente não são aplicadas pelos juízes do trabalho[28].

Ora, "a reação contra a desobediência das normas é uma necessidade jurídica e política. Se o Direito convive com ela e se omite, desmorona-se o ordenamento e cria-se na mentalidade do cidadão a execrável convicção de que as normas não precisam ser cumpridas[29]".

Por todo o exposto, imprescindível que a legislação trabalhista atenda às exigências de eficácia, eficiência e efetividade, alcançando da melhor forma possível os seus fins (*telos*), bem como sendo aceita (e cumprida) por seus destinatários.

Daí se falar em uma *política legislativa de qualidade* e em a *Teoria da Legislação**[30]***, também no campo do Direito do Trabalho, como mais uma réplica ao problema da inoperância e ineficácia da lei.

Segundo MARTA TAVARES DE ALMEIDA, para uma *política legislativa de qualidade* mostra-se necessário o atendimento dos seguintes elementos/princípios, não exaustivos:

"1º - necessidade a lei; 2º - respeito aos princípios fundamentais do direito (tais como, legalidade, universalidade, igualdade, proporcionalidade etc); 3º - responsabilidade do legislador pelos efeitos da lei; 4º – transparência do procedimento legislativo; 5º – acessibilidade da lei; 6º – desenvolvimento de programas de formação interdisciplinar na área da Teoria da Legislação; 7º – partilha de saber (informação e conhecimentos); 8º – identificação de entidades dinamizadoras da política de legislação[31]".

Oportuno assentar que, quanto à análise da necessidade da lei trabalhista, especificamente o Estado regulamentando o contrato de trabalho, a normatização heterônoma mostra-se indispensável, tendo-se em vista que objetiva, ao menos em termos, nivelar os sujeitos contratuais, atribuindo proteção e tutela ao hipossuficiente, além de consubstanciar o rol mínimo de direitos deferível ao trabalhador-empregado.

Sob outro aspecto, atualmente, a doutrina e a sociedade exigem da lei o cumprimento de nova legitimidade, não apenas ligada ao respeito ao devido processo legal legislativo, mas também uma legitimidade relacionada ao conteúdo normativo[32].

Melhor dizendo, essa nova legitimidade da lei, no que concerne à escolha do seu conteúdo, diretamente relaciona-se a uma legitimidade moral e ética, atrelada ao atendimento das necessidades sociais, aos princípios e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Assim, a *Legística Material*, enquanto segmento da *Legisprudencia*[33], apresenta diretrizes para solucionar o problema específico da escolha do conteúdo normativo pelo legislador.

Cumpre observar que a abordagem realizada pela Legística Material (substancial ou metodologia legislativa) – fenômeno da década de 1960, graças ao enfoque inovador de Peter Noll -, ultrapassa os limites da Legística Formal[34] (que, em linhas gerais, cuida da redação legislativa), "(...) mudando a ênfase para os conteúdos normativos e também para a metodologia de preparação das decisões legislativas (...)[35]".

A Metodologia Legislativa cuida do teor normativo da legislação, designadamente, "propõe uma forma metódica de se elaborar o seu teor normativo[36]", através do desenvolvimento de ferramentas de uso prático, que venham a instrumentalizar as diferentes etapas analíticas, ou seja, a sequência de passos inerentes à abordagem metodológica[37].

Dito isso, aufere-se a relevância da Legística Material, ao determinar métodos, procedimentos e momentos (fases) conectados à escolha objetiva do conteúdo normativo pelo legislador, sobretudo porque neles incluí a fase de consulta (ou fase de participação popular) na elaboração da lei.

A fase de consulta, participação dos diferentes atores sociais na preparação da lei, é hodiernamente considerada como uma das fases de maior importância no procedimento legislativo, sobretudo, porque "é uma forma de legitimação da lei, traz maior transparência ao procedimento legislativo e proporciona uma recolha de dados e de informações fundamentais para a identificação e avaliação dos problemas em debate[38]".

FABIANA DE MENEZES SOARES acrescenta:

"(...) o contraditório, torna-se vital e, por imperativo lógico, deve ser repensada no contexto de formação da lei, com a mesma importância e vivacidade com a qual é identificada nos processos judiciais ou mesmo nos procedimentos administrativos (disciplinares ou não); é neste ponto que a participação popular emerge como privilegiada situação dialógica[39]".

Ademais, a participação popular representa o retorno do representado ao discurso normativo[40], na escolha (paradigma) *do repertório e no repertório*, ou seja, tanto na escolha de qual fato social (temática) deverá ser regulado, quanto na eleição de qual o conteúdo constará da legislação (os legissignos).

Desta maneira, admite-se elencar, de forma não exaustiva, as vantagens da participação popular na produção e escolha do conteúdo normativo: estabelece espaço de discussão social ligando os legisladores à sociedade; faculta maior fluxo de informações de diversos setores sociais e áreas de conhecimento; "tende a minimizar a ausência de adesão às normas jurídicas[41]" e, assim, atende aos requisitos de qualidade e eficiência da lei, já que propicia que elas alcancem o seu *telos* (fins pugnados há época da elaboração).

Ainda, a participação popular na elaboração da lei mostra-se mais relevante no contexto atual, tal como dito alhures, de crise do sistema representativo, no qual a vontade do Estado (ou propriamente dos representantes) apresenta-se frequentemente diversa e antagônica às dos representados.

Reitera-se que o exercício direto da soberania popular, inclusive na construção da norma jurídica, encontra respaldo constitucional, especificamente no título "dos Princípios Fundamentais", porquanto dispõe o parágrafo único, do art. 1º, que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Dessa maneira, por força constitucional, a participação cidadã e a soberania popular podem (e devem) ser exercidas também de forma direta, inclusive na construção do discurso normativo.

Deste modo, a ***abertura para o diálogo social, no processo de elaboração da norma e na escolha do legissigno, reafirma o elemento democracia no regime representativo. Explicando: a democracia e a soberania popular deixam de ser exercidas exclusivamente no momento da escolha do representante e passam também a integrar o exercício do poder de normatizar***.

Nessa faceta da democracia participativa, o exercício da soberania deixa de encontrar-se em um único emissor (o representante eleito) e retorna, ainda que de forma indireta (diálogo social na construção da lei), aos detentores do poder: o povo, em respeito aos ditames do parágrafo único do art. 1º da CRFB/88.

Dentro dessa perspectiva, não é difícil de imaginar a importância das convenções e acordos coletivos de trabalho na construção do discurso normativo heterônomo e de uma ordem jurídica fundada no sentido *substancial* de democracia.

3 A CONSTRUÇÃO DO DISCURSO NORMATIVO, DA ORDEM DEMOCRÁTICA E DA JUSTIÇA SOCIAL: CONTRIBUTOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Preceitua o art. 14 constitucional que a soberania popular será exercida através do sufrágio universal (voto direto e secreto) na escolha dos representantes e também de forma direta, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular "nos termos da lei". FABIANA DE MENEZES SOARES explica:

"A instrumentalização da soberania articula-se no sistema constitucional através das suas modalidades dispostas no Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, que condiciona a interpretação e o sentido dessas modalidades sob a égide dos direitos fundamentais. A primeira é a consulta sobre o conteúdo de uma norma, antes de sua produção – plebiscito (*juízo de escolha do conteúdo normativo*) e a outra a aprovação ou não da escolha de conteúdo da norma proposta – referendo (*juízo de adesão*). A segunda modalidade proposta é a típica escolha *no repertório*. As necessidades e interesses sociais provocam um impulso em direção à produção normativa sem representantes: a *iniciativa popular*[42]".

Completa ainda a autora, referindo-se à soberania popular (parágrafo primeiro do art. 1º, da CF/88):

"O poder constituinte ao definir o âmbito do sentido daquela soberania o fez com a expressão "nos termos, desta constituição", isto é, não nomeou somente, expressa e exclusivamente o artigo 14 que trata do exercício da soberania direta através de plebiscito, referendo e iniciativa popular, mas autorizou a sua *densificação* através do *sistema* de regras e princípios constitucionais[43]".

Dessa maneira, e sob outro enfoque, a par desses instrumentos de exercício direito da soberania arrolados pelo art. 14 (referendo, plebiscito e iniciativa popular), reconhece a CRFB a negociação coletiva de trabalho, realizada por intermédio dos legitimados constitucionalmente: os sindicatos obreiros (art. 8º, inciso VI, CRFB/88).

Chega-se, assim, à conclusão que, ***a Constituição Federal, ao reconhecer a negociação coletiva de trabalho (art. 8º, inciso VI), estabeleceu mais uma forma de exercício da soberania popular – e do próprio poder normativo - de forma direta e delegada: pelo trabalhador, no âmbito da sociedade civil, por intermédio da interveniência obrigatória dos sindicatos profissionais***.

Cabível salientar que a pluralidade de *normas de estrutura*[44] atribuindo competências a distintos órgãos (pessoas, instituições e, inclusive, sindicatos profissionais) de editar normas gerais, abstratas, impessoais, imperativas, para reger situações *ad futurum*, reverbera abertura para a democratização do poder de legislar, tendo-se em vista que, "poder soberano e ordenamento jurídico são conceitos que se referem um ao outro[45]".

Esclarece-se que o citado preceito constitucional (que estabelece a obrigatoriedade de participação dos sindicatos obreiros[46] na negociação coletiva, art. 8º, inciso VI) é uma norma de estrutura, na medida em que fixa, como condição para produzir normas de conduta válidas, a necessária e indispensável participação dos sindicatos obreiros. Sendo assim, constitui uma das condições de validade das Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho a participação obrigatória dos sindicatos profissionais (autoridade com poder delegado, legitimado constitucionalmente, de estabelecer normas jurídicas).

Importante dizer, com pesar, que o grande problema fático-jurídico atrelado às normas jurídico-trabalhistas negociadas coletivamente é o desvirtuamento da sua função central, histórico-teleológica, qual seja, a melhoria das condições de pactuação e o gerenciamento da força de trabalho[47].

Ora, o tecer da História mostra que, quando do surgimento do Direito do Trabalho, século XIX, a negociação coletiva -, propiciada pela reunião, reivindicação e luta dos trabalhadores -, foi o que acarretou o progresso das condições de trabalho, fixando condições de labor mais condizentes com a dignidade humana.

Ainda, o produto da negociação coletiva -, especificamente cláusulas normativas constantes das convenções e acordos coletivos de trabalho -, atuou como propulsionador da generalização dos progressos juslaborais. Tais progressos, alcançados setorialmente por sindicatos obreiros mais organizados, foram incorporados ao estuário normativo estatal, estendendo direitos a um universo maior de trabalhadores.

Daí se aufere a importância seja da normatização estatal seja da autônoma na manutenção e elevação das condições sociais do trabalho, realizando o "movimento ascendente" (da coletividade para o Governo) na construção da norma estatal, norteando a ação e atuação do parlamento.

Desta maneira, a tradição histórica sindical, essencialmente nos países capitalistas centrais, foi de estabelecer avanços sociais trabalhistas, organizando e mobilizando trabalhadores e, ainda, por outro lado, direcionando a normatividade estatal, até então omissa (matiz do Estado Liberal).

Quanto à evolução do Direito do Trabalho no Brasil, verifica-se que não houve passagem por uma fase de sistematização e consolidação[48]. A saber: não se verificou o gerenciamento dos conflitos trabalhistas de forma relevante, no seio da sociedade civil, nem tão expressiva foi a atuação sindical na construção de melhores condições de vida e de labor.

Já no cenário contemporâneo -, marcado por crises econômicas, globalização, revolução tecnológica e organizacional das empresas e, ainda, atrelada a insuficiência e incapacidade do sistema sindical pátrio -, transmutou, em certa medida, o papel desempenhado pela negociação coletiva. Ou seja, ao invés de reverberar instrumento de

elevação dos direitos sociais trabalhistas (atribuindo concretude ao art. 7º, inciso I, da CRFB), reafirmando a dignidade da pessoa humana e dos valores sociais deferíveis ao trabalho, apresenta-se, em vários momentos, como instrumento precarizador dos direitos laborais.

Tal precarização sendo levada a efeito a par da vedação de os sindicatos agirem contra os representados, renunciando ou transacionando direitos indisponíveis. Não se desconsiderando, ainda, o contexto no qual a premissa de igualdades entre os seres coletivos[49] está, cada vez mais, distanciada da realidade.

Dessa forma, imperiosa, relevante e contemporânea a reflexão dos limites materiais e formais das normas jurídico-trabalhistas constantes de Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho, condizentes com os fundamentos do Estado Democrático de Direito e com os direitos sociais trabalhistas.

Também se faz indispensável o balizamento, harmonização, das normas autônomas e heterônomas trabalhistas, em prol do justo e norteado pela diretriz de reafirmação da dignidade do trabalhador.

Retomando a ideia de adesão da sociedade ao discurso normativo, pode-se identificar duas situações favoráveis, quais sejam: "I – Revelação do consenso/positivação da tradição, usos e costumes em torno de valores e interesses. II – O conhecimento do modo mediante o qual tutela os valores/interesses/necessidade em face da tradição, dos usos, dos costumes[50]".

A partir dessa constatação, antevê-se como sendo extremamente vantajoso -, em um processo de elaboração normativa que privilegie o diálogo social e também o diálogo entre as fontes do Direito (*in casu*, normatização heterônoma e normatização autônoma) -, a escolha pelo legislador do conteúdo normativo constante convenções e acordos coletivos de trabalho.

Contudo, salienta-se: a escolha pelo legislador do conteúdo normativo constante de convenções e acordos coletivos de trabalho deve ser sempre norteada e pautada no sentido de extensão de direitos trabalhistas. Isto em absoluto respeito ao art. 7º, inciso I, da CRFB, que positiva o princípio da norma mais favorável ao trabalhador e, aos incisos III e IV, do art. 1º, da CRFB, que fundamentam o Estado Democrático de Direito na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho.

Caso assim seja, ***no processo de escolha do conteúdo normativo heterônomo, a opção do Legislador (representante) pelo repertório contido em normatização autônoma (CCT ou ACT), estendendo direitos alcançados por categorias de trabalhadores mais desenvolvidas – no sentido de capacidade de luta e de pressão - realiza, por via indireta e simultaneamente, a participação popular (ou diálogo social) na construção da norma estatal, a justiça social e o fortalecimento do modelo constitucional democrático***.

4 CONCLUSÃO

Tendo-se em vista que a participação popular na construção do ordenamento jurídico relaciona-se diretamente com a acepção de democracia, conclui-se pela pertinência e pela necessidade de balizamento entre autonomia e heteronomia na edificação da ordem juslaboral justa.

O Direito do Trabalho, teleologicamente norteado pela diretriz de melhoria progressiva das condições de trabalho e pela proteção do empregado, deve ser composto por normas heterônomas, representando o piso mínimo de direitos trabalhistas, e de normas autônomas, reverberando, por sua vez, no instrumento de elevação do rol de direitos laborais, qualitativos e quantitativamente considerados.

Diante da crise do sistema representativo, fundado em conceito de maioria, para que se alcance uma ordem nacional democrática, no sentido formal, faz-se indispensável uma maior abertura para a direta participação popular na vida política do Estado, inclusive, na construção do discurso normativo.

Nesse caso, a abertura para o diálogo social, no processo de elaboração da norma e na escolha do legissigno, reafirma o elemento democracia no regime representativo, sobremaneira porque a democracia e a soberania popular deixam de ser exercidas exclusivamente no momento da escolha do representante e passam também a integrar o exercício do poder de normatizar.

Outrossim, a Constituição Federal, ao reconhecer a negociação coletiva de trabalho (art. 8º, inciso VI), estabeleceu mais uma forma de exercício da soberania popular – e do próprio poder normativo - de forma direta e delegada: pelo trabalhador, no âmbito da sociedade civil, por intermédio da interveniência obrigatória dos sindicatos profissionais.

Por outro lado, para o estabelecimento de uma democracia no sentido substancial, imprescindível um Estado voltado para o povo, a serviço do atendimento das necessidades da coletividade, além da implementação de efetivos mecanismos de responsabilização dos representantes eleitos, em casos de abusos de poder, corrupção e atuação contrariamente ao bem comum.

Ademais, igualmente indispensável à consecução de uma ordem social democrática a extensão de seus princípios também à sociedade civil, da família à escola, dos serviços públicos à fábrica. Aqui, conclui-se favoravelmente pela abertura e respeito pela heterogeneidade; por uma maior distribuição de riquezas e elevação da qualidade de vida dos relegados pelo sistema.

No que concerne à democratização no plano das relações de trabalho, vislumbram-se como medidas a serem implementadas: a co-gestão no estabelecimento e na empresa; real participação nos lucros e resultados; reforma no sistema sindical que propicie ao sindicato obreiro o resgate da equivalência face ao ser coletivo empresarial, e, consequentemente, que os acordos e convenções coletivas de trabalho consubstanciem (como já o foram um dia), instrumento de elevação do rol de direitos trabalhistas e de realização de justiça social.

No que pertine à análise da necessidade da lei trabalhista, especificamente o Estado regulamentando o contrato de trabalho, a normatização heterônoma mostra-se

indispensável, tendo-se em vista que objetiva, ao menos em termos, nivelar os sujeitos contratuais, atribuindo proteção e tutela ao hipossuficiente, além de consubstanciar o conjunto mínimo de direitos deferível ao trabalhador-empregado.

Ademais, no processo de escolha do conteúdo normativo heterônomo, a opção do Legislador (representante) pelo repertório contido em normatização autônoma (CCT ou ACT), estendendo direitos alcançados por categorias de trabalhadores mais desenvolvidas – no sentido de capacidade de luta e de pressão - realiza, por via indireta e simultaneamente, a participação popular (ou diálogo social) na construção da norma estatal, a justiça social e o fortalecimento do modelo constitucional democrático.

Por fim, quanto à perquirição de mecanismos para ampliação da adesão da sociedade ao cumprimento das regras jurídicas, além da imposição de sanções negativas, somadas a uma maior fiscalização do Estado e a aplicação das multas administrativas pela Justiça do Trabalho, também viáveis a previsão de sanções positivas (ou direito premial).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Marta Tavares de. *A contribuição da Legística para uma política de legislação;* concepções, métodos e técnicas. Disponível em: http://www.almg.gov.br/eventos/Legistica/imagens/Marta_Tavares.pdf. Acesso em: 25.07.2009.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Co-gestão no estabelecimento e na empresa*. São Paulo: LTr, 1991.

_____. Revolução no Processo do Trabalho. *Editora Decisório Trabalhista.* Disponível em: http://www.otrabalho.com.br/Jsp/Site/EntrevistaRevista.jsp?DocId=23676, acesso em 08.09.09.

_____. *Cinco estudos de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2009.

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Legislação, desenvolvimento e democracia*. In Assembléia Legislativa de Minas Gerais. *Legística*; qualidade da lei em desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2009, p. 27-40.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília - UNB, 1995, p. 7-19.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade;* para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1990, p. 173.

DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 3ª Ed. São Paulo: LTr Editora, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2008, p. 142.

MURADAS, Daniela. *Trabalho, Ética e Direito; fundamentos da ética hegeliana para a restrição jurídica da negociação coletiva.* Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2002

MADER, Luzius. *Legística;* história e objeto, fronteiras e perspectivas. In Assembléia Legislativa de Minas Gerais. *Legística*; qualidade da lei em desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2009, p. 43-54.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística;* história e objeto, fronteiras e perspectivas. In Assembléia Legislativa de Minas Gerais. *Legística*; qualidade da lei em desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2009, p. 55-68.

_____. *Teoria da Legislação;* formação e conhecimento da lei na idade tecnológica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

KARPEN, Ulrich. *Legislação, desenvolvimento e democracia*. In Assembléia Legislativa de Minas Gerais. *Legística*; qualidade da lei em desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 3ª ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

---

[1] Isto é, analise da dicotomia goverantes-governados sob o prisma dos governantes, objetivando a justificação do poder de governar e dos súditos de obedecer. Segundo NORBERTO BOBBIO, o pensamento aristotélico foi ponto de partida e referência fundamental no modo de entender o Estado *ex parte principis*, partindo da premissa que "(...) que o Estado existe por natureza (e, portanto, não é instituído pelos homens) e é anterior a cada um dos indivíduos" (*Política*, 1253a, 25)". BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade;* para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1990, p. 64.

[2] Isto é, o Estado visto com o olhar dos governados, seja enfocando a defesa de que seus direitos, inclusive o de não ser oprimido, seja se referindo ao dever dos governantes de emanarem leis justas.

[3] BOBBIO, *Estado..., op. cit.*, p. 65.

[4] Importante destacar que, para Aristóteles, o nome democracia remonta a forma corrupta de governo exercido por muitos – a forma boa seria *politéia*.

[5] "Com a transformação do puro Estado de direito em Estado social, as teorias meramente jurídicas do Estado, condenadas como formalistas, foram abandonadas pelos próprios juristas". Cf: BOBBIO, *Estado...* , 1990, p. 57.

[6] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 3ª ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 405.

[7] "A classificação de governos é, na realidade, uma classificação de constituições, o termo sendo usado no seu sentido material". KELSEN, Hans. *Teoria Geral..., op. cit*, p. 406.

[8] KELSEN, Hans. *Teoria Geral..., op. cit*, p. 406.

[9] Para Kelsen, "O antagonismo de heteronomia e autonomia que, com referencia a criação de normas secundárias, constitui a diferença entre Direito público e privado, é também na criação das normas jurídicas primárias. Neste caso, ele constitui a diferença entre autocracia e democracia e, assim, fornece o critério para a classificação dos governos". KELSEN, Hans. *Teoria Geral..., op. cit.*, p. 294-295.

[10] O oposto do conceito de democracia, para Kelsen, "é a escravidão da aristocracia. Nela, os sujeitos são excluídos da criação da ordem jurídica, e a harmonia entre a ordem e as suas vontades não é garantia de modo algum". KELSEN, Hans. *Teoria Geral..., op. cit*, p. 406-407.

[11] KELSEN, Hans. *Teoria Geral..., op. cit*, p. 406-407.

[12] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2008, p. 142.

[13] MURADAS, Daniela. *Trabalho, Ética e Direito; fundamentos da ética hegeliana para a restrição jurídica da negociação coletiva.* Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 133.

[14] SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da Legislação;* formação e conhecimento da lei na idade tecnológica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 42.

[15] SOARES, *Teoria...*, *op. cit*, p. 39.

[16] NORBERTO BOBBIO explica poder econômico: "(...) é aquele de que se vale da posse de certos bens, necessários ou percebidos como tais, numa situação de escassez, para induzir os que não os possuem a adotar uma certa conduta, consistente principalmente na execução de um trabalho útil. Na posse dos meios de produção reside uma enorme fonte de poder por parte daqueles que os possuem contra os que não os possuem, exatamente no sentido específico da capacidade de determinar o comportamento alheio. Em qualquer sociedade onde existem proprietários e não proprietários, o poder do proprietário deriva da possibilidade que a disposição exclusiva de um bem lhe dá de obter que o não proprietário (ou proprietário de apenas da sua força-trabalho) trabalhe para ele e nas condições por ele estabelecidas". BOBBIO, *Estado... , op. cit*, p. 82.

[17] Parágrafo único, do art. 1º, da CRFB.

[18] *Summa potestas*, ou poder supremo, é entendido como "(...) *summa* no sentido de *superiorem non recognoscens*, suprema no sentido de que não tem nenhum outro poder acima de si". BOBBIO, *Estado... , op. cit*, p. 81.

[19] BOBBIO, *Estado... ,* 1990, p. 155.

[20] Para ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, a co-gestão representa a mais significativa mudança das estruturas sociais dos nossos dias, vez que ela teria o potencial de propiciar a efetiva integração entre capital e trabalho de forma a constituir uma unidade funcional. ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Co-gestão no estabelecimento e na empresa*. São Paulo: LTr, 1991.

[21] Para HANS KELSEN, a força é objeto de regulamentação jurídica, ou seja, o Direito consiste num conjunto de normas que regulam o exercício da força numa determinada sociedade, é o que se aufere da seguinte passagem: "Uma regra é uma regra jurídica não porque a sua eficácia é garantida por uma outra regra que dispõe uma sanção; uma regra é uma regra jurídica porque dispõe uma sanção. O problema da coerção não é problema de garantir a eficácia das regras, mas o problema de conteúdo das regras". KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 3ª ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.?. Pode-se dizer, então, que a diferença no pensamento de Norberto Bobbio em relação ao de Hans Kelsen, no que se refere à coerção/sanção, reside no fato de que para este a

coerção/sanção consiste em objeto de regulação jurídica e, para aquele, consiste em um dos instrumentos de que se vale o ordenamento jurídico para tornar válidas as normas.

[22] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento..., op cit.,* p. 29.

[23] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília - UNB, 1995, p. 27 e FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (apresentação), In BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento..., op cit.,* p. 7-19.

[24] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília - UNB, 1995, p. 27 e FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (apresentação), In BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento..., op cit.,* p. 7-19.

[25] SOARES, *Teoria..., op. cit*, p. 37.

[26] ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Cinco estudos de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2009, p. 22.

[27] ÁLVARES DA SILVA, Antônio. Revolução no Processo do Trabalho. *Editora Decisório Trabalhista.* Disponível em: http://www.otrabalho.com.br/Jsp/Site/EntrevistaRevista.jsp?DocId=23676, acesso em 08.09.09.

[28] Segundo ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, "Se, pela nova redação do art. 114, compete à Justiça do Trabalho julgar as ações "oriundas da relação de trabalho", fica mais do que claro que entre estas "ações" está a aplicação de multas administrativas, que provém tipicamente da relação de trabalho entre empregado e empregador (...)". ÁLVARES DA SILVA, ANTÔNIO. *Cinco estudos..., op. cit.,* p. 23.

[29] ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Cinco estudos..., op. cit.,* p. 15.

[30] Segundo MARTA TAVARES DE ALMEIDA, baseando-se na classificação do domínio feita por Ulrich Karpen, diz que a Teoria da Legislação é uma ciência autônoma e interdisciplinar "que tem um objecto claro – o estudo de todo o circuito da produção das normas – e para a qual convergem vários métodos e diferentes conhecimentos científicos. É assim uma «ciência normativa», mas é também uma «ciência de acção», que nos permite analisar o comportamento dos órgãos legiferantes, as características dos factos legislativos e identificar instrumentos úteis para a prática legislativa". ALMEIDA, Marta Tavares de. *A contribuição..., op. cit,* p. 2. Por seu turno, ANTÔNIO AUGUSTO JUNHO ANASTASIA, estabelecendo uma comparação entre o especialista (técnico), o profissional da Legística com o "legista" faz a seguinte colocação quanto à semelhança dos dois profissionais: "(...) o legista da Legística tem às mãos um bisturi intelectual, que não corta – felizmente – o ser humano falecido, mas a norma. Ao abri-la, perquirirá, de maneira clara, a sua origem, os seus desdobramentos, as suas consequências, a sua gênese, a sua genética e a sua aplicação". ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Legislação, desenvolvimento e democracia*. In Assembléia Legislativa de Minas Gerais. *Legística*; qualidade da lei em desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2009, p. 27-40.

[31] ALMEIDA, Marta Tavares de, *A contribuição..., op. cit*, p. 12-13.

[32] ALMEIDA, Marta Tavares de, *A contribuição..., op. cit*, p. 5.

[33] LUZIUS MARDER prefere o designativo "Legisprudência", em detrimento do epíteto "Teoria da Legislação" e em analogia à jurisprudência, sob o fundamento de que expressa melhor as dimensões da disciplina, considerado os aspectos práticos e teóricos, definindo-a como: "(...) uma matéria bastante abrangente e multidisciplinar, que inclui os mais diversos aspectos do fenômeno legislativo e que leva igualmente em consideração perspectivas de cunho teórico e também dimensões e ações práticas e pragmáticas. Contudo, o seu principal propósito é explorar a dimensão prática, e não somente teórica, da atividade legislativa". Segundo o autor, a nova abordagem da disciplina "leva em consideração o contexto anterior à tomada da decisão legislativa, tentando, dessa forma, estabelecer e avaliar qual será o seu efeito real, o seu impacto sobre a realidade social". MADER, Luzius. *Legística; op. cit*, p. 45-46; 50.

[34] A respeito da Legística Formal *strito sensu*, LUZIUS MADER define o seu objeto: "A técnica legislativa trata dos aspectos formais e legais da legislação: os diferentes tipos de atos normativos, as instituições jurídicas, a estrutura formal dos atos normativos e a forma por meio da qual novas leis são introduzidas ou integradas no arcabouço normativo preexistente. Em termos práticos, isso significa que os especialistas em Legística, ou os legistas – as pessoas que preparam leis –, devem desenvolver um conceito e um limite claros para a nova lei, antes de começarem a articular seus dispositivos". MADER, Luzius. *Legística..., op. cit*, p. 47.

[35] MADER, Luzius. *Legística...; op. cit*, p. 45.

[36] MADER, Luzius. *Legística...; op. cit*, p. 46.

[37] MADER, Luzius. *Legística...; op. cit*, p. 46.

[38] ALMEIDA, Marta Tavares de, *A contribuição..., op. cit*, p. 4.

[39] SOARES, *Teoria..., op. cit*, p. 27.

[40] SOARES, *Teoria..., op. cit*, p. 38.

[41] SOARES, *Teoria..., op. cit*, p. 37. De acordo com FABIANA DE MENEZES SOARES, "Um dos fatores que leva uma norma a ser internalizada é o diálogo com a sociedade durante o processo legislativo. No Brasil, há iniciativas que promovem esse diálogo, algumas até mesmo únicas no mundo, como, por exemplo, o orçamento participativo. Há também algumas iniciativas que propiciam consultas eletrônicas e audiências públicas no curso da tramitação do projeto." SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística;* história e objeto, fronteiras e perspectivas. In *Legística*; qualidade da lei em desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2009, p 59.

[42] SOARES, *Teoria..., op. cit*, p. 32.

[43] SOARES, *Teoria..., op. cit*, p. 54.

[44] Ao lado das normas de conduta, existem no ordenamento jurídico as normas de estrutura ou de competência, que, segundo NORBERTO BOBBIO, "São aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas". BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento..., op. cit,* p. 33.

[45] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento...., op. cit,* p. 25.

[46] Pacífico o entendimento de só ser obrigatória a participação do sindicato *profissional* nas negociações coletivas de trabalho, e não do sindicato econômico, porquanto, o empregador, por sua própria natureza, já é considerado um ser coletivo.

[47] Segundo MAURÍCIO GODINHO DELGADO, "A função justrabalhista central, consistente na *melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica*, comparece, indubitavelmente, ao Direito Coletivo. Insista-se que a desatenção, como um todo, a essa função primeira suprime a própria justificativa histórica de existência e vida de todo segmento jurídico trabalhista." DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 3ª Ed. São Paulo: LTr Editora, 2008, p. 29.

[48] Denominação atribuída a MAURÍCIO GODINHO DELGADO, *Curso de..., op. cit*, p. 105 e seg.

[49] Segundo MAURÍCIO GODINHO DELGADO ser coletivo é o "ser cuja vontade é hábil a detonar ações e repercussões de impacto social, seja certamente na comunidade do trabalho, seja eventualmente até mesmo no âmbito comunitário mais amplo". DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo..., op.cit,* p. 24.

[50] SOARES, *Teoria..., op. cit*, p. 45.

O SERVIDORES DA ANATEL E O REGIME JURÍDICO ÚNICO*

ANATEL'S PUBLIC EMPLOYEES

Daniel Ganem Misse

RESUMO

A desestatização do setor de telecomunicações teve dois objetivos principais: a competição e a universalização. Entretanto, por não possuir quadro próprio para efetivar tais objetivos quando de sua criação, a ANATEL precisou de funcionários cedidos pelas antigas "estatais" desestatizadas. Isso foi agravado com o fim da previsão constitucional do regime jurídico único e a Lei no 9.962/2000 que permitia pela primeira vez que servidores públicos autárquicos, fundacionais e da Administração Direta fossem contratados pela CLT. Porém, com a Lei no 10.871/2004 e posteriormente o deferimento da ADI no 2.135-4/2000 pelo STF, retorna o regime jurídico único. O que observamos é que indiferentemente a toda essa disputa, a ANATEL continuou tendo uma grande quantidade de funcionários cedidos e temporários que juntos ultrapassam o quadro de efetivos.

PALAVRAS-CHAVES: ANATEL; REGIME JURÍDICO ÚNICO; CLT.

ABSTRACT

The privatization of the telecommunications sector had two main objectives: competition and universalizability. By not having its own staff however to accomplish these goals, ANATEL needed employees transferred by the former "state" companies which were now privatized. This was compounded by the end of the constitutional provision of the legal system only in Law 9.962/2000 which allowed municipal public officials, foundations and Direct Administration to be hired by CLT (Consolidation of Workers Law) for the first time. However, with the Law 10.871/2004 and later the acceptance of the ADI 2.135-4/2000 by the Supreme Court returns the "Regime Jurídico Único" (legal route to only hire public employees). What we can see is that regardless of all these disputes, ANATEL has continued with a larger number of temporary employees than permanent workers.

KEYWORDS: ANATEL (BRAZILIAN FCC); PUBLIC EMPLOYEES; TEMPORARY WORKERS

* **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.**

1. Introdução.

O Plano Nacional de Desestatização foi instituído pela Lei nº 8.031, de 1990 (revogada pela Lei nº 9.491, de 1997) e regulado pelo Decreto nº 2.594, de 1998. A lei nº 9.491/97 se aplicava à venda de certos ativos e de empresas controladas pela União Federal, bem como à concessão, permissão ou autorização de serviços públicos a entidades privadas não vinculadas à Administração Pública.

No campo das telecomunicações, em discursos oficiais, o Ministério das Comunicações, que em vários documentos propunha a reestruturação do sistema de telecomunicações brasileiro, alertava para a característica estratégica desta infra-estrutura como elemento indutor da democratização da estrutura de poder do país, sendo vetor do aumento da competitividade da economia brasileira e do desenvolvimento social do país, proporcionando condições para a redução das desigualdades entre regiões e classes sociais.

Em entrevista com o Conselheiro da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) Antônio Domingos Teixeira Bedran, evidencia-se esse processo:

O processo de desestatização das empresas do sistema Telebrás foi precedido de um diagnóstico do setor. Vale dizer, o governo à época, e especialmente o Ministro Sérgio Motta, entendeu que deveria conhecer a realidade do setor de telecomunicações no Brasil e também do serviço postal e de radio-difusão. Mas a atuação ministerial foi centrada, num primeiro momento, em telecomunicações. Os investimentos do setor, a revitalização do próprio sistema telebrás para torná-lo atrativo aos investidores e foi feito um trabalho que teve o nome de PASTE [...].E esse PASTE então teve um diagnóstico. Com base nesse diagnóstico chegou-se à conclusão de que a gente teria que alterar primeiro o quadro constitucional, dando nova redação ao inciso XI do art.21 para permitir essa desestatização e que as empresas pudessem, mediante concessão, prestar esse serviço. E foi feita, então, uma Proposta de Emenda Constitucional que resultou na Emenda nº 8 de agosto de 95. Ao mesmo tempo já se começou a trabalhar no projeto de lei geral de telecomunicações. Para tanto, foi contratado o escritório Carlos Ari Sundfeld e diversas empresas para tentarem dar um formato ou um modelo, como seria esse modelo, que está aí, agora implantado há cerca de quase 10 anos, e como esse modelo poderia dar certo. Mas antes desse modelo e para mostrar ao país que o governo queria realmente desestatizar o setor, e a infraestrutura deveria estar nas mãos da iniciativa privada, foi feita uma lei para permitir a licitação do serviço móvel celular na banda B. Essa foi a lei 9.295 de 96. Ela permitiu e aconteceu a competição entre as empresas estatais e as empresas privadas [...].

Um dos grandes motivos para a reforma da telefonia era a implementação das metas e políticas previstas no PASTE, tais como, principalmente, o PGMU (Plano Geral de Metas de Universalização da telefonia), posteriormente implementado pela ANATEL.

Tinha-se, antes da desestatização do Sistema Telebrás, consciência do imenso potencial que tinha o mercado brasileiro, além da grande demanda que, por falta de oferta de linhas telefônica pelas empresas estatais, acabava o cidadão sendo compelido a comprar no mercado paralelo com grande ágio.

Seguindo o PASTE, promoveu-se, por meio do Plano Geral de Outorgas – PGO (Decreto 2.534/98), uma reestruturação do Sistema Telebrás e suas filiais, havendo, no STFC (Serviço Telefônico Fixo Comutado), o reagrupamento em 4 Regiões: Região I – seria composta pelas empresas estatais dos estados do sudeste (exceto São Paulo), nordeste e norte (exceto Acre e Rondônia); Região II – teria as empresas estatais dos estados do sul, centro-oeste, Acre e Rondônia; Região III – abarcaria somente a Telesp, a estatal do Estado de São Paulo e; Região IV – seria nacional e estaria sob o controle da Embratel.

Essas regiões se tornaram fixas, segundo o artigo 7º do PGO, sendo que

Após a desestatização de que trata o art. 187 da Lei nº 9.472, de 1997, e de acordo com o disposto no art. 209 da mesma Lei, só serão admitidas transferências de concessão ou de controle societário que contribuam para a compatibilização das áreas de atuação com as Regiões definidas neste Plano Geral de Outorgas e para a unificação do controle societário das concessionárias atuantes em cada Região. (Decreto nº 2.534/98, art. 7º).

No que concerne às companhias estatais de celular, estas foram separadas em 10 Áreas: Área 1 – São Paulo (capital); Área 2 – São Paulo (interior); Área 3 – RJ e ES; Área 4 – MG; Área 5 – PR, SC; Área 6 – RS; Área 7 – Centro-oeste, RO e AC; Área 8 – Norte (menos RO e AC) e MA; Área 9 – BA e SE e; Área 10 – AL, PE, PB, RN, CE e PI.

Quanto ao "órgão regulador", primeiramente previsto pela Lei nº 9.295/96 como Comissão Nacional de Comunicações e, posteriormente, com a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), mudando de nomenclatura para ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), apesar de ter sido a segunda agência reguladora a ser criada no país, foi a primeira agência a ser instalada, em 5 de novembro de 1997.

Concebida para viabilizar o atual modelo das telecomunicações brasileiras e para exercer as atribuições de outorgar, regulamentar e fiscalizar esse importante setor de infra-estrutura, coube à ANATEL preparar todos os regulamentos que balizaram a "privatização" das empresas estatais e desenvolver a regulação subseqüente do setor.

Nesse sentido, temos a seguinte passagem da mesma entrevista com Antônio Domingos Teixeira Bedran, que acrescenta também os primeiros passos para a tentativa de criação de um ambiente concorrencial:

A ANATEL nasce em 5 de novembro de 1997 e o mínimo de regulação para permitir não só a desestatização, mas como também a disputa pelo mercado. Num primeiro momento somente o mercado de longa distância. E para criar condições de novos entrantes, nós tivemos a licitação para as empresas-espelho, a GVT, a Vésper São Paulo e a Vésper Rio, e ao mesmo tempo abrimos o STFC para as empresas menores sob o regime da autorização, as chamadas "espelhinhos".

Finalmente, em 29 de julho de 1998 foi realizado um dos maiores leilões de privatização da história do capitalismo até então, onde, por mais de US$ 22 bilhões, foram vendidas as empresas que compunham o Sistema Telebrás. Ao todo, as empresas estrangeiras ficaram com cerca de 32% do mercado de telefonia fixa e com 80% das linhas de celulares do país. O BNDES ficou com participação grande nessas empresas, sendo o maior acionista da TNL PCS S/A. (Telemar), com cerca de 25% das ações, mas não possuindo capital votante.

Entretanto modelo brasileiro de desestatização da telefonia, para atrair investimentos na expansão e na universalização, vendeu não somente as empresas de telecomunicações, mas também toda a estrutura física (redes). Inclusive centros de pesquisa tecnológicos de ponta foram fechados, por não haver mais interesse em pesquisas na área pelas empresas após a desestatização. Isso fez que com as empresas detivessem não só o monopólio na prestação dos serviços, mas também o monopólio na exploração econômica de suas redes, o que inviabilizou até hoje a introdução de outras empresas no mercado de telefonia fixa.

Diante desse ambiente de monopólio privado, era necessário que houvesse um regulador firme e qualificado para estabelecer um novo marco regulatório que pudesse atender às expectativas seja dos investidores ou dos consumidores.

Entretanto, com a Emenda Constitucional nº 19/1998 (alterando o art. 39 da Constituição Federal), e em seguida com a Lei nº 9.962/2000, permitia-se pela primeira vez que servidores públicos autárquicos, fundacionais e da Administração Direta fossem contratados pela CLT, acabando com o regime jurídico único.

Desta forma, estudaremos neste trabalho como se estabeleceram essas contratações na ANATEL, suas implicações e as mudanças ocorridas com o advento da Lei nº 10.871/2004 e da repristinação do texto do art. 39 da Constituição após Decisão do Supremo Tribunal Federal.

A ANATEL.

Como vimos, a ANATEL é um ente regulador que faz parte da Administração Pública Indireta, sendo, portanto, vinculada indiretamente ao Governo Federal, como qualquer autarquia.

É entidade considerada "independente" e encarregada de regulamentar e fiscalizar a prestação de serviços de telecomunicações. Sua implementação foi objeto de acordo específico na Organização Mundial do Comércio (OMC) e com a União Internacional de Telecomunizações (UIT), como conseqüência do intenso desenvolvimento tecnológico recente, e em obediência à disposição das Emendas Constitucionais nº 8 e 9, bem como à Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT).

É uma autarquia em regime especial, vinculada ao Ministério das Telecomunicações, com ausência de subordinação hierárquica, criada pela LGT e regulamentada pelo Decreto nº 2.338/97, sendo autoridade administrativa independente e de suas decisões não cabendo recurso hierárquico impróprio, somente recurso junto ao Poder Judiciário.

Representa o poder concedente e tem como atribuições regulamentar e fiscalizar os serviços de telecomunicações. Sua atuação é condicionada pelos princípios constitucionais que regem a administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), tendo iniciado sua atividade regulatória em 05/11/1997, com a posse dos membros de seu Conselho Diretor. Sua extinção somente poderia ocorrer por lei específica e alteração Constitucional, por força das modificações introduzidas pelas Emendas Constitucionais supracitadas.

A autonomia financeira das agências reguladoras é assegurada pelas taxas regulatórias. No caso dá ANATEL, dá-se pela administração do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL, cuja receita é composta de várias origens, inclusive por aquelas decorrentes do exercício do poder concedente. Já a autonomia orçamentária é assegurada através do envio de proposta de orçamento ao Ministério das Comunicações, ao qual está vinculada.

Criado pela Lei nº 5.070/66, o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL) é definido como fundo de natureza contábil, destinado a prover recursos para cobrir as despesas na execução da fiscalização dos serviços de telecomunicações, desenvolver os meios e aperfeiçoar a técnica necessária a essa execução. Os recursos do FISTEL são, conforme determina a Lei Geral de Telecomunicações (LGT), administrados pela Agência Nacional de Telecomunicações.

No campo da execução orçamentária, a agência não poderá sofrer limites na movimentação de seus valores e empenhos, o que é de suma importância para a execução do programa da autarquia, mas não impede os cortes gerais de verbas no exercício financeiro, desde que aprovados por lei.

O órgão superior da Agência é o Conselho Diretor, composto por cinco membros, todos com mandato de cinco anos, nomeados pelo Presidente da República em anos subseqüentes, cada um, com aprovação prévia pelo Senado Federal (CF, art. 52, III, "f"). Junto a esse órgão e não subordinado a ele, estão o Conselho Consultivo e a Ouvidoria da ANATEL. Estudaremos melhor esses órgãos mais à frente quando tratarmos do Regimento Interno da agência.

Em entrevista realizada na ANATEL com o Gerente Organizacional Sr. Hélio Lima Leal , definiu a “missão” da agência:

A missão da ANATEL é regular as telecomunicações no Brasil. Ela nasceu com dois pilares importantes: a universalização e a competição. Em seguida, surgiu um terceiro que é a qualidade, garantir a qualidade. Então, a ANATEL tem como princípio garantir os serviços de telecomunicações à sociedade brasileira, de forma universal, principalmente para aqueles serviços públicos, e com preços justos. Essa é a grande finalidade.

2.1. Estrutura Física.

Situada no final do Setor de Autarquias Sul, na quadra 06, blocos C, E, F e H, a sede da ANATEL em Brasília, tem dois prédios altos (blocos H e E), cada um com onze andares, e dois prédios mais baixos, um que se chama de pirâmide (por ter formato piramidal – bloco F) e outro que possui um auditório (bloco C), conhecido como centro cultural.

Na pirâmide ficam, em um andar superior, os serviços de relação com o usuário (o serviço do “0800”, por exemplo), e no primeiro andar a biblioteca da ANATEL, onde se pode consultar e copiar processos, ter acesso aos regulamentos e legislação e demais consultas de caráter técnico.

O prédio do auditório não é só usado para eventos das ANATEL, mas também para outros eventos culturais.

No prédio H tem-se os gabinetes dos conselheiros, com suas salas de reunião, no nono e décimo andares. No oitavo e sétimo andares estão os gabinetes dos superintendentes e também as seis superintendências (Superintendência de Serviços Públicos; Superintendência de Serviços Privados; Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa; Superintendência de Radiofreqüência e Fiscalização; Superintendência de Universalização; Superintendência de Administração Geral), não estando os gabinetes junto com as suas respectivas áreas. No restante prédio encontram-se as gerências, bem como no bloco F por inteiro.

Em cada estado federativo há uma filial da ANATEL que funciona como protocolo de documentos e reclamações.

2.2. Servidores.

2.2.1. O Regime Jurídico.

A Constituição de 1988 deu especial relevo ao princípio da isonomia, de sorte que são vários os dispositivos que aparecem com a preocupação em assegurar a igualdade de direitos e obrigações em todas as esferas da sociedade.

Nesse sentido, a Constituição frisou também, no que concerne aos servidores públicos, a forma como queria que a isonomia fosse observada dentro dessa categoria, em aspectos como regime jurídico, remuneração e as condições de ingresso.

No que concerne ao regime jurídico dos servidores, a Constituição originalmente especificou que deveria ser único para a Administração Direta, autarquias e fundações públicas, conforme dispõe o art. 39, caput, da Constituição.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, modificou-se a redação do caput do artigo 39 da Constituição, retirando de sua redação o regime jurídico único, deixando tal regime de ser matéria constitucional, devendo ser regulado legislativamente.

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Entretanto, observando vícios formais concernentes ao processo constituinte que resultou na alteração do artigo 39, caput, da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, o **Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Partido Comunista do Brasil (PC do B) e o Partido Socialista do Brasil (PSB) impetraram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº** 2.135-4 em **27/01/2000.**

Em 2000, a União acaba com o regime jurídico único mediante a edição da Lei nº 9.962/2000. A partir de então, passa-se não só a aplicar os dois regimes de contratação (o regime do cargo público – estatutário – e o regime de emprego público – CLT) no âmbito federal à Administração Direta, às autarquias e fundações, como também admite-se a mudança de regimes, a transformação de cargos em empregos. Porém, a Lei nº 9.962/2000 definiu em seu art. 1º, § 1º, que lei específica estipularia quais categorias deixariam de ser estatutárias para passar a celetistas.

Seguindo essa indicação legal, a primeira categoria, dentre a Administração Direta, autárquica e fundacional, a adotar a lei específica foram as agência reguladoras através da Lei nº 9.986/2000, que regulava os recursos humanos e adotou o regime celetista.

Podemos perceber que objetivo do Governo FHC, desde a Emenda Constitucional nº 19/98, era flexibilizar ao máximo as relações de trabalhos dos servidores públicos para que se dinamizasse o Estado e o tornasse mais eficiente, absorvendo força de trabalho proveniente do mercado de forma mais fácil e menos rígida. Tudo isso em conformidade com o princípio da eficiência, como vimos até aqui.

Essas medidas fizeram com que, em um primeiro momento, houvesse uma explosão de contratações pelas agências reguladoras em cargos comissionados e utilizando funcionários cedidos pelas antigas estatais pertencentes à *holding* Telebrás.

Essa falta de estabilidade dos servidores na ANATEL provocou uma rotatividade de cargos sem precedentes na Administração Pública brasileira. Essa instabilidade funcional foi objeto de pressão por parte do Mercado regulado, tido como possível contratante no futuro, e criou uma discussão acerca da captura do regulador (agência) pelo regulado (empresas).

No entanto, o PT ajuíza a ADI 2.310 contra a Lei nº 9.986/2000, alegando se tratar de carreira que detém atribuição de fiscalizar, poder de polícia, o que exige para seus integrantes a estabilidade do regime estatutário. O STF decidiu favoravelmente à concessão da liminar, para suspender a contratação pela CLT nas agências e condicionou a apreciação de mérito à ADI 2.135-4/2000.

Com o Governo Lula, através da Medida Provisória nº 155 publicada no Diário Oficial da União em 23/12/2003, são criadas "carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras", ou seja, como solução ao novo patrimonialismo surgido no bojo desse novo modelo gerencial e ao "entra-e-sai" da ANATEL e das demais agências, decide o novo governo por criar um plano de carreiras nessas agências, como forma de diminuição do poder do Mercado sobre o seu quadro de funcionários.

Dessarte, a Medida Provisória nº 155/2003, posteriormente transformada na Lei 10.871/2004, alterou a Lei nº 9.986/2000, revogando seu art. 1º, fazendo com que o regime estatutário seja adotado nas agências reguladoras.

Em 02 agosto de 2007, dando um ponto final na discussão iniciada pela Emenda Constitucional no 19/1998 acerca do regime jurídico único, deferiu o STF parcialmente a **ADI nº** 2.135-4/2000 para suspender a eficácia do artigo 39, caput, da Constituição Federal alterado pela referida Emenda Constitucional, repristinando a redação original da Constituição de 1988 neste ponto. Tal decisão tem efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroagem, não atingindo aqueles que foram contratados sem sujeição ao regime jurídico único.

Desta forma, retorna à Constituição a previsão do regime jurídico único atendendo ao princípio da isonomia, porém o referido julgado do STF não esclarece ao certo se é admitido que a contratação seja feita pela Administração Direta, por exemplo, adotando a CLT como único regime jurídico para todos os seus servidores, como ocorreu em algumas prefeituras do Estado do Rio de Janeiro. Qual seria o alcance do Regime Jurídico Único?

Portanto, em tese, como vimos, mesmo antes do julgado do STF, a ANATEL, enquanto agência reguladora, teria entre seus quadros servidores públicos concursados, submetidos à Lei 8.112/90 e respeitando, agora, o Regime Jurídico Único.

2.2.2. A Realidade.

Quando do seu surgimento, a ANATEL não possuía quadro de servidores próprio. Para que a agência pudesse participar da regulação do processo de privatização, foram cedidos servidores de vários setores da Administração Direta e Indireta para que suprisse provisoriamente essa falta de servidores. A maior parte dos quadros cedidos veio da Telebrás, submetidos ao regime celetista.

No entanto, com a retirada pela Emenda Constitucional nº 19 do dispositivo do regime jurídico único (art. 39) e com a Lei nº 9.962/2000, que acabou com o regime jurídico único, ocorreu uma "estabilização" dos servidores cedidos por outras entidades, na ANATEL.

Entretanto, vale ressaltar que a Telebrás continuou existindo para que cedesse seus funcionários para a ANATEL, porém detendo um quadro de poucos funcionários.

Com a revogação da Lei nº 9.962/2000 pela Lei nº 10.871/2004, criou-se a idéia de concurso público para prover servidores estatutários nas agências reguladoras. O julgamento da **ADI nº** 2.135-4/2000 pelo STF não teve efeito retroativo, fazendo com que a idéia de regime jurídico único nas agências seja uma ficção.

Nesse sentido, na entrevista realizada com o Gerente Organizacional da ANATEL, observamos como ocorreu a composição dos quadros dos servidores da agência na realidade:

Eu trabalho na ANATEL quase que desde a criação dela. Eu cheguei aqui no iniciozinho de 1998. Na virada de 97 para 98. Eu era cedido da Telebrás. Como, na ocasião, a grande maioria dos servidores da ANATEL eram oriundos da Telebrás. [...] A Telebrás continua existindo, mas ela é um núcleo muito pequeno, [...] tendo em torno de 10 pessoas, 15 pessoas. Meu companheiros mesmo do tempo da Telebrás, ou eles vieram para a ANATEL ou foram para uma das empresas operadoras ou então saíram do sistema Telebrás naquela ocasião e foram para a iniciativa privada ou aposentaram. Alguma coisa nessa natureza. [...]Havia preocupação na época da privatização com relação à estabilidade. Isso sempre foi uma preocupação: uma empresa que se desfaz. Mas muitos de nós, para não dizer a grande maioria, foram convidados para ir para uma operadora na época ainda estatal, ou para alguma privada ou mesmo para a ANATEL. Houve tensão, preocupação sim, mas muita gente seguiu um desses caminhos.

Quando perguntado se a incorporação dos quadros cedidos afetou de alguma forma a maneira como a ANATEL poderia regular essas empresas, respondeu o entrevistado:

Eu diria que houve um tempo de adaptação. Nós que vínhamos da Telebrás [...] tivemos de mudar a camisa. Passaram a ser reguladores. Reguladores naquele sentido amplo de fiscal, outorgante, produzindo regras, normas, regulamentos. Então houve realmente uma adaptação.

Ainda, arguido, o entrevistado, acerca das principais diferenças entre trabalhar na Telebrás e na ANATEL, disse que:

Uma diferença, que não tem tanto a ver com a natureza do trabalho, é a natureza da instituição. Uma instituição que tem o formato de empresa pública ou de sociedade de economia mista, como era o caso, e uma autarquia, que também faz parte da Administração Indireta, mas tem um regramento todo do serviço público federal, é evidente que houve um choque. A gente teve de se adaptar a ter, talvez, menos flexibilidade quanto às decisões, quanto aos processos de compra e esse tipo de coisa.

Conclusão.

A desestatização do setor de telefonia surge com objetivos claros de universalização e implementação de um ambiente concorrencial em um sistema marcado pela pouca disponibilidade de terminais telefônicos, ante a demanda existente, e a ausência de competição.

Diante do desafio de regular um setor ainda em reestruturação após a desestatização, percebemos que muitos dos servidores que compunham o quadro de funcionários das empresas privatizadas foram cedidos à ANATEL de sorte a ajudar no estabelecimento do novo marco regulatório.

Entretanto, o que era para ser temporário findou por perdurar até os dias de hoje, sendo que temos atualmente, na ANATEL, os servidores estatutários, os celetistas e os temporários.

A situação foi permitida pela EC nº 19/98 que, como vimos, revogara o regime jurídico único previsto no art. 39 da Constituição Federal, e a Lei nº 9.962/2000. Entretanto, com a edição da Lei nº 10.871/2004 e a repristinação da redação dada ao art. 39 da Constituição Federal à anterior a EC nº 19/98, vemos uma situação tida como anômala.

Ainda, de acordo com o “Relatótio Anual da ANATEL 2006”, houve uma redução em 7% em seu quadro de funcionários no ano de 2006, havendo predomínio dos servidores efetivos (estatutários) sobre os outros, porém evidenciando a necessidade de mantenimento dos quadros cedidos (não efetivos) por tempo indeterminado até que seja sanado o imenso déficit de servidores.

Segundo o Relatório Anual da ANATEL 2006 acerca do quadro de pessoal:

Com referência ao quadro de pessoal da Anatel, sua composição encerrou o ano de 2006 com redução de 7% em relação ao ano anterior, mas mantendo o predomínio do pessoal efetivo.

Registra-se que os desligamentos do quadro efetivo, no período, foram motivados principalmente pela aprovação desses 51 servidores em outros concursos públicos, com remunerações e/ou carreiras mais atraentes em termos profissionais. Como também se percebe pelo quadro, a maior redução ocorreu no segmento dos servidores com Contratos Temporários, 302 ao final de 2006, e que poderão permanecer na Agência até 31 de março de 2007, conforme estabelece a legislação em vigor.

Outro fato a ser mencionado veio pela Medida Provisória 269, convertida na Lei n° 11.292, de 26 de abril de 2006, que criou a Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa em Regulação para os Analistas Administrativos (GDATR) e elevou os índices percentuais da Gratificação de Desempenho de Atividade de Regulação (GDAR), melhorando a remuneração final, embora ainda em níveis inferiores ao pleiteado conjuntamente pelas Agências.

Destarte, apresenta-se como grande dificuldade para a ANATEL o mantenimento dos seus servidores concursados que acabam por buscar outros concursos que melhor remunerem, fazendo com que mesmo com a contratação de mais servidores por meio de concurso público haja uma queda no número total de seus funcionários e não podendo prescindir dos funcionários cedidos.

Referências Bibliográficas.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico.** RJ: Forense, 2003.

Brasil. Ouvidoria ANATEL - **Relatório Analítico de dezembro de 2007**. Coordenação do Ouvidor Aristóteles dos Santos, Brasília, 2007.

_____. ANATEL. **Documento de Encaminhamento da Lei Geral de Telcomunicações comentando-a**. Brasília, 2003.

_____. Decreto nº 2.534/98 – Plano Geral de Outorgas. Disponível em: www.presidencia.gov.br.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.presidencia.gov.br.

_____. Lei 8.987/1995 - Lei de Concessões. Disponível em: www.presidencia.gov.br.

_____. Lei 9.472/97 - Lei Geral de Telecomunicações. Disponível em: www.presidencia.gov.br.

_____. Contrato de Concessão de STFC – Anexo 3. Disponível em: www.anatel.gov.br.

_____. Leis nºs 9.962/2000 e 10.871/2004. Disponíveis em: www.presidencia.gov.br.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos**. A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle - Cadernos MARE da reforma do estado v. 1**. BrasÌlia: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

_____Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública - Cadernos MARE da reforma do estado v. 3. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

COUTINHO, Diogo. Privatização, Regulação e o Desafio da Universalização do Serviço Público no Brasil. In FARIA, José Eduardo (org.). **Regulação, Direito e Democracia**. SP: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. SP: Atlas, 2008.

TAVARES, Paulo Henrique Gomes. **Políticas de Telecomunicações: as dimensões de exclusão-inclusão social entre os serviços de telecomunicações de interesse coletivo.** RJ: UFRJ, Dissertação de Mestrado, 2001.

O Plano Nacional de Desestatização previa a atuação de um Conselho Nacional de Desestatização (CND), composto por Ministros de Estado, subordinados diretamente ao Presidente da República, sendo o órgão superior responsável pela condução do processo de privatização de acordo com a lei nº 9.491/97. Em conformidade com esta lei, o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) também tem papel ativo como Gestor do Fundo Nacional de Desestatização, fornecendo apoio administrativo e operacional ao CND, contratando consultorias e serviços especializados necessários à execução das "privatizações".

Dentre os quais o de maior relevância que resultou na Lei Geral de Telecomunicações: "Documento de Encaminhamento da Lei Geral de Telcominicações comentando-a".

Entrevista colhida em Brasília na data de 05/12/2007 no SAS, Quadra 6 - Bloco H - 9º andar - Gabinete do Conselheiro.

De acordo com o "Documento de Encaminhamento da Lei Geral de Telcominicações comentando-a".

O PASTE – Programa de Recuperação e Ampliação do Sistema de Telecomunicações e do Sistema Postal – detalha os projetos de investimento no setor no período 1995-1999 e estima sua extensão até 2003, financiados com recursos provenientes essencialmente da iniciativa privada, totalizando no período R$75 Bilhões.

Decreto nº 2.534/98 (PGO), "Art. 1º, § 1º: Serviço telefônico fixo comutado é o serviço de telecomunicações que, por meio da transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia".

Na maioria dos "processos de privatização", a venda do controle acionário das empresas estatais foi feita através de leilão em bolsas de valores, nos moldes da Lei de Licitações - Lei n.º 8.666, de 1993.

Informações obtidas no site da ANATEL: http://www.anatel.gov.br/

Segundo o Relatório Analítico de dezembro de 2007 elaborado pela Ouvidoria da ANATEL, sob coordenação do Ouvidor Aristóteles dos Santos, referindo-se ao modelo de desestatização adotado pelo setor: "Na época, propúnhamos uma empresa nacional

com controle privado, com real capacidade de realizar investimentos no Brasil e no exterior, com parcerias acadêmicas na ciência e na pesquisa, afinada com as potencialidades da nossa indústria, gerando mais empregos nacionais, competindo e prestando os serviços que a nossa sociedade necessita, a preços justos. [...]Chegamos a sugerir a constituição de uma empresa nacional que disponibilizaria apenas de infra-estrutura, sem disputar serviços. Não fomos ouvidos. Hoje, os reguladores mais modernos do mundo apostam nesta fórmula, como a melhor forma de afastar o fantasma do monopólio e de assegurar a competição nos seus países. Acreditamos que, hoje, das pessoas que atuam no setor, ninguém mais tem dúvidas do equívoco cometido pelo governo da época ao retalhar o Sistema Telebrás, um sistema íntegro e compatível, para vendê-lo em fatias. Era um dos maiores sistemas de telecomunicações do mundo. Alertas não faltaram. Praticamente, ninguém no mundo fatiou as suas empresas, estatais ou não. [...]Quando o sistema estatal brasileiro de telecomunicações tinha apenas 12 milhões de terminais, o nosso parque industrial era constituído de mais de 200 empresas fornecendo produtos competitivos e atuando com tecnologia de ponta. O parque industrial do Brasil de hoje, mesmo com um mercado de mais de 150 milhões de acessos em operação, sequer dispõe de 30 indústrias operando". (pp. 32-33). Para mais informações acerca das perdas industriais e no desenvolvimento tecnológico e de pesquisa no setor de telecomunicações, cf. TAVARES, Paulo Henrique Gomes. Políticas de Telecomunicações: as dimensões de exclusão-inclusão social entre os serviços de telecomunicações de interesse coletivo. RJ: UFRJ, Dissertação de Mestrado, 2001.

Entrevista colhida em Brasília na data de 06/12/2007 no SAS, Quadra 6 - Bloco H - 6º andar.

Utilizando rápida conceituação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, pp. 492-494), servidor público é aquele que exerce emprego (servidor contratado sob o regime celetista), cargo (servidor contratado sob o regime estatutário – lei no 8.112/90) ou função pública (servidor contratado para exercer função temporária ou função de confiança).

CF: "Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas".

Após aprovada na Câmara, houve alteração no Senado desse ponto da Emenda Constitucional nº 19 que tratava do regime jurídico único. No entanto, não voltou o ponto a ser discutido e votado na Câmara, sendo promulgada a Emenda e ocorrendo um vício formal de constitucionalidade.

Essa transformação de cargos em empregos se refere à entidade que teria de possuir cargos, teoricamente, como é o caso de uma autarquia. Aquele que é submetido ao estatuto da lei 8.112/90 só mudará de regime por opção própria, pois há direito adquirido ao regime jurídico. Nesse sentido, temos o artigo art. 1 º, § 2º da Lei nº 9.962/2000: **"**É vedado: II – alcançar, nas leis (específicas) a que se refere o § 1º, servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, às datas das respectivas publicações".

Lei nº 9.962/2000: “Art. 1º. O pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário. [...]§ 1º Leis específicas disporão sobre a criação dos empregos de que trata esta Lei no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, bem como sobre a transformação dos atuais cargos em empregos”.

Esse “entra-e-sai” da ANATEL é perceptível de acordo com as publicações do periódico eletrônico “TELETIME NEWS” (http://www.teletime.com.br) em 22/9/2003, 13/10/2003, 20/10/2003, 29/10/2003, 11/11/2003, 19/11/2003, 2/12/2003, 14/1/2003 e 13/2/2003. (Acessado em 15/10/2005).

A Lei 10.871/04 em seus art. 7º ao 10, oferece vários conceitos como de carreira, classe, padrão, progressão e promoção – plano de cargos e carreiras.

Resumo da Decisão da **ADI nº** 2.135-4/2000: “O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Nelson Jobim, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, deferiu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 39, caput, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, tudo nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira, esclarecido, nesta assentada, que a decisão - como é próprio das medidas cautelares - terá efeitos ex nunc, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie, que lavrará o acórdão. Não participaram da votação a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Gilmar Mendes por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Nelson Jobim e Néri da Silveira. Plenário, 02.08.2007”. Fonte: www.stf.gov.br.

Continuam sendo considerados servidores cedidos, porém já fazem parte do quadro da ANATEL com maior estabilidade, sendo considerados eternamente cedidos até se aposentarem ou saírem por vontade própria.

Houve um planejamento de reestruturação da Telebrás pelo Governo Lula em 2004, sinalizando com sua possível incorporação à Eletronet, estatal que detém hoje a rede de fibra ótica do governo, o que poderia complicar a situação da ANATEL que poderia perder os funcionários ligados à Telebrás – fonte: “O Globo”, Matéria “a mão do Estado levanta a Eletrobrás”, edição de 01/10/2004, Caderno “Economia”, p.29.

Para informações acerca do quadro de funcionários da ANATEL referente ao ano de 2006, acessar "Informações Acerca dos Servidores da ANATEL" constantes do relatório anual da ANATEL 2006 – Fonte: relatório anual da ANATEL 2006: www.anatel.gov.br, acessado em 15/05/2008.

Fonte: www.anatel.gov.br, acessado em 15/05/2008.

TRABALHO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SOCIAL NA CONTEMPORANEIDADE*

LABOR AND SOCIAL DEVELOPMENT IN CONTEMPORARY

Eliana Galvão Dias

RESUMO

O texto visa apresentar uma nova visão do direito econômico nas relações do trabalho. A visão tradicional do capitalismo é afastada em busca de uma nova postura da relação entre o capital e o trabalhador. O equilíbrio reflexivo é necessário nas relações de direito econômico, em especial no que se trata do capital e o trabalho em face do pensamento humanista.
O ponto de partida do texto visa às relações econômicas/laborais na América Latina traçando como parâmetro o desenvolvimento dos países que criaram uma postura de construção de coesão social com características iminentemente latinas. Os sistemas de relações econômicas da América Latina, a estabilidade macroeconômica, o labor como instrumento da economia, o trabalho escravo e o trabalho informal foram analisados, chegando-se a conclusão da necessidade de segurança nas reformas econômicas que se iniciaram a partir de 1980, deixando evidenciada a tendência moderna de uma doutrina humanista como figura e instrumento de proteção contra distorções geradas pelo capitalismo. A grande descoberta é que o capitalismo é necessário, porém como uma nova leitura, ou seja, através de uma visão fraterna, pois a dignidade do trabalhador não será resguardada sem a inclusão social.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO ECONÔMICO, CAPITALISMO HUMANISTA, TRABALHO CONTEMPORÂNEO, COESÃO SOCIAL, AMÉRICA LATINA.

ABSTRACT

The text aim to introduce a new vision the economic law in labor relations. The traditional view of capitalism is search for a new posture of relation between Capital and Worker.
The reflective balance is necessary in economic relations Laws, in special when treat Capital and work in face of humanist thought.
The starting point of the text seek the economic relation/ America Latin labor tracing as parameter the development of the countries that created a posture of construction of social cohesion as characteristic imminent Latin.
The System of Latin American economic relation, the macroeconomic stability, the labor like economy instrument, the slave work and the informal work were analyzed,

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

concluding the need for security in economical reformation that started since 1980, leaving evidenced the modern tendency of a Humanist doctrine as figure and instrument of protection against distortions generated by Capitalism.
The great discovery is that capitalism is necessary, the different way or through a fraternal vision, because the dignity of the worker will not be guarded without social inclusion.

KEYWORDS: ECONOMIC LAW, HUMANISTIC CAPITALISM, CONTEMPORARY WORK, SOCIAL COHESION, LATINA AMERICA.

I - I NTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a influência do Direito Econômico dentro das relações de trabalho no mundo moderno, fazendo um aporte entre a visão tradicional do Capitalismo e uma visão mais moderna vinculanda aos Direitos Humanos.

Como ponto de partida utilizamos a América Latina como marco inicial dessa análise, por possuir características própria em decorrência da multi colonização com influência européia criando uma posição singular e a necessidade de uma nova visão das relações entre o capital e o trabalhador.

Há mais de um decênio os direitos Extrapatrimoniais vêm aparecendo nas discussões acadêmicas como necessidade de renovação da sistemática jurídica, nascendo uma leitura diferenciada da valoração econômica na concepção jurídica com a função reformadora do Direito, apontando a fraternidade, solidariedade, eqüidade e distribuição de riqueza como instrumentos da transformação social.

O equilíbrio reflexivo ditado por Rawls e fundamentado em São Tomás de Aquino, traz a clareza da necessidade da consciência coletiva e, essa nova leitura do pensamento humanista se dá através do juízo de ponderação e a aplicação multidirecional dos Direitos Humanos.

O Direito através da doutrina humanista figura como instrumento de proteção contra as distorções geradas pelo capitalismo, uma vez que todo homem tem natureza econômica. E, embasado na fraternidade comprova que não existe dignidade sem inclusão social.

A necessidade do equilíbrio reflexivo busca a “racionalidade jurídica reformada”, de um modo a interpretar a fraternidade como elemento essencial do pensamento, correlata a liberdade de entender o novo Capitalismo como fraterno.

Ricardo SAYEG sustenta a teoria da Economia Humanista apontando a Fraternidade como categoria jurídica com aplicação horizontal dos Direitos Fundamentais. Afirma o autor que, não deve haver a supressão de direitos fundamentais ou prevalência de uns sobre os outros, mas a condensação dos direitos humanos de primeira, segunda e

terceira dimensões, agrupadas para outorgar à população sua satisfatividade, proporcionando a justiça social.

O Capitalismo Humanista de Direito Econômico é um regime econômico fundado na Constituição Federal e é o exercício ativo ou passivo, de disposição e apropriação, total ou parcial do patrimônio, focando-se no adensamento dos direito humanos de primeira, segunda e terceira dimensão, dando liberdade calibrada que vai além do capitalismo do Estado, pois a evolução está justamente no respeito aos direitos humanos.

Mais importante que o Estado é o indivíduo, ente que constitui a sociedade civil, sendo que dela decorre a terceira dimensão de direitos, os direitos coletivos.

A idéia da teoria HUMANISTA ECONÔMICA representa ponto de reflexão e inflexão para a sistematização do conceito de justiça como eqüidade. Assentando-se numa base razoável, e com isso é suficiente que a doutrina mais abrangente tenha capacidade de aceitar e, por conseguinte, refletir sobre idéias tradicionais do capitalismo, propondo a superação das desigualdades e a fraternidade enquanto categoria jurídica.

Em outro prisma, é razoável afirmar que, a teoria econômica do capitalismo, leva em consideração um mundo político com a aplicabilidade do imperativo categórico que respeita o mundo social, garantindo a liberdade dos cidadãos através do reconhecimento dos direitos humanos, abstraindo-se outras dimensões éticas e políticas jurídicas não como metas utópicas, mas alcançáveis.

A crise global que teve início em 2007 e atingiu o planeta ao final de 2008, ficando constatado que ciclos exuberantes de crescimento da economia internacional e nacional costumam terminar em crises, e que mesmo os países mais desenvolvidos são vulneráveis. E, embora alguns países estejam mais preparados, os instrumentos que patrocinam o resguardo à igualdade social precisam estar preparados e engajados para perceber a fraternidade como categoria jurídica, visando a satisfatividade dos Direitos Humanos.

II - OS SISTEMAS DE RELAÇÕES ECONÔMICAS DA AMÉRICA LATINA

Com base nessa visão humanista e necessidade de visualizar o capitalismo com essa visão, ponderamos que os sistemas de relações econômicas da América Latina sofreram fortes pressões por mudanças nos últimos 20 ou 30 anos, resultando na adoção de um conjunto de reformas emanadas do ‘consenso liberal na origem, que desmontaram o modelo de industrialização por substituição de importações e, com ele, as bases materiais da ordem social consolidada no século XX’.

Em decorrência disso as mudanças na esfera econômica afetaram as leis trabalhistas, a estrutura sindical, a ação coletiva, os padrões de negociação entre capital e trabalho e os padrões de intervenção do Estado nessas mesmas relações afetando a estrutura mais profunda do padrão de relações de classe e da coesão social.

Em anos mais recentes, com o esgotamento parcial do modelo instalado nas Américas do Sul e Central a partir dos anos 1970, o problema da coesão social ganhou contornos

diversos, impondo novos desafios – o reconhecimento do ser humano enquanto centro dos questionamentos.

Os sistemas econômicos da maioria dos países da América Latina evoluíram e se consolidaram como parte integral do processo de incorporação política e econômica das massas nas sociedades pós-coloniais do início do século XX. Prepararam, portanto o caminho para o processo de desenvolvimento econômico baseado na industrialização por substituição de importações, apoiado por Estados mais ou menos autoritários, mais ou menos populistas e mais ou menos democráticos, conforme o caso.

Na verdade, não é possível compreender a configuração dos sistemas de relações econômicas sem mencionar imediatamente o papel do Estado como ente direcionador do desenvolvimento político/econômico.

1.) Direito do Trabalho nas Relações Econômicas na América Latina

A Constituição revolucionária mexicana de 1917 incorporou os trabalhadores no ordenamento político mais geral, dando o início a visão do ser humano enquanto centro das relações econômicas. O modelo consolidado na região foi visto como de "proteção social', no qual um Estado forte agiria, de um lado, como mediador entre trabalho e capital para assegurar relações harmoniosas e, de outro,como protetor dos trabalhadores por meio de uma legislação cuja premissa central era a idéia de que eles tinham direito não apenas ao trabalho, mas sobretudo ao emprego que ocupavam.

Alguns países latino-americanos utilizaram-se de regimes jurídicos instituídos em regimes políticos oligárquicos, muitos deles francamente autoritários, dando papel protagônico nas relações de classe resultando na incorporação subordinada do trabalho organizado ao sistema político e à dinâmica capitalista global, e em muitos países do continente, o corporativismo estatal modelou o processo de incorporação das massas àquele sistema, sendo a tutela sua marca distintiva até muito longe no Século XX.

Esses elementos deram sustentação a uma experiência exclusiva latino-americana de construção da coesão social de relações de classe, marcado pela afirmação autônoma de interesses do trabalho na esfera pública e no sistema político.

Ao longo de mais de dez anos, especificamente no período entre 1980 e 1990, no Brasil, Argentina e Chile no Cone Sul, Bolívia e Venezuela na América Andina, e México na América Central foram adotadas políticas com impactos importantes enfraquecendo as organizações tradicionais de capital e trabalho, reduzindo o papel do Estado na economia, reconfigurando o ambiente das relações de trabalho, modificando o padrão de coesão social.

Porém, essas mudanças geram a necessidade de uma leitura diferenciada do Capitalismo, pois, o homem não poderá mais ser visto como um instrumento, mas sim um agente de transformação e progresso.

Enquanto o homem passa a ser considerado como elemento essencial da construção da coesão social no continente, os sistemas de relações de trabalho latino-americanos apresentam e apontam meios de consolidação das relações entre o Estado e a sociedade quanto as mudanças políticas e econômicas.

Os sistemas da relação de trabalho na América Latina passaram por períodos de alta dificuldade em decorrência de disputas das oligarquias tradicionais (Brasil, Chile, Argentina, Bolívia, Venezuela), por vezes em associação com a burguesia industrial e as forças armadas.

Esse processo resultou em modelos de regulação altamente restritivos da liberdade de organização e ação sindical. Esse quadro conferiu ao processo de construção da institucionalidade que sustentou, de início, as relações entre estado, trabalho e capital um caráter autoritário, excludente de partes importantes das classes trabalhadoras.

A virada em direção ao mercado iniciada nos anos 1970 no Chile e estendida aos demais países entre os anos 1980 e 1990 deu início a uma mudança dos sistemas latino-americanos de relações de trabalho.

No México – país que marca estabilidade nas relações - as linhas gerais da legislação trabalhista foram estabelecidas em 1917, na forma do Artigo 123 da Constituição Federal. Em 1931, com a edição da Lei Federal do Trabalho o processo de regulação estatal do mercado de trabalho e de suas instituições estava completo.

Para dar clareza apresentamos aqui o texto do art. 123 da Constituição Mexicana que gerou influência em todos os países da América Latina:

Articulo 123. toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente util; al efecto, se promoveran la creacion de empleos y la organizacion social para el trabajo, conforme a la ley. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 19 de diciembre de 1978) el congreso de la union, sin contravenir a las bases siguientes, debera expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regiran: (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 19 de diciembre de 1978)

...

i.- la duracion de la jornada maxima sera de ocho horas; (modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986)

ii.- la jornada maxima de trabajo nocturno sera de 7 horas. quedan prohibidas: las labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial y todo otro trabajo despues de las diez de la noche, de los menores de dieciseis años; (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 31 de diciembre de 1974)

iii.- queda prohibida la utilizacion del trabajo de los menores de catorce años. los mayores de esta edad y menores de dieciseis tendran como jornada maxima la de seis horas; (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 21 de noviembre de 1962. modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986)

iv.- por cada seis dias de trabajo debera disfrutar el operario de un dia de descanso, cuando menos; (modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986)

v.- las mujeres durante el embarazo no realizaran trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relacion con la gestacion; gozaran forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario integro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relacion de trabajo. en el periodo de lactancia tendran dos descansos extraordinarios por dia, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos; (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 31 de diciembre de 1974. modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986.)

vi.- los salarios minimos que deberan disfrutar los trabajadores seran generales o profesionales. los primeros regiran en las areas geograficas que se determinen; los segundos se aplicaran en ramas determinadas de la actividad economica o en profesiones, oficios o trabajos especiales. (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 23 de diciembre de 1986)

...

vii.- para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad; (modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986)

viii.- el salario minimo quedara exceptuado de embargo, compensacion o descuento; (modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986)

ix.- los trabajadores tendran derecho a una participacion en las utilidades de las empresas, regulada de conformidad con las siguientes normas: (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 21 de noviembre de 1962)

...

x.- el salario debera pagarse precisamente en moneda de curso legal, no siendo permitido hacerlo efectivo con mercancias, ni con vales, fichas o cualquier otro signo representativo con que se pretenda substituir la moneda; (modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986.)

xi.- cuando, por circunstancias extraordinarias deban aumentarse las horas de jornada, se abonara como salario por el tiempo excedente un 100% mas de lo fijado para las horas normales. en ningun caso el trabajo extraordinario podra exceder de tres horas diarias, ni de tres veces consecutivas. los menores de dieciseis años no seran admitidos en esta clase de trabajos; (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 31 de diciembre de 1974. modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986.)

xii.- toda empresa agricola, industrial, minera o de cualquier otra clase de trabajo, estara obligada, segun lo determinen las leyes reglamentarias, a proporcionar a los trabajadores habitaciones comodas e higienicas. esta obligacion se cumplira mediante las aportaciones que las empresas hagan a un fondo nacional de la vivienda a fin de constituir depositos en favor de sus trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a estos credito barato y suficiente para que adquieran en propiedad tales habitaciones. (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 14 de febrero de 1972. modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion e l 6 de octubre de 1986.)

...

xiii.- las empresas, cualquiera que sea su actividad, estaran obligadas a proporcionar a sus trabajadores, capacitacion o adiestramiento para el trabajo. la ley reglamentaria determinara los sistemas, metodos y procedimientos conforme a los cuales los patrones deberan cumplir con dicha obligacion; (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 9 de enero de 1978. modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986.)

xiv.- los empresarios seran responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesion o trabajo que ejecuten; por lo tanto, los patronos deberan pagar la indemnizacion correspondiente, segun que haya traido como consecuencia la muerte o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen. esta responsabilidad subsistira aun en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario; modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986.)

xv.- el patron estara obligado a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negociacion, los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su establecimiento, y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las maquinas, instrumentos y materiales de trabajo, asi como a organizar de tal manera este, que resulte la mayor garantia para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepcion, cuando se trate de mujeres embarazadas. las leyes contendran, al efecto, las sanciones procedentes en cada caso; (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 31 de diciembre de 1974)

xvi.- tanto los obreros como los empresarios tendran derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc.

xvii.- las leyes reconoceran como un derecho de los obreros y de los patronos, las huelgas y los paros; (modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986)

xviii.- las huelgas seran licitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la produccion, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. en los servicios publicos sera obligatorio para los trabajadores dar aviso, con diez dias de anticipacion, a la junta de conciliacion y arbitraje, de la fecha señalada para la suspension del trabajo. las huelgas seran consideradas como ilicitas unicamente

cuando la mayoria de los huelguistas ejerciera actos violentos contra las personas o las propiedades, o en caso de guerra, cuando aquellos pertenezcan a los establecimientos y servicios que dependan del gobierno; (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 31 de diciembre de 1938. modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986)

xix.- los paros seran licitos unicamente cuando el exceso de produccion haga necesario suspender el trabajo para mantener los precios en un limite costeable, previa aprobacion de la junta de conciliacion y arbitraje; (modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986.)

xx.- las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo se sujetaran a la decision de una junta de conciliacion y arbitraje, formada por igual numero de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del gobierno; (modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986.)

xxi.- si el patrono se negare a someter sus diferencias al arbitraje o a aceptar el laudo pronunciado por la junta, se dara por terminado el contrato de trabajo y quedara obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, ademas de la responsabilidad que le resulte del conflicto. esta disposicion no sera aplicable en los casos de las acciones consignadas en la fraccion siguiente. si la negativa fuere de los trabajadores, se dara por terminado el contrato de trabajo; (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 21 de noviembre de 1962. modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986.)

xxii.- el patrono que despida a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociacion o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga licita, estara obligado, a eleccion del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario. la ley determinara los casos en que el patrono podra ser eximido de la obligacion de cumplir el contrato mediante el pago de una indemnizacion. igualmente tendra la obligacion de indemnizar al trabajador con el importe de tres meses de salario cuando se retire del servicio por falta de probidad del patrono o por recibir de el malos tratamientos, ya sea en su persona o en la de su conyuge, padres, hijos o hermanos. el patrono no podra eximirse de esta responsabilidad cuando los malos tratamientos provengan de dependientes o familiares que obren con el consentimiento o tolerancia de el; (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 21 de noviembre de 1962. modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986.)

xxiii.- los creditos en favor de los trabajadores por salario o sueldos devengados en el ultimo año, y por indemnizaciones, tendran preferencia sobre cualquiera otros en los casos de concurso o de quiebra; (modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986.)

xxiv.- de las deudas contraidas por los trabajadores a favor de sus patronos, de sus asociados, familiares o dependientes, solo sera responsable el mismo trabajador, y en ningun caso y por ningun motivo se podra exigir a los miembros de su familia, ni seran exigibles dichas deudas por la cantidad excedente del sueldo del trabajador en un mes;

(modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986.)

xxv.- el servicio para la colocacion de los trabajadores sera gratuito para estos, ya se efectue por oficinas municipales, bolsas de trabajo o por cualquiera otra institucion oficial o particular. (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 31 de diciembre de 1974. modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986)

...

xxvi.- todo contrato de trabajo celebrado entre un mexicano y un empresario extranjero debera ser legalizado por la autoridad municipal competente y visado por el consul de la nacion a donde el trabajador tenga que ir, en el concepto de que, ademas de las clausulas ordinarias, se especificara claramente que los gastos de repatriacion quedan a cargo del empresario contratante;
(modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986)

xxvii.- seran condiciones nulas y no obligaran a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato:

...

xxviii.- las leyes determinaran los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que seran inalienables, no podran sujetarse a gravamenes reales ni embargos, y seran transmisibles a titulo de herencia con simplificacion de las formalidades de los juicios sucesorios; (modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986.)

xxix.- es de utilidad publica la ley del seguro social, y ella comprendera seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesacion involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guarderia y cualquier otro encaminado a la proteccion y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares; (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 31 de diciembre de 1974. modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986.)

xxx.- asimismo, seran consideradas de utilidad social, las sociedades cooperativas para la construccion de casas baratas e higienicas, destinadas a ser adquiridas en propiedad por los trabajadores en plazos determinados, y (modificado por la reimpresion de la constitucion, publicada en el diario oficial de la federacion el 6 de octubre de 1986.)

xxxi.- la aplicacion de las leyes del trabajo corresponde a las autoridades de los estados, en sus respectivas jurisdicciones, pero es de la competencia exclusiva de las autoridades federales en los asuntos relativos a: (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federacion el 9 de enero de 1978).

A legislação mexicana referente às relações de trabalho resulta naquilo que descrevemos como base dos direitos sociais como uma conseqüência direta dos acordos

firmados a partir da Revolução de 1910, daí o caráter tutelar das leis, não conquistadas aos empregadores por meio da luta direta de classes.

No Brasil durante o segundo governo Vargas (1950-54), no Chile pós-Ibañez, na Venezuela após do Pacto de Punto Fijo de 1958 e na Argentina de Perón, o *quid pro quo* entre governo e trabalho foi claro e direto no México: em troca de proteção legal, direito à existência, garantia de recursos financeiros e, principalmente, uma legislação trabalhista voltada para a desmercantilização da força de trabalho, as associações de trabalhadores ofereceram o controle de seus membros e apoio às políticas públicas estatais, com isso limitando o conflito capital/trabalho aos marcos legal controlados pelo Estado.

Ainda durante o segundo governo Vargas, o controle do Estado sobre os sindicatos via medidas administrativas e repressoras, incluindo a possibilidade de controle de eleições, afastamento de líderes, ratificação de greves, não reconhecimento de sindicatos e assim por diante dificultava a legitimidade das lutas e o reconhecimento do trabalhador enquanto sujeito de direitos. Pois, apenas um sindicato representava todos os trabalhadores de uma empresa específica e que todos eles deviam se filiar a esse sindicato. E significava que os trabalhadores podiam ser legitimamente mobilizados por líderes sindicais para apoiar o partido oficial da revolução.

Melhor esclarecendo, o 'padrão de revolução' de relações contratuais significava, ainda, a regulamentação de mecanismos de contratação, promoção e demissão de trabalhadores; de designação de trabalhadores para determinadas funções; de procedimentos para a negociação coletiva e determinação de salários e benefícios; de mecanismos e formas de resolução de conflitos; do número de horas de trabalho, dos turnos noturnos, dos dias de folga e das férias; da atribuição de privilégios a representantes sindicais nos locais de trabalho e assim por diante.

Interessante salientar que o padrão mexicano de relações de trabalho mostrou-se estável e longevo, conquanto autoritário e, com o tempo, excludente em relação às populações rurais e, sobretudo, indígenas.

Caso mais extremo no continente do que poderíamos denominar 'corporativismo de estado com mobilização eleitoral', a experiência mexicana não foi, nem de longe, excepcional. Brasil, Chile e Argentina embora com menor e menos longeva densidade institucional que a do México, apresentaram resultados mais interessantes.

O processo de regulação das relações entre capital e trabalho pelo Estado no Brasil tem início com a Revolução de 1932, instituindo padrão de industrialização e de relações de trabalho.

A Revolução tomou para si a tarefa de proteger o operariado emergente das cidades através de medidas tutelares.

A regulamentação do trabalho foi considerada importante tanto para a estabilidade política quanto para o desenvolvimento urbano-industrial do país, e a consolidação da legislação trabalhista deu-se em estreita conexão com o processo de construção da nação e de consolidação de um tipo específico de Estado, intervencionista na economia e na sociedade (corporativismo).

A CLT, regularia tanto o mercado de trabalho quanto as instituições de representação de interesses de trabalho e de capital. Ela ofereceu a regimes populistas e/ou autoritários as ferramentas para controlar as organizações da massa urbana e, ao mesmo tempo, proteger os trabalhadores com políticas sociais e provisões mínimas, que aumentariam ao longo dos anos.

No instável mundo do trabalho, certas categorias ou grupos de trabalhadores começaram a se definir, ou a ser definidos por outros, como, em certo sentido, uma "classe trabalhadora", e essa definição cultural teve conseqüências em relação à maneira como eles pensavam o mundo e agiam, dando surgimento a um padrão latino-americano de relações econômicas de trabalho.

Ainda que tenha desposado ideologias socialistas, comunistas ou anarquistas nos inícios de sua trajetória social e política, o trabalho organizado foi incorporado como elemento da ordem capitalista inclusiva, logo incia-se os primeiros passos da visão fraterna.

A maioria dos países latino-americanos consolidou seus sistemas de relações de trabalho com processo de desenvolvimento econômico baseado na industrialização por substituição de importações e controlado pelo Estado.

Perón, Vargas, os líderes mexicanos pós Cárdenas, os chilenos pós Ibañes ou os Venezuelanos depois de 1958 fortaleceram e controlaram os trabalhadores ao mesmo tempo em que expandiram as burocracias estatais, subsidiaram indústria e agricultura, criaram empresas estatais em setores estratégicos, controlaram investimentos estrangeiros, fecharam os mercados internos à competição externa e assim por diante.

Nas burocracias da América Latina, criadoras do 'desenvolvimentismo, sustentava-se *que* crescimento econômico com paz social somente se daria através de um controle mais ou menos autoritário, mais ou menos inclusivo das demandas do trabalho organizado. Portanto, a inclusão do trabalho, de forma mais ou menos subordinada esteve na base dos projetos a partir da década de 1920. E esse modelo mostrou-se duradouro, permanecendo quase inalterado por décadas na maioria dos países.

Com o tempo a legislação trabalhista passou a ordenar as expectativas e as práticas de capital e trabalho, embora criadas inicialmente por regimes autoritários, e isso de forma cada vez mais intensa e profunda no decorrer do século XX. Modernamente as necessidades do trabalhador definiu um campo de luta no Brasil, México, Chile, Argentina e na Venezuela e essas necessidades deixam evidenciadas a função reformadora do Direito, apontando a fraternidade, solidariedade, eqüidade e distribuição de riqueza como instrumentos da transformação social.

2.) O trabalho como instrumento da economia

Direito econômico é a regência jurídica da economia. Sendo esse conceito, apesar de conciso, o cirúrgico para a determinação precisa de seu objeto, ou seja, a economia. O direito econômico disciplina as relações intersubjetivas decorrentes do conflito, como assinala o professor Fabio Nusdeo, da Universidade de São Paulo, entre "duas simples observações da vida cotidiana: por um lado, as necessidades humanas tendem a se multiplicar indefinidamente; por outro, os recursos para o seu atendimento são rigorosamente limitados e finitos – numa palavra: escassos. Segundo o professor

Nusdeo, “em função das duas realidades acima apontadas, estabelecem-se em qualquer sociedade relações tendentes a ordenar e disciplinar o uso dos recursos escassos. E continua: “Economia de Direito são assim indissociáveis, pois as relações básicas estabelecidas pela sociedade no emprego dos recursos escassos são de caráter institucional, vale dizer, jurídico.

a.) O direito do trabalho

O direito do trabalho surgiu da necessidade de sobrevivência, sempre com lutas, lutas desonrosas, lutas de conquista da satisfação das necessidades essenciais.

O homem desde os primórdios aprendeu a se defender e conquistar o que é seu. Muitas vezes não sabia o real sentido do direito ao trabalho, mas sabiam que algo em troca deveria receber.

Como disse Segadas Vianna, “o homem sempre trabalhou; primeiro para obter seus alimentos, já que não tinha outras necessidades em face do primitivismo de sua vida. Depois, quando começou a sentir o imperativo de se defender dos animais ferozes e de outros homens, iniciou-se na fabricação de armas e instrumentos de defesa”.

Sempre em busca de descobertas para o dia a dia, estes sim eram os verdadeiros sábios, não tinham informações, formação acadêmica, e a tecnologia estava bem distante, mas mesmo diante das adversidades foi e venceu.

b.) Relações Econômicas

Por relações sociais entendem-se as resultantes da cooperação entre indivíduos dentro da comunidade ou entre comunidades, em quaisquer circunstâncias, independentemente do modo como decorrem ou do fim a atingir.

As relações econômicas são também relações sociais, mas que assumem forma por intermédio dos bens materiais e dos serviços. Refletem a maneira como os homens produzem e distribuem os seus produtos num determinado modo de produção. Estabelecem-se entre os homens no processo direto de produção, mas abrangem também as restantes fases, inclusive, a de distribuição do produto criado, a da troca dos produtos e, finalmente, a do consumo. Todas estas fases diferenciam-se conforme estão ou não ligadas à apropriação dos meios de produção e dos produtos do trabalho.

Entre a evolução das relações econômicas e sociais e a evolução das forças produtivas existe uma relação dialética. As primeiras são influenciadas pelas segundas que, por sua vez, influenciam aquelas num sentido favorável ou desfavorável.

Estão compreendidas nas relações econômicas:

1. As relações que surgem diretamente no processo de produção;

2. As formas de distribuição dos produtos, ou seja, as relações de distribuição;

3. A forma, direta ou indireta, como se processa a troca;

4. As formas de propriedade dos instrumentos de trabalho, de outros meios de produção e, ainda, dos próprios produtos do trabalho;

5. A posição de intervenção na produção dos grupos e classes sociais e as suas relações recíprocas e intercâmbio de atividades;

6. As formas de repartição dos rendimentos dos bens materiais e dos serviços;

7. As relações resultantes da aplicação de novas técnicas, dos excedentes de produção e da divisão social do trabalho;

8. As relações transmitidas de anteriores estruturas econômicas mantidas pela tradição ou pela força da inércia.

O modo de produção é detalhado em 3 setores, primário, secundário e terciário.

O **setor primário** abrange a produção natural, ou seja, recursos da natureza. Este é explorado desde os primórdios, quando das necessidades de sobrevivência, tais como caça e pesca.

Por tratar-se de produtos naturais, a sua exploração é dependente do clima e suas exportações e importações são bastante vulneráveis em relação aos outros setores. Afinal é aqui onde tudo se inicia, ou seja, tudo depende desse setor o que acaba tornando uma linha de produção.

Hoje em dia o que podemos destacar sobre este setor é a exploração do pré sal, que são camadas petrolíferas encontradas abaixo de uma profunda camada de sal no subsolo marítimo.

Segundo setor é a transformação da matéria-prima em produtos materiais usuais. Com a exploração, descoberta do primeiro setor aqui é onde os recursos naturais são transformados, em produtos industrializados.

Indústria e construção civil, são exemplos deste setor.

Para melhor justificar esta questão, ainda CASTRO & LESSA de forma objetiva colocam que,

em termos de composição fatorial, o setor secundário está, em qualquer sistema, inequivocamente associado ao fator capital. A absorção de mão-de-obra por unidade de capital instalado nas indústrias tem variado, intensamente, ao longo do tempo, como reflexo da revolução tecnológica. As relações entre o estoque de capital progressivamente acumulado em várias frentes, mas fundamentalmente nas atividades industriais e a mão-de-obra acrescida pela expansão demográfica, ou egressa da agricultura, a ser absorvida em novos empregos, constitui uma das mais graves questões com que se defrontam os sistemas no tempo.

Nesse setor a base econômica tem mais destaque por agregar conhecimentos tecnológicos aos produtos naturais.

Setor terciário diz respeito ao comércio e aos serviços prestados, tem-se, portanto a indústria de transformação que objetiva trabalhar com os produtos extrativos ou beneficiados, fazendo gerar outro que o mercado exige a cada instante.

O terceiro setor é quem recebe as matérias do segundo para então distribuir ao consumidor. Esse setor passou a receber mais atenção em meados do século XX em decorrência dos avanços tecnológicos. O grande avanço deste setor se deu no decênio de 1950/60, com dois importantes fenômenos, o rápido aumento da produtividade industrial que significou modernização das indústrias, maior grau de tecnologia e conseqüente automatização e a intensiva imigração da zona rural para os centros urbanos.

Para atender esse setor o preparo e a qualificação profissional são condições essenciais para o crescimento tecnológico e modernidade que o mundo exige. Por esse motivo o seu desenvolvimento ocorre primeiro nas áreas mais ricas e favorecidas.

Os três blocos devem estar sempre adiante das inovações tecnológicas, devem antes de tudo serem inventores, inovadores para acompanhar e viverem um mercado instável e inquieto. O terceiro setor é o que tem se desenvolvido, destacado através da modernidade – instituto de pesquisa cientifica e tecnológica, enquanto os outros dois setores ocuparão junto 20% da força de trabalho dos países industrializados.

c.) A interdependência/ciclo

A fim demonstrar a ligação entre os setores exemplificaremos a exploração do pré- sal, a sua descoberta, com a conseqüente manufatura até a sua distribuição.

Para transformar esse tesouro em riqueza para todos os brasileiros que necessitam de melhoria de melhoria na educação, saúde, infraestrutura e distribuição de renda, o País precisa cruzar cinco fronteiras. A primeira é a geográfica, pois o pré-sal está nos limites da plataforma marítima, a cerca de 300 quilômetros da costa. A segunda, geológica, em razão da profundidade em que se encontra. Outra fronteira, tecnológica, devido aos complexos sistemas necessários para a extração. O País já deu passos significativos para ultrapassar esses três limites. As outras duas fronteiras, a econômica e a política, o Brasil começa a cruzar a partir do marco regulatório.

Para explorar as reservas, será necessário acionar a plena carga a indústria naval, a indústria metalúrgica, a indústria petroquímica e a construção civil, além de toda a cadeia de fornecedores da própria indústria petrolífera, como a produção de sistemas de alta tecnologia, afirma o Presidente da Petrobras, José Sérgio Gabrielli.

III - TRABALHO ESCRAVO

Todo pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

A escravidão (denominada também escravismo, escravagismo e escravatura) é a prática social em que um ser humano tem direitos de propriedade sobre outro designado por escravo, ao qual é imposta tal condição por meio da força.

Na sua definição etimológica, originária, clássica, escravo é aquele que está inteiramente sujeito a um senhor, como propriedade dele. Não é considerada uma pessoa, mas um objeto que tem proprietário, um "senhor". Escravo é alguém sem qualquer tipo de direitos, sem liberdade, sujeito à opressão e a dependência. Aquele que trabalha em demasia. A força do trabalhador é voltada para os fins econômicos daqueles que são seus "donos".

1.) Surgimento

O fenômeno da escravidão é tão antigo quanto a humanidade, nas passagens mais remotas da Bíblia referências são encontradas, tais como no livro de Gênesis (9.20-29) e Êxodo (1.11; 13; 14), enquanto o primeiro menciona a existência de escravos desde a época de Noé o segundo explicita a vida escrava.

No Brasil a escravidão começou pelos os índios, estes escravizavam prisioneiros de guerras muito antes da chegada dos portugueses que por sua vez recorreram aos negros africanos.

A escravidão passou por vários aspectos até chegar a sua abolição.

Escravidão do índio pelo índio.

Da escravidão do índio pelo branco – muito se ouve falar que os índios foram substituídos por serem preguiçosos ou agressivos e conseqüentemente não serviam para o trabalho. Ocorre que com a duração da escravização indígena, as suas vantagens e conquistas mudam o cenário da história. Estes eram acostumados a caçar, pescar, ou seja, tinham uma vida livre, sem restrições, o que era totalmente contrário ao que a escravidão exigia e não tinham qualquer conhecimento ao trabalho de lavoura, além de serem protegidos pelos jesuítas.

Verifica-se que o índio precisava do branco assim como o branco precisava do índio. A necessidade mínima de capacidade técnica (grandes empresas de produção) e grande esforço braçal (trabalhadores escravizados) mostram essa ligação. Além da experiência do índio já adaptado a interação humana, o que diminuiria a adaptação ecológica de trabalhadores estrangeiros, fossem eles brancos ou negros.

Conforme ensina Sérgio Buarque de Holanda sobre a grande lavoura – "sem braço escravo e terra farta, terra para gastar e arruinar, não para proteger ciosamente, ela seria irrealizável."

Da escravidão do negro pelo branco – a escravidão negra no Brasil firma-se através de uma aspiração complexa que envolve os grupos mercantis que enriqueciam através dos altos lucros do tráfico negreiro, os colonos e a coroa portuguesa que tanto arrecadava para o Tesouro Régio e, portanto, também lucrava com aquele tráfico.

Para a agricultura os portugueses tiveram que recorrer aos escravos africanos, pois os negros já vivam em condições de escravos (criado doméstico, mineração e engenho) e eram muito mais resistentes que os índios.

Os portugueses com seu espírito conquistador tinham no escravo negro o símbolo de sua prosperidade e a colocação de seu prestígio.

Da escravidão do homem pelo homem – teve início com o fim do tráfico negreiro a partir de 1850 através da Lei Eusébio de Queirós, que proibia a entrada ilegal de escravos negros no Brasil.

De forma não esperada a escravidão brasileira sofreu grande embate, pois não teve muito sucesso com a escravidão indígena e mais tarde com a proibição do tráfego negreiro o escravismo no Brasil entrou em "crise" - decorrente do sistema econômico estabelecido – lucros decorrentes da escravização negra. Sendo assim a escravização do Brasil começou a requisitar a imigração de trabalhadores estrangeiro.

2.) Abolição – Lei Áurea

Em 13 de maio de 1888 foi assinada a Lei Áurea pela Princesa Isabel e pelo Conselheiro Rodrigo Augusto da Silva (autor da lei) extinguindo a escravidão no Brasil. Referida Lei foi elaborada e assinada em decorrência de movimento abolicionista, fugas de negros e mulatos e em face da concorrência com a mão de obra imigrante, barata e abundante, o que tornou inviável a manutenção do trabalho escravo.

3.) A escravidão não abolida

O recrutamento de trabalhadores escravizados: as estruturam que alimentam e mantém a exploração dos trabalhadores em condições subumanas. A lógica da exploração e a utilização de mão-de-obra escrava. Da coexistência de formas modernas e arcaicas de trabalho.

Na Amazônia a forma de ganhar dinheiro é enganar alguém que a vida já tratou de enganar.

Passados 118 anos da abolição oficial da escravidão, o Brasil do século XXI, ainda convive, inacreditavelmente, com a prática do trabalho escravo. O fenômeno desconhecido pela maioria da população tem maior enfoque na fronteira agrícola, no chamado "arco do desmatamento amazônico".

Ainda existe escravidão no Brasil, não aquela que os senhores feudais usavam grilhões e correntes que nos marcou de maneira vergonhosa. Mas sim aquela, que cerceia a liberdade e de forma degradante emprega aqueles que não têm outra forma de sobreviver. Afinal, após a assinatura da liberdade sem qualquer planejamento os "ex-escravos" não tinham condições de integração, continuando, portanto a escravidão de forma diferenciada, livre e remunerada, porém submetida às condições de trabalho e remuneração encontráveis.

Nesse sentido, esclarece Celso Furtado: "não foi difícil, em tais condições, atrair e fixar uma parte substancial da antiga força de trabalho escravo, mediante um salário relativamente baixo. (...) seria difícil admitir que as condições materiais de vida dos antigos escravos se hajam modificado sensivelmente, após a abolição."

São homens e mulheres sem acesso a direitos trabalhistas – por acaso eles sabem do que se trata? Acredito que não, afinal seus supostos "donos" não deixariam informações importantíssimas como essa chegar e fazer estrago diante do seu "rebanho".

Eles não conseguem irem embora, não conseguem desvencilhar dos seus patrões, ou por dívidas assumidas ou por terem seus documentos presos, ou até por estarem distantes e retidos. Isso mesmo retido, afinal esse tipo de atrocidade acontece só em cidades longínquas, tais como os Estados do Maranhão, Mato Grosso, Pará, Piauí, Tocantins e outros, identificados como focos de recrutamento ilegal de trabalhadores utilizados como mão-de-obra escrava.

A maior parte dos submetidos a trabalho escravo são recrutados em regiões muito pobres para trabalhar em local bem distante da contratação através de profissionais, conhecidos por "gatos", que "vendem" as suas aquisições aos futuros exploradores desta força de trabalho. Só no pequeno município de Redenção, sul do Pará, que conta com não mais de 70 mil habitantes, a reportagem elaborada pela Folha de São Paulo, em 18 de julho de 2004, constatou que há entre 60 e 70 aliciadores daquela espécie de mão-de-obra.

Esse tipo de mão de obra custa pouco e com isso o lucro aumenta. Os senhores de escravos brasileiros manipulam clandestinamente aqueles que necessitam de garantias fundamentais, tai como moradia, alimento, recursos financeiros. E hoje a escravidão contemporânea manifesta-se na clandestinidade e é marcada pelo autoritarismo, corrupção, segregação social, racismo, clientelismo e desrespeito aos direitos humanos.

Libertado aos 74 anos – Francisco, piauiense, conta sua história. "Água de péssima qualidade, falta de equipamentos de segurança, barracos precários, alguns dos quais inundavam com chuvas, falta de comida e de remuneração. Os trabalhadores carregavam pesados mourões nas costas e levantavam cercas quilômetros a fio para garantir a segurança do gado. 'chegamos há passar oito dias sem comer, tomando só caldo de maxixe', lembrou um libertado. Ele era 'peão de trecho', que não possui residência fixa e vai de cidade em cidade, de trecho em trecho, fazendo um serviço aqui, outro ali, sempre na esperança de conseguir um bom dinheiro que o faça voltar a sua terra ou o leve a uma vida melhor. Estava no sul do Pará há 21 anos e trabalhava como cozinheiro na fazenda. Mas o 'gato', o contratador de mão-de-obra a serviço da fazenda nunca lhe dizia quanto receberia ou quando. Enganar alguém que a vida já tratou de enganar tantas outras vezes é a forma comum de ganhar dinheiro na Amazônia."

A fim de eliminar este tipo de exploração foi criado em 2005 o Plano Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo que atende as determinações do Plano Nacional de Direitos Humanos, um acordo cujos signatários tem, entre outros compromissos, o de cancelar qualquer contrato com quem for flagrado utilizando escravos, bem como, contemplar as vítimas com seguro desemprego e alguns benefícios sociais temporários; implantar a Justiça do Trabalho Itinerante para atender o interior dos Estados do Pará, Mato Grosso e Maranhão. Em sede de conscientização - estimular a produção, reprodução e identificação de literatura básica, obras doutrinárias e normativas multidisciplinares sobre trabalho escravo, como literatura de referência para capacitação das instituições parceiras; informar aos trabalhadores sobre seus direitos e sobre os riscos de se tornarem escravos, por intermédio da mídia local, regional e nacional; incluir o tema de direitos sociais nos parâmetros curriculares nacionais.

IV - TRABALHO INFORMAL

O trabalho informal é o tipo de trabalho desvinculado a qualquer empresa, ou seja, é o trabalho indireto onde não há vínculo empregatício por meio de documentação legalizada. Esse tipo de trabalho teve grande crescimento na década de 90 quando a competitividade fez com que as empresas optassem por mão-de-obra qualificada e também frente à crise econômica, as empresas tiveram que diminuir seu quadro de funcionários e baixar o valor de suas mercadorias.

No decorrer do tempo, o homem foi substituído por máquinas fazendo com que mais pessoas passassem para a condição de desempregados. Como maneira mais fácil e honesta, as pessoas se tornaram trabalhadoras de rua (camelôs) que apesar de não lhes oferecer garantias e benefícios, como férias, décimo terceiro salário, hora extra remunerada, FGTS, licença maternidade-paternidade, seguro desemprego e outros conseguem o sustento da família mantendo assim seu padrão de vida. Nos tempos atuais, o trabalho informal atinge aproximadamente 50% da ocupação dos brasileiros.

No Brasil, o entendimento popular de "trabalho formal" ou "informal" deriva da ordem jurídica. Tudo começou no início do século XX com a implantação do Corporativismo da era Vargas e se estendeu entre as décadas de 1930 e 1940 onde foi possível observar as noções de formalidade e informalidade sendo construídas pouco a pouco no cenário nacional.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada mostra que, em 92, os informais no Brasil representavam quase 52% dos trabalhadores. O índice subiu em 99 e caiu um pouco em 2001 e em 2005. Mas nas metrópoles brasileiras a informalidade só subiu: de 24% em 92 para 34% em 2005.

O pesquisador e economista Lauro Ramos explica que os dois grandes pólos industriais, São Paulo e Rio, perderam empresas para o interior do país. O fantasma do desemprego levou muita gente para a informalidade.

Os negócios informais nas cidades estão concentrados, atualmente, no comércio, nos pequenos serviços, nas fabriquetas de fundo de quintal e na construção civil. São setores com forte presença na economia e que garantem a sobrevivência de muita gente, mas apenas no curto prazo. São ocupações precárias, sem proteção social ou legal.

1.) Origem

O uso da expressão *trabalho informal* tem suas origens nos estudos realizados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) no âmbito do Programa Mundial de Emprego de1972. Ela aparece, de forma particular, nos relatórios a respeito das condições de trabalho em Gana e Quênia, na África. Nestes países, constatou-se um grande contingente de trabalhadores vivendo de atividades econômicas consideradas à margem da lei e desprovidas de qualquer proteção ou regulação pública.

O ponto de partida de exame e classificação do trabalho informal da OIT é a unidade econômica, caracterizada pela produção em pequena escala, pelo reduzido emprego de técnicas e pela quase inexistente separação entre o capital e o trabalho. Tais unidades

também se caracterizariam pela baixa capacidade de acumulação de capital e por oferecerem empregos instáveis e reduzidas rendas.

A economia informal não se restringe apenas ao trabalhador autônomo, também existem empresas com essa característica econômica e que é bom conhecermos a estrutura.

Mais da metade dos trabalhadores brasileiros arregaça as mangas e pega no batente todo dia sem ter nenhum direito trabalhista. Eles são informais. Fazem parte de um país quase clandestino, que não existe oficialmente.

2.) Alternativa

Não existindo outra de forma emprego as pessoas que foram acometidas por desemprego, falta de qualificação profissional, idade avançada, entre outros, não visualizaram outra forma senão o trabalho informal.

Como já vimos este surgiu em decorrência da grande crise enfrentada pelo meio empresarial, substituição de pessoas por máquinas, exigência de mão de obra qualificada. Pode-se supor que, além do desemprego e das dificuldades de encontrar emprego no setor formal, a baixa qualidade dos empregos regulares, os baixos salários, a rotatividade e a eliminação de benefícios legais estão empurrando os trabalhadores para o setor informal, movidos pela expectativa de melhores condições de trabalho.

Além desse excesso de tributos sobre a folha de pagamento, há outros motivos para o grande número de adeptos do trabalho informal. O nosso sistema de relações trabalhistas está baseado numa frágil estrutura: sindicatos não atuantes, extrema instabilidade empregatícia e dependência em relação à Justiça do Trabalho nas resoluções. Diz-se que um empregado informal, apesar de não ter certos direitos previstos na CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, pode garantir ganhos maiores em relação aos registrados em carteira. Sim, realmente um trabalhador informal tem um ganho bruto maior, mas serve para compensar os benefícios que ele não recebe, como vale-refeição, vale-transporte etc. Na verdade, um trabalhador informal acaba ficando à margem das estatísticas e da realidade da classe trabalhadora brasileira.

De fato trata-se de uma alternativa encontrada por estes que sofreram essa troca. O desemprego surge, a falta de sustento está sempre presente, as contas permanecem e necessidade de uma vida digna é intensa.

Estes não poderiam ficar de braços cruzados esperando algo cair do céu, tomaram atitude e foram fazer a diferença.

3.) Legal e ilegal?

O trabalho informal pode ser reconhecido sob dois parâmetros legal e ilegal, primeiro pelo fato de não atingir diretamente aqueles que estão devidamente empregados e por outro lado ilegal, por não pagar impostos e em compensação não possui direitos e sim deveres, como qualquer outro cidadão trabalhador.

Indiscutivelmente, o fator que dá força ao trabalho informal em nosso país é o excesso de tributos incidentes sobre o emprego. Ao registrar os seus funcionários, uma empresa

paga impostos até para o Incra – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (0,2% da folha de pagamento vai para o financiamento do programa de reforma agrária, cujos resultados não vemos com muita — ou nenhuma — freqüência). Dos gastos que uma empresa tem para contratar um funcionário, 25,1% vão para o Governo, na forma de tributos. Resumindo: do ponto de vista financeiro, é extremamente vantajoso para o empregador optar por contratar um funcionário informalmente ou, em outras palavras, "por baixo dos panos". Além disso, também pesa o imposto de renda, cuja tabela desatualizada castiga o trabalhador que ganha um pouquinho acima da média.

V - DA ESTABILIDADE MACROECONÔMICA

A reestruturação econômica que se iniciou a partir dos anos 1970 nos países latino-americanos – em especial no B5rasil - geraram programas de reestruturação por toda a parte. A liberalização dos mercados de trabalho, produtos, serviços e capitais, ao lado da reforma do Estado, e a proeminente necessidade da transformação social são pilares da reforma geral.

No Brasil, Venezuela, Chile e Argentina, a reestruturação significou desindustrialização que internacionalizou a propriedade do capital e reduziu a participação da indústria tanto no PIB quanto na criação de empregos e com aumento do desemprego industrial, da informalidade e da precariedade dos vínculos empregatícios. Em outros casos, como México e Bolívia, houve mudanças da estrutura fabril ou sua transferência para outras regiões do país, com crescimento do nível de emprego. Mas as taxas de desemprego também cresceram e o setor informal ainda acolhe a maior parte da força de trabalho em muitas regiões importantes. (Região Metropolitana da Capital Federal Mexicana). A produtividade cresceu e, ao contrário da economia do Brasil e da Argentina, a mexicana tornou-se altamente dependente das exportações para os EUA.

A Argentina cresceu economicamente até quase o final dos anos 90, ao custo de maior concentração e desigualdade de renda. No México as taxas de desemprego cresceram até a metade da mesma década, caindo constantemente a partir de então. No Brasil a pobreza caiu bruscamente no início do plano de ajuste econômico, mas a partir de 1998 voltou a crescer ao passo que a renda real dos trabalhadores começou a declinar ao tempo em que as taxas de desemprego dispararam. No Chile os custos iniciais da reestruturação, a recuperação dos anos 80 reduziu a pobreza a níveis equivalentes aos da década de 1960, mas não a desigualdade nem o desemprego.

Passado o ciclo mais agudo das reformas, vive-se na região certa efervescência pós-neoliberalismo. na direção de um neo-keynesianismo no âmbito das políticas econômicas. Há quem fale no surgimento de um 'neo-corporativismo'. (Já Brasil, Chile e México são casos de permanência da rationale mais geral do programa de reformas numa palavra, manutenção de estabilidade macroeconômica via controle da inflação e das contas públicas). Esta, porém, se acompanha de medidas de concessão ao trabalho organizado e de políticas compensatórias mais incisivas voltadas para as populações mais afetadas por aquelas mesmas reformas. Se for possível construir um padrão latino-

americano de relações de trabalho no período pré-reformas, o período mais recente apresenta grande diversidade estrutural entre os países.

VI - CONCLUSÃO

As reformas econômicas dos anos 1980 à 1990 deixaram como herança mais conspícua a insegurança no mercado de trabalho para uma parte considerável da população do Continente. Mesmo com a reversão das expectativas quanto ao crescimento econômico em 2007, 67% dos latino-americanos tinham medo de perder seus empregos. A informalidade é pervasiva na América Latina. Mas a questão importante para o argumento que quisemos desenvolver é que a própria expectativa de inclusão sempre teve um papel 'decisivo' na região. E, sobretudo, aquela expectativa era vez por outra satisfeita, por causa dos índices tradicionalmente altos de rotatividade no emprego, que faziam com que os trabalhadores desfrutassem de períodos mais ou menos longos de emprego formal. Isto, argumentamos, contribuiu para tornar o mercado de trabalho formal e seus regulamentos uma das instituições coesivas mais importantes, se não a mais importante, no continente.

A maior parte da população ainda depende do trabalho pesado para sua subsistência. O trabalho ainda é um elemento central nas biografias da vasta maioria da população em nossa região. A crise do trabalho nos anos recentes, fruto da adoção de programas de ajuste estrutural que, ao tentar despolitizar a economia, desorganizaram os centros tradicionais de construção de identidades sociais e coletivas, redundou na quebra da promessa de inclusão representada pela economia capitalista formal e pelo mercado formal de trabalho, apagando do horizonte de boa parte dos trabalhadores a perspectiva de um trabalho decente para uma vida digna. Os trabalhadores, temerosos de perder seus empregos formais e os direitos a eles vinculados, aceitaram relações de trabalho draconianas, reduzindo o ímpeto para a ação coletiva e, com isso, o poder para assegurar direitos adquiridos anteriormente às reformas. Desempregados, sem-terra, sem-teto, sem-direitos, os trabalhadores pobres ganharam a cena, pedindo inclusão social de algum tipo, mesmo que por fora dos instrumentos tradicionais de representação de interesses.

Passado o período mais agudo das reformas, Argentina e Brasil são casos de reversão das tendências gerais de degradação do trabalho. O emprego e os salários reais inverteram a curva anterior de queda, enquanto a pobreza e a desigualdade sociais diminuíram. No Chile, ainda que o emprego estivesse em recuperação já em fins do período Pinochet, a tendência se aprofundou nos governos da Concertación, sobretudo em anos mais recentes, acontecendo o mesmo com os salários reais e com a queda na desigualdade.

No México, ao contrário, os salários reais continuam caindo ou estão estancados em patamares 33% inferiores aos vigentes antes da crise de 1994, ainda que as taxas de desemprego se mantenham muito baixas. Na Venezuela o quadro é mais complexo, com aumento da pobreza e do desemprego no início do governo Chávez. Na Bolívia, ainda não houve tempo para a produção de dados confiáveis.

A combinação dessas tendências distintas, ou seja, arranjos institucionais persistentes ou em mutação, e ambientes econômicos em transformação, mas em direções diversas segundo os países, não permite generalizações. O grande desafio das políticas públicas

voltadas para a coesão social no continente parece ser o de reconhecer que as pessoas que vivem de sua capacidade de trabalho têm direitos relacionados a essa mesma capacidade, em contraposição à exploração injusta ou violenta, ou à privação Em resumo, este tem sido o pilar da instituição do direito do trabalho no mundo ocidental, fundamento, ainda hoje, da aquiescência dos trabalhadores à ordem capitalista.

O Direito através da doutrina humanista figura como instrumento de proteção contra as distorções geradas pelo capitalismo, uma vez que todo homem tem natureza econômica. E, embasado na fraternidade comprova que não existe dignidade sem inclusão social.

BIBLIOGRAFIA

A máquina e o equilibrista: tecnologia e trabalho na indústria automobilística brasileira. São Paulo: Paz e Terra, p 387-427.

AQUINO, Santo Tomás de. O credo. Ed. Vozes, 2006.

ARMSTRONG, Alberto; AGUILA, Rafael. (2000), *Las huelgas em empresas del sector privado em Chile: 1979-1999. Revista Abante* 3(2): 165-201, em http://www.abante.cl/files/ABT/Contenidos/Vol-3-N2/2%20Armstrong%20Aguila.pdf

Arze Aguirre. (1999), *Notas para una historia del siglo XX en Bolivia, Bolivia en el siglo XX.*

AUDI, Patricia. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Coordenadora Nacional do Projeto de Combate ao Trabalho Escravo no Brasil – OIT.

BENSUSÁN, G. (2000), *El Modelo Mexicano de Regulación Laboral.* México: FLACSO, UAM, Friederich Ebert Stiftung and PyV Editores.

BENSUSÁN, G. (2003), *Exclusión Social en América Latina: La dimension Institucional*.

CARDOSO, A. M. (1999), *Sindicatos, trabalhadores e a coqueluche neoliberal: a Era Vargas acabou?* Rio de Janeiro: FGV.

CARDOSO, A. M. (2003), *A Década neoliberal e a crise dos sindicatos o Brasil*. São Paulo: Boitempo.

CARDOSO, Adalberto M. e Lage, Telma. (2007), *As Normas e os Fatos. Desenho e Efetividade das Instituições de Regulação do Mercado de Trabalho no Brasil.* Rio de Janeiro, FGV.

CARDOSO, Fernando H e Foxley Alezandro. América Latina – *Desafios da democracia e do desenvolvimento*, vols. I e II, 2009.

CASTRO, Maria Portella de; WACHENDORFER Achim - coord. Chile, *Sindicalismo y Globalización. La dolorosa inserción en un mundo incierto.*. Caracas: Nueva Sociedad.

De la Garza, E. (2006), *El sindicalismo y el cambio en las relaciones de trabajo en el sexenio de Fox*, en Salas, Carlos (comp.). *La situación del trabajo en México, 2006*. Disponível em http://docencia.izt.uam.mx/egt/publicaciones/libros/actlst06/indice.htm.

DIEESE (1997), *Impactos das recentes transformações no mundo trabalho sobre as contratações coletivas*. São Paulo: Dieese, 1997.

DIEESE (2006), *Taxa de Judicialização das Negociações Coletivas de Trabalho no Brasil*. *Estudos e Pesquisas* 21, São Paulo, DIEESE, em http://www.dieese.org.br/esp/pesquisasindical/estpesq21_judicializacao.pdf.

Folha Universal, 30 de agosto de 2009. p. 14.

GARCIA, Maria da Gloria; F.P.D, ALMEDINA. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. 2005.

MARTUCCELLI, Danilo e SORJ Bernardo. *O desafio Latino-Americano – Coesão social e democracia*. Ed. Civilização Brasileira. 2008.

NASAR, Nelson. Direito *Econômico e Contrato de Trabalho*. Ed. Atlas, 2007.

NETO, A. M. C. (1999), *As negociações coletivas como expressão das relações de trabalho.*

Noronha, Eduardo G. (2000), *Entre a Lei e a Arbitrariedade: mercados e relações de trabalho no Brasil*. São Paulo. Ed. LTr.

PRESIDÊNCIA de La Republica do Mexico. Mexico, 2008. Disponível em: http://www.constitucion.gob.mx/. Acesso em: 14 de setembro de 2009.

Reestruturação produtiva e negociações coletivas entre os metalúrgicos paulistas. Idéias 9(2) –10(1): pp. 65-112.

REVISTA ISTOÉ. São Paulo. Edição 2078 de 09/09/2009, p. 38 e 39.

ROMITA, Arion Sayão. *Direito Fundamentais nas Relações do Trabalho*. Ed. LTR. 2009.

ROSSEAU, JJ. *Do Contrato Social*. Ed. RT, 2008.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução a Economia*. Ed. Atlas. 2009.

SANTOS, W. G. (1979), *Cidadania e justiça - a política social na ordem brasileira.* Rio de Janeiro, Campus.

SEVCENKO, Nicolau. *A corrida para o Século XXI*. Ed. Cia. Das Letras. 2009.

SINGER, P. (1988), *Reflexões sobre inflação, conflito distributivo e democrac*ia, in Reis, F.W. and O'Donnell, G. (1988): *Democracia no Brasil: dilemas e perspectivas*. São Paulo: Vértice.

Um estudo do caso brasileiro de 1992 a 1998. PhD Dissertation, UFMG..

VELLOSO, Gabriel. *Trabalho Escravo Contenporâneo – Desafios de superar a negação.* Ed. Anamatra. 2006.

WEFFORT, F. C. (1978), *O Populismo na Política Brasileira*. Rio de Janeiro. Paz e Terra.

WEFFORT, Francisco (1978): *O populismo na política brasileira.* São Paulo. Paz e Terra.

WERNECK VIANNA, L. J. (1999), *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG..

WEYLAND, K. (1998), 'Swallowing the bitter pill: sources of popular support for neoliberal reforms in Latin America'. *Comparative Political Studies* 31(5): 539-568.

ZAPATA, Francisco (1993), *Autonomía y subordinación en el sindicalismo latinoamericano.* México: Fondo de Cultura Económica.

ZAZUETA, C. e De la Peña, R. (1984), *La estructura del Congreso del Trabajo*. México: FCE.

SAYEG, RICARDO HASSON. Globalização E Capitalismo – Doutrina Humanista De Direito Econômico. Livre Docência. Professor livre-docente e Coordenador da Disciplina de Direito Econômico do Departamento de Ciências Tributárias, Econômicas e Comerciais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

FOXLEY, Alejandro- América Latina – Desafios da Democracia e do Desenvolvimento – v.II, CAMPUS.

FOXLEY, 372.

PRESIDÊNCIA de La Republica do Mexico. Mexico, 2008. Disponível em: http://www.constitucion.gob.mx/. Acesso em: 14 de setembro de 2009.

FOXLEY, volume II, pags. 370 e seguintes.

FOXLEY, v. II.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia, São Paulo, RT, 2001, p.41.

VIANNA, Segadas, ET AL. Instituições de Direito do Trabalho. 13. Ed. São Paulo: LTr, 1993, v. 1, p. 27.

CASTRO, A & LESSA, C. Introdução á Economia: Uma Abordagem Estruturalista. Rio de Janeiro, FORENSE UNIVERSITÁRIA, 1974, p. 27.

REVISTA ISTOÉ. São Paulo. Edição 2078 de 09/09/2009, p. 38 e 39.

CARLOS, Vera Lúcia; JUNIOR, Milton Amadeu. Trabalho escravo e o ordenamento jurídico vigente.

Raízes do Brasil. São Paulo: Compainha das Letras, 2002, p. 49.

Audi, Patricia. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Coordenadora Nacional do Projeto de Combate ao Trabalho Escravo no Brasil – OIT.

Velloso, Gabriel e Fava, Marcos Neves. Trabalho escravo contemporâneo, o desafio de superar a negação. LTR, 2006, p. 74.

Furtado, Celso. Formação Econômica do Brasil. São Paulo: Nacional 1977, p. 138.

Lobato, Elvira. "Lavoura arcaica". Folha de São Paulo. São Paulo, 18 de julho de 2004, p. A5.

Folha Universal, 30 de agosto de 2009. p. 14.

EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NA RELAÇÃO DE TRABALHO*

EFFECTS OF GLOBALIZATION IN THE RELATIONSHIP WORK

Fátima Cecília Araújo Paes Wermelinger

RESUMO

A globalização econômica fruto do modelo de produção capitalista, que surgiu com a primeira revolução industrial, onde a obtenção de lucro leva a conquista por novos mercados consumidores. Gerou conseqüências no modo de trabalho existente, acarretando a reestruturação do trabalho. O contrato de trabalho, para atender à pressão econômica e se adaptar às novas exigências pela busca de maior competitividade e produtividade, vem se fragmentando em vários outros tipos de relação de trabalho. Neste sentido, o presente artigo visa analisar o processo de globalização que tem contribuído para a mudança nas relações de trabalho ocasionando a descentralização produtiva – terceirização e o surgimento de novas formas de trabalho como a parassubordinação.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: RELAÇÃO DE TRABALHO, GLOBALIZAÇÃO, FLEXIBILIZAÇÃO, DESCENTRALIZAÇÃO PRODUTIVA, TERCEIRIZAÇÃO, PARASSUBORDINAÇÃO.

ABSTRACT

The economic globalization that came from the capitalist production model that started from the first industrial revolution, in which obtain profits conduct to the conquest of news markets consumers. It provoked consequences in the corrent working way, leading to the restructuring of work. The employment contract to take account of economic pressure and adapt to new requirements in the search for greater competitiveness and productivity, fragmented into many other types of work relationship. In this sense, this article analyze the globalization process that contributed to the change in work relationships leading to decentralized production - outsourcing and the emergence of new forms of work such as “parassubordinação”.

KEYWORDS: KEYWORDS: EMPLOYMENT RELATIONSHIP, GLOBALIZATION, FLEXIBILITY, DECENTRALIZATION. OUTSOURCING AND PARASSUBORDINAÇÃO

INTRODUÇÃO

Com a organização do homem em sociedade e, com todas as alterações políticas econômicas e sociais que está sociedade sofreu; o mundo do trabalho também mudou,

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

principalmente com o surgimento do capitalismo, baseado na obtenção do lucro. Desde as revoluções industriais com a busca por novos mercados de consumidores há mudança nas formas de prestação de trabalho.

A partir dessas mudanças e com o advento do Estado neoliberal, surge a mundializaçao do capital, com a flexibilização das relações e dos direitos do trabalho. O conceito de trabalho formal está mudando e tornando cada vez mais informal a relação entre empregado e empregador.

Fala-se em flexibilização, desregulamentação das relações de trabalho e descentralização da produção como formas de se resolver os impactos causados pela globalização da economia na sociedade.

I – GLOBALIZAÇÃO

1.1 – CONCEITO

Segundo Oscar Ermida Uriarte, a globalização pode ser resumida como sendo a expansão e o aprofundamento da economia capitalista e de seus postulados teóricos, que se define como fenômeno complexo, multifacetário e dinâmico[1].

A globalização da economia seria um processo de reorganização da divisão internacional do trabalho, ocasionado em parte pelas diferenças de produtividade e de custos de produção entre países. E, de acordo com Uriarte, esse processo vem acompanhado de uma ideologia legitimadora que tende a privilegiar o capital sobre o trabalho. A competitividade das empresas no mercado global converte-se em um bem supremo, ao qual todos os demais se subordinam.

Para Arion Sayão Romita, a globalização é um processo irreversível que permite o deslocamento rápido barato e maciço de mercadorias, serviços capitais e trabalhadores, podendo-se pensar no surgimento de um único mercado planetário de bens e trabalho. Sendo então, conceituada, como um conjunto de fatores que determinam a mudança dos patrões de produção, criando uma nova divisão internacional do trabalho. Já que a economia passa a se desenvolver numa escala mundial, tornando obsoleta a clássica noção de fronteira geográfica.[2]

O professor Ives Gandra, de forma sucinta, entende que a principal característica da economia globalizada é a competitividade internacional, isso porque a globalização da economia consiste na abertura das economias nacionais ao mercado mundial, pela necessidade da competição das indústrias nacionais com as estrangeiras. [3]

1.2 – A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GLOBALIZAÇÃO

A globalização econômica não é um evento imediato e assustador, é um processo que ocorre em ondas, com avanços e retrocessos separados por intervalos que podem durar

séculos[4]. Assim, em ciclos hoje, de acordo com Roberto Campos, vivemos a quarta globalização.[5]

Para Romita, a primeira globalização surgiu com a ascensão do império Romano, que dominou o mundo do oriente, pelo predomínio do latim, pela forma de tratar os povos dominados, respeitando seus valores e costumes, pela difusão de seus sistemas legal e de sua moeda que findou com a feudalização política e comercial.[6]

A segunda globalização iniciou-se com o mercantilismo, no período das grandes descobertas dos séculos XIV e XV, tendo os novos continentes e os seus caminhos marítimos para as Índias e para a China provocando uma enorme ampliação no comercio internacional entre a Europa, a África e as Américas. A imensa expansão daqueles mercados favoreceu os artesãos e, principalmente, os industriais emergentes.

A terceira globalização surge no século XIX, após as guerras napoleônicas e, a partir da Revolução Francesa, o liberalismo se sobrepõe ao mercantilismo, a democracia política começa a prosperar, ocasionando grandes mudanças sociais, entre elas: o inicio da liberalização do comércio, com o tratado de livre comercio entre a França e a Inglaterra em 1860; as novas rotas de comércio que surgem com a colonização da África e da Ásia. A terceira globalização foi interrompida pela primeira grande guerra mundial, de 1914 a 1918. E com ela surge a era do coletivismo de direita – o fascismo, e de esquerda – o comunismo, que pregavam o protecionismo econômico em detrimento ao livre comércio.

A quarta globalização, a atualmente vivida, surge após a segunda guerra mundial, com o aparecimento das empresas transnacionais e da chamada cosmossociedade, atingiu seu apogeu com o colapso do regime socialista em 1989/1991.

Georgenor de Souza Franco Filho entende que, a globalização é um fenômeno irreversível e quem não a aceitar será excluído do mundo do comércio. A historia da globalização está intimamente ligada à historia do capitalismo e esse ligado à revolução industrial, de tal forma que para se entender todo processo da globalização necessário se faz analisar de certa forma a história do capitalismo e das revoluções industriais.[7]

1.3 – AS REVOLUÇÕES INDUSTRIAIS

Karl Marx, em O Capital, ressalta que a alteração radical no modo de produção de um ramo da indústria ocasiona uma mudança similar nas outras esferas. Isso acontece inicialmente nos ramos da indústria que, embora isolados pela divisão social do trabalho, de forma que cada um deles produz mercadoria autônoma, estão ligados entre si como fases separadas de um processo global. A revolução no modo de produção da indústria e da agricultura provocou, também, uma revolução nas condições gerais no processo de produção social, isto é nos meios de comunicação e transporte. Com a revolução industrial a substituição da ferramenta e, da própria mão humana por dispositivos mecânicos. São máquinas fabricando máquinas.[8]

A primeira revolução industrial ocorre no fim do século XVIII, início do século XIX, na Inglaterra, com o surgimento da máquina, movida a vapor, em substituição do trabalho humano.

As máquinas eram consideradas pelos trabalhadores como causadoras de todas as desgraças por eles sofridas. Assim, varias vezes eles se organizaram para destruir, ferramentas, maquinas e instalações, consideradas responsáveis pela crise do trabalho.[9]

A segunda revolução acontece no fim do século XIX início do século XX, com substituição dos motores à vapor por motores elétricos e a explosão, petróleo.

Após a Primeira Grande Guerra, as empresas se transformam e surgem as grandes concentrações industriais, nas quais o conceito de eficiência no processo de produção é introduzido, por Taylor.

De acordo com os princípios da administração científica, criado por Taylor, o trabalho deve ser executado de acordo com a lei do menor esforço, com o máximo de precisão no menor tempo possível. “Os empregados não precisam pensar, outras pessoas são pagas para isso.”

Romita explica que,

O taylorismo caracteriza-se por uma nítida separação entre a concepção(organização das tarefas e sua execução). O homem não passa de uma engrenagem no sistema complexo dominado pela máquina. A paralisação das tarefas e um estrito controle do trabalho constituem os elementos fundamentais da organização científica do trabalho. A atomização daí resultante é compensada pela existência de uma hierarquia repartida em vários níveis.[10]

Henry Ford desenvolve o método de produção em série, adotando a esteira móvel para acelerar o ritmo de trabalho. Esse método trás ganhos econômicos, mas em contrapartida o caráter parcelado do trabalho sujeita o empregado a um ritmo desumano causando acidentes e doenças profissionais. Em compensação, Henry Ford adota métodos paternalistas na administração de suas empresas, incentivando o aumento de salários para que seus empregados pudessem compra os automóveis por ele produzidos. [11]

A terceira revolução industrial, também chamada de revolução científica e tecnológica, surge após a segunda guerra mundial, onde o mundo capitalista começa a sofrer os impactos das descobertas científicas que irão gerar a revolução tecnológica.

A revolução tecnológica que causas transformações no mundo capitalista começa a partir da descoberta de inventos como a televisão, o microprocessador, o controle de estoques por computador integrado “stock zero” ou “just in time”, as fibras óticas e as telecomunicações, a biogenética e a bioagricultura, os lasers, e toda a parafernália da tecnologia digital. [12]

Essa transformação causada pelo avanço da ciência e tecnologia, possibilita a mundializaçao do processo de produção, disseminando o sistema de produção em massa.

A indústria automobilística japonesa emerge após a segunda guerra com modelo de produção diferente do modelo americano, onde o novo processo gerencial, com hierarquia horizontalizada permite que a informação seja processada em grande velocidade pela equipe gerando um ganho de tempo nas tomadas de decisão, combinado com equipamentos mais sofisticados dá ensejo ao chamado sistema de produção enxuta.

Este sistema de produção é denominado toyotismo, preconiza produção em massa e em grande escala, sistemas industriais complexos e interligados, hierarquia horizontalizada (trabalho em equipe).

O novo modelo de produção que surge como avanço tecnológico, causa a desestabilização dos antigos equilíbrios, ameaça os mercados cativos e gera o desemprego.

Isto porque os trabalhadores estavam habituados ao antigo sistema e nem sempre dominavam os conhecimentos necessários para atuarem no novo sistema de empregos mais qualificados. Surge assim, um novo modelo de contrato social caracterizado pela integração técnica, subcontratação, fabricação por encomenda, horários modulados, distribuição 'telemática', gestão just in time. Que exige um entendimento entre empresários e sindicatos pautado no compromisso claro e explícito, assentado sobre uma base sólida e duradoura.

A quarta revolução industrial, nossa contemporânea, surge com a utilização dos microcomputadores em grande escala, do microchip, da nanotecnologia com impacto na medicina, na manufatura e na indústria bélica. Porém, ainda está e, processo de desenvolvimento, e poucos são os estudos sobre o impacto dessas novas tecnologias sobre o trabalho humano.

Ainda é cedo para se avaliar, por exemplo, como a nanotecnologia irá interferir nas relações de trabalho. A expectativa que surge da evolução tecnológica a partir da nano ciência, a exemplo das revoluções anteriores, será de inicialmente gerar desemprego e de posteriormente obrigar os trabalhadores a se adaptarem mais rapidamente possível para estarem aptos a lidar com novas máquinas e equipamentos que serão utilizados na fabricação de produtos revolucionários e inéditos, produtos estes que solicitarão mão-de-obra especializada na realização de serviços de manutenção e de reposição de peças, de forma a adaptar o trabalhador ao novo mundo.[13]

Aparece no mundo do trabalho a "multidisciplinaridade" do trabalhador, que agora sem a tradicional divisão do trabalho, passa a exercer atividade altamente qualificada e integrada. Para as profissões de ponta, a cooperação tornou-se uma condição para o desenvolvimento de projetos inovadores. E com isso, consultores de negócios já imaginam o nascimento de inúmeras funções, antecipando as novas ocupações que poderão surgir nos próximos anos.

A globalização é uma tendência natural do capitalismo, pois está sempre em busca de novos mercados e de maiores lucros para realimentar o processo de acúmulo de capital. Gerando efeitos também no mundo do trabalho.

Segundo, Amauri Mascaro Nascimento[14], os efeitos gerados pela globalização econômica no mundo do trabalho, são:

• Sobre os empregos, pode acarretar a sua redução ou a sua ampliação setorial, decorrente da criação de novos postos produtivos oriundos do crescimento do setor de serviços;

• A migração de indústrias dos países desenvolvidos para os emergentes;

• A descentralização das atividades da empresa (terceirização), por meio de subcontratações;

• A informalização do trabalho, o crescimento do trabalho autônomo e, o surgimento da parassubordinação;

• A requalificação profissional do trabalhador, com a valorização do ensino geral e profissional.

No Brasil a globalização da economia produz efeitos semelhantes ao produzido no mundo capitalista, ressalvadas as especificidades de um país em desenvolvimento, cujos problemas são agravados pelo desemprego e pela marginalização social. Além da constante preocupação com o chamado desemprego aberto, existe também o fantasma do subemprego e do crescimento da informalidade. [15]

II – TERCEIRIZAÇÃO

O modelo clássico de trabalho fundamentado na relação de emprego típica, gerada pelo contrato de trabalho de prazo indeterminado, com empregador único, sofreu alteração com as pressões determinadas pelos novos modos de produção, da globalização, que exigem especialização em todas as áreas, provocando o surgimento da descentralização das atividades empresariais.

A busca por melhores condições de dirigibilidade da empresa, e a horizontalização do processo de produção gerou a desconcentração industrial, caracterizada pelo desmonte ou descarte de atividades acessórias ou intermediárias, e a conseqüente delegação dessas atividades para empresas especializadas ou terceirizadas e, estas deveriam prestar serviços de alta qualidade e de elevada técnica produtiva.[16] João de lima T. Filho.

2.1 – CONCEITO

Segundo Alice Monteiro de Barros, “o fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal”. [17]

Maurício Godinho Delgado define a terceirização como, fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno o trabalhador insere-se no processo produtivo da empresa tomadora sem que aquele possa ser considerado como empregado desta, portanto, não se estendendo a ambos as normas trabalhistas. Estas serão aplicáveis apenas entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviço. [18]

Para Robortella, a palavra terceirização indica “a existência de um terceiro que, com competência, especialidade e qualidade, em condições de parceria presta serviços ou produz bens para a empresa contratante”.[19]

Romita, em discordância com a utilização da expressão, entende que o termo terceirização é inadequado, pois não existe um terceiro na relação jurídica, mas um segundo, devido à autonomia do contrato civil estabelecido entre a empresa tomadora e a prestadora de serviço. O correto seria a utilização da expressão ‘terciarização’, tendo em vista que a prestação de serviços das subcontratadas está ligada ao setor terciário da atividade econômica capitalista.[20]

2.2 – Previsão legal

O ordenamento jurídico brasileiro regulamenta algumas hipóteses de terceirização, a saber:

- Trabalho temporário, Lei 6.019/74;
- Trabalho de vigilância bancária, Lei 7102/83.

2.2.1 - Análise da Legislação

- Lei 6.019 de 1974 – Trabalho temporário

O artigo 2º da lei conceitua o trabalho temporário como aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender a **necessidade transitória de substituição de seu pessoal** regular e permanente ou a **acréscimo extraordinário de serviço**. (grifo nosso)

São sujeitos da relação de trabalho: a empresa de trabalho temporário, o trabalhador temporário e o tomador dos serviços.

O trabalhador que se submete a esse tipo de contrato é empregado da empresa de trabalho temporário. Esta delega o poder de comando ao tomador, mas com ele o empregado não mantém relação de emprego. Contudo, se o contrato de trabalho temporário não se destinar à execução de serviço transitório, de substituição de pessoal ou a acréscimo extraordinário de serviço, ele será nulo, acarretando a formação de vinculo empregatício direto com o tomador. (art.3º, Lei 6.019).

O prazo máximo de duração do contrato celebrado entre a tomadora e a fornecedora de mão-de-obra, em relação a um mesmo empregado é de 90 dias.

O artigo 12 da lei determina que, são direitos do trabalhador temporário:

a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;

b) jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 20% (vinte por cento);

c) férias proporcionais, nos termos do artigo 25 da Lei nº 5107, de 13 de setembro de 1966;

d) repouso semanal remunerado;

e) adicional por trabalho noturno;

f) indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido;

g) seguro contra acidente do trabalho;

h) proteção previdenciária nos termos do disposto na Lei Orgânica da Previdência Social, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973 (art. 5º, item III, letra "c" do Decreto nº 72.771, de 6 de setembro de 1973).

Além deste, ser-lhe ao devidos também: gratificação natalina, adicional noturno, RSR, previdência social, horas extras, PIS, férias com 1/3, jornada de trabalho de 8 h diárias e 44h semanais, FGTS, e indenização de 40% caso haja rompimento antecipado.

Fernando Basto Ferraz, assegura que existem vantagens com a terceirização tanto para o trabalhador quanto para a empresa tomadora de serviço. Para o trabalhador, o trabalho temporário, abre possibilidades de ocupação condizentes com suas necessidades, possibilita experiências profissionais variadas, e garante maior liberdade de ação profissional e econômica. Para o tomador, atende a empresa no caso de escassez temporária de mão-de-obra, permite a redução de pessoal efetivo com a contratação apenas nos momentos de ‘picos’, aumenta a produtividade média da mão-de-obra, pelo uso racional desta. [21]

- Lei n° 7.102/83 – Vigilância

A lei 7.102 de 1983 regulamenta o serviço de vigilância bancária possibilitando a terceirização neste tipo de atividade. Porém, como esta lei terceiriza apenas o serviço de vigilância bancária, anos mais tarde ela foi revogada pela Lei nº. 8863 de 1994 que amplia a hipótese de terceirização na área de vigilância para toda e qualquer vigilância patrimonial seja, pública ou privada, inclusive segurança de pessoas físicas, além do transporte ou garantia de transporte de qualquer tipo de carga. Desde que, está seja a atividade meio da empresa tomadora. E o vínculo se forma com a empresa fornecedora. Podendo até mesmo ser prestada por pessoa física.

Há que se observar ainda que a Lei nº.8.949 de dezembro de 1994, altera o art.442 da CLT introduzindo a este um parágrafo único, possibilitando uma nova forma de terceirização.

Art. 442, parágrafo único, "qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes (cooperativados) e os tomadores de serviços daquela.".

A terceirização por meio das cooperativas é viável, porém a fraude é praticamente certa, visto que haverá intermediação de mão-de-obra sem que a cooperativa seja enquadrada na Lei nº. 6.019/74, que admite essa intermediação apenas por meio das empresas de trabalho temporário.

2.3 – Previsão jurisprudencial

Em 1986 o TST editou o Enunciado. 256, como objetivo de uniformizar os casos passíveis de terceirização

Contrato de prestação de serviços. Legalidade – cancelada – Res.121/2003,DJ 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas leis n°6019/74 e n°7102/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.(Res.4/1986,DJ 30.09.86)"

Em 1993, o enunciado 256 foi revisado a alterado pelo Enunciado 331.

En. 331 do TST: "Contrato de prestação de serviços". Legalidade – Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000.

I. A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n° 6019/74).

II. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou funcional (art.37, II, da CRFB/88).

III. Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n° 7102/83) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (art.71 da Lei n° 8666/93).

2.3.1 – Análise do enunciado 331

O inciso I determina que a contratação por empresa interposta continua sendo ilegal, formando-se vínculo diretamente com o tomador. O TST considera inadmissível delegar tarefas canalizadas para a atividade-fim da empresa, salvo o trabalho temporário.[22]

Maurício Godinho Delgado diferencia Atividade-fim e Atividade-meio como sendo: as atividades-fim são as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. E, atividades-meio, são as funções ou tarefas que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços. [23]

O inciso II exclui a possibilidade de relação de emprego entre o trabalhador e os órgãos da administração direta ou indireta, quando aquele que lhe presta serviços, por meio de contratação irregular, sem concurso público.

Prevalece o entendimento que defere ao trabalhador contratado irregularmente apenas o pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. (Enunciado 363 do TST).

O inciso III limita-se a permitir que o usuário recorra ao contrato de natureza civil apenas quando se tratar de serviços de vigilância, conservação e limpeza, ou de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador e, ainda assim, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta, pois, presentes estes dois pressupostos, a relação jurídica se estabelecerá com o tomador de serviços.

O inciso IV dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, fornecedor de mão-de-obra, implica responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, inclusive se for órgão da administração direta ou indireta, desde que tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

O tomador dos serviços responderá, na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da prestadora de serviços. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na idéia de culpa presumida (*in eligendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra e, também no risco (art.927, parágrafo único, do código civil/2002), já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços de correu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador.[24]

Os órgãos públicos invocam o art. 71 da Lei 8666/93, como obstáculos á sua responsabilidade, ainda que subsidiária. (art. 71 – o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. A inadimplência do contratado, com referencia aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento).

Admitir isenção contida nesta norma implica conceder à Administração Pública, que se beneficiou da atividade dos empregados, um privilégio injustificável em detrimento da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho preconizados na própria Constituição.

Assim, o entendimento do TST em algumas decisões é no sentido de que: se cabe ao particular responder pelos danos responder pelos danos advindos da culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando,* com mais razão há de se exigir do Estado tal responsabilidade, uma vez que lhe compete realizar o bem comum, o qual não pode ser alcançado mediante lesão aos direitos dos trabalhadores.

Decisões do TST a cerca da responsabilidade do empregador órgão da administração direta ou indireta:

"Responsabilidade Subsidiária". Ente Público. Culpa *In Eligendo.*

Presume-se inidônea a empresa prestadora de serviços, na medida em que não honra suas obrigações trabalhistas. Tendo isto ocorrido, **não há como se invocar a Lei 8666/93 para dizer que a responsabilidade não pode ser transferida para o Estado**". TST-RR-35245/97 – Rel.:Min. Jose Luciano de C. Pereira.DJU 31.03.2000.

"Administração Pública. Responsabilidade Subsidiária.

Da análise dos termos do art.173,$1º, da Constituição/88, depreende-se que o constituinte originário aplicou às empresas públicas, sociedades de economia mista e a outras entidades que exploram atividades econômicas o mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas. **Assim sendo, se as**

empresas privadas estão sujeitas à condenação subsidiária, não poderia o art. 71 da Lei 8666/93 excepcionar a Administração Pública desse encargo, na medida em que a própria constituição não o faz. Interpretar o art. 71 com a rigidez pretendida pela ora recorrente seria, inclusive, negar ao trabalhador o acesso à justiça do Trabalho para garantir a satisfação de seus direitos trabalhistas, pois colocaria a Administração a salvo de qualquer responsabilidade subsidiária, mesmo na hipótese de ter concorrido para a inadimplência dos créditos do trabalhador, seja através de contratação fraudulenta de terceiros, seja por má escolha da empresa prestadora de serviços ou mesmo por omissão na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada, o que seria um verdadeiro absurdo." TST-4° T.,RR 269994/96.7,Rel.: Min.Galba Magalhães Velloso,publlicado.DJU em 18.09.98.

III – PARASSUBORDINAÇÃO

As transformações econômicas causadas pela globalização, geraram uma crise no modelo tradicional de trabalho, que era composto basicamente por dois tipos de relação trabalhista, a relação de emprego que se caracteriza por ser um labor prestado por pessoa física, com pessoalidade, de natureza não-eventual, mediante salário e, de forma subordinada. E, o trabalho autônomo, realizado sem subordinação.

Surge então um terceiro gênero denominado trabalho parassubordinado, este é um modelo intermediário entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo.

O conceito de parassubordinação é bastante controvertido, porque a doutrina ainda não chegou a uma conclusão a respeito da natureza jurídica, dos elementos caracterizadores, dos efeitos e dos direitos deste novo tipo de trabalho.[25]

Uma parte da doutrina considera parassubordinada as áreas mais amplas do que aquelas identificadas pela noção de subordinação técnico-funcional, e que são caracterizadas pela colaboração pessoal, a cujos trabalhos se aplicam tratamentos previdenciários similares ou idênticos aos dos trabalhadores subordinados. [26]

Outra parte, define o trabalho parassubordinado como relação jurídica que, prescindindo de sua formal e incontestável autonomia, conceitua-se a par da continuidade estritamente pessoal da prestação, integrada na empresa e por ela coordenada.[27]

A relação jurídica parassubordinada é caracterizada por alguns doutrinadores pelos seguintes elementos: a coordenação – é o principal elemento caracterizador da parassubordinação onde a sujeição do trabalhador às diretrizes do contratante acerca da modalidade de prestação, sem que haja, subordinação no sentido clássico há uma organização conjunta do serviço entre o trabalhador e o tomador; a continuidade – a atividade deve ser desenvolvida de forma não ocasional; a prevalência da pessoalidade – a prestação de serviço deve ser, preferencialmente, pessoal, nada impede, porém que haja utilização de auxiliares; a fraqueza contratual e econômica do trabalhador – a vulnerabilidade do trabalhador.

Não há consenso quanto aos elementos pessoalidade e continuidade.

Alice Monteiro de Barros conceitua a parassubordinação como sendo o serviço executado de forma coordenada entre o tomador e o trabalhador. O trabalhador, nesse caso, não é subordinado, mas presta uma colaboração contínua e coordenada à empresa e, por motivos fáticos e de desnível econômico, contratam seus serviços com esta em condições de inferioridade, sob a modalidade de contratos civis ou mercantis, como o de obra, prestação de serviços profissionais, transporte, etc., sem, entretanto, possuírem uma efetiva liberdade negocial. Propõe-se para o trabalho parassubordinado uma tutela adequada, sem a intensidade prevista para o trabalho subordinado e sem a ausência de tutela eficaz que ainda caracteriza o trabalho autônomo. [28]

A doutrina e a jurisprudência divergem quanto à possibilidade de utilização do trabalho parassubordinado no Brasil.

A maioria da doutrina brasileira entende que com a estrutura normativa vigente não é possível à utilização da parassubordinação como instituto apto a gerar direitos trabalhistas, não a reconhecendo como elemento caracterizador da relação de emprego.[29]

Amauri Mascaro Nascimento observa que a construção teórica da parassubordinação no Brasil teria alguma utilidade se existisse regulamentação legal específica a respeito do tema, diferente dos atuais modelos de relação de trabalho. Assevera o autor que como não há regulamentação legal, toda vez que o trabalho parassubordinado tiver características preponderantes de subordinação, mais simples será enquadrá-lo como trabalho subordinado, para efeito da legislação pertinente.[30]

A jurisprudência, tendo em vista a falta de legislação específica sobre parassubordinação, limita-se a enquadrar os casos concretos como sendo relação de emprego ou relação de trabalho, dependendo da presença e do grau de subordinação existente na relação.

Como se observa no acórdão proferido por Alice Monteiro de Barros, no RO nº 17.231/2000:

Relação de emprego e trabalho autônomo. A contraposição trabalho subordinado e trabalho autônomo exauriu sua função histórica e os atuais fenômenos de transformação dos processos produtivos e das modalidades de atividade humana reclamam também do Direito do trabalho uma resposta à evolução desta nova realidade. A doutrina mais atenta já sugere uma nova tipologia (trabalho coordenado o trabalho parassubordinado), com tutela adequada, mas inferior àquela prevista para o trabalho subordinado e superior àquela prevista para o trabalho autônomo. Enquanto continuam as discussões sobre este terceiro gênero, a dicotomia trabalho subordinado e trabalho autônomo ainda persiste no nosso ordenamento jurídico e, ao lado dos casos típicos, que não ensejam dúvidas, surgem figuras intermediárias que se situam nas chamadas “zonas grises”, cujo enquadramento apresenta-se difícil, denotando certa complexidade e conduzindo a jurisprudência à fixação de alguns critérios práticos para definir a relação concreta. Logo, comprovado na hipótese em exame, que a prestação de serviços não se desenvolveu com pessoalidade, tampouco sob a direção funcional e disciplinar do empregador, a relação estabelecida está fora da égide do direito do trabalho.[31]

Uma solução para esse impasse quanto à utilização da parassubordinação, seria a extensão dos direitos fundamentais previstos no art.7º da Constituição às relações de trabalho *lato sensu* como forma de inclusão social do trabalhador não empregado. Essa possibilidade ocorre devido à inexistência no texto constitucional de restrições aos demais trabalhadores que não possuem relação subordinada, possibilitando, com isso, a extensão pela via legislativa ordinária de alguns direitos àquelas relações sem vinculo empregatício. [32]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas últimas três décadas no mundo ocorreu uma verdadeira transformação, provocada pela revolução industrial, tecnológica e científica, que deflagrou um processo de globalização em escala e em intensidade sem precedentes. Segundo Romita, esse processo, é irreversível e, permite o deslocamento rápido, barato e maciço de mercadorias, serviços, capitais e trabalhadores. Grandes mercados regionais se formarão e pode-se prever, até mesmo, o surgimento de um único mercado planetário de bens e trabalho[33].

Com a globalização, as revoluções industriais e o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, o trabalho vem perdendo espaço e importância na estrutura das relações sociais e econômicas. O trabalho vivo, exercido pelo homem, perde lugar para o trabalho morto, executado por maquinas. O desemprego cresce e adquire características estruturais.

Com a adaptação do homem a essas transformações sociais, surgem novas formas de trabalho. Há a descentralização da produção ocasionando a terceirização da prestação de serviços. As empresas, agora, só se preocupam, só executam a atividade-fim delegando a outras empresas intermediadoras de mão-de-obra a atividade-meio.

Aparece uma forma de trabalho, que se situa paralelamente entre o trabalho prestado com subordinação e, o executado com autonomia. Esta nova relação de trabalho é denominada – Parassubordinação, que se caracteriza não pela subordinação do trabalhador, mas pela colaboração contínua e coordenada que este presta à empresa.

A instituição do trabalho parassubordinado implica na reforma do Direito do Trabalho, a fim de que se definam as situações que serão por ele abrangidas, e quais os institutos de natureza trabalhista que lhe serão aplicados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Amauri César. Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista. São Paulo: LTr, 2004.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

CAMPOS, Roberto. A quarta globalização. In: Jornal O Globo, 1º caderno, Rio de Janeiro, 11.05.1997.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 6º ed. São Paulo: LTr, 2007.

FERRAZ, Fernando Bastos. Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho. São Paulo: Ltr,2006

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Globalização do trabalho: rua sem saída. São Paulo: Ltr,2001

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Manual esquemático de direito e processo do trabalho. 16º ed. São Paulo: Saraiva 2008.

MERÇON, Paulo Gustavo do Amarante. Além dos portões da fábrica: o direito do trabalho em reconstrução. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Vol. 73, n. 3, Rio de Janeiro: Magister, jul - set/2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Curso de direito do trabalho. 22 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

ROBORTELLA, Luiz Armando Amorim. O moderno direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1994.

ROMITA, Arion Sayão. A terceirização e o direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1992.

_____. Globalização da economia e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, Otavio Pinto e. Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho. São Paulo: LTR, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANA, Segadas e TEXEIRA FILHO, João de Lima. Instituições de direito do trabalho. 19 ed. Vol. I São Paulo: LTr, 2000.

URIARTE, Oscar Ermida. A flexibilidade. São Paulo: LTr, 2002.

---

[1] URIARTE, Oscar Ermida. A flexibilidade. São Paulo: LTr, 2002.

[2] ROMITA, Arion Sayão. Globalização da economia e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1997, p28-29.

[3] MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Manual esquemático de direito e processo do trabalho. 16º ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18.

[4] CAMPOS, Roberto. A quarta globalização. In: Jornal O Globo, 1º caderno, Rio de Janeiro, 11.05.1997, p.7.

[5] CAMPOS , Roberto. Op. Cit,p. 7.

[6] ROMITA, Arion Sayão. Op. Cit, p.8

[7] FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Globalização do trabalho: rua sem saída. São Paulo: LTr,2001. p. 30.

[8] MARX, Karl.*apud* ROMITA,Arion Sayão. Op. cit. p.16

[9] ROMITA,Arion Sayão. Op. cit. p.17

[10] Romita, Arion Sayão. Op. cit. p.18-19

[11] *Ibidem, loc.cit*

[12] *Ibidem,op. cit. p.20*

[13] FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Op.cit, p. 51.

[14] NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Curso de direito do trabalho. 22 ed., São Paulo:Saraiva,2007, p.49-53.

[15] ROMITA, Arion Sayão. Op. cit., p. 32.

[16] SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO,Délio. VIANA, Segadas e TEXEIRA FILHO, João de Lima. Instituições de direito do trabalho. 19 ed. Vol. I, São Paulo:LTr,2000. p. 284.

[17] BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p.424.

[18] DELGADO,Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 6º ed. São Paulo: LTr.2007, p. 430.

[19] ROBORTELLA, Luiz Armando Amorim. O moderno direito do Trabalho. São Paulo: LTr,1994, p.236.

[20] ROMITA, Arion Sayão. A terceirização e o direito do trabalho. São Paulo: LTr,1992,p.273

[21] FERRAZ, Fernando Bastos. Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho. São Paulo: LTr,2006

[22] BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p.425-427.

[23] DELGADO, Mauricio Godinho. Op.cit.,pp.442-443.

[24] BARROS, Alice Monteiro de. Op.cit. p.426-427.

[25] BARROS,Alice Monteiro, op.cit.p.262

[26] Ibidem.loc.cit

[27] Ibidem. P.263

[28] Ibidem.loc.cit

[29] ALVES,Amauri César. Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista. São Paulo:LTr, 2004.p.130.

[30] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O.cit.p.459

[31]TRT da 3º Região. 2ª Turma. Acórdão 02019-2006-142-03-00-8.minas Gerais,27.11.2007. publicado no DJMG em 05/12/2007. disponível em www.tst.gov.br.

[32] MERÇON, Paulo Gustavo do Amarante.além dos portões da fábrica: o direito do trabalho em reconstrução. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Vol. 73, n. 3, Rio de Janeiro: Magister, jul - set/007, pp.122-123

[33] ROMITA, Arion Sayão. Op.cit. p. 28

DIREITO DOS REFUGIADOS AO TRABALHO NO BRASIL*

DERECHO DE LOS REFUGIADOS AL TRABAJO EN EL BRASIL

Gustavo Henrique Paschoal

RESUMO

O tema central do presente artigo é o direito dos refugiados ao trabalho em território brasileiro. Primeiramente, apresentam-se os conceitos de refúgio e refugiado na legislação e na doutrina brasileiras. A seguir, fala-se sobre o Conselho Nacional do Refugiado (CONARE), criado pela Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, o qual é responsável pela análise e deferimento dos pedidos de refúgio em território brasileiro. Em continuidade, o texto passa a discutir o procedimento necessário para a obtenção da condição de refugiado no Brasil, em conformidade com as disposições da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Na sequência, o artigo passa a falar sobre a fundamentalidade do direito do trabalho perante o Texto Constitucional, apresentando o conceito de direito fundamental, bem como as suas dimensões, introduzindo o tem central do artigo que é o direito do trabalho enquanto direito fundamental, explicitando que os refugiados têm o direito de trabalhar em território brasileiro, tendo direito, também, às garantias laborais previstas na Constituição Federal e Consolidação das Leis do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: REFUGIADOS. TRABALHO. DIREITOS FUNDAMENTAIS.

RESUMEN

El objetivo de este artículo es el derecho de los refugiados a trabajar en Brasil. En primer lugar, se presentan los conceptos de refugio y de refugiado en la legislación y en la doctrina de Brasil. Luego se habla sobre el Consejo Nacional para los Refugiados (CONARE), creada por la Ley N º 9474 de 22 de julio de 1997, que se encarga de examinar y aprobar las solicitudes de refugio en el territorio brasileño. A continuación, el texto pasa a examinar el procedimiento necesario para obtener la condición de refugiado en Brasil, de conformidad con las disposiciones de la Ley N º 9474 de 22 de julio de 1997. Además, el artículo va a hablar acerca de la fundamentalidad del derecho del trabajo en el Texto Constitucional, introduciendo el concepto de derecho fundamental, y sus dimensiones, presentando el tema de este artículo que es la legislación laboral como un derecho fundamental, explicando de que los refugiados tienen el derecho a trabajar en territorio brasileño, y también a las garantias laborales previstas en la Constitución y la Consolidación de Leyes Laborales.

PALAVRAS-CLAVE: REFUGIADOS. TRABAJO. DERECHOS FUNDAMENTALES.

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO

A questão atinente aos refugiados é pouco explorada pela doutrina jurídica brasileira, a despeito de ser um problema de proporções mundiais, e que tem crescido assustadoramente nos últimos anos.

Segundo relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), de julho de 2008, havia, até o final de 2007, sob competência do mencionado organismo internacional, cerca de 31,6 milhões de pessoas nas condições de refugiados e solicitantes de asilo[336].

No que se refere ao Brasil, em conformidade com dados obtidos junto ao *site* do Ministério da Justiça, vivem, hoje, 3.918 refugiados, de 71 nacionalidades diferentes, sendo 3.541 reconhecidos por vias tradicionais de elegibilidade (Lei nº 9.474/97), e 377 reconhecidos pelo Programa de Reassentamento[337].

O tema a ser debatido no presente artigo é o direito dos refugiados à inclusão no mercado de trabalho brasileiro. Para o desenvolvimento do mencionado tema, os problemas levantados serão, primeiramente, verificar o **conceito de refugiado**, bem como as regras que a ele se aplicam, quer nacionais, quer internacionais; em segundo lugar, conhecer os refugiados que vivem no Brasil, ou seja, quantos são, e de onde vêm; e, em terceiro lugar, saber quais são as condições sociais dos refugiados no Brasil, essencialmente no que se refere a **trabalho**, perscrutando se o direito constitucional ao trabalho, bem como os direitos laborais garantidos pela Constituição Federal de 1988, também se aplicam aos refugiados.

---

[336] Fonte: http://www.acnur.org/t3/portugues/estatisticas/. Acesso em 20 de janeiro de 2009.

[337] "O reassentamento é uma das soluções duradouras para aqueles refugiados que, por questões de segurança ou integração, não podem permanecer no primeiro país de acolhida nem retornar ao de origem. O Brasil, assim, recebe refugiados espontâneos e outros que são reassentados, vindos de outros países" (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009).

Por fim, o objetivo do presente trabalho é demonstrar que os refugiados têm, sim, direito ao trabalho, e que devem ter respeitados todos os direitos que a Constituição Federal, no art. 7º, garante a todos os trabalhadores, sem qualquer espécie de distinção.

2. DOS REFUGIADOS NO BRASIL

Para PAULO BORBA CASELLA[338], o ponto fundamental para conceituar um refugiado é a existência de "fundado medo de perseguição em virtude de motivos étnicos, religiosos ou políticos".

A Convenção de Genebra, de 1951, entende como refugiada a pessoa:

> Que, em conseqüência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em conseqüência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Em linhas gerais, refugiado é aquele que, tendo seus direitos fundamentais violados[339], e temendo por sua própria vida ou de outrem (família, amigos), em razão de sua crença, sua ideologia ou de sua origem, vê-se obrigado a fugir de seu país, a fim de buscar, em outro país, a segurança necessária para viver em paz. Procura, nas palavras de ZYGMUNT BAUMAN[340], um lugar "cálido [...], confortável e aconchegante".

> Desde o início dos tempos há registro de pessoas, às vezes, populações inteiras, que, movidas por perseguição política, racial ou étnica, ou tocadas pela guerra, se viram obrigadas a deixar a sua terra natal e a procurar refúgio em outras paragens,

[338] *Refugiados: conceito e extensão*, 2001, p. 20.
[339] THELMA THAÍS CAVARZERE, *Direito Internacional da Pessoa Humana: a circulação internacional de pessoas*, 2001.
[340] *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, p. 07.

> em busca de proteção e de um recomeço de vida, a salvo dos perigos que as ameaçavam.
> O refúgio é, pois, uma instituição tão antiga quanto a própria humanidade e persiste até os nossos dias, pois os homens permanecem feitos da mesma matéria. Perseguições e guerras continuam ocorrendo e até hoje não se inventou uma maneira de evitá-las, apesar do formidável nível de progresso que o mundo alcançou[341].

Como já se disse anteriormente, vivem no Brasil 3.918 refugiados, de 71 nacionalidades diferentes, distribuídos conforme os números abaixo:

Nacionalidades com maior representatividade de refugiados

Nacionalidade	Refugiados	%
Angola	1687	43,0
Colômbia	531	13,6
República Democrática do Congo	310	7,8
Libéria	259	6,6
Iraque	174	4,4

Refugiados por continente

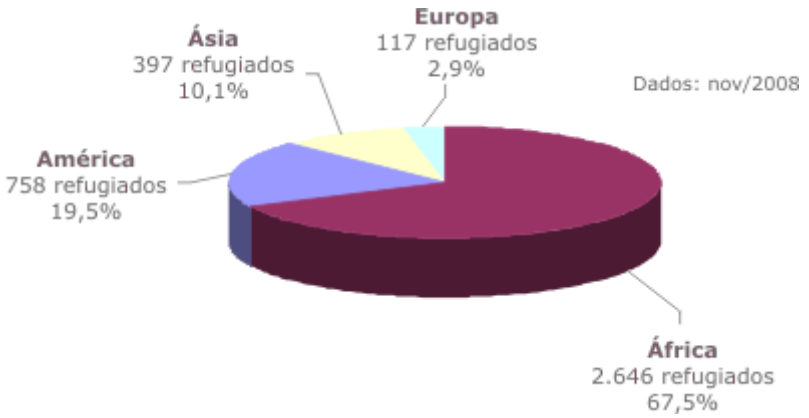

População de refugiados por sexo

[341] *Site* do MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009.

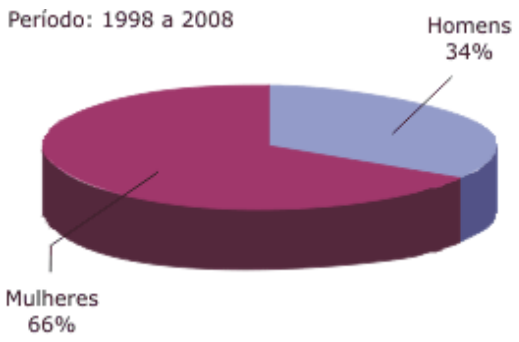

Fonte: Ministério da Justiça - http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ7605B707ITEMIDE5FFE0F98F5B4D22AFE703E02B E2D8EAPTBRIE.htm. Acesso em 20 de janeiro de 2009.

O legislador brasileiro, conforme restou claro do art. 1º da Lei 9.474, de 22 de julho de 1997, entendeu como refugiado todo indivíduo que:

a) se encontra fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país por força de perseguição étnica, política ou religiosa;

b) também por motivos de intolerância, não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele;

c) se viu obrigado a fugir de seu país devido a grave e generalizada violação de direitos humanos.

GUILHERME ASSIS DE ALMEIDA[342] entende que a lei brasileira que trata dos refugiados é uma das mais avançadas do continente americano, pois ela ampliou o conceito de refugiado trazido pela Convenção de 1951, a exemplo do que já havia feito a Organização da Unidade Africana, em 1969.

Assim, ao contrário da Convenção de 1951, que considera como refugiados apenas os indivíduos perseguidos por motivos de intolerância étnica, política ou religiosa, sejam nacionais de um país, ou apenas nele residentes, a lei brasileira de 1997

[342] *A Lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações*, 2001, p. 165.

entende como refugiados também aqueles que se vêm forçados a deixar o país em que vivem por motivo de "grave e generalizada violação de direitos humanos".

Além disso, a Lei 9.474/97 estende os direitos de refugiado "ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional".

2.1. do CONARE

A Lei 9.474/97, no art.11, cria o Conselho Nacional do Refugiado (CONARE), dando a ele as seguintes competências (art. 12):

> I - analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado;
> II - decidir a cessação, em primeira instância, *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado;
> III - determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado;
> IV - orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados;
> V - aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei.

Desta forma, qualquer estrangeiro que ingressar no Brasil, ainda que irregularmente (art. 8º), poderá requerer seu reconhecimento como refugiado a qualquer "autoridade migratória que se encontre na fronteira" (art. 7º). Das decisões do CONARE caberá recurso para o Ministro da Justiça (art. 29).

O CONARE é constituído, de acordo com o art. 14 da Lei 9474.97, por um representante do Ministério da Justiça, que o presidirá; um representante do Ministério das Relações Exteriores; um representante do Ministério do Trabalho; um representante do Ministério da Saúde; um representante do Ministério da Educação e do Desporto; um representante do Departamento de Polícia Federal; e um representante de organização

não-governamental, que se dedique a atividades de assistência e proteção de refugiados no País. Tais pessoas não recebem qualquer espécie de remuneração (art. 15).

2.2. do processo de refúgio

O processo de refúgio, no Brasil, regulado pela Lei 9.474/97, tem início com a apresentação do estrangeiro diante da autoridade competente e solicita seu reconhecimento como refugiado (art. 17), de maneira que o postulante será notificado a prestar as informações necessárias para processamento do pedido (art. 18), quais sejam, "identificação completa, qualificação profissional, grau de escolaridade do solicitante e membros do seu grupo familiar, bem como relato das circunstâncias e fatos que fundamentem o pedido de refúgio, indicando os elementos de prova pertinentes" (art. 19).

Após a entrega da solicitação, o estrangeiro receberá do Departamento da Polícia Federal um protocolo, bem como uma **autorização para residência provisória no país** (art. 21), o que permite a obtenção de **Carteira de Trabalho e Previdência Social** (CTPS) junto ao Ministério do Trabalho, possibilitando ao estrangeiro o exercício de atividade remunerada (art. 21, §1º).

A autoridade competente instruirá o pedido como todos os documentos que se fizerem necessários e o enviará ao CONARE, a fim de seja incluído da pauta de julgamentos (art. 24).

No caso de decisão positiva, o refugiado será registrado junto ao Departamento de Polícia Federal, devendo assinar termo de responsabilidade e solicitar cédula de identidade pertinente (art. 28).

Caso o pedido seja negado pelo CONARE, como já esclarecido em linhas anteriores, caberá recurso ao Ministro da Justiça, no prazo de quinze dias, contados do recebimento da notificação (art. 29), sendo que, durante a pendência do recurso, o solicitante poderá permanecer no país (art. 30).

A decisão do Ministro da Justiça **não será passível de recurso**, devendo ser notificada ao CONARE, para ciência do solicitante, e ao Departamento de Polícia Federal, para as providências devidas (art. 31).

A condição de refugiado cessará nas seguintes hipóteses (art. 38)

> I - voltar a valer-se da proteção do país de que é nacional;
> II - recuperar voluntariamente a nacionalidade outrora perdida;
> III - adquirir nova nacionalidade e gozar da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu;
> IV - estabelecer-se novamente, de maneira voluntária, no país que abandonou ou fora do qual permaneceu por medo de ser perseguido;
> V - não puder mais continuar a recusar a proteção do país de que é nacional por terem deixado de existir as circunstâncias em conseqüência das quais foi reconhecido como refugiado;
> VI - sendo apátrida, estiver em condições de voltar ao país no qual tinha sua residência habitual, uma vez que tenham deixado de existir as circunstâncias em conseqüência das quais foi reconhecido como refugiado.

De outro lado, a renúncia; a prova da falsidade dos documentos utilizados no processo de reconhecimento do direito de refúgio; o exercício de atividades contrárias à segurança nacional ou à ordem pública; ou a saída do território nacional sem autorização prévia do governo brasileiro, implicarão para o refugiado na perda desta condição, nos precisos termos do art. 39.

Cabe ainda ressaltar que a decisão quanto à cassação ou à perda da condição de refugiado cabe ao CONARE; das decisões do mencionado órgão, possível recurso ao Ministro da Justiça, no prazo de quinze dias, a partir do recebimento da notificação da decisão por parte do refugiado (art. 40).

Por fim, conforme as disposições do art. 47 da Lei 9.474/97, o **processo de concessão de direito de refúgio será gratuito**, e terá, sempre, caráter de urgência.

3. DO DIREITO DOS REFUGIADOS AO TRABALHO

A Convenção de Genebra, de 1951, em seus artigos 17, 18 e 19, impõe aos seus signatários o dever de tratamento igualitário aos refugiados no que se refere ao trabalho. De acordo com o instrumento internacional — do qual, recorde-se, o Brasil é parte-contratante —, os refugiados têm direito ao exercício de profissões assalariadas, não-assalariadas ou liberais, devendo receber tratamento tão favorável quanto possível ao dado aos nacionais de outros países, levando-se sempre em conta a especial condição em que aquelas pessoas se encontram em território brasileiro.

A Declaração de São José Sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas, de dezembro de 1994, em sua décima segunda conclusão, expõe:

> Sublinhar a importância de ter em consideração as necessidades das mulheres e raparigas refugiadas e deslocadas, particularmente as que se **encontram em situação vulnerável nos aspectos de saúde, segurança, trabalho e educação**; deste modo, encorajar a inclusão de critérios baseados no género ao analisar as necessidades da condição de refugiado (sem grifos no original).

A Constituição Federal brasileira, de 1988, tem como fundamento da República "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" (art. 1º, inc. IV); tem por objetivos da República "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" e "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, inc. III e inc. IV); como princípios gerais da atividade econômica a "redução das desigualdades regionais e sociais" e "busca do pleno emprego" (art. 170, inc. VII e inc. VIII); e como base da ordem social "o primado do trabalho" (art. 193).

Veja-se, pois, que o Diploma Constitucional brasileiro elegeu o **trabalho** como uma das formas de resolução das mazelas sociais, trazendo em seu texto várias normas programáticas[343], na clássica distinção de JOSÉ AFONSO DA SILVA[344], as quais **impõem**

[343] "Na esteira do Estado intervencionista, surtido do primeiro pós-guerra, incorporam-se à parte dogmática das Constituições modernas, ao lado dos direitos políticos e individuais, regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual, levando em conta o indivíduo em sua dimensão comunitária, para protegê-lo das desigualdades econômicas e elevar-lhe as condições de vida, em sentido mais amplo. Algumas dessas normas definem direitos, para o presente, que são os direitos sociais; outras contemplam certos interesses, de caráter

ao Estado brasileiro o dever de buscar, a todo custo, dar a todos os que vivem no Brasil condições de exercer atividade remunerada, almejando, assim, o sustento próprio e de seus dependentes. **Inclusive os refugiados**, tendo em vista os dizeres do art. 3º, inc. III, já transcrito, e do art. 5º, *caput* e inc. XIII.

> Art. 5º **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros **e aos estrangeiros residentes no País** a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> XIII – **é livre o exercício de qualquer trabalho**, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (sem grifos no original);

Da análise do texto constitucional, verifica-se que o direito "ao" trabalho, bem como o direito "do" trabalho (art. 7º) — distinção feita por FÁBIO RODRIGUES GOMES[345] — foram consagrados como direitos fundamentais da pessoa humana, pois são fatores essenciais para a construção de uma vida digna daqueles que vivem em território brasileiro. Mais uma vez trazendo à baila os dizeres do art. 3º, inc. IV, e do art. 5º, *caput*, que carregam em seu ventre o **princípio da igualdade**, o direito fundamental de ter trabalho e de ter direitos decorrentes deste trabalho, forçosamente, estendem-se aos refugiados. É o que diz, também, o art. 3º da Convenção de Genebra, de 1951: "os Estados Membros aplicarão as disposições desta Convenção aos refugiados sem discriminação quanto à raça, à religião ou ao país de origem".

3.1. dos direitos fundamentais

---

prospectivo, firmando determinadas proposições diretivas, desde logo observáveis, e algumas projeções de comportamentos, a serem efetivados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades do Estado e da sociedade. Surgem, assim, disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados. Estas normas têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público" (LUIZ ROBERTO BARROSO, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da constituição brasileira***,** 2009, p. 114).

[344] *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2008, p. 156.

[345] *O Direito Fundamental ao Trabalho: perspectiva histórica, filosófica e dogmático-analítica*, 2008, p. 164.

Antes, porém, de prosseguirmos discorrendo sobre o direito ao trabalho como direito fundamental, necessário falar sobre o conceito de direito fundamental.

Para LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, os direitos fundamentais "constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões". Segundo os mencionados autores, os direitos fundamentais possuem natureza "poliédrica", pois pretendem resguardar a liberdade, as necessidades e a preservação do ser humano[346].

GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO relembram que o cristianismo é importante marco histórico na formatação do que chamamos, hoje, de direitos fundamentais, pois "o ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo"[347].

JACQUES MARITAIN ressalta que "a consciência dos direitos humanos tem, na realidade, sua origem na concepção do homem e do direito natural estabelecida por séculos de filosofia cristã"[348].

ROBERT ALEXY também entende que o cristianismo serviu de base para a formação dos direitos fundamentais da pessoa humana, trazendo a colação as palavras do apóstolo Paulo, contidas na carta escrita por ele aos Gálatas (3,28): "não há judeu nem grego, nem varão nem mulher, pois todos vós sois em Cristo Jesus"[349].

Tomando por base as classificações propostas por GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO[350] e LUIZ ALBERTO

---

[346] *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 110-111.
[347] *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 232.
[348] GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *op. cit.*, p. 232.
[349] *Apud* GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *op. cit.*, p. 232.
[350] *Op. cit.*, p. 239-253.

DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR[351], elencam-se, aqui, as principais características dos direitos fundamentais.

a) **universalidade:** os direitos fundamentais são universais enquanto destinados aos seres humanos enquanto gênero, sendo incompatíveis com qualquer espécie de restrições a grupos ou categorias[352];

b) **historicidade:** "são um conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido num determinado contexto histórico"[353]. Lembram PEDRO LENZA[354] e LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR[355] que o cristianismo foi o movimento histórico que deu vazão aos primeiros ideais de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana;

c) **inalienabilidade/indisponibilidade:** os direitos fundamentais, enquanto requisitos mínimos para que se garantam à pessoa humana condições dignas de vida, não podem estar sujeitos a qualquer espécie de ato de disposição, quer oneroso, quer gratuito. GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO[356] ponderam sobre a possibilidade de não exercício de alguns direitos fundamentais, o que não implica em renúncia;

d) **limitabilidade:** os direitos fundamentais, apesar de irrenunciáveis, não são absolutos, ou seja, podem ser limitados. Tal limitação não pode ser feita, contudo, numa esfera normativa, mas, sim, diante do fato concreto, naquilo que LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR[357] chamam de *colisão de dois direitos concretamente exercidos*. Assim, chocando-se dois direitos considerados fundamentais, analisar-se-á, diante do *meritum causæ*, qual deles deve prevalecer;

e) **aplicabilidade imediata:** os direitos fundamentais, posto que baseados na Constituição e não na lei, devem ser aplicados de plano, não necessitando de qualquer

---

[351] *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 119-126.
[352] LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *op. cit.*
[353] GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *op. cit.*, p. 241.
[354] *Direito Constitucional Esquematizado*, 2007, p. 696.
[355] *Op. cit.*, p. 119.
[356] *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 243-244.
[357] *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 125.

espécie de regulamentação, não se tratando, pois, de normas meramente programáticas. "Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e, sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas"[358].

À guisa da evolução histórica dos direitos fundamentais, a doutrina costuma classificá-los nas chamadas **gerações**[359], que, em regra, são três[360]: os direitos de liberdade; direitos de igualdade; e direitos de fraternidade ou de solidariedade. Para PEDRO LENZA[361], a existência de três gerações de direitos fundamentais está baseada no lema da Revolução Francesa - *liberté, egalité et fraternité* -, que pregava ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, quais sejam:

3.1.1. direitos fundamentais de primeira geração

Guardam relação com os direitos civis e políticos, traduzindo o valor de liberdade. Segundo LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR[362], "foi o primeiro patamar de alforria do ser humano reconhecido por uma Constituição. São direitos que surgiram com a idéia de Estado de Direito, submisso a uma constituição".

---

[358] GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 243-244.

[359] Mais correta, na esteira de LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR (*op. cit.*, 2008, p. 116), a utilização da expressão "dimensões" de direitos fundamentais, posto que a expressão "gerações" contém em si uma ideia de passado, de algo que surgiu num momento remoto e lá permaneceu; dá a ideia de sucessão de direitos, ou seja, de que os direitos de primeira geração foram suplantados pelos de segunda e, estes, pelos de terceira geração, o que não corresponde com a realidade, pois, no ideário dos direitos humanos, todas as gerações de direitos convivem — e devem conviver — de forma harmônica. "Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num determinado momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos" (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *op. cit.*, p. 234).

[360] PAULO BONAVIDES (*Curso de Direito Constitucional*, 2008) e JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2008) mencionam, ainda, os direitos de quarta geração (direitos de tecnologia) e de quinta geração (direitos de paz).

[361] *Direito Constitucional Esquematizado*, 2007, p. 694-695

[362] *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 116.

Os direitos fundamentais de primeira geração surgem da necessidade de promover a defesa do indivíduo em relação ao Estado Absolutista, uma vez que o rei tinha poder de vida e de morte sobre seus súditos. Seu principal marco histórico foi a Revolução Francesa (1789), que, pela primeira vez, mostrou ao mundo os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, numa clara tentativa de retirar do Estado a condição de fim em si mesmo, transferindo ao ser humano a posição de objetivo da atividade estatal[363]. "O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado"[364].

Escreve PAULO BONAVIDES[365]:

> Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.
> Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com freqüência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder.

Outro passo importante nesta geração de direitos foi a chamada *constitucionalização dos direitos fundamentais*, o que os elevou ao *status* de normais fundamentais, permitindo, nas palavras de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, "mais notória protecção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos"[366].

---

[363] PEDRO LENZA, *Direito Constitucional Esquematizado*, 2007, p. 694; PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 562.
[364] GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 233.
[365] *Op. cit.*, p. 563.
[366] *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2008, p. 378.

Como exemplos desses direitos na Constituição Federal brasileira de 1988, podem-se citar o direito à vida (art. 5º, *caput*), à liberdade de ir e vir (art. 5º, inciso LXVIII), liberdade de expressão (art. 5º, inciso IV), direitos políticos (art. 14).

3.1.2. direitos fundamentais de segunda geração

Impulsionados pela Revolução Industrial do século XIX, iniciada na Inglaterra, referem-se os direitos fundamentais de segunda geração à fixação de direitos sociais, culturais e econômicos, prevalecendo a idéia de *igualdade*[367].

Se, no momento histórico em que se desenvolveram os direitos de primeira geração, o ser humano lutava pelo afastamento do Estado das relações privadas, concedendo às pessoas maior liberdade, os direitos de segunda geração exigem uma atividade prestacional do Estado, exigindo que este garantisse "a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana"[368].

Sobre o tema, lecionam GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO[369]:

> O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais — como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de *direitos sociais*, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social — na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.

A Constituição Federal brasileira trata dos direitos sociais no art. 6º, quais sejam, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

---

[367] PEDRO LENZA, *Direito Constitucional Esquematizado*, 2007, p. 694.
[368] LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 117.
[369] *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 234.

3.1.3. direitos fundamentais de terceira geração

Os direitos fundamentais de terceira geração referem-se à inclusão do ser humano em ambiente de coletividade. Nesta esteira, surgem os ideais de preservação ambiental e de defesa do consumidor, entre outros, surgindo os chamados **direitos de fraternidade ou de solidariedade**[370]. Leciona PAULO BONAVIDES[371]:

> Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos de liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção de interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

KAREL VASAK[372], em rol exemplificativo, identifica como direitos de solidariedade: ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação.

LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR entendem os direitos de solidariedade enfocando o ser humano em suas relações com seus próximos. "Se a tecnologia e as novas formas de relacionamento social e econômico criaram outras formas de submissão do ser humano, cabe ao direito construir meios para sua alforria"[373].

---

[370] PEDRO LENZA, *op. cit.*, p. 694-695.
[371] *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 569.
[372] PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 569.
[373] *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 118.

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO[374] acrescenta que os direitos de solidariedade, desenhados a partir da década de 1960, pressupõem um abandono da individualidade em prol de um ideal maior, da coletividade, o que chama de *direito dos povos*.

3.2. do direito fundamental ao trabalho

O direito ao trabalho, bem como o direito do trabalho, como se pode verificar da explanação trazida nas linhas anteriores, enquadram-se nos direitos fundamentais de **segunda geração**, esta que tratou dos direitos sociais, tendo previsão na Constituição Federal brasileira, de forma genérica, no art. 6º. Escreve PAULO BONAVIDES[375]:

> Os direitos de segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

SERGIO PINTO MARTINS critica a expressão "direitos sociais", dizendo ser pleonástica, haja vista que todos os direitos são sociais. "Não há um direito mais social que o outro" — diz o autor — "pois o direito é feito para regular a vida na sociedade". Segundo ele, os direitos sociais exigem do Estado atividades prestacionais, objetivando proteger o "economicamente fraco, o trabalhador"[376].

A Constituição Federal de 1988 traz os direitos fundamentais[377] previstos no art. 6º, dispositivo este que se encontra inserido no Título II, que trata "dos direitos e

---

[374] *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2008, p. 386.
[375] *Op. cit.*, p. 564.
[376] *Direitos Fundamentais Trabalhistas*, 2008, p. 63.
[377] CARLOS HENRIQUE DA SILVA ZANGRANDO (*Curso de Direito do Trabalho*, 2008, p. 63-64), escrevendo sobre a **constitucionalização do direito do trabalho**, coloca como marco principal da

garantias fundamentais". Desta forma, embora possa parecer óbvia, a conclusão seguinte é bastante pertinente neste momento do estudo: o direito ao trabalho, previsto no art. 6º da Constituição, sem sombra de dúvida, **é um direito fundamental da pessoa humana**[378].

Ora, sendo o trabalho direito fundamental da pessoa humana, e tendo os direitos fundamentais a característica da universalidade[379], descrito anteriormente, chega-se a uma segunda conclusão, esta, sim, o cerne do presente ensaio: **todos os que vivem em território brasileiro têm direito ao trabalho**, quer nacionais, quer estrangeiros e, dentre estes últimos, incluem-se os refugiados.

Para ARNALDO SÜSSEKIND[380], a constitucionalização do trabalho importa na constituição de suas regras em normas de "caráter público, de modo que não podem ser alteradas sob nenhum ponto de vista, nem pelas partes interessadas em soluções especiais, nem pelos órgãos de Estado".

MAURICIO GODINHO DELGADO, complementando a idéia exposta por SÜSSEKIND, escreve que "neste período de crise e transição da área juslaborativa", é essencial que o operador do direito do trabalho tenha, sempre, ao seu lado, o texto constitucional, bem como os princípios norteadores do direito constitucional[381].

JEAN-CLAUDE COLLIARD ensina que o trabalho "é o direito que todo homem tem de viver, proporcionando-se, pelo próprio trabalho, os recursos necessários"[382].

---

inclusão do trabalho como matéria de proteção constitucional as ocorrências da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, pelo Tratado de *Versailles*. "No campo das relações de trabalho, o período foi conturbado por influência dos ideais anarquista e socialista. Os movimentos reivindicatórios e as greves sucediam-se, bem como as crises econômicas causadas pelas políticas financeiras temerárias e sem escrúpulos, as quais culminaram com o *crack* da Bolsa de Nova York em 1929. Não é de se estranhar que algumas constituições já nas primeiras décadas do século XX trariam em si preceitos de Direito do Trabalho. A primazia coube à Constituição do México, em 1917, ao estabelecer todo um título ao Trabalho e à Previdência Social, limitando a duração da jornada, regulamentando o trabalho de mulheres e menores e o salário mínimo, dentre outras normas. Segue-se a Constituição Alemã de 1919, no período da *República de Weimar*, que durou de fato até 1933, com a ascensão do Nazismo. [...] Seguindo esses exemplos, temos as Constituições do Chile (1925), Peru (1933), Áustria (1925), Rússia (1918), Brasil (1934), Espanha (1931), Uruguai (1934), Honduras (1936), República Federal Alemã (1949), Turquia (1961), Guatemala (1965), entre outras".

[378] SERGIO PINTO MARTINS, *op. cit.*, p. 65.

[379] LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 122.

[380] *et. al.*, *Instituições de Direito do Trabalho*, 2003, p. 136.

[381] *Curso de Direito do Trabalho*, 2008, p. 76.

[382] *Apud* SERGIO PINTO MARTINS, *Direitos Fundamentais Trabalhistas*, 2008, p. 65.

SERGIO PINTO MARTINS[383] entende que o direito ao trabalho compreende "o direito à existência". Ele — o trabalho — permite que o indivíduo "valorize-se perante a sociedade", mantendo a mente ocupada, sentindo-se útil, além de poder adquirir bens de consumo. Em síntese, o trabalho permite que o cidadão viva e conviva em sociedade.

3.2.1. Do direito do trabalho

Importante, neste momento, antes de continuar a discussão sobre a fundamentalidade do direito "ao" trabalho, falarmos sobre o direito "do" trabalho, este que nada mais é do que uma decorrência do primeiro, pois não há como se falar na existência de um direito fundamental subjetivo, sem se mencionar a base positivada que lhe dá sustentação e exigibilidade.

Para OCTÁVIO BUENO MAGANO[384], o direito do trabalho é "o conjunto de princípios, normas e instituições, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais".

MAURICIO GODINHO DELGADO[385] enxerga o direito do trabalho como um "complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam, no tocante às pessoas e matérias envolvidas, a relação empregatícia de trabalho, além de outras relações laborais normativamente especificadas".

A respeito do tema, escrevem ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK [386]:

> Determinar o conteúdo do Direito do Trabalho é obra de síntese sistemática, que representa o coordenamento lógico dos institutos jurídicos que pressupõem o conceito fundamental do

[383] *Op. cit.*, p. 65.
[384] *Apud* MAURÍCIO GODINHO DELGADO, *op. cit.*, p. 50.
[385] *Curso de Direito do Trabalho*, 2008, p. 51.
[386] *Curso de Direito do Trabalho*, 2007, p. 09.

> Trabalho (Barassi). O trabalho humano como nobilíssima expressão da personalidade, e que modernamente é tutelado, esteja ou não o indivíduo em contato direto com ele. Este trabalho humano indiretamente, pelo Estado, quando este firma regras atinentes à organização coletiva do trabalho, em todos os seus matizes; o é, também, indiretamente, quando são baixadas leis reguladoras do seguro social obrigatório. Fora do trabalho, mas em razão dele, é tutelado o trabalhador que foi acidentado no trabalho. Portanto, o instituto fundamental que há de firmar o conceito da nova disciplina é mesmo o trabalho humano. Se acrescentarmos que este trabalho humano é o que se desenvolve sob a dependência de outrem, já nos aproximaremos muito do verdadeiro conceito da nova disciplina. A tutela do trabalho humano nem sempre implica ou pressupõe a existência de um contrato de trabalho. Este pode inexistir, como nos casos do trabalho executado sem o consentimento do empregador (all'insaputa del datore di lavoro), como se expressa Barassi; pode inexistir, como ocorre nas limitadas hipóteses de imposição legal, trabalho de aprendizes e menores imponibile de mano d'opera, requis civiles; pode ser nulo o contrato, como ocorre com o trabalho do menor de 16 anos, ou suscetível de anulação, quando é convolado em virtude de algum dos vícios do consentimento. Em qualquer hipótese, porém, o trabalho prestado a outrem é tutelado, malgrado a inexistência ou a anulabilidade do contrato. Com essas noções parciais vamos nos aproximando do verdadeiro conceito do Direito do Trabalho.

3.2.2. Do direito do trabalho no Brasil

O direito do trabalho no Brasil, ao contrário do que se passou na Europa e outros países da América, não surgiu de movimentos operários, de lutas de classes: foi um movimento *sui generis*, chamado por JOSÉ DE SEGADAS VIANNA[387] de "descendente", o que significa que foi "imposto" de cima para baixo, ou seja, os direitos laborais foram "dados" pelo Estado brasileiro aos trabalhadores. Para o autor, os movimentos descendentes têm as seguintes características: "a) inexistência de luta, sem que isso indique a ausência de uma questão social, embora latente; b) falta de associações profissionais de expressiva representatividade; c) os grupos sociais são ainda inorgânicos; d) não há atividades econômicas que exijam massas proletárias densas".

[387] *et. al.*, *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, 2003, p. 50.

CARLOS HENRIQUE DA SILVA ZANGRANDO[388] menciona que até o século XVIII não há como se falar em relação de trabalho no Brasil, pois ainda se vivia sob a égide das Ordenações do Reino de Portugal, e a economia era essencialmente agrícola, baseada em tradições medievais, modelada pela servidão e pela escravidão . Segundo o mencionado autor, categorias diferentes de trabalhadores, assalariados inclusive, começaram a surgir a partir do século XVIII, com o crescimento das cidades e do comércio urbano.

Além disso, contribuíram para a evolução do direito do trabalho brasileiro o fim da escravidão , em 1888, que trouxe milhares de ex-escravos dos campos para a cidade; o fim de Império, em 1889; e o início da República.

3.2.3. Do trabalho nas Constituições brasileiras

Para este estudo, torna-se relevante acompanhar o desenvolvimento do direito do trabalho em conjunto com a evolução constitucional brasileira. Assim, nos tópicos seguintes, analisaremos como as Constituições brasileiras trataram do tema "trabalho" em seus textos.

A Constituição Imperial, de 1824, não tratou das relações de trabalho. Cuidou, tão-somente, de colocar fim às corporações de ofício . Deu, no entanto, os primeiros passos para a melhoria das condições sociais dos brasileiros, tratando de temas como educação, saúde e desemprego .

A Constituição Republicana de 1891, dominada por interesses liberais e por um caráter individualista, buscou proteger os interesses privados, não trazendo qualquer proteção ao trabalhador; garantia apenas — art. 72, nº 24 — o livre exercício de atividade profissional .

[388] *Curso de Direito do Trabalho*, tomo I, 2008, *passim*.

A Constituição Republicana de 1934, na linha do pensamento paternalista de Getúlio Vargas (1882-1954), trouxe, em seu texto, vários direitos para os trabalhadores, diferentemente do haviam feito as constituições anteriores. Escreve JOSÉ DE SEGADAS VIANNA[389]:

> A Constituição de 1934 assegurava autonomia sindical, dava a todos o direito de prover à própria subsistência e à de sua família mediante trabalho honesto; determinava que a lei promovesse o amparo à produção e estabelecesse as condições de trabalho tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País; estatuía a proibição de diferença de salário para trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil, determinava a fixação de salário mínimo; proibia o trabalho dos menores de 14 anos, o trabalho noturno dos menores de 16 e nas indústrias insalubres às mulheres e menores de 18 anos; assegurava a indenização ao trabalhador injustamente dispensado, a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, e também para esta, o descanso antes e depois do parto sem prejuízo do salário.

A Carta de 1937, de autoria de Francisco Campos[390], Ministro da Justiça do Governo Vargas, considerada uma Constituição nominal[391] e autoritária, manteve as inovações trazidas pela Constituição de 1934, acrescentando o repouso semanal, a indenização por dispensa imotivada, férias remuneradas, salário mínimo, jornada máxima de oito horas, seguro social, entre outros direitos. Tinha como norma que "o trabalho é um dever social"[392] .

---

[389] *et. al*., *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, 2003, p. 50

[390] "Francisco Campos pertence a uma geração de intelectuais que receberam a qualificação de 'autoritários' (não sem razão), sendo a Constituição de 37 conhecida como 'a polaca' por assimilar muitos elementos da vaga autoritária que assolava a Europa na época. Ocorre que o próprio Francisco Campos foi um dos culpados pela queda de Getúlio e pelo descrédito generalizado pela Constituição. Em entrevista concedida em março de 1945, Francisco Campos afirma textualmente: 'A Constituição de 1937 não tem mais vigência constitucional'" (PAULO BONAVIDES; PAES DE ANDRADE, *História Constitucional do Brasil*, 2008, p. 337).

[391] "Uma distinção clássica do direito constitucional classifica as Constituições ditas 'nominais' ou 'semânticas', textos meramente formais daquelas ditas 'normativas' em que se estabelece uma identidade entre as aspirações dos integrantes da nacionalidade e as leis expressas no texto, momento em que uma lei pode ser considerada legítima. E certo que os critérios e princípios que constituem essa legitimidade variam temporal e espacialmente, mas ainda assim permanece a idéia de que uma Constituição que seja apenas legal e não legítima não preenche os requisitos requeridos pelo próprio conceito de Constituição" (PAULO BONAVIDES; PAES DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 337).

[392] JOSÉ DE SEGADAS VIANNA et. al., *op. cit*., p. 76.

A Constituição de 1946[393], que promoveu a reabertura do Brasil aos ideais democráticos, no que concerne ao tema trabalho, manteve, apenas, os direitos que já eram garantidos pelos textos constitucionais anteriores. JOSÉ DE SEGADAS VIANNA[394] ressalva que os dispositivos da Constituição de 1946, pela redação que receberam do constituinte, "eram, principalmente, recomendações", apesar de considerar que ela "encerrava um conteúdo social que a colocava entre as mais completas do mundo".

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, ambas surgidas durante o governo militar (1964 – 1985) mantiveram os direitos já obtidos até então quando da promulgação dos Textos Constitucionais anteriores. Porém, tendo em vista o caráter anti-democrático dos governantes brasileiros do período, alguns direitos foram subtraídos, outros reduzidos, como é o caso da greve no serviço público e nas atividades essenciais, que foi determinantemente proibido, e a supressão da proteção à gestante[395] .

3.2.4. A Constituição Democrática de 1988

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 ampliou sensivelmente o rol de direitos garantidos aos trabalhadores. Entre as inovações trazidas pelo texto constitucional, relevante citar a nacionalização do salário mínimo; duração do trabalho limitada a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais; remuneração da hora extraordinária de trabalho em, pelo menos, 50% a mais sobre o valor da hora normal; férias remuneradas acrescidas de 1/3 sobre o seu valor; e, principalmente, a proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária, contra a automação, e a liberdade de sindicalização e exercício do direito de greve.

Do que se vê, resta evidente a influência do ideal democrático do constituinte de 1988, mormente no que se refere aos movimentos sindicais e paredistas, antes proibidos pelo regime militar.

---

[393] "Não resta dúvida que a singularidade por excelência da Constituinte de 1946, veio a ser a presença de uma bancada comunista na Assembléia suprema, fato que ocorreria pela primeira vez em toda a nossa história constitucional" (PAULO BONAVIDES; PAES DE ANDRADE, *História Constitucional do Brasil*, 2008, p. 387).

[394] *et. al.*, *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, 2003, p. 77.

[395] JOSÉ DE SEGADAS VIANNA et. al., *op. cit.*, *passim.*

Cumpre, no entanto, ressaltar que a principal inovação trazida pelo constituinte de 1988 foi a introdução do trabalho como tema dos direitos fundamentais da pessoa humana. Basta ver que o art. 6º, que trata dos direitos sociais, entre eles o trabalho, encontra-se alocado no Título II, cujo título é "dos direitos e garantias fundamentais".

PAULO BONAVIDES[396], ao mencionar a questão da proteção aos direitos sociais, escreve:

> Ocorre, porém que o avanço teria muito mais profundidade se abrangesse também o substrato social da Constituição, pelo menos os direitos sociais que, desde a Carta de 1934, compõem a base teórica e positiva de nossa modalidade de Estado social, os quais, sem retrocesso, têm sido consagrados pela evolução do constitucionalismo brasileiro durante os últimos cinqüenta anos.
> É óbvio, por conseguinte, que uma conquista dessa envergadura faria constitucionalmente irrevogáveis os grandes progressos já obtidos para a construção da Sociedade justa, livre e igualitária a que todos aspiram.

Há que se ressaltar, em primeiro lugar, que a própria Constituição Federal admite a existência de direitos fundamentais fora do rol do art. 5º, bastando, para tanto, observar a regra do §2º do art. 5º, que diz que os direitos elencados no mencionado artigo "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios" adotados pela Constituição.

Em voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 939-7/DF, em 15 de dezembro de 1993 (em anexo), o Ministro Marco Aurélio, do STF, entendeu pela existência dos chamados direitos implícitos, oriundos da própria principiologia constitucional de proteção integral à pessoa humana. Escreveu o Ministro:

> Senhor Presidente, para mim as exceções a esses direitos, insertos na própria Carta, apenas os confirmam, e ninguém coloca em dúvida, por exemplo, que a propriedade é um direito do cidadão; no entanto, esse direito está mitigado pela regra

[396] *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 577.

> insculpida no inciso XXIV do artigo 5º, que cuida da desapropriação. Ninguém duvida, também, que a exclusão da pena de morte é um direito, é um direito previsto no rol do artigo 5º e está excepcionado por regra insculpida na própria alínea "a" do inciso XLVII do art. 5º, admitindo-se-a em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX.

Na mesma ADIn, o Ministro Carlos Velloso (voto em anexo) também mencionou a existência de direitos fundamentais fora do rol do art. 5º, mencionando, inclusive, os direitos sociais.

> Ora, a Constituição, no seu art. 60, §4º, inciso IV, estabelece que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais". ***Direitos e garantias individuais não são apenas aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5º***. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. O próprio art. 5º, no seu §2º, estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.
> ***É sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas, também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos***. Este quadro todo compõe a teoria dos direitos fundamentais. Hoje não falamos, apenas, em direitos individuais, assim direitos de primeira geração. Já falamos em direitos de primeira, segunda, de terceira e até de quarta geração (sem grifos no original).

Em outros julgados, o STF já entendeu que os direitos sociais são protegidos pela regra do art. 60, §4º da Constituição, haja vista tratarem-se de direitos fundamentais. Exemplificativamente, colaciona-se o julgado abaixo:

> DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998, E DO ART. 6º DA PORTARIA Nº 4.883, DE 16.12.1998, BAIXADA A 16.12.1998, PELO MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR..[...] 5. O Supremo Tribunal Federal já

> assentou o entendimento de que é admissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da C.F.). Precedente: A.D.I. nº 939 (RTJ 151/755). 6. No caso presente, o autor alega violação das normas contidas no art. 3º, inc. IV, no art. 5º, "caput", e inc. I, no art. 7º, inc. XVIII, e, por via de conseqüência, do art. 60, § 4º, inc. IV, da C.F./88. [...]. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. (ADI-MC 1946 / DF - DISTRITO FEDERAL - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES - Julgamento: 29/04/1999 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - DJ 14-09-2001 PP-00048 - REQTE.: PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO – PSB - REQDAS.: MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL - REQDO.: MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL – adaptado e sem grifos no original).

Para FÁBIO RODRIGUES GOMES[397], a Constituição de 1988 adota posição personalista em relação à pessoa, de maneira que o Estado deixa de ser o centro, um fim em si mesmo, para se tornar um meio de concretização dos direitos sociais, "vendo na pessoa humana um ser situado, concreto, que desenvolve a sua personalidade em sociedade, no convívio com seus semelhantes".

3.2.5. Do direito do refugiado ao trabalho

Apliquemos, agora, as ideias acima expostas ao refugiado.

Para este estrangeiro, que se encontra em país, não raras vezes desconhecido, em condições especiais, ou seja, fugindo de sua pátria por temer a perda de sua própria vida ou de seus familiares por razões as mais variadas possíveis, num ambiente

[397] *O Direito Fundamental ao Trabalho: perspectiva histórica, filosófica e dogmático-analítica*, 2008, p. 50.

estranho, cercado por pessoas estranhas, que sequer falam sua língua, **o trabalho é de suma importância** para que este indivíduo possa adaptar-se, ainda que temporariamente, ao local em que, forçadamente, passou a viver.

O trabalho, certamente, auxiliaria o refugiado a superar (ou tentar superar) as dores da perseguição sofrida, bem como as saudades de casa, além de colaborar no processo de adaptação ao ambiente, conhecendo novas pessoas e fazendo novos amigos.

Sobre o tema, FÁBIO RODRIGUES GOMES[398] arremata que o trabalho deixou de ser mera "atividade instrumental provedora das necessidades básicas à sobrevivência", tornando-se um "valor em si", cooperando para a "melhoria da qualidade de vida de todos os membros da sociedade" [399].

4. DOS DIREITOS TRABALHISTAS DOS REFUGIADOS

Neste momento, passaremos a falar do direito "do" trabalho, e não mais do direito "ao" trabalho. Nas palavras de ANTONIO ENRIQUE PEREZ-LUÑO[400]:

> Los derechos sociales em su acepción estricta — en la amplia esta denominación se utiliza como sinónimo de derechos económicos, sociales y culturales — se refieren a aquellos derechos fundamentales del homo faber, o sea, al ser humano en su condición de trabajador.

A Constituição Federal de 1988, no art. 7º, prevê os direitos básicos dos trabalhadores urbanos e rurais, "além de outros que visem à melhoria de sua condição social". Veja-se que o texto constitucional não se refere a "trabalhadores brasileiros", mas a "trabalhadores", de forma genérica, atendendo, *a priori*, à universalidade dos

[398] *Op. cit.*, p. 62-63.
[399] "Mas isso não é só. Pois, se de um lado, o trabalho aparece como elemento fundamental à conquista, pelo homem, de sua autonomia (labor ou trabalho como 'instrumento'), de outra parte, não podemos descurar da importância angariada pela ação humana 'per se' (o próprio trabalho como materialização do plano de vida), e nem tampouco da sua relevância a partir do conjunto social (trabalho como valor social)" (FÁBIO RODRIGUES GOMES, *op. cit.*, p. 65).
[400] *Apud* FÁBIO RODRIGUES GOMES, *O Direito Fundamental ao Trabalho: perspectiva histórica, filosófica e dogmático-analítica*, 2008, p. 341.

direitos fundamentais e, em segundo lugar, ao princípio da não-discriminação, norteador de toda a sistemática constitucional brasileira (art. 5º, *caput*).

A Convenção nº 111[401], da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1958, estabelece, em seu art. 1º, que nenhum trabalhador deve ser preterido ou dispensado em razão de sua nacionalidade. Na mesma linha, a Convenção nº 118[402], de 1962, e a Convenção nº 143[403], de 1975[404].

Desta forma, todos os direitos previstos no art. 7º da Constituição[405], como férias acrescidas de um terço, décimo terceiro salário, fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS), salário mínimo nacionalmente unificado, aposentadoria, proteção contra dispensa arbitrária, entre tantos outros.

Além disso, estendem-se aos refugiados direito de associação e sindicalização (art. 8º), e direito de greve (art. 9º). Importante relembrar que a participação em atos que impliquem o exercício de atividades contrárias à segurança nacional ou à ordem pública podem causar a cassação da condição de refugiado, na forma do art. 39 da Lei 9.474/97.

CRISTINA QUEIROZ[406] entende que a proteção constitucional dos direitos fundamentais sociais, nos quais se encaixa o direito fundamental ao trabalho, passa por três critérios essenciais: garantia por meio de normas jurídicas vinculantes; configuração como direitos subjetivos de seus titulares; e justiciabilidade.

---

[401] Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24 de novembro de 1965, e promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968.
[402] Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 31, de 20 de agosto de 1968, e promulgada pelo Decreto nº 66.497, de 27 de abril de 1970.
[403] Em votação no Congresso Nacional.
[404] Cf. SERGIO PINTO MARTINS, *Direitos Fundamentais Trabalhistas*, 2008, em especial p. 93 e p. 158.
[405] "Preliminarmente, cabe considerar que a Carta de 1988, como marco jurídico da transição do regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria. Desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, 'destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)'. se, no entender de José Joaquim Gomes Canotilho, a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais são as três dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito, perceber-se-á que o Texto consagra amplamente essas dimensões, ao afirmar, em seus primeiros artigos (arts. 1º e 3º), princípios que consagram os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro" (FLÁVIA PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 2008, p. 25-26).
[406] *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, 2006.

> Neste sentido, as normas constitucionais não se apresentam como "normas programáticas", "tarefas constitucionais não justiciáveis" no sentido de "apelos" a instâncias políticas. Nesta acepção, não se trataria de normas jurídicas válidas, já que sua base de validade seria de natureza moral, ética ou divina. Estas últimas correspondem aos três critérios de validade do direito: "legalidade conforme ao ordenamento", "efectividade social" e princípios de "justiça em sentido substantivo" (ou "conteúdo da justiça").
> Assim, quando da violação de uma norma não se puder recorrer para um tribunal isso significa que à mesma não lhe corresponde uma sanção jurídica. Falta-lhe um critério essencial do conceito de validade jurídica. Este último pressupõe o sancionamento do respectivo cumprimento ou não cumprimento[407].

Na tentativa de eliminação da discriminação em relação aos refugiados, o Ministério do Trabalho e Emprego, por solicitação do CONARE, emitiu o Ofício-Circular nº 103/2006, impondo novas regras para a anotação da CTPS dos refugiados. De acordo com o documento, o empregador não constará mais, quando do registro, a expressão "refugiado", mas, sim, a "estrangeiro com base na Lei nº 9.474, de 22/07/1997", ou "estrangeiro com base no art. 21, §1º da Lei nº 9.474, de 22/07/1997".

Na mesma esteira, todos os direitos laborais previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT - Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) são extensíveis aos refugiados, de sorte que os dispositivos que discriminem, de qualquer forma, os trabalhadores estrangeiros, serão considerados como não-recepcionados pela Constituição, *v. g.*, art. 352 a 371[408].

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste breve estudo, importante colocar a importância do trabalho para a adaptação do refugiado em território brasileiro. O trabalho, como já dito anteriormente, possibilita que o refugiado conheça novos ambientes, novas pessoas, ou seja, forme uma nova **comunidade**, nas palavras de ZYGMUNT BAUMAN[409].

---

[407] CRISTINA QUEIROZ, *op. cit.*, p. 124-125.
[408] SERGIO PINTO MARTINS, *Direitos Fundamentais Trabalhistas*, 2008, p. 93.
[409] "Para começar, a comunidade é um lugar 'cálido', um lugar confortável e aconchegante. É como um teto sob o qual nos abrigamos da chuva pesada, como uma lareira diante da qual esquentamos as mãos

O refugiado, como pudemos verificar, é alguém que sai de sua terra por medo, e não por desejo; é alguém que foge, e não que migra; é alguém que busca, apenas, proteger a própria vida, ou de outrem, em um lugar distante e seguro, e não que corre atrás de melhores condições de trabalho, a fim de enriquecer depressa.

Desta forma, o refugiado, por suas próprias condições, deve receber atenção especial por parte do Poder Público do país que aceita recebê-lo. E essa atenção deve ter início garantindo àquele indivíduo dignidade de vida, possibilidade de sustentar-se a si próprio e à família: daí a fundamentalidade do direito ao trabalho[410].

O trabalho permite a valorização do refugiado enquanto ser humano, e faz com que se sinta útil, e não um "peso" para o país que o acolhe. Valendo-nos, mais uma vez, as palavras de ZYGMUNT BAUMAN, o refugiado, sentindo-se valorizado como pessoa, aprenderá a conviver, ainda que temporariamente, com as pessoas que o cercam, de maneira que não se isolará nos chamados "guetos", os quais "combinam o confinamento espacial com o fechamento social"[411].

---

num dia gelado. Lá fora, na rua, toda sorte de perigo está à espreita; temos que estar alertas quando saímos, prestar atenção com quem falamos e a quem nos fala, estar de prontidão a cada minuto. Aqui, na comunidade, podemos relaxar — estamos seguros, não há perigos ocultos em cantos escuros (com certeza, dificilmente um 'canto' aqui é 'escuro'). Numa comunidade, todos nos estendemos bem, podemos confiar no que ouvimos, estamos seguros a maior parte do tempo e raramente ficamos desconcertados ou somos surpreendidos. Nunca somos estranhos entre nós" (ZYGMUNT BAUMAN, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, p. 06).

[410] "Em regra, a tolerância nos Estados-nações não contempla os grupos mas os participantes individuais, que geralmente são concebidos como estereótipos: primeiro como cidadãos, depois como membros desta ou daquela minoria. Como cidadãos, eles têm os mesmos direitos e obrigações que todos os demais e deles se espera que participem positivamente da cultura política da maioria; como membros, têm as características-padrão de sua 'espécie' e podem formar associações voluntárias, organizações de socorro mútuo, escolas particulares, sociedades culturais, editoras, e assim por diante. Não podem organizar-se de forma autônoma e exercer jurisdição legal sobre seus semelhantes. A religião, cultura e história da minoria são questões que se referem ao que se poderia chamar de coletivo privado — a cujo respeito o coletivo público, o Estado-nação, sempre mantém uma atitude suspeita. Qualquer reivindicação de se expressar a cultura de uma minoria em público tende a produzir ansiedade entre a maioria (daí a controvérsia na França sobre o hábito muçulmano de cobrir a cabeça nas escolas públicas). Em princípio, não há coerção de indivíduos, mas a pressão para que todos assimilem à nação dominante, pelo menos no que se refere a práticas públicas, tem sido muito comum e, até tempos recentes, muito bem sucedidas. Quando os judeus alemães do século XIX descreveram a si mesmos como 'alemães na rua, judeus em casa', estavam aspirando a uma norma do Estado-nação que faz da privacidade uma condição da tolerância" (MICHAEL WALZER, *Da Tolerância*, 1999, p. 35-36).

[411] *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, p. 105.

Para finalizar, interessantes as palavras de THOMAS CARLYLE[412], ensaísta e historiador escocês, que viveu entre os anos de 1795 e 1881, para quem "abençoado é aquele que encontrou sua profissão; que não pleiteie nenhuma outra bênção. Ele tem um ofício, um propósito na vida. Trabalho é vida"[413].

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de. A Lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações, *in* ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.), **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 155-167.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Declaração de São José para Refugiados e Pessoas Deslocadas**, de 07 de dezembro de 1994.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**, 12ª edição revista e atualizada, São Paulo/SP: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**, 9ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**, tradução de Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 22ª edição atualizada e ampliada, São Paulo/SP: Malheiros, 2008.

_____; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**, 9ª edição, Brasília: OAB Editora, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, 13ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo/SP: RT, 2008.

BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências, publicada no Diário Oficial da União em 22 de julho de 1997.

[412] *Apud* CARLOS HENRIQUE DA SILVA ZANGRANDO, *Curso de Direito do Trabalho*, tomo III, 2008, p. 1.125.

[413] "Blessed is he who found his work; let him ask no other blessedness. He has a work, a life purpose. Labor is life".

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição, Coimbra/Portugal: Almedina, 2008.

CASELLA, Paulo Borba. Refugiados: conceito e extensão, *in* ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.), **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 17-26.

CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana: a circulação internacional de pessoas**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 7ª edição, São Paulo: LTr, 2008.

GOMES, Fábio Rodrigues. **O Direito Fundamental ao Trabalho: perspectiva histórica, filosófica e dogmático-analítica**, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 11ª edição revista, atualizada e ampliada com a EC 53/2006, São Paulo/SP: Método, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos Fundamentais Trabalhistas**, São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª edição revista e atualizada, São Paulo/SP: Saraiva, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**, de 28 de julho de 1951.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**, Coimbra/Portugal: Coimbra, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, José de Segadas; TEIXEIRA FILHO; João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**, vol. 1, 21ª edição, São Paulo: LTr, 2003.

WALZER, Michael. **Da Tolerância**, tradução de Almiro Pisetta, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. **Curso de Direito do Trabalho**, tomo I, São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**, tomo III, São Paulo: LTr, 2008.

A CONSOLIDAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO TRABALHO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

THE CONSOLIDATION OF THE CONSTITUTIONAL LABOR PRINCIPLES IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Lívia Mendes Moreira Miraglia

RESUMO

O presente artigo trata dos princípios constitucionais do trabalho. Cuida inicialmente dos princípios constitucionais fundamentais e de sua classificação como normas jurídicas, a fim de dotá-los de efetividade e garantir a sua concretização no paradigma do Estado Democrático de Direito. Versa especificamente sobre os princípios constitucionais de Direito do Trabalho explícitos e inferidos da Constituição Brasileira, tais como o princípio da valorização do trabalho, princípio da justiça social, princípio da função social da propriedade, princípio da proporcionalidade, princípio da igualdade e não-discriminação e o princípio da dignidade da pessoa humana . Afirma-se que o trabalho é a base do ordenamento jurídico brasileiro e que a realização plena do Estado Democrático de Direito só é possível mediante a concretização dos princípios constitucionais do trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DO TRABALHO - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ABSTRACT

This article is about the constitutional principles of labor. Initially it brings the concept of principle as a juridic norm, with the goal to guarantee its effectiveness in the Democratic State of Law. The article analyzes specially the constitutional labor principles that are written or can be deduced of the Brazilian Constitution, such as the principle of human labor valorization, the principle of social justice, the principle of social function of property, the principle of proportionality, the principle of equality and non-discrimination and the principle of human dignity. We asseverate that human work is the base of brazilian juridic system and that the real Democrati State of Law can only be reached and accomplished with the fulfilment of the constitucional principles of human labor.

KEYWORDS: LABOR LAW - CONSTITUTIONAL PRINCIPLES - DEMOCRATIC STATE OF LAW

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Introdução

O Direito é um sistema ordenado composto de institutos, princípios e regras (normas jurídicas) que reflete os valores vigentes numa determinada sociedade em um dado momento histórico e que regula as relações entre o Estado e as pessoas e entre os próprios indivíduos.

É de se ver que os princípios fazem parte do ordenamento jurídico, integrando a categoria das normas, que, por sua vez dividem-se em "normas-princípios" e "normas-disposições"[1]. Os princípios são essenciais para a integração e interpretação das normas jurídicas. É por meio deles que o sistema jurídico se renova e se adapta à realidade vigente, a fim de garantir que o Direito seja, de fato, reflexo da dinâmica social.

Os princípios expressam e traduzem os valores inerentes a uma determinada sociedade e vinculam-se às demais normas do ordenamento jurídico que, inclusive, são criadas e interpretadas a partir deles. Ao mesmo tempo em que são inferidos dos valores, necessidades e anseios sociais, são absorvidos pelo ordenamento jurídico e se reportam àquela sociedade, com o intuito de determinar a conduta humana e Estatal.

Mas afinal o que é princípio?

Na lavra de Maurício Delgado:

Sabe-se, é claro que a palavra *princípios* traduz, de maneira mais ampla (não apenas no campo do Direito), a noção de *proposições ideais que se gestam na consciência de pessoas e grupos sociais a partir de certa realidade e que, após gestadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade*[2].(grifos do autor)

No mesmo sentido, discorre Bandeira de Mello:

Princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmonioso[3].

Sendo assim, é possível inferir-se que os princípios jurídicos constituem a base do Direito, pois orientam a formulação e o sentido das normas jurídicas, promovendo a unidade e a coerência do ordenamento jurídico.

1. Princípios constitucionais do trabalho

A concepção de princípios como normas jurídicas é fruto do constitucionalismo moderno e coincide, não por acaso, com o movimento jurídico pós-positivista que corresponde aos "momentos constituintes das últimas décadas do século XX". Os princípios são convertidos em "pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais"[4].

A doutrina pós-positivista superou a distinção entre norma e princípio, pacificando o entendimento que norma jurídica é o gênero. E que, assim sendo, a diferenciação entre regras e princípios é uma caracterização de espécies pertencentes ao gênero norma jurídica.

Nesse contexto, observa-se a elevação dos princípios à categoria de normas constitucionais. Ensina Bonavides que ao serem alçados ao patamar constitucional os princípios convertem-se em "norma das normas", "fonte das fontes", "viga mestra do sistema", "chave de interpretação dos textos constitucionais"[5].

Acerca do papel da Constituição no pós-positivismo disserta Canotilho que é essencial a compreendê-la como "sistema aberto de princípios e regras". Elucida o autor que um modelo exclusivo de regras se por um lado conduziria a um sistema de segurança, por outro implicaria na ausência de espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um verdadeiro ordenamento jurídico. Noutra senda, um sistema exclusivamente constituído por princípios levaria a um ordenamento falho de segurança jurídica e extremamente complexo e abstrato[6].

Desse modo, indica o autor que é pela abertura do sistema constitucional que se permite a renovação e atualização das normas jurídicas, "através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos" que permitem a passagem de "uma *law in the books* para uma *law in action*, para uma *<living constitution>"*[7].

A consolidação da teoria dos princípios como normas jurídicas é de extrema importância para a efetivação e concretização dos Direitos Fundamentais do Homem. Isso porque, vistos como meros enunciados programáticos ou alçados a simples valores fora do campo do Direito, eram destituídos de força normativa vinculante e durante muito tempo foram descumpridos e desrespeitados sob a alegação de que constituíam apenas diretrizes informadoras da ação legislativa não dotadas, portanto, de coerciblidade. Ao serem tomados como princípios jurídicos na nova concepção do termo, ganham substrato legal, de forma que se torna possível exigir sua concretização efetiva.

Cumpre ressaltar que dentre os Direitos Fundamentais do Homem, os Direitos Sociais e, principalmente, o Direito do Trabalho ganham especial relevo no sistema capitalista. Isso porque, é mediante o trabalho que se possibilita a inserção do indivíduo destituído de riqueza na sociedade e é pela valorização do trabalho que se alcança a almejada justiça social, objetivo precípuo do Estado Democrático[8].

No tocante aos princípios constitucionais do trabalho, cabe, inicialmente, definir quais princípios constitucionais serão analisados. Com o objetivo de definir os

contrapontos existentes no mundo do trabalho aos direitos fundamentais e com a finalidade de descrevê-los como formas de trabalho indigno, cuida-se aqui de definir quais são os princípios constitucionais do trabalho.

Os princípios constitucionais do trabalho são aqueles que balizam a existência e interpretação do Direito do Trabalho. Constituem-se como normas-base do ramo jurídico especializado, pautando a elaboração dos conceitos e a acepção das normas trabalhistas, de modo que não se admite a apreciação dos seus fenômenos em sentido contrário aos princípios constitucionais do trabalho. Além disso, informam e vinculam tanto a ação estatal quanto a ação privada no âmbito das relações laborais.

Cabe salientar ainda que os princípios constitucionais do trabalho aqui tratados fornecem substrato direto ao princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, cumpre esclarecer que a análise dos princípios constitucionais do Trabalho se faz à luz da atual Constituição da República Federativa do Brasil, datada de 1988 e constituída sob a égide do Estado Democrático de Direito. Portanto, não se fazem digressões históricas ou de direito comparado, limitando-se à apreciação dos princípios no ordenamento jurídico pátrio atual.

1.1 Princípio da valorização do trabalho: fundamento da República Brasileira

O trabalho é a base do ordenamento jurídico brasileiro e, assim como todas as normas jurídicas constitucionais, deve ser lido sobre o prisma da dignidade da pessoa humana. Desse modo, ao se interpretar o valor-trabalho como pilar da República Brasileira leia-se "trabalho digno"[9], pois o labor em condições indignas mitiga o valor principal do Estado Democrático de Direito - qual seja, a pessoa humana -, atingindo a própria democracia.

O art. 1º IV da Carta Magna consagra como fundamento da República brasileira "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa".

A essência do valor-trabalho é o homem e é o trabalho que está em função do indivíduo e não o inverso[10]. É a pessoa humana - e, nesse ponto em especial o homem trabalhador - o "pilar estruturante"[11] do sistema jurídico pátrio, de modo que a concretização do valor-trabalho é elemento imprescindível para a valorização do próprio ser humano.

Sobre a concepção atual do princípio em tela, lembra Maurício Delgado, que o trabalho ao qual a Constituição se reporta é o trabalho regulado. Discorre o autor:

O emprego, regulado e protegido por normas jurídicas, desponta, desse modo, como o principal veículo de inserção do trabalhador na arena sócio-econômica capitalista, visando a propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética. É óbvio que não se trata do único veículo de afirmação econômico-social da pessoa física prestadora de serviço, uma vez que, como visto, o trabalho autônomo especializado e valorizado também tem esse caráter. Mas, sem

dúvida, trata-se do principal e mais abrangente veículo de afirmação sócio-econômica da ampla maioria das pessoas humanas na desigual sociedade capitalista[12].

Ademais, outro não poderia ser o sentido imposto pela Constituição, consoante evidenciado no capítulo dos Princípios Gerais da Atividade Econômica com a consagração do princípio da "busca do pleno emprego", nos termos do art. 170, VIII.

Dissertando acerca da "busca do pleno emprego", Branco assevera que o valor-trabalho como objetivo e fundamento da República vincula o Poder Público, de sorte que é equivocado atrelá-lo às possibilidades econômicas em detrimento das necessidades humanas. Ademais, é do valor-trabalho que se extrai a viabilidade de uma existência digna[13].

Assim, não trata o princípio da valorização de qualquer trabalho, posto que isso justificaria, inclusive, a utilização de práticas contemporâneas de labor em condições análogas à de escravo, sob o argumento de que a concessão de comida e moradia basta para a sobrevivência do homem trabalhador.

A interpretação dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito brasileiro não permite a redução do seu significado a meras falácias. Desse modo, o princípio da valorização do trabalho deve ser lido como "princípio da valorização do trabalho digno", pois esta é a verdadeira acepção do princípio: possibilitar a efetiva inserção do homem na sociedade e garantir as condições necessárias à vivência (e não mera sobrevivência) digna do trabalhador e de sua família. Ressalta-se ainda que é dever do Estado assegurar a todas as pessoas o acesso ao trabalho digno, mediante a promoção de políticas públicas eficientes e a normatização das relações trabalhistas.

1.2 Princípio da justiça social: base da ordem econômica e da ordem social

Ao estabelecer como fundamento da República Brasileira a consumação da justiça social, o constituinte nacional quis reforçar o caráter social do Estado Democrático de Direito sob o qual se erige a sociedade pátria. Assim, da leitura dos arts. 1º, IV e arts. 3º, I e III, é possível inferir que o princípio da justiça social constitui-se como princípio-informador, fundamento e objetivo do ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 170 da CR/88 prevê como uma das metas da ordem econômica a concretização da justiça social. Mais à frente, o art. 193 da Carta Magna enfatiza que compõe a base da ordem social brasileira o primado do trabalho - leia-se trabalho regulado ou emprego - e fixa como seus objetivos o bem-estar e a justiça social.

Afirma-se que o princípio da justiça social, assim como o princípio da valorização do trabalho, é uma das facetas do princípio da dignidade da pessoa humana, pois reconhece o indivíduo - e, no caso do valor-trabalho o homem trabalhador - como "pilar estruturante" do sistema jurídico[14]. Em outras palavras, percebe o homem como

"centro convergente de direitos"[15], sob o qual o Direito e o Estado se edificam e direcionam os seus fins. O objetivo do ordenamento jurídico não é, como procura subverter o pensamento neoliberal, a efetivação do econômico (o que, por si só, segundo os defensores dessa corrente, bastaria para a consecução do social).

Sendo assim, embora o princípio da justiça social - como base da ordem econômica - seja interpretado em consonância com o princípio da livre iniciativa, cabe lembrar que ambos têm como desígnio realizar o princípio basilar do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana. No caso de conflito entre os mesmos, prevalece aquele que concretize, diante do caso concreto, essa dignidade.

Consoante magistério de Maurício Delgado, a idéia de justiça social opõe-se às concepções daqueles que acreditam que a regência exclusiva do mercado como meio de realização individual, material e social das pessoas. Dispõe o princípio que, independente das aptidões, talentos e virtudes pessoais a todos é assegurado o "acesso às utilidades essenciais existentes na comunidade"[16].

Na mesma linha de entendimento, aduz-se que a concretização das necessidades básicas individuais não decorre apenas da capacidade e vontade de cada um, mas depende também de fatores externos ao indivíduo que justificam a ingerência normativa estatal, a fim de garantir a fruição de uma vida digna a todos.

A Constituição Brasileira, ao eleger o princípio da justiça social como seu basilar, rompe com o pensamento neoliberal, que propaga frases de efeito, como *"o seu sucesso depende apenas de você"* e *"se você se esforçar irá prosperar"*, realçando o seu ideário individualista e materialista.

Cabe lembrar ainda que os princípios constitucionais expressam e traduzem os valores sociais adotados pela coletividade, além de vincularem as demais normas jurídicas.

Nessa esteira, autores como Bonavides interpretam a Constituição brasileira como Constituição do Estado Social de "valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no poder". Assim, parafraseando Engels, o autor é incisivo ao afirmar que "onde o poder do Estado em um determinado país entra em contradição com o desenvolvimento social, a luta termina sempre com a derrocada do poder político"[17].

Nesse diapasão, é dever precípuo do Estado efetivar os valores do trabalho e da justiça social enunciados na Constituição da República brasileira e que, centrados na pessoa humana, condicionam toda a atividade estatal. Em outras palavras, é obrigação do Estado retificar as injustiças sociais, mediante a concretização do princípio da justiça social, critério balizador da distribuição dos recursos estatais e que impede a utilização da "reserva do possível" como justificativa do seu cumprimento mínimo, ou melhor, do seu não-cumprimento.

E, consoante lembra Souto Maior, é o Direito do Trabalho o instrumento precípuo de realização da justiça social, porque:

O direito do trabalho, desse modo, inicialmente, visa a impedir a superexploração do capital sobre o trabalho humano; em seguida, busca melhorar as condições de vida dos

trabalhadores; e, por fim, conforme encontra campo propício de atuação possibilita aos trabalhadores adquirirem *status* social[18].

É mediante o trabalho regulado e, portanto, protegido pela legislação trabalhista, que se permite a inclusão do obreiro na arena capitalista moderna e, ao mesmo tempo em que lhe assegura um patamar mínimo existencial[19], exige a redistribuição social dos lucros e da riqueza gerados pelo sistema, propiciando a verdadeira justiça social.

1.3. Princípio da função social da propriedade: a concepção de empresa como propriedade.

Em consonância com a moderna doutrina constitucionalista, que edifica o "social" como valor fundamental e completar ao econômico, a Constituição Brasileira, em seu art. 170, ao tratar dos "Princípios Gerais da Atividade Econômica, assim dispõe:

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

Fica claro, mais uma vez, que o escopo do sistema normativo fundamental do País - ao mesmo tempo em que consagra a economia de mercado capitalista - é atribuir prevalência ao valor-trabalho, diante dos demais valores basilares da ordem econômica.

Embora não negue o direito individual à propriedade privada, a Constituição pátria afasta a concepção liberal de direito absoluto da propriedade, que a consagrava como objeto submetido ao uso, gozo e proveito do proprietário, a quem cabia dar-lhe a destinação que melhor lhe aprouvesse.

Dessa maneira, se, de um lado, reconhece e assegura o direito individual de propriedade privada, de outro, o dispositivo constitucional limita seu direito de utilização, a fim de garantir a propriedade como instrumento de realização do bem-estar comum.

A propriedade não pode visar tão-somente ao interesse do seu proprietário quando se vive em um Estado Democrático de Direito cujo intuito maior é a efetivação dos direitos sociais em conformidade com os direitos individuais.

Na abalizada visão de José Silva, a importância da inserção constitucional da propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III) se dá em razão de que:

[...] embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.* Se é assim, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele princípio[20].

Maurício Delgado propugna que, ao consagrar o princípio da função social da propriedade, espelha a Carta Magna o princípio da dignidade da pessoa humana, pois enquadra o exercício do direito individual de propriedade sob "práticas e destinações afirmatórias do ser humano e dos valores sociais e ambientais". Assim disserta:

É inconstitucional, para a Carta Máxima, a antítese "o lucro ou as pessoas"; a livre iniciativa e o lucro constitucionalmente reconhecidos - e, nessa medida, protegidos - são aqueles que agreguem valor aos seres humanos, à convivência e aos valores da sociedade, à higidez do meio ambiente geral, inclusive o do trabalho[21].

Importa lembrar que tanto o princípio da livre iniciativa quanto o da função social da propriedade devem ter como finalidade a satisfação do princípio basilar do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana, de modo que em uma eventual colisão entre esses princípios prepondera aquele que seja capaz de concretizar, de fato, a dignidade em face do caso concreto apresentado.

Como o objetivo é conciliar capital e trabalho - lucro e pessoas -, torna-se imprescindível estender a função social a qualquer tipo de propriedade e, em especial, à propriedade dos meios de produção, consubstanciada na empresa, cerne do sistema capitalista.

Para José Silva, não há dúvidas de que a função social da empresa é plenamente aplicável à empresa:

O art. 170, III ao ter a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, reforça essa tese, mas a principal importância disso está na sua compreensão como um dos instrumentos destinados à realização da existência digna de todos e da justiça social. Correlacionando essa compreensão com a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*), a defesa do consumidor (art. 170, V), a defesa do meio ambiente (art. 170, VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII), tem-se configurada a sua direta implicação com a *propriedade dos bens de produção,* especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial[22].

Nessa toada, aduz o autor que se pode falar tanto em "função social da empresa" quanto em "função social do poder econômico"[23].

Forçoso aduzir que, no tocante ao desempenho da sua atividade, é possível afirmar que a empresa subordina-se à consecução da sua função social: a concretização da existência digna a todos, pressuposto da justiça social e da valorização do trabalho. Desse modo, é ilegítima qualquer prática empresarial que vise à obtenção do lucro em detrimento do homem-trabalhador, que avilte as condições de labor e que mitigue as

normas de saúde e segurança no meio ambiente do trabalho. Maurício Delgado percebe, inclusive, tais formas de precarização do valor-trabalho como inconstitucionais[24].

Nesse sentido, o art. 186 da Constituição da República preceitua que a função social da propriedade rural só é cumprida quando atende simultaneamente aos requisitos de: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; *observância das disposições que regulam as relações de trabalho;* e *exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.* Compreende-se que tais disposições devem ser aplicadas, analogicamente, às empresas urbanas, haja vista que não há qualquer justificativa para o tratamento diferenciado entre essas no que tange a esse aspecto. Afinal, o que exige o artigo são condições mínimas de respeito ao meio ambiente e ao homem-trabalhador, sem olvidar o lucro e os direitos do proprietário, para a consecução da função social do empreendimento produtivo.

Vislumbra-se ainda que, como a função social paira acima do direito individual de propriedade, - legitimando, inclusive, a expropriação e a socialização da propriedade, com o intuito de realizar aquele princípio -, justifica-se a intervenção estatal na empresa a fim de compeli-la ao cumprimento de sua função social. E, nesse sentido, afirma-se que o princípio da função social da empresa consubstancia-se, diretamente, em um primeiro plano, na garantia de existência digna aos seus empregados, mediante o cumprimento de seus direitos trabalhistas[25].

•1.4. Princípio da proporcionalidade

O ordenamento jurídico constitucional brasileiro não prevê explicitamente o princípio da proporcionalidade, como ocorre no sistema português, onde a Constituição elenca o princípio em seu art. 18. Não obstante, segundo Guerra Filho, pode ser deduzido do art. 5º, II e §2º, da Carta Magna brasileira, que "enuncia a essência e destinação do princípio da proporcionalidade: preservar os direitos fundamentais", consagrando-o como o "princípio dos princípios", indispensável ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito[26].

Para Bonavides, ele está subentendido no texto constitucional e decorre da própria natureza e da essência do Estado Democrático de Direito (a que se reporta o autor como Estado Social). É nesse modelo estatal que se "deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica" e assim, se permitiu o surgimento do princípio da proporcionalidade[27].

Ampara os direitos fundamentais, pois fornece os limites à restrição das liberdades individuais, para, assim, garanti-las e efetivá-las ao máximo[28].

É inferido dos demais princípios constitucionais, principalmente do princípio da igualdade, sobretudo quando se atenta para a "passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade", característica da fase atual. Em particular, ressai dos seguintes dispositivos: art. 5º, V, X e XXV; art. 7º, IV, V e XXI; §3º do art. 36; art. 37,

IX; §4º do art. 40 e III, "c" e "d"; art. 40, V; art. 71, VIII; parágrafo único do art. 84; art. 129, II e IX; art. 170; art. 173 e §§ 3º, 4º e 5º; art. 174 e §1º; e art. 175, I, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[29].

Consoante magistério de Maurício Delgado, o princípio da proporcionalidade presume a adequação entre os meios utilizados e o fim colimado. O princípio da razoabilidade, por outro lado, implica que "condutas humanas devem ser avaliadas por critério de verossimilhança, sensatez e ponderação". Prossegue o autor discorrendo que os dois princípios podem ser combinados, de maneira que

os comandos resultantes das normas jurídicas devem ser interpretados e as condutas humanas devem ser avaliadas, segundo critério que pondere o adequado equilíbrio entre meios e fins a elas vinculados ou nelas atuantes, mediante um juízo de verossimilhança, sensatez e ponderação[30].

Forçoso aduzir que o princípio da proporcionalidade é destinado tanto às pessoas quanto ao Estado, em especial ao órgão aplicador da norma jurídica, com o objetivo de evitar a arbitrariedade das decisões judiciais. Nesse sentido, "diante da multiplicidade de pontos de vista (*topoi*) não dispõe o intérprete do arbítrio de idéias, de faculdade de livremente eleger aquele ponto de vista que melhor lhe apraz"[31].

O princípio da proporcionalidade assenta-se sobre três pilares: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. A adequação é a adaptação dos meios aos fins. Diz respeito ainda à adequação entre os motivos, meios e fins que levam à produção da norma, combinados com a segurança, paz, solidariedade e justiça (razoabilidade interna da norma). Existente essa razoabilidade verifica-se a adequação entre os meios e os fins admitidos pela Constituição (razoabilidade externa)[32].

De acordo com o Tribunal Constitucional Alemão a adequação e necessidade podem ser descritas assim:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental[33].

A terceira dimensão, ou "máxima", do princípio da proporcionalidade é a proporcionalidade em sentido estrito e diz respeito à ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido. Sendo assim, o valor promovido deve ser mais relevante do que aquele sacrificado.

No caso dos direitos fundamentais e, em especial, com relação à dignidade da pessoa humana (substrato ou conteúdo mínimo desses direitos), o princípio da proporcionalidade assume grande relevo, haja vista que propõe a harmonização e a consecução dos direitos na maior medida possível, de forma que implique o menor gravame ao direito preterido no caso concreto. Isso porque os direitos fundamentais individuais, sociais e de solidariedade interligam-se e dependem da efetivação e

concretização uns dos outros. Ou seja, não há que se falar em igualdade e liberdade sem o direito ao trabalho, à saúde ou à educação e nem em direito ao trabalho sem igualdade e liberdade.

Ademais, cumpre ressaltar que não há direito fundamental sem o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, assevera-se que o princípio consiste em critério balizador e orientador do princípio da proporcionalidade, de modo que a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, em sentido estrito, devem realizar sempre o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana, sob pena de arbitrariedade da conduta.

Cabe ao Estado distinguir o exercício dos interesses individuais e coletivos, ainda que isso importe na restrição de direitos fundamentais - mas desde que respeite e afirme a dignidade da pessoa humana -, para com isso assegurar-lhes maior eficácia, posto que não há como atendê-los plena e absolutamente diante da realidade complexa do mundo atual. Sendo assim, deduz-se a essencialidade dos princípios da isonomia - no sentido de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida do razoável - e da proporcionalidade, balizados pelo princípio da dignidade da pessoa humana como instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais.

•1.5. Princípios da igualdade e não-discriminação: perspectiva do Estado Democrático de Direito

No atual paradigma, o Estado Democrático de Direito, a igualdade deve ser interpretada como "igualdade através da lei"[34], assumindo contornos de igualdade formal e de igualdade substancial. Não pode ser lida restritivamente como mera igualdade perante a lei (isonomia formal), muito menos no sentido de igualdade na lei que alguns Estados totalitários lhe imprimiram, corrompendo seu verdadeiro conceito.

Há de ser compreendida como "igualdade através da lei", legitimamente construída pelos seus destinatários, por meio de seus representantes democraticamente eleitos. Nesse sentido, o princípio da igualdade sugere a criação de um direito material pautado no tratamento diferenciado a pessoas ou grupos portadores de desigualdade fática em relação ao resto da sociedade, com o intuito de alcançar a igualdade real.

Barroso ensina que a idéia de igualdade não barra o estabelecimento de situações jurídicas desiguais, pois a própria Constituição da República impõe o tratamento diversificado (em relação a sexo, idade e nacionalidade, desde que, logicamente, não importe em discriminação). Não obstante, o fundamento dessa conduta deve perseguir fim legítimo e ser baseado em fatores razoáveis. Ou seja, erige-se o princípio da proporcionalidade como parâmetro para aferir a validade do tratamento diferenciado e para conceituar a discriminação[35].

Consoante Maurício Delgado, a não-discriminação labora sobre um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência, enquanto a igualdade busca igualizar o tratamento jurídico a pessoas ou situações com ponto de contato, devendo

ser expressa na lei. O autor considera que ambos os princípios se correlacionam com o princípio da dignidade da pessoa humana, em especial o princípio da não-discriminação, pois a dignidade consiste exatamente em preservar a singularidade de cada pessoa e levar em consideração a particularidade do caso concreto (uma vez que as normas são criadas como comandos genéricos e abstratos)[36].

Para Plá Rodriquez, deve-se separar o principal, que é a dignidade da pessoa humana - e que deve ser assegurada a todos - e o acessório, que é a singularidade de cada um e de cada caso concreto. Cabe ao Direito do Trabalho garantir esse mínimo existencial, qual seja a dignidade humana, pois o que se combate é a existência de situação discriminatória. Desse modo, permite-se que um trabalhador alcance patamar mais elevado do que os demais, em razão de suas virtudes e de seu desempenho. A igualdade plena (igualdade na lei) afeta a finalidade do ramo trabalhista e impede a concessão de melhorias e benefícios ao trabalhador[37].

Sob a ótica da concepção constitucional brasileira, ordenadora da edificação do Estado Democrático de Direito, Lorentz constrói o conceito de igualdade a partir do qual se deve interpretar a norma jurídica:

[...] a igualdade como norma constitucional que deve ser lida como a obrigatoriedade de tratamento isonômico a todos os cidadãos e a possibilidade de tratamentos diferenciados a pessoas ou grupos que, por sua qualidade diferencial ou desequilíbrio fático em relação ao resto da sociedade, necessitam de um tratamento diferenciado, justamente porque igualdade pressupõe o respeito e a preservação das diferenças individuais e grupais ou da diversidade que é inerente à natureza humana [...] Evidentemente esta possibilidade de tratamento diferenciado a determinadas pessoas ou grupos não pode ser aleatória, e tampouco discriminatória em sentido negativo[38].

Ensina Bonavides que o princípio da igualdade obriga o Estado a prestações positivas, a fim de materializar os comandos jurídicos normativos de isonomia (substancial entenda-se), pois "a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo". Isso não quer dizer que a igualdade revogue a liberdade, mas sim que essa sem a igualdade é valor vulnerável[39].

A igualdade de condições é pressuposto indispensável à concretização das liberdades materiais. Desta feita, pode-se dizer que a igualdade substancial corresponde ao "patamar mínimo civilizatório"[40] e solidifica-se mediante a consecução da "igualdade de oportunidades"[41] e da redução das desigualdades. O sentido da expressão "igualdade de oportunidades" condiz com a igualdade de condições (social, econômica e cultural) como elemento essencial da própria dignidade humana, haja vista a existência de um mínimo existencial equivalente a essa igualdade e que deve ser assegurado a todos para a edificação dos direitos individuais e de liberdade e para a efetivação da justiça social e da democracia.

Nessa esteira disserta Rocha:

[...] igualdade é uma dessas formas de dizer a democracia. É conteúdo desta e [...] é o princípio que dá corpo e alma às normas jurídicas, logo é com o sentido e a matéria de igualdade que se compõem e hão de ser compreendidas as normas jurídicas[42].

Assim o Estado brasileiro "deve produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais"[43].

Nessa senda, conclui-se que, embora o art. 5º da CR/88 pareça prescrever a igualdade formal, a sua interpretação deve ser feita em consonância com os demais princípios constitucionais, que refletem os valores fundantes do ordenamento jurídico pátrio. Dessa maneira, o sentido balizador do princípio da igualdade consubstancia-se na idéia de "igualdade através da lei", afirmadora da igualdade formal e da igualdade substancial (assecuratória do mínimo existencial digno) e autorizadora do tratamento desigual pautado no princípio da proporcionalidade.

•1.6. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Desde o preâmbulo fica clara a centralidade do ordenamento jurídico brasileiro na pessoa humana como valor essencial. A dignidade da pessoa humana[44] consolida-se no art. 1º, III da Constituição, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito. O referido artigo elenca em seus incisos II e IV, a cidadania e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, respectivamente.

É de se ver que a Carta Magna desempenha papel essencial na valorização do indivíduo ao elevar as normas trabalhistas e a dignidade da pessoa humana ao *status* de direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos.

O art. 3º da referida Carta preceitua como objetivos fundamentais da República Federativa brasileira: a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; e a redução das desigualdades sociais e regionais. Além disso, propugna como dever do Estado a promoção do bem-estar de todas as pessoas, livre de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

A dignidade da pessoa humana constitui princípio, fundamento e objetivo do Estado Brasileiro. É o valor supremo sobre o qual se edifica a sociedade brasileira. Forçoso asseverar, então, que o princípio da dignidade humana permeia todos os ramos do Direito, devendo sempre ser perseguido pelo legislador e pelo intérprete da lei, além de influir nas condutas humanas particulares.

Nas palavras de Gabriela Delgado, "no desempenho das relações sociais, em que se destacam as trabalhistas, deve ser vedada a violação da dignidade, o que significa que o ser humano jamais poderá ser utilizado como objeto ou meio para a realização do querer alheio". Completa a autora que o sistema de valores a ser utilizado como diretriz do Estado Democrático deve concentrar-se no ser humano enquanto pessoa[45].

Cumpre destacar que a dignidade da pessoa humana é *"base da vida em sociedade e dos Direitos Humanos"**[46]***. Consta, inclusive, no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948 e que, preconiza que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

A dignidade possui duas dimensões: individual e social. O aspecto individual alude à integridade física e psíquica do homem e se relaciona com as liberdades negativas dos direitos fundamentais de primeira geração.

A dignidade social diz respeito à afirmação do homem enquanto ser pertencente à sociedade e está intrinsecamente conectada às liberdades positivas e à igualdade substancial, propostas pelos direitos fundamentais de segunda e terceira geração. Ademais, funda-se no parâmetro do mínimo existencial assegurado a todas as pessoas.

Ambas as características são interdependentes e se completam para formatar a concepção correta da dignidade da pessoa humana. Isso porque, não há se falar em direito à vida ou à liberdade sem que se garanta o acesso de todos à saúde, à educação e ao trabalho. E, também, não se pode falar em direito ao trabalho e educação sem se afirmar o direito à vida e à liberdade.

A concretização do princípio da dignidade da pessoa humana só é possível pela conjugação de suas duas dimensões: individual e social. O grande problema não é auferi-las do ordenamento jurídico pátrio, mas efetivá-las. O discurso neoliberal em voga nos dias atuais propugna, propositalmente, o abandono da concepção social da dignidade da pessoa humana, restringindo-a à concepção individualista de proteção dos direitos de liberdade.

Assim, o direito de igualdade é olvidado, sob a falácia de que os homens já alcançaram o patamar de igualdade substancial possível, de modo que basta a igualdade meramente formal. Propõe a extirpação da proteção legal concedida a certos grupos sociais, ao argumento que o tratamento diferenciado constitui "tratamento privilegiado" e, portanto, injustificado.

Conclusão

Diante de todo o exposto é possível concluir que para a concretização do Estado Democrático de Direito em nosso país é premente a concretização dos princípios constitucionais do trabalho - especialmente, os da igualdade substancial, da justiça social e da valorização do trabalho - e a consolidação da garantia do labor digno, aos indivíduos, pois esse é meio mais eficaz de assegurar a todos a efetiva liberdade, consolidando, assim, a verdadeira dignidade da pessoa humana.

Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales,1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de Direito Administrativo.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. **Razoabilidade e isonomia**. IN: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução: Regina Lyra. Nova edição. 4ª tiragem. São Paulo: Campus/Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de Princípios Constitucionais no Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2007.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho com redução do homem à condição análoga de escravo e dignidade da pessoa humana.** IN: www.pgt.mpt.gov.br. Acesso em 20.10.2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1993.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno.** São Paulo: LTR, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios da dignidade humana, da proporcionalidade e/ou razoabilidade e da boa-fé no Direito do Trabalho.** São Paulo: Revista de Direito do Trabalho, v. 29, n. 102, abril-junho de 2001, p 85-117.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho.** 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 6ª. ed. São Paulo: LTR, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOLANDA, Aurélio Buarque. Dicionário Aurélio da língua portuguesa. Versão eletrônica.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FILHO, Willis Santiago Guerra. **Notas em torno do princípio da proporcionalidade**. IN: MIRANDA, Jorge (org). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976.* Vol. I. Portugal: Coimbra, 1996.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência.** São Paulo: LTr, 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social.** São Paulo: LTR, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo II. 2ª ed. Portugal: Coimbra Editora, 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1996.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** 2ª tiragem. São Paulo: LTr, 2002.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do Direito do Trabalho.* São Paulo, LTr, 1995. p 104.

SARLET, Ingo Wolgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

---

[1] As expressões são de Jorge Miranda.

[2] DELGADO, Maurício Godinho *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho.* 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 14.

[3] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980. p 20.

[4] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 264.

[5] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional. Op cit.* p 290-294.

[6] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. p 168.

[7] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional. Op cit.* p 169-170.

[8] Assim, o presente artigo não cura da análise dos princípios constitucionais específicos de Direito do Trabalho (a respeito consultar: DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. Op cit.*). Ademais, cumpre ressaltar que a apreciação dos princípios constitucionais do Trabalho se faz à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, constituída sob a égide do Estado Democrático de Direito.

[9] Cf. DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao trabalho digno.* São Paulo: LTr, 2005.

[10] RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do Direito do Trabalho.* São Paulo, LTr, 1995. p 104.

[11] A expressão é de BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A colisão de princípios constitucionais no Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2007. p. 62.

[12] DELGADO, Maurício Godinho *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. Op cit.,* p 36.

[13] BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A colisão de Princípios Constitucionais no Direito do Trabalho. Op cit*. p 64-67.

[14] BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A colisão de Princípios Constitucionais no Direito do Trabalho. Op cit.* p 62.

[15] A expressão é de Gabriela Delgado.

[16] DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. Op cit.* p 38.

[17] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional. Op cit.* P. 371.

[18] MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social.* São Paulo: LTr, 2000. p 20.

[19] Cf. DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. Op cit.* p 34.

[20] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 273-274.

[21] DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. Op cit.* p 39.

[22] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo. Op cit.* p. 780.

[23] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo. Op cit.* p. 780.

[24] DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. Op cit* p 39.

[25] Ademais, ressalta-se que as atividades empresariais geram efeitos mais amplos do que aqueles ocasionados em seu ambiente interno. A conduta de uma empresa faz-se sentir em toda a comunidade, afetando, inclusive, o meio-ambiente social. Em outras palavras, a função social da empresa se estende a todas as suas atividades e implica a consecução de uma existência digna a todos os cidadãos (e não apenas aos seus empregados, embora seja essa a dimensão que mais interessa ao estudo em tela).

[26] GUERRA FILHO, Willis Santiago Guerra. *Notas em torno do princípio da proporcionalidade.* IN: MIRANDA, Jorge (org). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976.* Vol. I. Portugal: Coimbra, 1996. p 252.

[27] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional. Op cit.,* p. 398-399.

[28] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional. Op cit.,* p. 395.

[29] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional. Op cit.,* p. 435.

[30] DELGADO, Maurício Godinho. Princípios da dignidade humana, da proporcionalidade e/ou razoabilidade e da boa-fé no Direito do Trabalho. São Paulo: **Revista de Direito do Trabalho**, v. 29, n. 102, p. 85-117, abr./jun. 2001, p 111.

[31] GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do Trabalho e dignidade da pessoa humana.* São Paulo: LTr, 2005. p. 226.

[32] BARROSO, Luiz Roberto. *Razoabilidade e isonomia.* . IN: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000.p 30.

[33] *Apud.* FILHO, Willis Santiago Guerra. *Notas em torno do princípio da proporcionalidade. Op cit.* p. 260.

[34] A expressão é de Carmen Lúcia Antunes Rocha, mas também aparece na obra de Lutiana Nacur Lorentz.

[35] BARROSO, Luiz Roberto. *Razoabilidade e isonomia. Op cit.* p 32-34.

[36] DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. Op cit.* p 47-49.

[37] RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho.* 2ª tiragem. São Paulo: LTr, 2002. p 445.

[38] LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência.* São Paulo: LTr, 2006. p. 58.

[39] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional. Op cit.,* p. 378.

[40] A expressão é de Maurício Delgado.

[41] A expressão é de Bobbio, mas também é aduzida por Rocha.

[42] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade.* Belo Horizonte: Editora Lê: 1996. p. 22.

[43] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional. Op cit.,* p. 378.

[44] Entende-se dignidade como: "(...)a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos". SARLET, Ingo Wolgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.* 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 62.

[45] DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno.Op cit,* 2005. p 206.

[46] FILHO, José Cláudio Monteiro de Brito. *Trabalho com redução do homem à condição análoga de escravo e dignidade da pessoa humana.* **IN:** www.pgt.mpt.gov.br. Acesso em 20.10.2006.

IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO NO MUNDO DO TRABALHO: A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E A ATUAÇÃO SINDICAL*

IMPATTO DELLA GLOBALIZZAZIONE NEL MONDO DEL LAVORO: UNA LEGGE FLESSIBILIZZAZIONE IL LAVORO E IL RUOLO DI ASSOCIAZIONE

Luana Michelle da Silva Godoy

RESUMO

Pretende-se demonstrar a crise do paradigma atual dos direitos sociais frente à globalização econômica. Considerando a falta de postos de trabalho como relevante fator de exclusão social e fomentador de violência, são ressaltados alguns dos reflexos das alterações do modo de produção da economia globalizada nos direitos dos trabalhadores. A capacidade de autoregulamentação dos Estados Nacionais é enfraquecida diante da necessidade de inserção dos mesmos na perspectiva econômica global, sendo que as pressões em torno da flexibilização dos direitos sociais ganham forças. Perante os dilemas expostos destaca-se a importância da abordagem da questão sindical, uma vez que a flexibilização pressupõe uma atuação efetiva do direito coletivo do trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: GLOBALIZAÇÃO. DIREITO DO TRABALHO. SINDICATOS.

RIASSUNTO

L'obiettivo è quello di dimostrare l'attuale crisi del paradigma dei diritti sociali contro la globalizzazione economica. Considerando la mancanza di posti di lavoro come importante fattore di esclusione sociale e di promozione della violenza, sono evidenziate alcune delle conseguenze dei cambiamenti nel modo di produzione dell'economia globale dei diritti dei lavoratori. La capacità della nazionale di autoregolamentazione è indebolito in vista della necessità di inserire nel loro delle prospettive dell'economia mondiale, e la pressione sul rilassamento di vincere le forze sociali. Data la dilemmi esposto evidenzia l'importanza di affrontare la questione sindacale, dal momento che il relax di un efficace azione richiede un diritto collettivo del lavoro.

PAROLE CHIAVE: GLOBALIZZAZIONE. DIRITTO DEL LAVORO. I SINDACATI

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO[1]

Sentem-se os efeitos da internacionalização da economia de uma forma sem precedentes. A Globalização possui uma dinâmica que permite uma velocidade antes inimaginável de circulação de capitais e integração mundial dos mercados, o que obsta qualquer pretensão racional de isolamento dos Estados Nacionais.

Influenciado pelo desenvolvimento tecnológico e pelas novas formas de produção, o capitalismo passa a sofrer um novo ciclo cada vez mais desvinculado do poder político exigindo um espaço livre para o funcionamento da sua racionalidade.

Após a frustração na implantação do Estado do Bem estar social, a dinâmica econômica global exigiu a desregulamentação da economia para que a lógica mercadológica auferisse todos os frutos do seu potencial lucrativo.

Ocorre que não obstante a globalização seja um caminho sem volta e tenha deixado uma herança benéfica em alguns aspectos, os custos sociais foram altos, sendo o desemprego estrutural somente um dos malefícios causados com o agravamento da limitação estatal na concretização de políticas públicas.

A possibilidade de autoregulamentação dos Estados Nacionais restou enfraquecida com a forte pressão das novas formas de produção em prol da desregulamentação dos direitos sociais, aumentando a expectativa de uma resolução internacional em relação ás desigualdades econômicas e as suas conseqüências.

É constatável a necessidade de atuação conjunta entre os Estados para agirem nos mais diversos âmbitos sociais, ambientais, econômicos, entre outros, uma vez que a mundialização demonstra que muitos problemas possuem repercussão internacional, sendo impossível que a resolução seja alcançada de forma satisfatória mediante a ação de um só governo. No entanto os alcances dessas medidas dependem de vontade política, sendo que o tempo de consolidação dessas alianças não se compatibilizam com a urgência do tratamento dos reflexos sociais dessas problemáticas.

Por isso, mesmo que presente uma crise do Estado Nacional, deve-se voltar ao estudo de saídas possíveis dentro do panorama trazido pela globalização econômica. É patente a dificuldade de encontrar soluções, uma vez que existe uma modificação de paradigmas. Não há mais um terreno estável respaldado em conceitos e definições construídas. O direito passa a lidar com situações que não possibilitam que o Estado seja considerado um centro decisório único e autônomo.

O direito do trabalho é extremamente estremecido frente á crise do Estado Nacional, pois a proteção do pólo mais fraco da relação laboral advém da intervenção estatal mediante leis que buscam equilibrar as diferenças contratuais. Ocorre que um Estado excessivamente intervencionista não corrobora com a lógica da globalização econômica.

Sendo assim, no que diz respeito ao direito do trabalho, uma das alternativas seria a flexibilização da legislação como mecanismo de adequação entre o direito trabalhista brasileiro e os desafios econômicos do cenário global. Mas se a argumentação em prol da flexibilização lograr êxito na prática transfere-se para o âmbito coletivo a resolução

dos impasses oriundos do contrato de trabalho. O sindicato seria o veículo de negociação responsável em suprir o desequilíbrio contratual característico das relações empregatícias.

No entanto, as mazelas presentes na falta da representatividade sindical, bem como outras características negativas do sindicalismo atual desperta crítica e descrença na possibilidade da igualdade entre os conglomerados de empresas e trabalhadores no exercício da negociação.

Mas o ponto central da problemática frente às pressões da economia globalizada é se a atuação sindical pode resistir. Se existe uma crise no conceito de soberania estatal conquistado pelo Estado moderno, e uma tendência de desregulamentação, como um sindicato extremamente atrelado à figura estatal pode exercer alguma influência efetiva na negociação dos direitos trabalhistas?

Se a greve sempre foi um dos principais instrumentos de ação sindical, qual o efeito desse mecanismo frente ao modo de produção globalizado, focado na desterritorialização das empresas? Se existe um sindicato forte em determinada região, obviamente esta não será atraente para o investimento de capitais de empresas conectadas às estratégias da integração mundial dos mercados.

É nesse impasse entre sobrevivência econômica e os direitos sociais que a discussão ganha maior complexidade, será possível buscar uma alternativa plausível que não olvide as conquistas trabalhistas e ao mesmo tempo ultrapasse o discurso romântico?

Para isso é preciso que ao menos a problematização seja estruturada, sendo esta uma tarefa que já encontra dificuldades extremas.

1 IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO NOS DIREITOS SOCIAIS

A globalização é um fenômeno insuficientemente definido dada as suas inúmeras facetas e repercussões. Mundialização, aldeia global, shopping center global, sociedade global, são terminologias muitas vezes utilizadas de forma indiscriminada que fomentam confusão naqueles que buscam a segurança da conceituação frente a um tema tão complexo.

Faz tempo que a reflexão e a imaginação sentem-se desafiadas para taquigrafar o que poderia ser a globalização do mundo. Essa é uma busca antiga, iniciada há muito tempo, continuando no presente, seguindo pelo futuro. Não termina nunca. São muitas as expressões que denotam essa busca permanente, reiterada e obsessiva, em diferentes épocas, em diferentes lugares, em diversas linguagens; civilizados e bárbaros, nativos e estrangeiros, Babel e humanidade, paganismo e cristandade, Ocidente e Oriente, capitalismo e socialismo, ocidentalização do mundo, Primeiro, Segundo, Terceiro e Quarto Mundos, norte e sul, mundo sem fronteiras, capitalismo mundial, socialismo mundial, terrapátria, planeta Terra, ecossistema planetário, fim da história (IANNI. 2007, p. 24)

O resgate da exatidão científica talvez seja uma forma de fugir das incertezas angustiantes que as conseqüências da globalização remontam. Essas sensações incertas motivam posicionamentos extremistas, e a formação de prognósticos que se posicionam entre a ficção e a realidade.

Ainda que como nos dizeres de José Eduardo Faria a globalização seja um fenômeno "multifacetado" (FARIA, 2004, p. 7), não se pretende abordar essa questão nos diversos aspectos que a mesma merece, a capacidade do Estado Nacional regulamentar as relações do trabalho de acordo com os valores internos frente à integração internacional dos mercados constitui o foco estabelecido.

Após a Segunda Guerra Mundial foi possível constatar que a internacionalização do capital atingia uma proporção sem precedentes, as fronteiras foram se tornando cada vez menos nítidas. A distinção entre capital nacional e internacional perdia forças. Após o fim da Guerra Fria, as modificações ocorridas nos países de regime socialista alargaram o terreno de negociações, beneficiando a circulação mundial do capital (IANNI, 2007, p. 55-56).

As transnacionais libertaram-se das limitações estatais, a soberania não pode ser mais compreendida tal conforme ideários do Estado Moderno:

> [...] a soberania, em seu significado moderno, diz respeito a um poder de mando incontrastável numa determinada sociedade política; a um poder independente, supremo, inalienável, e, acima de tudo, exclusivo. Ou seja, um poder sem igual ou concorrente, no âmbito de um território, capaz de estabelecer normas e comportamentos para todos os seus habitantes (FARIA, 2004, p17)

Devido ao desenvolvimento tecnológico a circulação de capitais atingiu uma lógica inovadora. Os modos de financiamento e o "virtualismo" financeiro, "representado pelas negociações especulativas não lastreadas em disponibilidades financeiras efetivas, mas que são possíveis devido à plena integração dos sistemas financeiros de todo o mundo via telemática". O capital deixa de possuir território fixo, o que dificulta a intervenção dos Estados Nacionais (MARQUES NETO, 2002, p. 106).

Ressalta-se que no âmbito econômico o desenvolvimento tecnológico inovou o modo de produção industrial que marcava o Capitalismo Ocidental. No modelo fordista a produção era nacionalizada, mesmo com o capitalismo internacionalizado a sua realização ocorria dentro do âmbito nacional. Ainda que existente a empresa multinacional, a sua matriz encontrava-se fixada em um Estado. Com a globalização surge um novo modelo de produção que atua de modo integrado, ultrapassando as fronteiras estatais, migrando de país em país conforme o interesse econômico.

O novo modelo é denominado como toytismo ou pós-fordismo e possui como respaldo as mudanças tecnológicas que permitem um modo de produção que prescinda de grande quantidade de mão-de-obra e da concentração produtiva:

[...] O mundo transformou-se na prática em uma imensa e complexa fábrica, que se desenvolve conjugadamente com o que pode-se denominar "shopping center global". Intensificou-se, generalizou-se o processo de dispersão geográfica da produção, ou das forças produtivas, compreendendo o capital, a tecnologia, a força de trabalho, a divisão do trabalho social, o planejamento e o mercado. a nova divisão internacional do trabalho e da produção, envolvendo fordismo, o neofordismo, o toyotismo, a flexibilização e a terceirização, tudo isso extremamente agilizado e generalizado com base nas técnicas eletrônicas, essa nova divisão do trabalho concretiza a globalização do capitalismo, em termos geográficos e históricos (IANNI, 2007, p. 57).

Nessa ''fábrica global"", as empresas podem facilmente mudar de um país para outro conforme seus interesses, além de contar com os insumos fabricados em países distintos. "[...] Na esteira da revolução da informática e da potencializarão dos meios de comunicação e transporte, as empresas transnacionais escolhem que país produzir cada fração de seus produtos mediante a compra de mão de obra mais barata" (MELHADO,2006, p. 33).

Conseqüentemente a capacidade de intervenção do Estado Nacional é enfraquecida, visto que políticas públicas ou limitações legais que se contraponham aos interesses da produção internacionalizada podem acarretar o isolamento econômico.

É induvidoso o enfraquecimento do Estado Nacional, com a perda da centralidade política, eis que, numa economia globalizada, a política se desterritorializa. Com isso, os direitos humanos mínimos deixam de existir porque se consagra a pobreza absoluta, o desemprego disfarçado e o baixo nível de salários. Está a ocorrer o que Viviane Forrester chamou de *metropolização da pobreza*, e os jovens, sobretudo os de periferia, passaram a ter, como único ambiente institucionalizado, a prisão (FRANCO FILHO, 2001, p. 15-16).

Os avanços tecnológicos também acarretam a globalização do consumo e criam padrões mundialmente difundidos formulando necessidades que não podem ser supridas pelo poder político e econômico. Além desses fatores insta destacar o surgimento de organismos multilaterais após a II Guerra Mundial que buscam agir sobre os Estados Nacionais. Isso decorre do fato da experiência histórica ter demonstrado que temas como terrorismo, direitos humanos, meio ambiente etc devem ser cuidados mediante iniciativas transnacionais (MARQUES NETO, 2002, p. 109-110).

Devido a este fato cresceram as instituições de fomento e coordenação financeira, as integrações econômicas entre países, nasceram blocos econômicos. Esses fenômenos reafirmam o rompimento dos limites nacionais.

Neste cenário altamente cambiante, o direito positivo- tal qual tem sido entendido convencionalmente, como ordenamento jurídico do Estado Nação – passou a enfrentar um dilema cruel: se permanecer preocupado com a sua integridade lógica e com a sua racionalidade formal, diante de todas essas mudanças profundas e intensas, corre o risco de não acompanhar a dinâmica dos fatos, de ser funcionalmente eficaz, por fim , de acabar sendo socialmente desprezado, ignorado e (numa situação-limite) até mesmo considerado descartável; caso se deixe seduzir pela tentativa de controlar e disciplinar diretamente todos os setores da vida social econômica e política cada vez mais tensa, instável, imprevisível, heterogênea e complexa, substituindo a preocupação com a sua unidade dogmática pela ênfase a uma eficiência instrumental, diretiva e regulatória, corre o risco de ver a sua identidade sistêmica e, conseqüentemente, de terminar sendo desfigurando como referencia normativa (FARIA, 2004, p.9)

A globalização fomentou a crise do Estado Nacional e conseqüentemente da democracia. As previsões constitucionais garantidoras dos direitos sociais não são efetivadas gerando um antagonismo entre a Constituição e o mundo dos fatos.

Segundo Mario Ricciardi os principais efeitos sociais negativos da globalização podem ser sintetizados da seguinte forma: concentração de riqueza em determinados pólos mundiais agravando a pobreza dos países menos desenvolvidos; a "centralização do mercado" afetando o meio ambiente, o enfraquecimento da identidade cultural e o trabalho fomentando violentas idéias fundamentalistas, nacionalistas ou regionalistas. No entanto:

A "vítima" mais evidente da Globalização é o trabalho. A centralização indiscutível da empresa e do mercado; a exigência paroxística de manter e aumentar a competição em num mundo sem barreiras determinam com efeito a busca de um trabalho cada vez mais submetido às imposições da competição "flexível" porque subordina os direitos da pessoa às exigências da produção. Verifica-se assim uma homologação invertida: enquanto não muito tempo atrás achava-se que o percurso do trabalho devia ser ser o de uma extensão dos direitos cada vez mais ampla, seguindo um processo em que os paises de mais antiga industrialização forneciam os paises de recente desenvolvimento, hoje ao contrário, esta acontecendo o oposto. A precariedade do trabalho saída da periferia do mundo para se alastra também nos países da "tríade" e o contágio da desocupação se expande a vista dos olhos (RICCIARDI, 2001, p. 213) (grifo nosso).

Todos esses fatores causam uma incomoda sensação de imprevisibilidade extrema, uma vez que se instaurou a "sociedade da incerteza" incentivando o aumento da violência e mazelas sociais (RICCIARD, 2001, p. 2013-214).

O fenômeno da internacionalização da economia incentivou menos interesse pelo mercado interno, a dificuldade estatal de interferir sobre o domínio econômico, bem como a desvalorização do fator trabalho: Así, la globalización contribuye a que el poder político sea cada vez menos autónomo y que, en general, os contrapesos nacionais

pierdan parte de sua eficcia; entre ellos, el Derecho do trabajo y la acción sindical" (URIARTE, 2001, p. 71-72)."

A agravante é que o trabalho é o principal instrumento de inclusão social e de identificação do indivíduo:

[...] Tan es así, que uma de las primeras preguntas que hacen sobre una persona que no se conoce, además del nombre y eventualmente la edad aproximada, es "¿ a qué se dedica? ¿ en qué trabaja? Identificación sociais pues. Pero tambié inclusion, porque del salário y trabajo depende toda la red de protección social que hace deu trabajador un ciudadano en el sentido político y social de término: miembro de la sociedad y nácion (jubilaciones, pensiones, seguros sociales, por enfermedad o accidente, etc). En idéntico sentido operan los servicios sociales que algunas empresas e sindicatos oferecen a sus trabajadores e filiados (URIARTE, 2001, p. 74) (grifo nosso).

Com o desenvolvimento tecnológico acirrado, o trabalho humano passa a ser dispensável em alguns setores, sendo considerado até mesmo um fator de custo desnecessário, uma vez que o mesmo serviço pode ser executado de forma mais rápida e barata com auxílio tecnológico, não obstante a relevância do trabalho na identidade social do indivíduo: "[...] la economia actual destruye puestos de trabajo, pero la sociedad continúa basando la ciudadanía y la inclusión sociales en el trabajo" (URIARTE**,** 2001, p. 72).

No entanto, ressalta-se que a globalização é uma fenômeno irreversível, não sendo possível a utilização de meios que impeçam sua existência. O protecionismo não apresenta-se como alternativa plausível, pois o panorama atual não permite o isolamento estatal.

Tudo indica que a atuação conjunta entre os Estados para lidar com as crises do capitalismo, questões relacionadas com o meio ambiente, entre outros problemas sociais, é a única via para a resolução de questões que ganharam uma problematização mundial.

[...] A internacionalização da produção e das operações financeiras impossibilita a fixação autóctone das diretrizes econômicas nacionais. As decisões racionais não podem ignorar a interconexão das economias, os demais Estados, as organizações inter governamentais e os grupos de pressões transnacionais. O Direito Internacional crescentemente retira do Estado a liberdade de tratar os seus cidadãos como lhe pareça melhor. Os grandes blocos de poder e os esquemas internacionais de defesa militar debilitam a autoridade do Estado. Tudo isso modifica substancialmente o modelo jurídico concebido do Estado-Nação a partir das diferentes instâncias que interferem no processo decisório do Direito territorial (MARQUES NETO, 2002, p. 127)

As fronteiras não podem mais ser restauradas, restando criar alternativas focadas nas consequências da economia globalizada.

Uma consciência mundial que se preocupe com os direitos sociais e não somente com as necessidades da sobrevivência do capitalismo é absolutamente necessária. Mas em contrapartida, não devem os Estados, principalmente os periféricos, se absterem de tomarem iniciativas para lidarem da melhor forma possível com os efeitos da concentração econômica internacional, aguardando uma atuação cosmopolita.

O fortalecimento do Mercosul, é outro fenômeno que aparenta-se distante diante da urgência que enfrenta o trabalho. Por isso, enquanto possível, os Estados devem formular saídas no âmbito interno para enfrentarem esse contexto.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê os direitos trabalhistas no seu artigo 7°, bem como estabelece como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

O artigo 170 da Constituição brasileira possui características concomitandes do Estado Liberal e do Estado Social, visto que protege a propriedade privada e o indivíduo da intervenção arbitrária do Estado, e ao mesmo tempo prevê o reguardo de valores tipicamente sociais, ou seja, busca harmonizar desenvolvimento econômico e social.

A questão é como compatibilizar esses dois valores antagônicos diante do enfraquecimento da autoregulamentação estatal decorrente da relativização da soberania?

Uma das alternativas apresentadas frente a esta indagação é a proposta de flexibilização da legislação trabalhista. Argumenta-se que o direito do trabalho brasileiro tal como se encontra não se coaduna com a realidade vigente, sendo óbice para a atuação empresarial e consequentemente, para a criação de postos de trabalho.

Frente a soberania do Estado, o processo de globalização parece indicar que as relações de trabalho de um modo geral devem ser modernizadas, pois ela traz impactos nas relações individuais de trabalho. E até diminuição dos postos de trabalho, o que pedem novas formas de contratações e mudanças nas garantias trabalhistas, existindo atualmente uma realidade difícil de contestar: os investidores internacionais são mais atraídos, entre outros aspectos, por legislações mais flexíveis e com menos encargos trabalhistas (CARLI, 2005, p. 21).

2 A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA COMO ALTERNATIVA E O PAPEL DOS SINDICATOS

Com o fenômeno da globalização dos mercados, as pressões em torno da flexibilização da legislação trabalhista ganham forças.

Vive o mundo sofrendo profundas modificações nas relações trabalhistas, falando-se, em todos os quadrantes, em flexibilizar as relações, por isso que, quando se cogita em flexibilizar vincula-se à necessidade de conceder às regras obreiras maior plasticidade, maleabilidade, destituido-as da rigidez tradicional (FRANCO FILHO, 1998, p. 110)

A teoria da flexibilização da legislação trabalhista surgiu com o fulcro de abarcar a dinamicidade do direito laboral e lidar com a luta entre o capital e o trabalho.

Segundo Sérgio Pinto Martins: "As causas da flexibilização compreendem vários fatores: a) desenvolvimento econômico; b) globalização; c) crises econômicas; d) mudanças tecnológicas; e) encargos sociais; f) aumento do desemprego; g) aspectos culturais; h) economia informal; i) aspectos sociológicos" (2009, p. 35).

A flexibilização possui o intuito de adaptar a legislação trabalhista a uma perspectiva global, sendo que esta por sua vez está intimamente conectada a uma ideologia neoliberal.

A flexibilidade pode ser conceituada como "eliminação, diminuição, afrouxamento ou adaptação da proteção trabalhista clássica, com a finalidade real ou pretensa- de aumentar o investimento, o emprego ou a competitividade da empresa" (URIARTE, 2002, p. 09).

A flexibilização já se manifesta no artigo 7° da Constituição de 1988, nos seus incisos VI, XIII e XIV, quando admite a possibilidade de redução salarial, de redução e compensação de jornada e prorrogação de jornada nos turnos ininterruptos de revezamento.

Devido a isto o argumento de que os direitos sociais seriam cláusulas pétreas perde forças, pois a flexibilização já é um fato e está concretizada no artigo 7º da Lei Maior. Mas se até mesmo os direitos trabalhistas previstos na Carta suprema podem ser modificados, existe alguma restrição para a relativização do direito do trabalho?

Vilma Maria Inocêncio Carli (2005, p.60), classifica os limites da flexibilização das leis trabalhistas brasileiras quanto a sua admissibilidade da seguinte forma: a) Os admissíveis- servindo como mecanismos de manutenção de empregos em épocas de crise; b) Inadmissíveis- quando o escopo essencial é a extinção dos direitos trabalhistas.

Quanto à proibição a autora diferencia a flexibilização em: a) Proibida- onde é legalmente proibida, como nos casos de normas de ordem pública; b) Autorizada ou permitida – como ocorre no inciso VI do art. 7°.

Diante dessa classificação fica patente que a flexibilização exige uma fiscalização para que não se camuflem os interesses preponderantes do mercado. Afinal, o que parece se visar é uma harmonização entre interesses da livre iniciativa e valorização do trabalho humano, no sentido da respeitabilidade de toda a principiologia da ordem econômica brasileira. O Estado deve assegurar que as normas de ordem pública sejam mantidas.

Faz-se presente uma grande expectativa diante dos possíveis benefícios de uma maior flexibilização, mas ao mesmo tempo não existe um dado concreto de que a mesma por si só produziria um aumento do emprego ou diminuição da informalidade. E mesmo se houvesse um fomento do crescimento econômico isso não resultaria necessariamente em mais postos de trabalho.

Constata-se também, que mesmo que as empresas auferissem um aumento da lucratividade, isso não significa que as mesmas dividiriam o seu crescimento com os trabalhadores

A flexibilização não deve servir de máscara para a desregulamentação que consiste em uma imposição dos mercados integrados globalmente que visam à auto-regulamentação quando lhe for pertinente, sendo a extinção da norma trabalhista fator que satisfaça os interesses de investidores internacionais.

Não existe a possibilidade de se falar em flexibilização das normas trabalhistas sem o fortalecimento dos sindicatos. Os empregados continuam a ser hipossuficientes, o desequilíbrio contratual ainda é patente, só podendo ser suprido mediante uma verdadeira representatividade sindical.

Visa a flexibilização assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando garantir aos trabalhadores certos direitos mínimos, e ao empregador a possibilidade de adaptação de seu negócio, mormente nas épocas de crises econômicas. Para fiscalizar essa flexibilização, com essa maleabilidade, é que o sindicato passa a deter o papel principal, ou seja, a participação nas convenções coletivas que conduzirão ao acordo ou à convenção coletiva de trabalho, de modo a permitir também a continuidade do emprego do trabalhador e a sobrevivência da empresa, assegurando um grau de lucro razoável à última e certas garantias mínimas ao trabalhador. É uma forma de adaptação das normas vigentes às necessidades e conveniências de trabalhadores e de empresas (MARTINS, 2004, p. 516).

Existem muitas implicações em torno das falhas e necessidades de mudanças da organização sindical brasileira, e a solução dessa questão é tão controversa quanto á temática da flexibilização o que torna a situação ainda mais obscura.

A liberdade sindical não é plena, sofrendo dos resquícios do modelo corporativista de Getúlio Vargas. Além disso é passível de crítica na sua estrutura a existência de contribuição sindical obrigatória que afeta a liberdade de associação; o princípio da unicidade sindical, entre outros malefícios que prejudicam a capacidade da representatividade sindical e exigem uma mudança estrutural drástica.

Mas esta questão não é tão simples, uma vez que uma reforma trabalhista relativa a este tema deve levar em conta as diferenças internas do Brasil, onde existem regiões mais desenvolvidas e outras extremamente atrasadas: “O que não podemos olvidar, no caso brasileiro, é que, para flexibilizar, devemos ver a realidade dos vários ”Brasis”, daí, as

dificuldades” de formular um padrão nacional em relação aos contratos coletivos de trabalho (FRANCO FILHO, 1998, p.116).

Mas ainda que o sindicato passasse por um processo de aprimoramento, seria possível que o mesmo resistisse à globalização?

A história dos sindicatos no Brasil é caracterizada por seu forte vínculo com o Estado. Além disso, as lutas sindicais se atrelam aos limites territoriais, não se direcionando a lidar com dilemas internacionais. Logo se as reivindicações de um sindicato de uma determinada região apresentar-se inoportuno para uma transnacional, a mesma pode simplesmente migrar para outra localização que corresponda aos seus interesses econômicos

Sendo assim, o foco da discussão não se restringe a melhorar a representatividade sindical, extinguir ou não as contribuições sindicais, mas em como garantir a sobrevivência sindical com as modificações no sistema de produção.

Se os mecanismos de pressão dos sindicatos restam inócuos, o seu papel encontra-se muito limitado, se antes a organização sindical pleiteava melhores condições de trabalho, hoje não resta outra alternativa a não ser ceder a flexibilização de direitos em prol da manutenção de empregos.

CONCLUSÃO

A Constituição brasileira busca compatibilizar as idéias do Estado liberal, bem como do Estado social. Respalda-se esta afirmativa no fato da Lei Maior estabelecer no artigo 170, que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

O escopo supramencionado é justificável tendo em vista que a experiência histórica demonstrou não ser possível a prevalência de um Estado absolutamente mínimo, bem como a sustentabilidade de um Estado excessivamente intervencionista.

No entanto, as pressões decorrentes da integração econômica internacional fomentam o enfraquecimento da capacidade de autoregulamentação estatal, sendo que o interesse da autoregulamentação dos mercados se mostra internacionalmente predominante.

Conseqüentemente afloram-se discussões relativas aos direitos sociais e ,conseqüentemente, de flexibilização dos direitos trabalhistas.

Defende-se que a mesma apresenta-se como alternativa de redução do custo dos produtos e aumento da competitividade das empresas nacionais, bem como instrumento de diminuição do índice de desemprego e do trabalho informal e da exclusão social.

Em contrapartida não existem dados concretos que a mesma reflete de forma positiva na parte hipossuficiente das relações trabalhistas.

A harmonização entre o desenvolvimento econômico e social padece de complexidade, pois a inserção do Estado brasileiro no mercado internacional, bem como a sua manutenção no âmbito interno se mostra inerente a sua sobrevivência econômica, sendo

que a possibilidade intervencionismo interno para garantir os direitos sociais encontra obstáculos nos interesses econômicos do mercado globalizado.

Não obstante a este fato, a previsão constitucional dos direitos sociais constitui uma conquista inestimável não sendo razoável que sejam simplesmente olvidados sob o risco de cair por terra os ditames da Carta Magna.

Diante do enfraquecimento da possibilidade de intervenção estatal pela globalização cogita-se que somente uma legislação supranacional poderia amenizar este dilema.

No entanto, questiona-se quais as possibilidades que podem ser tomadas no âmbito interno do Estado para que os possíveis impactos decorrentes da globalização sejam amenizados em relação aos direitos sociais, ressaltando-se o trabalho visto a sua importância como fator de inclusão social.

Se existe uma tendência de flexibilização a atuação sindical deve ser analisada com profundidade, pois diante da redução das normas trabalhistas o único mecanismo restante consiste na atuação dos sindicatos. Ocorre que são muitos os vícios e fragilidades do direito coletivo brasileiro frente a globalização econômica.

A crise paradigmática do direito do trabalho fomenta mais dúvidas do que certezas, não obstante a este fato, esse processo de transição deve ser acompanhado por uma pesquisa interdisciplinar dada a dimensão do tema.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Giovani. **O novo (e precário) mundo do trabalho.** São Paulo: Boitempo, 2000.

CARLI, Vilma Maria Inocêncio. **A Flexibilização dos Contratos de Trabalho.** São Paulo: Me Editora, 2005.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada.** São Paulo:Malheiros, 2004.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Globalização e desemprego: Mudanças nas relações de trabalho.** São Paulo: Ltr, 1998.

_____. **Globalização do trabalho: Rua sem saída.** São Paulo: Ltr, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional: Ensaios Políticos.** São Paulo: Littera Mundi, 2001.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MELHADO, Reginaldo. **Metamorfoses do capital e do trabalho.** São Paulo: Ltr, 2006.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Flexibilização das condições de trabalho.** São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Paulo Henrique Tavares da Silva. **Valorização do Trabalho como Princípio Constitucional da Ordem Econômica Brasileira. Interpretação Crítica e Possibilidades de Efetivação.** Curitiba: Juruá, 2003.

RICCIARDI, Mario. **Globalização e sindicatos**. In: SILVA, Diana de Lima e; PASSOS, Edésio. Impactos da globalização: Relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e na Europa. São Paulo, LTDA, 2001, p. 208-211-218.

TODESCHINI, Remígio. **Os efeitos da globalização e regionalização do trabalho**. In: SILVA, Diana de Lima e; PASSOS, Edésio. Impactos da globalização: Relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e na Europa. São Paulo, LTDA, 2001, p. 208-210.

URIARTE, Oscar Ermida. **Globalización y relaciones laborales**. In: SILVA, Diana de Lima e; PASSOS, Edésio. Impactos da globalização: Relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e na Europa. São Paulo, LTDA, 2001, p. 71-88.

[1] Trabalho apresentado à disciplina Direito e Globalização do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, ministrada pelo Professor Doutor Elve Miguel Cenci.

ATIVISMO JUDICIAL E SINDICALISMO PÚBLICO: OBSERVAÇÕES SOBRE O COMPORTAMENTO DAS CORTES NOS ESTADOS UNIDOS E BRASIL*

JUDICIAL ACTIVISM AND CIVIL SERVANTS UNIONISM: REMARKS ON THE COURT'S BEHAVIOR IN USA AND BRAZIL

Maria Cristina Cardoso Pereira

RESUMO

Nos Estados Unidos e no Brasil os direitos dos servidores públicos sempre apresentaram um descompasso em relação àqueles reconhecidos ao setor privado (SLATER, 2000). Isto não ocorreu apenas em termos da (não) elaboração de uma legislação do trabalho, mas, principalmente, em relação ao reconhecimento de direitos coletivos do funcionalismo público (como a própria sindicalização e o exercício de greve) que, exercidos no cotidiano das lutas, no século XX passaram a ser sistematicamente levados à apreciação do poder judiciário. Este estudo pretende apresentar algumas das abordagens predominantes tanto na bibliografia americana quando brasileira que procuram explicar as posturas extremamente conservadoras das cortes em relação ao exercício de direitos coletivos do funcionalismo público. Na primeira parte do paper procuramos destacar autores cuja preocupação central é o aspecto político das decisões dos magistrados (no Brasil, COLOMBO, PACHECO e PEREIRA e, nos EUA, GRIFFIN e SHAPHIRO). Na segunda parte mostramos, através da apresentação de casos levados à Suprema Corte Americana e ao Supremo Tribunal Federal no Brasil, que as cortes têm se utilizado de duas estratégias para abordar questões relacionadas ao sindicalismo público e aos direitos do funcionalismo: uma, predominante nos EUA, consiste em legislar francamente contra o reconhecimento dos direitos do funcionalismo público (no que é conhecido como "judicial activism" segundo TATE & VALLINDER). A segunda, predominante no Brasil, consiste em deixar de pronunciar-se em relação a questões levadas à corte (no que é conhecido como "judicial restraint", GARAPON). A não decisão não afirma os direitos, porém produz efeitos, - em geral deletérios para os servidores.

PALAVRAS-CHAVES: SERVIDORES PÚBLICOS, JUDICIALIZAÇÃO, SUPREMA CORTE AMERICANA, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ABSTRACT

In United States as well as in Brazil the labor rights of the civil servants have always been in disagreement with those rights recognized to the workers in the private sector (SLATER 2000). This hasn't happened only regarding the lack of a labor legislation, but mainly regarding the recognition of civil servants collective rights (as the right of

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

joining an union and the right of going on strike) witch, despite being widely exercised, were systematically taken to the courts appreciation. In this paper we intend to discuss some of the main approaches presented both in the American and Brazilian bibliography. These approaches focus on the extremely conservative position of the Courts regarding the exercise of collective rights. In the first part of the paper we stress authors concerned about the political approach of the Courts and Justices decisions (in Brazil, COLOMBO, PACHECO and PEREIRA. In EUA, GRIFFIN and SHAPHIRO). In the second part of this paper we present a couple of cases taken to the America and Brazilian Supreme Courts, respectively. In common, the courts insist in two kinds of approach to the cases related to the civil servants rights: first, mainly used in USA, consists in producing legal texts against the recognition of the civil servants rights (named Judicial activism according to TATE & VALLINDER). A second, prevailing in Brazil, consists on the silence of the courts regarding questions taken to their appreciation (what is called judicial restraint, according to GARAPON). The non decision, if on one hand doesn't establish the rights, on the other produces consequences – generally non favorable to the civil servants.

KEYWORDS: CIVIL SERVANTS, JUDICIALIZATION, AMERICAN SUPREME COURT, BRAZILIAN SUPREME COURT

A história dos direitos do funcionalismo público no Brasil e nos Estados Unidos sempre foi marcada pela resistência interposta pela tríade Executivo, Legislativo e Judiciário em reconhecer um campo mínimo de interlocução com as associações representativas dos servidores. Um outro fator, entretanto, aproxima os dois países: o fato do poder regulatório do judiciário ter suplantado quaisquer iniciativas de estabelecimento de direitos coletivos do funcionalismo público – em um processo que denominamos aqui de legislacionismo judiciário. O descompasso da legislação no setor público e privado vem de longa data. Nos Estados Unidos, o *National Labor Relations Act (NLRA)*[1], também conhecido como "Wagner Act"[2] disciplinou a partir de 1935 a liberdade de filiação sindical e protegeu os sindicatos do setor privado. Em seu primeiro artigo, identificava a principal preocupação do governo - as greves - e justificava o ato como uma necessidade de estabelecimento de canais de negociação mínimos – que se iniciavam com reconhecimento dos sindicatos como interlocutores legítimos dos trabalhadores. O reconhecimento por parte do governo tinha como finalidade explícita prevenir a interrupção do trabalho e as perdas econômicas decorrentes[3]. Na seção I, ainda identificava na desigualdade de condições de negociação ("*inequality of bargaining power*") entre trabalhadores com forte organização sindical e aqueles sujeitos a retaliações patronais – o prejuízo ao "fluxo do comércio" entre capital e trabalho. Concluía, afirmando:

"A experiência tem provado que a proteção legal ao direito dos empregados se organizarem e negociarem coletivamente resguarda o comércio do prejuízo, danos ou interrupção, e promove o fluxo do comércio através da remoção de certas fontes reconhecidas de insegurança e desassossego (da atividade) industrial, através do encorajamento de práticas fundamentais para o ajuste amigável de disputas industriais que surgem das diferenças, como pagamento, horas de trabalho ou outras condições de trabalho, através do restabelecimento das condições de isonomia do poder de barganhar entre empregadores e empregados[4]".

Até a década de 60 – trinta anos depois do NLRA – os sindicatos de servidores públicos tinham vedados os direitos de serem reconhecidos em mesa de negociação e realizar greves. Além disso, os servidores – tal qual ocorreu no Brasil durante a ditadura militar – poderiam ser demitidos simplesmente por se associarem aos sindicatos. A partir da década de 60 vários estados americanos passaram a admitir os direitos do funcionalismo público – com várias restrições. Os índices de sindicalização refletiram a redução das barreiras que ameaçavam os trabalhadores sindicalizados nos EUA: nos anos 60, cerca de 10% do universo de servidores públicos encontravam-se sindicalizados. Nos anos 90, esse percentual passou para cerca de 40% - em franco contraste com as taxas de sindicalização declinantes do sindicalismo do setor privado[5].

A intervenção judicial sobre os servidores públicos acentuou-se, segundo SLATER, logo depois de promulgado o NLRA: o primeiro ato em favor da liberdade de sindicalização no setor privado representou, paradoxalmente, um enrijecimento do tratamento judicial dispensado aos servidores:

"Imediatamente antes e imediatamente depois do New Deal, as cortes impuseram maiores restrições na sindicalização do setor público do que do privado. Antes de 1930 as cortes tinham tolerado a negociação e até mesmo algumas formas de greve. Depois que o NLRA foi aprovado, os juízes geralmente se entenderam com os sindicatos (...) reconhecendo a legitimidade da legislação do trabalho e do emprego no setor privado. No setor privado, sem a orientação de uma legislação ordinária (Statutory Law), juízes possuíam o poder discricionário de se basear em regras do common Law, legislação estadual aplicada em casos semelhantes, doutrinas constitucionais e suas próprias preferências. A partir dessas fontes, logo depois da NLRA, os juízes forjaram regras do setor público muito menos generosas do que a legislação do setor privado tinha sido logo após o NLRA[6]."

As restrições impostas à sindicalização dos servidores americanos alteraram-se após a década de 80[7]. Em especial as organizações de trabalhadores vinculados ao setor público em nível Estadual passaram a ser, após a década de 70 e 80, reconhecidas como interlocutores – ainda que com variações de Estado para Estado. Porém, enquanto as taxas de sindicalização dos servidores, assim como as remunerações refletiam o crescimento de suas organizações, o sindicalismo privado viveria o início de seu declínio[8]. Em especial durante as administrações Reagan e Bush-filho ocorreu uma intensa campanha, em nível federal, restritiva aos sindicatos – sem esquecer as grandes derrotas impostas aos trabalhistas britânicos no governo Thatcher. Pouco mencionadas, porém emblemáticas, foram as derrotas impostas a dois dos maiores sindicatos de trabalhadores da iniciativa privada, respectivamente britânico e americano neste período: o sindicato dos mineradores e o PATCO (Professional Air Traffic Controllers Organization) – o sindicato dos controladores de vôo americanos[9]. Após um breve interregno durante o governo dos democratas, em 2002 o governo Bush criou o "*Department of Homeland Security free*" – um novo setor do funcionalismo público apartado de toda e qualquer representação sindical em nome da "segurança nacional". O ato, que colocava a maioria dos funcionários público federais sob a legislação do departamento, acarretou na exoneração de 56.000 agentes de segurança. Observe-se, ainda, que nos EUA os sindicatos de funcionários públicos federais não são admitidos

como negociadores salariais, o que não ocorre em nível Estadual (quando o Executivo nomeia comitês no poder legislativo com essa função). Em outras palavras, a ofensiva contra os funcionários públicos federais na era Bush não se limitou a questões econômicas – salariais – mas relacionou-se diretamente com a imposição de restrições ao poder e influência exercida pelas organizações dos trabalhadores. É importante observar, entretanto, que os argumentos apresentados pelo Executivo Federal contra a admissão de sindicatos dos servidores públicos baseiam-se predominantemente em argumentos econômicos – em especial, as limitações à capacidade arrecadatória do Estado e o fato de que os servidores deveriam se submeter aos constrangimentos impostos aos Estados, já que ocupariam uma posição de serventuários privilegiados – já que contam com o benefício da estabilidade.

"*Um dos principais argumentos contra a aplicabilidade da legislação do trabalho do setor privado no setor público é que as finanças são diferentes. Tem-se contestado com o fato de que o setor privado está baseado em uma economia de mercado que não possui aplicabilidade no setor público. (...) Proponentes desta teoria afirmam que as limitações no setor público são políticas; como observou-se, o argumento é o de que aqueles que tomam as decisões de criar impostos e aumentar a arrecadação são penalizados ou recompensados através do processo democrático. Relacionado com esses argumentos é o fato de que a relação emprego-benefício ou negociação, presente no setor privado, não existe no setor público. No setor privado os sindicatos têm limitações para formular exigências salariais por causa da disciplina do mercado (a perda dos postos de emprego que poderiam ser atribuídas aos crescentes benefícios e ao afluxo ao mercado de trabalho de trabalhadores não sindicalizados). Igualmente, na medida que os empregados se confrontam com custos de trabalho elevados, eles têm uma maior tendência à automatização. (...) servidores públicos estariam e posição superior em função da legislação do Serviço Público que, tradicionalmente oferece mais estabilidade aos servidores do que o encontrado pelos trabalhadores sindicalizados ou não sindicalizados da iniciativa privada.[10]*"

Os argumentos são frágeis – e, em especial o último, não tem se sustentado nas últimas duas décadas. As privatizações operadas na esfera pública e a acentuação dos mecanismos de enfraquecimento das ações coletivas que confrontem as políticas do Estado (que, não por acaso coincidem com o discurso da "segurança nacional") vêm minando os sindicatos de servidores públicos – a ponto de alguns estudos já sugerirem indícios de que seus salários estariam se equiparando ou mesmo diminuindo em relação à iniciativa privada. Baseiam-se em uma imagem dos servidores como "trabalhadores privilegiados", com uma função diversa daquela dos trabalhadores da iniciativa privada e que exigiria um grau de renúncia.

A RESISTËNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA NO RECONHECIMENTO DOS SINDICATOS DOS SERVIDORES

A idéia de que a Suprema Corte Americana decidiria de forma independente das conjunturas econômicas e das influências políticas predominou durante boa parte dos anos 70 e 80 entre os scholars americanos. Esta visão da neutralidade do judiciário começou a se desfazer a partir da década de 80, especialmente a partir dos estudos ligados à ciência política. Uma corrente de autores passou a se destacar na crítica à associação entre o poder judiciário e as diretrizes hegemônicas dentro do poder Executivo. Martin SHAPIRO é autor extremamente crítico do caráter neutro das cortes americanas – em especial a Suprema Corte. Aponta taxativamente para o fato de que estas não se encontram apartadas da política, mas constituem-se em extensões do próprio Estado – sujeitas inclusive a *lobbies* e a grupos de pressão extremamente ativos. O governo americano, nesse sentido, é visto por SHAPIRO como um deles – e o mais poderoso:

"*A Suprema Corte é uma agência do governo americano. Assim como a Comissão Interestadual de Comércio e o Comitê de 'House Rules'. O contribuinte que vai a Washington para realizar uma revisão dos impostos pode se dirigir ao Serviço Interno de Revisão, o 'House Ways and Means Comittee', a Suprema Corte ou seu próprio congressita. (...) o sindicato que busca liberdade dos empecilhos apresentados pelo governo com relação a limitação de suas greves inicia com a Suprema Corte, o Secretário do Trabalho, o Departamento de justiça, o senado Humphrey ou um comitê de investigação do congresso. (...) para algumas pessoas, o Escritório do orçamento oferece mais ajuda (...) do que o Secretario do tesouro. Para outros, o comitê de relações exteriores do senado é melhor do que a Suprema Corte. A suprema corte, como outras agências, possui diferentes poderes e funções, dependendo quem quer o que, quando e em associação com ou em oposição a quais outras agências e forças políticas*[11]*"*.

No mesmo sentido, GRIFFiN insiste no fato de que as cortes não possuem o caráter neutro que alguns scholars procuram atribuir aos seus juízes – ao contrário: não apenas possuem um forte viés político, como esse viés possui um caráter extremamente conservador no tocante ao conceito de uma democracia de direitos. As cortes americanas, no entender de Griffin, teriam um comportamento extremamente reticente quando se trata de admitir formas de direitos civis que contrariem o *status quo* americano:

"Our democracy of rights and the current hostility of the Court toward certain forms of civil rights are products of two important historical discontinuities in American constitutionalism. The United States has not always been a democracy of rights. For most of its history, with the singular exception of Reconstruction, there was no perceived need for a national guarantee of civil rights. Thus, the first discontinuity was the civil rights movement and my argument emphasizes the importance of this movement in transforming American government into a democracy of rights. But while the civil rights movement democratized rights by making them an important part of the agenda of the political branches, it also had the effect of politicizing the issue of rights. This is the second discontinuity. This politicization eventually reached the Supreme Court itself and ensured that the Court could not be counted on as a steady defender of civil rights[12]*"*.

Este conservadorismo das cortes – em especial a Suprema Corte - redundaria em uma tendência a se negar direitos civis em especial aos trabalhadores e a grupos sociais marginalizados ou que não se enquadrassem no *mainstream* – ainda que em evidente contradição com os direitos concedidos a outros grupos sociais mais fortes ou tradicionalmente abrigados pela lei. Um autor que nega o caráter neutro das cortes, porém a partir de um recorte específico do funcionalismo público americano, é Joseph SLATER ao avaliar o posicionamento das cortes no período de 1960 a 1980. Em primeiro lugar – e aqui encontramos os primeiros elementos de semelhança entre os posicionamentos dos juízes americanos e os apresentados pelas cortes brasileiras[13] - as cortes afirmavam que não era da competência das cortes interferir em assuntos de setores específicos do governo. Entretanto, uma vez que haviam sido instadas a se pronunciarem, emitiram os seus entendimentos – muito semelhantes, por sinal, à posição defendida pelos setores do próprio governo. Em segundo lugar – e aqui reside um dos argumentos principais que encontramos nas decisões das cortes brasileiras no período da ditadura e nos anos imediatamente pós-constituição de 1888 – as cortes americanas entendiam que o Estado, como empregador público, e os servidores, como agentes do Estado, funcionavam como "um corpo só".

Neste sentido, assumir uma organização dos empregadores como legitimada para negociar significaria submeter-se às eventuais pressões que esta entidade civil apresentaria ao Estado. Uma vez que o Estado não pode, por força da Constituição, submeter-se a nenhuma outra força que não a pública – dentro dos limites da democracia representativa, obviamente – então falar em reconhecimento dos sindicatos da esfera pública significaria o mesmo que violar as doutrinas da não delegação dos poderes fundamentais – o que, no limite, colocaria em risco a democracia. Um outro ponto observado por SLATER – e que também se apresenta no caso brasileiro – é o não reconhecimento das entidades dos servidores com base na teoria de que o Estado não pode delegar o seu poder de negociação a nenhuma entidade privada que não seja o próprio poder público.

*"As cortes consistentemente sustentaram que a negociação coletiva, arbitragem e atividades relacionadas pelos sindicatos do setor público constituíam delegações não permitidas do poder governamental para setores privados. (...) Apesar de esta doutrina ter sido largamente abandonada pela Suprema Corte Americana e pelas cortes federais (após 1935), ela parece estar retornando desde recentemente. Nas cortes estaduais, especialmente nos casos relacionados aos servidores públicos, ela nunca foi embora**[14]**."*

No próximo item observaremos como o Supremo Tribunal Federal Brasileiro no pós-1988 aproximou-se da argumentação predominante na suprema Corte Americana pós 1960 no sentido de negar aos servidores públicos a condição de entidades civis de caráter representativo dos servidores.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E O STF

Os processos políticos do Brasil Republicano tëm sido marcados por rupturas na ordem institucional que se refletem na adoção de diversas constituições, em geral de cunho antagônico. A mais recente, promulgada em 1988, marcou o fim de uma prolongada ditadura militar. Encerrou-se a ditadura, porém muitos de seus vicios (e grupos que haviam se assenhoreado dos poderes e instituições) permaneceram. A própria formulação da Assembléia Constituinte refletiu a disputa interna de forças cujo ápice foi a organização do "centrão": um conjunto de forças políticas de diferentes matizes (inclusive de políticos nomeados pela ditadura militar e que haviam se oposto ferrenhamente à Constituinte), responsável por definir a nova ordem constitucional[15]. Este conjunto de forças antagônicas refletiu-se na forma da constituinte. O resultado foi uma super-constitucionalização, que abrangeu amplos aspectos da vida pública e privada brasileira. Se é possível identificar um marco da entrada do Judiciário na vida política brasileira este coincidiu com o próprio nascimento da Constituição Federal de 188. O ativismo judicial – entendido como a participação dos magistrados para decidir questões de relevância nacional – foi o resultado da heterogeneidade de projetos políticos nacionais e da impossibilidade de se alcançar, à época, um consenso pela via parlamentar – apesar do detalhamento constitucional, várias partes do texto dependida de regulamentação. O próprio caráter da constituição acabava por "jogar para a frente" o pleno exercício da própria constituição – especialmente ao prever a regulamentação de vários dispositivos constitucionais. Este processo aproximou-se àquilo que Chaim PERELMAN denomina "*lacuna de regulamentação*". Para o autor, é impossível afirmar que tal situação não ocorreu propositadamente – isto é, justamente porque, apesar de anunciado, não se revela interessante (do ponto de vista político e no momento da elaboração da norma), a sua regulamentação. Uma vez que dificilmente tais lacunas serão sanadas por via legislativa, só resta o recurso ao judiciário. Este, entretanto, pode também decidir prolongar a lacuna – e daí a atividade política ser, para o autor, inseparável das iniciativas do Judiciário em interpretar a lei – dando continuidade à iniciativa ou a vontade original do Legislativo[16].

Um processo inverso também se apresentou no período. Se por um lado os dispositivos constitucionais careciam de regulamentação, por outro, e dado o caráter detalhado da CF, boa parte das medidas que apresentavam características de política governamental passaram a sofrer um processo de "constitucionalização". Esse processo gerou conseqüências para a operacionalização do sistema político brasileiro. Os governos viram-se obrigados a implementar qualquer política governamental pela via constitucional em virtude do formato da carta – que elevou questões políticas, de natureza infraconstitucional, à categoria de matéria constitucional.

Esta alteração das competências jurisdicionais admitidas pela constituição brasileira provocou um forte impacto sobre o número de processos levados ao STF. Em 1980 foram recebidos 9.555 processos pelo STF. Em 1990 esse número subiu para 18.564ç em 2000 eram 105.307 processos. Em relação às ADINs, em 1988 a Corte julgou apenas uma. Em 2001 seu número passou a 20. Se computarmos ainda as ações impetradas por entidades civis que foram consideradas ilegitimadas ativas, esse número se duplicará. Os direitos dos servidores públicos passaram também a ser objeto de apreciação pelas cortes – especialmente porque impactavam nas finanças públicas, além de estarem inscritos na Carta de 1988. Vejamos, através de alguns exemplos pontuais, como isso se processou.

Uma das conquistas obtidas pelos trabalhadores brasileiros inscrita na Constituição de 1988 foi a obrigatoriedade para todos os trabalhadores da administração pública, civis e militares, de terem seus vencimentos corrigidos anualmente, sempre na mesma data. O preceito apareceu apenas enunciado na CF, sendo que os modos e formas de seu exercício (data-base, percentuais de correção etc) foram remetidos à legislação ordinária: em outras palavras, e como já observamos anteriormente, tratava-se de uma "lacuna de regulamentação", já que apenas uma lei ordinária, de autoria privativamente do Presidente da República e aprovada no Congresso Nacional poderia regular todo e qualquer direito dos servidores. Em 1988 o presidente José Sarney enviou ao Congresso lei dispondo sobre a data-base assim como regulamentando as revisões dos seus vencimentos:

"Art. 1º. A partir de 1989 o mês de janeiro será considerado data-base das revisões dos vencimentos, salários, soldos e proventos dos servidores civis e militares, da Administração Federal direta, das autarquias, dos extintos Territórios Federais e das fundações Públicas.[17]"

A definição dos percentuais de reajuste, tendo em vista a conturbada conjuntura econômica, foi, por sua vez, remetida a legislação também específica, que deveria ser reelaborada ou reeditada a cada início de ano para que, com isso, o reajuste anual previsto no artigo 37, inciso X da CF fosse cumprido. Assim, os reajustes salariais dos servidores foram sistematicamente concedidos pelos governos que se sucederam, ainda que não satisfatoriamente, tendo em vista os percentuais de correção salarial abaixo da inflação entre 1988 e 1995 (e alguns deles apenas nominais). A partir de 1996, entretanto, o governo federal entrou em mora com servidores e deixou de reajustar-lhes os salários.

Diante de tal quadro, além da realização de greves e manifestações, setores do funcionalismo público seguiram pela via Judicial. Duas tentativas destacam-se aqui: a encabeçada pelo PDT – Partido Democrático Trabalhista em conjunto com a Confederação dos Servidores Públicos (CSPB) e a Federação Nacional dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias (FENAFISP) - e a da CONFAMIR (Confederação Nacional dos Integrantes Beneficiários das Forças Armadas e Auxiliares).

Em janeiro de 1996, um ano após o último reajuste do funcionalismo, o PDT, a CSPB e a FENAFISP entraram na justiça com o Mandado de Segurança 22.439 contra o Presidente da República. Solicitavam o reajuste de vencimentos, proventos, soldos e pensões do funcionalismo público civil e militar. Sustentavam que, diante da ausência de manifestação do Executivo para realizar a revisão geral dos vencimentos dos servidores públicos, e tendo em vista o fato dos partidos políticos estarem impedidos de enviar ao Congresso projeto de lei para definir índices do reajuste, caberia ao Judiciário declarar o direito dos servidores a uma data-base. O objetivo da ADIN[18] era declaratório – isto é, solicitava-se ao judiciário que reconhecesse, na Norma Constitucional, o direito dos servidores a terem seus reajustes em base anual, amparados na Lei 7.706 de 1988. Com isso pretendia-se criar uma situação em que, uma vez reconhecido o direito, o próprio judiciário abrisse caminho para novas ações, desta vez solicitando a declaração de mora do presidente da república. Isto permitiria, por exemplo, um processo por desobediência e, consequentemente, encaminhamento de

solicitação de impedimento – ou ações solicitando que o Judiciário estabelecesse os percentuais de reajuste.

A decisão do Tribunal selou um entendimento que, posteriormente, orientaria várias decisões judiciais subseqüentes: o STF interpretou que, se de um lado era devido ao funcionalismo a revisão anual de vencimentos, por outro não haveria determinação constitucional que obrigasse o presidente a obedecer uma data-base. Segundo o STF, os reajustes eram devidos, seus índices deveriam ser calculados anualmente, porém a sua concessão não obrigatoriamente deveria ser anual. Assim, em tese, o Presidente da República poderia deixar transcorrer 10 anos e, então, conceder um reajuste retroativo. O STF reinterpretava a constituição: afirmava que os servidores tinham direito ao reajuste – porém, ao mesmo tempo atribuía poderes absolutos ao presidente da república para estabelecer a sua periodicidade. Na prática, o Tribunal reconhecia o direito, mas inviabilizava o seu exercício – ou atribuía a sua exeqüibilidade às condições estabelecidas pelas políticas econômicas adotadas e sancionadas pelo presidente. Reforçava-se, pela via judicial, a prática daquilo que PERELMAN denominou "lacula de interpretação".

*"O Pleno desta corte (...) entendeu que a norma insculpida no artigo 37, X, da Lei Maior, não se refere à data-base dos servidores, mas sim à unicidade de índice e data da revisão geral de remuneração extensiva aos servidores civis e militares. O preceito não tem qualquer conotação coma época em que se dará a revisão ou mesmo a sua periodicidade"**[19]**.*

Um ponto importante na argumentação do Ministro-Relator foi no sentido de que o instituto da data-base pertenceria ao universo das relações entre empregados e empregadores da iniciativa privada – não sendo extensível aos servidores públicos. A decisão sobre a data-base dos servidores refletia em outros aspectos das relações entre servidores e sindicatos ao abranger o status do servidor em relação ao empregado celetista:

*"a data-base, prevista no ordenamento legal vigente seria, portanto, instrumento suficiente para que o Presidente da República remetesse ao Legislativo proposta de reajuste de vencimentos dos servidores públicos, como, aliás, por outro procedimento, sucede com os trabalhadores em geral, que a partir da respectiva data-base, deflagram o processo de negociação ou o ajuizamento de dissídio coletivo. Apesar da analogia que decorre do significado de data-base, a admitir que, em seguida a seu termo marcado pela lei, se iniciassem os procedimentos para o reajuste dos servidores públicos, tal como ocorre com os empregados de empresas privadas, essa medida encontraria obstáculo insuperável**[20]**."*

A distinção entre direitos dos servidores e direitos dos trabalhadores celetistas e a incomunicabilidade entre eles possuía um precedente: a ADIN 492[21], julgada em 1992. Na ADIN o Procurador Geral da República solicitava ao Judiciário que declarasse a inconstitucionalidade de vários artigos da Lei 8.112, de 1990. Esta Lei estabelecia que os servidores públicos estatutários possuíam direito à negociação coletiva e que a Justiça do Trabalho era competente para o julgamento de seus dissídios individuais e coletivos.

O parecer do Ministro Carlos Velloso, que reúne vários argumentos de outros Ministros, vinculava o regime dos servidores ao caráter estatutário e afirmava que a extensão dos direitos relativos aos trabalhadores da iniciativa privada estaria vedada aos servidores. Entre outros argumentos, o Ministro afirmava que a Constituição não considerava os servidores como "trabalhadores", o que sedimentava o entendimento de que a estes não se aplicariam direitos típicos dos trabalhadores em geral, como por exemplo, a irredutibilidade salarial. O STF mais uma vez interpretava a Constituição, vetando aos servidores o exercício de todo e qualquer direito que julgasse típico dos trabalhadores celetistas. A desigualdade do tratamento a servidores e trabalhadores, além de aproximar a argumentação das cortes brasileiras da americana, ainda as igualava em outro sentido: o da denegação de reconhecimento de suas associações e sindicatos – tal como ocorria no período da ditadura militar – sob o argumento de que reconhecer essas entidades significaria abrir mão de parcelas da soberania nacional.

O julgamento do Mandado de Segurança 22.439, ao final, não foi unânime – o Ministro Marco Aurélio votou desfavoravelmente ao relator e afirmou ser dever do STF declarar o direito dos servidores à data-base e aos reajustes salariais anuais – já que estes não poderiam ser tomados como prerrogativas exclusivas dos trabalhadores da iniciativa privada. A questão não era apenas a ausência de regulamentação dos direitos dos servidores públicos, mas o fato de que o STF, em seus julgamentos, acabava se opondo às determinações constitucionais em nome do formalismo[22].

Tendo em vista a atitude do governo FHC em não conceder o reajuste salarial conforme vinham fazendo os governos anteriores[23] - além da reticência do Judiciário em declarar o direito dos trabalhadores, a CONFAMIR (Confederação Nacional dos Integrantes Beneficiários das Forças Armadas) entrou no mesmo ano de 1996 com o Mandado de Segurança 22.451[24] contra o Presidente da República. Ao contrário do MS 22.439, solicitava ao STF que declarasse a mora do presidente da república em atender o artigo 37, inciso X da CF que determinava o reajuste salarial anual dos servidores públicos[25]. O pedido dos militares baseava-se, também, no fato da Lei 7.706, de 1988, ter regulamentado a CF e estabelecido genericamente (e não somente para o ano de 1988), a obrigatoriedade de o Executivo rever anualmente o salário dos servidores.

O parecer do Ministro Maurício Correa, relator do Mandado de Segurança que ao final indeferiu o pedido, centrou-se em dois pontos: o fato de que a Constituição, apesar de prever os reajustes anuais, não obrigar o Presidente da República a enviar projeto de lei que contivesse a revisão dos salários e uma formalidade processual. Segundo o Ministro, o Mandado de Segurança não seria o instrumento cabível para solicitar ao judiciário que estabelecesse uma política remuneratória, ou mesmo declarasse a mora do presidente.

Quanto ao fato da Lei 7.706 de 1988 ter estabelecido no seu artigo 1º. a data base dos servidores, o Ministro decidiu denegá-lo argumentando que questões políticas subjetivas (e conjunturais) deveriam estar acima do estabelecido em uma Lei Ordinária. Sendo assim, caberia exclusivamente ao Presidente da República avaliar a conveniência para o erário público de um reajuste aos servidores e, posteriormente, conceder ou não a revisão anual salarial. O Ministro negava, assim, qualquer embasamento jurídico para que a Lei 7.706/88 tivesse sua obrigatoriedade garantida, assim como a de que o

funcionalismo tivesse direito a uma data base. Reinterpretava o texto constitucional, afirmando não haver menção à necessidade de revisão de salários:

"o que inexiste é preceito constitucional que determine que a data-base se transforme em instrumento de auto-aplicabilidade, obrigando o Executivo a fazer o reajuste nos moldes previstos na lei[26]."

Sustentava que a Lei que instituía a data-base não necessariamente deveria ser obedecida pelo Presidente da República e acrescentava à prerrogativa exclusiva deste propor Lei e de também, caso julgasse oportuno, não editar índice de reajuste. O STF avançava no reconhecimento do poder absoluto do Presidente da República em definir (ou não) políticas salariais para o funcionalismo:

"*A lei que instituiu a data-base (Lei no. 7.706/88) e as outras que a repetem, não são normas auto-aplicáveis no sentido de que obriguem o Chefe do Poder Executivo Federal a expedir proposta legislativa de revisão de vencimentos, face ao princípio constitucional que lhe reserva a privatividade da iniciativa (CF, artigo 61, § 1º., II, a). – Depende a iniciativa da vontade política do Presidente da República e das conveniências subjetivas de sua avaliação. Inexistindo dispositivo constitucional que determine que a data-base se transforme em instrumento normativo auto-aplicável, obrigando o Presidente da República a fazer o reajuste nos moldes previstos na lei, é de se indeferir a ordem. Mandado de segurança conhecido, mas indeferido." (grifos nossos)[27]*

O Tribunal decidia, assim, pela inexistência do direito dos servidores públicos a uma data base e acrescentava a inexistência de qualquer meio para obrigar o presidente da República a enviar, anualmente, proposição legislativa com a finalidade de rever os valores percebidos pelos servidores[28].

Com o passar dos anos, a ausência de reajustes a longo prazo gerou outro efeito: efetivamente, os salários foram sendo corroídos pela inflação e seu poder de compra diminuiu. Com isso, uma nova leva de processos começou a ser encaminhada à Justiça, agora solicitando o reconhecimento da redução efetiva do numerário pago aos servidores ao longo do tempo e a diminuição do poder de compra de seus salários em função da inércia do Executivo.

Em 16/09/1999 foi distribuída no STF a ADIN 2.061[29], de autoria do PT e PDT. "*tendo em vista a ausência de iniciativa do Presidente da República em enviar Lei ao Congresso regulamentando as formas do reajuste (anual) do funcionalismo". Conforme determinação da Constituição Federal*[30] e EC 19[31], de julho de 1998, os Partidos Políticos solicitavam a declaração de mora do presidente da república desde 05 de junho de 1996 (quando completara-se um ano do último reajuste salarial).

O Executivo, em sua defesa, sustentava que a revisão da remuneração não era obrigatória, mas dependia dos índices inflacionários – os quais, no seu entender, não haviam variado desde a implantação do Plano Real. A argumentação do Executivo baseava-se em jurisprudência da Corte. Nela, o Ministro Ilmar Galvão, em outras duas ADINs[32], vinculava os reajustes a alterações à inflação, argumentando, ao mesmo

tempo, que como a inflação e a economia encontravam-se estabilizadas não havia por que falar em direito dos servidores à fixação de data-base.

Desta vez, entretanto - e ainda que afirmasse a estabilidade da economia – O Tribunal reconhecia que houvera inflação no período, apesar de mínima. Mesmo recusando-se a estabelecer a data-base, era impossível negar a corrosão dos salários. A decisão, entretanto, foi inusitada: um elemento formal fez com que o STF recusasse a responsabilização do Presidente da República pelo não cumprimento de determinação constitucional (o que poderia, ainda que remotamente, possibilitar a abertura de um processo de impedimento) e, ao mesmo tempo, deixasse de estabelecer um índice de reajuste. A CF determinava que, no caso de mora no cumprimento de determinação constitucional, o Poder Competente (através de seu presidente), deveria ser cientificado para que o erro fosse corrigido. Uma vez que a mora no caso em questão era do Chefe do Executivo, pessoa máxima na hierarquia dos órgãos administrativos do Poder Federal, e não prevendo a CF tal ocorrência, não haveria como obrigá-lo a corrigir sua própria omissão. A decisão tornava a figura do Presidente da República praticamente intocável.

"De acordo com o art. 103, §2º. da CF, 'declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção de providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. A fixação de prazo, como se vê, só tem cabimento em se cuidando de providência a cargo de órgão administrativo, o que não se verifica no presente caso, posto não se enquadrar nas atribuições administrativas do Chefe do Executivo iniciativa que, caracterizadora de ato de Poder, desencadeia processo legislativo"[33].

O Ministro Marco Aurélio[34] foi o único que votou pelo estabelecimento de um prazo para que o Executivo enviasse projeto de Lei ao Legislativo Federal estabelecendo os índices de reajuste. Afirmava que, caso o STF não o fizesse, corria o risco de proferir decisão inócua – como, de resto, se deu.

"A omissão, a meu ver, está escancarada, e já consideraria configurada desde janeiro de 1996. Com maior razão o faço relativamente ao mês que se seguiu ao aniversário de ano da própria Emenda Constitucional no. 19. Posso atribuir a autoria desta omissão a um órgão meramente administrativo? A resposta é desenganadamente negativa (...). A iniciativa, no caso do projeto, não é de uma autoridade simplesmente administrativa (...) a mora no encaminhamento do projeto é do Chefe do Poder Executivo. (...) corremos o risco, principalmente em terra brasileira, de vir à baila uma decisão do Supremo Tribunal Federal sem eficácia maior, bastando, para tanto, que persista o Chefe do Poder Executivo na omissão, ora certificada pela Corte. Espero, porque confio no perfil democrático de Sua Excelência, que o Presidente da República, Professor Fernando Henrique Cardoso, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, do Órgão de cúpula do Poder Judiciário, certificando de forma clara, precisa, o ato omissivo, encaminhe o projeto, objetivando a revisão da remuneração dos servidores públicos[35]."

A polêmica decisão do STF, ao reconhecer a mora mas não se pronunciar quanto ao estabelecimento de um prazo para que o Executivo efetivamente enviasse um projeto de Lei, criou o argumento jurídico que faltava para que se caracterizasse dolo por parte do Executivo e os servidores ajuizassem ações de caráter indenizatório[36], agora de cunho individual[37]. O judiciário não decidia no mérito – porém ao conferir novas interpretações à Constituição Federal, gerava argumentos para novos processos, inflando o ciclo da judicialização.

Nos anos seguintes a previsão do Ministro Marco Aurélio se confirmaria: o Presidente Fernando Henrique Cardoso só editou Lei regulamentando o reajuste do Funcionalismo em 2001 (Lei 10.331) um ano depois, no dia 18 de dezembro. Ainda assim a medida era capciosa: Lei afirmava a necessidade de reajustes anuais, porém remetia a uma segunda (e nova) lei a sua (própria) regulamentação. Igualmente silenciava-se sobre os quase 6 anos sem recomposição salarial dos servidores, praticamente remetendo ao próximo presidente a tarefa de decidir os modos do seu pagamento. O silêncio do Judiciário favorecia a política do Executivo de reduzir os gastos públicos à custa do confisco salarial dos servidores públicos. Ao mesmo tempo, as decisões limitadas ou incompletas elevavam o passivo a ser pago aos servidores ao dar margem à propositura de milhares de outros processos em que eram solicitadas indenizações e pagamento dos atrasados[38], fundamentados em não-decisões anteriores. Mais processos (decididos ou não) geravam novos processos. Com isso, a definição sobre os direitos dos servidores era, mais uma vez, postergada.

CONCLUSÕES

Procuramos demonstrar que, entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Suprema Corte Americana existem alguns pontos em comum em relação à recusa do Judiciário em estabelecer uma perspectiva flexível em relação aos direitos do funcionalismo publico e o reconhecimento de suas organizações coletivas. Em muitos casos, o STF sequer considerou essas entidades como legitimadas ativas para propor ações junto à Suprema Corte - Apesar do número de questões passíveis de apreciação pelo Judiciário brasileiro ser diverso (e muito superior) em relação aos casos de apreciação prevista pela Suprema Corte Americana. Algumas argumentações presentes na corte americana são bastante semelhantes às apresentadas pelas cortes brasileiras. Além disso, em várias situações os argumentos dos juízes surgem como contraditórios, pois em casos semelhantes os magistrados tendem a se afastar dos princípios que balizaram o discurso e as decisões judiciais. Uma pesquisa mais aprofundada se torna necessária para a verificação das condições em que essas contradições ocorreram. As conclusões preliminares, entretanto, sugerem um intenso conservadorismo por parte das cortes.

BIBLIOGRAFIA

BULLETIN. Bureau of Labor Statistics. http://www.bls.gov/news.release/union2.nr0.htm. julho de 2009.

CAPPELETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris Editor. 1984.

COLOMBO, C. A. *Judiciário e dominação*: O Supremo Tribunal Federal e a (in)efetividade de direitos contidos na Constituição Federal de 1988. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas do Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. Julho de 2001.

GOLD, William B. - *A primer on American labor law*. Cambridge, MA: The MIT Press, 2004

GOULD, W. *A primer on American Labour Law*. The MIT Press. 2004.

GRIFFIN, S. *Judicial supremacy and equal protection in a democracy of rights*. University of Pennsylvania Journal on Constitutional Law, Vol. 5, November 2001

HARVEY, David. *A brief history of neoliberalism.* Oxford Press. 2005

HOW TEATCHERS STRIKES BECAME ILLEGAL. Junho de 2005. Disponível em http://www.uft.org/news/teacher/labor/taylor_law/ .

National Labor Relations Act (NLRA). Disponível em: http://www.nlrb.gov/about_us/overview/national_labor_relations_act.aspx.

PACHECO, Cristina C. *O Supremo Tribunal Federal e a reforma do Estado*: uma análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998). Tese de Doutorado. Unicamp. 2006.

PEREIRA, Maria Cristina C. *A judiciarização dos conflitos de classe no Brasil*. In: Revista Universidade e Sociedade. Ano XII, no. 29. Março de 2003. P. 68-73

PEREIRA, Maria Cristina C. *Servidores, sim; trabalhadores, não. Os direitos dos servidores públicos federais reescritos pelo judiciário. 1995-2002*. Tese de doutorado em ciências sociais. IFCH. 2008.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo, Martins Fontes. 2004.

SHAPIRO, M. *On law, politics and judicialization*. Oxford, 2002.

SLATER, joseph. *The court does not know 'what a labor union is'*: how state structures and judicial (mis)constructions deformed public sector labor law. 2000. 79 Or. L. Ver. 981.

SOUZA, CELINA. *O impacto das regras de organização do processo legislativo no comportamento dos parlamentares*: um estudo de caso da Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988). DADOS, vol.49 no.1 Rio de Janeiro, 2006.

VALLINDER, T. When the courts go marching in. In: TATE & VALLINDER, *The global expansion of judicial power*. NYU Press. 1995.

VIANNA, L. W. ET AL. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Ed. Revan. 1999

---

[1] O NLRA pode ser obtido em http://www.nlrb.gov/about_us/overview/national_labor_relations_act.aspx. Último acesso em 11 de julho de 2009 às 16:55.

[2] A ESSE RESPEITO, VER GOLD, WILLIAM B. - *A PRIMER ON AMERICAN LABOR LAW*. CAMBRIDGE, MA: THE MIT PRESS, 2004.

[3] E prossegue: “The denial by some employers of the right of employees to organize and the refusal by some employers to accept the procedure of collective bargaining lead to strikes and other forms of industrial strife or unrest, which have the intent or the necessary effect of burdening or obstructing commerce by (a) impairing the efficiency, safety, or operation of the instrumentalities of commerce; (b) occurring in the current of commerce; (c) materially affecting, restraining, or controlling the flow of raw materials or manufactured or processed goods from or into the channels of commerce, or the prices of such materials or goods in commerce; or (d) causing diminution of employment and wages in such volume as substantially to impair or disrupt the market for goods flowing from or into the channels of commerce”. http://www.nlrb.gov/about_us/overview/national_labor_relations_act.aspx. Section I. Último acesso em 11 de julho de 2009, às 16:55.

[4] http://www.nlrb.gov/about_us/overview/national_labor_relations_act.aspx

[5] Sobre dados recentes em relação às taxas de sindicalização nos EUA, VER http://www.bls.gov/news.release/union2.nr0.htm.

[6] SLATER, joseph. *The court does not know ‘what a labor union is’*: how state structures and judicial (mis)constructions deformed public sector labor law. 2000. 79 Or. L. Ver. 981.

[7] As alterações devem ser vistas com reservas, pois não constituem avanços. O Taylor Report, de 1964, adotado durante as décadas seguintes, estabeleceu uma série de restrições às atividades sindicais de servidores públicos – inclusive as penalidades de caráter econômico (no caso de greves e operações tartaruga) que inviabilizaram vários sindicatos nas décadas de 1960 e 1970. Ainda que não tenhamos elementos suficientes para afirmar categoricamente, parece-nos que a participação ativa do judiciário no estabelecimento de multas aos sindicatos inicia-se justamente nesse período, já que a legislação passou a direcionar o poder público a acionar os sindicatos para que o judiciário arbitrasse a multa a ser aplicada pela violação da lei. A esse respeito foi marcante a atuação repressora das cortes na greve de professores em Nova York em 1975. Ver HOW TEATCHERS STRIKES BECAME ILLEGAL. Junho de 2005. Disponível em http://www.uft.org/news/teacher/labor/taylor_law/ .

[8] A respeito do declínio da remuneração, ver HARVEY, D. Freedom’s Just another Word. In: *A brief history of neoliberalism*. Oxford, 2005. P. 25.

[9] A esse respeito, ver HELD, D. *A brief history of neoliberalism*. Oxford, 2005.

[10] GOULD, W. A primer on American Labour Law. The MIT Press. 2004. P. 189.

[11] SHAPIRO, M. *On law, politics and judicialization*. Oxford, 2002. P. 7-8.

[12] GRIFFIN, S. *JUDICIAL SUPREMACY AND EQUAL PROTECTION IN A DEMOCRACY OF* RIGHTS. UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA JOURNAL ON CONSTITUTIONAL LAW, VOL. 5, NOVEMBER 2001.

[13] No Brasil, em específico, o papel desempenhado pelas cortes locais e as supremas cortes estaduais foi desempenhado pela suprema corte nacional, já que as competências são diversas.

[14] SLATER, p. 9.

[15] Ver, a esse respeito, SOUZA, CELINA. O impacto das regras de organização do processo legislativo no comportamento dos parlamentares: um estudo de caso da Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988). DADOS, vol.49 no.1 Rio de Janeiro, 2006.

[16] Perelman denomina esse tipo de lacuna de Praeter legem. Ver, a esse respeito, PERELMAN, C. Teorias relativas ao raciocínio judiciário. In: *Lógica Jurídica*. São Paulo, Martins Fontes. 2004. Em especial, p. 67 e seguintes.

[17] Lei Federal 7.706 de 21 de dezembro de 1988. Sancionada por José Sarney. Disponível em https://legislacao.planalto.gov.br/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%207.706-1988?OpenDocument&AutoFramed. Último acesso em 27/01/2008 às 00:19.

[18] ADIN é a sigla de Ação Direta de Inconstitucionalidade, instrumento pelo qual organismos e entidades podem questionar junto ao STF a constitucionalidade de leis e atos normativos Federais e Estaduais. Através deste meio (classificado como "controle concentrado de constitucionalidade"), quando o STF reconhece a inconstitucionalidade de norma Federal ou Estadual, suspende sua vigência de modo que a decisão estende-se a toda a sociedade. É um meio extremamente ágil e de alcance amplo para que se evite que os Executivos venham a efetivar atos potencialmente prejudiciais a parcelas da população. Sem a ADIN, só resta aos setores sociais prejudicados acionar a justiça individual ou coletivamente. Nestes casos, entretanto, os efeitos das decisões das cortes são limitados e cada parte é obrigada a percorrer as várias instâncias do poder Judiciário até obter decisão irrecorrível, cujo alcance ficará restrito às partes envolvidas no processo.

[19] MANDADO DE SEGURANÇA no. 22.439-8 DF. Ementa. HTTP://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listajJurisprudencia.asp?s1=22439.NUME.+E+MS.SCLA.&base=baseAcordaos. Último acesso em 27/01/2008 às 00:19.

[20] MANDADO DE SEGURANÇA no. 22.439-8 DF. Idem. p. 300-301.

[21] A ADIN foi proposta em 1990. Voltaremos a ela ao tratarmos da negociação coletiva. HTTP://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=(492.NUME.%20491.ACMS.)&d=SJUR. Acessada em 26/01/2008 às 14:30.

[22] Além do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Ilmar Galvão também se pronunciou favoravelmente aos servidores. É importante que se observe que durante a vigência do regime militar, quando os direitos dos trabalhadores foram sistematicamente cassados ou obstruídos, o termo "data-base" era correntemente utilizado para definir o tipo de reajuste dos servidores públicos. V., a esse respeito, o artigo 1º. da Lei no. 7.706, de 21

de dezembro de 1968. O conceito de “data-base” foi restringido aos trabalhadores da iniciativa privada após a CF de 1988, em especial a partir do governo FHC.

[23] O último reajuste ao funcionalismo havia sido em janeiro de 1995.

[24] MS no. 22451-7 DF. http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=22451&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M P. 148. Último acesso em 27/01/2008. Às 00:38.

[25] É importante que se observe que, se uma vez fosse declarada a mora do executivo, o presidente da república poderia ser processado e, posteriormente, sofrer um processo de impedimento por não atender preceito constitucional (tecnicamente denominada de “inconstitucionalidade por omissão total”). A decisão ainda livrava o presidente de responder um processo por desobediência à CF.

[26] MS no. 22451-7 DF. http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=22451&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M P. 148. Último acesso em 27/01/2008. Às 00:38.

[27] MS no. 22451-7/DF. Idem. Grifos nossos.

[28] A esse respeito, há também o Mandado de Segurança 22.439-DF, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa e o Mandado de Injunção 528, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Disponíveis em http://www.stf.gov.br. Último acesso em 27/01/2008. Às 00:41.

[29] ADI 2061, p. 2. http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=2061&CLASSE=ADI&ORIGEM=JUR&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M Último acesso em 27 de janeiro às 9:48.

[30] Artigo 37, inciso X da CF e EC 19, julho de 1998.

[31] http://wwwplanalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/em10htm. Último acesso em 27 de janeiro às 9:49.

[32] ADIN 722, 1995 e ADIN 2061, p. 2. Respectivamente: http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numweo=722&classe=ADI&origem=AP&RECURSO=0&tipoJulgamento=M. Último acesso em 27/01/2008 às 11:05.

E http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=2061&CLASSE=ADI&ORIGEM=JUR&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M Último acesso em 27 de janeiro às 9:48.

[33] ADIN 2.061-7. Idem, P.460.

[34] O Ministro Marco Aurélio colocou-se de forma bastante contundente contra o Presidente da República. Afirmou (no que não foi seguido pelos colegas) que os salários do funcionalismo deveriam ter sido reajustados desde 1996, que o Executivo estaria agindo de forma dolosa e que os salários estavam sendo reduzidos arbitrariamente.

[35] ADI 2.061-7. DF. Idem, P. 468.

[36] Votaram pelo não estabelecimento de prazo para que o Presidente Fernando Henrique "purgasse" a mora: Ilmar Galvão (o mais conservador dos Ministros), Ellen Gracie, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa.

[37] Tratou-se de uma estratégia: já que o STF havia afirmado que não poderia legislar no lugar do presidente da República nem estabelecer um prazo para que este enviasse projeto de lei ao congresso, os servidores estariam impedidos, em princípio, de mover ações solicitando a recomposição de seus salários. Entretanto, nada os impediria de solicitar indenização por danos morais pelas perdas causadas em função da ausência de reajustes. As primeiras ações começaram a ser julgadas em 2005, com o reconhecimento por parte dos tribunais do direito à indenização. Ver União tem de indenizar servidor por falta de reajuste. http://conjur.estadao.com.br/static/text/36445,1 e União deve indenizar servidora pública por dano moral. http://conjur.estadao.com.br/static/text/3537,1. Últimos acessos, respectivamente, em em 27 de janeiro às 9:59 e 10:00.

[38] A rigor, a Lei 10.331/2001 regulamentou o art. 37 da CF e a EC19, porém o fez remetendo à elaboração de nova lei, anual, definindo o reajuste dos servidores. Nada estabeleceu sobre as perdas passadas, nem sequer a possibilidade de inclusão no orçamento das próximas legislaturas. A recusa em negociar e o não reconhecimento de canais coletivos com os servidores fica evidente no texto da lei. http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/Legis/Leis/10331_01.html. Último acesso em 27 de janeiro às 10:00.

O PESQUISADOR EMPREGADO E AS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR: PECULIARIDADES JUSTRABALHISTAS E O DESENVOLVIMENTO, A CIÊNCIA E A TECNOLOGIA*

THE INVESTIGATOR EMPLOYEE AND INSTITUTIONS OF HIGHER EDUCATION: THE LABOR LAW PECULIARITIES AND DEVELOPMENT, SCIENCE AND TECHNOLOGY

Maria Roseniura de Oliveira Santos

RESUMO

A ausência de uma regulamentação adequada às especificidades da atividade de pesquisa é um fator de desestímulo ao desenvolvimento econômico-social. A sistematização do marco legal é elemento fundamental para afastar a insegurança jurídica que desestimula o desenvolvimento da pesquisa no país. No âmbito do direito do trabalho, a adaptação dos diversos institutos trabalhistas pressupõe inexistência de fraude ou desvirtuamento das normas de proteção trabalhista e cumprimento da função social do contrato. Para destravar o avanço da pesquisa na esfera privada, a consideração da condição especial do pesquisador acadêmico justifica a abertura do sistema trabalhistas a soluções fora das limites rígidos da disposições gerais de proteção ao trabalho fundadas na noção de hipossuficiência econômica. A mudança de paradigma é imprescindível ao desenvolvimento da atividade do pesquisa e ao fomento ao desenvolvimento da ciência e tecnologia no setor privado

PALAVRAS-CHAVES: EDUCAÇÃO. CIÊNCIA E TECNOLOGIA. PESQUISA. DESENVOLVIMENTO. SISTEMA JUSTRABALHISTA.

ABSTRACT

The absence of proper regulation of the specific research activity is a discouraging factor to the economic and social development. The systematization of the legal framework is fundamental to remove the legal uncertainty that discourages the development of research. Under labor law, the adaptation of various labor theme demand no fraud or distortion of the rules of labor protection and enforcement of the social contract function. To unlock the advancement of research in the private sphere, considering the special condition of the academic researcher, explains opening of the labor system solutions outside the rigid boundaries of the general protection of labor based on the notion of economic dependence. The paradigm shift is essential to the development of research activity and to promote the development of science and technology in the private sector.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: EDUCATION. SCIENCE AND TECHNOLOGY. SEARCH. DEVELOPMENT. LABOR LAW.

1. Introdução

O desenvolvimento científico e tecnológico é vital para o desenvolvimento econômico e social e da melhoria da qualidade de vida.

O grande desafio é construir um modelo de desenvolvimento capaz de responder às desigualdades econômicas e sociais e às necessidades de mercado nacional e internacional.

Necessário para tanto integrar as políticas de educação e ciência e tecnologia através de regulamentação específica da atividade de pesquisa. Neste contexto, a legislação trabalhista é um dos fatores para assegurar o desenvolvimento de pesquisas de modo viável e economicamente sustentável.

O presente estudo objetiva analisar o arcabouço jurídico regente da atividade do pesquisador empregado e investigar o modelo justrabalhista adequado às peculiaridades profissionais da atividade de pesquisa.

2. Ciência e Tecnologia: desafios e perspectivas

É inegável que o desenvolvimento da ciência e da tecnologia é condição fundamental para o desenvolvimento econômico e social de um país. Especialmente para os denominados países emergentes, o grande desafio consiste em transformar o conhecimento em riqueza como é o caso do Brasil.

Comumente tem-se apontado como necessária, para gerar o progresso cientifico e tecnológico, a promoção da formação e qualificação de pesquisadores e estímulo ao desenvolvimento de projetos de pesquisa pela rede privada de ensino superior de nosso país que, nos últimos anos, evoluiu, mas ainda enfrenta uma série de dificuldades

Neste contexto, um traço marcante de nossa realidade é o fato de que, no Brasil, contrariamente à prática de outros países, a maior parte dos projetos de pesquisa e pesquisadores está ligada universidades e institutos de pesquisa públicos e não diretamente ligados às instituições privadas.

Entretanto o alto grau de competitividade econômica tem provocado mudanças positivas, despertando o interesse pela pesquisa científica e tecnológica. Cumpre, pois buscar vencer os obstáculos especialmente os decorrentes da ausência de uma regulamentação adequada aos fins maiores de promoção de desenvolvimento econômico-social, especialmente na geração de emprego e riquezas.

Como observa Nicolsky (2001):

Uma questão crucial e oportuna para um país emergente, que busca caminhos para alcançar um nível de produção e renda compatíveis com as necessidades da sociedade, são os processos, e os seus desafios, para gerar valor econômico a partir do conhecimento. Ou seja, é a relação entre o dispêndio em pesquisa e desenvolvimento (DPD) e o crescimento do produto interno bruto (PIB) do país, no presente cenário de um mundo globalizado, além da forma em que esse DPD é aplicado.

Assim deve-se interpretar e aplicar o arcabouço jurídico existente, bem como elaborar novas regulamentações com vistas à busca de plena eficiência e efetividade das políticas de desenvolvimento científico e tecnológico nacional.

Um aspecto fundamental e que tem sintonia fina com o objeto do presente estudo é a necessidade de considerar o desafio de motivar o mercado de trabalho para a absorção e integração dos pesquisadores de modo cientificamente viável e economicamente sustentável. Este é, aliás, um dos pilares das normas constitucionais a seguir analisadas.

Neste quadro, a regulamentação no âmbito trabalhista é fundamental. Algumas problemáticas constituem pauta obrigatória, em especial, regime de jornada e o modelo de remuneração do pesquisador.

3. O trabalho do pesquisador e a Constituição Federal: parâmetros

3.1 O perfil constitucional do Sistema Nacional da Ciência e Tecnologia.

A atual Constituição Federal (CF) claramente põe em destaque ao desenvolvimento científico e tecnológico e, em especial, à pesquisa e à capacitação tecnológicas, como se verifica nos arts. 218 e 219 que estão inseridos no título da ordem social.

Dispõe a CF especialmente quanto ao desenvolvimento científico e tecnológico:

Art. 218 - O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º - A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º - O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

A Lei Maior fixa, em seu art. 3º, II, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a garantia do desenvolvimento nacional. E, para alcançar tal fim, imputou competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (CF art. 23, V).

De modo determinante a Constituição revela alto apreço à pesquisa científica e tecnológica ao qualificar as criações, a ciência, e a tecnologia como patrimônio nacional cultural do Brasil por força do art. 216, III e V e 219.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

(...)

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

(...)

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

À luz da Magna Carta são diretrizes fundamentais para a promoção do desenvolvimento da ciência e tecnologia:

a) A busca solução dos problemas brasileiros, a formação de recursos humanos (art. 218, §2º);

b) O apoio legal à pesquisa e criação de tecnologia no País (art. 218, §4º);

c) A vinculação de receita orçamentária de Estados e do Distrito Federal para promoção da ciência e da tecnologia (art. 218, § 5º);

d) Incentivo ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional (art. 218, §2º);

e) Viabilização do desenvolvimento, bem-estar e autonomia tecnológica do País (art. 219).

É evidente que o desenvolvimento da ciência e da tecnologia passa pela integração com a política de promoção da educação. A Magna Carta estabelece expressamente o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão nos termos do art. 207 que preceitua:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

A CF determina também a articulação e a integração das políticas públicas, conforme preceitua o art. 214, *caput*, V:

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à:

(...)

V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

O preceito constitucional de incentivo à pesquisa científica e tecnológica também se evidencia nas disposições relativas à política agrícola que estabelece que seja planejada e executada com a participação efetiva do setor de produção e que se tenha em conta, especialmente, o incentivo à pesquisa e à tecnologia (art. 187, III).

Na mesma trilha, a CF, especificamente, no que tange ao Sistema Único de Saúde atribui o incremento ao desenvolvimento científico e tecnológico (art. 200, V);

Todo este desenho normativo torna patente a estima constitucional pela atividade de pesquisa e o objetivo de gerar desenvolvimento econômico social, tendo a percepção de que o mercado interno integra o patrimônio nacional como primado das políticas públicas da ciência e da tecnologia. E mais sem perder de vista a clara orientação

constitucional para promover o incentivo de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, bem como o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País.

3.2 Função social da pesquisa científica e tecnológica

Nossa Constituição Federal criou uma estrutura estatal de caráter capitalista porquanto fundado no respeito à iniciativa privada (CF art. 1º, IV; 5º, XXII); entretanto, inseriu um elemento especial ao direito de propriedade quando 'adotou um princípio de transformação da propriedade capitalista, sem socializá-la. Esse princípio condiciona a propriedade como um todo (não apenas o seu exercício egocêntrico). A função social introduz no direito de propriedade um interesse que pode não coincidir com o interesse do proprietário, sendo estranho ao mesmo.

O conteúdo desta função social varia conforme a natureza (urbana ou rural, agrícola, industrial ou comercial, de consumo ou de produção) da propriedade. Mas certamente lhe é essencial o valor social do trabalho. É o que se deduz dos seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

.Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:``

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

(...)

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Também o art. 5º, XXIX da Magna Carta revela como a função social da propriedade de inventos industriais, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

O estímulo à pesquisa deve observância do princípio tutelar trabalhista de modo realizar a função social que é cumprida mediante a observância das disposições que regulam as relações de trabalho (CF art. 186,§2º, III).

Uma visão sistemática do texto constitucional vigente revela o quanto é fundamental à sobrevivência do Estado brasileiro o valor social do trabalho e da livre iniciativa. Por isso toda e qualquer interpretação ou aplicação jurídica deve ter como parâmetro o perfil constitucional aqui delineado. No campo justrabalhista, implica reconhecer as peculiaridades da atividade desenvolvida pelo pesquisador e a necessidade de buscar adaptar as normas gerais de modo a cumprir os comandos constitucionais.

4 ciência, tecnologia, PESQUISA E INOVAÇÃO: CONCEITOS BÁSICOS

Importante delimitar alguns conceitos. Ciência é o conjunto de conhecimentos relativos à natureza, ao homem ou à sociedade desenvolvido através da pesquisa e segundo metodologia adequada.

Já o termo tecnologia é o conhecimento empregado na produção e comercialização de bens e serviços através da aplicação dos conhecimentos científicos bem como resultantes de observações, experiências, tradição.

LONGO (1996) define:

Tecnologia é o conjunto organizado de todos os conhecimentos científicos, empíricos ou intuitivos, empregados na produção e comercialização de bens e serviços. A tecnologia gerada ou aperfeiçoada pela pesquisa e desenvolvimento experimental pode exigir diferentes graus de elaboração até o seu emprego numa unidade produtiva. Essa elaboração exige os serviços especializados de engenharia . Em outras palavras, a tecnologia produzida pela pesquisa e desenvolvimento experimental tem que ser "engenheirada" para poder ser utilizada pelo setor produtivo. Assim, para que os conhecimentos gerados pelas universidades, institutos e outras organizações envolvidas em pesquisa e desenvolvimento tenham resultado concreto no setor produtivo, há que se cuidar do estabelecimento de alta competência em se "engenheirar". A estreita ligação entre Ciência e Tecnologia fez surgir o binômio Ciência e Tecnologia - C&T e a forma de se comunicar estes conhecimentos é através da informação.

A pesquisa é o instrumento de produção do conhecimento. A pesquisa científica e tecnológica é atividade criativa destinada a sistematizar e produzir o conhecimento humano e o uso do mesmo.

Três são as modalidades: pesquisa básica, pesquisa aplicada e desenvolvimento experimental assim definidas conforme o Manual Frascatti da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE):

PESQUISA BÁSICA - Estudo teórico ou experimental que visa contribuir de forma original ou incremental para a compreensão sobre os fatos e fenômenos observáveis, teorias, sem ter em vista uso ou aplicação específica imediata. A pesquisa básica analisa propriedades, estruturas e conexões com vistas a formular e comprovar hipóteses, teorias etc. Os resultados da pesquisa básica, geralmente não negociáveis, são, no mais das vezes, publicados em periódicos científicos ou postos em circulação entre os pares. Portanto, o cientista gera e consome conhecimento. O produto da ciência é basicamente um novo conhecimento, que é repassado através da informação, tendo como suporte o documento. O domínio público da literatura científica faz parte do processo de comunicação científica (OCDE, 1993, cap.2, pag.29).

Já a pesquisa aplicada é

(...) uma investigação original concebida pelo interesse em adquirir novos conhecimentos. É, entretanto, primordialmente dirigida em função de um objetivo prático específico. A pesquisa aplicada é realizada ou para determinar os possíveis usos para as descobertas da pesquisa básica ou para definir novos métodos ou maneiras de alcançar um certo objetivo específico e pré-determinado. Ela envolve consideração de conhecimento disponível e sua ampliação com vistas à solução de problemas específicos. No Setor Empresarial, a distinção entre pesquisa básica e aplicada será freqüentemente marcada pela criação de um novo projeto para explorar os resultados promissores de um programa de pesquisa básica. Os resultados da pesquisa aplicada são hipotética e fundamentalmente válidos para apenas um ou para um número limitado de produtos, operações, métodos e sistemas. A pesquisa aplicada operacionaliza as idéias. Os conhecimentos ou informações dela advindos são quase sempre patenteados, podendo contudo se manterem sob sigilo (OCDE, 1993, cap.2, pag.29).

Já o desenvolvimento ou pesquisa experimental é

DESENVOLVIMENTO EXPERIMENTAL- É o trabalho sistemático, delineado a partir do conhecimento pré-existente, obtido através da pesquisa e/ou experiência prática, e aplicado na produção de novos materiais, produtos e aparelhagens, no estabelecimento de novos processos, sistemas e serviços, e ainda no substancial aperfeiçoamento dos já produzidos ou estabelecidos. (OCDE, 1993, cap.2, pag.29).

Outras noções conceituais relevantes referem-se à idéia de criação e inovação. Criação é invenção, modelo de utilidade, desenho industrial, programa de computador, topografia de circuito integrado, nova cultivar ou cultivar essencialmente derivada e qualquer outro desenvolvimento tecnológico que acarrete ou possa acarretar o surgimento de novo produto, processo ou aperfeiçoamento incremental, obtida por um ou mais criadores (art. 2º, II da lei 10.973/2004).

Já a inovação tecnológica é a concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando maior competitividade no mercado (art.17, VI, §1º da Lei 11.196/2005)

Nicolsky (2001) acentua ainda a distinção entre descoberta e inovação:

Desta forma, podemos conceituar uma descoberta científica ou tecnológica como um ato acadêmico, realizado no âmbito da universidade, destinado à capacitação de recursos humanos qualificados e gerador de novos conhecimentos publicáveis nos periódicos especializados, como prova de sua originalidade e valor como um conhecimento.

A inovação, ao contrário, como acima apresentado, é uma atividade econômica, executada no ambiente da produção, e que se destina a dar mais competitividade a uma tecnologia, ou descoberta tecnológica, de um produto ou processo, ampliando a sua parcela de mercado e, assim, agregando valor econômico e lucratividade.

Portanto, uma tecnologia constitui-se de uma descoberta, o uso de algum conhecimento recente ou não em uma nova aplicação, robustecida por centenas ou milhares de inovações utilizando criativamente conhecimentos existentes. Um mesmo produto tem, em geral, umas poucas descobertas amplamente conhecidas através de publicações e centenas ou milhares de inovações, protegidas do conhecimento e uso por terceiros através de patentes.

Importa por em relevo que a pesquisa científica ou tecnológica é o instrumento essencial à produção de conhecimento com inovação que deve refletir no ambiente produtivo, com vistas à capacitação, à autonomia científica e tecnológica e ao desenvolvimento, nos termos dos arts. 218 e 219 da Constituição Federal vigente.

5 Uma análise do marco regulatório

5.2 A legislação educacional

Como já delineado o desenvolvimento da ciência e da tecnologia pressupõe o estímulo e a integração entre o processo de ensino e a pesquisa. Inúmeras são as referências constitucionais neste sentido.

A CF estabelece, em seu art. 206, que o ensino deve ser ministrado com base em princípios, dentre os quais, preceitua a liberdade de pesquisar. No mesmo passo, o art. 208, V da CF assegura o acesso aos níveis mais elevados do ensino e da pesquisa;

No âmbito do ensino superior, dispõe o §2º do art. 213 que as atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber estímulo mediante apoio financeiro do Poder Público.

Regulando o sistema nacional de educação a lei nº 9.394/1996 (Lei das Diretrizes e bases da Educação – LDB) determina que as instituições de educação superior constituídas como universidades integrar-se-ão, também, na condição de instituições de pesquisa, ao Sistema Nacional de Ciência e Tecnologia, nos termos da legislação específica (art. 86). Vê-se que as instituições de ensino superior possuem uma dúplice qualificação institucional: educacional e de pesquisa.

Este dúplice qualificação jurídica tem como principal efeito a sujeição a sistemas normativos diversos. Isto sem desconsiderar, a aplicação do sistema justrabalhista na condição de empregador.

5.3 A legislação de fomento à pesquisa, ciência e tecnologia

Apesar dos comandos constitucionais já referidos, no plano infraconstitucional, o sistema legal tem como pilar uma estrutura essencialmente desenvolvida no setor público. Este aspecto patenteia um obstáculo ao fomento ao desenvolvimento da ciência e tecnologia no setor privado.

No âmbito da normatização do Sistema Nacional de Ciência e Tecnologia, são verificadas duas vertentes normativas. Uma primeira, de essência tributária, concentrando esforços na concessão de vantagens fiscais. E, uma segunda vertente, de cunho setorial, regulando por áreas como serviços em tecnologia da informação, telecomunicações, biotecnologia, campo de energia nuclear e espacial.

Destaque para a lei nº 10.168/2000 instituiu o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação cujo objetivo principal é estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País. Entretanto a mencionada norma tem conteúdo eminentemente fiscal.

Assim como a lei nº 10.973/2004 (Lei de Inovação) que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo regulamentada pelo decreto nº 5.563/2005. Direcionada especialmente ao setor privado tem-se a lei tributária nº 11.196/2005 que, dentre outras providências; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica.

Estes dispositivos legais claramente estabelecem normas voltadas às instituições públicas. São poucas as referências ao setor privado. Na lei nº 10.973/ 2004 tem-se:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - agência de fomento: órgão ou instituição de natureza pública ou privada que tenha entre os seus objetivos o financiamento de ações que visem a estimular e promover o desenvolvimento da ciência, da tecnologia e da inovação;

(...)

IX - inventor independente: pessoa física, não ocupante de cargo efetivo, cargo militar ou emprego público, que seja inventor, obtentor ou autor de criação.

Art. 3o A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, ICT e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos e processos inovadores.

Art. 19. A União, as ICT e as agências de fomento promoverão e incentivarão o desenvolvimento de produtos e processos inovadores em empresas nacionais e nas entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, mediante a concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infra-estrutura, a serem ajustados em convênios ou contratos específicos, destinados a apoiar atividades de pesquisa e desenvolvimento, para atender às prioridades da política industrial e tecnológica nacional.

Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador.

Grifos não originais.

As normas referidas, não regulam a atividade de pesquisa e inovação de modo amplo na iniciativa privada tanto que a lei nº 10.973/ 2004 apenas refere-se ao pesquisador público e ao inventor independente.

5.4 A legislação trabalhista

Em nossa ordem jurídica, não há disposições ao pesquisador empregado que regulem sua condição especial, tendo em conta suas peculiaridades.

Certamente, o estudo e a aplicação isolados das legislações educacional, trabalhista e reguladora da ciência e tecnologia não promoverão a concretização dos múltiplos fins que envolvem a atividade da pesquisa: educação, desenvolvimento cientifico e tecnológico e proteção do trabalhador.

Antes do regime constitucional vigente, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) originalmente, de modo muito restrito, no artigo 454 dispôs sobre o invento do empregado. O dispositivo teve o mérito de fixar uma exceção ao regime trabalhista geral.

Observa PRADO (2007: p.42):

O empregado criador é detentor de parcela do fator de produção inovação, sendo infungível, diferenciada e normalmente em excesso de demanda. O sistema da CLT não é adaptável a essa espécie de empregado (cabeça-de-obra).

É preciso criar um subsistema para essa categoria para a eficácia do Art. 218 § 4º da CF.

O embasamento jurídico é constitucional, quais sejam: Art. 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX, Art. 6º, Art. 7º, incisos XI, XIII, XXVII, XXXII, Art. 216, inc. III e Arts. 218 e/ 219. Lei 10.973/2004 e Lei do Bem, Lei 9279/96 Arts. 88 a 93, Leis 9609/98, 9610/98 e 6.533/78.

BARBOSA (2006: p. 5) consigna:

O Art. 218 da Carta estabelece em favor de determinada categoria de trabalhadores um regime laboral especialíssimo: são os que – no dizer constitucional - se ocupam das áreas de ciência, pesquisa e tecnologia. Para tais trabalhadores, serão garantidos meios e condições especiais de trabalho. Haverá, assim, um regime especial em face do regime geral laboral instituído sob o Art. 7º da Constituição, assim como do regime administrativo previsto para os servidores do Estado.

A Carta firma assim o entendimento de que se devem compatibilizar as normas reguladoras do trabalho e as disposições constitucionais que tutelam as criações tecnológicas e expressivas como um interesse da sociedade brasileira para obter um justo equilíbrio de interesses entre sociedade e empregados detentores do fator de produção inovação.

Há de se observar que a Lei Maior dá indicativos inúmeros da condição peculiar da pesquisa. Um dos aspectos é o sistema de remuneração.

De caráter trabalhista e voltado para a ciência e tecnologia, tem-se apenas o regime da lei nº 8.745/1993 que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público que excepciona a condição do pesquisador empregado do setor público. Deixando o setor privado à míngua de regulação neste e noutros temas uma vez que considerando os princípios e normas constitucionais já analisados, a distinção do regime constitucional da atividade do pesquisador vai além como se examinará no tópico seguinte.

6 As instituições de ensino superior e a pesquisa entre a cruz e a espada

A análise da legislação demonstra a complexidade da relação entre o Poder Público e as instituições privadas de ensino devido ao conflito constante entre medidas e normas editadas, especialmente, pelos Ministérios da Educação, da Ciência e Tecnologia e do Trabalho e Emprego.

Outro aspecto relevante é a concentração legislativa quase que exclusivamente na normatização da pesquisa no setor público e não regulando de forma ampla no setor privado.

Outro ponto igualmente grave é a não percepção da necessária integração entre os diversos órgãos reguladores, especialmente, da educação, trabalho, ciência e tecnologia que pode ser verificada na edição da Portaria Interministerial MCT/MDIC/MF/MEC/MPOG nº 934/2008 que instituiu Comissão Técnica Interministerial - CTI entre os Ministérios da Ciência e Tecnologia, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, da Fazenda, da Educação, e do Planejamento, Orçamento e Gestão, para identificar e propor medidas de interesse comum que contribuam para a implementação e aperfeiçoamento da Lei nº 10.973/2004 e da Lei nº 11.196/2005 (Lei do Bem). É inexplicável a ausência do Ministério do Trabalho e Emprego.

Como já assinalado, a dúplice condição institucional das universidades, a um só tempo, de ensino superior e de pesquisa (LDB art. 86) subordina-as a sistemas normativos diversos além do sistema justrabalhista.

Esta complexidade foi apontada por SANTOS & SOUZA (2009: p.5160)

O art. 209 da CF vigente declara que o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas certas condições, mas lhe impõe o cumprimento das normas gerais da educação nacional. Destaque-se que é amplo o complexo jurídico das normas desde a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) até portarias, instruções normativas oriundos do Ministério da Educação.

As instituições são postas entre a “cruz e a espada”, pois, se cumprir a legislação educacional e relativa à ciência e tecnologia, ficam expostas a passivos trabalhistas. Se, ao contrário, cumprir a legislação trabalhista em detrimento das normas educacionais, certamente perderá autorização de funcionamento na avaliação do Ministério da Educação.

O grande desafio para as instituições privadas de ensino superior é harmonizar o cumprimento das normas de educação, de ciência e tecnologia e das normas trabalhistas.

Como se vê as instituições privadas de ensino superior se situam numa verdadeira encruzilhada jurídica. Cabe aos operadores do direito uma análise mais apurada da atividade educacional para buscar soluções normativas que equilibrem os diversos valores e objetivos que circundam a problemática.

Fundamental é reconhecer a lacuna normativa no plano infraconstitucional e, a partir da Constituição Federal, colmatá-la através de um estudo sistemático dos sistemas educacional, trabalhista e de ciência e tecnologia.

7 caracterizando a figura do pesquisador ACADÊMICO

Como visto a norma constitucional reconhece a condição peculiar da atividade de pesquisa.

Uma característica da atividade da pesquisa é sua autonomia técnica ou metodológica que consiste em liberdade para definir a organização e modo de execução de um projeto de pesquisa.

Esta autonomia metodológica é inerente ao caráter intelectual da pesquisa científica ou tecnológica e da qualificação especialmente exigida em qualquer modalidade de pesquisa.

A dinâmica de cada pesquisa varia conforme o objeto de estudo. É possível que o trabalho seja executado longe do controle e da sede da entidade de apoio, financiamento ou cliente. Ou pode ser realizada dentro da estrutura destas entidades e , ainda, alternar estas duas situações numa mesma pesquisa. Esta última é muito comum na maior parte das pesquisas.

Em cada uma das hipóteses, a autonomia pode ser a expressão de independência jurídica quando desenvolvida por pesquisador autônomo ou independente que desenvolve um projeto de pesquisa por sua conta, assumindo os riscos inerentes ao processo de investigação científica.

Necessário verificar em cada caso concreto a presença de indicadores de certo grau de subordinação jurídica que podem assim ser sistematizados:

a) Prestação da pesquisa sob a coordenação do cliente;

b) Inserção do pesquisador na estrutura organizacional da atividade empresarial ou entidade de apoio e fomento à pesquisa, dentro ou fora de sede física do estabelecimento;

c) Execução da pesquisa com fiscalização e controle gerencial pelo ente contratante;

d) Definição prévia de horário de trabalho fixo ou variável;

e) Dependência econômica do pesquisador que se pode aferir ainda quando a remuneração auferida constituir a única ou a principal fonte de renda profissional;

f) Fornecimento de equipamentos e demais condições necessárias pelo contratante.

Primordial é perceber que a autonomia metodológica não afasta a configuração de um estado de subordinação jurídica se realizada sob a direção de um empregador, qualificando-se o pesquisador como subordinado ou empregado, mas certamente afeta a aplicação das normas trabalhistas.

8 As peculiaridades JURÍDICAS da atividade do pesquisador empregado e as instituições de ensino superior

No plano infraconstitucional, a CLT é sensível a peculiaridades profissionais, reconhecendo como fator de exceção às normas gerais, *v.g.*, no art. 57 de modo expresso.

Cabe aos operadores do direito sistematicamente examinar os diversos aspectos que demandam a definição de regramento especial de modo que o arcabouço justrabalhista não constitua empecilho aos objetivos constitucionais de viabilizar o pleno desenvolvimento econômico e social e difundir o progresso técnico e científico, ampliando a competitividade econômica e melhorando a qualidade de vida da população brasileira.

Nos tópicos seguintes, examinam-se as questões mais relevantes na seara trabalhista e soluções mais eficazes para harmonizar a legislação trabalhista com os sistemas nacionais de educação e da ciência e tecnologia.

8.2 O professor pesquisador e a possibilidade de dupla vinculação contratual

O fato de as instituições de ensino superior integrar o sistema nacional ciência e de tecnologia na condição de instituição de pesquisa leva a manter entidades de pesquisa,

sendo comum que os professores também desenvolvam projetos de pesquisa. Exercem a docência com vínculo contratual com a faculdade ou universidade e acumulam a função de pesquisador.

Esta questão no âmbito trabalhista é complexa e não tem tratamento doutrinário uníssono. Como registra SOUZA (2006) é juridicamente possível a coexistência de dois contratos de trabalho com um mesmo empregador, pois não existe óbice legal que proíba tal hipótese. Mas há na doutrina corrente que entende ser ilícita a dupla contratação por violar os princípios fundamentais do direito do trabalho.

A resistência doutrinária se explica pelas adversidades do desafio de coadunar diversos institutos jurídicos com a hipótese suscitada, especialmente sobre os efeitos sobre as regras de limitação de jornada, o exercício do poder disciplinar e a rescisão de contrato.

Na jurisprudência, Tribunal Superior do Trabalho (TST) fixou entendimento jurisprudencial favorável à dupla contratação através da súmula nº 129

Nº 129 CONTRATO DE TRABALHO. GRUPO ECONÔMICO

A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário. (RA 26/1982, DJ 04.05.1982).

Grifo nosso.

SOUZA (2006: p. 33) assentou:

Em julgamento mais recente e posterior a edição da súmula nº 129, reitera-se a tese da possibilidade da dualidade contratual, como se vê, no trecho do acórdão da lavra do Min. Ives Gandra Martins Filho,

Contratos de Trabalho Simultâneos- Mesmo Empregador Possibilidade. Inexiste vedação legal de celebração de contratos de trabalho simultâneos com o mesmo empregador, em horários distintos, ainda que a soma das jornadas de trabalho dos contratos ultrapasse as quarenta e quatro horas semanais. E, tendo havido contratação formal da empregada para trabalhar como professora no turno da manhã e como assistente de alunos no período da tarde, com o pagamento dos salários correspondentes às funções exercidas, e não tendo sido reconhecida a existência de fraude na hipótese, não há que se falar em horas extras, cuja pretensão não encontra guarida nos arts. 58 e 59 da CLT e 7º, XIII, da Constituição da República.

Por outro lado, a Súmula n.º 129 do TST não estabelece vedação de celebração de dois contratos de trabalho simultâneos com o mesmo empregador, mas consigna que, salvo ajuste em contrário, a prestação de serviços para mais de uma empresa do mesmo grupo econômico e no mesmo horário não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho. (Processo n.º 614093, TST-RR-614093/99.2, 4ª T, Pub. 23/04/2003, Rel Ministro Ives Gandra Martins Filho) – (tst.gov.br).

Na hipótese do professor pesquisador, verifica-se que o pressuposto fundamental da dupla contratação está presente, pois há distinção das funções objeto dos contratos. Assim havendo ajuste contratual é licita a dupla vinculação desde que sejam observados os delineamentos da Constituição vigente, bem como a principiologia do direito do trabalho, especialmente a inexistência de fraude e defeitos contratuais.

Admitida a coexistência de contratos de trabalho com um mesmo empregador, o fato de os projetos de pesquisa, em geral, terem duração predeterminada em seus cronogramas de execução ou, ao menos, serem suscetível de previsão aproximada exige uma análise e solução adequada.

Quanto ao tema, regramento de caráter trabalhista e voltado para a ciência e tecnologia, tem-se apenas o regime da lei nº 8.745/1993 que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal

Art. 2º Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

(...)

V - admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;

VI - atividades: (

(...)

e) de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações – CEPESC;

VII - admissão de professor, pesquisador e tecnólogo substitutos para suprir a falta de professor, pesquisador ou tecnólogo ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença para exercer atividade empresarial relativa à inovação.

VIII - admissão de pesquisador, nacional ou estrangeiro, para projeto de pesquisa com prazo determinado, em instituição destinada à pesquisa;

Grifo não original.

No âmbito da iniciativa privada, também se justifica a predeterminação do prazo. A validade se sustenta na natureza do serviço desenvolvido pelo pesquisador, conforme fórmula do art. 443, §1º c/c §2º, alínea ”a” da CLT. Valida-se também pelo com respaldo na disposição da lei nº 8.745/1993 que excepciona a condição do pesquisador no setor público, mas que irradia efeitos para instituições essencialmente privadas integrantes do sistema nacional de ciência e tecnologia como é o caso das entidades de ensino superior.

O ponto aqui abordado também reflete em outros tópicos como se vê nos itens subseqüentes.

8.2 A jornada de trabalho do pesquisador

As normas gerais relativas à jornada estão estabelecidas arts. 58 a 73 da CLT. Fixa-se limite da jornada em 8 horas diárias e quarenta e quatro semanais, regras de intervalos para descanso e limites à jornada noturna.

Tais normas gerais são afetadas pelas peculiaridades inerentes pesquisa já apontada por força da previsão celetista a seguir transcrita:

Art. 57 Os preceitos deste Capítulo aplicam-se a todas as atividades, salvo as expressamente excluídas, constituindo exceções as disposições especiais, concernentes estritamente a peculiaridades profissionais constantes do Capítulo I do Título III.

Evidentemente, a exclusão do regime geral não se dá de modo geral e irrestrito uma vez que as condições de execução de cada pesquisa são determinadas pelo objeto de investigação e a metodologia aplicada.

Haverá pesquisas que não demandam horários flexíveis, podendo ser processada segundo as normas gerais sem contratempos como é o caso da pesquisa teórica ou bibliográfica.

Existe, porém um enorme leque de possibilidades de pesquisa que demandam uma ampla flexibilidade de horário para o pesquisador e sua equipe como são os casos de pesquisa experimentais, laboratoriais e de campo.

Considere-se a hipótese de pesquisa em que seja necessário, em uma dada fase do projeto, fazer observação em laboratório em intervalos constantes em período diurno e noturno, por exemplo, acompanhar certo fenômeno por 15 minutos a cada seis horas. Ao fim de um dia de trabalho tem-se 60 minutos de trabalho, inclusive parcialmente desenvolvido em período noturno. Claramente, vislumbra-se a inadequação das normas gerais.

Outro ponto relevante é que a atividade de pesquisa nem sempre pode ter interrompido o procedimento por razões de ordem metodológica ou até mesmo pelo processo natural de inspiração do pesquisador cuja natureza não se coaduna com o rígido controle de jornada regulado na CLT.

A problemática consiste assim em desvendar o regramento especial na falta de uma regulação trabalhista especial aplicada à pesquisa quando desenvolvida sem o controle de jornada do empregador.

A CLT dispõe:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

Duas, portanto, são as hipóteses de exclusão: atividade externa e exercício de cargo de confiança. A primeira hipótese é perfeitamente ajustável, *v.g.*, à pesquisa de campo desenvolvida fora da sede da instituição de ensino e sem controle de jornada.

Mais complexa é a pesquisa desenvolvida dentro do espaço físico da instituição de ensino ou de pesquisa, mas sem o controle efetivo de jornada devido aos métodos e processos de pesquisa.

Considerando as garantias constitucionais trabalhistas e os parâmetros relativos ao desenvolvimento da ciência e tecnologia, revela-se razoável fixar certas premissas.

Primeiramente, é certo que as normas gerais relativas à jornada da CLT não se ajustam às peculiaridades profissionais da atividade de pesquisa.

Além disso, a pesquisa tecnológica destina-se constitucionalmente à solução dos problemas brasileiros e à promoção do desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. Este fim não pode ser obstado por falta de omissão legislativa.

Não se ustenta a não observância dos princípios de proteção trabalhista, mas de reconhecer a licitude da adoção de regime de trabalho especial e flexível de jornada, conforme os seguintes parâmetros:

a) Imprescindibilidade à continuidade operacional da pesquisa mediante justificativa metodológica comprovada;

b) Inexistência de fraude ou desvirtuamento das normas de proteção trabalhista;

c) Fixação de jornada pautada na razoabilidade;

d) Observância de condições de trabalho salubres e seguras;

e) Ajuste expresso e sem vício mediante anotação em CTPS da condição especial;

f) Inexistência de prejuízo direto ou indireto para o pesquisador.

Considerando o parco desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema que gera grave insegurança jurídica é recomendável que sejam fixadas normas regulamentares para fixar as condições contratuais gerais a serem adaptadas às necessidades de cada projeto de pesquisa.

8.2.1 A jornada do professor pesquisador e o duplo contrato de trabalho

Na hipótese de ajuste de dois contratos de trabalho para a docência e pesquisa, pelo exposto neste estudo,

SERSON (1995, p.55) *apud* SOUZA (2006: p.53) sustenta:

I – não há vinculação entre o importe do salário pelo trabalho regular e a retribuição pelo serviço em desdobramento; se um engenheiro, como no exemplo acima, dá aulas de inglês na escola da empresa, ele ganha o valor da hora-aula, e não o da hora de serviço como engenheiro.

SOUZA (2006: p. 58-59) neste sentido assenta:

O empregado não estaria adstrito ao limite máximo de jornada de trabalho, digo, às quarenta e quatro horas semanais, como leciona o ilustre doutrinador e Ministro do TST Ives Gandra Martins Filho (2003, Proc. 614093), que entende inexistir vedação legal de celebração de contratos de trabalho simultâneos com o mesmo empregador, em horários distintos, ainda que a soma das jornadas de trabalho dos contratos ultrapasse as quarenta e quatro horas semanais. É como julgou:

CONTRATOS DE TRABALHO SIMULTÂNEOS – MESMO EMPREGADOR – POSSIBILDIADE. Inexiste vedação legal de celebração de contratos de trabalho simultâneos com o mesmo empregador, em horários distintos, ainda que a soma das

jornadas de trabalho dos contratos ultrapsse as quarenta e quatro horas semanais. E, tendo havido contratação formal da empregada para trabalhar como professora no turno da manhã e como assistente de alunos no período da tarde, com o pagamento dos salários correspondente às funções exercidas, e não sendo reconhecida a existência de fraude na hipótese, não há que se falar em horas extras, cuja pretensão não encontra guarida nos arts. 58 e 59 da CLT e 7º, XIII, da Constituição da República.

Os contratos de trabalho firmados com o professor pesquisador são distintos e com objetos autônomos, mas evidentemente que as relações jurídicas não absolutamente independentes. Há de se verificar que seja fixada jornada de trabalho que não coloque em risco a saúde e segurança do professor e pesquisador.

A resistência em admitir a licitude das conclusões aqui apresentadas decorre da desconsideração de que o pesquisador acadêmico vinculado a projetos desenvolvidos pelas instituições de ensino desenvolve suas atividades mediante remuneração situada bem acima da média do mercado de trabalho e em condições profissionais mais favoráveis em comparação com a maioria das profissões.

A condição especial do pesquisador acadêmico justifica a abertura do sistema trabalhista a soluções fora das balizas rígidas das disposições gerais de proteção ao trabalho formadas a partir da idéia de hipossuficiência econômica do trabalhador médio. Mas não se pode desconsiderar que o reconhecimento constitucional de um regime de trabalho diferenciado que excepciona até mesmo o regime de remuneração do pesquisador.

9 O Sistema Especial de Remuneração desvinculado do salário: definição, natureza e critérios de fixação

A retribuição econômica pelo resultado positivo de uma pesquisa é um dos pontos mais relevantes para propulsionar o desenvolvimento cientifico e tecnológico do país, na medida em que constitui um estímulo fundamental ao pesquisador.

É certamente o ponto mais sensível na interface entre as legislações educacional, trabalhista e de fomento à ciência e tecnologia a só tempo.

9.1 Participação nos ganhos econômicos resultantes da pesquisa: definição e natureza jurídica

Nos termos da CLT, a remuneração é constituída pelo salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço e por gorjetas pagas por terceiros (art. 457, *caput).*

A CF/1998 previu duas outras retribuições econômicas desvinculadas dos salários: a participação nos lucros e ganhos econômicos decorrentes da produtividade resultante da pesquisa (CF arts. 7º, XI e 218, §4º). As disposições constitucionais têm, em comum, a desvinculação das verbas dos salários, constituindo sistemas remuneratórios especiais.

A participação nos ganhos econômicos resultante da pesquisa pode ser definida como retribuições estabelecidas e pagas pelo empregador que investe em pesquisas com o objetivo de recompensar o pesquisador empregado em razão do desempenho na obtenção de resultados positivos do projeto desenvolvido.

Por força de expressa disposição constitucional não se aplica o principio da habitualidade ou da força atrativa dos salários, não tendo natureza salarial, mas possui eminente caráter retributivo na medida em que está condiciona à produtividade (CF art. 218, §4º).

9.2 Institutos afins: distinções necessárias

A participação nos ganhos econômicos resultante da pesquisa é um instituto que não tem sido estudo pela doutrina trabalhista. É natural associá-la à figura da participação nos lucros ou resultados, mas com esta não se confunde.

Distinguem-se pela finalidade, pois a participação nos ganhos econômicos destina-se a retribuir financeiramente a produtividade resultante da pesquisa especificamente desenvolvida por um dado projeto independentemente de a empresa investidora ter ou não lucro. Enquanto que a participação nos lucros ou resultados visa distribuir parcela do ganho econômico da atividade da empresa como um todo. Dadas as distinções não se pode aplica as normas da lei nº 10.101/2001.

Outro instituto afim é o direito autoral. CHAVES (1995: p. 28) define como

(...) conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, de alguma originalidade: de ordem extrapecuniária, em princípio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado.

Os direitos autorais, no caso do pesquisador, destinam-se a compensar pela criação ou inovação científica, sendo basicamente regida lei nº 9.279/1996 que dispõe sobre a propriedade intelectual. A distinção entre os direitos autorais e os relativos à participação nos ganhos econômicos de pesquisa reside no fato de que nem toda

pesquisa resulta em uma inovação ou criação. A participação decorre simplesmente da produtividade derivada da pesquisa mesmo que não haja inovação.

As figuras referidas têm em comum a desvinculação dos salários do empregado e podem cumular-se, pois possui natureza e finalidade diversas.

9.3 A auto-aplicabilidade do §4º do art. 218 da CF

As disposições constitucionais referidas no item anterior estão assim versadas:

Art. 7º

(...)

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei

Art. 218

(...)

§ 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

Grifos não originais.

Confrontando os dispositivos patenteia-se que o tratamento constitucional diferenciado. Para a participação nos lucros ou resultados delegou-se a atuação legislativa infraconstitucional a competência para fixas os parâmetros e procedimentos.

No entanto a norma do§4º do art. 218 possui dois comandos distintos. Um primeiro pertinente à determinação de apoio e estímulo mediante lei às empresas que invistam em pesquisa. Esta parte da norma é de caráter programático e não auto-executável.

Há também um segundo comando normativo que dispõem como condições para o apoio e estímulo às empresas:

a) Investimento em pesquisa;

b) Adoção e prática empresarial de sistemas de remuneração que assegurem participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

Como BARBOSA (2006: p. 5) sustenta:

Pelo modelo do Art. 218, não só haverá um regime especial determinativo, como também o estímulo que as empresas concedam a tais trabalhadores, voluntariamente, condições extraordinárias, incluindo sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

A segunda parte da norma não está condicionada à atividade legislativa, sendo auto-aplicável.

9.4 A fixação do sistema especial de remuneração pelo poder regulamentar: parâmetros.

Como visto item anterior, a Constituição refere-se a um sistema especial de remuneração "praticado pela empresa" sem remeter à regulamentação por lei, mas logicamente definido pelo poder regulamentar do empregador.

O art. 2º da CLT estabelece o conceito de empregador como sendo a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. Neste preceito se funda o poder diretivo do empregador que é um dos efeitos próprios do contrato de trabalho conferido pela ordem jurídica aos entes que venham a manter relação jurídica caracterizada como de emprego.

Doutrinariamente muitas são as definições, mas que, em essencial, não destoam entre si, divergindo quanto à natureza jurídica e limites do exercício pelo empregador.

Como dimensões do poder empregatício, têm-se indicado os poder diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar que são examinados freqüentemente no contexto da relação de emprego já caracterizada e em pleno desenvolvimento.

Os poderes empregatícios não são ilimitados, devendo ser exercidos com observância da função social do contrato de trabalho e da propriedade e, especialmente, na medida necessária para gerenciar os riscos da atividade econômica.

O poder regulamentar consiste na prerrogativa do empregador de estabelecer regras de organização, direção e administração da empresa. É exercício mediante edição de regulamentos (portaria, ordem de serviço, regimentos), avisos ou ordens diretamente dadas ao empregado.

No caso sistema especial de remuneração do pesquisador, o empregador que seja investidor de projetos poderá estabelecer regras de participação nos ganhos econômicos derivados da pesquisa, observando-se os seguintes parâmetros:

a) Fixação de critérios objetivos de modo a afastar a subjetividade, arbitrariedades e discriminações;

b) Observância da funcionalidade social do contrato para desenvolvimento de pesquisa;

c) Não haja fraude ou desvirtuamento do sistema legal trabalhista;

d) As exigências estabelecidas pelo empregador devem se lastrear no princípio da razoabilidade.

Finalmente cumpre observar que a participação nos ganhos econômico da pesquisa integra um sistema especial de remuneração, não afastando o direito a um salário ajustado. São parcelas cumulativas e não se compensam, pois integram sistemas normativos distintos.

10 Conclusão

O alto grau de competitividade econômica tem demandado avanços significativos na pesquisa científica e tecnológica. A ausência de uma regulamentação adequada aos fins maiores de promoção de desenvolvimento econômico-social é um obstáculo.

A sistematização da regulamentação legal é elemento fundamental para afastar a insegurança jurídica que desestimula o desenvolvimento da pesquisa no país.

Reconhece-se que há uma concentração das políticas publicas fundamentalmente no setor público. Daí a necessidade principalmente no âmbito do direito do trabalho de adaptar os diversos institutos trabalhistas para destravar o avanço da pesquisa na esfera privada.

A mudança de paradigma é imprescindível ao desenvolvimento da atividade da pesquisa e à inserção do pesquisador empregado nos termos da Lei Maior com vistas ao fomento ao desenvolvimento da ciência e tecnologia no setor privado.

A condição especial do pesquisador acadêmico justifica a abertura do sistema trabalhista a soluções excepcionais às disposições gerais de proteção ao trabalho formadas a partir da idéia de hipossuficiência econômica que, em geral, não corresponde à realidade vivida pelo pesquisador empregado.

Institutos como jornada e remuneração são pontos cruciais a serem considerados pelos operadores do direito na aplicação dos princípios e normas que regem a atividade de pesquisa.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Roberto Thomas. Introdução à Ciência do Direito. 1ª ed., São Paulo: Ed. Juriscrédi, 1972.

ARNAUD, André-Jean ,*et al.* Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito; tradução de Patrice Charles, F. X. Willlaune.1ª ed. brasileira, Rio de Janeiro: Ed. Renovar,1999.

BARBOSA, Denis Borges Barbosa. O Direito Constitucional da Inovação. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/inovaconst.pdf > Acesso em 18 de jul.

BONAVIDES, Paulo. Política e Constituição: os caminhos da democracia. 1ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985.

_____. Direito Constitucional. 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1988.

CAETANO, Marcelo, Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina. 1996.

CHAVES, Antônio Chaves, in Criador da Obra Intelectual, São Paulo: LTR, 1995

CATHARINO, José Martins. Temas de Direito do Trabalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1970.

DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, in Curso de Direito do Trabalho, Editora LTr, 3ªEdição, São Paulo, 2004.

DI BLASI, Clésio Gabriel. A propriedade Industrial. Rio de Janeiro, Editora Guanabara Dois S.A., 1982.

FALCÃO, Roberto Bezerra. Tributação e Mudança Social.1ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

FILAS, Rodolfo Capón. Globalización de la Soilidaridad. Revista Ciência Jurídica do Trabalho, Ano I, n.º 11, pp.9 a 52. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1998.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

KELSEN, Hans. Normas Jurídicas e Análise Lógica; tradução de Paulo Bonavides.1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. O que é Justiça? – a justiça, o direito e a Política; tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed., São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998.

LONGO, W.P. Conceitos Básicos sobre Ciência e Tecnologia. Rio de Janeiro, FINEP: 1996. Disponível em http://www.finep.gov.br/o_que_e_a_finep/conceitos_ct.asp#indice. Acesso em: 16 ago 2009.

OECD. Frascati Manual. Paris, OCDE, 1993.

MARTINS, Sérgio Pinto in Direito da Seguridade Social, Editora Atlas, 16ª Edição, São Paulo, 2006.

NETO, Diogo Figueredo Moreira. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.

NICOLSKY, Roberto. -Os desafios para transformar conhecimento em valor econômico,2001, http://www.comciencia.br/reportagens/cientec/cientec12.htm

PINTO, José Augusto Rodrigues. O Direito do Trabalho e as Questões do Nosso Tempo.1ª ed., São Paulo: Ed. LTr, 1998.

PRADO, Elaine Ribeiro. Trabalho Inovador no direito do trabalho. Trabalho de conclusão de curso (graduação em Direito). Orientação de Christina de Almeida Pedreira, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo: 2007.

QUEIROZ, Cristina M. M.. Os Actos Políticos no Estado de Direito: O problema do Controle Jurídico do Poder. 1ª ed., Coimbra: Ed. Livraria Almedina, 1990.

ROSSETTI, José Paschoal. Política e Programação Econômica. 6ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1986.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 9a edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 1991.

SANTOS, Roseniura, SOUZA, Ailton Borges. Professores: um estudo sobre a relativização do intervalo interjornada dos professores nos estabelecimentos de ensino particular. Trabalho em Revista, v.150, p.5157 – 5192. Curitiba: 2009.

SOUZA, Ailton Borges. A dualidade de contratos com o mesmo empregador: possibilidade jurídica. Monografia (graduação em Direito) orientação de Roseniura Santos. Universidade Tiradentes, Aracaju: 2006.

SÜSSEKING, Arnaldo *et al.* Instituições de Direito do Trabalho – Vol. I e II, revista e atualizada, por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. 5ª ed., São Paulo: Ed. Ltr, 1995

GLOBALIZAÇÃO, REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA E MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA BRASILEIRA*

GLOBALIZATION, PRODUCTIVE REORGANIZATION AND CHANGES IN THE BRAZILIAN LABOR LAW

Patrícia Garcia dos Santos

RESUMO

A crise do Estado-Providência fomentador do pleno emprego e da cobertura social, as mudanças de um regime de acumulação fordista para um regime flexível, dando novos contornos ao sistema capitalista de produção, os avanços tecnológicos e seus impactos no mundo do trabalho e o recente processo de globalização, conjuntamente com o panorama atual de desemprego e crise da ocupação tradicional, resultaram em um quadro tal de transição que, seja pela incapacidade de dar vazão às demandas que lhe são dirigidas, seja pela atuação inadequada às exigências do mercado, vem colocando o Direito do Trabalho em xeque. Nesse sentido, e na tentativa de se adequar ao quadro geral de mudanças políticas, econômicas e sociais, muitas alterações legislativas foram postas em prática, nas últimas décadas, em diferentes países. No aspecto geral, tais alterações se caracterizam por reduzir encargos tributários e parafiscais incidentes sobre a remuneração do trabalho, abrandar o caráter de normas legais que regulam a prestação do trabalho sob o vínculo empregatício e regulamentar modalidades atípicas de trabalho, com a justificativa de estimular a abertura de novos postos de ocupação. Tais reformas primaram por buscar livrar o empregador de parte dos mecanismos de proteção do uso e remuneração da força de trabalho. Nosso objetivo é analisar tal processo na legislação trabalhista brasileira, partindo da percepção de que houve uma reforma substancial no arcabouço legal, mesmo sem a formalização adequada.

PALAVRAS-CHAVES: GLOBALIZAÇÃO, REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA E REFORMA TRABALHISTA.

ABSTRACT

The crisis of State-Step of the full job and the social covering, the changes of a regimen of fordista accumulation for a flexible regimen, giving new contours to the capitalist system of production, the technological advances and its impacts in the world of the work and the recent process of globalization, jointly with the current picture of unemployment and crisis of the traditional occupation, had resulted in a picture such of transistion that, either for the incapacity to give solution to the demands that they are directed to it, either for the inadequate performance the requirements of the market, comes placing the Right of the Work in spotlight. In this direction, and the attempt of if adjusting to the general picture of changes politics, economic and social, many

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

legislative alterations had been ece of fishes in practical, in the last few decades, in different countries. In the general aspect, such alterations if characterize for reducing incubencies tributaries and fiscal incidents on the remuneration of the work, to soften the character of rules of law that regulate the installment of the work under the employment and prescribed bond atypical modalities of work, with the justification to stimulate the opening of new ranks of occupation. Such reforms primaram for searching to exempt the employer of part of the mechanisms of protection of the use and remuneration of the work force. Our objective is to analyze such process in the Brazilian labor law, leaving of the perception of that it had a substantial reform in law, exactly without the adequate formulate.

KEYWORDS: GLOBALIZATION, REORGANIZATION PRODUCTIVE AND THE WORKING REFORMATION.

O declínio da ocupação remunerada tem sido um marco decisivo não só para o regime de produção e o sistema de acumulação, mas tem produzido efeitos diretos sobre o Direito, em especial sobre o Direito do Trabalho. Desde seu aparecimento, o Direito do Trabalho e suas principais formulações doutrinárias sempre gravitaram em torno do emprego típico. A partir do início dos anos oitenta, a centralidade do emprego típico e a primazia da proteção passaram a sofrer um processo de crescente questionamento, provocado pela progressiva ineficácia dos recursos jurídicos e políticos do Estado-Nação para fazer frente aos desafios lançados num quadro econômico globalizado e de transição, onde o desemprego emerge como resultado crescente, universal e de longa duração.

"O crescente desemprego e o simétrico decréscimo nas taxas de ocupação, estão a desafiar, sob o ângulo ético, social e mesmo econômico, o julgamento amplamente favorável das ações de governo que se mostraram, nos anos noventa, eficazes no combate à inflação, na estabilização da moeda e no manejo equilibrado dos interesses internos, ante os efeitos da progressiva globalização em diversos terrenos da sociedade. Por sinal, mesmo no âmbito das relações internacionais e supranacionais, onde quer que e mostrem mais amplas e sofisticadas, o problema do desemprego e da crise de ocupação também vem adquirindo crescente visibilidade".[1]

A crise do chamado Estado-Providência enquanto fomentador do pleno emprego e da cobertura social, as mudanças de um regime de acumulação fordista para um regime mais flexível, dando novos contornos ao sistema capitalista de produção, os avanços tecnológicos e seus impactos no mundo do trabalho e o recente processo de globalização, conjuntamente com esse panorama atual de desemprego e crise da ocupação tradicional, resultaram em um quadro tal de transição que a legislação trabalhista, até então suficiente, já não é capaz de responder aos anseios de proteção legal ao trabalhador no qual se fundamentou. Seja pela incapacidade de dar vazão às demandas que lhe são dirigidas, seja pela atuação inadequada às exigências do mercado vem, assim, sendo colocada em xeque.

Essa realidade de crise é nítida ao se constatar que o Direito do Trabalho clássico já não consegue conter, no figurino das leis restritivas de direitos trabalhistas, a avalanche de acordos informais por cujo intermédio empresas, sindicatos e trabalhadores não sindicalizados têm pactuado em ultrapassar as fronteiras legais vigentes e ignorar os direitos conquistados e firmados em leis. O que parece demonstrar que pelo menos esse ramo do Direito já não oferece um aparelho conceitual e metodológico à altura de conter na legalidade o processo de corrosão da proteção conferida ao trabalhador. Em síntese, o Direito do Trabalho que se originou como instrumento de equilíbrio nas relações de trabalho entre empregado e empregador já não vem cumprindo seu papel social originário.

Concomitantemente, diante da inefetividade de suas ordens jurídico-trabalhistas, muitos Estados tem reagido por meio da edição de sucessivas normas que agravam as tensões já existentes. O fenômeno reconhecido e nomeado como inflação legislativa, longe de solucionar o problema, reduz conquistas consagradas em textos legais a pó, através de um sistema jurídico que, de tanto ampliar seu número de normas e ser tão elástico, torna-se pesado, obscuro, contraditório e ineficaz, trazendo à tona contradições entre sindicatos, patrões, empregados, governo e mercado de trabalho, o que evidencia a necessidade de uma reformulação legislativa atenta aos novos conflitos e contradições sociais.

Por outro lado, o desemprego estrutural, ou seja, aquele ocasionado não apenas por fatores transitórios de crise econômica, mas um fenômeno de maior duração, produzido por fatores que residem no próprio modelo de reestruturação da economia, que se caracteriza pela crescente incorporação de tecnologias redutoras da necessidade de trabalho humano, terceirização e flexibilização da força de trabalho, progressiva globalização das relações de produção e estratégias muitas vezes equivocadas de países periféricos para inserção em um mercado globalizado, força a percepção de que o simples crescimento econômico não é suficiente para produzir uma economia do pleno emprego. É necessário rever as bases que sustentavam essa condição no modelo do Estado-Providência, inclusive as bases jurídicas.

Mas para entender melhor essa necessidade de reforma que se apregoa hoje é preciso lembrar que a experiência jurídica que caracterizou o Estado-Providência sob o regime fordista de acumulação - modelo que mais perto chegou da produção do pleno emprego e da cobertura social ao desempregado, baseava-se em um sistema legal e uma cultura jurídica de regulação do mercado por um Estado forte, que fornecia uma ampla cobertura aos necessitados através da seguridade pública e, de certa forma, promovia a organização e atuação dos sindicatos. Em síntese, evidenciava um sistema jurídico de cunho protecionista, promocional, e auto-sustentável através das contribuições fiscais, até chegar ao seu momento de exaustão.

Uma retrospectiva histórica aponta que esse sistema não ruiu apenas por seus limites internos, embora a insuficiência de reservas orçamentárias explique em parte as razões de seu esgotamento. Ao lado desses fatores, a globalização econômica em qualquer de suas dimensões, com a respectiva dispersão internacional da tarefa produtiva, a internacionalização dos mercados de insumo, bens e capital, constituiu-se rapidamente numa grave ameaça à competitividade das economias caracterizadas por elevados níveis de remuneração do trabalho, frente àquelas com extensiva oferta de trabalho a preço vil. O processo de mundialização joga, assim, com o "fenômeno das fronteiras", com aquilo

que se pode chamar de pluralidade formal dos direitos do trabalho e com a diversidade substancial dos ordenamentos nacionais.

Essas condições presentes em um contexto de concorrência desigual que apontavam para uma crise política, com reflexos diretos na economia, provocaram o deslocamento da capacidade de formulação, de decisão e de execução de políticas públicas antes radicadas no Estado-Nação, para arenas transnacionais ou supranacionais resultantes da globalização econômica e de seus efeitos sobre o conteúdo e a extensão da soberania. Surgiam assim novos desafios para o Direito do Trabalho, que outrora fundamentado em um espaço limitado do Estado-Nação, não contemplava as novas figuras e contratos de trabalho que emergiam das relações trabalhistas efetivadas em esferas mais amplas, onde não existe uma coletividade de trabalho, mas diversas coletividades de trabalhadores.

A partir dessa realidade e procurando explicar as reviravoltas por que passavam as figuras jurídicas tradicionais, seguidores do liberalismo clássico mantiveram a defesa da redução do papel do Estado e, conseqüentemente, da Justiça do Trabalho, como saída para a crise de legitimidade instaurada. Em contrapartida, simpatizantes do protecionismo promocional apostavam na revisão dos direitos trabalhistas e no fortalecimento do papel sindical para contornar o problema. Partindo de perspectivas divergentes, no entanto, ambas correntes que repensavam o Direito do Trabalho admitiam que a legislação trabalhista, construída sob a égide do Estado do Bem Estar Social, precisava ser repensada.

Nesse sentido, e na tentativa de se adequar ao quadro geral de mudanças políticas, econômicas e sociais, muitas alterações legislativas foram postas em prática, no curso das últimas décadas, em diferentes países, visando principalmente à contenção do desemprego e ao incremento do nível de ocupação. No aspecto geral, tais alterações se caracterizam por reduzir encargos tributários e parafiscais incidentes sobre a remuneração do trabalho, abrandar o caráter de normas legais que regulam a prestação do trabalho sob o vínculo empregatício e regulamentar modalidades atípicas de trabalho, inclusive sem vínculo empregatício, com a justificativa de estimular a abertura de novos postos de ocupação.

Não obstante o êxito dos avanços tecnológicos identificados a partir dos últimos anos, um crescimento econômico modesto e um desemprego crescente motivaram o conjunto das economias de mercado a passarem por um verdadeiro vendaval de reformas trabalhistas. Em maior ou menor medida, tais reformas primaram por buscar livrar o empregador de parte dos mecanismos de proteção do uso e remuneração da força de trabalho. Partindo dessa ótica, países com maiores avanços sociais e trabalhistas puderam reduzir gorduras acumuladas, enquanto a maior parte das nações teve que cortar além, comprometendo a trajetória que consagrava proteção e segurança no mercado de trabalho.

"A situação aparentemente paradoxal em que se encontra, no presente, o Direito do Trabalho, resulta precisamente da crescente atipicidade dos vínculos de trabalho por ele induzidos ou tolerados, precisamente com vistas a ampliar os níveis de ocupação. Para além da duvidosa eficácia dessa estratégia de mudanças, o aprofundamento e a

ampliação desmedidos dessa linha de 'flexibilização' tenderão a trazer, como subproduto, a erosão na eficácia do próprio Direito do Trabalho, quando voltado para a proteção dos vínculos subordinados por prazo indeterminado. Em outras palavras, para que o paciente não venha a perecer pela cura, a natureza terapêutica de tais medidas persistirá na razão da parcimônia em seu emprego".[2]

Com base nas contradições e retrocessos que se deram nesse contexto de transição está a grande razão do dilema hoje enfrentado pelo Direito do Trabalho: cobrir o enorme fosso entre o sistema jurídico-positivo e as condições atuais de vida da sociedade sem ocasionar uma falência para o Estado-Nação, sem se limitar às fronteiras do mesmo e tendo em vista as novas demandas e exigências do mercado globalizado e flexibilizado. Os desafios que se impõem ao Direito do Trabalho não se limitam ao objetivo de conter as taxas de desemprego, mas preservar os postos de trabalho ainda ativos, induzir a economia à ampliação de novos postos e conferir aos desempregados novas oportunidades.

O declínio do trabalho remunerado, assim como foi evidenciado, repousa sobre a essência das profundas mudanças que estão em curso, e nenhum outro campo do Direito vive mais intensamente a agonia dessas mudanças. Ao testemunhar intensamente os declínios dos níveis de ocupação, o Direito do Trabalho passa gradualmente a se interrogar sobre as condições de sua própria sobrevivência. Viver num mundo de induvidoso declínio das oportunidades de ocupação remunerada significa povoar um cenário em que seja iminente refazer temporalidades, reconstruir identidades e revisitar as premissas pelas quais fomos habituados a conferir parâmetros de dignidade à condição humana.

Vale lembrar que, entre o fim da Segunda Guerra Mundial e a década de 1970, a discussão em torno da política macroeconômica assentou-se sobre a eficiência das medidas fiscais e monetárias comprometidas em garantir o pleno emprego, especialmente nas economias avançadas. A partir dos anos 80, entretanto, a busca por mudanças estruturais para alavancar o crescimento econômico sustentado valorizou a maior confiança nas forças de mercado, associada à desregulação e à luta contra a rigidez do planejamento estatal e das intervenções protetoras no mercado de trabalho. Em síntese, o sistema de relações de trabalho e a construção da regulação em torno dele foram apontados como sendo os principais responsáveis pela crise do padrão de desenvolvimento, sobretudo pela escassez de empregos para todos.

A defesa da flexibilidade tornou-se majoritária. Apesar dos fatores de homogeneização e sinais de diferenciação, estabeleceram-se cinco grandes blocos temáticos: flexibilidade contratual, com estímulo à maior mobilidade dos trabalhadores através de novas modalidades contratuais; flexibilidade da demissão, concedendo maior liberdade ao empregador para romper o contrato de trabalho a um menor custo; flexibilidade na organização do trabalho, visando métodos mais modernos de uso e remuneração da força de trabalho; flexibilidade salarial, com o objetivo de fazer o custo do trabalho seguir as instabilidades do faturamento das empresas; flexibilidade do tempo de trabalho, associando a alocação das horas de trabalho às oscilações da produção.

Para o conjunto dos países desenvolvidos, reunidos em torno da OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico), houve uma significativa adesão aos princípios da flexibilidade. Espanha, Finlândia, Holanda e Portugal produziram reformas em todos os temas de flexibilização apresentados, seguidos de perto pela Bélgica, França e Inglaterra. Mas os resultados das medidas adotadas não apontaram para questões objetivas do ponto de vista do bem estar social. Isto é, o nível de emprego, expresso pela relação entre total dos ocupados e o total da população economicamente ativa não cresceu, segundo dados apresentados pela OIT (Organização Internacional do Trabalho), OCDE e FMI (Fundo Monetário Internacional) dos últimos cinco anos. Também não houve redução das taxas de desemprego.

Síntese da reforma trabalhista por temas em alguns países

Países	*Contratual*	*Jornada*	*Salarial*	*Organização*	*Demissão*
Argentina	X	X	X	X	X
Alemanha	X	X	-	X	-
Bélgica	X	X	X	X	-
Canadá	X	X	-	-	-
Colômbia	-	X	X	-	X
Espanha	X	X	X	X	X
EUA	X	-	X	-	-
Finlândia	X	X	X	X	X
França	X	X	X	X	-
Holanda	X	X	X	X	X
Inglaterra	X	X	X	-	X
Itália	X	-	X	-	-
Portugal	X	X	X	X	X

Fontes: OCDE e OIT/2000

	Taxa de emprego (%)		**Taxa de desemprego (%)**		
Países	*Antes Reforma*	*daDepois Reforma*	*daAntes Reforma*	*daDepois Reforma*	*da*
Argentina	50.1	49.6	7.5	14.3	
Alemanha	64.1	64.9	4.8	8.7	
Bélgica	54.4	58.9	6.7	9	
Canadá	70.3	70.1	8.1	7.6	
Colômbia	54.3	51	10.5	19.4	

Espanha	51.1	53.8	16.3	15.9
EUA	72.2	73.9	5.6	4.2
Finlândia	74.1	66	3.2	10.3
França	59.9	59.8	9	11.3
Holanda	61.1	70.9	6.2	3.3
Inglaterra	72.4	71.7	7.1	6.1
Itália	53.9	52.5	9	11.4
Portugal	67.5	67.3	4.6	4.5

Fontes: OCDE e OIT/2000

O que se constata através da análise dos dados apresentados é o crescimento sistemático da precarização das condições e das relações de trabalho, reflexo da elevação da participação das novas modalidades de contratação. Em geral, essas novas modalidades contratuais possuem uma proteção trabalhista menos significativa do que as modalidades tradicionais. E essa constatação dos impactos para o conjunto da classe que vive do trabalho não é exclusiva para os países desenvolvidos. Na maior parte dos países da América Latina foi adotada o receituário de reforma trabalhista verificado nas economias desenvolvidas, com resultados similares. A taxa de emprego não cresceu, houve uma elevação na taxa de desemprego e uma redução na cobertura da seguridade social.

É necessário reconhecer que, em seus principais aspectos, as reformas nos países europeus não se deram a ponto de devolver ao mercado a tarefa de se auto-regular. Bem ao contrário, por duas de suas diretrizes comuns: reconhecimento da relevância do papel do Estado como agente interventor, reservando-lhe função regulatória e, em alguns casos, subsidiária, e conjugação de políticas flexibilizantes com a atuação dos sindicatos de trabalhadores, conferindo a esses não apenas atribuições de controle como poder negocial autorizativo. Outro aspecto comum reside na tensão entre Direito do Trabalho interno e diretivas de natureza supranacional, evidenciadas na prática do Mercado Comum Europeu.

Os principais eixos presentes nos países estudados podem ser resumidos no aprofundamento das diferenças entre dispensa individual e coletiva, crescente procedimentalização da dispensa individual com eliminação de estágios prévios, incentivo e ampliação das hipóteses de admissão dos trabalhadores sob formas contratuais atípicas, incentivo fiscal à oferta de novos postos de trabalho, incentivo creditício ao trabalho autônomo, custeio público de trabalho comunitário, ampliação legal da esfera de exercício do poder diretivo, redução gradual da jornada de trabalho, universalização da cobertura previdenciária com redução do valor dos benefícios e incentivo a formação continuada.

O pano de fundo dessas reformas evidencia-se para mais além do que o incentivo à competitividade empresarial e à adequação dos sistemas jurídicos internos às normas supranacionais do sistema de integração europeu. Ambas as justificativas se moldam sobre um cenário de inquietantes índices de desemprego e do declínio das

oportunidades de ocupação remunerada influenciados pela demanda espontânea do mercado. Também é possível ressaltar, considerando as reformas implementadas nestes países, de que houve uma pronunciada ampliação do poder empresarial, com a redução dos direitos do empregado, evidenciando um desequilíbrio nas relações.

Tomando como o exemplo três países europeus: Portugal, Espanha e Itália, é possível pormenorizar alguns detalhes das experiências de reforma. O caso de Portugal é ilustrativo pelas taxas de crescimento e indicadores de modernização capazes de servir de parâmetro para alguma compreensão sobre o verdadeiro papel do desemprego como indutor de mudanças legislativas. Ao lado da flexibilização dos procedimentos de demissão, a introdução da regra de polivalência (flexibilidade funcional) e a redução da jornada de 44 horas para 40 horas semanais fazem parte das introduções legislativas mais inovadoras no âmbito da estrutura jurídica trabalhista portuguesa, que sempre apresentou um elevado nível de rigidez e regulação legal do trabalho subordinado. Essas mudanças foram introduzidas no início dos anos oitenta, quando o fenômeno do desemprego começou a inquietar as autoridades públicas.

O comportamento da economia espanhola, que consiste em ser uma economia em crescente expansão associada à persistência da maior taxa de desemprego da União Européia, foi o principal provocador de uma ampla reforma da legislação trabalhista, no início dos anos noventa, caracterizada pela tentativa de flexibilizar a regulamentação do trabalho subordinado de modo a tornar mais atraente a abertura de novos postos de trabalho, mantendo a preocupação com a reserva de postos para o trabalhador espanhol em detrimento do imigrante, que se mantinha no mercado informal e em postos que exigiam menor qualificação. A reforma espanhola pode ser sintetizada pela constituição de um pacto do pleno emprego, com a ascensão de um regime socialista que implantou mudanças inclusive na legislação sindical, o que não provocou o resultado esperado.

Já a Itália, por ser um país de forte tradição sindical, de robusta e influente produção no campo do Direito e tido como de grande generosidade no campo dos benefícios sociais, também merece uma atenção especial. Mesmo contando com taxas de desemprego contidas e uma forte rigidez econômica, tem se tornado palco de um amplo debate com vistas à redução dos benefícios sociais, assim como do aprofundamento de medidas flexibilizadoras de direitos trabalhistas, até como contra-partida dos compromissos de austeridade fiscal assumidos em torno da agenda de introdução da moeda única. Dessa forma, introduziu um instituto semelhante ao trabalho temporário, ampliou as possibilidades de contrato de trabalho, abrandou as sanções decorrentes da sua inobservância.

É importante frisar que os três países indicados acima apresentam em comum a circunstância de terem introduzido mudanças jurídicas recentes, de grande impacto sobre os marcos anteriores da disciplina legal do trabalho subordinado, bem como o fato de terem sido tais mudanças introduzidas sobre o argumento da promoção da ocupação e do combate ao desemprego. Uma realidade que tem se evidenciado cada vez mais comum.

Esse debate acontece com mais evidência no Brasil ao final dos anos oitenta, e ganha força ao longo das últimas décadas, quando se evidenciou com maior clareza a existência de diferentes posições sobre o tema e tiveram lugar as primeiras iniciativas governamentais de mudança da legislação trabalhista. Se a idéia da reforma do sistema

corporativo foi inicialmente impulsionada pelos setores mais dinâmicos do movimento sindical, preocupados em oferecer uma alternativa que fortalecesse o papel dos sindicatos na regulação do mercado de trabalho, a partir de meados dos anos noventa ganharam importância as teses favoráveis à desregulamentação e flexibilização das garantias sindicais e dos direitos sociais, defendidas sobretudo pelas entidades empresariais do país.

As pressões indicavam que a legislação trabalhista e social construída no Brasil entre 1931 e 1943, sobre o estado varguista, destinada a impulsionar a industrialização, passava a ser um obstáculo ao emprego da força do trabalho e à livre acumulação flexível do capital. Considerando a fase mais recente do capitalismo brasileiro, a partir da década de noventa, percebe-se uma transição do modelo anterior para um modelo mais subordinado à competição internacional, enquanto que a legislação trabalhista vigente permanecia atada ao compromisso de manter o controle estatal sobre o conflito trabalhista, dando corpo a um sistema corporativo, paternalista, burocrático e muitas vezes imposto de cima para baixo. Modelo que parecia não corresponder aos anseios do mercado de trabalho globalizado.

"Entre 1996 e 1998 o número de trabalhadores com carteira assinada diminuiu em 4% no Brasil, enquanto o número dos trabalhadores sem carteira cresceu em 35% e o número dos trabalhadores por conta própria cresceu 61%. Esse processo levou o setor informal a representar 54% da força de trabalho metropolitana brasileira". [3]

Nesse contexto, o Poder Executivo procurou conduzir o processo de mudança na legislação sindical por meio do envio ao Congresso Nacional de Projetos de lei que visavam o controle e a descentralização dos sindicatos, contudo, os processos de liberalização comercial, privatização e desregulamentação foram temporariamente adiados pelo *impeachment* do então presidente Fernando Collor de Melo, e perderam seu ímpeto durante o governo interino de Itamar Franco. No âmbito das relações de trabalho, isso se refletiu no esvaziamento dos projetos em tramitação no Poder Legislativo e no fortalecimento momentâneo do debate entre os atores sociais envolvidos com o tema da reforma trabalhista, a partir da realização do Fórum Nacional de debates sobre Contrato Coletivo e Relações de Trabalho no Brasil[4].

Este é o panorama geral que culminou na proposta de mudança da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) elaborada pelo governo Fernando Henrique Cardoso. Essa proposta foi aprovada na Câmara dos Deputados em dezembro de 2001 e no início de 2002 teve sua votação adiada no Senado Federal. O fato é que a CLT passou a ser encarada como uma regulação ambígua, pelo seu caráter originariamente corporativista, mantenedor de uma estrutura sindical vertical viciada, onde se dizia haver pouca autonomia para a negociação, já que a Justiça do Trabalho estava definida como um órgão fiscalizador com poder normativo, processando, julgando e deliberando sobre os problemas individuais e coletivos do trabalho.

Mesmo não tendo promovido explicitamente uma reforma ampla no sistema corporativo, foi na gestão do presidente Fernando Henrique Cardoso que o governo

passou a adotar uma série de iniciativas pontuais de alteração da legislação trabalhista, recorrendo, inclusive, a medidas provisórias, decretos e portarias. Tais medidas evidenciaram uma tendência à desregulamentação dos direitos sociais e à ampliação do grau de flexibilidade do sistema de relações de trabalho, que, apesar da existência de uma legislação extensa e detalhada, sempre foi relativamente flexível, particularmente no que diz respeito às condições de contratação e demissão e à mobilidade funcional do trabalhador na empresa.

Ao longo do período de 1995 a 1998 é possível identificar dois momentos. O primeiro esteve diretamente associado à consolidação do Plano Real e tratava de subordinar as questões trabalhistas à meta da estabilização econômica. O segundo momento corresponde ao último ano do primeiro mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, quando passaram a ser adotadas algumas medidas de enfrentamento do desemprego. Em ambos, o sentido da ação governamental era nítido: a ampliação do grau de flexibilidade do mercado de trabalho, seja para desestimular demissões e estimular novas contratações, seja para reduzir pressões de custos resultantes dos encargos sociais e assim adequar a situação das empresas brasileiras às novas condições de concorrência interna e externa.

A primeira iniciativa relevante do governo federal foi a edição das Medidas Provisórias 1.053/94 e 1.070/95. Estas medidas provisórias dispunham sobre a desindexação salarial e a adoção do efeito suspensivo nos dissídios coletivos, respectivamente. De um lado, foram suprimidos os mecanismos tradicionais de reajuste salarial e conferiu-se às partes o direito de negociarem reajustes no âmbito de cada categoria profissional ou econômica, proibindo-se a inclusão nos acordos de cláusulas de reajuste automático dos salários. Tornou-se possível a adoção imediata do efeito suspensivo, que permite uma das partes recorrer da decisão de um tribunal de instância inferior, favorecendo uma tendência de uniformização nas decisões dos dissídios coletivos de natureza econômica, já que o recurso do efeito suspensivo é apreciado apenas pelo presidente do TST (Tribunal Superior do Trabalho).

Na prática, essas medidas representaram o fim da política salarial, ao não preverem correções de salários a partir de uma ação reguladora do Estado. A introdução da 'livre negociação', condicionada à desindexação salarial, e o enfraquecimento dos instrumentos legais de negociação coletiva acabaram por estimular o estabelecimento de reajustes diferenciados entre as categorias mais organizadas e as mais frágeis, provocando ainda uma maior diferenciação dos rendimentos entre os trabalhadores, além de uma perda do poder de compra dos salários e de alguns benefícios sociais, dada inclusive a fragilidade dos sindicatos no atual contexto político e econômico.

A segunda iniciativa, que de certa forma completa a primeira, foi a utilização peculiar que se deu às regras de Participação dos Trabalhadores nos Lucros ou resultados das Empresas (PLR). A Medida Provisória 794/94 que regulamentou essa participação passou a ser sucessivamente reeditada. Ao prever a desvinculação da remuneração do trabalhador das importâncias recebidas a título de participação nos lucros ou resultados, ela tornou possível a não incorporação do valor da PLR no cálculo de direitos trabalhistas, como férias e 13º salário, assim como a não incidência dos mesmos nas contribuições e outros tributos como o FGTS (Fundo de Garantia Por Tempo de Serviço) e a contribuição previdenciária. Apesar da PLR ser uma reivindicação histórica

do sindicalismo, tem contribuído para a pulverização das negociações no nível da empresa, contribuindo para a fragmentação das categorias.

Outra importante iniciativa do governo Fernando Henrique Cardoso foi a edição da Portaria 865/95, que subordina a lavratura de auto de infração pelo fiscal do trabalho, nos casos de incompatibilidade entre as cláusulas referentes às condições de trabalho pactuadas em convenção ou acordo coletivo e a legislação, à consideração do delegado regional do trabalho. Com isso, flexibilizou-se a atuação fiscalizadora para contemplar eventuais desregulamentações temporárias negociadas. Ou seja, sob a justificativa de estimular a negociação coletiva, os fiscais do trabalho foram instruídos a comunicar ao Ministério Público do Trabalho quando encontrarem algum conflito entre a legislação e as cláusulas do contrato coletivo, ao invés de multar a empresa, perdendo agilidade e autonomia.

Em consonância com sua política econômica, o governo denunciou também a Convenção 158 da OIT, sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. A Convenção 158 da OIT estabelece normas que limitam o poder absoluto do empregador para efetuar a demissão. Por força de seus dispositivos, tanto a despedida individual quanto a coletiva precisam preencher determinados procedimentos (direito de defesa, tentativa de reversão das dispensas coletivas, envolvimento das autoridades locais) para alcançar a regularidade jurídica. Com essa denúncia, o caminho ficou novamente livre para as despedidas imotivadas, havendo uma tendência à precarização ainda maior das garantias de emprego.

Esse mesmo espírito parece estar presente no Decreto 2066/96, por meio do qual o governo tratou de limitar o número de dirigentes sindicais nas associações de servidores públicos. Além disso, a partir de uma decisão do TST (Tribunal Superior do Trabalho) de não reconhecer o direito de greve aos servidores públicos enquanto este direito não for regulamentado em lei, o poder Executivo tratou de estabelecer punições para os servidores que participarem das greves e paralisações. Juntamente com essas limitações ao exercício da atividade sindical, o governo não primou por uma postura de negociação com os servidores públicos federais e os trabalhadores estatais.

Em abril de 1997, com a Medida Provisória 1906/97, que anunciou o salário mínimo nacional de R$ 120,00 (cento e vinte reais), o governo tratou de desvincular a correção do mínimo de qualquer índice de reposição da inflação. Ao mesmo tempo, estabeleceu uma tabela de reajustes para o mínimo previdenciário sem referência com a reposição salarial. A partir daí o nível de reajuste do salário mínimo passou a ser definido no mês de maio de cada ano, sem referência a um índice de comportamento de preços. Além das óbvias implicações dessas medidas no âmbito da Previdência, em que o corte de gasto e a privatização do sistema constituem a preocupação fundamental, ela ainda exerce um efeito indireto sobre o processo de negociação coletiva, pois o valor do reajuste costuma servir de base para os trabalhadores não sindicalizados, ou, até mesmo, para a definição dos pisos das categorias organizadas.

Uma iniciativa que integra esse primeiro momento decorre da Lei 8.949/94, que viabilizou as cooperativas profissionais. Ainda que essa Lei não tenha resultado de uma ação deliberada do Poder executivo, não há dúvida de que ela foi até agora um instrumento útil ao esforço de desregulamentação do mercado de trabalho. Aprovada pelo Congresso Nacional, em 1994, a chamada Lei das Cooperativas pretendia

possibilitar que certos trabalhadores se organizassem para a prestação de serviços e executassem o trabalho dentro de uma empresa, sem a caracterização de vínculo empregatício. Sem o registro em carteira de trabalho esses trabalhadores perderiam os direitos trabalhistas básicos. Da mesma forma também não teriam os benefícios da contratação coletiva, pois não seriam mais membros de um sindicato, favorecendo inclusive a descaracterização de classe.

A Lei 9.601/98 e o Decreto 2.490 foram as primeiras iniciativas do governo que refletiram explicitamente a preocupação com o desemprego. A opção por uma via de estabilização com base na sobrevalorização cambial, na elevação das taxas de juros e na ampliação da abertura comercial, agravou a situação do mercado de trabalho, ocorrendo um aumento explosivo do desemprego e das formas de ocupação precárias ou informais, em detrimento do emprego formal. O problema do emprego passou, assim, a ocupar o lugar até então reservado à questão salarial na pauta de negociação. Nascia assim a proposta do contrato por prazo determinado, que diminuía os encargos da contratação com a justificativa de incentivar a criação de mais postos de trabalho.

Por fim, veio a constituição do Banco de Horas, que permitia uma utilização mais flexível da jornada de trabalho por parte da empresa, tendo em vista muito mais a utilização da mão-de-obra de acordo com os fluxos de produção. Com isso, a jornada pode até ultrapassar as atuais 44 horas semanais sem que o trabalhador receba horas extras, desde que haja compensação dessas horas ao longo de um período de quatro meses, que logo depois foi ampliado para um ano. A partir da introdução dessa medida a empresa pode passar a controlar o tempo do empregado conforme as suas necessidades de produção.

Fora estas medidas já aprovadas e reguladas foi divulgado um conjunto de propostas que pretende alterar profundamente o arcabouço institucional das relações de trabalho, entre as quais se destacam o fim da unicidade sindical, das contribuições compulsórias e do poder normativo da Justiça do Trabalho. Para o governo, essas propostas representam o desejo de suplantação da herança Vargas também no campo das relações de trabalho. Entre esses novos conjuntos de propostas, algumas que visam a redução dos custos empresariais com supostas alternativas para a preservação do emprego já saíram do papel.

A primeira medida que integra esse rol de iniciativas é a Medida Provisória 1.709/98, que passou a regulamentar o trabalho parcial, isto é, admitindo uma jornada de até 25 horas semanais em que o salário, assim como os demais direitos trabalhistas serão determinados em conformidade com a duração da jornada semanal trabalhada. A segunda medida foi a edição da Medida Provisória 1.726 (reeditada sob o nº 1.779/99), que prevê a suspensão do contrato de trabalho por um tempo indeterminado vinculada a um processo de qualificação ou requalificação profissional do trabalhador, alterando parcialmente os artigos referentes na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). Destas, outras propostas nessa linha se seguiram.

- **Síntese da Reforma Trabalhista no Brasil**

• Medida	• Objetivo
Cooperativa Profissional ou de Serviços	Cria cooperativas sem vínculo empregatício
Contrato por Tempo Determinado	Reduz critérios de rescisão e contribuições
Contrato por Jornada Parcial	Estabelece jornada de 25 horas de trabalho
Suspensão do Contrato de Trabalho	Suspende contrato associado à qualificação
Denúncia da Convenção da OIT	Elimina mecanismos de inibição da demissão
Demissão no Setor Público	Autoriza demissão do servidor público
Trabalho Temporário	Estimula a flexibilização do contrato
Contrato para Micro e Pequena Empresa	Reduz e unifica os custos de contratação
Terceirização	Favorece a terceirização do emprego
Banco de Horas	Define jornada para atender flutuações
Liberação do Trabalho aos Domingos	Define o trabalho aos domingos
Participação nos Lucros e Resultados	Define a participação do trabalhador
Política Salarial	Elimina política salarial de reajuste
Salário Mínimo	Elimina índice oficial de reajuste
Fim do Juiz Classista	Elimina juiz classista na Justiça do Trabalho
Limitação da Ação Sindical no Setor Público	Estabelece punição para servidores grevistas
Ultratividade de Acordo/Convenção	Inibe a validade de até novas renegociações
Substituição de Grevistas do Setor Público	Contratação renovável em caso de greve
Rito Sumaríssimo	Rito sumaríssimo para dissídio individual
Demissão Voluntária	Institui a demissão voluntária
Fiscalização do Ministério do Trabalho	Impede multas imediatas quando há conflitos

Em síntese, sem realizar uma ampla reforma unificada e formalizada, o Brasil realizou, ao seu modo, uma reformulação trabalhista que aponta para a ampliação da flexibilidade salarial, contratual do tempo de trabalho, da organização do trabalho e da demissão. Apesar da elevada flexibilidade que as relações de trabalho já apresentavam na legislação brasileira, assistiu-se a sua intensificação desde 1990. E o que se observa, hoje, é a discussão que ferve no sentido de concluir esse processo acentuado no governo Fernando Henrique Cardoso e, no que se evidencia, continuado pelo governo de transição Luís Inácio da Silva, através de novas medidas, como a contraditória

ampliação da competência da Justiça do Trabalho, através da Emenda Constitucional Nº 45/2004, sem a extenção dos direitos elencados na CLT para o trabalhador sem vínculo empregatício e a constituição das Comissões de Conciliação Extrajudiciais Prévias, mais uma exigência formal no caminho entre o trabalhador e a efetivação de seus direitos.

Referências Bibliográficas

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. **Direito do Trabalho na Era do Desemprego: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação.** São Paulo: LTr, 1999.

DUPAS, Gilberto. **Economia Global e Exclusão Social.** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

---

[1] FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. **Direito do Trabalho na Era do Desemprego.** São Paulo: LTr, 1999, p. 13.

[2] FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. **Direito do Trabalho na Era do Desemprego.** São Paulo: LTr, 1999, p. 158.

[3] DUPAS, G. **Economia Global e Exclusão Social.** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

[4] Esse Fórum, realizado em 1993, foi promovido pelo Ministério do Trabalho, à época do então Ministro Walter Barelli, tendo sido composto por 11 representantes das entidades empresariais, 11 trabalhadores e 11 representantes das instituições ligadas à área trabalhista. No entanto, o aparente consenso na necessidade de reformulação do sistema trabalhista não teve efeitos práticos.

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A PROTEÇÃO DO TRABALHO*

BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LAW AND PROTECTION OF WORK.

Paulo Henriques da Fonseca

RESUMO

A constitucionalização da relação de trabalho é fenômeno jurídico e político do século XX quando o Estado moderno decide intervir na "questão social" pela importância estratégica das grandes massas de trabalhadores nos países do capitalismo central. No Brasil, a tutela legislativa do trabalho é bastante ostensiva em nível constitucional, embora articulada com a livre iniciativa e os interesses dos agentes econômicos, o que abre possibilidade da relativização da proteção ao trabalhador. Mas o trabalho aparecer nela como um direito social fundamental. Mas a tutela do trabalho e do direito a ele ligado fica forte do ponto de vista das estruturas judiciais postas ao seu serviço. A União se reserva a competência de regular o trabalho e organizar o Judiciário trabalhista, inclusive com o incremento de seu alcance de atuação e sua competência por conta da Emenda Constitucional n° 45/2004, da reforma do Judiciário. Começando pelo contexto histórico mundial e brasileiro do surgimento e consolidação do direito do trabalho, o trabalho chama a tese de Hannah Arendt e seus elementos da vita activa, a ação, o trabalho e o labor. Com eles analisa os eventos jurídicos e políticos mais recorrentes no cenário atual, partindo da percepção que as conquistas ou recuos constitucionais têm o fundo no jogo de forças políticas entre os diversos atores sociais e políticos e econômicos, dessa regra não se excluindo os trabalhadores e seu movimento organizado. Como resultado propõe que a gestão da questão social, em especial das relações trabalhistas incorporou-se institucionalmente ao Estado, como parte de seu exercício de soberania.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO. TRABALHO. DIREITOS SOCIAIS. PODER JUDICIÁRIO. ESTADO NAÇÃO.

ABSTRACT

Constitutional treatment of human work is a juridical phenomenon of 20th century, when modern State decides taking care of social question by the strategic importance of great number of workers in central capitalist countries. In Brazil, the legislative treatment of human and social work is very ostensive at constitutional degree, in spite of the work comes together the capital and free initiative in constitutional discourse. This put the possibility of weakness of work's protection, even considering human work as fundamental right. But the state's protection of human work is very strong if it observes the judicial structures that deal with human work to protect it. Federal Union reserves itself exclusive legal competency to regulate the theme of human work and to organize

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

the labor justice whose advantage and competency increased after Constitutional Emend n° 45/2004, of Judiciary reform. Beginning with world and brazilian historical context concerning human and social work, the appearing and increasing of labor law, this paper claims for Hannah Arendt's thesis and its analytical elements: action, work and labor. By them, analyses juridical and political events in actual scene, with a perception that constitutional conquest and backward movement is founded in balances of political strengths amongst several social, political and economic actors, including workers and labourist movements. As a result, this paper considers social and labourist question incorporated to State as part of its sovereignty.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL LAW. WORK. SOCIAL RIGHTS. JUDICIARY. NATIONAL STATE.

Preliminares: contexto amplo e próximo do trabalho e do direito do trabalho.

O trabalho humano e o direito do trabalho que a ele se liga capitanearam amplo movimento de regulação legislativa na história recente do direito, sendo o ramo que mais se desenvolveu, quiçá, em termos dogmáticos e pragmáticos, para enfrentar a questão social de fundo e em vista da importância do trabalho industrial e urbano no último século.

A constitucionalização do direito do trabalho acontece já no alvorecer do século XX na Constituição mexicana de 1917 e na de Weimar, de 1919, na Alemanha após a 1ª guerra mundial. Nos países da tradição jurídica do *civil law*, ou direito continental, de mais forte viés normativo-legal, logo as Constituições passaram a tratar o trabalho como um dos seus temas centrais. O movimento operário e camponês e a questão social deixaram de ser tratados como "questão de polícia" e passaram a ser questão de política jurídica pelo Estado moderno e constitucional.

O contexto geopolítico mundial da divisão entre dois blocos políticos e militares, o capitalista e socialista, este último ideologicamente baseado na valorização do trabalho humano, certamente influenciou na legislação trabalhista. Os países do Ocidente liberal e capitalista, passam, no contexto da "Guerra Fria", a dar mais atenção à proteção estatal aos trabalhadores. A crescente presença do Estado na economia e no atendimento das mais complexas demandas sociais, fez também dele um grande tomador de serviço, trazendo repercussões para o campo do direito do trabalho. Se antes, os Estados nacionais europeus, com destaque para a Alemanha, protegiam os trabalhadores pois eram também potenciais soldados, cuidar da questão operária interna

era importante para ter um aliado interno. Disciplinados nas fábricas, aptos estavam à disciplina das guerras em que se envolviam as nações com pretensões imperiais como as nações européias dos séculos XIX e XX, principalmente, os trabalhadores foram reconhecidos como força política e social.

No Brasil tem sido assim nas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967-69 e em 1988, na atual Constituição. O trabalho, direito primogênito dentre os "direitos sociais", passa a compor o ambiente regulado e mesmo uma justiça especializada se incumbe de sua aplicação no Brasil desde 1941. Mas já antes, em 1934, uma divisão do então criado Ministério do Trabalho, cuidava da solução administrativa dos conflitos trabalhistas. Foi a época em que começou tomar forma a "cidadania de carteira assinada" em que a dignidade estava ligada ao fato do emprego formal na indústria especialmente.

Atualmente, os avanços em termos legislativo-constitucionais, como o fortalecimento da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional n° 45/2004 não podem ser vistos apenas no aspecto normativo, de leis que abstratamente continuam a tutelar as relações de trabalho. No aspecto institucional, o fortalecimento das estruturas judiciais da Justiça do Trabalho no Brasil deve ser considerado na leitura da situação atual em tratando de direito do trabalho. Outro aspecto pragmático-ideológico precisa ser considerado, como a praxe judicial que pode ideologicamente se orientar para a ordinariedade, ou seja, tratar da relação jurídico-trabalhista segundo modelo aplicado às relações jurídicas privadas de modo geral. A ordinariedade processual[414] consiste em aplicar, em termos de direito formal, adjetivo ou processual, as garantias fundamentais interpretadas fora da preocupação com a relação jurídica especifica do trabalho.

Desse modo, as conquistas históricas em termos de direitos substantivos no campo do trabalho não desaparecem nos dispositivos legais, continuam lá expressos, mas pela praxe judicial podem ir perdendo a efetividade, por exemplo, com o não reconhecimento tão fácil da hipossuficiência do empregado diante do empregador na relação trabalhista. A redução do direito ao procedimento, afeta diretamente as tutelas dos direitos mais substantivos, resultados de lutas históricas que podem restar esquecidas e desconsideradas pela redução da prestação jurídico-jurisdicional às formas e ritos do processo.

[414] No Brasil, Luiz Guilherme Marinoni, processualista, faz uma completa abordagem dos males da ordinariedade no processo, os excessos da cognição exauriente que deixa a parte autora com todo o ônus da mora judicial, *v.g.*

A proteção jurídica antes decorrentes da filiação a uma classe (trabalhadora) se desloca para os grupos vulneráveis: mulheres trabalhadoras, trabalhadores homossexuais, estrangeiros ilegais, trabalhadores portadores de deficiência etc. A orientação programática do trabalhismo de combate as desigualdades entre os sujeitos da relação laboral se desloca para o combate à discriminação. O acento não é mais na busca de maior igualdade, mas de respeito às diferenças e mesmo de afirmação delas. A classe é substituída paulatinamente pelos grupos de identidade, a luta vai passando a ter elementos próprio da construção de subjetividades, não é mais simplesmente a ação coletiva por objetivos materiais e econômicos, mas também culturais. Esse dado social, das novas identidades coletivas afeta o direito do trabalho e sua aplicação, re-caracteriza o trabalhador necessitado de proteção jurídica, faz opção pelo combate à discriminação.

Com a nova ordem constitucional que no Brasil completou 20 anos em 2008, princípios constitucionais deram suporte e vida a novas salvaguardas jurídicas, em especial aquelas que visam a proteção e a garantia contra possíveis injustiças num quadro de direitos mais liberais e individuais. Isso afetou a tutela judicial trabalhista que operava sob o formato da máxima efetividade *pro operário*, fruto de uma opção jurídico-política que queria dar uma vazão à questão operária transformando o Judiciário Trabalhista na esfera própria e eficiente para resolver a questão social. Assim, o processo trabalhista passou a ser uma salvaguarda do trabalhador e também uma forma de enfrentamento da questão social e das lutas envolvendo o trabalho assalariado urbano e industrial, dispensando ou desautorizando o enfrentamento e a luta revolucionária.

O texto que se segue visa situar o trabalho e o direito do trabalho como campo específico de emergência de um conjunto de relações jurídicas delineadas por um amplo enraizamento na história social e política contemporânea e como isso se reflete na dogmática normativa do direito constitucional. A construção é descritiva e tópica, mas obedece a linha interpretativa de que a aparente perda da centralidade do trabalho humano na atual conjuntura econômica e política do mundo e por conseguinte, do direito do trabalho, ao contrário, desafia a reconstrução tanto de uma dogmática quanto de uma pragmática jurídica protetiva do trabalho e que isso vem acontecendo com o fortalecimento da Justiça do Trabalho.

A perda de centralidade política da classe trabalhadora como agente de transformação e ator político e social, além de ideológico, parece não repercutir na esfera jurídica e judicial de proteção do trabalho. A importância econômica do trabalho

se mantém e mesmo cresce, quando o capital financeiro demonstra incapacidade de auto-reproduzir sem gerar crises cíclicas.

Analisando num primeiro momento as teorias que podem aclarar o lugar social e político do trabalho nas sociedades modernas, se faz já um diálogo com as disposições constitucionais dentro do binário direito-fato social. Sob o valor da liberdade, o trabalho individual é realçado no formato mais clássico dos direitos civis e políticos de primeira geração.

Hannah Arendt, em teoria exposta em a "Condição Humana" (2004) analisa a distinção entre as esferas privada e pública, com crescente diluição de ambas na esfera social. Com isso, a política se vê cada vez mais orientada para o enfrentamento das necessidades e menos comprometida com a afirmação das liberdades. O esvaziamento da política leva a uma distinção entre *ação*, *trabalho* e *labor*, afetando a própria condição humana e abrindo uma chave heurística para avaliar o impacto desse movimento na dimensão jurídica e política do trabalho humano.

Passa-se noutra etapa a situar o trabalho como direito social e com isso o paradoxo de força e fraqueza que o acompanha. Força pela legitimação jurídico-constitucional de ser colocado como direito fundamental. Fraqueza por ter de se articular e harmonizar com seu oponente histórico o capital e por subordinar-se àquelas garantias e direitos fundamentais que relativizam as tutelas ao trabalho humano em favor daquelas jurídicas mais gerais e clássicas no direito: igualdade, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, dentre outros.

1 Fundamentos políticos e sociais do trabalho em Arendt e a Constituição brasileira.

Na Constituição Federal brasileira o trabalho humano (doméstico, intelectual, manual, urbano e rural, formal e informal etc) aparece em posição topologicamente privilegiada, ficando patente as altas proteções que lhe são devidas e relevância jurídica, política e econômica com que a Carta Magna o trata. No entanto, no campo da luta política, como valor social, o trabalho perde terreno enquanto situação de base e promotora de grandes mudanças na ordem social, política e jurídica no Brasil e no

mundo[415]. Na teoria política do pós Guerra, a importância revolucionária do trabalho foi diminuída em favor do reposicionamento dele no campo do Estado Democrático de Direito e do Direito do Trabalho, o cidadão assumindo o lugar do trabalhador nas lutas sociais e políticas mais contemporâneas.

Os artigos 7° e 8° são os que tratam mais diretamente do trabalho na Constituição brasileira. O art. 7° trata do direito individual do trabalho e o art. 8° do direito coletivo do trabalho ou sindical. Mas em outros dispositivos, distribuídos do começo ao final do texto longo, a Constituição refere-se ao trabalho humano e os aspectos político-social-econômico a ele ligado e harmonizado pela abordagem jurídica. O trabalho tem aí não só a dimensão social e histórica das suas lutas coletivas, mas tem que se harmonizar dentro de um quadro mais amplo de direitos individuais e fundamentais.

O trabalho humano como fator de inclusão política e participação social, está sendo questionado. Na hábil formulação com que a politóloga germano-americana Hannah Arendt teceu críticas à concepção redentora que o marxismo dava ao trabalho, este foi decomposto como apenas um dos níveis da chamada *vita activa*, precedido da *ação* e precedendo o *labor* em termos de importância política. Para a pensadora germano-americana, o *trabalho* se distingue da *ação*. Esta sim, política e socialmente vincada no valor da liberdade e da inserção significativa da esfera pública, é na ação que a pessoa se imortaliza ao produzir a realidade a partir da liberdade.

O *trabalho* para Arendt, aceita a sua redução conceitual, é a mera produção de artefatos para povoar o mundo, bem distante da concepção de Marx e Engels, por exemplo. Para estes, o trabalho constituiu o próprio eixo da realidade sócio-político-econômico e cultural, devendo dialeticamente tensionar com o capital e suas superestruturas de legitimação.

Já o *labor* segundo conceito de Arendt (2004) diz respeito à dimensão corporal da luta pelo mínimo que é manter-se vivo. Trabalho e labor têm em comum o fato de dizer respeito à esfera privada, migrando para a esfera social quando entra em crise a coexistência distinta de uma esfera pública (onde está a *ação*) e outra esfera privada. Essa é a esfera da "fraqueza", da insignificância, da privação. Aqui está um poderoso suporte teórico, ou ao menos uma plausível hipótese, da perda da centralidade política

[415] Nesse sentido, conferir Forrester (1997), Antunes (2005), Fitoussi-Rossanvalon (2006), e o já clássico Castel (2005), além de Zygmunt Bauman em sua ampla abordagem ensaística e penetrante sobre a modernidade ocidental.

do trabalho e as conseqüências disso na proteção jurídica ao fato do trabalho humano especialmente nos países de capitalismo desenvolvido e central.

Tal situação é desafiadora para o direito, pois é nele que as conquistas históricas dos trabalhadores vão encontrar um ambiente propício de sobreviver e ainda se desenvolver.

Essa "despolitização" do trabalho de que trata Arendt é que tem permitido às forças sociais mais conservadoras ou apenas modernizadoras deslegitimar o sindicalismo, ser coniventes com a prática da escravidão e por fim a manipulação do trabalho com programas sociais que dão um valor residual ao fazer laboral da pessoa humana. A desmaterialização do resultado do trabalho torna difícil efetivar a igualdade entre trabalho manual e trabalho intelectual, pois este tem uma dimensão de *ação* que o trabalho manual, camponês ou operário, foi perdendo ao longo do processo de otimização tecnológica dos processos produtivos.

A cada uma três dimensões em que Arendt (2004) distingue a *vita activa* corresponde um modelo de pessoa humana. Para a *ação*, a mais qualificada e sublime, corresponde o *homo politicus*, aquele que tem condições e liberdade para propor suas razões na esfera pública.

O *trabalho* se relaciona ao *homo faber*, o artesão, aquele que transforma o mundo e o preenche de artefatos, de coisas de certa durabilidade ao qual se pode atribuir valor. É a objetividade do mundo feito pela mão humana, pela produção do próprio mundo.

Já o *labor* diz respeito à condição humana do que luta para sobreviver, para manter o corpo. É o *animal laborans*, cuja inserção no mundo se dá pela dependência quase absoluta do engenho e da arte de outras pessoas, consistindo sua atividade na mera absorção, no consumo, nada produzindo de valor. Grande parte das atividades agropastoris no Brasil rural são de subsistência, tendo sido historicamente difícil dar-lhe a mesma proteção que ao trabalho urbano e industrial, em que há a produção de algo mais que a própria sobrevivência.

A importância fundamental do trabalho como atividade humana individual e coletivamente relevante na vida do indivíduo, grupos e nações, não esconde a crise que aparece de modo sutil na transferência progressiva da ação humana produtiva para a insignificância política, no arrefecimento do choque capital-trabalho que marcou os séculos XIX e XX especialmente e mais recentemente no fenômeno da exclusão social.

Neste último desdobramento, o trabalho, tendo enfraquecido o seu papel primordial de produção de riquezas e condição de acumulação de capitais, tende a ser reafirmado como um mecanismo a mais de inclusão social dentre outros. A regulação do trabalho, especialmente como ocorreu no Brasil e noutros países periféricos, em regimes autoritários, já propunha a questão do trabalho humano ser também um componente político e social, muito conjuntural dos regimes vigentes e sua autolegitimação. É o "labor dos nossos corpos", atividade disciplinadora de corpos e sem necessidade de produzir valores, as frentes de serviço das tiranias.para ocupar pessoas.

Como componente político de relevância, o trabalho aparece textualmente na Constituição brasileira "pacificado" no encontro com a "livre iniciativa", numa clara sinalização de ruptura com a tese marxista da luta visceral entre capital e trabalho. A densidade política decorrente da inscrição do trabalho ai se enfraquece quando o trabalho, elemento hoje deslocado para a esfera privada da vida, passa a ser regulado de fato pela proximidade "forte" do Capital.

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.
>
> (sublinhado nosso).

Como o Art. 1° tem teor mais descritivo e menos propositivo, os elementos que o compõem não são, por estarem nessa posição, demandáveis judicialmente e sequer politicamente. Assim o trabalho fica num lugar de honra e distinção, mas precisa ser re-elaborado em outras passagens da Constituição para gerar em relação ao trabalho humano todas as condições de justiciabilidade e sua efetividade como Direito Social Fundamental.

Mas no artigo 5°, o "núcleo duro" da Constituição brasileira que em 78 incisos e mais parágrafos são uma verdadeira "Declaração de Direitos Humanos do Brasil", o trabalho aparece como um direito civil e político, na acepção de direitos humanos de 1ª geração ou dimensão, direitos e garantias individuais. Diz assim: "XIII - é livre o

exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;". Nos incisos XVII a XXI, que tratam do direito de associação, ficam claros o viés individualista quanto ao interesse de se associar, a vedação de interferência estatal, as restrições à legitimidade das associações.

O valor jurídico e político aí expresso é o da liberdade, por isso se diz "direitos de primeira geração", decorrentes mais imediatamente das lutas pela liberação do trabalho das tutelas como as antigas "Corporações de Ofício" que limitavam e regulavam o trabalho sob formas coletivas e hierarquizadas. A Revolução Francesa, pela Lei de Chapelier e o Decreto de Allarde aboliram essa instituição do *Ancien Règime* e exacerbou na proibição de qualquer associativismo de trabalhadores e profissionais, em nome da liberdade individual no exercício da profissão. O trabalho humano caminhava para a regulação contratual individual.

As garantias acima descritas, da liberdade individual frente às necessidades coletivas, não são adequadas à proteção do trabalho subordinado, fabril, massificado e precário em vista da extrema assimetria entre empregador e empregado. Refere-se precisamente a "direitos e garantias individuais" de manejo indivíduo a indivíduo, no esquadro mais adequado à forma judicial de tratar os conflitos. Esse formato da lide tradicional marca todo o direito moderno.

Em termos de Direito do Trabalho, a regulamentação de muitas profissões levou a necessidade de um marco legal específico: aeronautas, músicos, representantes comerciais, secretarias, advogados, bancários, médicos, vigilantes, "mães sociais", e todas as categorias que, ou traziam grandes diferenças de condições de exercício profissional, exigências de formação técnico-acadêmico especiais, vinculação muito próxima com as atividades centrais, estratégicas ou de segurança do Estado (contadores, aeroviários) ou do mercado (portuários e marítimos) e claro, as categorias que tinham poder de articulação suficiente para mobilizar a agenda legislativa nacional. O associativismo laboral e o sindicalismo são o exercício da dimensão política do trabalhismo e conseguiu ao longo dos anos 40 a 70 no Brasil muitas vitórias para a classe trabalhadora, embora muitas vezes tutelado e manipulado pelo trabalhismo populista e autoritário da Era Vargas (1930-1945) que persiste como uma marca similar ao trabalhismo argentino sob Perón.

O Decreto-Lei 5.452 de 1° de maio de 1943 que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho é um exemplo disso: no período já de crise do Estado Novo no Brasil,

Getúlio Vargas líder do PTB (Partido Trabalhista Brasileiro) e ditador do Brasil de 1937 a 1945 estabelece a legislação protetiva do trabalhador urbano.A ação política dos movimentos sindical é assim “domesticada” ou cooptada pelo Estado Novo, tornando-se um braço do Estado conforme o modelo corporativo de sociedade conforme o fascismo italiano que propunha o fim da luta de classes pela cooperação empregadores e empregados sob o patrocínio do Estado.

Na Constituição de 1988, foi re-afirmada a liberdade de organização sindical.

> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
>
> I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

No entanto, diversas marcas de continuidade com o velho arranjo sindical podem ser observadas: o desconto anual de um dia de salário para os sindicatos, a unicidade sindical pela qual cada sindicato e somente ele representa a categoria de trabalhadores e o critério territorial pelo qual cada sindicato terá por base no mínimo a área de um Município. Tais disposições produzem uma cartorialização dos sindicatos e a perda de sua combatividade. A isso se junte o novo contexto de fragilidade dos vínculos de trabalho, a fluidez crescente dos capitais e sua mobilidade que desafia o velho modelo industrial de grandes concentrações de trabalhares em grandes instalações industriais e produtivas por períodos longos que por vezes cobria toda a vida profissionalmente ativa e útil do trabalhador.

Os fundamentos sociais e políticos do trabalho humano podem ser assim sintetizados.

No aspecto social, o trabalho volta a ser mais um meio de inserção social, após ter sido o cimento definidor da classe social. Articulado às pertenças culturais e grupos de identidade, a luta trabalhista por vantagens e igualdade, incorpora o reconhecimento social das diferenças e pelo fim da discriminação social. A impostação crescentemente individual das relações sociais, retomando em certo aspecto a conformação social “burguesa” do indivíduo que se auto-regula e é legislador de sim mesmo passa a integrar a cultura jurídica em cujo ambiente as regras constitucionais são interpretadas.

O “social” pode ser re-entendido no sentido clássico, de Aristóteles e Tomás de Aquino, como “justiça geral”, em que cada um dá individualmente algo de seu para proveito de todos, de modo que a sociedade-Estado possa melhor responder às crises e as demandas que elas geram. Não é necessariamente o todo distribuir com as partes parcelas da herança social, o que os clássicos intitulam “justiça distributiva”.Disso se tratará ainda na segunda parte deste trabalho.

No aspecto político, o consenso democrático dominante e a nova formulação de cidadania, devem ser levados em conta. O cidadão substitui o súdito, após as revoluções liberais, e de certo modo esvazia o conceito de trabalhador como titular de direitos. Democracia e cidadania são conceitos-chave cuja tradução para o campo das relações jurídico-trabalhistas aparecem de forma problemática. A negação da legitimidade dos sindicatos e seu corporativismo pela mídia e pelo Judiciário, o questionamento do modelo burocrático e autoritário do sindicalismo configurado ao modelo industrial do século XX e a deslegitimação das ideologias políticas que se referiam ao trabalho humano, devem ser considerados para entender o novo consenso democrático.

A teoria de Arendt, de que a *vita activa* é fundada na ação, no exercício público das próprias razões, e que o *trabalho* é parte do confinamento da vida privada. Essa tese é relevante, se confrontada com os limites e os modelos de luta sindical mais recentes.

A Constituição, textualmente sinaliza para a afirmação das conquistas históricas e jurídicas do trabalho. Contextualmente, na cultura jurídica que ela gera, a Constituição valoriza direitos e garantias fundamentais que estão em tensão com as lutas históricas e coletivas. O trabalho, sendo um elemento central na ordem econômica, não o é mais na luta política. E a aplicação do direito, por conseqüência, revela essa nova posição do trabalho.

2 O trabalho como “direito social” na Constituição brasileira.

No texto da Constituição é no art. 6° que o trabalho aparece como um dos direitos sociais, aqueles cuja fruição depende de uma ação positiva do Estado em promover, embora que também os direitos civis e políticos, chamados de “primeira

geração" dos direitos humanos, demandem grande gasto estatal para sua efetivação, caso da segurança pública e dos processos eleitorais, para dar alguns exemplos.

Mas são os direitos sociais aqueles que mais dependem do protagonismo estatal na sua promoção, reconhecimento e garantia, pois demandam a mobilização de recursos financeiros, de pessoal e órgãos para a efetivação desses direitos sociais. Eles estão assim elencados na Constituição Federal brasileira[416]:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000)

A inserção do bem jurídico "trabalho" e do contrato que o rege no campo ora do Direito Público ora do Direito Privado ligava-se ao modelo político-econômico do Estado. Hoje no Brasil o ramo do Direito Material do Trabalho nas Universidades está no grupo de disciplinas no Direito Privado, ao passo que o Direito Processual do Trabalho, nas de Direito Público, junto com aquelas outras em que um aparelho do Estado está envolvido, caso da Justiça do Trabalho.

Na "gramática dos direitos humanos", os direitos sociais aparecem junto com os econômicos e culturais, no PIDESC, Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Culturais, de 1966. Devem ser, portanto, defendidos, protegidos e promovidos de modo integral, se bem que progressivamente em vista de serem bastante onerosos para o Estado. Na Constituição brasileira, o social e o econômico estão presentes com bastante proximidade um do outro.

Como "direito social", o trabalho humano conforme a Constituição brasileira encontra um *lócus* social, substituto das tradicionais esferas pública e privada. Isso já observara Arendt (2004, p. 79) "[...] sabemos que a contradição entre privado e o público, típica dos estágios iniciais da era moderna foi um fenômeno temporário que trouxe a completa extinção da própria diferença entre as esferas públicas e privada, e a submersão de ambas na esfera do social". O trabalho humano, protegido pelas leis

[416] Tramita no Congresso Nacional várias PEC's – Projeto de Emenda Constitucional, que visam acrescentar o direito à alimentação e à comunicação (social e pública) como direitos sociais no artigo 6° da Constituição.

crescentemente, já não cabia na zona de privações que era por antonomásia a característica do "privado". Também, não cabia na inteira gestão pelo Estado, pela sua preponderante direção pela iniciativa privada que são os agentes econômicos e produtivos no seu papel mais próprio. A dimensão público-estatal do trabalho foi forte na experiência que chegou ao limite nos estados de economia planificada socialista ou totalitária. O "fascismo social" encontra sua definição na manipulação das urgências e emergências que cercam o mundo do trabalho, a questão social, em direção a condução política da sociedade de modo autoritário e mesmo totalitário.

Como "Direito Social", conforme expressa disposição do art. 6°, o trabalho não ganhou foros privilegiados e estruturas estatais de fomento e proteção afora as que tradicionalmente já possuía. No Brasil, como em outros países de capitalismo periférico, o trabalho (o trabalhismo) tem as proteções "negociadas" com governos populistas ou reticentes em acabar com garantias trabalhistas pela desregulamentação e a flexibilização das relações e leis do trabalho. A perda da combatividade sindical e desmobilização política das classes trabalhadoras (se é que o trabalho serviria hoje para definir classes) é um fenômeno hoje mundial[417].

Fica o trabalho humano, especialmente com a mecanização, a robotização das linhas de produção e montagens industriais, entregue crescentemente às iniciativas e tutela do Estado. Este quando quer intervir na geração de emprego e renda, transfere recursos para as atividades produtivas que mais empregam, caso da construção civil, setor de serviços e agropecuária familiar. A "fraqueza" dos direitos considerados "sociais" é tema de estudos de diversos autores preocupados com o baixo grau de exigibilidade e a falta de definição de seus conteúdos mínimos. Pisarello (2003), Faria (2005), Abramovich e Courtis (2004) são alguns deles. Fonseca (2007) assim coloca aquela fragilidade em vista das teses de Arendt.

> Recorrendo ao esquema arendtiano, os direitos sociais são fracos por lhes faltar a componente da liberdade criativa da política. Esses direitos, inicialmente vinculados ao *homo faber* (direitos trabalhistas) e depois ao *animal laborans* (direitos sociais propriamente, assistenciais que visam à manutenção da própria sobrevivência), são carecedores de componente política. Segundo Arendt, mesmo nas lutas trabalhistas por melhores

[417] Touraine (1999) falando dos movimentos sociais contra-hegemônicos destaca que na França, como em outros países, como o Brasil, a mobilização sindical é característica ainda forte entre servidores públicos.

> condições de vida não predominava a dimensão política. Esta só aparecia quando o conteúdo da luta ia para mudança na forma de governo, não quando postulava melhores condições de vida.

No título da "Ordem Econômica" o trabalho vai aparecer novamente em conexão com a livre iniciativa, mas no *caput* ele recebe o reforço da proximidade com a "justiça social". Diz o art. 170, *in verbis*.

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> (...) VIII - busca do pleno emprego; (sublinhados nossos).

Justiça social não é exatamente a "justiça distributiva" de Aristóteles e Santo Tomás, para os quais era dar a cada qual o que lhe é devido segundo uma igualdade proporcional, mas também de cada um ser cobrado ou receber a imposição de deveres como o de contribuir para o bem comum. O tema dos deveres e obrigações jurídicas tem perdido espaço na técnica e na ciência do Direito em vista do contexto gerado em grande parte pela "gramática dos direitos humanos" e centralidade do "sujeito de direito" e dos direitos subjetivos. A justiça social é pois uma aplicação da justiça em "mão dupla", quando a sociedade por seus membros individualmente, se obriga perante o Estado e este devolve aos segmentos mais fragilizados daquela sociedade, uma parcela do produto social antes concentrado. Conforme Montoro (2004), a justiça social é semelhante à justiça distributiva quando esta deve ser aplicada em tempos de crise.

No inciso VIII visto acima, o trabalho é traduzido como emprego, a vinculação formal, institucional e organizacional do trabalho segundo a lógica da produção. O pleno emprego é mais uma das promessas constitucionais orientadora de políticas públicas, mas de pouca efetividade pela via judicial. Economistas mais críticos do modelo neoliberal, em vista da crônica manutenção de altas taxas de desemprego inclusive nas nações mais industrializadas do capitalismo central, notam como uma situação que tende a se tornar crônica exatamente o oposto:o desemprego estrutural. O "pleno emprego" é situação pois do modelo de Estado desenvolvimentista do Pós Guerra, não coincidindo mais com as políticas econômicas concretas (ou a falta delas) no tocante à manutenção do nível de emprego, quanto mais em relação ao incremento

desse. Trata-se de uma diretriz jurídico-política mas que precisa do suporte fático da possibilidade econômica para ser viabilizada, já que o Brasil é uma economia de mercado, não socialista.

No Título que trata da "Ordem Social" o trabalho é mencionado mais uma vez no *caput* do artigo que abre o título ("Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais"). Mantém a sua proximidade textual com "justiça social" e agora o "bem-estar", expressão chave caracterizadora de um modelo de Estado, o do "Bem Estar Social" ou *Welfare State* do século XX. Tal Estado é que mantém políticas de assistência e de inserção social para toda a população sendo fortemente intervencionista na prestação social: saúde, educação, lazer, trabalho, seguridade social, moradia dentre outros bens jurídicos.

No título da "Ordem Social" que estão inseridos os dispositivos que regulam a Seguridade Social, que no Brasil é composta dos itens Saúde, Previdência Social e Assistência Social. Como a Previdência Social no Brasil é contributiva embora haja o financiamento estatal, o trabalho formal tem importância capital para o financiamento da mesma, ao passo que na Saúde, o atendimento universal e não contributivo, e na Assistência Social, para quem se encontra impossibilitado de trabalhar, o lugar do trabalho formal é diverso.

O conceito de "bem-estar" é também daqueles imprecisos no campo jurídico[418], mas aparece 7 vezes textualmente na Constituição, incluído o Preâmbulo. Interessante é que em três ocorrências do termo "bem-estar" ele vem associado a "desenvolvimento" o que é coerente com o outro par binário já citado "trabalho e livre iniciativa", que por duas vezes aparece em posição topologicamente relevante. O "bem-estar" está assim como resultado e fruição de um bem jurídico e existencial gerado pelo desenvolvimento, o equilíbrio, a responsabilidade "ativa" dos diversos atores jurídicos sujeitos de direitos e obrigações. Citemos como exemplos:

---

[418] O "bem-estar" aparece no preâmbulo da Carta Magna, assim: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL".

> Art. 23 (...)
>
> Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Emenda Constitucional nº 53, de 2006
>
> Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.
>
> Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

No tópico que trata da "função social" da propriedade rural, o trabalho reaparece e ao mesmo tempo a dobradinha "bem-estar" e "desenvolvimento". A aplicabilidade desses dispositivos no Direito do Trabalho é indireta pois trata da propriedade rural e especialmente dos balizadores para desapropriação, concessão de crédito, não podendo ser invocado sem excessiva sobrecarga aos limites da cognição judicial, nos conflitos trabalhistas. O trabalho rural tem sido ao longo da história jurídica brasileira aquele que ficou mais esquecido pelas tutelas públicas, governamentais e judiciais, e não se tem notícia de notável incremento da garantia desses direitos com a nova "função social" proclamada. O problema tem sido mais de órbita política e econômica do que jurídico-social, de uma má correlação de forças políticas entre trabalhadores e empregadores rurais numa área que escapa em grande parte da regulação jurídica e judicial.

A função social da propriedade já havia sido mencionada no artigo 5°, inciso XXIII " a propriedade atenderá a sua função social;" mas o artigo 186 é que define os critérios de cumprimento da função social, da propriedade rural. Os critérios referentes ao trabalho estão em 2 dos 4 incisos:

> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
>
> I - aproveitamento racional e adequado;

> II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
>
> III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
>
> IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores

A função social inserida na Constituição é norma limitadora da propriedade antes direito absoluto de acordo com os códigos civis. No caso do trabalho, não aparece aí como um direito subjetivo do trabalhador, mas como um parâmetro cuja objetividade se dará em virtude de outras leis. Note-se que no art. 186 se admite uma variação de "critérios e graus de exigências" que não condiz com as normas constitucionais de proteção ao trabalho, deixando ver que disposições de cunho técnico e econômico podem se sobrepor à proteção ao trabalho(dor). Exemplos:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)
>
> XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; (...)
>
> XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; (...)
>
> XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. (sublinhados nossos).

Pode se notar assim que o trabalho, no ambiente discursivo da Constituição tem um lugar privilegiado morfologicamente, aparece mencionado como vocábulo em seus múltiplos significados e acepções. No entanto, a sintaxe e a semântica constitucionais diluem o trabalho, seu reconhecimento, garantias e promoção, na dialética com o capital e a reprodução social do capital: ele, o trabalho, está sempre relacionado e harmonizado com os interesses da livre iniciativa, do desenvolvimento, da função social da propriedade e do bem estar geral.

3 As prerrogativas da União federal quanto a regulação do trabalho.

Um dado da Constituição brasileira referente ao trabalho é que à União federal se reserva todo o direito em matéria trabalhista. Assim sendo, mesmo quando o Estado ou o Município, entes federativos no Brasil, contratam em regime não estatutário (suas empresas públicas, sociedade de economia mista, fundações e autarquias) as eventuais inspeções de trabalho e demandas judiciais serão julgadas por uma "justiça especial" e federal. As inconstitucionalidades de leis estaduais e municipais em face da reserva constitucional da União em matéria trabalhista afetam por exemplo os municípios quando tentam disciplinar matérias de "interesse local" como o caso de leis que procuravam disciplinar demora em filas nos bancos. Quando a lei municipal toca matéria relativa ao trabalho (contratação de mais atendentes, abertura de novos serviços, horário de funcionamento ao público etc) afetando jornada e organização do trabalho, é rechaçada como inconstitucional, por ferir o princípio federativo e reserva da União em regular o campo do trabalho e do direito do trabalho.

As prerrogativas da União acontecem seja em sede administrativa ("Art. 21. Compete à União: XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;"), legislativa ("Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho") e Judicial, com a existência de uma Justiça Especial Federal, a Justiça do Trabalho, presente em cada Estado da federação com diversas varas.

A Justiça do Trabalho, que é uma justiça especializada e federal no Brasil, teve suas atribuições ampliadas pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004. Ao contrário do movimento que nas décadas de 80 e 90 previam a extinção da Justiça do Trabalho e a transferência das matérias de sua competência para a Justiça Comum Estadual e Federal, em 2004 a EC 45 reforçou-lhe a prerrogativa e amplitude de sua jurisdição, passando a envolver toda e qualquer questão decorrente da relação de trabalho.

Diz a Constituição federal brasileira a respeito da Justiça do Trabalho:

> Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> I- as ações oriundas da relação de trabalho, <u>abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e</u>

> indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> II- as ações que envolvam exercício do direito de greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> III- as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> IV- os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data , quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> V- os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> VI- as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> VII- as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> VIII- a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> IX- outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (sublinhados nossos).

O rol é bastante amplo e problemático, pois afeta o próprio pacto federativo ao submeter Estados, Distrito Federal e Municípios a tutela judicial de uma Justiça Federal, quando esses decidem contratar pelo regime geral celetista (da CLT, Consolidação das Leis do Trabalho). Implicou a Emenda 45/2004, a da Reforma do Judiciário, numa ampliação das competências da Justiça do Trabalho, quando o cenário mundial tendia mais à flexibilização das tutelas judiciais e administrativas em relação ao trabalho e emprego.

Nos incisos expostos, muitas ampliações alcançaram o Judiciário Trabalhista. Desaparece praticamente a competência da Justiça Comum Estadual (inciso I) e mesmo da Justiça Comum Federal (inciso VII) quando as infrações cometidas por servidores administrativos federais (da inspeção do trabalho) não podem mais ser ajuizadas ali. Interessante caso do inciso VIII que institui um "processo de execução" *ex officio* quando delega à Justiça do Trabalho recolher as verbas previdenciárias, constituindo a sentença trabalhista título executivo em favor da autarquia previdenciária, o Instituto Nacional do Seguro Social, INSS. Este passa a ser beneficiado por uma relação jurídica e judicial da qual não fazia parte ativa ou passivamente, mas tinha interesse.

Preocupante é a possibilidade aberta pelo inciso IX que permite que a Lei ordinária aumente mais ainda a competência da Justiça do Trabalho, casos em que ela pode alcançar áreas antes restritas ao direito administrativo (exemplo: nomeações para cargos públicos), empresarial (exemplo, o sócio minoritário que também trabalhe na Sociedade empresária), dentre outras possibilidades. Fica assim uma Justiça Especializada com perspectiva de ampliação de seu espectro de atuação e que, combinado com a chamada *vis atractiva* (força de atrair) da Justiça do Trabalho no Brasil, pode suscitar um aumento de questões e de complexidade e temáticas tais que terminem por colocar em risco o caráter de especialidade da Justiça do Trabalho.

A Justiça do Trabalho[419], desde sua criaçãoem 1941 recebeu 62.376.721 processos e julgou 59.549.256, até maio de 2009. Com 1.327 varas instaladas no Brasil, tem prevista a instalação de mais 269 varas criadas pela lei 10.770/2003. A Justiça do Trabalho tem a 2ª instância em 24 regiões ou TRT's, que possuem 463 juízes-desembargadores. Os TRT's de São Paulo (2ª Região) e Rio de Janeiro (1ª Região) possuem respectivamente 64 e 54 juizes, sendo os mais numerosos. Os TRT's mais recentes e que atendem aos estados federados com mais reduzida produção e emprego formal têm 8 membros. O Estado de São Paulo, tem ainda o TRT de Campinas. Outros estados como Acre, Roraima e Tocantins compõem a Região com outros estados sede de Região da Justiça do Trabalho.

Em 1989, um ano após a nova Constituição, o numero de ações trabalhistas recebidas só naquele ano passou pela 1ª vez da casa de 1 milhão (1.131.556) e em 1997 chegou a quase 2 milhões (1.981.562) havendo depois uma leve redução no número de

[419] Dados obtidos no sítio eletrônico www.tst.jus.br/ascs/estrut2.html, acessado em 14 de setembro de 2009.

ações recebidas, sendo que as atividades da Indústria, Comércio e Serviços respondem por mais da metade das ações trabalhistas recebidas e a administração pública que emprega em regime geral celetista tem um mínimo que não passa de 3% do conjunto das ações recebidas e julgadas.

O problema da morosidade judicial, tão presente noutras esferas do Judiciário, praticamente não existe na Justiça do Trabalho ao menos com o nível de gravidade da Justiça Comum. Em maio de 2009, apenas 1.462.402 processos restavam para ser julgados dentre todos os recebidos desde 1941, ou seja, 2,34%. Em três anos consecutivos, 1999, 2000 e 2001, as varas trabalhistas julgaram 5.615.940 processos contra 5.342.086 recebidos, um saldo de 273.854 processos, o que ajudou a melhorar sua produtividade. Em 2008, 4 regiões conseguiram julgar mais processos que os recebidos naquele ano (4ª-RS, 9ª-PR, 11ª-AM/RR e 17ª-ES), mas em 2009, até maio, nenhuma conseguiu realizar esse desafogo.

No Brasil, a reforma do Judiciário inclusive encerrou com o debate da extinção da Justiça do Trabalho nos atuais moldes e a transferência de sua competência, estrutura e pessoal para a Justiça Comum Estadual. Para esta restou o conhecimento de demandas provenientes dos servidores estaduais, distritais e municipais pertencentes ao quadro de pessoal estatutário (diverso do regime geral "celetista"). A Justiça Comum Federal, por sua vez é competente para julgar delitos e desvios administrativos dos juizes do trabalho e tem uma reserva no caso de "crimes contra a organização do trabalho", do Código Penal. Reza a Constituição Federal:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...]
>
> V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

A federalização das questões jurídicas, legais e judiciais referentes à temática e ao campo do trabalho é uma realidade no Brasil. Isso traz, possivelmente, algumas vantagens, como a melhor qualidade republicana numa relação jurídica sujeita aos poderes e força locais que poderiam deixar o trabalhador em larga desvantagem ante

seus empregadores no caso de litígio judicial. No fundamento dessa opção de política judiciária brasileira está a tendência a centralizar na esfera da União e mais concentradamente na sua Justiça Comum, a Federal, a competência para os delitos que impliquem violação de direitos humanos. Como as ocorrências de trabalho em regime análogo à escravidão vêm se mantendo no Brasil, passa a valer o art. 109, inciso V-A, da Constituição Federal, na citação retro.

Considerações finais

O trabalho humano aparece fortemente regulado no direito moderno em vista da importância econômica dele nos processos de produção em larga escala. A importância política decorreu da organização coletiva de operários e camponeses nos países centrais do capitalismo industrial nos séculos XIX e XX. O trabalho assim passou a integrar o rol central de preocupações dos estados modernos e das suas Constituições, indício de sua vinculação ao novo estatuto de cidadania que define os indivíduos em sua rela com a sociedade e o Estado.

Como primeiro dos direitos sociais, o direito do trabalho abre a possibilidade de regulação legislativa dos demais direitos sociais, embora que estes disponham de uma justicibilidade ou exigibilidade judicial muito diversa daquela que tradicionalmente tem as demandas na esfera jus-trabalhista. Estas têm inclusive, no caso brasileiro, segmento especializado na sua organização judicial para a tutela do trabalho, uma justiça federal especializada e que teve grande incremento em termos de jurisdição e competência, após a Emenda Constitucionais n° 45/2004.

Isso demonstra a manutenção e mesmo crescimento em termos institucionais e operacionais da importância das relações jurídicas na esfera trabalhista. Isso contradiz as teses da perda da centralidade do trabalho humano como fator de produção de riqueza no contexto social e econômico ditado pela globalização e confirma certo grau de independência sistêmica do direito diante da infraestrutura econômica, contrariando tese marxista e althuseriana de ser o direito um aparelho, um epifenômeno superestrutural dependente e condicionado pelo econômico.

Hábil a teoria de Arendt e seu instrumental para a leitura acerca do lugar jurídico e político do trabalho no Constitucionalismo moderno. Arendt, com a distinção tripartida da *vita activa* em *ação, trabalho* e *labor* e seus distintos níveis de vinculação

ora às liberdades políticas, ora às necessidades sociais graves, permite ler o fenômeno do trabalho em suas várias formas de repercussão no direito; individuais e coletivos, como matriz dos direitos sociais e das alternativas de inclusão social, sendo o trabalho apenas mais uma delas, apesar de sua persistente importância como meio de inclusão e inserção social.

Essa aparente diluição conceitual do trabalho, que alcança desde os tipos mais formais e tradicionais do emprego assalariado público e privado, passa hoje pelas práticas de voluntariado, programas governamentais de geração de emprego e renda e integração empresa-escola, dentre outros. A categoria *vita activa* desenvolvida por Arendt em suas três modulações da ação, do trabalho e do labor ajudam a explicar os diversos níveis em que aparecem as disposições constitucionais referentes ao trabalho humano.

O ordenamento jurídico brasileiro, apesar da força da ideologia neoliberal que pugna pela fragilização e flexibilização da regulação no campo do trabalho, consagrou a proteção dogmático-normativa deste. As esperadas reformas "liberalizantes" que tendiam a marginalizar o trabalho em termos de proteção jurídica do trabalhador não vieram, embora a Constituição Federal brasileira tutele o valor do trabalho humano sempre em conformidade e consonância com seu histórico opositor, o capital e a livre iniciativa. Isso abre a possibilidade de negação da proteção jurídica do trabalhador, risco que é minorado pelo fato da existência da justiça especializada.

Esse é certamente o ponto nevrálgico do modelo jurídico-constitucional brasileiro de tutela das relações trabalhistas: a existência de uma Justiça Federal Especial, a do Trabalho, que reafirma o lugar central do Estado brasileiro na gestão do conflito social. A classe trabalhadora continua sendo vista como reserva estratégica, ponto nevrálgico de articulação do Estado como ente soberano. Se os capitais, especialmente os financeiros e voláteis não têm nacionalidade, as massas de trabalhadores têm e não podem ser descartadas com facilidade. O mundo do trabalho, seu ator coletivo, especialmente o atual quadro de crise global veio mostra que permanece a cobrança da promessa não cumprida da modernidade: a emancipação de todos a partir da gestão da complexidade por um Estado interventivo ao menos no ponto de não esvaziar-se de uma razoável soberania interna e externa.

O trabalhador foi reconfigurado em seu papel econômico clássico, é agora consumidor, além de produtor. Na abundância da produção de bens e da capacidade

produtiva industrial ociosa, a manutenção da massa trabalhadora se não como produtora de coisas e artefatos, mas como consumidora do excesso produzido, é alternativa plausível para os governos. A tese de Arendt de esvaziamento da esfera pública e da ação livre como seu elemento mais nobre parece quase definitivamente provada. Resta tutelar o mundo das necessidades e fragilidades sociais que afetam as maiorias, especialmente trabalhadoras e sub-empregadas, mantendo-lhes um aparato forte e judicial de tutela.

Referencias

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles.** 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Ensaio nobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Em busca da política.** Trad. Marcus Penchel.Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** de 5 de outubro de 1988. Acessível em www.presidencia.gov.br/legislacao/constituicoes/constituicao_1988.htm. Acesso em 14/09/2009.

CASTEL, Robert. **La inseguridad social.** Qué es estar protegido? Buenos Aires: Manatial, 2006.

_____. **As metamorfoses da questão social.** Uma crônica do salário. 5 ed. Petrópolis:Vozes, 2005.

FITOUSSI, Jean-Paul; ROSSANVALON, Pierre. **La nueva era de las desigualdades.** Buenos Aires: Manantial, 2006.

FONSECA, Paulo Henriques. **Exclusão sociojurídica e direitos humanos.** 2007, 198f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas,área de concentração em Direitos Humanos) Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, PPGCJ, da Universidade Federal da Paraíba, UFPB, 2007. .

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória. Julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MONTORO, André Franco.**Introdução à ciência do direito.** 25 ed. São Paulo: Editora RT, 2004.

OLIVEIRA. Francisco de. **Os direitos do antivalor.** A economia política da hegemonia imperfeita. Petrópolis: Vozes, 1998.

PISARELLO, Gerardo.**Los derechos sociales y sus garantías.** Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

O TRABALHO COMO FATO ECONÔMICO, GLOBALIZAÇÃO E A DIGNIDADE DO TRABALHADOR*

WORK AS ECONOMIC FACT, GLOBALIZATION AND THE DIGNITY OF WORKER

Ramona Cardoso Vieira
Fabiano Gomes de Oliveira

RESUMO

As tentativas de modificação da legislação protetiva do trabalhador, influenciadas pelo modelo neoliberal, surgem sempre com o discurso de modernizar as relações de produção e permitir o progresso do país. Acontece que, esta forma de pensamento pauta-se unicamente pelo viés econômico da relação de trabalho dentro do fato produtivo, não visualizando ou desconsiderando propositalmente, que o trabalho existe, apenas, na figura do trabalhador que deve ter reconhecida sua dignidade enquanto tal, isto é, pessoa humana submetida a uma relação desigual, já que é subordinado ao seu empregador. Assim, a análise das relações de trabalho no âmbito da globalização, deve ser feita não apenas na seara econômica, mas, principalmente, reconhecendo o sujeito trabalhador na inteireza de sua dignidade.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, DIGNIDADE, TRABALHADOR, GLOBALIZAÇÃO, NEOLIBERALISMO, PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL.

ABSTRACT

Attempts to amend the legislation protective of workers, influenced by neo-liberal model, there are always the talk of modernizing the relations of production and allow the country's progress. It turns out that this way of thinking is guided solely by economic bias of the employment relationship in the fact that productive, not seeing or purposely ignoring, that the work exists only in the figure of workers who must have recognized his dignity as such, that is the human person subject to an unequal relationship, since it is subject to your employer. Thus, the analysis of labor relations in the context of globalization, must be made not only in the economic area, but mainly, recognizing the individual worker in a perfect dignity.

KEYWORDS: SOCIAL RIGHTS, DIGNITY, WORKER, GLOBALIZATION, NEOLIBERALISM, PROHIBITION ON REVERSE SOCIAL.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 INTRODUÇÃO

A partir dos anos 1970, ganha força no mundo um discurso político-econômico marcado, principalmente, pelo desmonte do aparato social estatal, rígido controle fiscal-orçamentário, abrandamento das leis de proteção do trabalhador e, por último, o afastamento do Estado da atuação, tanto direta como indiretamente, do mercado. Tal estrutura de pensamento ganhou o nome de neoliberalismo.

As políticas chamadas de neoliberais tinham como objetivo maior a "liberdade de mercado", a partir de um raciocínio que, apesar de resgatar em parte as concepções clássicas do liberalismo econômico, deste de distanciava ao pregar que as relações econômicas devem estar totalmente isentas de qualquer interferência do Estado, pois, eventuais atuações estatais na economia geraria desequilíbrio e impediria que as forças econômicas estivessem livres para encontrar o ponto de equilíbrio no qual o mercado, por si só, promoveria o progresso.

Concomitante a este novo discurso político-econômico, surge um outro movimento de força extraordinária, partindo dos países desenvolvidos para os subdesenvolvidos, pressionando suas fronteiras econômicas. A tal movimento deu-se o nome de globalização ou, para os franceses, mundialização. O centro do pensamento é, como chamado por SANTOS JR. (2007) a "transnacionalização da economia", isto é, "o Estado teria sido destituído, na ordem emergente, de um de seus atributos clássicos de poder, o controle da economia e da garantia do bem-estar social (SANTOS JR., 2007, p. 83), o que levou a conclusões como o próprio fim do Estado.

O trabalho é considerado "por sua natureza, um fato econômico, visto que se define originariamente como o esforço do homem no sentido de obter os recursos para a satisfação de suas necessidades" (SOUZA, 2005, p. 72), o que o coloco no centro dos debates, principalmente, quando se fala no trabalho subordinado, mais precisamente, o emprego.

As pressões sobre o trabalho, neste artigo delimitando-se seu conceito como aquele decorrente da típica relação contratual que tem como objeto a relação de emprego, aumenta exponencialmente quando instaura-se um ambiente de crise econômica, como a recente que se inaugurou no período 2008/2009, com demissões em massa de trabalhadores, servindo como um exemplo ocorrido no Brasil, o caso Embraer quando mais de quatro mil trabalhadores foram demitidos, ou limitação de direitos quando possível.

A relação entre redução de direitos trabalhistas e desemprego na proporção do aumento de pressões econômicas negativas, parece verdadeira, principalmente quando se vê na atual crise o aumento do desemprego e as cobranças por flexibilização da legislação trabalhista, de cunho protetivo, feitas por poderosa parcela da sociedade representativa do poder econômico. Este fato, aliás, não se poderia deixar passar sem comentários, é mesmo paradoxal, pois, numa análise breve, a própria redução do nível de emprego influencia diretamente na disposição de consumo da população, pelo temor de perda do emprego, travando ainda mais a roda da economia e atrasando a superação do período recessivo.

Acontece que, o trabalho, principalmente, aquele caracterizado pelo emprego, não pode ser apenas tratado no âmbito das relações econômicas, na perspectiva de um "mercado de trabalho", mas, conforme a ideologia constitucionalmente adotada, como um direito fundamental essencial no projeto de emancipação do homem, devidamente positivado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, Constituição Federal - CF), bem como da própria ordem econômica a qual se deve fundar na valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*, CF).

Assim, este artigo pretende demonstrar a violação da Constituição Federal perpetrada por políticas econômicas que tentam, adotando o viés neoliberal, flexibilizar a legislação trabalhista, de forma a afrontar a própria dignidade do trabalhador, em um retrocesso que pode levar as relações de trabalho ao tempo da Revolução Industrial.

2 TENSÃO ENTRE CAPITAL E TRABALHO – A BUSCA PELA DIGNIDADE DO TRABALHADOR NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

2.1 – NEOLIBERALISMO E GLOBALIZAÇÃO – O MERCADO DE TRABALHO

Com o advento do Estado moderno, estruturou-se, definitivamente, o modo capitalista de produção, talvez por causa de uma relação simbiótica que garante a existência dos dois, pensado no início, conforme a teoria do liberalismo clássico que, em essência, acreditava no afastamento do Estado de qualquer relação com as forças produtivas do mercado, inclusive, nas relações do capital com os trabalhadores. Diz Clark (2008):

Assim sendo, existe uma simbiose entre Estado e economia de mercado. Não existe esta última sem o primeiro. Por intermédio de inúmeras ações realizadas através dos tempos, o Estado ora dilata sua intervenção no domínio econômico como no período das políticas econômicas mercantilistas, patrocinadas pelos Estados absolutistas do século XVII ou, então, a restringe como nas políticas econômicas liberais construídas pelos Estados de Direito do século XIX. (p. 75)

Com o tempo, a exploração na qual eram submetidos os trabalhadores, que começaram a reagir com revoltas e movimentos reivindicatórios, as crises cíclicas do capitalismo e o advento do socialismo real, ocorreu a expansão da atuação do Estado na vida econômica, com uma série de ações sociais e econômicas, como forma de preservação do próprio modelo capitalista, transformando, inclusive, os próprios sistemas jurídicos para a adaptação das novas formas de pensar.

Clássicos exemplos da mudança de paradigma constitucional são as constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919, prevendo diversos direitos chamados de sociais, direitos que se "volvem basicamente para a Sociedade e não para o indivíduo; em outros termos, buscam desesperadamente reconciliar o Estado com a Sociedade, intento cuja

consequência imediata estampa o sacrifício das teses individualistas" (BONAVIDES, 2003, p. 231).

A mudança de pensamento foi responsável, ainda, pelo *New Deal* norte-americano após a grande depressão e o Estado de Bem-estar Social europeu após a II Grande Guerra, estabelecendo a reconstrução econômica e social da Europa em ruínas. Era o Estado Social ou Econômico.

Contudo, as idéias liberais ressurgem com força nos anos de 1970, num ambiente de grave crise econômica, provocado pelo próprio crescimento do Estado do Bem-estar Social, que não conseguia o devido equilíbrio fiscal, reforçada, ainda, pelo primeiro choque do petróleo, quando os Estados produtores resolveram tomar o controle de suas principais riquezas.

Foi a oportunidade ideal para que os defensores do liberalismo, agora chamados de neoliberais reguladores, apresentassem suas receitas para o restabelecimento do mercado, única forma possível de restaurar o vigor econômico, principalmente, nos EUA e Europa ocidental. Assim, era necessário o desmonte de todo o aparato estatal do Bem-estar Social, como a flexibilização dos direitos dos trabalhadores, enfraquecendo seus movimentos; privatização em massa das empresas estatais; regras monetárias rígidas; bem como equilíbrio orçamentário e fiscal, correspondendo a uma redução dos "gastos" sociais.

O declínio do Estado do Bem-estar Social a partir dos anos 1970 permitiu, portanto, o resgate das propostas político-econômicas do liberalismo clássico, entendido no sentido do afastamento do Estado de funções no espaço econômico. O receituário do neoliberalismo é, assim, o combate à forma anterior de organização social e econômica pelo Estado e o solidarismo, impondo um capitalismo imune a todo e qualquer tipo de regramento eliminador da "liberdade do mercado", traduzido, na verdade, pela adoção de uma técnica de ação estatal na vida socioeconômica mais de acordo com o propósito de acumulação capitalista.

Esta forma de pensamento torna-se, num intervalo de pouco mais de dez anos, hegemônico, inviabilizando qualquer questionamento aos seus pressupostos e diretrizes, sendo aplicado em todos os países, principalmente, naqueles que precisavam de ajuda econômica e financeira externa, como os países subdesenvolvidos periféricos, independentemente, de seus padrões sociais e culturais, num projeto de massificação econômica e de subjugação da soberania dos mesmos.

Assim, segundo este novo consenso, o mais importante não é a sustentação do *Welfare State* e de suas políticas sociais compensatórias, mas sim a competitividade das empresas, a obtenção do lucro, a eficiência econômica, o respeito às regras do jogo e o predomínio do mercado – do mercado em sentido absoluto, com a crença na sua suposta auto-suficiência e racionalidade intrínseca. Assistimos, em síntese, neste momento, ao abandono de todas as conquistas sociais representadas pelo Estado do Bem-estar Social e ao retorno glamuroso da mão invisível do mercado, que, teoricamente, segundo os seus defensores, tudo controla, racionaliza e distribui de forma justa e equitativa. (BEDIN, 2002, p. 181)

Ressalte-se, ainda, que se instaurou um discurso universalista confundindo este projeto político e econômico com a própria existência da democracia, ou seja, democrático seria aquele país que, em primeiro lugar, permitisse o livre trânsito do capital, na importando o custo social que acarretasse. Conforme Bedin (2002):

Em relação à notável virada histórica, queremos dizer que aquela crise levou, por um lado, a uma crescente relativização das idéias socialistas, a uma forte crítica da participação do Estado na economia e à refutação das principais teses desenvolvidas por John Maynard Keynes – ou seja, conduziu ao abandono de tudo aquilo que estruturou o período histórico responsável pela construção e consolidação do *Welfare State* e pelo reconhecimento e implementação dos direitos econômicos e sociais -, e, por outro, à adoção das idéias (neo)liberais, à defesa da tese do Estado mínimo e à supremacia das idéias monetaristas. (p. 181)

Exemplos desta situação não faltam, como foi a experiência vivida pelo Brasil com o Fundo Monetário Internacional – FMI nos anos de 1980 e 1990, quando foi obrigado a grandes modificações em sua ordem jurídico-constitucional, sempre com a salvaguarda da modernização e inserção do país no plano internacional de um mundo globalizado, o que se mostrou, porém, incapaz de promover o desenvolvimento do país.

Na realidade a experiência neoliberal tanto para o Brasil, como para os demais países pobres, foi dramática no que se refere à piora da situação social, já que os problemas econômicos também se agravaram. Houve um ataque generalizado a todas as reservas legais e políticas de proteção social, principalmente, às relações de trabalho, já que como componente do próprio fato econômico, existia a necessidade de desmobilização e enfraquecimento do sistema de proteção do trabalhador, dentro da lógica de mercado instalada, permitindo, então, o barateamento da mão-de-obra.

Esta nova configuração social pode ser, através das profundas modificações econômicas, facilmente caracterizada, sobretudo, pela precarização das relações de trabalho, com a flexibilização das garantias do emprego, o crescente desemprego e o elevado aumento dos níveis de pobreza. (ZANETTI; OLIVEIRA; 2008, p. 961)

Este fenômeno foi chamado de “nova pobreza” (SILVA, 1997), sendo caracterizado, pelo deslocamento de pessoas e famílias para padrões inferiores de vida ou classes sociais nas quais nunca estiveram, diferentemente daquela pobreza geracional, isto é, herdada, transmitida de pai para filho, de geração em geração conforme (SILVA, 1997, p. 21).

Todavia, o modelo neoliberal divide-se em duas orientações quando considerados o Estado Mínimo e o Estado Máximo, conforme meça-se presença estatal na economia: o neoliberalismo regulador e o regulamentador. Souza (2005) descreve estas duas orientações:

Quando dirigido no sentido de mais ampla presença do poder econômico do Estado no domínio econômico, ou seja, do Estado Máximo, temos o Estado "dirigente", "planejador", "regulamentador", impropriamente chamado "intervencionista", como se verá adiante. Quando a sua presença se torna menor, configura-se o Estado Mínimo, livre-concorrencial e, quando muito, "regulador". (p. 315)

A orientação reguladora vai na direção de abstenção estatal (teoricamente apenas) de intromissão nas questões do mercado, afastando-se do modelo do Bem-estar Social ou de sua atuação direta como empresário. Assim, caberia ao Estado apenas a via regulatória através de normas jurídicas estatais produzidas, inclusive pelas agências reguladoras, sempre no sentido do livre funcionamento do mercado, retomando (supostamente) velhas máximas do liberalismo econômico, ou seja, o Estado Mínimo.

Já o modelo neoliberal regulamentador é o que coloca o Estado na condição de empresário, criando empresas para atuar diretamente no mercado, nas mesmas condições de pessoas jurídicas de direito privado (SOUZA, 2005, p. 350). Nesse modelo, a atuação estatal é ostensiva via legislação (intervenção indireta) e empresas estatais (intervenção direta).

Juntamente à predominância do pensamento neoliberal, principalmente, na sua vertente reguladora, emerge de forma cada vez mais irresistível o fenômeno da globalização, forçando as fronteiras dos Estados, principalmente aqueles mais frágeis política e economicamente, retirando destes sua soberania econômica, isto é, aos países resta apenas conformar-se com a divisão internacional econômica, retirando deles a independência para projetos próprios de desenvolvimento adequados às suas realidades próprias, já que "os teóricos da globalização defendem que não somente o instituto da soberania estaria sendo assolado, mas até mesmo a idéia de economia nacional e a capacidade dos governos centrais de gerenciá-la" (SANTOS JR., 2007, p. 181).

A globalização apresenta, ainda, uma característica marcante que a forte financeirização do mercado, "isso significa passar do setor (ou organização) de produção de serviços e de utilidades da economia real para a posição de *holding* financeira cujo único objetivo é multiplicar, por toda parte, o dinheiro pelo dinheiro, custe o que custar" (AKTOUF, 2004, p. 22), não tendo o poder econômico nenhum outro objetivo, além dos ganhos do capital, "não se preocupando nem com o emprego, nem com o bem-estar da sociedade e nem, ainda menos, com a preservação da natureza" (AKTOUF, 2004, p. 22).

É inegável, assim, a força do pensamento neoliberal regulador globalizante, que se torna hegemônico, mesmo durante uma grave crise econômica, como a atual que é considerada a mais grave dos últimos setenta anos, pois, o discurso continua sendo

sempre de que o próprio mercado encontrará o retorno para os trilhos do crescimento e que a atuação do Estado na economia deve ser passageira.

Contudo, as consequências do modelo neoliberal regulador somado ao fenômeno da globalização, apesar das promessas de justiça pela participação no mercado, são desastrosas quando se pensa na construção de uma sociedade mais justa na distribuição dos bens e riquezas produzidos, aumentando o nível de miséria, exclusão e desigualdade social, além de elevado índice de desemprego.

Ao contrário disto, temos, por um lado, um aumento da miséria, da concentração da renda, das possibilidades concretas de desagregação social, um gigantesco aumento da violência, um profundo desencanto, e, por outro, o retorno do *status* de pura mercadoria como o critério relevante para a alocação de preços e de recursos – o que significa, em termos práticos, que estamos vivendo um momento de (re)mercadorização das diversas esferas das sociedades atuais e do abandono da cultura democrática e da cultura da igualdade. (BEDIN, 2002, p. 182)

O impacto do neoliberalismo regulador, bem como da globalização, sobre as relações de trabalho é, especialmente, dramático. Não dúvidas de que o pensamento econômico pensa no trabalho como um dos fatores de produção (NASCIMENTO, 1997, p. 15), talvez o mais importante.

A necessidade do pensamento econômico em enquadrar o trabalho conforme a conveniência da produção, sendo que na sistemática capitalista o objetivo final é sempre o lucro ou o elemento de dinamização da produção, é o verdadeiro responsável pelas piores formas de exploração do trabalho humano, reduzido a situação de completa indignidade a partir do momento histórico da Revolução Industrial inglesa.

Por isto, na construção e consolidação do modelo capitalista de produção, sempre se direcionou em tratar o trabalho como mercadoria que teria seu valor condicionado pelos caprichos do mercado. Em nome desta liberdade mercadológica que o liberalismo clássico deu ao trabalho, foram perpetrados todos os abusos contra o trabalhador, que não tinha direito algum, apenas a obrigação de trabalhar. As jornadas de trabalho eram fixadas conforme a conveniência do empregador, sem qualquer tipo de distinção entre adultos, homens e mulheres, e crianças, o que permitia jornadas de até 15 horas (NASCIMENTO, 1997, p. 14).

A precariedade das condições de trabalho durante o desenvolvimento do processo industrial, sem revelar totalmente os riscos que poderia oferecer à saúde e à integridade física do trabalhador, assumiu às vezes aspectos graves. Não só os acidentes se sucederam mas também as enfermidades típicas ou agravadas pelo ambiente profissional. Mineiros e metalúrgicos, principalmente, foram os mais atingidos. Durante o período de inatividade,o operário não percebia salário e, desse modo, passou a sentir a insegurança em que se encontrava, pois não havia leis que o amparassem, e o

empregador, salvo raras exceções, não tinha interesse em que essas leis existissem. (NASCIMENTO, 1997, p. 15)

Somente após duros embates reivindicatórios ao longo do tempo, é que os trabalhadores tiveram reconhecidos direitos que permitiram limitar a exploração de sua força de trabalho, como melhores condições de trabalho, limitação de jornada e remuneração mais adequada.

O atual modelo neoliberal regulador globalizante parece seduzido por estas antigas práticas de tratamento do trabalho. Permanece a idéia de mercado de trabalho, como se o conceito trabalho e o sujeito trabalhador fossem meras mercadorias submetidas à liberdade do mercado. O discurso avança no sentido de flexibilizar a legislação protetiva do trabalhador, radicalizando-se quando prega o próprio fim do emprego, com a justificativa de que se submetido à liberdade de mercado o trabalhador teria mais vantagens, pois, teria condições de melhor negociar o valor de seu serviço.

Entretanto, na realidade o que se tem é o aumento do desemprego, diminuição no valor médio salarial e piora das condições de trabalho. Ora, dentro do pensamento estruturante do modelo neoliberal regulador, era esta a consequência que se poderia esperar. Quanto maior o nível de desemprego, maior o número de trabalhadores disponíveis e dispostos a vender sua mão-de-obra a um valor mais baixo, o que implica, consequentemente, na redução dos salários pagos. Por outro lado, quem tem seu trabalho, não tem condições de reivindicar melhores condições de trabalho, já que o seu poder de negociação e exigência está enfraquecido.

Acontece que, o trabalhador não é mercadoria, sendo a concepção de mercado de trabalho é equivocada. Ao trabalhador são devidas todas as deferências como sujeito digno, simplesmente, por ser humano. Antes de estar inserido no sistema de produção como coisa, o trabalhador é sujeito da própria produção. O discurso que pretende enfraquecer a proteção que é devido ao trabalhador, reconhecendo seus direitos como fundamentais, deve ser afastado e trocado por outro que reconheça ao mesmo direitos a um tratamento digno.

2.2 – O TRABALHO NA IDEOLOGIA CONSTITUCIONAL E COMO FATO ECONÔMICO

A Constituição Federal de 1988 destaca-se pela conquista e pela consagração de direitos sociais, inseridos dentre os direitos fundamentais, imprescindíveis na configuração de um Estado Democrático de Direito, ou, para dizer melhor, do Estado que a pluralidade de interesses, ressaltando o foco democrático, quis trazer à tona e garantir na Assembléia Nacional Constituinte de 1988.

A maior expressão da relevância dos direitos sociais na estrutura do Estado Brasileiro configurado na Constituição de 1988 é sua conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim é que se lê, no artigo 170, caput, da Constituição Federal: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna (...)”. Figurando tais princípios, ainda, entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Antes de qualquer coisa, vale destacar que os direitos sociais são normas que visam à concretização da igualdade social, estabelecendo parâmetros e níveis de expectativa mínima onde se poderiam configurar relações sociais desiguais. São, portanto, normas de direito público, cogentes e irrenunciáveis, invioláveis e imperativas.

São, pois, realidades diante das quais o Estado não pode se omitir, ou não vale apenas a garantia de liberdades negativas, em que o indivíduo é protegido contra eventuais excessos estatais. Exigem, pelo contrário, a ativa intervenção, na expectativa de se extirpar desigualdades e se realizar os preceitos constitucionais.

A esse respeito assim se expressa Süssekind (1964):

essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho, uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal; mas sem violar as respectivas normas. (p.321)

Em primeira via, o acesso ao emprego, ou, pleno emprego; o salário mínimo são questões que envolvem mútipla ação estatal, dentro de um adequado planejamento, que viabilizem sua concretização. Nesse sentido, destaca Ledur (1988):

O acesso a um trabalho adequadamente remunerado envolve questões que transcendem os limites puramente individuais que até o presente momento podem ter ensejado a concepção ou tratamento do assunto. A criação de postos de trabalho depende de fatores múltiplos, que envolvem o interesse de amplas coletividades. Por isso mesmo, a realização do direito o trabalho fará com que a dignidade humana assuma nítido conteúdo social, na medida em que a criação de melhores condições de vida resultar benéfica não somente para o indivíduo em seu âmbito particular, mas para o conjunto da Sociedade. (p.98)

O livre exercício da atividade econômica, nesse contexto, é balanceada, com a intervenção, ou, como prefere o professor Souza (2005), a ação estatal. Subsiste a liberdade, desde que o poder econômico privado esteja em consonância com as demandas da sociedade, especialmente na questão da geração de empregos. Variadas são as formas de ação estatal para alterar um quadro economicamente desfavorável: a redução, aumento, isenção de impostos, entre outras medidas fiscais; a criação de empregos pelo próprio Estado; alterações legislativas, entre outras coisas.

É claro que a ação estatal, atualmente, é baseada num modelo neoliberal regulador, embora abraçado apenas em alguma medida pela Constituição Federal de 1988, que não permite a presença estatal sempre que haja um descompasso com o poder econômico

privado, em prejuízo dele, mas essa é uma crítica que mereceria mais linhas do que ao que esse artigo se propõe.

Com relação à conectividade do direito ao trabalho e a dignidade da pessoa humana, conforme se destacou, estão a busca do pleno emprego, a remuneração adequada e, ainda, um outro aspecto de suma importância: o exercício do trabalho em si, que deve ser realizado em condições, locais, circunstâncias, enfim, que verdadeiramente proporcionem a proteção e o respeito da dignidade humana.

As Constituições brasileiras, desde a Constituição do Império de 1824, tratam de alguma forma, do direito do trabalho. Por certo, em alguns momentos são apenas feitas alusões ao trabalho, como na supracitada Constituição, que se limita a assegurar a liberdade de trabalho. A de 1891 assegura a liberdade de associação. A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar da ordem econômica e social, reconheceu os sindicatos e associações e focou a proteção do trabalhador. A Constituição de 1937 impõe a todos o dever do trabalho, e ao Estado o dever de garanti-lo, a de 1946 retoma as diretrizes democráticas da de 1934. A Constituição de 1967 introduz algumas novidades, como o regime do FGTS e o salário-família, garante a aposentadoria da mulher aos 30 anos de trabalho, com vencimento integral.

A Constituição de 1988 arrola, em seu artigo 7º, os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. É, certamente, o texto constitucional que mais compila conquistas, além de consagrar direitos sociais constantes das anteriores. São sujeitos desses direitos o trabalhador subordinado, ou seja, aquele que detém vínculo de emprego, ao rural, ao avulso, ao doméstico e ao servidor público.

Inovações e alterações importantes são feitas nesse texto, a começar pela equiparação entre empregados urbanos e rurais. O salário mínimo, antes regionalizado, foi unificado no território nacional. E ampliadas as necessidades a que tem que atender, prevendo, pela nova redação: a educação, saúde, lazer, previdência social, alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.

A jornada de trabalho foi reduzida de 48 para 44 horas semanais. O adicional de horas extras, antes de 20 ou 25 por cento, passou a ser de, no mínimo, 50 por cento (podendo ser majorado por estipulação das partes).

Foi assegurado o repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos. As férias tiveram sua remuneração majorada em 1/3. Veda-se a intervenção do Poder Público na organização sindical, mantém a contribuição sindical obrigatória e cria a confederativa, divida apenas pelos associados.

Importante conquista se refere ao trabalho da mulher, que tinha seu mercado de trabalho discriminado por menores salários e a vedação, ou impossibilitação de acesso a alguns cargos, bem como a restrição de seu campo de trabalho. A esse respeito, disciplina o inciso XX do artigo 7º, ao estabelecer que será protegido o mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos. Esses incentivos são prestados, entre outras meios, pelas ações afirmativas, criando desigualdades visando a igualar o mercado para homens e mulheres. Assim, busca-se a isonomia e atende-se ao disposto no inciso I do artigo 5º, que consagra a igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Enfim, poder-se-ia arrolar os inúmeros direitos textualmente garantidos pela Constituição Federal de 1988, mas o que é mais interessante perceber é o reflexo do texto sobre a realidade brasileira subjacente à ordem constitucional.

Infelizmente, a realidade não acena com a efetivação de todos os direitos garantidos, sendo discutível a eficácia de todos eles para a criação de uma justa ordem social, porém, a verdade é que não se pode olvidar as transformações produzidas por este cenário.

Afinal, uma ordem legal não se constitui, nem se faz representar apenas pelo texto normativo, mas por sua interação com o contexto social. É nesse esteio que se pode assegurar que muito do que a sociedade tem vivenciado encontra mola propulsora no texto.

A questão do trabalho feminino, senão suscitada, pelo menos respaldada de forma inédita pela Constituição Federal de 1988, é hoje, uma das mais dignas de nota, ao se perceber que, sem uma menção expressa, com as resistências com que ainda hoje esbarra, talvez não encontrasse nos nichos sociais apoio suficiente para se ver transformada.

Claramente, os direitos conquistados por uma sociedade, especialmente quando se alterna períodos de supremacia de poderes, econômicos ou políticos, com períodos mais democráticos, não o são uniformemente através do tempo e muito menos simples de serem assimilados por todos os diversos interesses existentes na sociedade, mas, assim que se estabelecem contra as desigualdades e a favor de uma ordem social justa, precisam ser resguardados de modo preciso e sóbrio.

2.3 – O TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

O constitucionalismo moderno nasce em fins do século XVIII com o objetivo principal de limitação do poder estatal, numa resposta ao Antigo Regime exemplificado no absolutismo francês, exaltando os direitos e garantias fundamentais individuais, chamados correntemente de direitos negativos ou de defesa.

Coincidia este paradigma constitucional com o liberalismo político e econômico que prevalecia na época. Este modelo constitucional limitava-se, em geral, a tratar da relação vertical entre Estado e indivíduo, principalmente na defesa da esfera privada deste em relação àquele.

O fracasso do modelo liberal econômico, as reivindicações dos trabalhadores, a experiência do socialismo real, bem como as duas grandes guerras mundiais, são elementos históricos que motivaram uma reviravolta na perspectiva do pensamento político-econômico e, consequentemente, constitucional, provocando a inserção nos textos constitucionais de direitos sociais, de amplo espectro, mas que permitiram a mudança do paradigma que se preocupará, neste momento, com a própria sociedade e não somente com o indivíduo.

Nesta nova perspectiva, os direitos sociais são alçados, assim como os direitos negativos, a direitos fundamentais, sendo chamados de direitos positivos ou prestacionais, pois, espera-se desta forma uma postura ativa do próprio Estado, possibilitando sua intervenção na seara econômica, passando a atuar como agente promotor do bem-estar social e, por causa disto, transformado em um Estado maior e atuante em diversos campos antes relegados apenas ao indivíduo. A tônica, agora, é a promoção de uma igualdade material entre os indivíduos componentes da sociedade e, não meramente garantir uma liberdade formal.

A positivação destes direitos deu-se no Brasil, pela primeira vez, na Constituição de 1934, sendo repetido a partir de então nas que se seguiram, inclusive na Constituição Federal de 1988. A previsão atual é de um extenso rol de direitos, que não podem ser considerados taxativos, eis a previsão do parágrafo 2º do artigo 5º. Dentre estes, estão os relativos ao trabalho e ao trabalhador, primordialmente, nos artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 10º e 11º.

Em relação aos direitos fundamentais sociais, o óbice que se colocava na efetivação, era o argumento de que se tratava de normas programáticas sem eficácia, pois, dependiam de uma atuação do legislador infraconstitucional para regulamentar o respectivo direito.

Parece ser mínima a divergência doutrinária atual de que as normas constitucionais em geral e, principalmente, os direitos fundamentais são dotados de normatividade, isto é, são passíveis de aplicabilidade imediata. Porém, em relação aos direitos fundamentais prestacionais, aí incluídos os de cunho trabalhista, enfrenta-se dúvidas e questionamentos de todos os tipos em relação à sua plena eficácia como norma constitucional, conforme diz Sarlet (2009):

Se os direitos de defesa, como dirigidos, em regra, a uma abstenção por parte do Estado, assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, inexistindo maior controvérsia em torno de sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade, o mesmo não ocorre com os direitos a prestações. Estes, por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, suscitam dificuldades diversas, que levaram boa parte dos autores, a negar-lhes aplicabilidade imediata e, em razão disto, plena eficácia. (p.260)

A principal objeção à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais prestacionais relaciona-se aos custos financeiros de implementação destes direitos, que ficariam, então, sujeitos à disponibilidade de recursos do ente público, enquanto os direitos de defesa não teriam este obstáculo já que corresponderiam a uma omissão do Estado, isto é, não invadir o espaço privado do indivíduo. Acontece que, este argumento mostra-se superado quando Galdino (2005) analisando os custos dos direitos, afasta a dicotomia entre direitos de defesa e prestacionais e diz que todos os direitos fundamentais para sua plena eficácia , importa em gastos de recursos financeiros.

Desenvolver este complexo tema, fugira do curto espaço deste artigo, adotando-se, contudo, a perspectiva de que os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, são todos qualificados, como normas constitucionais que são, pela

aplicabilidade imediata, gerando, portanto, sua eficácia plena, inclusive, os relacionados ao trabalho e aos trabalhadores, vinculando, plenamente, os poderes públicos na perspectiva da eficácia vertical, bem como os particulares, no viés horizontal das relações entre os sujeitos.

Nesta sistemática, permitir a redução de direitos fundamentais sociais, quaisquer que sejam, principalmente os trabalhistas, no atendimento das premissas econômicas do neoliberalismo regulador, é atentar contra a ordem constitucional.

Os avanços conquistados devem ser preservados, pois, os caminhar da humanidade deve ser sempre na direção da construção de uma sociedade mais justa e fraterna, o que, aliás, é objetivo da República Federativa do Brasil, como positivado no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal.

Neste sentido é o princípio da proibição do retrocesso social, além de afirmador do princípio da dignidade humana, atua como limite ao legislador reformador a impedir a retirada ou redução de direitos fundamentais, principalmente, os sociais e, dentre estes, os trabalhistas.

Desta forma, qualquer pretensão de modificação da ordem constitucional motivada pelo pensamento neoliberal regulador, que enxergando o trabalho apenas como mercadoria ou valor a compor o fato produtivo, será inconstitucional, pois, a defesa maior é a da dignidade do próprio trabalhador, objetivada pelos direitos protetivos construídos na evolução histórica da relação entre capital e trabalho.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conquista dos direitos dos trabalhadores, positivados na Constituição Federal de 1988, é resultado de um longo caminho de lutas reivindicatórias, a partir do momento que o trabalhador conscientiza-se como sujeito de uma relação desigual, submetendo-se a situações degradantes para sua própria sobrevivência.

Consciente de sua situação como trabalhador e importância na sociedade, clama pelo reconhecimento de sua dignidade como tal e, não, mera mercadoria submetida às leis do mercado, ou seja, uma coisa que pode ser tratada como tal.

As normas protetivas de sua condição, alçadas a direitos fundamentais sociais, fazem parte de um núcleo duro do próprio texto constitucional, ou seja, reconhecidas como cláusulas pétreas, que não podem ser objeto de modificações reducionistas ou extintivas pelo legislador reformador, conforme a limitação do princípio da proibição do retrocesso social.

A evolução nas relações sociais, deve caminhar pela confirmação e respeito da dignidade do trabalhador, visto como ser humano merecedor de todas as proteções decorrente desta situação específica, deslocando-se, então, do simples papel desempenhado no fato produtivo, objeto de análises e teorias econômicas somente.

Desta forma, pensamentos que se auto proclamam modernizantes, contaminados pela perspectiva neoliberal reguladora globalizantes, que se prestem a redução da legislação de proteção do trabalhador, esbarrarão sempre no ordenamento constitucional vigente que positivou os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores de aplicabilidade imediata e plena eficácia.

REFERÊNCIAS

AKTOUF, Omar. **Pós-globalização, administração e racionalidade econômica: a Síndrome de Avestruz**. Tradução de Maria Helena C. V. Trylinsk. São Paulo: Atlas, 2004, 297p.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: Emir Sader, Pablo Gentili (Org.) **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. Cap. 1, p.9-23.

BATISTA JR., Paulo Nogueira. **A economia como ela é...** 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2002, 441p.

BEDIN, Gilmar Antônio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo.** 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 200.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Volume 2. Tradução Raúl Crisafio. 10. ed. Buenos Aires: Siglo XXI, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 859.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CLARK, Giovani. **O Município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 280p.

COELHO, Wladimir Tadeu Silveira. **Política Econômica do Petróleo no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Direito das Instituições Políticas. Defendida na Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2007, 133 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio, Álvaro Ricardo Souza Cruz (Coord.) **Hermenêutica e jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2001. Cap. 7, p.195-248.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 391.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986, 286p.

LEDUR , JOSÉ FELIPE. **A realização do Direito ao Trabalho**. 1ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.918.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 909.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. A constituição dirigente está morta... viva a constituição dirigente! In: Luís Roberto Barroso (Org.) **A reconstrução democrática do direito público no Brasil.** São Paulo: Renovar, 2007. Cap. 2, p.83-112.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos de globalização. In: Boaventura de Sousa Santos (Org.). **Globalização: fatalidade ou utopia.** 2. ed. Porto: Afrontamento, 2002, 555p. Cap. 1, 31-106p.

SANTOS JÚNIOR, Raimundo Batista dos. **A globalização ou o mito do fim do Estado.** Ijuí: Unijuí, 2007, p. 216.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 493.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. **Renda mínima e reestruturação produtiva.** São Paulo: Cortez, 1997. Pg. 168.

SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e a causa das riquezas das nações**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. **Questões polêmicas de direito econômico**. São Paulo: LTR, 2008. p. 102.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005, p. 603.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Duração do trabalho e repousos remunerados.** 1ed. Rio de janeiro: Freitas Bastos, 1950.

THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. In: Emir Sader, Pablo Gentili (Org.) **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. Cap. 2, p.39-50.

ZANETTI, Camila Bruna; OLIVEIRA, Fabiano Gomes de. **A renda mínima e o direito econômico**. In: Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi, 2009, Brasília. Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi, 2008, p. 957-975.

PARA A PROMOÇÃO DO AUTÔNOMO: DIREITO DO TRABALHO E MICROCRÉDITO*

FOR THE PROMOTION OF SELF-EMPLOYED WORKERS: LABOR LAW AND MICROCREDIT

Sielen Barreto Caldas

RESUMO

O objetivo deste artigo foi analisar a possibilidade de uso de microcrédito como uma forma de se potencializar as ações empreendedoras de trabalhadores autônomos. A fundamentação teórica subjacente se apóia em teorias do Direito, da Economia e da Sociologia que enfocam, primordialmente, o trabalho humano. O tema foi explorado tendo em vista a emergência do trabalho autônomo como uma alternativa para a subsistência no Brasil. Neste contexto, a falta de efetividade, total ou parcial, do Direito do Trabalho para alguns tipos trabalhadores foi constatada e, entre as propostas para atenuar tal problema, destacou-se a extensão desse ramo do Direito para os autônomos hipossuficientes e para os economicamente dependentes. Não obstante, entendeu-se que tal medida não era suficiente para que esse tipo de trabalhador tivesse condições de adquirir plena autonomia, já que não proporciona condições materiais para sua inserção no mercado. A partir dessa constatação e da análise de programas de microcrédito (Banco Grameenl e Crediamigo do Banco do Nordeste), foi possível confirmar a hipótese de que o microcrédito produtivo é uma alternativa viável para a realização do direito fundamental ao trabalho digno de trabalhadores empobrecidos. Concluiu-se, assim, que o microcrédito pode ser um instrumento de valorização do trabalho, que é capaz de fazê-lo voltar a sustentar a cidadania.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DO TRABALHO – TRABALHADORES AUTÔNOMOS - MICROFINANÇAS

ABSTRACT

The aim of the present work was to analyze the use of microcredit to enhance entrepreneurship of self-employed workers. The rationale underlying this study includes Law, Economy and Sociology theories, which focus on human work. The theme was explored in view of the emergence of self-employment as an alternative means of subsistence in Brazil. In this context, partial or overall decreased effectiveness of Labor Law directed to some types of workers was evidenced, and among the proposals to alleviate such problem, an extension of Labor Law for both hyposufficient and economically dependent self-employed workers was highlighted. Nevertheless, such legislative measure showed to be not sufficient to provide workers with autonomy conditions, as it did not provide them facilities to be inserted in the business market.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Based on this remark and analyses of microcredit programs (Banco Grameenl and Crediamigo do Banco do Nordeste), the present study confirmed the hypothesis on the use of microcredit as a feasible alternative for the compliance of the fundamental right to work to poor workers. Thus, the microcredit may be an instrument that value work in order to support citizenship.

KEYWORDS: LABOR LAW- SELF-EMPLOYED WORKERS- MICROFINANCES

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, deparou-se com mais uma crise do capitalismo que, ao estourar uma bolha de prosperidade americana, mostrou-se capaz de gerar incertezas políticas e econômicas em grande parte do globo. Esse colapso mundial provoca um importante efeito no dia-a-dia das pessoas, que pode ser sentido com grande intensidade: a diminuição dos postos formais de trabalho[1]. No brasil, percebe-se, também, a partir desse fato, cada vez mais, a falta de efetividade do direito do trabalho para expressiva parcela da população (mesmo que só se considere os 13,4% da população ocupada que estão empregados, mas não têm a carteira de trabalho e previdência social assinada, conforme indicam os dados do instituto brasileiro de geografia e estatística - ibge[2]).

Partindo-se do pressuposto de que o desemprego é estrutural[3], ou seja, “veio para ficar e tende a crescer” (viana, 1999, p.01), ter-se-á um número progressivo de trabalhadores que serão desempregados e levados, em razão de uma nova organização produtiva das empresas capitalistas[4], a se apresentarem como autônomos. É verdade que muitos serão autônomos apenas na aparência e não perderão a condição de subordinação. Para esses continuará a existir, pelo menos em tese, o direito do trabalho. Mas, o fato é que, além desses, há também os que serão autônomos reais e não terão um aparato normativo que lhes assegure proteção social no exercício do trabalho.

Para esses novos trabalhadores, que já surgem tão ou mais hipossuficientes que os empregados, virará as costas o direito, ou melhor, o direito do trabalho? Diante da diminuição dos postos formais de trabalho, que posição será tomada? O direito fechará os olhos para a realidade? Na lição de boaventura de sousa santos (2002), o direito deve variar em razão das demandas da sociedade. Se for assim, pergunta-se: o direito do trabalho, em face das mudanças econômicas e sociais, terá de mudar para proteger todos os trabalhadores? Ou, ao contrário, deverá manter o seu tradicional foco?

Levando-se em conta que o sentido do direito do trabalho é proteger o trabalhador hipossuficiente, novos instrumentos devem ser pensados e articulados, para se garantir a efetividade do direito social constitucional *ao* trabalho, nos termos do art. 6º da constituição federal de 1988, principalmente daqueles trabalhadores mais desfavorecidos economicamente. Dessa forma, evitam-se preocupações centradas, exclusivamente, no tipo de contrato estabelecido entre o trabalhador e o seu tomador de serviços, reconhecendo-se o polimorfismo do trabalho, conforme esclarece boaventura de sousa santos:

O trabalho regular a tempo inteiro e por tempo indeterminado foi o tipo ideal de trabalho que norteou todo o movimento operário desde o século xix, tendo, no entanto, tido uma aproximação na economia real apenas nos países centrais e apenas no curto período do fordismo. Esse tipo ideal está hoje a distanciar-se cada vez mais da realidade das relações de trabalho na medida em que proliferam as chamadas formas atípicas de trabalho e o estado promove a flexibilização da relação salarial. Neste domínio, a exigência cosmopolita assume duas formas. Por um lado, o reconhecimento dos diferentes tipos de trabalho só é democrático na medida em que cria em cada um deles um patamar mínimo de inclusão. Ou seja, o polimorfismo do trabalho só é aceitável na medida em que o trabalho permanece como critério de inclusão. Ora é sabido que a atipicização das formas de trabalho tem vindo a ser utilizada pelo capital global como modo disfarçado de transformar o trabalho em critério de exclusão, o que sucede sempre que os trabalhadores não conseguem com o seu salário passar o limiar da pobreza. (santos, 2006, p.379).

Instaura-se, então, a discussão para a formação de um direito do trabalho que vá além das fronteiras do emprego e esteja, em sua plenitude, voltado para a promoção e emancipação[5] de todos os trabalhadores. Reconhece-se, porém, que essa extensão do direito do trabalho é complexa. Só para se ter uma idéia, pode-se indagar, por exemplo, como se poderiam pagar férias (e quem as pagaria) a um pequeno artesão que vende seus produtos numa feira. Por outro lado, novos direitos trabalhistas, mais afetos às condições desses trabalhadores, poderiam ser elaborados. Junto a essa criação, poder-se-ia pensar também na aplicação de alguns princípios trabalhistas, como o da norma mais favorável e o da primazia da realidade. Essas são algumas alternativas.

Mas, paralelamente à extensão do direito do trabalho, é preciso criar condições materiais para que o autônomo hipossuficiente desenvolva o seu trabalho. Aliás, constata-se que a falta de recursos é um dos principais entraves para o desenvolvimento dos pequenos negócios, sejam os individuais ou os realizados em grupos. Assim, percebe-se a necessidade de que esses trabalhadores tenham acesso a mecanismos que lhes propiciem o desenvolvimento de um “trabalho decente[6]”. Só dessa forma tais sujeitos terão condições de prestar serviços de modo verdadeiramente autônomo[7].

Para se viabilizar essa conquista, propõe-se o acesso do trabalhador ao crédito, o que pode ser realizado por meio do microcrédito produtivo[8]. Nesse contexto, algumas experiências bem-sucedidas podem ser citadas, conforme se verá a seguir: o *grameen bank*, em bangladesh, e o programa crediamigo do banco do nordeste, no brasil.

A partir desse cenário e da constatação da necessidade de se elaborar estratégias jurídicas, econômicas, sociais e políticas que promovam o desenvolvimento das relações humanas e tenham como escopo principal a minimização da pobreza e da exploração do trabalho humano, entende-se que o microcrédito é capaz de potencializar as iniciativas de milhares de trabalhadores pobres, dando-lhes condições de conquistar cidadania e maior autonomia frente ao mercado.

Nesse contexto, defende-se que a “redescoberta democrática do trabalho é a condição *sine qua non* da reconstrução da economia como forma de sociabilidade democrática.” (santos, 2006, p. 377). Boaventura de sousa santos explica que, atualmente, vive-se um período de dessocialização da economia, em razão do liberalismo:

O consenso liberal em suas múltiplas vertentes tem um impacto profundo nos três dispositivos operacionais do contrato social. O impacto mais decisivo reside no processo de dessocialização da economia, na redução desta à instrumentalidade do mercado e das transações. É este o campo privilegiado do pós-contratualismo e do pré-contratualismo. Como vimos, no modelo da contratualização social da modernidade capitalista o trabalho foi a via de acesso à cidadania, quer pela extensão aos trabalhadores dos direitos cívicos e políticos, quer pela conquista de direitos novos específicos ou tendencialmente específicos do coletivo de trabalhadores, como o direito do trabalho e os direitos econômicos e sociais. A erosão crescente desses direitos, combinada com o aumento do desemprego estrutural, conduz à passagem dos trabalhadores de um estatuto de cidadania para um estatuto de *lumpen*-cidadania. Para a grande maioria desses trabalhadores, trata-se de uma passagem sem regresso, do contratualismo para o pós-contratualismo. (santos, 2006, p.330).

Para que ocorra essa redescoberta democrática do trabalho, na qual trabalho e cidadania se sustentam mutuamente, dentre outros fatores, duas ações devem ser empreendidas: a) no âmbito do direito do trabalho (o reconhecimento do “polimorfismo do trabalho”) e b) na condição econômica dos trabalhadores autônomos (acesso ao microcrédito).

2 PARA A REDESCOBERTA DEMOCRÁTICA DO TRABALHO

2.1 PRIMEIRA ATUAÇÃO: NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO

2.1.1 QUANTO AOS TRABALHADORES TEORICAMENTE JÁ PROTEGIDOS

Como já se observou[9], segundo dados do ibge, 44% da população ocupada está empregada com carteira assinada. Para esses trabalhadores, em tese, o direito do trabalho, nos moldes como está concebido na clt, já se concretizou. Mas, para os outros 13,4% que estão na informalidade, mas que são empregados, a proteção justrabalhista ainda não se manifestou. As razões para essa situação devem ser consideradas. Uma tem o claro intuito de lesar o trabalhador, quando o empregador, em condições financeiras

para tanto, retém dolosamente o pagamento dos créditos trabalhistas. A outra justificativa é o custo gerado pelos encargos fiscais – que podem não onerar tanto a pequena e a média empresas, mas às vezes quase inviabiliza micro-negócios.

No primeiro caso, a saída pode ser um acordo extra-judicial, no qual se estabeleça uma resolução voluntária para o conflito, que seja capaz de reparar os danos e prejuízos sofridos e que, ao mesmo tempo, estabeleça a constituição formal do vínculo de emprego, com a assinatura da carteira de trabalho. Caso o acordo não se materialize, o caminho é a justiça do trabalho.

No segundo caso, a alegação de que manter um empregado é caro não pode ser tida apenas como um argumento ideológico para a diminuição dos direitos trabalhistas. Muitas vezes, o custo pode ser, realmente, alto demais para as micro empresas[10]. Argumenta antônio álvares da silva que a não assinatura da carteira de trabalho, em alguns casos, decorre da condição econômico-financeira das empresas. Daí a importância de um tratamento especial do estado, que seja capaz de criar mecanismos legais que permitam às empresas atuarem na formalidade, em relação aos seus empregados. (silva, 2002, p. 43)

O essencial dessas considerações é a necessidade de se construir mecanismos que dêem efetividade ao direito do trabalho para os trabalhadores que já se encontram prestando serviços nos termos do art. 3º da clt[11], que define quem é empregado. Para esses trabalhadores, já existe uma alternativa elaborada nos planos legislativo e doutrinário: o direito do trabalho. Basta fazê-lo mais efetivo.

2.1.2 QUANTO AOS FRONTEIRIÇOS

Os índices do ibge, em relação à situação da população ocupada que está empregada, também poderiam ser aumentados se os que se encontram na fronteira entre o trabalho subordinado e autônomo passassem a ser considerados empregados. Essa medida se daria por meio da ampliação do conceito de subordinação, que passaria a ser interpretado de forma mais extensiva.

Um exemplo contrário a essa sugestão pode ser verificado na itália, onde se criou a parassubordinação[12]. Critica-se a parassubordinação porque ela tem gerado restrições interpretativas ao conceito de subordinação. Aparentemente não seria assim. A nova figura serviria, ao contrário, para estender aos não subordinados um pouco da proteção que se dá aos subordinados. Mas, as aparências enganam.

Antes de surgir essa figura, até os anos 70, para se verificar se havia relação de emprego, o parâmetro utilizado era o conceito de subordinação objetiva, que pode ser entendida “como a participação integrativa das atividades do trabalhador na atividade do credor do trabalho”. (vilhena, 2005, p. 526). Trata-se, na verdade, de um conceito muito mais amplo que o subjetivo, que se limita a caracterizar a subordinação por meio da manifestação rigorosa do poder diretivo do empregador. De algum tempo para cá, o movimento expansivo se inverte – senão tanto no campo da doutrina[13], pelo menos

no quotidiano das relações trabalhistas e na prática dos tribunais. E a parassubordinação fortalece essa guinada. Assim, tem se correlacionado esta figura ao conceito objetivo de subordinação e a do empregado à noção subjetiva desse elemento fático-jurídico[14]. O efeito direto dessa situação é a redução do número de trabalhadores que poderiam ser classificados como empregados.

Portanto, para se fortalecer o direito do trabalho, um dos caminhos é uma reação interpretativa que seja capaz de trazer o maior número de trabalhadores para a relação de emprego. Nessa esteira, como tem defendido o prof. Maurício godinho delgado, o ponto de identificação da subordinação deve ser a inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de serviço. (delgado, 2006, p. 164)

2.1.3 QUANTO AOS AUTÔNOMOS

Outra alternativa para a superação da crise do ramo justrabalhista, que complementa as apresentadas anteriormente, é a extensão do direito do trabalho para outros tipos de trabalhadores. Essa extensão do direito do trabalho culminaria no estabelecimento de direitos sociais para os autônomos. Mas, quem são esses trabalhadores? Sabe-se que há o autônomo real e o falso. Pode-se afirmar que este, em muitos casos, é aquele que assumiu essa condição forçadamente e não deixou de ser subordinado, em relação ao seu antigo empregador ou a outra pessoa que o contrate. Sua situação atual apenas tenta mascarar o fato de efetivamente continuar sendo um empregado.

Mas, apesar das fraudes, há um número expressivo de trabalhadores que podem ser considerados verdadeiros autônomos. Eles podem ser de dois tipos: o *clássico* e o *dependente economicamente*.

2.1.3.1 O AUTÔNOMO CLÁSSICO

O autônomo clássico reúne características singulares, que são capazes de distingui-lo do empregado. Conforme leciona paulo emílio ribeiro de vilhena, o trabalhador por conta própria pode ser definido como aquele que:

(...) Desenvolve sua atividade com organização própria, iniciativa e discricionariedade, além da escolha do lugar, do modo, do tempo e da forma de execução.em geral, como na empreitada e na prestação livre de serviços (anterior locação de serviços), os bens e instrumentos de trabalho pertencem ao prestador, como a ele cabem resultados, e é ele quem corre os riscos. No trabalho por *conta própria*, que é *autônomo*, tal axioma é absoluto. (vilhena, 1995, p. 532-533)

a partir dessa definição, percebe-se que o autônomo clássico pode estar em duas situações: ser hipossuficiente (como alguns catadores de materiais recicláveis) ou ter boa e estável condição financeira (como alguns médicos e advogados).

2.1.3.2 O AUTÔNOMO DEPENDENTE ECONOMICAMENTE

A espanha reconhece a existência do trabalhador autônomo dependente economicamente, desde 11 de julho de 2007, por meio da edição da lei nº 20, denominada de estatuto do trabalho autônomo[15]. Essa norma estabelece o regime profissional desse trabalhador e, em seu artigo 11, o conceito:

Art. 11. Conceito e âmbito subjetivo:

1. Os trabalhadores autônomos economicamente dependentes, a que se refere o artigo 1.2.d da presente lei, são aqueles que realizam uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal, direta e predominantemente para uma pessoa física ou jurídica, denominada cliente, da qual depende economicamente por perceber dele, pelo menos, 75% de seus rendimentos de trabalho e de atividades econômicas ou profissionais. (estatuto do trabalhador autônomo (espanha, 2007, tradução nossa).[16]

nesse mesmo artigo, o estatuto elenca as condições de desempenho da atividade econômica ou profissional, para que o trabalhador possa ser considerado autônomo economicamente:

A. Não ter empregados nem contratar ou subcontratar parte ou toda a atividade, tanto em relação à atividade contratada com o cliente do qual dependente economicamente como das atividades que podem ser contratadas com outros clientes.

B. Executar sua atividade de maneira diferenciada dos trabalhadores que prestem serviços sob qualquer modalidade de contratação por conta do cliente.

C. Dispor de infra-estrutura produtiva e material próprios necessários para o exercício da atividade e independente dos de seu cliente, quando naquela atividade forem relevantes economicamente.

D. Desenvolver sua atividade com critérios organizativos próprios, sem prejuízo das indicações técnicas que possa receber de seu cliente.

E. Perceber uma contraprestação econômica em função do resultado de sua atividade, de acordo com o pactuado com o cliente e assumindo o risco daquela. (espanha, 2007, tradução nossa).[17]

como se vê, a lei espanhola estabeleceu um critério objetivo para se caracterizar o dependente economicamente: determinou que só está nessa condição o trabalhador que tenha, pelo menos, 75% dos seus ganhos decorrentes da prestação de

serviços a um único cliente. A partir desse fato, percebe-se que esse tipo de autônomo está intimamente atrelado ao seu principal tomador de serviços. Este representa a sua fonte financeira mais segura e estável. Com essa extrema dependência, pode-se até questionar se esse trabalhador teria condições de atuar com autonomia. O medo de perder o contrato com esse "super" cliente não limitaria sua direção sobre a produção ou a prestação do serviço? Talvez essa extrema dependência econômica seja capaz de implantar uma situação de verdadeira subordinação, o que só evidencia a necessidade de se criar mecanismos de proteção legal para esse tipo de trabalhador.

a lei espanhola estabeleceu um sistema de proteção para o trabalhador economicamente dependente, porque verificou a presença de muitos trabalhadores que assumem os riscos de sua atividade econômica e atuam diretamente na execução das tarefas, sem auxílio de nenhum assalariado. Como esclarecido na justificativa do estatuto, "se trata, em definitivo, de um coletivo que demanda um nível de proteção social semelhante ao que tem os empregados" (espanha, 2007, tradução nossa)[18]. Em outras palavras, reconheceu-se a hipossuficiência do trabalhador autônomo economicamente dependente.

o fato é que, a exemplo dos espanhóis, os autônomos economicamente dependentes do brasil precisam de alguma proteção jurídica, porque também são hipossuficientes. Não se quer dizer, todavia, que os critérios para a classificação desse trabalhador devam ser os mesmos definidos pelo legislador estrangeiro. Para isso, ainda faltam pesquisas que constatem quantos e como sobrevivem esses trabalhadores brasileiros. Somente após se conhecer melhor esse universo, será possível se propor alguma legislação efetiva, que atenda às demandas e necessidades desse segmento.

2.1.4 a extensão de direitos

diante da situação dos autônomos, não é possível se desconsiderar a discussão sobre a necessidade de extensão do direito do trabalho a esses trabalhadores. Sobre o tema, têm-se as importantes considerações de manuel carlos palomeque lópez, catedrático de direito do trabalho da universidade de salamanca:

(...) Embora o autônomo não esteja incluído no perímetro do direito do trabalho isso não é obstáculo para que nossa disciplina não se mantenha atenta as conseqüências negativas de uma exclusão total do autônomo com o qual deve manter um cordão umbilical que evite a sua exclusão absoluta ainda que essa vinculação se faça de modo excepcional e para uma *discrecional laboralización parcial* justificada por motivos de política social e na perspectiva da extensão social aos autônomos dos direitos previstos pelo ordenamento jurídico aos assalariados. (lópez *apud* nascimento, 2008, p.1032)

o prof. Márcio túlio viana, por sua vez, vai mais além, ao refletir sobre a expansão do direito do trabalho para todos os que se encontram numa situação de dependência econômica:

Para alguns estudiosos, entre os quais nos incluímos, é preciso recuperar de algum modo a unidade de proteção, recolhendo numa espécie de rede todos os trabalhadores que se encontram em estado de dependência econômica. Desse modo, a proteção

alcançaria as múltiplas situações – emprego, desemprego, subemprego, informalidade – que hoje se alternam na vida do trabalhador. Apenas o *grau* dessa proteção é que seria variável. (viana, 2004, p. 134)

no caminho traçado pelo prof. Márcio túlio viana, a proposta que se vê como a mais adequada é que se estabeleça uma tutela jurídica especial voltada para a proteção dos trabalhadores que têm real necessidade, recuperando-se o cerne do direito do trabalho, que é o princípio da proteção[19].

ao se utilizar o princípio da proteção, para estender o direito do trabalho aos trabalhadores autônomos hipossuficientes (considerando-se os clássicos que estão nesta condição e os dependentes economicamente), tem-se, efetivamente, um forte argumento para essa proposta, sem se contrariar os fundamentos desse ramo especial do direito. O que, porém, não se sabe ainda são quais direitos trabalhistas poderiam ser transplantados para cada tipo de autônomo e quem pagaria por eles. Mas, a despeito dessa "inconclusão", entende-se que admitir a necessidade de ampliação de direitos, para além das fronteiras do emprego, já é um grande passo.

2.2 SEGUNDA ATUAÇÃO: NA CONDIÇÃO ECONÔMICA DOS TRABALHADORES AUTÔNOMOS

A construção de direitos para os autônomos, dada sua condição de hipossuficiência, é fundamental para lhes garantir melhores condições de trabalho e de inclusão social, como já visto. Mas, apenas elaborações justrabalhistas, que incluem uma expansão do direito do trabalho, não são suficientes para a promoção do trabalhador. Elas apenas lhes asseguram melhores condições de subsistência. Isso está demonstrado pela história de grande parte dos empregados que, mesmo com inúmeros direitos, continua empobrecida. Por essa razão, faz-se necessário também criar condições para que o trabalhador autônomo deixe de ser hipossuficiente ou economicamente dependente.

Logo, em relação ao autônomo hipossuficiente tem-se dupla demanda: por proteção jurídica e por instrumentos para lhe possibilitar alcançar a autonomia clássica. Nessa linha, a expectativa é que o autônomo consiga adquirir independência e saia da esfera de abrangência do direito do trabalho. Como se se traçasse uma linha evolutiva, da tutela para a emancipação, propõe-se que um instrumento capaz de, pouco a pouco, romper com essa condição do autônomo, é o seu acesso ao crédito. E, no caso, o mais adequado, dada à situação sócio econômica da maioria dos trabalhadores brasileiros, é a participação em programas de microcrédito produtivo.

Em condições que atendam às necessidades dos trabalhadores autônomos hipossuficientes, o microcrédito pode representar o estabelecimento de novas formas de atuação e de ampliação dos pequenos negócios, criar outros postos de trabalho (formais ou informais) e alargar a gama de clientes ou tomadores de serviços. Tudo isso, sem dúvidas, contribuirá para o estabelecimento de um novo autônomo, que será menos dependente economicamente. Isso, inclusive, pode garantir condições financeiras para

deixar a “cabana” do trabalhador brasileiro mais eletrônica, parafraseando alvin tofler (1993).

2.2.1 UMA ALTERNATIVA PARA A PROMOÇÃO DA AUTONOMIA DO TRABALHADOR: O MICROCRÉDITO

Da pobreza que assola o mundo e as cidades brasileiras, vem a necessidade de se pensar formas de diminuí-la e extinguí-la ou de, pelo menos, impedir que alguns trabalhadores, especialmente aqueles que perderam seus empregos, caiam em condições de miserabilidade. Em tempos de crise, como a que se enfrenta hoje, não é exagero dizer que os trabalhadores são os mais atingidos. Sem emprego, o trabalhador deixa de consumir, perde crédito e a economia deixa de girar em sua potência máxima, enfraquecendo-se. Individualmente, em curto prazo, os impactos do desemprego são terríveis: baixa auto-estima e relações sociais e familiares negativamente afetadas.

o desemprego também aprofunda a exclusão financeira dos brasileiros. Mesmo antes da crise, em 2004, segundo carlos eduardo carvalho e ricardo abramovay, o número de brasileiros que tinham acesso ao sistema financeiro já era alarmante: não passava de 43%. (carvalho; abramovay, 2004)

em relação ao acesso a financiamentos, o serviço brasileiro de apoio às micro e pequenas empresas – sebrae – (2009) também aponta a exclusão dos pequenos empresários: 95% deles não têm acesso ao sistema oficial de crédito. A dificuldade de se oferecer as garantias exigidas pelos bancos é uma das principais razões dessa situação. Ao se considerar esses fatores, uma das alternativas que pode amenizar os efeitos da crise para os trabalhadores é o microcrédito.

para se aprofundar a discussão sobre o microcrédito, faz-se necessário distingui-lo das microfinanças, que são uma “gama de serviços financeiros voltados ao perfil da população de baixa renda, tais como poupança, seguros e crédito ao consumo, dentre outros.” (ribeiro, carvalho, 2007, p. 48). Assim, pode-se perceber que o microcrédito é apenas um dos vários serviços financeiros que são compreendidos pelas microfinanças.

ao refletir sobre o termo microcrédito[20], já se pode inferir, obviamente, que se trata de um crédito pequeno, ou seja, não se está falando de grandes quantias. Conforme o professor antônio álvares da silva (2008), “crédito vem de crer. Do ponto de vista econômico, significa receber um bem imediatamente com a condição de pagá-lo no futuro.” Nesse sentido, também leciona silvana parente:

A palavra crédito, originada do verbo latino “credere” (crer, acreditar, confiar), tem, em sentido amplo, o significado de confiança, boa reputação. Na linguagem bancária, significa empréstimo, soma posta à disposição de alguém sob certas condições, para que faça uso dela e depois restitua ao dono; dar dinheiro a juros. Está embutida no conceito a idéia de que o tomador do dinheiro merece a confiança do emprestador, pois a transação não aconteceria sem o pressuposto de que a soma será devolvida acrescida de

juros no prazo estabelecido entre as partes. O prefixo grego micro significa pequeno. Quando associado á palavra crédito, assume a conotação de crédito de pequena monta. (parente, 2002, p.14)

uma das peculiaridades do microcrédito é, em geral, o empréstimo para um grupo solidário formado por pessoas empobrecidas. Em troca do pagamento de juros bem mais reduzidos do que os praticados no mercado financeiro convencional, os programas de microcrédito emprestam, muitas vezes sem finalidade lucrativa, para os que necessitam desenvolver um negócio ou potencializar a produção.

especialmente a partir dos anos 70, tem-se vivenciado experiências que, reunidas, estruturam, de certa forma, uma tecnologia do microcrédito. Isso não quer dizer que todas as instituições de microfinanças (imfs) do mundo ajam da mesma forma. Cada comunidade tem suas especificidades culturais, religiosas e econômicas, que exigem a aplicação de metodologias apropriadas para a concessão do microcrédito, além, é claro, da criatividade dos que emprestam e da legislação local. Mas, segundo cristiana tuaf ribeiro e carlos eduardo carvalho, os instrumentos mais relevantes que se tem identificado para a concessão do microcrédito, atualmente, são:

A) aval solidário: consiste na formação de grupos de tomadores de empréstimos que se responsabilizam solidariamente pelo compromisso com o a imf. O descumprimento das cláusulas contratuais por um dos integrantes (inadimplência) implica penalidades a todos os demais. Além disso, a obediência às cláusulas contratuais reverte em benefícios a todos os integrantes do grupo, que poderão tomar empréstimos sucessivamente. Esse instrumento dá uma solução ao problema de seleção adversa, uma vez que o grupo não se constituirá se não houver confiança mútua entre os integrantes. Ao montar um grupo, essa confiança será orientada pelo grau de risco que os tomadores estão dispostos a assumir. Portanto, tomadores com maior aversão ao risco procurarão parceiros cujos projetos sejam mais seguros.

B) monitoramento mútuo: o aval solidário também traz a vantagem adicional de o monitoramento ser feito pelo próprio grupo, reduzindo os custos de transação do credor e minimizando o problema do risco moral. Isso ocorre porque é de interesse do grupo que nenhum dos tomadores incorra em inadimplência, comportamento que prejudicaria os demais integrantes.

C) incentivos progressivos: consiste na possibilidade de renovação ou contratação de novos empréstimos em montantes progressivamente elevados, tendo como premissa a pontualidade do tomador na quitação do empréstimo anterior. Esse instrumento possibilita a redução de custos de transação, uma vez que os montantes se elevam e a necessidade de monitoramento do tomador se reduz a cada empréstimo quitado. Outro mecanismo utilizados pelas imfs, como incentivo aos tomadores, é a devolução de parte dos juros como um bônus pela pontualidade do pagamento.

D) agente de crédito: responsável por todas as etapas, desde o primeiro contato até a liquidação da transação e a renovação do crédito, trabalha diretamente nas comunidades, identificando o potencial dos pequenos e microempreendedores, formais e informais.

E) parcelamento do pagamento em períodos curtos: as imfs costumam parcelar o pagamento dos empréstimos em períodos curtos, que se iniciam logo após a concessão do empréstimo. Esse instrumento permite que o credor acompanhe a capacidade de pagamento do tomador, diminuindo os riscos de inadimplência. Adicionalmente, o tomador não fica sobrecarregado ao final do prazo do empréstimo e a imf ganha liquidez praticamente imediata para conceder novos empréstimos.

F) garantias alternativas ou intangíveis: as garantias reais podem ser substituídas por garantias baseadas na confiança e no acompanhamento dos clientes, sob a forma de aval ou grupo solidário (item 'a"). Outro tipo de garantia intangível é a seleção de um bem que tenha importância significativa para o candidato (ainda que sua execução não seja viável para a imf), de forma que se disponha a fazer o maior esforço possível para evitar sua perda.

G) empréstimos rápidos: processo de análise e decisão ágio, eliminando ao máximo os entraves burocráticos.

H) sanções não financeiras: não renovação do crédito em caso de atraso ou inadimplência de empréstimo individual ou grupal. (ribeiro; carvalho, 2007, p. 45)

na maioria desses mecanismos, percebe-se que a confiança é fundamental para o desenvolvimento dos programas de microcrédito, como fica evidenciado na figura do "aval solidário". Por essa característica, o sucesso e expansão do microcrédito estão atrelados - além da existência de iniciativas e políticas públicas especiais - à presença de capital social[21] nas comunidades. Os mesmos elementos subjetivos que compõem o conceito de capital social podem ser encontrados na definição de microcrédito: solidariedade e confiança.

2.2.2 A EXPERIÊNCIA DO GRAMEEN BANK

Nos anos 70, muhammad ynus iniciou uma verdadeira transformação em bangladesh, país de maioria muçulmana. Ele tinha um objetivo principal: pôr fim à pobreza num dos países mais pobres do mundo. Aliada à constatação da miséria de seu país, a ação de yunus começou a partir da conclusão indignada de que as sofisticadas teorias econômicas que lecionava na universidade de chittagong não eram suficientes para explicar a terrível realidade de fome e miséria que era vivenciada nas aldeias de bangladesh[22]. Assim, ele questionava: "onde estava a teoria econômica que dava conta de sua vida real? Como continuar a contar histórias de faz-de-conta a meus alunos em nome da economia?" (yunus, 2006, p. 14). Ao buscar experimentar a realidade e romper com o "academicismo", yunus pôde perceber a enorme opressão que assolava parte substancial dos moradores de bangladesh, a partir de simples conversas, como a que se transcreve abaixo:

- como a sra. Se chama?

- sufia begum.

- quantos anos tem?

- vinte e um anos.

- o bambu é da sra?

- sim.

- como a sra. O obtém?

- eu o compro.

- quanto ele custa?

- cinco takas. (isso representava na época 22 *cents.*)

- a sra. Tem esses 5 takas?

- não, eu peço emprestado dos *paikars.*

- os intermediários? O que a sra. Combina com eles?

- eu preciso vender para eles meus tamboretes de bambu no fim do dia para devolver o dinheiro emprestado. O que sobra é meu lucro.

- por quanto a sra. Vende o tamborete?

- cinco takas e 50 paisas.

- então a senhora tem um lucro de 50 paisas.

Ela assentiu com a cabeça. Isso equivalia a 2 *cents,* nem mais nem menos. (yunus, 2006, p. 18)

a partir desse diálogo e da constatação de outros casos semelhantes, yunus concluiu que essas pessoas precisavam de crédito, só que o valor necessitado era irrisório. Ele resolveu, então, emprestar, de seu próprio bolso, 27 dólares para 42 pessoas. Assim começou o grameen bank ou banco da aldeia.

desde então, o desafio enfrentado foi a arrecadação de fundos, para transformá-los em novos empréstimos. Inicialmente, como os bancos se recusavam a emprestar aos mais pobres, que não tinham como oferecer garantia, a saída encontrada por yunus foi se tornar fiador de todos os verdadeiros solicitantes. (yunus, 2006, p. 108).

como esse sistema de empréstimos, baseado na fiança de um terceiro, era bastante trabalhoso e complicado, o apoio do banco agrícola, banco comercial que já existia em bangladesh, foi fundamental para desenvolver as idéias de yunus sobre os empréstimos para os mais pobres. Yunus recebeu a autorização para abrir uma agência do banco agrícola em jobra, local de suas experiências, e aplicar novos métodos para a concessão de crédito.

na tentativa de ampliar seu projeto, yunus foi desafiado a fazê-lo funcionar em um local onde ele não fosse conhecido e nunca tivesse lecionado. Com o apoio do banco central, em 1979, iniciou-se, então, a implantação do projeto em tangail, região prestes a passar por uma guerra civil, que sofria com guerrilhas pertencentes a um movimento marxista dissidente clandestino, o exército do povo (gono bahini).

apesar das circunstâncias aparentemente desfavoráveis, a experiência em tangail foi um sucesso: "em novembro de 1982, o número de membros do banco grameen atingiu 28 mil, dos quais menos da metade (11 mil) eram mulheres" (yunus, 2006, p. 177). A partir de então, sob novos desafios, o projeto de yunus se espalhou por bangladesh, consolidando seu sistema de empréstimo aos pobres baseado na seguinte constatação: "nós observamos como funcionam os outros bancos e fizemos o contrário". (yunus, 2006, p. 151).

o banco grameen faz empréstimos a partir da constituição de um grupo de 5 pessoas, elaborando um verdadeiro aval solidário.

Todo candidato a um empréstimo é encarregado de constituir um grupo com pessoas não aparentadas mas que tenham a mesma mentalidade e o mesmo *status* socioeconômico. Os pedidos de empréstimos individuais devem ser aprovados pelo grupo, que a partir de então se sente moralmente responsável por eles. Em caso de dificuldade, os membros do grupo se ajudam uns aos outros. (yunus, 2006, p. 135-136)

outra estratégia de yunus foi a concessão de empréstimos, prioritariamente, para as mulheres (94% dos seus beneficiários), em razão da constatação de que elas, na medida em que pensam mais no bem-estar da família, são melhores agentes de desenvolvimento do que os homens. Além disso, essa estratégia buscava atribuir à mulher um papel mais importante na comunidade muçulmana, que as trata como cidadãs de segunda categoria. Nesse sentido, yunus percebeu um verdadeiro "empoderamento" das mulheres em suas relações familiares. Isso pode ser notado no diálogo abaixo, travado entre o "banqueiro" e o marido de uma das financiadas do banco grameen:

- o senhor está contente por ela ter entrado? Ou o senhor acha que teria sido melhor ela não ter entrado?

- não, não, estou contente por ela ter entrado. Ela ficava reclamando que nós não tínhamos comida suficiente e agora não reclama mais. Temos o bastante para nós três.

(...)

- mas tem uma coisa: eu gostava de bater na minha mulher. Mas da última vez que bati nela tive um problema. As mulheres do grupo de empréstimo de farida discutiram e gritaram comigo. Eu não gostei disso. Quem deu a elas o direito de gritar comigo? Eu posso fazer o que bem entender com a minha mulher. Antes, quando eu batia nela, ninguém dizia nada, ninguém se metia. Mas agora isso acabou. O grupo de empréstimo dela me disse que vai ser duro comigo se eu bater nela outra vez. (yunus, 2006. P. 149-150, grifo nosso)

dentre outras especificidades interessantes do banco grameen, destacam-se as seguintes: a) seus agentes vão até os clientes. É o banco que vai até as pessoas; b) os clientes do banco não precisam demonstrar imunidade, apenas têm de provar que são pobres; c) o banco não se preocupa com a atividade econômica que seus financiados pretendem realizar; d) o banco, por meio de visitas, acompanha o desempenho financeiro de seus clientes; e) o banco gasta pouco tempo para liberar o empréstimo.

por todas essas características, o banco grameen alcançou resultados extremamente positivos e mostrou ao mundo um exemplo de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda, por meio da concessão de pequenos empréstimos aos mais pobres.

O banco grameen já atingiu 12 milhões de indivíduos, ou seja, um décimo da população de bangladesh. Estudos independentes destacaram que no espaço de dez anos o grameen conseguiu tirar da pobreza um terço dos indivíduos a quem emprestou dinheiro e elevar outro terço acima do limite de pobreza. (yunus, 2006, p. 40)

o balanço do grameen dá uma dimensão do tamanho do banco:

Em dezembro de 1997, o banco grameen ultrapassou a marca dos 2,4 bilhões de dólares em empréstimos realizados. Ultrapassamos o primeiro bilhão de dólares em março de 1995, cerca de dezoito anos depois do início da nossa jornada em 1976, com 27 dólares concedidos a 42 pessoas. Levamos apenas 27 meses para chegar ao segundo bilhão de dólares.

A quantidade de empréstimos feitos pelo banco grameen anualmente supera a quantidade total dos empréstimos rurais feitos por todos os bancos de bangladesh juntos.

Em dezembro de 1997, o grameen tinha 1.105 agências que, em 38 mil aldeias, atendiam 2,27 milhões de clientes, com empréstimos efetuados na porta de suas casas. Possui quase 13 mil funcionários. O grameen recebe uma média de 1,5 milhão de dólares em prestações mensais. (yunus, 2006, p. 334)

2.2.3 O PROGRAMA CREDIAMIGO DO BANCO DO NORDESTE

O crediamigo é um programa de microcrédito produtivo orientado. Seu objetivo é facilitar o acesso ao crédito a empreendedores que desenvolvem atividades relacionadas à produção, à comercialização de bens e à prestação de serviços. Paralelamente ao crédito, o crediamigo oferece aos empreendedores acompanhamento e orientação para melhor aplicação do recurso, a fim de integrá-los de maneira competitiva ao mercado. Além disso, o programa abre conta corrente para todos os seus clientes, sem cobrar taxa de abertura e manutenção, o que facilita o recebimento e a movimentação do crédito. (banco do nordeste, 2009).

desde 2003, o banco do nordeste atua em conjunto com o instituto nordeste cidadania, uma oscip[23], com o objetivo de operacionalizar o crediamigo, tendo em vista o programa nacional de microcrédito produtivo orientado – pnmpo - do governo federal[24]. De acordo com o termo de parceria, o instituto é responsável pela execução do crediamigo, a partir da metodologia de empréstimos já desenvolvida pelo banco do nordeste, e zelar pela qualidade e eficiência das ações e serviços prestados.

assim, o banco do nordeste atua em primeiro piso, acompanhando, supervisionando e fiscalizando o cumprimento do termo de parceria, e proporcionando o apoio necessário ao instituto nordeste cidadania, para que o objeto do termo de parceria seja alcançado plenamente. O banco mantém, sob sua responsabilidade, o deferimento das propostas de crédito que lhes são encaminhadas e a liberação das parcelas concedidas aos beneficiários.

atualmente, o crediamigo é o maior programa de microcrédito do brasil e seu desempenho, desde 2001, conforme os gráficos abaixo, dão a dimensão de seu tamanho e importância.

Gráfico 1: crediamigo contratações

Fonte: banco do nordeste

conforme se pode aferir, a partir da leitura dos gráficos, entre 2001 e outubro de 2008, o programa crediamigo realizou 4.795.112 operações de crédito, o que corresponde a um desembolso acumulado de mais de quatro milhões de reais.

o banco também informa que, conforme dados de abril de 2008, o crediamigo apresenta considerável capilaridade, ao atingir o nordeste, e parte dos estados de minas gerais e espírito santo e de brasília.

conforme os gráficos abaixo, observa-se que a maioria das contratações do crediamigo, de 1998 até 2007, foi realizada no ceará (998.550). Em seguida, observa-se um grande número de financiamentos realizados na bahia (542.110) e no maranhão (448.366). Por último, está o distrito federal com 2.621 empréstimos realizados.

Gráfico 2: crediamigo contratações

Fonte: banco do nordeste

o valor médio dos 794.446 empréstimos realizados em 2008 (dados contabilizados até outubro de 2008) foi de r$1.051,21. Se forem considerados os empréstimos acumulados, verifica-se que 64% dos tomadores são mulheres, contra 36% do sexo masculino.

como o grameen bank, o programa crediamigo tem as mulheres como suas principais clientes, o que confirma, também no brasil, o papel da mulher como um agente central de desenvolvimento das comunidades periféricas, foco das políticas de microcrédito.

outra similaridade importante é o aval solidário, que pode também ser chamado de colateral social, de acordo os economistas. Como os pobres não têm bens disponíveis, esse é o principal mecanismo que permite o acesso desses sujeitos ao microcrédito, pois substitui a tradicional garantia exigida pelos bancos no momento da concessão dos empréstimos. A partir do aval solidário, pode-se afirmar que capital social e microcrédito se fortalecem mutuamente.

em relação ao retorno financeiro dos financiados, os números evidenciam um crescimento expressivo de faturamento e lucro, conforme se verifica abaixo:

Constatamos entre as pequenas unidades produtivas servidas pelo programa, taxas de crescimento de faturamento e de lucro, entre o primeiro e último empréstimo, na ordem de 15%, com redução de dependência de outras fontes de rendas, sem que haja subsídio implícito ou explícito na operação.

No caso do lucro operacional – o correspondente mais próximo da renda do trabalho das pesquisas domiciliares – exercícios multivariados mostraram que o impacto do programa em termos de crescimento foi um aumento de 30,7%. O lucro operacional médio mensal, que no primeiro período era de r$975, passou para r$1.333 em dezembro de 2006, o que corresponde a uma variação de 36,7%. Esse aumento verificou-se de forma equilibrada para os mais diversos segmentos da sociedade, como entre as diferentes faixas etárias, estados civis, gêneros e graus de escolaridade. Já o lucro operacional mediano, que no primeiro período era de r$709, passou para r$1.173 em 2006, o que corresponde a um aumento de 47%, de onde podemos concluir que, além do lucro dos clientes ter aumentado substancialmente, que este aumento foi relativamente maior para clientes com menor nível de lucro.

O lucro bruto médio dos clientes, que era de r$1.166, passou para r$1.576, um crescimento de 35,1%, resultado de um crescimento na média de recebimento de vendas de 34,6%, de r$3.149 para r$4.238 e na média dos pagamentos com materiais de 41,8%, de r$1.966 para r$2.662. Isto é, tanto o faturamento quanto os custos das microempresas apresentaram considerável incremento, com um resultante aumento substancial no lucro bruto agregado dos clientes, o que demonstra claramente que houve uma substancial expansão no tamanho médio dos negócios. Já no que se refere aos valores medianos, observamos que os valores do lucro bruto mediano nos dois períodos foram r$609 e r$808 – um aumento de 32% -, do faturamento foram de r$2.274 e r$3.500 e do pagamento com materiais r$1.264 e r$2.000, bem menos elevados do que os valores médios observados, o que deixa claro que há uma substancial desigualdade entre os clientes do programa, com poucos clientes com negócios de porte razoável e muitos clientes com pequenos negócios. (neri, 2008, p.11)

entre os clientes do crediamigo, o consumo também aumentou:

Verificamos um aumento de 28,2% nas despesas pessoais dos clientes e suas famílias, que, em média, se elevaram de r$364 para r$466, assim como seus valores medianos,

que também se elevaram, embora um pouco menos, 22,8%, de r$289 para r$355. Uma análise controlada apontou para um crescimento de 13% destas despesas relativas ao consumo das famílias entre os períodos. (neri, 2008, p.11)

o programa de microcrédito produtivo orientado do crediamigo também se revelou um instrumento importante de combate à pobreza e confirmou a tese de que é possível a realização de políticas públicas não assistencialistas, capazes de promover o bem-estar da população mais pobre.

Os resultados do programa de empréstimos do crediamigo em termos de redução de pobreza dos beneficiários são expressivos: apenas 1,5% dos não miseráveis cruzaram no sentido descendente a linha de pobreza, enquanto 60,8% daqueles que se situavam abaixo da linha de pobreza saíram dessa condição de miserabilidade. Reportamos aqui os resultados a partir da linha de r$117 regionalizados pelo custo de vida calculados a partir da linha da fgv, mas que são robustas para linhas de outras instituições como o ipea, ou usando o salário mínimo como linha de corte. Podemos constatar um índice de sucesso em sair da condição de pobreza bastante alentador para o programa crediamigo (60,8% para lp-fgv, 50% para lp-ipea e 48,1% para lp-sm). Observamos também que a proporção de clientes em situação reversa, ou seja, reduções de renda ao nível de pobreza foram muito pequenas, sugerindo uma alta eficácia do programa em retirar as pessoas da condição de pobreza inicial na qual se encontravam. (neri, 2008, p.13)

em relação ao programa crediamigo, ainda é importante destacar sua sustentabilidade. O crediamigo é lucrativo, mas não abusivo, “de 50 reais por cliente ao ano” (neri, 2008, p.11), sendo considerado suficiente para manter seus custos operacionais com o microcrédito. As baixas taxas de inadimplência também garantem a manutenção do programa. (neri, 2008, p.66),

por todos esses dados, vê-se que não é um exagero comparar o crediamigo ao grameen bank e percebe-se que o banco do nordeste tem potencial para promover uma transformação econômica e social no nordeste brasileiro, por meio das características do microcrédito: aval solidário (que incrementa o capital social da região), sustentabilidade do programa (independência de subsídios), superação da pobreza, empoderamento das mulheres em suas relações familiares e sociais (principais clientes) e o fato de o programa dar conta, atualmente, de 60% do mercado de microcrédito no brasil. (neri, 2008, p.13)

3 CONCLUSÃO

As pessoas que desenvolvem atividades mais simples, menos qualificadas, estão sendo esquecidas. Pouco a pouco, vão sendo levadas para a periferia do sistema, porque as fábricas não as comportam mais. O que lhes sobram são as tarefas nas oficinas caseiras, o trabalho anônimo nas ruas ou a prestação de serviços, sem vínculo –

real ou apenas formal - de emprego, inclusive para aquele que já foi o seu patrão. Para se perceber isso não é sequer necessária uma pesquisa, basta olhar ao redor.

não obstante, muitas vezes, os acadêmicos não encaram isso como um problema para o direito. Os juristas preferem deixar essas questões para os sociólogos. Assim, furtam-se da necessidade de pensar soluções compromissadas com a cidadania e a inclusão social dos mais pobres. No campo específico do direito do trabalho, as coisas não são muito diferentes. Apesar das transformações sociais e econômicas, que mudaram o modo de se produzir e a relação do homem com o trabalho, grande parte dos que se dedicam ao estudo dessa área do direito continua resistente à necessidade de se realizarem alguns ajustes teóricos. De certa forma, isso se explica pelo temor de que as mudanças gerem retrocessos em relação aos direitos conquistados. Ou seja, não se mudam as regras do jogo, para não se correr o risco de perdê-lo completamente. Apesar de se constatar esse intuito, essa posição pode não ser a mais conveniente para os trabalhadores, porque o cenário atual não indica que o direito do trabalho tenha contemplado expressiva parcela da população ocupada no brasil.

na verdade, o direito do trabalho precisa mudar, para realizar um movimento de inclusão. Deve abrir suas portas, deixando entrar os autônomos. Mas, não todos eles – apenas os hipossuficientes e os economicamente dependentes. Assim, manterá o compromisso com o princípio da proteção, que é o seu norte. E ao mesmo tempo alargará o campo dessa mesma proteção, de modo a transformar-se, verdadeiramente, num direito social, segundo a expressão de cesarino junior. (cesarino junior *apud* sussekind *et al*, 2005, p. 106)

mas, isso não é o mais importante. O conteúdo desse moderno direito é o que importa. E é sobre esse conteúdo que ainda pairam as principais dúvidas. Quais direitos poderão ser transferidos para os autônomos? Como eles serão pagos? São questões ainda sem respostas satisfatórias. Talvez se esteja ainda preso demais aos padrões clássicos do direito do trabalho e, por isso, não se consiga, por exemplo, formular outros direitos que tenham também o fim de proteger aos autônomos. O fato é que, como se encontram, alguns autônomos, mesmo sendo tão hipossuficientes como os empregados, não têm acesso a um sistema de proteção jurídica.

além disso, esses autônomos não têm tido condições de se estabelecer no mercado. Faltam-lhes condições para a compra de ferramentas, pequenas máquinas e até equipamentos de segurança. Muitas vezes, os locais de realização do trabalho são precários e comprometem a saúde. Assim, esses trabalhadores não encontram meios para realizar um serviço ou obra mais qualificada. Essa situação não permite que eles tenham verdadeira autonomia e os deixam sem condições de negociar valores e até a forma de produção. Na verdade, a falta de recursos lhes deixam dependentes economicamente de seus clientes, fazendo com que fiquem ligados a um ou a poucos deles. E, isso, inclusive, pode até gerar uma situação de subordinação jurídica. Se se tem poucos clientes e faltam condições para uma produção mais bem elaborada, acaba-se cedendo às pressões dos que têm melhores condições financeiras, com a justificativa de que “é melhor pingar do que faltar”. Assim, o trabalhador autônomo acaba perdendo a sua criatividade na produção e a sua liberdade na condução do próprio negócio.

em razão dessas constatações, entende-se que esses trabalhadores têm uma demanda considerável por acesso ao crédito. A partir da análise das experiências do

banco grameen e do banco do nordeste, entende-se que o microcrédito é capaz de potencializar as iniciativas de milhares de trabalhadores pobres, dando-lhes condições de conquistar cidadania e maior autonomia frente ao mercado.

o microcrédito, portanto, pode criar condições para que o trabalhador autônomo hipossuficiente e o dependente economicamente adquiram o *status* de autônomos clássicos. Se atingirem essa condição, pode-se até dispensar a proteção do ramo justrabalhista, pois a este não cabe tutelar os que não necessitam. Por essa razão, o microcrédito pode promover a emancipação dos trabalhadores e a realização do direito fundamental ao trabalho digno. Além disso, os programas de microcrédito, especialmente a partir da figura do aval solidário, permitem incrementar o capital social nas comunidades onde atuam. E isso, sem dúvida, fortalece os laços de solidariedade entre vizinhos e familiares e gera maior interesse das pessoas por seus bairros, vilas ou favelas. Enfim, pode-se instaurar um ambiente mais favorável à organização social.

assim, se essas condições forem observadas, poder-se-á dar início à "redescoberta democrática do trabalho", para se fazer a "reconstrução da economia como forma de sociabilidade democrática" e se voltar a ter o trabalho como um dos principais alicerces da cidadania. (santos, 2006, p. 377).

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANCO DO NORDESTE. Programa crediamigo. 2008. Disponível em: <http://www.bnb.gov.br/content/aplicacao/Produtos_e_Servicos/Crediamigo/gerados/o_que_e_objetivos.asp>. Acesso em: 12 jan. 2009.

CARVALHO. Carlos Eduardo; ABRAMOVAY, Ricardo. O difícil e custoso acesso ao sistema financeiro. In: SANTOS, Carlos Alberto dos. (Org). *Sistema Financeiro e as micro e pequenas empresas* – Diagnósticos e perspectivas –. SEBRAE: Brasília, 2004. p. 17-45.

CARVALHO. Eduardo Carlos; RIBEIRO. Cristina Tauf. *Do microcrédito às microfinanças:* desempenho financeiro, dependência de subsídios e fontes de financiamento. São Paulo: FAPESP; EDUC, 2006. 210p.

CAVALCANTE. Anderson Tadeu Marques. M*icrocrédito e pobreza:* princípios teóricos e análise da realidade brasileira. 2002. 47f. Monografia (Graduação em Ciências Econômicas) – Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002.

COSTA. Maria Luciana da. *O microcrédito e a geração de emprego e renda no norte de Minas:* ênfase ao crediamigo do Banco do Nordeste. 2001. 126f. Dissertação (Mestrado em Ciências Econômicas) – Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista do Direito do Trabalho*. São Paulo, n. 123, ano 32, p. 143-165, jul./set. 2006.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica.* 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.252.

ESPANHA. *Estatuto do trabalhador autônomo.* 2007. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/l20-2007.t2.html#c3>. Acesso em:02 jan. 2009.

ESTIGARA. Adriana. *Desenvolvimento sustentável, democracia econômica e políticas públicas:* uma análise a partir do microcrédito. 2008. 232f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.

GUSTIN. Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos:* ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 230p.

GUSTIN. Miracy Barbosa de Sousa. *Resgate dos direitos humanos em situações adversas de países periféricos*. Disponível em: <www.elocidadania.org.br> Acesso em: 08 jan. 2009.

HEILBRONER, Robert L. *Introdução à história das idéias econômicas.* 5.ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981. 321p.

HEILBRONER, Robert L. *O capitalismo do século XXI.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. 132p.

HUBBERMAN, LEO. *A história da riqueza do homem.* 21.ed. Rio de Janeiro: LTC. 286p.

Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM. *A Expansão das Microfinanças no Brasil.* 2003. Disponível em: <http://www.forumdemicrofinancas.org.br/IMG/pdf/doc-47.pdf>. Acesso em 17 jan. 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Economia Informal Urbana 2003*. Disponível no site: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/ecinf/2003/ecinf2003.pdf>. Acesso em 14 jan. 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Pesquisa Mensal de emprego:* novembro de 2008. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 14 jan. 2009.

LAKATOS, Sílvia. José Pastore defende realização de reforma trabalhista e combate à informalidade. Disponível em: < http://www.fiesp.com.br/agencianoticias/2006/11/13/8136.ntc>. Acesso em: 31 jan. 2009.

MARTINS, Paul Haus. *Manual de regulamentação das microfinanças:* programa de desenvolvimento institucional. Rio de Janeiro: BNDES, 2002.

MARX, Karl. Da manufatura à fábrica automática. In: GORZ, André (org.). *Divisão social do trabalho e modo de produção capitalista*. Porto: Publicações Escorpião, 1976. p.21-31.

MELLO, Renato Cotta; ROCHA, Angela da. (orgs.) *O desafio das microfinanças.* Rio de Janeiro: Mauad, 2004. 239p.

NASC IMENTO. Amauri Mascaro. O alargamento das fronteiras do direito individual do trabalho. *Revista LTr.* São Paulo, v. 72, n. 07, p. 775-781, jul. 2008

NASC IMENTO. Amauri Mascaro. O autônomo depende econômico na nova lei da Espanha. *Revista LTr.* São Paulo, v. 72, n. 09, p. 1.031-1.035, Set. 2008

NERI, Marcelo Côrtes (org.) *Microcrédito, o mistério nordestino e o grameen brasileiro.* Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Microcrédito.* 2003. Disponível em: < http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasilia/act/progr/prg_esp/microcredt.htm>. Acesso em 12 jan. 2009.

PARENTE. Silvana. *Microfinanças:* saiba o que é um banco do povo. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002. 192 p.

PEREIRA. Fernando Batista. *Microcrédito e a democratização do mercado financeiro:* o caso do Banco Popular de Ipatinga – MG. 2004. 129f. Dissertação (Mestrado em Ciências Econômicas) – Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

Rede ANDI Brasil. *Release de Parceiro*. 2008. Disponível em: <http://www.redeandibrasil.org.br/em-pauta/premio-citi-melhores-microempreendimentos-concedera-mais-de-r-50-mil-em-dinheiro/>. Acesso em: 23 jan. 2009.

RIFKIN. JEREMY. *O fim dos empregos:* o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo. São Paulo: M. Books do Brasil, 2004. 340p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente:* contra o desperdício da experiência. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo:* para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006. 511p.

Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE-. Microfinanças. Disponível em:<http://www.sebraemg.com.br/Geral/VisualizadorConteudo.aspx?cod_conteudo=107&cod_areasuperior=2&cod_areaconteudo=73&cod_pasta=74&navegacao=%C1REAS

_DE_ATUA%C7%C3O/Acesso_a_Servi%E7os_Financeiros/Microcr%E9dito>. Acesso em 10 jan. 2009.

SILVA. Antônio Alvares. Capitalismo em crise. 2008. Disponível em: <www.trt.gov.br>. Acesso em 08 jan. 2009.

SILVA. Antônio Alvares. *Curso de direito do trabalho.* 5.ed. São Paulo: LTr, 2006. 1471p.

SILVA. Antônio Alvares. *Flexibilização das relações de trabalho.* São Paulo: LTr, 2002. 189p.

SILVA. Antônio Alvares. *Pequeno tratado da nova competência trabalhista.* LTr, 2005. 440p.

SUSSEKIND, Arnaldo *et aL. Instituições de direito do trabalho*. 22.ed. São Paulo: LTr, 2002. 1645p.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda.* 19.ed. Rio de Janeiro: Record, 1993.491p.

VASCONCELOS. Lorena Porto. A Relação de emprego e a subordinação – a matriz clássica e as tendências expansionistas. *Revista LTr*, vl. 72. Jul. 08. P. 815-826.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – o Direito do Trabalho no limiar do século XXI. *Revista LTr.* São Paulo, v. 63, n. 07, p. 891-896, jul. 1999.

VIANA, Márcio Túlio. As andanças da economia e as mudanças no Direito .In: VIANA, M.T.; RENAULT, L. O. L. ; MELAZO, F. . O Novo Contrato a Prazo: Crítica, Teoria e Prática. 1. ed. , 1998. v. 1. p. 17-31.

VIANA, Márcio Túlio. O movimento sindical, o congresso da CUT e a reforma trabalhista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.* Belo Horizonte, n.43, jul-dez. 2004.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. Revista LTr: legislação do trabalho, v. 67, n. 7, p. 775-790, jul. 2003.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego*: estrutura legal e supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995. 784p.

YNUS, Muhammad. *O banqueiro dos pobres.* São Paulo: Ática, 2006. 342p.

YNUS, Muhammad. *Um mundo sem pobreza:* a empresa social e o futuro do capitalismo. São Paulo: Ática, 2008. 263p.

[1] “Os indicadores do mercado de trabalho começaram a sentir os impactos da crise financeira internacional. A taxa de desemprego registrada em novembro foi superior à de outubro — passou de 7,5% para 7,6% —, segundo a Pesquisa Mensal de Emprego (PME) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE). Somente no ano de 2004 a desocupação havia aumentado no período. O volume de pessoas ocupadas no total da população caiu 0,4% em relação a outubro. Nem o comércio conseguiu segurar os indicadores. O setor diminuiu em 0,6% o número de funcionários em apenas um mês. Mesmo com a proximidade do Natal, de acordo com a pesquisa, 25 mil pessoas perderam o emprego no setor, nas seis regiões metropolitanas pesquisadas pelo IBGE — Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre. ‘Algo estranho está acontecendo. Em novembro tivemos uma situação atípica com a queda da população ocupada. Esse pode ser o primeiro indício de que a crise está afetando o mercado de trabalho’, afirma o gerente da Pesquisa Mensal de Emprego (PME), Cimar Azeredo.” (FLORES, 2008).

[2] Segundo a Pesquisa Mensal de Emprego do IBGE, em relação ao mês de novembro de 2008, a situação dos trabalhadores brasileiros era a seguinte: empregados com carteira de trabalho assinada no setor privado (exclusive trabalhadores domésticos, militares, funcionários públicos estatutários e outros), 44,5% da população ocupada; empregados sem carteira de trabalho assinada no setor privado (exclusive trabalhadores domésticos, militares, funcionários públicos estatutários e outros), 13,4% da população ocupada; Trabalhadores por conta própria, 18,7% da população ocupada. (IBGE, 2009).

[3] Entende-se que o desemprego nos dias atuais não é conjuntural. Como salienta o Prof. Márcio Túlio Viana: “E o pior não é o desemprego, em si, mas o seu caráter estrutural. Veio para ficar e tende a crescer, pois a redução dos custos e da resistência, como vimos, deve ser progressiva. Isso gera nova contradição: sem emprego, quem consumirá os produtos? Mas a empresa pensa a curto prazo e em si própria.” (VIANA, 1999, p.01).

[4] Até os anos 70, do século passado, a empresa estava “verticalizada”. Ela podia e queria produzir tudo o que necessitava para ofertar seus bens ao consumidor. Com as crises do petróleo e as revoluções tecnológicas que se sucederam no final do século XX, a empresa foi se “horizontalizando”. Como ensina o Prof. Márcio Túlio Viana, “Já agora, a fábrica se horizontaliza. O ideal não é mais dominar, diretamente, toda a cadeia de produção, nem mesmo as últimas etapas. O modelo é a empresa enxuta, que elimina estoques e esperas, produz exatamente aquilo que pode vender, reduz progressivamente os custos, automatiza-se e se organiza em rede, jogando para as parceiras tudo o que lhe parece descartável.” (VIANA,1999. p. 05).

[5] Nos termos propostos por Miracy B. S. Gustin, entende-se por emancipação a “capacidade de permanente reavaliação das estruturas sociais, políticas, culturais e econômicas de seu entorno, com o propósito de ampliação das condições jurídico-democráticas de sua comunidade e de aprofundamento da organização e do associativismo com o objetivo de efetivação das lutas políticas pelas mudanças

essenciais na vida dessa sociedade para sua inclusão efetiva no contexto social mais abrangente." (GUSTIN, 2009).

[6] Trabalho decente é um termo adotado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT - para designar "um trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, eqüidade, e segurança, sem quaisquer formas de discriminação, e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho." (OIT, 2009).

[7] Entende-se que é autônomo o trabalhador que "desenvolve sua atividade com organização própria, iniciativa e discricionariedade, além da escolha do lugar, do modo, do tempo e da forma de execução." (VILHENA, 1995, p.532). Mas, além do sentido técnico justrabalhista, "uma pessoa que é autônoma só o é em relação ao outro, de forma interativa, as suas escolhas e decisões de ação. Ser autônomo é saber que se está agindo com um caráter autônomo em relação aos valores e regras do outro e das comunidades. A validação intersubjetiva é, portanto, condição necessária para a sua realização. O chamado autogoverno deve se realizar através da capacidade de avaliar criticamente as normas, os padrões e os objetivos de seu ambiente. Isso significa uma complexa dialética de inserção-destaque; ou seja, de estar relacionado e integrado às regras e princípios de seu contexto e, ao mesmo tempo, dele estar liberto para ser capaz de julgá-lo. Essa constatação torna inadmissível o sentido de auto-suficiência de ser isolado atribuídos à autonomia pelo pensamento liberal." (GUSTIN, 1999, p.20).

[9] Ver nota de rodapé nº 2.

[10] Nesse sentido, explica José Pastore:'Entre contribuições sociais, remuneração de dias não trabalhados (férias e feriados), remuneração por tempo não trabalhado (licenças) e incidências cumulativas, o empresário paga o equivalente a 103,46% do salário do funcionário', explicou Pastore. 'Uma empresa grande, do porte da Embraer, consegue arcar com esse custo. Mas esses encargos são um pesadelo para as microempresas, que hoje correspondem a 94,7% das empresas do Brasil', alertou o professor. E completou: 'Hoje, o maior pavor do empresário de micro e pequeno porte é não ter dinheiro para indenizar o funcionário no momento da dispensa'. (PASTORE *apud* LAKATOS, 2009)

[11] Art. 3, da CLT: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário."

[12] A parassubordinação compreende, por exemplo, o representante comercial e os profissionais liberais, que prestam seus serviços com pessoalidade, continuidade e coordenação, mas sem a presença da subordinação subjetiva. Conforme leciona Amauri Mascaro Nascimento, trata-se de uma figura intermediária, entre o trabalho subordinado e o autônomo: "As leis sobre contratos de trabalho passaram a ter uma tipologia mais ampla, entendendo-se por contrato de trabalho um gênero com duas grandes áreas, o trabalho subordinado e o trabalho autônomo, acrescidas na doutrina italiana, de uma terceira intermediária, o trabalho parassubordinado na qual foram incluídos diversos novos tipos contratuais como o trabalho contínuo coordenado e de colaboração – que no direito peninsular é considerado trabalho autônomo – o trabalho a projeto, o *trabalho*

intermitente "a chamada", portanto novas técnicas legais de contratação do trabalho pendendo para a esfera do trabalho autônomo". (NASCIMENTO, 2008, p. 1.031).

[13] Nesse sentido, como se verá adiante, parte importante da doutrina e da jurisprudência tem tentado fazer frente a essa tendência.

[14] Sobre a subordinação objetiva, faz-se necessário citar o entendimento do Prof. Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena: "Com a sucessão em de atos-fatos-trabalho não significa constante exteriorização da subordinação – respeitando-se sobretudo as variáveis na superposição de condutas (do empregador sobre o empregado), até se chegar a certas categorias de prestadores em que ela se esmaece completamente ou se espaça de tal forma que não mais se percebe, ou até em que se inverte (cargos de direção, os *quadros*) – chega-se à fácil conclusão que o elemento *constante* que define a posição do trabalhador na empresa, não se define com fidelidade como *subordinação*, mas como a *participação integrativa* (mais ou menos intensa) de sua *atividade* na *atividade* desta.

Aliás, não correrá muito tempo e essa palavra, sobretudo como marco de configuração de uma relação jurídica (a relação de emprego) terá sido superada, por um dado mais compreensivo e mais constante.

Assim como é um elemento historicamente condicionado (surgiu em fins do século XIX e princípios do século XX), não terá tido outra missão que a de força transitória de um dado facilmente apreensível pela doutrina jurídica e de que se serviu como marco divisor de relações jurídicas nos contratos de atividades, sempre confundidos por um elemento comum: a prestação pessoal de serviços.

Tem-se, pois, conceitual e objetivamente, a *subordinação como a participação integrativa das atividades do trabalhador na atividade do credor do trabalho.* (VILHENA, 2005, p. 526)

[15] Em relação ao Estatuto do Trabalhador Autônomo da Espanha, seu preâmbulo traz importantes constatações que o justificam. Vide anexo 1.

[16] Artículo 11. Concepto y ámbito subjetivo. 1. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

[17] a. No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes. b. No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente. c. Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente. d. Desarrollar su actividad con

criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente. e. Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.

[18] “Se trata, en definitiva, de un colectivo que demanda un nivel de protección social semejante al que tienen los trabajadores por cuenta ajena”.

[19] Conforme explica Américo Plá Rodriguez, O princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes. (PLÁ RODRIGUES, p.83)

[20] O SEBRAE apresenta o seguinte conceito de microcrédito: “uma modalidade de financiamento que busca permitir o acesso dos empreendedores de micro e pequenos negócios ao crédito. Utiliza-se de metodologia própria voltada ao perfil e às necessidades dos empreendedores, estimulando as atividades produtivas e as relações sociais das populações mais carentes, gerando, assim, ocupação, emprego e renda”. (SEBRAE, 2009).

[21] Conforme leciona a Profa. Miracy B. S. Gustin, capital social pode ser entendido como “a existência de relações de solidariedade e de confiabilidade entre os indivíduos, grupos e coletivos, inclusive a capacidade de mobilização e de organização comunitárias, traduzindo um senso de responsabilidade da própria população sobre seus rumos e sobre a inserção de cada um no todo.” (GUSTIN, 2009).

[22] A partir da experiência de Yunus, é possível se traçar um paralelo com a realidade dos cursos de Direito no Brasil para se afirmar que, possivelmente, o Direito do Trabalho esteja sendo lecionado de maneira acrítica e descomprometida, resumindo-se à mera apresentação da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho – aos alunos. Nesse sentido, protesta-se pela elaboração de programas de curso mais voltados para a realidade brasileira e mundial, englobando as diversas relações de trabalho e não se restringindo à análise do trabalho subordinado.

[23] Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP.

[24] Adiante se tratará sobre o PNMPO.

O PAPEL DOS CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS DE SAÚDE NA RETOMADA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL*

THE PAPIER OF THE INTERMUNICIPAL HEALTH CONSORTIA ON THE RESUMPTION OF ECONOMIC AND SOCIAL DEVELOPMENT

Wander Henrique de Almeida Costa

RESUMO

O presente estudo analisa a retomada do desenvolvimento econômico e social no campo da saúde pública através do incentivo à formação dos consórcios intermunicipais de saúde, introduzidos no país desde o início dos anos 80, uma vez que o processo de descentralização de ações e serviços públicos de saúde induzidos pela consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS), implantado no país após a Constituição de 1988 para garantir a universalização da saúde, passa atualmente por uma crise induzida pela sistemática precarização dos serviços objetivando garantir inexoravelmente a privatização da assistência pelos grandes grupos econômicos detentores do capital.

Analisa-se ainda os investimentos públicos em serviços de saúde e a má distribuição das receitas tributárias entre os governos federal, estadual e municipal, constatando por fim, que o modelo dos Consórcios Intermunicipais de Saúde se constituem numa excelente idéia de vascularização e universalização de serviços de saúde num ambiente de carência de recursos financeiros e de políticas voltadas para a transferência dos serviços para o setor privado, retomando o desenvolvimento econômico e social e estabilizando as relações entre o Estado e a sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: SAÚDE, DESENVOLVIMENTO, ECONÔMICO, SOCIAL

ABSTRACT

This study examines the resumption of economic and social development in the public health field by the encouraging the formation of intermunicipal health consortia, into the country since the early 80s. Since the process of decentralization of activities and public health services caused by the consolidation of the Unified Health System (SUS), it's in the Country after the 1988 Constitution, to guarantee the health universal, it's currently experiencing a crisis induced by the systematic impoverishement of services aiming precariousness to guarantee the privatization of the assistance by the large economic groups, the money holders. It also analyses the public investiments in health services and the poor distribution of tax rate among federal, state and municipal government. Finally noting that the intermunicipal consortia is a good idea of universal and vascularization of are towards to the private services, rebuilding the economic and social development and stabilizing the relationship between the state and society.

* **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.**

KEYWORDS: HEALTH, DEVELOPMENT, ECONOMIC, SOCIAL

INTRODUÇÃO

Este artigo versa sobre a retomada do desenvolvimento econômico e social no campo da saúde pública com o incentivo à formação dos consórcios intermunicipais de saúde. Tais consórcios, se contrapõem à orientação governamental de precarização do Sistema Único de Saúde (SUS), através da escassez de investimentos financeiros com vistas à redução de equipamentos, recursos humanos e tecnológicos no campo da saúde pública de modo a induzir a migração da sociedade para a prestação dos serviços de saúde pelo setor privado, de predomínio de grandes condomínos econômicos detentores do capital.

Busca este estudo registrar o descaso dos governantes pátrios com as condições de saúde do povo brasileiro, num favorecimento explícito aos grandes grupos econômicos e que oram voltam suas vistas para o manancial financeiro que pode advir da exploração dos serviços de saúde.

Inicialmente com a promulgação da chamada Constituição Cidadã, em 05 de outubro de 1988, elegeu-se a saúde juntamente com a educação, a segurança, o trabalho, a moradia, o lazer, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, como direitos sociais dos cidadãos. Fixou-se adrede disso, como premissa constitucional no artigo 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

No entanto, após se estabelecer um programa grandioso de vascularização de distribuição de saúde – o empobrecido Sistema Único de Saúde - SUS, o que se vê é a persistente precarização do setor público alicerçando a substituição vagarosa mas permanentemente pelo sistema privado de saúde, sustentado pelo grande capital e que efetivamente distribui saúde, mas tão somente para quem pode arcar com os custos.

Apesar de ser chamada de Constituição Cidadã, do ponto de vista tributário ou da arrecadação monetária, a Constituição reforça muito mais o caixa da União que dos Estados e Municípios, entes que estão mais próximos do cidadão e que por isso mesmo vivenciam os problemas do cotidiano com mais realidade. A imensa carga tributária a qual é submetido o contribuinte, fica dessa forma quase que totalmente nas mãos da União, deixando de maneira literal os demais níveis de governo – estadual e municipal, sem grandes possibilidades de investimentos públicos nas principais áreas de interesse da sociedade.

Entretanto, numa idéia genial, lançada desde o início dos anos 80, driblando a carência de recursos financeiros, os governantes municipais com o apoio de seus respectivos governos estaduais, concentram os parcos recursos que dispõem para investimento em saúde, num único projeto de saúde pública, denominado Consórcio Intermunicipal de Saúde, que funciona da seguinte maneira: elege-se uma cidade pólo, onde todos os recursos disponíveis para a saúde são concentrados num projeto de assistência à saúde capaz de realizar no paciente um atendimento completo, inclusive com tecnologia e equipamentos de última geração. No caso, onde um não consegue, muitos conseguem, tornando real o axioma de que a união faz a força, minimizando com a iniciativa os graves problemas da saúde pública dos munícipes.

1.CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CRIAÇÃO DO SUS

O processo de descentralização de ações e serviços públicos de saúde induzidos pela consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS) foi implantado no país após a Constituição de 1988 para garantir a universalização da saúde.

Como ocorre de vez em quando principalmente em países da América Latina, a história política do Estado brasileiro teve um novo começo em 05 de outubro de 1988 com a promulgação de sua última Constituição. Após o golpe militar de 1964, em que o governo democrático foi deposto, o Brasil vivenciou os chamados "anos de chumbo", com exílios, torturas, desaparecimentos, assassinatos, atos institucionais, enfim com o poder centralizado e exercido sem tréguas, na maior desfaçatez, pelos militares, integrantes das Forças Armadas, durante 21 (vinte e um) anos.

Em 1985, através de eleições indiretas em contrapartida à campanha das "Diretas Já", foi eleito pelo Congresso Nacional o primeiro presidente civil depois destes anos bárbaros - o senhor Tancredo Neves, iniciando uma nova era no Estado brasileiro, pós ditadura militar.

Tancredo Neves, todavia, por obra do destino, faleceu antes mesmo de assumir a cadeira presidencial tomando posse em seu lugar o vice-presidente José Sarney. Nesta época, o país aliava à sua crise político-institucional uma outra de caráter econômico-financeira, um conturbado momento onde a inflação corroia as finanças públicas e privadas e a ciranda financeira que se vivenciava tornava o país um estado especulativo por excelência.

Over night, over day, por exemplo, eram denominações comuns naqueles dias que significavam aplicações financeiras realizadas durante o período de uma noite ou de um dia apenas, ou seja, ao final de um dia ou de uma noite após alguma aplicação financeira de determinada quantia em um banco especializado seu dinheiro se multiplicava. Dependendo do tamanho da aplicação financeira se ganhavam fábulas de dinheiro durante uma única noite.

Por conta disso ninguém queria deixar seu dinheiro na indústria ou no comércio – fontes de investimentos de médio e longo prazo. Ao contrário, se tirava dinheiro da produção para as aplicações financeiras, posto que a especulação rendia mais e mais rápido e sem maiores problemas.

Para acabar com esta ciranda financeira se inaugurou no país o período dos grandes planos econômicos numa tentativa de debelar a malsinada inflação. Foram vários, até que finalmente no Governo do Presidente Itamar Franco, no início dos anos 90 a inflação foi desbaratada e livre da ciranda financeira o país assistiu o retorno do capital para o setor produtivo com a retomada do financiamento dos investimentos na indústria e no comércio.

Nos anos de chumbo, o ordenamento jurídico estava assentado na Constituição Federal de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969, a qual evidentemente não servia para os novos tempos. Os ares que se respirava na Nova República clamava por

cancelar a ordem antiga criando-se uma nova. A ordem constitucional vigente não servia para os novos tempos porque foi elaborada por um Congresso comprometido com um poder degenerado e antidemocrático.

Urgia-se pois elaborar uma nova Constituição para liderar um novo ordenamento jurídico, liberal e democrático em sua essência. Assim foi eleita uma Assembléia Constituinte que concluiu a Constituição atual, consagrando-se como democrática, liberal e afinal sendo apelidada de Constituição Cidadã.

Como constituição feita pelo povo e para o povo, estabeleceu-se como consequência lógica e primordial direitos sociais, os quais o Estado deveria garantir e os assegurar para a sociedade. O artigo 6º da Constituição Federal é explícito. São direitos sociais: educação, saúde, segurança, moradia, trabalho, previdência social, lazer e proteção à infância e à adolescência.

Restringindo-se ao aspecto da saúde, objeto de nosso estudo, se vê que o Estado deveria, pelo que dispõe o art. 196 da Constituição Federal – a saúde é direito de todos e dever do Estado, na esteira do art. 6º do mesmo Diploma Legal, prover as condições necessárias a seu pleno exercício, uma vez que a saúde é direito fundamental do ser humano.

A partir dessa nova ordem constitucional através da Lei 8080, de 1990 criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS), que se constitui num processo de descentralização de ações e serviços públicos de saúde mediante uma atuação conjunta dos três níveis de governo (federal, estadual e municipal) de forma a promover a saúde.

Constituem o Sistema Único de Saúde (SUS) os órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. No âmbito da União, o Ministério da Saúde, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, as Secretarias de Saúde. A vascularização ou por outras palavras a grande distribuição do serviço de saúde pelo vasto território brasileiro foi pensada da seguinte forma: o governo federal se constitui na locomotiva do serviço público da saúde, onde os estados atuam como coordenadores e fiscalizadores e os municípios como os gestores efetivos da saúde pública uma vez que estes entes é que estão próximos dos consumidores dos serviços de saúde.

2. OS INVESTIMENTOS NA ÁREA DA SAÚDE PÚBLICA.

Em suas raízes históricas e constitucionais o Estado foi constituído para garantir o desenvolvimento da sociedade, contudo em diversos setores o governo brasileiro é omisso, permitindo que grupos econômicos privados o substituam na execução de serviços básicos, os considerados direitos sociais.

Estes direitos, presumivelmente deveriam ser disponibilizados para todos por serem de importância vital para o desenvolvimento econômico e social, contudo diversos deles não são realizados pelo Estado, abrindo uma verdadeira auto-estrada para que o setor privado explore tais serviços, concentrando renda nas mãos de poucos que se

enriquecem à custa do contribuinte que acaba, como no caso da saúde, pagando duas vezes pelo mesmo serviço.

A Universidade de São Paulo realizou uma pesquisa que foi divulgada pela Agência Brasil(2008). Constatou-se no estudo que os R$ 50 bilhões investidos pelo governo na saúde em 2007 e o valor semelhante previsto para 2008 representam o mesmo gasto por pessoa custeado pelo poder público dos anos 90: o equivalente a US$ 280 anuais por pessoa.

Continuando a reportagem é acentuado o seguinte:

"O valor está acima da media registrada na América Latina, mas não chega à metade da média mundial de US$ 806 per capita. Considerado o percentual dos recursos investidos em relação ao que os países arrecadam, o gasto brasileiro cai para pouco mais da metade do registrado nos vizinhos latino-americanos".

Um dos coordenadores da pesquisa, o professor Leandro Fraga esclarece:

".. a estagnação nos investimentos brasileiros é preocupante, diante do processo de envelhecimento da população observado no período e previsto para as próximas décadas...considerar que o investimento não aumentou nestes 15 anos e que neste período a população definitivamente envelheceu, sugere fortemente que a gente esteja sub-atendendo certos tipos de doenças..."

Portanto o país estagnou os investimentos em saúde pública e de forma explícita consolida sua política de precarização dos serviços de saúde.

Brandão e Costa (2005) acentuam que:

"A Constituição Federal de 1988 definiu a saúde como um direito de todos e um dever do Estado. Além disso, a saúde – anteriormente entendida como uma das conseqüências do desenvolvimento – recebeu atenção especial ao ser considerada por muitos acadêmicos e organismos que fomentam o desenvolvimento como condição *sine qua non* para o mesmo. Não obstante, em estudos realizados pela OMS, conclui-se que o fraco desempenho em saúde é empecilho ao desenvolvimento econômico, uma vez que reduz a renda do indivíduo, a empregabilidade do mais baixo extrato de renda da sociedade, a capacidade de aprendizado da população, a expectativa de vida e, portanto, a capacidade de a sociedade observar o desenvolvimento socioeconômico. De acordo com os estudos, o fraco desempenho da saúde incide não somente sobre a qualidade de vida da população, mas também sobre a entrada de investimentos e o desenvolvimento do capital físico e humano. Em outras palavras, a saúde – quando provida de forma insatisfatória – ajuda a estimular os círculos viciosos da pobreza, da desigualdade, da injustiça social e da violência, que afetam desproporcionalmente os pobres."

Fajnzylber (1998) classifica que:

"a pobreza e as desigualdades socioeconômicas são impeditivas do desenvolvimento sustentável, dado que proporcionam uma instabilidade social que tende a ser prejudicial ao fluxo de investimentos e ao desenvolvimento do capital físico, social e humano" .

Percebe-se por este estudo da USP que o enriquecimento do país não significa mais investimentos nos direitos sociais preconizados na Constituição da República. Nos últimos 15 anos apesar do país ter dominado a inflação e aumentado seu crescimento econômico não aumentou seu desenvolvimento econômico na mesma proporção. Cresceu tanto economicamente que saiu da condição de devedor para credor do Fundo Monetário Internacional, contudo as políticas públicas não têm olhos para a melhoria dos direitos sociais, os quais são atrofiados propositadamente para permitir o avanço do capital privado para setores importantes da economia nacional.

3. A PRECARIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

De fato a realidade é bem outra, uma vez que não existe de fato uma garantia de saúde para todos. A saúde pública é um bem de vida escasso. Apesar da sociedade pagar ao Estado não obtém a contrapartida de suas expectativas na saúde. O Estado arrecada mas não cumpre seu papel, social e constitucional, de devolver ao contribuinte os serviços de saúde de que este precisa. A arrecadação sob forma de tributos é compulsória, não restando ao contribuinte senão pagar. Vale para ilustrar dizer a máxima do saudoso Professor de Direito Tributário da PUC - José Luis de Gouvêa Rios: *"duas coisas a pessoa deve saber ao nascer – que vai pagar imposto e morrer."*.

Por isso, para escapar da fila da morte, os contribuintes, em geral das classes média e alta, sem outra saída, pagam também ao prestador de serviços de saúde do setor privado, de forma que se paga duas vezes por um mesmo serviço, que no mais das vezes nem chega a ser prestado, de sorte que melhor seria dizer que os planos de saúde disponibilizados pelo setor privado aos consumidores tem características de seguro – o usuário paga mensalmente, utilizando ou não o serviço.

A Constituição foi perversa com a distribuição de renda para os Poderes Executivos Estaduais e Municipais, deixando a União com a parte do leão relativamente à receita pública dos impostos e contribuições sociais, fazendo com que aqueles poderes estatais vivam literalmente de pires na mão em frente aos cofres da União recolhendo migalhas que são distribuídas ao sabor dos ventos dos interesses políticos-partidários.

BRANDÃO e COSTA (2005) ressaltam que:

"No Brasil, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado; no entanto, a despeito das inegáveis melhorias observadas no sistema no período posterior à Constituição Federal de 1988, muito há que ser feito nos campos da redefinição de modelos de atenção, da melhoria da qualidade e da gestão da atenção à saúde, da garantia de acesso dos cidadãos aos serviços e aos insumos e medicamentos necessários, dentre outros. Na prática, e a despeito de um plano de investimentos integrados, ineficiências históricas em investimentos em saúde vêm sendo observadas. O que se observava, tradicionalmente, era um conjunto de ações isoladas e pouco eficazes, o que contribuiu para manter a ineficiência do sistema. Ademais, a sustentabilidade e os resultados são preteridos em prol de avaliações sobre a execução financeira sem a devida avaliação do impacto de determinada ação sobre a saúde pública, muitas vezes não atribuindo a devida importância à coerência com as prioridades políticas do setor. Só para se verificar a gravidade da situação, do total orçado e aprovado para investimentos em

saúde do MS para 2003, 68% referem-se a projetos vinculados a emendas parlamentares. No desenvolvimento do setor, devem ser combatidas as distorções hoje observadas, como, por exemplo, o insulamento das ações, a duplicação de esforços, os processos incompletos, a falta de responsabilização, as ações que critérios para Análise de Investimentos em Saúde não observem a infra-estrutura existente, as prioridades definidas na condução das políticas públicas e as peculiaridades dos loci de investimentos, além da avaliação dos investimentos realizados, só para citar alguns casos. Foi sugerido neste estudo, como forma de coibir tais distorções, parâmetros de alocação de recursos, ações que visem a conciliar os objetivos do governo e minorar as disparidades inter/intra-regionais. Além disso, é fundamental que análises pertinentes à sustentabilidade sejam meticulosas, assim como a realização da avaliação do resultado e o impacto dos investimentos no setor são prioritários para a impressão de qualidade à continuação das ações públicas na saúde. Além dos parâmetros, foram propostos novos instrumentos de análise de investimentos, visando a imprimir agilidade e racionalidade ao sistema. Vale ainda enfatizar que este trabalho apontou algumas das limitações iniciais para a implementação desse novo sistema para a análise de investimentos. Essas limitações referem-se à necessidade de se definir alguns conceitos em saúde, de se integrar sistemas de informação, de se construir novas regras e normas, além de orientar os parlamentares quanto às novas regras, o que se pretende ter feito com este documento. O Ministério da Saúde vem buscando, como aponta este documento, a construção do maior número de parcerias relevantes à eficiência da alocação de recursos e à transparência deste processo. Neste momento, ao propor critérios transparentes aos parlamentares, o MS pretende, em conjunto com os representantes da população no Congresso Nacional, fortalecer um sistema democrático de se administrar a saúde no Brasil, visando, acima de tudo, ao objetivo maior de inclusão social".

Tem-se portanto, um sistema ineficiente, devido à política pública de precarizar os serviços de saúde, os quais deveriam ser o viés principal de inclusão social, enquanto que os serviços privados atuariam de forma supletiva. Na contemporaneidade os pólos se alteraram passando os serviços públicos a serem supletivos uma vez que são utilizados somente por quem não tem opção de pagar por serviços de saúde privados, que são de longe mais eficientes e eficazes.

Não é de se estranhar, todavia, que a veia financeira erigida pela prestação dos serviços de saúde esteja orientada para favorecer os detentores do capital. A economia nacional tem sistematicamente vinculado o destino do povo brasileiro ao longo da história em acordo com os interesses destes grupos econômicos privados. Essa constatação é antiga e remonta às origens do Estado. Segundo CLARK (2008) – "o Estado e o capitalismo sempre foram interdependentes sendo aquele criado para possibilitar o incremento das atividades comerciais nascentes".

Percebe-se claramente que a estruturação do Estado sempre esteve ligada ao capital. De acordo com FAORO (1958), "a produção da economia natural com trocas apenas do supérfluo cedeu lugar às manufaturas, iniciando o irreversível movimento de acumulação de capital" – o capitalismo das manufaturas, fase primeira do capitalismo industrial.

Posteriormente com o amoedamento do comércio em substituição às trocas, abriu-se o caminho através da moeda circulante para o capitalismo comercial uma vez que a moeda circulante atravessava países e economias até então fechadas.

Huberman (1986) assegura que:

“O mais rico é quem mais se preocupa com o número de guardas que há em seu quarteirão. Os que se utilizam das estradas para enviar suas mercadorias ou dinheiro a outros lugares são os que mais reclamam proteção contra assaltos e isenção de taxas de pedágios. A confusão e a insegurança não são boas para os negócios. A classe média queria ordem e segurança.”

Dessa forma a orientação das políticas públicas segue um curso quase que natural de permitir o acesso do capital aos serviços de saúde uma vez que sendo a saúde um bem de vida essencial, sua demanda é crescente viabilizando-se como um filão financeiro capaz de propiciar um belo retorno aos investimentos privados. Na prática trata-se do genocídio econômico, o qual segundo CLARK(2008) se constitui na “transferência sistemática dos pobres para os ricos das riquezas existentes no país, devastando nações ou indivíduos, causando fome, desemprego e morte”.

Dessa maneira o Estado paulatinamente precariza os serviços de saúde induzindo os consumidores a procurarem junto à iniciativa privada o fornecimento dos serviços precarizados pelas instituições públicas.

4. Os Consórcios intermunicipais de saúde.

Hodiernamente a assistência de saúde privada é o modelo de eficiência e eficácia nos serviços de saúde, em contraponto ao caótico e desmantelado atendimento de saúde pelo SUS.

Diante disso cada vez mais, verdadeiras hordas de pessoas se deslocam do atendimento público de saúde para o pólo privado do atendimento. Os serviços privados de assistência à saúde estão tão sofisticados que já atuam há algum tempo na prevenção de saúde, utilizando-se do poder midiático para promoverem verdadeiras campanhas de saúde pública, insuflando as pessoas (clientes ou não) a buscarem uma alimentação mais saudável, praticarem atividades físicas, enfim buscarem uma alternativa de vida mais saudável.

Todavia nem todos podem arcar com os custos de uma saúde particular e uma ótima opção implantada no início dos anos 80 e reiterada na lei que instituiu o SUS em 1990 tem sido implementada e aperfeiçoada. Trata-se dos Consórcios Intermunicipais de Saúde que são a junção de recursos públicos de municípios próximos com o objetivo de fornecer em suas regiões metropolitanas um serviço de saúde eficaz para a população.

Como é sabido a participação dos Estados e Municípios na utilização das verbas tributárias arrecadadas aos contribuintes é ínfima, não podendo se comparar às disponibilidades da União. Como a União pouco investe no setor da saúde, faltam recursos financeiros para investimentos públicos na saúde, todavia o agrupamento de vários municípios possibilita um significativo acúmulo de receitas permitindo maiores saltos em investimentos na área da saúde pública.

Denominado de Consórcio Intermunicipal de Saúde, estes agrupamentos propiciam um atendimento metropolitano de saúde bastante eficaz, uma prestação de serviços dedicada, diversificada e especializada, livrando ainda os grandes centros nas capitais dos Estados de se verem obrigados a atender uma massa de pacientes de lugares distantes, possibilitando a disponibilização de saúde às pessoas onde estão e onde moram.

Conforme relatam TEIXEIRA, MAC DOWELL e BUGARIN (2002), é fértil o terreno para experiências de consorciamento:

"Existem, hoje 141 consórcios intermunicipais de saúde distribuídos por treze estados brasileiros, que atendem a mais de 25 milhões de pessoas, os quais se formaram desde a década de 1980, sem a definição de uma organização regional na qual devessem se inserir e tampouco de uma política clara de incentivos à sua formação. O consórcio é a união de dois ou mais entes da mesma natureza jurídica, e constitui um instrumento para superação de desafios locais, como, por exemplo, a ampliação e o ordenamento da oferta de serviços; a compra de serviços e a flexibilização da remuneração de profissionais com pagamento de incentivos; e a otimização dos recursos regionais disponíveis, para melhorar o acesso e a qualidade dos serviços. Essas ações propiciam benefícios aos usuários e ampliam a resolubilidade da rede de saúde. Portanto, considera-se, neste trabalho, que os consórcios aumentam a eficiência e a qualidade dos serviços ofertados, e, por isso devem ser incentivados."

Mendes (2001) confirma essa complementaridade ao esclarecer que "os Sistemas Microrregionais de Serviços de Saúde são uma forma de exercitar a gestão de serviços de saúde, função exclusiva do Estado; enquanto os Consórcios Intermunicipais de Saúde são uma das formas de organizar, cooperativamente, a atenção à saúde e a provisão de serviços à população".

Maria Heliodora (2004) acentua que:

"a atividade estatal tem forte influência no desenvolvimento econômico e social, admitindo-se como uma forma de intervenção qualquer tipo de atividade institucional que reflita a participação direta ou indireta do Estado nesta seara".

Como se percebe os recursos financeiros oriundos do Estado são muito importantes para o desenvolvimento econômico e social em qualquer campo de atividade, por vezes a intervenção do Estado no domínio econômico não necessita do aporte de recursos financeiros, bastando apenas a renúncia fiscal para que de maneira significativa se fomente a economia.

Na esteira do Consórcio Intermunicipal de Saúde retoma-se o desenvolvimento econômico e social, através da formação de verdadeiros centros de saúde, onde proliferam os serviços e as atividades econômicas voltadas para a saúde no entorno da sede do consórcio, como consultórios, clínicas, farmácias, laboratórios e casas especializadas em fornecimento de equipamentos de fisioterapia.

Outras atividades econômicas não relacionadas com o fornecimento de saúde podem ser elencadas e que atuam no entorno da sede destes consórcios, como hotéis, restaurantes, serviços de transportes e de turismo.

Além disso, podemos observar que à partir da formação dos Consórcios Intermunicipais de Saúde, ocorrendo a normalização do atendimento à saúde nas regiões metropolitanas quem pagava à iniciativa privada para manter uma assistência à saúde capaz de suprir suas necessidades, pode se permitir a cancelar este contrato e migrar seus recursos para outras atividades de natureza produtiva ou de lazer, movimentando a economia por qualquer viés que resolver investir.

Constata-se adrede disso que os recursos financeiros serão pulverizados dentro da economia da região habitada por estas pessoas, ao invés de se concentrarem nas mãos dos donos dos planos de saúde e de suas instituições financeiras movimentando de forma mais abrangente e democrática a economia regional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste estudo foi demonstrar que as políticas públicas de disponibilização de saúde em virtude dos parcos investimentos são nefastas para os contribuintes que terminam por pagar duas vezes pelo mesmo serviço em virtude da cabal e completa falência do atendimento em instituições públicas, obrigando-os a migrarem para planos de assistência à saúde de natureza privada, em busca de eficácia e dignidade no atendimento.

A formação de Consórcios Intermunicipais de Saúde demonstra que por mais carente que possa ser um município no aspecto financeiro, o agrupamento de forças potencializa suas possibilidades administrativas permitindo disponibilizar um atendimento publico de saúde capaz de suprir as necessidades dos indivíduos de sua comunidade, fazendo adrede disso que um caudaloso manancial de recursos financeiros, antes direcionado para um seleto grupo dos donos dos planos de saúde e seus agentes financeiros, sejam re-direcionados para atividades produtivas, em diversas regiões do país, fomentando o desenvolvimento econômico e social posto que os recursos que eram acumulados em pouquíssimas mãos são diluídos e distribuídos sob formas variadas por toda sociedade.

Apesar de se projetar como um empreendimento luminoso, os Consórcios Intermunicipais de Saúde sozinhos não são suficientes para reverter o caminho pavimentado, pelas malsinadas políticas governamentais de investimentos públicos da saúde, que liga grande parte da sociedade à assistência de saúde privada. Persiste a necessidade de se alterar radicalmente os objetivos políticos direcionando maiores recursos financeiros para o investimento na assistência à saúde pública, permitindo a ampliação da retomada de desenvolvimento econômico e social iniciada e exemplificada pelos Consórcios, democratizando a assistência de modo que todos possam usufruir de saúde independentemente de sua condição social e econômica consagrando como realidade o texto da Constituição Cidadã.

6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SOUZA, Washington Peluso Albino de / CLARK, Giovani. Questões polêmicas de direito econômico. São Paulo: LTr, 2008.

HUBERMAN. Leo. História da riqueza do homem. Trad. Waltensir Dutra. 21. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986. 313 p.

COLLAÇO, Maria Heliodora do Vale Romeiro. Do Direito ao desenvolvimento. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6038&p=2. Acesso em: 24/09/2008.

FAJNZYLBER, P., LEDERMAN, D.; LOAYZA, N. Determinants of crime rates in Latin America and the World: an empirical assessment. World Bank Latin American and Caribbean Studies. Washington, D.C., 1998.

Agência Brasil(14/3/2008). Disponível em http://www.nominuto.com/noticias/brasil/estudo-mostra-que-investimentos-em-saude-no-pais-sao-os-mesmos-de-15-anos-atras-13202/

TEIXEIRA, Luciana / MAC DOWELL, Maria Cristina / BUGARIN, Maurício. Incentivos em Consórcios Intermunicipais de Saúde: Uma abordagem de teoria dos contratos. Série Textos para Discussão. Texto nº 246. Universidade de Brasília. Departamento de Economia. 2002.

MENDES, E.V., "Os grandes dilemas do SUS". Salvador, BA: Casa de Qualidade Editora, 2001 (Saúde Coletiva, nr. 04).

FAORO, Raymundo. Os donos do Poder. São Paulo: Ed. Globo. 1958.

BRANDÃO, Cláudia / COSTA, Lais. Critérios para análise de investimentos em saúde. Ministério da Saúde – Secretaria Executiva – Diretoria de Investimentos e Projetos Estratégicos. Série B. Textos Básicos de Saúde. DF:Ed. MS, 2005.

NOVAS CONFIGURAÇÕES DO ARCAICO: PERCURSOS DA NEO-COLONIZAÇÃO DEMOCRÁTICA NO MUNICÍPIO DE PRACUÚBA (AP) *
NEW SETTINGS ARCHAIC: PATHS OF NEO-DEMOCRATIC SETTLEMENT IN THE CITY OF PRACUÚBA (AP), BRAZIL

Wilson Madeira Filho

RESUMO
O presente texto, a partir dos resultados de uma ação universitária extensionista, irá explorar as tentativas de mobilização social num pequeno município brasileiro do Estado do Amapá, Pracuúba, que possui um dos menores IDH do mundo, com quase toda a população vivendo de políticas de transferência de renda, considerado inviável economicamente pelas análises de planejamento do próprio Estado e onde o trabalho da pesca artesanal se vê ameaçado pelos rebanhos de búfalos, que, por sua vez, ameaçam entrar em colapso, por faltarem condições mínimas de sanitarismo. A abordagem irá contrapor cenas do cotidiano de Pracuúba com um pano de fundo da planificação político-econômica, em duas perspectivas: a ação local através das efetivas políticas das secretarias municipais e a intervenção regional, por parte de setores do Governo do Estado do Amapá.
PALAVRAS-CHAVES: DESENVOLVIMENTO HUMANO, PLANEJAMENTO TERRITORIAL, DIREITO URBANO
ABSTRACT
This text, based on the results of an action university extension worker, will explore the attempts of social mobilization in a small town in the Brazilian state of Amapa, Pracuúba, which has one of the lowest HDI in the world, with almost the entire population living policies income transfer. The municipality of Pracuúba is considered economically feasible for analyzing the planning of the State. Regarding the main source of local, artisanal fisheries is threatened by herds of buffalo, which, in turn, threatens to collapse, due to lack of minimum conditions of sanitation. Our approach will oppose scenes of daily Pracuúba with a backdrop of political and economic planning in two perspectives: local action through effective policies of municipal and regional policy, by sectors of the Government of the State of Amapá.
KEYWORDS: HUMAN DEVELOPMENT, TERRITORIAL PLANNING, URBAN LAW

O ideal democrático da Era Moderna, onde os poderes do Estado se apresentam de forma autônoma e harmônica, com seu sistema de "freios e contrapesos" aparece, para a ampla maioria dos pequenos municípios brasileiros, como uma espécie de ficção. Dos três poderes, o Judiciário não participa das decisões do cotidiano e salvo eventuais controles sob a administração pública local, poder-se-ia mesmo considerá-lo como uma esfera que atende a interesses privados. Pela própria lógica processual o Poder Judiciário só recebe relevância pública quando determinado conflito é traduzido pela estrutura institucional e quando, portanto, adentra a semântica estatal, no sentido federalista. O Judiciário não existe no dia a dia, nem nas relações pessoais da maioria da

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

população do interior do país, senão como a sombra palaciana do poder formal, não raro em um plano simbólico abaixo das sombras dos templos religiosos, que perfazem sistematicamente, nos rituais de adestramento, o exercício dos simplismos dicotômicos, cuja contraface, qual espelho disforme, revela o Judiciário como a instancia do castigo em vida. Pois o Judiciário é uma hiperleitura superposta ao plano sociopolítico, emprestando ao sistema uma outra semântica, convertendo o "arcaico" em república democrática, onde se acionam as molduras hermenêuticas. Já os poderes políticos, a saber, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, submetidos à renovação expressa pela vontade popular, possuem outra lógica, interativa, ainda que permeiem relações oligárquicas e neo-feudais e deflagrem simplificações discursivas.

Nos pequenos municípios brasileiros o Poder Executivo, em geral, ganha lastro através do mandonismo local, com base corporativa ou oligárquica, conforme se sustente, respectivamente, em grupos de interesse ou em estruturas familiares. O Poder Legislativo, de igual modo, é geralmente mero apêndice do executivo municipal, raramente debatendo além de meras ressalvas à administração, com aprovação de indicativos, respaldados em eventuais urgências de serviço. A legislação propriamente dita resume-se ao mínimo necessário (Lei Orgânica, Código de Obras, Lei de Uso e Ocupação do Solo, Legislação Orçamentária etc.), quando a possui, sendo, na realidade, em parte expresiva, fruto de consultorias. Os vereadores, assim, representam antes, na maior parte das vezes, interesses diretos do grupo social que os patrocinou, cooptados pela lógica política que ou profissionaliza seus discursos ou os constrange pelo peso da institucionalidade, garantindo uma omissão conveniente.

Vale ressaltar, portanto, que parte do discurso acadêmico, que milita na dogmática jurídica, insiste em tecer relações sobre o federalismo e o papel dos municípios, que estão meramente no campo conceitual, sem aplicabilidade imediata no mundo "real" da esfera política.

As intervenções em áreas como a Filosofia do Direito e a Teoria do Estado têm trabalhado com parâmetros de uma solução racional dos conflitos (MacCormick: 2008, Ferraz Jr: 1997, Alexy: 2001, entre outros).

Nesse sentido, de um lado, na esfera "palaciana" do Judiciário objetiva-se a consagração da Teoria da Argumentação, em especial a democratização pela via da

motivação das decisões (Taruffo; 1979), que, teoricamente, poderá vir a influenciar na elaboração paulatina e sistemática de uma bússola ética (Rigaux: 2003).

No “mundo real”, da dissonância, os exercícios políticos dos Executivos e Legislativos, especialmente os pulverizados, ou seja, os poderes municipais, passam a estar sujeitos à planificação (Plano de Educação, Plano de Saúde, Plano Plurianual, Plano Diretor, Planos de Manejo etc.) e às metas estabelecidas em Conferências temáticas (Saúde, Ambiente, Educação, Cidades etc.) – onde a participação do cidadão, para muito além da política representativa, poderá hipoteticamente vir a injetar intervenções, que atuarão, em última análise, como mecanismos de controle externo, e, na melhor das hipóteses, favorecendo uma blindagem da máquina estatal pelo ativismo do servidor público. Trata-se de uma esfera contratualista, que traduz conceitos de um racionalismo iluminista, em busca de espaços polifônicos que possibilitem emissões comunicativas equivalentes (Habermas: 1989) na elaboração de uma sociedade menos ameaçada que passe a buscar novas estratégias de penetração crítico-deliberativas pela via da politização do social.

Prefiro chamar essa estratégia de “colonização democrática” (Madeira & Gomes: 2006; Madeira & Nunes: 2007), enquanto parte de uma tecnologia do consenso, estabelecendo parâmetros dialógicos para a pactuação de ações coletivas. Ou seja, trata-se a democracia de uma barbárie estilizada, com laivos benjaminianos (Benjamim: 1987) [1].

Todavia, o ideal democrático não é, necessariamente, um ideal popular, tampouco é o consenso de uma elite esclarecida. É antes uma estratégia de marketing de um modelo de colonização cunhado pelo ocidente socrático que elabora a reengenharia do Estado e sua metaplanificação para emprestar consistência ao sistema.

O exemplo que o presente trabalho irá explorar fala sobre as tentativas de mobilização social num pequeno município brasileiro do Estado do Amapá, Pracuúba, que possui um dos menores IDH do mundo, com quase toda a população vivendo de políticas de transferência de renda, considerado inviável economicamente pelas análises de planejamento do próprio Estado e onde a pesca artesanal se vê ameaçada pelos rebanhos de búfalos, que, por sua vez, ameaçam entrar em colapso.

A abordagem irá contrapor cenas do cotidiano de Pracuúba com um pano de fundo da planificação político-econômica, em duas perspectivas: a ação local através das efetivas políticas das secretarias municipais e a intervenção regional, por parte de setores do Governo do Estado do Amapá.

1. DIAGNÓSTICO LOCAL E MOBILIZAÇÃO

O Ministério da Defesa, ao trabalhar o retorno do Projeto Rondon, incluiu a elaboração de planos diretores entre as propostas a serem cotejadas em seus editais. Desse modo, a Universidade Federal Fluminense passou a utilizar a experiência acumulada com a participação na elaboração e coordenação técnica de planos diretores participativos, assim como na participação e coordenação de conferências das cidades, para propor a elaboração voluntária de leituras comunitárias em municípios no país que visassem a elaboração ou revisão de planos diretores.

Durante a Operação Centenário do Projeto Rondon no Amapá, em julho de 2007, a UFF teve como parceira, no projeto desenvolvido no Município de Pracuúba, a Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP) e a ação conjunta das duas equipes proporcionou o diagnóstico e a mobilização que serviram de base para o presente trabalho.[2]

1.1.Histórico do Município de Pracuúba

O Município de Pracuúba foi criado pela lei 004 de 1° de maio de 1992. Está a 235 km da capital Macapá. Seu nome é originário de uma árvore típica da região, a Pracuuúbeira. Possui fauna e flora bastante rica, sendo a pesca uma das principais atividades de produção de renda da população. A pecuária também é bastante desenvolvida, consistindo em grande fonte de sustentação econômica, com a criação de rebanhos bovinos e bubalinos.

Pracuúba é o menor Município do Estado, sendo que mais da metade de seu território é ocupado pela Floresta Nacional do Amapá, e que, segundo informações do

Governo do Estado do Amapá, provê outra fonte de sustentação, a fruticultura. Mas esses dados não foram confirmados em nossas atividades presenciais, nem a população conhecia qualquer notícia sobre a Unidade de Conservação nem tampouco sabia de atividades de fruticultura.

Pracuúba possui potencial turístico por seus lagos, igarapés e cachoeiras, e também pela pratica da pesca esportiva, com imensa variedade de peixes, como tucunaré, pirarucu e trairão. Trata-se, todavia, de um turismo de verão, popular, sem qualquer planejamento ou que já tenha trazido divisas econômicas para o Município.

Pracuúba possui uma população de aproximadamente três mil habitantes, basicamente composta por pescadores, agricultores e pecuaristas, distribuídos nas 8 comunidades (Pracuúba-sede, Cujubim, Agrovila, Breu, Flexal, São Miguel, Pernambuco, Itaúna e Porto Franco) circunscritas numa área de 4.979 Km^2. O acesso das comunidades com a sede-Pracuúba ocorre a partir de uma única via de acesso, também chamado de "ramal". Esta via de acesso é uma estrada de terra, que a partir da rodovia BR, apresenta-se com 17 Km de comprimento, a qual, durante fortes chuvas, que duram metade do ano, torna-se um verdadeiro lamaçal, com diversos atoleiros[3]. Trata-se de uma região de pantanal, com características peculiares, sofrendo profundas modificações conforme as estações, que a população designa como Verão (julho a dezembro) e Inverno (janeiro a junho). No encontro entre a rodovia BR e o "ramal" está localizada a comunidade de Flexal. Entretanto, outras comunidades ficam ainda mais distantes. Por exemplo, a comunidade de Cujubim fica a 27 Km de Flexal.

A população possui traços indígenas, mas, sempre que perguntados sobre sua etnicidade, nitidamente rejeitam e negam qualquer aproximação com comunidades indígenas, considerando um demérito tal parentesco.

1.2. Metodologia de trabalho

Os trabalhos de coordenação da mobilização social para elaboração do Plano Diretor Participativo foram realizados em acordo entre as Secretarias municipais de Ação Social e de Administração, com a colaboração das demais secretarias, e as equipes universitárias do Projeto Rondon em Pracuúba, enquanto parte da Operação Centenário do Projeto Rondon 2007 no Amapá. Embora não houvesse no município de Pracuúba a

obrigatoriedade de confecção de um Plano Diretor, em razão da quantidade de habitantes ser bastante inferior ao da exigência legal[4], a relevância ambiental do território permitia dar outra interpretação quanto à obrigatoriedade do Plano Diretor[5], além de existir uma possível estratégia de visibilidade diante do cenário de projetos regionais de desenvolvimento sustentável.

Durante as reuniões então realizadas com o corpo de secretários do Município de Pracuúba e com os vereadores municipais, em Sessão da Câmara Municipal, ocorrida em 05 de junho de 2007, foi possível estabelecer um largo calendário de atividades que incluía a realização de visitas às principais comunidades locais, no sentido de esclarecer o que é um Plano Diretor e a importância da participação popular e dos coletivos organizados em sua confecção, assim como o retorno a todas as comunidades para a realização de oficinas específicas sobre o Plano Diretor Participativo, além de Grupos de Trabalho junto às secretarias municipais e junto à Câmara de Vereadores, como também Oficina Geral de consolidação das propostas, Seminários temáticos, reuniões para fortalecimento e criação de conselhos municipais, e cursos de capacitação para o grupo de elaboração do Projeto de lei.

As visitas, no que tange ao Plano Diretor, tiveram a intenção de expor a necessidade de uma revisão legislativa e de adaptação ao modelo proposto pelo Ministério das Cidades, esclarecendo eventuais dúvidas, divulgando a oficina e demais atividades a realizarem-se na semana seguinte.

Outras atividades tiveram o cuidado de cotejar a atuação de setores do governo do Estado do Amapá diante dos modelos locais de mobilização e organização. Em 12 de julho foi realizada reunião com os pecuaristas da região e com os técnicos da DIAGRO (Agência de Defesa e Inspeção Agropecuária do Estado do Amapá) e da Secretaria Estadual de Desenvolvimento Agrário. No dia 14 de julho foi realizada reunião junto ao coletivo de pescadores e dos técnicos da Secretaria Estadual de Meio Ambiente, através da Colônia Z-11 de pescadores.

Desse modo, na semana seguinte houve retorno a quase todas as comunidades (a disposição territorial pantanosa da comunidade de São Miguel, com as casas separadas entre si por alagados e igarapés, não tornava possível uma oficina no local) realizando oficinas específicas, com atas dos encontros, seguindo o seguinte calendário: 16 de

julho – reunião de esclarecimento e oficina junto à comunidade de Porto Franco; 17 de julho – oficinas junto às comunidades de Cujubim, Agrovila e Pernambuco; 18 de julho – oficinas junto às comunidades de Flexal e Breu. Importante assinalar que, além das oficinas e dos seminários e cursos (que vinham sistematicamente ocorrendo na sede) foram utilizados outros recursos como notícias sobre o Plano Diretor pela rádio Pracuúba FM e mensagens em eventos (campeonato municipal de futebol, cultos, missas etc.).

No dia 19 de julho foi realizada a Oficina Geral, para consolidar as diretrizes apontadas pelas comunidades e pelos diversos segmentos sociais e instituições.

Foi realizada em 21 de julho, na parte da manhã, a Audiência Pública da Conferência das Cidades, com o objetivo de preparar o projeto de lei do Plano Diretor, como proposta única e integradora da Conferência Municipal da Cidade de Pracuúba, em cumprimento do que determinara o Decreto n. 0010/2007 da Prefeitura Municipal de Pracuúba, assim como elaborar as propostas do Município de Pracuúba para serem discutidas na Conferência Estadual das Cidades do Amapá e proceder à escolha dos delegados. Foi marcada para o mesmo dia, na parte da tarde, em cumprimento ao Decreto municipal n. 0011/2007, a Conferência Municipal de Saúde.

Vale, no entanto, registrar que toda essa operação, na prática, realizou-se quase que exclusivamente através do grupo da UFF. A equipe da municipalidade não participou ativamente dos cursos e ações voltados à capacitação de uma equipe técnica local e limitou seu apoio a disponibilizar transporte, hospedagem e alimentação. Exceto o secretário de Saúde, nenhum outro membro do Executivo local ou do Legislativo, participou qualificadamente das oficinas e debates, mesmo da Audiência Pública.

1.3. Estrutura administrativa

A Prefeitura Municipal de Pracuúba conta, de fato, com apenas 5 secretarias[6]: Administração, Promoção Social, Saúde, Educação e Produção. O então prefeito já fora prefeito do território na época em que fora prefeito do município de Amapá, quando Pracauúba era um distrito daquele.

Segundo as pesquisas e as entrevistas realizadas pelas equipes do Projeto Rondon não existe memória institucional, nem banco de dados ou registros pretéritos.

Os projetos em andamento encontravam-se resumidos em cartaz na sala de entrada da Prefeitura Municipal com informações que relatavam sinteticamente os progressos da gestão no biênio 2005-2006 [7]. Isso não significa dizer que essas ações e projetos estavam todos em andamento, pois não foi possível sequer constatar a autoria do cartaz e muitas das ações eram desconhecidas dos secretários municipais e funcionários da prefeitura. De fato, um dos projetos centrais, e que tivemos a oportunidade de acompanhar, foi o de distribuição gratuita do gás de cozinha, considerado essencial para a manutenção dos votos do prefeito.

Além disso, o município de Pracuúba não possuía alcance para serviços de telefonia celular, contava com poucos aparelhos fixos na cidade (praticamente apenas os da prefeitura), com apenas três orelhões (um deles com defeito e outro que não funcionava quando chovia). Os computadores eram muitos poucos (além da prefeitura, um único estabelecimento de xérox, junto à única pousada, os possuía), sem acesso a internet. Poucos também eram os aparelhos de televisão, que não era comum nas residências, apenas nos comércios.

O prefeito, por sua vez, durante toda nossa permanência no município apareceu apenas durante uma tarde, posto que não morava em Pracuúba, e sim na capital do Estado, Macapá.

1.4. Promoção Social

O Município de Pracuúba possui 2.828 habitantes (censo 2004/IBGE) sendo que, aproximadamente, 80% vivem abaixo da linha da pobreza. Portanto, o Serviço Social pretende atender 1518 pessoas, dependendo, parcialmente, do apoio técnico e financeiro da Secretaria de Estado de Inclusão e Mobilização Social, enquanto coordenadora da Política Estadual de Assistência Social.

A política de Assistência Social no município de Pracuúba tem como prioridade atender as necessidades essenciais seguindo as diretrizes de promoção, proteção e

inclusão dos seguimentos vulnerabilizados pela situação de pobreza e risco social assegurado pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

A Secretaria Municipal de Promoção Social, Trabalho e Cidadania contava com uma assistente social que tinha a árdua missão de suprir todas as demandas municipais, compreendendo todas as áreas.[8]

Estavam destinados recursos à Prefeitura Municipal oriundos da esfera federal, tais como o de "Proteção à Infância" e "Proteção ao Idoso", como também, o recurso IGD (Índice de Gestão Descentralizado), visando capacitar os funcionários da assistência e o PBT (Piso Básico de Transição) destinado à educação infantil. Constatou-se também a criação do Fundo Municipal de Assistência Social através da Lei 006/97-CMP.

O município através da Lei n.° 007/97-CMP criou o Conselho Municipal de Assistência Social. No entanto, encontrava-se o mesmo inoperante.

O Serviço Social do município se caracterizava pela ausência de profissionais capacitados academicamente para o enfrentamento da realidade social. O assistente social aparece como um mediador entre o Estado e a população, buscando atender as demandas básicas para a verdadeira efetivação do Serviço Social no município. Em certo sentido, sua ação rivaliza com as ações assitenciais e de conforto espiritual das diferentes igrejas, em especial a Assembléia de Deus, bem atuante, e a Igreja Batista, que mandara para o município equipe de jovens missionários. Já a igreja católica abriu apenas um dia durante todo o período em que lá estivemos.

1.4.1. Violência à mulher e alcoolismo

Considerando, entre outros aspectos, o alto nível de alcoolismo como resultante da extrema pobreza e suas mazelas verificadas no enfraquecimento dos laços familiares, conjeturava-se, como ação de extrema importância, a instalação de um grupo de Alcoólicos Anônimos. A violência contra a mulher vinculada a este problema estaria a demandar a efetividade de uma tutela específica. Como se mostrava também relevante a elaboração e aplicação de programas relacionados com a gravidez na adolescência, DSTs (doenças sexualmente transmissíveis), problemas psicosociais com implantação

do CAPS (Centro de Apoio Psicosocial), monitoramento de doenças crônicas, acompanhamento da gestantes e implantação de um CRAS (Centro de Referência da Assistência Social).

Durante nossa estadia, dois incidentes chamaram a atenção de nossa equipe. O primeiro foram os gritos de uma mulher durante três noites seguidas, provavelmente espancada pelo marido, em casebre diante da pousada, a única no município, onde nos alojáramos. Providencias foram tomadas por nós, especialmente pelas estudantes, que notificaram ao batalhão militar junto ao posto do IBAMA, único poder de polícia presente e que, por não atuar de fato na fiscalização ambiental, acabava por servir como policiamento local, reprimindo bebedeiras. Por sua vez, a diligência coube à única policial feminina do batalhão, que notificou o agressor e chamou o casal para uma conversa. A policial, em entrevista, nos afirmou ter sido difícil, num primeiro momento se impor naquela sociedade machista, todavia quando, numa briga, torceu o braço de uns tantos, passaram a respeitá-la. De fato, ela possuía um porte físico musculoso, e, não obstante, fez questão de declarar sua feminidade. No final de semana seguinte, em festa na cidade, surgiu vaidosa em um belo vestido branco, acompanhada do marido e dos filhos, apontando o espancador de esposa, agora humilde e de cabeça baixa, indo buscar numa barraca refrigerante para a esposa, que sorria..

O outro episódio diz respeito a um homem amarrado a um poste no batalhão do IBAMA, chamando a atenção de quantos passassem pela rua. Solicitamos esclarecimentos dos policias militares, sobre aquele tratamento, análogo ao de antigos escravos, implicando em humilhação e tortura. Solicitam-nos calma, pois se tratava, segundo eles, *apenas* de um bêbado, que sempre aprontava na cidade; aquela teria sido uma medida didática, para que ele se sentisse envergonhado em relação aos amigos e familiares e não voltasse a ficar naquele estado. Estava no poste, pois o município não possuía delegacia, nem cela. O soltaram em seguida.

1.5. Saúde

Atualmente, a rede de atendimento à saúde do município possui uma Unidade Básica de Saúde (UBS) instalada em Pracuúba e mais três Postos de Saúde instalados nas diversas comunidades, mas apenas as comunidades de Cujubim, Flexal e Breu

possuem funcionários para os atendimentos. A cidade conta também com uma equipe do Programa de Saúde da Família (PSF); entretanto, seu atendimento está muito restrito e necessita de organização e implantação de suas atividades. Apresentada pelo Ministério da Saúde como prioridade política, a Estratégia de PSF é uma reorientação do modelo assistencial, operacionalizada mediante a implantação de equipes multiprofissionais em UBS.[9]

De acordo com o Pacto de Saúde e princípios da regionalização do SUS, a UBS de Pracuúba faz atendimentos no nível de atenção primária à saúde e, quando necessário, os usuários são referenciados para atendimento na cidade de Macapá-AP. Basicamente, os atendimentos na UBS são 1) ambulatorial de clínica geral, ginecológico e pediátrico, mediante agendamento prévio, apresentando uma média de 20 atendimentos por período, e 2) pronto atendimento, conforme demanda espontânea (5 atendimentos por dia, em média), sendo que a maioria dos atendimentos realizados é de crianças apresentando diarréia ou infecção das vias aéreas superiores. Outros atendimentos realizados na unidade são curativos, vacinação, distribuição de medicamentos e partos normais assistidos pelo médico, enfermeiro ou por parteiras. A saúde bucal é realizada pela odontológa, basicamente com atendimento para tratamento com exodontia (remoção de dentes). Programas específicos de Saúde da Mulher (prevenção do câncer do colo do útero e da mama, DST, assistência pré-natal, planejamento familiar, etc.), Saúde da Criança (puericultura, nutrição, doenças comuns na infância, etc.) e Saúde do Adulto (hipertensão, diabetes, neoplasias, etc.), que poderiam ser atendidos junto ao PSF, não estavam sendo desenvolvidos pela rede local de saúde. Ademais, solicitações de exames laboratoriais são encaminhados para Macapá, pois a rede local não dispõe de sala de coleta nem de laboratório de análises, cujo resultado é a dificuldade em implantar alguns programas de saúde, como por exemplo, o programa de saúde da mulher que tem como base a coleta de citologia tríplice preventiva do câncer de colo uterino, entre outros. Outro importante fator dificultador é a mobilidade e transporte dos usuários, tanto do ponto de vista de acesso à UBS, quanto de encaminhamento para realização de consultas especializadas e exames complementares no centro de referência em Macapá. Esta dificuldade é resultado das condições socioeconômicas da população, extremamente carente (passagem, alimentação e acomodação), e das condições da via de acesso, através do “ramal”, que no período de chuvas se torna intrafegável.

Tivemos a oportunidade de conviver com dois médicos em Pracuúba, bem distintos entre si. O primeiro, na viagem precursora em junho, viera de Niterói RJ, era aposentado e não revelou grande ânimo com o serviço, estava talvez cansado de viajar e ficar em locais tão distantes, sem recursos ou opções culturais. A população também não se relacionava bem com ele, já que atendia de forma seca (apenas cinco consultas por dia). O outro médico, que substituiu o anterior, que solicitara desligamento do Programa, revelou que havia recém-terminado a residência médica e que aceitara vir para tão longe por duas razões básicas: o salário, que, segundo ele, gerava em torno de R$ 12.000,00 líquidos, e a necessidade de encorpar seu currículo, antes de pleitear trabalhos nos hospitais de São Paulo. O novo médico, jovem, logo conquistou a simpatia geral, pois participou de várias das oficinas propostas, atendia a população em todas as horas do dia, mesmo na pousada, onde se alojara. No período em que convivemos, nos relatou suas primeiras experiências a lidar sozinho com dois extremos: um óbito e um parto, no mesmo dia.

1.6. Educação

Quanto ao sistema educacional, Pracuúba oferece o ensino fundamental de primeira à oitava série, além da educação infantil de 4 a 6 anos de idade. A maioria do professorado tem formação em magistério, cursado no próprio município. Entretanto, alguns professores realizam ou realizaram curso superior em pedagogia na cidade de Macapá. Regularmente, uma vez por ano, a Secretaria de Educação oferece curso de formação continuada a todos os professores.[10]

Vale salientar que o ensino médio é oferecido apenas na escola estadual localizada na sede de Pracuúba.

No período em que estivemos por mais tempo em Pracuúba, em julho de 2007, os professores estavam de férias, mas ainda assim muitos participaram das oficinas por nós coordenadas, quando tivemos oportunidade de conhecer melhor os desafios de seu cotidiano. Contudo, vale registrar um evento curioso: numa dessas atividades, na escola

de Freixal, notei que a lousa da sala que iríamos utilizar estava com um texto em francês escrito a giz. Perguntei a uma das professoras da escola se ensinavam francês ali, mesmo porque vira no muro da escola réplicas de obras de arte modernistas e talvez houvesse na escola algum trabalho cultural sobre as vanguardas, o que era por si mesmo curioso em face do estado geral de precariedade. Fiquei surpreso ao saber que não, as pinturas sim haviam sido propostas por uma das professoras, mas não haviam aulas de línguas estrangeiras. Contudo, identificaram a autora das frases em francês, uma aluna que estava ali para participar da oficina. A jovem, de seus 17 anos já havia adentrado o recinto e estava calada, escutando a conversa, quase não contendo um sorriso de satisfação. Dirigimo-nos a ela, elogiamos seu aprendizado autodidata e a incentivamos. Após a oficina, seguimos com ela até a casa onde morava, casa de madeira, sem eletricidade, onde ela tinha ainda que cuidar dos irmãos, preparar o jantar, lavar as roupas etc. A mãe dela escutou os elogios à filha, mostrou a horta que ambas haviam plantado e nos serviu café. Na hora de irmos embora, a menina ficou lá, na porta da casa à beira da estrada, magrinha, nos acenando enquanto partíamos na boléia de um caminhão da prefeitura.

1.7. Análise do orçamento municipal de Pracuúba

O Município de Pracuúba cumpre o que foi estabelecido pelos §§1º e 2º do art. 165 da Constituição Federal, possuindo assim os três instrumentos legais que direcionam a administração do contrato orçamentário no decorrer dos anos.

De acordo com a Lei Municipal nº 23/2006, o orçamento o para o exercício de 2007 estava aprovado e era composto pelas Receitas e Despesas dos órgãos da Administração Direta, estimando uma receita total de R$ 2.609.708,00 (dois milhões, seiscentos e nove mil e setecentos e oito reais)**,** e fixava as despesas em igual valor.[11]

Compõem a Administração Direta do Município a Câmara dos Vereadores, representando o Poder Legislativo e Gabinete do Prefeito, Secretaria Municipal de Planejamento e Administração, Secretaria de Finanças, Secretaria Municipal de Educação e Cultura, Secretaria Municipal de Saúde, Secretaria Municipal de Obras e Serviços Públicos, Secretaria Municipal de Produção, Secretaria Municipal de Meio

Ambiente e Turismo, Secretaria Municipal de Promoção Social, Trabalho e Cidadania e Secretaria de Finanças-CIDE, representando o Poder Executivo.

1.8. Análise da legislação municipal correlata

Durante o período previsto para ocorrer a Conferência das Cidades, com o propósito de elaborar o Termo de referência e o projeto de lei do Plano Diretor Participativo, a Câmara de Vereadores esteve em recesso, não obstante tenha apoiado o mesmo em sessão de 5 de junho de 2007.

Foi possível, todavia, entrevistar duas vereadoras e cotejar a principal legislação correlata. De especial interesse para a elaboração do Plano Diretor, Pracuúba possui sua Lei Orgânica e Código de Posturas.

Conforme art. 34 da Lei Orgânica do Município de Pracuúba, as leis complementares, bem como o Plano Diretor, somente serão aprovadas se obtiverem maioria absoluta dos membros da Câmara Municipal.

O art. 36 ressalta que, em caso de urgência, a Câmara deverá se manifestar em até 45 dias sob a proposição do Prefeito para apreciação de um projeto de sua iniciativa, devendo este prazo ser contado a partir da data da solicitação.

Assim, Lei Orgânica Municipal prevê o devido processo legislativo que está de acordo com a elaboração do Plano Diretor Participativo.

1.9. Considerações parciais

Numa breve análise da política local no município de Pracuúba AP, é possível referir dois principais fatores, no que tange aos percursos da neo-colonização democrática. Em primeiro lugar, a inexistência de propostas ou projetos por parte da municipalidade, senão no campo da Ação Social, ainda assim enquanto parte de estratégia populista para angariar/manter votos. Nesse sentido, seguimos junto com a secretária de Ação Social, no dia da entrega mensal do gás de cozinha para as famílias. O caminhão percorreu todos os distritos e, no caso daqueles mais afastados, as famílias

tinham que dar conta de chegar até o asfalto. A maioria dos que aguardavam, às vezes horas na estrada, eram mulheres, idosos e crianças, que já possuíam alguma habilidade para seguir rolando com o botijão de gás a distância até suas casas, pois assim que recebiam o botijão já se punha,m em marcha. Quanto ao outro pretenso projeto de ênfase da prefeitura, o Projeto "Morar Bem", aguardando liberação de verba, visitamos em Freixal uma liderança local, apontado como eventual opositor do prefeito, a quem também se atribuía o fato de o projeto ter sido iniciado. Visitamos a liderança em sua casa, justo à beira da BR, perigosamente próxima. Tratava-se de um senhor de idade, com aposentadoria rural, mas que ainda, segundo ele, cuidava de "algumas vaquinhas" num "mato próximo". Uma peste acabara de matar seis cabeças de gado, e ele estava apreensivo. Revelou que a fama de oposição ao prefeito viera justamente do fato de reclamar publicamente que sua casa e as dos vizinhos em Freixal estavam ameaçadas pela rodovia, que, contudo, viera antes, mas que não lhes sobrava opções para alcançar os serviços públicos se não residindo próximo ao asfalto e que a configuração do terreno, sem serviços de terraplanagem, impedia a construção de casas naquele ponto de Freixal, senão na beira da estrada. Ora, caberia ao poder público realizar um programa para adequar as moradias. Disse, ainda, que o projeto original da prefeitura era simplesmente o de construção de banheiros nas habitações, no lugar das fossas então existentes, e que apenas com a sua reclamação acabara se tornando um projeto mais amplo, que, na gestão anterior, contemplara a transferência de diversas residências. A sua casa só recebera o banheiro.

Vale dizer, o entendimento sobre a gestão local parecia tratado com relativo desprezo, mero apêndice do exercício profissional do prefeito na capital do Estado, onde de fato morava. Deixara na cidade sua filha, enquanto preposto político, e seu genro, que assumia as vezes de "capataz", posto não possuírem uma formação ou traquejo para a administração pública. Por outro lado, a exceção de um dos vereadores, que já fora prefeito, e a quem entrevistei viajando até sua propriedade, não parecia haver qualquer mobilização social local no sentido de uma qualificação política. Uma possível exceção seria um líder associativista em Freixal, o qual, contudo, não encontramos, pois, justamente no período em que estivemos em Pracuúba, o mesmo estaria, segundo nos informaram, em Brasília, participando de cursos de capacitação.

O segundo fator que destaco é a dicção política centrada nas ações verticais da República Federativa. Ou seja, o andamento e a pauta da ação política em Pracuúba são mensuráveis exclusivamente através dos projetos setoriais, como elencados na promoção social, na saúde e na educação, ou seja, nas pautas onde existe determinação legal para alocação de verbas (saúde e educação) ou onde existe transferência de renda (promoção social). As respostas aos indicadores sociais são o resultado direto da intervenção dessas regras verticais de controle. Nesse sentido, a inexistência de relatórios de gestão nos demais campos (por exemplo, saneamento, transporte, geração de renda etc.) e o simples relato da disposição orçamentária municipal já poderiam dar ensejo a uma atuação do Tribunal de Contas.

Tudo isso diz respeito ao aperfeiçoamento do modelo federativo. E é este modelo federativo que, quer se queira ou não, exerce o papel de colonizador das práticas locais.

2. ATUAÇÃO CONJUNTA COM O GOVERNO DO ESTADO DO AMAPÁ

Tendo participado da abertura dos trabalhos da Operação Centenário do Projeto Rondon, que simbolizava os cem anos do trabalho de integração nacional do Marechal Cândido Rondon, que levara linhas de telégrafo ao Norte do país, estivera presente na solenidade, em Macapá, o Governador do Estado do Amapá, Antônio Waldez Góes, o qual se prontificara a apoiar as ações nos municípios, destacando técnicos das secretarias para acompanhar as equipes e servirem como interlocutores para ações combinadas com outros órgãos do Estado.[12]

2.1. Plano de Desenvolvimento Integrado do Estado do Amapá

Em estudo idealizado pela Secretaria Especial de Desenvolvimento Humano, que perpassa sobre flexibilização da economia, vantagens comparativas reveladas e políticas de *clustering*[13], foram apontados diagnósticos densos, calcados em parcerias público-privado, acreditando em uma atuação mais expressiva do terceiro setor, em especial a consagração da responsabilidade social das empresas.[14]

O estudo baseia-se no conceito de Arranjos Produtivos Locais (APLs), definindo-o da seguinte maneira:

> Arranjo Produtivo Local: aglomerações de empresas de um determinado segmento de atividade, localizadas em um mesmo território, que concentra também um conjunto de organizações e instituições provedoras de insumos e serviços que aumentam a eficiência coletiva e a integração entre os agentes (governo, associações empresariais, instituições de crédito, ensino, pesquisa etc.).

Os APLS são apresentados num contexto de quebra de paradigma, diante dos modelos de desenvolvimento já operados na região, desde 1944, com o Plano de Valorização Econômica da Amazônia, passando, na década de 1960, pela criação, por parte do governo militar, da SUDAM – Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia, do Banco da Amazônia e da Superintendência da Zona Franca de Manaus, e, em seguida, a construção das rodovias Transamazônica e Santarém-Cuiabá, trazendo o Projeto RADAM e o PROTERRA, responsáveis pelo incremento da indústria madeireira e pelo incremento da pecuária. As décadas de 1970 e 1980 apresentaram, ainda, os Planos de Desenvolvimento da Amazônia (PDAs); o Programa Grande Carajás; e, nos anos 1990, os Eixos de Desenvolvimento. Todos esses planos convergiam para dois resultados, conquanto não explicitados, mas efetivos:

a) O objetivo final não era o desenvolvimento da Amazônia, mas sim torná-la fornecedora de insumos e de divisas externas para a economia nacional, leia-se, a do centro desenvolvido;

b) Os modelos privilegiavam a grande propriedade, sejam os enclaves minero-metalúrgicos, sejam os grandes latifúndios pecuários e a grande madeireira.

O estudo, especificando análises para cada município, apresenta, através da realização de Fóruns de DLIS – Desenvolvimento Local Sustentável -, as seguintes conclusões relativas ao Município de Pracuúba: **Atividades prioritárias:** pecuária de Corte, pesca artesanal, aqüicultura, mandiocultura, culturas alimentares (grãos), fruticultura, rochas ornamentais; **Demandas:** - melhoramento genético e sanitário do rebanho; Industrialização de derivados do gado; melhorar o escoamento da produção; capacitar mão-de-obra para beneficiamento do pescado; capacitar os pequenos produtores para o desenvolvimento da aqüicultura; eliminar a presença de atravessadores na comercialização do pescado; criar condições para o processamento do pescado no município; promover a capacitação empreendedora no município; instalar uma câmara de conservação e fábrica de gelo no município; dinamização do papéis da colônia dos pescadores Z-11 de grupo de associados para execução de projeto de comercialização; promover a aquisição de um caminhão frigorífico.

2.2. Reunião com os pecuaristas e com a Secretaria Estadual de Desenvolvimento Rural

Em reunião com pecuaristas de Pracuúba, promovida pela DIAGRO (Agência de defesa e Inspeção Agropecuária do Estado do Amapá), ligada a Secretaria Estadual de Desenvolvimento Rural, sendo convidado o Projeto Rondon, ministrou-se palestra sobre a importância emergencial de vacinação dos rebanhos, em especial quanto a febre aftosa.

Durante os debates, várias foram as falas relativas a descrever um estado geral de ingerência uma vez que os pecuaristas, de maneira expressiva, estariam a soltar seus rebanhos, que partilhariam de um pasto comum, surgido em especial com a estiagem, quando o cenário de alagados cede lugar a um extenso campo. Tal prática, além de depredar o ambiente e interferir no ecossistema de lagos, vinha trazendo o aumento do furto de gado, já que os donos dos rebanhos apenas marcavam seus animais, realizando contagens muito esporádicas.

Também houve reclamações sobre o atendimento da DIAGRO e da RURAP (Instituto de Desenvolvimento Rural do Amapá), uma vez que a quantidade de veterinários para toda a região, apenas dois, não tornava possível uma cobertura de serviços suficiente. Além disso, foi relatado que a verba para gasolina andava precária, o que trazia novos impedimentos para os técnicos do Estado que, todavia, lembraram que esses serviços competiam ao próprio produtor e que a atuação estatal era uma liberalidade, em razão de demanda contida.

Em entrevista posterior com os técnicos da RURAP, constatou-se, ainda, a existência de projetos nos diversos assentamentos, em especial o fomento à produção de arroz.

Conforme a EMBRAPA (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária), a pecuária amapaense é uma atividade produtiva importante na geração de postos de trabalho, havendo estimativa de que os cerca de 300 estabelecimentos cadastrados pela DIAGRO empregam, direta ou indiretamente, aproximadamente 9.000 trabalhadores.

Na produção pecuária, o rebanho bovino vem gradualmente sendo substituído por bubalinos. O rebanho bovino amapaense, com aproximadamente 82.000 cabeças, representa somente 0,04% do total nacional, sendo ainda o menor plantel entre todos os Estados da Região Norte. A quase totalidade do rebanho bovino tem por finalidade a produção de carne (95%), sendo o restante destinado a uma pequena produção de leite, cuja média é de 3 litros por vaca por dia. Quanto aos bubalinos, o Amapá conta com aproximadamente 160.000 cabeças (13,5% do rebanho nacional) e detém o segundo maior rebanho da Amazônia. A pecuária de corte ainda está fortemente marcada pelo uso extensivo da terra e por um baixo padrão zootécnico, o que se reflete na baixa rentabilidade por hectare. Esses fatores acarretam sérios obstáculos à inserção competitiva da pecuária bovina e bubalina na cadeia produtiva nacional da carne. Neste contexto, é necessário o apoio creditício para a melhoria do desempenho dos principais segmentos dessa cadeia produtiva, os quais envolvem alimentação animal, produtos veterinários, defensivos agrícolas, melhoramento genético do rebanho, além dos processos de cria, recria e terminação para abate.

No Estado do Amapá existem 16.709 Km^2 de pastagens nativas de terras inundáveis e algumas centenas de milhares de hectares de pastagens nativas nos cerrados, pastagens essas que representam a principal fonte de alimentação dos rebanhos. A integração desses sistemas de pasto nos campos inundáveis como os de cerrado, tem grande potencial para incrementar a produção pecuária do Amapá, sem a necessidade de desmatar áreas de floresta densa. Todavia, como ocorre em Pracuúba, a ausência de vacinação dos rebanhos impede a ampliação desse mercado, visto os embargos para a comercialização e, sobretudo, para a exportação, além de progressiva contaminação e morte dos rebanhos.

Em nossas idas a São Miguel, o distrito de mais difícil acesso em Pracuúba, atravessemos de "voadeira" os alagados, repletos de búfalos a banhar-se nas "piscinas" naturais e consegui entrevistar um dos principais pecuaristas locais. Este recebeu-nos em sua grande e simples casa de madeira, palafitada, e parecia feliz com a chegada da eletricidade, pois, durante toda a conversa, que durou quase duas horas, manteve ligado um som, com diversas caixas potentes, em volume máximo, tocando os sucessos regionais, como a banda Calypso. Falou sobre a sazonalidade dos rebanhos de búfalos, que desaparecem no Verão, seguindo para outras regiões e retornam no Inverno, para aproveitar os alagados. Disse que não há muito controle sobre vacinação, nem a quem pertence exatamente os búfalos, uma vez que eles se misturam com os de outros proprietários e nem todos são marcados, mas que existiria uma espécie de acordo de cavalheiros sobre o quanto caberia a cada um. O perigo que relatou foram os já constantes roubos de gado, por parte de grupos "de fora".

2.3. Reunião com os pescadores e com a Secretária Estadual de Meio Ambiente

Em busca de pactuar alterações nas condições da pesca local, modificando o tamanho das malhas das redes e garantindo o período de defeso das espécies[15], em especial o pirarucu, em vista de alteração próxima futura de portaria estadual, os técnicos da Secretaria de Meio Ambiente realizaram, com o apoio da Colônia Z-11, reunião com o coletivo de pescadores artesanais no sábado, dia 14 de julho de 2007.

Na ocasião, diversos alertas foram feitos quanto ao racionalismo do extrativismo, apontando-se para o fato de que a pesca indiscriminada poderia vir a ser o fim da própria atividade.

Os pescadores retrucaram, solicitando providências quanto à pesca clandestina, que vem aumentando de forma alarmante, a ponto de já significar metade da produção remetida a mercado.

Presente o Projeto Rondon, alertou-se para parâmetros previstos em lei e para a existência de unidades de conservação, propondo-se conjeturar-se sobre Reservas Extrativistas Pesqueiras e sobre Reservas de Desenvolvimento Sustentável, em paralelo com tanques de pisciculturas, de modo a aplacar o extrativismo.

Já os pescadores artesanais reclamaram veementemente da falta de manejo das criações de gado, principalmente a bubalina. Já que essa criação, por se tratar de animais de grande porte, acaba por degradar as áreas alagadas que também são utilizadas pelos pescadores. Devido uma tradição não racionalizada da criação de búfalos, o município se encontraria num estado caótico, no que diz respeito à região de lagos, caracterizado por terras inundáveis devido ao regime de chuvas no inverno.

Nestes lagos, argumentaram, encontra-se uma rica biodiversidade, que está sendo ameaçada pela criação desordenada de búfalos. Os pescadores alegam que este gado abre algumas valas no solo, influenciando a migração das águas, descaracterizando os ecossistemas, drenando os lagos e prejudicando a manutenção da pesca. Esse processo, portanto, compromete o delicado ecossistema, enfatizando o período de reprodução dos peixes.

Os cercados não estão contendo estes animais, por motivos vários. A abundância de alimento na forma de pastagens naturais, que surgem nos períodos de seca, proporcionados pelo verão, transforma as regiões anteriormente alagadas. Esse cenário favorece a que se deixe soltos os rebanhos de búfalo, para criação sem despesas.

Após a reunião dos pescadores e as posteriores entrevistas realizadas com vários deles, nossa equipe acabou sendo “adotada”, ou melhor, “protegida’ ou mesmo “tutelada”. Numa espécie de inversão de valores “civilizatórios”, a “elite” que seguira para aquela região “arcaica” para instrumentalizar os nativos para as boas práticas

cidadãs, via-se, sob a ótica da realidade local, considerada inapta para lidar com os perigos e necessidades reais.

Darei dois exemplos.

No primeiro caso, solicitara a dois dos estudantes que realizassem etnografias com “tipos ideais” de pescador e de vaqueiro – simbolizando as principais economias locais. Os estudantes deveriam acompanhar um dia inteiro na vida de cada um daqueles trabalhadores, da hora do despertar até o amanhecer, participando de todas suas atividades, registrando em fotos, em filmagens e em anotações de campo. Disso resultou, por exemplo, que junto à canoa do pescador, após horas em um rio, em área de grande afluência de jacarés, um desses animais se aproximasse de forma perigosa da canoa, forçando o sargento do exercito, que acompanhara a dupla[16], e que era também pracuubense, a abater o jacaré com um tiro de espingarda. Ora, ao invés de assustar os estudantes, isso os excitou e fizeram questão de levar o animal abatido para servir de alimentação à equipe, mesmo para diminuir as despesas do município com nossa estadia. Assim, ao voltar, procuraram quem os auxiliasse a cozinhar o jacaré e serviram à noite um regalado jantar. A notícia se espalhou e logo havia uma quantidade de cozinheiras a pajeá-los como também de pescadores a convidá-los a participar de caças e pescas, trazendo arraias, cobras e diversos outras animais para nossos jantares, que ganhou doravante um cardápio bem variado. Alimentei-me de cozidos de animais que confesso que nem sei quais eram.

No segundo caso, a equipe foi se divertir no Chamêgo (assim, com acento), que fazia as vezes de casa noturna de Pracuúba, consistindo em um caixote gigante de madeira, onde havia música ao vivo e DJ. A maioria dos sucessos eram da música paraense, mas entenderam, inclusive, de tocar funk carioca, em nossa homenagem, apesar de o interesse da maioria dos estudantes ser o zouk, um ritmo caribenho com grande expressão na região, uma derivação mais lenta da lambada. Ao comprar bebidas fui abordado por lideranças de pescadores que se colocaram à disposição para intervir em qualquer caso, bastando que eu fizesse um sinal. A questão era que a equipe era composta por muitas alunas e temiam que houvesse qualquer falta de respeito por parte de algum dos jovens locais. Sempre que um deles tirava uma das meninas para dançar, me olhavam apreensivos, de modo a saber se precisavam intervir. Outra questão para a qual chamaram a minha atenção foi a briga entre duas famílias. Estava do lado de fora

do Chamêgo, um jovem que se acreditava ter matado um outro cerca de um mês antes, em briga de facas, após o encerramento do baile. Ora, os irmãos e primos do morto haviam determinado a vingança para aquela noite e teriam depositado as facas e canivetes em vãos próximos de modo a abater o rival e seus parentes assim que este entrasse. Procuraram me tranqüilizar dizendo que estariam proibindo a vendeta para aquele noite, de maneira a não macular nossa presença. Disse que iria tirar o time de campo, mas se sentiram ofendidos e trataram de colocar os jovens dispostos a brigar para correr. De qualquer modo, alguns minutos depois, aleguei uma desculpa qualquer e retirei os alunos.

2.3.1. Cooperativa dos pescadores

Dois outros relatos relativos às dificuldades para a existência de uma cooperativa de pescadores merecem uma breve discrição. O primeiro, oriundo de um ativista sindical na região, com quase trinta anos de militância, o qual nos descreveu que a idéia de cooperativa, que tentávamos passar nas oficinas que realizávamos, já fora uma realidade há pouco tempo. Segundo ele, apenas cinco anos atrás, houvera uma cooperativa e a mesma funcionara plenamente. Afinal, aquela era uma região rica e disputada quanto a pesca. Contudo, alguns fatores teriam atuado no sentido de terminar com a cooperativa, entre eles: a) a lógica familiar, que impedia se estruturasse um comando profissional; b) o investimento do atravessador, trazendo aparentes facilidades, vindo pegar o peixe e evitando gastos com caminhões e frigoríficos; e c) a ausência de cultura com o ganho para além da subsistência, quando o pescador, disponibilizando de mais do que estava acostumado a ter – cerca de um salário mínimo – e que cobria as despesas de casa, esbanjava o excedente, geralmente com bebida e farra. Perguntamos até que ponto aquele pessimismo não traduziria certo determinismo. Apenas balançou a cabeça e retrucou que assumira a causa sindical como motivo de vida, mas que não acreditava que nada fosse mudar.

O outro relato, veio de um técnico da RURAP, que viera para Pracuúba há quase uma década para implantar cooperativas e sentira as dificuldades em ser aceito. A sociedade só se relacionava através de estruturas familiares, como não pertencia a nenhuma família, seria um eterno estrangeiro, logo ninguém ouviria o que tinha a dizer. Contudo, as coisas começaram a mudar cerca de dois anos atrás, quando, na falta de

alguém para completar um time de futebol – existem 19 times em Pracuúba – o convidaram. Ao assumir a tesouraria do time e conseguir verba para implantar o uniforme da equipe, ganhou notoriedade. Agora sim, afirmou, lhe pediram para falar de novo sobre o tal negócio da cooperativa.

2.4. Plano Diretor e Conferência das Cidades

Diversas foram as oficinas para mobilização e elaboração do projeto de lei do Plano Diretor Participativo do Município de Pracuúba. Em quase nenhuma, a população acorreu. Os grupos de interessados geralmente eram compostos de professores da rede municipal, agentes de saúde, alguns pequenos proprietários e outros ligados indiretamente à municipalidade e que atenderam ao apelo dos secretários.

Um exemplo curioso foi a estratégia de mobilização através da final da Copa América, quando as seleções de futebol de Brasil e Argentina iriam se confrontar. Como o futebol era uma paixão local, entendêramos que seria irresistível um telão armado, passando o jogo ao vivo, durante o qual iríamos panfletar a Audiência Pública sobre o Plano Diretor. Pois não apareceu ninguém. Assistimos nós da equipe ao jogo e só então, ao final, descobrimos que toda a cidade estava no campo gramado de Pracuúba, assistindo a semi-final do campeonato local, onde o Havaí, time de Pracuúba, disputava a vaga na final. Corremos para lá a tempo de chegar no intervalo, solicitar o microfone e convidar todos para a Audiência Pública dali a alguns dias. Que Brasil e Argentina, que nada, era Havaí, Havaí, Havaí! Assistimos ao segundo tempo, que terminou em empate de 2 a 2, garantindo a vaga do Havaí.

Procuramos abordar a questão de uma eventual profissionalização de jogadores, mas os próprios afirmaram que não tinham essa perspectiva, e que o melhor do futebol era justamente a festa que vinha após, com muita bebida e som estereofônico alto. Lideranças locais também afirmaram que nunca um jogador da região despontara como atleta conhecido.

Em 21 de Julho de 2007 foi realizada a Conferência Municipal da Cidade de Pracuúba, deliberando sobre o Projeto de Lei do Plano Diretor, o qual, aprovado, com algumas emendas, tendo como anexo um Plano Estratégico de Desenvolvimento

Integrado, elaborado por nossa equipe, foi encaminhado pelo Executivo ao Legislativo municipal, com cópia para o Governo do Estado. Em seguida, foram aprovadas nove propostas, todas subdivididas em Proposta/Ação/Atores, oriundas dos grupos de trabalho criados com apoio dos técnicos do Estado, integrando o discurso oficial de Pracuúba à estrutura do terceiro ciclo de Conferências das Cidades.[17]

Na redação do projeto de lei do Plano Diretor como na redação das propostas para a Conferência das Cidades do Estado do Amapá fui responsável por emprestar às propostas uma dicção "tecnocrática", acreditando que se tratava de criar uma tecnologia democrática mínima, que permitisse futuras articulações políticas e estratégias de visibilidade, atraindo projetos regionais, uma vez que o município, em conversas de bastidores com assessorias das secretarias estaduais em Macapá, era considerado "economicamente inviável". Afinal, enquanto agente da colonização, procurava fazer o melhor no meu trabalho.

Contudo, todavia, porém, ocorreu que um técnico do Estado teve um caso com a secretária de Promoção Social, engravidando-a, e o marido desta jurou de morte o mesmo caso retornasse em Pracuúba. Assim, todo esse trabalho restou engavetado, e, ao que parece, também não teve seguimento na esfera estadual, posto ter ficado sob a responsabilidade do mesmo técnico.

Com as eleições de 2008 e a posse em janeiro de 2009 de nova equipe na Prefeitura de Pracuúba, entramos em contato com a municipalidade, mas o novo Secretário de Administração afirmou desconhecer o trabalho.

Considerações finais

As breves narrativas sobre o cotidiano de Pracuúba talvez digam mais sobre nosso modelo jurídico-político do que uma peroração teórica sobre os rumos da democracia brasileira.

Ações pontuais como as do Projeto Rondon podem estar a atuar como uma forma mais sofisticada de assistencialismo, diferente daquele mesmo assistencialismo em certa medida encampado pelo antigo Projeto Rondon (do final da década de 1960 até o Governo Sarney). Trata-se agora de um assistencialismo cívico, com promotores de

cidadania, implementação de conselhos municipais, mobilização social para elaboração de planos diretores, projetos ambientais e de saneamento, formação de cooperativas etc.

Esses novos jesuítas, professores e estudantes de todo o país, saem, semestralmente, percorrendo as regiões de baixo IDH, levando a Nova da organização administrativa e da tecnologia social, concebendo o que já é de novo o maior programa de extensão universitária do Brasil.

Todavia, Pracuúba, assim como em São Domingos do Araguaia PA (Madeira Filho: 2006), Cairú BA (Madeira Filho: 2007), Angra dos Reis RJ (Madeira Filho & Hagino: 2008), Encruzilhada do Sul RS (Madeira Filho & Pimentel: 2008), Itapirapuã Paulista SP (Madeira Filho & Vainer: 2008), Teresina de Goiás GO e tantos outros lugares, sofra ainda as dimensões do arcaico, o que pode representar também sua riqueza.

O baixo grau de mobilização social, associado aos indicadores econômicos revelam um território passível apenas de investimento de indução, que não é uma rubrica fácil em um país classificado como periférico, restando-lhe, provisoriamente, apenas a demanda da transferência de renda. Os cenários que se apresentam são os mesmos das sociedades urbanas "descartáveis" (Fridman: 2007). Em Pracuúba – uma cidade onde, conforme um dos estudantes da equipe, "deu tudo errado" – é longa a lista dos estados críticos: a escassez do recurso da pesca pelo impacto ambiental, o turismo desorganizado ampliando a ocupação irregular, o fortalecimento dos mediadores e atravessadores no comércio incipiente, a ampliação do conflito com os pecuaristas, a desvalorização da terra atraindo o agronegócio, a abdução pela indústria do plantio de eucalipto (já instalada no município vizinho de Tartarugalzinho) e a cirrose.

Uma questão a ser colocada é a da pertinência de um IDH local. Afinal, se o diagnóstico do militante sindical estiver correto, o pescador de Pracuúba vive bem dentro de um modelo de subsistência. Desse modo as políticas e os indicadores verticais, que controlam alguma aferição civilizatória prática, poderiam ser questionados diante dos modelos comunitários. Todavia, o que chamamos de democracia mascara também um ritmo de desenvolvimento que implica em diagnósticos de *clustering* como os apresentados no plano de desenvolvimento integrado do Estado do Amapá, onde o que era recurso pesqueiro passa a ser elaborado

ou como recurso da biodiversidade ou como potencial de mercado, em uma dinâmica de planejamento territorial que implica em impor novas regras.

Uma alternativa empírica, com lastro nas culturas locais, de enfrentamento a essa lógica "cristã" do fortalecimento do know-how democrático, resta na promoção do discurso da tradicionalidade. Afinal 70% da população é formada por pescadores artesanais, suscitando políticas de desenvolvimento sustentável e de povos e comunidades tradicionais. Não será um discurso deles, mas um discurso a ser suscitado neles, talvez através das cansadas militâncias sindicais, talvez através da quase desesperançada militância de setores do poder público, talvez através de promotores da cidadania acadêmicos, pela via dos trabalhos de extensão universitária.

Desse modo, amparando-se assim num *lobbie* antropológico, derivação do modelo da colonização democrática, uma espécie de zouk, talvez, quem sabe, os pracuubenses consigam a manutenção do território e de seu modo de vida e até mesmo de seu futebol, que sequer imaginam que também se encontra ameaçado.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Ed., 2001.

BENJAMIN. Walter: **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. Obras escolhidas, volume 1. 3ª ed. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro, Forense: 1997.

FRIDMAN, Luis Carlos. O destino dos descartáveis na sociedade. In: MELLO, Marcelo Pereira de (organizador). **Sociologia e direito**: explorando as interseções. Niterói: PPGSD, 2007, pp. 149166.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

GOVERNO DO ESTADO AMAPÁ. **Plano de desenvolvimento integrado: Amapá produtivo**. Macapá: Secretaria Especial de Desenvolvimento Econômico, 2005.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elvesier: 2008.

MADEIRA FILHO, Wilson (coord.). **Conferência Municipal da Cidade de Pracuúba**: regulamento, termo de referência, projeto de lei do plano diretor participativo do Município de Pracuúba e propostas aprovadas para encaminhamento na Conferência Estadual das Cidades do Amapá. PREFEITURA MUNICIPAL DE PRACUÚBA/ UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE/ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO: 2007.

MADEIRA FILHO, Wilson. Planejamento territorial e participação popular no arquipélago de Cairu, BA. In: **Anais da ANPOCS**. Caxambu: outubro de 2007.

MADEIRA FILHO, Wilson; HAGINO, Córa Hisae Monteiro da Silva. Uma análise situacional dos debates relativos à recategorização da Vila do Aventureiro no processo de alteração da Reserva Biológica da Praia do Sul, na Ilha Grande, em Angra dos Reis (RJ). In: **Anais do IV Encontro Nacional da ANPPAS**. Brasília DF: 4, 5 e 6 de junho de 2008.

MADEIRA FILHO, Wilson; PIMENTEL, Ivan Ignácio. Narrativas de Encruzilhada: tecnologias sociais e investimentos liberais na reestruturação produtiva da agricultura do Município de Encruzilhada do Sul – RS. In: **Anais do IV Encontro Nacional da ANPPAS**. Brasília DF: 4, 5 e 6 de junho de 2008.

MADEIRA FILHO, Wilson; VAINER, Alice Giacomini**.** Procurando discos voadores no céu: a elaboração do projeto de lei do plano diretor participativo de Itapirapuã Paulista. IN: Anais do **CONPEDI** (Congresso Nacional dos Pesquisadores de Direito). Brasília DF: novembro de 2008, CD Room.

MADEIRA FILHO, Wilson; GOMES, Luiz Cláudio Moreira. Entradas e bandeiras: o novo processo de colonização democrática a partir do imperativo constitucional de planejamento urbano. IN: Anais do **Pré-CONPEDI** (Congresso Nacional dos Pesquisadores de Direito). Campos-RJ, junho de 2007, CD Room.

MADEIRA FILHO, Wilson; COSTA, Maria Alice Chaves Nunes. Externalidades negativas: estratégias públicas e privadas de intervenção na dramaticidade social no estado do Pará. IN: **Anais do IX Encontro Internacional Humboldt – Réquiem para o neoliberalismo**. Juiz de Fora MG: 17 a 21 de setembro de 2007. CD Room.

RIGAUX. François. **A lei dos juízes**. Tradução: Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975.

---

[1] O pequeno ensaio **Experiência e pobreza**, de Walter Benjamin, é de 1933 e comenta: "Barbárie? Sim. Respondemos afirmativamente para introduzir um conceito novo e positivo de barbárie. Pois o que resulta para o bárbaro dessa pobreza de experiência? Ela o impele a partir para a frente, a começar de novo, a contentar-se com pouco, sem olhar nem para a direita nem para a esquerda." (BENJAMIN. Walter: **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. Obras escolhidas, volume 1. 3ª ed. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987, pp. 115-116)

[2] A equipe da USP, coordenada pela Prof.ª Ana Paula Morais Fernandes, foi composta pelos seguintes estudantes: Sidnei Ziotte (Medicina), Fernanda Mara da Silva (Pedagogia), Priscilla de Paula Rodrigues (Pedagogia), Érico Rolim de Mattos (Agronomia), Fernanda Bruzadelli Paulino da Costa (Enfermagem), Kelly Graziani Giacchero (Enfermagem) e Renata Frateschi de Andrade (Enfermagem). A equipe da UFF, coordenada por mim, foi composta pelos seguintes estudantes: Vilânia Ferreira (Direito), Carolina Weiler Thibes (Direito), Fernanda Rocha Souto (Direito), João Paulo Huguenim (Arquitetura e Urbanismo), Vitor Pimenta (Ciências Sociais), Thone Cravinho Cabral (Serviço Social) e Marcelo Tammela Madeira (Comunicação).

[3] Para chegar e sair de Pracuúba, nas duas oportunidades em que para lá seguimos, os veículos foram "engolidos" pela lama, tendo de ser içados por tratores. Na primeira das vezes, tive que sair de uma van, atravessando um verdadeiro rio de lama que chegava a uma altura de cerca de 1,50 metros.

[4] O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) estabelece, em seu art. 41, I, a obrigatoriedade do Plano Diretor para cidades com mais de 20 mil habitantes.

[5] O Estatuto da Cidade também estabelece, em seu artigo 41, incisos IV e V, a obrigatoriedade do Plano diretor para cidades: “IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional”.

[6] A análise da legislação orçamentária demonstrou não ser essa a estrutura oficial, o que surpreendeu aos próprios secretários e, em especial, à primeira dama, filha do prefeito, secretária de Promoção Social e esposa do secretário de Administração.

[7] Esse cartaz cotinha as seguintes informações: “**Educação – ‘Compromisso e Investimento’** - Aumento do número de vagas oferecidas através de construção e reforma das escolas municipais: E.M. Professora Maria Enilza Costa Alves; E.M. Professor Evandro Martins Ribeiro; E.M. Augusto Rocha de Oliveira; E.M. Manoel Urbano da Silva; E.M. da Comunidade Flexal (em construção); - Aquisição de equipamentos (freezer, ar condicionado, assento escolar, armários, mesas, cadeiras, computadores). **Saúde – ‘Acesso Igualitário e Saúde para todos’:** Municipalização dos Serviços de Saúde; Implantação do Serviço Odontológico Municipal; Aquisição de gabinete odontológico; Aquisição de medicamentos; Aquisição de equipamentos de saúde (Comunidade Cujubim); Aquisição de equipamentos de informática visando implantação dos Sistemas de Informações. **Esporte e Lazer – ‘Valorização da Saúde Físico e Mental do Cidadão’:** Construção da quadra poliesportiva da Escola Augusto Rocha; Implantação da escolinha de futebol infanto-juvenil; Apoio na realização dos Campeonatos masculino, feminino e Copa dos Campeões. **Saneamento Básico – ‘Prioridade da Qualidade de Vida do Cidadão’:** Abastecimento de água e rede de distribuição, capacidade para 5.000 L (Comunidade São Miguel do Flexal); Abastecimento de água e rede de distribuição, capacidade para 5.000 L (Comunidade Agrovila); Construção de 18 Módulos Sanitários (Comunidade Flexal); Coleta de lixo domiciliar feita 02 (duas) vezes por semana. **Urbanização – ‘Embelezamento da Cidade e Suporte ao Turismo’:** Construção do muro de Arrimo (Orla do lago da Sede do Município); Recuperação da camada asfáltica (Sede do Município); Capina e manutenção da limpeza das comunidades do Município; Reforma e conclusão de casas populares (Comunidade Cujubim – em andamento); Reforma do Hotel de Trânsito (Sede do Município – em andamento). **Transporte – ‘Melhorias e Qualidade’:** - Aquisição de veículos e equipamentos: Barco batelão com capacidade para 3.000 Kg (Sede do Município); Barco batelão com capacidade para 2.800 Kg (Comunidade Itauna); Mini trator com roçadeira; Roçadeiras contal. - Melhorias na travessia da balsa do Rio Flexal (Localidade Maringá). **Qualificação Profissional – ‘Investimento na Formação da Mão de Obra Local’:** Curso de educação especial; Curso de capacitação para professores do ensino fundamental; Realização de concurso municipal. **Controle Social – ‘Clareza nos Investimentos através da Implantação dos Conselhos’:** Conselho Municipal de Saúde; Conselho Municipal de Assistência Social; Conselho de Habitação (em andamento); Conselho de Agricultura (em andamento). **Programas Sociais – ‘Investimento na Valorização do Cidadão’:** Distribuição gratuita de gás de cozinha atendendo 300 famílias; Financiamento do auxílio doença; Contratação de profissionais para os Conselhos implantados. **Serviços – ‘Necessidade de Adequação**

de Serviços': Reforma do prédio da Prefeitura Municipal de Pracuúba; Aquisição de equipamentos para Prefeitura Municipal de Pracuúba.

[8] Encontravam-se em funcionamento os projetos: CRIART, que atende somente crianças e adolescentes da sede; "cidadania na 3.ª idade", com um encontro mensal e sem disponibilidade de espaço físico próprio; "benefícios eventuais" fornecendo auxílio natalidade (10), cesta básica (20), auxílio transporte (50), auxílio fotografia (15) e auxílio funeral (03); PETI (Programa de Erradicação do Trabalho Infantil), ressaltando a ausência de regularização; Programa municipal "Gás para Dona de Casa", que contemplava 300 famílias; e doravante a prefeitura se comprometera a realizar um projeto de habitação com objetivo de reformar e construir casas, denominado "Morar Melhor", que teria funcionado na gestão anterior do prefeito.

[9] Como estrutura física, a UBS de Pracuúba possui uma sala de recepção e espera, sala de vacina, posto de enfermagem, sala de curativo, sala de parto, consultório médico e de enfermagem. Como recurso humano, a rede de saúde apresenta 1 médico com formação geral, 2 enfermeiros, 11 técnicos e auxiliares de enfermagem, 1 odontólogo, 1 auxiliar de odontólogo, 4 servidores de serviços gerais, 1 agente administrativo e 3 vigias noturno, mais 6 auxiliares de enfermagem distribuídos nos postos de saúde (3 em Flexal, 2 em Cujubim e 1 em Breu). A equipe do PSF conta com 1 médico geral, 1 enfermeiro (coordenador), 2 técnicos de enfermagem e 8 agentes comunitários. Vale salientar que o médico, o enfermeiro e um técnico de enfermagem do PSF são os mesmos funcionários da rede municipal de saúde. Como recurso para transporte, o município possui duas ambulâncias e veículos para mobilidade de profissionais e usuários da saúde. No entanto, as ambulâncias ficam na comunidade de Flexal devido a dificuldade de acesso à sede.

[10] A rede de ensino no município de Pracuúba é formada por escolas municipais e estaduais, localizadas nas comunidades, assim distribuídas: **Sede de Pracuúba**: uma escola municipal, oferece o primeiro ciclo do ensino fundamental, tem 17 professores e atende 210 alunos; uma escola estadual que oferece primeiro e segundo ciclo do ensino fundamental, possui 20 professores e 250 alunos; **Flexal**: 01 escola municipal, que oferece educação infantil, tem 04 professores e aproximadamente 40 alunos; uma escola estadual que oferece ensino fundamental, tem aproximadamente 20 professores e 80 alunos; **Cujubim**: uma escola municipal que oferece educação infantil, tem 04 professores e 40 alunos; uma escola estadual que oferece ensino fundamental, tem 20 professores e aproximadamente 100 alunos; **Agrovila**: 01 escola municipal que oferece educação infantil, tem 04 professores e aproximadamente 40 alunos; **Itaúna**: não possui escola; **Pernambuco**: possui 01 escola estadual, que oferece o primeiro ciclo do ensino fundamental, possui quatro professores e 50 alunos; **São Miguel**: tem 01 escola estadual, que oferece primeiro ciclo do ensino fundamental, tem 04 professores e aproximadamente 40 alunos; **Breu**; possui 01 escola municipal que oferece educação infantil, tem 04 professores e aproximadamente 35 alunos; 01 escola estadual que atende o primeiro ciclo do ensino fundamental, tem 04 professores e aproximadamente 50 alunos; **Porto Franco**: tem 01 escola municipal que oferece o primeiro ciclo do ensino fundamental, possui 08 professores e aproximadamente 30 alunos.

[11] Do montante orçamentário anual do Município, 8% estavam destinados à Manutenção da **Câmara Municipal**, ou seja, R$ 200.235,00 reservados para o pagamento das despesas correntes do Poder Legislativo Municipal. Já para o Poder Executivo, de onde a Administração Pública do Município se deriva, estavam destinados 40% do valor total do montante, totalizando um valor de R$ 1.077.500,00, dos quais R$ 105.000,00 estavam destinados à Manutenção das atividades do **Gabinete do Prefeito**, quais sejam: diárias com pessoal, material de consumo, material de distribuição gratuita, despesas com passagens, locomoção em geral e serviços de terceiros. Estavam reservados também R$ 5.000,00 para o aparelhamento do Gabinete. Deste percentual destinado ao Executivo, R$ 775.500,00 vão para a **Secretaria de Planejamento e Administração**, onde R$533.500,00 se destinavam ao Pagamento dos Funcionários do Município, R$237.000,00 à Manutenção das Atividades da Secretaria de Administração, quais sejam: contratações - R$20.000,00, diárias de Pessoal - R$18.000,00, material de consumo - R$45.000,00, passagens - R$15.000,00, serviços de terceiros/pessoa física e jurídica - R$50.000,00, Serviços de Terceiros - R$39.000,00 e sentenças judiciais - R$30.000,00. Havia a previsão de gastos com a Manutenção da **Secretaria de Finanças** equivalente a R$85.000,00, o que representa 4,2% do orçamento Municipal Anual, onde R$5.000,00 se destinavam ao pagamento de contratações, R$10.000,00 às diárias de Pessoal, R$10.000,00 ao Material de Consumo, R$10.000,00 para despesas com Locomoção, R$25.000,00 para Serviços de Consultoria e R$20.000,00 para Serviços de Terceiros. Deste Montante destinado à Secretaria de Finanças, R$25.040,00 eram transferidos ao PASEP e R$5.000,00 eram destinados à aquisição de Material e Equipamentos para a Secretaria. No que tange à Educação, havia a previsão da reserva de 25% do orçamento à **Secretaria de Educação e Cultura**, que é o mínimo estabelecido pela Constituição. Portanto, temos que a Secretaria de Educação recebe R$ 625.734,00, dos quais R$113.200,00 eram gastos com o pagamento dos funcionários da Secretaria, R$241.601,25 eram destinados à Manutenção da Secretaria e 181.000,00 eram transferidos para o FUNDEF. Completando as despesas com educação, eram destinados anualmente R$69.932,75 para o pagamento de despesas com infra-estrutura das escolas Municipais. Em relação à Saúde, eram destinados anualmente R$ 376.000,00 à **Secretaria Municipal de Saúde**, o que representa 15% do orçamento Municipal, dos quais R$63.500,00 destinavam-se ao pagamento do quadro de Profissionais da Secretaria, R$120.000,00 à manutenção das Atividades da Secretaria, quais sejam: R$20.000,00 com contratações, R$5.000,00 com diárias de Pessoal, R$65.000,00 com material de consumo, R$5.000,00 com passagens e R$25.000,00 com serviços de terceiros. A previsão do valor a ser transferido para o fundo de Saúde era de R$ 99.440,35 e o total destinado a projetos na área de Saúde era de R$93.059,65, quais sejam: Reforma dos Postos de Saúde na zona Rural - R$41.500,00, Aquisição de Equipamentos e Material permanente para Postos de Saúde - R$10.000,00 e Implantação de Sistema de Abastecimento de água nas Comunidades do Município - R$41.559,65. Está previsto uma despesa de 5% do orçamento anual com a **Secretaria Municipal de Obras e Serviços**, ou seja, R$137.000,00, dos quais R$50.000,00 destinam-se a projetos como construção de praças nas Comunidades, construção, reforma e ampliação dos prédios públicos do Município e pavimentação de vias urbanas. Com a manutenção das atividades da Secretaria foram reservados R$52.000,00. Para limpeza de ruas, canais, aquisição de equipamentos foram reservados R$30.000,00. Em relação à **Secretaria de Produção**,

foi determinado que R$ 46.000,00 se destinariam à sua manutenção, o que representa 1,32% do orçamento. Deste valor, R$20.000,00 se destinava ao projeto de construção de uma olaria e R$26.000,00 ao pagamento de material de consumo, material de distribuição gratuita e outros serviços de terceiros. A **Secretaria Municipal de Meio Ambiente** ficaria com 2,4% do orçamento anual, o que representa R$62.635,46, dos quais R$10.000,00 se destinavam à aquisição de lixeiras públicas, R$5.000,00 a aquisição de material permanente, R$21.635,46 a manutenção das atividades da Secretaria e R$ 26.000,00 se destinavam a Implantação de Cerca de Proteção na Lixeira Pública na Zona Rural do Município. Estavam reservados à **Secretaria Municipal de Promoção Social, Trabalho e Cidadania** 3,5% do Orçamento, o que representa o valor de R$91.988,54. Nesta Secretaria R$28.721,19 se destinava a sua manutenção, R$37.200,00 eram reservados para o programa de Erradicação do Trabalho Infantil e R$26.067,35 à Manutenção do Conselho Tutelar. Há em Pracuúba uma **Secretaria de Finanças** específica, denominada **CIDE**, onde seu orçamento de R$69.575,00 se destina única e exclusivamente à recuperação e melhoria de Estradas Vicinais e Ramais do Município. Como em todo Município, há a previsão de reserva de contingência no valor de R$5.000,00 que não se destina especificamente a determinado trabalho, podendo seus créditos serem remanejados através de suplementação.

[12] Estiveram conosco em Pracuúba os técnicos Adelmo Moraes de Souza, da Secretaria de Assuntos Indígenas, e Oriani Suçuarana, da Secretaria Estadual de Saúde.

[13] *Clustering* é uma técnica de mineração de dados, ou seja, o processo de explorar grandes quantidades de dados à procura de padrões consistentes, como regras de associação ou sequências temporais, para detectar relacionamentos sistemáticos entre variáveis, detectando assim novos subconjuntos de dados.

[14] GOVERNO DO ESTADO AMAPÁ. **Plano de desenvolvimento integrado: Amapá produtivo**. Macapá: Secretaria Especial de Desenvolvimento Econômico, 2005.

[15] Nessa época os pescadores ganham do poder público estadual uma bolsa-auxílio para ajudar na renda familiar.

[16] O Projeto Rondon chama de “anjos”, os militares destacados para acompanhar as equipes universitárias.

[17] Foram as seguintes as propostas aprovadas para encaminhamento à Conferência das Cidades do Estado do Amapá: 1) Proposta: Construção subsidiada de habitações e lotes urbanizados para a população de baixa renda, destinada preferencialmente para a realocação de população de áreas de preservação permanente e áreas de riscos. Ação: Utilização prioritária dos recursos dos Fundos de habitação. Criação de cadastro de

assentamentos. Atores: Prefeitura Municipal, Câmara de Vereadores. Movimentos sociais e populares; 2) Proposta: Firmar financiamentos para a ampliação e melhoria da malha de transporte, com garantias de acessibilidade, de acordo com o Plano Diretor. Ação: Buscar linhas de financiamento e recursos a fundo perdido. Otimizar os prazos das liberação de recursos. Desburocratizar as linhas de crédito. Dar prioridade aos processos licitatórios. Atores: Prefeitura Municipal, Agentes financeiros, Governo Estadual, Governo Federal; 3) Proposta: Estratégias de captação de verbas para ampliação da política de saneamento. Ação: Aplicação do principio poluidor-pagador, impondo deveres específicos aos geradores de poluição. Ampliação das ações do Programa de Corredor de Biodiversidade, subvencionadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento e pelo Banco Mundial. Utilização de compensatórias de investimentos industriais na construção de aterros sanitários com usinas de reciclagem e de beneficiamento de resíduos sólidos, como também em estações de tratamento de água e esgoto e malha de água e esgoto para os municípios. Atores: Prefeitura Municipal de Pracuúba, Empresas, Governo Estadual, Governo Federal; 4) Proposta: Atrelar liberação de recursos aos projetos oriundos dos planos diretores municipais. Ação: Criar conselhos regionais e fortalecer os conselhos municipais. Disponibilizar, em sites e congêneres, íntegra dos planos diretores municipais e respectivas dotações orçamentárias de todos os municípios. Atores: Prefeituras Municipais do Estado do Amapá, Governo do Estado, Governo Federal; 5) Proposta: Criação e implementação do ICMS Ecológico. Ação: Aprovar legislação. Garantir a realização de projetos ambientais. Assegurar a valoração econômica dos ecossistemas, garantindo o desenvolvimento humano. Atores: Prefeituras Municipais, Governo do Estado, Assembléia Legislativa; 6) Proposta: Recuperação do ecossistema de lagos, rios e igarapés da região de Pracuúba, Tartarugalzinho e Amapá. Ação: Zoneamento Econômico-Ecológico. Ampliação do efetivo na fiscalização ambiental. Concurso público para ampliar quadro da Secretaria Estadual de Meio Ambiente. Pactuar condições com as colônias de pescadores. Criar as Secretaria Municipais de Meio Ambiente de Pracuúba, Tartarugalzinho e Amapá. Atores: Prefeituras Municipais de Pracuúba, Tartarugalzinho e Amapá, Governo do Estado, Assembléia Legislativa; 7) Proposta: Manejo dos rebanhos de búfalos e vacinação do gado. Ação: Ampliar a fiscalização e atuação da RURAP. Criar política emergencial que garanta a vacinação de todo o gado, às expensas dos produtores, retirando a pecuária da situação de risco. Concurso público para ampliar o efetivo da Secretaria Estadual de Desenvolvimento Rural. Impedir que os rebanhos de búfalos fiquem livres nos ecossistemas, causando danos ambientais. Atores: Prefeituras Municipais, Governo do Estado, Assembléia Legislativa; 8) Proposta: Gestão eficiente das despesas publicas. Ação: Estabelecer parcerias entre a Controladoria e a Secretaria de Administração do município e entidades externas, a fim de desenvolver um melhor sistema de controle de gestão. O sistema desenvolvido deverá ser objeto de Audiência Publica, com efeito vinculativo na consecução da política municipal. Atores: Prefeitura Municipal, Universidades, Entidades profissionais, Movimentos sociais e populares, Tribunal de Contas da União, Ministério das Cidades; 9) Proposta: Captação de recursos através do Tratado de Kyoto. Ação: Criar unidade de conservação para plantio de floresta, seja Reserva de Desenvolvimento Sustentável ou Floresta Estadual, no território de Pracuúba. Estabelecer metas para implementação dos créditos de carbono, políticas de desenvolvimento limpo, entre outros, para obtenção de rendas. Ampliação das políticas de plantio de florestas nativas. Utilização dos recursos da captação de gases metano nos aterros sanitários. Atores: Prefeituras Municipais do Estado do Amapá, Governo do Estado, Assembléia Legislativa, Empresas de plantio de árvores.

TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO NO SÉCULO XXI

TRANFORMAÇÕES DO DIREITO NO SÉCULO XXI: A TUTELA JURÍDICA DA MULHER BRASILEIRA*

TRASFORMAZIONI DEL DIRITTO NEL SECOLO XXI: LA TUTELA GIURIDICA DELLA DONNA BRASILIANA

Ana Maria Viola de Sousa
Grasiele Augusta Ferreira Nascimento

RESUMO

O presente estudo propõe uma análise das transformações do direito no século XXI, especialmente quanto à tutela jurídica da mulher nos principais textos do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, aborda os conceitos e as mudanças previstos na Constituição Federal, no Código Civil e nas leis trabalhistas, sobre temas que envolvem o Princípio da Igualdade previsto na Constituição Federal de 1988 e seus reflexos no Direito de Família, como a igualdade entre os sexos, poder familiar, alimentos, entre outros temas; além de analisar a trajetória da mulher no mercado de trabalho e as recentes normas de proteção à maternidade, tanto em relação à mãe adotiva, quanto em relação à ampliação da licença-maternidade.

PALAVRAS-CHAVES: MULHER – IGUALDADE – MATERNIDADE.

RIASSUNTO

Il presente studio propone un'analisi delle trasformazioni del diritto nel secolo XXI, specialmente quanto alla tutela giuridica della donna nei principali testi dell'ordinamento giuridico brasiliano. Con questo scopo, esamina i concetti e i cambiamenti previsti nella Costituzione Federale, nel Codice Civile e nella legislazione del lavoro, su temi che comprendono il Principio dell'Uguaglianza previsto nella Costituzione Federale del 1988 e i suoi riflessi nel Diritto di Famiglia, come l'uguaglianza tra i sessi, la potestà genitoriale, il mantenimento, tra gli altri temi; oltre ad analizzare la traiettoria della donna nel mercado del lavoro e le recenti norme di protezione della maternità, tanto in relazione alla madre adottiva, quanto in relazione all'ampliazione della licenza di maternità.

PAROLE CHIAVE: DONNA – UGUAGLIANZA – MATERNITÀ.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. INTRODUÇÃO

A evolução da tutela jurídica a mulher brasileira foi marcada por uma trajetória lenta, pontuada por eventos básicos, porém, importantes na conquista do reconhecimento de seus direitos. Entre outros, podem ser citados como eventos dessa natureza o direito ao voto, em 1932[1], direito de ocupar postos e funções públicas, e, 1955[2], o direito de exercer profissão lucrativa com o advento do Estatuto da Mulher Casada, em 1962[3], direito ao divórcio e dissolução do casamento, em 1977[4], equiparação dos direitos em relação aos homens e o direito à União Estável, na Constituição Federal de 1988[5], conquista de sua plena capacidade, no novo Código Civil[6] e, mais recentemente, o direito de defender-se de agressões domésticas e familiares, com a edição da Lei Maria da Penha, em 2006[7].

Sabe-se que a história se escreve através de processos e de movimentos sejam coletivos ou individuais. As mulheres não fugiram à regra: lutas persistentes foram travadas, obstáculos foram vencidos com muito esforço e ousadia. Tem-se notícia da organização das mulheres em movimentos na luta pelos direitos desde os meados do século XIX, com a edição do primeiro jornal produzido por mulheres: "Jornal das Senhoras" (AMARAL e SAFFIOTI, 2006), mas o grande avanço dos movimentos expressivos foram promovidos na década de 80, integrante das forças democráticas das *Diretas Já* , cuja campanha pela inclusão da ampliação do direito das mulheres na nova Constituição Federal, levou o Congresso a criar o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher[8].

A condição de igualdade de direitos, em substituição à condição subalterna a que sempre sofreu, foi uma vitória das mais significativas previstas na Constituição Federal de 1988, mas somente proporcionou modificação definitiva no ordenamento civil brasileiro em 2002, quando da edição do Novo Código Civil, embora alguns juristas considerassem que as leis infraconstitucionais que conflitassem com a nova ordem ditada pela Constituição de 1988 estariam derrogadas tacitamente.

Apesar de toda mudança normativa, ainda vigora na sociedade brasileira, a mentalidade machista. Nem as normas constitucionais, nem as civis, nem as trabalhistas foram suficientes para conter a dominação do homem sobre a mulher. Não são raros notícias de comportamentos discriminatórios, preconceituosos e tratamento desigual dispensado às mulheres. Isto sem contar a violência doméstica vivenciada pelas mulheres, a qual contabiliza altos índices, justificando a edição da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha.

O Direito evoluiu em relação às mulheres, todavia, a manifestação concreta dessa evolução ainda está longe de ser atingida. Ainda há que se pensar e refletir objetivando vivenciar a tão almejada igualdade da cidadania das mulheres em relação aos demais integrantes da sociedade.

Desse modo, o presente artigo pretende fazer uma análise da condição jurídica da mulher ante os termos da Constituição Federal de 1988, das inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 e das legislações trabalhistas.

2. TUTELA JURÍDICA DA MULHER NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal promulgada em 1988 pode ser considerada como marco de um novo status conferido à mulher. É na Constituição Federal de 1988 que expressamente se garantiu à mulher uma condição de igualdade com os homens. Embora o princípio da isonomia tenha sido tratado também em outros diplomas legais, ainda era insuficiente para impedir várias formas de discriminação contra a mulher. Mas não bastava apenas a igualdade, era necessário reforçar este princípio com o estabelecimento de um tratamento diferenciado, definindo os instrumentos de proteção e tutela às mulheres, para assegurar plenamente os seus direitos.

Historicamente a mulher sempre esteve numa situação de inferioridade em relação ao homem, condição derivada de questões econômicas, culturais e sociais. Pretender que apenas a expressão da lei seja suficiente para superar obstáculos e equipará-la aos homens é mera utopia. A história social brasileira sempre foi marcada pelo patriarcalismo, herdado dos portugueses, nossa legislação sempre estabeleceu regras marcadas pela superioridade masculina. A luta das mulheres pela igualdade que se verificou em todos os países do mundo, com repercussões em suas legislações internas, não pretendia a masculinização, mas reclamava o respeito à dignidade da pessoa humana, na sua condição de mulher e cidadã.

No Brasil, uma das grandes conquistas da emancipação da mulher foi a adoção do direito de sufrágio, em 1932, com a edição do Código Eleitoral que prescrevia o cidadão, sem distinção de sexo, maior de 21 anos apto para ser eleitor, idade que foi reduzida para 18 na Constituição de 1934 (AZEVEDO, 2001).

Significativas alterações na condição jurídica da mulher, porém, viria com o advento do Estatuto da Mulher Casada, em 1962, aproximando-a da almejada equiparação com os homens. A mulher não era mais submissa ao marido, mas colaboradora; conferia-lhe o direito de exercer atividade lucrativa, o que antes era proibido; possibilitava-lhe o direito de reivindicar judicialmente o pátrio poder em caso de divergência.

As conquistas da mulher, assim, foram aos poucos se consolidando, principalmente em duas áreas: da família e do trabalho. Mas, a Constituição Federal de 1988, defendendo o princípio maior da igualdade foi mais além do direito de família e do trabalho: impôs o tratamento igualitário entre homens e mulheres em todos os setores da vida, prescrevendo a necessária sanção em caso de desobediência do preceito.

O princípio da igualdade mereceu destaque por ser um instituto de extrema importância que, na Constituição Federal, foi colocado como um dos direitos invioláveis, ao lado da vida e da liberdade:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

O princípio da igualdade supõe a abolição de todo tipo de dominação ou discriminação e romper com a posição degradante que a mulher sempre manteve na sociedade e adotar disposições que se dirigem à efetivação da dignidade da pessoa humana.

Em diversos dispositivos constitucionais o tema da igualdade é tratado e aprofundado, por exemplo: art. 3º, IV; art. 5º, XLI; art. 7º, XXX; art. 183, § 1º; art. 186, § 1º, art. 226, §§ 3º, 5º e 7º.

São dispositivos que refletem a buscam pela igualdade substancial (LENZA, 2009) com a adoção de princípios que respeitem a dignidade da pessoa humana, a igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, o tratamento igualitário de todos os filhos, a assunção da paternidade responsável, a decisão do planejamento familiar, o direito de atuação no mercado de trabalho, enfim, diretrizes que respeitem a igualdade responsável.

Mas a igualdade a que se refere a Constituição Federal não é a ausência absoluta da diferença. O que se pretende é o reconhecimento da diferença, pelo qual, algumas diferenças são minimizadas enquanto outras são maximizadas. A igualdade, portanto, se refere a um conceito social, que é menos preciso do que o conceito matemático. Nesse sentido, diz-se em igualdade de direitos, de oportunidades, de responsabilidades. Igualdade que permite à lei determinar as distinções, mas proíbe a adoção de medidas de tratamento desigual, fruto do arbítrio. Assim, o princípio da igualdade previsto na Constituição determina não só, a necessidade de tratar de forma igual o que é idêntico, mas também diferentemente o que é diverso.

Nesse sentido, a própria Constituição Federal impôs normas e medidas no que tange à proteção da mulher, semelhantemente aos idosos, aos portadores de deficiência, à criança e ao adolescente, reforçando a posição do grupo feminino como hipossuficientes, merecedores de um tratamento diferenciado, do ponto de vista jurídico.

Segundo Maria Helena Diniz (2006b), a proteção da mulher é um direito social, imprescindível à sua função biológica da perpetuação da espécie. Para tanto a lei deve assegurar condições necessárias ao desenvolvimento dessa função, evitando possíveis riscos que ameacem sua saúde, o desenvolvimento da gestação e da criança, dando-lhe toda a proteção durante a gravidez, o parto e a amamentação.

Denota-se a preocupação do legislador na proteção da mulher, por exemplo, nos seguintes dispositivos:

Art. 5º - .....

L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

Art. 143 ....

§ 2º - As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempos de paz, sujeitos, porém a outros encargos que a lei lhes atribuir.

Não resta dúvida que as mulheres alcançaram os objetivos, conquistando seu merecido espaço na sociedade, desempenhando profissões em todas as áreas, com reconhecimento de sua capacidade, vivendo em igualdade de direitos.

A submissão, a inferioridade, a hegemonia masculina, a domesticidade feminina (SÉGUIN, 1999), as relações patriarcais, a segregação sexual, é agora, passado. Revertida a fase de discriminações para a da equiparação e afastadas as possíveis diferenças e violações, surgem interesses supervenientes, exigindo novo regramento, considerando que as leis então vigentes ainda não enfrentaram aquela matéria ou se tornaram defasadas e obsoletas em relação a ela. A verdade é que por mais que o legislador se esforce na elaboração das leis, nunca poderá acompanhar com a mesma celeridade as sucessivas mudanças sociais e tecnológicas (AZEVEDO, 2001) das quais originam novas situações merecedoras de regramentos. Se é verdade que a realidade fática não é estática e está em constante mudança, as leis também não o são e estão em constante aprimoramento, contudo, em ritmo menor que o verificado na sociedade.

A consagração do princípio da igualdade trouxe à mulher um novo status, mas ainda está longe de gozá-lo plenamente. Há muito que fazer a fim de assegurar a tão sonhada igualdade, conferindo à mulher uma condição jurídica digna.

3. TUTELA JURÍDICA DA MULHER NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O novo Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, foi promulgado em 10 de janeiro de 2002, tendo como base os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, modificando definitivamente o estatuto civil de 1916.

Embora as mulheres tenham direitos reconhecidos ao longo de sua trajetória de luta, como o direito ao voto e ao trabalho profissional, por exemplo, o Código Civil de 2002 trouxe algumas inovações de reforçam o princípio da isonomia e do tratamento diferenciado expressamente defendidos na Constituição Federal de 1988.

3.1 – Igualdade entre sexos

Diversos artigos do novo Código Civil empregam a palavra "pessoa", em substituição à palavra "homem" utilizada anteriormente, demonstrando a igualdade entre sexos, uma vez que essa substituição não interferiu no sentido jurídico do texto. São exemplos: art. 1º; art. 2º do Código Civil. Segundo Maria Helena Diniz (2008a), a pessoa natural é o ser humano que possui uma personalidade jurídica com capacidade para adquirir direitos e obrigações. Nesse sentido a preferência da palavra "pessoa" em detrimento da palavra "homem", para designar o ser humano, genericamente considerado, reproduz com nitidez o necessário afastamento de atitudes discriminatórias.

Dispõe também no art. 1.511, a igualdade de direitos e obrigações dos cônjuges pelo casamento. Com isso, a lei veio atender a uma das reivindicações da mulher, no que se refere às decisões da sociedade conjugal, as quais deverão ser tomadas em comum. Complementa ainda o art. 1.565, que os consortes, após o casamento assumem responsabilidades mútuas pelos encargos familiares. Antes, o marido, como chefe da sociedade conjugal, respondia pelos encargos de prover a família, a mulher era apenas uma colaboradora; hoje, ela tem obrigações iguais aos do marido, devendo ambos, responder pela contribuição na manutenção familiar.

3.2 – Capacidade para o casamento

Na codificação anterior, a idade mínima para adquirir capacidade para o casamento, com autorização dos pais era de 16 (dezesseis) para a mulher, mas para o homem era de 18 (dezoito anos). Atualmente, no art. 1.517, dispõe o Código Civil a idade de 16 (dezesseis) anos tanto para o homem quanto para a mulher, enquanto não atingida a

maioridade civil. A unificação da idade núbil acatou o princípio constitucional da igualdade encerrando definitivamente a situação discriminatória entre os sexos.

3.3 – Emancipação

A autorização para o casamento de filhos menores era obrigação do pai. A mulher somente tinha esse direito, na ausência daquele. Hoje, o Código Civil dispõe no Parágrafo Único do art. 1.517, que a autorização é um direito de ambos os cônjuges, com a prerrogativa de exercê-lo exclusivamente por um, na ausência do outro, eliminando o tratamento discriminatório da mulher em questões familiares.

3.4 – Adoção do sobrenome

Impunha o Código Civil 1916 a obrigatoriedade de a mulher adotar o patronímico do marido. A Lei do Divórcio[9] avançou quando esse direito tornou-se opcional e não mais obrigacional, porém, ainda era a mulher que poderia, se quisesse, adotar o sobrenome do marido. A nova codificação civil, mais uma vez procura igualar o direito dos cônjuges, estabelecendo, no parágrafo 1º do art. 1.565, que quaisquer dos cônjuges pode acrescer ao próprio, o sobrenome do consorte, ou conservar seu nome de solteiro. Numa sociedade com fortes conotações machistas, como a nossa, parece muito difícil o homem adotar o sobrenome da mulher, sendo mais provável manter seu nome de solteiro. E quando, excepcionalmente isso ocorre, principalmente quando ela é uma celebridade, o marido pode ainda se sujeitar à reprovação social. O direito existe, mas inoperante.

3.5 – Chefia da sociedade conjugal

No novo Código Civil a figura de “cabeça de casal” foi suprimida indicando que o representante da sociedade conjugal não mais existe. Imperava no Código de 1916, o marido, como autoridade dos cônjuges, enquanto a mulher era colocada em posição subalterna. Nessa lei a mulher somente exercia a administração do casal, quando da ocorrência de ausência, de prisão ou declaração judicial de interdição do marido. Hoje, ambos respondem pela direção (art. 1.567) e obrigações (art. 1.565) da sociedade conjugal em igualdade de condições. Embora a lei assim defina, na realidade, muitas famílias ainda consideram o marido como arrimo de família eis que, geralmente, é ele quem exerce uma profissão fora do lar e a mulher se ocupa dos afazeres domésticos

(CABRAL, 2004). Evidentemente essa situação deve ser uma opção da mulher, na medida em que não lhe é proibido o labor fora do lar.

No que concerne à decisão do domicílio, a escolha também será um direito mútuo entre marido e mulher, conforme prescreve o art. 1.569, que modificou o texto civil de 1.916, cujo exercício desse direito cabia somente ao marido, devendo a mulher acompanhar-lhe sem questionamentos ou argumentações.

3.6 – Virgindade

O novo Código Civil extinguiu o direito de o homem ajuizar ação tendente à anulação de casamento, tendo como motivo o "defloramento da mulher", do mesmo modo que extinguiu a "desonestidade da filha" como motivo para deserdação. Embora não seja realmente inovação a extinção de tais textos, é certo que estes inda vigoravam, mesmo que em desuso. Na realidade, esses dispositivos estavam totalmente defasados dos costumes modernos da sociedade brasileira.

3.7 – Guarda dos filhos.

Pela regra do Código Civil de 1916, a mulher tinha prevalência de guarda de filhos menores. Geralmente existe uma tendência natural em deixar a guarda de filhos menores aos cuidados da mãe, seja porque o instinto maternal assim o indica, seja porque tem melhores condições de acompanhar o desenvolvimento dos filhos, uma vez que o homem não tem tempo suficiente para dedicar-se aos filhos (MATIELLO, 2007). Hoje a situação é diferente. A lei estabelece que a guarda dos filhos, mesmo que menores, não será exclusivamente da mulher, mas o que ambos, o homem e a mulher, decidirem por mútuo consentimento. Em caso de desacordo, o Juiz decidirá sobre a guarda de filhos, atribuindo ao cônjuge que apresentar melhores condições para exercê-la, podendo até mesmo atribuir a terceiros (art. 1.583, 1.584).

Atualmente é comum a mulher trabalhar fora do lar e ambos, mulher ou homem, terem as mesmas condições, mas não acordam quanto à guarda dos filhos. A doutrina, nesses casos tem defendido a tese da Guarda Compartilhada, na qual, embora os filhos vivam em residência do pai ou da mãe, ambos exercem a guarda, sempre visando o bem estar deles.

3.8 – Poder Familiar

O poder familiar consiste num complexo de deveres estabelecidos pela lei que incidem sobre os pais e aproveitam aos filhos, quanto à pessoa e os bens destes (MATIELLO, 2007). Os filhos menores estão sujeitos ao poder familiar que poderá ser exercido por ambos os pais, em igualdade de condições, desempenhando as funções impostas pela norma jurídica, tendo em vista o interesse e a proteção daqueles, conforme dispõe os artigos 1.630 e 1.631 do Código Civil.

O novo Código Civil utilizou a expressão "poder familiar" em substituição à "pátrio poder", modernizando o conceito jurídico, embora o sentido e o alcance da norma continuem o mesmo. Nota-se também nesse dispositivo a aplicação do princípio da igualdade entre homem e mulher. O texto do Código Civil anterior determinava primazia do exercício ao homem com colaboração da mulher. Isso porque era o marido o chefe da sociedade conjugal e a sua autoridade prevalecia sobre a da mãe.

A nova redação eliminou as discriminações quanto aos filhos que havia no Código Civil de 1916. Ante o princípio da igualdade, qualquer discriminação seria odiosa, razão pela qual os filhos são tratados de maneira juridicamente uniforme, seja biológicos, adotivos, oriundos do matrimônio ou do relacionamento diverso.

3.9 – Pensão Alimentícia

Na redação anterior, a pensão era devida pelo parentesco. Na nova redação, não apenas o parentesco, mas também o matrimônio e a união estável são fontes de obrigação alimentar. A pensão pode ter como fundamento, não apenas a menoridade (quanto aos filhos), mas também a solidariedade familiar (quanto aos maiores) visando garantir o mínimo para a sua manutenção, assegurando meios de subsistência ao necessitado.

Desse modo, os art. 1.694 e 1.702 do Código Civil permite que os cônjuges possam requerer alimentos uns dos outros de que necessitem para sua subsistência.

3.10 – União Estável

O instituto da união estável não era previsto no Código Civil de 1916. Foi uma disciplina trazida pela Constituição Federal de 1988 e que foi elevada à condição de entidade familiar pela Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Conforme dispõe os art. 1.723 do Código Civil de 2002, a convivência deve se revelar contínua e duradoura, com características próprias de constituição familiar. Este instituto emergiu das consecutivas decisões da jurisprudência, que pouco a pouco, foram reconhecendo o direito das mulheres "concubinas", que culminaram na Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, ao concluir que comprovada a existência da sociedade de fato entre concubinos, era cabível a partilha dos bens. Nota-se mais que a palavra "concubina", que apresentava

aspecto pejorativo, foi substituída pela designação “companheira”. Hoje, não há referência apenas à mulher “companheira”, mas também ao homem “companheiro”, e ambos, constituindo uma união estável.

Da estabilidade da união decorrem obrigações, direitos e deveres mútuos aos companheiros, listados pelo art. 1.724, muitos dos quais são elementos idênticos, que antes eram reservados apenas ao casamento.

A legislação civil analisada deixa claro que o instituto da união estável deve ser marcado pela ausência dos impedimentos matrimoniais. Se uma relação heterossexual apresentar quaisquer impedimentos matrimoniais, não se caracteriza união estável, mas concubinato. Evidentemente isso não significa que o concubinato esteja à margem da lei, pois, uma relação concubinária pode produzir conseqüências econômicas, e os concubinos têm direitos na partilha dos bens do acervo.

3.11 – Extinção do Regime Dotal e dos bens parafernais

Embora o regime dotal de casamento já estivesse totalmente em desuso, ainda existia regulamentação no Código Civil de 1916. Este regime consistia na constituição de um dote, ou um conjunto de bens, que a mulher transferia ao homem para obtenção de frutos e rendimentos deste patrimônio com a finalidade de promover os encargos da família, devolvendo-o ao término da sociedade conjugal. Os costumes da moderna sociedade brasileira haviam mudado, razão pela qual, não mais fazia sentido manter essas regras.

No mesmo diapasão, também foram extintos regramentos sobre os bens parafernais da mulher. Eram considerados parafernais, os bens próprios da mulher, além dos bens dotais.

3.12 – Planejamento familiar

Embora não esteja disciplinada a matéria de planejamento familiar no Código Civil de 2002, houve por bem incluí-la neste trabalho, primeiro, por se tratar de matéria atinente ao Direito de Família, segundo, por tratar-se de inovação trazida no texto constitucional de 1988 (§ 7º do art. 226), e, terceiro, por estar intimamente relacionado com o direito da mulher.

O planejamento familiar foi regulamentado pela Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, estabelecendo normas sobre um conjunto de ações atinentes à fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole, não só pela mulher e pelo homem, senão também pelo casal (AZEVEDO, 2001).

Para o exercício do direito de planejamento familiar deverão ser oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantindo ainda a liberdade de opção. O direito reprodutivo ou contraceptivo deve ser compartilhado por ambos, marido e mulher, pois a eles compete a atitude quanto às conseqüências da fertilização assistida (DINIZ, 2006 b).

4. TUTELA JURÍDICA DA MULHER NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

No âmbito trabalhista e previdenciário, também se fizeram sentir a evolução da tutela jurídica da mulher, em consonância com o princípio da igualdade. Principalmente na seara do Direito do Trabalho as dificuldades enfrentadas pelas mulheres foram mais árduas. Se de um lado a legislação protecionista dirigia-se às mulheres, idosos e jovens, as diretrizes nem sempre eram aceitas como benefício, pois acabava refletindo nos salários (AZEVEDO, 2001). Por mais que se pretendesse igualar homens e mulheres, não era possível, em face das peculiaridades próprias da natureza da mulher – a maternidade -, circunstância que provoca inevitavelmente o afastamento do trabalho.

A Constituição Federal de 1988 ao dispor sobre a igualdade de tratamento entre homens e mulheres, no âmbito da área trabalhista determinou:

Art. 5º .....

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Embora esteja diretamente destinado a assegurar a liberdade de trabalho, reflete-se sobre o trabalho da mulher. Aliás, essas diretrizes já vinham sendo observadas nas Constituições que a antecederam (as de 1934, 1937, 1946, 1967 e Emenda de 1969).

É apontado como estímulo do trabalho das mulheres a ocorrência das guerras em que são recrutadas muitas pessoas do sexo masculino (MARTINS, 2008). Tradicionalmente, as mulheres incorporaram-se num mundo do trabalho fortemente masculinizado, onde os seus salários eram vistos como complementares do dos chefes de família, ficando assim, marginalizadas, aceitando salários inferiores, jornadas excessivas, apenas para conseguir o emprego e manter um salário. No intuito de proteger o trabalho da mulher, algumas atividades eram proibidas legalmente[10], fazendo com que aumentassem ainda mais as atitudes discriminatórias. Muitas vezes, a legislação, ao invés de protegê-las, acabavam discriminando-as. Eram os casos de trabalho noturno e em locais insalubres, ambos extintos com a edição da Constituição Federal de 1988.

Contudo, havia necessidade de manter e garantir os direitos do trabalho da mulher, antes às condições peculiares inerentes à mulher, justificando medidas de

proteção especial em relação ao período de gravidez, de parto, de amamentação e impossibilidade física de levantamento excessivo de peso.

As medidas de proteção à maternidade somente foram efetivadas com caráter previdenciário em 1974[11], o que também veio a indiretamente proteger o direito de acesso ao mercado de trabalho. Antes disso, eram os próprios empregadores que pagavam os salários das mulheres afastadas por motivo de gestação e parto, o que dificultava a contratação de mão de obra feminina. Atualmente, nos termos da Lei 10.710/2003, o pagamento do salário-maternidade continua sendo custeado pela Previdência Social, mas cabe à empresa pagar o salário devido à empregada, possibilitando a compensação por ocasião do recolhimento das contribuições gerais devidas pela empresa.

O período de afastamento por ocasião da licença-maternidade que era de 84 dias foi aumentado pela Constituição Federal de 1988 para 120 dias. Recentemente, a nova Lei 11.770, de 09 de setembro de 2009, instituiu o Programa Empresa Cidadã, que prorroga a licença-maternidade das gestantes que trabalharem nas empresas participantes do programa para um período de 180 dias. Para tanto, as mulheres interessadas deverão solicitar a ampliação da licença até o primeiro mês após o parto, ficando impedidas de exercer qualquer atividade remunerada ou manter a criança em instituições escolares ou creches. A empresa deverá pagar os salários integrais às empregadas, podendo descontar integralmente o valor nas parcelas do Imposto de Renda.

A Lei n. 10.421/2002 estendeu o direito à licença-maternidade às mães adotivas e às mulheres que receberem crianças de até 08 (oito) anos de idade em guarda judicial. De acordo com a redação atual do art. 392-A da CLT, o período da licença dependerá da idade da criança adotada ou recebida em guarda judicial, podendo variar de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 01 (um) ano de idade; 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 01 (um) ano até 04 (quatro) anos; e de 30 (trinta) dias, para crianças a partir de 04 (quatro) anos até 08 (oito) anos de idade.

Outras medidas de proteção como a proibição de diferença de salário, de exercício de função e critérios de admissão, já eram previstas em outros diplomas legais[12].

No que concerne a igualdade de salário é interessante observar que a remuneração igual reflete na expressão “trabalho igual” e “trabalho de valor igual” (HENRIQUES, 2006). Segundo esse autor existe uma tendência natural de dificuldade para medir o trabalho, porquanto a medição tem por base valores ou critérios de avaliação diversos, muitas vezes de caráter subjetivo. De outro lado, existem profissões que estão representados exclusivamente por trabalhadores do sexo masculino, não havendo termo de comparação. Não sendo a mesma tarefa desempenhada por homens e mulheres, nem havendo unidade de tempo a comparar, segue-se a necessidade de determinação do valor objetivo do trabalho prestado (LOPES, 1999).

Quanto à capacidade para fins trabalhistas, a mulher a adquire plenamente aos 18 anos, contudo, a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, dispõe como idade mínima de 16 anos para empregar-se, sendo necessário, autorização dos pais ou responsável, até atingir sua plena capacidade.

O tema proteção do mercado de trabalho da mulher não foi tratado nas Constituições anteriores, mas uma inovação na Constituição de 1988:

Art. 7º ....

XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

Para dar supedâneo à essa premissa da Carta Magna, foram acrescentados alguns artigos na Consolidação das Leis do Trabalho, pela Lei 9.799, de 26 de maio de 1999.

Art. 373-A – Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetem o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I – publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referencia ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, publica e notoriamente, assim o exigir;

II – recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III – considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV – exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, ma admissão ou permanência no emprego;

V – impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, situação familiar ou estado de gravidez;

VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas na empregadas ou funcionarias;

Parágrafo único – O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Do ponto de vista legal, sem dúvida, houve um avanço em relação à proteção ao trabalho da mulher. Contudo, alguns dispositivos não são implementáveis, como por

exemplo a disposição do art. 390-C, a qual obriga a empresa a manter programas especiais de incentivo, sem, no entanto, esclarecer como serão esses programas. Existem ainda outros dispositivos meramente programáticos (MARTINS, 2008), conquanto a lei emprega o verbo “poderá” e não “deverá”, levando-se a concluir que a empresa não terá de cumprir aquela regra, por não ser obrigatória. Em conseqüência, não terá sanção, caso descrumpra tal preceito. É o caso, por exemplo, do art. 390-E, que dispõe sobre o desenvolvimento de projetos relativos ao incentivo ao trabalho da mulher.

Hoje, a modernização da tecnologia e as transformações dos métodos produtivos estão cada vez mais voltadas para melhoria das condições de trabalho, exigindo uma revisão em toda a legislação trabalhista com vistas a eliminar definitivamente todas as formas discriminatórias contra a mulher. Em Portugal (HENRIQUES, 2006), por exemplo, normas do Direito Social Comunitário estabelece a proibição de discriminação direta e indireta quanto ao acesso ao emprego, à promoção profissional e às condições de trabalho, esclarecendo que “discriminação direta será aquela em que em razão de sexo uma pessoa esteja sujeito a tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa a vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável” e “discriminação indireta, na qual, uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja suscetível de colocar pessoas de um determinado sexo numa situação de desvantagem comparativamente com pessoas do outro sexo, a não ser que esta disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por meios adequados e necessários para alcançar um objetivo legítimo”. Esta situação pode ser observada no direito brasileiro no que se refere a fixação de cotas para mulheres, por exemplo. A fixação de cotas de um lado tem diretamente a intenção de eliminar a discriminação sexual, mas indiretamente pode implicar numa discriminação, por via da qual pode estar prejudicando o acesso a determinada atividade.

Em razão dessas especificidades, há necessidade de substituir o princípio protetor fundado na inferioridade da mulher, pelo princípio da igualdade no trabalho.

As restrições que ainda remanescem na legislação só serão definitivamente eliminadas, não apenas com mudanças nas atitudes dos empresários ou do Estado, mas com o desenvolvimento do processo cultural.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em breve análise, demonstra-se que em menos de cem anos o quanto se alterou o estado jurídico da mulher. As transformações foram expressivas, conquanto ainda aquém do ideal.

No presente artigo foram mencionadas as principais conquistas das mulheres, no tocante aos direitos constitucionais, no âmbito dos direitos da ordem civil, no acesso às atividades laborativas, no exercício das profissões, principalmente aqueles relacionados

com a sua condição de mulher, seja frente à família, ao marido, aos filhos, à sociedade e à si própria.

Atualmente, as mulheres que romperam e lutaram contra uma tradição patriarcal, desfrutam status que garante a igualdade de direitos com os homens, possuem as mesmas oportunidades que os homens. Embora as mulheres expressem sua frustração quando há falta de igualdade, ainda assim, seguem em frente, porque elas são as precursoras de uma nova ordem, de uma estrutura diferente, de novos valores que estão sendo promovidos no espaço por elas conquistado.

Embora muito tenha sido feito em relação à igualdade para as mulheres, ainda existem atitudes discriminatórias que precisam ser combatidas, não apenas com edição de leis, mas com a mudança de posturas sociais rigidamente arraigadas na consciência social, a qual acredita-se, seja influenciada pelos novos valores introduzidos pelas mulheres.

À medida que se galga um patamar no degrau da igualdade, deveres e compromissos que até então lhe foram poupados, irão fazer parte da sua nova condição jurídica como mulher e cidadã responsável.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sueli Gião Pacheco e SAFFIOTTI, Heleieth Iara Bongiovani. Conselho Estatual da Condição Feminina – estudos acerca das bases históricas. **Dissertação de Mestrado**. PUC-SP, 18/05/2006. Biblioteca digital da PUC-SP. Disponível em http://hdl.handle.net/10229/9133, acesso em 31/03/2009.

AZEVEDO, Luiz Carlos. **A Condição Jurídica da Mulher no Direito Luso-Brasileiro**, desde os anos mil até o terceiro milênio, Rio de Janeiro: RT, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.

BRASIL. **CLT – Consolidação das Leis do Trabalho e Constituição Federal,** São Paulo: Saraiva, 2009.

CABRAL, JKarina Melissa. A mulher e o Código Civil de 2002: a confirmação do princípio da isonomia . **Doutrina jus navegandi,** disponível em www.jus2.uol.com/doutrina , Acesso em 31/02/2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 1. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008 (a).

_____. **O Estado atual do biodireito**, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006 (b).

HENRIQUES, José. O princípio da igualdade de tratamento e a discriminação positiva. **Revista de Estudos Politécnicos**, vol. III, nº 5-6, pg. 263/280, IPP – Instituto Politécnico do Porto e Advogado, Portugal, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07916-8.

LOPES, J.J. Almeida. Tratados Europeus Explicados, Vislis Editores, Lisboa, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil Comentado** – Lei 10.406, de 10.01.2002, 3ª ed., São Paulo: LTr, 2007.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins; NASCIMENTO, Grasiele Augusta Ferreira. (Orgs.). O Direito e a ética na sociedade contemporânea. Campinas: Alínea, 2006.

NASCIMENTO, Grasiele Augusta Ferreira. (Org.). Direito das minorias: proteção e discriminação no trabalho. Campinas: Alínea, 2004.

[1] Código Eleitoral, Decreto 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, aos 21 anos, cuja idade foi reduzida para 18 na Constituição de 1946, no art. 131.

[2] Decreto legislativo 123, de 30 de novembro de 1955.

[3] Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962.

[4] Emenda Constitucional nº 9, de 28 de julho de 1977, regulamentado pela Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

[5] Todos os direitos previstos na Constituição Federal de 1988 serão abordados em título especial deste artigo.

[6] Lei 10.406, de 10 e janeiro de 2002. A situação jurídica da mulher prevista no Código Civil, também será abordada em título especial do presente artigo.

[7] Lei 11.340, de 2006.

[8] Lei 7.353, de agosto de 1985.

[9] Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

[10] A Constituição de 1934 proibia o trabalho da mulher no período noturno. O Decreto-Lei 6.353, de 20 de março de 1944, admitia o trabalho noturno da mulher apenas se ela tivesse 18 anos. Após a promulgação da Constituição de 1988, não há mais essa distinção. A Lei 7.855 de 24 de outubro de 1989 revogou os artigos da CLT que proibiam o trabalho noturno da mulher.

[11] Lei 6.136, de 7 de novembro de 1974, que instituiu o salário-maternidade como uma prestação previdenciária.

[12] Constituição de 1946 proibia diferença de salário por motivo de sexo; Constituição de 1967 proibia também diferença no critério de admissão, além da diferença de salário.

AS SOCIEDADES SIMPLES NO CONTEXTO DO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO*

THE SIMPLE SOCIETIES IN THE CONTEXT OF THE BRAZILIAN ENTREPRENEURIAL RIGHT

Benigno Cavalcante

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a natureza jurídica das sociedades simples no contexto do direito civil brasileiro. Apresentada, dentro do contexto do direito empresarial, na parte especial do Código Civil brasileiro, de 2002, como espécie de sociedade personificada, a sociedade simples vem sendo tratada pela doutrina como uma mera substituta das antigas sociedades civis, como se o critério para se distinguir as sociedades empresárias fosse unicamente a teoria dos atos de comercio, cuja gênese reside no direito francês, que, no entanto, foram abolidas pelo modelo atual, fundamentado na teoria da empresa, do direito civil italiano. A questão proposta é: a sociedade simples é, realmente uma sociedade civil, ou as atividades não mercantis podem se revestir da formalidade das sociedades empresárias?

PALAVRAS-CHAVES: SOCIEDADES, EMPRESÁRIAS. SOCIEDADES SIMPLES. NATUREZA JURÍDICA. DISTINÇÃO.

ABSTRACT

The present article has as objective to analyze the legal nature of the simple societies in the context of the Brazilian civil law. It is presented inside of the context of the entrepreneurial right, in the special part of the Brazilian Civil Code, from 2002, as species of personified society, the simple society has been treated by the doctrine as a mere substitute of the ancient civil societies, as if the criterion to distinguish the entrepreneurial societies was only the theory of the trade acts, whose genes reside in the French right, that, however, they had been abolished by the current model, based on the theory of the company, of the civil Italian law. The proposal question is: Is the simple society, really a civil society, or the activities that are not mercantile can be covered with the formality of the entrepreneurial societies?

KEYWORDS: ENTREPRENEURIAL SOCIETIES. SIMPLE SOCIETIES. LEGAL NATURE. DISTINCTION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO.

O Código Civil brasileiro, de 2002, ao derrogar o Código Comercial, de 1850, consagrou o Direito de Empresa no Livro II da Parte Especial. Houve uma ruptura com a anterior teoria dos atos e comercio, notabilizada no direito francês, para adotar-se a moderna teoria da empresa concebida pelo direito italiano.

O Direito Privado, no modelo anterior, se assentava sobre o direito comercial de um lado e o direito civil e outro. Ambos os estatutos privados estabeleciam normas norteadoras sobre as sociedades: o Código Civil, no Art. 1.363 e o Código Comercial, no Art. 287. Esta dupla codificação do direito societário acentuava, ainda mais, a dicotomia do direito privado.

Com o advento do Código Civil, de 2002, não se elidiu a dicotomia do direito privado, antes mantendo-se a autonomia do direito comercial. Contudo, as sociedades não são tratadas, no Código Civil, como uma modalidade contratual, como ocorria no sistema anterior, mas sua disciplinação ficou a cargo de livro próprio.

Foi neste contexto que o legislador civil consagrou e classificou os diversos tipos societários. Em primeiro lugar classificou as sociedades em Personificadas e não personificadas. Entre as sociedades personificadas, consagrou as sociedades simples.

Não obstante, as sociedades simples estão a exigir uma exata definição de sua aplicação no contexto do direito empresarial brasileiro: trata-se de uma sociedade empresária com objetivo não mercantil, a exemplo das antigas sociedades civis, ou se cuida de uma sociedade não empresária?

Os textos normativos, presentes no Código Civil brasileiro, de 2002, motivam, por sua falta de clareza e objetividade, este debate que se estendem aos mais renomados juristas pátrios. Alguns doutrinadores, sequer a esta questão se referem. Outros indicam como destino da lei, a obscuridade e, por fim, sua inaplicabilidade por absoluta inutilidade no direito empresarial brasileiro.

Neste debate pretende-se ingressar, colacionando as diversas opiniões doutrinárias, visando a análise do instituto e sua verdadeira e real aplicabilidade e utilidade no direito empresarial brasileiro.

2. Sistematização do direito societário no Direito Civil brasileiro.

As sociedades, civis e mercantis, eram reguladas, no sistema anterior, pelo Código Civil brasileiro, de 1916 e pelo Código Comercial brasileiro, de 1850, respectivamente. No primeiro caso, as sociedades civis eram disciplinadas pelo Código Civil na parte referente aos contratos. Cuidava-se de uma espécie contratual com suas características inerentes e elementos atributivos, como por exemplo, a formação do

capital social. Ao Código Comercial reservava-se a disciplinação dos contratos de sociedades comerciais ou mercantis.

Discorrendo sobre o desenvolvimento histórico das sociedades, Rubens Requião[1] assevera que as sociedades, de um modo geral, eram perfeitamente reguladas pelo direito civil, já que não se concebia um direito especial para os comerciantes. O direito comercial, por sua vez, resulta da elaboração legislativa inaugurada por Napoleão Bonaparte, em 1807, e que, no Brasil, antecipou-se à elaboração do próprio Código Civil em razão da necessidade de se amparar os direitos e obrigações dos mercadores e suas relações jurídicas no inicio do século XIX.

A necessidade de elaboração de norma comercial, a amparar as relações jurídicas de índole mercantil, forçou o legislador pátrio a promulgar o Código Comercial, em 1850, antecipando-se ao Código Civil brasileiro, que só viria a ser promulgado setenta anos depois, instituindo-se, assim, a dicotomia do direito privado. As atividades negociais realizadas pelos particulares, fossem elas mercantis ou civis, não encontravam, até então, distinção alguma.

Com a consolidação do Estado brasileiro, voltam-se as forças políticas para a busca da unificação do direito privado, reconhecendo-se a suficiência de um único ordenamento a conduzir toda a atividade privada. A dicotomia se estabeleceria entre o direito privado e o direito público cuja origem se encontra no acervo da civilização greco-latina, nos ensinamentos de Fabio Konder Komparato,[2] em que se separava a esfera de vida do cidadão da esfera da vida privada. Orlando Gomes propôs, em 1965, a elaboração de um Código das Obrigações reunindo, num acervo legislativo, as ordenanças de natureza mercantil e civil. Desta proposta surgiu o projeto de código civil brasileiro promulgado em 2002.

Ao longo deste período de tramitação, no Congresso Nacional, a atividade econômica, por sua natural evolução, deixou de ser representada apenas pela atividade mercantil, sendo certo que a atividade não mercantil alcançou significativa projeção neste cenário social.

As leis federais, 8.245, de 1991 e 8.078, de 1997, dispondo, respectivamente, das locações imobiliárias e da defesa e proteção do consumidor, são alguns exemplos da necessidade de atualização da legislação econômica, com vistas à unificação do direito privado, e que exigiram do legislador ordinário antecipar-se à promulgação do código civil brasileiro. Já não há, nas palavras de José Xavier Carvalho de Mendonça, [3] tanto interesse na distinção entre as sociedades civis e mercantis, tomando-se opor parâmetro as sociedades anônimas, cuja natureza mercantil independe de seu objeto social.

Promulgado o Código Civil brasileiro, de 2002, não se vislumbrou alcançar a unificação do direito privado. Mas, no que respeita aos direitos empresariais, reuniu-os em um único livro denominado de direito de empresas encerrando disposições concernentes à atividade empresarial individual e coletiva. Entre as diversas atividades empresariais coletivas, encontra-se a sociedade simples, contemplando os requisitos legais das sociedades de um modo geral, seja como tipo societário próprio, ou modo de integração da lacuna contratual ou legal.

Com estes argumentos, justifica-se a as disposições genéricas das sociedades simples, dentre as sociedades personificadas, no contexto do direito empresarial, mas permanece a imprecisão deste dispositivo como se verá adiante.

3. Sociedades Personificadas.

O Código Civil, de 2002, ao dispor sobre as sociedades, inicialmente as classificou em duas categorias: sociedades não personificadas e as sociedades personificadas. Em cada uma destas classes de sociedades enumerou, o código, os respectivos tipos societários. Assim, as sociedades não personificadas se apresentam como sociedades em comum, ou de fato, e as sociedades em conta de participação. As sociedades personificadas têm, entre seus tipos societários ou espécies de sociedade, além daquelas já contempladas pelo Código Comercial revogado, também as sociedades limitadas e as sociedade anônimas. [4]

Este modelo, adotado pelo Código Civil brasileiro, tem sido o principal alvo das criticas doutrinárias, como sustenta Luiza Rangel de Moraes,[5] visto que, seguindo as tendências do direito comparado, deveria a meteria ser objeto de legislação codificada do direito societário, ou, ao menos serem disciplinados por leis esparsas, os diversos tipos societários. A razão da crítica ao modelo societário consiste na regulamentação das sociedades de pessoas, sociedades limitadas, pelo Código Civil, enquanto a sociedades anônimas são disciplinadas por norma especial. E citando Arnoldo Wald,[6] justifica as razões de sua crítica:

Efetivamente, em relação ao direito das sociedades, três são as soluções existentes no diretio comparado: ou a inclusão de todas as sociedades no Código Civil, abrangendo inclusive as sociedades anônimas, como ocorre na Itália; ou a elaboração de um Código das Sociedades, como acontece em Portugal nos termos do Projeto Raul Ventura, que se transformou em lei; ou, finalmente, a existência de leis especiais referentes aos principais tipos societários, que é a atual solução brasileira. A coexistência de um livro sobre direito de empresas, contendo referencias gerais sobre o direito societário a regras referentes a comandita por ações e à limitada, com leis específicas e separadas para as sociedades anônimas como deflui do Projeto do Código Civil é solução híbrida, que ensejará insegurança jurídica pelos eventuais conflitos entre a legislação geral e a específica.

Transcorridos seis anos desde o inicio da vigência do Código Civil brasileiro, a pertinente preocupação esboçada pela doutrina se confirma, em que pese a natural rejeição da nova espécie societária, por sua característica de responsabilidade ilimitada, abandonada desde a primeira metade do século XX, pelo universo empresarial brasileiro.

3.1 Sociedades Simples: Sociedade empresária ou Sociedade Civil?

A novidade, entre estes tipos societários, é exatamente a disposição normativa sobre as sociedades simples. Não obstante, o Código Civil não as definiu, claramente, deixando implícito em alguns dispositivos legais as sua natureza jurídica. Veja-se, por exemplo, o disposto no art. 982 do Código Civil: salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (Art. 967); e, simples, as demais

A interpretação deste dispositivo legal conduz, num primeiro momento, à teoria objetiva ou material para caracterização da atividade empresaria, tomando-se por parâmetro o objeto da atividade econômica. Era assim com a antiga figura do comerciante, conforme assinala José Xavier Carvalho de Mendonça,[7] cuja natureza das operações constituía e determinava a índole das sociedades, imprimindo-lhes caráter comercial ou civil. Por outro lado, repetindo antiga disposição do Art. 2.º § 2.º da Lei 6,404/76, o parágrafo único do art. 982 do Código Civil, considera empresárias, as sociedades anônimas, ainda que seu objeto não seja a atividade empresarial, exceto as sociedades cooperativas, consideradas simples.

E porque as sociedades cooperativas sempre foram consideradas sociedades civis, sujeitando-se às disposições legais de natureza civil, logo se aquiesceu com a proposta de que as sociedades simples representam as antigas sociedades civis.

Entre os articulistas que aceitam este entendimento, veja-se a opinião de Marlon Tomazzete:

As sociedades simples foram introduzidas pelo novo Código Civil em substituição às sociedades civis, abrangendo aquelas sociedades que não exercem atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 982), isto é atividades não empresariais ou atividade de empresário rural. Assim, à luz das atividades desenvolvidas pode-se dizer se uma sociedade é simples ou empresária. Assim sendo, a disciplina das sociedades simples não possuiria maior importância, não fosse a opção do legislador pátrio em utilizar as regras das sociedades simples, como regras gerais aplicáveis a todas as sociedades regidas pelo Código Civil. [8]

Segundo esta tese, as sociedades simples são as naturais substitutas das sociedades civis, regidas pelo Código Civil. Todavia, em nossa opinião, a distinção não é tão simples, na medida em que atividades de natureza civil possa se revestir do caráter empresarial.

Não se pode negar a possibilidade de uma sociedade empresária ter por objeto uma atividade não mercantil, pena de se desconsiderar a abrangência que o legislador civil concedeu a todas as atividades econômicas organizadas. No atual direito empresarial, não se pode conceber a dicotomia entre o ato de comercio e ato não mercantil, antes, abandonando-se aquele critério distintivo da atividade mercantil, das

demais atividades econômicas, reconhecer-se a atividade empresária como atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Rubens Requião,[9] antecipando-se à promulgação do Código Civil brasileiro, de 2002, discorreu sobre as sociedades simples, considerando a tentativa de introdução em nosso ordenamento jurídico pelo Projeto de Código de Obrigações, justificando, no entanto, que esse modelo societário teia sua importância como ponto de partida da legislação sobre as sociedades em geral.

Esta é a verdadeira essência das sociedades simples: modelo estrutural de toda e qualquer sociedade empresária, seja qual for seu objetivo social. E para melhor compreender este novel instituto societário e sua evocação pelo direito positivo brasileiro, importa identificar os modelos jurídicos externos que influenciaram o legislador pátrio.

Waldírio Bulgarelli, [10] um dos pioneiros doutrinadores pátrios da teoria jurídica da empresa, aponta, como centro de convergência do tema, dois tipos de ordenamentos legais, tendo de uma lado o código napoleônico, de 1807, num primeiro período, e o Código Civil italiano de 1942, assinalando:

Concorda de maneira geral a doutrina italiana em que não houve mera substituição do comerciante pelo empresário, e sim a adoção de um sistema dando preeminência a este e assim igualando os agentes das atividades econômicas da produção de bens ou serviços, sob a rubrica de empresários.[11]

Inegavelmente, o direito comercial brasileiro, em 1850, seguiu os passos do código francês, e, na elaboração do Código Civil, afiliou-se ao modelo italiano, olvidando, porém, o legislador brasileiro, que na Itália se extinguiu a dicotomia do direito privado com a unificação das obrigações.

Enquanto o código napoleônico inaugurava um novo e revolucionário modelo jurídico a regular as atividades mercantis, considerando-se ainda ser a primeira norma codificada, o Código Civil italiano, de 1942, traduz modelo mais atualizado das atividades econômicas de um modo geral. As questões polemicas em torno do tema se devem à introdução, em nosso sistema jurídico, de uma parte da construção legislativa italiana, tornando-a, em certa media, desfigurada e contraditória.

Alterar-se apenas o Código Civil brasileiro, deixando outras normas de natureza essencialmente mercantis, contribuiu para a manutenção da dicotomia do direito privado e a conseqüente autonomia do direito comercial, objeto de análise, a seguir.

3.2. Autonomia do Direito Comercial.

A tentativa de unificação do direito privado, no Brasil, não é recente na nossa história jurídica. Mesmo antes do Código Civil brasileiro, de 1916, já se acenava com a necessidade desta unificação[12] que, no entanto, não se consolidou, nem mesmo com a proposta de Código de Obrigações, apresentada por Orlando Gomes, em 1965. Em que pese a lentidão legislativa, a atividade econômica nacional já não se contentava com a singela conceituação do ato de comércio para indicar uma atividade econômica, e, portanto, com fins puramente lucrativos.

Na esteira dessa necessidade por modificações, enquanto o Código Civil brasileiro atravessou todo o século XX, ao longo desse mesmo período, foram elaboradas normas ordinárias com claras inclinações à unificação do direito privado. Foi assim, por exemplo, com a Lei 8.245/91 que reconheceu o direito de ação renovatória, não somente às sociedades comerciais ou industriais, mas também à sociedades civis. De igual modo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor definiu o fornecedor sem distinguir-lhe a natureza de sua atividade, se civil ou mercantil, industrial, etc.

O Código Civil brasileiro, de 2002, não obstante sua inovadora construção legislativa do Direito de Empresa, derrogando o Código Comercial, de 1850, não logrou êxito na unificação do direito privado. Deste modo se manteve o direito comercial como disciplina autônoma, dentro do direito privado. A derrogação do Código Comercial brasileiro, de 1850, não implicou, necessariamente, na revogação do direito comercial. Aliás, a autonomia do direito comercial, como disciplina jurídica, não depende de um código[13] especial, como de resto não dependem da existência de códigos o direito administrativo ou o direito ambiental, por exemplo. Ademais, o Código Comercial derrogado não representava a única fonte da norma mercantil, persistindo outras normas, não alcançadas pelo efeito revogador do Código Civil, de 2002, como se vê no instituto da falência e no direito cambial.[14]

Para Waldemar Ferreira[15] o atributo de excepcionalidade do Direito Comercial, em relação ao Direito Civil, se deve mais a circunstâncias históricas que científicas, assinalando ainda, que esta divergência surgiu do fato de o Código Comercial francês ter sido antecedido pelo Código Civil francês dispondo que o contrato de sociedade se regeria por aquele Código Comercial, pelas leis de comércio e pela convenção das partes.

E justificando a sólida posição do direito comercial no contexto jurídico e econômico, prossegue, o eminente tratadista, asseverando:

Plasmou-se o Direito Comercial paulatinamente, mas com feitio inconfundível, na prática da vida mercantil e judiciária. Formou todo orgânico e inteiriço. Infiltrou-se por toda a parte, resistente à ação do tempo, que lhe aprimorou o aspecto e lhe consolidou a estrutura.[16]

Esta concepção do direito comercial, como se observa, não está impregnado apenas no pensamento popular, mas também, pesarosamente, no entendimento de muitos operadores do direito. Transcender esta concepção secular, do ato de comércio

para o direito de empresa, é o desafio na formação, principalmente, dos novos profissionais de direito, que se lança ao encargo da docência jurídica.

Conclui-se, assim, que a teoria do ato de comercio não está superada, como ressalta Romano Cristiano,[17] apresentando duas razões técnicas: o registro de comércio e o instituto falimentar.

Preservada a autonomia do direito privado, com a conseqüente autonomia do direito comercial, reconhecer a natureza das sociedades simples, como sociedade que tenha por objeto atividade não mercantil, é razoável, porém inadequado sob o enfoque da teoria da empresa.

4. Conceito jurídico de empresa

A teoria jurídica da empresa, consagrada pelo Código Civil brasileiro, de 2002, conceitua a empresa como uma atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços. Empresa, portanto, sob o enfoque jurídico, é uma atividade econômica organizada, é uma ação do sujeito do direito que se denomina empresário.

Caracteriza-se a empresa, precipuamente, pela sua organização econômica, que se traduz por seu objetivo de lucro. Assim como se verifica na atividade mercantil, a onerosidade, a finalidade de lucro e a profissionalidade, constituem elementos essenciais da empresa.

José Xavier Carvalho de Mendonça define a empresa:

Organização técnico-economica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados a troca (venda) com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do *empresário*, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade.[18]

Esta definição, apresentada pelo eminente tratadista, bem revela o apego à teoria dos atos de comercio, reconhecendo-se na atividade mercantil a base da economia de um modo geral. Mas, não foi esta a intenção do legislador ao definir a empresa, no Código Civil, posto que não é a atividade mercantil o elemento caracterizador da empresa, e sim, a organização econômica para a realização do lucro.

Se a empresa tem esta característica mercantil, seria redundante mencionar-se a empresa mercantil, visto que a utilização da primeira expressão, automaticamente, revelaria a segunda. Antes, a empresa tanto pode ter por objeto a atividade mercantil como atividade e não mercantil.

Octávio Médici[19] assevera que o termo empresa não é novidade, no direito ou na economia, mas ultimamente é que se tem tentado defini-lo e este açodamento na busca por uma definição chegou-se a considerar como expressão equivalente a ato de comercio, revelando "quão incerta e vacilante andava a doutrina pela novidade do termo".

Na legislação brasileira tem sido freqüente os equívocos na utilização da expressão "empresa", equiparando-a com a pessoa jurídica. Veja-se por exemplo o que dispõe o Art. 2.º da Consolidação das Leis Trabalhistas que considera patrão a empresa, quando melhor deveria se dizer empresário. E ainda assim, acentua Waldirio Bulgarelli,[20] que nem toda patrão, ou empregador, é empresário e nem todo empresário é, necessariamente empregador. Na primeira hipótese, o empregador pode contratar o trabalho doméstico e na segunda hipótese, o empresário pode não contratar empregados. A inadequada interpretação do termo, também vem contribuindo, significativamente, na construção equivocada da sinonímia com o comerciante e a pessoa jurídica.

De tão largamente profuso o entendimento vulgar de que empresa, pessoa jurídica e comerciante são expressões sinônimas, que grande parcela de operadores do direito a elas se acomodou sem a preocupação de romper a barreira técnica da linguagem jurídica.

Waldirío Bulgarelli,[21] analisando a questão, considera como principal razão o fato de não se ter obtido um conceito unitário da empresa sob o aspecto jurídico, mas reconhece que ela está presente em nosso direito sob as mais variadas formas e concepções diversas e exemplifica:

Se de um lado o legislador levado por razões de ordem prática a veio regulando sob vários prismas, notadamente, no campo do Direito Fiscal e do Direito Trabalhista, por outro, os juristas adotando métodos mais realistas, conquanto ainda persigam com afinco um conceito jurídico, diversificado para os vários aspectos das empresas, não mais apenas em relação à sua natureza, mas, principalmente, em relação às suas atividades.

O conceito de empresa está, implicitamente, estabelecido no Art. 966 do Código Civil brasileiro, com a ressalva de que nem toda atividade pode ser considerada empresarial. Waldirio Bulgarelli[22] aponta como a principal dificuldade da elaboração de um conceito genérico de empresa a necessidade de se distinguir dos sistemas

primário de produção, tais como o artesanato e, ainda, do trabalho individual, executado pelo próprio artesão só ou com seus familiares.

Sebastião José Roque,[23] pretendendo dar uma nova versão ao então vigente Art. 4.º do Código Comercial brasileiro, de 1850, defende que empresa é uma organização constituída de acordo com as exigências legais, devidamente registrada na Junta Comercial. Discordamos desse entendimento, pois a empresa, enquanto atividade econômica organizada pode ser exercida mesmo sem o registro público. Além disso, a empresa não se confunde com organização, mas esta é parte integrante daquela, ou seja, se constitui elemento da empresa.

Finalmente, o conceito de empresa, econômica e juridicamente considerado, indica a amplitude da atividade econômica regulamentada pela norma jurídica, não mais se concentrando o ato de comercio como o núcleo da atividade econômica.

5. Sociedade empresária.

A partir do conceito de empresa, pode-se extrair o conceito de sociedade empresária. Com efeito, dispõe o Art. 981 do Código Civil brasileiro que *celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados*. É a empresa coletiva, não sendo, necessariamente, revestida pela formalidade do registro que lhe atribuiria a personalidade jurídica.

A sociedade empresária deve ter por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro, conforme dispõe o Art. 982 do Código Civil brasileiro. Observe-se que nem toda sociedade é considerada uma sociedade empresária, assim como nem toda sociedade é um suma sociedade simples. Mas, o texto da lei civil não estabelece a distinção entre a sociedade simples e a sociedade empresária, pelo objeto de sua atividade, e sim pela formalidade de sua constituição.

Como já afirmado, a sociedade empresária tanto pode ter por objeto uma atividade mercantil, como uma atividade civil. Não este, portanto o critério para se distinguir da sociedade simples.

Sobre o tema, veja-se a oportuna opinião de Márcia Carla Pereira Ribeiro:[24]

No entanto, sob a égide do Código Civil de 2002, o qual, como vimos, adota a teoria da empresa nos moldes do sistema italiano, alargando a abrangência do direito comercial, fato este que torna objeto de nosso estudo não só os empresários comerciantes, mas também todos os demais empresários, na medida que a amplitude do direito comercial passa a ser medida através da identificação da atividade desenvolvida pela organização empresarial. Dessa forma não existem mais razões para a classificação das sociedades em civis e comerciais como ocorria tempos atrás,

Este pensamento harmoniza-se com o texto civil e com a nova orientação técnica do direto societário. Assim, não há mais que se falar em sociedades civis e mercantis, mas em sociedades empresárias e sociedades simples, anotando-se que a sociedade empresária, tenha o seu objetivo marcado pela atividade mercantil ou civil, se distingue da sociedade simples, que não se reveste da atividade empresária.

6. Considerações Finais

O direito comercial brasileiro se divide em dois períodos: o primeiro influenciado pela direito francês, a partir do Código Napoleônico, contemplando a teoria dos atos de comercio e o segundo período influenciado pelo direito italiano, a partir do Código Civil italiano, de 1942, consagrando a teoria da empresa.

Com o advento do Código Civil brasileiro, de 2002, o direito comercial, embora não perca sua autonomia dentro do direito privado, em razão de matérias submetidas à normas esparsas, deixou de ser o centro da atividade econômica, eis que não é só o ato de comercio o núcleo desta atividade econômica, mas igualmente outras atividades não mercantis, como a prestação de serviços.

Critica-se o atual modelo jurídico, denominado de direito de empresa, por não absorver todos os tipos societários no mesmo código ou por não excluí-los de vez do texto codificado, transportando-os para a legislação especial. Em síntese, a doutrina considera temerário que as sociedades de pessoas, ou contratuais, sejam regulamentadas pelo Código Civil, enquanto a sociedades por ações, ou anônimas, tenha sua normalização estabelecida em legislação especial.

Além disso, a alocação do direito de empresas no contexto da parte especial do Código Civil brasileiro, notadamente pela introdução de novo tipo societário denominado de “sociedade simples”, por influência do Código Italiano, de 1942, não se avista coerente, pois no contexto do direito italiano se consumou a plena unificação do direito privado, enquanto no contexto do direito civil brasileiro, não houve a unificação, sequer das obrigações.

Por outro lado, em que pese a sociedade simples ser apresentada, no Código Civil brasileiro, como um “tipo societário” da categoria de sociedades personificadas, não se revela como um tipo societário, propriamente dito, mas como um regulamento aplicável a todos os tipos societários constituídos por contrato.

Em virtude da má redação do texto civil, ensejando algumas incongruências entre os termos que conduziriam ao conceito de sociedade simples e sociedade empresária, parte da doutrina se apressou a concluir que as sociedades simples representam, no contexto atual, o que eram as sociedades civis. Nisto reside a nossa dissidência, na medida em que afastada a teoria dos atos de comercio, preconizada pelo

direito francês do inicio do século XIX, e que influenciou o nosso Código Comercial de 1850, não há mais que se falar em distinção entre atos de comercio e atos civis.

Mantém-se a autonomia do direito comercial, mas elide-se sua primazia como núcleo da atividade econômica que poderá ser identificada, também pela atividade não mercantil, como ocorre com a prestação de serviços.

O que identifica a sociedade simples, não a natureza da atividade econômica, mas sim a sua constituição com os elementos d empresa. Deste modo, pode-se afirmar que uma sociedade empresária tem por objeto atividade própria de empresário sujeito a registro, seja no registro mercantil, seja no registro civil de pessoas jurídicas.

A sociedade simples, posto que desenvolva atividade econômica, não se louva de elementos de empresa, como ocorre, mesmo na hipótese de atividade mercantil, se a força do trabalho e capital é exclusivamente familiar ou artesanal. Assim deve ser compreendida a sociedade simples no contexto do direito civil brasileiro.

7. Referencias Bibliográficas.

1. BULGARELLI, Waldirio. **Estudos e Pareceres de Direito Empresarial: o direito das empresas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

2. _____. **Tratado de Direito Empresarial.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

3. CAVALCANTE, Benigno. **Aspectos da Unificação do Direito Privado.** Revista de Direito da FMU, São Paulo, 1994.

4. COMPARATO, Fabio Konder. **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres.** São Paulo: Saraiva, 1995.

5. CRISTIANO, Romano. **Personificação da Empresa.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.

6. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial.** primeiro volume, São Paulo: Saraiva, 1960.

7. MÉDICI, Octávio. **Direito Comercial.** Bauru: Jalovi, 1977.

8. MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial.** 5. ed. atualizada por Roberto Carvalho de Mendonça, v. III, Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1958.

9. MORAES, Luiza Rangel. **Considerações sobre o regime jurídico da administração nas sociedades simples, limitadas e anônimas.** Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Ano 5, n. 18, outubro-dezembro de 2002.

10. REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** v. 2, 23 ed. atual por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003.

11. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial.** 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

12. ROQUE, Sebastião José. **Teoria Geral do Direito Comercial.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.

13. TOMAZETTE, Marlon. **As sociedades simples no novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91, v. 800, junho de 2002.

14. WALD, Arnoldo. "**O Novo Código Civil e o direito empresarial."** Jornal Valor Econômico, p. B-2, São Paulo, 06-09-2001, in MORAES, Luiza Rangel.

---

[1] REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** v. 2, 23 ed. atual por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 358.

[2] COMPARATO, Fabio Konder. **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres.** São Paulo: Saraiva, 1995, p. 5.

[3] MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial.** 5. ed. atualizada por Roberto Carvalho de Mendonça, v. III, Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1958, p. 51.

[4] As sociedades limitadas, codificadas nos artigos 1.052 a 1.086, substituem as disposições estabelecidas pelo Decreto 3.708 de 10.01.1919 que dispunham sobre as sociedades por quotas de responsabilidade limitada. As sociedades anônimas continuam sendo regidas pela Lei. 6.404 de 15.12.1976 com as alterações posteriores.

[5] MORAES, Luiza Rangel. **Considerações sobre o regime jurídico da administração nas sociedades simples, limitadas e anônimas.** Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Ano 5, n. 18, outubro-dezembro de 2002, p. 41.

[6] WALD, Arnoldo. "**O Novo Código Civil e o direito empresarial."** Jornal Valor Econômico, p. B-2, São Paulo, 06-09-2001, in MORAES, Luiza Rangel. *Op. cit.* p. 42.

[7] MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Op. cit.* p. 52

[8] TOMAZETTE, Marlon. **As sociedades simples no novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91, v. 800, junho de 2002, p. 36.

[9] REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.* P. 400.

[10] BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 55.

[11] BULGARELLI, Waldirio. *Op. cit.* p. 59.

[12] CAVALCANTE, Benigno. **Aspectos da Unificação do Direito Privado.** Revista de Direito da FMU, São Paulo, 1994, p. 101.

[13] "Por *código*, em geral, entende-se o documento (que é uma lei) contendo um conjunto de proposições prescritivas (das quais se extraem normas) consideradas unitariamente, segundo uma idéia de coerência e de sistema, destinadas a constituírem uma disciplina tendencialmente completa de um setor. A experiência da codificação – que encontra as suas raízes na revolução francesa e não é característica típica de todo ordenamento estatal – deu vida na Itália, com referencia à disciplina aqui estudada, ao Código Civil de 1865 e àquele (ainda em vigor) de 1942." In PERLINGGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução**

[14] Relativamente aos Títulos de Crédito, o Código Civil brasileiro, de 2002, reservou, no Livro concernente às obrigações, disposições normativas apenas quanto à teoria geral dos Títulos de crédito, sem interferir nas leis especiais que regulam os títulos de credito em espécie.

[15] FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial.** primeiro volume, São Paulo: Saraiva, 1960, p. 133

[16] FERREIRA, Waldemar. *Op. cit.*, p. 133

[17] CRISTIANO, Romano. **Personificação da Empresa.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p 70.

[18] MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Op. cit.* Volume I, p. 482.

[19] MÉDICI, Octávio. **Direito Comercial.** Bauru: Jalovi, 1977, p. 172.

[20] BULGARELLI, Waldírio. *Op. cit.* p. 58.

[21] BULGARELLI, Waldirio. **Estudos e Pareceres de Direito Empresarial: o direito das empresas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 2.

[22] Idem. p. 4.

[23] ROQUE, Sebastião José. **Teoria Geral do Direito Comercial.** Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 26.

[24] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial.** 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 146.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL: A MÍDIA ENTRE CONCENTRAÇÃO E DEMOCRATIZAÇÃO*

POLICIES IN MEDIA: THE MEDIA BETWEEN CONCENTRATION AND DEMOCRATIZATION

Camila Bruna Zanetti
Giovani Clark

RESUMO

Raramente colocado à tona em discursos jurídicos, o fenômeno da concentração dos meios de comunicação social no Brasil atinge fortemente princípios e valores constitucionais que dão sustento ao regime democrático, principalmente a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e o pluralismo. As forças sociais, políticas e econômicas que exercem os meios de comunicação de massa são indiscutíveis; mas discutível se faz o modo como esses meios têm sido entregues a um número reduzido de vozes sociais. Vive-se hoje sob o manto de uma restrição da liberdade de expressão, um manto construído ao longo da história das políticas de comunicação no Brasil. Atingir a democratização da comunicação depende de compreender como as ações e omissões do Estado brasileiro – principalmente a partir da década de 80 – resultaram na atual política de distribuição das concessões de emissoras de radiodifusão, uma política construída em constante aliança com os poderes econômico e político. Este trabalho pretende abordar como o direito da comunicação - diretriz fundamental para a liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito – vinga rarefeitamente no atual modelo concentrador de comunicação social, fator ainda mais grave considerando as necessidades da sociedade da informação no século XXI.

PALAVRAS-CHAVES: POLÍTICAS PÚBLICAS; COMUNICAÇÃO SOCIAL; SOCIEDADE MIDIATIZADA; CONCENTRAÇÃO; DEMOCRACIA

ABSTRACT

Rarely set forth in legal discourse, the phenomenon of media concentration in Brazil affects strongly constitutional principles and values that give support to democracy, especially freedom of speech, press freedom and pluralism. The social forces, political and economic powers exercised by the mass media are indisputable, but it is questionable how the assets have been delivered to a small number of social voices. We live today under the cloak of a restriction of freedom of speech, a cloak constructed throughout the history of communication policies in Brazil. Achieve a media democracy depends on understanding how the actions and omissions of the Brazilian State - mostly from the eighties - resulted in the current concessions distribution policy for broadcasting, a policy built in alliance with the constant economic and political powers .

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

This study aims the communication right - fundamental guideline for the freedom of speech in a Constitutional Democracy – survives precariously in the current model of mass media, a factor even more serious considering the needs of the information society in the XXI century.

KEYWORDS: PUBLIC POLICIES; SOCIAL COMMUNICATION; MEDIA SOCIETY; CONCENTRATION; DEMOCRACY

INTRODUÇÃO

"Quem tem informação, tem poder". Palavras do cientista e escritor Fritjof Capra, que através de um comparativo entre as redes vivas dos sistemas biológicos e as redes sociais dedicou parte de seus escritos para demonstrar as conexões, as conseqüências e os resultados que as interligações em redes de comunicação provocaram na identidade dessa rede social: a humanidade [1].

A partir desta constatação, a de que estamos todos interligados em uma sociedade em rede, a comunicação é a ferramenta que abastece círculos de construção da cultura, das crenças, dos modos de vida. A revolução tecnológica permitiu a transformação da sociedade moderna em uma sociedade da informação, e transformou ainda mais os modos de vida e de produção através do capital global. A comunicação pode ser hoje fator de construção e de desconstrução da integridade dos sujeitos. E o Estado pode atingir gravemente os atores sociais pelo excesso ou pela ausência de intervenção na promoção da liberdade de expressão e de imprensa, ou seja, ao mesmo tempo em que a liberdade de expressão é um direito fundamental de dimensão defensiva, necessita da ação do Estado para que possa ser exercida plenamente e sem restrições, clamando também uma dimensão protetiva.

Num país como o Brasil, que devido a inúmeros fatores históricos, sociais, políticos e econômicos ainda não atingiu todas as precisões para uma efetiva emancipação dos seus cidadãos, os meios de comunicação social desempenham gigantesco papel de educador, de *enterteiner*[2], de espaços para a participação popular, de motivador para a mobilização social e muitas vezes de única fonte de informação. O rádio e a televisão tornaram-se massivamente populares.

O início das transmissões de rádio no Brasil teve início em 1922, numa primeira demonstração pública de irradiação feita no dia da Comemoração do Centenário da Independência, no Rio de Janeiro, e a fundação da Rádio Clube de Pernambuco em 1919, que também é considerada um marco antecessor na história da comunicação eletrônica brasileira. Já a implementação da televisão no Brasil teve como fomentador Assis Chateaubriand, fundador da TV Tupi, que protagonizou a primeira transmissão de televisão no Brasil, em setembro de 1950.

Em aproximadamente sessenta anos de televisão e um centenário de transmissões de rádio, a radiodifusão promoveu no mundo o conceito de comunicação de massa, um modelo que tem como características a centralização, a unidirecionalidade, e um modo de atuação em que poucos produzem conteúdo para

muitos, ou seja, concentrado (COSTA, 2002). No decorrer das duas últimas décadas do século XX e a primeira do século XXI, a história da comunicação se defronta com novos paradigmas, e atualmente o desenvolvimento da comunicação atingiu patamares que modificaram a forma como as teorias da comunicação lidam com seu principal objeto de estudo: o emissor e o receptor. Apesar de a revolução tecnológica ter projetado uma transformação de como os sujeitos articulam a comunicação em novas mídias de armazenamento de informação digital, a radiodifusão permanece indubitavelmente como meio de comunicação de maior e mais fácil acessibilidade ao grande público.

O papel que a comunicação desempenha no Estado Democrático de Direito adquiriu nuances profundas e muito complexas. O presente estudo aborda o direito da comunicação no âmbito do sistema jurídico e normatizador do Estado brasileiro e sua funcionalidade na sociedade da informação do século XXI, sendo que um aprofundamento acerca da evolução da liberdade de expressão – matriz da formação da liberdade de imprensa e do direito à informação e da comunicação – necessitaria de um estudo muito mais detalhado acerca da teoria dos direitos fundamentais e evolução dos direitos humanos, um estudo basilar, mas que extrapolaria os ditames aqui propostos.

Uma análise crítica das regulamentações jurídicas dos meios de comunicação de massa e os processos de influência política e econômica sofridos no percurso das concessões não podem deixar de ser avaliados dentro de um contexto de grande massificação social, de alternância dos modos de vida e da cultura e aceleração dos processos interpessoais e comunicativos. O desenvolvimento tecnológico que frutificou uma sociedade da informação precisa ser levado em conta para o ajustamento entre o fato e a norma nos processos de regulação jurídico-normativa da liberdade de expressão, e principalmente do direito da comunicação social.

1. MÍDIA E DIREITO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A sociedade da informação é um modelo social inserido na atualidade após o advento fugaz das novas tecnologias no modo de vida dos agentes sociais. Como condição de existência da sociedade da informação está o forte desenvolvimento das tecnologias da informação, como a *Internet*, que consiste em uma rede mundial de computadores interconectados. Esse modelo trouxe também desafios à comunidade jurídica, pois o acesso quase ilimitado às informações de todos os tipos através da virtualidade é um fator que modifica o comportamento, os efeitos no mundo da vida e a transmissão da informação, inclusive gera efeitos de exclusão social, ou exclusão digital, notada em países emergentes ou em desenvolvimento.

Todos os novos mecanismos de absorção, transmissão e recepção da informação trouxeram modificações radicais de comportamento social. A máquina fotográfica e a indústria cinematográfica geraram a possibilidade da fixação das imagens do real em suportes tangíveis, inovando a forma de interpretação e assimilação da informação. Da mesma forma ocorreu com a invenção do rádio e da televisão e a massificação dos meios de comunicação. O aparecimento da *Internet* trouxe também um novo comportamento social – a cultura "ciberespacial" – caracterizada pelo acesso livre a um sem-número de informações através dessas redes *online.* (FERIGOLO, 2005).

Segundo Nick Moore (1999), três são as características principais da sociedade da informação. A primeira delas é o uso da informação pelo setor empresarial como forma de fomentar sua competitividade e eficácia na prestação de serviços e fornecimento de produtos. A segunda característica advém da facilidade encontrada pelos indivíduos em obter informação de forma generalizada, o que promove uma disseminação do conhecimento desses indivíduos como consumidores, como detentores de direitos, como cidadãos no exercício de suas prerrogativas políticas e cívicas e por último, o advento das tecnologias da informação permite um acesso muito mais amplo ao conteúdo cultural e intelectual produzido. A terceira e última característica da sociedade da informação é a própria tecnologia da informação, que hoje tem lugar essencial na economia, inclusive promovendo o desenvolvimento das indústrias criadoras da informação que circula na rede, e faz com que os meios de comunicação tradicionais revisitem a forma como disponibilizam a informação e a posição do espectador, que deixa de ser mero receptor para interagir no conteúdo em uma rede de comunicação não mais linear.

Outra característica peculiar à sociedade da informação é a preocupação social em promover o direito humano fundamental de acesso à informação de modo eficiente e integralizado mundialmente, e assim garantir que os benefícios advindos com as tecnologias da informação sejam usufruídos por muitos, ao invés de poucos privilegiados. As mídias e tecnologias da informação inseridas com amparo da modernidade podem oferecer a impressão de que os meios de comunicação anteriores têm sua importância reduzida ou estão a caminho do desuso, mas essa impressão não corresponde à realidade de uso desses meios, ou seja, mesmo em países que já inseriram digitalmente seus cidadãos com ferramentas como o computador com acesso à Internet na própria residência (como os Estados Unidos), o número de horas dedicado ao rádio ou à televisão permanece elevado, e é feito muitas vezes ao mesmo tempo em que navegam no ciberespaço, Para GÓMEZ (2008, p.84-85):

[...] todos os meios, velhos e novos, assim como as diversas tecnologias videoeletrônicas e digitais que os tornam possíveis, coexistem, conformando ou não convergências em sentido estrito, porém constituindo ecossistemas comunicativos cada vez mais complexos.A chegada de um novo meio não supõe necessariamente, nem tampouco imediatamente, a suplantação do anterior. E isto por várias razões. Primeiro, porque cada meio ou tecnologia é muito mais que isso. Sua transformação então envolve outros fatores, além dos estritamente técnicos ou instrumentais. Segundo, porque cada tecnologia demanda um tempo de aprendizagem e apropriação por parte dos usuários, No momento de sua introdução e inicial aceitação, em geral, é usada de maneira parcial, desperdiçando seu cabal potencial e até sua principal contribuição. O conhecido caso dos computadores que são simplesmente usados como máquinas de escrever, permitindo maior produtividade e eficiência, é um clássico exemplo desse fenômeno. Terceiro, porque as tecnologias demandam uma atenção diversificada para gratificar seus usuários (...). Quarto, porque cada tecnologia atende melhor à satisfação de uma ou mais necessidades que as anteriores, mas não de todas, Assim, as velhas tecnologias sempre conservam um grau de distinção insubstituível. E quinto, porque cada nova tecnologia provoca outras mudanças subseqüentes, que também requerem reajustes e reacomodações variados por parte dos usuários (...) o sexto motivo que atrasa as mudanças é o óbvio: simplesmente não há poder aquisitivo para acompanhar o desenvolvimento tecnológico que é oferecido no mercado.

Já o conceito que existe acerca de informação é bem vago e intuitivo. Nas ações do dia-a-dia é possível identificar centenas de atitudes que necessitam de informação, seja a mais primordial, como a posologia de um medicamento, até a mais rotineira, como verificar o noticiário na mídia impressa ou televisiva. Essas informações comumente são utilizadas, absorvidas, assimiladas, manipuladas, transmitidas e produzidas durante todo o processo das relações sociais. A informação sempre foi ressalvada como uma necessidade sociológica, pois significa o exercício relevante de um direito individual essencial para o desenvolvimento cultural e econômico da sociedade, um direito que transcende o direito natural individual para converter-se em um direito social-democrático.

Se uma das características dessa sociedade atual midiatizada, mas também informatizada e informada é a proteção do direito fundamental de acesso à informação global e democratizada, como determinar o que é direito à informação? Edilsom Farias (2004, p.53) critica a ausência de fixação de um conceito sobre o assunto:

A difusão de pensamentos, idéias, opiniões, crenças, juízos de valor, fatos ou notícias na sociedade tem tido e ainda mantém várias denominações na doutrina, na legislação e na jurisprudência: liberdade de pensamento, liberdade de palavra, liberdade de opinião, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de expressão e informação, direito à informação, liberdade de informação jornalística, direito de comunicação, liberdade de manifestação do pensamento e da informação, dentre muitas outras. Tal profusão de nomes só faz majorar as imprecisões e a insegurança jurídica sobre o assunto, já em si tendencialmente polêmico (sic).

A sensação de liberdade que as tecnologias da informação fomentam é de certa forma ingênua. Em um primeiro olhar, os dispositivos das novas tecnologias da comunicação são capazes de gerar uma interação não permitida antes pelos veículos de comunicação tradicionais (MAIA, 2008). As ferramentas de interlocução são cada vez mais variadas e podem causar uma sensação de fortalecimento dos processos democráticos de participação e formação da opinião pública, reavivando o pluralismo de ideias tão necessário para estabilizar um regime político democrático. Infelizmente, os processos advindos com o desenvolvimento tecnológico das comunicações não deixaram de ser contaminados pela concentração econômica e restrição de conteúdos, pois a lógica do mercado não foi alterada na mesma medida. Ela permanece lutando para reduzir a concorrência e aumentar os lucros.

A efetividade do direito da comunicação, seja através do acesso à informação, seja através da liberdade de expressão, é indicador do grau de democracia de um Estado e elemento primordial ao desenvolvimento humano[3]. Contudo, no Brasil, a expansão do neoliberalismo de regulação como base da economia global tende a favorecer o crescimento econômico modernizante na mesma proporção que suprime os direitos fundamentais abrigados pela Constituição Federal de 1988 e por tratados internacionais. Para Edgar Morin, “a perda do saber, muito mal compensada pela vulgarização da mídia, levanta o problema histórico, agora capital, da necessidade de uma democracia cognitiva” (2000, p.19). O conhecimento válido é ferramenta do cidadão para efetivar direitos e deveres inerentes ao Estado Democrático de Direito, e principalmente, para fiscalizar os atos do Poder Público.

Além disso, compreender o impacto da formação de opinião que os meios de comunicação exercem na sociedade fortalece a urgente necessidade de visões plurais aos agentes públicos e privados responsáveis pela emissão de informação, transformada em elemento comunicacional. Este é o quadro que se encontra a liberdade de expressão, de informação e o direito de comunicação na atual conjectura de desenvolvimento dos meios de comunicação e das tecnologias da informação. A informação e o conhecimento são considerados produtos de grande potencial econômico, e na atual economia global a preocupação com a efetividade desses direitos é ainda mais primorosa. O processo de comunicação desenvolvido e conduzido nos dias atuais movimenta não somente valores pecuniários, mas também valores de influência política e social. A pressão que a convergência tecnológica enseja no modelo constitucional de 1988 demanda uma melhor adequabilidade normativa aos fenômenos da tecnologia, e requer instrumentos eficazes para a emancipação do homem nesse processo irreversível de expansão do conhecimento na sociedade da informação.

2. O MODELO REGULATÓRIO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

É certo que o efetivo exercício das liberdades públicas, inclusive da liberdade de expressão e de imprensa, não agrega somente uma dimensão defensiva que seja eficaz contra ingerências indevidas da autoridade estatal, mas solicita uma dimensão protetiva que requer uma intervenção estatal que efetive seu conteúdo (BINENBOJM, 2006). O impasse em encontrar equilíbrio na efetividade dessas e outras liberdades públicas é, ainda segundo Binenbojm, conhecer qual a justa medida da atuação estatal e os limites entre ambas as dimensões.

A Constituição de 1988 garante institutos de grande potencial democrático como o direito de resposta[4] (art. 5°, XIV, CR/88), o direito de acesso à informação (art. 5°, XIV, CR/88) e prevê princípios que regem a Comunicação Social no país (art. 220 e seguintes da CR/88). A proposta constitucional é de ajustar o direito individual da liberdade de expressão ao direito coletivo do público de ser adequadamente informado; e para Gustavo Binenbojm, (2006, p.486) aí adentra a necessidade de atuação estatal para encontrar comedimento:

[...] a intervenção regulatória na liberdade de expressão e de imprensa com os contornos acima propostos sujeita-se a avaliações de natureza empírica – por exemplo, as distorções causadas pelo mercado sobre o debate público e a necessidade de sua correção pelo Estado ou, de outro lado, a possibilidade de captura do aparato estatal pelos poderosos e seu uso em sentido oposto ao pretendido pela regulação, isto é, para empobrecer e não para enriquecer o debate público

Apesar de o artigo 220, §5º da Constituição de 1988 ser claro ao impedir que os meios de comunicação social sejam organizados em monopólio ou oligopólio, o Texto Constitucional não condiz com a realidade. Em todo o Brasil, o Ministério Público Federal e entidades representativas demandam ações na busca da quebra de monopólios e oligopólios de empresas de radiodifusão, fato indicativo de uma realidade ofensiva aos princípios constitucionais que resguardam a livre manifestação do pensamento e o direito de receber informação adequada e plural.

O desequilíbrio entre as forças econômicas e o interesse público caracteriza fortemente o atual modelo de concessão do serviço de radiodifusão. No Brasil, a realidade das empresas de radiodifusão é a da concentração de mercado. Isto porque o sistema capitalista vigente na atual economia globalizada não deixa margens para outro padrão de negócios que não tenha como principio uma política de maximização de lucros em uma economia de mercado, ou seja, da mesma forma que acontece em outros setores econômicos, a concentração é uma resposta/ enquadramento da mídia ao modelo econômico vigente (MARTÍNEZ, 2007).

Apesar de a política econômica coadunar para a concentração dos meios de comunicação, fato que se estende em grande parte do mundo, o Brasil e outros países da América Latina viveram características peculiares na construção de suas instituições de Comunicação Social. A intervenção e o absoluto controle do discurso público com regimes totalitários atingiram sem pormenores a liberdade de imprensa. O marco da censura no Brasil ocorreu na promulgação do Ato Institucional n° 5 em 13 de dezembro de 1968, dia em que as redações cariocas e paulistanas receberam imediatamente manuais de comportamento elaborados por generais da ditadura militar que tinham como objetivo proibir qualquer notícia que contrariasse o regime. A extensão da censura para outros meios de comunicação não demorou a acontecer, pois o Governo Médici em breve providenciou a promulgação do Decreto-Lei n° 1.077 de 1970, que proibia desde publicações, atuações e qualquer outro tipo de manifestação ofensiva a moral e aos bons costumes (PIERANTI, 2007).

Promulgada a Constituição de 1988, a história política do país começou a ser reescrita e a supressão (e o trauma) de qualquer tipo de censura faz o Texto Constitucional sobrecarregar a ênfase dada às garantias da liberdade de expressão, de imprensa, de direito à informação. Mas, além disso, o constituinte também observou a necessidade de criar institutos que viabilizassem a inclusão social através do acesso ao conhecimento e a promoção da formação da opinião pública. Esses institutos reconhecem implicitamente que permitir uma liberdade plena na atuação da atividade econômica das empresas de comunicação significaria dar a estas entidades a capacidade de seqüestrar os discursos públicos. Os dispositivos constitucionais buscam amenizar o poder econômico privado e distorsivo das empresas de comunicação social (BINENBOJM, 2006) no âmbito de sua liberdade de expressão determinando àquelas a busca de fins essenciais, dentre eles a proteção de direitos fundamentais, da democracia e da autonomia dos agentes sociais.

Entretanto, o modelo regulatório dos meios de comunicação de massa tem um perfil característico: privilegia o setor privado em detrimento aos preceitos constitucionais. O debate retornou com a discussão sobre a TV Digital, e a regulação da infra-estrutura desta nova mídia. Mesmo na análise do já tão experimentado sistema analógico de radiodifusão, depara-se com um aparato jurídico ultrapassado, onde o modelo regulatório brasileiro fortalece a concentração de propriedade e o uso político das concessões de radiodifusão. Um emaranhado de leis, decretos, portarias, muitas delas inconstitucionais (como eram a maioria dos dispositivos da Lei de Imprensa) ou em total desuso devido à inadequação das novas tecnologias contribui para um cenário propício para empresas que detém concessões por longos períodos; finalmente, na falta de um quadro regulamentador adequado, a ausência de concorrência e de pluralismo da informação se estabelece. A sensação de direito adquirido que as empresas privadas de radiodifusão detêm também prejudica qualquer discurso sobre a *regulamentação* do

setor, que toma vestes de censura no discurso dos “donos da mídia” quando se trata de discutir a adequação do conteúdo ao interesse público.

O principal aparato jurídico do modelo regulador da comunicação social no Brasil é composto pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), que se somou ao decreto-lei n° 236, de 1967 e foi alterado parcialmente pela Lei 9.472/97. O CBT estabeleceu poucos e frágeis limites a posse de emissoras de radiodifusão; o capítulo da Comunicação Social na Constituição Federal de 1988; a Lei do Cabo; o decreto 2108 de 1996, que trouxe algumas inovações interessantes no tocante a regulamentação do serviço da radiodifusão comercial; a Lei Geral de Telecomunicações (que exclui a radiodifusão e revoga dispositivos do CBT no tocante a telefonia); a Lei das Rádios Comunitárias, e, desde junho de 2006, o decreto nº 5820, que trata da Televisão Digital (FERIGOLO, 2005).

O *caput* do art. 220[5] da Constituição preocupou-se em oferecer instrumentos e ditar parâmetros suficientes para proteger o exercício das prerrogativas fundamentais previstas no art. 5°, inc. IX e IV[6]. São liberdades de natureza defensiva, não obstante, o final do mesmo artigo demonstra que no decurso dos demais incisos haverá algumas limitações ao exercício dessas liberdades. O sistema positivo constitucional tomou o cuidado de não apenas *dar* o poder de informar, mas também de impor *deveres* correlacionados aos regramentos fundamentais vigentes para aqueles que usufruem da infra-estrutura da radiodifusão.

Desde a dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, CR/88) à proibição de monopólio dos meios de comunicação (art. 220, §5°), o direito da comunicação social tem uma série de desdobramentos que limitam o exercício do poder-dever de informar, e da própria liberdade de expressão – limites esses decorrentes de outros subsistemas constitucionais que precisam ser preservados (BITELLI, 2004). Para a construção do embasamento das políticas públicas de comunicação social, o fator mais relevante do modelo regulatório brasileiro dentre esses limites ao poder-dever de informar dos *mass media*[7] é o que se refere aos limites decorrentes do §5° do artigo 220, que determina que *os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio*. Além disso, o Código Brasileiro de Telecomunicações e a Lei 8.977/55 - a Lei do Cabo - restringem a participação de políticos na radiodifusão, fato muito comum especialmente na mídia regional.

Ainda quanto ao modelo regulador, é importante ressaltar o momento em que a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) foi criada. em 1997, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso. Este período caracterizou o início do neoliberalismo de regulação[8] no país; o nascimento da ANATEL engendrou o plano de dar um tratamento técnico à comunicação de forma geral. Nos bastidores do poder, conforme o relato de Murilo César Ramos (2005), por pouco a radiodifusão não deixou de ser atribuída ao Ministério das Comunicações, que tinha previsão de ser extinto e consequentemente deixaria seu legado para a nova agência. Atualmente, o Ministério das Comunicações permanece como o principal órgão regulador da infra-estrutura do setor de radiodifusão, e consequentemente uma das pastas mais concorridas por postos de comando no Poder Executivo. Pode-se concluir que a renovação de outorgas é uma das razões principais da disputa.

Essa estrutura de poder, esquematizada tanto por decisões e omissões políticas, numa dança que une a mídia ao poder econômico privado ajuda a compreender historicamente a estrutura do poder político no Brasil. É o que abordaremos no próximo item.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMUNICAÇÃO: UM ESTUDO SOBRE A RADIODIFUSÃO NO BRASIL

Em todos os tempos da história da humanidade é a forma que a pessoa humana se relaciona com seus pares que lhe faz peculiar aos demais seres, ou seja, o homem é um animal social e político, parte da sua individualidade está em se ver reconhecido dentro de um grupo em determinado contexto social. E a liberdade de expressão e de imprensa não só representam liberdades geradas do fator antropológico do homem, mas são prerrogativas necessárias ao efetivo exercício da fiscalização sobre a atuação do Estado, e por isso devem manter uma relação de participação e controle na elaboração das políticas públicas que as determinam.

A relação entre políticas públicas e o sistema jurídico ainda hoje se dá de maneira controversa. Isto porque a ideia de política e direito como complementares de um sistema de poder, especialmente no contexto de um governo republicano e tripartido adotado pela maioria dos Estados constitucionais, como o Brasil, que tradicionalmente deixa lugar para o Poder Executivo realizar ações governamentais traz diversas conseqüências. Tanto a ausência de politização do direito nas decisões políticas, quanto o excesso de absorção da política pelo direito são formadores de problemas estruturais dentro de uma democracia.

Estado e sociedade convivem em níveis diferentes de intervencionismo; as divergências surgem ao saber qual interesse coletivo está em jogo e a partir daí definir a técnica mais apropriada para atingir aquele objetivo comum. O impasse de concretizar o programa constitucional, especialmente os direitos fundamentais, em um Estado inserido na globalização econômica e regido cada vez menos por suas normas de direito interno é o grande desafio. É aqui que as políticas públicas servem de diretriz, desde que sejam definidas através da articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos, além da adequabilidade dos seus objetivos ao contexto social.

A amplitude do conceito do que venha a ser políticas públicas dificulta sua limitação ao direito; há uma carga axiológica impregnada por se tratar de uma ação governamental e essencialmente discricionária. Para limitar esses embaraços, as políticas públicas não devem reproduzir apenas uma ideologia política, mas carecem de fornecer à Administração Pública e à sociedade os instrumentos capazes de ultrapassar limites do aspecto geral e abstrato das normas constitucionais. Na proposta de políticas públicas de Maria Paula Dallari Bucci (2006), deve haver uma busca de equilíbrio, de forma que o uso das políticas públicas não descaracterize as leis, e para isso a autora propõem um modelo inserido na legalidade e constitucionalidade.

Hoje as políticas públicas não atendem um padrão normativo de institucionalização, e podem ser trazidas ao mundo fenomênico através de leis, decretos, emendas constitucionais e até atos administrativos isolados, como ocorrem com os

contratos de concessão de serviço público. O excesso de discricionariedade na implementação da atividade administrativa ainda é empecilho para uma efetiva participação popular na Administração Pública. A participação conjunta de todos os interessados em determinada ação governamental é imprescindível para implicar uma composição de interesses (BUCCI, 2006), ou seja, a participação popular é precípua para a legitimidade das políticas públicas, e consequentemente das ações e resultados que derivam dela.

Nas democracias modernas, a mídia exerce um dos papéis principais na preservação de seus princípios. O resultado deste imensurável valor é a centralização dos processos políticos, e por isso o grande desafio para o modelo de concessão brasileiro, principalmente o de radiodifusão, é conseguir viabilizar mídia e democracia, inserindo liberdades públicas e privadas, como a autonomia coletiva, a participação popular, a liberdade de expressão e o alargamento do pluralismo de informação na formação da opinião pública.

Segundo Penna Pieranti (2007), o fenômeno da concentração das empresas de comunicação demonstra que a política de distribuição das concessões não promove as condições para difusão de ideias e que, segundo a Comissão Internacional para o Estudo dos Problemas da Comunicação, da UNESCO (1983), o contexto jurídico, incluindo-se aí não apenas as leis, mas também a garantia, na prática, dos direitos individuais e sociais delas decorrentes, deve, em tese, assegurar o pluralismo e as condições para que a sociedade tenha à sua disposição fontes de informação e de ideias diversas e para que possa escolher livremente entre elas.

Existem dois tipos de diversidade, a de meios e a de conteúdos. O Texto Constitucional previu que o sistema de comunicação deveria respeitar a ambos. O art. 221 da Constituição da República prevê diversos incisos que tem correlação imediata ao conteúdo da programação das emissoras de radiodifusão, e privilegia finalidades artísticas, culturais, educativas e informativas (inc. I); busca mecanismos de incentivo à produção nacional e regional (inc. II); prioriza a produção regional conforme disposição em lei (inc.III); e finalmente busca o respeito aos valores éticos e sociais dos agentes sociais e da entidade familiar (inc. IV).

O conjunto desses preceitos normativos estabelece a diversidade de conteúdo e da promoção da cultura nacional como prioridades no exercício da radiodifusão. A diversidade pode ser compreendida como a possibilidade de escolher entre diversos gêneros jornalísticos, ou ainda entre temas e diferentes formas de edição, valores e pontos-de-vista. Quando ocorre o fenômeno da concentração, em primeiramente das empresas de mídia, consequentemente mais difícil será encontrar meios de comunicação independentes. Apesar de não haver uma correlação linear entre pluralismo e o mercado de meios de comunicação, não deixa de ser relevante o investimento que cada empresa está disposta a fazer para efetivar os deveres que lhe conferem e, segundo Melendéz (2007), cumprir seu maior dever que é o de transmitir a verdade.

A política de distribuição de concessões de radiodifusão no Brasil teve início com um largo investimento feito durante o regime militar. Consequentemente, a infra-estrutura fornecida na época atraiu oligarquias regionais para o setor da rádio e da televisão. Esse fator gerou um ciclo que ainda não fechado em pleno exercício do Estado democrático de Direito no século XXI: os representantes dessas oligarquias

permaneciam - e ainda permanecem - no Congresso Nacional, e logo a distribuição das concessões de radiodifusão se transformou em valiosa moeda de troca por favores políticos e econômicos. Quanto maior era a crise política, maior era o número de emissoras distribuídas. Segundo manifesto da Federação Nacional de Jornalistas, a FENAJ (1988), já no Governo Sarney, imediatamente após a retomada do processo de redemocratização no Brasil, o então ministro das Comunicações, Antônio Carlos Magalhães, suspendeu cerca de 140 concessões conferidas no governo Figueiredo para então, imediatamente, outorgar mais de 500 concessões. Além de privilegiar apadrinhados políticos para conceder as concessões, as suspensões serviram de retaliação aos inimigos do então ministro, conforme dados do manifesto, realizado em outubro de 1988.

Esse método caracterizou o nascimento da Nova República contaminada por velhas práticas políticas do regime militar. O esforço para a redemocratização do país enfraqueceu a partir daí. O tipo de retaliação praticada no Governo Sarney foi comum durante o regime da ditadura, e ainda corrompe os atuais paradigmas constitucionais e democráticos do sistema jurídico-normativo da comunicação social. Portanto, as políticas públicas de concentração das emissoras de radiodifusão têm características de política de Estado, porque a barganha das concessões ainda é mantida como exercício comum na política até os dias de hoje.

A promulgação da Constituição Federal em 1988 trouxe alguma esperança de renovação nas políticas de comunicação, uma vez que seus dispositivos são impositivos ao proibir o oligopólio e monopólio dos meios de comunicação ao mesmo tempo em que exige a promoção da produção independente, regionalizada, a liberdade de imprensa e a garantia de proteção a valores éticos e sociais. Mas a realidade se opõe aos seus princípios, que não são ainda suficientes para munir a esfera pública da efetividade do direito de comunicação. Segundo FARIAS (2004. p.210), um dos princípios mais atingidos e impeditivos nesse âmbito é o princípio da vedação do monopólio e oligopólio nas empresas de comunicação:

Do ponto de vista prático, o princípio da vedação do monopólio e oligopólio densifica-se essencialmente por meio de uma normativa antitruste voltada a estabelecer limites razoáveis à propriedade dos órgãos de comunicação de massa. Por exemplo, restringindo a propriedade de múltiplas organizações de notícias, mormente quando ao *broadcast newspaper ownership*, ou seja, o controle acionário, em uma mesma área geográfica, de um veículo impresso e de uma emissora de rádio e/ou televisão e exigindo a transparência das fontes de financiamento dos meios de comunicação.

O sistema de comunicação social no Brasil depende de iniciativa política para regulamentar a estrutura organizacional dos veículos de comunicação de massa de forma eficiente para garantir que as interligações calamitosas entre poder político e econômico sejam verdadeiramente impedidas de ofender as diretrizes constitucionais do direito de acesso à informação, a liberdade de informação e de imprensa e o direito de comunicação. As fontes de financiamento, como bem colocou Edilsom Farias, são outra problemática que enfrentam os meios de comunicação devido ao modelo econômico que lhes foi imposto: a manutenção do serviço de radiodifusão é, quase integralmente, financiada pela publicidade; agregado a esta informação está o fato de o Estado ser o maior investidor em publicidade atualmente no Brasil. A restrição do número de agentes de distribuição de notícia no Brasil majora ainda mais este quadro, porque coloca em

cheque a isenção tão necessária na transmissão da informação verdadeira na imprensa. Portanto, cabe ao Estado instrumentalizar os agentes sociais para que possam participar dos processos de concessão dos meios de comunicação de massa, especialmente um meio de tão grande alcance como a radiodifusão, e assim permitir a inibição da formação de monopólios ou oligopólios dos *mass media*.

Não é possível admitir o controle público de uma exclusividade estatal na regulação da liberdade de expressão. Mas o controle privado é tão nefasto à democracia quanto o excesso de ação estatal nas liberdades públicas. O Texto Constitucional não está posto para ser adaptado à práticas não-democráticas da política de concessão praticada pelo poder público desde o regime militar. É preciso elevar o conceito de justiça e de liberdade também para a plataforma de discussão sobre a Reforma do Estado, e mais atualmente, no âmbito da futura Conferência Nacional de Comunicação[9], importante espaço de discussão pública sobre a necessidade de reformulação, acompanhamento e fiscalização das políticas públicas do setor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A forte tendência de relação da imprensa com o poder brota desde o início do século XIX, com o surgimento dos primeiros veículos impressos. No decorrer da evolução dos meios de comunicação, a confluência entre poder econômico, mídia e política se fortalece. O campo da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa emerge com a experiência de um processo totalitário, o mesmo que promoveu ao mesmo tempo a censura e o desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação no Brasil. Esta perigosa convergência que promoveu o regime militar deu início a um ciclo de oligopólios da mídia de radiodifusão, primeiro em Assis Chateaubriand e posteriormente no legado deixado por Roberto Marinho.

O funcionamento e a dinâmica da concessão e renovação das outorgas de radiodifusão – inseridos no contexto do atual modelo do Estado neoliberal regulador - desrespeitam os preceitos constitucionais de Comunicação Social (art. 220 e seguintes da Constituição de 1988), onde a política de comunicação realizada pelo Estado é influenciada pelos poderes político e econômico. Esta ingerência de interesses privados colabora para que a concessão e a renovação das outorgas de rádio e televisão permaneçam sem critérios participativos, fiscalizatórios e transparentes.

O princípio da proibição de monopólio e oligopólio, busca proteger não só a atividade pública de difusão de informações e opiniões, mas está intimamente ligado a outro importante preceito normativo-constitucional, o art. 170, IV da CR/88, que busca proteger a Ordem Econômica e Financeira vigente na Constituição preservando a livre concorrência nas atividades econômicas. Além da preservação do modelo econômico estabelecido nas diretrizes constitucionais, o princípio da proibição de monopólio e oligopólio quer garantir um fundamento basilar da democracia, o pluralismo de vozes na arena pública em prol da formação da própria opinião pública.

As políticas públicas de comunicação são guiadas, portanto, num modelo regulador, que não consegue transcender a mera regulação técnica em prol de uma regulamentação de conteúdo e de princípios. Este é o fator predominante que impede o processo de democratização através do pluralismo ao sedimentar o abuso dos poderes econômicos e políticos nos processos de concessão da radiodifusão. As políticas

públicas de comunicação, ao longo desses vinte anos de Constituição democrática, nem mesmo conseguiram atingir os logros dos direitos fundamentais e dos fundamentos republicanos erigidos no Texto Constitucional. Com o advento das novas tecnologias, o modelo concentrador da comunicação social esperneia por uma reforma adequada não só às realidades do século XXI, mas também a um mínimo de direitos necessários para a manutenção de um Estado Democrático de Direito. A democratização da comunicação em veículos tão relevantes para a formação da opinião pública brasileira, como o rádio e a televisão, permanece estagnada mesmo que em meio a uma verdadeira revolução tecnológica que permite a produção, o acesso e a troca instantânea de informação, características da sociedade da informação.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia participativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: Acesso em 29 ago. 2009.

BRITOS, Valério Cruz; COLLAR, Marcelo Schmitz. Direito à comunicação e democratização no Brasil. *In:* SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio; PIERANTI, Octavio (orgs.). **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL FILHO, Adilson Vaz; DUARTE, Lívia Dias. Comunicações na era digital: a apropriação do processo regulatório pela sociedade civil. *In:* SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio; PIERANTI, Octavio (orgs). **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Os Meios de Comunicação no Direito Econômico.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CLARK, Giovani. Política Econômica e Estado. In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, p. 239-248, 2006.

COSTA, Cristina. **Ficção, Comunicação e Mídias**. São Paulo: SENAC, 2002.

FEDERAÇÃO NACIONAL DE JORNALISTAS. **Manifesto Público: Governo Sarney, 527 outorgas em menos de três anos de governo.** São Paulo, 1988. Disponível em <http://donosdamidia.com.br/media/documentos/527Outorgas.pdf> Acesso em ago.2009.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de Expressão: direito na Sociedade da Informação: mídia, globalização e regulação**. São Paulo: Ed. Pillares, 2005.

GÓMEZ, Orozco Guillermo. Comunicação social e mudança tecnológica: um cenário de múltiplos desordenamentos. In: MORAES, Dennis de (org.). **Sociedade Midiatizada.** Trad. Carlos Frederico Moura da Silva, Maria Inês Coimbra Guedes, Lucio Pimentel. Rio de Janeiro: Mauá, 2006.

MARTÍNEZ, Ângela Vivanco. A concentração dos meios de comunicação em sociedades democráticas: perigo para a liberdade de expressão ou condição de subsistência? *In:* CADERNOS ADENAUER VIII, n°4. **A Mídia entre Regulamentação e Concentração**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2008.

MOORE, Nick. A Sociedade da Informação. In: **A Informação: tendência para o novo milênio**. Brasília: Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, 1999.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita:** repensar a reforma, reformar o pensamento. Trad. De Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

PIERANTI, Octavio Penna. **Políticas Públicas para Radiodifusão e Imprensa.** Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007.

RAMOS, M. C. O. **Agências Reguladoras: a reconciliação com a política**. Eptic On-Line (UFS), Online, v. VII, n. 5, mai-ago, p. 18-49, 2005.

UNESCO. **Um Mundo e Muitas Vozes:** comunicação e informação na nossa época. Rio de Janeiro, FGV, 1983.

---

[1] Palestra apresentada por Fritjof Capra no Seminário **Humanização do Desenvolvimento Mundial**, sob tema *Humanização, Desenvolvimento e Modelo Econômico do Mundo*, realizado em 21 de outubro de 2004, no Centro de Exposições Horácio Sabino Coimbra CIETEP/FIEP - Curitiba/PR. Esse conceito é amplamente debatido pelo autor em sua obra *Teia da Vida*.

[2] Não há correspondente da palavra em português, mas significa algo como entretenedor, ou aquele que diverte.

[3] Como já visto em parágrafo anterior, não há uniformidade sobre o conceito de comunicar, expressar ou informar. O que importa para este trabalho é saber que todos esses termos significam uma interação humana simbólica, e etimologicamente estão compreendidos entre si. Para Bitelli (2004, p.22) *a comunicação social passa a ser o suporte de acesso á pessoa humana, aos conteúdos contemporâneos, viabilizados pelos agentes atuantes no setor*.

[4] Apesar de o direito de resposta estar desregulamentado após a revogação total da Lei de Imprensa pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 130 em 30 de abril de 2009, é um direito fundamental dos mais importantes para o pluralismo e garantia de manifestação de um pensamento diverso do conteúdo determinado pela hegemonia do empresariado midiático. Até o presente momento, apenas discussões esparsas sobre um novo projeto de lei que regulamente o assunto foram colocadas em pauta (setembro de 2009). Segundo o voto do Ministro e Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, *"o direito de resposta é assegurado no plano constitucional, mas necessita no plano infraconstitucional de normas de organização e procedimento para tornar possível o seu efetivo exercício"*.

[5] Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[6] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença

[7] Termo popularizado em inglês para designar o conjunto dos meios de comunicação de massa e muito utilizado na teoria da comunicação.

[8] Segundo Giovani Clark (2006, p.241), esse modelo consiste numa nova técnica de ação do Estado na vida econômica, uma intervenção indireta através de normas e das agências reguladoras. Estas apenas fiscalizam e regulam o mercado ditando meros comandos técnicos. A técnica regulatória de intervenção, entretanto, também permite a existência de empresas estatais, mas que sejam em menor número e com reduzida capacidade de ingerência na vida econômica.

[9] De acordo com o Decreto Presidencial publicado no dia 16 de abril de 2009, a I Conferência Nacional de Comunicação terá como tema "Comunicação: meios para a construção de direitos e de cidadania na era digital" e será realizada nos dias 01, 02 e 03 de dezembro de 2009. Fonte: <http://proconferencia.org.br>, acesso em ago.2009.

AS CIDADES E A PERSONALIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL*

THE CITIES AND THE INTERNATIONAL PERSONALITY

Clara Maria Faria Santos

RESUMO

O presente paper tem o objetivo de contextualizar as transformações no cenário mundial que levaram à ascensão de entidades subnacionais a atores internacionais e, sob a perspectiva do direito internacional público, discutir os elementos teóricos que fundamentam o reconhecimento destas entidades, em especial as cidades, como sujeitos de direito internacional. Faz-se ainda uma análise da capacidade internacional das entidades subnacionais, como demandar um caso à apreciação de uma corte de justiça internacional, firmar acordos externos com validade para o direito internacional, enviar e receber delegações, filiar-se em Organizações Internacionais. Por fim, faz-se a análise da responsabilidade internacional das entidades subnacionais.

PALAVRAS-CHAVES: CIDADES, DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO, CAPACIDADE INTERNACIONAL

ABSTRACT

This paper aims to contextualize the changes in the global scenario that led to the rise of subnational entities as international actors. From the perspective of public international law, this work discusses the theoretical elements of the recognition of these entities, especially cities, as subjects of international law. It makes also an analysis of the international capacity of subnational entities, such as demanding a case to an International Court of Justice, enter into international agreements with validity to international law, send and receive delegations and join in International Organizations. Finally, it makes an analysis of the international responsibility of subnational entities.

KEYWORDS: CITIES, INTERNATIONAL PUBLIC LAW, INTERNATIONAL CAPACITY

As cidades e o contexto internacional

O presente paper tem o objetivo de contextualizar as transformações no cenário mundial que levaram à ascensão de entidades subnacionais a atores internacionais e, sob a perspectiva do direito internacional público, discutir os elementos teóricos que fundamentam o reconhecimento destas entidades, em especial as cidades, como sujeitos

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

de direito internacional. Faz-se ainda uma análise da capacidade internacional das entidades subnacionais, como demandar um caso à apreciação de uma corte de justiça internacional, firmar acordos externos com validade para o direito internacional, enviar e receber delegações, filiar-se em Organizações Internacionais. Por fim, faz-se a análise da responsabilidade internacional das entidades subnacionais.

A década de 90 marcou uma profunda mudança no sistema internacional, o fim do bipolarismo ressaltou o movimento de globalização pautado pela interdependência entre os países, ao mesmo tempo em que tencionou o movimento pela regionalização. A nova realidade do multilateralismo teve reflexos não apenas nas áreas econômica, financeira e política, mas também cultural e jurídica, configurando uma diversificação das pautas relevantes para o sistema internacional e a ascensão de novos atores na arena internacional.

Neste período, cada vez mais atores antes focados em assuntos internos, ou que se valiam do Estado como intermediário para suas ações internacionais, tornaram-se interessados nas relações internacionais e começaram a atuar por conta própria. Não apenas as empresas multinacionais desenvolveram estratégias de ação global, mas também outros atores estatais, não-estatais e transnacionais, como a sociedade civil e os governos subnacionais (WOOLCOCK, 2003, p. 46).

Nesse contexto, estado federado e município, a princípio entidades subnacionais voltadas para a realidade interna de um Estado, têm apresentado relevante atuação no cenário externo. Isto porque, na medida em que os Estados nacionais foram perdendo capacidade de promover o desenvolvimento local, as entidades subnacionais foram impulsionadas a procurar soluções para seus problemas internos fora das fronteiras nacionais (KEATING, 2004, p. 50).

Em alguns casos, o próprio Estado incentivou a atividade externa de suas partes componentes, pois a complexidade do novo sistema internacional mostrou a ineficácia da excessiva centralização de poder no Estado central, abrindo espaço para mecanismos de descentralização (VIGEVANI; WANDERLEY, 2004, p. 11). Dessa forma, muitos Estados impossibilitados de arcar com os custos do desenvolvimento ou inspirados pela diversidade cultural dentro de suas fronteiras promoveram reformas jurídicas proporcionando maior divisão de competências e responsabilidades entre suas partes constituintes, tal foi o que ocorreu com as reformas constitucionais brasileira de 1988 e argentina de 1994, com as reformas que transformaram a Bélgica em país federal e com as reformas infraconstitucionais francesas para assegurar às suas entidades locais maior autonomia.

Podemos identificar uma série de motivações que levam as entidades subnacionais a procurar recursos externos. No plano econômico e comercial, formulam estratégias e iniciativas diferenciadas voltadas para a atração de investimentos, renovação da base econômica, modernização da infra-estrutura, ampliação de mercados para seus produtos, absorção de tecnologia para sua modernização e estímulo ao turismo (KEATING, 2004, p. 54).

No plano político, as motivações passam pela formação de networking para arrecadação de recursos e participação em projetos de cooperação técnica, busca da melhoria da

qualidade de vida, integração social e governabilidade. No plano cultural buscam o reconhecimento da singularidade regional no que se refere à cultura e à história locais.

Diante da proeminente atuação no exterior, as entidades subnacionais passaram a ser consideradas por muitos autores como atores internacionais[1]. Sob a perspectiva do direito internacional, por outro lado, apenas os estados federados têm uma sólida teoria que reconhece e estuda sua personalidade jurídica internacional, deixando os municípios diante de uma situação inadequada de informalidade, na qual suas ações no cenário externo, embora tenham consequências que extrapolam o campo da política, carecem de status jurídico condizente.

É possível perceber que esta realidade está se transformando. A tendência do direito internacional é reconhecer a legitimidade dos novos atores e incorporá-los como sujeitos de direito no cenário internacional. Os pesquisadores do direito internacional público, assim como os teóricos de relações internacionais, encontram as origens da flexibilização da doutrina no sentido de acolher novos sujeitos nas mudanças ocorridas a partir da segunda metade do século XX.

Pois, como ensina Shaw (1997, p. 36), o direito internacional, assim como o interno, é reflexo dos valores sociais, econômicos e políticos da sociedade que os aplica, dessa forma, o seu desenvolvimento vai ao encontro das noções prevalecentes de relações internacionais, uma vez que a sua sobrevivência depende da harmonia com a realidade de seu tempo.

Diversas outras entidades têm atuado internacionalmente com diferentes propósitos e a tendência da teoria jurídica internacional, combinada com as novas idéias do sistema internacional, ao que Shaw (1997, p. 38) chamou de sofisticação da doutrina positivista, é romper com a ênfase exclusiva na atuação do Estado e reconhecer a participação efetiva desses novos atores como sujeitos de direito internacional público.

Foi o que ocorreu com os indivíduos no início do século XX e com as Organizações Internacionais na década de 40 (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 6; 2003, p. 10). A partir do momento que a eles foram atribuídos direitos e deveres pelo direito internacional, foi possível reconhecer-lhes a personalidade jurídica internacional. Isso ocorre, pois direito internacional há muito tempo não associa a qualidade de sujeito de direito à soberania (GANSHOP VAN DER MEERSCH; ERGEC,1986, p. 302), por isso, a noção de personalidade jurídica internacional é independente da noção de Estado (PILOTTI, 1928, p. 480).

Este é um dos aspectos fundamentais que Alain Pellet (2004, p. 3) identifica nas novas tendências do direito internacional, o fato de a personalidade jurídica internacional ter passado de um direito aplicável exclusivamente às relações entre Estados soberanos para um direito de uma sociedade internacional complexa e diversificada.

Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade (2002, p. 1), o indivíduo como sujeito de direito das gentes já estava presente no pensamento de autores clássicos. Em fins do século XIX, contudo, o indivíduo foi excluído do ordenamento jurídico internacional pelas distorções do positivismo jurídico estatal e só voltou a ser considerado novamente sujeito de direito internacional na doutrina jurídica do século XX.

Isto ocorreu, pois os indivíduos passaram a ser protegidos por regras do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, não como simples objetos de regulamentação, mas como verdadeiros sujeitos de direito. Nas palavras de Cançado Trindade (2002, p. 6):

Ora, se o direito internacional contemporâneo reconhece aos indivíduos direitos e deveres (como comprovam os instrumentos internacionais de direitos humanos), não há como negar-lhes personalidade internacional, sem a qual não poderia dar-se aquele reconhecimento. O próprio direito internacional, ao reconhecer direitos inerentes a todo ser humano, desautoriza o arcaico dogma positivista que pretendia autoritariamente reduzir tais direitos aos "concedidos" pelo Estado. O reconhecimento do indivíduo como sujeito tanto do direito interno como do direito internacional, dotado em ambos de plena capacidade processual, representa uma verdadeira revolução jurídica.

Um processo semelhante ocorreu com as Organizações Internacionais. Os redatores dos tratados constitutivos das organizações internacionais não demonstravam significativo interesse sobre a possível investidura de personalidade jurídica das mesmas. A própria Carta das Nações Unidas não possui um dispositivo que lhe atribui expressamente personalidade jurídica (SILVA, 1999, p. 15).

Porém, em 1948, a ONU se defrontou com uma situação na qual necessitava do esclarecimento da sua personalidade jurídica internacional para demandar reparações e indenização contra o assassinato de seu mediador enviado à Palestina, Conde de Bernadote. Visando solucionar este caso, a Assembléia Geral solicitou uma parecer consultivo à Corte Internacional de Justiça sobre o caráter da personalidade jurídica da ONU no direito internacional.

Em 11 de abril de 1949, a Corte emitiu o parecer sobre Reparação de Danos, atestando a irrefutável personalidade jurídica internacional das Nações Unidas e sua capacidade de apresentar reclamações internacionais contra um Estado responsável, com vistas a obter reparação de danos causados aos seus agentes no exercício de suas funções. O Parecer esclareceu que enquanto o Estado possui a totalidade dos direitos e deveres internacionais reconhecidos pelo direito internacional, os deveres e direitos de uma entidade tal como a ONU devem depender dos propósitos ou funções especificados ou implícitos em seus documentos constitutivos e desenvolvidos na prática (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 20).

Diante do parecer da Corte de Justiça Internacional a respeito da personalidade jurídica internacional, veremos o conceito se aplica às entidades subnacionais.

Personalidade jurídica internacional

Segundo a CIJ (1949, p. 179), pessoa jurídica internacional é aquela que tem a capacidade para ser o titular de direitos e deveres de acordo com o direito internacional,

esclarecendo que os sujeitos de direito em um sistema legal não são necessariamente idênticos em sua natureza ou na extensão de seus direitos, e a sua natureza depende das necessidades da comunidade.

Júlio Barberis (1984, p. 26) esclarece, com base no Parecer da CIJ, que a qualidade de sujeito não depende da quantidade de direitos ou deveres que uma entidade é titular. A designação é válida tanto para quem goza de apenas um direito atribuído por uma norma consuetudinária como para um Estado soberano. Assim, do fato de que uma entidade ser titular de modo direto e efetivo de um direito ou uma obrigação na ordem internacional se pode deduzir que esta entidade é um sujeito do direito das gentes. Mas, da circunstância que alguém ser sujeito de direito internacional não se pode deduzir que é titular de um determinado direito ou obrigação.

No caso dos governos subnacionais, então, se eles assumirem direitos e obrigações no plano internacional, a personalidade jurídica internacional destas entidades pode ser reconhecida, pois se tornam destinatárias diretas de regras do direito internacional público. Barberis (1984, p. 25) coloca a questão da seguinte forma:

Determinar se uma província, um Cantão ou um Länder é sujeito de direito internacional equivale a determinar se existem casos em que suas obrigações e seus direitos no plano exterior são diferentes dos que, em ultima instância, é titular o Estado federal. Se esta distinção existe, o estado membro é um sujeito de direito internacional.

A personalidade jurídica internacional de estados federados é largamente fundamentada pelo direito internacional público[2]. No caso das cidades, o reconhecimento de uma personalidade internacional deve ser estabelecido sobre o mesmo fundamento jurídico do reconhecimento da personalidade internacional dos estados federados. Este paralelismo jurídico é baseado na semelhante condição de entidades infraestatais, dotadas de personalidade de direito interno e de autonomia administrativa.

Assim, a partir da constatação de que os municípios possuem competências para tratar com o exterior e estabelecem acordos internacionais que lhes atribui direitos e deveres no plano externo, deve-se lhes reconhecer a personalidade internacional *in statu nascendi*, pois nesta situação fica clara a existência de capacidade internacional das cidades.

Capacidade internacional de estados federados e municípios

A existência de capacidade internacional é condição necessária para o reconhecimento da personalidade jurídica internacional. Segundo a doutrina de direito internacional público, são necessárias duas condições que a determinação da capacidade internacional de estados federados, e conforme proposto também dos municípios: a disposição nas Constituições federais das competências internacionais dessas entidades, sendo esta uma condição de validade do direito interno, e o reconhecimento dessa capacidade por

outras pessoas jurídicas internacionais, sendo esta uma condição do direito internacional.

Estabelecidas estas condições, Verdross (1969, p. 133) entende que membros subordinados a um Estado são sujeitos parciais de direito internacional. Parciais, pois possuem plena capacidade jurídica, porém capacidade de agir limitada.

Capacidade jurídica e capacidade de agir

No direito internacional encontramos uma distinção entre a capacidade jurídica e a capacidade de agir. A primeira se refere àqueles requisitos que tornam um ente sujeito de direito internacional, isto é, que o transformam em sujeito de direitos e deveres perante a ordem internacional. A capacidade de agir diz respeito à realização de atos válidos no plano jurídico internacional (MELLO, 2004, p. 348).

Verdross (1969, p. 133, grifo do autor) esclarece tal distinção:

Se os Estados soberanos têm, por regra geral, plena capacidade jurídica e de agir, há sujeitos de Direito Internacional que só possuem capacidade jurídica, mas não capacidade de agir (...), e sujeitos com capacidade de agir limitada. Limitada é a capacidade de agir das uniões de Estados, dos Estados protegidos, dos Estados vassalos, ou dos Estados membros de um Estado federal, reconhecidos como sujeitos parciais de Direito Internacional.

A plena capacidade jurídica dos sujeitos parciais, nas considerações de Verdross (1969, p. 138), pode ser entendida como resultado do reconhecimento da personalidade jurídica internacional destas entidades pela a atribuição de competência para o estabelecimento de relações externas e o reconhecimento da personalidade por uma norma de direito internacional, ou seja, pelo estabelecimento de relações entre uma entidade subnacional com outra pessoa jurídica internacional.

Por sua vez, a capacidade de agir limitada, no entendimento de Verdross (1969, p. 138), é resultado da delimitação da autonomia. Isto quer dizer que as entidades infraestatais só podem agir internacionalmente de acordo com as matérias da sua esfera de ação autônoma, determinada pela legislação interna.

Capacidade jurídica internacional

A forma como deve ser estabelecido o reconhecimento da capacidade jurídica internacional de entidades infraestatais pelo direito interno não é unânime entre os juristas. Alguns entendem que tal reconhecimento não necessita ser de caráter constitucional, de forma que outros tipos de reconhecimento podem ser igualmente

válidos, como a disposição em legislação infraconstitucional ou a simples autorização do poder central.

Como explica Pellet (2002, p. 203), as entidades infraestatais não têm competências inerentes para lidar com assuntos externos, mas a elas pode ser atribuído esse tipo competência, por que elas têm a capacidade de exercê-las.

Parte dos teóricos de direito internacional considera que para existir o reconhecimento da capacidade jurídica internacional das entidades internacionais, deve haver expressa atribuição de competência em favor destas entidades para agir no exterior descrita na Constituição do Estado (CUNHA; PEREIRA, 1981; SHAW, 1997; GANSHOF VAN DER MEERSCH; ERGEC, 1986; DEHOUSSE, 1991).

Há autores que consideram, além da atribuição de competência internacional na Constituição, outras formas de consentimento pelo direito interno para a ação internacional das entidades infraestatais, como a determinação de competências na legislação infraconstitucional ou apenas a autorização tácita do governo central.

Isto por que, explica Albert (2002, p. 37), os fundamentos constitucionais de uma capacidade jurídica para agir internacionalmente das entidades infraestatais são raramente formuladas explicitamente. Tal capacidade tem suas origens jurídicas no direito internacional e na evolução do direito interno de cada Estado, e será válida desde que a Constituição não se oponha.

Lissitzyn (1968, p. 84) ao ponderar que a validade para os acordos celebrados por entidades infraestatais no direito internacional tem dois pré-requisitos: além da voluntariedade dos outros contratantes para considerar essas entidades capazes de arcar com as obrigações legais internacionais; é preciso o consentimento do Estado do qual fazem parte, sendo este expresso ou tácito. Desta forma, apenas a permissão do poder central já seria suficiente para o reconhecimento da capacidade jurídica internacional de uma entidade infraestatal pelo direito interno.

As observações de Barberis (1984, p. 63) vão na mesma direção. Ao expor a situação do Canadá, o autor conclui que o governo federal considera que a competência das províncias canadenses de concluir acordos internacionais não encontra sua fonte em uma cláusula constitucional, mas no pacto entre o Estado e as províncias, no qual se autorizam as províncias a concluir acordos exteriores. Sendo este um caso no qual um membro de um Estado possui a capacidade jurídica internacional sem a autorização constitucional. Apesar, da província de Quebec declarar que sua competência em matéria internacional deriva de fato da Constituição.

É possível verificar nas considerações dos autores acima, portanto, que o aspecto interno do reconhecimento da capacidade jurídica internacional de entidades subnacionais pode ter outra fonte além da atribuição de competência para agir internacionalmente pela Constituição nacional, existindo casos nos quais a competência internacional dessas entidades encontra-se em outro tipo de autorização do poder central.

Essa parece ser a situação de grande parte dos municípios, possuindo autorização para estabelecer relações exteriores que conste de legislação infraconstitucional, ou apenas

autorização tácita. Embora, a atribuição de competência em matéria internacional aos municípios seja uma situação incipiente, ela vem se modificando.

Verdross considera a possibilidade na qual a capacidade jurídica internacional de uma entidade infraestatal possa ser reconhecida mesmo sem o consentimento de Estado do qual faz parte. Nas palavras do autor (VERDROSS, 1969, p. 138):

Por regra geral, o reconhecimento da personalidade parcial de um estado federado só é possível com o consentimento do Estado federal, uma vez que apenas este pode determinar o grau de autonomia de seus membros. Entretanto, nada impede que, excepcionalmente, uma parte deste Estado amplie sua competência, ainda que contra a vontade do conjunto, sendo reconhecida, dentro destes limites, por terceiros Estados como sujeito parcial de Direito Internacional.

Contudo, Lissitzyn (1968, p. 84) salienta que a validade dos acordos feitos por uma entidade dependente sem o consentimento do Estado a que pertence pode ter sua validade contestada, pelo princípio do controle efetivo, ou seja, se um Estado protestar contra a conclusão do acordo e, se necessário, suspender a sua execução, o acordo se torna inválido.

O outro aspecto relevante da atribuição da capacidade internacional aos entes infraestatais é o reconhecimento dessa capacidade por outros membros da comunidade internacional.

O reconhecimento distingue o nascimento histórico do nascimento da pessoa internacional. Para a doutrina do efeito declarativo, o reconhecimento é um ato unilateral pelo qual o Estado admite a existência de outro, e para os defensores da tese atributiva, o reconhecimento do ponto de vista do direito internacional é um ato bilateral pelo qual aos Estados é atribuída por consenso mútuo personalidade internacional (SILVA; ACCIOLY, 2002, p. 97).

Os novos sujeitos de direito internacional podem ser reconhecidos de forma expressa ou tácita, mas deve sempre indicar claramente a intenção do Estado que o pratica: no primeiro caso, faz objeto de alguma declaração explícita, em nota, tratado, decreto; no segundo caso, resulta implicitamente de algum ato que torne aparente o tratamento de novo Estado como membro da comunidade internacional, é o caso, por exemplo, de início de relações diplomáticas ou da celebração de um tratado com esse Estado (SILVA; ACCIOLY, 2002, p. 98).

Para as entidades infraestatais, o reconhecimento explícito não é usual. O comum é que a comunidade internacional reconheça sua capacidade jurídica internacional de forma tácita, por meio da celebração um acordo, troca de representantes, posse de responsabilidade internacional própria e manutenção de reclamação em foro internacional (SALMON, 1985, p. 507). Opeskin (1996, p. 365) lembra ainda que a entrada de um ente federado em uma Organização Internacional é uma maneira de a comunidade internacional expressar o reconhecimento dessas entidades como pessoas

de direito internacional, como ocorreu quando da participação da Ucrânia e da Bielo-Rússia na ONU enquanto repúblicas subordinadas à extinta URSS.

Quando se trata de precisar quais são em determinada época os sujeitos de direito internacional, pode ser que não haja para cada sujeito distinto um ato formal de reconhecimento. Nesse caso, é preciso levar em consideração um critério mais geral: examinar primeiramente se o sujeito em questão participa de fato com os outros membros da comunidade da formação de acordos internacionais e se os outros membros aceitam esta participação (PILOTTI, 1928, p. 479).

Normalmente, o reconhecimento da capacidade jurídica internacional de entidades infraestatais pela comunidade internacional constitui-se na celebração de um acordo entre a entidade infraestatal que possui competência para tratar de assuntos externos e uma pessoa de direito internacional público, como um Estado, uma Organização Internacional ou outra entidade infraestatal igualmente com capacidade internacional.

Capacidade de agir internacionalmente

A capacidade de agir internacionalmente é diferente para cada sujeito de direito internacional. No caso das entidades infraestatais ela será determinada pelas competências estabelecidas no direito interno ao qual a entidade é subordinada.

Lissitzyn (1968, p. 15) destaca que:

Diferentes tipos de sujeitos de direito internacional têm diferentes capacidades. É a posse de algumas capacidades específicas que significa que uma entidade tem personalidade internacional, não o contrário. Se uma entidade tem capacidade para concluir tratados, é um sujeito de direito internacional, mas se nos dizem que uma entidade tem personalidade internacional, não podemos concluir que ela tenha capacidade para concluir tratados, uma vez que ela pode apenas possuir outras capacidades.

Consuetudinariamente, os Estados possuem capacidade internacional para exercer o direito de legação, tornar-se membro de uma Organização Internacional, submeter um caso à apreciação de uma corte de justiça internacional e principalmente concluir tratados (COULÉE, 2002, p. 95). Por sua vez, as entidades infraestatais têm usufruído a capacidade internacional para exercer estas mesmas atividades, mas com restrições que variam de acordo com as competências internas em matéria de relações externas. A seguir comentaremos cada uma das capacidades internacionais exercidas pelas entidades infraestatais.

Filiação em Organizações Internacionais

Aos estados federados já foi concedido o direito de se filiarem em Organizações Internacionais, como ocorreu na participação de Repúblicas da extinta URSS, Bielo-Rússia e Ucrânia, nas Nações Unidas quando da sua criação.

Outro exemplo paradigmático é a participação de entidades infraestatais na Organização Mundial do Turismo (PELLET, 2002, p. 145), ainda que não tenham o mesmo status de um Estado nacional.

A Organização Mundial do Turismo mantém um estatuto especial para membros associados, categoria da qual formam parte as Antilhas Holandesas, Aruba, Comunidade Flamenca da Bélgica, Hong Kong, Macau, Madeira e Porto Rico. Para sua admissão, as candidaturas devem contar com a aprovação prévia do governo do Estado (PONS RAFOLS; SAGARRA TRIAS, 2006, p. 30).

O mais comum é que as Organizações Internacionais criem foros próprios para tais entidades[3], como o programa Habitat das Nações Unidas[4], que possui projetos de cooperação com governos locais.

Os governos municipais passaram a ter expressiva representação nas Nações Unidas a partir da segunda Conferência sobre Assentamentos Humanos, a Habitat II, em 1996, tendo uma participação inédita nas conferências intergovernamentais. Nesta ocasião, as autoridades locais conseguiram participar das deliberações da Conferência, dos principais comitês e dos grupos de trabalho. Foram tratados como sócios plenos e com voz oficial, ainda que sem direito a voto. A Habitat II foi um espaço no qual as autoridades locais conseguiram um esquema de acreditação próprio: não como representantes oficiais dos Estados, nem como agentes não-governamentais, mas como membros governamentais da extensa comunidade de atores vinculados às Nações Unidas (SALOMÓN; SÁNCHEZ CANO, 2005, p. 161).

O primeiro passo de estratégia de consolidação da presença das autoridades locais na Habitat foi a criação de uma instância de coordenação: a Coordenadoria das Associações Mundiais de Autoridades Locais. O intenso trabalho de lobby da CAMCAL e de suas associações constituintes resultou inicialmente no pedido da Assembléia Geral pelo pedido 51/177 para a Comissão de Assentamentos Humanos para que esta incorporasse a representação das autoridades locais e suas associações, tal como o modelo tripartite da Organização Mundial do Trabalho, em cujo Conselho de Administração participam governos, empregadores e sindicatos. O pedido foi negado e a contraproposta foi acreditar as associações de governo locais no ECOSOC, para que as delegações dos governos centrais do Habitat incluíssem representantes de autoridades locais (SALOMÓN; SÁNCHEZ CANO, 2005, p. 164-165).

Em 2000, foi criado o Comitê Consultivo das Autoridades Locais das Nações Unidas. O UNACLA se estabeleceu como um órgão consultivo do Diretor Executivo da Habitat. Em 2003, com a reforma do Habitat, abriu-se espaço para a participação das autoridades locais nas reuniões do Conselho de Governo e em seus organismos subsidiários na qualidade de observadores (SALOMÓN; SÁNCHEZ CANO, 2005, p. 165-166).

Outros exemplos de participação das entidades infraestatais em Organizações Internacionais podem ser encontrados na Organização Mundial do Comércio e na Organização Mundial de Aduanas, que permitem a participação como membros de

entidades que não são Estados, mas territórios aduaneiros distintos com plena autonomia na condução de relações comerciais com o exterior, como Hong Kong e Macau (PONS RAFOLS; SAGARRA TRIAS, 2006, p. 29).

A Organização Meteorológica Mundial prevê uma forma de participação a membros que não sejam Estados, mas territórios que mantenham serviços próprios de meteorologia, da qual são membros Territórios Britânicos do Caribe, Polinésia Francesa, Hong Kong, Macau, Antilhas Holandesas, Aruba e Nova Caledônia (PONS RAFOLS; SAGARRA TRIAS, 2006, p. 29).

A UNESCO também prevê a participação de membros associados infraestatais, como Antilhas Holandesas, Aruba, Ilhas Caimã, Ilhas Virgens Britânicas, Macau e Tokelau (PONS RAFOLS; SAGARRA TRIAS, 2006, p. 33).

Direito de Legação

O envio e recebimento de representantes diplomáticos têm se constituído numa prática comum entre as entidades infraestatais. Embora de forma geral o exercício do direito de legação seja feito de maneira informal, ou seja, sem a autorização expressa pelo Estado central, há Constituições que preveem a troca de delegações para os membros constituintes do Estado.

Diz o art. 56 da Constituição da Suíça sobre as relações dos Cantões com o estrangeiro:

1) Os cantões podem concluir tratados com entidades estrangeiras dentro de sua competência.

2) Estes tratados não devem ser contrários ao direito e aos interesses da Confederação, nem ao direito dos outros cantões. Antes de concluir um tratado, o cantão deve informar a Confederação.

3) Os cantões podem tratar diretamente com as autoridades estrangeiras de status inferior, nos demais casos, as relações dos cantões com o estrangeiro devem ter um intermediário da Confederação.

Também nesse sentido, o art. 194 do Estatuto de Autonomia da Catalunha prevê a criação de delegação do governo no exterior, fato que já ensejou a criação de escritórios de representação do governo autônomo catalão na França, Reino Unido, Alemanha, Estados Unidos e Argentina[5].

Capacidade para celebrar tratados

A capacidade mais evidente das entidades infraestatais é a capacidade para celebrar tratados. Primeiramente, é necessário diferenciar a capacidade para celebrar tratados, conhecida como *treaty-making capacity*, da competência para celebrar tratados, *treaty-making power*. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (1993, p. 206) ensina que o primeiro conceito se refere a um atributo inerente ao sujeito de direito internacional, um predicado da sua capacidade internacional, enquanto que o segundo faz referência aos poderes constituídos de um sujeito para formar e declarar a vontade em assumir compromissos internacionais.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, no art. 2º, alínea a, define tratado como "um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, que conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica".

Mello (2004, p. 212-213) esclarece que a Convenção de Viena excluiu da sua regulamentação os tratados celebrados entre outros sujeitos de direito internacional que não os Estados, entretanto, tal fato não significa que tais tratados não tenham força legal e não sejam regidos pelas suas normas. É importante lembrar que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986, regulamentou os tratados concluídos pelas Organizações Internacionais. Este fato pode ensejar outras iniciativas para a regulamentação dos acordos assinados por outros sujeitos de direito internacional.

Silva e Accioly (2002, p. 29) lembram que:

As Convenções de Viena de 1969 e de 1986 tiveram o grande mérito de estabelecer que o direito de firmar tratados deixou de ser atributo exclusivo dos Estados e pode ser exercido também pelas demais pessoas internacionais, sendo que em 1986 ficou ainda esclarecido que tal direito pode ser exercido por sujeitos do direito internacional que não Estados e organizações intergovernamentais.

Lauterpacht (1953, p. 139), no relatório da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas durante a preparação da Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados de 1969, reconheceu que os "tratados assinados por unidades de um Estado Federal são tratados no sentido atribuído pelo Direito Internacional". Para o autor, esses tipos de acordo são concluídos em conformidade com a capacidade contratual do membro federado, já que o direito internacional autoriza os Estados a determinar a capacidade para concluir tratados de suas divisões políticas.

Embora a denominação "tratado" seja utilizada para designar os acordos feitos pelas entidades infraestatais no exercício de sua capacidade internacional, preferimos utilizar a denominação acordo internacional. Conforme a Corte de Justiça Internacional afirmou no caso Sudoeste Africano[6]: "a terminologia não é um elemento determinante quanto ao caráter de um acordo ou de um compromisso internacional", o que importa é a capacidade do ente infraestatal para firmar um acordo regido pelo direito internacional público.

Os critérios utilizados para definir a natureza jurídica dos acordos externos se baseiam em diferentes parâmetros de acordo com Philipe Gautier (2005, p. 56-58):

a) Vontade das partes contratantes: a vontade dos Estados tem um papel importante na formação do direito internacional e este deixa grande liberdade a seus sujeitos quanto à qualificação de seus atos. Não há critérios objetivos largamente aceitos que permitem determinar se certas matérias dizem respeito naturalmente ou obrigatoriamente do direito internacional ou do direito interno. O certo é que há uma presunção segundo a qual os acordos entre sujeitos do direito das gentes são normalmente regidos pelo direito internacional. De forma que não há razão para refutar a qualificação escolhida pelas partes. A vontade das partes se exprime pela inserção de uma cláusula que determina o direito aplicável ao acordo ou que prevê o mecanismo de solução de controvérsias. Quando as partes contratantes exprimem a intenção de concluir um tratado, este deve responder às condições de validade requeridas pelo direito internacional. No caso dos acordos infraestatais, esta será eventualmente em consequência de uma disputa judicial m torno da validade do acordo por não respeitar uma disposição do direito interno relativa a competência para concluir tratados. Todavia, a vontade das partes em um acordo raramente é expressa de maneira clara e, portanto, é necessário recorrer a um conjunto de indicações que mostrem a inserção do acordo na esfera do direito internacional ou do direito interno.

b) Forma: o direito internacional é pouco formal e, portanto, a forma de um acordo é a princípio indiferente. Contudo, o critério formal pode servir de indício para desvendar a vontade das partes contratantes. Dessa forma, uma simples "declaração de intenções" será *a priori* considerada como um instrumento juridicamente não obrigatório. Mas não se trata de um critério em si decisivo e é igualmente conveniente verificar se o conteúdo do texto não contém verdadeiras obrigações jurídicas. Quando um acordo toma a forma de um acordo de execução de um tratado de cobertura, esta filiação deixa a presunção de sua inserção na ordem jurídica internacional, pelo menos na ausência de cláusulas contrárias definindo a natureza jurídica do acordo ou o direito aplicável. As formalidades que cercam a conclusão do acordo dão igualmente as indicações utilizadas para a qualificação de um acordo. Assim, o registro de um acordo no Secretariado da Organização das Nações Unidas conforme o artigo 102 da Carta denota a intenção de considerá-lo como um acordo internacional sob a chefia da parte qual ele procede. Da mesma forma, as formalidades do direito interno não devem ser negligenciadas, em particular quando a conclusão do acordo segue os procedimentos aplicados a um tratado (indicação de plenos poderes para a assinatura do acordo, aprovação parlamentar ao acordo, etc).

c) Partes contratantes: a identificação das partes contratantes de um acordo exerce influência certa sobre a qualificação dos acordos que eles concluem, em particular quando as entidades locais partes em um acordo possuem competência para concluir acordos internacionais. Neste caso, a questão recairá em determinar se a entidade local concluiu a acordo em nome próprio, sobre sua capacidade de agir no direito internacional, ou se a entidade local agiu como um órgão do Estado a qual pertence.

d) Objeto: o objeto sobre o qual dispõe um acordo não é elemento determinante para a qualificação da natureza jurídica de um acordo.

Na prática não é fácil distinguir os diversos acordos internacionais efetuados pelas entidades subnacionais, mas podemos estabelecer algumas distinções.

Os acordos internacionais informais ocorrem quando a entidade infraestatal em questão não possui capacidade jurídica internacional, de forma que suas relações externas não estabelecem vínculo jurídico, portanto não são regidos por nenhum direito (BELTRÁN GARCÍA, 2001, p. 94). Craen (1983, p. 391) especifica tais acordos como *non-binding agreements*, ou seja, acordos informais realizados sem nenhum tipo de autorização do poder central, em contraste com os *binding agreements*, ou, acordos formais autorizados legalmente pelo poder central.

Trata-se normalmente de acordos base nos quais se prevê o exercício de futuras ações de colaboração. Estabelecem colaborações genéricas das quais não é possível deduzir nenhuma prestação determinada. No entanto alguns, ainda que não especifique o direito aplicável ou e negue sua natureza obrigatória, se observam efeitos vinculantes entre as partes (BELTRÁN GRACIA, 2001, p. 105).

As atividades informais são baseadas principalmente em resoluções, declarações conjuntas e gentlemen's agreements. Esses tipos de acordos não conferem às entidades subnacionais a personalidade jurídica internacional, pois o poder central é o único a possuir a capacidade internacional (CRAEN, 1983, p. 392).

Os acordos de direito privado se caracterizam por estar submetidos a um direito interno da esfera privada. Neste caso, as partes atuam como pessoas privadas em lugar de entes públicos.

Nos acordos de direito público interno, em geral, há determinado o direito aplicável do Estado. São acordos vinculantes, que geram obrigações concretas entre as partes, como a disposição de meios financeiros comuns para determinado objetivo, intercâmbio de pessoas, visitas, bolsas de estudo; o importante é que se estabeleça o objetivo e a intenção das partes de cumpri-lo (BELTRÁN GRACIA, 2001, p. 105).

Os acordos de direito internacional público são aqueles firmados por entidades infraestatais com outros sujeitos do direito das gentes, como Estados, Organizações Internacionais ou outras entidades infraestatais com capacidade internacional. Para Lauterpacht (1953, p. 139) esses acordos são regidos pelo direito internacional, pois são concluídos em conformidade com a capacidade internacional da entidade infraestatal.

Neste tipo de acordo, tem-se o reconhecimento da personalidade jurídica de entidades infraestatais, pois a entidade federada tem sua capacidade jurídica internacional reconhecida pelo direito interno, ou seja, atribuição de competência em matéria internacional; e pelo direito internacional, pela celebração de um acordo com uma pessoa de direito internacional público.

Acordos firmados por entidades infraestatais em desrespeito ao ordenamento interno do Estado a qual pertence pode ser anulado por incapacidade do ente em questão para firmar um compromisso internacional.

Para Lauterpacht (1953, p. 139):

De acordo com o direito internacional, é a Federação que, na ausência de determinação do direito constitucional em contrário, é o sujeito de direito internacional o representante internacional. Em consequência, um tratado concluído por um estado membro em discordância com a Constituição da Federação deve da mesma forma ser considerado concluído em discordância com as limitações impostas pelo direito internacional sobre o treatry-making power. Assim, não é um tratado para o direito internacional. Como um tratado é considerado nulo. Como o membro de uma federação não é um sujeito de direito internacional prima facie, parece não haver dúvidas do tratado ser inválido apenas com a opção do Estado Federal.

Ius stand in iudicio

A capacidade para submeter um caso à apreciação de uma corte de justiça internacional é ainda incipiente para as entidades infraestatais. Pellet (2002a, p. 205) diz que estas entidades teriam capacidade de se representarem em foro internacional se fosse criada uma jurisdição que tivesse competências para se pronunciar sobre a petição dessas entidades.

A luz da experiência internacional, conforme Iván Bernier[7], diversos juristas preveem a criação de um tribunal arbitral como modo de solução de controvérsia a respeito dos acordos firmados por entes infraestatais (SALVIOLO, 2005, p. 28).

Lauterpacht (1953, p. 95) acredita que a um tribunal arbitral internacional é improvável que seja solicitado a discorrer sobre a interpretação ou a aplicação desse tipo de tratado, a menos que ele seja convencido que possa atuar no caso, ainda que incidentemente, ou no caso das partes aceitarem se submeter à decisão do tribunal.

Embora a regra geral seja que apenas os Estados nacionais tenham o direito de levar uma reclamação a uma jurisdição internacional, Wouters e Smet (2001, p. 31) apontam duas exceções. Uma delas diz respeito à Corte de Justiça Européia e à Corte de Primeira Instância que, apesar de ter afirmado em diversos casos que, governos de regiões ou de comunidades autônomas não têm locus stand diante das cortes da Comunidade Européia, se possuírem personalidade jurídica perante o direito interno de seu país, podem ser considerados sujeitos de direito e, assim, podem iniciar procedimento de anulação perante a Corte de Primeira Instância nos casos que lhes digam respeito, de acordo com o art. 230, inc. 4, do Tratado da Comunidade Européia[8].

Outra possibilidade das entidades infraestatais iniciarem uma demanda em uma corte internacional é por meio da autoridade central. Na Bélgica, esta possibilidade é explicitada na Lei Especial para a Reforma Institucional. Se o conflito lida exclusivamente com uma competência do estado federado, a Comunidade ou a Região belga em questão pode requisitar ao Estado federal que a represente no foro internacional (WOUTERS; SMET, 2001, p. 31).

Veremos no tópico seguinte, se é possível que uma entidade infraestatal seja responsabilizado por uma corte de justiça internacional por não cumprir com uma obrigação externa.

Responsabilidade internacional

A responsabilidade internacional, definida por David Ruzié (1961, p. 91), é um instituto segundo o qual um sujeito de direito internacional, que tenha imputado um ato ou uma omissão contrária às suas obrigações internacionais, tem de reparar o sujeito de direito internacional que tenha sido vítima desse ato ou omissão, em seu próprio nome ou em nome de seus residentes ou agentes.

Luiz César Ramos Pereira (2000, p. 26) esclarece que a responsabilidade internacional é atribuída nos casos em que um sujeito de direito internacional pratica por meio de seus órgãos ou por meio de outro Estado ou uma Organização Internacional, um fato ou ato lícito ou ilícito, consciente do dano efetivamente causado; fato ou ato realizado contra um dever ou uma obrigação estabelecida em qualquer dispositivo do direito internacional; ou contra uma Obrigação Internacional, afetando com isso um Estado estrangeiro ou súdito deste, assim como uma Organização Internacional.

Quanto às entidades infraestatais, Pereira (2000, p. 191) expõe que, a partir do fim do primeiro quartel do século XX, a responsabilidade internacional para o cumprimento de obrigações foi imposta ao Estado encarregado de conduzir a política externa das entidades subordinadas ao governo central.

É nesse sentindo que o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados diz que os Estados não podem invocar as disposições de seu direito interno para justificar o não cumprimento de um tratado, sem prejuízo ao art. 46[9]. Seguindo esta determinação, Dinh, Daillier e Pellet (2003, p. 193) entendem que o Estado central é o responsável pelo não cumprimento dos acordos celebrados por seus membros, salvo se estes tiverem manifestadamente excedido as competências que lhes são reconhecidas pelo direito interno.

Ainda neste entendimento, a Redação Preliminar da Convenção sobre Responsabilidade Internacional dos Estados (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001) trata de unidades infraestatais como órgão do Estado, e apenas a este atribui a responsabilidade pelos atos daqueles[10].

Xavier Pons Rafols e Eduard Sagarra Trias (2006, p. 38) observam que esta redação está de acordo com a concepção de que somente os Estados são sujeitos de direito internacional e, por isso, a responsabilidade internacional é totalmente atribuída a estes, ofuscando, assim, as atividades externas de entidades infraestatais. Diz o art. 4º do anteprojeto da referida convenção (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001):

1. A conduta de qualquer órgão do Estado deve ser considerada um ato deste Estado pelo direito internacional, quer este órgão exerça funções legislativas, executivas,

judiciárias ou de outro tipo, qualquer que seja sua posição na organização do Estado, mesmo se for um órgão do poder central ou uma unidade territorial deste Estado.

2. Entende-se por órgão qualquer pessoa ou entidade que possua status de acordo com o direito interno do Estado.

Wouters e Smet (2001, p. 26) confirmam que, embora o princípio da responsabilidade internacional exclusiva do Estado nacional tenha sido aplicado frequentemente pelas cortes e arbitragens internacionais nos casos envolvendo entidades infraestatais, é possível se fazer ressalvas em relação a ele. Primeiramente, os autores lembram que a exclusiva responsabilidade internacional do Estado pelo não cumprimento do direito internacional por uma entidade infraestatal falha ao não levar em conta o recente desenvolvimento na organização dos Estados e os recentes casos ocorridos no direito internacional. Uma vez que o status de sujeito de direito internacional não é mais atributo exclusivo dos Estados e que outras entidades de diferente natureza e com diferentes capacidades foram reconhecidas como tal, os autores acreditam ser sensato que a responsabilidade internacional tenha uma correspondente adaptação.

Dessa forma, nos casos em que uma entidade infraestatal é reconhecida como sujeito de direito internacional, gozando de capacidade jurídica internacional, o parâmetro essencial para a atribuição de responsabilidade é o grau de autonomia conservada pela entidade (WOUTERS; SMET, 2001, p. 28), assim, nos casos em que há o exercício completamente autônomo de seus poderes, o ente infraestatal pode assumir responsabilidade internacional.

Embora muitos autores tratem do assunto com referência à autonomia[11] conservada pelas entidades infraestatais, podemos de fato analisá-la lidando com o conceito de personalidade internacional. Assim, teriam responsabilidade internacional aquelas entidades infraestatais as quais lhes fosse reconhecida a personalidade jurídica internacional.

Nesta direção, aponta Oppenheim (1961, p. 503) que os membros de uma Federação cometem violações ao direito internacional apenas na esfera de atuação para a qual tenham status internacional e na qual, consequentemente, disponham de deveres próprios, de forma que somente a análise de cada caso permitirá determinar se a responsabilidade pela violação ao direito internacional será imputada ao estado federado violador ou ao Estado federal. O autor (OPPENHEIM, 1961, p. 504) conclui então que, no caso em que um estado membro de uma Federação disponha de certo grau de personalidade internacional, o estado membro, e não a Federação, será normalmente responsabilizado por sua conduta ilícita dentro da esfera de atividade para a qual detenha personalidade internacional.

Em uma visão diferente sobre o tema, Pellet (2002a, p. 200) argumenta que entidades infraestatais podem possuir certo grau de personalidade internacional, possuindo, assim, direitos; contudo, não se pode determinar com clareza quais seriam as obrigações que poderiam lhes corresponder. Dessa forma, estas entidades não poderiam ver sua responsabilidade exigida, por que ninguém comete um ilícito que não possa lhe ser atribuído.

Eric David (1983, p. 488) expõe que, na realidade, a falta de prática e de jurisprudência no sentido de uma responsabilidade internacional própria das entidades infraestatais é resultado essencialmente da raridade de situações onde juridicamente esta responsabilidade pode ser encontrada, o que não implica na sua inexistência. Diz o autor que a doutrina parece admitir a hipótese de uma responsabilidade internacional própria das entidades infraestatais por certas violações do direito internacional, e implicitamente, mas sempre de maneira pontual, parcial e limitada.

Embora escassamente, dizem Wouters e Smet (2001, p. 29), essa tendência vem se firmando nos julgamentos das cortes internacionais, que demonstram uma forte sensibilidade quanto à realidade dos Estados compostos e quanto à posição dos entes subordinados no direito internacional.

Tal ocorreu na Ordem da Corte de Justiça Internacional no Caso LaGrand de 3 de março de 1999, quando a Corte sustentou que:

Considera-se que a responsabilidade internacional de um Estado é invocada pela ação dos órgãos e autoridades competentes daquele Estado, o que quer que sejam; considera-se que os Estados Unidos devem tomar todas as medidas disponíveis para assegurar que Walter LaGrand não seja executado até a decisão final desta demanda; considera-se que, de acordo com a informação disponibilizada para a Corte, a implementação das medidas indicadas nesta presente Ordem recaem dentro da jurisdição do Governador do Arizona; considera-se que o Governo dos Estados Unidos é consequentemente obrigado a transmitir a presente Ordem para o Governador; considera-se que o Governador do Arizona está obrigado a agir em conformidade com os compromissos internacionais dos Estados Unidos.

Apesar da Corte ter reforçado que a responsabilidade internacional é exclusiva do Estado nacional, nesta Ordem inovou ao levar em consideração as particularidades do sistema federal dos Estados Unidos e chegou a fazer considerações diretas a um estado membro da Federação.

Não se pode deixar de considerar, por fim, os casos nos quais o Estado assume a responsabilidade no plano externo, mas não deixa de repassá-la no plano interno para a entidade infraestatal que descumpriu com uma obrigação internacional. Tal é o que ocorre, por exemplo, na Suíça e no Canadá (WOUTERS; SMET, 2001, p. 28).

Considerações finais

Enfim, temos uma nova realidade do sistema internacional, entendida num contexto no qual as concepções tradicionais de atuação única dos Estados nacionais no plano externo têm dado lugar a sistemas de administração descentralizada propiciando a atuação internacional de entidades subnacionais. A incorporação de novos sujeitos de direito parece ser a tendência do direito internacional, que para se adaptar ao contexto externo, passa cada vez mais a criar normas para o relacionamento dos atores internacionais. Nesse contexto, o reconhecimento da personalidade jurídica

internacional das entidades subnacionais, sublinhando aqui as cidades, torna-se fundamental para a estabilidade das relações externas geridas por essas unidades, na busca do desenvolvimento local dentro do exercício das suas competências internas.

A personalidade jurídica internacional reconhecida às entidades infraestatais, como estados federados e municípios é então importante, pois como explica Shaw (1997, p. 137) sem a personalidade jurídica, as instituições e grupos não podem operar, uma vez que não possuem a capacidade de impor e sustentar reclamações. No plano internacional, a personalidade jurídica permite a seus sujeitos ações que variam de acordo com a sua capacidade, como demandar um caso à apreciação de uma corte de justiça internacional, firmar acordos externos com validade para o direito internacional, enviar e receber delegações, filiar-se em Organizações Internacionais.

Referência Bibliográfica

ALBERT, Jean-Luc. L'Action Externe des Collectivités Infra-Étatique. In: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. Jornée D'etudes: les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international. Paris: Editions A. Pedone, 2002.

BARBERIS, Julio. Los sujetos del Derecho Internacional. Actual. Madrid: Tecnos, 1984.

BELTRÁN GARCIA, Susana. Los acuerdos de las comunidades autónomas españolas: marco jurídico actual y perspectivas de futuro. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de direito internacional. In: ANNONI, Danielle. Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CATALUNHA. Estatuto de Autonomía. Disponível em: <http://www.gencat.cat/generalitat/cas/estatut/titol_5.htm#a193>. Acesso em: 20 mai. 2009.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, parecer consultivo de 11 de abril de 1949. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/icjwww/icjhome.htm>. Acesso em: 19 ago. 2006.

COULÉE, Frédérique. Collectivités territoriales non-étatiques et champ d'appplication des traités internacionaux. In: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. Jornée d'etudes: les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international. Paris: Editions A. Pedone, 2002.

CRAEN, Frank L. M. van de. The federated state and its treaty-making power. Revue Belge de Droit International, Bruxelas, v. XVII, n. 1, p. 377-424, 1983.

CUNHA, Silva; PEREIRA, Maria Assunção do Vale. Manual de Direito Internacional Público. Coimbra: Almedina, 1981.

DAVID, Eric. La responsabilité des États féderaux dans les relations internationales. Revue Belge de Droit International, Bruxelas, v. XVII, n. 1, p. 483-504, 1983.

DEHOUSSE, Renaud. Fédéralism et relations internationales: une réflexion comparative. Paris: Bruylant, 1991.

DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público. 2. ed. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

KEATING, Michael. Regiones y asuntos internacionales: motivos, oportunidades y estrategias. In: VIGEVANI, Tullo et al. *A dimensão subnacional e as relações internacionais*. São Paulo: EDUC/UNESP/EDUSC/FAPESP, 2004.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter Jean; ERGEC, Rusen. Les relations extérieures des États à systéme constitutionnel régional ou fédéral. Revue de Droit International et de Droit Comparé, p. 297-333, 1986.

GAUTIER, Philipe. La nature juridique des conventions de coopération transfrontalière entre autorités régionales ou locales relevant d'État diférent. In: LEJEUNE, Yves. Le droit des relations transfrontalière entre autorités régionales ou locales relevant dÉtats distincts: les expériences franco-belge et franco espagnole. Bruxelas: Bruylant, 2005.

LAUTERPACHT, Hersch. Report on the Law of Treaties. Yearbook of the International Law Commission, Nova Iorque, v. II, 1953. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1953_v2_e.pdf> . Acesso em: 15 ago. 2006.

LISSITZYN, Oliver J. Territorial entities other than independent States in the Law of Treaties. Recueil des Cours, Haya, v. 125, n. III, p. 1-91, 1968.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2004.

OPESKIN, Brian R. Federal States in the international legal order. Netherlands International Review, Bruxelas, v. XLIII, p. 353-386, 1996.

OPPENHEIM, Lassa. Tratado de Derecho Internacional Publico. 9. ed. Tradução de Lopez Olivan e Castro-Rial. Barcelona: Bosch, 1961. v. I.

PELLET, Alain. Debats: les collectivités territoriales non-étatiques sujets du Droit International?: sous la présidence de Patrick Daillier. In: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. Jornée d'etudes: les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international. Paris: Editions A. Pedone, 2002.

PELLET, Alain. As novas tendências do direito internacinal: aspectos "macrojurídicos". In:BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). *O Brasil e os novos desafios do direito internacional*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, Forense, CEDIN, 2004.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas conseqüências no Direito Internacional. São Paulo: LTr, 2000.

PILOTTI, Massimo. Les unions d'État. Recueil des Cours. Haia v. 28, n. IV, 1928.

PONS RAFOLS, Xavier; SAGARRA TRÍAS, Eduard. La acción exterior de la generalitat at en el nuevo estatuto de autonomía de Cataluña. Revista Electrónica de Estudios Internacionales, n. 12, 2006.

SALMON, Jean. Conclusions. Revue Belge de Droit International, Bruxelas, v. XVII, n. 1, p. 505-510, 1983.

SALOMÓN, Mónica; SÁNCHEZ CANO, Javier. El proceso de articulación de las autoridades locales como actores políticos y el sistema de Naciones Unidas. Agenda ONU, Barcelona, v. 6, p. 151-190, 2005.

SALVIOLO, Marcelo A. Provincias y convenios internacionales: una propuesta desde el federalismo de concertación. Buenos Aires: Nuevohacer, 2005.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Marcus Rector Toledo. Mercosul e personalidade jurídica internacional: as relações externas do bloco sub-regional pós-Ouro Preto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SHAW, Malcolm N. International Law. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SUÍÇA. Constituição de 18 de abril de 1999. Disponível em: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/a56.html>. Acesso em: 2 maio 2007.

VERDROSS, Alfred. Derecho Internacional Publico. 4. ed. Tradução de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1969.

VIGEVANI, Tullo; VANDERLEY, Luiz Eduardo. Introdução. In: VIGEVANI, Tullo et al. *A dimensão subnacional e as relações internacionais. São* Paulo: EDUC/UNESP/EDUSC/FAPESP, 2004.

WOOLCOCK, Stephen. State and Non-State Actors. In: *The new Economic Diplomacy: decision-making and negotiation in international economic relations*. Londres: Ashgate, 2003.

WOUTERS, Jan; SMET, Leen de. The legal position of federal States and their federated entities in international relations - the case of Belgium. Leuven: Institute for International Law, Working Paper n. 7, jun. 2001. Disponível em: <http://www.law.kuleuven.ac.be/iir/nl/wp/WP/WP07e.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2006.

---

[1] MANSBACH, Richard W.; FERGUSON, Yale H.; LAMPERT, Donald E. *The web of world politics*: non-state actors in the global system. New Jersey: Prentice Hall, 1976 ; MICHELMANN, Hans. J.; SOLDATOS, Panayotis. *Federalism and international relations*: the role of subnational units. Oxford: Claredon Press, 1990; DUCHACEK, Ivo D. Perforated sovereignties: towards a typology of new actors in international relations. In: MICHELMANN, Hans J.; SOLDATOS, Panayotis (Orgs.*). Federalism and international relations:* the role of subnational units. Oxford: Clarendon Press, 1990; HOCKING, Brian. *Localizing foreign policy*: non-central government and multilayered diplomacy. New York: St. Martin's Press, 1993; OMAHE, K. The rise of the region-state. *Foreign Affairs*, Spring, 1993; CASTELLS, Manuel; BORJA, Jordi. As Cidades como atores políticos. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 45, p. 152-166, jul. 1996; ALDECOA, Francisco; KEATING, Michael. *Paradiplomacy in action*: the foreign relations of subnational governments. Londres: Frank Cass Publications, 2000; BARBÉ, Esther. *Relaciones internacionales*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2003; CORNAGO PRIETO, Noé. O outro lado do novo regionalismo pós-soviético e da Ásia-pacífico: a diplomacia federativa além das fronteiras do mundo ocidental. In: VIGEVANI, Tullo et al. *A dimensão subnacional e as relações internacionais.* São Paulo: EDUC/UNESP/EDUSC/FAPESP, 2004; VIGEVANI, Tullo; VANDERLEY, Luiz Eduardo. Introdução. In: VIGEVANI, Tullo et al. *A dimensão subnacional e as relações internacionais. São* Paulo: EDUC/UNESP/EDUSC/FAPESP, 2004.

[2] BARBERIS, Julio. *Los sujetos del Derecho Internacional*. Actual. Madrid: Tecnos, 1984; BLANES SALA, José; SANTOS, Clara Maria Faria. A capacidade dos Estados federados para celebrar tratados segundo a doutrina do Direito Internacional Público. In: CASELLA, Paulo B; CELLI JÚNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth; POLIDO, Fabrício. *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando Silva Soares Amicorum Discipulorum Liber*. São Paulo: Atlas, 2008; DEHOUSSE, Renaud. *Fédéralism et relations internationales:* une réflexion comparative. Paris: Bruylant,

1991; DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003; DOMINICÉ, Christian. Les collectivités territoriales non-étatiques el la formation du droit internacional. In: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *Jornée d'etudes:* les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international. Paris: Editions A. Pedone, 2002; FELDMAN, David. International personality. *Recueil des Cours*, Haya, v. 191, n. I, p. 343-413, 1985; LEJEUNE, Yves. Les compétences internationales des collectivités territoriales. Approche comparée. In: MONDOU, Christophe; POTTEAU, Aymeric. *L'action extérieure des collectivités territoriales*: bilan et perspectives. Paris: L'Harmattan, 2008; LISSITZYN, Oliver J. Territorial entities other than independent States in the Law of Treaties. *Recueil des Cours*, Haya, v. 125, n. III, p. 1-91, 1968; MEERSCH, Walter Jean Ganshof van der; ERGEC, Rusen. Les relations extérieures des États à systéme constitutionnel régional ou fédéral. *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, p. 297-333, 1986 ; OPESKIN, Brian R. Federal States in the international legal order. *Netherlands International Review*, Bruxelas, v. XLIII, p. 353-386, 1996; PELLET, Alain. Debats: les collectivités territoriales non-étatiques sujets du Droit International?: sous la présidence de Patrick Daillier. In: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *Jornée d'etudes:* les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international. Paris: Editions A. Pedone, 2002; WOUTERS, Jan; SMET, Leen de. The legal position of federal States and their federated entities in international relations - the case of Belgium. Leuven: Institute for International Law, Working Paper n. 7, jun. 2001.

[3] Cf.: SOREL, Jean-Marc. La prise em compte des collectivités territoriales non-étatiques par les organisations internationales à vocation universelle. In: SOCIETE FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *Jornée d'etudes:* les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international. Paris: Editions A. Pedone, 2002.

[4] ONU-Habitat, United Nations Human Settlements Programme, é uma agência das Nações Unidas para o desenvolvimento humano. É mantido pela Assembléia Geral para desenvolver cidades social e ecologicamente sustentáveis. Disponível em: <www.unhabitat.org>.

[5] Decret 49/2008, d'11 de març, de creació de la Delegació del Govern de la Generalitat de Catalunya a l'França; Decret 50/2008, d'11 de març, de creació de la Delegació del Govern de la Generalitat de Catalunya al Regne Unit; Decret 51/2008, d'11 de març, de creació de la Delegació del Govern de la Generalitat de Catalunya a Alemanya; Decret 179/2008, de 9 de setembre, de creació de la Delegació del Govern de la Generalitat de Catalunya als Estats d'Amèrica; Decret 9/2009, de 27 de gener, de creació de la Delegació del Govern de la Generalitat de Catalunya a l'Argentina.

[6] Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Rec.,1962, p. 331.

[7] Cf: BERNIER, Iván. International legal aspets of federalism. 1973.

[8] Corte de Justiça Européia, Caso 222/83 Municipality of Differdange v Commission (1984); Caso C-298/89 Gibraltar v Counsil (1993); Ordem de 21 de março de 1997 no Caso C-95/97 Région Wallone v Commission (1997); Caso C-180.97 Regione Toscana

v Commission (1997); Corte de Primeira Instância, Caso T-214/95 Vlaams Gewest v Commission (1998); Ordem de 16 de junho de 1998 no Caso T238/97 Comunidad Autônoma de Cantabria v Consil (1998).

[9] O art. 46, inc. 1, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 por sua vez, dispõe que um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para celebrar tratado, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.

[10] Muito embora, nas discussões preliminares para a redação da Convenção sobre Responsabilidade Internacional dos Estados (ORGANIZAÇÂO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1974, p. 291) apontava-se para uma exceção a esta regra quando se tratasse de um estado membro de uma Federação: "Il y avait lieu de formuler une exception à ce principe pour réserver spécialement le cas où il s'agirait des États membres d'une fédération qui auraient gardé, dans des domaines déterminés, une personnalité et une capacité juridique internationales propres, distinctes de celles de la fédération."

[11] L. Di Marzo, num estudo de 300 acordos realizados por estados federados, principalmente da então República Federativa Alemã, Suíça, Canadá e Estados Unidos, concluiu sobre a responsabilidade internacional depende da situação da assinatura do acordo, definindo a seguinte tipologia: 1) na hipótese de um acordo concluído de maneira totalmente autônoma, dentro dos limites de suas competências, o estado federado possui a responsabilidade exclusiva ao respeito de suas disposições, ou, pode-se dizer, a responsabilidade primária, enquanto que o Estado federal possui uma responsabilidade subsidiária; 2) na hipótese de um acordo concluído por delegação do Estado federal ao estado federado ou em conjunto entre ambos, a responsabilidade decai sobre o Estado federal, enquanto que o membro federado fica com uma responsabilidade subsidiária; 3) na hipótese de um acordo concluído pelo governo federal em nome do estado federado, a responsabilidade é exclusiva do Estado federal; 4) enfim, na hipótese de um acordo concluído pelo estado federado em violação a suas competências, este será válido se a autoridade federal o aprovar e nulo, no caso contrário (DI MARZO apud DAVID, 1983, p. 490). Cf.: DI MARZO, L. *Component Units of Federal States and international agreements*. Alphen aan de Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1980.

NOVOS PARADIGMAS DA PESQUISA CIENTÍFICA EM DIREITO*

NEW PARADIGME TO JURIDICAL RESEARCH

Clóvis Airton de Quadros

RESUMO

O estudioso do direito deve conceber seu objeto de estudo a partir de uma visão valorativa da ciência e da sociedade, construindo esse objeto a partir da análise conjunta do papel de transformação social que seu trabalho promoverá. O estudo científico deve ser comprometido com a emancipação social, na medida em que a pesquisa jurídica precisa encontrar alternativas aos processos regulatórios da modernidade. O princípio da solidariedade congrega útil ferramenta para a indicação de novos paradigmas de convivência social na medida em que estimula a concretização da emancipação. O pensamento utópico não é suficiente para a emancipação, precisa valer-se de algo mais concreto, espelhado no pensamento heterotópico.

PALAVRAS-CHAVES: REGULAÇÃO, EMANCIPAÇÃO, SOLIDARIEDADE, UTOPIA E HETEROTOPIA.

ABSTRACT

The scholar of Law must draw their subject from a vision that values science and society, building the object from the joint analysis of the social transformation role that would promote with their work. The scientific study must be committed to social emancipation, in the extent that the legal research needs to find alternatives to the Modern regulatory processes. The principle of solidarity brings useful tool for the indication of new paradigms to the social coexistence as it encourages the achievement of emancipation. The Utopian Meaning is not enough for emancipation, must draw on something more concrete, mirrored in Heterotopic Meaning.

KEYWORDS: REGULATION, EMPOWERMENT, SOLIDARITY, UTOPIA AND HETEROTOPIC.

1. INTRODUÇÃO

A produção do conhecimento jurídico deve ser efetuada a partir de conceitos atuais para a necessária revisão do processo regulatório da modernidade, com o objetivo

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

de apresentar novas saídas para o dilema pós-moderno da reinstalação, em âmbito da sociedade, dos processos emancipatórios.

Toda e qualquer produção de conhecimento, especificamente em direito, já que ele foi elevado à condição de instrumento fundamental da regulação, precisa apresentar um cunho emancipatório real. O rompimento dos laços seculares que transformaram o perfil do direito numa cápsula ideológica capaz de preservar o *status quo* num processo de confirmação dos pressupostos paradigmáticos da modernidade, quais sejam a estabilidade do *modus vivendi* das sociedades dos países centrais, de sua cultura e dos seus processos de construção do conhecimento, dentre os quais avulta o positivismo, somente poderá ser viável através de uma visão crítica e comprometida com a expansão do processo emancipatório das comunidades periféricas, onde está inserida a nossa própria sociedade.

Portanto, a eleição de mecanismos concretos de emancipação, os quais somente poderão surgir a partir do conhecimento utópico, é o desafio da produção do conhecimento no âmbito do Direito, que mais se avulta neste momento de transição paradigmática.

2. DESENHANDO O ROSTO DA MODERNIDADE

A partir do século XVI a transição paradigmática do pensamento medieval para o moderno se faz sentir de forma aguda[1], sobretudo nas ciências naturais.

Evidentemente esse fenômeno não se deu de forma automática, foram necessários, pelo menos, três séculos para que a transição efetivamente ocorresse com o desabrochar do pensamento Iluminista, no século XVIII, no qual as novas premissas paradigmáticas da modernidade foram definitivamente sedimentadas.

O pensamento filosófico daquilo que podemos denominar "modernidade" foi construído ao redor de certas idéias que conferem o seu perfil teórico e metodológico, dentre as quais podemos citar: a racionalização científica, em oposição às premissas medievais de apreciação do mundo a partir da fé; a busca de métodos de investigação capazes de captar a realidade das coisas, ou seja, daquilo que os nossos sentidos podem apreender; a busca por leis genéricas e abstratas capazes de explicar os fenômenos naturais; a idéia de que todo o pensamento e todos os esforços científicos são feitos em proveito do homem, de tal forma que o ser humano assume o papel central dentro da

teia de imagens filosóficas, científicas, artísticas e jurídicas do conceito de modernidade[2].

Some-se a tudo isso o propósito deliberado de criar um conjunto de instrumentos teóricos e práticos que viabilizassem de forma definitiva o domínio do homem sobre a natureza e teremos um rápido esboço do conceito moderno de ciência[3].

Interessante destacar que a concepção moderna de ciência, desde logo, pretendeu-se totalizante da natureza, isto é, procurou encontrar uma explicação que unificasse todo o conhecimento em torno do ser natural, na tentativa de formular as descobertas científicas daquilo que cabia à razão humana ter acesso. E, diga-se, era idéia corrente entre os fundadores da modernidade, que a ciência poderia formular uma concepção hermética e plenamente satisfatória do mundo, tanto é assim que os primeiros esforços do pensamento moderno dirigiram-se diretamente à especulação natural.

Esse processo de modernização das ciências foi sumamente influenciado pela corrente filosófica positivista, da qual homens como DESCARTES, GALILEU e NEWTON podem perfeitamente ser considerados os fundadores[4]. O pensamento positivista parte da idéia central de que a razão pode descrever todos os fenômenos naturais, pelo princípio da causalidade, identificando através da matemática todas as relações e interações lógicas que existem entre um estado e outro da matéria[5].

Se no primeiro momento o pensamento moderno tinha, portanto, o objetivo de estudar a natureza, mediante a identificação de métodos e técnicas específicas, somente a partir do século XIX[6] é que irá expandir-se para o campo das chamadas ciências humanas, sobretudo pela influência decisiva de AUGUSTO COMTE, mediante a sociologia.

Assim, esse novo paradigma que é o positivismo, elemento tão intrínseco à modernidade, aparece no cenário do pensamento para propor uma série de respostas racionais aos velhos questionamentos humanos como: o que é o mundo? Do que é feito? Para que existimos? As respostas dadas a estas perguntas percorrem um conjunto de mecanismos racionais que, reunidos podem ajudar a entender de que forma concebemos o mundo que nos cerca[7].

Dessa forma traçamos, com riscados grossos, o perfil da modernidade, que se complementa em função das observações que faremos agora quanto às premissas

cartesianas que são, em síntese, o primeiro passo da modernidade, quando então poderemos complementar o traçado proposto, indicando novos paradigmas para a pesquisa em Direito.

2.1. Premissas Filosóficas Cartesianas

DESCARTES procurou refletir o mundo a partir da especulação racional e desvinculada dos conhecimentos armazenados antes de suas investigações, por considerá-los inviáveis para a solução dos problemas apresentados para a compreensão do mundo, já que até então não tinham dado respostas suficientemente seguras para os questionamentos formulados com relação à natureza.

Dessa forma, desenvolveu sua filosofia primeiramente ao redor da dúvida, isto é, da cogitação sobre a validade e a capacidade humanas de conhecer. ARENDT faz referência ao fato de que foi o processo de pesquisa científica desenvolvida por Descarte que deu início à filosofia moderna e que esse processo tem origem no *'omnibus dubitandum est', mas a dúvida não como controle inerente à mente humana, destinada a resguardá-la contra os engodos do pensamento e as ilusões do sentido, nem como ceticismo em relação à moral e os preconceitos dos homens e das épocas, e nem mesmo como método crítico de pesquisa científica e especulação filosófica*[8].

Assim, DESCARTES não acreditava em conhecimentos pré-elaborados, o ponto de partida da verdade é a dúvida, somente através dela é que se podem formular conjecturas válidas sobre a vida e o mundo.

Cotrim, referindo-se ao processo crescente de demolição do saber até então acumulado promovido pela dúvida cartesiana lembra que foram relativizados *a existência de tudo aquilo que constitui a realidade e o próprio conteúdo dos pensamentos*[9]. Depois do princípio da dúvida, em função das reflexões cartesianas cuja exposição não cabe nesta apertada síntese, conclui DESCARTES que a única coisa que resta de essencial e verdadeira é o pensamento: *cogito, ergo sum.*

Se o pensamento é a única coisa que permanece, sendo ele um pré-requisito para a existência do homem e das próprias coisas (que passam a existir porque são pensadas), surge a necessidade de pesquisar a essência das coisas através de um método que pudesse efetivamente contribuir para a identificação da verdade o qual, nas palavras do próprio Descartes possui os seguintes passos:

O primeiro consiste em jamais aceitar como verdadeira coisa alguma que eu não conhecesse à evidência como tal, quer dizer, em evitar, cuidadosamente, a precipitação e a prevenção, incluindo apenas nos meus juízos aquilo que se mostrasse de modo tão claro e distinto a meu espírito que não subsistisse dúvida alguma.

O segundo consistia em dividir cada dificuldade a ser examinada em tantas partes quanto possível e necessário para resolvê-las.

O terceiro, pôr ordem em meus pensamentos, começando pelos assuntos mais simples e mais fáceis de serem conhecidos, para atingir, paulatinamente, gradativamente, o conhecimento dos mais complexos, e supondo ainda uma ordem entre os que não se precedem normalmente uns aos outros.

E o último, fazer para cada caso, enumerações tão exatas e revisões tão gerais que estivesse certo de não ter esquecido nada[10].

Tal método é baseado evidentemente na matemática, mais especificamente na geometria, como bem explica DESCARTES[11], uma tal concepção "matematizante" da filosofia estava bem ao gosto dos pensadores do seu tempo, como Galileu e Newton. O pensamento passa a ser encarado então como um mecanismo formal capaz de 'pesar' e 'medir' a realidade, a partir da razão.

Essas são as chamadas *regras de ouro* da pesquisa científica que partem da concepção de evidência, análise, síntese e enumeração. Destaque-se que o pensamento cartesiano parte da idéia de que o pensamento precede a existência do ser pensado: ele só existe na medida de sua reflexão interior pelo sujeito pensante. Só existe aquilo sobre o que se pode predicar algo, essa concepção idealista esta muito de acordo com a filosofia racionalista dos séculos XVI a XVIII.

Sendo assim, é possível considerar o projeto filosófico de DESCARTES como um meio de defesa e justificação dos novos conceitos científicos que desde COPÉRNICO, KEPLER e GALILEU estavam se formando na Europa. Ocorreu a este pensador a idéia de que era necessário demonstrar que a nova ciência estava no caminho certo, por isso era preciso desacreditar as noções de ciência que desde ARISTÓTELES até a escolástica haviam se formado, enfatizando que a ciência antiga havia adotado concepções falsas e errôneas, como por exemplo o sistema geocêntrico do cosmos[12].

Ora DESCARTES viveu um momento de conturbação social oriunda de uma das mais memoráveis transições paradigmáticas de que se tem notícia: a passagem da visão teológica de mundo para a visão racionalista-empirista, do teocentrismo para o

humanismo; foi preciso, portanto, aplainar o terreno do saber, retirando os escombros do passado, para que se pudesse edificar a nova forma de conhecimento, totalmente racional, neutra e organizada, um edifício sólido o suficiente para proporcionar efetivamente o conhecimento da verdade das coisas e o domínio da natureza. DESCARTES deixa isso bem claro quando diz:

Tendo sido educado nas letras desde a minha meninice e, como me tornassem convencido de que por meio delas podia alcançar um conhecimento claro e certo de tudo quanto é útil à vida, tive extremo desejo de aprendê-las. Assim que concluí, entretanto, todo esse curso de estudos ao término do qual se costuma ser tido na classe dos doutos, mudei totalmente de opinião. É que eu me vi enlaçado por tantas dúvidas e erros que me parecia não ter tido outro proveito, tratando de instruir-me senão o de descobrir cada vez mais a minha ignorância.

Possuído dessa certeza, da inabalável crença de que o conhecimento produzido pelas gerações que o antecederam estava errado, lança o notável filósofo as bases que, ao seu tempo, mostram-se indispensáveis para a construção da moderna concepção de mundo.

2.2. O Papel do Direito no Processo de Regulação Moderno

Assinala BOAVENTURA que o direito tem servido como um instrumento de fundamental importância para garantir o pressuposto de regulação social e imposição da vontade das sociedades que ele denomina como "centristas" no atual estágio de desenvolvimento global[13].

O referido autor mostra, a partir de vasta pesquisa e ampla reflexão filosófica, que o direito tem sido utilizado como elemento de positivação dos *status quo*, figurando como um fator de instrumentalização da atividade de certas tendências culturais, notadamente as européias e norte-americanas, no cenário mundial. O direito, nesse contexto, tem servido como veículo de solidificação de estruturas sociais e culturais[14].

O direito moderno percorreu, ao lado da ciência moderna cujo pensamento inicial procuramos descrever até aqui, um caminho de positivação estatal e “cientificização”, num processo que fez com que ambos, ciência moderna e direito

moderno, acabassem se tornando os dois lados de um mesmo fenômeno, conforme BOAVENTURA nos explica: *a transformação da ciência moderna na racionalidade hegemónica e na força produtiva fundamental, por um lado, e a transformação do direito moderno num direito estatal científico, por outro, são as duas faces do mesmo processo histórico, daí decorrendo os profundos isomorfismos entre a ciência e o direito modernos**[15]***.

O papel do direito no processo de regulação moderno é vasto e está intimamente ligado ao processo de confirmação da hegemonia científica pretendida pelo pensar filosófico oriundo desde o século XVI; seu papel confirmatório das estruturas de dominação social e do processo de regulação que deixa ao largo a emancipação da sociedade estão complementarmente ligados à trajetória da ciência moderna.

Nesse pormenor, o positivismo jurídico, cujas raízes estão lançadas no pensamento Iluminista do século XVIII, encontra uma participação de importância fundamental e que não pode passar despercebida. Desde as filosofias de Locke, ROUSSEAU e KANT, foram se formando os esteios sobre os quais iria, no século XIX, cristalizar-se a concepção positiva de direito. A sociedade européia do século XVIII clamava por segurança e certeza jurídicas, num patamar nunca antes verificado, isso se devia, dentre outras coisas, ao crescente poderio econômico da comunidade burguesa, que desde o período das grandes navegações acumulara enorme riqueza e, agora, exigia sua participação nas decisões de Estado, encontrando no direito um excelente veículo para tanto.

Com o advento da Revolução Francesa (evento cujos efeitos, tanto no campo do direito, quanto da ciência, da moral e da política modernos, são muito mais vibrantes do que os ruídos que provocou nas ruas de Paris), abre-se espaço para a entrada em cena do direito legislado pelo Estado, agora de cunho universal e abstrato, onde são incluídos todos os cidadãos, mediante a criação de normas jurídicas rígidas e predefinidas constitucionalmente. Em 1804 foi promulgado o Código de Napoleão, monumento jurídico do século XIX, onde figura de forma concreta a filosofia exegética do direito, expressão do positivismo. Conforme doutrina FERRAZ JÚNIOR:

A tarefa do jurista circunscreveu-se, a partir daí, cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento dos seus fundamentos, descambando, por fim, para o chamado "positivismo legal" (gesetzapositivismus), com a autolimitação da ciência do direito ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese da "estabilidade do direito"[16].

Perseguiram os juristas do período novecentista o "mundo da segurança"[17], onde a estrita previsão de condutas normativamente asseguradas era tido como o meio mais eficiente de atingir os antigos ideais da modernidade: ordem, progresso e segurança.

Não é possível falar em ciência do direito sem aludir ao processo codificador do direito ocorrido já em meados do século XIX, v. g., como o Código de Napoleão, que tinha por finalidade estruturar o direito estatal em tratados herméticos, capazes de prever todas as condutas humanas e criar-lhes um âmbito seguro de ação, sobretudo na ordem civil, cujo leque de atuação tradicionalmente, desde os antigos romanos, sempre foi tida como o coração da normatividade, por enfeixar as relações mais comuns e, por isso, mais numerosas dentro da sociedade. Os códigos espelhavam o grau de erudição e evolução de um povo[18].

Não se olvide, também, que o positivismo dos primeiros tempos, a cuja linha pertencem todas as codificações do século XIX, justificou a sua ação codificadora nos preceitos do direito natural, encontrando nas premissas do antigo jusnaturalismo racional as fontes para composição dos códigos[19].

Em que pesem as explicações legitimadoras propostas pelas correntes positivas novecentistas e em conexão ao pensamento que já expusemos, na esteira de BOAVENTURA, anotemos a posição de BATTIFOL, no sentido de que:

O positivismo se aliou instintivamente, no século XIX, à tradição voluntarista, segundo a qual o fenômeno jurídico se reduz aos atos de vontade dos governantes. O direito positivo, estudo do qual o positivismo pretende limitar-se, é aquele que é "expresso" por um ato de vontade, que tomou lugar no tempo e no espaço, quer se trate da vontade unilateral do príncipe, ou do acordo das vontades daqueles que fazem as leis[20].

Essa tendência jurídica denomina-se voluntarismo, do qual Hobbes e Rousseau foram expoentes e embora tenha sofrido várias críticas, demonstra com clareza a mentalidade dos positivistas de então. O pensamento voluntarista influenciou profundamente a compreensão de contrato, dentro da filosofia liberal do século XIX.

No século XX o positivismo terá seu ápice teórico com HANS KELSEN, com esse jurista serão estabelecidas as bases do direito científico em moldes matemáticos, bem ao gosto da ciência natural e do pensamento reinante em fins do século XIX,

segundo o qual a única ciência válida era aquela que seguisse os moldes das ciências naturais, como fizera Comte com a sociologia.

O direito assume seu papel de predomínio sobre o processo de regulação social, de confirmação das estruturas sociais dominantes, como concretizador dos pressupostos filosóficos de segurança e certeza jurídicas e, finalmente, como conformador da vida social através da atividade legiferante.

3. NOVAS DIMENSÕES DA PESQUISA JURÍDICA

A pesquisa jurídica deverá partir da premissa básica de que, nas palavras de BOAVENTURA, *"nos encontramos numa sociedade intervalar"* ***[21]***, isto é, vivemos um momento especial dentro do processo de construção do conhecimento, onde o modelo atual, de matriz positivista, encontra-se abalado em face de novas reflexões teóricas, capazes de desestabilizar suas estruturas fundamentais, acenando para um novo momento de investigação científica, onde a constante valorização do humano em detrimento do formal e técnico será a nova tendência.

A delimitação desse processo de transição epistemológica, em que a ciência moderna é posta em discussão diacrítica com a doutrina e a sociedade, observa-se uma crescente necessidade de construção efetiva do novo modelo de ciência, de sociedade e de cultura que a pós-modernidade reserva para o futuro.

Na mesma esteira de BOAVENTURA podemos afirmar que a previsão desse novo momento da vida social não é um exercício de futurologia, pois não está alheio às bases concretas do fenômeno sobre o qual pretende intervir[22]. A forma de delinear esse novo perfil é o exercício do pensamento utópico.

3.1. A posição do sujeito no contexto da ciência moderna

No processo de construção do conhecimento moderno, desde DESCRARTES e BACON, o sujeito do conhecimento sempre se colocou distante do objeto e a justificativa para isso era a necessária neutralidade do conhecimento. Mais válido era o conhecimento que mais pudesse se auto-representar como neutro.

O pensamento neutro é um dos pontos centrais da teoria científica da modernidade, onde o cientista se coloca, em verdade, como *espectador* do objeto, seu *descobridor* e não *criador*. Essa situação tem dupla função: 1º) isenta o cientista de responsabilidade em relação aquilo que descobre e, 2º) traz ao conhecimento revelado

por esse meio um caráter formal e pretensamente universal, já que baseado exclusivamente na razão.

Hoje sabe-se que essa postura contribuiu para fazer do conhecimento regulatório o grande paradigma da modernidade, um conhecimento que é formalmente neutro mas voltado para regular situações que são potencialmente valorativas. JAPIASSU nos ensina que o processo de formação cultural é essencialmente valorativo e que o cientista não se distancia dele, portanto, seu pensamento será essencialmente valorado[23].

Refletindo sobre esse assunto CARNEIRO afirma que se pudéssemos eliminar a base ou o ambiente de valores - que é a cultura - na qual se encontra o sujeito, ele ficaria impossibilitado de pensar[24], posto dessa forma é crível a discussão no sentido de que um pensamento neutro é inviável, portanto, o cientista não deve supor a neutralidade, mas aceitar e assumir a valoração de seus juízos, procurando dentro dos nexos valorativos ali surgidos as respostas, científicas, dos problemas de ordem teórica e prática que têm se afigurado nos últimos cem anos.

3.2. Direito e concepção de mundo

Todo e qualquer estudo sobre o direito deverá partir, então, de uma concepção valorativa do mundo que nos cerca. É necessário ao estudioso do direito que faça uma reflexão coerente sobre a sociedade em que está inserido, procurando encontrar dentro dela novos caminhos para a solução dos problemas mais graves que a afligem; uma das formas dessa descoberta é traçar meios que propiciem um maior grau de emancipação em detrimento da regulação.

Já que não se pode construir uma ciência a partir de conceitos puramente neutros, é preciso que se identifiquem quais são os princípios valorativos que inspiram a sociedade para, então, nesse contexto, efetuar a verdadeira construção de alternativas viáveis ao modelo ora existente. O pensamento científico, pois, passa pela revisão de princípios sociais, de escolhas dos grupos isolados e da coletividade, em busca da identificação de novos parâmetros de conhecimento capazes de superar os atuais, do ponto de vista qualitativo.

Num mundo dominado pelo pensamento positivo e capitalista, onde o "ter" suplantou imensamente o "ser" e o objetivo da vida de milhares de pessoas é auferir cada vez maior riqueza em detrimento de outros tantos milhões, para cuja tarefa foi estruturada toda uma teoria de regulação com amparo no direito, urge a efetiva definição de parâmetros para a inclusão, na sociedade, na cultura e na ciência, da parcela excluída do ciclo social. Essa inclusão, tão premente na sociedade atual, somente poderá ser viável a partir da definição e do reconhecimento livre e consciente do estado atual, para, a partir dessa concepção, estruturar novas saídas, novos projetos e planos de viabilidade social.

3.3. Ciência e exclusão social

A incoerência do saber científico neutro se faz notar, desde logo, pela simples constatação de que o uso da ciência e de suas "descobertas" é índice (valorativo portanto) para medir o grau de evolução de uma sociedade. Tão mais evoluída é aquela sociedade que melhor domina os meios de fazer científicos. Ora, o processo de construção da ciência fez surgir um subproduto que, por décadas, ficou encoberto sob o manto artificial da racionalidade avalorativa: os milhões de excluídos sociais.

Não são apenas os indivíduos dentro dos Estados que têm sido excluídos do processo criador de ciência, da ação de acumulação de saber e de poder, como já disse BACON; os próprios Países têm sido excluídos em função de seu maior ou menor grau de "desenvolvimento científico" do processo de discussão do papel da ciência para a manutenção do "status quo", dando origem ao que BOAVENTURA denomina *estados periféricos*[25].

Uma verdadeira discussão sobre novos paradigmas da pesquisa do direito deverá ser iniciada a partir do reconhecimento de que nossa sociedade encontra-se nas bordas do processo mundial de construção da ciência: nosso País é, também, marginal no que se refere à produção de conhecimento, nossa cultura tem sido rejeitada pelos círculos europeus e norte-americanos desde o seu nascimento, de tal modo que, o novo conhecimento emancipatório precisa ser divisado através da identificação concreta desse pormenor, a partir do qual será viável a eleição, por nossa sociedade e suas congêneres, de novos caminhos científicos e sociais.

Dentro do conceito de países periféricos (os do terceiro mundo) e centrais (os desenvolvidos), é que se estabelecerá a concreta participação de cada um deles no novo contexto (pós-moderno) de ciência que se pretende produzir: uma ciência que seja menos excludente e mais participativa.

3.4. Solidariedade e pesquisa científica em direito

O princípio da solidariedade[26], segundo BOAVENTURA, será o grande mote de reavivamento do processo emancipatório. A solidariedade se dá pela interdependência recíproca dos agentes formadores do pensamento científico, numa atividade dialética com valores sociais e interesses da coletividade.

Se o saber científico não é mais neutro, sua pesquisa também não pode sê-lo. Dessa forma, todo estudo em direito precisa ter uma finalidade social. Não se concebem mais estudos sem vinculação com as necessidades coletivas, estudos descomprometidos

com os processos de integração social, já que a abordagem neutra do fenômeno jurídico é, também, uma das muitas causas do processo de exclusão social.

A solidariedade importa no trabalho de construção do conhecimento científico em direito a partir do critério da reciprocidade dialética entre a ação do estudioso e uma maior participação comunitária nos desígnios do organismo social onde está inserido. O processo de saber solidário deverá estar atrelado ao conteúdo valorativo que a sociedade almeja, buscando identificar pontos de apoio entre a pesquisa e a satisfação de necessidades sociais, sob pena da atividade intelectual cair no vazio.

É dos pontos de contato entre a ciência do direito e as demais ciência sociais, econômicas e também naturais, que se poderá estabelecer novos caminhos de solução dos conflitos sociais que geram a exclusão, a miséria e a violência, presentes no nosso cotidiano e fruto de mais de duzentos anos de congelamento do princípio da solidariedade e da imposição do pensamento tecnicista sobre a ciência e a sociedade. Somente a superação desse estado regulatório que engessa a sociedade pela sua complacência com os processos de exclusão, é que se poderá dar um verdadeiro sentido prático às pesquisas jurídicas.

3.5. Da utopia à heterotopia

O pensamento utópico está adstrito à idéia de que não se pode projetar novos espaços de ação humana sem que se antevejam novas situações de pesquisa e produção científica. A utopia científica não é a tentativa de revolução desordenada e caótica que busca, do nada, reverter situações desde muito tempo conflitantes em nossa sociedade, como a oposição entre os extremamente ricos e os extremamente pobres. Não. O pensamento utópico parte do real para aquilo que ainda não aconteceu, mas que poderá acontecer se a sociedade for estimulada a isso.

Em direito um pensamento utópico pode muito bem ser estabelecido como aquele que pretende implantar um novo sistema de administração estatal, menos burocrático, mais eficiente e mais comprometido com os interesses da coletividade. Esse pensamento está presente nos processos de reforma administrativa brasileira, discutidos em âmbito da ciência e da Administração há pelo menos duas décadas.

Como diz BOAVENTURA, não é possível construir uma nova realidade partindo do nada. O ponto de partida deve ser a sociedade existente: é dentro do movimento interno efetuado pelo pensamento, pela pesquisa científica e pela ação efetiva, que se estabelecerão aqueles paradigmas de sociedade justa e solidária que se espera implantar.

Para ilustrar o que afirmamos acima, recorremos à lição do mestre português:

Em vez da invenção de um lugar situado algures ou nenhures, proponho uma deslocação radical dentro do mesmo lugar: o nosso. Partir da ortotopia para a heterotopia, do centro para a margem. A finalidade deste deslocamento é permitir uma visão telescópica do centro e uma visão microscópica de tudo o que o centro é levado a rejeitar para reproduzir a sua credibilidade como centro. O objectivo é experienciar a fronteira da sociabilidade enquanto forma de sociabilidade[27].

Uma utopia que estivesse buscando "inventar" novos destinos para a sociedade sem partir do concreto, do lugar em que nos encontramos hoje, seria totalmente inválida para a proposta de esquadrinhar novas alternativas de vida social e científica.

É por isso que a *heterotopia*, enquanto utopia do real, pode efetivamente contribuir para a discussão crítica da sociedade, da ciência e da cultura, indicando, no aqui e no agora, novos campos de atuação para uma nova ciência e uma nova sociedade, que não são inventadas do nada, mas partem do que já existe.

As tentativas anteriores de revisão do paradigma social de regulação sempre partiram de uma discussão "idealista", às vezes irracional dos destinos da sociedade e do homem; na transição paradigmática da pós-modernidade o que se busca é uma discussão calcada no real, naquilo que é experimentado hoje, para então construir o novo, tão esperado pela sociedade.

O estudioso do direito deve ser um *heterotopista*, pois seus ensaios e pesquisas precisam buscar algo de concreto, de real e verdadeiro, como solução para as mazelas que são reais, concretas e verdadeiras. O destino de sua pesquisa é a concretização do sonhado, mas o ponto de partida é o real.

4. CONCLUSÃO

A construção dos novos paradigmas emancipatórios, objetivo central de toda discussão pós-moderna em torno da ciência e da sociedade, é algo tão incipiente quanto

difícil de romper com a barreira traçada pela regulação vivia pela sociedade ocidental nos últimos cinco séculos[28].

A produção do conhecimento no âmbito do direito será, sem dúvida, um dos meios mais importantes para a nova delimitação de um mundo onde haja espaço maior para a solidariedade e menor para a regulação. Nesse contexto social o pesquisador do direito estará encarregado de proceder a indicação de novos caminhos, novos perfis de atuação da sociedade e do Estado.

Como o direito é um fenômeno social e os processos de regulação e emancipação precisam de um veículo capaz de normatizar a conduta, o direito desde sempre tem se prestado ao papel de regular e emancipar a sociedade num percurso pendular, que ora acentua um ou outro desses fatores, o problema está em que, nos últimos duzentos anos, a regulação foi hipertrofiada por meio do direito, em prejuízo de uma efetiva emancipação e esse será o desafio do jurista e pesquisador do direito: encontrar novas formas de emancipação, dentro da regulação.

Entendemos a emancipação como toda e qualquer forma de pensamento que proporcione ao homem maior independência social em função do 'status quo' e regulação, como toda e qualquer imposição social que vise manter ou conservar situações de dominação de grupos de pessoas sobre outros, gerando processos de exclusão social.

Portanto, uma ponte para o direito utópico está calcada no princípio de solidariedade, o qual, através do fenômeno do heterotopismo (a utopia do concreto), poderá dar novo alento às pesquisas e produções jurídicas, sendo assim:

a) a pesquisa jurídica deve apresentar propostas concretas para a solução dos problemas sociais, visando aumentar os níveis emancipatórios;

b) o pensamento utópico é fundamental para a delimitação de novos espaços de emancipação;

c) o cientista deve investigar e identificar os parâmetros valorativos sobre os quais vai se desenvolver a sua pesquisa;

d) a produção do conhecimento em direito deve estar atrelado à idéia de resgate e inclusão social, pela valorização do 'ser' em detrimento do 'ter';

e) a produção científica e as discussões sobre a emancipação em nosso País foram colocadas pelos círculos culturais europeu e norte-americano como inviáveis para a revisão paradigmática, mas é em função dessa constatação que devemos, discutir e rever os conceitos nortistas de cultura e conhecimento;

f) a solidariedade se dá pela interdependência recíproca dos agentes formadores do pensamento científico, numa atividade dialética com valores sociais e interesses da coletividade;

g) a neutralidade do conhecimento científico é um mito: somente terá utilidade o conhecimento produzido com base na discussão valorativa da sociedade e sua aplicação prática;

h) o pensamento utópico parte do real para aquilo que ainda não aconteceu, mas que poderá acontecer se a sociedade for estimulada a isso;

i) o estudioso do direito deve ser um *heterotopista*, na medida em que sua pesquisa parte do real para reinventar novas alternativas para a realidade.

A ponte para o direito utópico, aquele direito que queremos que seja menos regulador e mais emancipador da sociedade, pode muito bem ser estabelecida através do pensamento *heterotópico*, ou seja, o pensamento que parte de uma discussão crítica consciente da sociedade e dos processos de atuação estatal, para delinear outras soluções, mais concretas e mais condizentes com os desejos da sociedade e o pavimento desta ponte será a solidariedade.

BIBLIOGRAFIA DE REFERÊNCIA

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1989.

CARNEIRO, Maria Francisca. Pesquisa Jurídica: metodologia da aprendizagem. Curitiba: Juruá, 2000.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HESSEN, Johannes. Teoria do Conhecimento. Tradução João Virgílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

JAPIASSU, Hilton. Fracis Bacon - o profeta da ciência moderna. São Paulo: Letras & Letras, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente. 2. Ed. São Paulo: Cortez, 2000.

. Pela Mão de Alice. São Paulo: Cortez, 1998.

---

[1] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica...,** pg. 60: o modelo de racionalidade que preside a ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais.

[2] ARENDT, Hannah, **A condição...,** pg. 260. Para conhecer mais sobre esse assunto, leia-se o Capítulo VI da obra, intitulado: "A Vita Activa e a Era Moderna", por ser riquíssimo em informações.

[3] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica...,** pg. 62: a natureza é tão-só extensão e movimento; é passiva, eterna e reversível, mecanismo cujos elementos se podem demonstrar e depois relacionar sob a forma de leis; não tem qualquer outra qualidade ou dignidade que nos impeça de desvendar os seus mistérios, desvendamento que não é contemplativo, mas antes activo, já que visa conhecer a natureza para a dominar e controlar. Como diz Bacon, a ciência fará da pessoa humana "o senhor e o possuidor da natureza.

[4] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica...,** pg. 61.

[5] COTRIM, Gilberto. **Fundamentos...,** pg. 145 e sgs.

[6] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica...,** pg. 60: ainda que com alguns prenúncios no século XVIII, é só no século XIX que este modelo de racionalidade se estende às ciências sociais emergentes.

[7] CHAUI, Marilena. **Convite...,** pg. 247 e sgs. Para conhecer mais recomenda-se a leitura do Capítulo 7 dessa obra, pela luminosidade que lança sobre diversos aspectos da ciência moderna.

[8] ARENDT, Hannah. **A condição...,** pg. 286.

[9] COTRIM, Gilberto. **Fundamentos...,** pg. 152-153.

[10] DESCARTES, René**. Discurso sobre o método: para bem dirigir a própria razão e procurar a verdade nas ciências**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 9ª ed. Curitiba: Hemus, 2000, pg. 40.

[11] DESCARTES, René. **Discurso...,** pg. 40 e sgs.

[12] MARCONDES, Danilo. Iniciação..., pg. 162.

[13] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica...,** pg. 139 e sgs.

[14] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica...,** pg. 60 e sgs, esse processo faz parte, inclusive, da proposta da ciência moderna.

[15] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica...,** pg. 120.

[16] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask**. São Paulo: RT, 1976, pg. 32.

[17] Anotação de aula do dia 28/03/2001, *il mondo della sicurezza,* conforme Natilino Irti em ***L'età della decodificazione,*** na tradução livre de Paulo Nalim.

[18] NALIM, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001, pg. 72: a motivação ideológica do projeto codificador do período oitocentista era a manutenção do *status quo,* alcançado pela classe burguesa que perseguia, dentre outros fins, o resguardo dos direitos individuais conquistados na Revolução de 1789 perante o Estado. Os Códigos civis, fruto desse processo, serviram e servem de escudo do indivíduo, dos valores pessoais e bens jurídicos relevantes da época (v.g. propriedade privada, liberdade de casamento, liberdade contratual e direito sucessório) nas suas relações com o Estado.

[19] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito...,** pg. 34: a Segunda característica da concepção positivista, já implícita na primeira [a sistematização], mas que merece ser posta em relevo, revela a continuidade da tradição jusnaturalista.

[20] BATTIFOL, Henri. **A filosofia do direito**. Tradução de Neide de Faria. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1968, pg. 13.

[21] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica...,** pg. 16.

[22] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica...,** pg. 101.

[23] JAPIASSU, Hilton. **Fracis Bacon - o profeta da ciência moderna**. São Paulo: Letras & Letras, 1995, pg. 28 e sgs.

[24] CARNEIRO, Maria Francisca. **Pesquisa Jurídica: metodologia da aprendizagem**. Curitiba: Juruá, 2000, pg. 25.

[25] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica...,** pg. 333.

[26] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica...,** pg. 355.

[27] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica...,** pg. 333.

[28] Principalmente se contarmos desde os primeiros estudos de Descartes até nosso dias.

A (RE)CONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E DO DIEITO EM PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR NA CONTEMPORANEIDADE*

LA RECONSTRUCTIO DE LA DIGNITÉ HUMAINE ET DU DROIT EN PERSPECTIVE INTERDISCIPLINAIRE DANS ÂGE CONTEMPORAIN

Daniel Ricardo Andreatta Filho
Alessandro Severino Valler Zenni

RESUMO

Resumo. O presente estudo busca revelar a distância que existe entre o projeto emancipatório de modernidade consubstanciado na dignidade da pessoa e sua concreta efetivação, diante das mazelas da era moderna, sobretudo a análise parcial do homem e a negação da metafísica clássica, ocasionando a falência da vida humana. A partir de uma visão interdisciplinar do homem, pelo viés da física quântica, antropologia e da própria metafísica, haverá de se (re)construir o conceito de dignidade humana no plano fenomenológico e transcendente, para, então, fixar o papel do direito positivo na tarefa de edificação do personalismo, fazendo coincidir dignidade e justiça, seja no processo de criação normativa abstrata, seja na concretização dos comandos jurídicos, dotando o direito positivo de justiça na missão de dignificação da pessoa humana contemporaneamente. Direito está imantado de sentido da vida.

PALAVRAS-CHAVES: (RE)CONSTRUÇÃO - DIGNIDADE HUMANA – MODERNIDADE – INTERDISCIPLINARIEDADE – FENOMENOLOGIA – TRANSCENDÊNCIA – JUSTIÇA

RESUME

Résumé: Le present étude veut révéler Il éloigne entre le projet d´emancipation de la modernité base dans la dignité de la personne et son concrète efficacité, en avant de les problèmes de la âge moderne, surtout l'analyse partielle de l'homme et de la négation de la métaphysique classique, en causant la faillite de la vie humaine. Inviter d'une vision plus qu´un discipliner de l'homme, regardé par la physique quantique, anthropologie, et de la métaphysique elle-même, il y aura de si construira le concept de dignité humaine, dans le plan de l´existence et transcendente, pour, alors, fixer le rôle du droit positif dans la tâche de construction de la personnalité, en faisant coïncider de la dignité et de la justice, soit dans le processus de création normative abstraite, soit dans la concrétisation des commandes juridiques, en dotant le droit positif de justice dans la mission de dignifier la personne humaine contemporainement. Droit est magnétisé de sens de la vie.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

MOT-CLES: (RE)CONSTRUCION - DIGNITÉ HUMAINE – MODERNITÉ - PLUS DISCIPLINER- EXISTENCE -TRANSCENDANCE - JUSTICE

1. INTRODUÇÃO

O tema é delimitado em uma (re)construção e (re) significação de dignidade, a partir de uma filosofia existencialista católica, que, a um só tempo, procura descrever a ontologia do homem, a partir de uma perspectiva metafísica e fenomenológica, assumindo um compromisso conceitual transdisciplinar ou interdisciplinar, em uma visão expansiva e complexa, muito maior do que a circunscrição moderna, ratificada pela pós-modernidade.

Esta é a grande empreitada e compromisso do direito no liminar do Século XXI, quando encontra uma sociedade absolutamente neurótica, com sérios problemas cognitivos, equivocando-se no empreender do agir livre, mantendo-se nihilificada por conta de uma grave indolência. Estagnou-se na estimativa puramente material, relegando completamente o afetivo, volitivo e transcendente próprios do ser do homem.

Antes porém será apresentado um escorço das falhas reveladas pela busca emancipatória humano no projeto da modernidade, e os principais efeitos gerados, bem como a inoperante tarefa do direito como técnica ou estrutura de regeneração da espécie humana.

Uma vez abordado o homem em sua integralidade, e escrutada a sua dignidade, a pesquisa se depara com uma espécie de verticalidade na qual este ser, por sedução, deve galgar, como uma espécie de escala, cuja vereda acena à primeira regra ou direito sem o qual, empobrece o projeto de construção da dignidade.

Como há uma lei essencialmente humana impressa na pessoa, que preceitua condutas a serem seguidas, sob pena de nihilificação, e porque o homem é, genuinamente livre e transcendente, a construção de um personalismo ético pode sofrer obstáculos por equívoco volitivo, de maneira que, ao direito positivo, cabe a tarefa de pôr em riste este ser que, em natureza infra-humana, está empanado no seu projeto de dignificação, resumido ao periférico *homo economicus*.

Assim, apontam-se premissas que merecem registro aprioristico: sem compreender o homem em sua dimensão integral, em visão trans, não é possível estudar direito, a menos que se conforme com a condição puramente material deste ser que é quadridimensional, reduzindo-se o projeto de dignidade ao mínimo existencial; na medida em que se revela o conceito de dignidade, a um só tempo se traça uma deontologia do homem, ou seja, no ser do homem remanesce o seu dever, e toda a estrutura de direito positivo deve subsidiar a construção desse personalismo; a gnosiologia pós-moderna de direito há de retornar à paidéia grega, assenhorando-se do justo para implementar a dignidade do ser do homem, única via para que haja uma redenção da humanidade, contemporaneamente decaída e derrelicta.

2. A MODERNIDADE, O HOMEM E O DIREITO

A modernidade incorporou postulados de quilate que, não obstante, padecem de concretização.

No cerne da era moderna há compromissos inderrogáveis com o projeto de liberdade, a consciência que o homem tem de si, e todo o esforço posterior dos filósofos políticos foi o de tratar a liberdade como ausência de limites, ação humana imunizada de empecilhos[1]

Também coube a modernidade derriçar o modelo de sociedade construído até então, de inclusão e exclusão, onde liberdade e personalidade eram requisitos atribuídos e fruídos por parte da comunidade, tratando-se de um ambiente no qual liberdade, poder e direito fluíam espacialmente, dentro da *polis*, da *civitas* ou do feudo.[2] A proposta da modernidade é exatamente de que liberdade, poder e direito sejam atributos de todos, ao tempo em que exerçam as respectivas funções, passando a ser um fenômeno temporal e não espacial.

O corte mais radicalmente prejudicial ao homem, ao nosso juízo, no projeto de modernidade refere-se ao antropocentismo, como advento antípoda à metafísica. Como a modernidade é marcada pela racionalidade, subjetivam-se verdades éticas, e a razão substitui o valor absoluto, a vontade passa a ser a grande pulsão humana, que deleta o espiritual.[3] O homem é uma abordagem parcial e interceptada, tomando dimensão físico-material e racional pura, quando, a integralidade é a marca de sua essencialidade[4], dotado de valores transcendentes inegavelmente ignorados na atualidade.

E como conseqüência de uma abordagem parcial do ser humano, acentua-se sua estrutura material com o movimento capitalista liberal, que não cessa de revigorar-se a ponto de se criar teorias de análise econômica, inclusive no estudo do direito, fazendo uma redução inadvertida desse ser integral e das ciências que o auxiliam na busca “da verdade” e no que é propriamente o homem e o seu fim.

A economia surge como o supra-sumo da ciência, e paralelamente, requesta o direito para comunicar uma teoria de direitos humanos apoiada na isonomia formal, jogando o cidadão ao sabor da lei genuinamente economicista da oferta e da procura, dotado de livre arbítrio, sem possibilidade de ser molestado pela autoridade estatal, e posteriormente, subsidiado pelo mesmo Estado na perspectiva de participar do consumo e do mercado, como se essa fosse a única via de possibilidade de realização do sentido da vida.[5]

Mas o individualismo econômico, pulsante na modernidade, impregnou o homem de conseqüências ainda mais nefastas, porquanto disseminou uma ruptura abissal entre o Estado e a sociedade civil, como se fossem dois corpos repelentes, e também aqui o sentido de solidariedade restou fracassado, malgrado a fraternidade venha ser erigida como a terceira bandeira da era moderna.[6]

Paralelamente a moral modernista é centrada no interesse individual, e a *phisys-telus* aristotélica é drasticamente relativizada pela teoria nominalista, cujos postulados basilares foram de duvidar de um realismo enquanto método cognitivo, entender o universal por ficção, algo fabricado pela mente, expurgar a metafísica do ser do homem, e, obliterando o essencial que se dá por geração, supô-lo por ficção, fator que permitiu o advento da massificação.[7]

Portanto, o compromisso de emancipação da modernidade (e sua extensão – pós-modernidade), caem na mais pura ficção, bastando que se indague:

a). há liberdade dos seres humanos neste instante em que a sociedade não passa de uma soma de seres anódinos, controlada pela cultura do consumo, vivendo em polarização de busca de satisfação do material para um atingimento de felicidade e, paradoxalmente, sentindo-se escravizada e sofrendo pela necessidade do ter para existir?

O fosso em que se encontra o homem permite-lhe somente oscilar entre angústia e tédio, na expressão de Frankl, arrematando-se que a frustração de projetos, de sentido da vida, gera o inevitável vazio existencial, onde o ser sem sentido passa a fazer o que os outros fazem, por conformismo ou opressão.[8]

b). há, de fato, isonomia entre os homens, se as distribuições de oportunidades, bens, condições, tratamentos são marcadas por brutais discriminações neste mundo que, curiosamente, é globalizado, onde, nitidamente e de forma disparatada, surge uma universalização cultural, tecnológica e cibernética em torno do material?

Ora, o que se assiste diariamente é a dramática luta da sociedade para sobreviver às necessidades do consumo, e o resultado é de nihilismo, explicação natural dos bárbaros atos de violência gratuita. A propósito, a ausência de um projeto eclode com criminalidade, ensejando um fenômeno que vem sendo detectado como “mutabilidade” humana, onde seres despidos de quaisquer ideologias, cometem atos de vandalismo e horror pelo simples fato de existirem anulados, aturdidos que estão por não decifrarem o sentido de vida e de expectativa de futuro, gerando-se uma espécie de guerra molecular que vem, dia a dia, ganhando proporções alarmantes.[9]

Nem todas as dezenas de milhares de normas jurídicas, suas descrições minuciosas, acompanhadas de sanções severas contém a desordem.

Ainda que o direito tenha incorporado protecionismo ao hipossuficiente, para permitir-lhe o acesso aos bens materiais, e o tratamento do miserável seja enxertado de cláusulas mínimas em um contrato de trabalho, por exemplo, para impulsioná-lo ao consumo[10], desigualdades homéricas são captadas pelos olhos atentos de filósofos, sociólogos, juristas e religiosos.

A proposta não é de que haja uma rigorosa igualdade entre os seres humanos, conquanto se reconheça que homens não têm as mesmas constituições físicas e psíquicas, a mesma potência intelectual e uma identidade de vontade. Entrementes, passa a ser elementar, em um mundo ordenado, ao menos, a igualdade de possibilidades para que, por livre arbítrio, os seres humanos possam se dignificar num espaço ou ambiente comum, ou campo ético[11].

O mundo é dividido entre globalizantes e globalizados, a nadificação espraiada por déficit cognitivo da verdade sobre a essência compromete a existência, a ponto de nem sequer ser questionado o panorama de uma imagem próxima a o de uma "fila" de seres individuais, que são manipulados pelos meios de comunicação tal qual um "bando uniformizado", alienados e "coisificados", buscando incessantemente o consumo e formas anestésicas, lícitas como os medicamentos a base de fluoxetina, ou drogas degenerativas, para obnubilar a realidade de uma vida medíocre e enfastiada.

E ao desavisado poderia parecer que o direito subsidia e conta com medidas de apoio ao hipossuficiente, sob a disfarçatez do poder de comunicar essa pseuda isonomia material, como direito subjetivo, para tratar de uma forma padronizada o grande "exército" uniformizado que compõe a categoria do *homo economicus*.

c). É correto afirmar que a humanidade atingiu valores como paz, reconhecimento do pluralismo, sedimentação democrática, umbilicalmente ligados às noções de fraternidade, se a afetividade, como disposição natural humana, foi suprimida pelo utilitarismo como valor prioritário?

É recorrente a noção de reserva do possível, princípio majoritário e separação dos poderes para embargar o julgador de uma tarefa a que vem sendo provocado, insistentemente, por força do agigantamento do Estado Social, e de suas inoperantes normas programáticas.

Ora, nem de longe pode ser presumida a democracia se os direitos humanos, fundados na dignidade da pessoa, são colocados à deriva em nome da reserva do possível e

mesmo a separação dos poderes como afirmações de soberania popular, sob pretexto de que os dirigentes não fizeram a precedente inserção daquilo que é vital e indispensável à existência no plano orçamentário pela via da lei, ou de que as normas de programa geram, tão só, direitos subjetivos negativos e consolidam *topois* de interpretação.[12]

Malgrado os Estados democráticos tomarem como signo fundamental do direito a dignidade da pessoa humana, e milhares de disposições de direito positivo prescreverem preceitos e sanções buscando ordem, segurança, e valores sociais de relevo, nota-se que o existir do homem é de absoluto tédio, exorbitância de violência, egoísmo implacável, individualismo sem precedentes, este ser está subsumido a objeto, perda de identidade, integrante de um grande exército massificado e tratado com uniformidade, inclusive pelo direito.

A dignidade é conceito fluído e adiáforo, invocada algures pelos juristas, sem qualquer comprometimento com o verdadeiro sentido da vida.

De que forma, se é que há, o direito pode contribuir para dotar a humanidade de sentido, poder (co)existir, dinamizar-se, ter acesso às possibilidades – participar – e, com sentimento de amor, solidarizar-se? Cabe ao direito a tarefa árdua de construção da dignidade da pessoa humana e devolver à humanidade a sua dimensão integral, um grupo solidário de pessoas, que afetivamente, unem-se em prol de um projeto comum de vida significada?

Ora, dignidade da pessoa humana, exige uma (re)significação, onde liberdade, isonomia e fraternidade sejam reconhecidas como disposições naturais e finais no ser do homem, *phisys* e *telus.*

Em Jacy de Souza Mendonça há consideração de extrema importância para o tema:

"O valor é uma possibilidade que se faz realidade, uma possibilidade obrigatória. A obrigação moral é uma necessidade de liberdade... A sedução do bem é condicionante da existência humana e o abandono dessa sedução pela liberdade, pelo fechamento ao fascínio da polarização do bem, frustra a existência. O bem é medida da liberdade."[13]

O estudo do direito exige a transdisciplinariedade, ciência, filosofia e espiritualidade em prol da construção da dignidade humana, uma promessa constitucional que, se mantida

como conceito fluído, a despeito de galgada a princípio fundante dos Estados Democráticos de Direito, não devolverá à humanidade a esperança de real felicidade como sentido da vida, sem provir de efeitos artificiais decorrentes do consumo material nos seus mais variegados modos, seja de mercadorias, drogas, bebidas, informações etc.

3. A PÓS-MODERNIDADE – ANTROPOLOGIA, FÍSICA QUÂNTICA E DIREITO, ANÁLISE INTERDISCIPLINAR

A busca para responder aos problemas levantados alhures passa pelo estudo interdisciplinar ou transdisciplinar de antropologia, como filosofia do homem, ciência, como técnica jurídica, e cosmologia, como investigação de transcendência, processo de humanização.

De inopino é necessário reconhecer a complexidade da verdade, e não seria por uma técnica de racionalização pura que haveria de se encontrar com o sentido da vida humana e apontar, por qualquer que seja a ciência, um caminho seguro a ser trilhado.

Inolvidável, a teoria do caos, desenvolvida por Ilya Prigogine, submete a mutabilidade as definições de matéria, vida e mente, que surgem a partir das instabilidades no dinamismo inteligente do universo. Com a física quântica, Einstein pôde demonstrar que mesmo a matéria é energia, e todos os "corpos" estão em movimento[14]o, ou seja, a realidade e a complexidade da vida são radicalmente alteradas, e não seriam letras frias do direito positivo que poderia sugerir uma estrutura de redenção à caminhada humana.

À luz da teoria do caos se pode infirmar de vez compromisso cego do direito com a segurança, porquanto o universo opera com instabilidades e até mesmo desorganização momentânea, excogitando, movimento para uma reorganização evolutiva, de maneira que haverá sempre riscos entremeio a uma ordem oculta inteligente.

Paralelamente, com supedâneo nas asserções de Jung, de inconsciente coletivo, o conjuntivo, como padrão de complexidade rejuntando dados e informações da experiência humana, surge da interdependência dos sistemas inteligentes, e produz toda sua carga de energia no sujeito que pertence a esse sistema designado de vida, de

maneira que a atitude humana tanto é pautada pelo conjuntivo como receptor, quanto o sujeito individual pode emanar ondas quânticas na qualidade de transmissor, influenciando o tempo-espaço quântico, como efeitos de polimarese, ou seja, propagando-se como rede.[15].

Portanto, ignorar o conteúdo de personalismo ético, como essencialidade humana, e fazer avaliações parciais desse ser, é o mesmo que difundir ondas em polimarese de grandes equívocos, e mesmo toda uma teia de normas jurídicas não seria capaz de resgatar o homem do abismo em que se encontra presentemente.

Já é possível, como um imperativo, descrer no direito positivo como a fonte por excelência do direito, algo que já havia sido denunciado na tópica de Viehweg,[16] ou seja, se houver uma tradução fidedigna das normas da natureza humana e toda a sua implicação com o Cosmo, o direito positivo pode ser dotado de efetividade, do contrário não teria o condão de traduzir a verdade da complexidade do movimento humano, a coexistência entre seres humanos e sua inserção cósmica.

Qualquer categoria de direito, mormente a dignidade da pessoa humana, por outra parte, há de ser interpretada em uma lógica "trans", porquanto a realidade humana e qualquer realidade é transdimensional, avessa aos esquemas binários e na lógica cartesiana fundada no terceiro excluído[17], absolutamente fechada e dogmatizada, entrementes pela lógica do terceiro incluído, desenvolvida por Lupasco, fundada na física quântica, exibe "descontinuidade e coexistência" como novo paradigma de realidade[18].

Ou seja, há diversos sistemas em conexão no universo, o próprio homem revela-se "trans", face sua natureza macrocósmica ou biológica e microcósmica ou metafísica, porquanto há uma descontinuidade de leis que regem tais sistemas e, não obstante, coexistência entre ambos, tratando-se de um polissistema uno transdimensional.

Por essa razão é que a dignidade da pessoa humana é talhada como premissa de direito, como norma princípio, de natureza abstrata e aberta, tanto quanto qualquer sistema estudado à luz da física quântica, porque tudo está ligado a tudo e não existe isolamento, ou seja, o conceito jurídico é fruto de alopoiese, resultado de criação aberta e cilíndrica de direito, que se consolida em *inputs* e *outputs*, carga e recarga, em permanente interação com o ambiente e os concretos casos da vida.[19]

Construir um conceito de dignidade, situando-a como um projeto de edificação humanizante, dotando este ser que, de infra-humano, de natureza animal, imantado de centelha divina, pode, por livre arbítrio, aperolar a pessoa em potência, e concretizar, em ato, sua dignificação, é passo fundamental para definir, em segundo instante, o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana como signo baluarte de qualquer democracia.

4. O CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA – FENOMENOLOGIA E METAFÍSICA – A TEORIA DO EXISTENCIALISMO CATÓLICO

Saber o que é dignidade, automaticamente, conduz à definição do homem integral e de quais são seus anseios e fins para consumação do sentido da vida, ao menos enquanto se a estude como convivência comunitária e tradução de felicidade no plano do existir.

Mais do que *economicus*, há no homem a capacidade de construir e contribuir com o universo, um ser *artifex*, dotado de liberdade e inteligência, com natureza solidária, e sendo a um só tempo receptor-processador-transmissor em verdadeira interação alopoiética com o si de seu eu, com o *alter* e com o cosmo, passa a ser o artífice dessa ordenação universal, consolidando níveis de conhecimento (receptor/transmissor) material, moral e espiritual.[20]

Reduzir o homem em contexto puramente material é escassear as suas possibilidades de transcendência, restringir sua liberdade ao *ego* puro, premê-lo à angústia nadificante, e com os efeitos de polimarese, adoecer sobremodo a raça humana, por absoluto desconhecimento do sentido da dignidade, que, a nosso juízo, remonta à teoria integral da *physis* de primeira mão aristotélica.

Portanto, se o ser humano é quântico, exige-se a transdisciplinariedade entre espiritualidade, física, sociologia, antropologia, biologia, direito e economia, entre outras ciências, a fim de se que se possa apontar diretriz de encontro com o sentido da vida, possibilitando-se, e só então, à ciência jurídica, em teia quântica com os demais processos de conhecimento, tentar amainar as mazelas sociais e valorativas presentemente, resgatando-o desse processo degenerativo de consumo e tédio.

A partir da noção de dignidade, cariz próprio e exclusivo do homem integral, material, psicológico, espiritual, é possível rediscutir a missão do direito enquanto ciência e estrutura em prol da emancipação e participação humanas.

Associando a noção amplificada de dignidade, existência (fenomenologia) e transcendência (metafísica)[21], imputar-se-á ao direito positivo traduzir as aspirações

naturais do projeto humanizante alhures mencionado, trazendo o ser humano equivocado em sua vereda de construção da pessoa, ao ponto de equilíbrio, corrigindo-lhe as distorções no posicionar de sua liberdade.

Por certo a redefinição de dignidade enquanto projeto de construção da pessoa humana, algo imanente no ser do homem, que exige transcender no existir, permitirá que o direito positivo, revelando o conteúdo desta mesma dignidade, contribua para incisar o *status quo*, redimindo a humanidade desse espectro deplorável de um aglomerado de seres "coisificados", formatado pela filosofia utilitarista, que perdeu há muito sua liberdade, as possibilidades de inserção em projeto emancipatório e é guiada ao caminho da nadificação.

Transcender é, a um só tempo, dinamizar-se, autonomizar-se, personificar-se, solidarizar-se, em uma palavra, dignificar-se, galgando valores em uma escala que perpassa dos bens materiais aos espirituais. Eis a missão do direito positivo, garantir essa empreitada notadamente humana.

Fenomenologicamente o homem é definido, ora como ser biológico, causalidade pura, sistema celular que não o distinguiria de um vegetal ou de animal puro. Corrente a afirmativa de que o homem é *sapiens*, um ser que contém conhecimento, seja sensitivo, intelectivo e volitivo. Para parte da antropologia o homem é caracterizado pelo atributo da liberdade, apetece-lhe o bem, move-se naturalmente sem constrangimento. Contemporaneamente a linguagem passa a ser o predicado sintomático do ser humano, denominado de *homo loquens*, embora a sociabilidade com a comunicação esteja implicada, conquanto na disposição da vida gregária há coletividade, politização e linguagem. [22]

Ao alvitre dos articulistas a fenomenologia do homem se apresenta como ser cultural[23], sujeito de ação de natureza orgânica e espiritual que tende a produzir frutos, relaciona-se intersubjetivamente em funcionalidade , e fornece uma espécie de conteúdo psicológico que interpretar a realidade e a leitura do meio ambiente. Há na concepção de cultura, racionalidade, sociabilidade, trabalho, linguagem, liberdade, enfim, na exposição de Mondin "na cultura confluem e se cristalizam todas as atividades humanas, tanto especulativas quanto práticas, em todas as múltiplas manifestações.(...)"[24]

Mas para além de ser o *homo culturalis*, este ser adjetivado de personalidade é metafísico, transcendente, um ser diferenciado no cosmo, que está para além de qualquer ser inserido na natureza, e para além de si mesmo, sempre em atitude dinâmica e como projeto em acabamento.

Eis aqui a análise do homem em seu eu profundo, parte robusta de sua dignidade, ignorada pela ciência, inclusive pelo estudo do direito, e que, colocada à margem de análise, empece o sentido da vida e o encontro com a felicidade, estagna a natural (e transcendental) construção de personalismo.

A cognição do ser do homem aborda-o como fenômeno metafísico, deparando-o com a sua dignidade, e neste instante em que toma consciência de ser como projeto, construção, vertido a um fim, passa a vislumbrar felicidade em seu existir, isso efetivamente diminui criminalidade, arrefece violência, torna profusa a solidariedade, constrói justiça e humanismo.

Transcender é atrever-se às possibilidades, ser além de si, despertar à poção espiritual e dirigir-se por livre disposição ao fim, havendo, portanto, um sentido teleológico ou de dever ser no próprio ser, que busca a superação, saindo da incômoda posição do nada à deificação.

É correto afirmar que essa superação consciente de caráter espiritual que se denomina transcender compõe a integralidade humana.

E parafraseando Radhakrishnan "*o verdadeiro humanismo ensina-nos que há no homem algo mais que aparece na sua consciência ordinária, algo que gera idéias e pensamentos, uma presença espiritual mais sutil que o deixa insatisfeito com as suas conquistas puramente terrenas. (...)de que há nele um Si mais profundo, que r se chame sopro vital, quer espírito, alma ou mente. Em casa ser habita uma luz que nenhuma potência pode extinguir, um espírito imortal, benigno e tolerante, um testemunho silencioso nas profundezas de seu coração.*"[25]

Portanto essa busca perpétua do espírito humano para além do material e temporal, esse salto ao infinito, é movimento da essencialidade do ser, constitui-lhe a pessoa, imprime-lhe dignidade. Há neste homem estrutura física, psíquica e espiritual, um existente incorporado que, por liberdade e dinamismo, visa transcender e dirige-se ao outro, ao mundo, ao bem e a Deus, em síntese, "*pessoa é a-ser; a única maneira de alcançá-la é fazê-la ser"(...) "um projeto de humanidade*".[26]

5. A FUNÇÃO DO DIREITO POSITIVO DIANTE DA TAREFA DE DIGNIFICAÇÃO COMO SENTIDO DA VIDA

A partir da conceituação de pessoa, como ser humano em dignidade, dinamizando-se na existência e contendo a essência no existir, como transcendência, é de curial importância traçar uma escala de valores a serem estimados ao longo desse existir que vai concretizando o projeto de dignidade no personalismo.

Pinçado o homem, sua trajetória de vida, tomar a vida humana como objeto de investigação metafísica, detectar a lei natural da autotranscendência, surge, complementarmente, a construção de um direito positivo que, pela via supletiva, de maneira corretiva, busca restabelecer o equilíbrio do ser que, por liberdade, desvia-se de seu percurso natural de transcender e dignificar-se no existir diário.[27]

A missão do direito positivo haverá de garantir dignidade, esse dever ser propriamente humano, reservando direito a um espaço comum, designado de bem comum, onde a afetividade une pessoas livres e relativamente iguais a compartirem seus talentos em prol de um bem comunitário grupal.

Elementar para essa verticalidade a noção de liberdade e seu cariz, tanto no sentido negativo quanto positivo, fazendo-se de mister o tratamento jurídico do tema, com a incursão ao princípio da subsidiariedade, onde as ações prestacionais haverão de ser reclamadas à escassez de possibilidades individuais ou grupais, remontando-se do menor ao maior.

Princípio da subsidiariedade e corpos intermediários são categorias que confluem. Se o ser humano é permanente construção que tem sede de autotranscender, a liberdade o dinamiza a querer percorrer o caminho do bem, estimando desde o valor vil até o valor ético. Entrementes, não raro os homens são impedidos de empreender essa vereda, por absoluta incapacidade, seja material, existencial ou cognitiva, de maneira que, embargado no seu devir, há se ser subsidiado, pelo grupo familiar, pela associação, pelo sindicato, pela escola, pelas organizações e associações, até reclamar apoio do grupo mais perfeitamente concebido, o Estado.[28]

Ínsito ao tema proposto é o estudo do bem comum, como espaço externo ao homem, que lhe permite o engajamento e a participação[29], sempre nas suas relações intersubjetivas, já que viver é conviver, respeitadas as condições mínimas indispensáveis à inclusão e ao subsídio em nome da isonomia de possibilidades.

Mas estará no dever, como categoria precedente ao direito, a chave para compreensão do papel do direito positivo na tarefa de garantir a dignidade, galgando-a ao patamar de tema fundamental, porquanto é disposição natural na lei impressa no âmago da pessoa e a preme ao transcender no ser. O tema censura o dever como imperativo categórico, verdadeiro dogma que desconstrói a noção de transdisciplinariedade e artificializa a sanção, sem embargo de romper com o ponto comum entre ética, direito e justiça.

Como implemento na cadeia de objetivos assinalados pelo direito, aqui analisados no texto, com recurso à paidéia grega, a noção de justiça nas relações humanas e suas principais características: alteridade, igualdade e devido, na trajetória de emancipação e participação no bem comum é categoria presente no dignificar-se.

Assim, a um só tempo, o ser que é, deve ser, e em sendo e devendo ser, convive, e ao conviver por disposição livre e afetiva, solidariza-se no espaço comum ético, dignifica-se e garante a dignidade próxima, constrói-se como pessoa e permite a construção do *alter* de personalismo, tudo à luz da razão, estabelece um elo de justiça.

Ora, se justiça é dar o devido a cada um segundo o seu mérito[30], e a dignidade é resultado de uma alteridade conatural ao sentido humano, no devir diário rumo ao bem comum, esse espaço de reserva de concretização de potencialidades que garante, em igualdade geométrica, a inserção dos conviventes, dignificar-se é atingir o justo e vice-versa.

Eis o sentido da vida, o encontro com a felicidade, a realização plena de um projeto de existência dignificada, imanente, transcendente e solidária. Está no direito positivo a incumbência de garantir esse projeto de humanização, enaltecido de missão ética e educativa.

6. A REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA PELO DIREITO EXIGE RUPTURA COM OS PARADIGMAS CONSOLIDADOS NA MODERNIDADE E O RETORNO À PAIDÉIA GREGA – DESAFIO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Ao longo do estudo se pôde erigir uma proposta de realização da dignidade da pessoa humana, rompendo-se com os paradigmas da modernidade.

Compete ao direito constitucional, máxime na interpretação da norma-princípio[31] fundante da dignidade da pessoa humana, que lhe constitui signo fundamental do Estado

Democrático de Direito, em perspectiva tópica[32], a cada instante de produção normativa, abstrata (legislação) ou concreta (aplicação), o processo de construção da pessoa, respeitando e deprecando valores da liberdade, isonomia e solidariedade.

Entrementes, o estudo da dignidade humana e o papel do direito na sua efetivação estão empecidos diante de sofismas gerados com a modernidade, a saber:

a). a ficção kantiana que apartou existência e valor, constrói o conceito de dignidade a partir de um imperativo categórico de viés puramente racional, como se isso se consubstanciasse em um projeto ideal (plano das idéias, distante da realidade); b). o racionalismo e sua certeza forjada fingiram dotar o homem de condições de análise das categorias científicas consolidadas, inclusive o direito, ao mesmo tempo em que propuseram um sincretismo, um purismo na análise dos fenômenos, e a transdisciplinariedade foi relegada, ou seja, o direito foi posto distante do plano filosófico como objeto de conhecimento; c). mesmo sob perspectiva crítica da teoria jurídica não se dá conta de solucionar os problemas da humanidade, conquanto o homem, em si considerado, no visionar pós-moderno, tem sido analisado de forma parcial, como *homo ecomomicus*, material, e qualquer promoção do homem pelo direito só pode projetá-lo às condições materiais, ou seja, há um vício no estudo do direito e da própria hermenêutica, que subjaz ao vício no estudo da essência do próprio homem, cerne de sua finalidade.

Enfim, o homem é ser material e espiritual, energia condensada ou rarefeita, segundo a física quântica, e mesmo suas ações, próprias de um ser essencialmente dinâmico, vibrações energéticas, tendem a uma finalidade, e causam efeitos em polimarese no plano universal.

A perspectiva puramente material humana o reduz sensivelmente, um ser em-si, ou aí no mundo, nadificado, que, não obstante, dada natureza gregária, passa a causar ondas de polimarese negativas, perturbadoras, anulando-se e ao outro, empecendo o projeto de emancipação e dignidade, com a frustração de ascensão à escala dos valores do espírito, acentuadamente o ético, ou bem comum.

Eis o que se pretende enfrentar e, com certo atrevimento, excogitar soluções: que haja uma (re)significação da dignidade humana, a partir do estudo antropológico e metafísico do homem, com vislumbrar de sua integralidade, para, então, construir-se um sistema de direito cujo aporte possa, de fato, conduzir ao *telus* da elevação deste ser que deve ser.

Somente assim as dezenas de milhares de disposições de direito positivo passariam a ter algum sentido e reduziriam com eficácia, e num número bem menor de normas, os desajustes que a humanidade vem revelando ao longo da existência, culminando com o paradoxal resultado de coisificação humana em tempos pós-modernos, quando, a rigor, a proposta racionalista era exatamente a de emancipação e participação do homem nas veredas da tríade liberdade-igualdade-fraternidade.

Preenchido o conteúdo de dignidade humana com dever, isonomia, autonomia e vértice de bem coletivo, porquanto humano é intersubjetivo, concomitantemente vislumbra-se o justo, e devolve-se ao direito a sua origem, remontando à politéia grega (de Sólon a Aristóteles), onde caminhavam adjungidos antropologia, filosofia, estrutura em um só sentido, a felicidade humana.

Espera-se como resultado da pesquisa que o direito positivo possa ter restituída sua missão algures traçada, de meio a atingir redenção humana, processando um corte ao desígnio utilitarista, detrator ou, em visão mais pessimista, nihilificador das dignidades, para restabelecer a perspectiva do personalismo ético da primeira mão da Paidéia grega, de onde o direito positivo recebeu inspiração na busca do perfectível e perfectível bem comunitário.

A tarefa emancipatória da modernidade, enfim, haveria de se consolidar nesta ordem justa, que, de maneira redundante, reserva liberdade, igualdade e fraternidade, tendo como arrimo o direito positivo, em especial a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

7. CONCLUSÃO

Apresentadas as hipóteses como respostas de um problema alhures formulado, a pesquisa certamente contribuirá para amenizar as agruras humanas, porquanto o direito positivo, associado, então, com as noções de dignidade humana em contexto de existência transcendente, fará coincidir técnica, filosofia e cosmologia.

Isso é pontualmente significativo, porquanto uma preocupação com a abordagem transdisciplinar permitirá que o jurista não delegue ao político ou ao filósofo a tarefa cabente ao direito, de dar à sociedade o que é dela por disposição natural, ao contrário, legitimará o Juiz, como representante do grupo melhor aparatado, o Estado, a implementar as políticas prometidas em programas, não alentadas por incompetência, indolência ou dolo.

Além disso, associando-se direito e justiça, sem pretender transformar, pura e simplesmente, direito em moral e vice-versa, o norte hermenêutico do principio da dignidade da pessoa humana será casuístico, reservado às peculiaridades do caso concreto, respondendo, da forma mais correta possível, ao projeto de emancipação enunciado com a modernidade e que se consubstancia no grande desafio do direito contemporaneamente.

O mais significativo resultado será denunciar o equívoco do direito em prol do econômico, mortificando a teoria da análise econômica do direito, simplemente porque o homem não é um ser econômico pura e reduzidamente, mas um ser em processo de construção de dignidade, dotado de inteligência e espírito e que somente encontrará sentido na liberdade se atingir a felicidade na integralidade e na transcendência.

O papel do direito na pós-modernidade é bem mais ampliado, trata de responder ao projeto de emancipação, dentro de uma moldura de dignidade, onde o material é porção mínima na composição do homem integral.

Em escorço, é missão do direito, na atualidade, mais do que nunca, resgatar a humanidade do fosso onde foi atirada pelo racionalismo individualista, e mantida pela via do direito formal de jaez neutra e aspirando à certeza lógica, conquanto a dignidade é o cerne de toda a positivação, guindado a princípio fundante do Estado democrático de direito.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro** (Tradução Mauro W. Barbosa de Almeida). 5ª. Ed., São Paulo: Perspectiva, 2.000.

CANOTILHO, Joaquim .José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2.001.

DAHRENDORF, Ralf. **Sociedade e Liberdade: Pensamento Político**. (tradução e apresentação Vamireh Chacon). Brasília: Editora Universidade de Brasília.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins e Fontes, 2.002.

EINSTEIN Albert. **A Teoria da Relatividade Especial e Geral**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1.999.

ENZENSBERGER, Hans Magnus. **Guerra Civil**.(tradução Marcos Branda Lacerda; Sérgio Flaksman). São Paulo: Companhia das Letras, 1.995.

FLANKL, Viktor. **Em Busca de Sentido: um psicólogo no campo de concentração**. (tradução Walter O Schlupp & Carlos C. Aveline). Revista Técnica de Helga H. Reinhold. 6ª. Ed., São Leopoldo: Sinodal, 1.997.

LHUMAN, Niklas. **Sociologia do Direio I.** (Tradução de Gustavo Bayer). Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1.983.

MARITAIN, Jacque. **Por um Humanismo Cristão** (tradução Gemma Scardini). São Paulo: Paulus, 1.999.

MARTINS, Nádia Bevilaqua. **Resolução Alternativa de Conflito. Complexidade, Caos e Pedagogia**. Curitiba: Juruá, 2006.

MARX, Karl. **A Questão Judaica** (tradução Paulo Ferreira Leite). 5ª. Ed., São Paulo: Centauro, 2.000.

MENDONÇA, Jacy de Souza. **O Curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1.999.

MONDIN BATTISTA. **O Homem, Quem é Ele? Elementos de Antropologia Filosófica**. (tradução de R. Leal Ferreira e M.A. S. Ferrari) São Paulo: Paulus, 1.980.

PEREIRA, Aloysio Ferraz. **Textos de Filosofia Geral e Filosofia do Direito**. São Paulo: RT, 1.980.

PIO XII. **Carta de Natal de 1.942**

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência** (tradução Tércio Sampaio Ferraz Junior). Brasília: Ministério da Justiça/Universidade de Brasília. 1.979, Coleção Pensamento Jurídico.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. **A Crise do Direito Liberal na Pós Modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2.006.

ZENNI, Alessandro Severino Valler e OLIVEIRA, Cláudio Rogério Teodoro. **(Re)Significação dos Princípios de Direito do Trabalho**. Alessandro Severino Vallér Zenni e Cláudio R. T. Oliveira. Porto Alegre: Sérgio

---

[1] **Entre o Passado e o Futuro** (Tradução Mauro W. Barbosa de Almeida). 5ª. Ed., São Paulo: Perspectiva, 2.000, p. 196).

[2] Niklas Lhuman também aponta que a racionalização da sociedade funcionalmente diferenciada quebra a unidade essencial humana, porquanto ética deixa de ser compromissada com o *telus* do homem, passando a ser uma questão de forma e verdade. **Sociologia do Direio I.** (Tradução de Gustavo Bayer). Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1.983, p. 27/28.

[3] Alessandro Severino Vallér Zenni. **A Crise do Direito Liberal na Pós Modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2.006, p. 35.

[4] Jacque Maritain. **Por um Humanismo Cristão** (tradução Gemma Scardini). São Paulo: Paulus, 1.999, p. 59.

[5] Convimos com a afirmativa marxista de que a ruína humana está no econômico, fenômeno que levou a reduzir, equivocadamente, a essência e o sentido da vida humana. Karl MARX. **A Questão Judaica** (tradução Paulo Ferreira Leite). 5ª. Ed., São Paulo: Centauro, 2.000, p. 41.

[6] É curioso que proteção ambiental, como movimento de solidariedade, ou direito de terceira dimensão, passa a ser uma necessidade, e não uma deliberação de conjunto que surge espontaneamente como virtude justa, já que a vida humana está em iminente estado de falência, dada a exploração imperdoável dos recursos e escasseamento do meio ambiente.

[7] Aloysio Ferraz Pereira. **Textos de Filosofia Geral e Filosofia do Direito**. São Paulo: RT, 1.980, p. 102 e seguintes.

[8] Viktor Flankl. **Em Busca de Sentido: um psicólogo no campo de concentração**. (tradução Walter O Schlupp & Carlos C. Aveline). Revista Técnica de Helga H. Reinhold. 6ª. Ed., São Leopoldo: Sinodal, 1.997, p. 97.

[9] Hans Magnus Enzensberger. **Guerra Civil**.(tradução Marcos Branda Lacerda; Sérgio Flaksman). São Paulo: Companhia das Letras, 1.995, p. 16.

[10] Nem se diga que o direito do trabalho tem como preocupação a proteção do trabalhador, divorciada de quaisquer intenções com a propulsão da livre iniciativa por meio do consumo. Quando a Constituição Federal abraça o regime capitalista, com a livre iniciativa, e exige a harmonização do capital e do trabalho, cria mecanismos de controle pelo direito, para que haja expansão do consumo, inclusive, pelo trabalhador hipossuficiente. *In* **(Re)Significação dos Princípios de Direito do Trabalho**. Alessandro Severino Vallér Zenni e Cláudio R. T. Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2.008, p. 81.

[11] Como afirmou Ralf Dahrendorf, igualdade necessária e liberdade possível constituem "o limite e incentivo de uma boa e criadora existência." *In* **Sociedade e Liberdade: Pensamento Político**. (tradução e apresentação Vamireh Chacon). Brasília: Editora Universidade de Brasília, p. 252.

[12] J.J. Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2.001, p. 545.

[13] **O Curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1.999, p. 253.

[14] Albert Einstein. **A Teoria da Relatividade Especial e Geral**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1.999, p. 23.

[15] O processo é denunciado por Ervin Lazlo, citado por Nádia Bevilaqua Martins. *In* **Resolução Alternativa de Conflito. Complexidade, Caos e Pedagogia**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 16.

[16] Theodor Viehweg. **Tópica e Jurisprudência** (tradução Tércio Sampaio Ferraz Junior). Brasília: Ministério da Justiça/Universidade de Brasília. 1.979, Coleção Pensamento Jurídico, p. 39.

[17] Absolutamente fechada e dogmatizada, a lógica cartesiana professa que A não é não A, e não existe um terceiro termo T, que seja, a um só tempo A e não A.

[18] *Apud* Nádia Bevilaqua Martins. *In* **Resolução Alternativa de Conflito. Complexidade, Caos e Pedagogia**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 165.

[19] Nadia Bevilaqua Martins vai afirmar que se tudo é energia, então é preciso se pensar em carga e recarga, adiante pontuando que biomassa significa energia e energia significa vida, e nessa simbiose há um *status* de sustentabilidade. *In* **Resolução Alternativa de Conflito. Complexidade, Caos e Pedagogia**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 16.

[20] Nadia Bevilaqua Martins. *In* **Resolução Alternativa de Conflito. Complexidade, Caos e Pedagogia**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 65.

[21] B. Mondin vai construir uma antropologia filosófica centrada nas seguintes indagações, a saber: a). Que posso saber? b). Que devo fazer? c). Que posso esperar? d). Que é o homem? E salientando a dimensão transdisciplinar do conhecimento humano, assinala que à primeira indagação, há possibilidades de respostas na metafísica, à segunda na moral, à terceira na religião e à derradeira, na antropologia. Battista Mondin. **O Homem, Quem é Ele? Elementos de Antropologia Filosófica.** (tradução de R. Leal Ferreira e M.A. S. Ferrari) São Paulo: Paulus, 1.980, p. 10/11.

[22] Também se difundiu a natureza *faber* do homem como fenômeno material e espiritual que busca resultado de transformação de objetos.

[23] Esta a concepção de Paidéia grega de alocar o homem a primeira potência como ser regido por leis imanentes que preceituam comandos corporais, espirituais aptas a construção de uma consciência coletiva, uma educação.

[24] Battista Mondin. **O Homem, Quem é Ele? Elementos de Antropologia Filosófica.** (tradução de R. Leal Ferreira e M.A. S. Ferrari) São Paulo: Paulus, 1.980, p. 195.

[25] Battista Mondin. **O Homem, Quem é Ele? Elementos de Antropologia Filosófica**. (tradução de R. Leal Ferreira e M.A. S. Ferrari) São Paulo: Paulus, 1.980, p. 272.

[26] Essa a expressão de Ricoeur, existencialista católico, trazida à baila por Mondin. *In* **O Homem, Quem é Ele? Elementos de Antropologia Filosófica**. (tradução de R. Leal Ferreira e M.A. S. Ferrari) São Paulo: Paulus, 1.980, p. 297.

[27] Alessandro Severino Vallér Zenni. **A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 105/106.

[28] Alessandro Severino Valler Zenni. **A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.006, p.77 a 103.

[29] Pio XII, na **Carta de Natal de 1.942**, define o bem comum como "conjunto de condições exteriores que são necessárias aos homens para o alcance em comum de seus fins lícitos e para o desenvolvimento de sua personalidade."

[30] Jacy de Souza Mendonça. **O Curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1.999, p. 163.

[31] Ronald Dworkin. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins e Fontes, 2.002, p. 93 e seguintes.

[32] Alessandro Severino Vallér Zenni e Cláudio R. T. Oliveira lecionam que as Constituições democráticas, notadamente impregnadas de valores, de textura é aberta, permitem a resolução de problemas concretos pela extensão dos princípios às situações reais da vida, em verdadeira técnica de sucessivas perguntas-respostas, uma problematização necessária para realização da justiça do caso. **(Re)Significação dos Princípios de Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2.008, p. 87/88.

NEOLIBERALISMO, GLOBALIZAÇÃO, DESCONTRUÇÃO DO ESTADO-FISCAL E POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL*

NEOLIBERALISM, GLOBALIZATION, DESCONSTRUCTION OF THE FISCAL-STATE AND PUBLIC POLICIES OF SOCIAL INCLUSION

Eloi Cesar Daneli Filho
Liton Lanes Pilau Sobrinho

RESUMO

A conjuntura brasileira política e jurídica, bem como seu modo de produção, foram afetados de forma indelével pelos fenômenos da globalização, neoliberalismo, excessiva burocratização do Estado. Como consequência se fez sentir na esfera pública um enfraquecimento do Estado e na esfera privada um esquecimento dos deveres que acompanham a vida em sociedade marcada pela solidariedade social, próprios do Estado Social e Estado Democrático de Direito. O Estado-Fiscal é o desdobramento, na seara tributária, do Estado Social de Direito, uma vez que só por meio de tributos é possível implementar, materialmente os direitos sociais prometidos constitucionalmente. Ao cidadão brasileiro toca, em decorrência da adoção do Estado Democrático de Direito, o dever fundamental de pagar impostos, porém a má distribuição da carga tributária e a sua não-participação na discussão de políticas públicas tributárias faz ver que ainda não houve uma plena assunção da liberdade tributária.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO, GLOBALIZAÇÃO, NEOLIBERALISMO, LIBERDADE TRIBUTÁRIA.

ABSTRACT

The Brazilian political and legal environment, as well it mode of production, have been so indelibly affected by the phenomenon of globalization, neoliberalism and excessive bureaucratization of the State. As consequence was felt in the public sphere a weakning of the State, on the other hand, in the private sphere, occurred a oblivion of the duties that follow the life in society marked by social solidarity, proper of the Social State and Democratic State of Law. The Fiscal-State is the unfolding, in the tax field, of the Social State of Right, since only by means of taxation is possible to implement materially the social rights promised constitutionally. To the Brazilian citizen burrow, in result of the adoption of the Democratic State of Right, the basic duty to pay taxes, but the bad distribution of tax charge and non-participation in the discussion of tax policy does not yet see that there was an assumption of the tax freedom.

KEYWORDS: STATE, GLOBALIZATION, NEOLIBERALISM, TAX FREEDOM.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 INTRODUÇÃO

O neoliberalismo e a globalização, aliados ao aumento descontrolado de demandas sociais, excessiva burocratização dos aparatos estatais e outros fatores complexos, aproveitaram e de certa forma fomentaram uma crise assoladora do Estado do Bem-Estar Social e do Estado Fiscal no final do século XX e início do século XXI.

O Estado do Bem-Estar Social e o Estado Fiscal, assunto apresentado no item 1, guardam uma relação importante, uma vez que o primeiro tem atribuições e demandas sociais a cumprir que exigem uma arrecadação por meio de tributos própria do segundo.

Tanto o Estado do Bem-Estar Social como Estado Fiscal estão marcados de forma indelével pelo princípio da Solidariedade Social, que no campo tributário desdobra-se no princípio da capacidade contributiva. Contudo, como se verá no item 2, tal princípio, embora com previsão expressa no texto da Constituição Federal da República Federativa do Brasil (CF/88), ainda não se concretizou nos, com o perdão da palavra, bastiões do conservadorismo político brasileiro.

Ainda se vive sob a égide de um direito herdado pelo regime autoritário com uma marca, porém, dos ditames do ideário neoliberal e da globalização. O que resulta em um caminho oposto ao da distribuição justa dos bens ao qual o Estado deve se incumbir. Por isso, no terceiro item será feito, com arrimo nas idéias de Ost, um paralelo entre o texto bíblico do Êxodo e a assunção da responsabilidade pela liberdade tributária consubstanciada na CF/88.

No item 4 apontam-se algumas das causas do enfraquecimento do Estado (ideário neoliberal) e alguns de seus desdobramentos, para então, no item 5 apontar algumas alternativas a crise do Estado no campo tributário consubstanciadas na adoção da solidariedade social prevista na CF/88.

2 Estado-Fiscal

O Estado Fiscal resultou de um processo evolutivo histórico e está diretamente ligado ao Estado do Bem-Estar Social. No Estado Fiscal vislumbrou-se mudanças econômicas e políticas sem precedentes históricos consubstanciadas, primeiramente no desfazimento patrimonial do Estado no sentido de liquidação de imóveis principalmente. O Estado Fiscal reestruturou o modo de produção (capitalista) e erigiu o tributo como sua fonte de renda exclusiva e, também, como um dever dos cidadãos. [1]

Historicamente, o Estado Fiscal relaciona-se com outros marcos evolutivos do Estado. Em uma primeira fase, que vai do fim do século XVIII e todo o século XIX, período em que o Estado Liberal de Direito era o modelo adotado, o vulto das receitas é pequeno e as demandas sociais também. Nessa primeira fase do Estado Fiscal a marca indelével é a de que somente quem contribuía poderia votar, ou seja, a democracia era exercida por meio do chamado voto censitário. [2]

No início do século XX a Primeira Guerra Mundial marcou senão um fim uma mudança radical do Estado Liberal de Direito e isso tudo repercutiu no Estado Fiscal. Dessa forma, então, se pode falar em uma segunda fase do Estado Fiscal. Fase esta marcada pelo sufrágio universal, não mais apenas os contribuintes votam, agora todos podem exercitar a democracia com a exceção do voto feminino que só mais tarde foi permitido. Outra característica do Estado Fiscal do primeiro pós-guerra e a sua relação agora com o Estado do Bem-Estar Social. Naquele contexto as receitas provenientes de tributos têm um grande crescimento pois o Estado chamou a si uma grande quantidade de deveres no campo social. Nesse momento histórico o imposto passa a ser uma ferramenta de importância única no combate as crises econômicas cíclicas, ou seja seu caráter extrafiscal é patente.[3]

No Estado Fiscal pode ser caracterizado pelo fato de que: a) todas as demandas sociais são realizadas pelo Estado e por seus órgãos restando pouco espaço para a prestação direta realizada pelo cidadãos; b) a pecúnia exigida dos cidadãos para dar aporte aos investimentos e demandas sociais, deveres do Estado, não são esporádicos como no Estado Patrimonial, são, sim regulares e estáveis; c) como o Estado (do Bem-Estar Social) avocou a si novas funções no cumprimento de demandas sociais, conseqüentemente irrompeu, também, uma necessidade maior de recursos financeiros, o que tornou o imposto "uma instituição política fundamental"; d) o imposto, por ser uma prestação compulsória, constitui um símbolo de soberania do Estado e é o tributo por excelência; e) o Estado Fiscal abre mão das chamadas receitas públicas originárias provenientes de atividade própria do meio empresarial mas realizada pelo Estado, por força do respeito constitucional da livre iniciativa; f) respeito pela propriedade privada e autonomia da vontade negocial, liberdade de trabalho, atividades que renderão ativos na forma de tributos ao Estado Fiscal; g) o funcionamento regular do Estado Fiscal depende de uma arrecadação de tributos que respeite o princípio da igualdade, da capacidade contributiva e da vedação de efeito de confisco.[4]

De todo o exposto acima é de se frisar bem que o Estado Fiscal guarda importantes ligações com o Estado de Bem-Estar Social e com o Estado Democrático de Direito. Contudo, com o demasiado crescimento populacional de países periféricos como o Brasil que, sem um crescimento correspondente na área social, tudo isso aliado ao aumento de demandas sociais. De outro lado, e também como conseqüência, uma crise do Estado Fiscal e do Estado de Bem-Estar Social verificados globalmente.

O Estado Fiscal tem uma ligação fundamental com o valor solidariedade, que é o princípio da capacidade econômica ou da capacidade contributiva. Tal princípio implica em uma distribuição mais justa do peso dos impostos dentre os cidadãos contribuintes.[5] O valor solidariedade é o que se verá a seguir.

3 Tributação e Solidariedade Social

A idéia de solidariedade tem presente a idéia de união e de cooperação no enfrentamento de problemas comuns das pessoas na vida em sociedade. A idéia de solidariedade também está associada ao valor fraternidade.

Em linha de princípio, o valor "solidariedade" está registrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Em seu preâmbulo diz serem todas as pessoas

são “membros da família humana”. No artigo primeiro encontra-se dispositivo onde se vê que toda a ação humana deve estar marcada pelo “espírito de fraternidade”.

A fraternidade, a liberdade e a igualdade constituem os princípios históricos do liberalismo em suas lutas contra o absolutismo e o obscurantismo do período medieval.[6] No entanto, na modernidade o valor solidariedade sempre esteve associado à caridade.[7]

A República Federativa do Brasil adota na Constituição Federal de 1988, como matrizes políticas princípios fundamentais que, dentre outros, destacam-se, para o fim deste artigo, os da cidadania, da livre iniciativa e do trabalho e do pluralismo político; autodenominando-se Estado Democrático de Direito, erige como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

No âmbito internacional o Estado brasileiro orienta-se, dentre outras, por uma política de pacífica de solução de conflitos. O que não significa que internamente a solução de conflitos se dê de forma não-pacífica.

No artigo 5°, inciso XXII, a Constituição Federal elege como direito fundamental o direito de propriedade, condicionando-o, contudo, a sua função social.

Adiante, no texto da Carta Magna, estão previstos os direitos sociais da saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados.

No artigo 48, que arrola as atribuições do Congresso Nacional, vê-se no inciso I que o Poder Legislativo da União, detém a atribuição de dispor acerca da distribuição de rendas. O que significa que esse poder está legitimado a estabelecer políticas públicas visando uma distribuição de renda.

Além desses, ainda, de fundamental importância a menção do artigo 170 e seus incisos. Dispositivos que apontam os princípios da ordem econômica voltados para a valorização do trabalho e da livre iniciativa tendo como fim a garantia de uma existência humana digna conforme os ditames da justiça social. Nos artigos, novamente, dentre outros, estão arrolados a propriedade privada e sua respectiva função social e a livre concorrência.

Desse sobrevôo panorâmico sobre a alguns pontos específicos da Constituição Federal, pode-se concluir que o Estado Democrático de Direito brasileiro está orientado politicamente segundo valores de uma democracia solidária.

Tal orientação, repise-se, a de uma democracia solidária, indubitavelmente se projeta para as normas constitucionais acerca de tributação. Pois, em sendo o Estado Democrático de Direito o resultado de uma evolução histórica do Estado moderno,[8] e deixando-se de lado a peculiaridade do caso brasileiro que difere do modelo clássico europeu[9], e que, além disso, o Estado Democrático de Direito brasileiro está em construção pelos seus cidadãos, há que se assinalar para o fato de que no Brasil hodierno há uma forte orientação Social-democrática.

Social-democracia consiste, segundo Settembrini, em movimento socialista dentro de Estados com instituições liberal-democráticas que aceitam, limitadamente, o mercado e a propriedade privada.[10]

Mais especificamente, social-democracia poderia ser explicada como um meio termo entre Estados em que o modo de produção capitalista não sofre nenhum tipo de limitação, e um Estado em que há o chamado socialismo real. Esse tipo de movimento tem lugar nos Estados em que o poder político tem interesse político no sentido de coibir a revolução armada na conquista das melhorias sociais reivindicadas pelas classes trabalhadoras.[11]

Em termos de vanguarda no movimento social-democrático, destaca-se o Estado alemão. Que por situar-se geograficamente entre os Estados europeus ocidentais e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS, viu-se extremamente pressionado pelas duas correntes, o que mais tarde teve como conseqüência o surgimento do fascismo como tentativa de barrar a evolução do comunismo.[12]

O movimento político social-democrata caracteriza-se então pela diferença quanto aos meios empregados para a conquista de melhorias para sociedade. Ao contrário de movimentos exclusivamente liberais em que o capitalismo, a produção e o indivíduo estão em posição de supremacia, e, também, opondo-se aos movimentos revolucionários anárquicos baseados na doutrina leninista que privilegiavam a igualdade, o coletivo e inexistência de propriedade privada em favor da propriedade exclusiva dos bens pelo Estado, a Social-democracia prega a observação das regras democráticas, para que um dia o socialismo ideológico de Marx fosse alcançado.[13]

As conseqüências do embate ideológico que, de um lado, davam maior ênfase a liberdade (capitalismo), e, do outro, à igualdade (comunismo), são bem conhecidas. Foi nesse contexto que a Segunda Guerra Mundial se deu com toda a sua complexidade no que se refere às questões envolvidas seja no âmbito político, religioso, étnico e econômico.

No pós-guerra que a Social-democracia encontrou substrato favorável em inúmeros Estados da Europa. A experiência dos Estados da península escandinava, que logo depois da Alemanha, bem como depois do deslinde da Revolução Russa, no período entre-guerras, destacou-se pela adoção de políticas públicas caracterizadoras do movimento social-democrático.[14]

No segundo pós-guerra a Social-democracia veio a preencher um espaço importante nos Estados Ocidentais, que se viam preocupados com o desgaste das relações entre os interesses dos trabalhadores e dos capitalistas. Uns adotaram a Social-democracia em uma amplitude maior. Já outros, em especial o Brasil, a adotaram porém de forma precária e sem respeito estrito às regras do jogo democrático.

Nesse contexto também surgiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que buscou definir os direitos fundamentais do homem estabelecendo princípios que conduziriam os Estados signatários na escolha de novos paradigmas ideológicos e políticos.[15]

No Brasil a efetiva redemocratização ocorreu somente em 1988 com o advento da nova ordem constitucional. Nessa perspectiva, pode-se dizer que o Brasil entrou para o rol dos Estados em que o movimento social-democrático encontra-se em andamento em algum grau. Esta afirmação se sustenta com base acolhida pela Constituição dos Princípios contidos na Declaração Universal de Direitos.

A teoria da justiça de Rawls data do início da década de 1970, concebida com a influência das idéias de Rousseau, Kant e Locke, sustenta que a vida em comunidade funda-se num conjunto de motivos individuais ensejadores de uma associação política, a Sociedade e o Estado. Nessa conjuntura, é que as pessoas buscariam os princípios de uma sociedade justa.[16]

O neocontratualismo apresentado por Rawls apresenta uma versão liberal da sociedade por considerar a distribuição de bens existente como "fato consumado" em que:

no qual a maximização das expectativas a longo prazo dos menos favorecidos justifica a "sorte" dos mais favorecidos e, sobretudo, porque define a injustiça não como desigualdade, mas como "desigualdade excessiva", na qual o princípio da mútua vantagem foi violado.[17]

O que se vê na atualidade, ao contrário do que pregava Kelsen em sua teoria pura do direito, é que o Direito está impregnado de moral, política, ética etc.. A própria teoria da justiça de Rawls leva muito em consideração essas circunstâncias, uma vez que a escolha das pessoas por princípios que permitam uma diferenciação entre a distribuição de bens é em si uma escolha política que leva em conta a moral na escolha do direito, das regras e dos princípios.

Nesse sentido, a opção feita pela sociedade brasileira no final da década de 1980 foi a de não romper com o modo de produção capitalista e ao mesmo tempo buscar uma pacificação social por meio de um tratamento com igualdade de ânimo as candentes questões da distribuição de riqueza, de terras, redução de desigualdades, erradicação da pobreza.

Conclui-se então que a sociedade pela representatividade dos congressistas que compunham a assembléia nacional constituinte, optaram pela adoção de princípios de justiça contemplativos do princípio da solidariedade.

Também, é de se ressaltar, que a solidariedade brota da Constituição da República Federativa do Brasil em vários momentos na questão relativa aos tributos e o princípio da capacidade contributiva. Isso se diz em caráter meramente teórico uma vez que o Supremo Tribunal Federal decide ainda de forma incipiente nessa seara.[18]

É nesse sentido que se concorda com Godoi, ao explicar que a solidariedade, no sentido de uma postura mais exigente, vai além de um sentido apenas de fraternidade caritativa, chega a uma efetiva implantação de um sistema de justiça social, pois:

Uma das premissas da teoria de Rawls é de que a justiça é uma virtude que se predica não de uma norma isolada (como supunha Kelsen em suas investigações sobre o problema da justiça) mas de um conjunto de normas e instituições que governam determinada sociedade.[19]

Crítica contundente que se faz à teoria da justiça de Rawls é a de que:

Centram-se basicamente na sua ordem hierárquica de princípios, que não se apresentam como meios para "impulsionar a reparação das injustiças distributivas historicamente acumuladas, mas para dar como justa uma determinada distribuição actulamente existente.[20]

É nítida a opção por um sistema político-jurídico-econômico que não rompesse de forma abrupta com os interesses econômicos e políticos das elites hegemônicas que até hoje determinam os rumos do país. Contudo, as mudanças de um quadro social de profunda desigualdade, lentamente vai se modificando. Não sem discussão. É por isso que é possível sustentar que o Brasil de forma deliberada adotou a Social-democracia como forma de sustentar o capitalismo e os interesses dominantes tendo como viés o objetivo de reformar a sociedade pacificamente.

Tudo isso se disse para chegar ao ponto de que o Estado brasileiro, sem nunca ter sido um Estado de Bem-estar Social, é hoje um Estado Democrático de Direito (em construção) e tem inúmeras atribuições constitucionais em termos de prestações ativas a fim de viabilizar os direitos fundamentais de seus cidadãos.

Contudo, existem os pouco falados deveres fundamentais, dentre eles está o de pagar impostos (assim como existe o de respeito à propriedade). Dessa forma, como ensina Nabais:

(...) há que se ter em conta a concepção de homem que subjaz às actuais constituições, segundo a qual ele não é um mero indivíduo isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais, constituindo precisamente esta referência e vinculação sociais do indivíduo – isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais, constituindo precisamente esta referência e vinculação sociais do indivíduo – que faz deste um ser ao mesmo tempo livre e responsável – a base do entendimento da ordem constitucional assente no princípio da repartição ou da liberdade e de responsabilidade, ou seja, um ordem de liberdade limitada pela responsabilidade. Enfim, um sistema que confere primazia, mas não exclusividade, aos direitos face aos deveres fundamentais (...)[21]

No sentido do discurso do autor mencionado acima, a solidariedade tem de forma efetiva um elemento que constrói o discurso jurídico hegemônico enquanto o processo de pluralismo jurídico toma forma, já que "o direito não se resume aos atos do legislador", e, também, a efetividade social é um elemento fundamental para a interpretação da norma.[22] Vive-se um momento de "substituição do paradigma liberal-burguês (proteção do indivíduo contra o poder do Estado) pelo paradigma da solidariedade"[23].

A solidariedade social, então, deve estar presente na escolha também das políticas públicas de inclusão social no Estado Democrático de Direito em construção pelos seus cidadãos. Tudo isso se conclui de um raciocínio jurídico e interpretativo do texto constitucional.

Muito embora o princípio da solidariedade social seja, sem sede teórica, uma matriz norteadora do Sistema Tributário Constitucional brasileiro, não significa que ele

seja orientador das políticas públicas fiscais no território nacional. Muito pelo contrário, o que ocorre é um enfraquecimento do Estado Fiscal brasileiro, que está, como se disse, estruturado para ser um Estado Democrático de Direito. Doutrinariamente se tem tratado o tema como resultado de um processo de enfraquecimento do Estado causado pelo fenômeno da Globalização e da aplicação de medidas econômicas neoliberais. Com a República Federativa do Brasil os fatos assim também se sucederam, uma vez que esta não está imune à influência dos caminhos apontados pela política internacional.

Na seqüência será estabelecido um paralelo entre a narrativa bíblica do Êxodo e o acolhimento e aplicação dos princípios constitucionais de direito tributário como a solidariedade e capacidade contributiva.

4 Constituição de 1988: a lei libertadora?

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), como se disse abrigou importantes compromissos sociais entre as diferentes classes sociais brasileiras. Contudo, no que tange a matéria de políticas públicas tributárias, questiona-se a efetividade de tais pactos no sentido de acolhimento e cumprimento dos princípios orientadores como é o caso do princípio da capacidade contributiva, corolário do princípio da solidariedade.

Nesse quadra, indubitavelmente, pode-se estabelecer um paralelo entre a idéia preconizada por François Ost no texto em que estabelece relação entre uma lei faraônica e uma lei libertadora.[24]

No capítulo I da obra "Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico", Fraçois Ost, diz que a lei, em oposição ao direito subjetivo (individual), é donde principia o direito nos países de tradição romano-germânica (Europa Continental). A lei tem a força de "fazer a justiça".[25]

É depositada toda a confiança da feitura da justiça no ditame escrito, pois, indubitavelmente, a lei haverá de ser perfeita. Ora dádiva divina, ora produto de pesquisa nas bibliotecas da antiguidade (lei romana), para posteriormente ser considerada fruto da razão humana ou da interação comunitária, a lei necessariamente é "outorgada" por um ator fora do comum. Haveria, dessa forma, um "mito da lei perfeita".[26]

Na senda da lei perfeita, o autor propõe uma releitura do texto bíblico em que é narrada a "doação da lei pelo próprio Deus ao povo judeu". Com esse desiderato, conduz o leitor explicando que o estudo dessa passagem conduzirá a uma grande mudança do entendimento acerca do "mito da lei perfeita". Assevera que duas descobertas são fundamentais para o entendimento proposto no texto: a) a de que a lei perfeita, que veio de cima, isto é, dada por Deus, ("idéia de *heteronomia*") está imbricada com a idéia de autonomia (idéia de lei dialógica), uma vez que imprescindível a participação do mediador (Moisés) no processo de construção e conclusão do texto legal; b) as prescrições contidas no texto legal importam menos que "as condições de recepção da lei".[27]

O âmago do texto bíblico, no sentido de sua contribuição à teoria moderna da lei, mostra o processo pelo qual o povo hebreu se livra da servidão confiando numa promessa de liberdade com a contrapartida da responsabilidade, por meio de um processo dialógico-construtivo de um texto legal.[28]

O contraponto da idéia de uma lei outorgada por um personagem divino, está a fábula platônica que narra o episódio em que os homens recebem dos deuses dádivas com o objetivo de vencerem as adversidades da natureza e do convívio humano.[29]

Nesse texto conta-se que o homem, por ter sido o último, não lhe tocou nenhum dos dons distribuídos por Epimeteu. Então, pela intervenção de Prometeu, o homem recebe o fogo e o dom das artes. Todavia, os homens viviam em constante ameaça. Se, por um jeito, optavam em viverem isolados eram presas de feras, por outro, se conviviam em cidades, brigavam uns com os outros. Diante dessa conjuntura Zeus enviou Hermes para que dotasse todos os homens dos dons "respeito" (aidos) e "justiça" (dikè).[30]

Ost aponta duas linhas de aprendizado do mito grego fundante do mundo. Primeiro, ao contrário do esperado, explica que Zeus não deu um código de leis pronto aos homens para que convivessem em paz e prosperassem. Deu-lhes valores orientadores da relação dos homens entre si e civilidade para respeitarem as leis por eles mesmos escolhidas. Segundo, há também nesse texto uma relação entre a lei como "presente divino" (heteronomia) e a lei como fruto de uma deliberação política (marcada pela autonomia). Zeus não deu a lei, "mas a relação com a lei", havendo a necessidade de que todos participem da "definição do bem comum".[31]

O autor também traz a lume a lenda ameríndia do povo iroquês, cristalizada na tradição oral, que conta que um personagem chamado *Tekanawita*, de etnia diferente da iroquês, ele era huron, "deu a lei aos iroqueses". Tal narrativa conta que esse personagem pacificou e confederou as nações iroquesas plantando "a Árvore da Grande Paz".[32]

Dos relatos apresentados, Ost assevera que o destaque, em todos, está "mais nas condições de acolhimento da lei do que no detalhe de suas prescrições". O mais importante, segundo o autor, é dirigir a capacidade mental que propicia a representação de conceitos e idéias, no sentido de criar um mito fundante em que as pessoas viveram em harmonia. O processo é contínuo, no memo momento em que é instituído tal mito fundante, e por consequência sua comunidade e sua lei, a "desinstituição" da comunidade tem início, uma vez que há o corrompimento da lei.[33]

Dessa forma pode ser encarado o fenômeno da Globalização e a implementação de políticas públicas prescritas pelo do ideário neoliberal no Brasil no período posterior a promulgação da CF/88 com as políticas de privatizações e de pregações do Estado mínimo em sede de retorno.

Ademais, quando a lei é corrompida por facções e tiranos, abre-se espaço para a contestação da lei em suas origens, de modo que são vistas apenas como mantenedoras da situação e do contexto. Crítica contundente a lei é também aquela em que se combate suas ambições reformadoras, porque vergastam a tradição e os costumes arraigados. Há também a crítica dirigida aos abusos cometidos a pretexto do cumprimento da lei.

Existem os que combatem a aplicação “mecânica e literal” da lei, como também os que, céticos, não acreditam que sua mudança trará algum benefício. Outros, ainda, asseveram que a lei se faz necessária, eis que, sem ela, seria o caos entre o homens.[34]

Por isso, “é importante sempre retomar, com um novo esforço, o empreendimento de fundação das leis”, nessa perspectiva é que o autor coloca a releitura do Êxodo.[35] Tal releitura do Êxodo, leva François Ost a concluir que em verdade não se trata de uma simples “afirmação autoritária da lei”, uma imposição de cima para baixo (processo heterônomo), mas trata-se, sim, de uma “aliança” (processo dialógico).[36]

Por isso, assegura Ost, esteiado em argumento de Montaigne, que sem as leis os homens dariam cabo de si próprios, daí a importância da retomada constante da refundação do edifício da lei.[37]

Daí, também, a retomada do texto sagrado do Êxodo para estabelecer um contraponto que François Ost denomina de “O Sinai ou a lei negociada”[38] a fim de por a lume eventual processo dialógico existente na formação/dádiva do texto dos Dez Mandamentos.

Para isso o Autor percorre um caminho em que se vislumbra que “Reler o Êxodo”[39] implica em compreender que ocorre o surgimento de um Deus diferente, mais próximo do povo de Israel. Diferente, pois não mais como uma “onipotência divina natural, cósmica, astral”, traduzido numa condição humana de “poder arbitrário e ciumento”. Deus, segundo a interpretação dada por Ost ao texto bíblico, iria “começar uma história” com o povo de Israel por meio de uma proposta de aliança assimétrica que foi aceita como lei comum. De um lado Deus oferece a terra prometida (liberdade) e renuncia à vingança e à cólera[40], por outro os próprios homens comprometem-se a cumprir as condições impostas por Deus em benefício deles mesmos (Dez Mandamentos). Vê-se aí, pelo pensamento guia de Ost, que necessariamente há uma reciprocidade de promessas.[41]

Essa releitura do episódio bíblico também implica o desapego do homem da “lei opressiva” e o efetivo apego da liberdade responsável. A simbologia bíblica demonstra tal desapego da lei do Faraó com a passagem do Mar Vermelho e a travessia do Deserto. Quer dizer, então, que o povo de Israel ao cruzar sob as águas do Mar Vermelho rompeu com a servidão/escravidão e submissão imposta pela lei faraônica. Ganhou daí a liberdade do deserto e sua árdua travessia. A liberdade do deserto foi recebida por todos e exercida coletivamente por uma quantia de pessoas que, supõe-se, fosse grande, daí não se poder dizer que houve uma liberdade com exercício em “espaço robinsoniano do solipsismo”. A liberdade de cada um estava tolhida, limitada, pela esfera de liberdade do outro. Nesse contexto, então, não há que se falar de uma liberdade irresponsável, mas sim a existência de uma “dialética da autonomia e da heteronomia”, em que “a liberdade, a lei e a aliança se condicionam reciprocamente”.[42]

Da narrativa contida no Êxodo se depreende um processo de “aprendizagem da liberdade e da responsabilidade para o homem, renúncia à cólera e à vingança para Deus, instituição progressiva do povo que passa da condição de massa ou de rebanho à de grupo instituído”.[43]

Ost aponta a hipótese: “é somente pela operação de uma dialética (...) histórica [narrativa]” (...) que o “engendramento recíproco da lei e da liberdade, a interação da auto e da heteronomia” (...) “podem (...) começar a ser compreendidos”.[44]

Assim, para a compreensão da hipótese, assinala que é importante o fato de a lei e a aliança do Sinai estarem inseridas num contexto de sucessão de outras leis e alianças mais antigas. A antecedência da lei se sobressai como “condição e possibilidade do direito”. O segundo aspecto que corrobora a hipótese do autor é que o modelo bíblico é “essencialmente narrativo”.[45]

A conclusão é de que o texto é prescritivo e só é produzido e reproduzido de modo narrativo, isto é, pela leitura, debate, interlocução, podendo, de igual forma descambar para o campo da transgressão, ou, ainda, ser interpretado de acordo com o contexto de quem o lê, podendo, aí, sofrer reformulações. Há o risco. Ainda em caráter conclusivo, a propriedade do texto do Êxodo é de produzir-se como discurso de efetuação.[46]

A saída do Egito para a liberdade do deserto com suas armadilhas e sofrimentos provocou em muitos homens a vontade de estarem novamente sob o peso dos grilhões egípcios.

François Ost apresenta como o Êxodo como a primeira vez que o absolutismo divino e cosmocrata é desafiado de forma aberta por um povo que se levanta contra o déspota e reclama sua liberdade como direito.[47]

A travessia do deserto, como já se afirmou anteriormente, constitui simbolismo bíblico que pode ser traduzido, como quer Ost, na gravação dialógica da lei nas Tábuas dos Mandamentos. Tal símbolo deve ser descrito como a dificuldade de transmutação de um modelo baseado na tradição que consistia em uma conformação do povo de Israel com sua situação miserável de escravidão no Egito. Em tal contexto o povo hebreu acreditava em um Deus vingativo, colérico e pouco preocupado com a condição humana. O povo de Israel, conformado com a tirania da lei opressora do Faraó, contentava-se com o alimento e a sombra oferecida, ao que, em contrapartida, dava sua submissão. Ao enfrentar o deserto avoca para si um pressentimento de direito, quer se libertar da opressão, mesmo sabendo do preço alto que viria a pagar pelos anos vagando no deserto. O sofrimento decorrente do fato de encararem a realidade na esperança da terra prometida faz com que alguns sintam saudades da condição cômoda e submissa dos tempos de escravidão no Egito.[48]

O episódio do Sinai “se trata de uma negociação a propósito de uma codificação”. Na opinião de François Ost, amparando-se em Draï, a história do Sinai constitui um precedente histórico do contrato social.[49]

Como se escreve a lei que liberta é a pergunta que o autor faz para delinear o processo dialógico descrito. Em resposta aponta, “toda a formação unilateral da lei se expõe a um fracasso. O texto só ganha corpo ao cabo de várias formulações: ele é uma criação sempre inacabada, por isso não pode ser obra de um Deus solipsista cujos trabalhos são inalteráveis intangíveis.”[50]

Moisés foi um personagem que mediou um conflito muito importante na história, entre o próprio Deus e seu povo. A crise instaurada provocou o surgimento de um novo povo e de um novo Deus.

A história do processo constitucional brasileiro pode ser colocada em analogia ao pensamento de Ost transcrito acima, principalmente no que diz respeito a matéria tributária e os princípios constitucionais que a orientam. O próprio princípio da solidariedade é ainda uma promessa visto que, apenas incipientemente, é acolhido e aplicado na formulação da legislação dos tributos e nos julgamentos de lides tributárias.

No Brasil, devido a tradição positivista hegemônica na doutrina do Direito Tributário, e também em razão do autoritarismo iniciado com o golpe de Estado de 1964, que acabou por gerar uma postura garantista conferida ao Direito Tributário, ou, por outro lado, pela visão restritiva e reacionária da maioria da doutrina em relação ao direito tributário de outros países, o princípio da solidariedade não é bem compreendido.[51]

Então é de se concluir que os cidadãos brasileiros ainda estão a cruzar um grande deserto no que diz respeito ao avocamento de uma responsabilidade pelo pagamento de seus tributos com justiça. Não chamam a si esse dever, pois o modo como o governo conduz as políticas nessa área não alberga os ditames da justiça social, o que facilita e torna endêmica práticas sonegatórias e de guerra fiscal por exemplo.

Nesse sentido, pode-se falar em uma continuidade com a ordem jurídica anterior autoritária, e por um outro modo, de uma ruptura com a solidariedade tributária em face do ideário neoliberal e sua política de distribuição de renda às avessas que solapou o Estado de Bem-Estar Social e o Estado Fiscal brasileiro.

5 Causas do enfraquecimento do Estado Fiscal: o ideário neoliberal.

O conservadorismo político apregoa que o modelo de Estado do Bem-Estar Social constitui uma estrutura falida e que só vem em prejuízo da sociedade e do mercado. Buffon explica que essa concepção é fundamentada em três argumentos importantes:

a) o desequilíbrio orçamentário decorrente da expansão dos gastos sociais do Estado produz déficits públicos, que penalizam a atividade produtiva, provocam inflação e desemprego; b) a amplitude dos programas sociais, no plano político, implica significativa regulação e intervenção do Estado na vida social, reduzindo a democracia e tendendo para um autoritarismo ou totalitarismo; e c) os programas sociais estimulariam a passividade e a inatividade do cidadão, pois eliminariam os riscos, feririam a ética do trabalho e comprometeriam o mecanismo de mercado, à medida que reduzem a competitividade da mão-de-obra.”[52]

O ideário neoliberal trouxe a idéia de que para que o houvesse uma expansão do capital e que o bolo crescesse antes de ser dividido entre os cidadãos, seria necessário que as medidas políticas tomadas permitissem o encadeamento das situações seguintes:

a) a diminuição do Estado com processos de privatização, permitindo que o setor privado pudesse atuar naqueles setores onde o Estado era concorrente ou único ator, sendo que com a diminuição do Estado, inclusive nas suas prestações sociais fundamentais, passa a ser possível; b) a diminuição ou eliminação dos tributos de capital, deixando que a classe assalariada arque com o que subsiste dos serviços públicos (os dados do período Reagan nos EUA ilustram esta afirmativa); c) o enfraquecimento dos sindicatos para minimizar a pressão sobre o valor do trabalho, que ameaçaria os lucros crescentes; d) a substituição gradual do trabalho humano pela automação (o capital tem investimento maciço em serviços e bens sofisticados para ampliação dos lucros aumentando o consumo sem aumentar os consumidores, permitindo assim, a geração do desemprego, o que pode parecer incompatível); e) a diminuição dos salários; f) a diminuição dos direitos sociais especialmente os direitos constitucionais do trabalhador, o que significa um retorno às características da terceira fase evolutiva do Estado.[53]

O Estado do Bem-Estar Social foi então considerado culpado por toda a crise instalada. Acusado de desestimular valores como o trabalho e a livre iniciativa. Nessa seara, debate gira em torno da supremacia da lei e da ruptura que se verifica por força da desregulação estatal diante das demandas sociais, providas outrora pelo Estado. Tal conjuntura, serve de substrato fértil para que logre a proliferação de direitos não oficiais ou marginais. Hodiernamente se estabelece uma renovada discussão acerca das características e elementos do Estado-nação e sua relação com os direitos humanos. Fabiana Marion Spengler chama a atenção para a crise estrutural, política (atinge a democracia representativa, o sistema partidário e eleitoral, etc.), e a crise funcional (seus aspectos são refletidos no Legislativo e na Jurisdição).[54]

Buffon adverte que a crise estrutural do Estado pode ser entendida como “causa da emergência do denominado neoliberalismo econômico”, bem como, também é possível argumentar que o ideário neoliberal contribui de forma decisiva para a estruturação do modelo globalizante que não respeita as questões sociais, uma vez que projetado com a finalidade precípua de não-intervenção Estatal.[55]

É nesse sentido que o mesmo Buffon esmiúça o assunto em outras palavras:

Noutros termos, o novo ideário surge a partir da crise do Estado e serve de fundamentação ideológica para a construção de um processo - em escala mundial – que rompe com quase todos os dogmas outrora existentes. Nesse cenário, pois, emerge a ‘globalização’.[56]

Tudo o que se disse acima faz parte do receituário neoliberal de políticas, essa como doutrina fomentou um pensamento de desnecessidade de pagamento de tributos (antifiscalismo), pretendendo que os Estados exijam cada vez menos impostos, que o próprio Estado seja cada vez mais ausente e o mercado, por sua vez passe a controlar com sua lei, cada vez mais. Quebrando com os princípios do keinesianismo.[57]

Essa forma de conduzir a política tem um indubitável destino: o Estado-mínimo. Essa perspectiva é vislumbrada em diversas áreas do Estado mas se nota com muito

mais nitidez no “modelo tributário” construído a partir do paradigma liberal. Nesse sentido é que o autor assevera que:

Sob a ótica da tributação, assiste-se a um processo de desintegração dos valores e princípios construídos ao longo da história do Estado do Bem-Estar Social. Passa-se a questionar a conveniência de princípios de tributação tidos como inerentes à existência desse modelo de Estado. Passa-se a questionar a validade de princípios como a da progressividade, da igualdade material e da capacidade contributiva, até então entendidos como dogmas de um sistema tributário justo (adequado ao Estado Democrático e Social de Direito).[58]

Contudo, o Estado “é uma realidade criada pela própria sociedade civil para desenvolver determinadas tarefas, dentre elas tomar decisões que atendam seus interesses”.[59] Por outras palavras, o Estado vai intervir em favor dos interesses dos cidadãos na medida da força social legitimadora que a cidadania lhe deposita. O Estado Contemporâneo deve ser analisado sob o prisma do contexto social atual, sem deixar de lado suas mudanças econômicas, e suas crises cíclicas. Fatores que serviram de canteiro fértil de Estados que se intrometeram e regularam suas economias atendendo demandas sociais como o trabalho, a educação e saúde. Atualmente e cada vez mais o Estado busca uma descentralização por força de sua pouca habilidade em “suprir suas funções refletidas na perda de sua legitimidade e na debilitação de sua própria existência”.[60]

6 Políticas públicas fiscais de inclusão social

Se estar envolvido com os problemas da comunidade e tentar resolvê-los de acordo com as regras do jogo implica em uma união com responsabilidade, o ideário neoliberal trabalha com a lógica inversa: tenta dividir para conquistar. Todo esse debate, além de estar pautado pela confiança, regras de reciprocidade e estímulo de normas oriundas da sociedade e, portanto, não-positivas, segue algumas regras de ciência política.

O termo Política Pública dá a idéia do âmbito do público e dos problemas que lhe são atinentes. No dizer de Schmidt:

Uma formulação atualizada e que mostra a relevância das políticas para orientar a ação do governo e da sociedade consta em documento do Ministério da Saúde (2006, p. 9): Políticas públicas configuram decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas as intenções do governo no planejamento de programas, projetos e atividades.[61]

Políticas públicas fiscais de inclusão social estão enquadradas na classificação como políticas macroeconômicas. Via de regra são definidas por um pequeno grupo de técnicos e ratificadas pelo Poder Legislativo sem maiores questionamentos quando o caso não for de aumento de impostos ou criação de algum novo tributo.

Considerando o até agora sustentado, propõe-se, corroborado por doutrina, a inserção de alguns assuntos da agenda política, para que, com o processo e o debate cada vez mais amplo, haja a futura implementação como políticas públicas de efetiva inclusão social.

A capacidade econômica de contribuir com tributos nunca foi prestigiada no Brasil, quando se trata de estabelecer impostos. Veja-se o caso do imposto de renda, legalmente só possui duas alíquotas e seus debates restringem-se, fora do Congresso Nacional, apenas a negá-lo e dizer que é muito alto e injusto. O pior é que realmente é alto e injusto porque apenas alcança algumas classes da sociedade não alcançando outras, e alcançado as mais elevadas de forma bem menos agressiva.

Nesse sentido, quando ao imposto incidente sobre rendas de pessoas físicas o debate deve se dar no sentido de explicar que a existência de um maior número de alíquotas mais pessoas contribuiriam com uma menor parcela. De forma oblíqua dar-se-ia combate a sonegação e ao Estado caberia um volume maior de arrecadação.

Outro tributo que merece destaque num amplo debate nacional acerca de políticas tributárias é o imposto sobre heranças e doações "que atualmente não apresenta qualquer função extrafiscal de redistribuição de riqueza"[62]. Esse tipo de imposto comporta uma progressividade de alíquotas que tornaria a distribuição de riqueza mais solidária.

A solidariedade na tributação está diretamente relacionada com as políticas públicas fiscais de inclusão social. E a Constituição de 1988 oferece inúmeros instrumentos para a inserção dessa discussão na agenda política e debate a nível nacional.

Dentre as regras de direito tributário constitucional brasileiro o Imposto Territorial Rural é o que mais apresenta possibilidades de implementação de políticas públicas solidárias. Contudo, esse tributo está relegado a cobrança por parte dos Municípios e seus "poderes especiais" não estão em nada sendo utilizados.[63]

A democracia liberal (representativa) sempre demonstrou pouco interesse pelo Direito Tributário Solidário (acha que é coisa de comunista), sem sequer ter regulamentado ou legislado sobre impostos incidentes sobre grandes fortunas.

Com isso também concorda Buffon, que sustenta que a área tributária é o terreno mais propenso para a implementação de políticas públicas de resgate da solidariedade social tão vergastada pela política neoliberal realizadora de uma distribuição de renda às avessas, isto é, mantendo o muito na mão de poucos e retirando o pouco da mão de muitos. Nesse sentido, aponta que a carga tributária "deve estar adstrita à capacidade econômica do contribuinte" e, ainda, "quando não adstrita à efetiva capacidade contributiva, deve visar à concretização de um objetivo constitucionalmente posto (extrafiscalidade)". [64]

A saída da crise do Estado Fiscal e do Estado do Bem-Estar Social já foi posta na CF/88, contudo o texto sozinho nada fará para um crescimento econômico ou para efetivação de direitos fundamentais. É necessário uma tomada de decisão equiparada a do povo de Israel que assumiu a responsabilidade por sua liberdade.

7 Considerações finais

Em um contexto em que prevalece a lei do mais forte economicamente, a presença de um Estado combatedor de desigualdades sociais é imprescindível. Um Estado não com leis impostas como a lei do faraó, mas com leis assumidas pelos cidadãos com responsabilidade e com liberdade.

O Estado Fiscal e o Estado do Bem-Estar Social são criações humanas para o mantimento de um sistema de coexistência digna entre os seres humanos e passa por uma reformulação em razão de uma profunda crise.

No Brasil, as políticas públicas tributárias estão na agenda política, ocorre, contudo, que uma das faces dessa crise atingiu em cheio a democracia representativa que se vê aos tombos com os interesses da cidadania e aos abraços com os interesses privados com recursos financeiros abundantes. Tal fato faz com que as questões de matéria tributária passem sem um cotejo com o princípio da solidariedade social ou da capacidade contributiva.

Eis que aí está uma das inevitáveis saídas para um fortalecimento do Estado e um conseqüente controle social e manutenção da propriedade privada tão cara aos seres humanos contemporâneos.

8 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUFFON, Marciano. A crise estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e Solidariedade Social. In: Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. pp. 141-167.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001.

MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola (Coords). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 2. pp. 686-705.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2004.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SCHMIDT, João Pedro. Políticas Públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerecialista. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 1988-2032.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SETTEMBRINI, Domenico. Social-Democracia. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 2.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-Jurisdição em Crise e a Instituição do Consenso*: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2007. Tese (Programa Pós-Graduação em Direito – Doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

---

[1] GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e Solidariedade Social. In: Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 153.

[2] Ibid. p. 153.

[3] Ibid. p. 154.

[4] Ibid. p. 154.

[5] Ibid. p. 155.

[6] MATTEUCCI MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola (Coords). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis

Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 2. pp. 686-705.

[7] GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 143.

[8] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28.

[9] Tendo-se em conta que o Estado brasileiro foi um Estado Patrimonial, a rigor nunca teve um modo de produção feudal e antes da redemocratização da década de 1980, viveu o que se chama de Estado Nacional-Desenvolvimentista. Nesse sentido ver: SCHMIDT, João Pedro. Políticas Públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerecialista. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 1988-2032; FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p. 819.

[10] Sobre o assunto ver: SETTEMBRINI, Domenico. Social-Democracia. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 2. p. 1.188. "I. O conceito de Social-democracia. – É um termo que, após as polêmicas dos últimos 50 anos, adquiriu, na linguagem corrente, um significado profundamente anômalo do ponto de vista teórico e histórico, ainda que paradoxalmente correto do ponto de vista étimo. Na prática, usa-se para designar os movimentos socialistas que pretendem mover-se rigorosa e exclusivamente no âmbito das instituições liberal-democráticas, aceitando, dentro de certos limites, a função positiva do mercado e mesmo a propriedade privada. Renunciam assim a estabelecer, quando quer que seja, 'um novo céu e uma nova terra'." (p. 1188). Este emprego do termo, porém, trai sua origem polêmica e maniqueísta, porquanto mutila arbitrariamente a realidade. É como se entre a posição acima definida, cujo nome apropriado é o de Reformismo (v.), e a posição oposta do socialismo revolucionário não existisse espaço intermédio, justamente aquele que a Social-democracia pretende ocupar. Esta, com efeito, diversamente do que ocorre com o reformismo, aceita instituições liberal-democráticas, mas considera-as insuficientes para garantir uma efetiva participação popular no poder e tolera o capitalismo, na medida em que, diferindo nisso do socialismo revolucionário, considera os tempos ainda 'não amadurecidos' para transformar as primeiras e abolir radicalmente o segundo. Incumbe à Social-democracia lutar em duas frentes: contra o reformismo burguês, que levaria o movimento operário a empantanar-se irremediavelmente no sistema, e contra o aventureirismo revolucionário, que levaria a quebrar a cabeça contra as estruturas ainda sólidas do sistema. O fato de a Social-democracia se comprometer mais com uma ou com outra das frentes depende de que circunstâncias históricas favoreçam um ou outro caminho. Quando a situação não é revolucionária, pareceria não existir, em termos lógicos, alternativa possível entre reformismo e sectarismo revolucionário. Pois bem, a Social-democracia é, nesse sentido, um desafio contra a lógica, isto é, a tentativa de manter vivo, contra ventos e marés, o sonho da radical palingenesia, que constitui a raiz do socialismo. Uma

tentativa tão engenhosa e complexa sob muitos aspectos que desperta vivo interesse mesmo naqueles que avaliam negativamente os seus objetivos e resultados. A social democracia é, em suma, para usara expressão de um historiador marxista, a 'a memória da revolução' (Zanardo)." (p. 1188)

[11] SETTEMBRINI. Social-Democracia. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. 1994. Vol. 2. p. 1.189

[12] SETTEMBRINI, p. 1.190.

[13] SETTEMBRINI, p. 1.189.

[14] SETTEMBRINI, Domenico. Social-Democracia. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 2. p. 1.190.

[15] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. pp. 166-170.

[16] LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001. p. 27; e, RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 13.

[17] LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001. p. 29.

[18] Ver Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105 que aborda a relação entre a solidariedade social e contribuição dos servidores públicos inativos, em que o STF pode-se assim dizer, mudou um paradigma até então mantido no sentido de uma dogmática positivista em relação aos princípios de Direito Tributário para uma visão no sentido da existência de um Dever Fundamental de Pagar Impostos. Ver também: GODOI, Marciano Seabra de GODOI. Tributo e Solidariedade Social. In: Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. pp. 141-167.

[19] GODOI, Marciano Seabra de GODOI. Tributo e Solidariedade Social. In: Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. pp. 149.

[20] LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001. p. 29.

[21] NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p. 31.

[22] GODOI, Marciano Seabra de GODOI. Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 144.

[23] Ibid. p. 145.

[24] OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2004. p. 61-95.

[25] Ibid. p. 61.

[26] Ibid. p. 61-62.

[27] Ibid. p. 62-63.

[28] Ibid. p. 63.

[29] Ibid. p. 63-64.

[30] Ibid. p. 63-64.

[31] Ibid. p. 64-65.

[32] Ibid. p. 66.

[33] Ibid. p. 66-67.

[34] Ibid. p. 67-68.

[35] Ibid. p. 68.

[36] Ibid. p. 68-69.

[37] Ibid. p. 68.

[38] Ibid. p. 69.

[39] Ibid. p. 70.

[40] Ibid. p. 72.

[41] Ibid. p. 72.

[42] Ibid. p. 70-71.

[43] Ibid. p. 72.

[44] Ibid. p. 72-73.

[45] Ibid. p. 73.

[46] Ibid. p. 74.

[47] Ibid. p. 75.

[48] Ibid. p. 79-80.

[49] Ibid. p. 84.

[50] Ibid. p. 89.

[51] GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e Solidariedade Social. In: Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 158.

[52] BUFFON, Marciano. A crise estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

[53] Ibid. p. 90.

[54] SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-Jurisdição em Crise e a Instituição do Consenso*: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2007. Tese (Programa Pós-Graduação em Direito – Doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007. p. 89-92, *passim*.

[55] Ibid. p. 92.

[56] BUFFON, Marciano. A crise estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 92

[57] Ibid. p. 102. "Como explica Michel Bouvier, [nota 70: Bouvier, Michel. *Introduction au Droit Fiscal Général et à la theorie de l'ímpôt*, 6ª ed. Paris: LGDJ, 2001, p. 202/206.] no campo tributário, os americanos Milton Friedman (Escola de Chicago), J. Buchanan (Escola de Virgínia) e o ultraliberal Murray Rothabard, apesar de seus pontos divergentes, realimentaram o antifiscalismo contemporâneo e se pautaram pelas regras: cada vez menos impostos, menos Estado e mais mercado. A escola monetarista de Friedman defendeu o desenvolvimento livre de uma economia informal ou paralela. Essa nova concepção significou uma reação a Keynes, na era que se convencionou a denominar de pós-moderna, sendo que tal reação capitaneada por F. Hayek, que preconiza uma ordem social espontânea."

[58] Ibid. p. 103.

[59] SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-Jurisdição em Crise e a Instituição do Consenso*: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2007. Tese (Programa Pós-Graduação em Direito – Doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007. p. 92.

[60] Ibid. p. 96.

[61] SCHMIDT, João Pedro. Para entender políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Orgs.). *Direitos Sociais*

e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

[62] GODOI, Marciano Seabra de GODOI. Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. pp. 163.

[63] *Ibid*., p. 163.

[64] BUFFON, Marciano. A crise estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 114.

ESTADO, GLOBALIZAÇÃO E SOBERANIA: FUNDAMENTOS POLÍTICO-JURÍDICOS DO FENÔMENO DA TRANSNACIONALIDADE*

ESTADO, GLOBALIZACIÓN Y SOBERANÍA: FUNDAMENTOS POLÍTICO-JURÍDICOS DEL FENÓMENO DE LA TRANSNACIONALIDAD

Everton das Neves Gonçalves
Joana Stelzer

RESUMO

O fenômeno da transnacionalização representa o novo contexto mundial, surgido principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período do pós-guerra, caracterizado pela desterritorialização, expansão capitalista e enfraquecimento da soberania. A partir de tais características, objetivou-se construir o emergente cenário externo no qual se travam as relações de direito mundial. Dividido em duas partes, o estudo debruçou-se sobre a perspectiva fenomenológica da transnacionalidade para, em, seguida, estampar as características que lhe dão forma. A desterritorialização é vista como marcante aspecto desse processo, dizendo respeito às questões 'além fronteira'. Sobre o capitalismo também foram tecidas considerações, pois é o ritmo econômico que ganhou força no pós-guerra, acentuando-se com o fim da denominada Guerra Fria. Quanto ao Estado, historicamente detentor de espaço geograficamente delimitado e submetido a Governo próprio, iniciou um amplo processo de inserção em comunidades mais amplas, esmaecendo as fronteiras que lhe caracterizavam. Em síntese, discute-se a emergência do paradigma da transnacionalidade, suas bases e perspectivas. Quanto à metodologia, utilizou-se o método indutivo, com sustentação em reconhecidas obras doutrinárias. Quanto aos fins, tratou-se de análise exploratória e explicativa, pois além da novidade do tema, houve empenho em avaliar de forma crítica a fenomenologia transnacional.

PALAVRAS-CHAVES: TRANSNACIONALIDADE. ESTADO. SOBERANIA.

RESUMEN

El fenómeno de la transnacionalización representa el nuevo contexto mundial, surgido principalmente a partir de la intensificación de las operaciones de naturaleza económico-comercial en el período de pos-guerra, caracterizado por la deslocalización, expansión capitalista y pérdida de fuerza de la soberanía. A partir de tales características, se objetivó construir el emergente escenario externo en el cual se traban las relaciones de derecho mundial. Dividido en dos partes, el estudio se ocupó de la perspectiva fenomenológica de la transnacionalidad para, en seguida, estampar las características que le dan forma. La deslocalización es vista como marcado aspecto del proceso, diciendo respecto a las cuestiones exteriores a las fronteras. Sobre el

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

capitalismo también se hicieron consideraciones, pues es el ritmo económico que ganó fuerza en el pos-guerra, acentuándose con el fin de la denominada Guerra Fría. Cuanto al Estado, históricamente detentor del espacio geográficamente delimitado y sometido al Gobierno propio, inició un amplio proceso de inserción en comunidades más amplias, escaeciendo las fronteras que lo caracterizaban. En síntesis, se discute la emergencia del paradigma de la transnacionalidad, sus bases y perspectivas. Cuanto a la metodología, se utilizó el método inductivo, con sustentación en reconocidas obras doctrinarias. Cuanto a los fines, se trató del análisis exploratorio y explicativo, una vez que además de la novedad del tema, hubo empeño en evaluar de forma crítica la fenomenología transnacional.

PALAVRAS-CLAVE: TRANSNACIONALIDAD. ESTADO. SOBERANÍA.

Introdução

Significativa parte das obras acadêmicas que albergam as teorias sobre o Estado e seu relacionamento pauta-se pelo monopólio da produção jurídica e pela soberania incontestável que caracteriza o ente político. O Estado, que adquiriu aspectos constitucionais e democráticos e se consolidou no dito Estado moderno, contudo, está no centro de uma discussão que, contemporaneamente, contesta sua invencibilidade soberana e capacidade exclusiva de ordenar os relacionamentos político-jurídicos entre os sujeitos que o cercam.

Desde a evolutiva complexidade que marca a interação social no período seguinte à Segunda Guerra Mundial, caracterizada pelo barateamento dos meios de comunicação, intensificação do comércio, facilitação dos transportes, expansão do capital financeiro, entre outros, assistiu-se ao enfraquecimento estatal, tendo por contrapartida a emergência e o reforço de outros enlaces de poder. O Estado não desapareceu, mas relativizou-se em determinadas dimensões legais, de maneira que não se reconhece mais o ente político-jurídico em suas características clássicas.

A intensificação das relações sociais de emergentes sujeitos no palco externo desencadearam uma rede de interação caracterizada pelo transpasse estatal (transnacional) e não mais pela relação ponto a ponto entre (*inter*) os estados (inter-nacional). Nesse contexto, marcado pela fragilização estatal de um lado e pelo reforço de outros centros de poder é que emerge a transnacionalização, evidenciada pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultra-valorizado e que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados.

Tendo em vista tais repercussões de ordem político-jurídica, envolvendo o Estado e o Direito, desenvolveu-se a presente discussão em duas grandes partes. Na primeira, houve preocupação em debater a fenomenologia da transnacionalidade, apontando peculiaridades em relação aos fenômenos da internacionalização, da multinacionalização, da globalização e da mundialização. Na segunda parte foram trazidos os fundamentos fenomenológicos que transformaram o debate internacional,

destacando-se: a desterritorialização das relações político-econômicas, a ultra valorização do capitalismo e, enfim, o enfraquecimento do Estado-soberano.

O método utilizado nessa investigação foi o indutivo, com base em reconhecidos posicionamentos doutrinários que debatem a temática da transnacionalidade. Quanto aos fins, tratou-se de análise exploratória e explicativa, pois além da novidade temática, buscou-se avaliar de forma crítica o caráter fenomenológico das relações político-jurídicas entre os Estados no âmbito transnacional.

1 Transnacionalidade: perspectiva fenomenológica do emergente paradigma

O fenômeno da transnacionalização representa o novo contexto mundial, surgido principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período do pós-guerra, caracterizado – especialmente – pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania[1] e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal.

A transnacionalização não é fenômeno distinto da globalização (ou da mundialização), pois nasce no seu contexto, com características que podem viabilizar o surgimento da categoria Direito transnacional. Não se deve descolar a transnacionalização da globalização ou da mundialização, circunstância que levaria o pesquisador à complexa e infinita pesquisa de doutrinadores, cada um a seu jeito, a denominar as emergentes circunstâncias que moldam a vida contemporânea ou, como Ulrich Beck alude, buscar para a globalização uma definição "mais parece uma tentativa de pregar um pudim na parede."[2]

No intuito de estabelecer um acordo semântico, de modo a lançar luz a respeito da temática, mas sem desfazer-se das discussões acerca do significado polissêmico que os fenômenos comportam, identificam-se algumas características mais comumente encontradas e consideradas próprias dos fenômenos: internacionalização, multinacionalização, globalização, mundialização e, enfim, transnacionalização.[3]

A idéia de internacionalização traz em si o relacionamento predominante entre países, ausente percepção de alcance global. Na internacionalização as relações político-jurídicas desenvolvem-se de forma bilateral ou multilateral, mas sem que tal circunstância esteja envolvida com a multiplicação de enlaces decorrentes das transformações tecnológicas, de comunicação ou de transporte em escala planetária. Desse ponto de vista, o fenômeno da internacionalização está firmemente escorado na idéia de relações entre soberanias. A cooperação entre Estados é a característica dominante e a relação que se estabelece caracteriza-se por ser abreviada entre as partes. Entre os Estados vigora o respeito mútuo e a idéia de soberanias em semelhante plano.

A multinacionalização é o fenômeno associado à idéia de expansão para outros países, porém, não ainda em escala global. A economia mundial no período do pós-guerra, momento também denominado período fordista, experimentou o surgimento de organizações governamentais de influência global e de empresas privadas que

começaram o fracionamento das unidades de produção. Do ponto de vista financeiro, os excedentes petrolíferos acumulados desde a década de setenta alteram o papel dos bancos que se sentiram estimulados para deixar de operar exclusivamente na esfera local.[4] Esse é um dos importantes momentos para a expansão do capital financeiro. Para as empresas, o modelo multinacional dizia respeito à capacidade de desenvolver inovações e transferi-las para o mundo. "Nesse sentido, as companhias precisavam desenvolver estratégias e capacidades organizacionais que permitissem a elas serem receptivas às diferenças entre os ambientes nacionais e o resto do mundo [...] sendo, por isso, chamadas de companhias multinacionais."[5]

Esse é o momento germinal da globalização. O termo multinacionalização dificilmente é utilizado na ciência política e jurídica, mas é uma constante na concepção organizacional das empresas, fato que motiva a denominação 'empresas multinacionais'. Tratam-se da empresas localizadas em vários Estados (multi-Estados, a rigor). Nessa ocasião histórica, as firmas ainda mantinham forte identidade com o país de origem e as unidades no exterior repetem as estruturas internas de organização da matriz. O mercado mundial é entendido, ainda, como um conjunto de Estados, simples somatório das unidades territoriais.

No caso das multinacionais, há a multiterritorialização da atividade produtiva, viabilizando operações em outros países através de filiais ou subsidiárias. Esse movimento, que foi muito presente nas décadas de 60 e 70, por sua vez, acabou impulsionando as empresas para nova inteligência de expansão que ocorrerá à luz da transnacionalização. Dreifuss defende que houve dinamização de três grandes processos de transformação transnacionalizante: de mundialização de estilos, usos e costumes; de globalização tecnológica, produtiva e comercial; e de planetarização da gestão.[6]

A globalização (ou mundialização)[7] é um processo paradigmático, multidimensional, de natureza eminentemente econômico-comercial, que se caracteriza pelo enfraquecimento soberano dos Estados-nacionais[8] e pela emergência dos novos focos de poder transnacional à luz da intensificação dos movimentos de comércio e de economia, fortemente apoiado no desenvolvimento tecnológico e no barateamento das comunicações e dos meios de transportes, multiplicando-se em rede, de matriz essencialmente heurística. Nesse sentido, o pensamento de Ulrich Beck sustenta ser a globalização "os processos, em cujo andamento os Estados nacionais vêem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrer a interferência cruzada de atores transnacionais."[9]

Trata-se de fenômeno mais intenso que a internacionalização, não se restringindo à concepção de expansionismo estatal. Não se identifica com a multinacionalização, pois de igual modo não se limita à multiplicação das relações empresariais em mais de um Estado. Existe uma discussão estabelecida acerca de possíveis diferenças entre globalização e mundialização, mas parte significativa da doutrina percebe que se trata simplesmente do uso diferenciado entre anglo-saxões[10] que preferem a referência 'globalização', enquanto os franceses denominam 'mundialização' (*mondialisation*). Dessa forma, ambos os termos serão utilizados nesse estudo como sinônimos.

Há uma questão muito forte na globalização que cumpre destacar e que decorre propriamente da terminologia: global significa mundial, de alcance planetário. Aliás, a possibilidade de poder ver pela primeira vez o planeta somente foi alcançada em 1969.

Esse é um ponto pouco explorado, mas é certo que mexeu com o imaginário e também viabilizou um pensar global, a rigor. Ao mesmo tempo, tratava-se do grande salto das comunicações, pois permitiu às pessoas assistirem à pequena ameba humana avançar além das fronteiras terrestres[11], rompendo com a idéia de distância 'inter-nações' já que se tratava de transmissão via-satélite.

Ulrich Beck percebe que globalização também significa a "negação do Estado mundial. Mais precisamente: sociedade mundial sem Estado mundial e sem governo mundial. Está se disseminando um capitalismo global desorganizado, pois não há poder hegemônico ou regime internacional econômico ou político"[12]. Desse ponto de vista, a globalização é um processo dialético que produz as conexões e os espaços transnacionais e sociais, a desnacionalização, a experiência cotidiana da ação sem fronteira. Mas, sem que isso traga um contraponto, vale dizer, surge a sociedade transnacional sem que surja um Estado transnacional ou um Governo transnacional[13].

A globalização também não pode ser caracterizada enquanto mera aceleração dos fenômenos anteriores de internacionalização, pois houve mutação do mapa conceitual, especialmente da soberania, agora relativa, divisível, permeável. Sob tal ótica, há permissão da transferência de parcelas soberanas, como se constata no âmbito da União Européia, marcada pela supranacionalidade, ou seja, por "um poder de mando superior aos Estados, resultado da transferência de soberania operada pelas unidades estatais em benefício da organização comunitária, permitindo-lhe a orientação e a regulação de certas matérias, sempre tendo em vista os anseios integracionistas."[14]

Os fundamentos que escoram a idéia de supranacionalidade estão firmados sobre a possibilidade de transferência de parcelas soberanas dos Estados para o bloco em determinados assuntos. Da concepção de supranacionalidade, decorre também o poder normativo da ordem comunitária sobre os sistemas jurídicos nacionais, solapando a capacidade soberana de recepção normativa, eis que a aplicabilidade de espécies normativas como o Regulamento nos Estados-membros não carecem do aval legislativo nacional, bastando publicação no Jornal Oficial da União Européia. A concepção de novas organizações político-jurídicas, a exemplo da União Européia revela a mudança paradigmática global, que se distingue da internacionalização, mas que encontra respaldo nos aspectos da transnacionalização, sendo mesmo fenômeno dela.

A transnacionalização pode ser compreendida como fenômeno reflexivo da globalização[15], que se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultra-valorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados. A transnacionalidade insere-se no contexto da globalização e liga-se fortemente à concepção do transpasse estatal. Enquanto globalização remete à idéia de conjunto, de globo, enfim, o mundo sintetizado como único; transnacionalização está atada à referência do Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio.

Com efeito, não se trata mais do Estado-territorial, referência elementar surgido após a Paz de Vestfália e que se consolida até o Século XX, viabilizando a emergência do Direito internacional sob amparo da idéia soberana. Esse é um quadro alterado que se transfigura de internacional (inter-nações) para transnacional (trans-nações), de

soberania absoluta para soberania relativa, de relações territoriais para relações virtuais, de trânsito entre fronteiras para trânsito em espaço único.

O Estado não desapareceu, mas relativizou-se de tal modo que em determinadas dimensões legais, não se reconhece mais o ente político-jurídico em suas características elementares: no embate público, a exemplo do Estado-membro europeu; no embate privado, com o Estado marginalizado do campo legal intra-firmas. Esse é o contexto na qual se insere a transnacionalidade, ou seja, "o desmanche da unidade do Estado e da sociedade nacional, novas relações de poder e de concorrência, novos conflitos e incompatibilidade entre atores e unidades do Estado nacional por um lado e, pelo outro, atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais."[16]

Em relação à esfera pública muitas foram as mudanças que açodaram o Estado na lógica da transformação de enfraquecimento enquanto figura central, monopolizadora das atividades jurídicas e políticas. O despontar do capitalismo em âmbito globalizado e a importância do capital enquanto instância de poder (ou seja, o poder não se restringe à força política, especialmente militar) ordenaram novo ritmo às relações gobalizadas, fazendo com que os projetos nacionais já não pudessem mais ser traçados individualmente, de forma soberana e independente. As estratégias nacionais passaram a depender das influências de ordem econômica, social, política e jurídica inelutavelmente em termos mundiais, sempre levando em consideração os novos atores que emergiram sob tal manto organizacional, particularmente as Corporações Transnacionais (CTNs) e as Organizações Não-Governamentais (ONGs).

Com isso, novas articulações econômicas emergiram, houve necessidade de permear fronteiras nacionais para livre circulação do capital; informações virtuais engendraram uma terceira dimensão[17], desmantelando a idéia da fronteira geográfica; os territórios estatais passaram à categoria de "ilusão cartográfica" [18] e o Estado-nação "cada vez mais uma ficção nostálgica"[19]. A transnacionalização representa, assim, uma das facetas da globalização, que não se descola dela, mas que reforça a idéia de permeabilidade fronteiriça, de relações espacialmente não localizadas, de ultra-capitalismo e de decadência político-jurídica soberana.

Em síntese, a transnacionalização valoriza específicas características da globalização, gerada no âmbito desse processo, especialmente ligada ao transpasse das fronteiras nacionais. Enquanto a internacionalidade é clara no que diz respeito à relação inter-nações ou, melhor dito, inter-Estados, a transnacionalidade desconhece fronteiras, resultado direto do processo em escala global. Enquanto a soberania é a marca indelével do Direito internacional, a fragilidade soberana (no âmbito público) ou seu desconhecimento (no âmbito privado) viabiliza um cenário denominado transnacional.

2 Características da transnacionalização em perspectiva

O prefixo *trans* tem origem latina e significa 'além de, através, para trás, em troca de ou ao revés'. No presente estudo, 'transnacional' é concebido como aquilo que atravessa o

nacional, que perpassa o Estado, que está além da concepção soberana do Estado e, por conseqüência, trás consigo, inclusive, a ausência da dicotomia público e privado.

Habermas refere-se à transnacionalidade lembrando o período pós-guerra, com a emergência do sistema Bretton-Woods e instituições como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, que formavam um regime econômico internacional relativamente equilibrado. Mas, após o abandono do sistema no início dos anos 1970, haveria surgido um liberalismo transnacional, totalmente diferente. "Entrementes, a liberalização do mercado mundial progrediu ainda mais, a mobilidade do capital se acelerou e o sistema industrial foi modificado, saindo da produção de massa e passando a se adequar às necessidades da 'flexibilidade pós-fordista'. Com os mercados cada vez mais globalizados, o equilíbrio alterou-se prejudicando claramente a autonomia e a capacidade de ação político-econômica dos atores estatais."[20]

O fenômeno da transnacionalização é multifacetado, complexo, polêmico e encontra resistências para ser aceito como realidade cotidiana. Algumas características, contudo, podem ser evidenciadas para avaliar o fenômeno, a exemplo da desterritorialização das relações humanas e de produção, do fato da economia transnacionalizada ser capitalista ao extremo e do abalo na soberania dos Estados, motivando a emergência de novos sujeitos no palco mundial.

2.1 Desterritorialização

A desterritorialização é uma das principais circunstâncias que molda o cenário transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além fronteira, pois não é o espaço estatal e também não é o espaço que liga dois ou mais espaços estatais. O território transnacional não é nem um nem outro e é um e outro, posto que se situa na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado. Com isso, por ser fugidia, borda também não é, pois fronteira delimita e a permeabilidade traz consigo apenas o imaginário, o limite virtual. Aquilo que é transpassável não contém, está lá e cá. Essa dialética relação, faz surgir os espaços virtuais como em um *chat*, no qual se questiona – inutilmente – onde é a conversação.

Octavio Ianni explica que a desterritorialização forma-se a partir de "estruturas do poder econômico, político, social e cultural internacionais, mundiais ou globais descentradas, sem qualquer localização neste ou naquele lugar, região ou nação. Estão presentes em muitos lugares, nações, continentes, parecendo flutuar por sobre os Estados e fronteiras, [...]."[21] Para as empresas, a globalização traduziu-se na desterritorialização da cadeia produtiva. Uma única mercadoria é criada e montada em várias partes do mundo, dependendo das condições favoráveis que se apresentem, seja de matéria-prima ou mão-de-obra. Almeja-se, sempre, maior lucro em detrimento do menor custo e é isso também que movimenta os intensos processos de fusão e incorporação de capital das mega-firmas, sendo certo que, em alguns casos, existe somente a marca, pois os centros de produção espalhados pelo mundo foram terceirizados.

A designada revolução tecno-científica teve por base a robotização, a automatização, a informatização e a tecnologia de ponta, viabilizando novos produtos e mão-de-obra especializada. “A integração e a divisão, a globalização e a territorialização, são processos mutuamente complementares. Mais precisamente, são duas faces do mesmo processo: a redistribuição mundial de soberania, poder e liberdade de agir desencadeada (mas de forma alguma determinada) pelo salto radical na tecnologia da velocidade.”[22]

Paulo Roberto de Almeida refere-se igualmente acerca da multiplicação de reivindicações por direitos de natureza supranacional que relativiza o papel do Estado-nação, cujo traço característico “principal é – entre outros – a territorialidade, como unidade privilegiada de interação; e as tradicionais normas abstratas, gerais e impessoais, articuladas em termos hierárquicos por uma estrutura constitucional, têm sua efetividade crescentemente desafiada.”[23] Por isso mesmo, emergem as regras das Corporações Transnacionais hábeis em lidar com questões cotidianas, quase sempre de natureza financeiro-comercial.

Incapazes de atenderem à complexidade nos negócios empresariais, os Estados ou se rendem às inéditas alternativas jurídicas surgidas no meio intra-empresarial (aspecto privado) ou se adaptam em organizações originalmente internacionais, mas, de evidente caráter supranacional, para permitir que as decisões sejam tomadas no grande espaço da organização. No modo de ver de Francis Rosenstiel, uma “confissão de impotência dos Estados”[24]. A transnacionalização reflete “formas de vida e atuação cuja lógica interna pode ser explicada pela riqueza das descobertas que conduziriam os homens a erigir e sustentar mundos de convivência e relações de câmbio ‘sem distâncias’”[25] é, em derradeira análise, “o assassinato da distância”.[26]

O fenômeno da desterritorialização é o destaque do comércio mundial, inclusive em recente Relatório Informe publicado pela OMC que valoriza a fragmentação da produção no âmbito do comércio mundial. A desterritorialização é considerada a obtenção de bens ou serviços intermediários em um país estrangeiro, podendo incluir o fornecimento a cargo de uma empresa afiliada estrangeira mediante investimento estrangeiro direto (IED) ou de uma empresa estrangeira não afiliada mediante contratos em condições de plena concorrência. Em todas as circunstâncias, a cadeia produtiva caracteriza-se por ocorrer em mais de um Estado.

De acordo com o Informe, a desterritorialização de produção é fenômeno que inicia na década de 60. Em 1970, a empresa IKEA[27] estabelece plantas de produção na Polônia e, no final de 1980, a Swissair transfere para a Índia grande parte de seus trabalhos de contabilidade e a City londrina recorre à Índia para os serviços de manutenção de computadores. As atividades que mais se desterritorializam são aquelas que têm uma diferença salarial marcante, a exemplo do serviço de *telemarketing* (Estados Unidos/Índia). Para Baldwin[28], trata-se da ‘segunda fragmentação’ que o mundo vivencia. A primeira desagregação teria sido a separação da produção e do consumo, característica da segunda metade do século XIX, momento referido pelos historiadores no qual ocorreram as melhorias tecnológicas, do transporte marítimo e terrestre. A teoria econômica aponta algumas razões para a desterritorialização da produção: permite aproveitar a compra de insumos ou serviços mais baratos no estrangeiro, propicia menos contratação de mão-de-obra e aumenta a chance da empresa compradora em promover a especialização do trabalho.

A desterritorialização[29] é uma marcante característica da transnacionalidade, pois reflete a concepção espacial além dos limites territoriais do Estado. A lógica da produção empresarial não está atada à lógica do sistema político-jurídico de um determinado Estado, mas se prende aos benefícios econômico-comerciais que a 'não localização' permite. Não há necessidade de coincidir o binômio 'empresa-Estado' e, tampouco, o binômio 'mercadoria-Estado'. Diversos produtos são feitos no mundo, sendo mesmo difícil identificar a origem dos distintos componentes, *softwares*, nacionalidade das pessoas, enfim, que pudessem precisar a origem estatal do bem.[30] Os bens produzidos no bloco europeu que levam consigo a marca 'Made in CE' esgotaram a ligação que o produto tinha com o país, o espaço na Europa é o bloco e CE (Comunidade Européia) é a marca do transpasse do Estado.

No âmbito dos serviços, a inovação tecnológica consiste no fator que mais impulsiona a desterritorialização do setor. Desde que a tarefa possa ser recolhida, manipulada, organizada, codificada, digitalizada e separada de outras atividades, há possibilidade de prestá-la no local mais conveniente do ponto de vista econômico, a exemplo dos serviços de contabilidade, de faturamento, administração de créditos, telefonia, assessoria de informática, entre outros. A Internet trouxe forte incremento à desterritorialização de serviços, pois ao permitir a transmissão de dados com rapidez e baixo custo, tornou factível a interação das células produtoras e prestadoras de serviço. Entregar um relatório para o colega da mesa vizinha ou enviá-lo por e-mail para um colega no outro lado do mundo é feito com semelhante presteza.

Segundo dados da OMC, em 2006, mais de 75% das principais instituições financeiras realizaram operações desterritorializadas, quando em 2001 a proporção era inferior a 10%. Essa expansão, aliás, está acompanhada do crescimento, igualmente importante, da contratação de pessoal no estrangeiro. Segundo um estudo da Deloitte Touche Tomatsu, as instituições financeiras empregam em média 2700 trabalhadores estrangeiros, frente a 150 funcionários em 2004. Na liderança dos países que oferecem atividades desterritorializadas está a Índia, país no qual se contratam ao redor de dois terços do pessoal desterritorializado em todo o mundo.[31]

2.2 A ultra valorização do capitalismo

O capitalismo é o ritmo imposto e que, enfim, expande-se em bases globais. Esse processo que vinha ganhando força desde o término da Segunda Guerra Mundial acentuou-se com o fim da denominada Guerra Fria. A queda do bloco soviético proporcionou as condições ideais para que o espírito capitalista assumisse, de uma vez por todas, as rédeas do passo mundial. A busca pelo lucro tornou-se o espírito vetor e definiu as interações, tanto no plano interno quanto externo. "A globalização, convém repetir, é uma forma extrema de capitalismo que não tem mais contrapeso."[32]

A reprodução ampliada do capital avançou cada vez mais e determinou às nações que abandonassem suas estratégias nacionais para incorporarem o ideário neoliberal. Segundo Octavio Ianni, "de repente, o mundo inteiro parece estar a tornar-se capitalista.

O mesmo capitalismo que começa a ser derrotado com a Revolução Soviética de 1917, em pouco tempo se mundializa, globaliza, universaliza."[33]

Ianni aponta três ciclos de grande envergadura nessa história, que predominaram em momentos distintos e sucessivos, traçando o modo de ser dos países dentro no cenário externo. Primeiro, o modo capitalista de produção organizou-se em padrões nacionais, revolucionou as formas de vida e trabalho locais, regionais, feudais, comunitárias, tribais ou pré-capitalistas. A sociedade civil sintetizava-se no Estado. Segundo, o capitalismo já estabelecido em padrões nacionais iniciou um processo de expansão e ultrapassou as fronteiras nacionais ou, segundo Anthony Giddens, através da "suavização das divisas"[34]. A procura por matéria-prima intensificou o comércio, as forças produtivas incrementaram a produção e necessitaram de novos mercados, a busca pelo lucro avançou sobre os territórios ultramar, estrearam, enfim, os sistemas econômicos mundiais. O ponto de referência, nessa etapa, continua sendo a metrópole, o Estado (surge a idéia dos Estados dominantes e coloniais, centro e periferia). Terceiro, o capitalismo atinge escala realmente global, o poder do Estado-nação se enfraquece. "As próprias metrópoles declinam, em benefício de centros decisórios dispersos em empresas e conglomerados movendo-se por países e continentes, ao acaso dos negócios, movimentos do mercado, exigências da reprodução ampliada do capital."[35]

François Chesnais também identifica o capitalismo como o carro-chefe da mundialização. Nessa trilha, o capital global resulta de dois movimentos interligados, mas distintos em sua essência. "O primeiro pode ser caracterizado como a mais longa fase de acumulação ininterrupta do capital que o capitalismo conheceu desde 1914. O segundo, diz respeito às políticas de liberalização, de privatização, de desregulamentação e de desmantelamento de conquistas sociais e democráticas, que foram aplicadas desde o início da década de 1980, sob o impulso dos governos Thatcher e Reagan."[36] Nesse enredo, emergiu o neo-liberalismo[37] com todo o seu vigor. "O neo-liberalismo dos tempos da globalização do capitalismo retoma e desenvolve os princípios que se haviam formulado e posto em prática com o liberalismo ou a doutrina da mão invisível, a partir do século XVIII."[38]

O processo global agiu e age em múltiplas dimensões, nas finanças houve hipertrofia do segmento, a moeda não representa apenas instrumento-veículo e sua forma altamente concentrada atingiu patamares nunca registrados. François Chesnais esclarece que, independentemente de seus aspectos de agiotagem, enquanto capital que rende juros, o capital monetário concentrado representa o que há de mais fetichizado na relação capitalista, "a forma D-D' (isto é, aquela em que um capital D se fecunda e gera D', sem passar por um investimento produtivo)"[39] e conclui que a globalização financeira elevou essa capacidade ao mas elevado grau já existente.

Além das razões econômicas inerentes ao processo global, aqueles que propuseram com mais ênfase os méritos desse fenômeno também queriam impor a concepção de ausência de regulação jurídica, política e social para uma economia mundializada. A idéia de globalização já trazia em si a vontade de conceber um capitalismo extremo, liberto de qualquer influência, com capacidade para se impor à sociedade. Nesse ritmo, a luta de classes já não se vê com nitidez, mas, não porque as relações entre classe patronal e empregados se tivessem pacificados, mas porque os conflitos estão em novos espaços, não mais locais, internos ou nacionais, mas se

deslocaram para os espaços das CTNs, das estratégias mundiais e das relações desterritorializadas.

Entre os motivos que podem explicam como o sistema capitalista conseguiu se expandir em termos mundiais, está o fato dele ter se desenvolvido no interior dos espaços nacionais, mas que se expandiu para além das fronteiras dos Estados, em virtude das novas dimensões produtivas que encontraram nas CTNS a fórmula empresarial correspondente. Por outro ângulo, o sistema capitalista pode ser visto "[...] como vocacionado, desde o início, a uma dimensão mundial, internacionalizando-se como capital comercial, financeiro e industrial, com a particularidade, porém, de que às dimensões internacionalizadas faltava a maturação de seu aspecto fundamental: a internacionalização do sistema produtivo"[40], a qual só viria a dar-se de forma mais clara na segunda metade do século XX.

Fernand Braudel, aliás, elucida a trajetória capitalista européia precisamente a partir dessa concepção expansiva em sua origem, quando o comerciante (capitalista) entra em cena com o capital e compra diretamente do camponês a lã, o gado vivo ou adquire antecipadamente o trigo ainda no campo. Esse tipo de negócio substitui as condições normais de troca do mercado coletivo por transações individuais. "É evidente que se trata de trocas desiguais, em que a concorrência – que é uma lei essencial da chamada economia de mercado – tem um reduzido lugar, e em que o comerciante desfruta de uma dupla vantagem: por um lado, rompeu as relações entre o produtor e o destinatário; por outro, dispõe de dinheiro sonante, o seu principal argumento."[41] Com isso, somente ele – o capitalista – conhece as condições de mercado nas duas extremidades da cadeia e, inclusive, seu provável lucro. A tendência é que essa cadeia se expanda, à luz da especialização, despontando o processo capitalista.

Com efeito, o comércio é o grande mote do processo transnacionalizante através do qual, os agentes se esforçam para encontrar caminhos que não esbarrem nas fronteiras tradicionais das legislações de Estado. As trocas mundiais aceleradas e o anseio pelo consumo motivaram o surgimento de fórmulas criativas e regras hábeis para disciplinar o imenso trânsito de bens e serviços além fronteiras. A economia mundial é mais do que o conceito de economia internacional, como explica Argemiro Luís Brum. Essa, "respeitosa das soberanias estatais, punha em relação as partes autônomas de um todo não ainda integrado, através de fluxos comerciais, de investimentos e de crédito"[42]. Contudo, esse modelo se exauriu e foi necessário construir um novo cenário para que a acumulação fosse possível em escala global.

Por óbvio, outra questão que exsurge é a capacidade desse mercado mundial se auto-regular, na ausência de instâncias transnacionais reguladoras e fiscalizadoras do processo financeiro além-fronteira.[43]

2.3 O enfraquecimento do Estado soberano

Ulrich Beck esclarece que no âmbito da transnacionalização, há a transição do Estado nacional para a era transnacional[44], gerando duas arenas de sociedades globais: a

sociedade dos Estados, em que as principais variáveis continuam a ser as regras da diplomacia e do poder nacional; e, o mundo da subpolítica transnacional , que abriga os atores mais díspares, como companhias internacionais, *Greenpeace*, Anistia Internacional, União Européia, entre outros.

Desde o passo global, diversas características clássicas atadas ao conceito de Estado foram rompidas, com destaque para a incapacidade estatal de controlar a mobilidade dos meios de produção e das operações financeiras, do fenômeno supranacional comunitário, da valorização do poder econômico em detrimento do poder político, entre outros. Em verdade, o Estado se acomoda nas emergentes condições político-jurídicas que se criam a sua volta. Karl Deutsch em suas análises, já ponderava que "a soberania, com apenas algumas limitações, parecerá mais atraente à maioria dos governos, do que a submissão à hegemonia de qualquer grande potência ou coalizão parcial de grandes potências. E, o aumento, ao invés da redução, das capacidades e do prestígio da nação-Estado parecerá mais prática e mais desejável à maioria de seus governos e povos."[45]

O Estado, nascido sob a forma de sociedade nacional, territorializado e submetido a um Governo próprio, inicia um amplo processo de inserção em comunidades mais amplas. Assim, o Estado, tanto ingressa de forma ativa e deliberada nos processos regionais de integração, como a União Européia (submetendo-se aos ditames do bloco, mas à luz de um processo político-jurídico deliberado); quanto é cooptado pela rede transnacional, em virtude da inoperância que o caracteriza para controlar e gerenciar, por exemplo, as ações transnacionais das instituições financeiras, do crime organizado, das informações de mídia, do discurso global.

Com isso, o conceito de soberania, significando plenitude do poder estatal enquanto sujeito único e exclusivo de mando sobre determinado território e povo, entrou em declínio acentuado. O desgaste conceitual e prático da soberania está fortemente atado à globalização e pode ser visualizado de forma concreta nos movimentos de integração regional, não havendo dúvidas para Bobbio que o "golpe maior veio das chamadas comunidades supranacionais, cujo objetivo é limitar fortemente a soberania interna e externa dos Estados-membros [...]."[46]

A conceituação de Estado e, mais particularmente da soberania, tida antes como absoluta, tornou-se relativa, divisível, passível de questionamentos, joguete das forças econômicas atuantes nas relações mundiais. Em atenção às alterações, sustenta Bobbio: "Estando este supremo poder de Direito [poder estatal] em via de extinção, faz-se necessário agora, mediante uma leitura atenta dos fenômenos políticos que estão ocorrendo, proceder a uma nova síntese político-jurídica capaz de racionalizar e disciplinar juridicamente as novas formas de poder, as novas 'autoridades' que estão surgindo."[47]

Enfim, o declínio do Estado-nação, do mesmo modo que a soberania, sofreu um processo de desgaste e seu papel está condicionado à globalização. Incapaz de atender aos novos desafios impostos pelo fenômeno global, ameaçado e sujeito a duras críticas dos mais variados setores, o Estado-nacional já não é mais visto como poder soberano (*summa potestas*), enfrentando, assim, a inusitada crise.[48] Com tantas mudanças ocorridas no cenário internacional, o papel político-jurídico desempenhado pelo Estado no ambiente transnacional é um questionamento inevitável.

Paralelamente à descaracterização do ente estatal, evidenciam-se novos sujeitos que disputam poder na arena mundial. É como um *underground* político que não recebe valorização, espécie de sub-mundo do poder sem institucionalização política formal, que atua em benefício próprio. No modo de ver de Habermas "[...] surgiram as corporações multinacionais como fortes concorrentes dos estados nacionais. Mas esse deslocamento de poder deixa-se compreender conceitualmente melhor em termos de uma teoria dos meios do que em uma teoria do poder: o dinheiro substitui o poder. [...] apenas o poder deixa-se democratizar, o dinheiro não."[49]

A terminologia transnacional muitas vezes fica atrelada à qualificação da corporação multinacional, mundial, global, enfim, a grande empresa que irradia sua atuação além fronteira. Sob tal ponto de vista, não se trata do Direito transnacional, mas de adjetivação que se esforça em demonstrar a capacidade econômica que a mega corporação possui. José Cretella Neto, em obra especialmente dirigida para o tema, fornece os contornos jurídicos da Corporação Transnacional, além de estudá-la em relação à economia, aos tributos, às implicações jurídicas de seu comportamento e a outras importantes temáticas.[50]

As Corporações Transnacionais representam o que há de mais fetichizado no emergente cenário transnacional. Trata-se de unidades de capital privado, que condensam tecnologias e alta capacidade de produção, sob ritmo de produção em escala mundial, verdadeiro símbolo do capitalismo moderno. Assiste-se, nas operações de produção ou de prestação de serviço, à realização plena do capital, superando fronteiras, rumo à absoluta expansão mundial. No âmbito do fenômeno da transnacionalização, o Estado se vê frágil diante desses emergentes centros de decisão econômicos e políticos que comandam o sistema. "Dentro dos limites impostos pelas legislações locais, a empresa transnacional tenta configurar mercado internacional, englobando vários mercados nacionais. Para tanto, apóia-se no fato de que a tecnologia e a organização moderna empresarial permitem planejar sua produção, global e independentemente de fronteiras nacionais."[51]

Na tentativa de encontrar uma definição para a corporação transnacional, há uma diversidade conceitual muito grande. A denominação inicial de empresa multinacional parece que se encontra nos EUA, cunhada por David Lilienthal, em 1960, e divulgada pela revista *Business Week*, em 1963. A definição em muito vai depender dos critérios utilizados e do fim para o qual se destina. Para o presente estudo, por corporação transnacional entende-se uma entidade privada de enorme potencial financeiro e patrimônio científico-tecnológico, normalmente de natureza mercantil, constituída por sociedades estabelecidas em diversos países, sem subordinação a um controle central, mas agindo em benefício do conjunto, mediante uma estratégia global.[52]

Ademais, no âmbito da transnacionalidade, não há que se avaliar o processo de enfraquecimento do Estado de forma estanque. É verdade que em algumas situações o Estado resiste, em outros panoramas o Estado sucumbe diante das forçar econômicas transnacionais e, ainda em outro, o Estado faz parte da transnacionalidade. René Armand Dreifuss explica que as alianças transnacionais também podem ser componentes de um desenho estratégico de Estado.

Em circunstâncias como essas, o autor traz o caso da aliança estabelecida entre a *American Superconductor*, líder do desenvolvimento de fios supercondutores de

eletricidade e os EUA. Apoiada pelo Departamento de de Energia norte-americano, a empresa uniu-se à *Pirelli Cable* (grupo italiano Pirelli) e ao *Eletric Power Research Institute* (EPRI), sempre com financiamento das empresas concessionárias de eletricidade dos Estados Unidos, para fazer um cabo – com fios de cerâmicas supercondutoras a altas temperaturas (SAT) – subterrâneo para transmissão de energia. "Neste contexto, há alianças transnacionais que fazem parte de uma política do poder, já que os Estados nacionais, através das corporações estratégicas, se situam em condições de assegurar presença ativa e determinante do processo [...]."[53]

Leslie Sklair alerta que "apesar de poder parecer relativamente inócua a presença de um grupo de corporações transnacionais (CTNs), se comparada com a vida industrial e comercial de um país inteiro, uma ou algumas destas CTNs podem ter patrimônio que são maiores que o Produto Interno Bruto daquele país."[54]

Além das CTNs, poder-se-iam citar outras forças no plano transnacional que desafiam o Estado, a exemplo das ONGs, dos movimentos de libertação nacional, dos sindicatos, das igrejas, dos organismo internacionais atípicos, do crime organizado, dos movimentos sociais e das organizações anti-globalização. Em todos os casos, importa destacar a possibilidade de enfrentar o Estado, posicionado de forma vulnerável frente aos desafios contemporâneos, não sendo mais a fronteira territorial obstáculo suficiente de defesa, nas quais as demandas estão, de algum modo, envolvidas com a globalização.

Considerações Finais

A considerar que se vive um processo de globalização econômica, não há que se estranhar que o Direito tenha sido alcançado, embora cumpra diagnosticar os efeitos decorrentes desse entrelaçamento fenomenológico, afinal, "todo quebra-cabeças tem suas peças."[55] Com efeito, as relações econômicas mudaram, Estado e soberania alteraram seus contornos normativos, mas, o pensar jurídico muitas vezes segue lentamente, desarticulado das emergentes novidades globais. Por isso, não deve espantar que a comunidade acadêmica tenha dificuldade em compreender a novel terminologia relativa ao Estado e à soberania, em aceitar e compreender o fenômeno da transnacionalidade, em desembaraçar a confusão conceitual que existe sobre o assunto, ou seja, em se desapegar dos velhos padrões que formaram a identidade do que comumente se chama Estado e Direito. Parte-se rumo ao novo.

A Transnacionalidade, enquanto fenômeno, não é distinto da globalização, pois nasce no seu contexto, mas com características próprias que viabilizam o surgimento dessa categoria. Não se deve descolar a transnacionalização da globalização, mas, destacar características que a identificam, como a desterritorialização, a expansão capitalista, o enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal. Nesse âmbito, cumpre realçar o comércio mundial enquanto mote desse processo global que chega ao transpasse estatal (transnacional).

O Direito transnacional, nesse passo, abarcaria uma multiplicidade de situações da comunidade contemporânea, que transcende as fronteiras nacionais, fruto de crescente

complexidade das relações que são estabelecidas entre uma variedade de sujeitos. Contemporaneamente, é preciso pensar a transnacionalidade à luz das significativas mudanças operadas do século XX, fato que leva a defender o Direito transnacional na qualidade de um ordenamento originado e exercido à margem da soberania, independente do reconhecimento externo ou recepção formal interna pelos Estados, que se utiliza, preferencialmente, de sanções econômico-comerciais para efetivo cumprimento.

Com o avanço da transnacionalização, o Direito de natureza estatal viu-se questionado pelas transformações mundiais, fazendo com que sofresse dificuldades crescentes na edição de normas capazes de vincular e disciplinar as relações progressivamente policêntricas. O comércio mundial, na qualidade de carro chefe do processo de superação das fronteiras (e não mais interligação) surge no centro desse processo, motivando – como não poderia deixar de ser – um esboço de Direito transnacional.

As facetas da transnacionalidade jurídica emergiram – precisamente – na seara do comércio, ora mundial propriamente dito, na categoria da nova *lex mercatoria*; ora na seara do comércio regional, caracterizado pelo mercado europeu e pelo Direito comunitário. A *lex mercatoria*, vista enquanto regras entre comerciantes que buscam fórmulas jurídicas mais interessantes para as lides diárias das trocas não é novo. Contudo, perceba-se o avanço que o sistema alcançou no período do pós-guerra, com a consolidação do uso dos Incoterms, das normas cambiais (UCP 600) e do aumento exponencial de Cortes arbitrais que, progressivamente, se libertam das amarras estatais. O Estado, incapaz de atender às especificidades e a celeridade dos negócios além fronteira, tolera a vazão de um corpo normativo transnacional gerado à margem do monopólio soberano.

O Direito comunitário é o outro contexto que traz a marca da transnacionalidade, autêntica estratégia entre Estados-membros, com vista à reorganização econômica recíproca perante os desafios da globalização. A formação de um mercado único reflete um esforço conjugado das unidades estatais, no intuito de gerar um espaço singular mais eficaz para competir globalmente e no qual a expressão transfronteiriça é uma constante.

Em síntese, do palco das relações transnacionalizadas, emerge um Direito que se adapta ao seu tempo.

Referências

BALDWIN, Richard. **Globalisation: the great unbundling(s)**. Disponível em: http://www.unescochair.uns.ac.rs/sr/docs/baldwin2006Globalisation.pdf. Acesso em: 21/03/09

BAUMANN, Zygmund. **Globalização.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **O que é globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BENKO, Georges. **Economia, espaço e globalização**: na aurora do século XXI. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Hucitec, 1996.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de João Ferreira, Carmen Varriale *et al*. Brasília: UNB, 1986.

BRASIL, Deilton Ribeiro. Empresas transnacionais sob o império da nova ordem mundial e sua integração no direito internacional. **Revista dos Tribunais**, a. 90, v. 792, outubro 2001, p. 35-62.

BRAUDEL, Fernand. **A dinâmica do capitalismo**. Tradução de Carlos de Veiga Ferreira. Lisboa: Teorema, 1985.

BRUM, Argemiro Luís. **A economia internacional na entrada do século XXI**: transformações irreversíveis. Ijuí: Unijuí, 2002.

CHESNAIS, François. **A mundialização do capital.** Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo, 1996.

CRETELLA NETO, José. **Empresa transnacional e direito internacional**: exame do tema à luz da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. A Crise Financeira Mundial, o Estado e a Democracia Econômica. **Novos Estudos Jurídicos (NEJ).** v. 13, n. 2, p. 9-21 / jul-dez 2008. Disponível em: Acesso em: 18/08/09.

DEUTSCH, Karl. **Análise das relações internacionais**. Tradução de Maria Rosinda Ramos da Silva. 2.ed. Brasília: UNB, 1982.

DREIFUSS, René Armand. **A época das perplexidades**. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional.** Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HILL, Hermann. **Global Governanceund Recht jenseits des Nationalstaats**. Disponível em: Acesso em : 11/03/09

IANNI, Octavio. **A sociedade global.** 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LANZANA, Evaristo Teixeira *et al*. **Gestão de Negócios Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

OHMAE, Kenichi. **O fim do Estado-nação.** Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

OLIVEIRA, Maria Odete de. **Relações internacionais & globalização: grandes desafios.** 2.ed. Ijuí: Unijuí, 2000.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Teorias Globais**: fragmentações do mundo. Ijuí: Unijuí, 2005.

ORTIZ, Renato. **Mundialização e cultura.** 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

PRIES, Ludger. **Die Transnacionalisierung der socialen Welt**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.

ROSENSTIEL, Francis. **El principio de "supranacionalidad".** Tradução de Fernando Murillo Rubiera. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1967.

SADER, Emir. Desequilíbrios estruturais do capitalismo atual. **Le Monde Diplomatique – Brasil**, São Paulo, setembro 2008, p. 4.

SKLAIR, Leslie. **Sociologia do sistema global.** Tradução de Reinaldo Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 1995.

SAW III. Direção: Darren Lynn Bousman . Produção: Mark Burg; Gregg Hoffman; Oren Koules. EUA: Paris Filmes, 2005. 1 DVD

SOUZA, Herbert José de. **O capital transnacional e o Estado**. Petrópolis: Vozes, 1985.

STELZER, Joana. **Mercado Europeu: direito e análise jurisprudencial**. Curitiba: Juruá, 2004.

STELZER, Joana. **União Européia e supranacionalidade:** desafio ou realidade? 2.ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SUPHAP, Wally. Toward Effective Risk-Adjusted Bank Deposit Insurance: A Transnational Strategy. **Columbia Journal of Transnational Law**. Disponível em: < http://www.columbia.edu/cu/jtl/Vol_42_3_files/Vol_42_3_suphap.html> Acesso em: 02/09/08.

TOURRAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. Petrópolis (RJ): Vozes, 2006.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). **Informe OMC 2008** – O comércio mundial em um processo de globalização. Disponível em: >http://www.wto.org> Acesso em: 02/04/09.

---

[1] A referência ao enfraquecimento da soberania nesse estudo está sendo de forma unidimensional, pois se concorda tanto com Ulrich Beck (BECK, Ulrich. **O que é globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 230) no que tange ao fortalecimento dos Estados relativamente à 'soberania inclusiva', quanto com Anthony Giddens, quando esse autor lembra o caráter dialético da globalização, ao afirmar: "A perda de autonomia por parte de alguns Estados ou grupo de Estados tem sido frequentemente concomitante com um aumento dela por parte de outros, como resultado de alianças, guerras ou mudanças políticas e econômicas de diversos tipos." GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 72.

[2] BECK, Ulrich. **O que é globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 46.

[3] Veja-se um quadro entre as diferentes percepções sobre internacionalização, renacionalização, supranacionalização, globalização, glocalização, diáspora-internacionalização e transnacionalziação em: PRIES, Ludger. **Die Transnacionalisierung der socialen Welt**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, p. 132-133.

[4] Nesse âmbito, a emergência dos chamados eurodólares, quando as moedas estadunidense mantidas fora dos Estados Unidos, principalmente na Europa, começaram a ser usadas para realizar transações internacionais.

[5] LIMA, Miguel. Marketing Internacional *In:* LANZANA, Evaristo Teixeira *et al*. **Gestão de Negócios Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 223.

[6] DREIFUSS, René Armand. **A época das perplexidades**. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 135.

[7] Ulrich Beck ainda adverte acerca das expressões Globalismo que "designa a concepção de que o mercado mundial bane ou substitui, ele mesmo, a ação política: trata-se, portanto da ideologia do império do mercado mundial, da ideologia do neoliberalismo"; e Globalidade "que denomina o fato de que, daqui para a frente, nada que venha a acontecer em nosso planeta será um fenômeno especialmente delimitado, mas o inverso: que todas as descobertas, triunfos e catástrofes afetam a todo o planeta, e que devemos redirecionar e reorganizar nossas vidas e nossas ações em torno do eixo 'global-local' [...] a globalidade designa apenas a nova situação da segunda modernidade". BECK, Ulrich. **O que é globalização**, p. 27; 31.

[8] Contra, entendendo que não houve enfraquecimento do Estado soberano ou seu enfraquecimento perante as CTNs: "O Estado não perdeu o poder de constranger as grandes corporações capitalistas, até porque elas continuam dependentesn da infra-estrutura estatal para fazer valer seus interesses. [...] O resultado disso é a consolidação de infra-estrutura institucionais que ajustam a ação dos atores internacionais e potencializam seus ganhos. Assim, a tese da globalização segundo a qual no atual sistema político internacional, formado por Estado-nação, ocorre um processo irreversível de decomposição do poder desterritorializado em função de agentes extraterritoriais, não encontra sustentação na prática. De fato, dá-se, no presente, o inverso, ou seja, a expansão do sistema político internacional e das funções dos Estados-nação." SANTOS JÚNIOR, Raimundo Batista dos Santos. **A globalização ou o mito do fim do Estado.** Ijuí: Unijuí, 2007, p. 91.

[9] BECK, Ulrich. **O que é globalização**, p. 30.

[10] "[...] a mundialização (os autores anglo-saxônicos utilizam o termo *globalização*) descreve o espaço do capitalismo 'pós'-moderno. [...] ela designa o espaço de acumulação flexível que se caracteriza por uma hipermobilidade do capital, tendendo a uma existência nomádica, e pela integração flexível de uma pluralidade irredutível de estratégias de exploração e de modos de dominação que põem em concorrência os assalariados, no seio, digamos assim, de ima imensa jornada de trabalho em escala planetária." BENKO, Georges. **Economia, espaço e globalização: na aurora do século XXI**, p. 42.

[11] Werner Von Braun comparou a chegada do primeiro homem à Lua a uma inquieta ameba chegando à Terra, após sair da água. Von Braun era alemão, em 1945 mudou-se para os Estados Unidos e durante a década de 50 trabalhou para o Exército americano. Em 1958 ingressou na *National Aeronautics and Space Administration* (NASA) e passou a liderar o programa espacial americano, tendo sido o principal responsável na

operação de enviar um homem à Lua. Não por acaso, alguns estudiosos indicam esse fato histórico como inaugurador do processo global.

[12] BECK, Ulrich. **O que é globalização**, p. 33.

[13] Sobre uma possível Governança Global e um Direito à margem dos Estados Nacionais, ver: HILL, Hermann. **Global Governanceund Recht jenseits des Nationalstaats**. Disponível em: Acesso em : 11/03/09

[14] STELZER, Joana. **União Européia e supranacionalidade:** desafio ou realidade? 2.ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 121. Nesse sentido: STELZER, Joana. **Mercado Europeu: direito e análise jurisprudencial**. Curitiba: Juruá, 2004.

[15] Fenômeno reflexivo porque a transnacionalidade caracteriza-se pela permeabilidade estatal e criação de uma terceira dimensão social, política e jurídica, que perpassa a realidade nacional, mas que não se se confunde com ligação ponto-a-ponto da internacionalidade. Assim, enquanto a globalização é o fenômeno envolvedor, a transnacionalidade é a nascente de um terceiro espaço, inconfundível com o espaço nacional ou internacional.

[16] BECK, Ulrich. **O que é globalização**, p. 49.

[17] Cumpre sempre lembrar que a referência feita no presente estudo à terceira dimensão está em oposição aos espaços (dimensões) nacional e internacional.

[18] OHMAE, Kenichi. **O fim do Estado-nação.** Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996, p. 12.

[19] OHMAE, Kenichi. **O fim do Estado-nação,** p. 7.

[20] HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional.** Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 99.

[21] IANNI, Octavio. **A sociedade global.** 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995, p. 93.

[22] BAUMANN, Zygmund. **Globalização.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 77.

[23] FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 15.

[24] ROSENSTIEL, Francis. **El principio de "supranacionalidad".** Tradução de Fernando Murillo Rubiera. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1967, p. 32.

[25] BECK, Ulrich. **O que é globalização**, p. 67.

[26] BECK, Ulrich. **O que é globalização**, p. 46.

[27] A IKEA é uma empresa que ainda não se instalou no Brasil, mas é mundialmente conhecida e especializada na venda de móveis domésticos de baixo custo, montados pelos próprios clientes. De origem sueca, atualmente é controlada por uma série de corporações sediadas nos Países Baixos. A tiragem dos catálogos da IKEA, estimado em mais de 100 milhões por ano, teriam superado a tiragem da Bíblia, tradicionalmente o livro mais vendido do mundo.

[28] BALDWIN, Richard. **Globalisation: the great unbundling(s)**. Disponível em: Acesso em: 21/03/09

[29] Veja-se apurada análise sobre o papel do espaço na lógica global e transnacional em: OLIVEIRA, Odete Maria de. **Teorias Globais**: fragmentações do mundo. Ijuí: Unijuí, 2005, pp. 33-80.

[30] Aliás, atualmente não se avalia mais, sequer, a produção do bem, mas da tarefa (por exemplo, a montagem, a embalagem e a entrada de dados). Com isso, esvaziam-se as teorias de Smith e de Ricardo atadas à lógica de compra e venda atadas aos produtos. Hoje, a comparação é por segmento ou tarefa (*task*). Veja-se mais sobre esse assunto em: BALDWIN, Richard. **Globalisation: the great unbundling(s)**. Disponível em: Acesso em: 21/03/09

[31] Conforme explica a OMC, entre as razões para que a Índia, mas também países como África do Sul, Malásia e Filipinas, façam sucesso na desterritorialização dos serviços financeiros citam-se a existência de pessoal jovem, em abundância, com qualificação tecnológica e que fala inglês. WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). **Informe OMC 2008** – O comércio mundial em um processo de globalização. Disponível em: >http://www.wto.org> Acesso em: 02/04/09.

[32] TOURRAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. Petrópolis (RJ): Vozes, 2006, p. 34.

[33] IANNI, Octavio. **A sociedade global**, p. 23.

[34] GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 142.

[35] IANNI, Octavio. **A sociedade global,** p. 37-39.

[36] CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**, p. 34.

[37] Não se pode, confundir o liberalismo e o neo-liberalismo, vez que há diferenças sutis, todavia, importantes, a serem ressaltadas. O liberalismo, em seus moldes clássicos, estava atado à sociedade nacional, ao mercado doméstico e ao capitalismo competitivo. Não obstante defendesse a liberdade econômica incondicionada, baseava-se no princípio da soberania nacional. O neo-liberalismo, por sua vez, ainda que possua o núcleo liberal, é uma expressão do que representa a globalização. Assim, por não ter fronteiras, enraíza-se diretamente na economia mundial. Tem por lema fundamental a idéia de que a liberdade econômica e a liberdade política estão associadas e que somente existe democracia quando as condições de mercado são absolutamente livres. O neo-

liberalismo lança-se diretamente na sociedade mundial, o planeta constitui seu limite, entende que o capitalismo global é auto-regulável e tende sempre a reequilibrar-se.

[38] IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 78.

[39] CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**, p. 246.

[40] SOUZA, Herbert José de. **O capital transnacional e o Estado**. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 26.

[41] BRAUDEL, Fernand. **A dinâmica do capitalismo**. Tradução de Carlos de Veiga Ferreira. Lisboa: Teorema, 1985, p. 62.

[42] BRUM, Argemiro Luís. **A economia internacional na entrada do século XXI**: transformações irreversíveis. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 35.

[43] Ademais, foi precisamente essa questão que afligiu as bolsas de valores em todo o mundo no segundo semestre de 2008. "Por sua própria natureza, o capitalismo vive articulado em ciclos longos e curtos, de expansão e retração. A crise atual não foge a essa regra e é impossível prever seu alcance. A única certeza é que o mundo sairá modificado [...] O poder devastador dessas crises e o seu potencial de contágio se revelaram tanto maiores quanto maior foi a abertura das economias ao mercado internacional e o peso que o capital financeiro passou a desempenhar em escala nacional e mundial." SADER, Emir. Desequilíbrios estruturais do capitalismo atual. **Le Monde Diplomatique – Brasil**, São Paulo, setembro 2008, p. 4. Nesse sentido, veja-se também: SUPHAP, Wally. Toward Effective Risk-Adjusted Bank Deposit Insurance: A Transnational Strategy. **Columbia Journal of Transnational Law**. Disponível em: Acesso em: 02/09/08.

[44] Segundo Beck, tal fato está baseado (a) na nova configuração do sistema político; e (b) na substituição monocêntrica de poder dos Estados nacionais que rivalizam entre si por uma distribuição policêntrica de poder, na qual uma grande diversidade de atores transnacionais e nacionais cooperem e concorram entre si. BECK, Ulrich. **O que é globalização**, p. 72.

[45] DEUTSCH, Karl. **Análise das relações internacionais**. Tradução de Maria Rosinda Ramos da Silva. 2.ed. Brasília: UNB, 1982, p. 260.

[46] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de João Ferreira, Carmen Varriale *et al*. Brasília: UNB, 1986, pp. 1187-8.

[47] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, **Dicionário de Política**, pp. 1187-8.

[48] Não se pode, à evidência, defender o desaparecimento do Estado, mas tão-somente constatar o seu enfraquecimento diante de uma nova realidade econômica que emerge fatal para as estruturas estatais clássicas dos países.

[49] HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**, p. 100. Nesse sentido, ver: CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. A Crise Financeira Mundial, o Estado e a Democracia Econômica. **Novos Estudos Jurídicos (NEJ).** v. 13, n. 2, p. 9-21 / jul-dez 2008. Disponível em: Acesso em: 18/08/09.

[50] Segundo o autor, a "empresa transnacional será entendida como a sociedade mercantil, cuja matriz é constituída segundo as leis de determinado Estado, na qual a propriedade é distinta da gestão, que exerce controle, acionário ou contratual, sobre uma ou mais organizações, todas atuando de forma concertada, sendo a finalidade de lucro perseguida mediante atividade fabril e/ou comercial em dois ou mais países, adotando estratégia de negócios centralmente elaborada e supervisionada , voltada para a otimização das oportunidades oferecidas pelos respectivos mercados internos." CRETELLA NETO, José. **Empresa transnacional e direito internacional**: exame do tema à luz da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 27.

[51] BRASIL, Deilton Ribeiro. Empresas transnacionais sob o império da nova ordem mundial e sua integração no direito internacional. **Revista dos Tribunais**, a. 90, v. 792, outubro 2001, p. 51.

[52] Nesse sentido, veja-se: STELZER, Joana. Relações Internacionais e Corporações transnacionais: um estudo de interdependência á luz da globalização. *In:* OLIVEIRA, Maria Odete de. **Relações internacionais & globalização: grandes desafios.** 2.ed. Ijuí: Unijuí, 2000, p. 95.

[53] DREIFUSS, René Armand. **A época das perplexidades**, p. 128.

[54] SKLAIR, Leslie. **Sociologia do sistema global.** Tradução de Reinaldo Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 253.

[55] SAW III. Direção: Darren Lynn Bousman . Produção: Mark Burg; Gregg Hoffman; Oren Koules. EUA: Paris Filmes, 2005. 1 DVD

CONSTITUCIONALISMO MULTICULTURAL E POVOS INDÍGENAS: OUTRA CIDADANIA É POSSÍVEL? *

CONSTITUCIONALISMO MULTICULTURAL Y PUEBLOS INDÍGENAS: OTRA CIUDADANÍA ES POSÍBLE?

Jane Felipe Beltrão
Assis da Costa Oliveira

RESUMO

Nas últimas décadas, Argentina, Brasil, Bolívia, Paraguai e Uruguai modificaram as normas nacionais para inclusão de instrumentos jurídicos internacionais de reconhecimento à diversidade cultural, pressionados que foram pelo protagonismo indígena que vem crescendo no continente, desde os anos 70 do século passado. O denominado constitucionalismo multicultural latino-americano promoveu a garantia de direitos coletivos aos povos indígenas centrados na lógica do respeito à autonomia, autodeterminação e cidadania diferenciada, porém não retirou dos textos constitucionais o colonialismo como instituindo e orientando continuidades significativas para além de qualquer retórica de superação pós-colonial. Entretanto, a recém aprovada constituição boliviana, em contraponto com as constituições argentina, brasileira, paraguaia e uruguaia, deixa explícita não apenas a possibilidade do pluralismo jurídico, mas indica como tornar possível a existência de fato de um estado plural.

PALAVRAS-CHAVES: POVOS INDÍGENAS; CONSTITUCIONALISMO MULTICULTURAL; CIDADANIA.

RESUMEN

En las últimas décadas, Argentina, Brasil, Bolivia, Paraguay e Uruguay han cambiado las normas nacionales para la inclusión del reconocimiento jurídico internacional de la diversidad cultural, presionados por el protagonismo indígena que ha crecido en el continente desde los años 70 del siglo pasado. El llamado constitucionalismo multicultural en América Latina promovió la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas por la lógica del respeto a la autonomía, la autodeterminación y la ciudadanía diferenciada, pero no fue capaz de promover la superación del colonialismo constitucional, con el establecimiento de continuidades de discriminación más allá de la retórica post colonial. Sin embargo, la nueva constitución aprobada en Bolivia, en contraste con las constituciones de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, deja de manera explícita no sólo la posibilidad del pluralismo jurídico, sino que muestra cómo hacer posible la existência, de hecho, de un Estado plural.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

PALAVRAS-CLAVE: PUEBLOS INDÍGENAS; CONSTITUCIONALISMO MULTICULTURAL; CIUDADANÍA.

Buscas no plural

Nas últimas décadas, Argentina, Brasil, Bolívia, Paraguai e Uruguai modificaram as normas nacionais para inclusão de instrumentos jurídicos internacionais de reconhecimento à diversidade cultural, pressionados que foram pelo protagonismo indígena que vem crescendo no continente, desde os anos 70 do século passado.

Porém, nem sempre a noção de cidadania adotada inclui o reconhecimento do direito de diferenciação legítima que garanta a igualdade de condições constituinte de novos campos sociais e políticos que permitam aos povos indígenas ser cidadão pleno sem deixar de ser membro pleno de suas respectivas sociedades, ou como indica Marcos Terena (2009): "[n]ós podemos ser igual a você [não-indígena], sem deixar de ser o que somos."

A situação é particularmente difícil quanto mais nos aproximamos das fronteiras nacionais que se tornam impertinentes e comprometem a livre autonomia dos povos indígenas. A não superação da noção de cidadania liberal (limitada e etnocêntrica[1]) possibilita o florescimento de conflitos em face de interpretações que comprometem os direitos indígenas. Entretanto, a recém aprovada constituição boliviana, em contraponto com as constituições argentina, brasileira, paraguaia e uruguaia, deixa explícita não apenas a possibilidade do pluralismo jurídico, mas indica como tornar possível a existência de fato de um estado plural.

O trabalho se propõe a analisar a noção de cidadania presente nas cartas nacionais dos cinco estados verificando os espaços de sintonia e de conflito com livre autonomia tão necessária à fronteira, pois os territórios indígenas tradicionalmente desconhecem as linhas geopolíticas deste ou daquele estado nacional.

Constitucionalismo multicultural latino-americano e cidadania dupla

Em pouco mais de dez anos, a América Latina viu surgir no cenário político-institucional dos estados nacionais a inclusão de reivindicações dos povos indígenas em normas constitucionais, cerne do movimento de constitucionalismo multicultural. (Gregor Barié, 2003)

Desde a segunda metade da década de 80 do século passado, a conjuntura proporcionada (1) pelos processos de redemocratização dos países em contextos de ditadura militar ou guerra civil, (2) a ampliação da participação política e (3) o recrudescimento das condições socioeconômicas ante o advento do pacto neoliberal, possibilitaram o desenvolvimento de sujeitos sociais como fonte de legitimação do *locus* sociopolítico e da constituição emergente de direitos às identidades coletivas por meio de ações estratégicas que encontraram no espaço público estatal e, mais especificamente, nas normas constitucionais, palco privilegiado para reconhecimento de novos aportes à cidadania e reinvenção da cultura política.

Com os povos indígenas não foi diferente. O avanço organizacional via formação dos movimentos e organizações indígenas e a instrumentalização de tratados internacionais de direitos humanos pressionaram o silêncio colonialista de algumas constituições latino-americanas frente à histórica exclusão do direito à diferença pela égide do discurso de afirmação do pluralismo jurídico, autonomia e sustentabilidade, centrados no direito ao exercício diferenciado dos direitos que encontrou na idéia de "cidadania multicultural" (Santos, 2003) o espaço de luta pela articulação e potencialização mútuas do reconhecimento e da redistribuição; da crítica ao caráter etnocêntrico da cidadania liberal e soberania política estatal; da superação formal do princípio da tutela pela instrumentalização local, nacional e internacional da categoria "indígena" como identidade política simbólica que articula, visibiliza e acentua as identidades étnicas de fato (Luciano, 2006) e o pan-indigenismo.

Assim, uma nova forma de entender e operacionalizar os direitos dos povos indígenas emerge com a promulgação da constituição guatemalteca, em 1986, considerada a primeira constituição multicultural latino-americana.

Desde então, 16 dos 21 estados nacionais latino-americanos revisaram ou promulgaram constituições com base no imperativo do nacionalismo multiculturalista.[2] Por óbvio, a amplitude de normatização dos direitos indígenas varia conforme cada contexto, relacionado não somente a participação de lideranças, movimentos e organizações indígenas nas assembléias constituintes, mas também a composição ideológica dos legisladores nacionais e mediação das pressões de empresas (nacionais e multinacionais), sociedades civis, agências de cooperação (ONG's, igrejas, universidades) e organizações internacionais e regionais (como as Nações Unidas e o Banco Mundial).

Para os objetivos do trabalho, nos deteremos na análise da constitucionalização dos direitos coletivos dos povos indígenas em quatro países latino-americanos (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) a fim de compreender os elementos da cidadania multicultural (Quadro1).

Quadro 1. Povos indígenas, direitos coletivos e constituições

Constituições	Direitos coletivos dos povos indígenas
Argentina	Pre-existência étnica e cultural, respeito à identidade, educação bilíngüe e intercultural, personalidade jurídica, posse e propriedade comunitária de terras tradicionalmente ocupadas e participação na gestão dos recursos naturais (art. 75, inc. 17). Promulgação de leis que protejam a identidade e pluralidade cultural (art. 75, inc. 19).
Brasil	Educação em nível de ensino fundamental de caráter bilíngüe e intercultural aos povos indígenas (art. 210, §2º). Protege manifestações das culturas indígenas (art. 215, §1°). Reconhece aos povos indígenas a organização social, costumes, línguas e direitos originários sobre terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, *caput*). Direito a consulta aos povos indígenas para autorização de aproveitamento de recursos hídricos, energéticos e minerais situados em seus territórios (art. 231, §3º). Capacidade civil plena e legitimidade ativa individual e coletiva para ingressar em juízo. (art. 232).

Paraguai	Personalidade jurídica coletiva aos povos indígenas (arts. 38 e 63). Reconhece preexistência histórica (art. 62). Garante direito dos povos indígenas a desenvolver suas identidades étnicas na livre determinação de seus sistemas de organização política, social, econômica, cultural e religiosa (art. 63). Reconhece expressamente competência territorial da jurisdição indígena (arts. 63 e 65). Declara propriedade comunitária dos povos indígenas às terras (art. 64). Determina educação bilíngüe e intercultural (arts. 66 e 77). Autodefinição como país pluricultural e bilíngüe (art. 140). Língua guarani como idioma oficial (art. 140).
Uruguai	Não contém.

Para Raquel Yvigoyen Fajardo (2006), a incorporação das reivindicações indígenas nas constituições nacionais latino-americanas via discurso do multiculturalismo e ratificação de tratados internacionais possibilitou: (1) reconhecimento do caráter pluricultural do Estado e da nação por meio da implementação do direito à identidade étnica e cultural; (2) reconhecimento da igual dignidade das culturas, rompendo com a superioridade institucional da cultura ocidental; (3) afirmação dos povos indígenas como sujeitos políticos com direito à autonomia e autodeterminação do controle de suas instituições políticas, culturais, sociais e econômicas; (4) reconhecimento de diversas formas de participação, consulta e representação direta dos povos indígenas; (5) reconhecimento do Direito (consuetudinário) indígena e jurisdição especial.

A cidadania plena dos povos indígenas estaria, em tese, efetivada pela reunião de garantias constitucionais de proteção e promoção da diversidade cultural, autonomia política e pluralismo jurídico.

No entanto, o potencial emancipatório da cidadania é limitado (Quadro 2) ou, por vezes, desconsiderado, diante de dilemas jurídicos, políticos, econômicos e sociais que sinalizam o fato das relações coloniais internas de cada país situarem-se menos pelo contexto do pós-colonialismo – onde as constituições seriam bandeiras de luta e vanguardas retóricas – do que pela emergência do neocolonialismo, no sentido de transfiguração dos velhos embates.

Quadro 2. Das limitações constitucionais aos direitos coletivos dos povos indígenas

Constituições	**Limitações aos direitos coletivos dos povos indígenas**
Argentina	Governo federal *sustenta* o culto católico apostólico romano (art. 2º) e *fomenta* a imigração européia (art. 25). Todo cidadão argentino está *obrigado* a armar-se em defensa da Pátria e da Constituição (art. 21). *Delega* ao Congresso Nacional o reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas (art. 75, *caput*).
Brasil	Língua portuguesa como idioma *oficial* (art. 13). União legisla *privativamente* sobre populações indígenas (art. 22, XIV). Congresso Nacional possui *competência exclusiva* para autorizar, em terras

	indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais (art. 49, XVI). Aos juízes federais compete processar e julgar *disputas sobre direitos indígenas* (art. 109, XI). Função institucional do Ministério Público de *defender judicialmente* os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V).
Paraguai	Direito de aplicar livremente normas consuetudinárias para regulação da convivência interna sempre que elas *não atentem contra* os *direitos fundamentais* estabelecidos na Constituição (art. 63). Reconhece-se o *protagonismo* da Igreja Católica na formação histórica e cultural da Nação (art. 82). Em *nenhum caso* o interesse de particulares primará sobre o interesse geral (art. 128). Função institucional do Ministério Público de promover ação penal pública para *defesa* dos direitos dos povos indígenas (art. 268).
Uruguai	A soberania *em toda sua plenitude* existe *radicalmente* na Nação, a quem compete direito exclusivo de estabelecer suas leis (art. 4º). Todas as pessoas são iguais perante a lei, não reconhecendo *outra distinção* entre elas senão de *talentos ou virtudes* (art. 8º). Toda riqueza artística ou histórica do país, *seja quem for seu dono*, constitui tesouro cultural da Nação e estará sobre salvaguarda do Estado (art. 34).

A medida de superioridade normativa das cartas constitucionais não faz da vanguarda retórica ponto de relação unilateral com a sociedade. Mais do que conformar a sociedade, as constituições são conformadas por elas. Os textos normativos expressam os embates ideológicos que permeiam a convivência em sociedades que se pensam democráticas e pós-coloniais.

Edward Said (2007), ao analisar a construção européia (Ocidental) da imagem do Oriente pela formação discursiva do orientalismo como sistema de conhecimento sobre o Oriente destinado a filtrá-lo na consciência ocidental, entende o orientalismo como *instituição* produzida e manejada em *continuidades significativas* presentes tanto no imperialismo britânico e francês quanto no (neo)imperialismo americano do pós-guerra.

Urge considerar o colonialismo como instituindo e orientando *continuidades significativas* para além de qualquer retórica de superação pós-colonial. Ao mesmo tempo, não se pode desprezar o potencial transformador dos instrumentos jurídicos do multiculturalismo pós-coloniais ligados à afirmação da cidadania dos povos indígenas, pois carregam força normativa suficiente para introduzir novos aportes as relações sociais e institucionais, apesar do caráter liberal.

O desafio, no entanto, é o de ver o invisível do poder como visibilidade encharcada em relações que encontram na linguagem jurídica das constituições nacionais pontos de embates, permanências e mudanças – em suma, de limites e possibilidades. Parafraseando Homi K. Bhabha (1998), o que se interroga não é simplesmente a imagem que as constituições analisadas plasmam sobre os (direitos coletivos dos) povos indígenas, mas o lugar discursivo e disciplinar *desde onde* as questões jurídicas são estratégica e institucionalmente colocadas de modo a representar a alteridade da

“identidade nacional” e *a partir do qual* frutificam espaços de confrontação e contradição das afirmações emancipatórias da cidadania diferenciada frente ao colonialismo interno das sociedades latino-americanas (confrontação) e das próprias constituições (contradição).

Entende-se por “contradição” a ambigüidade e polifonia ideológica da consagração normativo-constitucional da alteridade dos povos indígena. De forma geral, as constituições analisadas apresentam restrições ao reconhecimento integral da diversidade cultural, seja porque condicionam o controle de mandatos jurídicos a determinadas instituições públicas sem possibilidade de participação de organizações e lideranças indígenas; porque não igualam o *status* das culturas diferenciadas ao da cultura “nacional”, (Marés, 2009) subsistindo outorga de direitos para manutenção das culturas diferenciadas, mas não para confrontar a hegemonia cultural do nacional nos diferentes espaços sociais; e, ainda, pelo emprego de conceitos jurídicos – todos os sublinhados acima (Quadro 2) – cuja definição dos sentidos reclama tradução intercultural, pois as disputas de significação implicam na delimitação do alcance hermenêutico e material do direito à diferença. É uma espécie de plural subtraído!

Por outro lado, a “confrontação” representa os efeitos da aplicabilidade concreta – em decisões judiciais, políticas públicas e relações sociais – da tensão sociocultural e ideológica da presença dos povos indígenas como sujeitos coletivos diferenciados inseridos em sociedades democráticas e pós-coloniais, nas quais a diversidade ainda é majoritariamente pensada como desigualdade.

Quanto à “confrontação”, a principal conseqüência está na criminalização das práticas judiciais dos povos indígenas (Yvigoyen Fajardo, 1999 e 2000), ou seja, o enfoque colonial e moderno da exclusividade estatal da função jurisdicional penaliza (1) os procedimentos das culturas jurídicas indígenas de administração de fatos definidos como delituosos e passíveis de punições locais ou (2) mera existência de jurisdição indígena em qualquer âmbito jurídico por entender que as autoridades indígenas usurpam as competências legais.[3]

Em todo caso, o que está em jogo é a não superação concreta da hierarquização entre nacionalidade e etnicidade frente à permanência da noção de cidadania liberal (limitada e etnocêntrica) assentada na vinculação ao estado-nação graças à representação imaginária (Hall, 1998) de direitos, deveres e valores comuns/compartilhados (democracia liberal), além da temporalização e territorialização da cidadania à herança histórica de determinada sociedade particular com território sob comando exclusivo do poder central estatal (soberania política).

O embate entre as definições político-ideológicas de cidadania produz conflitos permanentes entre (1) direitos individuais e direitos coletivos, (2) soberania política estatal e autonomia dos povos indígenas, e (3) graus assimétricos de reconhecimento normativo da livre determinação dos povos indígenas.[4]

No entanto, a questão central para os objetivos do trabalho está na consideração da livre determinação como espaço de extrapolação da soberania política estatal, sobretudo junto aos povos indígenas que se situam em territórios de fronteiras entre estados nacionais.

Para Carlos Frederico Marés (2003), o reconhecimento dos direitos coletivos pelos Estados latino-americanos está sempre vinculado a um espaço territorial, necessário para localizar o destinatário das normas/políticas públicas e renovar a soberania política.

"Assim, quando o povo e seus direitos estão circunscritos a um território, apesar das dificuldades já expostas, tem sido possível reconhecê-los e garanti-los. Uma grande dificuldade surge quando não há essa circunscrição territorial, como no caso dos ciganos, ou quando a circunscrição não é clara, como no caso dos guarani." (Marés, 2003, p. 103)

Assim, a idéia de (com)partilhamento da soberania sobre determinados povos indígenas que convivem em territórios transnacionais com dinâmico fluxo migratório, como no caso do povo Guarani, demanda nova consideração da livre determinação dos povos indígenas, pois significa admitir a possibilidade de outra compreensão da noção de territórios/terras indígenas.

Bolívia e a proposta da América plural: transição paradigmática à cidadania plena

A melhor definição para contextualizar o que representa o novo paradigma constitucional boliviano é a reflexão formulada por Cletus Barié: "*¿Aportará Bolívia uma segunda generación de derechos indígenas?*" (2008, p. 51)

Não poderia ser uma afirmação, porque o caráter experimental e paradigmático dos direitos constitucionais garantidos necessita de tempo para ser avaliado e, sobretudo, materializado. Mas ousar experimentar é fundamental, especialmente considerando o autoritarismo vigente na Bolívia até bem pouco tempo.

Porém, não resta dúvida que a confluência de acontecimentos históricos ocorridos na Bolívia no século passado e, de forma mais intensa, nas duas últimas décadas, possibilitaram situação política largamente favorável aos povos indígenas e a refundação do Estado.

O fato do país possui 70% da população se autoidentificando com povos originários indígenas[5] é questão político-demográfica importante porque é entre eles que se localiza a maioria dos pobres do país. (Moreno e Aguirre, 2007) Ou seja, a desigualdade socioeconômica na Bolívia está historicamente relacionada ao aspecto étnico.

Isto decorre, em parte, pelo modo como se constituiu a nacionalidade boliviana. O processo de independência e fundação do Estado boliviano, e de todos os países da América Latina (exceto o Brasil), provocou rompimento político com Espanha, ao mesmo tempo em que gerou condições para emergência de elite local que incorporou e difundiu os princípios da tradição jurídica hispânica, marcada pelo idealismo abstrato jusnaturalista, formalismo dogmático-positivista e retórica liberal-individualista. (Wolkmer, 2008)

Por isso, na Bolívia a identificação nacional foi sempre problemática. A construção do nacionalismo boliviano foi, em grande medida, projeto do Estado, no sentido de ter sido liderada e objetivada apenas pela elite local constituída de minoria branca européia de

origem espanhola que possuía a propriedade das terras e minas da região. Os povos indígenas, além de terem sido excluídos da condução do processo, sofreram a imposição de valores etnocentricamente travestidos de "comuns"[6] e negação de direitos coletivos.[7]

A promulgação da Constituição de 1994 representa nova inclusão da especificidade sociocultural dos povos indígenas e enquadramento do país no contexto regional do constitucionalismo multicultural. Na Carta, os direitos coletivos dos povos indígenas estavam alocados, principalmente, no artigo 171, o qual reconhecia formalmente diversidade cultural, autonomia política e pluralismo jurídico.

No entanto, a estabilização da economia nacional com adoção da doutrina neoliberal por seguidos governos provocou recrudescimento das condições de vida da sociedade boliviana, especialmente dos povos indígenas, e ineficácia das normas constitucionais.

A partir do ano 2000, diversos protestos e manifestações indígenas-populares contrários aos processos de privatização dos recursos naturais e reivindicando reformas estruturais no Estado – inaugurados na Guerra da Água em Cochabamba em abril de 2000 e acirrados na Guerra do Gás em outubro de 2003 (Agenda de Outubro) – culminaram na transformação dos movimentos indígena e campesino em núcleos articuladores das ações políticas, cujo reflexo maior ocorreu com eleição do primeiro presidente indígena da América Latina: Evo Morales, em 2005.

Para alcançar a maioria dos votos na eleição de 2005, Evo Morales estabeleceu três compromissos ou pactos governamentais: a) convocar referendo vinculante sobre o uso e destino dos recursos energéticos; b) reformar a Lei dos Hidrocarbonetos (petróleo) de 1996, para restabelecer a soberania nacional sobre fontes energéticas; c) convocar Assembléia Constituinte para avançar na refundação do Estado boliviano. (Moreno e Aguirre, 2007)

Em agosto de 2006 tem início a Assembléia Constituinte boliviana para estruturação da *Nueva Constitución Política del Estado* (NCPE), promulgada em janeiro de 2009.

Ao estabelecer no primeiro artigo constitucional que "... Bolívia se constituye en un Estado Unitário Social de Derecho Plurinacional Comunitario ...", (Bolívia, 2009) o paradigma constitucional boliviano inova no cenário político-institucional latino-americano ao afirmar categoricamente a fundação do Estado autodenominado plurinacional.

Para Boaventura de Sousa Santos (2007), a idéia de plurinacionalidade propõe a resignificação comunitária do conceito de nação liberal para superar a relação assimétrica entre estado, nação e etnicidade.

Sabemos que os Estados modernos inventaram o discurso da representação nacional para suplantar hierarquicamente as diversas etnicidades existentes no território, de modo a fortalecer a soberania política para legitimação da unificação territorial e universalização do *status* da cidadania.

O que está em jogo é a relação bilateral e igualitária entre estado e nação, e relação unilateral e discriminatória destas para com as etnicidades. No bojo, está sedimentada a

ideologia de que somente é possível existir *uma nação* para cada Estado, porque seu papel é justamente o de legitimar e validar o colonialismo político-social mascarado na cidadania e soberania estatal.

Todavia, Santos (2007) afirma que a plurinacionalidade obriga a refundação do Estado moderno porque combina diferentes conceitos de nação dentro de um mesmo Estado. A radicalidade do discurso plurinacional está em reconhecer as identidades étnicas originárias como nacionalidades, igualando-as juridicamente ao maximizar o valor da diversidade cultural como principio *transversalizado nas* e *estruturador das* normas constitucionais.

A conversão das etnias em nacionalidades faz parte da reivindicação política dos povos indígenas localizados no hoje Estado boliviano – e em tantos outros estados da América Latina, mas salvo a Bolívia os demais estão em dívida com os povos indígenas. O pronunciamento adotado por lideranças indígenas no *Encuentro Continental de Pueblos y Nacionalidades Indígenas del Abya Yala***[8]** (La Paz, Bolívia – outubro de 2006) possibilita compressão da negação estratégica do pertencimento étnico:

"[a]tualmente a Constituição Política do Estado Boliviano afirma que é multiétnica. Não somos Etnias. Somos Nações, Povos, Nacionalidades, queremos um Estado Plurinacional, que assim conste na nova Constituição da Bolívia. Todos os países de Abya Yala devemos reconstruir um Estado Plurinacional." (Almeida, 2009, p. 73)

Logo, a nação passa a ser instrumentalizada como identidade política simbólica para articular, visibilizar e acentuar juridicamente as identidades étnicas de fato, do mesmo modo como ocorreu com o "ser indígena". Por outro lado, isto significa a ruptura da relação entre Estado e nação no singular, porque agora não somente as normas constitucionais reconhecem a existência de diferentes nações pré-existentes a própria formação do Estado, como também o fortalecimento do Estado passa a depender da ampliação da participação e do empoderamento dos povos étnica-culturalmente diferenciados, o que provoca a entronização no Estado plurinacional boliviano das diferentes maneiras étnicas de significar política, economia, juridicidade, sexualidade, religiosidade e cultura[9] – marcas de questionamento às tradições do nacionalismo etnocêntrico liberal em todos os âmbitos sociais, inscritos em 89 das 410 normas constitucionais bolivianas.

O Estado passa a ser o *guarda-chuva furado* das diferentes formas de nações. Isto porque se propõem a valorizá-las, mas de modo a respeitar suas autonomias e autodeterminações impossíveis de serem questionadas ou interferidas pelo próprio Estado, sob pena de infração aos preceitos constitucionais.

A gramática organizacional que disciplina a formação do Estado plurinacional boliviano é a democracia plural sublinhada, na feliz expressão de Boaventura de Sousa Santos (2005), como demodiversidade. Isto porque Bolívia afirma a primazia da democracia sobre os nacionais (Tapia, 2007) e da democracia participativa sobre a democracia representativa para impedir qualquer forma de monopólio político, operacionalizar novas considerações sobre institucionalidade e territorialidade, e, por fim, legitimar diferentes práticas culturais de procedimentalização, normatização e deliberação democrática – as denominadas democracias comunitárias, alçadas ao *status* de sistemas

de governos, conjuntamente com as democracias participativa e representativa (art. 11, NCPE).

Para Santos (2007), a proposta democrática e plurinacional do Estado boliviano derivam da recepção dos conceitos de interculturalidade[10] e pós-colonialismo. O primeiro, para acentuar que a cultura política democrática só é possível tendo em vista a maneira específica de cada nacionalidade organiza sua plurinacionalidade, é dizer, a convivência plurinacional marcada pela constituição identitária em intercâmbios culturais. O segundo, como reconhecimento institucional de que o colonialismo não terminou na independência e que entre a independência e o pós-colonialismo a nova constituição funciona como "terceiro termo" para reivindicar o momento de transição (e não superação) paradigmática que faz da memória das injustiças históricas o fundamento ético-político para a atuação pro ativa estatal no enfrentamento das desigualdades e discriminações, em suma, na consagração da igualdade material.[11]

A nova institucionalidade boliviana pauta-se na descentralização plurinacional das competências político-administrativas aptas a fortalecer o poder local e interculturalização dos poderes do Estado.

Em primeiro lugar, o poder legislativo torna-se bicameral, composto de câmara dos deputados e representantes departamentais. Na Câmara, dos 130 membros, metade deve ser eleita por circunscrições uninominais – votação universal, direta e secreta – e a outra parte por circunscrições plurinominais – por meio de listas – com separação de vagas para parlamentares oriundos dos povos indígenas por meio da criação da circunscrição especial (arts. 146 e 147, NCPE).

Em segundo lugar, a jurisdição plurinacional boliviana sustenta-se no princípio do pluralismo jurídico e interculturalidade (art. 178, I, NCPE). Assim, não somente reconhece a autonomia da jurisdição indígena de exercer sua soberania dentro do território contemplado via competências pessoal, material e territorial, (art. 191, II, NCPE) como também a iguala à jurisdição ordinária (art. 179, I e II, NCPE). Por outro lado, garante composição plural – inclusão de juízes originários de povos indígenas – nos órgãos da jurisdição ordinária, agroambiental, eleitoral e, principalmente, no Tribunal Constitucional Plurinacional, órgão máximo da estrutura judiciária boliviana (art. 187, art. 197, art. 206, NCPE) – onde também são resolvidos os conflitos de competência entre as diferentes jurisdições, inclusive a indígena (art. 202, 11, NCPE).

Em terceiro lugar, significa a reordenação da organização territorial do país de modo a dividi-la em quatro esferas: departamental (equivalente aos estados federados no Brasil), provincial, municipal e indígena (art. 269, NCPE). Cada esfera possui autonomia política para promover eleições diretas dos governantes, administração dos recursos econômicos e naturais, além de exercer faculdades legislativas e executivas, entre outras (art. 272, NCPE). Nos âmbitos departamental, provincial e municipal há garantias constitucionais direcionadas a assegurar a participação de representantes dos povos indígenas nas instancias deliberativas (art. 278, I e II, art. 283, I e art. 284, II, NCPE). Por outro lado, a *autonomia indígena originária campesina* é conceituada constitucionalmente como autogoverno, no sentido de exercício da livre determinação das nações e povos indígenas (art. 289, NCPE) em relação à forma de governabilidade de territórios, de acordo com normas, instituições, autoridades e procedimentos próprios, formalmente disciplinados em estatutos autônomos (art. 292, NCPE)

contendo, ainda, as diretrizes da gestão local do desenvolvimento econômico, social, organizativo e cultural (art. 304, 2, NCPE), além da prevalência da jurisdição indígena para aplicação da justiça e resolução de conflitos no respectivo âmbito territorial (art. 304, 8, NCPE).

Por isso, a organização territorial do país encontra na livre determinação dos povos indígenas parâmetro de democratização das autonomias (no plural) e dinamicidade da compartimentação do espaço.

Por este prisma, é possível pensar a possibilidade de recepção de fluxos migratórios de povos indígenas como medida de diversificação da noção de territorialidade. Se a identidade nacional boliviana tem que (aprender a) conviver com múltiplas nacionalidades étnicas locais, também há de se considerar a convivência plurinacional com identidades étnicas transnacionais – cujos membros vivem em territórios localizados em diferentes países.

O respeito à livre determinação democrática dos povos indígenas é o primeiro passo para o diálogo com grupos étnicos trans-fronteiriços. Neste caso, cabe ressaltar o reconhecimento de várias cosmovisões dos povos indígenas como *princípios étnico-morais* da sociedade plural (art. 8º, NCPE) e patrimônio étnico que forma parte da expressão e identidade do Estado (art. 100, I, NCPE), o que parece sinalizar tanto ruptura entre tradução e direitos quanto a possibilidade de recepção das cosmovisões indígenas como topos hermenêuticos que conformam a interpretação do ordenamento jurídico (Streck, 2007) do Estado plurinacional.

O que é diferente e não pode ser traduzido (cosmovisões) ainda sim precisa ser reconhecido e assegurado normativamente – os limites da tradução não coincidem com os limites da garantia de direitos, sobretudo porque se deslocam da necessidade impreterível do diálogo para identificação de campo comum de reivindicações para a validade êmica das cosmovisões como patrimônios étnicos que expressam diversidade principiológica do Estado.

Ora, se assim o for, há de se considerar três coisas: a) respeito à integralidade cultural das cosmovisões, pois elas estabelecem o sentido organizacional de cada povo indígena, é dizer, o modo como *pensam o* e *agem no* mundo; b) as cosmovisões só possuem validade se operacionalizadas de maneira relacional com outras cosmovisões internas, como no caso do povo Guarani onde *Teko Kavi* (Vida Boa) não pode ser pensada sem consideração ao mito *Ivi Maraei* (Terra sem Males), sob pena de invalidar a hermenêutica; c) compreender a repercussão na hermenêutica jurídica da consideração das cosmovisões como princípios ético-morais, o que implica na disputa pelo paradigma principiológico a ser aplicado, pois pode representar tanto a busca pelo sentido oculto das normas (paradigma positivista) ou posição de que os princípios *são nas* normas (paradigma neopositivista) – ao considerar a interpretação como ato de dar sentido, portanto, de criar o texto normativo – quanto, e este é o desafio, produzir tradução intercultural da própria definição de princípio ético-moral de maneira a garantir a autonomia hermenêutica dos povos indígenas para indicarem "como" e "em que medida" suas cosmovisões aplicam-se no ordenamento jurídico do Estado plurinacional boliviano.

Se não podemos concordar com o paradigma positivista pela redução valorativa empreendida a função dos princípios na conformação das normas, e não temos parâmetros práticos para saber qual a dimensão da tradução intercultural dos paradigmas principiológicos, o certo é que se nos posicionamos em defesa do paradigma neopositivista dos princípios temos que levar em conta a definição, já clássica, de Robert Alexy de que

"... los *principios* son normas que ordenam que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los princípios son *mandatos de optimización* ..." (1997, p. 86)

A partir disso, há que apontar a condição dos princípios de valores fundamentais que governam a aplicabilidade da Constituição para o alcance de respostas adequadas e contextualizadas com os fatos, de modo a refletir sobre a condição de possibilidade de reordenação hermenêutica da constituição boliviana, devido consideração principiológica das cosmovisões indígenas, com conseqüências, por exemplo, na definição de território indígena tendo em vista a filtragem constitucional do princípio ético-moral *Ivi Maraei* (Terra sem Males), cujo horizonte mítico é o de lugar privilegiado, indestrutível, onde a terra produz por si mesma seus frutos e onde no há morte, (Carvalho, 2006) dando sentido às práticas migratórias do povo Guarani, pois a terra que buscam é a que serve de base ecológica da esperança de ascender à imortalidade sem passar pela morte, a digna recompensa para aqueles que em vida juntaram méritos suficientes.[12]

Logo, se o horizonte mítico de *Ivi Maraei* (Terra sem Males) sinaliza a condição fronteiriça e migratória do povo Guarani como medida de representação cultural do território, sua positivação com *status* de princípio constitucional pode significar a garantia jurídica para reconhecimento da dinamicidade autonômica da cidadania transnacional Guarani, cuja

A própria Constituição boliviana parece reconhecer esta dinamicidade autonômica no trato dos territórios indígenas ao salvaguardar como único requisito para outorga formal a vontade expressa dos povos indígenas abrangidos através de consulta institucional sintonizada com as normas e procedimentos próprios (art. 293, I, NCPE).

De forma complementar, tem-se a promoção da integração das nações e povos indígenas localizados na Bolívia com os povos indígenas do mundo (art. 265, II, NCPE). Sem dúvida, a idéia de integração desloca-se do sentido histórico de assimilação para o de, parafraseando Boaventura de Sousa Santos (2006), ecologia supraestatal das nacionalidades indígenas, forma de promover convivências e cidadanias regulamentadas por normas constitucionais de abertura para reconhecimentos de direitos de coletividades indígenas extraterritoriais, é dizer, de fora dos domínios da soberania política estatal.

As buscas continuam...

Quais os fundamentos da livre determinação que conflitam ou não com a noção de cidadania nos estados, mesmo que as constituições se afirmem plurais? Em que medida

os colonialismos externo e interno modificaram as noções de identidade e cidadania, e cerraram as possibilidades de viver num estado plural? Quais as estratégias de luta dos povos indígenas para manter suas identidades, autonomias e direitos?

As interrogações aplicam-se à Bolívia que vive a transição e aos demais estados que apesar dos inscritos ou não inscritos constitucionais deverão adaptar-se aos novos tempos. Afinal, o movimento indígena aqui e alhures se articula e, com sabedoria, vai se instalando e produzindo mudanças, pequenas é verdade, mas que juntas podem ensinar aos demais o que é ser cidadão pleno!

Para fazer valer o pluralismo os estados nacionais devem assumir-se como plurinacionais e pensar o Direito como cultura ou

"... forma de ver o mundo, semelhante... à ciência, ou à religião, ou à ideologia, ou à arte – mas que, no caso específico do direito, vem acompanhado de um conjunto de atitudes práticas sobre o gerenciamento de disputas que essa própria forma de ver o mundo impõe aos que a ela se apegam...". (Geertz, 1998, p. 276)

O Estado, para atender as demandas do pluralismo, deve ordenar-se não apenas contemplando o Direito "oficial", mas considerando o(s) direito(s) e, mais ainda, os direitos coletivos que se sobrepõem aos direitos individuais, direitos diferentes do direito hegemônico – praticado pelos estados nacionais – onde a *autonomia* seja tomada como exercício do direito à distribuição de competências em níveis distintos de organização política e social que, ajustada à *autodeterminação*, implique em respeito aos sistemas jurídicos indígenas e às autoridades indígenas.

Para discutir as questões apresentadas, é preciso estabelecer que: (1) estado multicultural – no sentido de abrigar povos culturalmente diversos – é, por definição, plural; (2) para estabelecer bases plurais é urgente admitir a diversidade e a possibilidade de livre determinação dos povos etnicamente diferenciados; (3) conviver com a diversidade é buscar relações simétricas que possibilitem a interculturalidade e o diálogo político; e (4) diversidade, pluralismo e multiculturalismo só se expressam em estados plurinacionais.

Resistências teóricas, ideológicas e políticas continuaram a ocorrer, mas a gestão do futuro dos povos indígenas, e das sociedades nacionais como um todo, depende, cada vez mais, de levarmos a sério a conquista da democracia pela ótica da diversidade para a crescente politização dos espaços sociais, com vistas à oportunidade e condição de exercício de maiores intensidades de cidadania, reordenamento das relações de poder e refundação dos Estados.

Referencias bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMDEIA, Lúcio Flávio Rodrigues de. Lutas sociais e questões nacionais na América Latina: algumas reflexões. *In Lutas Sociais 17/18*, 2009, pp. 64-77. Disponível em: http://www.pucsp.br/neils/downloads /v17_18_lucio.pdf

ANDRADE TAPIA, Milton Eduardo. *Movimientos y organizaciones políticas de los pueblos indígenas em Ecuador, Peru y Bolívia*. Belém: Tese apresentada ao Curso de Doutorado em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido – PDTU, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos da Universidade Federal do Pará, 2008. (manuscrito)

BELTRÃO, Jane Felipe. Direitos humanos e povos indígenas: um desafio para a Antropologia. *In* COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (coord.) *Direitos humanos em Concreto. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 157-174.*

BHABHA, Homi K. *O local da cultura*. Belo Horizonte: EdUFMG, 1998.

BOLÍVIA. *Nueva Constitución Política del Estado*. Disponível em:

CARVALHO, Elaine Terezinha Alves de Miranda. *"Paraíso terrestre" ou "Terra sem Mal"?* São Bernardo do Campo: Dissertação de mestrado na Universidade Metodista de São Paulo, 2006.

GEERTZ, Clifford. *O Saber Local*. Petrópolis, Vozes, 1998.

GREGOR BARIÉ, Cletus. *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales: um panorama*. Bolívia: Instituto Indigenista Interamericano; Comisión Nacional paea Desarollo de los Pueblos Indígenas; Equador: Editorial Abya-Yala, 2003. Disponível em: http://gregor.padep.org.bo

_____. El debate actual sobre autonomias em la legislación internacional: experiencias prácticas. *In* SEVILLA, Rafael e GREGOR-STRÖBEL, Juliana (org.). *Pueblos Indígenas - Derechos, estrategias económicas y desarrollo con identidad*. Weingarten (Oberschwaben): Centro de Comunicación Científica con Ibero-América, 2008, pp. 32-56.

HALL, Stuart. *A questão da identidade cultural*. Campinas, SP: IFCH/UNICAMP, 1998.

LÉVI-STRAUSS, Claude. "Raça e História" *In Raça e Ciência I.* São Paulo: Editora Perspectiva, 1970.

_____. "O inato e o adquirido" *In O Olhar Distanciado.* São Paulo, Martins Fontes, 1983.

LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006, pp. 129-136.

LUNA PINEDA, Fabiola. *Un acercamiento a la interculturalidad*. Disponível em: http://www.caaap.org.pe/archivos/interculturalidad.pdf

MARÉS, Carlos Frederico. Multiculturalismo e direitos coletivos. *In* SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

MOREIRA, Manuel. La cultura jurídica Guaraní: aproximación etnográfica a la justicia Mbya-Guarani. Argentina: Antropofagia, 2005.

MORENO, Isabel & AGUIRRE, Mariano. *La refundación del Estado em Bolívia. Madrid: FRIDE, 2007. Disponível em: http://www.bolivia.de/es/noticias_imagenes/nueva_cpe_textofinal_ compatibilizado_version_oct_2008.pdf*

PIOVESAN, Flávia. *Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos.* Cadernos de Pesquisa, v.35, n.124, jan./abr. 2005, pp. 43-55. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124 /a0435124.pdf

SAID, Edward W. *Orientalismo: o oriente como invenção do ocidente*. São Paulo: Cia. das Letras, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____ (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política.* São Paulo: Cortez, 2006.

_____. *La reinvención del Estado y el Estado plurinacional*. Santa Cruz de La Sierra, BOL: Alianza Interinstitucional CENDA - CEJIS - CEBID, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

TAPIA, Luís. *Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional*. Buenos Aires: CLACSO, ano VIII, n. 22, 2007. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ ar/libros/osal/osal22/D22Tapia.pdf

TERENA, Marcos. "Promoção dos Direitos Indígenas: Brasil - 500 anos" Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/indios/marcosterena..html. Acesso em 05 jul. 2009.

TUBINO ARIAS-SCHREIBER, Fidel. Interculturalizando el multiculturalismo. *In* Encuentro Internacional sobre Interculturalidad. *Interculturael. Balance y perspectiva*. Barcelona: Fundação CIBOD, novembro 2001. Disponível em: www.cidob.org

WOLKMER, Antonio Carlos. *Aportes críticos na reinterpretação da tradição do Direito na América Latina*. São Luís, 2008. (manuscrito)

YVIGOYEN FAJARDO, Raquel. Criterios y pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. *In* YVIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999. Disponível em: http://www.alertanet.org/b-pautas.htm

_____. Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos. *In Revista Pena y Estado* # 4. Buenos Aires: INECIP y Editorial el Puerto, 2000. Disponível em: http://www.alertanet.org/PENA-ESTADO.htm

_____. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena em las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. *In* Berraondo, Mikel (coord.): *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 537-567. Disponível em: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2286360

---

[1] Etnocentrismo é pensado a partir de Lévi-Strauss e "... consiste em repudiar pura e simplesmente as formas culturais – morais, religiosas, sociais, estéticas – mais afastadas daquelas com que nos identificamos." (1970, p.236) Recusa que implica no reconhecimento da diversidade cultural, uma vez em que "... cada cultura se afirma como a única verdadeira e digna de ser vivida; ignora as outras, chega mesmo a negá-las como culturas." (1983, p.26).

[2] De acordo com Gregor Barié (2003) os países latino-americanos que possuem normas constitucionais específicas para assegurar direitos coletivos dos povos indígenas são (em ordem alfabética): Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Guiana, Honduras, México, Nicarágua, Panama, Paraguai, Peru e Venezuela. Por outro lado, os que não a possuem são (em ordem alfabética): Belize, Chile, Guiana Francesa, Suriname e Uruguai. Apesar da distancia temporal para com o presente ano (2009), os dados continuam válidos, com o acréscimo de que o Chile, em março de 2009, ratificou o Convênio 169 da OIT.

[3] Em contextos diferentes, Jane Felipe Beltrão (2008) e Manuel Moreira (2005) têm analisado situações em que o não reconhecimento do pluralismo jurídico pela justiça estatal representou a criminalização dos procedimentos jurisdicionais diferenciados desenvolvidos para resolução de conflitos locais entre indígenas (Moreira, 2005) ou entre indígenas e não indígenas (Beltrão, 2008), o que desencadeou conflitos de competência e *ação direta* de "insubordinação" dos povos indígenas à legitimidade do direito estatal por meio de estratégias de resistência.

[4] Cabe lembrar que o exercício do direito de livre determinação deve ser compreendido em dois âmbitos: a) autonomia e autogoverno nas questões relacionadas com assuntos internos e locais; e b) participação direta nas instituições da sociedade nacional.

[5] Dados retirados de Milton Andrade Tapia (2008) e referentes a estimativas elaboradas pelo *Instituto de Indigenismo Interamericano* no ano de 2006. Isabel Moreno e Mariano Aguirre informam, no entanto, que "... segun el Censo Nacional de Población y Vivienda del año 2001, el último estudio global disponible, el 62 por ciento de los ciudadanos mayores de 15 años se auto identifica com pueblos originários..." (2007, p.03).

[6] Chegando, na década de 70 do século passado, a intentar-se eliminação das diferenças entre povos indígenas e sociedade nacional através da proibição, por decreto, do uso do termo "índio", "... obligando a todo el mundo a ser 'campesino'..." (Andrade Tapia, 2008, p. 81).

[7] De acordo com Cletus Barié, a primeira menção aos povos indígenas ocorreu no texto da Constituição boliviana de 1938 – a primeira constituição foi a Carta de 1826 – "... cuando se les reconoció a las 'comunidades indígenas' el derecho a contar con una legislación específica y a ser instruído em instituiciones educativas, de acuerdo com sus características regionales y culturales." (2003, p. 148) Posteriormente, a Carta Magna de 1967 passou a denominar os povos indígenas por organizações sindicais campesinas.

[8] De acordo com Lúcio Flávio Almeida (2009), "Abya Yala" designa o continente "americano" ou "ameríndio" antes da chegada dos europeus.

[9] Na Constituição boliviana, a transversalização da diversidade cultural encontra respaldo em normas relativas ao sistema de governo (art. 11, NCPE), família (art. 19, II, NCPE), direitos fundamentais (arts. 21e 26, NCPE), saúde (arts. 35, II e 42, I, NCPE), seguridade social (art. 45, II e V, NCPE), trabalho (art. 51, III, NCPE), criança e adolescente (art. 58, NCPE), educação (arts. 78, I, II; 80, II; 91, I e II; 95, I e II, NCPE), cultura (arts. 98; 99; 100; 101, NCPE), comunicação social (art. 107, NCPE), garantias judiciais (art. 115, II; 119, I; 120, NCPE), economia (arts. 306, III; 307; 311, I; 313, I; 319, I; 337, II, NCPE), meio ambiente e recursos naturais (arts. 349, II; 352; 353; 385, II; 388; 391; 392, NCPE), além dos âmbitos abordados mais adiante no artigo.

[10] Interculturalidade afirmada talvez de modo a confrontar e superar os limites dos discursos e das práticas multiculturalistas. Para informações sobre as diferenças teóricas e políticas entre multiculturalismo e interculturalidade, conferir: Fidel Tubino Arias-Schereiber (2001) e Fabiola Luna Pineda (2009).

[11] Entendemos igualdade material por misto de justiça social e reconhecimento identitário. Estamos, assim, em acordo com Flavia Piovesan, para quem a igualdade material "... correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico)... [e] ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios." (Piovesan, 2005, p. 47)

[12] No período colonial, a busca da Terra sem Mal obteve o significado de barreira à sujeição dos *Guarani* ao processo de ocidentalização, "... instigando fugas em massa do que para os índios tornava-se, segundo Mário Maestri, a trágica fuga das 'terras dos males sem fim'...", (Carvalho, 2006, p. 121) rumo ao território onde recuperariam seu *teko* (modo de ser).

A REPERCUSSÃO GERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA*

THE GENERAL REPERCUTION OF THE EXTRAORDINARY APPEL AND THE PRINCIPLE OF ACESS TO JUSTICE

José dos Santos Carvalho Filho

RESUMO

Visando a solucionar a crise numérica do Judiciário, a Emenda Constitucional n. 45 criou o instituto da repercussão geral do recurso extraordinário. A implementação desse instituto acarretou uma revolução na forma de prestação jurisdicional, vez que se possibilitou à Suprema Corte selecionar os casos que julgará, por meio do reconhecimento, ou não, de relevância econômica, social, política ou jurídica na tese recursal. Este artigo analisa a sistemática da repercussão geral e sua compatibilidade com o princípio do acesso à justiça, perpassando pela demonstração de princípio do acesso à justiça como direito fundamental, pela crise que motivou a incorporação da repercussão geral ao ordenamento jurídico brasileiro, pela explicação teórica e prática do instituto e pela apresentação das conquistas numéricas da repercussão geral nos seus dois primeiros anos de aplicação.

PALAVRAS-CHAVES: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. ACESSO À JUSTIÇA.

ABSTRACT

Aiming to solve the numerical crisis of the Judiciary, the 45th Constitutional Amendment created the state of general repercution of the extraordinary appeal. The implementation of this state has led to a revolution in the way of Judiciary solve interest conflicts, as it made possible for the Supreme Court to select the cases it will review through recognition or not of economic, social, political or juridical relevance of the appellate thesis. This paper analyses the general repercution's sistematics and its compatibility with the principle of access to justice, going through the demonstration of the principle of access to justice as a fundamental right, the crisis that motivated the incorporation of the general repercution to the brazilian juridical order, the theorical and practical explanation of this state and the presentation of the numerical achievements of the general repercution in its first two years of appliance.

KEYWORDS: APPEL. GENERAL REPERCUTION. ACESS TO JUSTICE.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

O recurso já não era tão extraordinário como antigamente...

Falava-se em crise. Do Recurso Extraordinário, do Supremo, do Judiciário...

O instituto da repercussão geral tornou-se um dos assuntos que mais pulularam nas publicações sobre Processo Civil e Direito Constitucional.

A sistemática decorrente da implementação desse instituto é, naturalmente, uma questão econômica. A administração da Justiça brasileira há muito se debate em busca de acelerar a prestação jurisdicional. Enquanto a brevidade na resposta do Estado se torna cada vez mais cara, os processos assumem trâmites desesperadoramente mais delongados.

Com a repercussão geral, retirou-se do Supremo Tribunal Federal – STF a incumbência de revisar questões, ainda que constitucionais, que não ostentem relevância para além dos sujeitos de determinado processo. Portanto, de instância revisora, o Supremo deu um largo passo para sua caracterização mais delineada como corte constitucional.

Este trabalho apresenta o princípio do acesso à justiça como direito fundamental e questiona a compatibilidade desse princípio com a sistemática da repercussão geral.

Perpassa-se, também, por temas de conhecimento difundido, como a crise do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal, mas sempre com a tentativa de apresentar aspectos interessantes ou, pelo menos, pouco abordados, como a quantidade numérica de processos que é uma das causas da dilação no julgamento das lides.

Em seguida, teoriza-se a repercussão geral, explicitando a nova sistemática de prestação jurisdicional a que o instituto deu origem e que pode ser encarada como uma revolução do Direito do século XXI. Discorre-se sobre instrumentos de conhecimento, até então, relativamente restrito, como o Plenário Virtual, a seleção de casos representativos da controvérsia e a função da questão de ordem em repercussão geral.

Em ato contínuo, apresentam-se as conquistas numéricas da repercussão geral nos seus dois primeiros anos de efetiva aplicação, oportunidade em que se demonstra, empiricamente, o impacto da repercussão geral no número de processos que são distribuídos no STF. Os dados foram obtidos em relatório elaborado pela Assessoria Especial da Presidência do Supremo Tribunal Federal.

Conclui-se, então, o trabalho, tecendo-se algumas considerações sobre a adequabilidade da instituição da sistemática da repercussão geral ao Direito brasileiro.

2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

As conquistas históricas da humanidade propiciaram aos cidadãos o reconhecimento legal de uma gama de direitos considerados essenciais para promoção de vida digna, a qual só é possível com a proteção das liberdades públicas, positivas e negativas, do homem.

Nada adiantaria, contudo, o reconhecimento de direitos na ordem jurídica positiva se não houvesse mecanismos aptos a dar-lhes concretude. Porquanto, ao lado da função legislativa, responsável pela proclamação de direitos, deve haver órgãos do Estado que efetivamente protejam esses direitos dos cidadãos, direta ou indiretamente.

No que tange à função jurisdicional do Estado, sua atribuição precípua é garantir a harmonia da sociedade, eliminando ameaças decorrentes de conflitos de interesses qualificados por pretensões resistidas.

Partindo da premissa segundo a qual os conflitos são inerentes ao convívio social, o Estado instituiu um modo de solucioná-los. Trata-se do exercício da jurisdição.

Jurisdição significa a realização do direito, por meio de terceiro imparcial, de modo criativo e autorizativo, com aptidão para tornar-se indiscutível (DIDIER JR., 2007, p. 65). A jurisdição é exercida por meio do instrumento denominado processo, por intermédio do qual as partes levam ao Estado, como terceiro imparcial, seus conflitos de interesses, para que ele determine quem tem razão. O processo é, pois, instrumento de acesso ao Judiciário e, consequentemente, de acesso à justiça.

Esse direito de acesso à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, se não houver mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça, pois, pode ser encarado como o mais básico dos direitos humanos, pressuposto de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir – e não apenas proclamar – os direitos de todos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, pp. 11-12).

Antento a isso, o constitucionalismo brasileiro, desde a Constituição de 1946, prevê o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, atualmente esculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição da República (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 494).

Registre-se que o processo não põe fim ao conflito instantaneamente, como se mágica fosse. Ao contrário, ele deve percorrer um rito mais ou menos longo, dependendo do procedimento aplicável ao caso. Ocorre, assim, uma série de atos encadeados que se inicia com a instauração da relação jurídico-processual, com a proposição da petição inicial, e se finaliza com o trânsito em julgado da decisão.

A solução judicial de conflitos demanda recursos materiais e humanos do Estado para que possa ser operacionalizada, sem olvidar o inevitável decurso de tempo.

O tempo, se por um lado é necessário, por outro é inimigo do processo. É histórica a ideia segundo a qual "a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade" (BARBOSA, 2001, p. 30).

Nos últimos anos, viu-se instalar no Brasil uma crescente crise no Judiciário, motivada, dentre outras razões, pela lentidão na prestação jurisdicional. O Supremo Tribunal Federal não escapou dessa crise.

3 A CRISE NUMÉRICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A abordagem investigadora depende da observação de fatos destacada de pré-concepções que podem turvar o estudioso.

Nas próximas linhas, oportuniza-se o conhecimento de informações objetivas sobre o acúmulo de processos que tem feito os tribunais delongarem tanto a tramitação processual. A partir delas, pretende-se municiar o processualista com dados que expliquem o porquê da crise sob o aspecto matemático.

Com o intuito de apresentar a expressão numérica do andamento dos processos, muitas notícias veiculam a quantidade de litígios pendentes de decisão nos órgãos jurisdicionais. Outras expõem o número de ações novas ajuizadas num determinado período. Esses dados, isoladamente, não são capazes de demonstrar que existe algum sufoco. Só é possível concluir a situação de morosidade se for feita uma comparação da produtividade dos juízes com a demanda que se lhes coloca.

O Conselho Nacional de Justiça, a quem compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, § 4º, da Constituição da República), estabeleceu um índice interessante para constar nos seus relatórios estatísticos. Trata-se da taxa de congestionamento (CNJ, 2006). A taxa é obtida pela seguinte operação matemática: quantidade total de processos no juízo menos a relação entre número de processos julgados e a soma dos acumulados com número de processos novos[i].

Ao retratar o panorama dessas pendências, o CNJ inseriu os dados nas seções de seus relatórios, que dividem a Justiça nacional em três esferas: Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Estadual.

Sobre a Justiça Federal, por exemplo, o relatório Justiça em Números de 2008 anunciou uma taxa de congestionamento de 59,8%. Isso significa dizer que se conseguiu finalizar o julgamento de menos da metade dos processos em trâmite (CNJ, 2008).

É curioso notar que não há indicadores relativos à atividade dos Tribunais Superiores naquele documento. Por essa razão, admite-se a dificuldade em perquirir em que medida o Supremo Tribunal Federal, foco deste trabalho, vem dando vazão aos seus processos.

Toma-se, então, como referência, apenas os dados de 2006, por ser o último ano antes da implementação da sistemática da repercussão geral. Dados do site do Supremo Tribunal Federal informam que foram protocolados 127.535 processos no Supremo, tendo sido julgados 110.284 (STF, 2009).

Naturalmente, existe o acúmulo pretérito para ser considerado. De qualquer sorte, pode-se inferir o entendimento de que, mantida aquela velocidade, o acúmulo seria de mais de dezessete mil[ii] processos por ano.

Aproximando-se mais ainda do pano de fundo do objeto específico deste estudo, passa-se a averiguar a expressividade do recurso extraordinário – RE no universo da atividade judicante do STF.

Não é por acaso que o site do Tribunal dedica uma área à divulgação do volume de RE e agravos de instrumento – AI distribuídos, destacada de outra em que são mostradas as participações de cada classe de feito no percentual total de processos.

Em essência, os agravos de instrumento e os recursos extraordinários têm a mesma finalidade: acionar a jurisdição extraordinária do Supremo Tribunal Federal. O AI nada mais é do que insurgência contra a inadmissão de RE pelo tribunal de origem, sendo sua função precípua fazer com que o este recurso seja levado ao STF. Percebe-se, pois, que o RE pode chegar diretamente ao seu destino, quando admitido na origem, ou indiretamente, por meio da interposição de AI.

Segundo os dados citados, entre os anos de 2001 e 2003, 97,4% dos processos distribuídos tratavam-se dessas duas classes. Mais recentemente, em 2006, um ano antes da criação do instituto da repercussão geral no recurso extraordinário, o percentual foi de 80,5%.

Para enfrentar esse embaraço, aventavam-se as seguintes opções: aumento do número dos ministros que compõem a Corte, restrição da competência do Órgão ou transformação do Pretório Excelso em uma corte constitucional dos moldes europeus.

A primeira das sugestões seria manifestamente paliativa, pois não enfrentaria a origem do problema. Assim, optou-se pela elaboração de um instituto processual que, a um só tempo, restringisse a competência do STF e dinamizasse a sistemática de seus julgamentos, aproximando-o da feição de uma corte constitucional.

Essa é a origem da repercussão geral do recurso extraordinário. As estatísticas do que aconteceu a partir de 2007, quando foi implementada, é matéria para ser examinada mais adiante.

4 A REPERCUSSÃO GERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Visando a racionalizar a prestação jurisdicional, a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, instituiu a repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários.

A norma constitucional foi regulamentada pela Lei n. 11.418, de 2007, que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil brasileiro e também pela Emenda n. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal.

O primeiro dos dispositivos processuais civis autoriza a Corte Suprema a não conhecer os recursos extraordinários quando a questão discutida nos autos não envolver matéria constitucional ou a matéria constitucional envolvida não for qualificada pela relevância social, econômica, política ou jurídica.

Assim, o Tribunal passou a ter competência para selecionar as lides que julgará, focando atenção nas que considera mais importantes no cenário nacional, aquelas que não prescindem de manifestação do Supremo e cujas decisões têm forte impacto no mundo jurídico.

Se o recorrente visa a impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ele tem uma presunção de existência de repercussão geral em seu favor (art. 543-A, §3º). Ainda assim, o recorrente deverá apresentar preliminar de repercussão geral, sob pena de indeferimento liminar do recurso[iii].

O Supremo Tribunal Federal entende que os recursos das decisões cujas intimações ocorreram após 3.5.2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, só serão admitidos se apresentarem preliminar formal de repercussão geral, para atender às exigências do art. 543-A, §2º, do Código de Processo Civil.

O favorecimento que decorre da presunção acima mencionada não é, portanto, a dispensabilidade da preliminar formal, mas da submissão da causa à aferição da existência ou não da repercussão geral, pois é óbvio que há pelo menos relevância jurídica nos recursos que impugnam decisões contrárias a orientações já consolidadas do Supremo Tribunal Federal.

Os demais casos são submetidos à votação, sendo necessário o quorum qualificado de dois terços dos membros da Corte (oito ministros) para que se reconheça ausência de repercussão geral (art. 102, § 3º, da Constituição da República).

Quando não se reconhece repercussão geral em determinada matéria, está-se afirmando que a discussão envolvida não é hábil a ensejar manifestação extraordinária do Judiciário, mas isso não significa que a causa tenha pouca relevância. É possível que se trate de matéria constitucional (relevante, portanto) que não ultrapasse os interesses subjetivos das partes ou de questão infraconstitucional de alta relevância. Em nenhum dos casos, o Supremo Tribunal Federal manifestar-se-á.

Reconhecida a repercussão geral, o STF pode devolver aos tribunais de origem os recursos extraordinários e agravos de instrumento que versem sobre o mesmo tema. As instâncias de origem devem sobrestar os processos até o julgamento de mérito do

processo a que se aplicou a sistemática da repercussão geral, inclusive os anteriores a 3.5.2007, desde que se reconheça a existência de repercussão[iv].

Julgado o mérito, os tribunais de origem e turmas recursais ficam autorizados a adotar os procedimentos do art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil.

O referido dispositivo estabelece que os recursos sobrestados serão apreciados pelos tribunais e turmas recursais, que poderão declará-los prejudicados, quando a decisão do Supremo for compatível com o acórdão recorrido, ou retratar-se, quando houver incompatibilidade entre o acórdão recorrido e a decisão do STF.

Em linhas gerais, esse é o delineamento legal da repercussão geral.

Regimentalmente, duas inovações são importantíssimas: a instituição do Plenário Virtual e a possibilidade de seleção de processos representativos da controvérsia pelo Supremo Tribunal Federal. Passa-se ao exame de cada uma.

Art. 323. Quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.

[...]

Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhes-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a repercussão geral (STF, 2009b).

O Plenário Virtual é um mecanismo artificioso do qual o Supremo Tribunal lançou mão para não obstruir as já abarrotadas sessões plenárias presenciais com a análise da existência, ou não, de repercussão geral nas matérias submetidas a julgamento.

Pelo sistema, o ministro Relator insere o caso em um ambiente denominado Plenário Virtual, onde ocorrem as sessões eletrônicas do Tribunal, e se manifesta, reconhecendo a presença ou a ausência de repercussão geral. A partir de então, os demais ministros têm o prazo de vinte dias para se pronunciar, por meio daquela plataforma, sobre o caso, valendo a inércia como reconhecimento da existência de repercussão geral.

Registre-se que a Emenda Regimental n. 31, de 2009, instituiu uma hipótese de inversão do efeito da inércia dos ministros. Trata-se das situações em que o Relator se manifesta pela infraconstitucionalidade da matéria, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5°, do Código de Processo Civil (art. 324, §2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

É desnecessária uma motivação específica por cada ministro, valendo como fundamentação a manifestação do Relator, salvo se houver abertura de divergência, situação em que o divergente deverá apresentar as razões de seu convencimento, para que não haja decisão sem fundamentação, caso seu voto se torne o vencedor[v].

Além do Plenário Virtual, outra eficiente estratégia é utilizada pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se da seleção de alguns processos representativos da controvérsia e devolução à origem dos excedentes.

Essa já era uma prática que deveria ser adotada pelos juízos onde são protocolizados os recursos extraordinários, nos termos do art. 543-B, §1º, do Código de Processo Civil, mas, na prática, não se faz essa seleção.

Diante disso, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal outorgou competência expressa para o STF selecionar casos representativos de controvérsia:

Art. 328. [...]

Parágrafo único. Quando se verificar a subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão (STF, 2009b).

Atualmente, o Tribunal seleciona trinta processos com idêntica discussão jurídica e os distribui com etiqueta de destaque que os classifica como representativos da controvérsia. A distinção é relevante para que os Relatores tenham ciência de que esses processos devem ser lançados no Plenário Virtual[vi].

É oportuno registrar, também, a possibilidade da Presidência do Supremo Tribunal Federal, por meio de questão de ordem, levar ao Plenário processos com matérias sobre cuja jurisprudência do Tribunal é pacífica, a fim de reafirmar essa jurisprudência e atribuir os efeitos da sistemática da repercussão geral[vii].

No julgamento da Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 579.431, estabeleceu-se o procedimento específico que autoriza a Presidência da Corte a levar ao Plenário, antes da distribuição, questão de ordem na qual poderá ser reconhecida a repercussão geral da matéria tratada em processo, caso atendidos os pressupostos de relevância.

Nesse caso, o Tribunal poderá, quanto ao mérito, adotar duas posturas: manifestar-se pela subsistência do entendimento já consolidado; ou deliberar pela renovação da discussão do tema.

Na primeira hipótese, fica a Presidência autorizada a negar distribuição e a devolver à origem todos os feitos idênticos que chegarem ao STF, para a adoção, pelos órgãos judiciários *a quo*, dos procedimentos previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC. Na segunda, o feito deverá ser encaminhado à normal distribuição para que, futuramente, tenha o seu mérito submetido ao crivo do Plenário.

Esse é um instrumento complementar da sistemática que possibilita ao Presidente da Corte participar do sistema da repercussão geral de forma complementar, uma vez que ele não pode inserir matérias no Plenário Virtual, diante de sua exclusão da normal distribuição dos processos.

O esquema abaixo resume as etapas que percorrem o processo no Supremo Tribunal Federal, após a verificação dos requisitos formais de admissibilidade dos recursos extraordinários e agravos de instrumento[viii].

Constatada a aptidão dos recursos, eles são encaminhados à Seção de Classificação de Assuntos – Secla[ix], responsável pelo delineamento da discussão jurídica contida nos recursos:

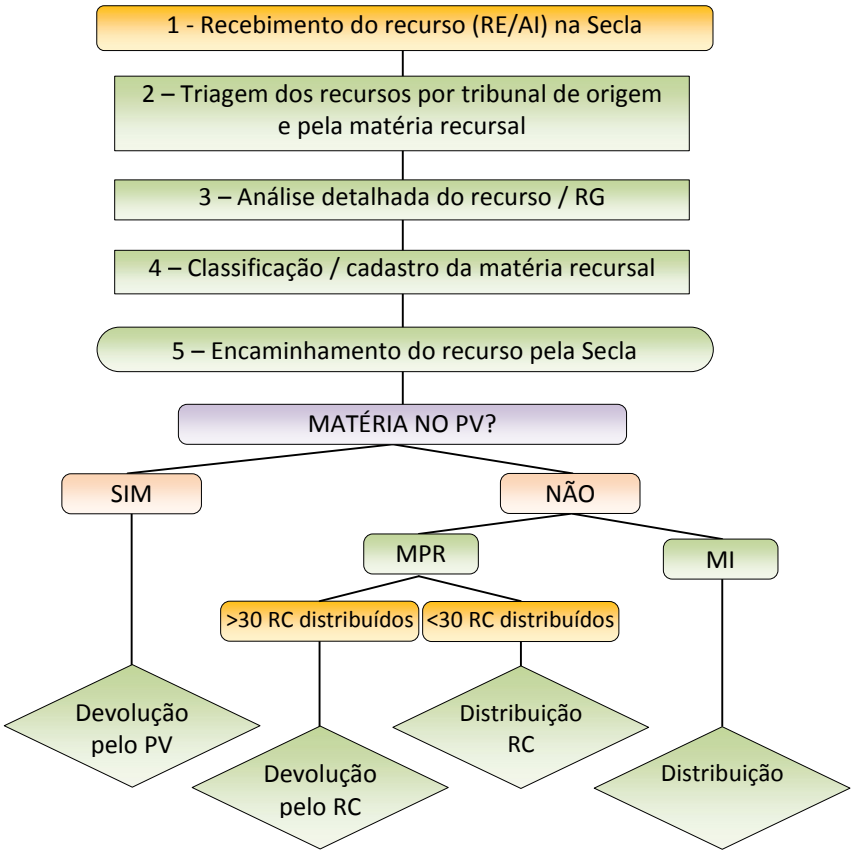

MI - Matéria Isolada **MPR** - Matéria com Potencial de Repetição **PV** - Plenário Virtual
RC - Representativo da Controvérsia
RG - Repercussão Geral

Esse esquema revela o enorme filtro que atualmente existe no STF. Além dos processos em que inexiste preliminar formal de repercussão geral, não são mais distribuídos no Tribunal os recursos em que já houve manifestação reconhecendo existência ou ausência de repercussão geral, bem como processos repetitivos, desde que haja quantidade de representativos da controvérsia superior a trinta.

Por tudo quanto exposto, percebe-se que a sistemática parece ser apta ao fim a que se destina: solucionar a crise numérica do Supremo Tribunal Federal. Mais à frente, acrescentam-se outros elementos a essa investigação.

É imperioso registrar, contudo, que há forte rejeição de juristas ao instituto. Sustenta-se desde a inefetividade da sistemática (BORGES, 2008, p. 44) até a sua inconstitucionalidade.

A suposta inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, decorreria da alteração de competência atribuída pelo poder constituinte originário ao Supremo Tribunal Federal (ANDRADE, 2008, pp. 49-50).

Essa sustentação não merece ser levada em consideração, pois o poder de reforma constitucional não violou nenhuma das limitações de ordem material, formal ou circunstancial a que está sujeito.

Alguns juristas, sobretudo os representantes da advocacia, são frontalmente contrários à sistemática da repercussão geral:

A OAB se posiciona contra o retorno, ainda que dissimulado sob novas denominações, do fracassado instituto da argüição de relevância que, na prática, gerou a inexistência da própria prestação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. Trata-se da solução de matar o doente, ao invés de acabar com a doença (BUSATO, 2007).

Tem-se a impressão de se tratar de um discurso apelativo e contaminado pela parcialidade de alguns advogados que intentam engrandecer este rentável campo de atuação – perante o Supremo Tribunal Federal – e invocam argumentos falaciosos para conseguir seus objetivos.

A arguição de relevância era mecanismo de ditadura previsto na Constituição anterior que permitia ao STF deixar de apreciar, ao seu bel prazer, independentemente de motivação, questões que julgasse irrelevante.

A principal diferença entre a arguição de relevância e a repercussão geral reside no fato de que a primeira prescinde de motivação (BRAWERMAN, 2006, p. 186), enquanto a segunda exige motivação da existência ou inexistência de repercussão geral como condição de validade da decisão (art. 93, IX, CR). Isso demonstra porque a arguição de relevância é um instrumento de ditadura e a repercussão geral não.

Ademais, não se visualiza como a repercussão geral priva o cidadão do acesso à justiça, pois sempre haverá prestação jurisdicional.

Se há repercussão geral, o STF julga um caso e remete os processos com idêntica discussão jurídica aos tribunais de origem, para que julguem os recursos prejudicados, quando há coincidência de entendimento entre os tribunais, ou se retratem de suas decisões, aplicando a orientação adotada pela Corte Suprema.

Por outro lado, quando inexiste repercussão geral, a discussão não está apta a instaurar a jurisdição extraordinária, seja porque não há questão constitucional, seja porque ela não transcende ao interesse subjetivo das partes. Isso não enseja a inexistência de prestação

jurisdicional, pois há outros órgãos na estrutura do Poder Judiciário responsáveis pelo julgamento dos feitos.

O que precisa haver é uma mudança de mentalidade entre os juristas brasileiros, que ainda enxergam no Supremo Tribunal Federal uma corte recursal e não conseguem perceber que, cada vez mais, ele se assemelha a uma corte constitucional por decorrência lógica da evolução do constitucionalismo brasileiro.

Isso é comprovado pela atual adoção e tendência de incorporação de mecanismos de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade brasileiro, como as súmulas vinculantes e impeditivas de recurso, a transcendência dos motivos determinantes e o instituto da repercussão geral.

Felizmente, há juristas animados com as mudanças que surgem na tentativa de aperfeiçoar o sistema jurisdicional brasileiro (GAIO JÚNIOR, 2009, p. 155). Isso é importante porque a existência de ideias contrapostas propicia o aprimoramento do conhecimento científico e fornece as bases para que os estudiosos formem seu raciocínio crítico próprio.

Em analise do acesso às instâncias extraordinárias – o que inclui o STF – antes da introdução da sistemática da repercussão geral, William Santos Ferreira (2004, p. 747), leciona que havia uma aparente democratização do acesso, pois o volume era tão descomunal que se passava a trabalhar com julgamentos em escala, o que é uma contradição em termos, já que se trata dos órgãos de cúpula do poder judiciário, cujo acesso deve ser algo extraordinário.

Assim, o que era pra ser um acesso democrático, passou a ser um mecanismo de acesso que queria agradar a todos, mas acabava não agradando a ninguém (BRAWERMAN, 2006, p. 182). A sistemática da repercussão geral veio para tentar sanar o problema.

Para que a reflexão não fique apenas no plano teórico, decidiu-se analisar as consequências práticas da repercussão geral nos seus dois primeiros anos de instituição.

5 OS NÚMEROS DA REPERCUSSÃO GERAL

Embora o instituto da repercussão geral tenha sido instituído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, sua efetiva implementação só ocorreu com a edição da Lei n. 11.418, de 2007, e da Emenda n. 21 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A Emenda Regimental n. 21 foi publicada em 3.5.2007, valendo, portanto, essa data como marco temporal do início de aplicação da sistemática da repercussão geral.

Esse item tem por fim demonstrar as conquistas numéricas da repercussão geral nos seus dois primeiros anos de vigência. Para tanto, utilizam-se informações do Relatório da Repercussão Geral[x], desenvolvido pela Assessoria Especial da Presidência, com auxílio da Assessoria de Gestão Estratégica, do Supremo Tribunal Federal.

O relatório em que se baseia esta pesquisa empírica está atualizado até 17 de agosto de 2009, portanto, precisamente, o corte temporal que se faz é de dois anos, três meses e quatorze dias.

Referido relatório sistematizou a contagem das ocorrências processuais que envolvem recursos extraordinários e agravos de instrumento. Não se trata, portanto, de estimativas por amostragem, mas do efeito concreto da implementação da sistemática da repercussão geral no número total de processos do Supremo Tribunal Federal.

Pois bem, até a data de finalização desse relatório, o Supremo Tribunal Federal aplicou a sistemática da repercussão geral a 177 matérias, sendo que a existência de repercussão geral foi reconhecida em 140 casos.

Foi negada a existência de repercussão geral em apenas 37 teses recursais, seja porque a discussão resolve-se pela legislação infraconstitucional, seja porque não ultrapassa o interesse subjetivo das partes.

Isso desmistifica a ideia segundo a qual a maioria dos recursos interpostos para o Supremo Tribunal Federal tem sido inadmitida, na medida em que o levantamento efetuado demonstra que 79% dos casos submetidos à sistemática da repercussão geral têm relevância social, política, econômica ou jurídica reconhecida.

Das matérias com repercussão geral reconhecida, 32 já tiveram julgamento de mérito, treze decorreram de reafirmação de jurisprudência e 95 estão com o mérito pendente de análise, conforme o que os gráficos a seguir indicam:

Embora o número de matérias a que se aplicou a sistemática da repercussão geral ainda não seja tão elevado, os resultados são expressivos.

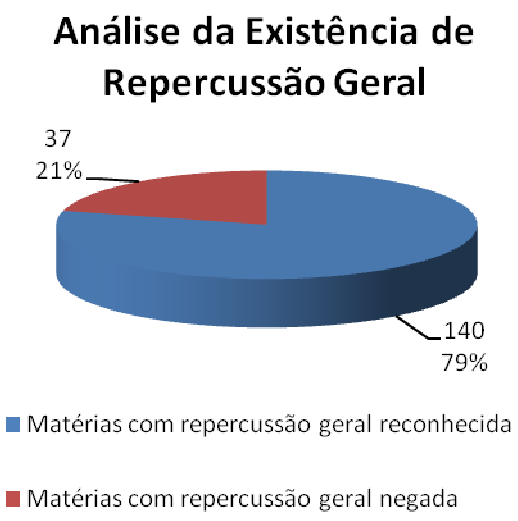

Para se ter noção, a inserção de um único caso no Plenário Virtual foi capaz de devolver mais de dois mil recursos com idêntica discussão jurídica aos tribunais *a quo*, segundo o Relatório de Protocolos Devolvidos elaborado pela Assessoria de Gestão Estratégica do Supremo Tribunal Federal e atualizado até 24.8.2009 (STF, 2009c).

Por meio da sistemática da repercussão geral, com a análise de apenas um processo de cada uma das dez teses jurídicas mais repetitivas na Corte, devolveram-se mais de sete mil processos aos tribunais de origem:

Levantamento de Processos Devolvidos aos Tribunais de Origem

Ranking de Devolução	Classe e Número do Processo Vinculador	Assuntos do Processo Vinculador	Total de Processos Vinculados
1º	AI 729263	1 - DIREITO CIVIL | EMPRESAS | ESPÉCIES DE SOCIEDADES | ANÔNIMA 2 - DIREITO CIVIL | OBRIGAÇÕES | ESPÉCIES DE CONTRATOS | COMPRA E VENDA 3 - DIREITO DO CONSUMIDOR | CONTRATOS DE CONSUMO | TELEFONIA	**2.155**
2º	RE 561574	1 - DIREITO DO CONSUMIDOR | CONTRATOS DE CONSUMO | TELEFONIA | PULSOS EXCEDENTES	**1.230**
3º	RE 567454	1 - DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO | JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA | COMPETÊNCIA 2 - DIREITO DO CONSUMIDOR | CONTRATOS DE CONSUMO | TELEFONIA | ASSINATURA BÁSICA MENSAL	**912**
4º	RE 591033	1 - DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO | LIQUIDAÇÃO / CUMPRIMENTO / EXECUÇÃO DE SENTENÇA 2 - DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO | FORMAÇÃO, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO | EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO | INTERESSE PROCESSUAL	**788**
5º	RE 584608	1 - DIREITO DO TRABALHO | RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO | VERBAS RESCISÓRIAS | MULTA DE 40% DO FGTS	**471**
6º	RE 575093	1 - DIREITO TRIBUTÁRIO | LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR | ISENÇÃO 2 - DIREITO TRIBUTÁRIO | CONTRIBUIÇÕES | CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS | COFINS	**442**
7º	RE 583747	1 - DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO | LIQUIDAÇÃO / CUMPRIMENTO / EXECUÇÃO DE SENTENÇA | EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO	**419**
8º	RE 568396	1 - DIREITO CIVIL | OBRIGAÇÕES | INADIMPLEMENTO | JUROS DE MORA - LEGAIS/CONTRATUAIS | CAPITALIZAÇÃO / ANATOCISMO	**397**
9º	**QO RE** 582650	1 - DIREITO CIVIL | OBRIGAÇÕES | INADIMPLEMENTO | JUROS DE MORA - LEGAIS/CONTRATUAIS | LIMITAÇÃO DE JUROS	**395**
10º	RE 565089	1 - DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO | RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO 2 - DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO | SERVIDOR PÚBLICO CIVIL | SISTEMA REMUNERATÓRIO E BENEFÍCIOS | REVISÃO GERAL ANUAL (MORA DO EXECUTIVO - INCISO X, ART. 37, CF 1988)	**359**
TOTAL			**7.149**

O Relatório também demonstra que a quantidade dos agravos de instrumento e recursos extraordinários que são distribuídos no Tribunal tem decrescido progressivamente, desde a implementação da sistemática da repercussão geral, conforme demonstrado na tabela[xi] a seguir:

Número de Processos Distribuídos no Supremo Tribunal Federal						
Mês	2007		2008		2009	
	AI	RE	AI	RE	AI	RE
Janeiro	9.380	11.486	4.078	2.347	1.965	671
Fevereiro	3.016	2.720	3.584	2.661	1.800	549
Março	4.800	3.538	4.100	2.737	2.219	1.092
Abril	4.532	3.504	3.129	2.641	2.022	697
Maio	5.579	4.810	3.739	2.845	3.090	831
Junho	3.960	3.738	3.066	1.917	3.379	858
Julho	5.015	2.947	2.514	1.124		
Agosto	5.337	4.315	2.663	1.167		
Setembro	4.208	3.414	2.883	1.487		
Outubro	5.202	4.129	2.815	981		
Novembro	3.781	3.329	3.114	959		
Dezembro	2.097	1.778	2.098	665		
Subtotal	56.907	49.708	37.783	21.531	14.475	4.698
Total	106.615		59.314		19.173	

A redução numérica fica bem visível nos seguintes gráficos[xii]:

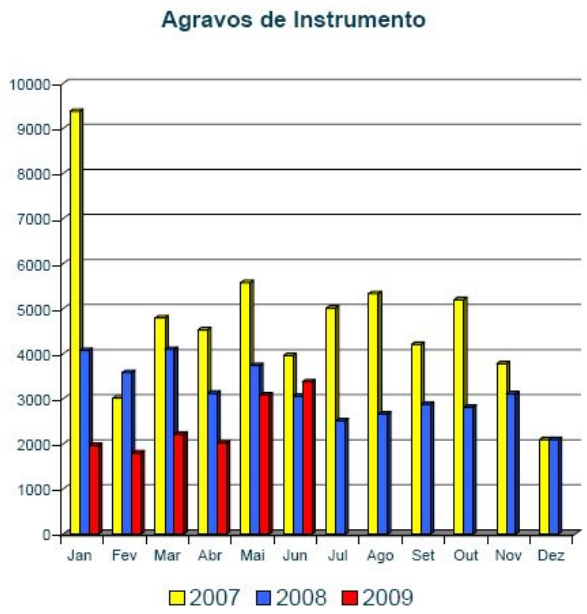

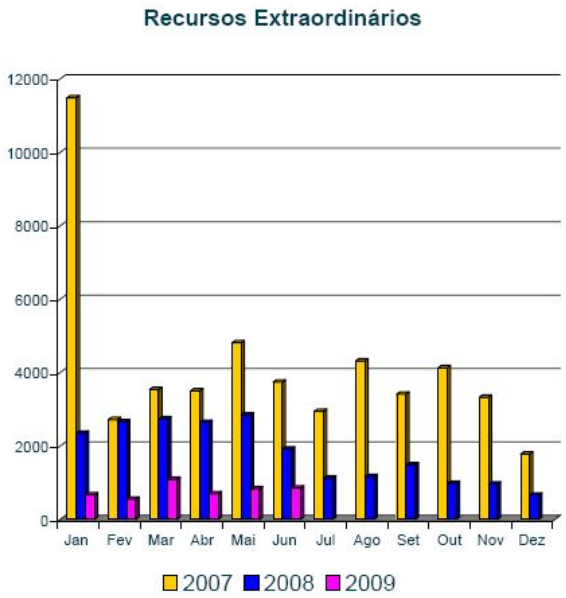

Apenas a título de exemplo, pode-se visualizar que a quantidade de recursos extraordinários distribuídos caiu de 11.486, em janeiro de 2007, para 671, no período equivalente de 2009. Isso significa afirmar que a quantidade de recursos extraordinários distribuídos em janeiro de 2007 foi mais de dezessete vezes maior que o número de recursos distribuídos no período correspondente de 2009.

A verificação da existência de preliminar formal de repercussão geral, exigida para os recursos interpostos contra decisões cujas intimações ocorreram após 3.5.2007, tem contribuído bastante para a redução do número de processos que são distribuídos para os ministros do STF.

Nos seis primeiros meses do ano de 2009, a diferença entre o número de processos protocolados e o número dos autuados foi de 13.398 processos.

Nesse momento, é mister esclarecer o caminho que os processos percorrem no Supremo Tribunal Federal antes de sua distribuição.

Ao chegar ao Tribunal, os processos são entregues à Seção de Protocolo[xiii], onde eles recebem um número para acompanhamento interno pela Corte. Em seguida, são enviados para a Seção de Análise Processual[xiv], responsável pela verificação dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso extraordinário, como a tempestividade do recurso.

Dentre os requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinários, há a necessidade de apresentação de preliminar formal que demonstre a relevância social, econômica, política ou jurídica da discussão (art. 543-A, §2º do Código de Processo Civil). A ausência da preliminar formal autoriza, portanto, o indeferimento liminar do recurso pelo STF.

A redução dos mais de treze mil processos acima referida não é motivada unicamente pela inexistência de preliminar formal de repercussão geral, mas também pela apresentação de recurso extemporâneo e pela inexistência da juntada peças obrigatórias, por exemplo. De qualquer sorte, a ausência de preliminar de repercussão geral ocupa papel protagonista no indeferimento liminar de recursos pela Seção de Análise Processo.

Pois bem, esse é apenas o primeiro filtro da repercussão geral que permite a redução do número de processos no Tribunal antes mesmo da autuação.

Verificada a aptidão do recurso, ele é remetido para a Seção de Classificação de Assuntos, responsável pela verificação da matéria debatida no recurso e da existência prévia de aplicação da sistemática da repercussão geral ao assunto, para os fins de aplicação dos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

Registre-se que os processos remetidos para essa Seção de Classificação de Assuntos podem ser devolvidos à origem, diante do reconhecimento prévio de existência ou inexistência de repercussão geral à questão discutida, ou distribuídos, se ainda não se aplicou a sistemática da repercussão geral à matéria dos autos.

Apenas os processos encaminhados para a distribuição são autuados e recebem um número de processo[xv], sendo os demais devolvidos ainda como protocolos, com a indicação do precedente a que se aplicou a sistemática da repercussão geral.

Após a classificação, os processos que tratam de assuntos que já tiveram a repercussão geral reconhecida são devolvidos aos juízos de origem, independentemente do momento de intimação da decisão recorrida[xvi], ao passo que os recursos cujas matérias tiveram repercussão geral negada são devolvidos apenas se a intimação da decisão recorrida ocorreu após 3.5.2007, vez que se julga indevida a aplicação da sistemática a período em que ela não estava plenamente regulamentada.

Esse é o segundo filtro promovido pela repercussão geral.

No primeiro semestre de 2009, a sistemática do instituto barrou a distribuição de 19.831, segundo o Relatório da Repercussão Geral.

Não obstante essas duas grandes filtrações propiciadas pela repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal está instituindo, ainda de forma embrionária, a figura dos processos representativos da controvérsia.

Isso permite que, independentemente do lançamento no Plenário Virtual, processos sejam barrados pela Corte, sob a alegação de que já há representativos daquela discussão no Tribunal.

Ainda não há levantamento sobre o impacto da seleção de representativos da controvérsia no número de processos distribuídos no Supremo Tribunal Federal, mas, decerto, esse método contribuirá para o aperfeiçoamento da repercussão geral.

6 CONCLUSÃO

O princípio do acesso à justiça não pode ser interpretado como direito fundamental à manifestação da Suprema Corte, pois o recurso extraordinário é, como o próprio nome sugere, meio de impugnação a decisões judiciais que só deve ocorrer extraordinariamente.

Contudo, a irresignação inerente ao homem, que tende a utilizar todos os meios possíveis para tentar conseguir seus objetivos, ainda quando manifestamente inalcançáveis, transformou o recurso extraordinário em mais uma etapa ordinária do curso processual.

Até pouco tempo atrás, as decisões dos tribunais de justiça e das turmas recursais eram encaradas como precárias, pois sempre se recorria para o Supremo.

Com a repercussão geral, isso mudou, pois é possível que o Pretório Excelso entenda que a causa não tem relevância suficiente a ponto de acionar a jurisdição extraordinária, situação em que a última palavra será pelos tribunais ou turmas recursais, quando não

couber recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça – STJ ou ele não for admitido.

O STJ passou a ser, precipuamente, o órgão jurisdicional uniformizador de jurisprudência, deixando de ser coadjuvante no exercício de uma função que sempre deveria ter exercido como protagonista.

Acredita-se que a consequência mais impactante da repercussão geral ocorre quando inexiste possibilidade de interposição de recurso para o STJ, em decisões emanadas de turmas recursais, por exemplo. Nesse caso, não há órgão responsável pela uniformização nacional de jurisprudência e isso pode acarretar injustiças.

É hora de se rever a desarrazoada impossibilidade de interposição de recursos especiais de turmas recursais, que decorre de interpretação literal rudimentar de norma constitucional.

Na tentativa de solucionar esse problema, o Supremo Tribunal Federal decidiu que cabe reclamação ao Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão das turmas recursais for contrária à orientação firmada neste Tribunal[xvii].

Impende registrar, ainda, a existência do Projeto de Lei n. 16, de 2007, de iniciativa da Câmara dos Deputados e, atualmente, em trâmite no Senado Federal. Referido Projeto intenta instituir a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, a fim de criar órgão do Judiciário competente para uniformizar as divergências jurisprudenciais de turmas recursais.

Pois bem, afora o empecilho acima indicado, que já recebeu solução temporária e está em processo de eliminação, não se vislumbra nenhuma crítica que possa ser dirigida à repercussão geral do recurso extraordinário.

Não se poderia ter instituído sistemática mais eficiente do que essa, que permite ao Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento de um único processo, solucionar diversos conflitos de interesses motivados pela mesma discussão jurídica. É isso o que ocorre quando se reconhece a existência de repercussão geral na matéria recursal.

Na esmagadora maioria dos casos submetidos à sistemática da repercussão geral, o STF tem reconhecido a existência de relevância social, jurídica, econômica ou política nas teses recursais. Na prática, a repercussão só é negada quando a discussão não envolve matéria constitucional ou a matéria constitucional envolvida não ultrapassa o interesse subjetivo das partes, haja vista que não é competência do Pretório Excelso decidir conflitos de interesses entre beltrano e cicrano.

Não há que se cogitar negativa de prestação jurisdicional, ainda que se trate de recursos contra decisões de turmas recursais que tiveram a repercussão geral negada, pois sempre haverá órgãos do Judiciário que se manifestam sobre o caso.

A sistemática da repercussão geral otimiza o acesso do cidadão à ordem jurídica justa, na medida em que propicia uma prestação jurisdicional célere e constitucionalmente adequada.

Em pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas[xviii], constatou-se que mais da metade da população brasileira não confia no Judiciário. Certamente, esse quadro decorre da morosidade que ainda assola a prestação jurisdicional no Brasil, mas que está com os dias contados.

A repercussão geral acabou com o acesso à justiça de mera aparência e caminha rumo à concretização do acesso à ordem jurídica justa, por meio da implementação dessa sistemática de racionalização da prestação jurisdicional.

Essa mudança de paradigma representa uma verdadeira revolução e talvez reflita na credibilidade do Judiciário perante a sociedade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Milso Nunes Veloso de. A repercussão geral como pressuposto de apreciação de recurso extraordinário: algumas considerações. In: **Direito Público**, Porto Alegre, n. 22, pp. 24-52, jul./ago. 2009.

BALZA, Guilherme. **Metade dos brasileiros avaliam mal a justiça.** <http://noticias.uol.com.br/politica/2009/09/01/ult5773u2306.jhtm>. Acesso em 2/9/2009.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. Salvador: Faculdade de Ruy Barbosa e Museu Casa de Ruy Barbosa, 2001.

BORGES, Marcos Afonso. O recurso extraordinário e a repercussão geral. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 156, pp. 36-44, fev. 2008.

BUSATO, Roberto. Notícia veiculada na internet. Disponível em < http://www.con-jur.com.br/2006-mai-04/repercussao_geral_tirar_briga_vizinho_stf>. Acesso: 15.8.2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO. Inocêncio Martires. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva e IDP, 2009.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números: indicadores estatísticos do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 15, de 20 de abril de 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Estatística. Disponível em < http://www.stf.jus.br/por-tal/cms/verTex-to.asp?servico=estatistica>. Acesso em 15.8.2009.

BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em < http://www.stf.jus.br/arqui-vo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Agosto_2009.pdf>. Acesso: 15.8.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório da Repercussão Geral atualizado até 17.8.2009. Não publicado.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório do processos devolvidos pelo art. 543-B, do Código de Processo Civil.

BRAWERMAN, André. Recurso extraordinário, repercussão geral e a advocacia pública. In: **Revista da procuradoria geral do Estado de São Paulo**. v. 63/64. São Paulo Centro de Estudos, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: SAFE, 1988.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

FERREIRA, William santos. Sistema recursal brasileiro, de onde viemos, onde estamos e para onde (talvez) iremos. *In*: COSTA, hélio Rubens Batista Ribeiro. RIBEIRO, José

Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Cooords.). Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC. São Paulo: Atlas, 2004)

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações sobre a idéia da repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STF e STJ. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 170, pp. 140-155, abr. 2009.

NOTAS

---

[i]Taxa de congestionamento = 1 – processos julgados/(processos acumulados + processos novos).

[ii] Resultado da subtração entre o número de processos protocolados e a quantidade de processos julgados.

[iii] Nesse sentido, o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 569.476, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, J. 2/4/2008, *DJe* de 25/4/2008.

[iv] Ver Questão de Ordem em Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 715.423, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, J. 11/6/2008, *DJe* 5/9/2008. O Supremo Tribunal Federal decidiu que se aplica a sistemática da repercussão geral aos processos cuja intimação da decisão recorrida ocorreu antes de 3/5/2007, se for reconhecida a existência de repercussão geral.

[v] Ver Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 559.994, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, J. 26/3/2009, *DJe* 12/6/2009.

[vi] Informação obtida pessoalmente na Seção de Classificação de Assuntos da Secretaria Judiciária do Supremo Tribunal Federal.

[vii] Ver Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 579.431, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 11/6/2008, *DJe* 24/10/2008.

[viii] Por questão de economia processual, o Supremo Tribunal Federal tem atribuído a mesma sistemática dos recursos extraordinários aos agravos de instrumento, pois, em essência, o escopo desse recurso é levar um recurso extraordinário para apreciação do Tribunal. Numericamente, esses dois recursos juntos representam mais de 90%, segundo informações veiculadas no site < http://www.stf.jus.br/portal/cms-/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>, acesso em 15.8.2009. Esses processos são apontados como uma das principais causa da crise numérica que acometeu o STF nos últimos anos.

[ix] Órgão desconcentrado da Secretaria Judiciária do Supremo Tribunal Federal responsável pela verificação da questão jurídica debatida no recurso e da existência prévia de aplicação da sistemática da repercussão geral ao assunto, para os fins de aplicação dos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

[x] Documento obtido pessoalmente na Assessoria Especial da Presidência do Supremo Tribunal Federal.

[xi] Tabela elaborada com base na informações numéricas fornecidas pelo Relatório da Repercussão Geral finalizado em 17/8/2009 e elaborado pela Assessoria Especial da Presidência do Supremo Tribunal Federal, com auxílio da Assessoria de Gestão Estratégica.

[xii] Gráficos extraídos do Relatório da Repercussão Geral, elaborado pela Assessoria Especial da Presidência do Supremo Tribunal Federal, com auxílio da Assessoria de Gestão Estratégica.

[xiii] Órgão desconcentrado da Secretaria Judiciária do Supremo Tribunal Federal responsável pelo recebimento de processos na Corte.

[xiv] Órgão desconcentrado da Secretaria Judiciária do Supremo Tribunal Federal responsável pela verificação do preenchimento dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade dos recursos extraordinários e agravos de instrumento.

[xv] Impende registrar que há projeto em fase de conclusão no STF, por meio do qual se busca acabar com os números de protocolo na Corte, a fim de que os autos já recebam número de processo quando chegarem ao Tribunal. Essa sistemática mudará um pouco a atualmente existente.

[xvi] Ver Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 540.410, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, J. 20/8/2008, *DJe* 17/10/2008.

[xvii] Ver Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 571.571, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, J. 26/8/2009, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/re571-572.pdf>. Acesso em 26/8/2009.

[xviii] Notícia veiculada no site <http://noticias.uol.com.br/politica/2009/09/01/ult5773u2306.jhtm>. Acesso em 2/9/2009.

CONTORNOS POLÍTICOS E INSTITUCIONAIS DA CONTEMPORANEIDADE: ESFERA PÚBLICA, CONSUMO E CIDADANIA*

CONTORNOS POLÍTICOS E INSTITUCIONALES DE LA CONTEMPORANEIDAD: ESFERA PÚBLICA, CONSUMO Y CIUDADANIA

Leonardo Alejandro Gomide Alcántara

RESUMO

O presente estudo busca, através de uma breve reflexão sobre o caminhar histórico da sociedade moderna, apontar alguns traços que a caracterizam contemporaneamente, sobretudo como se configuram algumas instituições e os contornos políticos que o mundo assumiu na atual fase do capitalismo. Partindo de recortes interpretativos que identificam a modernidade em seu ideário e seus paradoxos, culminando em um momento atual de indefinição dessa era, o texto segue buscando um olhar sobre a política que congrega percepções sobre o mundo em globalização, a exaltação dos processos de individualização e a crescente consonância entre a cultura de consumo e a política institucionalizada. A abordagem segue espelhada no pensamento de alguns autores que se debruçam na compreensão de veias sociais que refletem aspectos da contemporaneidade, mas num texto liberto para uma interpretação e contextualização próprias.

PALAVRAS-CHAVES: INDIVIDUALISMO, POLÍTICA E ESFERA PÚBLICA.

RESUMEN

El presente estudio busca a través de una breve reflexión sobre el caminar histórico de la sociedad moderna, señalar algunos rasgos que la caracterizan contemporaneamente, principalmente como se configuran algunas instituciones y los contornos políticos que el mundo asumió en la actual fase del capitalimo. Con base en recortes interpretativos que identifican la modernidad en su ideario y sus paradójos, culminando en un momento actual de indefinición de esa era, el texto sigue buscando una mirada sobre la política que reune percepciones sobre el mundo en globalización, la exaltación de los procesos de individualización y la creciente consonancia entre la cultura de consumo y la política institucionalizada. El plantiamento sigue espejado en el pensamiento de algunos autores que se inclinan en la conprensión de las venas sociales que reflejan aspectos de la contemporaneidad, pero en un texto libre para una interpretación y contextualización propias.

PALAVRAS-CLAVE: INDIVIDUALISMO, POLÍTICA Y ESFERA PÚBLICA.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

UM OLHAR SOBRE A HISTÓRIA

"*É necessário dizer que a obsessão quase religiosa de fazer triunfar a ordem no mundo e a obsessão quase delirante de encontrar a pedra fundamental (molécula, átomo, partícula) com a qual teria sido construído o universo impulsionaram um prodigioso dinamismo na busca da ordem soberana e do átomo original, procura que culminou nas descobertas que arruinaram a ordem soberana e o átomo fundamental.*"

Edgar Morin (2005, p. 277)

Quando perscrutamos sobre o que configura uma época, nos vem em mente uma série de características e percalços que a identifica numa complexa rede de interações que abrange desde as relações entre os indivíduos, a configuração de suas instituições e valores, até a forma de se produzir/aplicar o conhecimento e as relações que se travam com o ambiente. Certamente esse complexo de veias que se entrecruzam não é apreendido em sua totalidade por qualquer recorte que se proponha para uma dada época ou em qualquer olhar que lancemos sobre a história. Entretanto, obviamente, isso não nos impede de caracterizar e distinguir épocas, ou de eleger certas configurações que podem separá-las uma das outras, ainda que partamos da valorização de certos aspectos, ignorando outros, de acordo com os interesses específicos da análise. Ainda que o olhar se configure pela arbitrariedade do observador.

A consciência de que o transcurso do tempo transforma tudo na vida social, quando pensamos a história, nos remete a indagações: de um lado, sobre a existência de rupturas, de novas eras, de tempos inteiramente novos; e de outro, sobre uma continuidade necessária, a idéia de que tudo é um contínuo, guardando relações diretas, se pensarmos uma mesma matriz social. O pensamento sobre a contemporaneidade traz consigo, em certa medida, essas indagações e impasses - ruptura e continuidade. Kumar (2006, p.105), afirma ser um "conceito de contrastes" a concepção da superação da era moderna para uma pós-moderna (ou qualquer outra designação que se pretenda dar), pois "tira seu significado tanto do que exclui ou alega substituir quanto do que inclui ou afirma em qualquer sentido positivo". Algo que flutua entre o inteiramente novo, uma nova época, um novo estado de coisas e nos remete ao que virá, pois ainda não se configura plenamente; ou, sob outra perspectiva, uma reflexão sobre o que anuncia seu clímax, ou mesmo seu término e transformação, uma modernidade em seus aspectos cruciais moribunda, olhada em retrospectiva. Enfim, para qualquer perspectiva que se adotar parâmetros comparativos do tipo "antes e depois" far-se-ão necessários.

Outra indagação que se perfaz é sobre a suportabilidade de mudanças que podem recair sobre algo antes de sua transformação, ou seja, qual o *quantum* de mudanças pode incidir sobre alguma coisa antes que se torne outra coisa? Quantas mudanças uma época pode tolerar antes que passemos a vê-la como outra? Mais uma vez, entendo, arbitram-se características que se assumem como essenciais e, quando essas são atingidas, modifica-se a forma como "o objeto" se apresentava ao nosso olhar e não podemos dizer mais que se trata de uma mesma coisa. Independente de assumir ou não rupturas, a escala de tempo referencial que utilizarmos para lançar o nosso olhar sobre a história tornará mais ou menos nítidas as mudanças esculpidas pelo tempo. Por uma longa

escala temporal mudanças são evidentes, em curto espaço de tempo, só com acuidade no olhar poderemos identificá-las. Ao pensar a contemporaneidade, embora esteja partindo da perspectiva de alguns teóricos, excluo a possibilidade de se pensar a história como uma fórmula matemática aplicada, como projetos criados pela razão e implementados na realidade e, a partir daí, dando origem aos grandes feitos históricos ou a mudanças abruptas e desconexas do meio. Ao invés, prefiro privilegiar a complexidade, a multiplicidade, as veias de continuidade, os contextos, as interações, o leito cultural adequado, o solo fértil que faz brotar as mudanças. Isso não significa nenhum olhar teleológico sobre a história ou unitário e linear.

Sob essa perspectiva passo a identificar, melhor dizendo, eleger alguns aspectos que caracterizam a época moderna no intuito de atingir uma compreensão da realidade social contemporânea, partindo da visão de alguns teóricos que se debruçam sobre essas questões. Cabe salientar que não se pretende uma análise exaustiva, ou sequer extensiva, mas apenas perquirir brevemente sobre como algumas instituições se configuram atualmente e os contornos políticos que o ocidente imprimiu sobre o mundo.

Segundo Kumar (2006), na construção da história ocidental, a visão de mundo moderna, está contida, em certa medida, na filosofia cristã da história. Por uma breve reflexão, podemos dizer que as perspectivas cristãs sobre o tempo, ou mesmo a visão de mundo judaica, são muito distintas das percepções naturalistas anteriores, em que o tempo era compreendido nas manifestações cíclicas do universo eternizado. A narrativa teológica do monoteísmo judaico era apresentada como a própria História, divinizada e humanizada, onde seu Deus supremo lhes elegera como o "povo escolhido" e lhes enviaria o "messias" para guiar-lhes à "Terra Prometida" (TARNAS, 2000, p. 115). Derivação direta do messianismo judaico e de sua particular visão da história - aonde o homem ganha um sentido escatológico, sendo imagem e semelhança do próprio criador - a era cristã vai dividir a história em antes e depois de Cristo. A partir da era cristã a história passa ser interpretada pela perspectiva de sua consumação futura, onde passado e presente nada mais são do que momentos de preparação e espera. O sentido teleológico é dado para a história que caminha irrefreavelmente para redenção final da humanidade, através de Cristo, onde os bons homens serão levados ao "Reino de Deus" no juízo final. Com o avançar da história e a não chegada eminente de Cristo o olhar histórico se estendeu para o milênio, onde, nas perspectivas milenaristas, o passado e o presente que se vivia, pressagiava o fim dos tempos, o fim de toda a era terrena. Esta visão teleológica da história, com contornos distintos, vai estar presente na ideia de modernidade, pois a mesma presume a consumação de um "paraíso social", porém, para ser implementado na própria terra, num sentido de tempo secular.

A formulação de novos padrões críticos e racionais pela Renascença permitiu o ocidente rebelar-se contra a autoridade medieval, fazendo ressurgir uma educação laica e um humano já não tão secundário em relação a Deus. Seja pelo resgate do pensamento clássico ou pela interação com outros modelos culturais que proporcionou a aquisição de novos saberes, instrumentos e técnicas, o homem europeu renascentista era livre para descobrir suas potencialidades. Mas, apesar de fornecer o leito para emergir a modernidade, o Renascimento não é apontado como sua origem, pois sua visão histórica traduz uma concepção cíclica em que o futuro retoma o passado mais remoto, substancialmente distinto do *télos* do progresso moderno.

O pensamento moderno atinge sua substância intelectual com a Revolução Científica e Filosófica, iniciada no fim do Renascimento, mas, sobretudo, adentro do séc. XVII e posteriores. A mudança radical na forma de ver o mundo traduz a idéia de que o verdadeiro conhecimento aponta para o futuro e não mais para um passado sábio. Aliás, o conhecimento passado é o conhecimento jovem, imaturo, é no conhecimento atual e progresso que está a maturidade, a acumulação e ampliação do saber. O paradigma de inteligibilidade do mundo pela visão moderna se dá pela disjunção que aponta de um lado para um mundo mecânico, autômato, dirigido por leis universais e imutáveis de uma natureza vista como um projeto criado e colocado para funcionar como um relógio; e, de outro lado, para um mundo racional, sensível, capaz de interpretar e decifrar as leis que regem o mundo, manipulá-lo, e com uma inteligência compartilhada com aquela que o projetou, logo capaz de compreendê-lo em sua totalidade. A "*res cogitans* e *res extensa"* de Descartes, a empiria de Bacon, a mecânica de Newton, entre outros posteriormente, vão consolidar a instituição que passou a ser a autoridade intelectual máxima - tomando o lugar de Deus e da "antiga" igreja - nova juíza e guardiã da visão cultural do mundo: a Ciência (TARNAS, 2000, p. 309). Na visão de alguns autores a história para o moderno, conforme Kumar (2006, p. 120), transforma a religião cristã em filosofia secular, passando a ser "um processo de revelação progressiva e auto-realização do espírito humano. A tarefa da modernidade consiste em nada menos que na descoberta da finalidade de Deus para o homem e na construção consciente de seu reino na terra". A razão é o farol que guiaria o homem para a liberdade, emancipação, igualdade ou justiça, enfim, qualquer desafio, problema ou incorreção encontraria na racionalidade e na racionalização do mundo sua saída.

No contexto da visão de mundo moderna florescera diversos projetos idealizados para guiarem a sociedade rumo à utopia do progresso. Inaugurado com os projetos geométricos dos iluministas e suas propostas de reconstrução da humanidade, implementados na Revolução Francesa e no constitucionalismo americano e seus ideais universalizantes, os exercícios de (re)engenharia social marcaram o ocidente desde o século XVIII, avançando para o XIX e XX, com os ideais marxistas, a crescente tecno-burocratização do Estado-nação, ou mesmo, conforme Bauman (2007), com projetos totalitários como o nazista. Ou seja, compreender racionalmente o mundo para moldar a história de acordo com propósitos específicos, ordenando e disciplinando o que se fizer necessário, é a receita da modernidade para satisfazer as expectativas sociais de um mundo perfeito e bem ordenado, onde razão e revolução são as suas ferramentas.

Entretanto, o que marca a substância material do mundo ocidental moderno e reconfigura a história da humanidade como um todo, é a Revolução Industrial. A tecnologia industrial não apenas transformou a Europa como transformou o mundo inteiro. Sob ampla perspectiva (econômica, bélica, cultural) a industrialização inviabilizou a competitividade entre "locais" industrializados e não industrializados. "A mensagem era simples: em nossos tempos, tempos modernos, só há uma maneira de sobreviver: industrializar-se (KUMAR, 2006, p. 122). Concomitantemente a apropriação da técnica industrial pelo modelo capitalista de ordem social e econômica consagrou a ideologia hegemônica que vai "reinar", impondo a ordem social em grande parte do mundo até os dias de hoje. Ciências, indústrias e capitalismo traduzem a opulência dos tempos modernos.

Anthony Giddens através de uma análise institucional da modernidade expressa o dinamismo que a caracteriza através de três fontes inter-relacionadas: a) primeiro, o

espaço-tempo, ou mais precisamente a separação entre espaço e tempo, onde o tempo, uniformizado pela precisão dos relógios mecânicos, não é mais vinculado ao local (espaço), que, por sua vez, pode ser penetrado e moldado por influências sociais externas, distantes, descontextualizadas e orientadas por uma concepção de tempo distinta da delimitação geográfica (local/espacial); b) segundo, o que o autor designa com o termo "desencaixe" - que se desdobra em dois mecanismos: "fichas simbólicas" e "sistemas peritos" - se refere ao real deslocamento das atividades sociais dos contextos locais, assim como das características de grupos específicos ou indivíduos. São exemplos que caracterizam esse "deslocamento", o papel do dinheiro na sociedade moderna (a mobilidade de sua circulação e representação) e o saber técnico-profissional que legitima as ações sociais a partir da autenticidade de um conhecimento especializado, ambos, dinheiro e saber profissional, operam com base na confiança e fé, "na correção de princípios dos quais se é ignorante"; c) a terceira fonte é a reflexividade da vida social moderna, que trata das constantes "descobertas", do conhecimento construído ou da informação renovada que vão examinar e reformar as práticas sociais transformando-as e aperfeiçoando-as constantemente, impulsionando a vida moderna, a partir do momento em que mais conhecimento reflexivo se produz. Por outro lado e ao mesmo tempo, essa reflexividade torna vida moderna mais instável, em constante revisão.

Nos últimos quatro séculos a história do ocidente e a humanidade como um todo, sofreu e vem sofrendo mudanças tão drásticas e profundas, num período tão curto de tempo, que imprevisão e incerteza são os termos que melhor designam as especulações sobre o futuro. A mesma modernidade que trouxe conquistas e satisfações materiais, culturais e epistemológicas jamais sonhadas pelo ser humano em outros tempos, mostrou-se, conforme verbalizam muitos teóricos, verdadeiramente ambivalente e paradoxal. O nível de conforto, praticidade, estabilidade, longevidade entre outras benesses que as descobertas da modernidade trouxeram, de fato, não encontram paralelo na história. Entretanto, a célebre dialética de Marx onde "tudo contém em si o seu oposto" encontra contingência plena dentro da realidade moderna. Os grandes projetos e ideologias sociais viram a realidade prostrar milimetricamente as suas principais aspirações, como as revoluções francesas e socialistas. A razão que conduziria o homem à "terra prometida" o conduziu a muitas e grandes guerras, matando tanta gente em tão pouco tempo que a história também não encontra precedentes. A inteligência humana se mostrou tão grande e criativa que inventaram armas tão poderosas, como as nucleares, que não apenas se extermina o inimigo como também se é exterminado junto a ele. A sede por matéria e energia, por todo um ideal de desenvolvimento, foi tão grande que a apropriação dos elementos naturais excedeu a capacidade regenerativa do planeta ao mesmo tempo em que os detritos da sociedade não podem mais ser absorvidos em tempo humano, o que pressupõe dramáticos problemas de sustentabilidade no futuro. Por sua vez, as riquezas produzidas são tão colossais quanto as desigualdades sociais geradas, vivemos num mundo onde algumas poucas pessoas concentram tanto poder e riqueza que os antigos reis divinos sequer sonhariam. Por outro lado, inúmeras outras pessoas não possuem o necessário para sua simples subsistência, não compartilham minimamente as riquezas materiais produzidas e não encontrarão lugar e nem função nas atuais configurações do trabalho social, não serão absorvidas, mas sim descartadas pela sociedade, impiedosamente tratados como refugo humano (BAUMAN, 2005).

Onde estamos agora? Na radicalização de todos esses efeitos da modernidade, no aumento exponencial de suas conseqüências, no momento em que a história do ocidente

efetivamente transbordou para o mundo inteiro. E, diante de tantas contradições, não é sem razão que a fé no progresso tenha se abalado e que um clima de incerteza tenha se instaurado. Não é desmotivada a hermenêutica da suspeita lançada a qualquer projeto que pretenda dar conta dos problemas do mundo. Conforme Giddens (1991, p. 19) "o mundo que vivemos hoje é um mundo carregado e perigoso". A sonhada ordenação do mundo se revelou impossível e o *télos* do progresso inalcançável, "o mundo contemporâneo é um recipiente cheio até a borda de medo e frustração à solta que buscam desesperadamente válvulas de escape" (BAUMAN, 2000).

Mas, frente a essa percepção, que para alguns é a tomada de consciência da modernidade sobre suas limitações, o amadurecimento chegando e não o seu fim, há ainda aqueles que alimentam a esperança de um mundo globalizado mais democrático, cosmopolita, tolerante, onde as rédeas do nosso mundo em descontrole serão tomadas, como afirma Giddens (2000, p. 16). Há também aqueles que acreditam ainda no progresso, no desenvolvimento econômico perpétuo, no enriquecimento das nações e na distribuição natural das riquezas à medida que os milionários se tornem mais milionários, pois o bolo continua tendo que crescer para poder ser repartido. As tecnologias contornarão todos os problemas do mundo, curarão todas as nossas doenças, não envelheceremos mais, descobriremos a partícula de Deus através dos mega-milionários aceleradores de partículas, seremos felizes vinte e quatro horas por dia (ainda que a base de fluoxetina, paroxetina, sertralina etc.). A crença existe e, entendo, está firme dentro das pessoas na midiática realidade contemporânea, na produção e reprodução das verdades sociais dos diversos níveis de poder. O paradigma da modernidade, que guarda em si a religião romana do ocidente, com novas vestes, ainda triunfa em seu religioso expansionismo pelo mundo.

UM OLHAR SOBRE A POLÍTICA

Globalização

A transformação do mundo bipolar que caracterizava a história a partir de meados do século XX, onde duas perspectivas ideológicas disputavam qual seria o norte civilizatório da humanidade, culmina na sucumbência dos ideais socialistas/comunistas, fazendo com que o outro modelo, do capitalismo liberal, encontrasse na realidade um meio propício de se expandir. Apesar de se dar de uma forma muito distinta das perspectivas idealizadas, a franca expansão do capitalismo, significativamente transformado em relação à suas formas originais, dá origem a atual sociedade, complexa, global, volátil e carregada de desafios.

Essa nova realidade, dentre várias conseqüências, modificou a ordem internacional estabelecida. As concepções clássicas de Estado-nação, centradas em princípios como a territorialidade, a soberania, a autonomia e a legalidade quedaram-se, em muitos aspectos, anacrônicas. Dada a uma competição desenfreada dos mercados por melhores vantagens, houve uma flexibilização e uma abertura das fronteiras territoriais, possibilitando um maior fluxo e mobilidade do capital, configurando uma nova ordem econômica que se tornou o vetor determinante da ordem social (VIEIRA, 2001). Conforme Bauman (2001), agora qualquer solo pode ser alcançado e abandonado em pouquíssimo tempo na busca das melhores oportunidades para os negócios. Para cada

estadia, firmam-se frágeis laços de compromissos, fracos e flexíveis o suficiente para serem rompidos caso surja uma oportunidade melhor em outro solo. A fragilidade dos laços de compromisso, segundo o mesmo autor, também se estende às relações humanas em geral como o trabalho, as relações conjugais, as amizades etc. a era das oportunidades, vista sob outro ângulo, transforma-se na era do solepcismo, das infidelidades, do esvaziamento das relações humanas duradouras, dos compromissos superficiais, do individualismo exacerbado.

No mundo globalizado, a emergente ordem econômica rompeu com a lógica territorialista através das condições de internacionalização de mercados, onde não apenas os produtos circulam de maneira mais flexível, mas o próprio capital através de poderosas empresas, se impõe convenientemente onde melhores vantagens são oferecidas. O domínio político do Estado ficou submetido ao modelo econômico, passando a funcionar para a promoção do mesmo. Desta forma, os Estados ficaram "reféns" desse modelo, perdendo, em parte, a capacidade de formular políticas nacionais autônomas e tendo que se submeter a orientações externas para se tornarem mais atrativos ao capital estrangeiro, do qual se tornaram dependentes. Não que o Estado esteja anunciando sua superação enquanto modelo de organização político-social, sua importância é substancial e diretiva. Mas que o Estado passou a assumir outras funções e papeis na organização social, sobretudo para "manter o ambiente favorável aos negócios", é uma interpretação pacífica.

Também, é quase pacífica, dentre os teóricos, a interpretação de que o processo de globalização econômica se traduz num jogo perverso de regras ditadas antidemocraticamente pelas elites globais através de organismos como o FMI, a OMC ou o Banco Mundial. Esse jogo, não apenas desconsidera as partes hipossuficientes das relações econômicas, não buscando contrabalançar as desigualdades, como se aproveita da situação para tirar maiores vantagens. Um jogo que vem exacerbando, como nunca, as desigualdades externas, entre os países, como as internas, dentro dos próprios países. Ou seja, o novo capitalismo não só acentuou a diferença entre os países pobres e ricos, como acentuou as diferenças entre os ricos e pobres dentro de um mesmo país.

A compreensão desse fenômeno de "globalização" requer pensar alguns fatores que o caracterizam. Primeiro, sob a perspectiva econômica, como uma nova era do capitalismo que se expressa de maneira muito distinta de épocas anteriores como o fordismo e o imperialismo colonial onde os laços territoriais eram necessários e rígidos e as relações de trabalho eram mais duráveis. Depois a compreensão de como o meio propiciou esse processo através dos avanços tecnológicos, sobretudo na telecomunicação, informática, eletrônica, entre outros que possibilitaram um mundo ultra-dinâmico, uma ampla mobilidade de pessoas e produtos e a troca e transmissão de dados quase que instantaneamente. Outro ponto, foi o fortalecimento da ideologia neoliberal que, também por motivos geopolíticos, como o fim do comunismo, corroborou para as decisões governamentais de liberalização e desregulamentação do mercado, que conjuntamente com o aumento do número de países industrializados e da competição em escala mundial, tornaram essa ideologia hegemônica.

Individualismo

Dentre as conseqüências do processo de globalização econômica podemos destacar que pela flexibilização das fronteiras nacionais e pelas decisões políticas de suma importância para um Estado não mais serem tomadas em seu território, a idéia de soberania, que em muitos países nunca foi muito substancial, enfraqueceu significativamente. Outra conseqüência que se apresenta com a nova ordem e a disseminação de sua ideologia é o esvaziamento das propostas de um Estado de bem-estar. A tentativa de reabilitar inaptos e de providenciar seguros coletivos, muitas das tarefas e deveres antes compreendidos como necessariamente comuns, assumidos como incumbências estatais, agora estão lançados à sorte dos particulares. Nas palavras de Bauman (2000, p. 54) "a responsabilidade pela situação humana foi privatizada e os instrumentos e métodos de responsabilidade foram desregulamentados". Toda essa transformação direciona para o esforço individual a responsabilidade de adaptação, aperfeiçoamento e sobrevivência numa sociedade ultra-competitiva e cada vez menos solidária. Na realidade contemporânea cada um deve se virar por si e como pode.

Por uma interpretação, o surgimento do estado de bem-estar pode ser associado a uma estratégia, uma tentativa, de conter o avanço do ideário comunista. Uma forma de afastar os perigos de uma revolução ou de uma reforma radical que substituiria a ordem existente, concedendo direitos e propiciando uma satisfação de necessidades sociais básicas como melhores condições de trabalho, seguridade, educação, saúde etc. Os direitos compreendidos como de "segunda geração" - ressalto que aqui se trata apenas de uma interpretação - proporcionaram um melhor estado de satisfação por parte dos membros da sociedade a partir do momento que atendiam algumas de suas reivindicações e demandas, proporcionando uma maior estabilidade sistêmica num momento de constante instabilidade. Afastando-se os riscos reformadores ou revolucionários com a queda dos ideais comunistas, a preponderância do modelo capitalista lhe permitiu retomar seus princípios de afastamento do Estado, tanto quanto possível, das relações econômicas e sociais, ressalvadas aquelas para a manutenção do sistema, da ordem e repressão do que a subverte. Não é mais necessário um Estado provedor, aliás, a inversão vai mais além, os custos para a promoção dos seguros coletivos já não são desejáveis ou convenientes. Segundo Bauman (2001, p. 38), essa mudança de ênfase "se reflete na realocação do discurso ético/político do quadro da 'sociedade justa' para o dos 'direitos humanos'" onde se exalta os direitos individuais e liberdades individuais de escolhas, iniciativas e modos de vida. A política contemporânea coroou essas "liberdades", postas ao ápice dos ideais de vida. Não que elas não sejam desejáveis, mas vieram de forma deturpada e em detrimento de projetos coletivos ou de caráter comunitário.

Se uma característica marcante da sociedade moderna é o individualismo, devemos pensá-lo como um processo contínuo e com momentos e percepções diferenciadas na história. Um processo que congrega: a ordenação de instituições, a consagração de valores morais e a configuração dos direitos que vão dar forma aos membros da sociedade como indivíduos, na mesma medida em que as relações e ações dos indivíduos vão, reciprocamente, dar forma às instituições, aos valores morais e à construção de direitos, moldando a própria sociedade, num jogo constante e mutável. E se a individualização é uma fatalidade e não uma escolha, "a opção de escapar à individualização e de se recusar a participar do jogo da individualização está decididamente fora da jogada". Nesse sentido pensar a sociedade contemporânea é pensar na auto-afirmação do indivíduo, na realização de suas liberdades, desejos, riscos e frustrações depositadas sobre seus próprios ombros. Como um projeto solitário de

cada um e não como "liberdades, satisfações ou desafios comuns", onde "o cada um" deveria ser pensado como parte que se identifica com um todo. "Todo" este que, por sua vez, está além da simples soma de suas partes. A exaltação das liberdades individuais não culminou apenas na emancipação do individuo frente ao poder opressor do Estado, mas na diluição e exorcização de projetos de vida compartilháveis e realizáveis coletivamente. O "indivíduo está em combate com o cidadão", pois o bem estar individual não é buscado em consonância com o bem-estar coletivo, que por sua vez pode ser visto como próprio limitador das liberdades individuais. A outra face que Bauman (2001, p. 46) nos revela sobre o individualismo é "a corrosão e a lenta desintegração da cidadania".

O retorno a projetos comuns, a uma concepção de comunidade, nos é solapado pela impossibilidade de amalgamar os interesses dos indivíduos numa busca comum, ainda quando esses interesses são identificáveis - ao menos de forma durável e significativa. Ainda que haja pontos em comum pelos indivíduos em suas buscas e desejos, bem como nos seus medos, angustias e frustrações, a realização dessas aspirações e a superação dessas dificuldades remetem-se às capacidades do próprio indivíduo. O individuo é responsável pelo seu sucesso ou fracasso na sociedade e deverá arcar com as conseqüências de seus atos solitariamente. Não que isso deva ser tomado de forma absoluta e que não haja na realidade movimentos cujos atores se identificam e organizam uma pauta bem definida de demandas (que em geral traduzem a reivindicação por maior assistência e atenção do Estado, ou seja, inserir-se na engrenagem). Ocorre que, além da eventualidade desses acontecimentos, via de regra, quando ocorrem têm uma pauta muito restrita e limitada a si mesma, se encerra na própria demanda que, uma vez satisfeita, faz com que os membros da comunidade se dissolvam na multidão de indivíduos. A cooptação de qualquer dissidência comunitária que atinge algum grau de relevância pelo modelo imperante do capitalismo de consumo e a transformação dos indivíduos globalizados, não se dá de forma opressora via de regra, mas quase naturalmente a partir do momento em que os cidadãos se entregam às soluções fáceis e empacotadas para toda sorte de problemas dispostas nas prateleiras do mercado. O sistema seduz e direciona o indivíduo a se inserir no seu *modus operandi*, que por sua vez, seguem como mariposas rodopiando em torno das lâmpadas de mercúrio.

Para Bauman (2001), o contexto do mundo atual conflui para uma falsa sensação de liberdade, onde as pessoas vivem um tipo de "escravidão" e se sentem livres dentro dela, não necessitando se libertar. Bauman aponta que a liberdade não pode se dar contra a sociedade, ele expõe dentro desse contexto duas formas de liberdade que se sucedem em dois tipos de indivíduos: os *de jure* que são aqueles cuja liberdade se dá de forma negativa, legalmente imposta e corresponde a uma alienação da situação real pelo invólucro da vida privada; e, os *de factofacto* não são contingentes nos contornos políticos assumidos pela contemporaneidade. onde prevalece a autonomia, a autodeterminação e uma liberdade genuína, o indivíduo é um cidadão ativo e participante das questões públicas que lhes são pertinentes.

Política

O problema central talvez seja a configuração atual dos assuntos pautados no espaço público. Há uma constante invasão da esfera publica pelos problemas privados não traduzíveis em públicos, um esvaziamento do espaço público das questões verdadeiramente públicas para *"a confissão dos segredos e intimidades privadas e da vida de celebridades"*. Isso representa um grande e crescente óbice à transição do indivíduo *de jure* para o *de facto*, pois ao exaltar exclusivamente as potencialidades individuais, despe-se o indivíduo de sua cidadania e o expropria de seus "*interesses e capacidades de cidadãos*". Conforme Bauman (2001) o indivíduo conforta-se em saber que o modo solitário como leva sua vida, com seus erros e acertos é o mesmo modo como todos os demais indivíduos levam as suas. Tudo que se reproduz no espaço público é uma constante afirmação do processo de individualização. Não se assiste e nem se estimula uma atuação pró-ativa do cidadão e nem a tradução dos problemas privados em problemas comuns a serem enfrentados coletivamente. Nesse sentido, a transição só é possível caso o indivíduo *de jure* se torne um cidadão, onde a autonomia individual representa a autonomia da sociedade através de uma constituição deliberada compartilhadamente pela sociedade e pelo indivíduo (Bauman, 2001). Dessa forma se repovoaria o espaço público como um lugar de encontro, debate e negociação entre o indivíduo e o bem comum; e, só assim dando sentido a qualquer busca emancipatória para o ser humano.

Conforme previsto por Tocqueville, o mundo moderno dentro de suas perspectivas igualitárias seria necessariamente individualista e tenderia a alienação política. O próprio Tocqueville previu que "enquanto o cidadão se encerrava no circulo de seus prazeres privados", deixando mais e mais a gestão da coisa pública ao encargo dos políticos profissionais, "o poder", sem que o mesmo percebesse, lhe estava sendo confiscado. Hoje essa afirmação encontra materialidade. Podemos pensar que propagadamente a realização da cidadania se limita ao voto, a escolha do representante. Este representante, por sua vez, toma conta da coisa pública para que o cidadão possa viver seus prazeres e problemas individuais sem maiores preocupações públicas.

Um pouco além dessa percepção, Sennett (2006), com considerável acuidade, nos apresenta a associação entre o atual modelo político e a nova economia, ou seja, como a política contemporânea se apresenta como uma "política de consumo" em que os políticos se comportam como produtos e os cidadãos como consumidores. O autor indaga-se sobre quais as conseqüências dessa relação. Considera, de um lado, se a organização do sistema econômico atual de ponta, com seu alto grau de inovação gerencial, refinados padrões de eficiência, amplas possibilidades tecnológicas, superação de burocracias intermediárias e a ampla liberdade e possibilidade de escolha para o consumidor, poderia representar, em sua tradução para um modelo político, uma política progressista com a imaginação aberta para mudanças. Por outro lado, expõe na lógica funcional do mercado de consumo, todo um conjunto de estratégias de publicidade e sedução, com firmes rédeas centralizadas, que, quando utilizadas também para comercializar as idéias e personalidades dos políticos, solapam a necessidade de uma política de mediação face a face, fazendo com que o cidadão aceite a proposta mais fácil de se comprar. O marketing se torna parte substancial da política. De um lado reprime-se a democracia local, por outro estimula a imaginação para a mudança.

Para explicar essa relação entre a política e a nova economia, Sennett (2006) empenha-se para compreender como a economia de consumo e suas estratégias de marketing se tornaram altamente sofisticadas, repercutindo também uma maior

complexidade para a sua relação com a política. Entretanto, o autor entende essa relação como não sendo capaz de gerar uma política progressista, mas ao contrário, culmina em cidadãos passivos, numa política que se afasta da perspectiva de um projeto comum que une os cidadãos.

A relação de consumo hoje, para o autor, pode ser explicada como uma paixão auto-consumptiva (uma paixão que se extingue na própria intensidade), algo que vivenciamos cotidianamente quando desejamos algo e depois que possuímos esse algo, perdemos o interesse por ele pouco tempo depois. Essa espécie de paixão auto-consumptiva vale tanto para os produtos dos *shoppings* quanto para a política. Um pouco além das percepções de que "o motor da moda" a partir da publicidade vai moldar o desejo dos indivíduos compelindo-os a consumir o novo; e de que há uma "obsolescência planejada" onde as coisas não são feitas para durar, daí então a necessidade de se estar sempre comprando, Sennett vai retratar que, além de um "motor da moda" e de uma "obsolescência planejada", que pressupõem um papel passivo do consumidor, há também um papel ativo do cidadão no processo de consumo. O consumidor participa do processo de criação de suas "novas" necessidades. Essa paixão auto-consumptiva não se trata apenas de uma grande ambição em que nunca se está satisfeito com o que se têm e sempre se vai querer mais; mas corresponde, também, a uma constante reinvenção das instituições, aos processos corporativos de reestruturação das empresas, a busca por posições sociais, por novos empregos, por novas políticas, enfim, tudo que é abandonado logo após o momento em que é conquistado, pois a busca não é um fim em si mesmo e está sempre se modificando, se recriando. Essa percepção de "desejos em movimento" é importante para co-relação que autor estabelece entre política e mercado.

Atualmente a sedução do mercado não se dá mais pela posse em si, mas pela criação das "novas necessidades". Não basta ao consumidor acumular produtos, mas ter o mais atualizado, o mais potente, o que virá no próximo ano. É factível conceber que o consumidor não pensa como "artesão", não tem consciência do processo de fabricação do produto, não possui um conhecimento mais profundo do que é o produto que consome. Sendo conduzido em suas escolhas por dois processos ilusórios de marketing: a) a diferenciação de produtos como carros, computadores, eletrodomésticos etc. através da criação de "marcas", em que os produtos "construídos em uma mesma plataforma" sofrem uma "laminagem a ouro", uma maquiagem para a sua diferenciação, proporcionando outra superfície para um mesmo produto, grande atratividade para determinados grupos de consumidores e significativos lucros para as empresas. b) a exaltação da "potência", onde são consumidos produtos cujas funções jamais serão completamente utilizadas pelos seus compradores, como os carrões utilitários capazes de cruzar qualquer tipo de terreno, dirigidos por "madames" e presos nos engarrafamentos das grandes cidades. Entretanto, conforme ressalta Sennett, há outro lado nesse processo ilusório de marketing: libertar-se da possessividade e abrir-se ao mundo de possibilidades, fantasias e prazeres "além dos limites e das rotinas da vida cotidiana", sonhar com produtos cujas potencialidades nos desperta a imaginação "sem limites", produtos com características que construímos a partir das necessidades de sermos diferentes... Não seria essa paixão auto-consumptiva, indaga o autor, uma forma de liberdade? Em termos políticos, "não seria melhor que os cidadãos pudessem votar pelo que poderia ser, votar numa imaginação compartilhada, em vez de votar para defender seus interesses particulares, para proteger o que já possuem"?

Esse potencial de política progressista afirmado pela lógica do mercado é contestado por Sennett que aponta, em uma lista não exaustiva, cinco razões pelas quais a ilusão da sociedade moderna exerce um papel profundamente apassivador no consumidor-cidadão, assumindo um caráter anti-progressista e não o contrário. Pretendo aqui expô-los de forma simplificada: (1) Da mesma forma em que os produtos são fabricados por plataformas, a política moderna - compreendida como política consensual - tem como base plataformas similares, *i. e.* as diferentes propostas ideológicas sustentadas pelos diferentes partidos possuem internamente um "corpo similar", conduzem a política em direção a um terreno comum em seus aspectos essenciais (globalização, flexibilidade, meritocracia). Conforme Sennett o ponto crucial da convergência está nas funções do Estado, que assume um importante papel diretivo para a manutenção do ambiente favorável para os negócios e para a estabilidade sistêmica, em que as burocracias centralizam cada vez mais o poder e concomitantemente ausenta-se da responsabilidade para com os seus cidadãos. Sob o pretexto de conferir liberdades aos indivíduos o Estado justifica sua indiferença com relação à situação de seus cidadãos. (2) A segunda razão se liga mais diretamente ao marketing político. Sob a mesma "plataforma" assumida pelos Estados, as diferentes retóricas empregadas pelos partidos não passam de uma "laminação a ouro", ou seja, são pequenas diferenças forjadas superficialmente pelas quais pretende-se capturar consumidores, neste caso, eleitores. Criam-se "marcas" que distinguem superficialmente os políticos e suas propostas, assim como as propagandas de produtos o fazem, ressaltando pequenas diferenças, sobretudo ligadas aos "traços individuais de caráter" e carreira profissional, "inflando simbolicamente" determinados assuntos ou "recontextualizando fatos", elegendo-se novos "bodes expiatórios" para serem atacados como válvula de escape para as frustrações e problemas cotidianos. A questão é que a política de publicidade oculta os problemas reais, para atender as preferências de seus consumidores e dificulta enxergar que por traz da "laminação a ouro" há uma plataforma comum para as diferentes propostas. (3) A terceira razão se liga ao comportamento do consumidor em sua constante insatisfação. Apesar dos anseios por mudanças se configurarem como políticas progressistas, na realidade da política do consumo, assim como na exaltação das potências de produtos que jamais serão usufruídas, o que é alimentado é o imaginário e não o real. A experiência da vida cotidiana é negligenciada e percebida como algo "provisório" e as propostas políticas são verticalizadas e aplicadas de cima pra baixo como se não houvesse uma realidade prévia a ser compreendida. O que se necessita é exatamente o contrário, uma proximidade maior entre a realidade e os modelos idealizados, as políticas mais do que tocar e perceber os contextos sociais devem emanar deles, de baixo para cima. (4) Para que a democracia opere, há a necessidade de que os cidadãos busquem conhecer o mundo ao seu redor, seus problemas e necessidades reais, temporal e espacialmente delimitadas. O cidadão-como-consumidor anseia pelo que é mais fácil e imediato, o que pode ser comprado pronto e acabado e de preferência com um manual breve, quanto mais fácil de usar, melhor. Os processos altamente complexos e tecnológicos que estão por traz de certos produtos, não são evidenciados no seu uso cotidiano pelo consumidor (salvo quando estragam e o consumidor não tem a menor idéia do que fazer, se não aguardar a assistência técnica). Nesse sentido, os objetos mais aceitos pelo mercado, não importando o grau de tecnologia que possuem, são aqueles mais fáceis de manusear, pois cidadão-como-consumidor quer pensar o mínimo possível para utilizar o seu produto. Não há necessidade de conhecer o processo de fabricação, de pensar como artesão, apenas conhecer produto em sua prática utilização. Essa passividade do consumidor transferida para a política esfrangalha a democracia. (5) A última razão se traduz na dinâmica da

sociedade contemporânea, onde as políticas governamentais, assim como os negócios, são alimentados pela "paixão consumptiva". Quando atingem seus objetivos os abandona, o que, ressalta o autor, mina a confiança na política, ainda quando bem intencionada. Ou seja, prevalecem as idéias de curto prazo, imediatistas, qualquer proposta de longo prazo, mais lenta e constante ficam sob suspeita (SENNETT, 2006).

A reflexão sobre as configurações políticas percebidas pelas sociedades submersas na cultura do novo capitalismo nos revela uma consonância explícita entre a dinâmica do consumo e a vida política. Uma configuração social que não deixa de ser uma relação de submissão e passividade de um lado e dominação e controle do outro. Uma realidade que se apresenta como um conjunto interativo de fatores sociais que configuram na contemporaneidade uma sociedade altamente competitiva e meritocrática. Uma sociedade que cultiva a competição e a promoção individual, o imediato e o passageiro, não é um solo fértil para narrativas compartilhadas e coletivas de vida, não faz brotar valores solidários e cooperativos. Um pouco além, o capitalismo do consumo e sua paixão consumptiva, em sua insaciável sede de mais eficiência, mais lucros, mais poder, mais mercadorias, tudo para ser atingido e depois substituído por novos projetos, em constante reprodução e recriação, não deixa muitas brechas para as relações duradouras, para as experiências de longo prazo. Mas, também, em todos os sentidos e sem sombra de dúvidas, essa configuração social e todos aqueles que dela se beneficiam, não estão imunes ao transcurso do tempo. Sua alta mutabilidade e dinâmica, provavelmente, contribuirão para que essa realidade se transforme em suas características fundamentais, talvez, num breve lapso temporal, e passemos a percebê-la como outra coisa.

QUO VADIS

Se a opulência dos novos tempos se fragiliza diante de suas próprias contradições, se as concepções de racionalização, de ordem, de progresso que guiaram o mundo se mostraram ilusórias, se na busca dos grandes ideais percebemos que o ideal é a parte da realidade que costuma não acontecer, para onde devemos seguir? Essa é uma questão que o presente artigo não objetiva responder. Por outro lado, compreender ainda que brevemente alguns caminhos que emergem no horizonte pode ser produtivo.

Partindo do ponto de vista adotado no estudo, podemos estabelecer que a função primordial que o Estado atualmente assumiu é a de manter o "ambiente favorável aos negócios", promover e assegurar as liberdades individuais, deixando as pessoas livres para seu auto-desenvolvimento e, ao mesmo tempo, controlar os que subvertem a "ordem" e ameaçam a liberdade das pessoas. Geralmente o controle recai sobre os grupos minoritários, étnicos, pobres e deseducados, que não conseguem inserção no modelo de consumo por não encontrarem função dentro das configurações atuais da sociedade. Aqueles que, via de regra, superlotam o sistema prisional. Entretanto, assim como os demais, são alimentados pelos desejos que a sociedade de consumo promove e pela falsa mobilidade que o sistema de direitos ostenta.

Outro ponto de reflexão, diz respeito ao modelo democrático-representativo, em que se constata e se declara uma insuficiência estrutural. A subserviência do Estado aos interesses de grupos econômicos fortes traduz a ditadura disfarçada que se tornou a democracia formal. O modelo representativo perde parte de sua legitimidade por não comportar os interesses de parcela expressiva da sociedade. Torna-se reificado, conforme visto, consonante com a lógica da sociedade de consumo. Como o mercado opera no campo das ambições e dos desejos, onde tudo pode se tornar produto para ser vendido e consumido, sempre de maneira a obter as melhores vantagens possíveis, não é de se estranhar que a política convencional opere tão afastada de virtudes básicas (honestidade, lealdade, temperança). O sistema é altamente corrupto e corruptível na dinâmica dos interesses que podem ser vendidos e comprados no leilão da política das representações. Ocorre que quem possui mais moedas de troca não é o povo desagregado e individualizado, como são os cidadãos contemporâneos, mas os grupos economicamente fortes, centralizados e articulados.

O que o cenário atual nos revela é que a sociedade, ainda que concebida sobre a força homogenizadora da cultura de massas e de um individualismo irrefreável, é essencialmente plural, tem espaço para uma diversidade de orientações ideológicas e modos de vida, assim como também é multicultural, abrigando grupos étnicos variados. Nesse sentido a busca progressista não pode ser dada por um modelo ideal que se aplica verticalmente com caráter geral e universal. Não se deve buscar uma aldeia global de indivíduos homogeneamente globais, mas muitas pequenas comunidades com suas características e problemas reais, cotidianos e locais. Devemos dar voz à pluralidade de interesses. A multiplicidade é que deve ser exaltada e a esfera pública preenchida pela diversidade.

O emergir de perspectivas políticas de caráter mais comunitário nos remete a dois caminhos: Primeiro, pensar modelos normativos cuja legitimidade da lei não decorra exclusivamente de seu caráter geral e universal, mas que seja sensível as particularidades inerentes às regiões, aos grupos étnicos e culturais. Pensar também em um judiciário que se aproxime democraticamente da sociedade, que julgue também os poderosos não somente as classes baixas. O segundo caminho aponta para as propostas de se aprofundar a democracia na sociedade e transformar a cidadania num processo cultural de exercício contínuo da política (não apenas um conjunto de direitos individuais formalizados). A necessidade de se fortalecer os espaços de deliberação coletiva, de ampliar os processos democráticos, dar visibilidade aos conflitos e fortalecer os espaços públicos de conexão entre sociedade e Estado, são prementes. A deliberação sobre políticas públicas deve ser direcionada para os múltiplos grupos de interesses (para os cidadãos), retirada, tanto quanto possível, do poder centralizado. Essa perspectiva de radicalização da democracia vem sendo amplamente discutidas como contraproposta para ordem vigente. Entretanto, num primeiro levante pode-se identificar sua forte dependência na dimensão subjetiva da política, *i. e.* na atuação do indivíduo. Se o indivíduo submerso no invólucro da vida privada não consegue encontrar caminhos para uma narrativa comum com seus concidadãos, ainda quando possuem problemas similares, o que leva a crer que esses indivíduos, pelos simples fato de existirem espaços públicos de participação democrática, vão utilizá-los? Em quais circunstâncias o cidadão comum encontrará tempo para se dedicar à vida pública (mesmo quando lhe interessa) no mundo ultra-dinâmico e competitivo em que vivemos? Nesse sentido entendo que, apesar de ser uma constatada fragilidade, a presente reflexão nos conduz à assertiva de que não se deve pensar em projetos cujos resultados são

imediatos, de curto prazo, e cair no vício da paixão consumptiva. Uma educação cidadã é um longo processo que só se viabiliza na prática e no acumulo de vivências e não apenas nas construções teóricas e na transmissão de conhecimento. Criar espaços públicos discursivos como conselhos, comitês entre outros colegiados, assim como estimular todo tipo de processo de deliberação coletiva, no mínimo auxilia na preparação de um leito adequado para o desabrochar de uma nova cultura. Falta, entretanto, a substância para essa cultura que é exatamente o elemento de sedução que afirmará ao cidadão que este é o melhor caminho para ele. Esse é o desafio: demonstrar que através de uma cultura democrático-participativa o nível de satisfação das pessoas será maior, porque, caso contrário, sua implementação se torna mais complexa e impositiva. E já temos lições da história suficientes para saber que os projetos idealizados aplicados de cima pra baixo não trazem bons resultados.

Esse caminho remete pensar a política e o direito a partir das realidades locais, pensar os problemas conectados com seu ambiente e gerenciá-los a partir daqueles que os vivencia. Não se trata de um desmantelamento do Estado de Direito, ao contrário, só o Estado pode propiciar isso. A estrutura administrativa centralizada e a representação democrática são necessárias e inarredáveis, mas o poder deve ser pulverizado e deslocado para as realidades e para o tempo dos territórios num processo de descolonização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro : Ed. Jorge Zahar, 2001

_____. **Vidas Desperdiçadas**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2005

_____. **Em Busca da Política**. Trad. Marcos Penchel.: Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2000

_____. **Medo Líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Ed. Jorge Zahar: Rio de Janeiro, 2007

GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Ed. UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole.** Trad. Maria Luísa Borges. São Paulo: Ed. Record, 2000.

MORIN, Edgar. **O Método 4: as ideias** - habitat, vida, costumes, organização. Trad. Juremir Machado da Silva. 4º ed. Porto Alegre: Editora Sulina 2005.

SENNETT, Richard. **A Cultura do Novo Capitalismo.** Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2006.

TARNAS, Richard. **A Epopeia do Pensamento Ocidental**. Trad. Beatriz Sidou. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil, 2000.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. ***A Democracia na América*** Textos Selecionados; *Os Pensadores*.2.ed. Seleção de Francisco C. Weffort. Trad. Leonidas Gontijo de Carvalho et al. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

VIEIRA, Liszt. **Os Argonautas da Cidadania**: A sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2001.

NEOCONSTITUCIONALISMO, A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E A DIMENSÃO ÉTICO-MORAL DO DIREITO*

THE NEOCONSTITUTIONALISM, THEORY AND PRINCIPLES OF ETHICAL AND MORAL DIMENSION OF LAW

Luana Paixão Dantas do Rosário

RESUMO

O objetivo deste trabalho será abordar o restabelecimento da dimensão Ética e Moral do Direito operado pelo Neoconstitucionalismo e pela Teoria dos Princípios, no bojo do Pós-Positivismo. A relevância teórica do tema exurge da transformação paradigmática pela qual o Direito vem passando, cuja delimitação teórica ainda se encontra em elaboração, o que traz consequências epistemológicas e metodológicas. A relevância prática advém da necessidade de aplicação do Direito consoante estes novos cânones, espírito e finalidade. O método empregado será o proposto pela fenomenologia, para a qual o tema de conhecimento é fenômeno, a ser apreendido em sua complexidade, aliado ao elemento hermenêutico. Abordará a dimensão ético-moral do Direito enquanto saber da phronesis aristotélica, valendo-se de Gadamer nesta abordagem. Realizará uma síntese da colocação da Ética e da Moral no Direito, a partir do Jusnaturalismo, perpassando o Positivismo Jurídico até alcançar o pós-Positivismo. Enfocará a reaproximação entre Direito e Moral no plano dos Princípios e a supremacia axiológica da Constituição operada pelo Neoconstitucionalismo. Sublinhará a importância da Teoria dos Princípios nesta seara, pela análise do pensamento de Dworkin e Alexy. Concluirá que a pretensão de correção é o ponto de partida para as teorizações atuais acerca do Direito.

PALAVRAS-CHAVES: ÉTICA, MORAL, NEOCONSTITUCIONALISMO, TEORIA DOS PRINCÍPIOS.

ABSTRACT

The objective of this papper will address the restoration of moral and ethical dimension of Law operated by Neoconstitucionalismo and the Theory of Principles, in the midst of post-positivism. The theoretical relevance of the theme of appears processing paradigm by which the Law is passed, the theoretical definition is still in development and that brings epistemological and methodological consequences. The practical relevance stems from the need to apply the Law as the new canons, spirit and purpose. The method employed is that proposed by phenomenology, for which the theme of knowledge phenomenon is to be understood in its complexity, and the hermeneutic element. Address the ethical and moral dimension of Law know as Aristotle's phronesis, Gadamer is worth this approach. Conduct a review of the placement of Ethics and the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Moral Law, in Jusnaturalismo started by visiting the Legal Positivism to reach the post-positivism. Focus on the rapprochement between Law and moral principles in terms of the axiological and supremacy of the Constitution made by Neo-constitucionalism. Underline the importance of the principles of this theory, for examining the thought of Dworkin and Alexy. Conclude that the intention is to fix the starting point for theories about the Law.

KEYWORDS: ETHICS, MORAL, NEOCONSTITUCIONALISM, THEORY OF PRINCIPLES.

INTRODUÇÃO

O problema maior do Direito é a Justiça, e esta, é um conceito Moral, do domínio da Ética. Sem o ideário da Justiça, o Direito perde fundamentabilidade e se deslegitima. A aspiração ao justo acompanha o homem desde tempos imemoriais. Esta aspiração diz respeito à convivência e harmonia dos homens entre si e ao caminho para a felicidade. O objetivo principal deste trabalho será abordar o restabelecimento da dimensão Ético e Moral do Direito operado pelo Neoconstitucionalismo e pela Teoria dos Princípios no bojo do Pós-positivismo.

A relevância teórica do tema exurge da necessidade de compreensão da transformação paradigmática pela qual o Direito vem passando, cuja delimitação teórica ainda se encontra em elaboração, o que traz consequências epistemológicas e metodológicas. A relevância prática advém da necessidade de aplicação do Direito consoante estes novos cânones, espírito e finalidade.

O método empregado será o proposto pela fenomenologia, precário e provisório, entende o tema de conhecimento como fenômeno, a ser apreendido em sua complexidade, porém não em sua totalidade, não como uma dado que se coloca à consciência, mas, como um construído da intencionalidade de quem se predipõe a conhecer, no desentranhamento de uma de suas possibilidades. Ressalte-se que a compreensão dos fenômenos jurídicos, indeterminados, não prescinde do elemento hermenêutico[1].

O saber jurídico é saber da razão prática, rege a convivência entre os homens e busca criar ou tutelar o 'bom, o belo e o justo'. O Direito, desde a Grécia antiga, *jus*, é também, desde a Roma antiga, *prudentia.* Ciência do espiríto e da Virtude, é saber ético, voltado para o bem dos homens e para a verdade. Nos tempos do Jusnaturalismo não pairava dúvida acerca do conteúdo Moral do Direto ou de que este existisse para guardar valores supremos tidos como naturais, decorrentes do *logos*, ou dos deuses, envoltos em metafísica. Até que a razão positivista, em sua pretensão de cientificidade, neutralidade e objetividade, apartou o Direito da Moral, da Justiça, do domínio da Ética, da tradição e das concepções arcaicas do mundo. Relegou a prudência, a verdade e a busca do bem.

Entretanto, temos assistido o retorno do Direito às questões Éticas e Morais. No pós-Positiviso, assumem destaque as relações entre valores, princípios e regras. O Direito

passa a ser compreendido pela Nova Hermenêutica como saber da *práxis* e assume declaradamente o seu conteúdo Moral. A proteção da integridade moral e da dignidade do Homem erige a Teoria dos Direitos Fundamentais como cerne do Direito. Princípios e valores deixam de serem conselhos e exortações à consciência para deterem normatividade. Esta última, por sua vez, deixa de ser vista apenas por parâmetros formais de validade, de modo que aplicação do Direito não mais se reduz à subsunção positivista.

Neste cenário, projeta-se o Neoconstitucionalismo, como paradigma voltado para a proteção dos Direitos Fundamentais, a constitucionalização dos princípios, a supremacia constitucional e a garantia jurisdicional da Constituição, a possibilidade de 'interpretação aberta'[2] ao pluralismo e a irradiação da Constituição em todos os aspectos da vida política e social.

O Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a Teoria da Argumentação podem ser vistos como fenômenos relacionados ao chamado Pós-positivismo e absolutamente imbricados. São perspectivas teóricas afins e complementares que têm como conseqüência metodológica a vinculação entre Direito e Moral. Tais propostas buscam compreender as relações entre Direito, Moral e Política e superam as concepções positivistas no campo do Direito.

Este trabalho abordará o restabelecimento da dimensão Moral do Direito operada pelo pós-positivismo, que resulta na supremacia axiológica da Constituição em termos de Neoconstitucionalismo. Demonstrar-se-á que a teoria dos Princípios, em verdade, opera, no plano normativo constitucional, a fusão entre os planos axiológico e deontológico. Neste ínterim, o dever-ser abrange a aceitação universal do 'bom e do correto'. A análise da Teoria dos Princípios se dará pelo pensamento de dois dos seus maiores representantes, que possuem enfoques diferentes, Dworkin e Alexy. Cumpre salientar que parte da análise destes doutrinadores se dá preponderantemente pela obra de Luis Afonso Heck, Andreas Krell e Antonio Maia. Saliente-se que a abordagem por fonte indireta não prejudicará a análise, dada a qualidade e fidedignidade do trabalho destes autores.

Diante das preocupações da Nova Hermenêutica Constitucional quanto à racionalização da decisão e controle do voluntarismo na concretização da Norma, com a concreção dos comandos éticos, que não são dados, mas, construídos, este trabalho concluirá que o pós-Positivismo reabilitou a dimensão Ética e Moral do Direito e que a 'pretensão de correção' é o ponto de partida para as teorizações atuais acerca do Direito.

1 A ÉTICA E A MORAL

As definições da Ética e da Moral, por vezes, se interpenetram. Andre Lalande estabelece a seguinte distinção:

A *Moral,* quer dizer, o conjunto das prescrições admitidas numa época e numa sociedade determinadas, o esforço para conformar-se a essas prescrições, a exortação a segui-las. (...) *Ética:* A ciência que toma por objeto imediato *os juízos* de apreciação sobre os atos qualificados como bons ou maus. (...) Sem dúvida acontece que, de fato, as questões de Moral e as de Ética, assim definidas, sejam freqüentemente misturadas, mas isso não exclui uma distinção muito nítida das suas definições. (LALANDE, 2001, p. 348-349).

Nicola Abagnano afirma que há duas concepções fundamentais acerca da Ética. A primeira apresenta a Ética como ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos meios para atingir tal fim, deduzindo tanto o fim quanto os meios da natureza do homem. Refere-se ao ideal para o qual o homem se dirige por sua natureza e, por conseguinte, à natureza, essência ou substância do homem. Já a segunda trata dos motivos ou causas da conduta humana, ou das forças que a determinam, pretendendo ater-se ao conhecimento dos fatos. Apresenta, portanto, a Ética como ciência do móvel da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir essa conduta. Abagnano adverte, entretanto, que, ao longo da história, estas concepções se confundiram. (ABAGNANO, 2000, p. 380).

Segundo Chris Rohmann, a Ética, um dos cinco campos clássicos da investigação filosófica (ao lado da Estética, da Epistemologia, da Lógica e da Metafísica), pode ser entendida como o estudo dos princípios, do comportamento Moral e da natureza do bem. Sendo, por isto, também denominada de Filosofia Moral. (ROHMANN, 2003, p.146).

Segundo o autor, pode-se dividir a Ética em Ética Normativa, que propõe os princípios da conduta correta, e Metaética, que investiga o uso e a fundamentação dos conceitos de certo e errado, bem e mal. A raiz da Metaética se encontra no pensamento de Sócrates e Platão, que investigaram a natureza da bondade como distinta de qualquer bem. (ROHMANN, 2003, p.146).

Na tradição grega, as questões centrais da Ética giravam em torno do problema geral do que constitui uma vida bem-vivida, ao que se denominava Virtude, não em questões específicas relacionadas ao certo e ao errado. (ROHMANN, 2003, p.146).

Para Rohman, embora o conceito de Ética normalmente remeta à Ética normativa, a maioria das teorias Éticas dos dois últimos séculos versaram sobre metaética, em outros termos, "pouco tiveram a dizer sobre como se deve agir, mas, ao contrário, questionaram o papel da Ética na vida, os fundamentos lógicos de determinados sistemas éticos e sua validade". (ROHMANN, 2003, p.146).

Na maioria dos sistemas, a conduta Ética é interpretada em termos de realização pessoal (procura do bem) ou da obrigação para com os outros ou para com os princípios aceitos (preocupação com a justiça), ou ambas. A realização pessoal pode ter diversas origens, o bem em si, a felicidade e o prazer (a exemplo do Epicurismo) ou a luta por um ideal. (ROHMANN, 2003, p.146).

Os Estóicos foram os primeiros a analisar decisões Éticas em termos de adequação à harmonia universal e à vontade divina - método também fundamental no sistema de valores Judaico-Cristão[3]. Comumente, a obrigação Ética não se refere somente a respeitar o próximo e as normas estabelecidas, mas estabelece responsabilidade perante Deus, cujos mandamentos constituem a autoridade suprema para a maioria dos sistemas morais de todo o mundo. (ROHMANN, 2003, p.146).

Immanuel Kant ampliou a metaética com a tese do imperativo categórico, princípio ético absoluto e universal, novo alicerce para a legitimidade da Moralidade, que prescreve: "Aja como se o princípio da sua ação devesse tornar-se, por sua vontade, uma lei universal da natureza". Já Habermas, dentre outros, substituiu a garantia da validade Ética enquanto Deus, ou outro bem supremo abstrato, pela interação social. Para ele, o discurso livre e racional pode oferecer orientação Moral à sociedade. (ROHMANN, 2003, p.146, 147, 344).

Como dito anteriormente, a Ética está relacionada com a Virtude, do grego antigo, *arete* ou "excelência". Entre os gregos e romanos, bem como entre os cristãos, a Virtude era considerada a parte do caráter que permitia que a pessoa vivesse uma vida boa. Distintamente da tendência atual de concentrarem-se as preocupações Éticas na questão de determinado ato ser justo ou não, para os antigos, as questões fundamentais da Ética envolviam o sentido completo de como se devia viver[4]. (ROHMANN, 2003, p.423).

Para Sócrates, *arete* significava, acima de tudo, o devido conhecimento das circunstâncias da própria pessoa. Quem sabia a atitude a ser tomada em determinada situação seria incapaz de fazer o contrário. Platão identificou as quatro virtudes (mais tarde chamadas de 'virtudes cardeais') como sendo a sabedoria, a coragem, a temperança e a justiça. (ROHMANN, 2003, p.423).

Aristóteles distinguiu entre as 'virtudes intelectuais' (dianoéticas) de Sócrates/Platão e as 'virtudes morais', ou, como explicava ele, entre conhecimento abstrato *(sophia)*, que contempla os princípios universais, e a sabedoria prática *(phronesis)*, que orienta a boa conduta. O segredo de alcançar as virtudes morais era observar o meio-termo entre os extremos. (ROHMANN, 2003, p.423). O conceito aristotélico de *phronesis* será retomado por Gadamer ao tratar do Direito, como se verá adiante.

No século I d.C., São Paulo promulgou as 'virtudes teológicas' - a fé, a esperança e a caridade (amor). Esse acréscimo à lista das virtudes platônicas deslocou o foco da vida terrena para o além. Os pensadores cristãos medievais como Tomás de Aquino, se referiam às 'sete virtudes cardeais e teológicas', todas fundamentadas na graça de Deus. (ROHMANN, 2003, p.423).

Quanto à origem da Virtude, há três posições. A primeira, de que é aspecto inato. A segunda, pela qual, a Virtude se aprende por hábito e a educação. A terceira, pela qual se constitui como dádiva divina. Entre os defensores do aspecto inato figuram Kant que dizia sermos dotados de uma 'razão prática' que nos permite conduzir nossa vida de maneira virtuosa e, no século XX, G. E. Moore, cujo 'intuicionismo ético' presumia uma apreensão intuitiva do bem. (ROHMANN, 2003, p.423).

A perspectiva de hábito e aprendizado foi adotada por utilitaristas como Herbert Spencer, que afirmava que a evolução social implica a adoção de códigos morais

benéficos, e por materialistas como Hobbes e Marx, que entendiam os sistemas como criações humanas. (ROHMANN, 2003, p.423). Esta perspectiva é também bastante difundida.

Gadamer evidencia que Aristóteles fundou a Ética como disciplina autônoma à metafísica ao contrapor a idéia platônica do bem à sua construção do 'humanamente bom'. Fixou o bom como aquilo que é bom para o ser humano. Assim, o bom para o homem só aparece na concreção da situação prática em que o homem se encontra. (GADAMER, 2005, p. 465-466).

Portanto, o saber ético requer a busca de conselho consigo próprio, logo, nunca poderá ter o caráter prévio, próprio dos saberes técnicos, ensináveis. "Não existe uma determinação prévia daquilo em que a vida em seu todo está orientada." (GADAMER, 2005, p. 477). E ainda: "Aquele que deve tomar decisões morais é alguém que já sempre aprendeu algo. Por educação e procedência está determinado, de modo que em geral sabe o que é correto. A tarefa da decisão Ética é encontrar o que é adequado na situação concreta". (GADAMER, 2005, p. 471).

Por isto, diz Gadamer, não há um uso dogmático da Ética. A doutrina das virtudes de Aristóteles apresenta formas típicas de justo, que funcionam como diretrizes, mas o saber ético responde aos estímulos da situação de cada momento. (GADAMER, 2005, p. 471).

2 A DIMENSÃO ÉTICO-MORAL DO DIREITO

Tércio Sampaio Ferraz Junior pontua que, na antiguidade, o saber sobre o Direito se referia à técnica e à arte *(tecchne* e *ars*). Os romanos falavam em *ars boni et aequi*. A noção de *ars*, do Direito *jus*, como arte do bom e do eqüitativo tinha fundamento na filosofia grega, pela qual, enquanto *ars*, o *jus* estava relacionado com *virtus*, o domínio da ação. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 343).

Deste modo, o Direito visava à perfeição e embasava-se em conhecimento e saber verdadeiro. Assim, nasceu a idéia de saber jurídico como *ars* e como *prudentia*. Para os antigos, a sabedoria jurídica, a jurisprudência, não estava apartada do verdadeiro, visto que era produção do verdadeiro no belo, no útil, no justo. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 343-344). Portanto, o Direito, enquanto *jus e ars*, está imbricado no domínio da Ética e da Virtude.

O saber ético é saber que o homem tem de si mesmo, que Aristóteles chama de 'saber-se' ou 'saber para si'. Destaca-se do mundo teórico, e, distintamente da *techne*, não pode ser aprendido nem esquecido. Quando o homem se depara com o saber ético, não pode dele se apropriar ou não. Este confronto se dá em situações em que o homem tem de atuar. Não obstante o homem não possua o saber ético previamente acabado, que se perfaz somente na aplicação concreta, surge a tarefa de aplicação do saber ético.[5] (GADAMER, 2005, p. 471).

Aristóteles distingue entre o saber ético da *prhonesis* e o saber teórico da *episteme.* Para Gadamer, nesta linha, as ciências do espírito fazem parte do saber ético, são ciências morais que têm por objeto o homem e o que este sabe de si mesmo. "Este, porém, se sabe a si mesmo como ser que atua, e o saber que, deste modo, tem de si mesmo não pretende comprovar o que é". (GADAMER, 2005, p. 468). Nestes termos, o Direito é ciência Moral, saber ético, ciência do espírito, que tem por objeto o homem e o quer este sabe de si, em seu dever de atuar, na tarefa de aplicação, da escolha, da decisão.

Enquanto *ars, o* Direito é saber prático, da *phroenesis*, e tal qual, o seu momento de aplicação é momento de confronto do homem com questões morais e éticas que exigem a sua atuação. Gadamer demonstra que na aplicação do Direito, o homem, embora possua o arcabouço da *techne,* da dogmática jurídica, não possui o saber ético previamente acabado, já que este se perfaz somente na aplicação concreta. (GADAMER, 2005, p. 471).

Aristóteles, segundo Gadamer, adverte que junto à *phroenesis*, a virtude da ponderação reflexiva, na qual o saber-se da reflexão Ética possui uma relação muito característica, aparece o entendimento *(Verstandnid)* uma modificação da virtude do saber ético responsável pela *Synesis*, que significa a capacidade de julgamento ético. Significa a compreensão de alguém, que, julgando, desloca-se para a plena concreção da situação em que o outro tem de atuar. Só se alcança a compreensão adequada daquele que atua, na medida em que se deseje o justo e se encontre em relação de comunidade com o outro, diz Gadamer. (GADAMER, 2005, p. 479-480).

Deste modo, na medida em que se possuam os conceitos aristotélicos de penetração de espírito (tem penetração de espírito aquele que está disposto a reconhecer o Direito da situação concreta do outro e por isso se inclina em geral para o perdão e a compaixão) e tolerância alcança-se a mínima aptidão para a arte de julgar. (GADAMER, 2005, p. 479-480).

Diversamente, nos diz Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a *techne* da dogmática jurídica hodierna deixa de nascer do conhecimento verdadeiro. O crescimento distorcido da técnica, apartada da virtude enquanto realização da verdade na ação, é que traz para o saber jurídico atual um sério e peculiar problema de fundamentação. Conceber o Direito de forma instrumental, como um meio para a realização de um fim (a decisão de conflitos) faz com que o Direito careça de uma finalidade. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 344).

Por este motivo, procura-se um fundamento resistente a mudanças, que assegure ao Direito um sentido persistente. Desde a antiguidade se buscou essa estrutura estável na idéia de Justiça. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 347) "No entanto, a justiça é ao mesmo tempo o princípio racional do sentido do jogo jurídico e seu problema significativo permanente". "A justiça é o princípio e o problema Moral do Direito". (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 351).

O Direito, como ato de poder não tem seu sentido no próprio poder. Só assim se explica a revolta, a inconformidade humana diante do arbítrio. E aí repousa, ao mesmo tempo, a força e a fragilidade da Moralidade em face do Direito. É possível implantar um Direito

à margem ou até contra a exigência Moral da justiça. Aí está a fragilidade. Todavia, é impossível evitar-lhe a manifesta percepção da injustiça e a conseqüente perda de sentido. Aí está a força. (...) A exigência Moral da justiça é uma espécie de condição para que o Direito tenha um sentido. (...) O Direito, em suma, privado de Moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 354)

Sobre a relação entre Direito e Moral[6], asseverou Miguel Reale em Lições Preliminares de Direito:

Encontramo-nos, agora, diante de um dos problemas mais difíceis e também dos mais belos da Filosofia Jurídica, o da diferença entre a Moral e o Direito (...) Nesta matéria devemos lembrar-nos de que a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las (...) Muitas são as teorias sobre as relações entre o Direito e a Moral, mas é possível limitar-nos a alguns pontos de referência essenciais, inclusive pelo papel que desempenharam no processo histórico. (REALE. 1977, p. 41):

3 BREVE SÍNTESE DA COLOCAÇÃO DA ÉTICA E DA MORAL NO DIREITO

3.1 Do Jusnaturalismo ao Positivismo Jurídico

A idéia básica do Jusnaturalismo, não obstante suas várias vertentes, consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do Direito positivo. Esse Direito Natural tem validade em si, legitimado por uma Ética superior, estabelecida pela vontade de Deus ou ditada pela razão, estabelece limites à própria norma estatal (BARROSO, 2002, p. 20). O Direito Natural remonta à antiguidade clássica, como se extrai de Antígona, tragédia de Sófocles:

ANTÍGONA - Sim, pois não foi decisão de Zeus; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a ninguém o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém pode dizer desde quando vigoram! Decretos como o que proclamaste, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecer a punição dos deuses! Que vou morrer, bem o sei; é inevitável; e morreria mesmo sem o teu decreto. E para dizer a verdade, se morrer antes do meu tempo, será para mim uma grande vantagem! Quem vive como eu, envolta em tanto luto

e desgraça, que perde com a morte? Por isso, a sorte que me reservas é um mal de bem pouca monta; muito mais grave seria aceitar que o filho de minha mãe jazesse insepulto; tudo o mais me é indiferente! Se julgas que cometi um ato de demência, talvez mais louco seja quem me acusa de loucura! (SÓFOCLES, 2004, p. 96)

O Direito Natural é Direito ideal, inato, universal e imutável. Fundamenta-se na natureza, na ordem natural, na natureza humana comum a todas as pessoas, ou em outro princípio que o impregna, tal como Deus. Opõe-se se ao Positivismo Jurídico, e, segundo ele, qualquer lei positiva que contradiga o Direito Natural é inválida. (ROHMANN, 2003, p.114).

A concepção de Direito Natural teve matizes ao longo da história. Tem sua origem na versão estóica do *Logos* da Razão Universal que dá forma, guia e ordena o mundo. Os romanos distinguiam entre *jus naturale* (Direito Natural) e *jus gentium* (Direito das Nações). O Cristianismo, em seus primórdios, interpretava o Direito Natural como expressão da vontade de Deus. Na Idade Média, desenvolveu-se, sobretudo, pelos escritos de São Tomás e Santo Agostinho, o primeiro o definia como parte da lei eterna que está acessível à razão humana e se constitui, portanto, em alicerce adequado para o Direito Positivo. Também o Iluminismo consagrou o Direito Natural e colocou a Razão humana como o seu fundamento. Para Locke, o Direito Natural dá origem aos diretos naturais do homem. Concepção que se manifestou nas Declarações de Direitos e de Independência daquele período (ROHMANN, 2003, p.114).

Entretanto, completadas as revoluções burguesas, o Direito Natural viu-se "domesticado e ensinado dogmaticamente". O êxito do movimento de codificação, que simbolizou o apogeu do Direito Natural representou também a sua superação histórica. (BARROSO, 2002, p. 23)

Considerado metafísico e anti-científico, o Direito Natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX (...) A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apertou o Direito da Moral e dos valores transcendentes. (...) O Positivismo comportou algumas variações e teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen. (BARROSO, 2002, p. 25)

O Positivismo filosófico, em voga, enunciou o princípio da verificação, pelo qual uma verdade só pode ser considerada como tal se for verificável. Por esse princípio, só é científico o que puder ser verificado, e só há duas possibilidades dessa verificação: pela comprovação empírica - o que pressupõe a identificação do objeto como algo real - ou pela demonstração analítica, em relação aos objetos ideais. (COELHO, 2003, p. 57)

(...) Direito seria, por conseguinte, o conjunto dos fenômenos observáveis que se constituem em ordenação da vida social e que se distinguem das ordenações de natureza diversa, em virtude de suas características especiais. A conseqüência mais expressiva dessa vinculação do *jus* ao fato empírico, definido por sua forma jurídica, foi o aprofundamento da controvérsia entre jusnaturalistas e positivistas, que assumiu a forma de uma oposição entre um direito considerado cientificamente e outro considerado metafisicamente (...) A origem do Direito e as suas causas, embora constituam um capítulo do seu estudo como fenômeno social, são irrelevantes para a questão da positividade. Direito positivo é simplesmente o observável (...). (COELHO, 2003, p. 211-212)

Deste modo, cristalizou-se a noção comum do Direito identificado no chamado Direito Positivo, aquele emanado do Estado. Repeliu-se qualquer idéia de uma ordem normativa de caráter metafísico e exclui-se como não-jurídicas as regras sociais de conduta que não se revistam dos caracteres formais do Direito oficialmente considerado. (COELHO, 2003, p. 196)

As teses fundamentais do Positivismo filosófico, em síntese simplificadora, podem ser assim expressas: a ciência é o único conhecimento verdadeiro, o conhecimento científico é objetivo, o método científico empregado nas ciências naturais deve ser estendido às ciências sociais. (BARROSO, 2002, p. 24).

As teses básicas do Positivismo Jurídico, repercussão do Positivismo Filosófico, são a aproximação quase plena entre Direito e norma; a afirmação da estabilidade do Direito; a completude do ordenamento jurídico; o formalismo, sobretudo quanto aos critérios de validade; a separação entre Direito e Moral; a pureza científica; a racionalidade da lei e a neutralidade do intérprete. (BARROSO, 2002 pp. 14, 25, 26)

(...) em busca da cientificidade anunciada. O Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência. (...) A troca do ideal racionalista da justiça pela ambição positivista da certeza jurídica custou caro à humanidade. (...) O Positivismo pretendeu ser uma *teoria* do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízo de fato. Mas resultou sendo uma *ideologia* (...). (BARROSO, 2002, p. 26)

O Direito pré-moderno, de formação não legislativa, mas, jurisprudencial e doutrinária, era caracterizado por não possuir um sistema unitário de fontes positivas. A validez não dependia da forma de positivação, mas da intrínseca racionalidade ou justiça de seus conteúdos. O Estado legislativo de Direito é responsável por fundar o sistema jurídico no princípio da legalidade como garantia de certeza e liberdade em face da arbitrariedade Estatal. Assim, o princípio da legalidade se torna critério exclusivo de identificação do direito válido, com independência da valoração do justo. Tal princípio

serviria para dar fundamento a todo o sistema de garantias. (FERRAJOLI in CARBONELL, 2003, p.15)

Atualmente, os modelos de Estado legislativo e de Estado Constitucional de Direito estão em crise, o que representa uma regressão a um Direito jurisprudencial pré-moderno. Esta crise deve-se, sobretudo, a dois fatores, quais sejam, a perda da capacidade reguladora da lei com o retorno ao papel criativo da jurisdição e a perda de unidade e coerência das fontes normativas. (FERRAJOLI in CARBONELL, 2003, p.20)

3.2 O pós-Positivismo: a reaproximação entre Direito e Moral no plano dos Princípios

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, sucumbe a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal. A superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-Positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica e da Teoria dos Direitos Fundamentais. (BARROSO, 2002, p. 27)

Por isso, a Lei Fundamental alemã pós-guerra está repleta de postulados axiológicos, rechaçando, assim, o Positivismo extremado, o formalismo e o relativismo dominantes na Teoria do Estado da República de Weimar; nesse contexto, falou-se do "eterno retorno" *(ewige Wie-derkehr)* do Jusnaturalismo. A experiência desse relativismo total do conteúdo das leis positivas levou o famoso jurista e filósofo alemão Gustav Radbruch, inicialmente positivista ferrenho, a mudar completamente a sua posição depois da guerra e defender a existência de "injustiça legal e Direito supralegal" e de "leis que não são Direito". (KRELL, 2002, p. 81)

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no Positivismo. Por outro lodo, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao Jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. O Neoconstitucionalismo promove a volta aos valores, a reaproximação entre Ética e Direito, entretanto, a Ética e a Moral materializam-se em princípios que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. (BARROSO, 2002, p. 28)

A insuficiência do Positivismo no que diz respeito à existência de questões morais na decisão judicial foi também evidenciada por Perelman. Antonio Maia expõe o pensamento daquele com propriedade, para o qual, na prática da decisão judicial, ao contrário do que propugnavam as teses positivistas, são introduzidas noções

pertencentes à Moral. Noções estas que se foram fundamentadas, no passado, no Direito Natural, são hoje consideradas como conformes aos Princípios Gerais do Direito:

(...) O próprio fato de esses princípios serem reconhecidos, explícita ou implicitamente, pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigatórios pelo poder legislativo, prova a natureza insuficiente da construção kelseniana que faz a validade de toda regra de Direito depender de sua integração num sistema hierarquizado e dinâmico, cujos elementos tiraram, todos, sua validade de uma norma suprema pressuposta. (...)(MAIA, 2001, p. 9)

Para Perelman, o Direito se aparta do Positivismo e de sua pretensão à neutralidade axiológica porque o raciocínio lógico e demonstrativo do Positivismo não concorda com os juízos de valor do Direito. Maia traz elucidativa passagem do pensamento de Michel Meyer, continuador de Perelman na escola de Bruxelas:

Mas o que diz na verdade o Positivismo lógico? Em geral, duas coisas. Por um lado, o modelo da atividade lingüística e o raciocínio são fornecidos pela ciência físico-matemática. O rigor, o caráter unívoco, a necessidade do raciocínio demonstrativo são as características essenciais a úteis, em que as outras ciências, e a Filosofia em particular, deveriam inspirar-se. (...) Por outro lado, (...) os juízos de valor não decorrentes da lógica - dos juízos de verdade - mergulham, de forma inevitável, tanto o homem de ação quanto o filósofo preocupado com a justiça, no irracional. O Direito e a Justiça estariam condenados a se separar da razão porque os valores não se decidem nem de forma lógica, nem tampouco de forma experimental. São estes dois axiomas do Positivismo que Perelman tornou inexistentes, em proveito de uma concepção da razão preocupada em estabelecer o plano discursivo não-matemático no âmbito de seus Direitos e a razão pratica na sua coerência. (MICHEL MEYER *apud* MAIA, p. 5)

Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou do Jusnaturalismo, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito. Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de respeito ao próximo. Da filosofia grega origina-se o principio da não-contradição. No Direito Romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básico do Direito: 'Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu'. O que há de singular na dogmática jurídica atual é o reconhecimento da normatividade dos princípios. Esta é uma das marcas do Neoconstitucionalismo e da Nova Hermenêutica. (BARROSO, 2002, p. 29)

3.2.1 O Neoconstitucionalismo: supremacia axiológica da Constituição

Como esclarece Miguel Carbonell, o que venha a se entender por Neoconstitucionalismo, sua aplicação prática e dimensão teórica, é ainda algo que se está por ver. Não se trata de um modelo já posto, consolidado, passível de ser estabelecido a curto prazo, pois contém em seu interior uma série de aspectos que dificilmente conviverão sem problemas. (CARBONELL, 2003, p.11).

Para Paolo Comanducci, o Neoconstitucionalismo se desdobra em teórico, ideológico e metodológico. O Neoconstitucionalismo teórico propõe-se a descobrir as realizações da Constitucionalização, a modificação dos sistemas jurídicos. Trata do modelo emergente de uma Constituição "invasora", dada a presença de um catálogo de Direitos Fundamentais e a onipresença da Constituição, dos princípios e das regras.

O Neoconstitucionalismo ideológico ressalta a mudança ocorrida do Constitucionalismo para o Neoconstitucionalismo. Haveria, neste aspecto, uma mudança de foco da limitação do poder estatal para a garantia dos Direitos Fundamentais. O poder Estatal, neste novo contexto, não seria mais visto como fonte de temor, mediante o apoio de um modelo Estatal Constitucional e Democrático de Direito.

O Neoconstitucionalismo metodológico, por sua vez, seria responsável por considerar os princípios Constitucionais uma ponte entre o Direito e a Moral. (COMADUCCI in CARBONELL, 2003, p.82-87).

Guastini fixou sete condições para a verificação do Neoconstitucionalismo. A primeira condição seria a existência de uma Constituição rígida. A segunda seria a garantia jurisdicional da Constituição, a existência de mecanismos de controle da conformidade das leis com a Constituição. A terceira seria a força vinculante da Constituição. A quarta corresponde à postura do intérprete em face da Lei Maior, predisposto a conferir interpretação extensiva àquela, a partir da qual seria possível extrair diversas normas implícitas, não expressas, idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política.

A quinta condição determina a aplicação direta das normas Constitucionais. Trata-se de uma superação da concepção clássica segundo a qual a função da Constituição seria meramente a de limitar o poder político, sem regular as relações entre particulares. Com o modelo neoconstitucionalista, a Constituição indubitavelmente assume a função de regular todas as relações sociais.

A sexta condição seria a interpretação conforme das leis. Técnica interpretativa pela qual as leis devem ter a interpretação conformada pela Constituição. Destaca que de cada texto normativo é possível extrair diversos significados, neste sentido, a eleição da possibilidade interpretativa que será efetivamente adotada deve ser pautada nas diretrizes Constitucionais.

A última condição imposta por Guastini para a verificação do Neoconstitucionalismo é a da influência da Constituição sobre as relações políticas. Neste sentido, destaca a possibilidade, em alguns ordenamentos, de se resolver conflitos puramente políticos por intermédio de um órgão jurisdicional, fazendo-se uso das normas Constitucionais. (GUASTINI in CARBONELL, 2003, p.50-58)

Luis Prieto Sanchís assevera que, em verdade, o Neoconstitucionalismo é uma ideologia que apresenta diferentes níveis e projeções. Sanchis aponta três níveis de projeção do Neoconstitucionalismo. O primeiro nível corresponde à filosofia política que considera o Estado Constitucional de Direito a melhor ou mais justa forma de organização política. O segundo nível pretende oferecer conseqüências metodológicas, que acarretam na vinculação entre Direito e Moral e a imposição de obediência ao Direito. Uma terceira dimensão, por sua vez, representa uma nova visão da atitude interpretativa e das tarefas da ciência e da teoria do Direito, propondo a adoção de um comprometimento por parte do jurista.

O Neoconstitucionalismo seria caracterizado por reunir um forte conteúdo normativo e um sistema de garantia jurisdicional. "Trata-se de uma Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, cujo protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, mas aos juízes". (SACHIS in CARBONELL, 2003, p.65).

Afonso Garcia Figueroa destaca que o Direito apresenta virtudes morais e a Moral apresenta virtudes jurídicas a ponto de a Moral ter se transformado em uma forma diferente de Direito e o Direito, em uma forma diferente de Moral. Assim, atenta para o papel da Constitucionalização que os sistemas jurídicos têm desempenhado na fundamentação de uma vinculação do Direito com a sua dimensão ideal. (FIGUEROA in CARBONELL, 2003, p.78).

Embora alguns doutrinadores, a exemplo de Suzanna Pozzolo, compreendam que persiste a separação conceitual entre Direito e Moral em favor da autonomia do juspositivismo metodológico, admitem, como no caso específico desta autora, que com a perspectiva neoconstitucionalista, o Direito não poderia mais ser caracterizado tão somente pelo seu caráter coercitivo, uma vez que tal Direito assume caráter valorativo, em que a força seria tão somente um elemento acessório. Reconhece que o Neoconstitucionalismo entende o conteúdo de justiça como interno ao Direito, ou seja, positivado. (POZOLLO, in CARBONELL, 2003, p. 90).

Tradicionalmente, a justiça e os Direitos Fundamentais eram proclamações meramente políticas, sem incidência prática, até se converterem em objetivos a serem efetivamente perseguidos pelo Estado. Esta mudança do Estado de Direito teria determinado um estreitamento do vínculo entre Direito e Moral, uma vez que, no Estado Constitucional, a Constituição é a norma hierarquicamente mais elevada, não só formalmente como também substancialmente. (FIGUEROA in CARBONELL, 2003, p.79).

4 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS: FUSÃO DOS PLANOS DEONTOLÓGICO E AXIOLÓGICO

A Constitucionalização dos Princípios e o reconhecimento de sua normatividade abriram espaço ao intenso desenvolvimento da Nova Teoria dos Princípios, que versa, em estreita síntese, sobre propostas teóricas de racionalização da maneira como estes se concretizam no Direito, diante de sua normatividade e forte caráter aberto de seu

conteúdo axiológico. São expoentes da Teoria dos Princípios Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujas doutrinas, com suas notas específicas, além de comprovarem a dimensão Ético Moral do Direito (já apreendida pela *phroenesis* aristotélica) lhe conferem normatividade.

A normatividade dos princípios e a sua abertura diante da Moral reclamam uma Nova Hermenêutica que ultrapasse os postulados lógicos da desgastada subsunção positivista para a aplicação do Direito. Surgem inúmeras propostas Hermenêuticas que buscam conferir o mínimo de racionalidade e fundamentabilidade à interpretação Jurídica.

Nesse ínterim, João Maurício Adeodato reconhece que "A questão de relacionar a "decisão do caso concreto" com a "norma genérica previamente fixada" é sem dúvida das mais importantes para a teoria do Direito moderno" (ADEODATO, 2003, p. 223). Refere-se ao assunto da seguinte forma:

(...) A visão casuística é menos confiante nas generalizações e parte do princípio de que a norma geral por si só não garante a racionalidade, a justiça ou qualquer outra forma de legitimação da decisão: para os mais céticos decisionistas, a norma geral sequer fixa os limites da interpretação, servindo quando muito para justificar a *posteriori* uma decisão já tomada com base em normas ocultas pelos próprios procedimentos decisórios. Ainda que o intérprete ingenuamente acredite estar partindo da norma geral, seus parâmetros são outros, como será examinado no próprio capítulo. Neste contexto aqui muito simplesmente resumido, diversos autores procuram um terceiro caminho, não tão simplista quanto à postura da *École de l'Exégèse*, mas também sem tornar a interpretação incontrolável, ao bel-prazer do operador jurídico. Na Alemanha, juristas como Theodor Viehweg, Robert Alexy, Peter Häberle, Konrad Hesse e Winfried Hassemer, entre muitos outros, sugerem alternativas. Também é esta a intenção de Friedrich Müller. (ADEODATO, 2003, p. 227)

Segundo Antonio Maia, as novas correntes teóricas possuem duas preocupações básicas: a proposta de uma nova grade de inteligibilidade à compreensão das relações entre Direito, Moral e Política, e uma crítica às concepções positivistas no campo do Direito. Por conta disso, desenvolvem a importância dos Princípios Gerais de Direito; a reflexão aprofundada sobre o papel desempenhado pela Hermenêutica Jurídica; e a relevância crucial da dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas. (MAIA, 2001, pp. 2 e 3).

Luis Afonso Heck, analisando o pensamento de Alexy, elabora assertiva válida para a Teoria dos Princípios como um todo, no que toca à caracterização deontológica-axiológica dos princípios jurídicos. Diz ele que a resolução de uma colisão de princípios refere-se ao que definitivamente é devido, enquanto a resolução de uma colisão de valores refere-se ao que é definitivamente melhor. Ao problema da relação de primazia entre princípios corresponde o problema de uma ordem hierárquica dos valores. (HECK, 2003, p. 70).

Heck afirma que colisões de princípios e de valores podem ser consideradas como o mesmo fenômeno, ora em traje deontológico e ora em traje axiológico. Sob o prisma jurídico, a formulação deontológica é intrínseca ao Direito - a sentença do dever-ser é uma sentença sobre o que é devido, e não necessariamente uma sentença sobre o que é bom. Entretanto, ao se acrescentar os princípios às regras - estruturas tipicamente de caráter deontológico - acrescentou-se um plano que, atrás de sua forma deontológica, tem um caráter axiológico. (HECK, 2003, p. 70,71).

O sistema jurídico compreende, com isso, elementos tanto deontológicos como axiológicos. "O devido é absoluto e universal por meio disto, que ele pretende, de certo modo, ser bom pra todos". (HECK, 2003, p. 71) No mesmo sentido, Andreas Krell, observa que:

A principal diferença entre as duas categorias é que *valores* possuem caráter axiológico (juízos de valor), enquanto *princípios* situam-se no nível deontológico (do *dever-ser).* Por isso, não é necessário invocar Direito *suprapositivo,* pois a "carga Ética" já está nos princípios Constitucionais que "excedem o conceito positivista do Direito na medida em que elevam obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal Moral". (KRELL, 2002, p. 82).

No entanto, persiste a preocupação com o subjetivismo ou decisionismo, a que Adeodato fez referência. De outro modo, esta preocupação também é externada por Andreas Krell:

É de ressaltar também que o postulado de uma interpretação material valorativa do Direito não significa um retorno do mundo jurídico aos conceitos vagos do Jusnaturalismo ou à afirmação de um número indefinido de valores abstratos *acima* da ordem jurídica, o que certamente levaria ao subjetivismo e a uma imprevisibilidade dos resultados. (...) A referida interpretação *valorativa* funciona através da "flexibilização da literalidade normativa para uma 're-criação' que conduza a lograr a justiça em concreto, ou o objetivamente justo do caso". Essa "valoração", contudo, não deve ser *subjetiva* no sentido de se basear, sobretudo na subjetividade do operador, mas *objetiva* enquanto confira prevalência aos valores que o sistema jurídico integra. (KRELL, 2002, p. 82-83)

A Teoria dos Princípios manterá esta preocupação em suas propostas. Dworkin inspira-se no construtivismo rawlsiano e acolhe elementos da renovação da Hermenêutica filosófica operada a partir do trabalho de Gadamer; Alexy alicerça-se na defesa da possibilidade da racionalidade do discurso prático, empreendida por Junger Habermas. (MAIA, 2001, p. 8).

4.1 Dworkin: o conteúdo Moral do Direito

Estribado em uma Teoria Hermenêutica do Direito, aberta à sua dimensão histórica, Dworkin sublinha a importância do papel dos princípios - como elemento possibilitador da articulação entre Direito e Moral. Em Dworkin, Direito e Moral não mais são entendidos em termos de separação estrita (como queria o Positivismo), na medida em que o autor reconhece a condição jurídica a certos princípios morais. (MAIA, 2001, pp. 1,2).

Dworkin realiza uma crítica contundente ao Positivismo analítico de Herbert Hart, a partir, fundamentalmente, dos chamados *hard cases*. Para ele, o normativismo positivista de Hart peca ao considerar o Direito como um sistema composto apenas por regras, de modo que, sendo o sistema estático lacunoso, a lacuna será resolvida, pelo normativismo, através da atribuição de poder discricionário para o magistrado definir volitivamente a solução do caso concreto. Dworkin não acata esta possibilidade de discricionariedade volitiva do Juiz. Diz ele que o juiz, neste caso, estaria se apropriando de uma função que é do legislador, criando-se um sério problema de legitimação. (MAIA, 2001, p. 16).

Assim, Dworkin rejeita o Positivismo tradicional no que se refere à possibilidade de aplicação do Direito em termos silogísticos, mas comunga das mesmas preocupações políticas presentes no paradigma liberal positivista, no tocante à separação dos poderes e à segurança jurídica. O pensamento de Dworkin se organiza justamente no sentido de reduzir e, no limite, eliminar a discricionariedade judicial. O caminho escolhido pelo autor é o de propugnar pela utilização dos princípios como critérios definidores das decisões judiciais, sobretudo nos casos difíceis. (MAIA, 2001, p. 16).

A doutrina de Dworkin se insere no âmbito do liberalismo ético, valoriza o pluralismo e busca mostrar a necessidade de se respeitarem igualmente todas as concepções acerca do bem, sem sacrificar as expectativas minoritárias em nome das do maior número. Segundo ele, não é possível que o governo realize políticas que correspondem aos objetivos e às concepções de todos os indivíduos, e, se o governo sacrifica a minoria em favor da maioria, não está tratando a todos como dignos de igual respeito e consideração. (MAIA, 2001, p. 19). Percebe-se que Dworkin toma o cidadão sob a tutela do Direito como um sujeito que deve ter sua integridade Moral preservada, possuidor de direitos de natureza Moral.

Nesta linha, discorda da tese utilitarista, segundo a qual o governo deve buscar as maiores utilidades para o maior número, mesmo que isso eventualmente implique desconsiderar direitos individuais em favor de diretrizes políticas relevantes para a comunidade. Dworkin é crítico do Positivismo no âmbito da metodologia e do utilitarismo no campo da teoria política. Se o Estado invadir um Direito Moral está tratando a "*un hombre como algo menos que un hombre, o como menos digno de consideración que otros hombres*". (MAIA, 2001, p. 18).

Antonio Maia ressalta que um dos objetivos fundamentais de Dworkin é atribuir valor jurídico aos princípios morais e que por isso sua posição de Dworkin é, por vezes, caracterizada como um retorno ao Jusnaturalismo, principalmente quando se observa as

contundentes críticas do autor ao Positivismo e a ênfase que o autor dá à centralidade dos Direitos Fundamentais e princípios suprapositivos. (MAIA, 2001, p. 22).

No entanto, Maia ressalva que esta convicção pode ser afastada quando se observa que Dworkin, na justificação dos princípios e Direitos Fundamentais, não lança mão de construções metafísicas fundamentadas na crença na existência de uma Moral objetiva. Sua justificativa será a noção de igual proteção e de Direito como integridade. (MAIA, 2001, p. 22,23).

Para Dworkin, a noção de igual proteção será um dos critérios fundamentais para a avaliação da justiça das leis positivas e da correção das decisões judiciais. O autor caracteriza, inclusive, o seu método com a expressão Direito como integridade, que se caracteriza pelo esforço de interpretar o sistema de princípios como um todo coerente, que protege a todos com igual consideração. Segundo o autor, "temos dois princípios da integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto das leis Moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido". (MAIA, 2001, p. 25).

(...) Tal pretensão de coerência não se confunde com o dogma, presente no conceito positivista de sistema jurídico, de que o ordenamento jurídico de regras não contém contradições. (...) A incoerência eventual não passa de mero defeito que deve ser coibido no curso do processo de reconstrução racional. A noção de coerência é, assim, uma idéia regulativa. (MAIA, 2001, p. 25).

O autor identifica princípios morais, em grande parte, com os princípios Constitucionais. No entanto, Maia salienta que "nada mais distante do pensamento de Dworkin que considerar que somente os princípios expressamente previstos em textos legais possam ser entendidos como princípios jurídicos". (MAIA, 2001, p. 25).

Quando se afirma que um cidadão possui certo Direito Moral, isso significa que está errado que o governo interfira, mesmo que isso decorra da vontade da maioria. Esse é o significado de levarem-se os 'Direitos a sério'. Nesse sentido, o autor compreende a supremacia da Constituição não apenas em sentido formal, mas também em sentido material. Enfatiza que mesmo as normas produzidas por legislativos eleitos - pela maioria, portanto - não são válidas se violam determinado Direito Moral. (MAIA, 2001, p. 27). Por afirmações como esta que Dworkin é apontado como Jusnaturalista, no entanto, sua noção de Moralidade não é estática ou absoluta.

Não se trata nem de considerar o ato jurisdicional como de pura cognição passiva, nem como de pura vontade ativa. A opção do autor é por um caminho intermediário. A função da interpretação judicial, para ele, é a de racionalizar o ordenamento jurídico dado a partir da Moralidade, que é dinâmica, e não estática (como se dá nas versões jusnaturalistas). Por isso, ele se torna capaz de justificar o ativismo judicial: cabe ao

magistrado se orientar pela Moralidade social cambiante, promovendo interminavelmente a reconstrução do ordenamento jurídico vigente com base nos conteúdos assumidos pelos princípios. (MAIA, 2001, p. 28)

5.3 A pretensão de correção de Alexy: elo entre o Direito e a Moral na Teoria da Argumentação

Também para Alexy, os princípios[7] jurídicos são, no mais das vezes, princípios morais. Robert Alexy destaca que do ponto de vista estrutural, em razão da necessidade de ponderação, os princípios podem ser comparados aos valores (MAIA, 2001, p. 29). Acerca da semelhança entre os princípios e os valores, Heck faz coro:

Princípios, como mandamentos de otimização, têm uma forte semelhança com aquilo que é designado como "valor", aqui tomada a acepção pela qual valores são critérios para valorações comparativas ou fundamentos para juízos de valor comparativos. (HECK, 2003, p. 67 e 93).

Alexy compartilha da preocupação fundamental de Dworkin de se pensar alternativas à discricionariedade judicial. Também ele enfatiza a importância da pretensão de correção no raciocínio judiciário. O autor esclarece que para Dworkin:

"la única resposta correcta o verdadeira sería así la que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos princípios y ponderaciones de princípios que mejor se correspondan con la constituición, las reglas de Derecho e los precedentes". (ALEXY *apud* MAIA, 2001, p. 29).

Alexy ressalta, no entanto, que não há, na obra de Dworkin, nenhum procedimento que mostre como se obterá a única resposta correta, atendo-se o autor a afirmar que isso não implica a inexistência de tal resposta. Esta poderia, para Dworkin, ser obtida pelo juiz Hércules, um juiz ideal munido de todas as informações e capacidades necessárias à sua árdua tarefa. (MAIA, 2001, p. 29).

Neste ponto, reside a crítica de Alexy à teoria de Dworkin. Para ele, em Dworkin, a atividade complexa de ponderação é resolvida através da noção monológica de um juiz ideal, o que demonstra que "*una teoría de los princípios por sí sola no está en condiciones de sostener la tesis de la única respuesta correcta"*. Alexy discorda da teoria forte do sistema de princípios que propõe a única resposta correta. Para ele, tal teoria forte dos princípios teria necessariamente que conter "*todos los princípios, todas*

las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello, determinara univocamente en cada uno de los casos". (MAIA, 2001, p. 30).

O próprio Dworkin quando afirma a necessidade de um juiz com poderes divinos para formular tal teoria, parece reconhecer a impossibilidade de realizá-la concretamente. A despeito de Dworkin não formular um teoria Moral de cunho jusnaturalista, formularia uma teoria Moral material, ainda que ancorada na reconstrução das instituições vigentes, elucida Maia. . (MAIA, 2001, p. 30)

O princípio da integridade possui em Dworkin uma natureza material e não procedimental. Alexy não crê na possibilidade de teorias morais materiais, mas tão-somente de teorias morais procedimentais. É justamente através do recurso ao procedimento que Alexy busca criar alternativa à discricionariedade judicial. (MAIA, 2001, p. 31).

Maia adverte, todavia, que isso não implica que Alexy abra mão de um sistema de princípios e que caia na total abertura propiciada pela Tópica[8]. Enfatiza que para que as teorias dos princípios sejam mais que meros catálogos de *topoi*, é necessária a existência de um sistema de condições de prioridades *prima facie*, e de um sistema de estruturas de ponderação. (MAIA, 2001, p. 31).

A Tópica também trabalha com ponderação. No entanto, para o tópico, o que importa é provocar a adesão do auditório, podendo o magistrado, para isso, lançar mão dos princípios, valores e diretrizes políticas que possuam maior potencial persuasivo. Não há, neste caso, necessariamente, a presença de elementos reguladores do processo argumentativo. Alexy propõe estes elementos. Impõe o estabelecimento de condições mínimas para que um princípio tenha precedência sobre outros, a formulação de certas regras de prioridade reguladoras do processo de ponderação. (MAIA, 2001, p. 31).

Alexy enfatiza que o peso relativo dos princípios, a despeito de sua definição cabal se dar somente no caso concreto, precisa ser minimamente pré-determinado. As prioridades *prima facie* indicam pelo menos um ponto de partida mais objetivo para a argumentação jurídica, que realizará a ponderação criando fortes exigências argumentativas para superá-las. "O que se trata é de pôr uma ordem mais apurada no sistema de princípios, que, de outro modo, não se distanciará muito de um catálogo de *topoi"*. (MAIA, 2001, p. 32)

Destarte, o sistema jurídico de Alexy pode ser definido como um sistema de regras, princípios e procedimentos. O procedimento regula a aplicação das regras e princípios, sua função é a de garantir a racionalidade das decisões. Maia afirma que a intenção de Alexy é formular uma versão procedimental da razão prática. (MAIA, 2001, p. 32)

Na obra de Alexy, o procedimento ganha a forma de uma teoria da argumentação jurídica. O autor pretende "*captar los déficits de la teoría de los princípios a través de una teoria de la argumentación jurídica"*. A proposta de Alexy é justamente a de completar a teoria de Dworkin formulando uma teoria procedimental para a obtenção da resposta correta, substitutiva da idéia de Hércules. No entanto, na obra de Alexy a noção de única resposta correta possui apenas uma função regulativa. (MAIA, 2001, p. 33)

A pretensão de correção, e não a correção absoluta, torna-se critério para a aferição da validade do argumento. Nessa linha, se o processo argumentativo se desenvolve de acordo com as regras da razão prática, que serão explicitadas adiante, pode-se obter, senão a correção absoluta propugnada por Dworkin, ao menos uma correção relativa, e não, simplesmente, a persuasão do auditório. (MAIA, 2001, p. 34)

A pretensão de correção se caracterizaria pelos argumentos que buscam convencer um auditório universal, diz Alexy, valendo-se da distinção estabelecida por Perelman entre auditório particular e auditório universal e entre persuadir e convencer. (MAIA, 2001, p. 34)

Comparado a Perelman, Alexy estreita os limites do admissível discursivamente, valorizando, com idéias regulativas, as noções de correto e verdadeiro, em detrimento de noções como as de plausível e razoável, embora admita que não seja possível formular um procedimento que garanta a correção absoluta. (MAIA, 2001, p. 34)

O núcleo da teoria da argumentação de Alexy é um sistema de regras procedimentais que garantem a racionalidade da argumentação e de seus resultados. A racionalidade proposta por Alexy, em grande parte inspirada na obra de Habermas, é uma racionalidade dialógica. Assim, seu modelo, além de conter regras que podem ser formuladas tendo em vista uma racionalidade monológica, contém também regras reguladoras da interação discursiva. Tais regras visam a garantir, fundamentalmente, os seguintes postulados da racionalidade prática:

1) un grado sumo de claridad lingüístico-conceptual, 2) un grado sumo de información empírica, 3) un grado sumo de universalidad, 4) un grado sumo de desprejuiciamiento". Alexy esclarece, no entanto, estas são condições ideais: *"La razón práctica no es de aquellas cosas que pueden ser realizadas sólo prefectamente o en absoluto. Es realizable aproximativamente y su realización suficiente no garantiza ninguna corrección definitiva sino tan solo relativa.* (MAIA, 2001, p. 34, 35)

Para Luis Afonso Heck, a 'pretensão de correção' de Alexy estabelece uma relação firme entre o Direito e a Moral. A pertença de princípios ao sistema jurídico significa que o sistema jurídico é um sistema aberto diante da Moral. O Direito é necessariamente unido com a 'pretensão de correção'. Diz Heck "Se o ponderar e, com ele, o otimizar fossem incompatíveis com a correção, então eles não teriam de procurar nada no Direito". (HECK, 2003, p. 67 e 93).

Segundo o próprio Alexy, o Direito promove uma pretensão de correção, sendo esta sua dimensão ideal ou discursiva.

Segundo o conceito de Direito positivista, o direito compõe-se exclusivamente de fatos sociais da decretação de eficácia. O conceito de Direito não positivista acrescenta a essa dimensão real ou fática a dimensão ideal ou discursiva da correção. O elemento central da correção é a justiça. Desse modo, é produzida uma união necessária entre o Direito, como ele é, e o Direito, como ele deve ser, e, com isso, entre o Direito e a Moral. O argumento principal para essa união entre Direito e Moral é a tese que o Direito, necessariamente, promove uma pretensão de correção. (ALEXY, 2007, p. 09).

A correção aplica-se quanto ao conteúdo e ao procedimento e implica em fundamentabilidade. Promover a pretensão de correção consiste na afirmação da correção, na garantia da fundamentabilidade e na esperança do reconhecimento da correção. (ALEXY, 2007, p. 21).

A aprovação discursiva universal de uma norma depende da condição de que todos aceitem as conseqüências de seu cumprimento para a satisfação do interesse de cada um. Entre a aprovação universal sob condições ideais e os conceitos de correção e de validez Moral existe uma relação necessária. Vejamos: "válidas são, rigorosamente, as normas de atuação que poderiam ser aprovadas por todos os possíveis afetados como participantes em discursos racionais." (Habermas *apud* Alexy, 2007, p. 27).

O autor nos diz que os argumentos clássicos do Positivismo jurídico da certeza e segurança jurídica desconsideram que entre certeza jurídica e correção quanto ao conteúdo existe uma relação de alternatividade, complemento, penetração e intensificação. Sendo estas duas últimas, condições de legitimidade do Direito. Segundo Alexy, o limite da primazia da certeza jurídica sobre o correto esbarra no limite quando a contradição de uma lei positiva com a justiça obtém uma "medida insuportável". Antijuridicidade extrema não é Direito, diz o autor. (ALEXY, 2007, p. 32).

No sistema jurídico, o correto depende do que foi determinado/fundado em autoridade ou institucionalmente. Nos *hard cases*, quando a lei e a dogmática não trazem solução ao caso concreto, se fazendo necessárias valorações adicionais que não se deixam depender somente do material fundado na autoridade dada, as reflexões de argumentação prática acerca daquilo que é bom para a comunidade terá lugar legítimo e a teoria do discurso assumirá relevo. Terão lugar questões de distribuição correta e compensação correta, que não são mais do que questões de justiça. "Questões de justiça, porém, são questões morais. Assim, a 'pretensão de correção' funda, também, no plano da aplicação do Direito, uma união necessária entre o Direito e a Moral". (ALEXY, 2007, p. 39 e 40).

As regras[9] para a argumentação propostas por Alexy possuem uma natureza ideal, servindo de referência para uma crítica qualificada das condições reais sob as quais se realiza o raciocínio jurídico. A pretensão de Alexy é a de formular uma espécie de "código da razão prática", consistente em um sistema de regras balizadores do discurso jurídico. (MAIA, 2001, p.35)

As regras buscam regular o processo de interação discursiva, garantir os ideais de universalização, igualdade de direitos e não coerção. São essencialmente regras de cunho ético que possibilitam a liberdade[10] do discurso, tendente à realização do

potencial racionalizador do diálogo e articulam-se com o conceito habermasiano de situação ideal de diálogo. (MAIA, 2001, p.36)

Alexy ressalta que a diferença do discurso prático geral para o discurso jurídico se concentra no fato de que este é limitado pela lei, pelo precedente, pela dogmática e pelas leis procedimentais do processo. Assim, a argumentação jurídica é limitada sistêmica e normativamente. A argumentação tem justamente a função de tornar a eleição de uma das interpretações possíveis de uma norma controlável metodologicamente, sem que seja determinante a vontade do magistrado. (MAIA, 2001, p. 36)

CONCLUSÃO

O saber jurídico é saber da razão prática, existe para reger a convivência entre os homens e, dessa forma, criar ou tutelar o bom, o belo e o justo. Por isto, o Direito é também prudência e busca da justiça, voltado para o bem dos homens e para a felicidade. Daí a sua vinculação ao domínio da Ética e da Virtude. Na acepcção mais fidedigna desta palavra ao conceito grego clássico de *arete*, de virtude como modo de vida que leva o homem a uma vida boa.

Por isto não pode ser reduzido, como quis a pretensão positivista, ao dogma da cientificidade avalorativa. Esta é uma idéia que contraria o próprio Direito em sua origem e essência. Para o Positivismo, o Direito não precisava de justificação além de sua própria existência e abrangeria qualquer conteúdo. Deste modo, não obstante a pretensão de cientificidade, transformou-se em dogma e nos conduziu a absurdos que afrontaram o bom senso.

O Direito, enquanto sabedoria prática, da *phroenesis*, orienta a boa conduta e exige do homem o conhecimento de suas circunstâncias, que deseje o justo e se encontre em relação de comunidade com o outro. A jurisprudência, que não está apartada da prudência, requer o entendimento (*Verstandnid)*, virtude do saber ético responsável pela capacidade de julgamento ético.

O Direito tem retornado à Ética e ao objetivo maior de proteção da integridade moral e da dignidade do Homem. O pós-Positivismo erigiu a Teoria dos Direitos Fundamentais e a normatividade dos princípios, que são, sim, comando morais e tem proporcionado o que tem sido denominado de 'eterno retorno' ao Jusnaturalismo.

Deste modo, o Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a Teoria da Argumentação são perspectivas teóricas que acarretam na vinculação entre Direito e Moral. O dever-ser abrange a aceitação universal do bom e do correto. O Direito separado do conteúdo Moral é violência e arbítrio, perde fundamentabilidade e legitimidade substantiva. Direito é pretensão de correção, por excelência. O correto, entretanto, não é dado, é construído, na *práxis*. Propostas teóricas que balizem esta construção são inúmeras, versões materiais e procedimentais, fundamentadas em

diversos marcos teóricos, algumas das quais expusemos neste trabalho. A pretensão de correção, é, portanto, o ponto de partida para as teorizações atuais acerca do Direito.

BIBLIOGRAFIA

ABAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. 4 ed. trad. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ADEODATO, João Mauricio. Ética e Retórica. 3ª edição. 2003.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Trad.: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208 Acesso em: 09 jul. 2009.

CARBONELL, Miguel [org.]. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2003.

COELHO, Luis Fernando. Teoria Crítica do Direito. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: RT, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão dominação. 3. ed. SP: Atlas, 2001.

GADAMER, Hans Georg. Verdade e Método I. 7 ed. Petrópolis, RJ: Vozes.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. 2002. POA: Sergio Antonio Fabris.

HECK, Luis Afonso. Regras, Princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: George Salomão Leite. (Org.). Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da constituição. 1 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2003, v. , p. 52-100.

KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. RS: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LALANDE, André. Vocabulário técnico e crítico da Filosofia. 3 ed. SP: Martins Fontes, 1999.

MAIA, Antônio Cavalcanti; NETO, Cláudio Pereira de Souza. Os Princípios Gerais de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Messias (org). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

ROHMANN, Chris. O livro das idéias. 3ª ed. trad. RJ: Campus, 2000.

SÓFOCLES. Antígona. São Paulo: Martin Claret, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Tomás de. Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[1] Sobre o método, ver Rafael Tomás de Oliveira. Decisão Judicial e o Conceito de Princípio. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[2] Sobre Interpretação aberta e Plural das Normas Constitucionais, ver Peter Harbele. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. 2002. POA: Sergio Antonio Fabris.

[3] Os dez ditames religiosos e morais que se diz ter sido entregue por Deus a Moisés no Monte Sinai são a base da lei religiosa e Ética judaica. Ao entregar os mandamentos ao povo Deus renovou sua aliança com eles, prometendo generosidade especial em troca de culto e obediência. (ROHMANN, 2003, p. 111)

[4] A meta da vida cristã destila-se nas ordens de Jesus a seus discípulos de tratar o próximo com caridade, misericórdia, justiça e, o mais importante, amor e empenhar-se no rumo da fé e da obediência perfeitas a Deus e a Sua lei. O modo de vida do cristão é, pelo menos, tão importante quanto o zelo pelo culto. Ao seguir *a* doutrina e o exemplo de Jesus, os cristãos esperam levar sua alma à união final com Deus. (ROHMANN, 2003, p. 86)

[5] Segundo Gadamer, a análise da equidade de Aristóteles mostra que "toda lei se encontra numa tensão necessária com respeito à correção de atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção." Reconhece na ponderação uma tarefa complementar do Direito. É contrário ao convencionalismo extremado ou o Positivismo Jurídico. Admite, por sua vez, o Direito Natural como àquele que não permite convenções quaisquer porque advém da natureza das coisas. No entanto, na medida em que a natureza das coisas admitam mobilidade, Aristóteles admite a mobilidade do Direito Natural. (GADAMER, 2005, p. 473-474).

[6] Dimitri Dimoulis aponta cinco teses sobre a relação entre Direito e Moral: 1) A Tese da Identidade, pela qual os mandamentos jurídicos e morais coincidem 2) A Tese do Direito como mínimo ético, pela qual as regras jurídicas constituem o núcleo das regras morais; 3) A Tese da Moral como mínimo jurídico, pela qual as regras morais constituem o núcleo do Direito que compreende muitas normas Moralmente indiferentes; 4) A Tese da Conexão, pela qual as regras jurídicas são aparentadas com as morais, sendo impossível criar e interpretar o Direito sem levar em consideração a Moral; 5) A Tese da separação, pela qual entre Direito e Moral há plena e absoluta separação. (DIMOLIUS, 2003, p. 107-109)

[7] Segundo Alexy, princípios são estruturalmente diferentes das regras, as regras são *mandatos definitivos*, enquanto os princípios são *mandatos de otimização*. Como

mandatos de otimização, os princípios não requerem a realização integral de seu dispositivo. De fato, podem ser aplicados em diferentes graus, dependendo do contexto fático em que a aplicação é requerida, bem como das possibilidades jurídicas relativas ao caso. A aplicação dos princípios se caracteriza, assim, pela necessidade de *ponderação.* (MAIA, 2001, p. 29)

[8] A perspectiva tópico-retórica salienta que o Direito é um discurso persuasivo, cuja prova se dá pela argumentação e não pela verificação empírica, como nas ciências naturais. A Tópica, nome específico de um dos livros do *Organon* aristotélico, foi revisitada por Perelman e Viehweg. Para esta perspectiva, princípios são *topoi* que orientam a argumentação. (Ver FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão dominação. 3. ed. SP: Atlas, 2001).

[9] O sistema de regras proposto pelo autor é composto por um total de vinte e duas regras e seis formas de argumento, que o autor apresenta em seu clássico Teoria da argumentação jurídica. Nesse sistema de regras, Alexy identifica dois grupos básicos: as regras que se referem à estrutura dos argumentos e as regras que se referem ao procedimento do discurso. As regras que se referem à estrutura (1, 2, 3 e 4) ou forma dos argumentos (5, 6 e 7) são, entre outras, as seguintes: 1) Regras que exige a não contradição (...). Essa é uma regra da lógica tradicional. Ao enunciá-la, Alexy mostra que a teoria da argumentação acompanha o princípio básico da lógica formal e, obviamente, não se propõe a substituí-la. É importante notar, no entanto, que a teoria da argumentação de Alexy se dirige ao discurso prático, para o qual a lógica formal não pode dar respostas suficientes. 2) Regras que exige a universalidade, no sentido do uso coerente dos predicados utilizados: *"Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquer outro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes".* (...) É de se ressaltar que, para Alexy, este é um critério vinculante, no sentido de que somente os argumentos normativos universalizáveis podem ser levados em conta. Diferentemente, na obra de Perelman, em que a idéia de universalidade equivale a um mero *topos*, que sustenta a superioridade do universal sobre o particular. (...) 3) Regra que exige a clareza lingüístico conceitual: "*para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguage".* Essa regra tem em vista permitir que os participantes possam criticar as proposições normativas formuladas por outros com base no uso incorreto da linguagem, de modo que representa um estímulo decisivo à correção lingüística. 4) Regra que exige a verdade das premissas empíricas utilizadas (...). 5) Forma de argumento que leva à completude dedutiva. De acordo com essa forma de argumento, *"quien apela a una regla en una fundamentación presupone al menos que se cumplen las condiciones de aplicación de esa regla.* (...) 6) Forma de argumento que leva à consideraçao das conseqüências. (...) 7) Forma de argumento das ponderações. As formas de argumento características da ponderação são as chamadas regras de prioridade, que têm sentido somente quando há conflito entre duas outras regras. (...) 8) Regra que exige o intercâmbio de posições (...). Alexy aduz que essa regra é a formula sintética do princípio da universalização de Habermas. Segundo esse princípio: "*Si todos deliberan sobre cuestiones prácticas com igualdad de derechos, sólo pueden encontrar El acuerdo general aquellas proposiciones normativas y reglas que cada uno puede*

aceptar". 9) Regras relativas *à analise do surgimento das convicções morais* (...). (MAIA, 2001, p. 35-36)

[10] Tais regras são as seguintes: *1)Todo hablante puede participar en El) discurso; a)Todos pueden cuestionar cualquier aserción; b)Todos pueden introducir cuestionar cualquier aserción en el discurso; c)Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades; 3)Ningún hablante puende ser impedido a través de una coaccion dentro o fuera del discurso a ejercer los derechos establecidos en 1 y 2.* (MAIA, 2001, p. 35).

IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: FLEXIBILIDADE E PLURALISMO NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NO SÉCULO XXI*

IMPACTS OF GLOBALIZATION IN CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS: PLURALISM AND FLEXIBILITY ON LAW INTERPRETATION IN THE XXI CENTURY

Luciana Rodrigues Penna
Holgonsi Soares Gonçalves Siqueira

RESUMO

Este artigo aborda a questão das repercussões da globalização na hermenêutica constitucional, destacando, na teoria da globalização de Anthony Giddens, as categorias que identificam o paradigma da flexibilidade e que diferenciam a realidade atual daquela em que predominava a rigidez. Assim, propõe-se discutir as novas perspectivas da interpretação constitucional, na atualidade, em face da intensificação da reflexividade e do advento de um novo pluralismo, que se manifestam também no universo jurídico, em termos de um pluralismo jurídico da globalização. A conexão entre a teoria sociológica e a teoria jurídica se mostra na proposta de relacionar os conceitos com a tese constitucional de Peter Häberle e outros cientistas, cujo foco de análise é a "sociedade aberta" dos intérpretes da Constituição.

PALAVRAS-CHAVES: GLOBALIZAÇÃO, DEMOCRACIA, DIREITO, SOCIEDADE ABERTA, FLEXIBILIDADE, PLURALISMO

ABSTRACT

This work deals with the impacts of globalization on constitutional hermeneutics, highlighting in Giddens' globalization theory categories that identify the flexibility paradigm and that distinguish the current reality from the one in which rigidity prevailed. Thus, it discusses the new perspectives of constitutional interpretation nowadays, given the intensification of reflexivity and the advent of a new pluralism which are also manifested in the legal field in terms of a legal pluralism of globalization. The connection between sociological theory and legal theory is shown in the proposal to link the concepts with the constitutional thesis of Peter Häberle, whose analysis focus on the "open society" of the Constitution interpreters.

KEYWORDS: GLOBALIZATION, DEMOCRACY, LAW, OPEN SOCIETY, FLEXIBILITY, PLURALISM

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO:

A partir da conexão entre as categorias da reflexividade e do pluralismo e a concepção de uma hermenêutica constitucional aberta defendida por Peter Häberle, propõe-se pensar sobre os desafios e as perspectivas que surgem na globalização, para evidenciar aquilo que pode contribuir para a concretização da democracia na sociedade, como um todo, através de novos parâmetros de interpretação constitucional. Adotando-se a percepção de que em uma sociedade em condições de globalização, necessariamente, o Direito está implicado em uma série de mudanças e crises, entende-se que se precisa desenvolver uma teoria da interpretação jurídica e constitucional comprometida em funcionar como ferramenta voltada à garantia do pluralismo como meio para a concretização da democracia nessa realidade. A crise do Direito, consubstanciado no paradigma tradicional de uma juridicidade fechada e rígida, apontado por Peter Häberle e Gunther Teubner, se torna aguda e muito mais visível na globalização, concebida neste artigo a partir das teorias de autores como Anthony Giddens e Zygmunt Bauman. Essa crise se manifesta, por exemplo, quando o discurso jurídico oficial (como o jurisdicional) se contradiz e quando entra em contato (e se choca) com outros discursos, como o discurso econômico, o tecnológico, o político, o ambiental, etc, discursos presentes nas falas dos indivíduos e grupos em vários níveis, e que perpassam os diversos veículos de informação e comunicação. Nesse sentido, faz-se necessário pensar a crise da interpretação jurídica e a defesa da constitucionalidade, que afeta o Poder Judiciário, como a crise de uma sociedade mergulhada em contradições e cuja cultura política, não-democrática, é sustentada pelo modelo de sociedade fechada e tradicionalmente patriarcal, individualista, racista, sectária e heteronômica. Assim, a globalização, ao colocar em maior evidência as contradições da sociedade, pela visibilidade e pelo acesso a informação, alude ao necessário desenvolvimento de exercícios de crítica e de autocrítica, com vistas à revisão de parâmetros de ação e de valores que informam as culturas político-jurídicas no mundo contemporâneo.

1. O impacto do pluralismo da globalização na atuação do Supremo Tribunal Federal: a convergência das idéias de Peter Häberle com a teoria da Globalização

O enfrentamento entre tradição e flexibilidade tem resultado em uma crise do discurso jurídico oficial, de cunho tradicional, calcado, como propõe Häberle, na hermenêutica da sociedade "fechada" dos intérpretes da Constituição, onde esta possui um "dono" ou um titular[1], porquanto ela própria se trata de um discurso perito, auto-referente e cuja legitimidade se assenta na sua tecnicidade (formalismo jurídico), sendo que, em certo sentido, o discurso jurídico tradicional se legitima exatamente à medida que sua linguagem e significados não estão ao alcance do senso comum. Frisa-se que o próprio discurso jurídico, como legitimador de decisões, reivindica sua força persuasiva, no contexto atual, indicando a abertura, e a ciência jurídica desenvolveu a teoria dos princípios jurídicos, princípios constitucionais e princípios hermenêuticos, que permitem aos magistrados maior elasticidade na fundamentação de suas decisões. Tais aspectos são reflexos da pluralidade de discursos ter adquirido extraordinária visibilidade com a globalização, em consequência da maior acessibilidade às novas mídias que tornam o contexto cultural cada vez mais multicultural, público e globalizado. Logo, a fala perita dos operadores jurídicos vem se adaptando a essa situação em que o saber específico do Direito, outrora alicerce da função ordenadora do

Estado, não alcança conter a multiplicidade de problematizações que a sociedade comunicativa, num cenário midiático veloz, logra produzir, em ritmo cada vez mais acelerado. A crise do Direito, na atualidade, pode ser vista, portanto, como a crise de uma concepção jurídica centrada na certeza e na previsibilidade, e mais especificamente, a crise da rigidez constitucional ainda tradicionalmente concebida, voltada precisamente às garantias de uma ordem verticalmente ordenada e rigorosamente hierarquizada, voltada ao controle social. Nas condições atuais da judicialidade, a previsibilidade jurídica com reflexos nas relações pessoais e patrimoniais, da segurança e da certeza como valores supremos e intocáveis na sustentação da harmonia social estão submetidos a um cenário de profunda ambivalência.

Como pensar o pluralismo nesta realidade globalizada? Crê-se que é relevante considerar o pluralismo, o que se propõe no âmbito deste artigo, uma das mais peculiares e significativas demandas sociais da globalização, uma demanda que reflete a busca pela concretização de promessas de democratização ainda não atendidas, e que possuem no âmbito jurídico-constitucional a sua mais vigorosa perspectiva de realização. A demanda por pluralismo se mostra, dentre outras formas, na feição de um pluralismo jurídico globalizado, tal como pensa a situação em que se encontra o Direito na globalização o jurista Gunther Teubner[2], que sustenta: "o direito, como discurso, ao mesmo tempo que fechado aos demais discursos sociais, depende deles" (2005, p. 80). Esse viés, que faz o diagnóstico da atualidade do Direito como a emergência de um pluralismo jurídico globalizado[3], converge com a linha de raciocínio Häberle e de Anthony Giddens, pois no caso deste, a sociedade globalizada apresenta uma maior reflexividade nas práticas sociais. Giddens destaca o fato de que, na aproximação entre o local, o nacional e o mundial, as diferenças entre indivíduos, grupos, economias, culturas, religiões, Estados e nações estão cada vez mais visíveis. Não apenas os juristas, mas todos os cidadãos, individualmente e em grupos, ainda que não sejam assim reconhecidos pela teoria hermenêutica tradicional, já vivenciam a experiência da defesa da Constituição, interpretando-a de acordo com a sua própria realidade cotidiana, sua vida concreta, interpretando os textos legais de acordo com sua cultura e buscando neles a legitimação de seus interesses e as respostas para suas demandas.

Considerando-se relevante a tese assumida por Peter Häberle em sua teoria da hermenêutica constitucional procedimental e pluralista, percebe-se que um desafio atual para a consolidação de uma prática democrática radica na própria formação dos cidadãos, em geral, e dos juristas, em particular, pois é através da educação que se pode refazer o entendimento da comunidade jurídica ainda informada pelo modelo tradicional, que o enfrentamento da crise do Direito impõe o exercício da cidadania como garantia do pluralismo, e, portanto, da democracia. O aspecto de uma educação pluralista se vincula de forma radical ao debate sobre a defesa da constitucionalidade em condições de globalização, em face ao cenário de alta reflexividade e de exposição das alteridades ter afetado a atuação do Poder Judiciário, com o consequente aumento das crises e das demandas judiciais, na crescente busca de respostas judiciais para os problemas e conflitos da sociedade globalizada.

Se dentre os principais problemas que afetam a atuação estatal no âmbito jurisdicional, ainda hoje, sob a égide da Constituição de 1988 (que garante o acesso à justiça e à ampla defesa como direitos fundamentais), reside ainda, muitas vezes, a inadequação da legislação infra-constitucional aos valores constitucionais, bem como a morosidade do

processo tradicional, devido ao intrincado procedimento dos processos civil, penal, trabalhista, administrativo e tributário tradicionais, com sua grande quantidade de etapas, de agravos e outros recursos, vê-se que medidas políticas reformadoras têm aparecido na forma de reformas administrativas, judiciárias e legais[4], na instituição de fóruns conciliadores (mediação e arbitragem) e de ouvidorias, inclusive *on line*, para receber reclamações dos cidadãos e propiciar o encaminhamento às demandas, como as relativas ao Direito do Consumidor, que obtém oitiva no PROCON. Nas décadas de 80, 90 e 2000, é significativa a instituição dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e, mais recentemente, Federais[5], instâncias judiciárias mais acessíveis aos cidadãos de baixa renda e menos onerosas ao Estado, destinadas a promover judicatura sobre questões de menor complexidade. Estas instâncias ficaram conhecidas como Juizados ou Justiça "de Pequenas Causas"[6]. Pertinente, ainda, salientar-se o surgimento dos *e-procs*, ou seja, dos processos virtuais[7], dentre outras medidas que apareceram no sistema jurídico brasileiro, visando à ampliação e presteza na prestação da justiça, tornando-a mais acessível aos cidadãos e conferindo às demandas judiciais uma tramitação mais célere que aquela alcançada com os trâmites ordinários, extremamente lentos, dos ritos das ações judiciais tradicionais. Desta forma, tem-se que as próprias reformas do ssitema jurídico vêm refletindo a crise do Direito no século XXI, em que a consciência dos transtornos causados pela predominância de um viés tradicional na concepção das formas de manifestação da juridicidade e da processualidade das demandas se torna aguda com o avanço da globalização. isto permite traduzir tais medidas como iniciativas políticas dirigidas a enfrentar o problema da defasagem do sistema jurídico tradicional em relação à realidade social do final do século XX e início do século XXI. Assim, entende-se que a preocupação em conferir maior acessibilidade aos cidadãos para judicializar seus interesses e conflitos, e também promover uma simplificação de procedimentos, se deve à percepção da globalização como um processo irreversível, o que tornou imprescindível responder a problemas, como o aumento significativo das demandas, não obstante as críticas e advertências de muitos juristas, no sentido de que muitas de tais reformas poderiam gerar mais prejuízos aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Desta forma, estas e outras medidas de promoção de acessibilidade à Justiça, necessitam de análise à luz da reflexão empreendida por Peter Häberle, pois ocorrem no contexto contraditório da globalização. O referido autor afirma que a democracia, no presente, é sinônimo de pluralismo, inserindo sua doutrina jurídica no domínio de uma cultura política renovada, não mais comprometida com a tradição "fechada" e rígida da modernidade, mas sim coerente com a flexibilidade e a diversidade social da globalização, que ele traduz para o Direito contemporâneo como ampliação da gama de sujeitos da interpretação da Constituição. A partir da concepção aberta e pluralista da hermenêutica constitucional, as reformas judiciárias e as medidas políticas que o Estado vem adotando para adaptar o Direito ao paradigma da flexibilidade, vinculam-se, via de regra, à compreensão de que o modelo anterior de sistema jurídico não está mais apto a responder de forma suficiente às novas realidades conflitivas e ao novo porte das demandas da globalização, e, portanto, tal modelo deve ser repensado, por isso, a premissa de que uma hermenêutica constitucional atualizada depende de uma sociedade aberta, coloca o pluralismo como participação efetiva de alteridades no poder, o que entendo convergente com a opção constituinte pelo regime democrático, como ocorreu no Brasil com a atuação da Assembléia Nacional Constituinte em 1987 e 1988.

Vê-se, dentre as atuais teorias jurídicas, que a concepção de Direito de Peter Häberle melhor reflete a demanda por uma transformação profunda na cultura e na prática da justiça e no sistema jurídico na atualidade, radicalmente democratizante, expondo a premissa de que a interpretação constitucional deve estar voltada ao reconhecimento dos contornos não-lineares da intrincada realidade social, oferecendo pontos de apoio para a construção de uma juridicidade democrática ou aberta[8], ressignificando o pluralismo de acordo com as novas lutas e problemáticas que, a todo momento, surgem. Desse modo, alude-se ao desafio da abertura interpretativa da Constituição como algo muito atual, como mobilização sinônima de um pluralismo político e social resistente ao modelo hegemônico que pauta a formatação de muitas argumentações jurídicas em vigor. Questiona-se, no viés de uma discussão moldada pela interlocução entre teorias jurídicas e teorias da globalização, a tese da inexorável falência da democracia no mundo globalizado, por atribuir-se ao discurso que se reduz a detectar aa perda de solidez das instituições democráticas, como o Poder Judiciário, o comprometimento com uma ideologia de dominação. Assim, ombreia-se com os juristas que reinquirem, através do debate político-jurídico contemporâneo, se a transformação do *"status quo"*, alçada a categoria de princípio fundamental da ordem constitucional vigente, está sendo concebido, de fato, como um desafio do século XXI. Entende-se, que isto afeta o modelo de formação jurídica que ainda se mantém radicado em uma lógica tradicional e "rígida", perceptível no discurso de juristas e processualistas apegados aos ideais de certeza, segurança e previsibilidade vinculados ao discurso hegemônico da globalização, refletindo a relutância de um imaginário social comprometido com uma concepção tradicional e individualista de vida e de sociedade, em que a interpretação constitucional seria capaz de conferir a "certeza" jurídica, como resposta estatal definitiva, fornecida somente por especialistas, dentro de uma atuação eminentemente impessoal, imparcial, técnica e formal (burocratizada), em que a palavra final se legitima exclusivamente por emanar de órgãos oficiais respeitando a hierarquia do sistema. Constata-se que tal ideologia está em cheque face aos novos predicados dos sujeitos na globalização, como a reflexividade, o desejo de consumo e de emancipação econômica e social, a maior visibilidade das alteridades e das suas correspondentes carências de poder, de suas demandas e lutas por reconhecimento de direitos. O compromisso ideológico sustentado na reprodução do entendimento de que somente o jurista, ou uma classe de juristas, possui uma formação apta e suficiente a fornecer respostas ideais a todo tipo de questão que se coloque como um problema jurídico, é fruto do tecnicismo moderno, e está em crise com as reivindicações emancipatórias de uma concepção contra-hegemônica[9] da globalização. O "fechamento" da sociedade (Häberle), no que afeta ao Direito, foi expresso na forma do positivismo jurídico, gerador da crise sofrida pelo Constitucionalismo nos séculos XIX e XX, mas apesar disso, tal ideologia perpetuou-se como herança da formação jurídica tradicional, que vem atravessando as décadas e chega até o presente, ainda permeada por um alto teor hegemônico, elitista, por um viés totalizante que não reconhece a alteridade como legítima, por identificar, e punir, a alteridade como desordem social[10]. Enquanto permanece radicado nessa tradição, o ensino jurídico somente se mostra capaz de reproduzir a noção de um universo jurídico reduzido a um conjunto de normas, formalizadas e positivadas, a serem "interpretadas" por "cérebros iluminados", teoricamente, capazes de juízos superiores ao entendimento do senso comum. Tal visão, anti-democrática, entende o Direito como um mundo completo em si mesmo, um "Ordenamento Jurídico" dado, ao qual, resta ao jurista, como tarefa mecânica, conferir aplicabilidade, uma vez que se manifesta como totalidade dotada de atributos como a hierarquia, a coerência e a completude[11], havendo inclusive teorias que concebem o

Direito como um sistema autopoiético[12]. O modelo de ensino jurídico correspondente contribui para perpetuar o paradigma da rigidez, oriundo da modernidade fordista, concebendo uma separação rigorosa entre o Estado, o mercado e a sociedade, propagando o individualismo, refletido no Direito, pois a própria sociedade é vista como uma estrutura escalonada de indivíduos e grupos, onde as condutas sociais devem permanecer fixas e previsíveis, para serem melhor controladas, tomando, por sinônimos de segurança, a previsibilidade e a estagnação do conhecimento jurídico e, por sinônimo de desordem, o desenvolvimento de novos saberes, mormente os saberes interdisciplinares comprometidos com as lutas sociais pela extensão do reconhecimento de direitos a novos sujeitos. O jurista italiano Norberto Bobbio, com grande influência na formação do jurista brasileiro, embora herdeiro da tradição normativista, refletiu um pensamento crítico à modernidade tradicional quando expôs a sua concepção de direitos fundamentais de cunho historicista, em que novos direitos surgem como categorias históricas formando novas "gerações de direitos fundamentais"[13], porém, é preciso ver que seu pensamento, em certos pontos, ainda permanece de acordo com a lógica normativista, expressando a convicção de que somente o reconhecimento estatal de direitos confere ao cidadão as suas garantias de exercício da cidadania, logo, o Direito se contém quase que inteiramente dentro dos códigos legais, sejam nacionais ou internacionais, e se identifica com a vontade política do Estado, conseqüentemente, a crise do Estado patrimonialista é a crise do sistema jurídico anti-pluralsita.

Se a teoria jurídica buscou uma resposta ao fracasso do paradigma formalista e estatista, abalado com a falência do Estado Mínimo (Estado Liberal) e do Estado do Bem-Estar Social, para garantir direitos e dar conta das novas demandas da sociedade no século XXI, por certo não a encontrou na fórmula tradicional do recurso exclusivo a uma maior regulação, pois o modelo fordista de produção, com seu Direito correspondente, ao sucumbir ao avanço tecnológico, reintroduziu a palavra *crise* no discurso jurídico, que passou, então, a sustentar a complexidade do Direito. Porém, o próprio discurso jurídico atual reage ao abalo das certezas na globalização do espaço-tempo contemporâneo, de forma antagônica: emergem respostas calcadas na revitalização do autoritarismo e do centralismo político, contrapostas às concepções que procuram conferir legitimidade a novas fontes e formas de manifestação e interpretação do Direito, com claro viés pluralista. Neste caso, o debate constitucional reflete as tensões ideológicas de uma sociedade contraditória, onde cabe descortinar o processo de revisão dos fundamentos da concepção positivista de Direito. Logo, o reconhecimento da complexidade da questão constitucional pode estar vinculado à empreitada de democratização profunda da sociedade globalizada, apresentando-se como espaço-tempo de uma jurídico-politicidade atualizada do trabalho de interpretação constitucional. Onde isto ocorre, se está admitindo que a realidade constitucional é passível de democratização permanente por ser mutável[14], trazendo ao debate atual a natureza histórica e temporal da mesma[15], resultando numa concepção que reconhece o valor da atividade interpretativa, mas como tarefa que deve ser essencialmente democrática, a concebendo já não mais como uma missão que deve ser exclusivamente atribuída os operadores jurídicos, pois "saber ler e interpretar" a Constituição é lidar com normas que concernem à vida de todos os cidadãos. Quando reflete sobre a incompletude da Constituição, Jorge Miranda situa o ambiente constitucional globalizado, pois entende que:

(...) nem sequer lei constitucional, costume constitucional, outras regras de Direito interno e de Direito internacional no seu conjunto se dotam de plenitude de

regulamentação. Não há uma plenitude da ordem constitucional, como não há uma plenitude da ordem jurídica em geral. Há lacunas – intencionais e não intencionais, técnicas e teleológicas, originárias e supervenientes – e há mesmo situações extrajurídicas (ou extraconstitucionais), por vezes chamadas lacunas absolutas – correspondentes, no âmbito constitucional, a situações deixadas à decisão política ou à discricionariedade do legislador ordinário. Não serão sempre as mesmas, poderão reduzir-se ou ser transitórias e depender de circunstâncias em evolução, mas parecem inevitáveis (2003, p. 456).

No ensino jurídico há espaço para refletir tanto a herança da modernidade tradicional ou rígida, que estabelece como imutável o papel de cada um na sociedade, ditado pelas metas do sistema econômico, moldado, originariamente, na prática fordista, associada a um Estado soberano e auto-regulador, o que se aplica também em termos de interpretação constitucional, quanto a lógica de uma postura pluralista e renovadora da constitucionalidade. O modelo de formação jurídica, no que ainda se fixam o professor e o estudante de Direito, como sujeitos de mundos sociais apartados, vota-se para a meta de uma formação jurídica idealizada como domínio de técnicas abstratas de interpretação jurídica e constitucional, aptas a resolver qualquer tipo de problema, numa função especializada que será exercida posteriormente à colação de grau, em que o "operador do Direito" irá compor os quadros de uma elite de especialistas responsáveis pela garantia da ordem e da justiça na sociedade. Reconhecer aí o paradigma fordista, centrado na premissa da fragmentação, é fundamental para se ver seu compromisso ideológico com o não compartilhamento do poder. Diagnostica-se que ao ser superado pelo modelo flexível de uma produção econômica e cultural em escala globalizada, esse modelo de formação do imaginário jurídico está sendo atingido em seu âmago. Portanto, os padrões teóricos, pedagógicos e tecnológicos do mundo fordista se tornam frágeis ante as demandas postas à formação jurídica no contemporâneo. Tal crise ascende, portanto, da formação à atuação das instituições políticas e vice-versa.

Além disso, crê-se que é significativo o fato de que a crise da formação jurídica no caso do Brasil tenha se tornado mais aguda justamente no final do século XX, quando a política de privatizações atinge o setor educacional e se autoriza a abertura das universidades e faculdades privadas no contexto latino-americano[16], pois no Brasil a crise de paradigma rígido, tradicional e positivista associou-se ao processo de privatização do ensino jurídico, promovendo um extraordinário abalo na formação jurídica, e, portanto, colocando sérios e novos desafios. Onde a Teoria do Estado e da Constituição e o Direito Constitucional estiveram historicamente atrelados a uma concepção de Direito liberal e individualista[17], a problemática constitucional aparece, via de regra, como aquela a ser enfrentada, exclusivamente, pelos poderes estatais constituídos, ou seja, preventivamente por legisladores e posteriormente por juízes, e a prática interpretativa destes últimos sendo cabível somente dentro de um procedimento formalmente regrado de controle de constitucionalidade.

2. A atuação do Supremo Tribunal Federal em relação ao Controle de Constitucionalidade: notas sobre a ambivalência de "fechamento" e "abertura" do círculo de intérpretes constitucionais com o advento da Lei n. 9.868/99

Percebe-se o quanto a sociedade e o Estado fornecem respostas contraditórias às demandas emergentes num contexto globalizado. O advento da Lei n. 9.868 no Brasil, é sintomático desta contradição. O modelo de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder Público adotado no sistema pátrio é o misto, uma vez que engloba tanto um controle concentrado como um controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, mas o formalismo predominante na dogmática jurídica obteve o resultado de enaltecer sempre a interpretação oficial e concentrada da Constituição. Na tradição brasileira, no que concerne ao controle concentrado da inconstitucionalidade, as ações judiciais de inconstitucionalidade aparecem como os mais relevantes mecanismos formais que suscitam a interpretação das normas da Constituição, e estas somente podem ser propostas perante o Supremo Tribunal Federal, e apenas por quem seja "legitimado ativo", o que a própria Constituição Federal autoriza. Logo, uma renovação cultural em termos de ampliação do círculo de partícipes da interpretação constitucional no Brasil, é algo que se encontra em pleno processo de desenvolvimento, pois colocaria o controle difuso no centro da teoria constitucional democrática. O aperfeiçoamento do debate constitucional está na dependência do diálogo permanente entre os saberes do Direito, da História e das Ciências Sociais como um todo, pois a formação do jurista em convergência com os contornos formalistas que o Constitucionalismo tradicionalmente assumiu no Brasil, atrelado quase que exclusivamente ao estudo do funcionamento do Estado e das competências de cada Poder e de cada órgão estatal, acabou por direcionar a atenção dos juristas ao estudo formalista da atuação do órgão máximo de interpretação constitucional do país, que é o Supremo Tribunal Federal.

Recolocar-se o debate acerca da defesa da Constituição em face das transformações e crises geradas pela globalização é tarefa que depende de análises interdisciplinares sobre a composição e o desempenho da sociedade organizada e dos poderes Instituídos, reinserindo-se o estudo da atuação da Cúpula do Poder Judiciário no âmbito de uma teoria democrática. Os estudos nessa área, de fato, vêm-se avolumando, oportunizando novas críticas aos argumentos e aos procedimentos cristalizados, propondo como relevante indagar sobre a transformação nas práticas de interpretação constitucional, oficial e não oficial, baseadas em estudos da globalização, vislumbrando outras possibilidades de interpretação, inclusive não oficial do Direito e da Constituição. A competência de intérprete máximo da Constituição conferida ao Supremo Tribunal Federal, legitimada na própria Carta Política de 1988, que lhe atribuiu a precípua função de guardião da Constituição, mormente no plano do Controle de Constitucionalidade das leis, vem sendo cada vez mais objeto de estudos jurídicos concatenados com os debates atuais que ocorrem no âmbito das ciências sociais, com interesse na questão do exercício do poder e da democracia na atual sociedade globalizada. Certamente, o destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal em termos de interpretação constitucional se deve ao fato de que tal competência lhe foi, historicamente, atribuída pelo próprio Constitucionalismo, e no Brasil, já aparecia desde a Constituição Imperial Brasileira de 1824, uma Carta Política não-democrática, outorgada por D. Pedro I, que em seu título 6º, em seus artigos 151 a 164 já regia o funcionamento do Poder Judicial, fixando as competências dos juízes e dos tribunais de justiça, embora, no seu artigo 163, ela tenha instituído o Supremo Tribunal de Justiça, e no artigo 164 tenha fixado a sua competência. Frise-se que a Constituição Imperial, a primeira Constituição do Brasil, instituiu o Poder Moderador a cargo do Imperador, mas que na segunda Constituição, a Constituição Republicana de 1891, em que pese nos moldes de um referencial norte-americano de Constitucionalismo, republicano, federativo e presidencialista, a

instituição do Supremo Tribunal Federal mantém-se apartado de uma reformulação radicalmente republicana e democrática, pois a Carta Política Federativa de 1891 atribuiu a competência de rever os processos findos quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os atos ou leis impugnados (artigo 58, III, b), nada mencionando sobre a participação dos cidadãos nos procedimentos interpretativos. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal vem historicamente adquirindo a feição de "máximo guardião" da Constituição, o que dentro dos desdobramentos históricos do Constitucionalismo brasileiro, significa o predomínio da lógica da "sociedade fechada" de Häberle, onde a preferência pelo controle de constitucionalidade concentrado resta evidenciada.

Ao ser praticado exclusivamente pelos Ministros do Supremo Tribunal, o controle concentrado, já a partir da Constituição de 1891, ensina que a constitucionalidade de leis e atos de governo é uma tarefa exclusiva dos "guardiões". E, embora de modo menos realçado, tenha sido introduzido no Brasil, através dessa Constituição, o controle de constitucionalidade pela via difusa, também denominado controle concreto, informado pelo modelo norte-americano do *Judicial Review*, ou seja, o controle exercido por todos os juízes ante a provocação das partes em um processo, nota-se que o Supremo Tribunal, ainda persiste sendo a instância de maior poder. A competência originária para a interpretação constitucional concentrada vincula-se ao seu papel como instância máxima recursal, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Destaca-se, deste modo, a tendência centrípeta da interpretação constitucional no Brasil, tradicionalmente associada ao que Z.Bauman denominou de paradigma da rigidez, na lógica das "totalidades amplas e duradouras dos tempos modernos" (Bauman, 2000, p.41).

Porém, observa-se que ainda que sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal permaneça a ter destaque no exercício da interpretação constitucional, já está presente no texto de 1988, ainda que de modo tímido, a expressa preocupação com a democratização interpretativa. Tal se observa ao ler o teor do artigo 103 da Constituição que garantiu a legitimidade para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) a sujeitos coletivos como os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional, à Confederação Sindical e à Entidade de Classe de âmbito nacional, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e não apenas ao Procurador-Geral e ao Presidente da República, aos Governadores de Estado, às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A Carta de 1988 reflete, então, certa tendência a uma abertura no modelo de controle concentrado de constitucionalidade, indicando que os cidadãos coletivamente organizados, ou individualmente (por meio do controle difuso), já podem participar da interpretação da Constituição, questionando a validade das leis em face da Carta Maior. Conforme entende Sérgio Sérvulo da Cunha, introduzindo uma tradução brasileira da obra clássica de Hans Kelsen, intitulada "Jurisdição Constitucional":

A instituição do controle abstrato (a possibilidade de declarar-se a inconstitucionalidade de uma lei em tese) representou dentro do sistema brasileiro, a amplificação, e não a restrição do controle concreto: com a ação direta de inconstitucionalidade milhares ou milhões de pessoas, legitimadas a ajuizar ações individuais para assegurar direitos protegidos constitucionalmente, podem reunir-se em apenas um processo para obter a

declaração de inconstitucionalidade do ato normativo que os contraria" (KELSEN, 2007, p. XVII).

É fundamental não esquecer, entretanto, a reação conservadora ao modelo de 1988, já verificada na década de 90. A denominada "onda neoliberal" afeta o caráter democratizante da Constituição, o que se verifica, por exemplo, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional número 3 de 1993 (EC n. 3/93), que instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade, com a finalidade de neutralizar o potencial questionador e com os efeitos democratizadores das Ações Diretas de Inconstitucionalidade[18]. A entrada em vigor da lei n. 9.868/99, e posteriormente da emenda Constitucional número 45, já em 2004, de certo modo reforçam o papel de "guardião da Constituição", um poder político quase isolado, conferido ao Supremo Tribunal Federal, mantido como instância de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, porque as referidas normas consagram institutos como o efeito vinculante[19] das decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade e instituem as súmulas vinculantes[20], opostas às perspectivas de abertura do círculo de intérpretes da Constituição, agora, por força da vinculação jurisprudencial, dele excluídos os próprios magistrados, refletindo também os resultados da pressão política, oriunda do próprio corpo do Supremo Tribunal, para manter-se na posição de poder tradicionalmente ocupada e resistente, portanto, às tendências democratizadoras de sua atuação[21].

Destaca-se, no entanto, como fato contraditório, valioso para os propósitos da análise aqui empreendida, que através da referida lei o Supremo Tribunal Federal teve reconhecida, de forma legal e expressa, a possibilidade de ouvir a sociedade civil organizada, em casos de necessária elucidação de informações relevantes ao processo constitucional, como uma nova condição de apreciação das matérias constitucionais sob sua jurisdição, o que, ainda que reforce a garantia da manutenção de sua superioridade institucional na prática hermenêutica, contraditoriamente, também afirma a impossibilidade de se pretender uma interpretação constitucional adequada sem a participação da sociedade. Questiona-se, assim, os resultados do que paradoxalmente e de modo simultâneo atine ao caráter concentrador de poder nítido como vetor de uma reação conservadora, expresso no advento da Ação Declaratória de Constitucionalidade e das Súmulas Vinculantes, e institui o reconhecimento da abertura do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade à opinião da sociedade civil organizada. Tal paradoxo é resultante de uma tendência de flexibilidade que atinge os pressupostos da atuação do Supremo Tribunal fundados na rigidez. Quando a lei estabelece que os Ministros estão autorizados a ouvir nos processos, por solicitação do Ministro relator, a opinião de entes da sociedade civil, ela reproduz fechamento e viabiliza abertura, simultaneamente. Quando a lei estabelece que a oitiva de "peritos, de comissão de peritos ou de pessoas com experiência e autoridade na matéria" passa a ser uma prática autorizada e regulada, que se justifica porque a função de tratar de questões que trazem o questionamento da constitucionalidade das leis e colocam o problema das inconstitucionalidades, são via de regra complexas, podendo implicar na insuficiência de conhecimento ou de informações sobre a matéria por parte dos Ministros, ela sinaliza o sentido de uma interação entre formal-fechado e material-aberto, entre paradigma da rigidez (certeza) e paradigma da flexibilidade (possibilidades). O emprego da expressão "pessoas com autoridade na matéria", que é por certo mais ampla do que "peritos" e "comissão de peritos", merece destaque, pois alude à participação de entes civis no

processo constitucional, o que, via de regra, gera incerteza, pois pode abarcar pessoas com inúmeros tipos de vínculos com determinado assunto, tema ou circunstância[22]. Atribui-se à contradição entre concentração de poder e abertura participativa, os próprios aspectos contraditórios atinentes ao momento histórico em que se situa essa problemática: os anos 90 e os anos 2000 demarcam a inserção do Brasil na realidade da globalização. Deste modo, interpretar a Constituição é um poder político, e se esta potência segue pensada como legitimamente concentrada, mantem-se o predomínio daquilo a que Peter Häberle denominou de sociedade fechada dos intérpretes da Constituição.

Onde e como esta concentração se materializa? Para responder, pode-se analisar as reformas legais e constitucionais que trouxeram ao ordenamento jurídico, instrumentos como a Ação Declaratória de Constitucionalidade e as súmulas vinculantes. Porém, empreenda-se também a proporcional investigação das materializações de tendências contrapostas ao fechamento, onde se perceba a direção apontando para a abertura ao pluralismo interpretativo da Constituição. Desta forma, a pesquisa poderá revelar e auxiliar a refletir sobre os resultados de fatores políticos e processos históricos de grande envergadura ocorridos no país: primeiramente, a reação ao fato de que a trajetória constitucional brasileira predominantemente esteve alicerçada em bases autoritárias, o que culminou no regime militar iniciado em 1964 com as Constituições de 1967 e de 1969, e a predominância dos Atos Institucionais que solapavam progressivamente os direitos de resistência e de participação política dos brasileiros; em segundo lugar, a tendência à abertura hermenêutica como resultante de uma reivindicação democrática presente na sociedade brasileira inserida na cultura da globalização, que se dá em um cenário de vivências paradoxais, como movimentos em prol da soberania nacional e movimentos de integração internacional, onde os aspectos locais, nacionais e mundiais se encontram em permanente confronto e interação.

O advento da Lei n. 9.868 de 1999 implica, entende-se, uma mensagem ambivalente no cenário atual, registrando o reconhecimento oficial do Direito brasileiro de que os Ministros do Supremo Tribunal Federal estarão, inevitavelmente, pela função de guardas da Constituição, que desempenham, sujeitos ao enfrentamento da complexidade das relações sociais, e que o aumento da concentração de poderes já não é o único, e talvez, nem o mais eficiente modo de se lidar com tal realidade. Leia-se a transcrição do dispositivo legal referido, visto que expressamente estabelece a lei 9.868 de 1999, em seu o artigo 9º, parágrafos 1º e 2º que:

§ 1º: Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º: O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Assim, a oitiva de organismos civis no processo de controle de constitucionalidade, a partir de 1999, reflete o reconhecimento de que as questões que advém à jurisdição do Supremo Tribunal Federal podem apresentar um grau de complexidade que necessite de um tipo de abertura constitucional a outros atores para que possa ser satisfatoriamente resolvido, sendo que não apenas a abertura hermenêutica, em torno da interpretação de Princípios Constitucionais e de direitos fundamentais, viabiliza a hermenêutica da Constituição em uma sociedade em demanda por pluralismo, mas, além disso, no advento de uma lei ocorre a oportunização, inédita na história constitucional brasileira, à participação de sujeitos da sociedade civil, no processo altamente hierarquizado do controle concentrado da constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. Com isso, o procedimento do Supremo Tribunal Federal reflete, ainda que de modo oficializado, previsível, controlado e legalmente regulado, a tendência a uma ampliação do círculo de intérpretes da Constituição. Entende-se que tal alteração em termos de tradição interpretativa da Constituição no Brasil, parte de vários fatores, como: o atual reconhecimento geral, por parte da comunidade jurídica, de que a globalização é um processo irreversível; o reconhecimento da plurivocidade dos termos da Constituição e da amplitude do Constitucionalismo, como um todo, e, portanto, da necessária pluralidade em sua interpretação; o reconhecimento da complexidade das questões que são submetidas ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, em face do tipo de conflitos que emergem na globalização e na sociedade de risco; o reconhecimento da necessidade de ouvir peritos e outras pessoas com autoridade na matéria antes de decidir uma demanda de inconstitucionalidade, haja vista a extensão dos efeitos da interpretação constitucional e das questões em debate; o reconhecimento de que o processo constitucional possui uma extraordinária relevância política, e, portanto, ao ser defrontado com o pluralismo jurídico e social emergente da globalização, reflete em que grau se encontra a democracia em uma sociedade, se apenas formal ou se substancial.

A reflexividade (Giddens), na sociedade contemporânea, é fator decisivo para compreender o alcance das perspectivas que se abrem às novas formas de participação na interpretação constitucional, uma vez que mesmo os atores tradicionais da cena judiciária buscam, sistematicamente, revisar as suas concepções jurídicas, face aos desafios de decidir novas e intrincadas demandas, onde várias áreas do Direito se entrecruzam. Mas também os novos atores que se relacionam com o mundo jurídico na forma do pluralismo jurídico atual, ampliando os momentos e os âmbitos de interpretação constitucional na luta pelo reconhecimento de seus interesses, traduzem o efeito de um aumento da reflexividade. Para isso, contribuem decisivamente as novas tecnologias de comunicação e informação, pois as pessoas interagem umas com as outras e com os órgãos estatais através desses sistemas abstratos, fomentando a reflexividade através do maior acesso ao conhecimento de realidades diversas daquelas experimentadas pelo sujeito. Nesse sentido, a realidade cotidiana pode contribuir para uma profunda revisão em termos de concepções, tradições, escolhas e percepções, em face da introdução das novas tecnologias de comunicação e informação. O acesso aos conteúdos e aos debates constitucionais, pessoalmente ou através de diálogos travados em sítios interativos ou de consultas em sítios estatais e não-estatais presentes na rede mundial de computadores (Internet), possibilita que os indivíduos vão criando e recriando as significações dos termos polissêmicos da Constituição. Fundamental reiterar a relação existente entre o aumento da reflexividade, o contato com as diferenças (alteridade), a luta pelo pluralismo (como convivência respeitosa entre os diferentes) e o desencadeamento de um pluralismo jurídico (como emergência de novas fontes de juridicidade, inclusive as espontâneas e inoficiais). E, como conseqüência a

abertura de uma perspectiva de democratização da sociedade contemporânea em face dessa ampliação de espaços de produção, reprodução, desconstrução e reconstrução da constitucionalidade. Logo, testemunha-se, no século XXI, o advento de um pluralismo jurídico, emergente da globalização, que afeta o Direito e a interpretação constitucional, porque estende tanto a juridicidade oficial ao mundo social, quanto aproxima o mundo social da juridicidade estatalizada. Para Teubner:

O pluralismo jurídico descobre, assim, no "lado obscuro" do direito soberano, o potencial subversivo dos discursos reprimidos. As mais diversas quase-normas informais e locais são tidas como *supplément* ao moderno ordenamento jurídico oficial, formal, centralizado (o grifo é do autor). (2005, p. 81).

Nessa lógica, retomando a idéia de Peter Häberle sobre a interpretação pluralista da Constituição, o pluralismo se encontra presente não apenas no fato das alteridades sociais e culturais, mas em face dessas alteridades ganharem mais ênfase em condições de globalização, percebe-se a emergência de um pluralismo jurídico que em si mesmo já contém a resistência ao fechamento da hermenêutica num círculo definido de intérpretes oficiais. Isto porque, o pluralismo jurídico não se relaciona somente com a diferenciação de grupos e de valores[23], mas também com a fragmentação dos discursos sociais. Logo, como adverte Teubner:

Estamos, hoje em dia, diante de uma imensa pluralização do pluralismo jurídico (...). O problema não é mais a tradução de normas sociais de grupos para normas jurídicas, e sim a integração de um número confusamente grande de comunicações codificadas de maneira diferente no código jurídico (2005, p. 96).

Tendo em vista a promoção intensificada de reflexividade social gerada pelo panorama da globalização, a inquietação presente no pensamento de Häberle aponta para uma confiança na interpretação pluralista da Constituição para assegurar a democracia, o que condiz com a afirmação de Teubner: "o pluralismo jurídico representa a abertura do direito diante da sociedade. As fronteiras do sistema jurídico (...) não são definidas pelas instituições jurídicas oficiais" (2005, p. 98). Com isso, não se está afirmando que a função dos tribunais, centrada na hierarquia, deixou de ser relevante para o sistema jurídico, mas a questão é que "a verdadeira dinâmica do direito contemporâneo não tem lugar no centro do sistema, mas na periferia do direito, tal como ocorre à dinâmica social na periferia das grandes cidades." (idem, p. 98). Tal é um dos impactos causados pelo advento da globalização, em sua ênfase na flexibilidade, que no que se refere à crise dos processos de regulação tradicionais (estatais), já permite admitir na cultura jurídica a existência interativa entre o direito oficial e um direito não-oficial, travada na base da comunicação desses com diversas interpretações sociais da realidade.[24] Também se observe essa consciência da crise política e jurídica causada com advento do paradigma de flexibilidade (liquidez na tradução de Bauman), na percepção de juristas com sensibilidade aos aspectos de precarização dos direitos e garantias fundamentais que a flexibilidade globalizada introduz no cotidiano das

instituições e das práticas jurídicas. Assim, para José Eduardo Faria[25] a globalização desencadeou uma crise sem precedentes no modelo de sistema jurídico que conhecíamos, e este por sua vez reagiu à pulverização dos centros decisórios com o aumento das normas de regulação oficias, gerando, no presente, uma situação caótica, em que:

(...) as inúmeras micro-racionalidades surgidas na dinâmica dessa caótica expansão legislativa revelam-se potencialmente conflitantes entre si, sendo, portanto, incapazes de convergir em direção a uma racionalidade macro, com unidade lógica, coerência programática e rigor conceitual. Desse modo, numa situação-limite de "hiperjuridicização" ou "sobrejuridificação" (...) o direito positivo já não mais consegue contar com uma hierarquia de normas, decretos, leis e códigos minimamente articulada e com princípios integradores compatíveis entre si (2002, p. 78).

Propõe-se que a crise do paradigma tradicional de interpretação do Direito seja considerada em termos do debate sobre a defasagem e o resgate do viés democrático, face à realidade jurídica no século XXI. Nele situa-se a preocupação com as limitações do modelo tradicional de juridicidade, afetadas que foram as bases do sistema de interpretação e a aplicação do Direito, informados pelo paradigma moderno da rigidez, com seus pressupostos de tradição, previsibilidade, controle através de regulação (sanção ou promoção de condutas desejadas pelo Estado), exatidão, presteza e estabilidade. Para José Eduardo Faria, é clara a falência de uma interpretação tradicional do Direito, o que se aplica à hermenêutica constitucional, pois:

(...) Face à sua pretensão de abarcar uma intrincada e complexa pluralidade de valores, interesses, situações, matérias e sujeitos, disciplinar comportamentos altamente particularísticos e balizar a ação de uma enorme multiplicidade de operadores e atores jurídicos, ele acaba assumindo a forma de uma "bricolage" de normas, procedimentos e sanções, o que compromete inteiramente sua organicidade programática, sua racionalidade sistêmica e sua força diretiva. Como conseqüência, o direito positivo não se limita a perder grande parte de seu potencial de efetividade. Acima de tudo, ele vê a sua própria autonomia em risco" (idem, p. 78).

A teoria constitucional de Peter Häberle, ao introduzir no debate sobre hermenêutica a concepção pluralista de interpretação, possibilita uma aproximação da teoria jurídica e constitucional com a teoria sociológica e com a teoria política que no presente debatem os contornos da globalização, não apenas como ferramenta de crítica ao modelo de hermenêutica tradicional e elitista, em uma postura de apontar suas falhas, mas inclusive, em termos de promover a própria revisão das proposições häberlianas, tentando ultrapassar as suas limitações. Joaquim Gomes Canotilho é um significativo exemplo de jurista contemporâneo que aborda aspectos relevantes da tese de Häberle, empreendendo uma avaliação bastante positiva de suas idéias, mas também o critica com colocações agudas, evidenciando contrapontos interessantes a sua doutrina, dentre as quais destaco aquela em que o autor afirma que:

Se as teorias de constituição tradicionais se reduzem, unilateralmente, à “teoria do Estado” e a questões de poder, Häberle resvala para o extremo de um “pluralismo”, romanticamente crédulo na harmonização universal, onde, no fundo, não se colocam questões de “domínio” e de “legitimação”. Daí a sua crença no pluralismo libertador como força criadora dos homens na ciência e na arte, na economia e na política, que compensa as tensões preexistentes e evita a “guerra civil” e a “luta de classes” (CANOTILHO, 2001, p. 99).

Em virtude da constatação de que ainda há entendimentos de juristas que se inserem dentro de uma tradição de buscar concretizar os valores associados à democracia reforçando o papel centralista dos poderes instituídos, defendendo, por exemplo, o ativismo judicial, ainda que condicionado, o discurso que enfatiza a interpretação constitucional por parte do Supremo Tribunal Federal, reflete uma concepção de que a atuação desses juízes como intérpretes superiores da Constituição, é a única fórmula ou no mínimo a mais adequada para enfrentar as desigualdades sociais. Tal corrente, entende-se, deixa de promover a discussão sobre a legitimidade de outros intérpretes da Constituição. Nas palavras de APPIO:

O contexto atual é de absoluta crise de representatividade eleitoral, com a reavaliação de todos os mecanismos atuais de democracia representativa. O STF, por sua vez, assume um fato histórico, ou seja, que com a erosão gradual e acentuada da credibilidade dos demais Poderes da República, por força dos sucessivos escândalos, detém uma insuspeita credibilidade política (2009, p. 366).

Crê-se na confrontação produtiva entre o viés tradicional (judicialista) e o viés “aberto” da interpretação constitucional, pois o debate que promove o desenvolvimento do saber jurídico está atravessado por ambas as concepções. Ultrapassar os limites das fórmulas hermenêuticas incorporadas pelas estruturas de poder já existentes, mormente, neste caso, os tribunais, já sobrecarregados de demandas, demanda uma discussão acerca da tese de G. Teubner, onde o novo pluralismo jurídico “supera concepções hierárquicas do pluralismo jurídico, que tendem a assimilar níveis jurídicos com a estratificação da sociedade, ignorando fenômenos sociais fora dessa hierarquia” (2005, p. 86). E afirma ainda o autor que esse novo pluralismo jurídico “ (...) liberta-se da herança do institucionalismo tradicional, que encontrava o lugar social do pluralismo jurídico incorporado em instituições, corporações e organizações formalmente estruturadas. (...) é não-legalista, não-hierárquico e não-institucional” (idem, p. 87). Vê-se que interpretar a Constituição, em condições como as atribuídas à globalização, onde se destacam aspectos como a intensificação da reflexividade e da reivindicação por um novo pluralismo, poderá consistir, e de certo modo, em alguma medida, já consiste, na descoberta das possibilidades de uma nova vivência política, substancialmente democrática.

Conclusão:

São profundos os impactos da globalização sobre um Direito vinculado a uma sociedade tradicional, e destacamos a contradição emergente na atuação do Poder Judiciário, tomando como foco de análise o Supremo Tribunal Federal, mais especificamente no que se refere ao procedimento de controle de constitucionalidade, regrado desde 1999, pela Lei n. 9.868. Diagnosticamos que a Constituição tem sido interpretada em um cenário de crise paradigmática, onde o novo paradigma, emergente da sociedade globalizada, aparece como flexibilidade, tal como apontado em pensamentos como o de Peter Häberle, Anthony Giddens e Zygmunt Bauman.

A interpretação constitucional tradicional da interpretação constitucional flexível, atribuindo àquela o significado de rigidez, ou seja, de resistência política à flexibilidade, resistência essa originária de um modelo centrado no poder estatal hierarquizado, informado pelas metas do modelo econômico e cultural fordista. A meta fundamental e constitucional de democratização da sociedade e do Estado demanda ampliar a participação de pessoas e grupos nos procedimentos de interpretação oficial e reconhecer a legitimidade da interpretação não-oficial da Constituição. As informações sobre os atos identificados como ações estatais para a defesa constitucional se tornam, neste contexto globalizado, mais acessíveis aos cidadãos, pela publicidade conferida às decisões judiciais e a seus prolatores, através da televisão e do meio virtual (ambiente midiático), sendo tal visibilidade um significativo parâmetro para se dimensionar as mudanças, os desdobramentos e as dimensões da crise de paradigmas. Em face da posição privilegiada da Constituição no universo jurídico, como um setor continente do Direito que, de modo mais abrangente, sintetiza as suas direções axiológicas, que implicam, atualmente, a polimorfia da democracia e a participação cidadã em todas as suas expressões, propomos a pertinência de indagar sobre as condições do controle judicial da constitucionalidade em um cenário de globalização. Assim, abrir espaço teórico para novas perspectivas de exercício de uma cidadania participativa dentro do universo jurídico, poderá revelar novas formas de resistências contra a dominação e suas reformulações no mundo contemporâneo.

Conclui-se que o discurso jurídico, predominante na história do Constitucionalismo brasileiro, em sua identidade ocidental e européia, esteve marcado pela contradição entre grupos e nação, entre a nação (soberana) e racionalidade econômica (competitiva), privilegiando sempre o poder do Estado-Nação (centralizado e concentrado) em detrimento da organização da sociedade (pluralista e heterogênea).

Nesse momento, se torna imperiosa a conexão entre a tese de Peter Häberle, sobre a abertura da sociedade de intérpretes constitucionais, trazendo novas perspectivas à hermenêutica da Constituição, e as teorias da globalização, como em Anthony Giddens, onde aparece descrita a intensificação da reflexividade e o advento de um novo pluralismo na sociedade globalizada.

A interpretação materialmente aberta da Constituição, que recorre aos princípios jurídicos e constitucionais e do Direito Constitucional Internacional converge no caminho da flexibilidade com a abertura do círculo de intérpretes da Constituição, o que na verdade, já está ocorrendo e vem reivindicando o aprofundamento da teoria da interpretação constitucional, oferecendo desdobramentos em vários campos jurídicos e das ciências sociais com variados matizes teóricos, trazendo, inclusive, conseqüências em termos de novas concepções doutrinárias e novas regulações legais de procedimentos oficiais que, recentemente, no caso do Brasil, aparecem nas décadas de

80, 90 e 2000. Com a vigência de um paradigma de flexibilidade, a realidade contraditória do Direito no século XXI se torna cada vez mais visível, e o Poder Judiciário reflete tais contradições, buscando manter sua representação como poder estatal responsável pela distribuição da justiça e como intérprete máximo da vontade constitucional. Assim, entende-se que as crises do Estado, mais especificamente no âmbito do Poder Judiciário, sendo recorrentes, são mais visíveis na globalização, e em face da visibilidade. Logo, um novo pluralismo, emergente das constelações de relações sociais em interação e frente à intensificação da reflexividade, tencionam a Instituição Judiciária, que vem sofrendo abalos e reformas, acolhendo modificações nos fundamentos da juridicidade e em seus procedimentos, que refletem resistências e, paradoxalmente, também mudanças democratizadoras do processo constitucional em variadas escalas e em diversos níveis.

As modificações (e crises) dentro do quadro de contradições produtivas e não-produtivas da globalização, não devem ser descartadas, pois a sua confrontação é viés democratizador do próprio debate jurídico. Dessa forma, as condicionantes sociais e culturais da interpretação constitucional não podem ser deixadas à margem do debate sobre as contradições pertinentes ao mundo globalizado, pois pré-determinar as formas ideais de como a democracia deve se manifestar, em certo sentido, já é torná-la inviável.

A globalização, assim, aparece na sua face desafiadora de nossas capacidades e habilidades, aparece na sua aterrorizante complexidade, pois o tempo todo em que tentamos explicá-la, exclusivamente, como um processo deletério de nossa identidade humana, ela nos coloca face aos paradoxos, as contradições, às possibilidades, e ao novo. O jurista atento às mudanças pode enxergar no momento presente novas estratégias de conquista e de manutenção do poder na globalização, e assim, pode indagar, na defesa das lutas contra-hegemônica, sobre as condições de promoção do acesso às oportunidades de emancipação até então não experimentadas pelas sociedades não beneficiadas no imediato com os avanços da globalização. O debate constitucional, através da interdisciplinaridade, pode revisar seus pressupostos teóricos, científicos e operacionais, para poder assimilar novas feições democratizantes, associando-se às lutas cidadãs mais coerentes com as condições reais de vida das pessoas em uma sociedade globalizada.

Referências:

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor,

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 9ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____ . **Interpretação e Aplicação da Constituição.**

_____ **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony e LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.** São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** São Paulo: Malheiros, .

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito.** Rio de Janeiro/São Paulo, 2003.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Interpretação jurídica e Estereótipos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____ . **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

CONNOR, Steven. **Cultura Pós-Moderna: introdução às teorias do contemporâneo.** São Paulo: Loyola, 1993.

COSTA, Fábio Silva. **Hermenêutica Jurídica e Direito Contemporâneo: estudo acerca da operacionalidade do método interpretativo sistemático perante a redefinição paradigmática da ordem jurídica.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição Viva: cidadania e direitos humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2004.

GALLINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade.** São Paulo: Editora UNESP, 1991.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HELLER, Agnes e FEHÉR, Ferenc. **A Condição política Pós-Moderna.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

MACEDO, Dimas. **Política e Constituição.** Rio de janeiro: Lúmen Júris, 2003.

MARTINS, José Maria Ramos e MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Pluralismo Jurídico e Novos Paradigmas Teóricos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2008.

RENAUT, Alain. **O fim da autoridade.** Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

ROCHA, Leonel Severo; Streck, Lenio Luiz et all (Organizadores). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição Constitucional e Democracia; uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS - mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

SBROGIO'GALIA, Susana. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIQUEIRA, Holgonsi Soares Gonçalves. Tese de doutorado. Santa Maria/RS, UFSM,

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

_____ . **Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TEIXEIRA, Carla Costa e CHAVES, Christine de Alencar (organizadoras). **Espaços e tempos da política.** Rio de Janeiro: Relume Dumará: Núcleo de antropologia da Política/UFRJ, 2004.

TEUBNER, Gunther. Direito, Sistema e Policontextualidade. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

[1] Carlos Maximiliano, em obra tida com um clássico da teoria da hermenêutica jurídica no Brasil, cujas primeiras edições remontam à década de 40, refere que "Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém. Pode-se procurar e definir a significação de conceitos e intenções, fatos e indícios; porque tudo se interpreta; inclusive o silêncio", e o mesmo autor afirma após que: "A Constituição não é um repositório de doutrinas; é um *instrumento de governo* (grifo meu) que assegura a liberdade e o direito, sem prejuízo do progresso e da ordem". (MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2001, páginas 7, 8 e 255, respectivamente).

[2] Ver em TEUBNER, Gunther. Direito, Sistema e Policontexturalidade.

[3] Entendo, neste trabalho, as expressões "pós-modernidade" e "globalização" como sinônimas, considero pertinente a leitura de Teubner sobre a situação do intérprete do Direito em condições atuais, uma vez que segundo ele: "O pluralismo jurídico fascina os juristas pós-modernos, que não se preocupam mais com o Direito oficial do Estado centralizado e suas aspirações de abstração, generalidade e universalidade. É na "lei dos asfalto' das grandes cidades norte-americanas ou no "quase-direito" das favelas do Brasil, nas normas informais das culturas políticas alternativas, na colcha de retalhos do direito das minorias, nas normas de grupos étnicos, culturais e religiosos, nas técnicas disciplinares da "justiça privada' e, ainda, nos regulamentos internos de organizações formais e redes informais que se encontram todos os ingredientes da pós-modernidade: o local, o plural, o subversivo" (TEUBNER, 2005, p. 81).

[4] Como, por exemplo, cito o advento do Novo Código Civil Brasileiro, que entrou em vigor em 2002, revogando a legislação civil anterior que vigorava no país desde o início do século XX. As relações entre a nova lei e a Constituição passam a ocupar lugar destacado na discussão jurídica, surgindo obras que tratam especificamente do tema, como: SARLET, Ingo W. (Org.). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

[5] Ver as seguintes leis: Lei nº de 7 de novembro de 1984, Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 e **Lei nº 10.259, de 12 de Julho de 2001.**

[6] De acordo com Vieira, essa foi a alternativa de enfrentar o problema da morosidade e da reduzida acessibilidade ao Poder Judiciário através de medidas de informalização da Justiça, pois na Lei nº de 7 de novembro de 1984, já se lia que os Juizados deveriam orientar-se por critérios como a informalidade, economia processual, simplicidade, oralidade e celeridade, "buscando sempre que possível a conciliação das partes" (VIEIRA, 1995, p. 121).

[7] Como afirmou, em 2006, o Desembargador **Raimundo Vales**: "Vários fatos recentes demonstram que o processo judicial virtual, base da chamada "justiça sem papel", já é uma inexorável realidade no Brasil e não há mais fugir como dela" (artigo publicado originalmente no jornal Diário do Amapá, em 27 de setembro de 2006). Ainda segundo o jurista: "A sistematização do processo judicial virtual e a conseqüente instituição da "justiça sem papel" constitui-se, sem sobra de dúvidas, a mais inovadora e revolucionária mudança vivida pela justiça brasileira neste século. Implicará, pelas

profundas transformações que enseja, em verdadeira reinvenção do processo, com a conseqüente readequação ou readaptação do papel de todos os seus operadores (advogados, defensores, procuradores, servidores e juízes). A inovação está em que a tecnologia da informação (leia-se informática, ciência da computação, mídia global, comunicação digital, etc) passa a ocupar posição central no processo judicial, pelo menos enquanto método ou insumo de produção e serviço, dada a ausência do papel como meio físico de registro da informação e da documentação. Os elementos de prova, por exemplo, subsistirão no "caderno virtual" apenas como marcas digitais do que realmente são em concreto, e nesse modo não mais residirão dentro do processo, mas exclusivamente fora dele. A adoção do processo judicial virtual é medida revolucionária porque rompe com paradigmas sacramentais do direito processual brasileiro; obcecado pela chamada segurança jurídica, é ele profundamente apegado a ritos e formas, todos eles pensados para assegurá-la. Na linha cultural do "o que não está nos autos não está no mundo", não será fácil convencer os vários operadores do direito, formais por tradição e formação, de sua viabilidade e segurança. Sem alternativa, teremos todos de nos enquadrar. Quem não o fizer será atropelado". Acessível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=53:a-realidade-inexorl-do-processo-virtual&catid=74:artigos&Itemid=129. Data do acesso: 20/01/2009.

[8] Häberle toma a concepção de sociedade aberta a partir da teoria de Karl Popper, em que a expressão alude, sobretudo, à premissa de que o conhecimento científico não é absoluto e à uma sociedade onde se respeita a liberdade de pensamento e de crítica, como defesas contra a "onisciência e a pretensão de onipotência da sociedade "fechada"." Ver a nota de rodapé n. 70, na página 39 em HÄBERLE, 1997.

[9] Conforme a idéia dos diferentes discursos da globalização, onde se pode encontrar o diagnóstico da existência do discurso em prol de uma globalização contra-hegemônica, expresso no pensamento de Boaventura de Sousa Santos. SANTOS, B. S. (Org.) A Globalização e as Ciências Sociais. São Paulo: Cortez, 2002, p. 71.

[10] Conforme Michel Onfray: "O homem branco, adulto, ocidental, cristão, heterossexual, casado, dispondo de um capital cultural e de um volume de bens materiais codificados, aparece como modelo a quem se reserva a utilização e a detenção dessa violência social autorizada e legitimada" (ONFRAY, 2001, p. 184).

[11] Consultar Norberto Bobbio com sua obra clássica: Teoria do Ordenamento Jurídico.

[12] Algumas referências que tratam do tema do Direito como sistema: "O Direito como sistema autopoiético", obra de Niklas Luhmann. LOSANO, Mario G. Sistema e Estrutura no Direito. Vol. 1. Das Origens à Escola Histórica. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

[13] Ver Norberto Bobbio em "A Era dos Direitos". Rio de Janeiro: Campus, 1999.

[14] MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 457.

[15] A Constituição teria uma natureza híbrida, como realidade e dever-ser, com identidade política, social, cultural, econômica e jurídica. Paulo Bonavides explica a introdução da idéia de sistema constitucional, desenvolvida a partir do século XIX, pela influência do pensamento crítico de Ferdinand Lassalle, que lançou as bases da denominada "Teoria Material da Constituição". Segundo Bonavides: "O sistema constitucional teria por conteúdo, *primeiro,* a Constituição propriamente dita, *segundo,* as leis complementares previstas pela Constituição, *terceiro,* todas as leis ordinárias, que, do ponto de vista material, se possam reputar constitucionais, embora não estejam no texto da Constituição formal, e a seguir, com o máximo relevo, o conjunto de instituições e poderes há pouco referidos, a saber os partidos políticos e correntes de interesses" (BONAVIDES, 2001, p. 81).

[16] Relevantes são os dados sobre a criação de universidades e faculdades privadas no contexto da América Latina no final do século XX e início do XXI, inclusive no Brasil. Como afirma Hélgio Trindade: "A grande guinada em favor das instituições privadas na América Latina aconteceu nos anos 80, quando então assistimos a uma explosão em seu crescimento. O número de instituições privadas, fundadas entre 1981-1995, ultrapassa quatro vezes o das públicas. No referido período, são criadas 232 instituições particulares e apenas 51 públicas" (TRINDADE E BLANQUER (orgs.) Os Desafios da educação na América Latina. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 28).

[17] Segundo Wolkmer: "Efetivamente, o Constitucionalismo brasileiro, quer em sua primeira fase política (representado pelas Constituições de 1824 e 1891), quer em sua etapa social posterior (Constituição de 1934), expressou muito mais os intentos de regulamentação das elites agrárias locais do que propriamente a autenticidade de movimento nascido das lutas populares por cidadania ou mesmo de avanços alcançados por uma burguesia nacional constituída no interregno de espaços democráticos. As demais Constituições brasileiras (1937, 1946, 1967 e 1969) representaram sempre um Constitucionalismo de base não-democrática (no sentido popular), sem a plenitude da participação do povo, utilizado muito mais como instrumental retórico de uma legalidade individualista, formalista e programática". WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. P.112.

[18] De acordo com Lima: O caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, doravante – bem pode servir de um seguro parâmetro, não somente por sua natureza, mas também pelo processo de que é resultado. (...) cumpre dizer que a introdução da ADC no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, como é de conhecimento geral, se deixa mostrar pela necessidade da segurança jurídica, portanto, da governabilidade em detrimento da democracia (...). (LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: Um problema da Teoria da Democracia Política in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et all (orgs.) Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. p. 244).

[19] Efeito Vinculante de uma decisão judicial significa que ela será de observação obrigatória pelos juízes e pelas instâncias judiciais e administrativas, não podendo ser prolatada decisão ou parecer que a contrarie.

[20] Conforme leciona José Afonso da Silva, as Súmulas Vinculantes significam "a adoção oficial de uma interpretação fixa que se imponha a todos, e que foi objeto de

larga discussão (...) Foram elas acolhidas no Artigo 103-A da CF, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004" (SILVA, 2006, p. 560).

[21] Ainda em Barreto Lima encontro a seguinte afirmação: A tarefa de instituição de uma cultura democrática no âmbito do poder judiciário não é uma atribuição somente do poder judiciário, e, aliás, nem é salutar que seja monopolizada por um único ator político. Em nome da heterogeneidade de idéias – característica da democracia – esta é uma tarefa de toda a sociedade (...). (idem).

[22] Cito entidades representativas de interesses religiosos, políticos, culturais, sociais em geral, lideranças de Organismos Não-Governamentais, ativistas de direitos humanos e ambientalistas, dentre outros sujeitos cuja opinião possa trazer uma contribuição relevante para a interpretação da matéria constitucional sob julgamento. Exemplo disso ocorreu, recentemente, durante as sessões de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança, no que se refere à pesquisa em células-tronco embrionárias, prevista na mesma. Destaco, ainda, que as sessões do Supremo Tribunal Federal foram transmitidas ao vivo pela televisão, em canal fechado.

[23] Como, por exemplo, os valores religiosos, emanados de diferentes crenças e cultos. A liberdade religiosa é um direito fundamental consagrado pela Constituição. Ver a respeito do choque entre o fundamentalismo e a natureza do direito à liberdade religiosa: NETO, Jayme W. Liberdade Religiosa na Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Também em relação aos valores sociais, que afetam segmentos sociais específicos, como o valor social do trabalho, princípio e fundamento constitucional da ordem econômica e que, em tempos de globalização e flexibilidade, se traduz, inclusive, no direito fundamental à proteção em face da automação, conforme GONÇALVES, 2003, p. 23.

[24] É o próprio Teubner que vai detectar existência de um "Direito periférico", ou seja, "o ponto no qual o direito oficial e o não-oficial conectam-se a outros discursos sociais" (2005, p. 98). O autor indica nessa mudança que "A Justiça no sentido mais restrito, representada pelos tribunais nacionais e internacionais, ganha concorrentes nas instâncias sociais não-políticas de solução de conflitos. Organizações internacionais, instâncias de arbitragem e de mediação, comissões de ética e regimes contratuais estão se transformando em "tribunais da sociedade", que funcionam como sistemas parciais organizados do direito mundial, mas que dispensam as prestações estatais de infra-estrutura" (idem, p. 110).

[25] Ver a obra: Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 1995.

EXPANSÃO, LIMITES E LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: TRANSFORMAÇÕES DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO NO SÉCULO XXI*

EXPANSION, AND LIMITS OF LEGITIMATE CONSTITUTIONAL JUSTICE: TRANSFORMATION OF THE JUDICIARY IN THE BRAZILIAN CENTURY XXI

Pedro Rafael Malveira Deocleciano
Francisco Lisboa Rodrigues

RESUMO

A ordem constitucional brasileira começa a sentir, de forma mais incisiva, os reflexos da conturbada relação entre as instituições e a sociedade. O ativismo judicial parece-nos mais um sintoma do que um antídoto capaz de solucionar todos os problemas sociais. No entanto, o Judiciário é, por enquanto, um dos poucos palcos onde a cidadania tem o direito de voz e de reclamar pelas promessas constitucionais. Os Poderes Constituídos, detentores da guarda e da efetivação dessas promessas, não demonstram disposição em coordenar força normativa e exercício de direitos, fato que levou o Judiciário a tomar uma forma suis generis de atuação. De um lado, o dever de dizer o direito e de apresentar respostas, justas ou não, às demandas sociais. De outro lado, as limitações fáticas, jurídicas e as interferências nas esferas dos outros Poderes são fatores que pesam no poder de agir, levando a tomar decisões impactantes. A atividade do Supremo Tribunal Federal, levando em conta as tomadas de posicionamento, tem ocasionado duras críticas, pois que as suas atribuições crescem a passos largos. Além de guardar e interpretar a Constituição, o Tribunal ponteia uma nova perspectiva ao texto constitucional. Mais do que determinar o alcance da norma, o Supremo está, claramente, reescrevendo a Constituição. Diante disso, cabe perguntar: até onde se estende o poder e a legitimidade do STF? A expansão da jurisdição constitucional pode estar se confundindo com o excesso de poder, a ponto de comprometer a democracia brasileira? O trabalho procura não somente tentar responder a estas questões, mas principalmente entender porque o Supremo está sendo, constantemente, convidado ao debate das questões políticas que, num primeiro momento, não seria de sua alçada.

PALAVRAS-CHAVES: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. QUESTÕES POLÍTICAS. LIMITES.

ABSTRACT

The Brazilian constitutional order begins to feel more acutely, the reflections of the troubled relationship between institutions and society. The judicial activism seems to be more a symptom than an antidote capable of solving all social problems. However, the judiciary is, for now, one of the few venues where citizens have the right voice and

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

reclaim the constitutional promises. Constitutional Authorities, owners of storage and realization of these promises, it showed willingness to coordinate legal force and exercise of rights, which has led the judiciary to take a suis generis form of action. On the other hand, the duty to tell the right and submit answers, fair or not, the social demands. On the other hand, the limitations factual, legal and interference in the spheres of other branches are factors that weigh in power to act, leading to decisions impacting. The activity of the Supreme Court, taking into account the position taken, has caused harsh criticism, since their powers grow rapidly. In addition to storing and interpreting the Constitution, the Court point a new perspective to the constitutional text. Rather than determining the scope of the standard, the Court is, of course, rewriting the Constitution. Given this, the question arises: how far extends the power and legitimacy of the Supreme Court? The expansion of the constitutional jurisdiction might be confused with the extra power, it threatens Brazilian democracy? The work has not only trying to answer these questions, but mainly to understand why the Court is being constantly invited to debate political issues that, initially, was not their jurisdiction.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL JURISDICTION. DEMOCRATIC LEGITIMACY. POLICY ISSUES. LIMITS.

1. INTRODUÇÃO

O tema da Jurisdição Constitucional ocupa na modernidade uma das maiores produções científicas na Teoria do Direito Constitucional. Não poderia ser diverso, visto que os Tribunais Constitucionais vêm decidindo questões relevantes da nossa sociedade, inclusive na seara das chamadas questões políticas. Por outro lado, não menos importante é a interveniências dessas Cortes no controle da constitucionalidade das leis, como se observa no caso do Brasil.

Nesta terra em que se planta e tudo dá, a jurisdição constitucional está cada vez mais forte e sedimentando tendências para as gerações futuras, bastando tomar como exemplo o processo de objetivação do controle difuso da constitucionalidade. Por tais razões, tem-se que o tema acerca de sua legitimidade é de suma relevância, colocando em lados complementares (não antagônicos) o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Os direitos fundamentais, traduzindo as prerrogativas básicas de cada indivíduo componente de um Estado de Direito , estão decantados, de regra, em comandos da Constituição. Sob esse aspecto, as temáticas que envolvem direitos fundamentais dizem respeito, em última análise, à força normativa da Carta Magna e, portanto, às maneiras como esta é interpretada e concretizada.

Em outra elucidação essencial a esta pesquisa, importa ressaltar que os planos de efetivação dos direitos fundamentais, na realidade socioeconômica, são traçados em *políticas públicas*, isto é, em estratégias coordenadas pelo Estado em prol de aplicar as normas à realidade sobre a qual incidem. Portanto, políticas públicas representam a realização, do modo mais concreto possível, dos comandos constitucionais, os transportando à práxis.

No ensejo deste trabalho, compreende-se que o dever estatal de efetivar os direitos fundamentais (e cobrar seus respectivos deveres fundamentais) é a própria finalidade do Estado. De maneira que não pode interessar, especificamente, a entidade estatal que transporta as normas à realidade: todas as entidades estatais existem nessa razão.

Em aprofundamento, examina-se o papel do Poder Judiciário – sua atuação frente a políticas públicas. E tal papel é delicado, não apenas porque, historicamente, o Judiciário se distanciara dele, como porque, hoje, quando a aproximação é evidente, os outros poderes constituídos se inquietam.

O agitamento de Executivo e Legislativo resulta, principalmente, da tradicional noção de separação dos poderes e do denominado *argumento orçamentário*. Delineiam-se ambos, na seqüência, em breves linhas.

O conceito oitocentista (montesquiano) de separação dos poderes remete a uma *independência de atividades estatais* e não a uma *integração*. É justificado pelo receio de que houvesse força capaz de concentrar todo o Estado (regresso ao Absolutismo do *ancien régime*), e criara uma noção de desagregar cada função possível (função de legislar, função de executar e função de julgar, por exemplo), de maneira que uma não interviesse no âmbito da outra, resguardando, em tese, a autonomia dessas atividades.

Com a digressão histórica, se depreende que as políticas públicas, tradicionalmente, estiveram a cargo do Poder Executivo, posto que consideradas *prestações administrativas* em nome dos direitos. Não se concebia, plenamente, que as leis já fossem concretizadoras dessas políticas ou que a garantia da aplicação dessas leis o fosse. De sorte que o Legislativo, porém peculiarmente o Judiciário, se alijaram do processo de aplicação dos direitos por meio de planos ordenados para tanto, cabendo-lhes sempre função ancilar ao Executivo.

Não obstante sua aplicação multissecular, essa sistemática tornara-se incompatível com a *democracia de direitos* , isto é, com a espécie de Estado de Direito que distribui o bem comum (direitos e deveres) através de todos os seus ramos, mesmo porque, conforme se disse, isto é mera decorrência da finalidade primordial do próprio Estado.

Não basta que as decisões fundantes da sociedade sejam tomadas pelo Legislativo; manejadas, na prática, pelo Executivo; e, acaso gerem conflitos, sejam levadas à pacificação dada pelo Judiciário.

As carências existentes e, adiante-se, as novas e constantes carências por existir, no modelo de Estado Democrático de Direito, situam os poderes estatais numa necessária reorganização. Se o Estado age na busca do ideal de concretizar a Constituição, cobrando os deveres e deferindo os direitos cabíveis a cada indivíduo, as atividades distintas em que se separou devem ser complementares, integradas e alinhadas para conquistar esse objetivo.

Nesse novo paradigma, em resumo, a doutrina e a jurisprudência debatem a respeito da atuação do Poder Judiciário. O fato intrigante, para o debate, é que não há complementaridade, integração ou alinhamento entre os poderes constituídos: há, isto sim, na maioria dos casos, omissão de todos eles, de algum, ou alguns, e a ação de um

único, ou de alguns, para aplicar as políticas públicas. É dizer, a coordenação de todo o Estado ante as políticas públicas é, praticamente, utópica.

Com isso, essa premente ação (positiva) foi, cada dia, restando ao Judiciário, atividade estatal que, por épocas, se configurou pela passividade e pelo simples anúncio aos outros poderes de que alguma norma ou atitude administrativa faltavam para materializar o direito de um indivíduo.

A partir da proliferação desses contextos, em que o próprio Judiciário determinava as atitudes administrativas necessárias à praticabilidade dos direitos fundamentais sob seu crivo, o que se denominou *ativismo judicial* , a preocupação institucional dos outros poderes despontara. A reivindicação é de que as costumeiras posições de Executivo, Legislativo e Judiciário permaneçam, a fim de combater o que, então, se apelidou *ditadura dos juízes* .

Contudo, as razões filosóficas e institucionais pareceram não abalar a atividade judicial de garantia dos direitos fundamentais, a partir de suas decisões. Todavia, iniciaram as razões orçamentárias. A alegativa de que o resguardo de direitos através dos juízes desequilibra o trabalho do Executivo e pretende confinar o trabalho do Legislativo, principalmente no que se refere às leis orçamentárias, se densificou.

No decorrer do presente estudo apresentar-se-á o papel dos Tribunais Constitucionais e, posteriormente, sua legitimidade, esclarecendo que a fundamentação democrática para a mesma não é a única possível. Assim, divide-se o texto em duas partes: a primeira tratando dos Tribunais Constitucionais a segunda sobre a sua legitimidade.

2. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Falar de Justiça Constitucional reflete uma das maiores preocupações da Teoria do Direito Constitucional, qual seja, o processo de consolidação do Estado Democrático de Direito que passa, necessariamente, pela discussão em torno do papel das Cortes Constitucionais no sistema jurídico instituído pela Constituição do Estado.

No entanto, para que se possa ter uma idéia mais adequada do tema, mister indagar-se sobre um pressuposto lógico de imposição teórica irresistível: afinal, “quem deve ser o guardião da Constituição?” Esta indagação, que constitui o título de um escrito de Hans Kelsen (KELSEN, 2003, pp. 237/298), nos conduz, ao final do texto, à compreensão segundo a qual, num regime democrático, deve-se ter no povo a titularidade do poder político. A questão não é de simples elucidação, bastando abordar, embora superficialmente, a famosa polêmica travada entre Hans Kelsen e Carl Schmitt.

De fato, após observar a ausência do legislador para o controle de constitucionalidade, Schmitt (SCHMITT, 2007, p. 229) é enfático em defender que “*a independência dos juizes não tem, no Estado atual, de forma alguma o objetivo de criar um titular da*

correta volição política, mas de delimitar e garantir uma esfera da justiça vinculada à lei dentro de um ser estatal ordenado".

E arremata (SCHMITT, op. cit. p. 233), ao final, que "*o fato de o presidente do Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar*."

A questão sobre o controle da constitucionalidade, portanto, colocou em pontos opostos Hans Kelsen e Carl Schmitt, iniciando quando este, em 1931, publicou seu *Der Hüter der Verfassung – Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart*, no qual defendia que a proteção da Constituição deveria ser de atribuição ao Presidente do Reich, como visto acima.

Hans Kelsen, por sua vez, publicou *Wer soll der Hüter de Verfassung sein?*, já referido, com o intuito de demonstrar os equívocos da teoria Schmittiana, erigindo para a guarda da Constituição um Tribunal independente. A maioria dos autores, seguindo a orientação kelseniana, advoga um Tribunal Constitucional como o legítimo defensor da Constituição. Este fato ocorre em virtude de se aceitar a atividade do Tribunal como jurisdicional e não política como pensou Carl Schmitt quando coloca no *Reich* a titularidade da defesa da Constituição. Kelsen rebate a posição de Schmitt com notável maestria. Vale a ressaltar parte de seus argumentos (KELSEN, op. Cit., pp. 241/242):

A Constituição da monarquia constitucional tem um acentuado caráter dualístico. Ela divide o poder político em dois pólos: Parlamento e governo, sendo que este já de antemão possui uma certa preponderância sobre o primeiro, de modo algum apenas *de facto*, mas sim *de jure*. Que o governo, particularmente o monarca que o encabeça, seja tanto na realidade política quanto nas normas da Constituição, um órgão que como o Parlamento exerce o poder estatal – e mesmo em maior medida que este – não pode ser posto em dúvida; tampouco se pode duvidar de que o poder confiado ao governo esteja em permanente concorrência com o do Parlamento. Portanto, para tornar-se possível a noção de que justamente o governo – e apenas ele – seria o natural *guardião da Constituição*, é preciso encobrir o caráter de sua função. Para tanto serve a conhecida doutrina: o monarca é – exclusivamente ou não – uma terceira instância, objetiva, situada acima do antagonismo (instaurado conscientemente pela Constituição) dos dois pólos do poder, e detentor de um poder neutro. Apenas sob esse pressuposto parece justificar-se a tese e que caberia a ele, e apenas a ele, cuidar que o exercício do poder não ultrapasse os limites estabelecidos na Constituição.

Trata-se de uma ficção de notável audácia, se pensarmos que no arsenal do constitucionalismo desfila outra doutrina segundo a qual o monarca seria de fato o único, porque supremo, órgão do exercício do poder estatal, sendo também, particularmente, detentor do poder legislativo: do monarca, não do parlamento, proviria a ordem para a lei, a representação popular apenas participaria da definição do conteúdo da lei. Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade? A objeção de que se trata de uma intolerável contradição seria totalmente descabida, pois seria aplicar a categoria do conhecimento científico (ciência jurídica ou teoria do Estado) àquilo que só pode ser

entendido como ideologia política. Num sistema intelectual cujo profundo parentesco com a teologia não é ignorado hoje por ninguém, o princípio de contradição não tem mais lugar. O que importa não é estabelecer se as teses de tal teoria constitucional são verdadeiras, mas sim se alcançam seu objetivo político: e de fato o fizeram em medida máxima. Dentro da atmosfera política da monarquia, essa doutrina do monarca como *guardião da Constituição* era um movimento eficaz contra a busca, que já então aflorava de quando em quando, por um tribunal constitucional.

Pelo constatado acima na argumentação kelseniana, o monarca, como imaginou Schmitt, não pode ser instância neutra no exercício do poder, posto que ele não teria vocação genuína para o controle de constitucionalidade. Daí a necessidade de um Tribunal Constitucional.

A teoria de Kelsen tomou amplitude com o passar do tempo, sendo hoje adotada na quase totalidade dos países, quer dizer, a idéia de um Tribunal Constitucional competente para o controle da constitucionalidade consagrou-se.

Agora, outra questão de não menos envergadura surge no cenário: se um Tribunal Constitucional deve ser o guardião da Constituição, como se resolveria o problema de sua legitimidade? Esta legitimidade estaria relacionada, necessariamente, com a opção democrática ou não? Existiriam outras instâncias possíveis de legitimação para a Jurisdição Constitucional?

Por não ser objeto central do tema aqui proposto o desenvolvimento pormenorizado do debate entre os dois juristas acima, cabe dizer que para se chegar à legitimidade do Tribunal Constitucional, deve-se revisitar as teorias existentes, notadamente a democrática que caracteriza boa parte dos Estados modernos.

3. LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

A opção democrática aparece, modernamente, como a principal base de legitimação da Jurisdição Constitucional. Heródoto (HERÓDOTO, 2001, pp. 376/377) se refere a uma discussão entre três reis persas – Otanes, Megabises e Dario – na qual discutem as formas de governo. Otanes, na sua defesa da democracia, afirma:

Não se dá o mesmo com o governo democrático (vícios do governo monárquico), que chamamos de isonomia, que soa como o mais belo de todos os nomes. Neste, não é permitido nenhum dos abusos inerentes ao Estado monárquico. O magistrado é eleito por sorte, e torna-se responsável pelos seus atos administrativos, sendo todas as deliberações tomadas em comum. Sou, por conseguinte, pela abolição do governo monárquico e pela instauração do governo democrático, pois todo poder emana do povo.

Dizer que há democracia é defender que sua existência e funções encontram fundamento na soberania do povo. Mas o que se deve entender por soberania? A resposta vem de Rousseau (ROSSEAU, 2003, p. 43):

Como a natureza dá ao homem um poder absoluto sobre os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus; e é este mesmo poder que, encaminhado pela vontade geral, tem o nome de soberania.

É esta vontade soberana do povo que sustenta e dá vida à democracia. No entanto, a questão não pára por aqui. Se a justiça constitucional possui assento na democracia, deve-se admitir que a vontade da maioria – que não se confunde com a vontade geral no pensamento de Rousseau -, prevalece na base de sua legitimidade.

Caracterizado por uma vontade soberana, o princípio da maioria indica, todavia, a presença de uma minoria que se vê, ao menos em tese, desprivilegiada no que tange as decisões políticas. Assim, não se trata de estabelecer a decisão do corpo político, apenas. Exige-se, também, que haja a proteção das minorias. *Esta proteção da maioria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares*. (KELSEN, 1993, p. 67)

Ora, proteger-se a minoria através de uma proclamação de direitos não quer dizer, efetivamente, que tais direitos sejam realizados, que alcancem a todos na sociedade. Estaríamos convivendo com duas situações, com duas vontades: a da maioria e a da minoria. Ora, o povo jamais poderia fazer representar sua vontade, pelo simples fato de que a vontade não se representa. Daí o pessimismo de Rousseau no que tange à idéia moderna de representação.

Esta problemática não vai atormentar Sieyès. Para o abade, a soberania do povo se confunde com a soberania nacional. Observa Simone Goyard-Fabre (1999, p. 182) que *sejam quais forem as diferenças de apreciação que Sieyès e Rousseau fazem sobre a idéia de representação, estão de acordo sobre um ponto: a soberania pertence ao povo*.

E, pertencendo ao povo a soberania, logicamente continua o povo atuando como legítimo titular do poder. Surge, neste ponto, mais uma problemática, desta feita levantada por Kelsen (1993, p. 178):

Se se aceitar o princípio da maioria para o desenvolvimento da ordem social, a idéia de liberdade natural não mais pode realizar-se integralmente; só uma aproximação desse ideal será possível. O fato de a democracia ainda ser vista como auto-determinação e de sua liberdade ainda significar que todos só estão sujeitos à sua própria vontade, ainda que a vontade da maioria seja coercitiva, representa mais um passo na metamorfose da idéia de liberdade.

Fica claro, portanto, que democracia não significa cada um sujeito à própria vontade; quer dizer, sim, que a vontade da maioria determina as decisões políticas e, no caso em destaque – o da justiça constitucional -, alicerça sua legitimidade.

O debate acima referido longe está de alcançar seu termo final. No entanto, já se percebe que há uma quantidade expressiva parte da doutrina que encontra na democracia a legitimidade da justiça constitucional.

Para o objetivo deste trabalho importa admitir, neste átimo, que a justiça constitucional deve reverências ao princípio democrático, entendido no seu viés de decisão da maioria. Portanto, cabe agora dizer como a justiça constitucional cumpre o papel de resguardar os ideais democráticos. É que no exercício da jurisdição constitucional, enquanto poder estatal, o Tribunal – ou órgão equivalente -, pode fiscalizar, e até mesmo impedir, que os demais poderes pratiquem atos em desacordo com as regras e princípios constitucionais.

Vieira de Andrade (1995, p. 76), em pronunciamento no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, em Lisboa – Portugal -, realizado nos dias 28 e 29 de maio de 1993, afirmou que:

[...] existe a possibilidade de um *verdadeiro conflito* entre a função fiscalizadora do Tribunal Constitucional e a função do legislador: essa possibilidade existe, desde logo, porque o Tribunal Constitucional tem poderes para controlar efectivamente o respeito pelo princípio da constitucionalidade, mas existe sobretudo na medida em que se entenda que o legislador não é um mero executor da Constituição.

A possibilidade de conflito ressaltada por Vieira de Andrade está no fato de que o Legislativo possui origem na vontade da maioria, enquanto que o Tribunal Constitucional normalmente é composto por pessoas escolhidas pelo Executivo com a participação do Legislativo.

Desta forma, como poderia o Tribunal Constitucional declarar inconstitucionais ou afastar a aplicação de leis advindas de um Poder legitimado pela escolha popular inconstitucionais? José de Albuquerque Rocha (1995, p. 80), sobre o tema aqui em destaque, observa com rara percepção:

Inicialmente, por transformar-se em intérprete da vontade do constituinte que é a mais alta manifestação da soberania popular; depois, por assumir a função do sensor do Legislativo, sem dúvida o mais democrático dos Poderes. Diante disso, surge a questão de saber até onde seria legítimo atribuir a um órgão de origem não representativo da soberania popular, como o Judiciário, simultaneamente, a função de intérprete supremo da mais alta manifestação da vontade popular que é a Constituição e de sensor do Legislativo, o mais democrático dos Poderes. Parece evidente que o Judiciário, justamente por sua origem não representativa, é o órgão menos indicado para o papel de

intérprete da vontade do povo, consubstanciado na Constituição e, por conseqüência por sensor do Legislativo. Efetivamente, é inadmissível que um órgão sem ligações com a vontade popular seja encarregado de *traduzir, exprimir, compreender* e *dar significação* a esta vontade. Certamente, aqui, temos uma das explicações para não aplicação das regras consagradoras dos valores democráticos e sociais da Constituição: a origem não democrática do Judiciário a transformá-lo em uma instituição distante do povo e próxima das elites.

Parece evidente que a justiça constitucional sofre de uma crise de legitimidade do ponto de vista democrático. Superar tal crise é tarefa árdua que tem ocupado boa parte da doutrina constitucional e necessária para uma adequada compreensão do papel da jurisdição constitucional. E quando se fala de correta compreensão do tema, entenda-se buscar no momento histórico que caracteriza a pós-modernidade os fundamentos da ordem jurídica constitucional em vigor.

A tensão entre Judiciário e Legislativo deve ser solucionada com base nos princípios democráticos, na forma encaminhada até aqui. André Ramos Tavares (1998, p.78), citando vários autores, observa:

Noutra linha argumentativa, há quem como Raúl Canosa Usera, vá buscar diretamente na Constituição a legitimação dos atos do Poder Judiciário. Segundo este pensamento, é na Constituição que se dividem os poderes do Estado, o que se pode ser levado a efeito pode um poder que lhe seja superior, e que é o poder constituinte originário. Nessa medida, todos os poderes são democráticos, já que procedem de um ato de soberania popular que é a aprovação de uma nova ordem constitucional, e isto independentemente da forma de sua estrutura.

De acordo com tal pensamento, a justiça constitucional encontraria legitimidade, em última análise, no princípio da maioria, posto que é pela maioria que o poder soberano se realiza. O poder constituinte originário, em constituindo uma nova ordem jurídico-política, daria à justiça constitucional legitimidade para o controle da constitucionalidade dos atos normativos, inclusive e mais propriamente, os do Poder Legislativo.

É de bom alvitre destacar que a legitimação da jurisdição constitucional não encontra fundamento unicamente na concepção democrática. A democracia, enquanto governo do povo e para o povo, é uma das várias tentativas para se identificar o manancial lógico-doutrinário do qual emana apontada legitimidade. Sergio Fernando Moro (2004, p. 121) oferece excelente síntese sobre o tema em obra específica.

A jurisdição constitucional pode ser justificada como uma opção política não necessariamente democrática. Nega-se, nessa perspectiva, que a compatibilidade entre democracia e jurisdição constitucional seja questão problemática, admitindo-se, desde logo, a incompatibilidade. A jurisdição constitucional estaria justificada com base em outros objetivos políticos. Os contemporâneos Estados Democráticos e Sociais de

Direito não teriam por base apenas o princípio democrático, mas também o princípio do Estado de Direito e do Estado Social.

Enquanto o último se desenvolveu durante os séculos XIX e XX e não passa de um aprofundamento do próprio princípio democrático – afinal significa, em síntese, a submissão do *status quo* à deliberação democrática -, o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático encontram suas bases no pensamento político do século XVIII.

Nesta linha de pensamento, pode-se afirmar que o Poder Judiciário estaria legitimado para o exercício da jurisdição constitucional, já que fruto de uma vontade soberana. Todavia, tal argumento não é convincente em sua totalidade, considerando-se que esta concepção é extremamente elitista e transforma o juiz numa pessoa portadora de especial qualidade, a de interpretar e ofertar o fundamento das normas.

Exatamente neste espaço aparece a posição de Peter Häberle (1997, p. 13) quando afirma que o *conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (Wer die Norm "lebt" interpretiert sie auch (mit).*

O argumento institucional de Häberle indica que a jurisdição constitucional não pode ser monopólio de um único órgão ou poder. Se é inegável que a Constituição submete todos aos seus comandos, nada mais lógico que se atribuir a um poder – preferencialmente o mais fraco – a guarda a Constituição. Relevante perceber que não se faz uma supervalorização do Judiciário, mas inversamente, apela-se para suas deficiências para justificar seu papel de guardião da Constituição e, mais ainda, para os desacertos das democracias.

Apontando, ainda, para as deficiências do regime democrático, a teoria procedimental, capitaneada por John Hart Ely, afirma que a "*função da jurisdição constitucional seria policiar o processo democrático e não os resultados substantivos dele decorrentes*" .

Entende-se a compreensão procedimentalista de Ely quando se verifica que suas idéias forma desenvolvidas com base na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, cuja Constituição contém normas de direito substantivo não relacionadas com o processo democrático.

Percebe-se, desta forma, que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional não é lugar comum no pensamento jurídico, co-existindo com outras tantas teorias. Todavia, parece-nos a que melhor responde ao modelo de pós-modernidade exigente de uma cultura humanista e democrática.

Num Estado Democrático de Direito, além do princípio da maioria para a realização adequada do regime democrático, urge a necessidade de se preservar os direitos das minorias que evidencia a sobrevivência do próprio Estado de Direito. Tem-se, portanto, uma complementaridade entre democracia e Estado de Direito. E não se diga que o Poder Judiciário possui um *déficit* de democracia e que, portanto, não teria legitimidade para o controle dos atos do Poder Legislativo, este representante da vontade popular.

Goffredo Telles Júnior, numa síntese lapidar afirma que:

O Poder do Congresso Nacional não é um Poder originário, nem autônomo, nem incondicionado. Ele não se rege por si mesmo, uma vez que sua atuação é pautada pelas normas da Constituição. Ele não leva em si a lei de seu próprio exercício. Não é um Poder soberano. O Poder Legislativo, considerado como Poder do Congresso Nacional, é um Poder constituído, um Poder exercido em conformidade com o que manda o Poder constituinte .

Sem um ambiente democrático não se torna possível a realização da jurisdição constitucional. As possibilidades de interpretação pluralista só são adequadas num território semântico permeado pelos efeitos da democracia, pela presença de valores os mais diversos. Portanto, nos aliamos aos que defendem a legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

4. CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE A INÉRCIA LEGISLATIVA E O ATIVISMO JUDICIAL

Qualquer digressão a respeito do desenvolvimento histórico do tema poderia gerar, perfeitamente, todo um novo escrito, algo que a brevidade do presente artigo, além do mais, seu enfoque teórico bem próprio, não permitem.

A primeira observação devida é quanto à proposta de redimensionar o princípio da separação dos poderes, a partir de seus contornos montesquianos. Somando-se a isso, o atual contexto de harmonia entre os poderes, absolutamente distinto daquele conceito oitocentista. Hoje, dever-se-ia dizer *sinergia* entre os poderes.

No passado, independência e harmonia significavam separação entre os limites de interferência de cada poder, além de atuação livre entre um e outro (independência). Significava, outrossim, acordo perfeito entre essas divisões do todo estatal, regularidade na existência separada de cada parte (harmonia).

O horizonte de significação hoje pode se ampliar – ou, nem diz-se ampliar, pode se atualizar – bem mais. O postulado da independência traduz que cada poder tem regulamentação própria e que não espera atitudes dos outros a fim de se manifestar, democraticamente, ou a fim de se inserir, de qualquer forma possível, na realidade socioeconômica e política.

A harmonia, de seu turno, é a exigência de coerência de atuação. Compreender que apontam, sintonizados, a uma mesma direção. É, vetorialmente, o movimento coordenado de todos os vértices estatais a um mesmo ponto, mesclando-se numa força conforme e alinhada. Não há porque se entender mais independência e harmonia como

princípio que comanda a não-intervenção de um poder no outro, a necessidade de aversão à tirania de um poder sobre os outros.

Esse receio já deveria ter ficado no passado. Hodiernamente, o pluralismo, a complexidade e o dinamismo extraídos das demandas sociais, e que, obviamente, se refletem nas atividades estatais, não mais permitem uma atuação distanciada e isolada de cada um dos poderes. É urgente a coordenação deles, em prol do atendimento dos anseios que a fórmula de Estado Democrático de Direito gera e das maravilhas que promete.

Para esse atendimento de anseios, o Poder Executivo, por exemplo, se utiliza de *políticas*, isto é, diretrizes que orientam sua atitude administrativa. Tais diretrizes plasmam-se de diferentes formas, seja através da aprovação de uma lei (e aqui, o Poder Legislativo se insere, na feitura das políticas públicas que se instrumentem ou se criem por leis), seja através de um plano de aplicação, mas, a verdade é que tais políticas haurem, todas, de comandos constitucionais – genéricos ou específicos.

Nesse sentido constitucionalizante das estratégias de atuação dos poderes, assevera-se que todos os poderes deveriam (dever-ser constitucional, porque extraído da distribuição de competências de cada ente, elaborada pela Constituição de 1988) concretizar as políticas escolhidas, para que os três, cada qual a seu modo, e com seu mister peculiar, realizassem as opções do Estado Democrático de Direito.

Portanto, é enganosa a idéia de que políticas públicas devam, inexoravelmente, ser concretizadas pelo Poder Executivo. Sua gestão, isto não há negar, é a mais adequada ao atingimento de determinadas políticas (em geral, as políticas social e economicamente mais amplas), entretanto, continua válido o comentário que reforça a necessidade de que todas as forças estatais ajam, em conjunto ou separadamente.

Ao largo da mera teorização, a prática é cortante. A realidade é de aparelhamento estatal débil, falta ou insuficiência de planejamento, escassez de recursos, baixíssimo comprometimento dos servidores para com o sucesso – a eficiência – estatal, conseqüentemente, comportamentos oportunísticos, como a corrupção, a demanda acumulada que começa a se criar, enfim, a realidade é de não-consecução das atividades estatais, por esses e outros inúmeros fatores que causam a inaplicabilidade dos planos traçados, a partir da Carta Magna, ou através de leis que prevêem direitos fundamentais.

E, nesse ponto, força-se o trabalho excessivo de um outro poder. Ora a balança pende para o Legislativo, ora para o Judiciário, no caso de excrescências na gestão do Executivo. Mas, o certo é que, inclusive constitucionalmente, o Poder Judiciário sempre será chamado a dar a última palavra, no instante em que os outros dois falharem.

Com a última frase se inaugura o período de um *Superpoder* Judiciário, capaz de realizar aquilo que os outros não conseguem (ou não conseguiram), capaz de concretizar, em síntese, as políticas de efetivação e de incremento dos direitos fundamentais – incumbência do Executivo, e as normas para limitação e expansão de direitos fundamentais – que, em tese, viriam do Legislativo.

A antiga afirmação de Thomas Hobbes, “no amor e no poder, não há vácuo”, pode ser mais bem interpretada, agora. À falta de atitudes administrativas típicas dos outros

poderes, o Judiciário provocado, invariável e incansavelmente, pelos cidadãos, não pode se furtar a decidir. O que antes havia eram decisões meramente declaratórias, enunciadoras dos tipos de problemas enfrentados, decisões que somente se prestavam a analisar por que os outros poderes não efetivavam direitos fundamentais.

Hoje, o "não se furtar a decidir" é compreendido de maneira mais abrangente, quase como "não pode se furtar a resolver", no qual o Judiciário é o umbral último em que o cidadão tenta resguardar, e mais, ver aplicar – usufruir – seus direitos fundamentais. De maneira que tais direitos são aplicados, ainda que não espontaneamente, como seria ideal, mas, ao menos, o são, por algum dos poderes constituídos.

Nesse ponto de reflexão é que se situa o título de controle judicial das políticas públicas. Isto é, a inaplicabilidade, na práxis político-social brasileira, da expressão "democracia de direitos", tal como concebida por Bickel, gera um arremedo de democracia. Tanto quanto a participação política se cinge na participação eleitoral (e passiva: votar), também os direitos transindividuais ou individuais são efetivados somente na esfera judicial.

A ideal concretização de direitos, especialmente direitos fundamentais, desde o campo do Executivo – através de políticas públicas, por exemplo, ou da simples aplicação correta da lei – ou desde o âmbito do Legislativo, que poderia regulamentar diversas normas da Constituição, a fim de vivificá-las, atualizá-las ou adequá-las à realidade em que incidem. Isto, sem dizer-se que poderia criar leis que compartimentassem as políticas públicas executivas ou que, de qualquer modo, incrementassem – facilitando a aplicabilidade ou ampliando as raias de proteção – às matérias de direitos fundamentais.

Na triste constatação de que nada disso ocorre ou, se ocorre, é em grau inversamente proporcional ao crescente desrespeito aos direitos fundamentais e às políticas públicas fracassadas no atendimento das demandas sociais, é que o Poder Judiciário emerge como último refúgio cidadão, última tentativa dos titulares de direitos fundamentais no fito de vê-los aplicados.

5. A ATIVIDADE JURISDICIONAL NO CONTEXTO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA DO SÉCULO XXI

Compreender que a efetivação dos direitos (e correspondente cobrança de efetuação dos deveres) é a razão de existir do Estado, portanto, como se manifestou o Tribunal Federal alemão, os direitos fundamentais estão além dos custos, orçamentos etc.

A ingerência constante do Poder Judiciário na consecução das políticas públicas tem gerado controvérsias a respeito de sua legitimidade enquanto definidor dessas diretrizes. Questionamentos desse tipo, tem gerado discussões acirradas a doutrina brasileira, em vista da considerável expansão da jurisdição constitucional brasileira, adentrando em territórios até então isolados da atuação do Poder Público.

A considerável evolução das práticas decisórias por parte dos juízes brasileiros, vem desconstituindo concepções tradicionalistas que há muito barraram o exercício dos direitos fundamentais. Nesse sentido, observe-se que órgão de maior expressão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, aos poucos está aproveitando as oportunidades de efetivar os direitos fundamentais, muito embora, ainda insuficiente. A nova concepção a respeito dos efeitos do mandando de injunção, a manifesta preocupação com o problema das medidas provisórias, acena uma nova perspectiva.

A expansão inevitável da Jurisdição Constitucional, trouxe consigo, alguns problemas a respeito dos seus limites. Mais consciente dos seus direitos, a sociedade brasileira passou a questionar, judicialmente, a omissão do Poder Público, nomeando o Poder Judiciário como a solução para todas as mazelas sociais.

6. CONCLUSÃO

Após o desiderato percorrido neste trabalho, observa-se a importância da jurisdição constitucional no asseguramento do Estado Democrático de Direito. Ademais, estamos com Hans Kelsen quando defende que o papel deve ser exercido por um Tribunal Constitucional para evitar, o mais possível, as ingerências dos demais Poderes.

Frise-se a importância de não só evitar as ingerências, mas também as omissões dos outros Poderes. Crê-se que esta última é um dos principais problemas que desemboca na desordenação de atribuições por cada Poder. É necessário atinar para o devido exercício das atividades típicas, sem descurar das outras que também são importantes à devida condução da estrutura do Estado e da segurança das relações sociais.

A Jurisdição Constitucional Brasileiro, em que pese o dissabor do entendimento doutrinário tradicional, está atuando/servindo como um grande palco ao debate público, onde o cidadão, independentemente de sua posição social, financeira etc., tem o direito de expressão e o de prestação Estatal.

Quanto à legitimidade democrática desta especial jurisdição, optamos por sua vertente democrática por ser ela a mais adequada no ambiente do mundo globalizado e multicultural. Sem a base democrática, estaria a jurisdição constitucional correndo o risco de cari nas mãos de oportunistas do e no poder, transformando-a em instrumento de dominação.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição constitucional à brasileira: situações e limites**. (Neo) Constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as Constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, n. 2.

ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. *In* Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993 -: Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O controle de constitucionalidade pelo supremo tribunal federal. *In* O Poder Judiciário e a Constituição – Porto Alegre: Ajuris, 1977.

ELY, John Hart. Democracy and distrust. A theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FRIEDRICH, Carl. Teoria y realidad de la organización constitucional democrática. Traducción Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Econômica, 1946.

GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios filosóficos do direito político moderno; tradução de Irene A. Paternot. – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRIFFIN, Stephen. The age of Marbury: judicial review in a Democracy of Rights. Tulane Law School Working Paper No. 2003-01. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=441240. Acesso em: 16 set. 2008.
GRIFFIN, Stephen. The age of Marbury: judicial review in a Democracy of Rights. Tulane Law School Working Paper No. 2003-01. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=441240. Acesso em: 16 set. 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998.

_____. **Escritos de derecho constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para interpretação pluralista e `procedimental`da Constituição. Trad. de Glmar Ferreira Mendes – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HERÓDOTO. História – São Paulo: Ediouro, 2001.

JUNIOR, Goffredo Telles. A Constituição, a Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 1986.

KELSEN, Hans. A democracia; tradução de Vera Barkow. – São Paulo: Martins Fontes, 1993

_____. Jurisdição Constitucional; tradução do alemão de Alexandre Krug. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MORO, Sergio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ROCHA, José de Albuquerque. Estudos sobre o poder judiciário – São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

ROUSSEAU, J. J. Do contrato social; tradução de Pietro Nassetti. – São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

SCHMITT, Carl. O guardião da constituição; tradução de Geraldo de Carvalho – Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TAVARES, André Ramos. Tribunal e jurisdição constitucional – São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

Para outras definições, q.v. GALLUPO, Marcelo Campos. **O que são direitos fundamentais?** In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 213-238.

GRIFFIN, Stephen. **The age of Marbury: judicial review in a Democracy of Rights**. Tulane Law School Working Paper nº. 2003-01. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=441240. Acesso: 16 set. 2008.

Termo utilizado, pela primeira vez, em 1947, por Arthur Schlesinger Jr., historiador estadunidense, no artigo “The Supreme Court: 1947”, para a revista Fortune. Ver: WOLFE, Christopher. Judicial Activism. New Jersey: Rowman & Littfield Publishers, 1997.

Q.v. na doutrina americana: QUIRK, William. BRIDWELL, Randall. Judicial dictatorship. New Jersey: Transaction Publishers, 1995.

MORO, Sergio Fernando. *Ob. Cit.*., p. 144.

JUNIOR, Goffredo Telles. A Constituição, a Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 51.

A CRISE DE TEMPESTIVIDADE DO DIREITO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TUTELA AMBIENTAL*

THE CRISIS OF TIMELINESS OF THE LAW: AN ANALYSIS FROM THE ENVIRONMENTAL PROTECTIONS.

Ricardo Nasser Sefer

RESUMO

O presente trabalho se propõe a traçar uma crítica às raízes do modelo positivista que ainda permanecem como traço marcante nos processos de produção e interpretação das normas jurídicas. Parte-se do pressuposto que a fundamentação teórica do Direito vive uma crise de tempestividade, tornando as respostas do Direito descontextualizadas em relação às reais necessidades da sociedade. A questão torna-se latente quando analisamos estas questões sob a ótima de uma ramo específico, qual seja o Direito Ambiental, símbolo desta necessidade de respostas juridicamente corretas, mas sobretudo tempestivas ao momento em que a sociedade recorre às normas jurídicas para solução de seus impasses.

PALAVRAS-CHAVES: TEORIA DO DIREITO; POSITIVISMO JURÍDICO; CRISE DE TEMPESTIVIDADE; DIREITO AMBIENTAL.

ABSTRACT

This paper aims to trace a critique to the positivist model that still remain as striking feature in the processes of production and interpretation of legal rules. This is on the assumption that the theoretical foundation of law is experiencing a crisis of timing, making the law giving decontextualized answers to the real needs of society. The question becomes latent when analyzing these as great of a particular branch, namely the Environmental Law, symbol of this need for answers legally correct, timely and above all the time in which the company refers to legal rules for resolving their questions.

KEYWORDS: THEORY OF LAW, LEGAL POSITIVISM; CRISIS TIMING; ENVIRONMENTAL LAW.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. A DINÂMICA NO MODELO DE PRODUÇÃO JURÍDICA, A INTERPRETAÇÃO E O PAPEL DA CIÊNCIA.

Os tempos modernos trazem mudanças incrivelmente rápidas, as dinâmicas atuais são responsáveis por uma alteração dos padrões de conduta e ação em velocidade sem precedentes na história mundial. Não são raras as situações em que produtos e serviços, aparentemente novos ou modernos, perdem seu objeto ou tornam-se obsoletos diante de uma realidade marcada pela celeridade com que o contexto fático se altera.

Este cenário, impõe aos diversos ramos do conhecimento, inclusive ao científico – ainda hoje dominante – a adaptação de grande parte dos seus métodos e formas. Os processos de constante verificação e teste próprios daquilo que se convencionou chamar de ciência já não atendem plenamente às necessidades da sociedade.

De um lado, a ampla gama de outros conhecimentos, como o histórico e o empírico, por exemplo, aptos a conferir respostas de qualidade contribuem para o aumento dos questionamentos sobre a ciência.

De outro, a demora pela proposição e verificação de soluções própria do conhecimento científico já não é compatível com a realidade em que os cenários alteram-se em velocidade nunca antes vista, mudando portanto as próprias necessidades a serem respondidas.

Este processo já foi identificado por cientistas como LÉVY-LEBLOND[1], que qualifica a ciência como o ideal do conhecimento nos dias atuais, apontando-a como um rótulo de qualidade para a sociedade. Para fugir deste domínio, sugere um recuo diante do imperialismo intelectual, não para negá-la, mas analisá-lo por uma perspectiva diferente.

O centro da crítica reside na transferência pouco criteriosa – e muitas vezes insuficiente - de conceitos entre as diferentes áreas do saber científico, o que termina por destituir uma das especificidades da ciência, qual seja o controle de seus instrumentos de pensamento, o domínio de suas condições de validez.

Necessitamos de um novo modelo para a proposição das verdades que orientam o modo como iremos viver em sociedade. Talvez esta seja a grande crise do conhecimento racional humano, como substituir um modelo calcado no experimentalismo e na conseqüente demora por uma solução para compreender que necessitamos sim de um modo de produzir ciência alinhado com a verdadeira realidade, uma produção ao mesmo tempo de qualidade, tempestiva e, fundamentalmente, passível de comprovação (confirmação) à longo prazo.

A saída talvez esteja em manter uma postura crítica global, como forma de resistência às verdades patrocinadas pela ciência e ainda de constante adaptação/adequação dos postulados que orientam a criação e interpretação da ciência.

Não estamos a propor uma negação do conhecimento científico ou uma revolução na ciência, na realidade, a grande mudança já vem ocorrendo nos tempos contemporâneos.

A velocidade da informação, que cria fluxos de informação responsáveis pela reconstrução das noções de espaço e tempo, é a verdadeira revolução que impõe uma forma particular de enfrentar os problemas.

Ronald Dworkin[2], ao analisar a problemática da interpretação, já demonstrava que as controvérsias sobre os institutos sociais podem - e devem – recair não só sobre o produto de determinadas interpretações, por outras palavras, sobre o resultado de análise partidas de um mesmo critério, mas sim sobre a própria valoração daquilo que está sendo interpretado, analisando se aquela atitude realmente atinge aos fins propostos e se não haveria outra forma de fazê-lo.

O autor impõe um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível de forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam, entretanto a noção de Dworkin sobre interpretação não resultará sempre na mudança das práticas sociais. Sua grande contribuição é permitir a avaliação e valoração do ator social sobre os interesses objetivos e princípios relacionados com aquela prática a ser interpretada, mesmo que ao final se chegue a conclusão que as práticas devem continuar como estavam.

Para ele, os que pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, são os intérpretes criativos. A vantagem desta é permitir que a reflexão crítica sobre o objeto avaliado seja realizada de forma a contextualizá-la em relação às práticas contemporâneas, não para encontrar a exata intenção de seu autor no momento de sua criação, mas para abstrair um valor que o próprio autor aceitaria para a sua obra em outro contexto.

Desta forma, as diferenças valorativa provenientes da visão de distintos intérpretes sobre o mesmo objeto é o ponto central para qualificá-las como concepções provenientes do mesmo conceito, o que abriria um grande leque para que os críticos do direito (filósofos do direito, teóricos do direito etc) exerçam sua atividade reflexiva para encontrar as melhores respostas às questões jurídicas fundamentais, tanto pela ótica de sua finalidade, quanto a partir da própria compreensão, aplicação e modificação das referidas questões

Este trabalho tem por finalidade demonstrar que os níveis de progresso econômico e social verificados na contemporaneidade impõem uma nova reivindicação à ciência, a capacidade de adaptação e interpretação construtiva das soluções passadas para se chegar às respostas futuras.

A ciência deverá abandonar o fardo pesado dos paradigmas passados, para adentrar em uma nova era de modernidade, um cenário, onde muito mais importante do que uma boa ou a melhor solução, pode ser encontrar uma solução razoável, a qual, ainda que não a melhor, possa responder aos anseios do momento em tempo hábil.

No campo das ciências sociais aplicadas, como é o Direito, este desafio assume especial relevo. Como então propor inovações sem que seja conferido um tempo razoável para que o novo conhecimento, incompatível com a verificação científica objetiva, possa passar pelo crivo subjetivo-crítico dos especialistas?

Por outras palavras, a proposição fundamental é entender sob que bases e fundamentos poderemos pensar uma ciência jurídica que responda às necessidades sociais de forma razoável e adaptável à realidade da dinâmica da contemporaneidade.

Esta revisitação da função da ciência é necessária para que comecemos a expor uma nova axiologia para a interpretação do Direito, este como grande símbolo da necessidade de se encontrar soluções ao tempo em que as necessidades se impõem, fundamentalmente para garantir não só a prestação da atividade jurisdicional, enquanto o serviço da jurisdição colocado à disposição, mas sim através da prestação efetiva da tutela jurisdicional, na qualidade de instrumento estatal apto a assegurar a dignidade da pessoa humana.

2. REPENSANDO O PAPEL DO ESTADO.

O presente trabalho não se propõe a oferecer uma solução definitiva para as questões aqui expostas. A principal intenção é demonstrar que o problema de fato existe, mais que isso, merece atenção e discussão no âmbito da dogmática jurídica. Nesta esteira, repensar o Direito, pressupõe repensar o papel do próprio detentor do monopólio na produção da norma jurídica, o Estado.

Esta afirmação é facilmente colocada em dúvida quando se constata que vivemos em uma sociedade em que o Estado já não detém o monopólio das ações que afetam a coletividade. A questão já vem sendo analisada em trabalhos de teóricos de áreas correlatas ao Direito.

No âmbito da geopolítica mundial, podemos recorrer ao trabalho do espanhol Quim Brugué[3], que confere ao Estado um papel de negociador fundamental para atuar politicamente em uma rede de interações complexas, devendo invocar sua soberania para converter-se em um ator crucial nas negociações políticas, e não mais para exercer o controle sobre uma determinada sociedade. A negociação substituiria a autoridade como recurso fundamental para dotar o Estado de capacidade para governar, enquanto a rede substitui o território físico contínuo como referência espacial para aplicar as capacidades de governo.

A obra é de extrema valia, pois não se limita a criticar ou simplesmente constatar a perda parcial da soberania dos Estados nacionais, mas parte de uma dada realidade, uma irrefutável constatação, para redesenhar a importância do ente estatal.

Este processo trará inegáveis conseqüências para o ramo do Direito. O processo de produção legislativa vem se mostrando deveras atrasado em relação às dinâmicas da atualidade. E grande parte do ônus desta derrota podemos impor ao sistema do monopólio Estatal, que possibilita (ou induz) fisiologismos, corrupção e outras mazelas oriundas do interior do sistema estatal.

Crítica semelhante é desenvolvida por Fritjof Capra[4], que aponta as mazelas sociais, ambientais, políticas e tecnológicas como comprovação que a origem destes problemas

não está em questões pontuais ou isoladas, mas sim na própria dinâmica da sobrevivência humana, que os confere um caráter sistêmico, impedindo a sua análise e compreensão por uma metodologia fragmentada. A solução proposta por Capra passa pela transformação das instituições sociais, dos valores e das idéias.

Assim, precisamos refletir e pensar o Direito a partir de uma perspectiva plural, que seja capaz de pensar a produção jurídica a partir de diversificadas estruturas sociais, laborais, familiares, demográficas e étnico-culturais, e não apenas a estatal.

Este modo de pensar certamente nos permitirá uma produção legislativa muito mais atenta à realidade social que se propõe tutelar. O atual modelo de democracia semidireta, que elege representantes por meio do voto, mas que também prevê mecanismos de participação popular direta através de plebiscitos, referendos e projetos de lei de iniciativa popular nos parece ser adequado para enfrentar estes novos desafios.

Contudo, deve-se assegurar que o viés direto de nossa democracia – as decisões da sociedade – sejam efetivamente respeitados e considerados para o processo de tomada de posições, seja através dos mecanismos citados no parágrafo anterior, mas também mediante a consideração de outras possibilidades de participação, seja com audiências públicas, consultas populares etc.

Esta perspectiva plural certamente dotará a ciência jurídica de novos elementos, modernos, atuais, em consonância com os anseios modernos, alinhados à dinâmica dos processos de desenvolvimento do conhecimento e às respostas que a sociedade busca no Direito.

3. O DIREITO AMBIENTAL COMO PARADIGMA DA CRISE DE PRODUÇÃO JURÍDICA.

Pensar a matéria ambiental pressupõe celeridade para que não se dê ainda mais tempo para desenvolvimento de práticas predatórias. Nossa relação insustentável com o meio ambiente, remonta ao tempo da Revolução Industrial, quando a utilização das máquinas foi responsável por uma aceleração da capacidade do ser humano consumir os bens ambientais, que o tornou capaz de realizá-la em velocidade superior à capacidade de recuperação da própria natureza.

Nosso sistema jurídico positivista, marcado pelo monopólio da produção jurídica pelo Estado[5] já citado, não é suficiente para determinar o comportamento dos sujeitos em consonância com a melhor solução possível.

Na verdade, a própria sociedade, pensada em conjunto, não possui o verdadeiro discernimento para pensar uma solução coletiva. A regulação natural do mercado tem se mostrado altamente incompatível com objetivos de solidariedade social que define uma atitude politicamente correta de um ser humano.

Sobre o assunto, Dworkin[6], já afirmara que recorrer ao princípio moral do ser humano como uma fé tola de que a ética e a economia são movidas por uma mão invisível, de modo que os direitos individuais e o bem-estar geral irão fundir-se, e que o direito baseado em princípios levará a nação a uma utopia sem atritos, parece ser extremamente incompatível com a realidade social protagonizada pelo ser humano.

O americano Robert Gordon[7], já analisara que na década de 70, os juristas perceberam que a idéia de consenso social não teria êxito em um sociedade, à época extremamente dividida entre brancos e negros, homens e mulheres etc., e ainda hoje com pesados resquícios fundamentalistas, desmontando a idéia de direito como uma ciência política tecnocrata. Neste cenário, os juristas perceberam a necessidade de uma visão mais razoável e menos comprometida das funções sociais do direito, para abandonar a realidade de ciência que privilegiava os ricos e poderosos. Assim, o Gordon descreve a emergência das "teorias instrumentalistas" da relação entre direito e sociedade. Entre elas, cita a versão liberal, que identifica o direito como um resposta às demandas sociais, normalmente das classes organizadas.

A grande verdade é que o constitucionalista americano Cass Sunstein[8], tem grandes chances de estar certo quando afirma que pessoas que pensam parecido tendem a reunir-se em grupos, o que, longe de contribuir positivamente, acaba por tornar suas opiniões ainda mais extremadas, radicais e, portanto, menos suscetíveis às adequações necessárias para que se atinja um meio termo que reúna as principais qualidades de pensamentos aparentemente antagônicos.

Na área econômica, estes extremismos ainda são muito comuns. É com freqüência que identificamos pesquisadores renomados em posições extremistas, como é o caso de Subhabrata Banerjee[9], que ao tratar do processo de desenvolvimento sustentável, o qualificado como:

"...uma retórica de legitimação, legitimação do mercado, do capital transnacional, da ciência, da tecnologia, das noções ocidentais de progresso e de (pós) modernidade."

Como se vê, a crítica se dirige ao centro daquilo que os países desenvolvidos consideram como a grande alternativa para as evitar as previsões catastróficas sobre o futuro do meio ambiente.

A negação completa do modelo de desenvolvimento sustentável na forma proposta no Relatório Brundtland[10], como aquele que assegura as condições materiais de vida da presente e das futuras gerações, através da crítica ao modo como vem sendo operacionalizada, não é nada mais do que uma posição reducionista, que se nega a analisar a verdadeira alma do problema, qual seja a ausência de regulação jurídica legítima para humanizar a atuação dos principais atores do capitalismo mundial.

É bem verdade que diversos são os fatores que impossibilitam sua regulação jurídica e ao mesmo tempo aprofundam suas práticas predatórios, dentre eles chama a atenção a dificuldade de implementação de uma ordem jurídica tão mundial quanto o capital.

Entretanto, não é isto que nos levaria radicalmente ao outro extremo, em vista da pressuposição que os atuais "marginalizados" do processo de distribuição de riquezas, quando adquirissem uma condição de vida razoável, poderiam adequar o modo de produção a padrões que criassem uma condição de igualdade entre as pessoas, muito próximo da concepção socialista.

Na verdade, uma proposta de produção econômica racional não pode partir de uma noção de "solidariedade social" que seja incompatível com a própria natureza competitiva do ser humano. Deve sim, ser adequada a modos de interações que o afastem de uma modalidade predatória, mas sim que prestigie uma solução de distribuição de riquezas de forma equitativa – não necessariamente igual – mas que seja capaz de garantir níveis de vida necessários para a efetivação dos direitos humanos dentro de cada realidade social autônoma.

Uma sociedade particular não é igual em sua concepção interna, nem mesmo as sociedade mundiais o são, é por isso que não entendemos que uma proposta precipuamente fundada no objetivo de garantir igualdade entre pessoas não pode se tornar exitosa a longo prazo. O que se deve garantir é a *equidade*, enquanto objetivo dinâmico, meta aparentemente inatingível, mas que sirva de parâmetro para estejamos sempre buscando a melhoria coletiva dos padrões de vida.

É neste sentido que entendemos que o melhor caminho para que se atinja um desenvolvimento realmente sustentável deve sim partir do Direito, mas não do Direito enquanto estrutura pesada, ineficaz e anacrônica, e sim como instrumento social de controle das práticas coletivas, uma modalidade não de simples repressão de práticas individualistas, como é o caso das crescentes, porém sempre insuficientes autuações por desmatamento ilegal na Amazônia.

O que se fala é de uma marco regulatório que prestigie a regulação coletiva, medidas que atinjam interesses coletivos a partir de uma ação simplificada, que realmente atinja o coração das necessidades a serem tuteladas.

4. A EDUCAÇÃO SOCIAL COMO IMPOSITORA DE CONDUTAS RACIONAIS E ECOLOGICAMENTE CORRETAS, E AINDA COMO ORIENTADORA DO DIREITO.

A sociedade tem um poder fenomenal que vem sendo historicamente subjulgado por ela própria. Não sabemos ou mensuramos o poder que uma atuação coletiva coordenada dispõe nos diversos ramos da economia e da política. Para convergir para uma atuação desta natureza, pressupõe-se um conjunto de valores lineares.

Os processos e hábitos econômicos de grande impacto no meio ambiente ocorreram e continuam a ocorrer no âmbito de sociedades pouco informadas, inconscientes dos efeitos nocivos que as práticas predatórias podem causar.

A prática econômica demonstra que o nível de respeito ao meio ambiente é diretamente proporcional ao nível de informação e educação da sociedade consumidora.

É, por isso, que não podemos deixar ao largo dos processos de produção legislativa o conhecimento escondido na iniciativa privada, dentro de laboratórios particulares, escritórios de grandes empresas, firmas de consultoria etc. Precisamos informar e conscientizar nossa sociedade sobre o teor do artigo 225 do Constituição Federal[11], para que todos, literalmente todos, compreendam que fazem parte do processo de relacionamento do homem com o meio ambiente.

Participar deste processo é um verdadeiro dever de cidadania, de cooperação mútua entre os iguais, um compromisso imponível a todos dentro dos limites de capacidade de cada um.

Dworkin[12], ao citar Burke e seus seguidores, afirma:

"...uma sociedade produzirá as instituições que melhor se ajustam a ela somente por meio da evolução, e nunca através de reformas radicais."

Chama a atenção exatamente o papel conferido à coletividade para participar deste processo de evolução. O conhecimento plural não pode ser deixado à margem de um modelo de produção jurídica que se proponha a encarar de frente as atuais falhas e imprecisões que lidamos no dia-a-dia da interpretação e aplicação do Direito.

Não se deve exigir de um pequeno produtor rural que tenha noção sobre a importância de não desmatar sua pequena gleba de terra para plantar um pasto. Também não podemos pretender impor a uma pessoa que vive em condição de pobreza extrema na periferia de uma grande cidade a observância de critérios para a coleta seletiva do lixo urbano.

Igualmente não é eficaz que se imponha o pagamento de uma simplória taxa sobre a exploração de determinado bem ambiental sob o argumento que se estaria tentando limitar que uma atividade econômica agisse sobre aquele bem determinado.

Este gênero de mecanismos provoca uma considerável contribuição para determinado momento, mas não atacam o próprio fundamento do problema da incompatibilidade do modo de vida humano com o meio ambiente, por outras palavras, não tornam o arcabouço legislativo regulatório maleável e adaptável à longo prazo, deixando espaço para que a criatividade do ser humano esteja sempre inovando nas formas como continuarão a causar os mesmo danos, utilizando-se de instrumentos distintos.

O papel do Direito está em liderar uma verdadeira reformulação do modo de vida humano em direção de práticas que considerem o dever de cidadania no convívio social e ainda a imposição do desenvolvimento sustentável enquanto sobreprincípio que funcione como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores[13].

Aqui está a razão de discordarmos de posturas extremistas que neguem por completo o conceito descrito por Gro Harlem Brundlant em 1987, taxando-o de mecanismo de continuísmo da dominação do capital sobre os despossuídos.

Garantir a sobrevivência das gerações presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de garantir a sua própria sobrevivência nos parece atender a necessidade de se pensar o trato do meio ambiente com base em um sobreprincípio, enquanto objetivo comum de toda a sociedade.

A grande questão está na forma através da qual este objetivo vem sendo perseguido. Não há sombra de dúvidas que a atuação do Estado fará total diferença neste processo de adequação do modo de vida humano, contudo a atuação exclusiva já se mostrou ineficaz.

Precisamos de um Estado Moderno, menos pesado e mais eficaz. Deve-se abandonar a noção de Estado enquanto conjunto de pessoas, serviços e bens cercados de controle por todos os lados. Um ente de braços amarrados de um lado pelo controle excessivo e de outro pelo alto índice de corrupção que assola suas instituições.

Estamos a propor um Estado que incentive e crie condições para que as pessoas ajam e trabalhem dentro da legalidade, e não aquele que pune e reprime os que não conseguiram passar pelas inúmeras barreiras impostas para se agir corretamente. É necessário a inversão dos fatores, de forma que a legalidade se torne mais barata e eficaz do que a ilegalidade.

Para isso, parece muito claro que os padrões jurídicos não podem ser fechados, mas sim maleáveis e adaptáveis à realidade vigente à época conforme a necessidade do intérprete. A unidade valorativa que fundamenta o Direito precisa ser material, devendo realizar-se em cada ordem jurídica historicamente determinada, isto a partir de sua própria adequação interna e da unidade da ordem jurídica.

À uma primeira vista, não se fala de alterar o que está escrito nas leis ou na Constituição, mas sim de imprimir uma interpretação conforme as dinâmicas da realidade. A segurança jurídica neste processo estaria dentro da própria vinculação do intérprete aos princípios jurídicos que informam nossa sociedade, conforme já defende há tempos Ronald Dworkin.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O presente estudo se propôs a traçar uma análise inicial sobre o que consideramos ser um novo desafio a ser enfrentado pelos estudiosos voltados à área da teoria do Direito. Estamos passando por um estágio do desenvolvimento jurídico em que a sociedade passa a exercer papel fundamental nas estruturas de produção e aplicação do direito, seja enquanto principal interessada o resultado da produção jurídica, ou ainda em face de seu relevante papel para esta acompanhe efetivamente os anseios que se busca ver tutelados.

A partir da constatação que a disciplina jurídica vem exercendo papel fundamental para consolidação de nossa sociedade contemporânea enquanto estrutura fundada na garantia dos direito fundamentais individuais e coletivos, podemos notar que, em que pese grande avanço ao longo da história, o Direito ainda não logrou êxito na missão de garantir algo além de uma tutela correta.

O padrão de justiça a ser implementado em um ambiente de direitos inegavelmente vivido atualmente, impõe adicionar mais uma exigência a ser cumprida a partir do estudo e da aplicação do Direito, qual seja a tutela eficaz e tempestiva das crises (conflitos de interesses) advindos do convívio social.

A tempestividade está longe de ser definida como celeridade do processo judicial. O significado que imprimimos está em pensar e elaborar modelos jurídicos maleáveis, adaptáveis a longo prazo, de forma que o Direito possa se transformar em uma disciplina que reflita os próprios valores da sociedade que se propõe a regular. Isto não através de constantes e questionáveis alterações legislativas, mas sim de forma garantir que a segurança jurídica advinha da interpretação do Direito em conformidade com os parâmetros de Justiça vigente em um dado momento histórico.

Por considerar que o Direito Ambiental é grande exemplo da crítica que se pretendeu formular sobre o modelo jurídico vigente e os efeitos nocivos que uma tutela jurídica descontextualizada podem trazer, optamos por apontá-lo como paradigma para comprovar a necessidade de se repensar – ou talvez reconstruir – a forma pela qual produzimos e aplicamos nosso Direito.

Conclusões peremptórias e definitivas sobre como proceder neste novo cenário jurídico proposto correria sério risco de se mostrar açodada, razão pela qual deixamos a contribuição para, na qualidade de agentes do Direito, refletirmos sobre como faremos o desejo de uma tutela jurídica – e não jurisdicional – efetiva e tempestiva se tornar realidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ÁVILA, Hurmberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2006.

BANERJEE, Subhabrata. Quem sustenta o desenvolvimento de quem? O desenvolvimento sustentável e a reinvenção da natureza. In: FERNANDES, M. e GUERRA, L. (Orgs.) Contra-discurso do desenvolvimento sustentável. Belém: UNAMAZ, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRUGUÉ, Quim; GOMÁ, Ricard; SUBIRATS, Joan. *Gobierno e território: del Estado a las redes.* In: SUBIRATS, Joan (coord.). *Redes, territórios e gobiervo.* Nuevas respuestas locales a los retos de la globalización. Barcelona: Diputació Barceloca, 2002.

CANARIS. Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação.* Editora Cultrix: São Paulo, 2006.

CAREY. John. *O czar da regulamentação diz o que pensa.* Jornal Valor Econômico, São Paulo, 14 de maio de 2009. Comentário sobre o livro "Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide" de Cass Sunstein. Oxford University Press, 2009. Disponível em: http://www.valoronline.com.br/ValorImpresso/MateriaImpresso.aspx?tit=O+czar+da+regulamenta%E7%E3o+diz+o+que+pensa&codmateria=5565038&dtmateria=14+05+2009&codcategoria=162&tp=931539242

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* Editora Martins Fontes: São Paulo, 2003.

_____. *Levandos os Direitos à Sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GORDON, Robert. *Nuevos desarollos de La teoria jurídica. In* COURTIS, Christian. *Desde otra mirada.* Buenos Aires: Eudeba, 2001.

LÉVY-LEBLOND, Jean-Marc. *O pensar e a prática da ciência – antinomias da razão.* EDUSC, 2001.

World Commision for Economic Development. *Our Common Futura.* New York: Oxford University Press, 1987.

---

[1] LÉVY-LEBLOND, Jean-Marc. *O pensar e a prática da ciência – antinomias da razão. p. 19-30*

[2] *O Império do Direito.* Editora Martins Fontes: São Paulo, 2003. p. 55-84.

[3] BRUGUÉ, Quim; GOMÁ, Ricard; SUBIRATS, Joan. *Gobierno e território: del Estado a las redes.* In: SUBIRATS, Joan (coord.). *Redes, territórios e gobiervo.* Nuevas respuestas locales a los retos de la globalización. Barcelona: Diputació Barceloca, 2002.

[4] *O Ponto de Mutação.* Editora Cultrix: São Paulo, 2006. p. 22-24.

[5] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 120.

[6] DWORKIN, Ronald. *Levandos os Direitos à Sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 230.

[7] *Nuevos desarollos de La teoria jurídica. In* COURTIS, Christian. *Desde otra mirada.* Buenos Aires: Eudeba, 2001. p. 327-329.

[8] CAREY. John. *O czar da regulamentação diz o que pensa.* Jornal Valor Econômico, São Paulo, 14 de maio de 2009. Comentário sobre o livro "Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide" de Cass Sunstein. Oxford University Press, 2009. Disponível em: http://www.valoronline.com.br/ValorImpresso/MateriaImpresso.aspx?tit=O+czar+da+regulamenta%E7%E3o+diz+o+que+pensa&codmateria=5565038&dtmateria=14+05+2009&codcategoria=162&tp=931539242

[9] *Quem sustenta o desenvolvimento de quem? O desenvolvimento sustentável e a reinvenção da natureza.* In: FERNANDES, M. e GUERRA, L. (Orgs.) Contra-discurso do desenvolvimento sustentável. Belém: UNAMAZ, 2003. p.75-130.

[10] World Commision for Economic Development. *Our Common Futura.* New York: Oxford University Press, 1987.

[11] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.

[12] DWORKIN, Ronald. *Levandos os Direitos à Sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 230.

[13] ÁVILA, Hurmberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2006. p. 122-123.

AS NOVAS TECNOLOGIAS DE COMUNICAÇÃO E DE INFORMAÇÃO E A DINÂMICA DA PRODUÇÃO DO CONHECIMENTO EM DIREITO: DA GESTAO DA INFORMAÇÃO À COMUNICAÇAO CIENTÍFICA*

NEW INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES AND THE KNOWLEDGE CHANGING CONTEXT PRODUCTION IN LAW: FROM INFORMATION MANAGEMENT TO SCIENTIFIC COMMUNICATION

Rosa Inês de Novais Cordeiro
Sandra Lúcia Rebel Gomes

RESUMO

Este artigo resulta de pesquisa interdisciplinar que articula as áreas da Ciência da Informação e do Direito. Postula-se que a influência das novas tecnologias de comunicação e de informação (NTCI) na gestão da informação nos tribunais e na comunicação científica na área do Direito é significativa, reconhecendo-se como problema a relação entre elas e o Direito. Sustenta-se que as NTCI provocam mudanças na organização do trabalho nos tribunais bem como nos processos de comunicação científica da área. Com foco na realidade brasileira, porém sem perder de vista o quadro internacional, apresentam-se como objetivos da pesquisa, no tocante à gestão da informação nos tribunais, identificar as potencialidades da introdução, em sua infra-estrutura, de elementos tecnológicos visando a uma justiça mais eficaz. Quanto ao processo de comunicação científica no Direito, o objetivo é examinar os fluxos informacionais e comunicacionais, contrapondo ao modelo tradicional de comunicação, um novo modelo que apresenta as alterações provocadas pela mediação das NTCI neste processo. Pressupõe-se que as modificações apontadas refletem-se em temas contemplados pela produção científica da área. Estes evidenciam as potencialidades e os desafios representados pela intervenção das mencionadas tecnologias na prática do Direito, considerando o fenômeno da tecnologização da justiça. Como marco teórico da pesquisa, destacam-se os conceitos de "Justiça Tecnológica", "Gestão da Informação" e "Comunicação científica". Recorre-se à pesquisa documental, a entrevistas e a métodos informétricos. O marco empírico para o estudo sobre a gestão da informação é a instância do tribunal e, para a investigação sobre o processo de comunicação científica, as revistas do Direito, os programas de pós-graduação stricto sensu, os grupos de pesquisa da área no Brasil e os sítios de informação jurídica online. Nos dois casos, consideram-se as representações que destacados atores sociais do campo do Direito fazem sobre as NTCI na sua relação com a justiça.

PALAVRAS-CHAVES: GESTÃO DA INFORMAÇÃO (DIREITO); COMUNICAÇÃO CIENTÍFICA (DIREITO); NOVAS TECNOLOGIAS DE COMUNICAÇÃO E DE INFORMAÇÃO-NTCI (DIREITO).

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

ABSTRACT

This study results from an interdisciplinary research between Information Science and Law areas. It is claimed that influence of New Information and Communication Technologies (NICT) and the Law on information management in the courts and scientific communication in Law area is significant, recognizing as a problem the relation among them and Law. It`s supported that (NICT) lead to changes on work organization in the court as well as in process of scientific communication in this area. Focusing in the Brazilian reality without setting aside international context, the research aims for information management in the court, identify the potentialities of the introduction of technologic elements in its infrastructure leading to a more efficient justice system. Regarding to the process of scientific communication in Law, the target is analyse the information and communication flows, comparing it with the traditional communication model, a new model presents changes shown by NICT intermediation in this process. Supposing the modifications pointed before, reflects in subjects of scientific production area. These highlight the potentialities and challenges of new technologies in the Law practice, regarding the use of justice technology. As a theoretical mark of the research, it points out the concepts of “Justice Technology”, “Information Management”, “Scientific Communication”. Documental research interviews and informetrics methods are used. The empirical mark of this study about information management is the court and check the process of the scientific communication the Law journals, post graduation programs stricto sensu , the Brazilian research groups from the area and the justice information sites online. Both cases regarded to the representation of important social actors in Law area make their particular relation about NICT and justice.

KEYWORDS: INFORMATION MANAGEMENT (LAW); SCIENTIFIC COMMUNICATION (LAW); NEW INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES-NICT (LAW).

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa que ensejou este artigo intitula-se "DINÂMICA DA PRODUÇÃO DO CONHECIMENTO EM DIREITO: DA GESTÃO DA INFORMAÇÃO À COMUNICAÇÃO CIENTÍFICA"[1]. A área do conhecimento a partir da qual as questões que o título desta comunicação ressalta é a Ciência da Informação, sublinhando-se as características de área interdisciplinar, como é reconhecida pelos seus teóricos. Assim, a gestão da informação e a comunicação científica mediadas pelas novas tecnologias de comunicação e de informação (NTCI) são os dois eixos escolhidos e a área do Direito é o lócus privilegiado para o estudo.

Deve-se assinalar a importância dos recursos disponíveis em redes eletrônicas, tendo em vista o uso crescente dos mesmos tanto para registrar e difundir informações quanto para propiciar a comunicação entre pares ou entre diferentes segmentos que integram a área do Direito. Convém esclarecer que a pesquisa considera como atores relevantes para os seus propósitos, aqueles chamados por Boaventura de Souza Santos (2005, p.74) de "operadores do sistema judicial: magistrados, advogados, funcionários, associações

profissionais e Conselhos do poder judicial". A estes, acrescentam-se outros atores - produtores de conhecimento sobre o Direito oriundos de outras áreas do conhecimento e as organizações às quais se ligam - pois privilegia-se aqui uma visão multidisciplinar do Direito.

Sobre o fenômeno da tecnologização da Justiça, o pensador Boaventura de Sousa Santos, no artigo "Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação" (2005), lembra que o papel dos tribunais - enquanto instâncias de informação e de comunicação sociais - foi drasticamente alterado a partir do século XIX, com a consolidação do estado moderno e assinala que a partir da década de 90 do século XX surge, como problema, a relação entre os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. Tal problemática, o autor adverte, é uma subespécie de outra muito mais ampla, distinguindo, para explicá-la, dois importantes "vetores": "o direito como variável independente e o direito como variável dependente" (SANTOS, 2005, p.84).

O primeiro vetor diz respeito à vontade e à capacidade do Estado e do Direito para regular as novas tecnologias e os novos interesses de comunicação e de informação "e para incriminar e punir as novas actividades socialmente danosas que por via delas se tornaram possíveis"; o segundo remete-se ao "impacto da expansão exponencial das novas tecnologias e dos novos interesses informacionais e comunicacionais no direito e nas suas instituições, notadamente os tribunais" (SANTOS, 2005, p.84).

Esta pesquisa interessa-se em levantar e apresentar os temas contemplados na literatura da área do Direito ligados a estes dois vetores, tal como apontados pelo autor citado. No que concerne ao primeiro vetor, são exemplos por ele mencionados "o cibercrime e a violação da privacidade". Quanto ao segundo, Santos enumera: "a informatização dos tribunais, as novas técnicas de gestão e seu impacto nas relações inter-profissionais no interior dos tribunais, o impacto da mediatização da justiça na funcionalidade interna dos tribunais e nas regras e estilos de actuação profissional, em especial, dos magistrados judiciais e magistrados do ministério público" (SANTOS, 2005, p.84).

Como se começa a verificar na presente pesquisa, tais temas alcançam grande destaque na produção científica da área do Direito: nos artigos publicados em revistas especializadas, nos Anais de Congressos da área e nas pesquisas desenvolvidas nos âmbitos dos grupos de pesquisa e dos Programas de pós-graduação em Direito, refletindo-se, neste caso, nas disciplinas oferecidas, assim como nas dissertações e teses neles produzidas.

O estudo que em parte é aqui apresentado tem um interesse especial em acompanhar e analisar o processo de comunicação científica da área, ou seja, o amplo espectro de atividades decorrentes de ações comunicacionais e informacionais inerentes às operações de geração do conhecimento e de seus registros. Acredita-se que o emprego de novos dispositivos tecnológicos em redes eletrônicas - mesmo os pouco conhecidos e, conseqüentemente, pouco valorizados pelos atores sociais envolvidos com a produção do conhecimento na área do Direito - descortina possibilidades inusitadas para a comunicação científica. Sobretudo, a necessidade do uso de tais recursos atesta a propriedade das palavras de Meadows (1999) quando este adverte que o milênio que se inicia herda um enorme e veloz crescimento da comunidade científica e da informação por ela produzida. Este autor também assinala a grande expansão do emprego de

métodos e meios eletrônicos ao longo de toda a cadeia de construção do saber científico, o que pode ser constatado na literatura que registra e difunde a visão de estudiosos da comunicação científica face às mudanças em curso (GOMES, 2006, MUELLER, 2000, 2006, HURD, 1996, 2000, BJORK, 2006, dentre outros autores).

O pressuposto que recobre as idéias principais acima apresentadas pode ser assim resumido: a influência das NTCI é significativa a ponto de alterar as práticas de gestão da informação nos tribunais e o processo de comunicação científica no Direito. A produção científica da área jurídica, focalizando tais práticas e processos, ambos modificados pela adoção e incorporação das NTCI, revela novos temas que já se encontram incorporados nesta produção e apontam o papel das mencionadas tecnologias tanto em relação aos efeitos esperados em termos de uma justiça mais rápida e eficaz, quanto no tocante aos riscos e impasses decorrentes de suas aplicações e intervenções. Sustenta-se que a desmaterialização (fenômeno inerente às tecnologias digitais de informação e comunicação) e a legitimação, por conseguinte a confiança, são elementos fundamentais nos processos de reconfiguração de uma "Justiça Tecnológica", conceito proposto por Machado, Silva e Santos (2008) e que será examinado adiante [2].

As perguntas formuladas por esta pesquisa, em relação à gestão, destacam: a) quais princípios de gestão documental norteiam a geração, o tratamento e o uso dos documentos nos processos de trabalho e suas implicações nos arquivos referentes à prestação jurisdicional dos órgãos do Poder Judiciário? b) Como os arquivos (documentação) dos TRFs são usados como fonte de informação para a produção do conhecimento em Direito? c) Que melhorias são esperadas a partir do emprego das NTCI para uma justiça mais célere e eficaz?

No que tange à comunicação científica, pergunta-se: como a comunicação científica na área do Direito é alterada pelas NTCI? Como estas modificam os fluxos informacionais e comunicacionais do processo de comunicação? E ainda: diante das mudanças provocadas pelas NTCI tanto na gestão da informação quanto nos processos de comunicação, quais os novos temas presentes na produção científica da área do Direito refletindo estes impactos? Quais as potencialidades destas tecnologias usadas na gestão e na difusão da informação em Direito, mas também as limitações e os riscos delas decorrentes para a sociedade, segundo os operadores do sistema judicial?

O campo empírico da pesquisa, no tocante à investigação referente à gestão da informação e, em especial, à gestão de documentos, é constituído inicialmente pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Justiça Federal de Primeiro Grau, que é afeta em grau de recurso ao Tribunal Regional Federal-TRF da 2ª Região, o qual também será considerado campo de estudo.

No tocante ao processo de comunicação científica no Direito, o marco empírico é formado pelas revistas científicas, pelos programas de pós-graduação *stricto sensu* e pelos grupos de pesquisa da área no Brasil. Igualmente importantes são os sítios[3] de informação jurídica e, neste caso, amplia-se a investigação para que esta abarque, além dos nacionais, sítios de iniciativas internacionais na Internet igualmente voltados para a questão da informação jurídica.

Conforme pesquisado por Silva (2003, p.265) é no ano de 1843 que surge a primeira revista jurídica brasileira: a "Gazeta dos Tribunais, dos Juízes e Fatos Judiciais do Fôro

e da Jurisprudência". As revistas (não acadêmicas) fundadas no século XIX eram 50, sendo 16 na então capital do país e 34 nas províncias, o que, sublinha este autor, "aponta a existência de atividade de estudo jurídico em vários pontos do país". Este também assinala que o caráter efêmero é a maior característica de todas.

Dados apurados na fase exploratória da pesquisa sobre as revistas brasileiras da área do Direito, consideradas de âmbito científico pela CAPES, no que diz respeito à época de seu surgimento e à natureza das editoras responsáveis, encontram-se sintetizados no Quadro 1, para a então categoria QUALIS A - Nacional, da qual constavam 21 revistas[4]:

Época do Surgimento	Nº de Revistas	Editoras	Nº de revistas
Séc XIX/ Início Sec. XX	3 revistas	Comerciais	9
Décadas 40/50 Sec. XX	2 revistas	Universitárias	8
Década 60 Sec. XX	1 revista	Órgãos de Classe	2
Década 70 Sec. XX	5 revistas	Órgãos governamentais	1
Década de 80 Sec. XX	1 revista	OnGs	1
Década de 90 Sec. XX	8 revistas		
Séc. XXI	1 revista		

Quadro1 - Revistas Brasileiras de Direito - Qualis A-Nacional em outubro de 2008

A situação atual destas revistas, conforme a nova classificação atualmente em vigor, revela que a área não tem nenhum título integrando o estrato mais alto -A1 - dos oito estratos que compõem o Qualis. No estrato A2, há 10 títulos internacionais, incluindo-se aí a revista *Brazilian Journal of Medical and Biological Research*[5]; no B1, há 14 títulos internacionais, e apenas uma revista brasileira; no B2, encontram-se 11 títulos internacionais, sendo um deles de origem brasileira; no B3, há um total de 29 títulos e, destes, 10 referentes a revistas brasileiras; 74 é a totalidade de títulos Qualis B4 e 103 é o número de títulos Qualis B5. O 8º estrato - C tem peso zero.

É notória a importância da revista científica para a produção e a difusão do conhecimento: assim como a comunicação situa-se no coração da Ciência (MEADOWS, 1999, p.vii), a revista científica, pode-se acrescentar, situa-se no coração da comunicação.

O documento da CAPES "Proposta da área do direito - construção do qualis de periódicos" para o triênio 2007-2009 e Metas para 2010, apresenta um conjunto de critérios "mínimos para uma publicação ser avaliada como periódico científico da área de humanidades", as exigências para cada estrato e observações recomendando que os artigos publicados em periódicos científicos da área do Direito sejam submetidos à avaliação prévia do Editor-Chefe e/ou do Conselho Editorial para verificação de sua adequação à linha editorial do periódico; que deverão ser considerados critérios relativos à exogenia e, quanto à avaliação por pares, que seja adotado o sistema de "duplo blind peer review" [6].

Os programas de pós-graduação *stricto sensu* são de vital importância tanto para a produção do conhecimento quanto para os avanços de um campo do saber, aqui, no âmbito da Grande Área das Humanidades, o campo do Direito. A geração e o fluxo desse conhecimento se plasmam nas pesquisas desenvolvidas pelos professores e alunos dos referidos programas e grupos de pesquisa, cujos resultados parciais e finais são

disseminados para os pares através de diversos canais de comunicação e fontes de informação disponíveis. Assim, levantaram-se igualmente no sítio da CAPES, 85 programas de pós-graduação, sendo 63 cursos de Mestrado, 22 de Doutorado e um Mestrado Profissional.

Considerando os conceitos atribuídos pela avaliação trienal da Capes, realizada no ano de 2007, referente ao triênio 2004-2006, assinala-se que as instituições de ensino superior que receberam os conceitos mais altos na avaliação de seus programas de pós-graduação (mestrados e doutorados) foram a Universidade Federal do Paraná/UFPR, a Universidade de São Paulo/USP e a Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC. Relembre-se que a nota mínima para um curso de mestrado é três e que para o doutorado a nota máxima é sete.

Em termos da distribuição geográfica, o cômputo dos programas de pós-graduação mostra que a Região Sudeste ganha relevo com o funcionamento de 47,6% dos mestrados e 45,4% dos doutorados. A seguir, destaca-se a Região Sul com 27% dos mestrados e 31,8% dos doutorados. Na Região Nordeste funcionam 12,6% dos mestrados e 13,6% dos doutorados. As regiões Norte e Centro-oeste, se comparadas, possuem iguais percentuais, mais tímidos em relação às demais regiões. Deve-se relembrar que os primeiros cursos de graduação em Direito foram instalados em 1828 nas cidades de São Paulo e Olinda[7].

Em relação aos grupos de pesquisa em Direito, foram identificados 456 grupos no Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil/CNPq[8]. Para o levantamento destes dados, foram aplicados a seguinte estratégia e filtros para a busca: grande área do grupo - "Ciências Sociais Aplicadas"; área do grupo - "Direito". Embora tal base permita obter informações básicas sobre "quem é quem na área, onde se encontra, o que está fazendo e o que produziu recentemente", a intenção foi, num primeiro momento, mapear a localização desses grupos por regiões. Verificou-se uma equivalência de percentuais entre as regiões Sul (38,6%) e Sudeste (36,8%) e, em seguida, a Região Nordeste com 12,8%. A Região Centro-oeste apresenta o percentual de 7,9%, distanciando-se da Região Norte com 3,9%.

É importante destacar algumas outras fontes secundárias identificadas e analisadas pela pesquisa: o repositório do Conselho da Justiça Federal-CJF, o sítio da Rede Iberius - Red Iberoamericana de Escuelas Judiciais [9] e o Observatório Permanente da Justiça Portuguesa[10], dentre outros.

Em termos do marco teórico, a pesquisa privilegia as contribuições do pensador Boaventura de Sousa Santos, sobretudo as do artigo "Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação"(2005) e as de A. J. Meadows contidas no livro "A Comunicação científica" (1999). Na rede de conceitos estudados, ressaltam-se o emergente conceito de "Justiça Tecnológica", conforme Machado, Silva e Santos (2008), o conceito de "gestão da informação" (CUNHA; CAVALCANTI, 2008) e o conceito de "comunicação científica (GARVEY, 1972).

Pretende-se que tal esforço ofereça importantes subsídios para tornar conhecidas as especificidades e o alcance das mudanças na gestão da informação nos tribunais bem como as alterações ocorridas no processo de comunicação científica na área do Direito,

incluindo-se a difusão do conhecimento produzido na área, atingindo, assim, os objetivos desta investigação.

2 JUSTIÇA TECNOLÓGICA: APRESENTANDO O CONCEITO

Machado, Silva e Santos (2008, p. 21) ao apresentarem o conceito de "Justiça Tecnológica", designam que o termo "Justiça" compreende, de maneira ampla, o conjunto de instituições implicadas "na administração dos códigos legais, ou seja, tanto o ramo do executivo responsável pela área da Justiça, como toda a estrutura orgânica sob a tutela da Justiça enquanto órgão de soberania". Em relação ao termo "Tecnológica", assinalam que ele se refere à aplicação de novas tecnologias de informação e comunicação na administração da Justiça. No caso da presente pesquisa, cumpre salientar que o sentido deste termo abarca também a aplicação destas tecnologias em todo o processo de comunicação científica, alterando, como já foi dito, os fluxos de comunicação e de informação, abrangendo desde a produção dos registros do conhecimento até a sua difusão. Cumpre observar também que, como se verá adiante, tanto no que diz respeito à "justiça" quanto no tocante à "tecnologia", esta pesquisa propõe realçar outros atores junto àqueles englobados pelo conceito de "Justiça Tecnológica", tal como originalmente concebido.

O esquema apresentado por Machado, Silva e Santos (2008, p. 22) para representar o conceito de "Justiça Tecnológica" engloba "duas vertentes fundamentais, a material e a humana, que incluem cinco dimensões de análise - os operadores judiciais, os cidadãos, os tribunais, as novas tecnologias de informação e comunicação e as ciências forenses". Eles também salientam que ambas as vertentes "estabelecem inter-relações complexas e heterogêneas, funcionando ao mesmo tempo como *input* e/ou *output* da 'Justiça Tecnológica'". Dois conceitos são destacados, por estarem imbricados na concepção da "justiça tecnológica" - o de desmaterialização, ligado à "dimensão material"; e o de "confiança", ligado à "dimensão humana". Acrescenta-se à noção de "confiança" o conceito de "legitimação", já que se preconiza a idéia de que o processo de comunicação científica dele não pode prescindir. E à noção de "desmaterialização", soma-se uma outra - a de "rapidez" - traço característico das mencionadas tecnologias.

Para melhor entendimento do conceito de justiça tecnológica, apresenta-se o esquema concebido por Machado, Silva e Santos (2008, p. 22), alterado.

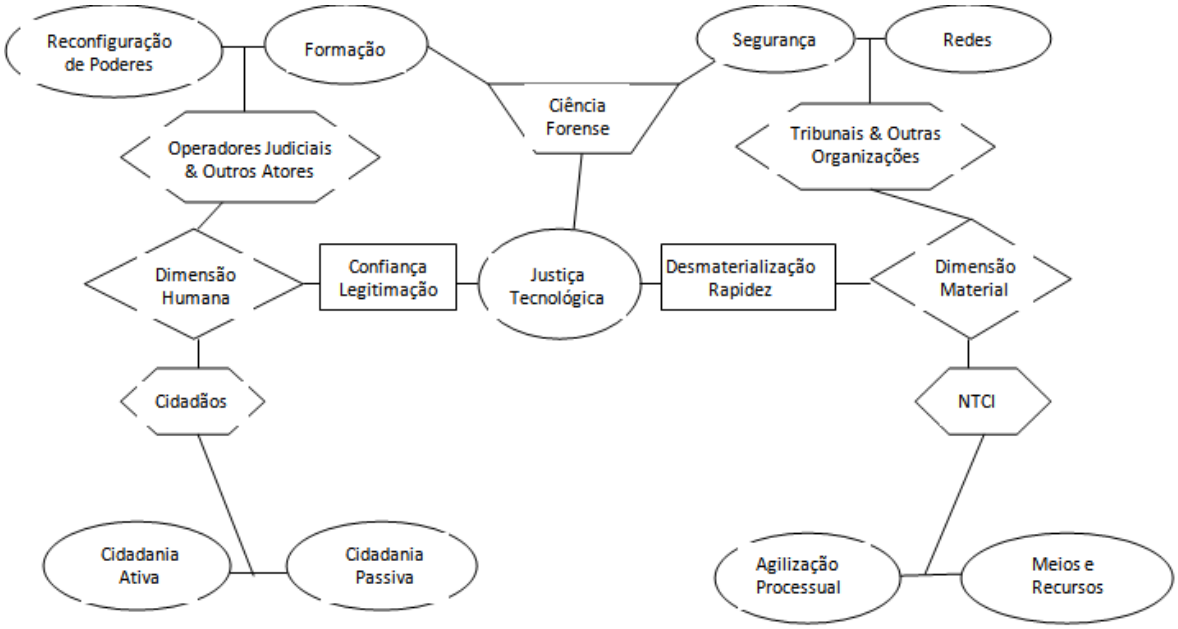

Fig. 1: Esquema Conceitual de "Justiça Tecnológica"
adaptado de Machado; Silva; Santos (2008, p. 22)

Nos tópicos apresentados a seguir, sobretudo aquele dedicado ao exame de algumas questões relativas à comunicação científica, ficará mais claro o acréscimo de "outros atores/produtores de conhecimento sobre a área do Direito" à "dimensão humana" e de "outras organizações" à "dimensão material". Isto se deve a dois motivos principais: o primeiro, liga-se à necessidade de compreender as representações feitas pelos referidos atores sobre a tecnologia a serviço da justiça; o segundo, prende-se ao julgamento que atribuem ao emprego destas tecnologias na gestão da informação e no processo de comunicação científica e a sua aceitação, quando consideradas legítimas. Mas há também um terceiro ponto a ser considerado: o papel das organizações concernente aos processos de confiança e legitimação na adoção das NTCI nas operações da justiça e na produção da Ciência Forense. Daí ser muito importante levar em conta o contexto institucional do conhecimento, na medida em que o primeiro é parte essencial da história do segundo (BURKE, 2003, p.37). No que toca aos cidadãos, deseja-se adotar como preocupação desta pesquisa, aquela externada por Machado, Silva e Santos (2008, p.23) de que as iniciativas favorecidas pela "justiça tecnológica" devem atender tanto as expectativas dos cidadãos de serem beneficiados por uma justiça mais célere quanto devem contribuir para uma cidadania mais ativa. Estes aspectos são de extrema importância para o presente estudo.

3 A DIMENSÃO DAS NTCI NA GESTÃO DA INFORMAÇÃO NOS TRIBUNAIS: ALGUMAS QUESTÕES

A proposta inicial deste item é precisar o uso dos conceitos "gestão da informação", "gestão documental" e "gestão do conhecimento". Para tal, recorre-se à fonte de

referência das áreas de Arquivologia e Biblioteconomia produzida por Cunha e Cavalcanti (2008, p.178) e resgata-se a seguinte definição para o verbete "gestão da informação" posto nos âmbitos da Administração, Arquivologia, Biblioteconomia e Informática:

Conjunto de atividades relacionadas com o ciclo da informação em uma organização o qual inclui a coleta, processamento, armazenamento, fluxo, recuperação da informação e o seu uso efetivo, geralmente com o apoio de sistemas autorizados (CUNHA; CAVALCANTI, 2008, p.178).

Neste mesmo verbete, encontram-se entradas para as expressões "gestão de documentos" e "gestão do conhecimento". A primeira, marcadamente usada no âmbito da literatura da Arquivística e nas ações empíricas desta área, é a definição constante do artigo 3 da Lei 8159, de 8 de janeiro de 1991 (BRASIL, 2009), **sobre a política nacional de arquivos públicos e privados:** "considera-se gestão de documentos o conjunto de procedimentos e operações técnicas referentes à sua produção, tramitação, uso, avaliação e arquivamento em fase corrente e intermediária, visando a sua eliminação ou recolhimento para a guarda permanente". Articulando esta definição no contexto das práticas de gestão de documentos nos arquivos do Judiciário, tem-se a iniciativa do Programa Nacional de Gestão Documental e Memória do Poder Judiciário - PRONAME, cujo objetivo principal é:

[...] implantar uma política nacional de gestão documental e de preservação da memória do Poder Judiciário. As ações do PRONAME são voltadas à integração dos Tribunais, à padronização e utilização das melhores práticas de gestão documental, visando à acessibilidade e à preservação das informações contidas nos autos judiciais a fim de melhor suportar a prestação dos serviços jurisdicionais e a utilização dos acervos judiciais na construção da História (CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA, 2009)

A segunda expressão, "gestão do conhecimento", é vista por Cunha e Cavalcanti (2008, p.178) baseando-se no glossário preparado por Barité (1997, p.106) sobre organização e representação do conhecimento. Cumpre esclarecer que nesta fonte, Barité usa a expressão "organização do conhecimento", e não "gestão do conhecimento". Assim, o termo é definido como "disciplina que estuda as leis, os princípios e os procedimentos pelos quais se estrutura o conhecimento especializado em qualquer disciplina. O gerenciamento do conhecimento se nutre de aportes recebidos da informática, da lingüística, da terminológica e das ciências da informação" (BARITÉ, 1997, p.106; CUNHA; CAVALCANTI, 2008, p.178).

Diante das definições declaradas e das preocupações que vêm sendo discutidas no âmbito deste estudo, acredita-se que esta pesquisa no seu desenvolvimento e fases perpassa suas questões nas três perspectivas conceituais e na seqüência apresentada a seguir.

A primeira perspectiva refere-se à gestão do conhecimento. Assim, indaga-se: como se formam os domínios do saber no Direito a partir das práticas empíricas, reguladoras e

decisórias do sistema de gestão do conhecimento na instância dos tribunais, considerando um conjunto de atores sociais que nele exercem suas atividades e as NTCI empregadas para se chegar aos autos judiciais findos?

Então, aqui, se pinçarmos a definição de gestão documental, estamos na fase do arquivamento corrente, entre esta e uma possível transferência para o intermediário e recolhimento para o arquivo permanente. Ressalte-se agora, que tal preocupação não reside em procedimentos pontuais da arquivística, mas em questões da Ciência da Informação quanto ao fluxo e à estrutura do conhecimento da área de Direito, cuja "disciplina é tecida cotidianamente pela experiência e pelo amálgama entre teoria e prática". Nela, "quatro fontes jurídicas" alimentam os domínios do saber do jurista, a "Lei, a jurisdição, a prática e a autonomia privada" (COSTA, 2005, p.39). Ainda, prosseguindo com as reflexões desta autora, "a modelagem da experiência jurídica é um processo muito complexo, que agrega a oficina da prática e o laboratório do teórico, e que deve estar em contato direto com as razões sociais". Assim, temos aqui o conhecimento consolidado em doutrinas, legislação e jurisprudência[11].

Neste momento, recorre-se a Choo (2006, p.345-346) quando apresenta as três estratégias utilizadas pelas instituições, na dimensão de "organizações do conhecimento": entender o ambiente, produzir novos conhecimentos e tomar decisões com base no princípio da racionalidade limitada. Nesse sentido, verifica-se que este modelo também está presente no sistema judiciário e, portanto, estas estratégias perpassam processos de conversão de informação em conhecimento em fases diversas, indo do conhecimento tácito ao conhecimento explícito e dos canais informais aos formais.

Na segunda perspectiva, o cenário e o percurso são os da gestão da informação no judiciário e as suas relações com as NTCI. Portanto, procuram-se respostas na literatura para a seguinte pergunta: qual é o acréscimo das NTCI para a gestão da informação no ambiente do Poder Judiciário?

Uma resposta de natureza geral, diz respeito à necessidade de o Judiciário adotar as NTCI que contribuam para as mediações de acesso à justiça pela sociedade. Então, nas palavras de Ponciano (2009, p.280-281):

Este Poder precisa demonstrar a capacidade de acompanhar mudanças tecnológicas, de renovar-se e de aperfeiçoar os seus procedimentos, acompanhando a evolução que se opera no setor privado [...] à sociedade contemporânea [...]. Sua modernização é imprescindível para que se amplie o acesso à justiça e se preste uma justiça qualificada.

Para alimentar essa mediação, entra-se na terceira perspectiva, a "gestão documental", ou seja, a gestão de documentos de arquivos. Os procedimentos referentes a esta perspectiva, podem ser vistos como atividades-meio desenvolvidas no Poder Judiciário e são imprescindíveis, pois têm relação com a tramitação, a classificação, a avaliação, a transferência, a destinação, a guarda e o uso dos conjuntos documentais nos arquivos em suas fases correntes, intermediárias e permanentes. As questões sobre o acesso e o uso dos documentos devem ser analisadas considerando-se todos os atores envolvidos, tais como os cidadãos e os operadores do sistema judiciário. De fato, a gestão de

documentos subsidia a política de informação e as ações dos arquivos do sistema judiciário, a fim de:

Garantir que as políticas e atividades do Estado sejam documentadas adequadamente; selecionar e reunir documentos de valor permanente, tentando diminuir ao máximo o número de documentos de valor transitório; garantir a melhor organização desses documentos; inibir a eliminação de documentos de valor permanente; bem como garantir a definição de forma criteriosa da documentação que irá se constituir em patrimônio arquivístico do País (COMISSÃO TÉCNICA ..., 2002, p.69)

Conforme Santos (2001, p.104), o principal objetivo de um sistema de gestão de informação é determinar a valia do fluxo informacional, de modo a avaliar "qual informação é recolhida, mantida, usada e disseminada por uma organização", tendo em vista os objetivos da mesma. Sublinha, também, que a "política de informação deve assegurar que se definam as prioridades e os procedimentos antes de uma informatização precipitada".

Retomando a pergunta feita acima e respondendo de forma mais específica, recorremos a Machado, Silva e Santos (2008, p.32-36) quando elencam as possibilidades abertas no âmbito da gestão para o uso das NTCI no Judiciário. São as concernentes à comunicação eletrônica, à facilidade da produção documental e seu uso, ao aumento da produtividade, à automatização das tarefas e da divisão de trabalho, à avaliação dos ritmos de trabalho e de produtividade e melhoria da relação entre a Justiça e os cidadãos. Por outro lado, estes autores apontam como dificuldades de aplicação das NTCI na gestão, as seguintes questões: automatismo indevido, indefinição estratégica, não adequação das aplicações tecnológicas, indisponibilidade de equipamentos, inexistência de uma cultura de informação, resistência por parte da cultura judiciária e dos respectivos operadores e as ameaças aos direitos do cidadão, pois as tecnologias podem ser invasoras da privacidade.

4 A DIMENSÃO DAS NTCI NA COMUNICAÇÃO CIENTÍFICA DA ÁREA DO DIREITO: ALGUMAS QUESTÕES

O conceito de comunicação científica é definido por Garvey (1972) como "todo espectro de atividades associadas com a produção, disseminação e uso da informação, desde a busca de uma idéia para pesquisa, até a aceitação da informação sobre os resultados dessa pesquisa como componente do conhecimento científico".

No quadro da comunicação científica tradicional, Mueller (2000, p.29) lembra que o fluxo da informação é geralmente representado através de um modelo, referindo-se ao "Modelo Tradicional da Comunicação Científica" concebido por Garvey e Griffith (1972). A autora ressalta que o fluxo nele apresentado segue uma linha temporal que, partindo do início de uma pesquisa chega até à divulgação de seus resultados em fontes de informação terciárias e citação na literatura bem como a sua compactação, na forma de textos didáticos, manuais e enciclopédias, visando à sua difusão para um público mais amplo. Este quadro é povoado pelos seguintes atores, assim discriminados:

Pesquisadores	desenvolvem a pesquisa, escrevem as publicações e agem como revisores;
Financiadores (agências)	influenciam fortemente o processo;
Editores	administram e executam o processo de publicação;
Associações científicas	mantêm várias atividades de comunicação e provêem os pesquisadores com informação detalhada sobre o avanço no seu campo;
Bibliotecas, Centros de Documentação, Especialistas de informação	coletam, organizam e provêem acesso às informações;
Serviços Bibliográficos (bases de dados)	permitem a identificação e a recuperação das publicações em meio eletrônico
Leitores	buscam, recuperam e lêem as publicações
Profissionais	implementam os resultados da pesquisa direta ou indiretamente

Quadro 2 : Atores relevantes do Modelo Tradicional da Comunicação Científica

Os operadores do sistema judicial (categoria bem abrangente, por juntar tanto representantes da dimensão humana quanto material) e os cidadãos, encontram-se em parte contemplados no quadro acima discriminado, mas, é claro, o seu papel nem sempre se enquadra nas funções previstas no modelo tradicional da comunicação científica, inclusive por ultrapassá-las, em alguns casos.

O modelo tradicional, tal como concebido por Garvey e Griffith (1972) foi retomado por Hurd (1996), que o atualiza em função dos novos fluxos decorrentes do emprego crescente das NTCI em redes eletrônicas na dinâmica da comunicação científica. O novo quadro da comunicação, conforme Hurd (1996), não substitui o primeiro, mas o complementa e encontra-se representado na figura 3, a seguir:

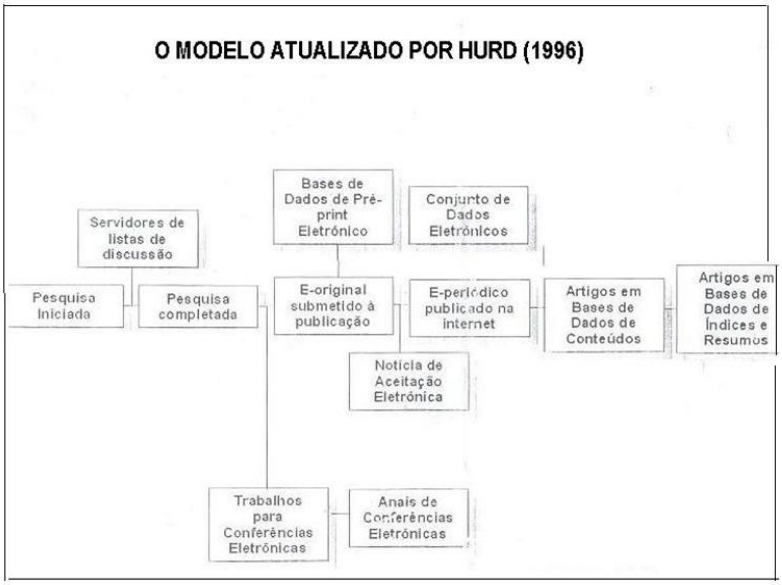

Figura 3 - Modelo atualizado da comunicação científica
Fonte: Hurd, J. M. (1996)

O modelo traçado por Hurd (1996) mostra um fluxo apoiado em diversas tecnologias de comunicação e de informação e que versões eletrônicas são feitas para difundir os registros do conhecimento produzido. A autora, contudo, não desloca o papel central que a revista científica ocupa no âmbito da comunicação na ciência, centralidade esta ainda reconhecida amplamente pelos estudiosos da comunicação científica.

Ainda em relação ao papel das NTCI no processo de comunicação na ciência, destacam-se, como previamente foi assinalado, dois importantes conceitos: o da "rapidez", acrescentado ao de "desmaterialização" e o de "legitimação", somado ao de "confiança", presentes no esquema que representa a "justiça tecnológica". Sobre a rapidez, lembre-se que as tecnologias informáticas em redes eletrônicas têm como característica, em termos de um "referencial temporal da ação e de seus efeitos" (LÉVY, 1993, p.127), a instantaneidade, sobretudo como resultado da evolução nas aplicações on-line.

Quanto ao conceito de "legitimação", este foi focalizado por Mueller (2006), ao analisar o processo de legitimação das publicações eletrônicas na comunicação científica. No campo da Ciência, lembra que "legitimação é o processo pelo qual o 'legislador' encarregado de zelar pelo discurso científico é autorizado (pela comunidade científica) a prescrever as condições que determinam se uma afirmação pode ser considerada conhecimento científico" (MUELLER, 2006, p.19).

A legitimação é aqui ressaltada, pois, mesmo considerando a relativa abertura dos cientistas às possibilidades proporcionadas pelas NTCI para o conjunto das suas atividades, continuam valendo, no campo da Ciência, práticas tradicionais e a legitimação pelos pares. A existência de sociedades científicas e de um sistema forte, centralizado e integrado de financiamento/avaliação, (inclusive de revistas, portais, etc) só reforça a tradição aqui invocada. Entende-se, portanto, que a idéia de legitimação aplica-se também ao processo igualmente requerido de validação dos meios empregados para a geração do conhecimento e produção dos seus registros, como é o caso dos artigos científicos, dentre outros.

Mesmo que os novos meios de comunicação criados pelas NTCI sejam responsáveis pelo ritmo acelerado das mudanças na comunicação científica, Meadows (1999, p.245) nos ensina que "as características básicas dos pesquisadores e de sua comunidade mudam lentamente" e que "eles trabalham, muitas vezes de modo inconsciente, com base nas práticas instituídas da comunidade científica, determinadas por sua história e suas normas sociais".

5 **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Neste artigo, procurou-se tratar dois eixos privilegiados pela pesquisa, tendo em vista a dinâmica da produção do conhecimento em Direito. De um lado, a gestão da informação no âmbito da Justiça Federal, ressaltando a instância de Primeiro Grau e a dos TRFs. De outro lado, o processo de comunicação científica nesta área do conhecimento. Em ambos os casos, consideraram-se os atores neles implicados e a dimensão tecnológica a eles inerente.

Verificou-se que o emergente conceito de "Justiça Tecnológica" - ao qual esta pesquisa acrescentou novas acepções, mediante a proposição dos conceitos de "legitimação", no tocante à dimensão humana e "rapidez" no que tange à dimensão material - consiste numa ferramenta analítica valiosa para o alcance dos propósitos desta investigação. Acredita-se que este estudo pode oferecer elementos que contribuam para a modernização da Justiça, sensível aos problemas decorrentes da aplicação das NTCI orientadas para os interesses da cidadania e dos operadores do Direito. Deseja-se concorrer para maior entendimento dos proveitos oferecidos por estas tecnologias para a promoção e ampliação de direitos. Espera-se igualmente colaborar para os estudos nos domínios da Ciência da Informação e do Direito visando fortalecer a produção do conhecimento nestas áreas e a interlocução dos seus agentes.

REFERÊNCIAS

ALBERCH FUGUERAS, Ramón. *Los archivos, entre la memória histórica y la sociedad del conocimiento*. Barcelona: Editorial UOC, 2003.

ALVARENGA NETO, Rivadávia Correa Drummond de; BARBOSA, Ricardo Rodrigues; PEREIRA, Heitor José. Gestão do conhecimento ou gestão de organizações da era do conhecimento? Um ensaio teórico-prático a partir de intervenções na realidade brasileira. *Perspect. ciênc. inf.*, Belo Horizonte, v. 12, n. 1, abr. 2007 .

BARITÉ, Mario. *Glosario sobre organizacion y representacion del conocimento*. Montevide: Universidad de la República, Comisión Sectorial de Investigación Científica, Escuela Universitaria de Biliotecología y Ciencias Afines, 1997.

BARITÉ, Mario; GUIMARÃES, José Augusto Chaves. *Guia metodológica para el acesso, el análisis y la organización temática de documentos jurídico*s. Montevideo: Universidad de la República, Comisión Central de Educación Permanente, 1999.

BJÖRK, Bo-Christer. A model of scientific communication as a global distributed information system. *Information Research*. Disponível em: http://informationr.net/ir/. Acesso em: dez. 2008.

BRASIL. Lei 8.159 de 08 de janeiro de 1991. **Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. Disponível em: http://www.conarq.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=100 &sid=52. Acesso em: 8 jul. 2009.**

BURKE, Peter. *Uma história social do conhecimento:* de Gutenberg a Diderot. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003.

CAMPELLO, Bernadete Santos; CENDÓN, Beatriz Valadares; KREMER, Jeanette Marguerite (Org.). *Fontes de informação para pesquisadores e profissionais*. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

CAPES. *Informações elencadas no site institucional*. Disponível em :

< http://www.capes.gov.br/>. Acesso em: set./out.. 2008 e jan. 2009.

CHOO, Chun Wei. *A organização do conhecimento*. 2.ed. São Paulo: Senac, 2006.

CNPQ. *Informações elencadas no site institucional*. Disponível em: < http://www.cnpq.br/>. Acesso em: set./out.. 2008 e jan. 2009.

COMISSÃO TÉCNICA INTERDISCIPLINAR PARA GESTÃO DE DOCUMENTOS DA JUSTIÇA FEDERAL. Proposta de critérios de seleção de autos findos para a preservação da memória nacional. *Revista CEJ*, Brasília, n.21, p.68-75, abr./jun. 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Gestão documental e memória do poder judiciário - PRONAME*. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>

Acesso em: 26 jul. 2009.

COSTA, Judith Martins. Parte 1.1. In: NOBRE, Marcos et al. *O que é pesquisa em Direito. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.38-46.*

CUNHA, Murilo Bastos da; CAVALCANTI, Cordélia Robalinho de Oliveira. *Dicionário de Biblioteconomia e Arquivologia*. Brasília: Briquet de Lemos/Livros, 2008.

FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectiva. *Rev. Bras. de Pós-Graduação*, Brasília, v.1, n.2, p.53-70, nov. 2004.

GARVEY, W. D. *Communication*: essence of science; faciliting information exchange among librarians, scientists, engineers and studants. Oxford: Pergamon Press, 1979.

_____; GRIFFITH, B.C. Communication and information processing within scientifics disciplines: empirical findings for psychology. *Information Storage and Retrieval***,** v.8, p. 123-126, 1972.

GOMES, Sandra Lúcia Rebel. O acesso à informação em bibliotecas virtuais: princípios e valores. In: SIMEÃO, Elmira; MIRANDA, Antônio. *Alfabetização digital e acesso ao conhecimento*. Brasília: UNB, Departamento de Ciência da Informação e Documentação, 2006.

_____. *The collective memory of the researchers:* legitimation, change and contiguity in the scholarly communication in information networks**.** In**:** CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE CIENCIAS Y TECNOLOGÍAS MULTIDISCIPLINARES DE LA INFORMACIÓN, 1 - InSciT2006. Anais... Mérida: ASIS&T, out. 2006.

HURD, J.M. Models of scientific communications system. In: CRAWFORD, S.Y.; HURD, J. M.; WELLER, A.C. *From print to eletronic*: the trasnsformation of scientific communication. Medford: ASIS, 1996. p.9-33.

_____. The transformation of scientific communication: a model for 2020. *Journal of the American Society for Information Science*, v.51, n.14, p.1279-1283, 2000.

KIRCZ, Joost G. *Scientific communication as an object of science*. Loughborough: Portland Press, 1997. Disponível em: <http://www.portlandpress.com/pp/books/online/tiepac/session7/ch1.htm>. Acesso em: ago. 2007.

LÉVY, Pierre. *As Tecnologias da Inteligência.* O futuro do pensamento na era da informática. São Paulo: Ed. 34, 1993.

MACHADO, Helena; SILVA, Susana, SANTOS, Filipe. *Justiça tecnológica*: promessas e desafios. Porto: Ecopy, 2008.

MEADOWS, A. J. *A comunicação científica*. Brasília: Briquet de Lemos/Livros, 1999.

MUELLER, Suzana P. M. A Ciência, o sistema de comunicação científica e a literatura científica. In: CAMPELLO, B. S.; CENDÓN, B. V.; KREMER, J.M. (Org). *Fontes de informação para pesquisadores e profissionais*. Belo Horizonte: UFMG, 2000. p.21-34

_____. Reflexões sobre o processo de legitimação das publicações eletrônicas na comunicação científica. In: CONFERÊNCIA IBEROAMERICANA DE PUBLICAÇÕES ELETRÔNICAS NO CONTEXTO DA COMUNICAÇÃO CIENTÍFICA - CIPECC 2006. *Anais* ... Brasília, DF: UNB, Ed. UNIDERP, 2006.

NOBRE, Marcos et al. *O que é pesquisa em Direito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.*

OBERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/>. Acesso em: 15 jul. 2009

OLIVEIRA, Luciano; ADEODATO, João Maurício. *O estado da arte da pesquisa jurídica e sociojurídica no Brasil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1996.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Justiça Federal*: organização, competência, administração e funcionamento. Curitiba: Juruá, 2009.

REDE IBERIUS: RED IBEROAMERICANA DE ESCUELAS JUDICIAIS. Disponível em: <http://www.iberius.org/web/guest/inicio>. Acesso em: 21 de jul.2009

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A administração e gestão da justiça*: análise comparada das tendências de reforma. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2001.

_____. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2009.

_____. Os tribunais e as novas tecnologia de comunicação e de informação. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 7, n. 13, p.82-109, jan./jun. 2005.

_____. A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas. *Manifesto,* mar. 2005. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Justica_em_Portugal_Manifesto_2005.pdf Acesso em: 21 de jul.2009.

SILVA, Luiz Antonio Gonçalves da. Difusão da doutrina jurídica: as revistas brasileiras de Direito . *Revista de Direito da UPIS*, Brasília, n.1, p.261-298, jan. 2003.

SOARES, Gláucio Ary Dillon. O portal de periódicos da CAPES: dados e pensamentos. *Rev. Bras. de Pós-Graduação,* Brasília, n.1, jul. 2004.

---

[1] As autoras vinculam-se ao grupo de pesquisa no CNPq - "Efetividade da Jurisdição (GPEJ/UFF)", ao "Núcleo de Ciências do Poder Judiciário (NuPEJ/UFF)" e ao Núcleo de Estudos da Informação (NEInfo/UFF).

[2] Tal conceito é discutido no livro "Justiça Tecnológica: promessas e desafios" (MACHADO;SILVA;SANTOS, 2008). Escrito para oferecer uma visão geral das potencialidades oferecidas pela aplicação das tecnologias de informação e comunicação à Justiça em Portugal, já nos direciona para a observação de importantes questões a serem investigadas no âmbito da justiça brasileira. Ademais, os problemas que apresenta deverão futuramente subsidiar um estudo comparativo mais aprofundado (Brasil/Portugal) que, espera-se, seja muito proveitoso para os propósitos desta pesquisa.

[3] O termo "sítio" tem aqui uma conotação bastante ampla, para abranger "blogs" e outros tipos de recursos da área do Direito, presentes na Internet.

[4] Achou-se por bem manter esta informação, muito embora os critérios de classificação "Qualis" da CAPES tenham mudado, não só porque a mudança é muito

recente, como também, e principalmente, por se julgar tais dados reveladores de uma tendência.

[5] A presença desta revista deve-se à natureza interdisciplinar do Direito e também da área de Neurociências.

[6] Cf CAPES. *Diretoria de Avaliação.*Grande área de Humanidades; Área do Direito. http://qualis.capes.gov.br/webqualis/ Acesso em: ago. 2009.

[7] Cf. SILVA (2003, p. 262).

[8] CNPq. *Grupos de pesquisa*. Disponível em: < http://www.cnpq.br/gpesq/apresentacao.htm#p1>. Acesso em: set./out. 2008 e 15 jan. 2009.

[9] REDE IBERIUS. Disponível em: < http://www.iberius.org/web/guest/inicio>. Acesso em: 21 jul.2009.

[10] OBSERVATÓRIOI PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/>. Acesso em: 15 jul.2009.

[11] Cf. Barité e Guimarães (1999, p.20-26) sobre tipologia e funções dos documentos jurídicos

FUNDAMENTOS DO DIREITO ANIMAL CONSTITUCIONAL*

ANIMAL RIGHTS: CONSTITUTIONAL BACKGROUND

Tagore Trajano de Almeida Silva

RESUMO

Este ensaio pretende apresentar ao leitor as bases de um dos fundamentos da Teoria Constitucional do Direito Animal. A discussão parte da análise do conceito de dignidade, pensada sob o viés racionalista de Immanuel Kant que entende possuir apenas o ser humano tal atributo. Busca-se ampliar este conceito a partir da análise da teoria de Hans Jonas e Tom Regan, que visa ao estabelecimento de relação de respeito entre as espécies, considerando capazes de dignidade também os animais não humanos. Após a tentativa de extensão deste valor intrínseco aos animais, parte-se para o estudo dos fundamentos éticos e filosóficos desta abordagem, demonstrando como a concepção de Kant influenciou as constituições modernas. Por fim, demonstrar-se-á que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 acolhe a tese do Direito Animal Constitucional ao proibir qualquer forma de crueldade para com os animais, sendo necessária para a garantia deste mandamento mudança de cunho interpretativo que vise a entender como objetivo estatal o estabelecimento de uma dignidade animal, vedando quaisquer formas de retrocesso.

PALAVRAS-CHAVES: DIGNIDADE ANIMAL - RESPEITO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

ABSTRACT

This test is intended to present the reader a basis for a plea of Constitutional Theory of Animal Rights. The discussion part of the analysis of the concept of dignity, under the bias rationalist thought of Immanuel Kant that attaches only to be the concept of human dignity. Search to expand this concept from the theory of Hans Jonas and Tom Regan to demonstrate a new concept of dignity established through the relationship of respect between species. After this attempt to extend an intrinsic value to animals, it is to study the ethical and philosophical foundations of this approach, showing how the design of Kant has influenced the modern constitutions. Finally, it will demonstrate that the Brazilian Constitution of the Republic of hosting the 1988 thesis of a Constitutional Rights on Animal prohibit any form of cruelty to animals, being necessary to ensure a change of this commandment interpretative stamp seeking to understand how State goal the establishment of an animal dignity, prohibiting any form of backlash.

KEYWORDS: DIGNITY ANIMAL - RESPECT - FUNDAMENTAL RIGHTS - PROHIBITION OF REVERSE

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O Breve século XX foi marcado por diversos debates que marcaram a história recente da humanidade. Reunificação de Estados, desmoronamento do sistema socialista, duas grandes guerras mundiais, privatizações, fortalecimento do Poder Judiciário, intensiva europeização, globalização, megafusões com índices recordes de desemprego, o crescimento e a consolidação da proteção ambiental, a AIDS, a xenofobia, junto às lutas dos movimentos sexista, racista e dos direitos dos animais.

É momento de mudança. O materialismo alcançou sua máxima expressão, observada sua lógica interna. As constituições nacionais englobam em(dentre) seus conceitos o racionalismo exacerbado, que separa o homem das outras formas de vida que o rodeiam.

Com efeito, foi nesse sentido que o homem estabeleceu um domínio tirânico sobre todas as espécies vivas, fundamentando-o em uma presumida ordem divina.

Poder-se-ía dizer, fazendo uso da metáfora adotada por John Gray, que o homem se desenvolveu em meio a um ledo engano, tal como um homem num baile que a noite inteira se encontra envolvido num jogo de sedução com uma bela mulher mascarada na vã esperança de conquistá-la, até que ela retira a máscara e revela ser sua esposa. Para Gray, nesta fábula de Schopenhauer, a esposa mascarada como uma bela desconhecida era o cristianismo, que hoje ganhou feições dentro do humanismo.

De fato, ao longo dos últimos duzentos anos, a filosofia se libertou da fé cristã, mas não soube abrir mão do erro capital do cristianismo – a crença de que os humanos são radicalmente diferentes de todos os outros animais.

Principalmente, depois do advento da teoria da evolução de Charles Darwin e da publicação da sua obra *A Origem das Espécies pela Seleção Natural*, em 1858, não se pode mais negar, que de todos os elementos naturais, os animais são os mais próximos, e esta proximidade perturbadora, por vezes, abala as nossas classificações e a certeza dos nossos critérios de diferenciação.

A despeito da Teoria da Evolução, o direito insiste em fechar seus olhos aos animais e à teoria de Charles Darwin, como se a última não existisse.

Ainda, nesse sentido, tal concepção de domínio do homem sobre o mundo, submetendo um ser a outro, ainda que ambos sejam dotados de consciência, percepção, sensação, memória, sentimento, linguagem, inteligência..., já determinou ao longo da história outras formas de exploração, tais como a escravização das mulheres, dos estrangeiros vencidos nas guerras e invasões, dos africanos e o extermínio dos índios no continente americano.

Aqueles que desejam defender sociedades hierarquizadas, com freqüência mostram que, seja qual for o critério escolhido, simplesmente não é verdade que todos os seres são iguais em consideração moral, uma vez que a maioria dos humanos são especistas.

Em nome de um domínio antropocêntrico**,** assistimos, em nossos dias, a escravização e o genocídio dos animais, vulneráveis ao poder das armas, às armadilhas ardis dos homens, sedentos por apropriarem-se de tudo o que lhes possa render benefícios.

Pergunta-se, então, que tradição é esta que não estabelece pressupostos éticos para o tratamento dos animais. Se um ser sofre, não pode haver qualquer justificativa moral para deixarmos de levar em conta seu sofrimento, não importando a natureza, já que o princípio da igualdade requer que o sofrimento seja considerado na mesma medida entre os semelhantes.

Como sabemos, os animais, incluído o homem, possuem características em comum, ainda que desenvolvidas em diferentes graus e de acordo com as peculiaridades de cada espécie. Entre homens e os animais existe uma continuidade e as diferenças entre eles apenas de grau e não de essência. Todos os animais são portadores de instintos e de finalidades como a sobrevivência e a procriação, não devendo ser este o critério utilizado para a diferenciação jurídica entre eles e os homens.

O evolucionismo rompeu os limites do racionalismo, trazendo de volta a concepção do ser com um vir-a-ser, no fenômeno da evolução. Com o Estado não podia ser diferente, já que ele é processo. O Estado, como ser dinâmico, deve estar em constante mutação, a fim de indicar novos direcionamentos e realizar novos valores do sistema constitucional.

Sendo assim, percebe-se na atual conjuntura a importância do debate sobre a formação de um Estado socioambiental de Direito, que numa perspectiva ética significa que a norma constitucional deve refletir uma transição para o compromisso com valores antes não percebidos pela sociedade.

Este ensaio pretende oferecer ao leitor os fundamentos do direito animal constitucional, a partir da discussão do princípio da dignidade da pessoa humana, enunciado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira. A fim disto, discutiremos três temas:

o conceito kantiano de dignidade e a sua insuficiência para englobar a vida dos animais;

os fundamentos éticos e filosóficos que influenciaram a constitucionalização dos direitos dos animais no Brasil e em nações estrangeiras;

e, por fim, um debate sobre o objetivo estatal de estabelecer normas e critérios que visem a garantia da dignidade do animal, vedando um possível retrocesso.

2. CONCEITO DE DIGNIDADE E KANT

A idéia de igual dignidade moral entre os homens foi fruto de um longo processo histórico, que somente se consolidou com o desenvolvimento da concepção da lei escrita como regra geral e uniforme, aplicável indistintamente a todos os membros de uma sociedade organizada.

Ainda hoje, muitos povos desconhecem o conceito de ser humano como uma categoria geral, e acreditam que os membros de outras tribos pertencem a uma outra espécie.

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, era digna (*dignitas*) a pessoa humana que ocupava determinada posição social, sendo este conceito atribuído pelo reconhecimento dos demais membros da comunidade. Desta forma, havia uma modulação da dignidade, no sentido de admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas.

O estoicismo coloca a racionalidade humana no ponto mais alto da escala terrena do ser e a dignidade estaria relacionada à noção de liberdade pessoal de cada indivíduo, bem como à idéia de que todos os seres humanos são iguais em dignidade.

Na Idade Média, o ser humano passou a ser considerado à imagem e semelhança de Deus e, com exceção de São Francisco de Assis, a Igreja olhava para os demais seres com desprezo e indiferença.

O conceito de dignidade estava vinculado ao pensamento judaico-cristão, traduzindo, ademais, uma evidente noção de superioridade do ser humano em virtude de sua racionalidade e livre arbítrio.

Para Tomás de Aquino, os animais existiriam para benefício dos homens, assim como os pulmões existiriam para benefício do coração, sendo que, desta forma, não se poderia falar em uma dignidade própria do animal.

No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção de dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se apenas as noções fundamentais da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

Nesse sentido, para Kant, os animais não são auto-conscientes, e, portanto, existem apenas como instrumento destinado a um fim, e esse fim é o homem, de modo que os nossos deveres para com eles são apenas indiretos, pois o seu verdadeiro fim é a humanidade. Todas as demais espécies como produto da necessidade física é considerada como um meio para o ser humano.

Immanuel Kant, em 1785, na sua obra “Fundamentação da metafísica dos costumes” (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten)*, expõe que:

A razão refere assim toda máxima da vontade, concebida como legisladora universal, a toda outra vontade, e também a toda ação que o homem ponha para consigo: procede assim, não tendo em vista qualquer outro motivo prático ou vantagem futura, mas levada pela idéia da dignidade de um ser racional que não obedece a nenhuma outra lei que não seja, ao mesmo tempo, instituída por ele próprio. No reino dos fins tudo tem um PREÇO ou uma DIGNIDADE. Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por qualquer outra coisa equivalente; pelo contrário, o que está acima de todo preço e, por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade.

Ora, a moralidade é a única condição capaz de fazer que um ser racional seja um *fim em si*, pois só mediante ela é possível ser um membro legislador no reino dos fins. Pelo que, a moralidade, bem como a humanidade, enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que possuem *dignidade*.

3. RECONSTRUINDO O CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ATRAVÉS DOS SEUS LIMITES: A DIGNIDADE COMO REPRESENTAÇÃO DO RESPEITO ENTRE AS ESPÉCIES

Para Kant apenas um ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios, ou seja, possuiria vontade. Desse modo, apenas o ser humano existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa dispor:

[...] o homem, e em geral *todo ser racional*, existe *como fim em si*, *não apenas como meio*, do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talento; mas, em todos os seus atos, tanto nos que se referem a ele próprio, como nos que se referem a outros seres racionais, ele deve sempre ser considerado ao mesmo tempo como fim.

[...] Os seres, cuja existência não depende precisamente de nossa vontade, mas da natureza, quando são seres desprovidos de razão, só possuem valor relativo, valor de meios e por isso se chamam *coisas*. Ao invés, os seres racionais são chamados *pessoas*, porque a natureza deles os designa já como *fins em si mesmos*, isto é, como alguma coisa que não pode ser usada unicamente como *meio*, alguma coisa que, conseqüentemente, põe um limite, em certo sentido, a todo livre arbítrio (e que é objeto de respeito). Portanto, os seres racionais não são fins simplesmente subjetivos, cuja existência, como efeito de nossa atividade, tem valor *para nós*; são *fins objetivos*, isto é, coisas cuja existência é um fim em si mesma, e justamente um fim tal que não pode ser substituído por nenhum outro, e ao serviço do qual os fins subjetivos deveriam pôr-se *simplesmente* como meios, visto como sem ele nada se pode encontrar dotado de *valor absoluto*.

Nesta concepção, apenas, o homem teria o atributo da dignidade, valor absoluto de possuir vontade própria e autoconsciência com a capacidade de agir de maneira distinta de um mero espectador e de tomar decisões, perseguindo seus próprios interesses.

Para os seguidores desta corrente: o ser racional (a pessoa humana) teria, assim, valor absoluto em si mesmo, sendo possuidor de direitos subjetivos e fundamentais assegurados pelo Estado.

Portanto, o princípio que diz que se deve tratar o homem como um fim em si mesmo implica não só no dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia.

Atualmente vem ganhando força a corrente que afirma que a concepção de Kant sofre de um excessivo antropocentrismo, restringindo a concepção de dignidade apenas aos seres humanos.

Não obstante, para muitos autores, os seres que agregam algum valor em sua existência devem ser merecedores de tutela jurídica, com o intuito de resguardar seu valor. Deve-se reservar um âmbito na Constituição, para que seja assegurada às outras criaturas o seu valor intrínseco, que chamaremos neste artigo de dignidade.

Nessa concepção, amplia-se o conceito kantiano de pessoa na tentativa de conceber uma dignidade para além do humano, concedendo às demais espécies um valor intrínseco a ser respeitado e reconhecido pelos humanos.

A dignidade, desta forma, não seria atributo exclusivo da pessoa humana, mas de todas as formas de vida.

Hans Jonas, por exemplo, defende uma dignidade da natureza a ser alcançada com a substituição dos antigos imperativos éticos, dentre os quais o imperativo kantiano.

Deve-se passar do imperativo kantiano que determina um agir individual "[...] *onde o princípio da ação se transforme em uma lei universal*", para um novo imperativo, fundado na responsabilidade, que atribui ao homem um agir responsável de modo à "*que os efeitos dessa ação sejam compatíveis com a permanência da vida* [...].

Jonas representa com sua obra, *El principio de responsabilidad*, a possibilidade de contribuição para uma mudança de paradigma antropocêntrico ao, pela primeira vez, romper com o estreito círculo da proximidade, articulando solidariamente com a idéia de responsabilidade entre espécies.

No âmbito do direito animal, Tom Regan clama por uma mudança de percepção, uma vez que estamos aculturados pelo paradigma dominante. Assim, vemos os animais como nossa cultura os vê, como seres que existem para nossa alimentação, vestuário, ou seja, para atender nossas necessidades e desejos.

Estes modos de perceber os animais, para o professor Antunes de Azevedo, poderiam ser descritos didaticamente a partir dessas duas concepções: a *concepção insular* (kantiana) e a *concepção própria de uma nova ética.*

A primeira, ainda dominante, seria fundada no homem como razão, vontade e autoconsciência. Nesta concepção dualista, onde o homem e natureza não se encontram, por estarem em níveis diversos; respectivamente sujeito e objeto, o homem, "rei da criação", vê e *pensa* a natureza. Somente o homem é racional e capaz de querer, somente ele é auto-consciente. A natureza é fato bruto sem valor em si.

Foi René Descartes que influenciou filosoficamente o pensamento moderno contribuindo para excluir os animais da esfera das preocupações morais humanas. Para

ele, a exploração dos animais seria justificável, uma vez que eles são autômatos ou máquinas destituídas de sentimentos, incapazes, portanto, de experimentar sensações de dor e de prazer.

Descartes afirma, em *Discurso sobre o Método*, que os autômatos animais, embora determinados pelas mesmas leis da matéria são constituídos de maneira que seu funcionamento ou comportamento leva o observador humano a pensar em um valor inerente para eles, análogo ao que lhe é próprio, sem que no entanto eles possuam este valor interior.

O filósofo Renascentista afirma que os animais são como máquinas, não possuindo razão e, portanto, valor intrínseco.

Esta concepção corroborou com a legitimação das diversas formas de violência contra os animais na sociedade atual, visto que se ignorou o seu aparente sofrimento em prol do bem-estar humano.

A concepção própria de uma nova ética seria fundada no homem como ser integrado à natureza cuja nota específica não estaria na razão, na vontade ou na autoconsciência**,** que também os animais possuem, e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem.

Para o autor, a dignidade estaria fundada no reconhecimento recíproco entre as pessoas, os demais seres e a natureza. A dignidade apresentaria uma relação estreita com o respeito; este seria sua unidade moral.

[...] tratar um ao outro com respeito é *exatamente* tratar um ao outro de modo a respeitar os nossos outros direitos. Nosso direito mais fundamental, então, o direito que unifica todos nossos outros direitos, é nosso direito de sermos tratados com respeito.

Com efeito, para Regan a relação de respeito seria a síntese dos direitos fundamentais (vida, integridade física e liberdade) que se expressa através do valor dignidade pensada também para incluir os animais.

Desta maneira, a segunda concepção é monista: já que estabelece uma relação entre homem e natureza, um *continuum;* o homem faz parte da natureza e não é o único ser inteligente e capaz de querer, ou o único dotado de autoconsciência. Há, entre os seres vivos, um crescendo e complexidade, e o homem é o último elo da cadeia. A *natureza* como um todo é um *bem*. E a vida, o seu *valor*.

4. FUNDAMENTOS ÉTICOS PARA A CONCEPÇÃO DA DIGNIDADE ANIMAL

No final do século XVIII, em 1776, Humphry Primatt, na Inglaterra, publica um texto de filosofia moral denominado *A Dissertation on the Duty of Mercy and the Sin of Cruelty against Brute Animals* (Dissertação sobre o dever de compaixão e o pecado da crueldade contra os animais brutos), onde defende uma completa redefinição dos conceitos cultivados pela tradição moral e religiosa da época em relação aos animais.

No mesmo ano, 1776, os norte-americanos proclamavam a sua independência, porém a declaração não faz nenhuma referência aos direitos dos animais, proclamando a igualdade, a liberdade e o direito de buscar a felicidade para todos os cidadãos, mas não para todas as espécies. Desta forma, a declaração, como todas à época, estava arraigada em cunho antropocêntrico, chauvinista e especista.

Em 1789, na Inglaterra, o filósofo da moral e do direito, Jeremy Bentham, escreve *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Uma introdução aos princípios da moral e da legislação). Ambos, Primatt e Bentham, defenderam a idéia de que a ética não será refinada o bastante enquanto o ser humano não estender a aplicação do princípio da igualdade na consideração moral a todos os seres dotados de sensibilidade e capacidade de sofrer.

De fato, Bentham propõe a abolição da linha divisória estabelecida pela filosofia moral tradicional de Aristóteles, Tomás de Aquino, Descartes e Kant, qual seja, a da posse da razão, linguagem e autoconsciência como dotes necessários ao ingresso na comunidade moral, isso em relação os princípios da igualdade, da liberdade e autodeterminação.

Benthan, analogamente a Primatt, não se refere a uma dignidade animal, mas ao *dever humano de compaixão* para com todos os seres em condição vulneráveis a dor e ao sofrimento. Ambos exigem coerência do sujeito moral. Devemos respeitar em relação aos outros, os mesmos padrões que exigimos sejam aplicados em relação a nós.

Henry Salt, em 1892, ao publicar o livro *Animal Rights*, estabeleceu, pela primeira vez, relação entre direito e animais. Salt apropria-se do argumento inaugurado por Primatt em defesa dos interesses sencientes, defendendo a inclusão de todos os animais, não apenas os humanos, no âmbito da comunidade moral. Salt funda uma crítica voltada na aparência e na dominação da razão, estabelecendo deveres diretos e indiretos em relação aos membros da espécie humana. Deveres positivos (de beneficência) e os negativos (de não-maleficência), em relação aos demais seres.

Deveres de compaixão, segundo John Rawls, são obrigações morais diretas para com os animais, uma espécie de dever de humanidade, em que aqueles que o sentem não são os principais responsáveis por tal sofrimento.

Nesse sentido, a compaixão omite o elemento essencial da responsabilidade pelo mal levado a cabo. Quando dizemos que o mau-trato de animais é injusto, queremos dizer apenas que é errado *de nossa parte* tratá-los mal e que eles têm um direito, um crédito moral, de não serem tratados de tal modo.

Portanto, é preciso reconhecer ao animal um *valor inerente,* pelo fato dele ser *sujeito-de-uma-vida.*

Tom Regan esclarece que como temos direitos iguais, enquanto sujeitos-de-uma-vida, e pelo fato de alguns animais serem como nós, já que são igualmente sujeitos-de-uma-vida, deve-se concluir que esses animais, também, têm direitos, incluindo o direito a serem tratados com respeito.

Para o filósofo americano, não é um ato de benevolência tratar os animais com respeito, é um *ato de justiça*, animais humanos e animais não-humanos têm o direito moral básico de serem tratados com respeito, de ter reconhecido seu valor intrínseco, isto é, a sua dignidade.

Assim, a filosofia moral sofre a pressão dos argumentos que invocam a moralidade humana a considerar não apenas os interesses racionais dos seres da espécie *Homo sapiens*, mas também interesses naturais não-racionais, abrangendo todos os seres capazes de sofrer dor ou dano em conseqüência das ações de agentes morais.

No final do século XX, as teses de Primatt, Bentham e Salt foram revisadas por Peter Singer, que junto com filósofos de Oxford (na Inglaterra), retomou a reflexão sobre o *status* moral e jurídico devido aos animais em decorrência de sua liberdade, sensibilidade e consciência.

Richard D. Ryder, Peter Singer, Stanley e Roslind Godlowitch, John Harris, Andrew Linzey, estabelecem a necessidade de se rever criticamente a filosofia moral tradicional e adotar um único princípio para considerar moralmente todos os seres semelhantes, atendendo ao que ordena a justiça, ou seja, tratamento igual para os casos semelhantes.

Deste modo, firma-se o entendimento de que Direitos não devem ser conferidos com base na aparência do organismo, mas sim com base na necessidade do movimento e na semelhança da sensibilidade e da consciência. Animais são capazes de distinguir e preferir experiências, desviando-se das más e buscando as boas.

5. MAS SERIA A DIGNIDADE UM VALOR UNIVERSAL?

Partindo do pressuposto de que os animais não-humanos são dotados de valor inerente por serem sujeitos-de-uma-vida, entende-se que os direitos dos animais são desejáveis e que buscar fundamentos constitucionais para que eles sejam distinguidos como um meio adequado para esse reconhecimento.

Contudo, alerta Norberto Bobbio que a busca de um alicerce para uma teoria pode gerar a ilusão de um fundamento absoluto. Na visão de Bobbio, toda busca de um fundamento absoluto é infundada, já que geralmente não se tem uma noção precisa de quais seriam estes direitos e se eles seriam de conteúdo variável e de caráter heterogêneo.

Atualmente, na ordem constitucional mundial, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um princípio extremamente forte, ou seja, aquele que em nenhuma hipótese cede em favor de outros. Esta característica, segundo Alexy, levaria ao entendimento de que existem princípios absolutos.

Com este entendimento, a norma da dignidade da pessoa humana vem sendo considerada um princípio de valor pré-constituinte e de hierarquia supraconstitucional, tanto para a República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, quanto para a maioria das cartas constitucionais ádvenas, além da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). A dignidade da pessoa humana figura como um desses fundamentos *a priori*, que expande os seus efeitos para toda e qualquer interpretação, visto ser fundamento do Estado brasileiro.

Apesar disso, para Robert Alexy, esta impressão gera equívocos que residem no fato de a norma da dignidade da pessoa humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio. Soma-se a isso o fato de existir um amplo grupo de condições de precedência que confere altíssimo grau de certeza de que o princípio da dignidade da pessoa humana prevalecerá contra princípios colidentes em determinadas condições.

Para Alexy, o princípio-norma da dignidade da pessoa jurídica é igualmente sopesado diante de outros princípios, com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade. Esta sim, seria absoluta em razão de sua abertura semântica e da não necessidade de limitação em face de alguma possível relação de preferência.

Com efeito, para Alexy, nenhum princípio, nem mesmo o da proteção à vida seria absoluto, já que em casos de confrontos do princípio vida de um indivíduo com o de um grupo, este último poderia preponderar.

Na Suprema Corte Alemã, há julgado em que se entende que não há violação à dignidade da pessoa humana quando a exclusão da proteção judicial é motivada pelo intuito de atender o interesse público.

Robert Alexy sustenta que, em casos de choque com outros princípios como: o da ordem democrática e da própria existência do Estado; poderia haver uma desconsideração deste valor, tendo estes princípios precedência em face da dignidade humana.

Desta forma, salienta Alexy sobre a não possibilidade de atribuição de uma valor absoluto a norma da dignidade, apesar do entendimento dado pelos intérpretes das constituições.

Contudo, os efeitos ocasionados pela intensa disputa humana podem fazer com que, sustentado pela teoria da "relativização" da dignidade, defenda-se barbaridades, tais como: as guerras do Afeganistão e Iraque, a não concessão de direitos aos prisioneiros da "*Guantanamo Bay detention camp*", além das práticas policiais de tortura anti-terroristas e, no caso em estudo, a exploração de animais para fins humanos.

Neste contexto, as observações de Hannah Arendt ressoam importantes no debate sobre um peculiar processo de relativização de direitos. Arendt explica que se tornou possível certas atitudes modernas entre os intelectuais, atitudes estas razoavelmente bem

representadas por Mussolini que dizia ser, ao mesmo tempo, “aristocrata e democrata, revolucionário e reacionário, proletário e antiproletário, pacifista e antipacifista”, ou seja, todos têm o direito de criar sua própria ideologia, bem como, cada Estado tem o direito de deixar prevalecer o direito que considerar fundamental.

Preferimos a visão adotada por Michael Kloepfer ao defender com base no artigo 1º, inciso 1 da Lei Fundamental Alemã que o valor dignidade é absoluto e imune a qualquer ponderação. Todavia, fazer tal afirmativa não significa que tenha o indivíduo um valor ilimitado, um “super-direito”, independente de outros titulares de direitos fundamentais. Ao revés, o Tribunal Constitucional Alemão compreende cada indivíduo como um cidadão relacionado e vinculado uns aos outros, em comunidade.

Intervenções ao valor dignidade somente seriam permitidos em casos excepcionais e com o intuito de garantir a dignidade “*super-motivada*” de outros indivíduos.

Estabelece-se um *“limite dos limites”*, em que o limite da dignidade de um é a dignidade do outro. Um retorno à regra de ouro que diz: *“não faças a outro aquilo que não queres que te façam na mesma situação*” .

Então, na esteira de ambas as sustentações, o artigo 1º, inciso III da Constituição Brasileira é concebido como um conceito jurídico indeterminado; utilizado tanto como norma constitucional amplamente aplicada nos tribunais, quanto princípio jurídico fundamental da sociedade e do Estado.

Com efeito, por ser o homem um ser condicionado por tudo aquilo com o que ele entra em contato, a dignidade da pessoa humana deve ser vista além de seu conteúdo normativo, através da sua representação axiológica. Todo “valor” é a projeção de um bem *para alguém;* no caso, a pessoa humana é o *bem* e a dignidade, o seu *valor*, isto é, a sua projeção.

Compreende-se que a luta por direitos e a possibilidade de mudança social constitui uma classe variável, um feixe de diversos valores. Porém, todas estas concepções, para nós, transmitem um único valor: o de que não devemos tratar o outro, animal humano ou não-humano, como mero objeto.

6. ENFIM, A TENTATIVA DE (RE)CRIAÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE, ENGLOBANDO OS ANIMAIS NÃO-HUMANOS

A sustentação de um patamar mínimo para a subsistência de todas as formas de vida faz emergir novos direitos fundamentais, como os direitos inerentes a todos os animais. Estes devem ser garantidos e principalmente incorporados à dimensão do conceito de dignidade.

Estes novos direitos devem ser materializados na concepção de direitos fundamentais, sob uma perspectiva de solidariedade entre as espécies, tal como aconteceu ao se

incorporar os direitos, liberdades e garantias fundamentais de primeira e segunda dimensões.

Frise-se aqui, que como o direito é pensado em função dos incluídos, é hora de incluirmos outros sujeitos, a fim de construir um patamar mínimo de justiça social. Nesse sentido, Jügen Habermas ensina sobre uma responsabilidade solidária de trata o outro *como um dos nossos.*

Para o autor, incluir o outro é deixar refletir em "nós" (comunidade) tudo que resiste ao substancial e novo, mas que amplia constantemente as fronteiras porosas da sociedade.

Percebe-se, então, uma nova dimensão destes direitos fundamentais, ampliando a proteção deste princípio para alcançar os animais.

É importante este entendimento, uma vez que a dignidade da pessoa humana é o direito fundamental mais fortemente impregnado da visão ideológica e política, como vem se demonstrando. Por isso, o preceito da dignidade da pessoa humana causa especiais dificuldades que resultam não apenas dos enraizamentos religiosos, filosóficos e históricos da dignidade da pessoa humana como também da dependência da respectiva situação global civilizacional e cultural da sociedade.

De fato, doutrinadores já vislumbram uma mudança de paradigma constitucional da concepção de dignidade, a fim de se adotar um marco jurídico-constitucional socioambiental, consolidando a formação de uma *dimensão ecológica da dignidade humana*.

Esta nova forma de compreender o ambiente demanda esforços para uma nova maneira de entendimento da dignidade como valor universal, conduzindo a um repensar o conceito de Kant de dignidade, no intuito de percebê-lo em parte positiva (dever de respeito, vida, integridade e liberdade) ou negativamente (dever de preservar, cuidar e manter), adaptando tal conceito à contemporaneidade.

Portanto, este direito fundamental à proteção ambiental consistiria em um direito complexo, abrangendo as múltiplas funções dos direitos fundamentais do homem. Cuida a Constituição Federal, em seu artigo 225, de uma série de disposições que asseguram posições jurídicas subjetivas fundamentais, tanto com função defensiva quanto prestacional.

Ora, pode-se dizer que a Constituição Brasileira de 1988 atribui aos animais um mínimo direito: o de não os submeter à crueldade.

Para Heron Santana Gordilho, estaria, na Constituição Brasileira de 1988, o fundamento constitucional para a teoria dos direitos animais, no instante em que se reconhece em seu art. 225, §1º, VII, que os animais são dotados de sensibilidade, impõe-se a todos o dever de respeitar a vida, liberdade corporal e integridade física do animal, proibindo expressamente as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provocando a sua extinção ou os submetendo à crueldade.

De fato, o Brasil se insere dentre os países que vedam, na própria Constituição Federal, a prática de crueldade contra os animais. A maioria das Cartas Estaduais acompanha este mandamento supremo, proibindo a submissão de animais a atos cruéis nos Estados.

Com efeito, após a Constituição de 1988, foi editada a Lei Federal nº 9.605/98, que no §1º do seu art. 32 atribui infraconstitucionalmente o direito de se respeitar os animais não-humanos.

Agrega-se ao referencial brasileiro, a Constituição da Suíça que, em 1992, reconheceu, no artigo 24, a "dignidade da criatura" (*Würde der Kreatur),* a qual deve ser respeitada notadamente no âmbito da legislação sobre engenharia genética e a Lei Fundamental alemã que, em seu artigo 20a, incluiu a expressão "e os animais" (*die Tiere*) ao se referir sobre os titulares de proteção daquele Estado.

Deste modo, estas constituições: Brasileira, Suíça e Alemã fincam as bases para o denominado direito animal constitucional e para uma nova dimensão do conceito de dignidade.

De fato, conclui a atribuição de "dignidade" a outras formas de vida ou à vida em termos gerais transporta a idéia de respeito e responsabilidade que deve pautar o comportamento humano para com os animais, devendo avançar nas construções morais e jurídicas no sentido de ampliar o espectro de incidência do valor dignidade para outras formas de vida e da vida em si, garantindo, deste modo, as condições existenciais mínimas para a vida de todos os animais humanos e não-humanos.

7. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA DIGNIDADE ANIMAL: O CASO BRASILEIRO, ALEMÃO, AUSTRÍACO E SUÍÇO E OS ESFORÇOS DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO EUROPÉIA.

Antes de afirmarmos que a Constituição de 1988 estabeleceu como um dos objetivos do Estado brasileiro a proteção dos animais, cumpre-nos fazer um pequeno retorno à história.

No Brasil, o processo de constitucionalização dos direitos foi demorado. Assevera Laerte Levai que o primeiro registro de uma norma a proteger animais de quaisquer abusos ou crueldade, foi o Código de Posturas, de 6 (seis) de outubro de 1886, do Município de São Paulo, em que o artigo 220 dizia que os cocheiros, condutores de carroça estavam proibidos de maltratar animais com castigos bárbaros e imoderados, prevendo multa.

Apenas no início do século XX, durante o período da República Velha, 1924, seria elaborado o primeiro dispositivo normativo de defesa da fauna, o Decreto Federal 16.590 que regulamentava o funcionamento das casas de diversões públicas, o qual proibia uma série de maus tratos com animais.

No entanto, foi o Decreto 24.615, de 10 de julho de 1934, que entrou em vigor com a implantação do Estado Novo que introduziu pela primeira vez, no Brasil, normas de proteção animal. Este decreto, iniciativa do político, descendente de ingleses, Ignácio

Wallace de Gama Cochrane, levou à fundação, no ano de 1895, da União Internacional Protetora dos Animais – UIPA, primeira entidade a ser fundada no Brasil e que importou a legislação em vigor nos países europeus no início do século XX.

Em 1941, o Decreto-lei 3.688 (Lei de Contravenção Penal) iria proibir, em seu artigo 64, a crueldade com os animais:

Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo:

Pena - prisão simples, de 10 (dez) dias a 1 (um) mês, ou multa.

§ 1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza, em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo.

§ 2º Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público.

Contudo, a constitucionalização somente viria com o advento da Constituição de 1988, momento em que as normas ambientais adquiram *status* constitucional, o direito à proteção ambiental passando a ser considerado direito fundamental.

As transformações trazidas pela Constituição de 1988 não se restringem aos aspectos estritamente jurídicos, mas se entrelaçam com as dimensões ética, biológica e econômica dos problemas ambientais.

O direito animal propõe uma dilatação dos fundamentos éticos aos animais, reconhecendo um direito inerente a todos os seres vivos no patamar constitucional.

A vedação de toda e qualquer prática que submeta os animais a crueldade, torna os animais não-humanos titulares ou beneficiários do sistema constitucional, devendo o Poder Público e a coletividade buscar a implementação de políticas públicas que visem à concretização deste mandamento, *in verbis:*

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

De fato, ao incluir a proteção animal sob a tutela constitucional, o constituinte delimitou a existência de uma nova dimensão do direito fundamental à vida e do próprio conceito de dignidade da pessoa humana.

Fundamentar o direito animal constitucional é dever então dos operadores do direito (juízes, promotores, doutrinadores, advogados e estudantes, dentre outros), para que se a ultrapasse este momento de abstração formal do ordenamento constitucional brasileiro, com vistas a uma real fundamentação de um direito inter-espécies.

Com o neoconstitucionalismo, o processo de normativização da Constituição ganha espaço, possibilitando um rompimento com a teatralidade das expressões pomposas das normas de proteção animal.

O Direito Animal Constitucional visa não apenas a estimular a produção legislativa, como fato solidário. O Direito Animal há de ser algo mais do que a disposição metódica de normas e padrões de *comando-e-controle* inaplicáveis ou inaplicados (= *law-on-the-books*), há de ser, como disciplina jurídica própria, um direito aplicado, fruto da assimetria entre norma e implementação (= *law-in-practice*), que obrigue o poder público e a sociedade civil a implementar este mandamento constitucional da não crueldade para com os animais.

De forma semelhante, a Alemanha se tornou, em 21 de junho de 2002, a primeira nação da União Européia a garantir, em sua Lei Fundamental, direitos animais. Após uma discussão de cerca de 10 anos no parlamento alemão, 542 deputados votaram a favor da inclusão de uma finalidade “proteção aos animais” na Constituição Alemã.

Johannes Caspar e Martin Geissen ensinam que a inserção de uma finalidade de “proteção aos animais” na Constituição evidencia a obrigação do Estado de concretizar este objetivo. O direito dos animais ganha uma posição importante no sistema jurídico alemão, visto que esta norma passa a ser, para o legislador, uma obrigação estatal de desenvolver políticas de proteção aos animais.

Resta ao legislador a obrigação de promover a proteção dos animais da forma mais eficaz possível, sendo contrária ao novo dispositivo a supressão ou redução de padrões já comprovados de proteção aos animais. Há uma verdadeira proibição do retrocesso, de modo que o novo objetivo estatal é o de que um patamar mínimo de dignidade animal seja protegido.

Outro país a inserir dispositivo semelhante foi a Áustria ao dispor no artigo 11, §1º da sua Constituição que deve o Estado austríaco se empenhar na elaboração de normas de

proteção aos animais. Nesse sentido, em 2004, foi aprovada a nova lei de Proteção Animal (*Austrian animal Welfare law*) que criar padrões (*standardizes)* para a proteção animal no país.

Nada obstante, o primeiro país europeu a proteger constitucionalmente os animais foi a Suíça. Há mais de 100 anos (1893), o Estado Suíço proíbe, em sua constituição, o abate de animais sem anestésico.

No artigo 80º da Constituição deste Estado, é conferido ao Parlamento o dever de fazer uma legislação de proteção animal para todo o país e desde 1992, os deveres para com os animais foram aumentados, ao se estabelecer na constituição, artigo 120º, nº 2, (antigo 24, §3º da antiga constituição); a "dignidade das criaturas", conferindo um valor inerente a todos os seres vivos não-humanos.

Na Espanha, o parlamento espanhol aprovou uma resolução garantindo direitos legais aos grandes primatas. Este documento normativo visa a obrigar o Estado Espanhol a legislar sobre leis de proteção animal, a fim de proibir a utilização de grandes primatas em circos e pesquisas científicas.

Nesse contexto, esforços estão sendo realizados no sentido de inserir na Constituição Européia a responsabilidade com os animais. No projeto atual, já se encontra norma (artigo III – 121) que protege os animais sencientes de serem submetidos à crueldade em práticas agrícolas, no transporte de animais e na pesquisa científica e espacial.

Logo, qualquer interpretação, nestes países, em prejuízo da proteção dos animais deve ter chegado ao fim, já que os retrocessos da legislação protetiva dos animais eram conseqüência da falta de proteção constitucional.

8. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E O MÍNIMO DE EFICÁCIA CONSTITUCIONAL: A VEDAÇÃO DO ESTADO DE BIOCÍDIO

Como se demonstrou**,** diversos são os *status* sociais e legais atribuídos aos animais. A definição do critério para uma exclusão dos animais não-humanos da consideração moral e legal levou a espantosas e ilógicas formas de tratamento desses seres.

A legislação reflete esse sistema. Diversas são as normas infraconstitucionais que garantem direitos aos animais o direito de serem preservados, cuidados, tratados com respeito. Contudo, falta-lhes aplicação.

A Constituição Federal de 1988 é o marco para o pensamento sobre a dignidade animal, uma vez que ao proibir que o animal seja tratado de forma cruel, reconhece ao animal não-humano o direito de ter respeitado o seu valor intrínseco, sua integridade, vida e liberdade.

Percebe-se que o critério de definição da legislação animal vem atendendo a critérios humanos. Nesse sentido, Michel Fox afirma que cada animal é pensado de uma forma a

atender a utilidade e interesse humano: animais domésticos para o bem estar humano, animais silvestres para a caça e esporte do homem, animais de laboratório para o interesse de laboratórios e da indústria farmacêutica.

Deste modo, como forma de limitar as formas de exploração humana, podemos utilizar a teoria da proibição do retrocesso para garantir a dignidade do animal não-humano, fazendo com que sejam mantidos e garantidos os direitos dos animais e deste núcleo mínimo.

Decorre do sistema jurídico-constitucional, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito. A tentativa de proibir um retrocesso visa incorporar ao patrimônio jurídico mínimo que não pode ser absolutamente suprimido.

Desta forma, uma legislação infraconstitucional de proteção animal não pode suprimir determinado direito estabelecido pelo constituinte.

Assim, citando o ordenamento alemão, há um judiciário que se preocupa com um "mínimo necessário", expressão concreta do princípio da dignidade, e de um não retrocesso social.

Canotilho sustenta que, após a concretização em nível infraconstitucional, determinados direitos fundamentais assumem a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança.

Nesse sentido, não se pode mais conceber legislações que visem diminuir ou aniquilar com o valor do animal conferido pela constituição.

Esta proibição do retrocesso pode ser considerada uma das funções de garantia da satisfação adquirida por esses direitos, uma vez que dada satisfação ao direito, este, "transforma-se", nessa medida, em "direito negativo" ou direito de defesa, isto é, num direito ao qual o Estado deve abster-se de atentar contra.

O princípio do não retrocesso estabelece ao legislador uma vinculação mínima ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos e das imposições constitucionais em matéria de justiça social. A não adoção desta concepção estaria chancelando uma fraude à Constituição, não estaria cumprindo, legislador, ao legislar o mandamento do Constituinte.

Desta forma, o legislador não pode simplesmente eliminar as normas (legais) concretizadoras dos direitos dos animais, pois isto equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição em destruir a situação instaurada pela Constituição. Nisso consiste a regra do não retorno da concretização ou não retrocesso, fundada também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito.

Pela simples supressão estaria sendo afetada a própria dignidade da pessoa, o que desde logo revela-se inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna.

Outrossim, deve-se atentar para o fato de que este princípio é uma garantia da máxima efetividade da constituição que não autoriza nem ao legislador, nem, ao Judiciário e muito menos ao Executivo retirar direitos já conferidos.

Peter Singer salienta que no debate dos direitos dos animais, comparado a quaisquer outros movimentos de libertação, o fato dos membros do grupo explorado não poderem, eles mesmos, protestar de forma organizada contra o tratamento que recebem, os deixa em desvantagem, necessitando de que outros levantem sua bandeira.

A proibição do retrocesso visa, desta forma, garantir um valor intrínseco ao animal, evitando a possível aceitação do fato de que os animais podem ser explorados por constituir em um *meio* para se chegar a finalidades humanas.

9. AONDE CHEGAREMOS...

O debate sobre a possibilidade de um direito animal constitucional vem ganhando força no sistema brasileiro.

A teoria, ora defendida por Kant não conseguia mais explicar todos os fenômenos da sociedade, ao apenas conceder o valor dignidade ao ser humano.

Percebia-se a necessidade de um novo referencial teórico, a fim de propor um novo rumo para os ordenamentos jurídicos como um todo.

Demonstra, o presente ensaio, que uma doutrina do direito animal não apenas necessita da compreensão do direito dos animais apenas no papel, precisa de sua real implementação e isto só ocorrerá com a mudança do fundamento do ordenamento jurídico e de seus aplicadores.

O princípio da dignidade deve ser entendido como um valor inerente a todos os animais e não apenas ao homem.

Visualiza-se um caminho difícil, mas faz-se imprescindível que continue a ser percorrido.

Sábias são as palavras de Bobbio ao referir-se às grandes aspirações do homem. Para o autor, o homem está em constante atraso. Deve-se tentar não majorar esse atraso com a nossa desconfiança, com a nossa indolência, com o nosso cepticismo, já que não temos tempo a perder. A história, como sempre, mantém sua ambigüidade avançando em duas direções opostas: em direção à paz ou em direção à guerra.

John Gray, professor de Filosofia da London School of Economics, em seu livro *Cachorro de palha*, demonstra que o homem é um ser egoísta. Para ele, o que fazemos atualmente com os animais poderia ser descrito em um ritual chinês que dá o nome ao seu livro.

Nos antigos rituais chineses, cachorros de palha eram usados como oferendas para os deuses. Durante o ritual, eram tratados com a mais profunda reverência. Quando terminava, e não sendo mais necessários, eram pisoteados e jogados fora: "Céu e terra não têm atributos e não estabelecem diferenças: tratam as miríades de criaturas como cachorros de palha".

Desta forma, enquanto não garantimos uma dignidade mínima aos animais, o que já vem sendo feito em constituições estrangeiras, não chegaremos ao conceito verdadeiro de humanidade.

Aonde chegaremos, não sabemos, mas como este caminho pode ser trilhado, só depende de nós.

10. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. *A condição Humana*. Trad. de Roberto Raposo, posfácio de. Celso Lafer – 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras,. 1989.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Revista dos Tribunais,* vol . 797, março de 2002.

BAHIA. Saulo José Casali. Poder Judiciário e direitos humanos. In *Revista de Doutrina da 4ª Região.* Porto Alegre, n. 20, out. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao020/Saulo_Bahia.htm>. Acesso em: 16 jul. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas.* 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2001.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e. O estado teatral e a implementação do direito ambiental. In *Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental*. São Paulo, 2004.

_____. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BEZERRA, Paulo César Santos. *Temas Atuais de Direitos Fundamentais.* Ilhéus, Editus, 2006.

BOBBIO, Norberto. [et.al]. *Dicionário de Política.* vol. 01. 12ª.ed. trad. João Ferreira. Brasília: Editora Unb, 2004.

_____. Sobre os Fundamentos dos Direitos do Homem. In *A era dos direitos*. 10ª. Ed. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

_____. Teoria da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos. trad. Daniela Beccaccia Versini. Rio de janeiro: Elsevier, 2000.

BOLLIGER, Gieri. Constitutional and Legislative Aspects of Animal Welfare in Europe. In *Stiftung Für das Tier im Recht*. Brussels, February 1st 2007. p. 01-02.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* 3.ed. Coimbra, Coimbra ediora, 1999.

CASPAR, Johannes. & e GEISSEN, Martin. O art. 20a da Lei Fundamental da Alemanha e o novo objetivo estatal de proteção aos animais. In MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. [et. al] (orgs.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 473-492.

COHEN, Adam. What's Next in the Law? The Unalienable Rights of Chimps. In *The New York Times*. July 14, 2008. Editorial Observer. Available at: http://www.nytimes.com/2008/07/14/opinion/14mon4.html?scp=1&sq=chimpanzees%20and%20animal%20rights&st=cse .

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmação histórica dos Direitos Humanos.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DARWIN, Charles. *Origem das espécies.* Belo Horizonte: Villa Rica, 1994.

DAWKINS, Richard. *O gene egoísta*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1979.

DESCARTES, René. *Discurso do Método e Regras para a direção do Espírito.* Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

DIAS, Edna Cardozo. Experimentos com animais na legislação brasileira. In *Fórum de Direito Urbano e Ambiental* – FDUA, Belo Horizonte. ano 4. n.24. p. 2909-2926, nov/dez. 2005.

_____. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 1, (jun. 2007). Salvador: Evolução, 2007. p. 123-142.

FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos. A dignidade e o animal não-humano. In MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. [et. al] (orgs.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 127-143.

FELIPE, Sônia T. Agência e paciência moral: razão e vulnerabilidade na constituição da comunidade moral. In E*thic@* - Florianópolis, v. 6, n. 4 p. 69-82 Ago 2007. p. 71-72. Disponível em: http://www.cfh.ufsc.br/ethic@/et611art7.pdf.

_____. Dos Direitos morais aos Direitos Constitucionais: Para além do especismo elitista e eletivo. In GORDILHO, Heron José Santana. SANTANA, Luciano Rocha. (coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 1, (jan/jun. 2007). Salvador: Evolução, 2007. p. 143-159.

_____. *Ética e experimentação animal*: fundamentos abolicionistas. Florianópolis: EUFSC, 2007.

_____. Fundamentação ética dos direitos morais. O legado de Humphry Primatt. In SANTANA, Heron José. SANTANA, Luciano Rocha. (coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

_____. Liberdade e autonomia prática: fundamentação ética da proteção constitucional dos animais. In MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. [et. al] (orgs.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 55-83.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente:* a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Germany votes for animal rights. Disponível em: http://archives.cnn.com/2002/WORLD/europe/05/17/germany.animals/. Acessado em: 10 de julho de 2008.

FOX, Michael W. Inhumane Society: The American Way of Exploiting Animals. New York: St. Martin's Press, 1992. p. 05-10.

GRAY, John. *Cachorros de palha:* reflexões sobre humanos e outros animais. 3ª. Ed. trad. Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Record, 2006.

HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro: estudos de teoria política. São Paulo: *Loyola*, 2002.

HOBSBAWM, Eric. *A Era dos extremos.* São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 598p.

JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad:* ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Herder, 1995.

_____. *O princípio vida:* fundamentos para uma biologia filosófica. Trad. Carlos Almeida Pereira. 2ª. Ed. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. A. Pinto de Carvalho. São Paulo: Editora Nacional, 1964.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria dos Advogado, 2005.

KOLBE, Karin. Comparison Between the American "Animal Welfare Act" and the German "Law on Protecting Animals". In *Animal Welfare Information Center Bulletin*. AWIC Bulletin, Summer 2007, Volume 13, No. 1-2. ISSN: 1522-7553.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LEVAI, Laerte Fernando, *Direito dos Animais*. O direito deles e o nosso direito sobre eles. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 1998.

_____. Crueldade Consentida – crítica a razão antropocêntrica -.) In SANTANA, Heron José. SANTANA, Luciano Rocha. (coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan./dez. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 171-190.

LEVAI. Laerte Fernando, & DARÓ. Vânia Rall, Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. In *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 36, p. 138-150, out./dez., 2004.

LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito, Alteridade e Especismo.* 2005. Dissertação (Mestrado). UGF/RJ – Rio de Janeiro.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004 .

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra ed., 2000.

NUSSBAUM, Martha C. Para além de compaixão e humanidade: justiça para animais não-humanos. In MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. [et. al] (orgs.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 85-126.

ORTEGA Y GASSET, José. In *O homem e a gente.* Trad. de J. Carlos Lisboa. Rio de Janeiro, Livro Ibero-Americano, 1975.

OST, François. *A natureza à margem da lei:* a ecologia à prova do direito. Lisboa, Instituto Piaget, 1995.

PAIXÃO, Rita & SCHRAMM, Fermin Roland. *Experimentação animal:* razões e emoções para uma ética. Niterói: EdUFF, 2008.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002

REGAN, Tom. Animal rights. In BEKOFF, M.; MEANEY, C. A. (Ed.). In *Encyclopedia of animal rights and animal welfare.* Westport: Greenwood Press, 1998. p. 42-43.

_____. *Jaulas Vazias*: encarando o desafio dos direitos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006.

RODRIGUES, Danielle Tetü, *O direito & os animais*: uma abordagem ética, filosófica e normativa, Curtitiba, Juruá, 2006.

RYDER, Richard. Speciesism and 'painism'. In *The Animal's Agenda*. 1997.

GORDILHO, Heron José de Santana. *O caso Suíça e os caminhos do Direito Animal.* (inédito).

SANTANA, Heron José de. Abolicionismo animal. In *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 6, p. 85-109, out./dez., 2004

_____. *Abolicionismo Animal*. 2006. Tese (Doutorado). FadUFPE - Recife.

_____. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. In SANTANA, Heron José. SANTANA, Luciano Rocha. (coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

_____. Os crimes a fauna e a filosofia jurídica ambiental. In *BENJAMIN, Antônio Herman V. (org.). Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental*, de 03 a 06 de junho de 2002: 10 anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: IMESP, 2002.

_____. SANTANA, Luciano Rocha. SILVA, Tagore Trajano de A.. [et. al]. Habeas Corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador (BA) In SANTANA, Heron José. SANTANA, Luciano Rocha. (coord.).

Revista Brasileira de Direito Animal. v. 1, n. 1, (jan/dez. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

SANTANA, Luciano Rocha & OLIVEIRA, Thiago Pires. Guarda Responsável e Dignidade dos Animais. In SANTANA, Heron José. SANTANA, Luciano Rocha. (coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan/dez. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 67-104.

SANTANA, Luciano Rocha e MARQUES, Marcone Rodrigues. Maus tratos e crueldade contra animais nos Centos de Controle de Zoonoses: aspectos jurídicos e legitimidade ativa do Ministério Público para propor Ação Civil Pública. In *BENJAMIN, Antônio Herman V. (org.). Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental*, de 03 a 06 de junho de 2002: 10 anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: IMESP, 2002; DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana . In *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>. Acesso em: 23 jul. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 8.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. *O princípio da máxima efetividade e a interpertação constitucional*. São Paulo, LTr, 1999.

SILVA, Tagore Trajano de A.. Crítica à herança mecanicista de utilização animal: em busca de métodos alternativos. In: *Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI.* Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008.

_____. Vivissecção e Direito Animal. In *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito/UFBA.* nº.16. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2008.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Porto Alegre: Lugano, 2004.

SIQUEIRA, José Eduardo de. El principio de responsabilidad de Hans Jonas. In *Acta bioeth.*, 2001, vol.7, no.2, p.277-285. ISSN 1726-569X.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana. In *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito/UFBA.* nº.13. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2006.

HOBSBAWM, Eric. *A Era dos extremos.* São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 598p.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria dos Advogado, 2005.p. 154.

Vide os dizeres de ORTEGA Y GASSET, José. Ao defender uma separação entre a sociedade humana e a sociedade animal. "Vivemos em duas sociedades, uma animal e a outra do homem. E apesar de uma leve semelhança, deve-se esclarecer que o homem não foi reduzido à escala animal, não existindo sinonímia entre as sociedades. Para o autor, o direito é um objeto cultural porquanto enformado pelo espírito humano". In *O homem e a gente.* Trad. de J. Carlos Lisboa. Rio de Janeiro, Livro Ibero-Americano, 1975. p. 45 e 65.

GRAY, John. *Cachorros de palha:* reflexões sobre humanos e outros animais. 3ª. Ed. trad. Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 53.

GRAY, John. *Cachorros de palha:* reflexões sobre humanos e outros animais. 3ª. Ed. trad. Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 53.

GRAY, John. *Cachorros de palha:* reflexões sobre humanos e outros animais. 3ª. Ed. trad. Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 53.

SANTANA, H. J. ou GORDILHO, H. J. S. . Darwin e a Evolução jurídica Habeas Corpus para Chimpanzés. In: *XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2008, Brasília. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008. Recomenda-se artigo do Professor Heron Santana Gordilho, onde o mesmo faz uma relação do direito com a teoria da evolução, demonstrando como a teoria de Darwin não é discutida no direito, influenciando muito pouco as ciências sociais.

OST, François. *A natureza à margem da lei:* a ecologia à prova do direito. Lisboa, Instituto Piaget, 1995. p. 235.

DAWKINS, Richard. *O gene egoísta*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1979. p. 21.

OST, François. *A natureza à margem da lei:* a ecologia à prova do direito. Lisboa, Instituto Piaget, 1995. p. 244.

FELIPE, Sônia T. Liberdade e autonomia prática: fundamentação ética da proteção constitucional dos animais. In MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. [et. al] (orgs.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 55-83. p. 82.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Porto Alegre: Lugano, 2004. p. 04-11.

FELIPE, Sônia T. Liberdade e autonomia prática: fundamentação ética da proteção constitucional dos animais. In MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang.

[et. al] (orgs.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 55-83. p. 82.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Porto Alegre: Lugano, 2004. p. 10.

RODRIGUES, Danielle Tetü, *O direito & os animais*: uma abordagem ética, filosófica e normativa, Curtitiba, Juruá, 2006, p.33.

DARWIN, Charles. *Origem das espécies*. Belo Horizonte: Villa Rica, 1994. p. 45.

Nesse sentido, SANTANA, Heron José de. Abolicionismo animal. In *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 6, p. 85-109, out./dez., 2004 e LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito, Alteridade e Especismo.* 2005. Dissertação (Mestrado). UGF/RJ – Rio de Janeiro.

JONAS, Hans. *O princípio vida:* fundamentos para uma biologia filosófica. Trad. Carlos Almeida Pereira. 2ª. Ed. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2004. p. 68.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 229.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente:* a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 93-94.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 110.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 9.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmação histórica dos Direitos Humanos.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 12.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmação histórica dos Direitos Humanos.* p. 11-12.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 30.

JONAS, Hans. *O princípio vida:* fundamentos para uma biologia filosófica. Trad. Carlos Almeida Pereira. 2ª. Ed. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2004. p. 70.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* p. 30.

SANTANA, Heron José. Abolicionismo Animal. 2006. Tese (Doutorado). FadUFPE - Recife. p. 13.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 222.

Apud SANTANA, Heron José. Abolicionismo Animal. 2006. Tese (Doutorado). FadUFPE - Recife. p. 13.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* p. 31-32.

Apud SANTANA, Heron José. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. In SANTANA, Heron José. SANTANA, Luciano Rocha. (coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan/dez. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 37-65. p. 55.

JONAS, Hans. *O princípio vida:* fundamentos para uma biologia filosófica. Trad. Carlos Almeida Pereira. 2ª. Ed. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2004. p. 70.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. A. Pinto de Carvalho. São Paulo: Editora Nacional, 1964.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. p. 435-436.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. p. 436.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmação histórica dos Direitos Humanos.* p. 20.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. p. 429.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. p. 429.

Apud SANTANA, Heron José. SANTANA, Luciano Rocha. TRAJANO, Tagore. [et. al]. Habeas Corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador (BA) In SANTANA, Heron José. SANTANA, Luciano Rocha. (coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan/dez. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p.261-280. p. 273.

Sem dúvida a concepção kantiana é a que encontrou lugar de destaque na doutrina brasileira, lusitana, norte-americana e alemã como um todo. Esta concepção é seguida pela maior parte da doutrina dentre os quais podemos destacar: Cármen Lúcia Antunes Rocha, Fábio Konder Comparato (já referido neste artigo), Fernando Ferreira dos Santos, Jorge Miranda, José Afonso da Silva, Manoel Jorge Silva e Neto, dentre outros. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 34 e ss.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana . In *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>. Acesso em: 23 jul. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmação histórica dos Direitos Humanos.* p. 24.

FELIPE, Sônia T. Liberdade e autonomia prática: fundamentação ética da proteção constitucional dos animais. p. 56.

SIQUEIRA, José Eduardo de. El principio de responsabilidad de Hans Jonas. In *Acta bioeth.*, 2001, vol.7, no.2, p.277-285. ISSN 1726-569X. p. 279.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 125-174.

OST, François. *A natureza à margem da lei:* a ecologia à prova do direito. Lisboa, Instituto Piaget, 1995. p. 327.

REGAN, Tom. *Jaulas Vazias*: encarando o desafio dos direitos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006. p. 28.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Revista dos Tribunais,* vol . 797, março de 2002. p. 15.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. p. 15.

LEVAI. Laerte Fernando, & DARÓ. Vânia Rall, Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. In *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 36, p. 138-150, out./dez., 2004. p. 138-139

DESCARTES, René. *Discurso do Método e Regras para a direção do Espírito.* Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 56-58.

JONAS, Hans. *O princípio vida:* fundamentos para uma biologia filosófica. Trad. Carlos Almeida Pereira. 2ª. Ed. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2004. p. 66.

DESCARTES, René. *Discurso do Método e Regras para a direção do Espírito.* p. 56.

Sobre uma crítica a concepção filosófica de Descartes e Kant e a forma de tratar o animal, nosso trabalho SILVA, Tagore Trajano de A.. Crítica à herança mecanicista de utilização animal: em busca de métodos alternativos. In: *Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI.* Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008.

SANTANA, Luciano Rocha & OLIVEIRA, Thiago Pires. Guarda Responsável e Dignidade dos Animais. In SANTANA, Heron José. SANTANA, Luciano Rocha.

(coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan/dez. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 67-104. p. 69.

SANTANA, Heron José. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. In SANTANA, Heron José. SANTANA, Luciano Rocha. (coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p.51-52.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. p. 13.

FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos. A dignidade e o animal não-humano. In MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. [et. al] (orgs.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 127-143. p. 130.

REGAN, Tom. *Jaulas Vazias*: encarando o desafio dos direitos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006. p. 51.

REGAN, Tom. *Jaulas Vazias*: encarando o desafio dos direitos animais. p. 51.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. p. 13.

FELIPE, Sônia T. Dos Direitos morais aos Direitos Constitucionais: Para além do especismo elitista e eletivo. In GORDILHO, Heron José Santana. SANTANA, Luciano Rocha. (coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 1, (jan/jun. 2007). Salvador: Evolução, 2007. p. 143-159. p. 143-144.

FELIPE, Sônia T. Dos Direitos morais aos Direitos Constitucionais: Para além do especismo elitista e eletivo. p. 144.

Chauvinismo é o preconceito através do qual as qualidades de outra pessoa nunca são considerados tão boas quanto as próprias qualidades. O chauvinista se autoproclama superior em natureza. BOBBIO, Norberto. [et.al]. *Dicionário de Política.* vol. 01. 12ª.ed. trad. João Ferreira. Brasília: Editora Unb, 2004. p. 163. Também em: FELIPE, Sônia T. Dos Direitos morais aos Direitos Constitucionais: Para além do especismo elitista e eletivo. p. 145

Especismo significa ofender os outros porque eles são membros de outra espécie. Termo criado por Richard D. Ryder para desenhar um paralelo com o racismo e o sexismo. Todas essas formas de discriminação, baseadas como elas são na aparência física, são irracionais. Elas dissimulam a grande similaridade entre todas as raças, sexos e espécies. In RYDER, Richard. Speciesism and 'painism'. In *The Animal's Agenda*. 1997. p. 45. Igualmente, em FELIPE, Sônia T. Dos Direitos morais aos Direitos Constitucionais: Para além do especismo elitista e eletivo. p. 145: o termo especismo foi criado para indicar uma forma de desconsideração moral, aquela praticada pelos humanos contra os interesses dos animais, sob o pretexto de que os interesses dos animais, ainda que sejam da mesma ordem dos interesses humanos, não têm o mesmo peso moral desses, por serem interesses não-humanos.

FELIPE, Sônia T. Fundamentação ética dos direitos morais. O legado de Humphry Primatt. In SANTANA, Heron José. SANTANA, Luciano Rocha. (coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 208-209.

FELIPE, Sônia T. *Ética e experimentação animal*: fundamentos abolicionistas. Florianópolis: EUFSC, 2007. p.277-278.

FELIPE, Sônia T. Fundamentação ética dos direitos morais. O legado de Humphry Primatt. Op. Cit. p. 208-209.

FELIPE, Sônia T. Agência e paciência moral: razão e vulnerabilidade na constituição da comunidade moral. In E*thic@* - Florianópolis, v. 6, n. 4 p. 69-82 Ago 2007. p. 71-72. Disponível em: http://www.cfh.ufsc.br/ethic@/et611art7.pdf.

RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002 p. 369-379.

NUSSBAUM, Martha C. Para além de compaixão e humanidade: justiça para animais não-humanos. In MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. [et. al] (orgs.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 85-126. p. 90-91.

NUSSBAUM, Martha C. Para além de compaixão e humanidade: justiça para animais não-humanos. p. 92.

REGAN, Tom. *Jaulas Vazias*: encarando o desafio dos direitos animais. p. 61.

FELIPE, Sônia T. Dos Direitos morais aos Direitos Constitucionais: Para além do especismo elitista e eletivo. p. 146.

REGAN, Tom. *Jaulas Vazias*: encarando o desafio dos direitos animais. p. 72.

PAIXÃO, Rita & SCHRAMM, Fermin Roland. *Experimentação animal:* razões e emoções para uma ética. Niterói: EdUFF, 2008. p. 132-133.

REGAN, Tom. Animal rights. In BEKOFF, M.; MEANEY, C. A. (Ed.). In *Encyclopedia of animal rights and animal welfare.* Westport: Greenwood Press, 1998. p. 42-43. p. 42.

FELIPE, Sônia T. Agência e paciência moral: razão e vulnerabilidade na constituição da comunidade moral. p. 72.

FELIPE, Sônia T. Agência e paciência moral: razão e vulnerabilidade na constituição da comunidade moral. p. 72.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Porto Alegre: Lugano, 2004. p. 08-09.

FELIPE, Sônia T. *Ética e experimentação animal*: fundamentos abolicionistas. p. 280.

FELIPE, Sônia T. *Ética e experimentação animal*: fundamentos abolicionistas. p. 280.

FELIPE, Sônia T. Liberdade e autonomia prática: fundamentação ética da proteção constitucional dos animais. p. 67.

BOBBIO, Norberto. Sobre os Fundamentos dos Direitos do Homem. In *A era dos direitos*. 10ª. Ed. Rio de Janeiro, Campus, 1992. p. 16.

BOBBIO, Norberto. Sobre os Fundamentos dos Direitos do Homem. In *A era dos direitos*. 10ª. Ed. Rio de Janeiro, Campus, 1992. p. 19..

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 111.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 150-151.

Irlanda (preâmbulo), República Federal da Alemanha (art. 1º), Índia (preâmbulo), Venezuela (preâmbulo), Grécia (art. 2º), Espanha (art. 10, n.1), China (art. 38), Hungria após 1989 (art. 54), Namíbia (preâmbulo e art. 8), Colômbia (art.1º), Bulgária (preâmbulo), Romênia (art. 1º), Cabo Verde (art. 1º), Lituânia (art. 21), Peru (art. 1º), Rússia (art. 21), África do Sul (arts. 1º, 10 e 39), Polônia (art. 30) e Itália (art. 2º). In MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra ed., 2000. p. 180.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 223.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* p. 111-112.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* p. 112.

BAHIA. Saulo José Casali. Poder Judiciário e direitos humanos. In *Revista de Doutrina da 4ª Região.* Porto Alegre, n. 20, out. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao020/Saulo_Bahia.htm>. Acesso em: 16 jul. 2008.

BAHIA. Saulo José Casali. Poder Judiciário e direitos humanos. In *Revista de Doutrina da 4ª Região.* Porto Alegre, n. 20, out. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao020/Saulo_Bahia.htm>. Acesso em: 16 jul. 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* p. 113.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* p. 112.

BAHIA. Saulo José Casali. Poder Judiciário e direitos humanos. In *Revista de Doutrina da 4ª Região.* Porto Alegre, n. 20, out. 2007. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao020/Saulo_Bahia.htm>. Acesso em: 16 jul. 2008.

ARENDT. Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras,. 1989. p. 198-199.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria dos Advogado, 2005.p. 178.

FELIPE, Sônia T. Fundamentação ética dos direitos morais. O legado de Humphry Primatt. Op. Cit. p. 221.

HC 84409 / SP - SÃO PAULO - HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 14/12/2004. Órgão Julgador: Segunda Turma. ADI 3225 / RJ - RIO DE JANEIRO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 17/09/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. AI-AgR 470975 / SP - SÃO PAULO - AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 18/12/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma.HC 70389 / SP - SÃO PAULO - HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 23/06/1994. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

ARENDT, Hannah. *A condição Humana*. Trad. de Roberto Raposo, posfácio de. Celso Lafer – 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 17.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. p. 12.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. p. 435-436.

BEZERRA, Paulo César Santos. *Temas Atuais de Direitos Fundamentais*. Ilhéus, Editus, 2006. p. 262-265.

HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro: estudos de teoria política. São Paulo: *Loyola*, 2002. p. 07.

HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro: estudos de teoria política. São Paulo: *Loyola*, 2002. p. 07.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. p. 159.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente:* a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 27-28.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente:* a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. p. 27-28.

Esta concepção da dignidade geraria efeitos, no que concerne a eficácia, tanto positivos como negativos. A eficácia positiva consistiria em reconhecer, ao eventual beneficiário da norma jurídica de eficácia limitada, o direito subjetivo de produzir tais efeitos, mediante a propositura de ação judicial competente, de modo que seja possível obter a prestação estatal, indispensável para assegurar uma existência digna. Uma obrigação de concretização da dignidade dirigida ao Estado que deve formular/implementar políticas públicas. Em SOARES, Ricardo Maurício Freire. Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana. In *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito/UFBA*. nº.13. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2006. p. 91.

Quanto aos efeitos negativos, este seria a prerrogativa de questionar a validade de todas as normas infraconstitucionais que ofendam o conteúdo de uma existência digna. Em SOARES, Ricardo Maurício Freire. Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana. In *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito/UFBA*. nº.13. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2006. p. 91.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. p. 159.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004 . p. 115.

SANTANA, Heron José. *Abolicionismo Animal*. 2006. Tese (Doutorado). FadUFPE - Recife. p. 130.

SANTANA, Heron José. *Abolicionismo Animal*. 2006. Tese (Doutorado). FadUFPE - Recife. p. 160.

LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade Consentida – crítica a razão antropocêntrica -.) In SANTANA, Heron José. SANTANA, Luciano Rocha. (coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan./dez. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 171-190. p. 176.

LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos Animais*. 2.ed. São Paulo: Editora Mantiqueira, 2004. p. 66.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente:* a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. p. 39.

SARLET, Ingo Wolfgang. & FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. [et. al] (orgs.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 175-205. p. 191.

Sobre uma retrospectiva do movimento de direito animal no Brasil e análise comparada das legislações referentes à experimentação animal, nosso trabalho SILVA, Tagore Trajano de A.. Vivissecção e Direito Animal. In *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito/UFBA*. nº.16. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2008.

LEVAI, Laerte Fernando, *Direito dos Animais*. O direito deles e o nosso direito sobre eles. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 1998. p. 27-28.

DIAS, Edna Cardozo., porém, afirma que, no âmbito nacional, a primeira legislação de proteção animal foi promulgada no Governo de Getúlio Vargas. Em 10 de julho de 1934 o Governo Provisório promulgou o decreto 24.645, que tornava contravenção os maus tratos contra os animais. In A defesa dos animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animal no Brasil. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 1, (jun. 2007). Salvador: Evolução, 2007. p. 123-142. p. 131

SANTANA, Heron José. Os crimes a fauna e a filosofia jurídica ambiental. In *BENJAMIN, Antônio Herman V. (org.). Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental*, de 03 a 06 de junho de 2002: 10 anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: IMESP, 2002. p. 409-410.

Seguiram-se ao decreto: o Código de Pesca, Lei 221, de 28 de fevereiro de 1967; a Lei de Proteção à Fauna, Lei 5.197, de 3 de janeiro de 1967, alterada pela Lei 7.653, de 12 de fevereiro de 1988; a Lei de Vivissecção, lei 6.638, de 8 de maio de 1979; a Lei dos Zoológicos, Lei 7.173, de 14 de dezembro de 1983; a Lei dos Cetáceos, Lei 7.643, de 18 de dezembro de 1987; a Lei de Inspeção de Produtos Animais, Lei 7.889, de 23 de novembro de 1989; a Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. SANTANA, Luciano Rocha e MARQUES, Marcone Rodrigues. Maus tratos e crueldade contra animais nos Centos de Controle de Zoonoses: aspectos jurídicos e legitimidade ativa do Ministério Público para propor Ação Civil Pública. In *BENJAMIN, Antônio Herman V. (org.). Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental*, de 03 a 06 de junho de 2002: 10 anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: IMESP, 2002; DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 155.

DIAS, Edna Cardozo. Experimentos com animais na legislação brasileira. In *Fórum de Direito Urbano e Ambiental* – FDUA, Belo Horizonte. ano 4. n.24. p. 2909-2926, nov/dez. 2005.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004 . p. 110.

A idéia de constitucionalização da proteção animal no Brasil coube à Liga de Prevenção de Crueldade contra o Animal – LPCA, juntamente com a União dos Defensores da terra – OIKOS e à Associação Protetora dos Animais São Francisco de Assis – APASFA. Estas associações conseguiram cerca de 11.000 assinaturas, tendo um papel decisivo na defesa do texto junto ao relator da Constituição Federal, Bernardo Cabral. DIAS, Edna Cardozo. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 1, (jun. 2007). Salvador: Evolução, 2007. p. 123-142. p. 134

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 109..

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. p. 113.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e. O estado teatral e a implementação do direito ambiental. In *Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental*. São Paulo, 2004. p. 337.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e. O estado teatral e a implementação do direito ambiental. In *Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental*. São Paulo, 2004. p. 362.

Germany votes for animal rights. Disponível em: http://archives.cnn.com/2002/WORLD/europe/05/17/germany.animals/. Acessado em: 10 de julho de 2008.

CASPAR, Johannes. & e GEISSEN, Martin. O art. 20a da Lei Fundamental da Alemanha e o novo objetivo estatal de proteção aos animais. In MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. [et. al] (orgs.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 473-492. p. 474.

CASPAR, Johannes. & e GEISSEN, Martin. O art. 20a da Lei Fundamental da Alemanha e o novo objetivo estatal de proteção aos animais. p. 477.

KOLBE, Karin. Comparison Between the American "Animal Welfare Act" and the German "Law on Protecting Animals". In *Animal Welfare Information Center Bulletin*. AWIC Bulletin, Summer 2007, Volume 13, No. 1-2. ISSN: 1522-7553. p. 02.

CASPAR, Johannes. & e GEISSEN, Martin. O art. 20a da Lei Fundamental da Alemanha e o novo objetivo estatal de proteção aos animais. p. 479.

BOLLIGER, Gieri. Constitutional and Legislative Aspects of Animal Welfare in Europe. In *Stiftung Für das Tier im Recht*. Brussels, February 1st 2007. p. 01-02. p. 01.

BOLLIGER, Gieri. Constitutional and Legislative Aspects of Animal Welfare in Europe. In *Stiftung Für das Tier im Recht*. Brussels, February 1st 2007. p. 01-02. p. 01-02.

COHEN, Adam. What's Next in the Law? The Unalienable Rights of Chimps. In *The New York Times*. July 14, 2008. Editorial Observer. Available at: http://www.nytimes.com/2008/07/14/opinion/14mon4.html?scp=1&sq=chimpanzees%20and%20animal%20rights&st=cse .

BOLLIGER, Gieri. Constitutional and Legislative Aspects of Animal Welfare in Europe. In *Stiftung Für das Tier im Recht*. Brussels, February 1st 2007. p. 01-02. p. 02.

CASPAR, Johannes. & e GEISSEN, Martin. O art. 20a da Lei Fundamental da Alemanha e o novo objetivo estatal de proteção aos animais. p. 491.

FOX, Michael W. Inhumane Society: *The American Way of Exploiting Animals.* New York: St. Martin's Press, 1992. p. 05-10.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas.* 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2001. p. 159.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas.* 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2001. p. 159.

BAHIA. Saulo José Casali. Poder Judiciário e direitos humanos. In *Revista de Doutrina da 4ª Região.* Porto Alegre, n. 20, out. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao020/Saulo_Bahia.htm>. Acesso em: 16 jul. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* 3.ed. Coimbra, Coimbra ediora, 1999.. p. 475

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra, Coimbra Editora, 1991. p. 131.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra ed., 2000. p. 397-398.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 8.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogado, 2007.p. 457.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo, LTr, 1999. p. 67.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Porto Alegre: Lugano, 2004. p. xxi.

FOX, Michael W. Inhumane Society: *The American Way of Exploiting Animals.* New York: St. Martin's Press, 1992. p. 05-10.

BOBBIO, Norberto. Teoria da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos. trad. Daniela Beccaccia Versini. Rio de janeiro: Elsevier, 2000. p. 483-484.

GRAY, John. *Cachorros de palha:* reflexões sobre humanos e outros animais. 3ª. Ed. trad. Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 50.

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO*

EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES EN LO ORDENAMIENTO JURIDICO BRASILEÑO

Thiago Penido Martins

RESUMO

O presente artigo tem por desiderato precípuo analisar como o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas tem sido trabalhado e desenvolvido no âmbito do direito brasileiro, especialmente mediante o estudo dos entendimentos doutrinários de Ingo Wolfgang Sarlet, Wilson Steinmetz e Virgílio Afonso da Silva, bem como mediante estudo dos entendimentos jurisprudenciais sobre o assunto, com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento dos debates e teorias existentes, na tentativa de encontrar uma solução adequada à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, conciliando a normatividade dos direitos fundamentais com a autonomia privada, segurança jurídica e os princípios do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS – EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – TEORIAS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS – TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA OU IMEDIATA – TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA – AUTONOMIA PRIVADA – SEGURANÇA JURÍDICA – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

RESUMEN

El actual artículo tiene como objetivo principal analizar como el tema de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se ha trabajado y se ha desarrollado en el ordenamiento brasileño, especialmente por medio del estudio de los entendimientos doctrinales de Ingo Wolfgang Sarlet, Wilson Steinmetz y Virgilio Afonso da Silva, así como por medio del estudio de los entendimientos judiciais sobre el tema, con el objetivo de contribuir para el desarrollo de los debates y de las teorías existentes, en la tentativa de encontrar una solución adecuada a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas, conciliando la normatividade de los derechos fundamentales con la autonomía privada, seguridad juridica y los principios del Estado Democratico de Derecho.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHOS FUNDAMENTALES - EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES - TEORÍAS DE LA EFICACIA DE LOS

---

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

DERECHOS FUNDAMENTALES - EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES JURIDICAS PRIVADAS - TEORÍA DE LA EFICACIA DIRECTA O INMEDIATA -TEORÍA DE LA EFICACIA INDIRECTA O MEDIATA - AUTONOMÍA PRIVADA - SEGURIDAD JURIDICA - ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO.

I - Introdução

Hodiernamente, um dos temas que mais controvertidos e que tem despertado interesse de estudiosos no direito nacional e comparado é aquele relativo à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, especialmente no que concerne a delimitação da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

O tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares tem sido objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais desde meados do século passado, tendo seu nascedouro e desenvolvimento no seio da sociedade alemã sob a denominação de *Drittwirkung der Grundrechte*[1], sobretudo, a partir de decisões proferidas pelos principais tribunais alemães.[2]

O interesse pelo estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas logo se disseminou para outros ordenamentos jurídicos, fazendo efervescer análises e discussões em diversos países, inclusive no Brasil, onde, até pouco tempo, imperava um inexplicável e eloqüente silêncio, o que, inclusive, justifica o reduzido número de trabalhos sobre o tema.[3]

Nesse diapasão, indispensável, para a consecução dos objetivos do presente trabalho, proceder uma detida e minuciosa análise de como a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares vem sendo trabalhada no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, inclusive, mediante a exposição dos principais entendimentos existentes sobre o tema.

II – Constituição e Direitos Fundamentais

A Constituição da República de 1988, similarmente a outros textos constitucionais, não estabeleceu de forma expressa e inequívoca a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, restringindo-se a estabelecer, no parágrafo primeiro, de seu artigo 5º, o princípio da imediata aplicabilidade das normas definidoras dos direitos fundamentais.[4]

A análise dos preceitos legais contidos no parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988, permite inferir que o referido dispositivo, além de não consagrar expressamente a vinculação do poder público aos direitos fundamentais,

como ocorre em outros ordenamentos jurídicos, permaneceu igualmente silente quanto à vinculação dos particulares.

SARLET, ao analisar o conteúdo do parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988, tece as seguintes considerações:

Ao contrário da Constituição Portuguesa de 1976, que, em seu art. 18.1, consagrou expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, a nossa Constituição de 1988 sequer previu, a despeito de consagrar o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, § 1º), a expressa vinculação do poder público, tal como ocorreu, por exemplo e paradigmaticamente, na Lei Fundamental da Alemanha (artigo 1º, inciso III), assim como nas vigentes Constituições da Grécia, Espanha e na própria Constituição de Portugal, já referida.[5]

A despeito de inexistir no texto constitucional dispositivo expresso prevendo a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, não se tem verificado, no âmbito da doutrina nacional, qualquer questionamento relevante sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre indivíduo e Estado, restringindo-se, a controvérsia, ao âmbito das relações jurídicas entre particulares. Segundo SARLET:

A omissão do Constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.[6]

A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais decorre do próprio reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, inclusive as que veiculam os direitos fundamentais, previstas no título segundo de nossa Constituição e em outras normas esparsas pelo texto constitucional. O Estado, no exercício de quaisquer de suas funções, seja a executiva, a legislativa ou judiciária, encontra-se vinculado e deve estrita observância aos preceitos constitucionais, inclusive às normas de direitos fundamentais.

Conforme destaca STEINMETZ, a ausência de preceito constitucional, por si só, não pode constituir obstáculo à vinculação dos particulares, em suas relações privadas, aos direitos fundamentais, haja vista que a impossibilidade de uma fundamentação imediata, diretamente referenciada e extraída do texto constitucional não inviabiliza a

possibilidade de construção e desenvolvimento de uma fundamentação mediata, a partir de uma análise sistemática das normas e princípios constitucionais.[7]

Até mesmo porque, há que se destacar que a experiência colhida no direito comparado demonstra que, mesmo nos ordenamentos jurídicos em que há preceito normativo constitucional estabelecendo a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, como no caso da Constituição Portuguesa de 1976[8], as controvérsias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não foram eliminadas e, em alguns casos, até se intensificaram.

Tal situação demonstra que, independente da existência ou não de preceito constitucional acerca da matéria, os diálogos e debates acerca da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas permeiam os principais ordenamentos jurídicos, nos diversos continentes, demonstrando a inequívoca importância e atualidade da temática para a ciência jurídica e motivando a elaboração do presente estudo.

Outro não tem sido o entendimento de STEINMETZ ao demonstrar que nem nos ordenamentos jurídicos em que existe norma constitucional prevendo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, a controvérsia acerca da extensão e o modo da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não foi eliminada.

Como já mencionamos, os problemas que giram em torno da vinculação dos particulares a direitos fundamentais têm, em grande medida, como causa a ausência de texto expresso de norma nos documentos constitucionais. E mesmo nas constituições em que há texto de norma prescrevendo expressamente a vinculação – Constituição da República Portuguesa de 1976 (art.18.1), Constituição da Federação Russa de 1993 (art.17.3) e Constituição Suíça de 1998 (art.35) – há dúvidas sobre a forma (o "como") e o alcance (o "em que medida") dessa vinculação.[9]

Nossas atenções, entretanto, se concentrarão no estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas no que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente através da análise e estudo pormenorizado dos importantes pensamentos desenvolvidos por SARLET[10], STEINMETZ[11], e SILVA[12], autores cujas obras sobre o tema se destacam em nosso cenário jurídico.

III – Entendimentos doutrinários acerca da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

De acordo com SILVA, os preceitos contidos no parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República, estabeleceriam, tão-somente, uma potencialidade e

capacidade dos direitos fundamentais vincularem os particulares, haja vista não mencionarem de forma expressa em quais relações e em que extensão essa vinculação se processará. De acordo com o autor:

Há aqui, na minha opinião, uma confusão entre a eficácia dos direitos fundamentais, sua forma de produção de efeitos e seu âmbito de aplicação. O texto constitucional, que dispõe que os direitos fundamentais terão aplicação imediata, faz menção a uma potencialidade, à capacidade de produzir efeitos desde já. Mas a simples prescrição constitucional de que as normas definidoras de direitos fundamentais terão 'aplicação imediata' não diz absolutamente nada sobre quais relações jurídicas sofrerão seus efeitos, ou seja, não traz indícios sobre o tipo de relação que deverá ser disciplinada pelos direitos fundamentais. Prescrever que os direitos fundamentais têm 'aplicação imediata' não significa que esta aplicação deverá ocorrer em todos os tipos de relação ou que todos os tipos de relação jurídica sofrerão algum efeito das normas de direitos fundamentais.[13]

A despeito dos inúmeros entendimentos acerca de qual seria a melhor interpretação a ser conferida ao parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República, se o referido dispositivo constitucional seria ou não suficiente para se sustentar uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, tem prevalecido o entendimento segundo o qual os direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares em suas relações privadas.

Um dos maiores defensores da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, SARLET, em diversas obras publicadas sobre o tema[14] embasa seu entendimento justamente nos preceitos contidos no parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República, sustentando, ainda, ser a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais entendimento predominante entre os doutrinadores pátrios, inclusive, bem como tê-la sido acolhida pelo Supremo Tribunal Federal.[15]

A Constituição Federal Brasileira de 1988 expressamente dispôs (artigo 5º, parágrafo 1º) que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Isto tem sido considerado, pela doutrina majoritária, como uma inequívoca decisão em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais, no sentido de que todos os órgãos estatais estão obrigados a assegurar a maior efetividade e proteção possível aos direitos fundamentais. (...) Embora a formulação adotada pela Constituição Brasileira não seja idêntica ao texto da Constituição Portuguesa de 1976, que, no seu artigo 18, além de afirmar a aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais, expressamente inclui as entidades privadas no rol dos destinatários dos direitos, liberdades e garantias, a doutrina dominante no Brasil, assim como o próprio Supremo Tribunal Federal, tem reconhecido que a obrigação de aplicação imediata das normas de direitos fundamentais (compreendida como uma independência de prévia regulamentação legal e, portanto, como afirmação da plenitude de eficácia dessas normas) também abrange uma eficácia e aplicabilidade direta na esfera das relações entre particulares.[16]

Há que se fazer a ressalva de que os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, tratam-se, em sua maioria, de casos envolvendo relações trabalhistas. Um dos primeiros casos em que o Supremo Tribunal Federal foi instigado a se manifestar especificamente sobre a temática da eficácia dos direitos fundamente nas relações privadas, fora do âmbito das relações trabalhistas foi no julgamento do Recurso Extraordinário 201.819/RJ.[17]

Tratava-se de caso em que se discutia a constitucionalidade do ato de exclusão de um associado da União Brasileira de Compositores, sociedade civil, sem que lhe tivesse sido garantido o exercício dos direitos fundamentais à ampla defesa e contraditório. O Recurso Extraordinário foi interposto contra acórdão da lavra do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que entendeu pela irregularidade do ato de exclusão sustentando a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, isto é, reconhecendo a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

Salienta-se, dada relevância, que a despeito de constar da ementa do resultado do julgamento do Recurso Extraordinário 201.819/RJ o reconhecimento da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ao se realizar uma análise e estudo pormenorizado do conteúdo dos votos proferidos pelos ministros da Corte Constitucional, verifica-se a existência de divergências entre eles quanto a extensão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, se os direitos fundamentais possuem eficácia direta ou indireta.

Além do mais, destaca-se que diversos ministros além de sustentarem a eficácia direta dos direitos fundamentais naquele caso concreto em razão de acreditarem que as atividades exercidas pela União Brasileira de Compositores, uma sociedade civil, se assemelhavam a funções quase-públicas, salientaram que a questão da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares demanda a análise das peculiaridades do caso concreto.[18] Neste aspecto, imprescindível colacionar excerto do voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes, segundo o qual:

Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade. Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público – ainda que não estatal – desempenhado pela entidade.[19]

Portanto, não é possível sustentar que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, de forma incondicionada, eficácia direta os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares, especialmente nos casos de relações jurídicas que não possuam natureza trabalhista. Conforme entendimento adotado pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 201.819/RJ, o

dimensionamento da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas deverá diante do caso concreto.

Outro não tem sido o entendimento de autores como SILVA[20] e STEINMETZ[21], e o próprio SARLET[22] que ao analisarem a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ao invés de se perfilharem incondicionadamente às teorias da eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, propõem, cada um ao seu modo, soluções diferenciadas, a partir do reconhecimento da possibilidade e necessidade de coexistência de ambas teorias dentro do mesmo ordenamento jurídico.

Segundo entendimento de STEINMETZ, no ordenamento jurídico brasileiro os direitos fundamentais, com exceção daqueles que possuem como destinatário exclusivo o poder público, têm eficácia nas relações entre particulares, baseando seu entendimento nos princípios constitucionais da supremacia e unidade da Constituição, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, nos princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

O referido autor sustenta, no que tange à medida, extensão ou alcance da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, a necessidade de adoção de uma eficácia imediata "matizada" de acordo com as especificidades e peculiaridades do caso concreto, a ser concretizada mediante ponderação, pelo intérprete, dos direitos fundamentais colidentes, nos casos em que inexistir legislação infraconstitucional suficiente e conforme a Constituição disciplinando o direito fundamental em questão.

Isto porque, segundo sustenta STEINMETZ, diante da existência de normatização infraconstitucional suficiente e conforme o texto constitucional, apta a regulamentar o caso concreto sob análise, não há, em princípio, justificativa para que o intérprete-aplicador do direito recorra imediata e diretamente ao preceito constitucional veiculador do direito fundamental, em substituição à atividade reservada ao Poder Legislativo, sob pena de violação ao princípio constitucional democrático e da separação dos poderes, salvo hipóteses excepcionais.

Nestas hipóteses, o intérprete-aplicador atrairia para si o ônus argumentativo de apresentar justificativas jurídico-constitucionais para a substituição da normatização infraconstitucional pela aplicação direta do preceito constitucional veiculador do direito fundamental. Até mesmo porque, a admissão incondicionada da substituição da atividade legislativa pela aplicação direta do preceito constitucional veiculador de direito fundamental pelos tribunais representaria inquestionável afronta ao princípio constitucional da separação de poderes.

SILVA[23], também propõe um modelo diferenciado na tentativa de encontrar uma solução para o problema da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Em seu modelo, SILVA atribui aos direitos fundamentais natureza de princípios, os quais, de acordo com a teoria de ALEXY[24], constituiriam mandados de otimização, a serem realizados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Sustenta, ainda, que atribuição aos direitos fundamentais da natureza de princípios (*mandados de otimização*) teria vantagem sobre a teoria da eficácia indireta dos direitos

fundamentais, assentada sobre a premissa da existência de uma ordem objetiva de valores, pois, segundo preleciona, além de eliminar os subjetivismos inerentes a idéia de uma ordem objetiva de valores, se evitaria uma dominação dos valores constitucionais sobre o direito infraconstitucional. Segundo preleciona:

Fundamentar os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares com base na idéia de otimização e não na idéia de uma ordem objetiva de valores tem pelo menos duas vantagens: (1) exime o modelo das principais críticas feitas a essa ordem de valores; (2) não implica uma dominação do direito infraconstitucional por parte dos valores constitucionais, pois o próprio conceito de otimização já enuncia que a produção de efeitos é condicionada às condições fáticas e jurídicas existentes.[25]

Para o referido autor, a autonomia da vontade constituiria princípio formal justificador da validade das decisões tomadas pelos particulares no âmbito de suas relações jurídicas privadas, ao atribuir competência aos indivíduos para disciplinarem suas relações jurídicas particulares. Enquanto princípio formal, a autonomia privada não seria norma de conduta, mas norma de validade que "*fornece razões para obediência a uma norma, independente do conteúdo desta última.* Segundo SILVA:

A autonomia privada desempenha, no âmbito das relações privadas, em que direitos fundamentais estão em jogo, uma função muito semelhante [àquela desempenhada pelo princípio formal da competência decisória do legislador], pois – da mesma forma que a competência decisória do legislador fornece razões para que suas decisões sejam respeitadas, mesmo nos casos em que há restrições a direitos fundamentais em decorrência de uma lei ou outro ato legislativo -, a autonomia privada é o princípio (meramente formal) que fornecerá razões para que um ato de vontade entre particulares, ainda que restrinja direitos fundamentais de uma ou ambas as partes, seja aceito e considerado como válido.[26]

Entretanto, o referido autor reconhece que a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares pressupõe e implica a existência de uma constante tensão entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, haja vista a necessidade de se compatibilizar as normas editadas com base na autonomia privada *(razões para competências)* com as limitações e condições impostas pelos direitos fundamentais (*razões para não competências).* Os direitos fundamentais, portanto, funcionariam como:

normas negativas de competências no âmbito interindividual, já que, ao proteger posições jurídicas dos indivíduos, inserem-nos em uma posição de não-sujeição. Essa posição de não-sujeição teria como efeitos, da mesma forma que ocorre na relação

legislador-indivíduos, impedir que tais posições jurídicas sejam eliminadas ou reduzidas a um mínimo que as desfiguraria.[27]

Mas como solucionar a tensão existente entre autonomia privada e os direitos fundamentais de forma a equacionar a proteção necessária aos direitos fundamentais e a tão indispensável autonomia privada? O que deve prevalecer no caso concreto, a decisão baseada na autonomia privada ou a proteção dos direitos fundamentais restringidos em razão da manifestação de vontade dos particulares? O critério mais difundido no âmbito do ordenamento jurídico pátrio para resolução da colisão entre o princípio da autonomia privada e os direitos fundamentais tem sido o do sopesamento entre princípios.[28]

SILVA sustenta em sua obra a inadequação do sopesamento como método hábil para conciliar o exercício da autonomia privada pelos particulares em suas relações jurídicas privadas com a necessária proteção que exigem os direitos fundamentais envolvidos. De acordo com o autor, o método mais adequado para resolver esta tensão existente entre a autonomia privada e os direitos fundamentais seria o método da valoração.

Conforme sustenta o autor, diante da análise do caso concreto o intérprete-aplicador não realiza, como sustentam STEINMETZ, SARMENTO e SARLET[29], o sopesamento entre o grau de restrição ao direito fundamental com a importância de realização da autonomia privada, *"o que se faz, ao que parece sem exceções, é definir situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado."*[30]

Isto porque, a idéia de sopesamento pressupõe a utilização do princípio da proporcionalidade, bem como de seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que, segundo SILVA, representaria uma incongruência, seja pelo fato de ser impossível sopesar a autonomia privada, um princípio formal, com os direitos fundamentais, princípios matérias, em razão da ausência de um valor de comparação, seja em razão da impossibilidade de utilização dos subprincípios da adequação e necessidade nos casos de restrição de direitos fundamentais pela autonomia privada.

Conforme destacado por SILVA, além de ser impossível ao intérprete-aplicador definir quais condutas seriam adequadas para o atingimento e consecução das finalidades pretendidas pelos particulares *(subprincípio da adequação)*, não haveria como se exigir que o particular, no exercício de sua autonomia privada, adote apenas condutas necessárias e opte por aquelas que sejam menos gravosas para o outro sujeito da relação jurídica *(subprincípio da necessidade)*, pois:

Exigir que os particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas medidas estritamente necessárias – ou seja, menos gravosas – para o atingimento dos fins perseguidos nada mais é do que retirar-lhes a autonomia de livremente dispor sobre os termos de seus contratos. Em outras palavras: exigir a obediência à regra da necessidade não é uma forma de solução da colisão entre direito fundamental e

autonomia privada, já que essa autonomia estará necessariamente comprometida pelas próprias exigências dessa regra. Se aos particulares não resta outra solução que não a adoção das medidas estritamente necessárias, não se pode mais falar em autonomia[31]

SILVA aponta alguns critérios a serem adotados no exercício dessa atividade valorativa, quais sejam: a) a verificação de assimetria entre as partes envolvidas, de forma que, quanto maior for a desigualdade fática entre os sujeitos da relação jurídica, menor deverá ser a tutela conferida à autonomia privada e maior a proteção do direito fundamental envolvido; b) a verificação de existência de uma autonomia real ou aparente, de modo que quanto maior for o falseamento da autonomia, menor deverá ser a proteção conferida a autonomia privada e maior a tutela do direito fundamental. Segundo SARMENTO:

quanto maior for a desigualdade [*fática entre os envolvidos*], mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ele em conflito.[32]

Salienta, todavia, a necessidade de que o conceito de desigualdade fática não se limite à idéia de desigualdade material ou hipossuficiência econômica, mas que lhe seja dada uma interpretação para abranger a desigualdade dos sujeitos no interior da relação jurídica. Seria o que BILBAO UBILLOS denomina, em sua obra[33], de *grau de autonomia real das partes envolvidas*, que constituiria no pleno exercício da autonomia privada pelos particulares envolvidos em uma relação jurídica, sem que existam pressões internas ou externas sobre a atuação dos indivíduos.

Destaca SILVA, que a desigualdade material não interfere, necessariamente, na *autenticidade das vontades* dos sujeitos. Assim sendo, sustenta ser decisivo analisar no caso concreto a *sinceridade* no exercício da autonomia privada, sinceridade e autenticidade que nem sempre terão relação ou serão influenciadas pelas desigualdades externas a ela. Conforme preleciona o autor:

Além disso, se a resolução de colisões de princípios se resolve sempre tendo em mente o caso concreto, o que significa que toda relação de prevalência entre eles só pode ser condicionada ao próprio caso concreto, não é possível pressupor desigualdades materiais como fundamento, *incondicionado*, de assimetrias nas relações entre particulares e daí concluir, também *incondicionadamente*, que em toda relação em que houver desigualdade material entre as partes a autonomia privada deverá ter seu peso relativizado. Como conclusão, há que se ressaltar que o grau real de autonomia privada, verificável em concreto, deve, sim, ser levado em consideração na decisão do caso. Isso significa, para seguir a idéia subjacente ao trecho de Bilbao Ubillos acima transcrito,

que sempre que houver, de fato, fatores que impeçam que uma das partes tome decisões no pleno exercício de sua autonomia privada, a essa autonomia deverá ser conferido um peso menor do que seria se a autonomia fosse plena. Tais fatores podem ser de diversas ordens – até mesmo decorrentes de uma desigualdade material entre as partes. Mas essa não e nem condição suficiente nem necessária para que ocorram limitações ao exercício da autonomia.[34]

O segundo critério sugerido por SILVA demanda analisar, no caso concreto, se o sujeito da relação jurídica exerceu uma autonomia real ou aparente. De acordo com o referido autor, o exercício de uma autonomia privada real dependerá da inexistência de desigualdades fáticas entre as partes que, de acordo com a concepção acima exposta, pressupõe a ausência *pressões internas e externas¸* bem como a inexistência de situações imprevisíveis capazes de desequilibrar a relação jurídica contratual.

Para SILVA, quando nenhuma das situações deturpadoras do pleno exercício da autonomia privada estiver presente no caso concreto, quais sejam, a existência de desequilíbrio na relação jurídica entre os particulares e ou um eventual falseamento da autonomia privada, deverá haver uma precedência *prima facie* da autonomia privada em face de eventuais direitos fundamentais, mantendo-se, portanto, inalteradas as restrições ao direito fundamentais convencionadas entre os particulares.

De fato, na atualidade, grande parte das relações privadas, especialmente nas relações trabalhistas e consumeristas, são justamente caracterizadas pela desigualdade fática entre os particulares, em razão do poder social exercido pelos grupos econômicos, bem como pela redução significativa o exercício da autonomia privada por um dos sujeitos da relação jurídica, o que implica, se se adotar o entendimento sustentado por SILVA, em admitir que a precedência da autonomia privada sobre os direitos fundamentais estará restrita a poucas relações jurídicas.

Outro importante autor que se dedica ao estudo da temática da eficácia dos direito fundamentais nas relações jurídicas entre particulares é SARLET, autor de diversos trabalhos sobre o tema. SARLET, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, é um dos principais defensores de uma eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, inclusive alicerçando seu entendimento nos preceitos constitucionais contidos no parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República.

Para SARLET, um dos primeiros fundamentos para admissão de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais em suas relações privadas é o reconhecimento de que, não apenas o Estado, mas também os particulares podem praticar atos atentatórios aos direitos fundamentais. É o reconhecimento de que também os particulares podem ser detentores de poder social e, portanto, em suas relações jurídicas privadas, restringirem e até suprimirem direitos fundamentais de outros particulares.

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a constatação de que, ao contrário do Estado Clássico e

Liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, exerciam – ou, pelo menos, eram concebidos deste modo – a função precípua de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos no âmbito da sua esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade, integridade física, etc.), alcançando, portanto, relevância apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, como reflexo da então preconizada separação entre sociedade e Estado, assim como entre o público e o privado, no assim denominado Estado Social de Direito tal configuração restou superada.[35]

Segundo SARLET, o estudo e análise da temática da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares demandaria, inicialmente, a separação das relações jurídicas privadas em duas categorias, a saber, aquelas que se estabelecem em um cenário de desigualdade fática entre os indivíduos, na qual um dos sujeitos é detentor do poder social, e aquelas caracterizadas por uma virtual igualdade entre as partes, já que conformadas sem que haja interferência de relações de poder.

Nas relações entre particulares – para além da vinculação das entidades dotadas de algum poder social e afora as hipóteses excepcionais ventiladas – é possível sustentar, em qualquer hipótese, ao menos uma eficácia mediata (ou indireta) dos direitos fundamentais no âmbito do que os alemães denominaram de eficácia irradiante (*Ausstrahlungswrikung*), que pode ser reconduzida à perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, Isto significa, em última análise, que as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, o que habitualmente (mas não exclusivamente) ocorre quando se trata de aplicar conceitos indeterminados e cláusulas gerais do direito privado.[36]

A despeito de seu um dos principais defensores da vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais em suas relações privadas, identicamente a diversos teóricos do direito comparado e do direito pátrio, tais como SILVA e STEINMETZ, cujas essências de seus pensamentos foram apresentadas, sustenta a necessidade de adoção de soluções diferenciadas, de acordo com as especificidades e particularidades do caso concreto. Reconhece, portanto, SARLET, a impossibilidade e inadequação da adoção de uma solução uniforme para a temática dos direitos fundamentais, conforme destaca:

Se a tese da assim designada eficácia mediata (indireta) segue dominante na doutrina e jurisprudência alemãs, inclinamo-nos hoje – pelo menos à luz do direito constitucional positivo brasileiro – em prol de uma necessária vinculação direta (imediata) também dos particulares aos direitos fundamentais (salvo, é claro, os que têm por destinatário precípuo o poder público), sem deixar de reconhecer, todavia, na esteira de Canotilho e outros, que o modo pela qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas.[37]

SARLET apresenta com um dos principais fundamentos para uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais em suas relações jurídicas privadas os preceitos contidos no parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República, além de sustentar que a admissão de uma vinculação imediata e direta dos particulares aos direitos fundamentais se conformaria melhor aos princípios basilares de nosso Estado, dentre eles e, especialmente, o da proteção da dignidade da pessoa humana.

O autor não nega competir precipuamente ao legislador realizar o conteúdo dos direitos fundamentais mediante a edição de normas infraconstitucionais destinadas a disciplinar e regulamentar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Sustenta, todavia, SARLET, que diante a inexistência de atividade mediadora concretizadora do legislador, seria inquestionável a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

Conforme aduz o autor, inclusive a atividade mediadora concretizadora do legislador também se encontra vinculada aos direitos fundamentais e deve ser exercitada em observância aos princípios constitucionais da supremacia da Constituição e da conseqüente unidade do ordenamento jurídico.

O fato de o legislador dispor, em princípio, da prerrogativa e da primazia da concretização das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas (o que, guardadas certas distinções, também ocorre no direito público) é, em última análise, corolário da própria vinculação direta do legislador (como órgão estatal) aos direitos fundamentais, situação que não pode ser confundida com o problema específico da vinculação dos particulares.[38]

De igual modo, SARLET refuta o argumento esgrimido pelos defensores de uma eficácia indireta dos direitos fundamentais, segundo o qual por serem as normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais dotadas de conteúdo fluído e indeterminado, tais características seriam incompatíveis com o direito privado, que demanda normas claras e precisas destinadas e indispensáveis para conferir segurança jurídica aos particulares. De acordo com o autor, tais argumentos não podem subsistir, haja vista que:

Se estes, apesar da indeterminação das normas que os consagram – e assim reconhece o próprio Hesse – vinculam diretamente o pode público em todas suas manifestações, gerando direitos subjetivos para os particulares, não há como compreender por qual motivo, no âmbito das relações entre particulares, ainda que caracterizadas pelo conflito de direitos fundamentais de diversos titulares, tal abertura e indeterminação, por si só, passem a ser tidas como impeditivas de uma eficácia direta, no sentido de uma vinculação dos particulares aos direito fundamentais, ainda mais quando tal concepção,

levada ao extremo, acabaria por negar o reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos oponíveis entre os particulares.[39]

Concluindo seu entendimento, sustenta SARLET que para além de jurídica, a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares também assume um viés ideológico e político, que acaba por sofrer influência direta do modelo de Estado que se pretende construir. Conforme preleciona o referido autor:

Na verdade, verifica-se que a discussão em torno da afirmação ou negação da eficácia direta, para além ou mesmo por detrás dos argumentos de cunho jurídico, inevitavelmente revela – ao menos também – um viés político e ideológico, sustentando-se, nesta linha argumentativa, que a opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado Social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa.[40]

Em suma, apresentou-se a essência dos importantes pensamentos adotados por SARLET[41], STEINMETZ[42], e SILVA[43], autores cujas obras sobre o tema se destacam em nosso ordenamento jurídico e contribuem, sobremaneiramente, para desenvolvimento das discussões e debates sobre a temática da eficácia dos direito fundamentais nas relações jurídicas entre particulares no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

IV – Conclusão

As análises e estudos realizados acerca dos entendimentos perfilhados pelos principais teóricos brasileiros sobre o tema da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, permitiram verificar que, no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, inexiste um consenso acerca do modo como os particulares se vinculam aos direitos fundamentais em suas relações jurídicas privadas, sendo unânime, todavia, a existência da vinculação.

O mesmo cenário de divergências de entendimentos quanto a questão da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares verificado no âmbito da doutrina é constatado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que, apesar de possuir histórico no sentido de reconhecer a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, no que concerne às relações trabalhistas, poucas vezes se manifestou especificamente sobre a questão no tocante às relações jurídicas não trabalhistas.

Certamente o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares adquiriu tamanha relevância em razão estarem em conflito, de um lado, a necessidade de proteção de inúmeros direitos fundamentais (vida, saúde, intimidade, liberdade, propriedade) contra violações praticadas pelos particulares e, de outro, o direito fundamental à autonomia privada, cerne e essência das relações jurídicas privadas e da própria existência do direito privado.

Conforme foi possível inferir, todos os teóricos estudados, cada qual ao seu modo, a despeito de sustentarem, *a priori*, a vinculação direta dos particualres aos direitos fundamentais, propõem soluções diferenciadas para a questão da definição da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares de acordo com as especificidades do caso concreto, mediante a elaboração de critérios e métodos a serem adotados pelo intérprete aplicador das normas jurídicas.

Verificou, também, que a grande preocupação daqueles que se dedicam ao estudo do tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas é elaborar e fornecer critérios e métodos, que transcendam o mero sopesamento dos direitos em tensão e adoção do princípio da proporcionalidade, com o desiderato de permitir o controle do procedimento de aplicação das normas veiculadoras de direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas privadas, evitando que o referido procedimento seja permeado por um excessivo subjetivismo fomentador do decisionismo jurisdicional.

De qualquer modo, a despeito da existência de divergências entre os teóricos estudados acerca de quais critérios ou métodos seriam mais adequados para a resolução da tensão entre a necessidade de proteção dos direitos fundamentais e de garantia do exercício da autonomia privada pelos particulares, inclusive no que tange a correção ou não da adoção da técnica de sopesamento e do princípio da proporcionalidade como forma de verificar a legalidade das restrições aos direitos fundamentais convencionadas entre os particulares em suas relações jurídicas, conforme suscitado por SILVA, certamente o debate acadêmico e as divergências proporcionarão terreno fértil para a elaboração de soluções capazes de conciliar os direitos fundamentais em conflito, sem negar a importância dos direitos fundamentais e do direito privado.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 1997.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Ignácio Gutiérrez (Trad.). Madrid: Civitas, 1955, 88 p.

KRETZ, Andrietta. *Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais.* Florianópolis: Momento Atual, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* São Paulo: Mandamentos, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. 280 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, 152 p.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Direitos fundamentais e relações privadas.* 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada.. 8ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007. 503 p.

MONTEIRO, Antônio Pinto (Org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva do direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1. 438 p.

---

[1] A origem da denominação é atribuída a Jörn Ipsen.

[2] A doutrina é unânime ao apontar como precursoras do desenvolvimento da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares as decisões proferidas pelo Tribunal Federal do Trabalho, sob a influência de Hans Carl Nipperdey e da ontológica decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso *Luth*. (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 87). (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 31).

[3] Nesse sentido são as observações feitas por Virgílio Afonso da Silva (*A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 18) segundo o qual "No Brasil, contudo, ao contrário do que ocorre em países como Alemanha, Espanha, Itália, Israel, África do Sul e Portugal, entre outros, a doutrina constitucional ainda não tem dado a devida atenção aos efeitos dos direitos fundamentais para além da relação cidadão-Estado."

[4] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[5] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. p. 120.

[6] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* p. 360.

[7] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* p. 100.

[8] Nos termos dos preceitos legais contidos no artigo 18.1 da Constituição portuguesa: "*os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas.*"

[9] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* p. 100.

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada.. 8ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007. 503 p. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

[11] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

[12] SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Mandamentos, 2008.

[13] SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. p. 57-58

[14] Exemplificativamente: 1) *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 464 p. 2) *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro.* In: MONTEIRO, Antônio Pinto. (Org.). Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado. Portugal: Almedina, 2007, 111-144. 3) Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição concretizada.*

[15] No mesmo sentido é o entendimento de SARMENTO, segundo o qual: *"é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados.* (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* p. 297)

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro.* In: MONTEIRO, Antônio Pinto. (Org.). Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado. p. 128.

[17] Supremo Tribunal Federal, RE 201.819-8/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Voto-Vista Gilmar Mendes, DJ 24/11/2004. Cumpre destacar que posteriormente a questão voltou-se a ser mencionada no julgamento do Recurso Extraordinário 407.688, que teve como Relator o Ministro Cezar Peluso, publicado no Diário da Justiça em 06.10.06

[18] De acordo com o Ministro Joaquim Barbosa: *"De minha parte, a exemplo do ministro Gilmar Mendes, penso, ao contrário, que os direitos fundamentais têm, sim, aplicabilidade no âmbito das relações privadas. Tomo cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deva verificar-se em todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo."* (Supremo Tribunal Federal, RE 201.819-8/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Voto-Vista Gilmar Mendes, DJ 24/11/2004.)

[19] Supremo Tribunal Federal, RE 201.819-8/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Voto-Vista Gilmar Mendes, DJ 24/11/2004.

[20] SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 191 p.

[21] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* 327 p.

[22] SARLET, Ingo Wolfgang. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro.* In: MONTEIRO, Antônio Pinto. (Org.). Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado. p. 128.

[23] SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 191 p.

[24] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.*

[25] SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. p.146.

[26] SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. p.149.

[27] SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. p.152.

[28] Dentre aqueles que adotam a técnica do sopesamento, cite-se. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 302; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.* p. 202. KRETZ, Andrietta. *Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais.* SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição concretizada*. p. 157.

[29] De acordo com o autor: "*Com efeito, cuidando-se de relações entre titulares de direitos fundamentais, sempre se farão presentes – ponto de vista comum às teorias da eficácia direta e indireta – na esteira do que observou Alexy, conflitos ou, pelo menos, situações de tensão, que por sua vez, reclamam soluções distintas, de acordo com o caso concreto e do (ou dos) direitos fundamentais em conflito (ou tensão), tratando-se, em última análise, de um problema de ponderação.* (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição concretizada*. p. 157.)

[30] SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. p.152.

[31] SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. p.163.

[32] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* p. 303.

[33] BILBAO UBILLOS, Juan Maria. La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 1997.

[34] SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. p.157/158.

[35] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição concretizada*. p. 117-118.

[36] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* p. 378.

[37] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* p. 378.

[38] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição concretizada*. p. 143.

[39] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição concretizada*. p. 144.

[40] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição concretizada*. p. 147.

[41] SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada.. 8ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007. 503 p. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

[42] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

[43] SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Mandamentos, 2008.